



Title	著作権の制限を通じた創作活動の推進（1）：著作権法における排他性概念の省察
Author(s)	Geiger, Christophe; 津幡, 笑//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 29, 69-92
Issue Date	2010-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43775
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ29_002.pdf



著作権の制限を通じた創作活動の推進(1) —著作権法における排他性概念の省察

Christophe GEIGER

津幡 笑(訳)

要 約

著作権の制限は、創作活動およびイノベーションを効果的に促進させる能力を持つものであろうか。この質問は、当初は思いがけないように聞こえるかもしれない。なぜなら、インセンティブ機能は、伝統的には制限ではなく、排他権に帰せられてきたからである。イノベーションはしばしば既存の創作物の上に打ち立てられるということを忘れるべきではない。結果として、著作権者に一定の行動に対する承諾をさせないことによって、創作的な利用が促進されるだろう。さらに、制限の対象となった使用とは、自由利用のためのものではなく、例えば「制限ベース」の報酬システムを構築するといったことを通じて、権利者に対する金銭的なリターンを提供する制度として、立法者が法案を作成することは可能である。多くのヨーロッパの国々では、著作権の制限によって適法化された使用は、報酬の支払いと組み合わせられることが多い。このようにして、本論文は、創作者およびその利益の観点から著作権の制限と例外を考察し、この機会を通じて、著作権法における排他性の原則に関して、しばし思索をめぐらしてみたい。

Associate Professor, General Director and Director of the Research Laboratory of the Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI), University of Strasbourg; Senior Researcher, Max Planck Institute for Intellectual Property Law, Munich.

この論文の初期のバージョンは、2009年8月19日に札幌の北海道大学で開催された国際シンポジウム“Intellectual Property and Global Justice”および2009年10月23日にアメリカ、ナッシュビルのヴァンダービルト・ロー・スクールで開催された“Drawing Lines in the Digital Age: Copyright, Fair Use, and Derivative Works”で発表された。北海道大学の田村善之先生、李ナリ先生およびヴァンダービルト・ロー・スクールのDaniel Gervais先生ならびに二つのシンポの参加者のコメントに謝意を表したい。

はじめに

著作権は、今日、正統性の深刻な危機に直面している。その主な理由として多くの学者が考えてきたものが、著作権の「過剰保護」の傾向である¹。さらに、著作権は次第に創作者にとっても使いにくいものになってきたように思われる。それはとりわけ「創作者中心」法制をとっている国々において顕著である。結果として、よりバランスのとれた方法で、保護の射程を再定義する必要が高くなっている。一度付与された権利を取り上げるのは困難であるので、著作権の制限規定および例外規定の改善に高い期待が寄せられている。近時、著作権制限および例外規定（またはその解釈）に関する国際的な仕組みを求める多くの声が、学界および国際会議で聞かれることができた²。あるいは過去において、いかに著作権制度を拡張し、新たな技術の課題に適合させるかということに主に議論が集中していたと言えるかもしれないが、今日では、保護と自由利用との間の適切なバランスをいかに保障するかという問題のほうに焦点はシフトしているよう

¹ この「拡大主義者」の傾向については、以下を参照。See Rochelle Cooper Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman & Harry First, eds., *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society* (Oxford, Toronto: Oxford University Press, 2001); Reto M. Hilty, “The Expansion of Copyright Law and its Social Justification” in Christopher Heath & Kung-Chung Liu, eds., *Copyright Law and the Information Society in Asia*, IIC Studies no 27 (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007) 1; Peter Gyertyánfy, “Expansion des Urheberrechts – Und kein Ende?” [2002] GRUR Int. 557; William R. Cornish, “The Expansion of Intellectual Property Rights” in Gerhard Schrickler, Thomas Dreier & Annette Kur, eds., *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation* (Baden-Baden: Nomos, 2001) 9; Hugh Laddie, “Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated?” [1996] E.I.P.R. 253; Ben Depoorter, “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, 9(2) Virginia Journal of Law & Technology 1 (2004).

² See, e.g., P. Bernt Hugenholtz & Ruth Okediji, “Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Final Report”, March 2008; Christophe Geiger, “Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions”, 40 IIC 627 (2009).

に思われる³。そしてそれはつまり、多くが与えられすぎているところから、いかにしてそしてどこから、なにかを取り上げるという問題である。いずれにせよ、著作権制度のそのようなチューニングは、とりわけ著作権産業において、多くの敵を持つ。(著作権) 制限制度の拡大と発展に反対する者は、主に以下のような議論を用いている。すなわち、もし、権利者から過大に(権利を) 取り上げすぎると、新たな著作物の創作において創作または創造のインセンティブはもはや失われるであろう。そしてそれは、社会にとって有害な帰結をもたらすであろう。なぜなら、このことは、それに付随する結果(失業、文化的影響の損失、革新的な製品の輸入の必要性)に伴って、経済的および文化的な損失を導くであろうからである。この立場は、排他権のみがイノベーションにとってインセンティブ機能を持ちうるという仮定から出発する。本論文は、反対の立場をとり、以下のように論じるものである。知識ベースの社会において、適度に設計された制限制度は、イノベーションと創作に有益な結果をもたらしうるとともに、他方で、創作者の著作物から生まれた利益に参加することを享受することを保障することにより、著作権のバランスを創作者に有利なように見直すことになる。私は、まず最初に、制限に親和的な著作権はどのようなものとして構想できるかということから説き起こし、次に、このアプローチが、憲法、ヨーロッパ法および国際法からもたらされる規範に適合することを検証する。

1. 著作権の「制限親和的」なアプローチを考える：創作性および創作者のためのセーフガード

「制限親和的」なアプローチを考えるとき、著作権の限界が正確にはど

³ See, e.g., Reto M. Hilty & Christophe Geiger, eds., *The Balance of Interest in Copyright Law* (Munich: 2006) Online-Publication, online: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, <http://www.intellecprop.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online.publikationen.cfm>; Llewellyn Gibbons and Xiao Li Wang, “Striking the Rights Balance among Private Incentives and Public Fair Uses in the United States and China”, 7 John Marshall Review of Intellectual Property Law 488 (2008).

こかをまず理解することが極めて重要である。国際法およびヨーロッパ法の立法者は、例えば、排他権に課す制限について言及することを望むとき、統一した用語法を使用しない。実際、「制限 (limitation)」と「例外 (exception)」という用語は、相互に体系的に用いられる。この語彙の差異は、両方の単語は異なった国の伝統における異なった法的現実と言及するものであるから、法的仕組みの理解に大いに影響を及ぼしうるものである⁴。顕著な例が、著作権の限界の解釈の問題であり、そこでは、実際、当該文脈において、「制限」あるいは「例外」が正しくは何を意味するのかということに依拠した処理がなされている。それゆえ、以下において、私は「制限と例外」の解釈および著作権保護の射程に新たな光をあてるために、「制限と例外」の法的意味を説明することにしよう。また、私は、排他性の原則が、著作権法により遂行される目的を達成するために常に適切な手段であるかどうか、そしてこの原則が—これもまた国際法、ヨーロッパ法および著作権法に関するものであるが—さらには既存の実定法の枠内で修正されたり、あるいは特別の場合には再考すらされるものであるのかを検証するつもりである。

⁴ See Martin R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2004) at 22 [Senftleben, *Copyright, Limitations*]. Senftleben は、TRIPS のような国際協定において両用語が対となって使用されたことは、偶然ではなく、いわゆる “droit d’auteur” と、コモン・ローの copyright の伝統との間の歩み寄りであったという興味深い指摘をしている。See also Séverine Dusollier, *Droit d’auteur et protection des oeuvres dans l’univers numérique: droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres* (Brussels: Larcier, 2005) at para. 546, spec. note 31 [Dusollier, *Droit d’auteur*] (2001年の著作権指令において異なった法文化を調整する方法として両用語の使用を議論する)。Michel Vivant and Jean-Michel Bruguière, *Droit d’auteur* (Paris: Dalloz, 2009) at para. 556 [Vivant & Bruguière, *Droit d’auteur*]によれば、著作権保護の射程を決定するためにこの文脈で使用される用語にますます多くの注意を払うことが重要である。

A. 著作権の「制限と例外」とはなにか、そしてその用語の背後に隠された法的事実はなにか？

制限の起草の仕方には多様な方法がある。例えば、包括的な制限条項、許可された適用例外の使用類型、または、それらの双方の組み合わせ等。第一のものは、どちらかというコモン・ロー国でよくみられるところであり（例えばアメリカにおけるフェア・ユース規定等）、第二のものは大陸法に一般的なものである。第一の場合、規定は、新たな状況により柔軟な方法で対応することを可能にする。一方、第二の場合、立法はより厳格であるが、より法的安定性がある。大陸法における柔軟性の欠如は、これらの制限の限定解釈が用いられることで、より強化される傾向がある。もっとも、この限定解釈の原則は次第に原理的に異議を唱えられることが多くなっており、後述するように、もはや裁判所により機械的に適用されているわけではない。一度、ある使用が制限条項によりカバーされると、その使用は無償になるか、または公正な報酬の支払いを導く。それゆえ、この種の制限は、しばしば「法定許諾」と呼ばれる。これは、多くのヨーロッパ諸国で、とりわけ私的複製の文脈で、よくみられるものであるが、ほとんどのコモン・ローの国では、極めて例外的であり、全くないということもある。制限の対象となる使用は必ずしも無償なものというわけではないという事実は、それでもなお重要であると心に留めておくべきものであり、ここで提案している著作権の「制限親和的」アプローチというモデルに影響を与えうるであろう。それゆえ、以下のアプローチはその神髄からして非常にヨーロッパ的であり（なぜなら、ヨーロッパのほとんどの国が大陸法であるからである）、他方で、コモン・ローの伝統を背景とする著作権の専門家にとっては驚くべきもので（あるいはむしろ奇妙なものでさえ）あると言えよう。

法的に言えば、「制限と例外」とはなにか。著作権の最新の議論の中心を占めているにもかかわらず、この極めて重要な問題は、いまだ決定的に

明らかにされていない⁵。多くの誤解、そして著作権制限の(狭い)限定解釈の原則はそのうちの一つであるが、その誤解は、「制限」と「例外」という法律用語に関連して異なる連想が行われるという事実におそらく起源をもっている。この分野でもまた、判例においてごく頻繁にみられるように、言語の用語は結果的に信条に立脚するように思われる。限定解釈は以下の例の場合にのみ正当化しうる。法律用語において、限定が、例外は厳格に解釈されなければならない (*exceptio est strictissimae interpretationis*⁶) という原則に従って、排他的な著作権の「例外」として考えられる場合にのみ、限定解釈は正当化されうる。「例外」という用語は、ある状態を表現する用語のうちの一つであり、そして「知的財産」という用語のように、非常にしばしば意図的に用いられる。この問題に関する私の以前の論文で述べたように、「『例外』という用語は、ヒエラルヒーを示唆する。使用が例外の定義に厳密に当てはまらない場合には、排他性の原則に戻らなければならない。比喩を用いると、例外とは、排他性という海の中の島のようなものだと言いうるだろう。『制限』という用語は、異なる格付けを示唆する。排他性の射程は、制限により決定される。これらの境界線を越えて、著作者はその著作物をもはやコントロールすることはできない。同じ絵を再び使うためには、権利は、自由という海の中の排他性とい

⁵ 例外と制限の性質を概念化しようとする試みとして、see recently Andrew Christie, “Finetuning the System: Conceptualising the Nature and Scope of Exceptions to Intellectual Property Rights”, Paper presented at the ATRIP conference “Can One Size Fit All?”, Munich, 21 July 2008 [forthcoming in Annette Kur, ed., *Can One Size Fit All?*, ATRIP Conference Papers 2008 (Cheltenham, UK/ Northampton, MA: Edward Elgar, 2010) [Christie, Finetuning]].

⁶ もちろん、この例外の限定解釈の原則については、争う者がいないわけではない。ドイツについて See, e.g., Markus Wurdinger, “Die Analogiefähigkeit von Normen” (2006) 206 AcP 946, at 965 ff. フランスでは、特別の意味合いを持った立場が、民法理論において論じられている (see Gérard Cornu, *Droit civil: Introduction, Les personnes, Les biens*, 12th ed. (Paris: Montchrestien, 2005) para. 417, Cornu は、制限はその正当化を考慮して解釈されなくてはならないと論じる。そしてその結果、制限の目的を達成するために必要とされる場合には拡大解釈も可能になりうると述べる。)

う島として考えられるべきであろう⁷。いずれにせよ、異なった権利が平等に対面していると考えれば、そして様々な利益の間の公平なバランスが達成されていると考えれば、著作者のためのヒエラルヒーはありえないであろう。対照的に、著作権法は、一定の条件の下でのみ利用権を付与している(著作権法は、内容ではなく、表現を保護している。そしてさらに言えば、『独自性』または『独創性』のある表現のみを保護しているのである)。この観点の下では、原則として考えられるべきなのが自由であり、例外として正当化されるべきなのが排他性なのである⁸。このように、著作権の制限は、著作者の排他権の例外ではなく、むしろ、著作権の正確な射程を決定する法律技術なのである⁹。

⁷ See Christophe Geiger, “Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?” (2004) 35 IIC 268. 分析は、制限が報酬(不適切に「徴収金」と呼ばれる。以下参照。)の支払を提供する場合でも異なる。この場合において、「自由の海を航海すること」は依然として誰にも許されているが、創作者への公正な報酬の支払の対象となる。まさにいくつかの国における高速道路のように、すべての運転者が利用可能であるが、ステッカーを貼ることが必要であったり、地下を利用するのに、すべての通行者が利用可能であるが、チケットを買うことが必要なようなものである。

⁸ See Christophe Geiger, “Les exceptions au droit d’auteur en France (analyse critique et prospective)” in Christophe Geiger, Michèle Bouyssi-Ruch & Reto M. Hilty, eds., *Perspectives d’harmonisation du droit d’auteur en Europe* (Paris: Litec, 2007) 349 [Geiger, “Exceptions”] [Geiger, Bouyssi-Ruch & Hilty, *Perspectives d’harmonisation*]; Reto M. Hilty, “Sündenbock Urheberrecht?” in Ansgar Ohly & Diethelm Klippel, eds., *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2007) 107 at 111 [Hilty, “Sündenbock”]; Detlef Kröger, “Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch?” [2002] M.M.R. 18 at 20; Thomas Hoeren, “Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?” in Jane Ginsburg & June Besek, eds., *Adjuncts and Alternatives to Copyright: Proceedings of the ALAI Congress*, New York, June 13–17, 2001 (New York, Kernochan Center for Law Media and the Arts, 2002) 348 at 361 ff.

⁹ Christophe Geiger, “De la nature juridique des limites au droit d’auteur” (2004) 13 Propr. intell. 882 ff., and from the same author: “Der urheberrechtliche Interessensausgleich in der Informationsgesellschaft” [2004] GRUR Int. 815 ff.; P. Bernt Hugenholtz, “Fierce Creatures, Copyright Exemptions: Towards Extinction?” in

もし、著作権の射程を決定するための手段として、そしてそれゆえにどの使用が著作権法によりとらえられないのかを明らかにすることにより、実際の法律の幅を特定するための手段として、「制限」をみるなら、その場合、一方で保護の範囲、他方で著作権の制限、この二つを差別化する必要はないように思われる。もしこの理解に従うなら、著作権は、能動的観点からも受動的観点からも、全体として一つのものとなされ、分割されえない¹⁰。したがって、利用権とその権利の制限とは、一つのコインの裏表なのである¹¹。例えばカナダ最高裁判所が、2004年3月の判決の中で興

IFLA/IMPRIMATUR Conference, *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, Amsterdam, 30-31 October 1997, 13 ff., and from the same author, “Adapting Copyright to the Information Superhighway” in P. Bernt Hugenholtz, ed., *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Proceedings of the Royal Academy colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law, Amsterdam, 6-7 July 1995 (The Hague: Kluwer Law International, 1996) 81, at 94. 例外と制限の性質の概念化に関しては *see also* recently Andrew Christie, “Finetuning the System: Conceptualising the Nature and Scope of Exceptions to Intellectual Property Rights” (Paper presented at the ATRIP conference “Can One Size Fit All?”, Munich, 21 July 2008) [forthcoming in Annette Kur, ed., *Can One Size Fit All?, ATRIP Conference Papers 2008* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA: Edward Elgar, 2010) [Kur, *One Size*].

¹⁰ *See also* J. Forns, “Le droit de propriété intellectuelle dans ses relations avec l’intérêt public et la culture”, *Le Droit d’Auteur*, 15 mars 1951, 25 at 28; Jaap H. Spoor, “General Aspects of Exceptions and Limitations to Copyright” in Libby Baulch, Michael Green & Mary Wyburn, eds., *The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions*, ALAI Study Days 1998 (Sydney, NSW: Australian Copyright Council, 1999) 27. Vivant & Bruguière, *Droit d’auteur*, *supra* note 4 at para. 565 で Vivant & Bruguière がうまく描写しているところのものとして以下の例がある。“Dis-moi quelles sont tes exceptions, je te dirais quel est ton droit” (何が君の例外かを述べたまえ、さすれば君の権利が何かを言おう)。

¹¹ *See also* Haimo Schack, “Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung” in Ansgar Ohly *et al.*, eds., *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag* (Munich: Beck, 2005) 511 [Ohly, *Perspektiven*]: “Der Inhalt der Urheberrechts und seine Schranken sind zwei Seiten derselben Medaille. Erst ihre Gesamtschau lässt das Ausmaß

味深い判示をしている。すなわち「フェア・ディーリング (fair dealing) 例外規定は、単なる抗弁というより、著作権法の不可欠な部分として理解したほうがおそらく適切である」¹²。たとえこの事が、(少なくともヨーロッパにおいて) 古典的な理解に合致しないとしても¹³、保護の用語およびその要件もまた、利用権を「制限」し、および、または「定義」するということもまた主張されえたであろう。引用の権利のような著作権の制限およびパブリックドメインに属する著作物 (例えば、保護期間が満了した著

der dem Urheber vorbehaltenen Nutzung des Werkes erkennen”。

¹² *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13 [CCH], at para. 48.

¹³ *See, e.g.*, Annette Kur, “Of Oceans, Islands, and Inland Water – How much Room for Exceptions and Limitations under the Three-step Test?”, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law, Research Paper Series No. 08-04 (forthcoming in Annette Kur & Marianne Levin, eds., *Intellectual Property in a Fair World Trade System – Proposals for reforming TRIPS* (Cheltenham, UK/Northampton, MA: Edward Elgar, 2010) [Kur, “Oceans”], Kur の主張によると、保護期間、一般的な保護要件、例外の適格対象のような制限と、「権利が付与されているにもかかわらず、(そしてまだ保護期間が満了していないにもかかわらず)、特別な状況で権利を実行しようとする権利者に障害を置く」制限との間の区別は、「有効で、保護期間満了していない権利に基づく請求に対する抗弁としての機能を規定する」。古典的な例が、この著者によると、引用の権利である (5 頁)。See in this sense the decision of the Paris Court of appeal, CA Paris, 4th Division A, 4 April 2007, (2008) 39 IIC 360, この判決によると、私的複製の例外は、『権利なくして訴訟なし』の原則の観点から、本案となる訴訟を支持するもの」ではなく、著作権請求に対する抗弁としてのみ行使されうるものである。この解決はフランス破産院によっても是認されている (1st civil division, 19 June 2008, (2008) 217 R.I.D.A. 299)。See also French Supreme Court, 1st civil division, 27 November 2008, (2009) 46 RLDI 10, comment by O. Pignatari. この古典的理解は、法律により許された使用を妨げる技術的な措置を講ずることの制限を「実行する」ことをユーザーに許す規定をもついくつかの国内法 (例えばドイツ著作権法95b条参照) の適用を通じて、既にヨーロッパでは挑戦を受けているかもしれない。この場合において、制限は、単に抗弁としてだけではなく、技術的な措置を用いる権利者に対して積極的に行使されうるものとしても機能しているように思われる。See Christophe Geiger, “Copyright and Free Access to Information, For a Fair Balance of Interests in a Globalised World” [2006] E.I.P.R. 366, at 370.

作物)は、もし一定の要件を満たすなら、著作者がその使用を禁止することができないという、共通してきわめて重大な特徴を持っている。使用は、著作者に割り当てられた支配域の外に位置しているのである。さらに、著作権保護期間または保護の要件といった「制約(restrictions)」の正当化は、伝統的な「制限(limitations)」に関連して起こる正当化の問題に非常に類似している。例えば「アイディアの自由」(または、コモン・ローの用語法に従うと、アイディア表現二分論)の原則および引用の権利(またはアメリカにおける文脈で言うと引用のための「フェア・ユース」)は、同じ機能を持っている。すなわち、創作者が、既存のアイディアに基づいて創作することを可能にし、既存の著作物を扱う際に不必要な妨害を避けることを可能にする。それは、創作活動を可能にするための基本的な必要条件である¹⁴。そのような厳格で絶対的な分類に反対する別の議論は、著作権の保護の射程の決定と、対応する制限との間を区別することが、しばしば非常に難しいことがある、というものである¹⁵。例えば、このことは、2001年5月22日の「情報社会指令」5条1項の意義の範囲内において、一時的複製に関連して明白になった¹⁶。指令の系統だった分類により推定されるように、これは伝統的な「制限」なのだろうか。または、非常に些細で、さらには(著作権によってカバーされない)複製という保護された範囲に属しない著作物を用いるのに必要な、複製の一種であるのか¹⁷。同じ問題

¹⁴ See Christophe Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé* (Paris: Litec, 2004) 209 ff. [Geiger, *Droit d'auteur*].

¹⁵ See also Vivant & Bruguière, *supra* note 4 at para. 557, 状況が異なることを区別するのは容易ではなく、同じ状況を異なって解釈することがありうる。

¹⁶ E.C., Commission Directive of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and neighbouring rights in the information society, [2001] O.J. L 167 of 22 June 2001 at 10.

¹⁷ See, e.g., André Lucas, *Droit d'auteur et numérique* (Paris: Litec, 1998) at para. 243; P. Bernt Hugenholtz, "Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid" [2000] E.I.P.R. 501; Vivant & Bruguière, *supra* note 4, at para. 594. For a discussion see also IViR, "The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, Final Report" (University of Amsterdam, The Netherlands, November 2006) 68 ff., online: IViR <<http://www.ivir.nl>>; Alexander Peukert, "Der Schutzbereich des Urheberrechts

が、既にフランス破毀院で、例えば著作物が偶発的に背後でもう一つの著作物を複製するといった状況における、些細で付随的なものとしての著作物の複製("exception de reproduction accessoire")に関して論じられていた¹⁸。このことは制定法に基づかない判例法により創設される著作権制限を意味するのか。あるいは、複製権によりカバーされるべきではない経済的にとるに足りない使用であろうか(なぜなら、著作物の利用行為ではないからである)¹⁹。別の例が、著作物の私的な利用である。それは古典的な著作権「制限」なのであるだろうか。それとも、排他権は、公共空間における著作物の利用にのみ適用されるべきなので、私的な空間における利用には適用されないと論じることはできないだろうか²⁰。結果的に、両方のケー

und das Werk als öffentliches Gut, insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses" in Reto. M. Hilty & Alexander Peukert, eds., *Interessenausgleich im Urheberrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2004) 11, at 26 ff. See also the decision of the Swiss Supreme Court dated 26 June 2007, "Electronic Press review", (2009) 40 IIC 990, 著作物の一時的保存は、著作物の許諾を超えた使用を許すものではない。すなわち、著作物の一時的保存は、「その実行の一部分である。それゆえ、それは独立した経済的重要性を持たない。そういうわけで、著作者の複製権から除外されているのである」。

¹⁸ French Supreme Court, 15 March 2005, (2005) 36 IIC 869. See on this issue Christophe Geiger, "Creating Copyright Limitations without Legal Basis: The 'Buren' Decision, A Liberation?" (2005) 36 IIC 842 ff. See also the decision of the Paris Court of Appeal, 12 September 2008, (2009) 31 Propr. intell. 53, comment by André Lucas and Jean-Michel Bruguière at 56. 裁判所によると、著作物の付随的利用は、「著作権保護の独占の射程に入らず、この独占の内部的なルールに服従する必要はない」[著者翻訳]。

¹⁹ See, e.g., Vivant & Bruguière, *supra* note 4 at para. 564.

²⁰ This has been argued for example by Philippe Gaudrat & Frédéric Sardain, "De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur", *Comm. com. élect.* November 2005, at 6; Philippe Gaudrat, "Réflexion disperses sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la 'société de l'information'", [2003] RTD Com. 87, at 102 ff.; Vivant & Bruguière, *supra* note 4 at para. 562, 583 ff.; Pignatari, *supra* note 13. See also Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6th ed. (Paris: PUF, 2007) at para. 338, Gautierによると、「著作者の権利の基礎は、経済的パースペクティブ

スにおいて、著作者がこれらの使用を禁止することができないということに留意するなら、議論は一見決定的ではないかもしれない。しかし、この文脈において非常に重要なように思われるのは、著作権制限の**機能**である。著作権法は自由な空間を創出しなければいけないということは疑う余地はない。そしてその自由な空間は既存の著作物の創作的な利用を可能にするものである。このようにして、表現の自由、情報の自由および芸術の自由の保護のような憲法上の価値が保証されることとなろう。そして、包括的な文化生活における公共の利益が供給されることとなろう²¹。端的に言うところ、制限は創作性の促進に関するものであり、または、経済用語を使うと、イノベーションの促進に関するものである²²。これはまた、利用権が果たさなければならない機能の一つでもある²³。功利主義的アプローチによ

における著作物の**公**の利用にある」; Abraham Drassinower, “Authorship as Public Address: On the Specificity of Copyright Vis-à-vis Patent and Trade-Mark”, [2008] Mich. St. L. Rev. 199 at 200, Drassinowerによると、「著作権は、複製の排他的な権利というよりはむしろ、**公**に表現する排他的な権利である。例えば、個人的に複製をすることは、著作者の権利の範囲外である（強調筆者）」。

²¹ See Christophe Geiger, “Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?” (2004) 35 IIC 268.

²² See also Ruth L. Okediji, “The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries”, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No. 15 (Geneva: ICTSD, 2006) [Okediji, “International Copyright System”] Executive Summary, at x: 「調和した、そして適切な制限および例外のない無限定の権利の付与または行使は、優先的な開発のためだけでなく、創作やイノベーションの過程そのものにも深刻かつ不利で長期に渡る影響を与える」。

²³ See in this sense also Annette Kur, Marianne Levin & Jens Schovsbo, “Expropriation of Fair Game for All? The Gradual Dismantling of the IP Exclusivity Paradigm”, forthcoming in Annette Kur & Marianne Levin, eds., *Intellectual Property in a Fair World Trade System - Proposals for reforming TRIPS* (Cheltenham, UK/Northampton, MA: Edward Elgar, 2010): 「特別なタイプの人権としての偶像化にもかかわらず、そして著作権に充満する人格権の強い香りにかかわらず、まず第一に、知的財産権は、『仕事を』のために一主に創作性とイノベーションを促進させるために、創造された」。このトピックに関しては see also Hilty, “Sündenbock?”, *supra* note 8 at 111 sq.

ると、これは著作権制度のより上位の目的、すなわち、合衆国憲法に重々しく書かれているように、「科学および有益な技芸の発展を促進するため」でさえある²⁴。ここで再び明らかになったように、著作権制度の機能指向の観点からは利用権と著作権制限とを差別化することは奇妙に思われる。なぜなら、双方が共通の目標をもっているからである。それらは同様に創作性の促進のための法的仕組みなのである²⁵。この観点からすると、著作権制限がユーザーに**権利**を与えているかどうかという議論は、どちらかというところと技術的な議論に止まっているように思われる（少なくともヨーロッパにおいて、主観的権利の概念に焦点をあてている）²⁶。実際、著作権制限により合法化された方法により著作物を使用する者は、制限により保護された利益に頼っているのではなく、否定的な側面での著作権に、したがって権利に、すなわち全体として著作権に、頼っているのである。その著作権は、排他性と、独占から創作を自由にする必要性との間のバランスをとることの結果を具体化するものであるからである²⁷。機能指向型の観点からは、利用権と権利制限という二つの仕組みの間にはヒエラルヒーがある。

²⁴ U.S. Const., art. I, § 8, cl. 8.

²⁵ See also Gerhard Schricker, “Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik” [1992] GRUR 246, 公共の利益は、著作権の保護と規制の両方の理由となると主張する。

²⁶ 私的複製の例外に関するこの議論については、see Christophe Geiger, “Right to Copy v. Three-Step Test, The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment” [2005] CR international 7 ff.

²⁷ See in this spirit *CCH*, *supra* note 12 at para. 48: 「フェア・ディーリングの例外は、単なる抗弁としてよりむしろ著作権法の重要な部分として主に理解されている…フェア・ディーリングの例外は、著作権法の他の例外と同様に、**利用者の権利**である」。この判決に言及するものとして、see Drassinower, *supra* note 20 at 200: 「カナダにおけるフェア・ディーリング、アメリカにおけるフェア・ユースは、著作権法に明らかに**不可欠である**『ユーザーの権利』と比べると、著作権侵害の例外ではない（強調筆者）」。See also Marie-Christine Janssens, “The issue of exceptions: reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation” in Estelle Derclaye, ed., *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (Cheltenham, UK/Northampton, MA: Edward Elgar, 2009) 317 at 347, 排他権と例外との間でバランスをとるメカニズムは、「著作権制度に**深く染みついた**ものであり、その正統化および信頼性にとって最重要のものである（強調筆者）」と主張する。

そして究極的に重要なのはその結果である²⁸。権利の幅は、制限により決定される。これらを超えて、著作者は自らの著作物に対してコントロールをすることができない。したがって、より広範囲かつ協力的な保護を求めることと²⁹、著作権制限の限定解釈を措定することは、純粋に政治的な意見を具現化したものでしかないのである。この文脈において、重要であるべきなのは、著作権の規定が、求められる目的を達成できるかどうかのみである³⁰。著作権制限を広範に解釈したり、追加することで保護の射程を削減することによりその目的が達成されるのであれば、そのときには、それに対して異論を抱くべきではないのである。

さらに、経済的観点においても、制限の価値を計測することができる³¹。実際、収入と経済成長を生むような³²、(いわゆる「付加価値サービス」という)多くのビジネスが制限によりカバーされる³³。たとえ、制限が報酬

²⁸ See in this spirit also Kur, Levin & Schovsbo, *supra* note 23: 「排他性は、非排他的な手法が同等かそれ以上の効果を達成しえない場合のみにおいて、そしてその限りにおいて、支配的な規制モデルであり、そして、または、全体として社会にとってより便益の高い効果を生むものである」。

²⁹ See also Okediji, “International Copyright System”, *supra* note 22 at XI: 「制限と例外は著作者に付与された権利に対応するべきである」。

³⁰ このトピックについての大変説得力のある議論として、see Alexander Peukert, “Ein möglichst hohes Schutzniveau des Urheberrechts fördert Kreativität und dynamischen Wettbewerb: Ein Irrtum?!” in Mathis Berger & Sandro Macciachini, eds., *Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto M. Hilty* (Zurich/Basel/Geneva: Schulthess, 2008) 39 [Peukert, “Ein möglichst”].

³¹ 著作権保護の目的について、see Geiger, *Droit d’auteur*, *supra* note 14 at 20 ff.; Dusollier, *Droit d’auteur*, *supra* note 4 at 216 ff.

³² See on this issue Llewellyn Gibbons, “Valuing Fair Use”, Paper presented at the Conference on Innovation and Communication Law, University of Turku, Finland, July 17, 2008.

³³ See in this sense Gibbons and Wang, *supra* note 3, at 494, コンピュータおよびコミュニケーション産業協会 (CCIA) により委託された研究における知見に言及する: Thomas Rogers & Andrew Szamoszegi, “Fair Use in the US Economy: Economic Contribution of Industries relying on Fair Use”, Washington DC, Computer & Communica-

の支払いを要求するとしても、権利保持者の探査、ライセンス交渉、問題が生じた場合の訴訟に関するコストがないことは、一定の計測しうる価値をも有するものであり、それゆえ、既存の著作物の創造的な再利用を促進する。

B. 創作者の利益の保護メカニズムとしての「制限」

一方、創作性を育成することは、著作権法の遂行する唯一の目的ではない。少なくともヨーロッパ大陸法国においては、創作者の保護が、制度の方向性の別の根本的な基礎を構築する。例えば、ドイツ著作権法が “Urheberrechtsgesetz” と呼ばれていることは確かに偶然ではない。Urheberrechtsgesetz は「著作者の権利」と訳されることができる。すなわち、たとえ、他の利益が付加的に考慮されているとしても、そして、異なった利益の間の公平なバランスが見いだされるとしても³⁴、この規制は、制度内の特別な役割が著作物の創作者に与えられるものとするという事実に対する公約となっている³⁵。このことは、いわゆる「著作者の権利」

tions Industry Association, 2007. 著作権ベースの産業の経済的な貢献を調査した 2003年の WIPO ガイドにより確立された研究方法を用いると、「研究は、フェア・ユース集約的な産業が、歳入の4.5兆ドル、アメリカの経済成長の18%、フェア・ユース制限により利益を受ける産業のアメリカ企業のほぼ8社に1社を占めると結論づけた。フェア・ユース依存産業は、経済全体よりも早いペースで成長し、より生産的であり、2006年における輸出における推定約1940億ドルを占めていた」。この研究によると、フェア・ユースベースの産業の経済的有意性は、著作権ベースの産業のそれより相当大きいことになろう。

³⁴ See Hilty & Geiger, *supra* note 3. Criticizing the concept of balance, see Abraham Drassinower, “From Distribution to Dialogue: Remarks on the Concept of Balance in Copyright law” (Paper presented in the context of the CEIPI series of lecture “(Re)thinking Intellectual Property”, Strasbourg, 14 May 2009) [forthcoming in the Journal of Corporation Law], 「バランスという概念を用いても、著作権に関する裁判においてどの程度の重きを置くべきかということが明らかではなく」、著作権は「著作者と利用者の『バランス』というよりは著作者と利用者間の『対話』として」と考えられるべきであると述べる。

³⁵ ドイツ法における異なった利益に関して詳細に概観するものとして see Reto M.

の国々におけるいくつかの特殊性、例えば、創作者への権利付与（それは「職務著作」に對置される）、著作者人格権、または著作権契約法による著作者の契約による保護を説明する。いずれにせよ、著作者を制度の中心に置くことは、しばしば主張されるように上述の功利主義的アプローチと衝突するものではない。反対に、両方のアプローチは、相互に良好な補完関係にある。もし創作性の最適な促進を達成しようとするなら、社会的な付加価値を実行する者、すなわち創作者に特別な役割を割り当てることは完全に一貫性のあるものである³⁶。労働の分け前に適切に関与する著作者の利益を考慮するなら、著作権制限は、著作物はいつも無料で使用しようということ、決して意味しないということ、そして、立法者は、著作権制限により合法化されたすべての使用への適切な報酬を求める権利を付与しうることを忘れてはならない。情報社会における著作権のハーモナイゼーションに関する2001年指令のリサイタル36条は、加盟国は、「補償金を必要としない制限または例外にオプション規定を適用することにより、権利保持者にも公平な補償金を付与しうる」と記述して、このことを明確にする。ドイツにおいては、例えば、ほとんどの制限規定において、報酬が規定されている（これは、しばしば、多くはコモン・ロー国において、極めて不適切に著作権「徴収金」と呼ばれるものである）。これらの報酬は、ほとんどの場合著作者親和的な方法で著作者と利用者を分別するものであるが、近時強調されてきているように、多くの場合、契約の相手方から受け取るロイヤリティーの支払いよりも、著作者にとってより関心を引き起こすものなのである³⁷。さらに、これらの制限に基づく報酬請求権は、

Hilty, “Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: ‘Wer will was von wem woraus?’ – Ein Auftakt zum ‘zweiten Korb’” [2003] ZUM 983 ff.

³⁶ See Christophe Geiger, “Intérêt général, droit d’accès à l’information et droit de propriété, La propriété intellectuelle analysée à la lumière des droits fondamentaux” in Mireille Buydens & Séverine Dusollier, eds., *L’intérêt général et l’accès à l’information en propriété intellectuelle* (Brussels: Bruylant, 2008) 177.

³⁷ See Reto M. Hilty, “Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht” in Ohly, *Perspektiven*, *supra* note 11 at 325 ff. 私的複製について、see also Adolf Dietz, “Continuation of the Levy System for Private Copying also in the Digital Era in Germany” [2003] A&M 348; Christophe Geiger,

ほとんどの場合利用者に譲渡されている排他権と対比して、創作者にとって**譲渡不可能**であると時々考えられている³⁸。著作権契約法により提供される保護に加えて³⁹、著作権制限は、著作者と利用者との間の利益の合理的なバランスを達成するための、付加的で適切な方策として考えられているのである。著作権契約法は、多くの各国立法には存在しないという事実を踏まえると、そして、著作権契約法がある国々においても、依然として十分に満足できるものではないという結果を踏まえると、制限に基づく報酬制度は、興味深く、実行可能な選択であるように思われる。

a. 著作権「徴収金」：著作者への「報酬」または「補償」なのか？

以上で議論してきたことを踏まえると、ヨーロッパの立法者が、著作権制限および許可された使用について公正な報酬を受け取る創作者の権利に関連して、「補償」という言葉を使うのは、不明瞭かつ不適切と言って

“The Answer to the Machine should not be the Machine: Safeguarding the Private Copy Exception in the Digital Environment” [2008] E.I.P.R. 121; Séverine Dusollier & Caroline Ker, “Private copy levies and technical protection of copyright: the uneasy accommodation of two conflicting logics” in Derclaye, *supra* note 27 at 352 [Dusollier & Ker, “Private copy”] は、次のように述べる。「経済的な観点からは、徴収金制度の設立は、そのような私的複製に対する著作者および他の権利者の収入の創出を許すものであった。そこでは、複製権は全く果実を生まないことが明らかにされた。私的複製の報酬は、いまや多くの著作者、とりわけ実演家の収入の大部分にのぼっており、この報酬は、通常彼らの著作権収入の主要な源の付加的なものにすぎないのである」。

³⁸ 例えばドイツ著作権法 (Urheberrechtsgesetz) 63a条参照。制限に基礎を置く報酬請求は、管理団体に事前に移転されることができるのみである。See also art. 5. 2 of E.C., *Commission Directive 2006/115/EC of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property*, [2006] O.J. L 376/28; “The right to obtain an equitable remuneration for rental cannot be waived by authors or performers”.

³⁹ See on this topic Adolf Dietz, “Les aspects contractuels du droit d’auteur en Allemagne” in Geiger, Bouyssi- Ruch & Hilty, *Perspectives d’harmonisation*, *supra* note 8 at 465 ff.

もよいかもしれない。2001年5月22日の情報社会における著作権指令のリサイタル35条によると、「制限または例外に対しては、一定の場合、権利保持者は、保護された著作物または適格対象からなる使用から十分に補償される、**公正な補償**を受け取るべきである」。フランス語による規定も非常に似通っている。「Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une *compensation* équitable afin de les *indemniser* de manière adéquate pour l'utilisation faites de leurs oeuvres ou autres objets protégés」

この「補償」(compensation)または「保障」(indemnity)という用語法は、補償されなければならないある種の損害を暗示するように思われる。しかしながら、上記の議論を考慮すると、これらの用語は正しくないように思われる。「補償 (compensation)」の代わりに、「報酬 (remuneration)」と言うべきではなかろうか。したがって、ライセンスという方法による報酬および著作権制限を通じた報酬というものも存在すると言うべきであろう。用語法的には、「徴収金 (levies)」というより広く使われているが誤解を招く用語より、「制限に基づく報酬権」という用語を使用するのが望ましい。経済学に由来する「ライアビリティー・ルール」という用語についても同様のことが言える。この用語は、差止めの可能性の代わりに、権利者が、その著作物の利用に対していくばくかの金銭の見返りを得るだけというこれらの種類の法的状況を描写するためにしばしば用いられる。なぜなら、ライアビリティーという概念は、補償される必要がある損害を示唆するものだからである⁴⁰。「法定許諾」という用語は、公正な報酬を受け取る権利

⁴⁰ See Kur, Levin & Schovsbo, *supra* note 23, この論文はライアビリティー・ルールを以下のように定義づけるものである。ちなわち「**不法侵害により損害を被った人を補償することを条件として**第三者が事前の承認なく一定の行動をとることを許可する法的構造」(強調筆者)。より一般的にこの問題に関しては、影響力のある論文として、see also Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, “Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, 85 Harvard Law Review 1089 (1972), これはライアビリティー・パラダイムが、不法行為法の文脈で主に発展してきたということとを思い起こさせるものである。

と組み合わせられる制限のためにしばしば用いられるものであるが、著作権のある著作物の使用に対する報酬の概念を表現するのにより適格的であるように思われる⁴¹。驚くべきことに、同じリサイタル35条のドイツ語版は、「例外や制限の一定のケースにおいて、権利者は保護を受ける著作物または保護の他の客体の使用に対する適正な**報酬** (“Vergütung”) を受けるために、公正な補償を受け取る」と規定する⁴²。同様に、貸与権のディレクティブにおいて、ヨーロッパの立法者は明確に、作者者と実演家は、自己の著作物のレンタルに対して、公平な報酬を受け取る放棄できない権利を享有すると規定している⁴³。欧州司法裁判所は、このコンセプトを解釈して、公平な報酬を受け取る権利とは、「特定のレコードの放送に対する**報酬**を受け取るに際して、実演家および製作者の利益と、合理的な限度でレコードを放送しうる第三者の利益との正当なバランスを達成できるものとして」(強調筆者)、みなされなければならないと判示した⁴⁴。

⁴¹ 「法定許諾」という用語は、それ自体完全に適格的とはいえない。なぜなら、それは排他権があり、法律により与えられた使用許可のみがあることを示唆するからである。既に言及したように、著作権制限は、作者の排他権の制限として理解されている。それ以上には、作者はもはや自分の著作物に対してコントロールを持ちえないのである。それゆえ、報酬のある制限(または「制限ベースの報酬請求」)および報酬のない制限という用語のほうが適切であろう。

⁴² リサイタル35条のドイツ語版は、“In bestimmten Fällen von Ausnahmen oder Beschränkungen sollen Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, damit ihnen die Nutzung ihrer geschützten Werke oder sonstiger Schutzgegenstände *angemessen vergütet* wird”.

⁴³ See, e.g., art. 5.2 of Directive 2006/115/EC, *supra* note 38.

⁴⁴ *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v. Nederlandse Omroep Stichting (NOS)*, C-245/00, [2003] E.C.R. I-1251 at § 36. According to Dusollier & Ker, “Private copy”, *supra* note 37 at 354, 「このような判例法は、貸与権、貸出権および隣接権ディレクティブにより定められた報酬の権利が、それ自体補償的性格を持たず、むしろ音源の利用行為に対する直接の報酬を構成すると考えているようである」。もつともこの著者自身はこの概念に反対であり、徴収金制度は、「これらの行為または複製それ自体に対する経済的な代替物を提供するものとして解釈してはならない」と述べる(at 355). P. Bernt Hugenholtz, Lucie Guibault & Sjoerd van Geffen, “The Future of Levies in a Digital Environment” (Final Report, Institute for Information

問題は、これらの異なった用語が、著作権制限および含まれる報酬請求の取り扱い方法の異なった概念をも表すものであるかどうかである。フランスにおいてさえ、著作権法は、私的複製の文脈において「著作物の複製に対して報酬を受け取る権利」に言及し、誤解を招く「補償」という用語を避けていることに注意しなければならない（フランス知的財産法典 L. 311-1条）。結局、「報酬」から始まるのか、または「補償」から始まるのかということは、おそらく真に決定的なわけではない。すなわち、決定的な側面は、両方のケースにおいて、著作者が自らの著作物の分け前に与ることができるということである。この点において、分け前に関与する**実効性**だけが、重要である。仮に、結果的に著作者に流れる報酬がほとんどない事態に陥るのであれば、排他権を極めて広範囲に発達させたとしても、著作者にとっては何の意味もないであろう⁴⁵。もしこの分け前への関与が制限の方法により達成されたとしたら、「報酬オプション」は、排他権の

Law, Amsterdam, 2003) [Hugenholtz, Guibault & van Geffen, “Future of Levies”] Executive Summary at iii によれば、2001年の著作権ディレクティブにおける「公正な補償」の概念は、貸与権ディレクティブで確立された「公平な報酬」の概念と区別されなければならない。後者のものは権利者が損害を一切被っていないという場合に当然起こりうるからである。そのような区別は、もちろん、異論もありえようが、従前言われてきたことに照らせば、区別自体が不明瞭であったことは確かである。⁴⁵ この文脈で、ドイツおよびイギリスで著作者と脚本家はその著作権の利用から通常受け取る金額を実証的に検証した、非常に興味深い有用な研究がある (see Martin Kretschmer & Philip Hardwick, “Authors’ earnings from copyright and non-copyright sources: A survey of 25,000 British and German writers” (Center for Intellectual Property Policy & Management, Bournemouth University, December 2007). 同研究は、結論部分において以下のように述べている。「この研究は、現行著作権法が、芸芸の創造者、実演家の必要な資源の生産および独立性や尊厳の保証という目的（リサイタル11、Directive 1001/29/EC）に合致することに失敗していると断言しうることを実証する。ベストセラー作家の報酬こそ極めて高いものであるが、作家という職業が経済的に見合わないものであることは明らかである。作家業を主な収入源としているのは、調査対象となったドイツおよびイギリスにおける25000人の著作者のうちの半分に満たない。職業的な著作者の典型的な所得は、ドイツにおいては国内平均賃金の半分以下であり、イギリスにおいては国内平均賃金の三分の一以下である。職業作家のうちの60%がなんらかの副業を持っている」。

結果より好ましいかもしれない⁴⁶。現在既に多くの状況で、排他権は、著作者自身により個人的にはなく、管理団体により管理されている。このことは、特に著作権のある著作物の集団的な利用の場合にあてはまる。ここではいずれにせよ個々の利用は事実上不可能である。同じ管理団体が、著作物の制限ベースの利用の結果生じる報酬についてもまた徴収を担当している。特にドイツのような国において、管理団体はユーザーと契約を結ぶ義務があるので⁴⁷、排他権に基づく報酬の収集と、制限ベースの報酬請求との間には、事実上差異はないのである。したがって、多くの場合において、排他権とその制限との間の区別は、いずれにせよ実務的な意味を失っている。

b. 制限ベースの報酬アプローチに適合的な判例法

高く評価されている2002年7月11日の判決によると⁴⁸、ドイツ連邦最高

⁴⁶ See Kur, Levin & Schovsbo, *supra* note 23, 「課題に最も適した制度を確立するためには、各制度設計者は、一般化を避け、「達成されるべき特別の役割の観点から、賛否両論をチェックしなくてはならない」と述べる。彼らは当然以下のことを強調する。責任ベースの制度が、「慢性的な不十分な補償」を導くという仮説は、証明するのが外形上不可能であるように思われる。なぜなら「実証的な証拠は見つかることもあるが、あったとしても、それは決定的でないことが多い」からである。それゆえ、著者によると、「強固で信頼できる公正な見返りを提供する制度が、過小投資の側面でも、プロパティールールの弱く不安定な枠組みにとって、望ましいかもしれない」。 See also K. Koelman, Koelman によると「徴収金制度にも、法的ないし技術的排他性の制度にも、ともに、社会的な費用と便益を随伴しうる。経済的な議論は、どちらのアプローチに与することもでき反対することもできる。この段階では、どちらのアプローチが経済学的な観点から望ましいかを決定することはできない」(The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM, in: F.W. Groscheide & J.J. Brinkhof, *Intellectual Property Law 2004*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, 437).

⁴⁷ Sect. 11 of the German Act for collective management of authors rights (Urheberrechtswahrnehmungsgesetz).

⁴⁸ Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), 11 July 2002, “Elektronische Presspiegel”, [2003] JZ 473, comment by T. Dreier.

裁判所は、内部での使用のために企業によりなされた電子的なプレス・レビューをカバーするために、ドイツ著作権法49条のプレス・レビューの制限を拡大解釈して、著作者の効果的保護のための「制限ベースの報酬」の潜在的な可能性を認めた。理由は、受け取る報酬のかかなりの部分が著作者自身に流れるであろうということ、ゆえに制限を狭く解釈することが著作者の状況を改善しないであろうということに求められている。

この種の議論は最近スイス最高裁判所により取り上げられ、さらに一歩進められることになる。実際、スイス最高裁判所の2007年6月26日判決は、大変興味深く、革新的なものであり、以下のように判示している⁴⁹。電子的なプレス・レビュー（いわゆる「新聞切り抜き、文書配達サービス」または「付加価値情報サービス」）を商業的に準備し、配信する企業の活動は、第三者によるものであっても著作物の複製を許すものであるスイス著作権法19条に従って、個人的使用の制限によりカバーされる。この制限の拡張解釈がベルヌ条約（9.2条）のいわゆる「3ステップテスト」を侵害するかどうかを吟味する際に、裁判所は以下のように判断した。すなわち「権利保持者の利益は、権利者が使用を禁止する権利の代わりに報酬請求権を得ている場合、不相当に制約されていると考えることはできない。なぜなら、ジャーナリストの利益と出版社の利益の双方が考慮されなければならないからである。プレス・レビューの場合、排他権は、まさにジャーナリストの権利を通常保有している出版社の利益を完全に具現しているであろう。なぜなら、そのようにしてはじめて、出版社は、複製を禁止することを望むか、適切な報酬の支払いに対して許可を与えることを望むか、自由に決定できるからである。ところが、個別の記事の著作者としてのジャーナリストは、そのような排他権に利益を持たない。一方で、ジャーナリストは、自分の記事が多くの読者の目に触れる可能性に興味がある。他方で、ジャーナリストは、報酬を得る権原が与えられてはじめて、新聞要約配信サービスのためになされる複製から金銭を得ることができるので

⁴⁹ Decision of the Swiss Supreme Court, 1st Civil Division, 26 June 2007, (2008) 39 IIC 990. For a comment see Christophe Geiger, “Rethinking Copyright Limitations in the Information Society: The Swiss Supreme Court Leads the Way” (2008) 39 IIC 943.

ある。」もしこの議論に従うなら、制限を増大させることは、適切な報酬を支払う義務と組み合わせられるのであれば、著作者に利益をもたらすうると述べることができよう。もし効果的な著作権保護の達成を真に望むならば、こうした側面は、現行の制限制度を解釈する際にも、あるいは当該制度の将来の「適切な」対応策を講じる際にも無視することは許されない⁵⁰。

いずれにせよ、著作権制限は、既に著作物を創出した著作者の報酬の利益を完全に保護するものではなく、創作過程にある著作者の利益を保護するものである。この段階では、著作者自身が著作権制限の主要な利益を享受する者であるということをおぼろげに忘れるべきではない。もし引用する権利がないとしたら、著作者は既存の著作物をどのように批判的に扱うことができようか。大学教授や科学者が、もしその投稿の準備のために論文を複製することができないとしたら、いかにしてその役割を果たせばよいのだろうか⁵¹。法律により与えられた自由な空間は、著作物の自由な創造を確保する。しかしながら、この問題に関して、現行制度は依然として弱点を示している。なぜなら、創作過程で、著作者は新たな著作物を生み出すために、著作権の対象となっている既存の著作物の要素を用いる—そして、著作物を複製する技術的な能力のたゆみない発展を受けて、その傾向はさらに強まる—ということは十分に考慮されていないからである⁵²。

⁵⁰ Katerina Gaita & Andrew F. Christie, “Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying” [2004] I.P.Q. 426. See also Hilty, “Sündenbock”, *supra* note 8.

⁵¹ See Reto M. Hilty, “Five Lessons About Copyright in the Information Society: Reaction of the Scientific Community to Over-Protection and What Policy Makers Should Learn” (2006) 53 J. Copyright Soc’y U.S.A. 103 ff., and from the same author “Copyright Law and Scientific Research” in Paul Torremans, ed., *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research* (Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2007) 315 [Torremans, *Handbook*]; Geiger, “Exceptions”, *supra* note 8 at 349 ff.

⁵² See Brian Fitzgerald, “Copyright 2010: The Future of Copyright” [2008] E.I.P.R. 43 at 46: “There is a growing need to sensibly articulate the right to engage in transformative reuse of copyright material in international and national laws”.

それゆえ、創作的な使用のためのより広範な制限を導入し、禁止権を報酬を受け取る権利へと変換するという方策は、真剣に考慮されなければならないものである⁵³。その場合、排他権は大幅に縮減されるだろう。なぜなら、著作物「そのもの」(“telle quelle”)を奪取し、著作物のそのままの複製を禁止しうるに止まることになるからである。経済学用語で表現すると、それゆえ著作者は著作物の派生的(すなわち二次的)市場ではなく、一次市場のみをコントロールすることができることになる。そのような解決は、排他性の原則を全く新たに再考することをせまるものであることは確実である。結局、排他性の原則は、目的を達成するための手段にすぎない。もしこの目的が、拡大された制限制度を通じて、よりよく達成されるのであれば、その場合、本稿で示唆した方向性を考慮することは、単にそれが著作権法の歴史的伝統に適合しないという理由のみで反対されるべきではない⁵⁴。

⁵³ See Christophe Geiger, “Copyright and the Freedom to Create, A Fragile Balance” (2007) 36 IIC 707 ff., and from the same author: “Les limites au droit d’auteur en faveur de la création dérivée” in ALLADA, ed., *Copyright and Freedom of Expression, ALAI Study Days 2006* (Barcelona: Aladda, 2008) 350.

⁵⁴ Kur, Levin & Schovsbo, *supra* note 23, Kurらは以下のように述べる。「排他性に基づく伝統的な制度と、ライアビリティー・ルールに基づく代替制度との間の選択は、双方のモデルに内在する社会的な便益と費用の比較を基調とするべきである」; Reto M. Hilty, “Renaissance der Zwangslizenz im Urheberrecht?”, 2009 GRUR 633; M. Vivant, “Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, À la recherche d’un nouveau paradigme”, Université de tous les savoirs, Vol. 5: *Qu’est ce que les technologies?* (Paris, Odile Jacob, 2001) 210; Christophe Geiger, “Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht” 2008 GRUR Int. 459. そのようなアプローチへの懐疑論として、see Hugenholtz, Guibault & van Geffen, “Future of Levies”, *supra* note 44, Executive summary at iii, Hugenholtzらは、以下のように主張する。徴収金制度の拡大は、「全体として著作権制度を最終的に弱体化させるであろう。著作権制度のほぼ完全な『浮上』に従い、排他権は効果的に退出を免れるであろう。権利保持者は、その代わり、管理団体により集約された報酬に完全に依存するようになるだろう」。See also P. Bernt Hugenholtz, “The Future of Copyright Levies in the Digital Environment”, in: *Creators’ Rights in the Information Society, ALAI Budapest 2003*, Budapest, KJK-Kerszöv Legal and Publishers Ltd, 2004, at 297.