



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権市場の生成とfair use : Texaco判決を端緒として(二・完)
Author(s)	村井, 麻衣子
Citation	知的財産法政策学研究, 7, 139-175
Issue Date	2005-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43448
Type	departmental bulletin paper
File Information	7_139-175.pdf



著作権市場の生成と fair use — Texaco 判決を端緒として — (二・完)

村 井 麻衣子

— 目 次 —

I. はじめに

1. 著作権市場の生成
2. 著作権市場の成立がアメリカ合衆国の判決に与えた影響 — Texaco 判決の登場 —
3. 複製権と fair use — アメリカ著作権法における侵害判断の構造 —

II. Williams & Wilkins 事件

1. 事実の概要
2. Court of Claims の多数意見

III. Gordon の「Fair Use as Market Failure」 — fair use への市場の失敗アプローチ —

1. 三段階テスト
2. Williams & Wilkins 判決の分析
3. 外部性、金銭化不可能な利益による市場の失敗

IV. Copyright Clearance Center の設立と発展

1. 設立の経緯
2. 著作権処理の方法
3. CCC の発展

V. Texaco 事件

1. 事実の概要
2. 多数意見
3. Jacobs 判事の反対意見 (以上 第 6 号)

VI. Loren の「Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems」 — 市場の失敗理論の再定義による Texaco 判決批判 — (以下 本号)

1. fair use と「逸失」許諾料
2. 逸失許諾料の問題
3. 拡散的な外部利益の内部化不可能性による市場の失敗 — 利用の外部利益を考慮すべき理由 —

VII. 効率性以外の視点 — 自由・民主主義 —

1. Gordon の「A Property Right in Self-Expression」 — ロック所有論と表現の自由 —
2. Elkin-Koren の「Cyberlaw and Social Change」 — 著作権法への民主主義アプローチ —

VIII. おわりに

1. Texaco 事件の検討 — 著作権市場の評価 —
2. 今後の課題

VI. Loren の「Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems」^{*110}

ー市場の失敗理論の再定義による Texaco 判決批判ー

Texaco 判決は、fair use を規定する107条が考慮要素として定める第四の要素、すなわち利用が著作物の潜在的市場あるいは価値へ与える影響の検討において、特定の許諾を得ていない利用が、実効的な市場あるいは利用に対する支払いの方法が存在しないときに「より公正である」と考えられるべきであり、他方、そのような許諾を得ていない利用が、実効的な市場あるいは利用に対する支払いの方法が存在するときに「より不公正である」と考えられることは理にかなっているとして、許諾収入及び料金の損失を実質的損害として考慮した^{*111}。つまり、市場を通じてのライセンス購入を可能とする複製許諾システムが用意されている限り、著作権者へのライセンス収入の損害が発生しているとし、結論として fair use を否定した。したがって Texaco 判決は、一般に市場の失敗理論を採用した判決とみなされている^{*112}。

この Texaco 判決による市場の失敗理論の採用に対し、Loren は市場の失敗理論を支持しつつも、判決は理論を誤って適用したとして批判した。Texaco 判決（及び Princeton University Press v. Michigan Document Service, Inc 判決^{*113}）は、高い取引費用による市場の失敗のみに着目し、それが許

諾システムにより治癒されるとして fair use を否定したけれども、利用の外部性による市場の失敗は許諾システムによっても治癒されず、著作権法の目的を達成するためには、このような市場の失敗が存在するときも fair use を認めるべきであると主張するものである^{*114}。

Loren は、fair use 及び著作権法そのものの歴史的起源に遡り、fair use は、当初、「fair use」でないと証明することでその出版を差止めることができるものとして消極的に機能していたけれども、著作権法の発展とともに著作権者の権利が拡大してきており、著作権の範囲が広範に認められている現代においては、憲法が目的とする知識及び学問の促進を抑圧しないために、あるいは著作権法において表現の自由が確保されるために、重要な役割を果たすものとなったと述べる。そして fair use の経済的分析、裁判所における fair use の取扱い等を紹介し、Texaco 判決及び Princeton University Press v. Michigan Document Service, Inc 判決が採用した市場の失敗理論を批判して、著作権法の目的を果たすためには、外部性による市場

ョップのうち、Ann Arbor 地域において唯一著作権者から許諾を得たりロイヤルティを支払っていなかった MDS (Michigan Document Services) に対し、出版社が著作権侵害訴訟を提起した事案。地裁 (855 F.Supp. 905 (E.D.Mich. 1994)) は故意の著作権侵害を認めたが、控訴審で三人の裁判官団がこれを覆し、全員法廷で再審理されたものがこの判決である。fair use 不成立の認定については原判決を支持したが、損害賠償については故意侵害を認めた原判決を破棄し、separate judgement のため差戻した。

Loren は、この判決についても、ライセンス料を著作権者の損害と認め、教育という広い外部利益を有する利用を fair use としなかった判決として、Texaco 判決に対するものと趣旨の批判をしているが、CCC のような複製許諾システムが関係した事案ではないため、ここでは取り扱わない。

*114 Goldstein は、fair use へのアプローチを、克服できない取引費用がなければ著作権者がライセンスしたであろう利用を許す私益的アプローチと、たとえ取引費用が存在しなくても、利用の社会的利益が著作権者の損失を上回るならば利用を許す公益的アプローチとに分類している (Paul Godstein, COPYRIGHT(1998) § 10.1)。私益的アプローチは Gordon が主張し Texaco 判決が採用した市場の失敗アプローチに、公益的アプローチは Loren の主張する市場の失敗アプローチにほぼ対応するものと考えられる。Loren は、Goldstein の分類のうち公益的アプローチを用いることが唯一適切であると主張している (Loren, *supra* note 110, at 49 n.193)。

*110 Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1.

*111 American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913(2nd Cir. 1994) at 930-931.

*112 Nicole B. Casarez, *Deconstructing the Fair Use Doctrine: The Cost of Personal and Workplace Copying After American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 6 FORDHAM I. P., MEDIA & ENT. L.J. 641, at 647; Georgia Harper, *Coursepacks and Fair Use: Issues Raised by the Michigan Document Services Case*, <<http://www.utsystem.edu/OGC/IntellectualProperty/michigan.htm>>; Loren, *supra* note 110, at 33.

*113 Princeton University Press v. Michigan Document Services, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996). 大学の講義で用いる coursepack (教授が素材を選択し、コピーショップが印刷・目次作成・製本等を行う、著作物の抄録をまとめた教材)を作成するコピーシ

の失敗が存在する場合も利用者に fair use の権利を保証すべきであると主張する。

以下では、その議論の中から、著作物の複製に対し料金の徴収を行うための許諾システムが存在する場合に、著作権者に支払われなかった金銭を「逸失」許諾料金として、経済的損害の証拠とみなすことの問題点^{*115}、拡散的な外部利益の内部化不可能性による市場の失敗を考慮すべき理由を紹介する^{*116}。

1. fair use と「逸失」許諾料

Texaco 判決は、問題となっている利用が fair use にあたらないとの認定にあたって、許諾料システムの存在が決定的ではないにしても重要な要素であるとした。すなわち、市場の失敗理論を適用したのであるが、その理論を一つのタイプの市場の失敗を含むものに限定し、逆に理論を適用して[市場の失敗が存在するとき fair use が認められるとする理論を、市場の失敗が存在しないから fair use が認められないとして]、一つのタイプの市場の失敗が存在しないことを理由に fair use を認定しなかった^{*117}。

Texaco 判決において裁判所は、他のタイプの市場の失敗の重要性を認識することなく、高い取引費用による市場の失敗のみに焦点を当てた。あるタイプの市場の失敗は、許諾システムの存在により治癒されるかもしれないが、他のタイプの市場の失敗はそのままである。許諾システムは、取引から期待される利益に対し取引交渉の達成に関する費用が高いことから

*115 Loren は「失われた」許諾料の問題として、六つの問題点をあげているが、そのうち、Princeton University Press 判決のみに関係する問題点（著作権者への損害が存在しないことの証明として、許諾料を支払わなくてはならないのなら抜粋をしなかったことの証明を求めたことについて、アクセスや利用の真の目的を損ない、議論の循環を露呈するものであると批判した問題点）については、本文での紹介を省略する。

*116 邦語文献における Loren の主張の紹介として、蘆立順美「アメリカ著作権法における技術的保護手段の回避規制と Fair Use 理論」法学66巻5号(2002年)508-509頁、蘆立・前掲注(6)データベース保護制度論〔蘆立順美『データベース保護制度論』（信山社・2004年）〕89-90頁。

*117 Loren, *supra* note 110, at 32-33.

生じる市場の失敗は治癒しうる。しかし、効率的に交換料金に内部化されない拡散的な外部利益がある場合に存在する市場の失敗は、許諾システムによっても治癒されない。研究、学問、あるいは教育のコンテキストでなされるような利用の利益は莫大になりうるが、研究者、学者、教師あるいは生徒にとって外部的になりうる。重要な外部利益を有するこのタイプの非変化的利用は、知識及び学問の発展を促進することで著作権の核心的目的を増強するものである^{*118}。

2. 逸失許諾料の問題

(1) 本来的循環

「逸失」許諾料が実質的損害の証明であるとすることは、その前提として、問題となっている利用が fair use ではない、それゆえ、著作権者はそのような利用に許諾料を課すことが許される、という法的結論をもっている。もし著作権者が許諾システムを「批評、コメント、報道、教育、学術、研究のための料金を徴収する部署」と名付けるならば、fair use をコントロールしようという試みは一層はつきりするだろう。利用が fair use であれば料金は要求されないのであるから、申し立てによる「逸失」許諾料を fair use の判断において考慮することは不適切である^{*119}。

Texaco 事件において裁判所は、「循環論法の欠点は、支払方法の利用可能性が fair use を否定するものとして決定的である場合にのみ生じる」^{*120}と判示した。循環論法が何も証明しないがゆえに拒絶されるべきであるという事実は別としても、「逸失」許諾料の循環論法は、第四の要素について決定的なものとなるだろう。fair use のケースを判断する際、裁判所は金銭的問題に焦点を当て、第四の要素が最も重要な fair use の要素であると繰り返し述べてきた。したがって、循環論法により第四の要素が判断されることを許すと、しばしば循環の中で fair use のケースの結論が出されてしまうだろう^{*121}。

*118 *Id.* at 33.

*119 *Id.* at 38-39.

*120 *Texaco*, 60 F.3d 913 at 931.

*121 Loren, *supra* note 110, at 41.

(2) 法への指示

最高裁は第四の要素の検討において、問題は「利用の唯一の動機が金銭を得ることであるかどうかではなく、利用者が慣習的対価を支払うことなしに著作物の利用から利益を得るかどうかである」*122と述べた。利用者の主要な大部分が特定の種類の利用に対し対価を支払い始めたときにのみ、対価は慣習的なものとなる。要求された料金を支払う最初の利用者は、しばしば、紳士協定により対価支払いの義務を負った業界の著作権者である。例えば、出版業界においては、新しい著作物に以前出版された著作物からの抜粋を収録するために許諾を得て対価を支払うことが一般的になっている。そのようにして、出版業界は、出版される著作物において著作物の抜粋を利用するための対価を支払う「慣行的」慣習をうち立てたのである*123。

許諾収入は、一度設定されると、fair use のケースにおいて fair use の権利を失わせ、それに対応して著作権者の権利を拡大させることになる。著作権者から要求される対価を支払わなかった者は、慣習的対価を支払わなかったとみなされる*124。

利用が fair use であるか問題となったときに、積極的に許諾を求められていることと、問題となっている種類の利用に何人かが対価を支払ったことだけを著作権者が証明すればよいとすると、経済的資力を持った者、すなわち訴訟のための資金力を有する者が、彼らの方法を法律的な利用のコントロールにまでもすることができるようになってしまう*125。

最初のテスト・ケースが重要であり、最初の訴訟で勝訴した者によって事実上 fair use のラインが引かれる。被告の訴訟へのおそれと、経済力を持った著作権者から訴えられたときの和解への選好は、彼らの権利だけでなく、著作物を同じように利用したいと考える他者の権利にも影響を与えることになる*126。

*122 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985), at 562.

*123 Loren, *supra* note 110, at 41.

*124 *Id.* at 41-42.

*125 *Id.* at 42.

*126 *Id.* at 43.

(3) 第四の要素における常態的な著作権者の有利性

著作権者の許諾システムを著作物の市場への損害の証明と認めると、著作物の利用許諾の求めを処理するためのメカニズムを設定しようとする原告が、第四の要素で必ず有利になることを認めることになる*127。

(4) fair use の fared use 化

「逸失」許諾料金の議論を受け容れることは、著作権者が対価を請求をしない利用だけに fair use を追いやることにより、全ての fair use を排除することを著作権者に許すことになる。著作権の発展の歴史において、著作権者は可能であればいつでも権利を拡張しようとしてきた。今日、たくさんの著作物において「本著作物のいかなる部分も著作権者の許諾なしにいかなる目的でも利用されてはならない」という誤った主張が表示されている。著作物に付された警告と、高い取引費用による市場の失敗が存在するときのみ fair use が認められるという考えとを結び付けると、fair use はもはや存在しないことになるだろう*128。

もし裁判所が、fair use の分析において法律的に審理されるべき市場の証明として、単なる許諾システムの存在を認めると、不当にも著作権者に利用が fair であるかを決定することを許すことになる。このことは、fair use を消滅させ、その代わり「fared use (料金の課された利用)」を生み出すことを著作権者に認めることになるだろう*129。

(5) 著作権の公益的性質の無視

著作権者が報酬を得るための効率的な市場が存在しない利用のみを fair use と認めることは、著作権が公益を与えるものであるということを無視するものである。fair use に具現化される公益は、議会が著作権法を制定する権限の源である。許諾システムによる fair use の否定を認めて、fair use を行う権利を公衆から奪うことは、著作権から公益を取り去ることになる*130。

*127 *Id.* at 46.

*128 *Id.* at 46-47.

*129 *Id.* at 47.

*130 *Id.* at 47.

著作権者以外の者が著作物や著作物に具体化されている労力を使う権利を有するということは、著作権法独自の特性である。これは偶然ではなく、著作者の労力の成果を利用することは、「法のスキームの予期しない副産物」ではない。むしろそれは、「著作権の本質」であり憲法的要請である。著作権法の第一目的は、著作者の労力に報いることではなく、「科学及び有益な技芸の発展を促進すること」である。もし著作権者が許諾を与える排他権を有しているならば、その著作権者は許諾を否定する権利をも有することになる。

著作権法が著作物の利用者に一定の権利を保証しているからといって、著作者への報酬が目的に役立たないというわけではなく、報酬が fair use の分析において極めて重要なポイントとされるべきではないということの意味する。著作物へのアクセス、情報の流通、利用の多様性を通じた学問の発展といった fair use の公益と、著作権者への報酬とのバランスが慎重にとられるべきである^{*131}。

3. 拡散的な外部利益の内部化不可能性による市場の失敗

－利用の外部利益を考慮すべき理由－

立法経緯によると、fair use の条文は、「裁判所及び議会が最も一般的に fair use と認定すべき複製の種類」の利用を列挙したものである^{*132}。107 条第 1 文は、複製における著作物の再製を含む、著作物の一定の利用は侵害とされてはならず、「批評、コメント、報道、教育（教室での複数化コピーを含む）、学術、あるいは研究といった目的でなされる利用は著作権侵害ではない」と規定している。これら列挙された利用は、批評、コメント、報道を作成した個人、あるいは教育、学問、研究を行った個人の利益をはるかに超えた外部的な利益を提供するものである。このような利益は著作権者と利用者との取引に内部化することが不可能であるが、これらの外部的な社会的利益は、まさに著作権法によって促進されることを憲法が要請している利益である。重大な外部利益が内部化できないという状態は、

fair use が保護すべき市場の失敗のタイプである^{*133}。

適切な許諾システムが存在するにもかかわらず被告がそのシステムを利用しなかった場合、被告は故意に市場を迂回したように見える。しかし、ある種の利用に関する外部利益の内部化不可能性のため、市場は完全には機能していない。市場に任されると、外部利益を生み出す財があまりにも少なくしか消費されないことになる、すなわち、外部利益を生み出す利用があまりにも少なくしか行われないことになる^{*134}。

VII. 効率性以外の視点 ー自由・民主主義ー

Texaco 判決が採用したとされる Gordon の市場の失敗理論、Loren による市場の失敗理論の再考は、いずれも経済学的な分析を基礎とするものである。このような法と経済学に基づく分析においては、最適資源配分を目的として効率性を追求することが行われるのに対し、効率性という基準では測ることのできない価値を考慮して著作権法を分析しようとするアプローチも存在する。

著作権法を含む知的財産法は、所有権のような有体物に対する排他権とは異なり、本来、誰もがどこでもなし得る行為に対し、人工的に禁止権を設定するものであるため、人間の行動の自由を制約する可能性が高く、効率性という観点のみから他者の自由を剥奪することを正当化し得ない場合が生じると指摘されている。その中でも特に、文化の領域を規律する著作権法は、発明を「業として」実施する行為にしか禁止権が及ばない特許法などに比べ、私人の私的な活動に介入するおそれが大きく、効率性という観点だけから規制を正当化することが許されない問題が少なくないといわれる^{*135}。

Gordon も、先に紹介した fair use を経済学的に分析した論文の発表後、ジョン・ロックの所有権論から導き出される知的財産の自然権理論が、著

^{*131} *Id.* at 48.

^{*132} quoting *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (U.S., 1994) at 577-578.

^{*133} Loren, *supra* note 110, at 49-50.

^{*134} *Id.* at 53.

^{*135} 田村善之「自由の領域の確保（自由統御型知的財産法の発想）ープロヴァイダー等の責任論を題材にー」法学教室238号(2000年) 105, 107頁。

作物の自由利用による表現の自由を確保する役割を果たすものであると提唱する論文を発表しており^{*136}、法学・哲学・経済学といったの様々な視点から知的財産制度を複眼的に把握するものといえるが^{*137}、非金銭的な価値をより重視するようにシフトしているとの見方もある^{*138}。

効率性以外の価値を考慮するアプローチにも、ロック的但書きによって表現の自由を確保しようとする Gordon の試みの他、法と経済学の枠組みを取り入れながら、さらに効率性以外の価値も考慮することで何らかの方向性を導こうとするものや^{*139}、民主主義という価値を重視して著作権法の

*136 Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L. J. 1533 (1933).

*137 小泉・前掲注 (25) [小泉直樹『アメリカ著作権制度 ―原理と政策―』(弘文堂・1996年)] 18頁。

*138 田村善之「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)126頁(Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996), at 310-311を引用している。Netanel は、Gordon の論文について、創作的表現が金銭に還元され得ない重要な利益に寄与するものであるから、著作権者はこれらの表現から生み出される社会的価値の全てを得る権利を与えられるべきではないと論じる傾向が強まっていると評価している (*Id.* at 236 note 8))。ただし、市場の失敗理論においても、Gordon は既に、市場の失敗の原因となりうるものとして外部性や金銭化不可能な価値等を認識している (Gordon, *supra* note 25 [Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982)], at 1630-1632)。また、ロック所有論の解釈から表現の自由を論じる論文においても、知的財産における経済学的な分析の必要性を指摘している (Gordon, *supra* note 136, at 1608)。知的財産において経済的分析が重要な理由としては、知的創作物の公共財的性質が創作者にインセンティブを与えることを難しくするためと述べている (*Id.* at 1608)。

*139 例えば、Fisher により「良き生 (有意義な仕事)」「良き社会」の推進のための fair use の再構成が主張されている (William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1661 (1993)) (吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣・2000年) 474頁に紹介がある)。Fisher は、現在の社会を、より魅力ある公正な社会へ導くためのユートピアンのビジョンを提示し、それを導くために fair use の再構成をするべきであると主張する。Fisher がいうには、「良き生 (the good life)」とは、自己決定、コミットメント、適度の危険、意味のある仕事の生であり、

解釈を行おうとするもの等^{*140}、様々なアプローチがある^{*141}。

そのような人生を可能な限り完全に実現することを社会のメンバーに可能とし、あるいは奨励するように資源を配分する社会が、ユートピア社会であるとする。そして、現在の裁判所に対する批判と経済的アプローチの議論から、ユートピアンビジョンの達成に向けた fair use のケースを判断するための実際的な手法を提案している。そこにおいて Fisher は、まず、著作権者に権利を留保し金銭的インセンティブを与えることで保護される利益が、それに伴う独占的損失の最大値を上回る利用を fair、それを下回る利用を unfair とすべきとする。その際、このような経済的分析によって促進される現在の消費者の嗜好の満足を最大化することを目指すだけではなく、「良き生」のための目的を認識すべきであり、特に、能動的な活動を促進するための変形的利用 (transformative uses)、教育の促進 (education)、多様性の促進 (diversity)、創作者が修正しようと考えている著作物の無許諾の利用からの保護 (protecting the creative process)、知的創作物へのアクセスの平等化 (equalizing public access) といった事柄を考慮すべきであるとする。

*140 民主主義の役割を強調するものとして、本文に紹介する Elkin-Koren の他、Netanel の著作権の民主主義パラダイムがある (Netanel, *supra* note 138)。

Netanel は、新古典主義 (著作権拡張主義・経済学のアプローチ) とミニマリスト (デジタル時代における著作権の制限を主張) の両方の立場に反対している。著作権が本質的には市場において存在することを強調しながらも、著作権の第一義的な目的が、分配的効率性ではなく、民主主義文化のサポートにあるとして、著作権の創造的機能 (創作的表現のためのインセンティブの付与)・構造的機能 (補助金や、特権階級の支援、文化的序列に頼らない創作的活動の支援) を支援するための民主主義パラダイムを主張する。私的使用への著作権の拡大に関する議論については、以下のように論じている。

民主主義パラダイムは、市場取引や包括的価格差別が可能であれば著作権者が消費者余剰の全てを収容する権利を与えられるべきであるという、新古典派の原則を回避する。しかし同時に、デジタルネットワーク環境においてハードコピーの区別に固執する理由もない。ハードコピーの販売からの著者の収入を実質的に減少させるデジタル化時代においては、デジタル配布からの収入やそのような収入を保証する法的メカニズムに頼る著者のために、多くのデジタル利用にも著作権が拡張されなくてはならない (*Id.* at 373)。

ただし、この著作権の拡大は、デジタル市場において有用性を大幅に減殺された著作権の代用となるにすぎず、過大に著作権の範囲を拡大することにはならない。なぜなら、デジタル利用への課金は、自由な表現システムの構成要素にとって必要な財政的源泉であるし、利用者がデジタル化により著作物利用に関して時間や金銭

以下では、Gordon の論文の枠組みと、民主主義を強化するための著作権法の役割を強調する Elkin-Koren の議論^{*142}を紹介する。

1. Gordon の「A Property Right in Self-Expression」^{*143}

ーロック所有論と表現の自由ー

Gordon はこの論文において、著作権などの知的財産権に基づく訴訟においては、「財産権 (property)」という名の下に、修正第一条が与える表現の自由の憲法的な保護が弱められていると指摘した上で、しかしながら、自然権論はむしろ財産権に対する制限を内在するものであって、修正第一条に頼ることなく表現の自由を保護しうるものであると主張する。Gordon はまず、ロックの自然権論の概要を説明し、労働者の権利、公衆の権利、それらの権利が対立する場合に公衆の権利を優先させるというロック的但書きの機能、但書きが本来導き出す解決法としてのライアビリティー

を節約することができることも考慮すべきであるからである (*Id.* at 373-375)。

また、民主主義パラダイムは、消費者余剰の大部分を著作者や出版社が専有することをサポートするわけではない。集合的ライセンス機関は、広く拡散した利用者から対価を得ることを著作者に可能とし、私的使用に対するライセンスの取引費用の障害を克服するものかもしれないが、独占的権限と価格づけの問題がある。よって、集合的ライセンス機関により管理・運営される場合、利用者のライセンス料が合理的な制限内にとどまっていると保証するための国家規則のシステムを規定するのが、民主主義パラダイムである (*Id.* at 375-376)。

*141 本文で紹介したもの以外にも、Marci A. Hamilton, *The TRIPs Agreement: Imperialistic, Outdated, and Overprotective*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 613 (1996) (「自由利用領域 free use zone」という言葉を新造している) ; (世界的情報基盤 (Global Information Infrastructure) での自由利用領域への適用を要約している) ; Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29 (1994) (利用者の「読む権利」を支持し、「著作物の適法な複製物の、個人の通常の読書、見ること、あるいは聞くこと」が著作権者の権利を侵害しないことを明らかにするよう著作権法が修正されるべきであると提案している) といった議論があるようである (Netanel, *supra* note 138, at 372 note 399)。

*142 Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: a Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215 (1996)。

*143 Gordon, *supra* note 136。

ルと stowaways 規制について述べ^{*144}、そして、これらの分析が適用されるならば差止めが認められるべきではなかったとするケースをあげている (ゲイとレズビアンの人々の健康と寛容のためのスポーツ試合「Gay Olympics」のスポンサーを「Olympic」の商標権を有する U.S. Olympic Committee (USOC) が訴えたケース^{*145}、著名な作家であるサリンジャーの手紙、日記、その他の文書から引用した伝記作家に対し訴訟が提起されたケース^{*146}、Mead Data の提供する LEXIS サービスにおけるスターペイジング (star pagination) が著作権を侵害するとして West Publishing Company が訴えを提起したケース^{*147}、ミッキーマウスを用いたパロディの漫画が問題となったケース、映画の主題歌をパロディにした曲が問題となったケース^{*148}、漫画キャラクターであり商標でもある Dough Boy のレプリカを作成した雑誌社が訴えられたケース^{*149})。

以下では、知的財産についての Gordon のロック所有論の解釈、ロック的但書きが表現の自由を確保するものであるとする Gordon の立論の枠組みを紹介する^{*150}。

*144 Gordon は、管理コストや取引費用のかからない理想的な世界において、差止めによる強制はできない権利を与えるという「ライアビリティー・ルール (liability rule)」と、動機が寄生的である者のみを規制できる権利を与えるという「stowaway (密航者・無賃客)」(よりイノセントなフリーライダーと区別するために「stowaway」と呼ぶとしている (*Id.* at 1576)) という、完全な財産とは異なる制限された報酬スキームによって、公衆の権利と著作権者の権利との対立を最小化しようとしている (*Id.* at 1572-1579)。

*145 International Olympic Committee v. San Francisco Arts & Athletics, 219 U.S.P.Q. (BNA) 982, 983 (N.D. Cal. 1982) (granting preliminary injunction), *aff'd*, 781 F.2d 733 (9th Cir. 1986), *aff'd sub nom.* San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Comm., 483 U.S. 522 (1987)。

*146 Salinger v. Random House, Inc., 650 F. Supp. 413 (S.D.N.Y. 1986) (denying preliminary injunction), *rev'd*, 811 F.2d 90 (2d Cir.), *cert. denied*, 484 U.S. 890 (1987)。

*147 West Publishing Co. v. Mead Data Central, Inc., 799 F.2d 1219, at 1222 (8th Cir. 1986), *cert. denied*, 479 U.S. 1070 (1987)。

*148 Walt Disney Prods. v. Air Pirates, 581 F.2d 751, 758 n.15 (1978)。

*149 Pillsbury Co. v. Milky Way Prods., 215 U.S.P.Q. (BNA) 124 (N.D. Ga. 1981)。

*150 この論文における Gordon の主張に対し、森村進『ロック所有論の再生』(弘

(1) 自然法

ロックは、自然状態において所有権を配分する法、あるいは他人に命令する権利を特定の人物に与える積極的な法 (positive law) は存在しないという。しかしながら、互いに対する人の行動に制約を加える道徳的義務は存在する^{*151}。

ロックは、これらの義務が神によって課されており、条理により認識されると論じている。自然状態は、市民社会とは異なる。その主な理由は、前者には、個人の紛争の要求を解決するために自然法の解釈に拘束力を与えうる裁判官がいないということである。その権威が自然状態においては与えられない自然権の保護を与えるであろうことを理由に、人々は市民社会を形成する^{*152}。

全ての人間は自然状態において平等であるので、我々が他者に負う義務はまた、彼らが我々に負っている義務でもあり、私が他者に対して持つ権利は、彼らが私に対して持つ権利である。ロックの理論において人は二つの概括的な権利の部類を識別する。自由権 (liberty rights) (義務から自由な領域) と要求権 (claim rights) (権利者が他者に義務を負わせている領域) である。これらの二つの分類を使って、この議論に特に関連する四つの一般的な自然権や義務を認識することができる^{*153}。

まず第一に、極度の必要性があるいくつかのケースを除いて、全ての人

文堂・1997年) 259-260頁は、Gordon の具体的な結論にはおおむね賛成であるが、それらの結論を導き出すためにロック的但書きに訴えかけることには疑問があるとする。ロック的但し書きに訴えかけなくても、自然権論に内在する「自己所有権」(自分自身の身体や行動への排他的な権利) によって著作権を制約できるとする。なお、より根本的には、Gordon のいうように著作権を自然権的所有権として容易には正当化できず、むしろ功利主義的考慮によって政策的に認められている権利としてとらえるべきであるとしている。また、Gordon が一般的な「表現」の自由でなく、「自己表現」の自由に訴えかけていることにも納得できないとし、客観的な事実や真理や他人の意見をその通りのものとして述べる自由も認められなければならないとしている。

*151 *Id.* at 1541.

*152 *Id.* at 1541.

*153 *Id.* at 1541-1542.

は他者を害さない義務を負う。この害されることの無い権利は、他の自然権より優先する。第二に、二つの重要な自由権が存在する。①全ての人は自己が適すると考えるように自己の労働を処分する自由権を有する、②全ての人は神が人間に与えた共有地 (the common) — 「大地とその全ての果実」— を利用する自由権を有する。第三に、全ての人は自己の資源について二つの義務を負う。各人は、重大な必要性があるとき、自己の生存が危険にさらされない限度で、他者に自己の資源 (自己の身体以外のもの) を分け与える義務を負う。そして、各人は、そうしなければ腐敗したり (spoil) 浪費されるであろう非身体的資源のあらゆるものをシェアする義務を負う。第四に、全ての人は共有地で労働することにより他者が専有した (appropriated) あるいは生み出した資源を損なわない義務を負う^{*154}。

まとめると、義務と自由は道徳的請求権 (moral claims) や権利を生み出す。人間であることに基づく権利のうち、害を受けない請求権、重大な必要のあるときに他者の資源をシェアする請求権、共有地を利用する自由権の三つが最も重要である。これらの三つの労せずして得た権利を我々は「基本的な人間の権利 (fundamental human entitlements)」と呼ぶ^{*155}。

(2) 労働者の権利

自然法によると、そこから専有するか一川から水を引き、野生の木からリンゴをつみ取ること一、そこから何かを作り出すことにより、自然状態において財産権が生じうる。ロックの財産理論は多くの基準を持っているが、最も基本的な自然法である「無害の原則 (no-harm principle)」に基礎をおく。基本的な論理はシンプルである。労働は自己のものであり、私が共有地から対象物を専有したとき、私は自分の労力をそれらに結合させる。もしあなたが私の集めた対象物を奪うならば、あなたは私の労働をもまた奪ったことになる。なぜなら、私は自己の労力を対象物に付着させたからである。このことは私を害し、あなたは私を害するべきではない。あなたはそれゆえそれらの対象物をそのままにしておく義務を負う。それゆえ私

*154 *Id.* at 1542-1543.

*155 *Id.* at 1543.

は対象物に財産権 (property) を有する^{*156}。

同様に、もし私が新しい無形的創作物である著作物あるいは発明を創造するためにパブリックドメインを利用すると、あなたはそれを複製したり私の計画を妨害することにより私に害を与えるべきではない。私はそれゆえ無形物においても同様に財産権を有する^{*157}。

無形的創作物は、物理的には無尽蔵な「公共財」的性質を有しており、最初の創作者から彼らの利用を奪うことなしに無限にシェアされることが可能であるから、知的な創作物を複製することは害にはなり得ない、という考えもある。しかし、たとえ複製が創作者から物理的な利用を奪わないとしても、複製は重要な利益を害しうる。例えば、自分で聴くという目的だけでなく、それに使用料を課すことにより自分を養う目的をもって音楽を作ると、不法の複製者により、あたかも書斎から物理的な一枚刷りの楽譜を奪取されたかのような、あるいは購入した食糧を盗まれたかのようなひどい損害を受けうる。知的労働者は、もし創造したものにおける自己の財産が意味のあるものであるならば、複製に対するある種の保護を求める^{*158}。

(3) 公衆の権利

人々間の平等性を確実にするため、及び、彼らが栄えるために必要であるものを人類に与えるために、公衆は権利を有する。繁栄するため全ての人々は安全を必要とする。ロック的自然法はそれゆえ、損害に対する権利を人々に与えることを求める。人々はまた、最低限の生命を維持する物を必要とする。それゆえ、ロック的自然法は、貧困にあろうとなかろうと全ての人々に、共有物の一部を大地からとる自由を与える。だが生命を維持する物は単に物理的なものだけではなく、我々の知的、表現的、及び芸術的な必要性も含む。人々は、ロックが明示的に述べた物理的共有地へのアクセスだけでなく、無体の共有地へのアクセスも持つべきである。

*156 *Id.* at 1544–1545.

*157 *Id.* at 1545.

*158 *Id.* at 1545, 1548.

我々の共有地は、物理的土地だけでなく、文化もまた包含する^{*159}。

市民社会において、人類は自分たちのまわりに現実を創り出す。我々を直接的に取り囲む物は、木や自然の水よりむしろ、建築物や計画的に設計された景観である。新しい意味 (meanings) の創作者となるために、合理的人間は遺産 (heritage) にアクセスする必要がある。(ロックの修辭的表現において) 果実を外へもたらすために農民にとって土地が必要のように、想像における新しい作品を外へもたらすために、創作者は既に生み出されている無体物の共有地を必要とする。あまりに広範な知的財産権は、その「創作された」現実がいかに説明されうるかについての潜在的なコントロールを権利者に与えることになる。言葉を換えると、世界が意味するものに対するコントロールを与える。このようなコントロールは、理解あるいは「名前づけ (naming)」、すなわち、人が世界と相互作用する一つの文化的方法を他者に与えないことになる^{*160}。

新しい創作者は必然的に、そして有益的に、先人を踏み台にする。このことは、技術の発明、発見などの技術的な文化に限られない。芸術家たちは、先人から、遠近法の法則、オイル、アクリル、水彩の使い方、そして自己の創作物に意味を与える伝統そのものを学ぶ。音楽に関しては、音楽の作曲に利用可能な限られた用語が存在し、作曲家は、不可避免的に及び必要的に受け取った伝統の中で作曲し、既存のテーマを再び用いると言われる。コミュニケーションは、共通言語や共通の経験に依拠する。労働自体も、既存のアイディアにより指導され、組織される^{*161}。

仮に最初の創作者がその資源に対するコントロールを有しているとすると、先行の創作者あるいはその相続人が、新しい知的創作物を創作するために他者が財産を利用することに同意するだろうとは想像し難い。ある所有者は、対価を要求することなしに他者の利用に同意するかもしれない。ある所有者は、補償される利用には同意するかもしれない。しかし他の所有者は、許諾することを全く拒絶したり、新しい創作者が支払うことのできる額以上の料金を課すかもしれない。より重要なことには、特に、遠近

*159 *Id.* at 1555.

*160 *Id.* at 1556.

*161 *Id.* at 1556.

法のような、かなり古い起源の基本的なアイディアのために、所有権を調べて取引を達成するコストそれ自体が禁止的に高くなりうる^{*162}。

それゆえ、もし全ての無体物に永続的な財産権が存在すれば、多くの創作者が、許諾なしに他者の財産を使うか、あるいは自己の創作を差し控えるかを選択しなくてはならなくなるだろう。市場を介した権利の取引の可能性は、取引費用のために実質的には役に立たないだろう。新しい創作者が活躍するためには、彼らが個人的に所有されていない一連の先行の創作にアクセスすることができなければならない^{*163}。

「世代間の公平 (Intergenerational Equity)」を考慮すると、後発の創作者は、先人と同じように彼らの才能を使う自由があるべきである。現実—先人の芸術により生み出された現実を含む—に意味を与え叙述することを試みることを妨げられない自由は、全ての潜在的な芸術家に与えられるべきである。現代の都市にいる画家は、たとえ現代の世界においてその画家が見る多くのものが他者により創作された人工物だとしても、洞窟の画家と同じように自己の周りを取り囲むものを描写し解釈することができるべきである。最初の創作者が労力をつぎ込んだということは、他者を彼らの適切な目的を達成することから妨げる権利を最初の創作者に与えることを正当化する十分な基礎にはならない。作家には、先の作家が自己に与えた影響について描く自由がなければならない。複製を行うある程度の自由がなければ、後代の芸術家は先人であれば享受していた、自己を取り巻く世界を記述する能力を欠くことになるだろう^{*164}。

(4) 労働者の権利と公衆の権利が対立する場合

—ロック的但書き (The Proviso)—

共有地が労働者の財産の請求権により脅かされるとき、労働者が共有地の利用を制限する道徳法 (moral law) を利用できないのは正しいようにみえる。だが、生産物は共有地から部分的にのみ引き出されたものであり、また労働者自身の努力から部分的に引き出されたものであるのだから、労

働者にシェアを強制する道徳法を公衆が用いることができないということも正しいようにみえる^{*165}。

ロックは、「この労働は労働した人の疑いもない所有物なのだから、少なくとも共有のものが他者にも十分に、そして同じようにたっぷりと残されている場合には、ひとたび労働がつけ加えられたものに対しては、彼以外の誰も権利を持つことができないのである^{*166}」という但書きを付することで、財産権を正当化した。この但書きを労働者と公衆の権利の衝突に対して適用すると、衝突が存在する場合、どんな義務も (そして請求権も) 生じないことになる。すなわち、どちらの当事者も、他者を抑制するために自然法を使うことができず、どちらの当事者も利用の自由をもつ。したがって、労働者の権利と公衆の権利が衝突する場合、共有地における公衆の自由権が優先する^{*167}。

「十分に、そして同じようにたっぷりと残されている」という但書からは、他者が創造するための平等な可能性、あるいは既存の文化的基盤や科学的遺産を描写する平等な能力に害を与えない場合にのみ、創作者が自己のオリジナルの作品に財産権を持つべきであるということになる。全ての人は平等であり、共有地に対する平等な権利を有する^{*168}。

潜在的な知的所有物の数は物理的な制約により制限されないので、どんな知的財産の形成においても但書きが制約を課すことはないようにみえるかもしれない。以前に存在しなかったものをAが作るならば、Bのその使用を排斥することは、Bを害さないままである。ロック的に言えば、Aがアクセスしたのと同じパブリックドメインの要素にアクセスする自由が依然Bにあるので、共有物を利用する可能性は害されない^{*169}。

しかし、知的創作物が新しいということ、さもなければ存在しなかったであろうこと、初めて公衆に利益をもたらしたかもしれないということは、それから後の排他的利用によって損害が生じないということを保証しな

*162 *Id.* at 1556-1557.

*163 *Id.* at 1557.

*164 *Id.* at 1557-1558.

*165 *Id.* at 1561.

*166 森村・前掲注 (150) 142頁の訳による。

*167 Gordon, *supra* note 136, at 1561-1562.

*168 *Id.* at 1563-1564.

*169 *Id.* at 1566-1567.

い。一度創作者が知的創作物を公衆に露呈し、その創作物が文化や出来事の流れに影響を与えると、公衆をそれへのアクセスから排除することは害を与えうる。例えば、一度アラビア数字がある人の文化に導入されると、もしローマ数字のパブリックドメインしか利用できないならば、数学への重要な寄与をすることは事実上不可能になるだろう。新しい数字システムの発明以前と同様に、後代の数学者がその人の知識や能力を利用することができるためには、誰か別の人が発展させた新しいシステムへアクセスする必要があるだろう^{*170}。

要するに、一つしか文化が存在しないならば（技術あるいは文学文化のどちらが問題となっているのであれ）、それに寄与することを望む者は、通常、その文化のツールを用いることを要求される。最初の創作者に文化のある側面についての所有権を与えることは、たとえその側面が新しく創作されたものだとしても、後の創作者にとって新しい創作物がないよりも悪い状況にするかもしれない。知的創作物は、相互依存の世界においていったん公になると、世界を変える。それらの変化を扱うために、利用者は最初の創作者の財産権と対立する自由を必要とするかもしれない。もし変化の動因である創造物を用いることを禁止されるならば、そこから創造しなければならぬ全てのものは、今や価値を減じられた共有物になるだろう。但書きは、この危険を除去する。それは、先の創造者と後の創造者の間の平等を保証する。但書きはそれゆえ、先の創作者が有していた表現、翻訳、リアクションの広範な自由に対する権利、すなわち、他者の利益により圧迫されない権利を後発者に確保する^{*171}。

但書きによる表現の自由の保護は、以下のように要約できる。①但書きは既に創作されたものやパブリックドメインを利用する自由を守る。②新しい創作がパブリックドメインの価値を減じさせるとき、かつてと同様に資源が豊富である程度まで、新しい創作を利用する特権を但書きは人々に与える。とりわけこのことは、中心的な文化の発展が全ての人に利用可能であるよう開かれていなくてはならないことを意味する。③但書きは人々に、もし創作者が専有することを望まなかったならば有していたであろう

*170 *Id.* at 1567-1568.

*171 *Id.* at 1570.

のと同じ種類の創作の自由を与える。この原則の一つの適用として、人は先行の創作者がいなくても発見されていたであろうものを利用する自由を有する。この原則の拡張的な適用として、人はあたかも先の創作者が存在しなかったかのように変化的に自由に現実を扱う自由を有する^{*172}。

2. Elkin-Koren の「Cyberlaw and Social Change」^{*173}

－著作権法への民主主義アプローチ－

Elkin-Koren は、サイバースペースにおける著作権法の未来が、民主主義にとって決定的であるとする。サイバースペースは、知識の生産や拡布を変化させる可能性や、社会や文化構造を変化させる可能性を有しており、情報へのアクセス可能性を強めることでより分散化された非階層的な社会的対話を容易にしうるが、一方で、集権化され厳密にモニターされる排他的な社会的対話の構造をサポートすることもある。したがって、サイバースペースにおける情報の流通を規定する法である著作権法は、民主主義原理により基礎づけられるべきであり、非集権化に寄与し知識の生産における参加を促進するように修正されるべきであると論じている。そして、そのような民主主義の視点から著作権法上の具体的な問題点を論じており、fair use に関連する私的複製やライセンス可能性の問題について論じた部分では、Texaco 判決にも言及している。

そこで以下では、Elkin-Koren の議論から、民主主義についての Elkin-Koren の理解に関する部分、サイバースペースの特徴について論じている部分を簡略に紹介した上で、サイバースペースにおける著作権のあり方について論じた部分のうち、Texaco 判決についても言及がある、ライセンスが実現可能であるということを fair use においてどのように解釈すべきかを論じた部分を紹介する。

(1) 社会的対話への参加としての民主主義

社会的対話の議論は、政治的理論への標準のアプローチとは異なる。標準的政治理論は、政治的対話が生み出す行動規範を正当化するために、政

*172 *Id.* at 1572.

*173 Elkin-Koren, *supra* note 142.

政治的対話により満たされるべき条件が何であるかを問う。標準的政治理論は、公の問題についての公のディベートが政治的行動の権威ある基礎を生み出すであろう状況を見るが、一方、意思形成プロセスは、政治的談話に制限されず、行動規範についての合意を目的とするわけでもない。意思形成プロセスは、社会的代理人が意味形成プロセスに従事するための社会的相互作用を含む。社会的対話のこの理解は、芸術や科学から、本を書くことから読むこと、古いテキストを解析すること、家族の価値についての考えを交換すること、データベースの情報を検索すること、そして人工物を創造したり消費することまでの全てを含む^{*174}。

政治的意見は、世界、価値、そして善の概念についての考えや理解に依拠する。このような信念のシステムは、対話を通じた特定の社会的コンテキストにおいて生み出される。アイデンティティは、また、他者（家族、共同体、団体）との対話的な相互作用、伝統、共有される文化的シンボルを通して形成される。我々は、何が社会的に受入れられているのか、何が社会的に望まれているのか、そしてどのような将来を私たち自身が望むのかということに関する見解を形成する。選好は、我々や他者にとって何が利用可能なのかということに関する情報により影響を受ける。我々がアクセスできる情報のタイプが、利用可能な選択肢を決定する。それゆえ、情報へアクセスし、他者とコミュニケーションし相互に影響し合う我々の能力は、意思形成プロセスの広い理解にとって重要なものである^{*175}。

社会的対話は、ここでは、意味形成プロセスとして理解される。このアプローチは、人間の相互作用や文化的な人工物の全ての可能な形式を、象徴的なコミュニケーションのモデルとして理解する。テキストは、あらゆる表現あるいは象徴的なコミュニケーションを通じた個人の自己反映として広く理解されるが、完全な固定された意味を含まない。したがって、それらは必然的に対話的關係により伝えられる^{*176}。

社会的対話のこの理解は、潜在的な審議が、裁判所あるいは国会のような特定の制度においてのみ起こるという考え方を否定し、無限のレベルと

場において起こる社会的相互作用のネットワークとして理解する。社会的対話は、継続的な意味形成プロセスとして、重なり合うネットワークにおいて起こり、公のマスメディアを通じた情報移動や提携から議会の議論や法的論争のよりフォーマルな制度まで、幅広い範囲において同時的に起こりうる。それらの社会的な相互作用は、アイデンティティ、興味、価値が形成される様相に影響を与える。よって、社会的対話は拘束的な決定に到達することを目的とするものではない^{*177}。

デモクラシーが単にフォーマルな政治制度により規定されるのではなく、討論を通じた意思形成プロセスとして規定されるとき、参加はもはや狭く定義された政治的分野に制限されず、社会的及び文化的領域で同時に実現されうる活動として認識される。さらに、その政治的な意思形成が政治のプロセスの一部であるならば、それは民主主義原則により統治されるべきである。デモクラシーに到達するためには、行動規範により影響を受ける全ての者が、その行動規範の作成に参加できることが必要である。社会的対話は、政治から分離不可能であるがゆえに、民主的であるべきである^{*178}。

デモクラシーへの参加の概念にとって重要なことが二つある。第一に、政治意思が形成されている社会的対話のあらゆるレベルにおいて参加が保証されることが必要である。もし行動規範がフォーマルな政治的手続によってだけでなく、公の領域におけるインフォーマルな談話を通して決定されるのであれば、影響を受ける全ての人にそのような議論に参加するための能力を保証することが必要である。市民の連携による共通的で非集中的なネットワークにおけるインフォーマルな談話は、奨励されるべきである^{*179}。

第二に、参加するための単なる権利ではなく、参加の能力を保証することが必要である。言葉を換えると、デモクラシーに参加するためには、単にネガティブな権利（代表制の手続の中立性と平等性）に焦点を当てるだけでは不十分であり、積極的な権利、すなわち実効的な参加の実現性が必要

*174 *Id.* at 232-233.

*175 *Id.* at 233.

*176 *Id.* at 233.

*177 *Id.* at 234-235.

*178 *Id.* at 231.

*179 *Id.* at 231.

である*180。

審議的プロセスへの平等な参加の能力は、権力に左右される。権力が経済的市场において、あるいは国家行政官によって、集積し、公の領域において行使されるとき、それは平等な参加を歪めがちであるし、市場や行政国家における金や権力の効果を増幅させる*181。

社会的対話への平等な参加の能力は、また、参加者間の権力の不平等さにも左右される。意味のある形で政治的プロセスに参加するための能力は、そのプロセスにおける他の参加者たちへのその人の関係のポジションに依拠する。言葉を換えると、参加は、人がどれだけの権力を他の人々や制度に対して有しているかや、その人が服している権力に依存する。政治的プロセスは、それゆえ、権力の不等が人々の選好を作る過程をゆがめないように保証するべきである。デモクラシーへの試みとは、参加能力における権力の不均等の影響を認識することであり、その効果を最小化することである。結局、参加する能力は、社会的対話へのアクセス性、情報へのアクセス性、資源についてのコントロールに依存する*182。

(2) サイバースペースにおける社会的対話

包括的な社会的対話はデモクラシーにとって不可欠である。民主主義における社会的対話は、影響を受ける全てのメンバーの参加を促進するべきであり、強制や権力の影響を最小化すべきである。問題は、対話を促進するメディアが、その性質や構造に影響を与えるかどうかである。デジタルメディアの相互作用は、他のコミュニケーションの手段と比べたとき、社会的対話の傾向に影響を与えうると考えられる。

①意味についてのコントロールの非集権化

デジタル化は、意味についての権力を著者やその他の情報の生産者から利用者に移転させることにより、意味形成の権力を再分配する可能性を有している。これは、デジタルメディアのいくつかの性質によるものである。

*180 *Id.* at 231

*181 *Id.* at 231.

*182 *Id.* at 231-232.

そのような性質の一つは、情報を処理したり修正することが容易であるというデジタル表現の柔軟性であり、これにより様々なときに様々な社会的代理人によって意味が創造されることが可能となる。非集権化をサポートするデジタルメディアのもう一つの側面は、インタラクティブ性であり、それにより利用者が著作物に働きかけをすることが可能となる。したがって、著者にとっての意味づけだけでなく、著者と利用者の相互の影響も著作物に反映されうようになる*183。

②社会的対話へのアクセスの拡大

デジタル技術は、著作物の中心的な配布を複製物の配布からアクセスへ移行させる。印刷されたテキストが紙や他の媒体に具体化されるのに対し、デジタル化された著作物の複製物は、物理的な媒体なしにネットワークを通じて配布される*184。

ネットワークコミュニケーションは、様々な参加者がお互い直接にコミュニケーションを行ったりアイデアを広めることを可能とする。利用者間の直接のコミュニケーションは、社会的対話における参加者の間のコミュニケーションの経路を開く。ネットワークコミュニケーションはまた、参加者の地位・性・人種・国籍・法的無能力性に関する視覚的な目印を排除する。このことにより、利用者間の違いが平等化され、権力の不平等が減少させられる*185。

(3) fair use におけるライセンスの利用可能性の問題について

印刷物の配布から電子的な配布への変化により、配布者は自己の著作物の利用に関し、より多くのコントロールができるようになる。アクセスによる配布により、著作権者は利用をモニターする技術的手段を用い、異なる利用・利用者に異なる料金を課すことができるようになる。それゆえ、著作権者は、許諾のない利用や、著作権法の下では保護されない利用を防

*183 *Id.* at 236.

*184 *Id.* at 249-250.

*185 *Id.* at 252-253.

ることができるようになる^{*186}。

さらに、サイバースペースにおける配布は、実質的にライセンスの可能性を高める。ネットワークは、出版社と利用者の直接のコミュニケーションを確立した。それにより著作物の異なる利用のライセンス契約への交渉と締結の方法が提供された。オンライン・プロバイダーは、彼らの著作物への物理的なアクセスをコントロールするので、彼らのライセンスの条件を受け容れることを条件とするアクセスをつくることができる。ライセンスの実現可能性はどのように fair use 分析に影響するだろうか^{*187}。

fair use への市場アプローチは、もし利用者が市場を通して利用の許諾を得ることができないならば、利用が公正とみなされるべきと主張する。このアプローチの下では、対価が支払われない利用は、合意的取引に到達することが不可能である場合に正当化可能となる。たとえば、高い取引コストは伝統的にこのような市場の失敗を生み出す。もしライセンスを受けるコストが、取引からの予想利益よりも高ければ、利用者は社会的に望ましいかもしれない利用であっても行わなくなるだろう^{*188}。

さらに、ライセンス可能性を fair use 分析の基礎と考えることは、循環論法を生み出す^{*189}。fair use 問題に対するこの方法は、答えを仮定している。著作権の独占の範囲がどのようなものであるべきか、その範囲を超えるべきはどのような利用かということを明確にすることなく、ライセンス基準は、著作権者がライセンスを提供する全ての利用が、著作権でカバーされるべきと仮定する^{*190}。

この問題は、Texaco 事件における裁判の焦点であった。しかし裁判所の理由付けは、著作権者が彼らの著作権をライセンスする権利と、著作物の利用をライセンスする彼らの権力との区別に失敗している。著作権法は、

*186 *Id.* at 289-290.

*187 *Id.* at 290.

*188 *Id.* at 290-291.

*189 quoting *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973) at 1357.

*190 Elkin-Koren, *supra* note 142, at 291. この見解は Texaco 判決の反対意見に反映されているとしている。

著作権に著作物の利用、すなわち、排他権の範囲内の利用に関するコントロールを与えている。著作物に対するあらゆる利用に対する権利を与えているわけではない。保護されている著作権の利益は、制限されたものである。それは制限されて期間だけ存続し、107-120条によって制限されている。fair use 自体も、著作権者の排他権の制限として規定されている。Acuff-Rose 事件の最高裁^{*191}が述べたように、fair use 理論は芸術や科学を促進する著作権の目的を果たすために必要とされる著作権者の排他的特権の例外である。それゆえ、著作権者がライセンスできる利用が何であるかという問題は、公的な政策の配慮の下で、利用が必要とされる程度により決められるべきであり、ある利用にライセンスするという著作権者の意思によって左右されるべきではない^{*192}。

fair use 理論の解釈は、憲法と一致するようになされるべきである。ライセンス取引の実現可能性は、肯定的基準とのみされるべきである。言葉を換えると、ある利用にライセンスが不可能なとき、あるいは高い取引コストのためそのようにすることが法外に高価であるとき、第四の要素は fair use の認定をサポートするだろう。しかし、ライセンスが利用できるという事実により、第四の要素を fair use の成立に不利な方向へ考慮するべきではない^{*193}。

ライセンスの利用可能性は、デジタルネットワークの背景においてより決定的なものとなった。fair use 理論をライセンスが利用できない場合に制限するアプローチは、著作物の利用に関し出版社が享受するコントロールを拡大することになる。このような場合、著作権法は著作権者の著作物の利用をコントロールする権利の補充に役立つことになる。これは著作物の利用をモニターする物理的能力によって補完され、fair use の抗弁の廃止を導く^{*194}。

*191 *Campbell*, 510 U.S. 569; 114 S. Ct. 1164.

*192 Elkin-Koren, *supra* note 142, at 292-293. 出版社がライセンスロイヤリティーを要求する権利を持っているかは、まさに fair use 分析が応えることが要求される問題である、とした Texaco 判決の反対意見を引用している。

*193 *Id.* at 293.

*194 *Id.* at 293-294.

社会的対話や政治的参加の視点からは、著作物を利用し著作物に作用する利用者の不可能性は、彼らの完全な著作権によるライセンスへの依存に加えて、危険なものである。「もし著作権が著作物の利用にライセンスを与える権利を有しているならば、著作権はまたライセンスを完全に否定する権利も持つことになる^{*195}。」パロディのようないくつかの利用が、著作権者によりライセンスが普通なされないということは広く認識されている。しかし、著作権が経済的あるいは政治的権力を維持することを目的として特定の利用へのライセンスを拒絶するための権力にはあまり注意がなされていない。この問題は、財産及びデモクラシー、資源の配分や言論の自由といったことへの配慮とつながっている。著作権者は彼らのパワーを排他権の維持を目的としたライセンスの制限に用いるかもしれない。生産者と消費者の間に明確なラインを引くような集権化された情報の流通構造は、著作権者に都合がよく、彼らはそれを維持しようとする。著作権者が利用のライセンスをし、それによって追加的市場や見込まれる利益をうち立てるためには著作権保護を必要としない。いくつかのケースでは、法が著作権者に著作権法上の独占権及びライセンスの独占権を行使することを許すべきではないということは、考え得ることである^{*196}。

VIII. おわりに

1. Texaco 事件の検討 — 著作権市場の評価 —

以上、Texaco 判決を巡る議論を端緒として、複製許諾システムの成立という形での市場の生成を経済学的に分析する理論、さらには、著作権法の解釈において効率性以外の価値を重視する理論を紹介してきた。以下では、これらの議論を参照に、市場を通じて著作権者が権利を拡大することの問題点を指摘してみたい。

*195 L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, THE NATURE OF COPYRIGHT, A LAW OF USERS' RIGHTS (1991) at 185-186.

*196 Elkin-Koren, *supra* note 142, at 294.

(1) 法と経済学の視点から

法と経済学による経済学的分析の下では、市場は所有財産を当事者が合意的に交換するためのシステムとして、資源配分を適正化させ、社会的な効用を最大化させるのに資するものと評価されることになる^{*197}。

Gordon はこのような視点に基づいて、市場が失敗している場合に利用を認めるために機能するのが fair use であり、CCC のような著作権の集中処理システムが発達し市場が成立しうようになった以上は、市場を通じた利用が実現されるべきであるという、市場の失敗理論を提唱した^{*198}。

しかし、Loren が指摘するように、著作権者と利用者間の取引費用の高さによる市場の失敗は CCC のような集中処理システムによって治癒されるものの、外部性による市場の失敗は依然治癒されない。すなわち、研究、学問、教育などの目的で著作物が利用される場合には、その利用により生み出される利益が社会全体に広く拡散しうる。そうすると、利益を受ける者全てと利用者間で利益を内部化するには取引費用が高いため、著作権者と利用者（研究者、学者、教師・生徒）の間での取引に拡散的利益が考慮されず、結果として社会的に望ましい量より少なくしか利用が行われないことになる。よって、Texaco 事件で問題とされたような研究者による複製行為も、その研究の成果が外部的に広く拡散する可能性があるため、市場を通じた課金を強制すると、結局、本来社会的に望ましい複製行為が抑制されることになってしまう。

*197 ただし、市場取引が価値最大化を生じさせるためにはいくつかの条件が満たされる必要がある (Gordon, *supra* note 25[*supra* note 138], at 1605-1610)。

*198 しかし、Texaco 判決の反対意見が指摘するように、CCC が市場として完全には機能していないのではないかとこの疑問もある。すなわち、Texaco の利用する雑誌のうち30%しか CCC のライセンスでカバーされておらず、CCC に加入している出版物の全てが CCC のライセンスによりカバーされているわけではないので、CCC は利用者が著作物の利用のためにライセンスを得るシステムとしては不完全であるといえるからである (Texaco, 60 F.3d 913 at 937)。

ただし、この点につき、Gordon の市場の失敗理論は、市場のメカニズムは発展に時間がかかるために利用の初期段階ではコストが大きいとしても、著作権者の望む市場のメカニズムを通じた取引を促す必要があるとして、生成途中の市場を保護する必要性を示している (Gordon, *Id.* at 1620-1622)。

(2) 著作権の歴史的認識 — 私的領域への拡大 —

① Gordon と Loren の立場の違い — 「複製」に対する権利を所与とするか否か —

Loren が主張した外部性による市場の失敗の存在は、Gordon の市場の失敗理論においてもすでに指摘されていた。しかし Gordon は、外部性による市場の失敗が存在する場合、価値最大化という外観のもとに、貧しいが価値ある利用を行う者を援助するための税を著作権者に課することにならないよう気をつけなくてはならないと述べ、Williams & Wilkins 事件のように医療研究のための著作物利用がなされており、外部性が存在すると考えられるケースにおいても、著作権処理システムという市場が発展しようとしているならば、利用者はその市場を介すべきであると論じている^{*199}。

このように Gordon の市場の失敗理論と Loren によるその再定義は、どちらも経済的な分析を基礎とし、複製許諾システムを市場の失敗を治癒するものであるととらえていながら、Gordon が市場の成立に肯定的であるのに対し、Loren は外部性による市場の失敗の存在を強調して、批評や報道、教育、学問、研究といった形での著作物の利用については、市場に委ねるべきではないという立場をとっている。

この立場の違いは、複製行為を中心とした、著作権法が定める著作物の利用行為に、著作権が及ぶことを所与とするか否かという点から生じていると考えられる。

Gordon は、fair use の経済的アプローチにおいては、制定法で保護されているカテゴリーの範囲内の著作物の実質的な利用全てに関し収益を受ける権利を著作権者が有しているという前提からスタートとすると明言している^{*200}。すなわち、著作権は本来、著作権法で認められている「複製」全般に及び、これまで私的なレベルでの複製に対し権利が及んでこなかったのは、利用者が著作権者に許諾を求めることが難しく、また、仮に権利が及ぶとしても侵害行為を監視することが困難であったためであり、市場が成立して課金が可能となった以上は権利が及ぶべきであるという評価が前提にある。

*199 Gordon, *Id.* at 1632, 1647-1652.

*200 *Id.* at 1651.

これに対し Loren は、集中処理システムによるライセンス料を損害とみなすことを、ライセンス料を得る権利があるという結論を前提とした循環論法であると非難している。「許諾システム」を設立することにより、著作権者が fair use の主張を無効にすることができるならば、著作物の利用の全てのコントロールが著作権者に許されてしまう可能性が生じ、知識や学問の発展を促進するという著作権法の目的が脅かされると Loren は危惧している^{*201}。

② 著作権の歴史的拡大

このような Loren の主張の根幹には、著作権制度を歴史的に振り返ったときに、当初、単に複製品の印刷や販売を防ぐための保護を受けるにすぎない権利であったものが、より広く「複製」一般を制限する権利へ拡大されてきており、また、存続期間を劇的に延長させる立法がなされてきたため、憲法上の要請である知識及び学問を抑圧しないために fair use の果たす役割が重要になってきたとの認識がある^{*202}。

このように著作権法上、著作権の禁止権の範囲内であると認められる行為が拡大されてきたというだけではなく、著作権が「複製」行為に及ぶという枠組みがとられるようになったため、複製技術の普及に伴って著作権の範囲が事実上拡大するという状況も生じてきた。

すなわち、著作権法における「第三の波論」が指摘するように、印刷技術の発達に伴って登場した著作権法は（第一の波）、複製をなすために相当の投資を必要とし、複製をすることができる者が限られていたその時代においては、複製禁止権を中心に公の使用行為を規制することでうまく機能していた。しかし、20世紀後半から複製技術の普及が進み、誰もが簡単に録音・録画・複写等を行いうるようになったため（第二の波）、複製禁止権はその実効性を確保することが困難となるとともに、私人の自由に対する過剰な制約となりつつある。さらに、インターネット時代の到来により、複製技術に加えて送受新技術が普及し情報通信網が整備され、誰もが公に送信することができるようになるという第三の波がもたらされた。そ

*201 Loren, *supra* note 110, at 6-7, 38-41.

*202 *Id.* at 9-22.

の結果、私的領域と公的領域が一体化して分かちがなくなったため、「公の」使用行為という枠組みまでもが私人の自由への過度の介入を防ぐために機能しなくなったとされる^{*203}。

さらに、サイバースペースにおけるデジタル著作物については、それらへアクセスするためのプロセスに複製行為が必要とされるため、従来の読書行為に相当するコンピュータ上のブラウジングにさえも著作権が及んでしまうおそれが生じる^{*204}。

(3)自由・民主主義の視点から

著作権に基づく禁止権が私的領域にまで及ぶようになると、私人の自由が過度に害されるという問題が生じる。自己所有権（自己の活動や身体に対する自由権）がロック所有論の根幹にある発想であるにとらえる立場からは、他人の同意なしに彼らの体や自由を侵害するような権利は認められ

*203 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」田村善之編『情報・秩序・ネットワーク』（北海道大学図書刊行会・1999年）208-209頁、同「インターネットと著作権ー著作権法の第三の波ー」アメリカ法1999-2（2000年）211-214頁、同「効率性、自由、多様性」北大法学論集53巻4号（2002年）1034-1036頁、同『市場・自由・知的財産』（北海道大学大学院法学研究科・2003年）232-233頁。

*204 Elkin-Koren, *supra* note 142, at 271. 著作権の範囲が今まで以上に拡大してきているという認識は、Elkin-Koren の議論にもみることができる。Elkin-Koren は、特にサイバースペースにおける事実上の著作権の拡大を指摘する。すなわち、印刷の世界においては、複製の概念が侵害と非侵害の区別に用いられたが、これと同じ複製概念をデジタル環境に持ち込むことは、あまりに多くの行為を著作権の範囲に入れることになると論じている。著作物の利用に対する権利としては、著作権法により定められた限定的な権利しか与えられていないはずが、デジタル著作物については、それらへアクセスするためのプロセスに複製物の作成を含むため、デジタル著作物への全てのアクセスが著作権の範囲に入ってしまう。ゆえに、コンピュータ上のブラウジング、すなわちオンラインのテキストを読み、あるいはタイトルにざっと目を通したりするだけでも、全ての行為にそれをディスプレイする機械による複製が含まれることになり、電子メールを読むこと、インターネットサーフィンすること、あるいはハイパーテキストファイルのリンクをたどるといった全ての行為が、著作権侵害を構成しうることになってしまうだろうとする（*Id.* at 271-272）。

ないという帰結が導かれる^{*205}。この考え方によれば、著作権法をめぐる状況が時代とともに変化し、個人が誰でも簡単に複製を行うことができるようになった現代において、著作権者の複製禁止権が私的領域にまで及ぶことは、私人による複製といった個人的な行動までも制限されることに問題があると考えられる。個人の自由の確保という観点から、著作権が制限されるべき私的複製の範囲を拡大すべきであり、技術の進歩という恩恵の享受に失敗することは避けなければならないというのも、すでに指摘されているところである^{*206}。

また、ロック的但書きから表現の自由を導く Gordon の論文においては、研究目的での複製が直接論じられてはいないが、一度創作物が公衆に示されると、それに対するアクセスを排除することが公衆に損害を与えうるとの論旨からは、一度研究者が新しい論文に接すると、研究者が研究を行う上でその論文を利用する必要性が生じる場合、表現の自由としてその利用が許されるべきであるという結論が導かれうるかもしれない^{*207}。

さらに、民主主義の発展という観点からみた場合にも、著作権の範囲が拡大することが問題となりうる。すなわち、Elkin-Koren が論じたように、複製に対してライセンスをする権利を著作権者が有するとすると、著作権者はまたライセンスを拒否する権利を持ちうることになり、著作権者が経済的・政治的権力を維持することを目的として特定の利用へのライセンスを恣意的に拒絶することもできるようになる^{*208}。また、個人レベルでの複製行為にまで料金が科されるようになると、購買力の多寡により裕福か貧困かどうかで、情報へのアクセスの便宜に不平等が生じるおそれがあると

*205 森村・前掲注(150)254頁。

*206 田村・前掲注(6)著作権法[田村善之『著作権法概説』（第二版・有斐閣・2001年）]200頁。

*207 ただし、この理由付けは、問題となる著作物が読まれる前に複製される場合には当てはまらない。Texaco 事件においても、複製実施状況の調査対象とされたChickering は、将来必要になったときに利用するためという記録保存目的で論文の複製を行っており、論文の内容にどの程度ふれていたかは明らかではない。

*208 Elkin-Koren, *supra* note 142 at 294.

考えられる^{*209}。

(4) まとめ

以上のように考えると、経済学的な効率性の観点からは本来望ましいはずの市場の発展も、特に Texaco 事件で問題となったような研究目的の複製行為など、公益に資する可能性のある著作物利用については外部性が存在するため、著作権者－利用者間の市場取引に委ねることが必ずしも適切ではないといえる。複製技術が発展し、誰もが容易に複製を行うことができるようになった現代においては、市場の成立による著作権の及ぶ範囲の拡大が、個人の私的な領域における行為への過度の介入となるおそれもある。

また、契約や技術による著作権法のオーバーライド問題において論じられているように、著作権の集中処理システムという市場を成立させることによって著作権者が権利を拡大することを許してしまうと、著作権法における保護と利用のバランスが崩れてしまうおそれが生じる^{*210}。著作権法が、創作者に自分の創作物の利用についてかなりのコントロールを認めつつも、完全なコントロールは認めないことで、知的で文化的な共有物（コモンズ）を作るよう構築されているという認識の下に、サイバースペースにおいて著作物利用に対し完全なコントロールを及ぼすことが可能となることを問題とする議論も提示されている。そこでは、サイバー空間がコストをほとんどかけずにデジタルのオリジナルの完璧な複製を可能とすることで著作権を脅かすようになっているのではなく、むしろ、技術によって著作権が最もしっかりと保護される時代を迎えようとしているとして、サイバー空間においてアクセスやコピーを完全にコントロールされたりあらゆる利用に対しモニタリングがなされることによって、著作権法におけるバランスや匿名性で行う行為の自由が奪われることに対する危惧

*209 デジタル化された環境において、データラインやコンピュータのような機器についての初期の購買力の差が、情報へのアクセス可能性やネットワーク上のサービスの利用における個人間の不平等を生み出すとする議論を参照（Elkin-Koren, *Id.* at 265）。

*210 オーバーライド問題について、前掲注(1)及びそれに対応する本文を参照。

が示されるとともに、ある種の不完全さを法規制等により人工的に作出する必要性も示唆されている^{*211}。

2. 今後の課題

(1) これまでの議論の問題点

集中処理システムや契約・技術の普及による市場の生成、複製技術の発展により、著作権の及ぶ範囲が拡大することに問題があるとする、著作権法における保護と利用のバランスを維持し、個人の自由な行動を確保するための方策が必要になると考えられる。

現行著作権法の枠組みを前提として、このような状況に対応しようとする、「複製」等の著作物利用行為に含まれる形態での著作物の利用のうち、どのような利用を非侵害とすべきであるかを検討する必要があることになる。例えば Loren の議論を参照すると、その著作物利用に外部経済性が存在するかが重要となり、研究、教育、学術、批評、報道など、外部経済性を有する著作物利用の類型を探索することになるように思われる。このような類型化の傾向は、オーバーライド問題における議論にもみることができる^{*212}。

しかし、著作権を制限すべき利用態様を限定列挙することは、考慮すべき事項が多様な範囲にわたるため、非常に困難な作業であるように思われる。まず、効率性以外の価値を重視するアプローチにおいては、何らかの価値判断を伴うため、議論に統一的な方向を見いだすことが難しいと考えられる。また、Gordon の市場の失敗理論にみられるように、市場がうまく

*211 ローレンス・レッシング（山形浩生=柏木亮二訳）『CODE—インターネットの合法・違法・プライバシー』（翔泳社・2001年）219-251頁。

*212 上野・前掲注(1)[上野達弘「契約による著作権制限規定のオーバーライドをめぐる議論状況」コピライト1998年11月号]50頁。なお、UCITA105条(b)項には、「基本的公序（fundamental public policy）」に反する場合に、裁判所が契約条項の強制を拒絶できる旨が定められており、それに付されたコメント（Official Comment）には、この基本的公序として適用される可能性が高いものとして、イノベーション、競争、フェア・コメントがあげられている（曾野・前掲注(1)[曾野裕夫「情報契約における自由と公序」アメリカ法1999-2（2000年）]191頁）。

く機能しない場合のみ裁判所が介入して救済するが、基本的には市場における当事者の交渉に委ねておくとするという議論も、「複製」という概念に多くの行為が入りすぎてしまうようになったために著作権の及びうる範囲が拡大し、また、著作権市場を成立させることが容易になりつつある現代においては、著作権者の権利範囲が広範になりすぎるおそれがあると考えられる。

(2) より根本的な問題

以上のように、現代においては著作権の及びうる範囲が拡大し、「複製」という概念が著作権侵害の判断の基準としてうまく機能しなくなっている。しかし、「複製行為を著作権侵害とした上で、一定の場合に権利を制限する」という現行著作権法の枠組みを前提に著作権を制限すべき事由を列挙することは、非常に複雑で難しい作業であると考えられる。

先にあげた「第三の波論」においては、著作権法をめぐる状況の歴史的な変化に伴い、複製禁止権中心主義からのパラダイム転換が必要となるとの示唆がなされている^{*213}。この第三の波論において、著作権の登場当初に有効な手段であった複製禁止権中心主義の妥当性を再検討すべきであると主張されているように、複製禁止権中心主義を所与とせず、著作権法の歴史的な原点に立ち返って、作者のどのような利益が守られるべきかという点について考察することが、立法論だけでなく、現行法を前提としてどのような行為を非侵害とすべきかを検討する解釈論においても有益であるように思われる^{*214}。

著作権法が本来、作者のどのような利益を保護すべきであるのか、そ

してその利益を守り、また公衆の自由を確保するためには、どのような侵害基準が望ましいのかということについての考察、及びそれが現行著作権法の解釈においてどのように反映されるべきであるかということについての検討は、今後の課題としたい^{*215}。

*215 この点、示唆的であると思われるのが、創作に対する経済的なインセンティブを提供するのに十分なコントロールのみが著作権者に与えられれば足り、経済的に重要な価値を有しない著作物については著作権者のコントロールから除外されるべきであるといった議論である (Jessica Litman, DIGITAL COPYRIGHT(2001) at 13)。ローレンス・レッシング (山形浩生訳) 『コモンズ・ネット上の所有権強化は技術革新を殺す』(翔泳社・2002年) 389-390頁も、著作権がもともと出版社や書籍を販売する人を規制するものであったというルーツに戻り、商業的権利の排他的権利として捉え直すことから始めたらどうだろうとするリットマンの主張 (Litman, *Id.* at 12-14を引用) を支持するとしている。

そもそも著作権法が海賊出版から出版者を守るための権利であったことを考えると、営利的な著作物利用のみを侵害行為とすれば、創作のインセンティブには十分であり、かつ、新たな創作の障害とならない可能性があると考えられる。また、(特に古典的な) 著作物が人格の流出物であると捉えられていることから、著者の人格的な利益を侵害するような著作物利用行為に対しては、規制が行われることが望ましいかもしれない。

*213 前掲注(203)参照。

*214 著作権法が、これまで著作物を販売してきた出版社などの既得権益を保護するために用いられかねない点についても配慮が必要と考えられる (田村・前掲注(203)市場・自由・知的財産234頁)。Texaco 事件のように、問題となった学術的著作物を創作した学者にとって創作のインセンティブとして機能するのが金銭的報酬よりも論文発表の機会であると指摘されているケースにおいては特に、今後インターネットなど出版以外の方法による発表の機会が提供されうることも考慮に入れることができるかもしれない。