

米国著作権法におけるオンライン送信

—頒布権との関係を中心に—

鳥澤 孝之

I 問題の所在

文芸、学術、美術、音楽、映画等の作品は、各国の著作権法により著作物として排他的な権利を行使することができるため、それらの利用については著作権者の許諾が原則として必要になり、ライセンス契約の締結などを通じて作品の創作者等に対価等の収益が付与される。一方で著作権者は許諾を得ずに著作物を利用した著作権侵害者に対して、著作権法第112条に基づく差止請求や、民法第709条に基づいて不法行為として損害賠償請求などを行うことができる。

このような著作権侵害は従来、書籍、パッケージソフトウェアなど、海賊版コピーの販売などの違法な複製物の頒布が主流であった。1886年に作成された文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約¹（以下「ベルヌ条約」という。）においては、国際的な著作物の流通における締約国間の著作権保護について定めたもので、著作物の複製、翻訳、上演、演奏、放送などの権利を定め、国際的

な海賊版の流通を防止していた。しかし1990年代以降のデジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、インターネットなどの電子的な送信を通じたものが多くなってきたため、ベルヌ条約だけでは国外に著作権が及ばない利用の範囲が拡大した。このような状況に対応して、世界知的所有権機関（以下「WIPO」という。）は、1996年に「著作権に関するWIPO条約」（平成14年条約第1号）（以下「WCT」という。）と「実演及びレコードに関するWIPO条約」（平成14年条約第8号）（以下「WPPT」という。）を作成した。このうち著作物等のインターネット等を通じた利用に関しては、著作者について公衆への伝達権（WCT第8条）を、実演家及びレコード製作者について固定された実演又はレコードの利用可能化権（WPPT第10条及び第14条）を保護することを規定した。条約締約国ではこれらの権利の創設について各国立法で対応した²。

しかしWCT及びWPPTの作成過程では、各国の著作権法、利益等を背景に、電子的な

- 1 日本が最初にベルヌ条約を公布した当時は「文学的及美術的著作物保護万国同盟創設二関スル条約」（明治32年7月12日勅令）であったが、その後改正され、現在日本に適用されているのは1975（昭和50）年3月6日に公布された「1896年5月4日にパリで補足され、1908年11月13日にベルリンで改正され、1914年3月20日にベルヌで補足され並びに1928年6月2日にローマで、1948年6月26日にブラッセルで、1967年7月14日にストックホルムで及び1971年7月24日にパリで改正された1886年9月9日の文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」（昭和50年条約第4号）である。
- 2 なお2012年6月24日に視聴覚的実演の保護に関するWIPO外交会議で採択された「視聴覚的実演に関するWIPO北京条約」では実演家に与える権利として、固定された実演の利用可能化権（第10条）、放送及び公衆への伝達権（第11条）などが定められている（Beijing Treaty on Audiovisual Performances, AVP/DC/20, June 24, 2012, WIPO Document. <http://wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/avp_dc/avp_dc_20.pdf>）。

送信に関する排他的権利の構成について議論が続いた。この点 WIPO 事務局次長だったミハイリ・フィチョール博士は、検討作業の過程において、ネットワークを通じた送信という新しい現象に対する既存の権利の拡大適用において、デジタル方式でのインタラクティブ送信³が「複製を伴った諸権利」(頒布権、貸与権など)と「複製を伴わない諸権利」(公の実演権、放送権、有線送信権など)の2つのグループの権利の境界に混乱をもたらしたと指摘している。そのため、既存の諸権利のうちどの権利を拡大適用することによってインタラクティブ送信に権利を及ぼすことができるのかという議論がされたときに、各国の既存の国内法の内容、国内での既存の契約秩序などを背景にして、頒布権 (right of distribution) により対応する国と公衆伝達権 (right of communication to the public) により対応しようとした国に分かれた。しかしいずれの権利を選ぶかについての決定は容易でなかったことから、以下のような妥協案が生み

出され、その解決策がアンブレラ・ソリューション (umbrella solution) と呼ばれた⁴。

- ①インタラクティブ送信という行為は、条文においてできる限りニュートラルな方法で描写し、権利の名称を限定しないこと。
- ②インタラクティブ送信の特性は、特定のテクノロジーとは無関係のものとし、同時に、公衆の構成員がそれぞれ自由に選んだ時・場所においてアクセスできるような状態に置かれた時点で、著作物や著作隣接権の対象物が公衆に対して利用可能にされたとするという形で描写すること。
- ③付与される許諾権の名称について、各国に十分な自由が与えられること。
- ④ベルヌ条約におけるギャップ (公衆伝達権・頒布権の対象範囲) は、解消されるべきこと。

検討作業に参加した国のうち、日本は公衆伝達権により⁵、米国は頒布権により⁶、EC (ヨーロッパ共同体) は貸与権により⁷対応しようとした。その後、日本は著作権法 (昭和

3 「公衆への送信」の中で、情報が常に公衆まで送信されている「放送」等とは異なり、「サーバー」と呼ばれる送信用コンピュータに入力されている情報が、公衆 (端末) からのリクエスト (アクセス) があった場合のみ送信される形態 (濱口太久未「解説 『著作権法の一部を改正する法律』について—『インタラクティブ送信』について世界最先端を維持した日本の著作権法—」コピライト436号3-5頁 (1997年))。ただし、WCT 第8条、WPPT 第10条及び第14条中の「それぞれが選択する」はオンデマンド状況を意味し、「利用可能化権の対象から、決まった時間に予め確定しているプログラムに基づいて一般公衆が受信するために提供する形で利用を除いている」とする説明がある (Reinbothe, J. and Lewinski, S., *The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright and Phonograms Treaty*, Butterworths, 2002, at 109,339,370. 抜粋和訳として『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』(文化審議会著作権分科会、2006年) 62-63頁。

4 Ficsor, M., *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms*, World Intellectual Property Organization, 2003, pp.207-209. 和訳版として、ミハイリ・フィチョール (大山幸房ほか訳)『WIPOが管理する著作権及び隣接権諸条約の解説並びに著作権及び隣接権用語解説』(社団法人著作権情報センター、2007年) 237-239頁参照。

5 Proposals submitted by Japan, BCP/CE/VI/9, December 9,1995, WIPO Document. <http://www.wipo.int/mdocsarchives/BCP_CE_VI_1996/BCP_CE_VI_9_E.pdf>

6 Proposals submitted by United States of America, BCP/CE/VI/8, December 5,1995, WIPO Document. <http://www.wipo.int/mdocsarchives/BCP_CE_VI_1996/BCP_CE_VI_8_E.pdf> なお頒布権を規定した第3条 (1) (a) で排他的権利の内容として “the making available...by any means, including by transmission” と提案していた。

7 Proposals submitted by The European Community and its Member States, BCP/CE/VI/2, November 20,1995, WIPO Document. <http://www.wipo.int/mdocsarchives/BCP_CE_VI_1996/BCP_CE_VI_2_E.pdf> EC グリーパーでの勧告として、Commission of the European Communities, Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society, Brussels,19.07.1995, COM (95) 382 final, pp.56-60 参照。

45年法律第48号)の改正(著作権法の一部を改正する法律(平成9年法律第86号)及び著作権法の一部を改正する法律(平成14年法律第72号))により規定(公衆送信権(第23条第1項)及び送信可能化権(第92条の2、第96条の2、第99条の2及び第100条の4))を置き、ECは理事会指令で公衆への伝達権及び公衆に利用可能にする権利を規定したが、米国は法改正などにより新たな規定を置かず、頒布権等により公衆送信による利用に対して排他的権利を及ぼしている。

このようにインターネットなどのインタラクティブ送信を含むオンライン送信による著作物等の利用に関する排他的権利についてWCT及びWPPTで規定されているが、各国の立法ではそれぞれ異なる規定により立法措置を行っている。このうち米国はオンライン送信について、複製物の頒布と同様に複製権及び頒布権を中心に排他的権利の法的構成を行っており、複製物の頒布とオンライン送信の排他的権利を区別する日本とは異なるものである。同一の条約の締約国でこのような違いがあることから、米国の動向は、公衆送信権及び送信可能化権に関する法改正(権利制限に係るものを含む。)を行っている日本に公衆送信権の概念、複製権、頒布権等との関係について示唆を与えるものと考えられる。

そこで本稿では、IIで米国のオンライン送信に対する著作権法上の排他的権利及びその制限について頒布権を中心に述べた上で、IIIでは頒布権に関する米国著作権法の規定の変遷や公衆送信に関する米国の裁判例などを考察し、IVで日本の著作権法で規定されるオンライン送信に係る排他的権利の在り方に対する示唆について考える。なお本文中で法律名が記載されていない条文は米国著作権法(Title 17 of the United States Code)⁸⁾によるものと

する。

II オンライン送信の論点

1 排他的権利

オンライン送信では著作物の複製物が送信を通じて頒布されることから、著作権のある著作物の排他的権利として複製権及び頒布権が問題になる。また録音物についてはデジタル音声送信について排他的権利が規定されている。

(1) 複製権

第106条(1)では、著作権を保有する者は「著作権のある著作物をコピー又はレコードに複製すること」について許諾する排他的権利を有すると規定し、著作権者に複製権を与えている。複製権の対象となるコピーは「現在知られている方法又は将来開発される方法によって著作物を固定した有体物(レコードを除く)であって、これにより当該著作物を直接又は機械若しくは装置を使用して覚知し、複製し又は伝達することができるものをいう。『コピー』には著作物を最初に固定した有体物(レコードを除く)を含む。」と、レコードは「現在知られている又は将来開発される方法によって音声(映画その他の視聴覚著作物に伴うものを除く)が固定された有体物であって、直接又は機械若しくは装置を使用して音声を覚知し、複製し又は伝達することができるものをいう。『レコード』には音声が最初に固定された著作物を含む。」と第101条で定義されている⁹⁾。

著作権による保護は「現在知られているか又は将来開発される有形的表現媒体であって、直接に又は機械もしくは装置を使用して著作物を覚知し、複製し又は伝達することが

8 Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541.

9 本稿での米国著作権法の和訳は、山本隆司訳『外国著作権法令集(42) —アメリカ合衆国編—』(社団法人著作権情報センター、平成21年)などによった。

できるものに固定された、著作者が作成した創作的な著作物に及¹⁰び、言語著作物、音楽著作物、演劇著作物、無言劇及び舞踊の著作物、絵画、図形及び彫刻の著作物、映画及びその他の視聴覚著作物、録音物、建築著作物などが対象になると規定されている(第102条(a))。そして米国著作権法で特徴的なのは、著作権保護は著作物が最初にコピー又はレコードに固定(fixation)されるときに開始され、コピー又はレコードとして固定することが要求されている点である(第101条)¹⁰。

このように著作権保護においては固定性が要件とされることから、著作物を頒布、オンライン送信などにより利用するには、著作権が制限される場合などを除き原則として複製について許諾を得る必要があると考えられる¹¹。

(2) 頒布権

第106条(3)では頒布権の内容を「著作権のある著作物のコピー又はレコードを、販売その他の所有権の移転又はレンタル、リース若しくは貸与によって公衆に頒布すること」と規定している。「公衆(public)」に頒

布することが要件になっているが、実演及び展示を除いて(第101条参照)「公衆」について一般的に定義する規定はない。この点、コピー等を家族、友人、同僚等に頒布することについては私的な頒布であるため頒布権が及ばないとする指摘がある¹²一方で、複製物を1人にだけ配布した場合もその者が一般公衆を構成するものであれば頒布権が及ぶとする裁判例がある¹³。また著作物の頒布が、第101条で「著作物のコピー又はレコードを、販売その他の所有権の移転又は貸与によって公衆に頒布すること」と定義される「発行(publication)」に該当しない場合には、著作権者の頒布権の範囲外と認定されるとする指摘がある¹⁴。

米国ではオンライン送信における著作権保護について、頒布権、複製権、公の実演権(第106条(4))、公の展示権(第106条(5))を組み合わせて適用するため、ファースト・セール・ドクトリンの適用(第109条(a))が問題になる。この点、日本の公衆送信権など、公衆伝達権によりオンライン送信における著作権を保護する国とは異なる課題があると考えられる¹⁵。

10 Gorman, R., Ginsburg J. and Reese R., *Copyright: Cases and Materials Eighth Edition*, Foundation Press, at 91-99 (2011) ; 2 Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* §8.02 [B] [2] (2012). 著作権保護の固定性の要件について日本の著作権法と比較して解説したものとして、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社、2004年)86-89頁参照。

11 See Nimmer, *supra* note 10, §8.02 [C].

12 4 William Patry, *Patry on Copyright* §13:10 (2009).

13 *Ford Motor Co. v. Summit Motor Products, Inc.*, 930 F.2d 277 (3rd Cir. 1991) ; *Psihoyos v. Liberation Inc.*, 1997 U.S. Dist.LEXIS 5777; 42 U.S.P.Q.2D (BNA) 1947 (S.D.N.Y. 1997).

14 Lehman, B. and Brown, R., *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* 215 (1995) [hereinafter cited as *White paper*]. 和訳したものとして、ブルース・A・レーマン、ロナルド・H・ブラウン(山本隆司訳)『知的所有権および全米情報基盤: 知的所有権作業部会報告: 米国ホワイトペーパー(1995年9月)』(社団法人著作権情報センター、1995年)(以下「ホワイトペーパー」という。)175頁参照。なお同報告書の予備草案として、ブルース・A・レーマン=ロナルド・H・ブラウン(大楽光江訳)『知的所有権と全米情報基盤: 知的所有権作業部会報告の予備草案: 米国グリーンペーパー(1994年7月)』(社団法人著作権情報センター、1995年)参照。

15 *DMCA Section 104 Report: A Report of the Register of Copyrights Pursuant to §104 of the Digital Millennium Copyright Act*, U.S. Copyright Office, 92-95 (2001). 同書の和訳として、増田雅子訳『DMCA第104条報告書 米国著作権局2001年8月: デジタル・ミレニアム著作権法第104条に基づく著作権局長報告書』(社団法人著作権情報センター、2002年)(以下『DMCA第104条報告書』という。)60頁参照。

しかし現行の米国著作権法が1976年に制定されてから20年間は、頒布権を複製権から区別して訴訟で原告が権利侵害を主張することは少なかったとされる。その理由としてアナログ時代においては頒布が手交により行われる傾向にあり、海賊版の小説などが頒布された場合でもコピーの作成を踏まえて複製権の侵害を主張すれば足りるからであるとし、頒布権はファイルシェアリング技術が登場するまでは「眠っている (dormant)」状態であったとする指摘がある¹⁶。

オンライン送信によらない著作物の頒布で頒布権が論点になった裁判例のうち、*National Car Rental System, Inc. v. Computer Associates International, Inc.* は、Computer Associates International 社 (CA 社) が National Car Rental System 社 (National 社) に対して同社の内部的なデータ処理についてのみプログラムの利用を許諾するという内容の契約に基づいてライセンスを与えたところ、National 社が第三者にプログラムを利用させたことから、契約違反として訴えたものである。これについて第1審は、契約違反は著作物のコピーに関する頒布権侵害に等しく頒布権が及ぶことから、著作権法が契約を専占し、契約違反の主張を認めなかった¹⁷。これに対して第8巡回区控訴裁判所は、頒布権が及ぶ頒布は「実際の頒布 (actual dissemination)」であるため、プログラムのような有形的でないものの頒布については頒布権が及ばず、著作権法が契約を専占しないことから、差戻しとされた¹⁸。

一方で *Hotaling v. Church of Jesus Christ of*

Latter-Day Saints では、教会の本部図書館がマイクロフィッシュ形式で発行された研究資料を購入した後に、マイクロフィッシュを無断で複製して支部図書館に配布したのが著作権者に発覚したためマイクロフィッシュを回収して破壊し、図書館利用者に提供しなかったことから図書館の行為について複製権侵害のほかに頒布権侵害が成立するのかが争われた。第4巡回区控訴裁判所は、公共図書館が著作物を所蔵し、索引及び目録システムでリスト化すれば、公衆向けに貸出しや閲覧を提供するなど、公衆によるコピーの利用が可能な状態になり (make the copy available to the public)、公衆への頒布に必要な全ての段階が完了するなどとして頒布権侵害を認めた¹⁹。

この両裁判例の判断について、*Hotaling* 事件では頒布権を利用可能化の範囲にまで拡大して権利侵害を認めたのに対して、National 社の事案ではその反対の結論になったことから、ファイルシェアリングに係る著作権侵害の事案など21世紀初頭に起きた頒布権に係る悩ましい問題の解明にはあまり役立たないとする指摘がある²⁰。また *In re Napster, Inc. Copyright Litigation* の決定でパテル判事は、*Hotaling* の判断は著作権のある著作物の頒布を単に申し出れば第106条(3)の責任が発生することになり、現行の著作権法の規定の文言や立法上の歴史と一貫しないと批判した²¹。

オンライン送信に係る裁判例では、著作物のアップロードについて頒布権侵害と認定してきた²²。主な裁判である *Playboy Enterprises v. Frena* では、投稿者のみが接続可能なオン

16 Menell, P., In Search of Copyright's Lost Ark: Interpreting the Right to Distribute in the Internet Age, 59 J. Copyright Soc'y L, at 6-7.

17 See 22 U.S.P.Q.2d 1375 (D. Minn. 1992).

18 991 F.2d 426, 434 (8th Cir.), cert. denied, 510 U.S. 861 (1993).

19 118 F.3d 199 (4th Cir. 1997).

20 2 Nimmer, supra note 10, § 8.11 [B] [4], C [1] [a].

21 377 F. Supp. 2d 796, 802-803 (N.D. Cal. 2005).

22 Patry, supra note 12, § 13:11.

ライン掲示板 (BBS) サイトへのアップロードについて、サマリー・ジャッジメントで被告の掲示板運営者が展示権を侵害すると認定した。また裁判所は頒布権の侵害が暗示されるとした²³。そのためホワイトペーパーでは、第106条 (3) に規定する頒布権が、コンピュータのメモリーに著作物のコピーを頒布する送信行為を含むと解釈することができ、頒布権がコピーの送信を含むため、著作権法の改正は必要ないとする見解を紹介している²⁴。

これに対してリース教授は、第106条 (3) では「著作権のある著作物のコピー又はレコード」の頒布に関して権利が与えられているのであって、コピー又はレコードに固定されていない著作物の頒布について排他的権利は与えられていないとする。またコピーは有形物 (tangible) であり、さらに頒布を行うには第106条 (3) の文言上販売、レンタル、リース、貸与などが必要になるが、少なくとも所有権の移転には所有者の行為が必要であることから、頒布権をコンピュータ・ネットワーク送信に適用できると解釈することは頒布権の規定の文言のみならず、歴史的な経緯とも対立すると批判する²⁵。

(3) 録音物におけるデジタル実演権

米国著作権法には日本著作権法の公衆送信権と同様にオンライン送信を一般的に保護す

る規定はないが、第106条 (6) で録音物におけるデジタル実演権が定められている。この権利は、録音物 (sound recordings. 一連の音楽、会話その他の音声 (映画その他の視聴覚著作物に伴う音声を除く) を固定することによって得られる著作物をいい、ディスク、テープその他のレコード等録音物を収録する有体物の性質を問わない。)²⁶を対象に、著作権のある著作物をデジタル音声送信により公に実演することを内容とするもので、1995年に制定された「録音物に対するデジタル実演権法 (DPRSRA 法)」²⁷により規定されたものである。同法の制定前においては、録音物は106条 (4) に基づく公の実演権の対象にならないなど、米国著作権法で保護されていなかった²⁸。法改正に至るまでに議会図書館著作権局長による報告書の公表、アメリカレコード協会 (RIAA)、全米放送事業者協会 (NAB)、米国作曲家作詞家出版者協会 (ASCAP) などによるロビー活動、ラウンドテーブル会議による合意があり、また1989年に米国がベルヌ条約締約国になったことに伴い、録音物の著作権保護に関する国際的認識への対応の必要性が挙げられていた²⁹。

また DPRSRA 法ではデジタル送信に関連して、非演劇的音楽著作物のレコードの頒布に係る強制使用許諾について定める第115条を改正して「デジタルレコード配信」の定義規定を置き、デジタルレコード配信を強制使

23 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993).

24 U.S. Copyright Office, *supra* note 15, at 214; 増田 前掲注 (15)、174頁。

25 Reese, R., "Symposium: Intellectual Property Challenges in The next century: Article The public Display Right: The Copyright Act's Neglected Solution to The Controversy over RAM "COPIES"", 2001 U. Ill. L. Rev. 83, 123-135 (2001).

26 17 U.S.C. § 101 (2011).

27 Act of November 1, 1995, Pub. L. No.104-39, 104th Cong., 1st Sess., 109 Stat. 336.

28 Schrader, D., "Public Performance Right in Digital Audio Transmission of Sound Recordings," *CRS Report for Congress*, 1996.2.28. <http://www.ipmall.info/hosted_resources/crs/95-969_960228.pdf>; マーシャル・A・リーファー (牧野和夫監訳) 『アメリカ著作権法』(レクシスネクシス・ジャパン、平成20年) 498-503頁。

29 *Statement of Marybeth Peters: The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary, United States House of Representatives*, 104th Congress, 1st Session, June 28, 1995. <<http://www.copyright.gov/docs/regstat062895.html>>

用許諾の対象にした。この配信について同条(d)では「録音物のデジタル送信による各々のレコードの配信で、送信の受信者が又は受信者のために録音物のレコードの特定可能な複製を行うものをいい、デジタル送信が録音物又は録音物に含まれる非演劇的音楽著作物の公の実演にもあたるかは問わない。録音物の即時の非インタラクティブの加入契約送信であって、録音物を聞き取れるようにするために送信の開始から受信者による受信までの間に録音物又はこれに含まれる音楽著作物が複製されない場合には、デジタルレコード配信とならない。」と定義している。この改正の背景には、著作権管理団体の全米音楽出版社協会(NMPA)や、その傘下でレコードの強制使用許諾料金の管理等をするハリー・フォックス・エージェンシーなどによる要望があったとする指摘がある³⁰。

2 コンピュータに生じた一時的複製の取扱い

米国では2001年の『DMCA 第104条報告書』において、デジタル複製及び送信に関連して、オンライン送信などのコンピュータ・ネットワーク上での使用の過程において作成される付随的な一時的複製の著作権法上の取扱いについて検討された³¹。

この点米国では『1976年下院報告書』によると「『固定』の定義は、スクリーン上に短時間に映写されたもの、テレビその他のブラウン管に電子的に表示されたもの、またはコンピュータの『メモリ』上に瞬間的に捕えられたものといった、純粋に消散のない通過的な複製を、概念から除くことになる。」と

して、コンピュータのRAM上に「瞬間的」に存在するに過ぎないコピーは固定の要件を満たさないとした³²。その背景として、連邦議会が、著作権のある著作物のコンピュータでの利用に使用に伴う問題は未だ具体的な立法的解決を必要とするほど十分には発展していないと考えていたことがある³³。一方で「著作物が『直接又は機械若しくは装置を使用して覚知し、複製し又は伝達できる』場合には、固定の要件は充たされる」と述べていた³⁴。

しかし連邦議会が1975年に設立した「著作権のある著作物の新たな技術的使用に関する国家委員会」(CONTU: National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works)では「1976年法は、著作権のある著作物をコンピュータに置くことはコピーの作成であり、したがって著作権の潜在的侵害となることを、現状において明確にしている」とされ、コンピュータ・メモリ上の複製を第106条(1)に基づく著作権者の排他的権利に係る「コピー」と捉えた。最終報告書では、1976年に制定された著作権法の第117条の全文を廃止することを勧告した。その上で、コンピュータ・プログラムのコピーを適法に占有する者が、その使用のためにコピーを使用し又は翻案できることを確保し、またプログラムの保存用(バックアップ)コピーを作成することを認めるといった著作権制限規定を置くなど、著作権法を改正するように提案した³⁵。連邦議会では、「1980年コンピュータ・ソフトウェア著作権改正法」においてこのCONTUの勧告をほとんど修正せずに採用し、同法で規定された第117条では、コンピュータ・プログラムのコピーの所有者が、

30 Patry, *supra* note 12, § 13:11 at 13-17,18.

31 U.S.Copyright Office, *supra* note 15, at 106-148; 増田 前掲注 (15)、67-95頁。

32 H.R. Rep. No. 94-1476, at 53 (1976).

33 *Id.* at 116.

34 *Id.* at 52 (quoting 17 U.S.C. § 102(a)).

35 National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, U.S. Government Printing Office, 12-14 (1979).

保存を目的とする場合又は「機械によるコンピュータ・プログラムの使用に不可欠な段階として作成され、かつ、他の方法では一切使用されない」場合に、プログラムの追加のコピーを作成することを認めた³⁶。

その後、議会図書館著作権局は『DMCA 第104条報告書』で、裁判例ではRAMへの複製は複製権の範囲内のコピーであると明示的又は黙示的に判断し、複製権の範囲外であるの結論に至った裁判例を認識していないとした³⁷。この問題のリーディング・ケースである *MAI Sys. Corp v. Peak Computer, Inc.* 事件では、オペレーティング・システム及び診断ソフトウェアを使用許諾契約に違反してコンピュータ・メモリに蓄積したことが著作権侵害に当たるかどうかの問題にされたが、第9巡回区控訴裁判所は、第101条の定義規定を検討し、「著作権のあるソフトウェアをRAMに蓄積することは、当該ソフトウェアの『コピー』の作成に当たる」と判断して、著作権侵害を認めた³⁸。

またベルヌ条約第9条(1)は「文学的及び美術的著作物の著作者でこの条約によつ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んを問わない。)を許諾する排他的権利を享有する」と規定しているが、WIPO 事務局次長だったミハイリ・フィチョール博士は1995年に開催された連邦議会の公聴会でRAMへの一時的複製は、複製の「方式及び形式」であるとして複製権の適用を否定することは許されないと証言した³⁹。すでに1982年には、WIPO 及び UNES-

CO (国際連合教育科学文化機関) が開催した政府専門家委員会で、保存目的の保護対象物のインプット行為については、著作物を個人に伝達するに十分安定した形式に固定することを含め、コンピュータ・システムのメモリに著作物を固定することについて著作権が及ぶことについて合意していたところである⁴⁰。

以上の状況を踏まえて、『DMCA 第104条報告書』では一時的複製の著作権法上の取扱いについて、次の3点を勧告した。第一に、合法の使用に付随する一時的複製の包括的免責規定には根拠はないとして、適法な使用に付随する全ての一時的複製を侵害に当たらないものとするような、複製権に対する包括的免責規定を採用しないことを勧告した。その一方で、許諾されたデジタル実演に付随する一時的複製については責任生じさせないこと、及び許諾された音楽ダウンロードに付随する公の実演については責任を生じさせるべきではない、として著作権制限を内容とする著作権法の改正を行うべきとする旨の勧告を行った⁴¹。

3 ファースト・セール・ドクトリン

ファースト・セール・ドクトリンとは第109条(a)が規定するように、頒布権を定める「第106条(3)の規定にかかわらず、本編に基づき適法に作成された特定のコピー若しくはレコードの所有者又はかかる所有者の許諾を得た者は、著作権者の許諾なく、当該コピー又はレコードを売却しその他占有を処

36 Pub. L. No. 96-517, 94 Stat. 3015, 3028 (1980).

37 U.S. Copyright Office, *supra* note 15, at 118-120; 増田 前掲注 (15)、75-76頁。

38 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

39 *NII Copyright Protection Act of 1995: Joint Hearing before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary and the Senate Committee on the Judiciary on H.R. 2441 and S. 1284* (Serial No. 38 (Part 1)), 104th Cong., 1st Sess. 57 (1995) (statement of Mihály Ficsor).

40 *Report: Second Committee of Governmental Experts on Copyright Problems arising from the use of computers for access to or the creation of works*, UNESCO/WIPO/CEGO/II/7, 13 August, 1982, UNESCO and WIPO document, at 6. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000507/050760eb.pdf>>

41 U.S. Copyright Office, *supra* note 15, at 141-148; 増田 前掲注 (15)、91-95頁。

分することができる」とするもので、一旦適法に販売又は無償⁴²で譲渡された著作物の頒布権を制約する法理である。この法理は *Bobbs-Merrill Co v. Straus* 事件連邦最高裁判所判決を起源とするものである。同判決では、書籍の小売販売について将来の販売価格に関する合意がない場合、著作権者には価格制限を課す排他的権利は与えられないと判断した。すなわち、裁判所は複製権と販売に関する権利を明確に区別した上で、著作権法は直接の契約関係にない将来の購入者が書籍を販売することについて制限を課す権利を著作権者に与えるものではなく、再販売に関する排他的権利は著作権法に含まれていないとした⁴³。この点『DMCA 第104条報告書』は、「ファースト・セール・ドクトリンは、元々、有形的財産の移転に対する制限を禁止するかつてのコモン・ロー上の規則を実効的にするために裁判所が採用したものであり、コピーの有形的性質はファースト・セール・ドクトリンを定義する要素であるとした上で、著作権と有体物の所有権の区別によってファースト・セール・ドクトリンの適用範囲が決定され（第202条参照）、頒布権の排他的効力が制限されると説明している⁴⁴。

Bobbs-Merrill Co v. Straus 事件判決の翌年に、連邦議会は1909年著作権法第41条でファースト・セール・ドクトリンを成文化し⁴⁵、1976年著作権法の制定に際して『下院報告書』は第109条（a）について「著作権者が著作物の特定のコピー又はレコードに対する所有権を移転したときは、当該コピー又は

レコードを譲り受けた者は、販売、貸与その他いかなる方法においてもこれを処分することができるという原則を確認している」と説明した⁴⁶。

ファースト・セール・ドクトリンの例外としては、レコードレンタル及びソフトウェアのレンタルの禁止（第109条（b））、米国以外で取得された著作物のコピー又はレコードを著作権者の許諾なく米国に輸入する行為の禁止（第602条（a））、著作権者の同意なく海外で製作された海賊版の複製物の輸入（第602条（b））がある。このうち第109条（b）のレコードレンタルの禁止規定は1984年のレコードレンタル改正法⁴⁷で、ソフトウェアのレンタルの禁止規定は1990年の著作権ソフトウェアレンタル改正法⁴⁸で置かれたものである⁴⁹。

インターネットなどのオンライン送信を通じて、音楽ファイル、コンピュータ・プログラム等をダウンロードして合法的に著作物の複製物を購入した場合に、他者にその複製物を頒布することにファースト・セール・ドクトリンが適用されるのが問題になる。この点1997年に、第109条に定めるファースト・セール・ドクトリンの適用可能性及びデジタル機器での著作物の適法な使用に付随する一時的複製に関する懸念に対応するため、ファースト・セール・ドクトリンが著作権のある著作物のデジタル送信に明示的に適用されるように第109条を修正するいわゆる「パウチャー・キャンベル法案」が提出された⁵⁰。

一方で『DMCA 第104条報告書』においても、他者が著作物のコピーを受領するよう、

42 *Walt Disney Prods, v. Basmajian*, 600 F. Supp. 439 (S.D.N.Y. 1984).

43 210 U.S. 339 (1908).

44 U.S. Copyright Office, *supra* note 15, at 86-87; 増田 前掲注 (15)、55頁。

45 Section 41 of the 1909 Copyright Act. なお同法は The Act of July 39, 1947 (61 Stat. 652) により合衆国法典第17編に法典化され、ファースト・セール・ドクトリンに関する規定は第27条に移った。

46 H.R. Rep. No. 94-1476, at 79 (1976).

47 Pub. L. No. 98-987, 98th Cong., 2nd Sess. 2 (1984).

48 Pub. L. No. 101-650, 104 Stat. 5089 (1990).

49 リーファー 前掲注 (28)、443-452、555-558参照。

50 H.R. 3048, 105th Cong., 1st Sess. (1997).

著作物をデジタル形式で送信（放送ではなく、ポイント・ツー・ポイント送信のように、送信者が特定の受信者を選択して行う送信）するという行為が、第109条に定めるファースト・セール・ドクトリンの抗弁の範囲に含まれるか否か、デジタル世界のファースト・セール・ドクトリン⁵¹について検討したが、提案の悪影響を上回る変更の必要性が認められないとして、第109条を変更しないと勧告した。その理由として、「デジタル・ファースト・セール・ドクトリン」（インターネットを介してある者から別の者へ著作物を送信することを、送信者のコピーが（任意に又は技術的手段によって自動的に）廃棄又は無効化されることを条件として認めること）を抗弁の条件とする提案に対しては、送信から2つのコピーが作成されるという事実を回避するため、送信者のコピーを任意に削除するか、技術的手段により自動的に削除するかのいずれかを要求し、事実上探知し得ない不正行為を招き、同時消去の証明責任が困難であることから等から現実的でないとした。また「フォワード・アンド・デリート」（ファイルのコピーの送信時に元のファイルへのアクセスを無効又は完全に除去する技術的手段）による送信を抗弁の条件とする提案に対しては、そのような技術は現実的ではなく、仮に将来的に開発されても高価な技術と予想されるため、著作権者に相当に増大する技術を負担させ、又は相当に増大するオンラインによる著作権侵害の危険を負担させることになるとして、現実的なものではないとした⁵²。

Ⅲ 頒布権の変遷

1 1976年法以前

米国独立時の13州のうち、デラウェア州を除く12州では1783年から1786年の間に著作権法が制定され、12州のいずれも印刷及び頒布に関する著作者等の排他的権利が規定されていた。12州のうち9州（制定順に、コネチカット州、メリーランド州、ニュージャージー州、ペンシルバニア州、サウスカロライナ州、バージニア州、ノースカロライナ州、ジョージア州、ニューヨーク州。）では州外からの複製物の輸入についても著作者等に排他的権利が与えられていた⁵³。

1788年には合衆国憲法が成立し、第1条第8節第8項で連邦議会は「著作者及び発明者に、その著作物及び発明に対する独占的な権利を一定期間保障することにより、学術及び有益な技芸の進歩を促進すること」に関する立法権限を有すると規定された⁵⁴。その2年後には米国で最初の連邦著作権法である1790年法⁵⁵が制定され、第1条で著作者に「著作物の印刷、増刷及び販売（print, reprint, and vend their works）」に関する権利を与え、第2条では「著作者等の許諾を得ないで著作物を印刷、増刷、出版及び輸入（print, reprint, publish, or import）」した者を違法とし、著作者等は違法行為をした者から違法な複製物を没収することができる」と規定した。著作物の販売に関する権利や、出版、輸入等の禁止が規定されていたことから、頒布権の原型がすでに形成されていたと考えられる。

続く1909年法⁵⁶では第1条（a）で、著作者

51 法学研究者による論稿として、Reese, R., *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 *B.C.L. Rev.* 577 (2003) 参照。

52 U.S. Copyright Office, *supra* note 15, at 78-101; 増田 前掲注 (15)、50-64頁。

53 U.S. Copyright Office, *Copyright Enactments: LAWS PASSED IN THE UNITED STATES SINCE 1783 RELATING TO COPYRIGHT*, Bulletin No.3 (Revised) 1-21 (1973). <http://www.copyright.gov/history/Copyright_Enactments_1783-1973.pdf>

54 条文の訳文は、高橋和之編『世界憲法集（新版）』（岩波文庫）（岩波書店、2007年）56-57頁によった。

55 Act of May 31, 1790, 1st Cong., 2d Sess., 1 Stat. 124.

等に「著作物の印刷、増刷、出版、複製及び販売（print, reprint, publish copy, and vend the work）」に関する排他的権利を規定した。なお同法制定前の1906年に提出された著作権法の改正法案では、著作権には「著作物の複製物の売買、頒布、展示、賃貸借並びに販売目的の提供及び所持（To sell, distribute, exhibit, or let for hire, or offer or keep for sale, distribution, exhibition, or hire, any copy of such work）」に関する排他的権利を含むとして、権利をより広く与えることが提案されていたが⁵⁷、このような規定では「適法に売買された書籍の購入者による当該書籍の再売買、貸出し、賃貸借、さらには図書館等への書籍の流通を妨げる」可能性がある⁵⁸と指摘されていた⁵⁸。また1909年法の第41条で著作権者は「適法に取得した著作権のある著作物の複製物の所有者がこれを譲渡することについて、禁止、妨害又は制限すること（forbid, prevent, or restrict the transfer of any copy of a copyrighted work the possession of which has been lawfully obtained）」ができないとしてファースト・セール・ドクトリンを明文化した（Ⅱ3参照）。これについて下院の委員会では1909年に法案を提出した際に、第1条で規定する「販売（vend）」について著作権を強力にする意図がないことを明確にするために第41条を規定したのであり、最初の売買以降も著作権者が著作物の取扱いの支配を許すことは賢明ではな

いと説明した⁵⁹。

2 1976年法

現行の著作権法である1976年法の制定に当たっては、1961年以来、議会図書館著作権局長が著作権法改正に関する報告書を複数回に渡って公表した。1961年の報告書では、1909年法の第1条（a）の文言は冗長であり、また「販売（vend）」は「出版（publishing）」の一形態であることから、コピーの作成及び発行に関する排他的権利に含めるとし、新法に頒布権の規定を置かないことを勧告した⁶⁰。しかし1963年の第3次報告書では方針を変えて、第5条（b）として「コピー及び録音物の頒布権（The right to distribute copies and sound recordings）」を規定した⁶¹。さらに1964年の最初の法案（S.3008, H.R. 11947, H.R. 12354, 88th Cong., 2d Sess. (July 20, 1964)）では、第5条（a）（3）に「著作権のある著作物のコピー又はレコードを、販売その他の所有権の移転又はレンタル、リース若しくは貸与によって公衆に頒布すること（to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending）」と現行の著作権法と同じ規定となった⁶²。

1976年法は「著作権法の機能に影響を与えてきた技術の重大な変化」に対応して制定され、このような変化が「新しい産業と著作物

56 Act of March 4, 1909, § 1 (a), Pub. L. No. 349, 60th Cong., 2nd Sess., 35 Stat. 1075.

57 S.6330, H.R.19853 § 1 (b), 59th Cong., 1st Sess. (1906).

58 *To amend and consolidate the acts respecting copyright, 1906: Arguments before the Committees on Patents of the Senate and House of Representatives, Conjointly, on the bills S.6330 and H.R.19853, 59th Cong., 1st Sess. 404 (1906)* (Memorandum of the Committee on Copyright and Trademark of the Association of the Bar of the City of New York. Prepared for the Joint Committee of the Senate and House in Reference to the pending copyright bill.).

59 Patry, *supra* note 12, § 13:6, at 13-8,9.

60 Copyright Office, *Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law*, at 21,24 (1961).

61 Copyright Office, *Copyright Law Revision Part3: Preliminary Draft for Revised U.S. Copyright Law and Discussions and Comments on the Draft*, at 4 (1964).

62 Copyright Office, *Copyright Law Revision Part5: 1964 Revision Bill with Discussions and Comments*, at 4 (September 1965).

を複製及び伝播する新しい方法を生み出し、また著作者と利用者との間の取引関係が新しい様式に展開した」と『1976年下院報告書』で説明されている⁶³。

3 デジタル・ミレニアム著作権法

1976年法の制定後においても新技術は進展し著作権法の在り方が問題になり、1986年に連邦議会技術評価局 (OTA: Office of Technology Assessment) が『電子・情報時代の知的所有権』⁶⁴を、1995年に当時のクリントン大統領が全米情報基盤 (NII: National Information Infrastructure) に対する政府のビジョンを明確にして実行することを目的に設置した情報基盤タスク・フォース (IITF: Information Infrastructure Task Force) が「ホワイトペーパー」⁶⁵を公表した (II1 (2) 参照)。

このうちホワイトペーパーでは、コンピュータ・ネットワークなどオンライン送信による場合についても頒布権が及ぶかという問題を取り上げていた。コンピュータ間のコピーの送信に関して頒布権の範囲が不明確であり、頒布権が送信の手段によって行使されることを明示的に認めるために、「著作物のコピー又はレコードが送信によって公衆に頒布されるものであること及びかかる送信が著作権の排他的な頒布権に該当することを、著作権法が明示的に認めるように修正すべきであると勧告する」とした。その上で、第106条 (3) の条文中「レンタル、リース若しくは貸与によって」の後に「又は送信によって」を加える法改正案を提案した。また

著作物のコピーの送信が頒布権の排他的権利が及ぶことを明確にするには、著作権法で規定する送信や発行の定義についても明確にする必要があるため、複製物の送信 (transmit) の定義を「複製物を『送信する』とは、著作物のコピー又はレコードを送信地から離れた場所に固定する機器又は手順によって複製物を頒布すること」に、発行の定義を「著作物のコピー又はレコードを、販売その他の所有権の移転、レンタル、リース若しくは貸与によって又は送信によって公衆に頒布すること」に改めることが提案された⁶⁶。

このホワイトペーパーの勧告を立法化するため、第104議会第1会期 (1995年) に1995年 NII 著作権保護法案 (S.1284, H.R. 2441, 104th Cong., 1st Sess.) が連邦議会に提出された。上下両院司法委員会裁判所・知的財産小委員会の合同公聴会では、主に次の3名から聴取が行われた。ホワイトペーパーを作成したワーキング・グループ座長だったレーマン商務省次官兼特許商標庁長官からは、ホワイトペーパーで勧告されたオンライン送信に関する著作権の創設の意義等について説明された。ピーターズ議会図書館著作権局長からは、提出法案を支持する旨の表明やその背景などについて説明された。フィチョール WIPO 事務局次長からは、法案内容は WIPO として適切なものであると考えると述べられた⁶⁷。しかし、パウチャー下院議員からは勧告内容に対して、オンライン送信でファースト・セール・ドクトリンが適用されないことに対する疑問が示された。また、オンライン

63 H.R. REP. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 47 (1976).

64 U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information*, OTA-CIT-302, U.S. Government Printing Office (1986). 和訳したものとして、Office of Technology Assessment (北川善太郎監修、社団法人日本電子工業振興協会訳)『電子・情報時代の知的所有権』(日経マグロウヒル社、1987年) 参照。

65 前掲注 (14) 参照。

66 White paper, *supra* note 14, at 213-220, Appendix 1: 2, Appendix 2: 1; レーマン、ブラウン 前掲注 (14), 173-179, 196, 202頁。

67 NII Copyright Protection Act of 1995, *supra* note 39, at 30-64.

掲示板の運営会社やオンライン・サービス・プロバイダーが著作権侵害責任を問われる可能性が高まるなどと批判をした⁶⁸。さらに、著作権者の利益を称賛する一方で情報を拡散し公共の論説を促進する手段としてのインターネット・アクセスから得られる巨大な利益を無視するとの批判などもあり、法案は結局成立しなかった⁶⁹。

その後1997年には第105議会第1会期で、WCTとWPPTの規定を施行するためのWIPO著作権条約執行法案（WIPO Copyright Treaties Implementation Act: H.R. 2281, 105th Cong., 1st Sess.）と、オンライン著作権責任制限法案（On-Line Copyright Liability Limitation Act: H.R. 2180, 105th Cong., 1st Sess.）が提出され、1998年にデジタル・ミレニアム著作権法（Digital Millennium Copyright Act of 1998: Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860. 以下「DMCA」という。）として成立した。なお法案を審議していた下院司法委員会裁判所・知的財産小委員会のコブル小委員長は「条約は合衆国に国内の著作権や制限規定の内容について、いかなる変更も要求していない」と述べた⁷⁰。

DMCAでは技術的保護手段の回避に対する保護、オンライン・サービス・プロバイダーの責任制限に関する規定などがなされたが、新たな保護規定が、著作権の制限に係るファースト・セール・ドクトリン等の存在意義や、付随的な一時的コピーに関する責任について、一部の連邦議会議員や国民から懸念が表明されていた。そのため議会図書館著作権局長はDMCA第104条に基づき、ファースト・セール・ドクトリンやコンピュータ・プログラムの複製に関する免責などについて既

存の条文（109条、117条等）との関係进行评估して『DMCA第104条報告書』を2001年8月に公表した。その結果、オンライン送信のファースト・セール・ドクトリンへの適用に関して第109条を変更しないことや、コンピュータ・システムの利用に際して生じる一時的複製の包括免責規定を採用しないことなどが勧告された（II 2,3参照）。

IV 日本法への示唆

以上述べたように、米国著作権法におけるオンライン送信は録音物のデジタル実演権を除いて、解釈により本来は有形物のコピー及びレコードが対象であった頒布権に基づいて排他的権利を及ぼす裁判例があり、また著作権保護において固定性が要件とされ、コンピュータ・ネットワークの送信の過程で生じる機器への一時的複製について頒布権に係るファースト・セール・ドクトリンの適用の有無を検討するなど、頒布権が複製権と密接であるという点で特徴的である。また、II 1(2)で紹介したHotailing事件が頒布権侵害の要件とした「公衆に対する利用可能化 (making available to the public)」は、WCTの公衆への伝達権、WPPTの利用可能化権の規定にも用いられているため、これらの条約の解釈及び適用においても米国の頒布権をめぐる裁判例を注視する必要があると考えられる。

一方で日本の著作権法の規定では複製物の頒布と、オンライン送信等に係る公衆送信とでは、米国とは異なりそれぞれの排他的権利の範囲で論じられ、相互の関連性についてあまり論じられていなかったと思われる。その理由は日本では従来、著作物の頒布に対する

68 *Id.* at 77-81 (statement of Rick Boucher).

69 Gorman, *supra* note 10, at 706. 和訳としてロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ共編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解—原著第6版—（下）』（信山社、2003年）573頁参照。

70 *WIPO Copyright Treaties Implementation Act and On-line Copyright Liability Limitation Act: Hearing on H.R. 2281 and H.R. 2280 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary, 105th Cong. 27 (1997) (statement of Hon. Howard Coble).*

排他的権利の考察が十分にされていなかったからであると考えられる。1999 (平成11) 年に著作権法の一部改正する法律 (平成11年法律第77号) で譲渡権 (第26条の2第1項) が規定される前は、権利が複製物の適法な頒布 (譲渡及び貸与を含む。第2条第1項第19号。) 後も消尽しない「頒布権」(第26条) で保護される映画の著作物 (主に劇場用映画フィルム) 以外の著作物については、頒布に関する排他的権利の規定がなかった。すなわち、複製許諾の際の条件として契約によりその複製物の頒布をコントロールするか、国内で作成すれば著作権侵害となるべき行為によって作成された物の輸入や、著作権侵害行為によって作成されたものを、情を知って頒布、頒布目的の所持、申出等をした場合に、著作権侵害とみなす (第113条第1項) 限度で著作権者の保護が図られていた。譲渡権が規定された後も適法な譲渡が国内外で行われた後は消尽するため (第26条の2第2項)、映画の著作物以外の著作物の複製物の頒布に関する排他的権利の射程範囲を考察する必要性があまり認識されなかったと思われる⁷¹。

他方でオンライン送信等による公衆送信については頒布権ではなく公衆送信権等により対応していたため、米国のように頒布に関する排他的権利の射程範囲、オンライン送信で生じる一時的複製などについて十分に議論されなかった。そのような状況は、著作権審議会が1973 (昭和48) 年に行った、コンピュータの内部記憶装置に著作物を蓄積することに

関する報告に表れていると考えられる。この報告では「著作物の内部記憶装置への貯蔵がアウトプットとして当該著作物を得ることを予定していない場合は、著作物のインプットからアウトプットまでを一連の複製の過程と考えることもできず、また、内部記憶装置における著作物の貯蔵は、瞬間的かつ過渡的で直ちに消え去るものであるため、著作物を内部記憶装置へたくわえる行為を著作物の『複製』に該当すると解することはできない」とし⁷²、コンピュータへの一時的複製について複製権が及ばないと解釈していた。

しかし、I で述べたように WCT 及び WPPT の作成過程において、インタラクティブ送信が「複製を伴った諸権利」と「複製を伴わない諸権利」の境界に混乱をもたらしたことから、アンブレラ・ソリューションにより解決がなされ、著作物のデジタル送信と頒布権の関係について、日本の著作権法についても検討する必要があると思われる⁷³。また2009 (平成21) 年には文化審議会著作権分科会で、機器等を用いて著作物の視聴等を行う場合に機器内部で技術的に生じる一時的蓄積行為に関する複製権の制限について報告され⁷⁴、同年の著作権法の一部を改正する法律 (平成21年法律第53号) で、電子計算機における著作物の利用に伴う複製の権利制限を規定する第47条の8が置かれ⁷⁵、かつての著作権審議会の報告書とは異なる解釈がなされている。この点著作物の頒布について、著作権が保護対象とする著作物は、有体物である複

71 鳥澤孝之「著作物の頒布及び上映における著作権制度の課題 (その1) —コンテンツの著作権保護—」知財管理61巻11号1654-1655頁 (2011年)。経済界の状況を述べたものとして、経済団体連合会産業技術委員会知的財産問題部会「WIPO 著作権条約の批准と一般的頒布権の導入について」経団連くりっぷ79号19頁 (1998年) 参照。

72 「著作権審議会第2小委員会 (コンピューター関係) 報告書 (昭和48年6月)」著作権法百年史編集委員会編著『著作権法百年史 資料編』(社団法人著作権情報センター、平成12年) 326頁。

73 斉藤博「著作物のデジタル送信と『頒布権』」ジュリスト1092号37-42頁 (1996年)。

74 『文化審議会著作権分科会報告書』(文化審議会著作権分科会、平成21年) 97頁。

75 立法担当者による同条の解説として、池村聡「著作権法コメンタール別冊 平成21年改正解説」(勁草書房、2010年) 122-133頁参照。

76 斉藤博『著作権法 (第3版)』(有斐閣、2007年) 178-180頁。

製物のみならず無体物も客体とすることから、複製物のみを頒布の対象とする第2条第1項第19号の改正などの立法的措置を行い、自動公衆送信を頒布の対象にする余地があるとする指摘がある⁷⁶。

したがって、我が国においてもオンライン送信に及ぼす著作権法上の排他的権利につい

て、米国法の状況を踏まえて頒布権及び複製権の観点から、今後改めて考察する必要があると考えられる。

(筑波大学大学院ビジネス科学研究科
企業科学専攻)