

著作権の間接侵害論と私的な利用に関する 権利制限の意義についての考察¹

前 田 健

- I はじめに
- II 直接の利用者ではない者が責任を負う場合の二つの論理
 - 1 直接侵害と間接侵害
 - 2 誰が「直接行為者」なのか
- III 間接行為者の責任—どのような関与をした者が差止請求の相手方となるのか
- IV 適法な直接行為の範囲—特に私的利用と公に要件について
 - 1 著作権法の構造—法定利用行為と権利制限規定の意義とその根拠
 - (1) 権利制限の意義と根拠—権利制限の二つの類型
 - (2) いわゆる「価格差別」論について
 - 2 権利制限の意義についての考察—各論
 - (1) 私的使用のための複製 (30条1項)
 - (2) 消尽 (26条、26条の2第2項)
 - (3) 「公に」要件 (22条ないし25条)
 - (4) 営利を目的としない上演等 (38条)
 - (5) 図書館 (31条、38条4項)
- V おわりに

¹ 本稿は2012年4月7日の北海道大学におけるシンポジウム「著作権侵害にかかるプロバイダの責任—国際比較」における筆者の報告をもとに加筆・修正を加えたものである。報告の機会を与えていただき多くの有益な示唆を下さった田村善之教授、及び同シンポジウムに出席の先生方に感謝申し上げる。なお、本研究に際しては、科学研究費補助金（課題番号2373017）の助成を受けた。

I はじめに

デジタル化・ネットワーク化の進行に代表される技術の進歩によって、コンテンツを複製しあるいは送信することは極めて容易になった。これにより、私たちは、かつては考えられなかったような価値を享受することが可能になっている。すなわち、極めて容易にコンテンツを場所・時間・媒体を問わずに享受することができるようになってきている。一般のユーザーに至るまでこのような利便性を享受できる背景には、様々なサービス・商品を提供することにより技術の恩恵を届けてくれる事業者（いわゆるプロバイダ等）の存在がある。

しかしながら、第三者が著作権を有するコンテンツに関しては、上記事業者の行為は、未承諾の大量の著作物の複製・送信等を伴うことが少なくない。これらの行為に関する事業者の責任を追究するために、「カラオケ法理」に端を発する²、侵害主体を拡張することによる差止対象を拡張する法理（侵害主体論）が発展を見せてきた³。

本稿では、そもそもこれらの事業者は、著作権侵害に基づく差止めの対象となるべきなのかという問いに答えるための議論の前提を整理したい。その過程の中で、ユーザーが行う「私的な」利用は著作権者の許諾を要しない場合があるとされるが、その根拠につき明らかにしたいと考えている。

本稿は、事業者の責任を議論するに際しては、その前提として著作物の利用の直接の主体（直接行為者）はユーザーなのか事業者なのかを確定し

² カラオケ法理については、上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」紋谷暢男教授古稀記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』（2006）783頁。

³ 侵害主体論の整理については、高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号114頁（2006）、上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリスト1326号75頁（2007）、平嶋竜太「著作権侵害主体の評価をめぐる議論について」齊藤博先生御退職記念『現代社会と著作権法』（2008）228頁、奥邨弘司「著作権の間接侵害—日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題—」コピーライト582号2頁（2009）、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号35頁（2010）、大淵哲也「知的財産法の重要論点著作権法編③著作権侵害に対する救済(1)—著作権の間接侵害(1)」法学教室356号142頁（2010）、ほか多数。あまりに多くの文献が存在するため、ここでは本稿の議論と特に関係するものだけ引用した。

たうえ、事業者が関与者（間接行為者）にすぎないとしてもなお責任を負う場合があるかという枠組みを基本にすべきと考えている。そして、多くのケースでは直接の利用主体とされるのはユーザーであり、事業者の責任はあくまで関与者に対する責任として議論されるべきであると考えている。直接行為者と関与者（間接行為者）の二つがいるという枠組みを前提にしてよいか自体が、侵害主体論を議論する際には問題になりうるのであるが⁴、本稿はII以下で述べる理由からこのような問題整理が妥当と考えている。そこでは、なぜ「直接」「間接」の二つの行為者概念を持つ必要性があり、いったい誰が「直接行為者」であるかどのようなメルクマールにより判断されるべきかについて明確化する必要がある。

このような枠組みを前提にすると、著作権侵害に基づく差止対象の範囲を論ずるに際しては次の二つの点が大きな課題になる⁵。第一に、直接行為者の著作権侵害行為を集積・助長する行為を行う者に対し、どこまで責任を追究できるのかという点を議論しなければならない。もともと、焦点を絞るため、本稿においては責任を負う関与者の範囲について詳細を検討するつもりはない。

より問題とすべきなのは、直接行為者の行為はいかなるときに違法とさ

⁴ 著作権法の世界においては、侵害主体論、間接侵害論を論じるどの見解も、「直接」の行為者と「間接」の行為者がいるということ自体は前提として共有しているとも思われる。一方で、たとえば、塩月秀平「著作権侵害主体の事例分析—柔軟な認識に向けて」ジュリスト1316号140頁（2006）146頁が、問題の枠組みを『『侵害する者又は侵害するおそれがある者』の解釈の範囲内としてとらえることができるか否かを端的に見極めればよい』と整理しているように、端的にその者が差止めの対象となるべきかどうかのみを判断すればよいという立場もある。潮見佳男「著作権侵害における『間接侵害』の法理」コピーライト557号2頁（2007）15頁・16頁は同種の見解をより精緻な形で提示している。また、二つの立場の整理につき、潮見・同11頁も参照（本稿とは若干整理が異なる）。潮見説は直接行為者と間接行為者の区別の必要性がないとするが、のちに検討するように潮見説と本稿の立場が結論を異にするのは、共通の洞察を出発点にしつつも潮見が著作権法の構造について本稿が示すような理解を考慮に入れていないからである。

⁵ 平嶋・前掲注3）242頁、前田健「侵害主体論と著作物私的利用の集積」パテント64巻15号103頁（2011）111頁。奥邨・前掲注3）5頁はこれを間接侵害の一網打尽効果と呼ぶ。

れるのかという点である⁶。この点は、直接行為者と関与者を峻別する根拠とも関係する。著作権法は、著作物の利用行為のうち「私的」でない複製と「公に」(公衆に)提示・提供する行為を禁止するという枠組みをとっている⁷。現行著作権法においては、私的な複製、公に対してでない提示・提供(以下、これらを総称して「私」そうでない場合を「公」と呼ぶことがある)は基本的には適法である。しかし、事業者のサービスを利用して経済的には従来と同質とも思われるサービスをユーザーが享受した場合、従来は私とされたものが公のものだと判断されることがある。これに対して従来の私的領域の自由が侵されていることへの懸念から、そもそも法定利用行為の核として複製権を置くという枠組みが機能していない⁸、あるいは、「私的複製」という権利制限が従来の解釈では狭すぎるなどの議論⁹などが内外でなされている。直接行為者の行為が一定の場合に著作権者の許諾が不要とされる理由を明らかにし、許諾を要しない利用行為の再画定を行う必要があるのである¹⁰。

従来の侵害主体論は、そもそも関与者をいかなる意味でも行為の主体だとするものなので、特に間接侵害における独立説をとらなくても、第二の点につき明示的に触れないことが可能であった¹¹。しかし、結局事業者に

⁶ 平嶋・前掲注3)242頁、前田・前掲注5)111頁。

⁷ 田村善之「効率性・多様性・自由」同『市場・自由・知的財産』(2003)219頁、232頁は著作権法は、複製禁止権中心主義、公の使用行為規制の併用主義をとることで私人の自由への過度の制約を抑制してきたとする。

⁸ Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age, in* DIGITAL COPYRIGHT 171 (2006).

⁹ 例として、奥邨弘司「著作権法30条1項の『使用する者が複製することができる』の意義—複製業者に複製を依頼する場合についての再検討—」前掲注2)紋谷古稀927頁、宮下佳之『『私的使用のための複製』と関与者の責任』前掲注2)紋谷古稀945頁。また、田村善之『著作権法』(第2版、2001)200頁、田村・前掲注7)232頁。

¹⁰ 田村・前掲注7)233頁、田村・前掲注9)193頁は、複製技術の進展・インターネット時代の到来により、複製禁止権中心主義、公の使用行為規制の併用主義が機能しなくなってきたと論じている。

¹¹ 奥邨・前掲注3)5頁はこの点を捉えて、間接侵害の隠れ蓑対策効果と呼んでいる。

差止めを肯定するなら、ユーザーの行為は少なくとも実質的には大きな制限を受けることになるのであり、第二の点に触れないことは問題の本質を見逃すことになる。この点に関し、ユーザーの行為は本来違法だが小規模だから見逃されているにすぎず、それを集積する以上違法とされるのは仕方ないといういわゆる「塵も積もれば山となる」論もある¹²。しかし、これは直接行為者の行為が本来的にはすべて違法だということが無批判に前提とされており、私的複製などの権利制限規定の役割についての理解がナイーブにすぎるといわざるをえない。この点を正しく理解するには、情報財取引についての洞察、特に取引費用の問題と価格差別論についての深い理解が必要であろう。

以下では、次のように議論を進めていく。IIにおいて、まず、事業者が責任を負うのは、直接行為者としてかそれに関与する間接行為者としてのいずれかであることを明示する。そして、「直接行為者」と「間接行為者」とをどのように区別するのか、このような概念の区別を行うことにどのような意義があるのかについて論じる。ついで、IIIにおいて、事業者はいかなる範囲で間接行為者として責任を負うべきなのかについて簡単に触れる。そしてIVで、直接行為者が行う支分権該当行為はどの範囲で著作権者の許諾を要せずに適法行為とされるべきなのかについて分析する。最後にVにおいて、本稿のまとめと、残された課題について論じる。

II 直接の利用者ではない者が責任を負う場合の二つの論理

1 直接侵害と間接侵害

事業者の著作権侵害に対する責任追及としては主に損害賠償請求と差止請求があるが、本稿では差止請求のみを念頭に置いて論じる。著作権法112条1項によれば、著作権を「侵害する者又は侵害するおそれがある者」に対してその侵害の停止を請求することができる。著作権法は、21条以下

¹² 「塵も積もれば山となる」論の命名及びこれに対する批判については、大淵・前掲注3)146頁も参照。ただし、現行著作権法を素直に解釈する限り、現行法は「私」の行為のみを適法にするという枠組みを立てるに際し、「塵も積もれば」という発想に依拠している部分があることは否定できない(前田・前掲注5)111頁)。

で著作権者が専有する権利を限定列挙しており、法定利用行為以外の著作物の利用行為は「侵害」とはされないことが原則である¹³。したがって、「直接行為者」(著作物を自ら直接に利用する者¹⁴)が侵害者とされることに争いはないが、それ以外の関与者(「間接行為者」)が差止めの対象となるのかは現行法上明らかではない。

解釈論により、事業者などの一見直接行為者といいいくのものに対して差止めを肯定する論理には二つの方向性がある¹⁵。一つは「直接行為者」の概念を規範的に拡張し、事業者も直接の行為主体だと見る考え方(侵害主体論¹⁶)、もう一つは、間接行為者も112条1項にいう「侵害者」にあたるとして間接侵害に対する差止めを肯定する考え方である¹⁷。二つの考え方は従来の裁判例を必ずしもきれいに分類できるものではないが¹⁸、理念

¹³ 田村・前掲注9)108頁以下、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009)128頁以下。上野・前掲注3)82頁は、著作権は禁止権と見るのが妥当であり、支分権該当行為を幫助する行為などが112条1項にいう「侵害」にあたるとする見解は禁止権説との関係をどう説明するかが問題だとする。

¹⁴ この定義は、著作権分科会法制問題小委員会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)1頁による。

¹⁵ この整理については、高部・前掲注3)124頁が明快である。その他、上野達弘「プロバイダーに対する責任—プロバイダーに対する差止を中心—」著作権研究28号89頁(2003)、上野・前掲注3)76頁以下、潮海久雄「著作権侵害の責任主体に関する新たな動向」コピライト542号2頁(2006)10頁、大淵・前掲注3)など参照。

¹⁶ 「規範的行為主体論」ともいわれる。物理的に直接行為を行う者(「物理的行為主体」)、強度の管理支配下に置いて行為者を「手足」として行為を行う者(「手足型行為主体」)に加えて、さらに規範的に行為主体を拡張して解釈する論理である(大淵・前掲注3)143頁。また上野・前掲注3)も参照)。いわゆる「カラオケ法理」はこの規範的主体論の一つである。

¹⁷ 代表的見解として、大淵・前掲注3)。この立場を明示的にとる裁判例は少数だが、さらに二つの類型に分けられる。①侵害の幫助行為を行う者も112条1項にいう侵害する者に含まれる(大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁〔通信カラオケ装置リース事件〕)②112条が類推適用により一定の間接侵害者を112条にいう侵害するものと同視できる(大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁〔選撮見録事件1審〕)。

¹⁸ たとえば、大阪高判平成19年6月14日〔選撮見録事件控訴審〕はあくまで被告事

形としてこれら二つの概念を比較することは思考の整理のうえで有用である。もっとも、この両説の違いは、差止めの対象を広げる解釈論としては、ほぼ説明の仕方の違いに尽き¹⁹、いずれか一方が禁止される行為の範囲を明確に示すという性質をそれ自体有しているわけではない。むしろ、そこで問題とされている著作物の利用の状況が著作権者の独占下に置くべきことに争いがなければ、その利用に関与した者を「直接行為者」と「間接行為者」とに区別することは余計な議論の困難をもたらすことさえありうる²⁰。

しかしながら、この二つの考え方が重要な違いを持つてくるのは、ある著作物の利用に関して著作権者の独占に服させるべきかどうかはその利

業者が直接行為者であるという原則を貫きつつ規範的に差止対象を拡大したとも理解しうるし、間接行為者であるということは認めつつ、そのような者も112条1項にいう侵害する者に含まれるという解釈を示したとも理解しうる。また、東京高判平成17年3月31日〔ファイルログ事件控訴審〕も同様の評価が可能である。一方、東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁〔MYUTA事件〕、知財高判平成22年9月8日〔TVブレイク事件控訴審〕などは、規範的侵害主体論の典型といえるが、ここでも物理的な行為主体という存在が別個に存在することは意識されている。

¹⁹ 筆者は前にこれを、「直接侵害拡張アプローチ」「間接侵害アプローチ」の違いという形で整理している(前田・前掲注5)109頁)。

²⁰ 大淵哲也「知的財産法の重要論点著作権法編④著作権侵害に対する救済(2)—著作権の間接侵害(2)」法学教室360号137頁(2010)142頁。これと異なり、潮見・前掲注4)16頁は、著作権法112条にいう「侵害行為」は危険責任の原理のもと「危険の支配」があったかどうかという基準により判断すべきとし、直接侵害行為が適法行為であるときに間接的行為者に侵害結果を帰責できるかという立論自体が法的にはナンセンスとしている。たしかに、ユーザーの利用が「危険」なものと常に断定できるなら、潮見の議論には賛成できる点が多い。しかし、本文で検討するように「直接」の利用者が誰かということによってその利用が「危険」なものかそうでないかが変化してしまうのである。刑法の議論を輸入しプロバイダの責任を不作為犯との比較で論じる見解もあるが(たとえば、田中秀幸「著作権侵害とプロバイダの責任」牧野利秋＝飯村敏明編『著作権関係訴訟法〔新・裁判実務大系22〕』(2004)464頁、山本隆司「プロバイダ責任制限法の機能と問題点—比較法の視点から」コピライト495号2頁(2007))、同じ批判が当てはまる。また、立法論まで視野に入れた場合、直接行為者を定義しそれに基づき間接行為者の範囲を定義した方が、明確に差止めの範囲を定められるだろう。

用を「直接」行っている者が誰かということに依存して相対的に変化するものであるという点²¹を考えたときである。同じ著作物の複製でも、それを事業者が行っているかユーザーが行っているかによって評価は180°変わりうる。

この点は、現行著作権法が採用した仕組みに由来する。そもそも、著作権(少なくとも著作財産権)の大きな目的が創作活動にインセンティブを与えることにあることに鑑みれば、その著作物を利用し享受する者から一単位の使用ごとに(自ら決めた)対価を徴収できるシステムにすることもありうる場所である。しかし、そのような制度は技術的・物理的制約から不可能であったゆえ、現行の「複製」「送信」などの特定の利用のみを独占させるという方法がとられた。著作物を利用する者は著作権者に対価を払わないといけませんが、複製・譲渡などの特定の利用行為に際して一括して対価が支払われ、それ以外の自由とされた利用の場面では、再度の支払いが不要となるという枠組みがとられたのである。しかし、特定の行為の外形だけに着目して切り分けるというスキームは必ずしも有効に機能しないため、一部の支分権該当行為には「公に」という要件を課し、各種の権利制限規定、消尽に関する規定を設けることで調整が図られている。これにより、一部の利用行為のみを著作権者に独占させ、そこでまとめて対価を回収させて、それ以外の利用は自由にするという枠組みを維持しているのである²²。「複製」「送信」などの法定利用行為は原則的には侵害だが、それを「誰が」「誰に対して」行ったかによっては非侵害に変化する仕組みがとられている。つまり、直接行為者が誰かということによって、著作権者の許諾が必要な行為か否かを切り分ける仕組みをとっているのである。

したがって、上記の点の問題の存在を明らかにするためには、差止請求の対象を論じるときに、直接行為者と間接行為者を分けて議論する考え方

²¹ 大淵・前掲注20)138頁は、「所有権では、侵害(妨害)につき客観的な『傷』が問題となるが、消費の排他性のない著作権(知的財産権)ではそもそもこのようなものではない」と述べる。消費の排他性がないことが原因だとは筆者は思わないが、大淵の述べる着眼点は本稿と共通する点があるといえる。

²² 以上の議論につき、田村・前掲注9)108-111頁参照。

の方が優れている^{23,24}。直接行為者を規範的に拡張するアプローチは、この点も含めて様々な点を柔軟に考慮する余地を有するという利点の裏返しとして、恣意的で予測可能性のない判断に陥る危険性が高い²⁵。

2 誰が「直接行為者」なのか

事業者などの関与者の責任を議論するには、誰が「直接行為者」なのかを先決問題として決定する必要がある。直接行為者を基準として、公に要件や権利制限規定・消尽の適用の有無が決定され、直接行為者の利用行為が違法か適法かが決まる。

これに関し従前は、直接行為者とは「物理的」利用主体のことだとされることが多かった²⁶。これは「直接行為者」とは現実の著作物利用行為の主体であり特に法的な評価を含むものではないという観念が強かったためと思われる。しかし、直接行為者とは上記権利制限規定等の適用の基準主体と定義されるなら、その認定はそれら規定の趣旨に則った法的な評価であることはいままでもない²⁷。

²³ 大淵哲也・著作権判例百選第4版(別冊ジュリスト198号、2009)191頁は、カラオケ法理を「“built-in”独立説」と評している。現行法上、公に対する提示・提供行為かどうか、権利制限規定、消尽は、法定利用行為の主体が誰かということに着目して判断される枠組みになっているため、直接行為者と間接行為者を分けないとこれら規定が当初の意図を離れて形式的な運用をされていくことになってしまう。ただし、直接行為者を拡張するアプローチでも、総合考慮の中で上記のような考慮を行うことは不可能ではない。また、間接行為者を112条にいう侵害する者に含める解釈には批判もあるが(たとえば上野・前掲注3)82頁)、間接行為者を差止対象にする立法論は積極的に進められている(前掲注14)『間接侵害』等に関する考え方の整理)。

²⁴ 大淵・前掲注3)144頁は、「基準主体(公衆性等の支分権該当性と権利制限非該当性の判断の基準となる主体)と「帰責主体(侵害責任を負うべき主体)とを区別する視点が重要であると指摘している。

²⁵ 上野・前掲注2)791頁、上野・前掲注3)81頁は、カラオケ法理を「裁判官が自らの衡平感覚に照らして望ましいと考える結論を導くためのいわば便利なツール」と評している。

²⁶ たとえば、上野・前掲注3)、奥邨・前掲注3)など。また、物理的利用主体という言葉の使われ方については、前掲注16)及び後掲注27)も参照。

²⁷ 大淵・前掲注3)143頁は、物理的行為主体の認定といっても法的認定にかかるも

では、何を基準にして直接行為者といえるかを判断すべきなのか。たとえば、大淵は、直接行為主体とは、本来的な直接行為主体（現実の行為者を「手足」として直接行為を行う者（手足型）は含まれる）に限られ、抑制的・拡張的直接行為者は間接行為者として把握されるべきとする²⁸。この主張は、結論としては、以下に述べる本稿の考え方と近いように思われる²⁹。ただ、重要なのはその理由であって、本稿は以下のような基準から直接行為者を決定するべきと考えている。

直接行為者の認定の第一の基準は、その者が複製・送信等の対象となるコンテンツ³⁰を選択・調達しその利用行為に供した者といえることであると考える^{31,32}。権利制限規定（特に私的複製）や公に要件は、対価を支払

のであることはいままでもないとする。また、前田・前掲注5)109頁参照。なお、大淵哲也「著作権間接侵害考察のための2本の分析軸」高林龍=三村量=竹中俊子編『知的財産法の理論的探究（現代知的財産法講座1）』（2012）251頁、252頁注3は、「物理的」という言葉は誤解を受けやすいので使用を控えると述べる。

²⁸ 大淵・前掲注3)143頁、大淵・前掲注27)255頁。また、用語の定義等につき、前掲注16)27)を参照。

²⁹ 筆者は、前田・前掲注5)113頁において、直接行為者とは、①自然な言語感覚のもと物理的に利用行為を行っているといえる者かつ②対象となる著作物（コンテンツ等）を自ら提供したといえる者という基準を示している。この表現の方が大淵説との結論的な近さをより感じられるかもしれない。少し表現が異なるが基本的な変更はしていない。本稿では②の点の重要性が強調され、①は副次的な基準であるといえる。

³⁰ ここで「コンテンツ」という言葉を使ったのは、無体物・情報としての著作物というよりは、現実の取引の対象となっている製品・コンテンツを指すためである。

³¹ 大淵哲也「著作権の間接侵害～知的財産法学の関点から」2011年度著作権法学会シンポジウムレジュメ（未公開）から示唆を受けた。

³² 最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクII事件〕（最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁〔まねきTV事件〕も同旨の可能性あり）において、複製の主体の認定に際し、対象コンテンツを提供したのが誰かという点が大きく考慮された可能性があることが指摘されている（前田・前掲注5）、金子敏哉「判批」速報判例解説（法学セミナー増刊）9号285頁（2011）。小泉直樹「まねきTV・ロクラクII最判の論理構造とインパクト」ジュリスト1423号6頁（2011）も参照。

ってすでにそのコンテンツを入手済みと評価できる者³³がさらに利用行為を行おうとするときに形式的に法定利用行為に該当する場合に、再度の対価支払いが不要な行為を定める規定と理解できる。そうだとすれば、これらの規定が適用されるための判断の基点は、その対象コンテンツをすでに有していた者でなければならない。たとえば、ジュークボックスにおける再生は、予め経営者が選択・調達したコンテンツの範囲内で客が再生ボタンを押すものであるから、実体は店から客へのコンテンツの販売であり、演奏ないし上映の直接行為者は店である³⁴。法人がその従業員に複製行為をさせるような「手足」として他人を利用するケースも、同様の理屈で店側を直接行為者と認定できるだろう。評価が分かれる例として、友人から借りたCDを自分でコピーする場合は考えられる。対価を支払ったのはコピー者自身ではなく友人である。これは、友人がコピーの主体であり、コピー後直ちにコピー者にその複製物の譲渡が行われたと構成することもできるし、なおコピー者を複製の主体と見ることもできるであろう。一方レンタルCD店から貸与を受けてコピーする場合は、借りた者の方がコピーの主体としてよいだろう。CDの例については別の整理もありうるかもしれない。

第二に、直接行為者とされる者が、複製・送信などの技術的な過程にどれほど具体的に関与したかどうかは問われない。前述の直接行為者決定の意義からすれば、この点を重要視すべき理由は見当たらない。たとえば、私的複製が許されるのは、ユーザーが購入した音楽CD内の音声ファイルをクラウド上のストレージに移すという行為が事業者の協力のもと行われるとき、それはユーザーが「自分の」コンテンツを別の場所に移す作業

³³ ただし、たとえば、私的複製や公に要件の判断にあたって、現行法では入手経路の適法性は原則要求されていない（もっとも、音楽・映像に関しては、違法なインターネット配信等により受信し、それを知らながら複製することは私的使用目的でも違法である。30条1項3号）。たとえば、盗んだ本の私的なコピーは30条に該当し適法であり、限られた友人に配ることも適法たりうる。シンポジウムの席上での田村教授の指摘によれば、個別の著作物について対価受け取り済みという関係が成立することが必要なのではなく、全体的にいわばどんぶり勘定でそのような関係が成立していればよい。

³⁴ 大淵・前掲注3)の注4。

であると社会通念上捉えられているならば、どのような技術的仕組みのもとであろうがユーザーが複製の直接行為者である。

第三に、誰が直接行為者かは、(技術的な細部を捨象したうえで)取引の常識・社会常識に従って決定されるべきである。そのコンテンツが、誰から誰に渡ったといえるかが取引の実情に即して決定されるべきであり、両者が共通認識を持ちえないような形での認定はされるべきではない。権利制限は、送り手と受け手を基準にして再度の対価支払いを要する利用行為であるかを判断するものであるから、それは取引当事者の意識に即して判断されなければならない。たとえば、ファイル交換サービスによってユーザー同士が音楽ファイルを交換するとき、それが常識的にもファイル「交換」サービスと理解されていることからすれば、ソフト提供者が送信・複製の直接行為者ということはない。

第三の点及び第二の点は、第一の点を基準に直接行為者を判断するときの副次的な考慮要素という位置づけといえる。直接行為者の認定の作業は、コンテンツが「誰から」誰へと渡ったと見るのが適切なのかを決定する作業といえる³⁵。

上述の議論を明確にするために、さらにいくつかの例について検討しておきたい³⁶。まず、対象著作物が音楽ファイル・書籍などパッケージによ

り流通している場合を考えよう。この場合、直接行為者となるのは取引によりその著作物を入手していた者である。たとえば、自分で購入した書籍をいわゆる「自炊」代行業者に依頼して電子化する行為(複製)、完成した電子ファイルを送信する行為は、すべて直接行為者はユーザーであると捉えられる。これに対して、業者側が書籍を購入・裁断したものも用意し、ユーザーの依頼により電子化が行われる場合、たとえユーザーが来店し自ら手作業を行ったとしても、直接行為者は事業者側である。クラウドサービスなどについても同様の視点で整理できよう。難しいのは、パッケージ取引がなされない分野の評価である³⁷。典型的な例としては、広告によるビジネスモデルによっている、放送がある。侵害主体論の紛争にもテレビ放送に関するものが極めて多い³⁸。たとえば、番組録画サービス・転送サービスが、すでにユーザーが持っていたもののコピー・転送を事業者が手伝っていると見るのか、事業者が放送されている商品を自ら「入荷」してきてユーザーに販売していると見るのかは、いずれとも評価することが可能であると思われる³⁹。ただ、テレビ放送ビジネスが、地域免許制度により区域ごとの放送を前提に構築されていることを受け入れるならば、地域外へのスペースシフティングは事業者の行為だと見る方が自然であろうか⁴⁰。一方、選撮見録事件⁴¹のような実質的にタイムシフティングのみが行

³⁵ 大須賀寛之「著作権侵害とプロバイダ等の責任」牧野利秋他編『著作権法・意匠法〔知的財産法の理論と実務4〕』(2007)300頁、304頁は、プロバイダは「出版社か配布者か」という議論がなされていたことを指摘し、このような二者択一の議論は不毛とする。プロバイダが「自ら」コンテンツを頒布していたと見るのか単に媒介者にすぎないと見るのかで最終的な侵害責任の有無が決まることはないという意味では、たしかに結論を直ちに左右する議論ではない。しかし、結論を導くために必要な前提であり、決して不毛とはいえない。作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度」コピー576号33頁(2009)47頁は、P2Pソフト提供事例、ISPの事例などで問われているのは、私的な著作物の利用行為に対して環境整備をしているものと捉えるのか、それを構成要素とする業者自体の著作物等の利用と評価するののかという問題であるとする。これは、コンテンツが誰から誰に移動したと評価すべきなのかが重要な問題であることを指摘するものである。

³⁶ 本文中で掲げた例は、いずれも直接行為者を誰とすべきかという点についてのみの検討である。その後、その直接行為者による行為が30条1項などの適用により適

法とされるべきかどうかは、別個の議論である点には注意されたい。実際に、のちに検討するようにいくつかの例は違法となる場合があると考えている。

³⁷ 本文で取り上げた広告以外にも、ネットワークゲームにおけるアイテム課金など著作物に関する新しいビジネスモデルは数多く登場してきている。これらについてどう見るべきかはさらなる議論の蓄積が必要であろう。

³⁸ 最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクⅡ事件〕、最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁〔まねきTV事件〕、大阪高判平成19年6月14日〔選撮見録事件〕、知財高決平成17年11月15日〔録画ネット事件〕など。

³⁹ 前田・前掲注5)112頁。まねきTV・ロクラクⅡの最判は後者と性質決定したと理解しうる。

⁴⁰ ただし、ユーザーがあくまで直接行為者であり、ユーザーによる地域外へのスペースシフティングは適法かという枠組みで問題を整理することはなお可能である。もっともこう整理した場合、現行法の解釈論の枠組みで考えるなら、特に公衆送信権に関しては侵害ではないという結論を動かすことは相当難しくなってくる。その

われた事案では複製はユーザーが行っていると見る方が自然であろう。

上述の例において、直接行為者の認定において複数の考え方が並列する場合がある。このようなときに、結局どう評価するのが適当なのかは、権利制限の規定がどのように設計されているかに依存する。つまり、現行法がどのような整理枠組みを採用したかに依存する。したがって、各権利制限規定の趣旨に則って誰を基準主体（直接行為者）と判断すべきかを決定すればよいのである。

なお、最後にプロバイダ責任制限法における「発信者」と直接行為者概念を一致させて考えるという考え方は、一つの立場として成立することを指摘しておきたい。TVブレイク事件判決⁴²のような侵害主体＝発信者という考え方をとると責任制限法が骨抜きにされるなどの問題が生じることはすでに指摘されている⁴³。その難点を回避し、明確な発信者の定義を与えうる点でも一つの有力な立場のように思われる。

Ⅲ 間接行為者の責任—どのような関与をした者が差止請求の相手方となるのか

直接行為者が前記のように確定できるとして、直接行為者の著作物利用行為にどのように関与した者が著作権侵害の差止請求の相手方となるのか。

この点については、本稿では詳細には検討しない。この点については、差止めの範囲の具体化を図るための立法の検討も進行中であり⁴⁴、詳しく

意味では直接行為者を誰にするかという判断が、侵害・非侵害の判断と直結している。

⁴¹ 前掲注38)。

⁴² 知財高判平成22年9月8日判時2115号102頁。

⁴³ 奥邨弘司「動画投稿共有サイト管理運営者と著作権侵害(3・完)」知的財産法政策学研究36号121頁(2011)。

⁴⁴ 前掲注14)『「間接侵害」等に関する考え方の整理』。そこでは、差止め対象と位置づけるべき間接行為者の類型として、(i)侵害専用物品・場を提供する者 (ii)侵害発生危険性を有する物品・場を防止措置をとることなく提供する者、(iii)物品・場を侵害発生を積極的に誘引する態様で提供する者の3類型を掲げている(一

はそこでの議論等に譲りたい。重要な、問題整理の方向性だけを確認しておきたい。

まず、間接行為者が差止請求の対象となりうるのは、直接行為者による著作権侵害行為が間接行為者の因果的寄与のもと行われているからである。「危険」の発生に関与したものは責任を負う⁴⁵。いかなる危険への因果的寄与も差止めの対象となるわけではなく、行為者の自由との調整から、間接行為者の行為が主として直接行為者による著作権侵害の惹起に方向けられている場合に限られるべきである⁴⁶。

また、ここでの考え方の論理的帰結として、直接行為者の行為は著作権法上の侵害行為とされるものでなければならず、いわゆる従属説が基本とされるべきである。侵害肯定には、直接行為者の著作物利用行為が許諾を要するものであったことが前提となるが、その範囲の画定については、次で論じる。

Ⅳ 適法な直接行為の範囲—特に私的利用と公に要件について

1 著作権法の構造—法定利用行為と権利制限規定の意義とその根拠

(1) 権利制限の意義と根拠—権利制限の二つの類型

著作権法は、著作権者に21条以下に掲げる行為の専有を認めている。複製・上演・送信・展示・譲渡などの行為は、著作権者の許諾なくすることはできない。著作権者が与えられた権利は個々の行為を禁止する権利であ

部省略した点に注意)。これは、大淵・前掲注3)151頁が提案した類型に由来すると思われる。また、「文化審議会著作権分科会審議経過報告書」(平成15年1月)第5章、「文化審議会著作権分科会報告書」(平成18年1月)第1章第5節、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」第6節など参照。

⁴⁵ 大淵・前掲注20)によると、民法で物権的請求権の差止めの対象は、「侵害(妨害)の行為ないし状態をその支配下におさめている者」であり、一定範囲の間接行為者もこれにあたりうるとする。また、潮見・前掲注4)16頁は、著作権法112条にいう「侵害行為」は危険責任の原理のもと「危険の支配」があったかどうかで判断されるとする。

⁴⁶ 前掲注44)で掲げられている基準は、そのようなものとして理解できる。

り、それゆえ著作権は禁止権であるといわれる⁴⁷。著作権者がこれらの禁止権を与えられた理由は、著作物のあらゆる利用を原則的には著作権者に帰属させ、他の利用者から対価を徴収することを可能にし、そうでないと過小になる創作のインセンティブを補うためである^{48, 49}。しかし、著作権者にあらゆる利用に対する禁止権を与えることは現実的な選択肢ではない。ある場合については、著作権者に禁止権を与えず、その利用行為を自由にする必要がある。

そのため、著作権法ではたとえば、書籍の閲覧・自宅での音楽鑑賞などの行為を法定利用行為から除外している。前者は、閲覧という行為を支分権化しないことで、後者は演奏権に「公に」という要件を課すことで達成されている。また、一度買った本やCDを再度誰かに譲渡するという行為は、26条の2第2項の消尽に関する規定により適法化されている。また、自宅で購入した音楽CDのファイルをiPodに移すことは30条1項で、図書館で無料で書籍を閲覧・借出できコピーも一定程度可能なことは閲覧の法定利用行為からの除外・38条4項・31条で、学芸会での演奏・上演・教室での朗読は38条1項、飲食店でテレビ・ラジオを客に視聴させる行為は38条3項で適法とされている。

以下本節(IV)では、これらの著作物利用行為が法律上侵害行為とされ

⁴⁷ 上野・前掲注3)81頁、田村・前掲注9)47頁。

⁴⁸ 注意してもらいたいのは、上記考え方は、いわゆる「独占権説」(権利者自身が利用行為を行うことが保護されるという考え方)とは異なるということである。

⁴⁹ Michael J. Meurer, *Copyright Law and Price Discrimination*, 23 CARDOZO L. REV. 55 (2001) at 95 によれば、①社会的に最適な投資がなされるのは、その投資に由来するすべての社会的価値を享受できるときであり、②そうでないときは、投資は過小である、と整理するのが標準的理解である。知的財産を創出したものは、少なくとも創作のインセンティブだけに着目するならあらゆる利用を独占させるべきことになる。そして、その非排他性・非競合性ゆえに、知的財産法がない限り独占はかなり難しいことが多い。ただし、他の仕組みが創作者の独占を可能にしている局面も多いことについて、特許につき田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (1)」知的財産法政策学研究35号27頁(2011)、著作権につき WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (Harvard University Press 2003) at 41-50 など参照。

ていない状態のことを「権利制限」と総称する⁵⁰。これらの権利制限はそもそも、利用行為に形式的に該当しそうでも、実際には利用と関係のない行為だから設けられたものもある。たとえば、難視聴解消やマンションの美観維持のために放送を再送信する行為は、公衆送信権を形式的に侵害しても38条2項により適法になる⁵¹。

しかし、実質的にも利用行為とされる行為について、著作権法が著作権者に禁止権を与えず、利用を自由にする場合がある。それには、大きく分けて二つの場合があるといえる(「第一類型の権利制限」と「第二類型の権利制限」)。ただし、すべての現実の権利制限をいずれか一方のみに振り分けられるわけではないし、両者の区別はあくまで思考の整理のためである)。

一つめの類型で権利が制限されるのは、当然のことながら、著作権者にその利用について独占権を与えることが望ましくないからである⁵²。その理論的根拠としては次の三つが指摘できるだろう。第一に、そもそも著作物はその創作に際し、パブリックドメインたる作品・アイデア・消費者のニーズなどの著作者に帰属しない資源からの助けを受けて創作されている。したがって、適切なインセンティブ確保のためにも、デッドコピーを

⁵⁰ もちろん、法技術上は、いったん権利を与えたのちにそれを制限することと、そもそも権利がないとすることに違いがないわけではない。その違いが重大な帰結の差をもたらす場面がないとは筆者も考えていない。一方で、著作権者の禁止権に服するものとパブリックドメインにあるものとの線引きをするにすぎないという点では違いはないともいえる。本稿においてはその違いをひとまず捨象する形で議論を進め、その違いが意味を持つ場面についての検討は、今後の課題としたい。

⁵¹ この行為は、いってみれば著作物の運搬・輸送行為であり、本・CDなどのパッケージ商品との対比でいえば、運送業者の行為に相当するような行為である。もともと、仮に技術的な制約によりそのような利用はなされないという前提で権利者がコンテンツを販売していた場合には、その制約を取り払う行為は新たな実質の利用を生じさせると見ることもできるので、この区別といえども絶対的なものではない。

⁵² ここで権利制限を二つに分類したが、前者に関してはこれに反する契約は無効とされる強行規定、後者はこれに反する契約も当事者間では有効となる任意規定と解されることになろう。ただし、消尽など慎重な検討を要する規定もある点には留保を付けておきたい。

含めすべてを著作権者に独占させる必要はそもそもない⁵³。第二に、インセンティブとアクセスのトレードオフがあるため、著作権者の許諾なしの利用をある程度は認めた方が社会的には望ましい⁵⁴。動的効率性(創作のインセンティブ)の達成のためには著作権者に自らの投資に由来するあらゆる利用を独占させる必要があるが、静的効率性(アクセス)の観点からは限界費用と等しい価格で販売される必要があるのに、独占があるとそれより高い価格でしか販売されないからである。第三に、公益的な価値が存在する(広く薄く正の外部性がある)ために権利者と需要者の間の取引ではうまく交渉が成立しない(市場の失敗がある⁵⁵)ため、需要者に権限を移転させる必要がある⁵⁶。

たとえば、教育に利用するための例外、障害者等に供するための例外、政治上の演説等の利用のための例外などは、公益的な価値が存在するため

⁵³ Meurer, *supra* note 49, at 94-97 参照。Meurerは消費者の関心が、表現にインプットされることで価値を生み出すことを強調する。

⁵⁴ 独占がもたらす害については、さしあたりハル・R・ヴァリアン「入門ミクロ経済学」(第7版、2007)376頁以下参照。

⁵⁵ Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982) は、フェアユースの法理が働くのは、(1) 被告が、求めている使用を市場を通じて適切に購入できない場合、(2) その使用についてのコントロールを被告に移転させることが公共の利益に資する場合、(3) 利用の継続を許したときに、著作権者のインセンティブが重大に害されない場合、という三つの条件がすべて満たされた場合とする。この議論は、すべての権利制限に応用することが可能である。

⁵⁶ ただし、フェア・ユースの「市場の失敗」理論といったときには、情報の非対称性や交渉のためのコストなどの取引費用の高さのために市場での取引がうまくいかない場合なども含むものであり、当事者間の利益には還元されない公益的価値が存在しなくても、市場の失敗を救済するために権利制限を行うべき場合はある。本稿では、この公益が絡まない市場の失敗については次の二つめの権利制限すべき場合のところで議論しているので注意が必要である。なお、市場失敗理論の提唱者のGordon自身は、経済的基準が妥当しない非金銭的価値を重視する議論へシフトしてきたことが指摘されている(村井麻衣子「フェア・ユースの市場の失敗理論をめぐって」著作権研究35号168頁(2008)178頁以下を参照)。フェア・ユースの意義について、公益的な価値が存在する場合を重要視するようにシフトしているといえる。

に著作権者の独占が制限されている典型例だろう。また、権利制限とは少し異なるが、アイデア・表現二分論は、第一の点・第二の点を根拠として著作権者の独占の範囲が限られていると位置づけられる。さらに、パロディを適法とすべきという議論も第一から第三の点が複合的に関連し著作権者の独占が制限されていると理解できる。

権利制限がされる二つめの類型は、II 1で指摘した著作権法の構造にかかわる。ここでは、その自由とされた利用が著作権者の独占に服することそのものが望ましくないわけではない。もし、取引費用の問題がなく市場で適切に取引が行われるならば、著作権者からその利用行為を行うのにいちいち許諾を要するとしても構わないのである。しかし、実際にはすべての利用のたびに著作権者にいちいち許諾を求めることは、高すぎる取引費用・情報の偏在などの市場の失敗のためにうまくいかない⁵⁷。そのため、利用行為のうち、複製・送信などの法定利用行為だけを許諾を要するものとし、そこでまとめて対価を徴収させ、後の行為を自由にするのである⁵⁸。

たとえば、書籍というコンテンツの販売においては、複製権と譲渡権が働くことになっており、新たなコピーの作成と最初の販売においてのみ著作権者の禁止権が働くことになっている。書籍の購入者は最初の購入の段階で対価を払ってその書籍という有体物を手に入れたら、それを読むこと、自分用に一部をコピーすること、友達に貸すこと、中古で売ること、すべてにおいて対価は支払い済みであり、それゆえにそのような行為は禁止権の対象にならないのである。これは、そのような利用が著作権者の独占に服さないからではなく、取引費用の問題からそのようなデフォルトルールを用意したものである。

このような理由による権利制限は、直接行為者が誰で、誰に向けてその利用行為を行ったかが重要になってくる。たとえば、30条により私的複製が許容される理由の一つは、自分から自分に向けた複製は、すでに対価を支払い済みであり再度の対価支払いが不要だと整理されているからである。このほかに、一定の利用行為(単なる閲覧など)の法定利用行為からの除外、22条～26条の3に公に要件がかかっていること、26条の2第2項、

⁵⁷ これもGordon, *supra* note 55の指摘する市場の失敗の一類型である。

⁵⁸ 田村・前掲注9)109頁も同種の見解を述べる。前掲注33)も参照。

31条、38条などの権利制限も、同様の理由から正当化することが可能である。

(2) いわゆる「価格差別」論について

そして、第二類型の権利制限に対するこのような理解は、著作権法についてのいわゆる「価格差別論」と表裏一体な関係を有している⁵⁹。

価格差別とは、独占者が同じ製品について異なった価格で買い手に販売することである⁶⁰。理想的な「完全価格差別」が行われる状況下では、インセンティブとアクセスのトレードオフが解消できることが知られている⁶¹。もちろん、実際は理想的なトレードオフの解消は望めないが、そのほかにも好影響があることも指摘されている⁶²。したがって、独占者たる

⁵⁹ 価格差別論の紹介及びそれに対する批判としては、Wendy J. Gordon, *Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract*, 73 Chi.-Kent L. REV. 1367 (1997); William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 Chi.-Kent L. REV. 1203 (1997); Meurer, *supra* note 49; William W. Fisher III, *When Should We Permit Differential Pricing of Information?*, 55 UCLA L. REV. 1 (2007); 小島立「デジタル環境における情報取引」知的財産法政策学研究11号163頁(2006)、田村・前掲注7)などを参照。

⁶⁰ 以下の価格差別の概要については、ヴァリアン・前掲注54)384頁以下に依拠した。価格差別には、産出物の各単位を異なった価格で販売し、かつ、それらの価格が相手によって異なる「一次価格差別」(完全価格差別)、産出物の異なった単位を異なった価格で販売するが、同量を買う買い手はすべて同価格を支払う「二次価格差別」(例:大量購入による割引、異なった買い手に異なった価格で財を売るが、特定の買い手に売られる産出物の単位はどれも同じ価格で販売される「三次価格差別」(例:学生割引)がある。

⁶¹ ヴァリアン・前掲注54)387頁。「完全価格差別」の定義については、前掲注60)。独占化でも完全価格差別が可能ならば、静的効率性(パレート効率性)は達成される。ただし、そのためにはすべての人の嗜好を正確に知る必要があり、現実には不可能である。

⁶² 価格差別の好影響として、Fisher (2007), *supra* note 59は、アクセスの改善が望めない場面でも、著作権者の独占が強化されることで創作のインセンティブが強化される、少なくともより貧しい人への配分が増えることが社会厚生(改善)と見る余地がある、などの便益の方が上回る可能性を指摘している。

著作権者が価格差別を推進することは、社会的に望ましいとの議論が展開された⁶³。これが「価格差別論」である。現行著作権法の通説的解釈を前提にしたうえでも、価格差別は現実に広く行われ、それがアクセスの緩和に貢献している点は数多くある⁶⁴。価格差別論は、この機能のより積極的な一般化を模索するものである。

価格差別を積極的に肯定することは、著作権者が著作物の流通を一元的に支配することを積極的に肯定する考え方である。先の第二類型の権利制限の意義を認める考え方は、いったん著作権者の手を離れた著作物の流通には著作権者は介入しないことを良しとする考え方であった。したがって、価格差別推進論とは、これらの規定の意義を否定的に見る議論である。価格差別の実行には、市場支配力を持ち、鞘取引(裁定取引 Arbitrage)ができないことなどが必要であるが⁶⁵、権利制限の存在は鞘取引の自由を容認する機能を果たしている。

デジタル技術の劇的な進歩により、著作物の取引費用は劇的な低下を果たした。したがって、第二類型の権利制限は歴史的な役割を終えつつあると見ることもでき、価格差別をもっと広く認める方が望ましいという考え方も一理ある⁶⁶。解釈論により積極的に価格差別を認めるために、第二

⁶³ ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)における、Easterbrook 判事による価格差別論の擁護が著名である。ただし、Gordon, *supra* note 59, at 1383-84が指摘するように、ProCD事件では、そもそもデータベースの創作者が独占を与えられるべきかどうか自体も問題になっていたケースであり、独占が前提の場面では価格差別は社会厚生を改善する(場合がある)が、独占させる必要がないところでは価格差別論は登場の余地がなく、その点を看過した議論がなされていた点には注意を要する。

⁶⁴ 例としては、映画を劇場→DVD販売→DVDレンタル→TV放映などのようにその支払意欲によって異なる価格を課すことが挙げられる。その他、書籍におけるハードカバーと文庫本の価格差、ネットワークゲームにおけるアイテム課金などもその一例と整理できる。

⁶⁵ Fisher (2007), *supra* note 59が指摘するように、通常、①市場支配力を持つこと、②鞘取引が禁止されていること、③その製品に顧客が抱く価値に基づき差別化することが可能であることが、価格差別実行のための条件であるとされている。

⁶⁶ このほかに、そもそも新しい枠組みで著作権者の利益とアクセスのバランスをと

類型の権利制限を任意規定と見て⁶⁷、著作権者が契約・技術的保護手段などの手段により積極的にオーバーライトするのを認めるという考え方もその一つと位置づけられる。権利制限の解釈を著作権者寄りに行うという立場もありうる。

しかしながら、価格差別を推進することを手放しに肯定することにはなお問題も多い。第二類型の権利制限の意義は、現状のまま改善が不必要かどうかはともかく、現代でもなお有効と考えられ、その意義を過小評価するのは適切ではない。また、そもそも理想的な完全価格差別は不可能であり、通常の価格差別がアクセスを悪化させる場合もあることが理論的に指摘されている⁶⁸。独占利潤が減少するような場合は権利者は価格差別を行わないだけだから問題ないが、独占利潤は増やしてもアクセスがかえって悪化する場合もある⁶⁹。

もう一つ、重要なのがユーザーの意識である⁷⁰。価格差別は、少なくともユーザーの今までの取引意識にそぐわない場面があることは否定できない。これにより多くのユーザーが「不公平感」を抱くとしたら、それ自

る方策も検討されている。日本国内ではそれほど議論の蓄積があるわけではないが(ただし、田村・前掲注7)233頁、田村・前掲注9)193頁)、米国ではさかんに新たなスキームへの移行が論じられている。たとえば、複製権中心主義を捨て、商業的利用 (commercial exploitation) を中心に禁止権を組み立てるべきとする Litman, *supra* note 8、そもそも禁止権による構成をあきらめ税に似た制度の構築を模索する WILLIAM W. FISHER III, PROMISES TO KEEP (2004) など。現実的には条約の制約によりほぼ不可能だが、理論的な議論の蓄積は必要であろう。

⁶⁷ 田村・前掲注7)223頁及びその注14を参照のこと。価格差別論者は、まさに権利制限規定を任意規定の束と理解していることを指摘する。

⁶⁸ Fisher (2007), *supra* note 59, at 21-28 の議論を参照。Gordon, *supra* note 59 によると価格差別は必ず独占の害を緩和するかにも読めるが、それは事実ではない。

⁶⁹ Fisher (2007), *supra* note 59, at 23-24 のグラフがわかりやすい。たとえば、高い価格を支払う集団と低い価格を支払う集団がいて、三次価格差別が行われるときを考える。価格差別を行うと、低い価格を支払う集団のアクセスは改善するが、高い価格を支払う集団のアクセスは悪化するという事態が生じうる。これを悪いことと考えるかは価値判断の分かれるところだが(前掲注62)の Fisher の指摘を参照)、少なくともパレート改善ではないことは確かである。

⁷⁰ Fisher (2007), *supra* note 59, at 10-13, 26 がこの点を指摘する。

体が問題となる⁷¹。この点は時代の変化により変わっていくのかもしれないが、少なくとも現時点で無視することはできない。

さらに、著作権者による中央集権的な価格差別を許すより、権利制限を残すことにより、消費者間での自生的な著作物の「シェア」を許した方が望ましい場合があることを指摘できる⁷²。著作物のシェアとは、たとえば家族内での本・CDなどの共有、図書館、ゲーム・書籍の中古市場などをその例として挙げることができる。これは、ある著作物をほしい集団が1個の著作物を「共同購入」し、パッケージを購入するより低い価格でコンテンツを享受することを許す仕組みと理解できる。これにより、著作権者が自分で価格差別をするのではなく、たとえば高い価格を払う意思のある者は新品のゲームを購入し楽しみ、そうでない者はプレイ後直ちに転売又は中古商品の購入などの方法で安い価格で楽しむという仕組みが構築される。中古市場は消尽を肯定することで著作権者の権利が制限されているため可能になる⁷³。著作権者が自らすべての流通を管理するより、この仕組みの方が望ましい場合もあるだろう⁷⁴。

⁷¹ Fisher (2007), *supra* note 59, at 10-13 では、消費者の怒りを買った例として、気温で価格が変化するコカ・コーラの自動販売機の例、Amazon.com が購買行動により各消費者に異なった価格を付していた例などを紹介している。

⁷² 著作物のシェアについては、Meurer, *supra* note 49, at 132-140。また、経済学の論文として、Hal. R. Varian, *Buying, Sharing and Renting Information Goods*, *The Journal of Industrial Economics* Vol. 48, No. 4, 473-488 (2000) も参照。Varian はシェアがうまくいくための条件として (1) シェアリングの取引費用が生産の限界費用より低い (2) コンテンツが享受されるのは数回であり、シェアリングの取引費用が低い (3) シェア市場が高価値ユーザーと低価値ユーザーを分割する方法を提供してくれることを指摘している。

⁷³ ただし、権利制限がないとこのような仕組みが必ず不可能なわけではない。レンタルCD/DVD店も類似の仕組みだが、著作権者には貸与権があるので最終的なコントロールは著作権者が握っている。著作権者の支配があっても一種のアウトソーシングを行うことにより仕組みが構築される例もあるのである。

⁷⁴ 筆者の直観では、著作権者がユーザーの選好・支払ってよいと考える価格をうまく知ることができない場合か、本文のような仕組み構築のための費用が価格差別を実施するよりかなり低い場合には、望ましい。一方で、シェアの費用が低すぎて大量のシェアが行われてしまうと、著作者は対価回収の方法を失ってしまう。正確に

最後に、価格差別と1点徴収型の包括取引制とは二項対立ではない。著作権者に独占を認めつつ一種の報酬請求権化を行う(例:私的録音録画補償金、38条5項など)など多様な選択肢がありうる点を指摘できる。

2 権利制限の意義についての考察—各論

以下では、前節の理論的検討を踏まえて、各権利制限の規定について、簡単な分析を加える。

(1) 私的使用のための複製(30条1項)

著作物は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(著作権法30条)。

私的複製の意義は、通説的には、家庭などの閉鎖的な範囲内の零細な利用を認めることにありと理解されていた⁷⁵。これは裏返せば、私的複製が認容してきた著作物の利用は著作権者が本来許諾するところではないが、いちいち訴えるとコストがかかりすぎるので見逃したにすぎないという見方である。したがって、それが大量の場合は適法にする理由は一切ないことになる。しかし、著作権者による価格差別の実行を無条件に肯定する考え方をとるならばともかく、上述のように価格差別の推進が必ずしも社会にとって望ましくない場合もあるとするならば、一律に私的な利用が本来的には違法だとする見方に賛同することはできない。

本稿は、30条の意義は主として、すでに対価を支払い済みと評価できる範囲の利用について、利用者の自由を確保することにあると考える。もちろん、利用者の著作物のアクセスを確保するために積極的に著作権者の独占を否定するという第一類型的な権利制限の意味もあるだろう。ただ、どちらかという、本来的には著作権者の独占を認めるが、すでに何らかの意味で対価を支払い済みと評価できることにより著作権の行使が制限されるという第二類型的な権利制限としての意義が大きいと考える。注意を要するのはいずれと解するにしろ、私的複製は「本来的に適法」と見るのが適当であり、零細な利用だから見逃されると理解することは妥当ではない

は実証的分析を要する。

⁷⁵ 加戸守行『著作権法逐条講義』(五訂新版、2006)225頁。

ということである。

ただ、通説的な見方が全くの間違いかというところではなく、少なくとも現行法がかなりの程度通説的な見方を基礎に置いていることは残念ながら認めざるをえない。たとえば、30条1項1号は、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による複製は、私的使用を目的とするものであっても著作権者の許諾が必要であるとする。この条文を形式的に理解するならば、事業者の関与のもとに行われる複製の大部分は、直接行為者がユーザーであるとしてもなお、これに該当し著作権侵害行為となってしまう。これは、私的複製は本来的には違法であり、大量になった場合にそれを見逃す理由はないという見方を基礎にするものと思われる⁷⁶。

もっとも、本当に通説的な見方が私的複製規定の趣旨なら、わざわざ権利制限を定めるまでもなく、著作権者の判断に任せる方が合理的だという反論も可能である。わざわざ著作権法が権利制限規定を有している以上、利用者側に積極的に守るべき利益があると考えるべきであり、その利益とはすでに対価を支払い済みと評価できることにより著作物を自由に使える利益なのである。

本稿のような議論を理論的に一貫させるには、解釈論の範疇で行うことが難しいのは確かである。現行の私的複製規定は少なくとも、通説的な見方と本稿のような見方とが混在するアンビバレントな規定であり、立法的な解決を待たないと⁷⁷解釈論だけで議論を行うことは難しい。ただ、私的複製既定の意義を本稿のように理解することを積極的に肯定するならば、以下のような解釈論を行うことは不可能ではない。

まず、30条1項1号が働く場面は謙抑的に解すべきであり、自動複製機器の範囲は狭く解すべきである⁷⁸。自動複製機器は条文の定義が広範

⁷⁶ 前田・前掲注5)111頁。

⁷⁷ 本稿のような見方の障害になっている規定は30条1項1号であり、これの削除ないし、より限定的な形への改正が、もっとも簡単な立法的対応と思われる。

⁷⁸ 自動複製機器の解釈に関しては、もともと30条1項1号が想定していたものは、レンタル店等の店頭で設置される高速ダビング機なのであって、これと性質が異なるものには適用されないという見解もある(クラウドコンピューティングにおける

なので解釈で限定を加えることは困難を極めるが、立法趣旨・実質的妥当性に遡り限定的に解することが望ましい。立法当時に具体的に想定されていた機器に限るべきであり、実質的には、およそ著作権者の想定を外れる利用をもたらす機器のみがこれにあたと解するべきである。やや解釈論の範疇を超えるが、著作権者の想定外だったとしても、著作権者による一元的な流通の管理が本当に望ましいかどうかの検討をし、そうでない場面では30条1項1号の適用をしないことの方が望ましい。

私的複製規定は、使用が私的使用「目的」であること、複製の主体が「その使用するものであること」との要件を定めているが、これらの解釈については、次のような議論が可能である。

「目的」に関しては、会社等における内部利用のための複製行為は含まれないとするなど、狭く解するのが通説的見解である⁷⁹。著作権者による価格差別を是としそれを強化していくならこの解釈が正当化されるだろう。しかし、以下に述べるように私的使用目的の意義はより緩やかに解されるべきである。たとえば通常の書籍・雑誌において、著作権者から再許諾を得るための仕組みは現状ではかなりのコストがかかる。そうすると、社内での利用などすべて書籍購入時の代価に含まれていると解する方が適切とも考えられる⁸⁰。一般に、許諾の仕組みが高コストな場合には、最初の販売時に予想される利用まで含めた対価を課した方が合理的であり、著作権者にしていても実質的損害はないことになる。業者の協力もとのユーザー（直接行為者）のクラウドへの音楽・映像などの複製行為、書籍の電子化（「自炊」）行為、テレビ放送のタイムシフティング・スペースシフティング行為が、私的使用目的といえるか、いえたとしても「自動複製機器」を使用するものではないのかについては、著作権者にはいずれにしろ対価回収の機会が存することを理解しつつ、個別販売と包括販売のいずれがより効率的なのかという視点で検討していくことが重要であろう。

クラウド上のサーバーの自動複製機器該当性についての議論。文化庁文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「クラウドコンピューティングと著作権に関する調査研究報告書」（平成24年1月）。

⁷⁹ 加戸・前掲注75)226頁。

⁸⁰ 田村・前掲注9)200頁。

次に、複製の主体に関しては、II 2で論じた直接行為者とされる者が主体である。事業者が主体とされるケースは、より限定的に解されるべきである⁸¹。

その使用する者が複製することができることとされているので、複製者本人以外の者は原則使用することはできない。ただし、私的複製したものを限られた範囲へ譲渡することはもともと許されていると解されることから、本人以外が利用する場合もある程度は許されると考える⁸²。このように考えた方が、上記の私的複製の意義とも整合する。

なお、デジタル方式の録音録画については、私的録音録画補償金制度が存在する。この制度は、理念的には著作権者の独占を肯定しつつ、報酬請求権化による自生的な流通システムの発展を後押しする仕組みと、捉えることが可能である⁸³。

(2) 消尽（26条、26条の2第2項）⁸⁴

譲渡権は、権利者から譲渡されると、その後の譲渡には権利が及ばない（26条の2第2項第1号・第4号。頒布権につき最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁）。最初の購入者がのちの転得者の分までまとめて対価を支払い、最初の購入者は転得者から事後的に対価を回収することができるのである。この規定の存在により、中古市場を形成することが可能になり、作品の自生的な「シェア」が可能になる（IV 2(2)参照）。つまり、いわば

⁸¹ 結論として、同旨の見解をとるものとして、奥邨・前掲注9）。

⁸² 複製物の譲渡は、「頒布」に該当しなければ目的外使用にはならない（49条1項1号）。そもそも30条の「家庭内」という文言が家族に使用させることを（複製者本人が全く使用しない場合でも）許容していると解しうる。

⁸³ 加戸・前掲注75)231頁は、私的録音録画は零細な利用行為が大量になると著作権者の正当な利益を害する状態になっていることが根拠と説明する。理念的には、私的録音録画補償金制度は、音・映像のコピー1回につき著作権者からの強制ライセンスを得られるよう国家が介入する制度であり、利用1回ごとの徴収を国家が可能にする制度である。しかし、多大な行政コストを要しているであろうこの制度が、著作権者に自ら価格差別をさせるより低コストなのかについては、ここ10年ほどの間に起きた取引費用の大幅な低下の後でも合理的な制度なのか再検討の余地がある。

⁸⁴ 前田・前掲注5)の注61参照。

複数の転得者集団により1個の複製物を「共同購入」する仕組みが自生的に生ずることが可能になる。こうして新品であることや発売直後に作品を享受することにこだわらない者は低価格で作品を享受し、そうでない者は高い価格を支払うという一種の価格差別が、著作権者の支配から離れて生ずることになる。これにより、利用者のアクセスを改善しつつ、著作権者の利益も保たれるという状態が実現しているといえるかもしれない。

(3)「公に」要件(22条ないし25条)

上演、演奏、上映、口述、展示、公衆送信された著作物の伝達は、「公に」(公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として)の場合だけ著作権者の禁止権に服し、送信も「公衆によって直接受信されることを目的として」の場合だけ禁止され、譲渡・貸与も公衆に提供する場合だけ禁止される。これは、複製権の場合と、支分権の中で定義するか権利制限規定に定めるかの違いはあるが、私的な利用を適法にするという点では共通する。ただし私的複製とは違って、これらの規定では、利用の「目的」は考慮されず(ただし38条参照)、行為の「主体」から見て公衆(すなわち特定少数でないもの)に対して行われているかどうかのみが判断される。

ここでも、私的複製のときとほぼ同じ議論ができる。これらの公衆に対さない行為が適法とされるのは、これらが「著作物の経済的利用として概念するには取るに足りないような使い方」⁸⁵だからというよりは、すでに著作権者は対価をもらって許諾済みとみなすことができる利用だからである。典型例は、DVDを購入したときの家庭での上映である(DVDを買う目的そのものであり「取るに足りない」というには躊躇を覚えるだろう。)⁸⁶コンテンツを入手した者は、それが特定少数に対して提示・提供されるのであれば、それは最初の対価支払い時に織り込み済みの行為なのである。

しかし、特定少数に対する行為をすべて許諾不要とする必然性はなく、

⁸⁵ 加戸・前掲注75)183頁。

⁸⁶ その他、購入した楽譜を用いた家庭内での演奏、買った書籍の家庭内での朗読などが挙げられる。展示については、公に対しても、原作品の所有権を取得すれば可能である(45条)。これも原作品の取引の際にそのような許諾を得たとみなせることに由来する。

それでも対価徴収の機会を与える方が望ましい場合もあるかもしれない⁸⁷。逆に、特定少数以外の者に対して提示提供する場合においても、特定の「目的」のためであれば、それは織り込み済みの行為であるといえる場合もあるだろうし、あるいは、そのような行為を自由にすることによってシェアの仕組みの自生的な発展を促した方が社会的に望ましいというケースもあるかもしれない。少なくとも次の営利を目的としない上演等はそのような例といえる。

(4) 営利を目的としない上演等(38条)

上演、演奏、上映、口述は、(1) 営利を目的とせず、かつ(2) 聴衆又は観衆から料金を受けない場合には行うことができ(38条1項)、公衆送信された著作物の伝達も、(1)(2)を満たすとき又は家庭用受信機による場合は行うことができる(38条3項)。非営利目的の場合に一般的にこれらの行為が許容されるのは、非営利で行われるならばその行為が持っている経済的価値は高くはないことが通常であり、そうであればすでに支払い済みの対価に織り込まれた利用であるとみなすことができるためであると思われる。

一方で、38条3項については広範に飲食店等でのラジオ・テレビ放映等を認めていることから⁸⁸、もう少し別の説明も必要である。一応このケースで、伝達の主体は店と考えられるわけだが、たとえばテレビ放送の場合、受け手たるお客も家に帰れば(ワンセグ受信機を持っていればその場合も)もともと視聴する権原を持った存在である。したがって、家庭用受信機の範囲であれば、スペースシフティングの手段の提供にすぎず、新たな

⁸⁷ たとえば、テレビ番組の録画転送サービスにおいて、自分で機器を購入し、実家等に設置して家族に転送してもらう場合は、公衆要件を満たさないので公衆送信にあらず適法である。しかし、もし業者が行うサービスが違法とされるべきならば、自ら行ったとしても違法としてもよいはずである。

⁸⁸ 加戸・前掲注75)は、この規定の意義を料理飲食店等の営利事業において、テレビ・ラジオを通常の家庭内受信機・受像機で客に視聴させる行為に著作権が及ばないことに意味があるとしている。

対価徴収の機会を与える必要がないからと理解することになる⁸⁹。

(5) 図書館 (31条、38条4項)

図書館とは、国家・自治体・大学などによる書籍の「シェア」である (IV 2 (2)参照)。ある集団で書籍を購入し、一部の複写・貸与を著作権者の無許諾でできるようにすることによりシェアが実現されている。物理的な制約が大きくあったため、調査・研究目的以外の場面では、シェアの仕組みとしては極めてマイナーであり、図書館に関する権利制限規定はどちらかというと公益的な目的のための権利制限として働いてきた側面が強い。しかし、それでも経済的弱者に対する低価格での書籍提供、一般市民に対する調査研究用書籍の低価格での提供という価格差別的機能を果たしてきた側面が否定されるわけではない。今後、公的・私的な電子図書館が発達していくに際して、事業者の責任に関し、この観点からの議論を深化させる必要がある⁹⁰。

V おわりに

著作物に関するサービスを提供する事業者の著作権侵害責任(差止請求の対象となるか)を考えるにあたっては、本稿は、次のような整理により議論を進めるべきだと考えている。すなわち、事業者・ユーザーのうち、誰が「直接行為者」で誰が「関与者」なのかをまず分ける必要がある。端的に差止めの対象の範囲を検討すればよく「直接」「間接」という概念分けをすることは無意味だという意見もあるだろう。しかし、著作権法30条

⁸⁹ ロックIIやまねきTV事件においては、テレビ放送の(国外への)スペースシフティング行為が許されなかったこととのバランスは、国内ならよいが国外へのスペースシフティングは許容の範囲を超えるからだとして説明されることになる。

⁹⁰ 電子書籍をめぐる諸問題や、電子化された図書館の役割等については、さしあたり鳥澤孝之「電子書籍の著作権制度上の課題—出版社と図書館の視点から」パテント64巻7号57頁(2011)、長尾真「図書資料の電子化と関連する諸問題」L&T 48号27頁(2010)、長尾真「デジタル図書館の課題」コピライト552号1頁(2008)、名和小太郎「電子図書館:著作権をめぐる一つの提案」コピライト466号1頁(2000)など。

以下の権利制限規定、支分権該当性判断における「公衆」の判断などは、行為の主体が誰かによって判断が180°変化しうる規定になっている。差止めの対象にしてよいのかという問題と、これらの規定の適用の判断の基準となる主体とを分けて議論しないと議論の混乱を招いてしまう。きちんと問題点を分けたいと、どの範囲の関与者なら差止めの対象としてよいかを検討すべきである。

このような枠組みで侵害主体論を議論していくと、権利制限の意義について再検討こそが必要なことが明らかになってくる。本稿の整理では、権利制限は、その行為が著作権者の独占に服させるべきでないから制限されている場合(「第一類型」の権利制限)と、服させるべきだが取引の中ですでに別のところで対価を支払い済みとみなせるから結果として制限されている場合(「第二類型」の権利制限)との二つの類型を考えることができる。第二類型の権利制限は、従前の技術的制約・取引費用を前提に、コンテンツ取引のデフォルトルールを用意するために設けられた規定である。技術的環境が激変し今までできなかった取引が可能になり、一部の取引では取引費用の劇的な低下が見られた現代においては、この規定の意義の見直しが迫られている。そのため価格差別論を推進する論者は、第二類型の権利制限規定はもはや不要か完全に任意規定と見るべきだと主張することになる。しかし、そうはいつても、取引費用がゼロの世界からはいまだほど遠いのが現状であり、第二類型の権利制限規定を持つ意義自体は失われていない。ただし、現行の権利制限規定に対し、新しい技術的・社会的環境にあった修正を加える必要はあるだろう⁹¹。本稿でも

⁹¹ なお、本稿ではあまり触れられなかったが、この点を見直すにあたっては、事実上不可能であるということと、法律上禁止されていることとの関係をどう捉えるかも重要である。著作権法においては、従来は事実上誰もできなかったからいちいち禁止されていなかったこと、あるいは、逆に誰も侵害を発見することができないからいちいち明示的に適法にはされていなかったことがたくさんある。これらの状態をどう位置づけ、法文上にどのように反映させていくべきかはそれ自体大きな一つのテーマである(この観点については、田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロックII事件を題材に—」法曹時報63巻5号1029頁(2011)1046頁以下が指摘している)。従来の著作権法で暗黙の前提にされていた事実上不可能な行為が現代では可能になったことによる不都合が、随所に表れてきて

私的複製などの規定について、解釈論で対処できる範囲及び法改正の方向性について少し具体的に言及した。

以上のような洞察を推し進めていくと、議論は権利制限規定の見直しにはとどまらず、著作物の取引のあり方全体を見据えた著作権法制のあり方に及んでいくことになる。上で述べた権利制限規定に関する議論は、デフォルトルールとして権利の初期分配をどのように置くことが、著作物の取引を推進し創作のインセンティブと利用者のアクセスの新たな適切な妥協点が見出されるかという問題である。市場による取引を促す又はそれを代替する仕組みとしては、権利制限規定の見直しに加え、著作権の一部の報酬請求権化、著作権契約法などライセンス契約を促す仕組みの整備等多様な選択肢がありうる⁹²。著作権者と利用者の利益の調整点は、立法はもちろん司法や行政がすべてを決定しなければならないものではなく、基本的には市場により自発的にそれが見出される仕組みを整備し、司法・行政がそれぞれの立場から⁹³それを後ろから支援するものである。そのような観点からすると、権利制限規定の見直しだけですべてが解決できるはずがない。

もっとも簡単なのは、取引費用がゼロのもと、創作者に創作のインセンティブ確保に十分な排他権を与えて、市場での契約による解決を待つことである。しかし、何度も繰り返すが現実はいまだそれとは遠い。そのこと

いると考えられる。

⁹² 上野達弘「国際社会における日本の著作権法—クリニタ指向アプローチの可能性—」コピライト613号2頁(2012)は、ヨーロッパ大陸法系の著作権法が創作者主義を貫徹しつつ著作者を保護する一方で、著作権契約に関する契約法による規制、権利制限規定と報酬請求権をセットで設けることなどにより適切な解決が図られていることを指摘する。日本法は従来オールオアナッシング型の解決に偏り、著作権者がすべてとるか全くとれないかのいずれかで、それ以外の選択肢を狭めてきた(同23頁参照)。このような発想が、従来の権利制限規定に対する理解の不十分さにつながっていたように思われる。上野も、著作権法契約法の整備、権利制限規定の見直し、また権利制限を報酬請求権とセットで導入するなどの多様な解決策を視野に入れることが重要なことを指摘している(同26頁以下参照)。

⁹³ 著作権法における司法と立法の役割分担の検討については、さしあたり田村・前掲注91)を参照。

を意識したうえで、どこを修正すれば理想に近い状態が実現するのかを考察していく必要がある。現行の著作権法は、取引のあり方は、著作権者自身が決めるべきという考え方を基本に、そうでない部分は、立法が権利制限規定によりオールオアナッシングの修正⁹⁴をするという考え方によっている。利益の帰属と利用の決定権とを分離し、著作権者に最終的な利益を帰属させることを確保しつつも利用者や流通業者の自発的な動きを奨励するという方向をもっと探ってもよいかもしれない。たしかに、著作権者が完全に合理的なら著作権者に利益のみならず決定権を預けて問題ないかもしれないが、取引のあり方が固定的ではなくなった現代では、利用者・流通事業者の自発的な取組みを促す機構がよりよい解決を導く可能性は高いようにも思われる。このような観点から、今後さらなる検討が望まれる。

⁹⁴ 上野・前掲注92)23頁。