HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（6）：日本著作権法の制限規定に対する示唆
Author(s)	村井, 麻衣子
Citation	知的財産法政策学研究, 50, 35-59
Issue Date	2018-04
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/70604
Type	departmental bulletin paper
File Information	50_03murai.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

連続企画：著作権法の将来像　その７

フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(6)
―日本著作権法の制限規定に対する示唆―

村　井　麻衣子

序
第１部　米国法
　第１章　フェア・ユース　（以上　第45号）
　第２章　市場の失敗理論　（以上　第46号）
　第３章　変容的利用の理論　（以上　第47号）
　第４章　市場の失敗理論をめぐる新たな動向
　第５章　市場の失敗理論と変容的利用の理論の関係
　　－市場の失敗理論に残された意義－　（以上　第48号）
第２部　日本著作権法への示唆
　第１章　日本版フェア・ユース
　第２章　引用　－変容的利用の理論からの示唆－（以上　第49号）
　第３章　私的複製　－市場の失敗理論からの示唆－
　　１．私的複製に関連する近時の動向　－私的領域での著作物利用における自由領域の縮減－
　　1-1．私的複製に関する近時の法改正
　　1-1-1．私的複製の例外の拡張１　－技術的保護手段の回避による複製の除外－
　　1-1-2．私的複製の例外の拡張２　－ダウンロード違法化・刑事罰化－
　　1-2．私的利用を容易にするサービスの提供をめぐる動向
　　1-2-1．著作権侵害の主体あるいは間接侵害の問題について
　　1-2-2．まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決
　　1-2-3．自炊代行事件
　　1-3．私的録音録画補償金制度をめぐる動向
　　1-3-1．私的録音録画補償金制度の見直しの議論
　　1-3-2．東芝録画補償金事件
　　1-4．小括　（以上　本号）
結びに代えて

第２部　日本著作権法への示唆

第３章　私的複製　－市場の失敗理論からの示唆－

日本著作権法30条は、私的使用を目的とする複製（私的複製）が、著作権侵害とならない旨を定めている。従来、私的複製が認められる趣旨については、権利者に与える影響が大きくないことや、権利行使の実効性を確保することが困難であることからの説明がなされてきた。このような考え方によるのであれば、複製技術の発展により大量に私的複製が行われることで権利者に与える影響が増大し、その一方で、オンライン契約や著作権保護技術、権利集中処理機関等の発展により、私的な著作物利用についても対価を徴収したり監視を行いうる環境が整いつつある現代においては、私的複製を許容する前提は失われ、私的な領域にも原則として著作権を及ぼすべきであるということになるのかもしれない。実際、私的複製に関する近時の立法や、私的領域での著作物利用を容易にするためのサービスが問題となった最近の事例、また、私的録音録画補償金をめぐる動向をみると、著作物を自由に利用できる私的領域を縮減する方向に動いているようにもみえる。

しかしながら、米国のフェア・ユースにおける市場の失敗理論やそれに関連する議論が示唆していた重要な点の一つは、私的領域における著作物利用について権利処理が可能となる状況が生じたとしても、依然として自由利用が許されるべき領域が存在するということであると考えられる。Gordonの提唱した市場の失敗理論は、権利集中処理システムやインターネットを介した契約（＝市場）を通じて著作権者に著作物利用の対価が支払われる環境が整った以上は、フェア・ユースの適用を否定すべきことを主張しているように思われたが、Lorenは、研究・教育目的のような外部性を有する利用については依然として市場の失敗が存在すると指摘し、後にGordon自身も市場の失敗理論を修正し、著作権者と利用者の間で取引が締結可能になったとしても、著作権の行使を許さずに利用を自由領域におくべき場合があることを強調した。

米国著作権法のフェア・ユースにおいては変容的利用の理論が台頭しており、Netanelは、Gordonの市場の失敗理論を起源とするフェア・ユース

の基準はもはや採用されえないと論じている。しかし、特に非変容的利用・消費的利用について変容的利用の理論のみに頼ることは妥当ではなく、市場の失敗理論の意義は、依然として残されていると考えられる。

以下では、市場の失敗理論や関連する議論から得られる示唆を念頭におきつつ、日本著作権法における私的複製や、私的領域での著作物利用に関する著作権法のあり方について検討する。まず、私的複製や私的領域での著作物利用に関する近時の立法や裁判例等の動向を確認したうえで、私的複製の意義を踏まえつつ、私的な領域で著作物を利用する自由を確保するために、日本著作権法がどのような方策をとりうるかを考察する。

1．私的複製に関連する近時の動向　ー私的領域での著作物利用における自由領域の縮減ー

1-1．私的複製に関する近時の法改正

著作権法30条１項は、著作物を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(「私的使用」)を目的とするときは、その使用する者が複製することができる旨を定めている[516]。これにより、例えば、テレビやラジオで放送される映画や音楽を家庭内で録音・録画することや、友人や図書館、レンタル店から借りてきた書籍、CD等を家庭でコピーやダビングする行為などが、著作権侵害とならず自由に行いうると

[516] 43条１号により、30条１項によって著作物を複製できる場合には、「翻訳、編曲、変形又は翻案」も行うことができる。49条１項１号により、30条１項の適用を受けて作成された著作物の複製物を頒布し、又は当該複製物によつて当該著作物を公衆に提示した者は、複製を行ったものとみなされる(目的外使用)。なお、旧著作権法(明治32年法律第39号)は、30条１項が著作権の制限として「既ニ発行シタル著作物ヲ左ノ方法ニ依リ複製スルハ偽作ト看做サス」としたうえで、１号に「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」と掲げており、複製手段が手書きに限定されていた。30条に関する立法経緯について、辻田芳幸「私的領域をめぐる著作物利用規整の系譜」『知的財産法の系譜(小野昌延先生古稀記念論文集)』(青林書院・2002年)503-518頁、半田正夫＝松田政行・編『著作権法コンメンタール２』(第２版・勁草書房・2015年)134-149頁[宮下佳之執筆部分]等参照。

される[517]。

この私的複製については、法改正により例外が加えられてきた。貸レコード問題を受け[518]、1984年改正により、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複製する場合が、私的複製の例外として30条１項１号に規定された（附則５条の２により、当分の間、専ら文書又は図画の複製のための機器（文献複写機等）はその対象から除かれることとなっている）。また、1992年には、私的録音録画補償金制度が導入され、30条２項には、デジタル方式の私的録音・録画を行う者は、補償金を著作権者に支払う旨が規定された。

これに加えて、私的複製に関する近時の著作権法改正においては、私的複製の例外規定が新設され、私的複製の範囲が縮減される傾向にある。1999年改正では、技術的保護手段を回避して行う複製が私的複製の例外として定められ、その例外の範囲が2013年改正で拡大された。2009年には、いわゆるダウンロード違法化の法改正により、違法なインターネット配信から音楽・映像を複製する行為が私的複製の適用対象範囲から除外され、さらに2012年改正によって刑事罰の対象とされた。以下、法改正の内容を

---

517 田村善之『著作権法概説』（第２版・有斐閣・2001年）198頁。なお、ベルヌ条約９条２項やTRIPs協定13条等が規定するスリーステップテスト（権利制限の条件として、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であることを要求する）との関係について、加戸守之『著作権法逐条講義』（六訂新版・著作権情報センター・2013年）230-231頁は、個人的使用の目的であっても、家庭にビデオライブラリーを作るような行為は、スリーステップテストの条件を満たさず、30条により許容されないと厳格に解すべきであるとする。一方、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と３step test（６・完）－厳格解釈から柔軟な解釈へ－」知的財産法政策学研究45号（2014年）133-291頁は、スリーステップテストを間接適用することには慎重であるべきと指摘するとともに、スリーステップテストを柔軟に解釈することで、各国の立法者の裁量を確保する必要が高いと論じている（スリーステップテストに関連する日本の裁判例・学説については、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と３step test（１）－厳格解釈から柔軟な解釈へ－」知的財産法政策学研究26号（2010年）231-235頁参照）。

518 半田＝松田・編・前掲注516）139-140頁［宮下執筆部分］。

確認する[519]。

1-1-1. 私的複製の例外の拡張１　－技術的保護手段の回避による複製の除外－

1999年（平成11年）著作権法改正により、30条１項２号が追加され、私的使用目的であっても、技術的保護手段の回避により可能となった複製を、その事実を知りながら行う場合には、私的複製に該当せず、著作権侵害となるとされた[520]。

---

[519] その他、2007年には、映画の盗撮の防止に関する法律が議員立法により成立・施行され、映画の盗撮により著作権を侵害した者は，私的使用目的で行った場合であっても、罰則の対象となる旨が規定された（文化庁「映画の盗撮の防止に関する法律について」<http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/eiga_tosatsu.html>、櫻庭倫「映画の盗撮の防止に関する法律について」コピライト556号（2007年）24-27頁等）。

[520] WIPO著作権条約11条及びWIPO実演・レコード条約18条に対応したものであり、著作権法及び不正競争防止法に技術的保護手段の回避等行為の規制が組み込まれることとなった（著作権法令研究会＝通商産業省知的財産政策室・編『著作権法・不正競争防止法改正解説－デジタル・コンテンツの法的保護－』（有斐閣・1999年）17-18・21-50頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊　平成24年改正解説』（勁草書房・2013年）17・31-32頁［壹貫田執筆部分］、小嶋・前掲注517）（6・完）142-144頁等参照。立法経緯については、片山純一「平成11年改正法について」著作権研究27号（2003年）5-21頁も参照）。著作権法においては、31条１項２号により技術的保護手段の回避による複製を私的複製から除外したほか、技術的保護手段の回避を専らその機能とする装置やプログラムの複製物を公衆に譲渡・貸与したり、それらの目的をもって製造・輸入・所持したり、公衆の使用に供したり、当該プログラムを公衆送信ないし送信可能化する者に対し、刑事罰が科されるとともに（120条の２第１号。2012年改正により「技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする」の文言から「専ら」が削除された）、業として公衆からの求めに応じて技術的保護手段の回避を行った者に対しても、刑事罰が科されることとなった（120条の２第２号）。不正競争防止法では、２条１項10号、11号に、「営業上用いられている技術的制限手段」の効果を妨げる機能を有する専用装置・プログラムの譲渡等が不正競争として追加された。不正競争防止法では、アクセスコントロール、コピーコントロールのいずれも「技術的制限手段」（不正競争防止法２条７項）の対象となる。

対象となる「技術的保護手段」は、2条1項20号に定義されている。1999年改正時、この規定において、技術的保護手段とは、「電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法により、著作権等を侵害する行為の防止又は抑止をする手段であつて、著作物等の利用に際しこれに用いられる機器が特定の反応をする信号を著作物等に係る音若しくは影像とともに記録媒体に記録し、又は送信する方式によるもの」をいうとされた。これには、例えば、CD、MD、DAT、CD-Rに用いられているSCMS（Serial Copy Management System）や、DVDに用いられているCGMS（Copy Generation Management System）のように、デジタルによる複製の回数を制限する技術（＝技術的保護手段によって著作権侵害等を防止する手段）や、ビデオソフトやDVDに用いられているマクロビジョン方式のように、鑑賞に堪えない乱れた映像を録画させる技術（＝技術的保護手段によって著作権侵害等を抑止する手段）が含まれる[521]。

この1999年改正においては、著作権を侵害する行為を抑止する手段であることが技術的保護手段の要件とされていた。よって、著作権法の保護を受ける技術的保護手段となるためには、複製や公衆送信等、著作権と抵触する行為を制限するものであることが必要であり、例えば、有料の衛星放送で用いられているスクランブル等、いわゆるアクセス・コントロール（＝再生、視聴等を制限する技術）は、著作権侵害に該当しない行為を制限するものに過ぎず、著作権法による保護は及ばないとされた。しかし、この点に関しては、技術的性格としてはアクセス・コントロールに位置づけられるものであっても、実質的に海賊版の防止等のために用いられる場合があることから、権利者側から見直しが求められるとともに、技術的保護手段を拡張的に捉える見解も示されていた[522]。

このような議論を受け、2013年（平成25年）著作権法改正により、「技術的保護手段」の対象が拡大され、暗号方式の保護技術（著作物等の利用に用いられる機器が特定の変換を必要とするよう著作物、実演、レコード

---

521 著作権法令研究会＝通商産業省知的財産政策室・編・前掲注520）89-92頁、加戸・前掲注517）60頁等。

522 解釈論として田村・前掲注517）142-143頁、立法論として作花文男『詳解著作権法』（第4版・ぎょうせい・2010年）768-769頁等。

又は放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像を変換して記録媒体に記録し、又は送信する方式）も技術的保護手段に含まれることとなった（2条1項20号）。対象となる暗号方式の保護技術は、コンテンツ提供事業者が映画などのコンテンツを暗号化することにより機器での視聴や複製をコントロールする技術であり、DVDやBlu-ray Discなどに用いられている技術であると説明されている。具体的には、記録媒体用のCSS（Content Scramble System）やAACS（Advanced Access Content System）、機器間伝送路用のDTCP（Digital Transmission Content Protection）やHDCP（High-bandwidth Digital Content Protection）、放送用のB-CAS方式などが挙げられる[523]。

ただし、一部のゲームコンテンツ等に用いられているアクセス・コントロール技術については、2013年改正によっても対象外のままとされた。ゲームコンテンツには暗号化や複製防止措置は施さず、ゲームを実行するために正規の媒体にのみ記録されたセキュリティ信号を必要とするアクセス・コントロール技術が用いられることがあり、違法な複製を抑止するように社会的に機能している。しかし、この技術は、ゲームコンテンツの複製自体を抑止するものではない。このため、セキュリティ信号に反応しないことにより、技術的保護手段を機能しないようにするいわゆるマジコン[524]

---

[523] 文化庁「平成24年通常国会　著作権法改正について」〈http://www.bunka.go.jp/chosakuken/24_houkaisei.html〉、文化庁長官官房著作権課「解説　著作権法の一部を改正する法律（平成24年改正）について」コピライト618号（2012年）30頁、加戸・前掲注517）60-61頁等。

[524] マジコンについては、不正競争防止法2条1項10号に基づいてマジコンの輸入販売行為の差止め等を認めた判決（東京地判平成21年2月27日裁判所ウェブサイト（平成20（ワ）29886号・平成20（ワ）35745号）［マジコン］）が出されている。同事件では、マジコンが不正競争防止法2条1項10号の技術的制限手段を無効化する機能「のみ」を有するといえるかが争点となったが、2011年不正競争防止法改正により、「のみ」要件は削除された（金暁特［判批（マジコン事件）］知的財産法政策学研究44号（2014年）335-358頁）。その後の東京地判平成25年7月9日裁判所ウェブサイト（平成21（ワ）40515号・平成22（ワ）12105号・平成22（ワ）17265号）［マジコンⅡ一審］、知財高判平成26年6月12日裁判所ウェブサイト（平成25（ネ）10066号）［マジコンⅡ控訴審］も、マジコンを輸入・販売等した行為は不正競争防止法2条1項10号に掲

や無反応機器については、著作権法の保護の対象外のままとされた[525]。

2013年改正による技術的保護手段の定義（２条１項20号）の拡大に伴い、30条１項２号の規定も暗号型技術を破る場合も含むよう改正がなされ、特定の変換を必要とするよう変換された著作物等に係る音若しくは影像の復元、すなわち、暗号化された著作物等の「復元」が含まれるように規定が改められた。これにより、例えば、DVD等に施されている保護技術を回避して行う複製、いわゆるリッピングは、私的使用目的であっても、著作権侵害とされることになった[526]。しかし、リッピング違法化により、DVD等のバックアップさえできなくなれば[527]、著作物の利用者の利便性を損なうおそれがあるとも指摘されている[528] [529]。

げる不正競争に該当するとしている。

[525] 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト619号（2012年）19-20頁、池村＝壹貫田・前掲注520）29-31・51頁［壹貫田執筆部分］、奥邨弘司「技術的保護手段の回避に関連する行為の規制強化」ジュリスト1449号（2013年）45-46頁等。

[526] 永山・前掲注525）20頁、小泉直樹＝池村聡＝高杉健二「鼎談　平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号（2013年）18頁［池村聡発言］等。

[527] 池村＝壹貫田・前掲注520）92頁［壹貫田執筆部分］は、私的使用目的かつバックアップ目的であっても、DVD等をリッピングする行為は違法となるとしたうえで、技術の発展等に伴い録音録画の媒体や機器や市場等で入手することが困難となることが想定される状況においてリッピングが違法とされることへの懸念に対し、バックアップ目的ということで個々人のパソコン等のハードディスクにとどまる保証はなく、ひとたびアップロードされてしまうと著作権者に甚大な被害が生じる可能性がある以上、一律に違法となるとしても一定の合理性が認められるとしている。奥邨・前掲注525）48頁も、改正前でも、マクロビジョン技術が施された市販VHSソフト等について、バックアップや媒体変換は私的使用目的の複製に該当しなかったことと比較すると、より高画質でクローンコピーの問題さえ存在するDVDにおいて、それらが許されるべきとするのは合理的とはいえないとする。

[528] 山神清和「私的複製の例外」著作権研究40号（2013年）60頁参照。福井健策「保護と利用のバランスが再び焦点」ビジネスロージャーナル51号（2012年）29頁は、DVDの購入者が異なる端末で映像を楽しむためのコピーすらできなくなることについて、ユーザーから反感があるとする。

[529] 1999年改正についての言及であるが、田村・前掲注517）148-149頁、同『不正競

そもそも、技術的保護手段を回避して行う複製を、私的複製から除外すること自体を問題とする指摘もある[530]。私的複製から技術的保護手段を回避する複製が除外された趣旨は、「私的使用のための複製であっても、それが技術的保護手段の回避により可能となった複製である場合には、その複製はその著作物等の提供の前提を覆す、そもそも想定されていない複製であって、著作者等の利益を不当に害するものでないということはできず、現行著作権法の規定の趣旨を逸脱するおそれがある」と説明されていた[531]。しかし、著作権者が、例えば本の奥付に「私的複製を禁じる」旨を記載するように、単に文書で表明している場合には、そのことによって私的複製が著作権侵害に変質するわけではない。技術的保護手段により物理的に制限すると、なぜ私的複製の自由を制約しうるのか、制度的な検証が不十分との批判がなされている[532]。

争法概説』(第2版・有斐閣・2003年)395-397頁は、コピー・プロテクションには、誰もが自由に複製をなしうるようになったという技術の恩恵を万人が享受することを妨げるという否定的な側面があることを見逃してはならないとして、インセンティヴとして必要もないところに過剰に私人の自由を制約することのないよう、立法論として、技術的保護手段の保護は簡便に私的複製の許諾を取得しうるシステムと抱き合わされていることを要件とし、そのようなシステムが未整備の手段に関しては、市場で複製物が入手可能と目される一般的な期間の経過後は、私的複製やそれを可能とする回避行為を適法とする法制度とする必要があると論じている。

530 山神・前掲注528)60頁、辻田・前掲注516)522頁等。山神・前掲注528)60頁は、「頒布を目的としない複製は、知る権利の具体的行使の一環であったり、幸福追求権の一態様としての『エンターテインメントを享受する権利』行使の一環であったりするので、著作権法によりこれを制限するには、正当な目的並びに当該目的と規制内容、範囲の合理的な結びつきが必要とされるかと思います。文化産業の保護・育成のための投下資本回収の保護こそが、規制目的だとするならば、正規商品の正規サービスとバッティングしない私的複製まで規制するのは、過剰規制であって憲法上容認されないということにはならないでしょうか。」という小倉弁護士の指摘(「シンポジウム『私的複製』討論」著作権研究40号(2013年)118頁参照)は傾聴に値するとしている。

531 著作権法令研究会＝通商産業省知的財産政策室・編・前掲注520)94頁。

532 田村・前掲注517)142頁、作花・前掲注522)774頁等。

1-1-2. 私的複製の例外の拡張２　－ダウンロード違法化・刑事罰化－

2009年（平成21年）著作権法改正により、著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、その事実を知りながら行う場合には、私的複製に該当しないとする規定が新設された（30条１項3号）。これによって、違法なネット配信から音楽・映画などをダウンロードする行為が、著作権侵害となることになった[533]。

従前、インターネット上での著作物利用について、著作物を無許諾でアップロードする行為は、個人により行われる場合であっても公衆送信権侵害に該当するが（23条１項）[534]、ダウンロードについては、私的使用目的であれば、30条１項により適法となるとされてきた[535]。しかしながら、ファイル共有ソフトによる違法配信については、アップロードを行う者を特定するのが困難である場合があるということが指摘されるとともに、ファイル共有ソフトや違法配信サイトを利用したコンテンツからのダウンロードが正規の流通市場を上回る規模となっているという調査報告も示されるなど、違法アップロードへの対処だけでは限界があることから、ダウンロード行為についても規制を行うことにしたものとされる[536]。しかし一

---

[533] 対象は「録音・録画」であり、文書・画像、プログラム等は適用対象外とされる（中山信弘『著作権法』（第２版・有斐閣・2014年）295頁）。また、動画投稿サイトに投稿された動画コンテンツをパソコンで視聴する場合等には、当該パソコンの内部に当該動画ファイルの複製物であるキャッシュが作成されるが、2009年改正で設けられた47条の８（電子計算機における著作物の利用に伴う複製についての権利制限）が適用され、侵害に該当しないとされる（文化庁「平成21年通常国会　著作権法改正等について」〈http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h21_hokaisei/〉、文化庁長官官房著作権課「解説　著作権法の一部を改正する法律（平成21年改正）について」コピライト585号（2012年）46-47頁、池村聡『著作権法コンメンタール別冊平成21年改正解説』（勁草書房・2010年）17頁等）。

[534] 1997年著作権法改正により、無線・有線の区別なくインタラクティヴ送信に対応するため（WIPO著作権条約８条）、放送権、有線放送権、自動公衆送信権を包含する「公衆送信権」が設けられた（加戸・前掲注517）191-192頁、中山・前掲注533）257頁、田村・前掲注517）181-182頁等）。

[535] 中山・前掲注533）294-295頁。

[536] 池村・前掲注533）12頁。もっとも、違法ダウンロードが正規市場の規模を上回るとの調査結果に対しては、山田奨治『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』

方で、インターネット上の著作権侵害についてはアップロードの規制により対処すべきであり、多様な情報が流通し適法・違法の区別が難しいインターネットの状況においては、ダウンロードまで違法とするのは行き過ぎであるとして、ダウンロード違法化に慎重な見解も示されていた[537]。改正後も、規制の実効性を欠くことや[538]、インターネットの世界での情報取得の自由に反するものであることなどが指摘され[539]、ダウンロード違法化に対しては批判も多い。

このようにダウンロード違法化には反対意見も多かったにもかかわらず、その後まもなくダウンロード刑事罰化を行う2012年（平成24年）改正が行われた。私的使用目的をもって、有償著作物等[540]の著作権等を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、自らその事実を知りながら行って著作権等を侵害した者に、2年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金に処し、又はこれを併科するとの規定が設けられたのである（119条3項）[541]。

刑事罰の導入の背景には、2009年改正によってもなお、インターネット

(人文書院・2011年) 116-119頁や山神・前掲注528)61-62頁が疑問を呈しており、音楽市場が収縮している理由はほかにあるとも指摘する。

537 ダウンロード違法化の審議過程を批判的に紹介しているものとして、山田・前掲注536)103-155頁（第4章「ダウンロード違法化はどのようにして決まったのか」)。

538 山神・前掲注528)62頁、中山・前掲注533)295-296頁。

539 中山・前掲注533)298-299頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(第2版・有斐閣・2016年) 177頁［島並良執筆部分］。

540「有償著作物等」については、119条3項に「録音され、又は録画された著作物又は実演等（著作権又は著作隣接権の目的となつているものに限る。）であつて、有償で公衆に提供され、又は提示されているもの（その提供又は提示が著作権又は著作隣接権を侵害しないものに限る。）をいう」と定義されている。有償で販売されているCDやインターネットで有償配信されている音楽等が典型例とされ、この要件があるために民事上違法とされる違法ダウンロードの範囲（30条1項3号）よりも限定されている（中山・前掲注533)296-297頁)。

541 法改正の経緯や賛否の見解を整理している文献として、文教科学技術課（齋藤千尋)「違法ダウンロード刑事規制をめぐる動きー平成24年著作権法改正ー」調査と情報760号（2012年）1-10頁。政治学的な視点からの立法過程の考察として、京俊介「著作権法の立法過程分析ー政治学の視点からー」著作権研究39号（2014年）79-82頁。

上の違法コンテンツ流通による被害は依然として深刻であり、ダウンロード違法化による効果は限定的であるとの音楽業界からの指摘があったという。有償で正規に入手可能なコンテンツであるにもかかわらず、あえて違法アップロードされたコンテンツをダウンロードして入手する行為は、罰則に値すると評価されるべきであるというのが、違法ダウンロード刑事罰化の趣旨であるとされる[542]。

しかし、2009年改正時には、違法ダウンロードは違法アップロードと比較して違法性の程度が低いこと、家庭内で行われる行為についての規制の実効性の確保が困難であることなどから、刑事罰の対象とされなかったにもかかわらず、権利者団体のロビー活動により、内閣提出法案に対する議員修正（自民党及び公明党が提出）として罰則が導入されてしまったことに対しては、その立法プロセスも含めて批判がなされている[543]。

1-2. 私的利用を容易にするサービスの提供をめぐる動向

近時、テレビ番組の録画・転送サービスや、携帯電話向けの音楽ストレージ・サービス、紙媒体の書籍の電子書籍化サービス（いわゆる自炊代行）など、私人の著作物利用を容易にするサービスの著作権法上の是非が問題とされてきた。このようなサービスを提供する者の著作権侵害に関する責任については、著作権侵害の主体あるいは間接侵害の問題として論じられており、上記の事例ではいずれも最終的にサービス提供者に著作権侵害が

---

542 池村＝壹貫田・前掲注520)174頁。改正前に刑事罰導入を肯定していた見解として、入澤裕美＝井口賢人＝石川典明ほか「著作権法第三〇条一項三号に対する刑事罰導入の可否－違法ダウンロード行為廃絶に向けて－」法学会誌61号(2011年)95-130頁。

543 池村＝壹貫田・前掲注520)174-175頁、中山信弘＝松田政行＝岩倉正和＝横山久芳＝相澤英孝「座談会　改正著作権法と著作権法の課題」L&T57号(2012年)3-5頁[中山信弘、松田政行、岩倉正和、横山久芳発言]、中山・前掲注533)298頁、松田政行「違法ダウンロードに対する刑事罰の導入に関する著作権法の視点」法とコンピュータ31号(2013年)21-29頁、稲垣耕作＝天野真家＝天野雅貴「情報社会における著作権制度の諸問題」情報文化学会誌17巻1号(2010年)7-10頁、赤岩順二「『違法ダウンロード』刑事罰化について－ディジタル化による社会変容と刑事立法－」法学研究論集28号(2013年)126-127・133頁等。

認められている。

しかし、このようなサービスを違法とすることは、ひいては私人による私的領域での著作物利用の範囲を狭めることにもつながると考えられる。ロクラクⅡ事件において、知財高裁は、私人の行為について私的複製等により適法となりうるサービスを提供するに過ぎない場合には、著作権侵害とならない旨を明確に示し、テレビ番組の転送サービスについて著作権侵害を否定したが[544]、その後の最高裁判決はこの判断を覆している[545]。

以下では、私的利用を容易にするサービスの提供をめぐって争われた事例として、テレビ番組の録画・転送サービスが問題となったロクラクⅡ事件及びまねきTV事件、電子書籍化サービスが問題となった自炊代行事件を中心に、近時の動向を概観する。

1-2-1. 著作権侵害の主体あるいは間接侵害の問題について

著作権侵害の主体、あるいは間接侵害の問題については、1988年に出されたクラブキャッツアイ事件の最高裁判決[546]によって、管理（支配）性、及び利益性に着目して侵害主体を判断する「カラオケ法理」が示されて以降、カラオケ関連の事案に限らず様々な場面へこのカラオケ法理が転用され、著作権侵害となる範囲が拡張されてきた。カラオケ法理により物理的には直接著作物を利用していない者に責任を肯定する意義は、共同不法行為責任とする構成では一般的に認められない差止請求が認められること、また、クラブキャッツアイ事件におけるカラオケスナック店の客のように、直接の利用者に侵害が成立しない場合であっても、主体と判断された者について侵害を肯定することができるところにある[547]。P2Pファイル交換サービスが問題となったファイルローグ事件[548]、動画投稿サービスが問題と

---

544 知財高判平成21年1月27日裁判所ウェブサイト（平成20(ネ)10055号・平成20(ネ)10069号）[ロクラクⅡ控訴審]。

545 最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁[ロクラクⅡ上告審]。

546 最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁[クラブキャッツアイ上告審]。

547 田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号(2010年)37頁等。

548 東京地判平成15年1月29日判時1845号36頁[ファイルローグ一審中間]、東京地判平成15年12月17日裁判所ウェブサイト(平成14(ワ)4249号)[ファイルローグ一審

なったTVブレイク（パンドラTV）事件[549]等でも、カラオケ法理が用いられ、サービス提供者に著作権侵害の責任が肯定された。

このようなカラオケ法理によりサービス提供者等を直接の利用行為の主体とみなす裁判例のほかにも、著作権法112条により直接利用者以外に対して差止請求を認める裁判例[550]があり、カラオケ法理の登場以前からも、密接な支配関係が認められる場合に、キャバレー等の楽団による演奏を営業主による著作物の使用とみなす裁判例[551]が存在していた。また、CD等の楽曲を自己の携帯電話で聴くことを可能とするサービス（音楽ストレージサービス）について争われたMYUTA事件において、東京地裁は、サービスの詳細に関する様々な事情を総合的に考慮して、複製行為の主体はユーザーではなく、サービス提供者であるとの判断を示した[552]。

終局]、東京高判平成17年3月31日裁判所ウェブサイト（平成16（ネ）405号）[ファイルローグ控訴審]。

549 東京地判平成21年11月13日判時2076号93頁[TVブレイク（パンドラTV）一審]、知財高判平成22年9月8日判時2115号102頁[TVブレイク（パンドラTV）控訴審]。

550 大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁[ヒットワン]、大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁[選撮見録一審]。

551 名古屋高決昭和35年4月27日下民集11巻4号940頁[中部観光]、大阪地判昭和42年8月21日判時496号62頁[ナニワ観光一審]、大阪高判昭和45年4月30日無体集2巻1号252頁[ナニワ観光控訴審]等。

552 東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁[MYUTA]。当時、ユーザーが個人レベルで音楽CDなどから楽曲の音源データを携帯電話に個別に取り込んで再生することは、技術的に相当程度困難であったという事情があった。東京地裁は、サービスの詳細を認定したうえで、「①…本件サービスは、CD等の楽曲を自己の携帯電話で聴くことができるようにするものであり、…複製行為が不可避的であって、…複製行為は、本件サービスにおいて極めて重要なプロセスと位置付けられること、②本件サービスにおいて、…本件サーバは、原告[＝サービス提供者]がこれを所有し、その支配下に設置して管理してきたこと、③原告は、本件サービスを利用するに必要不可欠な本件ユーザソフトを作成して提供し、本件ユーザソフトは、…本件サーバの認証を受けなければ作動しないようになっていること、④本件サーバにおける…複製は、…原告によってシステム設計されたものであること、⑤ユーザが個人レベルでCD等の楽曲の音源データを携帯電話で利用することは、技術的に相当程度困難であり、本件サービスにおける…複製行為により、初めて可能になること、

学説においては、これらのいわゆる間接侵害の問題について、明文規定がないままに裁判例の集積に頼るのは法的安定性を欠くとして、立法による解決を志向する説も唱えられており[553]、立法の場（文化審議会著作権分科会法政問題小委員会司法救済ワーキングチーム）での議論も継続的に進められていた[554]。

1-2-2. まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決

このようななか、2011年に出されたのが、まねきTV事件・ロクラクⅡ事件の二つの最高裁判決である。テレビ番組の録画・転送サービスの提供者に対し[555]、著作権侵害の責任が問われた二つの事例において、最高裁は、相次いで、著作権侵害を否定した知財高裁の判断を覆した[556]。

---

⑥ユーザは、本件サーバにどの楽曲を複製するか等の操作の端緒となる関与を行うものではあるが、…本件ユーザソフトの仕様や、ストレージでの保存に必要な条件は、原告によって予めシステム設計で決定され、その複製行為は、専ら、原告の管理下にある本件サーバにおいて行われるものであること」を考慮して、複製行為の主体はユーザーではなく、サービス提供者であるとした。

553 髙部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号（2006年）114-133頁等。

554 司法救済ワーキングチーム「『間接侵害』等に関する考え方の整理（平成24年1月12日）」〈http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h23_06/pdf/shiryo_3.pdf〉。

555 テレビ番組の提供に係るサービスが問題となった事案として、まねきTV事件・ロクラクⅡ事件のほか、集合住宅向けハードディスクビデオレコーダーシステムが問題とされた選撮見録（よりどりみどり）事件（前掲・大阪地判平成17年10月24日［選撮見録一審］、大阪高判平成19年6月14日判時1991号122頁［選撮見録控訴審］）、海外など遠隔地においてテレビ番組の録画・視聴を可能とするサービスが問題となった録画ネット事件（東京地決平成16年10月7日判時1895号120頁［録画ネット仮処分］、東京地決平成17年5月31日（平成16（モ）15793号）［録画ネット仮処分異議一審］、知財高決平成17年11月15日裁判所ウェブサイト（平成17（ラ）10007号）［録画ネット仮処分異議抗告審］）があり、選撮見録事件ではシステムの販売業者に、録画ネット事件ではサービス提供者に著作権侵害の成立が認められていた。

556 まねきTV事件では、地裁・高裁ともに侵害を否定していた（東京地判平成20年6月20日裁判所ウェブサイト（平成19（ワ）5765号）［まねきTV一審］、知財高判平成20

まねきTV事件は、地上波アナログ放送テレビチューナーを内蔵し、受信した放送をデジタル化して送信できる市販の端末（ソニーのベーステーション）を利用者から預かり、事務所に設置して番組を送信するサービスについて、送信可能化権と公衆送信権の侵害の成否が争われた事案である。「ロクラクⅡ」事件は、地上波アナログテレビ放送を受信する親機と利用端末としての子機を利用し、利用者が指示によってテレビ放送を録画・送信できるシステムのサービス提供者について、複製権侵害の成否が争われた事案である。いずれも、日本国内の地上波テレビ番組について、放送地域外ないし国外に在住していながら、視聴もしくは録画することを可能とするシステムであった。

まねきTV事件最高裁判決[557]は、「…公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置は、これがあらかじめ設定された単一の機器宛てに送信する機能しか有しない場合であっても、当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たるというべきである」と述べたうえで、「自動公衆送信が、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提としていることに鑑みると、その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当であり、当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体であると解するのが相当である」として、ベーステーションを預かっているテレビ番組転送サービス提供者の行う行為が、送信可能化及び公衆送信に該当するとして、送信可能化権の侵害又は公衆送信権の侵害を認めなかった原判決を破棄し、事件を知財高裁に差し戻した。

年12月15日判時2038号110頁［まねきTV控訴審］）。ロクラクⅡ事件では、地裁判決は侵害を肯定したものの（東京地判平成20年５月28日判時2029号125頁［ロクラクⅡ一審］）、知財高裁はこれを覆して侵害を否定していた（前掲・知財高判平成21年１月27日［ロクラクⅡ控訴審］）。

[557] 最判平成23年１月18日民集65巻１号121頁［まねきTV上告審］。

まねきTV事件に続いて出されたロクラクⅡ事件最高裁判決[558]も、「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者（以下『サービス提供者』という。）が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器（以下『複製機器』という。）に入力していて、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても、サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である。すなわち、複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである」と述べ、番組等の複製をしているのは番組録画サービス提供者といえないとした原判決を破棄し、事件を知財高裁に差し戻した[559]。

1-2-3．自炊代行事件

まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決の後、ユーザーに代わって紙媒体の書籍を電子化するサービスをめぐって争われた自炊代行事件では、東京地裁、知財高裁ともに自炊代行業者に著作権侵害の成立を認めた。自炊代行事件Ⅰ及びⅡ事件において東京地裁は、ロクラクⅡ最高裁判決が示した「枢要な行為」論を用いて、自炊代行業者が侵害の主体であるとし

[558] 前掲・最判平成23年１月20日［ロクラクⅡ上告審］。

[559] 差戻し後、いずれもサービス提供者の侵害主体性が肯定されている（知財高判平成24年１月31日判時2142号96頁［まねきTV差戻後控訴審］、知財高判平成24年１月31日判時2141号117頁［ロクラクⅡ差戻後控訴審］）。

た[560]。一方、控訴された自炊代行事件Ⅰにおいて、知財高裁は「枢要な行為」論を用いず、物理的な複製を行っている主体として自炊代行業者を認定した[561]。

この事件で問題となったような自炊行為は、ユーザー自身が私的使用目的で行う場合は、私的複製（30条１項）に該当し、著作権の侵害にはならないと考えられる[562]。自炊代行サービスは、裁断機やスキャナを持ち合わせていない利用者や、電子化のための時間や労力を節約したい利用者のために、書籍の電子化を代わって行うものであり、私的複製（30条）の範囲内といえるかどうかが問題となりうる。

この点について、東京地裁はいずれの判決においても、複製の主体が事業者であるという判断を前提として、30条の適用を否定した。また、知財高裁は、30条１項が私的複製を許容している趣旨について、「個人の私的な領域における活動の自由を保障する必要性があり、また閉鎖的な私的領域内での零細な利用にとどまるのであれば、著作権者への経済的打撃が少ないことなどに鑑みて規定されたものである」と述べたうえで、自炊代行業者が書籍の電子ファイル化という複製をすることは、「私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、複製の量が増大し、私的複製の量を抑制するとの同条項の趣旨・目的が損なわれ、著作権者が実質的な不利益を被るおそれがあるから、『その使用する者が複製する』との要件を充足しないと解すべきである」として、30条１項の適用を認めなかった。

1-3．私的録音録画補償金制度をめぐる動向

録音・録画機器等の普及によって、家庭内等の私的な領域でも大量の録音・録画が行われるようになり、権利者に与える影響が大きくなったことへの対策として、1992年、私的録音録画補償金制度が著作権法に導入され

---

560 東京地判平成25年９月30日判時2212号86頁［自炊代行Ⅰ一審］、東京地判平成25年10月30日裁判所ウェブサイト（平成24（ワ）33533号）［自炊代行Ⅱ］。

561 知財高判平成26年10月22日判時2246号92頁［自炊代行Ⅰ控訴審］。

562 島並良「書籍の『自炊』」法学教室366号（2011年）２頁、野田馨央＝渡辺毅＝川崎仁＝渡部寛樹＝前渋正治＝関昌充＝平木康男「書籍の自炊代行に関する著作権問題」パテント65巻７号（2012年）71頁等。

た。30条2項は、私的複製であっても、政令で定められるデジタル方式の録音・録画機器を利用して、政令で定められる記録媒体に録音又は録画を行う者は、相当な額の補償金を著作権者に支払わなければならない旨を規定している。

補償金の対象となる機器・記録媒体は、政令によって特定機器・特定記録媒体として指定されたものである（著作権法施行令1条、1条の2）。補償金を支払う義務を負うのは、特定機器・特定記録媒体を利用して私的録音・録画を行う個々のユーザーということになるが、特定機器・特定記録媒体を購入する者は、指定管理団体から補償金の一括の支払いとして補償金の支払いを請求された場合、その購入時に補償金を支払わなければならないとされ（104条の4第1項）、指定管理団体が特定機器・特定記録媒体を購入する者に対して補償金の支払いを請求する場合、その製造業者及び輸入業者（製造業者等）は、補償金の請求及び受領に関して協力しなければならないとされている（104条の5）。これにより、製造業者等が特定機器・特定記録媒体の価格に補償金相当額を上乗せして出荷し、購入者から徴収した補償金を指定管理団体に納付するという「上乗せ徴収・納付」方式での運用が行われてきた[563]。

私的録音録画補償金制度をめぐっては、iPodなどの携帯音楽プレーヤー等の普及に伴い対象機器の拡大が検討されてきたが、ハードディスク内蔵型録音機器や汎用機器の指定は見送られ、著作権保護技術の発展・普及による制度の縮小・廃止論も取り沙汰されてきた。また、アナログチューナー非搭載の録画機器につき、製造・販売業者が私的録画補償金を支払う義務を負うかについて争われた東芝私的録画補償金事件において、メーカー側の補償金支払義務が否定されたことで[564]、私的録画補償金制度は事実上機能を停止し、私的録画補償金管理協会（SARVH）は2015年3月31日付

[563] 上野達弘「私的録音録画補償金制度をめぐる課題と展望」ジュリスト1463号(2014年) 29-30頁等。

[564] 東京地判平成22年12月27日裁判所ウェブサイト（平成21(ワ)40387号）（判タ1399号286頁＜参考収録・原審＞）［東芝録画補償金一審］、知財高判平成23年12月22日判時2145号75頁［東芝録画補償金控訴審］。

で解散に至ったという[565]。

私的録音録画補償金制度については、クリエーターへの適切な対価還元のための一つの手段として、その制度のあり方に関する検討が現在も進められているが[566]、これまでの議論における制度の見直しの際の縮小・廃止論や、東芝録画補償金事件後の録画補償金制度の状態からは、私的な著作物利用について、私的録音録画補償金制度を通じて間接的に対価を徴収する方法よりは、オンライン契約等により個別に直接的に対価を徴収したり、技術的に私的な著作物利用をコントロールする方向が志向されてきたようにも見受けられる。

以下、私的録音録画補償金制度をめぐる動向として、制度の見直しの議論と東芝録画補償金事件を概観しておく。

1-3-1．私的録音録画補償金制度の見直しの議論

1992年に私的録音録画補償金制度が導入されて以降、ハードディスク内蔵型録音録画機器（iPod等）やパソコンの普及等により、録音録画の実態は変化した。2005年、文化審議会著作権分科会においてまとめられた「著作権法に関する今後の検討課題」では、補償金制度についての諸課題として、ハードディスク内蔵型録音機器の追加指定の可否、パソコン内蔵・外付けのハードディスクドライブやデータ用CD-R/RW等のいわゆる汎用機器・記録媒体の取扱いについての実態を踏まえた検討、対象機器・記録媒体の政令による個別指定という方式に関した見直しの検討が挙げられた[567]。これを受けて、同年、同分科会に設置された法制問題小委員会において、補償金制度の見直しに関する検討が開始された。

この法制問題小委員会における検討結果では、現行制度をめぐる諸課題として、複製を行う者の正確な捕捉の困難性、配分を受ける権利者の正確

---

565 JASRAC「私的録音・録画補償金制度　私的録画補償金制度について」〈http://www.jasrac.or.jp/info/private/〉。

566 文化庁「著作権分科会　著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会」〈http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hogoriyo/〉。

567 文化審議会著作権分科会「著作権法に関する今後の検討課題（平成17年１月）」〈http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/05012501.htm〉。

な捕捉の困難性が挙げられ、汎用的な複製に用いられる機器（パソコン）や記録媒体（データ用CD-R）は、私的録音・録画に用いられる実態があるが、仮に指定すると音楽録音等に使用しない者にも負担を強いることとなるとして指定は困難とされた[568]。そして、補償金制度の様々な問題点や社会状況の変化を踏まえ、制度の廃止や骨組みの見直し等を視野に入れた私的録音録画補償金制度の抜本的な見直しが求められた[569]。

制度の抜本的な見直しの提言を受け、文化審議会著作権分科会に私的録音録画小委員会が設置され、2006年から検討が開始された。2007年には、私的録音録画小委員会中間整理がまとめられ[570]、この中間整理に対するパブリック・コメントの募集も行われた[571]。小委員会では中間整理に引き続き、議論が行われたが、2009年の文化審議会著作権分科会報告書[572]では、事務局から提出された著作権保護技術と補償金制度の関係の整理案、及びこれを踏まえた具体的な制度設計案について関係者間の合意の形成を目指したものの、関係者間の意見の隔たりが依然として大きく、補償金制度の見直しについて一定の方向性を得ることはできなかったとの報告が記されている[573]。

---

568 私的録音録画補償金制度の見直しの政策形成過程の分析として、京俊介『著作権法改正の政治学　戦略的相互作用と政策帰結』(木鐸社・2011年) 203-224頁参照。DAT（デジタル・オーディオ・テープ）の問題が存在した制度導入時と異なり、機器メーカーにとって、すでに十分売れているiPod等の録音・録画機器に補償金が課されることは、損失を生み出すだけであったと指摘されている。

569 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書（平成18年１月）」〈http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/06012705.htm〉。

570 文化審議会著作権分科会　私的録音録画小委員会「文化審議会著作権分科会私的録音録画小委員会中間整理（平成19年10月12日）」〈http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000030142〉。

571「私的録音録画小委員会中間整理に関する意見募集の結果について」〈http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/ shiteki_ ikenboshu_kekka.pdf〉。

572 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書（平成21年１月）」〈http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2101_shingi_hokokusho.pdf〉。

573 ただし、私的録音録画に関する著作権法30条の適用範囲の見直しに関し、中間整理において、「違法録音録画物、違法配信からの私的録音録画」および「適法配

提案されていた事務局案は、補償金制度の縮小と他の方法による解決への移行、すなわち契約モデルへの移行を前提としたものであり、「将来において著作権保護技術が充分に発達・普及し、私的な領域における録音録画を著作権保護技術で広く管理できるような状況が実現されたとすれば、仮に私的録音録画について第30条の私的使用目的の複製に係る権利制限の適用を除外し、原則として許諾権が働くこととした場合、権利者は一般に著作物等の提供者を介した又は直接の契約を通じて利用者から対価を徴収することが可能となる。このことは当然ながら補償金制度の廃止を意味する」として、30条からの私的録音録画の除外の可能性や私的録音録画補償金制度の将来的な廃止についても言及されていた。

なお、その後2014年（平成26年）に、文化審議会著作権分科会の下に「著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会」が設置され、クリエーターへの適切な対価の還元やコンテンツの再生産を目的として、私的録音録画補償金制度の見直しや当該制度に代わる新たな仕組みの導入の検討が進められている[574]。

1-3-2. 東芝録画補償金事件

東芝録画補償金事件は、私的録画補償金制度をめぐって、アナログチューナー非搭載の録画機器につき、製造・販売業者が補償金を支払う義務を負うかについて争われた事案である。私的録音録画補償金制度において、補償金を支払う義務を負うのは、あくまで特定機器を利用して特定記録媒体に私的録音・録画を行う者とされており（30条２項）、特定機器や特定記録媒体の製造業者等は、補償金の請求及び受領に関して「協力」しなけ

信事業者から入手した著作物等の録音録画物からの私的録音録画」を30条から除外することが適当であるとする意見が大勢とされ、このうち「違法録音録画物、違法配信からの私的録音録画」の30条からの除外が、2009年著作権法改正によって行われることになった。

574 文化庁・前掲注566)。「クラウドサービス等と著作権」および「クリエーターへの適切な対価還元」を検討課題とする「著作物の適切な保護と利用・流通に関するワーキングチーム」〈http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoseikihon/〉から議論が引き継がれている。

ればならないとされている（104条の５）。この事件での主な争点は、①私的録画補償金制度において製造業者等に課された協力義務の法的性質と、②アナログチューナー非搭載機器が補償金制度の対象となる特定機器に該当するか否かである。

東京地裁は、特定機器該当性についてこれを肯定したが、協力義務については、法的強制力を伴わない抽象的な義務であるとした[575]。これに対し、知財高裁は、協力義務に違反した場合に損害賠償責任が生じうることを認めたが、特定機器該当性を否定した[576]。いずれにおいても、結論としては私的録画補償金管理協会（SARVH）の請求は退けられている。

本件の背景には、デジタル放送には著作権保護技術（ダビング10）が施されているところ、これに加えて補償金が課されるべきかという問題についての権利者側とメーカー側との対立があった。東芝はこの事件において、デジタル放送にダビング10という著作権保護技術が用いられていることにより、広範かつ大量・高品質の複製に対する著作権者等への代償措置としての私的録画補償金制度の趣旨が妥当しなくなったという主張や、消費者が著作権保護技術の対応コストと私的録画補償金という「二重の負担」を負い、著作権者等には「二重の利得」が認められることとなるといった主張を展開した。東京地裁は、これらの主張について、立法論に過ぎない、あるいは法令解釈の枠を超えている等として退けたが、知財高裁は、著作権保護技術の有無・程度が録画補償金の適用範囲を画するに際して政策上大きな背景要素となることは否定できないと述べ、デジタル放送とアナログ放送の質的な差について言及している[577]。

私的録音録画補償金制度は、録音・録画機器等の普及により、家庭内等の私的な領域で大量の録音・録画が行われ、権利者に与える影響が大きくなったことから、その対策として導入されたものである。個別の録音・録画行為に権利行使することは事実上不可能であった状況において、録音・録画の機器や媒体の製造業者等から補償金を徴収することにより、ある程度録音・録画の利用に応じた対価を権利者に還流させることを可能とする

575 前掲・東京地判平成22年12月27日［東芝録画補償金一審］。

576 前掲・知財高判平成23年12月22日［東芝録画補償金控訴審］。

577 もっとも、このことを理由に特定機器該当性を否定しているわけではない。

ところに、制度の意義があった。

しかし、最近では、音楽や映像の配信事業のように、著作権保護技術と契約の組み合わせ等により、権利者は録音・録画の対価を確保できるようになりつつある。技術の進展により私的録音・録画の実情の捕捉が可能となれば、私的録音録画補償金制度が維持されるべき合理性は、もはや失われるということになる。私的録音録画補償金制度をめぐっては、先に紹介したように制度の見直しが議論されてきており、この東芝録画補償金事件を契機に、録画補償金制度も事実上機能しない事態に至った。

1-4. 小括

以上のように、私的複製に関連する近時の動向をみると、私的な著作物の利用において自由とされる領域が実質的に狭まってきているように見受けられる。

私的複製を規定する30条に関する近時の法改正では、技術的保護手段を回避して行う複製の私的複製からの除外やいわゆるダウンロード違法化によって、私的複製の例外が拡張される傾向にある。また、テレビ番組の録画・転送サービスや、携帯電話向けの音楽ストレージ・サービス、紙媒体の書籍の電子書籍化サービスなど、私人の著作物利用を容易にするサービスが問題となった事例においては、いずれもサービス提供者に対し著作権侵害に基づく差止請求が認められており、このようなサービスを用いて私的に著作物を利用することが実質的に制限されることにつながっていくと考えられる。また、私的録音録画補償金制度をめぐっては、その見直しの議論や東芝録画補償金事件において、補償金制度の縮小傾向が示されており[578]、補償金制度を通じて対価を支払う代わりに私的録音・録画を自由に行いうるという方向性よりも、著作権保護技術や契約を活用して個別に直接的に対価を徴収し[579]、30条により自由に複製を行いうる範囲を狭め

[578] 駒田泰土［判批（東芝録画補償金事件控訴審）］ジュリスト臨時増刊1440号（平成23年度重要判例解説・2012年）286頁は、東芝録画補償金事件知財高裁判決が、補償金制度の縮小路線に推進力を与える内容であると評している。

[579] 契約や技術による個別課金のライセンスモデルを志向する考え方として、中山信弘「『損せぬ人にもうけなし』、著作権は開発の壁でいいのか（インタビュー）」日

ていくという方向性が志向されているようにも思われる。

しかし、このような傾向が望ましいかどうかについては、慎重な検討が必要となるように思われる。以下では、フェア・ユースの市場の失敗理論や関連する議論から得られる示唆を踏まえ、日本著作権法における私的な領域での著作物の利用に関する著作権法の規律のあり方について検討する。

〈謝辞〉

本研究はJSPS科研費JP25780082の助成を受けたものです。

経エレクトロニクス2009年2月9日号(2009年)26頁、同・前掲注533)299-304頁、潮海久雄「私的複製の現代的意義ー私的録音録画補償金制度からライセンスモデルへー」著作権研究40号(2014年)69-109頁、小泉直樹「著作権等制限規定と契約・技術的保護手段のインターフェイス」コピライト507号(2003年)6頁等。