

2006.03.10

弁護士 山本隆司

1. 権利制限の法理

(1) スリー・ステップ・テスト

著作権法には、さまざまな権利制限規定が、権利者と利用者との利害調整のために定められている。権利制限規定は、ベルヌ条約9条2項およびTRIPS協定13条に基づいて、いわゆる「スリー・ステップ・テスト」に適合するものでなければならない。したがって、スリー・ステップ・テストは、権利制限規定の立法のみならず、解釈においても基準とされなければならない。すなわち、権利制限規定に「スリー・ステップ・テスト」を直接適用して、合条約的解釈を行うことが必要である。

なお、裁判例においては、「スリー・ステップ・テスト」の解釈は各国の立法裁量に委ねられており、著作権法の解釈において「スリー・ステップ・テスト」を直接問題とするまでもないと判示するものがある¹が、このような解釈はベルヌ条約上の制限を無にするに等しいものである。明らかに、条約法に関するウィーン条約（昭和56年7月20日条約16号）31条に違反し、また、明らかにベルヌ条約9条(2)およびTRIPS協定13条に違反すると言わざるをえない。そもそも、このような立法裁量論はTRIPS協定13条の定めるスリー・ステップ・テストを巡るWTOパネルにおいて否定されている。すなわち、2000年5月5日のWTOパネル裁定は、米国の著作権法110条(5)項(B)号の権利制限規定がTRIPS協定13条の定めるスリー・ステップ・テストの第2要件および第3要件を満たさず、TRIPS協定13条に違反すると認定している。

¹ スターデジオ訴訟第1事件・東京地判平 12.5.16 判時 1751-149：「同条約【ベルヌ条約】九条(2)との関係においては、同法三〇条一項が同条約九条(2)ただし書の条件を満たすものであることが必要である。しかしながら、具体的にどのような態様が右条件を満たすものといえるかについては、同条約がこれを明示するものではないから、結局のところ、各同盟国の立法に委ねられた問題であるといわざるを得ない。そして、右のような同条約九条(2)を具体化するものとして規定されている同法三〇条一項は、それが同条約九条(2)ただし書の条件に沿うものであるとの前提の下で、前記(一)のような要件の下における複製を複製権に対する制限として認めることを規定しているというべきである。したがって、著作権法によって認められる私的複製のための複製であるか否かを論じるに当たっては、同法三〇条一項の規定に当たるか否かを問題とすれば足りるものであって、同条項の背景となるベルヌ条約の規定を持ち出して、その規定に当たるか否かを直接問題とするまでもないというべきである。」

ところで、ベルヌ条約9条2項は、「特別の場合について(1)の著作物の複製を認める権能は、同盟国の立法に留保される。ただし、そのような複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつその著作者の正当な利益を不当に害しないことを条件とする。」と規定する。また、TRIPS協定13条は「加盟国は、排他的権利の制限又は例外を著作物の通常の利用を妨げず、かつ、権利者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定する。」と規定する。すなわち、スリー・ステップ・テストの第1要件は、権利制限の対象とする特別な利用行為を、立法措置において特定することである。第2の要件は、その利用行為が「当該著作物の通常の利用を妨げない」ことであり、第3の要件は、その利用行為が「著作者の正当な利益を不当に害しない」ことである。

(2) 第2要件の意義

では、利用行為が「当該著作物の通常の利用を妨げない」とは、どのような場合であるのか。米国著作権法110条(5)に関する2000年5月5日のWTOパネル報告書は、第2要件について、つぎのように判示する²。

「本パネルは、原則として当該権利の範囲内にあるが例外または制限に基づき免除を受ける利用が、**権利者が著作物に対する権利から経済的価値を引き出す通常の方法と経済的競争を生じ、これにより権利者から多量のまたは実質的な商業的利得を奪う場合には、国内立法における排他的権利に対する例外または制限が著作物（すなわち、著作権またはむしろ著作権を有することにより付与される排他的権利の束の全部）の通常の利用を妨げる程度のものとなる、と考える。**」

結局、「当該著作物の通常の利用を妨げない」のは、以下の3つの場合であると考える。

- ① 優越的価値（表現の自由などの憲法的価値や著作権法の目的）のために必要な利用行為：

たとえば、裁判手続における複製（42条）は、裁判の公正（デュー・プロセス）という憲法的価値のために著作権を制限する必要がある。また、たとえば、教科用図書への掲載（33条）は、著作権法の目的が究

² “We believe that an exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a *conflict with a normal exploitation of the work* (i.e., the copyright or rather the whole bundle of exclusive rights conferred by the ownership of the copyright), if uses, that in principle are covered by that right but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work (i.e., the copyright) and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains.” (6.183)

極的には文化の発達であるが、学校教育において模範的な表現方法を学習することは社会による文化の共有の基礎を成すものとして、文化の発達のために著作権を制限する必要があると考えられる。

このような優越的価値のための利用行為は、そもそも著作権者がこれを拒むことは許されるべきではないので、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さないと考えられる。

② 著作権者に被害を生じない利用行為：

たとえば、私的複製（30条）の一態様として、購入したCDをラジカセで再生する際にRAMに生ずる機械による付随的複製は、この複製行為によって著作権者に何らかの経済的損害を与えるわけではない。したがって、このような利用行為は、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さないと考えられる。

③ 市場の失敗を生ずる利用行為：

たとえば、図書館におけるコピー・サービス（31条1号）は、著作権者に排他的権利を与えたとしても、許諾取得手続に費用（取引費用）が掛かって、零細な使用許諾料の額を回収できないことになるので、そもそも利用許諾の市場が成立しない。したがって、このような零細な取引市場は、たとえ著作権者に排他的権利を与えたことによって留保されえないので、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さないと考えられる。

(3) 第3要件の意義

つぎに、その利用行為が「著作者の正当な利益を不当に害しない」とは、どのような場合であるのか。

米国著作権法110条（5）に関する2000年5月5日のWTOパネル報告書は、第3要件について、つぎのように判示する³。

「決定的に重要なのは、第3要件において一定の『被害』は『不当ではない』ものとして許容されるものとすれば、どの程度またはレベルの『被害』が『不当』と考えられるのかという問題である。われわれの見解においては、権利者の正当な利益に対する被害は、例外規定または権利制限規定が著作権者の収入に不合理な損出を生じさせまたは生じさせるおそれが生じ

³ “The crucial question is which degree or level of "prejudice" may be considered as "unreasonable", given that, under the third condition, a certain amount of "prejudice" has to be presumed justified as "not unreasonable". In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner” (6.229).

る場合に、不合理なレベルに達する。」

「著作者の正当な利益を不当に害しない」場合を、前述の利用行為に則して検討すれば、つぎのとおりである。

- ① 優越的価値（表現の自由などの憲法的価値や著作権法の目的）のために必要な利用行為：

たとえば、裁判手続における複製（42条）は、著作物を鑑賞してその経済的価値を引き出す行為ではない。著作権者に排他的権利を与える意図は、その経済的価値の利用行為（＝鑑賞行為）から対価を回収させることにある。しかし、鑑賞を目的としない行為に対しては、そもそも著作権者に所得を生じさせることが予定されていないのであるから、著作権者の所得に不当な損失を生じさせることはない。したがって、直ちに「著作者の正当な利益を不当に害しない」という第3要件を充足する。

他方、たとえば、教科用図書への掲載（33条）は、著作物を鑑賞し、その経済的価値を引き出す行為であるので、著作権者に別途報酬請求権を付与するなど、著作権者の所得を補償する措置がとられなければ、「著作者の正当な利益を不当に害しない」という第3要件を充足しないと考えられる。しかし、その補償措置が実効的に機能しない場合は、報酬請求権を与える必要は存在しない。

したがって、優越的価値のために必要な利用行為に対する権利制限においては、利用行為が著作物の鑑賞行為でなければ直ちに第3要件を充足する。しかし、(i)利用行為が観賞行為であり、(ii)鑑賞行為に対する権利者への対価が払われておらず、かつ(iii)報酬請求権制度が実効的である場合には、第3要件の充足には、権利者に対する報酬請求権の付与が必要であると考えられる。

- ② 著作権者に被害を生じない利用行為：

たとえば、私的複製（30条）の一態様として、購入したCDをラジカセにて再生する際にRAMに生ずる機械による付随的複製は、この複製行為によって著作権者に何らかの経済的損害を与えるわけではない。したがって、このような利用行為は、著作権者の所得に不当な損失を生じさせることはないので、第3要件を充足すると考える。

なお、著作権者に被害を生じない利用行為については、そもそも補償されるべき被害が存在しないので、権利者に対する報酬請求権の付与は検討するまでもなく、必要ない。

- ③ 市場の失敗を生ずる利用行為：

たとえば、図書館におけるコピー・サービス（31条1号）は、著作

権者に排他的権利を与えたとしても、許諾取得手続に費用（取引費用）がかかり零細な使用許諾料の額を回収できないことになり、利用許諾は成立しない。すなわち、もともと著作権者に所得を引き出す手段がなく、著作権者の所得に不当な損失を生じさせることはない。したがって、市場の失敗における利用行為に対する権利制限は、ただちに、第3要件を充足すると考える。

なお、ここで、排他的権利に代えて報酬請求権を与えることも、報酬請求権の行使に必要な取引費用の額が報酬の額を超えるので、現実的ではない。また、代替措置として、課金制度（補償金制度）の創設が考えられる。しかし、課金制度は、著作権で保護されていない資料の複製物にも課金されるので、パブリック・ドメインにある資料の自由利用を抑制する効果を生じる。したがって、課金制度は、このような自由利用抑制効果が無視しうるほど小さいものでない限り、スリー・ステップ・テストの第三要件を満たすための必要的措置とは考えられない。また、課金制度に基づいて徴収された金銭が権利者に分配されないかまたは実質的に分配されない場合、著作物の創作を促進する効果はなく、著作物の利用を抑制する効果のみを生じる。その場合、金銭の徴収は、著作物の利用に対する懲罰でしかなく、著作物を作り出すインセンティブであるという著作権法の目的に反する結果となる。したがって、促進効果および抑制効果のバランスを考えれば、著作物の通常の利用を妨げない限り、多くの場合、市場の失敗の場合には課金制度よりも自由利用の方がより良い解決方法でありえる。

(4) 著作権法30条に対する従来の正当化理由の検討

なお、もともと著作権法30条の立法趣旨として、家庭内で行われる複製行為は些細である⁴から規制するほどの違法性はないとの判断があったものと思われる。家庭内での複製がもっぱら手作業であった時代や機械によるアナログ複製であった時代には、私的複製物は、時間的、コスト的にもまた品質的にも、正規複製物の市場を脅かすことはほとんど考えられなかった。

しかし、コンピュータの登場からインターネットの発展に至って、家庭内で行われる複製行為はデジタルに変わり、私的複製物は、時間的、コスト的にもまた品質的にも、正規複製物の市場に取って代わるものとなっている。ここにおいては、「家庭内で行われる複製行為は些細であるから規制するほどの違法性はないとの判断」はもはや通用しない。

⁴ 加戸守行「著作権法逐条講義 三訂新版」216頁：「本条の立法趣旨が閉鎖的な範囲内の零細な利用を認めることにある」

2. 私的複製の諸類型

(1) 諸類型の問題点

ひとくちに「私的複製」といっても、そこには目的も著作権者への利益への影響もそれぞれ異なる雑多な行為類型が存在する。以下に、思いつく私的複製の諸類型について、スリー・ステップ・テストの観点から分析を行う。

その結論を予め整理しておくのと以下のとおりである。

	第2要件の充足性 (理由)	第3要件の充足性 (理由)
①借用物の丸ごと複製	×	×
②家族・友人のための丸ごと複製	×	×
③ライブラリー作成のための複製	×	×
④学習のための模倣	○ (優越的価値)	○ (対価支払済み)
⑤リハース・エンジニアリングのための複製	○ (優越的価値)	○ (対価支払済み)
⑥タイム・シフティングのための複製	○(×) (被害なし)	○ (被害なし)
⑦プレイス・シフティングのための複製	○ (被害なし)	○ (被害なし)
⑧機械による付随的複製	○ (被害なし)	○ (被害なし)
⑨僅少部分の複製	○ (市場の失敗)	○ (市場の失敗)
⑩絶版出版物の複製	○ (市場の失敗)	○ (市場の失敗)

(2) 借用物の丸ごと複製

借用物の複製としては、他人から借り受けたCDや書籍を丸ごと複製することや、レンタルCDをレンタル期間経過後も鑑賞するためにMD等に録音して複製物を作成することなどが考えられる。

このような複製には、なんら優越的価値は存在しない。レンタルCDはレンタル期間中の視聴のみが予定されており、期間経過後の視聴は予定されていない。丸ごとコピーである以上、このような複製物は明らかに市販複製物の販売機会を奪うので、著作権者に被害を生じないとは言えないし、市場の失敗も存在しない。

したがって、このような丸ごとコピーは、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テスト第2要件を充足するとは言えない。よって、スリー・ステップ・テスト第3要件の充足を検討するまでもなく、権利制限は許されない。

(3) 家族・友人のための丸ごと複製

家族・友人のための複製として、自ら購入したオーディオCDを丸ごとCD-Rに複製しこれを家族や友人に与えることなどが考えられる。

このような家族・友人のための複製には、なんら優越的価値は存在しない。また、音楽は1曲ごとに市場性があるとすれば、1曲以上の丸ごとコピーである以上、このような複製物は明らかに市販複製物の販売機会を奪うので、著作権者に被害を生じないとは言えないし、市場の失敗も存在しない。

したがって、このような家族・友人のための複製は、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テスト第2要件を充足するとは言えない。よって、スリー・ステップ・テスト第3要件の充足を検討するまでもなく、権利制限は許されない。

(4) ライブラリー作成のための複製

ライブラリー作成のための複製としては、たとえばテレビ放送を放送終了後も繰り返し鑑賞するために録画して複製物を作成することである。

テレビ放送は、1回限りの視聴を予定されているが、これを複製して繰り返し視聴することは予定されていない。ライブラリー作成のための複製は、新たな鑑賞の機会を生み出すものである。したがって、これに対して権利制限を及ぼすことは、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たさないと考える。

(5) 学習のための模倣

学習のための模倣としては、①絵の技法を学習するために他人の絵画を模倣してみること、②文章の書き方を学習するために他人の文章を模倣してみること、③歌唱法を学習するために他人のレコードを模倣した自己の歌唱を録音することなどが考えられる。いずれも、模倣の方法は、人の視聴覚によって著作物を認識しこれを頭脳で記憶して外部に再生するものである。（したがって、「学習のための模倣」のための複製（学習の便宜のためにあらかじめ機械的に複製物を作ることなど）は、「学習のための模倣」に入らない。）

スリー・ステップ・テスト第2要件の充足

ここで学習の対象となっているのは、絵の技法、文章の書き方、歌唱法とい

うアイデア（著作権の非保護対象）であり、アイデアを含む表現（著作権の保護対象）自体ではない。しかし、個人がアイデアを吸収するうえで必要不可欠なステップとしてアイデアを含む表現（著作権の保護対象）自体の複製が必要となる。以上の学習のための模倣の類型は、このようなものである。

アイデアの自由利用と著作物の保護とが矛盾する場合、アイデアの自由利用を優先するのが、著作権制度の大原則である。①これを端的に表しているのが、米国の著作権法のマージ法理（*Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879)）およびありふれた情景の法理（*Alexander v. Haley*, 460 F. Supp. 40 (S.D.N.Y. 1978)）などである。マージ法理は、当該表現によって伝達されるアイデアを表現する表現方法が当該表現しかない場合に、当該表現に対する著作権による保護を否定する。ありふれた情景の法理は、当該表現によって伝達されるアイデアを表現する表現方法として当該表現がだれでも使うようなありふれたものでしかない場合に、当該表現に対する著作権による保護を否定する。いずれもアイデアの自由利用を貫徹するために著作権の保護を劣後させるものである。日本法には、マージ法理およびありふれた情景の法理は存在しないが、創作性の解釈において不可避な表現やありふれた表現に対する著作権の保護を否定して、アイデアの自由利用と著作物の保護とが矛盾する場合にアイデアの自由利用を優先させている。

また、②そもそもアイデアと表現の二分法理（*Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879)），すなわち著作権の保護を、著作物を構成する表現のみに限定し表現されたアイデアには及ばないとするのも、アイデアの自由利用を貫徹するための著作権法上の法理である。

さらに、③特許権と異なり、著作権は、複製を禁止するが、複製せずに独自に同じものを作り出すことには及ばない。この法理も、思想・感情（アイデア）を生じたときにそれを自由に表現する表現の自由を確保するための措置であって、アイデアの自由利用を貫徹するための著作権法上の法理である。

アイデアの自由利用と著作物の保護とが矛盾する場合にアイデアの自由利用を優先させる著作権制度の大原則に鑑みれば、以上の学習のための模倣については、アイデアの自由利用という優越的価値のために、著作権の保護を制限することは正当化される。すなわち、これらの模倣に対して、著作権者はそもそも著作権の保護を受けえない利用である。したがって、これに対して権利制限を及ぼすことは、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たす。

スリー・ステップ・テスト第3要件の充足

「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第3要件の充足には、前述のとおり、(i)利用行為が観賞行為であり、(ii)これに対する権利者への対価が払われておらず、かつ(iii)報酬請求権制度が実効的で

ある場合には、権利者に対する報酬請求権の付与が必要であると考えられる。前述の学習のための模倣は、まさに当該著作物の経済的価値を引き出す行為であるから、「鑑賞行為」である。

学習のための模倣において、①模倣されるべき著作物の複製物を学習者が購入した場合には、当該複製物による鑑賞行為に対する対価は、権利者に対価が支払われている。②展示されている絵画を模写する場合、展示（展示権の行使）による鑑賞行為に対する対価が権利者に支払われている。

また、③模倣されるべき著作物の複製物を借り受けた場合、当該複製物による鑑賞のための対価は支払われている。当該複製物の所有者がこれを他人に貸与する行為は、自己による鑑賞の機会をなげうって他人にこれを与えるものであって、新たな鑑賞の機会を生み出す行為ではない。（鑑賞する行為自体を権利化する「アクセス権」が創設されていないので、一つの複製物に対する鑑賞の機会を極大化する行為は、「貸与権」に抵触しない限り、著作権者の利益を奪うことにはならない。）したがって、特定かつ少数の者に対する貸与による場合には、当該複製物の作成に対する複製権の行使によって、また不特定または多数の者に対する貸与による場合には、当該複製物の貸与に対する貸与権の行使によって、権利者は対価の支払いを受けていると考えられる。

他方、④模倣されるべき著作物の複製物を借り受け、これをまず機械的に複製し、新複製物を学習する場合（＝「学習のための模倣」のための複製）、たとえばレンタルCDを自己のCD-Rに複製した後に、自己のCD-Rを聞いてこれを声帯模写してMDに録音して歌唱法の学習をする場合、一旦レンタルCDを自己のCD-Rに複製する行為は、歌唱法の学習をするために必要な行為ではないので、そもそも、アイデアの自由利用という優越的価値のための行為として第2要件を満たすものではない。なお、レンタルCDについて、貸与権の許諾には借り主における複製が含まれていると主張されることがある。しかし、TRIPS協定（11条）やWIPO著作権条約（7条）では借り主において複製が行われる可能性の高いレコード、コンピュータ・プログラムおよび映画について貸与権の付与を必要としているのに対して、わが国の貸与権は対象をすべての著作物に広げており借り主による複製に着目するというよりは公衆への貸与による収益に着目するものである⁵。したがって、レンタルCDを自己のCD-Rに複製する行為に対して、権利者に対価が支払済みであるとは言えないであろう。

⁵ 加戸守行「著作権法逐条講義 三訂新版」195頁：「貸与権は、貸与により得られる経済的利益の確保自体をねらいとして定められたものであるということがいえるのではないかと思います。」

以上のとおり、学習のための模倣は、そのための準備行為としての機械的複製を別とすれば、観賞行為に当たるがこれに対する権利者への対価が払われている。したがって、複製権を制限することに対して補償金を付与しなくとも、「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第3要件を充足する。

(6) リバース・エンジニアリングのための複製

コンピュータ・プログラムは、人間に理解可能なソース・コードで作成されるが、コンピュータにのみ理解可能なオブジェクト・コードに変換されて利用され、また頒布される。したがって、市販のコンピュータ・プログラムに利用されているアルゴリズムや処理手法を抽出するには、オブジェクト・コードをソース・コードに再変換するリバース・エンジニアリングが行われる。このリバース・エンジニアリングの過程で、コンピュータ・プログラムの複製が不可避免的に必要となる。

スリー・ステップ・テスト第2要件の充足

コンピュータ・プログラムに利用されているアルゴリズムや処理手法は、アイデアである。通常の著作物は、その表現を直接人間が理解してこれに含まれるアイデアを、著作物の複製を必要とせずに、直接抽出して利用することができる。ところが、コンピュータ・プログラムは、ソース・コードで提供されていない限り、その表現に含まれるアイデアを人間が直接抽出して利用することができるものではない。もし、オブジェクト・コードで提供されているコンピュータ・プログラムに対するリバース・エンジニアリングが許されなければ、すなわちこのようなリバース・エンジニアリングに伴うコンピュータ・プログラムの複製が許されなければ、事実上、著作権はアイデア独占の手段となる。

前述のとおり、アイデアの自由利用は、著作権の保護に優越する。したがって、このようなリバース・エンジニアリングに伴うコンピュータ・プログラムの複製に対して、アイデアの自由利用という優越的価値のために、著作権の保護を制限することは、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たすと考える。

スリー・ステップ・テスト第3要件の充足

リバース・エンジニアリングに伴うコンピュータ・プログラムの複製は、当該コンピュータ・プログラムをその経済的価値に従って使用する行為であって、「鑑賞行為」に当たる。しかし、当該コンピュータ・プログラムを利用者が購入したものである場合や購入者から譲り受けたものである場合や適法に借り受けた場合には、その鑑賞行為に対する対価は支払済みである。したがって、当該コンピュータ・プログラムが利用者の購入したものであるか購入者から譲り受けた

ものである場合に、これに対して権利制限を及ぼすことは、補償金を付与しなくとも、「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第3要件を充足する。

(7) タイム・シフティングのための複製

タイム・シフティングのための複製として、テレビ放送の裏番組を後で見るためにビデオに一時的に録画する場合などがある。

スリー・ステップ・テスト第2要件の充足

テレビ放送は、1回限りの視聴を予定されており、これを複製して繰り返し視聴することは予定されていない。タイム・シフティングのための複製は、後に見るためにビデオに録画し、その視聴後に消去する場合には、その鑑賞行為は、予定された視聴を行うだけであって、新たな鑑賞の機会を生み出す行為ではない。米国連邦最高裁のソニー・ベータマックス判決 (*Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774 (1984)) が、視聴後に消去する場合のタイム・シフティングは、著作権者に被害を生じないとしてフェア・ユースの成立を認めたとおりである。

したがって、タイム・シフティングのための複製は、視聴後に消去する場合に限り、著作権者に被害を与えるものではないので、これに対して権利制限を及ぼすことは、「通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たすとも考えられる。

しかし、この米国連邦最高裁のソニー・ベータマックス判決の「視聴後に消去」という事実は、あまり現実的ではないように思われる。実際には、後に視聴して気に入れば、何度も繰り返して鑑賞するであろうし、これを消去せずライブラリー化するであろう。したがって、タイム・シフティングのための複製は、新たな鑑賞の機会を生み出す蓋然性の高い行為と考えることもできるので、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たさないと考えることもできよう。(ただし、その場合であっても、多くの放送番組、特にCMの入った放送番組においては、権利者側にて視聴者によるタイム・シフティングを許容していると推定できる可能性もあろう。)

スリー・ステップ・テスト第3要件の充足

以上のとおり、視聴後に消去する場合のタイム・シフティングは、著作権者に被害を生じないから、著作権者に被害を生じない。したがって、これに対して権利制限を及ぼすことは、補償されるべき被害がそもそも存在しないから、補償金を付与しなくとも、「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第3要件を充足すると考えられる。

(8) プレイス・シフティングのための複製

プレイス・シフティングのための複製として、自動車内で聞くために、購入したオーディオCDをMDに複製する場合などがある。

スリー・ステップ・テスト第2要件の充足

プレイス・シフティングのための複製において、MDに複製するオーディオCDが利用者の購入したものである場合、利用者は、当該複製物によって当該著作物を鑑賞する利益について、対価を支払済みである。鑑賞する行為自体を権利化する「アクセス権」が創設されていないので、一つの複製物の販売対価は、個々の鑑賞行為に対する対価ではなく、購入者が当該複製物を媒体として行うすべての鑑賞行為に対する対価と考えられる。したがって、利用者が自ら購入したオーディオCDを自己利用のためにMDに複製する場合、利用の利益を有する利用者以外の鑑賞行為を生じないから、対価支払済みであって、当該複製によって著作権者に被害を生じないと考えられる。

他方、MDに複製するオーディオCDが利用者のレンタルしたものである場合、利用者は、レンタル期間中、当該複製物によって当該著作物を鑑賞する利益について対価を支払済みであるにとどまる。複製されたMDによる当該著作物の鑑賞期間は、当該レンタル期間を越えるので、当該MDによる鑑賞に対しては対価は支払われていない。したがって、この場合には当該複製によって著作権者に被害を生じると考えられる。

では、MDに複製するオーディオCDが第三者から譲り受けたものである場合はどうか。譲渡人が当該複製物を媒体とするすべての鑑賞行為に対する対価を支払済みであるが、譲渡は、譲渡人が自己の保有する鑑賞の利益をなげうって、かわって譲受人が鑑賞の利益を取得するものであるから、新たな鑑賞の機会を生み出す行為ではない。したがって、譲受人がこれを自己利用のためにMDに複製する場合、利用権を有する利用者以外の鑑賞行為を生じないから、対価支払済みであって、当該複製によって著作権者に被害を生じないと考えられる。

以上のとおり、プレイス・シフティングのための複製は、MDに複製するオーディオCDが利用者の購入したのか購入者から譲り受けたものである場合には、著作権者に被害を生じない。したがって、これに対して権利制限を及ぼすことは、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たすと考える。

スリー・ステップ・テスト第3要件の充足

以上のとおり、プレイス・シフティングのための複製は、MDに複製するオーディオCDが利用者の購入したのか購入者から譲り受けたものである場合には、著作権者に被害を生じない。したがって、これに対して権利制限を及ぼ

すことは、補償されるべき被害がそもそも存在しないから、補償金を付与しなくとも、「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第3要件を充足する。

(9) 機械による付随的複製

機械による付随的複製として、たとえば、CDをCDプレーヤーで再生する場合に生ずるRAMにおける複製（一時的蓄積）や、複写機で文献を複写する場合に生ずる複写機内のRAMにおける複製（一時的蓄積）などが考えられる。

スリー・ステップ・テスト第2要件の充足

CDをCDプレーヤーで再生する場合に生ずるRAMにおける複製（一時的蓄積）は、当該著作物の鑑賞のための必要的手順である。CDを所持する限り、当該CDを鑑賞する正当な利益を有する。そこで生ずる複製は、当該著作物の鑑賞に必要以上の時間や方法においては利用されない。したがって、当該複製によって、著作権者に被害を生じないと考えられる。

複写機で文献を複写する場合に生ずる複写機内のRAMにおける複製（一時的蓄積）は、当該著作物の複写のための必要の手順である。当該文献を複写する権限を有する限り、当該文献を複写のために利用する正当な利益を有する。そこで生ずる複製は、当該著作物の複写に必要以上の時間や方法においては利用されない。したがって、当該複写機内のRAMにおける複製によって、著作権者に被害を生じない。

スリー・ステップ・テスト第3要件の充足

以上のとおり、機械による付随的複製は、違法行為に付随して生ずる複製でない限り、著作権者に被害を生じない。したがって、これに対して権利制限を及ぼすことは、補償されるべき被害がそもそも存在しないから、補償金を付与しなくとも、「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第3要件を充足する。

(10) 僅少部分の複製

僅少部分の複製としては、調査資料となる他人の論文の必要部分を複写することなどが考えられる。たとえば、論文集の全部ではないが大半を利用したい場合であれば、当該論文集全体を購入させることも不合理ではない。しかし、たとえばその5%程度を利用したい場合に、当該論文集全体を購入させることは必ずしも合理的ではない。では、この場合に、当該部分複製に複製許諾権を及ぼすことが合理的に可能か、それとも複製許諾権を制限してもスリー・ステップ・テストを満足するか。

スリー・ステップ・テスト第2要件の充足

僅少部分の複製の例として、たとえば、全頁300頁、定価3000円の書籍の10頁を複製する場合、著作権者への印税（著作権使用料）は通常10%（1冊当たり300円）であるから、10頁分の使用料相当額は10円である。複製する側が使用料支払いの意思を持っていたとしても、著作権者から許諾を得てその支払いをなすのにいくらの費用が掛かるであろうか。

使用料を支払って複製の許諾を取得するには、権利者を捜し出して、使用許諾条件を交渉するだけでも、明らかに1冊分の代金3000円以上の費用がかかる。すなわち、僅少部分の複製に対する許諾市場は失敗する。

では、当該書籍に複製権者と使用許諾条件を明示し、使用許諾の申し込みと使用許諾料の支払だけで複製許諾が可能な状態にした場合は、どうであろうか。使用許諾の申込書に必要事項を記載して捺印のうえこれを著作権者に郵送し（郵送用80円）、著作権者が受諾書に捺印してこれを使用者に返送し（郵送用80円）、使用者は使用料を指定銀行口座に振り込む（振込手数料210円）。事務処理に要する人件費を捨象したとしても、10円の使用料を支払うために370円の取引費用を要する。

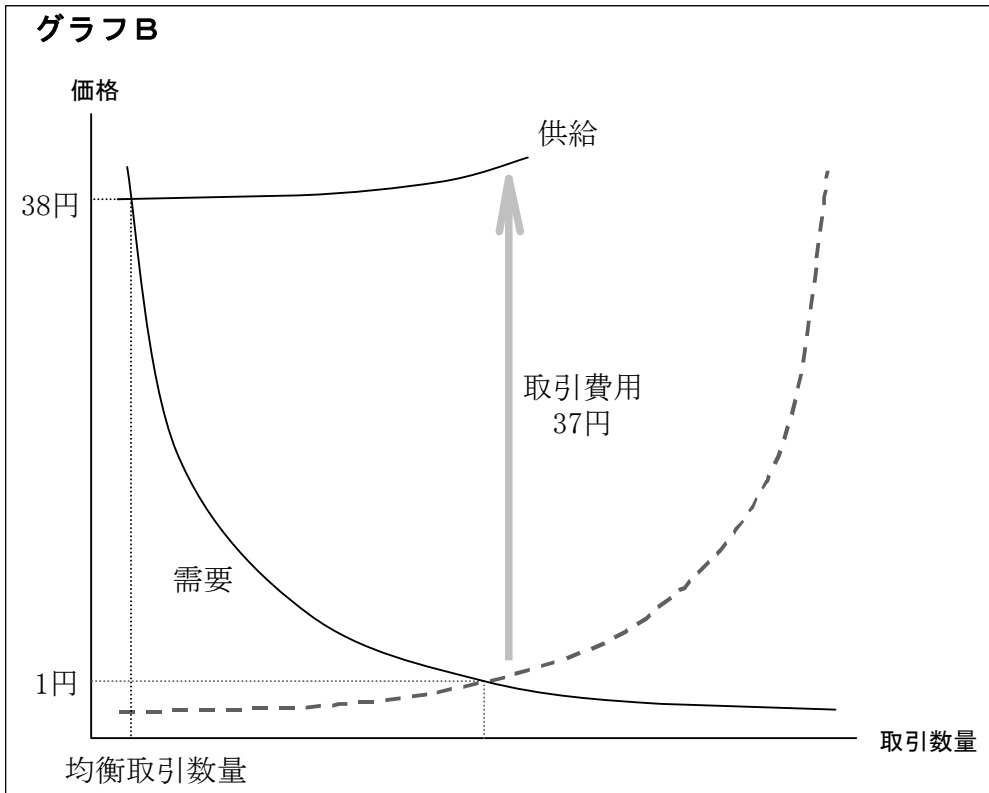
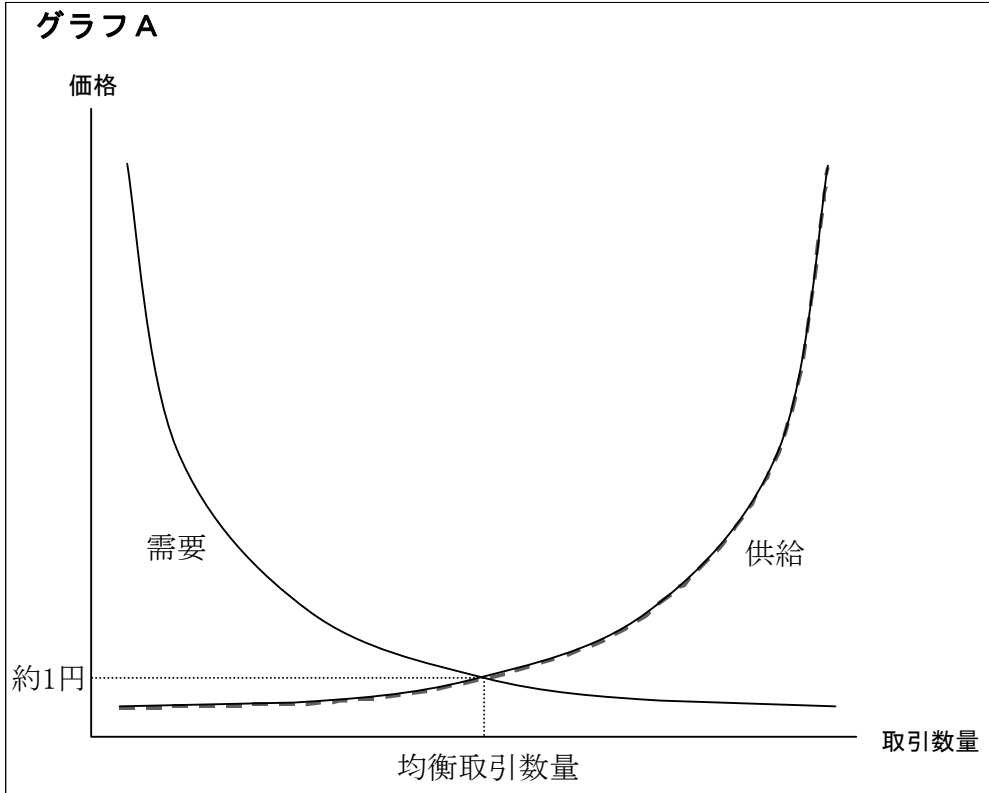
取引金額が十分に大きければ、取引費用は無視しうるものとなり、市場は十分に機能する。しかし、取引金額が零細であると取引金額に比して取引費用は過大となり、実質的に市場は失敗する。すなわち、いまの例の場合、許諾市場での均衡価格は1円/頁（ $= 300\text{円} / \text{冊} \div 300\text{頁} / \text{冊}$ ）である。たとえば出版社がこの書籍を1万部発行するとすれば、総頁は300万頁である。出版者・著作者間の契約作成に要する取引費用が370円とすれば、均衡価格1円/頁に与える影響は、 $370\text{円} \div 3,000,000\text{頁} = 0.000123\text{円} / \text{頁}$ であって、市場による均衡点に与える影響は無視しうるものである（グラフA参照）。他方、前述の10頁分に対する使用許諾の取引においては、 $370\text{円} \div 10\text{頁} = 37\text{円} / \text{頁}$ であって、市場による均衡価格1円/頁に与える影響は甚大であって（グラフB参照）、市場の持つ資源の最適配分という機能を果たしえず、市場の失敗を生ずる。

具体的に、10頁の複製に10円を支払って複製許諾を受けようとする者が1万人いたとしても、10頁の複製に380円（10円の使用料と370円の取引費用との合計）を支払おうとする者は100人しかいないと仮定しよう。仮に取引費用が無視しうるものであった場合、1万人の利用者は合計10万円支出し、著作権者は10万円の収入を得る。しかし、現実には無視し得ない取引費用が生ずるので、権利制限をすることのメリット、デメリットを検討してみよう。①権利制限をしなかった場合、利用者は3.8万円（ $= 380\text{円} \times 100\text{人}$ ）支出するが、著作権者の収入は1000円（ $= 10\text{円} \times 100\text{人}$ ）にとどまる。3.7万円の社会的損失を生じるとともに、当該著作物に対する9

900人の利用機会が失われる。他方、②権利制限をした場合、権利者は1000円の収入を失うが、当該著作物に対する1万人以上の利用機会が生ずる。ここでは、著作権制度の目的から見れば、明らかに②権利制限をした場合が支持される。第1に、権利制限をこのような零細な利用に限定すれば、著作物の供給曲線は取引費用を無視しうる取引金額の大きな取引によって規定され、著作物創出のインセンティブは影響を受けない。第2に、権利者が得る1000円の収入機会は、9900人の利用者が失う利用機会に比較して取るに足りないからである。

したがって、取引金額が零細であって取引金額に比して取引費用が過大となるために市場の失敗を生ずる場合には、これに対して権利制限を及ぼすことは、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たすと考えることができよう。

しかし、企業が僅少部分の複製を行う場合には、以上と同様に考えることはできないであろう。第1に、企業においては、僅少部分の複製であってもこれを大量にかつ反復継続する以上、取引金額の総額は大きくなり、取引費用が過大とはならない。第2に、また、営業的に行う以上、権利者の利益の犠牲を回避するしくみを構築するよう企業努力を行うことが期待される。第3に、企業が行う僅少部分の複製に権利制限規定を及ぼす場合には、これが隠れ蓑としてグレー・ゾーンにおいて濫用されるおそれが大いと思われる。したがって、企業が行う僅少部分の複製については、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たすとは思われない。



スリー・ステップ・テスト第3要件の充足

また、取引金額が零細であって取引金額に比して取引費用が過大となるために市場の失敗を生ずる場合には、著作権者は、そもそも市場機構によって利用に見合った利用許諾料（上記の例でいえば1万×10円＝10万円）を得る手段が存在しなかったのであるから、権利制限によって著作権者の利益に不当な損失を生じさせることはない。したがって、権利制限することに対して補償金を付与しなくとも、「著作権者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第3要件を充足する。

なお、著作権者は権利制限がなければ、上記の例でいえば1000円の収入を得られたので、これに対する補償は必要ないのかとの疑問もありうる。しかし、補償金制度（課金制度）を用いるにしても、このような取引金額が零細である個々の取引ごとに課金することは、取引費用が過大であって実効的ではないし、このような個々の取引よりももっと上流の複製機器の製造販売の段階で課金することは、課金を要しない取引に対しても課金することになるので自由利用抑制効果を生ずるといった問題がある。

(11) 絶版出版物の複製

読みたい本が絶版で書店や出版社に問い合わせても入手できない場合に、このような出版物を図書館や友人知人から借りて私的に複製する場合を考えてみよう。

スリー・ステップ・テスト第2要件の充足

出版物の著作権者が著作物に対する権利から経済的価値を引き出す通常の方法は、当該出版物の販売によってである。当該出版物が絶版とされその販売が行われていない以上、これを私的に複製しても、当該出版物の市場を奪うことにはならない。

また、権利者は複製許諾権を保有しているから、絶版出版物を私的に複製することが複製許諾市場を奪うことにならないかを検討する必要がある。しかし、絶版となった出版物の権利者を見つけだし、これに利用許諾料相当額を支払うことは、現実には、当該出版物に権利者の氏名は書いてあってもその連絡先が記載されていない。出版社に問い合わせても権利者の連絡先や振込先について回答してもらえないことはほとんど考えられない。このような現実においては、権利者を捜し出し利用許諾料を支払うことは、到底当該出版物の代金程度の費用ではすまない。したがって、市場の失敗を生ずる。ただし、当該出版物に複製権者と使用許諾条件を明示し、使用許諾の申し込みと使用許諾料の支払だけで複製許諾が可能な状態にしている場合は、振込手数料210円などの取引費用を支払っても権利者に利用許諾料相当額を支払うことは実効的に可能である。

したがって、絶版になった出版物を私的複製することに対して権利制限を及ぼすことは、当該出版物に複製権者と使用許諾条件を明示し、使用許諾の申し込みと使用許諾料の支払だけで複製許諾が可能な状態にしている場合を除き、市場の失敗を生ずるので、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たすと思われる。

しかし、企業が、絶版になった出版物の複製を行う場合には、以上と同様に考えることはできないであろう。企業においては、営利を目的としてこれを大量にかつ反復継続する可能性があり、自ら取引市場を構築するよう企業努力を行うことが期待される。したがって、企業が行う絶版になった出版物の複製については、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第2要件を満たすとは思われない。

スリー・ステップ・テスト第3要件の充足

市場の失敗を生ずる場合には、著作権者は、そもそも市場機構によって利用許諾料を得る手段が存在しなかったのであるから、権利制限によって著作権者の利益に不当な損失を生じさせることはない。したがって、権利制限することに対して補償金を付与しなくとも、「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第3要件を充足する。

(12) 私的複製に対する権利制限のあり方

現行著作権法30条が許容する私的複製は、上記のとおり、いくつかの類型においてはスリー・ステップ・テストを満たさない。では、現行著作権法30条の定める私的複製の要件を、どのように変更する必要があるか。

第1に、学習のための模倣は、スリー・ステップ・テストを満たすが、その根拠は優越的価値にある。模倣の対象は、自己所有の複製物に限定する必要はない。模倣の主体は、個人に限る必要はなく、営利を目的とする企業であってもいい。しかし、模倣の方法は、人の視聴覚によって著作物を認識しこれを頭脳で記憶して外部に再生する行為（＝手作業による複製）に限られる（したがって、「学習のための模倣」のための複製は「学習のための模倣」に入らない）。したがって、この類型の複製に対する権利制限としては、現行著作権法30条は、一方で複製の主体において狭すぎる（企業が入っていない）が、他方で複製の方法において広すぎる（手作業による複製に限られていない）と考えられる。

第2に、リバース・エンジニアリングのための複製は、スリー・ステップ・テストを満たすが、その根拠は優越的価値にある。複製の主体は、個人に限る必要はなく、営利を目的とする企業であってもいい。また、複製の方法は、機械的複製であってもよい。したがって、この類型の複製に対する権利制限とし

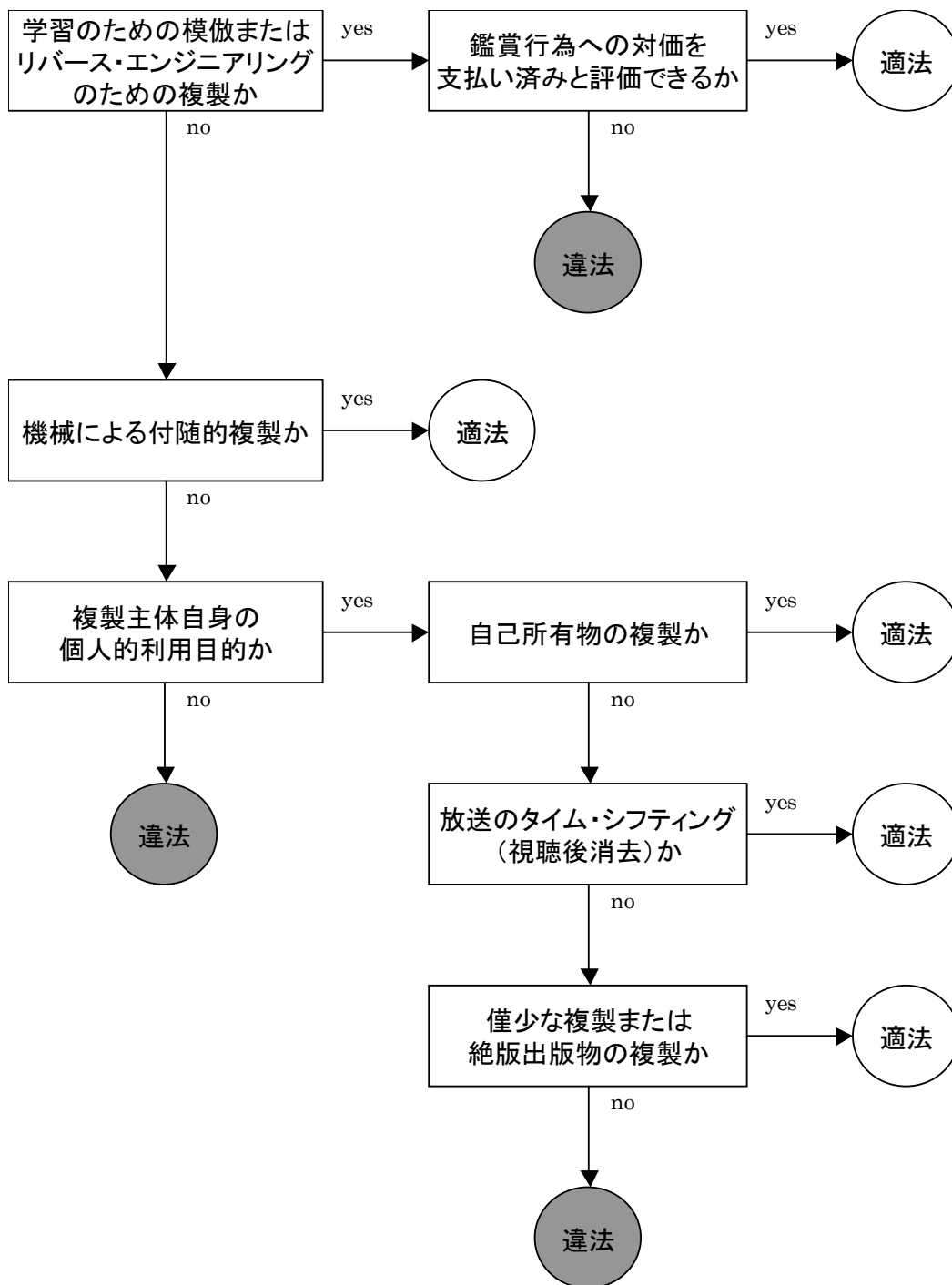
では、現行著作権法30条は、複製の主体において狭すぎる（企業が入っていない）と考えられる。

第3に、著作物の複製物を所有する者（＝半永久的にその鑑賞権限を有している者）が個人的利用目的（プレイス・シフティングのための複製は入るが、家族・友人のための複製は入らない）でこれを複製する行為や、一時的な鑑賞権限を有する者が個人的利用目的で複製物を作成して視聴まで一時的に保有する行為（タイム・シフティング）は、スリー・ステップ・テストを満たすが、その根拠は被害なしにある。複製の主体は個人に、利用目的は非営利の個人的目的に限る必要があるが、複製の方法は、機械的複製であってもよい。したがって、この類型の複製に対する権利制限としては、現行著作権法30条は、複製の目的（家族・友人のための複製が排除されていない）と複製の客体（他人所有複製物が排除されていない）において広すぎると考えられる。

第4に、機械による付随的複製の場合も、スリー・ステップ・テストを満たすが、その根拠は被害なしにある。複製の主体や複製の客体を限定する必要はない、複製の方法は、機械による付随的複製に限定される必要がある。したがって、この類型の複製に対する権利制限としては、現行著作権法30条は、複製の主体（企業が入っていない）においては狭すぎ、複製の方法（機械による付随的複製に限定されていない）において広すぎると考えられる。

第5に、著作物の複製物を所有しない者が他人の所有する複製物を一部分に限って複製する行為は、スリー・ステップ・テストを満たすが、その根拠は市場の失敗にある。複製の対象は、自己所有の複製物に限定する必要はないが、複製の範囲は、著作物の一部分の複製であって、かつ、著作物の市販複製物の購入を義務づけることが利用者にとって過大な負担となるほど少量である必要がある。したがって、この類型の複製に対する権利制限としては、現行著作権法30条は、複製の範囲が広すぎる（僅少部分に限られていない）と考えられる。

第6に、絶版出版物を複製する行為は、スリー・ステップ・テストを満たすが、その根拠は市場の失敗にある。複製の対象は、自己所有の複製物に限定する必要はないが、複製の条件は、複製許諾条件の明示など取引費用を軽減する配慮がなされていない場合に限定する必要がある。他方、複製の方法は、機械的複製であってもよい。したがって、この類型の複製に対する権利制限としては、現行著作権法30条は、複製の条件が広すぎる（複製許諾条件の明示など取引費用を軽減する配慮がなされていない場合に限られていない）と考えられる。



3. 私的複製に対する教唆・幫助

(1) 優越的価値に基づいて権利制限される複製に対する教唆・幫助

前述のとおり、学習のための模倣やリバース・エンジニアリングのための複製に対して権利制限が認められる根拠は、優越的価値にある。では、これらの行為に対する教唆・幫助は違法か。やはり権利制限が及ぼされるべきか。

まず、学習のための模倣について検討してみよう。子供が絵の技法を学習するために他人の絵画を模倣する場合に、教師や親やあるいは営利目的の学習塾が子供にそのような行為を指示しまたはそのような行為のために絵筆や絵の具を与えることは、当該模倣の教唆や幫助に当たる。この場合、教師や親や学習塾は、やはり、当該優越的価値の増進に寄与する行為を行っているのであるから、そこに違法性を認めることはできない。すなわち、やはり権利制限の対象になると考えるべきである。以上のことはその他の学習のための模倣についても同じであることは、個別に検討するまでもない。

つぎに、リバース・エンジニアリングのための複製について検討してみよう。オブジェクト・コードに変換されたコンピュータ・プログラムのリバース・エンジニアリングは高度の技術を必要とするかなり困難な作業である。リバース・エンジニアリングを自動的に行うツールを開発し、このツールを他人によるリバース・エンジニアリングのための複製に使用させた場合、当該複製の教唆や幫助に当たる。この場合も、このようなツールの開発者は、コンピュータ・プログラムに含まれるアルゴリズムや処理手法といったアイデアの自由利用に寄与する行為を行っているのであるから、そこに違法性を認めることはできない。すなわち、やはり権利制限の対象になると考えるべきである。

以上のとおり、優越的価値に基づいて権利制限される複製については、これに対する教唆・幫助も違法性がなく、やはり権利制限の対象になると考えるべきである。

(2) 無被害に基づいて権利制限される複製に対する教唆・幫助

前述のとおり、タイム・シフティングのための複製やプレイス・シフティングのための複製や機械による付随的複製に対して権利制限が認められる根拠は、被害がないことにある。では、これらの行為に対する教唆・幫助は違法か。やはり権利制限が及ぼされるべきか。

タイム・シフティングのための複製として、たとえばテレビ放送の裏番組を後で見るためにビデオに録画し、視聴後消去する場合について、考えてみよう。このような放送録画機器の開発販売は、このような複製の教唆・幫助に当たる。この場合、放送録画機器の開発販売は、タイム・シフティングのための複製に使用される限り、やはり著作権者に被害を与えないから、そこに違法性を認め

ることはできない（もちろん放送録画機器はライブラリー作成のような複製のためにも使用できるが、その場合には当該複製自体が違法である。放送録画機器の開発販売自体は、このような違法複製を教唆・幫助するものと認められる場合には違法であるが、タイム・シフティングのための複製に対する教唆・幫助の問題とは別論である）。すなわち、やはり権利制限の対象になると考えるべきである。

以上のことは、無被害に基づいて権利制限されるその他の複製に対する教唆・幫助についても同じであることは、個別に検討するまでもない。

(3) 市場の失敗に基づいて権利制限される複製に対する教唆・幫助

前述のとおり、僅少部分の複製に対して権利制限が認められる根拠は、市場の失敗にある。では、これらの複製に対する教唆・幫助は違法か。やはり権利制限が及ぼされるべきか。

市販CDアルバムを借り受け、その20曲中の1曲のみ複製する事例を考えてみよう。CDレンタル業者が、店内に複製機を備え付けて利用者による複製を教唆・幫助する意思をもって複製機を営業的に貸与する場合、レンタル業者である教唆・幫助者は、レンタルしているCDについて反復継続して利用者による複製を行わせている。このような教唆・幫助者は、反復継続して利用者に行わせている複製について許諾料を支払わせることは、その許諾料の額が僅少ではなく、支払のための取引費用も相対的に小さなものとなるので、市場の失敗は生じない。したがって、個々の利用者による僅少部分の複製に対して権利制限を認めることはできても、これを営業的に教唆・幫助する行為に対しては権利制限を認める根拠は存在しない。

(なお、複製行為者の友人が、当該複製を教唆・幫助する意思をもって、偶々複製機を貸与する場合も考えられる。この場合には、僅少な許諾料にもかかわらず複製行為者にそれを支払わせれば過大な取引費用が掛かるために市場の失敗を生ずると同様に、当該教唆・幫助者に許諾料を支払わせることにも過大な取引費用が掛かるので市場の失敗を生ずるといえる。したがって、このような教唆・幫助する行為に対しても市場の失敗に基づく権利制限を認めるべきと考えられる。)

以上のとおり、市場の失敗に基づいて権利制限される複製については、これに対する教唆・幫助が営業として行われる場合には違法性があり、権利制限の対象にはならないと考えるべきである。

では、僅少部分の複製を行う者に権利制限を認められながら、これを教唆・幫助する者には権利制限が認められないという結論は、法的性質としてどのように説明すべきか。①僅少部分の複製には違法性があるが、これを行う者には

責任がなく、これを教唆・幫助する者には責任があると説明するか、②教唆・幫助する者に対して、適法行為を利用した複製権侵害として、いわゆる間接正犯を認めるか、③違法阻却事由には共犯に従属しないものがあることを認める（刑法の共犯理論における「最小従属性説」）か、それとも④管理と利益を要件として教唆・幫助する者を複製権侵害の実質的行為者と認める（いわゆるカラオケ法理）か。

市場の失敗による権利制限は、市場の失敗という結果の発生にあり、行為者に対する期待可能性という主観的問題ではないから、責任ではなく違法性に根拠があるといわざるを得ない。したがって、①の説明は妥当ではない。また、間接正犯は、利用者が直接行為者を道具として利用しているといえるだけの支配力がある場合に認められる。しかし、前述のレンタル業者の場合を考えれば明らかなように、利用者はレンタル業者の設置した複製機を使うかどうかの自由をもっているので、当該レンタル業者に、利用者を道具として利用したといえるような支配力を持っているとは評価できない。したがって、②の説明も妥当ではない。

そこで、③違法阻却事由には共犯に従属しないものがあることを認める（「最小従属性説」）アプローチと、④管理と利益を要件として教唆・幫助する者を複製権侵害の実質的行為者と認める（いわゆるカラオケ法理）アプローチについて、以下それぞれの可能性と問題点を検討する。

(4) 最小従属性説のアプローチ

刑法の共犯理論においては、制限従属性説が通説である。制限従属性説によれば、「正犯の行為が違法であれば共犯の行為も違法であるから、『違法は連带的である』といえることができるが、正犯に責任がなくとも共犯に責任があることもあり、その逆のこともあるから『責任は個別的である』といえる」（平野「刑法総論」358頁）。その結果、正犯の行為が構成要件に該当しかつ違法阻却事由にも該当する場合には、共犯の成立を認めない。

しかし、「違法は、原則として客観的・連带的であるが、例外的には一身的事であることもあるので、正犯の行為は適法であっても共犯の行為は違法であるという場合もあり、……厳密に言えば、共犯は、正犯の構成要件に該当する行為にのみ従属し、違法であるかどうかも正犯と共犯の各々について検討すべきだ」（同上）というのが、最小従属性説である。最小従属性説によれば、正犯が違法阻却事由に該当し違法性が認められない場合であっても、共犯は必ずしも違法性が阻却されず、違法性の認められることがある（大谷實「最小限従属性説について」西原春夫先生古希記念祝賀論文集第二巻472頁、前田雅英「正当防衛と共同正犯」刑事法学の現代的状況172頁）。

民事法においても、制限従属性説と同様に、一般的に、直接侵害者の行為が権利制限規定に該当すれば当然のこととして、その教唆・幫助者にも違法性はないと考えられている（たとえば、スターデジオ訴訟第1事件・東京地判平12.5.16判時1751-149）。しかし、民事法においても、最小従属性説と同様に、権利制限規定による違法阻却がその教唆・幫助者にも及ぶか否かは、その権利制限を個別に検討して従属の有無を判断すべきであろう。先に検討した市場の失敗に基づく権利制限は、直接侵害者の違法性が必ずしもその教唆幫助に従属しないことの好例であろう。

この理解に立てば、一方で、子供が絵の技法を学習するために他人の絵画を模倣する場合に、営利目的の学習塾が子供にそのような行為を指示したまたはそのような行為のために絵筆や絵の具を与えることに権利制限が及ぶが、他方で、CDレンタル業者が店内に複製機を備え付けて利用者に複製機を営業的に貸与することに権利制限が及ばないとの結論に至る理論的説明を与えることができる。

ときめきメモリアル事件（最判平13.2.13.民集55-1-87）は、原告がコンピュータ用ゲームソフトを制作・販売するが、被告は当該ゲームソフトにおいて設定されているパラメータを書き換えるメモリーカードを輸入・販売したので、同一性保持権侵害の責任が問われたものである。最高裁は、当該メモリーカードが当該ゲームソフトのストーリー展開を改変するものであるから、ユーザーによるその使用が同一性保持権侵害に該当し、被告に「同一性保持権の侵害を惹起したものとして」損害賠償義務を認めた。もし、この事件で、翻案権の侵害が争われておればどうであったろうか。私的利用としての改変には著作権法43条1号の権利制限が及ぶ。したがって、ユーザーの行為は翻案権侵害に該当しない。しかし、ユーザーの行為に権利制限が認められる根拠は、優越的価値の存在でも被害の不存在でもない。市場の失敗でさえない。すなわち、かかるユーザーの行為によって、権利者は実質的に被害を被る。したがって、メモリーカードを輸入・販売した被告に翻案権の侵害を認めないのは妥当ではない。このような事案では、最小従属性説をとって、著作権法43条1号の権利制限による違法阻却は幫助者である被告には及ばないと解して、被告に翻案権侵害の幫助責任を認めるのが妥当なように思われる。デッド・オア・アライブ事件（東京地判平14.8.30判時1808-158, 東京高判16.3.31判時1864-156）も同様の事案である。

(5) カラオケ法理のアプローチ

いわゆるカラオケ法理も、市場の失敗に基づく権利制限において、複製行為の教唆・幫助者に違法性を認めることができる。しかし、この法理によれば、

子供が絵の技法を学習するために他人の絵画を模倣する場合に、営利目的の学習塾が子供にそのような行為を指示しまたはそのような行為のために絵筆や絵の具を与えることも、学習塾には子供による模倣に対する管理と利益が認められるとすれば、複製権の侵害が成立する。しかし、子供が絵の技法を学習するために他人の絵画を模倣することがアイデアの自由利用として優越的価値が認められるのと同様に、このような学習塾も、やはり、アイデアの自由利用という優越的価値の増進に寄与する行為を行っているのであるから、そこに違法性を認めることは妥当ではない。したがって、直接侵害者に権利制限が及ぶ文脈においてカラオケ法理を利用する場合、直接の複製行為者による法益侵害の内容を吟味して適用する必要がある。

カラオケ法理を定立したクラブ・キャッツアイ事件（最判昭 63.3.15 民集 42-3-199）を検討してみよう。この事件は、スナックにおいて、カラオケ装置を設置・操作して、客に音楽著作物を歌唱させた行為について、スナック経営者が演奏権（著作権法 22 条）侵害の責任を問われたものである。歌唱する客は、他の客が居たとしてもこれに聞かせることを目的としているわけではないから、そもそも客に演奏権（著作物を公衆に直接聞かせることを目的として演奏する権利）侵害を認めることができない事案であった。最高裁は、「客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであって、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうるものである」と判示した。すなわち、客の歌唱に対して管理および利益を有していたことを理由に、スナック経営者を歌唱の主体と同視しうると認定して、スナック経営者に演奏権侵害を認めた。

この判決の法理は、スナック経営者を歌唱の主体と同視する理論であり、使用者責任のような立証責任転換の法理（民法 715 条 1 項但書は、使用者による無過失の立証に免責を認める）ではない。したがって、このカラオケ法理は、使用者責任（民法 715 条）に見られる報償責任に基づく代位責任ではない。

また、この判決において、スナック経営者を歌唱の主体と同視するための要件である「管理」は、いわゆる間接正犯が認められる場合よりもかなり緩い。間接正犯は、被利用者を利用者の道具とみうるほど利用者が被利用者の行為を「支配」している場合に認められる。この事件においては、伊藤正己裁判官が

意見として指摘するとおり、客は、「歌唱するかしないかはまったく客の自由に任されているのであり、その自由意思によって音楽著作物の利用が行われている」。したがって、このカラオケ法理は、間接正犯理論でもない。カラオケ法理について、その成立に「支配性」を求めたり、利益の要件を不要とする議論があるが、間接正犯理論と混同したものといわざるをえない。

では、このカラオケ法理の理論的根拠をどこに見いだすべきか。ここでは、スナック経営者の行為は、＜仮に客（X）がスナック経営者（Y）の履行補助者であれば＞演奏権の侵害を構成する要素を備え、法益侵害の結果を生じさせている。しかし、このような結果に対する責任を問うのに、履行補助者に対する指揮命令関係ないしは間接正犯を認めうる場合のような（被利用者の自由意思を排除して利用者の意のままにすることができる）支配関係は必要ないであろう。すなわち、間接正犯を認めうる支配関係がある場合には、YがXによる法益侵害結果を意図すれば、Xはかならず当該法益侵害結果を生じさせる関係にある。しかし、間接正犯を認めうる支配関係がない場合であっても、したがってYがXによる法益侵害結果を意図してもXが当該法益侵害結果を生じさせることもあれば生じさせないこともある関係に立つ場合であっても、Yは、（抽象的には）二分の一の確率でXによる法益侵害結果を期待でき、Xによる法益侵害結果を生じたときにはその結果として利益を得るのであれば、Xによる法益侵害結果に対して責任を負わせることは正当化できよう。

カラオケ法理にこのような実質的根拠を見いだすとすれば、カラオケ法理の要件として必要なのは、＜仮に直接行為者が履行補助者であれば、本人として責任を帰せられる関係にあること＞で足りると考えられる。これをこの事件の事実関係に則して具体的構成要素に分解すれば、①直接行為者には著作権侵害該当行為（権利制限規定の適用前）を行うか否かの選択の自由があるが、②利用者は直接行為者による当該行為を生じさせるための手段を提供しており、かつ③利用者は直接行為者による当該行為の結果に対して利益を得る関係にあるところ、④利用者は直接行為者による当該行為を生じさせないための措置を講じうるにもかかわらずこれを行わずに放置していること、がその構成要素となるように思われる。

なお、要件を以上のように解して、直接侵害者に権利制限が及ぶ文脈において検討してみると、優越的価値に基づく権利制限や無被害に基づく権利制限に関しては、履行補助者によってこれを行う本人も権利制限を受ける関係にあるから、利用者は、要件を満たさないことになる。他方、市場の失敗に基づく権利制限に関しては、履行補助者によってこれを行う本人には権利制限が及ばない（企業による複製には市場の失敗が存在するとはいえない）関係にあるから、利用者は、要件を満たすことになる。したがって、要件を＜仮に直接行為者が

履行補助者であれば、本人として責任を帰せられる関係にあること>と解することは、前述の分析（4(1)～(3)）にも合致する結論をもたらす。

いくつかのカラオケ法理の適用事例に以上の議論を当てはめてみよう。

スターデジオ訴訟第2事件（東京地判平 12.5.16 判時 1751-149）

この事件は、被告らの提供する音楽CS放送システムが受信者のチューナー内に音楽の複製物を作成するが、受信者による当該複製に対する被告の複製権侵害責任が問われたものである。

原告は、被告が受信者を自己の手足として利用して、本件各音源の物理的な録音行為を行わせていると主張した。これに対して、東京地裁は、「**受信者が録音を行うか否かは、専ら当該受信者がその自由意思に基づいて決定し、自ら任意に録音のための機器を準備した上で行われるものであって、被告が受信者の右決定をコントロールし得るものではないことからすれば、被告が受信者を自己の手足として利用して本件各音源のMDへの録音を行わせていると評価しうる程度に、被告が受信者による録音行為を管理・支配しているという関係が認められない**」と判示して、被告の責任を否定した。

しかし、この判決におけるカラオケ法理の適用は、その成立に、受信者による自由意思を排除する「支配性」を求めており、間接正犯理論と混同する誤りを犯している。カラオケ法理における管理の要件を前述のとおり<仮に直接行為者が履行補助者であれば、本人として責任を帰せられる関係にあること>と解釈すれば、カラオケ法理の適用が肯定されるべき事案であったと思われる。すなわち、この事案において、①受信者には複製行為を行うか否かの選択の自由があるが、②被告は受信者による当該行為を生じさせるための手段として当該システムを提供しており、かつ③被告は受信者による当該複製行為の結果に対して利益を得る関係にあり、④被告は受信者による当該行為を生じさせないために、第三者が複製権を有する音源を配信しないなどの措置を講じうるにもかかわらずこれを行わずに放置していた。

ファイルログ事件（東京地判平 15.1.29 判時 1810-229，東京高判平 17.3.31）

この事件は、被告らの提供するP2Pシステム（各ユーザーが送信可能化にしているファイルについてインデックスを各ユーザーに提供し、ユーザー間で直接、ファイル交換することを可能にするもの）を利用して、ユーザーが音楽CDのコンテンツを公衆送信したことに対して、音楽著作物の著作権者である原告が、被告らによる複製権・送信可能化権・公衆送信権の侵害責任を問うたものである。

東京地裁は、「利用者をして、市販レコードを複製したMP3ファイルを自

動公衆送信及び送信可能化させるためのサービスという性質を有すること、本件サービスにおいて、送信者がMP3ファイルの自動公衆送信及び送信可能化を行うことは被告MMOの管理の下に行われていること、被告MMOも自己の営業上の利益を図って、自動公衆送信及び送信可能化を行っているものと評価することができ、原告の有する自動公衆送信権及び送信可能化権の侵害の主体である」と認定した。

カラオケ法理における管理の要件を前述のとおり<仮に直接行為者が履行補助者であれば、本人として責任を帰せられる関係にあること>と解釈すれば、カラオケ法理の適用を肯定できる事案であり、判決の結論は妥当であったと思われる。すなわち、この事案において、①利用者には侵害行為を行うか否かの選択の自由があるが、②被告は利用者による当該行為を生じさせるための手段として当該システムを提供しており、かつ③被告は利用者による当該行為の結果に対して利益を得る関係にあり、④被告は利用者による当該行為を生じさせないために、その管理するインデックス・サーバから第三者が複製権を有する音源を排除するなどの措置を講じうるにもかかわらずこれを行わずに放置していた。

録画ネット事件（東京地決平 16.10.7 判時 1895-120）

この事件は、海外にいる利用者がインターネットを通じて日本国内に置いたパソコンによって国内の放送番組を録画予約しこれを海外に転送できるようにするために、債務者が利用者に購入させたテレビチューナー付きパソコンを事務所に設置してこれを保守管理するサービスを提供したところ、放送事業者である債権者が被告による複製権侵害の責任を問うたものである。

東京地裁は、「**本件サービスにおける複製にかかる債務者の管理・支配の程度と利用者の管理・支配の程度などを比較考量した上で、複製行為の主体を認定すべきである**」と論じて、機器・ソフトウェアの調達・設置、システムの保守管理などを行っている債務者を複製行為の主体と認定して、仮処分命令を認めた。

この判決におけるカラオケ法理の適用は、その成立に「支配性」を求めたり、利益の要件を不要としており、間接正犯理論と混同する誤りを犯しているように思われる。しかし、カラオケ法理における管理の要件を前述のとおり<仮に直接行為者が履行補助者であれば、本人として責任を帰せられる関係にあること>と解釈すれば、カラオケ法理の適用を肯定できる事案であり、判決の結論は妥当であったと思われる。すなわち、この事案において、①利用者には侵害行為を行うか否かの選択の自由があるが、②被告は利用者による当該行為を生じさせるための手段として当該システムを提供しており、かつ③被告は利用者

による当該行為の結果に対して利益を得る関係にあり、④被告は利用者による当該行為を生じさせないために、当該システム保守管理サービスの提供を中止することが可能であったがそうしなかった。

ネオジオ事件（大阪地判平 9.7.17 判タ 973-203）

この事件は、原告が家庭用テレビゲーム機と専用のゲームソフトを製造販売していたが、被告が原告ゲーム機に接続可能で、連射機能を搭載したコントローラーを製造販売したので、上映権（著作権法 22 条の 2）侵害、同一性保持権（著作権法 15 条）侵害、不正競争防止法違反の責任を問うたものである。

裁判所は、上映権侵害については、上映行為者をユーザーとし、被告には「ユーザーを手足ないし道具として利用して、…被告自らが本件ゲームソフトウェアを上映しているのと同視できる」ための、ユーザーによる上映に対する「管理・支配」も「利益」もないと認定して、これを否定した。また、同一性保持権侵害については、連射機能による映像の変化はプログラム自体を改変するものでも予定されたストーリー展開を変更するものでもないとして、その侵害を否定した。

この事件においては、裁判所は「被告の意思に関わりなくユーザー自身の自由意思をもって…上映する」から「管理・支配」はないと認定したが、この認定は前述のとおり間接正犯理論とカラオケ法理を混同するものである。本件はカラオケ法理の管理要件を満たすと考えるべきである。しかし、そもそも、ユーザーによる当該上映は、原告から本件ゲームソフトを購入したことによって許諾されている行為（＝対価支払済み）であり、何ら法益侵害の結果を生じていない。したがって、カラオケ法理を適用しても著作権侵害を認めうる事案ではなかったと考えられる。

4. TPMによる私的複製の規制と契約による私的複製の規制

前述のとおり、私的複製に対する権利制限は、その正当化事由に従って①優越的価値に基づく権利制限、②無被害に基づく権利制限、および③市場の失敗に基づく権利制限に分類することができる。以下ではこの分類に従って、TPM (Technical Protection Measures: 技術的保護手段) による私的複製の規制と契約による私的複製の規制の可能性について検討する。

(1) 優越的価値に基づく権利制限に対する規制

まず、TPMの回避は許されるべきか。たとえば、学習のための模倣は、著作権法の目的に必要なものであるから、TPMの回避が技術的に必要であれば、TPMの回避を法律上許容すべきであろう。ところが、著作物に含まれる表現方法を学習するためには、通常、TPMの回避の必要性はない。しかし、コンピュータ・プログラムのような著作物を学習するには、リバース・エンジニアリングが必要である。そのためにTPMの回避の必要性が生ずる。したがって、学習のための模倣に必要であれば、TPMの回避は正当化されると考える。優越的価値に基づく他の権利制限についても、同様に、技術的に必要であればTPMの回避は正当化されるであろう。

つぎに、契約によって権利制限を排除できるか。たとえば、学習のための模倣を、権利者が著作物へのアクセスの契約条件として、禁止することができるか。契約条件の設定は、本来的に、当事者間の自由取引の問題である。しかし、ここでは、そもそも取引の対象となる著作権が付与される目的自体に矛盾するという、自由取引を越える問題が生ずる。すなわち、このような契約条件に拘束力を認めれば、著作物を我々の共有財産に組み込むという著作権法の目的が阻害されることとなる。著作物を我々の共有財産に組み込むことができなければ、著作物の創作に著作権という独占権を与える目的は果たされなくなる。したがって、「学習のための模倣」を禁止するような契約条件は無効とされるべきである。優越的価値に基づく他の権利制限についても、同様に、契約による権利制限の排除は無効とされるべきであろう。

(2) 無被害に基づく権利制限に対する規制

まず、TPMの回避は許されるべきか。無被害に基づく権利制限の場合、TPMの回避を正当化する積極的価値はどこにも存在しない。したがって、TPMの回避は許されないと考えられる。

つぎに、契約によって権利制限を排除できるか。無被害に基づく権利制限の場合、やはり契約を排除すべき公益上の必要性は存在しない。したがって、無被害に基づく権利制限は、契約によって排除できると考えられる。

(3) 市場の失敗に基づく権利制限に対する規制

まず、T P Mの回避は許されるべきか。市場の失敗に基づく権利制限の場合、T P Mの回避を正当化する積極的価値はどこにも存在しない。したがって、T P Mの回避は許されないと考えられる。

つぎに、契約によって権利制限を排除できるか。市場の失敗に基づく権利制限の場合、やはり契約を排除すべき公益上の必要性は存在しない。したがって、市場の失敗に基づく権利制限は、契約によって排除できると考えられる。

以上