



Title	著作権における経済学的調査の寄与 : 現状の調査と学際的な理論の描写
Author(s)	Leistner, Matthias; 川田, 篤//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 29, 1-68
Issue Date	2010-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43774
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ29_001.pdf



著作権における経済学的調査の寄与 —現状の調査と学際的な理論の描写

Matthias LEISTNER*

川田 篤(訳)

無体財産権 (Immaterialgüterrecht) は、ドイツにおいても、ますます法の経済学的分析 (ökonomische Analyse des Rechts) の対象となりつつある。この論稿は、著作権 (Urheberrecht) における学際的な経済学的分析の可能性を探るものである。その際、このような調査により、行動経済学的に純化された経済学的モデルの新たな試みを、法的規制の実際の効果の心理学的で実験的な実地調査により意識的に導入しようとするものである。このように広く把握された枠組みにおいて、まず、著作権の保護 (urheberrechtlicher Schutz) の原則的な正当化と、適切なモデル化をすることについての経済学的分析の寄与について検討がされる。この点に関し—これまで欠けていた経験的調査についても—「大きな」問いかけの多くが、まさしく未回答のまま残されていることから、立法者による法の制定及び裁判所による法の適用の相互作用のための方法論的かつ立法技術的な枠組条件 (Rahmenbedingungen) についての調査が中心的な課題となる。理想的には、この枠組条件において、立法者及び裁判所は、反復的な認識発見の過程 (Erkenntnisfindungsprozess) において、不確実な条件下で適切な解決を見いだすことが可能になる。立法者と裁判所との役割の正しい配分のために、この認識発見の過程において、再び (やはり) 経済学的分析が意味のある示唆を与えることができる。さらに、個別の現時点において特に有益な調査分野 (Forschungsfelder) がさらに進んだ理論的かつ経験的経済学的研究のために特定される。

* 教授、博士、修士 (カンタベリー大)。ライン・フリードリッヒ・ヴィルヘルム大学 (ボン大学) の商法及び経済法研究所の民法、知的財産法及び競争法の講座担当。この論文は、2009年6月18日のボン大学法学及び国家学部への教授就任の際の講演を基礎としている。

A. 緒 論

無体財産権もまた一伝統的に慎重なドイツの調査状況においても一ますます法の経済学的分析の対象となりつつある。ここでは、これまで特に特許権 (Patentrecht) が中心的な課題とされている。それは、産業財産権の保護 (gewerblicher Rechtsschutz) における経済的重要性と、この法分野の産業的な性格により、経済学的分析の方法によるモデル化が、より人格権的な性格を有する著作権よりも容易であることによると思われる。さらに、比較的容易に統計的な把握を特定の指標—例えば、特許出願件数—についてすることが特許権については可能であることにもよる。そのため特許権は、経済学的調査のための法分野として、当初はより適切であるように思われた。

しかし、最近ではドイツの調査においても、著作権の経済学的分析が中心的な課題とされつつある¹。以下、著作権における経済学的調査の可能性と限界を検討し、当初から二つの観点において、多様な方法の評価を試みる。第一に、経済学的調査を、結果分析 (Folgenanalyse) のいわば道具として機能するものとして、ここでは理解して、方法論的規準として加え、それぞれ法による評価が設定される (規範的な法の経済学的分析)。第二に、経済学的分析は、それ自体も経験的調査による裏付けが必要であり、特に法規範の実際の効果の心理学的で実験的な実地調査による (行動経済学的) 純化が必要である。

このように理解された規範的な経済学的分析の枠組みにおいて、まず、著作権の保護の原則的な正当化及びモデル化についての経済学の寄与が検討されなければならない (下記B)。そこで明らかにされるべきことは、経済学的分析は、方法論的理由から、いずれにせよ、決して、適切な排他

¹ 最近のものとして、Bechtold, GRUR Int. 2008, 484; Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479 ff.; Ohly, Urheberrecht als Wirtschaftsrecht, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, 141 ff. を見よ。Reich, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2006; Hansen, Warum Urheberrecht?, München 2009 を参照せよ。知的財産権の基礎となるアメリカの議論の最近のものとして、Goldhammer, ZGEI (2009), S. 139 ff. を参照せよ。

的な保護の均衡点の正確性という「大きな」問いには答えることができないということである。むしろ検討されるべきことは、方法論的な立法技術的枠組条件を創設し、その条件において、立法者と裁判所が、反復的な認識発見過程において、不確実な条件において、適切な結果を探索することができるようにすることである。しかし、このような認識発見過程のための効率的な枠組条件の追求において、再び法の経済学的分析が意味のある寄与をすることができる (下記C)。さらに、著作権の経済学的分析が明らかに有する潜在力は、個々の非常に特定された問いかけの解決のために、結果分析の道具として寄与することにある。そのためには、とりわけ一定の鋭敏な領域における集中的な経験的調査の作業が必要である。

B. 著作権の存在の正当化並びに成立及び制限の定義付けのための経済学的分析の寄与—可能性と限界

I. 常識 (common sense) に基づく「古典的」な誘引理論 (Anreiztheorien)

知的財産権 (geistiges Eigentum) の基礎付けとしての「古典的」な試み、例えば、特許権の誘引及び報酬理論などは、新たな知識及び新たな著作物 (Werk) の創作及び発見²のための誘引としての権利保護の保障に依拠している³。

そこで著作者による創造的な創作 (kreatives Schaffen) を促進するために必要とされる経済学的誘引が直接に議論されている限りにおいて (「誘引 (incentives)」モデルの合理性の仮定)、そのような理論は経験的かつ行

² 狭義の開示の考え方は一特許権におけるものとは異なり一著作権の経済学的根拠としての役割は低いことから、以下、個別の客観的な関連性のある問題に特定して検討する。

³ 一般的なものとして、David, Intellectual Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History, in: Wallerstein (Hrsg.), Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology, Washington 1993, S. 19 ff. を参照せよ。

動心理学的に確認されているというよりは、むしろ反証されており⁴、その本来の形式は（その慣用的な「誘引 (incentives)」との用語にもかかわらず）、おそらく、もはやほとんど支持されていない。ここでは、いずれにせよ、著作権的に関係のある著作物の創作 (Werkschaffen) のために、単なる合理性モデル (REM-モデル)⁵を基礎とする誘引の考え方が、個々の著作者による「古典的」な著作物の創作の分野において、一体どれだけ適合するののかという問題が生じる。そのような考え方は、事業的利用者 (Verwerter) による刊行活動及び個々の著作物の種類と関連するが、創造的な成果の保護より、投資保護⁶の考え方を、最適な著作物の事業的利用 (Werkverwertung) の観点において、その中心においている⁷。

⁴ Ullrich, GRUR Int. 1996, 555, 565 f. を、特許権の関係の参照文献と共に参照せよ。この限りにおいて、下記B. IV. も、著作権のこの関係での経験的調査が欠落していること、特許権の領域における経済学的な経験的研究に焦点が当てられた理由について参照せよ。なお、著作権との関係においては、Schack, Zur Rechtfertigung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 123, 134 を見よ。内在的に動機付けられた著作者の（決して少なくない）例としては、類似のものとして Ohly (前掲), Urheberrecht als Wirtschaftsrecht, S. 141, 145 が、Ubertazzi の「我々は書く。それは我々の中に炎が燃えさかるからだ。」との標語を引用している箇所を見よ。その偉大なイタリアの著作者にゲーテをもって答えている。すなわち、「そして、汝が命をかけてなろうとしなければ、汝はこの暗い世のただの薄汚れた客だ。」 („Selige Sehnsucht (至福の憧憬)“, Goethe, Buch des Sängers (詩人の書), in: West-östlicher Divan (西東詩集), Sammlung v. 1819 から引用した詩)。

⁵ 単純な均衡モデルを基礎に置く方法論的な個人主義 (英語の造語 *Resourceful Evaluating Maximizing Man* [資源的な価値を極大化する人]、REM 仮説ともいう。) は、個々の市場参加者は供給者側と需要者側とにおいて、経済人 (homines oeconomici) として、ただ合理的かつ利己的に行動し、自己の利益又は効用を極大化すると仮定している。

⁶ アメリカ法の例であるが、まさにいわば「古典的」な誘引を基礎とするアメリカ連邦最高裁判所の考え方として、*International News Service v. The Associated Press*, 248 US 215 (1918), 69, 71 を参照せよ。それは、公正競争法的な投資保護の促進という経済学的な観点をアメリカのコモン・ロー (common law) において基礎付けたものであり、程度こそ様々であるが、多数の州のコモン・ローにおいて、その先駆者

これはまさしく、ここで、近代的な行動経済学的及び創造性の調査 (Kreativitätsforschung) の方法により、創造的な著作権の創作の多様なモデル化への問いを提起する。しかし、これらの問いは、いわば「古典的」な形態における誘引理論が、いずれにしても、もはや最近の議論における中心ではないことから、以下 (B. IV.) において、今日の知的財産権に関する経済理論の客観的な文脈において、「疑わしい」ものとして) とらえていく。

を見いだすことができる。詳細については、Leistner, *The Legacy of INS v. AP, in: Heath/Kampermann Sanders, Landmark IP Cases and their Legacy* (2010年刊行) を見よ。⁷ 特徴的なことは、同様に「古典的」であり、多数のさらに発展された経済学的分析における基礎付けの試みは—英米的な著作権の観点において全く一貫した—狭い意味における創造的な活動と、事業的利用者の活動とを、その著作権のモデルにおいて所与のものとして同等に扱っている点である。この点について最近の基礎的な研究として、Landes/Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, S. 38 を参照せよ。これに対し、個別的な創作に対する誘引と、著作物の事業的利用の最適化との区別は、発明 (invention) (発明そのもの) と狭い意味での技術革新 (innovation) (発明の市場における商業化) との間の基本的な相違を考慮したものである。その相違は、現在においては、特許権の経済学的分析などのために、シュンペーターの技術革新の性質についての基礎的な調査の成果 (Schumpeter, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, 1911; ders., *Business Cycles*, 1939 を参照せよ。) によるものとして承認されている。しかし、この境界線を、その性質上、常に明確に引くことができるわけではない。その結果、同じような試みが重なってしまうこともある。とはいえ、特許権については、発明者の活動それ自体に対する誘引に基づく理由付けの試みは、調査の方向性 (特に Kitch の「プロスペクト理論 (prospect theory)」による (Kitch, 20 J.L. & Econ. 265 (1977) を参照せよ。)) とは区別することができる。その調査の方向性は、もはや、この狭い意味において誘引に基礎付けられているのではなく、むしろ、発明の活動に続く管理と発明の商業化のための枠組条件の最適化に基礎付けられている。詳細は、Peritz, *Patents and Progress: The Incentive Conundrum*, in: Kur (Hrsg.), #, 2009 (刊行予定) を見よ。Bechtold, GRUR Int. 2008, 484, 485 における簡単な指摘も参照せよ。同様の区別による著作権に関する最近のものとして、Ohly, *Urheberrecht als Wirtschaftsrecht*, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, 2008, S. 141, 144. 著作権における同様の試みについてより詳しくは、下記 II を見よ。

II. 「新古典」的機能理論：公共財と財産権

最近の著作権の経済理論は—多様に形成 (Ausgestaltung) されるに当たり—公共財 (public goods) としての無体的な成果 (immaterielle Leistung) という性質から出発する (それは、利用の非排他性及び非競合性により特徴付けられる)。このような成果が供給不足にならないようにするために、財産権 (property rights) による人為的な排他的秩序が著作者や事業の利用者 (Verwerter) のために必要であるとされる (動的効率性)。ここでは、利用者 (Nutzer) (将来の著作者でもある) の利益と、創造された著作物に可能な限り自由にアクセス (Zugriff) するという一般の利益とが対立するとされる。これは、静的効率性の観点に適合するものであり、この観点は、上述した非競合性を理由として、全面的なアクセスを肯定すると共に、特に著作権の保障による死重による損失 (deadweight loss) により攪乱される⁸。

このような基礎において、著作権による無体的な成果の保護が厳しい見方においても正当化されるのは、それ以外の投資の成果に比べて、特に利用の非排他性により生じる不利益を補填することにより、新たな著作物の創作のための誘引と報償による効果に必要な限りにおいてである⁹。このような前提において、(潜在的に自己においても創作的な) 利用者による著作物の創作とアクセスという誘引による二つの目標設定の間でのトレードオフ (trade-off) 関係を最適なものとするという意味において、できる限り多様化された均衡が求められるであろう¹⁰。

著作権の保護の成立及び限界のモデル化についてのこの謙抑的な仮定は、90年代の初めから一層進展した財産権としての議論により、現状にお

いては少なからず圧力を受けている¹¹。これらの—「新古典」的モデル化により安定的に裏付けられた—試みは、著作権の処分権をどのように帰属させるかを、「人為的」誘引の創出により、公共財としての無体的な創作的成果への過小投資を具体的に防止することについてではなく、むしろ財産権の保障により、無体的な成果を市場化する能力を与える点についてのみ見ており、(市場における著作物の事業的利用の) 技術革新的な側面に焦点を当てている。このような—ドイツにおいては、機能理論との名称において、内容的には別の謙抑的な見方においても明確に主張されているが¹²—「新古典」的見解によれば、著作権の保障において、市場のための機能的な条件の創出のみが問題とされている。そのような条件の枠組みにおいて、競争により、今度は配分の効率性の意味において、著作物の創作と頒布が制御されるべきであるとされる。

これが、たとえ上述の方法論的基礎において—市場の失敗に脅かされた多数の状況との関係において¹³—必ずしも必要でなかったとしても、これらの財産権的な試みの多くは、結果として、できる限り広汎な処分権を保障することを支持するという傾向を顕著に発展させている。そのため、できる限り広い範囲の配分の効率性を実現すべきであると、そのために、

¹¹ アメリカの文献として、著作権については (このような、当初は特許権との関係において発展された試みに関し、この関係におけるプロスペクト理論について、*Kitch*, 20 J. L. & Econ. (1977), 265 ff. を参照せよ。)、*Gordon*, 41 Stan. L. Rev. (1989), 1343, 1389, 1435 ff.; *Easterbrook*, 13 Harv. J.L. & Pub. Pol'y (1990), 108, 113; *Merges*, 12 Berkeley Tech. L.J. (1997), 115, 127, 131 がある。このような試みのドイツにおける受容については、例えば、*Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356 ff. を参照せよ。

¹² 著作権については、*Koboldt*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Beiträge zum IV. Travemün der Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts, 1994, S. 69 ff. を参照せよ。特許権については、*Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555, 565 f. がある (おそらく、二つの、まさに、以下のアメリカの文献において支配的に生成し、以下に描写した財産権の論理の可能な限り広い保護の方向に向けての固有の自立化の傾向である。)

¹³ 下記注16の引用文献を参照せよ。それらは、全体として、財産権理論の意味における「新古典」的モデルにおいても、個々の制限条項を理由付けることが可能であるとす。

⁸ このような試みは多数あるが、例えば、*Landes/Posner*, 18 J. Legal Studies (1989), 325 ff. mwN を参照せよ。ドイツ法について適切なもので、最近のものとして *Ohly* (上記注7), S. 143 f. を参照せよ。

⁹ そのような見解として特に基本的なものとして、*Lunney*, 49 Vand. L. Rev. (1996) 483, 554 et seq. がある。結論において類似の見解として、*Lemley*, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Tex. L. Rev. (2005), 1031 がある。

¹⁰ 詳細については、まさに下記 B. I. を見よ。

もっとも広い範囲において、無体的な著作物のすべての積極的な外部性を、これらの市場における積極的な外部効果を取引可能にするための基礎として、財産権の枠組みにおいて内部化しようとしている。その帰結として、著作権の制限 (urheberrechtliche Schranken) は、そのような財産権理論の内部において、非常に消極的なものとされる。常に市場が一財産権学派の見解によれば—それ自体により解決を見いだすことができるところでは (そして、集合的な利用権許諾システムの発展さえも、ここでは市場の主導のみに基づいて問題なく期待することができる¹⁴)、広汎な著作権を保障すべきであるとされるが、それは、これらの個々の無体的な成果の断片の配分の効率的な帰属を市場に任せるためである。著作権の制限は、そのような財産権的な議論の内部において、最終的には市場の失敗という状況においてのみ説明することができるのであり、そのため、直ちに、一定の状況において移転費用が禁止的に働くことに対する反作用の意味におけるもっぱら「古典的」なライアビリティ・ルール (liability rules)¹⁵ として位置付けられる¹⁶。

¹⁴ 特に *Merges*, 84 Cal. L. Rev. (1996), 1293 ff.: „contracting into liability rules“ を参照せよ。

¹⁵ *Calabresi/Melamed*, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1105 ff. (1972) を参照せよ。このような基礎に置かれた誘引に対してさえ、最近のもので、著作権について批判的なものとして、*Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 502 f. (1998) がある。その外の一般的な参考文献については、*Bechtold*, Vom Urheber—zum Informationsrecht, Implikationen des Digital Rights Management, 2002, S. 334 f. を参照せよ。

¹⁶ 例えば、(主な方向性としては)、*Gordon*, 82 Colum. L. Rev. (1982), 1600 ff.; *Bell*, 76 N.C. L. Rev. (1998), 557, 583 を見よ。その外、例えば、さらに、*Ohly* (上記注 7), S. 157 がある。これに対し、「古典的」なモデル環境 (Modellumgebung) においても的確に多面的な理由付けをするものは多数あるが、例えば、*Depoorter/Parisi*, 21 Int'l Rev. L. & Econ. (2002), 453 ff. がある。(多数の保護された権利者の戦略的な行動により、移転費用のかからないモデル環境においてさえも、使用料の停滞 (royalty stacking) が生ずることによる) アンチコモنز (anticommons) の悲劇を避けるための制限について、やはり同様の多様化をするもので、明確なものとして、*Gordon*, 50 J. Cop. Soc. (2003), 149 ff. がある。

ここでは、そのように拡張的に理解された機能理論の帰結は、多様な観点において、当然のものとは全くいい得なくなる。第一に一消極的な排他性についての共有地 (コモンズ) の悲劇の議論 (tragedy of the commons-Argument) との対比において—それと鏡像的な関係にある全体として積極的な排他性の内部化の要求は、必要なものでは決してないからである¹⁷。第二に、著作権を競争行為の手段としての機能に引き下げる試みは、まさに多様な創造性について、特に強い積極的な外部効果を一般の利益のために展開する形態を促進するためには、必ずしも適切ではない。そのような試みは、すなわち—方法論的には結果として—著作権の保護の形成により、促進される創造性的内容に与える反作用を無視するものである。このような内容について、そのようなモデルは、ただ、(大衆的な) 市場における成功のみを重視しており、さらに特定の歪曲された効果として、一定の領域に特化された過剰な投資がされかねず、有害ですらある。この二つの点において重要なことは、純粋な財産権の論理に対し、やはり、より公共財を利用可能にするという視点において必要とされる誘引という論拠を中心に置き、この論拠を一層多様化するという新たな考え方を試みることである。

III. 誘引理論再訪：公共財と誘引の効果及び情報へのアクセスの制限と間の規範的均衡

方法論的にいくらか多様な試みにおいて、論拠が衝突し合う方向において正確に比較可能であるが、著作権的な体系を正当化する新たな見解は、再び¹⁸、より一層の保護を形成するに当たり、全体的な積極的な外部性の内

¹⁷ このコモンズの悲劇とパラレルな財産権の議論の当初における背景について、説得的な反証と併せて、特に *Lemley* (上記注 9), 1037 ff. を参照せよ。

¹⁸ その限りにおいて再び一層中心的な点とされる、情報へのアクセス (静的効率性) と創作的な成果 (動的効率性) との著作権による保護の均衡点の探索は、まさに、全く原初的な制度経済学的な知的財産権に対する見方 (一つの同様な「伝統的」なドイツ法におけるこのような試みの形態として、*Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, S. 85 ff. を参照せよ。)

部化ではなく、創作的な著作物について、その公共財的な性格に照らして、生産が過小とならないように、むしろ必要な誘引を与えることのみを同様に強調する¹⁹。その理由は、特に、やはり「古典的」対象である財産権の領域では、権利者における全体的な積極的外部性の内部化は、財産権理論に照らしても、要請されていないからであるとされる²⁰。むしろ、全体的な積極的外部性は、著作権の処分権又は十分に法的にも支えられている電子的権利管理 (DRM) システムの枠組みにおいて、市場において正当化されていないそれ以外の投資の対象と比べても、無体的な創造性への投資を有利なものとしているとされる。したがって、効率的な投資判断への帰結を意図した方法論の枠組みにおいて、一定の無体的な成果のために不効率な過大な投資がされかねないとされる²¹。さらに、十分なまでに形成された排他権により、情報へのアクセスの費用、とりわけ、さらに発展し、派生する創作性 (創造的な使用 (*creative use*)) のための費用は高くなるとされる²²。こうしてしかし、著作権の保護の形成が、個別的には明らかに既に存在する基礎における創造的な創作の枠組条件として非常に重要であり、同時に創造性の内容、創作される著作物の種類、特にその多様性に影響を与えるであろうとされる²³。これは、再び、必然的な反作用を、そ

のような創造的な創作と結び付けられた、個別に数量化しがたい創造的な著作物の創作に対する積極的な外部効果に対してもたらすものであるとされる²⁴。

そのような、より広汎で全体として代替的な形態における機会費用を論拠とする枠組みにおいては、現在の著作権の保護の正当化は、およそ、まさしく着目されている市場及び著作物の分野の性質による。個々の市場において考慮されるべき固定的及び限界的な費用次第では、著作権の保護の形成は、純粋な経済学的視点において全く不要であるか、いずれにせよ全く異なるものに形成すべきであることになる²⁵。(同様に消極的な) かなり粗い財産権的な論拠に対し、確実な慎重さを強調するばかりでなく、著作権の保護の形成を個々の市場の状況及び個々の著作物の種類についてするための基礎として (同様に積極的な) 多様な基準をも探求する試みは²⁶、これまであまりにも広汎に経験的な裏付けを欠いており、それほど説得力があるようには思われない。しかし、また、方法論的な理由から、現状の経済学的モデルの枠組みにおいて、著作権の保護の「正しい」均衡点を「抽象的」にせよ見いだすことはそもそも可能であるのか、まさに疑う必要が

に一致するが、今では、純粋な新古典的な議論に対し、傾向としてより強く創作的な成果への数量化し得ない積極的な外部効果が、一般の利益のために強調されているにもかかわらずそうなのである。アメリカの議論における現状については、最近のものとして、*Goldhammer*, ZGE1 (2009), 139 ff. を見よ。

¹⁹ 基本的なものとして、*Lunney* (上記注9), 582 ff.; *Lemley*, Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property, 71 U. Chi. L. Rev. (2004), 129 ff.; *ders.* (上記注9), 1046 ff.; *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. (2000), 1799 ff.; *Ramello*, Liuc Papers n. 141, Serie Economia e Impresa, 35 (2004), 12 ff. を見よ。

²⁰ 上記注17を見よ。

²¹ 特に、*Lunney* (上記注9), 582 ff. を見よ。

²² その限りにおいて、まさしく一般的な見解として、例えば、*Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, 2003, S. 52 f. も参照せよ。

²³ 特に分かりやすいものとして、*Ramello* (上記注19), S. 3 ff. を見よ。基礎的なもので参照すべきものとして、*Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81 (2002) は、無体財産権的な排他的保護を強めた形態とすることは、生成される情報財の望ましくない集

中化及び単一化に繋がることを明らかにしている。簡潔なものとして、*Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484, 485 も参照せよ。より詳しくは、以下、まさに本論稿を見よ。

²⁴ 上記注19の引用文献を見よ。また、例えば、(DRMシステムについて、又は強制的な制限を考慮した提案のための具体的な提案における [まさに魅力的な文化 (just and attractive culture)] の明確に規範的な思考に特化した議論については)、*W. Fisher III.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1216 ff. (1998) を見よ。ドイツの著作権については、最近のものとして、非常に類似した方向性において、*Schack* (上記注4), S. 133 における指摘、すなわち、例えば、華美な文化的な生活というような無体的な価値は、しばしば経済学的計算になじまないという指摘を参照せよ。

²⁵ 的確なものとして、*Engel*, Geistiges Eigentums Anreiz zur Innovation, Die Grenzen des Arguments, Preprint 2007/4b of the Max-Planck-Institute for Research on Collective Goods, Bonn (ダウンロード先: http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2007_04_bonline.pdf, S. 8 [2008年7月14日現在]) がある。

²⁶ 例えば、*Lunney* (上記注9), S. 601 ff. が、最近、文学的な書籍の市場について、かなり古い経験的データに基づいて、特定の帰結について誤った一般化をしていることを参照せよ。

あるかもしれない²⁷。別の機会には、「抽象的」な命題として、著作権の保護の条件及び範囲の「正しい」と想定された形成が、そのために必要とされる制度経済学的な比較の複合 (Komplexität) の観点から不可能であることを証明しようとする試みがされた。なぜなら、誘引の観点での全体的な体系での調和における広汎な経済学的な最適化の試みは、分析において想定される制度的な個々の選択肢の多くが必然的にややあいまいであったり、所与のものとしてされたりしていること、又は他方において選択肢全体の最適費用の完全な考慮が可能だとしても、不可避免的に最適点が複数になりかねないことによる²⁸。さらに、特に資産効果についての新たな行動経済学的な認識を個々の市場参加者への一定の財産権の制度的な分配において考慮したとしても、純粋に経済学的に決定される現行の著作権のシステム全体の最適化は、現状では現実的ではない。いずれにせよ、ここでは、非常に高められた (正当化の) 要請が、個々の市場の環境と著作物の類型ごとに、より広範に多様化された著作権の保護についてされること、経済学的観点から支持される。現在の著作権のシステムのように全体を覆う一つのサイズをすべてに適用しようとするアプローチ (*one size fits all-approach*) は、より最近の経済学的な調査からみれば、「正しい」均衡点の観点における必要な多様化の詳細は十分には明らかにされていないとしても、既に原理的な理由から疑わしい²⁹。著作権のシステムの多様化

のために必要な裁量の余地及びその立法技術による形成についての考慮については、(やはり経済学的観点から) 再び触れる。

ここまでにおいて、経済学的モデルによる結果の必然的な限界と不確定性は、一定のモデルを仮定する結果として方法論的に綿密な作業によっても露呈するが、著作権における経済学的分析の構造化され、より正確な「視点を鋭敏にした」機能を損なうものではない³⁰。特に、著作権についての純粋な厚生経済学的分析の必然的な不確定性は好機ともいえる。純粋な厚生経済学的分析により客観的に決定された結果というよりは、準合理的な結果が得られるにすぎず、その結果自体が編集的に特定されたモデル環境を基礎とし、一定のモデルの仮定に基づくとしても、そのことは、創造的な著作物の創作及び事業的利用の領域において、特に上位の目標設定一例えば、分配の正当性又は文化的な多様性、文化、出版及び学問の自由の確保というような目標の導入により、実際の人の行動についての新たな認識を導入して、経済学的分析を経験的により正確にし、かつ規範的に「担わせる」ことに反するものではない³¹。理想的には、そのような新たな行動経済学的認識と、事情に応じて規範的な目標設定を、それに対応する市場モデルに組み込むこともできる。これは、より現実に近い著作権の経済学的分析のために貴重な寄与をするものであり、それにより、経済学的な結果の検討の合理化をこの分野においてするものである。なぜなら、著作

²⁷ Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 485 を見よ。また、Harhoff, JITE 160 (2004), 157, 159 における簡潔な示唆を参照せよ。

²⁸ Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 483 f. 機会費用の問題は、まず、特に楽観的で決定論的な法と経済学の論稿との論争において、まさに何度も特にユーモラスに定式化されてきた。そのようにコメントするものとして、Leff, 60 Va. L. Rev. 451, 476 (1974) は、「もし問題の状態が n 個の変数の解であり、 n より少ない変数についてしか知らないか、制御することができないにもかかわらず、自己の変数を変えようとするときに何が起きるかを知っていると考える者は、敗者となる。」とする。無体財産権の状態に適用すれば、同じような疑問を少なからず皮肉めいて、「ミッキー・マウスの経済学」と描写しているものとして、Harhoff, JITE 160 (2004), 157, 159。

²⁹ 多数の論稿の中でも、とても明瞭かつ適切なものとして、Ramello (上記注19), S. 13 を参照せよ。

³⁰ 著作権について同様のものとして、Ohly (上記注7), S. 150 を見よ。最近のものとして、規範的な経済学 (Ordnungsökonomik) と経済学における準合理的かつ計算的なモデルとの間において憶測される矛盾について、金融危機の結果として広く開始された議論について一般的なものとして、Vanberg, Die Ökonomik ist keine zweite Physik, FAZ, Wirtschaft, v. 13. April 2009; Plickert, Ökonomik in der Vertrauenskrise, FAZ, Wirtschaft, v. 13. Mai 2009 を参照せよ。定式的な経済学と規範的経済学との間の矛盾という構造に反対するものとして、最近のものながら、疑問のある Gehrig, Schadet es wenn Ökonomen rechnen können? FAZ, Wirtschaft, v. 11. Mai 2009 も参照せよ。

³¹ 特許権の経済分析についての議論で同様のものとされる、Peritz, Patents and Progress: The Incentive Conundrum, in: Kur (Hrsg.), #, 2009 (刊行予定) を見よ。「規範的」経済学的効率性という概念一般について、ドイツにおける最初のものとして、Drexel, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 162 ff. を見よ。

権について限られた範囲の経済学的分析では、著作権の重要な部分の中核にある規範的に「正当」なものと評価される分配の公正又はそれ以外の規範的に決定される側面を確保する国家的な干渉にあえて目をつぶり³²、その代わり純粋に静的かつ動的な配分の効率性に焦点を当てるために、著作権の規範的かつ事実的な現実について、ゆがんだ像を編集的に描写するおそれがあるからである³³。その代わり、著作権の経済学的分析において、誘引の効果と、情報へのアクセスの費用との間—特に創造的利用—における規範的な均衡の創出を、現状では市場における数量化が難しい、創造的な創作のより広汎な積極的な外部化の考慮のもとに、一般のためにすることが問題となる。経済学的分析は、そのため、著作権の複雑な立法的な目標設定及び特に著作権の法律による形成に影響を与える基本権 (Grundrechte) の客観的な価値的秩序の規範的な枠組みの中で揺れ動いている。

前述したような議論においてもまた、著作権の制限に対する明らかに他の多層的な意味が「新古典的」機能理論内において与えられる。市場の失敗の状況における取扱いの外に³⁴、このような観点から、著作権の制限において創造的な著作物の創作の派生的な利用による一定の積極的な外部的效果が一般の利益のために可能となり、かつ容易になることが問題となる。より広汎な創造的な利用の条件として著作物への有効なアクセスを最大限に広範囲に可能にすることの外に、その際、それ以外の積極的な外部的效果が中心的な問題となるが、その外部的效果は、優遇された利用の意思を有する者からみて全く内部化されていないか、ただ限定的に内部化さ

れているにすぎず、対価の支払の意思において反映されることができないものである³⁵。したがって、講義における使用のための制限や類似の制限は一般の利益により説明することができる³⁶。さらに、法秩序における一定の避けることのできない規範的な前提、例えば、著作権により保護される著作物を用いた議論における表現の自由 (Meinungsfreiheit) などの憲法的な枠組条件があるが、それは、ここで採用される見解においては、限定的にしか経済学的にモデル化することができない³⁷。

このような明らかに慎重な前提において、ここで採用する見解は、特に共同消費的な利用形態が、可能な限り効率的な制限の制度の枠組みにおいて、単なる受動的な利用であり、単純な保護の必要の少ないアクセスの利益から区別されるように、個別に列挙されなければならないというものである。したがって、一定の強行法的な制限は、創造的でさらに憲法的な要請又は社会な有用性のある利用形態を、単なるアクセスの利益とは区別することができるであろう³⁸。なぜなら、最後に述べた単なるアクセスの利益は、DRMシステムの枠組みにより潜在的に可能な、より広汎な価格の差別化の可能性により、全く適切かつ効率的に個々の利用者の支払能力に依

³² 特に、ドイツの著作権契約法について適切なものとして、Leistner, Die „angemessene Beteiligung“ des Urhebers nach § 32 UrhG aus verhaltensökonomischer Sicht, in: Riesenhuber/Klöhn (Hrsg.), Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik (2009年刊行) を見よ。

³³ 的確なものとして、Bechtold, GRUR Int. 2008, 484, 488 mwNがある。

³⁴ 例えば、一定の状況における禁止的な移転費用に基づいたり、アンティコモンスの状況における戦略的な行動に基づいたり、その他の戦略的な行動の方法の導入による「近代化」された新古典的モデル環境の内部においてモデル化された効果、例えば、特定の市場の状況におけるネットワーク効果及び事実上 (de facto) の標準による影響などに基づくものである。

³⁵ Bechtold, Vom Urheber-zum Informationsrecht, Implikationen des Digital Rights Management, 2002, S. 333 f.において引用されている多数の論文を参照せよ。

³⁶ Dowell, 86 Cal. L. Rev. (1998), 843 ff.; Cohen (上記注19), 1807を参照せよ。

³⁷ 基本的に類似するものとして、Fisher (上記注24), 1216 ff.を、ドイツの著作権の観点からのものとして、Schack (上記注4), S. 135、Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 482 f.; 486 ff.; Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht-Vorträge und Berichte Nr. 167 (ダウンロード先:http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht4/Homepage/Beitraege/ZEW_-Heft_Nr._167_Prof._Dr._Leistner_LL.M._.pdf [2008年6月14日現在]), S. 32 ff.を参照せよ。同様の示唆をするものとして、Harhoff, JITE 160 (2004), 157, 159を参照せよ。

³⁸ これは、ここで採用されている見解によれば、実際にも基本的に可能である。この点の詳細については、下記D. II.を参照せよ。

じて充足されるとされるからである³⁹。そのような著作権制度の例外を個別に積極的な外部効果に従い限界付けるといふ試みは、特に創造的なものか、又は公共に資する形態を展開させるものではあるが、次第にある疑問に直面している⁴⁰。強調しても決して不当ではないことは、社会的に使用される利用形態を、そのような目的で、強行法的に形成されている制限に取り込むという試みは、必然的に不正確にならざるを得ないということであり、それは、一定の間接的な反作用を、個々の分野における創造的な創作の枠組条件について、現状の状態において無視し得ないことによる。さらに、他方において、特に典型的に共同に利用される著作物の創作形態については、著作権による資金的な誘引による影響がこれまで考えられていたよりも非常に限られた範囲でしかなく、そのため、より高い程度の保護が、投資の誘引のずれや、創造性のための枠組条件の変更により、結果として、文化的かつ科学的な創作の内容にも反作用を与えかねない。著作権を可能な限り包括的に保護することは、個々に限定的に共同的に利用される情報へのアクセスに特定された例外を備えるだけでは、枠組条件や、それにより直ちに創造的創作の内容的な構造に影響し、一定のレント・シーキング (rent seeking) 現象⁴¹により、また全体としてさらに進展する創造性及び情報のネット化のための公共的基礎を狭めることにより、おそらく、より単調な、より大衆の嗜好及び大衆の需要に向けられた著作物が創造されるだけになるであろう。現状の自由な部分の範囲においても、「分散」し、同様に計画によらない創造性の発現の余地はあるが、それは限定列举された目的ごとの制限の制度により直ちに把握することはできないものである⁴²。このように、一定の特別な特権の利用のための目的に応じた細かな制限の制度を構築するだけでは、本来文化的な創造の価値を、これま

で以上に大衆的な市場における成果により評価するものであり、社会全体の文化的創造への意味及び価値についての考え方に必ずしも適合しないものである⁴³。目標とされている創造的な創作による積極的な外部効果は、結果として、狭められるだろう。著作権を制限する規定についての経済学的分析のみでは、いずれにしても、これらの多様な背景において、情報社会における著作権の制限の制度の形態について完結的な指標を提供し得るものではない。多くの場面において、折衷的な方法が、適切な法的「規制密度」についての問いとの関係において問題となる。

ここでは、著作権の保護の正当化とその形成について、全体として、これまで主に重点としていた理論的な法と経済学の運動の最適化の思考の俯瞰図をみるが、それは、創造物と事業的利用者についての費用及び収入の構造の個別の著作権の市場における、より正確な経験的な調査を明確に重視するものである。課題の複雑性との観点において「理想的」な保護の均衡点を個別の著作物の種類又は市場について見極めるものでは確かにないとしても、そのような可能な限り目的に応じた経験的な分析は、いずれにしても、例えば、これまで統一的な著作権の保護において不適切にも本質的に区別なく理解された個々の著作物の種類における多様化の必要性の基本的な方向を示すことを可能にする比較のための知見を与えるものである。さらに、最近一層強調される著作権の保護の創造的な情報の利用及び再加工の基礎としての情報ネットに与える影響及びこのようにして特定されて促進される創造的な創作の構成及び内容についての保護の形成の反作用的効果についての考え方が、実際の人の創造性の枠組条件及び構造についての行動経済学的かつ心理的なアクセスのための調査の課題に関して現れる。そして、創造的な人間の意思伝達の分析及び評価についての情報及び伝達理論の発展のための課題が示される。集中的な調査の作業が、心理的な動機付け及び創造性や、より理論的な情報及び伝達理論の領域においてなされることが、ここでは重要であると思われる。それは、ここにおいて、人間の創造性の前提条件及び影響の評価を市場に依存させ

³⁹ この方向性については、特に上記の *Fisher* がある。この点について、*Bechtold, Vom Urheber-zum Informationsrecht, Implikationen des Digital Rights Management, 2002, S. 368 f. mwN* も参照せよ。

⁴⁰ 特に *Cohen, 53 Vand. L. Rev. (2000), 1799, 1814 ff.* を見よ。

⁴¹ この点については、*Ramello* (上記注19), S. 9 ff. mwN を見よ。

⁴² 基礎的なものとして、*Benkler, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81 (2002)* を見よ。上記注23も参照せよ。

⁴³ 多数あるが、考慮するに値するものとして、*Cohen, 53 Vand. L. Rev. (2000), 1799, 1814 ff.*; *Ramello* (上記注19), S. 3 ff. を参照せよ。

ることを望まないすべての調査者が、少なくとも試みにせよ、信頼に足りる異なる評価の基準を発展させる責務を果たし得るからである⁴⁴。

IV. 精緻化：ゲーム理論、行動経済学及び経験的調査

誘引の論拠の統一的な適用力に対する疑いと、この関係におけるより広汎な多様化の要求は、(ドイツにおいても) 反響がみられる。この方向への最初の試みは、例えば、古典的な戦略的人間の技術革新への行動のREMモデルにおいて、まず、二人のモデルにおいて、次に、購買者を考慮して、より広汎な多様化の基礎としての誘引の論拠を、少なくともゲーム理論を基礎において改善することである⁴⁵。

⁴⁴ 他方、確かなコントロールを内容的に文化的及び科学的な創造性について、より上位の目標、例えば、特に文化的及び科学的な多様性(著作権による文化の奨励)においてすることについて、考慮に値するものとして、Schack(上記注4), S. 136 f.がある。それは、著作権による文化の奨励が必然的にその自由を確保する機能を没却し得るからである。これは、著作権により文化的及び調査活動を内容的に全く特定の方向へ向けようとする試みを拒絶する限りにおいて、間違いなく正しい。他方、結果として生じる創造的な活動(及びより情報及び伝達理論的な思考をその基礎にある多様性の概念自体にすること)の多様性についての法的な枠組条件の反作用に対する進化した調査の試みが、ここに採用される見解に従い、積極的な経済学的分析の意味において(特に著作権の制限の領域において)説明する機能において、非常に重要な役割を有する(この限りにおいての制限については、Schack, aaO., S. 137)。Vgl. そのほか、そのような枠組条件において生じる内容に対するオープン・アクセス(open access)についての現在の議論の焦点が誤っていることを全く正当に批判するものとして、Weber, FAZ v. 6. Mai 2009, S. N3を、インターネット時代における学問的なテキストの質についてさらなる経験的な調査作業についての指摘と共に参照せよ。

⁴⁵ 最初の試みとして、Gordon, U. Dayton L. Rev. 17 (1992), 853 ff.を見よ。最近のもので、区分されたゲーム理論モデルについて、誘引の論拠がかなりな程度相対化されたものとして、Engel, Geistiges Eigentum als Anreiz zur Innovation - Die Grenzen des Arguments, Preprint No. 2007/4b des Max-Planck-Institute for Research on Collective Goodsを見よ(ダウンロード先: http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2007_04bonline.pdf [2008年6月21日現在])。

このような調査の結果は、誘引の論拠を、その適用力がいずれにしても相当な程度、費用に関連するそれぞれの著作物の種類及び市場の枠組条件に依存しているという意味において、明らかに相対化するものである。特に誘引の論拠の適用がそのようなモデル環境において依存しているのは、(多かれ少なかれ創造性のある) 競業する提供者が実際に複写するための費用、競業する提供者による実際の利用や、再加工及び自己の著作物の事業的利用における費用並びに事情に応じて比較的大きな自己利用、協同的な創造性の費用並びに個別の分野及び個別の利用形態における保障された権利の事実上の強制力などである。購入者をそのモデルに導入すると、状況は著しく複雑となる⁴⁶。特許権の保護の個別の分野においては、取扱い可能な経験的なデータにより、少なくとも、技術革新的な活動の条件としての権利の保護に対する疑問が示されている⁴⁷。ゲームの理論のモデルは、またしても、基本的に分野を特定した、より広汎な多様化の必要性を疑うものといえる。

このモデルは、その立場において著作権に適用するに当たり、様々な観点において、さらなる発展と、望まれるより深化された調査を必要とする。まず、知的財産権により保護された権利の効果についての経験的研究の多くの部分が特許権の分野に関するものであることは偶然ではない⁴⁸。それは、第一に、特許出願及び特許の事業的利用を比較的単純に統計にとらえることができるため、経験的なアクセスがより容易であることによる。第二に、とりわけ、特許権に係る調査及び展開の領域において、典型的には技術革新を前提とする企業の投資決定は、明確に費用に則しており(事情に応じて戦略的な行動に関係し)、市場参加者の行動の合理的モデルにおいて、より複雑に構成されている著作権の保護における個々の創造性⁴⁹

⁴⁶ Engel, aaO., 6ff., 24 ff.

⁴⁷ Engel, aaO., 8ff.

⁴⁸ 同様の見方(と思われるもの)として、例えば、Samuelson, 1 University of Ottawa Law & Technology Journal (2003-04), 3, 8を参照せよ。

⁴⁹ これまで、その立場において、権利について、もつとも控えめな試みが検討されたものとしてRehbinder(Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, 2003を参照せよ。

が機能するための条件よりも、より容易かつ確実に把握することができることによる。そして、第三に、発明者による技術革新に係る特許権の分野は、伝統的な理解において、より大きな経済学的意味を有しており、それに対応する経験的かつ経済学的調査のための補助金 (research grants) が、まず、最初にこの分野において認められたことによる⁵⁰。このことは、現状において著作権の分野における経験的な経済学的調査が不足している原因に確かになっている。このようなことから、ゲーム理論モデルの観点から、とりわけより広い経験的な研究が個別の著作権の市場における費用構造及び市場条件について、まさに必要であるように思われる。このモデルは、この関係において、経験的な調査の課題の設定についてより正確な定式を与えてくれる⁵¹。

さらに、既に理論的な観点から投げかけられる疑問は、どの程度、純粋な合理性に基礎を置く戦略的投資決定についてのモデルが—特許権においてはまさに合理的なものと思われるように—実際に市場参加者としての個々の著作者における動機付けの状態を正しくモデル化しているのかということである⁵²。ここでは、再びゲームの理論の観点において—行動経済学的かつ心理学的な調査を個々の創作者 (Schöpfer) の市場行動についてすることが問題となる。常にこのテーゼは、行動経済学的に個々の著作者の市場行動にアクセスすることにより—例えば、その過度の楽観性 (over-optimism)、自己の過大評価 (over-confidence) 及び関係する著作者契約法的な取引慣習と合わせて適用される排他的な著作権モデルの様々な枠組効果 (framing-Effekten) が—純粋な合理性のモデルに対し、明らかに分析結果のずれをそれ自体にもたらしかねないものである。このことが、ここまでまさしく、上記B. III.において明確にした調査の不備が、特に行動経済学的に個々の創作者の動機付けの状態や市場行動にアクセスすることにより、確認され、かつ拡大されている。このことは、実務的な意味

を、例えば、現行のドイツの著作者契約法の経済学的分析に与えるものであり、それは、まさしく個々の著作者と制度的な著作物の事業的利用者とは接する面において、その純粋に厚生的なモデルにもはや一致させる形で適合することのできない規範的観点において分配の公平性を追求するものである。こうして、ここで採用される著作権における規範的な経済学的分析の基本的な概念はまさに確認された⁵³。

最後に、知的財産権の事実上の実現力は、誘引の論拠におけるゲームの理論のモデルにおいて重要な役割を持つものであるが⁵⁴、それに対して、より広汎で無視し得ない観点から問題が提起されている。すなわち、著作権はその (権利者の観点からの) 存在及びその強制力においてのみならず、その (利用者の観点からの) 例外及び個別の制限の認識においても、同じように「薄められた」権利であるということである⁵⁵。特に事実上のインターネットの領域—例えば、交換市場、ソーシャル・ネットワーク及び類似の多彩なインターネットサービスにおいて、排他的な著作権の保護の実現は、現状においては、表面的に保障されているにすぎない。それを実現する力は単に限定的に保障されているにすぎないため、ゲームの理論のモデルにおいて、費用の状態がゆがめられ、その結果、著作権の保護の主たる保護の根拠である誘引の論拠が弱められている。しかし、それとは逆に調査されるべきことは、著作権の制度的な市場での影響として、まさに鏡に映したように、利用者にとり著作権の保護の多数の例外の詳細が知られていないために、認められている利用自体が知的財産権の威嚇的な効果により低下しているということである。また、保護された権利自体の外形が、こうして、権利者からみて、その実現力が事実上限定されているばかりではなく、利用者からみても、まさに知識不足により生ずる萎縮的な効果 (chilling-effects) により、一定の合法的な利用形態のための例外がいざ

⁵⁰ Samuelson (上記注48), 8 を見よ。

⁵¹ 事情に応じて分野に特定して適用されるべき方法論について、下記注76における文献を参照せよ。

⁵² 著作権により保護される著作物の事業的利用の枠組条件についての性質上の別の見方として、上記B. I. を参照せよ。

⁵³ Leistner, Die „angemessene Beteiligung“ des Urhebers nach § 32 UrhG aus verhaltensökonomischer Sicht, in: Riesenhuber/Klöhn (Hrsg.), Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik (及びこの2009年に発行される巻の他の多数の論稿) を参照せよ。さらに詳しくは、下記D. I. を見よ。

⁵⁴ Engel (上記注45), S. 21 ff. を見よ。

⁵⁵ この概念についての文献については、Engel, aaO., S. 22 を見よ。

れも潜在的に十分には実現されていないという意味において、見逃し得ないほど「不安定 (weich)」であるということである。このような著作権の「不安定」な事前の効果が少ないからみられるのは、明らかに、個別の制限の規定の仕方によるものといえる。同様の集団ごとに特定され、市場参加者の行動に与える反作用については、行動経済学的にモデル化が試みられており、この点については後述する。

やはり、ここでも、とりわけ経験的な調査が、多様な裁判制度における著作権の保護の事実上の実現力と、多様な著作権の制度における正確な著作権の保護の限界の認識の程度について必要とされているように思われる。特に、この関係において生じる問題は、どの程度、立法者における現状の情報の問題について、一方では「目的を正確にとらえた」制限の仕組みという点において、他方では利用者からみた制限の法的な確実性及び信頼性という基本的な観点において、著作権の制限に関する規定の仕方を開かれたものとするか、それとも限定列挙的なものとするかということである。このような一法政策的な角度において一新たなデジタル的な利用形態の制限条件をより広く形成するためにとっても重要であり、比較法的な視点において非常に興味深い（またしても、まさに行動経済学に向けられた）問題提起については、何度か触れることになろうし⁵⁶、それは特に、保護の要件及び保護の範囲の外延という観点において、不確実な条件における法の制定と適用の基本的な問題でもある。

V. 限界：人格に関する創作者の成果の保護としての著作権

より重要な観点は、上述の厚生経済学的な論拠のモデルと同様にゲームの理論のモデルについても著作権の特性からみた精緻化が必要とされており、さもなくばここで採用されている見解でも超えがたい限界に至る点に関するものであるが、それは、現在では英米圏においても基本的な承認を得ている著作者人格権 (droit moral, moral rights) についての問題である。これらの権利においても、著作者の表示を求める権利のように、誘引により基礎付けられるか、又は情報経済学的にも基礎付けることができるであ

⁵⁶ 下記C.を見よ。

ろう⁵⁷。他方、いずれにせよ、基本的な公表権や、翻案権及び著作権的な改変に対する保護の根拠については、さらなる調査が必要である。このようなことから、この関係での国際法及び憲法的な出発点の経験的な基礎を調査するためには、例えば、著作者が一度流通に置いた著作物に対する心理的な結び付きをさらに調査することが必要である⁵⁸。

それ以外の場合には、さらに、次のような見解が採用されている。すなわち、著作者の人格的な権利は、結局のところ、いずれにしても、経済学的にモデル化することには限界があり、そのため、この分野においては、常に独自の規範的な基礎付けのみが⁵⁹著作者人格権の保護についてされる⁶⁰。ここで、脱存在論的かつ個人主義的な著作権の根拠付けのシナリオが使われているが、それは一功利主義的な理由付けとは反対の道徳哲学的な基礎付けとは別に⁶¹—人格権的に動機付けられた正義感には一致する⁶²。

⁵⁷ Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 488 f. における文献を参照せよ。最近のものとしては、Bechtold, GRUR Int. 2008, 484, 487を見よ。

⁵⁸ 芸術的な自己確信についての狭い、純粋に描写的な例は、この関係において、既に Metzger, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, 2002, S. 59 ff. があり、さらに詳しいものとしては、Peukert, in: Rehlinger (Hrsg.) Die psychologische Dimension des Urheberrechts, 2003, S. 113 ff. がある。この分野における調査が欠けている点については、Bechtold, GRUR Int. 2008, 484, 487 が指摘している。

⁵⁹ このような保護は、憲法的な基礎と国際法の強行法的前提の基礎に基づいて、さもなくば、ある程度は経験的にも支持されながら、決められている。

⁶⁰ Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 488 f. を見よ。(自由を保障する機能における財産権の保護にも裏打ちされながら) その核心において、人格権的な正当化の基礎に置かれており、それゆえに同様にまさしく鏡に映したような議論がされ、しかし、結論として、その限りにおいて、類似の議論として、Schack (上記注 4), S. 129 f. u. 133 があり、人格権的に個人の尊厳の保障により支持されている著作者人格権を、純粋な厚生経済学的な基礎に基づく著作権の経済学的基礎付けを攪乱する要素であるとする。

⁶¹ これまで、いずれにせよ立証することができていないことについては、Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 480 f. mwN を参照せよ。

⁶² 的確なものとして、Ohly (上記注 7), S. 146 がある。結論において類似のものとして、誤解のある書かれざる財産的秩序の法原則についての十分な分析については、

したがって、情報化時代における著作権の原則的な正当化について提案されていることは、「政策的かつ実践的」な試みという意味において、道徳哲学的な基礎付けのレベルの下において個人主義的かつ功利主義的な理由付けの枠組みが多様な重み付けで組み合わせられるべきであるということである。そうして、個人主義的かつ集合主義的（特に経済学的な結論を指向する）理由付けの試みからの止揚に到達する⁶³。ここで明らかにされるべきことは、そのような著作権の「政治的」理論もまた、個人主義的な人格権的かつ功利主義的で結果指向的な理論付けの枠組みの組合せであり、発見的な目的論的観点において原則として自由であるが、そこでは結果に向けられた自発的な努力が、個人を保護する基本権、すなわち、ボン基本法1条1項及び2項、5条1項2文及び5条3項並びに14条の限界に到達するということである。基本権の客観的な価値秩序の枠組みにおいて、著作権の経済学的分析を規範的に担わせるためには、基本権への拘束を前提として、個人を保護する基本権による明確な最外殻における限界付けが必要である⁶⁴。

VI. 中間結果：経済学的調査と具体的な課題設定における著作権制度の抽象的なモデルの可能性及び限界

これまでの説明により明らかにされたことは、理論的経済学的調査の基礎の上に、創造的な創作の個々の領域及び市場に関するより詳しく調査された経験的データを考慮しながら、既に方法論的な理由から、著作権にお

Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 732 ff. (及びそのまとめとして S. 790 ff.) があり、結果として、そのような単なる直感的な普遍的な正義感、道徳哲学的ではないが、主観的な権利による知的財産権の排他的な保護の正当化のモデルとして妥当し得るものである。一義的には人格権的な基礎に支えられる、個人主義的な理由付けの試みとしては、*Schack* (上記注4), S. 125 ff. がある。

⁶³ *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 481, 485 ff. (特に488 f.) を見よ。非常に類似のものとして、*Ohly* (上記注7), S. 146の「不可知論的な見方 (agnostische Sichtweise)」を見よ。さらに、詳細で少し異なる評価をするものとして、*Hansen*, Warum Urheberrecht?, München 2009 がある。

⁶⁴ この点については、下記D. II. において、最近の例により明確にする。

ける「最適」な保護の正確な均衡点について、最終的に妥当する「抽象的」な見解を述べることはできないということである⁶⁵。しかし、上述した著作権制度についての経済学的な考え方は、少なくとも、原則的には明らかに、制度のある程度より広汎な多様化の必要性を支持している。少なくとも、二つの大きな潜在的な調査分野が、この点に関して、著作権と経済学とが接する面において存在し、その限りにおいて、経験的な経済学的基礎的調査及び特定された結果の分析のために、より特定された現実に関連するそれぞれの課題設定を非常によく見いだすことができる。

第一に、まさに著作権の分野における権利の観点から、これまでよりも立法技術的かつ方法論的な問題が提起されているということであり、多様な形態の財産権について、分野ごとに「均衡のとれた」知的財産権の保護の形成における必然的な不確実性の問題と、どのように対応していくかということである。このような分析は、結局、第一義的には、立法者が新たな規定を実現する力についての情報の問題及び不確実性に対応するための適切な手段として、正しい方法論を選択することを目指しているものであるが、経済学的調査においても重要な役割を果たすことができる(下記C)。

さらに、第二に、経済学的調査は、ここまで採用してきた見解においては、著作権における権利の制定及び適用の内容に関する役割を果たすことができる。しかし、この関係において、これまで以上に、その役割を明確に特定して定式化する必要がある。この点については(下記D)、例示的にせよ、現在において特に有益であると思われる個々の調査分野を特定すべきである。

C. 方法論的かつ立法技術的課題とこの点に関する経済学的調査の役割

これまでの検討の結論として一否定し難い立法者の情報の問題と包括的な経済学的最適化プログラムの必然的な不確実性に関し—現在、基本的

⁶⁵ まさしく、このような点について特許権に関する最近のものとして、*Peritz*, Patents and Progress: The Incentive Conundrum, in: Kur (Hrsg.), #, 2009 (刊行予定) を見よ。

には、的確な立法技術的かつ方法論的な著作権における不確実性の条件への対処方法を発見することが問題とされなければならない。

そのためには、(I)どのような規定をこのような状況において立法者がしなければならないか、どのような問題設定を立法者が法の適用について一特に司法に対し一課さなければならないかという問題について、より検討することが必要である。個別の事例から経験的に形成される司法による法の適用の具体化による著作権的な規制の問題の解決に関し、(II)どのような枠組条件を事情に応じて著作権に特定して創作し、それによりこれらの司法的な法の具体化及び事情により手続的に正当に形成された方法一そして、それにより必要とされる利益衡量の過程を可能な限り可視化し、独立的なものとされたもの一による法の発展を展開させることができるかということが、さらに問われなければならない。そして、法の制定における不確実性に対応するためのさらなる立法技術的な手段一時限条項 (sunset-Klauseln) 及び多様な協力的な立法の手段一がまさしく著作権においても、既に多く試みられており、少なくとも議論されている (下記III)。

I. 立法者又は裁判所による著作権における利益衡量

これとは別に、著作権をさらに開かれたものとする最初の試みが、法の制定及び適用における経済学的結果分析の観点において展開された。そこで一個別に選択された例において一軽視されていることは、技術の発展に反応することにより著作権における (現在多数見いだされる) 均衡を攪乱するものについて、立法者の活動が非常に問題となる傾向がみられ⁶⁶、そ

⁶⁶ 欧州の枠組みに限れば、現在非常に批判的にみられ、物議を醸しているデータベース・ガイドラインの例を参照せよ (特に欧州委員会の評価の報告書 DG Internal Market and Services Working Paper, First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases, of 12 December 2005 (ダウンロード先 : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf [2007年6月28日現在]) を見よ。また、これについて、Kur/Hilty/Geiger/Leistner, First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases-Comment by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006 IIC, 551 ff. を見よ。

れは、与えられた活動範囲の枠内において原則として適切な均衡のとれた解決を個別に見いだすという裁判所の活動よりも大きい⁶⁷。このような前提の背景において、どこまで、裁判所に対し、特に大陸法的な著作権において、可能な限り可視的で均衡のとれた規定へのアクセスのためのより広汎な裁量の余地を新たに発生する利益の衝突において認めるかという問題設定が中心的な課題とされている⁶⁸。

法哲学的で経済学的な視点から、このような考え方は、不確定な法概念、いわゆるスタンダード (standards) の使用により幅のある規定を意識的に創り出すとの議論に繋がるものである。内容的に一義的なルール (rules) に比べて、そのようなスタンダードは、ただ言語的にあいまいな規範を述べるにすぎず、常に広汎な具体化を司法に依存している⁶⁹。著作権及び著作隣接権の分野において、「個人的で精神的な創作 (persönliche geistige Schöpfung)」や (データベースの保護の要件としての)「投資の重要性

さらに、最近のものとして、Leistner, Kommunikation und Recht 2007, 457, 463 ff. を見よ。そして、同様に現在非常に批判的にみられている情報社会ガイドラインの技術的保護手段の規則 (この点の最近のもので印象的なものとして、Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholz et al., Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Report to the European Commission, DG Internal Market, February 2007, S. 182 ff.) の要約を見よ (ダウンロード先 : http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf [2007年7月4日現在])。

⁶⁷ 例としては、P2Pの問題があり、この点については特にP2P技術における利用者の著作権侵害行為についての提供者の責任の問題がある。これまで裁判所により世界的に類似の判断基準として展開され、ここで採用されている見解において、利益に適切に配慮した解決の試みについて、Spindler/Leistner, GRUR Int. 2005, 773-796; dies., 37 IIC (2006), 788-822; Leistner, GRUR 2006, 801-814 を参照せよ。

⁶⁸ この点については、下記II. も参照せよ。

⁶⁹ 法哲学的な観点からみたルール (rules) とスタンダード (standards) については、Hart, The Concept of Law (1961), S. 126 ff. を、ドイツの観点については、Fleischer, ZHR 168 (2004), 673, 697 ff. を、任意的な契約法についてのこのような思考の需要について最近のものとして、Unberath/Cziupka, AcP 209 (2009), 37, 59 ff. mwN を参照せよ。

(Wesentlichkeit der Investition)」のような概念が、そのような開かれた規定の形態の典型例である。結局、このような規定の技術により、必要とされる情報の取得並びにそれに伴う著作権の保護の要件及び限界の観点から考慮すべき利益の衡量の一部を、裁判所による法の適用の次元に移すことになる⁷⁰。このスタンダードは、個別の事案において、争いのある当事者の需要に合わせて作られ、そこから、全体として、再び、多様な裁判所の基準 (Maßstäbe) が生成される。このようにして、現状の著作権の制度においても、相当な程度の多様化が達成される⁷¹。一般的に規定された著作権の保護の要件の枠組みにおいて、判例により著作物の種類ごとに非常に多様化され、保護される著作物ごとに特定されて形成される基準が、そのような規定の技術が実務において機能する態様についてのモデル例となる。これに対し、著作権の制限の分野において、ドイツ法及び欧州法では、立法者により十分に推敲された多様化の上に設けられた、列挙された詳細な規定の技術が存在する。ここで、著作権の規定の適切な抽象度につ

いて立ち入った議論をすることは、さらなる調査の作業の成果が期待される分野を開くものであろう。特に多様な著作権の規定の分野において一例えば、保護の要件、保護の範囲及び制限について一立法又は司法の解決を見いだす活動の費用について費用及び収益の比較をすることが必要になると思われるが、それは、ルールとスタンダードの効率性の分析について一般的な法と経済学的調査とを結び付けるものである⁷²。ここで、冒頭に言及し、別の箇所でも著作権の規定をさらに開かれたものとするために引き合いに出された現在の立法者による規定が失敗した例は、この関係においては、単に描写的な性格しか有しない。実際、そこでは触れなかった、スタンダードの使用による開かれた規定の技術を考慮するための前提について、特に著作権の制限の分野において、より詳細な経験的検証が必要であろう。

ますます、最近の著作権における法の発展が、レント・シーキング (rent seeking) 及び公共選択 (public choice) の現象⁷³についての抽象的な思考の経済学的負担のテストや、ルール又はスタンダードによる個別の著作権の複合的な問題についての規定に係る費用収益比較において一比較法的な観点も含めて一まさに示されている。その際、立法手段のより詳細な分析において、まず、問題とされているのは、どの程度、現在、一部批判のある最近の著作権に関する立法一例えば、特に大西洋の此岸と彼岸とにおける技術的な保護手段の規定、あるいは欧州連合におけるデータバンクを保護する権利の新たな導入一について、規定を求める産業による虜囚 (industry capture) 及び産業による立法への影響による公共選択の効果として、実際に説明することができるかということである⁷⁴。まさに、この点

⁷⁰ 最近のものとして、(公法的な観点を重視した) 多段階的な制度における不確定性の条件の下における国家的な情報の取得及び解決の発見について、*Spiecker genannt Döhmann*, Staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem, 2005; *dies.*, Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008 を参照せよ。

⁷¹ 著作権の制度において特に多様化の要請は、このように、とても特に高い程度において、既に存在する。当然、対応する裁判所による多様化が可能であるのは、不確定な法概念が必要な判断の余地を与える分野においてのみであり、それは、特に保護の要件や、保護の客体や、多様な著作物の種類における翻案及び自由な利用の限界という観点における保護の範囲などである。これに対し、そのような多様化は、詳しく規定された制限規定の枠組みにおいてはほとんど考慮されないし、固定的に規定された保護期間に関しては全く考慮されない。これは、したがって、より広汎な多様化に対する十分に基礎のある (又は単により広汎な多様化の余地を認める) 要求が、現行の著作権法において、集中されなければならない領域である。そこでは、さらなる経済学的な考え方が、どの程度、制度的にそれぞれ区別された裁判所への判断の余地を認めるかについて、その問題とされた分野において、結果を指向する費用収益分析に照らして正当化されるかという問題設定を可能にする。その外、著作権及び特定の隣接的な保護権の裁判所による区分の可能性及び限界の例については、以下の説明を参照せよ。

⁷² この点については、*Kaplow*, *Duke L.J.* 557 (1992); *Diver*, *Yale L.J.* 65 (1983); *Ehrlich/Posner*, 3 *J. Legal Stud.* 257 (1974) を参照せよ。

⁷³ この関係にける基礎的かつ一般的なものとして、*Stigler*, *The theory of economic regulation*, *Bell J. Econ. Man. Sci.* 2, 3 ff. (1971) を、入門として、*Farber/Frickey*, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago University Press 1991 を見よ。

⁷⁴ DMCA の方向を指向するものとして、例えば、*Litman*, *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet*, New York 2001; *Lunney*, 87 *Va. L. Rev.*, 813

と関連するのは、ここで、まず、答えられるべき重要な問題は、それでは、どこで、正確な民主的な判断の形成過程がまさに「終焉」するのか、あるいは既に誤ってゆがめられているのか、又はどこで、この意味において、特に著作権において、批判に値する産業による虜囚が立法過程における多様な利益団体の参加の可能性及び組織化の程度の不均衡により開始しているのかということである⁷⁵。ここで、著作権の保護の絶えざる強化が最近の数十年⁷⁶になされていることのみから、対応する効果の仕組みが持つ影響力を帰結することは許されるものではないが、特に、出発点として、それぞれのすべての改正に当たり適用されていた法律的状态を、まさに適切で、利益を衡量した基準線 (baseline) として受け入れる理由はない。

こうして、評価のために有用なことは、デジタルの世界における新たな保護の客体及び利用形態の議論において既になされている立法的手段又は司法的な法の具体化及び発展について、それぞれ観察すべき市場への影響において、経験的な比較をすることである。立法者の活動の評価のためには、立法者により求められた市場での課題を達成するために導入された法的手段の有効性の事後的な分析が中心的なものとなさなければならず⁷⁷、

(2001); *Samuelson* (上記注48), S. 9 f. (多数のさらなる文献については上記注43); *Ramello* (上記注19), S. 9 ff. を参照せよ。

⁷⁵ *Radin*, JITE 160 (2004), 142, 154 f.

⁷⁶ 通常は「新古典的モデル」の枠組みにおいて、やはり再び厚生経済学的な説明が、主として常に低減している複製の費用の基礎に基づいて与えられていることについて、ここでは *Landes/Posner* (上記注7), S. 84 を参照せよ。

⁷⁷ そこでは、対応する経験的研究の方法論のために、またしても特許の分野における経験的な調査の経験が有益なものとなろう。この点については、理論的な出発点として、既に集中的な誘引の構造による厚生的な利益の段階的な把握についての *Machlup* 報告における検討が妥当するであろう (*Machlup*, GRUR Int. 1961, 373 ff., 473 ff., 524, 528 ff. を見よ。)。具体的な経験的研究については、さらに、特にアンケートの技術の経験 (これは、特に個人の著作物の創作の分野において) 及び創造的又は R & D の分野や市場における特定の情報材の新規開発又は改良についての企業の投資判断のデータの経験的な収集の経験 (後者は特に投資を支持する隣接的な保護権の分野において、とりわけデータバンクを保護する権利や、制限の実際の市場への影響の調査の分野において適当であろう。) が、確実な指標的機能を果たす

裁判所による法の具体化及び形成の評価については、直接又は間接に影響する市場参加者の利益への法の適用の影響が、法の目的を背景としながら、中心的なものとなさなければならない。ここでも、例示のみしておく。例えば、(経済学的に既に相当な程度の調査がされている) コンピューター・プログラムの著作権の保護については、特にその保護の客体及び範囲に関し、欧州においても一さらにより明確に一合衆国においても⁷⁸、実質的には裁判所により具体化されており、実務においては、まさに司法による具体化にも支えられて、かなり確実な著作権的な投資の手段として実証されているように思われる⁷⁹。特に、裁判所は、保護の客体の著作権的な定義や、著作権的な義務を負担する翻案と単なる自由な利用との柔軟な区別に基づいて、著作権の保護の範囲を、やはり実務において存在するほとんどの実務的な事案における証明の困難性を考慮しながら、実質的に1対1対応を組成する海賊版に対して保護を認めることを基本的な方向として、具体化している⁸⁰。著作権的なコンピューター・プログラムの保護の市場に

あろう。この点についての要約として、*Peritz*, Patents and Progress: The Incentive Conundrum, in: Kur (Hrsg.), #, 2009 (刊行予定) を参照せよ。

⁷⁸ 示唆に富むものとして、*Samuelson* (上記注48), S. 15 ff. mwN を参照せよ。

⁷⁹ *Samuelson* (上記注48), S. 15 ff.; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts (上記注37), S. 17 ff.; *ders.*, Computerimplementierte Erfindungen im System des Geistigen Eigentums, in: Peifer/Depenheuer (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Bibliothek des Eigentums, 2008, S. 187, 194 ff. mwN を参照せよ。

⁸⁰ 確かに、著作権による保護の思想及び原則を排除しながら、まさにまたアルゴリズムを具体的に適用するという本質的なプログラムの構造が、著作権の保護の対象となるかどうかについては、ここでは、*Dreier/Schulze-Dreier*, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 69a, Rz. 21; *Nordemann-Czychowski*, 10. Aufl. 2008, § 69a, Rz. 30 を見よ。しかし、実務において、相当な模倣がされたことの証明は通常容易ではなく、しばしば、鑑定人に評価が任せられ、全体としてかなり厳格な基準に従っていることについては、*Dreier*, aaO., § 69c, Rz. 15ff.; *Czychowski*, aaO., § 69c, Rz. 22 を参照せよ。また、アメリカ合衆国法においてより明らかであることの例示としては、*Samuelson* (上記注48), S. 15 ff. mwN を参照せよ。一般にOSS運動のような現象すらも、著作権に基づく組織における移転費用の低減及び開かれた協同的な創造性の実現の手段

における効果がそのため経験的な研究の調査対象となるが、それは特許権の保護についての知られた論争⁸¹とこの分野⁸²との比較という観点においてのみならず、特に、投資の保護との境界における新たな保護の客体のための投資の保護の手段としての柔軟な著作権的保護の手段の品質という観点においてである。著作権の不確定な法概念は裁判所により（周辺）領域に特化して具体化されているが、ここでは、そのような著作権制度の「周辺」における新たな保護の対象という観点における立法者の立法活動における多様化の試みと対比する。それは、明らかに、ここで、一いまや立法者によりまさに多様化された一非常に様々な著作物の種類の分野における保護の要件及び保護の範囲の観点からする多様化が、まさに裁判所により、全く適切な方法により、開かれた著作権の概念の枠組みにおいて可能な限りにおいて、実現されているからである。さらなる多数の例が、そのような同様に「音もなく」判例により、従来から、著作物の種類による適切な多様化について、特に著作権の保護の範囲の観点においてみられるが、ここで、それについて説明する⁸³。

として劇的に発展していることについては、Leistner(上記注79), S. 194 mwNを参照せよ。

⁸¹ S. ここでは、特に批判的な分析として、Bessen/Hunt, An Empirical Look at Software Patents (Arbeitspapier 2003, aktuelle Version von 2004) (ダウンロード先: <http://www.researchoninnovation.org/swpat.pdf> [2009年5月8日現在]) を見よ。また、反対するものとして、Hahn/Wallsten, A Review of Bessen & Hunt's Analysis of Software Patents (November 2003) (ダウンロード先: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=467484) は、結論が経験的なデータ及び使用されている方法論により裏付けられていないとする。

⁸² Leistner, (上記注79), S. 188 ff., 198 ff. mwNを参照せよ。

⁸³ 確かに、そのために、当然に保護の要件の分野において、司法的に不確定な法概念に築かれた著作権による保護が、特定の非常に周辺的な人間の創造的な創作の分野において投資の保護の手段としての適性を示峻的に証明している。この点とは当然区別すべきである問題は、どの程度、そのような新たな保護の客体を取り上げることが、著作権の排他的な保護自体を、特にその著作者人格権的な（そして、個人に重点的に基礎を置く）要素において、同様に法政策的な観点において、長期的に制限するおそれがあり、その結果、より限られた期間のより限られた範囲での（「階層化された」）保護が、分野に特化された独自の権利（sui generis-Rechte）として優

司法による投資の保護（かなり広げられた著作権の保護の枠組みの内部における）について多様化された基準の精緻化を、間接的に分野を特化して仕立てられた立法者自身による投資の保護の創出の試みと比較するためには、特に適した研究対象として、必然的に非常に批判を受けている欧州共同体の1996年のデータバンク・ガイドライン（Datenbank-Richtlinie）が挙げられる⁸⁴。全く新しく創出された規則として、データバンクを保護する権利は、完全に新たに生成された保護の権利の効果を比較的明確に限定された市場において、経験的な調査をするための、現在におけるまたとない機会を提供している。ここでは、おそらく実際に理想的に証明されることは、立法的な規定が、その市場での効果について、むしろ潜在的に問題があり、設定された目的との関係において、よくて中立的にしかみられておらず、どの程度、これが欧州におけるデータバンクの保護の展開の初期の段階を実際に特徴付けたかということである⁸⁵。結果としてであるが、特に一般条項的に広く規定されたデータバンクの保護の権利についての保護の要件及び保護の客体の枠組みにおいて注目すべきことは、裁判所が、法の適用における新たな手段の問題指向的な具体化に当たり大きな危険

先することにもなるであろう。このような考え方について既に基礎となるものとして、Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, S. 299 ff.; Dietz, GRUR 1987, 197 f. (und öfter); Schack, ZUM 1990, 59, 61 f.; ders., Urheber- und Verlagsrecht, 4. Aufl. 2007, Rz. 264 f. を、最近のものとして、これに対し、「小さなコイン(kleine Münze)」のような著作物における保護の閾値という観点においてむしろ疑問を呈するものとして、Ohly(上記注7), S. 151 f. を、(著作権的なコンピューター・プログラムの保護の観点において) 類似のものとして、Leistner, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 193 f. を参照せよ。

⁸⁴ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77 vom 27. 3. 1996, S. 20-28 (以下「データバンク・ガイドライン」という)。

⁸⁵ 特に（しかし、方法的に疑問がないわけではない）欧州委員会の2005年12月の評価報告書である DG Internal Market and Services Working Paper, First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases, of 12 December 2005 (ダウンロード先: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf [2008年10月12日現在]) を参照せよ。

が生じることを緩和する機会を見いだしたことである⁸⁶。(争いなく)非常に狭く規定され、詳細に列挙して規定された制限の規定については、これらの「抜け道」は開かれておらず、この関係において特定の問題がさらに残された⁸⁷。この立法者による時期尚早な例の経験的な研究は、不確実性の条件において、個々の各分野において適用された規定の技術及びその具体的な市場への効果について、情報社会の新たな保護の対象の法的把握という観点からみて、著作権の将来の法の発展にとり非常に興味深いものである。そこでは、欧州の保護制度が世界的にも希有なものであることから、機能的な比較法的な側面を取り入れながら、制度比較の機会を利用することができるようになるであろう⁸⁸。最初の理論的かつ経験的な新たな独自の権利の保護の市場への影響についての研究が実際にもなされているが、特にまず理論的な分析が、しばしば不正確な理解がデータベースを保護する権利の法的に詳細な点についてされており⁸⁹、これまでなされた経験的

⁸⁶ 法的な視点からのものとして、Leistner, in: Derclaye (Hrsg.), Research Handbook European Copyright Law, 2009, S. 427 ff.; Derclaye, The Legal Protection of Databases, 2008, S. 72 ff., 特に 92 ff. を見よ。アメリカの判例法との比較におけるものとして、Leistner, The Legacy of INS v. AP, in: Heath/Kampermann Sanders, Landmark IP Cases and their Legacy (2010年刊行)。

⁸⁷ 特に、「官公庁 (amtlich)」のデータベースについての例外がないことの問題点については、Leistner, GPR 2007, 190 ff.; Zentner, ZGE 1 (2009), 94 ff. を見よ。

⁸⁸ ここでもまた、アメリカの不正使用論 (misappropriation doctrine) の発展との比較が非常に明快であろう。この公正競争法的なコモン・ローにおける投資の保護は、特に時間の経過による影響を受けやすい情報収集の分野において、アメリカの連邦裁判所の *International News Service v. The Associated Press*, 248 US 215 (1918), 69 の事件における判断の結果として多数の州において、多様な範囲において確立されたものである。注目すべきことは、このコモン・ローに基づく訴えは—当初の過大な傾向にもかかわらず—結果として (一部は連邦レベルにおいて規定されている著作権及び特許権の制度に対する消極的な限界付けに起因し、一部は、しかし、まさに明らかに経済学的議論に基礎を置くことにより) 判例において非常に慎重な熟慮をもって扱われた。詳細については、Davison, The Legal Protection of Databases, 2003, S. 171 ff.; Leistner (上記注 6, 2010年刊行) を見よ。

⁸⁹ ここでは、ガイドラインの規定を部分的ながら検討をした最初のもので基礎となるものとして、Reichman/Samuels, Intellectual Property Rights in Data: An Assault on

な調査の試みが方法論的な弱点を有していたことが少なくない⁹⁰。正確な経験的な調査は、現状の法的な状態に基づいてなされ、特に独自の保護権についての欧州裁判所の多様な判例による定義に基づくことが⁹¹、ここでは是非とも望まれることである。ここで、方法論について考慮すべきことは、投資を保護する隣接的な権利としてのデータベースの保護の権利の分野において、特許権の保護の影響に関する比較可能な経験的な研究が、まさに確かな指標的な機能を持ち得るということである。このようなことから、特に関連する企業の投資構造が、データベースの開発及び改良について、重要な市場における実際に観察されるべきデータベースの提供の新規な開発又は改良と同様な接点となり得るということである⁹²。

ところで、法の適用において既にみられる、技術的に新たな利用形態への法的な対応は、著作権的な責任の枠組みにおいて、また、著作権の制限の制度の枠組みにおいて、判例に対しより大きな判断領域を与える開かれた解決を支持する傾向にある。さらに、観察されることは、例えば、英米法の開かれた制限の制度が、その裁判所に対し、明らかに新たな利用形態

the Worldwide Public Interest in Research and Development, 50 Vand. L. Rev. 1997, 51-166 を、これに対する批判的なものとして、Leistner, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, 2000, S. 144 ff., 174 ff. (特に、Fn. 846, S. 179) u. 224 ff. (ここでは、的確な競争法的な解決への試みがされている。)を参照せよ。最近ではやはりデータベース・ガイドラインに対する欧州裁判所のまさに的確な精緻化 (この点について最近のもので詳細なものとして、Leistner, Kommunikation und Recht 2007, 457 ff.; ders, in: Derclaye (Hrsg.), Research Handbook European Copyright Law, 2008, S. 427 ff. を参照せよ。)及び欧州裁判所における欧州共同体条約82条に基づく強制的なライセンスについての判例法 (この点については、EuGH, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-3401-IMS Health と、多数の論考なかでも Drexler, IIC 2004, 788; Spindler/Apel, JZ 2004, 133; Leistner, ZWR 2005, 138 ff. を参照せよ。)は、いまだ十分には、その十分に理由のある経済学的批判を考慮しきれていないことについて、David, JITE 160 (2004), 9, 27 ff. を参照せよ。

⁹⁰ いずれにせよ、欧州委員会の評価報告書 (上記注66) は、その試論的な経験的な裏付けにおいて方法論的には支持することが困難なものである。

⁹¹ 例えば、Leistner, Kommunikation und Recht 2007, 457 ff.; ders, in: Derclaye (Hrsg.), Research Handbook European Copyright Law, 2008, S. 427, 434 ff., jeweils mwN を見よ。

⁹² さらになる考え方及び文献については、上記注77を参照せよ。

—例えば、グーグルの画像検索のような—との対応における経済学的に満足することができる解決をよりよく達成する可能性を与えることを保障するということである⁹³。このような背景において、しばしば、実際により大きな柔軟性を、閉じられた硬直的な傾向のある欧州的な著作権の制限のカタログの枠組みにおいて与えることが要請されている⁹⁴。これは、新たに生じる技術的な利用可能性により必然的に生じる利益及び結果の衡量を司法に間違いなくゆだねることになるであろう。

⁹³ 最近のものとして、*Leistner/Stang*, CR 2008, 499 ff. mwNを参照せよ。多数の詳細な制限的な要件を持つ著作権法52条 a 項の例示的な「テスト・ケース」の背景において—三段階テストの枠組みに結び付けられた—より柔軟な形態の枠組みについて、*Ohly* (上記注7), S. 160がある。*Dreier*, in: Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 37, 48 ff. は、「定義の終焉」を説く。

⁹⁴ *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479, 486 f. (一般条項的な開かれた条項について、それとともに、全体として制限の一覧の明確化の要請について)。これに対し、三段階テスト及び「萎縮効果」に対する行動経済学的考慮に照らして、多少異なる、かつそれぞれ明確に定義された開かれた規定の方向について、特に不確定な法概念の使用において、慎重に議論するものとして、*Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts (上記注37), S. 33 f. mwNが欧州法における状況を示す。欧州については、*Hugenholtz*, [2000] EIPR 499, 501を、特にまた、*Institute for Information Law (IvIR)*, Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 2007, S. 75を、共同体内市場の条約的かつ三段階テストによる枠組みにより、行動の勧めにおいて、精緻化する、*Institute for Information Law (IvIR)*, Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 2007, Executive Summary, S. 7を参照せよ。最近のものとして詳細な (そして、特に科学的な分野において重要な) 注釈として、the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, European Commission-Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy ("Comments by MPI") (ダウンロード先: http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/mpi_green_paper_on_copyright_in_the_knowledge_economy-def-1.pdf [2009年5月15日現在])。しかし、多少、慎重な最近のものとして、*Metzger*, Behutsame Öffnung zu einem *fair use* Konzept für die „wissensbestimmte Gesellschaft“?, in: *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums (2010年初め刊行)。

実際、これまで基礎としてきた考え方は、重要な箇所において、より深化が必要であろうし、そこでは、経験的な調査作業、さらには実験的な行動経済学が価値のある役割を果たすことができる。明らかに、フェアユースの一般条項及びその基礎にある—いずれにせよ確かな法的な構造的サポートを与える—衡量の要素及び存在する指標的な判断は、詳細に列挙された欧州の大陸法的な制限の一覧と比べて、理想的な場合には、特定の技術的に新たな利用形態に対し、例えば、グーグルの画像検索やデジタル図書館調査サービス及び複写送付の提供などに対し、より早い法的な対応を可能にする。しかし、ここでは、まさに潜在的なトレード・オフ関係が、それぞれの法的安定性の程度に関して、考慮されるべきであり⁹⁵、そのようにして、例えば、合衆国の下級審のこの関係の裁判例が常に一步一步ではあるが、信頼できる基準を発展させている。このような基礎の上に、一定の期間に最上級審の判決により発展され、構成された「基準 (Tests)」さえ、実務的な下級審の裁判所の判例法において、ただわずかな、やはり一般的な衡量に基づく判断を再生することができるにすぎない。そのために、潜在的な利用者は、与えられた自由な部分の範囲について、しばしば十分に明確な状態にすることができない。反対に—やはりそれぞれの立法者により新たなデジタル的な利用形態による調整に対する場当たり的な反応に基づいて—例えば、ドイツ法の多様で非常に詳細に規定された法的制限のカタログからは、せいぜい、どの程度、利用者側において、一体なおも多様な権利の知識があるのかという問いかけが、見通しもなく投げかけられる⁹⁶。個々の経験的研究は、合衆国における状態については、存在するが、これまで信頼性のある、分野ごとに特化して多様化され、かつ特に比

⁹⁵ この限りにおいて的確なものとして、*Schack*, in: *Ohly et al.* (Hrsg.), Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag („FS Schrickler II“), S. 511がある。

⁹⁶ *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486 f.を見よ。*Dreier/Schulze-Dreier*, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2008, Einl. Rn. 28が、「あまりにも問題及び利益に特定した規定による法の体系の喪失」をおそれ、著作権の危機に関して、「的確性、十分な可視性及びその分化において複雑すぎない規定」にするように警告していることも参照せよ。

較する像を示すことができていない。今すぐにも、ここで、経験的で、対象とされる分野を特化した比較が、重要な著作権の制限についての正確な知識及びその理解並びにこの知識の信頼性の程度に関し、例えば、大学及び図書館のような個々の利用者や、教師及び教授のような特定の個々の（特に創造性のある）利用者の集団の視点から、欧州と米国との対比においてされることが望まれる。

このような経験的なデータの基礎において、行動経済学的視点から深化された検討が、集団に特化した知識及び理解の程度と、まさに、財産権としての著作権を実現する力及び個々の利用者の側における遵守の程度の観点からする限界の反作用について試みられる⁹⁷。特に、さらなる行動経済学的、法社会学的かつ心理的な調査にとり、非常に魅力的な調査分野は、著作権の保護の対象及びその限界についての立法的かつ司法的な定義の理解と、関係する制度的及び個人的利用者のそのような理解と関連する公正の感覚及び集団的な行動への反作用を、強制的な実現に代わる著作権の規定の効果の方途の基礎として調査することにあるとされる⁹⁸。また、

⁹⁷ 一般的なものとして、Engel, JZ 2005, 581, 587, 588 f. が、その限りにおいて、同様に権利の正式な強制的な実現と、まず、一定の慣習の変化、模倣の行動、心理的な公正なものとしての規則の承認及びそれ以外の「柔軟」な要素を通じて指定される間接的な効果の道程とを区別していることを参照せよ。まさに、このような間接的な効果の道程が著作権において、インターネットの利用の分野において、強制的な実現可能性の確かな限界に突き当たる限りにおいて、特に重要な意味を有する。そのような間接的な効果の道程の効率性については、まさに再び（少なくともおおまかな）著作権の限界についての知識が利用者の側においてその財産権に対する行動を少なからず規定している必要があり、例えば、財産権の制限の仕方が、少なくとも、間接的な効果の道程による、国家的な強制に代わる、法の実現のための決定的な要素の一つになることである（一般的なものとして、Engel, Learning the Law, Journal of Institutional Economics 4 (2008), S. 275 を参照せよ。）。したがって、制限の規定の全体像は一簡単にいえば一潜在的に著作権の広汎な人々の階層における需要によりさらに高められる。

⁹⁸ 認識論的な法の規定の摂取可能性と「正式」な強制的に実現される権利の形態と間接的な効果の道程との間の相互作用については、Engel, Learning the Law（上記注97）を見よ。一般人における法の規定の理解とその遵守との間の直接的な関係は、そこではむしろ疑われているが（vgl. auch Towfigh, Komplexität und Normenklarheit-

詳しく調査することが有益であることは、いかに、それぞれの法的状態において一閉ざされた制限のあまり適応力のないカタログと、フェアユースという当初は信頼性がない一般条項の司法的な具体化とにおいて一例えば、投資をするか、撤退するかという判断に関し、新たなビジネスモデルという観点において、実際に作用するかということである。複写送付サービス又はグーグルの画像検索の法的扱いは、大西洋の此岸と彼岸とにおいて、ここで理解された経験的な調査の計画の手掛かりとなるものである。

最後にここでまた潜在的に興味のある、実務的に非常に関連する実験的な行動経済学的調査の調査分野が開けてくる。このようにして、制限の分野における多様な規定の技術は、やはり多様な程度において、参照される枠組み (frame) をそのような制限の規定に関する潜在的な利用者のその活動における適用を決めるために設けられるものであるが、その枠付けは、純粋に合理的な法的状態の評価に基づく利用の開始についての費用と危険の分析をゆがめる。このようにして、ドイツ法の枠組みにおいて、特定の技術革新的な利用形態がまさに明らかに制限の硬直的な制度のもとでは当てはめが困難であるという事実が、潜在的な利用者及び法的助言者にとり、ひとたび設けられた枠付けとして、非常に大きな威嚇的な効果を生じさせるものである。たとえ、結果として、判例及び学会が同様に一般私法の制度におけるまさに「抜け道」を、特定の利用形態を一例えば、権利者の黙示の合意を仮定したり、自己矛盾するような行動を禁止したりすることにより一基礎付けるために求めるとしても、これらの迂回的な動きは、設定された枠付けの制度に反する逸脱と感じられるであろう。そのような一度設定された法的な対照の枠付けからの逸脱に対し一他の分野における行動経済学的調査がおおむね明らかにしているように一非常に直感的な抵抗がある。このようなことから、そのような「制度に反する」特定の利用形態を許容するような判断の可能性について、最上級審の判例がない

oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, Der Staat 2009, 29 ff. も、仲介的な機能について参照せよ。)、それは一法的知識のある者による受容とは異なり一直接に影響を受ける個人による法の遵守において、特定の間接的な、例えば、行動の模倣に関する効果のメカニズムによるところが大きいからであり、そのためには、特に仲介者としての専門家が重要な役割を果たしている。

状態において、より長期間にわたり、関係する市場参加者及びその法的助言者により、不合理に低く見積もられることになろう。そのようなやり方において、限定列举された制限のカatalogは、裁判所の実務において、ドイツ民法242条の適用による迂回方法により、次第に崩れつつあるが、職業的な法的助言者からみた場合においてさえ、より大きな抑止的かつ威嚇的な効果を示しかねないが、それは、当初から一定の範囲において開いたものとして定められ、特定の技術革新的な利用について参照される枠組みとしての禁止的な「原則的規定 (Normalfallregelung)」を示すものではない規定以上のものである。そのような枠組効果は、行動経済学的実験においては、この分野においてまさに具体的に調査することができるであろう。

これらの例に基づいて一将来はより確実な経験的かつ実験的な証拠に基づくことを願いながら一現状では、非常に詳細な強制的に規定された比較的硬直的な欧州法の制限のカatalogを慎重に単純化し、開かれたものとすべきであるとの前提において、いずれにせよ、これらの例は、ここでは立法者による規定化と特定の衡量的な判断を裁判官にゆだねることとの間の均衡を図る中間的な方法を探求することを支持するものである。このようにして、わずかな明確な制限を、不確定的な法概念をより多く使用することにより規定することで、一方では明確な程度のスタンダード化を確立し、確かな枠組条件を信頼性があり理解することができるように規定し、萎縮的効果が特に広く規定された一般条項の具体化における不確実性に基づいて生じることを防ぎ、他方では、それとともに判例法的な対応を新たな技術的な進展に対してするだけの柔軟性を高めることを可能にし、また、所与に威嚇的な参照の枠組み (frame) が現状の著作権において生じることを防ぐことができるであろう⁹⁹。

⁹⁹ この点については、(一般条項的な開かれた条項と、制限のカatalogに対する要請全体について) *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479, 486 f. において触れたところを参照せよ。これに対し、多少異なる慎重な見方を、明確に定義された開かれた条項への方向について、特に不確実な概念を使用することについてするものとして、*Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts (上記注37), S. 33 f. を参照せよ。

しかし、見落としてはならないことは、ここでもまた、一定の期待がされる、より強化された判例法による法律上の権利の具体化において、法の適用に当たり、少なからぬ歪曲の危険にさらされることである。そのような危険の同定化及び最小化と、特に法の適用を一定の市場参加者の集団の利益の観点における経済学的結果の考慮について開かれたものとする可能性については、これから検討する。

II. 判例法による著作権の規定の具体化のための枠組条件

法的な安定性のための強行法的な枠組みと著作権の適応機能のための判例法による具体化について認められた裁量の余地との正しい均衡点を探索するに当たり、その正しい形成のために、集団ごとの著作権的な規定の知識及び理解についての十分な経済学的な基礎的調査を必要とするが、それと共に、最初の重要な枠組条件が、裁判所による利益を適正に考慮した判断のために既に示されている。

このような最初に指摘した枠組条件が満たされることの外に、次に配慮されるべきことは、正確に定められた裁量の余地の内部において、個々の事案の解決を探ることが、関係する市場参加者の利益について、可能な限り可視性があり、独立性があり、その結果、ゆがみのないように展開されるようにすることである。このような条件においてのみ、不確実性の条件において、個々の事案の解決から導かれる判例法の純化された構造が、同様に発展的に成長する問題を特定し、利益を適正に反映した規律が、ここから発展する自己統制的な認識の制度から形成される。そこでは、手続的に公正な著作権に係る判例法のための積極的な条件を完全には確定することはできない。個々の事案における法の適用における、さまざまにゆがめられた影響は非常に多様な形態をとるのである¹⁰⁰。それでも配慮すべき

¹⁰⁰ *Engel*, JZ 2005, 581, 589. 一般的な行動科学的な認識の誤りによる法的な制度の脆弱性の検討については、*Englerth*, in: *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 60, 121 ff. を参照せよ。類似のものとして、*Engel*, 前掲 S. 363, 381 f. mwN は、裁判官及び参審員の審理について、経験的な診断をしている。

ことは、関係する利益の可能な限り可視的な考慮のための出発点における条件を生成し、既に認識されている問題のある、潜在的に裁判官の法の適用をゆがめる要素をできるだけ最小化することである。その際、この点について立法技術的かつ方法論的に検討されなければならないことは、著作権の紛争における複雑な矛盾する利益の考慮と、この関係における判例の結論の考慮の観点において、目的論的な解釈が、決定的な方法論的な出発点となるということである。この関係において、経済学的分析もまた、一定の結果の考慮において重要な役割を果たすためには、立法者がこの点について正しい枠組条件を設定することが必要である¹⁰¹。

この関係において、実際、現在の著作権の形成は、構造的に一定の内在的なゆがみの原因となる要素から自由ではない。これまでの考え方は、例えば、ドイツの著作権法は、文学的、科学的及び芸術的な著作物の著作者の保護に資するものである（ドイツ著作権法1条）。多様に構成されている複雑な利益状況は、著作権の保護の保障において、このような保護の目的の規定だけでは完全には反映されていない。むしろ、そのような考え方において、人格権的かつ経済的な著作者の利益と共に明らかに同じように関係してくる（投資の保護についての）事業的利用者の利益、（情報へのアクセス及び特に創造的利用のための使用についての）利用者の利益並びに（文化的、科学的及び技術的進歩についての）一般の利益が反映されるように把握されるべきである¹⁰²。現実的に構成された可視的な利益の考慮は、過去においては、より困難にされていた。

¹⁰¹ 著作権についての確なものとして、Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 485 を見よ。詳細なものとして、Samuelson, 1 University of Ottawa Law & Technology Journal (2003-04), 3 ff. がある。一般的なものとして、多数の中でも、Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., 2005, S. 450 ff. を参照せよ（比較的狭い枠組条件において、そこでは、特に法律が特定の効率性を政策以上に追求しており、そのようなことは、特に欧州の著作権に係る訴訟の理由付けにおいて希れなことではない。法を具体化する信頼し得る方法論的な手段の一つとしても、効率性は基準として考えられるものである。）。

¹⁰² さらに、（法政策的に観察すべきロビー活動において）著作権の利用料金を抑え、個別に実現される排他的保護の拡張に努力する機器メーカーの利益も考慮されるべきことについて、Schack (上記注4), S. 123 を参照せよ。一部は、これらの利益は

このような観点において救済手段を創り出すために、そして、ここ数年間、判例及び学説¹⁰³における正確な利益の分析への傾向を実証主義的に支持するために、別の論稿において提案したことは、新たなプログラムの保護目的の条項を著作権に導入し、それにより、事業的利用者、利用者及び一般の利益を、著作権法の基本的な著作権の保護の目的の規定の外に明示的に承認すべきであるということである¹⁰⁴。結局、そのような保護の目的の条項は、上記において採用した見解において必要な個人主義的かつ集団主義的（特に経済学的成果を試行した）理由付けの試み¹⁰⁵を止揚するも

利用者及び事業的利用者の利益として、一部は、技術の進歩についての一般の利益として把握され、その結果、それらの利益は、これまで述べた利益の分析において、少なくとも反射的には考慮されている。

¹⁰³ ここでは、Hilty, in: Ohly et al. (Hrsg.), FS Schrickler II, S. 325 ff. 及びしばしば明確にこのような方向での検討をしているものとして、BGH GRUR 2002, 963, 966-Presspiegel を参照せよ。最近のもので説得力のあるものとして、Ohly (上記注7), S. 156 があり、包括的なものとして、Hansen, Warum Urheberrecht?, München 2009 がある。

¹⁰⁴ 詳しくは、Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 486 ff. を見よ。

¹⁰⁵ このような点について、著作者人格権 (droit moral) の分野におけるものとして、Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 488 f. を見よ。類似の目的論的な結論、すなわち、経済学的な目的適合性の条件と人格権的に動機付けられた正義の感覚とを並列したものを受け入れるものとして、Ohly (上記注7), S. 146 がある。これに対し、著作権の排他的保護の正当化について、核心において個人主義的な基礎を置き、一方において、その自由保障機能に関し（平等の要請に基づいて無体的な成果の分野に移入された）財産権の保護の上に、他方において、人格権的な人間の尊厳に結び付けられた、創作者の著作物に対する個人的な繋がりの上に築かれたもので、最近のものとして、Schack (上記注4), S. 127 ff. がある。このような同様にまさに鏡に映したような観点を論ずるものとして、Schack, aaO., S. 135 ff. が、特に著作権の制限のモデル化の分野において、それにもかかわらず、同様に集団主義的な理由付けに一定の余地を認めている点を見よ。また、著作者人格権の分野における成果について、一部、驚くべきことに類似の結果に到達し、上述したような二つの理由付けの方法を明らかに並列する試みとして受け入れているものについては、その限りにおいて、例えば、既に上記注60におけるものを参照せよ。最後に、Schack, aaO., S. 137 f. が承認していることは、「複数の理由付け」であり、そこでは、集団主義的な正当化モデルが、純粋に補完的な機能を、基本的に個人主義的な創作者主義及び排他的な

のとして、ドイツの（そして、同様に欧州の）著作権について、完全に実証主義的に形成されることとなろう。著作権法の目的論的解釈の基礎として、その基礎にある利益状況を立法者が明確に示すことは、個別の事案における裁判官による利益衡量の可視性及び方法論的な真摯性のために、その基礎にある利益衡量の過程の構造化に役立つであろう。分権的な認識の過程としての判例法は、利益調整の適切な「均衡点」の発見を、知的財産権において、不確実性の条件下でするために、そのようなゆがめられた影響をよりよく、これまでよりも防ぐものであろう。理想的には、このようにして一同様に効果の方法の対局としての国家的な実現による権利として一著作権が広汎な市民の間において受容されることを改善することができるが、その際、この関係において明らかにより詳細な調査が必要となるであろう¹⁰⁶。そのような間接的な効果がおそらく可能になるのは、そのような保護目的に関する条項が、法政策的な法の正当化のために、一定の構成的な機能を、既に存在し、又は新たに浮上する問題に対する立法的な解決を求める際の立法者による具体化の過程において、展開させることができる場合である。

さらに、より広汎な実質的な理由から、そのように構造化された保護目的の条項により、法の適用及び法の制定においてゆがみを与えるような影響を潜在的に減少させることができるであろう。そのような条項により、一その基礎にある憲法的な状態の単なる法的な具体化において一明らかにされることは、制限のいくつかは、特定の利用者の集団及び一般の利益において一それらは、市場の失敗に対し反応するばかりではない一結局、法律の考え方に従い、主観的な権利を作り出すということであり¹⁰⁷、そのような権利は、一定の状況においては、個人的にも、集団的にも実現可能であるべきであろうということである¹⁰⁸。同様の拡張が個人的及び集団的

著作権の保護の正当化との関係において、有しているということである。

¹⁰⁶ S. 一部は既に上記 C. I. において述べたところを見よ。また、さらに、下記 D. II. において、インターネットにおける利用者の行動に関する調査が欠けている点について述べているところを参照せよ。

¹⁰⁷ Dreier-Dreier (上記注96), Vor §§ 44a ff., Rz. 1 ff. mwN.

¹⁰⁸ Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 487 に既に触れたところを見よ。現在の法状況

に実現可能な利用者の法的地位についてされること、さらなる著作権の改革の枠組みにおいて考えられなければならない。これは、しかし、まさに一定のゆがみを与える影響を防ぐこと、特に立法におけるレント・シーキング (rent seeking) 又は公共選択 (public choice) の理論により、著作権においても、立法的規定に対する需要において、構造的に脅威となる影響を防ぐことにも役立つことであろう。なぜなら、このような状況は、通説的には著作権を主観的な権利として基礎付けており、他方、制限規定は実質的には一定の主観的な利益状況の保護のための客観的な制約として機能するものであり¹⁰⁹、そのような利益状況は、しかしながら、一定の個別の分野においてのみ、個別に実現される請求権と、そして真正な主観的な権利を成立させているものであるが¹¹⁰、まさに立法におけるレント・シーキングの効果 (rent seeking-Effekte) による判例及び立法のゆがみという観点において、問題がないとはいえないからである¹¹¹。最後に、既に主観的な権利の保障は、ここでは、著作者及び著作権者において、経済学的理論によれば、権利のさらなる強化に向けての絶えざる規制の需要に繋がるものである。しかし、利用者の側又は一定の一般的な利益のためには、全く限られた範囲においてのみ同様の主観的な権利が対応しているにすぎず、そのために見逃し難い非対称的な規制の需要が生じ、それは、一般的な公共選択の理論において、おそらく実際に個別の著作権の保護の拡大傾向へとゆがみを生じさせる効果に必然的に繋がることになる¹¹²。ここで、利用者の主観的な権利は、間接的には優遇されている利用者の集団を強度

(de lege lata) の中期的な展開の見通しを示唆するものとして、Schack (上記注4), S. 135 がある。

¹⁰⁹ 模範的なものとして、Hohagen, in: Ohly et al. (Hrsg.), FS Schrickler II, S. 353 ff. を参照せよ。

¹¹⁰ 特に、§ 95b II UrhG (ドイツ著作権法95b条2項) を、§§ 2a, 3a UKlaG (ドイツ消費者権等侵害差止訴訟法2a条、3a条) と併せて見るとともに、Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 487 を見よ。

¹¹¹ Lemley (上記注9), 1062 ff. mwN を見よ。

¹¹² Lemley (上記注9), 1063 f. を見よ。規制の経済学的理論の基礎的なものとして、Stigler, The theory of economic regulation, Bell J. Econ. Man. Sci. 2, 3 ff. (1971) を参照せよ。

に組織化することにもなるであろうし、この関係において確かに存在する非対称性を緩和することにも資するであろう。

Ⅲ. 著作権における実験的かつ協調的な立法の要素と法秩序の競業

事実上の不確実性の条件における法の制定のためには、より正確な経済学的見方を実験的かつ協調的な立法の手段に向けることが特に重要である。実験的かつ協調的な立法は、まさに著作権において、一部には、既に実務的な適用例において研究されており、一部には、そのような解決方法が検討されている。少なくとも、三つの潜在的な調査分野において、この関係でのより詳細な観察が、経済分析や経験的な事実調査の方法によりされることが有益である。

第一に、いわゆる時限条項 (sunset provision) のドイツ著作権法におけるこれまでの唯一の例を挙げることができる。それは、ドイツ著作権法52 a条の制限であり、講義又は調査の目的のための利用という公益的なものであるが、強いロビー活動が2003年の立法的手続においてなされた後でも、とりえず制限が認められたのは、その適用が期限付きとされたことによる (それ以来、何度かにわたり延長され、現在の期限は2012年12月31日である。)¹¹³。これは、結局、ある種の「説得責任」の転換を、効率性と、著作権の三段階テストと規定との調和とについてもたらした。なぜなら、失効する期限が定められていることから、今度は定期的に立法者を説得する負担が、権利者に使用料以外の損害がその正当な利益について生じていないこと、規定が延長されるべきことについて、利益を享受する者の側に確かに転嫁された。そのような結果の分析に基づいて、規定の効力が最近では再びさらに4年間延長された¹¹⁴。このような経験的方法に関連して、例

外を定める条項により権利者に実際に生じた損害を評価すること、他方、暫定的な期限が付された規定とされたことにより、その都度効力を失う危険がある状態において、既に一定の萎縮的な効果があるかどうかを調査することは、この分野におけるさらなる発展のために具体的に重要なことである。法政策的な一般的関心は、比較することができる立法技術的な手段を事情に応じて使用するという観点において、時限的 (sunset) な立法技術による著作権の立法の費用便益分析を充実することにある。

方法論的な観点から興味深い検討がされており、それは、さらに一第二に—プロバイダーが著作権の妨害者¹¹⁵として責任を負う分野において、プロバイダーのリスクを小さくし、責任を回避するための調査義務についての必要な「積極的」な基準の進展を (すなわち、つまりは一定の具体化された取引義務がこの分野において、純粋な判例の消極的な限界付けを超えてなされることを)、それに適した立法者としての枠組条件において、関係する利益集団に対応する最善の慣習 (best practices) の発展にゆだねるということである¹¹⁶。そのような自己規律の努力について、それに適した誘引と特定の強制的な法的枠組条件が与えられなければならないこともあろうし、その枠組条件は、その設定における公正及び可視性と国家的な同様の (法的及び (又は) 技術的) スタンダードを確保するようなものでなければならない¹¹⁷。このようにして、例えば—適当な強制的な法的枠組条件及び同様の立法者による承認に条件付けられながら—産業における自己規律についての一定の承認された手段という前提が満たされることが、最善の慣習 (best practices) の観点において、利用者により創造されたコンテンツ (user generated content) (UGC) の取扱いのための免責のための要件として考えられることができよう。自己規律の創意の流れに向け

¹¹³ その背景についての簡潔な概観として、*Dreier-Dreier*, § 52a, Rz. 1-3 mwN を参照せよ。ドイツ著作権法52 a条を、脱存在論的かつ功利主義的な根拠付けの著作権法における試みの「実験例」とする詳しいものとして、*Ohly* (上記注7), S. 158 ff. mwN がある。ドイツ著作権法52 a条の解釈について包括的なもので最近のものとしては、*Kreuzer*, ZGE 2 (2009), S. 220 ff. がある。

¹¹⁴ 2008年12月7日の第6次著作権法改正 (BGBl. 2008 I, S. 2349) を見よ。

¹¹⁵ この点について、包括的な概観で最近のものとして、*Leistner/Stang*, WRP 2008, 499 ff. を見よ。

¹¹⁶ さらに、例えば、*Leistner/Stang*, WRP 2008, 499, 554 f. を参照せよ。国際法について、それ以外の関連において、*Dinwoodie*, Private Ordering and the Creation of International Copyright Norms: The Role of Public Structuring, JITE 160 (2004), S. 161, 170 ff. を参照せよ。

¹¹⁷ 国際特許権については、*Dinwoodie* (上記注116), S. 177 ff. を参照せよ。

られた最初の試みが、UGCの分野において、見いだされる¹¹⁸。既に、適当な法的な枠組条件と、全体として（出発点においてかなり慎重に評価されざるを得なかった）そのような試みの成功の可能性を評価することができるようにするためには、確かにまず制度経済学的調査が、特に著作権における協調的な規定の試みについて、一般的な賠償責任法における調査作業との比較において、非常に注目されている。

最後に—第三に—さらなる立法技術的な観点も、著作権においても既に相当な長期間にわたり、重要な役割を果たしており、より詳細な制度経済学的研究が必要とされるであろう。例えば、オンライン・ミュージックや映画産業のように、重要な著作権の一部の分野における世界的な著作物の事業的利用という現実との議論において、既に長期にわたり匹敵するものがないほど広く展開している欧州及び国際的な著作権を拡大する圧力が強められている¹¹⁹。特に比較的高い程度において経済的かつ文化的な一致

¹¹⁸ 特に参照すべきは、利用者により創造されたコンテンツ・サービスの2007年10月18日の原則（ダウンロード先：<http://www.ugcprinciples.com/> [2008年1月27日現在]）であり、同原則は、自己義務を、最新のフィルター技術を補完するために、権利を侵害する内容（アップロードの統制を既に含め）をできる限り排除する目的で定めており、それには、例えば、*CBS, Dailymotion, Fox Entertainment Group, Microsoft Corp., MySpace, NBC Universal, Veoh Networks Inc., Viacom Inc., The Walt Disney Company* が参加している（ここでは、*Youtube*は特に現在のところ支持者には入れられていない）。

¹¹⁹ 欧州法について最近のものとして、*Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts* (上記注37); *Schack, ZGE 1* (2009), #, jeweils mwNを参照せよ。国際的な枠組みにおいては、確かに本稿において後述する国家又は地域の自治及び多様性の犠牲における国際特許権の実質的な調和のトレード・オフの観点において、ある程度、見逃しがたいインターネットにおける国際的な紛争の事案において、まず、規定の調和の方法において、国際的な裁判管轄と適用法を求めることが支持される（American Law Instituteの印象深い企画として、2007年3月30日のALI Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, And Judgments in Transnational Disputes, Proposed Final Draft（ダウンロード先：http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=79 [2009年4月23日現在]）、及び欧州のMax-Planck-Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP)（ダウンロード先：<http://www.cl-ip.eu> [2009年4月30日現在]）を参照せよ。）。しかし、

がみられることを特徴とする欧州域内市場において、著作権の実質法の調和が重要な部分的な分野となることは将来的に不可避であると思われる¹²⁰。地域的かつ国際的な調和において、不確実性の条件における規定の制定の不可測性について、非常な困難が加わる。このようにして、国際的権利の枠組みの効率性を高めることと、それにより不可避的に一定の程度において生じる国家的及び地域的な多様化の制限との間のトレード・オフは、著作権にとり、その関係する国民国家の文化的価値により裏打ちされていることにより、特に深いものが必然的にあり、そのため常に疑問が投げかけられる¹²¹。これが法の制定に与える困難な課題は、開かれた規定における「国家的な実験棟」の機能的な競争のための一定の裁量の余地が与えられたものと、限定的に列挙された規定で法的安定性を重視し効果的な調和を図るものとの間において、著作権の個々の部分的な分野について可能な限りの確に均衡を実現するということである¹²²。特に欧州の著作権の調和が、従来からのこの困難な挑戦に立ち向かわなければならなかった。一定の敏感な一部の分野（例えば、適切な情報へのアクセスを技術的な保護手段との関係において確保すること¹²³）において、一定の裁量の余地を関係者の自己規律のために認めることについて、そのような自己規律の仕組みが失敗する危険に対し、「適切な手段」を講じることを（ただ）一般的に規定された補完的な加盟国の義務付けにより確保するという試みは、これまで

そのような解決方法は、常に一定の限界に必然的に達するが、それは、純粋に世界的なインターネットの紛争において、国際的に一致しない多様な裁判所の判断がされるからであるが、この点については、*Dinwoodie*, in: *Basedow/Drexler/Kur/Metzger* (Hrsg.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, 2005, S. 201, 206 ff.; *Leistner*, in: *Leible/Ohly* (Hrsg.), *Intellectual Property and Private International Law*, 2009, S. 99, 119 ff. mwNを参照せよ。

¹²⁰ *Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts* (上記注37) mwN; *Schack, ZGE 1* (2009), #.

¹²¹ *Schmidt*, *JITE* 160 (2004), 181, 183を見よ。

¹²² むしろ、より高い程度の法の統一性の方向をめざすものとして、*Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts* (上記注37), S. 66 ff. を、一般的なものとして、*Dinwoodie* (上記注116), 161 ff. を参照せよ。

¹²³ 現状においてかなり評判のよくない、情報社会ガイドライン6条4項を参照せよ。

のところむしろ失望的な結果に終わっている¹²⁴。失敗といえる欧州特許権の広汎な規定の試み、例えば、実質的に失敗したとの意見においてほぼ一致している欧州の制限的規定の制度である情報社会ガイドライン (Informationsgesellschafts-Richtlinie) 5条の硬直的な列挙的なカタログがある一方で、成功した開かれた妥協的な規定、例えば、レンタル・ガイドライン (Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie) の独占的貸与権の例外に関する柔軟な規定が挙げられる¹²⁵。それ以外の例として、この関係において挙げることができるものは多数ある。欧州著作権の広汎な俯瞰図は、匹敵するものないほど豊かな参考資料を、成功し、又はあまり成功しなかった調和の試みについて与えてくれる。著作権の共同体的な取得 (acquis communautaire) の制度経済学的な現状調査は、それぞれ認められた枠組条件及び国家的な著作権制度の機能的な競争のための裁量の余地に関し、また、各国の規定の域内市場における競争についての特に著作権的な視点の発展は、とりわけ可能性に満ちたものと思われる。そのような調査は非常に法政策に関連するが、それは、例えば、まさにそのような見方において学問的な検討が失敗に帰した欧州における著作権の制限的規定の調和の

¹²⁴ 情報社会ガイドラインの規定に対したただ否定的な批判をする研究として、*Institute for Information Law (IvIR)*, Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 2007, S. 102 ff. 及び (説得力のある) S. 166 を参照せよ。

¹²⁵ (併合された) ガイドライン (Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. L 376/28 v. 27. 12. 2006) 6条は、加盟国に明示的に独占的な貸与権の例外を、創造的な著作者に少なくとも自己固有の補償金請求権が与えられるという条件のもとに、公共的な貸出について認めている。このような補償金請求権は、共同体法の一定の枠組条件において、それぞれの加盟国の文化政策的な目的に従い定めることができる。この「成功したモデル」について、最近のものとして、*v. Lewinski*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 215, 230 f. も参照せよ。

改革のための視点のものや、それでも全体としてより広い調和及び統一化の企画の際にその方法論的な基礎付けのための視点のものなどである。

D. 著作権における経済学的調査の発展の潜在力及び理論的な最適化と経験的な分析についての個別的な問題設定

以下、これまで基礎に置いていた立法技術的な考え方に基づいて、いくつかの特定の内容的な問題の要点が検討されるが、それらの点については、経済学的調査が、著作権における法の制定及び適用に寄与することができる。その際、これまで経済学的調査の広汎な流れの観点から、知的財産権に不可欠な明確な力点が与えられなければならない。同様に以下特定される調査不足の点は、この関係において完全なものとするのは意識しないが、特に経済学的な基礎的調査がさらにされることの重要性をこれまで十分な調査結果がみられない分野について強調する。さらに摘示されるべき分野は、経済学的分析及び具体的な結果の評価が、現在、法政策的に特に重要と思われる分野である。

I. 誘引の論拠及び保護される権利の設計の多様化

現在、調査が不足している分野を探索することは、必然的に、誘引の論拠をより広汎に市場ごとに多様化させることの必要性について、現在、存在する保護の権利及び新たに設けられる保護の権利を広義の著作権の分野において、より広く理解された知識からの帰結について問いかけることになる。

現在の調査の状況は、この関係については、既に確認したとおり、より高度の多様化の水準にするための条件として、特により詳細な行動経済学的、心理学的かつ社会学的な調査が、人の創造性 (主要な保護の主題について個人レベルにおける) の基礎について多様な分野についてなされることを必要としている。このようなことから、より詳細な動機及び創造性についての心理学的な調査が、それぞれの動機付けの状態について、著作権に関連する創作の多様な領域において、例えば、美術、学問又は著作権に関連する部分的な分野である応用芸術について、まさに求められてい

る¹²⁶。その際の着眼点は、まさに誘引の論拠に替わるものに向けられている。これは、特に別の間接的な誘引の制度についてのより詳細な調査に関係する（それは、例えば、オープン・ソースの動きの分野において、明らかに重要な役割を果たしている。）¹²⁷。さらに一まず、特定の一定の社会的な繊細な構造により特徴付けられ、かつ区別される共同体（communities）において一社会的な規範が事実上の保護を著作権へのただ乗り（free riding）や紛争化に対し与えることが考えられ、これは、例えば、フランスの星付きの料理人の団体における料理のレシピの取扱いに関し、経験的に立証されている¹²⁸。比較可能な科学の分野の個々の領域における経験的な研究の遂行が特に必要である。特に調査分野における創造性の基礎を、一まさにフランスの星付きの料理人の研究にも多少関連しているが一明らかに独自の被調査集団における社会的名声を指向した間接的な動機付けが、直接的な金銭的な動機付けよりも、特徴付けているかもしれない¹²⁹。これは、おそらく、いずれにしても、適切な手段により一あるいは、アンケート調査により、あるいは、文献引用への影響（impact）の要素の仕組み及びその他の科学的な参照の仕組みの効果の詳細な静的な分析により一経験的により詳細に調査されるべきであろうが、特にそのような調査の作業は、重要な切り口を、現在なされている多様な色彩のオープン・アクセス（open access）の公開モデルに対する立法者の反応についての議論において形成するものであろう¹³⁰。最後に既に特定の開かれた刊行形態が成果を出しており、また科学的な利用者の集団があり、社会科学調査ネットワ

ーク（Social Sciences Research Network (SSRN)）がその一例である¹³¹。まさに、そのような例が、その成果の基礎にある機能的な枠組条件において、特に有益な調査対象を、経験的作業及び経済学的結果の評価について示している。ここで、一方において利用者グループの形成について、全く新たな市場が開かれるのであり、その市場の機能は、情報の排他的な保護に依存してはいない¹³²。このようにして協力が発展していくが、その刊行において、品質保証、文献の信頼性の評価及び確保並びに収集の組織に関する一定の機能が市場でのサービスとして提供され、そのような協力的に運営される避難場所へのオープン・アクセスの原則が変更されることはない。他方、疑問に思われていることは、市場により制御される誘引をこの分野に部分的に導入することは、これまで全く自由な意思によるできるだけ広い情報伝達システムの機能の基礎を脅かしかねないということである¹³³。

このような既に行動経済学的、心理学的及び社会学的な領域において探り出されている調査が不足している分野の外に、著作権及び隣接的な保護権の影響についてのより詳細な経験的な調査が¹³⁴単なる費用の状況及び多様な市場における競争についてなされている。結局、ここで一層強調されるより高度な多様化の要請が著作権についてされることにより、特に個々の一見（prima facie）埋もれている著作権の市場を詳細に分析することが必要とされている。このようにして、例えば、見逃すことのできない特殊性が、費用及び便益の構造並びに特定の経験的に観察すべき科学的、技術的かつ医学的刊行物（Scientific, Technical and Medical (STM)-publishing）の分野において、より詳細な経済学的分析により、問題となる

¹²⁶ ドイツの法学的な文献において、多様な試みがされていることについて *Rehbinder* (上記注49) を参照せよ。

¹²⁷ *Lerner/Tirole*, 50 J. Industrial Econ. 197 (2002); *dies.*, 19 H. Econ. Persp. 99 (2005).

¹²⁸ *Fauchart/Hippel*, 19 Organization Sci. 187 (2008). この点について、*Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484, 486 も参照せよ。

¹²⁹ 同様のものとして、*Schack* (上記注4), S. 134 を参照せよ。

¹³⁰ まさに、多かれ少なかれ学問的な文献の自由な利用及び自由な加工の可能性についての反作用の問題が、確立された品質を保証するための引用の仕組み、作業技術及びそれにより結局は調査の作業の結果についての調査の分野においてあることについては、下記IIを参照せよ。

¹³¹ 上記D. I. において既に触れたところを参照せよ。

¹³² *David* (上記注89), 20 f. を見よ。類似のものとして、*Boyle*, 53 Vand. L. Rev. (2000), 2007, 2015 ff. を参照せよ。

¹³³ 一般的な、この関係において知られた献血の例は、自由な意思による献血の制度は、市場的な誘引と結び付けられることで、結局、かえって損なわれたことを説明するものとして、*Engel*, in: *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmnn* (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, S. 363, 384 f. mwN を参照せよ。

¹³⁴ この限りにおいて、既にデータバンクの保護権を参照することは、それぞれの市場への影響のより経験的な調査についての特に有益な事例であることについては、上記C. I. を参照せよ。

特定の著作権の市場に関して、問われている¹³⁵。費用状況についての純粋に制度的経済学的見方からも、この分野での著作権の保護制度を、その効果において、現在存在し、想定される代替的な形態と、調査の促進のために比較されるべきであろう¹³⁶。事情に応じて、全く狭い個々の分野及び問題も選ばれるべきであり、その限りにおいて有効な経験的なデータ及び経済学的効果の評価のモデルに到達することができる¹³⁷。構造的な特殊性は、そこでは、例えば、新聞又は建築の著作物の分野においても見いだすことができるであろう。比較研究が費用及び便益の構造について、事情に応じて、既に言及した社会的動機付けの要素について、そのような特別の分野においてなされることは、基本的な調査として将来考えられるより高い著作権制度の多様化の前提として、まさに望まれることとなる。

事業の利用者の活動と個々の創造的な作者の状況の経済学的なモデル化と、ここで推奨される分配の公正の観点¹³⁸との間の分化については、結局、特に契約的な個々の作者と制度的な事業の利用者との接点において、多様な市場の分野におけるより詳細な経済学的方法による調査が求められることになる。最初の非常に有用なこの方向への第一歩は、制度的かつ行動経済学的手段により取り組まれた¹³⁹。最初の成果として示されたことは、ドイツの著作権契約法は、狭義には、単に情報の非対称性又は個々の作者の先入観 (biases) を調和しているのではなく、「公正」の基準を指向した契約的な内容の統制及び修正により、純粋に分配を指向した目的設定をし、交渉力が不平等であることが推定される特定の分野において、

それを均衡のとれたものとしているということである。このような、交渉力が不平等であるとの推定と、求められている分配政策として設定された目標は、制度経済学、経済学的契約理論及び行動経済学的手段により、特定の分野ごとに、多様な著作物の類型において明らかにされ、区別され、かつ詳細なものとされる。さらに、制度かつ行動経済学的手段により、特定の結果分析をドイツ著作権法32条以下について、裁判所の実務における適用及び実際の市場での効果の観点からすることも可能である¹⁴⁰。その限りにおいて、特に契約的で事後的な内容的統制の実務における適用について分析することは、行動経済学的手段によりすることは興味深いことであり、そのような分析は、新たなドイツの著作権契約法の機能のための条件及び実際の市場における効果をより詳細に際立たせるものであり、それにより、法政策的な観点において (むしろ必要にさえ感じられる) これらの規定の複合体の改善された形成を与えることができる。

ここで挙げたより広い経済学的基礎的調査の著作権における調査分野として、まさに存在する法政策的な企画の観点において、特定の課題設定を現存する権利の具体的な経済学的分析について行うことと、立法的な企画について結果の評価とすることが挙げられる。このようにして、保護期間を実演家及びレコード制作者について今度は70年に延長することが計画されているが¹⁴¹、既に、理論的な結果の評価を法の経済学的な分析の方法により、少なからず疑問も投げかけられている¹⁴²。より広汎な理論的

¹³⁵ 大きな科学的な組織の実際の発展についての有益な説明として、Hilty, GRUR Int. 2006, 179 を参照せよ。

¹³⁶ 制度的な選択肢について示唆的なものとして、初期のものとして既に、Kirchner, Rechtliche „Innovationssteuerung“ und Ökonomische Theorie des Rechts, in: Hoffmann-Riem/Schneider(Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, S. 85, 102 ff. がある。

¹³⁷ 最初の方法論的な指摘の試みを経験的な調査についてするものとして、上記注 77 を参照せよ。

¹³⁸ 既に上記 B. III. において述べたところを参照せよ。

¹³⁹ 特に、Riesenhuber/Klöhn (Hrsg.), Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik (2009年刊行) を見よ。

¹⁴⁰ ここでは、裁判官による判断過程のバイアスの調査が、必要な事後的 (ex-post) な現在の契約の公正性の統制の枠組みにおいて (特に後知恵 (hindsight) のおそれ)、とても必要である。実際、ドイツ著作権法32条に係る判決において、注目すべきことは、直感的な脱先入観 (de biasing) のためのドイツの裁判所の戦略を、このような後知恵的な先入観のおそれの観点から、事後的な契約の内容的統制についてみることができる。詳細については、Leistner, Die „angemessene Beteiligung“ des Urhebers nach § 32 UrhG aus verhaltensökonomischer Sicht, in: Riesenhuber/Klöhn (Hrsg.), Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik (2009年刊行) を見よ。

¹⁴¹ 本来、95年に延長することが計画されていたが、欧州議会における抵抗に直面したことについては、当初の欧州委員会のガイドライン案 (KOM (2008) 464 endg. vom 16. Juli 2008) を見よ。

¹⁴² 多数ある中でも、ここでは、Leistner, Common Market Law Review 46 (2009), 847,

かつ経験的な研究により、この疑問は事情に応じてさらに強められたり、弱められたりしているが、特に現在なされている経済学的な考え方が、この関連において欧州のレベルにおける実際の政治的な議論にも持ち込まれていることは、欧州著作権のさらなる展開にとり重要であるが、それは、同様の保護権の延長についての映画産業の類似の要請について未解決だからである。

欧州委員会 (Kommission) の提案及びさらなる計画が域内市場における競争法的な集約的な権利の実現についての統制及び規定についてなされているが¹⁴³、まさに、さらなる経済学的な支持が必要とされている。既に理論的で経済学的な分析という意味において、ここでは、明らかにさらなる調査の必要性が事業的利用団体のより詳細な機能及び発展 (自然的な独占と規制の必要性) についてなされることが中心となる¹⁴⁴。また、制度経済学的な比較が、集約的及び個別的な権利の実現について一例え、特にそれぞれの関係するプリンシパル・エイジェンシー問題 (Prinzipal-Agent-Problem) との関係において—ここでは有益であるように思われる¹⁴⁵。さらに、制度経済学的な分析が、詳細なデザインを (個別的及び集約的な事業的利用の) 制度間の競争に適した枠組条件についてすることができよう¹⁴⁶。

876 ff. における多数の引用文献を見よ。

¹⁴³ この点の現状を明確に説明するものとして、Leistner, Common Market Law Review 46 (2009), 847, 875 f. mwN を参照せよ。

¹⁴⁴ Towse, 20 J. Econ. Surv. 568, 576 f. を見よ。理論的な検討として、Drexel, in: Hilty/Geiger (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog, 2007, S. 369 ff. を参照せよ。そこでは、批判的な検討がされているが、反論の余地が残されている (例えば、Lüder, GRUR Int. 2007, 649 ff. を参照せよ。)

¹⁴⁵ Bechtold, GRUR Int. 2008, 484, 487 を見よ。その限りにおいて、明らかに、いくつかの個別的な研究が純粋に経済学的な分析としてドイツ法に押し付けられているものとして、Bing, Die Verwertung von Urheberrechten, Eine ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Lizenzvergabe durch Verwertungsgesellschaften, 2002 がある。

¹⁴⁶ Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, 461, 476 と、そこで引用されている Bechtold, The Present and Future of Digital Rights Management - Musings on

さらに、再び、より徹底した経験的な調査がまさに必要である。すなわち、さらなる進展と非常に関連するのは、例えば、経験的なデータの調査により、現に存在する集約的な実現の制度 (特に大陸における) がより効率的に事業的利用料の著作者への適切な分配を確保することができるかという点を、より個別の権利の実現に向けられ、使用料の規制について、伝統的に事業的利用団体¹⁴⁷の地位が弱いという背景において明らかに慎重¹⁴⁸な制度が英米においてとられていることとの対比において、明らかにすることである¹⁴⁹。

Emerging Legal Problems, in: Becker/Buhse/Günnewig/Rump (Hrsg.), Digital Rights Management: Technological, Economic, Legal and Political Aspects, Berlin/Heidelberg 2003, S. 597, 615, Fn. 1859 による。特定の枠組条件を強行法的な国際法という背景において共生的に解決しようとするものとしては、Peukert, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, 28 Hastings Communications & Entertainment Law Journal (Comm/Ent), 1 (2005) を参照せよ。

¹⁴⁷ この点について、ここでは、Goldmann, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte in den USA und Deutschland, 2002 を参照せよ。

¹⁴⁸ 最近のもので、やはりタイム・シフティング (time-shifting) のための複写使用料に否定的な英国の文献として、2006年12月の Gowers Review of Intellectual Property (ダウンロード先: http://www.hm-treasury.gov.uk./media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf [2008年2月12日現在]) を参照せよ。

¹⁴⁹ 基礎的な理論的研究として Besen/Kirby, Compensating creators of intellectual property - collectives that collect, The RAND Corporation, Santa Monica 1989 を、さらに、この方向への試みとして特に Kretschmer, EIPR 2002, 126 ff.; ders., Empirical Evidence on Copyright Earnings, Paper for DIME network Dynamics and Institutions of Markets in Europe (2006) (ダウンロード先: <http://www.dime-eu.org/files/active/0/Kretschmer.pdf> [2009年5月6日現在]); ders., Copyright and Contracts: A Brief Introduction, Review of Economic Research on Copyright Issues 3 (2006), 75, 78 ff.; Rochelandet, in: Gordon/Watt (eds.), The Economics of Copyright - Developments in Research and Analysis, 2003, S. 176 ff. を参照せよ。さらなる参考文献として、Towse, Creativity, Incentive and Reward, An Economic Analysis of Copyright and Culture in the Information Age, 2001 と、最近のメタ研究として、Handke/Towse, IIC 2007, 937 ff. を見よ。

II. 著作物及び情報へのアクセス

著作権により保護された素材に「単なる」アクセス¹⁵⁰をする分野について、まず、合衆国及び欧州において比較的徹底して形成されているデジタル権利管理制度 (Digital Rights Management-Systemen) の利点と危険に関する文献がアメリカにおいて非常に多く公開されており、DRM制度の経済学的分析がされている¹⁵¹。現時点においては、経験的な信頼性についてのこの関係の文献の出発点となる論題を検証すべき時点にまさにきていると思われる。こうして、しばしば、前提とされることは、このような制度の枠組みにおいて、特に市場における情報の非対称性により、行き過ぎた、重要な著作権の制限規定の回避 (contracting out) が個人的な利用者との関係において生じているのではないかということである。現時点においては、ネットにおける音楽及び映画の事業的利用の新たな展開から、かえって推測されることは、より大きな私的利用の余地についての消費者の需要 (consumer demand) が、高度に統制された著作権の享受の制度による全体として精緻に多様化された価格の差別化に直面して、まさに中期的にはより大きな単位において、市場において、これまで推測されていたよりも、

¹⁵⁰ この関係における疑問を示すいくつかの論者 (例えば、Cohen, 53 Vand. L. Rev. (2000), 1799, 1814 ff. を参照せよ。) に対し、経済学的分析と著作権制度の形成についてここで採用されている見解においては、典型的な創造的使用 (creative use) と、少なくとも指標的には、さらにより消費的な単なるアクセスの利益とを、区別することができるであろうし、それにより単なる消費的なアクセスのみの制限に基づいて、既に前提として直ちに人の創造性の自由な空間の広がりが増え、創造的創作の枠組条件全体が、創作される著作物の内容において重要な態様において変化されるということはないであろう。類似した (正当な) 先鋭的な描写として、Schack (上記注4), S. 133 ff. があるが、一方では、特定の (特に基本権に関する) 創作者としての利用が、社会の利益において、制限規定により自由化されているとし、他方において、ロビー的な特定の利益、例えば、単なる消費者の自由利用 (open access) を「すべての人に無償のビールを」という意味において、又は公的な予算の費用節減の利益において、研究文献の分野では、著作権制度を構築することができないかもしれないとする。

¹⁵¹ Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, 461 において引用されているものを参照せよ。

実現されるということである¹⁵²。さらに経験的研究がされることにより、個々のオンライン上の音楽及び映画の利用について現在実施されているモデル及び将来のモデルで末端の事業的利用者との関係について、さらなる説明がもたらされるであろう。さらに、ネットにおける利用者の行動について、やはり再び実験的な行動経済学的な試みが、明らかに重要な役割を果たすことができるであろう。すなわち、より詳細な調査がなされることが非常に有益であるのは、どのような公正についての認識が、個々の利用者において (例えば、一定の公平な扱い) が存在するのか、どのように、それに従いビジネスモデルが作られるべきか、又は既に作られており、この分野において、これまでより高い割合において、市場において受け入れられ、自発的な規則の遵守を得ることができるかということである¹⁵³。

さらに、特定の特別の分野で創造的利用の重点的なものに、まさに特化した経験的な研究がされることが望まれよう。このようにして、より詳細な調査が科学的な刊行物の市場においてされることが、このような一いわば鏡に映したような一視点からまさに望ましいように思われる。そこでは、特にオープン・アクセスの動きの前提として、著作権による排他性が、研究分野において、可能な限り、自由で徹底した創造性を促進する情報へのアクセスを妨げるとされているが、その点を経験的に検討すべきであろう。否定し難い事実として、多数の多様な提案がオープン・ジャーナル (open journals) について、自然科学の分野においてなされているものの、これま

¹⁵² ここでは、的確なものとして、Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, 461, 476 f. と、多数の最近の報告が、結局、音楽の分野に DRM が導入されていないことにより、使用が減少しているとしていることを参照せよ。

¹⁵³ 例えば、より詳細な実地調査が、ハッカーの分野についてなされることが重要である。まさに、特に複製から保護された媒体に記録された著作物の方が、保護されていない記録媒体におけるものに比べて、明らかにより高い割合において、関連する交換市場において現れており、そこから推測されることは、まさに複製から保護された著作物を体現したものは、ハッカーの熱意をより大きく引き起こしているということである。この点については、Pfitzmann/Sieber, Anforderungen an die gesetzliche Regulierung zum Schutz digitaler Inhalte unter Berücksichtigung der Effektivität von technischen Schutzmechanismen, Studie im Auftrag des DMMV und des VPRT, 2002, S. 116 f. を参照せよ。

で広い展開は刊行物の市場において実現されていないが、その理由としては、存在する市場へのアクセスの制限（例えば、科学的な刊行物における文献引用影響率（impact factor）に基づいた引用及び評価の制度によるもの）を背景として、個別に調査されるべきであろう。さらに、明らかなことは、オープン・アクセスは、その限りにおいて支配的な作業技術とその科学的な文献の内容に明らかに変容をもたらすということである。より明確に言えば、広く記載され、個別に実現され、かつ技術的な保護手段により包括的に確保された著作権の保護により、より正確な利用された素材についての精算が可能になるときは、思考において自由であり、素材全体をくまなく見通した調査作業は、個々のアクセスについての精算による干渉に阻害される。このようにしてまた、創作された文献の内容は、一定の割合において、ここまで既に詳細に述べたように、均質化されてしまうであろう。科学的な多様性による積極的な外部効果は、そのようにして、状況次第ではむしろ不適切に制限される。しかし、またそれとは反対に、別の信号システムが確立された雑誌の構造を、全体として、その文献引用への影響の評価を品質保証的な参照システムとして解消するのではない限りにおいて、オープン・アクセスの世界において明らかにみられる「グーグルコピーペースト（Google Copy Paste）」文化という問題の始まりは、学生の資格論文について、既に十分に経験的に裏付けられている¹⁵⁴。ここで見逃せないことは、その一方で科学的文献の全体としての品質の悪化が、十分には多様化されていない、様々な分野のウェブの参照の「再加工」により生じ得るということであり、それは、このような加工が信頼に足る品質を保証する引用の制度が、排他的な著作権の保護による指導的な価値の基礎に築かれていることを統制することができなくなるときである。これは、まず、著作者人格権の意味において、その出所を保障し、整序する機能において示されることであり、そこでは部分的にまさに経済学的結果を指向した保障がされるであろう¹⁵⁵。

¹⁵⁴ Weber, Das Google-Copy-Paste-Syndrom, Wie Netzplagiate Ausbildung und Wissen gefährden, 2. Aufl., Heidelberg 2008; ders., FAZ v. 6. Mai 2009, S. N3を参照せよ。

¹⁵⁵ Ohly (上記注7), S. 148を見よ。また、既に上記B. V. で述べたところを参照せよ。

そこでは、現在議論されているオープン・アクセスのモデルへの特別の立法的な支援がされることが要請されていることは、公的に援助された調査の分野において、ここで探求している考え方に基づく経済学的検討の可能性及び限界について特によい事例を示している¹⁵⁶。それぞれ詳細な検討がこれまで提示された議論及び議論されている立法的手段についてされているが—それは、この分野における制限規定の維持及び特にその拡大と¹⁵⁷、強行法的に定められている著作者契約法的なドイツ著作権法38条1項2文¹⁵⁸から、大学及び研究機関に対する基本的な著作者の提供義務の要請¹⁵⁹まで及んでいるが¹⁶⁰—ここでは、経済学的影響の検討と法的な限界との協同について、特に分かりやすくかつ最新の状況の説明をすることができる。このようにして、ここでは示唆のみがされているオープン・アクセスについての「賛成」及び「反対」についての検討が、公的に援助された

¹⁵⁶ そこで、Ohly (上記注7), S. 147 ff. も見よ。法政策的な観点からの最近のもので、特にドイツ連邦司法大臣により、より広い立法的な活動の必要性が著作権の分野においてあるかどうかについての意見が2009年2月13日に求められており（「第3のカゴ（Dritter Korb）」（B1 (S. 8 f.)）、そこでは、対応するドイツ連邦参議院の「第2のカゴ（Zweiter Korb）」（BR-Drs. 582/07を参照せよ。）についての検討依頼に基づいて、どのようにして、オープン・アクセス及びオープン・ソースの事業的利用モデルの特殊性が考慮されるべきかについての問いかけがされていることを参照せよ。

¹⁵⁷ Hilty, GRUR Int. 2006, 179, 186 ff. において既に論じられている点を見よ。最近のものとしてまた、十分な検討が Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, European Commission-Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy (“Comments by MPI”)（ダウンロード先：http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/mpi_green_paper_on_copyright_in_the_knowledge_economy-def-1.pdf [2009年2月16日現在]), S. 4 ff. において、欧州委員会のグリーンペーパーである“Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft”, Dok. KOM (2008) 466 endg. v. 16. Juli 2008 についての意見としてなされている点を参照せよ。

¹⁵⁸ そのような最初の提案として Hansen, GRUR Int. 2005, 378, 379を参照せよ。

¹⁵⁹ Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, 436, 441 f. を見よ。

¹⁶⁰ 最近のものとして、多様な検討がこの分野においてされていることとの関係について、Peifer, GRUR 2009, 22 ff. mwN を参照せよ。この分野についての詳細な論文として、Peifer/Gersmann(Hrsg.), Forschung und Lehre im Informationszeitalter-zwischen Zugangsfreiheit und Privatisierungsanreiz, 2007がある。

調査の分野において、最終的な結論として、多数のものが、効率的な公開モデルを抽出し、純化することは市場にゆだねられるべきだとしている¹⁶¹。経済学的分析—例えば、経験的利益状況及び医学・技術・自然科学の領域における大規模な科学的な出版における展開—は、ここでは興味深い結論に結び付けられるであろうが、いずれにせよ、事業的利用モデルについての類型的な検討についての「大きな」問いかけについては、それがたとえ可能であるとしても、答えにはならないであろう。この課題の設定は、むしろ、「制度間の競争」の開始において、公正な国家的な枠組条件を創設することにあり、それは事情により協同的な出版社、編集者及び調査機関による提供のための余地を与える¹⁶²。それが特に達成されるのは、著作者に、その権利を出版社に付与する場合と、インターネットにおけるオープン・アクセスのモデルにおける「無償」の公開又は両方の出版モデルを混合した形態に付与する場合との間において選択をさせることによるであろう¹⁶³。とはいえ、国家が、法改正又はそれ以外の手段により、この分野において、当初から完全に消極的に対応しなければならないというわけではない¹⁶⁴。むしろ、国家的な手段により枠組条件を自由な競争と私的自治における個々の著作者の判断のために確保することが、関係する市場において要請されており、その必要性及び形態が潜在的かつそれ以外の観点に

においても、まさにまた経済学的分析の手段により理由付けられている。経済学的分析は、詳細な点において、現存する自由な競争に対する危険な状況¹⁶⁵と、特定の非対称性により著作者の意思決定の自由が脅かされていることについて、この分野において、調査をすることにより寄与している。このような分析は、そこでは、「規範的」に設定されるものであり、例えば、分配の公正、調査の分野の一定の多様性の確保及び特に著作者の個人的な自由の観点が重要な役割を果たすことができ、かつ果たさなければならぬという意味においてである。例えば、経験的経済学的調査から導き出された信頼に足りる結論が、現存の自然科学・医学の分野において確立された文献引用影響率の制度 (impact-Faktorensysteme) がオープン・ジャーナルに対する乗り越えがたい市場への参入の障壁になるというものであるとすれば、そのような点の克服のためには、検証がされる移行期間において、一定の慎重な逆方向への誘引が、基盤及び調査の促進において、必要な範囲においてなされることになろう¹⁶⁶。さらに、科学的な刊行物の市場について、(出版社及び制度的な利用者との間の関係において) 慎重に、市場の支配的な地位が生じるおそれがあるという観点において調査がなされるべきである。そして、情報の基盤として関連する科学的なデータバンクが、ネットワーク効果により特に影響を受けやすく、そのため、科学的データバンクの市場における多様性は実際にはそれほど拡大はし

¹⁶¹ 類似のものとして、*Ohly* (上記注7), S. 149がある。慎重な疑問を将来の費用的な効率性をオープン・アクセスによる開示の基盤及びモデルを各国及び国際的な科学的組織 (この分野において確立された出版活動の対比において) についてすることを表明するものとして、*Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 184 f. は、「…全体のモデルがゼロサム・ゲームとなるおそれがある。経済学的利点は、別の言い方をすれば、せいぜい、より高い効率性と関係者の専門性において達成されるが、それにより商業的な事業的利用者の利益が節約されるであろう。しかし、このような条件が欠けていれば、さらに高い費用すらも覚悟しなければならないであろう」と述べる。

¹⁶² *Peifer*, GRUR 2009, 22, 27.

¹⁶³ この限りにおいて正確かつ確なものとして、*Ohly* (上記注7), S. 149を見よ。

¹⁶⁴ このような点について、傾向としては、おそらく *Ohly* (上記注7), S. 149があり、そこでは、いずれにせよ、さらなる経済学的かつ比較法的な調査への需要がこの分野においてあることを指摘している。傾向としては、ここで指摘した方向のものとして、*Peifer*, GRUR 2009, 22, 27がある。

¹⁶⁵ 実際の状況に関し、科学的な刊行の市場におけるものとして、*Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 181 ff. を参照せよ。競争法的な視点については、*Peifer*, GRUR 2009, 22, 27 f. がある。

¹⁶⁶ 特にこの方向において、「ドイツの科学的な組織の連合」によるデジタル情報についての2008年6月11日付けの重点的な提案 (ダウンロード先: <http://www.wissenschaftsrat.de/texte/Allianz-digitale%20Info.pdf> [2009年5月15日現在])がある。その外、“Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities”を見よ。それはMax-Planck-Gesellschaftのイニシアティブにより、2003年10月22日にベルリンにおいて始めて署名されたものである (ダウンロード先: http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/Berliner_Erklaerung_dt_Version_07-2006.pdf [2009年5月15日現在])。これに対し、批判的ないわゆる“Heidelberger Appell”があり、それには、間接的に多数の科学者、文学的な著作者及び出版社が賛同している (ダウンロード先: <http://www.textkritik.de/urheberrecht/> [2009年5月15日現在])。

ないであろう¹⁶⁷。ここでは、経済学的分析が関係する市場についてされることが、明らかに重要な役割を果たす。特に、より経済学的な接近方法 (more economic approach) が、欧州の競争法において、またこの (著作権との) 関係において、独占禁止法的手段による介入の条件として、より強固な経済学的考え方が参照されるために努力している¹⁶⁸。最後に、経済学的分析により、科学的な分野における著作者と科学の分野の出版社との間において契約法の関係において帰結されることは、情報の非対称性、力の不平等性及び行動経済学的な付付け効果により、関係する著者の裁量の余地が、私的自由に基づく判断のためには、科学的雑誌の市場における権利の許諾の詳細との関係において、不適切に制限されているということである¹⁶⁹。科学の分野の出版社と多様な共有 (commons) のモデルとの間の制度間の機能的な競争は、しかし、個々の著作者がこの関係において実際に純粋に自由な選択の権利を実質的な私的自由の意味において有するためには不可欠な条件となるものであり、現に存在する、自由な判断の余地についても十分に法的に保障されるに違いない。ここでは、立法者は、私的自由に基づく判断の保障のために、強行法的な著作者契約法的手段をとることもできるだろうが、それは、対応する理論的かつ経験的分析により基礎付けられる。例えば、強行法的に形成され、時間的に段階付けられたドイツ著作権法38条1項2文のような規定は、このような背景において、当初から考慮の外に置かれるものではない¹⁷⁰。その際、そのような規定を正当

化する責任は立法者にあるが、それは、ここにまさにみられる選択の制限を関係する著作者に課すことについては、実質的な私的自由による判断のための余地の保護及び確保のために、いずれにせよ慎重な正当化を必要とするからである。さらなる経済学的調査の作業は、したがって、ここでも必要であり、それによりそのような規定が根拠付けられる。

このように、経済学的分析の可能性を、最後に、その多様性において例示的に描写してきたが、法政策的な提案のいくつかは、オープン・ソースの分野において公的な調査機関の努力を背景として費用の節減のための議論に対しなされているが、同時に経済学的に動機付けられた効果の検討を著作権においてすることの限界についての一連の例を示している。このようにして、その限界とは、まさに再びこの分野において関連する個人を保護する基本権であり、特にここで明確に著作権制度の自立的な根拠として承認されている著作権の個人的かつ人格権的な要素との関連において、経済学的効果の分析の結果に対し、特定の強行法的な限界を設定するものである¹⁷¹。このようにして、例えば、基礎的な公表権 (ドイツ著作権法12条1項) の確保との関係において、人格的権利として、ボン基本法1条2項及び2条1項の枠組みにおいて、またその外ボン基本法5条3項による学問の自由の観点において、強行法的な著作者の提供権を科学的分野において立法的には規定し得ないことは¹⁷²、経済学的効果の分析がそのような規定を社会的に有用であると結論付けたとしても同様である¹⁷³。なぜなら、「公

¹⁶⁷ Peifer, GRUR 2009, 22, 28. 一般にデータバンクの保護の分野において、まさに「構造において典型的」な脅威が競争の自由についてあること(ネットワーク効果にもよる。)について、Leistner, K & R 2007, 457, 458 ff. がある。

¹⁶⁸ 最近のもので詳しいものとして、Heinemann, GRUR 2008, 949 ff. を参照せよ。全体として独占禁止法的な著作権及び工業所有権の統制の分野において一特にネット効果により促進される特定の保護の産業標準の構造の観点において一優れた実質的な将来の分野をより強化された経済学的分析に対して与えることについて、その限りにおいて、Bechtold, GRUR Int. 2008, 484, 486 f. も見よ。

¹⁶⁹ 一般的なもので最近のものとしては、Riesenhuber/Klöhn (Hrsg.), Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik (2009年刊行) がある。

¹⁷⁰ 同様のものとして一この分野において強行法的な前提として常に批判されている三段階テストの観点において一Peifer, GRUR 2009, 22, 27がある。やや慎重に(「…

法的な信頼性を取り急ぎ考慮しないとして…」) 検討しているものとして、Ohly(上記注7), S. 149がある。強行法的な国際法的及び欧州法的な三段階テストの限界について疑問を示すものとして、Heckmann/Weber, GRUR Int. 2006, 995, 998があるが、その理由として、著作者契約法的な規定は、同じような内容で制限規定としても定めることができるものであるとする。

¹⁷¹ 参照に値するものとして、Schack(上記注4), S. 129 f. がある。

¹⁷² そのように解するものとして、Peifer, GRUR 2009, 22, 26 f. がある。

¹⁷³ おそらく、いずれにせよ、そのような結論にはならないであろう。なぜなら、その限りにおいて、少なくとも公的に提案されるオープン・アクセスの提供のより高度な効率性には相当な疑いがあるからであり(既上記注161で述べたところを参照せよ。)、そして、さらに、経済学的効果を指向した見方においても、まさに認証及び品質保証機能がここでは実質的に著作者人格権により保障されているから

表するかどうか」についてのみならず、公表の選択肢についても関係する著作者が、それぞれ、制限を受けることなく判断することができるようにすべきだからである。いくつかの外の見解は、発明における大学の特権の喪失に依拠しながら、大学又は研究機関のための提供義務を提唱しているが、特定の人格権的な要素が著作権にはあることを見逃しており、そのような要素は発明者権の分野には同様の程度には存在していないが、著作権の経済学的分析においても強行法的な限界を設定している。

E. 総括

ここで試みたことは、個人的及び功利主義的な理由付けの止揚的提案及び承認を著作権についてすることで、情報社会における支えとなる基礎を置くことであり¹⁷⁴、そのようにして、既に述べたところの中心的な点は一同様に次の一步として一より実利的に著作権に関する現代の基礎的な調査分野の探索を、制度経済学的、実験的行動経済学的かつ経験的実地調査の分野においてしたことにある。

であり、それは、的確な分配と質の高い科学的な成果についての批判的議論を法的に保障し、この関係における取引の構造をある意味において「先決的効果」として倫理的に規定しているからである。類似のものとして、*Ohly* (上記注7), S. 148を参照せよ。

¹⁷⁴ *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479. これに対し、その核心において著作権における人格権及び財産権的排他権の保護について個人主義的な自然法的理由付けをし、しかし、それにもかかわらず、部分的な分野（特に個々の著作権の制限の規定について）において、経済学的モデルの形成をより正確な著作権の説明として受け入れているもので、最近のものとして、*Schack* (上記注4), S. 123 ff.がある。これに対し、「不可知論」的な観点において再びより人格権的に動機付けられた正当化の規定及び経済学的目的論的な見方との複合を最近の実証法学的に形成された著作権の根拠として受け入れているものとして、*Ohly* (上記注7), S. 146がある。最近のもので、ここにおけるように、まず、法の経済学的分析の無体財産権における好機及び発展の視点の上に構築した簡単な概観として、*Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484 ff.もある。包括的なものとして、最近のものとしては、*Hansen*, Warum Urheberrecht?, München 2009を参照せよ。

明確に、その際、基本的な問題となるのは、より広汎な著作権の制度の多様化と、必然的な経済学的分析の不確実性が、著作権の保護期間及び範囲の最適な形成という「大きな」問いかけとの観点において必要とされたことである。このような認識は、内容的には、しかしまた、方法論的かつ立法技術的な問題を投げかける。方法論的かつ立法技術的な観点において、立法活動の正しい装置についての問いは、不完全な情報下という条件において、著作権の分野において、全く特別の厳しさをもって投げかけられている。開かれた、協同的で実験的な立法の装置は、相当かつ明確に増大する意味を著作権について有しており、部分的には既にさらなる経済学的分析を立法的手段の客体として提供している。特にさらなる調査がルールとスタンダード (rules und standards) の役割についてされること、ここでは著作権について重要な部分を占めるべきである。内容的な観点からは、将来は、より詳細な経験的分析が個々の著作権の市場において、経済学的調査の焦点となるべきであり、それは、これまでは、一定の理由から、特許及び市場における効果についてより経験的調査が集中されてきたものである。特に科学的な刊行物の市場は、ここでは一定の特性から、まさに多様な観点から特に有益なさらなる経験的研究の対象となると思われる。欧州のデータバンクを保護する権利もまた、比較法的かつ経済学的研究の調査対象にさらになるであろう。

経験的研究が、可能な限りより多くかつより高度に特定されて、一般的な理論的な前提及び推定に替わり、一定の特定の分野の著作権及びその制限の効果についてされることが要請されているが、それとともに、ここで採用されている見解においては、特により強く、著作権と現代の行動経済学、創造性の調査、動機付けについての心理学及び情報交換的かつ情報理論的な調査との関連性についての問いが、一定の著作権の保護の客体について調査の中心になるであろう。こうして、必然的に、相当により大きな方法の多様化が著作権の経済学的分析においてこれまでよりもなされることになる。このようにして、一度生成された著作物の事業的利用の道程において、誘引の論拠は背景に退くであろうし、その代わり、現代的なプリンシパル・エージェント関係分析 (Prinzipal-Agent-Forschung) が既に理論的な合理的なモデルにおいて、より正確な説明を著作権的な規定について可能としている。創造的な著作物の創作のための誘引の分析につい

てさえも、経験的かつ実験的な認識が行動経済学や創造性の調査及び動機付けの心理学について得られることが、将来、より広い余地をこれまでより占めるであろうし、経済学的合理性のモデルを正確なものとするであろう。これに対し、古典的な合理性に基づいた誘引のモデルは、投資の保護において、やや高い程度において意味を持ち続けるかもしれない。(著作権の)制限の分野においては、さらなる経験的かつ行動経済学的調査が、多様な規定技術の実際の市場における効果について、相当な認識を得ることを約束する。同様のことは著作権契約法においても当てはまる。

これらのすべての分野において、将来性のある学際的な調査の企画についてのより広い余地が開かれるであろうが、それは、基本的な調査として、もっともさらなる著作権制度の多様化の基礎を敷くであろう。このような発展は、著作権における「経済学的」分析を「純粋」な経済学的調査から分離し、経済学的モデルを規範的な観点から、経験的認識を行動経済学的、心理学的、社会的かつ情報及び情報交換理論に開くものであり、そのことは、おそれるべきことではなく、まさに著作権において大きな好機として理解されるべきものである。