

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(7)

—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— (以上 第50号)
 - 2. 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
 - 2-1. 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
 - 2-1-1. 私的複製の意義 —市場の失敗理論をめぐる議論からの示唆—
 - 2-1-2. 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
—間接的な対価還流への志向—
 - 2-2. 自由領域の拡張 —私的複製(30条)について—
 - 2-2-1. 近時の法改正の問題点
 - 2-2-2. 公衆用自動複製機器の例外(30条1項1号)とクラウドサービス等への適用可能性について
 - 2-2-3. 企業内複製について (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—

2. 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

2-1. 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

2-1-1. 私的複製の意義 —市場の失敗理論をめぐる議論からの示唆—

従来、日本著作権法30条において私的複製が認められる趣旨については、主に、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⁵⁸⁰。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うようになった一方で、権利処理や侵害の監視を可能とする技術的環境等が整いつつある現代においては、私的複製を許容する意義は失われていくということになるのかもしれない。

Gordonの提唱したフェア・ユースの市場の失敗理論も、逐一権利者から許諾を得ることが困難な家庭内でのテレビ番組の録画をフェア・ユースとして許容することが望ましい可能性を指摘する一方で、容易に許諾を得る

⁵⁸⁰ 加戸守行『著作権法逐条講義』（六訂新版・著作権情報センター・2013年）228-223頁等。蘆立順美「私的複製の範囲と主体—30条1項柱書き—」著作権研究40号（2014年）40頁は、私的複製に関する制限規定の根拠について、多くの学説は、①私的複製によって著作権者が被る損害が少ないと考えられること、②私的領域の複製に権利を及ぼしても保護の実効性が図れないこと、③公益的理由（文化の発展という法目的から、著作物の利用を認める必要がある、あるいは、個人の活動の自由の確保のために自由利用を認める必要がある）など複数の根拠を挙げており、学説を大別すれば、①私的複製によって著作権者が被る損害が少ないということを制限の正当化における中心的理由と位置づけるものと、③個人の著作物利用の確保等の公益的理由をも重視するものに分けることができると整理している。高橋弘海『『私的複製』とフェアユース』英米法学50号（2011年）24-26頁は、著作権者の保護を重視し制限規定を厳格に解釈する伝統的理解と、ユーザーの利益にも配慮し弾力的に解釈する新しい理解とに整理している。角田政芳「私的複製をめぐる諸問題」コピライト633号（2014年）4-6頁等による学説の整理も参照。

ことができるような許諾システムが発展した場合には、市場の失敗が治癒されたとして、フェア・ユースを否定すべき旨を示唆していた⁵⁸¹。

しかし、CCC (Copyright Clearance Center) という複製許諾システムの普及を考慮し、研究所の図書館資料の研究者による複製についてフェア・ユースの成立を否定したTexaco判決⁵⁸²に対して、Lorenは、教育・研究目的の著作物利用については外部利益が存在することを強調し、課金によって社会的に望ましい状態よりも少なくしか著作物利用が行われなくなるおそれを指摘した⁵⁸³。

さらに、Gordon自身、後に市場の失敗理論を修正しており、取引費用や外部性による「技術的な市場の失敗」のカテゴリーだけではなく、表現の自由が関わる場合など、市場の基準そのものが適合しない「本来的な市場の制限」というカテゴリーが存在し、後者の場合には、制度的・技術的な環境の変化によって取引費用が減じられて市場が機能したとしても、フェア・ユースの成立を否定するべきではないという立場を明らかにしている⁵⁸⁴。そして、表現の自由、民主主義、行動の自由といった非金銭的な価値が関係する著作物の利用については、先に紹介したように、様々な観点から著作物を利用する自由を確保する必要性が主張されているところである⁵⁸⁵。

⁵⁸¹ 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).

⁵⁸² *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. N.Y. 1994).

⁵⁸³ Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTEL. PROP. L. 1 (1997).

⁵⁸⁴ Wendy J. Gordon, *The "Market Failure" and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031 (2002); Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, in THE COMMODIFICATION OF INFORMATION 149 (Neil Netanel & Niva Elkin-Koren eds., 2002).

⁵⁸⁵ Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L. REV. 1533 (1933); William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659 (1993); Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215 (1996); Neil Weinstock Netanel, *Copy-*

これらのようなフェア・ユースの市場の失敗理論をめぐる議論からは、権利の集中処理システムや技術的保護手段、インターネットを介した契約等の発展により、権利処理が可能となる状況が生じたとしても、依然として権利行使を許さずに著作物の自由利用が許されるべき領域が存在することを示していると考えられる。

日本においても、最近では、私的複製（30条）が認められている趣旨として、私的領域での個人の自由といった観点を強調する学説が増えてきているように見受けられる^{586 587}。もっとも、30条の趣旨については、様々な

right and a Democratic Civil Society, 106 YALE L.J. 283 (1996); Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29 (1994).

⁵⁸⁶ 田村善之『著作権法概説』（第2版・有斐閣・2001年）198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）173-174頁〔島並執筆部分〕等。中山信弘『著作権法』（第2版・有斐閣・2007年）286頁も、侵害の把握方法、安価な交渉手段・課金技術等の発展により、30条の立法趣旨における法の実効性の問題についてはある程度は解決可能であるかもしれないとしつつ、そもそも個人の自由という観点から、著作権法が私的領域にまで干渉することが果たして妥当といえるのか、あるいはプライバシーとの関係はどうなるのか、という根本的な問題は残ると述べており、個人の自由やプライバシーへの配慮の必要性に言及している。斉藤博『著作権法』（第3版・有斐閣・2007年）228頁も、30条の趣旨において、法律が個人の領域や過程等に入り込むことを避けようとした面もあったであろうとする。

⁵⁸⁷ 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〕も、「著作権法30条1項は、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」と述べており、私的領域における個人の活動の自由の保障を30条の趣旨の一つに挙げている。もっとも、知財高裁は、30条1項における「その使用する者が複製することができる」という文言の解釈において、零細な複製のみを許容することで私的複製の量を抑制するという趣旨を重視した解釈を示しており、私的領域における個人の自由よりも著作権者への不利益に配慮しているようにみえる。このような解釈に対しては、複製技術が私人にまで普及し私人の自由に対する過剰な規制へと変質しうる現代においては、著作権者の利益を偏重すべきではなく、主体的な私人の自己決定を対抗利益として掲げる理解を採用することが必要であるとの批判がなされている（田村善之〔判批（自炊代行 I 控訴審）〕IPマネジメントレビュー17号（2015年）41-43頁、同〔判批（自炊代行 I 控訴審）〕〈<https://www.westlawjapan.com/column-law/2015/150105/>〉 WJL 判例コラム

視点からの分析があり、その内容を整理することは容易ではない⁵⁸⁸。ここでは、私的領域での著作物利用が、重要な非金銭的価値に関わることに焦点を当て、次のような要請に配慮した著作権法の制度設計の考察を試みる。

- ① 私的・家庭（コミュニティ）内の領域における行為であることからの要請：プライバシー、私的領域内での身体・行動の自由、コミュニティの醸成を確保するため、私的・家庭（コミュニティ）の領域内での著作物利用について、著作権法はその介入に謙抑的であるべきである。
- ② 表現の自由や民主主義の基礎として情報・著作物への自由なアクセスを確保する要請：表現の自由や知る権利、民主主義の基盤を確保するためには、少なくとも私的な領域の範囲において、情報や文化への自由なアクセスや利用が保障されるべきである⁵⁸⁹。なお、アクセスの

40号(2015年))。

⁵⁸⁸ 前田健「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」知的財産法政策学研究40号(2012年)193-205頁、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)502-524頁、島並良「私的複製制度の理論的基礎(1)」著作権研究40号(2014年)29-36頁等は、様々な観点から分析を行っている。その他、山手清和「私的複製の例外」著作権研究40号(2013年)64頁は、30条において重視すべき要素として、権利者(もしくは著作者)への適切な利益還元、著作物の適正な利用、表現の自由、情報の豊富化(情報へのアクセス)、個人の行動の自由、消費者保護など多様な要素を挙げる。寺本振透＝深津拓寛「一般的フェアユース規定実現への課題と展望」寺本振透・編集代表、西村あさひ法律事務所・編著『解説 改正著作権法』(弘文堂・2010年)195-196頁は、30条1項を「立証責任分配型個別規定(『本来、著作権はそこまでおよぶいわれがないのだが、立証責任の分配の効率上、利用者側に自らの利用行為に著作権が及ばないことの立証責任を負わせる』型)」と位置づけ、きわめて親密なコミュニティ又は家族の内部で行われる情報の伝達はそもそも著作権によって排除されるべき行為ではないとする。

⁵⁸⁹ 渋谷達紀『著作権法』(中央経済社・2013年)210頁は、著作物の私的使用のための複製は、著作物へのアクセスを妨げないようにして人々に著作物の文化的価値を享受させ、著作文化の普及と浸透を図るために公正利用行為とされているものであると述べる。松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・世界思想社・2013年)

方法についても、例えば図書館における書籍の閲覧といった伝統的な行為に限定されるべきではなく、その時代の技術的環境に応じた情報へのアクセスや利用が認められるべきであろう⁵⁹⁰。

- ③ 外部性のある著作物利用への配慮：社会に広く利益を与える外部性は、私的な著作物利用に限らず、研究・教育目的でなされる著作物利用等に広く存在すると考えられるが、私的領域内で外部性のある著作物利用が行われる場合には、①、②の要請とあいまって、自由に行われるべき必要性が高まる。

2-1-2. 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 —間接的な対価還流への志向—

このような非金銭的価値の重要性に鑑みると、私的領域での著作物利用は可能な限り自由に行うことが望ましいと考えられる。しかし、インターネットやデジタル技術・複製技術等が私人のレベルにまで発展・普及した現在において、私的な領域での著作物利用を完全に自由としてしまうと、権利者へ与える影響が多大なものとなり、創作のインセンティブに支障を来すおそれが生じる。私的な著作物利用の自由の確保と権利者の利益への配慮のバランスをいかに図るかが課題となる。

先にみたように、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制度をめぐる動向をみると、私的な領域において著作物を自由に利用できる範囲を縮減し、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性が志向され

173頁〔三山執筆部分〕も、30条の立法趣旨は、何よりも文化的所産という側面のある著作物を個人のレベルで自由に享受できることは、文化の発展に寄与することに繋がると考えられたところにあるとする。潮海久雄「私的複製の現代的意義—私的録音録画補償金制度からライセンスモデルへ—」著作権研究40号（2013年）101頁も、30条の趣旨として、私的複製は私人の著作物の享受や新たな表現の自由の基盤となるとも言及している。

⁵⁹⁰ 法制度が足枷となって、技術の進歩の恩恵の享受に失敗することがあってはならないとする、田村・前掲注586)199頁等参照。

てきたようにもみえる。

しかし、著作物利用に対して対価の徴収が行われる場合には、その課金額がどんなに低廉であったとしても、特に経済的弱者にとっては資産効果⁵⁹¹によって著作物の利用が抑制されるおそれがある。また、技術や契約によって利用がコントロールされることになれば、引用等の著作権法上許されている利用行為までも行うことができないというオーバーライド問題が生じる可能性がある⁵⁹²。外部性を伴う著作物利用が社会にとって望ましい状態よりも少なくしか行われなことも問題となろう。このような問題を考えると、私的な著作物の利用について、技術や契約、あるいは集中処理システムによる課金・利用のコントロールを行っていくという方向性

⁵⁹¹ 資産効果 (wealth effect) とは、当事者がたまたま有している資産の水準の影響により、法的ルールの選択が最終的な結果に影響を及ぼすことがありうることを指す (スティーブン・シャベル (田中亘=飯田高・訳) 『法と経済学』 (日本経済新聞出版社・2010年) 119-120頁)。

⁵⁹² 著作権法のオーバーライド問題は、特に、アメリカにおける情報取引法 (「米国統一コンピュータ情報取引法 (UCITA) 」) の立法を契機に論じられるようになった問題である (UCITA については、金子宏直「米国における統一コンピュータ情報取引法 (UCITA) の取り組み」法とコンピュータ18号 (2000年) 45-52頁、ライセンス委員会第3小委員会「米国統一コンピュータ情報取引法 (UCITA) における諸問題」知財管理50巻4号 (2000年) 509-532頁、曾野裕夫「NCCUSL 年次総会 (2000年) における UCC 第2編と UCITA の審議」法政研究67巻3号 (2001年) 922-888頁等を参照)。

インターネット上でも用いられるクリック・オン契約やシュリンクラップ契約の有効性をめぐるオーバーライド問題については、曾野裕夫「情報契約と知的財産権」ジュリスト1176号 (2000年) 88-89頁、同「情報契約における自由と公序」アメリカ法1999-2号 (2000年) 181-192頁、上野達弘「契約による著作権制限規定のオーバーライドをめぐる議論状況」コピーライト1998年11月号 (1998年) 50頁、渡邊倫子「情報財取引における公衆向け定型ライセンス契約の有効性～著作権法の視点からの考察～」コピーライト2001年3月号 (2001年) 10-23頁、Lucie Guibault (会沢恒・訳) 「著作権の制限とクリップラップ・ライセンス：著作権取引はどうなるのか？」知的財産法政策学研究3号 (2004年) 91-129頁、曾野裕夫「契約と技術の著作権の拡張に関する日本法の状況－ギボー報告およびパーク報告に対するコメント－」知的財産法政策学研究3号 (2004年) 185-194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」コピーライト507号 (2003年) 2-11頁、同「“契約で決めておけばよい”か？」著作権研究32号 (2005年) 50-54頁等を参照。

は⁵⁹³、著作物利用を抑止したり制限したりすることにより、私的・零細的な著作物利用の意義を減殺してしまうおそれがある点で問題があると考えられる。

そこで注目されるのが、直接的に個別の利用に対し課金やコントロールをするのではなく、著作物利用の前段階において間接的に著作物利用の対価を権利者に還流させるという方策である。具体的には、私的録音録画補償金制度でとられているような著作物利用を行うための機器・媒体への課金や、著作物を利用するシステムやサービスの提供に際して料金を徴収するという方法である⁵⁹⁴。

⁵⁹³ 個別の利用段階での課金・コントロールを志向する考えとして、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)』日経エレクトロニクス2009年2月9日号(2009年)26頁(「本来は法律による保護を求めるのではなく、自らに利益をもたらす有利な契約をメディア企業と結ぶよう、著作権側が団結して行動を起こすべき」であり、私的録音録画補償金制度について、利用者側での複製の状況を把握し、課金する仕組みが整いつつあるなか、「機器メーカーに責任を問う理由はいずれなくなり、補償金は消えていく運命」と述べている)、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)15頁[中山信弘発言] (「…権利の集中処理期間ができて、各大学と上手く契約ができて、うまく支払いができるという体制ができたなら、これはフェア・ユースでなくてもいいと思うのです。そういう場合はフェアユースから外して、そういうものは使ってもいいけどお金を払えという条文にすればいい。何がフェアかどうかというのは、そのときの市場の失敗等と非常に関係してくる。支払いの技術ができていくかどうか、というようなことはいちいち条文に書けないし、書いたとしても時代によってすぐ変わってしまう。そういうものはフェアユースでいくのが一番いいのではないかと思います)、潮海・前掲注589)69-109頁等。

⁵⁹⁴ 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号(2015年)45-46頁は、コピー・プロテクションは実効的な保護が過大なものとなるおそれがあり、市場の失敗の完全な解決策たりえないとしたうえで、複製を法的には自由としつつ、複製機器や媒体から対価を取得するという現在の私的録音録画補償金請求権の制度に内包された自由の契機はもう少し見直してもよいのではなかろうかと述べる。紋谷崇俊＝高木楓子「ワイヤード(wired)な消費者への対応」寺本・編集代表・前掲注588)192頁[紋谷崇俊＝高木楓子執筆部分]は、私的録音録画補償金制度の是非の議論において、情報に自由に

従来著作権を行使することが難しかった私的な著作物の利用に対し、取引費用を低く抑えることが可能な方法で対価を徴収するという点において、直接的な課金も間接的な課金も変わるところはない。しかし、課金の段階が、個別の著作物利用行為の段階ではなく、利用の前段階であることにより、著作物利用の抑止効果を低いものと定める可能性があるように思われる。

例えば、私的録音録画補償金制度のもとでは、利用者は録音・録画のための機器・媒体の購入時に補償金を支払うことになるが、いずれにせよ物理的な機器・媒体の対価を支払っているために、そこに若干の補償金がかせられていても、著作物利用にかかる特別の負担として認識されにくい⁵⁹⁵。ゆえに、実質的に著作権のコストを負担しているという点では変わらないとしても、録音・録画といった著作物の個別の利用行為段階で課金される場合よりも、機器・媒体の購入時に課金される場合の方が、著作物利用の抑止効果を抑えることができるという点で望ましいように思われる。

このことは、実際にユーザーの志向にも反映されていると考えられる。私的録音録画のあり方に関する利用者アンケートの結果においては、補償金制度を廃止し、著作物の保護技術（DRM: Digital Rights Management）によって利用毎に対価を支払うという選択肢よりも、技術的な保護をかけない代わりに補償金を負担するという選択肢を望むという傾向が明らかに

アクセスすることによって得られる利益と、著作権法上の権利者の権利とのバランスを図るためには、一定の金銭的補償を課すことが妥当であるという見方もありうると述べる。

⁵⁹⁵ 著作権法上、購入者が私的録音録画補償金の支払義務者になっているにもかかわらず、補償金制度に対する消費者の認知度が低いことが、補償金制度に係る問題の一つとして従来から指摘されてきたが（石本美有起＝加戸守之＝斉藤博＝関裕行＝松下直子「座談会 私的録音・録画と報酬請求権」ジュリスト1023号（1993年）45頁【松下（全国地域婦人団体連絡協議会事務局長）発言】等）、利用の前段階における補償金制度の認識と、実際の著作物利用の段階における抑止効果は別問題であると考えられる。また、立法論としては、後述するように、購入者ではなく機器・記録媒体のメーカー等に直接補償金を課すことも検討されるべきと思われる。

されている⁵⁹⁶。このようなユーザーは、著作権のコストを負担するとしても、利用段階でなるべくそのことを意識せず、自由に著作物を利用できることを望んでおり、利用の前段階での間接的な課金であれば、著作物利用への抑止効果が低いことを示唆しているように思われる。

また、私的録音録画補償金制度と同様に、利用の前段階において取引費用の低いポイントで課金するための仕組みとしては、著作物利用のためのシステム・サービス提供者等から権利者へ対価を還流させるという方策が考えうる。例えば、テレビ番組の転送サービスや、ストレージサービス、自炊代行業等について、利用者の利用自体は自由としつつ、著作物利用のためのサービス等を提供する業者からの対価還流を図るという方法である。権利処理のコストを最終的に何らかの形でユーザーが負担することになったとしても、直接的な課金に比して著作物の利用の抑止効果は低いと考えられる。

以下、より具体的に検討を進める。

2-2. 自由領域の拡張 —私的複製（30条）について—

2-2-1. 近時の法改正の問題点

私的複製（30条）の例外としては、1984年改正時から「公衆用自動複製機器を用いて行う複製」（30条1項1号）が規定されていた。しかしこの例外規定は「公衆の使用に供することを目的として設置されている」、すなわち、公の場に設置されている複製機器の利用を制限するものであるた

⁵⁹⁶ ニコニコ動画で生放送された番組における視聴者へのアンケート（補償金制度とDRM、これからどうすれば？）では、現状のまま2.5%、補償金廃止DRM残す16.6%、DRM廃止補償金残す80.9%との結果が出たと紹介されている（駒沢公園行政書士事務所日記「SARVH対東芝私的録音録画補償金事件」〈<http://ootsuka.livedoor.biz/archives/52139676.html>〉、ニコニコニュース「あなたも知らないうちに負担している？『私的録音補償金』とは」〈<http://news.nicovideo.jp/watch/nw26351>〉）。インターネット先進ユーザーの会『『ダビング10と私的録音録画補償金に関するアンケート』調査報告（概要）』〈<http://miau.jp/20080611/dubbing10-release-20080611.pdf>〉のアンケート調査においても、「コピー制御と補償金制度のあり方について聞いたところ、多くの人が、コピーが自由にできる状態を望んでおり、33.9%（1978人）はコピーが自由にできるならば補償金が課せられてもよいと考えている」との結果が示されている。

め、少なくともこれまでは、私的領域への過度な介入にはなることはなく、また、附則5条の2により文献複写機は除外されてきたため、情報へのアクセスを大きく阻害することもなかったと思われる。1992年著作権法改正で導入された私的録音録画補償金制度(30条2項)も、あくまで私的な録音・録画から補償金を徴収するにとどまり、私的領域での行為に対して禁止権を行使することまでも認めるものではなかった。

しかしながら、1999年改正による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、2009年・2012年改正によるダウンロード違法化・刑事罰化は、まさに私的領域で行われる行為に禁止権の行使を許すものであり、「私的複製は自由」とするこれまでの原則にそぐわないものである⁵⁹⁷。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は、権利者が技術的保護手段を活用することにより、私的領域においても著作物の利用を制限することを肯定するものである⁵⁹⁸。ダウンロード違法化・刑事罰化も、インターネット上の私的な著作物利用に対するコントロールを強化するものといえるだろう。私的領域での著作物利用に関わる非金銭的価値の重要性に鑑みると、私的複製の範囲での自由利用は可能な限り確保されるべきであり、その必要性や実効性に疑問が呈されているにもかかわらず⁵⁹⁹、このような私的複製の自由領域を縮減する法改正を行うことには問題があるように思われる。

⁵⁹⁷ ダウンロード違法化の改正前であるため、技術的保護手段回避の私的複製からの除外についての指摘ではあるが、辻田・前掲注588)521-523頁。「末端において著作物の普及と文化の発展の一翼を担う」私的複製制度の役割からは、私的複製の機会的自由が、著作権制度上、積極的に保障されていく必要があると述べている。

⁵⁹⁸ 田村・前掲注594)45-46頁は、コピー・プロテクションには、元来、著作権を制限してもよいような場面に関しても一律に物理的に複製を禁止しうるものである点で、実効的な保護が過大なものとなるおそれがあるという問題点があることを指摘し、コピー・プロテクションに依存する制度を法的に過度に推進することには慎重であるべき旨主張する。

⁵⁹⁹ 田村・前掲注586)142頁、作花文雄『著作権法詳解』(第5版・ぎょうせい・2018年)774頁、山神・前掲注588)62頁、中山・前掲注586)295-296頁等。

2-2-2. 公衆用自動複製機器の例外（30条1項1号）とクラウドサービス等への適用可能性について

著作権法30条1項1号は、私的複製に該当しない例外として、「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（複製の機能を有し、これに関する装置の全部又は主要な部分が自動化されている機器をいう。）を用いて複製する場合」を規定している⁶⁰⁰。例えば、レンタル店の店舗に設置されている高速ダビング機を用いてCD等をダビングする場合などが該当するとされ、大量の複製が誘発され著作権者に与える影響が甚大となることを防ぐための規定とされている⁶⁰¹。

ただし、附則5条の2により、「当分の間、これらの規定に規定する自動複製機器には、専ら文書又は図画の複製に供するものを含まないものとする」とされている。よって、コンビニやコピー店にあるコピー機を用いて書籍等を複写する場合は、30条1項の恩恵を享受しうる⁶⁰²。

この公衆用自動複製機器の例外は、これまでは私的な領域での著作物利用について大きな影響を与えることはなかったと考えられるが、最近では、クラウドサービス等への適用可能性が懸念されるようになった⁶⁰³。例えば、

⁶⁰⁰ また、「営利を目的として、第三十条第一項第一号に規定する自動複製機器を著作権、出版権又は著作隣接権の侵害となる著作物又は実演等の複製に使用させた者」は、刑事罰の対象になると規定されている（119条2項2号）。

⁶⁰¹ 田村・前掲注586)201頁等。貸レコードが問題となった当時、音楽テープやビデオテープのダビング機を客に使用させて複製することで、30条1項を隠れ蓑として営業する行為を排除するために1984年改正時に制定されたという（奥邨弘司「クラウド・サービスと著作権」L&T68号（2015年）28頁、坂東久美子「著作権法の一部改正—貸しレコードの規制等」ジュリスト820号（1984年）67-70頁）。

⁶⁰² 文献複写については権利集中処理の体制が整っていないことから、集中処理体制が整備されるまでの暫定措置として、使用を認められない機器から文献複写機を除外することとしたと説明されている（加戸・前掲注580)233-234頁）。

⁶⁰³ クラウドに関する著作権法上の問題について、三菱UFJリサーチ&コンサルティング『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23年11月）』（2011年）、岡村久道・編著『クラウド・コンピューティングの法律』（民事法研究会・2012年）、平嶋竜太「クラウドと著作権法—法的課題の概観と解決へ向けた方向性」高林龍＝三村量一＝竹中俊子・編『年報知的財産法2012』（日本評論社・2012年）2-10頁、池村聡＝壹貫田剛史『『クラウドコンピューティング』と著

クラウド上の自分専用の記録領域（ロッカー）にユーザーが音楽や動画、その他のファイル等を保管しておき、端末からアクセスしてそのファイルを利用できるようにする「ロッカー・サービス」について、ロッカー機能を提供するサーバ全体を自動複製機器としてとらえると、多数の者によって使用されているため公衆用自動複製機器に該当することになり、ユーザーによるサーバへの複製が私的複製に該当せず、著作権侵害となりかねない。

私的複製の趣旨から、解釈論としては、私的複製の例外としての公衆自動複製機器を、制定時に想定されていなかったクラウドやロッカーサービスに拡大するべきではないと考えられる⁶⁰⁴。サーバでの複製が自動複製機器による複製に該当する可能性を指摘しつつ、解釈論としてはこれに当たらないとする見解が参考となるものと思われる⁶⁰⁵。

著作権」知財ぶりずむ10巻115号(2012年)50-64頁、小泉直樹＝奥邨弘司＝駒田泰士＝張睿映＝生貝直人＝内田祐介『クラウド時代の著作権法』(勁草書房・2013年)、奥邨弘司「クラウド、プライベート・ユース、オープン・コミュニティと著作権法制ーこれからの10年のためにー」知財管理63巻4号(2013年)483-496頁、山神・前掲注588)56-59頁、潮海・前掲注589)97-100頁、宮下佳之「クラウドと私的利用をめぐる実務上の問題点」ジュリスト1463号(2014年)17-22頁、文化審議会著作権分科会「著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会『クラウドサービス等と著作権に関する報告書(平成27年3月12日)』(2015年)<http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/41/pdf/shiryo_4_3.pdf>等参照。

⁶⁰⁴ 奥邨・前掲注601)28-29頁等。

⁶⁰⁵ 例えば、奥邨弘司「ロッカーサービスと著作権ー日米裁判例を踏まえたMYUTA事件判決再考」高林ほか・編・前掲注603)11-19頁は、ロッカーサービスについて、以下のような解釈論を示している。第一に、ロッカー機能を提供するサーバ全体を自動複製機器としてとらえると、多数の者によって自動複製機器が使用されていることになるが、自動複製機器は複製機能との関係に照らして定義されていることから、複製機能を提供する単位であるロッカー毎に機器としてとらえるべきであり、そうするとその使用者は一人に限られることとなる。第二に、ロッカーの使用者が一人であったとしても、契約さえすれば誰でも使用できるという意味で不特定であれば、「公衆」(2条5項参照)といいうるが(著作権法上の「公衆」の解釈について、平澤卓人[判批(幸福の科学祈願経文)]知的財産法政策学研究46号(2015年)361-385頁等参照)、著作権法上不特定者が問題となるのは、同時的・累積的に多数にのぼる

このように、「公衆用自動複製機器を用いて行う複製（30条1項1号）」については、これまでは私的複製の意義を大きく害することはなかったと考えられるが、クラウドサービス等への適用可能性が指摘されていることから、仮にこれまで想定されていたレンタルビデオ店での高速ダビング装置等以外に適用範囲が拡大するとすると、私的複製の領域を大きく浸食するおそれがある。立法論としては、公衆用の自動複製機器の提供等について、これを規制する規定を設けたうえで、それを用いた複製についてはこれを私的複製の例外から除外することも検討されるべきと思われる⁶⁰⁶。

可能性を有するからであるとする、個々のロッカーの利用者が同時的・累積的に多数にのぼる可能性がない以上、「公衆の使用に供することを目的」とすることにはならない。さらに、ロッカーサービスの場合、予め存在するロッカーを用意して使用させるというよりは、ユーザーからの申込みがある度にロッカーを用意して使用させるというのがシステムの実態に近いとして、そもそも「設置されている」という文言を満たさない場合がほとんどであろうとしている。

⁶⁰⁶ 山神・前掲注588)59頁（「集中処理機関が存在するようになった現在においても附則5条の2がまだ存置されていることには、別の配慮があるのではないかと考えられる」ということを理由としてではあるが、私的複製を許容することの意義を重視して30条1項1号の削除を考えてもよいのではないかと述べている）。奥邨・前掲注601)32頁は、30条1項1号について、確実性を増し安定性を高めるためには、立法的対応も考えられるだろうとしているが、その際には、単に同号を削除するのではなく、本来対象としたダビング機器などに限っては、依然として規制することが望ましいとしている。また、中山・前掲注586)291頁は、クラウドに特化した立法をなすか、フェアユース規定を導入するか、等々の検討が必要であるとしている。半田正夫＝松田政行・編『著作権法コンメンタル2』（第2版・勁草書房・2015年）[宮下佳之執筆部分]164-166頁も、公衆用自動複製機器の該当性を否定する解釈論は法文上の根拠が必ずしも明確ではないとして、立法的な対応が必要であるのではないかとしている。一方、文化審議会著作権分科会・前掲注603)14-16頁では、ロッカー型クラウドサービスの30条1項1号該当性について、該当するとの見解および該当しないとの見解がそれぞれ示されたとしつつ、プライベート・ユーザーアップロード型のクラウドサービス（利用者が用意したコンテンツをロッカーに保存し、当該コンテンツを様々な端末等において利用できるようにするサービス）については、私的使用目的の複製であると整理することができ、権利者の許諾を得ることは特段不要であり、制度整備（権利制限規定を創設する等の法改正）を行う必要性は認められなかったとまとめられている。

2-2-3. 企業内複製について

30条の定める「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内」という要件について、従来の議論では、複製をする者の属するグループのメンバー相互間に強い個人的結合関係があることが必要とされており、例えば10名程度の同好会やサークルでコピーを配布する行為などまでは許容されるとされてきた⁶⁰⁷。したがって、企業等の内部で使用する目的で複製する場合は、このような個人的関係の範囲を超えることになり、私的使用目的とはいえないため、30条の私的複製に該当せず、一般的には違法な行為であるとされてきた⁶⁰⁸。

一部の企業内複製については、日本複写権センターや日本音楽著作権協会（JASRAC）等の権利集中管理団体がライセンス事業を行い、対価を徴収しているが、権利処理が可能なのはあくまで団体が管理している著作物に限られる。企業内においては、様々な著作物利用行為が行われており、全ての利用行為について許諾を得ることは現実的に不可能である。厳密に企業内複製の違法性を問うとすれば、実質的に権利者の利益に影響を与えない行為までが過剰に規制され、企業活動に支障を来すことになりかねない。企業内の活動においては、企業内の各個人によって、著作物の利用を含めた様々な情報の利用行動が行われているのであるから、このような零細的な利用において、逐一権利者の許諾を得なければならないとすることは、事実上困難であるだけでなく、私的領域における場合と同様、著作権が個人の社会活動を過度に制限するという問題が生じるだろう。

よって、権利者に大きな影響を与えるような態様での利用（例えば、そ

⁶⁰⁷ 加戸・前掲注580)231頁、田村・前掲注586)200頁、高林龍『標準著作権法』（第3版・有斐閣・2016年）167頁等。

⁶⁰⁸ 加戸・前掲注580)231頁、中山・前掲注586)245頁等。東京地判昭和52年7月22日無体集9巻2号534頁〔舞台装置設計図〕は、舞台装置等の製造・販売を業とする会社が、請負に係る舞台装置の製作の参考資料として業務上利用するために他者の舞台装置に関する設計図を複製した行為について、「企業その他の団体において、内部的に業務上利用するために著作物を複製する行為は、その目的が個人的な使用にあるとはいえず、かつ家庭内に準ずる限られた範囲内における使用にあるとはいえないから、同条所定の私的使用には該当しないと解するのが相当である」と述べ、30条該当性を否定している。

れ自体を商品とする物やサービス（著作物を含む）の中に著作権の制限規定のいずれにも該当しないような態様で他人の著作物を利用して製造・販売する場合や、一つの書籍やソフトウェアを購入し、複製等することで複数の需要を満足させるような組織的な複製）を別として、個人的な判断で従業員個人が著作物を利用するような場合は、業務等に用いる場合であっても、私的複製の意義の要請から、著作物利用の自由が認められることが望ましいと思われる⁶⁰⁹。

学説においても、最近では、より柔軟に私的複製の範囲を解釈し、企業内複製等でも一定の範囲の利用を私的複製とすべきとの議論がなされるようになってきている。例えば、すでに部署で購入してある数冊の書籍から現在の企画に関連する部分だけ一冊のファイルにする行為や、部署で購入済みの書籍につき遠方の会議に出席している部長からの問い合わせに答えるためにファックスで関連頁を送る行為などについては、企業内複製といえども私人の自由を確保する30条1項を（類推）適用することで、時代錯誤の過剰規制を防ぐべきであるとの主張がある⁶¹⁰。あるいは、出張先への荷物を減らすために書籍のコピーを取る行為や、老眼の社長が新聞の拡大コピーを取る場合など、「個人的」な使用と評価できるような場合がありうるとして、企業内での複製や業務上の複製を一律に除外すべきではなく、個人の限られた領域での活動の自由を保障する必要性と、著作権者への経済的打撃の程度を相関的に考慮したうえで、使用の目的（個人的な使用かどうか）が個別的に判断されるべきとの主張もなされている^{611 612}。

⁶⁰⁹ 中山・前掲注586)287-288頁は、企業内複製が私的使用目的には該当しないとするが、本来はフェアユースの規定を設けて対処すべきであろうとしている。企業内等での少数部数の複製について、フェアユースとして認めてもよい場合もあるであろうし、ソフトウェアの場合のように少数部数といえども被害が大きい場合にはフェアユースと認めることが不適当な場合もあるとし、妥当な課金手段が確立されているか、すなわち市場の失敗の有無をフェアユースの成否において考慮することが可能である旨も指摘している。

⁶¹⁰ 田村・前掲注586)200頁。ただし、解釈論として、社内会議のために内部資料としてコピーを配布するような行為は私的使用目的を超えるといわざるをえないとしている。

⁶¹¹ 島並ほか・前掲注586)175頁[島並執筆部分]。

立法論としても、複製物を使用する「範囲」のみを基準とする30条1項柱書きが、複製目的の具体的な性質（研究等）などの諸事情を考慮した解釈論を実現することが難しいとして、条文の見直しの必要性も指摘されている⁶¹³。実情に合わせて企業内複製を自由とし、引き替えに文献複写機器媒体に対する課金制度を導入するという方策も提案されているところである⁶¹⁴。

⁶¹² その他、作花・前掲注599)297-298頁は、その複製物の使用目的が、職業や何らかの事業に結びつく場合には、基本的には個人的とはいわないとしつつも、個人的と職業的という概念は必ずしも截然と区別できるものではないとし、結局のところ、法目的に照らしながら、権利者に及ぼす影響等を勘案して常識的な判断をしていかざるをえないとして、完全に職業的な要素を払拭しうることまでは要求されないと述べている。

⁶¹³ 上野達弘「総論(特集 電子出版を巡る著作権法上の課題)」高林龍＝三村量一＝竹中俊子・編『年報知的財産法2011』(日本評論社・2011年)210-211頁および注26。解釈論としては、団体における使用が私的使用にあたらないとされている以上、研究所全体の研究事業の一環として使用するための複製は私的複製にあたらないと解されるが、少なくとも大学の研究者が個人研究を行うために研究室で書籍を複製する行為は、たとえそれが少なくとも間接的には、仕事ないし業務に関連するものだとしても、私的複製にあたる場合があるように思われるとしている。ただし、個人経営の弁護士が業務の参考にするため法学書を全巻コピーする行為が私的複製に該当すると解するのは問題があるように思われるとしている。これに対し、講師・富岡英次、ゲスト・中村稔「著作権制限規定をめぐる最近の議論について—文化的創作活動保護の観点から—」高林龍・編著『早稲田大学ロースクール著作権法特殊講義2 著作侵害をめぐる喫緊の検討課題』(成文堂・2011年)84-88頁[富岡発言部分]は、30条の拡張に反対する。

⁶¹⁴ 田村・前掲注594)65頁注105)。