

# 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(8)

## —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 (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
    - 2-2. 自由領域の拡張 —私的複製(30条)について— (以上 第51号)
    - 2-3. 権利者への間接的な対価還流
      - 2-3-1. 権利者への間接的な対価還流のための手段
        - 2-3-1-1. 補償金制度の拡充による対価還流
        - 2-3-1-2. 私的利用を容易にするサービスからの対価還流
      - 2-3-2. 間接的な対価還流のあり方と課題 —補償金制度の課題と理論的位置づけ—
        - 2-3-2-1. 複製に対する損害填補としての補償金制度
        - 2-3-2-2. 利益配分としての補償金制度へ
        - 2-3-2-3. 文化助成としての補償金制度 —著作権制度の変容の可否—
      - 2-3-3. 小括 (以上 本号)

結びに代えて

## 第2部 日本著作権法への示唆

### 第3章 私的複製 ー市場の失敗理論からの示唆ー

#### 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

##### 2-3. 権利者への間接的な対価還流

これまでみてきたように、私的複製の趣旨に鑑みると、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が、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ある。私的複製(30条)を拡充し私的な著作物利用の自由を確保するのであれば、それに応じて権利者への利益の還流を図ることも必要となろう。その方法としては、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よりも、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方法により、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の方が、著作物利用の抑止効果を低いものとどめる可能性がある点で望ましいように思われる。

以下、権利者への間接的な対価還流のあり方について検討する。

##### 2-3-1. 権利者への間接的な対価還流のための手段

###### 2-3-1-1. 補償金制度の拡充による対価還流

私的複製から権利者へ間接的な対価還流を図る手段として、第一に、現在の私的録音録画補償金制度を拡充していくという可能性が考えられる。

先にみたように、私的録音録画補償金制度をめぐる長い間、縮小・廃止論を含めた制度の見直しが議論されてきた<sup>615</sup>。東芝録画補償金事件判

---

<sup>615</sup> 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」(平成21年1月)〈[http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2101\\_shingi\\_hokokusho.pdf](http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2101_shingi_hokokusho.pdf)〉

決<sup>616</sup>により録画補償金制度が機能しなくなっている現在<sup>617</sup>、クリエイターへの適切な対価還元という観点からの検討も進められており<sup>618</sup>、今後の制度のあり方が模索されているといえる。

将来的な補償金制度のあり方の一つの可能性としては、縮小・廃止論に示されるように、技術的保護手段や契約の活用により、私的領域での著作物利用からも対価の回収が可能となりつつある状況において、私的複製の対価については権利者自らによる回収に委ね、補償金制度を廃止していくという方向性が考えられる。しかし、先に論じたように、個別の利用段階での課金・コントロールを志向するアプローチには、私的複製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思われる。

よって、本稿では、ここまでに論じてきたように、私的領域への介入やコントロールをなるべく抑止したうえで、創作のインセンティブを確保するための権利者への対価還元手段の一つとして、私的録音録画補償金を活用するというアプローチを提案する。具体的には、これまで私的録音録画補償金制度において対象機器・媒体に加える必要性が論じられてきた機器・記録媒体一体型の録音専用機器（iPod等のハードディスク内蔵型録音機器）や、アナログ録音録画機器・媒体、文献複写機に加え、プリンターやパソコン等の汎用機器等についても、補償金制度を拡張することが考えられる<sup>619</sup>。ただし、補償金制度を拡張する際には、補償金制度の理論

---

等参照。

<sup>616</sup> 東京地判平成22年12月27日（平成21（ワ）40387号）（判タ1399号286頁〈参考収録・原審〉）裁判所ウェブサイト〔東芝録画補償金一審〕、知財高判平成23年12月22日判時2145号75頁〔東芝録画補償金控訴審〕。

<sup>617</sup> JASRAC「私的録音・録画補償金制度 私的録画補償金制度について」〈<http://www.jasrac.or.jp/info/private/>〉、高比良照夫「私的録画補償金制度を記録する」コピライト656号（2015年）37-39頁等。

<sup>618</sup> 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「知的財産政策ビジョンに示された今後検討が必要な課題例（平成25年6月）」〈[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/houki/h25\\_01/pdf/shiryo\\_3\\_2.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/houki/h25_01/pdf/shiryo_3_2.pdf)〉や、「著作権分科会 著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会」〈<http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hogoriyo/>〉における議論等を参照。

<sup>619</sup> アナログ機器・媒体、文献複写機について補償金の対象となることを肯定する

的な位置づけを再検討する必要があると思われる。この点については、後述する。

### 2-3-1-2. 私的利用を容易にするサービスからの対価還流

私的複製から権利者に間接的な対価還流を図る手段として、第二に、私人の著作物利用を容易にするサービス提供者等からの対価還流を図るという可能性が考えられる。

先に紹介したように、近時、テレビ番組の録画・転送サービスや、携帯電話向けの音楽ストレージ・サービス、書籍のデジタルデータ化サービス（いわゆる自炊代行）など、私人の著作物利用に関連するサービスの是非が多く事例で問題とされ、著作権侵害の主体あるいは間接侵害の問題として論じられてきた。2012年に出されたロクラクⅡ事件及びまねきTV事件の最高裁判決は、テレビ番組の録画・転送サービスの提供者に差止めを認めるべき旨を示す判決を下している<sup>620</sup>。

しかし、これらのようなサービスは、例えば個人で行うには技術的に困難な著作物の利用を可能としたり<sup>621</sup>、個人の労力・時間・費用の節約に資するなど<sup>622</sup>、私人が行う著作物利用を容易にするものであり、私的・零細

---

方向性を示すものとして、田村善之『著作権法概説』（第2版・有斐閣・2001年）135頁。

<sup>620</sup> 最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁〔まねきTV上告審〕、最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクⅡ上告審〕。

<sup>621</sup> 東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁〔MYUTA〕では、CD等の楽曲を自己の携帯電話で聴くことを可能とするサービスについて争われたが、判決の認定によれば、当時、ユーザーが個人レベルで音楽CDなどから楽曲の音源データを携帯電話に個別に取り込んで再生することは、技術的に相当程度困難であったという事情があった。

<sup>622</sup> 東京地判平成25年9月30日判時2212号86頁〔自炊代行Ⅰ一審〕、東京地判平成25年10月30日（平成24（ワ）33533号）裁判所ウェブサイト〔自炊代行Ⅱ〕、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〕で問題となった自炊代行サービスは、書籍の電子ファイル化を個人に代わって行うサービスである。書籍の裁断に必要な裁断機や書籍のデータを読み込むスキヤナを有していない個人でも電子化が可能となり、電子化を行う労力や時間も節約することができる（野田馨央＝渡辺

的な著作物利用の意義に鑑みると、特に著作権者に大きな不利益を与えない態様で行われるような場合は、サービスの提供自体は適法とすることが望ましいと思われる。

一方で、そのようなサービス提供者は、著作物が存在することにより利益を得ているのであるから、著作権者への利益配分としての対価の支払いを求めることも、理論的に可能であると思われる。それにより、著作物利用の対価を間接的に権利者に還流することが可能となる。

立法論を視野に入れると、これまで主に間接侵害の問題として論じられてきた私的利用を容易にするサービスについて、権利者への不利益の程度に応じて救済手段のあり方（差止請求の可否、損害賠償か利益配分か）を対応させていくような制度設計が望ましいように思われる。

まず、権利者に与える不利益が大きいと考えられる場合には、私人の著作物利用行為が関わっていたとしても、やはり差止めや損害賠償が必要とされると思われる。例えば、ファイルログ事件<sup>623</sup>で問題となったP2Pファイル交換サービスにおいては、送受信されているMP3ファイルのほとんどが市販のレコードを複製したものであることや、市販されている特定のレコードを複製した電子ファイルを受信しようとする場合には、当該サービスが提供する検索機能が必要不可欠であることなどが認定されていた。また、TVブレイク事件<sup>624</sup>で問題となった動画投稿サービスでは、「ムービー」「アニメ」「音楽」「ゲーム」など自主制作動画のみで構成されているとは想定しがたい分類や、「タレント」「韓流スター」などのように放送物の複製を前提としていると思われる分類が定められているとともに、利用者の匿名性が高いなど市場の迂回行為を惹起するような態様でサービスが提供されていた。このようなサービスは、その態様からみて権利者の市

---

毅＝川崎仁＝渡部寛樹＝前浜正治＝関昌充＝平木康男「書籍の自炊代行に関する著作権問題」パテント65巻7号(2012年)72頁等)。

<sup>623</sup> 東京地判平成15年1月29日判タ1113号113頁[ファイルログ著作権一審中間]、東京高判平成17年3月31日(平成16(ネ)405号)裁判所ウェブサイト[ファイルログ著作権控訴審]。

<sup>624</sup> 東京地判平成21年11月13日判時2076号93頁[TVブレイク一審]、知財高判平成22年9月8日判時2115号102頁[TVブレイク控訴審]。

場に与える影響が大きいことから、差止めを認める必要性が高く、また、損害賠償としての救済も肯定しうると考えられる。

このような明らかに権利者の市場に影響を与えるようなサービスに比し、例えば、まねきTV事件やロクラクⅡ事件で問題となったようなテレビ放送の録画ないしは転送サービス<sup>625</sup>となると、市場に与える影響の判断が難しくなってくるように思われる。有料のオンデマンドサービス等が提供されているものの、一般の地上波テレビ放送は無償で視聴できるものであり、30条により私的複製も認められているからである<sup>626</sup>。このように権利者への市場の影響が明らかでない場合は、差止め及び損害賠償を認める必要性は低くなると考えられる。ただし、仮に損害が生じているか明らかでないとして差止めや損害賠償による救済が認められないとしても、著作物を利用することで成り立っているサービスであることから、利益配分として権利者に対価を還流させることが可能であると思われる。

さらに、自炊代行事件で問題となったような書籍の電子化サービス<sup>627</sup>は、その態様によっては、権利者に与える影響がほぼ存在しないか、あったとしても小さいと考えられる<sup>628</sup>。例えば、裁断済みの書籍を確実に廃棄し、

---

<sup>625</sup> 前掲・最判平成23年1月18日[まねきTV上告審]、前掲・最判平成23年1月20日[ロクラクⅡ上告審]。

<sup>626</sup> 知財高判平成21年1月27日(平成20(ネ)10055号・平成20(ネ)10069号)[ロクラクⅡ差戻前控訴審]は、利用者の録画・視聴行為が私的使用のための複製(30条1項)として適法であることを確認したうえで、問題となったサービスは「利用者における適法な私的利用のための環境条件等の提供を図るものであるから、かかるサービスを利用する者が増大・累積したからといって本来適法な行為が違法に転化する余地はなく、もとよりこれにより被控訴人[著作権者・著作隣接権者]らの正当な利益が侵害されるものでもない」と述べ、侵害も否定していた。

<sup>627</sup> 前掲・東京地判平成25年9月30日[自炊代行Ⅰ一審]、前掲・東京地判平成25年10月30日[自炊代行Ⅱ]、前掲・知財高判平成26年10月22日[自炊代行Ⅰ控訴審]。

<sup>628</sup> 自炊代行関連業にも様々な態様があり、訴訟で争われた①ユーザーが所有する書籍の裁断・スキャン等を代行するタイプ以外にも、②裁断機やスキャナといった自炊のための道具・場を提供するタイプや、③裁断済み書籍を店舗に備え付け、スキャンはユーザーが行うタイプなどがある。②自炊の道具を提供するタイプは、権利者に与える影響がさほど大きくないと考えられるが、③裁断済み書籍を提供するタイプは、店舗に来店して自らスキャナを利用さえすれば書籍の電子データを入手

利用者に納品する電子ファイルがインターネット上に流通しないよう技術的プロテクションを施すなどの対応を行っているのであれば、利用者が購入した書籍を電子ファイルに置き換えただけであると評価することができ、権利者の市場に与える影響はほぼないかあってもわずかであると考えられるからである<sup>629</sup>。そうであるならば、私人の著作物利用を容易にし、利便性を高めるサービスは、提供を可能とすることが望ましく、差止めは認めるべきではないと考える。ただし、この場合もやはり、著作物を利用することで利益を得ているサービスであることに変わりはないことから、利益配分として権利者に対価を還流させるという政策判断を行うことは

---

できるのであるから、市場に与える影響が大きくなると考えられる。学説においても、③裁断済み書籍を提供するタイプについて、島並良「書籍の『自炊』」法学教室366号(2011年)2頁は、私的複製であるため複製権の侵害ではなく、店舗外への持ち出しが許されていないならば「貸与」にも該当しないため著作権法上適法であると位置づけているが、自炊関連業のなかでも書籍売上げを減少させ書籍の市場を侵食するタイプであるとしている。田村善之[判批(自炊代行 I 控訴審)] <<https://www.westlawjapan.com/column-law/2014/140106/>> WLJ判例コラム19号(2014年)、同[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)38-39頁は、裁断済みの書籍の提供という形で業者主導でコンテンツを用意していることをもって、ロクラクⅡ最高裁判決(前掲・最判平成23年1月20日[ロクラクⅡ上告審])、あるいはクラブキャッツアイ最高裁判決(最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁[クラブ・キャッツアイ上告審])の法理のもとで、業者が複製行為の主体であると判断される可能性があり、さらに、30条1項の趣旨に鑑みても、選択可能なコンテンツの範囲を業者が選別しており、それにより特定の著作物について大量の複製が誘発される可能性が生じている以上、少なくとも業者の行為は、もはや同項の「その使用する者が複製することができる」という要件の枠内に収まるものとはいえないように思われるとしている。

<sup>629</sup> Myブック変換協議会及び一般社団法人日本蔵書電子化事業者協会が合意したという蔵書の電子化における基本方針においては、「断裁済みの書籍は受け付けない」、「電子化された元となった蔵書は、電子化した後、必ず溶解処理などの方法で廃棄する」、「電子化されたファイルが私的利用を超えて外部に流出することがないように安全管理措置を講じる」、「電子化されたファイルには一定の情報を付す等の処理を行う」等の内容が盛り込まれていた(Myブック変換協議会＝一般社団法人日本蔵書電子化事業者協会「蔵書の電子化における基本方針に合意について」<<http://www.jabda.or.jp/>>)。

可能と思われる<sup>630</sup>。

なお、私的利用を容易にするサービスからの対価還流を図る場合、制度設計としては、補償金制度のように権利を集中的に処理する方法と、権利者に報酬請求権を付与して個別の権利行使を可能とする方法があると思われる。

権利者やサービス提供者の数が少なく、個別の取引が容易であれば、必ずしも集中処理を行う必要はないため、権利者に対し報酬請求権型の権利を付与することで、権利者による個別の権利行使により、サービス提供者から権利者への対価還流を図るという方法が考えられる<sup>631</sup>。一方、権利者

---

<sup>630</sup> 権利者への不利益がほぼ存在しないといえる場合、特にインセンティブ論に立脚するのであれば、利益配分としての対価還流も不要であるとの帰結になるかもしれない。しかし、確かに自炊が行われたからといって権利者の既存市場に響かないという意味で権利者に影響がないのだとしても、自炊が可能となることによって著作物の利用の利便性が高まり、ひいては著作物の利用価値が高まっている以上、そこからの利益の還流を認めることが、著作物の利用価値に見合ったインセンティブを与えるという意味で望ましいといえる可能性は残っている。そもそも、どの程度の保護を与えることが創作のインセンティブとして適切かということははっきりとは判断しづらいところ、少なくとも著作物の利用により利益を得ている事業者がおり、そこからの著作者への対価の還流を図る取引費用がさほど高くないのだとすれば、インセンティブ付与のための方策を図るという議論もありえよう。

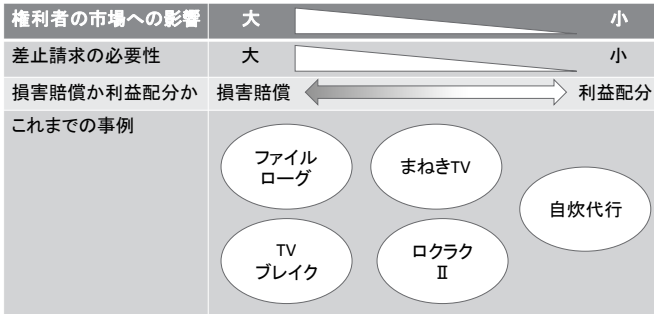
さらに、取引費用を低く抑えるために比較的数が少ないサービス提供者から対価を徴収するという考え方に対しては、取引費用が低いことに着目するのであれば、排他権を認め、あとは市場に任せておけばよいとの反論がありうる。しかし、既存の複製物の市場を前提に著作権者やその関係者等（例えば出版社）がビジネス・モデルを構築しているところ、自炊代行業のように新興産業が割って入ろうとすると、特に既存のルートを守りたい関係者が特異的に（市場全体の効率性から離れて）反対しかねないという問題がある。このような観点から考えると、自炊代行業への参入を許すことで利用者の利便性を確保しつつ、著作権者に対価還流を図る手段として、差止めを否定したうえでサービス提供者から対価還流を図るという方策が選択肢の一つとなりうると思われる。

<sup>631</sup> 例えば、自炊代行業者やテレビ番組転送サービス提供者（権利者の市場に大きな影響を与えない態様で行われているもの）を念頭に置くと、そのようなプラットフォームの数はある程度限られている可能性がある。権利者は多数にのぼるが、報酬請求権で請求しうる金額を低額なものとしてロイヤルティ・スタッキング問題を防



やサービス提供者の数が多く、個別の取引が困難な状況と判断されるのであれば、集中処理を行うことが望ましい。この場合は、指定団体等がサービス提供者から対価を徴収して権利者に分配する制度を設ける可能性が考えられる<sup>632</sup>。

【私的利用を容易にするサービスに対する差止めの可否と利益配分の可能性】



2-3-2. 間接的な対価還流のあり方と課題 —補償金制度の課題と理論的位置づけ—

私的録音録画補償金制度についてはこれまで様々な問題点も指摘されてきた。また、集中処理により私的利用を容易にするサービス提供者からの利益配分を図ろうとする場合にも、補償金制度と同様の問題が生じると考えられる。以下では、主に私的録音録画補償金制度を念頭に置き、間接

ぎつつ、なるべく定型的な処理（ページ数や時間数等に応じた金額とする）を行うようにすれば、個別の権利処理を許容しうる程度に取引費用を抑えることが可能となるかもしれない。

<sup>632</sup> 個別の権利行使を認める報酬請求権と集中処理との区別及び使い分けについて、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（2016年）40-43頁参照。上野達弘「著作権法における権利のあり方～制度論のメニュー～」コピーライト650号（2015年）2頁以下、同「著作権法における権利の排他性と利益分配」著作権研究42号（2016年）68頁以下、前田健「著作権法的设计—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘=金子敏哉『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—』（信山社・2017年）81頁以下等も参照。

的な対価還流を図る際の課題と制度設計のあり方について検討する。

### 2-3-2-1. 複製に対する損害填補としての補償金制度

私的録音録画補償金制度は、個別に権利を及ぼすことが難しい著作物利用からの対価の徴収・配分を可能とする制度として設けられたものであり、そもそもその性質からして、著作物の利用に応じて厳密に補償金を徴収・配分することは難しい<sup>633</sup>。私的録音録画補償金制度の問題点の一つとして、複製の実態を正確に把握することができず、補償金の徴収・配分がどんぶり勘定にならざるをえないことが指摘されてきた<sup>634</sup>。

このような批判の前提にはしばしば、原則として著作権者は著作物の「複製」に対する権利を有しており、著作物の複製に応じた対価が権利者に支払われるべきであるという発想、あるいは著作物の複製により著作権者に「損害」が生じるという考え方が<sup>635</sup>。

---

<sup>633</sup> 私的録音録画補償金制度においては、真の利用の頻度に応じた分配に困難があることから、間接的な分配を行うために、徴収した補償金の2割以内の額で政令で定める割合(著作権法施行令第57条の6により2割)に相当する額を、著作物の創作の振興、普及に関する事業に支出しなければならないとされている(著作権法104条の8第1項)(加戸守之『著作権法逐条講義』(6訂新版・著作権情報センター・2013年)706-707頁)。安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス 実践編』(第5版・リットーミュージック・2018年)311-312頁は、本来権利者に分配されるはずの補償金を使う以上、共通目的基金が有効に活用されているかが第三者機関によって検証されることが必要であるとし、そもそも共通目的事業の目的である文化の発展や著作権思想の普及は市場や教育機関に任せればよく、さらに共通目的事業の遂行が潜在的な権利者の間接的な分配になるという主張には説得力がないとして、共通目的基金を早急に廃止し、全額を分配に回すべきであると批判している。

<sup>634</sup> 中山信弘『著作権法』(第2版・有斐閣・2007年)303-304頁(「ラフ・ジャスティス」とする)等。

<sup>635</sup> 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(2014年)101頁は、補償金の根拠は、あくまで著作権者の「損害」に対する補償であるとする(ただし、補償金の前提となる私的複製による損害は極めて小さい、あるいは考えにくい等として、補償金制度の段階的縮小を提唱する論拠としている)。加戸・前掲注633)242頁は、補償金の性格について、著作権を制限する代償としての経済的対価、補償措置であるとする。

しかし、複製に対する権利が著作権の基本的な権利とされてきたことに対しては、歴史的な意味以上のものはないと指摘されている。かつて印刷機は高価であり、誰もが複製行為をなしうるわけではなかったため、「複製」行為は監視が容易であり、侵害のベンチマークとして有用であった。また、複製行為に権利を及ぼしたとしても、實際上、規制が及ぶのは商業的行為のみであり、私人による著作物の利用に影響を与えることもなかった。しかし、現代においては、著作物の利用に際して多くの場合に複製が伴う。デジタル技術が発展した時代において、複製はもはや侵害の基準として適切ではないというのである<sup>636</sup>。また、私的複製により著作権者に損害が生じるか、すなわち、市場に悪影響が与えられるかという点については、その影響が必ずしも明らかではなく、むしろ著作物の市場を拡大することなどにより、権利者に利益をもたらす可能性があることも指摘される<sup>637</sup>。

私的録音録画補償金制度は、複製技術が普及して大量に私的録音・録画が行われるようになったことから、著作権者に与える影響が大きくなったとして、個別に権利を及ぼすことが難しい家庭内等での録音・録画から権

---

<sup>636</sup> Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19, 33-37 (1996). 同様に、複製自体を規制すべきではなく、経済的インセンティブに直結する利用を規制すべきとの主張として、ローレンス・レッシング『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(翔泳社・2010年)256-259頁。複製技術やインターネットの発達により、著作権法が私的領域に過度に介入するようになった問題を論じる「第三の波」論として、田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』(北海道大学図書刊行会・1999年)208-209頁、同「インターネットと著作権—著作権と第三の波—」アメリカ法1999-2号(2000年)211-214頁、同「効率性、自由、多様性」北大法学論集53巻4号(2002年)1034-1036頁、同「デジタル化時代の著作権制度—著作権制度をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究23号(2009年)15-28頁、同「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究44号(2014年)64-76頁等。

<sup>637</sup> 浜屋敏＝中泉拓也「アメリカにおける著作権の経済分析」林紘一郎・編著『著作権の法と経済学』(勁草書房・2004年)69-82頁、潮海・前掲注635)92-93・103頁等。ブラン斯拉ヴ・ハズハ＝劉曉倩＝渡部俊英「消費者から見た著作権法—日本における著作権遵守の実証研究—」著作権研究40号(2014年)122-157頁も参照。

利者に対価を還流させることを可能とするための方策として著作権法に取り入れられた制度である<sup>638</sup>。そのような経緯からみると、確かに、補償金制度はあくまで個別の対価徴収が可能となるまでの暫定的な措置であり、ライセンスモデルの普及に伴い廃止されるべきという見方ができるかもしれない<sup>639</sup>。

しかし、補償金制度には、私的複製自体は自由としつつ、権利者に対価還流を図ることを可能とするというメリットがある<sup>640</sup>。複製に対する損害填補という制度の位置づけを所与としないのであれば、私的領域での著作物利用の自由と権利者への対価還流の両立を図るための制度として再構成し、活用していく余地があると思われる<sup>641</sup>。

### 2-3-2-2. 利益配分としての補償金制度へ

日本の私的録音録画補償金制度において、補償金を支払う義務を負うのは、特定機器・特定記録媒体を利用して私的録音・録画を行う者であり(30条2項)、特定機器・特定記録媒体を購入する者は、指定管理団体から補償金の一括の支払いとして補償金の支払いを請求された場合、その購入時に補償金を支払わなければならないとされる(104条の4第1項)。特定機器・特定記録媒体の製造業者及び輸入業者(製造業者等)に対しては、指定管理団体が特定機器を購入する者に対して補償金の支払いを請求する場合、補償金の請求及び受領に関して協力しなければならない(104条の5)

---

<sup>638</sup> 日本での制度導入時に主に参照された西ドイツ(当時)の制度の紹介として、半田正夫「私的利用を目的とする音楽著作物のテープ録音—西独著作権法五三条五項制定の経緯—」北大法学論集17巻2号(1966年)87-109頁等参照。

<sup>639</sup> 潮海・前掲注635)105頁、中山・前掲注634)304頁等。

<sup>640</sup> 田村・前掲注632)46頁。

<sup>641</sup> クリエーターへの適切な対価還元をテーマとする、私的録音録画補償金制度のあり方に関する最近の議論について、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『著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会の審議の経過等について(クリエイターへの適切な対価還元関係)(平成31年2月13日)』〈[http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/53/pdf/r1413733\\_05.pdf](http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/53/pdf/r1413733_05.pdf)〉参照。

との協力義務が規定されているに過ぎない<sup>642</sup>。

このように日本の私的録音録画補償金制度において、補償金支払義務者はあくまで私的録音・録画をなすユーザーであるという構造がとられた背景には、メーカーが著作権者の利益を損ねているという「メーカー悪者論」を一定程度回避する目的があったとされており、制度を新設するうえでの権利者側とメーカー側との妥協の産物であったとされる<sup>643 644</sup>。

先に述べたように、複製に対する損害填補として補償金制度を位置づける必然性はない。製造業者等は、著作物等が社会に存在することによって利益を得ているのであるから、利益還元（公正分配）の観点から、直接に補償金支払義務を課すという理論的な位置づけをすることが可能であろう<sup>645</sup>。このように補償金制度を利益配分の制度として位置づけるのであれ

<sup>642</sup> 前掲・東京地判平成22年12月27日[東芝録画補償金一審]は、製造業者等の協力義務について、法的強制力を伴わない抽象的な義務であるとしたが、前掲・知財高判平成23年12月22日[東芝録画補償金控訴審]は、協力義務に違反した場合に損害賠償責任が生じうることを認めた。

<sup>643</sup> 京俊介『著作権法改正の政治学 戦略的相互作用と政策帰結』（木鐸社・2011年）182-183頁参照。権利者側やメーカー側等、審議会参加者のコンセンサスを得て法改正がなされるという現在の著作権法改正の審議方法自体が問題であることを指摘するものとして、山田奨治『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』（人文書院・2011年）。

<sup>644</sup> 諸外国においては製造業者等に直接補償金の支払義務を課している例もある。諸外国の状況については、私的録画補償金管理協会＝私的録音補償金管理協会・編『私的録音・録画と著作権に関する海外調査報告』（著作権情報センター・2007年）、榎野睦子「欧州における私的複製課徴金制度をめぐる現状」コピーライト608号（2011年）25-32頁、小嶋崇弘「欧州における私的複製補償金制度を巡る近時の動向」AIPPI 59巻1号（2014年）6-39頁、作花文雄『詳解 著作権法』（第5版・ぎょうせい・2018年）304-307頁、潮海・前掲注635）72-85頁等参照。

<sup>645</sup> 作花・前掲注644）834-840頁、田村・前掲注619）138頁等。なお、阿部浩二「私的録音録画補償金制度における製造者等の役割」コピーライト447号（1998年）14-18頁は、西ドイツのような「メーカー悪者論」という対立関係をとらず、現行法の下では、メーカーはあくまで補償金徴収の協力を行うにとどまるということを強調しているが、104条の5の背景にある考えが、「甘い汁を吸う者は苦い汁も吸え」という報償責任論であるとしている。

ば、汎用機器（パソコン、スマートフォン等）を補償金の対象とすることが理論的に容易になるとともに、実質的に機能していないとされる補償金の返還制度（104条の4第2項）<sup>646</sup>も不要となる。私的複製の実態を厳密に補償金に反映させる必要がなくなるため、補償金制度において柔軟な制度設計が可能となると思われる。

### 2-3-2-3. 文化助成としての補償金制度 —著作権制度の変容の可否—

補償金制度においては、著作物の利用に応じて厳密に補償金を徴収・配分することは難しいことから、必然的に税制的・公共的な性質を有することとなる<sup>647</sup>。汎用品等についても補償金制度の対象を拡大することは、このような補償金制度の税制的な性格をいっそう強めることになる。著作物利用に関わるサービス提供者に課金する場合にも、厳密なモニタリングや利用に応じた権利者への利益配分が困難であるとする、やはり税制的・公共的な性質を有することになるだろう。

学説においては、著作権制度を多様な文化の発展を目的とするものだと理解したうえで、文化政策の制度の一つとしても位置づけようとする考え

---

<sup>646</sup> 補償金支払義務があるのはあくまで私的録音・録画をなす者であるとされているため（30条2項）、例えば野鳥の声など著作物ではない者を録音・録画するために機器・媒体を購入した者は、補償金支払義務は発生しないことになる（田村・前掲注619）136頁等）。そのため、104条の4第2項は、私的録音録画補償金を支払った者は、指定管理団体に対し、その支払いに係る特定機器又は特定記録媒体を専ら私的録音及び私的録画以外の用に供することを証明して、当該私的録音録画補償金の返還を請求することができると規定している。

しかし、田村・前掲注619）136-137頁が指摘するように、複製の回数によって補償金の金額が変えられているわけではなく、そもそも当該機器・媒体で他者の著作物等を複製しない者であっても、私的録音・録画という形以外にも何らかの態様により著作物がこの世にあることの恩恵を享受しているはずであるから、一律に機器・媒体に課金しても必ずしも不合理とはいえないと考えられる。また、実質的に返還制度が機能しえないことについても、従来から指摘がなされてきた（安藤・前掲注633）312-313頁、半田正夫＝松田政行・編著『著作権法コンメンタール3』（第2版・勁草書房・2015年）388-389頁〔篠田憲明執筆部分〕等）。

<sup>647</sup> 中山信弘『マルチメディアと著作権』（岩波書店・1996年）161-166頁、田村・前掲注619）140頁、作花・前掲注644）839-840頁等。

方が唱えられている。文化的表現の多様化を図るために、国家（政府）がとりうる政策手段としては、①著作権法のように知的成果物に知的財産権による法的保護を与え、市場を活用しての投下資本の回収を可能とする方法のほか、②科学研究費補助金や芸術助成のような直接的な補助金による助成や、③文化セクター（交響楽団、音楽ホール、アートNPO等）への寄付金の税額控除等による間接的な補助金による助成などがあるという<sup>648</sup>。

著作権制度による文化助成は、準公共財と位置づけられる「情報」に対して法的な排他権を付与することで市場における取引を可能とし、著作権者等による投下資本の回収を可能にするところに意義がある。そのメリットとしては、国家や特定の企業・個人のパトロナージュを受けず、自由な創作を可能とする点が挙げられている。しかし、著作権による投下資本回収を行うためには、著作物が市場において顧客吸引力を獲得する必要がある、創作者はこの「賭け」に勝利しなければならないという。著作権法により確保されるのは事後の投下資本回収の機会であって、著作物の創作過程そのものには支援が与えられないということになる。そのため文化助成としての著作権制度のデメリットとして、①主に「売れ筋」の著作物の投下資本回収として機能すること、②創作過程の支援にはならないこと、③経済的報酬を目的としない創作者にはインセンティブとして機能しない可能性があること、④原則として「複製物」市場で機能し、一品製作の芸術品（原作品）の保護としては不十分な面があることなどが挙げられている<sup>649</sup>。

一方で、直接的・間接的な補助金による文化助成には、パトロナージュが「金も出すが口も出す」ことにより創作者の自由が損なわれるおそれがある。しかし、財政基盤の脆弱な小規模の創作者や経済的見返りを欲しない創作者にとっては、著作権制度に比し、創作基盤を安定させる制度として

---

<sup>648</sup> 小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究8号(2010年)258-260頁、同「著作権の保護期間—文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究33号(2011年)263-266頁、同「現代アートと法—知的財産法及び文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究36号(2011年)36-39頁、同「文化的表現の多様性における著作権法の役割」法学セミナー760号(2018年)47頁等。

<sup>649</sup> 小島・前掲注648)(著作権と表現の自由)260-261頁、同・前掲注648)(著作権の保護期間)267-269頁、同・前掲注648)(現代アートと法)40-42頁等。

重要であることも指摘されている<sup>650</sup>。

著作権制度において税制的・公共的な性質を有する補償金制度を拡大させることは、私権として構成されてきた著作権制度に異質なものを持ち込むことになるかもしれない。しかし、仮に文化の発展を期すことを目的としている著作権法のなかに文化政策的な要素を認めることができるのだとすれば、そのなかの制度の一つに、一般的な文化振興策としての側面を顕在化させたとしても、必ずしも背理とまではいえないように思われる。

また、市場の形成を可能とするという意味において知的財産がインセンティブとして作用していることは肯定しつつも、それ以上に、創作活動そのものの前提条件として重要であるという考え方に対して疑義を呈し、金銭的報酬ではなく、自己実現等の内的な動機づけにより創作がなされることを指摘して、著作権の廃止までは提言しないとしつつも、パトロンによる保護や芸術家への年金システムが創作者の保護に資する可能性を示唆する議論もある<sup>651</sup>。

著作権法の最終的な目的が文化の発展にあることに鑑みれば、従来の個別取引が適する場面において、市場を活用しうる排他権としての著作権は残したまま、歴史的に拡大しつつあり、また、技術や契約による著作権者による個別のコントロールが望ましくない、著作物利用の私的・零細的な領域において補償金制度を拡充させ、補償金を文化政策全般のために活用していくことは、現代の著作権制度に求められている変革の一つの方向を示す可能性があるのではないかと考える<sup>652</sup>。

---

<sup>650</sup> 小島・前掲注648) (著作権と表現の自由) 262-263頁、同・前掲注648) (著作権の保護期間) 269頁、同・前掲注648) (現代アートと法) 41頁等。

<sup>651</sup> Diane Leenheer Zimmerman, *Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?*, 12 THEORETICAL INQ. L. 29 (2011) <<http://ssrn.com/abstract=1515964>> (Diane Leenheer Zimmerman (澤田悠紀・訳) 「インセンティブとしての著作権—単なる空想の産物か?」 知的財産法政策学研究41号(2013年) 1-32頁)。

<sup>652</sup> 小島・前掲注648) (著作権と表現の自由) 264頁は、従来の法律学における研究は、国家による文化助成、民間によるフィランソロピー、著作権制度といった、個々の領域でなされたきたものの、それら相互の関係性に着目した者は少なかったとして、今後は、国家がとりうる文化芸術政策に関する手段の関係性について考察し、その理論的統合を模索する必要があると述べている。



### 2-3-3. 小括

以上のように、本稿においては、私的領域での著作物利用の自由領域を確保しつつ、著作物利用の対価を権利者に還流させる方策として、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方法を検討した。このような方法には、著作物利用への抑止効果を低いものとどめるというメリットがあると思われる<sup>653</sup>。もっとも、制度の運営においては課題が多い<sup>654 655</sup>。しかし、私的領域での著作物利

---

<sup>653</sup> 複製等のための機器・媒体の製造・販売業者、あるいは著作物を利用するサービスの提供者からの対価還流を図る場合、利用者に支払義務が課されなくとも、権利処理に係るコストは製品価格やサービスの価格・内容等に転嫁され、最終的には消費者が負担することになる。補償金額が高額になれば、間接的な対価徴収であってもユーザーのレベルでの著作物利用を抑止する効果をもたらしてしまうおそれがあると考えられる。よって、ユーザーの利用行為でなくその前段階で課金する場合であっても、補償金の額は、ユーザーが複製等の著作物利用行為によって得る便益の範囲内での低廉な補償金を課す程度にとどめ、社会全体として本来望ましいだけの著作物利用が行われぬという事態が深刻化することを防がなくてはならないだろう。また、汎用品等に補償金の対象が拡張される場合には、必ずしも著作物の複製に限らず多様な用途がありうることから、補償金の額で調整することが望ましいと思われる。

<sup>654</sup> 補償金制度の運用にあたっては、補償金の徴収や権利者への配分等において、補償金の管理・運用コストがかかるため、権利者等への配分額等は実際の徴収額よりもかなり少なくなってしまう。現在の日本著作権法における私的録音録画補償金制度については、補償金の分配業務を文化庁長官が指定した指定管理団体が担うことに対し、権利者に指定団体を選択する自由がなく、指定管理団体にとっては、管理手数料を下げた配分額を多くするインセンティブがないとして、競争原理の働かないシステムとなっていることを批判する見解もある(山本隆司「存続の基盤すでに失う一創作促進効果薄い、自由な利用抑える弊害も(私的録音補償を問う・下)」日本経済新聞2005年8月10日朝刊25面)。権利の集中処理が必要であるとしても、なるべく管理・運用コストを低く抑えるような仕組み作りが望ましい。

管理・運用コストと制度を健全に運営することの難しさに鑑みて、私的・零細の利用を自由としても創作のインセンティブに支障がないことが明らかになったり、補償金制度による手当が必要でないという社会的コンセンサスが形成された場合、あるいは、補償金制度以外の方策により私的・零細な自由領域と権利者等の利益

用においては、金銭的に評価することが難しいが公衆にとって重要な価値や利益が関係することに鑑みると、現在の著作権制度においては、このようなコストを払ってでも、私的・零細的利用の自由領域を確保することを検討する意義があると思われる。

〈謝辞〉

本研究はJSPS 科研費 JP18H05216の助成を受けたものです。

---

とのバランスが図られる場合には、必ずしも補償金制度を維持する必要はないものと思われる。

<sup>655</sup> その他、私的録音録画補償金制度の見直しの議論においては、購入者が補償金を支払うという建前になっているにもかかわらず、制度に対する消費者の認知度が低いことが、問題点としてしばしば指摘されてきた。制度発足時の議論においても、本来なら消費者が直接補償金を支払うことが望ましく、少なくとも、機器等に補償金の課金額を表示する必要があるとの消費者側の意見が述べられていた(石本美由起＝加戸守行＝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[松下直子(全国地域婦人団体連絡協議会事務局長)発言])。先に述べたように、製造業者等に直接支払義務を課すという理論構成が検討されるべきと思われるが、いずれにせよ補償金制度に対する消費者の認識を高めることは、世論を喚起し、制度に利用者の意向を反映させる誘因となりうると考えられる。