

私的複製への著作権法の対応： 機械的複製からクラウド・サービスへ

楊 明
孫 友容(訳)

要約：私的複製は、長期にわたって手書きで書き写すことが主流であったがゆえに、これに対して立法において特別な制度的対応が行われてこなかった。複製装置や媒体の家庭への普及につれて、私的複製による著作権者の利益への影響は、次第に著作権法上注目されるようになってきた。補償金制度の創設は、まさに欧米諸国によって採用された、私的複製による外部不経済への制度的対応である。これに対し、中国や韓国等の一部の国においては、フェアユース以外の補償メカニズムが用意されていない。実際、本質的な「ビッグ税」である私的複製補償金制度は、それ自体が外部性理論の「騒ぎ立て」の産物であるか否かという問いに適切に答えることができない。また、同制度は、その具体的な施行過程において多くの運営上の難題にも直面している。したがって、私的複製に対する中国の著作権法の従来の制度的対応は肯定されるに値する。コンピューター技術、インターネット産業、クラウド・サービスの目覚ましい発展につれて、著作物の伝達に関わる需給双方の状況は、いずれも機械的複製時代におけるものと雲泥の差がある。市場原理の視点から見れば、私的複製の「生存圏」がより一層圧縮されていくため、補償金制度を構築する必要はもはやない。法改正が行われたばかりの中国の著作権法は、過去になされた正確な選択を貫いた。クラウド・サービス時代においてなおまばらな私的複製行為があるとしても、現行法制度はそれに対応するのに十分である。

キーワード：著作権法、私的複製補償金、フェアユース、機械的複製、デジタル時代、クラウド・サービス

I 問題の提起

私的複製は通常、「自然人が非商業的目的に基づき、その個人的使用の

需要を満たすために行う複製である¹と定義される。この定義から、私的複製の中核的な要素は「個人的使用」と「非商業的目的」であることがわかる。また、世界各国の著作権法制度もこの2つの要素に基づいて私的複製の範囲を画定しており、表現上にわずかな相違があるにとどまる²。もっとも、定義が実質的に一致するにもかかわらず、私的複製を規制する具体的な制度は各国において区々である。このことから、「私的複製が複製権の範囲に属するか否か」という問題に対する理論上の認識は国によって異なるということができよう。整理すると、私的複製に対する諸国の著作権法の制度的対応には、2つのアプローチが用いられている。その1は、技術の本質から、私的複製が複製権の範囲に属し、著作権侵害に該当するという考えであり、このアプローチを選択したのはイギリスのみである。その2は、私的複製が著作権法上の複製には該当するが、フェアユース³規定を適用することによって著作権侵害にならない、という考えであり、多くの国はこのアプローチを採用している⁴。

¹ Hester Wijminga, Wouter Klomp, Marije van der Jagt & Joost Poort, *International Survey on Private Copying: Law & Practice 2016*, at <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4183>, p. 8 (最終アクセス日：2020年8月1日)。

² 例えば、フランス知的財産法L.122-5条2項、黄暉＝朱志剛【翻訳】『法国知識産権法典』（商務印書館・2017）14頁。ドイツ著作権法53条、Manfred Rehbinder【著】張恩民【翻訳】『著作権法』（法律出版社・2005）728頁。日本著作権法30条、公益社団法人著作権情報センター、<http://www.cric.or.jp/english/clj/cl5.html> (最終アクセス日：2019年11月15日)。韓国著作権法30条、韓国立法研究所、<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=204802&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000> (最終アクセス日：2019年11月15日)。Copyright Act, 17 U.S.C. §1008 (1976)。中華人民共和國著作権法(2020年11月11日改正)24条1項1号。

³ 多くの国は「フェアユース」という概念を明確に使用しているわけではないが、制度内容に実質的な相違がないため、本稿は便宜上、一律に「フェアユース」という表現を使用する。

⁴ 前掲注2に挙げられている各国の著作権法の関係条文を参照。多数の国において、私的複製には著作権の制限またはフェアユース規定が適用されると明確に規定されている。アメリカの著作権法は、フェアユースの具体的な場面を列挙していないものの、実務において、被告は私的複製がフェアユースであるとして権利侵害に対する抗弁を行いうる。1984年のソニー事件はその代表的な判例である。See *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)。

たしかに、私的複製は、著作権者の利益に客観的に影響する。権利者のこの種の損失について、上記のアプローチその2を選択した国々は、さらに異なる制度的対応を採用している。1つ目は、著作権法におけるフェアユース規定以外にとりたてて私的複製の規制のための制度的設計を行わないものであり、中国と韓国はこの例である。2つ目は、著作権法において私的複製補償金制度を設け、著作権者の損失を補うものであり、ドイツ、フランス、アメリカ、日本等の多くの国はこの制度を採用している⁵。補償金制度の確立は、20世紀中期の機械的複製の家庭への普及に直接に関わっており、ドイツやアメリカを見れば、同制度が誕生する技術的・産業的背景がわかる。1962年に、ドイツにおいて、著作権法の改革に関する草案が提出され、1965年に法改正が行われ、最終的に世界初の補償金制度の確立に繋がった⁶。また、アメリカでは、1970年代に著作権者はすでに国会に対してロビイングを行い、録画機の販売禁止を求めたが、成功に至らなかった。しかしながら、彼らの継続的努力によって、1992年に、「家庭内録音法」が制定され、録音機と空の媒体に対する補償金の徴収が始まった⁷。明らかに、補償金制度の趣旨は、公衆の「自由空間」と著作権者の経済的利益との均衡を目指すことにある。一方で、私的複製は、著作物の最終的利用について公衆に便宜を提供するためであり、市場から離れたものである。仮に著作権法が権利者に強すぎる支配力を与え、公衆の自由利用を完全に排除すれば、権利者と公衆の利益関係は著しい不均衡に陥ってしまう。他方で、複製装置や媒体の家庭への普及により、私的複製が大量に行われるようになり、著作権法が何らかの制度的対応を行わなければ、必然的に、

⁵ 今日、イギリス、アイルランド、ルクセンブルクなどの国以外の欧州の国々はいずれも私的複製補償金制度を確立している。See P. Bernt Hugenholtz, Lucie Guibault & Sjoerd van Geffen, *The Future of Levies in a Digital Environment*, at <https://www.ivir.nl/publicaties/download/DRM&levies-report.pdf> (最終アクセス日：2019年11月20日)。欧州以外に、アメリカ、カナダ、日本は補償金制度を設けている代表的な国である。このうち、アメリカ著作権法第10章は、「家庭デジタル録音使用料」制度を、カナダ著作権法第8部「私的複製」は「空の音声記録媒体」に関する補償金を、日本著作権法第5章は「私的録音録画補償金」制度を、それぞれ規定している。See Wijminga et al., *supra* note 1, at 46, 102, 164.

⁶ 馬琳「德国著作権法中的私人複製与反複製問題」法商研究2004年4号114頁。

⁷ 彭学龍「網絡時代的私人複製」電子知識産権2004年8号31頁。

著作物の伝達は著作権者の得べき利益に無視できないほどの影響をもたらしてしまう。要するに、市場の両側にいる者の利益の均衡を実現するために、私的複製補償金制度は、著作権の枠組みの外に位置する特別な設計として、権利者の損失を適切に補填しようとするものである。

以上の整理から、中国の著作権法に私的複製補償金制度が導入されていないことが大いに批判されるのはなぜか、ということが理解されうる。多くの研究者は、インターネット時代においてなお私的複製の「自由な発展」を野放しにすると、著作権者がより不利な境地に陥ることになりかねず、デジタル環境に対応した私的複製補償金制度を確立してこそ、著作権者と公衆の利益の均衡を実現することができると考えている⁸。また、異なる意見を示す学者らは、法定許諾制度を通じてダウンロード問題を解決する方がより望ましいと唱える⁹。これらの先行研究における私的複製補償金の必要性について検討する際の考え方は大同小異である。すなわち、私的複製は著作権者に利益の損害をもたらし、かつ、インターネット時代においてこの種の損害がより深刻になるがゆえに、利益衡量の観点から、補償金制度の確立は当面の急務である、というものである。しかしながら、このような説明はかなり不十分であるように思われる。すでに紹介したドイツやアメリカにおける補償金制度の誕生の背景から、同制度は著作権者によって推進されて確立されたことがわかる。しかし、私的複製がいったい著作権者にどれほどの損害をもたらしたかについて、これを証明するに十分な実証研究は一度も行われたことがない。のみならず、補償金制度は、その理論的基礎、徴収の基準、二重払いといった疑問視されてきた問題についても、納得できる回答を得られていない。さらに、補償金制度自体が孕む上記のような多くの欠陥に鑑みると、その高い運営コストや消費者余剰による減損は、同制度がもたらす生産者余剰（著作権者の利益）を超えるのではないかと疑わざるをえない。デジタル技術が絶え間なく発展すること、とりわけクラウド・サービスが主流なインターネット環境になりつつ

⁸ 張今『版權法中私人複製問題研究－從印刷機到互聯網』（中国政法大学出版社・2009）269-273頁。馮曉青「網絡環境下私人複製著作權問題研究」法律科学2012年3号103-112頁。羅莉「数字私人複製所引起的利益平衡問題」法学2008年5号88-95頁。

⁹ 宋治礼＝張偉君「試論著作權法对私的複製行為的規制」知識產權2009年5号50-58頁。

あることによって、私的複製と著作権保護の関係は、必然的に機械的複製時代のものと雲泥の差が生じる。下部構造の変化によって、補償金制度の必要性はさらに疑わしいものになる。したがって、第三次改正が行われたばかりの中国の著作権法が、私的複製補償金制度の確立に関する提案を受け入れなかったことは、必ずしも妥当でないとは言えないように思われる。

著作権法が私的複製に如何に対応するかということは、本質的に、公共政策の選択問題である。補償金制度に対して疑問を投げかけることは、著作権の本質はいったい何なのか、この本質と私的複製の位置づけとはどのような関連性があるのか、複製装置の家庭への普及はいったい如何に著作物市場に影響を与えているのか、このような傾向は市場と非市場の境界線を曖昧にするのではないかと、我々に深く考えさせるためである。筆者は、学界において私的複製補償金制度の論争が長期にわたって存在するということの根本的な原因は、上記の問いに上手く答えていないからであると考える。したがって、筆者は、私的複製が著作権法の視野に入る歴史的な文脈を考察した上で、「著作権のエンパワーメント」の基本原則から、市場原理という理論的礎石に基づき、著作権の外延、私的複製と著作権保護の関係を明らかにすることを試みる。さらに、技術の進化を念頭に置きながら、機械的複製時代における私的複製補償金制度の理論的欠陥と運営上の難題を整理するとともに、市場原理の視点から、デジタル時代とクラウド・サービス時代における私的複製の「運命」をそれぞれ観察・分析する。これによって、改正著作権法が補償金制度の確立に関する提案を受け入れなかったことの合理性を論証し、私的複製行為を規制するにあたって、中国の現行法の解釈と適用に関する考え方を述べることにしたい。

II 私的複製が著作権法の視野に入る歴史に関する考察

人類社会の創作活動は悠久の歴史を持っている。大量のパピルス文献の出土は、私的複製とこれによって行われる著作物の伝達が、古代ギリシャや古代ローマの時代から、文学に触れるための人類の基本的手段であることを物語る。例えば、語り継がれてきたホメロス風讃歌の「イーリアス」や「オデュッセイア」を見れば、紀元前9世紀頃に、トルバドールの記憶

や誤謬の防止に供するために、すでに少量の写本が現れたことがわかる¹⁰。すなわち、私的複製の歴史は著作権法より遥かに古いだけでなく、文学史の歩みにまで深い影響を与えた。書籍と大量生産・取引とがまだ結び付いていなかった長い歴史の中で、手書きで書き写すという形によって行われる私的複製は一種の知的労働とみなされ、その内容の適法性に対する統制以外に、統治者はこれに対して如何なる形の規制も行っていなかった。

印刷業や製紙業の発展につれて、出版業と書籍販売が日増しに発達してきたことにより、統治者は、「ある種のビジネス・ルールの体系を確立することで印刷業の繁栄を保つ必要がある」¹¹ことを意識するようになった。その結果、15世紀末から、イギリスを代表とする欧州の一部の国は、「出版特権」(printing privileges)によって出版業を保護することを目指した。「著作権」(copyright)という概念はまさにこの特権が起源であり、その誕生の正確な時を知る由もないが、おおよそ1518年-1542年の間であると思われる¹²。当時のイギリス王室は書籍出版業組合に頼って書籍取引を規制し、出版社に対して、書籍出版の特権を得た後に組合で登記するよう要求していた。そして、「著作権」はまさにその特権の登記時に使用された概念である。このことから、著作権は書籍出版業組合の構成員が書籍取引を行う際の秩序を維持するための1つの「設備」であることが明らかであろう。実際に、1710年のイギリスの「アン女王法」が誕生してからも、著作権は依然としてこの機能を果たしていた。同法の画期的意義は、著作者の法的地位を確立し、「著作権」という概念をもって著作物から生まれる著作者の財産権を表現する、ということにある。

書籍取引の視点から言えば、1つの著作権の本質は市場参加への1つの承認にほかならない。したがって、著作権保護の真の意図は、書籍の伝達

¹⁰ Frederic G. Kenyon【著】蘇杰【翻訳】『古希臘羅馬的図書与読者』(浙江大学出版社・2012)42頁。

¹¹ MARK ROSE, *AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT* 9 (Harvard University Press 1993).

¹² See LYMAN RAY PATTERSON, *COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE* 42 (Vanderbilt University Press 1968).

にとって欠かせない複雑で効率的な販売システムを維持するためである¹³。私権という属性を持つ著作権の確立は、本来、書籍出版業組合による独占を崩すため¹⁴であったのに、結果的に、著作者の文学的財産を保護することを通じて自身の利益を求めるという新たなアプローチを、出版社らに発見させた。なぜならば、アン女王法の規定によると、「権利者の許諾を得ずにその書籍を印刷または販売することは著作権侵害行為に該当する」¹⁵ため、出版社は、著作者から許諾を得さえすれば、市場をコントロールするという目的を達成することができるからである。一方で、著作権法の誕生が著作者と出版社の関係に如何に影響したかに関係なく、手書きの書き写しは依然として著作権法の規制範囲から除外されている。著作権法の誕生の過程やその規制対象の選択は、著作権と市場の緊密な関係を深く反映しており、換言すれば、著作権の確立はあくまでビジネス問題に対応するためにすぎない¹⁶、ということである。私的複製の場合、出版社の利益に対する影響をほぼ無視でき、技術・コスト・公衆の教育程度などの要素に制約されるため、商業的活動とは全く異なるものである。

市場から「遠く離れている」からこそ、私的複製は、財産的利益という面で立法者の目に留まることがない。たしかに、客観的に見れば、私的複製行為は、著作権者の利益にある程度の影響を与えているはずであるが、複製や伝達のコストは、手書きの書き写しの時代の私的複製を、書籍市場から明確に切り離す。また、私的複製行為の分散性と隠蔽性により、仮に著作者が法的救済を求めようとしても、そのコストの高さは推して知るべしである。したがって、著作権法が私的複製を不問に付すことは、効用最大化の制度的選択である。アン女王法の制定は、著作者の権利と審査制度が分離し、著作権制度がここから統制の枠組みの下ではなく私法の意味を持つ財産権の枠組みの下で構築されていくのに対し、私的複製が内容面の問題についてのみ審査制度の規制を受けるということを示す。すなわち、

¹³ Lucien Febvre＝Henri-Jean Martin【著】李鴻志【翻訳】『印刷書の誕生』（広西師範大学出版社・2006）220頁。

¹⁴ See Journals of the House of Lords (LJ) 15:280, cited in ROSE, *supra* note 11, at 32.

¹⁵ The Statute of Anne (1710), 1st paragraph, at <http://www.copyrighthistory.com/anne.html> (最終アクセス日：2020年8月1日)。

¹⁶ See ROSE, *supra* note 11, at 48.

現代の著作権法の誕生によって、著作権保護と私的複製はそれぞれ2つの範疇に属する議題となり、そしてこの状態はアン女王法の施行から約200年間にわたって続いた。

しかしながら、20世紀の半ばから、私的複製と商業的複製を区別する下部構造に根本的な変化が生じる。科学技術と工業水準の急速な発展により、複製装置や媒体が多様化しかつ家庭へ普及し、そのコストも低減し続ける結果、私的複製の主流的形態は次第に手書きの書き写しから機械的複製へと変化する。家庭へ普及した機械的複製の出現によって、本質的に同じく「複製物の制作」(reproduction)である私的複製と商業的複製に対して、もはや単純に技術とコストの違いで区別することができなくなり、市場と非市場の間に明白であった境界線も次第に曖昧になった。このような技術的条件の下で、私的複製に対して、それによる経済的影響に鑑みれば、「見て見ぬふりをする」ことができなくなり、著作権法は、私的複製行為に対して「態度表明」を行う必要性が生じた。もちろん、ここで言う必要性は、必ず私的複製を「複製権」の範疇に入れ、著作権者がこれをコントロールするということを意味するわけではない。著作権者の複製権と私的複製の関係を如何に処理するかは、立法者による公共政策の選択の結果にすぎない。

すでに述べた通り、私的複製に対応する各国の著作権法の制度的アプローチには、「権利侵害構成」と「フェアユース構成」という2種類がある。しかし、ここで明白に指摘しておくべきなのは、立法が如何なる選択を行ったとしても、著作権法が制度的に対象とするのは、依然として手書きの書き写しではなく、個人が複製装置と媒体を通じて行う家庭へ普及した機械的複製である、ということである。したがって、上記の2つのアプローチの違いは、複製装置と媒体の家庭への普及という技術的背景の下で、著作権法がなお私的複製と商業的複製を区別するか、という点にある。筆者は、イギリスのように、私的複製を著作権侵害とする制度の運営では良い効果を得ることができないと考える。一方で、原告の举证責任が重く、その証拠が裁判官に認められるか否かは不確定的であり、他方で、原告の举证証に対し、裁判官は「定性と定量という2つの側面から私的複製が著作権者に対して最小限の被害 (minimal harm) を与えたか否かを判断しなければ

ばならない¹⁷ため、その権利の画定のコストは、必然的に低いものにはならない。よって、著作権法が私的複製と商業的複製の市場的境界線を打ち破ると、制度の運営コストは、私的複製が規制されることによって著作権者が受けられる補償よりも大きくなる可能性がある。実際、私的複製に対するイギリスの態度自体にも躊躇が見られ、わずか1年の間に2度も立場の変更があった¹⁸ことは、分散的で、多様化した、隠蔽性の高い私的複製に対して、果たして著作権法が如何に制度的に対応するかがたしかな難問であるということを示した。

多くの国は「フェアユース構成」というアプローチを選択したことから、これらの国において、私的複製への態度はその「非商業的」本質に着目しており、行為者の複製の目的が著作物に対する最終的な利用にあり、複製物を再び市場に投入するためではないという事実が重視される、ということがわかる。経済学は著作権法の中核的な問題をアクセス (access) とインセンティブ (incentives) の間の最適均衡を実現することであると要約する¹⁹。フェアユース制度の確立は、「アクセス」と「インセンティブ」の間の均衡点に関する選択とみなすことができる。これはいわゆる著作権の範囲のフレキシビリティである。著作権法は著作物の伝達から生じる利益を如何に配分すべきであるかという問題を解決するためのものであり、そしてフェアユースは、最も重要な著作権制限制度として、その本質がある種の利益再配分のメカニズムであり、個別の事件において利益再配分の効用最大化を追求するものである。著作権の範囲もフェアユース制度の適用も、その背後には明らかに公共政策の要素が含まれている。複製装置と媒体の家庭への普及が本来の利益の均衡を破った時に、立法者は、技術の革新が著作権者に与える影響を見積もって公共政策を調整する必要があるか否かを判断する。したがって、多くの国は、著作権侵害とフェアユースとは

¹⁷ L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE & P. JOHNSON, *INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 242 (5th ed. Oxford University Press 2018).

¹⁸ イギリスは2014年10月にCDPA (Copyright, Designs and Patents Act) を改正した際に、私的複製を著作権侵害の例外とする規定を新設したが、2015年7月に同法を再改正した際にこの規定を削除した。See BENTLY ET AL., *supra* note 17, at 240-42.

¹⁹ See William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18(2) J. LEGAL STUD. 325, 326 (1989).

別に、補償金制度を通じて私的複製によって著作権者が受ける損失を補うわけである。この公共政策の選択には価値的判断が含まれていることは自明であろう。

もっとも、補償金制度の確立が最適な選択であるか否かは、筆者にとって疑問の余地のないものではない。まず、同制度は、複製装置や媒体に対する「徴税」という形で実施されているため、その規制対象が実質的に行為や行為主体から複製手段になった。このことは新たな問題をもたらす。すなわち、「徴税」は、私的複製の性質と著作権者の損失の量が整合するか否かを考慮しないため、補償金の徴収は、私的複製のフェアユースの該当性と関係ないものになってしまうように思われる。なぜならば、徴税機関は、行為者が複製装置や媒体を利用して行うのが私的複製なのか、それとも商業的複製なのか、ということを区別する必要もなければ、現実的でもないからである。また、同制度は複製装置と媒体の家庭への普及から生まれたものである。技術の発展によって私的複製の量が完全に制御不能となった結果、市場と非市場によって区別されていた本来の利益配分の構造が破壊され、著作権者は補償を強く要望するようになった。しかしながら、技術の革新は、一方的に需要側だけに影響を及ぼすのではなく、著作権者もまた技術の進歩のおかげで技術的手段を通じて私的複製を制限することができるようになった。ましてや、著作物の伝達がデジタル時代、とりわけクラウド・サービス時代に入につれて、著作権者は、著作物の伝達市場においてより優位に立つことになり、私的複製の生存圏が日に日に消え去ってゆく。ゆえに、補償金制度を確立する（または継続させる）ことは、もはやその必要性を失った。

なお、技術の発展が制度の変革をもたらす根本的な原因は、技術が関係主体の市場的構造を変えたからであるため、市場をなくして問題を議論することは、いわゆる利益衡量をますます机上の空論にするだけである。したがって、私的複製補償金制度に関する論争を解決するために、「著作権のエンパワーメント」の基本原理に戻り、市場原理に基づき、「何のためのエンパワーメント」、「エンパワーメントの範囲（権利範囲）」、「著作権にとっての複製の意味」、「著作権者の利益に対する私的複製の影響」等の中核的問題を理解しなければならない。これによってこそ、著作権法は日進月歩の技術の前で「一時しのぎの治療」に追われずに済むことになる。

Ⅲ 私的複製に対応するための著作権法の理論的礎石：市場と複製

著作権の保護は、立法によって創作者に一定の期間の排他権を与えるということを意味し、その目的がより多くの著作物の創作にインセンティブを与えることにある。そして、この目的を実現するために、「既存の著作物がより多く伝達され、権利者がその中から相応の対価を得ることを保障しなければならない」²⁰。すなわち、著作権法は事実上、「作品——伝達——取引——市場」という明晰な論理的文脈を描いている。

1. 市場原理に基づく著作権のエンパワーメント

周知の通り、現代的私法の意味を有する著作権法は18世紀初頭に誕生したが、人々は、著作権制度が間違いなくビジネス「戦争」の産物であり、市場（あるいは産業）と緊密に連結しており、市場の働きによる産物であること（このことは1710年アン女王法の公布前後の産業と司法実務から明白であろう）²¹を忘れがちである。著作権制度が誕生する原因、法の施行が著作物市場にもたらす影響、そして著作権の司法実務の状況と変化に鑑みると、著作権制度の目的は、それによって生まれる利益の主体の間（著作者と出版社や、出版社と出版社の間）の法律関係を規律し、ひいては著作物の伝達市場に関する利益配分を行うことにある、ということ、我々は深く理解することができよう。換言すれば、著作権法の立法趣旨と制度的機能は、利益配分の結果を通じて実現するものであり、そして同法における基本概念や基本制度は、すべて利益配分のメカニズムの具現である。

「著作者」という概念に対する理解において、カントやヘーゲルなどを代表とするドイツの先験的観念論は、人格的利益を内在する著作者観を主

²⁰ Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 1013 (1997).

²¹ See ROSE, *supra* note 11, chapter 3-5; BRAD SHERMAN & LIONEL BENTLY, *THE MAKING OF MODERN INTELLECTUAL PROPERTY LAW: THE BRITISH EXPERIENCE 1760-1911* 20-42 (Cambridge University Press 1999).

張し、著作者に対する著作物の人格的従属性を強調する²²が、このような著作者観は市場メカニズムとしての著作権制度とは矛盾するものではない。なぜならば、人格的利益説は、利益配分のメカニズムの基礎を示しているにすぎず、配分の対象である著作物の伝達から生まれる利益は当然、市場に起源するものであるからである。そして、「市場」要素が著作権制度の理解と適用において重要である理由は、著作権法の具体的制度と条文を特定の市場構造に基づいて解釈・分析してこそ、「なぜこの制度が必要なのか」や「なぜこのように制度設計を行うのか」といった根源的問題に答え、立場志向の解釈論争に陥ることを回避することができるからである。市場に立脚してこそ、著作権法の一連の中核的な問題——著作権はなぜ私権なのか（統制から市場メカニズムへ）、「オーサーシップ」はなぜ重大な意味を持つ概念なのか、著作者人格権の法的性質は何なのか、著作権法は著作者・伝達者・公衆の間の利益配分を如何に行うべきか——などの問題を正確に理解することができる。

著作物の概念は古くから存在しており、出版業という産業としての存在も新鮮な出来事ではない。それでは、なぜ18世紀初頭になって初めて著作権制度が誕生したのだろうか？筆者は以下の2つの原因があると考える。その1は、文学的・芸術的著作物の媒体の商品化であり、その2は、オーサーシップ（authorship）という法的地位の確立である。実際、著作物の媒体の商品化により、著作物の出版や伝達は利益を得ることができるようになり、さらにその工業化まで実現し、ひいては文学的財産権に関する利益の闘争を引き起こす²³。この闘争は書籍出版者らによって著作者の財産権という名の下で引き起こされたものの、結果的に「著作者に自らの著作物の出版をコントロールする権利がある」という観念の制度化を促進した。すなわち、著作者という概念の私法上の地位が確立された。したがって、商品化は、著作権が誕生する物理的条件であり、著作者の主体的地位を際立たせる利益の根源でもある。だからこそ、出版業の工業化レベルの高ま

²² See PETER DRAHOS, *A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY* 74-75 (Dartmouth Publishing Company Ltd. 1996).

²³ だからこそ、経済学は、知的財産権制度を知的製品の利用から生まれる利益に対する配分メカニズムであると説明する。See Richard A. Posner, *Intellectual Property: The Law and Economics Approach*, 19(2) J. ECON. PERSP. 57 (2005).

りにつれて、人々は、常に文学的財産を不動産と比較し、著作者による権利主張が土地の所有者による権利主張よりも正当性を有すると説くようになる。

著作物は抽象的なものであり、有体物のように人間によって現実的に占有またはコントロールされえないからこそ、「抽象的法律において、精神的技術や科学の知識などは、占有されうると法的に認められる限り、考察される」²⁴。著作物は物理的形態を経由しなければ外部に認識されえないから、固定可能性の要件が著作権の保護を受けるための著作物の実質的な要件の1つとなった²⁵。このように、著作物の媒体の商品化は、なぜ著作権制度と市場の間関係が緊密であるかを十分に説明することができる。さもないと、我々は、法的規制を必要とする社会的関係と法の介入を必要としない個人の領域（例えば個人的趣味に基づく創作行為）を不必要に混同してしまう。

著作権法が市場原理をその構築の礎石としているという認識は、多くの著名な学者の論著において表明されている。マーク・ローズは、著作権の制度史を整理することによって、「文学的財産の問題は実質上、ビジネス競争を巡って展開されてきた」という結論に至っている²⁶。また、ライマン・R・パターソンとスタンリー・W・リンドバーグは、その名著である『著作権の本質』の中で、著作権保護と市場の関係を高度に抽出している。すなわち、「著作権が保護するのは著作物の市場である」(Copyright protects the marketing of work)²⁷、というのである。このほか、ピーター・ドラホスも「知的財産権と市場は緊密に連結されている」²⁸と述べていることから、著作権保護における「市場原理」を認めていることがわかる。著作権保護の制度的采配が「市場原理」に基づいて行われることを強調することは、

²⁴ ヘーゲル【著】範揚＝張企泰【翻訳】『法哲学原理』（商務印書館・1961）43節52頁。

²⁵ ベルヌ条約2条(2)。世界知的所有権機関、<https://wipolex.wipo.int/en/text/283698>（最終アクセス日：2019年11月15日）。

²⁶ ROSE, *supra* note 11, at 4.

²⁷ See LYMAN R. PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USER'S RIGHT* 64 (University of Georgia Press 1991).

²⁸ DRAHOS, *supra* note 22, at 5.

著作権のエンパワーメントが権利者・著作物の伝達者・消費者の間に著作物の伝達から生まれる利益を合理的に配分するためであるということを指摘するためである。著作権法と市場の緊密な関係を見直し、著作物の伝達行為を市場の中で考慮しないことにより、必然的に、技術的に複製と言えるあらゆる行為に著作権の規制を受けさせることになってしまうが、このような制度的配分は無意味である。もちろん、技術の発展の異なる段階において、「市場」を正確に認識することが極めて重要である。

2. 著作権に対する「複製」の意義

著作物の媒体の商品化は印刷技術の発明に始まり、そして最も文学的・芸術的商品は書籍である。したがって、アン女王法は、書籍の出版がもたらす利益配分問題だけを処理すれば十分であった。これは、同法令の名称——「規定された期間において、印刷された書籍の複製物を著作者やその複製物の購入者に帰属させることにより学問の奨励をはかる法律」から直観的にわかるであろう。書籍出版の本質は複製物を製造する産業的行為で、書籍の発行は複製物に対する販売行為であり、これらによって文字著作物の伝達を実現される。換言すれば、著作物の媒体が書籍という形式のみによって商品化を実現する時代において、著作物の伝達は複製物の製造と販売によって実現される。このことは、著作財産権の体系がなぜ複製権を中心に構築されてきたか——著作権の中核的内容が複製権である、ということをも説明することができる。科学技術の絶え間ない発展につれて、著作物の類型が豊かになってきたが、著作権のエンパワーメントの市場的ロジックはそのまま引き継がれている。すなわち、著作権の保護は権利者が関係市場に対するコントロールを維持するためのものであり、そして市場の形成は著作物の複製物の製造と発行に依存する、ということである。

機械的複製時代において、著作物の伝達は有形的な媒体の力を借りなければならなかった。このことは、中国の2001年改正著作権法が列挙した複製の方式からもわかる²⁹。著作物には物理的具現が必要であるということが始終強調されているからこそ、複製物が製造され、伝達が行われる。したがって、この技術的段階において、著作財産権の体系の構築は、複製に

²⁹ 中華人民共和国著作権法(2001年10月27日改正)10条1項5号。

対するコントロールを中心に行われ、発行、実演、放送、翻案、翻訳などの行為による著作物の伝達という効果も、いずれも「複製」に基づくものであると理解して良いだろう。今日、人類社会はインターネット時代に入ったが、著作権法は、なお機械的複製時代の概念と制度を基にしていると言える。司法実務は、インターネット環境における著作物の伝達による権利侵害紛争をより多く解決しなければならないが、それでも「複製」、「公衆への伝達」³⁰などの概念を拡張解釈することによって実務の需要を満たしている。要するに、「複製」を中心とする著作財産権の体系は著作権法の市場的逻辑に対応しており、また、当該ロジックをデジタル送信に応用しても理論と実務の一貫性を崩すことはない。

以上に指摘してきた市場原理と複製の重要性から、著作権のエンパワーメントは、著作物の創作行為と伝達行為を規制する法的メカニズム——創作が著作権を誕生させ、そして伝達が権利行使と実現の方式である——を形成するためのものであるということがわかる。また、このロジックの連鎖をより具体的に説明すると、複製（デジタル複製を含む）は著作物の伝達の始点で、複製をコントロールすることの本質は著作物の伝達をコントロールし、関係市場に対する掌握を実現することである。したがって、複製権を中心として構築されてきた著作財産権の体系は、実質的に著作物の伝達のためのものであり、また、その中にある著作権法の市場的基礎が一目瞭然である。そこで、「複製」と「伝達」の緊密な関連性に基づき、我々は、著作財産権の体系に対する一体的な解釈を行うことができる。中国の著作権法を例として言えば、その10条は著作権者が伝達をコントロールするための各支分権を定めており、そしてこれらの支分権に規定される行為は大きく2種類に分けることができる。1種類目は、著作物を公衆へ提供するための準備行為（基礎行為とも言う）で、例えば複製、翻案、翻訳などである。2種類目は著作物を公衆へ提供する行為そのもので、例えば発行、実演、放送、情報ネットワーク伝達など、これらの行為は明らかに市

³⁰ 著作権に関する世界知的所有権機関条約(WCT) 8条の「公衆への伝達権」(Right of Communication to the Public)に関する規定の影響を受け、世界の多くの国は、中国のような「情報ネットワーク伝達権」を設けるのではなく、「公衆への提供」や「公衆への伝達」のような柔軟性を持つ概念を使用することによって、技術の迅速な発展に対応する法改正の繰返しに奔走することを避けている。

場の中で行われるものである。1つの著作物の具体的な伝達は、2種類目の行為によって直接に行われることもあれば、2種類の行為の結合によって実現されることもある。しかしながら、行為者が複製、翻案、解釈などの行為を実施しただけで、その後続の提供行為をいずれも行っていないならば、すなわち複製等の行為による産物を市場に投入していなければ、著作権法に基づいて当該行為の性質を議論することは無意味である³¹。技術的手段を通じて公衆による著作物へのアクセスを防止していなければ、著作権者は、公衆が市場から離れた場所で前記の1種類目の行為を実施することを禁止する権利を有しない。

以上に述べてきた通り、著作権法は工業文明の産物であり、機械的複製の産業化以降に現れた著作権保護の要望に対する制度的対応であるが、著作権のエンパワーメントは、権利者に市場をコントロールさせるためのものにすぎず、あらゆる複製行為をコントロールさせるためのものではない。要するに、行為者が著作物を公衆に提供して（すなわち著作物を伝達すること、行為者が前述した準備行為を実施したか否かに関係なく）初めて、著作権法による介入の必要性和実質的意味が生じる。市場行為の対照物である私的複製行為に対して、果たして著作権法は制度的に対応する必要があるのだろうか？

IV 私的複製補償金制度の理論的欠陥と運営上の難題

私的複製の本質は、著作物に対する行為者の最終的消費行為であり、如何なる形でも複製物を再び市場に投入することはない。私的複製の非市場的属性を認めることは、当該行為が著作権の領地に踏み入っていないことを意味し、それゆえに著作権法による介入も要しない。そうすると、私的複製が著作権者に利益の損害をもたらした場合において、著作権法はそれを補償しようとするならば、権利の範囲の外で特定の形式による制度的対応を行わなければならない。そして、補償問題を引き起こす根本的な原因

³¹ 例えば、フランス知的財産法L.122-5条は、「著作者は次の各号に掲げることを禁止することはできない……(2)……コピーまたは複製であって、コピーする者の私的使用に厳密に当てられ……」と明確に規定している。黄=朱・前掲注2・14頁を参照。

は、複製装置と媒体の家庭への普及が私的複製の大量化と規模効果の発生を可能にしたというところにあるため、各国は自然に「技術的方法」を使用し、複製装置と媒体を補償金の計算のための物理的基準とした。技術的側面から言えば、こうした制度的選択がより効率的である。それは、主体と行為を把握することより、設備を把握する方のコストが低いからである。このように、私的複製補償金の計算を複製設備や媒体と関連付けることによって「徴税」する、という制度運営方式を採用することは理に適しているということができよう。また、補償金制度を確立した国々では、異なる概念が使用されているが——例えばドイツ法上の「空白媒体税」や「複写設備税」³²、フランス法上の「私的複製報酬」³³、アメリカ法上の「印税支払い」(royalty payment)³⁴、日本法上の「補償金」(compensation)³⁵など——、それらの本質はいずれも「税」という形で著作権者に補償するものである。

税収という経済的手段によって外部不経済の行為を規制する観点は、厚生経済学者であるピグーによって最初に提唱された。その基本的な考え方は、例えば灯台のように、私的生産が時には付帯的に第三者に対して利益を提供しているものの、技術的に報酬を請求することが難しい場合がある、というものである³⁶。ピグーによると、政府の厚生任務は、「私人と社会の限界費用を、私人と社会の限界利益と一致させることであり、そして政府は、税収、財政補助ないし立法等の手段を通じてこの目標を達成することができる」³⁷。私的複製補償金の確立は、複製装置や媒体の家庭への普及が私的複製行為の(著作権者にとっての)外部不経済を次第に拡大させ、特別な方法でこれを矯正する必要が生じたというところに起因する。しかしながら、コースがピグーを批判するように、「問題は、実行可能な制度を設計し、システムに存在する欠陥を矯正すると同時に、システムの他の部分

³² ドイツ著作権法54条、54a条、Rehbinder・前掲注2・729-730頁。

³³ フランス法第3巻第1編、黄=朱・前掲注2。

³⁴ See 17 U.S.C. §1003, §1004.

³⁵ 日本著作権法第5章、前掲注2日本著作権法。

³⁶ A.C. Pigou【著】朱泱=張勝紀=吳良健【翻訳】『厚生経済学(上巻)』(商務印書館・2006)197頁。

³⁷ Stanley L. Blue=Randy R. Grant【著】邱曉燕ほか【翻訳】『経済思想史』(原本第7版)(北京大学出版社・2008)322頁。

により深刻なダメージを受けさせないようにしなければならない、ということである」³⁸。すなわち、資源配置の不合理問題を解決するために政府を介入させるということには、新たな資源配置の非効率を引き起こす可能性がある。したがって、多くの国において私的複製補償金制度がすでに確立され、多くの学者も同制度を確立することの正当性または合理性について議論してきたが、先行研究は、「ピグー税」を私的複製行為に適用すると、ピグーによる問題処理の仕方を疑問視するコースが指摘したような問題が生じるか否かについて、いずれも回答していない。

多くの経済学者、例えばナイト、コース、張五常らは、ピグーの問題処理の仕方を激しく批判しているが、私見では、ピグーが経済的行為の外部不経済を矯正するための政府介入を提唱したことは、少なくとも社会と私人の限界純生産物の収益率と価値に対する高度な分析に基づくものである。そこで、問題は、私的複製補償金制度の構築がそのような検証に耐えられるのか、ということである。同制度の長年の運営実務を鑑みると、以下のような理論的欠陥と運営上の難題があるように思われる。

その1：私的複製に対して「ピグー税」を徴収する理論的基礎は多くの批判を受けている。アメリカ著作権法1003条、1004条の規定を例として挙げると、これらの条文は、2%の「税率」と1～8ドルの「税額」範囲を定めている³⁹が、これらの数字の確定には実際の根拠を欠いており、低すぎるかまたは高すぎるかを検証する術がない。ある税收政策の影響で社会に死重損失がもたらされたか否かを検証するためには、税收による生産者余剰、消費者余剰、税收の収入の変化を衡量した上で、社会的余剰（すなわち三者の合計）の変動状況を判断しなければならない⁴⁰。著作物の伝達に関して言えば、ある複製装置や媒体に対して徴税を行おうとするならば、その家庭への普及による著作物の市場供給の減少、そして私的複製補償金制度の構築がその供給を増加し、社会的余剰の増加に寄与する、ということを実証しなければならない。これらの問題は、補償金制度を構築する前に十分な論証を経なければ、同制度が資源配置の効率を高めることができ

³⁸ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 34 (1960).

³⁹ *Supra* note 34.

⁴⁰ See N. GREGORY MANKIW, *PRINCIPLES OF ECONOMICS* 162-63 (Thompson South-Western 2007).

ると、公衆を説得するに足りない。マンキューが総括した経済学原理によると、税金が死重損失をもたらす原因は、「人々はインセンティブに対して反応する」からである⁴¹。したがって、我々は、まず、私的複製がどのような主体に対してインセンティブを与えたのかを判断し、そして異なる主体がこのインセンティブに対してどのように反応するかを分析して初めて、最終的に補償金がこのようなインセンティブをねじ曲げ、市場における資源配置の効率を損なうことになるのかを衡量することができる。私的複製補償金は装置の製造者と販売者に対して徴収され、当然、最終的には装置の購入者に転嫁されるゆえに、補償金によるインセンティブは、著作権者、製造者と販売者、装置の最終的利用者によってそれぞれ異なる。しかしながら、現実において、現時点における社会的余剰を計算し終わる前に、計算の基準となる技術的条件や市場の環境はまた前に向いて発展してしまう。

すでに述べた通り、補償金制度の確立の理由は、複製装置と媒体の家庭への普及がもたらす日増しに増大する私的複製行為の外部不経済であるが、張五常が批判するように、外部不経済があるからと言って政府に介入させることは、ある種の外部性理論の「騒ぎ立て」ではなかろうか⁴²？たしかに、私的複製は他人に影響を及ぼす。しかしながら、その影響は多面にわたるものであり、また、関係主体も相互に影響しており、そして市場自体の運営はまさにこれらの影響を処理するための重要な方法である。例えば、構造的契約配置がその例である。市場における主体は、契約の枠組みを通じて取引に関わる様々な相互影響を処理することができる。それならば、補償金制度の確立は、私的複製行為の外部性が契約の枠組みを機能不全に陥らせた、という前提を備えたのだろうか？ましてや、慣習、商道徳、社会的規範なども現実にその機能を発揮し、科学技術も発展しており(例えば著作権者は技術的手段を通じて私的複製を阻止することができ、そして機械的複製装置と媒体は技術の発展によって淘汰されることもありうる)、これらの要素は、いずれも外部性による影響を消去することができるため、政府介入がなくても資源の効率的配置を保証することができる

⁴¹ See MANKIW, *supra* note 40, at 7.

⁴² 張五常『経済解釈(2014増訂第2版)』(中信出版社・2015)754-760頁。

る。市場というメカニズムの運営における様々な顕在的または潜在的要素を全面的に考えると、外部性によって市場の機能不全が生じたため政府による介入が必要である、という結論を簡単には得ることができないかもしれない。

その2：徴収主体は補償金制度の性質に相応しない。補償金の徴収主体については、実際には、世界各国の立法選択に大きな相違が見られる。例えば、ドイツ法では、集中管理団体が補償金を徴収し⁴³、フランス法や日本法では、著作者、実演家、出版者やそれらの権利の承継人によって設立された法人が補償金を徴収し（日本において、同法人の理事長は文化庁による指定を受ける必要がある）⁴⁴、アメリカ法では、アメリカ合衆国著作権局が補償金を徴収する⁴⁵。このように、各国の補償金徴収主体の性質にはあらゆる可能性が含まれている。法人（法律行為の主体）、集中管理団体（ドイツにおいて政府機関である）、国家機関など、それぞれの性質が大きく異なる。すでに分析した通り、補償金制度の本質は徴税というメカニズムであり、それならば徴税の主体は中央政府でしかありえないはずである。これは、税負担の公平を保証するための基本的な条件であり⁴⁶、こうしてこそ、税收制度や政策は公平な競争を促進し、社会の公平を実現することができる。私的複製補償金は真の税ではないものの、その本質と機能が税と同じであるがゆえに、法人や集中管理団体を徴収主体と指定すると、この補償金の徴収基準や徴収率が公正で合理的なものであることが保証されにくい。

その3：補償金徴収主体の運営効率問題がある。前記の性質相応問題にも関係するが、法人や集中管理団体を私的複製補償金の徴収主体と指定する場合に、徴収の効率問題も生じうる。具体的に言えば、補償金の徴収はある程度、公衆の厚生損失（補償金を負担する製造者や販売者はこのコス

⁴³ ドイツ著作権法54h条(1)、Rehbinder・前掲注2・731頁。

⁴⁴ フランス知的財産法L.321-1、日本著作権法104条の5、黄=朱・前掲注2日本著作権法。

⁴⁵ See 17 U.S.C. §1003, §1005.

⁴⁶ 公平な税負担の原則はアダム・スミスによって税の4原則のトップとされている。See ADAM SMITH, THE WEALTH OF NATIONS: AN INQUIRY INTO THE NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS 1103-04 (University of Chicago Press 1977).

トを最終的に消費者に負担させるからである)と徴収活動自体に発生するコストをもたらす。徴収活動のコストのみに注目しても、例えば、フランス知的財産権法L. 321-1 条からL. 321-12条が補償金徴収法人の設立、運営、組織の手続き、議事規則、政府による監督・管理に関する事項をきめ細かく定めていることは、そのコスト問題が軽視できないことを物語っている。さらに、徴収法人は当然、その徴収した補償金をまずコスト補填に使用し、そして余剰のある分だけを著作権者に分配するがゆえに、権利者の最終的な受益はさらに少ないものになる。このように、補償金制度が社会全体の厚生を純増加を実現することは極めて困難である。筆者は、著作権者と公衆の利益の均衡を実現するための制度の変革が、法的側面だけで考えることは不十分であり、如何なる制度であっても実施にはコストがかかることに鑑みると、社会の全体的厚生という視点からも考慮する必要があると考える。以上に述べてきた通り、私的複製補償金制度の確立は経済学的意味に基づく論証を欠いているため、その運営効率も自ずと疑わしいものとなっている。

その4：補償金の計算という難題がある。具体的には、複製装置と媒体の範囲を如何に確定するか、それらの数量を如何にコントロールするかという問題があり、これらの問題は、補償金を公正で合理的に計算することにとって極めて重要である。ドイツ著作権法を例として挙げると、その54g条の言う「この法律の適用領域において譲渡または流通に投入される装置及び音声映像製品」には如何なるものが含まれるかについて、疑問の余地がないことではない。コピー機、スキャナー、プリンター、ボイス・レコーダー、ビデオ・レコーダーなどの設備については争いがないが、カメラ、携帯電話はどうだろう？そしてどのような媒体が含まれるべきなのかに関してはおそらく議論の余地がさらに大きいだろう。また、技術の発展につれて、旧来の製品が次々と淘汰され、新製品が現れ続けると同時に、それらの機能もより総合的なものになる。そうすると、「徴税」の対象リストも随時に調整しなければならないのか？他方、仮に旧来の製品のライフサイクルが長く、市場から退場しないとしても、技術の発展によってその生産コストが下がり続けるはずであるため、製品の価格も低下する。このような状況において、同製品の本来の補償金基準をも相応に引き下げるべきではなかろうか？さらに、異なる製品の価格弾力性、生産者が位置するの

は純粹競争市場か独占競争市場かなどの要素も含めて考慮するならば、補償金の計算はより複雑なものになる。したがって、一律の補償金徴収基準を定めること自体は経済的合理性に欠けるものである。このほか、補償金の徴収の具体的金額は、装置と媒体の数量に関わるため、「徴税」対象の数量の正確性を確保できなければ、「公平な税負担」の原則に適うことができない。明らかに、製造者、販売者の製品の数量を正確に把握することは非常に困難であり、そのための監視・管理コストも非常に高いため、たとえ製品の製造シリアルナンバーや識別番号によって数量をコントロールするとしても、複製装置の問題しか解決できず、追跡するツールの少ない媒体の製品については、補償金の徴収は単なる「どんぶり勘定」にすぎず、さらに、コストの軽減という目的を達成することもできない。

その5：私的複製補償金制度は二重払いの問題をもたらす。私的複製による著作物の媒体をコントロールすることは、補償金制度の存在意義であり、私的複製物が本来の利用範囲を超えた場合、その伝達行為は再び著作権の規制に服さなければならない。例えば、欧州司法裁判所は、2017年に *VCAST Limited v. RTI SpA* 事件で下した判決において、「私的複製の伝達の範囲が本来の範囲を超え、フレッシュなまたは新しい公衆に向けられたものとなれば、権利侵害が認められる」と明白に判示している⁴⁷。実際に、このようなスピルオーバー現象はよく見られるものであるため、私人の領域と著作物の市場を区別する補償金制度の機能は極めて限られてしまう。補償金制度の実施により、複製装置と媒体の購入者は、補償金の最終的な負担者になり、仮にその後に複製物を本来の利用範囲を超えて伝達すると、著作権侵害による賠償責任を負う可能性がある。そうすると、同行為者は、実際に二重に支払わざるをえなくなる。出版社や録音録画製品の製作者を例として挙げると、補償金制度が複製装置と媒体に対して費用を徴収するため、これらの経営者は、生産のための材料を購入する際にすでに補償金を支払っており、その後、適法に経営活動を展開するために、さらに著作権許諾を受け、ライセンス料を支払わなければならない。しかしながら、問題は、これらの経営者が終始私的複製を行っていない、ということである。

⁴⁷ Court of Justice EU, Case C-265/16, Nov. 29 of 2017.

したがって、複製装置や媒体に基づいて私的複製補償金を徴収することは、ある程度において商業的複製と私的複製の間の境界線を崩すことになる。なぜならば、如何なる性質の複製行為を実施しようと、人々は、複製装置と媒体を購入する必要がある、実質上、区別されることなく一律に補償金を負担することになるからである。しかしながら、経営者が著作権者と許諾の交渉を行い、ライセンス料の基準を確定する際に、その計算基準は当然、経営者が発行する著作物の複製物によって得られる市場収益であり、経営者がすでに負担した補償金が控除されることはない。このように、複製装置や媒体を購入する経営者にも私的複製補償金を負担させることは、実質上の補償金制度の畸形である。もちろん、複製装置と媒体の購入者が行うのは商業的複製か私的複製かということを区別することは、実行可能性がない、あるいはコストが高すぎると言うことができよう。それでも、経営者が負担した補償金やライセンス料は、最終的な消費者によって負担されることは明らかである。換言すれば、補償金制度がない場合と比べ、「二重払い」は消費者余剰を低下させ、また、社会全体の厚生の変化は不透明である。したがって、「二重払い」という視点からも補償金制度の構築の合理性を見直す必要がある。

以上に見てきた様々な問題から、どれほどの国がすでに私的複製補償金制度を確立したと言っても、同制度の正当性、合理性、必要性が十分に証明されたことにはならない。ましてや同制度の運営効率や権利者の最終受益がどれほどあるのかについて実証的にも支持されていない。もっとも、良いニュースとして、技術の発展により、かなりの程度において上記の理論的難題が解決された。

V デジタル時代において圧縮される私的複製の空間

すでに述べてきたように、私的複製補償金制度は、複製技術の家庭への普及に対する著作権法の対応であり、その対象が市場から離れた私的複製行為であるものの、行為の大量化による規模効果に鑑みた上で、パブリック・ドメインの一部を私権の領域に編入することによって、権利者を補償するものである。もっとも、デジタル時代の到来により、私的複製と市場の性質を有する複製を区別することが困難になり、機械的複製時代の物理

の区別方法は、デジタル時代において無用の長物になった。これによって2つの結果がもたらされる。その1は、著作権者が技術的手段を通じて私的複製の空間を圧縮する傾向にあることであり、その2は、著作物の伝達により強い市場の属性がある場合、著作権による規制を避けることができなくなった、ということである。

1. デジタル技術による私的複製への影響

デジタル時代以前において、著作権者は物理的手段に頼って著作物の使用者を著作物の媒体から分離させ、そして、具体的に物理的手段を使用できるか否か、また実際に如何なる物理的手段を使用するかについては、著作物の類型によっていた。例えば、文字著作物と映画の著作物はこの点において大きく異なる。もっとも、指摘する必要があるのは、機械的な技術的手段を採用することは、コストが高いわりにはその効果が非常に限られるため、技術的手段は機械的複製時代の著作権法において一角を占めることすらできなかった、ということである。しかしながら、情報技術の発展につれて、状況は根本的に変化した。デジタル技術は著作権者に2つの側面——著作物の伝達に対する制御不能と他人による著作物へのアクセスに対する制限能力の増強——から同時に影響を与える。この2つの側面は、一見して矛盾するが、理に適っている。同じ技術であっても、それを実施する主体が異なれば、生じる効果も全く違ってくるからである。著作物のデジタル化によって、著作物の伝達に有体の複製物が必要とされなくなり、著作物の情報にアクセスさえできれば利用が可能になる。したがって、著作権者が経済的利益を実現し、計算するための基準は、過去では複製物であったが、現在では「アクセス・ルート」になり、同時に、デジタル技術によって、著作権者は、著作物のルートをコントロールし、その希望する方式でユーザーのアクセス数を稼ぐことが可能になった。そうすると、技術的手段は次第に著作権法上の重要な議題の1つとなった。

著作権の技術的保護手段の運用により、商業的複製も私的複製も大きな制限を受けるようになる。公衆が著作物を利用しようとする場合、ほぼ「アクセス・ルート」しか利用できず、これはまさに著作権者が技術的保護手段を採用するにあたって希望していた誘導効果である。その理由は、アクセス制限手段を利用すれば、著作物のアクセス・ルートをコントロールす

ることができるからである。例えば、MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. 事件において、Blizzard社は、あらゆるユーザーがそのゲームソフトにアクセスする際に、使用許諾契約における「アンチハッキング条項」を遵守し、如何なる目的でもゲーム体験を改変する互換性ソフトウェアを編集・使用しないように要求していた⁴⁸。「ルート・コントロール」に基づき、権利者は、異なる取引モデルを設計することができ、直接、公衆から料金を徴収しなくても、ユーザーのアクセス数で広告収益を稼ぐことができる。要するに、著作権者による技術的手段の利用の出現により、市場から離れて著作物を伝達・利用する空間は大きく圧縮された。このように、デジタル時代において、著作権者は、もはや私的複製補償金制度がもたらす微々たる収益に甘んじる必要がなく（ましてや前述した制度運営の効率問題がある）、「アクセス・ルート」に対するコントロールを重視するようになった。なぜならば、「アクセス・ルート」をコントロールしなければ、著作物のデジタルの伝達方法を放棄し、これによって生まれる利益に対するコントロールを失うことになるからである。著作権者は技術的手段を採用すれば、私的複製の可能性を大きく低下させる（私的複製が技術的なハードルの高い行為になるため）だけではなく、「アクセス・ルート」をコントロールすることができ、市場の属性がある著作物の利用行為と市場の属性がないものをすべて技術的手段の統制の下に置くことができる。

機械的複製時代において、著作物の媒体がいったん流通の領域に入ると、著作権者はそれに対してもはやコントロールすることができなくなっていたが、デジタル時代において、著作物が有体物の媒体によって伝達するか、デジタル形式によって伝達するかに関係なく、著作権者は、技術的保護手段を通じて私的複製に対抗することができる。例えば、著作物にデジタル・パスワードを設定すると、私的複製は技術的に極めて困難なことになる。さらに、アクセス・コントロール措置の運用も加えると、著作物を利用するアプローチには著作権者のコントロールの下の「アクセス・ルート」しか残されていない。もっとも、技術的封鎖には必然的に技術的対抗が伴い、技術的に優れている者も必ず存在する。実際に、技術的手段を直接に回避し、さらに、公衆に技術的手段の回避措置を提供する行為もしば

⁴⁸ See 629 F.3d 928, 939 (9th Cir. 2010).

しば起きている。著作権者の技術的手段を保護するために、各国の著作権法やEU著作権指令は続々と立法または法改正を行い、技術的手段の回避行為を規制し始めた⁴⁹。興味深いことに、ドイツは私的複製補償金制度の発祥地であり、EU各国も同制度を積極的に提唱または実践しているが、これらの国々は、技術的手段の回避行為に対する態度も最も厳格で、技術的手段を直接に回避するあらゆる行為を禁止するだけでなく、その回避手段の提供も禁止している。技術的手段がいずれ私的複製を終結させることに鑑みると、デジタル時代において、これらの国々や地域は私的複製補償金制度の生存圏に対してもはや関心を持たなくなるだろう。

また、デジタル技術の発展は、複製装置や媒体の関係産業にも大きな衝撃を与えている。より多くの著作物は、その創作や伝達から消費者による最終の利用までデジタル環境の中で行われ、また、インターネットは、家庭生活を含む社会全体を全面的にカバーしているということができよう。これによって、複製装置や媒体に対する公衆の総需要が低下しており、一部の製品（例えばDVDや録音録画機）がすでに歴史の舞台から退いている。したがって、技術の発展がもたらす産業構造の変化は、私的複製補償金制度の意義を一層弱めてしまう。たしかに、デジタル技術の発展によって、一部の製品が新機能を融合して複製を行うこともできるようになり、スマートフォンがその最も典型的な例である。しかしながら、前述した技術的手段により、スマートフォンは、恰好の補償金徴収対象ではあるが、デジタル時代における補償金制度の没落を依然として阻止することができない（遅らせることすらできない）。

2. デジタル時代における著作物の伝達に対する著作権者によるコントロールの強化

著作権制度は、一種の利益配分の経済的メカニズムであると同時に、利益の均衡を追求する法的メカニズムでもある。科学技術の発展につれて、著作権制度は、あらゆる歴史的段階において、著作物の利用をコントロールするために著作権者にどれほど強い排他的財産権を与えるべきか、という問題に答える必要がある。新しい技術は常に著作権者に新しい市場をも

⁴⁹ 王遷「論禁止規避技術措施的範圍」法学家2016年6号134-135頁。

たらすため、著作権法と司法実務は、新しい技術の環境の下で著作権のインセンティブと著作物の伝達との間の均衡点を見つけるために努力しなければならない。明らかに、著作権制度の利益の均衡点は動的であり、「顕著な技術の進歩はその都度、著作物のコントロールに関する作者と利用者との間の均衡を変化させ」⁵⁰、新しい法規範の形成に働きかける。実際に、いわゆる技術の発展が著作権法に衝撃を与えるということの実質的原因は、技術が著作権者と著作物の伝達者、使用者の間の市場構造を変えたからである。したがって、事実面からも法律面からも、利益の均衡点を調整する方向は著作権者に向けられるべきなのか、それともその反対の方向に向けられるべきなのかを見直す必要がある⁵¹。この過程において、当然、各立場からの意見の激しい対立が見られるであろう。歴史上の他の顕著な技術的進歩と比べると、デジタル技術とインターネットによって醸された、著作権制度が如何に利益の均衡を実現するべきかに関する議論は、遙かに激しく、対立も深い。筆者は、議論が激しい原因が、まさに市場原理を無視したからであると考え。デジタル技術が如何に市場の構造を改変したかを理解し、ひいてはデジタル環境における市場と非市場の区別を見直してこそ、如何なる行為が私的複製に該当するか、デジタル時代における社会全体の厚生に対する補償金制度の影響を判断することができる。

伝統的な経済学の定義によれば、市場とは「販売者と購入者からなる集合であり、その中で、彼らは現実的または可能な相互作用を通じて1つまたは一連の製品の価格を決定する」⁵²。したがって、市場における最も中核的要素は、売買双方の相互作用であり、その理由は、このような相互作用が市場価格を決定するからである。著作物に関して具体的に言えば、作者が著作物を創作した後に、その著作権の価値を実現するためには、2つの方法をとることができる。1つは著作物自体について取引することで(すなわち著作権の譲渡)、もう1つは著作物の媒体を発行する権利につい

⁵⁰ Jane Ginsburg, *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, 101 COLUM. L. REV. 1613, 1614 (2001).

⁵¹ See L. Ray Patterson, *Understanding the Copyright Clause*, 47 J. COPYRIGHT SOC'Y USA 365, 387-89 (2000).

⁵² ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, MICROECONOMICS 29 (Pearson Education Limited 2017).

て取引することである(すなわち著作権のライセンス)。いずれの方法も、結局のところ、当該著作物の市場的需要によらざるをえない。そして、消費者が著作物に対する自己の需要を満たす方法には、著作物にアクセスすることと著作物の媒体を取得することがあるため、著作権者は、自身の利益の最大化のために、あらゆる方法を尽くし、この2つのルートのできる限りコントロールしようとするわけである。以下ではそれぞれについて論じることとしたい。

1) 著作物のアクセスについて

機械的複製時代において、消費者には無償で著作物にアクセスするルートがあった。例えば書籍を閲覧するように、この時点では、消費者を購入者と呼ぶことができない。市場の視点から見れば、著作物を無償で読む行為は市場に触れておらず、かつ、著作権法は著作権者に市場をコントロールする権利を与えているにすぎないため、権利者には、公衆が非市場的方法によって著作物にアクセスすることを制限する法的根拠がない。したがって、著作権者が著作物へのアクセスを徹底的にコントロールすることは不可能である。実行コストや監視コストが高く、書籍にシュリンク包装を施しても書店でタダ読みをする公衆を完全に排除することができない。しかしながら、デジタル時代において、著作物が主にインターネット環境の中で伝達されることによって、著作権者は、著作物へのアクセスをコントロールするために技術的手段を採用するコストが大きく低減しただけではなく、その効率も著しく高まったため、技術的手段をより多く採用するに至った。この場合、著作権法が技術的手段という領域に介入し、技術的手段の回避措置の提供を明文で禁止する理由は、市場の要素を含めて分析すればわかる。すなわち、回避措置がなければ、インターネット・ユーザーは著作権者が設定したルート——課金または隠れ課金⁵³——によって著作物にアクセスするしかできず、そうすると、利用者が購入者となり、著作権者との間に市場が形成される。そして、誰かが著作物の利用者に技術的手段の回避措置を提供すれば、著作権者の市場を破壊したことになり、

⁵³ 隠れ課金の実質は、内部補助における第三者市場である。See Estelle James, *How Nonprofits Grow: A Model*, 2(3) J. POL'Y ANALYSIS & MGNT. 352 (1983).

当然、著作権法が介入してその提供行為を規制するに十分な理由がある。このように、同じく著作物へのアクセスに対するコントロールであっても、物理的な伝達とインターネットによる伝達に対する著作権法の態度が異なる理由は、前者が非市場的方法によって著作物にアクセスすることに大きな空間を残しているのに対し、後者がこのような空間を圧縮し、消滅させたからである。

2) 著作物の媒体の取得について

機械的複製時代において、消費者が著作物の媒体を取得するには、当然、取引を経由しなければならない。消費者と著作権者の間に間違いなく市場が存在するため、著作権法は権利者に厳格な保護を提供しなければならない(少なくとも理論上は)。しかしながら、著作権者は市場に対する支配力が強すぎ、限界コストを超える価格設定を行う場合に、死重損失が発生する可能性があり、すなわち消費者が離れることになる⁵⁴。アクセス・ルートとインセンティブの間の均衡を実現するために、著作権法も一連の制度的対応を行っており、例えば、権利消尽、フェアユース、無償貸与などのように、著作権者の市場の一部を切り離し、消費者に譲ることとしている。指摘する必要があるのは、私的複製は実際に著作物の媒体を取得してからでなければ発生しないということであり、これは、機械的複製時代の技術的特徴によるものである。換言すれば、行為者は、著作物の媒体を取得する際にすでに対価を払っており、その後に行われる私的複製行為によって新しい著作物の複製物が生成されるものの、行為者がこの複製物を再び市場に投入していないため(でなければ私的複製に該当しない)、市場における新しい取引が発生しない。したがって、著作権を根拠として私的複製を規制することは正当性に欠ける。そして、私的複製により、行為者は再び市場から著作物の媒体を取得することがなくなり、市場の需要が減少するため(例えば録画装置による映画の著作物の市場への影響)、著作権法は補償金制度によって市場の外で著作権者に適切な補償を行う。

デジタル時代となると、インターネット環境における著作物の伝達がもはや有体物の媒体に頼ることはないため、著作物の取引市場に2つの根本

⁵⁴ See MANKIW, *supra* note 40, at 323.

的な変化が生じる。1つは、著作物の媒体の取得と著作物へのアクセスが融合したことであり、もう1つは、インターネット環境において「個人的・非商業的使用」と「商業的使用」を区別することができなくなったことである。情報技術の連結機能により、人々はインターネットにおける情報取得と情報伝達によって緊密に連結され、著作物の利用に関する市場取引行為と純粋な私人の利用行為を区別することが困難になった。言い換えれば、本来、市場から離れた空間は著作物の伝達市場によって「貪食」されたのである⁵⁵。著作物の利用者が著作物を取得またはこれにアクセスする行為も市場的性質を帯びるため、著作権法による規制を受けるべきであり、すなわち権利者は市場を全面的にコントロールすることができる。如何に私人が単に個人的に他人の著作物を利用したにすぎないと弁解しても、インターネットを利用する人々は互いに連結されているゆえに、あらゆる著作物を取得またはこれにアクセスする行為は市場の中のものであるか、市場に進入する高度な蓋然性がある⁵⁶。技術の発展がもたらす市場の構造の変化によって、著作物の伝達市場はデジタル環境の中で十分に拡張され、デジタル時代の著作権法も複製重視の立場から伝達重視の立場へと切り換わった。そして、伝達市場の拡張が私的複製の生存圏を圧迫することによって、補償金制度はデジタル時代において次第にその適用の余地を失っていく。たとえインターネット・ユーザーが機械的複製時代のように著作物を特定の媒体に保存して個人の使用に供しようとしても、著作権者は技術的手段を使い尽くして無償の利用行為を防止しようとする。

VI クラウド・サービス：私的複製補償金制度の背骨を折る「最後の一本の藁」

デジタル時代が著作物の伝達市場にもたらした根本的な影響の1つは、取引モデルが過去の物理的制御モデル（所有権の移転を重視する）からルート制御モデル（アクセス数の変化を重視する）へと変化したことである。

⁵⁵ 例えば、インターネット・ユーザーが著作権者の許諾を得ずにインターネットから著作物をダウンロードする行為は、純粋な私人の利用行為とみなすことができない。

⁵⁶ See J. A. Jolowicz, *Damages in Equity: A Study of Lord Cairns' Act*, 34(2) CAMBRIDGE L.J. 224 (1975).

これにより、売主は、有体物の媒体や永久的な複製物の形で著作物を提供することより、データフローという形式の著作物のコンテンツと一時的なキャッシュを提供するようになった。著作権法が、如何に変化した市場構造に対応し、新しい技術の下で利益の有効配置を実現するかという問題を完全に解決する前に、デジタル技術はさらに一步前に進んだ。それは、クラウド・サービスの出現である。アメリカ国立標準技術研究所 (NIST) の定義によると、クラウド・サービスは使用量に基づいて料金を支払うビジネスモデルであり、「このモデルは限なく便利でオン・デマンドにネットワークへのアクセスを提供し、ユーザーに共有された構成可能なコンピューティング資源 (ネットワーク、サーバー、ストレージ、アプリケーション、サービスを含む) のプールにアクセスさせることができる。これらの資源は、サービス・プロバイダによるわずかな管理作業や相互作用しか要せず、迅速に利用可能である」⁵⁷。したがって、クラウド・サービスは著作物のインターネット伝達の業界形態を完全な「データフロー」式へと発展させた。ローカル・ストレージを重視する過去のインターネット伝達と異なり、「クラウド」は一種の資源共有プールであり、個別のユーザーのローカル・ストレージがなくても、インターネットを通じて無限の資源を取得することが可能である。

明らかに、これまでのインターネット環境と比べ、クラウド・サービスに関わる著作物の伝達市場の構造はより複雑であり、その主体も過去の3つから4つへと増加した。このことは、保存と伝達の関係に対する理解において如何なる影響をもたらしたのか？そして、本稿の研究対象——私的複製——について、著作権法は利益配分問題について改めて対応を行うべきであるか？これについて、欧州司法裁判所は、前記の *VCAST Limited v. RTI SpA* 事件判決において、「クラウド・サービスとオンライン・ライセンス・サービスに基づいて作成されたデジタル複製物が私的複製の例外に該当するか否かはより複雑な問題である」⁵⁸と述べている。実際に、それ以前にも、データフローを巡る著作権訴訟はすでに現れており、例えば、アメ

⁵⁷ DAN MARINESCU, *CLOUD COMPUTING: THEORY AND PRACTICE 2* (2d eds. Elsevier Inc. 2018).

⁵⁸ *Supra* note 47.

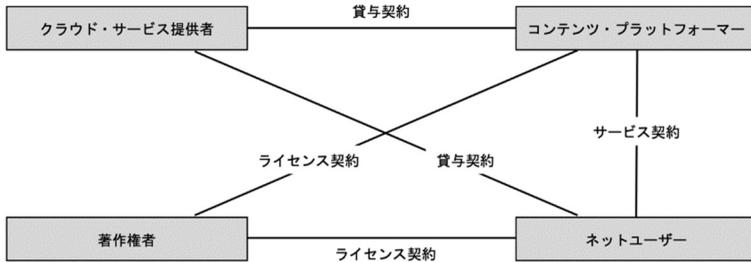
リカの *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.* 事件において、控訴審判決は、リモート・アクセスによるデータの一時的な保有が現行法上の「複製」の定義に該当しないと判示している⁵⁹。筆者は、技術の発展と著作権法の適用のジョイント・ポイントが市場であり、そして、クラウド・コンピューティングがビジネスモデルの変化をもたらすことに対し、著作権法が解決する必要があるのは新しい市場環境に対応して制度とその運営を調整し、新技術による社会全体の厚生を増加を保証するという問題である、と考える。クラウド・サービスにおける著作物の複製・伝達・制御問題について具体的に言えば、クラウド・サービスの特徴を鑑みた上で、著作権者、コンテンツ・プラットフォーマー、クラウド・サービスの提供者、ユーザーとの4つの主体からなる市場の構造を分析することによって、著作物の伝達に関する市場行為と非市場行為を区別しなければならない。こうしてこそ、クラウド・ストレージを著作権法上の視点から観察し、著作権者による著作物のコントロールと私的複製との相互関係を議論し、ひいてはクラウド・サービスという技術的背景における私的複製の著作権法上の運命を判断することができる。

1. クラウド・サービスにおける著作物伝達の市場構造

以前のインターネット環境と比べ、クラウド・サービスは情報のアクセスや利用に2つの根本的な変化をもたらした。1つ目は、情報がデータフローの形で分散的に保存され、集中的に処理されるようになり、著作物の伝達の本質がデータの送信になったことである。2つ目は、ユーザーが個人の端末に情報を複製することなくアクセスできるようになり、かつ、情報のアクセスと送信の基本的な形式であるデータフローが著作物の伝達ルートを制限し、複製に対する人々の需要を大きく低下させたことである。技術的視点から見れば、クラウド・サービスにおけるインターネット伝達は、過去のインターネット伝達と比べ、ネットユーザーには実質的な変化をもたらしていないが（せいぜいインターフェイス面の相違）、コンテンツを提供するプラットフォーマーにとって、これによる変化は劇的である。すなわち、プラットフォーマーは、クラウド・サービス提供者との間の「資

⁵⁹ See 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008).

源の交付と使用モデル」に基づき、インフラストラクチャーの設置と維持から解脱した。下記の図が示している通り、このような技術的变化により、クラウド・サービス提供者も資源の保存に関する法律関係に参入し、著作物の伝達市場において前述した4主体構造が形成された。



2. クラウド・サービスにおける市場行為の判断

クラウド・コンピューティング技術の出現により、著作物の伝達が「データフロー」の形で行われ、ネットユーザーが個人の端末に情報を複製しなくてもそのアクセスしたいコンテンツを取得することができるようになり、個人の端末によるデータのキャプチャーや画面表示の時間が非常に短いため、このような行為を著作権法上の複製として捉えることができない。前述したアメリカの *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.* 事件判決はまさにこの考え方を採用した。コンピューティングのスピードが十分に速いため、「データフロー」の交換が極めて短い時間のうちに完了し、ネットユーザーによる情報のアクセスと送信も保存媒体や空間に依存することがなくなった。したがって、クラウド・サービスが出現する前のインターネット環境と比べると、著作権者は、伝達をコントロールする意志がより強くなった一方、複製についてはさほどこだわらなくなったのである。伝達である以上、当然、市場の範疇に属する。筆者は、市場行為の判断基準について、公衆が著作物に自由にアクセスすることができるか否かということであると考える。ある主体が「公の利用可能化」行為を実施したのであれば、同行為は市場的であり、著作権による規制を受けるべき

であると思われる⁶⁰。

3. クラウド・サービスにおける著作物のコントロール

クラウド・サービスの普及により、コンテンツ・プラットフォーマーとネットユーザーの保存需要が次第に減少し、言い換えれば、私的複製の空間が圧縮され、消滅することになるだろう。なぜならば、私的複製は、その最大のメリット——著作物を迅速に取得し、繰り返し利用することができること——を失い、技術上の必要性もなければ、コントロールもしやすくなったからである。上記の図が示した市場構造において、著作権者は、技術的手段を採用したり、クラウド・サービス提供者に協力してもらったりすることによって、ルート制御を行い、著作物をコントロールする目的を達成することができる。コンテンツ・プラットフォーマーにとっては、ネットユーザーを獲得して最大限のアクセス数を稼ぐことがその最も重要な収益源であるが、アクセス数の増大にはネットユーザーによる情報の複製や保存が必要ないため、ユーザーによる著作物の複製をサポートするインセンティブがない。プラットフォーマー自身が著作権者でもある場合はなおさらである。

4. クラウド・サービスにおける私的複製の見直し

すでに言及したように、私的複製の誕生理由は複製装置と媒体の家庭への普及であるが、これは私的複製を可能にするための物理的条件にすぎない(書籍の書き写しは古くから存在するが、一般に普及しえない)。このほか、私的複製の誕生には事実上、さらに2つの前提が必要であると思われる。その1は、著作物の利用方法に対する個人的な好みであり、その2は個人による著作物の取得を制限するための著作権者のコストが高すぎることである。クラウド・サービス時代において、これらの3つの条件にいずれも質的な変化が生じた。

⁶⁰ アメリカ著作権局は2016年に公表したある報告書において、「making available」について「whether members of the public “may access” a work」と説明している。See U.S. Copyright Office, *The Making Available Right in the United States*, at https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf, p.74 (最終アクセス日: 2019年11月28日)。

1) 物理的条件について

複製装置と媒体は機械工業時代の産物であり、技術が進歩し続けることによってその製造コストが低下し、家庭への普及を実現したのである。電子工業時代になると、製品の性能がより優れており、コストがより低くなり、これによって私的複製の大量化がより進むようになった。複製装置や媒体もデジタル製品という形態に進化することにより、技術の発展がもたらす私的複製の限界利益の増加は頂点に達する。以降、インターネット伝達が徐々に情報通信の主要方式となるにつれて、複製装置と媒体が情報通信にとっての重要性を次第に失い、私的複製が公衆にもたらしうるコスト削減の機能も次第に低下した。これに対し、クラウド・サービスの場合、あらゆる著作物の取得方法が「公の利用可能化」行為に該当し、市場から離れて複製を行うことは、ネットユーザーにとって技術的な可能性もなければ、その必要性もなくなってきた。

2) 個人的な好みについて

機械伝達時代はもちろん、クラウド・サービスが出現する前のインターネット伝達時代でさえ、公衆が情報を取得するのに一定のコストが必要であっただけでなく、情報の重複利用の限界費用がゼロではない(時間のコストを考慮しなくても)ため、私的複製に「生存圏」があった。すなわち、コスト問題が保存という好みを醸成し、そして、私的複製行為があまりにも大量化した場合のみ、著作権法は、市場の外で権利者に補償を与える必要がある、ということである。しかしながら、クラウド・サービスの場合、このコスト問題が根本的に解決されたため、公衆の私的複製の好みは自ずと瓦解した。仮にネットユーザーは、コストを考えずに著作物を複製して保存することを依然として好むとしても、インターネットへの接続を切断しない限り、「公の利用可能化」という市場に位置することによって変わることはない(これはクラウド・サービスの技術的特徴によるものである)。そして、著作物を「クラウド」(ユーザーが自ら借用しているクラウドであるとしても)に保存する行為は、機械的複製時代において定義されていた私的複製ではない。

3) 著作権者の管理コストについて

機械的複製時代においては、著作権者には著作物の媒体を繰り返し市場に流通させる行為や媒体の流通範囲を管理する技術的手段がなかったため、複製装置や媒体の数量を制御または把握することが、相対的に実行可能であり、コストも遥かに低い。私的複製補償金制度が確立される所以である。そして、複製装置や媒体の電子化・デジタル化につれて、本質的に依然として機械的複製であっても、私的複製行為者が「公の利用可能化」を行う主な手段はインターネットに接続することになったため、著作権者は、一定の技術的手段を採用すれば、例えば著作物にデジタル・パスワードを設定するなどして、複製の可能性を大きく制限することができる。すなわち、著作権者はそれほど高くない管理コストを支払えば、私的複製を効率的に制限することができる。クラウド・サービス時代となると、著作権者は、技術的手段を採用するための管理コストは高くなっていないが、そのインセンティブが強くなったため、クラウド・サービスの発展によって私的複製の「生存圏」が次第に圧縮されていく。少なくとも、まばらな、分散的私的複製は、補償金制度の構築に必要な量的基準をもはや達成することができない。実際に、我々も目下勢い良く発展しているクラウド・サービスからこのことを実感しているはずである。

以上の3つの変化や傾向に鑑みると、筆者は、社会生活におけるクラウド・サービスの全面的普及が私的複製の発生可能性と必要性を限りなく圧縮しており⁶¹、補償金制度の構築または存続に「致命的」打撃を与えると考える。このような傾向に基づき、著作権法が私的複製によるフェアユースに関する補償金制度を導入しないことはむしろ先見の明があるということができる。

結 論

私的複製補償金制度は、著作権法が誕生した当初から存在する制度では

⁶¹ アクセス数競争の時代において、ネットユーザーが1つの著作物を消費するためのコストは機械的複製時代における私的複製よりも低いため、消費者には私的複製を行うインセンティブがもはやないだろう。

なく、技術と産業が一定の段階まで発展した時点、すなわち複製装置と媒体の家庭への普及の際に現れたものである。これにより、私的複製が著作権者の利益に大きな消極的影響をもたらさうようになったため、著作権法は如何なる制度的対応を行うべきかを考え始めた。中国の現行法について、補償金制度がデジタル環境における著作権の保護にとって重大な意義を有するため、著作権法に同制度を早急に導入すべきである、と積極的に主張する研究者は少なくない。しかしながら、市場原理に鑑みれば、このような主張は理論的な欠陥を孕んでいる。その1は、デジタル環境における市場の構造が機械的複製時代とは大きく異なり、著作物の伝達市場がデジタル時代に著しく拡張され、有体物の媒体に依存する著作物の複製がいずれ歴史の舞台から退くため、「私的複製」がより横流するという仮説は成立しない、ということである。その2は、本質的に「ピグー税」である補償金制度が、死重損失の問題を根本的に回避することができず、補償金の徴収に関する経済的合理性がないだけでなく、二重払いの弊害も孕んでいる、ということである。

現在、クラウド・サービスは勢い良く発展しており、近い将来、間違いなく著作物の伝達市場の技術的土台になるだろう。その際、著作権者が生産者余剰を掴み取る市場——権利侵害の救済によって保護を受ける市場と技術的手段によって保護される市場——は十分に大きく、これに対して市場から離れた私的複製の可能性と必要性は限りなく小さい。これに鑑みると、筆者は、まばらな、分散的私的複製のために補償金制度を構築する必要はないと考える。機械的複製時代において未完成であったことについて、クラウド・サービス時代において慎重な検討を経ずに固執して「補習」を受けるべきではない⁶²。

もちろん、法律を正確に解釈し、適用するために、著作権法はフェアユース制度を通じて私的複製を規制する際に、市場原理を徹底しなければならない。現行法の規定内容によると、中国のフェアユース制度には、実際には2種類の行為が含まれる。1つ目は市場から離れて著作物を利用する行

⁶² CD、DVD、MP3等の媒体もデジタル製品と呼ばれるが、複製物の制作過程について言えば機械的複製とは本質的な違いがない。したがって、CD、DVD、MP3等の媒体を利用した私的複製はやはり機械的複製に分類して構わないと思われる。

為であり、私的複製がこれに属する。2つ目は市場と緊密に連結している著作物の利用行為である。経済学が理解するフェアユース制度の趣旨——「既存素材を利用して創作する際の表現コスト、すなわち累積的創作のコストだけではなく、利用許諾による取引コストをも低減する」⁶³——は、この種類の行為に関するものである。二者を区別しなければ、ある程度、市場と非市場の境界線を破壊し、また、著作権侵害の抗弁事由としてのフェアユースを使用した抗弁の結果の不確定性を理解することができない⁶⁴。したがって、著作権法におけるフェアユース制度は特許法における「効力が及ばない範囲」に類似し、性質の異なる2種類の非侵害行為を包含するものであると理解すべきである。こうしてこそ、既存のフェアユース制度の基本的構造を崩さずに私的複製と市場の関係を正確に整理することができると思われる。

[訳者付記]

本稿は、楊明「私人复制的著作权法制度应对：从机械复制到云服务」中国法学2021年1号189-209頁の翻訳である。

⁶³ Landes & Posner, *supra* note 19, at 360.

⁶⁴ See William Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101(8) HARV. L. REV. 1659, 1669-86 (1988); Jiarui Liu, *An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law*, 22 STAN. TECH. L. REV. 163, 173-79 (2019).