



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権の制限と「クリックラップ」ライセンス : 著作権取引はどうなるのか?
Author(s)	Guibault, Lucie; 会沢, 恒//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 3, 91-129
Issue Date	2004-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43414
Type	departmental bulletin paper
File Information	3_91-129.pdf



著作権の制限と「クリックラップ」ライセンス： 著作権取引はどうなるのか？*

Lucie GUIBAULT**

会 沢 恒*** (訳)

I. はじめに

伝統的に、著作物のユーザは、本、CD、ビデオといった、著作権で保護された作品を化体した有体物を購入し、自らの財産として所有する能力を有してきた。これらの本やCD、あるいはビデオの所有者は、いつでも好きな時に好きなだけ、それを読み、聴き、視聴することができる。そしてこれを、いつでも自由に他人に貸したり、譲ったり、売ったり、あるいは破棄するなどして、好きなように処分することができる。著作権法に違反しない範囲であれば（例えば、個人の研究・調査、批評や論評、教材、あるいは報道などの目的のためであれば）、その著作物のどの部分でも複製することができる。デジタル・ネットワーク技術によって、大量取引市

* 本稿は、Reto M. Hilty and Alexander Peukert (eds.): *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2004に収録された論文の翻訳である。

** アムステルダム大学法学部助教授、同情報法研究所研究員。本稿は2003年11月14・15日にベルリンにて行われた会議「著作権における利益の調整 *Interessenausgleich im Urheberrecht*」(Max-Planck 著作権法・競争法・租税法研究所主催)にて報告されたものである。本稿は主として筆者の次の博士論文に基づく：*Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2002, coll. Information Law Series No. 9.

*** 北海道大学大学院法学研究科助教授。

場における著作物の流通方法が変わりつつある。実のところ、著作権者は、技術手段の応用により、自らのデジタル作品に対するコントロールを獲得した。第一に、著作権者は各著作物の利用条件を設定することができるし、第二に、複製防止機器を用いて、著作物をそれ以上複製することを禁ずることができる。ネットワークの双方向的性質は、デジタル・ネットワーク環境における契約文化を発展させるための完璧な前提条件を提供している¹。デジタル・ネットワーク環境の発達につれ、多様なライセンス供与手段が既に利用可能となっており、また近い将来、利用が可能となるであろう。それによって、著作物のライセンスは、オフラインないしオンラインでの個別の取引を通して、エンドユーザに直接提供されるようになるであろう。その結果、デジタル化された多くの文芸作品や画像、映像が、コンピュータ・プログラムに類似した方法で市場に流通するようになっている。すなわち、「クリックラップ」ライセンスとして知られるものの条項に従う形で、である²。デジタル権利管理 (DRM) が徐々に実装されつつあることも、この傾向の例外ではない。作品に対して一度だけ利用料を支払ってそれに対するコントロールを得るという方式に替えて、DRMは各々の利用の度に支払いを行うモデルに近付きつつある。消費者による著作物の利用は、長年、著作権に関するルールに基づいていたが、DRMによってその重点は著作権ライセンスから契約へとシフトしつつある。

著作物の利用に関する電子的な標準取引約款は、「シュリンクラップ」ライセンスのモデルにのっとなって作成され、「そのまま受け取るか、やめるか」という条件でユーザに提示される場合が多い。こうした標準約款の諸条項は、実際にはユーザのコンピュータ画面上に様々な形で表示される。一例としては、マウスで適切なダイアログ・ボックスをクリックするなど

して、オンライン画面上の諸条項にユーザが同意する場合にのみ、著作物へのアクセスを獲得する、という場合がある。あるいは、サイトのホームページのどこかに示されているハイパーリンクをクリックすることで契約条項が現れるようになっていいることがある。例えば、インターネットのホームページの最下段に次のような注意書きが現れることがある。「このサイトに適用される法的制約および利用条件をご覧になるには、ここをクリックしてください。本サイトのご利用により、あなたはこの利用条件に同意したことになります。」アナログ形態のシュリンクラップ・ライセンスと同様に、こうした電子的なライセンス約款には、著作権法のもとで通常、ユーザに与えられる特権を取り去ろうとする、利用に対する制約が含まれている場合がある。当該著作物の引用や報道、批評などを目的として複製を行う可能性を排除しようとするための文言が用いられていることがある³：

「この刊行物のいかなる部分も、発行者からの事前の書面による同意を得ずに、公表あるいは複製してはならない。ここで言う複製には、印刷、オフセット印刷、コピー印刷、マイクロフィルム、あるいは、デジタル形式、電子的形式、光学形式、またいかなるものでもその他の形式を用いた複製を含む。またこの複製には、以下のものを含む(以下は、必要な場合、著作権に加えて適用される)：(i)企業、組織あるいは機関のために行う複製、(ii)厳密な意味で「個人的」なものに属さない、私的な調査・研究のために行う複製、もしくは(iii)あらゆる日刊紙、週刊紙もしくは定期刊行物(デジタル形式かオンラインかを問わない)、もしくはテレビやラジオの放送のための複製。」

著作権のライセンスの当事者は、著作権制度に定められた、立法者による利益のバランスに、どの程度まで配慮を示すべきなのであろうか？この問題は厄介なものである。「契約の自由」の原則によれば、当事者は著作物の利用に関する契約を、各々に最大の利益をもたらすと思われるやり方で自由に結ぶことができる。他方で、いかなる著作権制度においても——これは、著作人格権を保護し、著作者の知的作業に報いるのみならず、

¹ P. Goldstein, 'Copyright and its Substitutes', *Wisconsin Law Review* 1997, pp. 865-871, p. 867.

² P.B. Hugenholtz, 'Copyright, Contract and Code: What Will Remain of the Public Domain?', *Brooklyn Journal of International Law* 2000/26, pp. 77-90, p. 79; B. Trompenaars, 'Legal Support for Online Contracts', in P.B. Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, The Hague, Kluwer Law International 2000, pp. 267-307, p. 274.

³ オランダのウェブサイト Planet Internet の利用条件。

<<http://www.pi.net/planet/show/id=67898/sc=69a579>> (site visited on 26 January 2004).

新しい作品の創作および公衆への普及を促進するといった、いくつかの目的を追求するものとされている——法律上の制限は欠くべからざる部分を構成している。

本稿は専ら、法律上の著作権制限ルールをユーザが行使することを制約する意図を持つ、デジタルの標準取引約款に焦点を当てる。このテーマを選んだのは、主として、契約が十分な交渉を経て締結された場合、そこに含まれる制約的なライセンス条項は、著作権制度によって達成されるべき利益のバランスに大きな影響を及ぼすことはないであろうと考えるからである。十分に交渉された契約の締結は、著作権者と著作物のユーザが平等な交渉力を持つことを前提とするが、エンドユーザ・ライセンスはそうではない。この点が、交渉を通じた契約と標準取引約款の主たる差異だと思われる。個人のユーザは著作権者に対して事実上全く交渉力を持たず、ライセンスの内容に影響力を及ぼすこともない。これに対して、著作物の伝統的なユーザ——放送機関、音響ないし映像プロデューサ、新聞社や出版社、教育機関、図書館連合、公文書館など——は、より強い交渉力を持つのみならず、この問題に関するより豊富な情報と経験を有している。従って、著作権者が著作権法の定める通常の範囲を超えて、契約によって著作物の利用を制約しようとする際に、これらの組織はよりの確に対応できる立場にいたのである。妥当な交渉力と法や市場についての知識を持つ組織は、契約全体から何らかの特典が得られるのでなければ、法律上の著作権の制限ルールの行使に制約を設けることに合意することはない、と言える。このため、十分に交渉された契約に含まれる制約的なライセンス条項は、標準取引約款に含まれている条項ほど広く行き渡ることはないであろう。[これに対し、] 著作物の流通に際して電子的な標準取引約款が広く活用されるようになれば、著作物のさらなる創作や普及、利用を危うくすることになるかも知れない。また、制約的なライセンス実務が許容されるようになれば、パブリック・ドメインの規模および質に決定的な影響が及びかねない。

本論文は以下、2つの部分から成る。第Ⅱ章では、クリックラップ・ライセンスに含まれる条項で、通常は著作権法によってユーザに与えられる特権の排除を意図するものの有効性を、ヨーロッパの契約法および著作権法の見地から検討する。本論文ではヨーロッパ大陸の3ヶ国（フランス、

ドイツ、オランダ）の法について考察している。そこで明らかになるのは、これらの国々において、問題のライセンス条項は契約法上および著作権法上、有効であろうということである。そこで、契約の自由に対する一般的な制約が、かかるライセンスを無効とする根拠を提供するであろうか、という問題が生じる。この点について考察したのが第Ⅲ章である。本論文ではこうした契約の自由への制約として、競争法、消費者保護法、憲法上の権利、および権利濫用の原則について検討する。本研究から導かれる結論は、クリックラップ・ライセンスに組み込まれた制約条項を無効とするために、法の一般原則はほとんど利用できない、というものである。そこで最後に、著作権のバランスを回復するためのいくつかの選択肢を提言する。

Ⅱ. 制約的ライセンスの有効性

A. 契約法

大陸ヨーロッパの契約法における「クリックラップ」ライセンスの有効性は依然として不明確である。この論点に関して参照しうる判例法や文献はここ数年間のものしかない。フランス、ドイツおよびオランダでは、商品・サービスを購入しようとする者が、購入手続き完了の前に、ライセンス条項を検討しこれに同意する機会が与えられるのであれば、標準取引約款は原則として有効であると考えられている。もちろん、クリックラップ・ライセンスにおいても、他の標準取引約款と同様に、同意は明示的なものでもありうるし、当事者の行為から分かる黙示的なものであるかも知れない。ここで、「クリックラップ」ライセンスと従来の「シュリンクラップ」ライセンスとは、2つの重要な点で違いがあることを指摘しておくことにも意味があろう。第一に、契約当事者の違いである。著作物を化体した物理的商品が「シュリンクラップ」ライセンス契約の条項に従って販売されるとき、消費者は通常、生産者と全く接触することなく、小売業者からこの商品を買う。このことは、ライセンス契約に第三者に関する条項が含まれていない限り、この契約は、生産者と最終消費者ではなく、生産者と小売業者とを拘束することを意味する。対照的に「クリックラップ」ライセンスにおいては、著作物の生産者とエンドユーザは直接に契約を締結しうる。第二の差異は、条項が消費者に提示されるタイミングと態様に

関わる。「シュリンクラップ」ライセンスでは、いったん取引が完了した後、消費者が包装を開けた時に初めて、契約条項が消費者の手元に届くことになる。他方、「クリックラップ」ライセンスの条項は、契約が締結される前に、より容易にユーザの注意を引くことができる。それでもやはり、サイトのホームページのどこかにあるハイパーリンクによってのみ、ユーザが利用規約を入手できるようになっている場合も珍しくない⁴。契約法上、「クリックラップ」ライセンスは如何なる条件の下で有効となるであろうか？コンピュータ・プログラムを継続的に利用することは、ウェブサイトを経営的に参照することは、あるいはコンピュータ画面のボタンをクリックすることは、ライセンシーの側がライセンスの規定する契約上の義務に拘束されることへの同意を示すための十分な方法だろうか？

ヨーロッパのレベルでは、2つのEC指令が電子的契約について特定の課題を取り扱っている。一つは遠隔契約における不公正条項に関する指令であり、もう一つは電子商取引に関する指令である。遠隔契約における不公正条項に関する指令は、「契約締結までおよび締結時に、契約のために1ないし複数の遠隔通信手段を排他的に利用している供給者によって運営される、組織的な遠隔販売またはサービス提供機構の下で、当該供給者と消費者の間で締結される、動産またはサービスに関するあらゆる契約」⁵に適用される。逆の規定はないから、「クリックラップ」ライセンスによってインターネット上で提供される他の商品やサービスの販売に適用されるのと同様に、著作物のライセンスに対してもこの指令が適用されると想定するのは合理的であろう。本質的にこの指令は、交渉を経ていない合意における契約条項の「不公正さ」という概念に関するものである⁶。

⁴ B. Trompenaars, 'Legal Support for Online Contracts', in P.B. Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, The Hague, Kluwer Law International 2000, pp. 267-307, p. 274.

⁵ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts, Official Journal, L 144, 4 June 1997, p. 19-27, art. 2.

⁶ See: C. Girot, *User protection in IT contracts: a comparative study of the protection of the user against defective performance in information technology*, The Hague, London,

しかしこの指令は、有効な「クリックラップ」ライセンスを成立させるにはどの程度の同意が必要なのかについては、何の示唆も与えていない。同様に、電子商取引指令⁷も電子的契約の成立と有効性に関する規定を有していない。この指令の、契約の成立についての主たる目的は、各加盟国の法制度の下で、契約が電子的手段によって有効に締結されうることを確保することにある。この目的のために、サービス提供者に義務付けられているのは、契約の締結に先立って、受け手が保存し複製できる形態で、契約条項と一般的条件を利用可能な状態にすることである⁸。

各国レベルで見ると、フランスの契約法の下では、コンピュータ画面のボタンをクリックすることがライセンス条項への同意を意味することをユーザが認識していた場合、クリックラップ・ライセンスは有効となるとされている⁹。最近の *Association Familles de France v. SA Père-Noël.fr, SA Voyage Père-Noël.fr* 事件¹⁰において、パリの大審裁判所は、インターネット上で提示された、動産売買に関する一般条件の前文中の承諾に関する条項の有効性を検討しなければならなかった。この条項は次のようなものである：

『Père-Noël.fr』のウェブサイト上に販売のために提示された、電子カタログ『Père-Noël.fr』掲載商品の注文は、買主の承諾に従います。注文によって買主は、以下の一般的販売条件の全体について、いかなる留保もとどめずに承諾したこととなります。これらの一般的販売条件は、売主の明示的な同意がある場合を除いて、買主が追加するいかな

Boston, Kluwer Law International, 2001.

⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), 17 July 2000, O.J.E.C. L 178/1, art. 9 and ff.

⁸ Id., art. 10(3).

⁹ C. Girot, 'La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français: les renseignements du droit comparé', *Droit de l'informatique et des télécoms* 1998/1, pp. 7-14, p. 7.

¹⁰ Tribunal de Grande Instance de Paris, decision of 4 February 2003, *Association Familles de France v. SA Père-Noël.fr, SA Voyage Père-Noël.fr*.

る条項にも関わらず買主を拘束します。また、これらの一般的販売条件は、『Père-Noël.fr』の発行するいかなる宣伝文書にも関わらず拘束します。買主の承諾は電子署名によって実現し、具体的には「確認クリック」及びこの注文の代金を支払うことを目的とする銀行取引情報の送信によります。この電子署名は、両当事者間における自署による署名と同じ価値を持ちます。この二重の手順を踏むことによって、買主は、以下に規定する条項全体を完全に理解し同意した、と認識していると看做されます。」

裁判所はこの条項を有効とした。原告側の主張とは逆に、この条項は、消費者の注意を喚起することのない一般的販売条件を有利に利用できる立場を企業に与えたわけではない、というのが裁判所の見解だった。実のところ、この条項は「以下に規定する条項全体」に対する買主の同意ということに言及しているため、消費者は必然的に、注文を確定し支払いを行う前に、これらの条項に目を通さなければならない。裁判所の判断では、この条項は、契約により生じる当事者の権利と義務において、消費者側に不利益となるような顕著な不均衡を招くものではなかった。

オランダでは、標準取引約款中の条項は、売買の完了の前にユーザがその存在と内容を認識していた場合、契約法の伝統的な原則に従って法的効力を持つ、とされる¹¹。前述の通り、同意は明示的なものであるかもしれないし、当事者の行為によって黙示されるものでもありうる。この原則に従えば、ユーザがマウスでクリックすることによって電子的な標準取引約款に拘束されることを明示的に承諾した場合、そこに含まれる条項は有効となる。そこで生起する問題は、ユーザ側の黙示的同意を意味することになるインターネット上における行為とはどのようなものか、である。Netwise v. NTS Computers 事件¹²の簡易手続において、ロッテルダム地方裁判所はこの問題を

検討した。本件はインターネット上で提示される標準取引約款の有効性についてオランダの裁判所が下した最初の判決であるので、やや詳しく検討しよう。原告 Netwise は、オンラインで公衆が利用できる電話帳を作成し、利用に供していた。ホームページの上部には「この電話帳を検索することで、あなたは一般的利用条件に同意したことになります」という一文が表示され、画面の左側にあるボタンをクリックすることでこの条件にアクセスできるようになっていた。スパムを避けるため、電話帳に掲載されている人の複数に同時にメッセージを送ってはならない、ということにユーザが同意するよう、この条件は要求し、これに従わない場合には安くはない罰金が科せられるものとされていた。被告 NTS Computers は、このサイトを閲覧した時にこの条件に同意することを求められていなかった以上、一般的条件には拘束されない、と主張した。

その後変更されたものの、NTS が利用した当時、Netwise はサイトの閲覧に際して、ユーザが利用条件に対する明示的な同意を与えることを要求していなかった、ということ Netwise v. NTS Computers 事件の担当裁判官は認める。だが、裁判官の見解では、このことは当該条件が適用されないことを意味しない。たとえホームページに「この電話帳を検索することで、あなたは一般的利用条件に同意したことになります」という但し書きがなく、単に「利用条件」というボタンを表示し、それをクリックすることでユーザが利用条件を閲覧できるような仕組みになっていても、NTS は、この電話帳を参照することで、これらの条件に拘束されると推定されるからである。同裁判官が付け加えるには、NTS は当該ウェブサイトをビジネス目的で利用していたのであって、容易にアクセスできる「利用条件」には、Netwise が電話帳のユーザを拘束しようとしている条項が含まれていることを理解するよう期待される、ともされた。さらに、NTS は電話帳のデータを自社のマーケティング活動に利用することを意図しているのであるから、データベース管理者は常にスパミングを望んでいないと認識しているべきであり、従って、そうした行為の禁止が一般的利用条件に現れることを考慮すべきだった。電話帳の情報を利用したという単なる事実によって、NTS は、Netwise の条件を承諾し、よってこれに拘束される、裁判官はこのように結論した。Lodder の

¹¹ See: B. Trompenaars, 'Legal Support for Online Contracts', in P.B. Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, The Hague, Kluwer Law International 2000, pp. 267-307, p. 272.

¹² Rechtbank Rotterdam, 5 December 2002 (*Netwise v. NTS Computers*), in *Computerrecht* 2003/02, p. 149 with annotation by A.R. Lodder, and in *Mediaforum* 2003/15 109-112 p. with annotation by M. Voulon.

指摘するように、オランダの契約法に照らして、Netwise の条項が十分に明確な方法で提示されたのか、という点は疑問が残る¹³。Lodder の見解では、ホームページの左側に表示されたボタンをクリックすることによってのみ、アクセスできるような形で利用条件を掲載するだけでは、十分とは言えない。特に契約の他方当事者が消費者である場合、この当事者は、契約締結前にいつでも一般的契約条項を確認する明確な機会を与えられるべきである。これは、リンクを見やすい場所（できれば、契約締結の手順を進めるためにクリックする場所の近く）に提示することで実現できるであろう。ホームページの一番下にリンク先を提示しても、この要件を満たすことにはならない。

ドイツでは、民法典 (BGB) の規定によると、約款を利用する契約当事者が約款の存在について明示的に他方当事者の注意を向けさせ、取引手続を進める前に無料でその条項を検討する機会を提供することによって、標準取引約款は有効な契約として締結される。標準取引約款は通常人がたやすく読むことができるものでなければならず、画面上で読みやすいよう、数行の短い文から成っていなければならない。ある事件においてハンブルク高等裁判所は、インターネット上の一般的条項の利用に関してこの原則を確認した上で、当該事件の状況からは具体的な合意は締結されなかったと判断した¹⁴。この裁判所は、顧客が一般的条項をダウンロード後に無料でコピーする可能性を持つのであれば、一定の場合にオンラインの申込に含まれる一般的条項は効力を有するものとされると考えられるが、そうであるとしても、本件では法の要件は満たされていないとした。他方で、標準約款を利用しようとする者は、まず明確な方法で、契約の意図ならびにその約款に言及しなければならない、という要件が残されているからである。これは、例えば、申込と共に約款の文言へのリンクを提示したり、全てのユーザの目に留まる場所で約款に明示的に言及することで満たされ

¹³ *Computerrecht* 2003/02, p. 149.

¹⁴ Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, 13 June 2002 3 U 168/00 (*Elektronische Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) *JurPC Web-Dok.* 288/2002, Abs. 1 - 42; See also: Matthias Pierson, David Seiler, 'Was ist beim Vertragsschluss im E-Commerce zu beachten?' *JurPC Web-Dok.* 217/2003, Abs. 1 - 31.

うる。この事件ではそうしたことはなされていなかった。さらに、原告の標準約款はホームページの一番下に掲載されていたのみで、取引完了前に全てのユーザがこれを参照せざるを得ないにはなっていなかった。とは言え、適切な場所に明確な表示やリンクを設けても事態は変わらないかも知れない。契約当事者がインターネット検索によって標準約款を発見する可能性がある、というだけでは十分とは言えない。最近、別の事件でケルン地方裁判所は、条項を読んでもいったい何が適用されるのか明確とならず、条項の文言自体もあまりに複雑かつ理解しがたいので、慎重で注意深い契約当事者も理解できないであろう場合、オンライン標準取引約款中の条項は透明性の要件に違反する、と述べた。先の事件のように、本件の標準約款も契約締結前にユーザの注意を引くものではなく、オンライン取引の環境下で偶然に発見されたものであったため、この約款は拘束力を持たない、と判断された¹⁵。

B. 著作権法

著作権制度¹⁶は、伝統的に、著作物の管理と利用に関する著作者やその他の権利者の利益を一方に、これと競合する、アイデアや情報、通商の自由な流れという社会の利益を他方に置いて、両者の微妙な均衡のとれた解決を見出してきている。この利益のバランスを達成する方法は数多くあるが、その一つは、著作権者の持つ排他権に対して限界を設けることである。著作権の制限はオープンな用語法で定義されることも限定的な語法によることもあるが、一般的に4つに分類できよう。そうしたユーザに有利となる制限のうち、最も一般的な形式のものは、権利者の排他権の射程からの完全な免除である。この場合、著作物の利用について著作権者に金銭的補償をなすことなく、ある行為を禁止するという著作権者の権利が切り詰められることになる。第二の主要な制限の種類は、法定のライセンスである。技術の進歩によって新たな形態の著作物の利用が可能になっている

¹⁵ LG Köln Urteil vom 29.01.2003 26 O 33/02 (*Online-AGB*) *JurPC Web-Dok.* 256/2003, Abs. 1 - 34.

¹⁶ 以下、特に言及しない場合、「著作権制度 (copyright regime)」という表現は、英米法における copyright および [フランス的] *droit d'auteur* 制度の双方を指す。

が、これに伴って生起する、避けがたい利益の抵触に立法者が取り組む際の解決策として、好んで用いられるようになってきている。法定ライセンスの下では、著作権者の許諾を得ずに著作物を利用することが認められるが、衡平にかなった報酬の支払いと引き換えである。第三の形式は強制ライセンスだが、著作権の制限としてはあまり一般的ではない。最後の種類は権利の強制的な集団管理である。この制度の下では、一定の権利が集団的権利処理機構を通じてのみ行使しうるとされる。原理的に、こうした著作権の制限は、権利者の経済的利益への影響に照らした、社会による著作物の利用の必要性と望ましさについての、立法者による評価を反映している。多くの場合、特定の制限の形式はこの評価の結果によって決定される。著作権者とユーザの利益のバランスを保つために、著作権の範囲を制限することを正当化する理由はいくつかある¹⁷。最も重要なものとしては、表現の自由とプライバシー権の保護、自由競争の保護、知識の普及の促進、および市場の失敗の症状の解決、がある。にも関わらず、ヨーロッパの契約法上、「クリックラップ」ライセンスを有効で強制可能なものとする傾向が強まっていることからすると、いまや著作権者は、著作物のあらゆる利用を標準取引約款の条項に従わせる力を有している。実際、ますます多くの著作物がインターネットを通じて利用可能になりつつあるが、その際の利用条件は時として、著作権法がユーザに与えた特権を排除することを目的とするものである。このような制約的な私的秩序形成は、著作権政策の下で有効で強制可能なのであろうか？¹⁸当事者はどこまで、契約によって著作権の制限を回避できるのだろうか？

若干の例外を除くと、法令上の著作権の制限の法的地位という論点について、大陸ヨーロッパの著作権法は何も触れていない。しかし、立法者のアプローチのあり方には変化が求められているのかもしれない。著作権者がその著作物をエンドユーザへ販売するにあたって、個々のエンドユーザ

の利益のために特別に設けられた著作権の制限を排除するライセンス条項に従わしめる傾向が顕著になっているからである。事実、EU の立法者は権利者とエンドユーザの間の契約関係に介入した。1991年のコンピュータ・プログラム指令の採択のことである。この指令の第9条(1)項は明示的に「第6条に反する契約条項、又は第5条(2)項もしくは(3)項に規定する例外に反する契約条項は、いかなるものでも無効である」と規定する¹⁹。契約上の利用条項を遵守することを条件に大量販売用のデータベースを頒布する実務が広がっていることから、EC はデータベース指令において同様の規定を採択した。第15条は「第6条(1)項又は第8条に反する契約条項は、いかなるものでも無効である」と規定する。第6条(1)項は「データベース又はその複製の合法的なユーザによる行為であって、当該ユーザによるデータベースのコンテンツへのアクセス及び当該コンテンツの通常の利用の目的のために必要なものとして第5条に掲げるものは、データベース作成者の許諾を必要としない」と規定する。第8条は、独自の権利 (*sui generis right*) の下で保護されているデータベースのコンテンツの一部について、過大でない範囲であればどこでも、どのような目的のためにでも、抽出し、および／あるいは再利用することを、データベースの合法的なユーザに認めている²⁰。これら2つの指令の規定の、各国国内法における実施状況についての調査によると、EU レベルの起草者が、コンピュータ・プログラムやデータベースの合法的なユーザに対して、一定の強行的な権利を保証しようとしたにも関わらず、これらの指令の下での義務の実施において各国の立法部には裁量が残されていることから、様々の程度の「強行性」がもたらされることとなった。

現在までのところ、法令で定められたあらゆる著作権の制限が強行性を持つものであると明示的に規定しているのは、EU 加盟国の中でベルギー

¹⁷ 例えば、WIPO 著作権条約前文を参照のこと。「締約国は、…ベルヌ条約に反映されているように、著作者の権利と特に教育、研究及び情報の入手のような広範な公共の利益との間の均衡を保つ必要があることを認めて、次のとおり協定した。」

¹⁸ P. Goldstein, 'Copyright and its Substitutes', *Wisconsin Law Review* 1997, pp. 865-871, p. 868.

¹⁹ この指令の前文26節も参照のこと。「著作権法に基づくコンピュータ・プログラムの保護は、適切な場合には、他の形態の保護の適用に影響しない。但し、第6条、又は第5条(2)項もしくは(3)項に規定する例外に反する契約条項は、いかなるものでも無効である。」

²⁰ J.-L. Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 186.

のみである。データベース指令を国内実施する1998年法は、この指令の下で認められている、データベースの合法的なユーザの利益になるような全ての必要のおよび任意的な制限をベルギー法に導入したのみならず、著作権法に含まれる他の制限のほとんど全てが、強行性を有すると宣言した。著作権法の第23条の2は、議論されることもなく採択されたものであるが、端的に「第21条、22条、22条の2及び23条(1)項、(3)項の規定する例外は強行的である」と規定する²¹。これらの規定が取り扱うもののうち、主要なものを挙げれば、引用する権利、私的利用や報道、パロディの目的のために複製する権利、著作物を付随的に利用する権利、著作物を公衆に貸し出す権利、などである。驚いたことに、この重要な法改正に関する論評はこれまでのところほとんどなされていない。法定の制限を排除してきた著作権者の実務に対して、かかる法改正が顕著な影響を及ぼすであろう、というぐらいのものである²²。当然ながら、この規定の採用により著作権者とユーザに及ぼされる帰結について判断するのは時期尚早である。しかしこれは、引用、私上演や私的複製、報道、教育・研究目的の複製、風刺やパロディ、文芸作品の公共貸し出しといった分野における当事者の契約の自由に、間違いなく影響する。

ベルギーの立法者が認識し始めた通り、エンドユーザに対して著作物のライセンスを〔直接に〕行う実務は最早、コンピュータ・プログラムやデータベースのみに限定されるわけでない。オンライン環境においては特にそうであるが、ますます多くの、そしてあらゆる種類の著作物が、契約による合意の定める条件の下で市場に提供されるようになってきている。特にオンライン環境下ではそうである。このような進展に照らせば、著作権法と契約法のルールの関係という問題について EC が明確な対応を行い、著作権の制限に与えられるべきウェイトを明らかにした、と思うかも知れない。だが、新しい、情報社会における著作権に関する指令(InfoSoc 指令)は、この問題にほんの少し触れるに過ぎない。前文第45節は、「第5条(2)項及び(3)項の言及する例外は、各国国内法によって許容される限り、著作

権者に対する公正な補償を確保するために定められた契約関係の定義を妨げてはならない」と述べる。他に契約による合意に言及した箇所として InfoSoc 指令第6条(4)項がある。この条項は、双方向型のオンデマンド・サービスが契約上の合意によって規律される場合、著作権者は、同条の挙げる著作権制限の受益者に対して、自発的であれ、他方当事者との合意によってであれ、その利益を享受する手段を提供する義務を負わない、としている。だが、この指令全体において最も意見の分かれることになった点は、効果的な技術的手段の保護に関する第6条だ、ということは指摘に値する²³。何度も修正された結果、第6条の最終的な文言は明快さの模範とはかけ離れたものとなった。結局、各加盟国がどのようにこの条項を国内法化していくか、またさらに重要な点として、裁判所がこれらの新しい規定に照らして著作権法と契約法のルールをどのように捉えていくか、ということについては予断を許さない。

これら2つのEU指令およびベルギーの立法の規定を別にすると、著作権の制限の大部分に関し、これを契約的に乗り越えることができるかという論点について、各国国内法は基本的に沈黙している。これら2つの指令における強行規定は、各国国内法レベルでは様々な方法で実行されている。このことからすると、立法者の沈黙は、著作権制限の強行性について擁護する議論も反対する議論もいずれも可能なものとして解釈できるだろう。一方で、自然権論者のアプローチに従えば、著作権制限は(コンピュータ・プログラムのバックアップ・コピーを取る場合を別にすると)ユーザにいかなる権利も付与しない²⁴。この考え方からすると、立法者が明示的に宣言する場合を除き、著作権制限は強行性を持たないと考えられることになる。他方で、著作権制限は著作権制度が設けた利益のバランスにとっての不可欠の部分を形作るのであって、契約当事者はこれを損なうべきではない、とりわけ標準約款による場合はそうだ、という議論もありうる。換言すれば、立法者が公益を考慮して著作権保護の範囲を制限することが適切

²¹ Loi transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, Moniteur Belge, 31 August 1998, art. 23 bis.

²² A. Strowel, *Journal des Tribunaux*, 1999, p. 297-304 n° 24.

²³ K. Koelman, 'A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures', *EIPR* 2000, pp. 272-280, p. 272.

²⁴ A. Lucas and H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2nd ed., Paris, Litec, 2001, p. 254; and A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 171.

だと考えた場合、私人が何らかの方法で立法者の意思に背くことを許容する理由は原理的に何もない。私見では、この議論はドイツ著作権法について特に説得力がある。と言うのも、ドイツの著作権制度は、ボン基本法第14条(2)項の下における社会連帯 (Sozialbindung) という憲法上の原則によって拘束されているからである。このことは、著作権の経済的価値による利益を享受するという作者の排他的な権利の基本的保証というものは、可能なあらゆる利用形態を保証するものではない、とするドイツ憲法裁判所の確立した判例法と一貫する²⁵。著作権保護の内容と制限を決定する際、立法者は、権利者の知的財産の利用から生じる経済的利益を保護するのみならず、その権利の性質および社会的構成要素に応じて、著作物の適切で合理的な利用が許されるよう、十分な手段を講じなければならない²⁶。

このような文脈の中で、スイス連邦裁判所が、スイス著作権法上の著作権制限の強行性を認めたことを指摘しておくことには意味があろう²⁷。この事件において、スイスの権利集中処理団体である ProLitteris は、ジュネーブ美術歴史博物館が、ProLitteris の管理する芸術作品や写真を無許諾で複製し、これをカタログや次回展示会用に作成されたパンフレットに掲載したとして、著作権侵害訴訟を起こした。原告側はその訴訟の根拠を、同博物館と1995年に締結した契約に置いた。この契約では、博物館は、ProLitteris の管理する作品を複製し、しかるべき料金表に基づいた代金を支払うことになっていた。博物館側は抗弁としてスイス著作権法26条を援用した。同条は「公衆がアクセスしうる収蔵品の一部を構成する作品は、当該収蔵品の管理者が発行するカタログに、その複製を掲載することができる。博覧会および競売カタログについても同様である」と規定する。

²⁵ Federal Constitutional Court of Germany 31, 229, decision of 7 July 1970 (*Kirchen- und Schulgebrauch*) in *GRUR* 1972/08, p. 481; Federal Constitutional Court of Germany 31, 270, decision of 7 July 1970 (*Schulfunksendungen*) in *GRUR* 1972/08, p. 487; Federal Constitutional Court of Germany 49, 382 decision of 25 October 1978 (*Kirchenmusik*) in *GRUR* 1980/01, p. 44.

²⁶ Federal Constitutional Court of Germany 31, 229, decision of 7 July 1970 (*Kirchen- und Schulgebrauch*) in *GRUR* 1972/08, p. 481.

²⁷ Fed. Trib., 1st Civ. Chamb., decision of 17 October 2000, No. 4C.113/2000.

ProLitteris が依拠した料金表には除外規定が含まれていた。この条項は、著作権法第26条の要件に従って作成された著作物の複製については代金の支払いを要しない、と規定していた。実際には、博物館は、パンフレットに作品の複製を掲載する代金を支払うことには同意したが、カタログへの掲載については拒否した。裁判所は、締結された合意内容、及び複製された作品の一部は一時的な展示のために集められたという事実を検討した上で、この場合に除外規定が適用されるか否かを判断することとなった。判決の冒頭で連邦裁判所は、著作権法の規定は強行的なものであるという下級審の前提を確認した。連邦裁判所によれば、ProLitteris は、強行法規と両立し得ない補償の請求を行うことはできない。さらに、法的には補償金の支払義務のない活動に対して、承認された料金表によって補償の義務を課すことは論外だ、とした。裁判所は、著作権法は料金表のレベルを切り下げることを許していない、という下級審の判断に同意した。さらに、当事者間で1995年に締結された契約は原告を勝訴に導くものではないとした。すなわち、ProLitteris が著作権法の除外規定によってカバーされていない行為に対して料金表を適用できないのであれば、なおさらのこと、著作権法の強行規定を尊重しなければならない料金表によって認められていない契約上の請求を追求することはできない。結論として裁判所は、いかなる補足的な約定の履行も違法であり無効である、と判断した。

この判決を根拠として、法定ライセンスという形式の著作権制限も強行性を有する、と論じることもできるだろう。前述の通り、法定ライセンスというのは著作権者からの事前の許諾なしに著作物を利用できるものだが、この際には衡平な対価を支払う必要がある。ヨーロッパにおける、家庭で行う録画や複写への賦課金制度は正にその一例である。規定の料金さえ払えば誰でも、私的な目的のために、CD やテレビ番組を複製したり、記事をコピーすることができる。著作者は、いったん自分の作品を出版その他の方法で一般市民に利用可能な状態に置いたならば、最早他人がこのような複製をなすことを阻止する権利を行使できない。原理的に、著作者がこの体制から「脱退する」可能性はない。著作者にできることといえば、家庭での録画や複写の対価を得る権利を出版社や制作会社に譲渡することくらいである。著作者が衡平上の報酬を受け取りながら、法定の制限を取り除くことができるとすれば、それはもちろんおかしなことであ

ろう。私見によれば、仮にそのような状況が生じた場合、裁判所は、スイス連邦裁判所の例に従って、法定ライセンスのカバーする行為をユーザがなす可能性を限定しようとする標準取引約款内の条項を、無効と判断するのであろう。しかしながら注意が必要なのは、現在のところ、家庭での録画、複写の体制に関して設けられているような法定のライセンスは、デジタル環境下における複製には適用されない点である。このため、InfoSoc 指令第6条(4)項が示唆するように、「クリックラップ」ライセンスに含まれる条項については、この議論は認められないであろう。

Ⅲ. 契約の自由に対する一般的な制約

ヨーロッパ大陸の著作権法が、著作物の利用に関して著作権法と契約法の間を生じる虞のある抵触を解決するための一般的なメカニズムを提供していないことから、ユーザの法定の特権を制約しようとする契約条項の有効性は、法の一般原則の下で検証される必要がある。ヨーロッパでは契約の自由を限定する多くの強行性を有するルールが採用されている。こうしたルールは、他のあらゆる種類の契約と同様に、著作権ライセンス契約の締結と履行にも適用される。以下の各節では、競争法、消費者保護法、憲法および権利濫用の法理から導かれる規範が、著作権法が通常はユーザに対して付与している特権の行使に関して、当事者の契約の自由を制約しているのかどうか、もしそうならどの程度の制約を設けるのか、検討する。

A. 競争法

ある作品に著作権を付与することとは、他の財産権がそうであるように、他者による当該作品の利用を排除する権利、ないしは利用に条件を設ける権利を与えることである。著作権保護の本質は排他性であるので、著作権者は、他者にその権利を許諾する積極的な義務を持たない。著作権者は、著作物の利用を許諾するに当たって、誰に対してそうするか、どのような条件の下でそうするか、自由に決定することができる。だが、誰と取引を

し、誰としないかを決定する権利は条件付きのものであり、競争を緩和したり妨げたりするために行使してはならない²⁸。この点、全ての著作権者が潜在的に優越的地位を占めている。著作権集中処理団体、電子著作権管理システム、大手出版社、ソフトウェア・ベンダーやレコード・プロデューサー、情報提供事業者といった組織は、ある特定のカテゴリの著作物について、まず間違いなく優越的地位を占めるであろう。著作権法によって付与されたユーザの特権の制約を目的とするライセンスは、競争に関するEU法の観点から、濫用だとされうるだろうか？換言すれば、優越的な企業が著作物のある特定の利用を認めなかった場合——例えば、「あらゆる目的の、著作物のあらゆる複製」を一般的に禁止した場合——、EC条約第82条の違反に該当すると判断されるであろうか？そうした組織が保有する作品や情報の代替物が存在しない場合、この組織がライセンシーに対して「あらゆる目的の、著作物のあらゆる複製」を禁止するという実務を行ってれば、それはこの組織による優越的地位の濫用を構成するのではないか？

EC条約第82条の違反に該当するのは、次の3つの要件が満たされる場合である。すなわち、(a)優越的地位、(b)優越的地位の濫用、及び(c)その結果としての加盟国間の通商への影響、が存在していなければならない。最後の要件は元来管轄権に関するものなので、本稿の射程からは外れる。ある企業が市場において優越的であるか否かを判断するにあたって欧州委員会が考慮するのは、関連商品の市場における当事者、競争事業者ならびに顧客の立場、製品あるいは地理的な観点から見た市場参入と潜在的な競争の可能性である。さらに、当該企業が市場におけるその優越的地位を濫用していることが認定されなければならない。具体的には、この場合の濫用とは、消費者に直接損害を与えるような行為のみならず、効果的な競争構造に及ぼす影響を通して消費者に害を及ぼすような行為も含む。ライセンスの拒絶によって、企業がその優越的地位によって関連市場に対して影響を及ぼす効果を持つならば、あるいは、商品やサービスを利用したいと思う人々の競争を妨げたり減少させる効果を持つならば、かつ、この拒

²⁸ Vinje 1993, p. 55; Vermut 1997, p. 29.

絶が競争構造に対して何らかの比例した恩恵をもたらすことで客観的に正当化されないものであるならば、それは濫用に当たる²⁹。そして、関連する判例法が示すように、知的財産権の行使はしばしば客観的な正当化であると見られるので、結果的に、EC 条約第82条の下で課される制約に従うのは例外的な状況においてのみだということになる³⁰。

権利者に対して、その著作物に対する権利のライセンスを強制すべきかを判断するに際しては、裁判所はまず、当事者が競争を行う市場を定義しなければならない。著作権者が当該市場で優越的地位を占めていること、そして著作権者による著作物のコントロールのためにユーザが当該市場で効果的に競争できない、ということを当該ユーザが立証できない限り、著作物へのアクセスが認められることはない。従って、強制的ライセンスを得ることを狙った訴訟は、川下市場で実際に競争している、または競争しようと思っている、特殊な集団のユーザのみに認められる。例えば、個人のエンドユーザにとっては、そのような訴訟はまず利用不可能である。なぜなら、大陸ヨーロッパの競争法によれば、彼らは著作権者と「競争」するわけではないからである。新聞社や出版社、データベースやレコード、ソフトウェアの制作事業者、放送局や情報提供事業者にとって、そうした訴訟が利用可能であるかは、本質的に事実問題であろう。同様の事実評価は、公共図書館や公文書館、教育機関についてもなされる必要がある。これらの組織の活動は、著作物の商業的制作者や流通業者の活動と競い合うようになりつつある。優越的な企業が保有する著作物または情報が「不可欠な性質」のものであるか、著作物に含まれるデータやアイデア

²⁹ C. Stothers, *Refusal 'To Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union'*, [2001] 22 E.C.L.R., 256-262.

³⁰ Joint cases C-241/91 and C-242/91, *RTE and ITP v. EC Commission*, 6 April 1995, [1995] 4 C.M.L.R. 718; Case T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA v. Commission*, 17 June 1997, [1997] 5 C.M.L.R. 309; Case T/97, *Oscar Bronner GmbH and Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH*, 26 November 1998, [1999] 4 C.M.L.R. 112; Case C-481/01 P(R), *NDC Health Corporation and NDC Health GmbH & Co. KG*, 11 April 2002, [2002] 5 C.M.L.R. 1; Case T-184/01 R II, *IMS Health Inc. v. EC Commission*, 26 October 2001, [2002] 4 C.M.L.R. 2; Case T-184/01 R I, *IMS Health Inc. v. EC Commission*, 10 August 2001, [2002] 4 C.M.L.R. 1.

の複製が不可能であるか、他の選択肢が存在しないのか、といったことについても裁判所は審査する必要がある。原理的に、著作物が「不可欠」なものであることを否定するものは何もない。著作権で保護された、アイルランドの放送局のテレビ番組表は大陸ヨーロッパの競争法の下で「不可欠」なものだとされたし³¹、IMS Health の著作物たる「1860ブロック構造」は、ドイツにおける地域的な医薬品販売データを表現する手段の基礎となる業界標準であるが、これも同様である³²。当然のことながら、著作物の「不可欠性」は、著作権者によるライセンスの拒絶が客観的に正当化されるか否かも考慮しつつ、事案毎に評価されなければならない。

多くの点で、ヨーロッパ大陸の競争法の下で発展した一般的な審査基準は、著作物や情報の独占に関する懸念の高まりに対処するには不十分である。一部の論者は、裁判所は独占者の意図およびそれが市場にもたらす害を審査するのではなく、著作権法の背後にある政策に反する動機を審査すべきである、と示唆している³³。別の言い方をすれば、裁判所は、著作権者による反競争的行為が実際に市場に害を及ぼす状況のみならず、他者に自らの作品を創作する意欲を失わせる、あるいは妨げるためだけに著作権者が独占権を行使する状況についても、制裁を与えるべきである。実際、欧州裁判所は *Magill* 判決においてこの方向性を示唆している。すなわち、「条約86条(現行82条)の趣旨に照らすと、本件における著作権の行使は、86条の目的を尊重しつつ、作品に対する著作人人格権を保護し創造的努力からの報酬を確保する、という著作権の本質的な機能に従っているとは最

³¹ *RTE and ITP v. EC Commission*, [1995] 4 C.M.L.R. 718.

³² Case T-184/01 R II, *IMS Health Inc. v. EC Commission*, 26 October 2001, [2002] 4 C.M.L.R. 2.

³³ N. Elkin-Koren, 'A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights', in R. Cooper Drefuss, D. Leenheer Zimmerman and H. First, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 191-221, p. 215; R.S. Vermut, 'A Synthesis of the Intellectual Property and Antitrust Laws: A Look at Refusals to Licence Computer Software', *Columbia-VLA J.L. & Arts* 1997/22, pp. 27-59, p. 43; and I. Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 149.

早言えない。」³⁴ 従って、ある出版社が市場で優越的な地位にある場合は常に、後続の著者や出版社が、引用や批評、コメントあるいは調査を目的とした複製を単純に禁止することによって、自身の著作物を基にした新たな作品が創作されることを禁ずることのできる地位にあると言える³⁵。このような禁止行為のもたらす最終的な帰結は、ライセンスを拒絶する場合——すなわち、創造的な知識を公衆に提供せず、後続の著者による競争をコントロールする場合——と同様であろう。裁判所が著作権制度の機能性との関連でかかるライセンス行為について分析するならば、著作物の複製の一般的な禁止が競争法ルールに反すると判断するためのより良い根拠を得ることとなるであろう³⁶。

B. 消費者保護法

「クリックラップ」ライセンスは契約法および著作権法の下で有効となるわけだが、実際には、たいいていのエンドユーザは契約内容に影響を与えるのに必要な交渉力を持たない。より多くの著作物が標準取引約款の条項に従うことを条件として市場に出回るようになるにつれ、著作物のエンドユーザは、通常は著作権法によって認められる特権に対する制約を目的とする契約条項に直面する機会がさらに増えると予想される。エンドユーザにとっての他の唯一の選択肢は標準取引約款に規定された条項に基づいて取引することをやめることのみ、という場合が多々ある。交渉力の不均衡の観点からすると、そのような制約的な契約条項の押し付けからエンドユーザを守るために、消費者保護法のルールを適用できないか、できるとすればどの程度か、という問いが生じる。標準取引約款による契約の締結時に特定の情報を開示する、あるいは特別の手續に従う義務を権利者に課すことは、エンドユーザ側の情報や経験の欠如を補う限りにおいて、

当事者間の不平等を埋めるのに貢献する。しかし、このような手續上の要件を設けることは、エンドユーザにとって不利なライセンス条項を組織的に利用することで、著作権者がその経済上・交渉上の地位を濫用する危険を除去するものではなかろう。このことから本節では、標準取引約款に含まれる一定の条項が、著作物のエンドユーザに対して不公正ないし不合理な性質のものであるとして、無効とされうるかどうかについて主に論じる。別の言い方をすれば、例えば、エンドユーザが引用したり、個人的ないし教育的な利用のために著作物を複製したりすることを禁ずる、大量取引市場におけるライセンス条項を、不合理な負担を課している、あるいは信義誠実の義務に反するとして、無効だとすることができるであろうか？ 弱い取引当事者である著作物のエンドユーザは、公の秩序の規範を適用するように求めることができるだろうか？

原理的には、不公正な契約条項に関する指令³⁷は、適用条件が満たされるのであれば、大量市場取引における著作物のライセンスをカバーする。従ってこの指令が適用されるためには、まず、ライセンスの一方当事者が、この指令の定義する「消費者」に該当しなければならない。ここで「消費者」とは、「商業、ビジネスまたは専門職以外の目的で行動する…あらゆる自然人」である³⁸。言い換えれば、この指令の下で確立されたルールは自然人に対しては一定レベルの保護を提供するが、その他の著作物のユーザ、例えば小企業、図書館、公文書館、教育機関などには原理的に適用されない³⁹。これとは対照的に、フランス消費者法典の濫用条項に関する規定は「消費者および非専門家」の双方に適用されるとのことである。裁判所はこの表現をかなり広く解釈しており、専門家同士がその行動の範囲内で行う取引もこれに含まれる⁴⁰。さらに、オランダ民法典 (Nieuw Burgerlijk

³⁴ *RTE and ITP v. EC Commission*, [1995] 4 C.M.L.R. 718.

³⁵ See: P.B. Hugenholtz, 'Copyright and Freedom of Expression in Europe', in: R. Cooper Dreyfuss, D. Leenheer Zimmerman and H. First (eds.), *Innovation Policy in an Information Age*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 343-363, p. 361.

³⁶ I. Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 55-56.

³⁷ Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, 93/13/EEC, of 5 April 1993, O.J. L 95/29.

³⁸ Directive on Unfair Terms, art. 2(b).

³⁹ N. Elkin-Koren, 'A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights', in R. Cooper Dreyfuss, D. Leenheer Zimmerman and H. First, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 191-221, p. 204.

⁴⁰ A. Sinay-Cytermann, 'Les relations entre professionnels et consommateurs en droit

Wetboek; NBW) 第6:233条および BGB 第307条(1)項に表れる一般原則は、専門家と消費者間の契約関係のみならず、専門家同士の関係にも適用があるとされている。従って、小企業、図書館、公文書館、教育機関といった法人や専門家も、これらの一般規定に基づいて標準約款の公正性を問題とすることが認められるであろう。

第二に、この指令によると、契約条項の不公正さの評価に際しては、契約の主要事項の定義や、提供される商品・サービスの価格や料金の適切さに関連させてはならない、とされている。同様の要件が、標準取引約款に関する各国国内法の規定においても、明示的ないし黙示的に存在している⁴¹。しかし、この指令も各国国内法も、何を「契約の主要事項」とするかについては何も示唆していない。一方で、標準取引約款による契約には通常、契約法の任意規定から逸脱し、あるいはこれを補完する条項のいずれかが含まれている。前者の例として免責条項を、後者の例として代金増額条項を挙げることができよう⁴²。他方、標準取引約款による契約には、契約自体の存在に不可欠とされる条項も含まれている。つまり、これらの条項は非常に重要なものであるため、それ無くしては契約の締結はなされなかったであろう、あるいは適切な意思表示がなかったとされるであろうようなものである。このような本質的な条項は、交渉なしで締結された契約に含まれる「一般的な条件」の定義から除外され、司法審査を受けないことになる。

この論点について関連した裁判例は存在しない。よって、著作権法の下で通常はユーザに認められる特権を制約する条項がライセンスの主要事項に属するか否かは、未だ不明確である。一方で、Elkin Koren の論ずるところでは、「実際に情報取引において提供されるべきものの性質は許諾と

制約によって定義されるのであるから、制約条項は、『製品を定義する』という理由から指令の対象とならないであろう」と言える⁴³。言い換えれば、「ライセンスが商品」なのであり、利用手段に関する条項は取引にとって不可欠な部分となる。他方、代金の支払と交換に引き渡されるべき、ライセンス対象の著作物とその際の形式を特定することこそが、大量取引市場における著作物の利用に関するライセンスの本質的な部分を構成する、と論じることができよう。そうだとすると、著作物の最終的な複製について、許諾される量と目的を定めるライセンス条項は、BGB 第307条(3)項の文言の言うところの「法のルールを修正または補完する」条項を構成するに過ぎない。実際のところ、そのような条項がなかったとしても、当該著作物について著作権者が有する権利を侵害しない限り、ユーザは著作物をどのように利用することも許されているのである⁴⁴。そうだとすると、著作権法の規定内容を修正し、ユーザの行動範囲を制約する契約条項は、消費者に対して公正か否かの司法審査に対して開かれていることになる。

消費者との間で標準約款に基づく契約が締結され、問題の条項が当該契約の履行の本質に関わるものではないと仮定しよう。そうすると、契約の下で発生する当事者の権利義務に、信義誠実の要請に反して消費者に不利な形で顕著な不均衡が生じることになった場合、EU 指令の下、当該条項は不公正だとみなされることになる。指令に付属するリストは、濫用あるいは不公正と考えられる条項の目安を提供するものである。著作物の利用のライセンス契約のコンテキストで適用される条項として、リストに挙げられている唯一のものは、「事実上、契約締結前において消費者には知る機会がなかった条項に対し、取消不可能な形で拘束する」というものである。この種の条項は、契約上の義務の公正さそれ自体というよりは、契約

français', in J. Ghestin and M. Fontaine (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 241-267, p. 263.

⁴¹ French Consumer Code, art. L. 132-1, 7th par.; NBW, art. 6:231(a); and BGB, art. 307(3).

⁴² C. Asser and A.S. Hartkamp, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk recht - Verbintenissenrecht*, 11th ed., revised by A.S. Hartkamp, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, vol. 2, p. 342.

⁴³ N. Elkin-Koren, 'A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights', in R. Cooper Drefuss, D. Leenheer Zimmerman and H. First, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 191-221, p. 204.

⁴⁴ M. Espagnon, 'La recommandation n° 95.02 émise par la Commission des clauses abusives: une première approche du droit de la consommation appliqué au domaine informatique ou un texte pour rien?', *Droit de l'informatique et des télécoms* 1995/4, pp. 61-66, p. 66.

の締結過程と契約に含まれる義務に対する消費者の同意の正確さに関するものである。実際、フランス、オランダ、ドイツの各国内立法に付属するリストには、消費者が制約的ライセンス条項に直面する場合に適用されると考えられる条項は掲げられていない。各立法に掲げられた条項は、例えば、売手による一方的な契約終了あるいは契約内容の改訂、消費者が契約上の義務を履行しなかった場合に課される懲罰的賠償の額、不合理な契約終了や契約の無期限の自動的延長など、推定的に不公正な条項に関わる。

その結果、消費者も専門家も共に、指令および各国私法に定められた一般規定に注目することが必要になる。しかしながら、これまで議論した規定に含まれる一般的な規範というものは、信義誠実 (仏 *bonne foi*; 蘭 *redelijkheid en billijkheid*; 独 *Treu und Glauben*) という概念に表される一般原則の特定の適用であるということに注意せねばならない。一方当事者が消費者ではない、条項は交渉を経たものであった、あるいは問題の条項は契約の主な対象に関わるものであるといった理由で、濫用的契約条項に関する特定の規定を適用することができない場合であっても常に、客観的な信義誠実の原則を援用することができる。いずれのタイプの規定によっても、条項の公正さの判断に当たっては、契約締結時における、締結に関わる全ての事情、当事者にとって相互に明らかであった利益、取引慣行、さらに他の全ての契約条項といったものを参照することになる⁴⁵。しかし、ある条項が交渉を経たものではなく標準取引約款の一部として他方当事者に提示された場合、裁判所による条項の不合理性の判断において、この事実は重要な要素となる。フランス民法典第1134条、NBW 第6.248条あるいはBGB第242条に表れる信義誠実という一般原則の適用に当たっては、裁判所は司法的抑制を働かせることが求められている。従って、関連する全ての状況を前提とした上で、合理性と衡平の基準に従って契約の強制が受け入れがたい場合でない限り、交渉を経た契約条項は両当事者を拘束する。交渉を経た契約における明示的な条項を排除するためには、強力な証拠が要求される⁴⁶。これとは対照的に、標準取引約款に含まれる条

項については、契約の下で発生する当事者の権利義務に、信義誠実の原則の要請に反して一方当事者に不利な形で顕著な不均衡を生じさせる場合、概して不公正であると判断される。通常は著作権法の下で認められるユーザの特権の制約を意図するライセンス条項が不合理ないし濫用的であるかの判断に当たっては、裁判所は契約の締結時に顕著であったあらゆる状況を考慮しなければならない。明らかにこの種の審査の結果は、国によっても、問題となっている著作権の制限によっても大きく異なるであろう。筆者の知る限り、特定の法規定に基づくものにせよ、客観的信義誠実の原則に基づくものにせよ、制約的な著作権ライセンス条項の公正さを問う事件が裁判所に持ち込まれたことは現在までにないということからすると、そうした事件における裁判所の反応については憶測の域を出ない。

消費者法第L.132-1条ないし民法典第1134条の下で、フランスの裁判所がそのような制約的条項を不公正とみなすことはあまりないであろうと思われる。これは主として次の2つの理由による。第一に、フランスの裁判所は、消費者保護一般に関して、またとりわけ推定的に濫用的な条項の司法審査に関して、伝統的に寛大なアプローチを取ってきた⁴⁷。第二に、フランスの裁判所は、著作権者の権利という観点から、制約的なライセンス条項が不公正であると結論付けることを渋るであろう。フランス著作権制度の下での排他権の付与は第一義的に自然法の原則に基づき正当化される、という立場を多くの論者が維持している。こうした著作権者の権利という見方は著作権者という人格を中心に据えたもので、彼にとって望ましい利益の序列を含意している⁴⁸。その帰結として、著作権者の排他権に対する制

Burgerlijk recht - Verbintenissenrecht, 11th ed., revised by A.S. Hartkamp, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, vol. 2, p. 301; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, Bech's Verlag, 1987, p. 134.

⁴⁷ J. Ghestin, *Les obligations - la formation du contrat*, 3rd ed., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 79; A. Sinay-Cytermann, 'Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français', in J. Ghestin and M. Fontaine (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 241-267, p. 263.

⁴⁸ A. Lucas and H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2nd ed., Paris, Litec, 2001, p. 34.

⁴⁵ French Consumer Code, art. L 132-1 fifth par.; NBW, art. 3:12, 6:233a; BGB, § 157 and BGB, art. 310(3)(3).

⁴⁶ C. Asser and A.S. Hartkamp, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse*

限はフランス著作権法には少なく、あったとしても保護の一般原則の例外と見なされており、よって厳格な解釈が要求される⁴⁹。確かに、フランスの制度においても、著作権に対していくつかの制限が設けられたり、保護期間を限定したり、あるいは消尽理論を適用するなどして、ユーザの正当な利益について一定程度、考慮に入れられている。だが、ユーザの権利よりも著作者の権利に重きが置かれていると考えられ、濫用的契約条項に対する司法的コントロールが比較的少ない制度においては、信義則やフランス消費者法典第L.132-1条に基づく主張によって、ユーザの正当な利益が容易に勝利するとはあまり考えられない。より高位の法規範が問題とならない限り、ユーザの行動が法で認められる範囲を超えて制約されるような著作権法の任意規定からの逸脱を、契約条項を無効とすることを正当化するような当事者の義務に顕著な不均衡を生じさせるものとフランスの裁判所がみなすことは、あまりないであろう。

対照的に、オランダの裁判所が、法定のユーザ特権の制約を意図するライセンスを不合理と判断する可能性は、より高いと考えられる。NBW 第6.5.3条の採択および信義誠実の一般原則の適用により、オランダの私法には社会化の風が吹き抜けてきた。その結果、契約の両当事者には、締結時に相手方の正当な利益を考慮することが要求されるようになった⁵⁰。私法の社会化の他の帰結として、弱者側の当事者の保護ないし交渉力の不均衡の是正という観点から、裁判所が契約内容に関して以前より積極的に介入するようになった。特に標準取引約款の関係する場合はそうである。通常は著作権法の下で認められる特権から逸脱する、標準取引約款内のライセンス条項に関して、契約の性質、法からの逸脱、ユーザの交渉力といった類の主張に対し、オランダの裁判所はフランスの裁判所よりも受け入れる用意がある。著作権制度の自然権的基盤を力説するフランスにおける書き手と異なり、オランダの書き手にとって、自国の著作権制度が達成しようとしている単一の目的を特定することは困難なことであろう⁵¹。オラン

ダにおいては一般に、著作権法は2つの主要な考慮に基づいて説明される。一つは知的作業についての著作者に対する正義であり、もう一つは社会に対する知的ないし文化的有用性である。従って、著作権の見地からも、裁判所が信義誠実の原則を適用し、著作者の利益のみならず他の人々の正当な利益もまた考慮し、対等に評価すべきであると判断することも、全く考えられないことではない⁵²。

私見によれば、濫用的な性質を持つ制約的な著作権ライセンス条項という問題に対するドイツの裁判所の予想される反応は、オランダの裁判所のものと同様であろう。標準取引約款に関する章にあるBGBの諸規定は、標準取引約款に含まれる条項の内容をコントロールするために、裁判所に対して大きな介入権限を与えている。BGB第307条(2)項の下で、ある法規定の背後にある原理と矛盾する契約条項は不合理であると推定される。このため、著作権法において通常はユーザに認められる特権の制約を目的とするライセンス条項は、間違いなく、厳格な司法審査に服するであろう⁵³。著作権法の制限からのそのような逸脱が、当該条項の無効化を正当化するほどに、著作権制度が追求する目的に反することになるかどうか、裁判所は検討しなければならないであろう。実際、BGB第307条(2)項(旧一般取引約款規正法(*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*)(ABGB)第9条)は、コンピュータ・プログラムの取得者に対して、これを売り、または他の手段で譲渡することを禁ずる標準取引約款によるライセンス——これは消尽理論に反するものであるが——を無効とするために適用されてきた⁵⁴。既に多くの著作権侵害訴訟においてそうしてきたよう

同書は著作権制度の採用の背景にある理論的根拠として7つを挙げる。

⁴⁹ J.I. Krikke, 'Auteursrecht in de maat', *Informatierecht/AMI* 1995, pp. 103-110, p. 110.

⁵⁰ Hubmann, 'Die Zulässigkeit der Ausleihe von Videokassetten in öffentlichen Bibliotheken', *Film und Recht* 1984, pp. 495-512, p. 496.

⁵¹ Oberlandesgericht Nürnberg, *Computer und Recht* 1990, p. 118; see: M. Lehmann, 'Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung', in F.-K. Beier, H.-P. Götting, M. Lehmann and R. Moufang (ed.), *Urhebervertragsrecht*, München, Bech's Verlag, 1995, pp. 543-569, p. 565.

⁴⁹ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 171.

⁵⁰ T. Harlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 18.

⁵¹ J.H. Spoor and D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, 2nd ed., Deventer, Kluwer, 1993, p. 8; and see: F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, diss. Utrecht, Deventer, Kluwer, 1986.

に⁵⁵、著作権保護の特定の目的と限界について、ドイツの裁判所は社会連帯の原則に照らして審査するであろう。判例法に照らすと、あらゆる利害を考慮した上で、通常は著作権法の下でユーザに認められる特権を制約しようとするライセンス条項を、社会連帯の原則及び信義誠実の観念に反するものであると裁判所が判断する可能性は排除されていない⁵⁶。

契約の目的の実現を妨げるような本質的な権利ないし義務を制約する条項は BGB 第307条(2)項により不合理であると推定される。よって、契約の意図する目的に沿ってユーザが著作物を利用することを妨げるライセンス条項についても、厳格な司法審査が要求されるであろう。例えば公共図書館は、著作権法第27条(1)項に従って一般市民へ貸し出すという明示的ないし黙示的な目的のために、ビデオやカセットを購入している。Hubmann は、公共図書館が一般市民へビデオやカセットを貸し出すことを禁じる条項が標準取引約款に含まれている場合、この契約は BGB 第307条に反して無効である、と論じている。この条項は、図書館が購入時に意図していた方法で著作物を利用することを、明らかに妨げることになるからである⁵⁷。最高裁判所が、図書館の相互貸借の目的のために作品を複製するという技術図書館の権利を重く見ている点⁵⁸を考えると、著作物の一般市民への貸し出しを禁止する、制約的なライセンス条項を無効と判断することも考えられないことではない。もっとも、著作物の貸出に賦課される料金の額が、当該状況において不十分だとされる場合は、この限りではないかも知れない。

⁵⁵ See for example: Federal Constitutional Court of Germany, 29 June 2000, 1 BvR 825/98 (*Germania*), *AP*2000/5, p. 451; and Federal Constitutional Court of Germany 49, 392 (*Kirchen und Schulgebrauch*) in *GRUR* 1980, p. 44.

⁵⁶ See: M. Hackerman, 'Schutz multimedialer Datenbanken - Das Zusammenspiel von Urheber- und Wettbewerbsrecht', *Computer und Recht* 1998/8, pp. 510-514, p. 514.

⁵⁷ Hubmann, 'Die Zulässigkeit der Ausleihe von Videokassetten in öffentlichen Bibliotheken', *Film und Recht* 1984, pp. 495-512, p. 496.

⁵⁸ Federal Supreme Court of Germany, 25 February 1999, I ZR 118/96 (*Kopienversanddienst*), *GRUR* 1999/08-09, p. 707.

C. 憲法上の権利

基本権は、伝統的に国家の介入から個人を保護するものである。しかし、国家のみならず、その他の権力ある人々や機関、組織の行為から、市民を守る必要性を主張する声が高まっている⁵⁹。憲法上の権利を私人間関係に適用する際の基礎となる根拠は、基本権は社会にとって極めて重要な原理を構成するため、伝統的な私人と国家の関係のみならず、私人同士の関係にも適用されるべきである、との認識である。よって、憲法上の権利は法制度全体の基盤として在り、私法上の問題を含め、法のあらゆる分野において考慮に入れられることで初めて、その意図された目的が明らかにされるものである。そうだとすると、憲法上の権利は、私法規定の立法や不法行為訴訟における損害賠償の認定、私的な契約の強制等々の際に、立法部と裁判所を拘束しなければならない。さもなければ、法制度は耐え難い矛盾の中に置かれることになろう。ヨーロッパ人権裁判所やかつてのヨーロッパ人権委員会⁶⁰の先例は、私人間関係における基本権の間接適用ということについて明示的に指摘している⁶¹。それでもやはり、憲法上の権利の

⁵⁹ J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis en G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid*, 3rd ed., Amsterdam, Otto Cramwinckel 2000, p. 81.

⁶⁰ 1998年11月1日まで、ヨーロッパ人権委員会は、人権侵害に関する申立の許容性について判断していた。人権委員会が許容する申立のみ、ヨーロッパ人権裁判所に付された。それ以降は、ヨーロッパ人権委員会はヨーロッパ人権裁判所の一部となった。

⁶¹ See: *Kommunistische Partei Deutschland v. Federal Republic of Germany*, Case No. 250/57, Yearbook 1 (1955-1957), p. 223; *Case Of Airey V. Ireland*, European Court of Human Rights, 9 October 1979, Series A, no. 32, § 25. ここでは裁判所は次のように述べる:「さらに、ヨーロッパ人権規約に基づく義務の履行は、時には、国家の側の積極的な行為を必要とすることがある。この場合、加盟国は単に受身でいてはならない。『作為と不作為を区別する余地はない...』」。See: *Case Relating To Certain Aspects Of The Laws On The Use Of Languages In Education In Belgium v. Belgium*, 23 July 1968, Series A no. 6, p. 31, paras. 3 in fine and 4; *Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany*, 28 November 1978, Series A no. 29, pp. 17-18; para. 42; and *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Series A no. 31, p. 15, para. 31; *Fuentes Bobo v. Spain*, European Court of Human Rights, 29 February 2000, § 37, in *Mediaforum* 2000/9, p. 293 with note by Verhulst; and *Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, European Court of Human

水平的な適用は依然として例外的である。そしてさらに、当事者が契約締結時に個人の自律性を行使できる以上、概して契約関係においては、それ以外の状況に比べて適用されにくいようである。

引用やパロディ、報道、私的複製、あるいは公開情報の利用といったことを認めることにより著作権に制限を設けることは、ユーザの表現の自由とプライバシーの権利の行使に関して国家の負う義務を具体化する行為である。それでは、紛争が、著作権法上のルールのみなる適用ではなく、私人間の合意に起因する場合はどうなるであろうか？当然ながら、著作権ライセンスにおける条項の有効性を巡る紛争により、ライセンサーとライセンシー間の権利の抵触が明らかになるであろう。そこでは、著作権者の契約の自由と人格や財産に対する権利が、ユーザの基本権と衝突することが明らかになるであろう。例えば、引用やパロディを明示的・黙示的に制約する著作物のライセンスは、ユーザの表現の自由や創作の自由と矛盾する可能性がある。明示的ないし黙示的に報道をなすことを妨げる条項は、報道機関の報道の自由と抵触しかねない。私的複製の禁止は、プライバシーないし自律的領域に対するユーザの権利と抵触する可能性がある。

著作物の利用に関する現在のライセンス実務についての調査によると、著作権者が「あらゆる目的のあらゆる複製」を制約ないし禁止する傾向が強まっていることが示唆された。デジタル・ネットワーク環境においては特にそのように言える。確かに裁判所は、著作権侵害訴訟において表現の自由を独立の抗弁として認めることに消極的であった⁶²。このような抗弁を拒否する際に持ち込まれたのが、著作物の利用が法定の著作権制限の基準に合致しない場合、これを憲法の下で免責すべきとする理由は何もない、という議論である⁶³。しかしこの議論は、著作権法そのものではなく契約

条項が、例えば批評、コメント、報道、学問あるいは研究といった目的のために著作物を複製しようとするユーザの権利を制約することになる場合には、もはや適用されない。そのような契約上の制約は、事件の状況次第では、ユーザの基本権に対し様々な程度で影響する可能性がある。問題は、著作物の引用やパロディ、報道あるいは私的複製を妨げるライセンス条項が、ユーザの基本権の有効な制約を構成するか、である。

私的自治の原理の適用として、契約当事者は、契約により自らの基本権の保護ないし行使に一定の制約が設けられることを容認するかもしれない。が、一般に大陸ヨーロッパの憲法の下では、契約当事者の基本権の完全な放棄や、権利の核心に影響しうる契約条項は、無効だとみなされる。ほとんどの法定の著作権の制限は不可譲だとされているわけではない。が、契約条項に基づいて、これらの制限がもたらすはずであったあらゆる利益をユーザが断念することになる場合、恐らくこの条項は無効とされるであろう。とりわけ、かかる利益の放棄がユーザの基本的権利に深刻な害をもたらす場合にはそうであろう。従って、著作物の引用やパロディでの利用、「あらゆる目的のためのその他あらゆる複製」といったことを、ユーザに対して一律に禁止することは、無効と断定される可能性が最も高い。ところで、著作権の制限を行使することを完全に放棄することが無効となるのであろうとすれば、かかる制限の行使の制約について、どの程度まで契約当事者は合意することができるのか、という問題が残る。制約が権利の核心を侵食するのであれば、かかる約定は全くの無効となるであろう。一方、制約が権利の本質的な内容に影響しない場合、そのような制約が合法であるか否かという問いに対する明確な解答はない。

契約条項がユーザの表現の自由の核心に介入する目的や影響を持たない場合であったとしても、次の問いは、ユーザの自由に対する制約が、この契約の追及する目的に比例して見合ったものかどうかである。一般的に言えば、著作物のライセンスの目的は、ユーザがある著作物に関して、それなくしては権利侵害を構成するような一定の行為を遂行する許可を与

Rights, 13 July 1995, A316-B, § 55.

⁶² P.B. Hugenholtz, 'Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa', in A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (eds.), *Van ontvanger naar zender*, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 2003, p. 157-174.

⁶³ Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, 19 January 1994 (*De Volkskrant v. M.A. van Dijk en de Stichting Beeldrecht*), reproduced in *Informatierecht/AMI* 1994, p. 51; Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, 12 November 1998, No. 6 (*Anne Frank Fonds v.*

Het Parool), in *Mediaforum* 1999, p. 39 with note from Hugenholtz; and Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^e ch., 23 February 1999 (*Fabris v. France 2*), *Le Dalloz* 1999, No. 38, p. 582; *RIDA* 2000/184, p. 374.

えることにある。このような許可は、著作権者の排他的権利の範囲に含まれる行動をユーザが遂行しようと望む場合にのみ、必要となるものである。一方、法定の著作権の制限のカバーする行為については、許可を得る必要はない。法定の著作権の制限の行使を制約ないし禁止する契約条項は、本質的に、ユーザが著作物に関して特定の行為を遂行する特権を奪うものである。明らかに、著作権者はそのようなライセンスを付与することで、自らの著作物の利用に対してより確実にコントロールを及ぼし、それにより収益を増大させ、ありうべき侵害行為を防止できる地位を確保したいと願っている。確かに著作権者は、著作権法の規定する範囲内において、自らの経済的利益やプライバシー、あるいは評判を守る権利を持つ。が、引用やパロディ、あるいは報道を行う権利に制約を設けることは、当該契約が奉仕する利益を得るために「必要」であり、かつ「釣り合った」ものと言えるであろうか⁶⁴。

引用やパロディ、報道といった形でユーザの表現の自由の行使に対する制約が、著作権者の利益を保護する手段として有効であるとされるか否かについて、抽象的に決定することはまず不可能である。こうした契約上の制約の有効性に関する判例法は未だ存在しないので、ここでは著作権侵害について発展した法理からのアイデアを外挿して推測するより他ない。私見によれば、特に、その制約によってユーザが世論の形成過程に貢献できなくなった場合や公の討論に参加できなくなった場合には、当該制約がライセンスの目的と釣り合わないと思われる場合が出てくるであろう。一方、かかる制約が著作権者の利益の保護に役立つと証明される場合もある。これらの両極端の間に、裁判官の事実評価に応じて、バランスがいずれの側にも傾きうる場合がある。標準取引約款に関わる事件において、裁判所が各当事者の交渉における立場や当該制約の比例的性質を考慮した結果、ユーザによる引用や報道への利用、あるいはパロディを制約する条項が、客観的な信義誠実の原則や公序、望ましい道徳観に抵触すると判断されることもある。

⁶⁴ See: Supreme Court of the Netherlands, decision of 3 November 1988, *NJ* 1991/168 (*Woonstichting Sint Joseph arrest*).

D. 権利濫用の法理

フランス、オランダなどのヨーロッパ大陸諸国では、権利濫用の法理が私権の行使をコントロールする主要な手段の一つになっている⁶⁵。この原理は実に多くの異なった状況に適用され、また、道徳や衡平、公の秩序といった含意を持つため、その輪郭を定義することは難しい。この原理の適用範囲に関して最大の論点は、権利行使が濫用となる基準をどこに設定するかである。この原理のいくつかある考え方の中の一つは、全ての主観的権利は社会的機能を果たすものであり、故に権利はその機能に従った形で行使されるべきだ、という考えに基づいている。この考え方によれば、あらゆる財産権のうち最も「利己的な」権利を含めて、あらゆる特権には社会的な究極目的が付随している。かかる特権は、個人の利益に対してのみならず、あるいはむしろ、共同体全体の利益のために与えられているのである。これらの権利から得られる利益を個人に与えることで、社会は市民一人一人を一般利益の擁護者としている。この意味で、主観的権利の行使は共同体の目的に貢献する。よって、全ての主観的権利は、付与された目的に貢献しなければならない。この考え方に従えば、付与された目的と矛盾する権利の行使は、権利の濫用に相当する⁶⁶。別の言い方をすれば、権利濫用の法理が認められている国では、主観的権利が異常な方法で行使されている場合、裁判所はこの原理に基づいて権利の行使を拒否してもよい。ここで生じる疑問は、著作物の利用を法定の特権を越えて制約するライセンスは、民法上の権利濫用の法理の下で問題とされうるような著作権の異常な利用に当たるか否か、ということである。

フランスにおいて、知的財産法典の下でならば認められる著作物の利用を制約するようなライセンスについて訴訟が提起された場合、著作人人格権の保護および創作的努力に報いることという著作権制度の主要な目的と、かかる権利の行使とが矛盾する、と裁判所が結論するとは思えない。

⁶⁵ ドイツ民法の下では独立の権利濫用の法理は発展していない。ドイツ著作権法の下で通常ユーザに認められる特権の制約を目的とするライセンス条項の有効性は、信義誠実及び社会連帯の原則に照らして検討されるであろう。

⁶⁶ J.W. M. Van der Grinten, *Misbruik van recht in het nieuwe BW*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, pp. 367-390, p. 374.

言い換えれば、そのような権利行使はフランスの著作権制度の範囲に含まれると考えられるであろう。フランスにおいては、このようなライセンス条項は恐らく権利濫用の法理の下でも是認されるであろう。著作権者がライセンスにあたってかかる制約を付することに正当な利益を有していないこと、あるいは著作権者が悪意を持って行動したことをユーザが証明しない限り、制約的な著作権ライセンス条項は権利濫用の原理の下でも是認されるであろう。残念ながら、フランスの裁判所はこの論点について検討したことはない。オランダでは、論者は時折、この法理の著作権法の分野への適用可能性について検討してきた⁶⁷。権利濫用の法理が著作権侵害訴訟に対する抗弁として持ち出された例が若干あるものの⁶⁸、これを十分に検討した裁判所はない。しかし、事案の状況次第では、通常はユーザに与えられる特権をライセンス条項が制約する意図を持つとき、権利濫用に該当するという理由で、オランダの裁判所がかかる条項の行使を拒否することはありうると考えている。筆者の理解するところでは、オランダにおける著作権法は、著作者の知的労働に対する正義ないしは著作者人格権の擁護という観点からのみならず、社会に対する知的・文化的有用性という観点からも正当化されているからである。

IV. 結語：利益のバランスを回復するために

著作権ライセンス契約において、著作物のユーザの正当な利益が確実に考慮されるようにするためには、著作権法上のルールおよび契約の自由に対する一般的制約は不十分であることが、あらゆる点に照らして証明された。標準取引約款の条項に従って著作物をエンドユーザに直接販売するという近年発達した実務に関しては、かかる法の不備は特に顕著である。実際、この実務は著作権制度の機能性に対する最大の脅威である。確かに標準約款は、企業と消費者とが契約条項を個別に交渉する手間を省くという点で、著作物の大量流通に関わる取引費用の大幅な削減につながる。そう

⁶⁷ J.I. Krikke, 'Auteursrecht in de maat', *Informatierecht/AMI* 1995, pp. 103-110.

⁶⁸ See for example: Rechtbank Amsterdam, (*Kazaa v. Buma/Stemra*), *AMI* 2002-1, p. 21-25; Hoge Raad, 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 682 (*Dior v. Evora*).

であるとすれば、これらの約款は有効とされ、裁判所において強制されなければならない。しかし問題は、このようなライセンスにはしばしば、著作権法の限界をはるかに越えて利用を制約する条項が含まれているということである。このようなライセンスは、エンドユーザが著作物を私的に利用する能力を制約するだけでなく、エンドユーザが引用、論評、批評、パロディといった目的のために著作物を複製する可能性を実質的に排除する。さらに、典型的な「クリックラップ」ライセンスによれば、問題の契約上の義務に拘束されることにライセンシーの側が同意したことを示すには、コンピュータ・プログラムを引き続き利用すること、あるいはコンピュータ画面上のボタンをクリックすることだけで十分だ、と看做されてしまう。このような、エンドユーザの側の疑問を持たない所作が、私的秩序付けのシステムの確立を構成している。確かに「クリックラップ」ライセンスは、オンライン大量取引市場におけるあらゆる取引の際にどこにでも現れ、著作物のあらゆるユーザを著作権者の定める条項に拘束することを目的とする。結果として、法定の著作権の制限を迂回する標準取引約款は、伝統的な著作権のバランスを混乱させ、一般的な公序の完全な目的と意図を達成する上での障害となりかねない。

長い目で見れば、こうした形の著作権行使を効果的にコントロールしなければ、著作権の保護対象の生産、普及、アクセスが著しく困難になる虞がある。制約的なライセンス実務を許容することは、パブリック・ドメインの規模と豊富さの双方に対しても決定的な影響を及ぼしうる。伝統的な著作権のバランスを回復する試みとしては、次の3つの選択肢を考えることができる：

- 1) 全てまたは一部の著作権の制限が強行法規であると宣言する。
- 2) 消費者保護法の領域において、著作権法の規定から逸脱する標準約款は不合理なものと推定されるという見方を確立する。
- 3) 著作権業界における行動規範の策定を促進する。

これらの選択肢は必ずしも相互に排他的なものではない。立法部は、これらのうちの一つ、ないし全てを実行しようとすることができる。

最初の選択肢は、幾つかの法定の制限を強行的なものとして宣言するというものである。コンピュータ・プログラムとデータベースに関する EU 指令における制限が自由競争を維持するための強行法規であると宣言さ

れた。これと同様に、ユーザの表現の自由を維持するするために、引用を行ったり、論評や批評、研究、パロディのために行う複製を行う権利を強行的なものとするができる。この手法は、ヨーロッパ人権規約の前文から引き出される、個人を保護する積極的義務をEU加盟国が持つ、という事実によって基礎付けることができる。この前文は「この宣言が、その中で宣言された権利の普遍的かつ効果的な承認および遵守を確保する」重要性を強調し、締約国は「世界における正義および平和の基礎であ[る]基本的自由に対する深い信念」を確認している。さらに、この条約の第1条は、各締約国に対し「管轄内にあるすべての者に対し、この条約…に規定する権利および自由を保障する」義務を課している。著作権制度に数多くの制限を設けることは、ユーザの憲法上の権利に関して各国が負っているこの義務の履行を示すものだと言うこともできる。一方、この方策に付随するリスクとして、それが一律に適用されるとするならば、当事者間——例えば、テレビ番組の制作者と放送局の間、2つの出版社同士——が有益な契約について交渉し締結することが妨げられうる、ということがある。理想的なのは、標準取引約款についてのみ制限を強行法規とすることである。今一つ困難なこととして、立法者がどの制限を強行法規として選択すべきか、ということがある。全ての制限は同一に取り扱われる価値があるのか？全てを強行法規とすべきか、あるいは一部のみか？私見によれば、全ての制限が同様の重要性を持っているわけではないから、全ての制限を強行法規とすべきではない。

第二の可能性は、消費者契約の不正な条項に関する規制を拡張し、著作権分野も含まれるようにすることである。例えば、標準取引約款に含まれる条項が著作権法の規定から逸脱するものであれば、その条項を不正であると推定する、という具合である。この規定は、不正な契約条項に関する指令に基づいて作成された「灰色」リスト——このリストに掲げられた契約条項は、消費者保護法の下で不正だと推定される——に挿入することができる。一部の特定の著作権制限に限定されるものではないから、こうした不正性の推定には、第一の選択肢に比べて広い適用が可能になるという利点がある。一つ不都合な点は、これは消費者、すなわち「商業、ビジネスまたは専門職以外の目的で行動する…あらゆる自然人」にのみ適用される、という点である。これは一般的には、加盟国の国内法で明示的

に規定されない限り、交渉力の弱い小企業や図書館、公文書館、教育機関といった法人や専門家にとっては利益をもたらさない、ということになる。

デジタル環境下における著作権のバランスを回復する試みとして、法の世界で利用できる最後の選択肢は、多くの権利者——情報提供事業者、権利集中処理団体、制作会社、出版社、デジタル権利管理システム等々——が守ることのできる、行動規範の発展と受容を促すことであろう。既に電子商取引指令によって、電子的契約の締結や、オンライン仲介者の責任に関する「通知と削除」手続の詳細についての行動規範の採用が促進されている。この自主規制的な仕組みに別の側面を付け加えることによって、著作物についてのオンライン契約に関する論点を取り扱うことができよう。このような行動規範によって、次のような条項の適用を促進することができよう：「著作権法の範囲外のあらゆる著作物の利用に際しては、著作権者からの書面による事前の認可を得なければならない。この規定は、特に電子システム上における作品の複製、翻案および通信に関して適用される。」ユーザがこうした著作物を利用する際、どのような行為が許されるのかを知るためには、自国の著作権法を参照しさえすればよい。従って、このような条項を設けることで、ユーザは許容される行為を明確に知ることができるという長所がある。さらには、分かりやすい用語を用いて表現された契約条項は、厳格な言葉で書かれた禁止条項よりもユーザによる尊重を生み出すであろうことは、想像に難くない。

[編集者付記] 本稿は、2月23日・24日に開催された国際シンポジウム「知的財産法政策学の基本理念の確立に向けて」の第三セッション「知的財産権とコモンズ」(24日実施)においてこれを基調とした報告が行われたことを契機に作成した翻訳である。当日ご報告の労をとっていただいた上、翻訳掲載を許可して下さった Lucie Guibault 先生に謝意を表したい。