

第 4 章

著作権法の設計

— 円滑な取引秩序形成の視点から —

前 田 健

I はじめに

近年の情報通信技術をはじめとする科学技術の急速な進展の中、著作権法の抜本的再構成、著作権法リフォームを唱える声は、益々強くなってきている⁽¹⁾⁽²⁾。1970年に現行著作権法が制定されてからはいうに及ばず、ごく最近に限っても著作権法を取り巻く環境の変化は目覚ましい⁽³⁾。このような技術の進歩によ

- (1) 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論——デジタル化時代・インターネット時代の「構造的課題」の克服に向けて」知的財産法政策学研究 44号(2014年)25頁。田村は、印刷技術の普及により著作権法が誕生し(第一の波)、20世紀後半以降に録音、録画、複写等の複製技術が相次いで私的領域にも普及するようになり(第二の波)、インターネット時代の到来により第三の波が到来していると分析している。(同66-72頁)。
- (2) 我が国における著作権リフォームに関する議論については、初期の文献として、「著作権リフォーム——コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて——報告書」(平成20年3月、財団法人デジタルコンテンツ協会)(以下、「著作権リフォーム報告書」という)、茶園成樹「著作権制度のリフォームについて」知財研フォーラム75号2頁(2008年)、相山敬士「現行著作権法の主要課題と「著作権リフォーム」論」コピーライト568号2頁(2008年)がある。これらは、米国における著作権リフォームを巡る議論に触発されたものと思われる。代表的な文献として、William W. Fisher III, *Promises to Keep* (2004); Lawrence Lessig, *REMIX* (2008); Jessica Litman, *Digital Copyright* (2000); Neil Weinstock Netanel, *Copyright's Paradox* (2008); Pamela Samuelson et al., *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1175 (2010) (以下、Samuelson et al., *CPP Report* として言及。邦訳として、石新智規=橋本有加訳「著作権の原則プロジェクト：リフォームの方向性」『コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究——コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから——報告書』[平成23年3月、デジタルコンテンツ協会]57頁); Pamela Samuelson, *Leary Lecture, Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, *Utah L. Rev.* 551 (2007) Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, 96 *Iowa L. Rev.* 1 (2010) (邦訳として、Jessica Litman、比良友佳理(訳)「真の著作権リフォーム(1)」知的財産法政策学研究38号179頁[2012年]、「同(2)」知的財産法政策学研究39号[2012年]) (以下、Litman「著作権リフォーム」として言及)。
- (3) まず、複写技術について、現在のコピー機(PPC複写機)の普及が始まるのは1970年

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

て、旧来の著作権法が暗黙のうちに前提としてきた環境が崩されており、著作権法はそのパラダイムの見直しを迫られているといえるのかもしれない⁽⁴⁾。

著作権法の全面的リフォームの必要性はさておくとしても、著作権法の改正を要するテーマが眼前に山積しているという事実は否定できないだろう。平成27年度に立法の課題とされたテーマだけを見ても、①教育の情報化に向けた著作物の利用の円滑化、②視聴覚障害者の著作物利用策の促進（マラケシュ条約対応）、③著作物等のアーカイブ化の促進、④デジタル・ネットワークの発達に対応した権利制限規定や円滑なライセンス体制等の検討・整備など、著作物の利用の円滑化にかかるテーマが多数あることがわかる⁽⁵⁾。我々は、これらの政策的課題に対応するために、権利制限規定の見直し、法定許諾、強制許諾の見直し、集中許諾制度などのライセンス円滑化体制の見直しなど、適切な政策手段を選択する現実の必要に迫られている。

しかし、残念ながら我々は、これらの問題に対する解答を与えてくれる方法論を持ち合わせているとはいえない。たとえば、教育現場でICT活用教育を促進するために、遠隔地から授業の過程における著作物の送信を円滑に行えるようにするために⁽⁶⁾、授業の過程において著作物を異時で公衆送信することを

代後半以降である。（「事業所におけるOA機器普及状況調査をふりかえって」中央調査報（508）、4581-4584、（2000）（<http://www.crs.or.jp/backno/old/No508/5081.htm>）によれば、1975年ころには「書類を複数作成するにはカーボン紙を利用し、情報を客先に伝えるツールはただ1つ電話、検算には算盤が利用されていた」とのことであり、オフィスにおけるPPC複写機の普及率は、1983年で39.8%であり1998年で63.7%である。）録音技術は、MDの出現が1992年であり、音質の劣化なく音楽を自由に複写し交換できる環境の出現は21世紀を待たなければならない。録画技術はより遅れる。インターネットの普及はwindows95の発売の1995年以降と思われるが、ブロードバンド化が進み大量の情報流通が可能な環境の到来は21世紀に入って以降のことである。近年ではさらにモノのインターネット化（IoT）など新しい概念が登場し、技術の展開はとどまるところを知らない。

(4) もっとも、山下和茂「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト583号2頁（2009年）のように、近年の技術変化は、著作権法のパラダイム変換を要求するようなものではないとの見方も存在する。

(5) 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会 平成27年度 第1回（2015年6月23日）資料3「第15期文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会における当面の検討課題について（案）」より。また、上記④の課題に関して、「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」が法制・基本問題小委員会に設置されている。

適法にするという政策を実現しようとしたとしよう。このとき、新たに権利制限規定を設けるべきか、設けるとして補償金を要するのか、要するとして補償金について集中管理制度を構築すべきか、するとしてどのように構築すべきか、そもそも権利制限ではなく集中許諾制度の整備を行うべきなのか、あるいは、いわゆるライセンス優先型の権利制限規定（後述）が望ましいのか。我々は、これらの問いに答える前提としての、論点整理の共通認識すら持ち合わせてはいないのである。

もちろん、我々は座視するのみでなく、答えを得ようとすでに数多くの試みを始めている⁽⁷⁾。本稿は、その中であって、著作権法を設計する際にありうる制度の選択肢を示すとともに、それらを選択する基準を示すことを試みるものである。本稿で取り上げる各制度そのものについてはそれを紹介し個別に論ずる多数の論稿がすでに存在するが、本稿の特徴は、それらが円滑な著作権取引秩序を形成するための選択肢として存在しているという視点により、整理を試みていることにあるといえるだろう。

本稿では、まずⅡにおいて、著作権法の基本設計を明らかにすることを試みる。著作権法が採用している支分権主義、事前許諾の原則について概観したうえで、取引環境の変化によりその暗黙の前提が崩れてきていること、したがって、著作権法に見直しの必要性が生じてきていることを概観する。特に重要な点として、経済的利用を伴わない著作物の形式的利用に権利が及ぶ場合が増えていること、事前許諾の原則を貫徹すると著作物の利用が著しく滞るリスクが増したこと、著作物の流通形態や課金形態の多様化が進んでいることなどについて議論する。そのうえで、Ⅲにおいて、権利制限規定は、従来は個別的に生じた上記の原則に基づく不都合を是正する役割を担ってきたが、取引環境の変化によって、それが必要な場面が広範になってきていることを指摘する。権利制限の役割をいくつかの類型に分け、どのような場合に権利制限が必要とされるのかの実体面を考察する。そのうえで、いわゆるルール・スタンダード論を参照して、それをどのような形式で立法するのが望ましいのかにも言及する。

(6) 以下の例は、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会 平成27年度 第4回及び第5回における議論を参考にしたものである。同第4回資料1「第4回法制・基本問題小委員会における教育の情報化の推進に関する論点（案）」を参照。

(7) そのすべてを紹介することはできないが、本論文中に引用した文献はすべてそのような取り組みの一つであるといえる。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

そして、Ⅳにおいては、自由使用を許す権利制限には取引費用ゆえに許諾が進まない問題を解決する機能があるところ、問題を解決するには自由使用以外の多様な選択肢があることを示す。具体的に、集中許諾、法定許諾、強制許諾について検討し、それぞれの利害得失について考察を加える。また、制度選択に当たっては、権利者及び利用者にとって一定の行為の履践を行うインセンティブを課す仕組みを積極的に導入することで、取引費用の削減を図るという手段があることも明らかにする。さらに、Ⅴにおいて著作権侵害に対して刑事罰を科すことの意義について考察する。必ずしも事前に許諾を得ずに著作物を利用することが常態化する新しい秩序の下においては、すべての著作権侵害に刑罰を科すことは相当ではないことを指摘する。最後に、Ⅵにおいて議論を総括し、本稿が明らかにしたことをまとめる。

Ⅱ 著作権法の基本設計

1 著作権法の基本的仕組み

(1) 権利の対象行為の個別的指定

著作権法のもとでは、著作権者は著作物を排他的に支配できるのが原則といえるが、著作物を使用する行為のうち、著作権者が専有できる行為はそのごく一部にすぎない。著作権者が専有する以外の著作物を使用する行為は、他の者も自由に行うことができる。日本の著作権法では、著作権者は、財産権としての著作権として、複製権、演奏権、公衆送信権、譲渡権などの支分権を有しており、これらの個別的な行為を排他的に専有することができる。一方、これらの行為以外の著作物を使用する行為は、著作権の対象とはならず、また、30条以下に多数置かれた権利制限規定に列挙された行為も著作権の対象とはならない。

支分権該当行為は、大きく分けて複製、公衆への提示、公衆への提供の3つに分類することができる⁽⁸⁾。それらの行為が持つ意義は、さしあたり次のように説明できる。すなわち、複製とは、著作物を有形的に再製することであり、著作物を化体する有体物を新たに生み出す行為がその典型である。伝統的には、著作物は書物などのパッケージメディアとして流通するのが通常であり、

(8) 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成(1)」知的財産法政策学研究 41号(2013年) 48頁。

それを新たに生み出す行為は、著作権者の利益にかかわる最も中核的な行為ともいえる。したがって、歴史的に著作権法は複製権を中心に構築されてきていて⁽⁹⁾、この状況をして、複製権中心主義と呼ぶ論者もいる⁽¹⁰⁾。公衆への提示に関する権利は、上演権、演奏権、上映権、公衆送信権などがこれに含まれる。これらの行為は、パッケージメディアによらずに著作物を消費者のもとに届ける行為と位置付けることができる(ただし、重大な例外を含む⁽¹¹⁾)。また、公衆への提供は、パッケージメディアを流通させる行為を著作権者に専有させるものであると理解することができる⁽¹²⁾。

それでは、上記のような意味を持つこれらの行為のみが著作権者の専有に置かれるとされた理由はどこにあるといえるのだろうか。そもそも、財産権としての著作権を付与することの目的は、創作のインセンティブを確保することであるというのが、帰結主義的視点からの著作権法の説明である⁽¹³⁾。著作権者に著作物の経済的利用を独占させ、著作物から創作のインセンティブ確保に十分な利潤を得させるというのが知的財産法の基本的発想である。たとえば、複製行為が著作権により専有の対象とされているのは著作物の経済的価値を利用する行為の典型だからであると説明できるだろう

(9) 中山信弘『著作権法(第2版)』(有斐閣、2014年)247頁は、技術の発展とともに新たな著作権法システムへの移行がありうるとしつつ、copyrightという言葉が示すように、歴史的には複製権が最も重要であった旨を指摘している。

(10) 批判的な文脈でこのことに言及するものとして、田村・前掲注(1)64-72頁。また、アメリカ著作権法についてこれを指摘するものとして、Litman, Digital Copyright, *supra* note (1), 177-178 参照。

(11) 公衆送信権については微妙である。放送及び有線放送はそのような行為と位置付けて問題はないと思われる。一方で、自動公衆送信については、インターネットでブラウズするだけのような状況を想定すればそのような位置づけが可能だが、ファイルをダウンロードして手元に置く事態を考えると、むしろパッケージメディアを手元に届ける行為である。このような意味で日本の著作権法は、その実質的位置づけが一様でない行為が同一の権利に混在しているといういびつな状況にあることには注意を要する。

(12) ただし、頒布権の対象となる映画は最終的に上映という形で費消されることを伝統的には想定されていたものである。したがって、頒布権については、パッケージメディアを流通させる行為というよりは、公衆へ提示するための道具を流通させる行為と位置付けられることになる。

(13) スティーブン・シャベル、田中亘・飯田高(訳)『法と経済学』(日本経済新聞社、2010年)157-165頁、William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003) など。

◇第1部◇ 権利の権限と利用許諾

このことを前提に突き詰めていくと、すべての著作物を経済的に利用する行為を著作権者の専有に置くという設計を考えることも可能である。しかし、著作権法では、著作物の経済的価値を利用する行為一般を権利者が専有できるという設計は現実にはとられていない。支分権該当行為以外にも著作物を経済的に利用する行為は様々に想定できるが、それらを一般的に権利の対象とする方策は取られていないのである。一方、同じ創作法でも、特許法は「業としての特許発明の実施」と、およそ発明を経済的に利用する行為を一般的に特許権者の専有に置くという規定の仕方をしている（特許法69条、2条3項参照）⁽¹⁴⁾。

しかしながら、上述の特許法と著作権法の差異は、特許権が著作権と比べてより強力な保護を権利者に与えることを必ずしも意味するものではない。たとえば、著作権法では、購入した書籍を読書する行為は、支分権の対象となっていないので著作権の侵害には当たらないが、特許法でも、購入した特許製品を業として使用する行為は、業としての特許発明の実施にあたるが、消尽法理により特許権の侵害にはあたらないのである⁽¹⁵⁾。このように、(少なくともこの点においては、)特許法と著作権法で法の設計の仕方が異なるだけで、実質的な規律内容に違いがあるわけではないのである。

以上の分析によれば、著作権法は、規制内容を実現する手段として、支分権主義及び個別的な権利制限規定により、権利の対象行為を個別的に指定するという選択肢を選んだことに特徴があるといえる。著作権法は、予めの利益衡量の結果として、著作物を経済的に利用する行為のうち一定のもののみを権利の対象に個別的に指定しているということに、法設計上の一つの特徴があるといえるだろう。

(2) 事前許諾の原則と取引の代替としての権利制限

著作権法のもう一つの特徴は、特許法など他の知的財産法と同じく、著作物

(14) 特許法2条3項各号は、実施の定義を置くが、方法の発明についてはそれを使用することなど比較的簡素な定義である。そして、2条3項にいう「使用」は、発明の目的を達するような方法で用いることを指すという規範的な解釈が一般的である（中山信弘『特許法（第2版）』（弘文堂、2012年）315頁、高林龍『標準特許法（第5版）』（有斐閣、2013年）96頁参照）。大阪地判平成18年7月20日判時1968号164頁も参照。また、「生産」について規範的な判断を下した近時の裁判例として、知財高判平成27年11月12日判時2287号91頁〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置〕がある。

(15) 最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁参照。

の利用を望むものは、事前に権利者から個別に許諾を得る必要があるとされている点である。著作権法 63 条はこの原則の表れの一つといえ、この原則は著作権法において広く前提とされている。著作権法のもとでは、先に利用を始めて後から許諾を得るということは原則できないし、著作権者が現れるまでの間は暫定的に利用を続けるということも原則できない。社会慣習などにより黙示的に利用が許されるという事態も、黙示の許諾など契約法の原則を超えては、許容されないのが原則である⁽¹⁶⁾。

しかし、現行の著作権法の下でも、事前許諾の原則には重大な例外が設けられている。それが無償又は有償の権利制限規定の存在である。著作権法 30 条以下の「著作権の制限」は、自由使用または法定許諾⁽¹⁷⁾のいずれかに整理することができ、利用者は法律により利用権限を得て、事前の許諾なく著作物を利用することができることになる。

もっとも、無償の権利制限規定は、ある特定の態様における著作物の利用が、著作権者の専有におかれるものなのか、パブリックドメインにおかれ誰でも自由にできるものなのかを振り分ける役割であるという見方をすることができる場合もある。このように権利制限規定を位置付ける場合、支分権から初めから除く場合と実質的な違いはない⁽¹⁸⁾。

他方で、権利制限規定の中には、いったん権利者に割り振られた特定の態様における著作物の利用について他人に利用を許諾するという、取引を代替する役割も担っていると理解した方が適切なものもある。前者との違いはフレーミングの違いに過ぎない部分もあるが、取引当事者の思考枠組みとしてこの区別は有益な場合もあるだろう。このように位置付けたときの権利制限規定は、無償又は有償の、法律により与えられる利用許諾と見ることができるのである。

(16) もっとも、この点に関しては、後述の「寛容的利用」の存在を忘れてはならない (III 2(2)②)。公式には認知されないが、事実上侵害責任を問われることのない一定の範囲の利用が存在すると指摘されている (Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 Colum. J. L. & Arts 617 (2008))。

(17) 国際著作権条約上の概念整理においては、「自由使用 (Free Use)」とは、「特定の場合に、許諾を得ることなくかつ無料で、著作物を利用することができる制度。」であり、「法定許諾 (Statutory License)」とは、「特定の場合に、権利者への事前の通報を行うことなく、著作権使用料を支払うことによって、法律が許諾を与えることで、著作物を利用することができる制度。」と整理されている (http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/014/05070101/003_1.htm 参照)。

(18) 訴訟になった時の証明責任の違いはあるかもしれない。

2 取引環境の変化と暗黙の前提の崩壊

しかし、近年のデジタル化・ネットワーク化の進行に伴う著作権の取引環境の変化は、この従来の枠組みの前提を揺るがしているといえる⁽¹⁹⁾。具体的には、下記の3点を指摘することができる。

(1) 支分権該当行為の意味の変質

第一に、取引環境の変化は、支分権該当行為の意味の変質をもたらしている⁽²⁰⁾。従来の著作権法の基本的構造では、支分権該当行為として、一連の取引の流れの中における著作物を経済的に利用する行為のうち、ごく一部のみを対象としてきた。これにより、たとえば「複製」すべてに網をかけることに不都合が生じる場合には、それに必要な微修正を個別に加えることで、当事者間の利害のバランスが保たれていた。

しかし、まず、支分権該当行為の中に、そもそも著作物を経済的に利用するとは評価できない行為が増えていることが指摘できる。たとえば、複製は、従来はパッケージメディアを複製することであり、流通の枢要な前段階行為であった。しかし、現在では著作物の複製は、コンピューター上で技術的な処理の過程で起こる複製など著作物自体の経済的な利用を伴わない行為に付随する場合も多い。また、著作物を単に享受するという従来では支分権の対象にならない行為に複製が付随するという事態も珍しくない。情報通信技術の発展・コンピューターの普及等によって新たに立法時には予想しえなかった事態が生じ、支分権該当行為が有していた社会的意味が変動したと言えよう。

次に、著作物の軽微な経済的利用を伴う活動が増加したことも指摘できる。従来も、表現活動、言論活動を行う際に他人の著作物の経済的利用がわずかな

(19) 田中辰雄「ぼくのかんがえたさいきょうのちょさくけんせいど——新たな方式主義の構想」本書所収第1章。(以下、本書田中第一論文として言及)も類似の問題意識を提示している。

(20) 主にフェア・ユース導入論などにおいて、従来の権利制限規定では侵害となってしまうが、実質的には侵害とすべきでない事態が多発している実情が指摘されている。代表的なものとして、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェア・ユースの可能性」コピライト560号(2007年)2頁。また、潮海久雄「サーチエンジンにおける著作権侵害主体・フェアユースの法理の変容」筑波法政46号(2009年)24頁は、デジタル通信では著作物の利用の実態が多様化し、いたるところで複製・送信が行われていると指摘している。

がらおきてしまうことはあり、そのため、引用(32条)、授業の過程における使用(35条)、時事の事件の報道のための利用(41条)などの権利制限規定が置かれてきた。また、個人が行う表現活動は、私的使用の例外(30条)、22条以下における「公衆」要件の存在により、個別の権利制限規定を置く必要はなかった。しかし、インターネット上での表現が増え、まさに「万人が出版者になる時代」⁽²¹⁾となり、立法当初に比較して表現の多様性は増大した⁽²²⁾。このため、他人の著作物に対して支分権該当行為を行ってしまう機会は飛躍的に増大したのである。

最後に、著作物を享受するプラットフォームが多様化し、可能な著作物の流通の形態と課金の形態が多様化したことがあげられる。1970年当時においては、言語の著作物を享受する手段は書籍を購入しそれを読むことであり、音楽の著作物を享受する手段は購入したレコードをかけることというように、単調なルートしか存在しなかった。最初にお金を払ってそれを「購入」すれば、その後の行為は自由にできるという形で均衡が成立していた。しかし、現代では、たとえば書物一つをとっても、紙媒体、電子媒体が多様に存在し、それぞれは場合によっては、一種「別の」存在としてとらえられることになる。たとえば、紙の本を買えばそれを電車の中で読もうが家で読もうが支分権該当行為を伴わず自由にできるが、家で読むために買った本を電車の中で読むため電子化して持ち運ぶことは、支分権該当行為を伴い、別途、許諾をとらないと(課金しないと)できないことかもしれない。従来は、無制限にできた購入した著作物の享受は、便利さを享受するためにそれを現代的な形態で行おうとすると、著作権侵害の可能性を考慮しなければならなくなった。権利者から見れば、従来は売り渡して終わりだったものが、多様な課金形態の可能性を広げている。

(2) 権利者の態度の多様化

第二に、権利者の著作権行使に対する態度の多様化が指摘できる⁽²³⁾。上述の

(21) 中山信弘『マルチメディアと著作権』(岩波書店、1996年)95頁。

(22) 伝統的な言論の発表方法は、文章による出版それのみとも言えたであろう。しかし、現在では、ネット上で文章による発信はもちろん、絵画、漫画、写真、音楽、動画などを適宜組み合わせ、多様な表現形式による自己発信が可能になっている。

(23) 田村・前掲注(1)72頁以下は、権利行使に無関心な権利者の著作物が占める割合が飛躍的に増大していると指摘している。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

通り、支分権該当行為の意味の変質により、著作権者の許諾を得なければ行ふことのできない行為の数は飛躍的に増大した。そのため、伝統的な作家、芸術家などの「プロ」が有する権利に限っても、権利行使への関心の程度は多様化している。誤解を恐れず具体例をあげれば、かつては著作権の行使をする相手も「プロ」であってその機会も限られていた。しかし、たとえば、出版社は、小説の出版、映画化などには熱心に権利行使をしようとするが、ネット上での軽微な利用、新たなビジネスモデルにおける利用には熱心に対応しようとはしないし、それらの利用のための集中許諾制度を整備するインセンティブも持たない傾向があるように思われる。このことに加え、「プロ」ではない一般人が著作権者となる機会及びその著作物を利用する機会も増大していることが拍車をかけている。

権利行使に無関心な権利者の増大は、いわゆる「孤児著作物」（権利者不明著作物）の問題を悪化させている²⁴。このような変化は、事前許諾の原則の前提とされていた状況の変化であると位置づけることができよう。

(3) 複雑怪奇な規定

第三に、著作権法が複雑かつ直観に反する規定群となってしまうことがあげられる²⁵。少なくとも、そのような感想を抱かせる原因となる、次のよ

24) 菱沼剛『孤児著作物問題の研究——既存規範の動態的な分析と新規範の確立に向けての可能性』（成文堂、2011年）10-12頁は、孤児著作物（権利者不明著作物）の発生の原因として、権利者の身元・所在を困難にする事情（無方式主義・時間による権利者状況が変化すること・権利帰属情報の情報源が不足していること）に加えて、情報技術の進歩による、著作物の増大、一般人による著作物利用行為の増大を指摘している。

25) アメリカの著作権法についてはあるが、Litman「著作権リフォーム」知的財産法政策学研究39号（2012年）22頁は、著作権法には専門家にしか区別できない無意味な違いにあふれており、反直感的であることを指摘する。Litmanはこの状況を皮肉たっぷりに「著作権法を専門とする法律家は、現行の制度のもつ密教的な部分が大好きである。実質上意味のない違いをうまく区別することができるようになって初めて、神聖なる著作権法専門家の仲間入りをすることができるのである。Copyright lawyers have great affection for the arcane bits of the current system. Knowing how to navigate distinctions that make no apparent sense proves our membership in a priestly class of copyright-knowers.」（原文34頁）と表現している。Litmanはその原因を、著作権についてのロビイストとの交渉が難航する著作権法の立法プロセスに求めている（同・38号〔2012年〕181頁以下、同39号〔2012年〕22頁以下参照）。日本の著作権法も立法プロセスに同じ問題を抱えていることが指摘されている（田村・前掲注(1)）。

うな事実は指摘できるだろう。

著作権法の規定は、一般規定型の規定は少なく、個別規定型の規定が多数を占めている。たとえば、著作権の対象となる行為は、支分権により個別に指定され(21条—28条)、各行為の内容についても詳細に定義が置かれている(2条1項7号の2、9号の5、15号—19号など)。特許法において、「実施」とされるのみでその定義も簡素であり、かつ、その意義が規範的に解釈される文化がある⁽²⁶⁾のと比較すると対照的である。また、30条以下の権利制限規定は多くが長文で極めて詳細に要件が定められている。

それでも、立法当初は、支分権該当行為は、著作物を経済的に利用する行為と対応しており、権利制限規定も当時の技術的環境からは何を意図した規定か理解するのは難しいことではなかったのかもしれない。しかし、取引環境の変化により規定が実質的に持つ意味が変遷し、しかも、それを修正するために数多くの改正が施された結果として、著作権法は専門家にとってさえ極めて分かりにくいものとなってしまった。

3 総括 — 見直しの必要性

著作権法は、著作物を使用する行為のうち一部のみを、個別的に著作権者に専有させている。ある行為を著作権者に専有させるかどうかは、その行為が著作物の経済的利用行為であり、かつ、著作物の通常の流通形態や課金形態に照らして、著作権者に支配させるのにふさわしい点であるかということに基づき決められてきたといえる。このようにして認められた支分権を基本に、上記の基本的観点からずれる部分は権利制限で微修正を加え、また、利用者に利用を許したいときには、事前に当事者が合意を行うことを要求しつつ、個別に権利制限規定を置くことで取引を代替させる場合もある、という枠組みにより設計されているということができよう。

しかし、すでにみたように、この枠組みの前提となっていた事実に変化が生じてきている。

第一に、支分権該当行為が有する意味が変化し、著作物を経済的に利用しない行為も支分権の対象となる事態が増加している。著作権のそもそもの意義に照らせば、著作物を経済的に利用しない行為を著作権者に専有させることを正当化することはできない。この事態の直接的かつ抜本的な解決方法として第一

(26) 前掲注(14)参照。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

に考えられるのは、統一的な著作物の経済的利用権を設けることであり、著作権の権利の内容を、その正当化根拠を直接に反映させる形の改正を行うことである⁽²⁷⁾。特許法における「実施」のような統一的な「利用」概念をもって法律を再構成することも検討されてしかるべきである。一方で、これは理論的には魅力的だが、権利の不当な拡大につながるという誤解を払拭することは相当の困難が予測されることや現場への混乱を与えることを懸念すれば、立法論としても適切でないという批判はありうるであろう。だとすると、よりマイルドな解決策としては、複製、上演、演奏などの各支分権該当行為の大枠は維持しつつ対処することになるだろう⁽²⁸⁾。もっとも簡単なのは、著作物の経済的価値を利用していない行為は、著作物の法定の利用行為には該当しないとの解釈論を採用することである⁽²⁹⁾。ただ、「複製」などの概念を形式的に解釈する慣行が確立しているように思われる著作権法にあっては、今さらそのような解釈論を導入するのは難しいかもしれない⁽³⁰⁾。そうであれば、権利制限規定の新設により、

(27) Litman「著作権リフォーム」知的財産法政策学研究 39号 (2012年) 36頁以下参照。同論文は、統一的な著作物の商業利用権 (Unitary Commercial Exploitation Right) について検討している。本稿でいう経済的な利用と Litman のいう商業利用とは別の概念ではあるが、統一的な利用権を検討している点では共通する。

(28) 一方で、現行の支分権規定に全く手を入れる必要がないとまでは思われない。見通しの良いものに整理するために、複製、公衆への提示、公衆への提供という枠組みに従って、既存の支分権を整理すること (具体的には公衆送信権の整理、上演、演奏、口述、展示などの整理統合、頒布権と譲渡権・貸与権の関係の整理) は行った方がよいように思う。

(29) ベルヌ条約 8条以下では、複製、上演、演奏、放送、公の伝達、朗読、上映、翻訳、翻案、映画化といった行為を許諾する排他的権利を著作権者に付与しなければならないとされている。一方で、第9条(2)はいわゆるスリー・ステップ・テストを定め、特別の場合に、著作物の通常の利用を妨げず、著作物の正当な利益を不当に害しない時には、著作物の複製を認める権能を留保できる。経済的利用の伴わない複製をそもそも複製権の対象から外すことは、これにより許容されるように思われる。TRIPs 協定 13条も参照すれば、すべての支分権につきそのような扱いが可能であり、ひいては、統一的な経済的利用権を設けることも条約適合性はクリアできると考えられる。

(30) 前述のように (前掲注(14))、特許法においては「実施」の概念を規範的に解釈する文化が存在するが、著作権法ではそうではないように思われる。確かに、著作権法においても例えば、「複製」の概念をより規範的に解釈すべきだと主張はみられ、(中山・前掲注(9)250頁) 理論的にはこのような立場を採用することに障害はないと考えられる。一方で、たとえば、電子計算機における著作物の利用に伴う複製についての例外 (47条の8) が設けられたのは、著作物の経済的利用を伴わない一時的蓄積は複製とは解釈し

そのような行為が一般的に著作権の対象から外れるような措置を講ずることが望ましいと考えられる。47条の5以下の権利制限規定の新設は、この事態への対処の一例といえようが、それではまだ事態の抜本的解決には到底届かないと言えよう。

次に、著作物の流通形態や課金形態が多様化したことによっても、支分権該当行為の持つ意味が変質してきているといえる。従来は、著作物の経済的な利用行為のうち、たとえば複製のみを専有させ、読書行為は専有させないということにさしたる異論がなかったものが、なぜこの行為は著作権者に専有させ、なぜこの行為は利用者の自由におくのかということの合理性の基礎に変化が生じているといえる。これについても、支分権として何を設けるかということゼロベースで再検討することが抜本的な解決策ともいえようが、現状を尊重するなら、権利制限規定の見直しという形で解決されることが望まれることになる。

さらに、これらの問題を解決したとしても、著作物を利用するには、事前に権利者から許諾を得ることを原則とし、特別な場合にのみ権利制限規定を置くことで取引を代替させるという枠組みについても見直しをせざるを得ない変化が生じてきている。これは、著作権は絶対的な排他権だという原則をより柔軟に解する必要性が増しているのだと表現することもできよう。権利者の態度の多様化、著作物の軽微な利用を伴う活動の増加・多様化により、著作物の取引環境は変化し、著作物の取引費用は相対的に増加の一途をたどっている。従来は、個別に権利制限（自由使用）を認めることでこれに対処してきたが、より多くの、そして多様な例外を、積極的に認める必要性が増していると言えよう。当事者間が合理的かつ取引費用ゼロであれば望むはずの合意を成立させ利用の円滑化を図るためには、権利者と利用者間の取引費用を大幅に下げる制度を用意する必要がある。その選択肢は、①無償の権利制限（自由使用）はもちろん、②有償の権利制限（法定許諾、強制許諾）、③自発的集中許諾、拡大集中許諾その他の集中許諾制度の整備など、多様なものがある。これらの手段は、条約の存在によりフリーハンドで政策設計できるとまではいえないものの³¹⁾、柔軟に検

ないという立場は取らず、いったんは複製にあたる解釈したうえで権利制限規定を設けるとい立場を現行法が取っているからだとも解される（中山・前掲注(9)251頁）。

(31) ベルヌ条約では、著作権は排他権であることを原則としている（たとえば、第9条(1)は、複製を許諾する排他的権利を享有すると規定する。）。また、保護について無方式主

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

討の対象とすることが可能だし望まれると言えよう³²⁾。また、権利行使に無関心な権利者の問題を解決するため、権利者に取引費用の低下に協力するインセンティブを与える仕組みの整備も選択肢に入ってくる³³⁾。権利濫用法理などによる救済制限、オプト・アウト型の強制許諾（拡大集中許諾、裁定など）、登録制度、ライセンス優先型の権利制限規定の創設なども、検討の視野に入れる必要があるだろう。

このような見直しは、望ましい著作権法を設計するための試みである。そして、それと同時に、これらの作業を通じて、複雑怪奇な規定群の著作権法は見通しの良いものへと変わっていき、自ずと関係者にとってわかりやすい規定へと変わっていくことが期待される。なぜなら、背景にある理念が明確であり体系的に整備された法律は、必然的にわかりやすいものとなるはずだからである。

III 著作権の権利制限規定の設計

1 権利制限の必要性和その類型

現在の支分権主義をさしあたり前提にしたときに、いかなるときに著作権の権利制限規定は設けられるべきであろうか。近時のフェア・ユース導入論に際しては、権利制限の立法形式に焦点が当たることが多いが、そもそもどのようなときに著作権を制限することが望ましいのかという議論を抜きにしてこれを語ることはできない。本章ではまず1において権利制限を設けることが望ましいのはいかなる場合かについて論じ、それを前提に2において権利制限の立法形式の在り方を論ずる。

義が定められている（第5条(2)）。これらの原則に修正を加え、自由使用、法定許諾、強制許諾を認めること、あるいは方式の履行を一定の場合に要求することは、すべて著作権の制限となると考えられる。したがって、スリー・ステップ・テスト（ベルヌ条約9条(2)、TRIPs協定13条など）をクリアできる範囲で、制度設計をしなければならない。

32) 上野達弘「著作権法における権利の在り方——制度論のメニュー」コピライト650号（2015年）2頁は、著作権法上の権利にも様々な在り方があるとし、報酬請求権化は過渡的な「排他権のやむを得ない擬制」ではなく、排他権にこだわる必要性はないことを指摘している。差止請求可能な排他権型（I型）以外にも、金銭支払請求のみ可能なII型、オプトアウト可能なIII型といった権利の構成もあることを指摘する。

33) 田村・前掲注(1)132頁以下は、保護を欲する者に何らかの手續を履踐することを要求する「オプト・イン」方式への移行を提案している。詳細は本稿IV3を参照。

以下で検討するように、本論文は、権利制限（Ⅲでは、著作権者に報酬請求権等が一切発生しない「自由使用」のみを念頭に置く）を置くことが望ましい場合として、以下の3つの場合を指摘できると考えている。すなわち、①経済的利用がないことによる権利制限、②取引費用のため成立しない利用許諾を代替するものとしての権利制限、③「消尽」としての権利制限である。③は（整理の仕方によっては①も）②の中の特殊な一類型と位置付けることもでき、一般的には、権利制限は、取引費用のため著作物の取引が進まない問題を解決する手段の一つであるといえることができる。以下、詳述する。

(1) 経済的利用がないことによる権利制限⁶⁴⁾

形式的には支分権該当行為に該当するが、実質的には著作物の経済的価値の利用がない場合、著作権者の排他的支配の対象から除外すべきと考えられる。著作権の帰結主義的観点からの正当化根拠からすれば、経済的に著作物を利用する行為ではない行為は、それを専有させても著作権者の創作のインセンティブにつながらないので、著作権者に専有させるべき理由がないといえる。このような行為の少なくとも一部は現行規定の解釈においても支分権該当行為にあたらなないと解釈する余地もあるが、著作権法の形式的解釈が優勢で、かつ、支分権該当行為の社会的意味が変質する中、この類型の権利制限規定の必要性は増大していえるといえるだろう。

このような趣旨の権利制限として典型的なものが、平成22年度に文化審議会著作権分科会の報告書において、権利制限の一般規定の対象とすることが適当であるとされた、C類型の利用に対する権利制限といえる⁶⁵⁾。C類型の利用とは、「著作物の表現を享受しない利用」であり、「著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用」である。著作物とは、その表現を知覚することを通じてこれを享受することが主たる機能であり⁶⁶⁾、

64) なお、前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究40号（2012年）193頁以下では、権利制限を2つに分類している。その中で、2類型に分ける前に、利用行為に形式的に該当しても実際には利用と関係ない行為について権利制限という類型に言及している（195頁）が、本論文の言う第一番目の類型はこれと対応する概念である。

65) 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会 報告書 平成23年1月」（2011年）49頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

そこに経済的価値の中核があるといえる。したがって「著作物の表現を享受しない利用」は、著作物の経済的な利用を伴わない利用行為を、一般的に、著作権の対象から除外することを企図した権利制限であると理解することができよう³⁷⁾。

C 類型の利用に対応する一般的権利制限は結局立法されなかった。しかし、現行法においても、ここに正当化根拠があると考えられる権利制限規定は多数存在する。47条の5(送信の障害の防止等のための複製)、47条の6(送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製等)のうちの結果の提供以外の部分、47条の7(情報解析のための複製等)及び47条の8(電子計算機における著作物の利用に伴う複製)、47条の9(情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用)は、いずれもその例であると位置づけられる³⁸⁾。これら

³⁶⁾ 著作物とはそもそも何かということについて、確立した理解が共通認識として存在するわけではないかもしれない。ただ、横山久芳「翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト609号(2012年)8頁は、著作物の機能は、その表現に表れた作者の創作性を受け手に伝達することにより、著作物というものは、その受け手がその創作性を感得し、鑑賞の対象となり得るような性格を備えていなければならない旨述べており、その趣旨は、本文において筆者が述べることと共通するものと思われる。

³⁷⁾ この点に関し、前掲注(35)平成23年報告書は、「著作権法は、基本的には表現の享受行為と複製等の行為とが密接不可分の関係にあるとの前提に立って権利の及ぶ範囲を想定していたものと考えられるところ、デジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、その前提に変容が生じたことにより、著作権法が当初想定していたよりも広い範囲で権利が及びうる状態にある」と評している。

³⁸⁾ 前掲注(35)平成23年報告書49頁は、47条の5～8について、こうした観点から説明できる部分もあると考えられるとする。文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会 報告書 平成21年1月」(2009年)(以下、「平成21年報告書」という)100頁においては、47条の5の対象となる行為に権利制限をみとるべき理由の一つとして、「著作物等の提示や提供自体を目的としていない点を指摘している。また、関連して「著作物等自体を享受することを目的としない」としないものについては権利を及ぼさないこととする必要性について言及している(平成21年報告書101頁)。池村聡『著作権法コンメンタル別冊平成21年改正解説』(勁草書房、2010年)76-77頁も参照。また、47条の6について、平成21年報告書60頁は、正当化根拠として「著作物の提示や提供自体を目的としているものではなく、たいていの場合、著作権者の著作物利用市場と衝突するものではなく、著作権者の利益に悪影響を及ぼさないことが通常である」ことを指摘する。47条の7について、データベースに関する例外が設けられているのは、「既存のビジネスの中で研究開発に必要なデータベース等が有償で提供されているような場合、その他、著作物の性質や利用態様等に応じて著作権者等の利益を害すると考えられるような場合」があるからである(平成21年報告書89頁、池村・前掲119頁参照。)

の権利制限規定において適法とされる著作物の「利用」行為それ自体は、著作物を財として享受するものではないと評価することができ、その行為自体を禁止できないことによって失われる著作権者にとって守られるべき利益は存在しないと評価できるのである。

なお、米国のフェア・ユースにおいても³⁹⁾、この類型について適用したと考えられるものが多くある。盗作検出サービスで学生の論文をデータベースに蓄積すること⁴⁰⁾、画像検索エンジンにおける検索のために複製すること⁴¹⁾、一定の範囲のリバースエンジニアリング⁴²⁾、書籍検索サービスのために書籍を複製すること⁴³⁾、全文検索を可能にするために図書館が書籍を複製すること⁴⁴⁾がフェア・

逆に言えば、それ以外の場合は、著作物の経済的利用を害さない。47条の8は、平成18年文化審議会著作権分科会報告書において、複製権の重要な趣旨の一つが「利用者にとって著作物等の実質的な価値は視聴等により生じるものであるが、一方で視聴等の行為を排他的権利の対象とすることは現実的ではないことなどから、半永続的に反復継続される視聴等の行為の元栓として、複製行為に関して対価回収機会を設ける」ことにあるとの観点が示されたことを踏まえ、実質的に当該蓄積物を「複製物」として利用したと評価するには及ばない程度であれば、そのような蓄積行為を複製権の対象としないことが適切との考えに基づき創設されたものである（平成21年報告書96頁、池村・前掲122-124頁）。47条の8は、経済的利用を全く伴わないか、適法な経済的利用に付随・包含されるような利用には権利を及ぼさないとする権利制限規定といえよう。47条の9は、前掲注(35)平成23年報告書におけるC類型を踏まえた規定である（池村聡・壱貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊平成24年改正解説』（勁草書房、2013年）153頁。）。なお、30条の4もC類型を踏まえた規定であるが（池村＝壱貫田・前掲119-120頁）、ごく軽微とはいえ著作物の経済的利用が伴うといえなくもなく、そのため、条文の位置もこの場所になったと考えられる。

(39) 米国のフェア・ユースに関する判例の調査については、奥邨弘司「フェア・ユース再考——平成24年改正を理解するために」コピーライト629号（2013年）53頁及び山本隆司・奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』（太田出版、2010年）を参考にした。

(40) A. V. v. iParadigms, LLC, 562 F. 3d 630 (4th Cir. Va. 2009)

(41) Perfect 10, Inc. v. Amazon. com, Inc., 508 F.3d 1146, 1168 (9th Cir. 2007)、Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)においては、検索結果のサムネイル表示がフェア・ユースにあたりと判断された。裁判所は直接判断していないが、おそらく、その前段階である検索そのもののために複製することも適法と考えるのだろうと思われる。サムネイル表示は、軽微とはいえ著作物の経済的利用が伴うものである。それすら適法と判断していることからすれば、経済的利用の伴わないと考えられる検索そのものための複製は、当然適法となるように思われる。

(42) Sega Enters. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. Cal. 1992)、Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9th Cir. Cal. 2000)。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

ユースと判断されている。これらの行為は、(検索・リバースエンジニアリングなどは著作物の財としての享受を最終的な目的としていると解する余地もあるが)、少なくとも適法とされた行為自体は著作物を財として享受するものではないと評価できよう。

(2) 利用許諾を代替するものとしての権利制限⁽⁴⁵⁾

(1)の類型は、支分権主義を形式的に貫徹する不都合を修正しているに過ぎないともいえる。実質的な意味で著作権に権利制限をかけるべき最大の理由は、無償で当事者の意思によらない利用許諾を与えるべき場合があるからである。著作物の利用については、事前の交渉によって権利者から許諾を得てから利用すべきなのが原則であるが、それを期待するのが適切でない場合には、法律によって無償の利用許諾を強制的に設定することが適当な場合があると考えられる。このように、市場に任せては取引費用の問題のために利用許諾がすすまないときに、それを強制的に代替させることが、一般的に、権利制限が設けられるべき場合であるといえる。

この議論をさらに敷衍しよう。この点についてはすでに数多くの議論が蓄積されているが、その代表例として「市場の失敗としてのフェア・ユース」の概念を提唱した Gordon の議論を挙げるができる。それによると、フェア・ユースの法理が適用されるのは、次の3つが成立する場合であり、(i) 被告が、求める著作物の利用を、市場を通じて適切に購入できない場合、(ii) その利用についてのコントロールを被告に移転させることが公共の利益に資する場合、(iii) 利用の継続を許したときに、著作権者のインセンティブが重大に害されない場合である⁽⁴⁶⁾。ある著作物の利用が問題となったとき、その利用により利用者を

(43) Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013). この判決の判断は、2015年10月16日に連邦第二巡回区控訴裁判所の判断により維持された。

(44) Authors Guild, Inc. v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2d Cir. N.Y. 2014).

(45) 前田・前掲注(34)にいう第一類型の権利制限とは、概ねこれに対応する。

(46) Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982) at 1601. また、Gordon は、フェア・ユース適用のための三段階テストとして、①市場を信頼できない理由が表れているか、②被告への移転は価値を最大化するか。これは、被告の社会的貢献と原告の損害を比較して決定される。③フェア・ユースの付与は、重大な損害を与えるか。を提唱している (*Id.* at 1626)。

含めたその他の関係者が総計でたとえば20の利益を得て、それにより著作権者が10の利益を失うとき、その利用は行われることが望ましい。取引費用がゼロの世界の場合、10~20の間の対価が利用者らから著作権者に支払われ、その利用が行われる。しかし、契約の成立に双方で10より大きい取引費用が必要だとすると、この利用は社会的に望ましいにもかかわらず、それは行われぬ。権利制限は、このようなときに、より少ない取引費用で利用許諾を成立させる効果を有するのである。

Gordonの理論は、その基本的な洞察は広く受け入れられていると思われるが、いくつかの留保ないし説明が必要であろう。

まず、Gordonのいう(iii)として、権利制限を設けて自由使用を認めるためには、それにより著作権者の市場へのダメージが小さく、創作のインセンティブに対する悪影響が大きくないことが必要である。前述の(1)類型の権利制限は、このダメージがゼロといえる場合に、他の点を考慮するまでもなく権利制限を認めるべきものであると位置づけることができる。創作のインセンティブとアクセス(利用)とはトレードオフの関係にあり、どちらを優先すべきか難しい判断を迫られる場合も少なくない。しかし、著作権者へのダメージが大きい場合には、市場の失敗の問題は、法定許諾などの他の手段によって解決されることが検討されるべきといえるだろう。著作権者への影響が小さくないため自由使用を認めることには躊躇される場合でも、(i)(ii)の必要性は肯定できる場合、後述の様々な著作物利用円滑化策を整備することが考えられる。

また、(ii)については、その利用を認めることが、権利者の負担を考慮してもなお社会厚生を増大させることと言い換えることができる。このようなときには、本来であれば自由市場を通じてそのような利用は許諾されるはずであるが、取引費用が高い時にはそれが実現されない。(i)も併せて求められるのはそのためである。注意すべきは、(i)はあくまで、利用に関する合意が市場を通じては適切に成立しない点が正当化根拠となるということである。単に利用者が申し込みを行いさえすれば利用許諾が得られる状況が存在すれば十分なわけではない⁽⁴⁷⁾。特にその利用に公益性がある、すなわち利用者以外の者に対して(薄く)

(47) 村井麻衣子「フェア・ユースの市場の失敗理論をめぐって」著作権研究35号(2008年)は、175頁は、「市場の失敗」という言葉が取引費用の障害により出会うことのできない権利者と利用者というイメージを呼び起こすことに問題があるとして、市場の失敗を2つのカテゴリーに分けることを、Gordon自身が提案していることを指摘している

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

幅広く便益が生じるような正の外部性がある場合、二当事者間で交渉そのものは容易な状態になることが実現されただけでは、適切な価格で適切な量の許諾が行われることは見込みがたい。実際、権利制限規定のいくつかは、そのような公益性が認められるものについて認められている。31条（図書館等における複製等、図書館の公共的機能）、32条（引用、表現の自由）、35条（教育機関における複製等、教育の公共的機能）、37条、37条の2（障害者等のための複製等、障害者支援の公共的機能）などの具体例を挙げることができる。47条の6において検索結果の表示が適法とされたのも、著作権者へのダメージが極めて軽微なことに加え、情報の所在を知らせることの公益性が加味されているといえるだろう。

そして、公益性がないが、市場の失敗がみられる場合においても、権利制限規定が設けられるべき場合も当然あると考えられる。著作物の利用を主たる目的としない他の行為や適法な著作物の利用に付随する軽微な著作物の利用は、軽微であるがゆえに相対的に取引費用が大変に高く、市場の失敗を解決することは難しいことも多い⁽⁴⁸⁾。そしてそのような軽微な利用が近年増加していると

(Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, in *The Commodification of Information* 149, N. Elkin-Koren & N. W. Netanel, eds., Kluwer Law International (2002), Wendy J. Gordon, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunnay*, 82 *Boston University Law Review* 1031 (2002).)。また、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書（三菱UFJリサーチ&コンサルティンググループ、2009年）32-35頁〔村井麻衣子〕においても、Gordonの理論に対する修正が紹介されている。同32頁のあげるLorenの議論（Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 *J. Intell. Prop. L.* 1 (1997)）においては、教育・研究目的などの正の外部性が存在する場合における市場の失敗の存在する場合においては、許諾システムの整備によっては失敗が治癒されないことが指摘されている。

(48) 前掲注(35)平成23年報告書は、権利制限の一般規定を設けることが適当な類型として、前記のC類型のほか、A（著作物の付随的利用）「その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」及びB（適法利用の過程における著作物の利用）「適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」を掲げている。ただ、実際にこれに基づき立法化されたのは、A類型については30条の2、B類型については30条の3だが、少なくとも前者については表現の自由という公益的な正当化理由も併せ持っていることには注意が必要である。

の先の指摘に照らせば、権利制限規定による解決が適当なものも当然にあると考えられる。一方で、公益性のない場合には、権利制限規定を設けなくても、集中管理団体の創設や強制許諾の整備等により取引費用を低下させることで解決できる場合も少なくない。特に近年の技術の進歩はライセンス体制整備に関する取引費用を激減させたという側面も有することを考えれば、どの政策手段が最適なのかには慎重な検討を要するだろう⁽⁴⁹⁾。

以上の考察から、たとえば、次のようなケースにおいては自由使用を認めるべきといえることができるだろう。まず、情報の所在検索サービス、情報の大量分析・解析により得られる知見を提供するサービスを提供することを考えた場合⁽⁵⁰⁾、提供する知見の準備段階における、情報の収集・解析は、当該情報にかかる著作物の経済的利用とは評価できず、一般的に権利制限の対象とすることが正当化できる。一方で、その結果たる知見を提示する際に伴う著作物の利用は、程度は様々であるが経済的な利用であるといわざるを得ない。このときにたとえば、情報の所在の提示や分析・解析結果参照の便宜を図ることを目的としている場合には、利用は軽微でありかつ公益性も認められるとして、権利制限の

(49) Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use: the Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N. C. L. Rev 557 (1997) は、権利管理技術の発達によって、著作権者は利用者からお金を取れる範囲が劇的に広がったことにより、従来のフェアユースの適用領域が狭くなったことを指摘する。公益がかかわらない場合（広く薄く外部性が存在する場合ではないとき）は、取引を支援する仕組みを作ることで、取引費用の問題を解決しやすい。American Geophysical Union v. Texaco, 60 F. 3d 913 (2d Cir. 1995)においては、CCC (copyright clearance center) による集中許諾の仕組みが整備されていたことを理由に、企業の図書館における研究目的の科学技術論文の複製は、フェア・ユースにあたらないとされた（同判決の分析については、村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use — Texaco 判決を端緒として(一)」知的財産法政策学研究 6号 (2005) 155頁、同「(二・完)」知的財産法政策学研究 7号 (2005年) 139頁を参照。)。ただし、集中許諾の仕組みが整備されていたことは直ちには、市場の失敗が解決されていることを意味しない。特に Texaco 事件の場合は、研究目的なので公益性があることは否めない。企業と著作権者の交渉では、研究成果のスピルオーバーがあるときにそれらを内部化できていない点で、市場の失敗が生ずる可能性は否定できないのである。一方で、企業の研究開発の場合、研究成果の便益は特許権などを通じて当該企業には内部化できており、また、CCC が公益的観点も加味しつつ価格設定を適切に行っているなら、市場の失敗は解決されているという余地も十分にあったと思われる。

(50) このようなニーズの存在については、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム第2回資料1、資料2、および第3回資料1を参照。

◇ 第 1 部 ◇ 権利の権限と利用許諾

対象とすることが正当化される場合があるだろう。また、パロディなど他人の著作物を自己の作品の構成要素として利用する行為について権利制限を認めることも、著作権者に与える経済的なダメージは大きいというえ、表現の自由といった公益性が認められることを根拠に正当化可能であると考えられる。そして、著作物の取引の際に、その内容の参照を可能にするために著作物の利用をすることも正当化する余地がある（すでに一部 30 条の 3、47 条の 2 で可能となっている）。なぜなら、利用の程度が軽微であるうえ、著作権者自身が取引の促進によってむしろ利益を得る側面もあり、取引費用の削減に大いに貢献すると考えられるからである。

(3) 「消尽」としての権利制限⁵¹⁾

最後に、取引を総体として見た時に、その著作物の利用についての対価を著作権者はすでに得ており、その利用については許諾済みとみなせる場合に、自由使用が認められるべき場合があると考えられる。そもそも、単なる著作物の享受が支分権の対象となっていない（これは特許法において発明の使用が権利の対象となっており、購入済みの特許製品の使用は消尽法理により処理されることと対照的である。）のは、この観点から説明できる。30 条（私的使用のための複製）、38 条（営利を目的としない上演等）、46 条（公開の美術の著作物等の利用）の意義は、この観点から説明できる部分も多い。

この類型の権利制限の意義については、次のように説明できる。たとえば、音楽 CD の販売を考えた場合、理論的には、権利者（音楽会社とする）から小売店への販売時に対価を徴収するのみならず、小売店から利用者への販売時にもライセンスを払い、さらに、利用者が利用するときにおいても、1 回の視聴ごとにライセンス料を払ったり、プラットフォームの移転時にライセンス料を払ったりというビジネスモデルを考えることができる。しかし、実際には小売店から利用者への譲渡は 26 条 2 第 2 項により権利行使できないし、利用者における利用も、それが支分権該当行為にあたらぬ（「公衆」の解釈）、30 条 1 項、38 条 1 項の適用によって権利行使することはできない。このような権利制限規定が設けられる理由は、著作物利用の対価は、最初の譲渡時に一括して回収することがもっとも効率が良いからである⁵²⁾。そのような効率よい取引を行うこと

⁵¹⁾ 前田・前掲注(34)197頁にいう第二類型の権利制限とはこれに対応する。

⁵²⁾ 最判平成 14 年 4 月 25 日民集 56 卷 4 号 808 頁〔中古ゲームソフト事件〕は、消尽の趣

を可能にするために権利制限規定等により後続の行為が非侵害となるような手当が設けられるのである。これは、前述の Gordon の述べるフェア・ユースの根拠に即していえば、対価回収の機会があったので著作権者のダメージはなく (iii)、効率的な取引が推進されることになるので公共の利益に資するといえ (ii)、一括回収システムを契約法の枠組みで実現させるのは取引費用の点から難しいので、権利制限を設ける必要性が肯定されるのである (i) ⁶³。この観点から言えば、この(3)の類型も(2)のサブカテゴリーの1つにすぎないが、現代においては独立して取り上げる重要性を有しているものと考えている。

対価の一括回収が望ましいのか、個別課金が望ましいのかは、個々の利用者に対して、その利用に応じた価格差別を実行することが望ましいのかという問題の裏返しである⁶⁴。価格差別とは、同一の財又はサービスについて、異なる消費者に異なる価格を課すことであり⁶⁵、これがどの程度実行可能かは権利制

旨について、消尽が認められる根拠について、「一般に、商品を譲渡する場合には、譲渡人は目的物について有する権利を譲受人に移転し、譲受人は譲渡人が有していた権利を取得するものであり、著作物又はその複製物が譲渡の目的物として市場での流通に置かれる場合にも、譲受人が当該目的物につき自由に再譲渡をすることができる権利を取得することを前提として、取引行為が行われるものであって、仮に、著作物又はその複製物について譲渡を行う都度著作権者の許諾を要するということになれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、著作物又はその複製物の円滑な流通が妨げられて、かえって著作権者自身の利益を害することになるおそれがあり、ひいては「著作権等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与する」(著作権法一条)という著作権法の目的にも反することになり、…他方、著作権者は、著作物又はその複製物を自ら譲渡するに当たって譲渡代金を取得し、又はその利用を許諾するに当たって使用料を取得することができるのであるから、その代償を確保する機会は保障されているものといえることができ、著作権者又は許諾を受けた者から譲渡された著作物又はその複製物について、著作権者等が二重に利得を得ることを認める必要性は存在しないからである。」と述べている。この趣旨は、本文で述べるどころとほぼ一致するといえるだろう。本論文は、私的使用目的の複製、営利を目的としない上演等などが正当化される根拠の少なくとも一部に、この消尽の趣旨と同じものが妥当すると考えている。

63) たとえば、本文中の音楽 CD の例で、仮にすべての行為が著作権者が著作権を行使できるとしたときに、なお、著作権者が対価を最初の譲渡時に一括して回収することが効率的だと考えたとしても、後続の利用者等に権利を行使しない保証を契約の枠組みで実現しようとするには多大な取引費用がかかって難しいか不可能であると考えられる。一方で、権利管理技術の発展も考えると、現代では、実はそのようなことも不可能ではないとの立論も成り立ちうる。Bell, *supra* note (49) を参照。

64) この点については、前田・前掲注(34)198 以下で論じた。

65) 価格差別論については、William W. Fisher III, *When Should We Permit Differential*

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

限規定の設計に依存している。たとえば、私的複製がどの範囲で許されるかは、紙媒体・電子媒体での書籍利用に別途の課金が必要なのかなど、異なる利用形態で利用する者に対し価格差別を実行できるかの問題とであると表現することもできる⁵⁶⁾。理論的には、高く課金するグループと安く課金するグループを適切に分離でき、その結果、流通する著作物の量が増えるなら、価格差別を許容した方が望ましく、①高い価格を払ってもいいグループの方が市場が大きい、②グループの間の利潤の差が大きい、③価格の上昇による需要量の減少が緩やかならば、価格差別を実行することにより流通は増えるとされている⁵⁷⁾。従前は、取引の形態が単調であったゆえに、どの流通形態を選択すべきかを正面から議論する必要性は薄かったが、技術の発展により多様な流通の形態を選択することが可能になったことによって、どのような流通形態が望ましいかを議論すべき必要性は増しているものといえよう。

企業内などにおける軽微な著作物の利用を権利制限の対象と考えるべきか、フォーマット変換・メディア変換・自動翻訳サービスなどにおいてその結果物たる著作物を提示・提供することをどの程度権利制限の対象と考えるべきか、図書館における複製等をどの程度権利制限で処理するか、などにどう対処するかにはこの観点が重要となろう。たとえば、もし、正規に購入した書籍を企業内で少数複製すること、適法に入手済みの動画などをフォーマット変換・メディア変換すること・公衆に無償で提示・提供されている著作物・正規に購入されている著作物を翻訳・変形することは、どこかですでに対価を支払済み（あるいは放棄済み）と評価でき再度の課金を許さない方が望ましいと考えられるのであれば、これらを権利制限の対象とすることが考えられよう。一方で逆に、たとえば、図書館における複製などについて、無償ではなく別途の課金を可能にした方が書籍の流通をより促進し権利者の利益にも資するということが十分

Pricing of Information?, 55 UCLA Law Review 1 (2007) を参照。また、文化審議会著作権分科会国際小委員会（平成 27 年度第 2 回）資料 3-2「価格差別論と権利制限の意義」（前田健）を参照されたい。

⁵⁶⁾ 知財高判平成 26 年 10 月 22 日判時 2246 号 92 頁は、いわゆる書籍の自炊に対して 30 条 1 項は適用されず、それを代行する業者は著作権侵害責任を負うと判断した。この判断により、書籍を販売する権利者は、電子書籍と紙書籍とについて、紙書籍販売により一括課金したとは解されず、それぞれの利用に対し別途に課金することが原則となったといえる。

⁵⁷⁾ Fisher, *supra* note (55).

に考える。もつとも、そうだとした場合、自由使用を認めないことで終わらせるのではなく、法定許諾、強制許諾を組み合わせることで取引費用の節減を図る方策が必要との見解も当然あり得よう。

2 ルール・スタンダードと個別・一般規定

(1) 権利制限規定設計の変数

1の議論を受けて、権利制限規定の設計方法として、どのような規定ぶりとするのが望ましいのかについて検討する。特に、近年のフェア・ユース導入論に関連して、個別規定と一般規定のどちらが望ましいのか、という立論がなされることが多い⁵⁸⁾。この点につき、本論文の立場から検討を加える。

権利制限規定の立法の仕方には、個別規定と一般規定という区別があるとされる。しかし、「個別」規定か「一般」規定かの区別は、権利制限規定の設計における数ある変数のうち、どの部分に着目してそれを述べているのか、必ずしも明らかでない場合も少なくない⁵⁹⁾。そこで、まず分析の視点を明確にしたい

① 適用状況の特定と利害調整規範の特定

日本の権利制限規定は、いずれも、著作物の利用の目的（引用、私的使用目的）あるいは対象となる支分権を限定的に特定し、それが適用される状況を特定している。そこでどのような利害の対立（引用であれば、著作権と表現の自由）が問題になるのかは、ある程度特定されている。一方で、米国のフェア・ユース⁶⁰⁾

58) この点につき、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号（2008年）90頁は、本論文でも依拠するいわゆるルール・スタンダード論に照らして、著作権の権利制限の立法形式につき、包括的に論じた論稿である。上野・前掲注(20)、横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント62巻6号（2009年）48頁、島並良「権利制限の一般規定」『知的財産権侵害訴訟の今日的課題 村林隆一先生傘寿記念』（青林書院、2011年）482頁も基本的に、個別規定と一般規定とを対比して、その当否について論ずるものと思われる。

59) 上野・前掲注(20)21頁では、我が国には個別規定しかないとされており、一般規定として米国のフェア・ユースのような条項が想定されている。このとき、個別規定というのは、私的使用目的、引用などのように適用状況が特定されているかそうでないのか、ということに主に着目しているように思われる。横山・前掲注(58)も同様である。一方、島並・前掲注(58)「一般規定」485頁は、個別規定とはルールであり、一般規定とはスタンダードであるとしている。たとえば、著作権法32条1項において許される引用の範囲は、「引用の目的上正当な範囲」であるが、これは島並の整理では一般規定的であり、上野・横山の整理では、適用状況は特定されている以上個別規定的なのだと思われる。

60) 第107条 排他的権利の制限：フェア・ユース

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

は、適用されるべき状況、著作権と対抗する利益が特定されていない⁶¹⁾。権利制限規定を設計するに際しては、適用状況（どのような利害が対立している状況なのか）をどの程度特定して立法するののかという点が、まず変数となるといえる。

また、適用状況が特定されているとしても、そこで問題となる利害を調整する規範の特定の程度という変数もある。我が国の著作権法では、報道、批評、研究その他の目的で公表した著作物を利用できる（32条1項）。また、授業の過程における使用を供することを目的として、著作物を複製できる（35条1項）しかし、これらが、具体的にどのような場合に認められるかは、32条1項においては、「公表された著作物」「引用」でなければならないと具体的に特定する部分もある一方、「目的上正当な範囲内」「公正な慣行に合致する」しか特定せず運用に委ねられている部分も大きい。また、35条1項では、利用できる主体、可能な支分権該当行為（複製）について具体的に特定されているものの、許される範囲は、「必要と認められる限度」「著作権者の利益を不当に害する」こととならない範囲と、同じく運用に委ねられている部分が多い。一方で、著作権法は、送信可能化された情報の検索及び検索結果の提供のために一定の著作物の利用ができるとしているが、その許される範囲については、利用できる主体、検索の内容・態様、できる支分権該当行為などを予め条文に具体的に規定することにより定められている（47条の6）。このように、利害調整規範が、条文に

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（コピーまたはレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む）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。

(61) 米国著作権法の条文を見ると、文言上は、実は日本の著作権法32条1項の引用規定程度には適用状況が特定されているとの解釈も不可能ではないように見える。しかし、実際にはあらゆる場面において適用の可能性がありよう運用されている。奥邨・前掲注(39)、山本・奥邨・前掲注(39)参照。

表1：権利制限規定の抽象度のバリエーション

	適用状況の特定	利害調整規範の特定
米国型フェア・ユース 一般規定？	特定なし 著作権 VS それ以外の利益 一般	「公正 Fair」な使用 (考慮要素は明示)
英国型フェア・ディーリング 一般規定？柔軟性の高い個別規定？	研究・私的学習目的 研究批評目的など 著作権 VS 教育の公共的意義など	「公正 Fair」利用
32条1項 個別規定(抽象度高)	報道、批評、研究その他 著作権 VS 表現の自由など	具体的部分(「公表された著作物」など)と抽象的な部分(「正当な範囲」など)
47条の6 個別規定(具体度高)	情報の検索 著作権者の創作誘因に影響ゼロ 著作権 VS 情報所在を明らかにする公共的意義	極めて具体的

においてどの程度具体的に予め定められているかという点にバリエーションがありうるのである。

この点、参考になるのが、英国著作権法において定められているフェア・ディーリングと呼ばれる一連の規定である⁶²⁾。英国著作権法では、29条、30条、32条において、「研究」「私的学習」「批判」「評論」「時事報道」「授業」と適用状況は特定するが、利害調整規範を「公正利用 Fair Dealing」とするのみで特定していない⁶³⁾。フェア・ディーリングは、適用状況が特定されている点におい

⁶²⁾ フェア・ディーリングについては、前掲注(47)権利制限規定報告書74頁以下が詳しい。

⁶³⁾ 第29条(1)非商業目的のための研究を目的とする文芸、演劇、音楽又は美術の著作物の公正利用は、その著作物のいずれの著作権をも侵害しない。ただし、十分な出所明示を伴うことを条件とする。

(2)研究又は私的学習を目的とする発行された版の印刷配列の公正利用は、その配列のいずれの著作権をも侵害しない。

第30条(1)当該著作物若しくは他の著作物又は著作物の実演の批評又は評論を目的とする著作物の公正利用は、十分な出所明示を伴うこと及びその著作物が公衆に提供されていることを条件として、その著作物のいずれの著作権をも侵害しない。

(2)時事の報道を目的とする著作物(写真を除く。)の公正利用は、(第3項に従って)十分な出所明示を伴うことを条件として、その著作物のいずれの著作権をも侵害しない。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

ては個別規定的だが、利害調整規範が特定されていない点において一般規定的といえる。

② ルール／スタンダード

適用状況や利害調整規範が、法律に詳細に書かれていないということは、実際に適用される規範が立法によって当事者の行動の事前に定められているのではなく、司法等により事後的に定められるということである。この区別が、いわゆるルールとスタンダードの区別である⁶⁴。ルールとスタンダードどちらがよいのかというのは、法内容が明らかになる時点の問題であり、規定がどれだけきめ細かなものか（具体的事案にあてはめた時に、望ましい結論が導かれるか。過剰規制・過少規制がないか。）という問題とは区別される問題である（simple vs complex）⁶⁵。通常は、スタンダードはきめ細かであることが期待され、ルールはそうでないことの弊害が強調されることも多いが、それは論理必然ではない。スタンダードの方が望ましいといったときに、それが法内容を事後に決定することが望ましいからなのか、きめ細かであるから望ましいからなのか、いずれに由来するかに注意する必要がある。

ルールとスタンダードには、上の表に示すようなメリット・デメリットがあるとされている。ルールとは事前の法内容形成であり、スタンダードとは事後の法内容形成であるから、事前に法内容を形成する方がよりコストが低くて済むときはその方が望ましいし、事後に法内容を形成することの方がコストが低い時にはスタンダードが望ましい。また、スタンダードは法内容を当事者が取得するのにコストが高い傾向があり、すなわち、明確性・予測可能性が劣る傾

32条(2A)公衆に提供されている文芸、演劇、音楽又は美術の著作物の著作権は、次に掲げる4つの条件が満たされる場合には、その著作物が授業又は授業の準備の過程において複製されることにより侵害されない。(a)複製が、著作物の公正利用であること。(b)複製が、授業を行う者又は受ける者により行われること。(c)複製が、被写手段を用いて行われないこと。(d)複製が、十分な出所明示を伴うこと。

(和訳はCRICのサイトによる。<http://www.cric.or.jp/db/world/england.html>)

⁶⁴ Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L. J. 557 (1992)

⁶⁵ *Id.* at 586. Kaplow は、法がきめ細やか complex なのか、そうでない simple のかの区別とルールとスタンダードの区別を混同してはならないことを強調する。スタンダードは裁判所が事後的にきめ細やかな妥当な判断をすることが通常期待されるが、ルールでも同じものを事前に制定することは理論上は可能であり、両者の概念は区別しなければならない。

表2：ルールとスタンダードの比較⁽⁶⁶⁾

ルール	スタンダード
事前に立法等が決める。	事後に司法等が決める。
過剰・過少規制の危険 高いことが多い。 事前の情報収集に限界があることもある。	過剰・過少規制の危険 低いことが多い。 事後の方が情報収集が容易なこともある。当事者間で規範形成が促進されることもある ⁽⁶⁷⁾ 。
法内容取得のコストは低い傾向 (明確性は高い傾向)	法内容取得のコストは高い傾向 (明確性は低い傾向)
立法コスト：高 執行コスト：低 適用頻度高いと優位	立法コスト：低 執行コスト：高 適用頻度低いと優位

向があることが指摘されている。以上から、一般に同種事案に対する適用頻度が低い時にはスタンダードが望ましいとも言われている⁽⁶⁸⁾。

一方、法のきめ細かさとルール・スタンダードは論理必然の関係にはないが、関連することが多いのもまた事実である。ルールは、事前に妥当な法内容を得るための情報が限られている場合には、過剰・過少規制の危険性が高いのは事実であるように思われる。もし、過剰・過少規制が看過しがたい事態にあり、スタンダードとして司法によって事後に規範形成する方がより妥当な結論を得やすいのだとしたら、それはスタンダードの方が望ましいことになる。また、財産権の取引において、事前には財産権の外延が不明確な方が、すなわち、財産権の外延がスタンダードとして定められていた方が、当事者間の合意を促進する可能性があることが指摘されている⁽⁶⁹⁾。この知見を前提にすると、規範がス

⁽⁶⁶⁾ Kaplow, *supra* note (64) をもとに筆者が作成。

⁽⁶⁷⁾ 後掲注(69)参照。

⁽⁶⁸⁾ *Id.* at 577.

⁽⁶⁹⁾ Jason Scott Johnston, *Bargaining Under Rules Versus Standards*, 11 J. L. Econ. & Org. 256 (1995). この論文では、「明確な権利」(definite entitlement) のスキーム(事前にある一定の方法でルールに基づいて当事者の一方に権利を割り当てるもの)と「不確実な権利」(contingent entitlement) のスキーム(権利の割り当ては、事後的に司法により、当該活動の価値と外部不経済とを比較衡量した結論に依存するというもの)とを比較し、「不確実な権利」のもとにおいて当事者は、「確実な権利」のもとにおいては信憑性のない、同意なしに不経済を及ぼすという威嚇を信憑性のあるものとするので、このような信憑性ある威嚇が、効率的な事後的な合意を速やかに実現させる可能性があ

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

スタンダードとして立法されていた方が当事者間の合意形成を促進し、裁判外で、事後的な規範形成が図られることが期待できる場合もあることになる。

(2) 分 析

① スタンダード型の規定が望ましい理由

以上を踏まえると、著作権の権利制限規定の設計としてどのような形式が望ましいのか。現行著作権法の権利制限規定については、社会の変化が激しく法改正がそれに対応できていない、技術変化が激しい時代の要請で毎年のように権利制限規定の改正が迫られるとの指摘もなされている⁽⁷⁰⁾。そして、おそらくこの結果として、従来の権利制限規定では侵害となってしまうが、実質的には侵害とすべきでないものが常に存在するという事態が生じている⁽⁷¹⁾。筆者の見るところ、現代の権利制限規定には、(i)利益状況からすれば実質的に著作権侵害とすべきではない行為が数多く著作権侵害となっている場面、(ii)同一の利害関係にあると思われる事案において侵害と非侵害の区別が単に歴史的経路に依存している場面、が多いように思われる。そうだとすると、権利制限規定の設計に関しては、この過剰・過少規制の問題に適切に対処できる設計が望ましいことになる。また、(iii)権利制限規定が特定の技術のみを念頭に置いて設計され、利害調整の実質が条文の文言に反映されていないと、技術開発に関する当事者の行動のインセンティブをゆがめるおそれも看過できないと考えられる⁽⁷²⁾。これらが事実だとすれば、我が国の権利制限規定は、よりきめ細かな規定に変更すべき要請が高いと言えよう。

一方、このきめ細かな新たな権利制限規定を、ルールとスタンダードどちらで設計するのが望ましいのかといえ、現在の我が国の著作権の権利制限規定はルールに偏りすぎており、よりスタンダード性を増すことが望まれるように思われる。なぜなら、現代では、(a)技術の進歩は早く、利用態様の多様性は増

ることを指摘している。

(70) 中山・前掲注(9)397-398頁がこの旨指摘する。

(71) 前掲注(20)参照。

(72) 文化審議会著作権分科会 法制・基本問題小委員会「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」(第3回) 参考資料2「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム (第2回)における議論の概要」4頁参照 (http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/needs_working_team/h27_03/pdf/sanko_2.pdf)。

大している。したがって、事前にきめの細かいルールを設計することは困難である。あるいはできたとしても、すぐに陳腐化して過剰・過少規制の問題が生じるようになる。また、(b)スタンダードの問題である不明確性も大きなデメリットにはならない。現代ではきめの細かい規定を設計しようとする、極めて複雑かつ難解な条文となり、いずれにしろ専門家の助けを借りなければ理解困難である⁽⁷³⁾。さらに、過剰・過少規制が大量にあるときには、ルール型規定の下でも、実体的正義を重んじる裁判所がどのような反応をするのか予測できない事態は生じる⁽⁷⁴⁾。そして、利用態様が多様かつ変化が速いということは、新たな事案が次々に生起するということであり、(c)厳密な意味での同種事案に対する法の適用頻度は必ずしも高くない。スタンダードの方が優位であって、事前にルールを定めておくことは必ずしも効率的ではないといえる。

ただし、米国のようなフェア・ユース規定にすべてを任せることが望ましいかといえばそうとは言えない。まず、厳密な意味での同種事案は一般的には少ないといえるが、中には同種事案が頻発する場合もあるので、それについては具体的な利害調整規範を設けた方がよい場合もある。その意味においては、現状既に存在する個別規定をことさらに削除する必要はない。一方で、同種事案が少ない場合においても、他者の著作物を利用した創作、情報検索サービス、企業内の複製など、いかなる利益と利益が対立しているのかという上位のレベルにおいては共通性を有する事案が多数存在している場合も少なくない。その

(73) 中山・前掲注(9)398頁は、47条の6について、専門家ですら一読しただけでは理解できないと指摘する。

(74) 上野・前掲注(20)19頁以下は、権利侵害の結論を肯定することがどうしても不都合である場合に、裁判例が様々な解釈論を展開してきたことを指摘する。規則的な規定であっても、不都合な帰結がもたらされる場合には、裁判所が事後的に規範を形成する事態が生ずるということである(たとえば、要約引用に関する東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁〔「血液型と性格」事件〕においては、43条1号に明文でできないと定められている著作物の利用について、柔軟な解釈論によりそれを適法とする結論をとった)。現状について、「著作権法を形式的に適用すれば権利侵害になってしまうように読めるけれども、実際に訴訟になれば権利侵害が否定されるだろうから大丈夫だ」というような状態、つまりどのような法律構成が採用されるかは明らかでないけれども、とにかく何らかの法律構成によって権利侵害が否定されるだろう、というような状態」(上野・前掲注(20)22頁より引用。)が多く存在するとの指摘もある。そうだとすると、一見ルールで事前に規範が明示されているように見えても、実態は考慮要素が全く明示されずに事後的に規範が形成されているといえる。であれば、むしろ考慮要素が明示されたスタンダード型の条文を設けた方が、より予測可能性は高まるといえる。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

ような上位概念的レベルにおいては、適用頻度は低いとはいえ、むしろ適用頻度は高いともいえる場合もある。そのような場合には、利害調整規範をルールとして設計することは望ましくないとしても、予測可能性を確保するために、適用状況を事前に特定し、考慮すべき対立利益を明記することは十分に可能であり、英国のフェア・ディーリングのような「柔軟性の高い個別規定」というのが望ましいと考えられる。さらに、これでも拾いきれない典型的でない適用状況に対処するため、受け皿規定として米国型のフェア・ユース規定を持つことの有用性を指摘できると考える⁽⁷⁵⁾。

このように現代においてはよりスタンダード性の高い権利制限規定の創設が望まれ、詳細な個別規定、柔軟性の高い個別規定、受け皿としての一般条項という三層構造をとることが理想的であるように思われる。中でも、現状の個別規定では詳細に過ぎて規制漏れが生じるため、スタンダード性の高い利害調整規範を新たに設けるべき要請が高いものとして、さしあたり次の2類型を指摘できるように思われる。一つ目は、①著作物の経済的利用がないことに基づく権利制限である。現在は、47条の5～47条の9などにおいてルールの規定として権利制限が置かれている。平成21年、平成24年の法改正においてこの類型には対処を重ねてきているが、いまだにこれらではカバーできていない事案は多く、過剰・過少規制の問題は解消しきれていない。事前のルールに基づく解決には限界が見えているように思われ、また、ビジネス上の要請も極めて高い分野である。2つ目は、②他人の著作物を利用した表現活動に関する権利制限規定である。現状でも、30条の2、32条、41条、46条など、それに関する規定は、比較的スタンダード性の強い規定として存在している。ただ、それでもなお多様化した現代の表現形態や著作物の利用形態とそぐわない部分が多いように思われ、規定間相互の関係も不明確であると感じられる。現行法の柔軟な解釈論を採用することでも対処が可能な部分もあるが⁽⁷⁶⁾、抜本的な解決には、

(75) 「受け皿」としてのフェア・ユースについては、上野達弘「権利制限の一般規定——受け皿規定の意義と課題」・本書第3章所収による。上野・前掲注(20)23頁は、「受け皿規定」ないし「小さな一般条項」と呼ばれており、多数の個別規定によってカバーできない行為ではあるが、個別規定が定めている行為と同等のものについて拾う規定として機能すると指摘する。

(76) 32条1項について筆者らのすでになした試みとして、木下昌彦・前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて——ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト1478号(2015年)46頁がある。

立法に手を入れざるを得ないであろう。

② スタンダード型の権利制限規定と寛容の利用

以上に関して、いわゆる「寛容の利用」との関係についてコメントしておきたい。「寛容の利用」とは、形式的には侵害にあたるが、それにもかかわらず権利者及び社会によって寛容されてきた利用のことである⁽⁷⁷⁾。寛容の利用は、過剰・過少規制の多い著作権法を墨守することの弊害を緩和する役割を果たしていることが指摘されている⁽⁷⁸⁾。スタンダード型の権利制限規定が導入されれば、従来は「黒」であるのに寛容されてきたという領域が少なくとも「グレー」に代わり、不安定であった均衡が制度に裏付けられたものの変化することになる⁽⁷⁹⁾。

一方で、先に指摘したように、スタンダード型の規定を置くと、著作物の利用についての当事者間の合意形成が一定程度促進される場合がある。これは、「不確実な権利」のもと当事者は自らの権利が脅かされるとのおそれから、速やかな合意形成に向かう場合があるということである⁽⁸⁰⁾。これは逆に言うと、寛容の利用は、ある種、著作権者が全権を握ったうえで「お目こぼし」として許されているものであるものが、権利制限規定の改正によりそれが「グレー」に変わると、権利者としてもいままでのように「寛容」ではいられなくなる可能性があるということも意味する。

ただ、筆者の考えでは、寛容の利用はあくまで例外的に不都合を是正する現象であって、過度にこれに頼ることは危険である。したがって、寛容の利用の

(77) Tim Wu, *supra* note (16)。

(78) 田村・前掲注(1)76頁以下は、たとえば企業内複製を禁止する著作権の条文をそのまま墨守しなければならないとすると、日本経済が経済先進国から脱落することになりかねないとしつつ、実際にはこのような侵害行為が訴訟に至ることがないため、問題が避けられていることを指摘する。福井健策『「ネットの自由」vs.著作権』(光文社、2012年)47頁は、パロディ・二次創作が許される領域に関して、これを「暗黙の領域」と呼んでいる。

(79) 田村・前掲注(1)79-80頁は、寛容の利用は制度的裏付けがない脆弱なものに過ぎないと指摘する。また、アメリカにはいわゆるフェア・ユース規定があるが、フェア・ユースと寛容の利用の差は曖昧であり、寛容の利用というのはフェア・ユースの法理が大規模に適用されている状況であるとみることも可能であることを示唆している(Wu, *supra* note (16) at 620)。ただ、Wuも指摘するように、寛容の利用は、裁判においてフェア・ユースであると判断されるかは実際にはわからない。

(80) 前掲注(69)参照。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

慣行を継続するために、許されるべき行為が厳密には「侵害」である状態を放置するのは適切であるとは思われない。ここでの示唆は、そのようなときに適切なルールを事前に立法することが困難だとしても、スタンダード型の権利制限規定を作れば、権利者は自らの権利が侵食されることを恐れて、対等に契約に応じたり、あるいは、権利処理のためのスキームを用意するインセンティブが生じる場合もあるということである。立法過程において利用者側の方が影響力が弱いとすると、ルール型の立法では利用者の利害が適切に反映されないおそれがあるので⁽⁸¹⁾、スタンダード型の規定を作り、権利者にペナルティ・デフォルトとしての権利制限を見せることで、適切な規範形成を行わせることが有益な場合もあると思われる。

IV 著作物利用円滑化のための選択肢

1 選択の視点

以上、権利制限（自由使用）について検討してきた。自由使用を認めることは、取引費用の問題による著作物の取引が進まない時に、それを解決する最も強力な方法であるが、一方でそれは著作権者から対価收受の機会を奪い去るものである。もちろん、前述の「消尽」として権利制限のように、取引の上流において対価收受の機会が確保されている場合は別であり、そもそも経済的利用がない場合の権利制限でも同様である。しかし、そうでないときには、著作権者が対価を得る機会を失うことは事実である。

著作物の経済的な利用があり別に対価收受の機会もない場合、取引費用を適切に低減する別の手段があり適切な価格を設定することができるなら、著作権者に対価を收受させることに越したことはない。したがって、著作権者に排他権を行使させることが適切でない場合でも、自由使用以外のアプローチも検討されてしかるべきであるといえる⁽⁸²⁾。

(81) 著作権法の立法過程における「少数者バイアス」の問題については、田村・前掲注(1) 30-35頁が詳細に検討するが、田村はユーザーの拡散された利益が政策形成過程に反映されにくいことを指摘する。

(82) 上野達弘「国際社会における日本の著作権法——クリエイタ指向アプローチの可能性」コピライト 613号（2012年）2頁は、日本の権利制限規定がオール・オア・ナッシングとなっていることの異様性を指摘し、一定の条件の下で、著作権を制限する代わりに補償金請求権を与えることによって、保護と利用の調整を図るという方向性が考えられる

具体的に考えられる代替手段としては、集中許諾、法定許諾、強制許諾の3つの仕組みが挙げられる⁸³⁾。集中許諾は、権利の集中管理機関が許諾の付与する仕組みであり、多くの場合はあらかじめ定められた使用規定に基づく許諾の申し込みについて、集中管理機関はこれを拒否することができない。法定許諾・強制許諾は、ともに法の定めにより利用権限が与えられるものであるが、法定許諾は、法で定められれば自動的に権限が発生する⁸⁴⁾のに対し、強制許諾は、公的機関に対する何らかのアクションを経て初めて利用権限が得られる⁸⁵⁾。

これらの仕組みを比較検討するにあたっては、視点を設定することが必要である。すなわち、これらの仕組みを設ける目的として取引費用の削減があることに照らせば、それらがどのような意味での当事者間の取引費用を削減するものであるかを整理する必要がある。取引費用は、権利者を探し出して交渉の相手を発見することが困難なことに起因することもあれば、相手方当事者との交渉が利得の構造上妥結しにくいことに起因することもあるし、その両方による場合もある。これらの設計によって、どのように取引費用が削減されるかを把握する必要がある。そのうえで、解決したい課題の問題状況に沿った対処法を選択すべきことになる。

ここで重要となるのは、その仕組みによって、利用の対価は適切に決定されるのかどうかである。対価が低くなりすぎることも高くなりすぎることも、創作者のインセンティブを減殺せずに利用を円滑化するという制度の目的にとって、致命的となりうる。適切な対価というのは、合理的な当事者が取引費用ゼロのもと交渉して定まる価格だといえるので、対価の妥当性の問題は取引費用の問題の一形態とも位置づけられる。この点、法と経済学における、プロパティ・ルールとライアビリティ・ルールについての伝統的な議論においては、当

ことを指摘している。

(83) なお、本論文は、既存の著作権法の枠組みを前提に議論しているが、それからより自由に理想を論じるものが、本書田中第一論文と位置付けられる。

(84) 法定許諾 (Statutory License) は、「特定の場合に、権利者への事前の通報を行うことなく、著作権使用料を支払うことによって、法律が許諾を与えることで、著作物を利用することができる制度。」と定義される (http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/014/05070101/003_1.htm)。

(85) 強制許諾 (Compulsory License) は、「特定の場合に、事前に権限ある機関又は著作権団体に申請し、当該機関・団体が許諾を与えることで、著作物を利用することができる制度。」と定義される (http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/014/05070101/003_1.htm)。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

事者が取引費用低く価格を決定できるならプロパティ・ルールが望ましく、裁判所が必要な情報を適切に収集することが可能ならライアビリティ・ルールが望ましいとされてきた⁸⁶⁾。IVにおいては、各種のライアビリティ・ルール間の優劣を比較するが、その中での対価の決定方法の優劣を評価する必要があると思われる。対価の決定権限が裁判所・行政庁・権利管理団体・利用者のいずれにあるのか、それらの情報収集体制はどうなっているのかなどを考慮して、適切な価格設定の仕組みが構築されているかに注意を払う必要がある。同じ態様の利用でも、権利者の属性（権利行使にどれほど熱心か）には多様性があるので、その点を適切な対価決定にどう盛り込むかも重要であろう。

もっとも、近年では取引費用が低い状況でライアビリティ・ルールのもとでも当事者間の取引が促進される可能性が指摘されている⁸⁷⁾。したがって、各方法で決定された対価が当事者間の個別合意によりさらに変更される可能性も考慮に入れる必要があり、当事者間の交渉を促進するのかどうかという観点こそ重要で、対価自体の妥当性の評価が決定的ではない場面もあることには注意が必要であろう。

⁸⁶⁾ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972). Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713 (1996) また、Wu, *supra* note (16) at 624 は、プロパティ・ルールの一番の長所は、価格決定のメカニズムにあり、健全な市場での交渉は、政府や権利管理団体が決定する価格より、正確なものであることが期待されると指摘している。

⁸⁷⁾ 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択——続・日本の著作権法のリフォーム論」著作権研究 42号 (2016年) 30-33 頁はこの旨の指摘をし、近年のプロパティ・ルール vs ライアビリティ・ルールの議論の状況を詳細に紹介している。この指摘は、Mark A. Lemley, *Contracting Around Liability Rules* (February 7, 2012). Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 415. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1910284> (Last revised: January 3, 2015)、プロパティ・ルールが当事者の交渉を促進するとは限らず、非効率なライアビリティ・ルールの回避のために交渉が促進される場合もあるとの指摘に基づくものである。

2 集中管理・法定許諾・強制許諾⁽⁸⁸⁾

(1) 集中管理・拡大集中許諾

著作権の集中管理とは、著作権の管理を専門業務とする特定の団体（「集中管理団体」と呼ぶ）が多数の権利者から権利の委託を受け、その団体が著作権者に代わって、著作権を行使する制度である⁽⁸⁹⁾。集中管理には、権利者が自発的に集中管理団体に権利を委託する「自発的集中許諾」(Voluntary Collective License) と、「拡大集中許諾」(Enlarged Collective License : ECL) がある。

① 自発的集中許諾

自発的集中許諾は、一定の分野では大きく活用されている。集中管理団体として、日本では、日本音楽著作権協会 (JASRAC) が著名であり、アメリカでは、文献複写に関する CCC (著作権クリアランスセンター)、音楽に関して ASCAP (米国作曲家作詞家出版者協会)、BMI (Broadcast Music, Inc.) などが著名である。自発的集中許諾は、利用者が申し込めば、使用規定に則ってはほぼ自動的に許諾がなされるので、強力な取引費用削減手段となる。ただし、自発的な権利の委託がスムーズに行われない場合には役に立たないという欠点を有している。

集中許諾の利用料規定については、我が国においては、集中管理団体が利用者（の団体）の意見を聞いて（義務ではない）定め、文化庁長官に届け出ることとされている（著作権等管理事業者法 13 条）。当事者間の疑似的な交渉に委ねつつ、行政がそれを緩やかにチェックする仕組みが指向されていると言えよう。確かに、定型的な利用については、権利者集団・利用者集団のそれぞれについて内部で利害が一致しやすいので、疑似的な交渉が行われれば市場メカニズムが働くことを期待しうる。したがって、利用者との協議が義務である指定管理事業者の場合においては、妥当な利用料が設定される余地があると評価する余地がある⁽⁹⁰⁾。しかし、そのような義務のない指定管理事業者以外の場合や、

(88) 諸外国において利用円滑化の選択肢としてどのようなものが存在するかについては、平成 24 年度文化庁委託事業『諸外国における著作物等の利用円滑化方策に関する調査研究報告書』（情報通信総合研究所、2013 年）が参考になる。

(89) 島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法入門』（有斐閣、2009 年）235 頁〔横山久芳〕。

(90) 指定著作権等管理事業者においては、利用者代表と使用料規定に関する協議に応ずる義務があり（著作権等管理事業者法 23 条 2 項）、利用者の意見が使用料規定に反映される仕組みが一定程度担保されている（同法 23 条 4 項に協議開始命令、24 条に使用料規定についての裁定が定められ、文化庁長官が使用料規定に介入できる仕組みが存在する。）。これと比較すると、通常の場合は、妥当な利用料が設定されやすいとは到底言え

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

非定型的な利用の場合については、妥当な利用料規定の設定を期待することは難しいといえる。また、拡大集中許諾で指摘されているように、公益性のある利用については、行政による積極的な関与がないと、対価が高額になりがちであるという問題も指摘できるだろう⁽⁹¹⁾。

② 拡大集中許諾

拡大集中許諾とは、法の規定に基づき、著作物の利用者と相当数の著作権者から権利の委託を受けている集中管理団体との間の著作物利用許諾契約の効果を、権利を委託していない著作権者にまで拡張することを認める制度である⁽⁹²⁾。拡大集中許諾は、自発的集中許諾の抱える、自発的な権利の委託がスムーズに行われにくいという問題を解決する点が大きな魅力である。拡大集中許諾は、自発的集中許諾をベースに、後述の強制許諾を組み合わせた制度であるともいえる。スムーズな権利の委託が困難だが、定型的利用の多い分野では有効性が期待できるだろう。

拡大集中許諾は日本では採用されていないが、ヨーロッパのいくつかの国において採用されていて、世界的にも注目を浴びている。北欧で採用されている拡大集中許諾制度においては、①集中管理団体が権利者を代表するにふさわしいかをチェックする仕組みがある⁽⁹³⁾、②利用者と集中管理団体との間の自主的な交渉により契約を締結する（自主交渉原則）⁽⁹⁴⁾、③当該契約が対象とする著作物の利用形態・種類が制度の対象⁽⁹⁵⁾であることを要件に、効果が発生する。英

ないとの指摘ができよう。

(91) 本書田中第一論文においても、公的利益を代表しない民間団体が利用条件を決定することの問題点を指摘している。

(92) 小嶋崇弘「拡大集中許諾制度」コピーライト649号（2015年）17頁、鈴木雄一「孤児著作物問題の解決策としての拡大集中許諾——米国著作権局の最近の提案を巡って」Nextcom21号（2015年）14頁、前掲注(88)報告書77-106頁〔小嶋崇弘〕参照。

(93) 小嶋・前掲注(92)18頁によれば、北欧諸国の集中管理団体は「相当数」の権利者から委託をされていることが求められるとする。代表適格性が複数の団体に認められるかは、認める国（フィンランド、ノルウェー）と認めない国（デンマーク、スウェーデン）がある。また、スウェーデンを除く国では、政府による認可が必要である。

(94) 小嶋・前掲注(92)18頁

(95) 小嶋・前掲注(92)18頁では、教育活動における複製、企業内複製、図書館・アーカイブ・博物館による複製などごその対象になっているとされている。なお、英国でも拡大集中許諾制度が導入されたが（まだ運用実績はないが）、制度上は対象の限定がない（小嶋・前掲注(92)20頁）。

国において導入された拡大集中許諾は、対象となる著作物の種類や利用形態を限定していないが、予め拡大集中許諾スキーム（ライセンス条件などが定められている）について許可を受けた団体のみが、拡大集中許諾を運用することができる⁹⁶⁾。北欧、英国の制度で、一部の場合においては、権利者のオプト・アウトが可能な場合もある。

拡大集中許諾制度は、権利者不明著作物問題の解決策として期待されている⁹⁷⁾。一度に大量の著作物について権利処理ができること、利用条件・利用料額の決定に、集中管理団体と利用者との（疑似的な）交渉を取り込み市場原理を最大限活用している点が、権利者不明著作物問題の解決策として、法定許諾・裁定（強制許諾）と比較したときの特徴といえる。しかし、(a)当該団体と利用者が、関連する利益のすべてを内部化できていない場合（公益性がある場合）には、公的機関の関与がない限り、適切な利用料額が定まらないおそれがある⁹⁸⁾。また、(b)当該団体の非構成員（権利を委託していない者）の数が構成員（権利を委託した者）の数と比較して無視できないほど大きい場合には、利用料の過剰徴収が発生する危険がある⁹⁹⁾。すなわち、通常の拡大集中許諾の場合、構成員と非構成員の両方に対して、同じ額の利用料を徴収し分配することになるが、平均的には、構成員の方が非構成員より著作物に対して高い評価を下していると思われ、自発的集中許諾のときと同額を（すなわち構成員の評価額に合わせた

96) 英国の仕組みについては、作花文雄「マス・デジタル化時代における著作物の公正利用のための制度整備——拡大集中許諾制度の展開・「Orphan Works」問題への対応動向〔前編〕」コピーライト650号（2015年）50頁が詳しい。権利管理団体が基本的に取引条件を決めるので、北欧のような自主交渉原則とは異なり、むしろ我が国の集中管理団体の運用に似るといえるように思われる。

97) 小嶋・前掲注(92)20頁によれば、英国はまさに権利者不明著作物の解決策として拡大集中許諾制度を導入した。米国も、2011年の報告書「大量デジタル化における法的問題」(Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document)においては、孤児著作物問題の解決策として、拡大集中許諾に興味を示していた（前掲注(88)報告書122頁〔前田健〕参照）。鈴木・前掲注(92)14頁、玉井克哉「行政処分と事務管理現児著作物問題の二つの解決策」Nextcom21号（2015年）4頁参照。

98) 小嶋・前掲注(92)21頁もこの旨を指摘している。

99) 小嶋・前掲注(92)22頁は、権利者に分配されない使用料の額が相当な額となる問題について指摘し、使用料の支払先として集中管理団体が適当ではないとしている。前掲注(78)報告書95頁〔小嶋崇弘〕によると、フィンランドの集中管理団体が2005年に写真複製、テレビ放送等の利用に関して徴収された年間2400万ユーロの使用料のうち、非構成員に分配された額は5000～1万ユーロに過ぎないとされる。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

額を)すべての利用から徴収すると過大な利用料が徴収されることになる⁽⁹⁰⁾。したがって、利用料の適切な減額が行われる必要があるが⁽⁹¹⁾、少なくとも今の欧州の仕組みではそのような措置は取られていない。この点の問題が大きい時には、利用円滑化策として意味をなさないことになる⁽⁹²⁾。

拡大集中許諾に問題があるとしても、あらゆる場合に拡大集中許諾に有用性がないわけではない。上記で述べたことに照らせば、権利者の大部分がすでに集中管理団体に所属している（非構成員が相対的にマイナーである）あるいは過大徴収に対する対処策を用意している、公益的な利用に対しては当事者間の交渉に単純に任せるのではなく利用料を適切に抑える仕組みを導入する、などの条件を満たせば、定型的な利用については拡大集中許諾は有効な手段になり得ると思われる⁽⁹³⁾。

⁽⁹⁰⁾ Randal C. Picker, *Private Digital Libraries and Orphan Works*, 27 Berkeley Tech. L. J. 1259 (2012), 1283. この点、前掲注(88)報告書92頁〔小嶋崇弘〕によると、北欧のECLにおいては、非構成員への使用料の分配等の待遇における平等原則が取られている。積極的に権利行使の意思があるがたまたま構成員ではなかったような権利者については、構成員と変わらない使用料の分配を受けるべきといえ、北欧の平等原則は、そのような運用をなされる限りにおいては、本文に言う過大徴収の問題と正面から衝突するわけではない。

⁽⁹¹⁾ たとえば、自発的集中許諾の時の利用料を100xとし、構成員が50、非構成員が50、非構成員のうちちに権利行使する者が10であると、残りの40は権利行使しないと。このとき、100xの利用料を徴収すると過大となるので、60xの利用料を徴収し、権利行使の意思のある権利者にxずつ分配するといった工夫が必要である。

⁽⁹²⁾ アメリカ政府はそのように指摘する（米国著作権局の2015年報告書〔「孤児著作物と大量デジタル化」：Orphan Works and Mass Digitization (2015)〕50頁）。また、オーストラリア政府は、現れる見込みのない権利者の分も含めて事前の利用料支払をさせ、利用料額が合理的なものに定まらないおそれがあることに問題があると指摘する（Copyright and the Digital Economy (ALRC Report 122) | ALRC (2013) at 296-297）。

⁽⁹³⁾ 前掲注(102)報告書82頁以下は、拡大集中許諾を、非営利の教育研究目的の大量デジタル化プログラムのために、試験的に導入することを提言している。具体的には、言語の著作物、絵画・画像の著作物、写真の著作物を対象に導入することを提言している。言語の著作物に関してはGoogle Books訴訟の経験を念頭に置いているようである。また、絵画・画像に関しては、書籍中の挿絵や図表などの二次利用を促進することを考えているようである。また、写真については写真の二次利用の促進が念頭に置かれているようである。

(2) 法定許諾

① 法定許諾の種類と特徴

法定許諾とは、法律の定めにより許諾が与えられることで著作物を利用することができる制度であり、利用者には著作権利用料支払いの義務が発生する。

法定許諾の最も基本的な形態は、各権利者に利用料請求権が発生するタイプである。典型的な例は、著作権法33条の定める教科用図書等への掲載である。33条の場合、利用料支払い義務と著作者への通知義務が定められている。もし、これが利用の前提条件だとすると、取引費用としては相手方の探索と許諾交渉のコストのうち、前者のみを削減する制度だと理解されることになり、相手方の発見が難しいことに問題があるケースでは、取引費用の問題の解決策としてはあまり有効ではないことになる。しかし、法定許諾一般がそうであるように、33条において、それらは利用権限が発生するための前提条件ではないと考えられるので¹⁰⁴⁾、利用者にとっての取引費用は自由使用の場合と同様にすべてが削減されていることになる。むしろ、権利者は積極的に所在を明らかにする義務を事実上負わされていることになるといえる。したがって、集中管理を伴わない法定許諾においては、権利者の財産的利益保護と取引費用の削減の両立は、制度上は、権利者への権利行使に向けた努力義務を課す代わりに達成されているといえる。

次に考えられる法定許諾の形態は、各権利者に利用料請求権が発生するが、それは集中管理団体を通じてのみ行使できるとするものである。商業レコードの二次使用料請求権は指定団体を通じてのみ行使できるとされているので、著作隣接権の内容にそもそも放送権・有線放送権が含まれていないので厳密には法定許諾ではないが、実質的にはこの一類型とみることもできる(95条、97条)。私的録音録画補償金(30条2項、104条の2以下)は、集中管理団体を通じてのみ補償金請求権を行使できるので、この類型の法定許諾と位置付けることができるだろう。利用料請求権の徴収を一括管理することで、法定許諾が実は権利者の財産的利益の保護と取引費用の削減の両立に貢献できないという問題を、解決するといえる。

なお、著作権侵害とされる場合であっても、差止請求権の行使が権利濫用とされ損害賠償請求権のみが認められることがある。このような救済制限も、当

¹⁰⁴⁾ 加戸守行『著作権法逐条講義(六訂新版)』(著作権情報センター、2013年)273頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

事者の主観的態様が考慮されている点（及び刑事罰⁽¹⁰⁵⁾）を除けば、事実上法定許諾と同様の効果を有する面がある。これについては、(3)で議論する。

② 利用料について

これらの法定許諾の採用の可否を考えるにあたっては、そこで定められる利用料が、取引費用ゼロの世界で当事者が合意すると考えられる額にどれほど近いものに定められるのかが重要である。もし、利用料が不適切なことに伴うコストが、法定許諾が両当事者間の交渉を代替することにより得られる便益より大きいならば、問題の解決は別的手段により図ることが望ましいことになる。

この点、33条のような教科書への掲載、97条のような商業レコードの放送といった定型的な利用の場合は、適切な利用料決定が比較的容易だといえる。このような類型の場合、行政機関が一律に適切な料金を決めるタイプ⁽¹⁰⁶⁾の場合でも、必要な情報を収集することは難くないと思われる。集中管理団体が利用者と交渉することにより決定するタイプでも、権利者の利害が一樣であれば団体は適切に権利者の利益を代表でき、利用者側の代表者も利用者の利益を代表しやすい点⁽¹⁰⁷⁾が、適切な利用料決定にプラスに働くといえる⁽¹⁰⁸⁾。

一方、私的録音録画補償金のような仕組みの場合、関連する著作権等の集中管理団体が指定管理団体の会員となっており⁽¹⁰⁹⁾、それらの団体の意見を聞いて集めた補償金の分配を行う仕組みが整えられている⁽¹¹⁰⁾。また、徴収する補償金の額は、指定管理団体が、機器や記録媒体の製造業者等の意見を代表する団体

(105) 救済制限ではなお侵害であるとはされるので、刑事罰を課せられるリスクは残る。しかしながら、差止請求が権利濫用となるような侵害行為については可罰的な違法性がなないものとも考えられる。

(106) 教科用図書等への掲載については、補償金の額は文化庁長官が定める（33条2項）。

(107) 商業用レコードの二次使用料は、指定団体と放送事業者等（の団体）との協議によって定められるとされている（95条10項、97条4項）。この額は、文化庁長官に届出られなければならない（著作権法施行令49条の2）。この届出を通じて行政指導による是正も期待されているといえるだろう。

(108) たとえば、私的録音補償金管理協会（SARAH）の会員は、一般社団法人日本音楽著作権協会（JASRAC）、公益社団法人日本芸能実演家団体協議会（芸団協）、一般社団法人日本レコード協会（RIAJ）である。

(109) SARAHの私的録音補償金分配規定（平成23年6月30日文化庁長官届出、平成24年6月19日理事会変更承認）の9条においては、権利者団体から分配に関する細則を提出させることとし、10条においては、分配資料の作成・提出を命ずることができるとされている。

に意見を聴いた上で定め、文化庁長官が、文化審議会に諮問をした上で認可を与えることとされている(104条の6)。補償金の額は、実際には、機器や記録媒体の価格の何パーセントという形で決められている¹¹⁰⁾。徴収された補償金の分配については関係者から意見を聞く仕組みが整えられており、疑似市場メカニズムが働く余地があるものの、徴収される補償金の額については、利用者の意見を吸い上げる仕組みはなく、利用者の利用形態を反映して決める仕組みもない。この点において、補償金の額が適切に設定される制度的な保証は存在しない。また、私的録音録画補償金にあっては、指定管理団体は、団体の非構成員の権利も自己の名で行使できるので(104条の2第2項)、拡大集中許諾と同様に、権利者不明の場合も含めて利用料を徴収することになる¹¹¹⁾点において、過剰徴収の問題を抱えている。これらからすると、利用料額を適切な額に担保する仕組みは十分ではないと言わざるを得ないであろう¹¹²⁾。

(3) 強制許諾(裁定による利用)

強制許諾は、法律の定めにより当然に利用許諾が与えられるのではなく、一定の場合に、事前に権限ある機関に申請して当該機関が許諾を与えることで、著作物を利用することができるようになる制度である。法定許諾の場合は、法律により直ちに利用権限が発生するが、強制許諾においては利用料の支払いが前提となるよう設計できる点で、より権利者の負担がマイルドな選択肢といえるだろう。また、個別の事案に対して裁定を行うので、非定型的な利用に比較的对応しやすいというメリットもある。一方で、強制許諾を受けるコストがあるので、これが個別的・自発的許諾を受けるためのコストより十分に安くないと、取引費用削減の仕組みとしての効果はなくなってしまふ。

我が国においては権利者不明著作物問題対策として¹¹³⁾、著作権者不明等の場

¹¹⁰⁾ SARAHの私的録音補償金規程(平成12年12月18日文化庁長官認可)の第2条によれば、(1)特定機器の場合、当該特定機器の基準価格に2%を乗じて得た額が基本であり、(2)特定記録媒体の場合は、当該特定記録媒体の基準価格に3%を乗じて得た額である。

¹¹¹⁾ 95条7項、8項では、権利者から申し込みがあった場合にのみ、権利が指定団体の自己の名で行使される。(加戸・前掲注(104)602-603頁、692頁参照。)

¹¹²⁾ 中山・前掲注(9)304頁は、本文のような文脈においてではないが、この制度は正確な個別課金制度が実現するまでの間の過渡的な制度であると評している。

¹¹³⁾ なお、カナダ、英国(英国は2014年に拡大集中許諾とともに導入)でも孤児著作物対策として強制許諾制度が導入されている(作花文雄「マス・デジタル化時代における著

◇ 第 1 部 ◇ 権利の権限と利用許諾

合における裁定による著作物の利用が導入されている（67条）。裁定を受けるためには、「相当な努力を払ってもその著作権者と連絡することができない」こと¹¹⁴が要件である。通常使用料相当額の補償金（額は文化庁長官が定める）を、供託することも必要である。

裁定においては、許諾を受けるために一定の手続を履践する必要がある。権利者不明著作物であるときは、権利者を自ら発見するよりは裁定手続の方がコストが低いのは明らかなので、一定の取引費用削減の効果は見込まれるものの、手続の重さによっては十分な取引費用削減効果を期待できないおそれも残る。裁定がでるまでのタイムラグが問題となりうるが、裁定までの間の法定許諾制度を作ることで解決している（67条の2）。従前は裁定を得るために履践しなければならない手続が重すぎるのが指摘されていたが、ある程度の軽減は図られてきている¹¹⁵。現在は権利者によるオプト・アウトは認められていないので、さらに利用者の手続負担を軽くする代わりに、権利者のオプト・アウトを可能にすることも選択肢に入るかもしれない。

利用料の決定は通常使用料相当額を行政が定めるものである。欧州の拡大集中許諾と比較した場合、拡大集中許諾では利用料額は団体と利用者の交渉により定めるのに対し、こちらは行政が定める。当事者の交渉は利用料決定を市場原理に任せる点にメリットがあるが、行政機関は、それだと公益的な利用の場合に額が高くなりすぎる問題や権利行使に関心がない者の利用料が高くなりすぎる問題に対処できる点にメリットがある。また、個別の事案に対して裁定を行うので、非定型的利用に対応しやすいというメリットがある。ただ、現在の

著作物の公正利用のための制度整備——拡大集中許諾制度の展開・「Orphan Works」問題への対応動向〔後編〕コピライト 651号（2015年）24頁参照）。

(114) 67条1項、著作権法施行令7条の7、「裁定の手引き——権利者が不明な著作物等の利用について」（文化庁長官官房著作権課、平成26年8月）参照。権利者情報（著作権者と連絡するために必要な情報）を取得するために①～③のすべての措置をとるなどしたにもかかわらず、著作権者と連絡することができなかつた場合がそれにあたる。①権利者の名簿類の閲覧又はネット検索サービスによる情報の検索、②著作権等管理事業者などに対し照会、③新聞・CRICのウェブサイトへの掲載などにより、権利者情報の提供を求める。

(115) すでに平成26年に「相当な努力」の内容を緩和するため告示の改正が行われ、さらに平成28年2月15日に、一度裁定を受けた著作物等をより利用しやすくするため権利者検索の要件が緩和されている（<http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/pdf/kan-wa.pdf>参照）。

日本法の場合、利用料が「通常使用料相当額」⁽¹¹⁶⁾とされていて特段利用料を抑える仕組みは担保されていないうえ、事前にすべての利用について支払う必要がある点において、拡大集中許諾と同様に、過大な利用料徴収という問題を抱える仕組みとなってしまうといえよう。特に、事前の利用料の支払いについては見直す余地があると考ええる。

3 当事者の取引費用節減へのインセンティブ

(1) 権利の上に眠るものは保護に値せず?⁽¹¹⁷⁾

ここまで様々な利用円滑化策について検討してきた。そこでは、法によっていかに取引費用を軽減するかという視点が基本であって、権利者や利用者による取引費用を節減する体制の自発的な整備について強調してきたわけではない。しかし、著作権の取引をより円滑化するためには、権利者・利用者が取引費用節減の自主的な努力をするよう、法によりそのようなインセンティブを与えることが検討されるべきである。特に、「権利の上に眠るものは保護に値せず」という法格言が存在するように、権利者の側にも、一定の努力を果たさない限り保護を与えない、という視点は検討されてしかるべきである。

この点、田村は、「オプト・アウトからオプト・イン」として、著作権の保護のデフォルト・ルールを、保護を不要とする者が離脱する原則から保護を欲する者に何らかの手續を履践することに転換することを提案する⁽¹¹⁸⁾。相対的に権利者の方が取引費用低く交渉やその組織化ができそうなどときには、そのような仕組みを課すのも一案である。すでに指摘したように、権利者と利用態様の多様化が進んだ結果、権利者の努力が不足している状況は増加していると思われる。もちろん、権利行使に十分な努力をしている権利者が侵害者を発見できない問題があるのも確かである。海賊版対策の文脈ではその問題は深刻であろう。一方で、別の局面では権利者の努力が足りないことが問題な場面もあり、両問題は矛盾なく同時に存在している。権利者に取引費用を減らす方

(116) 加戸・前掲注(104)468頁によれば、「平均的な相場による」とされている。平均的な相場は、権利行使をしている権利者について成立した交渉の結果である利用料となるので、権利者不明著作物の著作権者が著作権の価値を平均的にはより低く見積もっているはずであることを考えると、過大な利用料ということになる。前掲注(100)も参照。

(117) 本書田中第一論文もこの視点を強調する。

(118) 田村・前掲注(1)132-135頁。これは、Wu, *supra* note (16)が寛容的利用の解決について、「オプト・イン」システムの導入を提案したことを参考にするものと思われる。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

策をとらせるインセンティブを課すことは、一定の場合には、必要であると考えられる。

権利者（及び利用者）に、取引費用節減のインセンティブを与える具体的な方策としては、登録制度の創設⁽¹¹⁹⁾、いわゆる notice and take down⁽¹²⁰⁾、救済の制限、拡大集中許諾（オプト・アウトしない限りスキームに組み込まれる）、ライセンス優先型権利制限規定などが考えられる⁽¹²¹⁾。また、前述のように、法で集中管理の仕組みを用意せずに法定許諾を設けることも、権利者に報酬請求権の自主的な集中管理などの努力を促す意味がある。

注意すべきは、上述の各制度が無方式主義と緊張関係を有している点である。しかし、「方式主義」に有用性が認められるのであれば、条約には反しない範囲で、その再評価を行うこと自体は排除されるべきではない⁽¹²²⁾。以下では、日本法にとって現実的であると思われる選択肢の一部について、ごく簡単に触れることとする。

(119) 本書田中第一論文はまさにこの考えを採用するものである。なお、著作権の登録制度は、米国、韓国などで導入されている。米国著作権法 408 条～412 条参照。米国では、著作権登録にインセンティブが与えられており、米国人の著作物においては登録が訴訟要件であり（411 条）、すべての著作物について、法定損害賠償請求権の行使（504 条(c)）、弁護士費用賠償請求権（505 条）の行使の要件である。

(120) プロバイダ責任制限法（特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律）第3条によれば、プロバイダは、他人の著作権が侵害されているときにおいて、送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、著作権侵害について悪意又は有過失であるときした損害賠償の責めを負わない。すなわち、権利者からの権利行使行動があつて初めて対処すれば、通常は、それまでの間には一種の無償の利用許諾がなされているのと同じと考えてもよいのである。これは、民法709条の原則によつてもそうであり、一般に無過失であるといえる場合には、権利者からの権利行使があるまでは、一種の利用許諾が与えられているのと同じ状態となる。

(121) Wu *supra* note (16) at 620 はアメリカ法について、Notice and take down、後述の孤児著作物の法案、Google Books 訴訟（オプトアウト可能な拡大集中許諾に相当）に言及する。田村・前掲注(1)135頁以下は、具体的には、50年の保護期間を超える著作権の更新登録制度に言及する。

(122) このような立場を前面に行われたシンポジウムとして「Reform (alizing) Copyright for the Internet Age?」（2013年4月、Berkeley Center for Law & Technology 主催）の存在は興味深い。資料は、下記のウェブサイトにて入手可能である。<https://www.law.berkeley.edu/centers/bclt/past-events/2013-conferences/april013-copyright-formalities/audio-slides/>

(2) 救済制限（権利濫用法理）の役割

① 救済制限の意義

知的財産権においては、権利侵害があったときには、差止及び損害賠償請求のいずれの救済も認められるのが原則である。しかし、近年、「差止請求権の制限」として、一定の場合には、救済として損害賠償請求のみが認められ、差止は認められないとする議論が活発に行われている⁽²²⁾。裁判例においても、特許権について、知財高決平26年5月16日判時2224号146頁〔サムソン・アップル〕のように、FRAND宣言された標準必須特許について、FRAND条件によるライセンスを受ける意思を有する者に対しては、差止請求権の行使は権利の濫用（民法1条3項）にあたり許されないとしたものがある。また、著作権についても、那覇地判平成20年9月24日判時2042号95頁〔写真で見る首里城〕のように、写真集に掲載された写真につき著作権の侵害を認めながらも、当該写真は最終ページに9点の写真のうちの1つにすぎず、写真集の全体に掲載した写真の点数延べ177点の極小さい割合を占めているにすぎないことと、写真掲載の経緯なども考慮して、差止請求は権利濫用であって許されないとしたものもある。

差止請求権の民法1条3項の権利濫用法理に基づく制限は、金銭の支払いに

(22) 議論の端緒は、米国の特許権に基づく差止請求を一定の場合にのみ限定した eBay 判決 (eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C., 547 U.S. 388 (U.S. 2006)) である。特許権を中心に、我が国でも、主にパテント・トロールや FRAND 宣言された特許権を念頭に、差止請求権が議論された。主な文献として、平嶋竜太「差止請求権の制限：理論的可能性についての考察」日本工業所有権学会年報33号(2009年)53頁、平嶋竜太「標準技術に必須な特許権の行使における差止請求権の制限可能性——理論的帰結と実務的課題への対応可能性」知財研フォーラム90号(2012年)27頁、竹田稔「差止請求権の制限」ジュリスト1458号(2013年)41頁、根本尚徳「特許権侵害に基づく差止請求権の立法による制限の可否——民法学の立場から」ジュリスト1458号(2013年)48頁、田村善之「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察」川濱昇=泉水文雄=土佐和生=泉克幸=池田千鶴編『競争法の理論と課題——独占禁止法・知的財産法の最前線 根岸哲先生古稀祝賀』(有斐閣、2013年)699頁が挙げられる。著作権についても、米国の動向や特許法の議論を受け、議論が深まっている。たとえば、奥邨弘司「米国における著作権侵害と差止命令—最近の裁判例に見る eBay 事件合衆国最高裁判決の影響」コピライト610号(2012年)24頁、中山一郎「米国における著作権侵害に対する差止め——特許権との比較を通じて」論究ジュリスト10号(2014年)182頁、愛知靖之「出版物に対する差止請求の制限」上野達弘=西口元編『出版をめぐる法的課題その理論と業務』(日本評論社、2015年)参照。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

よって侵害行為の継続を可能にするものといえるので、ある種の法定許諾を成立させるのと類似の効果を発揮する。差止請求の制限が認められる要件は、学説・裁判例ともに、権利者と侵害者の客観的な利益衡量、及び、侵害者の主観的態様を考慮して判断するという立場が有力である⁽¹²⁴⁾。侵害者の主観的態様が考慮されるのは、あくまで事前に許諾を受けることを期待しえなかった侵害者に対して、例外的に利用を継続する途を認めることにある⁽¹²⁵⁾。すなわち、事前取引の成立に一定の努力を払った者のみを保護するためだと考えられる。一方、文献では権利者の側の主観的態様を考慮すべきという指摘は見られないが、裁判例では、サムソン・アップル事件においては特許権者側の交渉態度が、首里城事件でも著作権者の交渉態度が、考慮されていたとみることもできよう。権利者についても、事前取引の成立に努力を払ったか否かが、差止請求権行使の可否の判断の考慮要素とされるべきだとの見解も当然あり得よう。このように考えれば、差止請求権の制限の可否は、客観的な利益衡量とともに、権利者及び侵害者(利用者)が、事前取引の成立についてどれだけの努力を払っていたかを考慮して判断されるべきといえよう。

以上、差止請求権の制限は、交渉態度をその考慮要素とすることによって、当事者に事前交渉成立への努力のインセンティブを与える仕組みとして活用することが可能である⁽¹²⁶⁾。これは、差止制限と単純な法定許諾の大きな違いの一

(124) 本文で紹介した2件の裁判例では、アップル・サムソン事件においては、FRAND条件によるライセンスを受ける意思を有するかという侵害者側の主観的態様を考慮し、首里城事件では、写真集の発行に至った経緯において侵害者の主観的態様を考慮している。学説においては、田村・前掲注(123)712頁が主観的態様を考慮すべきことを述べている。民法学説においても、宇奈月温泉事件(大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁)がそうであったように、客観的要件とともに主観的要件を考慮する立場が有力ではないかと思われる(吉田克己「公共の福祉・権利濫用・公序良俗」内田貴=大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年)49頁、谷口知平・石田喜久夫『新版 注釈民法(1)総則(1)(改訂版)』(有斐閣、2002年)159頁[安永正昭])。一方で、「被告の主観的態様」を殊更に強調し、独自の判断要素として重視することは、それほど意義のあるものとは思えないとする見解もある(愛知・前掲注(123)282頁)。

(125) 田村・前掲注(123)712頁は、一定の責めに帰すべき事情がある侵害者に対しては、事後取引の抑止という観点に基づいた差止請求権の制限の恩恵を認めるべきではないと思われると指摘する。

(126) Lemley *supra* note (87) at 110-は、米国において、e-bay判決以降、訴訟において和解する率が他の特許権者より高くなっていることを指摘する。e-bay判決の示した4要素において、特許権者の交渉態度の悪さも考慮要素になっているのだとすると、この現象

つである。一方で、差止請求権の制限は、あくまで個別の具体的事情に鑑みて適用されるものであるので、一般的に利用の円滑化の問題の解決策として用いることは想定されておらず、現在の日本法においては、民法1条3項の解釈としてごく限定的な場合に活用することが基本とならざるを得ない。しかし、この法理を活用すべき場合がある程度定型的に見込まれるのであれば、それを判例法理⁽¹²⁷⁾として又は立法することにより⁽¹²⁸⁾、積極的に採用することも選択肢となると考えられる。このような選択の現実⁽¹²⁹⁾にありうる例として、以下に述べるアメリカにおいて権利者不明著作物問題の解決策として議論されている救済制限を挙げるができる。

② 米国の孤児著作物法案

アメリカの孤児著作物法案は、2006年の著作権局の報告書⁽¹³⁰⁾において提案され、2008年に法案として提出された⁽¹³¹⁾が成立には至らず、2015年の著作権局の報告書において再び導入が勧告されているものである⁽¹³²⁾。2015年報告の提案の基本的骨子は、The Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008を基本にしつつ、そこにわずかな修正を加えたものである。同提案は、①事前に権利者の所在について、適格な調査を善意で行ったこと、②利用通知を著作権局に送ったこと、③可能な限り著作権者の氏名表示を行ったこと、④権利者不明著作物との表示をしたこと、⑤最初の訴答で抗弁が利用可能であると主張したこと、⑥最初のディスカバリーの開示の間にその基礎を示していることを要件として、損害賠

は本論文の示した考察で説明しうることになる。

(127) 前述のアップル・サムソン事件の控訴審は、原審の判断に比べると、定型的・画一的な基準で権利濫用にあたるかを判断していると指摘されており（たとえば、鈴木将文「標準必須特許の権利行使をめぐる法的問題」RIETI ディスカッションペーパー 15-J-061（2015年）25-26頁参照。）、特許において定型的に救済制限法理が採用された例といえるかもしれない。

(128) そのような提案をなしたものとして、島並良「知的財産権侵害の差止に代わる金銭的救済」『知的財産法の新しい流れ 片山英二先生還暦記念論文集』（青林書院、2010年）678頁。

(129) Report on Orphan Works (2006) (<http://copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>)

(130) 上院（The Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008, S. 2913）及び下院（The Orphan Works Act Of 2008, H. R. 5889）にそれぞれ独立に提出された。概要については、さしあたり前掲注(88)報告書134-137頁〔前田健〕参照。

(131) 前掲注(102)報告書50-71頁。

◇第1部◇ 権利の権限と利用許諾

償請求権を「合理的な補償」に限定し、差止請求権も将来に向かってのみに限定するというものである。「合理的な補償」とは、合理的ライセンス料にはほぼ相当するものであり、法定損害賠償などはいかなる場合でも受けることができない。また、差止の対象は将来の出版や増刷に限られ、現在ある複製物の頒布等には及ばない。二次的著作物である場合は、それが著作者である著作権者の名誉声望を害する場合等を除き、一切の差止請求権を行使できない。

この法案は、権利者には自らの所在を明らかにする努力を図ること、利用者には権利者の発見に相当の努力を図ることを課しつつ、救済制限を認めるものである。利用者の視点からすれば、事前に手続を履践すれば、一種の法定許諾を得たのと同じ状態となり、著作物の利用を行うことができる。権利者の視点からは、法定許諾は成立してしまうが、事後的に権利行使を望めば将来に向かった差止請求権は認められているので、二次的著作物による利用の場合を除いた全ての場合について、オプト・アウトの権限が与えられているといえる。

このアメリカ法案の特徴は、権利者が現れるまでは、利用者は対価の支払いが必要ないことである。拡大集中許諾、我が国の裁定制度にある利用料の過剰徴収の問題はクリアできている。また、拡大集中許諾のように、非定型的利用に対応できないという問題も少ない。一方で、著作権者に権利行使の努力義務として高度なものを要求していると指摘できるが、その代わりにオプト・アウトがかなり広範に認められているといえる。

(3) オプト・アウト可能な強制許諾・拡大集中許諾

前述の通り、権利者不明著作物に対する対策として、各国において、拡大集中許諾制度、裁定のような強制許諾制度が検討・利用されている。この制度には、権利者によるオプト・アウトを組み合わせられることが多い。所在等の不明な権利者に対し、強制許諾という権利制限の負担が重すぎないかは議論の余地があるところ、不満があればオプト・アウトの権限を与えることで、強制許諾を正当化できるのである。また、ここで重要なのは、強制許諾が所在を明らかにしない場合のペナルティ・デフォルトとしての位置づけを有することである。したがって、オプト・アウトを認めることで、権利者の権利を大幅に制限することが正当化され、権利行使を積極的に行おうとしない権利者に権利行使をしようとするインセンティブを与え、利用者側からアクションでは実現が難しいタイプの取引費用の削減を実現させる効果があるといえる。

我が国の権利者不明等の場合の裁定制度(67条)では、オプト・アウトは導入されていないが、欧州の拡大集中許諾制度では非構成員に対して一定のオプト・アウトが導入されている。ただ、すべての場合でオプト・アウトが認められているわけではない。スウェーデンでは、有線再放送を除くすべてのECL規定でオプト・アウトが認められているが、ノルウェーでは一次放送及び放送機関におけるアーカイブ利用を除くほとんどのECL規定においてオプト・アウトは認められていない⁽¹³²⁾。フィンランドでは、教育目的の写真複製・有線再放送を除くすべてのECL規定でオプト・アウトが認められており、デンマークではおよそ半分のECL規定でオプト・アウトが認められているとされる⁽¹³³⁾。英国では、権利管理団体へのECLの許可の際に示されたオプト・アウトの仕組みに従って、非構成員はオプト・アウトできるとされている⁽¹³⁴⁾。アメリカの2015年報告書における救済制限では、すべての場合にオプト・アウトが認められている⁽¹³⁵⁾。

権利者不明著作物の問題の核心は、その名の通り権利者と利用者が出会うことができないことである。したがって、その点においては権利者が現れた時に権利制限を継続する理由はなく、オプト・アウトは合理的である。一方で権利者不明著作物に係る権利制限は、大量の画一的処理によって取引費用を劇的に下げる効果、公益性のある利用において権利者と利用者のみでは適切に利用許諾が成立しないという問題を解決する効果などもある。このような権利者と利用者が単に出会うことができないことに還元しえない取引費用の問題が大きい場合には、オプト・アウトを認めないという選択肢も合理的である。

(4) ライセンス優先型権利制限

① ライセンス優先型権利制限とは

前述のように⁽¹³⁶⁾、スタンダード型の権利制限規定を作り、権利者にペナルティ・デフォルトとしての権利制限を見せることは、当事者の交渉をより促進させる場合がある。

(132) 前掲注(88)報告書96頁〔小嶋崇弘〕。

(133) 前掲注(88)報告書96頁〔小嶋崇弘〕。

(134) 作花・前掲注(96)59-60頁。

(135) 前掲IV 3(2)②参照。

(136) 前掲III 2(2)②参照。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

たとえば、授業の過程における使用に供することを目的として、35条1項に準じる形で著作物の公衆送信を行うことを可能とする権利制限規定を創設することを考えてみる。このとき、「著作権者の利益を不当に害しない」という要件には解釈の余地があるが、適法であることが確実な利用についてはこの規定の創設により利用が促進され、また、それがグレーな領域についても、互いにリスクを軽減させるために権利者と利用者との合意形成が促進され、適宜利用が促進される場合があることが期待できる（ただし、両当事者がリスク回避的であることが前提になるかもしれない⁽¹³⁷⁾）。ただ、ここで最終的なゴールとして、無償の利用ではなく、有償な利用が図られることを理想と考えている場合、上記でされる合意というのはあくまで無償で使える領域の確定であって、ライセンス契約合意の促進まではうまく至らないかもしれない。権利制限のある分野では、ライセンスは不要なので、ライセンス・スキームの発達が進まない可能性があることが指摘されている⁽¹³⁸⁾。

そこで、最近注目を集めているのが、ライセンス優先型の権利制限規定である⁽¹³⁹⁾。ライセンス優先型権利制限規定とは、一定の範囲の著作物の利用につい

(137) なお、この点に関して、前掲注(35)平成23年著作権分科会報告書37-38頁では、権利者から、権利制限の一般規定を導入することにより「居直り侵害」が蔓延するという指摘がなされているとされている一方で、それはある程度解消されうるものと考えられ、この指摘があることを理由に、直ちに権利制限の一般規定の導入の必要性それ自体を否定するのは適当ではないとされている。たしかに、権利者の言う通り、利用者の遵法意識が低く、かつ、権利者の権利行使が難しい場合、権利制限規定の創設を奇貨として侵害行動を増長させる場合がないとは言えない。しかし、利用者も侵害責任を問われるリスクを考えるので、むやみに居直り侵害をするとは限らない。

(138) 今村哲也「教育機関における著作物の自由利用とライセンス・スキームとの制度的調整について——イギリスを例として」文化審議会著作権分科会・国際小委員会第1回(2014年9月10日)資料5、1頁。また、同6頁は、30条、35条などの著作権の制限規定により許される複写行為が、集中管理を大きく発展させていく上での足かせになっているという側面も否定できないのではない、技術の発展によって時代遅れとなった広範すぎる著作権制限規定が、集中管理等によるライセンス制度の発展を妨げており、それによって情報財の過少利用が生じているという見方もひとつの考え方として可能かもしれないと指摘する。また、後述の通り、著作権法37条3項、37条の2は、ライセンス優先型権利制限の1種を導入したものと位置付けられるが、これは、単純に権利制限を認めると、権利者が著作物を提供するインセンティブを損なうおそれがあることがその理由の1つであると説明されている(加戸・前掲注(104)295頁、池村・前掲注(59)34頁)。

(139) 今村・前掲注(138)は、許諾権を正面から認めながら、ライセンス・スキームが実現されるまで、言い換えれば、市場の失敗が補整されるまでの過渡的な制度調整という意味

て、利用者による自由使用をデフォルト・ルールとしつつも、権利者によって当該著作物の利用に係る市場の失敗がある程度解消されたとき（「ライセンス優先型」の用語を用いたが相対のライセンス市場の整備には限らない）には、原則通りの権利行使を可能とする制度である。これは、取引費用の問題があるときに、権利者の側にライセンス体制の整備などのそれを解消する措置を行う義務を課し、それが果たされない限り自由使用を認める権利制限を課するという制度であるといえる。

② ライセンス優先型権利制限の実例と立法形式

この制度を具体的にどのように実現するかには、様々な方策があり得る。端的にこれを導入しているものとして、英国法の著作物の教育利用に関する権利制限規定をあげることができる⁽⁴⁰⁾。2014年改正後の英国著作権法、35条（教育機関による放送の録音・録画）の4項及び36条（教育機関による著作物の抜粋の複製及び使用）の6項は、「本条で許諾される行為であっても、その行為について許諾を得ることが可能であり、かつ、その行為に責任を有する教育機関が当該事実を知っていた又は知るべきであった場合にはその行為は許諾されず、またはその限度において許諾されない。」と定めている⁽⁴¹⁾。これは、ライセンス体制を権利者が整備すれば、利用者が過失なくそのことを知らなかった場合でない限り、権利制限規定は適用されないというものである。また、我が国の著作権法37条3項但書、37条の2但書は、視覚・聴覚障害者のための複製等の権利制限を定めるが、当該著作物について、著作権者等により、障害者が利用するために必要な方式による公衆への提供又は提示が行われている場合は、この限りでない⁽⁴²⁾と定めている。これは、権利者等が必要な方式でいわゆるバリアフリー出版を行っている場合⁽⁴³⁾には、権利制限規定を適用しないというものである。

における「柔軟な制限規定」という方策も、今後、検討に値すると指摘する。

(40) 平成26年度文化庁委託事業（情報化の進展に対応した著作権法制の検討のための調査研究事業）「ICT活用教育など情報化に対応した著作物等の利用に関する調査研究」（株式会社電通、2015年）61-78頁、作家文雄「英国・2014年著作権法改正（制限規定の整備）の背景と制度の概要〔後編〕」コピーライト645号（2015年）28頁参照。

(41) 原文は、Acts which would otherwise be permitted by this section are not permitted if, or to the extent that, licences are available authorising the acts in question and the educational establishment responsible for those acts knew or ought to have been aware of that fact. 日本語訳は、前掲注(140)報告書160、164頁によった。

(42) 条文は、「利用するために必要な方式」で出版等をしている場合には適用されないということであるが、立法当時の説明によれば、たとえば、CDによるオーディオブックを使

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

このように、著作権者に一定の取引環境の整備を履践することを要求し、それが果たされない限り自由使用を認めるという形で、ライセンス優先型権利制限規定を設けることができる。

また、ライセンス優先型権利制限であることを明文で定めず、たとえば、スタンダード型の権利制限規定の解釈の中で、権利者が取引環境の整備をなしていることを考慮要素に盛り込むということもありえる。たとえば、フェア・ユースに関し、Texaco 判決は、集中許諾の仕組みが整備されていたことを理由に、企業の図書館における研究目的の科学技術論文の複製は、フェア・ユースにあたらないと判断している⁽⁴⁴⁾。日本法においても、35条1項などにある「著作権者の権利を不当に害しない」という要件の解釈として、たとえばライセンス体制を整備していない時には、自由に使用されても著作権者の利益は不当には害されていないという解釈論を採用することは、明確性等に問題は残るとしても、選択肢としては否定されないであろう。

③ ライセンス優先型権利制限の運用方法

どのような場合にライセンスが「優先」され、権利制限が外れるかは制度設計のやり方として種々考えうる。このような規定の目的は、権利者に取引環境整備のインセンティブを課すことが目的なので、ある程度高い義務を課さないと制度の意味がない一方で、利用者による制度の濫用を防ぐことも必要である。そのバランスの中で求められる要件の程度が決まる。すでに強調してきているように、権利者と利用者が契約を結ぶことが単に可能になっただけでは、十分に取引費用の問題が解決されているとはいえない場合も多く、利用者の求める利用について適切な価格により提供されることが必要であり、特に利用に公益性があるときにはその価格が高すぎないかに注意する必要がある。

いたいときに、不便なカセットテープによる提供しかない場合でも、必要な方式により提供はされているということで、権利制限の対象にはならないとのことである（文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成21年改正について）」コピーライト585号〔2010年〕30頁）。媒体が異なる場合は別方式であるとして、この結論を疑問視する見解もある（池村・前掲注(59)35頁）確かに立法担当者の説明のように、まさに需要のある方式で提供されていなければならないとすると権利者に課す義務が高すぎる場合もあるだろうが、設例のような事例では、実際には市場の失敗はまったく解消されていないともいえるので、池村の批判が正当であろう。

⁽⁴⁴⁾ American Geophysical Union v. Texaco, 60 F. 3d 913 (2d Cir. 1995). 本事件に関しては、消尽としての権利制限の文脈でもすでにふれたので、前掲注(49)の記述も参照されたい。

また、ライセンス優先型権利制限規定は、権利者不明著作物対策として利用することが可能である。権利行使しようとしなない権利者に対しては自由使用を甘受させ、そうでない権利者に対してのみ権利行使を認めることで、権利者不明著作物の利用が促進される一方で、権利者には権利行使のインセンティブが与えられることになる。特に、権利行使可能であることの要件となるライセンス体制の整備を、権利者が集中許諾システムを整備したことだとしてしまえば、拡大集中許諾に似た制度として運用することも可能になる。この場合、集中管理団体の構成員たる権利者とそうでない権利者の扱いとに大きな差が出ることになる。これを正当化できるかは場合によるが、公益性のある利用の場合、利用者が一部の利用の対価を負担しなくなるため、払う利用の対価の1つ1つが公益的なものとしては高すぎたとしても、平均的には適切な水準まで負担が下がることを期待できるメリットがあり、かつ、権利行使を積極的にしようとしなない権利者に負担を甘受させることの説明もつけやすいということを指摘することはできよう。

V 著作権の取引と刑事罰

(1) 著作権侵害罪の保護法益

最後に、上記の検討を踏まえて、著作権侵害に対してどのような刑罰を科すべきかということについて簡単に検討しておきたい。

刑罰法規の基本的役割は、法的に保護に値する利益（法益）の保護を目的とし、法益を侵害し又は法益侵害の危険をもたらす行為を犯罪として禁止・処罰することである（「法益保護主義」⁽⁴⁴⁾）。しかし、法的保護に値する利益であれば、すべて刑罰法規により保護されるわけではなく、刑罰は、他の保護手段では法益保護のために不十分なときにのみ最後の手段として用いられるべきであり（刑法の補充性）、処罰が必要かという観点から、限定された範囲の行為だけが、部分的・断片的に犯罪とされる（刑法の断片性）⁽⁴⁵⁾。たとえば、債務不履行は、債権者の正当な利益を侵害するものであるが、一般的に犯罪とされていないのは、債権者に対する保護は民事的な救済で足りると解されるからである⁽⁴⁶⁾。

著作権侵害罪において、刑罰を用いなければ保護できないとされる法益とは

(44) 山口厚『刑法（第3版）』（有斐閣、2015年）5頁。

(45) 山口・前掲注(144)6頁。山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣、2007年）5頁。

(46) 山口・前掲注(145)5-6頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

何なのか。

この点については、2つの考え方がある。1つ目は、著作権者のもつ経済的利益そのものが保護法益とみる考え方である。もう1つは、著作権をめぐる取引の秩序を保護法益と見る考え方である。現行法の規定は、基本的に前者の考え方をとっていると思われ、伝統的にはこの考え方は支持されてきた⁽⁴⁷⁾。ただ、この考えの中にも、刑罰によってまで保護すべきなのは、著作権者の経済的利益は社会秩序を構成しているからだという説明が当初から見られている⁽⁴⁸⁾。

事前許諾の原則が不動だとするならば、2つの考え方を区別する意味は大きくはない。なぜなら、著作権侵害行為は、著作権者の私益を侵害するものであると同時に、常に事前に許諾を得ない限り著作物利用行為を始めてはならないという取引秩序を侵すものであるからである。しかし、事前許諾の原則を放棄するのであれば、著作権者の許諾なしに著作物の利用を行うことは、著作権者の正当な経済的利益に対する侵害であることは否めないが、常に取引の秩序を破壊するわけではないということになる。本稿では、無許諾の著作物の利用そのものが直ちに取引の秩序を破壊するとはいえないという考え方を提示してきた。この考え方によるならば、立法論としては、著作権をめぐる取引の秩序を保護法益と解して、刑事罰の範囲はそれを破壊する行為に限定して解するという立場も十分に成立すると考えられる。

(2) 刑事罰により抑止すべき行為

また、刑罰の機能論に関する法と経済学の観点から以下のような洞察を加えることもできる。

一般に、刑法は、それを用いなければ適切に抑止できない行動を抑止するた

(47) 伊藤榮樹=小野慶二=莊子邦雄編『注釈特別刑法 第四卷 労働法・文教法編』(立花書房、1988年)〔香城敏磨〕837頁は、保護法益は、著作権などの権利だとする。

(48) 加戸・前掲注(104)815頁は、著作権者の経済的利益が保護法益であるとしているが、単に個人的な法益すなわち生活利益にとどまらず、社会的な法益即ち法秩序と観念すべきと述べている。金子敏哉「著作権侵害と刑事罰」法とコンピュータ 31号(2013年)100頁は、起草担当者によるこの記述の趣旨は、窃盗罪等と同様、著作権侵害罪も一義的には個人的な法益を保護するが、ただ特定の権利者のみを保護するものではなく社会全体において著作権侵害を抑制することで適切な社会秩序を形成するとの趣旨と理解されたとする。

めに必要なのだと説明されている⁽¹⁴⁹⁾。すなわち、民事的救済(差止、損害賠償)によつては、当該著作権侵害行為を社会的に最適なレベルにまで抑止することができないときに、刑事罰の発動が望まれるのである。抑止に刑事罰が必要か否かは、金銭的サンクションでは不十分かどうかが重要で、犯罪者の資産水準、行為を発見できる確率、行為から得られる私的便益の程度、行為が実行されることによる損害の大きさの期待値、が考慮要素となる⁽¹⁵⁰⁾。また、民事的な金銭的サンクションではなく、罰金という刑事的な金銭的サンクションを課すことの意味は、犯罪というラベリングにより社会的サンクションに基づく抑止効果を高める意味があると説明される⁽¹⁵¹⁾。

この説明によれば、殺人行為によつてもたらされる損害の期待値は甚大で、発見の確率も高くなく、行為者は資力が低い傾向にあるので金銭的サンクションが抑止の意味がなく、また、殺人者が殺人から得る便益は大きいと思われるので、刑事罰により抑止する必要がある⁽¹⁵²⁾。また、未成年者への酒類の提供に罰金刑が課される⁽¹⁵³⁾のは、その発見が難しいからであると同時に、刑罰とラベリングされることによる抑止効果を狙っているのである⁽¹⁵⁴⁾。

以上によると、著作権侵害行為が、原作のまま有償著作物等の全部を公衆に提示・提供する海賊行為によつて行われる場合には、それに刑事罰を科すことは十分正当化できるとと思われる。海賊行為による場合、著作権者の現に有する市場に大きな損害を与え取引の秩序を破壊すると同時に、侵害者を発見しサンクションを課することが難しい場合も多く、侵害者の特性からして金銭的なサンクションが意味をなさない場合も少なくない。そして、侵害者がそこから大きな便益を得ている場合も多いので、刑事罰によらなければ、適切に抑止できない場合も多い。また、119条3項の定めるいわゆる違法ダウンロードに対する

(149) シャベル・前掲注(13)631頁。

(150) シャベル・前掲注(13)631-633頁。

(151) シャベル・前掲注(13)635頁。アメリカでの議論であるが、我が国においてもその論旨は妥当するだろう。

(152) シャベル・前掲注(13)634頁。

(153) これは、米国の法律を念頭に置いた議論であるが、我が国でも未成年者飲酒禁止法3条1項において、1条3項(営業者ニシテ其ノ業態上酒類ヲ販売又ハ供与スル者ハ満二十年ニ至ラサル者ノ飲用ニ供スルコトヲ知りテ酒類ヲ販売又ハ供与スルコトヲ得ス)に違反した者は50万円以下の罰金に処される。

(154) シャベル・前掲注(13)635頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

刑罰も、海賊行為の対向行為と評価できるうえ、1つ1つの行為は小さいがそれが集積すればその損害が必ずしも軽微とはいいがたく、発見は極めて困難であり単なる金銭的サンクションの有効性も疑わしいとすると、その濫用の危険や懲役刑が相当かどうかは別論としても、少なくとも罰金刑により刑罰とラベリングすることによって抑止効果を狙うことは正当化する余地があるように思われる⁽¹⁵⁵⁾。

一方で、自由に利用できるかどうかグレーな領域（利用が寛容されている形式的には侵害が明白な領域も同様である）において著作物を利用する行為の場合、もともと著作権者がその市場をすでに開拓しているわけではなく、また、事前許諾の原則が妥当しないのであれば、現に有する市場に対する損害も事前に意思決定の機会を奪われたという損害もないのであるから、取引の秩序に対する侵害はなく損害の程度は大きいわけではない。また、こういった著作権侵害行為を犯すのは、決して反社会的な存在とは言えない主体であることも多いので、民事的救済が有効に作用することにも十分期待することができる。このような例として具体的に考えられるのは、いわゆる二次創作、あるいはもっと広く、既存の著作物を利用した創作活動が挙げられよう。このような創作活動の場合、それが個人によって行われるときには発見が難しいということはあるが、損害は軽微なため、刑事罰をもって抑止すべき必要性はない。もし、それが商業的主体によって行われる場合、損害が小さくない場合もありうるが、金銭的抑止が極めて有効に作用すると考えられるので、いずれにしろ、創作活動的な利用に刑事罰を科す必要性は認められないように思われる⁽¹⁵⁶⁾。

(155) 119条3項の立法に対しては、日弁連から反対の声明が発せられ、参議院文教科学委員会においては、警察の捜査権の濫用やインターネットを利用した行為の不当な制限につながらないよう配慮することなどの付帯決議がなされている（平成24年6月20日）。また、青少年が当該行為の主体となる場合も多いと予想され、青少年に刑罰を科すことが適当かどうかは慎重な配慮が必要なことはいうまでもない。改正法附則第7条2項においても、未成年者に対する啓発の義務が国及び地方公共団体に課せられている。以上につき、池村＝壺貫田・前掲注(38)189-196頁参照。

(156) 「環太平洋パートナーシップ（TPP）協定に伴う制度整備の在り方等に関する報告書」（文化審議会著作権分科会、平成28年）によると、TPPを受けて非親告罪となる著作権等侵害行為は、①「侵害行為の対価として利益を受ける目的を有している場合や、著作権者等の利益を害する目的を有している場合であること」②「現に市場において権利者により有償で提供又は提示されている著作物等」であること、③「原作のまま」利用する行為、かつ、「著作権者等の得ることが見込まれる利益が不当に害されることとなる場

VI おわりに

本稿では、従来の著作権法の根底にある設計思想について分析し、新たな時代の変化を受けて、その設計思想をどう変化させ、また、具体的にどのように著作権法を設計していくべきなのかについて検討してきた。

著作権法は、権利の対象となる著作物の「利用」行為を個別的に指定し、著作物の利用には事前の個別の許諾が必要だという原則を採用している。一方で、この原則の前提とされてきた取引環境は、支分権該当行為の社会的意味の変質、軽微な著作物利用が伴う機会の増加、著作物の流通・課金形態の多様化、権利者・利用者集団の増加・多様化などの変化に伴い、崩されてきている。これに対処するには、さしあたり現行法の枠組みを最大限尊重すれば、権利制限規定を見直し自由使用の領域を拡充すること、および、著作物の利用の許諾にかかる市場の失敗を解決する集中許諾、法定許諾、強制許諾などの手段を適宜に選択していく必要があるといえる。

著作権法において著作権を制限し自由使用を認めるべきといえるのは、それが著作物を経済的に利用する行為とはいえない場合のほか、市場の失敗があるときに利用許諾を代替するものとして権利制限を認めるべき場合である。著作物を経済的に利用するとは言えない行為の多くが権利対象とされてしまっている問題は大きいといえ、経済的利用があるときでも、利用に権利者と利用者の利益に還元できない利益（公益性があるときといってよい）があるときには市場の失敗の解消を望むことは難しく、積極的に権利制限を認めるべき場合が多いといってよい。また、市場の失敗の重要な一類型として、著作物の対価の回収をある一点に集中するスキームを構築させるため、消尽と同様の根拠によって権利制限を認めるべき場合もある。すでに別のところで対価を回収済みと評価できるような著作物の利用行為は、積極的に権利制限の対象とすることが著作物の流通を促進する場合もあるといえるだろう。

以上のような根拠で正当化される権利制限を、どのような立法形式により制定すべきか議論の分かれるところである。いわゆるルール・スタンダード論に依拠すると、現状では、過剰・過少規制の問題が大きく取引環境の変化が多いことに照らせば、よりスタンダード性の高い規定を権利制限規定に導入する

合」であることの3要件を満たした場合のみ非親告罪の対象となる。本稿の主張は、これ以外の場合が非親告罪とならないことはもちろん、将来的には、そもそも刑事罰を科す必要がおよそない可能性をも検討すべきということである。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

ことが望まれる。一方で、ルール型規定がよさを発揮する場面もあり、両者を適切に組み合わせていくことが必要である。

一方で、市場の失敗を解決する手段は、自由使用を認める権利制限を導入することに限られない。拡大集中許諾を含めた集中許諾体制の整備、法定許諾、強制許諾の拡充なども選択肢となる。著作権者の利益を考えれば、著作権者に対価のわたるこれらの選択肢の方が望ましい場合もある。これらの手段の選択に当たっては、取引費用がどの点において減少され市場の失敗を解決しているといえるのか、特に設定される利用料が過大・過少ではないかという点に気を配る必要がある。加えて、権利者のオプト・アウトを積極的活用することなどにより、当事者に取引費用を削減する義務を課すという選択肢も検討すべきである。

著作権法の究極の目的は文化の発展であり、著作権法においてそれは、著作権者に正当な対価を還流させることにより創作のインセンティブを確保して文化的所産の創作を奨励しつつ、その利用・享受が円滑に進む体制を整備するという手段によって達成されている。本稿は、著作物の利用をより円滑に進めるために、著作権法がどのような仕組みを採用してきたかを明らかにすることをその目的としてきた。本稿の議論が、著作物の利用円滑化をめぐる議論に理論的基礎を与えることができることを願ってやまない。

[付記] 本稿に対しては、上野達弘教授、金子敏哉准教授を始めとする「コンテンツの創作・流通・利用主体の利害と著作権法の役割」研究会のメンバー各位及び田村善之教授から貴重なご指摘をいただいた。また、同志社大学知的財産法研究会において本研究について報告する機会をいただき、そこでの議論から貴重なご示唆をいただいた。ここに記して感謝申し上げる。