

## 13 知的財産保護の将来像に関する調査研究 - 著作物の蓄積に関する問題について -

本調査研究では、我が国が抱える著作権を巡る問題点の中から、コンピュータとネットワーク化の急速な進展に伴い生じた著作物の一時的蓄積に焦点を絞り、我が国と欧米の考え方を検討し、我が国における論点を抽出した。

欧米では、広範な「複製」及び「複製権」概念を措定した上で、権利制限規定によって一定の一時的蓄積を権利範囲から除外するという立法論的な対応が一般的である。

我が国では、狭い「複製」概念を措定した上で、一定の一時的蓄積はそもそも著作権法上の「複製」概念に含まれないものとする解釈論が有力であった。もっとも近時は、従来の通説的解釈に対する見直しの兆しもうかがえる。

このような状況下、著作物の一時的蓄積を法的にどのように考えるべきかについて、我が国の今後の課題を挙げると、第一に、どのような場面を対象とするか、第二に、どのような行為を対象とするか、第三に、具体的にどのような政策をとるべきか、といった点である。具体的な方向性については今後の検討にゆだねられる。

### 国際条約における複製権の考え方

#### 1 ベルヌ条約

国際条約上、複製権に関してはベルヌ条約9条が基本となる。ベルヌ条約9条1項は「文学的及び美術的著作物の著作者がこの条約によって保護されるものは、それらの著作物の複製（その方法及び形式のいかなを問わない。）を許諾する排他的権利を享有する。」として複製権を定める。ここで複製の概念として、「その方法及び形式のいかなを問わない」との文言が挿入されていることから、複製概念は原則的に非常に広範なものを含むと考えられる。一時的蓄積もこの原則の中に含まれ得るとの前提の下に論を進めるべきと考えられる。同条2項には複製権の制限についての規定がある。

このベルヌ条約は1886年に作成されて以来、1971年のパリ改正を最後に、以後改正されていない。そこで20条の「特別の取極」として改正を加えようとして誕生したのがWIPO著作権条約である。

#### 2 WIPO著作権条約(WCT)

WIPO著作権条約(著作権に関する世界知的所有権機関条約)(WCT:WIPO Copyright Treaty)の審議過程においても、複製・複製権概念は問題点の一つであった。すなわち、当初、議長案として出された草案には、一時的蓄積に関する条項が盛り込まれ、これが審議の過程で議論の焦点となった。しかし、最終的には削除され、条約には盛り込まれなかった。

削除された議長案(\*1)7条1項の規定では、一時的、間接

的なものも、方式・形式を問わずベルヌ条約にいう複製に含めるものとする一方で、一時的蓄積についても複製該当性を肯定する原則を採った。その上で同条2項で、ベルヌ条約9条(2)の範囲内で、権利の制限等の立法により、複製権の射程から除外することを各締約国に認めることとしていた。

#### 3 WIPO実演・レコード条約(WPPT)

WIPO実演・レコード条約(WPPT:WFO Performance and Phonograms Treaty)においても一時的蓄積の問題が議論された。

すなわち、議長草案7条(実演家の排他的権利)及び11条(レコード製作者の権利)では、一時的蓄積も複製に含める旨の規定がなされた上で、各締約国法制における権利制限の可能性が規定されていた。しかし、いずれも成立した条約では草案にあった「一時的か恒久的かを問わず」の文言が削除された。

前述のWCTと併わせ、このような結論に至った経緯は、

「一時的蓄積」を複製でないと規定するのか、複製であるとした上で権利の制限に該当するものと規定するのか、その除外規定を強行規定にするのか、締約国にゆだねるのか、その除外規定をどのような範囲にし、それをどのように規定するのか、などの論点について合意を見なかったためとされている(\*2)。出席した各国代表において、この問題の検討に必要な技術的知識が乏しく、現実を的確に把握していたとはいえない事情があったことも、十分な議論ができなかった原因の一つとされている(\*3)。

しかし、条約本体には一時的蓄積に対応する文言が置か

(\*1) WIPO, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, CRNR/DC/4, August 30, 1996.

(\*2) 岡本 薫 著作権保護の国際的動向について(抄)「コピライト」37巻43号8頁(1997年)。

(\*3) 同上。

れなかったものの、「WIP O著作権条約に関する合意声明」<sup>(\*)4</sup>及び「WIP O実演・レコード条約に関する合意声明」<sup>(\*)5</sup>には、一時的蓄積も複製である趣旨が盛り込まれた。これは、米国の強い主張に基づくものとされている。

#### 4 まとめ

このように、ベルヌ条約9条の複製の意義に端を発したWCT、WPPTの議論においては、条約本文に関しては一時的蓄積についての明確な結論は先送りされるに至ったが、その一方では、両合意声明の中でその趣旨が述べられているという、いわば中途半端な形となっている。

したがって、国際条約上はこの合意声明以外には、いまだ、一時的蓄積の取扱いを明確に規定する文言は存在しないということになる。

## 欧米における複製権と一時的蓄積について

### 1 米国<sup>(\*)6</sup>

米国では以前より、判例・学説において、一時的蓄積が複製に該当することが認められている。これは、WIP Oでの米国の主張からも明らかである。本節ではこの点に関する米国の状況について述べることにする。

#### (1) 米国ホワイト・ペーパー

米国では1995年9月、<sup>(\*)7</sup>「知的財産権と全米情報基盤」を題するホワイト・ペーパーが出されている。その中でメモリ上に著作物が蓄積されることに関して、著作権法上、立法史上、あるいは判例上、一つ又は複数の「コピー」が作成されていると考えられる具体的な場合を列挙している<sup>(\*)8</sup>。判例の理論的背景として、CONTU (the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works) 最終報告書で、「著作物をコンピュータのメモリに入れることは、法的に著作権者の保有する独占的権利の一つである著作物の複製となる」<sup>(\*)9</sup>とされていることを挙げている。

その上で、米国著作権法の次のような「コピー」の定義「コピーとは、現在知られており、又は将来開発される方法によって著作物が固定されている有体物であって、そこから直接に又は機械若しくは装置の助けを借りてその著作物が知覚され、複製され、その他伝達され得るもの(レコードを除く)をいう。コピーの文言には、当該著作物が最初に固定された媒体でレコード以外のものも含まれる。」<sup>(\*)10</sup>に基づき、著作物をメモリ上に一時的にせよ蓄積することは複製に該当すると結論付けている<sup>(\*)11</sup>。

このような結論付けを行った背景には、判例法理あるいは学説におけるメモリ上への蓄積に関する認識があるので、以下、これについて述べる。

#### (2) 米国の判例・学説

WIP Oにおける検討以前から、米国では、コンピュータ内部のメモリ上に著作物が蓄積される場合は、判例及び学説上、複製に該当することが認められてきた。

現行の米国連邦著作権法は「コピー」につき前述のとおり定義している。しかし、それ以前、1909年の連邦著作権法においては、White-Smith Publishing Co. v. Apollo Co.<sup>(\*)12</sup>の連邦最高裁判所の判断に基づき、可読的なもののみが複製に当たるとされていた。現行著作権法はこれを変更し、前記のように定義したのであるが、これにより、著作権のあるプログラムが書き込まれたシリコン・チップもそれ自体が「コピー」に当たると解されることになるし、「比較的」永続性のあるハード・ディスクなどの媒体からRAMへの書き込みがなされても複製に当たることになる<sup>(\*)13</sup>。これは、米国著作権法が「固定(fixed)」の定義に基づき、「瞬よりも長い時間、知覚され複製されその他伝達されるのに十分な程度に永続的」であることを求めていることによるものである。RAMにデータが置かれれば、そのコンピュータの電源が切られるまでの間はアクセス可能なものであり、この固定は単なるつかの間のものとはいえないことが根拠とされている<sup>(\*)14</sup>。

この点については、MAI対Peakの事案に対する第9巡回連邦控訴裁判所の1993年4月7日の判決<sup>(\*)15</sup>が先例とされている<sup>(\*)16</sup>。

(\*)4) WIPO, Agreed Statements Concerning the WIPO Copyright Treaty, CRNR/DC/96, December 23, 1996.

(\*)5) WIPO, Agreed Statements Concerning the WIPO Performances and Phonograms Treaty, CRNR/DC/97, December 23, 1996.

(\*)6) 塩澤一洋「『一時的蓄積』における複製行為の存在と複製物の生成」慶應義塾大学法学政治学論究43号(1999年)を参照。

(\*)7) United States, Information Infrastructure Task Force, Working Group on Intellectual Property Rights, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, September, 1995.

(\*)8) IP and NII, supra N.7, pp.65-66.

(\*)9) Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, 1978, p.40.

(\*)10) 17 U.S.C. § 101.

(\*)11) IP and NII, supra N.7, pp.64-65.

(\*)12) 29 U.S.1 (1908).

(\*)13) Nimmer, Melville B. & Nimmer, David, [1997], Nimmer on Copyright (Matthew Bender & Co., Inc.) § 8.08[A][1].

(\*)14) Ibid.

(\*)15) MAI Systems Corporation v. Peak Computer Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir.1993).

(\*)16) この判決の紹介、評釈として、吉田大輔「コンピュータのメンテナンス・サービスのためにメンテナンス業者がユーザのコンピュータのRAMにプログラムをロードすることは著作権の侵害に当たるとした事例」米国法(1996年1号)227頁参照。

このように、「コピー（原作品及び複製物）」及び「固定」の定義を有する米国法においては、判例、学説ともにRAMへのプログラムの読み込みを複製と解することで一致しているのである。

### (3) Digital Millennium Copyright Actに関して

1998年DMCA (Digital Millennium Copyright Act) (\*17)に基づき、米国の現行著作権法512条に、サービス・プロバイダの責任制限に関する規定が設けられた。このうち、512条(b)項がシステム・キャッシング (system caching, cache) に関するものである。これによって、ネットワークのサービス・プロバイダは第三者が提供した素材をキャッシュに蓄積したことについて、複製権侵害の責任を問われずに済むことになる。このようなプロバイダのキャッシングについての免責規定を置いているのは、その前提として、キャッシングのような一時的蓄積が複製に該当し、キャッシュされた著作物の著作権を侵害するとの理解があるからである。

ただし、この規定は飽くまでもサービス・プロバイダの責任制限との関係で規定されたものであり、一般的に一時的蓄積が複製に該当することを肯定するとか、一時的蓄積をした者を一般的に救済する権利制限規定ではない点、注意を要する。

## 2 EU

### (1) ECソフトウェア指令 (\*18)

欧州連合 (EU: European Union) のレベルで、一時的蓄積に関する規定が置かれたのは、1991年のいわゆるECソフトウェア指令が最初であると考えられる。

#### ( ) 複製権に関する規定 (4条)

指令の検討過程で、一時的蓄積について規定した4条に関し、複製権の及ぶ範囲を「永続的『permanent』」なものに限定すべきとの意見があったようだが (\*19)、最終的には、時間的永続性にかかわらず複製行為に権利が及ぶこととされた。条文上、「temporary reproduction」という表現が明示的に使用されている。ただし、指令には「reproduction」の定義が置かれているわけではないことに注意すべきである (\*20)。

本条の趣旨に関し、当時の欧州委員会DG (Directorate General) で指令の制定に携わったB. Czarnotaによれば、「temporary copy」は、コンピュータ詐欺やコンピュータ・

ウィルスの投入、無権原のデータ除去等の過程で生ずるために、これらを排他権により禁止することが必要だと説明されている (\*21)。

#### ( ) 権利制限規定 (5条)

複製権が制限されるための要件は次のとおりである。

- ・契約において特段の定めがないこと
- ・プログラムの使用に必要であること
- ・プログラムの適法な取得者によること
- ・プログラムの意図された使用目的に合致していること

「意図された使用目的に合致」とあるのは、プログラムの使用許諾契約において付される可能性のある様々な条件 (使用コンピュータの指定、同時使用コンピュータ台数の制限、使用目的など) への合致を複製権制限の要件とするものである。本来は契約上の問題であるはずのものが要件となっている点は注意が必要である。

### (2) EC隣接権指令 (\*22)

ECソフトウェア指令とほぼ同じ時期に制定された著作権隣接権に関する指令においては、7条の複製権に関する規定に、「temporary」か否かという表現は全く見られず、whereas clause (前文) にも何の記述もない。この指令7条は、WIPO隣接権条約10条の文言をそのまま用いているにすぎない。当時は音楽コンテンツや映像コンテンツのパソコン等での視聴やネットワークでの流通も今日ほど発達したのではなく、プログラムに比較して、一時的蓄積が特に意識される環境にはなかったのではないかと推測される。権利制限についても、一時的蓄積に関連する特段の規定はない。

### (3) ECデータベース指令 (\*23)

#### ( ) 複製権に関する規定 (5条)

ECソフトウェア指令の後を受けて議論となったのは、データベース保護に関する指令においてである。その5条において、ECソフトウェア指令を踏襲した規定が置かれており、複製権に関して「著作権によって保護されるデータベースの表現に関し、データベースの著作権者は、以下を行ない又は許諾する排他的権利を有する。(a) あらゆる方法、形式による、一部分又は全体の、一時的又は永続的複製」と記載されている。

この規定は、本条にかかる前文において、規定の趣旨が説明されており、データベースの性質に照らし、パソコン等でのそのコンテンツの画面表示を著作権者の制御の下に置く

(\*17) Public Law No. 105-304, 112 Stat. 2860 (October 28, 1998).

(\*18) Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, Official Journal L 122, 17/05/1991 p.42-46.

(\*19) B. Czarnota / R. Hart, LEGAL PROTECTION OF COMPUTER PROGRAMS IN EUROPE, 1991, p.56.

(\*20) その意味では、「一時的蓄積」を「複製」とするか否かは指令では依然不明であるが、一時的に蓄積されるような場合であっても、複製権が及び得ると考えているということになるだろう。

(\*21) B. Czarnota/R. Hart, 前掲注19参照。

(\*22) Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, Official Journal L 346, 27/11/1992 p.61-66.

(\*23) Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, Official Journal L 77, 27/03/1996 p.20-28.

ことを念頭に置いた規定であることが分かる。ここでは、「一時的な移転“temporary transfer”」という用語が見られ、5条にいう「一時的複製」に該当する行為と考えられている。

( ) 権利制限規定 (6条)

複製権の権利制限は次の要件で構成される。

・コンテンツへのアクセス及びコンテンツの使用のために必要であること

適法な使用者によること

ここで、「適法な使用者」は、適正に対価を支払ってアクセスしている、あるいは媒体を取得した使用者であると考えられ、ECソフトウェア指令と同様に、著作物の利用行為とは本来無関係の行為を要件としている。

(4) EC電子商取引指令<sup>(\*)24)</sup>

EUでは、インターネット上でなされる違法情報の送信等に対して、インターネット・サービス・プロバイダが負うべき責任を明確化する等の目的のために、EC電子商取引指令が制定されている。

同指令13条において、インターネット・サービス・プロバイダのなす一時的蓄積に関して、次の要件をすべて満たす場合には損害賠償責任を負わない旨、規定されている。

(a) 当該サービス・プロバイダが当該情報を変更していないこと

(b) 当該サービス・プロバイダが当該情報へのアクセス条件に従っていること

(c) 当該サービス・プロバイダが、産業標準に合致する方法で定められる、当該情報の更新に関するルールに従っていること

(d) 当該サービス・プロバイダが、産業標準に合致した、当該情報の使用に関するデータを取得するために用いられる技術を妨害しないこと

(e) 当該サービス・プロバイダが、以下のいずれかにつき現に知った場合に、当該情報を除去し又は当該情報へのアクセスを遮断するために迅速に行動すること

・送信の最初の源となった当該情報がネットワークから除去されていること

・送信の最初の源となった当該情報へのアクセスが遮断されていること

・権限ある当局が、そのような除去又は遮断を命じていること

規定される一時的蓄積が、複製権の及び得るものであるのか否かについては不明確であることから、並行して検討の進んだEC著作権指令案では、次に述べるとおり、加盟各国の著作権法の文脈で明確化を求める規定となっている。

(5) EC著作権指令案

( ) 複製権に関する規定 (2条)

この指令案はECソフトウェア指令、同データベース指令、同隣接権指令等、関連の指令を統合的に扱う位置付けであることもあり、2条においてこれら従前の指令の文言を取り入れ、権利の範囲を最大限に表現しようとしている。なお、同条は欧州議会第二読会終了時まで原案のまま維持されており、提案された草案<sup>(\*)25)</sup>のまま成案するものと考えられる。ECソフトウェア指令同様、「複製」の定義は置かれていない。

2条 複製権

加盟国は、あらゆる方法、形式による、全体又は一部分の、直接又は間接の、一時的又は永続的な複製を、許諾し又は禁止するための排他的権利を規定しなければならない。」

( ) 権利制限規定 (5条)

草案、修正提案を経て、現時点での最終案はCommon Position (共通の立場)<sup>(\*)26)</sup>であり、以下のすべてを満たす場合に権利が制限されることになっている。

・過渡的又は偶発的であること

・仲介者による第三者間のネットワーク上での著作物の伝送、あるいは著作物の適法な使用のみを目的とする技術的過程に不可欠かつ必然的であること

・それ自体に独立して経済的重要性がないこと

ここで、「適法な使用」の意味が問題となるが、前文33では、権利者による許諾あるいは法の授権のある場合に「適法」となるとしている。これにより、本来、著作権者の排他的権利でない著作物の「使用」についての許諾が「使用」に伴う複製の前提となり、結局「使用」を著作権者が間接的に禁止できることになるが、ECソフトウェア指令にある“intended purpose”は要件となっていないことから、海賊版等の違法複製物の「使用」を違法とするととどまるものと解するのが妥当ではないかと思われる。

(6) 欧州での今後の検討予定

EC委員会は、EC著作権指令案の成案の後、ECソフトウェア指令を見直すことを表明している<sup>(\*)27)</sup>。

(\*)24) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), Official Journal L 178, 17/07/2000 p.1-16.

(\*)25) Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society (98/C 108/03), COM(97)628 final, Official Journal C 108, 07/04/2000 p.6-13.

(\*)26) Common Position (EC) No 48/2000 of 28 September 2000 adopted by the Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 of the Treaty establishing the European Community, with a view to adopting a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal C 344, 01/12/2000 p.1-22.

(\*)27) REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs COM (2000)199 final, 10/04/2000.

### 3 ドイツ

#### (1) 著作権法

複製権は16条に以下のとおり規定されているが、複製の定義は置かれていない。

##### 16条

1 複製権とは、方法及び数量のいかんを問わず、著作物の複製物を作成する権利をいう

2 画像ないし音の連続物(録画ないし録音物)を繰り返し再生するための装置へ著作物を写調することも複製という。それは、録画ないし録音物へ著作物の再生物を収録することであると、録画ないし録音物から他の録画ないし録音物へ著作物を写調することであるとを問わない。」<sup>(\*)28)</sup>

一時的蓄積に関連する条項として、ECソフトウェア指令を実施する際に導入された条項がある(69条c,d)。文言は、ECソフトウェア指令4条(a)並びに5.1条とそれぞれ同一である。

#### (2) 判例

判例は、すべての技術的な複製が著作権法上の複製であるとはみなさない、としており<sup>(\*)29)</sup>、「技術的な複製」と法律上の「複製」を分けて考える立場である。

#### (3) 録音録画に関する報酬義務との関係

一時的蓄積に関連するドイツ法特有の問題として、私的複製にかかわる報酬請求権についての懸念がある。

著作権法54条では、1項で「放送を録画ないし録音物に収録すること」による複製に明らかに供される機器等の製造者等に報酬支払い義務を、2項で「作品の複写」又は、類似の効果を有する方法」による複製に供される機器等の製造者等に報酬支払い義務を、それぞれ課している。前記16条2項にいう「収録」あるいは54条2項の「複写」又は、類似の効果を有する方法」に、時間的永続性を有しない一時的なものをも含むとするならば、54条1項、2項の対象となる機器等の範囲は、RAMを有する情報関連機器一般に拡大してしまうこととなり、情報機器関連業界においては大きな問題である。

## 日本における複製権と一時的蓄積について

### 1 著作権法

我が国の著作権法には、複製に関し以下の規定があるのみであり、複製が恒常的か一時的かで複製権侵害の成否を

区別する明文の規定はない。

21条 著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。」

2条1項15号柱書(複製の定義) 印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に複製すること・・・。」

他方で、プログラム著作物の使用行為について、一定の主観的要件を具備した場合に限り著作権侵害とみなす旨を定める113条2項は、プログラム使用に必然的に随伴する一時的蓄積が、原則として非侵害であることを当然の前提にした規定であるとして、一時的蓄積が適法であることの論拠として持ち出されることがある。

113条2項 プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によって作成された複製物・・・を業務上電子計算機において使用する行為は、これらの複製物を使用する権原を取得した時に情を知っていた場合に限り、当該著作権を侵害する行為とみなす。」

### 2 著作物使用料規程

2000年12月18日に文化庁長官から認可されたJASRAC(社団法人日本音楽著作権協会)<sup>(\*)30)</sup>の「音楽インタラクティブ配信ビジネスに関する著作物使用料規程<sup>(\*)31)</sup>」は、NMRC(ネットワーク音楽著作権連絡協議会)<sup>(\*)32)</sup>の主張をいれて、ストリーム配信(受信者はオンライン再生)とダウンロード配信(受信者はオフライン再生)とを別異に取扱い、前者の使用料をより安価にとどめている。たとえストリーム配信であっても、受信者によるバッファリング行為が必要となるはずであるが、かかる行為をオフライン再生(ダウンロード行為)と区別するという事は、オンライン再生に必然的に伴う一時的蓄積を著作権法上の「複製」には当たらないとする趣旨かとも解される。

### 3 文化庁・著作権審議会

これまで数次にわたって、文化庁の著作権審議会は一時的蓄積に関して見解を表明しているが、いずれも一時的蓄積は著作権の侵害とはならないという立場を採っている。そして国際小委員会報告書(2000年11月)では次のように述べられている。

「デジタル化、ネットワーク化の進展に伴い、通信機器における蓄積、コンピュータのメモリ上における蓄積、キャッシュ・サーバなどにおける蓄積など、瞬間的かつ過渡的なものを含め、プログラムの著作物及びその他の著作物に関する電

(\*)28) 斉藤博「外国著作権法令集(16)-ドイツ編」(社)著作権情報センター、1995年3月)。

(\*)29) Federal Supreme Court, 'Betriebssystem', CR 1991,80,85; M. Lemann & C. F. Tapper, European Software Law, pp169-170.

(\*)30) <http://www.jasrac.or.jp/>

(\*)31) <http://www.jasrac.or.jp/network/docs/ninkakitei.htm>

(\*)32) <http://www.enc.or.jp/nmrc/>

子データの『時的蓄積』の扱いが重要課題となっている。」  
(\*33)

「『時的蓄積』に関しては、各国間で、権利の対象外とする範囲について様々な考え方があり、技術的背景の変化及び国際的な議論の動向を踏まえつつ、その扱いについても検討する必要があると考えられる。

<施策の進め方>プログラムの著作物及びその他の著作物に関する電子データの『時的蓄積』の扱いについて、著作権審議会などにおいて検討する。」(\*34)

#### 4 裁判例

一時的蓄積について正面から言及した恐らく唯一の裁判例として、いわゆるスターデジコ事件に関する東京地判平成12年5月16日付けの二つの判決がある(\*35)。

この裁判の争点の一つは、被告による音楽データの送信が、受信者による受信チューナ内RAMへデータを複製したことになるかどうかであった。東京地方裁判所は、著作権法上の「複製」とは将来反復して使用される可能性のある形態の複製物を作成することであるから、通電状態でのみ存続するという意味で一時的・過渡的なRAMにおける音楽データの蓄積は、そもそも著作権法上の「複製」には当たらないとした。

本判決については、次のような検討すべき課題があるように思われる。第一に、その射程、すなわち判旨が挙げた反復使用可能性要件と一時性・過渡性要件との、いずれが決め手となり、あるいは両要件がいかなる関係に立つのかの問題となる。第二に、判旨の理論的根拠、すなわち、著作物の「使用」についての反復可能性が、なぜその「複製」の有無に影響を及ぼすのかの問題となる。第三に、特に本件において、一時的蓄積の主体が誰か(送信者か、受信者か、機器自体か)の問題となる。

#### 5 学説

一時的蓄積の侵害肯定説として野一色説がある(\*36)。

一方、侵害否定説は、その論拠に応じて次の三つに分けることができる。

(1) 本来は適法な使用に必然的に随伴する点を根拠にする立場(\*37)

る立場(\*37)

この見解に対しては、「著作物利用の制限」に対して「著作物利用の自由」が常に優先される根拠が不明であるという反論があり得る。すなわち例えば、確かに読書が著作物の自由な使用行為であるとしても、それに必然的に随伴する利用(複製)行為を常に適法ととらえるには、使用が利用に優先するという、もう一段の正当化根拠を必要とするように思われる。

(2) 著作権者への不利益(販売機会の喪失)がない点を根拠にする立場(\*38)

この見解に対しては、一時的蓄積ではない通常の複製権侵害の場合に、著作権法が必ずしも著作権者の販売機会喪失をもって複製ととらえているわけではない(販売機会が失われない場合も、ひとまず複製ととらえた上で、ある種の行為類型については特に権利を制限している)、という反論があり得る。

(3) 複製者が複製の意図・目的・認識等の主観的要素を欠く点を根拠にする立場(\*39)

この見解に対しては、どの程度具体的な主観的要素を複製権侵害要件として求めるのか、例えば個々の行為者ごとの知識レベルまでも問題とするのか(コンピュータ技術者と一般人とで侵害の成否が異なるのか)、等の検討課題が残されているように思われる。

### 一時的蓄積に関する議論状況と我が国における論点

#### 1 議論状況

一時的蓄積の問題を巡る我が国内外の考え方は次のように整理することができる

(1) 著作権法上の権利範囲に含まれるという考え方

この考え方は、一時的蓄積が著作権法上の「複製」であり、かつそれが著作権法上の複製権の規定対象に含まれるという理解を前提とする。この考え方に従えば、一時的蓄積は無断で行われる限り原則として著作権侵害だということになる(\*40)。

(\*33) 著作権審議会国際小委員会報告書33頁(平成12年11月16日)。

(\*34) 同上34頁。

(\*35) H12.5.16東京地裁 平成10(ワ)第17018号; H12.5.16東京地裁 平成10(ワ)第19566号。

(\*36) 野一色勲「コンピュータにおける複製」著作権研究16号91頁(1989年)。

(\*37) 斉藤博「交錯する新旧の課題」ジュリスト1132号5頁(1998年); 同『著作権法』159頁(有斐閣、2000年)。

(\*38) 紋谷暢男「プログラムの保護に関する諸問題」コピーライト33巻6号5頁(1993年); 田村善之『著作権法概説』113頁(有斐閣、1998年)。

(\*39) 苗村憲司「マルチメディア社会における知的財産権」苗村 小宮山編著「マルチメディア社会の著作権」66頁(慶應義塾大学出版会、1997年)及び塩澤 前掲注6、213頁(1999年)がある。特に後者は、一時的複製においても、複製物の生成は認められるが、しかし著作権侵害となるような(主観的要素を伴う)複製行為がないとし、複製物と複製行為を分けて考える点において、注目すべき見解である。

(\*40) 野一色勲「コンピュータにおける複製」著作権研究16号68頁(1989年)は、このような考え方にに基づき、プログラムの使用を複製権の権利範囲に含めるものとする。

もっとも、このように著作権法上の権利範囲に含まれると考えると、一時的蓄積が常に著作権侵害になるとまではいえない可能性も残されている。というのは、一定の一時的蓄積が著作権法上の権利範囲に含まれるとしても、権利者の許諾がある場合はいまでもなく侵害にならない。また、たとえ著作権法上は違法だとしても、権利濫用などの著作権法外在的なツールによって侵害を否定する解釈論が成り立つ余地もあるからである<sup>(\*)41)</sup>。

## (2) 著作権法上の権利範囲に含まれないという考え方

( ) いったん「複製権」に含めた上で権利制限する考え方  
一時的蓄積を、ひとまず「複製権」の規定対象に含めて把握した上で、権利制限規定により権利範囲から排除するという考え方である。この考え方は、「複製」概念及び「複製権」の規定対象を広範に把握するという理解を前提としている。これに従うなら、一時的蓄積は原則として自由に行えることになる。幾つかのEC指令(ソフトウェア指令、データベース指令、電子商取引指令、著作権指令案(修正案;コモン・ポジションを含む))や欧米の国内法は、いずれも広範な「複製権」概念を採用又は前提とした上で、一定の一時的蓄積について制限規定により権利範囲から除外している<sup>(\*)42)</sup>。特に最近では、一時的蓄積の問題を意識して、「一時的又は永続的な(temporary or permanent)」といった文言を用いることによりいっそう広範な「複製権」概念を定める例も少なからず見られる<sup>(\*)43)</sup>。このように、諸外国の立法例にはこの考え方に基づくものも多く見られる。こうした解釈が定着した背景には、欧米の国内法やベルヌ条約(パリ改正版)9条1項における広範な「複製権」概念があるからとも考えられる<sup>(\*)44)</sup>。

## ( ) そもそも「複製権」に含まれないという考え方

この考え方は、必ずしも「複製権」概念を広範なものと把握しないという理解を前提とし、一時的蓄積はもともと著作権法

上の権利範囲に含まれないとする。この考え方は更に以下の二つに分けることができる。

「複製」ではあるが「複製権」には含まれないという考え方

この考え方は、「複製」である以上、それは我が国の著作権法21条に定義される「複製権」の対象にひとまず含まれると考える。しかしながら、一時的蓄積によって生成されたものは確かに著作権法上の「複製物」ではあるが、コンピュータ操作者の意図に基づかない無意識的な一時的蓄積においては「著作権法にいう複製行為」がなく、飽くまで「複製する権利」である複製権を侵害することはない、という考え方である<sup>(\*)45)</sup>。

## そもそも「複製」に含まれないという考え方

この考え方は、著作権法の「複製」概念をいわば規範的に狭く解釈し、一時的蓄積は著作権法上の「複製」概念に含まれないとするものである。我が国における従来の通説的見解が採用していたのは、このような考え方だといえる<sup>(\*)46)</sup>。また、近時我が国の裁判例においてもこの考え方に沿うものが出されている<sup>(\*)47)</sup>。なぜこのようないわば規範的な「複製」概念を採用することができるかという正当化根拠については<sup>(\*)48)</sup>、必ずしも帰一するところが見られないように思われる。このうち、有力に論じられている根拠の一つは、プログラム著作物の使用に係るみなし侵害規定(著作権法113条2項)との関係で裏付けするというものである<sup>(\*)49)</sup>。すなわち、同項はプログラムの使用行為について、一定の要件を満たす場合には著作権侵害と「みなす」と定めている。だとすれば、同項の場合を除いてプログラムの使用行為それ自体は自由であり、かつそうした使用行為に伴う一時的蓄積も自由であるという理解が著作権法の前提にはある、という形で正当化を試みるのである<sup>(\*)50)</sup>。

(\*)41) 鳥並委員の指摘に基づく。

(\*)42) ECソフトウェア指令5条1項、同データベース指令6条1項、同電子商取引指令13条、同著作権指令案5条1項、米国著作権法512条など参照。

(\*)43) ECソフトウェア指令4条a号、同データベース指令5条a号、同著作権指令案2条参照。

(\*)44) 駒田泰士「いわゆる一時的複製についてその著作権法上の評価」(1999年9月4日国際高等研究所における研究報告)の指摘に負う。これによると、欧米諸国の著作権法の発展過程においては、録音を複製権でカバーするために複製概念を拡大する方向性が見られるのに対して、我が国の旧著作権法においては、録音のみならず、演奏や上演といった無形利用も含めた極めて広範な「複製」概念が採用されており(旧著作権法1条1項)、むしろ複製概念を有形的なものに限定した現行法には複製概念を逆に縮小する方向性が見られるとする。そして、このような方向性の違いが、一時的蓄積に関する欧米諸国と我が国との通説的解釈の相違をもたらした背景要因の一つとなっていると指摘する。

(\*)45) 塩澤・前掲注6、213頁、240頁参照。この見解は、「著作権法にいう複製行為」とは、「能動的な行為であり、複製元と同じものを作出しようとする意思を持ってして初めてなし得る作為的なもの」(同236頁)だという理解を前提としている。

(\*)46) 「著作権審議会第二小委員会(コンピュータ関係)報告書」(1973年);北川善太郎『技術革新と知的財産法制』73頁(有斐閣、1992年);紋谷 前掲注38、5頁;文化庁「著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキンググループ検討経過報告」7頁(1995年);苗村・小宮山編著・前掲注39、66頁以下(苗村執筆);田村・前掲注38、112頁;齊藤 前掲注37参照。

(\*)47) スターデジコ事件、前掲注35参照。これは、ごく近時の裁判例に見られるといわれる「複製概念の規範化」の傾向(これを既に1999年12月の段階で指摘するものとして、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号95頁(2000年)参照)に属するものと考えられる。

(\*)48) 本稿 5も参照。

(\*)49) 北川・前掲注46、71頁;田村 前掲注38、112頁;スターデジコ事件、前掲注35 等参照。

(\*)50) この正当化根拠にはやや疑問が残る。もし一時的蓄積が著作権法上の複製であるならば、わざわざプログラムの使用行為を著作権侵害とみなす規定を置く必要はない。ただし、それはプログラム著作物の使用が常にそのプログラム著作物の一時的蓄積を伴う、という事実を前提にして初めて妥当する。しかし実際、プログラムを使用する際、常にかつプログラム著作物の全体が一時的蓄積されるとは限らないのではなからうか。だとすれば、たとえ一時的蓄積を「複製」だと考えとしても、その限りで(すなわち常に著作物全体について著作権侵害を擬制するという機能において)、同条のみなし規定の存在意義は否定されるものではないように思われるからである。

## 2 我が国における論点

### (1) 対象となる場面

#### ( ) 従来の議論

従来の様々な議論において一時的蓄積が行われる場面として念頭に置かれていたのは、必ずしも一つではない。以下のような二つのアプローチが見られる。

#### 個別のアプローチ

従来の議論(とりわけ欧米の立法例)に多く見られるのがこのアプローチである。例えば、ECソフトウェア指令5条1項はプログラムの使用行為に伴う一時的蓄積を対象としているし、EC電子商取引指令13条はキャッシュに伴う一時的蓄積を問題にしている。こうした立法例に見られるのは、飽くまで個別的な特定の場面を念頭に置いて、それに伴う一定の一時的蓄積を権利範囲から除外するという規定にすぎない。さらに、EC電子商取引指令13条や米国著作権法512条B項といったキャッシュに関する規定は、飽くまでサービス・プロバイダの責任制限という場面に対象を限定して、権利範囲から除外するという規定にすぎない。このように、個別のアプローチは既に幾つかの立法例において実現されている。

#### 一般のアプローチ

他方で、個別の場面に限定せず一般的な概念として一時的蓄積を権利範囲から除外するという一般のアプローチもある。実際のところ、このようなアプローチもこれまで何度か試みられてきた。しかし、いずれも十分に実現されていないというべきであろう<sup>(\*51)</sup>。

#### ( ) 我が国の今後の課題

我が国において立法政策を検討する際に、特定の個別的場面を念頭に置いた一時的蓄積を対象とするのか(個別のアプローチ)、それとも一般的な概念規定を定めるのか(一般のアプローチ)、という選択を迫られることになる。このうち一般のアプローチは、その採用による波及効果が大きいことは確かである。一方、技術の急速な発展にかんがみれば、現存の技術を前提にした個別のアプローチは、ようやく立法が実現する頃には既に時代遅れになってしまうおそれもある。こうした点は、今後検討を深める必要がある。

### (2) 対象となる行為

#### ( ) 従来の議論

対象となる行為に関して、従来の議論においては「一時的」、「複製」について共通した理解が共有されていたわけではない。具体的には以下のとおりである。

#### 「一時的」

まず、従来の議論において念頭に置かれている「一時的」複製は、必ずしも一貫していないように思われる。既に、これに関連する用語として、「一時的(temporary)」、「過渡的(transient)」、「偶発的・付随的(incidental)」、「エフェメラル・蜻蛉的(ephemeral)」など、数多く登場している。これらの語感はそれぞれ異なるようであり、少なくとも「一時的(temporary)」は「過渡的(transient)」よりも時間的に長いものであるという理解が前提とされているものと考えられる<sup>(\*52)</sup>。

#### 複製」

従来の議論において念頭に置かれていた「複製」の概念も、必ずしも一枚岩とはいえない。とりわけ、欧米の議論においては、「複製」概念が広く、いわば事実に客観的に解釈されているのに対し、我が国の従来の通説的見解においては、「複製」概念が狭く、いわば規範的に解釈されており、この問題をいっそう複雑にしている。

#### ( ) 我が国の今後の課題

このように、「一時的」及び「複製」の概念は、それぞれ必ずしも共通の理解に達しているとはいえない状況にある。そこで、一時的蓄積の問題に対処するに当たって、今後の課題の一つになるのは、どのような行為を対象とするかという問題である。以下、順に検討する。

#### 「一時的」

何を基準にしてどのようなものを「一時的」と呼ぶのが妥当かという問題を検討する必要がある。

従来の議論から、この基準に含まれ得る客観的要素として以下のものが挙げられる。(a) 結果として蓄積されている時間の長短という要素。これは、蓄積された時点から消去され、又は消滅するまでの保存時間が、長ければ長いほど「一時的」と認められにくくなるという形で問題にされる。この要素を考慮すること自体は、おおむね共有されているといえる。(b) 蓄積状態の態様という要素。例えば、電源を切ると消去されてしまう状態かどうかということが問題とされる。(c) 蓄積されている媒体の形態という要素。ここでは、蓄積されている媒体がメモリなのか、ハードディスクなのか、それともネットワーク上なのか、といったことが問題とされる。

主観的要素として挙げられるのは、(d) いずれ消去することを予定しているかどうかという複製者の主観的な要素である。例えば、物理的には永続性を有する形態による蓄積であっても、いずれ消去することが予定されているものは「一時的」と認められやすくなる、という形で問題にされる。放送のための一時的録音・録画を認めている著作権法44条(放送

(\*51) W P O 著作権条約(議定書)第17条が最終的に削除されたことは典型的である。また、EC著作権指令案が修正草案からコモン・ポジションにかけての修正は、その適用対象を限定する意図に基づいているように思われる。

(\*52) これについては、EC電子商取引指令において、12条(単なる導管Mere conduit)には「transient」、13条(キャッシュ)には「temporary」というように、それぞれ使い分けられている点も参照。

事業者等による一時的固定)の基礎には、このような考え方が含まれているように思われる(\*53)。

#### 複製

複製」概念についても、何を基準にしてどのようなものを複製」といふかについて改めて検討しなければならないであろう。これは、我が国でいえば著作権法2条1項15号にいう「有形的に複製すること」の解釈問題ということになる(\*54)。

この基準に含まれ得る要素として、以下のようなものが挙げられる。(a) 当該行為による存在の複数化(複製物と複製元との独立性)という要素。この要素を必要とすること自体は、「複製」という語義から導かれるものとして、おおむね共有されているように思われる。(b) 事後的な使用ないし知覚可能性という要素。この要素により、いわゆるダウンロード形式とストリーム形式とが区別され、後者は複製ではないということになろう(\*55)。(c) 蓄積媒体(有体物)の物理的な変化という要素。この要素により、メモリ・キャッシュとスクリーン上映とが区別され、後者は複製ではないということになろう(\*56)。

このように、一義的な複製」概念を設けることは極めて困難であると思われる。

そして、更に困難な問題を迫られることになるのは、我が国の従来の通説的見解と同様に複製」概念を規範的に解釈する場合である。というのは、規範的解釈を採用する場合、「複製」かどうかを判断する基準として、客観的要素だけでなく、複製者の主観的要素や、その他の外在的要素(複製権者に与える経済的影響など)といった評価的要素も考慮に入れられることになり、著作権法上の複製」とは一体どのようなものを指すのか、という問いに対して一貫した説明を行うことが次第に難しくなってくるからである。さらに、もし、規範的解釈を採用して多種多様の要素を考慮すると主張するならば、その正当化根拠についての説明も併せて行うことが必要になるからである。

### (3) 我が国の具体的な立法政策

#### ( ) 従来の議論

具体的な立法政策に関して、従来、欧米の議論においては、ひとまず広範な複製」及び複製権」概念を措定した上で、権利制限規定によって一定の一時的蓄積について権利範囲から除外するという立法論的な傾向が一般的であった。我が国の議論においては、一定の一時的蓄積はそもそも著作権法上の複製」概念に含まれないものとする解釈論が有力であった。

#### ( ) 我が国の今後の課題

### 基本方針と正当化根拠

まず基本的な決定を迫られるのは、一時的蓄積をそもそも著作権法上の権利範囲に含めるべきなのか、それとも含めるべきではないのか、という問題である。そして、そこで重要なことは、そうした基本決定をどのように正当化するかという根拠の問題である。しかし、これは恐らく容易な作業ではない。というのは、一時的蓄積が著作権法上の権利範囲に含まれるべきかどうかという点について理論的に正当化するためには、そもそも著作権というものがなぜに保護されるべきかという問題を避けて通ることはできない側面をもっているからである。この点については、論点の指摘にとどめる。

#### 解釈論・立法論

次に、ある基本決定があった場合、それを実現するためにどのような解釈論又は立法論を採用するかという課題が生ずる。ここでは、解釈論及び立法論がそれぞれ持つ柔軟性と明確性とを、この問題の特性に即して検討する必要があるだろう。

そして立法論としての解決が選択される場合は、具体的にどのような規定手法を用いるかという課題が次に生じてくる。ここでは、一般的に立法手法がもつ実践的な意味も問題となる。特に、「複製」概念からあらかじめ除外する手法と、広範な複製」概念をとった上で権利制限する手法の二つの手法の間で、どのような効果の違いが生ずるのかという点が問題となる。

#### 具体的な方向性

具体的な方向性については、今後の検討にゆだねられる。

最近では一時的蓄積にまつわる場面ないし行為が、プログラムの使用、ネットワークにおけるキャッシュ、あるいはサービス・プロバイダの責任論とのかかわりなど、極めて多様化・個別化しつつあるという状況にある。このような多様化した場面に個別的に対処するためには、そこで行われる一時的蓄積がそもそも「複製」であるかどうか、という入口の段階で一刀両断に判断するという方法は、ややハードにすぎるきらいがあり、そのためきめの細かい対処を難しくするのではなからうか。だとすれば、むしろそうした一時的蓄積もいったん複製」であると認めた上で、(a) 一定の一時的蓄積については立法的に個別の要件を立てて権利制限することにより著作権法上の権利範囲から除外するか、(b) 一定の一時的蓄積については著作権法上の権利範囲に含める、という方向性を採用した方が、幅広い選択肢に基づくきめの細か

(\*53) 加戸守行『著作権法逐条講義 277頁(著作権情報センター、三訂新版、2000年)は、「一時的といっても、録音・録画行為の性質が異なるわけではありませんから、目的意識として概念されることになりましょう」とする。

(\*54) 以下の検討につき、塩澤・前掲注6、230頁以下も参照。

(\*55) 本稿 2参照。

(\*56) この要素を基準に加えるとしても問題は残る。例えば、画面に上映する行為は一般に「複製」とはとらえられていないが、液晶画面の場合は、その画面上に物理的变化が生じているといわざるを得ないと考えられるからである。

法的対応を可能にするとともに、明確性の観点からも相対的に効果的だと思われる。したがって、国際的ハーモナイゼーションの観点からしても、いまやこのような方向性を改めて検討すべき時期に達しているのではなかろうか。

もっとも、技術の急速な進展のために、立法された個別規定が実践的にはあまり意味を持たなかったり、あるいは、柔軟性に欠ける結果を招いたりする事態も予想される。こうした理由により、個別規定による立法論について批判する向きも見られる。したがって、立法的対処を行うとしても、その際の具体的な規定手法（どわけ規定における要件の柔軟性 開放性）については工夫が求められることになるであろう。

(担当 主任研究員 北川 貞雄)