

DRM 回避規制に関する法制度の在り方
海外事例との比較検討から

筑波大学
図書館情報メディア研究科
2015 年 3 月
若井 航平

目次

1.はじめに	4
1.1 研究背景	4
1.2 問題意識と研究目的	5
2.各国 DRM 回避規制法の内容	6
2.1 日本の DRM 回避規制法	6
2.1.1.日本の DRM 回避規制法における保護される DRM の範囲	6
2.1.2.日本の DRM 回避規制法における規制対象行為	9
2.1.3.日本の DRM 回避規制法における免責	12
2.2.アメリカの DRM 回避規制法	13
2.2.1.アメリカの DRM 回避規制法における保護される DRM の範囲	13
2.2.2.アメリカの DRM 回避規制法における規制対象行為	14
2.2.3.アメリカの DRM 回避規制法における免責	16
2.3.EU の DRM 回避規制法	17
2.3.1.EU の DRM 回避規制法における保護される DRM の範囲	17
2.3.2.EU の DRM 回避規制法における規制対象行為	18
2.3.3.EU の DRM 回避規制法における免責	18
2.4.オーストラリアの DRM 回避規制法	20
2.4.1.オーストラリアの DRM 回避規制法における保護される DRM の範囲	20
2.4.2.オーストラリアの DRM 回避規制法における規制対象行為	21
2.4.3.オーストラリアの DRM 回避規制法における免責	23
3.各国の DRM 回避に関する主要な裁判例	25
3.1.日本の DRM 回避関連裁判例	25
3.1.1.マジコン事件	25
3.1.1.1.マジコン事件概要	25
3.1.1.2.マジコン事件判旨	26
3.1.1.2.1.原告仕組みの技術的制限手段該当性	26
3.1.1.2.2.マジコン装置の「のみ」要件充足性	27
3.1.1.2.3.営業上の利益侵害性	27
3.1.1.3.マジコン事件判決の評価	27
3.1.2.その他の日本における DRM 回避関連事件	28
3.2.米国の DRM 回避関連裁判例	29
3.2.1.DeCSS 事件	29

3.2.1.1.DeCSS 事件概要	29
3.2.1.2.DeCSS 事件判旨	29
3.2.1.2.1.CSS のアクセスコントロール該当性	29
3.2.1.2.2.DeCSS の回避機器該当性	29
3.2.1.2.3.回避機器流通規制と表現の自由の関係	30
3.2.1.5.その他の DeCSS 関連事件	31
3.2.2.3 2 1 Studios 事件	31
3.2.2.1.3 2 1 Studios 事件概要	31
3.2.2.2.3 2 1 Studios 事件判旨	31
3.2.2.3.その他の 321Studios 関連事件	32
3.2.3.Lexmark 事件	32
3.2.3.1.Lexmark 事件概要	32
3.2.3.2.Lexmark 事件判旨(地裁判決)	33
3.2.3.3.Lexmark 事件判旨(控訴裁判決)	33
3.2.3.3.1.控訴審におけるトナーローディングプログラムの著作物性判断	33
3.2.3.3.2.控訴審における SMARTEK チップの DMCA1201 条違反判断	34
3.2.4.Chamberlain 事件	34
3.2.4.1.Chamberlain 事件概要	34
3.2.4.2.Chamberlain 事件の原告の主張	35
3.2.4.3.Chamberlain 事件判旨	35
3.3.EU の DRM 回避関連裁判例	36
3.3.1. Mulholland Drive 事件(フランス)	36
3.3.1.1.Mulholland Drive 事件概要	36
3.3.1.2. Mulholland Drive 事件判旨(第審裁判決)	36
3.3.1.3. Mulholland Drive 事件判旨(控訴院判決)	37
3.3.1.4. Mulholland Drive 事件判旨(破毀院判決)	38
3.3.1.5. Mulholland Drive 事件判旨(控訴院差し戻し審判決)	38
3.3.2.Owen 事件(イギリス)	39
3.3.2.1.Owen 事件概要	39
3.3.2.2.Owen 事件判旨	40
3.3.3.Ball 事件(イギリス)	41
3.3.3.1.Ball 事件概要	41
3.3.3.2.Ball 事件判旨	42
3.4.オーストラリアの DRM 回避関連裁判例	44
3.4.1.Stevens 事件	44
3.4.1.1.Stevens 事件概要	44

3.4.1.2.Stevens 事件判旨(地裁判決)	45
3.4.1.3.Stevens 事件判旨(控訴裁判決).....	46
3.4.1.4.Stevens 事件判旨(最高裁判決).....	46
4.DRM 回避規制法に関する論点.....	50
4.1. 回避規制法において保護される DRM の範囲	50
4.1.1. アクセスコントロールの保護	50
4.1.1.1. アクセス権について	51
4.1.2. 市場競争を阻害するために用いられる DRM	52
4.2. 回避規制法における規制対象行為	52
4.2.1. 回避機器製造規制と回避サービス提供規制について	53
4.2.2. 回避機器の定義について	53
4.2.3. 回避行為そのものの規制について	55
4.3. 回避規制法における免責	56
4.3.1. 私的複製のための回避について	57
4.3.2. 公益性の高い分野における回避について	58
4.3.3. リバース・エンジニアリングのための回避について	60
4.3.4. DRM 回避規制法と表現の自由.....	63
4.3.4.1. コンピューター・プログラムによる表現の自由	63
4.3.4.2. 他人の著作物を利用した表現の自由	64
4.3.5. DRM 回避規制と免責の枠組み.....	65
5.権利者と消費者双方に配慮した DRM 回避規制法の在り方	67
6.今後の検討課題.....	70
7.参考資料・参照裁判例	71

1.はじめに

1.1 研究背景

近年、DRM(Digital Rights Management)の在り方とその回避規制についての議論が注目されている。DRM はデジタル著作権管理と訳され、一般的には「コンテンツの権利者の意図に沿った利用方法を遵守させるための、制御・管理技術¹」と解される。

1990年代前半に家庭用パソコンの普及があり、多くのユーザーがコンテンツを瞬時に容易に劣化せず複製することが可能となった。さらにインターネットの発展により、デジタルコンテンツを一瞬にして世界中に頒布・流通させることが可能となり、違法コピー・違法アップロード・違法ダウンロードを伴うコンテンツの不正流通が急増した。

コンテンツの権利者たちはそのような事態に対処するため、自らのコンテンツにコピーコントロール(コピーガード、コピープロテクション)と呼ばれる DRM を付与するようになった。当該技術により違法な複製を阻止することができる。違法な複製が阻止されれば、デジタルコンテンツを安心して流通させることができるようになり、コンテンツ制作者の創作意欲、コンテンツ配給者の事業意欲が増すとともに、デジタルコンテンツ市場の発展に繋がる。さらにデジタルコンテンツ市場の発展は消費者を満足させることとなる²。

しかしそれら DRM もプログラムを書き換えるなどして、技術者には簡単に回避されてしまう。また技術者に回避された後、その回避方法や回避機器・ソフトウェア等がインターネット上に流出することで、誰でも簡単に DRM を回避することができてしまう。権利者は再び回避されないような DRM の開発にあたるが、開発 回避 開発 回避のイタチごっこに陥りやすく³、開発のためのコストも増す一方となってしまう。

そこで世界各国は DRM を保護するべく、DRM の回避を法により規制することとした。1996年 WIPO(World Intellectual Property Organization、世界知的所有権機関)著作権条約が作成され、その 11 条において技術的手段の回避を防ぐべく法的保護と法的救済の義務を定めた。日本、米国、ヨーロッパなど 90 カ国以上が批准している。

WIPO 著作権条約 11 条 技術的手段に関する義務

締約国は、著作者によつて許諾されておらず、かつ、法令で許容されていない行為がその著作物について実行されることを抑制するための効果的な技術的手段であつて、この条約又はベルヌ条約に基づく権利の行使に関連して当該著作者が用いるものに関し、そのような技術的手段の回避を防ぐための適当な法的保護及び効果的な法的救済について定める⁴。

¹ 関亜紀子、飯田陽一「安全性と利便性からみた DRM 方式の比較評価に関する一考察」情報処理学会研究報告 51 巻 7 号(2011 年)

² 安田浩、小暮拓世「解説 DRM の技術動向」電子通信情報学会誌 91 巻 7 号(2008 年)

³ Joanna Cabot, "Why Readers Hate DRM: The Short Version"
<http://www.teleread.com/copy-right/why-readers-hate-drm-the-short-version/> (2010 年)

⁴ 訳文は公益社団法人著作権情報センター(CRIC)による。

1.2 問題意識と研究目的

WIPO 著作権条約 11 条に基づき、DRM 回避規制法が世界各国で整備されてきたが、その内容については様々な議論がある。例えば、日本著作権法においては 30 条で個人、家庭内に準ずる範囲において著作物を権利者の許諾なく複製できる「私的複製」を認めているが、30 条 1 項 2 号において技術的保護手段を回避して行う複製は私的複製から除外される。これについて消費者からは、私的領域における個人の行動の自由が過度に制限されてしまうという批判がありうる。ほか DRM は機械的に非許諾複製等行為を阻止するだけで、図書館における複製(31 条)や、教育における複製(35 条)など、個別権利制限規定が適用されるケースに当たるか否かを判断することができず、公益性の高い分野における著作物利用が妨げられるのではないかという懸念もある。著作物の視聴や閲覧への影響は、経済的観点だけでなく、言論・表現の自由や学問・研究の自由、知る権利にまで影響が及ぶ可能性がある⁵。

インターネット上での著作権侵害は、その数が膨大にのぼる可能性と個別の侵害行為の把握の困難さのため、侵害が発生する予備的段階での対策が実行性のある保護を図るにおいて重要性を増す⁶。そのための DRM だが、現在でもインターネットを検索すれば DRM を回避する方法、回避機器・ソフトウェアを入手できてしまう状況は変わっていない。

日本ではアクセスコントロールを不正競争防止法においてのみ保護し、著作権法では保護しない。そこで日本の権利者たちはより実効性のある保護を図るべく、米国・EU・オーストラリア等のように、コピーコントロールだけでなくアクセスコントロールにまで著作権法による保護が拡大するようはたらきかけてきた⁷。また同様に、海外各国に倣って回避行為そのものをも規制しようとする議論がある。

日本は比較的早期に DRM 保護規定が整備されていながら、裁判例が少ないという特徴があり、法律の内延外延が、判例という形では必ずしも明確でない⁸。そこで研究手法として、DRM に関する判例が豊富にあり、また議会(立法府)での議論も盛んである米国に目を向け、ほか EU・オーストラリア等における事例・議論も参考にしつつ、将来の日本の DRM 回避規制の在り方について検討していく。本研究の目的は権利者と消費者双方の利益をじゅうぶん確保できるような DRM および DRM 回避規制のあり方とはどのようなものを法整備・法制度上の観点から明らかにするものである。

⁵ 菅野政孝、大谷卓史、山本順一『メディアと ICT の知的財産』共立出版(2012 年)大谷卓史執筆部分 236 頁

⁶ 蘆立順美「アメリカ著作権法における技術的保護手段の回避規制と FairUse 理論」法学 66 巻 5 号(2002 年)

⁷ 菅野、大谷、山本・前掲注(5)大谷卓史執筆部分 205 頁

⁸ 奥邨弘司「DRM に関する国内外の動向」文化審議会著作権文科会国際小委員会資料(2005 年)

2.各国 DRM 回避規制法の内容

本章では各国の DRM 回避規制法の内容をみていく。権利者と利用者の利益のバランスを検討するにあたっては、立法趣旨・経緯を踏まえたうえで各国 DRM 回避規制法の、保護される DRM の範囲、規制対象行為、免責に特に着目する。

2.1 日本の DRM 回避規制法

日本において特徴的なのは、著作権法と不正競争防止法の 2 つの法において DRM 回避に関する規定が置かれていることである。

2.1.1.日本の DRM 回避規制法における保護される DRM の範囲

著作権法では DRM を技術的保護手段として、以下のように定義する。

著作権法 2 条 1 項 20 号(現行) 電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法(……)により、第十七条第一項に規定する著作者人格権若しくは著作権又は第八十九条第一項に規定する実演家人格権若しくは同条第六項に規定する著作隣接権(以下この号、第三十条第一項第二号及び第二百十条の二第一号において「著作権等」という。)を侵害する行為の防止又は抑止(著作権等を侵害する行為の結果に著しい障害を生じさせることによる当該行為の抑止をいう。……)をする手段(著作権等を有する者の意思に基づくことなく用いられているものを除く。)であつて、著作物、実演、レコード、放送又は有線放送(……)の利用(著作者又は実演家の同意を得ないで行つたとしたならば著作者人格権又は実演家人格権の侵害となるべき行為を含む。)に際し、これに用いられる機器が特定の反応をする信号を著作物、実演、レコード若しくは放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像とともに記録媒体に記録し、若しくは送信する方式又は当該機器が特定の変換を必要とするよう著作物、実演、レコード若しくは放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像を変換して記録媒体に記録し、若しくは送信する方式によるものをいう。

著作権法上禁止権の対象とされている行為を防止又は抑止する手段が技術的保護手段として定義される。よって米国ほかと異なり、視聴等行為そのもの(アクセス)を防止又は抑止する(コントロール)するような手段(アクセスコントロール)は、著作物等の視聴行為が著作権法上禁止される行為に該当しない、つまり支分権の対象外であることを理由に技術的保護手段には該当しない⁹。この解釈は上述 WIPO 著作権条約 11 条が背景にあり、規制目的はあくまで著作権侵害の予防、権利保護の補完であるという解釈に基づく¹⁰。

なお、本条文は平成 24 年に改正されている。改正以前の条文は以下のとおりであり、下線部において差異がある。

⁹ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産制作室編『著作権法・不正競争防止法改正解説-デジタル・コンテンツの法的保護』有斐閣(1999 年) 90 頁

¹⁰ 作家文雄『詳解著作権法第二版』ぎょうせい(2002 年) 723～724 頁

著作権法 2 条 1 項 20 号(平成 24 年改正以前) 電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法(……)により、第十七条第一項に規定する著作
者人格権若しくは著作権又は第八十九条第一項に規定する実演家人格権若しくは同条第六
項に規定する著作隣接権(以下この号において「著作権等」という。)を侵害する行為の防
止又は抑止(著作権等を侵害する行為の結果に著しい障害を生じさせることによる当該行
為の抑止をいう。……)をする手段(著作権等を有する者の意思に基づくことなく用い
られているものを除く。)であつて、著作物、実演、レコード、放送又は有線放送(……)
の利用(著作者又は実演家の同意を得ないで行つたとしたならば著作人格権又は実演家
人格権の侵害となるべき行為を含む。)に際しこれに用いられる機器が特定の反応をする信
号を著作物、実演、レコード又は放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像とともに記
録媒体に記録し、又は送信する方式によるものをいう。

この改正により「著作物等の利用に用いられる機器が特定の変換を必要とするよう著作
物、実演、レコード又は放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像を変換して記録媒体
に記録し、又は送信する方式」が新たに技術的保護手段として加わったことになる。その
具体例として文化庁では DVD や Blu-ray に用いられる技術、すなわち記録媒体用の CSS
(Content Scramble System) や AACS (Advanced Access Content System) 機器間伝
送路用の DTCP (Digital Transmission Content Protection) や HDCP (High-bandwidth
Digital Content Protection) 放送用の B-CAS 方式を示している¹¹。

これまでこれら CSS 等暗号化型保護技術はアクセスコントロールとして理解され、技術
的保護手段の対象外であるとされてきた。しかし実態として CSS 等アクセスコントロール
技術と、SCMS(Serial Copy Management System)等コピーコントロール技術が複合させ
て用いられている著作物が多くなり、そのような技術をどのように扱うかについて平成 17
年度文化庁文化審議会著作権分科会法制問題小委員会において議論された¹²。当時は直ちに
規定を改正すべきという結論には至らなかったものの、DVD リッピングソフトを用いて暗
号を解除し、DVD の内容を PC 上に読み出すことにより、コピーコントロールを無効化す
る場合もあるため、現在アクセスコントロールとされている技術そのものについても、結
果的に複製を抑止する効果があるという観点から、その回避等について著作権法の規制の
対象とすべきという意見があがった¹³。

そして平成 23 年度文化審議会著作権分科会において再び議論され、CSS 等暗号化型保護
技術について「技術面」よりもその「機能面」に着目し、当該技術が社会的にどのような
役割を果たしているかという観点から改めて評価したところ、実態として視聴等を制限す

¹¹ 文化庁「平成 24 年通常国会 著作権法改正について」
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/24_houkaisei.html (2012 年)

¹² 著作権分科会法制問題小委員会「平成 23 年第 6 回議事録・配布資料 4 文化審議会著作権分科会法制問
題小委員会デジタル対応ワーキングチーム検討結果報告」
http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/05072901/002-4.htm (2012 年)

¹³ 著作権分科会法制問題小委員会・前掲注(12)

るのではなく複製等を制限するのが目的と見なされる技術があり、当該技術の回避により著作権法上の権利の実効性が損なわれていると判断した¹⁴。この報告結果を受けて以上のような平成 24 年度改正に至っている。

一方で不正競争防止法では DRM を技術的制限手段として、以下のように定義する。

不正競争防止法 2 条 7 項 この法律において「技術的制限手段」とは、電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によって認識することができない方法をいう。）により影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録を制限する手段であつて、視聴等機器（……）が特定の反応をする信号を影像、音若しくはプログラムとともに記録媒体に記録し、若しくは送信する方式又は視聴等機器が特定の変換を必要とするよう影像、音若しくはプログラムを変換して記録媒体に記録し、若しくは送信する方式によるものをいう。

以上のとおり不正競争防止法では視聴等（アクセス）を制限する手段すなわちアクセスコントロールおよび、影像等の記録（コピー）を制限する手段すなわちコピーコントロールの両者を対象とする。具体的技術としては CSS や AAC3、あるいはゲームハード、ゲームソフトに用いられている DRM である。

上述のとおり CSS や AAC3 は著作権法平成 24 年度改正により技術的保護手段にあてはまるようになり、不正競争防止法における技術的制限手段にもあてはまる。一方でゲームハードやソフトに用いられる DRM についてはアクセスコントロールの機能「のみ」をもつのか、コピーコントロールの実態をもつのか、いずれにせよ不正競争防止法における技術的制限手段にはあてはまるものの、著作権法における技術的保護手段にあてはまるかどうかの議論がある。

平成 23 年度文化審議会著作権分科会において CSS 等と同様にゲームハードやソフトに用いられる DRM の位置づけが検討された。結果として、複製そのものの防止は行われていないものの、違法に複製され、さらに違法にアップロード（送信可能化、自動公衆送信）されたゲームソフトを、単にダウンロード（複製）するだけでは、当該複製により作成されたゲームソフトの複製物を使用することができず、また、コンテンツ提供事業者（ゲームソフトメーカー）は、こうした違法に行われている複製や送信可能化、自動公衆送信を抑止する意図をもって当該保護技術を用いていると考えられることから、当該保護技術が社会的にどのように「機能」しているかという観点から着目すれば、複製等の抑止を目的とした保護技術と評価することが可能であり、技術的保護手段の対象とすることが適当、とされている¹⁵。

¹⁴ 文化審議会著作権分科会「第 33 回議事録・配布資料 4-2 文化審議会著作権分科会報告書」
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/bunkakai/33/pdf/shiryo_4_2.pdf (2012 年)

¹⁵ 文化審議会著作権分科会・前掲注(14)

2.1.2.日本の DRM 回避規制法における規制対象行為

また規制対象行為は以下のとおり。著作権法では 30 条 1 項 2 号において技術的保護手段の回避により可能となった複製を私的複製から除外する。

著作権法 30 条 著作権の目的となつてゐる著作物（……）は、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（以下「私的使用」という。）を目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる。

2 技術的保護手段の回避（第二条第一項第二十号に規定する信号の除去若しくは改変（記録又は送信の方式の変換に伴う技術的な制約による除去又は改変を除く。）を行うこと又は同号に規定する特定の変換を必要とするよう変換された著作物、実演、レコード若しくは放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像の復元（著作権等を有する者の意思に基づいて行われるものを除く。）を行うことにより、当該技術的保護手段によつて防止される行為を可能とし、又は当該技術的保護手段によつて抑止される行為の結果に障害を生じないようにすることをいう。第二百十条の二第一号及び第二号において同じ。）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つた複製を、その事実を知りながら行う場合

技術的保護手段の施された著作物というのは、当該技術が回避され無断で複製され流通することはないという前提でビジネスモデルが構築されており、その期待を裏切ることが権利者に大きな損害を与えると考えられる¹⁶。そのため技術的保護手段を回避しての複製は私的複製として認めるべきではない、とされたものである。

回避行為そのものが対象ではなく、回避により可能となった複製行為が対象である。例えば DVD に付された CSS を回避し、非正規の機器等で「視聴」する行為は対象とならない。CSS を回避し映像等を非許諾で「複製」する行為が対象となる。

カッコ書きが複雑になっているが、これはパソコン等の汎用機器の扱いや、回避が技術上必ず伴う場合の扱いが微妙だからである¹⁷。例えばダビングに際して自動的に保護手段が除去されてしまうような場合は非侵害となる¹⁸。

なお、私的使用のために行う各々の複製行為に刑事罰を科すほどの違法性があるとまで言えないことから¹⁹、刑事罰は規定されていない。

また 120 条の 2 以下において以下の行為を規制する。30 条 1 項 2 号と同様に WIPO 著作権条約への対応として平成 11 年に設けられたものである。

著作権法 120 条の 2 次の各号のいずれかに該当する者は、三年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

1 技術的保護手段の回避を行うことをその機能とする装置（当該装置の部品一式であつて容易に組み立てることができるものを含む。）若しくは技術的保護手段の回避を行うことをその機能とするプログラムの複製物を公衆に譲渡し、若しくは貸与し、公衆への譲渡若し

¹⁶ 中山信弘『著作権法』有斐閣(2007年)247頁

¹⁷ 中山・前掲注(16)247頁

¹⁸ 中山・前掲注(16)247頁

¹⁹ 文化審議会著作権分科会・前掲注(14)

くは貸与の目的をもつて製造し、輸入し、若しくは所持し、若しくは公衆の使用に供し、又は当該プログラムを公衆送信し、若しくは送信可能化する行為（当該装置又は当該プログラムが当該機能以外の機能を併せて有する場合にあつては、著作権等を侵害する行為を技術的保護手段の回避により可能とする用途に供するために行うものに限る。）をした者
2 業として公衆からの求めに応じて技術的保護手段の回避を行つた者

.....

ここでも回避行為そのものは対象でなく、回避装置やプログラムの譲渡等提供行為が対象である。公衆への譲渡若しくは貸与目的でなければ回避装置やプログラムの製造・所持・購入・使用は対象外である。なお、2号については、例えば「回避サービス業」のようなものが対象として考えられるだろう。

一方で不正競争防止法では2条1項10号、11号で以下の行為を規制する。

不正競争防止法2条1項(現行)

10号 営業上用いられている技術的制限手段(他人が特定の者以外の者に影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録をさせないために用いているものを除く。)により制限されている影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録(以下この号において「影像の視聴等」という。)を当該技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする機能¹⁾を有する装置(当該装置を組み込んだ機器及び当該装置の部品一式であつて容易に組み立てることができるものを含む。)若しくは当該機能を有するプログラム(当該プログラムが他のプログラムと組み合わせられたものを含む。)を記録した記録媒体若しくは記憶した機器を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入し、又は当該機能を有するプログラムを電気通信回線を通じて提供する行為(当該装置又は当該プログラムが当該機能以外の機能を併せて有する場合にあつては、影像の視聴等を当該技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする用途に供するために行うものに限る。)

11号 他人が特定の者以外の者に影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録をさせないために営業上用いている技術的制限手段により.....提供する行為(.....)

10号と11号の差異は、「他人が特定の者以外の者に影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録をさせないために」という要件であり、その他は同じ内容である。どちらも回避行為そのものは対象でなく、技術的制限手段回避装置提供行為が対象である。著作権法のような「回避サービス業」の提供は想定されていない。

なお本条文は平成23年に改正されたものである。改正以前は以下のような条文であった。

不正競争防止法2条1項(平成23年改正以前)

10 営業上用いられている技術的制限手段(他人が特定の者以外の者に影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録をさせないために

用いているものを除く。)により制限されている映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録を当該技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする機能のみを有する装置(当該装置を組み込んだ機器を含む。)若しくは当該機能のみを有するプログラム(当該プログラムが他のプログラムと組み合わせられたものを含む。)を記録した記録媒体若しくは記憶した機器を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入し、又は当該機能のみを有するプログラムを電気通信回線を通じて提供する行為

11 他人が特定の者以外の者に映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録をさせないために営業上用いている技術的制限手段により……提供する行為

差異は下線で示したとおり。10号も11号も同様の改正である。改正によりいわゆる「のみ」要件が削除された。背景にはマジコン事件判決²⁰があり、マジコンのように技術的制限手段回避機能「のみ」ではなくその他の機能(自主制作ソフトの起動等)を併せ持つ装置の扱いを明確にすべく、本改正が行われた。「のみ」要件削除により規制の範囲は拡大したが、カッコ書きを加える事で著作権法と同様にパソコン等汎用機器への配慮を図っている。

不正競争防止法における規制内容については、平成11年の「産業構造審議会知的財産政策部会デジタルコンテンツ分科会合同会議」の報告書でも挙げられている²¹ように、「のみ」要件の緩和も含め、回避装置の製造および回避サービスの提供や、回避行為そのものの規制等がマジコン事件以前より議論されていた。しかし平成11年会議においても、また「のみ」要件緩和の決まった平成22年の会議²²においても、回避装置の製造および回避サービスの提供や、回避行為そのものの規制は見送られている。

改正にあたっては必要最小限の規制であること、公正な競争秩序を維持する不正競争防止法の目的の範疇であることが意識された。例えば回避装置の製造については、回避行為を可能にする蓋然性が明確でない、技術開発への悪影響に配慮したことが挙げられている²³。またマジコンは輸入品であり、製造行為規制の必要性は薄い²⁴。

平成23年改正では関税法も同時改正されマジコン等技術的制限手段回避装置の輸入に対する水際規制も行われたが、それによりマジコン等が日本国内で行われるのではないかという指摘もあった。しかし既に譲渡行為が規制されているのだから、製造業者が製造した

²⁰ 東京地判平成21年2月27日(平20(ワ)20886号・平20(ワ)35745号)裁判所ウェブサイト

²¹ 産業構造審議会知的財産政策部会デジタルコンテンツ小委員会及び情報産業部会基本問題小委員会デジタルコンテンツ分科会「コンテンツ取引の安定化・活性化に向けた取り組みについて」

http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/gijutsutekiseigen/001_s05_00.pdf (1999年)

²² 産業構造審議会知的財産政策部会技術的制限手段に係る小委員会「技術的制限手段に係る不正競争防止法見直しの方向性について」<http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000070879> (2010年)

²³ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産政策室編・前掲注(9)208～209頁

²⁴ 奥邨弘司「不正競争防止法の意義と課題・技術的制限手段の保護について」ジュリ1432号(2011年)

回避装置を販売業者に譲渡するときをもって規制することができる²⁵。また一部の製造行為は著作権法 120 条の 2 において規制される。よって「のみ」要件の緩和により技術的制限手段回避装置の対象範囲こそ拡大しているが、規制対象行為の拡大には至っていない。

2.1.3.日本の DRM 回避規制法における免責

免責について、日本の著作権法では技術的保護手段回避に関して直接的な免責は設けられていない。

30 条では「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するとき」は著作権の制限により権利者の許諾なく複製を行うことができるが、技術的保護手段を回避して行う複製がそれから除外されることは既に述べたとおりである。これは、技術的保護手段の回避による利用は、著作権者からすると著作物の提供の前提を覆すものであり、そもそも想定されていない複製であって、私的使用目的の複製であっても、著作権者の利益を不当に害するものでないということとはできず、零細な複製を許容する 30 条の趣旨を逸脱するおそれがあると考えられた²⁶ためである。

30 条以下では個別の権利制限規定が限定的に列挙されている。例えば技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用(30 条の 4)、図書館等における複製等(31 条)、引用(32 条)、教科用図書等への掲載(33 条)、視覚障害者等のための複製等(37 条)、聴覚障害者等のための複製等(37 条の 2)、翻訳、翻案等による利用(43 条)などである。ここでは 30 条とは異なり、技術的保護手段の回避及びそれによる複製に関して除外規定は設けられていない。30 条以外の権利制限規定について同様の規定を設けなかったのは、30 条以外の権利制限については、公益性、社会慣行、他の権利との調整等の趣旨で設けられているものであり、例えば、公益目的のための権利制限規定については、公益を著作権者等の意思に優先させているものと考えられることから、技術的保護手段の回避を伴う利用であっても、著作権者等の経済的利益を著しく害するおそれがあるとは現状では言えないと考えられた²⁷ためである。

一方で不正競争防止法では 19 条 1 項 7 号において以下の様な免責が設けられている。

19 条 第三条から第十五条まで、第二十一条(……)及び第二十二条の規定は、次の各号に掲げる不正競争の区分に応じて当該各号に定める行為については、適用しない。

7 第二条第一項第十号及び第十一号に掲げる不正競争 技術的制限手段の試験又は研究のために用いられる第二条第一項第十号及び第十一号に規定する装置若しくはこれらの号に規定するプログラムを記録した記録媒体若しくは記憶した機器を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入し、又は当該プログラムを電気

²⁵ 奥邨・前掲注(24)

²⁶ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産政策室編・前掲注(9)94 頁

²⁷ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産政策室編・前掲注(9)95 頁

通信回線を通じて提供する行為

「技術的制限手段の試験または研究のため」に用いられる技術的制限手段回避装置については提供が認められている。

日本では2つのDRM回避規制法が存在し、特にコピーコントロールについては著作権法と不正競争防止法の両方に属するが、2つの法律の目的が異なるため重疊的に適用されることとなる²⁸。著作権法は著作者等の権利保護による文化の発展を目的とし、著作物の創作者を保護する。不正競争防止法では事業者の利益の保護と公正な競争秩序の維持することを目的としコンテンツ提供事業者を保護する、また保護対象物は限定なく非著作物はもちろん保護期間の終了した著作物も含まれる²⁹。

2.2. アメリカのDRM回避規制法

アメリカでは、WIPO著作権条約を締結するため、1998年10月に成立し2000年10月より施行されたデジタルミレニアム著作権法(Digital Millennium Copyright Act、DMCA)の1201条以下において技術的手段(a technological measure)の回避に関して規制している。

2.2.1. アメリカのDRM回避規制法における保護されるDRMの範囲

まずDRMの定義についてみると、以下のように定義される。

DMCA1201条 著作権保護システムの回避

(a)技術的手段の回避にかかる違反 -

(1)

(A)何人も、本編に基づき保護される著作物へのアクセスを効果的にコントロールする技術的手段を回避してはならない。……

(3)本項において -

(B)技術的手段が「著作物へのアクセスを効果的にコントロールする」とは、当該技術的手段がその動作の通常の過程において著作物へのアクセスを行うには、著作権者の許諾を得て情報を入力しまたは手続もしくは処理を行うことを必要とする場合をいう³⁰。

1201条(a)では「著作物へのアクセスを効果的にコントロールする技術的手段」すなわちアクセスコントロールに関して規定している。そしてアクセスコントロールの定義は「その動作の通常の過程において著作物へのアクセスを行うには、著作権者の許諾を得て情報を入力しまたは手続もしくは処理を行うことを必要とする」もの、としている。

一方で

DMCA1201条 著作権保護システムの回避

²⁸ 内閣官房知的財産戦略推進事務局「アクセスコントロールの回避規制の在り方に関する主な論点」
http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents_kyouka/wg/internet/dai1/siryoku6.pdf (2010年)

²⁹ 内閣官房知的財産戦略推進事務局・前掲注(28)

³⁰ 訳文は著作権情報センター(CRIC)掲載、山本隆司訳による。以下同様。

(b)補足的違反行為 -

(1)何人も、以下のいずれかに該当するいかなる技術、製品、サービス……を……流通させてはならない。

(A)……著作物またはその一部分に対する本編に基づく著作権者の権利を効果的に保護する技術的手段により施される保護を回避することを目的として設計……されるもの。

(2)本項において -

(B)技術的手段が「本編に基づく著作権者の権利を効果的に保護する」とは、当該技術的手段がその動作の通常の過程において、本編に基づく著作権者の権利の行使を妨害し、限定しまたはその他制限する場合をいう。

1201 条(b)では「著作物またはその一部分に対する本編に基づく著作権者の権利を効果的に保護する技術的手段」すなわちコピーコントロールに関して規定している。そしてコピーコントロールの定義については「その動作の通常の過程において、本編に基づく著作権者の権利の行使を妨害し、限定しまたはその他制限する」もの、としている。

2.2.2. アメリカの DRM 回避規制法における規制対象行為

DMCA1201 条 著作権保護システムの回避

(a)技術的手段の回避にかかる違反 -

(1)(A)何人も、本編に基づき保護される著作物へのアクセスを効果的にコントロールする技術的手段を回避してはならない。……

まず 1201 条(a)(1)(A)においてアクセスコントロールの回避行為そのものを禁止する。日本では著作権法においてそもそもアクセスコントロールを取り扱っておらず、また著作権法でも不正競争防止法でも DRM 回避行為そのものは規制しておらず、大きな差異となっている。ただし 1201 条(b)においては同様の条文が設けられておらず、すなわち著作権者の権利を保護している技術的手段(コピーコントロール)の回避行為そのものは禁止されていないことも注目される。これはコピーコントロールの回避の結果が、大抵の場合直接的に、著作権の複製権侵害(もしくは免責)に該当するためである³¹。

さらに以下の行為を規制する。

DMCA1201 条 著作権保護システムの回避

(a)技術的手段の回避にかかる違反 -

(2)何人も、以下のいずれかに該当するいかなる技術、製品、サービス、装置、部品またはそれらの一部分を製造し、輸入し、公衆に提供し、供給しまたはその他流通させてはならない。

(A)主として、本編に基づき保護される著作物へのアクセスを効果的にコントロールする技術的手段を回避することを目的として設計されまたは製造されるもの。

³¹ ジェーン・ギンズバーグ(紋谷崇俊訳)「知的財産権の保護強化の明と暗：技術的保護手段と米国著作権法 1201 条」高林龍編『知的財産法制の再構築』日本評論社(2008 年)151 頁

(B)本編に基づき保護される著作物へのアクセスを効果的にコントロールする技術的手段を回避する以外には、商業的に限られた目的または用法しか有しないもの。

(C)本編に基づき保護される著作物へのアクセスを効果的にコントロールする技術的手段を回避するために使用することを知っている者またはこれに協力する者によって販売されるもの。

(3)本項において -

(A)「技術的手段を回避する」とは、著作権者の許諾なく、スクランブルがかかっている著作物のスクランブルを解除し、暗号化された著作物の暗号を解除し、またはその他技術的手段を回避し、迂回し、除去し、無効にしもしくは損壊することをいう。

DMCA1201 条 著作権保護システムの回避

(b)補足的違反行為 -

(1)何人も、以下のいずれかに該当するいかなる技術、製品、サービス、装置、部品またはそれらの一部を製造し、輸入し、公衆に提供し、供給しまたはその他流通させてはならない。

(A)主として、著作物またはその一部分に対する本編に基づく著作権者の権利を効果的に保護する技術的手段により施される保護を回避することを目的として設計されまたは製造されるもの。

(B)著作物またはその一部に対する本編に基づく著作権者の権利を効果的に保護する技術的手段により施される保護を回避する以外には、商業的に限られた目的または用法しか有しないもの。

(C)著作物またはその一部に対する本編に基づく著作権者の権利を効果的に保護する技術的手段により施される保護を回避するために使用することを知っている者またはこれに協力する者によって販売されるもの。

(2)本項において -

(A)「技術的手段により施される保護を回避する」とは、技術的手段を回避し、迂回し、除去し、無効にしまたはその他損壊することをいう。

以上のとおり、1201 条(a)ではアクセスコントロールに関して、1201 条(b)ではコピーコントロールに関して、その回避サービス・装置等を製造・輸入・公衆への提供等することを禁じている。

日本の不正競争防止法において技術的制限手段回避機器の製造行為そのものが規制されていないことは上述のとおりで、その点は異なる。ただし日本著作権法で技術的保護手段回避機器について「公衆への譲渡若しくは貸与の目的をもって製造」することを規制しているのもまた上述のとおりである。

また 1201 条(a)、(b)共に(A)(B)(C)の 3 要件を設けることによって汎用機器等への配慮を図っている。

2.2.3. アメリカの DRM 回避規制法における免責

日本の著作権法では DRM 回避に関する直接的な免責は無く、不正競争防止法においても DRM の試験・研究に関してのみ回避装置の提供が認められていたが、米国著作権法では DRM 回避規制に関して個別具体的に免責が設けられている。

その内容とは、DMCA1201 条(d) 非営利の図書館・文書資料館および教育機関の免責、1201 条(e) 法の執行・情報活動その他の政府の活動、1201 条(f) リバース・エンジニアリング、1201 条(g) 暗号化研究、1201 条(h) 未成年者に関する例外、1201 条(i) 個人識別情報の保護、1201 条(j) セキュリティ検査、である。いずれの免責もとても狭く定義されており、広範な司法解釈の余地がない³²。また 1201 条(c)(4)においては、1201 条 DRM 回避規制法が言論の自由または報道の権利を拡大しまたは縮小するものではないことも規定されている。

また DRM 回避に関する直接的でない免責として、日本では 30 条以下で個別の権利制限規定が設けられているが、米国では著作権法 107 条において一般的権利制限規定、いわゆるフェア・ユースが規定されている。

米国著作権法 107 条 排他的権利の制限：フェア・ユース

第 106 条および第 106A 条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授(教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む)、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース(.....)は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 使用の目的および性質(使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む)。
- (2) 著作権のある著作物の性質。
- (3) 著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性。
- (4) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響。

上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。

批評・ニュース報道・研究・調査等を目的とする著作物利用について、裁判所により、4 つの考慮要素が検討され著作権法の目的に照らしつつ、その著作物利用がフェアであるか否かが判断される。4 つの要件は限定列挙ではなく、これ以外の要件も考慮することができるようになっており、非常に柔軟な規定となっている³³。

この重要なフェア・ユースの法理の存在について、DMCA1201 条でも当然配慮しており、以下の免責が設けられている。

DMCA1201 条(c) その他の権利等に対する無影響 -

³² ジェーン・C・ギンズバーグ(紋谷崇俊訳)「知的財産権の保護強化の明と暗：技術的保護手段と米国著作権法 1201 条」高林龍編『知的財産法制の再構築』日本評論社(2008 年)161 頁

³³ 野口祐子『デジタル時代の著作権』ちくま新書(2010 年)211 頁

(1)本条のいかなる規定も、著作権侵害にかかる本編に基づく権利、救済、制限または抗弁(フェア・ユースを含む)に影響を及ぼさない。

この条文により、フェア・ユースその他の権利制限規定に該当する場合には、技術的手段の回避は違法性が認められないものと解される³⁴。

2.3.EU の DRM 回避規制法

EU(ヨーロッパ連合)においては、2001年5月に「情報社会における著作権および関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する欧州議会およびEU理事会のディレクティブ2001/29/EC³⁵」(以下EU著作権ディレクティブ)が採択された。当ディレクティブは、EU諸国に対してWIPO著作権条約をどのようにして施行するのかを指令するものである。DRM規制に関する部分においては、特にコピーコントロールとアクセスコントロール両者を含むDRMの定義や、規制対象行為に製造行為も含めるなど、DMCAを参考にしたところが多くある。EU加盟国は当ディレクティブに沿ってそれぞれの国におけるDRM回避規制法を整備していった。

またコンピューター・プログラムのDRMを回避する装置の製造・頒布を防ぐべく適切な措置を講ずるよう義務付ける指令として、EUコンピューター・プログラムディレクティブ³⁶がある。

2.3.1.EU の DRM 回避規制法における保護される DRM の範囲

EU著作権ディレクティブの6条3項においてDRMを「技術的手段(technological measures)」として以下のように定義する。

EU著作権ディレクティブ6条 技術的手段に関する義務

3.本ディレクティブの適用上、「技術的手段」という表現は、法律に規定されたいずれかの著作権もしくは著作権に関連する権利、……、著作物その他の目的物に関する行為を、その通常の稼働において防止または禁止するよう意図されたいずれかの技術、装置または部品を意味する。技術的手段は、アクセスコントロールもしくは暗号化、スクランブル掛けのような保護方法またはその他の保護の目的を達成する著作物その他の目的物の変形の応用によって、保護のある著作物その他の目的物の利用が権利者により制御される場合は、「効果がある」とみなされる³⁷。

「技術的手段」を「著作物その他の目的物に関する行為を、その通常の稼働において防止または禁止するよう意図されたいずれかの技術(コピーコントロール)」と定義するが、

³⁴ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産政策室編・前掲注(9)145頁

³⁵ “Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”

³⁶ “Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (as amended and codified by Directive 2009/24/EC of 23 April 2009)”

³⁷ 訳文は原田文夫「情報社会における著作権及び関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する欧州議会およびEU理事会のディレクティブ2001/29/EC」著作権情報センターによる。以下同様。

その効果の中にアクセスコントロールを含んでおり、DMCA 同様コピーコントロールとアクセスコントロールの両者を対象としている。

2.3.2.EU の DRM 回避規制法における規制対象行為

6 条 1 項、2 項において以下のように指令する。

EU 著作権ディレクティブ 6 条 技術的手段に関する義務

1.加盟国は、関係する者が、その目的のためであることを知り、または知るべき合理的な理由を有しながら行う、いずれかの効果のある技術的手段の回避に対して、適切な法的保護を与えるものとする。

2.加盟国は、次のものの製造、輸入、頒布、販売、貸与、販売もしくは貸与のための宣伝、または装置、製品もしくは部品の商業目的の所持に対して、適切な法的保護を与えるものとする。

(a)いずれかの効果がある技術的手段の回避の目的で宣伝され、広告されまたは市場化されるもの、または、

(b)いずれかの効果がある技術的手段を回避する以外に商業的に重要な目的または用途を持たないもの、または、

(c)主としていずれかの効果がある技術的手段の回避を可能にしままたは容易にする目的で設計され、制作され調整されまたは使用されるもの

DMCA 同様に、製造行為についても規制対象とされている。また汎用機器等に配慮する (a)、(b)、(c)の 3 要件についても DMCA と類似しているといえる。

なおコンピューター・プログラム・ディレクティブにおいては回避装置を、技術的手段を回避することを唯一の目的とするあらゆる手段、としている(コンピューター・プログラム・ディレクティブ 7 条 1 項(c))

2.3.3.EU の DRM 回避規制法における免責

免責について当ディレクティブは技術的手段回避に関する直接的な免責は含まれていない³⁸。しかしながら当ディレクティブは加盟国に対して、権利者とその他の関係者との間の協定を含み、権利者がとる任意の手段がないときは、その例外または制限から利益を受ける方法を権利者が提供することを保証する適当な手段をとるものとしている。それについて 6 条 4 項の第 1 文で規定されている。

EU 著作権ディレクティブ 6 条 技術的手段に関する義務

4.第 1 項に規定する法的保護にかかわらず、権利者とのその他の関係者との間の協定を含み、権利者がとる任意の手段がないときは、加盟国は、第 5 条第 2 項(a)、第 2 項(c)、第 2 項(d)、第 2 項(e)、第 3 項(a)、第 3 項(b)または第 3 項(e)に従い国内法に規定される例外ま

³⁸ June M. Besek, "Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts" COLUM. J. L. & ARTS (2004)

たは制限の受益者に、その例外または制限から利益を受けるのに必要な範囲で、かつ、その受益者が保護のある著作物その他の目的物に法律上アクセスできる場合以外に、その例外または制限から利益を受ける方法を権利者が提供することを保証する適当な手段をとるものとする。

.....

挙げられている例外または制限「第5条第2項(a)、第2項(c)、第2項(d)、第2項(e)、第3項(a)、第3項(b)または第3項(e)」とは、それぞれ写真技術の使用その他の工程における紙等の媒体への複製、図書館及び教育機関等における複製、放送のための一時的記録、非商業目的の社会施設における放送の複製、非商業目的の授業・学術研究のための例証目的の利用、非商業的性質の障害者のための利用、行政・司法手続き等における利用である。

DRM回避に関して「例外または制限から利益を受ける方法を権利者が提供することを保証する」というのは日本やアメリカでは見られない規定である。

またEU加盟国のうちいくらかでは自国の法で、日本における「私的複製」規定と同様に、利用者に私的・非商業目的で著作物を複製することを認める「プライベート・ユーズ」条項を規定している³⁹。当ディレクティブにおいても、そうしたプライベート・ユーズに配慮した免責が設けられている。先述のEUディレクティブ6条4項の第2文である。

EU著作権ディレクティブ6条 技術的手段に関する義務

4.....

加盟国はまた、私的使用のための複製がすでに権利者により可能にされていない場合は、関係する例外または制限から利益を受けるのに必要な範囲で、かつ、第5条第2項(b)および第5項の規定に従って、権利者がこれらの条項に従い複製の数に関する適正な手段を採用することを妨げることなく、第5条第2項(b)に従い規定される例外または制限の受益者に関して、そのような手段をとることができる。

また第5条2項(b)と5項とは、以下のように規定されている。

第5条 例外および制限

2.加盟国は、次の場合に、.....複製権に、例外または制限を規定することができる。

(b)第6条に掲げる著作物その他の目的物に対する技術的手段の適用または不適用を勸告して権利者が公正な補償を受けることを条件として、私的使用のために、および直接にも間接にも商業的でない目的のために、自然人により行われるいずれかの媒体への複製に関する場合

5.....例外または制限は、著作物その他の目的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定の特別な場合のみ適用されなければならない。

すなわち当ディレクティブは、利用者の様々な媒体での複製を尊重し、著作権者が「公

³⁹ June M. Besek, *supra* note 38 p428

正な補償(fair compensation)」を受け取るという条件の元で、プライベート・ユーズの免責を認めているのである⁴⁰。

なお上述した 6 条 4 項の第 1 文・第 2 文については、第 4 文において「公衆のそれぞれが個別的に選択する場所および時期についてアクセスできるように合意された契約条件に基づき、公衆に利用可能にされる著作物その他の目的物には適用されない」と規定されている。

さらに追加の免責としては、ディレクティブの序文(48)において、「特に(技術的手段に関する)この保護は、暗号法の研究を妨げてはならない」と規定されている。また序文(50)においてはリバース・エンジニアリングに配慮し、EU コンピューター・プログラムディレクティブ 5 条 3 項(調査・研究のため)、6 条(互換性のため)に従って行われる行為のために必要な DRM 回避方法の開発・利用を抑制・防止すべきでないとしている。

2.4. オーストラリアの DRM 回避規制法

オーストラリアでは 2000 年の著作権法改正(Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000)により、DRM 回避規制法が整備され、WIPO 著作権条約を施行した。しかし 2006 年に AUSFTA(豪米自由貿易協定)を締結するにあたって、オーストラリア著作権法 DRM 回避規制規定は DMCA と比較して不十分な内容と米国から評価され、2006 年に再び著作権法を改正しアクセスコントロール回避行為規制等が整備された⁴¹。このように DMCA の影響を強く受けている側面がある。一方で免責については米国や日本でも見られない形式のものがある。

2.4.1. オーストラリアの DRM 回避規制法における保護される DRM の範囲

オーストラリア著作権法 10 条で「技術的保護手段(technological protection measure)」として定義される。この定義も 2006 年に改正されている。改正以前は以下のとおり。

オーストラリア著作権法 10 条 解釈(2006 年改正以前)

技術的保護手段 とは、以下のいずれかまたは両方の方法によって、通常の動作の過程において著作物またはその他の権利対象物に対する著作権の侵害を防止または阻止するよう設計された装置もしくは製品またはプロセスに組み込まれた部品をいう。

(a)著作権者または排他的被許諾者の許諾を得てアクセス・コードまたはプロセス(復号化、逆スクランブルまたはその他の著作物もしくはその他の権利対象物の変形を含む)を用いてのみ著作物またはその他の権利対象物にアクセスできるようにすること。

(b)コピー・コントロール方式によること⁴²。

⁴⁰ June M. Besek, *supra* note 38 p428

⁴¹ 作家文雄「豪・米自由貿易協定(AUSFTA)を背景とするフェアユース規定導入議論に関する考察-安定性と柔軟性の調和・融合を図る制度の模索-」コピライト 7 号(2009 年)

⁴² 訳文は著作権法情報センター(CRIC)掲載、岡雅子訳による。

オーストラリア著作権法 10 条 解釈(2006 年改正後)

技術的保護手段とは、

- (a)アクセスをコントロールする技術的保護手段、もしくは
- (b)次の装置、製品、技術、またはコンポーネント(コンピューター・プログラムを含む)
 - (i).....
 - (ii) その通常の動作過程において、著作権侵害行為を行うことを阻止若しくは抑止または制限するもの
.....⁴³

改正以前も改正以後も(a)がアクセスコントロールで、(b)がコピーコントロールを指していることに変わりはない。しかし改正によってアクセスコントロールの定義が拡大するとともに、コピーコントロールの定義がより詳細に規定された。

2.4.2. オーストラリアの DRM 回避規制法における規制対象行為

2006 年に大規模に改正された。まず改正以前は以下のとおり。

オーストラリア著作権法 116A 条 回避装置の輸入および製造等ならびに回避サービスの提供等(2006 年改正以前)

- (1).....本条は、以下の場合に適用する。
 - (a)著作物またはその他の権利対象物が、技術的保護手段により保護されており、かつ
 - (b).....著作権者または排他的被許諾者の許可なく、以下の行為を行い、
 - (i)当該技術的保護手段を回避することまたは回避を容易にすることができる回避装置を作成すること
 - (ii)かかる回避装置を販売し、賃貸し、または業として販売もしくは賃貸に供し、または広告、宣伝もしくはその他の営業を行うこと
 - (iii)かかる回避装置を営業目的または著作権者を害するその他の目的のために頒布すること
 - (iv)かかる回避装置を業として公に展示すること
 - (v)かかる回避装置を、以下の目的のためにオーストラリアに輸入すること
 - (A)かかる回避装置を販売し、賃貸し、または業として販売もしくは賃貸に供し、または広告、宣伝もしくはその他の営業を行うこと
 - (B)かかる回避装置を営業目的または著作権者を害するその他の目的で頒布すること
 - (C)かかる回避装置を業として公に展示すること
 - (vi)かかる回避装置を、著作権者を害する程度にオンラインで提供すること

⁴³ 王迂著、孫友容訳「著作権法による技術的手段の保護の正当性について」知的財産法政策学研究 39 巻(2012 年)

(vii) 当該技術的保護手段を回避することまたは回避を容易にすることができる回避サービスを提供し、または業として広告、宣伝もしくはその他の営業を行うこと

(c) かかる行為を行った者が、当該装置またはサービスが当該技術的保護手段を回避しまたは回避を容易にするために使用されることを知りまたは合理的に知りえた場合⁴⁴。

ここでは回避行為そのものは規制されていない。対象は回避装置や回避サービスの提供である。その点では日本の著作権法や不正競争防止法に近いものといえる。

なお回避装置(サービス)については、10条で「技術的保護手段を回避することまたはこれを容易にすること以外には、商業的に重要な目的または用途をほとんどまたは全く有しない装置(サービス)」と定義される。

2006年改正後は、116AN条において「アクセスコントロール回避行為」、116AO条において「技術的保護手段回避装置の製造等提供行為」、116AP条において「技術的保護手段回避サービス提供行為」が規制されるようになった。条文は以下のとおり。

オーストラリア著作権法 116AN条 アクセスをコントロールする技術的保護手段回避行為 (2006年改正により新設)

(1) 創作物その他の対象物について著作権を有する者又は排他的使用権を有する者は、以下の場合その行為者に対して訴えを提起することができる

(a) 創作物又はその他の対象物がアクセスをコントロールする技術的保護手段によって保護されており、

(b) 人がアクセスをコントロールする技術的保護手段を回避する結果を招く行為に及び、

(c) 当該人が、かかる行為はかかる結果を招くと知り又は合理的に知っていた場合

.....

オーストラリア著作権法第 116AO 条 技術的保護手段回避装置の製造等(2006年改正により新設)

(1) 創作物又はその他の対象物の著作権者又は排他的使用権者は、以下の場合、行為者に対して訴えを提起することができる

(a) 人が以下の行為を装置を用いて行う場合

(i) 他人に対して提供する目的で装置を製造すること

(ii) 他人に対して提供する目的でオーストラリア内に装置を輸入すること

(iii) 他人に対し装置を引き渡すこと

(iv) 装置を公衆に対して提供の申し出をすること

(v) 他人に対して装置を提供すること

(vi) 他人に対して装置を送信すること、かつ

⁴⁴ 著作権法情報センター(CRIC)・前掲注(42)

- (b) そのものが、当該装置が技術的保護手段回避装置であることを知り、又は合理的に知るべきであったこと、かつ、
- (c) 創作物その他の対象物が技術的保護手段によって保護されていること

オーストラリア著作権法 116AP 条 技術的保護手段回避サービスの提供等(2006 年改正により新設)

- (1) 創作物その他の対象物の著作権者又は排他的使用権者は、以下の者に対して訴えを提起することができる
 - (a) 人が(i) 他人に対してサービスを提供し、又は
 - (ii) 公共に対してサービスを申し出、かつ、
 - (b) その者が、かかるサービスは技術的保護手段を迂回するサービスであると知り又は合理的に知るべきであり、かつ
 - (c) 当該創作物又はその対象物が技術的保護手段により保護されている場合⁴⁵

また 10 条における回避装置、回避サービスの定義も改正されている。

オーストラリア著作権法 10 条 解釈(2006 年改正後)

技術的保護手段に対する回避装置とは、以下の装置、コンポーネント又は製品(コンピューター・プログラムを含む)を意味する

- (a) 技術的保護手段を迂回する目的又は使用方法を持つものとして販売促進され、広告され又は頒布されている物、又は
- (b) 技術的保護手段を迂回する以外の特段の目的や使用方法を有せず、又は目的や使用方法を有していない物、又は
- (c) 技術的保護手段を回避することを可能にし又はそれに資することを主たる又は単独の目的として設計され又は製造された物⁴⁶

回避サービスもほぼ同様の内容であるため条文は省略する。

前述 AUSFTA を背景とし、2006 年改正により、DMCA と同様にアクセスコントロール回避行為そのものが新たに規制対象行為となった。

2.4.3. オーストラリアの DRM 回避規制法における免責

2006 年改正以前、改正後も DRM 回避に関して直接的な免責が設けられている。

まず改正以前について、116A 条(2)連邦または州に属する機関による、法執行または国防のために適法に行われる行為に関する免責があった。

116A 条(3)では回避機器の入手について、回避機器が「認められた目的」にのみ使用され、入手する人物が「有資格者」であり、「宣誓書」を提出した場合に関する免責があった。

⁴⁵ 以上 116AN 条、AO 条、AP 条の訳文は、経済産業省「東アジア大における不正競争及び原産地等に係る表示に関する法制度の調査研究報告 - 欧米豪の法制度との対比において - 」(2008 年)による

⁴⁶ 経済産業省・前掲注(45)

「認められた目的」とはコンピューター・プログラムの互換製品を作成するため、エラー修正のため、セキュリティ・テストのため、図書館または文書館による複製、連邦や州による著作物の使用、教育機関による一定の認められた複製、が含まれた。「有資格者」とは前述「認められた目的」をもつ者であり、「宣誓書」には回避装置提供者の氏名・住所、受給者の氏名・住所、利用目的等を記入する。特にこの「宣誓書」の提出は米国や日本でも見られない形式であった。

さらに 116A 条(4)では技術的保護手段により保護されない形では容易に入手できない著作物に関して「認められた目的」にのみ使用される装置の製造・輸入に関しての免責が設けられていた。

2006 年改正後は免責も整理されている。116AN 条アクセスコントロール回避行為では、116AN 条(2)権利者から許諾を得ている場合の免責、116AN 条(3)コンピューター・プログラムの互換性のため、116AN 条(4)暗号解析のため、116AN 条(5)セキュリティ・テストのため、116AN 条(6)オンライン・プライバシー保護のため、116AN 条(7)法の執行や政府の活動のため、116AN 条(8)図書館・文書館の活動のため、116AN 条(9)回避対象が著作権の保護対象でない場合の免責、が設けられている。

116AO 条回避装置の製造等、116AP 条回避サービスの提供等では、それぞれ同内容の免責が定められている。すなわち 116AO 条(2)・116AP 条(2)では装置(サービス)が回避目的であると宣伝されていなかった場合、116AO 条(3)・116AP 条(3)ではコンピューター・プログラムの互換性のため、116AO 条(4)・116AP 条(4)では暗号解析のため、116AO 条(5)・116AP 条(5)ではセキュリティ・テストのため、116AO 条(5)・116AP 条(5)では法の執行や政府の活動のための免責が設けられている。

よって改正により「宣誓書」を提出させるような形式の免責は撤廃されている。

3.各国の DRM 回避に関する主要な裁判例

本章では各国の DRM 回避に関する主要な事例をみていく。2 章と同様に、DRM の定義、規制対象行為、免責、の 3 点に着目する。

3.1.日本の DRM 回避関連裁判例

上述のとおり日本は比較的早期に DRM 保護規定を整備しつつも、裁判例は少ない。最も代表的なものは以下で紹介する 2009 年「マジコン事件」である。争点の中心は不正競争防止法(平成 23 年度改正以前)における DRM(技術的制限手段)の定義と規制対象行為であった。特に規制対象行為の解釈・範囲の曖昧さは議論となり、不正競争防止法平成 23 年度改正における「のみ」要件の撤廃に繋がった。

3.1.1.マジコン事件⁴⁷

3.1.1.1.マジコン事件概要

原告は携帯型ゲームハード「ニンテンドーDS」および「ニンテンドーDS Lite」ならびに DS 用のゲームソフト(プログラム・データ)が格納されたカード媒体(DS カード)を製造・販売する任天堂と、DS カードを製造・販売するゲームソフト制作会社 54 社である。

DS 本体は、DS カードを挿入するスロットを有しており、DS カードを挿入し DS カードに記録されている特定信号 1~4 を受信した場合のみ、信号ごとに特定の反応をして、DS カードに記録されたゲームソフト・プログラムが実行される(以下、本件仕組み)。

DS カードに記録されたゲーム・プログラムを複製して DS 本体に挿入しても、特定信号に反応した機能が再現されず、結果としてそのゲーム・プログラム複製物を実行することができないようになっている。任天堂とライセンス契約を結んでいない自主制作ゲームソフト、音楽、動画等のプログラムも特定信号 1~4 が記録されていないため、DS 本体で実行することができない。

被告は日本国内で「マジコン」装置⁴⁸を輸入・販売する業社 5 社である。マジコン装置は本件ゲーム・プログラム複製物や自主制作プログラムを DS 本体で実行することを可能にする機能を有している。本件ゲーム・プログラム複製物等を microSD カードに記録し、その microSD カードを挿入したマジコン装置を DS 本体に挿入することで、実行が可能となる。

原告は、本件仕組みは不正競争防止法 2 条 7 項にいう技術的制限手段に該当するとし、マジコン装置の輸入・販売等は不正競争防止法 2 条 1 項 10 号に違反し、マジコン装置の輸入・販売等差し止めおよび在庫品の廃棄を求めた。

被告は不正競争防止法 2 条 7 項の「技術的制限手段」とは、特定の信号を検知した場合にプログラムの実行等を制限する方式(検知 制限方式)に限られ、特定の信号を検知した場合にプログラム等の実行を可能とする方式(検知 可能方式)は含まないと主張した。またマ

⁴⁷ 東京地判平成 21 年 2 月 27 日(平 20(ワ) 20886 号・平 20(ワ) 35745 号)・前掲注(20)

⁴⁸ 本件において取り上げられたマジコン装置の製品名は「R4 Revolution for DS」である。

マジコン装置は、本件ゲームソフト・プログラム複製物等の実行を可能にする機能だけでなく、自主制作プログラム等の実行を可能にする機能も有しているため、2条1項10号の「技術的制限手段を無効化する機能のみ」有する装置には該当しないと主張した。

判決では原告の主張を認め、差し止め請求が認められた。判決は確定している。

3.1.1.2.マジコン事件判旨

マジコン事件の争点は3つである。原告仕組みは不正競争防止法2条7項の「技術的制限手段」に該当するのか、マジコン装置は不正競争防止法2条1項10号の技術的制限手段を無効化する機能「のみ」を有するかどうか、原告の営業上の利益を侵害しているかどうかである。

3.1.1.2.1.原告仕組みの技術的制限手段該当性

「不正競争防止法2条1項10号の立法趣旨から「我が国におけるコンテンツ提供事業者の存立基盤を確保し、視聴等機器の製造者やソフトの製造者を含むコンテンツ提供事業者間の公正な競争秩序を確保するために、必要最小限の規制を導入するという観点に立って、立法当時実態が存在する、コンテンツ提供事業者がコンテンツ保護のためにコンテンツに施した無断複製や無断視聴等を防止するための技術的制限手段を無効化する装置を販売等する行為を不正競争行為として規制するものである」と述べた。立法当時に、技術的制限手段としていかなる例を念頭においていたのかについては、立法関係資料の記述を引用し、

「不正競争防止法2条7項の『技術的制限手段』は『(a)コンテンツに信号または指令を付し、当該信号又は指令に機器を一定のルールで対応させる形態』と『(b)コンテンツ自体を暗号化する形態』の2つの形態を包含し、前者の例として『無許諾記録物が視聴のための機器にセットされても、機器が動かない(ゲーム)』が挙げられているが、この例は、本判決の分類では、検知可能方式である。そして、同立法当時、規制の対象となる無効化機器の具体例としてMODチップが挙げられているが、このMODチップは、本判決の分類にいう検知可能方式のものを無効化するものであり、当初から特殊な信号を有しない自主制作ソフト等の使用も可能にするものであった。」と述べ、

「以上の不正競争防止法2条1項10号の立法趣旨と、無効化機器の1つであるMODチップを規制の対象としたという立法経緯に照らすと、不正競争防止法2条7項の『技術的制限手段』とは、コンテンツ提供事業者が、コンテンツの保護のために、コンテンツの無断複製や無断視聴等を防止するために視聴等機器が特定の反応を示す信号等をコンテンツとともに記録媒体に記録等することにより、コンテンツの無断複製や無断視聴等を制限する電磁的方式を意味するものと考えられ、検知制限方式のものだけでなく、検知可能方式のものも含むと解される。」とした。

3.1.1.2.2.マジコン装置の「のみ」要件充足性

「原告仕組みは、以上のように解された不正競争防止法 2 条 7 項の技術的制限手段に該当し、同法 2 条 1 項 10 合の営業上用いられている技術的制限手段によりプログラムの実行を制限するとの点も満たしている。」と結論づけられた。

さらに「立法趣旨及び立法経緯に照らすと、不正競争防止法 2 条 1 項 10 号の『のみ』は、必要最小限の規制という観点から、規制の対象となる機器等を、管理技術の無効化を専らその機能とするものとして提供されたものに限定し、別の目的で製造され提供されている装置等が偶然『妨げる機能』を有している場合を除外していると解釈することができ、これを具体的機器等で説明すると、MOD チップは『のみ』要件を満たし、パソコンのような汎用機器等及び無反応機器は『のみ』要件を満たさないと解釈することができる」と述べ、マジコン装置は『のみ』要件を充足すると判断した。

3.1.1.2.3.営業上の利益侵害性

「数多くのインターネット上のサイトで極めて多数の本件吸出しプログラムがアップロードされており、だれでも容易にダウンロードすることができ、被告装置の大部分が、大部分の場合、本件吸出しプログラムを使用するために用いられているものであるから、被告装置により、原告らは、DS カードの製造販売業者として、本来販売できたはずの DS カードが販売できなくなり、現実に営業上の利益を侵害されているものと認められる。原告任天堂は、DS 本体の製造販売業者としても、原告仕組みの技術的制限手段が妨げられてその対策を講じることを余儀なくされ、現実に営業上の利益を侵害されているものと認められる」と述べ、原告が被告らの行為によって営業上利益を侵害されていると認めた。

3.1.1.3.マジコン事件判決の評価

DRM(技術的制限手段)の定義について、不正競争防止法 2 条 7 項において「制限する」とは映像等の実行・記録に対して制約を課す管理を措置することを指すと解説されており⁴⁹、本件仕組みがこれに該当することは問題がない。

また「特定の反応をする信号を～記録媒体に記録し、若しくは送信する方式」について、ニンテンドーDS 本体が視聴等機器に該当し、この視聴等機器が本件特定信号に反応する仕組みとなっている。争点となるその反応の方式であるが、条文では「特定の反応をする」と規定しており、これは解説からも検知 制限方式と検知 可能方式のいずれも含まれると解することができる⁵⁰。

判旨は、立法時の議論において技術的制限手段の例として「無許諾記録物が視聴のために機器にセットされても、機器が動かない(ゲーム)」や「MOD チップ」について言及していることを指摘し、これら手段が検知 可能方式であることから、やはり検知 可能方

⁴⁹ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産制作室編・前掲注(9)

⁵⁰ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産制作室編・前掲注(9)

式についても規制の対象として考えられていたと解するのが自然である。よって 2 条 7 項の解釈から、本件仕組みが「技術的制限手段」に該当することは否定できないものと思われる。

一方で規制対象行為、「のみ」要件の解釈であるが、マジコン装置が「のみ」要件を充足することが認められた理由は、必ずしも明確には述べられていない⁵¹。裁判所は立法趣旨および立法経緯から、「のみ」要件を「規制の対象となる機器等を、管理技術の無効化を専らその機能とするものとして提供されたものに限定し、別の目的で製造され提供されている装置等が偶然『妨げる機能』を有している場合を除外している」と解釈した。「のみ」要件を満たす具体例として、裁判所は MOD チップを挙げているが、マジコン装置に関する判断と同様に、MOD チップも自主制作ソフト等を実行することができるという事実と「のみ」要件の関連には触れていない。裁判所は汎用機器や無反応機器以外は原則として「のみ」要件を満たすと理解しているかのようにも思える⁵²。「のみ」要件の目的が技術開発を萎縮させないことにあるとすれば⁵³、マジコン装置の主目的が無効化である以上、技術開発の自由を確保する必要性が低いため、技術的制限手段の実効性を図ることが重視されたと理解できる。補足的にマジコン装置の使用実態についても触れており、装置の使用実態は装置の性質を確定する際の判断材料の一つとなっただろう。

3.1.2. その他の日本における DRM 回避関連事件

著作権法では、平成 11 年 11 月には VHS にかげられた DRM(マクロビジョン)を回避する機器をインターネット上で販売した業者が逮捕されている。また同機器の製造販売業者も平成 12 年 1 月に逮捕された⁵⁴。

不正競争防止法では、平成 17 年に CATV ただ見チューナー輸入販売の禁止および破棄を命じる仮処分・申請が任用された⁵⁵。また平成 24 年以降、有料衛星放送をただ見するための改造 B-CAS カードの輸入・譲渡の摘発が複数報道されている⁵⁶。

⁵¹ 蘆立順美「技術的制限手段の意義と専用品該当性判断」速報判例解説 6 号(2010 年)

⁵² 蘆立・前掲注(51)

⁵³ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産制作室編・前掲注(9)

⁵⁴ 奥邨・前掲注(8)

⁵⁵ 奥邨・前掲注(8)

⁵⁶ 菅野、大谷、山本・前掲注(5)

3.2.米国の DRM 回避関連裁判例

最初に紹介する DeCSS 事件は DMCA1201 条に関する代表的な事件の一つである。その判決については、以降のいくつかの事件でも引用されている。

3.2.1.DeCSS 事件⁵⁷

3.2.1.1.DeCSS 事件概要

原告は米国の主要な映画会社等である。市販される映画等の DVD には記録された映像のコピーや、非ライセンスのプレイヤーでの再生を禁止する DRM である「CSS」が付与されている。1999 年にノルウェー人の当時 16 歳の少年 Jon Johansen は CSS を回避するソフトウェア「DeCSS」を開発し、父親の Web サイトにて公開していた⁵⁸。被告はその「DeCSS」を自らの Web サイトにて紹介していた者達である。

原告は、被告による DRM を回避するソフトウェアである DeCSS を被告自らの Web サイトに掲載する、または DeCSS が掲載された Web サイトへのリンクを掲載する行為は DMCA1201 条に違反するとして、その差し止めを求めた。地裁は被告行為の差し止めを認めた。被告は控訴したが、第 2 巡回区控訴裁判所は地裁の判断を肯定した⁵⁹。

3.2.1.2.DeCSS 事件判旨

3.2.1.2.1.CSS のアクセスコントロール該当性

地裁は、CSS が付与された DVD 映像へアクセスするには「暗号鍵」を必要とし、その暗号鍵はライセンスを受けるか、ライセンスされたプレイヤーを購入することで手に入るということから、CSS は「アクセスを効果的にコントロールしている」すなわちアクセスコントロールであると認めた。被告は、CSS は「脆弱な」暗号であり、暗号鍵を取り出すのが容易になっており、効果的にアクセスをコントロールしていない、と主張したが斥けられた。

3.2.1.2.2.DeCSS の回避機器該当性

DeCSS は主として CSS を回避するために設計され、1201 条(a)(2)に規定される回避機器(回避技術)にあたりと認められた。

被告は、DeCSS が映像等の著作権侵害のためでなく、Linux 上で動作する DVD プレイヤーを開発するために開発された、すなわち 1201 条(f)の免責リバースエンジニアリングにあたりと主張した。しかし裁判所は、被告らは DeCSS の開発者ではなく、また DeCSS の開発者も開発の唯一の目的が Linux 上での互換性実現であると必ずしも述べていないことから、免責条件を満たさないとした。同様に 1201 条(g)暗号化研究、1201 条(j)セキュリティ

⁵⁷ Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294(S.D.N.Y.2000).

⁵⁸ 苗村憲司「著作権保護システムの技術と法制度(マルチメディアコンテンツのセキュリティ)」映像情報メディア学会誌：映像情報メディア 56 巻 7 号(2002 年)

⁵⁹ Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429(2nd Cir. 2001)

ィ検査の免責適用についても、被告らが暗号化研究やセキュリティ検査を実際に行っている証拠を示さなかったため、却下された。

3.2.1.2.3.回避機器流通規制と表現の自由の関係

さらに被告は、DeCSSのWebサイトへの掲載またはDeCSSが掲載されたWebサイトへのリンク掲載を禁止することは、合衆国憲法修正1条に定められた「表現の自由」の侵害であるとも主張したが、これもまた斥けられた。裁判所は、DMCA1201条の流通規制条項はcontent-neutralな(表現内容に無関係な、表現内容に中立的な)ものであり、法的に有効な議会の権利行使であって、過剰な表現の規制ではないとした。一方で、裁判所は場合によってはリンク掲載禁止が表現の自由を侵害する可能性を認めた。すなわち(a)そのリンクが違法な製品とのリンクであると知っている、(b)その(回避)機能・技術が法律的に推奨されるものではないと知っている、(c)その機能・技術を頒布する目的でリンクをしている、という明確な証拠なしにリンクを掲載する場合は責任を負わないと示した⁶⁰。

控訴審において被告は、DeCSSが合衆国憲法修正第1条の条件を満たす「表現・言論」であるとし、1201条はcontent-based(表現の内容に基づく)規定の厳格な適用に失敗しているとした。そして1201条が、合衆国憲法修正第1条違反により、「フェア・ユース」を制限していると主張した。しかし控訴裁は、1201条を、著作物をフェア・ユース目的で利用するのと同じように、著作物を保護する暗号化技術を回避する(またそうした技術を頒布する)ことを認めると解釈することにより、憲法上の問題を回避するという被告の誘引を拒絶した⁶¹。

控訴裁は、コンピューター・コードが合衆国憲法修正第1条の保護に値すると認めた。しかしながら地裁のように、コンピューター・コードは単なるスピーチ(言論)だけでなく合衆国憲法修正第1条の保護範囲に影響を及ぼす役割もある、と判示した。DeCSSの掲載を禁止することは、機能上明文化されていないコンポーネント(成分・要素)に狙いを付けたもので、content-neutralである(またその結果として合衆国憲法修正第1条の厳格な規定に従属しない)と認定した。「付随的に言論が抑制される場合は、政府にとってのメリットがある必要があり、一方でそのメリットのために過剰に言論が抑制されてもいけない。」「暗号化された著作物への非許諾アクセスを禁止することは明らかに政府にとってのメリットがある。」そして今回のDeCSSのリンク禁止掲載は、表現の自由の侵害とは無関係にメリットを得るためのものである、とした。リンク禁止が認められるケース・認められないケースの判断については、控訴裁は地裁による三段階テストを支持した。被告は、権利者に対して損害を与える意図があったか、という要件の追加を求めたが斥けられた⁶²。

控訴裁は最後に、本事件は著作物への非許諾の暗号解除を禁止することがどれだけ利用者(消費者)に影響を与えることになるかという難しい問題を示したが、その難しいバランス

⁶⁰ June M. Besek, *supra* note 38 p408

⁶¹ June M. Besek, *supra* note 38 p408

⁶² June M. Besek, *supra* note 38 p408

をいかにしてとるかは議会の役割である、と結論づけた。

3.2.1.5. その他の DeCSS 関連事件

DeCSS に関しては、CSS 技術をライセンスする DVD-CCA⁶³が、DeCSS を web サイトに掲載していた人物 Andrew Bunner を、カリフォルニア州法に基づき営業秘密の不正使用を理由として訴えた事件がある⁶⁴。管轄は連邦裁判所でなくカリフォルニア州裁判所である。一審では、DeCSS は言論と認められるが、営業秘密へのリバースエンジニアリングは禁止されるべきで、よって DeCSS の掲載は禁止される、とした。しかし二審では DeCSS は言論であり、そして営業秘密は憲法の定める言論よりも保護レベルが低いいため、DeCSS の掲載は禁止されないと結論づけた⁶⁵。

なお DeCSS の開発者 Jon Johansen もノルウェーにてノルウェー刑法 145 条 2 項(不正アクセスの禁止)違反として起訴されたが、「正当に購入した DVD について、製作者の想定しなかった方法でその DVD に記録された映像にアクセスすることは不正アクセスにあたらぬ」として地裁・高裁共に無罪となった。検察は上告を断念し判決が確定している⁶⁶。

3.2.2. 3 2 1 Studios 事件⁶⁷

3.2.2.1. 3 2 1 Studios 事件概要

原告 321Studios は、DVD の CSS を回避してバックアップコピーを作成することを可能にさせるソフトウェア「DVD Copy Plus」と「DVD-X COPY」を開発・販売していた。原告は 1.当該ソフトウェアの販売は DMCA1201 条に違反しないこと、そもそも 1201 条は合衆国憲法修正 1 条に違反することの確認と、2.当該ソフトウェアはバックアップコピー作成やパブリックドメイン著作物のコピーの作成等実質的に非侵害な利用方法を有し、その使用がフェアユースを構成すること、その使用を禁止することは憲法修正 1 条に違反することの確認、を求めて主要映画会社を被告として訴えを起こした。

3.2.2.2. 3 2 1 Studios 事件判旨

裁判所は DeCSS 事件を判例として、当該ソフトウェアが CSS 回避を主な目的として設計・開発・販売されており、1201 条(a)(2)および 1201 条(b)に違反すると認定した。合衆国憲法修正 1 条に関する議論についても、回避ソフトウェアが言論ともみなされるが、機能的側面ももち、DMCA1201 条はその機能に対する規制であって、表現の中身(言論)を規制するものではないとした。現実的な危害を直接的・実質的に和らげるという政治上の目的があり、さらに自由な言論を必要以上に抑圧することがなければ規定は合憲であり、

⁶³ DVD Copy Control Association

⁶⁴ DVD Copy Control Association, Inc. v. Bunner, 31 Cal. 4th 864(2003)

⁶⁵ 名和小太郎「リバースエンジニアリング」情報管理 41 巻 5 号(2003 年) 51～52 頁

⁶⁶ 奥邨・前掲注(8)

⁶⁷ 321Studios v. MGM Studios, Inc., 307 F. Supp. 2d 1085(N.D.Cal.2004)

DMCA1201 条はその条件を満たしている合憲であると判断した。321Studios に対しては、当該ソフトウェアの頒布差し止め命令の略式判決が出された。

3.2.2.3. その他の 321Studios 関連事件

Paramount Pictures v. 321Studios⁶⁸は、同じく「DVD Copy Plus」「DVD-X COPY」両ソフトウェア頒布中止を求めた事例で、DeCSS 事件と 321Studios 事件が判例とされた。両ソフトウェアは回避を主目的として設計されたのではないという被告の主張は斥けられ、頒布差し止め命令が出された⁶⁹。

Macrovision v. 321Studios⁷⁰は、原告が DMCA1201 条違反および特許侵害で被告 321Studios を訴えた。頒布差し止め命令が出されたが、「既に他の訴訟で差し止めが認められている」ことを理由として、具体的な判断はなされていない⁷¹。

以下で紹介する Lexmark 事件と Chamberlain 事件は、自社の製造販売する製品に対する廉価・互換製品を市場から排除する目的で付与された技術的手段とその回避、に関する事件である。両事件とも同様の判決が下されている。

3.2.3. Lexmark 事件

3.2.3.1. Lexmark 事件概要

原告 Lexmark 社はレーザープリンタやインクジェットプリンタを手がけるメーカーである。Lexmark のレーザープリンタのトナーカートリッジには「トナーローディングプログラムというプログラム」が搭載されていて、トナーレベルを監視している。さらにプリンタ(に記録されたプログラム)とトナーカートリッジ上のマイクロチップが暗号方式の認証を行い、認証が成功した場合にのみプリンタが動作する。これにより、非ライセンスのトナーカートリッジが利用されることを防いでいる。

被告 Static 社は、Lexmark プリンタの認証システムを回避することができる「SMARTEK」と呼ばれるマイクロチップを開発した。Lexmark のトナーカートリッジに付けられたマイクロチップを「SMARTEK」チップに置き換えることにより、非ライセンス業者によるトナーの再充填・再利用が可能となる。なお、この認証回避および再充填・再利用を可能にするうえで、「SMARTEK」チップには Lexmark トナーローディングプログラムのデッドコピーも記録されている。

原告は、被告が トナーローディングプログラムのデッドコピーにより原告の著作権を侵害する、 トナーローディングプログラムへのアクセスコントロールを回避する製品の販売により DMCA1201 条に違反する、 プリンタに記録されたプログラムへのアクセスコ

⁶⁸ Paramount Pictures Corp. v. 321 Studios, 69 U.S.P.Q.2D(BNA)2023(S.D.N.Y.2004)

⁶⁹ June M. Besek, *supra* note 38 p409

⁷⁰ Macrovision Corp. v. 321Studios, 2004 U.S. Dist. LEXIS 8345(S.D.N.Y.2004)

⁷¹ 奥邨・前掲注(8)

ントロールを回避する製品の販売により DMCA1201 条に違反する、として SMARTEK チップの販売差し止めを求めた⁷²。

3.2.3.2.Lexmark 事件判旨(地裁判決)⁷³

地裁は、著作権法が著作物に求める創作性は低いレベルでも十分であるとし、トナーローディングプログラムは他の方法でも記述できることから、その創作性を認めた。更に、商業目的であること、プログラムの全てを複製していること、トナーカートリッジ市場への影響から、被告によるフェアユースの抗弁を却下した。被告による、原告は著作権を濫用しているという主張も却下された。

DMCA1201 条に関して、Lexmark の認証システムは、著作物と認められるプリンタ(に記録されたプログラム)とトナーローディングプログラムに対して「効果的にアクセスをコントロールしている」と認められた。そして SMARTEK チップは、認証システム回避が唯一の目的として開発・販売されており、DMCA1201 条に違反すると結論づけた。

被告は、SMARTEK チップについて 1201 条(f)リバースエンジニアリングの免責にあたりと主張したが、SMARTEK チップに独自・独立設計されたプログラムが含まれないために、免責の条件は満たさないとされた⁷⁴。

以上から被告に対して仮差し止め命令が出された。

3.2.3.3.Lexmark 事件判旨(控訴裁判決)⁷⁵

第 6 巡回区控訴裁判所は、地裁の仮差し止め命令を無効とし、事件を地裁に差し戻した。

3.2.3.3.1.控訴審におけるトナーローディングプログラムの著作物性判断

まず控訴裁は、トナーローディングプログラムの著作物性について、他の方法でも記述できることから創作性を認める、という判断を批判した。他の方法でも記述できることを示すだけでは創作性を認めるには不十分で、その実現可能性を問うべきであるとした。また機能的・効率的に考えると、トナーローディングプログラムの他の記述は困難で、仮差し止めが認められるほどのオリジナル性を有するか明らかでないとした。加えて、トナーローディングプログラムを 1 バイトでも書き換えれば、必然的に認証システムを書き換える必要があり、そうしなければプリンタは機能しない。この厳しい制約が地裁では無視されたが、仮差し止め命令の次元で考えた場合、被告によるトナーローディングプログラムのデッドコピーは正当化されると判示した。

トナーローディングプログラムの著作物性を否定したことで、フェアユース抗弁の検討は必要ないとしつつも、フェアユース判断 4 要件のうち「利用目的」について、被告によ

⁷² 奥邨弘司「判例研究:Lexmark 事件控訴裁判決：プログラムの著作物性と迂回禁止規定違反が問題となった事例」国際経営論集 29 巻(2005 年)

⁷³ Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 253 F. Supp. 2d 943(E.D.Ky. 2003)

⁷⁴ June M. Besek, *supra* note 38 p410

⁷⁵ Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522(6th Cir.2004)

るデッドコピーは、トナーレベルの計測という本来の目的でなく、認証システムに対するインプットとして複製したため、トナーローディングプログラムの著作物としての経済的価値を目的に複製したのではないから、被告に不利と判断すべきでないとした。さらに「市場への影響」についても、SMARTEK チップがトナーカートリッジ市場を害したとしても、それは著作権によって保護される類の市場ではないとした⁷⁶。

3.2.3.3.2. 控訴審における SMARTEK チップの DMCA1201 条違反判断

地裁では、DMCA で定義されていない「アクセス」という語の意味を、辞典を参照して「入室・獲得・利用を可能にすること」として、Lexmark の認証システムは、プリンタ利用者の能力をコントロールしており「効果的にアクセスをコントロールしている」と結論づけた。しかし控訴裁はこの結論を否定した。

プリンタを購入した者は、プリンタのメモリから直接プリンタに記録されたプログラムコードを読むことが可能である。プリンタの使用をコントロールしていても、プリンタのプログラムコードを読み取ったり、コピーしたりすることをコントロールできていないのだから、一部分だけをコントロールできて別の部分はコントロールできていないようなものは、「効果的に」アクセスをコントロールしていないと、結論づけた。

控訴裁は更に、立法者の意図にも言及し、DMCA1201 条は海賊版を防止するため技術的手段のためのもので、消費者が購入した商品の使用を妨害するような技術的手段に法的保護を与える意図はなかったと述べた⁷⁷。

トナーローディングプログラムが著作物足り得ない可能性があるのであるから、著作物性のないものに対するコントロールは DMCA1201 条で保護されないことも判示した。

3.2.4. Chamberlain 事件⁷⁸

3.2.4.1. Chamberlain 事件概要

原告は家庭にあるガレージのドアを電動で開閉するための装置ガレージドアオープナーを販売していた。ガレージドアオープナーは、トランスミッターとガレージ内に置かれたレシーバー(を含む開閉器)のセットからなる。トランスミッターとレシーバーには「ローリングコード」プログラムが記録されており、「ローリングコード」の認証により機能する。被告は「ローリングコード」を回避して機能するユニバーサル・トランスミッター(トランスミッターの代替品)を販売していた⁷⁹。

原告は被告の行為が DMCA1201 条(a)(2)に違反するとして訴えを起こしたが、地裁は被告が DMCA1201 条に違反しないという略式判決を下し、控訴裁もまた地裁の判断を支持して控訴を棄却した。

⁷⁶ 奥邨・前掲注(72)

⁷⁷ June M. Besek, *supra* note 38 p410

⁷⁸ Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004)

⁷⁹ June M. Besek, *supra* note 38 p410

3.2.4.2.Chamberlain 事件の原告の主張

自社トランスミッターとレシーバーは著作権で保護されたコンピューター・プログラムを搭載しており、「ローリングコード」はこれらプログラムへの「アクセスをコントロールする」技術的手段である。よってこれを回避してドアを開閉させるトランスミッターを販売した被告は DMCA1201 条に違反する。なお、原告は被告によるプログラムの著作権侵害/寄与侵害は問わなかった⁸⁰。

3.2.4.3.Chamberlain 事件判旨

控訴裁は地裁の判決を改めて確認した。すなわち「DMCA1201 条(a)は著作権を侵害する、もしくは侵害を助長するようなアクセスを可能にする場合にのみ「回避」を禁じる。」そして「DMCA はアクセス権といった新たな権利(財産権)を創出する法律ではなく、著作権(財産)の保有者に対してそれを守る新しい方法を提供するもの」である。

被告による回避を主張する原告は、被告によるアクセスが著作権者の許諾を受けていないことを証明しなくてはならない。本件のようにガレージドアオープナー正規購入者が原告ソフトウェア複製物を使用することが著作権法上認められるケースにおいては重要な証明責任である。しかし原告は、被告トランスミッターによるアクセスがどのようにして著作権法が保護する権利の侵害を促しているのかを説明しなかった。

裁判所は、原告による主張は著作権で保護されたソフトウェアへのアクセスをコントロールする技術的手段を使用した場合、メーカーが購入者に対して許諾を明示していない限り DMCA に違反する、とする。このような解釈は、メーカーに対して反トラスト法や著作権乱用法理に対する広範な免責を与えかねない。著作権法は消費者に正規購入したソフトウェアのプログラム複製物を利用する権利を与え、DMCA はその権利を奪うものではない、と判示した。

⁸⁰ 日本技術貿易会社「【Cases & Trends】「アクセス・コントロール」をめぐる攻防」
<http://www.ngb.co.jp/files/pdf47fef4e1da2ec.pdf> (2004 年)

3.3.EU の DRM 回避関連裁判例

3.3.1. Mulholland Drive 事件(フランス)

上述のとおり、EU では WIPO 著作権条約を施行するため、2001 年 5 月に「EU 著作権ディレクティブ」を採択した。EU 加盟国はディレクティブに沿って各国内で DRM 回避規制法の整備を進めていたが、フランスは整備が遅れ、欧州委員会からも指摘を受けていた⁸¹。結局、フランスで DRM 回避規制法が整備されるのは 2006 年になってからである。

以下の事件はディレクティブ採択後フランス国内 DRM 回避規制法が整備されるまでの期間に、DRM 回避の可否を争った事件である。ただし裁判の中ではディレクティブを参照している。

3.3.1.1.Mulholland Drive 事件概要

原告 Stephane Perquin は、Les Films Alain Sarde 社と Studio Canal 社によって制作され Universal Pictures Video France 社によって頒布された映画 DVD「Mulholland Drive」を購入した。Perquin は、DVD 再生機器を持っていなかったために、映画を VHS に複製しようとしたが、DVD にかげられた技術的保護手段によりそれはできなかった⁸²。Perquin は消費者団体 U.C.F. Qur choisir に通報した。

Perquin と消費者団体が原告となって、フランス知的所有権法典 122 の 5 条 2 号⁸³、211 の 3 条 2 号⁸⁴で認められた私的複製の権利が侵害されていると主張し、制作会社に対して技術的保護手段の使用差止め、販売会社に対して技術的保護手段をかけた DVD の頒布差止め、そして両者に対して損害賠償を請求した。

3.3.1.2. Mulholland Drive 事件判旨(第審裁判決)⁸⁵

パリ大審裁判所は原告の請求を全て斥けた。裁判所は、122 の 5 条と 211 の 3 条は、著作(権)者に対して個人的使用に限定した例外を認めるものであるから、誰かに著作物の私的複製権を与えたと理解することはできず、著作権等の効力の及ばない複製の条件を定めたものと解釈した。

審理時点でフランス国内実施されていなかった EU 著作権ディレクティブも現行法の解

⁸¹ 張睿暎「フランス新著作権法(DADVSI)における DRM 規制」企業と法創造 4 巻 1 号(2007 年)

⁸² 駒田泰士「3step test はどこまで有用な原則か：フランスにおける議論を参考に」上智法學論集 51 巻(2008 年)

⁸³ フランス知的所有権法典 122 の 5 条 著作物が公表された場合には、著作者は、次の各号に掲げられることを禁止することができない。

(2)複製する者の私的使用に厳密に当てられる複製又は複製であって、集団的使用を意図されないもの。...

……
訳文は著作権法所法センター(CRIC)掲載、大山幸房訳による。以下同様。

⁸⁴ フランス知的所有権法典 211 の 3 条 この章において創設される権利の受益者は、次の各号に掲げられることを禁止することができない。

(2)複製を行う者の私的使用に厳密に当てられる複製であって、集団的使用を意図されないもの。

⁸⁵ Stephane P, U.C.F. Qur choisir v. Univeral Pictures Video France, Tribunal de Grande Instance de Paris, No.RG:03/08500, 5/28/03

積基準にすべきだとして検討した。そこでディレクティブ 5 条 2 項(b)に定める「私的複製の例外の規定」は全く強制されるべき性質のものでなく、加盟国に国内法において著作権等の効力の及ばない複製の例外を定める権能を認めたものであり、またディレクティブ 6 条 4 項は技術的保護手段が導入された場合に対抗して私的複製の例外を実行できるよう加盟国が必要な措置をとることについて定めているのだと指摘した。さらに私的複製の例外はディレクティブ 5 条 5 項のスリーステップテストを満たすことを条件とするから、よってやはりディレクティブも私的複製権を認める、もしくは創設するようなものではないと判断した。

その上で裁判所は、今日のように複製を可能とする媒体が一般かつ多様に広がっている状況も技術的保護手段の存在も立法当時は考慮されていないことを理由に、ベルヌ条約および EU 著作権ディレクティブのスリーステップテストを参照して、本件において私的複製が認められるかどうかを検討することとした。そこで映画の上映の後に行われる DVD 販売が映画製作費用と釣り合いを取るために不可欠な収入をもたらしているということを背景に、映画を DVD に複製して頒布することは著作物の通常の利用方法であり、デジタル形態で頒布される映画著作物の複製はその通常利用を妨げるものでしかない結論づけた。よって本件 DVD に技術的保護手段をかけたことは、122 の 5 条および 211 の 3 条を侵害することにならない、と判断した⁸⁶。

3.3.1.3. Mulholland Drive 事件判旨(控訴院判決)⁸⁷

Perquin らは一審判決を不服として控訴したところ、パリ控訴院は控訴を認容し、一審とは反対の判決となった。当該 DVD に技術的保護手段を導入し複製を不能としたことについて、100 ユーロの損害賠償を認め、当該 DVD に技術的保護手段を用いることを一日につき 100 ユーロの制裁金のもとで禁止した⁸⁸。

控訴院は、122 の 5 条と 211 の 3 条について、利用者に対する私的複製権を定めたものでなく、著作権に対する法律的な例外を定めたものであるという立場をとった。しかしこの例外は法律条文に明記された条件においてのみ制限されることも示した。

そしてやはり審理時点では未実施であったが 2002 年 12 月までにフランス国内実施されるべきであった EU 著作権ディレクティブを基準としてフランス国内法を解釈しなければならないとした。そこでディレクティブ 5 条 2 項(b)を参照すると、著作権の複製権に対する制限をどのように定めるかは加盟国に委ねられており、国内法は複製の対象となる媒体に応じて私的複製に関する例外適用を区別しないことを前提に、私的複製の例外は常に享受しうるとした。さらに、ディスクに著作権料を課す私的録画録音補償金制度によって一

⁸⁶ 井奈波朋子「マルホランド・ドライブ事件--DVD のコピーガードと著作権」コピライト 47 巻 554 号(2007 年)

⁸⁷ Stephane P, U.C.F. Qur choisir v. Univeral Pictures Video France, Cour d'Appel de Paris, No.RG:04/14933, 4/22/05

⁸⁸ 井奈波・前掲注(86)

応の均衡が保たれていることも考慮した。

その上で、一審同様にスリーステップテストを検討した。そのうち「著作物の通常利用を妨げない」という要件は、DVD形態による著作物利用は通常の利用であって映画製作費をカバーするのに必要な収入源と判断したが、コピーが不可能であるからといって消費者が同じ製品を重複して購入することはないので、私的複製が著作物の通常利用を妨げてはいないと判断した。「著作者の正当な利益を不当に害しない」という要件については、購入者の行おうとする複製は私的領域に留まるもので、さらに著作者に対して私的複製に対する保証金を払っているとして、正当な利益を害しないと判断した。

3.3.1.4. Mulholland Drive 事件判旨(破毀院判決)⁸⁹

破毀院は、私的複製が著作権に対する法律上の例外でしかなく、使用者に絶対的に与えられた権利ではないと判断した。また、やはりスリーステップテストを考慮し、私的複製の例外は、複製が著作物の通常利用を妨げるであろう場合に、保護された著作物をコピーできないようにする技術的保護手段をかけることを妨げるものでないと判断した。実際に著作物の通常利用が妨げられているかどうかについては、デジタル環境という文脈で、当該複製がもつ経済的影響を考慮して判断する必要があることも述べた⁹⁰。

その上で、私的複製がDVD形態の著作物の通常利用を妨げるかどうか等、原審がデジタル環境で私的複製が経済的に及ぼす影響を考慮していないとして、審理不十分で原判決を破棄して控訴院に差し戻す判決を下した⁹¹。

3.3.1.5. Mulholland Drive 事件判旨(控訴院差し戻し審判決)⁹²

差し戻し審では、家族的な集まりのための使用を目的とした複製も私的複製に該当することを確認した上で、私的複製の法的性質は「権利」を構成するものではなく、権利者の許諾なしに行う著作物の複製が禁じられるという原則に対する法律上の例外であることが改めて示された。よって私的複製は、侵害訴訟における抗弁とはなっても、権利として用いることはできない。

そしてスリーステップテストについては特段言及せずに、権利なければ訴権なしで、Perquinの請求を受理不可能とした⁹³。

⁸⁹ Universal Pictures Video France v. Stephane P, U.C.F. Qur choisir, Cour de Cassation, No.RG:05/15824,05/16002, 2/28/06

⁹⁰ 駒田・前掲注(82)

⁹¹ 井奈波・前掲注(86)

⁹² U.C.F. Qur choisir, Stephane P v. Univeral Pictures Video France, Cour d'Appel de Paris, No.RG:06/07506, 4/4/07

⁹³ 駒田・前掲注(82)

3.3.2.Owen 事件(イギリス)⁹⁴

イギリスの代表的な DRM 回避関連事例は、ゲーム機 PlayStation2 とその回避機器 mod チップに関するものである。イギリスでは EU コンピューター・プログラムディレクティブに基づき早くからコピーコントロール回避規制規定(イギリス知的財産法 296 条)を整備しており、2002 年の Owen 事件ではそれに基づき争われた。

3.3.2.1.Owen 事件概要⁹⁵

Sony が製造し販売する PlayStation2 のゲームをプレイするにあたっては、ゲーム・プログラムの記録された CD または DVD を PlayStation2 本体に挿入する。各ゲームにはコードが記録されており、ディスクがロードされる時そのコードチェックが行われる。コードチェックをクリアした場合にゲームがプレイできる。コードは、ゲーム・プログラムとは別の箇所に記録されているため、コピーすることができない。これによって非許諾コピーソフトは起動できない仕組みになっている。

また Sony はコードにより日本・アメリカ・イギリスを含む PAL 方式の国の 3 つの地域に分けている。ある地域で買ったゲームソフトは、別の地域で買った本体とコードが一致しないために起動できない。これは regional control と呼ばれる。

被告 Owen は Messiah と呼ばれるチップをロシアより輸入した。ユーザーはこれを PlayStation2 に取り付け、コード認証を回避することが可能となる。被告はさらにこのチップをイギリス国内で販売しようとしていた。

被告は、Messiah チップはコピープロテクト回避以外の合法的利用方法をもつと主張した。Messiah チップはソニーの非認証ソフトウェア(=自主制作ソフト等)を起動できるし、オリジナルソフトが使えなくなった場合にバックアップソフトも起動できる。また欧州以外の地域から輸入したソフトも起動することができる。

原告 Sony はそうした非侵害用途があることは問題でなく、侵害用途もまた含まれることが問題であり、実際に Messiah チップを使用する大半のユーザーはそうした侵害用途に用いられることを知っていたはずであると主張した。Sony は英国知的財産法 296 条に基づき訴えを起こした。

英国知的財産法 296 条(2003 年改正前)

- (1)この条の規定は、著作権者により、電子的形式でコピープロテクトされた著作物に適用される。
- (2)公衆に複製物を配布するものは、侵害複製物を作成するために使用されていることを知りながら以下の行為を行う人物に対する権利をもつ。
- (a)コピープロテクションを回避するために特別に設計・改造された機器を製造し、輸入し、

⁹⁴ Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc v Owen&Ors [2002] EWHC 45Ch.

⁹⁵ Out-Law.com “ Sony v Owen ” <http://www.out-law.com/page-8701> ; BAILII(British and Irish Legal Information Institute) “ Sony Computer Entertainment v Owen & Ors ” <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2002/45.html>

販売し、若しくは賃借し、販売若しくは賃借のために提供し、販売若しくは賃借のために広告すること。

(b)コピープロテクションを回避する人物を支援する意図で、そのための情報を公表する者。

(4)この条においてコピープロテクションへの言及は、著作物のコピーを禁止したり制限したり、コピーの質を減じたりするあらゆる機器や手段を含む

3.3.2.2.Owen 事件判旨⁹⁶

原告の訴えは認められた。

争点は2つあった。1つは機器に非合法的利用方法もありつつ合法的利用方法もあったこと。もう1つはその合法的利用の程度はどれほどであったかである。

Jacob 判事は、1つめについてコピープロテクションを回避する行為の後に、合法的な用途がいくつかあったことは問題ではないとした。回避行為それ自体が不正行為なのであり、行為者の念頭にあった目的は関係ない。2つめについては、Messiah チップが広まった場合に、合法的利用の規模が小さい(=侵害的利用が大半である)ことは容易に想像できると述べた。PlayStation2 ゲームソフトの価格は25ポンドから45ポンドくらいで、Messiah チップを利用して全ての違法複製ゲームをプレイできるようになることで利用者には大きな金銭的メリットがある。つまり権利者側にとっては大きな金銭的損失が生じる。音楽用ブランクテープでも同じことが起こりうるため、多くの国では音楽用ブランクテープに補償金を課している。

被告が追加で行った主張は、例えば日本で合法的に販売されているCDやDVDの個人による単なる輸入は著作権侵害ではないだろう、というものだ。しかし英国知的財産法22条によれば：

22条 二次侵害 侵害複製物の輸入

著作物の著作権は、著作物の侵害複製物である物品であって、侵害複製物であることをその者が知り、又はそう信じる理由を有しているものを、私的及び家庭内の使用のため以外に、著作権者の許諾を得ずに連合王国に輸入する者により侵害される⁹⁷。

被告がもしも個人または家庭内利用のために輸入していたとしても、50条のCによれば：

50条のC 適法な使用者に許される他の行為

コンピューター・プログラムの複製物の適法な使用者が、それを複製し、又は翻案することは、次に掲げる2つの条件を満たす場合には、著作権の侵害ではない。

(a).....

(b)その者の使用が適法であるという状況を規制する協定のいずれの条件に基づいても、複製又は翻案が禁止されないこと。

つまりこの事件における真の争点とは、非PAL地域ゲームの輸入者がイギリスでゲーム

⁹⁶ *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment*, [2002] EWHC 45Ch.

⁹⁷ 訳文は著作権情報センター(CRIC)による。大山幸房訳。以下同様。

をプレイする権利をもつか、言い換えればイギリスで当該著作物を利用するライセンスを
もっているか、ということである。

答えはノーであった。当該ゲームはそれらが利用できる地域を示すマークを付されて販
売されていた。ライセンサーは利用ライセンスを証明しなければならなかった、著作権は
本質的に属地に与えられ、ライセンスは利用の意図されたすべての司法管轄区で必要とな
る。今回のケースではそのようなライセンスは無かった。

チップが回避機能だけでなくバックアップ機能も併せ持つことについては、50条のAが
参照された。

50条のA 予備の複製物

(1)コンピューター・プログラムの複製物の適法な使用者が、その者の適法な使用の目的の
ために有することがその者にとって必要なそのいずれかの予備の複製物(バックアップ・
コピー)を作成することは、著作権の侵害ではない。

この条では、コピーを可能にするにあたってライセンス(=適法な~)と物理的ハードウェ
ア(=複製物)をもっていることを前提とする。この事件においては、ライセンスは単に当該
ゲームディスクをプレイするためのもので、バックアップは認めていない。Sonyがコピー
コントロール機能よりバックアップをも禁止している以上、それを回避したバックアップ
を行うためのチップに合法性を認めることはできない。

3.3.3. Ball 事件(イギリス)⁹⁸

Owen 事件後、EU 著作権ディレクティブに基づき 296 条が改正・拡充された。296 条はコ
ンピューター・プログラムのコピーコントロール回避機器流通禁止規定となり、新設 296
条のZA 以下でコンピューター・プログラム以外の著作物のアクセスコントロールおよびコ
ピーコントロールの回避行為禁止、回避機器流通禁止を規定した。2004 年の Ball 事件では、
改正法に基づき争われた。

3.3.3.1. Ball 事件概要

Owen 事件同様に、原告はゲーム機 PlayStation2 を販売する Sony であり、被告は回避
機器 Messiah チップを販売する Ball である。原告は被告の販売行為差止めを求めた。

PlayStation2 ゲームにはコンピューター・プログラムとその他の著作物が含まれいづれ
も Sony や関連会社が著作権をもっていること、また PlayStation2 の DRM 機構が英国知
的財産法で保護されるコピーコントロールにあたることは争いなく認められた。

争点は 1.チップは英国知的財産法における「侵害複製物」を作成するために使用された
かどうか、2.チップの「唯一の意図された目的」がコピーコントロール回避であったかどう
か、3. 被告が 296 条の ZD(コンピューター・プログラム以外の著作物の DRM 回避機器提
供規制)に違反する行為をしていたかどうかであった

⁹⁸ Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc v Ball & Ors [2004] EWHC 1738 (Ch)

3.3.3.2. Ball 事件判旨

裁判所は原告主張を認め、被告のチップ販売差し止めを命じた。

まずは英国知的財産法における侵害複製物の定義が確認された。27 条によると：

イギリス知的財産法 27 条 侵害複製物の意味 (1)この部において、著作権のある著作物に関して、「侵害複製物」は、この条の規定に従って解釈される。 (2)ある物品の作成が当該著作物の著作権の侵害を構成したときは、その物品は、侵害複製物となる。 (3)次の場合にも、当該物品は、侵害複製物となる。 (a)ある物品が連合王国に輸入され、又は輸入されることが企てられるとき。 (b)連合王国におけるその物品の製作が、当該著作物の著作権の侵害又はその著作物に関する排他的許諾協定違反を構成することとなるとき。
--

被告は侵害複製物が定義上「物品」とされていることを主張した。チップにより DRM を回避し、非許諾複製ゲームや欧州以外の地域からの輸入ゲームをプレイすることが可能となるが、それらをプレイするとき侵害複製物である「物品」が存在するのだろうか。

被告はそれらをプレイするにあたってはコンソールの RAM 上に複製が行われるが、それはごく一瞬しか存在せず「物品」にはあたらないと主張する。また著作権法以外の法律を参照してみても物品とは「有形物」であると主張する。しかし裁判所は被告主張を斥けた。

そもそも RAM そのものはシリコンチップという「物品」であり、そこにごく一瞬の複製が行われても物品でなくなるということはない。そしてその一瞬の複製が、非許諾な侵害的複製であればその一瞬をもって侵害複製物と認められる。一時的な複製、過渡的な複製の扱いについては 17 条において規定されている。

英国知的財産法 17 条 複製による著作権侵害 (2)文芸、演劇、音楽又は美術の著作物に関して、複製とは、著作物をいずれかの有形形式に再製することをいう。これは、著作物を電子的手段によりいずれかの媒体に蓄積することを含む。 (6)いずれの種類 of 著作物に関しても、複製は、過渡的な複製物、又は著作物の他のいずれかの使用に付随する複製物の作成を含む。
--

次にチップの「唯一の意図された目的」が DRM 回避であったかが検討された。改正 296 条を参照すると：

英国知的財産法 296 条(2003 年改正後) 複製防止を回避するための装置 (1)この条の規定は、次に掲げる場合に適用される。 (a)技術的装置が、コンピューター・プログラムに適用されている場合 (b)侵害複製物を作成するために技術的装置が使用されていることを知り、又はそう信じる理由を有する者 A が、次に掲げるいずれかのことを行う場合
--

(i)技術的装置の無許諾の除去又は回避を容易にすることを唯一の意図された目的とするいずれかの手段を、販売若しくは賃貸のために製造し、輸入し、頒布し、販売し、若しくは賃貸し、販売若しくは賃貸のために提供し、若しくは陳列し、販売若しくは賃貸のために広告し、又は商業目的のために所持すること。

(ii)いずれかの者が技術的装置を除去し、若しくは回避することを可能とし、又は補助することを意図される情報を公表すること。

(6)この条において、コンピューター・プログラムに関する技術的装置への言及は、そのコンピューター・プログラムの著作権者により許諾されていない行為であって、著作権により制限されるものを阻止し、又は制限することを意図されるいずれもの装置への言及である。

被告は技術的装置の「無許諾の」除去または回避を容易にすることがチップの唯一の意図された目的でなく、Owen 事件と同様にバックアップや欧州地域外のゲームをプレイする目的であったと主張した。しかしこれも Owen 事件と同様に斥けられた。

バックアップについては 50 条の A(Owen 事件で既出)で認められているが、しかしそれは権利者から許諾を得ていなくてはならない。また欧州地域外のゲームのプレイについても、当該ゲームに「このソフトウェアは、PAL 地域の PS2 コンソールでのみ起動します」といった文章が付されていることから、欧州地域外のゲームのプレイは権利者の想定外、つまり許諾を得ていない行為であることがわかる。いずれにせよチップの回避機能は非許諾なものであるということだ。

次に被告の販売行為が 296 条の ZD に違反するかが検討された。296 条 ZD は：

296 条の ZD 科学技術手段を回避するための装置及び業務についての権利及び救済

(1)この条の規定は、次に掲げる場合に適用される。

(a)有効な科学技術手段が、著作権のある著作物（コンピュータ・プログラム以外の）に適用されている場合

(b)ある者 C が、次に掲げるいずれかに該当するいずれかの装置、製品若しくは構成部分を製造し、輸入し、頒布し、販売し、若しくは賃貸し、販売若しくは賃貸のために提供し、若しくは陳列し、販売若しくは賃貸のために広告し、若しくは商業目的のために所持し、又はそのような業務を提供する場合

(i)それらの手段の回避を目的として販売促進され、広告され、若しくは発売されるもの

(ii)それらの手段を回避する以外の限定的な商業的に重要な目的又は使用を有するもの

(iii)それらの手段の回避を可能とし、又は容易にすることを目的として当初意図され、製造され、適応され、又は実施されるもの

被告はここで 296 条の ZD(1)(b)において回避機器の「輸出」行為が禁止されていないことを主張する。被告はチップの 90%以上がイギリス国外の顧客向けに輸出され、実際の非許諾回避行為はイギリス国外で行われることだという。確かに輸出行為は禁止されておらず、イギリス国外で行われるチップの輸入そしてその後の利用については当該国の DRM 回

避規制法に頼る必要がある。また 296 条よりチップが回避行為に使われる「かもしれない」といった認識であったならば、イギリス国内での販売行為も違法とならない可能性がある。

しかし今回のケースにおいて、割合としては少数であっても被告がイギリス国内向けにもチップを販売していたことは事実として認められ、また Web サイト上にイギリス国内顧客に向けたチップの利用方法を掲載していたことから、296 条のいう「侵害複製物を作成するために技術的装置が使用されていることを知り、又はそう信じる理由を有する」と認められ被告主張は斥けられた。

まとめると各争点について、1.チップは英国知的財産法における「侵害複製物」を作成するために使用されたと認められ、2.チップの「唯一の意図された目的」がコピーコントロール回避であったと認められ、3. 被告は 296 条の ZD に違反するとされた。

3.4. オーストラリアの DRM 回避関連裁判例

3.4.1. Stevens 事件

Stevens 事件は、オーストラリアにおいて DRM 回避に関する最も代表的な事件の一つである。特に判決が控訴裁と最高裁と 2 度逆転したことも注目される。イギリス Owen 事件、Ball 事件と同様に Sony の販売するゲーム機 PlayStation2 とその回避機器 mod チップに関する事件である。

争点の中心はオーストラリア著作権法における DRM の定義であった。判決はアクセスコントロールとコピーコントロール技術は明確に区別され、アクセスコントロールまでも著作権法によって保護されたら権利者の立場がより強力になりすぎると懸念を示した。しかし AUSFTA(豪米自由貿易協定)による著作権法改正により、判決で示されたのとは逆にアクセスコントロールまでも著作権法により保護されるようになった。

3.4.1.1. Stevens 事件概要

シドニーにあるコンピューター・ゲーム会社に勤務する被告 Eddie Stevens は、Sony の販売するゲーム機 PlayStation2 をより機能的に改造したことで、オーストラリア著作権法 DRM 回避規制規定に従って原告 Sony に訴えられた。Sony が主張するのは、Stevens が DRM 回避機器として使用されると知っていたあるいは当然知っているはずであった mod チップを販売したことで、オーストラリア著作権法 116A 条に違反した、ということだった。

イギリス Owen 事件や Ball 事件と同様に、Sony の販売する PlayStation2 は、販売されている地域にあわせたゲームをプレイできるようコンソールの回路基板に付けられた「Boot ROM」というチップにより、各ディスクに含まれる「Regional Access Coding」というコードを通じて暗号化されている。(以後「RAC/Boot Rom」と呼ぶ)これは、米国や日本で販売された PlayStation2 ゲームは、コードの対応しないオーストラリアで販売された PlayStation2 コンソールでは起動できない、ということを意味する。また(非許諾)コピーされた PlayStation2 ゲームもコードが記録されないために起動できない。

しかし mod チップは、上記暗号化されたコードのプロセスを回避して、他の国で販売されている PlayStation2 ゲーム、さらに非許諾コピーされた PlayStation2 ゲーム、をプレイ可能にする⁹⁹。

3.4.1.2. Stevens 事件判旨(地裁判決)¹⁰⁰

Sackville 判事は、RAC/Boot Rom が技術的保護手段ではないと示した。著作物へのアクセスを防ぐべく設計されていない、あるいは著作物のコピーコントロール技術として機能していないということである。RAC/Boot Rom はゲームの複製を妨げておらず、あくまで PlayStation2 の販売された地域にあわせたコードが付されていないゲームの起動のみ妨げている、とされた。

原告は、(非許諾)コピーされたゲームをプレイするのを困難にすることによってコピーを妨げており、RAC/Boot Rom はアクセスやコピーを阻止あるいは防止する「実質的な効果」をもつ、という主張したが、斥けられた。Sackville 判事は、当該手段が非許諾アクセスやコピーを減らそうとする試みに先立ってなされる著作権侵害を減らすことにより著作権侵害を防止あるいは阻止する唯一の方法であるならば、当該手段は回避機器に対する法的保護を受ける、という意見を支持することはオーストラリア著作権法の歴史上無かったことだと述べた。

一方で mod チップの機能については、もし RAC/Boot Rom が技術的手段と認められていたら、mod チップは回避機器と認定されるだろうと述べた。

Sony はより複雑に、PlayStation2 コンソールの RAM やテンポラリー・メモリ上でなされるゲームのコピーを防止しているから RAC/Boot Rom は技術的保護手段である、と主張した。しかし判事は、主として RAM 上の複製は制限的かつ一時的な状態であり、オーストラリア著作権法 31 条(1)(a)(i)で定められた「物理的形態」でのコピーではないということに基づいてこの主張を斥けた。Sony は主張を続け、PlayStation2 のゲームをプレイすることは RAM 上に映画フィルムのコピーを作成すると主張した。裁判所は、フィルムは RAM 上に「具現化」されないからフィルムの重要な部分は RAM 上に複製されない、ということに基づいて、この主張もまた斥けた。

Sackville 判事の理論は、*Australian Video Retailers Association v Warner Home Video Pty Ltd*¹⁰¹ 事件一審判決と同様に、それがある意味での複製・取り込み・さらなる複製のための一時的な複製をする技術でない限り、RAM 上でのコンピューター・プログラムの複製は著作権法の目的となる侵害的複製とはみなされない、という原則を打ち立てた。この主旨はすなわち、コンピューター・ゲームの「プレイ」それ自体は著作権法もとの侵害行為ではない、ということである。

⁹⁹ Brian Fitzgerald, "The Australian Sony PlayStation Case: How Far Will Anti-circumvention Law Reach in the Name of DRM?" (2006)

¹⁰⁰ *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v Stevens* [2002] FCA 906

¹⁰¹ *Australian Video Retailers Association Ltd v Warner Home Video Pty Ltd* [2001] FCA 1719

3.4.1.3.Stevens 事件判旨(控訴裁判決)¹⁰²

2003年7月30日、連邦控訴裁判所(French、Lindgren、Finkelstein 判事)は、第一審の Sackville 判事の判決を覆した。そして PlayStation2mod チップの販売・流通はオーストラリア著作権法 116A 条に違反すると示した。裁判所は、PlayStation2 回路基板上の Boot Rom チップによりアクティベートされる RAC は、コピーそれ自体は防止せず、ゲームをコピーあるいは「焼く」のを妨げるような効果を与えているだけであるにも関わらず、116A 条の目的である技術的保護手段であると示した。議論は「実質的效果」について、が中心となった。

Lindgren 判事が述べることには、コンピューター・プログラムの著作権者が著作権侵害を阻止する目的の技術的保護手段を考案したら、その阻止が間接的かつ回避機器の仮想的アクセスや仮想的作用より前に作用しない限り、議会立法府としてはその手段が保護されるべきだとする。当該プログラムへのアクセスを Boot Rom、あるいは PlayStation2 ゲームに埋め込まれたアクセス・コード、あるいはそれら両方、の使用を除いては利用できないようにすること、を保証することにより、Sony の技術的保護手段は PlayStation2 ゲームにおける著作権侵害を阻止している。

同様に French 判事が述べることには、PlayStation2 コンソール内の Boot Rom と一体となった CD-ROM 上のアクセス・コードのような技術的手段は、コンピューター・ゲームの非許諾コピーを使えなくさせる、そしてコピーの販売を「先行したアクションにより実現不可能」にすることで侵害を防止するだろう。

しかしながら傍論では多数派が、PlayStation2 ゲームのプレイと PlayStation2 の RAM 上での一時的な複製は、著作権法の目的である物理的媒体の複製とはならないとした Sackville 判事の判断を支持した。さらに傍論では Sackville 判事の判決を支持する多数派が、オーストラリア著作権法 10 条¹⁰³と 24 条¹⁰⁴により定義された「具現化」が無いから、ゲームをプレイするにあたって RAM 上での映画フィルムのコピーは無い、とした。

事件は最高裁判所へ訴えられた。

3.4.1.4.Stevens 事件判旨(最高裁判決)¹⁰⁵

オーストラリア連邦高等裁判所(=最高裁判所)は、控訴裁による RAC/Boot Rom は技術的保護手段であるという判決を破棄し、地裁 Sackville 判事の意見を支持した。そして被告 Stevens は 116A 条の責任を負わないと認めた。最高裁はまた、控訴裁多数派による、RAM

¹⁰² Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v Stevens [2003] FCAFC 157

¹⁰³ 映画フィルム とは、物品または物を用いて以下のいずれかを行うことができるように当該物品または物に収録された視覚的映像の集合をいう。(a) 動画として見せること(b) 動画として見せることができるように、別の物品または物に収録すること。なお映画フィルムには、かかる視覚的映像に伴うサウンドトラックに収録された音声の集合を含む。

¹⁰⁴ 本法において、音声または視覚的映像は、他の装置を用いてまたは用いずに物品または物から複製できるよう扱われている場合には、当該物品または物に収録されたものとみなす。

¹⁰⁵ Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment [2005] HCA 58

上の一時的複製に基づいた Sony の主張は支持しないという意見を支持した。

Glesson 裁判長、Hayne 判事、Heydon 判事は、地裁 Sackville 判事の解釈は以下の理由から正しいと述べた。

「技術的保護手段」というのは、著作物への「アクセス」そのもの、もしくは「アクセス」を得た後の複製、に対する技術的・機械的なバリアではないと解される。なお「アクセス」という語の意味については、条文上では特に説明されていない。

116A 条(3)、(4)は免責として「認められた目的」による回避装置・サービスの提供等を許している。第一に 116A 条(3)では、特定の状況において、「認められた目的のために回避を利用する人へ」の回避装置の供給に関しては本条を適用しない、としている。なお「供給」という語は、116A 条(8)により回避機器の販売、貸借、頒布、またはオンラインで入手可能にすること、を意味する。第二に 116A 条(4)は、本項は特定の状況において「認められた目的のためにのみ利用する」回避装置の作成または輸入に関しては適用しない、と定めている。これら「認められた目的」の条件を検討することで地裁 Sackville 判事の解釈はより補強されるのである。

116A 条(3)、(4)における「認められた目的」という表現は、116A 条(7)によって説明される。すなわち、以下の二つの基準が両方満たされた場合のみ回避機器が認められた目的での使用のために提供されるとみなされる、ということである。一つ目の基準は、当該回避機器が「著作物または権利対象物に対する著作権の及ぶ行為を行う目的のために使用される」こと。二つ目の基準は、当該行為を行うことが、提示された免責¹⁰⁶ 一つ以上の理由に基づいてその他の権利対象物に対する侵害行為にあたらぬことである。(なお掲げられた免責は 40、41、42 条における一般的フェア・ディーリング免責を含まない)

一つ目の基準は、従って著作物への排他的権利(複製権や実演権や公衆送信権等)を定めた 31 条と、同様に録音・映画フィルム・テレビ放送等目的物への排他的権利を定めた 85～88 条、で明確に列挙された行為のうち一つ以上をするために回避機器が使用されると解釈される。

ソニーの主張を受け入れると、この「認められた目的」条項は無意味になりかねない。今回の事件の要点はまさしくここである。(a)販売されている PlayStation2 ゲームにおける CD-ROM 上のアクセス・コード、(b)PlayStation2 コンソール内にある boot ROM 機器、これら 2 つにより与えられた保護を回避する mod チップ利用は、31 条の意義に沿ったコンピューター・ゲームの「複製目的」のためとはいえない。複製されたコンピューター・プログラムへのアクセスのため、そしてその後のプログラムの実行のために用いられるのである。

著作権侵害を妨げるあるいは禁じるべく設計された技術的手段およびその回避を解釈するにあたっては、必要以上に著作権の独占権を拡張するような過度に広範な解釈を避けることが重要である。Sony の解釈の欠陥は、著作権侵害をさせない技術的保護手段だけでな

¹⁰⁶ 第 47D 条、第 47E 条、第 47F 条、第 48A 条、第 49 条、第 50 条、第 51A 条もしくは第 183 条または第 VB 編 すなわち互換製品の作成や、セキュリティ・テストや、図書館での複製等

く、非合法的でないその他の行為の実施をもさせない機器の定義を含むことによって、その効力が著作権の独占権を拡大しかねないことである。そんな行為の例のひとつは、米国で合法的に取得したプログラムをオーストラリアでプレイすることである。本最高裁としては、先の裁判所でも共通だったように、例に挙げた行為は著作権侵害行為ではないと解釈する。

Sony の RAC/Boot Rom が技術的保護手段であるか否かを判断するにあたって、さらにオーストラリア著作権法 10 条(1)の技術的保護手段の定義を確認することとした。そこで技術的保護手段は「通常の動作の過程において著作物またはその他の権利対象物に対する著作権の侵害を防止(inhibit)または抑制(prevent)するよう設計された装置もしくは製品………」と定義される。

今回のケースでは、Sony の機器はコンピューター・プログラムや映画フィルムについての Sony 自らの著作物の完全コピーの作成そのものは禁止していない。

McHugh 判事は、もし技術的保護手段の定義が、「著作権侵害」の防止や抑制とは固有・必須のつながりのない、著作物への「アクセス」を防止すべく設計された機器、を含むようより拡張的に解釈されたら、その条文で本来示された範囲を超えて拡張するだろうと述べた。

オーストラリアの技術的保護手段回避規制法が整備されるまでに、先に DMCA が 2 年間施行されていた。DMCA がアクセスコントロール回避を禁じていることに倣って、オーストラリア議会は「アクセスをコントロールする」全ての機器に対して保護を与えることを強要されていた。それにも関わらず、結局提案された広範な範囲の定義は受け入れられなかった。むしろ議会は、著作権それ自体の侵害からの技術的保護の定義、に焦点をあてることとした。

オーストラリア著作権法の特徴は、アクセスについて潜在的に広範なコントロールを与えるよりもむしろ、著作権侵害をコントロールする技術的保護手段の作用を制限することによって、「保護著作物の利用を支持する」ことと見なされる。国際条約に影響を与えている他国の同様な法律と対比すると、オーストラリアで採用された特色ある法令条文が熟慮された内容であることは、明らかであろう。

より限定的な技術的保護手段の定義の解釈を支持するさらなる理由がある。Sony の主張する広範な解釈は、権利者に、著作物へのアクセスについての、通常著作権法で保護されるものとは異なる追加の経済的目的達成するためのコントロールを与える結果となってしまふ。今回のケースを例とすると、技術的手段を通じて、Sony の設計した世界市場の分割の事実上の強制、を認めることになるだろう。それは、分割された市場において差別的な価格構造を強制する効果があるだろう。要するに、それは、Sony に自ら設計した市場において自らの製品の価格について、オーストラリア著作権法が通常認めているよりも広範囲の権力を与えるだろう。

加えて、控訴裁判所の認めた広範な解釈は、PlayStation2 本体およびゲームソフト所有者による合法的コピーや改造をする権利までも侵害する。例えば、先にも述べた日本や米

国の Sony CD-ROM を購入した人は、オーストラリアで購入したプレイステーション本体でゲームをプレイできない、というケースを考える。その場合、購入者が合法入手した著作物を楽しむべく CD-ROM をコピーしたりコンソールを改造したりする権利が無いことについて、著作権法上の明白な理由は無い。

裁判所というのは、新しい技術の出現によって必然的に競合してくる様々な利益のバランスをじゅうぶんに適応させる役割を十分に果たすことができない。それは立法府である議会の役割である。AUSFTA(豪米自由貿易協定)の条項と AUSFTA により規定されたいくつかの法律によって、オーストラリア著作権法における技術的保護手段の保護についてさらなる立法が必要であると明らかにされた。当該協定の条項およびそれに伴う将来的な立法は、本上訴の主題と対立する。よってオーストラリア議会はそのことについて配慮しなくてはならない。

4.DRM 回避規制法に関する論点

DRM 回避規制法に関するコンテンツ権利者とコンテンツ利用者の利益のバランスを考えるにあたっては、立法趣旨・経緯を踏まえたうえで、回避規制法における 保護される DRM の範囲、 規制対象行為、 免責、がポイントとなるのが各国事例からも伺える。以下、各要素についての議論を整理する。

4.1. 回避規制法において保護される DRM の範囲

日本においては著作権法で技術的保護手段としてコピーコントロールを、不正競争防止法では技術的制限手段としてアクセスコントロールとコピーコントロールを保護する。著作権法の技術的保護手段については平成 24 年改正により、DVD に付される CSS 等暗号化型 DRM についても対象に含まれるようになった。

一方で米国や EU では各国著作権法でコピーコントロールとアクセスコントロール両者を保護する。オーストラリアでは当初コピーコントロールのみを保護し、アクセスコントロールは保護していなかったが、AUSFTA(豪・米自由貿易協定)締結後に米国に合わせる形でアクセスコントロールも保護するよう改正された。

3 章でみた各事例から明らかなように、DRM 回避について争った事件においては、まず回避された当該技術が回避規制法によって保護される DRM に含まれるかが検討される。当該技術が保護される DRM であれば回避規制法を根拠として以降の審判が進められ、保護される DRM でなければ回避規制法を根拠として争うことは困難になる。よって回避規制法においてどの範囲まで DRM を保護するか、条文上保護される DRM をどのように表現するか、はファーストステップとして重要である。

4.1.1. アクセスコントロールの保護

日本と海外における保護範囲の大きな差異は、著作権法において「アクセスコントロール」を保護するか否かである。日本においては回避規制法整備当初(1999 年)より不正競争防止法においてアクセスコントロールを保護しているが、著作権法では 2012 年改正で保護範囲を広げつつも、なお条文上アクセスコントロールを直接的には保護していない。オーストラリアでは Stevens 事件最高裁判決¹⁰⁷でも示されたように、先行して施行されていた DMCA や国際知的財産権同盟からの提案に反してアクセスコントロールを保護していなかったが、AUSFTA 締結後にオーストラリア DRM 回避規制法の保護が DMCA と比較して不十分であるとして改正を迫られ、アクセスコントロールも保護するようになった。

権利者から見てアクセスコントロールを保護する必要性、一方で消費者から見てアクセスコントロールが保護されることで生じる懸念、とはなにか。そもそも上述のとおり日本では不正競争防止法においてアクセスコントロールが保護されているが、何故著作権法でもアクセスコントロールも保護すべきとの議論が起こるのか、そして現行不正競争防止法

¹⁰⁷ Stevens, [2005] HCA 58

においてカバーされておらず著作権法においてアクセスコントロールを保護した場合にカバーされる範囲とはなにか。

まず日本において、不正競争防止法がアクセスコントロール回避機器・装置提供等行為を規制しているのは、コンテンツ提供事業者が視聴方法等をコントロール可能にすることで、コンテンツ制作者から信用を得てコンテンツが販売できており、回避機器が流通するとその信用が失われ、公正な市場競争が阻害される、という背景がある。

しかしアクセスコントロールの普及・利用実態として、アクセスコントロールというのはそもそもコピーコントロールの保護を補完する形で用いられてきた。すなわちコピーコントロールだけでは容易に回避されてしまうところ、ソフトとハードによる認証形式などのアクセスコントロールを重ねて用いて非許諾複製されたコンテンツの利用を防ぐことができるというのである。しかしデジタル・ネットワーク環境の発展に伴い、ユーザーの利便性のためあって、コピーコントロールよりもアクセスコントロール形式でのコンテンツ保護が重視されてきている¹⁰⁸。コピーコントロールだけではコンテンツ保護が不十分で、ユーザーの利便性も確保できなくなってくるなかで、アクセスコントロールの回避というのは公正な市場競争の阻害というだけでなく、コンテンツ制作者への対価が十分確保できなくなるという面が強くなってきている¹⁰⁹。つまり公正な市場競争の確保という観点だけでアクセスコントロールを保護するのは困難ではないか、というのが(権利者側から見て)著作権法でもアクセスコントロールを保護すべきという議論のおこりである。

4.1.1.1. アクセス権について

しかし実際に著作権法の下でアクセスコントロールを保護することを考えると、アクセス(権)が著作権法の支分権にないことが新たな論点となる。日本の著作権法改正において、平成 24 年度改正でもそれ以前の議論でもアクセス(視聴等)の権利が著作権の支分権にないことを理由に、アクセスコントロールそのものを保護することを見送ったことは既に述べた。

24 年改正で CSS 等暗号化型 DRM を著作権法で保護するにあたっては、DRM を技術的・機能的な基準からではなく、社会的な利用の実態や販売の態様さらにはライセンス契約の実態などの事情を総合的にみる基準を用いて評価する形での改正を行い、これは世界基準に近づいたとして評価を受けている¹¹⁰。もしもより海外著作権法に近づける、すなわちアクセスコントロールそのものを保護する改正が再び検討される場合は、アクセス権の創設も含めた議論が必要となるだろう。

著作権の支分権にアクセス権を創設するということは、視聴等すなわち著作物の根本的な利用態様を著作権者に占有させるということであるが、これではあまりにも権利者が強

¹⁰⁸ 内閣官房知的財産戦略推進事務局・前掲注(28)

¹⁰⁹ 内閣官房知的財産戦略推進事務局・前掲注(28)

¹¹⁰ 土肥一史「平成 24 年改正著作権法を振り返る」文化庁月報平成 24 年 12 月号(No.531)
http://www.bunka.go.jp/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_02/special_02.html

力すぎる。著作権法の法目的として、権利者へのインセンティブは必要であるが、利用者の積極的な著作物利用にある文化の発展を無視することはできない。また実際に権利者に著作物利用全般をコントロールさせるといのは実質的に不可能ともいえる。

とするとより目的を明確にして「著作物に付したアクセスコントロールを回避する権利」という支分権を設けるか、もしくは著作権法 113 条 2 項において海賊版と知りながら業としてソフトウェアを利用することをみなし侵害としているようにアクセスコントロール回避行為をみなし侵害と規定する¹¹¹ことが一つ考えられるだろう。

それでもやはり日本においては現状不正競争防止法においてアクセスコントロールは保護されているのだから、そのような強引な解釈のもとで著作権法を改正するよりも、かつてオーストラリアもそうであったように、著作権法本来の目的に基づきあくまで著作権法ではコピーコントロールのみを保護するほうが在り方として望ましいと考える。

4.1.2. 市場競争を阻害するために用いられる DRM

ここでは、アクセスコントロールとは別に、著作権法で保護すべきでない DRM について検討する。実際に、権利者側は当該技術は保護される DRM であると主張したものの、裁判所により当該技術の利用実態・性質からして保護される DRM にあたらないと判断された事件がある。米国では Lexmark 事件控訴裁判決¹¹²や、オーストラリアでは Stevens 事件地裁¹¹³・最高裁¹¹⁴判決が挙げられる。前者の DRM は自社の製造販売する製品に対する廉価・互換(あるいは中古・リサイクル)製品を市場から排除する目的で付与されたもの、後者は世界市場を分割し地域毎の価格差別を起こさせる恐れのあるもの、つまりいずれの DRM も保護してしまうと権利者に対して回避規制法の想定した保護範囲を超えた強力なコントロールを持たせてしまう、と評価された。いずれの判決でも、回避規制法の立法趣旨として、権利者に「追加の」経済的利益もたらすためのものではなく、あくまで非許諾複製等著作権侵害行為からの保護が目的であることが示された。

コピーを(あるいはアクセスを)なにかしらコントロールする技術は一律に皆保護されるというのは、以上のような利用者に不利なシチュエーションを生みかねない。日本において類似の事件は確認されていないものの、各 DRM を評価するうえでは、立法趣旨・経緯を踏まえ、各 DRM の「実態」「性質」をよく検討する必要がある。

4.2. 回避規制法における規制対象行為

回避規制法における規制対象行為は、日本法では著作権法・不正競争防止法とも回避機器・プログラムの提供・流通規制が中心となる。そのうち著作権法では回避サービスの提供も規制される。また、技術的保護手段を回避しての複製は私的複製から除外される。

¹¹¹ 内閣官房知的財産戦略推進事務局・前掲注(28)

¹¹² *Lexmark International*, 387 F.3d 522

¹¹³ *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment*, [2002] FCA 906

¹¹⁴ *Stevens*, [2005] HCA 58

一方で海外法では、日本と同様に回避機器・プログラムの提供・流通規制が中心ではあるが、さらに開発・製造行為も規制される。また、最も大きな日本法との差異はアクセスコントロール回避行為そのものへの規制である。ただしコピーコントロール回避行為そのものへの規制はない。

4.2.1. 回避機器製造規制と回避サービス提供規制について

規制対象行為について日本と海外各国法で異なる点として、まずは回避機器・装置の「製造」行為と回避「サービス提供」を検討する。

製造行為について、日本では不正競争防止法では規制せず、著作権法では「貸与目的での」製造行為を規制するが、米国・EU・オーストラリアはいずれも規制している。日本において、特に不正競争防止法での製造行為規制が見送られてきた理由については 2 章で詳しく述べたとおりで、製造業者から販売業者への「譲渡」時点での規制でじゅうぶんであるとの判断がある。またサービス提供行為について著作権法で規制しているものの、不正競争防止法では規制されていないがこれは規制すべき実態が無かったからだと説明されている¹¹⁵。なお機器やプログラムが回避機能を有するように改造するサービスについては、一般的は改造された機器などを回避機器ととらえ、その提供等を規制することとなっている¹¹⁶。実際に不正競争防止法 23 年改正後に、ゲームハード Wii に海賊版ソフトを起動できるプログラムを導入し送り返し、代金を得た事件が報道されているが、これは技術的制限手段回避装置の提供(および著作権法複製権侵害)としての摘発であった¹¹⁷。

不正競争防止法で回避サービスを規制していないこと、著作権法でアクセスコントロールそのものを保護していないことから、現状「アクセスコントロールの回避サービス」についての規制は存在しないこととなるが、特に議論はされていない。

以上から日本法において、海外法のように回避機器等製造行為・サービス提供行為の必要性は見出せなかった。回避装置提供規制逃れとして、回避サービスが横行する状況が生じるようであれば、議論される余地はあるだろう。

4.2.2. 回避機器の定義について

また回避機器をどのように定義するかも議論が有り、上述のとおりマジコン事件判決¹¹⁸を受けて不正競争防止法 2 条 1 項 10 号の「のみ」要件が平成 23 年改正で撤回された。パソコンのような汎用機器への配慮として設けられた「のみ」要件であるが、マジコンのように法規制を逃れる目的から自主制作ソフト起動機能や音楽プレイヤー機能を併せ持たせた機器が増え、「のみ」要件の充足性は難しくなっていた。マジコン事件判決においても立法趣旨・経緯に照らして、のみ要件とは「回避以外の目的で製造され提供されている装置

¹¹⁵ 内閣官房知的財産戦略推進事務局・前掲注(28)

¹¹⁶ 産業構造審議会知的財産政策部会技術的制限手段に係る小委員会・前掲注(22)

¹¹⁷ 朝日新聞「Wii 不正改造、容疑の男を逮捕 福岡県警」2012 年 02 月 03 日

¹¹⁸ マジコン事件東京地判平成 21 年 2 月 27 日・前掲注(20)

等が『偶然』回避機能を有している場合を除外している」という解釈を導き、マジコンの「のみ」要件充足性を説明した。しかし様々な商品シリーズのあるマジコン全てに以上の解釈が当てはまるとは限らない。「のみ」という語がもつ厳格さから、以上のような回避逃れが生じうるとして、撤回はしかるべきと言えよう。

結果的に「のみ」要件は撤回され、汎用機器への配慮はただし書きの形で表されることとなったが、改正議論の中では著作権法のように「専ら」要件への変更も提案されていた¹¹⁹。「専ら」要件への変更案でも機器利用者の利用実態、販売者の販売態様などを総合的に考慮すべきだとされていたのだから、最終的な改正条文と規制範囲に大きな差はないと考えられるが、パブリックコメントを受けて「のみ」要件見直しの趣旨を適切に体现できる内容として最終的な改正条文が選ばれたようである¹²⁰。

マジコン事件以外に、当該機器が回避機能以外の機能も併せ持つことを盾に回避機器該当性を争った事件としては、米国 DeCSS 事件¹²¹や 321Studios 事件¹²²、英国 Owen 事件¹²³や Ball 事件¹²⁴がある。

米国 DMCA では 1201 条(b)において、汎用機器に配慮した回避機器の定義として(A)主として回避することを目的として製造されるもの、(B)回避以外には商業的に限られた目的しか有しないもの、(C)回避するために使用することを知っている者によって販売されるものという 3 要件を設けている(上述のとおり EU ディレクティブもこの影響を受けて類似した 3 要件を設けている)が、2 つの事件とも当該機器の利用実態を評価したうえで「主として CSS を回避する目的で製造される」と判断され、要件(A)に違反した。柔軟な解釈が可能な「主として」要件と、それを補う形での(B)と(C)の要件により、規制逃れの防止はじゅうぶん機能していると評価できるだろう。

英国 Owen 事件や Ball 事件では、ゲーム機 PlayStation2 の DRM を回避する機器 Messiah チップを販売した被告が、バックアップや本来はプレイ不可能な欧州地域以外で販売されるゲームをプレイ可能にするといった機能も併せ持つ Messiah チップの販売は合法であると主張した。しかし判決では、今回のケースにおいては回避機能それ自体が実質的な著作権侵害行為なのであり、回避行為の後にバックアップ等合法的な用途があることは理由にならないとした。また利用実態として Messiah チップを購入するユーザーは著作権侵害用途があることを知っていた、そしてその侵害用途に用いるはずであることも加えて述べられた。

回避機能それ自体が違法とはどういうことかということ、コンピューター・プログラムのバックアップ自体は英国知的財産法 50 条の A で認められているものの、それは権利者の許

¹¹⁹ 産業構造審議会知的財産政策部会技術的制限手段に係る小委員会・前掲注(22)

¹²⁰ 奥邨・前掲注(24)

¹²¹ *Universal City Studios*, 111 F. Supp. 2d 294 ; *Universal City Studios*, 273 F.3d 429

¹²² *321Studios*, 307 F. Supp. 2d 1085

¹²³ *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment*, [2002] EWHC 45Ch.

¹²⁴ *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment*, [2004] EWHC 1738 (Ch)

諾がある場合であり、コピープロテクションによりバックアップをも妨げられている場合に当該プロテクションを回避する機器は、権利者の非許諾なバックアップを行うものであり違法であるということである。欧州地域外のゲームをプレイする機能については、Sonyにより各ゲームに販売される国・地域においてのみプレイ可能であるとライセンス表示されており、そのライセンスに反して回避を行いプレイ可能にする行為は、非許諾な回避行為すなわち著作権侵害行為であるとされた。

いずれにせよ汎用機器への配慮を図りつつ、規制逃れ目的に他機能をもたせた機器を摘発するためには、現行日本法のようなただし書きや米国および EU の 3 要件などのように、ある程度柔軟な解釈が可能な要件のもとで、各機器に製造目的・利用実態等の総合的考慮が加えられるべきである。「のみ」要件のような厳格な要件をもって回避機器該当性を判断するのは望ましくない。

4.2.3. 回避行為そのものの規制について

改正後のオーストラリア著作権法も含め海外各国 DRM 回避規制法ではアクセスコントロール回避行為そのものを規制している(ただしコピーコントロール回避行為そのものは規制していない)が、日本では不正競争防止法でも著作権法でも回避行為そのものの規制は行われていない。不正競争防止法改正に関して平成 11 年会議においても平成 22 年会議においても回避行為そのものを規制するかは議論されたものの、11 年会議では個々の回避行為が公正な競争を阻害する程度が小さいこと、ユーザーを個別に訴えるのは現実的でないという結論で、22 年会議でも踏襲され改正には至っていない¹²⁵。著作権法では回避規制法整備当初よりコピーコントロールを回避しての複製が私的複製から除外され、平成 24 年改正で CSS 等暗号化型 DRM が技術的保護手段に含まれたことにより、新たに例えば DVD のリッピングが規制対象となったものの、やはり回避行為そのものの規制ではないし、そもそもアクセスコントロールそのものは保護していない。

回避行為そのものの規制が行われていないということは、回避機器を入手した者による個人的な機器使用が規制されていないと言い換えられるが、回避機器の流通を規制してその使用を規制されないままでは需要が供給を誘発しかねないという懸念がある。アクセスコントロール回避サービス規制が行われていないことは先に述べたが、回避行為の請負を回避サービスと解するのであればその規制には回避行為自体の規制が本来前提となるという指摘もある¹²⁶。

しかし例えば映画 DVD コンテンツの場合、DVD の DRM 回避機器・プログラムの提供・流通、回避プログラムによる DRM の回避、回避により可能となった映画コンテンツの非許諾複製、非許諾複製した映画コンテンツのアップロード、違法アップロード

¹²⁵ 産業構造審議会知的財産政策部会デジタルコンテンツ小委員会及び情報産業部会基本問題小委員会デジタルコンテンツ分科会・前掲注(21)

¹²⁶ 産業構造審議会知的財産政策部会技術的制限手段に係る小委員会・前掲注(22)

された映画コンテンツの視聴やダウンロード、というプロセスが DRM 回避とそれにより可能となった著作権侵害の実態として想定される。このうち 、 、 は現行著作権法で規制されている。 もダウンロードについては違法である。そのうえで、家庭内で行われる回避行為そのもの の規制を実行する必要性があるかは疑問である¹²⁷。

例えばゲームコンテンツの場合は 非許諾複製されたゲームソフトのアップロード、違法アップロードされたゲームソフトのダウンロード、 マジコン機器の流通、 違法ダウンロードとしたゲームソフトとマジコン機器を利用することによるゲームプレイ、 が被害実態として考えられるが、やはり 、 、 が現状規制されているなかで、家庭内で行われる回避行為そのもの の規制を実行する必要性について疑問がある¹²⁸。 について、マジコン利用を検知し、プレイを制限するゲームソフトもあり、技術的な対策も不可能ではない。

以上から回避行為そのものの規制を導入する必要性は見出せなかった。アクセスコントロール回避規制を実施している米国においても、実際に権利行使されたことはないという¹²⁹。仮に回避行為そのものの規制を導入するとしたら、個人の行動に規制を加える場合ということであり、その場合「フェアな回避」のケースを想定して、必要最小限の規制とすることと、なにより免責条件についてより慎重に検討する必要があるだろう。免責については 4.3.以降でみていく。

4.3.回避規制法における免責

回避規制法における免責について、過度に広範な免責を設けてしまえば著作権侵害目的の回避行為の正当化の盾として用いられる可能性もあり、一方で限定的な免責では本来著作権法上認められるべき利用者側の利益までも損なってしまう可能性もある。免責の内容や条件については、DRM の定義と規制対象行為とあわせて総合的な枠組みとして検討しなければならない。また、著作権法の権利制限規定との矛盾が生じないように配慮する必要もある。

日本の著作権法では上述のとおり回避規制法に関する直接的な免責は設けられておらず、個別の権利制限規定でフォローされる。(不正競争防止法では 19 条 1 項 7 号で技術的制限手段の試験・研究のための免責を規定。)一方で米国、EU、オーストラリアではより広範な DRM の定義、規制対象行為を設けつつ、直接的な免責を設けることで著作権法上の利用者側の利益への配慮を図っている。

¹²⁷ (社)電子情報技術産業協会(JEITA)著作権専門委員会「アクセスコントロール回避規制の在り方について」コンテンツ強化専門調査会インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ(第3回)資料2(2010年)

¹²⁸ (社)電子情報技術産業協会(JEITA)著作権専門委員会・前掲注(127)

¹²⁹ (社)電子情報技術産業協会(JEITA)著作権専門委員会・前掲注(127)

4.3.1.私的複製のための回避について

個人又は家庭内等限られた範囲内における複製は私的複製として、各国様々な形で著作権法の権利制限規定として保証している。米国ほか DRM 回避規制法において直接的な免責を設けている国では、私的複製に配慮した免責を設けていることが多い。

例えば米国では上述のとおり DMCA1201 条(c)(1)により、1201 条は著作権侵害にかかる権利、救済、制限または抗弁(フェアユースを含む)に影響を及ぼさないという規定がある。すなわちフェアユースその他権利制限規定に該当する場合、技術的手段の回避は違法でないといわれる。一方で、これは著作権の例外規定のフェアユースを維持することを確認するもので、DMCA の回避行為そのものの規制や回避機器流通規制に対してフェアユースを適用することを認めたものではないという指摘もある¹³⁰。

EU ディレクティブでは 6 条 4 項の第 2 文で各国私的複製規定との調整を図っている。ただし私的複製規定との調整措置を規定するかどうか、また規定内容について義務は無く加盟国任意となっている¹³¹。事例として 3.3.1. で紹介したフランス Mulholland Drive 事件¹³²がある。フランス国内で DRM 回避規制法が整備される以前にフランス知的財産法典における私的複製規定に基づき、DVD に対する DRM の使用は消費者の私的複製の権利を侵害するとして権利者を訴えた事件である。裁判の中では EU ディレクティブ 6 条 4 項も参照されている。

上述のとおり原告の訴えが棄却され DRM 回避による複製が認められなかった一方で、遂に整備された(破毀院判決後、控訴院差し戻し審判決前、ただし差し戻し審では言及されなかった)フランス DRM 回避規制法では私的複製に配慮した条文が設けられた。フランス知的財産法典新設 331 の 8 条 1 項では「私的複製の例外と本条に定める例外の享受は、本条および 331 の 9 条ないし 331 の 16 条に定める措置により保証される」と定めている。DRM があっても私的複製の例外は享受されねばならないという姿勢¹³³が伺える。

また新たな独立行政当局として技術的手段規制局が設けられた。技術的手段等に関して著作権または著作隣接権により保護された著作物および目的物を監視する一般任務を負うものである¹³⁴。具体的な役割として「技術的手段の実行が次に定義される例外を受益者から奪う効果を持つものでないこと監視する¹³⁵」と私的複製の例外を保証する。また「DRM を導入する権利者と私的複製を行う消費者との利害調整・調停¹³⁶」を図る。全体として強力な消費者保護を打ち出しているといえよう。

¹³⁰ 成原慧「著作物の技術的保護のための法的規制と表現の自由」社会情報学研究 15 巻 2 号(2011 年)

¹³¹ 西村あさひ法律事務所「平成 21 年度経済産業省委託調査 コンテンツの技術的手段に係る各国法制度調査研究報告書」(2010 年)

¹³² Stephane P, Tribunal de Grande Instance de Paris, No.RG:03/08500, 5/28/03 ; Stephane P, Cour d'Appel de Paris, No.RG:04/14933, 4/22/05 ; *Universal Pictures Video France*, Cour de Cassation, No.RG:05/15824,05/16002, 2/28/06 ; *U.C.F. Qur choisir*, Cour d'Appel de Paris, No.RG:06/07506, 4/4/07

¹³³ 井奈波・前掲注(86)

¹³⁴ フランス知的財産法典 331 の 17 条 1 項

¹³⁵ 331 の 8 条 2 項

¹³⁶ 331 の 7 条

ただし米国同様に回避行為そのものへの規制¹³⁷もあり、私的利用のための回避が認められるのはコピーコントロールについてのみであり、アクセスコントロールについては認められない。

日本においては著作権法 30 条で私的複製を規定する一方で、同 30 条 1 項 2 号において技術的保護手段の回避により可能となった複製は私的複製から除外されている。上述のとおり、DRM 回避により著作物が非許諾複製され流通することはないという前提でビジネスモデルが構築されており、それ裏切るとは権利者に大きな損害を与える¹³⁸という考えによるものとされる。しかし回避行為そのものの規制ではなく、私的使用のために行う各々の複製行為に刑事罰を科すほどの違法性があるとまで言えず刑事罰は規定されていない¹³⁹、30 条 1 項 2 号は私的複製であることを理由として著作権を制限しないという規定であり、当該行為を著作権侵害とみなす規定ではなく、たとえばプログラムの著作物につきバックアップ等のための複製を可能とする 47 条の 2 が適用されるケースは指摘されている¹⁴⁰。としても海外各国の規定と比較するとやや権利者よりの規定と映る。

上述したとおり米国においてコピーコントロール回避行為そのもの規制が無いのは、コピーコントロール回避行為は直接的に複製権侵害(または公衆送信権侵害等)に関係する蓋然性が高く、それら著作権侵害行為として訴えればよいという考えがある。この場合、伝統的に認められてきた私的複製は排除されない。

日本としても、海外の事例を参考として、回避を伴う私的複製が少なくともこれまで認められてきた範囲では認められるよう、30 条 1 項 2 号の在り方を捉え直す必要がある。利用者の積極的な著作物利用を認めるために、30 条 1 項 2 号によって回避を伴う私的複製を排除することはせず、コピーコントロール回避を伴った明らかに権利者の利益を侵害する悪質な著作権侵害行為に対してのみ、複製権侵害や公衆送信権侵害として訴えるというのが望ましいと考える。

4.3.2. 公益性の高い分野における回避について

各国著作権法においては私的複製とはまた別に、いくつかの公益性の高い分野について著作物の利用をより促進すべく著作権を制限する規定がおかれている。DRM 回避規制法についてもそうした規定と矛盾がないよう免責が設けられていることが多い。

まず米国においては上述 1201 条(c)(1)フェアユースに対して影響を及ぼさない規定とは別に、1201 条(d) 非営利の図書館・文書資料館・教育機関が、本編に基づき認められる行為を行うことを唯一の目的として著作物のコピーを入手するか否かを誠実に決定するためだけに、商業的利用に供されている著作物へのアクセスを行うことは回避規制法に違反しないという規定がある。ただしアクセスを行った著作物のコピーは必要な期間を超えて保

¹³⁷ 335 の 3 の 1 条

¹³⁸ 中山・前掲注(16)

¹³⁹ 文化審議会著作権分科会・前掲注(14)

¹⁴⁰ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産制作室編・前掲注(9)95 頁

管されてはならず¹⁴¹、他の目的のために使用されてはならず¹⁴²、同一のコピーが他の形態では合理的に入手することのできない著作物についてのみ適用される¹⁴³、DRM 回避による権利者から訴えの抗弁にすることができず¹⁴⁴、また回避機器・サービス等を流通させてはならず¹⁴⁵、免責を受ける図書館・文書史料館は広く公衆に開かれていなくてはならない¹⁴⁶、といった細かい条件がある。1201 条(d)は非営利図書館等に広範な DRM 回避および回避による複製を認める免責というよりは、限定された条件における非営利図書館等のアクセスコントロール回避行為そのものの禁止規定(1201 条(a)(1)(A))に対する免責といえよう。したがってケースによっては非営利図書館等も 1201 条(d)ではなく 1201 条(c)(1)の免責に頼ることが考えられるだろう。

また 1201 条(e)では合衆国・州もしくは州の分権体の公務員が行う適法な捜査・保護・情報保全¹⁴⁷または情報活動を禁止しない、という規定がある。こちらは細かな条件等は設けられておらず、法の執行や政府の活動のために広範な免責とされている。

研究活動や報道・批評のための免責は特別に設けられておらず、1201 条(c)(1)に頼ることとなるが、1201 条(c)(4)では、本条のいかなる規定も家庭用電化製品・通信機器・コンピューターを利用した活動における言論の自由または報道の権利を拡大または縮小するものではない、という規定が設けられている。

EU ディレクティブでは 6 条 4 項の第 1 文において、DRM への法的保護に関わらず、権利者と関係者間の協定を含み、権利者がとる任意の手段がないときは各国内法に規定される例外・制限の受益者に、必要な範囲かつ当該著作物に適法にアクセスできる場合に、利益を受ける方法を権利者が提供することを保証する適当な手段をとるものとする、とされている。この例外・制限には上述のとおり、図書館・教育的施設・博物館による商業的でない複製¹⁴⁸、もっぱら授業や学術研究のための例証を目的とする利用¹⁴⁹、ハンディキャップによる利用¹⁵⁰、批評や論評のための引用等¹⁵¹が含まれる。特徴としては、受益者(消費者)側に回避行為を行うことを許容するものでなく、権利者に対して措置をとることを要請するということである¹⁵²。権利者による任意の手段・解決方法とは、DRM により保護されていない著作物の交付、DRM を解除する鍵を提供する、適法利用を可能にするよう DRM を

¹⁴¹ DMCA1201 条(d)(1)(A)

¹⁴² 1201 条(d)(1)(B)

¹⁴³ 1201 条(d)(2)

¹⁴⁴ 1201 条(d)(4)

¹⁴⁵ 1201 条(d)(4)

¹⁴⁶ 1201 条(d)(5)

¹⁴⁷ 1201 条(e)本項の情報保全とは、政府のコンピューター、コンピューター・システムまたはコンピューター・ネットワークの弱点を特定し対処するために行われる活動をいう。

¹⁴⁸ EU ディレクティブ 5 条 2 項(c)

¹⁴⁹ 5 条 3 項(a)

¹⁵⁰ 5 条 3 項(b)

¹⁵¹ 5 条 3 項(e)

¹⁵² 西村あさひ法律事務所・前掲注(131)

設計しておく¹⁵³、などが考えられるだろう。

実際にフランスでは、私的利用と同様に教育・研究目的、ハンディキャップによる利用、図書館・博物館による利用、行政・立法・裁判手続のための利用のための免責が設けられている¹⁵⁴。またやはり私的利用と同様に、コピーコントロールの回避についてのみ認められアクセスコントロールについては認められていない。

日本では DRM 回避規制法への直接的な免責が設けられないことは既に述べたが、権利制限規定として、31 条図書館による複製や 35 条学校その他教育機関における複製等がある。これらについては 30 条 1 項 2 号私的複製とは異なり、技術的手段回避を伴う複製を除外してはいない。したがって DRM 回避規制に対する免責として用いることは当然できよう¹⁵⁵。

なお以上の権利制限規定はいずれも複製行為に及ぶものであるが、もし日本の著作権法でもアクセスコントロールを保護するようになった場合、さらに回避行為そのものへの規制が規定された場合、以上の権利制限規定がアクセス(視聴等)行為にも及ぶのか、つまりアクセスコントロール回避の免責としても用いることができるのかを考えなくてはならない。上述アクセス権の議論もあわせて必要などころではあるが、この場合は既存の権利制限規定を整備するよりも、海外同様に回避規制法への直接的な免責を設けるのが、より明確で望ましい形といえよう。

4.3.3. リバース・エンジニアリングのための回避について

リバース・エンジニアリングとは他者(他社)の技術的製品を解析し、そこから新たに発展的な技術を産み出すもので、技術発展にとって必要不可欠なものである。各国 DRM 回避規制法においても、コンピューター・プログラムのリバース・エンジニアリングについて配慮が図られている。

まず米国 DMCA では 1201 条(f)においてコンピューター・プログラムの互換性¹⁵⁶実現のためのリバース・エンジニアリングが認められている。リバース・エンジニアリングがフェアユースであると認めた *Accolade* 事件¹⁵⁷判決を反映するものである¹⁵⁸。1201 条(f)(1)ではリバース・エンジニアリングのためのアクセスコントロール回避が認められ、1201 条(f)(2)ではリバース・エンジニアリングのための DRM 回避技術の開発およびその使用が認められる。

リバース・エンジニアリングの免責を求めて争った事例に上述 *DeCSS* 事件¹⁵⁹がある。ある少年が DVD に付与されたアクセスコントロールである CSS を回避するソフトウェア

¹⁵³ 西村あさひ法律事務所・前掲注(131)

¹⁵⁴ フランス知的財産法典 331 の 31 条

¹⁵⁵ 文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産制作室編・前掲注(9)95 頁

¹⁵⁶ DMCA1201 条(f)(4) 本項において「互換性」とは、コンピューター・プログラムが情報を交換し、交換された情報を相互に使用できる機能をいう。

¹⁵⁷ *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992)

¹⁵⁸ June M. Besek, *supra* note 38 p508

¹⁵⁹ *Universal City Studios*, 111 F. Supp. 2d 294 ; *Universal City Studios*, 273 F.3d 429

DeCSS を開発し、被告はその DeCSS を入手するための web リンクを web サイト上に掲載した者たちである。しかし被告らの「Linux における DVD 再生互換実現のためのリバース・エンジニアリング」という主張は、被告らは DeCSS の直接の開発者ではないこと、また開発者である少年が DeCSS の開発目的が互換性実現のためだけではないと発言しており、1201 条(f)(1)における「プログラムの要素を特定し解析する目的のみのために……アクセスを効果的にコントロールする技術的手段を回避することができる」という要件を満たしていないと判断され免責は却下されている。

また Lexmark 事件¹⁶⁰において、プリンタのトナーが正規品であることを認証するプログラムを回避し廉価・互換トナーを使用することを可能にする SMARTEK チップを開発・販売したことで訴えられた被告が、リバース・エンジニアリングの免責適用を主張している。しかし判決では SMARTEK チップには独自・独立設計されたプログラムが含まれておらず、1201 条(f)(2)における「独自に創作されたコンピューター・プログラムとその他のプログラムとの互換性を達成するために……技術的手段を回避する技術的手段、または技術的手段により施される保護を回避する技術的手段を、開発し使用することができる」という要件を満たさないとして免責は却下されている。

以上のように Accolade 事件においてリバース・エンジニアリングがフェアユースであると認められながらも、DRM 回避関連事件において裁判所は 1201 条(f)免責の適用に慎重である。一方でリバース・エンジニアリング免責は主張されなかったが、ガレージドアオープナーの廉価品販売の適法性を争った Chamberlain 事件¹⁶¹において、「DMCA は、著作権法で与えられた消費者が正規購入したソフトウェアのプログラム複製物を利用する権利を奪うものではない」と判示された。この事件から分かるように、権利者による法目的を超えた競合者排除を防ぐためにも、本来フェアユースと認められるようなリバース・エンジニアリングが、1201 条(f)免責を受けられないことがないよう注視しなくてはならない。

また類似規定として DMCA1201 条(g)では暗号化研究のため、1201 条(j)ではコンピューターのセキュリティ検査のための免責が設けられている。暗号化研究については、暗号ベースの DRM を含む各種暗号技術の開発にあたり、欠陥の感知および難攻不落のシステムを開発するにはどうすべきかを学ぶ目的で、実際に回避等を伴うテストを必要とする¹⁶²。そのような合法的なテストを保障するためのものである。DMCA では DRM 回避技術の開発や提供を禁止しているが、1201 条(g)(4)において暗号化研究活動のためであるならば DRM を回避するための技術を開発し、また協力者に提供することが認められる。

EU ディレクティブでは、序文(50)において、EU コンピューター・プログラム・ディレクティブの 5 条 3 項(調査・研究のため)、6 条(互換性実現のため)によって行われる DRM 回避手段の開発・使用を抑止・禁止してはならないとしている。また序文(48)では DRM の

¹⁶⁰ *Lexmark International*, 253 F. Supp. 2d 943 ; *Lexmark International*, 253 F. Supp. 2d 943

¹⁶¹ *Chamberlain*, 381 F.3d 1178

¹⁶² June M. Besek, *supra* note 38 p508

保護は暗号法の研究を妨げてはならないとしている。

実際にフランス知的財産法典ではリバース・エンジニアリングに対しての直接的な免責として 331 の 5 条 4 項において「技術的手段は、著作権の尊重のために、相互運用の有効な活用を妨げる効果を持ってはならない。技術的手段の提供者は……相互運用に不可欠な情報へのアクセスを許す」と規定されている。また、イギリス知的財産法 296ZA 条(1)やドイツ著作権法 69a 条(1)においてもコンピューター・プログラムを技術的手段に係る保護対象から除外している。したがってこれらの国において、権利制限規定で認められた範囲内でリバース・エンジニアリングを行うために DRM を回避する行為は、許容されているものと考えられる¹⁶³。

日本においてはそもそも著作権法においてリバース・エンジニアリングを認める規定がなく、特許法 69 条 1 項や半導体回路配置保護法 12 条 2 項等で認められるのみである¹⁶⁴。日本の著作権法におけるリバース・エンジニアリングの扱いについては様々議論があり、リバース・エンジニアリングのための DRM 回避が認められるかどうか以前に、リバース・エンジニアリングそのものが認められるかどうかを検討する必要がある。田村は表現のみを保護し、思想の自由利用を認める著作権法の建前から考え、狭義のリバース・エンジニアリング(オブジェクト・コードを解析しソースコードに変換する行為、ソースコードからアルゴリズムを抽出する行為)に随伴する必要限度の複製・翻案は著作権侵害にならないと考えるべきだとしている¹⁶⁵。また中山もプログラムの中身(アイディア)を知るための解析過程に複製・翻案行為が介在しても、必要な限度で、原則として著作権法上の複製・翻案ではないと解すべきだとしている¹⁶⁶。また互換性確保目的のための複製・翻案は違法とすべきでなく、この点について国際的コンセンサスができあがりつつあるように見えるとも述べている¹⁶⁷。

こうした著作権法において一定のリバース・エンジニアリングは認められるという解釈に加え、日本著作権法ではアクセスコントロールを保護していないので、またコピーコントロールも含め回避行為そのものへの規制がないため、DRM 回避を伴う(ある程度のリバース・エンジニアリングは認められると考えられるであろう。なおアクセスコントロールをも保護している不正競争防止法では 19 条 1 項 7 号においては、「技術的制限手段の試験または研究のため」に用いられる技術的制限手段回避装置について提供が認められており、また回避行為そのものへの規制もなく、問題は起こらないだろう。

¹⁶³ 文化庁文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「平成 20 年第 7 回・配布資料 4 技術的保護手段の回避と権利制限規定の関係」

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h20_07/shiryo_4.html (2008 年)

¹⁶⁴ 著作権法 24 年改正により 30 条の 4 録音、録画その他の利用に係る技術の開発又は実用化のための試験の用に供する場合には、その必要と認められる限度において、利用することができる、とした規定は整備されている。

¹⁶⁵ 田村善之『著作権法概説第 2 版』有斐閣(2001 年)228 頁

¹⁶⁶ 中山・前掲注(16) 104 頁

¹⁶⁷ 中山・前掲注(16) 105 頁

ただし 30 条 1 項 2 号において DRM 回避を伴う複製が私的複製から除外されていることは、私的範囲内の調査・解析を理由に 30 条 1 項の適用を求めようとした場合に問題があるかもしれない。また著作権法でアクセスコントロールを扱うようになり、不正競争防止法も含めて回避行為そのものの規制が行われるようになった場合は、DRM 回避を伴うリバース・エンジニアリングの扱いについて明らかにする必要があるだろう。またリバース・エンジニアリングの免責については米国の事例のように著作権侵害目的の盾とされないよう、リバース・エンジニアリングそのものの定義も含め要件を整理すべきである。

4.3.4.DRM 回避規制法と表現の自由

DRM 回避規制法が、憲法で保障された表現の自由を侵害するとした議論も起こっている。例えば、DRM 回避プログラムの公表差止めが表現の自由を侵害するとか、他人の著作物を利用した表現活動に制約を与えるといった議論である。

表現の自由については、日本では日本国憲法 21 条において「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」としている。また米国では米国憲法修正 1 条において「連邦議会は、国教を定めまたは自由な宗教活動を禁止する法律、言論または出版の自由を制限する法律、ならびに国民が平穩に集会する権利および苦痛の救済を求め政府に請願する権利を制限する法律は、これを制定してはならない¹⁶⁸」としている。

4.3.4.1.コンピューター・プログラムによる表現の自由

DRM 回避規制法に関する事件で、表現の自由が主張されたものに DVD の DRM を回避するソフトウェアの web サイトへの掲載差止めについて争った米国 DeCSS 事件¹⁶⁹と、同じく DVD の DRM を回避するソフトウェアの開発・販売差止めについて争った 321Studios 事件¹⁷⁰がある。DeCSS 事件では、被告が回避ソフトウェア(プログラム)の Web サイト掲載差止めは表現の自由を侵害すると主張したが、裁判所は自然言語でないプログラムコードでも、コンピューターに特定機能を実行させる指示だけでなく、利用者が理解できる情報を伝達する側面も有しており、憲法修正 1 条で保護される「表現」にあたることは認めた。しかしその掲載差止めはプログラムの表現要素ではなく機能(非表現的要素)の抑制を目的としており、表現規制でなく内容中立規制にあたるとして厳格な憲法審査を拒否した。その上で、著作物への非許諾アクセスを抑止すべく回避ソフトウェアの掲載を差し止めることは実質的な政府利益であり、最も制限的でない方法ではないにしても、必要以上に表現の自由を制限するものでないと述べた。

一方でリンク掲載差止めが表現の自由を侵害するケースも有りうると認め、それは(a)そのリンクが違法な製品とのリンクであると知っている、(b)その(回避)機能・技術が法律的に

¹⁶⁸ 在日米国大使館 Web サイトによる。高橋一修訳。

<http://aboutusa.japan.usembassy.gov/j/jusaj-constitution-amendment.html>

¹⁶⁹ *Universal City Studios*, 111 F. Supp. 2d 294 / *Universal City Studios*, 273 F.3d 429

¹⁷⁰ *321Studios*, 307 F. Supp. 2d 1085

推奨されるものではないと知っている、(c)その機能・技術を頒布する目的でリンクをしている、という明確な証拠がない場合であるとした。321Studios 事件でも以上の判断が踏襲された。

裁判所による、プログラムを表現的要素と機能的要素に区別し厳格な憲法審査を拒否した判断に対して、あらゆる表現活動は何らかの目的を実現する意図で行われる点で機能的要素を併せ持ち、表現と機能は区別できず、プログラムの機能に着目した規制を理由にプログラムに対する規制審査を回避すべきでないという批判¹⁷¹もある。しかしプログラムへの規制を一律に表現内容規制とみなして、表現の自由を主張することは、逆に個人や社会に害悪または危険をもたらすタイプのプログラムの機能に対する規制を過度に抑制的にしてしまうおそれがあるという指摘もあり¹⁷²、表現と機能を区別してとらえた当該事件における裁判所のアプローチは合理的かつ適切と評価できよう。

こうした回避プログラム規制と表現の自由の保障にあたっては、上述(a)(b)(c)の3要件は常に検討しつつ、回避プログラムが野放しとなった場合の政府利益への悪影響を重視し、原則として内容中立規制として審査されるのが望ましいと考える。

4.3.4.2.他人の著作物を利用した表現の自由

DRM 回避規制規定以前に、米国では著作権(法)が他人の著作物の自由利用に制限を与えている点で、憲法修正 1 条における表現の自由と抵触するとした議論があった。しかしフォード元大統領の回顧録の一部をスクープし無断で掲載したことで争った Harper & Row 事件¹⁷³や、著作権保護期間延長法の合憲性を争った Eldred 事件判決¹⁷⁴では、著作権(法)と表現の自由の調整は、表現は保護するがアイデア・事実は保護しないアイデア・事実/表現二分法と、一定の場合に著作者の許諾なく著作物を利用できるフェアユースの法理のもとで調整されている、として憲法修正 1 条の厳格審査を回避した。こうした裁判例を踏まえたうえで、では DRM 回避規制法(DMCA)についてはこれら伝統的な著作権と表現の自由のバランスを変えることになるかを検討する。

DeCSS 事件¹⁷⁵、321Studios 事件¹⁷⁶の両事件とも、DMCA は他人の著作物を利用した表現の自由を実現するために伝統的に重視されてきたフェアユースを制約しており、DMCA そのものが憲法修正 1 条に違反しているという被告主張があった。裁判所は、フェアユースが必ずしも憲法上の要請でないこと、フェアユースとは著作物利用者の望むままの方法での利用を保障するものでないこと、デジタル形式での複製等が困難でもアナログ方式による利用でフェアユースが保障されることを挙げ、被告主張を棄却した。

¹⁷¹ Rachel Shockley “The Digital Millenium Copyright Act and the First Amendment” 8 J.INTELL.PROP.

¹⁷² 成原・前掲注(130)

¹⁷³ Harper & Row Publishers, Inc. v. Nations Enterprises 471 U.S. 539 (1985)

¹⁷⁴ Eldred v. Ashcroft 537 U.S. 186 (2003)

¹⁷⁵ *Universal City Studios*, 111 F. Supp. 2d 294 ; *Universal City Studios*, 273 F.3d 429

¹⁷⁶ *321Studios*, 307 F. Supp. 2d 1085

しかしそのアナログ方式による複製等は時間的・金銭的成本が、DRMを回避してのデジタル方式での複製等と比較すれば大きくなる。またアナログ方式での複製はデジタル方式での複製と比較して品質は落ちるであろう。例としてある本について伝統的な紙媒体版とDRMで保護された電子書籍版が用意されている場合を考えてみる。確かに紙媒体の著作物の伝統的な複製に我々は慣れているが、ボタン1クリックでの容易で高品質な複製が否定されてよいかは判断の難しいところである。しかし同じ本についてDRMで保護された電子書籍版しか用意されていない場合や、DRMで保護されたデジタル形式の音楽・映像著作物など、そもそもアナログ方式でも複製等が著しく困難もしくは不可能なケースが将来増えてくるに違いないが、この場合「アナログ方式による利用で伝統的なフェアユースが保障されている」とはますます言い難いだろう。よって個々のケースを見る必要があるが、デジタル形式での複製等が困難でもアナログ方式による利用でフェアユースが保障されるという裁判所判断は少し無理があるように思われる。

またDeCSS事件で被告は、保護著作物とパブリックドメインが一つのDRMで保護されたケースにおけるDMCAの欠陥を指摘したが、裁判所はそのようなケースがまだ現実に起こっていないとして判断を回避した。しかしパブリックドメインをもDRMによって保護するようなコンテンツ提供者らによる囲い込みは現実として懸念される場所である。かといって保護著作物のなかにパブリックドメイン素材が含まれているからといって全面的に回避を認めるとDRM回避規制法は本末転倒となる恐れがある¹⁷⁷。裁判所としては個々のケースにおける回避の必要性を見る必要があるだろう。すなわち当該パブリックドメインがDRM無しで別のソースから入手できないかといった要素である¹⁷⁸。

成原は、上述フェアユースやパブリックドメインの議論を踏まえ、他人の著作物を利用した表現活動に関して、DMCAがフェアユースやパブリックドメインといった伝統的著作権概念を変えていることから、DMCAが米国憲法修正1条の審査に服する余地があると指摘している。その際、一連のDRM回避規制が実質的政府利益を達成するのに必要以上に表現の自由を制約していないか問われることになるようにしている¹⁷⁹。

日本について、4.3.1.において私的複製、4.3.2.において公益性の高い分野における利用といった個別の制限規定への検討を行ったが、DRM回避規制法がこれら規定と憲法による表現の自由との日本における伝統的な調整をも歪めるようなことがあれば、DRM回避規制法を著作権法・不正競争防止法の中だけでなく、憲法とも絡めた議論がなされる必要がでてくるだろう。

4.3.5.DRM回避規制と免責の枠組み

米国DMCAの各免責規定は、アクセスコントロール回避行為そのものの規制に対する免

¹⁷⁷ June M. Besek, *supra* note 38 p476

¹⁷⁸ June M. Besek, *supra* note 38 p499

¹⁷⁹ 成原・前掲注(130)、June M. Besek, *supra* note 38 p484

責であり、免責で認められた回避を行うのに必要な機器等の製造・提供は必ずしも認められていない。よって免責で回避が認められたところで、自力で回避手段を持たない人々にとっては、技術的な制約が生じるのではないかという問題も指摘されている¹⁸⁰。このようなジレンマについては回避行為者だけでなく回避機器提供者への免責を設けることも提案されている。例えば、適法な回避を可能にするための機器・サービスの提供に限り認めるといった手法である¹⁸¹。

日本においては回避行為そのものへの規制がないため、その点では海外法のような直接的な免責は不要とも言え、現行の個別の権利制限規定を頼ればよい。ただし日本においても回避行為そのものへの規制が行われるようであれば、必ずしも適用されるかが不明確な個別の権利制限規定よりも、直接的な免責を設けてより明確なフォローを行うことが望ましい。

一方で回避機器等提供への免責が不明確なのは海外法と同様である。個別の権利制限規定は、様々な場面における複製を中心とした著作物利用を保障するものであり、回避機器等の提供行為に及ぶとはいえない。公益性の高い分野等において DRM 回避を伴う著作物利用を保障するには、上述のジレンマも踏まえたうえで、直接的な免責は設けないまでも、個別の権利制限規定が回避機器提供行為に及ぶことを明確にしておく必要はあるだろう。

免責を検討するにあたっては、保護される DRM の範囲と規制対象行為、さらには一般的な権利制限規定も含め、総合的な枠組みを認識したうえでの検討が必要である。海外では広範な DRM 保護と規制対象行為に対する直接的な免責を設けており、日本では相対的に狭義な DRM 保護と規制対象行為に対して直接的な免責を設けていない。これまでの検討から、日本の在り方がより望ましいと考えるが、直接的な免責は設けないとしても個別の権利制限規定の内容をより整備する必要があるという課題も残している。

¹⁸⁰ 成原・前掲注(130)

¹⁸¹ ギンズバーグ・前掲注(32)151頁

5.権利者と消費者双方に配慮した DRM 回避規制法の在り方

本論文では、DRM 回避規制法に関して権利者と消費者双方の利益を十分保証できる在り方とはどのようなものか、海外法制度・事例と比較しながら検討を行った。

日本そして海外の DRM 回避規制法を見ると、主として 保護される DRM の範囲・定義、規制対象行為、 免責から成り立っている。各事例から得られた示唆の下、これら 3 点について考察・検討した。

まず 保護される DRM の範囲・定義であるが、著作権法の下にある DRM 回避規制法においてはアクセスコントロールを保護するのは望ましくないとの結論に至った。上述のとおり日本ではアクセスコントロールは不正競争防止法における技術的制限手段に含まれ、著作権法における技術的保護手段には含まれていない。著作権法にアクセスコントロールを含める議論は過去何度も行われ、また CSS 等暗号化型 DRM を保護対象に含める改正は近年行われながらもまだ条文上アクセスコントロールは保護されていない。一方で海外においては米国 DMCA が、法制定過程においてアクセスコントロールは保護すべきでないという主張がされ¹⁸²ながらも最終的には立法当初より保護されている。またオーストラリアにおいて立法当初は含まれていなかったものの、AUSFTA 締結後に改正を迫られアクセスコントロールが保護されるようになった。

著作権法においてアクセスコントロールを保護することの難しさは、アクセス(視聴等)の支分権が著作権法に無いことである。アクセス権の問題については、日本はもちろん米国においても法制定過程において指摘されていた¹⁸³。かといってアクセス権、すなわち権利者に対して消費者の著作物へのアクセス(視聴等)そのものをコントロールさせる権利、を与えることは問題がある。著作物へのアクセスとは著作物の根本的な利用形態である。これを権利者にコントロールさせてしまうと、利用者に不利益が大きい。

著作権法の本質的目的は、権利者にインセンティブを与えつつも著作物の積極的な利用により、日本著作権法第 1 条にいう「文化の発展に寄与する」あるいは米国憲法 8 条 8 項にいう「学術および有益な技芸の進歩を促進する」といったところにあり、アクセスコントロールの保護はこの法目的を超えてしまう。上述のとおり、WIPO 著作権条約 11 条においても DRM 回避規制法は著作権侵害の予防、権利保護の補完のためであると示されており、権利者に対して新たな財産権を与えるものではないのである。

その点では現行の日本の著作権法、そしてコンテンツ制作者からの信用を得るためにコンテンツ提供者に視聴方法等をコントロール可能にし公正な市場競争を保証するという不正競争防止法との住み分けは望ましい在り方といえよう。また新しい形式の DRM を保護する必要がある時は、日本の著作権法改正で CSS 等暗号化型 DRM を保護したように、但し書きのような形で加えていくべきであり、アクセスコントロールそのもの全てを保護するような形に改めるのは望ましくない。

¹⁸² June M. Besek, *supra* note 38 p469

¹⁸³ June M. Besek, *supra* note 38 p469

またアクセスコントロールにせよコピーコントロールにせよ、アクセスまたはコピーをコントロールしているのであれば、それら技術は全て保護するというのは問題がある。上述のとおり著作物保護・著作権侵害予防のためではなく、市場をコントロールする目的で用いられるようなコントロール技術が存在するからである。また各技術のコントロールする対象が著作物性の無いものやパブリックドメインであれば、当然著作権法のもと保護される DRM にはあたらないことになる。各技術の「利用実態」「性質」をよく検討し、Stevens 事件最高裁判決¹⁸⁴でも示されたように消費者による著作物の積極的な利用が保証されるような DRM の保護であるべきである。

また 規制対象行為については、日本において規制されていない回避機器製造行為、回避サービス提供行為、そして回避行為そのものへの規制に注目して検討を行った。結論としては、やはり日本におけるこれまでの議論でも指摘されたとおりで、これらについて新たに規制を行う必要性は感じられなかった。回避機器の譲渡等提供行為で十分に DRM 回避による著作権侵害は防ぐことができるということである。上でも述べたとおり規制対象となる「行為」を拡充するよりも、むしろ規制すべき回避「機器」の定義について、規制逃れのために回避以外の様々な多機能をつけた機器の摘発を狙い、一方でパソコン等汎用機器への配慮を図るべく、検討を深めるべきといえよう。

免責についても、私的複製や公益性の高い分野における利用、リバース・エンジニアリング、表現の自由といった観点から検討を行った。しかしそれら各要素以上に、回避規制法の総合的枠組みとして、海外法は広範な DRM の保護と規制対象行為にあわせて直接的な免責が設けられており、一方で日本においてはより狭義な DRM の保護と規制対象行為に対して直接的な免責を設けず一般的な個別の権利制限規定を頼っていること、が重要な差異と言える。

海外法の直接的な免責は、広範な DRM の保護と規制対象行為の中でも、特に回避行為そのものの規制に対して設けられており、日本において回避行為そのものの規制が行われるのであれば直接的な免責が求められるが、回避行為そのものの規制のない現行法においては直接的な免責を設ける必要性は必ずしも無い。一方で、日本の著作権法における個別の権利制限規定が、回避機器提供行為等、現状規制されている DRM 回避関連行為に対して及ぶことが必ずしも明確でないという課題も残しており、この点は権利制限規定の内容を整理し、明確にすべきである。

3 点の検討から、海外法において、特に(著作権法による)アクセスコントロールの保護、回避行為そのものの規制に批判・問題があることが明らかになった。また直接的な免責は設けられているものの、免責されるケースが条文上かなり限定的であることや、上述したジレンマの問題もある。

DRM とその回避規制法により、消費者は少なからず著作物利用に制限を受けうるが、一方でデジタル市場の発展による恩恵を受けることもでき、DRM とその回避規制法を一概に否

¹⁸⁴ Stevens, [2005] HCA 58

定することもまた難しい。しかし権利者と消費者双方の利益をじゅうぶんに保証するためには、DRM 保護範囲と規制対象行為はより狭義にあるべきであり、広範な DRM 保護と行為規制には慎重であるべきである。その点では日本の現行法は海外法と比較しても、望ましい在り方であると評価できよう。

ただし課題は免責にある。日本著作権法 30 条 1 項 2 号による、DRM 回避を伴った複製を私的複製から除外する規定は、個人による調査・研究活動等での著作物利用を必要以上に制限する可能性がある。DRM 回避を伴った複製行為が、悪意のある著作権侵害行為である蓋然性は高いものの、海外法のように伝統的に認められてきた範囲での私的複製には配慮すべきである。

また海外法と同様の課題として、回避(しての複製)が認められるようなケースにおいても、回避機器提供者への免責が無いというジレンマがある。この点、回避機器提供者への免責を整備する必要がある。

6.今後の検討課題

DRM の普及とその回避の氾濫に対して、本論文では DRM 回避規制法の在り方を検討してきた。しかし近年電子書籍分野を中心として脱 DRM の動きがあり、それに伴い権利管理情報に注目が集まっている。

2013 年、フランス議会において、DRM 付き電子書籍に対して高い税率を課す法案が提出された¹⁸⁵。これは DRM によって電子書籍マーケットと電子書籍リーダーを紐付け、ユーザーの囲い込みが行われていることを問題視し、当該法案によって DRM フリーを促しクロスプラットフォームを促進する目的であった。

また米国の出版社 Tom Doherty Associates は、2012 年に電子書籍を DRM フリーへと移行させたが、実際に違法複製が行われたかどうかは別として、出版社としての売上には大きな変化が見られなかったことを報告している¹⁸⁶。日本においてもクロスプラットフォームを促進すべく、ボイジャー¹⁸⁷や達人出版会¹⁸⁸など DRM フリーで電子書籍を販売している。

しかしこれらの DRM フリー電子書籍には、コピーコントロールのような DRM は付加されていないものの、権利者情報等が電子透かしとして記録されている。これにより当該電子書籍が違法アップロード等された場合に、行為者を容易に特定することができる。コピーコントロールのように、著作物非許諾利用を技術的に禁止してしまうものとは異なる。

2012 年に、ハリーポッターの電子書籍版が電子透かし付き DRM フリーで販売され、これまでのところ深刻な違法コピー等による売上低下に悩まされることなく、マーケットとして成立していることが報告されている¹⁸⁹。一方で DRM フリーと電子透かしの普及は、音楽・映像等と比較して市場規模の小さい電子書籍分野だからこそ可能、またはボイジャーのように伝統的出版社でない、失うもののない新興事業者だからこそ可能、と考えることもできる。

電子透かし、すなわち権利管理情報は、WIPO 著作権条約 12 条 1 項に基づき、日本著作権法では 113 条 3 項において除去・改変等を禁止している。一方で、記録媒体の変換等行う際に意図せず除去されることもありえ、配慮を必要とする¹⁹⁰。電子透かしが今後普及し、その除去・改変が新たに社会問題となるようであれば、本論文の DRM 回避規制法の議論が大いに参考にもなる。

¹⁸⁵ “France Passes New Law With Higher Tax Rate for DRMed eBooks” The Digital Reader <http://the-digital-reader.com/2013/11/15/france-passes-new-law-higher-tax-rate-darmed-ebooks/#.VHM Eat73stx> (2013 年 11 月 18 日)

¹⁸⁶ 1 年前に電子書籍 “全作品 DRM フリー” 宣言した Macmillan 系出版社「海賊版による被害はみられない」 <http://ebook.itmedia.co.jp/ebook/articles/1305/02/news051.html> (2013 年 5 月 2 日)

¹⁸⁷ 「電子書籍：DRM は「幻想」と言い切るボイジャー 萩野社長」 http://builder.japan.zdnet.com/off-topic/sp_epub2010/20411864/ (2010 年 4 月 12 日)

¹⁸⁸ 達人出版会 このサイトについて <http://tatsu-zine.com/about/>

¹⁸⁹ 林拓也『EPUB 3 電子書籍制作の教科書』技術評論社(2012 年)31 頁

¹⁹⁰ 著作権法 113 条 3 項 2 号において「利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる場合」は著作権侵害とならないと規定されている。

7.参考資料・参照裁判例

- ・蘆立順美「技術的制限手段の意義と専用品該当性判断」速報判例解説 6号(2010年)
- ・蘆立順美「アメリカ著作権法における技術的保護手段の回避規制と FairUse 理論」法学 66巻5号(2002年)
- ・井奈波朋子「マルホランド・ドライブ事件--DVD のコピーガードと著作権」コピライト 47巻554号(2007年)
- ・王迂著、孫友容訳「著作権法による技術的手段の保護の正当性について」知的財産法政策学研究 39巻(2012年)
- ・奥邨弘司「判例研究:Lexmark 事件控訴裁判決：プログラムの著作物性と迂回禁止規定違反が問題となった事例」国際経営論集 29巻(2005年)
- ・奥邨弘司「DRM に関する国内外の動向」文化審議会著作権文科会国際小委員会資料(2005年)
- ・奥邨弘司「不正競争防止法の意義と課題-技術的制限手段の保護について」ジュリ 1432号(2011年)
- ・菅野政孝、大谷卓史、山本順一『メディアと ICT の知的財産』共立出版(2012年)
- ・駒田泰士「3step test はどこまで有用な原則か：フランスにおける議論を参考に」上智法學論集 51巻(2008年)
- ・ジェーン・C・ギンズバーグ(紋谷崇俊訳)「知的財産権の保護強化の明と暗：技術的保護手段と米国著作権法 1201 条」高林龍編『知的財産法制の再構築』日本評論社(2008年)
- ・作家文雄『詳解著作権法第二版』ぎょうせい(2002年)
- ・作家文雄「豪・米自由貿易協定(AUSFTA)を背景とするフェアユース規定導入議論に関する考察-安定性と柔軟性の調和・融合を図る制度の模索-」コピライト 7号(2009年)
- ・産業構造審議会知的財産政策部会デジタルコンテンツ小委員会及び情報産業部会基本問題小委員会デジタルコンテンツ分科会「コンテンツ取引の安定化・活性化に向けた取り組みについて」
http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/gijutsutekiseigen/001_s05_00.pdf (1999年)
- ・産業構造審議会知的財産政策部会技術的制限手段に係る小委員会「技術的制限手段に係る不正競争防止法見直しの方向性について」
<http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000070879> (2010年)
- ・関垂紀子、飯田陽一「安全性と利便性からみた DRM 方式の比較評価に関する一考察」情報処理学会研究報告 51巻7号(2011年)
- ・田村善之『著作権法概説第2版』有斐閣(2001年)
- ・張睿暎「フランス新著作権法(DADVSI)における DRM 規制」企業と法創造 4巻1号(2007年)
- ・著作権分科会法制問題小委員会「平成 23 年第 6 回議事録・配布資料 4 文化審議会著作権

- 分科会法制問題小委員会デジタル対応ワーキングチーム検討結果報告」
http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/05072901/002-4.htm (2012 年)
- ・(社)電子情報技術産業協会(JEITA)著作権専門委員会「アクセスコントロール回避規制の在り方について」コンテンツ強化専門調査会インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ(第3回)資料2(2010年)
 - ・土肥一史「平成24年改正著作権法を振り返る」文化庁月報平成24年12月号(No.531)
http://www.bunka.go.jp/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_02/special_02.html
 - ・内閣官房知的財産戦略推進事務局「アクセスコントロールの回避規制の在り方に関する主な論点」
http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents_kyouka/wg/internet/dail/siryou6.pdf (2010年)
 - ・苗村憲司「著作権保護システムの技術と法制度(マルチメディアコンテンツのセキュリティ)」映像情報メディア学会誌：映像情報メディア56巻7号(2002年)
 - ・中山信弘『著作権法』有斐閣(2007年)
 - ・成原慧「著作物の技術的保護のための法的規制と表現の自由」社会情報学研究15巻2号(2011年)
 - ・名和小太郎「リバースエンジニアリング」情報管理41巻5号(2003年)
 - ・西村あさひ法律事務所「平成21年度経済産業省委託調査 コンテンツの技術的手段に係る各国法制度調査研究報告書」(2010年)
 - ・日本技術貿易会社「【Cases & Trends】「アクセス・コントロール」をめぐる攻防」
<http://www.ngb.co.jp/files/pdf47fef4e1da2ec.pdf> (2004年)
 - ・野口祐子『デジタル時代の著作権』ちくま新書(2010年)
 - ・林拓也『EPUB3電子書籍制作の教科書』技術評論社(2012年)
 - ・文化庁文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「平成20年第7回・配布資料4 技術的保護手段の回避と権利制限規定の関係」
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h20_07/shiryo_4.html (2008年)
 - ・文化審議会著作権分科会「第33回議事録・配布資料4-2文化審議会著作権分科会報告書」
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/bunkakai/33/pdf/shiryo_4_2.pdf (2012年)
 - ・文化庁「平成24年通常国会 著作権法改正について」
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/24_houkaisei.html (2012年)
 - ・文化庁著作権法令研究会、通商産業省知的財産制作室編『著作権法・不正競争防止法改正解説』有斐閣(1999年)
 - ・安田浩、小暮拓世「解説 DRMの技術動向」電子通信情報学会誌91巻7号(2008年)
 - ・BAILII(British and Irish Legal Information Institute)“Sony Computer Entertainment v Owen & Ors” <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2002/45.html>
 - ・Brian Fitzgerald, “The Australian Sony PlayStation Case: How Far Will

Anti-circumvention Law Reach in the Name of DRM?" (2006)

- June M. Besek, "Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts" COLUM. J. L. & ARTS (2004)
- Out-Law.com "Sony v Owen" <http://www.out-law.com/page-8701>
- Rachel Shockley "The Digital Millennium Copyright Act and the First Amendment" 8 J.INTELL.PROP.

• マジコン事件東京地判平成 21 年 2 月 27 日(平 20(ワ) 20886 号・平 20(ワ) 35745 号)裁判所ウェブサイト

- Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294(S.D.N.Y.2000).
- Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429(2nd Cir. 2001)
- DVD Copy Control Association, Inc. v. Bunner, 31 Cal. 4th 864(2003)
- 321Studios v. MGM Studios, Inc., 307 F. Supp. 2d 1085(N.D.Cal.2004)
- Paramount Pictures Corp. v. 321 Studios, 69 U.S.P.Q.2D(BNA)2023(S.D.N.Y.2004)
- Macrovision Corp. v. 321Studios, 2004 U.S. Dist. LEXIS 8345(S.D.N.Y.2004)
- Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 253 F. Supp. 2d 943(E.D.Ky. 2003)
- Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522(6thCir.2004)
- Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004)
- Stephane P, U.C.F. Qur choisir v. Univeral Pictures Video France, Tribunal de Grande Instance de Paris, No.RG:03/08500, 5/28/03
- Stephane P, U.C.F. Qur choisir v. Univeral Pictures Video France, Cour d'Appel de Paris, No.RG:04/14933, 4/22/05
- Universal Pictures Video France v. Stephane P, U.C.F. Qur choisir, Cour de Cassation, No.RG:05/15824,05/16002, 2/28/06
- U.C.F. Qur choisir, Stephane P v. Univeral Pictures Video France, Cour d'Appel de Paris, No.RG:06/07506, 4/4/07
- Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc v Owen&Ors [2002] EWHC 45Ch.
- Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc v Ball & Ors [2004] EWHC 1738 (Ch)
- Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v Stevens [2002] FCA 906
- Australian Video Retailers Association Ltd v Warner Home Video Pty Ltd [2001] FCA 1719
- Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v Stevens [2003] FCAFC 157

- *Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment* [2005] HCA 58
- *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992)
- *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nations Enterprises* 471 U.S. 539 (1985)
- *Eldred v. Ashcroft* 537 U.S. 186 (2003)