

「複数関与者による著作権侵害」と「私の複製」

大阪工業大学知的財産学部 准教授 山名 美加

1. はじめに

著作権のいわゆる「間接侵害」については、近年、わが国において立法的検討が進んでいるが¹、従来の判例を基にその紛争解決の類型を分類すると、概ね以下の3つの類型に示すことができるだろう。²

①場所機会提供型（カラオケ法理）

この類型は、クラブ・キャッツアイ事件（最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁）に代表されるカラオケ法理の確立によって、明確になったとも言えるものであるが、自ら物理的に侵害行為を行うわけではないが、場所や機会を提供する結果自己が支配する領域で著作権侵害行為が行われた場合、その場所や機会を提供した者の責任が問題となる類型である。³

②道具提供型（帮助法理）

カラオケ業者にカラオケ装置を提供している事業者（リース業者）等の責任が問われた事件がその典型であろう。（魅留来事件 大阪高判 平成9年2月27日判時1624号131頁、ビデオメイツ事件 東京高判 平成11年11月29日民集55巻2号266頁）ここでは、カラオケ業者が著作権侵害を行っているということになるが、その場合カラオケ業者に装置を提供するリース業者は、まさに著作権侵害の道具を提供しているととらえる。つまり、カラオケ法理によって、物理的な著作権侵害者の著作物利用行為を道具提供者が支配していると評価するのは困難であるため、別の判断基準（帮助法理）として、著作権侵害を必然的に惹起するような道具を提供していることそれ自体を根拠として、道具提供者の責任を認めようとするのがこの類型である。

③システム提供型

本類型は、カラオケ法理の変容型とも考えられるものであり、カラオケ法理で問題となる支配管理の対象を利用者の行為ではなく、著作権侵害をもたらしうるシステム、物的な手段そのものに向けるものであるが、ここではシステムへの支配管理性が問題となる。著作物の私の複製は著作権法30条1項により適法であるとしても、近年のネット関連技術

¹ 『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 平成19年度・中間まとめ』（平成19年10月12日71-72頁）によると、法制問題小委員会は、「特許法第101条第1号・第3号（現4号）に対応するような間接侵害を何らかの形で著作権法上も認めるという基本的方向性については特に異論はなかつたが、それを超えるような間接侵害の考え方については、・・・比較法研究を含めた徹底的な総合的研究を踏まえた上で、今後も更に検討を継続すべき」であるという結果に至ったことが報告されている。

² 吉田克己「著作権の「間接侵害」と差止請求」知的財産法政策学研究 Vol.14(2007), 145頁。

³ 本類型に先行して見られた判例としては、手足理論による利用主体性を認め、キャバレー等における演奏権侵害を問題としたものがいくつか挙げられる。（中部観光事件 名古屋高判 昭和35年4月27日下民集11巻4号940頁、ナニワ観光事件第一審判決 大阪地判昭和42年8月21日判時496号62頁、同控訴審判決、大阪高判昭和45年4月30日 無体集2巻1号252頁）

の発展により、その「私的複製」を大量に行うシステムを構築して、そのサービスをユーザーに提供する行為をどのように捉えるのか、私的複製という限られた範囲での複製を前提に立法された第30条1項が、大量複製を意図も簡単に許すインターネットの出現で搖らぐ中、そのような個人の行為を大量かつ組織的に可能とするサービスを提供する者が存在する場合には、その者を直接の著作物の利用行為主体として、著作権の直接侵害の責任を課する可能性があるのが本類型である。（ファイルローテーション事件（東京地決①平成14年4月11日25頁②平成14年4月9日判時1780号71頁、東京地中間判平成15年1月29日判時1810号29頁、東京地判平成15年12月17日判時1845号36頁、東京高判平成17年3月31日最高裁HP）録画ネット事件、（東京地判平成16年10月7日判時1895号120頁、知財高判平成17年11月15日LEX/DV判例データベース28102485）

以上のように、著作権の「間接侵害」に関わる紛争解決類型は、著作物の利用態様とともに発展してきたが、③の類型に見られるような「限りなく私的複製に近いシステム」の提供という形態が登場し始める中、著作権侵害をもたらしうるシステム、そのシステムに対する支配管理性に注目して、カラオケ法理を適用することについては、問題が指摘され始めている。例えば、日本のテレビ番組を見たいというニーズに対応して、外国居住者にインターネット配信を行うサービスの提供が問題となった録画ネット事件においては、外国居住者自らが日本の自宅でテレビ番組を録画してそれをデジタル送信することができれば、「私的複製」ということで、著作権法上は問題なかったと考えられる。しかしながら、外国居住者が日本の自宅にテレビパソコンを置いたままでそれを操作するのは困難である。そのため、被告業者は海外居住者のためのテレビ番組の録画・視聴を可能とするサービスを商品化するにあたって、録画の主体が被告業者となることを回避するために、テレビパソコンを各利用者に購入させ、各利用者が録画の主体であること、つまり「私的複製」を行っているという形でのサービスの提供を行った。しかしながら、仮処分の申立てを受けた東京地裁は、利用者のパソコンや業者の設置管理しているホームページサーバ等を含むシステム全体を業者が管理していること、また、業者は複製を可能とするサービスを提供して利益を得ていること等を挙げ、複製の主体を業者と判断した（知財高裁も同じ）。本件においては、著作権侵害の主体であると見られたくない被告業者側が、テレビパソコンを各利用者に購入させる等、「私的複製」を行わせるかのような、新しい形態のサービスを提供した場合においても、裁判所が、支配、管理、受益性を判断基準とするカラオケ法理を適用して、複製主体を判断した点が問題となろう。この傾向は、集合住宅において放送番組を一括録画し集合住宅の居住者向けに公衆送信する装置の販売の差止めが問題となった選択録画事件の控訴審（大阪高判 平成19年6月14日）においても見られる。同事件の原審（大坂地判平成17年10月24日判時1911号65頁）は、販売業者を直接の行為主体と認めるることはせずに、複製および送信可能化の主体は、システムを設置した者と見た上で、販売業者は、設置者による侵害行為を帮助しているに過ぎないから、著作権法112条1項の適用による差止めはできないとした上で、しかしながら、侵害が必然的なそのようなシステムを販売するという行為は、侵害行為と同視できるとして、販売業者に対して差止め規定を類推適用して、結果的には差止めを認めた。（だが、控訴審では、販売業者は、当該装置の販売により、使用者の複製の過程を技術的に決定支配しているとともに、販売後

も安定的運用のために、当該サーバー装置をインターネットに接続し、リモート・コントロールによる保守管理を行っていること、販売や保守業務等により利益を得ていることを理由として、販売業者が行為主体と認められた。)

システム提供型においてカラオケ法理の適用がなされること、すなわち、システム提供者が複製の主体されることの意義については、田村善之教授は、一部の裁判例を除けば認められにくい帮助型の行為に対する差止請求がなされるということと、行為主体が私人と認められてしまうと私的複製や非営利使用等の著作権の制限規定が適用される結果、著作権侵害が否定されることもありうる局面で、行為者をシステム提供者と観念することにより著作権侵害を肯定するということの二つがあるとされる。だが、田村善之教授も指摘されるように、個々人の録画行為をシステム提供者が現実的には支配管理できないという状況が見られるシステム提供型において、カラオケ法理を適用することは、支配管理要件の形骸化を促すことにも繋がる懸念がある。⁴

さらに、行為主体を個々の利用者と認めると著作権の制限規定が適用され、著作権侵害が否定されうるにもかかわらず、行為者をシステム提供者と観念すること、つまり、著作権侵害ではないかもしれないものを著作権侵害に転化するという危険性も認めざるをえない。つまり、システム提供型においては、「著作権侵害行為が行われているか否かを十分に確定することなく、本来は第二類型の問題である装置等の管理を梃子として、本来は第一類型の問題である人的支配を擬制することから生じる危険性」を認めざるをえない。⁵

第一類型のカラオケ法理自体は元来は「私的複製」をはじめとする権利制限規定とは直接関係はない法理ではあったが、カラオケ法理自体が変容する中で、しだいに私的複製等の権利制限規定と関係のある場面にも同法理の適用が広がり始め、本来ならば、権利制限規定の適用で、その行為そのものは適法である場合にも、それに間接的に関わる者を規範的な利用行為の主体と位置づけて、侵害の責任を負わせてしまう危険性が生じていると言えるだろう。

しかし、一方で、単独で行えば私的複製ということで、適法となる行為であっても、その使用者本人の指示により、コピー業者等の外部の事業者が複製を行えば、その指示を出した個人を主体として権利制限規定により事業者の行為も適法化されるということは、おそらく現在の解釈では難しい。つまり、著作物の利用行為の主体は、侵害の局面では広がる傾向があるにもかかわらず、逆に権利制限の局面では、かなり限定的に解されてきた傾向があると言えるだろう。その背景には、権利制限規定の適用はできるだけ抑えたいとする考え方があるようだが、両局面のバランスを欠いた乖離は今日においては問題と言わざるを得ない。⁶

だが、「私的複製」で権利が制限される範囲については、IT技術の発展に伴う大量複製

⁴田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題」知的財産法政策学研究 Vol. 17 (2007) 93-94 頁。

⁵ 同上、94 頁。さらに、田村教授は「立法を待つことなく適法な行為が抑制されることを防ぐためには、著作権侵害が行われていることを確定したのちに、当該侵害行為との関係で、侵害行為に結びついており、かつ非侵害用途に影響を与えることなく侵害のみを回避することが容易である場合に限って例外的に侵害に供される装置等に対する差止請求を認めるべきである」と述べている。

⁶ 同様の点を示したものとして、上野達弘、「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライ特 (2007. 12)、鳥澤孝之「著作物利用行為の主体の範囲の再考—物理的利用行為者を介した著作物の利用をめぐって—」(社)著作権情報センター『第6回著作権・著作隣接権論文集』

の時代、P2Pと呼ばれるファイル共有ソフトを介して著作物の利用が日常化する中、立法当時の状況とはそぐわない状況が既に指摘され、法改正（ダウンロードの違法化）への動きは見られ始めてはいる。この問題については、ベルヌ条約はもとより、WTO・TRIPs協定との関わりにおいても、早急に対応が必要であると考えられる。

そこで本稿では、権利制限規定、特に「私的複製」の現代的な課題を、複数関与者による著作権侵害事件との関わりにおいて検討したい。

2. 著作権法30条における「私的複製」

「私的複製」を考える上で、著作権法30条について若干の整理を行いたい。著作権法における私的複製への対処方法としては、日本だけでなく、諸外国においても、禁止型（複製そのものを禁止）、報酬型（複製自体を禁止するのではなく、一定の報酬・補償を求める）、管理型（一定の複製を許容しつつ、それを超える複製は禁止）という形態が時代とともに見られる。⁷私的複製をめぐる、日本国著作権法の主な改正は、下記のようなものである。

①旧著作権法（明治32年制定法）30条「既に発行シタル著作物ヲ左ノ方法に依リ複製スルハ偽作ト看做サス 第一 発行スルノ意思ナク且器械的又ハ化学的方法ニ依ラスシテ 複製スルコト（以下略）」（発行の意思なく、器械的又は化学的方法によらずして行う複製は著作権侵害にならないことが規定された。）

②昭和45年制定 新著作権法 「個人又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用することを目的とする場合」には複製ができるように改正がなされた。ただし、文化局（現文化庁）作成の昭和41年10月22日の新著作権法の試案には「著作権者の経済的利益を不当に害する場合には、この限りではない」という文言があった。しかしながら、当該文言は最終的には削除された。削除された理由としては、「第30条からただし書が落ちた理由は定かではないが、いずれにしても、私的使用目的の利用であっても、権利者の経済的利益に影響を及ぼすような場合には、権利を及ぼす必要があるとの思想であったと思われる。」⁸

③昭和59年 公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器を用いて行う複製を除外した。大量の複製が行われる可能性が高く権利者の利益を不当に侵害する可能性があるからというのが理由である。

④平成4年 録音又は録画に関する相当補償金制度の策定

個人的又は家庭内の複製行為は、規模が少ないから、著作権者の利益を不当に害するものではないと考えられていたが、平成4年当時でも録音・録画機器の開発普及により、

⁷ 奥邨弘司「デジタル・ネットワーク技術と著作権法制～過去・現在・未来～」『コンテンツビジネスと著作権制度 平成18年度関東・関西地区著作権研修講座講演録』（2007年 著作権情報センター）

⁸ 作花文雄『詳解著作権法（第2版）』（ぎょうせい、2002年）239頁。

手軽に大量に複製される状況となってきた。そのような状況下で、著作権者の利益の保護を図るために、補償金制度が導入されるに至った。

⑤平成11年 技術的保護手段の回避による複製の除外

著作権者や正当に許諾を受けた者が、著作物を市場に出す際に、その権利及び利益を守るためにコピーガード等の技術的保護手段を用いることは許されるが、そのような技術的保護手段の付いた著作物から技術的保護手段を取り除いてまで複製する行為は、著作権者の利益を不当に害しない零細な複製を許諾する30条の趣旨に反するとして除外の対象となった。

現行著作権法の第30条は「著作権の目的となっている著作物（以下この款において単に「著作物」という。）は、個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること（以下「私的使用」という。）を目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる」と規定するが、本条における複製主体については原則として使用者本人に限定されるが、たとえば会社の社長が秘書にコピーをとらせる場合のように、使用者の手足としてその支配下にある者に具体的な複製行為を行わせることも、使用者本人の複製として許容される。しかし、③における、コピー業者への複製の委託については、コピー業者は委託契約に基づく独立の複製主体として複製を行うものであって、依頼者の手足と考えることはできないうえに、コピー業者にとっては私的使用とみることもできないなどの理由により、30条の適用外として処理するのが通説的見解である。また使用者本人が機械を操作する場合であっても、コイン式コピーによる複製とか、学校や会社の設置する複写機を利用しての複製のように、自己の支配下にない複製手段を使用して複製を行う場合においても、同様30条の適用外になると考えられる。⁹その理由としては、「本条がそもそも家庭内のような閉鎖的な私的領域における零細な複製を許容する趣旨のものであって、業者に依頼する複製のように外部の者に介在させる複製を認めていないことから見て、私的複製の名の下に容認し難い事態である」とされる。¹⁰（ただし、付則第5条の2（自動複製機器についての経過措置）により、著作権法第30条第1項第1号及び第119条第2項第2号の規定の適用については、当分の間、これらの規定に規定する自動複製機器には、専ら文書又は図面の複製に供するものを含まないものとされる。）

著作権法30条という権利制限規定においては、既に論じてきた著作権侵害に関わる法理とその拡張（「カラオケ法理」から「システム提供型」）とは対照的に、その利用主体は、限定的に解されてきたと言えるだろう。

3. P2P ファイル交換ソフトと「私的複製」

（1）ファイルロード事件にみる「私的複製」

日本においてP2P ファイル交換ソフトをめぐる代表的な事例としては、ファイルロード

⁹半田正夫 『著作権法の現代的課題』 一粒社 昭和55年66頁)

¹⁰加戸守行 『著作権法逐条講義 五訂新版』（著作権情報センター・2006年）228頁

事件（東京地決 平成14年4月11日判時1780号71頁25頁、東京地決平成14年4月9日判時1780号71頁）¹¹が挙げられる。本件（仮処分決定）においても、前述のカラオケ法理の適用が見られ、システム全体を見て、そこで行われているファイル交換、すなわち公衆送信および送信可能化の主体は、システム提供者だと判断された。その理由としては、当該システムは全体として音楽の公衆送信を行うものであること、利用者による公衆送信等は、システム提供者の管理・支配下で行われていること、システム提供者はその結果利益を得ていることが挙げられ、実際はファイル交換をしていないシステム提供者を、カラオケ法理を援用して、著作権侵害の主体と判断し、差止めが認められた。カラオケ法理の適用によってファイルローグ社の利用行為主体性を認めるについては賛否両論があるが¹²、このシステムを利用する個々の利用者の行為については、東京地裁は「①利用者が、当初から公衆に送信する目的で、音楽CDをMP3形式のファイルへ変換した場合には、法30条1項の規定の解釈から当然に、また、②当初は、私的使用目的で複製した場合であっても、公衆が当該MP3ファイルを受信して音楽を再生できるような状態にした場合には、当該複製物により当該著作物を公衆に提示したものとして、法49条1項1号の規定により、複製権侵害を構成する。」と示した。つまり、受信者がダウンロードしたMP3ファイルは、受信側のパソコンに自動的に蔵置されるとなるが、その複製自体が受信者が当初から公衆に送信する目的でダウンロードしていない場合には、個々のダウンロード行為は、私的利用の範囲内にあり複製権侵害とはただちにはいえないということである。この点については、カラオケ法理の適用によってファイルローグ社の利用行為主体性を認めた東京地裁の仮処分決定自体は支持している牧野利秋弁護士も、「本件サービスのように、市販のレコードとほぼ同一内容のMP3ファイルを無料でしかも容易に取得できるサービスが提供され、実際にも送受信の対象とされているMP3ファイルの約96.7%が市販のレコードを無許諾で複製したファイルに関するものであるといった実態において、このようなサービスを利用して行う複製行為を全体としてみた場合、ベルヌ条約9条（2）との関係で、著作権法30条1項により許容される私的目的の複製ができる

¹¹ 本件については他にも東京地中間判平成15年1月29日判時1810号29頁、東京地判平成15年12月17日判時1845号36頁、東京高判平成17年3月31日最高裁HPがある。

¹² 牧野利秋弁護士は、ファイルローグ社が本件サービスによるMP3ファイルの交換により大量の無許諾複製物が作成される事態に至ることを十分に予想できる状態において、自己の利益のために本件サービスを運営・管理しているという本件の事実関係の下で、同社の行為を放置することが現在の健全な法規範意識に適合しないとの価値判断に立って、物理的には（直接には）著作物利用行為をしていない同社の行為を差止請求の対象となりうるものと法解釈した点を評価して本決定に賛成されているが（牧野利秋「ファイル・ローグ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害（下）」NBL No.751, 48-49頁。）、一方で、吉田克己教授は、利用者が、ファイルローグ社のソフトをダウンロードして、パソコンにインストールした後、自宅等において、利用者自身の自由意思をもって本件ソフトを起動したり、同ソフトにより任意のフォルダを共有フォルダとして指定している以上、送信可能化行為は利用者の自由意思によるものといわざるを得ず、ファイルローグ社がそれについて支配・管理しているということはできない、カラオケ法理の適用によって同社を利用行為主体と認めるのは困難であるとする見解である。（吉田克己「著作権の「間接侵害」と差止請求」前傾書161-162頁。）

か。」と疑問を呈している。¹³だが、「経済産業省電子商取引等に関する準則」によっても、ダウンロード行為については以下のような規定がある。¹⁴

「ダウンロード行為 P2P ファイル交換ソフトを用いて権利者によって許諾されていない音楽等のファイルを他のユーザーからインターネット経由で受信し複製する行為（ダウンロード行為）は、技術的保護手段の回避等によって行ったものではなく、かつ個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用する限り、私的複製に相当し、著作権又は著作隣接権の侵害には当たらないものと解される。（同法第30条第1項、第102条第1項）。」

つまり、現行著作権法においては、不正商品であっても、「私的複製」ということになれば、当該ダウンロードは違法とはならない。だが、「当初から公衆に送信する目的で行っていないダウンロード」という行為を私的複製であるからと規範的に考えていいのかについては疑問視する声が強まってきており、「知的財産推進計画2007」においても、ネット上の違法送信からの複製や海賊版 CD, DVD からの複製を私的範囲の許容範囲から除外することを検討するという項目が盛り込まれ、日本における法改正を見据えた検討が進んでいる。¹⁵

（2）ナップスター事件と「フェア・ユース」

一方、ファイルローグ事件と同様のシステムが問題となり、P2P 紛争の先駆け的ケースと言えるのが米国のナップスター事件（A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)）である。本件においては、利用者による複製および頒布（米国の著作権法では日本の自動公衆送信権のようなものを規定していないため頒布権）はフェア・ユース（公正使用）にあたるのかどうかが争点となった。本件におけるフェア・ユース（107条）の適用についての判断は、以下のようなものである。

①使用の目的および性質

MP3 ファイルのデッドコピーが作成されている。リクエストを行う利用者は通常購入しなければならないはずのものを無料で取得していることで、経済的な利益がある。複製物が販売提供されていない場合でも、複製の繰り返しは商業的使用を構成する可能性がある。

②著作権のある著作物の性質

全音楽を対象として、ナップスター社は音楽ファイルの P2P 交換をさせている。

¹³ 牧野利秋「ファイル・ローグ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害（上）」NBL No. 750, 22 頁。

¹⁴ 経済産業省、電子商取引等に関する準則 85 頁 <<http://www.meti.go.jp/topic/downloadfiles/e20730bj.pdf>>

¹⁵ 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2007」90 頁。

③著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性
ファイル全体、つまり著作物全体が複製される場合が多い。

④著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響
無料でMP3ファイルの交換をする行為は市場に損害を与えていた。

第9巡回区控訴裁判所は利用者の行為について、上記ファクターにおける判断から、利用者の行為はフェア・ユースには当たらないとし、その上で、インデックスサーバーを運営管理していることでナップスター社は侵害行為を認識しつつ、それに重要な寄与をしているとして、寄与侵害責任を認め、また、同社は、インデックスサーバーの運営を通じて、利用者の行為を管理・監督する権限を有することで、利用者の侵害行為から経済的利益を受けていたとして、代位責任が成立するという判断をした。

（3）「システムの提供者の責任」に対する日米の比較

個々の利用者の行為（ダウンロード）そのものが、「私的複製」として侵害にあたらないとする日本と、一般規定でもって個々のケース毎にフェア（公正）かどうかを判断しつつ、その違法性を決定する米国の法システム自体の相違はあるが、ファイルロードとナップスターというよく似たシステムの提供に関わる日米の事件が示唆する点を考えたい。まず、米国においては、ベータマックス事件（Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 464 US. 417 (1984)）以来、寄与侵害等が成立するためには、直接侵害の存在が前提となってきたために、直接の利用者がフェア・ユースで侵害にならないとされると、当然、寄与侵害等も成立しないこととなる。つまり、直接侵害の存在を前提として、直接侵害がある場合に、その手段の提供行為が寄与侵害責任、代位責任としてとらえられる。一方で、日本においては、手段の提供者の行為を考える上で、直接侵害の存在は必ずしも前提とは言いがたい。（例えば、クラブ・キャッツアイ事件では、店で歌っている客は著作権法38条により適法であるにもかかわらず、店の侵害が認められた。）

さらに、日本の著作権法には、米国の著作権法第107条のような包括的な権利制限規定がないために、著作権法30条以下を適用できない新しい利用行為は、違法とされる。つまり、新しい形態のシステムが登場する毎に、米国ではフェア・ユースかどうかという個々の判断がなされるが、日本法においては、そのような一般規定がないために、各々のシステムの利用行為が違法（直接侵害）となる。そのために、直接侵害を行わせるシステムを提供する者の責任が問われる可能性も広がると言えるだろう。¹⁶

権利制限規定の対象としても、おそらく問題がないと考えられるにもかかわらず、日本の著作権法上の権利制限規定に該当しないため問題（違法）となる例については、田村善之教授は次のような興味深い例を挙げている。①ディズニーランドでミッキーマウスと並んで撮影した写真を、個人が非営利目的で開設している自分のホームページで公開する場

¹⁶ 奥邸弘司、前掲載書、52頁。

合、②映画の路上ロケに際し、背景となった店の店頭に陳列されていたキャラクターのぬいぐるみが写り込んだ場合、③著作権者の許諾を得て製造されたぬいぐるみ類をインターネット上で販売しようとして商品の内容を示すためにその写真をネット上に掲載する場合、④会社内の部署で購入済みの書籍につき遠方の会議に出席している部長からの問い合わせに答えるためFAXで関連頁を送る場合¹⁷。米国のような一般規定を有する国においては、おそらくフェア・ユースとされうる行為も、日本においては、限定列挙された権利制限規定にからならないために、侵害ということになり、それに間接的に関わる者の責任が問題となりうる可能性が出てくる。

つまり、日米を比較してみると、日本においては、仮に直接侵害の存在を前提に、手段、システム提供者の行為を考えた場合においても、直接侵害の領域そのものが広いため、手段、システム提供者の行為が問題となる領域が米国より広く、さらに、手段、システムの提供者の責任を問うために利用されてきたカラオケ法理自体も、直接侵害の存在を必ずしも前提としてないということから、日本の方が、米国よりも手段の提供者が責任を問われる可能性が広いと見られる。この差について、奥村弘司助教授は、デジタル・ネットワークの世界で、機器やサービスが日米の国境を越えて一体として利用される時代に、日本の産業競争力においてどのように働くのかと懸念を示している。¹⁸

4. ベルヌ条約からみた日本国著作権法第30条

(1) スターデジオ事件 (①東京地判平成12年5月16日判時1751号128頁 ②東京地判平成12年5月16日判時1751号149頁)

そして、著作権法30条の「私的複製」をめぐる解釈が、国際条約との整合性にまで議論的に発展する事件が起きた。スター・デジオ事件は、複数のレコード会社が、「スター・デジオ100」という番組を運営する会社に対して、著作隣接権侵害差止め請求と放送差止め請求の2つの訴訟を提起した事件である。前者の訴訟において、原告らは、本件における複製行為の主体は個々の利用者であり、被告らの行為は、その教唆、幫助に当たるということで複製権の侵害を主張したが、ここで、原告らは、ベルヌ条約9条(2)を持ち出し、本件における利用者の行為は、本条項のただし書きの条件を満たさないために、著作権法30条1項が許容すべき私的複製には当たらないという主張を展開した。ベルヌ条約9条は以下のよう規定である。

ベルヌ条約9条 (1) 文学的及び美術的著作物の著作者でこの条約によって保護されるものは、それらの著作物の複製（その方法及び形式のいかんを問わない）を許諾する排他的権利を享有する。(2) 特別の場合について(1)の著作物の複製を認める権能は、同盟国の立法に留保される。

¹⁷ 田村教授は「これらの行為については企業内複製といえども個人の自由を確保する30条1項を（類推）適用することで時代錯誤の過剰規制を防ぐべきであろうと指摘される。（田村善之『著作権法概説（第2版）』（有斐閣2003年）200頁。）

¹⁸ 奥村弘司、前掲書、53頁。

ただし、そのような複製が当該著作物の通常に利用を妨げず、かつ、その著作者の正当な利益を不当に害しないことを条件とする。

これに対して、東京地裁は、「ベルヌ条約9条（2）の規定と著作権法30条1項との関係をみると、同法30条1項は、同条約9条（2）本文が特別の場合に著作者等の複製権を制限することを同盟国の立法に留保していることを受け、右複製権の制限が認められる一態様を規定したものということができるから、同条約9条（2）との関係においては、同法30条1項が同条約9条（2）ただし書の条件を満たすものであることが必要である。しかしながら、具体的にどのような態様が右条件を満たすものといえるかについては、同条約がこれを明示するものではないから、結局のところ、各同盟国の立法に委ねられた問題であるといわざるを得ない。そして、右のような同条約9条（2）を具体化するものとして規定されている同法30条1項は、それが同条約9条（2）ただし書の条件に沿うものであるとの前提の下で、前記（1）のような要件の下における複製を複製権に対する制限として認めることを規定しているというべきである。したがって、著作権法に認められる私的使用のための複製であるか否かを論じるに当たっては、同法30条1項の規定に当たるか否かを問題とすれば足りるものであって、同条項の背景となるベルヌ条約の規定を持ち出して、その規定に当たるか否かを直接問題とするまでもないというべきである。したがって、原告らの前記主張は、その立場の前提において誤りがあるといわざるを得ない。・・・單に本件番組を受信するにすぎない聴取者に対して、右のような公衆送信の実態に関する責任を問うことはできないはずであるところ、その目的・態様において著作権法30条1項の「私的使用のための複製」に該当しない違法な行為であると結論付けることは、結局のところ、個々の受信者に、自己の責任領域に属しない他人の行為についての責任を負わせるに等しい結果となるのであって、実質的にみても不当というべきである。・・・原告らの主張は、個々の受信者による本件各音源のMDへの録音が本件各レコードの違法な複製であることを前提とした上で、被告らによる本件番組における本件各音源の公衆送信が、右のような個々の受信者による違法な複製を教唆又は帮助する行為として違法であるという構成によるものであるところ、・・・個々の受信者による本件各音源のMDへの録音は、本件各レコードの違法な複製とはいえないであるから、原告らの主張は、その前提を欠くものというべきである。したがって、原告らの違法な私的複製の教唆・帮助による複製権侵害の主張は、その余の点につき判断するまでもなく理由がない。」と示している。

しかしながら、この判決に対しては、批判的な見解も多い。遠山友寛弁護士は、「この判決は、要するにベルヌ条約ただし書きの要件は、著作権法30条1項の「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用することを目的とする」という条文によりわが国では、具体化されていると言っている、ということを言っているに過ぎない。原告らが問題としているのは、機器の発達により、いまや家庭内の複製とはいえ、そのような行為が膨大な量として行われることで、もはや「零細な複製」とはいえないという問題である。その点については裁判所は判断していない。文化局（現文化庁）の試案（昭和41年10月22日の新著作権試案には「著作権者の経済的利益を不当に害する場合には、この限りではない」という文言あった。）も考慮すると、現行30条1項がスリーステップ・テスト（ベルヌ条約9条（2）における「特別な場合」、「著作物の通常の利用を妨げない」、

「著作者/権利者の正当な利益を不当に害しない」の3要件)を満たしているというのは無理があるのではないか。どんなに「著作物の通常の利用を妨げ」ようが、「著作権者の正当な利益を不当に侵害」しようが、「私的使用の複製」だからというのでは答えにならない。これらは全て30条の立法のベースになっているわけであり、この事実を無視して、ベルヌ条約を持ち出すことは立論自体が間違っているということ自体、大変な間違いである」と述べている。¹⁹

また、前田哲男弁護士も、「上記判示(東京地裁判決)は、30条1項に当たる場合にはスリーステップ・テストを「直接」問題にするまでもないとするが、同項の解釈において、スリーステップ・テストの趣旨を全く顧慮する必要がないという趣旨であれば、それは言い過ぎであろう。たしかに、我が国の30条1項がベルヌ条約の趣旨に適合するものとして立法されたことはそのとおりであり、また立法当時には30条1項の要件を形式的に満たせばスリーステップ・テスト上も問題はなかったであろう。しかし、私的使用目的で作成される複製物の質の向上と量の拡大などの点で立法当時とは全く異なる社会状況が生じている現在では、スリーステップ・テストを充足しないであろう複製も、30条1項の要件を形式的には満たしてしまう(ように思える)場合が多数生じるに至っている。」²⁰と本判決を批判している。

小泉直樹教授は、「スター・デジオ第一事件において、東京地方裁判所は、ユーザーによる複製は私的複製に該当するとした。しかしながら、本件におけるデジタル放送の態様は既存のラジオ放送と到底同視できるものではない。それが権利者に与える影響に付き、ベルヌ条約9条(2)に照らして『著作者の正当な利益を不当に害しない』と言い切れるか、疑義を残している。私的複製を原則として適法としながら、例外を追加していくという立法形式が、素人にとって極めてわかりにくいものになっていることもたしかである。ベルヌ条約9条(2)の趣旨に立ち返り、全面的に見直す時期にきていると認識している。」²¹と述べている。

また、半田正夫教授は、「私的使用のための著作物の複製の自由を定める前記わが著作権法30条は、諸外国の例にみられるような複製目的、複製手段、複製部数などについての制限はなく、ただわざと複製主体と複製物使用の人的範囲について制約を設けているにすぎない。その意味では規定形式上単純明快であるといえるが、その反面、多くの問題点がそこに伏在しているのをみのがすわけにはいかない。・・・ところで、このような内容を有する複製権は、現行法上、30条の規定によって大幅に制約される結果となっている。本来、著作権者の許諾を得なければ適法にはなしえない著作物の複製が、「私的使用」の大儀名分を掲げることによって、許諾を要せずに自由になしうるからである。もちろんこの場合における個々の使用者の複製は一複製物使用の人的範囲の制約から必然的に一小部数のコピーにとどまるであろうから、著作権者の財産的利益をそこなうことではなく、30条は21条を大きく制限するものではないとみることもできようし、また立法者もそのよう考へていたものと思われる。しかし、個々の使用者が各1部しかコピーしないとしても、

¹⁹遠山友寛「P2P交換ファイルと私的複製」(コピライト2004.4, 8頁。)

²⁰前田哲男「著作権法30条とスリーステップ・テスト」別冊NBL 知財年報No.106, 263頁。

²¹ 小泉直樹(「サイバースペースにおける情報流通と法的保護」SOFTIC国際シンポジウム2001年)

同一著作物を1000人がコピーすれば、1000部、1万人がコピーすれば1万部の複製が私的使用の範囲内可能となり、結果的に著作権者の理系は害され、21条を設けた意味が失われはしないかという問題が生じてくる。またとくに著作物の複製行為それ自体は、究極的には複製物利用者の私的使用のためになされるのであるから、この点を強調すれば21条の適用の余地はなくなり、同上は全くの空文に帰するという奇妙な結果となってしまう。」²²と述べている。

（2）ベルヌ条約と日本国著作権法の関係

日本国憲法第98条2項は、条約の遵守義務を規定し、日本国においては条約の自動執行力が認められるとする判決が出ている。（徳島地判平成8年3月15日判時報1597号115頁）ただし、条約締結に際し、詳細な実施立法を制定した場合は、その条約が実施立法とは無関係に単独で適用されることはない。一方では、日本においては、著作権関連条約に加盟するにあたっては、著作権法の制定・改正が行われているため、原則としてこの自動執行性はないという意見もある。²³しかしながら、「条約が国内法と同じ効力をもつと位置づけている我が国においては、著作権法第30条とベルヌ条約第9条は一体のものとして総合的に解釈されなければならない。」というのが通説的である。²⁴そして、仮に条約の内容と国内法に抵触がある場合については、「著作者の権利及びこれに隣接する権利に関し条約に別段の定めがあるときは、その規定による。」（著作権法5条）という条文から、条約が法律に優位すると考えられる。そのような状況においては、ベルヌ条約9条（2）を持ち出し、利用者の行為は、本条項のただし書きの条件（スリーステップ）を満たさないために、著作権法30条1項が許容すべき私的複製には当たらないという主張に対しては、条約との整合性を検討する必要性があったのではないかと思われる。ベルヌ条約と同様のスリーステップを規定した国際条約の条文としては、WIPO著作権条約 第10条²⁵、TRIPs協定第13条²⁶があるが、TRIPs協定はベルヌ条約と文言が若干異なっているものの、ベルヌ条約のスリー・ステップテストを著作権一般にまで広げただけであるとするのが通説であり、WTO加盟国は、ベルヌ条約の規定を遵守する義務も負う（TRIPs9条）。²⁷ そうなると、ベルヌ条約と著作権法30条との整合性は、TRIPsについて

²²半田正夫教授は、『著作権法の現代的課題』（一粒社・1980年）69-71頁

²³ 作花文雄 『詳解著作権法』（第2版）（ぎょうせい・平成14年）509頁。

²⁴ 「私の録音・録画問題についての検討結果のとりまとめ（昭和62年4月）」『著作権法百年史 資料編』656頁

²⁵ WIPO著作権条約 第10条 制限及び例外

（1）締約国は、著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しない特別な場合は、この条約に基づいて文学的及び美術的著作物の著作者に与えられる権利の制限又は例外を国内法令において定めることができる。

²⁶ TRIPs協定第13条 制限及び例外

加盟国は、排他的権利の制限又は例外を著作物の通常の利用を妨げず、かつ、権利者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定する。

²⁷ 尾島明 『逐条解説TRIPS協定』（日本機械輸出組合・平成11年）57頁。

も同様に生じることになる。

5 スリーステップテストの具体的紛争処理への適用

(1) 米国著作権法 110 条(5)について EC が WTO 協定違反であると提訴 (WT/DS 160/R)

28

日本国著作権法 30 条の TRIPS 協定との整合性が問われる紛争は、現在までは生じていない。しかしながら、既に米国著作権法の権利制限規定(110 条(5))に対しては、既に EC から提訴がなされた事例がある。

米国著作権法 110 条(5)²⁹は、同 106 条が規定する著作権者の排他的権利を、一定の条件の下で制限する規定である。同条 5 条(A) は家庭用免除、5 条(B) は業務用免除を規定するものであるが、そこで家庭用免除とは、演劇用音楽著作物(オペラ、ミュージカル、バレエ等楽曲が演劇的要素と結合した舞台用著作物)の演奏等を、家庭で一般に使用される受信装置を用いて受信する場合には、著作権の侵害とならないとするものである。さらに、業務用免除とは、非演劇的音楽著作物の演奏等をレストランやバー等の公共の場で流したとしても、一定の総床面積及びスピーカー等の実演装置が一定のサイズ、台数を満たすものであれば、著作権の侵害とならないとするものである。同条項に対して EC が、TRIPS 協定 9 条(1)(ベルヌ条約との関係)、ベルヌ条約 11 条の 2(1)(iii)、同条(1)(ii)に違反するものであるとして WTO に提訴した。本来享受すべきロイヤリティ収入が入らないことを懸念した欧州の著作権団体の要請を受けての EC の提訴であった。これに対して、米国側は同条項は(A)(B)ともに TRIPS 協定 13 条が定める要件を満たすため、TRIPS 協定に整合的であり、さらにはベルヌ条約上の義務にも整合的であると主張した。

(2) パネル判断(2000 年 5 月 5 日)におけるスリーステップ・テストの認定

本件において、WTO の DSB(紛争処理機関)パネルは、スリーステップ・テストの基準を示しつつ、110 条 5 条(A)(家庭用免除)、110 条 5 条(B)(業務用免除)と TRIPS 協定との整合性につき判断を行った。ここで、示されたスリーステップ・テストの具体的判断基準は、下記のようなものである。

- ① 「特別な場合」 明確に特定され、範囲の狭い制限及び例外であること。(6.112)
(ベルヌ条約 9 条(2)では、実質的には第 2 と第 3 要件を満たす場合が「特別の場合に該当すると考えられる。)
- ② 「当該著作物の通常の利用を妨げない」 ここでいう「通常の利用」とは、市場転換の

²⁸ <<http://www.rieti.go.jp/wto-c/061020/061020-7.pdf>>

²⁹ 同法は 1998 年法によって導入。Fairness in Music Licensing act of 27 October 1998, Pub L. 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Cong., 2nd Session(1998), 1999 年 1 月 26 日施行。

程度、例外規定に基づく著作物の使用が、著作権者が経済的価値を通常得られる方法と経済的競争関係にたっているかどうかである。ここでいう「利用」とは、「著作権者が彼らの著作物に対する権利から経済的価値を得るために彼らに付与された排他的権利を用いる行為である」(6.165)、何が「通常の」利用かを考慮する際には、著作権者が通常著作物の利用を期待する市場分野、「通常の」経験的量的意味合い)、すなわち現在相当の具体的収入を生み出している利用形態のみならず、相当の経済的かつ実際的重要性を持つうる可能性がある程度認められる利用の形態も考慮しなければならない。(6.177)

③「権利者の正当な利益を不当に害しない」 経済的損失の問題。権利者の収入の不当な損失を生じさせまたは生じさせるおそれがある場合にはその害は「不当」とみなされる。(6.229)

上記基準に基づき、110条5条(A)（家庭用免除）については、免除対象となる事業者の割合が低く、TRIPs協定第13条に整合的であるとの判断が行われた。一方で、110条5条(B)（業務用免除）については、本免除の下では、実質的に大部分のレストランやバー、商業関連施設が免除対象となってしまうため、スリーステップの要件には合致しないと判断され、TRIPs違反であると判断された。上記、スターデジオ事件においては、国内裁判所において判断されることのなかったスリーステップの要件ではあるが、米国同様に、日本国著作権の権利制限規定が今後国際条約との整合性を問われる可能性は否定できないと言えるだろう。

6. スリーステップから見た著作権法第30条1項

日本国著作権法の第30条1項が適用されるであろう場合においても、それがスリーステップから見て問題となりうるケースは、今日では日常的に発生している。例えば、例①互いに友人関係にあるが、家計を異にするA,B,C,D4名が、表計算ソフトを購入した共通の友人から、そのソフトを順次借り受けて自分のパソコンにインストール（複製）し、それぞれ別個に継続して使用する場合。使用目的は、各々別だが、いずれも私的使用の範囲内での利用とする場合。（使用許諾契約による制限や技術的手段による制限は考慮外とする。）例②CDレンタル店からレンタルした音楽アルバムCDの全曲を丸ごとデータ用CD-R（私的録音補償金は付加されていない）に複製し、レンタルCD返却後も、CD-Rによりアルバム全曲を好きなときに聴けるようにする場合。例①においては、「そのような複製であれば、市場から商品等を購入すればよい」と合理的に判断できるような複製であって、商品5個分の需要が存在しているのに、その需要が1個の購入と4個の私的複製によって満たされているのであれば、それは、スリーステップの要件を充足しないということになるだろう。また、例②のような場合は、特に私的録音補償金の対象でない「データ用CD-R」に複製されるということ、権利者がレンタル許諾の対価に複製の対価を含めていない場合の複製ということで、やはりスリーステップの要件を充足しないと言わざるを得ないだろう。³⁰

³⁰ 本事例は、前田哲男、前掲載書265頁に掲載されたものを基にした。

7. むすびにかえて

「カラオケ法理」から発展を見た著作権の「間接侵害」の類型においては、著作権侵害の主体を拡張する傾向が見られ、物理的な利用者の行為が、権利制限規定により適法とされうるような場合であっても、それに間接的に関与する者を利用行為の主体として、侵害責任を負わせる可能性がある。一方で、権利制限規定については、行為主体は限定的に解しつつも、その適用範囲は、およそデジタルネットワーク化とは縁の薄かった極めて古い時代の「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内」という規準がそのまま存在してきた。そのため、ダウンロード行為そのものは、私的複製の範囲という奇異な状況を維持させてきた。かつては、特定の企業しか行えなかった著作物の利用行為を、個々人が家庭内で次々と実現しうる今日、従来からの著作権のいわゆる「間接侵害」の諸法理による解決の摸索と同時に、権利制限規定のあり方そのものも問われている。権利制限規定が厳格に解釈されるために、直接侵害が成立しやすく、そのため手段の提供者が責任を問われる可能性の幅が、他国よりも広いとすれば、それはグローバル化時代にはそぐわないと言えるだろう。本課題については、米国のようなフェア・ユースの一般規定を著作権法に導入するのが好ましいのか³¹、フェア・ユース条項そのもの導入という形ではなく、スリーステップの要件に照らして、権利制限規定の幅を解釈するのが好ましいのか、様々な意見があるが、著作権のいわゆる「間接侵害」の法理の分析と合わせて、検討の必要性があると言えるだろう。

以上

³¹ フェア・ユースの導入に肯定的見解として、阿部浩二教授は「フェア・ユースについてアメリカ著作権法第107条に規定するような考え方は、日本においても有益な規定ではないのか。・・・ある行為が社会的に是認できる公正適切な態様で、また、許容される範囲内において行使されているのか、あるいはその域を逸脱しているのか判断に迷うときに、どのような点にウェイトを置いて考えたらいいのか、その解釈の指針としては、フェア・ユースの判断要素は非常に有効ではないか。」(阿部浩二「日本著作権法とフェア・ユースの理論」コピーライト 2001.6, 14-15 頁)、上野達弘准教授は、権利制限規定の冒頭に一般条項という形を設けるのではなく、個別規定の最後に受け皿条項として一般条項を設けるとともに、そこで「・・・に照らし」という形で考慮要素を明示する「日本版フェア・ユース」を提言する。(上野達弘、「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト (2007.12) 24 頁) 一方で、前田哲男弁護士は、法的安定性の点で問題があり、日本の著作権法の構造とも整合しないとして、立法論として、フェア・ユースの規定を日本法に設けることに否定的である。しかしながら、著作権法に列記されている権利制限規定の定める場合に「準じる」場合という限定を付することで、「特別の場合」であることを維持したうえで、スリーステップ・テストの第二要件及び第三要件に照らして問題があるかどうかをチェックし、問題がなければ、当該権利制限規定の拡張、類推解釈を認める方向が好ましいと述べている。(前田哲男、前掲載書、266 頁)