

著作権法による技術的手段の保護の 正当性について

王 迂
孙 友容(訳)

要約：技術的手段の保護についての「著作権に関する世界知的所有権機関条約」を実施するために、中国や多くの国の著作権法は、無許可の著作物の視聴やコンピューター・ソフトウェアの実行などを防止するための「アクセス・コントロール手段」および無許諾の著作物の複製、伝達などの著作権侵害行為を防止するための「著作権保護手段」を保護している。「著作権保護手段」そのものは著作権を保護する手段であるから、著作権法による保護の正当性には異論はないであろう。一方、海賊版の小説や映画の視聴に関する許諾を得ないまま著作物へアクセスする行為は、著作権侵害行為に該当しないため、「アクセス・コントロール手段」の目的は著作権の保護にあるわけではない。したがって、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性についての議論が極めて盛んである。「アクセス・コントロール手段」の保護の正当化根拠に関しては、「一時的複製」および著作物への無許諾のアクセスの防止による複製権といわゆる「アクセス権」の直接的な保護に求める見解がある。しかし、この見解には根拠が乏しいといわざるをえない。中国のような「一時的複製」を複製権の対象から外している国においては、「アクセス・コントロール手段」は複製権を担保するものということではできず、そもそも「アクセス権」は著作権法に存在していないのである。また、別の見解は、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当化根拠を、このような手段が著作物へのアクセスを制限することによって、間接的に著作権侵害を抑止する効果を有する点に求めている。しかし実際には、少数の「アクセス・コントロール手段」のみが間接的に著作権侵害に対する抑止効果を有するに止まる。本論文は、著作権による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当化根拠を、「アクセス・コントロール手段」が権利者の著作権法上の正当な利益の保護、すなわち他人による著作物の利用行為からの合理的報酬の確保に求めるものである。この理論によると、ある「アクセス・コントロール手段」の目的が権利者の著作権法上の正当な利益を保護するためでなければ、著作権法による保護を得られないことになる。

キーワード：技術的手段、アクセス・コントロール手段、著作権保護手段、アクセス権

I はじめに

「技術的手段」とは、デジタル時代における著作権者自身の利益を保護するための技術的な手段である。たとえば、音楽レコードの複製を防ぐための技術的手段を施すと、ユーザーはこのレコードに保存されている音楽を再生することしかできず、レコードを複製することはできない。また、ソフトウェアにおける「シリアルナンバー」は、代金を支払って権利者から適法に当該ソフトウェアを入手したユーザーのみにソフトウェアの実行を可能とするものである。しかしながら、技術的手段が誕生したその日から、さまざまな技術的手段を迂回するツールが技術的手段とともに現れた。たとえば、インターネット上には、ソフトウェアの「シリアルナンバー」を解読するプログラムが出回っており、専門的技術に精通しない者であってもこうしたプログラムを用いて「シリアルナンバー」を解読し、海賊版のソフトウェアを実行することができるようになった。このように、著作権者が施した技術的手段は実効性を伴わない存在となっている。

技術的手段の迂回を抑制するために、1996年に世界知的所有権機関の提唱によって二つの新しい条約が作成された。「著作権に関する世界知的所有権機関条約」(WCT)は、締約国に対し、特定の技術的手段への保護を義務付けている。WCT11条は「締約国は、著作者によって許諾されておらず、かつ、法令で許容されていない行為がその著作物について実行されることを抑制するための効果的な技術的手段であって、この条約又はベルヌ条約に基づく権利の行使に関連して当該著作者が用いるものに関し、そのような技術的手段の回避を防ぐための適当な法的保護及び効果的な法的救済について定める」と規定している。また、WCTと同時に作成された「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約」(WPPT)18条は、WCT11条と類似する文言によって、締約国に実演者とレコード製作者による技術的手段に保護を与える義務を課している。

その後、中国を含む多くの国は、著作権法を改正して、世界知的所有権機関による二つの新しい条約における技術的手段の保護に関する規定に

対応した。こうした著作権法の立法例に多く見られるのは、保護を受ける技術的手段を2種類に分けることである。すなわち、「アクセス・コントロール手段」(access control measure)と「著作権保護手段」(copyright protection measure)である。「アクセス・コントロール手段」とは、著作物の閲覧、視聴あるいはコンピューター・ソフトウェアの実行等、コンテンツへの無許諾の「アクセス」を制限するための技術的手段である¹。「著作権保護手段」とは、複製や伝達等、無許諾の著作物利用による、著作権等の侵害を抑止するための技術的手段である²。2006年に公布された「情報

¹ たとえば、1998年のアメリカの改正著作権法「デジタルミレニアム著作権法」が定義する技術的手段の一つとして、その通常の実行過程において著作物にアクセスするには、著作権者の許諾を得て情報を入力または手続もしくは処理を行うことを必要とする場合に、「著作物へのアクセスを効果的にコントロールする」ことができるものを定義している(すなわち「アクセス・コントロール手段」)。17 U.S.C. §1201(a)(3)(B)を参照。オーストラリア著作権法10条に規定された第一の技術的手段は、「アクセスをコントロールする技術的保護手段」である。EU「情報社会における著作権および著作権隣接権に関する指令」(以下、EU「著作権指令」)6条(3)項は技術的手段につき、「著作物の無許諾の特定の使用行為を防止あるいは制限することができる技術、装置あるいはモジュールである」と定義する一方、「権利者が『アクセス・コントロール』手段によって著作物の使用をコントロールし、保護の目的を達成する場合に、当該技術的手段を『効果的』な技術的手段という」と規定する。したがって、「アクセス・コントロール」につき保護の対象となる技術的手段である旨規定したものと評価できる。

² アメリカの「デジタルミレニアム著作権法」は、技術的手段がその通常の実行過程において、他人によって本編に基づく著作権者の権利の行使を妨害し、限定またはその他制限する場合に、当該技術的手段が「本編に基づく著作権者の権利を効果的に保護する」ということができる(すなわち「著作権保護手段」)。17 U.S.C. §1201(b)(2)(B)を参照。オーストラリア著作権法10条に規定される第二の技術的手段は、「その通常の実行過程において、著作権侵害行為を阻止もしくは抑制または制限することができる装置、製品もしくは技術または部品(コンピューター・プログラムを含む)」である。すなわち、「著作権保護手段」である。EU「著作権指令」6条(3)項は、権利者が「コピー・コントロール・システム」を通じて著作物の使用をコントロールして保護の目的を達成する場合、当該技術的手段は「効果的」な技術的手段であると規定している。言い換えれば、「著作権保護手段」が保護の対象となる技術的手段である旨規定している。

ネットワーク伝達権保護条例」26条によれば、技術的手段につき、「著作物、実演、録音録画製品を無許諾で観賞もしくは視聴または情報ネットワークを通じて公衆に提供することを防止あるいは制限するための効果的な技術、装置あるいは部品」であると定義されている。上記の「著作物、実演、録音・録画を……無許諾で情報ネットワークを通じて公衆に提供することを防止あるいは制限するための効果的な技術、装置あるいは部品」は、いわゆる「情報ネットワーク伝達権」を保護するための「著作権保護手段」である³。また、「著作物、実演、レコード、ビデオグラムを無許諾で観賞もしくは視聴……することを防止あるいは制限するための効果的な技術、装置あるいは部品」とは、いわゆる「アクセス・コントロール手段」である。

もっとも、長期間にわたって、著作権法の保護対象は著作物および著作物に関わる他の法定の保護客体である（実演、レコード、ビデオグラム、放送信号など。論説の便宜のため、以下「著作物とその関連する保護客体」を「著作物」という）。保護の方法は、著作権者および隣接権者に「複製権」、「発行権」および「情報ネットワーク伝達権」などの一連の排他的権利を与えることによって、著作物を利用する行為をコントロールし、許可されずにこれらの行為をなすことは権利侵害とされる、という規範である。多くの国において、技術的手段が著作権法の保護対象とされたのは近年になってからである⁴。したがって、著作権法による技術的手段の保護の正

³ 同条が「著作権保護手段」につき「権利者に許可されずに、著作物、実演、レコード、ビデオグラムを……情報ネットワークを通じて公衆に提供することを防止あるいは制限を目的とする」手段に限定するのは、情報ネットワーク伝達権保護条例は、情報ネットワーク伝達権への保護に関する規定のみを対象とする委任立法であって、「複製権」のようなその他の権利への保護はその対象とされていないためである。

⁴ 1996年に二つの条約が締結される以前は、少数の国の著作権法に技術的手段の保護についての大まかな規定があるに止まっていた。たとえば、イギリス1988年著作権、意匠及び特許法（以下「イギリス著作権法」）には、デジタル形式で存在する著作物について、著作権者は「複製防止システム」を回避するためにのみ製造、輸入、頒布、貸与、販売することをを行う者、および情報を公開することによって他人に「複製防止システム」を回避させる者に対し、訴訟を提起することができ、当該

当化根拠について注目されたのは最近である。

上記二つの類型の技術的手段に対して著作権法による保護を設定する正当性についての異議は少ない。「著作権保護手段」の保護対象は著作権法の明文によって権利者に与えられた排他的権利だからである。著作物に「著作権保護手段」を施すことは、権利者が自らの排他的権利を保護する効果的な手段である。著作権法による「著作権保護手段」の保護は、権利者による技術的手段を用いた自力救済を承認するものである。「情報ネットワーク伝達権保護条例」の起草者による技術的手段の保護に関する解釈によれば、「インターネット環境において、侵害の発生を防止する事前の措置である技術的手段は、権利者の物質的権利を保護することに効果的である」⁵。たとえば、家屋の所有者は無断侵入の窃盗犯に法律上の責任を追究することができるが、泥棒の侵入を防止するために事前に施錠することもできる。この場合、法律は無断で錠をこじ開ける行為を禁止するのが当然であろう。施錠に対して法的保護を与えるのは、錠そのものが家屋の所有者の財産であるからだけではなく、施錠は室内の財産を守るための権利者の自力救済手段だからである。著作権者による「著作権保護手段」が排

行為にかかる設備等の没収が可能である旨規定されていた。「複製防止システム」はいわゆる典型的な「著作権保護手段」である。イギリス著作権法296条(2)参照。1991年欧州共同体「コンピューター・プログラム保護指令」においても、加盟国は「コンピューター・プログラム保護の技術的装置を許諾無く除却したり迂回したりする行為を容易にすることのみを目的とする手段を商業目的で所持し、または頒布する行為」を禁止すべき旨述べている。EC「コンピューター・プログラム保護指令」7条1(5)を参照。もっとも、同条はコンピューター・プログラムに関わる技術的手段に保護の範囲を限定しており、他の類型の著作物に関わる技術的手段については保護の対象としていない。アメリカの1992年「家庭内録音法」は、デジタル録音装置の提供者が、デジタル録音物を連続コピーすることを防止するための「逐次コピー制御システム」を採用しなければならないと規定するとともに、「何人も、システムの回避、除却、無力化その他迂回を主たる目的とする装置を輸入、製造または頒布し、またはかかる効果を有するサービスを提供してはならない」と規定した。17 U.S.C. §1002を参照。欧州のものと同様、同条の適用範囲は極めて制限されており、録音物にかかる「逐次コピー制御システム」という「著作権保護手段」のみを対象としている。

⁵ 张建华主编『信息网络传播权保护条例释义』（中国法制出版社・2006年）13頁。

他の権利を保護するための正当な手段であるため、著作権法による「著作権保護手段」の保護には正当性があるといえることができる。

一方、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護は理論上の大きな戸惑いや論争をもたらした。「アクセス・コントロール手段」が「著作権保護手段」とは独立して取り扱われていることは、「アクセス・コントロール手段」の直接の目的が「著作権保護」にあるわけではないことを明らかにするものである。著作物に対する無許諾のアクセスに関して、海賊版の著作物を閲読、視聴する行為はいずれの国においても著作権侵害行為に該当せず、海賊版のソフトウェアを実行する行為については限られた場合にのみ著作権侵害行為と評価される⁶。それでは、著作権を直接保護できず、著作権侵害行為を直接抑止できない「アクセス・コントロール手段」に対する著作権法による保護の正当性はどこにあるのか。これに対し、本論文では、著作権法による技術的手段の保護の正当化根拠となる理論を提示したうえで、それをを用いた著作権法による技術的手段の保護の境界線を示すこととしたい。

II 「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性についての三つの学説

「著作権保護手段」とは異なり、「アクセス・コントロール手段」の直接の機能は著作物への無許諾でのアクセスを防止することにある。すなわち、

⁶「最高人民法院著作権民事訴訟事件の審理に関する法律適用の若干問題の解釈」21条によると、「コンピューター・ソフトウェアのユーザーが、無許諾または許諾の範囲を逸脱して、商業目的でコンピューター・ソフトウェアを使用する行為は、『著作権法』47条(一)号および『コンピューター・ソフトウェア保護条例』24条(一)号の規定によって民事責任を負わなければならない」。これによると、海賊版のソフトウェアを「非商業目的に使用」する行為は、中国においては著作権侵害行為にならない。一方、欧米の著作権法では、ソフトウェアの実行により生じるコンピューターのメモリーにおける一時的複製は「複製」に該当するとされているため、海賊版のソフトウェアを実行する行為は複製権侵害に該当する。したがって、コンピューターの無断実行を防止するための技術的手段は「著作権保護手段」であり、「アクセス・コントロール手段」ではない。以下、これについて説明する。

ユーザーによる無許諾または許諾の範囲外での著作物の閲読、視聴、およびコンピューター・ソフトウェアの実行を防止することである。「アクセス・コントロール手段」はユーザーによる著作物の無許諾複製あるいは無許諾の伝達を直接防止するものではなく、したがって著作権侵害を直接防止するものではない。ゆえに、著作権法によるこれらの技術的手段の保護の正当性については、著作権の保護という視点から説明することはできない。「アクセス・コントロール手段」を著作権法の保護範囲に入れる国がますます増加している背景として、各国の立法担当者、研究者および裁判所は多様な角度から「アクセス・コントロール手段」に関する著作権法による法的保護の正当性を論証している。この点に関する学説は、以下の三つの類型に分類できる。すなわち、(1)「アクセス・コントロール手段」は「複製権」(一時的複製を防止する)を保護しうる(複製権保護説)。(2)「アクセス・コントロール手段」は「アクセス権」を保護しうる(アクセス権保護説)。(3)「アクセス・コントロール手段」は間接的に著作権を保護する(著作権間接保護説)である。しかしながら、上記の三つの学説はいずれも成立しえないと思われる。

1. 「複製権保護説」

技術的手段は主にデジタル著作物やコンピューター・ソフトウェアに対して施される。一方、デジタルの著作物を閲読・視聴したり、コンピューター・ソフトウェアを実行したりするためには、コンピューターを用いる必要がある。その過程において、CPU等において情報を処理する際、デジタル著作物やコンピューター・ソフトウェアの断片がキャッシュされる。これらの著作物の断片は一時的にキャッシュされるのみで、コンピューターが処理を完了次第、キャッシュされた内容は更新され、あるいはコンピューターがシャットダウンされれば、キャッシュはクリアされる。キャッシングは、伝統的な紙媒体あるいは光ディスクやハードディスクにおける保存と区別する意味で「一時的複製」と呼ばれる。「一時的複製」の位置付けは、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当化にとって極めて重要である。「一時的複製」がコピー、印刷、ダビングあるいはダウンロードと同様に著作権法上の複製行為に該当するとすれば、コ

ンピューターでの海賊版の小説の閲読や海賊版の音楽や映画の視聴、海賊版のソフトウェアの実行は、すべて著作物の無許諾複製に該当し、「複製権」の侵害になる可能性がある。これらの行為を防止するための「アクセス・コントロール手段」は、実際には「複製権」の保護を唯一の目的とする「著作権保護手段」である。逆に、「一時的複製」が著作権法上の複製行為に該当しないとすれば、上記の行為はいずれも著作権の侵害とはならず、これらの行為を防止するための「アクセス・コントロール手段」と著作権侵害の防止は無関係になろう。

現在、アメリカとEUは判例または立法により、「一時的複製」を著作権法上の複製行為として位置付けている。代表的な「MAI v. PEAK 事件」では、アメリカ連邦第9巡回区控訴裁判所は、ソフトウェアの実行過程における「一時的複製」がアメリカ著作権法上の複製の定義に該当する、と述べている⁷。一方、2001年に成立したEU「著作権指令」2条によると、「加盟国は、(権利者が)如何なる方法および如何なる形式で、直接あるいは間接に、全部あるいは部分的複製を許可または禁止する権利を有する、と規定しなければならない」。言い換えれば、「一時的複製」が「複製行為」として「複製権」の保護範囲に組み入れられているのである。

これらの国において「一時的複製」は著作権法上の複製行為と見なされ、コンピューターで著作物を閲読、視聴あるいはソフトウェアを実行するには、必然的に「一時的複製」が伴う。したがって、「アクセス」を防止することはすなわち「複製」を防止することとなり、「アクセス・コントロール手段」の保護は「複製権」を直接保護する手段となる。それゆえ、欧州委員会はこの理由付けを用いて、「著作権指令は技術的手段と著作権行使を結び付けた。技術的手段は『排他的権利の範囲内の行為』をコントロールする場合のみ、著作権指令の保護を受けられる。著作権指令における

技術的手段が排他的権利の範囲外の行為にまで及ぶと理解してはならない」と述べる⁸。

また、EU加盟国であるイギリスにおいても、以前から「一時的複製」は複製行為と評価されている⁹。したがって、「著作権指令」の技術的手段の保護についての規定を実施する際に、明文でその保護範囲を「その通常の実行過程において、著作権保護を受ける作品を保護するための技術、装置または部品」に限定している¹⁰。かつ、「著作物の保護」を「著作権により制限される行為と著作権の対象となる行為が無許諾でなされる場合、当該行為を抑止または制限すること」と定義される¹¹。よって、ある行為が排他権の制限の対象とならない限り、たとえ権利者は許諾する意図なく技術的手段を施したところで、そのような技術的手段は著作権法による保護を受けられない。

イギリスで提起された有名な訴訟である「Sony v. Owen 事件」と「Sony v. Ball 事件」は「アクセス・コントロール手段」と複製権との関係を裏付けるものであった。上記の二つの事件の概要はほぼ同じである。ソニーはイギリスでPlayStationというゲーム機とその対応するゲームソフトを製造販売している。ユーザーに海賊版のゲームソフトを使用させない目的で、かつゲームソフトの販売に地域制限を行うために、ソニーはゲーム機およびゲームソフトについてセットする「コード」を設けた。ゲーム機やゲームソフトに設定された「コード」は地域ごとに異なるものであった。たとえば、海賊版のゲームディスクやオーストラリアで購入した正規品のゲームディスクをイギリスで購入したゲーム機に挿入しようとしても、ゲーム機がゲームディスクから正しい「コード」を読み込めず、ゲームを実行できないのである。上記二つの事件では、いずれの被告もユーザーに「コー

⁷ MAI Systems Co., v. Peak Computer Inc., 991 F.2d 511, at 513 (9th Cir, 1993). 本件によれば、「複製」という言葉はもはや有形的複製という当初の意味に限られるものではない。コンピューターにおける情報の一時的保存も含むことになるのは「法律の自然な進歩」である、という見解もある。Trotter Hardy, *Computer RAM "Copies": A Hit or a Myth? Historical Perspectives on Caching as a Microcosm of Current Copyright Concerns*, University of Dayton Law Review, Vol. 22, p. 423, at p. 455 (1997).

⁸ Commission of the European Communities, Commission Staff Working Document, Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 30. 11. 2007, SEC (2007) 1556, p. 7.

⁹ イギリス著作権法17条(2)。

¹⁰ イギリス著作権法296条ZF(1)。

¹¹ イギリス著作権法296条ZF(3)(a)。

ド」をクラッキングできる特殊なチップを提供していた。ユーザーはこのチップをソニーのゲーム機に入れれば、挿入されるゲームディスクの対応する「コード」の有無にかかわらず、ゲームソフトが実行可能となる。

ユーザーがこのチップを用いて海賊版のゲームソフトを実行する過程において、著作権侵害に該当する可能性のある唯一の行為は、ディスクに記録されているゲームソフトが一時的にゲーム機にキャッシュされることによって生じる極めて短時間の「一時的複製」である。上記二つの事件の裁判所とも、ゲーム機での「一時的複製」を著作権法上の複製行為であると認定した。「Sony v. Owen事件」において、裁判所は、「もちろん、ゲームソフトがゲーム機（のメモリー）に読み込まれることは複製行為である」と述べている¹²。「Sony v. Ball事件」において、裁判所は同じく、「ゲームディスクがゲーム機に挿入される際に、かかるソフトウェアがディスクから読み込まれ、ゲーム機のメモリーにコピーされることは、複製行為に該当する」と述べている¹³。それゆえ、ユーザーがゲーム機に海賊版のゲームソフトを実行する行為は「複製権」の侵害に該当し、ユーザーの上記行為を防止するための「アクセス・コントロール手段」—「コード」が著作権侵害を抑止できる。そうすると、このような「アクセス・コントロール手段」がイギリス著作権法による保護を受けるのは当然であろう。

もっとも、「一時的複製」を著作権法上の複製行為としたうえで「複製権」の保護を理由に「アクセス・コントロール手段」の保護を正当化する理論は、中国を含む多くの国において適用できない。「一時的複製」を複製行為と扱うことに理論上の根本的欠陥がある¹⁴ことを別にしても、同説はそもそも一般的には受け入れられていない。

1996年、世界知的所有権機関はインターネット時代の二つの新たな著作権条約を締結するために、ジュネーブで国際会議を開催した。各国代表団の討議の基礎となったのは専門家委員会に起草された「基礎提案」であつ

¹² Sony v. Owen, [2002] EWHC45, para.8; Sony v. Ball, [2004] All ER (D) 334 (Jul) para. 7.

¹³ Sony v. Ball, [2004] All ER (D) 334 (Jul) para. 13.

¹⁴ これについて、拙著『网络环境中著作权保护研究』（法律出版社・2011年）45～64頁。

た。WCT草案7条は「複製権の範囲」に関する規定であり、アメリカとEUの主張を反映させる形で「複製権は、手段または形式を問わず、永久か一時的複製かにかかわらず、著作物の直接又は間接の複製の許諾を含むものとする」¹⁵と規定した。同条について「基礎提案」の解釈は以下のとおりである。

「同提案の意図は広く受けられた理解を明らかにすることである。すなわち、恒久的および一時的複製はいずれもベルヌ条約のいう複製に該当する。複製の結果は、書籍、録音製品あるいは光ディスクのような有形的、恒久的複製物に限らず、コンピューター・ハードディスクにおける複製物およびコンピューター・メモリーでの複製物もこれに含まれる¹⁶」。

よって、WCT草案7条の目的は、一時的複製を確実に複製権の範囲内に含めることにある。しかしながら、中国を含む多くの国に反対されたため¹⁷、結局、複製権の範囲についての「基礎提案」7条は、条約の正式な条文として成立しなかった。上記の国際会議では複製権の範囲を解釈する「合意声明」のみが通過した。その内容は以下のとおりである。

「ベルヌ条約9条の複製権および許可される例外についての規定は、デ

¹⁵ WIPO Doc. CRNR/DC/4, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be considered by the Diplomatic Conference (1996), Article 7.

¹⁶ 前掲注15・para. 7.05.

¹⁷ 国際会議で提出された「基礎提案」7条についての各国代表団の意見書および議事録によれば、理由を異にするものの、「基礎提案」7条に賛意を示さない国が多数であった。たとえば、日本の代表団は、「基礎提案」7条に関わる問題（主に一時的複製の問題）は国内法によって解決すべき旨を主張した。シンガポールやオーストラリア等の代表団は、あらゆる「一時的複製」を複製行為として複製権の範囲に包摂することには原則賛成である一方、その制限と例外についても明確化して、特定の場合における「一時的複製」（主にブラウザや発信する過程における「一時的複製」を指す）を免責するべきだと主張した。中国、ノルウェー、デンマーク、スウェーデン、タイおよびアフリカの代表団は、「一時的複製」を複製権の範囲内とすることににつき徹底的に反対していた。WIPO Doc. CRNR/DC/102, Summary Minutes, Main Committee I, para. 275, 274, 257, 263, 295. 第一主委員会の会議記録を参照。WIPO Doc. CRNR/DC/56, Amendment to Articles 7, 10, 13 and 14 of Draft Treaty No. 1, p. 1-2, para. 1. アフリカ代表団の意見書も参照。

デジタル環境下において、特にデジタル著作物について完全に適用される。保護の対象となる著作物についてのデジタル形式での電子的媒体における蓄積は、ベルヌ条約9条にいう複製に該当する」。

もともと、合意声明における「蓄積」が、コンピューターにおける「一時的複製」を含むか否かは明確ではない。「蓄積」の解釈は各加盟国に委ねられている¹⁸。さらに、「合意声明」は全会一致ではなく多数決により採択されたものである¹⁹。「条約法に関するウィーン条約」31条「解釈に関する一般的な規則」2項は、「条約の解釈上、文脈というときは、条約文（前文及び附属書を含む。）のほかに、次のものを含める。(a)条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意……」と規定している。上記二つの条約に附属する「合意声明」において、複製権の範囲に関する声明以外の部分は全会一致により採択されたため、「条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」として解釈するには有効であろう。しかしながら、「合意声明」のうち、複製権の範囲に関する部分については全会一致による採択を経していないため、その拘束力については不明確である。国際会議においても、多くの国の代表団は全会一致による採択を経していない「合意声明」につき、条約の解釈に対する拘束力を疑

¹⁸ オーストラリアの法務省ならびに通信芸術省により公布された「著作権リフォームとデジタルアジェンダ」によると「注意すべきなのは、合意声明は、各国における複製権の範囲の確定に資するものではないということである。一時的複製が複製権の保護範囲か否かという重要な事項が不明確だからである」。Attorney-General's Department and the Department of Communications and the Arts of Australia: Copyright Reform and the Digital Agenda, note 3.41 (1997).

¹⁹ 当時の第一主委員会における「合意声明」第2文（すなわち「保護される著作物のデジタル形式での電子媒体による蓄積は、ベルヌ条約9条にいう複製に該当する」である）に対する投票の状況は以下のとおりである。欠席63、賛成49、反対13、棄権28であった。これは「合意」とはいえないであろう。第一主委員会の議事録を参照。Summary Minutes, Main Committee I, para. 1151. その後の全体会議においては、第一主委員会において全会一致で採択された「合意声明」の第1文と、多数決で採択された第2文とを併せて投票が行われた。結果は、賛成51、反対5、棄権30であった。全体会議の議事録を参照。WIPO Doc. CRNR/DC/101, Summary Minutes, Plenary, para. 497.

問視した²⁰。上記の状況から見れば、「一時的複製」に関する国際的な合意が形成されたとはいえないであろう²¹。

中国の代表団はジュネーブ国際会議で「一時的複製」を複製行為と定義することに反対した。中国の代表団は、「基礎提案」7条の複製権に関する定義を「著作物の直接または間接の恒久的な複製（傍点は著者による）」と修正すべき旨提案することとまらず²²、複製権の範囲に関する「合意声明」の第2文に対して反対票を投じた²³。この立場は「情報ネットワーク伝達権保護条例」の立法過程において改めて表明された。「条例」の起草過程で「一時的複製」の位置付けは焦点の一つであったといえよう。「条例」の草案では、複製権の範囲につき「あらゆる方法や形式によって、著作物、実演あるいは録音録画製品に対して恒久的あるいは一時的、全般的あるいは部分的複製を行うこと」²⁴との規定が存在し、それは実質的に「一時的複製」を「複製行為」と認めるものであったが、最終的には採用されなかった。条例が通過した後、国务院法制弁公室責任者は記者会見において質問に回答する形で、以下のように指摘した。

「条例において一時的複製を規制する条文を設けるべきだという見解が

²⁰ たとえば、パキスタン代表は「合意声明」に関する議論において、「全会一致で採択されていない声明を、全会一致で採択されたものと同一視すべきではない」と指摘した。ブラジル代表はこれに賛意を示したうえで、さらに、ブラジル代表団は第2文に反対しており「合意声明」は全会一致で採択されるものとはいえない旨指摘した。フィリピン代表は、もし「合意声明」が多数決によって採択されたとすれば、「条約法に関するウィーン条約」にいう「合意」の存在を認めることはできず、したがって条約の解釈には実益がない旨指摘した。第一主委員会の議事録を参照。WIPO Doc. CRNR/DC/102, Summary Minutes, Main Committee I, para. 1066, 1101, 1097.

²¹ Attorney-General's Department and the Department of Communications and the Arts of Australia: Copyright Reform and the Digital Agenda, note 3.42 (1997), 薛虹『インターネット上の著作権と有関係保護』郑成思主编『知识产权文丛（第一卷）』（中国政法大学出版社・1999年）85頁。

²² 中国代表団の提案を参照。WIPO Doc. CRNR/DC/64, Amendments to Partly Consolidated Text of Draft Treaty No. 1 (CRNR/DC/55), p. 2, para. 4.

²³ 国際会議第一主委員会の会議記録を参照。WIPO Doc. CRNR/DC/102, Summary Minutes, Main Committee I, para. 1149.

²⁴ 「情報ネットワーク伝達権保護条例」（草案）2005年7月15日公布。

あった。我々は国务院関連機構と共同で研究した結果、一時的複製を禁止するには問題があると思われる。すなわち、ユーザーの著作物のオンラインの利用を抑制することによって、ユーザーの非商業使用をも禁止することになる。これは実行可能ではないと思われる。国際的にも一時的複製の禁止については大きな論争となっている。インターネット条約の制定過程において中国を含む途上国は一時的複製の禁止について端的に反対した結果、結局合意に達することができず、インターネット条約においては一時的複製の禁止については問題を先送りすることとなった。さらに、本条例においては、著作権法からの委任を受けていない事項である一時的複製に関して、委任立法としての規定を設けてはならないと判断した。したがって、本条例においては一時的複製についての規定を見送った²⁵。

上述したことからすれば、「一時的複製」を複製行為と見なしたうえで「アクセス・コントロール手段」を「複製権」の保護対象とする見解は、中国の現行法や政策にその依拠を求めることはできない。

さらに、欧米の国々においても、著作権という排他的権利の視点から、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性を論証するという考え方にも、問題がないわけではない。「アクセス・コントロール手段」の役割は「複製権」の直接の保護にあり、一時的複製による「複製権」侵害の抑止にあると考えれば、欧米の著作権法上において「著作権保護手段」と「アクセス・コントロール手段」を区別する実益に乏しいこととなるのではなからうか。実際に、欧米の裁判所は、コンピューターを用いてデジタル著作物を無許諾で閲読、視聴する行為を著作権侵害と評価したことはなく、侵害が肯定されたのはコンピューター・ソフトウェアの無許諾の実行行為に関してのみである。したがって、「一時的複製」を複製行為と評価する国において、「複製権保護説」はせいぜいコンピューター・ソフトウェアにおける「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性の理由付けとなるに止まり、文学芸術著作物における「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性を裏付けることはできないのである。

²⁵ 前掲注5・107頁。

2. 「アクセス権保護説」

アメリカのコロンビア大学教授 Jane Ginsburg をはじめとする多くの研究者は、「アクセス・コントロール手段」が著作権を直接保護するものと捉え、その保護対象は複製権ではなく、未だ著作権法に明文を有さない新たな排他権であると考えている。Ginsburgによれば、デジタル時代においては、公衆による著作物の利用は「有形的な複製物を入手してなされるもの」から「著作物に直接アクセスしてなされるもの」へと転換したという²⁶。言い換えれば、公衆は以前のように書籍、録音録画製品や光ディスクなどの著作物が「有形的に複製された物」を用いることなく、インターネットを通じて直接著作物自体を視聴等することができるようになったのである。それに、アメリカの「デジタルミレニアム著作権法」における「アクセス・コントロール手段」に対する保護は、事実上いわゆる「著作物へのアクセスをコントロールする権利」(the right to control access to works)あるいは「アクセス権」(access right)を創設するものであった。すなわち、著作権者は、公衆が閲読、視聴等することでデジタル著作物に「アクセス」することをコントロールする権利を有する²⁷。さらに、Ginsburgは、著作権法は「アクセス権」を「複製権」のような伝統的な排他権と同列に規定してはいないものの「アクセス権」は著作権法に必要不可欠なものであると考えている²⁸。

アメリカ連邦議会上院司法委員会の「デジタルミレニアム著作権法」に関する報告には、「アクセス・コントロール手段」の保護に関する言及があり、その文言は上記の見解を裏付けるものであるといえよう。

²⁶ Jane C. Ginsburg, *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol. 50, p. 113, at p. 114-115 (2003).

²⁷ 前掲注26・p. 113, p. 118.

²⁸ 前掲注26・p. 116, p. 131. 類似の見解として、Kamiel J. Koelman, *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures*, *European Intellectual Property Review*, Vol. 22, p. 272, at p. 274-245 (2000), Laura N. Gasaway, *The New Right of Access and Its Impact on Libraries and Library Users*, *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 10, p. 269 (2003).

「著作物へのアクセスをコントロールする権利に対する実効的な保護と救済を付与するため、同法1201条(a)項(2)号は、無許諾での著作物へのアクセスに対する技術的保護手段の迂回に供される特定の技術、製品あるいはサービスの作出と提供を禁じる」²⁹ (傍点は著者による)。

報告書の「著作物へのアクセスをコントロールする権利」との文言により、「デジタルミレニアム著作権法」は「アクセス・コントロール手段」に対する保護を通じて、「アクセス権」という新しい権利を設けた、と多くの人が信じている³⁰。中国の学界においても、「技術的手段を定義する条項と、当該手段の回避を禁ずる条項の組み合わせにより、実質的に『アクセス権』という新たな権利が創設されるに等しい帰結となる」という見解がある³¹。もちろん、著作権者が「アクセス権」を有するのであれば、「アクセス・コントロール手段」が保護するのは著作権者の排他権ということになり、それは著作権法により当然に保護されるべきことになる。

「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性を「アクセス権」に求めることは、一見論理的に思われるかもしれない。しかしながら、これでは各国で「アクセス・コントロール手段」に保護を与えつつ「アクセス権」について明文を有しないことを説明できない。「アクセス権」がそもそも著作権の概念に「包括」されるのであれば、明文化されない理由は何処にあるのだろうか。Fitzgeraldは著作権侵害の抑止と無関係な「アクセス・コ

ントロール」をその保護対象とすることにつき、以下のように反対を表明している。「オーストラリア著作権法が著作物へのアクセスを防止する技術的手段に保護を与えることは、『アクセス権』を創設するに等しい」³²。しかしながら、2006年にオーストラリアが著作権法を改正して「アクセス・コントロール手段」の保護を導入する際、排他権のリストにいわゆる「アクセス権」を列挙することはなかった。

アメリカ連邦議会上院司法委員会の「デジタルミレニアム著作権法」についての報告には、「著作物へのアクセスをコントロールする権利」に関する言及はあったものの、「アクセス・コントロール手段」の保護のシステムに関する解釈において、著作権法に内在する排他権としての「アクセス権」を実質的に否定した。「デジタルミレニアム著作権法」は「アクセス・コントロール手段」と「著作権保護手段」を同時に保護するが、規定振りの相違による保護の差が大きいといえよう。「著作権保護手段」について、同法1201条(b)項は当該類型の技術的手段の回避に供される装置やサービスの提供のみを禁ずるものであり、回避行為自体を禁止するものではない³³。一方、「アクセス・コントロール手段」については、同法1201条(a)項(2)号が当該類型の技術的手段の回避の用に供される装置やサービスの提供を禁止するのみならず³⁴、1201条(a)項(1)号により上記の回避行為自体も禁止されている³⁵。例として正規の音楽配信サイトが挙げられよう。ユーザーは費用を支払うことでユーザーネームとパスワードを取得し、サイトにアクセスして音楽を聴くことはできるが、ダウンロードすることはできない。ユーザーネームとパスワードはいわゆる「アクセス・コントロール手段」であり、ダウンロードを防ぐ技術的手段が「著作権保護手段」である。たとえば、ユーザーがユーザーネームとパスワードをクラッキングしてサイトにアクセスし、かつダウンロードを防ぐ技術的手段もクラッキングして音楽をダウンロードした場合、ユーザーの「アクセス・

²⁹ Senate Judiciary Committee Report on the DMCA, 105th Congress 2d Session Senate Report 105-190, p. 28

³⁰ Institute for Information Law of Faculty of Law, University of Amsterdam, Protection of Technological Measures, 1st ed., University of Amsterdam, p. 14 (1998). こうした見解は、「アクセス・コントロール手段」へ保護を与えることを望まない国に新たな反対の理由を与えるものであった。上述のとおり、日本著作権法は「アクセス・コントロール手段」を保護していない。日本の文化審議会著作権分科会において、構成員から著作権法の支分権の対象ではない「単なる視聴行為」をコントロールする技術的手段の回避を制度的に防止することは、実質的に視聴等の行為に関する新たな権利の創設にも等しい効果をもたらす、と指摘がなされた。日本「文化審議会著作権分科会報告書」(2006年) p. 76/256. http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/pdf/singi_houkokusho_1801.pdf (2011年2月20日アクセス)。

³¹ 熊琦「論“接触権”—著作財産権類型化の不足と克服」法律科学2008年5号。

³² Brian Fitzgerald, Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, No. 29.1, p. 5.

³³ 17 USC 1201(b)(1).

³⁴ 17 USC 1201(a)(2).

³⁵ 17 USC 1201(a)(1)(A).

コントロール手段」(ユーザーネームとパスワード)をクラッキングする行為は「デジタルミレニアム著作権法」に違反することになるが、「著作権保護手段」をクラッキングする行為は違法ではない。アメリカ連邦議会上院の司法委員会は「デジタルミレニアム著作権法」の報告において、このような取扱いの相違について以下のように説明している。

「1201条(a)項(1)号による『アクセス・コントロール手段』の回避を禁止する規定は必要なものである。なぜなら、同法の公布前に、『アクセス・コントロール手段』の回避を違法とする規定は存しなかったためである。……一方、従前より著作権侵害行為は禁止されており、『著作権保護手段』の回避を禁止する規定を新設する必要はない³⁶⁾」。

以上で述べたように、「著作権保護手段」の回避を禁止する規定を設ける必要がないのは、「著作権保護手段」により抑止されるのは著作物を無許諾で複製するというような、「従前から」著作権法で禁止されている侵害行為であるからである。「著作権保護手段」の回避の必然的な結果として、無許諾で複製がなされることとなるため、著作権侵害が生じることになる。そうすると、「著作権保護手段」の回避行為を行う者に対しては、著作権者は複製権等の侵害を理由に直接訴訟を提起することができる。このように解釈すると、著作権法における「アクセス・コントロール手段」の回避を禁止する規定を新設する必要があるのは、「アクセス・コントロール手段」の回避の結果生じる著作物への無許諾のアクセスを従前の著作権法が禁じていなかったためということになる。言い換えれば、従来、著作権者は公衆が著作物に無許諾で「アクセス」する行為をコントロールする排他権、すなわち「アクセス権」を有しない。

さらに、仮に Ginsburg が指摘するように、「アクセス権」そのものが著作権に内在するものであって、当然に著作権法の保護対象となるとすれば、著作物に無許諾で「アクセス」する行為は著作権侵害と評価されることになり、「アクセス・コントロール手段」の役割は「著作物に無許諾でアクセスする行為」の抑止に見出されることになる。そうすると、「アクセス・コントロール手段」とは「著作権保護手段」と等価の存在になるのではな

³⁶⁾ Senate Judiciary Committee Report on the DMCA, 105th Congress 2d Session Senate Report 105-190, p. 12.

かろうか。「デジタルミレニアム著作権法」が「アクセス・コントロール手段」と「著作権保護手段」とを峻別し、保護のアプローチを違える意味は何処にあるのだろうか。

上記のように、「アクセス権」に関する立法上の根拠がないにもかかわらず、いわゆる「アクセス権」の概念自体は、研究者等により著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護から演繹されたものにすぎない。明文を欠き、かつ保護の要請から演繹された概念である「アクセス権」に「アクセス・コントロール手段」の保護の正当化根拠を求めたところで、循環論法の域を脱することは困難であろう。すなわち、「アクセス・コントロール手段」に著作権法上の保護があることから著作権法上の「アクセス権」の存在を演繹するにもかかわらず、演繹された「アクセス権」自体に「アクセス・コントロール手段」の保護に対する正当化根拠を求めるのである。

もともと、各国の著作権法が「アクセス権」を明文で規定しないのは、各国の立法者の過誤ではなく、著作権法においてこの権利を認めるのが不可能だからであろう。著作権法上におけるすべての排他権の効果は、権利者自らがある行為を行う自由を賦与するものではなく、他人がなす特定の行為をコントロールすることである。他人は、法的な抗弁理由(著作権の制限、強制許諾など)なしに無許諾で排他権に属する行為をなせば著作権侵害となる³⁷⁾。たとえば、著作物を無許諾で複製、発行または公に実演すると、それぞれ複製権、発行権または実演権の侵害になる。著作権法に「アクセス権」を設ければ、権利者は自らの著作物への他人によるアクセスをコントロールできる。すなわち、著作物に無許諾で「アクセス」すると著作権侵害となる。法の趣旨に鑑みると、「アクセス権」は伝統的な排他権との間に実質的な区別がある。すなわち、「アクセス権」は消費者が単に著作物を「消費」する行為をコントロールするに止まり、第三者への著作物の提供をコントロールするものではない。

著作権法上の排他的権利に共通するのは、著作物を特定の方法で利用す

³⁷⁾ 一部の国の著作権法においてこれに対する明文の規定がある。たとえば、「如何なる者も、著作権者の許可を受けずに、同法による著作権者しか実施する権利がない行為を行うと、著作権侵害になる」。(Canada) Copyright Act, Sec. 27(1).

る行為を制限することによって、著作物を無許諾で公衆に提供する行為を抑制する側面があるということである。著作権法上の排他的権利は四つに分類できよう。中国の著作権法を例に取ると、一つ目の類型は「複製権」であり、著作物の複製行為をコントロールする権利である。二つ目の類型は「発行権」と「貸与権」であり、著作物の有形的媒体の所有権あるいは占有の移転により著作物の原作品または複製物を公衆に提供する行為をコントロールする権利である。三つ目の類型は公の伝達権であり、「実演権」、「放送権」、「上映権」、「情報ネットワーク伝達権」と「展示権」を含み、著作物の有形的な媒体の所有権あるいは占有を移転せず、著作物の内容を公衆に提供する行為をコントロールする権利である。四つ目の類型は「翻案権」であり、「撮影権」、「改編権」、「翻訳権」や「編集権」を含み、原著物の基本的な表現を利用し新たな著作物を創作する行為をコントロールする権利である。これらの四つの類型の権利の定義から見ると、二つ目の類型と三つ目の類型の権利は公衆に著作物を提供する行為にのみ及ぶのは明らかである。ある行為の結果、公衆に著作物を享受させない限り、これらの類型の権利の侵害にならない。たとえば、映画のDVDを毎日10元の価格でクラスメートに貸与する行為は、「公衆」への著作物の複製物の貸与に該当しない。なぜならば、クラスメートとは互いに親しい関係のため、著作権法上の「公衆」の定義に該当しないからである³⁸。したがって、上記の行為は「貸与権」の権利範囲に属さない。第四の「翻案権」は、一見公衆への著作物提供とは関係しないように思われるかもしれないが、実質的にこれによりコントロールするのはまさしく公衆に著作物を提供する行為である。ある人が他人の著作物を自宅において無許諾で撮影、翻訳、改編あるいは編集する行為は、著作権の制限に服することになり、撮影権、翻訳権、改編権あるいは編集権の侵害にならない。ドイツ著作権法が、翻案権がコントロールする行為を著作物の翻案物を発表または利用

³⁸ 中国の著作権法には「公衆」の範囲についての規定がない。他の国や地域の立法または司法の実務に照らせば、家族や知人の範囲を超えれば「公衆」要件に該当することになる。たとえば、台湾著作権法第3条は、「公衆とは、不特定または特定多数の者を指す。ただし、家族および通常の社交関係を持つ多数の者である場合はこの限りではない」と規定する。

する行為と規定したのは、以上の理由に基づくのかもしれない³⁹。言い換えれば、翻案権がコントロールする行為は、二次的著作物の発行、上演あるいは放送をはじめとする公衆に提供する行為である。伝統的に見れば、第一の「複製権」がコントロールする行為は、著作物を複製する行為ではなく、他人に著作物の複製物を提供する行為である。従来より多くの国において、「発行権」に関する規定が存在しなかった理由は、発行の前提としての著作物の複製が、「複製権」によって保護される結果、著作物の無許諾での発行を抑制できたからである⁴⁰。個人による複製は著作権の制限に該当するため、複製権では伝統的に自己あるいは家族の使用を目的とした消費者による著作物の複製をコントロールできない。ただし近年、ネット上で大量の海賊版の映画や音楽がダウンロード可能となるなど、私人の複製による権利者の利益への影響が著しく増大しているため、一部の先進国においては私人の複製のうち特定の行為につき複製権によるコントロールの対象となった⁴¹。しかし、いずれにせよ、これは複製権がデジタル時代に拡張した結果であり、もっぱら消費者の個人的な複製を規制するわけではない。ここから見て取れるように、著作権法上の各排他的権利の主たる目的は、著作物の公衆への提供をコントロールすることである。著作権法には、消費者が著作物を個人的に利用する行為を制御する権利は存在しない。

私的な空間で著作物を利用する消費者の行為をコントロールする「アクセス権」が伝統的な排他的権利の立法における価値観に馴染まないことは明らかであろう。「アクセス権」が規制の対象とする行為者は著作物のエ

³⁹ ドイツ著作権法23条。

⁴⁰ 「ベルヌ条約」では「発行権」に関する規定はなされていない。1996年の世界的所有権機関の二つの新たな条約(WCTとWPPT)で初めて「発行権」を統一的に規定した。

⁴¹ たとえば、個人ユーザーがインターネットを通じて著作物の侵害品をダウンロードすることは、早くからアメリカ法上のフェアユースではなく、複製権の直接侵害とされていた。「A&M v. Napster事件」、「Aimster事件」、「BMG v. Cecilia事件」などの一連の事件において裁判所がなした説示による。A&M Records, Inc. v. Napster, 239 F.3d 1004 at 1014-1017 (9th Cir. 2001); In Re: Aimster Copyright Litigation, 252 F. Supp. 2d 634 at 648; BMG Music v. Cecilia Gonzalez, 430 F.3d 888 (7th Cir., 2005)。

エンドユーザーであり、著作物の発行者や伝達者ではない。Ginsburgの「アクセス権」に対する解釈のとおり、「アクセス権」とは、私人が著作物を享受する行為をコントロールする権利である。「アクセス権」のもとでは、著作物の複製あるいは公衆への伝達と異なり、使用者が著作物の「鍵」をもらっていない限り、著作物を「解錠」して著作物の内容を享受する(例：聴取や観覧)ことができない⁴²。

著作権法に「アクセス権」が新設された場合、消費者は無許諾で著作物に「アクセス」すると、「アクセス権」の直接侵害となる。たとえば、こっそり映画館に潜入して映画を見る行為が、民法上の一般不法行為(不法侵入)であるのみならず、許可されずに映画に「アクセス」したことを理由として著作権侵害の責任をも負うこととなる。同様に、海賊版の映画のDVDを買って自宅で視聴する行為や、有料テレビチャンネルに施されたスクランブル等を解除する「デコーダー」を不正に入手して有料テレビチャンネルの事業者に対価を支払うことなく放送される映画を視聴する行為も、無許諾で映画に「アクセス」したため、侵害行為に該当することになる。さらに述べるなら、権利者は、あらゆる無償の「アクセス」が「無許諾の」アクセスであり、それらを「アクセス権」に対する直接侵害になると解釈することもできる。そのような解釈に基づき、書店で一冊の本に目を通す行為すら著作物への無許諾の「アクセス」と評価するのだろうか。

著作者が「アクセス権」を有することになれば、従来日常的になされてきた上記の行為は、著作権者の許諾を得ない限り、侵害行為となる。著作権侵害は常にエンドユーザーに影を落としている。権利者は海賊品市場において海賊版の著作物を購入しようとする消費者をモニタリングするかたわら、インターネットを通じてユーザーのネット上の行為を監視し、海賊版の音楽、映画や書籍のオンラインサービスのサイトへのアクセスを調査している。これにより私人の生活が著しく干渉され、その結果は、身の毛もよだつものとなる。各国の立法者にとってもそれは望ましいことではないだろう。それゆえ、EU著作権指令による「アクセス・コントロール手段」に対する保護は「アクセス権」の保護へ拡大していくことをもたらすと研究者からの指摘に対し、EU委員会は、著作権指令によるこのよ

⁴² 前掲注26・p. 120.

うな技術的手段への保護はいわゆる「アクセス権」に由来するものではないことをことさらに強調したのである⁴³。

ゆえに、公衆がデジタル著作物の閲読、視聴等を制限するいわゆる「アクセス権」は、著作権法上に存在しない。一部の学者が主張する「アクセス権」は机上の空論といわざるをえない。Thomas Hoerenは、「著作権法においては『アクセス権』というようなものは存在しない。この点についてさらなる検討は無用である」⁴⁴と指摘する。「アクセス・コントロール手段」の性質についてのアメリカの裁判所の分析も、「国会は決して新たな財産権を創設することを選択したわけではない」⁴⁵とする。ここで否定された「財産権」とは「アクセス権」であることは間違いないであろう。

さらに、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護をもって著作権法における「アクセス権」を観念したところで、現実に説明することのできない問題がある。すなわち、著作権法上に「アクセス権」が存在するとすれば、海賊版の映画や音楽が記録されたDVDやCDを再生する行為は、映画や音楽著作物に無許諾で「アクセス」する行為に該当するであろう。しかしながら、なぜどの国でも、上記の行為が「アクセス権」に対する侵害になると定めていないのだろうか。これに対し、著作権法に「アクセス権」が存在したとしても、著作物に無許諾で「アクセス」する行為が侵害行為であるとは限らない、なぜならば、著作権法には権利制限や例外が存在するからである、という反論がありうるかもしれない。しかしながら、この見解も成立しえない。いったん「アクセス権」を排他的権利として著作権法の体系に取り込むと、それに対する制限と例外についての規定は「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」(TRIPS協定)等の国際条約により定められたいわゆる「3 step test」に合致しなければならない。

⁴³ 前掲注8。

⁴⁴ Thomas Hoeren, *Copyright Dilema: Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?* in Edberhard Becker, Willms Buhse, Dirk Gunnewig, Niels Rump (eds), *Digital Rights Management: Technological, Legal and Political Aspects*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2003, p. 580.

⁴⁵ The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004), at 1203.

すなわち、排他的権利に対する制限規定は特別の場合でなければならず、著作物の通常の利用を妨げるものであってはならず、著作者の適法な利益を不当に害しないものでなければならない⁴⁶。「欧州共同体 v. アメリカ」事件において、WTO紛争解決機関専門家パネルは、『3 step test』の第一ステップにつき、排他的権利に対する制限と例外を『特定な特別の場合』に限定しなければならないとした。「特別」とは、「その適用の範囲あるいは目的が限定的、個別的」であることを示すものであり、「質的にも量的にも狭い」。言い換えれば、制限と例外は「常態あるいは通常の状況」に変わってはならないと指摘した⁴⁷。著作権法で「アクセス権」を支分権の一として保護したうえで、著作物への無許諾の「アクセス」行為を「著作権の制限」の対象とすれば、「アクセス権」に対する制限や例外が「常態あるいは通常の状況」になり、明らかに「3 step test」に違反する。

上記の分析から見れば、著作権法上に「アクセス権」が存在すると主張している学者は、実際には消費者による著作物への無許諾の「アクセス」行為の責任を問うわけではないであろう。その目的は単に著作権法による「アクセス・コントロール手段」への保護の正当化根拠を求めることにある。しかしながら、このような考察方法は単なる循環論法に過ぎず、採用しえないであろう。

3. 「著作権間接保護説」

これは、著作権法が「アクセス・コントロール手段」を保護する理由は、保護そのものが著作権の保護の重要な手段であるとする見解である。さらに、同説は「アクセス・コントロール」を「著作権保護」と同義と理解する⁴⁸。言い換えれば、「アクセス・コントロール手段」が著作物への無許諾のアクセスを抑止することで、著作権を間接的に保護する。それゆえ、著

⁴⁶ ベルヌ条約9条、TRIPS協定13条およびWCT10条。

⁴⁷ WTO, Report of the Panel, United States-Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R(15 June 2000), Para. 6.109.

⁴⁸ Australian Federation Against Copyright Theft, Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, No. 39, p. 6.

著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当化根拠は、著作権の間接的な保護にある。

2000年、オーストラリアは「デジタル・アジェンダ」(すなわち改正著作権法)を通過させ、著作権法を改正した。新法は「技術的保護手段」(本論文の技術的手段と同義)の定義およびそれに対する保護についての規定を設けた。立法過程において、技術的手段を如何に定義するかという問題が焦点になった。著作物の利用者団体は、単に「アクセス」をコントロールする技術的手段を保護対象として取り込めば、著作権の保護ではなく著作権法の範囲を広げることになる、と主張し⁴⁹、立法担当者もこの見解に賛意を示した⁵⁰。オーストラリア国会の法務憲法常任委員会は、改正法にいう「技術的保護手段」とは「著作権保護手段」のみを意味する旨指摘した⁵¹。「改正著作権法」の第一草案では、「技術的保護手段」は「作品における著作権の侵害を阻止あるいは抑制するために施したある設置または製品である」と定義されていた。この定義には「アクセス・コントロール手段」に関する言及は一切なされていなかった⁵²。ゆえに、如何なる「アクセス・コントロール手段」についても保護の対象から外れることになる⁵³。成立した「改正著作権法」では最終的に「アクセス・コントロール手段」が保護の対象とされたものの、保護に際しての厳格な要件が課されることとなった。すなわち、「アクセス・コントロール手段」は著作権侵害の抑止に効果があるものでなければならない。その定義は以下のとおりである。

以下のいずれかの方法を用いて、通常の実行過程において著作権の侵

⁴⁹ House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Advisory Report on Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill 1999, p. 60, para. 4.13.

⁵⁰ 前掲注49・p. 60, para. 4.14.

⁵¹ 原文は「copy control measure」であるが、この言葉遣いは誤解を招くかもしれない。これは実際にはあらゆる排他的権利に制御される行為に対する技術的手段を指し、複製権の保護のための技術的手段のみを意味するものではない。前掲注49・p. 62, para. 4.19, p. 59, footnote 60.

⁵² The Parliament of the Commonwealth of Australia, Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill 1999 (Exposure Draft of the Bill), Schedule 1, item 14.

⁵³ David J Brennan, *Technological Measures in the New Copyright Law*, Australian Intellectual Property Journal, Vol. 11, May 2000, at p. 87.

害を防止または阻止するよう設計された装置もしくは製品またはプロセスに組み込まれた部品をいう。(1)著作権者または排他的ライセンシーの許諾により著作物その他本法において権利の対象となるものにアクセス可能とするアクセス・コードまたはプロセス(クラッキング、逆スクランブルまたはその他の著作物もしくはその他の権利対象物の変形を含む)に供されるもの、(2)コピー・コントロール方式によること⁵⁴。

この定義は、講じられる手段が、著作物への「アクセス」を直接にコントロールできると同時に、排他的権利を間接的に保護できる場合のみ、当該手段が著作権侵害を防止する「アクセス・コントロール手段」として著作権法の保護の対象となることを明示するものである。「著作権侵害行為」を全く阻止あるいは抑制できない「アクセス・コントロール手段」は著作権法による保護の対象とならない。

オーストラリアにおける「Sony v. Stevens 事件」はこの点について最も明確に説示する裁判例である。この事件の事案は上記のイギリスにおける「Sony v. Owen 事件」や「Sony v. Ball 事件」とほぼ同じである。被告のステイプンスはソニーの PlayStation のユーザーに対し、「コントロール・コード」をクラッキングするための「直読式チップ」を提供することで海賊版のゲームディスクの実行を可能とした。

2000年に改正されたオーストラリア著作権法116条A(1)によれば、著作物その他の権利の対象となるものが「技術的保護手段」により保護される場合に、その権利者または排他的ライセンシーの許諾なしに、当該「技術的保護手段」を回避することまたは回避を容易にすることができる「回避装置」を作成あるいは販売することは違法となる⁵⁵。ソニーは、ステイプンスの販売する「直読式チップ」が当社による「技術的保護手段」を回避することができる「回避装置」であることを理由に、訴訟を提起した。本件における争点は、ソニーによりゲーム機とゲームディスクに施した「コントロール・コード」が法律上の「技術的保護手段」に該当するか否かということである。

オーストラリア著作権法における「技術的保護手段」に関する定義によ

⁵⁴ Australia Copyright Act (2001), 10 (1), “technological protection measure”.

⁵⁵ Australia Copyright Act (2001), Sec. 116(A).

ると、「アクセス・コントロール手段」のうち、「著作権侵害行為」を阻止あるいは抑制できるもののみが、著作権法による保護の対象となる。しかしながら、ユーザーがステイプンスの提供した「直読式チップ」を用いて海賊版のゲームソフトを実行する過程において、著作権侵害になる可能性のある唯一の行為は、ディスクに保存されているゲームソフトが一時的にゲーム機のメモリーに読み込まれるときに行われた極めて短時間のいわゆる「一時的複製」である。当時のオーストラリア著作権法は、イギリス著作権法とは異なり、「一時的複製」を著作権法上の「複製行為」と認めていなかった⁵⁶。オーストラリア高等裁判所も、オーストラリア法の下では、メモリーにおける「一時的複製」は「複製権」が禁止する行為には該当しない旨説示した⁵⁷。したがって、ユーザーが海賊版のゲームソフトを実行する過程において、ゲームソフトのデータがゲーム機のメモリーに読み込まれることによって生じる「一時的複製」は、複製権の侵害とはならない。

よって、ソニーがゲーム機やゲームディスクに「コントロール・コード」を施すことで、ユーザーによる海賊版のゲームソフトあるいは輸入されたゲームソフトの実行を抑止できても、これは「著作権侵害行為を阻止あるいは抑制」するものではないため、著作権法上の「技術的保護手段」と認めることができない。「コントロール・コード」を回避し、ユーザーにソ

⁵⁶ 当時のオーストラリア著作権法による「複製権」とは、著作権者の有する「有形的形式」により著作物を複製する排他的権利である。Australia Copyright Act (revised in 2001), Sec. 31(1)(a)(i)を参照。さらに、「有形的形式」について著作権法の解釈によると、著作物に関しては、著作物またはその実質的部分を複製できる一切の蓄積形式を含む。Australia Copyright Act (revised in 2001), 10(1)を参照。このような定義は、実質的にメモリーにおける「一時的複製」を「複製権」の保護範囲から排除した。なぜならば、メモリーから一時的に複製された内容を複製する技術が存在しないからである。同事件において、ソニー社の技術者も、新たなハードウェアが開発されない限り、ゲーム機のメモリーから如何なる内容も取り出したり複製することができないと認めた。Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others v. Stevens, (2002) 200 ALR 55 at 90 を参照。

⁵⁷ Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others, [2005] HCA 58, para. 71, 76.

ニー社のゲーム機で海賊版のゲームソフトを実行するようにできる「直読式チップ」は、「技術的保護手段」を回避する「回避装置」に該当せず、ステーブンスの提供行為は違法となるものではない。ソニーは結局敗訴した。

同事件の判決がこのような帰結となった理由としては、以下の二つが挙げられる。一つは、当時のオーストラリア著作権法は「一時的複製」を著作権法上の複製行為と評価していなかったこと、もう一つは、オーストラリア著作権法が保護の対象とする「アクセス・コントロール手段」を著作権侵害を間接的に防止するものに限定していたことである。したがって、単に他人の著作物へのアクセスを防止するのみで、無許諾の複製や伝達等の著作権侵害行為を抑止しない「アクセス・コントロール手段」は、オーストラリア著作権法の保護を受けられないことになる。

アメリカの一部の裁判所もこのような見解を支持する。「Chamberlain v. Skylink 事件」において、裁判所は、「デジタルミレニアム著作権法」の「アクセス・コントロール手段」に関する規定は、著作物に無許諾でアクセスすることで著作権侵害を招来する事案において、権利者に新しい訴因を与えすぎない。したがって、「アクセス・コントロール手段」の回避行為が著作権侵害との間に「合理的関係」がある場合、すなわち著作権侵害を幫助する場合にのみ、法的責任が生じる旨認定した⁵⁸。「Storage Technology Corporation v. Custom Hardware Engineering & Consulting 事件」における裁判所も同じく、『『アクセス行為が著作権法の保護する排他的権利に関連している場合のみ』、裁判所はかかる『アクセス・コントロール手段』を保護することが可能である。したがって、裁判所は、著作権法の保護する排他的権利に関連するか否かを判断するために、個別の事案ごとに、無許諾で『アクセス・コントロール手段』を回避する行為が招来する危険を評価しなければならない』と述べた⁵⁹。よって、「アクセス・コントロール手段」の保護は、当該手段の回避により著作権侵害が招来されることが

⁵⁸ The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004), at 1202-1203, 1195.

⁵⁹ Storage Technology Corporation v. Custom Hardware Engineering & Consulting, 421 F.3d 1307 (Fed. Cir. 2005), at 1319.

前提であることは明らかであろう。

中国「情報ネットワーク伝達権保護条例」の起草者は、「条例」における技術的手段の保護の条文の解釈につき、技術的手段は、利用者が権利者の著作物、録音録画製品に対する違法なアクセスを制限することで、権利者の経済的権利の効果的な保護を図るものである旨説明した⁶⁰。

「条例」の起草者曰く、「アクセス・コントロール手段」が著作権法の保護を受けられる理由は、「利用者の違法なアクセスを防止、制限する」とこと、「侵害者が著作物をアクセスする通路を客観的に切断する」ことで、権利者の経済的な権利および精神的な権利を保護することに求められるという。

立法者の意見は以上から明らかであろう。すなわち、このような「アクセス・コントロール手段」が回避される結果、文学芸術著作物が無許諾で閲覧、視聴され、あるいはコンピューター・ソフトウェアが無許諾で実行されるのみならず、著作物の無許諾の複製、伝達が生じ、著作権侵害が成立する。したがって、「アクセス・コントロール手段」保護の客観的效果の一つを、著作権侵害の抑止に見出すことができる。この理によれば、「著作権保護手段」に対する著作権法による保護は、著作権保護と同様の正当性があることになる。

もともと、このような見解は、著作権法による「アクセス・コントロール手段」への保護を全面的に正当化するものではない。確かに、「アクセス・コントロール手段」の中には、未許可の著作物へのアクセスを直接に防止するとともに、著作物の排他的権利を間接に保護し、著作権侵害を防止することができる「アクセス・コントロール手段」が存在する。「中国定期刊行物ウェブサイト」などのようなインターネット上のデータベースにおける「ユーザーネーム＋パスワード」という技術的手段は典型的であろう。このような技術的手段の主な機能は、データベースに「アクセスして」著作物を「閲覧」可能とすることを有償の利用者に限定するのみである。有償の利用者はデータベースにアクセスし、オンラインで著作物を閲覧するだけでなく、ダウンロード（すなわち「複製」）することもできる。一方、当該技術的手段が費用を支払っていないユーザーのデータベー

⁶⁰ 前掲注5・13頁。

スへのアクセスを防止することによって、著作物のダウンロードないし伝達を抑止できる。したがって、当該技術的手段は著作物への無許諾のアクセスを防止すると同時に、「複製権」と「情報ネットワーク伝達権」を間接的に保護することになる。

しかしながら、問題になるのは、「アクセス・コントロール手段」のほとんどは著作物の排他的権利を間接的に保護するに止まり、著作権侵害を直接抑止する機能を持たないということである。上記のソニー社によるゲームに関する「コントロール・コード」や一部の「電子書籍」の発行者が施す「アクセス・コントロール手段」がその好例である。電子書籍の場合、ユーザーは自由に電子書籍をダウンロードすることができるが、支払いが完了するまで閲読できる頁数が限られ、全文を読めるのは支払いが完了した後である。このような技術的手段は、支払いを完了していないユーザーが著作物を閲読する（すなわち著作物に「アクセス」する）ことを防止する機能のみを有するのであって、ユーザーの複製や伝達行為を抑止するものではない。また、ソフトウェアの著作権者の多くは、ソフトウェアを普及させるために、トライアル版のソフトウェアを提供している。ユーザーは一定期間は無料でソフトウェアを使えるが、期間を経過した後は、著作権者に費用を支払い「シリアルナンバー」を購入しなければ、ソフトウェアを通常に実行することができない。「シリアルナンバー」はユーザーがソフトウェアを実行すること（すなわちソフトウェアに「アクセス」すること）のみをコントロールするものであり、複製や伝達そのものをコントロールするものではない。そのため、視聴著作物の権利者は常に、有料の著作物に「アクセス・コントロール手段」と「著作権保護手段」の双方を施す。前者としては、ユーザーネームとパスワードがあり、有償のユーザーのみがオンラインで視聴可能とするよう機能する。一方、後者はユーザーのダウンロード行為自体を抑止するものである。上記の「アクセス・コントロール手段」の唯一の機能は、ユーザーによる無許諾のオンライン視聴の抑止にあることは明らかである。たとえ当該「アクセス・コントロール手段」がクラッキングされても、映画などが無許諾で視聴可能となるのみであり、無許諾の複製や伝達が生じるわけではない。したがって、このような「アクセス・コントロール手段」に対する著作権法による保護の正当性につき、著作物の排他的権利を間接的に保護する点に求めることは困

難であろう。

日本における改正著作権法に関する政策討論も上記の見解を裏付ける。日本の1999年改正著作権法は「技術的保護手段」につき、「電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によって認識することができない方法により、著作権を侵害する行為の防止又は抑止をする手段」と定義する⁶¹。すなわち、著作権侵害を「防止又は抑止」することができる技術的手段しか保護されない。この点についてはオーストラリア「デジタルアジェンダ」と同様といえよう。しかしながら、「デジタルアジェンダ」とは異なり、「アクセス・コントロール手段」は日本著作権法において保護の対象とはなっていない。なぜならば、これが著作権侵害を「防止又は抑止」する手段といえないからである⁶²。その後、日本文部科学省に設置された「文化審議会著作権分科会」は、「アクセス・コントロール手段」に対する保護の要否を検討していた。文化審議会著作権分科会の「技術的保護手段ワーキングチーム」が2010年に公表した報告書では、「アクセス・コントロール」にはコピー・コントロールの機能を有するものとそうでないものが存在し、著作権法による保護の対象となるのは前者のみであるとする。しかしながら、後者に著作権法上の保護を与えるか否かに関しては、著作権を拡張し、「支分権の対象ではない行為について新たに著作権等の権利を及ぼすべきか否か」という問題に帰着し、現行制度全体に影響を及ぼすこととなることから、この問題の緊急性に照らし短期間で結論が求められている本ワーキングチームとしては、今後更なる検討を要すべき事項である⁶³としている。すなわち、著作権侵害を防止する機能を有さない「アクセス・コントロール手段」を著作権法の保護対象とする正当化根拠を見出すのは困難であるというのである。

たとえ「アクセス・コントロール手段」が著作物の排他的権利を間接的

⁶¹ 日本著作権法2条1項20号。

⁶² Takao Koshida, On the Law to Partially Amend the Copyright Law, http://www.cric.or.jp/cric_e/cuj/cuj99/cuj99_5.html (2010年11月1日アクセス)。

⁶³ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会技術的保護手段ワーキングチーム報告書 p. 9-10. http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_11/pdf/shiryo_1_2_ver2.pdf (2011年2月20日アクセス)。

に保護するとしても、その主な目的および効果は、著作物へのアクセスを抑制することにある。また、「アクセス・コントロール手段」の回避行為自体が著作権法上の違法行為である以上、回避者を問責する根拠は回避行為そのものに求められるのであり、回避により著作権侵害が生じるか否かは問題とならない。「情報ネットワーク伝達権保護条例」は、「著作物や実演、録音録画製品を無許諾で閲覧、鑑賞する……ことを制限することのできる技術、装置または部品」のような「アクセス・コントロール手段」を「技術的手段」と扱う一方⁶⁴、「あらゆる組織や個人は技術的手段を故意に回避または破壊してはならず、主として技術的手段を回避または破壊するために用いられる装置や部品を故意に製造、輸入あるいは公衆に提供してはならず、故意に他人のために技術的手段を回避または破壊する技術的サービスを提供してはならない」⁶⁵とも規定する。条文の文言からは、「アクセス・コントロール手段」に対する保護の正当化根拠を侵害行為の間接的な抑止に求めることは困難である。

さらに、アメリカ「デジタルミレニアム著作権法」は、「アクセス・コントロール手段」と「著作権保護手段」について、それぞれの保護枠組を定めた。アメリカにおける「アクセス・コントロール手段」に関する裁判例のうち、上記の「Chamberlain v. Skylink 事件」と「Storage Technology Corporation v. Custom Hardware Engineering & Consulting 事件」を除いて、著作権侵害を間接的に保護することが「アクセス・コントロール手段」の保護の前提とされたものはない。たとえば、2010年にアメリカ第9巡回区控訴裁判所は「MDY Industries v. Blizzard Entertainment 事件」において、「Chamberlain v. Skylink 事件」の判例法理に明確に反対し、「アクセス・コントロール手段の回避が侵害行為を惹起する」ということを「アクセス・コントロール手段」の保護の前提としなかった⁶⁶。同裁判所は、「暗号化された著作物の復号化（すなわち「アクセス・コントロール手段」をクラッキングする）により、ユーザーが著作物を無許諾で観賞や聴取することを可能にする行為が、著作物の排他的権利の侵害になるわけではない。言い

換えれば、復号化することは、必ずしも他人の著作物の複製、発行、公に実演、公に展示あるいは翻案する行為を惹起するわけではない」旨明確に指摘した⁶⁷。

換言すれば、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当化根拠をその著作権に対する間接的な保護に求めるのであれば、その必然的な結果として、著作権保護の機能を持たない「アクセス・コントロール手段」について著作権法の保護を及ぼす正当化根拠は存しないことになる。

2004年にオーストラリアが「豪米自由貿易協定」を実施すべく著作権法を改正する際、一部のオーストラリアの立法担当者と研究者は、著作権侵害を抑制する機能を有さない技術的手段を著作権法による保護対象とすることに反対した。オーストラリアの立法担当者は、『アクセス・コントロール手段』により抑止される利用行為が著作権法上の排他的権利に関するものでない以上、『アクセス・コントロール手段』を著作権法の枠組みで保護すべきではない」と主張した⁶⁸。オーストラリアの研究者である Fitzgerald はこの点について以下のように述べた。

オーストラリアの消費者は著作権のある商品を適法に購入した以上、これを使用する権利がある。適法に入手された著作物の使用が規制されるのは、当該使用が著作権侵害に該当する場合に限られる。著作権侵害を防止するか否かが、技術的手段が著作権法上の保護を受けるべきか否かを判断する基準とされるべきである。技術的手段の保護の理由を他に求めるのであれば、著作権法ではない他の立法によるべきである。そのような立法は消費者に関する立法やコンテンツ管理に関する立法によるべきであろう⁶⁹。

よって、著作権侵害を防止する機能を有さない「アクセス・コントロール手段」は著作権法上の保護を受けるべきではない。これに対し、オース

⁶⁷ 前掲注66・p. 32.

⁶⁸ Intellectual Property Committee, Business Law Section, Law Council of Australia Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, No. 15, p. 6.

⁶⁹ The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Copyright Amendment Bill 2006 [Provisions], November 2006, p. 36.

⁶⁴ 「情報ネットワーク伝達権保護条例」26条。

⁶⁵ 「情報ネットワーク伝達権保護条例」4条。

⁶⁶ MDY Industries v. Blizzard Entertainment, 2010 U.S. App. LEXIS 25424, at 15-17.

トラリアの旧著作権法のように、著作権侵害を間接的に保護する技術的手段のみを保護の対象とする立場は論理的に成立しうるが、このような理解による「アクセス・コントロール手段」の保護範囲は狭小に過ぎると筆者は考える。上記の立場は、「一時的複製」を複製行為と認めない国において、トライアル版のソフトウェアにかかる「シリアルナンバー」が著作権法上の保護を受けられない「アクセス・コントロール手段」とであると宣言することに等しい。「シリアルナンバー」はユーザーの試供期限を超えて引き続きソフトウェアを実行することを可能にするのみであり、その過程で生じるのは侵害行為と評価されない「一時的複製」のみだからである。「シリアルナンバー」は著作権侵害を抑止するものではなく、保護対象となる技術的手段に該当しない。したがって、「シリアルナンバー」をクラッキングするあるいはクラッキング用ツールを販売する行為も著作権法の規制対象とはならず、著作権者にとって極めて不公平な帰結となろう。

Fitzgeraldは、著作権侵害を直接抑止しない「アクセス・コントロール手段」に対する保護を否定する根拠を、「消費者がすでに著作権のある商品を適法に購入した」ことに求めている。しかしながら、現実には著作権者の利益を害するのは、大量の消費者が無償で著作物にアクセスする行為（著作物をオンラインで視聴するあるいはソフトウェアを実行する行為）である。すなわち、これらの消費者は「著作権のある商品を適法に購入」していない。上記の技術的手段はまさしく消費者による著作物への無許諾のアクセス行為を防止することによって、著作権者の利益を保護するものであり、そうした技術的手段を保護しなければ、公正さを欠くといえよう。

Ⅲ 「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性は権利者の著作権法上の正当な利益を守ることにある

それでは、著作権法上にいわゆる「アクセス権」が存在せず、「アクセス・コントロール手段」が「複製権」を直接に保護しえず、せいぜい著作権を間接的に保護することしかできない以上、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性は何処にあるのだろうか。「アクセス・コントロール手段」は著作権者の著作権法上の排他的権利以外の著作権法上の正当な利益を守るための手段であって、著作権法による「アク

セス・コントロール手段」の保護の正当性は「アクセス・コントロール手段」の保護する利益の正当性に由来するものと考えられる。

著作権法の目的の一つは、著作権者に著作物の利用行為から利益を得る機会を付与することで、創作活動へのインセンティブを創設することにある⁷⁰。前記の収益はまさしく著作権者の著作権法上の正当な利益である。上記の立法目的を実現するための著作権法の伝統的な手段は著作権者に排他的権利を与え、他人が特定の方式で著作物を利用する行為をコントロールさせることである。他人が排他的権利で規制される行為を行おうとすれば、著作権者の許諾が必要であり、権利者は許諾の対価として報酬を得ることが可能となる。

著作権者が排他的権利に基づいて他人の特定の行為を制限できるのであれば、当然に、当該行為を抑止する技術的手段を施すことで自分の著作権法上の正当な利益を守ることができて然るべきであろう。たとえば、ソフトウェアを複製することを不可能とする技術的手段を講ずることで、ソフトウェアの無許諾の複製行為を防止することができる。しかしながら、著作権法が著作権者に特定の方式で著作物を利用することをコントロールする排他的権利を付与していないことは、他人の上記の行為が著作権の直接侵害とならないことを意味するに過ぎない。決して他人が上記の行為を行う権利を持つこと、あるいは著作権者は自分の著作権法上の正当な利益を実現するために、自力救済で上記の行為を阻止することができないことを意味するわけではない。

もちろん、著作権法は著作権者に著作物へのアクセスをコントロールする権利を設定していないため、著作権法には映画著作物に関する「鑑賞権」、音楽著作物に関する「聴取権」、言語著作物に関する「閲読権」などの「アクセス権」が存在しない。したがって、消費者が海賊版の映画、音楽や小説を無許諾で鑑賞、聴取あるいは閲読する行為は著作権の直接侵害とはならない。しかしながら、このことは、決して消費者が上記の行為を行う「権

⁷⁰ たとえば、「EU著作権指令」の序文によると、著作者あるいは実演者はその創作的活動や文芸活動を続けようとする場合、その著作物や成果の利用行為から適切な報酬を得なければならぬ。Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, Recitals (10) を参照。

利」を有することを意味するわけではない。なぜなら、「権利」は常に「義務」に対応しているからである。たとえば、消費者が海賊版のDVDを鑑賞する行為は、著作権侵害にならないが、これによって、消費者は海賊版のDVDを鑑賞する「権利を有する」という結論は導かれぬ。さもないと、「映画の著作権者は、消費者が海賊版の映画を見ることを容認する『義務』を負う」という不思議な結論が導かれる。それゆえ、映画の著作権者は、海賊版のDVDを購入してDVDプレーヤーで再生する消費者に対し、著作権法に基づく請求をなさないものの、法律で禁止されない他の方法を用いて、消費者が海賊版のDVDを再生する可能性を引き下げ、消費者を正規品のDVDの購入へ誘導して利益を獲得することは可能である。このような利益はまさに著作権法上認められる正当な利益である。

あるオーストラリアの研究者は、「アクセス・コントロール手段」を共有の道路に設置されたバリケードと比較した。すなわち、家屋の所有者は自らが所有する家屋に対して完全な権利を行使することができるが、家屋ではない共有の道路で通行を遮断するバリケードを設置した場合、他の住民の道路を使用する権利を妨げるため、バリケードを撤去しなければならない。家屋の所有者はその所有権をもって他人の権利を不当に干渉したからである⁷¹。

筆者は上記の比喩は成立しないと考える。共有の道路を使用することは当然に人々の「権利」であり、如何なる者もバリケードを設置するような自力で共有の道路の使用を阻止してはならない。しかしながら、著作物の閲覧、視聴やソフトウェアを実行（すなわち著作物への「アクセス」）することは無条件に行使できる「権利」であるわけではない。著作物の権利者が報酬を支払うことを文学芸術著作物の閲覧、視聴やソフトウェアを実行するための条件とすることは、共有の道路でバリケードを設置することとは全く違う性質である。たとえば、美術著作物の権利者は、展覧会を開く際に、鑑賞しようとする人から費用を徴収し、費用を支払った人にしかその著作物を鑑賞（すなわち美術著作物に「アクセス」）させない。しか

しながら、費用を支払いたくない人は、美術著作物の権利者の行為が共有の道路でバリケードを設置することと同じように、自己の「美術著作物にアクセスする権利」を侵害したと主張してはならない。美術著作物の権利者は、他人がその著作物を無許諾で鑑賞することを制限する「鑑賞権」とでもいべき排他的権利を有するわけではないが、当該著作物を鑑賞する他人から対価を徴収することはできる。逆にいえば、ある人が美術著作物を無許諾で鑑賞する（たとえば、展覧館にこっそり忍び込んで鑑賞する）ことは、美術著作物の著作権侵害にはならないが、他人が無許諾で当該著作物を鑑賞する積極的な「権利」があると主張することはできないだろう。

たとえば、家庭用カメラがまだ普及していない時代において、著作権者は、映画館が一定の値段でチケットを販売し、その入口で職員にチケットをチェックさせるという内容で、映画館と契約を締結した。「チケットのチェック」という仕組みはある意味で単純な「アクセス・コントロール手段」と見なすことができよう。これは、映画の内容への無許諾の「アクセス」を防止するのみで、著作権侵害を防止するものではない。著作権法に「鑑賞権」とでもいべき排他的権利が存在しない以上、公衆による映画の鑑賞（映画の内容へのアクセス）が、著作権法上の著作物の「使用」に該当することはない。映画の著作権者は、著作権法上のどの排他的権利をもってしても公衆による映画の鑑賞を制限することはできない。著作権者はある観客のただ乗り（チケットを購入せずに映画館に忍び込んで映画を観ること）を見付けても、著作権侵害を理由にその観客に対して問責することはできない。とはいえ、映画の著作権者は、入口で観客のチケットをチェックすることによって、ただ乗りを防止することができないわけではない。同じように、著作権法における「鑑賞権」は存在しないので、公衆が暗号化された衛星放送をデコードできる装置を購入し、費用を支払わずに衛星放送における映画を鑑賞しても著作権侵害とはならない。しかし、著作権者は有料の衛星放送における映画を暗号化し、衛星放送を購入していない公衆の鑑賞行為を妨げることはできる。

よって、権利者にとって、著作権法が設定した排他的権利の行使が、著作物の利用から利益を獲得し自らの著作権法上の正当な利益を実現させる主要な手段ではあるが、唯一の手段というわけではない。権利者はいわゆる「アクセス権」を有せず、著作物に無許諾でアクセスする人に対して

⁷¹ Evan Arthur, Transcript of Evidence, 5 December 2005, p. 13. In House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Review of technological protection measures exceptions (2006) p. 13.

著作権の侵害訴訟を提起して利益を確保することはできないが、このことは、消費者が著作物に「アクセス」する積極的な権利を有することを意味するものではなく、権利者が自力救済をもって利益を確保することが妨げられるわけではない。著作権法や他の法律の禁止的規範に抵触しない限り、権利者は著作物の利用から利益を獲得するために、排他的権利以外の他の手段を用いて、費用を支払ったユーザーのみが文学芸術著作物の鑑賞やソフトウェアを実行可能とすることは保証されている。「アクセス・コントロール手段」はまさしくこのような手段である。中国を例として挙げよう。ユーザーによる海賊版のソフトウェアの非商業的使用は権利侵害ではないので、ソフトウェアの著作権者は非商業目的で海賊版のソフトウェアを使用する者に対して法的責任を追及することができない。とはいえ、著作権者は、有償のユーザーに対してのみソフトウェアを実行させるために、ソフトウェアに「シリアルナンバー」という「アクセス・コントロール手段」を講ずることを妨げられるわけではない。「アクセス・コントロール手段」により保護されるのは権利者の著作権法上の正当な利益であるので、著作権法による「アクセス・コントロール手段」への保護には正当性がある。さらに、ソフトウェアにおける「シリアルナンバー」を例に取れば、「シリアルナンバー」をクラッキングして販売する行為は、「シリアルナンバー」を使って、ユーザーに費用を支払わせてソフトウェアを使用させ、合理的な利益を獲得するという著作権者の目的を達成することを不可能にする。著作権法による「シリアルナンバー」という「アクセス・コントロール手段」の保護は、著作権者による著作権法上の正当な利益の実現を保証するものである⁷²。

2010年にアメリカ第9巡回区控訴裁判所が言い渡した「MDY Industries v. Blizzard Entertainment 事件」の判決において、「アクセス・コントロール手段」の保護は著作権侵害の防止を目的とするとの主張に対して、裁判所は以下のように説示した。

⁷² アメリカおよび中国の裁判所は、ソフトウェアの「シリアルナンバー」をクラッキングする行為を、著作権法違反と認定した。アメリカの判例について、Microsoft Corp. v. Silver Star Micro, Inc., 2008 U.S. Dist. LEXIS 1526を参照。中国の判例について、上海市浦东新区人民法院民事判决书(2008)浦民三(知)初字第453号を参照。

(著作権侵害の抑止を「アクセス・コントロール手段」の保護の前提とするなら、) 国会が著作権者に賦与した重要なエンフォースメントのツールを剥奪することになる。この道具は、著作権者が商品の価値はあるものの著作権侵害とはならない著作物へのアクセス行為から対価を得ることを可能とするものである。たとえば、著作権者は、インターネットを通じて映画や音楽を提供する際に「アクセス・コントロール手段」を用いて、ユーザーから直接または間接に対価を得るといったようにである⁷³。

この説示によれば、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の目的は、著作権者が公衆の著作物の鑑賞からの利益確保を保証する点にあることになる。これは、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性を裏付けるものでもある。

著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性についての上記の解釈は、現行著作権法における「アクセス・コントロール手段」保護の規定に正当化根拠を示すだけでなく、さらに重要なのは、著作権者による「アクセス・コントロール手段」の濫用を禁ずる法哲学的な根拠として機能するということである。著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性は著作権者が著作権法上の正当な利益を得ることにある以上、著作権者が講ずる「アクセス・コントロール手段」の真の目的が、当該著作物と他の商品またはサービスとの抱き合わせ販売を実現し、あるいは商品の販売に際して地域制限や価格差別を行うといった、著作権法上の正当な利益と関係のないものである場合には、著作権法による当該「アクセス・コントロール手段」の保護には正当性が乏しいといわざるをえない。以上の分析は、中国にとってもとりわけ現実的な意味があるといえる。なぜならば、「情報ネットワーク伝達権保護条例」は「アクセス・コントロール手段」の保護について、4種類の例外を規定するのみで、現実に大きな齟齬をきたしている⁷⁴。上記の著作権法による「ア

⁷³ 前掲注66・at 48.

⁷⁴ 「情報ネットワーク伝達権保護条例」12条に規定された技術的手段を回避することができる4種類の例外の場合とは、(1) 学校の授業での教学や科学研究のために、情報ネットワークを通じて教学や科学研究の少数の人員に向けて他人がすでに発表した作品や実演記録、録音・録画製品を提供し、情報ネットワークを通じてのみ

アクセス・コントロール」保護の正当化理論を導入すれば、著作権法上の「アクセス・コントロール手段」の保護範囲を合理的に制限し、著作権者と公衆の利益とを衡量することができる。

たとえば、中国聯合通信（以下、「聯通」）は中国大陸地域におけるアップル社のiPhone 4というスマートフォンの独占的な販売権を有する。ユーザーが聯通から料金プラン付きのiPhone 4を購入した後、中国移动通信あるいは中国電信のSIMカードを挿入して使用すること（いわゆる「SIMフリー」）を妨げるために、聯通は技術的手段を用いてiPhone 4を同社の通信サービスと抱き合わせた。すなわち、いったんユーザーがiPhone 4に中国移动通信や中国電信といった他キャリアのSIMカードを挿入すると、iPhone 4が自動的にロックされる⁷⁵。聯通によって使われる技術的手段はまさしく「アクセス・コントロール手段」であろう。なぜならば、かかる携帯電話にインストールされたオペレーティングシステム（ソフトウェア・OS）を通じて取り扱われるので、同技術的手段がユーザーの許可なしに携帯電話におけるOSを実行することを妨げるよう機能するからである。すなわち、聯通の顧客ではない利用者による携帯電話に保存されたソフトウェア著作物へのアクセスを防止する。あるユーザーが同技術的手段をクラッキングし、iPhone 4に中国移动通信のSIMカードを挿入して同社の通信サービスを利用すれば、聯通は技術的手段のクラッキングを理由に訴訟を提起するかもしれない。このような場合、上記の著作権法における「アクセス・コントロール手段」の保護に関する正当性理論に基づいて、聯通による上記の技術的手段が著作権法の保護を受けるべきか否かが判断される。

聯通が「アクセス・コントロール手段」を設置する意図は、ユーザーが

得られる場合。(2) 非営利的な目的のために、情報ネットワークを通じて視覚障害者が感知することのできる独特の方法で視覚障害者に対して発表済みの文字作品を提供し、当該作品が情報ネットワークを通じてのみ得られる場合。(3) 国家機関が行政や司法プロセスに基づいて公務を執行する場合。(4) 情報ネットワーク上でコンピュータおよびそのシステム、ネットワークの安全性のテストを行う場合。

⁷⁵ 「聯通关于限制 iPhone 机卡分离公告」http://news.xinhuanet.com/digi/2010-11/29/c_12826656.htm (2010年12月1日アクセス)。

費用を支払わずにiPhone 4におけるOSを実行し、iPhone 4を正常に使用することを防止することではないことが、明らかであろう。実際に、同技術的手段をクラッキングするユーザーは、すでに聯通に費用を支払ってiPhone 4を購入し、携帯電話を正常に使用するためにその内蔵するOSを実行する権利を取得した。同技術的手段の機能は、iPhone 4を購入したユーザーに聯通の通信サービスしか使用させないことである。このような「アクセス・コントロール手段」は、聯通のOS（ソフトウェア著作物）に関する著作権法上の正当な利益を保証するわけではないので、著作権法はこれを保護すべきではない⁷⁶。

⁷⁶ 類似の「アクセス・コントロール手段」がアメリカにおいても存在する。アップル社とアメリカAT&T社の契約によって、2年の契約期間において、iPhoneはAT&Tのサービスしか使用できない。そのため、iPhoneに技術的手段が講じられた結果、iPhoneを適法に購入したユーザーであっても、他の無線通信会社のSIMカードを挿入してiPhoneを使用することはできない。これに対し、2006年にアメリカ国会図書館は技術的手段の回避が許される場合を説明した。すなわち、「単に無線通信ネットに適法に接続するため」であれば、携帯電話に固定されており、携帯電話を無線通信ネットに接続させるためのコンピューター・プログラム（すなわち、iPhoneをAT&Tの通信サービスと抱き合わせる「アクセス・コントロール手段」）を回避することができる。言い換えれば、iPhoneに講じられた技術的手段をクラッキングし、iPhoneで他の通信サービスを利用することが許される（このようなクラッキングする行為は、中国において「刷机」と呼ばれる）。Library of Congress, Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 71 FR 68472-01, at 68476 (2006)を参照。説明しなければならないのは、アメリカ国会図書館はこのような例外を定めることができるのは、「デジタルミレニアム著作権法」が「アクセス・コントロール手段」に保護を与えるとともに、同法が公布される2年後およびその後の3年ごとに、アメリカ国会図書館（アメリカ国会図書館の法的地位は、中国の国家図書館と違い、行政組織である。アメリカ著作権局がこれに属する）が行政規則の制定手続にしたがって例外の場合、すなわち「アクセス・コントロール手段」を回避することができる場合を定めなければならないと規定したからである、ということである。17 USC 1201(a)(1)(C)を参照。よって、2000年、2003年、2006年、2010年において、アメリカ国会図書館は合計4回、例外の場合を定めた。中国においてこのようなメカニズムがない以上、著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当性理論をもってその保護の範囲を合理的に制限することは、極めて重要であろう。

本稿において「著作権者の著作権法上の正当な利益」を強調するのは、他の法律における正当な利益の存在を考慮してのことである。もっとも、このような正当な利益は著作権法とは無関係であり、その保護のための「アクセス・コントロール手段」は著作権法の保護対象とすべきではなく、他の法的メカニズムに委ねられることになる。たとえば、聯通が技術的手段を用いてユーザーによる端末の「SIMフリー」化を抑止することには、契約法上の正当化根拠が存在するかもしれない。なぜならば、契約をしたユーザーが、聯通が提供するiPhone 4に対する奉仕価格の料金プランを選択するには、聯通の通信サービスを使用するという承諾が伴うからである。もっとも、ユーザーがそうした料金プランを利用することにより聯通が得られる利益は、著作権法上の正当な利益ではない。聯通はそうした料金プランを選択したユーザーが聯通との契約を解約して他社サービスを利用する際に違約金等を請求することは一律に妨げられるものではないが、その際、著作権法による保護を求めることはできない。

さらに、「アクセス・コントロール手段」は、商品販売における地域制限や価格差別を実現する機能をも有する。上記の「Sony v. Stevens 事件」における「コントロール・コード」のもう一つの機能はこれに該当する。世界各国の経済的レベルや購買力のレベルが違うため、ソニー社は全世界で地域ごとに市場の分割を図った。たとえば、同じソニーPS2ゲーム機であっても、日本とアメリカにおける販売価格は異なっている。相対的に高価で販売されている地域の消費者が、安値で販売されている地域からゲーム機を購入して使用することを妨げるために、ソニーはPS2ゲーム機やゲームディスクに地域ごとに異なる「コントロール・コード」を設けた。そのため、日本で販売されるソニーPS2ゲーム機では、アメリカで販売される正規品のゲームディスクを実行できない。もちろん、地域制限や価格差別それ自体は国際企業がよく採用するマーケティング戦略であり、必ずしも違法とはいえない⁷⁷。しかしながら、「アクセス・コントロール手段」を用いた商品販売における地域制限や価格差別は、権利者の著作権法上の正

当な利益とは関係せず、そうした行為を著作権法の保護対象とする正当化根拠を見出すことは困難であろう⁷⁸。

⁷⁸ 2006年にオーストラリア著作権法を改正する際に、「アクセス・コントロール手段」の保護に必要な条件が定められた。それには、映画あるいはソフトウェア（ゲームソフトを含む）における「アクセス・コントロール手段」が、オーストラリア以外から入手した適法複製物をオーストラリアで再生あるいは実行させないことで地域制限のコントロールを実現させる場合、そのような「アクセス・コントロール手段」は保護対象としない旨規定した。Australia Copyright Act (revised in 2007), 10(1), Access control technological protection measure (c)を参照。一方、中国の立法において上記のような明確な制限が存在しないため、上述した著作権法による「アクセス・コントロール手段」の保護の正当化理論が重要であることは明らかであろう。

⁷⁷ Dale Clapperton, Stephen Corones, *Locking in Customers, Locking Out Competitors: Anti-Circumvention Laws in Australia and Their Potential Effect on Competition in High Technology Markets*, Melbourne University Law Review, Vol. 30, 657, at 690 (2006).