

No. 120 (2009/08)

改正著作権法 解説 (1)

弁護士 小倉秀夫

著作権法の一部を改正する法律案が、平成21年6月11日に参議院にて可決成立し、平成22年1月1日付で施行される見通しとなった。以下、この改正法によりどのようなルール変更がなされたのかを説明することとする。

今回は、その第1回目として、いわゆる「違法サイトからの私的ダウンロード行為の違法化」を取り上げることとする。

1 はじめに

著作権法第30条第1項は、従前、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において使用することを目的として著作物を複製する行為は、同項第1号ないし第2号に該当しない限り、複製権侵害とならない旨規定している（この規定は、著作権法第102条1項により、著作隣接権の目的となっている実演、レコード、放送又は有線放送の複製についても準用される。）。この規定は、原著作物又は適法に作成された複製物を用いて複製を行うことを要件としていない。従って、現行著作権法においては、違法に作成された複製物を元に複製物を作成した場合であっても、私的使用目的でなされている限り、適法である。

これは、著作権法第30条第1項を「法は家庭に入らず」という法諺を具現化したものと捉えた場合には当然の帰結である。もちろん、現行著作権法においても、第30条第1項には例外規定が定められており（1号及び2号）、「法が家庭に入る」すなわち私的使用目的で行われた複製についても著作権者が複製権を行使して損害賠償請求等を行う可能性が理論的にはあるが、実際にはそのような権利行使は行われていない。それは、公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器を用いての複製については私的使用目的でなされたものであっても複製権を行使しうることとした同項第1号も、技術的保護手段の回避により可能となった複製については——その事実を知りながら行ったものであれば——私的使用目的でなされたものであっても複製権を行使しうることとした同項第2号も、もともと私的使用目的で著作物を複製した人々に対して積極的に権利行使をするこ

とを意図して立法されたものではなかったからである（むしろ、同項第1号も第2号も、適法行為を容易にする機器・装置等の設置・頒布等を刑事罰の対象とすることは適切でないので、公衆用自動複製機器の設置や技術的保護手段の回避専用装置の頒布等を刑事罰をもって禁止するために、これらの機器・装置を用いて行われる複製を違法とする規定を置いたに過ぎなかった。）。

本改正法により新たに創設された第30条第1項第3号は、著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音又は録画については、——その事実を知らずに行ったものであれば——私的使用目的でなされたものであっても著作権者が複製権を行使しうることとするものである。形式的には、著作権法第30条第1項の例外規定であって、同項第1号、第2号と同様であるが、実質的にはこれらの規定とは似て非なるものである。著作権者の許諾なくして著作物を自動公衆送信することは従前より原則違法であるし、専ら著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行う録音録画装置というのは現在のところ存在していないし、そのようなものを取って開発するメリットはない。すなわち、新設著作権法第30条第1項第3号は、「家庭」の外に存在する機器・装置等の流通・設置等を違法化する際の理論的な調整のために「家庭」の中の行為を違法化する目的で創設されたものではない。著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音又は録画については、家庭の中で行われたことであっても、法をぎしぎしと適用していくことを意図して創設されたものというべきである。

2 著作権を侵害する自動公衆送信

新設著作権法第30条第1項第3号により違法化されるのは、「著作権を侵害する自動公衆送信……を受信して行う……録音又は録画」に限られる。

「自動公衆送信」とは、「公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの（放送又は有線放送に該当するものを除く。）」をいう（著作権法第2条第1項第9号の4）。従って、有線放送、すなわち、公衆送信のうち、公衆によって同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う有線電気通信の送信（著作権法第2条第1項第9号の2）は、「公衆からの求めに応じ自動的に行うもの」であっても、ここでいう「自動公衆送信」には含まれない。

電気通信役務利用放送法上の電気通信役務利用放送（公衆によって直接受信されることを目的とする電気通信の送信であって、その全部又は一部を電気通信事業を営む者が提供する電気通信役務を利用して行うもの（同法第2条第1項）、とりわけ特定の電気通信役務利用放送を視聴する者により同一の内容の送信が同時に受信されることを想定しているものがここでいう「自動公衆送信」となるかは争いとなり得るところである。この点、文化庁は、「有線電気通信設備を用いた送信が著作権法上の有線放送と解されるには、①有線電気通信設備により受信者に対し一斉に送信が行われること、②送信された番組を受信者が実際に視聴しているかどうかにかかわらず、受信者の受信装置まで常時当該番組が届いていることが必要であると考えられる」とした上で、電気通信役務利用放送のうちのIPマルチキャスト放送について、「IP局内装置までは「同一内容の送信」が行われているが、局内装置から各家庭までの送信は、各家庭からの「求めに応じ自動的に行う」ものであることから、「自動公衆送信」であると考えられる（情報を入力し続けることによる送信形態であ

ることから、入力型の自動公衆送信である)」とする（例えば、文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会（IPマルチキャスト放送及び罰則・取締り関係）報告書」12～13頁（平成18年）。しかし、有線放送に関する著作権法上の定義規定（著作権法第2条第1項第9号の2）からは、「送信された番組を受信者が実際に視聴しているかどうかにかかわらず、受信者の受信装置まで常時当該番組が届いていることが必要である」との要件を読み取ることは困難である。また、自動公衆送信に関する著作権法上の定義規定（同報第2条第1項第9号の4）からは、公衆からの「求めに応じ自動的に行う」ものであって、かつ、公衆によつて「同一の内容」の送信が同時に受信されるものについては、同号括弧書きにより、自動公衆送信ではなく、放送又は有線放送にあたりと解する他にないように思われる。従つて、文化庁の解釈にかかわらず、少なくともその電気通信役務利用放送を視聴する者により同一の内容の送信が同時に受信されることを想定しているタイプの電気通信役務利用放送については、ここでいう「自動公衆送信」にはあたらないと解すべきである。

「著作権を侵害する」自動公衆送信とは、当該自動公衆送信行為自体が著作権侵害となるものをいう。著作権者の許諾なくして著作物を自動公衆送信する行為は通常著作権侵害となる。ただし、①公開して行われた政治上の演説又は陳述及び裁判手続における公開の陳述のように自由利用が認められている著作物を自動公衆送信する場合（第40条）や、②学校教育の目的上必要と認められる限度において、学校教育に関する法令の定める教育課程の基準に準拠した学校向けの放送番組において放送される公表済著作物を受信して同時に専ら当該放送に係る放送対象地域において受信されることを目的として自動公衆送信する場合（第34条第1項）、③学校その他の教育機関における授業の過程において、当該授業が行われる場所以外の場所において当該授業を同時に受ける者に対して公表済著作物の自動公衆送信を行う場合（第35条第2項）、④公表済著作物を、入学試験その他人の学識技能に関する試験又は検定の目的上必要と認められる限度において、当該試験又は検定の問題として自動公衆送信する場合（第36条第1項）、⑤点字図書館その他の視覚障害者の福祉の増進を目的とする施設で政令で定めるものにおいて、専ら視覚障害者の用に供するために、公表済著作物を、その録音物を用いて自動公衆送信する場合（第37条3項）、⑥放送される著作物を、営利を目的とせず、かつ、聴衆又は観衆から料金を受けることなく、専ら当該放送に係る放送対象地域において受信されることを目的として自動公衆送信する場合（第38条第2項）、⑦新聞紙又は雑誌に掲載して発行された政治上、経済上又は社会上の時事問題に関する論説が放送されるのを受信して同時に専ら当該放送に係る放送対象地域において受信されることを目的として自動公衆送信する場合（第39条第1項）、⑧報道の目的上正当と認められる場合に、国若しくは地方公共団体の機関、独立行政法人又は地方独立行政法人において行われた公開の演説又は陳述が放送されるのを受信して、同時に専ら当該放送に係る放送対象地域において受信されることを目的として自動公衆送信する場合（第40条第2項）等は、著作権者の許諾がなくとも、その自動公衆送信は著作権を侵害するものとはならない。

ここでいう「著作権」は、複製権が侵害することを主張する者の著作権に限られるか、第三者の著作権を含むかが問題となり得る。後者に立った場合、自己の著作物を含む特定の作品を自動公衆送信することにつき許諾を与えた者が、その作品に含まれる他の著作物の著作権者がその作品を自動公衆送信することを許諾していなかったことを奇貨として、その作品を受信してデジタル方式にて録音又は録画した者に対して複製権を行使すること

を認めることになろう。しかし、アップロード者に対して権利行使をなし得ない者がダウンロード者に対して権利行使をなし得るという上記解釈は、本号の立法趣旨に反しており、取り得ないように思われる。

本号にいう「著作権」には、「録音又は録画」の対象となる「音」又は「連続した影像」の原著作物の著作者が有する著作権法第28条所定の権利が含まれるか否かが問題となり得る。例えば、第三者が著作権を有するメロディーを無断翻案して作成したメロディーを用いた楽曲が自動公衆送信されている場合に、私的使用目的でこれを受信してデジタル方式で録音した者に対して、当該第三者は本号を再抗弁として主張しうるのかという問題である。原著作物の著作者は二次的著作物の利用に関しその二次的著作物の著作者と同一の種類を有するという第28条の文言からすれば、原著作物の著作者の許諾なくして行われた自動公衆送信を受信して行う録音又は録画について、当該原著作物の著作者との関係で、本項第3号の適用を否定するのは困難であろう。

著作隣接権の目的となっている実演等の複製についても、第102条第1項により第30条第1項が準用されているが、これに対する再抗弁として第30条第1項第3号を準用することは認められるだろうか。仮に本号の「著作権」を「著作隣接権」と読み替えたとしても、著作隣接権者は自動公衆送信行為の準備行為である送信可能化行為については専有権を有するものの、自動公衆送信行為については専有権を有しないから、著作隣接権を侵害する自動公衆送信というのは存在し得ない（著作権法においては通常、特定の条項で用いられている「自動公衆送信」との語に「送信可能化」を含めるときには逐一、「公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）」等としてその旨を明記していることからすれば、第30条第1項第3号の「自動公衆送信」についてのみ「送信可能化」を含むものと見るのはご都合主義に過ぎよう。）。また、第102条において第30条1項を準用する際に第3号の「自動公衆送信」を「送信可能化」と読み替える旨の規定を置くことは容易だったにもかかわらずこれを敢えて置かなかつたことを考慮するならば、著作隣接権の対象となる実演等がその隣接権者の著作隣接権を侵害して送信可能化された場合に、その違法な送信可能化の結果として行われる自動公衆送信を受信して行う録音又は録画については、第102条第1項により第30条第1項第3号は準用されないと解すべきである。

3 国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきもの

本号の「著作権を侵害する自動公衆送信」には、「国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきもの」を含むとされた（同号括弧書）。同様の文言は著作権法第113条第1項第1号でも用いられている（「国内において頒布する目的をもつて、輸入の時に国内で作成したとしたならば著作者人格権、著作権、出版権又は著作隣接権の侵害となるべき行為によつて作成された物を輸入する行為」）。

国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきか否かは、当該自動公衆送信行為に至る一連の過程が日本国内で行われたとしたならば、権利者の許諾があつたといえるか否か、あるいは、わが国の権利制限規定に該当するといえるか否かという観点から判断される。

自動公衆送信権を国内法で定めていない国においては、自動公衆送信行為について著作

者が明示的に許諾を与えるということはない。だからといって、そのような国でなされた自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音又は録画については常に本号の適用があると解するのは、結果の妥当性を欠く。そのような国において、これに代替する行為についての許諾、例えば、自動公衆送信装置への著作物の複製についての許諾がなされている場合には、その著作物が自動公衆送信されることを織り込み済みで許諾がなされているのであるから、自動公衆送信行為自体については明示的な許諾が与えられていなかったとしても、当該装置による自動公衆送信は、「日本国内で行われたとしたならば、著作権の侵害となるべき」ものではないというべきである。

行為地国の著作権法では権利制限規定に該当するが故に著作権者の許諾を得ずになされた自動公衆送信は、それが我が国の著作権法での権利制限規定にも該当しない限り、「国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきもの」となる。この点に関して特に問題となるのは、パロディ作品がパロディ作品自体の著作権者の許諾を得たがパロディ元の作品の著作権者の許諾を得ることなく自動公衆送信されている場合であろう。公正利用(フェアユース)としてパロディ作品の創作及び利用を適法とする米国や、「もじり、模作及び風刺画」について個別の権利制限規定を置くフランス等においては、パロディ元の作品の著作権者の許諾を得ずにパロディ作品を自動公衆送信させることは適法なので、敢えてパロディ元の作品の著作権者の許諾を得ないことは十分にあり得るからである。「録音又は録画」の対象となる「音」又は「連続した影像」の原著作物の著作者が有する著作権法第28条所定の権利が本号の「著作権」に含まれるという見解にたった場合、「国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきもの」と解するより他なかるう。

著作権者との利用許諾契約において自動公衆送信の対象となる地理的範囲に日本国が含まれていなかった場合、または、日本国が明確に除外されていた場合に、その自動公衆送信装置から日本国内に向けてなされる自動公衆送信は、「国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきもの」と言えるかが問題となり得る。自動公衆送信の場合、自動公衆送信の対象範囲を国ごとに完全に峻別することが実際には困難であることから、自動公衆送信の対象範囲が許諾契約において定められていてもその対象範囲の外に現在する人々に自動公衆送信してしまうことがしばしばあるが、そのような自動公衆送信を受信して録音又は録画する行為が複製権侵害となるのかという問題である。この点については、自動公衆送信の対象範囲を地理的に限定する旨の約定は、これを遵守するためには特別の技術的な措置を講ずることを要することから、著作権法第63条第2項にいう「条件」ではなく、利用許諾契約の際に付加された単なる債権・債務に過ぎないと解した上で、自動公衆送信の対象となる地理的範囲外に現在する受信者に自動公衆送信してしまった場合には、単なる債務不履行であって、著作権侵害とまでは言えないとする考え方もあり得るのではないかと思われる。

4 受信して行う

本号が適用されるのは、自動公衆送信「を受信して行う」録音又は録画である。「放送を受信して同時に」との文言が用いられていないから、受信したデータを受信用コンピュータのRAMに一時的に蓄積した後に、ハードディスク等の記録媒体に記録した場合も含まれる。

自動公衆送信「を受信して」行った録音又は録画により作成された録音・録画物から更に私的使用目的で録音・録画物を増製する行為が本号に含まれるかは問題となり得る。著作権法第99条第1項の「受信してこれを再放送する」との文言が「放送を受信して再放送のため固定した上でその固定物を用いて再放送するという場合」を含むと解されている(加戸守行「著作権法逐条講義 [五訂新版]」564頁)ことからすれば、自動公衆送信されている著作物を特定の記録媒体に録音又は録画する目的で自動公衆送信されている著作物に一旦これを記録し、そこから当該記録媒体にその著作物を録音又は録画した場合には、本号が適用され得ると解すべきであろうが、逆に、自動公衆送信されている著作物を受信用コンピュータの記録装置に記録したときにはそのような目的がなかったときには本号の適用は排除されるべきであろう。

5 録音又は録画

本号が適用されるのは「録音又は録画」についてである。「録音」とは「音を物に固定し、又はその固定物を増製すること」をいい(著作権法第2条第1項第13号)、「録画」とは「影像を連続して物に固定し、又はその固定物を増製すること」をいう(同項第14号)。それゆえ、「音」又は「連続した影像」以外の情報(例えば、文字情報、静止画情報、プログラム、データベース等)が自動公衆送信されるのを受信して記録媒体に記録しても、本号にいう「録音又は録画」にはあたらない。

ビデオゲームについて著作物が「物に固定」されていることを要件とする「映画の著作物」にあたるとの最高裁判例(最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁)があることから、自動公衆送信されているゲームソフトを受信してコンピュータの記録装置に記録することが本号の「録画」にあたるかは問題となり得る。しかし、上記最高裁判決がその判断を是認した大阪高判平成13年3月29日判時1749号3頁においては、「表現が『物に固定』されることは、テレビの生放送番組のように放送と同時に消えて行く性格のものを映画の著作物として保護しないということで要件とされたのであるから、一定の内容の影像が常に一定の順序で再生される状態で固定されるというような特別の態様を要求するものでないことは明らかであり、法2条1項14号にいう「録画」の定義としての「影像を連続して物に固定」するのとは異なるというべきである」と判示している。逆に言えば、「録画」の定義としての「影像を連続して物に固定」したといえるためには「一定の内容の影像が常に一定の順序で再生される状態」にすることが必要であり、ゲームソフトの場合、通常これを満たさないということになる。従って、ゲームソフトを受信して行う複製は原則として本号の「録画」にあたらないと解すべきである。

また、ゲームソフトはもちろんのこと、通常のビジネスソフトにおいても、これを使用する中で時に音声再生されるようになっていることが多い(ゲームソフトにおけるBGMはその典型例であるが、一定の操作をした際に警告音が発せられたり、また、操作方法に関する説明を音声で行ったりする場合などがある)。そのような音声情報を含むコンピュータソフトを受信してコンピュータの記録装置に複製することは本号の「録音」に含まれるのかもまた問題となりうる。ここでは、音の複製は全て「録音」にあたるのかが問題となる。「『録音』とは、音の再生を目的として、音を物に固定し、又は音の固定物を増製することをい」う(加戸・前掲90頁)のだとすれば、そのソフトウェアの主たる機能が

そのソフトウェアに格納されている音声データを再生することにはない場合には、そのソフトウェアを複製するにあたってそこに格納されている音声データもまとめて複製することになったとしても、「録音」にはあたらないというべきであろう。

自動公衆送信されたデータから音声・連続映像等をコンピュータ等で再生するにあたっては、コンピュータのRAMに上記データを一時的に蓄積することが不可欠である。このRAMへの一時的蓄積については「複製」にあたらないとする裁判例があるが、これを「複製」にあたりと解すべきとする学説もまた有力である。また、この場合、受信したデータを、そのコンピュータの内蔵ハードディスク等に「キャッシュデータ」として「キャッシュフォルダ」等に一時的に記録する（キャッシュフォルダに記録されているキャッシュデータの容量の総量がキャッシュフォルダに割り当てられた容量を超えたときには、最後にアクセスされてからの期間が最も長いキャッシュデータから順に、自動的に消去される。）行為を「複製」にあたりとする見解はより有力である。これらの行為を著作権法上の「複製」にあたりとする見解に立った場合、動画投稿サイト等に投稿されている動画をウェブブラウザ等により受信して視聴する行為が複製権侵害となるおそれが生ずる。

この点については、このようなデータの一時的な蓄積は、「電子計算機において、……無線通信若しくは有線電気通信の送信がされる著作物を当該送信を受信して利用する場合」に「これらの利用のための当該電子計算機による情報処理の過程において、当該情報処理を円滑かつ効率的に行うために必要と認められる限度で」行われる「当該電子計算機の記録媒体への記録」にあたるから、新設第47条の8により適法となる見解がある。もっとも、新設第47条の8の括弧書は、「これらの利用又は当該複製物の使用が著作権を侵害しない場合に限る」と定めている。そのため、上記データの一時的な蓄積が、新設第30条第1項第3号により著作権侵害とされることになった「著作権を侵害する自動公衆送信を受信しての録音又は録画」とされてしまった場合には、新設第47条の8の括弧書により、同条の適用が排除されるのではないかが問題となり得る。この点については、「この法律案では、動画投稿サイトなどにおきまして違法投稿された動画を視聴する際に、コンピューター内部に作成されるいわゆるキャッシュ、情報の蓄積物に関しましては、この改正案の四十七条の八に盛り込まれております電子計算機における著作物利用に伴う複製に関する著作権の例外規定を置いておりまして、権利侵害にはならないというふうに考えているところでございます。」との政府答弁がある（平成21年5月8日付け衆議院文部科学委員会での高塩至文化庁次長の答弁）が、同条括弧書きとの関係は明らかではない。この場合、当該送信を受信して行う「利用」は、個人的にその著作物を視聴することであり、それ自体は（違法著作物を受信して行う場合であっても）著作権を侵害するものではないと解すれば、上記政府答弁通りの結論を導くことが可能である（ただし、そうだとすると、上記括弧書きをわざわざ挿入した趣旨が不明である。）。

また、普通にウェブブラウザを作成した場合、動画データをRAMに読み込んで再生する場合、コンピュータは、まずキャッシュフォルダにそのキャッシュデータが記録されているか否かをチェックして記録されている場合にはキャッシュデータを読み込み、キャッシュデータが記録されていない場合（既に消去された場合を含む。）に、ウェブサーバに対して送信要求を行いそのウェブサーバが行う自動公衆送信を受信する。ところが、新設第49条第1項第7号は「第四十七条の八の規定の適用を受けて作成された著作物の複製物を、……当該著作物に係る同条に規定する送信の受信（当該送信が受信者からの求めに応じ自

動的に行われるものである場合にあつては、当該送信の受信又はこれに準ずるものとして政令で定める行為)をしないで使用して、当該著作物を利用した者」を「第21条の複製を行つたものとみなす」と規定している。このため、ブラウザがキャッシュデータを読み込んで動画等を再生する行為が、新設第49条第1項第7号により複製権侵害行為と見なされてしまうのではないかが問題となり得る(そうなると、キャッシュデータを生成する行為が適法になつても、キャッシュデータを使用しないようにブラウザの設定を行わない限り、投稿された動画の視聴者は複製権侵害責任を負うことになってしまう。その場合、刑事罰の対象ともなり得るから、新設第30条第1項第3号により第30条第1項柱書の適用が受けられないこととされるよりも、視聴者に加えられる制裁は厳しい)。前記高塩次長は、「こういったキャッシュをさらにキャッシュフォルダーから取り出して、別のソフトウェアで視聴したり別の記録媒体に保存したりするような場合については、例外規定は適用されず原則どおり著作権が及ぶ、こういうことになるというふうに解しております」と答弁しているから、まさにキャッシュデータをキャッシュデータとして使用する場合まで新設第49条第1項第7号の適用対象としようとする趣旨ではないとも思われるが、実際の文言をどのように解釈したらそのような結論が導かれるのかは明らかではない。あるいは、キャッシュデータをキャッシュとして用いる場合には複製等の著作権法第21条以下所定の「利用」行為がなされないから、「著作物の複製物を、……使用して、当該著作物を利用した者」とは言えないと解するのかもしれない。もっとも、その場合、「キャッシュをさらにキャッシュフォルダーから取り出して、別のソフトウェアで視聴」する行為も著作物の利用行為にあたらぬのではないかという疑問があり得るところである(データを同じハードディスク内の別のフォルダに「移動」させることも「複製」に含める趣旨であろうか)。

本号の適用がある「録音又は録画」は「デジタル方式」のものに限られる。従って、デジタル方式で自動公衆送信されている音声・動画情報を受信してアナログ形式に変換した上で電磁的記録媒体に記録する行為には本号の適用はない。

6 その事実を知りながら

本号が適用されるのは、上記要件を満たす録音又は録画を「その事実を知りながら」行った場合に限られる。「その事実」とは、その行う録音又は録画が、著作権を侵害する自動公衆送信(国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものを含む。)を受信して行うものであるとの事実をいう。その送信が著作権を侵害する自動公衆送信となるか否かは多くの場合著作権者の許諾を得ているか否かに係っているから、その自動公衆送信が著作権者の許諾を得ずになされたものであることも知っていることが必要である。

行為の目的物が著作権侵害行為によって作成されたものであることを知っていることを主観的要件とする場合「情を知つて」という文言を用いるのが通例であつた(著作権法第113条第1項第2号,第2項,第3項第3号)。その作成行為が著作権侵害となるか否かは、法的評価の問題だからである。ところが、本号で実際に採用されたのは、「その事実を知りながら」という文言であつた(「その事実を知りながら」との文言は、第30条第1項第2号にて用いられているが、第2号の場合、その行う複製が「技術的保護手段の回避により可能

となり、又はその結果に障害が生じないようになった複製」か否かという事実が「知」る対象となっているのであって、法的評価の知・不知は問題とならない。)。このため、「情を知つて」という文言について積み上げられてきた判例・学説を本号の解釈の参考にすることができないという問題が生ずる。この点は、立法の過誤というべきであろう。

その受信する自動公衆送信の著作権侵害性を基礎づける事実は全て認識していたが、それが著作権を侵害する自動公衆送信にあたるものであるとの法的評価を知らなかった場合、「その事実を知りながら」録音又は録画を行ったことになるだろうか。例えば、物理的・客観的には特定少数人間で情報が送受信されていたが、いわゆるカラオケ法理が適用された結果、不特定人に対する送信とされた場合（MYUTA事件等）等においては、受信者は、送信側の事情を全て知っていたとしても、それが著作権を侵害する自動公衆送信であると認識していないことが十分あり得るが、その場合、著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うものであるとの事実を知りながら録音又は録画を行ったといえるかが問題となり得る。また、無償かつ非営利の自動公衆送信は著作権侵害に当たらないと考えている国民は少なくなく、そのような法律知識の下で、その受信する自動公衆送信が無償かつ非営利のものであるが故に著作権侵害に当たらないと確信していた場合に、「その事実を知りながら」録音又は録画を行ったことになるのかも問題となりうる。

従前第113条第1項第2号の適否が問題となったのが主に事業者であるのに対し、本号の適否が問題となるのが専ら一般消費者であることを考慮すると、著作権法の解釈について裁判所と同じ認識に至ることを期待できないことはもちろん、特定の類型の情報の送受信を著作権侵害とする判決が最高裁又は下級審において下された等の情報を絶えずチェックすることを期待することもできない。従って、本号でその知・不知が問題となる「その事実」とは、その受信する自動公衆送信が著作権を侵害するものであるという法的評価を含むと解すべきであろう。

また、その事実を「知りながら」録音又は録画を行ったといえるためには、その受信する自動公衆送信が著作権を侵害するものであるということを、どの程度の蓋然性をもって認識していることを要するかが問題となり得る。本号の適否が問題となるのが専ら一般消費者であり、著作権者の許諾を得ていないかもしれないと認識したからといって著作権者と連絡を取ってその許諾の有無を確認することが期待できないから、未必の故意では足りないというべきである。では、P2Pファイル共有サービスを介して、ヒットチャートの上位にランクインするような楽曲の複製物たるmp3ファイルをダウンロードしたり、東京キー局で放送されたテレビ番組の複製物たるWMVファイルをダウンロードしたりした場合のように、自動公衆送信を行っている人と自動公衆送信がなされている著作物の著作権者との具体的な関係を知らないのでその自動公衆送信が無許諾で行われているかについて確たる情報を有しているわけではないが、常識的に考えて、その自動公衆送信は無許諾で行われていると推測しつつこれを受信して録音又は録画した場合はどうであろうか。この場合、録音・録画を行う人は、その受信する自動公衆送信が著作権を侵害するものであるという事実を知っているのではなく、経験則等から推認しているに過ぎないから、その事実を「知りながら」録音又は録画を行ったとまでは言えないように思われる。

また、社団法人日本レコード協会は、「レコード会社と映像製作会社が正規に提供するコンテンツを配信するサイトのトップページや購入ページ（ダウンロードや購入決裁を行うページ）または再生画面ページなどに表示されるものとして「エルマーク」という標章

を考案したが、この「エルマーク」が表示されていないウェブサイト等から音声又は動画データを受信してハードディスク等に記録した場合に、その受信する自動公衆送信が著作権を侵害するものであるという事実を「知りながら」録音又は録画を行ったといい得るかもまた問題となりうる。ここでは、この「エルマーク」が表示されていないサイトから行われる自動公衆送信であることとその自動公衆送信が著作権を侵害するものであることとの相関性の高さが問題となるが、日本レコード協会自身、そのウェブサイトにおいて、「エルマーク表示がないことをもって必ずしも違法配信コンテンツだとは言えません。このエルマークは、レコード会社・映像製作会社との契約によって配信されているレコード（CD）音源や映像などに表示されるマークですので、それ以外のコンテンツは原則として対象となっております。また、レコード（CD）音源や映像などの配信サイトでもまだこれから対応するサイトがありますので、日本レコード協会では、このマークの利用範囲が広がるように関係者に働きかけを行なっていきます。」という現状では、この「エルマーク」が表示されていないからといって、そのサイトからなされる自動公衆送信が直ちに著作権を侵害するものであるとまでは言い得ないのであって、従って、その自動公衆送信を行うウェブページ等に「エルマーク」表示がないことを知っていたとしても、そのことから直ちに、その自動公衆送信が著作権を侵害するものであることを知っていたことにはならないというべきである。

7 本号の要件を満たす録音又は録画の効果

著作権法第30条第1項第3号の要件を満たす録音又は録画は、同項柱書の適用を受けられない結果、その他の権利制限規定の適用を受けられない限り、複製権侵害となるのが原則である。ただし、「第三十条第一項（第百二条第一項において準用する場合を含む。）に定める私的使用の目的をもって自ら著作物若しくは実演等の複製を行った」との事実は残るので、行使者が刑事罰を科されることはない（著作権法第119条第1項括弧書）。

社団法人日本音楽著作権協会や社団法人日本放送協会、あるいは、日本テレビ放送網株式会社等のいわゆる東京キー局各社のように、その著作権を有する著作物又はその著作隣接権を有する放送等の多くがその著作権等を侵害して自動公衆送信されている事業者においては、著作権法第30条第1項第3号の要件を満たす録音又は録画を行った者に対して、同種の録音又は録画行為の差止めを求めることはできるであろうか。この点については、その録音又は録画が複製権侵害となるか否かはその自動公衆送信元の事情及びその事情についての録音等行為者の知・不知によるところが大きく、特定の録音又は録画について著作権法第30条第1項第3号を満たしたからといって、その者による自動公衆送信を受信しての録音又は録画が著作権法第30条第1項第3号を満たすものである蓋然性が高いとまでは言い得ないように思われる。従って、URL等で特定されたウェブサイト等からなされる当該事件原告の著作物等の自動公衆送信はその著作権等を侵害するものであることを主張・立証しつつ、当該事件被告が当該ウェブサイト等から当該事件原告の著作物等を受信して録音又は録画する蓋然性が高いことを主張・立証した場合のような特殊な場合に限り、差止め請求を認めるべきだと解すべきであろう。

その場合、著作権を侵害する自動公衆送信を受信して録音又は録画するのに用いたコンピュータ等の機器類の廃棄を請求できるかが問題となり得る。この点については、著作権

法第114条第2項は、侵害の行為に供された機械若しくは機器の廃棄が認められる場合として、それが専ら侵害の行為に供された場合を例示しているところ、上記コンピュータ等は通常汎用的に用いられるものであるから、専ら侵害の行為に供されたとして廃棄請求の対象となることは通常考えられないというべきである。

また、既に著作権法第30条第1項第3号を満たす態様で行われた録音又は録画によってハードディスク等に記録された電子ファイルの削除又はそのような電子ファイルが記録されたハードディスク等の廃棄を請求できるかも問題となりうる。これらは、著作権法第112条第2項にいう「侵害の行為によって作成された物」にあたることは明らかであるが、その廃棄請求をなし得るのは、第1項の侵害差止め請求に際して、「侵害の停止又は予防に必要な措置」の一環として行う場合に限られるからである。既に述べたとおり、著作権法第30条第1項第3号を満たす私的録音又は録画について差止め請求が認容される場合は極めて特殊な場合に限られる以上、既に同号を満たす態様で行われた録音又は録画によってハードディスク等に記録された電子ファイルの削除を請求する権利を著作権者等に認めるべきと考えるのであれば、同号を満たす態様で作成された録音・録画物を使用し又は使用の目的で所持する行為を著作権等侵害行為とみなす旨の規定を著作権法第113条に挿入すべきであった。

既に著作権法第30条第1項第3号を満たす態様で私的使用目的の録音又は録画を行った者に対して、著作権者等は、不法行為に基づく損害賠償を請求することができる。

この場合、当該被告が当該原告の許諾を受けてなされた自動公衆送信を受信してその録音又は録画を行っていたとしたら当該原告が受けることができているであろう金額を損害額とみなすことが可能である（著作権法第114条第3項）。商業用レコードのように、既に正規の配信事業が定着している分野においては、その著作物等の1ダウンロードごとに当該原告が支払いを受けるライセンス料が、著作権法第30条第1項第3号を満たす1個の録音・録画について生ずる損害の額とみなされることとなる。

著作権者の許諾なくしてその著作物を自動公衆送信した者とその自動公衆送信を受信して録音又は録画した者とは、当該自動公衆送信及びその受信しての録音又は録画により著作権者に生じた損害に関して、共同不法行為に関係に立ち、その両者の著作権者に対する損害賠償義務は不真正連帯債務という関係に立つこととなる。このため、既にその著作物を自動公衆送信した者がその著作権者に対して当該自動公衆送信を含めて損害賠償を行っていた場合、上記録音又は録画者は、当該著作権者に対する損害賠償義務を免れることになる（この場合、録音録画済みデータについての削除義務が認められない限り最終的な受益は録音・録画者が受けているから、送信者からの求償が認められそうにも思われるが、当該著作物の送受信を違法なものとしたらしめた主たる責任は送信者側にある以上、送信者からの求償権の行使を認めるのは信義則に反しているようにも思われる。）。そして、その送信者による全ての自動公衆送信により生じた損害の一部のみが賠償されたに過ぎない場合、賠償金の一部弁済にあたってどの自動公衆送信について生じた損害を賠償するのだと特定がなされる等の特段の事情がない限り、各自動公衆送信について案分して賠償がなされたものとして、その限度において録音録画者の賠償義務が縮減されたと解するべきである。

著作権者は、送信者に対しては、自動公衆送信権侵害により生じた損害の賠償を求めるのではなく、算定が簡易な送信可能化権侵害により生じた損害の賠償を求める場合がしば

しばある。このように、送信者が送信可能権侵害により生じた損害について賠償を行った場合、その送信可能化行為により可能となった自動公衆送信により生じた全ての損害が賠償されたものとして、上記録音・録画者の損害賠償義務は消滅したものと解するべきである。

著作権法第30条第1項第3号の各要件を構成する事実については、同号の適用により同項柱書きの適用を否定しようとする著作権者側が、主張・立証責任を負う。なお、文化庁は、「仮に現実に民事訴訟を提起する場合においても、利用者が違法録音録画物・違法配信であることを知りながら録音録画を行ったことに関する立証責任は権利者側にあり、権利者は実務上は利用者に警告を行うなどの段階を経た上で法的措置を行うことになると考えられるため、利用者が著しく不安定な立場に置かれて保護に欠けることになることはないと考えられる。」とするが（「文化審議会著作権分科会私的録音録画小委員会報告書」30頁）、立証責任は権利者側にあることと、「実務上は権利者は利用者に警告をした上で法的措置を行う」こととの間に特段の論理的な関係はない。

特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律（通称「プロバイダ責任制限法」）第4条第1項は、あくまで権利侵害情報の発信者を特定するための情報の開示を特定電気通信役務提供者に義務づけたに過ぎず、権利侵害情報の受信者を特定するための情報の開示を義務づけてはいない（本著作権法改正により一定の受信行為が権利侵害行為とされたにもかかわらず、プロバイダ責任制限法がこれに合わせて改正されることはなかった。）。従って、著作権者が、著作権者は、著作権法第30条第1項第3号を満たす録音・録画を行った者を特定するのは、送信者を特定することよりも遥かに困難である。

もっとも、著作権者は、著作権法第30条第1項第3号を満たす録音・録画を行った者に対して損害賠償請求権等を行行使することが法的に認められることとなったので、著作権法第30条第1項第3号を満たす録音・録画を行った疑いのある者について、その使用するコンピュータに接続されたハードディスク等に記憶されている電子ファイルの内容及びその入手経緯を調べるために、裁判所に証拠保全の申立て（民事訴訟法第234条）を行うことができることとなった（既に診療録の証拠保全については、偽造・変造の虞が具体的に疎明されなくとも、手持ち証拠の開示制度的な運用がなされており、証拠の偏在がより激しく、かつ証拠の偽造・変造がより容易な「ハードディスク等に記憶されている電子ファイルの内容」について証拠保全が認められる可能性は決して低くはない。）。これが認容された場合、裁判所は、そのハードディスクに記録されているデータを全てミラーコピーすることとなろう（これにより著作権者側が入手する被疑侵害者のハードディスクに記録されているデータの中には、被疑侵害者等のプライバシー情報が少なからず含まれることがあり得るが、今回の改正においては、その目的外使用を禁止する規定は特段設けられなかった。）。また、著作権者は、被疑侵害者に対し侵害訴訟を提起した後、その使用するコンピュータに接続されたハードディスク等について準文書提出命令（民事訴訟法第231条により準用される同法第223条）の申立てを行うことも十分に考えられる。

その受信する自動公衆送信が著作権を侵害するものであるとの事実を知っていたか否かについては、その実体法上のハードルが低めに解釈された場合には、その自動公衆送信が著作権を侵害するものであることを外形的な情報から推認できるならば、特段の事情が主

張・立証されない限り、これを受信して録音又は録画をした者もその自動公衆送信が著作権を侵害するものであることを知っていたとの事実上の事実推定を裁判所が行う虞がないわけではない。

(次号に続く)