HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権法におけるスタンダード型規範の司法による法形成 (1) : 権利制約メニューとしての引用の制限規定、著作物性、類似性について
Author(s)	陳, 信至
Citation	知的財産法政策学研究, 52, 83-150
Issue Date	2018-11
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/72319
Type	bulletin (article)
File Information	52_03chen.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

著作権法におけるスタンダード型規範の司法による法形成(1)
―権利制約メニューとしての引用の制限規定、著作物性、類似性について―

陳　　信　至

目　次

第１章　序論－著作権制度の危機と司法による矯正の可能性
　第１節　著作権制度の危機－背景となる議論
　　第１項　ユーザーの行動の自由の確保及び著作権の実効性の問題の顕在化
　　第２項　著作権法の条文とユーザーの理解との乖離
　　第３項　政策形成過程に存する構造的なバイアス
　　第４項　バイアスの具体例－日本版フェア・ユース規定導入の挫折
　　第５項　スタンダード型規範の司法による法形成－バイアスに対する矯正の可能性
　第２節　本稿の目的と構成（以上、本号）
第２章　引用の制限規定
第３章　ルールとスタンダードの区別から見た著作物の定義規定
第４章　著作物の成立要件として機能させる美術の範囲の要件－いわゆる応用美術問題
第５章　著作物の成立要件として機能させる創作性の要件
第６章　著作権の保護範囲を画する類似性の要件
第７章　各スタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義と残された課題

第１章　序論－著作権制度の危機と司法による矯正の可能性

第１節　著作権制度の危機－背景となる議論

第１項　ユーザーの行動の自由の確保及び著作権の実効性の問題の顕在化

著作権法の起源は、1710年英国議会に立法されたアン法と呼ばれる最初の著作権法に遡るとされている。これは15世紀の活版印刷技術の発達に伴って、英国における出版業の独占的支配を得ようとする、出版社から結成された書籍出版業組合（ギルド）の働きかけにより発展したものである[1]。この印刷特権から出発した著作権法は排他権の及ぶ範囲を印刷、出版、販売という大規模な商業的利用に限定していたが、時の経過に従って、著作権者に付与される権利は拡大され、著作物を有形的に再製する「複製権」、二次的著作物の権利、そして放送等の著作物を公に使用する権利もまた加

---

[1] アラン・ラットマンほか編（内藤篤訳）『1990年代 米国著作権法詳解（上）』（1991年・信山社）1－2頁、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解－原著第６版－（上）』（2003年・信山社）1－2頁、ティナ・ハート（牧野和夫監訳）『イギリス知的財産法』（2007年・レクシスネクシスジャパン）217頁、アーサー・R. ミラー＝マイケル・H. デービス（藤野仁三訳）『アメリカ知的財産権法』（2008年・八朔社）187頁、PAUL GOLDSTEIN（金海军訳）『著作权之道：谷登堡到数字点播机（COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX）』（2008年・北京大学出版社）32-35頁、マーシャル・A. リーファー（牧野和夫監訳）『アメリカ著作権法』（2008年・レクシスネクシスジャパン）6－8頁。

また、活版印刷技術の普及につれて登場した当時の著作権法は、もともと出版業者の投資回収を保護することを目的としていたのであるが、市民革命を経てギルドに対する反感が強まる中、あからさまに出版業者のロビイングの結果できたというわけではなく、創作者の利益の保護という思想と結合し、著作者の権利として制定されるに至ったとされる。田村善之「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012年・弘文堂）419頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度－日本の著作権法の動向と将来像－（前編）（後編）」二弁フロンティア2010年12月号・2011年１・２月号）。白田秀彰『コピーライトの史的展開』（1998年・信山社）407-410頁も参照。

えられた[2]。もっとも、長きにわたって、著作物の複製物を大規模に流通させるには事実上、多額の資金が必要であった[3]ため、規制の対象となる複製や放送等の利用行為は、出版社、レコード会社、映画会社、放送局等限られた特定の企業しか行うことができなかった著作物の利用行為であった。そのため、こうした活版印刷技術の普及につれて登場した著作権法は、競業を規制するものに過ぎず、ユーザーによる非商業的利用を規律するものではなかったのである[4]。ともに、規制の対象となる行為を行うこ

---

[2] 著作権者への対価還流を保障するためには、著作物の使用価値に応じた対価を権利者に還流させたほうがよいものの、著作権法が複製禁止権を原則とし、後は公の使用行為を禁止することを旨としているのは、前者については、当時の技術水準を前提にすると、効率的な伝達手段は著作物を化体する本等の正規の複製物の流通に限られているので、「どんぶり勘定」として、正規の複製物の数はある程度、著作物の使用価値を反映するから、複製のところで著作権者に対価を払うようなシステムを採用することは効率的かつ現実的であること、後者については、著作物の公の使用行為を監視することが可能であるため、より直接的に著作物の使用価値に応じた対価を著作権者に還流せしめること、という趣旨であると解されるものとして、田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法(10) 情報と法』(1997年・岩波書店)297頁(初出 ジュリスト1057号(1994年))、同「著作権法講義ノート11」発明93巻5号(1996年)90-91頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)109頁、同『知的財産法』(第5版・2010年・有斐閣)425頁、同「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)36頁。

また、前田健「著作権法の設計－円滑な取引秩序形成の視点から－」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて－コンテンツと著作権法の役割』(2017年・信山社)84-85頁は、前者について、著作物を化体するパッケージメディアを新たに生み出す複製行為は、著作権者の利益に関わる最も中核的な行為であること、後者について、パッケージメディアによらずに著作物を消費者に届ける行為、と位置付けている。

[3] 反対に、活版印刷技術の発達がなければ、伝達手段は基本的に手書きの複製に限られていて、効率的・大規模な複製が不可能であったから、著作権のような保護制度は必要ではなかったといえる。野口祐子『デジタル時代の著作権』(2010年・筑摩書房)52頁参照。

[4] 田村・前掲注2現代の法297頁、同「インターネットと著作権－著作権法の第三の波－」アメリカ法1999-2号(2000年)212-213頁、同「効率性・多様性・自由－イン

ターネット時代の著作権制度のあり方ー」北大法学論集53巻４号（2002年）48頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）19頁、同「デジタル化時代の著作権制度ー著作権をめぐる法と政策ー」知的財産法政策学研究23号（2009年）24頁、同・前掲注２知的財産法418頁、同「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法2010-1号（2010年）26頁、同・前掲注１ライブ講義419-420頁、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012年４月21日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究39号（2014年）129頁、同「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けてー」知的財産法政策学研究44号（2014年）67頁、同・前掲注２著作権研究42号35頁、Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19 (1996)（HTML Version, https://www.law.cornell.edu/copyright/commentary/litrvtxt.htmより、2017年４月22日確認）、Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, 96:1 IOWA L. REV. 12-13, 38 (2010). 同（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（2012年）194-197頁、同（比良友佳理訳）「真の著作権リフォーム（2・完）」知的財産法政策学研究39号（2012年）29頁、相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題　中山信弘先生還暦記念論文集』（2005年・弘文堂）334頁、中山信弘『著作権法』（第２版・2014年・有斐閣）３－４頁、同「著作権法改正の潮流」中山信弘＝韓相郁『日韓の各視点から知的財産制度を考察』（2010年・信山社）215頁（初出「講演録　著作権法改正の潮流」コピライト578号（2009年））、同「著作権法の憂鬱」パテント758号（2013年）107頁、同「著作権制度の俯瞰と課題」ジュリスト1461号（2013年）81頁、Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617-18 (2008). ローレンス・レッシグ（山形治生訳）『REMIX　ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』（2010年・朔泳社）93-94・257-258頁、Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 BERKELEY TECH. L.J. 1193 (2010)、同（石新智規＝橋本有加訳）「著作権の原則プロジェクトーリフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財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ーコンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれからー報告書」（2011年）73頁、野口・前掲注３・54-55頁、島並良「著作権法におけるルールとスタンダード・再論ーフェアユース規定の導入に向けてー」中山ほか編・前掲注２・703頁。

また、著作権は事実上、競業を規制する権利に止まるとすると、①複製者が少数であったために相対的には監視も容易であり、権利の実効性を図ることもできること、②競業だけが規制されるから、非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由はあまり害さないこと、という二つの利点があることを意味するのである。田村・前掲北大法学論集53巻４号48-49頁、同・前掲本誌23号24頁、同・前掲アメリカ法2010-1

とができる者が限られていたその時代においては、相対的には監視が容易であり、複製、放送等の場面で対価を徴収する、という権利の実効性を図ることもできた。そのため、複製禁止権と公の使用行為禁止権という二本柱を構築している著作権制度はうまく機能していた[5]。

ところが、技術革新とその普及により、20世紀の後半から複製が、20世紀末からは公衆送信が、物理的には極めて容易になしうる行為になる。このように著作権法をめぐる技術的・社会的環境の変化に伴って、ユーザーが簡単に自由に行動しうる領域も拡大していく現在、なぜ著作権制度がうまく機能していないのかという点について、広く議論を喚起する必要がある。この点に関して、田村教授の「著作権法の第三の波」という考え方は、著作権法が前提としていた技術的・社会的環境の変化により、非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由を制約する行為規制に変容してきたが、著作権の実効性、すなわち複製と公の使用のところで対価を徴収する著作権制度の枠組みは現実にうまく対応できず、過去にもないような緊張関係を著作権者とユーザーにもたらしていることを炙り出している[6]。

号26頁、同・前掲本誌44号67頁。

[5] 田村・前掲注2現代の法297頁、同・前掲注2発明93巻5号90-91頁、同・前掲注2著作権法概説109-111頁、同・前掲注4北大法学論集53巻4号48-49頁、同・前掲注4本誌23号24頁、同・前掲注2知的財産法452-453頁、同・前掲注4アメリカ法2010-1号26頁、同・前掲注1ライブ講義419-420頁、同・前掲注4著作権研究39号129頁、同・前掲注4本誌44号67頁。

[6] 田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』(1999年・北海道大学図書刊行会)208-209頁、同・前掲注4アメリカ法1999-2号211-214頁、同・前掲注2著作権法概説193-194頁、同・前掲注4北大法学論集53巻4号48-50頁、同「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号(2003年)128-129頁、同・前掲注4本誌20号18-20頁、同・前掲注4本誌23号23-25頁、同・前掲注2知的財産法418-419頁、同・前掲注4アメリカ法2010-1号25-28頁、同・前掲注1ライブ講義419-420頁、同・前掲注4著作権研究39号129-130頁、同・前掲注4本誌44号64・66-76頁、同・前掲注2著作権研究42号35頁。

技術の革新が新たな問題を著作権法に突き付けることについて、相澤・前掲注4・334-339頁、中山信弘＝松田政行＝岩倉正和＝横山久芳＝相澤英孝「座談会 改正著

敷衍すると、20世紀の後半になって、録音、録画、複写等のアナログの複製技術が相次いで私的領域にも普及するようになった結果（第二の波）、ユーザーのレヴェルで誰でも容易に著作物の複製行為が可能となったことで、ユーザーとして我々の生活に広く普及した複製機器の使用を著作権法において規制することは、著作権法が当初の競業規制法から非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由を規制する法に変化し始め、人々の活動の自由が害される問題を深刻に引き起こすようになったのである。それだけではなく、権利者にとっても、複製者の数や複製回数が激増するために、監視が困難であり、交渉費用がかさむこととなっているから、活版印刷技術の普及（第一の波）につれて登場した著作権法が現在に至るまで堅持する複製禁止権が、その実効性を欠くことが問題になる[7]。

作権法と著作権法の課題」L&T 57号（2012年）7頁（中山発言）、中山信弘「著作権法の課題－フェアユースを中心として」伊藤眞ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』（2013年・商事法務）1272-1274頁、同・前掲注4著作権法395-396頁も参照。

「著作権法の第三の波」論に与するものとして、上野達弘「講演録 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）7頁・27頁の注19、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(3)」知的財産法政策学研究47号（2015年）99-106頁、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test（6・完）－厳格解釈から柔軟な解釈へ－」知的財産法政策学研究45号（2014年）136-141頁参照。

[7] ただし、私的領域において行われる複製行為は、業として行われる複製の場合と比較して、当時、アナログ技術による私的複製においては、①複製物は正規品よりも質が落ちること、②複製を行うために必要な時間、③複製媒体の費用、といった要因が存在していたため、私的複製の自由を認めたとしても、著作権者に与える経済的不利益はデジタル環境における現在ほどには大きくはなかった（半田正夫『著作権法概説』（第16版・2015年・法学書院）164頁、小嶋・前掲注6・137頁の注554参照）。そして、公に用いられる場合に別途、対価を要求しうる権利を認めておき、どんぶり勘定として、著作物を化体するパッケージメディアのところでは私的に用いられることを念頭に置いた対価を設定しておけば足りるような法制度にしておいたほうが著作物の利用の促進につながる、と指摘するものとして、田村・前掲注2著作権法概説175頁、同・前掲注2知的財産法464頁、田村善之＝高瀬亜富＝平澤卓人『ロジスティクス 知的財産法Ⅱ 著作権法』（2014年・信山社）57頁。

こうした問題に対する対応が適切、かつ、効率的に解決されないうちに、デジタル化・ネットワーク化の時代の到来により、デジタル複製技術に加えてコンピューティング・通信技術が普及し、ネットワークが整備されたこと（第三の波）に起因して、誰もがデジタル著作物の完璧なコピーを極めて容易に作ること[8]ができ、ブログ又は交流サイト(SNS)への投稿等様々な手法で、個々のユーザー自身が公に情報を発信することが物理的には極めて容易となっており、その機会も劇的に増えている。このようにデジタル・ネットワーク技術の普及により、誰でも複製が極めて容易にでき、そして誰でも情報を極めて容易に公に発信できるようになった結果、複製禁止権ばかりではなく、公の使用行為禁止権もその実効性を欠くことが問題になる。また、このように非商業的利用を伴うユーザーの行動しうる領域は拡大し、しかも私的領域と公的領域が渾然一体となる[9]ため、日々著作

---

[8] もっとも、デジタル・ネットワーク技術はユーザーが著作物を利用する能力を高めただけではなく、著作権者にとってはコピー・プロテクションといったデジタル権利管理技術を活用することにより、著作権の防衛体制の構築が可能になるため、著作権者の多くは、こうした技術的な解決策で対応している。ただ、フィルタリングという手段によって、侵害活動だけではなく、私的複製のように合法な、ユーザーの活動も妨げられるだろうという懸念がある。この点に関して、デジタル・ネットワーク技術の普及によってもたらされるはずの便益をユーザー全員が存分に享受することに失敗しかねないから、種々のコピー・プロテクションはあくまでも著作権者への利益の還流を容易とするための中間的な手段として用いられるべきであって、その解除技術の普及と課金体制の構築が並行して行われる必要があることに留意する必要がある。田村・前掲注 6 情報・秩序・ネットワーク208-209頁、同・前掲注 2 著作権法概説193-194頁、同・前掲注 4 北大法学論集53巻 4 号49頁、同・前掲注 4 本誌20号19-20頁、同・前掲注 4 本誌44号69-70頁。

[9] 従来の著作権法が想定していたユーザーは、かつての鑑賞者という比較的小規模なエリート集団であったが、今日においては、積極的に文化作品を消費し、インターネット経由で交換し、デジタル・コンテンツを自分たちのニーズに合わせて変形させようとする多くの人々が分散した多数派に変わってきていることを指摘するものとして、Antonina Bakardjieva Engelbrekt（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（2･完）」知的財産法政策学研究23号（2009年）33-34頁。また、前田・前掲注 2・89頁、同注22も、伝統的な表現手段・伝達手段は文章による出版それのみともいえたが、技術的・社会的環境の変化

物の複製・送信行為の介在が不可避となっている現在において、公の使用行為規制という枠組みまでもが、非商業的利用の場面でユーザーの行動の自由への過度の介入を防ぐ安全弁として機能しなくなっているのである。

以上のように、著作権法を取り巻く技術的・社会的環境の変化により、長らく限られた業界内にのみ関係していた著作権制度は、ユーザーの行動の自由に対する規制に変容してきた[10]。デジタル通信ではいたるところで複製・送信を伴うため、複製権、公衆送信権という支分権は、実質上一般条項として機能している[11]にもかかわらず、従来と同じ複製、公の使用行為を規制するままの状態では、著作権の保護とユーザーの行動の自由のバランスが崩れたものと考えられる。その意味では、現代はいかにして著作権を保護するかという実効性の問題だけが著作権法の課題なのではなく、反対に我々が日常行っている行為が形式的に著作権の排他的権利の対象となる場面は飛躍的に増えており、著作権者から許諾を得る必要があると

による「万人が出版者になる時代」では、インターネット上で文章による発信はもちろん、絵画、写真、音楽等、多様な表現手段による自己発信が可能になっていると指摘する。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ー新しい方式主義の構想ー」中山ほか編・前掲注2・26頁（デジタル化・ネットワーク化の最大の成果は、著作物の創作・流通・広告の費用が激減して、国民のほとんどが何らかの創作活動に参加するようになった点にある）、相澤・前掲注4・338-339頁も参照。

[10] 野口・前掲注3・80頁は、これを「業界法」から「お茶の間法」への変質と呼んでいる。島並・前掲注4・703頁も参照。

[11] 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ー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）24頁、田村・前掲注4本誌44号116頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法についてー立法論において議論すべきことは何かー」知財研フォーラム107号（2016年）13頁。

それに対して、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年・有斐閣）165・223頁、同『著作権法概論』（2014年・勁草書房）88-89頁は、著作権法は著作権の内容となる複製権以下の権利を限定的に列挙しており、著作権の外延を法律上明確にする立法手法をとっている、と異なる見解を示している。

されている著作権法との抵触が頻繁に問題になっている[12]ので、過剰な権利保護による弊害を除去するということも著作権法の課題になっている[13]。

---

[12] この点に関して、著作権は身辺雑事の多くを包含するようになった現代社会では、複製や送信等、日常のありふれたやりとりはその多くが著作権侵害を構成しうる違法な行為とされるので、もはやほとんどの人々が著作権と抵触することなしに時を過ごすことができなくなっていると指摘するものとして、Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 34-35 (1994)。

また、中山教授は我々の生活は諸々の新しいデジタル機器に囲まれており、インターネットに代表されるように、ユーザーであってもインターネットを通じて公に発信することができるようになった「万人が出版者になる時代」の結果、公私の境界が曖昧になりつつあり、我々は日々侵害行為を冒しながら生活をしているのが現状であると指摘する(中山信弘「著作権のリフォームに際し」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォームーコンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けてー』(2008年)(http://www.dcaj.or.jp/project/ report/より、2017年5月7日確認)1-2頁、同・前掲注4「著作権法改正の潮流」247-248頁、同「フェアユース規定の導入に期待するもの」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向ー法改正への提言』(2010年・第一法規)3頁、同・前掲注4パテント2013年1月号107頁、同・前掲注4ジュリスト1461号82頁、同・前掲注4著作権法4・14頁。

ほかに、レッシグ・前掲注4・95・257-258頁(デジタル世界でのあらゆる著作物の利用は必然的に複製を伴うから、著作権法の規制の対象となることを指摘する)、Samuelson et. al., *supra* note 4, at 1177、同・前掲注4・58頁(専門的な芸術家や作家と同様に素人も、現在、定期的に著作権の問題に遭遇しており、著作権の諸ルールは、一般人の多くの日常活動に関係する)、島並良「著作権法における消費者の地位」川濵昇ほか編『競争法の理論と課題ー独占禁止法・知的財産法の最前線〔根岸哲先生古稀祝賀〕』(2013年・有斐閣)739頁(ユーザーが著作物を享受する際に複製等の利用が不可避的に随伴する機会が多くなっていることを指摘する)。蘆立順美「私的複製の範囲と主体ー30条1項柱書きー」著作権研究40号(2015年)42-48頁、上野達弘「講演録 著作権法における権利の在り方ー制度論のメニューー」コピライト650号(2015年)4頁も参照。

[13] 上野・前掲注6・7頁。

第２項　著作権法の条文とユーザーの理解との乖離

こうしたアナログとデジタルの過渡期において、劇的な技術的・社会的環境の変化を迎えた日本の著作権法は、状況に応じ、確かにいくつかの改正がなされてきた。複製者の数や複製回数が飛躍的に増大し、複製禁止権の実効性が問われるようになった第二の波に対しては、個々のユーザーとの交渉費用がかさみ、権利処理が煩雑となる反面、侵害を監視することが困難であるために、許諾を求めるように仕向ける制度的保障がないとの問題を解決する技術革新はされておらず、次善策として、複製回数や利用数を反映できる行為の規制のポイントとして、公の貸与禁止権（26条の３）やデジタル方式の複製機器・記録媒体に対する私的録音録画補償金制度の導入（30条２項、102条１項）等の「応急処置」[14]が施されてきた。また、コピー・コントロールの技術的保護手段やアクセス・コントロールの技術に対する法的な支援（30条１項２号（技術的保護手段等の回避等に係る法的規制）、120条の２第１号（技術的保護手段回避装置等の罪）、113条３項２号、同３号（権利管理情報の改変等に係る法的規制））は、公の使用行為規制の土台をも揺るがす第三の波対策という

---

[14] 田村善之「著作権法講義ノート17」発明93巻11号（1996年）87頁、同・前掲注６情報・秩序・ネットワーク208頁、同・前掲注２著作権法概説124-141・193頁、同・前掲注４北大法学論集53巻４号49頁、同・前掲注４本誌20号19頁、同・前掲注４本誌44号68頁、同・前掲注２著作権研究42号43頁。

もっとも、立法論としては、著作権者への対価還流を保障しつつ、非商業的利用の自由を確保するために、デジタル方式の録音、録画に限らず、アナログを含めてすべての複製機器、記録媒体に対する課金制度を充実させるのと引き換えに、著作権の対象外となる私的複製の範囲を現行30条１項の家庭内複製から企業内複製等に拡張すべきであることを指摘するものとして、田村・前掲注６情報・秩序・インターネット231頁の注79、同・前掲注２著作権法概説135・193頁、同・前掲注４北大法学論集53巻４号49頁。

ただし、相澤・前掲注４・337頁は、複製機器の製造者や販売者からの補償金の徴収という方法は、権利者にとって便宜であるが、どのような著作物が複製されているのか、その複製は無権限でなされているのかということは不明確なので、このような対価の徴収や分配には不明瞭さがつきまとうことになると指摘する。

意味合いもある[15]。そのほか著作権を強化する方向の改正は、TRIPs協定やWIPO著作権条約に対応するもので、より広く送信可能化や公衆送信という形で包括的に権利を創設する改正になった。

しかし、その一方で、著作権法をめぐる技術的・社会的環境が変化する中で、簡単に自由に行動しうる領域の拡大とともに、私的領域と公的領域が渾然一体となることから、非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由を確保する必要も高くなっているにもかかわらず、現実には、著作権の保護強化と均衡を図るのに十分なほど制限規定は置かれなかった。敷衍すると、制限規定の特定性の程度については、立法と司法の役割分担ととらえる視点から、相対的にはルール型の制限規定とスタンダード型の制限規定に大別される。ルール型の制限規定は、事前に議会での具体性の高い要件の制約によってその適用場面・範囲が特定される。それに対して、スタンダード型の制限規定は、著作物の公正な利用を広く許す米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を典型例として、他の具体的要件による適用場面・範囲の制約すら受けずに、議会で抽象的な概念を持ったスタンダードな基準だけを決めておいて、後はその具体化の作業を裁判所に委ねる[16]。確かに、2007年改正では、パソコンや携帯電話を保守、修理する際の一時的保存（2007年改正当時は47条の３、2009年改正後は47条の４）、2009年改正では、検索サイトが検索のためにウェブのデータを取り込んだり表示する場合の複製（47条の６）、オークションサイトでの美術品のサムネイル表示等（47条の２）、情報解析ツールを用いて網羅的にデータを研究する際の複製（47条の７）、キャッシング等、送信の障害の防止等のための複製(47条の５)やコンピュータを利用する際に不可避的に生じる複製(47条の８)、といった適用場面・範囲が特定された個別のルール型の制限規定はたびたび法改正により追加されることになった。その中で、現行法は

[15] 田村・前掲注２著作権法概説141-153頁、同・前掲注６ジュリスト1255号129頁。
[16] 抽象的な概念そのものは、適用範囲を特定する機能を有しないのであるから、スタンダード型規範をとる制限規定の最大の特徴は、その適用場面・範囲の開放性、すなわちその目的や場面を特定することなく、著作物利用を適法と位置付けることができる点にあると指摘するものとして、島並・前掲注４・705頁。

コンピュータで技術的な処理の過程で起こる「一時的蓄積」の問題に対して、上記47条の５、47条の８というルール型の制限規定を新設することによって対応したが、著作物の経済的利用を伴わないゆえに、そもそも規範的に「複製」に当たらないとも解釈できる[17]。そして、47条の５、47条の

[17] キャッシング等、コンピュータで技術的な処理の過程で起こる一時的蓄積は、著作物自体を享受することを目的とするものではなく、著作物の経済的価値を利用する行為とは評価されないのであれば、「複製」の概念をより規範的に解釈すべきだとの立場を採用し、著作物の経済的利用を伴わない一時的蓄積は「複製」とは解釈しないことにも障害はない。田村・前掲注２著作権法概説118-120頁、中山・前掲注４著作権法251頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（第２版・2016年・有斐閣）146-147頁（島並執筆）、高林龍『標準著作権法』（第３版・2016年・有斐閣）132頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年・レクシスネクシスジャパン）134-136頁（小倉執筆）参照。また、ラジオ音楽番組において公衆送信された音楽データは、各受信者が保有する受信チューナーにおいて所定の信号処理を行うために、受信チューナー内のランダム・アクセス・メモリー（RAM）に蓄積されることになるところ、こうしたRAMにおける音楽データ等の蓄積が「複製」に当たるか否かという論点について、東京地判平成12年５月16日判タ1057号221頁［スターデジオⅠ］（三村量一裁判長）は、著作権法上の「複製」に当たるというためには、将来反復して使用される可能性のある形態の再製物を作成するものであることが必要であるとの解釈を示したうえで、RAMにおけるデータ等の蓄積は、社会通念に照らし将来反復して使用される可能性のある形態の再製物といえず、一時的・過渡的な性質を有するものであるから、著作権法上の「複製」には当たらないと結論付けた。

他方、モバイル装置等、コンピュータの仕組みがどんどん進化して、RAMに貯めたデータがすぐには消えず、ずっと保存されていたり、キャッシュがコンピュータに残る時間が長くなってきたりした結果、「一時的」なデータの蓄積といっていても、ダウンロードした場合と何が違うのか、その境目が分かりにくくなってきたことも背景にはあった（野口・前掲注３・70頁参照）。そのため、いったんは複製に当たると解釈したうえでそれを適法視する制限規定を設けるという立場を現行法がとっている（加戸守行『著作権法逐条講義』（６訂新版・2013年・著作権情報センター）56頁、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」（2009年１月）100-101頁参照（http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h21_hokaisei/pdf/21_houkaisei_houkokusho.pdfより、2017年５月29日確認））。

いずれにせよ、一時的蓄積の問題に対して、どの立場に立っても、著作物の経済

8を除けば、結局のところ、改正が実現するのはピンポイントでパソコン業界、携帯電話産業、検索エンジンやオークションサイト業者等の特定の利益団体の集中した利益を保護するための個別のルール型の制限規定に止まる[18]。

それに対して、米国型フェア・ユースのような著作権を制限する一般条

的価値を利用する行為と評価されるかどうかが重要視されよう。ただし、個別のルール型の制限規定を新設することによって対応したこの現行法の立場について、外生的に決定される法の適用頻度(訴訟紛争が発生し規範を適用する回数)が低くて、規制環境の変化が速いために法を陳腐化させる速度も速い場合には、紛争解決が迫られる都度、裁判所がスタンダードを妥当に運用していくことは望ましいところ(島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号(2008年)97-98頁、同「著作権制限の一般規定」『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』(2011年・青林書院)489頁、ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ(和久井理子訳)「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究15号(2012年)323-330頁)、コンピュータ等の機器利用の過程では一時的な蓄積が日々行われているが、そのような問題が著作権侵害訴訟で争われた事例は極めて稀であり、しかも新たな技術が開発される速度が速いため、こうした規範適用による訴訟紛争解決の頻度が低く、法の陳腐化が速いこのような事象に対して、具体的事案に即した解決を裁判所に委ねて、複製の規範的解釈あるいは権利制限の一般条項の導入というスタンダード的な処理によって対応することが望ましいと考えられる。その点で現行法のように一時的蓄積に対して権利制限の細かなルールを予め設定することは、立法のコストをかけるに値しなかったといわざるをえないのではなかろうか。この点に関して、島並・前掲著作権研究35号98・101-102頁も参照。

[18] 大半の制限規定の背後には、そのような制限規定を必要とする特定の利益団体が存在すると指摘するものとして、田村善之「著作権法へのフェア・ユース規定導入の是非を議論する際のポイント」ウエストロー・ジャパン(2009年8月)(http://www.westlawjapan.com/column/2009/090803/より、2017年5月11日確認)、同「法教育と著作権法－政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト1404号(2010年)37頁、同「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号(2010年)9-10頁、同・前掲注1ライブ講義406頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた－美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に－」法曹時報63巻5号(2011年)1046頁、同・前掲注4著作権研究39号118頁、同・前掲注4本誌44号34頁。

項は当然として、企業内複製といった特定の業者が突出して利益を受けるわけではなく、ユーザーによる非商業的利用についてまで利用を許すための制限規定も新設されなかった。というよりはむしろ、デジタル・ネットワーク技術の進化・普及に合わせて、今まであった制限規定の適用場面・範囲を狭めることにより権利が強化されることがある。例えば、著作権法30条１項柱書きは「私的複製」を許容しているが、私的領域における著作物の複製の量的な拡大と質的な向上を受けて、私的領域における複製であっても、必ずしも著作権者が被る損害が少ないとはいえない状況が生じたことで、著作権者の利益の確保のために、私的複製の範囲をより制限すべきとの要請が出ている[19]。そこで、1999年改正によって、コピー・コントロールの技術的保護手段を迂回する私的複製は権利制限の対象外となったが（30条１項２号）、2012年改正で、著作権法上の保護を受ける「技術的保護手段」の範囲が拡張され（２条１項20号）、「暗号型」のアクセス・コントロールであっても、実態としてコピー・コントロールとして機能している技術が含まれる等、私的複製に関する制限規定の適用場面・範囲が狭められている。また、2007年に議員立法で制定された映画盗撮防止法により、映画館内で上映される映画を撮影する行為は、私的目的のための複製であっても、著作権侵害となり、民事上及び刑事上の責任を負うことになる（映画盗撮防止法２条・４条）。そして、2009年著作権法改正により、著作権を侵害してインターネットにアップロードされている有償著作物を、そのサイトから、その事実を知りながら、ダウンロードして録音、録画する行為は私的目的のためであっても違法とされている（30条１項３号（違法に配信されたファイルのダウンロードの違法化））。さらに、違法ダウンロードに対して、従来、違法性に対する意識の低さや違法性の程度[20]を

---

[19] 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」コピライト585号（2010年）25-26頁、池村聡『著作権法コンメンタール別冊－平成21年改正解説－』（2010年・勁草書房）12頁、山神清和「私的複製の例外」著作権研究40号（2015年）55頁。

[20] 文化庁・前掲注19・46頁、池村・前掲注19・16頁、同「違法ダウンロードの刑事罰化」ジュリスト1457号（2013年）75頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊　平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）11頁。

考慮して、民事上の責任が課される一方で、私的複製であれば刑事罰は科されなかったが（119条１項）、前掲の2007年に制定された映画盗撮の刑事罰化に係る規定（映画盗撮防止法４条）に続き、2012年改正では、違法ダウンロードに対する刑事罰までもが科されるようになった（119条３項（違法に配信されたファイルのダウンロードの刑事罰化））。

以上のように、アナログとデジタルの過渡期において、今までの著作権法を取り巻く技術的・社会的環境の変化に対応するための法改正は、非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由への過度な介入を防ぐ方策として十分とはいえない[21]。そのため、著作権法の条文と、著作権で規制されて

---

[21] 米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項に対置されるフェアド・ユース（fared use）という概念を提唱したTom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use ?*, 76 N. CAROLINA L. REV. 557, 596-600 (1998)は、権利制限の適用場面・範囲が縮減され、権利者がユーザーから対価を徴収する領域が拡大することになるという認識の下、デジタル技術のおかげで権利者とユーザーの直接の取引が従前よりも容易となっており、かかる費用が従前に比して低廉なものとなっているために、権利処理システムによって対価が権利者に還流するようになるとしたところで権利者とユーザーはウィン・ウィンの関係になるのだから、権利制限の適用場面・範囲の縮減を嘆く必要はないと論じている。同様にGinsburg教授は、著作物全体を複製している消費的利用の場合には、利用を認める代わりに著作権者に報酬を支払うべきと主張している。著作権者に報酬を払うこの制度の趣旨は、侵害の場合とフェア・ユース等の制限規定による全く自由な場合の中間であり、著作権者に利益を還流することができる点にあるからである。Jane C. Ginsburg, *Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid?*, 29 BERKELEY TECH. L.J. 1383 (2015)（http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol29/iss3/1より、2018年８月17日確認）。

もっとも、ここで注意する必要があるのは、いかにデジタル技術が進歩しようともアナログの世界は残る、というアナログとデジタルの過渡期において、アナログの世界に関しては現在の技術状況と変化がない以上、法制度としても、著作権法のすべてをデジタル対応にするということもできないという状況にあるため、アナログ社会とデジタル社会との両者をどのように調和させるのかという難問を解決しない限りは、折角の技術の進展に法制度が追い付けないということになる。田村・前掲注２現代の法303-304頁、中山信弘＝岩倉正和＝横山久芳＝相澤英孝「座談会著作権法は何をめざすのかー中山信弘先生を囲んでー」L&T 51号（2011年）２頁（中

いる行為はどのようなものかということに関する国民の一般意識との間には大きな乖離が存在する、という問題[22]は未解決のまま残されている。

山発言）参照。

また、潮海久雄「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－」中山ほか編・前掲注2・245頁は、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、当事者間の利益考量を静的なものと見ており、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。そのうえ、フェア・ユースについて、市場の拡大、公共財の提供等により、社会全体の厚生が増大するという積極的外部性を無視していると指摘する。そして、図書館に赴いて情報を調べる場合等、こうしたコストフリーでの利用が許されている事実上の価格差別の下で、ユーザーが自己の利害得失に応じた選択を行うことができるという点で、厚生の観点からは望ましいといえる。したがって、制限規定により無許諾・無償で利用できる場合と異なり、報酬請求権の下では利用量が制限されることに対する配慮がないという限界がある。田村・前掲注2著作権研究42号58頁の注40参照。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）177-178・183-184頁、同「デシタル環境における情報取引についての基本的視座」知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』（2008年・丸善雄松堂）152・158頁も参照。

[22] 著作権法の条文の文言どおり適用すると、ユーザーが生活の多くの場面で著作権を侵害するという滑稽な状態を生んでしまうことを具体的に例証しながら、法律の条文と国民の一般意識との乖離を論じるものとして、米国法につき、Litman, *supra* note 12, at 29, 34-35; Litman, *supra* note 4, *Real Copyright Reform*, at 14-16, 25; 同・前掲注4本誌38号198-200・213-214頁、John Tehranian, *Infringement Nation: Copyright Reform and the Law/Norm Gap*, 2007 UTAH L. REV. 537 (2007). 日本法につき、田村・前掲注6ジュリスト1255号124頁、同・前掲注18ジュリスト1404号39頁、同・前掲注18本誌32号3－4頁、同・前掲注1ライブ講義401頁、同・前掲注18法曹時報63巻5号1046-1047頁、同・前掲注4著作権研究39号114・133頁、同「メタファの力による“muddling through”政策バイアス vs. 認知バイアス：『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告」新世代法政策学研究20号（2013年）100-101頁、同・前掲注4本誌44号35・100-101頁、上野・前掲注6・7－8・16頁、同「総論－シンポジウム『権利制限』の趣旨－」著作権研究35号（2008年）2頁、同「現行法の状況」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』（2009年・三菱UFJリサーチ＆コンサルティング）5－10頁、同「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向－法改正への提言』（2010年・第一法規）27-43頁、中山・前

具体的には、まず、私的複製に対して著作権を制限する規定として30条1項があるため、本来であれば、映画館やコンサート会場等の管理者の権限による撮影・録音禁止の指示に違反して、撮影・録音を行う者については、私的目的ならば、契約違反に係る責任を問いうるのみである。ところが、映画盗撮防止法により、私的目的であっても、映画館における映画の撮影は著作権侵害となり、しかも通常の著作権侵害と同様の刑事罰が科されることになる一方で、コンサート等において行われる撮影・録音等、類似の行為については従来どおりの著作権法による規律がなされる。こうした映画盗撮に関しては、私的目的であっても、量刑及び法制度としてのバランスが図られているのかという問題がある[23]。

また、私的目的のダウンロードの違法化、さらにそれに対する刑事罰の導入[24]は、日本レコード協会を中心とする音楽業界が議員へのロビー活動

掲注12「著作権のリフォームに際し」2頁、同・前掲注4パテント758号106-107頁、同・前掲注4著作権法14-15頁、野口・前掲注3・61-88頁。

[23] 作花文雄『著作権法制度と政策』(第3版・2008年・発明協会)207頁、同『詳解著作権法』(第4版・2010年・ぎょうせい)326-327頁。

[24] これにより、違法な著作物の流通が抑止され、正規ビジネスの成長と権利者への適切な利益還元の促進が可能となったと評するものとして、三山裕三『著作権法詳説－判例で読む14章』(第10版・2016年・勁草書房)337頁参照。

ただし、青少年や中・高生が違法ダウンロードを行う場合が多いといわれていることから、2012年の改正では、附則7条1項で「国民全体に対する啓発義務」を国及び地方公共団体に課すのに加えて、2項では「未成年者に対して教育を行う義務」を規定しており、学校をはじめとして様々な場を通じて「普及啓発」に努めていく必要があると指摘するものとして、永山裕二「講演録 著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト619号(2012年)23頁、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24年改正)について」コピライト619号(2012年)37頁の注19参照。

この点に関して、中山ほか・前掲注6・20-21頁(中山発言)、中山・前掲注4パテント758号111頁は、刑罰規定を作っても本当に音楽産業の発展になるのかに関して、違法ダウンロードを行っている者は未成年の中学・高校生が中心であり、彼らの小遣いではCDを買うことは土台無理である反面、極めて容易に複製でき、それを送信できるということがデジタルの最大のメリットであり、多くの者が一度その

等を行った結果[25]である。これはインターネットにおける情報取得の自由に関する一般意識からの乖離が著しい改正であり、様々な批判を呼んでいる[26]。

味を知ってしまった以上、私的領域に対してまで著作権を押し及ぼして、違法ダウンロードの刑事罰の規定を設けても、もはやこれを止めることはできない、法律で厳しく縛るのではなく、新しいビジネス・モデルで勝負する以外にない、と批判している。同様に、レッシグ・前掲注4・271-273頁は、インターネットから音楽をダウンロードする行為は「海賊」だとする規制が子供たちの生活の中心的な領域で過剰な犯罪化を進め、子供たちの生活の他の部分や法全般に対する態度の面でも、マイナスの効果が生じてしまうという懸念を示している。Samuelson et. al., *supra* note 4, at 1198. 同・前掲注4・108-109頁も参照。

他方、前田・前掲注2・136-138頁は、違法ダウンロードに対する刑罰は、著作権をめぐる取引の秩序を破壊するといえる「海賊行為」の対向行為と評価できるうえ、個々のユーザーのダウンロード行為は小さいがそれが集積すれば権利者の損害が軽微とはいい難く、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、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、との異なる見解を示した。

[25] 中山・前掲注4パテント758号111頁、小泉直樹＝池村聡＝高杉健二「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号(2013年)20-21頁(高杉発言)、池村ほか・前掲注20・11頁、池村・前掲注20・75頁、京俊介「著作権法の立法過程分析－政治学の視点から－」著作権研究39号(2014年)79頁。

ただし、最終的に議員立法という形ではなく、内閣が提出した著作権法改正案の審議の過程で、議員修正という形で、違法ダウンロードの刑事罰化が提案されるに至り、これが可決、成立した。永山・前掲注24・5－7頁参照。

また、京・前掲81-82頁は、2012年の違法ダウンロード刑事罰化を実現させた要因について、政治家にとって利益団体であるレコード業界の要求に応えたときに得られる利益が大きいのに対し、2009年のダウンロード違法化の改正が成立したことにより、違法ダウンロードの刑事罰化は、既に著作権法において違法とされている行為に対して罰則を設けるのみの相対的に簡単な立法作業であるため、そのコストは小さい、と分析している。

[26] 119条3項の定める違法ダウンロードの刑事罰化については、実質的には議員立法の性質を持ち、国会において条文解釈に関する審議が十分に尽くされたとはいい難いことを指摘するものとして、中山ほか・前掲注6・1頁(中山発言)・4頁(横山発言)、中山・前掲注4パテント758号111頁、池村・前掲注20・80頁(罰則の適用範囲を拡大しようとする解釈の方向に対する懸念を示している)。また、ダウンロー

次に、私的目的として許される複製を家庭内に準じる領域において使用する場合に限る著作権法の条文（30条１項）の文言を墨守する限り、家庭内での借用物の丸ごと複製[27]やライブラリー作成のための複製[28]、企業内に

ドの違法化は、情報取得の自由を尊ぶインターネットをめぐる社会規範からの乖離が著しい改正であるため、特に「知りながら」の認定について慎重な運用が必要であると指摘するものとして、島並ほか・前掲注17・177頁（島並執筆）。

[27] 山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」『知的財産権法と競争法の現代的展開－紋谷暢男教授古稀記念』(2006年・発明協会) 892-893頁は、他人から借り受けたCDや書籍を丸ごと複写することには何ら優越的価値は存在しない反面、このような複製物は市販複製物の販売機会を奪うので、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第二要件を満たさず、権利制限は許されないと述べている。

[28] 加戸・前掲注17・230-231頁は、個人的に鑑賞する目的であっても、家庭用のハードディスクレコーダーで大量のテレビ番組を録画して保存する行為について、複製数自体が閉鎖的な範囲内での複製として予定されていた少数の零細な複製であることが必要であるとして、度を過ぎたライブラリーの作成行為は30条１項の許容する限りではないと厳格に解すべきであり、ベルヌ条約上許容されるケースとしての「著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しないこと」という条件も充足していないと指摘する。また、山本・前掲注27・893-894頁も、「テレビ放送を放送終了後も繰り返し鑑賞するために録画」するという「ライブラリー作成のための複製」は、新たな鑑賞の機会を生み出すものであるから、これに対して権利制限を及ぼすことは、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第二要件を満たさないと述べている。ただし、同899-900・909頁は「タイム・シフティングのための複製」は、視聴後に消去する場合に限り、著作権者に被害を与えるものではないので、これに対して権利制限を及ぼすことは、「通常の利用を妨げない」、「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第二、第三要件を満たすと指摘する。

それに対して、少数ながら異論を唱えるものとして、蘆立・前掲注12・41-42頁は、①現行法立法時、新たな技術の普及に合わせ、複製手段の限定を付さないこととした趣旨、②30条１項は自己の使用のために行う複製数についての制限は課していないこと、③個人が多数の複製を行うことを可能とする新規の複製装置の開発行為が、常に複製権侵害を惹起することにもなりかねないこと、④私的使用目的が認められる複製とライブラリー化に当たる複製とを区別する基準の設定が事実上困難であることを考慮したうえで、ライブラリー化において考慮される複製数は複製

おける複製や研究機関における内部利用のための複製[29]、職業上もしくは

の対象となる著作物等を基準とするものではなく、使用者個人を基準とした複製数の多寡を問題とすべきであり、個人が自己の観賞用ライブラリーを作るために多数の映像等を複製する行為は、個人的に視聴することを目的としてなされるものであるから、原則として私的使用目的の要件を満たすと解すべきであると指摘する。

[29] 企業内において従業員が組織の一員として業務の過程で行う複製、あるいは研究機関における内部利用のための複製については、「個人的に」又は「家庭内に準ずる限られた範囲内」での私的目的のための複製には当たらないとする解釈が通説となっている。文化庁「第４小委員会（複写複製関係）報告書」（1976年９月）（http://www. cric.or.jp/db/report/s51_9/s51_9_main.htmlより、2017年４月23日確認）、三山裕三『著作権法詳説－判例で読む16章』（新版改訂・2005年・レクシスネクシスジャパン）217頁、加戸・前掲注17・231頁、山本・前掲注27・905-906頁（企業が行う僅少部分の複製であっても、①これを反復継続する以上、取引金額の総額は大きくなり、取引費用が過大という市場の失敗とはならない、②営業的に行う以上、権利者の利益の犠牲を回避する仕組みを構築するよう企業努力を行うことが期待される、③企業が行う僅少部分の複製に制限規定を及ぼす場合には、これが隠れ蓑としてグレー・ゾーンにおいて濫用されるおそれが大きいから）、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年・産経新聞）300頁、斉藤・前掲注11著作権法229頁、同・前掲注11著作権法概論112頁、中山・前掲注４著作権法287頁、作花・前掲注23著作権法制度と政策199頁、同・前掲注23詳解著作権法313-314頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール２』（2009年・勁草書房）146-147頁（宮下佳之執筆）、横山久芳「著作権の制限(1)」法学教室341号（2009年２月号）141頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第２版・2013年・世界思想社）174頁（三山執筆）、斉藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年・ミネルヴァ書房）120頁（吉田執筆）、末吉亙［判批］（オークション出品カタログ）知財管理60巻８号（2010年）1360頁、茶園成樹「改正著作権法の経緯と概要」人工知能学会誌25巻５号（2010年）658頁、三村量一「著作権侵害訴訟の実務上の問題点」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（2011年・成文堂）28-29頁、髙部眞規子『実務詳説著作権訴訟』（2012年・金融財政事情研究会）282頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』（第６版・2012年・有斐閣）366頁（角田執筆）、渋谷達紀『著作権法』（2013年・中央経済社）211頁、辻田芳幸［判批］（舞台装置設計図）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』（第５版・2016年・有斐閣）139頁。

他方、上野・前掲注12・29-30頁は、企業内複製について排他権を維持したまま集中的契約スキームによる問題の解決を目指すだけではなく、権利制限と補償金請求権によって対応することを検討する意義はあるとしたうえ、制限規定によって排

研究を目的とする複製[30](例えば、アナログの記事や書籍をコピーしたり、

他権を制約する際にスリー・ステップ・テストの観点から「著作者の正当な利益を不当に害しないこと」が求められることになるので、企業内複製について、仮に排他権を制約すべきだと判断されるとしても、権利者には補償金請求権が付与されるべきであると指摘する。

それに対して、少数ながら異論を唱えるものとして、田村・前掲注14・87-88頁、同・前掲注2著作権法概説200頁、同・前掲注6ジュリスト1255号130-131頁は、企業内における複製であっても、多様な消費者層ではなく、購入時に著作物への対価を支払済みであるゆえに、著作権者に還流する対価と大きくバランスを失することのないような場合には、その購入物の内容へのアクセスに必要な行為を認めないとすると、複製技術の恩恵を公衆が享受することができなくなることを理由に、30条1項の類推解釈ないしは権利濫用で対処すべきであると解する。また、蘆立・前掲注12・44・48頁は条文の文言上は、①複製される場が私的領域内であることを直接には要求しておらず、②非営利要件が現行法の立法の際に明記されなかったこと、③保護の実効性の欠如を私的複製の根拠の一つと解する場合にも、私的領域における複製と同様に企業内の複製についても権利行使の実効性が低いから、企業の内部で業務に関連してなされた複製のすべてについて企業の関与の一事をもって私的複製該当性を否定するのではなく、個別の状況に即した、より柔軟な解釈を検討すべきであると指摘する。結論において同旨のものとして、島並ほか・前掲注17・175頁(島並執筆)(出張先への荷物を減らすために書籍のコピーをとる行為や、老眼の社長が新聞の拡大コピーをとる行為等については、「個人的」な私的複製と評価しうるとする)、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)204頁、同・前掲注2・102-104頁(許諾の仕組みが高コストな場合には、最初の販売時に予想される利用まで含めた対価を課したほうが合理的であるならば、企業内での利用等すべて書籍購入時の代価に含まれていると解するほうが適切とする)。

[30] 個人的な職業である学者、医師、弁護士等による職業上の複製は、間接的な営利性が問題となりうるが、こうした複製が私的複製に該当するかどうかについては、必ずしも見解が一致しているわけではない。職業上の複製は企業内複製と同様に、私的目的の要件を満たさないとする見解として、中山・前掲注12「著作権のリフォームに際し」2頁、三山・前掲注24・330・343頁(①一個人の単独利用であっても業務ともなれば膨大な量の複製をすること、②私的領域内における複製は権利者に与える影響が軽微であること、事前にいちいち許諾を得るのは効率的ではないことという30条1項の二つの立法趣旨からは許されない)、茶園・前掲注29・658頁参照。

一方で、職業に関連することのみをもって、私的目的の要件の充足は否定されな

PDFファイル化したりすること又はパソコンに取り込むこと、インターネット上の情報をコピー&ペーストしてハードディスクに保存したり、社内資料を作成したりすること[31]、ファックス送信に伴う複写やPDFファイル化したうえで送信すること、電子メールに関するコピー&ペースト[32]、さらには、会社で英語が読めない人のために外国語の新聞や文書を翻訳すること、テレビで放送された自社に関するニュースを社内で録画すること等）という日常的に頻繁に行われている行為ばかりでなく、教育現場との関係での非商業的利用（校庭にアニメ等のキャラクターをかたどった雪だるまを作成すること、幼児が絵画展に出品するためにキャラクターを真似た絵を描くこと等）までもが著作権の禁止対象に含まれていることになりかねない。

いと解する見解（作花・前掲注23著作権法制度と政策199頁（職業に関連する利用なのか、個人の探究心に基づくのかは明確に区別が難しいことを指摘しつつ、特定の具体的な業務との関連性の度合いにより判断すべきである）、同・前掲注23詳解著作権法313頁（法目的から常識的な判断をせざるをえないが、完全に職業的な要素を払拭しうることまでは要求されないとする）、蘆立・前掲注12・43-44頁（企業の内部で業務に関連してなされた複製のすべてについて企業の関与の一事をもって私的複製該当性を否定すべきではないので、企業内複製と職業上の複製とでは、著作権者に与える経済的影響が定型的に異なるとはいえず、両者の帰結が異なるとする根拠は明らかではない）、辻田・前掲注29・139頁（当初から職業に資するために文献資料を複製するような場合は、私的目的というべきではないが、自己使用のための複製が結果的にその職業に奉仕する結果となるような場合は、許容されるべきである）もある。

[31] 確かに他者はウェブサイトを開いているという以上、そのウェブサイトが第三者によって複製されることについて黙示的に許諾していると解釈できる場合もあるが、当該他者のサイトが他人の著作物を無断で利用している場合、その点につき当該他者には許諾権限がないので、黙示の許諾論だけでは解決できない。田村・前掲注６ジュリスト1255号131頁、上野・前掲注６・８頁参照。

[32] 返信機能を用いる場合には元の送信者に黙示の許諾を認めることができる場合が大半であろうが、他人の著作物が紛れ込んでいる場合等には黙示の許諾の法理を適用することが困難である。田村・前掲注18ジュリスト1404号39頁の注24、同・前掲注18法曹時報63巻５号1046-1047頁の注41参照。

さらに、38条1項により非営利の公の使用行為が非侵害とされるのに対し、「送信可能化」、「公衆送信」に該当すると、その種の条文がなく、ゆえに非営利であっても侵害とされることになる。そのため、音楽CDや映画DVD、あるいは漫画、写真集、書籍や雑誌等の出版物を、個人売買するオークションやフリーマーケットサイトに出品する際に、CDやDVDのジャケット画像、出版物の表紙画像が掲載される場合があるが、こうした行為について著作権を侵害するおそれがある[33]。また、交流サイトに投稿あるいは個人ページにアップロードするのは日記を書く感覚であっても、記事、写真等、あらゆる著作物をインターネットにアップロードするだけで著作権侵害とされるようになった。確かに非営利といえども、著作権者が現に経済的利益の獲得を追求している、書籍、レコード、映画という特定の著作物がインターネット上で利用される場合には、著作権者の受ける経済的不利益は無視しえず、創作のインセンティヴに与える悪影響も無視しえないものとなる場合があることは否めない[34]。しかしながら、SNSの

---

[33] 2009年の著作権法改正によって創設された同法47条の2(美術又は写真の著作物の原作品又は複製物を譲渡した場合に、その譲渡の申出に伴う複製等に関する制限規定)が適用されるかが問題となる。ここで、売買の対象となっている著作物の複製物については、商品のジャケットや表紙に掲載された写真又は美術の著作物の複製物ではなく、あくまでCDに収録されている音楽の著作物、DVDに収録されている映画の著作物、あるいは出版物自体であるとそれぞれ考えれば、いずれも本条は適用されないと解することになる。しかしながら、47条の2は著作権と所有権との調整規定であること、同一商品の重複購入を防止するという観点からも、取引上こうした画像情報を出品サイトに掲載する必要性があるので、音楽CDや映画DVD等のジャケット画像や書籍等の出版物の表紙画像の掲載についても、本条は適用になるものと解されるべきである。池村・前掲注19・64頁参照。

[34] 無断で音楽や映画をインターネットでアップロードすることは、著作権者が対価の回収を予定しているCD等の正規品の売上による収入を減らしているのかという逸失利益の損害については、そもそも代替関係にない場合もあり、インターネットでの配信が宣伝広告の効果を伴うために市場拡大に寄与するという補完的な関係を働かせることもあるので(潮海久雄「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ー」著作権研究40号(2015年)91-93頁、田中・前掲注9・26・30頁参照)、一概には決まらない。実証的なデータからはむしろ反対の結論が示されている(田中辰雄＝大木良子「私的コピーは被害を与えているか」新宅

存在、カメラ付きスマートフォンの普及で、記事、写真や動画の撮影・投稿が容易になる中、こうした著作権法を取り巻く技術的・社会的環境の変化を生み出す時代においては、黙示の許諾[35]あるいは著作権法30条の２の付随対象著作物の利用（いわゆる「写り込み」）に関する制限規定[36]の適用がなければ、カラオケで自分の歌う姿を録音・録画したカラオケ動画（いわゆる「歌ってみた」）のユーチューブやニコニコ動画への投稿、又は「美

純二郎＝柳川範之編『フリーコピーの経済学－デジタル化とコンテンツ・ビジネスの未来－』(2008年・日本経済新聞出版社) 117頁以下参照)。

もっとも、田村・前掲注４本誌44号101-102頁、同注159が指摘するように、そもそも正規品の売上に影響を与えているか否かということとは別に、規範的に新たなビジネス・モデルによる収益チャンスから相応の対価を著作権者に還元させたほうがよいと判断すべき場合もあるから、違法アップロードを著作権侵害としなくてよいという結論への短絡を迫るものではないことには注意が必要である。

[35] テーマパークにおける着ぐるみは客から写真を撮られること及びそれがブログにアップロードされることは認識しているから、制限規定によるまでもなく、客からの要望があれば撮影に応じるのである以上、あるいは歩いている着ぐるみを無断で撮影したという場合も、着ぐるみが場内を歩いていることが既に著作権者による黙示の許諾があるとは考えられるが (上野・前掲注22「日本版フェアユースの可能性・必要性」41-42頁、池村ほか・前掲注20・102頁の注17 (池村執筆) 参照)、それ以外の美術の著作物を、本来の撮影対象として撮影した写真をブログに掲載する場合、やはり著作権者の許諾が必要となってしまうのである。

[36] 著作権法30条の２の付随対象著作物の利用 (いわゆる「写り込み」) に関する制限規定が2012年法改正によって新設されたが、他人の著作物が写り込むことを認識しながら写真撮影をした場合等、写真の写り込み方が多様で、本来の撮影対象が何であるのかによって、分離困難性や付随性の当否が変わってくるとも考えられるため、「分離することが困難であるため付随して対象となる」でなければならないとの要件が満たされるかどうかに関してはいろいろな議論がある。ただし、少なくとも特定の美術の著作物とみなされるものに焦点を当て、これのみを写真撮影するという場合は、当該美術の著作物はまさに本来の「撮影対象事物」なのであり、本条の適用はないと考えられる。文化庁「いわゆる『写り込み』等に係る規定の整備について (解説資料)」(http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/utsurikomi.html より、2017年５月19日確認)、池村ほか・前掲注20・102頁の注17 (池村執筆)、村尾治亮＝持田大輔「出版物に掲載する写真における写り込み」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題その用論と実務』(2015年・日本評論社) 159頁を参照。

術の著作物」とみなされるものをメインの被写体とした写真、記事等を、交流サイトや個人ページにアップロードするだけで、公開の美術の著作物等の利用(46条)を除いて、知らないうちに権利を侵していることになる[37]。

以上をまとめると、著作権法に触れるが実際には誰も違法だとは思っていない非商業的利用は数多く存在している。こうした非商業的利用に代表される、著作権法の条文とユーザーの著作権に対する意識や社会の現実との間の溝は埋まらないまま、現在に至っている。

もっとも、著作権侵害に該当するように見えるこれらの事例は、実際には侵害があっても発見されないゆえに権利行使ができない[38]、あるいは訴

---

[37] 楽曲の著作権はユーチューブやニコニコ動画がJASRACと利用許諾契約を締結しているので(http://www.jasrac.or.jp/info/network/ugc.htmlより、2017年7月14日確認)、ユーザーが個別にJASRACへ利用許諾手続を行わなくとも、JASRAC管理楽曲を利用した動画をアップロードすることが可能となっている。

一方で、音源を自作することではなく、CD音源あるいはカラオケ音源を利用する場合、別途、音源製作者(レコード会社あるいはカラオケ音源を作成したカラオケ機器メーカー)の許諾を得る必要がある。そうしなければ、ユーチューブ等へのカラオケ動画投稿が音源製作者の著作隣接権を侵害することになる(東京地判平成28年12月20日裁判所HP[カラオケ動画投稿](長谷川浩二裁判長)参照)。「友達とカラオケで盛り上がると、よくスマホで動画を撮っていた。交流サイト(SNS)に投稿された。カラオケ動画もよく見るし、法に触れるとは知らなかった」と、カラオケを楽しむ若者らの間には戸惑いが広がると報道される。この点に関して、安藤和宏教授は「メーカー側にカラオケ音源の権利があることがあまり認知されておらず、知らないうちに権利を侵害しているおそれがあり注意が必要だ」と呼びかけていながらも、「削除されても次々に別の動画が投稿され、メーカー側と投稿者のいたちごっこが続いていた」と指摘する。「カラオケ歌い動画投稿『違法なの!?』音源に著作隣接権」日本経済新聞電子版2017年7月13日(http://www.nikkei.com/news/print-article/?R_FLG=0&bf=0&ng=DGXLASDG07H6S_T10C17A7CC1000&uah=DF_SOKUHO_0010より、2017年7月14日確認)参照。

[38] インターネット上の情報取得の自由を認めず、私的領域に対してまで著作権を押し及ぼして、ダウンロードの違法化、さらに刑事罰が踏み込んできても、これらの規定の実効性はなく、宣伝効果くらいがあるにすぎないと指摘するものとして、中山・前掲注4パテント758号110頁。

訟を追行することは不可能ではないにしても、ユーザーによる非商業的利用に対して、権利者の多様化現象やコストと便益のバランス[39]により、ほ

また、James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Property*, 53 VAND. L. REV. 2030 (2000)は、このように私的領域において著作権を侵害しても発見されないのであれば、実質上無料の利用を許容していることになる、という見方の下では、友人のためにコピーするといった違法複製を権利者が完全には把握しえないということすら、ユーザーに限界費用の近くで情報を利用することを可能とする価格差別を実現する手段として機能している、と理解しうることを指摘する。この点に関して、田村・前掲注4北大法学論集53巻4号55頁の注21では、著作権法は競業活動に限らず、多様なユーザー層を規律する分、より多くの調整が必要となると位置付けられている。

[39] 訴訟追行は可能であるが、ほとんど著作権者がお目こぼししていることには大きく理由が二つあると考えられる。第一に、権利者の多様化現象に起因するものである。デジタル化・ネットワーク化によって著作物の創作・流通・広告の費用が飛躍的に下がり、利益を目的とするものでないとしてもインターネットを通じて流通する機会が激増したため、国民のほとんどが何らかの創作活動に参加するようになった。その結果、田村教授の指摘するように、著作権には強力な効果が付いているが、実際に利用に供されている著作物の権利者は分化し、その中には創作に大きな投資を必要とするレコード・映画等についての著作権の保護の強化を求める者ばかりではなく、より弱い保護でもよいと思っている者や、さらには報酬を求めるでもなく、単に創作して発表することが楽しいというような、著作権行使にそもそも関心のない人も含まれていることになるので、このような複数のニーズを満たすためには、著作権が一律では対応できない。田村善之「知的財産法学の新たな潮流－プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号（2010年）30頁、同・前掲注18本誌32号40-41頁、同・前掲注1ライブ講義421-422頁、同・前掲注4著作権研究39号131-132頁、同・前掲注4本誌44号73頁。この見解に与するものとして、田中・前掲注9・25-28・32-33・42・67頁、前田・前掲注2・89-90頁参照。

同様に、デジタル化・ネットワーク化の時代における権利者の多様化現象にもかかわらず、著作権法は著作権が有効に働く著作物と働かない著作物とを同一に扱っており、大きな問題となっていることを指摘するものとして、レッシグ・前掲注4・278頁、Samuelson et al., *supra* note 4, at 1198、同・前掲注4・79頁、中山信弘「著作権の権利制限」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年・日本評論社）276-277頁、知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会「次世代知財システム検討委員会報告書～デジタル・ネットワーク化に対応する次世代知財システム構築に向けて～」（2016年）（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/

とんどの著作権者が権利行使をしないため、現実には、大半のユーザーは日々違法行為を冒しながら、権利侵害に該当する行為を行っているにもかかわらず、訴えられずに済んでいる。このように著作権を押し及ぼしても実効性がないことや著作権者が権利行使をしない、いわゆる「寛容的利用（Tolerated Use）」[40]により、人々が著作権法の条文を知らず、著作権が及んでいないと誤解しているか、あるいは、著作権者が権利行使することはないと考えているために、非商業的利用が萎縮することはなく、ユーザーが著作物を利用しようとする意思によって支えられている。その結果、事実上の権利制限又は分化した権利者に合わせた保護の棲み分けが達成され、事実上のオプト・イン方式が具現化している[41]。このように、寛容的利用

2016/jisedai_tizai/hokokusho.pdfより、2017年６月15日確認）５－６頁も参照。

第二に、コストと便益に起因するものである。著作権を積極的に行使していこうとする権利者にとっては、多数のユーザーによる著作物の私的利用に対して訴訟を追行することは不可能ではないにしても、証拠を個別に収集するためにその費用は高くつくこと、さらにいえば、究極的には著作物の消費者であり、市場を体現しているユーザーを敵に回すことは、権利者の利益にならないこともある。Antonina Bakardjieva Engelbrekt（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（1）」知的財産法政策学研究22号（2009年）48-49頁参照。

[40]「寛容的利用」という用語は、Wu, *supra* note 4, at 617, 619-20, 630-33による。同論文の定義によれば、「Tolerated Use」とは「侵害に該当する著作物の利用行為のうち、著作権者は気付いているかもしれないが、それについて何も行動を起こしていないもの」を指す。そして番組のファンサイト等を例にとり、権利者の提供する著作物に対して代替するのではなく、補完的な関係にある大半のものを寛容しつつ、権利者にとって害となりそうな少数のものを排除するという、事後的なオプト・イン方式が効率的であるということを論じることに主眼が当てられている。

[41] 形式的に著作権侵害に当たる利用行為は寛容されている場合、実際に権利行使されることはないという事実により、私的秩序形成が実現し、政策形成過程におけるバイアスに対する矯正が働いている。それによって、デジタル・ネットワーク技術の恩恵の享受に失敗したり、文化活動が過度に萎縮するという事態が避けられていると評価するものとして、田村・前掲注18ジュリスト1404号40頁、同・前掲注４著作権研究39号133-134頁、同・前掲注４本誌44号77頁、同・前掲注２著作権研究42号51頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号16頁。この「寛容的利用」による政

は過剰規制の多い著作権法の弊害を緩和し、非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由への過度な介入を防ぐ方策として重要な役割を果たしていると評価することができる。

ただ、寛容的利用に頼った私的秩序は、制度的裏付けがない脆弱なものでしかない[42]。非商業的利用にしても、何か別の目的が絡んだ場合には、それ自体としてはユーザーに対する訴訟提起がなされることもありうるからである。実際にはカラオケ音源を利用してカラオケ動画をユーチューブで配信した行為に対して、カラオケ機器メーカーがカラオケ音源の著作隣接権の侵害だとして投稿者に削除を求めた訴訟で、東京地判平成28年12月20日裁判所HP［カラオケ動画投稿］（長谷川浩二裁判長）はカラオケ音源を作成したカラオケ機器メーカーの送信可能化権の侵害に当たるとして、カラオケ動画の公開禁止や記録媒体からの消去を投稿者に命じた[43]。

また、権利行使や訴訟提起に至らないことがほとんどであるとしても、こういう日常的に頻繁に行われる侵害が常態化することで、法的モラルや

策形成過程のバイアスに対する矯正機能に与するものとして、前田・前掲注2・113頁も参照。

[42] 政策形成過程のバイアスの結果である条文そのものの著作権法を初中等教育ですり込み、さらにこれを超えて、保護の実効性を高めるために、著作物の無断利用行為に対して「海賊」というレッテルを貼ることにより、著作権を保護することは道徳的な要請であることが殊更に強調されれば、非商業的利用行為を控える態度を醸成し、その結果として、かかるバイアスの矯正の芽を摘み取ることには危険があると指摘するものとして、田村・前掲注18ジュリスト1404号40頁、同・前掲注4本誌44号79-80・101頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号16頁。

[43] 前掲注39に述べたように、本来であれば、ユーザーを敵に回すことは、権利者の利益にならないが、カラオケ機器メーカーは訴訟に踏み切って、カラオケ動画のユーチューブへの投稿を禁止するメリットがあるのだろうか。実は本件カラオケ機器メーカーは「DAM★とも」というサービスでカラオケ動画サイトも行っている。やはりユーチューブの集客力、注目度とは比べ物にならないから、司法判断が示されたことで、ユーチューブへの投稿が違法になることをカラオケ店から利用客に伝えるよう求める等、動画投稿サイトサービスを使っているユーザーの自分サイトへの移行を促したこと、という別の目的が絡んだに違いない。

著作権に対する規範意識が下がると、著作権法の条文が守られないことが当然視されることになる点[44]にも問題がある。そもそも著作権制度というものは、著作権の保護と著作物の利用の促進のバランスを図って文化の発展に寄与することを前提に成り立っている制度だから、著作権制度がこのバランスを欠き、ユーザーが日常行っている行為に著作権が抵触するような形で設計されることになれば、多くのユーザーが著作権制度に不信感を抱くようになり、著作権制度の存立自体が危うくなる[45]。なぜなら、物理的には容易になしうる行為に対して、法の遵守を要求することには多大なコストが随伴し、損害賠償や刑事罰のような外的なサンクションがなくても、法を正しいと思って守ってもらえるような「内的視点」[46]の獲得に失敗

---

[44] 田村・前掲注18本誌32号38頁、同・前掲注18法曹時報63巻５号1049頁、同・前掲注４著作権研究39号135頁は、こういう日常的に頻繁に行われている侵害行為の放任が蔓延すると、著作権法の条文は無意味であるという理解を一般に浸透させ、過度に条文違反を誘発する結果、著作権法は守らなくてよいという風潮を生み、本来保護すべき場合にも保護されなくなる、と懸念している。

同旨のものとして、上野・前掲注22「現行法の状況」10-11頁、中山・前掲注４「著作権法改正の潮流」226頁、辻田・前掲注29・139頁、前田・前掲注２・114頁参照。

[45] Litman, *supra* note 4, *Real Copyright Reform*, at 15-16, 18, 25; 同・前掲注４本誌38号・200・203・213-214頁は、公衆の視点から著作権の正当性の腐食は著作権制度の健全性にとって問題を孕んでいるのであり、人々が著作権法の正当性について冷ややかな態度をとっているような状況下で単に著作権の取締りが怖いからという理由だけで著作権法を遵守する人は、いずれ著作権の取締りから逃れる方法を見付けるからである、と指摘する。レッシグ・前掲注４・271-273頁、Samuelson et al., *supra* note 4, at 1230、同・前掲注４・108-109頁、中山ほか・前掲注21・22頁（横山発言）も参照。

[46] 法哲学者H.L.A. ハートは、法が損害賠償や刑事罰のような外的なサンクションがなくても、規範の内容に正当性を認めて遵守するという意欲を人々に喚起する場合、そのような法は「外的視点」のみではなく、「内的視点」をも獲得したとされる、と指摘する。H.L.A. ハート（矢崎光圀訳）『法の概念』（1976年・みすず書房）97-100・107-108頁。

また、Branislav Hazucha（田村善之＝丹澤一成訳）「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方－デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割－」知的財産法政策学研究24号（2009年）63-66頁は、いくらサンクションを高めても、

している[47]からである。こうして、法が一般国民に対して、到底期待できないような行為規範を求めることは、かえって法そのものの社会的役割を失わせることとなるといえる[48]。

そこで、デジタル・ネットワーク技術の進化・普及により、我々が日常行っている行為に著作権が抵触しうるようになった現状において、著作権制度をより効率的にし、著作権法の条文とユーザーの著作権に対する意識の間の溝を埋めるためには、「著作権法のリフォーム」というゼロから著作権制度を設計し直す必要性が唱えられている。具体的には、米国著作権法に関して、Litmanは非商業的利用の場面でユーザーの行動の自由を確保することの重要性を強調し、複製に対する排他権が著作権の中心的な権利とされてきたことに対し、歴史的な意味以上のものはないと指摘したうえで、デジタル・ネットワーク技術が発展した現代において、複製に着目するアプローチの合理性が失われ始めている以上、複製はもはや侵害の基準として適切ではなく、排他権として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で改正を行うために、著作権者の経済的機会を失わせるような大規模な商業的利用のみを侵害とすべきであり、著作権の排他的権利を大規模な商業的利用に一元化することを提唱する[49]。同様に、

かえって法に対する公衆の反発を招くという悪循環が起こるから、実効的な法制度を作るには、内的視点を獲得する法がどのようなものなのかということに関する分析が必要であると述べている。

[47] 田村・前掲注1ライブ講義425頁、同・前掲注4著作権研究39号136頁、同・前掲注4本誌44号112-113頁。

[48] 苗村憲司＝小宮山宏之編著『マルチメディア社会の著作権』(1997年・慶應義塾大学出版会) 123頁 (小宮山執筆)。

[49] 著作権は著作物を商業的に活用する権利を保障すべきであるのと同時に、ユーザーに対して、排他的権利を大規模な商業的利用に限定することにより、非搾取的な方法で著作物を利用するユーザーの行動の自由を確保することができる。なぜなら、①非商業的利用は、商業的活用を通じて著作権者が収入を得る機会を過度に害することなく、著作物の利用を奨励することによって著作権者の利益を促進する、②非商業的利用の場面で著作権者の過度な干渉を受けずに、ユーザーが自由に著作物を利用できるということが、著作権制度の正当性を拡大するからである。Litman, *supra*

複製自体を規制すべきではなく、経済的インセンティヴに直結する利用を規制すべきとの主張として、Lessigは非商業的利用を著作権の排他的範囲から外したり、著作権者と競合しうる商業的利用に限って規制したりするという方策[50]のほかに、権利者の多様化、孤児著作物問題等を意識しながら、存続期間が満了した後、保護を維持するために権利者に対して著作物の登録を義務付け、登録がなされない著作物を利用可能にするオプト・イン方式の更新登録制度の導入[51]を主張している。似たような提案として、Samuelsonほか「著作権の原則プロジェクトーリフォームの方向性」は、商業的利用又は商業的な効果は著作権が侵害されているか否かを検討する際に考慮されること[52]、そして著作物の私的利用は、一定程度の特別な保護が与えられること[53]のほかに、保護すべき著作物とそうではない著作物を簡単にふるい分けるために、保護範囲や侵害に対する救済に段差を付けるオプト・インに類似する登録制度を導入すること[54]も提案する。さらに、2013年当時、米国著作権局局長であったPallanteは、講演で次世代の米国著作権法の改正について、著作権者の許諾がある場合に限り、著作物を複製又は頒布することができるという現在の著作権法のデフォルト・ルールを逆転させる「オプトアウトシステム」の選択可能性を言及している[55]。

---

note 4, *Revising Copyright Law for the Information Age*, at 19; JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 179-86 (2d ed., Prometheus Books 2006)（http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=books より、2017年 6 月22日確認）; Litman, *supra* note 4, *Real Copyright Reform*, at 41-47, 52. 同・前掲注 4 本誌39号35-39・44-45頁。

[50] レッシグ・前掲注 4・244・256-259頁。

[51] レッシグ・前掲注 4・249-254頁。この文脈では、権利が発生するためには、権利者が何らかの積極的な行動を起こす必要がある方式のこと（＝オプト・イン）を指すと思われる。

[52] Samuelson et. al., *supra* note 4, at 1209-14; 同・前掲注 4・89-93頁。

[53] *Id.* at 1229-32; 同・前掲注 4・108-111頁参照。

[54] *Id.* at 1198-02; 同・前掲注 4・78-82・113-114頁。

[55] Maria A. Pallante, *The Next Great Copyright Act*, 36 COLUM. J.L. & ARTS 337-38 (2013). 同（石新智規＝山本夕子訳）「次世代の偉大な著作権法」知的財産法政策学研究45号（2014年）67-69頁。この文脈では、異議等、権利者が何らかの積極的な行動を起

他方、日本著作権法に関しては、まずは、①米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項の具体化をロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねる、という政策形成過程に反映されにくい利益を裁判所が汲み取る道が拓けるような「司法によるバイアスの矯正」機能[56]、又は②公正な利用のためにあらゆる利用態様を予測して事前に制限規定に漏れなく織り込むことは不可能であるから、その立法の遅れを補うために、新たな利用態様が権利制限の対象となるまでのタイムラグを解消する機能[57]に着目し、著作権法の中に、米国型フェア・ユースのような権利制

こさない限り、著作権者から許諾を得る必要がなくその著作物を利用することができるという方式のこと（＝オプト・アウト）を指すと思われる。

[56] 田村・前掲注４著作権研究39号138頁、同・前掲注４本誌44号138頁。著作権制限の一般条項について、立法にチャンネルを持たない人たちのニーズを裁判官が汲み取る道が拓ける、という政策形成過程におけるバイアスの矯正機能に与するものとして、野口・前掲注３・217頁（新たな利用態様が権利制限の対象となるまでのタイムラグを解消する機能も言及）、椙山敬士「はじめに」（2012年４月21日著作権法学会シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成）著作権研究39号（2014年）17-18頁も参照。

同様に立法と司法の役割分担に着目した議論として、政策形成過程におけるバイアス問題も取り込んでいるが、法と経済学の文脈で、適用場面・範囲が特定されたルール型の制限規定と、適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定という異なる定め方のどちらが効率的かに関するものとして、島並・前掲注17著作権研究35号94-103頁、同・前掲注17村林傘寿485-490頁、同・前掲注４・704-715頁。

[57] 適用場面・範囲が開放された一般条項が果たすべき機能は、政策形成のアリーナを立法から司法へ移転させるという点において同旨であるが、政策形成過程におけるバイアスの矯正という機能に着目しているわけではなく、新たな利用態様が権利制限の対象となるまでのタイムラグを解消するということを論じることに主眼を置くものとして、椙山敬士「フェアユースと教育利用」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年・法学書院）299-301頁、同「講演録 現行著作権法の主要課題と『著作権リフォーム』論－弁護士の視点から－」コピライト568号（2008年）12頁、同「フェアユースを中心とした著作権法の新潮流」ジュリスト1405号（2010年）37-38頁、相澤・前掲注４・345-348頁、上野・前掲注６・23-24頁、同・前掲注22「現行法の状況」13・15頁、同・前掲注22「日本版フェアユースの可能性・必要性」50-51頁、同「権利制限の一般規定－受け皿規定の意義と課題－」中山ほか編・前掲注２・158-162頁、横山久芳「フェアユース」デジタル

限の一般条項を置くことで、立法から司法へと著作権の制限に関する政策形成のアリーナを移行したうえで、ユーザーの行動の自由を確保する裁判例の登場を促すことが提案されている。さらに、田村教授は著作権法の立法過程に反映されにくい者の意思の表明を容易とすることを目的として、保護を享受することを望む権利者に保護のための行動をとらせるというデフォルト・ルールの変更、すなわちかつて米国に存在した更新登録制度のように、相対的に緩やかなオプト・イン方式の更新登録制度への転換と

コンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォームーコンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けてー』(2008年)(http://www.dcaj.or.jp/project/report/より、2017年5月7日確認)34頁、同・前掲注29・138-139頁、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント707号(2009年)49頁(スタンダード型とルール型の制限規定の効率性も言及)、中山・前掲注4「著作権法改正の潮流」248-250頁、同・前掲注12フェアユース5-7頁、同・前掲注39・288頁、中山ほか・前掲注6・15頁(中山発言)、中山・前掲注4パテント758号114-116頁、同・前掲注6石川古稀1285頁、同・前掲注4著作権法395-398頁、大渕哲也「著作権の権利制限の一般条項(いわゆる日本版フェアユース)」法学教室2009年8月号2頁(インターネット上の写真・動画への写り込みやウェブページ印刷等の行為は権利者の利益を実質的に害しているとは考えられず、社会通念上も違法とすべきとは考えられないものであることも言及されている)、中山ほか・前掲注6・15頁(岩倉発言)、岩倉正和「フェアユース規定導入の比較法的再検討ー現状最新の世界各国法制の動向について」小泉直樹＝田村善之編『はばたきー21世紀の知的財産法 中山信弘先生古稀記念論文集』(2015年・弘文堂)590頁、土肥一史「平成24年改正著作権法を振り返る」文化庁月報531号(2012年)(http://www.bunka.go.jp/pr/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_ 02/special_02.htmlより、2017年4月19日確認)、岡村久道『著作権法』(第3版・2014年・民事法研究会)209-210頁(解釈論として著作権法1条の「文化的所産の公正な利用」に、米国法のフェア・ユース規定と同様の一般的包括的制限規定の性格を肯定したうえで、これを明確化するために、立法論として一般的包括的制限規定を新設すべきであることも言及されている)、半田・前掲注7・163頁の注1、小泉直樹「個別的制限規定の根拠をめぐって」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法ー野村豊弘先生古稀記念論文集』(商事法務・2016年)249頁、知的財産戦略本部・前掲注39・10頁、三山・前掲注24・346頁、前田・前掲注2・110-114頁(スタンダード型とルール型の制限規定の効率性、そして権利者にペナルティ・デフォルトとしての権利制限の一般条項を見せることは当事者の交渉をより促進させる機能もあると言及されている)。

して、保護を要する権利者と、保護を要しない権利者を振り分け、前者にのみ保護を与えることを可能とする更新登録制度の導入[58]を提案する[59]。

それに対し、ベルヌ条約の存在により、フリーハンドによる著作権法のリフォームのような抜本的な改革とまではできずとも、上野教授は、差止請求権により完全な排他権か、それとも制限規定により無許諾・無償での利用か、という制度論のメニューだけでは、帰結としてオール・オア・ナッシングになりがちな側面があるため、著作物の保護と利用の適切なバランスをとる方法として、①「私的録音録画補償金制度」といった権利行使が集中処理に委ねられているものから、②一定の条件が整った場合に裁定で集中処理を組み合わせる「拡大集中許諾制度」、③学校教育番組の放送や教科用図書等の掲載等に関しては立法により補償金が定められているもの、さらには④個別の事件で裁判所による差止請求権を制限し、金銭支払請求だけは認めるという「ライアビリティ・ルール」等は、より積極的に活用されてよいとしたうえで、立法論を語る際にはこうした制度論のメニューの中から何を選ぶかという視点を持つことの重要性が説かれている[60]。また、前田健「著作権法の設計－円滑な取引秩序形成の視点から－」は、現行法の枠組みを尊重することを前提に、制限規定を見直し自由利用の領域を拡充すること、及び権利者とユーザーの直接契約が困難であるという市場の失敗を治癒する対策として、法定許諾、裁定許諾、拡大集中許諾制度及び権利者のオプト・アウト等の手段を適宜に選択していく必要があると提言する[61] [62]。

---

[58] 田村・前掲注４著作権研究39号138頁、同・前掲注４本誌44号138頁、同・前掲注２著作権研究42号48頁。

[59] 著作権法は登録等の方式を必要とするオプト・インの制度が適合的だとする見解について、野口・前掲注３・273-275頁、田中・前掲注９・21頁以下（方式主義に基づく著作権取引所の提案）も参照。

[60] 上野・前掲注12・10-28頁、同「著作権法の柔軟性と明確性」中山編・前掲注57・38-41頁。

[61] 前田・前掲注２・92-135・139-140頁。

[62] 取引費用が高すぎて釣り合いがとれないから、契約ベースで行うことが難しい「市場の失敗」を解決する法定許諾、裁定許諾、拡大集中許諾等の手段について、

第３項　政策形成過程に存する構造的なバイアス

以上をまとめると、米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項やオプト・イン方式の更新登録制度の導入、さらに著作権者と競合しうる大規模な商業的利用に限って規制すること等、著作権法のリフォームを視野に入れて議論することは、著作権法の条文と人々の意識との乖離を解消するために、著作物の非商業的利用を求めるユーザーの利益を汲み上げるように抜本的な改革を試みるものとして位置付けることができよう。

しかしながら、著作権法のリフォームが叫ばれるようになってはきたが、

田村・前掲注４本誌44号133-136頁、同・前掲注２著作権研究42号48-52頁は、法定許諾（法定の報酬請求権）であれば、立法者の判断が事前であるがために一律処理という点で特にユーザーにとっては相対的に簡便な手続となりやすいことが長所となるが、反対に、まさにそれがゆえに個々の著作物や利用の特性といった個別事情を汲み取れないという短所がある。これに対して、個別の裁定許諾であれば、個別事情を斟酌することが可能となる点は長所であるが、その反面、個別処理を必要とする点でユーザーにとって煩雑なところが短所となる。これら二つの制度に比して、拡大集中許諾制度は、事後判断で権利者代表とユーザー間の契約という市場的決定を活用するところに特徴があるため、利用態様を踏まえた個別事情を斟酌することが可能となり、非構成員の著作物も含めて一挙にワン・ストップで処理することができるという長所を発揮しうる。他方、著作物毎の個別事情を斟酌しえないという意味では法定許諾と同様の短所を抱えることになり、また、ユーザーから見ると、少なくとも個別の申請は必要であるという点で、法定許諾よりも、相対的に手間がかかる。さらに、非構成員に対して一律に効果を拡張する点で、非構成員の手続保障の問題も残るため、効果が及ぶことを嫌う権利者のためにオプト・アウトが認められれば、教育、研究目的のように外部経済効果がある利用に関しては、オプト・アウトを認めて個別交渉を許し、利用の供給が過少となるおそれがある。そもそもアンチ・コモンズ対策という観点から見ても、オプト・アウトが多数見込まれるために権利処理が煩雑となったり、ロイヤルティ・スタッキングやホールド・アップのおそれがあったりする場合には、オプト・アウトを否定する必要が生じる。結局のところ、権利行使に全く関心がない権利者の利益を保護する必要がないとすれば、やはり保護を要する権利者にのみ保護を与えることを可能とする更新登録制度がよい、と指摘する。

このように技術的・社会的環境の変化に起因して抜本的な改革を迫られているにもかかわらず、著作権制度の抜本的な見直しをしようとする動きは極めて鈍い。現実には抜本的な改革を行いデジタル化・ネットワーク化の時代に相応しい著作権法を作り上げることは難しいことには大きく二つの理由があると考えられる。

第一に、抜本的な改革を実現するには、著作権制度の基本を定めたベルヌ条約、そしてベルヌ条約１条ないし21条の実体規定を取り入れ、さらに、同条約の保護水準を上回る保護を義務付ける規定（「ベルヌ・プラス」）を設けるTRIPs協定（TRIPs協定９条１項、10条ないし13条）の制約がネックとなっている。オプト・イン方式の更新登録制度等は無方式主義を義務付けた国際条約に違反する可能性が高く[63]、米国型フェア・ユースのよう

[63] ベルヌ条約５条２項が無方式主義を採用していることとの関係が問題となるが、自国を本国とする著作物について同盟国が登録制度の方式主義を採用することは否定されていないと解されるものとして、小川憲久「著作権リフォームとベルヌ条約、TRIPs協定」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォームーコンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けてー』(2008年)(http://www.dcaj.or.jp/project/report/より、2017年５月７日確認)18頁、田村・前掲注４本誌23号27頁、同・前掲注４本誌44号136-137頁、同・前掲注２著作権研究42号48頁、菱沼剛『孤児著作物問題の研究ー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ー』(2011年・成文堂)100-101頁参照。

さらに、自国を本国とする著作物のみを差別化する理由はなく、自国を本国としない著作物についても同様の制度としなければ抜本的な解決とはならない。そこで、自国を本国としない著作物についても、少なくともベルヌ条約の求める最短の保護期間である死後50年(７条１項)を経過した後は、著作権保護の継続にオプト・インの更新登録という方式主義を採用することはベルヌ条約に違反するものではないとする見解がある(田村・前掲注４本誌44号136-137頁、上野・前掲注12・34頁の注101参照)。

一方で、ベルヌ条約が同盟国に義務付ける著作権の保護期間以後の保護は、著作権としての性質を有する限り、条約上の義務が及ばず、同盟国が自由に決定できると解することはできない、というオプト・イン方式の更新登録制度の導入を否定的に解する立場に与する見解もある(茶園成樹「著作権法の最近の諸問題ー権利制限に関する３つの問題」ジュリスト1326号(2007年)69頁の注33参照)。

な権利制限の一般条項の導入は「スリー・ステップ・テスト」(ベルヌ条約9条2項、TRIPs協定13条)[64]との整合性も問題とされる[65][66]。しかも、実

なお、登録を著作権の発生の要件とせず、保護の範囲と救済手段に段差を付けるに止める場合には、そもそもベルヌ条約が要求する無方式主義に違反するものではないと考えられる。Samuelson et. al., *supra* note 4, at 1199; 同・前掲注4・80頁参照。

[64] ベルヌ条約8条以下では、複製、上演、演奏、放送又は公の伝達、朗読、、翻訳、翻案、映画化、といった行為に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、9条2項はいわゆる「スリー・ステップ・テスト」を定め、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②著作者の正当な利益を不当に害しない、③特別な場合には、著作物の複製を認める権能は同盟国の立法に留保される。TRIPs協定13条は、加盟国は、排他的権利の制限又は例外を、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②権利者の正当な利益を不当に害しない、③特別な場合に限定すると規定している。TRIPs協定違反の問題がWTOの紛争解決制度という実効的なエンフォースメント制度の中に含まれることになった結果、加盟国の立法者にとっては、自国の政策に基づいて制限規定を設けることにより条約違反の責任が問われるという可能性が現実のものとなったと指摘するものとして、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test(2)－厳格解釈から柔軟な解釈へ－」知的財産法政策学研究27号(2010年)151頁参照。

[65] 山本・前掲注27・885頁、斉藤・前掲注11著作権法225-226頁、斉藤ほか・前掲注29・119頁(吉田執筆)、松村ほか・前掲注29・172頁(三山執筆)、三山・前掲注24・325-326・328頁は、ベルヌ条約9条2項、TRIPs協定13条において著作権の制限に関する、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②権利者の利益を不当に害しない、③特別な場合という「スリー・ステップ・テスト」法理は、新たな制限規定を設ける際には基準とされなければならず、自由利用の範囲を広げすぎた場合には、条約違反ということもありえると指摘する。また、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号(2008年)45-46頁の注54は、アメリカのフェア・ユース規定の理念及びその運用に鑑みると、フェア・ユースによる権利制限は「特別な場合」に当たらないと理解される可能性も強い、と指摘する。

他方、マックス・プランク知的財産法・競争法・租税法研究所及びロンドン大学クイーン・メアリー校による共同研究プロジェクトにおいて、著作権法における均衡あるスリー・ステップ・テストに関する解釈を確保するための「宣言」は、スリー・ステップ・テストを文言に従って厳格に解釈するのではなく、文言の抽象性を活用して柔軟な解釈を行い、著作物へのアクセス等の公の利益を確保すべきであるとしている。Christophe Geiger, Reto Hilty, Jonathan Griffiths and Uma Suthersanen, *Declaration A Balanced Interpretation of The "Three-Step Test" in Copyright Law* 1 (2010)

体規定のみならず、ベルヌ条約の改正を行うためには、同盟国の全会一致によらなければならないという手続的な障害が存在する（27条３項）。ベルヌ条約の改正は困難な状況にあるために、自国の著作権法のリフォームがこのベルヌ条約の枠内での改正しかできないという状況に陥って、抜本的な改革というのは容易にできるものではない[67]。

第二に、ベルヌ条約、TRIPs協定の存在により著作権法のリフォームが難しいとはいえ、長期的な視点で著作権制度の将来像を考えるのであれば、こうした国際条約を含めて、権利制限の一般条項や更新登録制度の導入、さらに著作権者と競合しうる大規模な商業的利用に限って規制するという方向への著作権制度の抜本的な改革というものこそ、検討の俎上から外す理由はない。しかし、そもそも著作権法の条文と著作権に対する一般の

JIPITEC 119 para 1（https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621より、2018年８月19日確認）、Christophe Geiger, Daniel Gervais and Martin Senftleben（佐藤豊＝林季陽＝黄駿升訳）「スリーステップテストの再検討（2･完）：同テストの柔軟性をいかに各国著作権法において用いるか」知的財産法政策学研究49号（2017年）１－６頁も参照。

また、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と３ step test（1）－厳格解釈から柔軟な解釈へ－」知的財産法政策学研究26号（2010年）226-227頁、同・前掲注６・173-263・268-272頁は、一般条項を設けることがスリー・ステップ・テストに適ったものであるか否かが問題となるとしたうえで、国際的な条約交渉の場面やWTO紛争解決手続におけるバイアスを含めて包括的に議論を俯瞰し、スリー・ステップ・テストを柔軟に解釈することによって、加盟国が米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を導入する可能性は排除されていないと指摘している。

[66] 著作権の排他的権利を大規模な商業的利用に限定する提案について、Litman, *supra* not 4, *Real Copyright Reform*, at 44、同・前掲注４本誌39号38-39頁は、ベルヌ条約は同盟国に対し、著作権者に複製と公の使用の排他権を付与するよう義務付けているが、非商業的利用については排他権の範囲から除外する裁量を認めている、と指摘する。

[67] 中山・前掲注４「著作権法改正の潮流」231頁、同・前掲注４パテント758号106-107頁、同・前掲注６石川古稀1291頁・1295頁の注18、同・前掲注４ジュリスト1461号84頁、同・前掲注４著作権法11頁、野口・前掲注３・89-90頁、中山ほか・前掲注21・22頁（横山発言）。

理解に埋め難いギャップがあるのは、声の小さく、意見が通らないユーザーの利益は反映されてこなかった、という著作権法の政策形成過程におけるバイアスに起因するもの[68]である。そのため、こうした政策形成過程の構造的なバイアスが存在している限りは、上に掲げた抜本的な改革が妨げられることは明らかになっている。

政策形成過程に存する構造的なバイアスについて、議論の概要を記しておくと、まず、民主的な決定には、公共選択論の集合行為の問題が関わっている。BuchananとTullockの公共選択論[69]に従い、政治家は利己心が彼らの行動の強力な動機となりうるので、集団からの見返り的利益を最大化するように行動をする者として措定するのであれば、決定の帰結は、影響力の大きい集団に有利な方向に進んでしまったものとなることが予想される[70]。そして、Olsonの「集合行為論」[71]やKomesarの「制度選択論」[72]は薄く

---

[68] 田村・前掲注18本誌32号35頁、同・前掲注4本誌44号111頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号13頁。

[69] ジェームズ・M. ブキャナン＝G. タロック(宇田川璋仁監訳)『公共選択の理論－合意の経済論理』(1979年・東洋経済新報社)。Engelbrekt・前掲注9・32頁、京俊介「著作権法改正の政治学的分析」新世代法政策学研究7号(2010年)423頁、DENNIS C. MUELLER(韓旭ほか訳)『公共选择理论(第3版)(PUBLIC CHOICE Ⅲ)』(2010年・中国社会科学出版社)366-392・512-541頁参照。

[70] 仮に政治家は社会全体の幸福を追求し、善良に行動することが仮定されており、利己心が彼らの行動の強力な動機となりうるという理論を受け入れなかったとしても、情報に基づいて形作られている政策形成過程において、情報収集コストを規範決定の主体が負担するという点から、ロビイング活動には、情報提供という側面があるので、利益団体によるロビイング活動を受けることで、政治家は正しい情報が吸い上げられることもあれば、同時に誤った圧力が加わり情報が歪むおそれも生じる(島並・前掲注17著作権研究35号96頁参照)。そして、情報を操作することが可能となるのはまさにロビー活動のできる特定の利益団体となるため、決定プロセスの帰結について心配しなければならないことに変わりはない(Engelbrekt・前掲注9・32頁参照)。

[71] マンサー・オルソン(依田博＝森脇俊雅訳)『集合行為論－公共財と集団理論』(新装版・1996年・ミネルヴァ書房)10-11・41-42・157-159・181-182・202-203頁参照。

[72] NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW,

広く拡散している利益に関する集合行為への参加にアクターが関心を持たない理由を提示したうえで、政策形成過程には、少数の者に集中した利益のほうが多数の者に拡散した利益よりも反映されやすいことを教える。それは、①利益が広く拡散されているということは他者のロビイング等の政策形成過程に影響を与えうる活動にフリー・ライドしたほうが得となるただ乗り問題が発生し、②さらに一人当たりの平均的な利益が小さい場合には、そもそも組織化するためのコストを払って、ロビイング活動に値するほどの便益がないので、人は経済合理的に行動する限り、政策形成過程に影響を与えうる活動をすることはない、という「合理的無知」な状態に陥っていることを招来するからである[73]。その結果、立法を中心とする政策形成過程には、強い利害関係を有し、少数の者に集中した組織化されやすい利益のほうが、薄い利害関係しか有しておらず、広く拡散した組織化されにくい利益よりも、ロビイング等の結果として反映されやすい。Komesarは、この政策形成過程には少数の者に集中した利益のほうが多数の者に拡散した利益よりも反映されやすい状況を、「少数派バイアス」ケースと名付けた[74]。この状況下においては、田村教授の指摘するように、

ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 53-97 (University of Chicago Press 1994). Engelbrekt・前掲注39・36-37・44-46頁、同・前掲注 9・32-33頁も参照。

[73] ほかに、政策形成過程の特徴であるプリンシパル＝エージェント問題に起因するものもある。政策に利害関係を持つ利益団体が強い関心を持って政策形成過程に働きかけを行うものであることは前提としつつ、利益団体の政策形成過程への関与とその結果できあがった立法の帰結だけに注目することなく、利益団体のロビイングに加えて、政治家（プリンシパル）と官僚（エージェント）も含めた政策形成過程に関与するアクターの行動様式とその相互作用の分析が必要であるということを指摘するものとして、京俊介「著作権政策形成過程の分析（一）（二・完）－利益集団、審議会、官庁の行動による法改正メカニズムの説明」阪大法学57巻 2 号（2007年）103-125頁・3 号（2007年）53-79頁、同「官庁・利益集団・政権党の戦略的相互作用－著作権法全面改正の政治過程－」公共政策研究 9 号（2010年）67-80頁、同・前掲注69・413-438頁、同『著作権法改正の政治学－戦略的相互作用と政策帰結』（2011年・木鐸社）49-100頁、同・前掲注25・65-87頁参照。

[74] KOMESAR, *supra* note 72, at 76.

他方、人数が多いにもかかわらず、「多数派バイアス」もありうる。Komesarは、①一人当たりの平均的な利益が高ければ、集合行為が起こりうる可能性が高くなる

組織化して集中された利益を追求するロビイングが悪いということでもなく、薄く広く拡散している利益の享受者が怠慢であるということでもないが、単にそれぞれが自分の利益に適った行動をするだけである。しかしながら、社会全体から見ると、組織化されていない拡散した利益のほうが少数の者に集中した利益の総和よりも大きいものであるにもかかわらず、少数派の利益のほうが政策形成過程において優先されてしまって、結果的に全体が歪んでくる。だからこそ悲劇的であり、少数派バイアスが働くことになるということである[75]。

こうした政治経済学の手法を著作権法の場面で考えてみると、著作権法は構造的に少数派の著作権者の利益に偏った政策形成がなされやすい分野である。すなわち、著作権法は業界同士の事業上の利害調整に止まる特許法（「業者」対「業者」という構図）とは異なり、ユーザーの行為を広範に規律する法律であるという特徴を有しているところ、営利的に大きな利益を上げる権利者側のみが政策形成過程に深く関わる反面、ユーザーの利益は反映されにくい傾向にある[76]。なぜなら、不特定多数のユーザーの行為を広く浅く規制する著作権を特定少数の権利者側に集中する著作権

こと、②集団内の利害関係が不均衡に分配されている状況は、大きな集団の分析を、小さな集団のそれに近接させること、③強力な比喩的表現を用いて容易にコミュニケーションをなすことができるものである場合、眠っている多数派を動員する機会が大きくなること、という公共的な行動の成功をもたらす要因を列挙する。*Id.*, at 82. Engelbrekt・前掲注39・37-38頁も参照。

[75] 田村・前掲注４本誌23号22頁、同・前掲注18ジュリスト1404号38-39頁、同「知的財産法からみた民法709条－プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号（2010年）61頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年）12-13頁、同・前掲注18本誌32号35頁、同・前掲注18法曹時報63巻５号1044頁、同・前掲注４著作権研究39号136頁、同・前掲注４本誌44号31頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号12頁。

[76] Engelbrekt・前掲注９・31-33頁参照。ただし、同論文34-38頁は、インターネット時代においてネットワークにアクセスしうるようになったユーザーが政治プロセスに影響を与えうる可能性、あるいは欧州における消費者団体の活用の可能性についてやや楽観的な見方を示す。

制度にあっては（「著作権者」対「ユーザー」という構図）、著作権の維持拡大に利益を感じる少数派の権利者側はロビイング等、政策形成過程に影響を与える活動に熱心になる反面、多数のユーザーはその種の活動に従事するほどのインセンティヴを持たないために、少数派の著作権者の利益に偏った政策形成がなされやすい[77]からである。さらに、Peter Drahosは、有体物の物理的な利用という概念上のフォーカルポイントがあるために無限定に権利が拡大することに対する歯止めが存在する所有権とは異なり、そのような概念的な歯止めがかかることがない著作権は、極めて人工的かつ自由に制度設計することができる権利であり、その分、ロビイング等のレント・シーキングによって得られる便益も大きいから、結果的に著作権は社会的に見て望ましいレヴェルを超えてしまうという構造的なバイアスの弊害を受けやすい体質を持っていることを理論的に解明したうえで、こうした状況下においては、政策形成過程に対する権利者側の関与により、著作権保護はユーザーの犠牲の下に過度に強化されてしまう、と警鐘を鳴らしたのである[78]。

実際に、米国著作権法について、Litmanは関連産業の利害関係者の妥協により改正を成立させるためには、誰にとっても改正が現状に比して一方的に不利になることがなく、なにがしか得るところがあるようにしなければならず、ゆえに権利は広範に定められるのに対して、権利の制限はピン

---

[77] 田村・前掲注４本誌23号19-20頁、同・前掲注18ジュリスト1404号38頁、同・前掲注39・25-26頁、同・前掲注75著作権研究36号12-13頁、同・前掲注18本誌32号34-35頁、同・前掲注18法曹時報63巻５号1043-1046頁、同・前掲注22・98-100頁、同・前掲注４本誌44号30-33頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号12-13頁。

[78] PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY 183-85, 188-89, 195-97 (ANU eText 2016)（https://press.anu.edu.au/publications/philosophy- intellectual-property より、2017年４月27日確認）、同（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究39号（2012年）247-249・254・261-263頁。

この見解に与するものとして、田村・前掲注４本誌20号5－６頁、同・前掲注４本誌23号20頁、同・前掲注18ジュリスト1404号38頁、同・前掲注39・25頁、同・前掲注75著作権研究36号５頁、同・前掲注１ライブ講義420-421頁、同・前掲注22・99-100頁、同・前掲注４本誌44号31頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号12頁も参照。

ポイントに特定の利益団体を保護するものに止まっているために、多種多様な利害を有しており適切に代表されえないユーザーの利益は、適用場面・範囲が特定されたルール型の制限規定の中には反映されにくい、という構造的なバイアスがあることを指摘する[79]。日本の著作権法について、既述したように、立法には政策形成過程のバイアスの影響が見られ、特に制限規定に関しては、改正が実現するのは主にロビー活動のできる特定の利益団体の集中した利益を保護する個別のルール型の制限規定に止まる反面、今まであった私的複製の制限規定の適用場面・範囲を狭めることにより権利が強化されている。このように権利者の利益と抵触するユーザーの利益を、制限規定の立法に十分に反映させることができないという問題が生じている。

第4項　バイアスの具体例－日本版フェア・ユース規定導入の挫折

2012年著作権法改正に至る経緯の中で、著作権を制限する一般条項としての「日本版フェア・ユース」[80]の採否が議論されたが、結局、特定の利益団体のような後ろ楯がなかった権利制限の一般条項を導入しようとする試みは頓挫してしまった。その経緯について敷衍すると、2008年に知的財産戦略本部に設置された「デジタル・ネット時代における知的財産専門調査会」は、「権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る『権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定)』を導入することが適当である」[81]とした。そして、「知的財産推進計画2009」では、「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一

---

[79] LITMAN, *supra* note 49, at 51-63. 田村・前掲注４本誌20号25頁の注19、同・前掲注39・26頁の注24、同・前掲注18ジュリスト1404号38頁の注21、同・前掲注18法曹時報63巻５号1046頁、同・前掲注４本誌44号33頁も参照。

[80] 2007年９月19日の講演で、日本法に適合した著作権制限の一般条項に関する問題提起を行い、これを「日本版フェアユース」と名付けたものとして、上野・前掲注6・2頁以下参照。

[81] 知的財産戦略本部 デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告)」（2008年）11頁（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf より、2017年４月28日確認)。

定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る『権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）』の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる」[82]とされ、同「知的財産推進計画2010」では、「『権利制限の一般規定』について、これまでの検討結果を踏まえ、2010年度中に法制度整備のための具体的な案をまとめ、導入のために必要な措置を早急に講ずる」[83]とされた。それを受け、文化審議会著作権分科会による検討が開始されることになったが、その審議の途中段階で公表された「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」[84]、「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」[85]、そして最終的に2011年１月に公表された「文化審議会著作権分科会　報告書」[86]には、「権利制限の一般規定」の対象となる行為として、Ａ類型の「著作物の付随的な利用」[87]、Ｂ類型の「適法利用の過程における著作物の利用」[88]、

---

[82] 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2009」（2009年）３頁（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdfより、2017年４月28日確認）。

[83] 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2010」（2010年）22頁（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/2010keikaku.pdfより、2017年４月28日確認）。

[84] 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会　権利制限の一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」（2010年）（文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」付属資料）31-39頁。

[85] 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」（2010年）17-21頁（search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000064945より、2017年６月10日確認）。

[86] 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」（2011年）43-50頁（http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2301_shingi_hokokusho.pdfより、2017年４月28日確認）。

[87] 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。

[88] 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。

C類型の「著作物の表現を享受しない利用」[89]、という権利制限の小さな「一般規定」[90]が最終的に提案された。

しかし、このように審議会を通過した三つの原案は、政府提出法案にいたるまでの法案審査過程で、罪刑法定主義の「明確性の原則」に抵触する

---

[89] 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。

[90] 立法担当者によれば、そもそも審議会における政策形成過程では、米国型フェア・ユース規定のような抽象度の高い一般条項の導入は多数の支持を得ることができず、ヒアリング等で出された具体的な要望等を基に、三類型というある種特定された形での結論になっている。小泉ほか・前掲注25・13頁(池村発言)、池村ほか・前掲注20・6－7頁参照。同旨のものとして、中山ほか・前掲注6・6頁(松田発言)。

この点、ここで「一般規定」と称されるものは、適用範囲の広い個別規定であり(茶園・前掲注29・659頁の注23)、審議会の報告書の考え方は米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を認めるのではなくて、従来の個別のルール型の制限規定に比べて、要件が緩和された「中間的、折衷的な一般条項」を導入しようというもの(中山ほか・前掲注21・9頁(横山発言)、同・前掲注6・6頁(小さなフェアユース規定))や、それは米国型フェア・ユースのような「総合考慮型の一般規定」というよりは、「柔軟性を持った類型的な規定」となっている(村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(5)－日本著作権法の制限規定に対する示唆－」知的財産法政策学研究49号(2017年)83頁)、と評されている。

ただ、かかる限定が付されたこの三類型の制限規定は適用場面・範囲が狭すぎるということで、もはや権利制限の一般規定とはいい難いと批判するものとして、野口・前掲注3・221-222頁、「シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成」前掲注56・157頁(野口発言)、中山ほか・前掲注21・9頁(中山信弘先生は「『実を捨てて名を取った』フェアユース」であると批判する)、中山・前掲注39・290頁、中山ほか・前掲注6・5頁(中山発言)・6頁(岩倉発言)、中山・前掲注4パテント758号112-113頁、同・前掲注6石川古稀1280頁、同・前掲注4著作権法399頁、田村・前掲注4著作権研究39号120頁、岩倉・前掲注57・591-593頁、平澤卓人[判批](美術鑑定証書・控訴審)知的財産法政策学研究43号(2013年)313頁。

この点に関して、フェア・ユース規定のような権利制限の一般条項を導入する必要があるとされた知的財産戦略会議の立場と、文化庁での審議のプロセスには大きなずれがあったと指摘するものとして、「シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成」前掲注56・157頁(野口発言)。

おそれがあること[91]や、立法の必要性を示す具体的な「立法事実」を欠くこと[92]との反対論に見舞われた結果[93] [94]、結局、この三つの権利制限の小さ

---

[91] 制限規定は犯罪の成立を否定する規定であるが、支分権の内容と制限が一体となって権利の範囲を画定していると考えれば、制限規定についても一般条項を設けると罪刑法定主義に基づく明確性の原則に反するという指摘として、島並・前掲注17著作権研究35号104頁、文化審議会・前掲注84・48-49・53頁、同・前掲注85・28-29頁、同・前掲注86・59頁。また、小泉・前掲注57・254頁は、著作権侵害罪は政策性の強い法定犯であるため、刑法における違法性阻却事由と同列に論じるべきではなく、一般刑法よりも厳格な明確性の原則が妥当であると述べている。

[92] 文化審議会・前掲注84・52頁には、権利制限の一般規定の導入の必要性について、積極意見と消極意見に分かれており、双方の意見を踏まえると、導入の検討に当たっては、「法改正を必要とする立法事実をどこに求めるかが重要だと考えられる」とされた。

[93] 立法担当者によれば、できれば審議会報告書でまとめた三類型に忠実な形で条文化をしたかったが、法案審査過程で「明確性の原則」や「立法事実」の有無との関係で適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定は問題があることに配慮した結果、最終的に、30条の２、30条の３、30条の４及び47条の９という形で特定されることとなった。小泉ほか・前掲注25・14・16頁（池村発言）、池村ほか・前掲注20・７－８頁。永山・前掲注24・５－７・９・13頁も参照。

[94]「立法事実」が存しないことに対して、特定された行為について個別の制限規定を設けるべきか否かというような立法事実があるのであれば、まさにそれに即したルール型の制限規定を設ければ足りる。したがって、ある程度、抽象的な要件を持ったことにより、相対的には適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定を立法する際に要求されるべき「立法事実」は、個別の制限規定の必要性に関する事実ではなく、最終的にいかなる行為を制限するのかということを判断する役割を、立法ではなく司法に委ねるという、立法と司法との役割分担に関する事実なのである、と批判するものとして、田村・前掲注４本誌44号116頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号13頁。同旨のものとして、上野・前掲注57・178-180頁、潮海・前掲注21・187-188頁。

また、罪刑法定主義の「明確性の原則」に抵触する懸念に対して、既に条文の文言として包括的な行為を著作権の侵害とする条文が設けられている中で、それに対して、制限規定を新設しようとしているのだから、違法性阻却事由を定める刑法35条が抽象的な規定で足りるとされているのと同様に、明確にされた適用場面・範囲での制限規定となることを要しない、と批判するものとして、田村・前掲注４本誌44号116-117頁参照。結論において同旨のものとして、上野・前掲注57・176頁。

な一般規定の導入さえ見送られた。その代わりに、2012年６月27日法律43号として改正されたのは、Ａ類型に関しては、新たに「録音又は録画…の方法によって著作物を創作するに当たって」「分離することが困難であるため」という要件が課され(「付随対象著作物の利用」に関する30条の２)、Ｂ類型に関しては、当初念頭に置いていた「著作権者の許諾に基づく利用」と「個別権利制限規定に基づく利用」のうち後者が落とされ(「検討の過程における利用」に関する30条の３)、Ｃ類型に関しては、当初解釈の仕方次第では「著作物の経済的利用」とは評価されない利用行為について、著作権侵害を否定するものとして活用される可能性があった、相対的には射程の広いスタンダード型の制限規定[95]の新設は、結局、「技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用」に関する30条の４、「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」に関する47条の９、という適用場面・範囲が限定されたルール型の制限規定のみが部分的に残されたに止まる。

このように当初、高らかに「公正な利用を包括的に許容し得る『権利制限の一般規定』」の導入が謳われたにもかかわらず、審議会における政策形成過程で三類型に縮小され、そこから法制化に至る過程で適用要件の明確化のみが重視され、様々な限定が加えられた結果、結局、適用場面・範囲が開放された一般条項とは程遠い、「元日本版フェアユースのなれの果て」[96]や「名も実も捨てたフェアユース」[97]と評される四つのルール型の制限

---

[95] 土肥・前掲注57、清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』(2013年・発明推進協会)428-429頁、田村・前掲注４本誌44号116頁、前田・前掲注２・95-96頁。

また、山本隆司「フェアユースはどこまで認められたか 2012年改正著作権法の内容」ビジネス法務2012年７月号74頁は、Ｃ類型における著作物の鑑賞価値を使用しない利用の方法や態様に対する権利制限こそが、デジタル化・ネットワーク化に対応しうる一般条項となるはずであったが、立法化されなかったとしている。

[96] 中山ほか・前掲注６・24頁(岩倉発言)。

[97] 中山・前掲注４パテント758号114頁、同・前掲注６石川古稀1286頁、同・前掲注４著作権法400頁。

規定のみが立法化されるに至り、挫折に終わった[98]。

政策形成過程のバイアスの矯正策として、著作権法の中に、米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を置き、その具体化をロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねる、という政策形成過程に反映されにくい利益を裁判所が汲み取る道が拓けるように改革を試みる方策[99]は抜本的な解決策ともいえようが、日本版フェア・ユース規定に向けた著作権法改正への動きは、結局、四つのルール型の制限規定として条文化されるに止まった。このような状況に至っている背景には、いくつかの要因があると考えられる。

---

[98] 米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項というには程遠い、これまでと同様のルール型の制限規定が加わったにすぎない、という改正に対する理解として、福井健策「保護と利用のバランスが再び焦点」ビジネスロー・ジャーナル2012年6月号26頁(「必要な箇所にパッチを当てる」方式の従来型の例外規定)、中山ほか・前掲注6・2－3・24頁(岩倉発言)・3－4・7・15-18頁(横山発言)・8頁(中山発言)、岩倉・前掲注57・591-593頁、中山・前掲注4パテント758号114頁、同・前掲注6石川古稀1286-1290頁、同・前掲注4ジュリスト1461号84頁、同・前掲注4著作権法284・398-400頁、山本・前掲注95・74頁、山内貴博「引用」ジュリスト1449号(2013年)78頁、末吉亙「日本版フェア・ユース再論」情報管理55巻10号(2013年)769頁、半田・前掲注7・163頁の注1、清水・前掲注95・430-431頁、平澤・前掲注90・314頁、田村・前掲注4本誌44号34・114-119頁、比良・前掲注6・110-111頁、三山・前掲注24・344・346頁、村井・前掲注90・84-85頁。

ただし、改正によって設けられたこの四つの制限規定は、少なくとも美術の著作物の原作品の譲渡の申出に伴う複製等について、施行令や施行規則まで用いて極めて詳細な規定を定めている47条の2のようなルール型の制限規定と比較すると、シンプルな条文であり、とりわけ、47条の9はそれなりに柔軟性のあるゆえに、活用可能性があると指摘するものとして、上野達弘「立法過程の見直しも大きな課題」ビジネスロー・ジャーナル51号(2012年)32頁、「シンポジウム　著作権法の将来像と政策形成」前掲注56・154-155頁(上野発言)。同旨と考えられるものとして、渋谷・前掲注29・198頁、奥邨弘司「講演録　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)25頁参照。

[99] 前掲注56参照。

第一に、米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を立法化しようとすると、著作権法の立法過程に構造的なバイアスがあるのだとしたならば、猫の首に鈴を付けるかの如く、この抜本的な改革にはどのようにしても実現に大きな陥穽がある[100]。著作権法の政策形成過程に歪みが存在している限りは、避け難い悲劇が立法に待っている。そもそも特定の利益団体のロビイング活動の強い反対により、具体的要件による適用場面・範囲の制約すら全く受けないスタンダード型の制限規定の導入は潰される可能性が高い[101]。また、政治家のほかに、政策課題の問題状況、既存の政策の実施状況、新しい政策と法案を立案するうえでの専門知識等について、官僚（エージェント）は政治家（プリンシパル）よりも情報優位者であるが、京俊介「著作権法の立法過程分析－政治学の視点から－」は、著作権法は一般に有権者と政治家の関心を呼びにくい「ロー・セイリアンス(low-salience)」の政策分野であるという現状分析を前提に、①政治家が現状の変更に反対するだけで大きなコストはかからないため、現状の変更を止めるためのロビイングは、利益団体にとって相対的に容易であること、

---

[100] 田村・前掲注22・102-103頁、同・前掲注４本誌44号138-139頁。

[101] また、ロビー活動から得られるレントを最大にする方策として、スタンダードではなく、ルールを制定することに予めコミットすることが、立法者の利益になりうるのであると指摘するものとして、フォンほか・前掲注17・336頁。

これに対しては、米国型フェア・ユースのような、抽象度の高い、大きな枠組みの場合、ロビイングの攻撃目標は必ずしも明確にはならないので、それによって、ロビイングをかわし、立法のところはスタンダードでなんとか大まかな合意を取り付けておくことができる、との権利制限の一般条項が立法される可能性についてやや楽観的な見方を示すものとして、田村・前掲注４本誌23号22-23頁、同・前掲注18ウエストロー、同・前掲注４アメリカ法2010-1号30頁、同・前掲注75著作権研究36号19頁、同・前掲注１ライブ講義424頁、同・前掲注18本誌32号35-36頁、同「muddling throughとしての法政策学－『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告－」新世代法政策学研究10号（2011年）293頁、同・前掲注４著作権研究39号136頁、同・前掲注22・102頁、同・前掲注４本誌44号111頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号13頁。村井・前掲注90・90-91頁も参照。

ただし、田村・前掲注４本誌44号138頁は、フェア・ユースの導入にすら失敗した現在、少なくとも短期的には、権利制限の一般条項が立法される見込みは小さい、と指摘する。

②著作権法の立法過程において重要な役割を担っている文化庁の官僚にとって、抜本的な改革には大きなリスクが伴うにもかかわらず、それを成し遂げた際に得られる利益は大きくないのであれば、官僚が大きな変革を積極的に進めるという想定は現実的ではないことから、著作権法のリフォームの実現性に乏しい[102]、と分析している。さらに、情報の非対称性を通じて、官僚が被規制者から頻繁に情報を獲得し、政策形成過程に被規制者を参画させ、あるいは被規制者を退官後の天下り先として念頭に置いている場合には、官僚はしばしば自分たちの規制対象の陣営に引きずり込まれるのであり、かかる人的な交流が公共選択論でいうところのいわゆる「規制の虜」（Regulatory Capture）[103]現象を誘い、適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定の導入が潰されることに拍車をかけているのかもしれない。

第二に、権利制限の一般条項の導入の是非をめぐって、個別具体的にいかなる利用行為に対して著作権が制限されるべきであるのかに関しては、そもそも既に審議会の報告書の説明に端的に表れている[104]。このように審

---

[102] 京・前掲注25・77-78頁。

[103] ジョセフ・E. スティグリッツ=カール・E. ウォルシュ（薮下史郎ほか訳）『スティグリッツ ミクロ経済学』（第３版・2006年・東洋経済新報社）426頁。ジョージ・J. スティグラー（余語将尊＝宇佐美泰生訳）『小さな政府の経済学 規制と競争』（1981年・東洋経済新報社）（「規制の経済理論」）も参照。

[104] 審議会の報告書の通り、Ａ類型「著作物の付随的な利用」の具体的な利用形態として、「写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映像を公衆送信等するといった利用」（報告書44-45頁）、Ｂ類型「適法利用の過程における著作物の利用」の具体的な利用形態として、「CDへの録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製や、漫画のキャラクターの商品化を企画するに際し、社内会議用の資料や著作権者に許諾を得るための申込みに当たって必要となる企画書、提案書等における当該漫画の複製」（著作権者の許諾に基づく利用）、「第33条第１項に基づく教科書への掲載に関し、企画会議用の資料や初稿原稿等その他教科書の企画・作成過程等での複製や、第38条第１項に基づく非営利・無料の音楽演奏に際し、進行や会場設備の都合上、楽曲毎にCDを入れ換えて再生（演奏）すること

議会における政策形成過程では、個別具体的にどのような行為が免責されるのかについて議論を詰めないと、権利制限の一般条項導入の是非を判断できないとする姿勢が見られた[105]。その結果、新たな制限規定をどのような文言で規定していくのかという規定振りは、それに伴って具体的にどのようなものが権利制限され、どのようなものが権利制限されないこととなるのかという帰結についての見通しに大きく影響されることになる。確かに適用場面・範囲が開放されたスタンダードの制限規定の下で、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。しかしながら、一般条項の機能が現段階では予測困難な事態に備えるところにあるのだとすれば、今予測しうる具体的な利用形態について議論することにさしたる意味はない[106]。反対にいえば、具体的な利用形態について議論をなし、その結果、当該行為について著作権を制限すべきことが明らかとなれば、あえて適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定を導入するのかということの意義を見出すことは困難となり、むしろ、わざわざスタンダード型の制限規定を導入する必要はない[107]という誤った結論に陥りがちである[108]。さらにいってしま

が困難なやむを得ない事情がある場合に、予め複数枚のCDから再生(演奏)する楽曲を演奏順に編集して一枚のCDに複製すること」(個別権利制限規定に基づく利用)(報告書46頁)、C類型「著作物の表現を享受しない利用」の具体的な利用形態として、「映画や音楽の再生に関する技術の開発や、当該技術の検証のために必要な限度で映画や音楽の複製を行うといった場合」、「技術開発・検証の過程で当該映画等の上映等(表現の知覚)が行われる場合」(報告書49頁)をそれぞれ例示する。

[105] 権利制限の一般条項を導入するためには、個別具体的にどのような行為が制限されることになるのかを見極めるべきだ、ということが語られるものとして、大渕・前掲注57・3頁。

[106] 田村・前掲注11知財研フォーラム107号14頁。

[107] 例えば、大渕・前掲注57・3頁は、抽象論だけでは的確な議論をすることは困難であるので、どのようなものについてどのような要件の下で権利制限を肯定すべきかという内容についての共通認識があってこそ、これを実現するための手法として、ルール型の制限規定とスタンダード型の制限規定のいずれが妥当であるか、さらに現行の個別ルール型の制限規定の一部見直しにも議論が及ばざるをえないと指摘する。

[108] 田村・前掲注4本誌44号106-107頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号11・

えば、政策形成過程にバイアスがかかることを回避するところに、一般条項の機能があるとすれば、そもそも著作権の立法過程において具体的な利用形態について検討すること自体が、適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定にとって自殺行為となるといわざるをえない[109] [110]。

第三に、今までと同様に、適用場面・範囲が特定された個別のルール型の制限規定を立法化しようとする場合、田村教授の指摘するように、立法の段階においては、具体的にどのようなものが権利制限され、どのようなものが権利制限されない、という権利制限の具体的な内容の検討において攻撃目標が明確化されるために、定められようとする個別的なルールに対して、権利者側に有利な方向に定めようとする圧力を誘うおそれがある。そのようなロビイングの影響を受けて権利者側に有利なバイアスがかかった結果、権利者よりユーザーにとっては高めのハードルが課されるところで立法が妥結することになったのである[111]。前述したように、技術的保護手段を迂回する私的複製は権利制限の対象外、私的目的のダウンロードの違法化等、私的複製に関する制限規定の適用場面・範囲が狭められたことや、「公正な利用を包括的に許容し得る『権利制限の一般規定』」の導入の議論から、審議会において三類型に縮小され、さらに適用場面・範囲が特定された四つのルール型の制限規定のみ立法化されるに至ったことは、まさにその代表例といえる。

14頁。

[109] 田村・前掲注11知財研フォーラム107号14頁。

[110] したがって、権利制限の一般条項を導入するに際しては、予め議論すべきことは個別具体的にどのような行為が制限されるのかということに関する判断ではなく、むしろ「市場の失敗としてのフェア・ユース（fair use as market failure）」等、いかなる場合に著作権を制限すべきなのかということに関する抽象的な方法論である。田村・前掲注11知財研フォーラム107号14頁参照。

[111] 田村・前掲注４本誌23号22頁、同・前掲注18ウエストロー、同・前掲注４アメリカ法2010-1号30頁、同・前掲注75著作権研究36号19頁、同・前掲注１ライブ講義424頁、同・前掲注18本誌32号35頁、同・前掲注101・293頁、同・前掲注４著作権研究39号136頁、同・前掲注22・102頁、同・前掲注４本誌44号111頁、同・前掲注11知財研フォーラム107号13頁。

以上のことに鑑みれば、2012年の改正で適用場面・範囲が特定された四つのルール型の制限規定として条文化されるに止まったことは、驚くに値しないだろう。なお、2012年著作権法改正の後、適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定の立法化への動きについて、知的財産戦略本部の下に設置された「次世代知財システム検討委員会」の2016年報告書[112]及びその後の「知的財産推進計画2016」[113]が著作権法への「柔軟性のある権利制限規定」の導入を打ち出した議論を受けて、2017年２月「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」の報告書[114]、2017年４月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」[115]は、「柔軟性のある権利制限規定」について、明確性と柔軟性を備えた複数の制限規定による「多層的」な体系を構築することをもって、著作物の利用を三層に分けて、第一層は権利者の利益を通常害さないと評価できる利用（具体的な利用形態は、システムのバックエンドにおける複製、所在検索サービスや情報分析サービスのための検索・分析用データベースを作成する行為、リバース・エンジニアリング）、第二層は権利者に及びうる不利益が軽微な利用（具体的には、所在検索サービスや情報分析サービスの結果提供の際に付随して行われる著作物の表示行為）、第三層は外部性があり著作物の利用の促進が期待されるもの（具体的な利用形態は、翻訳サービス、CPS（サイバーフィジカルシステム）による情報提供サービスの中の教育支援サービスや障害者支援サービス等）は著作権侵害とすべきではない、との

---

112 知的財産戦略本部・前掲注39・20頁。

113 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2016」（2016年）11頁（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20160509.pdfより、2017年６月19日確認）。

114 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「新たな時代のニーズに的確に対応した権利制限規定の在り方等に関する報告書」（2017年）26-39頁（http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h28_06/pdf/shiryo_1.pdfより、2017年８月20日確認）。

115 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」（2017年）38-56頁（http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdfより、2017年８月20日確認）。

意見がまとまった。そして、改正法案が2018年５月18日に可決され、同月25日、平成30年法律第30号として公布された。今回の法改正では、①デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した「柔軟」な権利制限規定として、表現の享受を目的としない利用（30条の４）、コンピュータでの効率的な著作物利用のための付随利用等（47条の４）、新たな知見・情報を生み出す情報処理の結果の提供に付随する軽微利用等（47条の５）、②教育機関での授業の一環としての著作物の配信利用の拡張及び補償金の導入（35条）、③障害者の情報アクセス機会の拡充（37条）、④アーカイブ利用の促進として、国立国会図書館による外国の図書館への絶版等資料の配信（31条）、作品展示に伴う美術・写真の著作物の利用拡充（47条）、権利者不明作品の利用に必要な事前供託金の一部撤廃（67条）、という四つの項目の改正がなされた[116]。その中には、30条の４「表現の享受を目的としない利用」、という柔軟性を高めた制限規定が入ったが、「著作物の録音、録画その他の利用に係る技術の開発又は実用化のための試験の用に供する場合」、「情報解析の用に供する場合」、「著作物の表現についての人の知覚による認識を伴うことなく当該著作物を電子計算機による情報処理の過程における利用その他の利用に供する場合」、という非商業的利用のユーザーにとっては高めのハードルが課された[117]。このようにして、2012年改正の後、

---

[116] 2018年改正著作権法について、詳しくは「著作権法の一部を改正する法律」（http://www.mext.go.jp/b_menu/houan/kakutei/detail/1405213.htm より、2018年８月26日確認）、福井健策「改正著作権法をざっくり俯瞰する～ガンツ先生なら、はたして何点をつけるのか？」（2018年５月22日）（https://www.kottolaw.com/column/001689.html より、2018年８月26日確認）、飯島歩「平成30年改正著作権法について（1）ビッグデータの活用等」（2018年６月27日）（https://innoventier.com/archives/2018/06/6295 より、2018年８月26日確認）、同「平成30年改正著作権法について（2）教育情報化、障害者の情報アクセス及びアーカイブの利活用促進」（2018年７月３日）（https://innoventier.com/archives/2018/07/6420 より、2018年８月26日確認）。

[117] ただし、表現の享受を目的としない「その他の利用に供する場合」という文言からは、技術開発のための作品の利用やリバース・エンジニアリング等に止めず、例えば指導や練習のための曲の演奏が形式的には「公衆に聞かせるための演奏」に当たりうるとしても、それは演奏できるようになるための準備であって、著作物の「表現の享受」に向けられていないならば、利用に許可は不要とする見方を示すも

ふたたび日本版フェア・ユース導入の議論が再燃し、立法化への動きが見られるが、結局のところ、前回改正と同じ轍を踏むように[118]、IT情報サービス業者等のロビー活動のできる利益団体の特定の行為について免責を与えることを企図するものが大半を占めている一方で、米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項はいうまでもなく、ユーザーによる非商業的利用を許すための制限規定を新設しようとする動きは依然として力強さを欠いている。立法レヴェルで著作物の公正な利用を広く許す米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を導入しようとした抜本的な改革を達成するのは、ロビイング活動の強い反対を受けるという政治的な理由から、少なくとも日本では容易ではないということが明らかになった。

第5項　スタンダード型規範の司法による法形成－バイアスに対する矯正の可能性

以上をまとめると、政策形成のアリーナとして立法だけを考えると、政策形成過程におけるバイアスがかかる結果、薄く広く拡散した利益は反映されないという限界が構造的に存在する。多数の者の私的な活動を規制する権利を人工的に特定の者に与える著作権法は、政策形成過程の少数派バイアスを最も被りやすい制度であるといえる。特に非商業的利用の問題はまさに薄く広く拡散した組織化されにくいユーザーの利益が関わっているからこそ、この問題に特定した解決を立法に期待することに構造的な限界がある。極めて長いスパンで語るのであればともかく、選挙制度、そして著作権法の領域において従来の立法過程の歪みが今後も維持されることを前提とすれば、短期的には、米国型フェア・ユースのような権利制限

のとして、福井・前掲注116。

[118] 文化審議会・前掲注115・8頁は、「柔軟性のある規定を導入すべきかどうか」ということを漠然と議論することは必ずしも有益ではなく、制度設計に当たっては、「実際に関係するステークホルダーにどのような効果や影響を与えるのか等について分析を行うことが必要」と述べており、柔軟な権利制限規定をめぐって、個別具体的にいかなる利用行為に対して著作権が制限されるべきであるのかに関しては、既に上記説明に端的に表れている。

の一般条項、さらに更新登録制度の導入、著作権者と競合しうる大規模な商業的利用に限って規制すること等、抜本的な改革の見込みは薄いといわざるをえない[119]。

そこで、こうした構造的な問題の短期的な解決を図るためには、著作権法の立法過程に生じるバイアスを矯正する方策を編み出す必要がある。この政策形成過程に存する構造的なバイアスは著作権法固有の問題というわけではなく、少数派、あるいはたとえ多数派でもその意見を集約しにくい主体の利益が民主主義の政治プロセスにうまく反映されないという問

---

[119] 京・前掲注25・78-79頁は著作権法が大きくリフォームされる可能性に乏しいと指摘しながらも、抜本的な改革が進むための条件を提示している。第一に、エネルギー政策への関心度を大幅に上昇させた原発事故のように、ある出来事によって、著作権法は政治家が積極的に関与しようとする政策分野に変化する。第二に、次の選挙の当落を気にせず、そして著作権法に強い関心を持ち、かつ、自分の意見について与党内でコンセンサスを得られる「変わった」議員が登場する。第三に、著作権法のリフォームのような抜本的な改革に強い関心を有する「変わった」官僚が現れ、それをサポートする体制が確保される。もっとも、いずれの条件も整うのは困難であると指摘されている。

なお、1998年の台湾著作権法改正で米国著作権法におけるフェア・ユース規定のそのままの導入が実現した積極的要因について、①当時、著作権侵害問題が頻繁に発生したため、アメリカの貿易上のスーパー301条の報復措置の脅威の下、著作権法は政治家が積極的に関与しようとする政策分野に変化したこと、②選挙制度について、1995年12月に行われた選挙で国会（立法院）の議員は、先住民枠と華僑枠を除いて、122議席の大選挙区制と30議席の比例代表制から構成された。有権者が各選挙区の候補者一名に投票し（一票制）、そして比例代表はすべての選挙区における各政党の得票率に応じて比例配分された。比例代表制度が「厳正拘束名簿」を使っているので、事前に政党によって選ばれる比例代表候補は、主に社会的弱者や公益団体の代表、学者等の有識者で構成されており、政党の顔としての役割を担っている。そのため、比例代表の議員は当選後次の選挙の当落を気にしない者が多いこと、③1998年の台湾著作権法改正はWTOに加盟するため、TRIPs協定並みの水準を確保する修正を図ったものであるが、官僚によってこの権利拡大と引換えに、米国著作権法におけるフェア・ユース規定のそのままの導入をセットにした政府提出法案が出ていたこと。このように、同論文の指摘する条件が整ったと考えても差し支えないだろう。

題に関して、例えば拡散した匿名の貧困層、あるいは匿名で孤立した同性愛者（多数派バイアス[120]）等のように、同様の政策形成過程のバイアス問題が指摘されており、その解決手段として、政策形成過程において反映されにくい層の利益に対して司法の違憲審査による保障が説かれているところである[121]。こうして政策形成のアリーナが議会から裁判所へと展開した背景には、立法の場では常に無視される層の利益の保護という役割が裁判所に期待されているからである。なぜなら、裁判所は立法過程において反映されにくい層の利益の代表という点では、直接的なアクセスを保証し、終身制、慎重な選出プロセス、高額の報酬、専門的な訓練課程等の制度的仕組みが、政治的圧力や情報の操作から隔離された組織による慎重な審理を保証するという利点があり、ロビイング耐性が相対的に強い司法プロセスの特徴は、少数派あるいは多数派バイアスに政策形成過程が苦しんでいる場合に、歪んだ利益の分配状態に対処することに裁判所が向いていることを示すからである[122]。

---

[120] 政策形成過程のバイアスについて、少数派の権利の侵害のような「多数派バイアス」もありうる。Komesarは、①一人当たりの平均的な利益が高ければ、集合行為が起こりうる可能性が高くなること、②集団内の利害関係が不均衡に分配されている状況は、大きな集団の分析を、小さな集団のそれに近接させること、③強力な比喩的表現を用いて容易にコミュニケーションをなすことができるものである場合、眠っている多数派を動員する機会が大きくなること、といった公共的な行動の成功をもたらす要因を列挙する。KOMESAR, *supra* note 72, at 82. Engelbrekt・前掲注39・37-38頁も参照。

[121] Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 742 (1985). 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(5)」知的財産法政策学研究49号(2017年) 59-60頁も参照。

また、フォンほか・前掲注17・336頁は、特定の利益を擁護するロビー活動のリスクを減じる制約を長期的かつ効果的に設けることができるのは、憲法の制度的制約のみだと指摘する。

[122] Engelbrekt・前掲注39・38頁。島並・前掲注17著作権研究35号95-96・100頁、同・前掲注17村林傘寿488頁も参照。

また、田村・前掲注4本誌20号8・13-14頁、同・前掲注6ジュリスト1255号129頁は、技術的な環境が変化するにつれて、著作権法が認めていた著作権による著作物のユーザーの自由の制約の意味合いが変質した場合、政策形成過程にバイアスの

以上のことは、立法の場においてうまく汲み取れない利益の保障を、最後の砦としての裁判所が担うことに意義がある。ただし、違憲審査[123]にまで持ち込まずとも、同様の立法と司法の役割分担に着目する議論として、次のように、既存の抽象的な概念を持ったスタンダード型規範の司法による法形成を通じて、裁判所の判断で政策形成過程におけるバイアスの問題を回避できる可能性があることを指摘できる[124]。

著作権法の場面で考えてみると、非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由が許諾なしで他人の著作物を利用しようとするユーザー側の利益として主張された場合、それは著作権に対する制約にほかならない。著作権の制約メニュー（選択肢）としては、米国型フェア・ユースのような権利

問題があることを踏まえて、構造的に立法に反映されにくいユーザーの利益を擁護するのに最も適した機関として司法の積極的な介入が要請されると指摘する。

[123] 米国において著作権法を取り巻くユーザーの表現の自由の保障に関して、議会の立法権限の行使に制限を加えるべきであり、厳格な違憲審査を行うべきとする代表的な見解を紹介するものとして、比良・前掲注121・64-68頁参照。

[124] 政策形成過程に利益団体が関わることにより政策に歪みが生じることを回避するために、相対的にロビイング耐性があり、バイアスがかかりにくい裁判所に政策形成のアリーナを移行させる試みとして、Dan L. Burk and Mark A. Lemley（山崎昇訳）「特許法における政策レバー（2・完）」知的財産法政策学研究15号（2007年）65-110頁は、特許法における非自明性、有用性、明細書の開示要件、クレーム解釈や均等論等、既存の抽象的な概念に着目し、これを特許法の政策レバー（Policy Levers）と称し、ロビイング耐性の強い司法によるイノヴェイション構造に即した事後的な法形成を提唱している。

著作権法のように政策形成過程に顕著にバイアスがかかっていることが明らかな分野においては、著作権者の経済的機会を失わせるような大規模な商業的利用のみを侵害とすべきであり、その実現は、立法過程において反映されにくい層の利益の代表という点で、司法に委ねるべきことを提唱するものとして、LITMAN, *supra* note 49, at 180-86。

また、ロビイングと無関係に行動することが多く、バイアスがかかりにくい司法を活用するために、司法における法形成を可能とするよう、スタンダードを用いるという法策があると指摘するものとして、田村・前掲注101・292-293頁、同・前掲注１ライブ講義407頁、同・前掲注22・102頁。

制限の一般条項があれば、当然、司法に大きな期待が寄せられるが、権利制限の一般条項がない状況でも、既に存在する法規範に目を向ければ、権利制限の細かなルールを予め設定することによって限られた目的・場面にのみ著作物の利用を許す多くの個別のルール型の制限規定とは異なり[125]、多少なりとも相対的には適用場面・範囲が開放された制限規定として、私的複製（30条１項）と引用（32条１項）が存在する[126]。また、狭い意味での著作権の制限規定以外にも、著作権侵害を否定するためには広い意味での著作権の制約メニューが既に存在している[127]。著作権法は、著作権侵害の要件についての基本的なパラメーターを定めているが、こうしたスタン

---

[125] 例えば、31条の図書館における複製、33条の教科書への掲載、35条の教育機関における複製、36条の試験問題としての複製、37条の視覚障害者のための複製、42条の裁判手続等における複製、46条の公開の美術の著作物等の利用等、行為の対象あるいは行為の主体、場所等で適用の場面・範囲が特定されている。これに対して、30条１項の私的複製と32条１項の引用規定には、そのような特定性がない。

[126] 米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を欠くことによる問題については、著作権法において相対的には射程の広い開放的規定であり、柔軟な解釈が可能な制限規定である「私的複製」と「引用」を活用する方策が説かれているものとして、田村・前掲注６ジュリスト1255号128頁、同「講演録 著作権法32条１項の『引用』法理の現代的意義」コピライト554号（2007年）６頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)－寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等－」知的財産法政策学研究16号（2007年）119頁。

また、島並・前掲注17著作権研究35号100・106-108頁、同・前掲注17村林傘寿489頁は、私的複製（30条１項）、引用（32条１項）、営利を目的としない公の使用行為（38条）、公開の美術の著作物等の利用（46条）といった制限規定については、個々人の意見を国会で集約することは困難であり、また私的活動の内容は定型性が低いと考えられるので、スタンダードで裁判官の裁量的な規範形成に委ねるほうが望ましいことを示唆する。もっとも、同・前掲注17著作権研究35号101頁では、引用は、規範適用による訴訟紛争解決の頻度が高いことからすれば、ルール型の制限規定のほうが望ましいとされている。前後の見解が矛盾しているようにも見受けられる。

[127] 民法の権利濫用や信義則のように、アイデアと表現の区別、創作性、文化の範囲、類似性（本質的特徴の直接感得性）等、様々なスタンダード型の既存規範が著作権法においては多用される傾向にあると指摘するものとして、島並・前掲注17著作権研究35号92頁、同・前掲注４・714-715頁、上野・前掲注６・20-22頁、同・前掲注22「日本版フェアユースの可能性・必要性」48-50頁、同・前掲注57・170頁。

ダードをいかに適用するかについて詳細に定めているものではない。まずは、創作性及びアイデアと表現の区別、美術ないし文化の範囲という抽象的・規範的要件によって構成されている「著作物」の定義規定（２条１項１号）により、特定の創作物について完全に著作権の保護を与えないとする際は、そもそも著作物性を否定するという手法が選ばれる。そして、著作物性が肯定されたとしても、著作権の保護範囲を画する要件としての類似性に関しては、著作権法の条文上、複製権・翻案権侵害を決する基準を直接定めたものさえ存在しない。そのため、著作権侵害訴訟において創作的表現が再生されないか、本質的特徴が直接感得できない等、最判平成13年６月28日民集55巻４号837頁［江差追分・上告審］によって作り出された「創作的表現の共通性」と「本質的な特徴の直接感得性」というスタンダードな基準の適用のような多くの場合においては、著作権の保護範囲の外での利用は著作権侵害とはならないという形で柔軟な処理が図られている。さらに、著作権侵害が肯定される場合でも、著作権者の権利行使が信義誠実の原則に反していたり、権利の濫用に該当したりする場合には、一般条項として民法１条２項、３項により差止めや損害賠償請求が棄却されることもありうる。政策形成過程の少数派バイアスを最も被りやすい著作権法のような分野においては、非商業的利用の場面でユーザーの行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐ手立てとして、著作物性の否定、あるいは類似性が認められる著作権の保護範囲を限定的に解釈したり、私的複製や引用の制限規定を柔軟に解釈したりすることによって、裁判所がこうした既存のスタンダード型規範の解釈を駆使して、司法の力で非商業的利用行為を非侵害とする妥当な結論を導き、相当程度、ユーザーの行動の自由を確保している可能性があるのである[128]。

---

[128] 従来の裁判例において、著作物性の否定（文化の範囲に属さないとして、東京地判平成９年12月22日判時1637号66頁［PC-VAN（オンライン会話サービス）］）、複製の規範的解釈（東京地判平成12年５月16日判タ1057号221頁［スターデジオＩ］）あるいは本質的特徴の直接感得性（東京地判平成11年10月27日判タ1018号254頁［雪月花・一審］、東京高判平成14年２月18日判時1786号136頁［同控訴審］）、引用や公開の美術の著作物の利用等、既存の制限規定の柔軟解釈（東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁［血液型と性格］、東京地判平成13年７月25日判タ1067号297頁［は

第２節　本稿の目的と構成

以上をまとめると、著作権法を取り巻く技術的・社会的環境の変化により、著作権制度はユーザーが簡単に自由に行動しうる領域に介入しうる法制度に変容してきたが、複製と公の使用のところで対価を徴収する著作権制度の枠組みは現実にうまく対応できなくなった。こうしてユーザーの行動の自由の確保及び著作権の実効性の問題が顕在化し、過去にもないような緊張関係を著作権者とユーザーにもたらしていることになる。そこで政策形成過程の少数派バイアスを最も被りやすい著作権制度では、ロビイング耐性が相対的に強い司法の場に法形成のプロセスを移行するために、米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項の導入が望まれるところであるが、結局は挫折するに至った。その結果、立法による対応には多くを期待できず、ゆえに司法による介入が必要である。司法の場における解釈論としては、既存のスタンダード型規範を通じて、非商業的利用の場面でユーザーの行動の自由を確保するために広範な権利範囲に風穴を開け、著作権法の条文と一般の著作権に対する理解とのギャップを埋める手段としての意味を認めるべきであろう[129]。

たらくじどうしゃ]、知財高判平成22年10月13日判時2092号136頁［美術鑑定証書・控訴審］、東京地判平成26年５月30日裁判所HP［美術鑑定証書Ⅱ］)、権利濫用（著作者人格権侵害行為に関して東京地判平成８年２月23日知裁集28巻１号54頁［やっぱりブスが好き］(西田美昭裁判長)）等、既存規範の様々な解釈論を駆使して、著作権侵害を否定するものがある。田村・前掲注126コピライト554号６-11頁、同・前掲注４本誌20号14頁、同31頁の注59、同・前掲注18法曹時報63巻５号1037-1038頁、同・前掲注４本誌44号49-52頁、上野・前掲注６・12-15・19-21・24-25頁、同・前掲注22「日本版フェアユースの可能性・必要性」46-50頁、同・前掲注57・169-171・173頁。中山・前掲注４パテント758号112頁、同・前掲注６石川古稀1275頁・1278頁の注８、同・前掲注４著作権法395頁、横山・前掲注57「フェアユース」41頁、同・前掲注29・138頁の注10、同・前掲注57パテント707号50頁、三村・前掲注29・30頁も参照。

[129] 中山・前掲注４「著作権法改正の潮流」248頁、同・前掲注４パテント758号112頁、同・前掲注６石川古稀1276頁、同・前掲注４著作権法398頁は、現実には、多くの裁判例はフェアの観念に基づいて既存の概念を柔軟に解釈する方法で具体的

では、短期的にはデジタル化・ネットワーク化の時代に相応しい著作権制度の抜本的な改革に立法が期待されない状況において、いきおい裁判所に期待が寄せられるところであるが、裁判所は現行の著作権法における法解釈論の枠内で、侵害訴訟における判断構造に即して著作権侵害を否定するための権利制約メニューの中、著作物性、著作権の保護範囲の類似性、私的複製や引用の制限規定、民法の権利濫用等、各スタンダード型規範をどのように、また、どの程度権利者とユーザー側のバランスを図ることができるのか。また、政策形成過程のバイアスを矯正するために司法を活用するという観点から、それらの間にはどのような相違点が存するものと考えればよいのか。より具体的には、まず、司法による解決は不可避的に、訴訟当事者以外の利害関係者の利益に将来にわたって大きな影響を与えることになるため、マクロの視点で波及効果が大きい著作物性ないし類似性の著作権侵害の要件の判断に比して、権利濫用あるいは私的複製や引用の制限規定を柔軟に解釈することによってミクロの視点で個別に侵害を否定する手法を活用するという選択肢のほうが、著作権の保護とユーザーの行動の自由のバランスを図るのに分がある。その中でも、権利濫用の法理は、いかなる場合に侵害が否定されるのかという要件の具体化の作業のほぼすべてが裁判所に委ねられているところに特徴があり、特に著作権を制限する一般条項を欠く日本法の下では、技術的・社会的環境が変化しているにもかかわらず、法制度が追い付かず、旧態依然とした著作権の権利範囲によりユーザーが技術の恩恵を享受することに失敗することのないよう、最終的には、権利濫用の法理を活用して、著作権法の究極の目的である文化の発展に資する解決策を導くべきである[130]と指摘される。この見解に与したいが、実際のところ、権利濫用の法理に基づき、著作権請求が

な妥当性を図っていることは、著作権法と社会の実態の乖離を埋める役割を果たしうるものであると指摘する。田村・前掲注 2 著作権研究42号39頁も、裁判所の判断でユーザーの行動の自由を確保するための風穴を開け、著作権法の条文と一般の著作権に対する理解とのギャップを埋めることを可能とするというメリットがあると強調する。

[130] 田村・前掲注 6 ジュリスト1255号130-132頁。

棄却されることは滅多にない[131]。その原因については、制限規定は主とし

[131] 権利の濫用を簡単に否定した裁判例として、東京地判昭和54年6月20日無体集11巻1号322頁[小林ビル設計図](秋吉稔弘裁判長)、東京地判昭和55年9月17日無体集12巻2号456頁判タ423号51頁[旧制静岡高校戦没者遺稿集「地のさざめごと」](秋吉稔弘裁判長)、東京地判昭和52年3月30日無体集9巻1号360頁[竜渓書舎・一審](佐藤栄一裁判長)、東京高判昭和57年4月22日無体集14巻1号193頁[同控訴審](荒木秀一裁判長)、東京地判昭和59年8月31日無体集16巻2号547頁[藤田嗣治・一審](牧野利秋裁判長)、東京高判昭和60年10月17日無体集17巻3号462頁[同控訴審](蕪山嚴裁判長)、東京地判平成元年10月6日無体集21巻3号747頁[藤田画伯展覧会カタログ](清永利亮裁判長)、東京地判平成2年2月19日無体集22巻1号34頁[ポパイ漫画・一審](清永利亮裁判長)、東京高判平成12年5月23日判タ1063号262頁[三島由紀夫手紙・控訴審](山下和明裁判長)、東京地判平成13年12月25日判例工業所有権法[国語科検定教科書準拠書籍](森義之裁判長)、東京高判平成13年9月18日裁判所HP[建築エスキース・控訴審](山下和明裁判長)、東京地判平成14年4月15日判タ1098号213頁[ホテル・ジャンキーズ・一審](飯村敏明裁判長)、東京高判平成14年10月29日裁判所HP[同控訴審](山下和明裁判長)、東京地判平成14年8月28日判タ1129号258頁[「はだしのゲン」講談上演差止請求](飯村敏明裁判長)、知財高判平成19年5月31日判時1977号144頁[東京アウトサイダーズ写真・控訴審](中野哲弘裁判長)、福岡高判平成14年12月26日裁判所HP[日本舞踊・控訴審](宮良允通裁判長)、東京地判平成15年2月26日判タ1140号259頁[創価学会写真ビラ・一審](飯村敏明裁判長)、東京地判平成16年5月28日判タ1195号225頁[国語教科書ドリル](髙部眞規子裁判長)、東京高判平成16年11月29日裁判所HP[創価学会写真ビラ・控訴審](篠原勝美裁判長)、東京地判平成20年3月13日判タ1283号262頁[八坂神社祇園祭写真](設樂隆一裁判長)、東京地判平成22年5月19日判時2092号142頁[美術鑑定証書・一審](清水節裁判長)、知財高判平成22年10月13日判タ1340号257頁[同控訴審](滝澤孝臣裁判長)、東京地判平成24年9月28日判タ1407号368頁[霊言DVD](大須賀滋裁判長)、東京地判平成25年6月28日裁判所HP[かなめ行政書士事務所(ブログ記事)](大須賀滋裁判長)、東京地判平成26年5月30日裁判所HP[美術鑑定証書Ⅱ](東海林保裁判長)等参照。

他方、権利濫用の法理に基づき、請求が棄却される事例に関しては、東京地判平成11年11月17日判タ1019号255頁[キューピーⅠ(キューピー株式会社)・一審](飯村敏明裁判長)、東京地判平成11年11月17日判タ1019号255頁[キューピーⅡ(日本興業銀行)・一審](飯村敏明裁判長)は、原告キューピー人形と被告人形、イラストは類似していないとして、著作権侵害を否定したが、権利濫用の点についても、傍論として著作権を侵害することになる行為を多年にわたって継続し多額の利益を得て

いた原告が、その後、米国の著作権者から権利を譲り受けたと主張して差止め等を請求することは権利の濫用に該当すると付言した。なお、高裁（東京高判平成13年5月30日判タ1106号210頁［キューピーⅠ・控訴審］（篠原勝美裁判長）、東京高判平成13年5月30日判タ1106号210頁［キューピーⅡ・控訴審］（篠原勝美裁判長））は、被告が本件人形の複製又は翻案をしたものとは認められないから、権利濫用の成否については判断しないとした。

同じ傍論として、東京地判平成17年9月9日裁判所HP［キューピー著作権・一審］（髙部眞規子裁判長）、知財高判平成18年1月31日裁判所HP［同控訴審］（佐藤久夫裁判長）は、原告が主張する被告の侵害行為は、原告が著作権の譲渡を受けたと主張する時点よりも前の行為であって、仮にそれより以前に被告の侵害行為があったとしても、原告の著作権を侵害するものと認めることはできないから、原告の請求は理由がないとしたうえで、「念のため」、権利濫用について、①被告がキューピーについての著作権の侵害行為を行って利益を得ていたと指摘する判決があったこと、②原告は上記著作権の日本における保護期間が満了するまで残り2か月にも満たない時点で、上記著作権を譲り受ける旨の契約を締結したものであるがその譲渡代金の支払いは、譲渡対象の権利が日本の判決により認められることを前提とする等、不自然な契約内容であること、③原告は上記譲受けからわずか1か月後に本件訴えを提起していること、④原告が著作物を利用した事実を認めるに足りないこと等の事情に照らして、原告による上記著作権の取得は、被告が著作権の侵害行為を行って利益を得ていたと指摘する判決に目を付けて、その利益を損害賠償金として取得しようとして、これに関する著作権を取得しようとの意図に基づくものと推認することができ、このような原告の請求が司法機関を利用しつつ不当な利益を追求するものであって、文化的所産の公正な利用を目的とする著作権法の趣旨に反するものであるから、原告の主張に係る著作権に基づく請求は、権利濫用として許されないと判示した。

また、旧版写真集に掲載された写真の再掲載の事案であり、写真集の改訂版の最終頁に掲載された、40㎜×50㎜の写真1枚のみが著作権を侵害していたという事件で、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］（田邉実裁判官）は、掲載された本件写真は、掲載した写真の点数延べ177点であるB5版95頁の写真集の全体に比して、極小さい割合を占めているにすぎないものであり、損害が軽微である反面、既に多額の資本を投下して発行済みの写真集を販売等することができなくなるという重大な不利益が生じる等の諸事情を考慮したうえで、損害賠償請求計15万円を認容する一方で、権利濫用を理由として差止請求を棄却した。

ほかに、著作権ではなく著作者人格権侵害行為に関して、権利濫用の法理により著作者からの請求を棄却した判決として、前掲東京地判［やっぱりブスが好き］が

て利用者の側の事情を考慮したうえで、異なる利害を調整することに焦点を当てて著作権を制限する手法に対して、権利濫用は、基本的には権利者による権利行使の態様や権利者の主観的意図等権利者側の事情に焦点を当てて権利行使を否定する法律構成である[132]と解されるならば、著作権の保護とユーザーの行動の自由のバランスを調整するには不向きになるといわざるをえないのではなかろうか[133]。また、著作権侵害を否定するためには、著作権に関して適用がありうることが意識されにくい民法の権利濫用ではなく、著作権が制限されることがありうるのだという明瞭なメッセージを公衆に伝達する制限規定のほうが、司法によるバイアスの矯正として優れている[134]といえる。

そして、制限規定の中でも、30条1項の私的複製と32条1項の引用の制限規定は他のルール型の制限規定に比べると、その適用場面・範囲が比較的開放されており、要件の抽象度が高く、解釈の余地が大きいので、一般的に司法の活用が期待されている。しかし、ユーザーによる非商業的利用に対して、前述の通りほとんどの著作権者が権利行使をしないため、私的複製の制限規定に関連する裁判例は極めて数が少ない[135]。結局のところ、

ある。具体的には、連載漫画の著作者が、事前の約束に反して、皇族を連想させる表記や似顔絵を用いた原画を締切を大幅に徒過して引き渡し、しかも、印刷の単位を考えると、当該作品のみを抜き取ることはできず、代替掲載用のストックもなかったという事情の下で、著作者が長時間の電話による説得にもかかわらず、依然として、表記や似顔絵の変更に応じなかったという事案で、編集長がなした似顔やセリフの修正に対して、著作者が同一性保持権を行使することは、権利の濫用であると判断した裁判例である。

[132] 中山信弘『著作権法』(2007年・有斐閣)311頁、上野・前掲注22「現行法の状況」13頁、横山・前掲注57「フェアユース」43頁。

[133] 上野・前掲注22「現行法の状況」13頁は、権利者側が単純に「しかるべき許諾料を支払ってくれ」という意図だけで訴えているのであれば、害意は認められないから、権利濫用の主張は難しいと述べている。

[134] 田村・前掲注2著作権研究42号39頁。

[135] 私的複製に関しては、前掲東京地判[カラオケ動画投稿]のほかに、舞台装置の製作を請け負った会社が、競業会社が作成した設計図を入札のための社内用資料と

私的複製の制限規定の柔軟な解釈により、今後の積み重ねによって、司法によるバイアスの矯正が行われることは期待されにくい。それに対して、引用の制限規定に関連する裁判例は多数出されているが、政策形成過程のバイアスの結果、個別の制限規定が細かく規定されている著作権法の構造に裁判官が影響を受けて、引用の制限規定は厳格かつ限定的に解釈されることになってしまえば、結局のところ、政策形成過程のバイアスに対する矯正策として、ユーザーの行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐためにはあまり有望な手立てとはいえないのではないか。

こうなってくると、政策形成過程のバイアスが条文の構造に反映されている引用の制限規定よりは、裁判官が規定の構造に縛られることなく相対的に自由に判断しうる著作物性や著作権の保護範囲の類似性、という既存のスタンダード型規範に頼らなければならないということになるだろう。しかし、著作権の保護範囲の類似性の判断に立ち入る前に、著作物性を否定するという解釈論は、著作権法の保護の入口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられないということになるので、帰結としてオール・オア・ナッシングになりがちな側面がある。それとは対照的に、著作権の保護範囲の類似性要件において、創作的

して複製したという行為について、企業において内部的に業務上利用するために著作物を複製する行為は、その目的が個人的な使用にあるとはいえないので、私的複製の要件を満たさないと判断されている、東京地判昭和52年７月22日無体集９巻２号534頁［舞台装置設計図］（秋吉稔弘裁判長）がある。また、書籍をスキャンし電子ファイル化する作業を代行した業者が複製行為の主体に当たるとしたうえ、私的複製の適用を否定した知財高判平成26年10月22日判時2246号92頁［自炊代行・控訴審］（富田善範裁判長）は、一般論としていわゆる「手足論」を認めてはいるものの、独立した複製代行業者が書籍の電子ファイル化という複製をすることは、私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、私的複製の量を抑制するとの30条１項の趣旨が損なわれるおそれがあるから、「その使用する者が複製する」との要件を充足しないと判示した。

以上の裁判例は、後二者を特殊な事例として位置付けることができるかもしれないが、いずれも私的複製の制限規定を限定的に解釈する傾向が強まっているように見える。

表現が再生されているか否かを判断するに当たっては、アイデアと表現の区別は相対的なものであるから、このメタファーを通じて、著作権の保護範囲を調整する解釈方法によって、ユーザーの行動の自由領域を適切に確保するという考えがないわけではない。しかし、ユーザーによる非商業的利用は元の著作物がそのまま利用される場合が多いため、いくら保護範囲を狭くする解釈方法によっても、他人の表現のそのままの利用を控える萎縮効果を解消させることにならない。そのため、裁判所は妥当な結論を得るために、著作権の保護範囲の類似性の判断において、かなり無理な法解釈を駆使して、著作権侵害を否定するということ[136]も指摘された。

そこで、本稿では、以上に述べた著作権制度の危機と司法による矯正の可能性という問題意識に基づいて、著作権侵害を否定するためのスタンダード型規範としての引用の制限規定、著作物性、著作権の保護範囲の類似性に焦点を当てて、裁判官が条文の構造から自由に判断しうる舞台はどこかという視点で、積み重ねられてきた関連の裁判例を考察するとともに、ユーザーの行動の自由を確保し、著作権保護とのバランスを図るためには、どのような解釈論的手法が望ましいかを検討したい。

本稿の構成は、以下のようになっている。まずはルールとスタンダードの区別から、第2章において、引用の制限規定に関する裁判例を整理しつつ、政策形成過程のバイアスの結果、個別の制限規定が細かく規定されている著作権法の構造に裁判官が影響を受けており、裁判例における引用の制限規定の運用を前提とする限り、フェア・ユースのように広範な権利範

---

[136] 上野・前掲注6・20頁、同・前掲注22「日本版フェアユースの可能性・必要性」48-49頁、同・前掲注57・165-166頁([雪月花]について、本質的特徴が直接感得できないという理由で権利侵害を否定してしまうと、たとえこれを利用する者の主観的意図がどのようなものであっても、また、権利者に与える経済的影響がどのようなものであっても、権利侵害が否定されることになると指摘する)、中山・前掲注4パテント758号112頁、同・前掲注6石川古稀1275頁・1278頁の注8、同・前掲注4著作権法395頁([雪月花]について、事実上フェア・ユースを認めたに等しいと指摘する)参照。

囲に風穴を開ける機能を期待することは困難であることを明らかにする。そして、第3章では、著作権法2条1項1号の著作物の定義規定に焦点を当てて、関連する議論や裁判例を概観し、著作物の成立要件として実際に機能させるものは、2条1項1号前段要件の「創作性」と後段要件の「美術の範囲」という二つの要件のみになることを明らかにしたうえで、より具体的に美術の範囲の該当性（第4章）及び著作物としての創作性（第5章）、そして著作権の保護範囲の類似性（第6章）を順に検討する。特に鋭い対立が見られる論点として、保護の入口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護が一切与えられない「美術の範囲」に属さないもの及び「アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現」、また、著作権の保護範囲の類似性を判断するにあたって、「創作的表現の共通性」と「本質的な特徴の直接感得性」、というスタンダード型規範の取扱いに関わる裁判例を考察したい。最後に、各スタンダード型規範の司法による法形成の考察の成果をまとめたうえ、それを論じる意義及び残された課題を提示する。

本稿で取り上げる引用の制限規定、美術の範囲、著作物としての創作性、著作権の保護範囲の類似性そのものについては、それらを個別に論ずる多数の論稿が既に存在するが、本稿の特徴は、技術的・社会的環境の変化がもたらす著作権制度の危機への解決手段について、司法の活用を提唱するに止まらず、制限規定、著作物性、保護範囲に分けて、裁判官が条文の構造から自由に判断しうる舞台はどこかという視点で、裁判例の検討を通じて、権利制約メニューの中、どのような解釈手法が望ましいかを探るものである。こうした解釈論の検討が、権利制限の一般条項の導入を含む著作権制度の抜本的な改革をめぐる議論を検討するためにも、有益な作業といえるのではないかと思う。