

第 4 章

大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大 ——著作権法（個別制限規定）の没落と自生的規範の勃興——

潮海久雄

I はじめに

1 問題の所在

大量デジタル情報を利用する局面において、なぜこれだけ著作権法（とりわけ著作権の個別制限規定）からはずれた、さまざまな制度や規範が発達しているのだろうか。たとえば、大量デジタル情報の私的複製が問題となる局面においては、情報契約⁽¹⁾のほか、音楽配信などにみられる定額配信（subscription）など、自生の契約規範やビジネスモデルが発達している。孤児著作物やデジタル図書館において、アメリカでは、opt out 制度⁽²⁾がフェアユースとして認められ、欧州でもその多くが opt-out 方式である拡大集中制度などが発達している。さらに、近年、アメリカの連邦巡回区裁判所が、JAVA の API（アプリケーションソフトインターフェース⁽³⁾）の非文字要素（non-literal）である構造・配列・組織（SSO）⁽⁴⁾に著作物性を認めたのに対して、その SSO の大部分を利用してアンドロイドを開発した Google の行為は、連邦地方裁判所の陪審団によってフェア

(1) 情報契約（シュリンクラップライセンス契約やクリックオンライセンス契約）は、ソフトウェアや、デジタルコンテンツの売買や視聴サービスにおいて約款のように用いられ、著作権者とユーザー間の権利関係を規律し、著作権法の規律（特に個別制限規定）がオーバーラールされるという問題が生じている。拙稿「デジタル情報契約と著作権法の関係：序章的考察」L & T 24号（2004年）26-35頁。

(2) 著作権法上の opt-in の原則のもとでは、利用者側が著作権者に対して著作権者の利用許諾を求めることが原則であるが、opt-out 制度では、逆に、著作権者側が利用者（Google など）に利用許諾しないことを告知（notice）しない限り、原則として、利用者は著作権者から利用許諾を得ることなしに著作物を利用できる。

(3) プログラムが相互にやりとり（communicate）することを可能にするインターフェースの仕様（specification）。

(4) Structure, Sequence, Organization の略。CAFC はこの SSO に著作物性を認めた上で、フェアユースの判断について連邦地方裁判所に差戻していた。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

ユースと解され、SSOの著作物性を否定したに等しい結果となっている。

これを裏からみると、なぜこれだけ著作権法が事前に定める個々の制度（著作権の個別制限規定、裁定利用許諾制度、私的録音録画補償金、集中管理制度など）が軽視されるのだろうか。

この誰もが抱く疑問に、著作権法学はほとんど答えてこなかった。

とりわけ、前者の自生的規範では、デジタル情報の大量複製が、フェアユース規定により正当化されている点が目をひく。このフェアユース（著作権の一般制限規定）の立法が主張されて久しい。しかし、わが国の著作権法学は、著作権法の文言解釈や立法の仕方について述べるか、断片的にアメリカの裁判例を検討するだけであった。これでは説得力がなく、立法事実がないといわれても仕方がないだろう。実態として、アメリカのフェアユース規定が、どのような事例にどのように適用され発展し、どのように機能しているか、ひいては、デジタル経済においてどのような役割を果たしているかを論じてはじめて、その意義が説得的なものになると思われる。

本稿は、大量デジタル情報の利活用、および、それに対するアメリカ著作権法の姿勢を、フェアユース、電子図書館、クラウドをはじめとする著作権の侵害主体の問題、集中管理団体などの諸課題を検討することをおして、冒頭の疑問を少しでも明らかにしようとするものである。そのような考察は、デジタル時代においてその地位が低下しつつある、情報財保護としての著作権法の役割を再考することにつながってこよう⁽⁵⁾。

結論の先取りになるが、筆者は次のように考えている。著作物の取引費用を節減するために用意した著作権法上の諸制度が硬直的で、デジタル経済の変化についていけず、必ずしも社会的厚生 of 最適の均衡点でなくなっている。これに対して、アメリカのフェアユース規定は、アメリカのデジタル経済や媒介者の発達、ひいては自生的規範の発達に大きな影響を与えてきた。そして、近年、著作物の利活用の理由やフェアユースの機能が、著作物の取引費用を節減する目的だけでなく、プラットフォーム等の媒介者が積極的外部性（市場の拡大や公共財の提供）をもたらす目的に変化していると考えられる。この点について、かつて、筆者は、著作物を創作する著作権者と、著作物を流通・利用させる媒介者

(5) 拙稿「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——notice および Google Book Search Project における opt-out 制度を中心に」筑波法政 46号（2009年）21頁（以下、拙稿・サーチエンジン・筑波法政 46号）。

(利用主体)の協働が重要であることを指摘した⁽⁶⁾。本稿では、さらに、フェアユース規定が、いきすぎた著作権保護や自生的規範に対する公正さを担保する役割を担うことを予想している。本研究は、私的複製、侵害主体、電子図書館、ソフトウェア (SSO)、クラウドなどの局面において生成している自生規範、および、フェアユース規定が果たしてきた役割について順次検討し、その背後にある法政策を明らかにし、フェアユース規定の導入を基礎づけたい。

2 視 角

1 にあげた、自生的規範の普及を主張する側も著作権法上の制度の介入を主張する側も、単に著作権の制限だけではなく、デジタル化された著作物をライセンスしたり、その利用を促進する仕組みが必要であるという点では一致している。著作権者も著作物の利用者も多数にのぼるため、著作権者と利用者とのライセンス交渉の取引費用を節減する必要がある。このような取引費用節減の目的のために、個別制限規定 (私的複製の制限など) だけでは足りず、なんらかの媒介主体が必要である。この媒介主体には、伝統的な媒介者 (出版社、音楽出版社、映画会社)、インターネット上の媒介者 (プロバイダ、プラットフォーム企業) のほか、規制をとおして一部国が関与する、著作権管理団体、著作権取引所、登録制度などさまざまなものがある⁽⁷⁾。

しかし、大量のデジタル情報としての著作物を利活用するために、著作権法上の制度がどの程度介入し、それが有効に機能するか (著作権法の制度によるのか、自生的規範によるのか)、ひいては、これら著作物利用のための制度の主たる根拠は何か (取引費用の節減か、積極的外部性の重視か) により、著作権法による規律と現実が以下のように大きく乖離している。

これまでの著作権法学説が唱えるのは、著作権者も利用者も多数で取引費用がかかり、放っておくと著作物の利用がなされず市場の失敗が生じるため、著作権に関する取引費用を節約するべく、著作権者と利用者をつなぐ制度 (著作権の個別制限規定、集中管理団体、裁定利用許諾、私的録音録画補償金) が必要とする。

しかし現実には、大量デジタル情報については、私的利用を中心とした市場

(6) 拙稿「私的複製の現代的意義——私的録音録画補償金制度からライセンスモデルへ」著作権研究 40 号 (2014 年) 69 頁。

(7) なお、本稿では、媒介者が関与する侵害主体の問題などについて、著作者・著作権者を X、媒介者を Y、直接侵害者 (利用者) を A と表記することがある。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

の成長により媒介者（プラットフォーム企業など）が発達し、著作権法の個別制限規定とかけ離れた自生的規範が発達している。たとえば、ソフトウェアやテレビ視聴サービスにおける情報契約、音楽の定額配信（subscription）などのサービス、電子図書館においては欧米では著作権法の原則（opt-in）と離れたopt-out制度などが発達している。

さらに、著作権法が介入して形成された集中管理団体が、大量デジタル情報の処理で成功した例は少ない。アメリカでの成功例とされるものも、分野を限定し、支分権が少なく、かつ、利害関係者が少なく（権利者と主なラジオ局などの利用主体など）、その大部分が集中管理団体に参加し、しかも、民間の優れた媒介者が関与している、という幸運な事例しかない。むしろ、著作権法の介入が少ない国（アメリカ）の市場は成功し、著作権法以外の多様な自生的規範が発達している。

このようなデジタル経済の現状をみると、失敗しているのは、「市場」ではなく、むしろ個別制限規定などを定める「著作権法」の方ではないだろうか。このままではデジタル経済においては、個別制限規定によるリスクをおそれて、わが国では誰もビジネスを立ち上げなくなるか、逆に、誰もが著作権法を無視、ないしあてにしないおそれがある。「市場の失敗が生じているから著作権法が介入する」というこれまでの著作権法学の発想を再考してみる必要があるのではないか。

3 以上の問題意識から、大量のデジタル情報の利活用に関する具体例として、デジタル著作物利用におけるアメリカ最高裁のフェアユースの法理の展開、Google Booksなどのデジタル図書館での自生的規範の形成、クラウドを素材に私的複製に関するビジネスモデルの発達の阻害、ソフトウェア（SSO）についてのフェアユース規定の適用を検討し（Ⅱ）、現行著作権制度への影響を論じる（Ⅲ）。

Ⅱ 具体例

1 アメリカのフェアユース法理のデジタル著作物利用における機能

(1) 1976年法のフェアユースの立法趣旨⁽⁸⁾——わが国と比較して

アメリカのフェアユース規定は、Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass.

(8) 松川実「特許のフェア・ユースと著作物のフェア・ユース(1)-(22)」青山法学論集 52

1841)の影響が強いとされている。1841年のFolsom判決は、ジョージ・ワシントンの手紙の抜粋を大量に引用した被告書籍(編集物としての百科事典)に著作権侵害を認めたが、結論に懸念を示し、なんらかの解決手段の必要性を示唆した。Story判事の判示部分には、現在のフェアユース規定の4つの要素、すなわち、被告が選択した性質と目的⁽⁹⁾(第1要素)、被告が利用した著作物の量と価値⁽¹⁰⁾(第3要素)、原告の著作物の販売・利益を減少させ、元著作物を代替する程度(第4要素⁽¹¹⁾)などの考慮要素の萌芽もみられる⁽¹²⁾。

この1841年の裁判例が、19世紀、20世紀のアメリカの判例法に影響を与え、アメリカの1976年法107条に成文化されたとされている。1841年のFolsom判決当時は、アメリカ著作権法の侵害行為は印刷、発行等で、編集・翻案は規定されていなかったが、その後、支分権および著作物の範囲が拡大し、保護期間も長期化したことから、Story判事の懸念がより切実なものとして考えられ、1976年にスムーズにフェアユース規定が導入されたのであろう。

これに対して、わが国の著作権法は、アメリカと異なり、広大な範囲の著作物性・支分権、長期の保護期間を、当然の権利(既得権)、ないしは憲法上の権利と考えており、フェアユース規定の導入を切実なものと考えない傾向にある。とりわけ、わが国では、フェアユース規定の立法事実がないとして立法化がなされていない。

しかし、知財高判平22年10月13日判時2092号136頁[美術鑑定書控訴審]⁽¹³⁾が、あえて「引用目的」を定義せずに拡大適用し、かつ条文の文言にない

巻3号(2010年)~57巻4号(2016年)(フェアユース規定を含む1976年アメリカ著作権法制定の歴史を詳述している)。

(9) Folsom判決では、本件は実質的な要約であり、被告による知的労働と判断がなければならぬとしている。

(10) Folsom判決では、被告が利用した部分は原告著作物の4.5%だったが、利用した部分が原告の重要部分であるとして、その質に着目している。

(11) 原告著作物は大人用、被告著作物は子供用であるが、部分的利用が積み重なり原告への大きな損害になることを危惧している。

(12) William Patry on Fair Use, West (2009), § § 1:20-1:23. 第2要素は、著作物の性質である。

(13) 偽造を防止するために絵画鑑定書の裏に対象絵画の縮小カラーコピーを添付した事案で、「引用の目的」を、その通常の引用の意味と異なる文脈で認め、その上で、引用の該当性の一般論の判断において、利用目的のほか、その方法・態様、被利用著作物の種類・性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度が総合考慮されるべきと判示し

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

考慮要素をつけくわえ、事実上、フェアユース規定を立法したに等しい解釈を行ったということは、わが国の裁判所も一般的制限規定（フェアユース規定）を立法してほしいというサインであり、Folsom 判決と比較しても、立法事実として十分であろう。また、わが国の裁判所は、引用（32条）の規定の解釈において、事情を総合考慮する経験を積んでいる（東京地判平13年6月13日判時1757号138頁〔絶対音感一審〕など）。

さらに、アメリカの1976年著作権法制定過程での議会資料によると、急速に将来の技術が発達している時代において、裁判所は、アメリカのフェアユース規定（107条）を、固定的なものではなく、さまざまな状況に適合させねばならないとしていた⁽¹⁴⁾。以下にみるとおり、著作物の利用技術や著作物の保護手段が急速に発達する現代においては、フェアユース規定は必要不可欠であろう。

(2) アメリカの近時の学説

近年のフェアユースに関する実証研究には、Beebe 論文⁽¹⁵⁾と Netanel 論文⁽¹⁶⁾がある。

Beebe 論文に示された、2005年までのフェアユースの裁判例の実証研究によると、第1要素も第4要素も等しく適用されている。そして、2005年以降も、下級審の事案では、市場の失敗以外はほとんど、著作権者の潜在的市場（第4要素）に影響を与えているため、侵害となっていたと評価している。

これに対して、2011年の Netanel 論文の評価によると、2005年が転換点であり、第4要素を重視する Harper & Row 判決および Sony 最判 (Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S.417 (1984).) は、その傍論で、「商業的利用の場合、公正な利用と推定されない」と述べているため、2005年以降引用されなかった。むしろ、第1要素を重視する Campbell 最判 (Campbell v. Acuff-Rose

た。

(14) H.R.Rep.No.94-1476 (1976), pp.5679-5680.

(15) Barton Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, 156 U.Pa.L. Rev. 549 (2008). 邦語訳として、城所岩生(訳)「米国著作権法フェアユース判決(1978-2005年)の実証的研究(1)(2)」知的財産法政策学研究 21号(2008年)117頁、22号(2009年)163頁。

(16) Neil Weinstock Netanel, Making sense of Fair Use, 15 Lewis & Clark L.Rev. 715 (2011).邦語訳として、石新智規ほか(訳)「フェアユースを理解する(1)(2)」知的財産法政策学研究 43号(2013年)1頁、44号(2014年)141頁。

Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)) が引用されている。つまり、第4要素(市場)が衰退し、第1要素(変形的利用)が勃興したと評価している。

本研究ではその結論に同意する。しかし、Netanelの論文は、2005年にフェアユースの重点が転換したのは、1988年の保護期間延長法(Sonny Bono Copyright Term Extension Act)を違憲としなかったEldred v. Ashcroft, 537 U.S.186 (2003)によるものであるとしている。特に、P2Pに関するGrokster判決にふれておらず、また、侵害主体の事例や近年のGoogle Booksの訴訟にもふれていない。さらに第4要素が没落したと評価したためか、変形的利用の法理がデジタルの複製の事例に修正されて適用されているのがなぜなのか、またなぜそれが許容されるかについて述べていない。したがって、Sony最判の意義づけをおこなっておらず、本稿の目的である、将来の市場や自生的規範についてフェアユース規定の果たす役割についても詳しく述べていない。

これに対して、Samuelson論文⁽¹⁷⁾は、フェアユース規定の裁判例を分野(cluster)ごとに分けて検討し、一定の法則や予測可能性が見出せるとしている。本節は、このアプローチから、近時のデジタル著作物の事例と著作権侵害主体の事例に焦点をあてる。その上で、デジタル著作物利用におけるフェアユースの変遷および自生的規範を承認する機能を検討し、その底流にあるアメリカ法の態度を考察したい。

(3) 裁判例の展開 — Sony最判とCampbell最判の展開

アメリカの著作権の侵害主体において問題となるフェアユースの法理は、主にSony最判(1984)とCampbell最判(1994)の2つの最高裁判決が引用されて、発展してきた。

Sony最判の多数意見は、Time shifting 目的のためにテレビ番組を録画するという消費的利用⁽¹⁸⁾の事例で、私的利用ならばフェアユースにあたるとした。他方で、Sony最判の少数意見は、107条の例示する使用目的に準じて、フェアユースの適用は最初の著作者より新しいものを公衆への利益として生み出す生産的使用(productive use)に限定され、複製の唯一の目的が消費的使用のよう

(17) Pamela Samuelson, Unbundling Fair Uses, 77 Fordham L. Rev. 2537 (2009).

(18) 元の著作物を新しい創作・翻案のために利用する生産的利用(productive use)、変形的利用(transformative use)に対して、元の著作物をそのまま複製して利用する意味で消費的利用(consumptive use)と呼ばれている。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

な非生産的使用の場合にフェアユースは適用されないとしている。

これに対して、Campbell 最判は、パロディの事例でフェアユースを適用した事例である。Campbell 最判は侵害主体の事例でも技術に関わる事例でもない。その上、Campbell 最判は、Sony 最判の多数意見と一見矛盾している。むしろ、Campbell 最判は変形的利用（第1要素）を強調している点で、Sony 判決の反対意見と近い⁽¹⁹⁾。もし Campbell 最判を反対解釈すれば Sony 判決のような消費的利用はフェアユースにあたらぬことになる。

このように、Sony 最判の多数意見と Campbell 最判は、みかけでは対立している。にもかかわらず、2005年の Grokster 最判以降の、著作権の侵害主体の事例に、事案に近い Sony 最判ではなく、事案から遠い Campbell 最判の変形的利用の法理が、修正されつつ適用されているのはなぜだろうか⁽²⁰⁾。この疑問を明らかにすることが、フェアユースの拡大適用に対する近時の批判への反論につながる。

(4) Sony 最判（1984）— Grokster 最判まで

まず、Sony 最判は、デジタルの著作権侵害主体に関して、ファイル交換ソフトを配信するサービスのみ提供した分散型の P2P⁽²¹⁾に関する Grokster 最判（2005）以前まで引用され、Sony 最判を基準に論じていた。Grokster の控訴審（第9巡回区裁判所）⁽²²⁾も、Sony 最判を拡大解釈して、非侵害用途が相当数あれば、著作権者が侵害用途を仮に立証しても製造者 Y は責任を負わないとした（一審の summary judgment を維持）。

しかし、Grokster 最判の多数意見（Souter 裁判官）は、控訴審および一審の各判決を批判し、Sony 最判を適用せず、本来の争点である、製造された P2P ソフ

(19) ただし、Campbell 最判は、107条の例示する使用目的は例示列举にすぎないとしている点で、Sony 最判の反対意見とは立場を異にしている。

(20) 以上の問題意識からアメリカの裁判例の流れを説明したものとして、前掲・拙稿注(5)サーチエンジン・筑波法政46号。

(21) サーバに負担を集中するのではなく、パソコンの利用者（クライアント）の側にシステムの管理をまかせ、負荷を分散し、安定して運用すべく、利用者同士でやりとりをするシステム。拙稿「著作権侵害の責任主体についての比較法的考察——P2Pの問題を中心として」筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設15周年記念論集『融合する法律学（下）』（信山社、2006年）705-771頁。

(22) Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 380 F.3d 1154 (9th Cir.2004).

トに相当数の非侵害用途がありうるかについて判断しなかった。そのかわりに、不法行為の法理から特許法の積極的誘引規定 (active inducement) (特許法 271(b)条) を借用している。もっとも、その論拠として、Sony 最判を別の形で引用している。すなわち、Sony 最判が、特許間接侵害の汎用品の法理 (staple article of commerce) を借用した点をあげている²³⁾。

その上で、もし本件事案においてソフトウェア提供者 (Y) に積極的誘引目的がない場合に、被告 Y の提供したソフトウェアに相当数の非侵害用途があり、Sony 最判の基準を満たすか、については、意見が 3 対 3 で分かれた (Ginsburg 判事の補足意見は Sony 最判の基準を満たさず²⁴⁾、侵害としたが、Breyer 判事の補足意見は、この基準を満たすとした)。

さらに、Breyer 判事の補足意見は、真の問題は本件が Sony 最判の基準を満たすかではなく、Sony 最判を修正ないし厳格に解して本件に適用すべきかであり、とりわけ、当時侵害用途が多かった P2P 技術にも非侵害用途が発達しつつあるという、将来の市場を考慮すべき点を指摘した。その上で、3つの理由で、Sony 最判に立ち入る必要はなく、立法による解決に委ねるべきとした²⁵⁾。

(5) Grokster 最判以降

Grokster 最判以後、インターネットにおける侵害主体や著作権の制限の事例では、主に Campbell 最判が引用されている。

敷衍すると、形式的には大量デジタルの複製の事例 (消費的使用の事例) にみえても、プラットフォーム Y 等による著作物の利用目的が、X (著作権者) の創作目的と異なれば「変形的利用」にあたる²⁶⁾として、「変形的利用」を広く定義

²³⁾ また、積極的誘引規定を適用するためには、製造者 Y による技術サポートや製品のアップデートのような通常の行為ではたりず、技術革新を妨げないように、Y には相当程度の意図を要するとした。その理由として、Sony 最判において、製造者 Y がユーザーの侵害利用を知らずながら教唆を認定しなかったこととのバランスを考慮している。

²⁴⁾ 正確には、相当な非侵害用途があるかどうかに関する重要な事実問題があるにもかかわらず、原審が一審の被告勝訴の summary judgment を維持したことは誤りであるとする。

²⁵⁾ 第 1 に、裁判官は将来の技術の実施可能性、商業的可能性について判断能力を有しないこと、第 2 に、Sony 最判の修正解釈が新しい技術の発達を著しく弱体化させること、第 3 に、P2P ソフトの提供者 Y 自身は違法複製を行っておらず、二次的責任は例外である。また、Sony 最判はしばらく法として通用していたことから、X (著作権者) の利益の変動が Y の技術的迂回による損失より重要とはいえない、と述べている。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

してフェアユース規定を適用している。Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003) (サムネイルの事案⁽²⁷⁾)、Perfect10 (サムネイルおよびインラインリンクの事案⁽²⁸⁾)、および、後述の Google Books の事案で、Campbell 最判が引用され

(26) もとの創作目的を単に取り替える (supersede) ことではないこと。

(27) 被告 Arriba のサーチエンジンが、検索したサイトのテキストそのものではなく、縮小したサムネイル画像およびアドレス等により表示したことに対して、自分の写真を書籍等に掲載していた写真家の原告が訴えた事例である。第9巡回区裁判所は、公正使用について以下のように述べた。第1要素の判断において、Campbell 最判を引用し、被告の使用の目的と性質は、映像が最初につくられた用途と大いに異なり、サムネイル索引の性質は美的なものではなく機能的なもので、芸術的ではなく包括的である。第2要素については、本件は芸術的著作物でフェアユースに不利に働く。また、第3要素についても、原告の映像のサイズを縮小し、サムネイルは使用できる映像まで拡大できないが、普通サイズの映像も表示しているため、フェアユースに不利に働く。第4要素については、Campbell 最判を引用し、原告の写真は著書等の販売促進に用いられるが、被告のサーチエンジンは原告のサイトと競合せず、むしろ原告のサイトへアクセスするユーザーの数を増やしている。また、被告サーチエンジンが原告のサイトを回避する、という損害の証拠を、原告は提出していない。とりわけ、第1要素が重要であり、新しい使用と技術が発展中である場合には、変容的な利用目的は、技術発展の初期段階の避けがたい欠陥 (本件では普通サイズの映像も表示している点) よりも重要性が高い。

(28) Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) ((Perfect 10 控訴審))、Perfect 10 v. Google, 416 F.Supp.2d 828 (C.D.Cal. 2006) ((Perfect 10 一審))。

まず、Google (被告) が、(i) ヌードモデルの写真のサムネイル表示を保存・表示する行為について、直接侵害およびフェアユースが問題となり、一審・控訴審とも直接侵害を認めたが、フェアユースの点で判断が異なった (一審否定、控訴審肯定)。次に、Google が(ii) イン・ライン・リンクを張る行為について、直接侵害、寄与侵害、代位責任が問題となったが、一審・控訴審とも直接侵害および代位責任は否定したものの、寄与侵害の点で判断が異なっている (一審否定、控訴審肯定)。

(i) のサムネイル表示について、フェアユースを認めた控訴審判決は、第1要素について、パロディが原著物に光を当てて新しい著作物を創作することによって社会的便益をもたらすように、サーチエンジンは、原著物を電子検索ツールに組み入れることにより、社会的便益 (公の利益) をもたらす点を強調している。そして、パロディは、原著物と同じエンターテインメント目的であるのに対して、サーチエンジンは、原著物に対して全く新しい利用をもたらし、異なる文脈で利用される点で、パロディよりも変形的であるとした。その上で、本件利用の変形的性格は、偶然の代替的な利用や小さな商業的性格よりも重要であるとした。また、第4要素についても、本件のように高度に変形的な利用である場合には、商業目的であったとしても、市場を代替せず、著作権者の市場への損害は推定されない、とした。

(ii) のイン・ライン・リンクを張る行為について、控訴審判決は、Sony 最判および Grokster 最判の両判決の根底に、不法行為法の原理があるとして、これら両最高裁判決

ている。

Perfect10 判決では、フェアユースの第1要素において、公の利益（情報の流通、イノベーションなどの積極的外部性）を考慮している。

これらの事案は、大量デジタルの複製の事例や侵害主体の事例であり、事案の内容としては Sony 最判に近い。にもかかわらず Sony 最判が引用されないのは、さまざまな理由が考えられる。Grokster 最判（2005）で Sony 最判の評価について最高裁の立場が分かれていた。また、Sony 最判は私的利用についてフェアユースとし、「商業的利用は不公正と推定される」と述べた傍論が引用され、商業的利用というだけで侵害とされる危険性があった（Harper 最判など）。また、私的複製が完全に自由であるのか微妙であった（注(96)参照）。さらに、非侵害用途に着目する Sony 最判を、将来の市場が問題となるデジタルでの侵害や取引に引用することは難しい面もあった²⁹⁾。

もっとも、これらの事例でも、Sony 最判はさまざまな形で引用され、第1要素において、情報の流通やイノベーションなどの積極的外部性が考慮されており、Sony 最判の思想が底流にある。また第4要素による、フェアユース規定の拡大適用への歯止めについては、Sony 最判で既に述べられている（II 2(7)参照）。

また、Campbell 最判が引用されるようになって、なぜ勝訴率が上がったのはなぜだろうか。本稿は、Campbell 最判が、将来の市場に第三者が、著作物の当初利用目的以外で自由に参入することを奨励するよう方向づけているためと考える。これは、後述の、将来の市場に対するアメリカ独占禁止法の態度と合致しており、Sony 最判の再評価にも通じる。

このように、Campbell 最判が拡大適用された結果、技術を広く普及させ、著作権者の創作目的以外の利用市場が拡大することにつながったと評価できる。

との連続性を強調している。その上で、サーチエンジンの運営者 Y は、特定の侵害物品がサーチエンジンによりアクセスしえたことを現実に認識した上で（A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1022 (9th Cir. 2001)）、原告の著作物にさらに損害を被るのを防止する「簡易な手段」(simple measures) をとりえた（Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, Inc., 907 F.Supp. 1361, 1375 (N.D. Cal. 1995)）。にもかかわらず、Y がその手段をとらなかった場合には、寄与者として責任を負うと判示した。

²⁹⁾ また、Beebe 論文の分析した対象である 2005 年以前と異なり、2005 年以降インターネット上のデジタルの事例が急増し、事例の質が変わった点にもあると考える。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

(6) Harper & Row 最判

フェアユースの発展に影響したとされるもう一つの最高裁判決は、Sony 最判 (1984) 直後の、Harper & Row, Publishers et al v. Nation Entreprises et al, 471 U.S.539 (1985)である。Harper & Row 最判 (1985) は、フォード大統領の未公表の回想録 (3000 字程度で、かつ政治的評論) を第三者が公表した事例で、市場が失敗して著作権者が許諾できない場合のみフェアユースが認められ、それ以外は侵害と判示した。特に、著作権者の潜在的市場を害するため、第4要素を満たさず、侵害としている。また、私的利用の場合にはフェアユースである、という Sony 最判の推定を反対解釈し、「商業的利用の場合には不公正な利用であると推定される」とも判示している。

しかし、Harper & Row 最高裁判決は、コモンロー上も立法過程でも未公表著作物という事情はフェアユースを認めない方向に働く、と判示した点が批判された。1992年改正で、著作物が未発行であるという事実自体は、フェアユース規定の適用に無関係とされた。

また、この判決は、Gordon 教授の論文³⁰⁾を引用し、市場が失敗した場合以外はほとんどフェアユースは適用されないとしている。しかしその後、Gordon 教授は立場を修正し、取引コストが高い点以外に、教育利用目的、情報伝達目的、パロディ・批評の際の絶対にライセンスしないというコスト、プライバシーなどの価値を含むことを認めている³¹⁾。

(7) 立証責任

前述のとおり、Campbell 最判の変形的利用の法理は、実質はデッドコピー (消費的利用) の事例でも著作物の利用目的が異なるとして、フェアユース規定を拡大適用してきた。さらに、アメリカのフェアユース規定は、抗弁と明言せず、不公正な利用の主張・立証責任を、著作権者にも負わせる形で適用範囲を広げている。

この点、わが国では、フェアユースは抗弁として、その4要素の立証責任は被告にあると理解されているようである。しかし、アメリカの裁判例では、被告は、フェアユースの争点を提起する責任を負うにすぎず、当該使用が公正で

³⁰⁾ Wendy J. Gordon, Fair Use as Market Failure, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982).

³¹⁾ Wendy J. Gordon, Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney, 82 B.U.L.Rev. 1031 (2002).

あることの立証責任を負っていない⁶²⁾。被告は、原告著作物の当初の創作目的以外の目的で利用していることを立証すればよい。Campbell 最判も、フェアユースは抗弁であると述べるが、立証責任について考慮しておらず、むしろ、原告（著作権者）の将来の市場に影響を与えることの立証責任を、事実上原告に転換し、フェアユースを拡大適用している。さらに [Perfect10 控訴審判決] は、著作権者がすでに参入している市場（原告が、サムネイルイメージを携帯電話向けに販売している携帯電話市場）についてすら、著作権者が合理的に参入する潜在的市場とせず、著作権者側の立証を厳しく要求し⁶³⁾、第4要素の考慮を制限し、フェアユース規定を適用している。

フェアユース規定が抗弁といえない理由は、次のとおりである。第1に、アメリカ著作権法のフェアユース規定107条の文言は侵害とならないとしか述べていない。第2に、そもそも、著作権法は公共財を促進も目的とした限定された独占権にすぎない。とりわけ、著作物性、および支分権の範囲が急激に拡大し、また、情報契約や技術的保護手段が発達して著作権の制限規定がオーバールールされている現代においては、第4要素の立証責任の実質は著作権者側にあるべきであろう。今日では、著作者だけでなく公衆も著作物の利用に利害関係をもち、著作権の制限は例外ではなく、著作権法の不可欠の構成部分である。第3に、著作権者は、被告よりも、自分自身の潜在的市場への損害の可能性を立証するのに適した立場にある。少なくとも、表現の自由や私的利用が問題となる場面については、被告の行為が不公正であることを立証すべきであろう⁶⁴⁾。

(8) 将来の市場

Netanel 論文は、近年のフェアユースの事例では、Campbell 最判における第1要素（変容的利用）を適用していることが注目され、第4要素（著作権者の潜在的市場）が意味を失っていると評価している。

しかし、第1要素と第4要素とあわせて考えると、Kelly 判決、Perfect10 控

⁶²⁾ Lydia Palls Loren, Fair Use: An Affirmative Defense?, 90 Wash.L.Rev. 685 (2015). American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994) はフェアユースを抗弁と判示しているが、循環論として批判されている。なお、以上の箇所は、寺本振透教授との議論から示唆をえた。

⁶³⁾ Perfect10 一審判決は、Google のユーザーが実際に携帯電話用にサムネイル画像をダウンロードしていた、という認定をせず、ライセンスもしていないとしている。

⁶⁴⁾ Pamela Samuelson, supra note (17) at 2617, 2618.

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

訴審判決にみるように、裁判例は、第1要素（著作権者の当初利用目的）により、第4要素の著作権者の潜在的市場（著作物の利用に関する将来の市場）を、著作権者側と利用者側で区分している。つまり、著作権者の利用目的の範囲内の市場に影響があれば著作権侵害となるが、著作物の当初利用目的の範囲外の市場での利用であれば、フェアユースとして、新しい市場を開拓した者が自由に利用できる。したがって、第4要素（著作権者の将来の市場）も、なお重要な意味を有している。

このように、Campbell 最判がインターネットの事例にも適用されるのは、著作権者の当初利用目的以外の将来の市場に対して、著作権者の権利行使を原則として許さず、著作物の利用者が自由に参入できる市場とする趣旨と考えられる。アメリカの裁判例も、将来の技術による新しい利用に関する判示部分には、多くの場合 Sony 最判をひいている。Grokster 最判の多数意見が述べる、将来の市場に対する寛容な態度は、Campbell 最判の拡張適用する近時の裁判例にも引き継がれている。

アメリカの独占禁止法も、企業が将来の市場を開拓する行為に原則として介入しない考え方である。まず、事業者による取引拒絶も、取引の自由の一環としてわが国より寛容である⁶⁹。また、優越的地位の濫用規制（搾取規制）がなく、いったん独占的地位を得て競争がなくなっている状態でおこなう行為は、競争を阻害することはなく、競争とは無関係と考えている⁶⁹。したがって、企業がある市場で独占的地位にたてば（たとえば、検索エンジンの市場）、そこで競争が阻害されることはなく、その支配的地位を二次的市場（Google Books、Google Map など）に対して力を及ぼすことに関して、アメリカ独占禁止法は寛容である。さらに、不正競争規制に関する FTC（連邦取引委員会）法5条も、具体的な市場が成立していない、上流の市場における排除行為のない取引行為について、

⁶⁵ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398, 407, 408 (2004) (Verizon 社が、不可欠な通話処理システムについての役務を、競争地域の電話業者に適切に提供せず、自社の顧客からの通話要求を優先処理していることが、シャーマン法2条にいう独占化にあたらなるとした。反競争行為を伴わない独占力の保持と独占価格を課すことは許容される。逆に、行為者にインフラ施設の共用を強制することは、投資のインセンティブを損ない、裁判所にその取引条件を監督させることになり不適切である。よって、シャーマン法は、原則として事業者の取引先を選択する自由を制限しない)。

⁶⁶ 白石忠志『独占禁止法』（有斐閣、2009年）862頁注210参照。

さかのぼって規制を及ぼすことは、企業のビジネス判断に FTC が早期に介入することになり適切でない、という考え方が強い⁶⁷⁾。このように、将来の市場への参入について知的財産権の行使による排除行為を防ぎ、かつ、将来の市場を開拓する行為に対して法が介入しない、というアメリカ法の考え方が、多くの市場および、多様なデジタル著作物の利用可能性を有するインターネットにおけるアメリカ企業の優位を基礎づけている⁶⁸⁾。

(9) 小 括

デジタル著作物に関する事例では、Campbell 最判の変形的利用の法理が、形式的には著作物のデッドコピー（消費的使用）の事例であっても、その利用目的が異なるとして適用され、フェアユースと判断されている。しかも、原告の将来の潜在的市場を害するおそれについての事実上の立証責任が、著作権者側にあり、著作権者側に、被告の行為が著作物の不公正な利用であることを立証させることによって、フェアユース規定の勝訴率が高まったと考えられる。このようなフェアユース規定の適用の結果、著作物の利用目的以外の市場については、著作権者は原則として著作権を行使できないと考えられる。

2 電子図書館、孤児著作物

(1) 諸 論

このような、将来の市場を著作権者から自由にし、著作権法と異なった opt-out という自生的規範を承認する、フェアユース規定の機能をもっとも鮮明にしたのが、Google Books を端緒とする電子図書館や孤児著作物の問題である。とりわけ、Google 側（Y）は、著作物全体を複製しており、Sony 最判に近い事例にもかかわらず、Campbell 最判が引用され、Y の利用形態によりフェアユースと判断された。Campbell 最判によるフェアユースの拡大適用が、最も批判されている場面である。

⁶⁷⁾ ABA Antitrust Law Developments (7th ed. 2012), pp.663-665; 2 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law P. 302 (2d ed. 2000).

⁶⁸⁾ 技術標準を利用した不正な手段による行為が、下流の製品市場、および、将来の市場に影響を及ぼす点に着目して、競争法を適用する考え方について、拙稿「標準必須特許の権利行使—競争法からの基礎づけ」小泉直樹=田村善之編『はばたき—21世紀の知的財産法 中山信弘先生古稀記念論文集』（弘文堂、2015年）410頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

(2) アメリカ

(a) Google Books の経緯

2004年頃からはじまった Google Book Search Project (後に Google Books) においてはじめて、opt-out 方式が主張された。著作権法上は、著作物の利用者が著作権者に利用許諾を求めること (opt-in) が原則となっているが、opt-out 方式は、逆に、著作権者が利用者に異議を申し立てない限り (notice などにより opt-out しない限り)、利用者に利用許諾したことになる。つまり、原則が逆になっている。

Google Books は、以下のように、2回の和解案が裁判所により否定されたのちも、サービスの内容を縮小しつつ (対象とされる図書を英語圏に限定し、図書のデータの売買をやめて) 訴訟を継続し、フェアユース規定により opt-out 方式を勝ち取った⁽³⁹⁾。

以下は、Google Books をめぐる推移である⁽⁴⁰⁾。

2004年に Google Book Search Project がたちあがり、アメリカの大学等の図書館から提供された書籍をスキャンし電子化し、大学でデータを利用し、Google も、書籍を検索してその一部を、制限つきでスニペット⁽⁴¹⁾表示するサービスを始めた。これに対して、全米作家協会と全米出版社協会がクラスアクションを起こした。

2009年1月に、旧和解案⁽⁴²⁾で、Google 側がレジストリを作成し、opt-out し

(39) 詳しい経緯について、増田雅史「Google Books 訴訟と各国のデジタル・アーカイブ政策」コピライト 641号2頁 (2014年9月) (二回の和解を含めた最終の第二サーキットの訴訟前までの動向を詳述している)。同「Google Books 訴訟 フェアユースを認めた控訴審判決」コピライト 660号 (2016年) 45頁 (Google Books 訴訟の経過と最終判決について論じている)。松田正行=増田雅史「Google Book Search クラスアクション和解の実務的検討 (上) (下)」NBL905号7頁、906号88頁 (2009年)。同「Google Books 問題の最新動向および新和解案に関する解説 (上) (下)」NBL918号38頁、921号50頁 (2009年)。同「Google Books 和解案の不承認決定に関する解説」NBL953号32頁 (2011年)。

(40) なお、これら Google Books の動向と並行して、Google Books によって電子化された図書が大半である、共同レポジトリとしての Hathitrust に対する訴訟 (Authors Guild vs. Hathitrust) では、2012年10月 (Authors Guild, Inc. v. HathiTrust, 902 F.Supp.2d 445 (S.D.N.Y. 2012))、および、2014年6月の控訴審 (Authors Guild Inc. v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014)) でも、フェアユースが認められた。

(41) 検索用語、および、それに関連した箇所の短い抜粋。

(42) 旧和解案で、クラスの範囲が、「2009年1月までに公表された書籍等について米国著作権法上の著作権等の権利を有する全ての者」となり、ベルヌ条約において、加盟国の

◆ 第4章 ◆ 大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大 [潮海久雄]

てきた著作者、出版社にレジストリからお金が支払われ、レジストリで権利を集中管理する仕組みを提示した⁽⁴³⁾。

2009年11月に、旧和解案を修正し、新和解案が提示された。クラスの範囲が、2009年1月5日までに公開され、米国著作権局に登録された書籍、または、カナダ、イギリス、オーストラリアにおいて出版された書籍について、米国著作権を有する者に限定した。しかし、2011年3月に、ニューヨークの南部地裁は、新和解案が公正、適切かつ合理的とはいえないとして、その承認の申立てを棄却した (Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 770 F.Supp.2d 666 (S.D.N.Y. 2011))。

2011年に訴訟が再開し、6月に新たにクラス認定の申立てがなされた。2012年5月に、連邦地裁は原告のクラス認証を認めたが、2013年7月に、第2巡回区裁判所が地裁のクラス認証を取消した。このクラス認証にフェアユースが影響を与える争点としてとりあげられ、フェアユースを優先的に判断するよう審理を地裁に差し戻した (Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 721 F.3d 132 (2nd Cir. 2013))。

2013年11月に、ニューヨーク南部地裁のChin判事は、summary judgmentでフェアユースを認めた (Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 954 F. Supp. 2d 282 (S. D.N.Y. 2013))。

2015年10月に、第2巡回区裁判所は、Googleのスニペット表示についてフェアユースを認めた (Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2nd Cir. 2015))。その主な根拠は、全文検索可能なデータベースの構築は、その検索の結果が目的、性質、表現、意味等において、元のページと異なるため、変形的利用の目的(第1要素)にあたる。かつ、この目的にてらして、被告のスニペット表示が、原告の著作物に効果的かつ競争力のある代替物を提供するものでは

国民は全加盟国の権利を享受できるため、ほぼ全世界の書籍の著作権者がクラスの範囲に入った。クラスアクションでは、クラスから抜けるよう意思表示しない限り、結果に拘束されるため、全世界の書籍の著作権者が拘束されることになった。

(43) 旧和解案によると、著作権者は、書籍のスキャンとデータベースへの保存、および、レビュー表示、データの販売、広告表示まで、opt-out方式によりGoogle側に許諾したことになった。これに対して、著作権者が権利行使するにはレジストリへの登録が必要となった。つまり、著作権者が過去のスキャン行為に対する補償金を請求したり、データベースから除去を請求したり、利用行為から除去するにはレジストリに登録する必要がある。Googleより良い条件で許諾を与えることのできるデータベース事業者や図書館等は現れないため、実質上、Googleは書籍検索市場を独占することになる。松田=増田・前掲注(39)NBL905, 906号。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

ないため（第4要素）、フェアユースにあたる、と判示した。2016年4月18日に、最高裁は裁量上告を棄却し（Certiorari denied）、第二巡回区裁判所の判断が確定した。

(b) Google Books 判決・和解の評価

この第二サーキットの最終判決は、第1要素（変形的利用目的）が、第4要素の著作権者の潜在的市場の範囲を画しており、II部1にみたフェアユース法理の機能を裏づけている。

Google Books は、以下の二点において、著作権法に大きな衝撃を与えた。

第1に、フェアユース法理は、プラットフォームが、訴訟や和解案での交渉の過程で、技術発展⁽⁴⁴⁾やビジネスモデルの変化により侵害の程度を軽減し、opt-out方式の一種の拡大集中制度を実現した点である。Google Booksの基本枠組みは、Google側がレジストリを作成し、opt-outしてきた著作者、出版社にレジストリからお金が支払われる。これは、Googleというプラットフォームが集中管理団体となってopt-out方式を採用した、ある種の拡大集中制度である。

第2に、Googleは、著作物である書籍を全てデジタルコピーする、という複製権侵害の最たる行為を行いながら、著作権法の原則（opt-in）と全く逆の、opt-out方式という自生的規範を維持し、それがフェアユースとして認められた点である。このopt-out制度がデジタル経済において正当化根拠をもつ場合があるとすると、ベルヌ条約以来の著作権法という法規範が、デジタルの世界では必ずしも社会的厚生 of the most の均衡ではないといえる。Google側は、著作権法のopt-inを、このような自生的な規範に変更してフェアユースに当たると主張している。

このように、フェアユース規定は、単に個別制限規定を柔軟化する役割だけでなく、著作物を利用ないし媒介する主体に、侵害（利用）行為の態様を変更させ、自生的な規範やビジネスモデルの生成を促し、これを助ける役割も有している。

(c) opt-out方式の根拠

では、opt-out制度の根拠はどのようなものだろうか⁽⁴⁵⁾。

(44) Kelly判決においても、技術の発展段階においては、Yの検索エンジンの検索結果で、著作権者（X）の普通の画像を表示するものが多少あったとしても、サムネイルが変形的利用であるので、フェアユースが適用されると判示している。

◇第4章◇ 大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大 [潮海久雄]

第1に、インターネットは世界中からのアクセスを前提としており、著作権の財産権(排他権)としての性格が変容していると考えられる。また、経済的効率性からみると、opt-inよりもopt-outの方が、社会全体の厚生が大きい場合がある。媒介者YおよびユーザーAによって著作物の利用が適切に公表され、Xによる告知(notice)が容易で、利用される著作物が多い場合に、opt-inの場合の総コストよりも、opt-outの場合の総コストが低く、opt-out制度の方が全体の便益が大きい。

第2に、著作権者と利用者側で、著作物の利用に関する情報の非対称性が存在する。つまり、創作に関わった著作権者が、自己の法的地位(著作物か、保護期間内か、権利を承継したか)、および、著作物利用についての著作権者の意図(選好)を、もっともよく知っているのに対して、デジタル図書館側はこれらの情報を有していない。この情報の格差により高い取引コストが生まれ、拡大集中などの集中管理が考えられているものの、デジタル図書館の挫折や規模縮小の結果となっている。この観点からすると、著作権者がopt-outしない限り著作権者に望まない利用がされる、というサンクションを、上述の情報を有する著作権者に与えることにより、著作権者側から利用を望まない旨を告知(notice)させ、著作権者側に以上の情報の開示を促すことができる。

第3に、文化的民主制の点からいって、デジタル図書館は、ユーザーに図書情報への広いアクセスと頒布の機会を保障する。特に、現代における著作物の創作は、既存の著作物を基礎にした模倣と相互作用からなり、表現を読むなど著作物を享受する者も新たな表現の生産者となり、情報の生産者(送り手)と消費者(受け手)の区別が不明確となっている⁽⁴⁵⁾。デジタル図書館は、単に著作物の消費主体を増やすだけでなく、専門家以外の者にも多様な著作物のアクセス、検索、利用を可能にし、創作過程への参加を促進し支援する。このような現象を文化的民主制と呼んでよいだろう。以上の意味で、Sony判決における消費的利用(consumptive use)も、Campbell最判の述べる変形的利用や新たな創作に貢献すると考えられる。

第4に、ロングテールの著作や絶版著作物については、デジタル化されて検索され、発見される方が著作権者にとっても、購入してもらい機会が増え、便益がある。

(45) 拙稿・前掲注(5)サーチエンジン・筑波法政46号(2009年)。

(46) 中山信弘『マルチメディアと著作権』(岩波新書、1996年)95-105頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

(3) 欧州 — 制度間競争

(a) 孤児著作物指令による個別制限規定

欧州では2012年10月に孤児著作物指令⁽⁴⁷⁾がだされ、2016年までに各国が履行 (implement) することが求められている。

もともと、欧州では、情報化社会指令⁽⁴⁸⁾5条において、著作権制限規定は例示列挙ではなく、限定列挙とされている。したがって、孤児著作物指令は、情報化社会指令における著作権の個別制限規定を拡充する形で、「入念な調査」を要件とした、孤児著作物に関する著作権制限の個別規定の導入を加盟国に義務づけている。孤児著作物指令の「入念な調査」(3条)、および、利用主体が図書館、教育機関などの公共機関の公益的任務で(1条)、公共にアクセス可能な図書館等の所蔵品に限られる(1条2項)、などの要件は、ベルヌ条約との適合性を念頭においているのであろう。

この入念な調査などの要件が、欧州各国内での解決を、欧州で相互承認することを正当化している。同指令第4条は、同指令第2条に基づき一つの加盟国において孤児著作物と認められた著作物等は、すべての加盟国において孤児著作物とみなされる、と規定する。このような相互承認は、孤児著作物の地位に法的安定性をもたらし、欧州の市民に孤児著作物の利用可能性を広める、とされている。

ドイツ著作権法も、孤児著作物指令を導入するために2014年に改正し、孤児著作物についての著作権制限規定を導入している。61条(権利不明の著作物)、61a条(入念な検査と文書化の義務)、61b条(利用の終了と機関の報酬義務)、61c条(公法上のラジオ施設による孤児著作物の利用)、137n条(経過措置)からなる⁽⁴⁹⁾。

(47) Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works Text with EEA relevance, OJ L 299, 27. 10.2012, pp.5-12.

(48) 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, 2001.

(49) 61条1項は、「3項から5項の基準により孤児著作物の複製および公のアクセスは認められる」と規定し、「孤児著作物」の利用を認めている。61条2項は「本法にいう孤児著作物は、(1)書籍、専門雑誌、新聞、雑誌、その他の出版物における著作物およびその他の保護対象、(2)映画および録画媒体、ならびに映画著作物が記録された録画・録音媒体、(3)録音媒体で、以下のものをさす。公共の図書館、教育施設、博物館、記録保存所および映画遺産・音楽遺産の分野の施設での収集物からなり、これらの収集物がすでに

(b) 個別制限規定の重なり

しかし、著作権の個別制限規定は、利用者が自由に著作物を利用できる範囲を明示する一方で、その要件を充足しない場合には、原則として著作権侵害となることを明らかにしているともいえる。とりわけ、技術的に厳格に定義して、明確な要件を定める個別制限規定ではこのことが妥当する。したがって、同じ利用者の行為でも（図書館のコピー機で、図書館利用者が私的目的で複製した場合）、ある著作権の制限規定では自由に利用できるが（日本著作権法 30 条）、別の著作権制限規定（日本著作権法 31 条）では自由に利用できない場合、前者の個別制限規定によって利用できるのか、後者の規定によって利用できないのかが問題となる。つまり、著作権制限規定が、著作物を自由に利用できる範囲を定める趣旨である以上、いずれかの規定で自由に利用できれば自由に利用できるのか、それとも、それでは著作権制限規定を個別に定めた趣旨が失われるため（この場合 31 条）、自由に利用できないのかが問題となる。これは後述の、一般的制限規定が定められた場合、個別制限規定は議会が定めたため、そこで利益調整がついており、一般的制限規定は適用されないのか、と同じ問題である（Ⅲ 2 参照）。

これが問題となったのが、Ulmer CJEU 判決（Case C-117/13）である。事案は、ダルムシュタット工科大学とドイツの出版社 Eugen Ulmer KG 社の争いで、ドイツ連邦裁判所の審理で、(1) 同大学が、その図書館の蔵書である同社の出版物をデジタル化できるか、および、(2) 同大学の図書館の利用者が、同大学の図書館内で提供されている専用端末から、その資料を印刷し、あるいは USB メモリスティックに保存し、図書館外に持ち出せるかが争われ、EU 情報社会指令における図書館の権利制限規定の範囲が争点となった。2014 年 6 月 5 日、欧州連合（EU）司法裁判所の Jääskinen 法務官は以下のように意見を述べた。権利者からの合意がなくても、EU 加盟国の図書館は蔵書のデジタル化を行い、利用者の求めに応じて専用端末から提供できる。また、EU 指令では、専用端末で得られる資料の紙媒体への印刷は、図書館における権利制限では認めていないとしながら、私的利用に関する権利制限によれば、これをなしうるとしている⁵⁰。

公開されているが、その権利者が入念な調査によっても確定できずかつ見つからない場合。」と規定し、「孤児著作物」を定義している。

⁵⁰ Advocate General's Opinion in Case C-117/13 Technische Universität Darmstadt v

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

CJEUも、原則として専用端末から資料を印刷する(あるいはUSBメモリに保存する)ことは、原則として許されないとした。その理由は、情報社会指令5条3項(n)の著作権制限規定は狭く、公衆送信権(3条)の排他権に服する場合であり、紙にプリントアウトする行為は、送信ではなく、2条の複製に当たり、それは、5条2項(C)の図書館での複製でも、5条3項(n)の公衆送信権の制限規定にもあてはまらない。そして、これらの行為は図書館によるのではなく、ユーザーによるものであり許されない。もっとも、5条2項(a)ないし(b)(私的複製)にあたる国内法があれば許されるとした。

つまり、ドイツ著作権法61条の孤児著作物についての著作権制限規定を設け、専用端末から資料を印刷等する行為がこれにあたらなくても、他の著作権制限規定(私的複製の制限規定等)が適用されれば、利用可能であるとしている。よって、ある個別制限規定では利用できなくとも、他の個別制限規定により利用できれば、自由に利用できる。この論理をおしすすめると、個別制限規定では利用できなくとも、一般的制限規定によれば利用しうる場合があると考えられる(Ⅲ2(2)参照)。

(c) 拡大集中制度

他方で、欧州の電子図書館については、拡大集中制度(Extended Collective Licensing: ECL)に注目が集まった。拡大集中制度は、大多数の著作権者を代表する集中管理団体と、著作物の利用者間での自主的な交渉により締結された著作物利用許諾契約の効果を、集中管理団体の非構成員に対しても拡張して及ぼすことを認める仕組みである⁵¹⁾。

この拡大集中が欧州で広まった背景として、欧州各国の文化遺産機関が、デジタル化の際の多大な権利処理の取引コストをどのように解決するかについての取り組みがある。2011年9月に、権利者の代表(作家、図書館連盟、集中管理団体など)とユーザー組織の利害関係人間において、絶版の書籍等の電子化について、了解覚書(Memorandum of Understanding: MoU)⁵²⁾を締結した。MoUに

Eugen Ulmer KG (Court of Justice of the European Union, 2014/6/5)

⁵¹⁾ 情報通信総合研究所「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」(2013年3月(以下「利用円滑化報告書」))76-110頁(小嶋崇弘執筆)。直近の資料として、ソフトウェア情報センター「拡大集中許諾制度に係る諸外国基礎調査報告書」(以下「拡大集中報告書」)(2016年3月)。

⁵²⁾ Memorandum of Understanding on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works, Brussels, 20 September 2011.

法的拘束力はないものの、EU レベルの自主的な合意であり、欧州の拡大集中制度の基礎となっている。また、前述の 2012 年 10 月の孤児著作物指令による著作権制限規定は、孤児著作物のみを対象とし、さらにその要件である、大量の著作物の権利の入念な調査が煩瑣であるため、北欧諸国で存在していた拡大集中制度に注目が集まった。このような拡大集中制度も自生的な規範といえるだろう。そして、孤児著作物指令 1 条 5 項(前文 24)は、この拡大集中制度(ECL)など、他の自主的な合意による諸制度の導入を妨げないとしている。

イギリスでは、著作権の個別制限規定のほか、拡大集中制度を導入している。もっとも、これは既に、事実上のブランケットライセンス(事実上の ECL)を補填するためのもので、大量デジタル著作物の利用を念頭においたものではない⁵³⁾。

フランスでは、孤児著作物の権利制限規定以外に拡大集中制度は取られておらず、絶版著作物等について、より複雑な制度が採用されている⁵⁴⁾。フランスの裁判所は Google Books を違法としながら、すぐ和解し、市の図書館でのデジタル保存の際には、Google から資金援助やデジタルコンテンツの無償供与を受けている⁵⁵⁾。

ドイツも、絶版の出版物についての MoU を国内法に導入して、拡大集中制度に類似するものを著作権管理事業法(Gesetz über Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten) 13d,13e 条に規定した⁵⁶⁾。13d 条は、絶版著作物の複製権と公衆送信権を管理する集中管理団体が、一定の要件を満たした場合⁵⁷⁾に、管理していない権利者の著作物についてもこれらの権利

53) 「利用円滑化報告書」28-46 頁(今村哲也執筆)、「拡大集中許諾制度に係る諸外国基礎調査報告書」(2016 年 3 月)81-110 頁(今村哲也執筆)。

54) 「20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する 2012 年 3 月 1 日法 2012-287 号」(電子書籍利用法)。「利用円滑化報告書」50-67 頁(井奈波朋子執筆)。

55) 城所岩生「著作権改革が必要なこれだけの理由(下-2)」国際商事法務 43 巻 10 号(2015 年)1548 頁。

56) 著作者の権利を重視しているドイツ等ではもともと、著作権契約法、団体契約など集中管理団体による集団契約で権利処理がなされ、個々の著作者の許諾が必要という原則を厳格に貫徹していない。拙著『職務著作制度の基礎理論』(東京大学出版会、2005 年)参照。

57) 1966 年 1 月 1 日以前に公表された絶版著作物であり(1 号)、図書館等で公衆がアクセス可能な状態にあり(2 号)、複製ないし公衆送信が非営利目的であり(3 号)、集中管理団体に委託された著作物が登録簿に登録されており(4 号)、登録後 7 カ月内に著作者が

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

を第三者に許諾する権限を有すると推定される、と規定する。

このドイツの制度は、ドイツ国会図書館 (Deutsches National Bibliothek) が各図書館を代表して、集中管理団体 (VG WORT など) に利用する著作物の数に応じて段階的に料金を支払えば、公共機関に集中管理団体が利用許諾できる仕組みである。つまり、拡大集中のように集中管理団体と著作物の利用者間での自主的な交渉により利用許諾を締結するわけではない。ドイツ国会図書館と集中管理団体の間は、ある種の有償の裁定利用許諾である。

しかし、権利の所在を入念に調査する必要がなく、また、集中管理団体の構成員でない者にも事実上効力が及び、ドイツ特許庁に登録後7カ月間、著作者に opt-out する機会が与えられている (13d 条2項) 点で、拡大集中に機能的に類似する⁶⁸⁾。

この拡大集中類似の制度は、opt-out 制度であって、Google Books と類似し、利便もある⁶⁹⁾。大きな出版社などの間で合意がある場合には、Google Books と異なって正当性があると考えられる。つまり、孤児著作物の多くは絶版であるため、それを利活用して絶版著作物の市場が創出され、報酬が入ることは出版社にとってもメリットがあるため、比較的合意しやすい⁶⁹⁾。

また、2015年6月のアメリカの著作権局のレポート (U.S. Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization. 以下、アメリカの著作権局報告書 [2015]) も、フェアユースや任意の集中管理団体に限界があること、欧州各国が著作権法に あいついで拡大集中制度を規定したこともあり、アメリカ国内で ECL pilot program を、著作物の種類を限定して (言語、イラスト、図、写真の公開物)、5年間実施することを提案した。

(d) 制度間競争 — 拡大集中制度と個別制限規定

管理について意義を述べていない場合 (5号)。

68) ただし、ドイツのこの制度は、要件が厳しく (ドイツ特許庁への登録)、また狭い範囲の書籍等で (絶版著作物で、1966年発行以前の書籍等で、公共施設に所有のもの) で、限定された利用 (ドイツデジタル図書館 (Deutsch Digital Bibliothek) や Europeana などの非商業的利用) に限られている。

69) 拡大集中は、形式的には権利制限ではなく利用の問題 (権利の集中管理) であるため、ベルヌ条約上のスリーステップテストの問題は生じないとされてきたが、opt-out 方式の点についてはベルヌ条約違反の疑いは残る。

60) ただし、古い書籍を、シリーズ化したり、データベース化ないし電子書籍化して個別の出版社から売り出すものなどについては、出版社が opt-out することが考えられる。

以上にみるとおり、欧州の主要国では、孤児著作物や絶版著作物については、著作権の個別制限規定と拡大集中制度が併存している状況にある。

上述のドイツでは、孤児著作物の個別制限規定（著作権法 61 条、61a 条、61b 条、61c 条、137n 条）⁶¹⁾と、絶版著作物について拡大集中制度類似の制度（著作権管理事業法 13d,13e 条）が併存し、この制度間競争となりうる。

前述のとおり、著作権等の管理に関する法律 13d 条（絶版の著作物）1 項によれば、1966 年以前に公表された著作物について、4 つの要件を満たす場合に、著作権管理団体に属しない第三者が、著作権管理団体に全く利用許諾を与えていないにもかかわらず、新しい権利（送信可能化権）も含めて、当該著作権管理団体に許諾したことが推定される。孤児著作物は多くは絶版であるため、孤児著作物著作指令が定める「入念な調査」という不明確な要件、および、面倒な手続を有する著作権法の個別制限規定を利用せず、EU レベルで広く合意がなされている絶版著作物についての拡大集中許諾類似の制度を利用するだろう⁶²⁾。特に、著作権の制限規定だけでは、出版者や図書館などが権利者を探し出し、孤児著作物を電子化するインセンティブがなく、刑事罰を課されるおそれがある場合には、特にこのことがいえる。ドイツの拡大集中類似の制度は、公共機関での利用に限られるが、opt-out 制度による簡易な方法で、電子化や送信可能化もなされうる。

(4) 拡大集中制度への批判

もともと、孤児著作物の個別制限規定よりも利用がなされると予想される拡大集中制度についても、欧州内ですら以下のような批判がある⁶³⁾。

まず、拡大集中制度に、孤児著作物指令が要求する「入念な調査」の要件がないということは、各国における「孤児著作物の地位」の相互承認を妨げ、拡大集中制度は当該国内でのみ有効であるにすぎない。したがって、国境を越え

(61) ドイツ法の制度については拙稿「利用円滑化報告書」67-75 頁、および、拙稿「権利者不明著作物（ドイツ）の追加調査」参照（2014 年 10 月 20 日資料 5）。(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h26_02/pdf/shiryo_5.pdf)

(62) Karl-Nikolaus Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaiste und vergriffene Werke, Hilfe für verborgene Kulturschätze, NJW 2014, Heft 1-2, 6,9-10.

(63) 情報通信総合研究所「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」（2013 年 3 月）103 頁以下（小嶋崇弘執筆）。小嶋崇弘「著作権等の集中管理を通じた著作物利用の円滑化」著作権研究 42 号（2016 年）95-97 頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

た著作物の利用では権利処理が困難なままである。また、拡大集中制度は北欧の小さな国において相互に信頼関係がある場合には機能するが、大量デジタル情報の利用では機能しないと予想される。特に、拡大集中制度は、あくまで管理団体と利用者の自由交渉を促進させるものであるため、利用条件、使用料が市場を反映するハードルの高いものとなり、大量のデジタル情報の利用では過大なコストがかかる⁶⁴。さらに、集中管理団体が非構成員を含めて権利者を探索し、使用料を分配することはコストがかかる。そもそも、拡大集中制度が非参加の著作権者の利益も代表する、というその正当化根拠そのものが疑わしい場合も多い。もしこの要件を厳格に要求すると、多くの著作権者が存在する場合や集中管理団体に参加しない場合には、拡大集中制度を新たに設立することは困難である⁶⁵。

近時、前述のように、2015年6月のアメリカの著作権局報告書[2015]は、試験的に、言語著作物、それに付随する絵画等、写真等の狭い領域で拡大集中制度を提案している。

しかし、アメリカでも、拡大集中制度の正当性に対して批判が強い⁶⁶。その第1の批判は、多数の著作権者がかかわるデジタル著作物では、その集中管理団体が、当該利用について必ずしも非構成員の利益を公正に代表しているといえない点である。特に、取り扱う著作物が異なる場合や、同じ著作物でも著作権者の利害関係が異なる場合（利用してもらいたい著作権者と、利用してもらいたくない著作権者など）には問題が大きい。非構成員に対しても、彼らが opt-out しない限り拡大集中制度の効力を及ぼし、権利を管理できることの正当化根拠に乏しい⁶⁷。2011年3月の新和解案の不承認決定 (Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 770 F.Supp.2d 666 (S.D.N.Y. 2011)) も、Authors Guild が全著作権者の正当

⁶⁴ この点は、前述の、ドイツの拡大集中類似の制度では、利用料を定額で段階的に設定しているため、問題が小さいようである。

⁶⁵ その他、孤児著作物については、権利者がほとんど利用料を請求しないため、支払われた利用料が集中管理団体に蓄積されることが望ましいかが問題となる。特に、最近では管理団体の認可要件が緩められ監査が甘い状況で、集中管理団体がその支払い先として適切かが問題となろう。

⁶⁶ Paul Samuelson, Extended collective licensing to enable mass digitisation: a critique of the US Copyright Office proposal, E.I.P.R. 2016, 38(2), 75.

⁶⁷ Johan Axhamn & Lucie Guibault, Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?, Final report prepared for EuropeanaConnect, at ix x (2011).

な利益の代表とはいえないとしている（II 2 参照）⁶⁸⁾。

そのほか、拡大集中制度の有効性についても疑問がだされている。まず、誰が書籍の電子化についての権利を有するか不明確であり、権利が集中しておらず、one-stop shop が困難なことである。各管理団体は、各の団体の構成員の利益を最大化することが目的であり、管理団体が著作物ごと、利用方法ごとに併存して、利用のたびごとに複数の管理団体から許諾を得る必要があるとなると、権利処理はやはり複雑である。

次に、新しく集中管理制度を整備するコストが高いことである。これまで利用していない図書や絶版の著作物について、私的な団体交渉で値づけることは難しく、ライセンス料が高額になりうる。さらに、商業的利用を含めると交渉ではライセンス料が高くなり、多くの出版者が opt-out し、集中管理団体が成立しなくなるだろう。権利の管理・報酬の分配のほか、著作者や出版社、実演家等に構成員になってもらうためのインセンティブとしての資金もかかり、5年程度では収益をあげるには期間が短すぎる。前述の Google Books の Book Rights Registry は、拡大集中に類似するものであるが、その和解案によると、その Registry（集中管理制度）を創設するのとクラスの構成員への告知（notification）に約 40 億円を費やし、さらに権利者に約 50 億円支払う予定となっている⁶⁹⁾。イギリスの拡大集中制度は、既に財政的困難とともに、公正に利益を代表しているかについて疑問が提起されている⁷⁰⁾。アメリカの著作権局報告書 [2015] の提案に対しても、アメリカでは拡大集中制度の担い手がないようである。むしろ、ドイツ・フランスのように、絶版著作物の限定された範囲で公共機関での利用に限定し、国会図書館に自由にデジタル化する権限を集中させ、そこから少しずつ著作物や利用方法の範囲を拡大すべきとする意見も強い⁷¹⁾。

68) Authors Guild が主に米国の商業出版社の利益を代表しているのに対して、学術出版社もあれば、米国外の国の著作権者も、また、訴訟に参加していない著作権者も存在する。

69) Settlement Agreement § 5.2, Author's Guild, Case No.05 CV 8136 (S.D.N.Y. Oct.28 2008) (proposed).

70) Dinusha Mendis and Victoria Stobo, Extended collective licensing in the UK, E.I.P.R. 2016, 38(4), 208.

71) 「拡大集中報告書」115 頁（石新智規執筆）。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

(5) わが国の状況と日本法への示唆

わが国では、個別の裁定利用許諾(67条)によっており、近年その要件を緩めている。確かに、67条でも、一個の裁定利用許諾により数千冊の許諾をなすうため、その許諾を得るコストは大きくはない。しかしながら、権利不明者を入念にサーチしなければならないコストは大きい。そのためか、不明の著作権者を探す相当な努力を要求するこの裁定利用許諾制度は、ほとんど利用されていない。また、国外の書籍についてはGoogle Booksを利用できない。

この権利不明者の大きなサーチコストを軽減するため、並行して、長尾真氏による、電子図書館構想(デジタルデータを有料で送信するもの)が提案された⁽⁷²⁾が、電子書籍配信市場への影響が危惧され、出版社等の反対により頓挫した。

もっとも、平成21年改正で導入された著作権法31条2項により、文化遺産として出版物を保護する趣旨から、保存目的で国会図書館において、権利者の入念な調査なしに図書のリジタル化が認められた。それまでリジタル化の予算が10年間(平成12年から21年まで)で14億円であったのが、平成21年度、22年度の補正予算(約17億円)により、大量のリジタル化がなされた。また、平成24年に個別制限規定(31条)を改正し、絶版等の入手できない著作物については保存目的で、権利者の入念な調査なしに自由にリジタル化でき、かつ、公共図書館へ送信でき、各館内で閲覧および一部複製もできるようになった。これは、権利者側の集中処理を介さずに、国会図書館の納本制度で大部分の書籍が集まっていることを利用して、著作権制限規定によって、国会図書館を集中処理機関とした拡大集中類似の制度であり、ドイツの制度と類似している。無償による貸与に近いため、公共図書館での絶版著作物等の利用に限定している。また、絶版等の著作物については、出版社の意向を聞いて、出版社等によるopt-outを認めている。

今後、わが国は、電子書籍市場に影響をあたえないように、入念な調査なしで、国会図書館のリジタルデータの利用という方向で進みつつ、さらに電子化や利用についてGoogle Booksの協力を得るかが議論されよう。

この問題は、電子化、権利不明者のサーチコストの費用、権利者に対する電子納本のインセンティブをどこから支出するかの問題でもある。その費用負担は、Google Books(一企業でただ)→拡大集中制度(拡大集中機関、ないし出版社

(72) 長尾構想について、長尾真『電子図書館(新装版)』(岩波書店、2010年)。

に委託) ないし国会図書館 (拡大集中類似。これからずっと税金から支出) →民間企業への委託 (入念な調査費用が必要) の順に重くなる。裁定利用許諾のように入念な調査を必要とし、また、多くの出版者が参加してもらえるような拡大集中制度も困難で、フェアユース規定もなく Google Books のような事業をおこす企業も考えられない現状では、国会図書館を集中処理機関とする拡大集中類似の制度しかないであろう。

ベルヌ条約との関係では、Google Books を含めて、これまでみたとおり、米英独など、opt-out 方式により、厳密に言えばベルヌ条約違反となりやすい国々の方が多くなっている。つまり、従来 of 創作者主義を貫徹して創作者から利用許諾をえる法制→拡大集中での包括許諾→ Google Books の opt-out 方式の順にベルヌ条約違反のおそれが高くなるが、経済合理性からいけば後者の方が優れているため、より後者のものが、孤児著作物などでは事実上の標準の制度になりやすい。欧州は Google Books の opt-out 方式をベルヌ条約違反として、入念な調査を必要とする個別制限規定の導入を孤児著作物指令で義務づけたが、拡大集中や、ドイツの国会図書館への拡大集中類似の制度など、非公式の形で、電子図書館を安価に効率的に作ることを考えている。ベルヌ条約への遵守に固執してこのような実態を見落とすと、わが国だけが取り残されてしまうだろう。

(6) 拡大集中や強制利用許諾の限界

デジタル図書館 (デジタルアーカイブ) について、欧州において拡大集中類似の制度について合意がなされ、ドイツにおいても国立図書館を通じて、段階的に定額の強制利用許諾および拡大集中類似の制度が整備され、わが国でも国会図書館による公共図書館へのデジタルアーカイブの送信などが可能であったのは、それまで著作権者の絶版著作物の市場が小さかったことと、利用も公共機関に限定しているからであろう。将来、電子書籍の市場が広がったり、また、オンラインでユーザーが書籍を読んだり貸与される利用方法が問題となった場合、これらの強制利用許諾は困難になることも予想される。

(7) 公共経済学からの示唆

このデジタル図書館の問題は、公共経済学の視点からも次のような示唆を与える。これまで、道路や図書館などの公共財は、国が税金や補助金等をつかっ

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

て提供してきた。これに対して、今日ではインターネット上のデジタル図書館などのデジタル情報のインフラ（公共財）については、Google Booksなどの民間のプラットフォーム企業などが提供するようになってきた。著作権法が後者の妨げになるとすれば問題で、原告の著作物の潜在的市場を代替するものでなければ、著作権法上の公正な利用として認めるべきと考えられる。すなわち、今日では、公共財の供給の促進もフェアユース規定が担う場合があると考えられる。

(8) 変容的利用の法理の拡大の許容性 — Sony 最判の再評価

近時、Campbell 最判の変容的利用の法理の適用が行き過ぎているという批判がある（II 1, 2 参照）⁽⁷³⁾。その批判の核心は、Google Books が著作物全体を複製しており、実質上消費的利用でありながら、変容的利用であるとされてフェアユース規定が適用され、変容的利用の法理が拡大適用され過ぎているというものである。つまり、Google Books の諸裁判例は、Campbell 最判を引用しているが、事案の実質は、著作物全体を複製しており、本来は Sony 最判を引用すべきとする。この批判は、つまるところ、Sony 最判は行き過ぎという点にある。

しかし、まず、Campbell 最判は、Sony 最判を否定しておらず、Sony 最判が下級審によって誤解されてきたとしか述べていない。また、Campbell 最判は、私的複製および侵害主体の問題について何も述べていない。Campbell 最判の Souter 判事の多数意見は、Sony 最判は「商業的利用だからフェアユースにあたらぬという推定」を要求しておらず、第1要素のより重要な要素は、変容的利用の範囲であると述べている⁽⁷⁴⁾。そもそも商業的利用がフェアユースを否定することを推定するならば、107条の個別制限事由（批評、ニュース報道、研究・調査目的など）も全て否定されることになり矛盾する。

次に、Sony 最判の前提となっているであろう、私的利用が本来自由であることは、1976年法の立法者意思といってもよく⁽⁷⁵⁾、また、Sony 最判から21年後

(73) Jane C. Ginsburg, Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid, Berkely Tech. L.J. 1383 (2014). 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」コピライト629号(2013年)14頁。

(74) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 584 (1994).

(75) Jessica Litman, CAMPBELL AT 21/SONY AT 31, 90 Wash.L.Rev. 651, 657-663, 666

のGrokster最判では全員一致で、time shifting 目的の私的複製はフェアユースと判示している⁷⁶⁾。さらに、立法時から、著作物の全体を複製することは107条で列挙されている著作物の一部、訴訟資料の著作物、視覚障害者のための保存などについては認められている。

また、Sony最判には、第4要件によるはどめがある。つまり、非商業的利用の場合でも、当該被告の個々の利用は市場への重大な影響がなくても、当該利用がひろがって潜在的市場への大きな影響がある場合にはフェアユースは適用されないとして⁷⁷⁾、害悪のある利用を権利者がコントロールする利益と害悪のない利用をする利用者の利益のバランスを図っている。また、前述のとおり、Google Booksの一連の裁判例も、第4要件で歯止めをかけており、被告による著作物の利用が、原告の著作物に効果的かつ競争力のある代替物を提供するものでないことが要件となっている⁷⁸⁾。

むしろ、アメリカの学説では、Campbell最判が、変容的利用以外の事例にフェアユースは適用されず侵害と推定されると反対解釈されかねないことが危惧されている。本来は、変容的利用以外にもフェアユースが適用される可能性を残すべきであろう⁷⁹⁾。

これまでSony最判は、「商業的利用にはフェアユースは適用されないことが推定される」、という傍論のため、インターネットの事例や侵害主体の事例では正面から引用されなかった。しかし、Sony最判当時は、1976年法制定直後で、立法が想定していない利用を侵害とするのか、支分権の文言を拡大して侵害とするのか、という局面で、Sony最判は、フェアユース規定による解決という第三の道を取り、特許法の間接侵害規定の借用とあわせて、新たな裁判規範を定立した。Google Booksの裁判例からみて、私的利用の自由を確保し、インターネットの市場の拡大および、デジタル図書館などのインフラなどの公共財の提供(積極的外部性)を支持するものとして、Sony最判を再評価すべきであろう⁸⁰⁾。

(2015).; Alan Latman, Fair Use of copyrighted works 11 (1958).その他の論拠として、拙稿・前掲注(6)「私的複製の現代的意義」著作権研究40号(2014年)69頁。

(76) Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913, 931 (2005).

(77) Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S.417, 451 (1984).

(78) Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2nd Cir. 2015).

(79) Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535(2004).

(80) この主張の萌芽として、拙稿・前掲注(5)・サーチエンジン・筑波法政46号(2009年)

3 プログラム (SSO) の著作権保護による弊害の緩和

コンピュータ・プログラムの構造・配列・組織 (SSO)⁽⁸¹⁾について、アメリカの裁判例の態度はさほど明確ではないが、著作物でないか、少なくとも侵害とならない、とするのが多数であった。Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. (3rd Cir. 1986)が、SSOに著作物性を認めたのに対して、学説等の批判が高まった。その後、インターフェースプログラムについて侵害を認めない裁判例が続いた。ユーザーが使いやすいように、表計算ソフトのメニュー構造を複製して新たなプログラムを開発した事案で、控訴審の Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc., 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995)は、メニュー構造は操作方法にあたり、独占されるべきではないとして著作物性を否定し、Lotus Development Corporation v. Borland International, Inc., 51 U.S.233 (1996)は、反対賛成同数で、この控訴審判決を確定した。また、Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992)⁽⁸²⁾と、Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994)⁽⁸³⁾も、プログラム著作物については、薄い保護しか認められず、実質的類似性もないとして、侵害を否定していた。

近年、一審の Oracle America, Inc. v. Google Inc., 847 F.Supp.2d 1178 (2012)も、JAVAのパッケージ、とりわけJAVAのAPI (アプリケーションソフトイン

54-56頁。

(81) Structure, Sequence, Organizationの略。Oracle v. Googleに関するCAFC判決はこのSSOに著作物性を認めた上で、フェアユースの判断について事件を連邦地方裁判所に差戻していた。

(82) OSに対応するためのインターフェース・プログラムの実質的類似性を否定したが、その判断手法として3ステップテスト (abstraction-filtration-comparison test. 抽象化、除去、比較のテスト) を提示した。第1の抽象化テストでは、プログラムの構造を、段階的に抽象化し、各レベルを提示した (モジュールの階層で構成された命令セットからプログラムの究極的な機能まで)。第2の除外のテストで、第1テストで抽象化された各レベルにおけるプログラムの構成要素で、アイデア、互換性など外部要因により必要な要素、効率性に必要な要素などの保護されない部分を除外した。第3の比較のテストで、第2テストで残った部分 (著作権で保護される表現の中核) のいずれかを被告が複製したかを検討した。その際、被告が複製した部分が原告のプログラム全体における重要性も考慮しつつ、実質的類似性を判断した。

(83) ウィンドウズのグラフィカルユーザーインターフェース (GUI) は、ライセンスされていたことと、他の選択肢が限られていることから、薄い保護しか与えず、実質的に同一の場合のみ侵害であると判示した。

ターフェース⁸⁴⁾の非文字要素 (non-literal) である構造・配列・組織 (SSO) の部分をそのまま利用して、新たに Android を開発した行為に対して、Oracle が約1兆円の損害賠償を請求した事案で、SSO の部分の著作物性を否定していた。

ところが、控訴審の、Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1339 (Fed. Cir.2014) は、一審をくつがえし、SSO の部分に著作物性を認めた⁸⁵⁾。とりわけ、著作物性が創作時の選択肢により判断され、JAVA のソフトウェアが事実上の標準となった侵害時において選択肢がなくなったとしても著作物性は失われまいとした。この連邦巡回区控訴裁判所は、被告に選択肢がなくなった点や Merger 理論、短いフレーズ理論、ありふれた情景の理論 (scenes a faire doctrine) や、互換性が必要な点については、侵害時の保護範囲で考慮すべきで、著作物性の判断では考慮すべきでないとしている。

控訴審は、フェアユースの一般論を述べた後に、Google の利用は商業的利用であるが、変容の利用かは争いがあり (第1要素)、パッケージの機能的側面や互換性はフェアユースの判断に関連し (第2要素、第3要素)、Oracle がスマートフォン市場でライセンスしていたかという事実 (第4要素) に争いがあるため、事実認定を含めてフェアユースの詳細な判断のために、事案を一審に差し戻した。その後、Google が JAVA の宣言文と構造 (SSO) の部分を使用して実行文を作成し、アンドロイドを開発した行為について、2016年6月に連邦地方裁判所の陪審団によって全員一致で、フェアユースと判断された。

この事案では、プログラムの SSO に著作物性を認め、論理的には大量複製により著作権侵害となり、約1兆円の損害賠償の支払いなど弊害が大きく、実質的妥当性を欠く事態となりえた。このように、裁判所による著作権法のルール形成がうまくいかない場合も、フェアユースの法理によって、その弊害が緩和されている。

このような大きな弊害が生じることは、著作物の範囲が急拡大している現状をみると決してまれではない。今日では、著作権法は、機能著作物や事実著作

84) プログラムが相互にやりとり (communicate) することを可能にするインターフェースの仕様 (specification)。

85) 一般論として、Computer Associates v. Altai 判決の abstraction-filtration-comparison test を採用したものの、動作方法にあたるとしても、著作権で保護される表現を含まないとしている。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

物を取りこみ、かつ、デジタル化された著作物、コンピュータ創作物（AIにより創作される著作物）も急増している。しかも、創作性の要求水準が平準化し、投下資本保護の要請も強くなっている現状からは、創作性の低いものや実的なものも著作物として保護される傾向にある^(85a)。これに対して、実態としては、ソフトウェアは製品としてよりもそれを用いたサービスが重要であり、クラウド、IoT、モバイル機器にも用いられている。アメリカのソフトウェア産業は、ソフトウェアの製品としての著作物性などあてにせず、ソフトウェアそのものは自由に利用してもらう自生的規範やビジネスモデルにより成功している。Oracleの連邦地裁のフェアユースの評決は、その自生的規範を考慮したものであろう。

4 Google news (ドイツの Google 税の失敗)⁽⁸⁶⁾

Google news は、関連する新聞のウェブサイトにはリンクをつけて集めた (aggregate) ものである。

わが国では、知財高判平成 17 年 10 月 6 日 (平成 17 年 (ネ) 第 10049 号) [YOL 控訴審] がこの事案に近い⁽⁸⁷⁾。[YOL 控訴審] は、YOL 見出しは創作的表現としての著作物ではないとした。もっとも、被告側の見出しは YOL 見出しのデッドコピーであり、著作権法などで定められた厳密な意味での権利が侵害されていない場合でも、法的保護に値する利益が違法に侵害された場合には不法行為が成立するとした。本件の YOL 見出しは、新聞社の労力・工夫により創作されたもので、法的保護に値する利益が侵害されたとして、損害賠償責任を認めた。

しかし、同様に、著作物性が否定されたもの (北朝鮮のテレビ放送) を利用した事例で、最判平成 23 年 12 月 8 日民集 65 卷 9 号 3275 頁 [北朝鮮最判] の一般論は、著作権と異なる利益が侵害された場合に利用者の不法行為責任を限定している (注 139 参照)。また、東京地判平成 16 年 3 月 24 日判時 1857 号 108

(85a) 拙著『職務著作制度の基礎理論』(東京大学出版会、2005 年) 82-90 頁、247 頁。

(86) Hisao Shiomi, Can non-copyright owner be protected by unfair competition law? IIC, 2014,648-658 (2014.9)

(87) 被告のサイトには、各新聞記事の見出しが掲載され、その見出しには各新聞社のサイトなどへのリンクがはられている。ユーザーは、被告のサイトからリンクをたどり、Yahoo のサイトを通じて、YOL (ヨミウリオンライン) などのニュースサイトにたどりつくことができる。

頁 [YOL 一審]⁸⁸⁾は、著作物性のない YOL 見出しは原告がネットで無償公開した情報であり、著作権法によって原告に排他的権利が認められない以上、第三者がこれらを利用することは本来自由であり、図利加害目的により利用した場合などの特段の事情がない限り、ネット上の公開された情報を利用することは違法としないとした。

経済学的にみると、X (新聞サイト) と Y (アグリゲータ) は補完財で、Y はインターネット上の著作権者 X の場所を知らせユーザーが X にたどることができるようにしてアクセスを増やし、他方で X は新聞記事のコンテンツを提供する。Y が X の営業を代替しない場合、図利加害目的がない限り、不法行為責任は原則として成立しないと考えるべきだろう。新聞サイトへのリンクに不法行為責任を認めることは、ユーザーと著作権者 X の結びつきをなくし、著作権者 X をインターネット上で孤立させるおそれがある⁸⁹⁾。ドイツも、出版社のための給付保護権 (いわゆるグーグル税) を導入し⁹⁰⁾、Google news への掲載をやめさせ、Google が、当該ドイツ出版社の検索結果のスニペット表示を削除したところ、Google 経由での当該出版社へのアクセス (それに伴う広告収入) が急減したため、法案を取り下げた⁹¹⁾。

ただし、Y が X の営業を代替する場合には、フェアユースも認められず、著作権侵害と考えられる^{91a)}。

88) 一審は、YOL の見出しは事実の伝達にすぎない時事の報道にすぎないとして著作物性を否定した。

89) Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleg (Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2012).

90) ドイツ著作権法 87(f) 条第 1 項「出版物の製作者 (出版社) は、数語や短いテキスト断片の場合を除いて、産業目的のために出版物ないしその一部にアクセスする排他的権利を有する」(BT-Drs. 17/12534)。

91) ところが、2016 年 9 月 14 日に、欧州委員会は再びグーグル税を復活させる指令案を提示した。統一市場における著作権指令案 (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 593final) 11 条は、新聞社などの報道出版物の出版者に、デジタル利用について、著作物の再利用に関する許諾の権利を認めている。

91a) オンラインでのニュースのクリッピングサービスを侵害としたものとして、Associated Press v. Meltwater U.S. Holdings, Inc., 931 F. Supp. 2d 537 (S.D.N.Y. 2013) (サーチエンジンのように、ニュースサイトをクロウリングし、自動的に見出し・要約を加入者に送るサービスは、フェアユースにいう変容的利用目的ではなく、また許諾を得ないの

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

したがって、著作物性のないものの利用行為に不法行為責任を原則として認めるべきではなく、YがXの営業ないし市場を代替する場合には不法行為を認めるべきである。この考え方は、Xの潜在的市場をXの利用目的の範囲外で自由にする、というフェアユースの考え方と通底する。

5 私的複製（録画補償金の失敗）

私的複製における著作権の制限規定は、当初、著作物の取引コストがかかるという消極的理由から認められていた。しかし、今日では、著作物を広めるといふ積極的意義も有する⁹²。そこでは、著作権者と利用者との取引コストの節減、という著作権法内の要素のみを考慮するのではなく、デジタル経済の動きも考慮する必要がある。

つまり、大量のデジタル情報の私的利用に対して著作権を行使することが困難な上に、販売・流通のための利用情報によるデータ解析、編集・宣伝などが重要となり、著作者と利用者を結ぶ媒介者が重要となってくる。媒介者は、特に利用者（私人）の需要をくみとるのがうまく、宣伝・広告やマーケティングにすぐれている。伝統的には、出版社、レコード会社、放送局などである。インターネットの媒介者では、クラウド業者、検索エンジン、プラットフォーム、配信業者などである⁹³。この媒介者が侵害主体となるかという問題と、著作権の制限規定の問題は、密接不可分である⁹⁴。

ところが、わが国の最高裁判決（最判23年1月20日民集第65巻1号399頁〔ロクラクⅡ上告審〕、最判23年1月18日民集65巻1号121頁〔まねきTV上告審〕）は、判決の射程をテレビサービスに限定しているものの、著作権の制限規定（私的複製）をほとんど考慮していない（クラウドについて、Ⅱ7参照）。むしろ、わが国著作権法は、自由に私的複製できる範囲を狭めている（後述Ⅲ1(3)）。

は著作権者APの市場への影響が大きい）。

92) 拙稿・前掲注(6)「私的複製の現代的意義」著作権研究40号(2014年)69頁。

93) 中山信弘『特許法(第3版)』(弘文堂、2016年)8頁。

94) 拙稿「著作権侵害の責任主体——不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から」『現代社会と著作権 齊藤博先生御退官記念論文集』(弘文堂、2008年)197、211頁、拙稿・前掲注(6)「私的複製の現代的意義」著作権研究40号(2014年)69頁。

6 侵害主体 — アメリカの裁判例

(1) 侵害主体と著作権の制限規定の関係

アメリカの Perfect10 等の侵害主体の裁判例では、フェアユース規定は、著作権者と個々の利用者 (XA) 間の問題とされ、著作権者と媒介者 (XY) 間には適用されなかった。したがって、媒介者 (Y) が侵害主体かが争われる XY 間の問題には、著作権制限規定は適用ないし考慮されず、直接侵害者との間でのみ適用されるべきとする考え方もあろう⁹⁵⁾。わが国の [ロクラク II 上告審]、[まねき TV 上告審] も、Y の利用行為が、X の支分権 (複製権、公衆送信権) の枢要部分にあたるかを問題としており、私的複製などの著作権制限規定を考慮していない。

しかし、Sony 最判は、1976 年アメリカ著作権法が支分権として想定しなかった行為 (time-shifting 目的のテレビ番組の録画機器の提供) が、著作権侵害にあたるかについての最初の試金石であった。その状況で、Y の行為が支分権の行為にあたらぬ、という法律構成をとらずに、立法者意思としては私的複製が侵害にあたらぬことを前提として、実質的には XY 間にフェアユース規定を適用している。さらに、Sony 最判が認めるとおり、媒介者 Y に対する直接侵害と、寄与侵害、代位責任は、区別が困難である。Sony 最判後の裁判例の展開も、私的使用のための複製 (XA 間) が完全に自由であるのか微妙になってきた状況⁹⁶⁾で、Sony 最判が引用されなくなりつつも、Campbell 最判を引用することによって、XY 間にフェアユース規定が適用されている⁹⁷⁾。上述のように、Campbell 最判の拡大適用が一部で批判されているが、Sony 最判を再評価すれば、Campbell 最判の拡大適用には合理的理由がある。近時の Google Books の裁判例では、フェアユース規定が特に問題もなく XY 間に適用されている。

わが国でも、インターネット関連の著作権制限規定 (47 条の 5、47 条の 6、47

⁹⁵⁾ 本文の議論について、前掲注(5)・拙稿・サーチエンジン・筑波法政 46 号 25 頁 (2009) 参照。

⁹⁶⁾ これは以下の事実に見れている。Harper 最判が Sony 最判の推定を反対解釈し、商業的利用は不正な利用と推定されるとした。また、Grokster 最判が、私人間の P2P によるファイルシェアリングを提供した者 (Y) を積極的誘引規定により侵害主体とした。1992 年の Audio Home Recording Act 制定により DAT (Digital Audio Tape) について、テープと機器に限定して補償金を導入したが、iPod の出現により数年で意味を失った (もともと、この規定は iPod の出現により数年で意味を失った)。

⁹⁷⁾ Jessica Litman, *supra* note (75) at 651.

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

条の9など)は、著作権者と媒介者との間(XY間)において適用される。仮に、侵害主体の範囲を拡張すると、私的複製などの個別制限規定の適用や考慮が事実上制限されることになる。実際、わが国の下級審裁判例では、私的複製等のXA間の著作権制限規定がXY間に影響を与えていた⁹⁸⁾。さらに、私的利用(私的複製)の市場が媒介者をとおして発展し、さまざまなビジネスモデルが出現している現象がある。

そこで、本稿では、著作権制限規定であるフェアユース規定が、利用者との間(XA間)だけでなく、侵害主体の問題であるXY間にも適用される前提で論じる。

(2) アメリカのテレビ転送サービス — Cartoon 判決、Aereo 最判

アメリカのテレビ転送サービスについては、Cartoon 判決と Aereo 最判がでているが、結論が異なっている。

Cartoon 判決⁹⁹⁾では、デジタルビデオレコーダ(DVR)を持たないユーザーが、遠隔操作することによって録画・再生を可能にするサーバーを有するネットワーク型のDVRを、Yが提供した事案である。Yが、(1)サーバーに番組を複製することにより複製権を直接侵害しているか、また、(2)ユーザーの指示に応じてサーバーからユーザーにデータを送信することにより、Yが公の実演権を侵害しているかが問題となった。

Cartoon 判決は、(1)について、Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, Inc., 907 F.Supp. 1361 (N.D.Cal. 1995)¹⁰⁰⁾の直接侵害を否定した判示部分を引用した。すなわち、インターネットを機能させるに必要なシステムをセットアップし作動させるにすぎない者は無限に存在するが、これらの者全てに直接侵害の責任を負わせるべきではない。違法な複製物を作成するために利用される機械の所有者であること以上の、自発的意図ないし因果関係が必要であるとした。本件では、録画のためにボタンを押すユーザーのみが意思の要素を提供するとして、複製をおこなっている主体は、ユーザーであるとした。

⁹⁸⁾ 塩月秀平「著作権侵害主体論と裁判官の視点」論究ジュリスト6号(2013年)160頁。

⁹⁹⁾ Cartoon Network v. CSC Holdings 536 F.3d 121 (2nd Cir. 2008).

¹⁰⁰⁾ ただし、結論として、Yが、地主の場合よりも、システムを指揮監督して、さらなる損害を防止することが容易であったとして、寄与侵害の成立を認めた。

◆第4章◆ 大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大 [潮海久雄]

また、Cartoon 判決は、(2)について、DVR が再生された場合に、Y がデータを送信したと仮定しても、実演が公衆へ送信されたとはいえないとした。その理由は次のとおりである。地裁は、送信のもとになった著作物（番組）の潜在的な受取人として公衆に送信されたと判示する。しかし、これは、「著作物の公の実演」（101条）の定義規定（送信条項）が、著作物を受け取る者ではなく、送信ないし実演を受け取ることが可能な者としている文言に反する。本件において、（他の複製物と区別して）DVR で作成された、単一かつ特定の複製物による送信を受信できるのは、単一のユーザーだけである。

ただし、Cartoon 判決では、当事者間の合意により、Y に対する直接侵害のみを問題とし、二次的責任（代位責任、寄与侵害）、および、フェアユースについてはいずれも争点にしない。また、Cartoon 判決は、公の実演権の直接侵害を否定したものの、直接侵害以外の二次的責任（寄与侵害、代位責任）については、地裁の事実関係の認定（Y とユーザー A との継続的關係、コンテンツに対するコントロール、システムにとって複製物は手段にすぎない点）によって、著作権の適切な保護が与えられるだろうとしている。

これに対して、Aereo 最判（ABC, Inc. v. Aereo, Inc., 134 S.Ct.2498 (2014)）は、個々の会員に割り当てられるミニサイズの多数のアンテナとストリーミングサーバーからなる Aereo のシステムにおいて、サーバーのハードディスクの会員専用領域に著作物を複製すると、すぐインターネットによりユーザーに送信される視聴機能（ほぼ同時再送信で録画しない場合）が、(1)公の(2)実演にあたり直接侵害が成立すると判示した。

Aereo 最判は、(2)の実演にあたるかについて、利用者が指示した場合のみデータを送信するシステムである Aereo が実演しているかを、常にデータを送信している CATV と比較しつつ次のように判示した。Breyer 判事らの多数意見は、1976 年法の立法趣旨（CATV 業者が実演することを否定したかつての 2 つの最高裁判例を修正し、公の実演とした）から、本件では、放送局と視聴者の両方が実演しているとして、CATV と類似するケーブルシステムの行為も著作権法の規制対象としている、とした。この立法経緯から、本件 Aereo は単なる装置の提供者ではなく、CATV 業者と実質的に類似し、実演しているとした。その上で、継続的送信（CATV）か、ユーザーが関与したときのみ一時的に送信するシステムか（Aereo）の差は、利用者や放送局にとって無意味とした。

(1)の「公の」実演にあたるかについても、多数意見は、前述の、CATV 業者

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

を実演権の対象とした1976年法改正の趣旨から、個人会員に割り当てられたアンテナから放送波を受信し、個人用のコピーを作り、一人の会員のみが送信を受信する、という技術的差によって、Aereoとケーブル・システムを区別できないと述べる。その上で、個人用のコピーは送信の過程にすぎないため、同一の番組を複数の会員にストリーミングすれば、同じ著作物の実演を全員に対して送信している、と判示した。また、著作物との間に事前の関係（著作物の保有者または占有者の資格をもつなど）が何もない多数の有料会員に対して送信する者は、公衆に対して実演している、と述べている。

しかし、本判示は新しい技術には及ばない。また、Sony最判をひいて、フェアユース規定が送信条項⁽¹⁰¹⁾の不適切な適用を防止するであろうことを、本判決自身が認めている。さらに、Aereo最判の射程はきわめて狭い⁽¹⁰²⁾。まず、争点が、録画機能ではなく視聴機能に限定され、ほぼ同時の再送信のみが暫定的差止命令の対象となっている。つまり、Cartoon判決と同様に、寄与侵害やフェアユースなどは争点にはいっていない。また、Aereo最判の判示は、1976年アメリカ著作権法が公の実演に含め、強制実施の対象としたケーブルテレビとAereoが本質部分で類似していることを前提としている。したがって、Aereo最判自身が、新しい技術（遠隔のDVRやクラウド）には及ばないことを明示している。

7 クラウドの議論にみる問題点 — わが国の最高裁判決をもとに

2015年2月のクラウドに関する文化庁の報告書⁽¹⁰³⁾は、著作物が利用される（複製・送信）される場所（ロッカー）が、プライベートかパブリックか、コンテンツの提供（入力）が、事業者かユーザーかの2点により、 $2 \times 2 = 4$ つのマトリックスに分けて議論している⁽¹⁰⁴⁾。2) のサービスはユーザーが利用主体であり、

(101) 101条の「著作物の公の実演」の定義の(2)は、次のように規定している。「著作物の実演を、装置またはプロセスを用いて前記(1)に定める場所に対して、または公衆に対して送信または伝達すること。なお、実演を受けることが可能な公衆の構成員実演を受け取るのが、同時か異時か、を問わない。」

(102) 奥邨弘司「Aereo事件合衆国最高裁判決 — 米国版まねきTV事件判決の含意と射程」AIPPI59巻12号（2014年）894頁。

(103) 文化審議会著作権分科会・著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会「クラウドサービス等と著作権に関する報告書」（2015年2月）（以下、文化庁クラウド報告書）。

(104) 奥邨弘司「クラウド・サービスと著作権」L & T68号（2015年）25頁。

私的複製 (30条) により著作権侵害とならない。これに対して、2) 以外のサービスは、事業者が侵害主体となり、著作権侵害となるため契約で処理すべきとしている。

しかし、この議論には以下にみるとおり、多くの疑問がある。

	コンテンツ提供者	事業者	ユーザー
利用場所			
私的 (プライベート)		1)	2)
公的 (パブリック)		3)	4)

(1) 分類枠組み自体への疑問

テレビ転送サービスの事例において、著作権の侵害主体が事業者であると判示した最高裁判例として、最判 23 年 1 月 20 日民集第 65 卷 1 号 399 頁 [ロクラク II 上告審] (複製権侵害)⁽¹⁰⁵⁾と最判 23 年 1 月 18 日民集 65 卷 1 号 121 頁 [まねき TV 上告審]⁽¹⁰⁶⁾ (送信可能化権、公衆送信権侵害) がある。これら最高裁判決は、テレビ転送サービスに限定された事例判決と考えられ⁽¹⁰⁷⁾、クラウドには及ばないことを前提としている。

しかし、これら最高裁判決の一般的基準および具体的基準、ひいてはその根底にある考え方をみると、2) の場合に、ユーザーが利用主体 (侵害主体) とされ、30 条が適用されて著作権侵害にならない、という結論にはたどりつかない。

まず、30 条の私的使用のための複製かは、複製主体が誰かにより結論が異なる⁽¹⁰⁸⁾。つまり、複製主体がユーザーであれば 30 条が適用されるが、複製主体が

(105) ネットを通じて遠隔操作が可能な機器を用いたテレビ番組の録画転送サービスの事例。ユーザーのもとにある子機でサービス業者のもとにある親機を操作するものであるが、サービス業者による親機の管理・支配の態様が、複製行為の主体を認定するのに重要であり、事実認定不十分として原判決を破棄差し戻した。

(106) ソニー製の製品 (汎用品) を用いたテレビ視聴サービスの提供者を、送信可能化権・公衆送信権の侵害主体とした。当該サービスのベースステーションとユーザーの端末が、1 対 1 で対応しているという自動公衆送信装置の物理的性質からではなく、自動公衆送信行為という支配権から送信主体および送信の受け手を認定して、本件送信が自動公衆送信行為かを判断した。

(107) [ロクラク II 上告審] は、その判決文で、判決の射程をテレビの転送サービスの事例に限定している。また、最高裁判所判例解説民事篇 (平成 23 年度 (上)) 40 頁 (山田真紀) (まねき TV 事件)、最高裁判所判例解説民事篇 (平成 23 年度 (上)) 61 頁 (柴田義明) (ロクラク II 事件) 参照。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

事業者であれば30条は適用されない。ところが、近年問題となったテレビ番組の視聴サービスでは、ユーザーが録画番組を指示してサービス業者のシステムにより自動的に録画できる一方で、サービス業者はそのような機器や環境を提供しており、複製する主体がサービス業者になるのか(30条が適用されない)、ユーザーになるのか(30条が適用される)微妙であり、複製主体がどちらであるのかにより30条の適用範囲を画することが難しくなっている。

ここで、[ロクラクⅡ上告審]は、誰が侵害主体かについての一般論として、「複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素」などを考慮すべきとした上で、あてはめ(具体的基準)において、サービス業者が、放送番組の複製機器への入力という、複製の実現における重要な行為を行った者として侵害主体としている。[まねきTV上告審]は、自動公衆送信行為という支分権の定義から、その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じて情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者であり、当該装置(BS)がインターネットに接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体であるとした。

これら両判決は、基本的に支分権(複製権、公衆送信権)にあたる行為のうち、入力という必要不可欠な行為をおこなった者を侵害主体としており、著作権の制限規定(30条)について考慮していない。つまり、基本的にXY間の支分権の問題として、クラウド事業者が入力行為という支分権の実現のうちの重要な行為を行ったかという基準によっており、XA間の私的複製か否かを考慮していない。したがって、コンテンツ提供者(著作権者)が入力行為という重要な行為をおこなっていても、[ロクラクⅡ上告審]によれば規範的に事業者が複製主体とされ、したがって、ユーザーに30条は成立しない。また、[まねきTV上告審]によれば、クラウドシステムの物理的な構造として、データを送受信するユーザーの機器と1対1であっても、契約前においてユーザーは不特定多数であるため、公の送信にあたり公衆送信権侵害となりうる。

したがって、クラウドにおいては、著作物の利用を自由としている2)においてすら、わが国の最高裁判決を前提とすると侵害のおそれがあり、私的複製として自由な範囲は狭い。

(100) そもそも侵害主体が先に決まるのか、著作権制限規定(私的複製ないしフェアユース)が適用されるかが先に決まるのか、争いがあるだろう。本文は、私的複製の規定(30条)の文言をもとに、先に侵害主体が決まることを前提としている。

そもそも、これら最高裁判決の前提とする、コンテンツの入力行為がなぜ複製行為や公衆送信行為の枢要行為なのかよく理解できない。アンテナを設置したり、電力を提供するのも転送サービスに必須の枢要行為である。P2Pの事例(特に分散型)⁽⁹⁾や知財高判平成22年9月8日判時2115号102頁〔TVブレイク〕では、コンテンツやテレビ番組の入力行為をユーザーが行っているにもかかわらず侵害とされており、なぜテレビ番組の転送サービスにおいて入力行為だけが必要不可欠な行為なのか、説明に窮する。そもそも、テレビ転送サービスやロッカーサービスにおいて、入力できるようにアンテナを立ててロッカーを設置する事業者の行為が全く同じであるのに、入力者がユーザーか他の者かで、事業者が侵害になったりならなかったりすることは不均衡であり、クラウド事業者のビジネスモデルを著しく制限する。

また、4)の事例でも、プロバイダなどでは侵害とならない場合もあるし、逆に〔TVブレイク〕では侵害となっている。さらに、P2Pでは利用場所が公であるとして侵害となるため、単に利用場所が公的か私的かの区別で、侵害の成否や侵害主体が決まるとは考えにくい。

さらに、2)は簡単に1)と併存しうる。たとえば、Amazonから音楽を購入した場合、Amazonが、ユーザーの便宜のためにAmazonのクラウドにも自動的に同時に保存されれば1)となりうる。この場合、Amazonは1)と2)の両方の地位にたつが、これらを区別することは不可能で、Amazonは1)にあたり侵害主体となる。

また、文化庁クラウド報告書の分類枠組みは、著作権者が情報契約により著作権制限規定を上書きしていないことを前提としている。しかし、著作権者が情報契約により私的複製などの著作権の個別制限規定を上書きできるとすれば、2)でも、ユーザーは情報契約による料金を著作権者に支払う必要がある。さらに、ユーザーが企業の場合(クラウドの大部分と思われる)には、私的複製ではないため、2)でもユーザーが侵害主体となる。したがって、情報契約の場合や、企業による複製の場合にもフェアユース規定の適用により自由利用できる余地を認めるべきであろう。

(9) 拙稿「著作権侵害の責任主体についての比較法的考察——P2Pの問題を中心として」『融合する法律学(下)筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設15周年記念論集』(信山社、2006年)705頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

(2) 複雑な個別制限規定の弊害——私的複製の場合 (30条1項各号、2号)

仮に(1)において、事業者ではなく、ユーザーが侵害主体として2)に当たり、30条により自由に利用できるとしても、さらに、クラウドが、著作権法30条1項1号にいう公の「自動複製機器」にあたるかが問題となりうる。

解釈論として、クラウドが、30条1項1号が立法時に想定するレンタル店の高速ダビング機と異なるという考え方がありうる。また、クラウドを個々人に割り振られたスペース(ロッカー)とみて、公衆用でないという理屈が成り立ちうるものの、[まねきTV上告審]の判断と矛盾しうる。常識的にみて、録画媒体であるハードディスクが手元にあるのと、クラウドにあるのとで違いがないため、私的複製は認められるべきであるにもかかわらず、著作権の複雑な個別制限規定(30条1項1号、2号各号)が、著作物の利用、ビジネスを妨げる典型例である。

そもそも30条1項1号の文言上著作権侵害にあたりそうなものを、あたらないとする解釈論を考えないといけないこと自体が、クラウドなど情報産業が新しいビジネスをする上で大きな萎縮効果となりうる⁽¹¹⁰⁾。おそらくわが国ではDropboxのようなビジネスは、アメリカより先には起こらないだろう。また、著作権侵害とならないような仕組みを作らなければならない、という著作権法のコンプライアンスを過度に配慮したわが国の企業が、著作権侵害回避装置を全く備えないiPodに先行されたことの繰り返しになるだろう⁽¹¹¹⁾。

(3) 利用契約や実態との乖離

また、文化庁クラウド報告書は、クラウドとリアルサービスの融合した場合は、2)と区別して考えるべきで、リアルサービスは侵害であるとしている。かつ、現に複製が行われているロッカー単位で考えるべきで、サーバーやシステムの仮想化が進んでいるにもかかわらず、その単位では考えないとしている⁽¹¹²⁾。したがって、実際にシステムの利用契約の対価が、これらシステム全体の利用

(110) James Gibson, Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law, 116 Yale L. J. 882 (2007).

(111) 村上福之「ソーシャルもうええねん」(2012年Nanaブックス)148頁では、iPodは著作権保護、個人データ保護を全く無視しており、これに対して日本メーカーが著作権保護のための特殊な技術にこだわったために、市場参入が遅れ、市場から排除されたことを暗示している。

(112) 奥邨・前掲注(104)「クラウド・サービスと著作権」L&T68号(2015年)29頁。

の対価であるにもかかわらず、著作権侵害については、システムを構成する多数の個々のロッカー単位で対価を考えなければならないことになる。そうすると、著作権侵害でなければ、著作物の単位部分を無料ないし廉価にして他のサービスで対価を回収するビジネスモデルを採用できたとしても、文化庁クラウド報告書の枠組みでは、他のサービス部分も著作権侵害となり、採用できない。その上、フェアユース規定があれば試みることができるような、ロッカーサービスを、より著作権者の潜在的市場の損害とならないよう工夫しても、著作権侵害となる。これでは、わが国では、実質上収益のあがるクラウドサービスはほとんど不可能である。

このように、クラウドサービスをわが国で行うのは、著作権法の理論上は、複製権および公衆送信権の侵害主体、著作権制限規定の範囲（私的複製を認めない30条1項2項各号）、クラウド利用契約の実態との乖離、ユーザーが企業の場合、の4重に困難である。ストレージサービスのようなユーザーのみが使う場合で、私人であるユーザーが侵害主体となり、かつ、情報契約がない場合、という、ごく狭い場合にのみビジネスモデルが限定される¹¹³。

さらに、クラウド報告書では、音楽著作物の例をとり、集中管理機関を設立すべきという提案がなされている。しかし、わが国でこれが難しいのは、拡大集中の所で述べたとおりであり（II 2(4)参照）、クラウドでは画像・文書・言語・ソフト・データなどあらゆる著作物を含み、拡大集中などはほとんど実現不可能である上に、実現可能としても民間のビジネスにはならないだろう。

8 観察による所見

(1) 積極的外部性

私的複製や Google news、孤児著作物の例をみてわかるとおり、デジタルの

¹¹³ なお、奥邨・前掲注(104)「クラウド・サービスと著作権」L&T68号28頁は、〔まねきTV最判〕を、内部に記憶媒体がない事例で、公衆送信が問題となった事例として理解し、公衆送信用記録媒体に情報が記録されている場合には、記録する者（ユーザー）が送信の主体として、事業者は送信主体とならないとしている。

しかし、記録媒体がない場合（〔まねきTV最判〕）に送信主体がYで、記録媒体のある場合は送信主体がA（ユーザー）というのでは、より著作権侵害の危険性が大きい後者のシステムの方が侵害とならない点でバランスを欠く。また、ロッカーごとサービスごとに分けて考える奥邨論文の趣旨からすると、Yは複製主体だが送信主体ではないという結論になり、支分権ごとに侵害主体が異なり、侵害主体が一般民事上の法理にしたがって決まるとすれば、不整合である。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

世界では、著作物も著作物でないものもデジタル情報として同等に扱われ、個々の著作物の損害（消極的損害）うんぬんよりも、情報の流通・アクセスや検索されることなどの積極的外部性の方が重要な場面が多い。

経済学では、ある経済主体の行動が、市場において取引されることなく、別の経済主体の経済環境に影響を与えることを、外部性とよんでいる。公害等は消極的外部性（外部不経済）として、教育や情報の流通などは積極的外部性として定義される。前者の不効用を生む財は排除コストが大きいため市場取引をおこなうインセンティブを失い、供給が過剰となる。後者の財はフリーライドされるため、供給が過少となる¹¹⁴。

これら市場で取引されない外部性を、法的にどのように規律すべきかについて、両者を対比させて考えてみよう。つまり、公害のような消極的外部性について、きれいな空気・水が有限であるのと異なり、デジタル情報は付加価値をつけて無限に増え、市場が無限に拡大する¹¹⁵。そうすると、消極的外部性に関する物権や不法行為による規制の場合よりもさらに、著作権のない情報の価値や市場の拡大などの積極的外部性を考慮すべきことになる。このような経済学の見地からも、私的複製やフェアユースの領域を拡大することが重要となってくる。

(2) 個別制限規定の没落と自生的規範の発達

Ⅱ部7までの検討では、大量のデジタル情報については、opt-outが事実標準になり、情報契約（subscriptionなど）が発達するなど自生的規範が発達している。

とりわけ、検索エンジンでは、クローリングの際に、opt-inよりopt-outが事実上標準となっており、opt-in + 個別制限規定という著作権法の枠組みは無視されている。これに対して、フェアユースを規定せず、opt-inに固執した日本製の検索エンジンは出現しなかった。YouTubeも事実上opt-out方式を採用して広く魅力的なコンテンツを集めたが、opt-inを前提としたわが国の動画サイトは小規模のものにとどまっている。

さらに、デジタル図書館では、Googleはスニペット表示によるopt-out方式を採用している。欧州では、強制利用許諾、入念な調査 + 相互承認、拡大集中

(114) 奥野正寛編著『ミクロ経済学』（東京大学出版会、2008年）307、312頁。

(115) 拙稿・前掲注(5)サーチエンジン・筑波法政46号。

◇ 第4章 ◇ 大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大 [潮海久雄]

(多くが opt-out 方式) などの制度間競争となっているものの、opt-out である拡大集中 (ないし拡大集中類似の制度)、ひいては opt-out 方式の Google Books と協力する方向に向かっている。

また、自生的規範として、情報契約が勃興し、クリックオンライセンスがデジタルコンテンツにも適用され、著作権法の個別制限規定が事実上無視され、上書きされている。

さらに、今日では、レコード・CD のようなパッケージではなく、iTunes (オンデマンド・ダウンロード) のように個々の楽曲を販売する方式や、さらには、デジタル新聞配信や音楽配信 (Sportify など) の定額配信 (サブスクリプション) による見放題など、さまざまな契約が成立している。

このように、デジタル情報の利活用については、積極的外部性やネットワーク効果が大きな役割を果たしており、それをうまく利用した自生的規範が発達している。これらの自生的規範は事実上標準化し、わが国著作権法で定めた個別制限規定は無視されていくだろう。

(3) 緩衝材としてのフェアユースの機能

著作権法は、機能著作物 (プログラム) や事実著作物 (データベースなど) など、創作者の個性が表現に現れず、実用目的なものも保護対象としてとりこんだ。しかしその反面、互換性を確保するなどの実用目的で著作物を利用する際に、これら実用的なものの著作権侵害の主張により大きな弊害が生じる事例も急増している⁽¹⁰⁾。前述の Oracle v. Google において、プログラムの SSO を模倣した Android の事例へのフェアユース規定の適用が、陪審による評決で認められた (II 3 参照)。このように、フェアユースは、著作権法が実用目的の著作物を取りこんだことによる弊害を和らげる機能を有する。

(4) 需要者側の規模の経済と媒介者の発達

理論上は、大量のデジタル著作物の取引費用を節減するために、著作権者側も利用者側も、何らかの媒介者が必要であろう。ここでは、著作権者側にも利用者側にも市場が成立する。そこで生じるネットワーク効果は、一種の二面市場、多面市場であり、1つの市場の顧客が増えればその制度を利用する者が増

(10) 中山信弘『著作権法 (第2版)』(有斐閣、2014年) 33・34頁。同『ソフトウェアの法的保護 (新版)』(有斐閣、1988年)。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

えて、他の関連市場の需要も増え、一種の自然独占が生じる⁽¹¹⁷⁾。

現在は、著作物の媒介者（携帯業者、ネット業者、プラットフォームなど）や一部著作権者（TV放送局）は、私人の時間をめぐって競争している状況であり、需要者側である利用者（私人）からの競争圧力が強く、これまで個性の強い著作物とされた音楽著作物さえも代替物として利用されている状況である。したがって、利用者側に有利な opt-out 制度が広まっていくであろう。また、このように私的利用（私的複製）の市場をめぐり媒介者が発達し、媒介者の競争をとおして、需要者としての利用者側の要望にあわせたさまざまなビジネスモデルが出現することになる。

Ⅲ 著作権制度への影響

1 著作権の個別制限規定の没落

(1) 個別制限規定の役割の縮小

たしかに、個別具体の訴訟では、被告である著作物の利用者が、（狭い範囲かもしれないが）個別制限規定に書いてある範囲内の、あたりさわりのない利用をすれば、確実に主張・立証でき、安心して利用できるという面はある。また、フェアユースは抗弁として、主張・立証責任は被告側にあるとしてそんなに期待しない方がよいという考え方もあろう。また、教育や試験における複製の例外や、視聴覚障害者のための複製・自動公衆送信の例外など、明らかに公益に関する個別制限規定は重要である^(117a)。

しかし、利用者はどうしても著作権侵害とならないよう、より安全な利用方法に傾く傾向があり⁽¹¹⁸⁾、個別制限規定のみだと、媒介者や利用者側に萎縮効果が生じ、検索エンジンのほか、テレビ視聴サービス、クラウド、デジタル音楽配信など新しいビジネスをスピーディに立ち上げるのに障害が生じうる⁽¹¹⁹⁾。特に、クラウドの検討でみたとおり、著作権の侵害主体と個別制限規定の解釈、および情報契約の実態によって、有効なビジネスは著しく制限される（第Ⅱ部7

(117) Rochet, J. and Tirole, J. (2003) "Platform competition in two-sided markets," *Journal of the European Economic Association*, Vol.1, No.4, pp.990-1029.

(117a) もっとも、今日では、教育に関する個別制限規定すらも、当事者の利用契約より必ずしも優先するとは限らない。

(118) James Gibson, *supra* note (110), 116 *Yale L. J.* 882 (2007).

(119) 中山・前掲注(116)『著作権法（第2版）』401頁。

参照)。

さらに強調すべきことは、大量のデジタル情報を利活用する状況においては、個別の著作物の個別の利用について、著作権という排他権を個別著作物ごとに行使したり、個別にライセンスすることは少なくなっている。利用者からみても、著作物の利用ではなく、データやサービスの利用目的ないし単位で取引され、必ずしも個々の著作物に限定されず、利用者からみても、個別の著作物の利用許諾を得ることは少なくなる。つまり、個々の著作物の個別利用ではなく、データやサービスの利用の一環であることが通常となりつつある。したがって、利用目的ごとの個別制限規定も意味が小さくなってこよう。

そもそも、立法により、著作物性、支分権（複製権、公衆送信権）が一般条項化し、保護期間が延長され、また、情報契約、技術的保護手段など、著作権法外の著作物の保護手法も急激に拡大しているため、著作権制限規定もそれに対応して一般条項であるべき、とするのは自然な発想であろう⁽¹⁰⁾。特にインターネットは無数の利用方法があり、無数の市場が生じる可能性がある。

また、アメリカ法 107 条の文言上は、フェアユースは抗弁ではなく侵害とされない⁽¹¹⁾と述べるのみである。アメリカの Campbell 最判は、フェアユースの第 4 要素（著作権者側の潜在的市場への影響）の立証責任を事実上著作権者側に負担させており、立証責任の転換をおこなっているとも考えられる。その後のインターネットの事例にも Campbell 最判が援用されていることを考えると、その意義は大きい。また、Sony 最判も、非営利目的利用の場合には、著作権の潜在的市場に影響があるかについて双方の主張・立証を要求している（第 II 部 1(7) 参照）。

(2) 情報契約との関係

今日、デジタルデータは、著作物かどうかを問わず情報契約で取引される⁽¹²⁾。そもそも、なぜ定額音楽配信（subscription）などの契約が発達したのかといえ、著作物もデータ化されて、それ以外のデータと同じように取引され、そのサービス、料金設定において、ユーザーフレンドリーで合理的であるからであり、個別制限規定（ないし報酬請求）が当事者間の適切な均衡点であることは少

(10) 拙稿・前掲注(5)サーチエンジン・筑波法政 46 号 21 頁、24・25 頁。

(11) 拙稿・前掲注(1)L & T24 号 26-35 頁、小島立「デジタル環境における情報取引」知的財産法政策学研究 11 号（2006 年）163 頁など。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

ない。情報契約は、個別制限規定をオーバーライド(上書き)するなどの問題点が指摘されてきたが、他方で、差別対価など柔軟で合理的な対価を設定できるメリットがある。とりわけ、著作権法が示す、支分権および個別制限規定が硬直的で、社会的厚生均衡点を必ずしも示しているわけではないとすれば、私的複製規定や消尽(single user license)をオーバーライドする契約条項が、全て公序良俗に反して無効、とはならないだろう。ユーザーの視聴履歴という行動から、ユーザーの需要を掘り起こすなど、マーケティングや宣伝に優れ、激しい競争にさらされている媒介者は、硬直的で狭い範囲の自由利用しか認めない、著作権法の個別制限規定などとせず、柔軟に契約条項を設定するだろう¹²²。

情報契約により著作権の制限規定を上書きできるかは、当該著作権制限規定が保護するものが、公益か私益かによる、と一般的に考えられる。つまり、著作権の制限規定が、私益を保護するもので任意規定と解すると、情報契約により上書きできるが、公益を保護するもので強行規定と解すると、情報契約により上書きできないとされている。たとえば、私的使用のための複製は私益であり、任意規定であり契約により上書きが可能かもしれない。これに対して、公益的な著作権の制限規定(聴覚障害者のための複製など)は、強行規定で上書きされないと考えられる。

しかし、私的複製における著作権の制限規定(30条)についても、表現の自由の前提として私的複製が必須と考えたり、市場の拡大やイノベーションなどの公共政策目的が存在する場合には、私的使用のための複製を強行規定と考える法制もありうる。イギリスの2014年に改正・施行された著作権法28条Bは、私的使用のための複製について著作権制限を認め¹²³、家族や友人との複製物の共有を含まないように私的複製の行為類型を限定した。その反面で、クラウドの利用については(旧28条5項(C))、契約で上書きできない強行規定としていた(旧28条10項)¹²⁴。著作権法の個別制限規定がどのような場合に強行規定と

¹²² たとえば、ユーザーフレンドリーで、当初無料でいかに有料に移行してもらおうかという料金設定やサービスの改善など。

¹²³ 「個人が著作物の複製物を作成する行為は、当該複製物が、個人が所持する複製物又は個人によって作成された個人的複製物からの複製物であり、個人の私的使用のために作成され、商業利用されない場合は著作権を侵害しない」(28条のB第1項)。

¹²⁴ ただし、高等法院のGreen判事は、イギリス政府が28B条を、情報化社会指令5条2項(b)にいう補償金なしで改正した根拠として、損害が僅少である(deminimis)と推定

なるかは、今後の検討課題であろう。

このような情報契約の発達をみる限り、個別制限規定が必ずしも望ましい社会的厚生 of 均衡状態ではないことから、個別制限規定が情報契約を無効とする強行規定と性格づけられることは、それが公益や公共政策目的によるものでない限り、少ないと考えられる。また、デジタルコンテンツについて、個別制限規定の基礎にある公共政策も変化しうることを考えると、将来、フェアユース規定が強行規定として、どの程度、情報契約を無効にできるかが問題となろう。

(3) わが国個別制限規定にみる欠点

わが国の個別制限規定は、2種類ある。まず、1) 簡易だが、適用範囲が不明確な規定 (32条の引用規定) である。このあいまいな個別制限規定 (引用規定) は、[美術鑑定書控訴審] の判旨にしたがうと「引用目的」を限定していないため、どのような事案も適用され、また主張する個別制限規定間の不公平が生じるなど弊害が生じる¹²⁵⁾。

した点に関して、証拠に拠り支持されていないとして、イギリス政府の決定を違法とした (British Academy of Songwriters, Composers And Authors & Ors, R (On the Application Of) v Secretary of State for Business, Innovation And Skills [2015] EWHC 1723 (Admin) (19 June 2015).)。さらに、2015年7月の追加判決で28B条全体を将来に向かって無効とした (BASCA v. BIS [2015] EWHC 2041 (Admin))。2016年6月のBrexitによる影響は、今後のイギリスとEUとの関係によると考えられる。

¹²⁵⁾ [美術鑑定書控訴審] における偽造防止目的は「引用目的」の通常目的とはいえない。また、偽造かどうか細かいところまではっきりわかるように、対象絵画を複製し、鑑定書の裏面いっぱい添付した事例である。このような事例にまで32条が適用されると、あらゆる利用目的の行為に32条が適用されかねない。このまま32条の「引用目的」を拡大適用しすぎると、インターネットにおける多種多様な著作物の利用方法 (サムネイルやキャッシュなど) についてことごとく「引用」とされかねず、著作権を事実上行使できないおそれがある。

また、このような拡大解釈は、他の抽象的な文言を有する個別制限規定である、情報解析目的による著作権の制限 (47条の7) などにもあてはまり、一般条項的に拡大適用されそうである。もしそうでなければ、32条だけなぜこのような一般条項的解釈をするのか明らかではなく、異なる個別制限規定を主張する利用者間で不公平な結果となりうる (32条を主張する者だけが有利になる)。拙稿「インターネットにおける著作権の個別制限規定 (引用規定) の解釈と一般の制限規定 (フェアユース) の導入について」筑波法政50号 (2011年) 11頁 (以下、拙稿「個別制限規定 (引用規定)」筑波法政50号)。石新智規「フェアユース再考」知財管理66巻3号 (2016年) 253頁は、32条の「公正な慣行」の要件を無視すれば、正当な目的要件しか残らず、フェアユース規定以上に大胆

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

2) 逆に、技術が関わり、適用範囲を明確にすべく厳密に規定する個別制限規定の多くは、複雑で、一般人が読んでもわかりにくく、一般制限規定以上にその適用の予測可能性がない。この例として、情報検索サービスにおける著作権の制限(47条の6)も、一般人が読んで検索エンジンに伴う著作権の制限規定と理解するのは困難である。そして、わが国著作権法は、著作権の一般的制限規定を設けていないため、以上のような、複雑な要件が多々書き込まれ、適用範囲のごく限られた個別制限規定を、逐一立法せざるをえなくなっている。

また、著作権の個別制限規定の立法だと、ロビー活動のできる特定の利益団体のみが著作権制限規定を立法でき¹²⁶⁾、私的複製(30条)など一般人がユーザーで、そのような利益団体のない分野の著作権制限規定は拡大されない。むしろユーザー個人の違法ダウンロードに刑罰を科す(119条3項)など、私人にとって複製が自由な領域は著しく狭まっている。さらに、このような公平性の観点からいえば、たとえば、情報解析目的(47条の7)の複製が自由なら、試験・研究のための著作権制限規定があってもよさそうなのに、なぜないのか不明である。もし、個別制限規定の特定の要件を無視して適用ないし類推適用されれば、一般的制限規定が設けられた場合以上に、予測可能性および他の個別制限規定との公平性を害する¹²⁷⁾。

(4) 個別制限規定の反対解釈の弊害

著作権の個別制限規定は、以下のマイナス面もある。当該著作権の個別制限

な規定になるとして、引用規定の拡張適用の限界を指摘する。

(126) 野口祐子『デジタル時代の著作権』(ちくま新書、2010年)。ロビー活動による立法や政策形成過程の歪みについて、田村善之「著作権法の政策形成過程と将来像」著作権研究39号(2014年)113頁。

(127) なお、わが国の学説では、引用規定(32条)の類推適用・拡張適用を主張するものや、取引費用の節減を主たる根拠とするものが散見されるが、そのような立場からは一般的制限規定を立法する理由は小さい。一般的制限規定を創設して個別制限規定を厳格解釈する場合より、個別制限規定を拡大解釈した方が、著作権の制限され、自由利用できる範囲が広くなりうる。後者の方が取引費用をより節減する可能性すらある(拙稿「個別制限規定(引用規定)」筑波法政50号27、30頁)。

また、現行法下でも、[美術鑑定書控訴審]が、引用の目的の解釈の中で、フェアユースの4要素を考慮しており、また、[絶対音感一審]などで事情を総合考慮する経験をわが国の裁判所が積んでいる以上、一般的制限規定の中で4要素の考慮を明示させるという立法理由も弱いであろう。

規定が立法されなければ、本質的特徴を感得できないので翻案にあたらない(最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁 [江差追分])とか、引用規定の事実上の拡張解釈 ([美術鑑定書] 参照) や、黙示の許諾等などの解釈論により、侵害でないとできたはずであるのに、個別制限規定が立法化されると、その特定の要件からはずれた利用行為は、侵害と考えられやすい傾向がある。つまり、個別制限規定は、一見、利用者の自由に利用できる範囲を(狭いなりに)明確に規定するが、逆にその要件をはずれる無限の利用可能性を侵害としている。つまり、著作権の個別制限規定を立法化すればするほど、実際は反対解釈されて、侵害の範囲が増える、というパラドックスが生じる。

(5) インターネットでの利用における個別制限規定の弊害

とりわけ、インターネットは無限の利用可能性を秘めているため、この個別制限規定の反対解釈による弊害は大きい。今日、広範なものに著作物性を認め、重要な行為に支分権を認めている著作権法において、個別制限規定を定めることは、インターネットでの広範な利用可能性を排除することも意味する。

たとえば47条の6で、公衆からの求めに応じたプル型の検索エンジンだけでなく、RSSリーダを使うなどのサーバー側が情報を送って端末に表示するという、プッシュ型の検索エンジンのサービスは、たとえ、著作権者の利益を害さない場合であっても、日本の著作権法上は侵害とされてしまう。また、検索エンジンやクラウドの分散処理の際に必要な公衆送信は、47条の9に含まれず、形式上は著作権侵害である⁽²⁸⁾。

クラウドのところで検討したとおり、クラウドを用いた新しいビジネスの可能性があり(II部7参照)、しかも、Google等は、顧客には予想もつかない、将来の事業を立ち上げる傾向にある。文化庁では、わが国の企業から予想されるビジネスからの要望をとって、個別制限規定により逐次改正しようとしている。しかし、改正が成立した頃にはアメリカ企業は既に新しいビジネスをスタートさせ、それは往々にして改正された個別制限規定の要件を充足せず、わが国の情報産業に関わる企業にとって足かせになる。まるで著作権の個別制限規定が、わが国の情報産業、ひいては自動運転などの新しい産業にも藪のようからみついて、新しいビジネスや新しい創作の足かせとなるだろう。

(28) 中山・前掲注(116)380、385頁。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

アメリカ著作権法は、Google Booksのように書籍を丸ごと複製する、という複製権侵害の最たる行為をしていたとしても、技術等により著作物の表示を少なくするなどして著作権者の損害を少なくする形で、利用者に著作物利用の行為態様を変化させ、フェアユース規定をたよりに、opt-outなどの自生的規範を事実上の標準としている（II 2参照）。これでは、わが国のコンテンツやデータを利用した情報産業、ひいてはそれを基礎とするわが国の産業は圧倒的に不利な状況にある。それがめぐりめぐって、わが国のコンテンツが流通・利用されず、その市場が縮小し、著作権者に利益が還流されない大きな要因であろう。

2 著作権制限規定の相互関係

(1) 個別制限規定同士の関係

同じ行為について、異なる個別制限規定が適用されうる状況で、これらの適用結果が異なる場合はどうなるだろうか。つまり、同じ支分権にあたる行為について、ある個別制限規定（たとえば私的複製の（30条））が適用されると自由に利用できるが、別の個別制限規定（図書館等における複製（31条））の要件を満たさず、自由に利用できない場合である⁽⁴²⁾。個別制限規定は例外であり、そこで利益考量がついており、他の個別制限規定は適用されないという考え方もあろう。その根拠は、個別制限規定は例外であり、もしどちらかの個別制限規定が優先して著作権が制限されて自由に利用できるとする、他方の個別制限規定のぬけみちとなり、当該個別制限規定を設けた意味がなくなる、と考えるのであろう。

しかし、これでは要件の厳しい個別制限規定が多く規定されるほど侵害の範囲が増える、というパラドックスを助長することになる。さらに、一般人や企業にとって理解不能で複雑な個別制限規定が乱立し、重なりあうと、個別制限規定が反対解釈されて、一番自由利用の範囲が狭い著作権制限規定の範囲でしか利用できなくなる。前述の Ulmer CJEU 判決は、個別制限規定が重なる場合、自由に利用できる規定が適用されるという考え方を示した（II 2(3)(b)参照）。

(2) 個別制限規定と一般的制限規定の関係

一般的制限規定が、個別制限規定では侵害となる場合にも侵害でないとする

⁽⁴²⁾ 鳥並良ほか『著作権法入門（第2版）』（有斐閣、2016年）182頁注102の例である。

受け皿の意味を有するのは当然である。しかし、もし、一般的制限規定の適用を、個別制限規定と同じ程度の必要性がある場合に限定したり^(129a)、個別制限規定が適用されれば一般的制限規定が適用されないと解すると、それは絵に描いた餅になる。本稿では、(1)の考え方をおすすめ、個別制限規定が適用されず著作権侵害となりそうな場合にも、一般的制限規定は適用されうると考える⁽¹³⁰⁾。

その理由は、著作物性が広く認められ、著作権の支分権の規定（複製権・公衆送信権など）がデジタル通信においては多種多様な態様に適用され実質的に一般条項化している以上、著作権の制限規定も一般条項化することによりバランスをとるべき点にある（I 3 参照）。CoStar Group, Inc. v. Loopnet, Inc., 373 F.3d 544, 552-55 (4th Cir. 2004) も、DMCA によりインターネットサービスプロバイダ（ホスティング）の免責を 512 条で定めたとしても、それは最低限度を定めたにすぎず、Netcom 判決（Religious Technology v. Netcom, 907 F. Supp 1361）の解釈⁽¹³¹⁾に拠るべきと判示している。

これに対して、個別制限規定で利益考量が尽きており一般的制限規定は適用されない、という考えもある。その論拠は個別制限規定同士の関係で述べたのと同じであろう。しかし、それでは、個別制限規定を立法するたびごとに侵害の範囲が増えることになる上に、一般的制限規定の意味が極めて小さくなる。そもそも引用規定などのあいまいな個別制限規定が、当該事案に適用されるのか否か自体が不明確な場合も多い⁽¹³²⁾。

(129a) 東京高判平成3年12月19日無体裁集23巻3号823頁〔法政大学論文控訴審〕は、同一性保持権の制限規定である20条2項4号の「やむを得ないと認められる」にあたるためには、利用の目的及び態様において、著作権者の同意を得ない改変を必要とする要請が、1号および2号の法定された例外的場合と同程度に存在することが必要とした。

(130) 拙稿・前掲注(5)サーチエンジン・筑波法政46号(2009年)51・52頁。

(131) ユーザーによる著作権侵害が厳格責任としても、何らかの自発的な意図や因果関係の要素が必要で、単なる導管としての消極的な役割しか果たしていない媒介者は、責任を負わないと判断した。前掲注(100)も参照。

(132) したがって、条文の形式が一般的か個別的吗という点のみから、個別の制限規定が不適用とされた場合にはそこで利益調整が尽きており一般的な制限規定はもはや適用されないとする議論（島並良「権利制限の立法方式」著作権研究35号〔2008年〕90頁、103頁）は賛成できない。これでは個別制限規定による過小規制の弊害を修正する趣旨でフェアユース規定を設ける意義が著しくそなわれる。また、フェアユースを適用する際の事例が、個別の著作権制限規定に関わる問題か否かは判断が困難な場合が少なくない（たとえばテレビ視聴サービスと私的複製の問題など。第II部7、8参照）。さらに、議会が定めたから個別の制限規定がフェアユース規定に優先するという論拠は疑問があり、

3 強制利用許諾+報酬請求権の没落

(1) 強制利用許諾+報酬請求権(補償金)がなぜ機能しないのか¹⁴³⁾

著作権者と利用者間の取引コストの節減の理由のみなら、強制利用許諾(ないし法定利用許諾)により報酬請求権化し、集中管理団体により利用者から徴収する枠組みが適切なはずであり、立法の際にはこの制度メニューを並べる論者も多い。しかし、なぜ多くの場合、強制利用許諾+報酬請求は有効に機能しないのか。その有効性の検証はほとんどなされていない。デジタル経済において、どのような場合にこの枠組みは機能するだろうか。

(a) 集中管理団体の能力の限界

まず、私的複製に関わる侵害主体の議論や音楽配信での議論でみるとおり、集中管理団体は基本的に著作権者の利益代表であり、現在のレコード会社のように、著作権者の利益に偏り過ぎて、ネット配信業者やプラットフォームなどの媒介者が有する宣伝やマーケティング等の能力がない場合が多い。さらに、2001年10月に著作権等管理事業法(法律第131号)が施行され、従来の仲介業務法(法律第67号)での規制(文化庁長官の許可が必要)が大幅に緩和され(一定の条件を満たせば管理事業をおこなえる登録制)、新規事業者の参入を容易にしたが、集中管理団体が多数乱立して、取引コストがかかる事態も生じうることになった。

この点、大きな出版社など、単独で事業展開や権利行使できる著作権者・媒介者にとっては、弱い管理団体による権利行使をあてにしていない。むしろ、これらの著作権者・媒介者(出版社)を強制的に集中管理団体に属させ、安い報酬に一律甘んじさせることは、既存の著作権者・媒介者への民業圧迫になりかねない。

また、著作権者たちは、私人の有限の時間をとりあっており、その分野で、集中管理団体で権利処理できたとしても市場は増えない。さらに、支分権の種類も範囲も増えているため、権利処理はますます困難となり市場も縮小する、という悪循環におちいりうる。

一般的制限規定にも裁判所に詳細な判断をゆだねるという国会の意思が現れているはずである。民法の離婚事由の改正においても、積極的破綻主義という一般条項のみを規定する選択肢も十分ありえたのであり、そこでは個別離婚事由が一般事由に優先するという議論はない。

¹⁴³⁾ その他の報酬請求権(補償金)の理論的欠点について、拙稿・前掲注(6)「私的複製の現代的意義」著作権研究40号(2014年)69頁。

さらに、デジタル化されたオンラインで著作物が取引され、情報契約などライセンス契約が発達している場合、著作権者団体と利用者団体の交渉による報酬請求権は不要であろう。情報契約ではサービスに応じた価格差別など自由に対価を定めることができるが、補償金自体は情報契約と比べて、価格差別できず硬直的な面がある。媒介者であるプラットフォーム企業には競争を求めながら、集中管理団体には競争を求めず、かつ、著作物の価格について報酬請求制度により、著作権管理団体と利用者団体間の団体交渉を求め、競争を制限するのは、矛盾する面がある。また、補償金は私人の利用に税金を課すようなもので、自由競争の場合よりも市場が縮小し、インターネット上の新しい媒介者の市場参入も制限される。

(b) 媒介者との協働との比較

さらに、著作権は基本的に複製権などの支分権であり、複製回数に応じて対価を徴収する仕組みになっており、複製されて売れなければ創作者(著作者)には利益が入ってこない。著作物を創作しさえすれば、著作物の利用・流通について何もしなくても、ひいては著作物がうれなくても創作者に利益が入ってくる、社会保障法として著作権法は機能していない。つまり、著作権法は、売れる以前の創作者(芸術家)を保護する仕組みになっていない。その保護は、文化芸術助成のような補助金、寄付税制にもとづき私人等が文化セクターへ行うフィランソピー(寄付)、文化税制、事後的な賞など、多様な文化政策によるべきであろう^(133a)。

著作物が売れてもいないのに、報酬のみ請求する創作者にたいして、媒介者は投資しないだろう。著作権者は唯一のコンテンツを生み出すことに優れ、媒介者は激しい競争の中、宣伝、サーチコスト軽減や編集、マーケティングなどの機能にすぐれている。このような意味で、著作権者と媒介者は補完財であり、協働関係が重要である。とりわけ、コンテンツやデジタル情報があふれた今日の状況では、個人の嗜好に応じたコンテンツを提供できる能力や、編集能力にすぐれた媒介者が重要となってくる。

敷衍すると、著作物の取引・流通を媒介する者自身も他の媒介者との競争が激しく、ただの流通経路になり下がる危険性もあるため(たとえば、ライブ動画配信サービスのUstreamの失敗など)、他の媒介者との差別化のためにも、媒介

(133a) 後藤和子『クリエイティブ産業の経済学—契約、著作権、税制のインセンティブ』(有斐閣・2013年)。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

者は創作段階にも資本を投下してコンテンツの創作に関与するのが普通である(たとえば、出版社、Netflix⁽³⁴⁾、Tivoなどのアメリカのテレビ視聴機器会社⁽³⁵⁾)。媒介者はデータ解析等でユーザーの需要を知り、宣伝、マーケティングなどにより、著作物の取引・利用を促進する者としての役割を果たす。媒介者に競争を強制しかつ、媒介者を著作権の侵害主体として排除しながら、著作者は競争する必要がなく、創作しただけで利用もされないのに、著作権法による社会保障が与えられるというのは不公平であろう。創作者側(出版社など)からも取引・利用能力をもつ媒介者が現れるよう努力すべきであろう。

また、アメリカ企業(Facebook, Amazon, Googleなど)にこれ以上著作物を搾取・利用されないように、欧州のように、集中管理団体を確立し、強制利用許諾+補償金請求権の仕組みを作るべき、という論者もいるだろう。しかし、欧州で成立した私的録画補償金、Google税などは、私的複製が本来侵害であり、かつ、Y(媒介者)が原則として侵害主体であることを大前提としている。したがって、集中管理団体や補償金などの法制度を主張することは、わが国の媒介者やインターネット業者(Y)の出現をさまたげ、著作権者の市場を縮小させるおそれがある。

また、この個別制限規定や補償金請求権などの日本の著作権法による参入障壁は、これらアメリカ企業に対しては、将来、無意味になりうる。とりわけ、需要者圧力からも、便利で安価なインターネット事業者の提供するプラットフォームのサービスを、わが国のユーザーも著作権産業も使っている。さらに、これらアメリカ企業から日本の著作権者(テレビ局など)も投資を受けている(NHKとNetflixの共同事業など)。そうなると、著作権者も、媒介者と協力せざるをえず、立法で増加しつつある支分権の行使、個別制限規定の反対解釈による侵害の主張、補償金請求権などを行使できず、むしろコンテンツを無償で提供せざるをえないかもしれない。そうすると、この数十年でわが国の著作権法のおこなったことは、著作権者の市場を縮小させたまま、わが国の媒介者やインターネット事業者の出現を妨げたにすぎなくなる。

(c) 固定ライセンス料の弊害

さらに、補償金は、著作権の個別制限規定にさらに要件を細かく複雑にし、

(34) 西田宗千佳『ネットフリックスの時代』(講談社現代新書、2015年)。

(35) Menell, Nimmer, Legal Realism in Action: Indirect copyright liability's continuing tort framework and Sony's de facto demise, 55 UCLA L. Rev. 143, 193-196 (2007).

集中管理団体を新たに設定しなければならない立法上のコストがあり、立法段階でも報酬を決める手続からして、創作者側と利用者側の争いの種になる。たとえ立法したとしても、著作者側と利用者側の団体交渉で毎年ライセンス料を決めることになるが、紛争を先送りにするだけであろう。著作物の利用に大きな需要があり、かつ、料金体系の紛争などを迅速に解決できないと、私的録音録画補償金の事例のように、交渉が決裂すると考えられる。そもそも、ドイツの労働協約のような著作権団体と利用者団体間の団体交渉は、わが国ではなじみがない（前掲注56参照）。むしろ、フェアユースのように結論を All or nothing にして、利用者側（媒介者）に、著作権者の潜在的市場を害しないように工夫させ（Google Books のようなスミペット表示）、かつ、変形的利用の法理により付加価値をつけるサービス（検索。見付けやすくする）をおこなうよう誘導する方が現実的であり、社会全体からみて有用であろう。

また、団体交渉はあるものの、報酬請求権で著作物の価格をほぼ固定することは、独占禁止法上の高価格規制、ないし、廉価販売の規制にあたる。価格が自由に市場で決定されることは自由競争の根幹であり、競争法などにより価格を規制するためには、最低限、自由競争が制限されているなどの状況が必要である。しかしながら、著作物の取引コストを節減する、という理由だけではこのような価格規制をする必要性に乏しい。さらに、その価格規制のエンフォースメントが難しい。デジタル化された著作物の適正価格がわからないし、どの程度価格幅があれば独占禁止法が介入できるかは明らかではない。事業法での価格規制のようなものに拠らざるをえないと思われるが、大量のデジタル情報については、さまざまな著作物・利用方法が考えられ、さまざまな著作権者や、媒介者、利用者が関わる著作権法は、もはや事業法とはいえず、一律の価格規制（ひいては税金）は困難であろう⁽³⁴⁾。

(d) 理論的根拠の欠如

(34) 報酬請求を規定しても、実際には著作権者と利用者・媒介者間の力関係で決まると考えられる。利用者・媒介者側の力が強ければ、むしろ創作者や著作権者の方が報酬を支払わなければならない場合も多い。たとえば、原稿の出版者への持ち込みや、プラットフォームを提供する任天堂が、著作権者であるソフトウェア企業よりも力が強かった場合である。また、逆に、著作権者側の方が強ければ、報酬請求権といっても利用者に対して市場価格の数倍の価格を請求している場合もある。たとえば、38条5項後段で補償金が定められているが、映画著作物が唯一必須のコンテンツで、図書館に対して優越的地位にたち、市場価格の4倍近い価格を利用者に請求している。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

さらに、排他権（貸与権）を譲渡した後にも、創作者に報酬請求権が残るという欧州の貸与権に関する指令4条⁽³⁷⁾の考え方や、Adolf Dietz氏、Silke von Lewinski氏の考え方⁽³⁸⁾は特殊で、理論的に正当化できず、一般化できない。他の特許権などの知的財産権をみても、財産権を譲渡した後に創作者・発明者に報酬請求権が残るものはなく、なぜ著作権だけそのような法律構成を採用できるのか説明に窮する。

前述の、Google newsに近い、[YOL控訴審]は、著作物性が否定されたニュース見出しのリンクに不法行為に基づく損害賠償請求を認めたが、批判する見解が多数である。著作物でないものについては、著作物の利用と同等の法律上保護に値する利益の侵害がない限り、情報の流通の保護の視点から不法行為の成立を制限する考え方が妥当しよう⁽³⁹⁾。不法行為責任は、著作権侵害と権利制限の中間的解決としてはうまく機能していない。

(e) 要件

したがって、著作権が制限されて本来自由な領域に報酬請求権を規定するには、利用者（媒介者）による利用が著作物の市場を代替するとか、著作者の創作のインセンティブがなくなる、などの社会的事実が必要である。かつ、(1)で検討した以上のデメリットが存在しないか、特に、媒介者Yによる市場拡大を放棄し、市場縮小を甘んじて受けるのか、そのデメリットを上回るメリットが存在するなどの、制度の実効性の検証も必要である。しかし、(2)で検討する限り、集中管理団体に権利者の大部分が加入し、かつ、私人による著作物利用の市場が急拡大した場合など、幸運な事例しかないのではなかろうか。

(2) 強制利用許諾 + 報酬請求権の成功例

(a) JASRAC

(37) Council Directive 92/100 of November 19, 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property.

(38) Michel M Walter and Silke von Lewinski, *European Copyright Law* (OUP, 2010), paras. 6.4.1~6.4.33.

(39) 最判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁【北朝鮮映画密令027】（著作権の保護義務を負わない国民の著作物について不法行為責任を否定）、東京地判平成16年3月2日判時1857号108頁【YOL一審】（ニュースのリンクには著作物性がないとして不法行為責任を否定）。田村善之「知的財産権と不法行為」『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、2008年）。

◆ 第4章 ◆ 大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大 [潮海久雄]

プレーゲ旋風により、集中管理団体を厳しく規制し、黒船効果で権利者側からも集中管理団体を設立する要請が強かったため成功したのであろう。また、ユーザーである放送局が強かったため、需要者側からの規模の経済および二面市場が働き、音楽出版社も JASRAC に委託するようになったと考えられる。このように大部分の権利者が加入している集中管理団体は成功している。

しかし、大成功の JASRAC も長く続くとは限らない。デジタル化により、音楽の利用回数を以前より正確に把握できる今日では、包括利用許諾契約が、独占禁止法 2 条 5 項にいう「排除」の要件である、他の事業者の参入を著しく困難にする効果を有するとされた⁽⁴⁰⁾。また、報酬に不満を持つ音楽出版社は、JASRAC から独立して集中管理団体を設立している。

JASRAC 最高裁判決を見る限り、著作物の取引費用の節減、という集中管理団体の論拠は、わが国の独占禁止法上の正当化理由とならないようである。アメリカでも、音楽の実演権については、大きく 2 つの集中管理団体 (ASCAP と BMI) が併存している⁽⁴¹⁾。

(b) Pandora Radio

デジタルでは、2013 年頃からアメリカの Pandora Radio (以下 PR) が、強制利用許諾と報酬請求権の枠組みで成功した例としてあげられ、わが国でも詳細な紹介がなされている⁽⁴²⁾。PR は、ラジオ型のインターネットストリーミングサービス (非インタラクティブのウェブキャストにおける加入契約型のデジタル送信) をおこない、アメリカ著作権法上の法的利用許諾の制度を利用しており、集中管理団体である Sound Exchange (以下 SE) から許諾をえれば、個別にレコード会社 (著作権者) ないし実演家から権利許諾を得る必要がなく、国 (Copyright Royalty Board) が定めた利用料を SE に支払えばたりる。集中管理団体の SE は実演家とレコード会社の代表 (作詞・作曲は含まない) からなっている。

(40) 最判平成 27 年 4 月 28 日民集第 69 卷 3 号 518 頁 (JASRAC 最判)。

(41) 田中寿「音楽著作権管理と競争政策 (上) ~JASRAC 私的独占排除措置命令に関連して~」国際商事法務 40 卷 4 号 511 頁、514 頁以下。

(42) 安藤和宏「I 音楽配信ビジネスの現状と課題」年報知的財産法 2014 (2014 年) 5-8 頁。黒田智昭「III 音楽配信に関する米国著作権法制度の概要と実演家の権利」年報知的財産法 2014 (2014 年) 16-24 頁。インターネットラジオで、アプリが用いられ、プロのミュージシャンが楽曲を推薦する。広告収入で営業しており、顧客は広告付きの場合は無料で音楽を聴くことができるが、一定料金を支払えば、広告なしで聴けるサービスである。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

その成功要因は、PRは集中管理団体(SE)からのみ許諾をえればよく、権利処理が容易であった点が強調されている。しかし、この集中管理団体(SE)は、著作権者側(RIAA)から設立した団体で、権利者(レコード会社)のほとんどが加入しており、わが国と異なりアメリカ著作権法上、レコードの二次的使用料などの支分権がないことのほかに、媒介者であるPRの宣伝・データ解析によるサービスの改善等が優れていた点が大きいと考えられる。米国では車でラジオを聞く習慣があり、私人の市場による広告収入が大きく、需要者側からの規模の経済、および、二面市場が働いたのであろう。さらに、報酬額について著作権者側と利用者側で大きな争いがあり、迅速にこれを解決する仕組みがあったことも留意すべきである。

したがって、集中管理団体による報酬請求権を規定するとしても、著作権者の大部分が集中管理団体に加入することが前提で、その場合には他の媒介者(出版社など)と競合しないだろう。その上、当該著作物を利用する需要が高く、かつ、PRなどの媒介者のビジネスモデルが優れていることが必要であり、とりわけ著作権者と媒介者の協力関係が重要である⁽⁴³⁾。さらに、迅速に報酬額を解決する仕組みも必要となる。

(3) 著作権法の失敗

アメリカでも、Ginsburg教授は、著作物の利用を認めるが、著作者に報酬を払う制度(Permitted-But-Paid)を主張している⁽⁴⁴⁾。その法律構成は、欧州の補償金制度を参照し、生産的利用以外の消費的利用、とりわけ、Google Booksのような著作物全体を複製している場合には、フェアユースを認めるかわりに著作者に報酬を支払うべき、と主張している。その理由は、著作者の報酬請求権は、侵害の場合とフェアユースなどの著作権制限規定による全く自由な場合の中間であり、著作者に利益を還流すべきとする点にある。マックスプランク研究所のHilty教授も2005年当時から同様の立場を主張している⁽⁴⁵⁾。欧州の学者

(43) 拙稿・前掲注(6)「私的複製の現代的意義」著作権研究40号(2014年)69頁、91-92頁。安藤和宏・前掲注(142)8頁は、レコード会社は権利者に偏重しすぎてユーザーのニーズにあったビジネスを展開しておらず、ビジネスの経験やマーケティングにも優れたネット配信業者と協力しなければ音楽配信に未来はないと述べている。

(44) Jane C. Ginsburg, *supra* note 73, Berkely Tech. L.J. 1383 (2014).

(45) Reto Hilty, *Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht*, in: *Perspektiven des Geistigen Eigentums*

の起草した欧州著作権コード (European Copyright Code) ⁽⁴⁰⁾も、ほとんどの著作権の個別制限規定に報酬請求を認めるべきとしており、Hilty 教授がその箇所の担当である。

しかし、これらの見解は、Ⅲ 3(1) (2)で検討したとおり、理論上の根拠が薄い。Ginsburg 教授の主張する制度は、実質は強制利用許諾であろうが、フェアユースについて、当事者間の利益考量を静的なもののみとしている。特に、フェアユースが、利用者側が著作権者側の潜在的市場への損害を軽減するなど、当事者の行動の変容による、利益状況の動的な変化を見過ごしている。その上、社会全体の厚生が増大する、という積極的外部性 (市場の拡大、公共財の提供) を無視している。また、有償の強制利用許諾をしないとベルヌ条約違反とするのはいいすぎて、有償の強制利用許諾は英米法でもわが国の著作権法でもごく例外的な場合のみである。有償の利用許諾制度の代表である私的録音録画補償金制度を認めているのも、現在では欧州のみであり、それも欧州情報社会指令5条(2) (b)に規定され、指令にしばられた CJEU の諸判決によって仕方なく認められたものにすぎない。そもそも、ドイツ法が母法である私的録音録画補償金請求権は、本来、私的複製も侵害にあたり、かつ、プラットフォームなどの事業者 (Y) が原則として侵害主体であることを前提としている⁽⁴¹⁾。補償金制度を認めながら、事業者 (Y) の侵害主体性を否定してイノベーションを図る、などの主張は、この前提と大きく矛盾する。近時の 2015 年 3 月の Copydan CJEU 判決 (C-463/12) は、携帯電話の多機能のメモリチップについて、音楽を複製する機能による権利者への影響が小さい限り、業者に補償金支払義務はないとしている。また、Copydan 判決は、情報社会指令5条2項(b)は、私的使用については公正な補償をする立法を認めるが、主用途が私的使用の場合に補償が不要とする立法を妨げない、としている。

また、フェアユース規定に報酬請求を認めるこれらの見解 (有償の強制利用許諾) は、実現困難である。電子図書館における欧州の制度間競争 (Ⅱ 2(3)) でみ

und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 2005, S.325.

(40) その紹介として、上野達弘「ヨーロッパにおける著作権リフォーム — 欧州著作権コードを中心に」著作権研究 39号 39頁。

(41) 欧州の動向も含めて詳細について、拙稿・前掲注(6)「私的複製の現代的意義」著作権研究 40号 (2014年) 69頁。補償金制度をかつてから批判していたイギリスも、Brexitにより、この指令に従う必要はなくなるかもしれない。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

たとおり、著作権法の諸制度のうち、強制利用許諾は最も利用されない制度である。また、有償の強制利用許諾を支える集中管理団体は、孤児著作物における拡大集中でみたとおり（Ⅱ 2(3)(4)）、分野や支分権を限定した場合でも新たに設立することはむずかしく、実務上の成功は、著作者などの権利者のほぼ全員が参加することが最低条件であった。したがって、分野を問わない大量デジタルの全ての権利処理する集中管理団体は、まして困難で、分野ごとの集中管理団体が多数存在する場合、ひいては同じ分野で複数の管理団体が存在する場合（扱う支分権が異なる場合など）は、権利関係が錯綜する。

このような弊害を緩和するため、著作権取引所やポータルサイトなどで、複数の集中管理団体を集める試みが考えられる^(17a)ものの、多数の集中管理団体を競争させるとなると、やはり、著作権者と利用者の間で取引コストがかかると考えられる。この方向をおしすすめるならば、むしろ過去の仲介業務法のように許可を必要として、集中管理団体を数少なくする政策に戻し、媒介者による著作権市場の縮小は甘んじて受けざるをえない。

以上の、デジタル経済からみて、無理をとおした、あるいは矛盾する制度設計を著作権法がおこなえば、ますます著作権法は無視されるだろう。

このような現状をみると、著作権法学者がこれまで主張してきたように、著作物の利用には取引費用がかかるから「市場が失敗している」というよりも、市場は自制的規範を生成しており、失敗しているようには見えない。むしろ失敗しているのは著作権法学者たちの提示する制度メニューの方ではなかろうか。

4 フェアユースの意義

わが国でフェアユースを新たに立法する際にはジレンマがある。それは、フェアユースを導入すると一定の効用がある（プラットフォームや新しいビジネスを起こす、社会的厚生が増加する）と主張すると、相対的に、著作者が貧しくなり損害をこうむる、として拒絶され、フェアユースをいれてもたいした効用がなく、解釈の際の要素を考慮できるだけ、と主張すれば、立法事実がないとして拒絶される。

(17a) イギリスのデジタル著作権取引所について、「利用円滑化報告書」207-230頁（今村哲也・情報通信総合研究所執筆）、張睿暎「デジタルコンテンツの流通促進に向けた制度設計——韓国・英国のデジタル著作権取引所（DCE）構想および欧米の動向からの示唆」著作権研究42号117-158頁（2016年）。

◆ 第4章 ◆ 大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大 [潮海久雄]

本稿で検討した、アメリカのフェアユース規定の発展過程やその果たしてきた機能をみると、その意義は、単に考慮要素を明示するとか、取引コストの節減という趣旨だけではないことが明らかになった。というのは、〔美術鑑定書〕判決のように、引用規定を類推すれば著作権が制限される領域は同じか、むしろ、引用規定の類推適用の範囲を拡大すれば、フェアユースが限定適用される運用よりも、著作権から自由な範囲が広がりうる⁴⁴⁸。このように、フェアユース規定が成功するかは、規定の仕方や著作権制限の範囲が広がるからではなく、その運用の仕方、および、事業者の反応による。

前述のように、アメリカのフェアユース規定は、これまでわが国で紹介されている以上に、裁判例において、広く適用ないし引用されていることが明らかになった。また、フェアユース規定の適用にはどめがあり、行き過ぎた自生的規範に対しても適用されうることも判明した。

まず、アメリカ著作権法は、1976年法の制定過程から、技術進歩とビジネスモデルにより利益状況が急速に変わることを考慮する必要性を指摘し、フェアユース規定を導入した(前掲注14)。その上で、アメリカのフェアユース規定は、著作権者の潜在的市場を代替しないという要件で、time-shifting 目的のビデオ録画機器など新しい技術について適用され (Sony 最判)、著作物の流通・利用市場を拡大した。また、消費的使用 (デッドコピー) である場合にも、利用目的が異なれば変容的利用としてフェアユースにあたりとし (Campbell 最判以降)、Google Books など大量複製の場合も、著作権者の潜在的市場を代替しないという要件で、フェアユースを適用している。さらに、アメリカの著作権の侵害主体の諸判例は、侵害という結論と、直接侵害における理由づけだけがわが国では引用されてきた。しかし、諸判例を子細に読めば、将来の技術の発展を考慮する部分では、Sony 最判がひんばんに引用されている (Grokster 最判、Aereo 最判)。さらに、ソフトウェアのSSOなど著作権保護がいきすぎる場合にも、フェアユース規定を適用している (Oracle vs. Goole)。このように、将来の市場を開拓する行為に対して、基本的に法が介入しないという基本思想から、著作権者の著作物の利用市場とそれ以外を区分けする形で、フェアユース規定を適用している (Ⅱ部参照)。

また、アメリカの具体的な訴訟でもフェアユース規定は広く適用されている。

(448) 拙稿・前掲注(125)「個別制限規定(引用規定)」筑波法政50号(2011年)。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

とりわけ、フェアユース規定をア priori に抗弁として立証責任が被告側にあるとせず、著作権者の潜在的市場や不公正な使用であることの立証責任を著作権者にも分配している。また、個別制限規定が適用される場合にもフェアユースは適用されうる。

このフェアユース規定の発展過程をみると、その根拠は、以下のような積極的外部性にあると考える。

フェアユースの機能は、第1に、媒介者 Y が、著作権者 X への侵害の程度を少なくして、著作権法の制度メニューにない、当事者間の新しい柔軟な利益調整の合意ができる。すなわち、opt-out などの自生的規範が承認されるという面がある。その例として、Google 検索エンジン、Google Books, YouTube や、拡大集中（ドイツ、アメリカの著作権局報告書 [2015]）の opt-out 制度である。Google Books や欧州のデジタル図書館は、著作物を大量に複製し、かつ、著作権者の側が、デジタル図書館等から抜きたい旨を告知しなければならない（opt-out 方式）ため、当初は著作権法上違法であるとか、ベルヌ条約違反という意見が強かった。ところが、近時のアメリカの裁判例によればフェアユースにより合法とされている。また、欧州のデジタル図書館について、前述のとおり、主要国は事実上 opt-out 制度を採用しつつあり、Google と協力して、電子化および利用をおこなう方向へ進んでいる。わが国でもこれを適法とするならば、孤児著作物に関する裁定利用許諾（47条の6）は、利用されないだろう。

また、今日では、多様なビジネスモデルが発達し、著作物がデジタル化され、著作物自体のライセンスよりも、著作物を利用したサービスで稼ぐビジネスモデルや、顧客の行動履歴などのデータから利益のあがるサービスを見つけ出すビジネスモデルを構築することが考えられる。情報契約（シュリンクラップライセンス、クリックオンライセンス）が、データベースやテレビ音楽視聴サービスに広く利用されている。また、従量制（データベース）、定額制（subscription、音楽）など多様な契約形態が発達している。

第2に、フェアユースは、市場を拡大する機能がある。私的利用の市場から、次の市場（二次的市場）が拡大し、その担い手が、媒介者（Y）と利用者（A）である。平成21年に、47条の6で検索エンジンに伴う記録や公衆送信を一定の要件で認める著作権制限規定が立法されたが、すでに、アメリカ企業が私人の視聴などの時間を大きくとりこみながら、検索エンジンなどの情報産業を事実上独占しており（Google, Amazon, Facebook ほか）、その地位をてこに新たな知

識・情報の市場に（Google Books, Google Map, Google news、将来は Google Car など）拡大しつつある。もはやとりかえしのつかないほど差が拡大している。したがって、わが国でもこれらデータ情報産業の奨励を考えるならば、変形的利用ではない大量の消費的利用や、企業内の複製などにおいても、フェアユースの適用範囲を広げることを考えるべきであろう。

第3に、フェアユース規定は、プラットフォームなどの民間企業が、デジタル図書館などの公共財を提供することを支援する面を有する。ただし、既存の出版社や著作権者との利害調整から、フェアユースにいう第4要素により、著作物の潜在的市場を代替するものでないことが必要である⁽⁴⁹⁾。

第4に、特にデジタル経済においては、社会的厚生最適均衡は絶えず変動し、複雑で硬直的な個別制限規定がそれを必ずしも示していない。さらに、著作権法の用意するスキームが、著作物の取引・利用を促進する場面はまれである。むしろ、個別制限規定の反対解釈、および情報契約や技術的保護手段による著作権保護の拡大を、個別の著作権制限規定ではなく、フェアユース規定が限定する役割を将来担うと考えられる⁽⁵⁰⁾。

IV 結 語

1 ポリシーミックスの際の留意点

デジタル情報は、大量に複製されると、著作権者の将来の市場機会を奪われるという意味での損害が拡大するため、著作権でコントロールすべきという側

(49) もっとも、需要者側の規模の経済が働き、ユーザーの期待がデジタルコンテンツについてただに近いもの（e.g.音楽）になると、著作権者に容易に利益が還流しない可能性がある。ただし、媒介者も競争が激しく、著作権（創作者）のコンテンツが重要であるのはわかっているため、創作過程に投資するなど、創作者と媒介者が協力しあうことが重要となってこよう。なお、ステイヴン・ウィット『誰が音楽をただにした？』（早川書房・2016年）参照。2016年9月のデータでは、Apple MusicやSportifyなどの音楽ストリーミング定額配信による利益が、アメリカのレコード製作者（レーベル）に大きく還流している（MIDiA Reseach）。

(50) Pamela Samuelson, Possible Futures of Fair Use, 90 Wash. L. Rev. 815, 859 (2015). 技術的保護手段とフェアユース理論の関係について、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 Fair Use 理論」法学 66 巻 5 号（2002 年）1 頁、Pamela Samuelson, SYMPOSIUM: Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised, 14 Berkeley Tech L.J. 519, 543-551 (1999).

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

面がある。そこでは、著作権行使の際の取引コストを節減するために、集中管理団体、登録制度、取引所などの制度設計が重要になってくるはずである。

しかし、大量のデジタル情報については、むしろ著作物が広まって市場の機会が増える面もあり、二面市場と相まって、ユーザーが増え、それに伴い著作物の価値が上昇し、著作権者にも利益が還流し、ユーザーにも当該情報にアクセスして享受する機会が増えるという側面もある。また、インターネットでは探し出せなければならないのと同じ（サーチコストの軽減が重要）という意味で、著作物の編集や検索を担う媒介者が重要になるという側面もあり、単なる著作権の制限よりも著作物の取引・利用をどのように促進するかが重要になってくる。

図式化すると、私的利用を中心とした市場の成長により媒介者が発達し、媒介者が著作物の利用を仲介する動きがある。そこでは、利用方法、利用条件、サービスなどの点で、著作権法の個別制限規定よりもはるかに創造的な契約が発達する。他方で、著作物の取引費用を節減するために、強制利用許諾や集中管理団体により著作権法が権利処理に介入する動きがある。

この点、わが国の現状は、媒介者が現れないような法政策（侵害主体の裁判例やフェアユースの否定）をとりながら、かつ、集中管理団体をついにできず取引費用を節減できない法政策を採用しており（[JASRAC 最判]）、大量のデジタル著作物の利用流通について大きな弊害が生じている。

このように、媒介者による著作物利用促進がうまくいく場面と、国の強制利用実施（定額の補償金など）がうまくいく場面とで分かれているものの、登録、集中管理、取引所などが整備されれば、両者は近づくと考え方もある。

しかし、両方の制度を併存させるとすれば、制度間競争により媒介者による制度が生き残るだろう。出版社等の著作権者（X）や一般私人（A）が、媒介者が提供する、安価で便利で顧客をひきつける標準化されたプラットフォームやサービスを利用するのは自然である。また、集中管理団体や強制利用許諾は、市場の拡大や媒介者の出現を妨げるなどのマイナス面もある。もし、両方の政策をすすめるとすれば、デジタルの大量処理の場面では、強制利用許諾や集中管理制度などの著作権法の制度が、前者（媒介者による著作物の利用促進）を妨害しないように留意し、効果的なポリシー・ミックスをする必要がある。

2 自生的規範の支援とそれに対する制御——フェアユース規定の役割の拡大

わが国の著作権法では、著作権の権利の内容は、「支分権+個別制限規定」により定まる。しかし、個別の著作権制限規定が、年々複雑化・長文化し、毎年、数多く立法化されているのをしりめに、著作物のデジタル化に対応して、情報契約、クリエイティブコモンズ、定額の契約 (subscription) など、「支分権+個別制限規定」から離れた、約款のような契約をはじめとする自生的規範が、著作権者と利用者の間で発達・普及しつつある。

2000年頃から、著作権の個別制限規定を上回る権利内容を実現しようとする情報契約が問題となり、デジタルコンテンツの利用契約に用いられた。時期を同じくして、正反対の動きである、クリエイティブ・コモンズという新しいライセンス形態が産声をあげている。これは、著作物が本来自由利用されることをベースラインとし、著作権者がどうしても譲れない点のみを利用条件として公示して、コンテンツを広く利用してもらう契約である。また、近年のデジタル音楽配信では、iTunes や、Sportify など、聴き放題の代わりに定額 (subscription) を徴収する料金体系が普及し、ユーザーの便宜にも配慮した多様な契約形態が発達しつつある。さらに、電子図書館では、著作権法の opt-in 原則がひっくり返った、複製されたくなければ著作権者側が媒介者に告知すべき、という opt-out 制度まで出現し、それが急速に広まりつつある。

このような、多様な自生的規範が発達した理由は、著作物がデジタル化されて大量の利用が可能となり、利用条件の標準化が必要となったことと、著作権者の全てが支分権にある著作権を強行に主張するわけではなく、むしろ利用を希望する者も多く、著作権者の利害関係が多様化しているから、と考える。たとえば、有名でない著作権者はむしろ複製してもらって有名になることを優先するかもしれない。デジタル情報のうち、著作物の部分は広く自由利用してもらって、付随的なサービス等の部分でかせぐというビジネスモデルも多い⁽⁴⁵⁾。その反面、著作物の一頁に安価な値付けを拒否する著作権者も存在する。このように、大量デジタルの利活用については、著作権者の利害が多様であるため、

(45) さらに、本稿では詳しく取り上げなかったが、普通、研究者は著作権など要求せず、広く読まれることを希望する。わが国の漫画のコミュニティでは、二次的著作物がつくられるのを事実上放置している。著作権を放棄した Wikipedia は、瞬く間に創作されている。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

著作権管理団体による一律の報酬・補償金の徴収や、一定の要件を定める個別制限規定ではもはや規律しえない状況にある。むしろ、フェアユース規定により、利用者側の侵害行為態様を制御して、侵害行為の程度を軽減させ、あるいは付加価値をつけさせ、著作物の利用を促進する仕組みの方が適切に機能する場面が、デジタル著作物では増加している。

このように、今日では、著作物の多様性に対応して著作者の創作および利用目的も多様である上に、新しい著作物の利用および市場が技術により急激に拡大している。かかる現象は、著作権法が、著作権者と利用者の利益調整として、個々の著作物に関する「支分権+個別制限規定」という形で定めた、固定的な要件による境界線が、もはや絶対的なものではなくなったことを如実に示している。多様な著作権者および利用者の利害関係に応じて、自律的な社会規範として発達したライセンス契約や約款が、その均衡点を塗り替えつつある。これら自生的規範は、一定の集団間で合意され、価格差別などの合理性もある以上、公益や公共政策のある著作権制限規定に反しない限り、これらの情報契約が全て公序良俗違反として無効とされることは考えにくい。

そうすると、著作物をこれから利用する際の事前に参考にする規範は、著作権法ではなく、これらの自生的規範となる。著作権法が、著作権者と利用者の利害対立の構図として定めた「支分権+個別の権利制限規定」は、アナログの著作物についての事後的な裁判におけるごく限られた規範にすぎなくなる。著作権法30条2項の私的録音録画補償金制度が機能しなくなったことは、その予兆にすぎない。

さらに、近年、引用規定(32条)がフェアユースのように柔軟に解釈され([美術鑑定書]参照)、著作権法における報酬請求権が認められなくなっていることを考えると、個別の権利制限規定の社会規範としての意義が急速に低下し、自生規範およびフェアユース規定による承認ないし修正が問題となる領域が拡大しつつある。

さらに、将来、情報契約が著作権法をオーバーライドし、その強行法規違反を判断する際に、著作権の個別制限規定だけでなくフェアユース規定も考慮される場面も増えると考えられる。

本稿では、主に、デジタルの侵害主体、電子図書館、インターフェース情報、Google news、私的複製、クラウドなど、現時点で重要と思われる分野における、アメリカのフェアユース規定の展開を検討した。フェアユース規定は、単

◆ 第4章 ◆ 大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大 [潮海久雄]

にこれまで唱えられてきた著作権者と利用者との取引費用を節減するだけでなく、本来著作権法で保護すべきでない情報（機能著作物・事実著作物）を著作権法で保護することによる弊害を緩和する役割、著作物の市場を拡大する役割、また、電子図書館インフラなどの公共財を民間企業が提供するのを支える役割を担っている。つまり、フェアユース規定は、個別制限規定にかわって、自生的規範の生成を助けるとともに、その公正さをチェックする機能も有すると考える。