



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日本の著作権法のリフォーム論 : デジタル化時代・インターネット時代の「構造的課題」の克服に向けて
Author(s)	田村, 善之
Citation	知的財産法政策学研究, 44, 25-140
Issue Date	2014-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/55093
Type	departmental bulletin paper
File Information	44_02.pdf



日本の著作権法のリフォーム論 —デジタル化時代・インターネット時代の 「構造的課題」の克服に向けて—

田 村 善 之

I 問題の所在

本稿は、デジタル化時代、インターネット時代を迎えた日本の著作権法の課題を炙り出し、長期的な改革の方向性を提示しようとするものである。

一般的に法学者が立法論を語る場合、解釈論の延長線上で考察し、現在の法律の下における利害のバランスのとり方をベイスラインとして、新たな環境変化に応じてそのバランスに過不足が生じたところを矯正し、従前と同様の均衡点を目指すというような発想に（默示的に）立脚していると推察される議論が提示されることがある。現在の法におけるバランスのとり方のエッセンスを抽象化して特定の概念ないし理論を作出し、その範疇に新たな事態が包含されるのか否かという発想で立法論を語るという手法はその典型例といえる。

この種の手法には、急激な制度的変化を抑止し漸進的な解決を図るとともに、従前と同様の均衡を維持するに過ぎないという形で人々に納得感を与えさせるという法的思考様式に備わる美点を見出すことができよう。しかし、劇的な環境の変化を迎えた現在の日本の著作権法は、政策形成過程におけるバイアスに起因する構造的な課題をいくつか抱えている。そのような法制度の将来を語ろうとするときにまで、法解釈論の延長線上に立

¹ 田村善之「メタファの力による“muddling through”: 政策バイアス vs. 認知バイアス—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告—」新世代法政策学研究 20号91～98頁（2013年）。

法論を語る在来の手法に依拠していたのでは、バイアスの産物である現行法のバランスのとり方を永続的に維持するだけに終わる。その意味で、著作権法の将来像を考察することは、法学方法論の実践という意味でも興味深い作業といえる。

そこで、以下では、現在の著作権法制をめぐる諸アクターの動向を分析し、そこに政策形成過程のバイアスが存在することを確認し、次いで、著作権法制の歴史的な変遷を追うことでバイアスがもたらした現在の法制度の歪みを特定するという手法を用いることにより、インターネット時代において著作権法が抱えている構造的な課題を明らかにし、それに対する長期的な対応策に思いをめぐらすことにしたい。

Ⅱ 著作権法制に関わるアクターの動向

1 立法の動向

1) 日本の著作権法の特徴

日本の著作権法制が抱えている課題を把握するための前提として、まず日本の著作権法の特徴を確認しておこう。

第一に、著作権の支分権の範囲が包括的に規定されている(21～28条、113条)。日本の著作権法のこれらの利用行為の規制の内容は、TRIPS協定、WIPO著作権条約、WIPO隣接権条約に対応するものとなっており、本来的な特徴として論ずべきところは少ない。

第二に、著作権の制限規定に関して、アメリカ合衆国のフェア・ユースの法理²のような著作権を一般的に制限する条項はない。多少なりとも一

² 従前の判例法理で認められていたフェア・ユース(fair use)の法理を制定法内に導入した1976年改正アメリカ合衆国著作権法107条は、問題の利用行為がフェア・ユースに該当して著作権を侵害しないものとなるかどうかを判断する際には、「利用の目的と性質」「利用される著作物の性質」「利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値」「利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響」という四つの主たる要素を考慮に入れるべきことを謳っている。裁判例の包括的な分析として、Barton Beebe(城所岩生訳)「米国著作権法フェアユース

般的な射程を有する規定としては、引用(32条1項)と私的複製(30条1項)があるに止まる。その代わりに個別の制限規定の数は多く、かなり細かく規定されている。しかし、企業内におけるファックスやメール内のコピー&ペーストなど、日常的に頻繁に行われている行為に対して著作権を制限する規定はどこにもない。

2) 近時の法改正

最近の改正においてはむしろ著作権の制限規定を(一部)外すことにより権利が強化されることがある。たとえば、2009年の著作権法改正により、インターネット等から著作権を侵害するコンテンツを悪意で録音録画する行為に関しては、それが私的使用目的であったとしても、それがゆえに

判決(1978-2005年)の実証的研究(1)~(2)」知的財産法政策学研究21~22号(2008~2009年)は、関連する著名な最高裁事件では下級審判決の逆転が目立つために、フェア・ユースの法理は予測可能性が低いと指摘されているが、実際にはフェア・ユース関連事件は、逆転率あるいは反対意見が付される率において一般事件と大きな差異があるわけではないことを明らかにするとともに(21号147~149頁(Jonathan Griffiths(城所岩生訳)「中核制度の柔軟化—欧州著作権法の開放」知的財産法政策学研究35号14~22頁(2011年)も参照))、変容的利用(transformative use)につき、Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 464 U.S. 569, 114 S. Ct. 1164 (1994)がその重要性を強調したにもかかわらず、下級審の裁判例では言及しないものが多いとする(22号174~179頁)。他方、Neil W. Netanel(石新智規=井上乾介=山本タ子訳)「フェアユースを理解する(1)~(2)」知的財産法政策学研究43~44号(2013~2014年)は、Beebeの分析は2005年までのものであるが、それ以降、裁判例において変容的利用の重要性が増しており、被疑侵害者側の勝訴率も高まっていることを明らかにし、このような裁判例の転換の背後に、著作権の存続期間の延長立法の違憲性を否定したEldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)の反動で、著作権者の権利の拡大に対抗すべきであるという発想があるのではないかと推察する。

このほか、著名裁判例を簡便に俯瞰するものとして、田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」同『ライブ講義 知的財産法』(2012年・弘文堂)472~476頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)―寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等―」知的財産法政策学研究16号96~99頁(2007年)、個別の裁判例につき詳しくは、山本隆司=奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』(2010年・太田出版)。

著作権が制限されることはないとされている（著作権法30条1項3号）³。さらに2012年改正では、所定の要件の下、刑事罰までもが科されるようになったことは記憶に新しい（119条3項）⁴。同時に、アクセスをコントロールする技術的保護手段であっても、実態としてコピー・コントロールとして機能している場合に、著作権法上の保護を受ける技術的保護手段に取り込む改正もなされ、その結果、私的使用目的の複製を理由とする制限規定の適用範囲がその分、狭められている（30条1項2号）。

その反面、個別の制限規定に関しては新たに設けられたものも少なくない。

2007年改正では、記録媒体（ハードウェア）等を内蔵した機器（パソコンや携帯電話）を保守、修理する際に修理業者等が媒体に複製された著作物を一時的に保存する行為に対して著作権を制限する規定が設けられた（2007年改正当時は47条の3であったが、2009年改正後は47条の4）⁵。

さらに、2009年改正⁶では、検索エンジンが検索のためにウェブのデータを取り込んだり表示したりする場合の複製（47条の6）⁷、美術の著作物

³ これに先立って、2007年に成立した映画盗撮防止法により、映画館内で有料で（無料試写会を含む）上映される映画を盗撮する行為は、国内最初の有料上映日から8ヵ月間は、私的使用目的があっても著作権侵害となり、刑事罰も科されている（映画盗撮防止法2条・4条）。参照、櫻庭倫「映画の盗撮の防止に関する法律について」コピーライト556号（2007年）。

⁴ 参照、池村聡「違法ダウンロードの刑事罰化」ジュリスト1457号（2013年）、京俊介「著作権法の立法過程分析—政治学の視点から—」著作権研究39号掲載予定。

⁵ 参照、文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律について」コピーライト551号34～35頁（2007年）、改正前に立法論を論じるものとして、田村善之「デジタル機器の保守・修理・買換えと保存されたファイルの複製の可否」知財管理55巻11号（2005年）。

⁶ 参照、文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成21年改正）について」コピーライト585号（2010年）、池村聡『著作権法コンメンタール 別冊 平成21年改正解説』（2010年・勁草書房）、寺本振透＝西村あさひ法律事務所編『解説改正著作権法』（2010年・弘文堂）。

⁷ 改正前に解釈論と立法論を論じるものとして、参照、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（1）～（3）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究16～18号（2007年）。

等の譲渡等の申出に伴う複製等(47条の2)⁸、情報解析のための複製等(47条の7)のほか、やや一般的には、キャッシング(47条の5)やコンピュータにおける著作物の利用のための複製(48条の8)に関して著作権が制限されることになった。

そのような中、2012年改正に向けての作業の過程では、著作権の制限に関する一般条項としてのいわゆる「日本版フェア・ユース」⁹の採否が議論されたが、結局、一般条項の導入は見送られ、その代わりに、付随対象著作物の利用(30条の2)、検討の過程における利用(30条の3)、技術の開発または実用化のための試験の用に供するための利用(30条の3)、情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用(47条の9)という個別の制限規定が新設された¹⁰。

他方で、この間、議論はなされたものの、結局、未だに決着が付かなかったものがある。私的録音録画補償金制度の対象の見直し¹¹、リヴァース・エンジニアリング¹²を許容する規定の新設などである。

⁸ 改正前に解釈論を論じるものとして、参照、田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006年)。

⁹ 参照、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討ー日本版フェア・ユースの可能性ー」コピライト560号24頁(2007年)。

¹⁰ 参照、文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律(平成24年改正)について」コピライト618号(2012年)、永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト619号(2012年)、池村聡「著作権法の一部を改正する法律の概要」NBL 983号(2012年)、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』(2013年・勁草書房)、土肥一史「平成24年改正著作権法を振り返る」文化庁月報531号(2012年) http://www.bunka.go.jp/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_02/special_02.html、前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュリスト1449号(2013年)。

¹¹ 参照、村井麻衣子[判批]知財管理62巻11号(2012年)、山田熨治『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』(2011年・人文書院)103～155頁、京俊介『著作権法改正の政治学 戦略的相互作用と政策帰結』(2011年・木鐸社)203～224頁。

¹² 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)226～231頁。

3) 政策形成過程のバイアス

① 少数派バイアス

以上のように、著作権の各種支分権が包括的に規定されているのに対して、著作権の制限規定のほうはよりピンポイントに特定の行為について免責を与えることを企図するものが大半を占めている¹³。

このような状況に至っているのには理由があると考えられる。集合行為論¹⁴が示すように、政策形成過程は少数の者に集中した組織化されやすい利益が反映されやすい反面、多数の者に拡散された組織化されにくい利益は反映されづらいという性質がある。拡散されているということは他者の政策形成活動にフリー・ライドしたほうが得となるというフリー・ライダー問題¹⁵が発生し、さらに拡散されているために一人当たりが受ける便益が小さい場合には、そもそも、人は経済合理的に行動する限り、活動をするほどの便益がなければロビイング（立法に必要となる様々な情報提供を含む概念である）等の政策形成過程に影響を与えよう活動をするのではないという事態を招来するからである。したがって、拡散された利益は数が多い分、社会全体で集計すれば、少数の者に集中した利益の総和よりも大きいものであったとしても、政策形成過程には後者のほうが反映されるというバイアス（＝少数派バイアス）¹⁶が働くことになる¹⁷。

¹³ 潮海久雄「サーチエンジンにおける著作権侵害主体・フェアユースの法理の変容—noticeおよびGoogle Book Search Projectにおけるopt-out制度を中心に」筑波法政46号24頁（2009年）。

¹⁴ 参照、マンサー・オルソン（依田博＝森脇俊雅訳）『集合行為論』（新装版・1996年・ミネルヴァ書房）。

¹⁵ ここでいうフリー・ライダー問題は、知的財産権の正当化根拠としてよくいわれるところの知的創作に対するフリー・ライダー問題ではなく、「他者が政治的に動いてくれるだろうから、私は何もしない」という形でのフリー・ライダー問題である。

¹⁶ オルソン・前掲注14・10～11・41～42・157～159・181～182・202～203頁、NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 53-97 (University of Chicago Press 1994)。

¹⁷ かりに、少数の者に集中している利益が十分に大きくて、その総量が多数の者に拡散している利益の総量より大きいのであれば、その保護は社会全体の厚生改善

さらに、著作権制度を含む知的財産制度は、有体物の物理的な利用という概念上のフォーカル・ポイントがあるために無限定に権利が拡大することに対する歯止めが存在する所有権とは異なり、極めて人工的かつ自由に制度設計することができるものであり、その分、ロビイング等によって得られるうま味も大きい(レント・シーキングの甲斐があるということになる)¹⁸。こうした状況下においては、想定される権利者は常に、政策形成過程に積極的に関わる利益とインセンティブを有することになる。これによって、権利者の権利が社会的にみて望ましいレベル以上に拡大してしまうといったことが多々生じるのである。肝要なことは、組織化して集中された利益を追求するロビイングが悪いということでもなく、まして、組織化されていない利益の享受者が怠慢であるということでもなく¹⁹、単にそれぞれが自分の利益に適った行動をすると、結果的に全体が歪んでくる、だからこそ悲劇であり、バイアスだとなるということである²⁰。

という観点から正当化することができ、民主的なあり方としても、それほど悪いとはいえないという意見も成り立ちうる可能性がある(もちろん、平等や弱者の保護の問題は残り、別途、議論が必要である)。しかし、社会全体からみると、往々にして、少数の者に集中した利益はそれほど大きな利益ではなく、多数の者に拡散した利益のほうがより大きな利益であるにもかかわらず、少数派の利益のほうが政策形成過程において優先されることも多い。後者の場合は、社会的な厚生という観点からも支持することはできなくなり、そこに厚生から乖離したバイアスを認めることができることになる。

¹⁸ Peter Drahos (山根崇邦訳)「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究39号247～249・254・261～263頁(2012年)、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号5～6頁(2008年)、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」同・前掲注2・41～42頁。

¹⁹ ときとして、声を上げない者の利益が反映されないのはその者の自己責任の問題でしかない旨の意見を耳にすることがあるが、本文で説明したような構造的な限界に対する認識を欠いている。

²⁰ 著作権法は、有権者が政治的争点として認識せず、ゆえに改正が票に結び付かないために政治家も積極的に関心を持とうとしない「ロー・セイリアンス(low-salience)」の政策分野であるがゆえに、条約と適合しないものとなったり、既存の法制度の抜本的改革をもたらしたりすることになる選択肢を避けようとする官僚の選好が前面に出るという仮説の下、官僚が提案した法案を受けて利益集団が政治

知的財産の分野では、1980年代からアメリカ合衆国が国際的に知的財産権を強化する方針を採用、各種の手段を通じてその実現に動いたことがきっかけとなって、1990年代になってTRIPS協定やWIPO著作権条約、さらには二国間の自由貿易協定等により、知的財産権の保護の水準は国際的に飛躍的に高められることとなった²¹。このような知的財産権の強化の背景に多国籍企業のロビイングが絡んでいることはよく知られている²²。国内

家に対しロビイングを行うことにより法案が修正される過程をゲーム理論的にモデル化するものとして、京・前掲注11・18～24・70～95頁がある。同書は、ロー・セイリアンスの政策である著作権政策は特殊利益に関わるものであるため、一般の権利者が関心を持たず選挙の争点にならない反面、政策に利害関係を持つ利益集団が強い関心を持って政策形成過程に働きかけを行うものであることは前提としつつ（同34頁）、換言すれば、本稿が主張するような観点は前提としつつ、そのような利益集団の働きかけが実際に法案に影響する条件を明らかにしようとするものであり、ゆえに本稿の主張と矛盾するものではない。ちなみに、官僚の利益について、法文作成の「事務的・政治的コスト」の減少、換言すれば、「著作権法の規定間の整合性」と「国際条約や諸外国の動向との整合性」を高めることに求めているが（同85～96頁）、はたしてそれが現実の官僚の行動の主たる動機を捉えきれているのかということに関しては疑問が湧くところである。もっとも、同54～58頁は、予算や権限等のリソースの拡大や、組織の維持、名声の拡大、政治的制裁の拡大といった先行研究が説くところの官僚行動に関する理論に対して、ハイ・セイリアンスの政策分野において妥当するとしても、ロー・セイリアンスの政策形成過程における官僚の目的としては正鵠を射ていないと指摘する。

²¹ 高倉成男『知的財産法制と国際政策』（2001年・有斐閣）115～150・178～183・309～318頁、Peter K. Yu（青柳由香訳）「国際的な囲い込みの動きについて（1）～（4）」知的財産法政策学研究16～19号（2007～2008年）、山口直樹「知的財産保護の根拠」同『知的財産権と国際貿易』（2010年・成文堂）55～119頁、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test（2）～（5）—厳格解釈から柔軟な解釈へ—」知的財産法政策学研究27・30・31・36号（2010～2011年）。

²² PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY? 61-73 (Earthscan 2002); Peter Drahos（立花市子訳）「知的財産関連産業と知的財産の国際化—独占促進と開発阻害」知的財産法政策学研究3号35～45頁（2004年）、小嶋/前掲注21「（2）」27号149～151頁（2010年）・同「（5）」36号98頁（2011年）。理論的な分析として、遠矢浩規『TRIPS』の共有知識化—構造・過程・主体—法学研究83巻3号（2010年）、同「通商国家と知的財産権—国際政治経済

に目を転じて、著作権法は文化に関わる法であるがために、特許法とは異なり、私人の行為を広範に規律する法律であるという特徴を有しているところ、営利的に大きな利益を上げる権利者側のみが政策形成過程に深く関わる反面、ユーザーの利益は反映されにくい傾向にあるということができ、著作権保護は著作物のユーザーの犠牲の下、より高度化するという傾向がある²³。

そして、著作権法の制限規定に関しても、関連産業の利害関係者の妥協により改正を成立させるためには、誰にとっても改正が現状に比して一方的に不利になることがなく、なにがしか得るところがあるようにしなければならず、ゆえに権利は広範に規定される反面、制限規定は譲歩を要求する特定の利害関係者を満足させるのに必要な限度で狭く限定される傾向を生んでおり、その結果、制限規定はピンポイントに特定の利益集団のみを保護したものになりがちであるという理論的な分析がなされており、そのために多種多様な利害を有しており適切に代表されえない公衆の利益は、ピンポイントで特定される制限規定の中には反映されにくいという構造的なバイアスがあることが指摘されている²⁴。

学による知的財産権原論」知的財産法政策学研究34号(2011年)、同「『TRIPS』の共有知識化(完全版)」知的財産法政策学研究35号(2011年)、同「知的財産権摩擦の構造—先進国間・南北間の国際利潤移転」知的財産法政策学研究42号(2013年)、西村もも子「国際制度の形成における企業間協力—GATT TRIPS交渉と日米欧企業—」国際政治161号(2010年)、同「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程(1)～(2)—WIPO著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動」知的財産法政策学研究34～35号(2011年)、同『知的財産権の国際政治経済学』(2013年・木鐸社)。

²³ この種の議論を俯瞰するものとして、Antonina Bakardjieva Engelbrekt(田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック(2)」知的財産法政策学研究23号32～34頁(2009年)(もともと、同論文自体は、インターネット時代においてグローバルなコミュニケーション・ネットワークにアクセスしうようになったユーザーが政治プロセスに影響を与えうる可能性、あるいは欧州における消費者団体の活用の可能性につきやや楽観的な見方を示す)。日本の著作権法の各種改正過程を検証するものとして、参照、京・前掲注11、山田・前掲注11。

²⁴ アメリカ合衆国著作権法につき、JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 35-69, 144-45, 192-94 (Prometheus Books 2001)。ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『REMIX

実際、日本の著作権法の近時の改正においても、私的使用目的のダウンロードによる録音録画の違法化やそれに対する刑事罰の導入はもとより、新設された制限規定の背後にも、パソコン業界、携帯電話産業、検索エンジン、オークション・サイト等、特定の利益集団が存しているものが大半を占めている。そのような後ろ楯が少なかった日本版フェア・ユースが、当初、知的財産推進計画2009で高らかに「公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）」の導入が謳われたにもかかわらず²⁵、文化審議会著作権分科会の審議の過程で個別の3類型²⁶に縮小され²⁷、そこから法制化に至る過程でさらに刈り込まれた結果²⁸、包括規定とはほど遠い²⁹四つの個別の制限規定（前述）として条文化されるに止まったことは記憶に新しい。そして、企業内におけるファックスやPDFファイル化したうえでの送信（いずれも複製を伴うことに注意）、メールのコピー&ペースト等、個別的には零細な利用で、しかも特定の者が突出して利益を受けるわけではない行為についてまで制限規定を新設しようとする動きは極めて鈍い³⁰。

ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』（2010年・翔泳社）280～281頁も参照。

²⁵ 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2009』（2009年）3・22頁 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf>。

²⁶ 後述注129に対応する本文を参照。

²⁷ 池村聡＝壹貫田剛史「文化審議会著作権分科会報告書について」知財ぷりずむ102号13～19頁（2011年）。

²⁸ 永山/前掲注10・9頁、池村＝壹貫田・前掲注10・7～8頁、上野達弘「立法過程の見直しも大きな課題」Business Law Journal 51号31～32頁（2012年）。

²⁹ 福井健策「保護と利用のバランスが再び焦点」Business Law Journal 51号27頁（2012年）。

³⁰ たとえば、著作権を一般的に制限する規定の採否に関して最終的に断を下した、前掲文化審議会著作権分科会報告書では、「企業内での出版物等の複製のうち複製対象の著作物の複製物を適法に取得・所持している場合における極めて少数の複製については、一般規定による権利制限の対象と位置付けることを検討すべきとの意見や、企業内での出版物等の複製等の問題については、いわゆる『市場の失敗』を根拠として一般規定による権利制限の対象と位置づけることを検討すべきであるとの意見…があった」と言及されているに止まる文化審議会著作権分科会「文化

② 著作権法の条文とユーザーの理解との乖離—零細的利用—

このような政策形成過程に存する構造的なバイアスの結果、実際にも、一般の人々がこの程度のものだろうと考えている著作権法と、現実の著作権法の条文の間には無視し難い乖離が生じているように見受けられる³¹。

たとえば、私的使用目的として許される複製を家庭内およびこれに準じる領域において使用する場合に限る著作権法の条文(30条1項)の文言を墨守する限り、企業内におけるファックスやPDFファイル化したうえで送信する行為、現に部署で購入している書籍数冊を出張先まで全て携帯していく場合の重量に堪えかねて必要な箇所数頁をコピーしたりPDFファイル化する行為、インターネット上に掲載された図表をコピー&ペーストして社内資料として回覧する行為³²、さらには、外国語が読めない上司のために外国語の新聞を翻訳したりする行為までもが著作権の禁止対象に含まれていることになりかねない³³。

立法過程に反映されにくい、こうした拡散された利益を保護するために、政策形成過程のバイアスの影響を(相対的にではあるが)受けにくい司法の場に法形成のプロセスを移行するために著作権を一般的に制限するフ

審議会著作権分科会報告書」52頁(2011年) http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf。

³¹ 田村善之「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト1404号39頁(2010年)、山田・前掲注11・22頁。

³² サイト掲載者が著作権者である場合には黙示的許諾があると認められる場合が多いと思われるが、著作権者自身がアップしたわけではない資料についてはそのような法律構成には無理がある。また、文章を付加するなどすれば、32条1項の引用として救済される場合もあるが、附従性の要件をうるさくいう伝統的な理解の下では、要件を満たさないとされる場合も少なくなかろう。

³³ これらの行為の中には、私的使用目的に準ずるものとして、著作権侵害を否定すべきものが含まれているように思われるが、一般に会社内での複製は私的使用目的を欠くので、30条1項に該当しないと解されている。少数ながらかかる類型的な理解に対して異論を唱えるものとして、田村・前掲注12・200頁、島並良/島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年・有斐閣)162頁、前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究40号204頁(2012年)。

ェア・ユースのような規定の導入が望まれるところであるが³⁴、そのような改正への動きが挫折した現状では、解釈論としても、立法過程の不備を補い、私人の自由を不必要に制約する帰結を防ぐ手だてが模索されてしかるべきであるように思われる。それでは、司法の現状はいかなるものなのであろうか。節を改めて考察してみることにしよう。

2 司法の動向

1) 裁判例の動向

① 権利を拡張する方向の解釈の是非に関する裁判例

まず、権利を拡張する方向の解釈の是非に関して、裁判例が対立している論点として、著作権の間接侵害に関する裁判例を取り上げてみよう。

著作権法は、著作権の侵害となるべき行為を細かく列挙しているが(21～28条、113条1項)、こうした直接の侵害行為を誘発したり、支援したりする行為、すなわち特許権の間接侵害に該当する行為に関しては、その一部について罰則を設けており(119条2項2号、120条の2第1号・2号)、デジタルの録音、録画機器の提供者に対しては私的録音録画補償金請求権という制度を設けられているものの(30条2項、104条の2～104条の6)、民事的な責任に関する明文を欠いている。しかし、現実には様々な著作権の物理的な利用行為が奨励、促進されていて、そこから利益を得る者が現れるため、著作物を物理的に利用している自然人以外にも、法的には利用行為をなしていると評価するべきではないかということが議論されている。

そのような中、飲食店等で録音テープを利用したカラオケが使われる場

³⁴ 参照、田村善之「デジタル化時代の著作権法制度－著作権制度をめぐる法と政策－」知的財産法政策学研究23号22～23頁(2009年)、Yoshiyuki Tamura, *Rethinking Copyright Institution for the Digital Age*, 1 WIPO J. 63, 70-71 (2009) http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/wipo_journal/wipo_journal_1_1.pdf (田村善之(比良友佳理訳)「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法2010-1・29～31頁(2010年))。

合に、店の歌唱と評価しうるかということが争点とされた事件で³⁵、最判昭和63.3.15民集42巻3号199頁[クラブ・キャッツアイ]は、客の歌唱は、店の管理の下で行われており、店はそれにより営業上の利益の増大を意図しているということを理由に、著作権法上は店の歌唱と同視しうると説き、演奏権侵害を肯定した。その後、1999年に附則14条が撤廃され、立法的な解決が図られたが、それとは無関係に、最判の説示は、その前後を通じて、下級審の裁判例によって、管理(ないし支配)要件と利益要件という2要件に定式化された(カラオケ法理)³⁶。

このカラオケ法理を用いずとも、著作権侵害を幫助ないし教唆した者に対しては、民法の共同不法行為の法理の下で、責任を問うことができる。もっとも、共同不法行為の下では、第一に、民法の伝統的理解に従う限り、損害賠償責任を課すことができるに止まり、差止請求を認容することは困

³⁵ カラオケの場合には、テープの再生に合わせて客も歌唱するが、営利目的を欠く客に対して演奏権侵害を問うことはできない(38条1項)。かといって、店がなしているテープの再生に着目しようとする、1999年改正前は、録音物の再生に関しては附則14条により1999年改正前施行令附則3条に該当しない限り著作権の権利範囲外とされており、制定当時、未だ普及していなかったカラオケスナックを念頭に置いた規定が同条にはなかった(田村・前掲注12・176頁)。

³⁶ 前掲最判[クラブ・キャッツアイ]は、差止請求に関しては上告理由を提出していないために上告を却下しており、損害賠償請求に関しては「演奏権侵害の不法行為責任」を肯定した判決に過ぎないことに加えて(上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」『知的財産権法と競争法の現代的課題』(紋谷暢男古稀・2006年・発明協会)787頁)、判旨中、支配要件に並ぶ二大要件の一つと目される利益要件に関する説示も、営利目的を肯定することにより38条1項該当性を否定するところであると理解しうるものであった(奥邨弘司「著作権の間接侵害—日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題—」コピライト582号9～10頁(2009年))。しかし、それにもかかわらず、同判決の「前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうる」という説示の影響力はことのほか大きく、事例判決であることを示唆していた調査官解説(水野武[判解]『最高裁判所判例解説民事篇昭和63年度』(1990年・法曹会)165頁)の思惑を乗り越えて、下級審の裁判例に法理として定着するに至った(裁判例につき、田村・前掲注12・177～178頁、上野/前掲785～786頁、その間の個々の判決の論理的な構成の変化に関する分析として、奥邨/前掲10～13頁)。

難である。第二に、直接の著作権侵害行為が違法となることが前提となるから、著作物を直接、物理的に利用している者が私人であったり営利目的を欠いていたりするために著作権侵害が成立しない場合には、幫助ないし教唆者に対して責任を追及することもできなくなる。これに対して、カラオケ法理には、幫助ないし教唆者を直接の著作権侵害者と評価することで、差止請求を可能とし、そもそもは適法だったはずの行為を裁判所の判断で違法行為に転換する機能（＝適法行為の違法行為転換機能）³⁷がある³⁸。

カラオケ法理は、当初は、キャバレーの店舗、公演の主催者や企画者など、物理的な利用主体との間の人的な関係に基づいて、著作物の利用の態様を決定しうる権限を有する者を法的に利用する主体とみなすべき者を確定する法理として用いられていた。転機が訪れたのは、東京地決平成14.4.11 判時1780号25頁〔ファイルログ著作権仮処分〕、東京地判平成15.1.29 判時1810号29頁〔同中間判決〕である。この事件で、裁判所は、ユーザー同士がPeer to Peerで音楽著作物等をコンテンツとするMP3ファイルを交換することを可能とする中央管理型のサーバーを提供する者に対して、当該サービスの提供によってユーザーの公衆送信権侵害行為を管理し（＝管理性）、当該サービスの利用に必要な不可欠なソフトウェアを入手するためのウェブサイトから広告収入を得ていた（＝利益性）という論理構成の下で、サービス提供者が、ユーザー同士の間でやりとりされている音楽著作物の公衆送信権侵害の主体であると帰結した。ここにおいて、カラオケ法理は、物理的に利用行為をなしている人に対する直接の管理支配ではなく、大量にそのような利用行為を誘発するサービスやシステムに対する管理に着目する法理に変容している（「システム提供型」カラオケ法理の

³⁷ 田村善之「著作権の間接侵害」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年・商事法務）262頁。「隠れ蓑対策効果」（著作権者側のメリットという観点からの呼称）＝「空洞化現象」（権利制限規定が空洞化されるという観点からの呼称）（奥邸/前掲注36・5～6頁）、「非侵害・侵害逆転効果」（大淵哲也[判批]中山信弘ほか編『著作権判例百選』（第4版・2009年・有斐閣）191頁）とも呼ばれる。

³⁸ 田村善之「著作権の間接侵害」同・前掲注2・431～432頁。

登場³⁹⁾。

この新たなシステム提供型のカラオケ法理は、事務所にテレビチューナー付のパソコンを備え付け、ユーザー一人毎に一台ずつ割り当て、インターネット経由で下されるユーザーからの指示に基づいて、テレビ放送の録画を行うサービスが、放送事業者の有する著作権隣接権等を侵害するか否かということが争われた事件に応用され、サービスにアクセスするために特別の認証手続が必要であったこと等も斟酌しつつ、当該サービスを提供する事業者を複製の主体であったと評価し、私的複製の抗弁を容れず、侵害を肯定する判決が下されるに至った(東京地決平成16. 10. 7判時1895号120頁[録画ネット]、東京地決平成17. 5. 31平成16(モ)15793[同仮処分異議]、知財高決平成17. 11. 15平成17(ラ)10007[同抗告審])。カラオケ法理の持つ違法行為への転換機能が活用されたのである⁴⁰⁾。

³⁹⁾ 吉田克己「著作権の間接侵害と差止請求」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)276～293頁。

⁴⁰⁾ ただし、まねきTV事件に関する一連の下級審の裁判例では、同法理の下でも、予め必要な機器を事業者が用意するのではなく、ユーザー自身が市販の機器を購入し、これを事業者に送付するという手間をとらせたという事案で、サービス提供者がユーザーを管理しているとはいえず、送信可能化の主体はユーザーであると認めて公衆送信権侵害を否定する判断が下されていた(アクセスに特別の認証手続は必要ないという事情も斟酌しつつ、東京地決平成18. 8. 4判時1945号95頁[まねきTV仮処分]、知財高決平成18. 12. 22平成18(ラ)10012[同]、東京地判平成20. 6. 20平成19(ワ)5765[同本案]、理由付けを異にし、主体性は争点とならなかったが、知財高判平成20. 12. 15判時2038号110頁[同])。このようなサービスまでをも禁止した場合には、インターネットを活用して遠隔地の放送を受信し視聴するという新たな技術の利用が過度に阻害されることを慮ったのだろう。装置の置き場所を提供する事業者の存在を否定すれば、かかる技術も宝の持ち腐れとなりかねないからである。

しかし、こうした謙抑的な判断も、最判平成23. 1. 18民集65巻1号121頁[まねきTV]によって覆されることになる。最高裁は、転送サービスを実現する装置であるベースステーションがユーザー一人に対して物理的に1対1で対応しているとしても、これを自己の事務所に設置し管理しているのは被告サービス提供者であるから被告が送信主体であるとみるべきであり、さらに、何人も業者と契約して本件サービスをなしうる以上、本件サービスの利用者は被告からみて不特定の者として公衆に該当するから、ベースステーションを用いて行われる送信は自動公衆送信であ

さらに、裁判例の中には、カラオケ法理を援用することなく、端的に諸般の事情を総合考慮して、適法か否かを決する判決も現れた。同事件においては、CD等の音源データを携帯電話へと複製する作業を、ストレージ・サーバーを経由させることで可能とするサービスの提供行為について、一般的に私人がなすことが困難な複製をこのサービスが可能としているところ、楽曲の音源データのストレージと私人の携帯電話へのデータの送信に供されるサーバーをサービス提供者が管理しており、必要なソフトウェアも被疑侵害者が設計したものであるという事情等を総合考慮して、サービス提供者をして複製と送信行為の主体と認められ、著作権侵害が肯定されている（東京地判平成19. 5. 25平成18(ワ)10166 [MYUTA]）。ここに至り、カラオケ法理という隠れ蓑を使うことなく、正面から、裁判所が各種事情を考慮して違法行為を創設する機能を果たすことが認められたと評することができよう⁴¹。

るということを理由に、送信可能化と公衆送信権侵害を肯定し、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

⁴¹ しかし、将来、社会環境や技術環境が変化し、ユーザー自らがCD等の音源データを携帯電話用に簡単に変換できるようなソフトが一般に入手可能となった場合には、技術的にユーザーが困難なことを可能にするサービスであるという事情をして、行為主体はユーザーではなく業者であると判断する方向に斟酌した前掲東京地判 [MYUTA] の利益衡量の前提が崩れることになる。その結果、同判決の法理の下でも、本件の原告のサービスは、私人レベルで自由になしうる保存行為につきサーバーを提供しているだけの、通常のストレージ・サービスと何ら変わるところはなくなる結果、行為主体は業者ではなくユーザーであると判断されることになるように思われる。その意味で、前掲東京地判 [MYUTA] は過渡期に下された判決だといえよう。

しかし、あるサービスが、将来における技術的な環境の変化によって非侵害となりうるものだとすると、そもそも現時点における著作権者の不利益は、はたして法的な保護に値するものであるのか、ということが問題になる。将来的には非侵害かつ適法なサービスになりうるものであるにもかかわらず、現時点でその差止めを認めてしまうと、一体どの時点から適法になるのが明確ではないために、過度に萎縮効果が働き、前掲東京地判 [MYUTA] の論法の下でも適法になしうるはずの将来のサービスまでもが過度に抑止されることになりかねない。他方、著作権者としては、コピー・プロテクションをかけておきさえすれば、現行法上も法的な保護を享

しかし、こうした権利侵害の範囲を拡張する裁判例の趨勢に対して、その拡大に歯止めをかけたり、さらには反旗を翻したりする判決がなかったわけではない。

第一に、歯止めをかけようとしたものとして、TV事件に関する一連の下級審の裁判例がある。そこでは、カラオケ法理の下でも、予め必要な機器を事業者が用意するのではなく、ユーザー自身が市販の機器を購入し、これを事業者へ送付するという手間をとらせたという事案で、サービス提供者がユーザーを管理しているとはいえ、送信可能化の主体はユーザー

受することができる(著作権法30条1項2号、120条の2第1号)。プロテクションを施すことなく、事実上の技術的制約に頼るという選択肢を採用した以上、著作権者としては、早晩、技術的な環境が変化するリスクは覚悟しておかなければならないはずである。そのような著作権者を保護して、新種のサービスの芽を摘み取る必要はないように思われる(田村/前掲注38・454～456頁)。

ただし、ユーザーが複製の主体であると認められたとしても、ストレージ・サーバーが「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」(30条1項1号)に該当すると評価されてしまうと、30条1項の本文が適用されなくなるという問題点が残る。30条1項1号のさらなる例外として、附則5条の2は、「専ら文書又は図画の複製に供するもの」は自動複製機器に該当しないと定めているが、ストレージ・サーバーは通常、音声や動画の複製もなしているために、この附則が適用されることもない。その結果、30条1項1号により、ユーザーの複製が侵害となり、サービス事業者はその幫助と評価されかねない。その場合、サービス事業者は共同不法行為者として損害賠償責任を負い、後述する知財高判平成24.2.14判時2161号86頁[CHUPA CHUPS]の法理が採用されれば差止めにも服することになりかねない。

しかし、ストレージ・サービスを念頭に置いて規定されたわけではない30条1項1号の文言を機械的に当てはめて、ストレージ・サービスを違法とすることは厳に慎むべきであろう。既に解釈論上の努力として、著作権法上の「公衆」について「多数に上る可能性」を必要とする考え方を採用したうえで、ストレージ・サービスにおける個々のストレージ領域のユーザーが多数に上る可能性は同時的にも累積的にもないことを理由に、30条1項1号の「公衆の使用に供する」に当たらないとか、ユーザーからの申込みを受けてストレージ領域を用意することは「設置」に当たらないということを理由に、30条1項本文の適用を否定しない考え方が提唱されている(奥邨弘司「ロッカー・サービスと著作権―日米裁判例を踏まえたMYUTA事件判決再考」年報知的財産法2012・18～19頁(2012年))。

であると認めて公衆送信権侵害を否定する判断が下されていた（アクセスに特別の認証手続は必要ないという事情も斟酌しつつ、東京地決平成18.8.4判時1945号95頁〔まねきTV仮処分〕、知財高決平成18.12.22平成18(ラ)10012〔同〕⁴²、東京地判平成20.6.20平成19(ワ)5765〔同本案〕、理由付けを異にし、主体性は争点とならなかったが、知財高判平成20.12.15判時2038号110頁〔同〕）。たしかに、このようなサービスまでも禁止した場合には、インターネットを活用して遠隔地の放送を受信し視聴するという新たな技術の利用が過度に阻害される。装置の置き場所を提供する事業者の存在を否定すれば、かかる技術も宝の持ち腐れとなりかねないからである⁴³。

第二に、反旗を翻した判決は、知財高判平成21.1.27平成20(ネ)10055ほか〔ロクラク〕である⁴⁴。同判決は、そもそも私人が適法になしうる行為を、技術的、経済的理由により、より利便性の高い環境を整えたからといって違法となるものではない旨を判示し、サービス提供者が予め用意した専用装置をユーザー毎に割り当てているために、従来の裁判例の理論では侵害となる事案（録画ネット事件とほぼ同様の事案）において、原判決を覆し侵害を否定する判断を示した。適法行為をより効率的に行えるようにしたからといって侵害となるものではない、というのである⁴⁵。カラオケ法理のような裁判所限りで適法行為を違法行為に転化させる法理に対し警鐘を鳴らし、問題の行為を違法とする立法がなされていないにもかかわらず、司法限りで違法行為を創設することに対して否定的な立場を採用する判

⁴² 参照、佐藤豊〔判批〕知的財産法政策学研究15号（2007年）。

⁴³ 田村/前掲注38・451～452頁。

⁴⁴ 参照、佐藤豊〔判批〕知的財産法政策学研究26号（2010年）。

⁴⁵ いわく、「技術の飛躍的進展に伴い、新たな商品開発やサービスが創生され、より利便性の高い製品が需用者の間に普及し、家電製品としての地位を確立していく過程を辿ることは技術革新の歴史を振り返れば明らかなるところである。本件サービスにおいても、利用者における適法な私的利用のための環境条件等の提供を図るものであるから、かかるサービスを利用する者が増大・累積したからといって本来適法な行為が違法に転化する余地はなく、もとよりこれにより被控訴人らの正当な利益が侵害されるものでもない。」

決であると理解することができる⁴⁶。

しかし、こうした裁判例の努力は、最判平成23. 1. 18民集65巻 1 号121頁[まねきTV]、最判平成23. 1. 20民集65巻 1 号399頁[ロクラク]という立て続けに下された二つの上告審判決によって文字どおり覆されることになる。両判決ともに、支配(管理)要件と利益要件というカラオケ法理ではなく⁴⁷、前掲東京地判[MYUTA]の部類に属する諸事情の総合衡量型の理由付けを用いつつ⁴⁸、侵害を否定したそれぞれの原判決を破棄したのである。

⁴⁶ 田村/前掲注38・456～459頁。

⁴⁷ 前掲最判[ロクラク]の金築誠志判事の補足意見も参照。

⁴⁸ ただし、まねきTV事件最高裁判決もロクラク事件最高裁判決も、ともに被告がアンテナで放送を受信し入力している点を重視しているので、自ら複製し自らに送信するファイルを選択するストレージ・サービス一般にまでは、その射程は及ばないと考えられる(今村哲也[判批]速報判例解説vol. 9・276頁(2011年)、金子敏哉[判批]速報判例解説vol. 9・287頁(2011年)、小泉直樹「日本におけるクラウド・コンピューティングと著作権法」小泉直樹ほか『クラウド・コンピューティングと著作権』(2013年・勁草書房)33頁。メール・サーバーの運営者やプロバイダにつき送信主体該当性を否定する、山田真紀[判解]Law & Technology 51号103頁(2011年)も参照。柴田義明[判解]Law & Technology 51号110・113頁(2011年)も、より慎重な言い回しながら、「取得についてのいわゆるイニシアティブのありか等が考慮される」旨を説く)。限界線は前掲東京地判[MYUTA]の事案であり、少なくとも同判決の認定を前提とする限り、事件当時は私人が容易になすことができなかったCD音源から携帯電話への複製を容易にしたという点において、被告サービスがなければならなかった複製が行われていると評価され、複製において必要な行為をなしているのは被告である、と判断されてしまう可能性は否定できない(さらに、小坂準記＝金子剛大「まねきTV・ロクラクⅡ事件最高裁判決にみるコンテンツ・ビジネスの諸問題」Law & Technology 52号64～65頁(2011年)は、技術的に複製が困難とはいえない場合でも、権利者の既存のビジネス・モデルに対する社会的、経済的影響力を考慮して、複数端末型のクラウド・サービスを提供する事業者が侵害主体であると判断される可能性が残っていると指摘するが、少なくとも前掲東京地判[MYUTA]の判旨の理解としては読み込み過ぎであるように思われる)。

他方で、前掲最判[まねきTV]、同[ロクラク]に関しては、地上波テレビ放送のビジネス・モデルが地域免許制度により区域毎の放送を前提に構築されているところ(前田/前掲注33・191～192頁)、両事件で問題となったサービスは放送地域外への転送を可能としていることに着目して判旨の射程を理解することもできるので

まず、前掲最判[まねきTV]は、転送サービスを実現する装置であるべ

はないかという指摘がある(判決文に忠実に読む場合には困難となる読み方であると留保しつつ、後述する調査官解説等の示唆を背景とした場合の読み方の可能性として提示されたものであるが、小泉直樹「まねきTV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」ジュリスト1423号8頁(2011年))。しかし、解釈論ないし政策論としては傾聴に値するとしても(たとえば、前田/前掲注33・208頁)、判旨の射程の理解としては、判決の文言からそこまでのものを読み込むことは困難であるように思われる(射程に影響させる意図があるか否かは明示していないが、山田/前掲102頁注7)、柴田/前掲110頁注8)は、いずれもこうした要素が本件の事情にあることを指摘している)。

なお、政策論という観点では、地上波テレビ放送の事業者が地域外をもカバーする放送番組のオンライン・サービスに消極的であるために、地域外や国外の視聴者の需要が十分に満足されていないという現状認識を前提に、報酬請求権の構築とその分配システムという立法的な措置がない中で問題のサービスを差し止めるか適法として許容するかという二者択一的な選択肢しか有していない裁判所にとって、両事件の知財高裁判決のように、個々のユーザー毎に必要な機器を割り当てるという経済的に非効率的な転送サービスを許容するという結論は、競争的な負荷を転送サービス業者にかけ、テレビ放送事業者により効率的なサービスにより市場を満足する機会を残しつつ、地域外放送の視聴を希望する視聴者の需要を満足することになっているという分析もなされている(Branislav Hazucha(佐藤豊訳)「ロクラク事件とオンデマンド放送—新技術とオンラインサービスの規制における法、市場、裁判所の役割—」知的財産法政策学研究26号156～165頁(2010年))。もっとも、それがはたして効率的な解答であったのかは今後の市場の展開を待たざるをえないのであるから、そのような解決策を図る作業は司法に馴染むものではなく、むしろ立法による解決が望まれることもあわせて指摘されている(Hazucha/前掲165頁)。

このほか、奥邨弘司[判批]「パテント64巻11号95～96頁(2011年)」は、両判決に従うと、ファイルログ事件やTVブレイク事件における業者の利用行為主体性は、否定される旨を説く(ただし、同「動画投稿共有サイト管理運営者と著作権侵害(2)——民事責任に関する日米裁判例の比較検討——」知的財産法政策学研究35号262～263・268～269頁(2011年)は、動画投稿共有サイトについて、投稿をユーザーに対して呼びかける場合には別論である旨の限定を付している)。しかし、両判決はたしかに放送を受信し入力していることを重視しているものの、そのような要素がない場合に常にサービス提供事業者の利用行為主体性を否定するとまでは明言していないのであるから、ファイルログ事件やTVブレイク事件に対する両判決の射程はブランクであるといわざるをえないのではなかろうか。

ーステーションがユーザー一人に対して物理的に1対1で対応しているとしても、これを自ら管理するテレビアンテナに接続して放送を継続的に入力されるように設定したうえ、自己の事務所に設置し管理しているのは被告サービス提供者であるから被告が送信主体であるとみるべきであり、さらに、何人も被告と契約して本件サービスをなしうる以上、本件サービスの利用者は被告からみて不特定の者として公衆に該当するから、ベースステーションを用いて行われる送信は自動公衆送信であるということを理由に、送信可能化と公衆送信権侵害を肯定し、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した⁴⁹。

次いで、前掲最判[ロクラク]は、サービス提供者が、その管理、支配下において放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製の実現における枢要な行為をしており、当該行為がなければサービスの利用者が録画の指示をしても放送番組等の複製をすることはおよそ不可能であるという場合には、サービス提供者を複製の主体と十分に十分であって、原判決のように、単に複製を容易にするための環境等を整備しているに止まるとみることは相当ではないことを理由に原判決を破棄し、本件サービスにおける親機ロクラクの管理状況等を認定するために事件を原審に差し戻した⁵⁰。

これら二つの判決により、TV放送の転送や私的複製を容易にするサービスについて、立法による解決を待つことなく、司法解釈により著作権侵害を認めてよいとする考え方が、最高裁の立場であることが鮮明にされたと評することができよう⁵¹。

⁴⁹ その後、知財高判平成24.1.31判時2141号117頁[ロクラク]によって、侵害を肯定する判断が下された。

⁵⁰ その後、知財高判平成24.1.31判時2142号96頁[まねきTV]によって、侵害を肯定する判断が下された。

⁵¹ 筆者自身の立場を述べておけば、総合衡量型の法理は柔軟に過ぎ、予測可能性を欠くことに加え、法で規律すべきか否か、規律するとしていかなる法制度にすべきかということに関し、元来、立法的調整に委ねるべき課題に司法が踏み込むことを許容する点で大きな問題を抱えていると考える(同様の疑問は、本問題に対する立法の解決の可能性に技術的な限界があることを指摘し、製造時に合理的な代替設計(R Reasonable Alternative Design= RAD)を製造できたか、著作権侵害の危険性に応じ

てどの程度の回避義務を設定するかということを司法の場で考慮すべきとする潮海久雄「著作権侵害の責任主体—不法行為および私的複製・公衆送信権の視点から—」『現代社会と著作権法』（斉藤博退職・2008年・弘文堂）223～227頁にも妥当する）。また、カラオケ法理に関しては、利益性の要件を撤廃し、直接、人的な関係により物理的な利用行為者を支配している場合に限って適用されるべきである、と考えている（田村・前掲注12・178頁、裁判例や文献につき、田村/前掲注7「(2)」17号108～109頁）。営業上の利益を収受しているとしても、著作物の利用の可否について決定権のない者に差止判決を下しても紛争を実効的に解決することにならず、その反面、損害賠償請求に関しては資金を供与していること等を理由に侵害行為の幫助者として共同不法行為責任を認めることができるので支障はないからである。そして、人的な支配関係があるのであれば、その種の法理を適用したとしても、それは、違法行為をなすか否かについて意思的に決定している人的主体を炙り出しているに止まる。ある人が適法に決定した行為を、他の人が関与したために違法行為に転化するということにはならない。もともと著作権法は利用に供される装置等に関しては、私的録音録画補償金請求権や刑事罰を定めており、細かく規定しようとしているが（ゆえに、それにもかかわらず規定がない著作権の間接侵害の民事責任に関しては、そのような立法の判断を尊重する必要がある）、その反面、人的な支配に関しては規定を置いていないことも勘案する必要がある。そして、このような状況下で、実は、裁判実務は従来から、カラオケ法理の適否とは無関係に、たとえば、会社組織による無断複製行為等に対しては、物理的に著作物を複製した従業員を特定することなく、会社の直接の著作権侵害を肯定しうることを当然としていたのである（田村・前掲注12・345～346頁）。

他方で、人的な関係による行為者に対する支配が認められず、利用行為に供される装置やサービスが提供されるに止まる類型では、カラオケ法理や総合衡量型法理のような適法行為の違法行為転換機能を有する法律構成ではなく、大阪地判平成15.2.13判時1842号120頁〔ヒットワン〕（著作権法112条1項を適用）、大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁〔選撮見録〕（著作権法112条1項を類推適用）、あるいは商標権侵害に関するが、知財高判平成24.2.14判時2161号86頁〔CHUPA CHUPS〕（商標法36条1項の適用）がなしたように、違法行為（ex. カラオケ店舗における著作物の演奏、上映（ヒットワン事件）、集合住宅の管理人室における複製、送信可能化、公衆送信（選撮見録））があることを前提に、そのような違法行為専用の装置やサービス、あるいは専用とまではいえないが容易に侵害用途を除去しうる装置やサービスに対しても差止めを認めていく方策を志向すべきであろう（前述したように、適法行為の違法行為転換機能を肯定することも辞さない点で本稿と異なるところがあるが、間接行為者に対する差止請求の可否を判断するに際しては、製造時に合理的

な代替設計をなしえたかという観点を斟酌すべきとする、潮海/前掲210・220～223・225・227頁の分析が示唆的である。また、特に適法用途がある場合の規律については、特許法に関するものであるが、参照、田村善之「多機能型間接侵害制度による本質的部分の保護の適否」同『特許法の理論』(2009年・有斐閣)161～166・170～178頁、同「特許権の間接侵害について」同・前掲注2・288～294・301～305頁)。このような方策は、法が違法と規定する行為を抑止しているだけなので、直接の利用行為を違法とする法の判断を付度することができる、と考えられるからである(このような方向性を実現する条文の根拠としては、既に示したように、112条1項が挙げられるのが通常であるが、筆者はかねてからごく少数説ながら、112条2項の請求を1項とは独立して単独で請求しようと解し、その解釈論として差止めを肯定する立場を採用している(田村・前掲注12・309頁))。

以上の要件を満たさないものについてまで侵害を拡張することは、立法の役目であると思われる。それを司法限りで、適法行為を違法行為に転じる効果を持つカラオケ法理や総合衡量型の法理を適用して侵害を肯定する裁判実務には、疑問を呈さざるをえない。前掲知財高判[ロクラク]の立場が正鵠を射ていると考える(以上につき、田村/前掲注7「(2)」17号94～95頁、同/前掲注37・294～295頁、同「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号66～68頁(2010年)、同/前掲注2・460～461頁)。

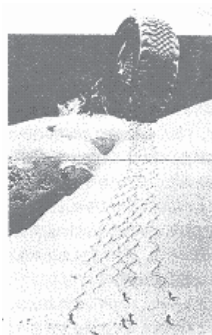
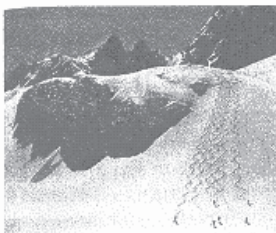
同様の方向性を志向するものとして、鈴木将文[判批]知財管理61巻10号1568～1569頁(2011年)がある。

このほか、大淵哲也「著作権侵害に対する救済(1)～(2)－著作権の間接侵害(1)～(2)」法学教室356・360号(2010年)も基本的な構想を同じくするようにみえるところがあるが、物理的な行為主体の範囲を拡張しうる法理として「ジュークボックス法理」(「ジュークボックス録音再生や上映について、機器操作自体は客が行うにしても」、「音源等コンテンツの提供が経営者によってなされる点が経営者の物理的行為主体が肯定される重要なポイントであると解され」「ジュークボックス設置店の経営者の物理的行為主体性を肯定するものである」とされる法理(同「(1)」142頁注4)))なるものを持ち出す点において、結局、本稿と袂を分かť。同法理の射程次第では、同論文が目指す「論理過程が明確で可視性のあることと、結果について予測可能性がある」議論(同「(1)」143頁)を損ねるおそれなしとしない。たとえば、「テレビの転送サポートサービスのケース」に関して、同論文では「ジュークボックス法理」の適用外であり物理的な行為主体性が否定されているが(同「(1)」143頁注4))、前掲最判[まねきTV]、前掲最判[ロクラク]を受けて何らかの変化があるのか、気になるところである(大淵哲也「著作権間接侵害考察のための2本の分析軸」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『知的財産権の理論的探究』(2012年・日本評

② 権利を制限する方向の解釈の是非に関する裁判例

次に、権利を制限する方向の解釈の是非に関して鋭い対立がみられる論点として、著作権法32条1項の引用の取扱いに関わる裁判例をみてみよう。

日本の著作権法は、アメリカ合衆国のフェア・ユースの法理のような著作権を一般的に制限する条項はない。そのような中で、多少なりとも一般的な射程を有しうる規定としては、引用の規定が存するわけであるが、従前は判例法理により重大な制約が課されていると理解されており、同法理の潜在的な可能性が著しく狭められていた。それが、「節録引用」を適法と定めていた旧著作権法30条1項2号に関する最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁〔パロディ〕⁵²が課した条文にない二つの要件である。



同事件の事案は、写真家が写真集等に掲載したカラー写真に対し、被告がその一部をカットし白黒としたうえタイヤの写真を合成して本件モン

論社) 255頁注7)では、対応する文章の中からこの叙述が落とされている)。著作権の間接侵害関係で日本の裁判例においてこれまで最も激しく裁判例が対立し議論が戦わされてきたこのサービスに関して判断が揺らぐとすると、予測可能性がある理論の提示という同論文の目標の達成度という点において、他の理論に対する相対的な優位性を主張しえないことになろう。同法理の根拠や外延を明晰化する作業が必要であるように思われる(「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(第2回)議事次第」(http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h24_shiho_02/gijiyoshi.html)、「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(第5回)議事次第」(http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h24_shiho_05/gijiyoshi.html)におけるジュークボックス法理をめぐる議論も参照)。

⁵² 田村善之〔判批〕 齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』(第2版・1994年・有斐閣)。

ターゲット写真を作成したというものであった。最高裁は、「引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならないというべき」であると説き、本件の被告の行為は、原告の同一性保持権を侵害するのみならず、「従たるものとして引用されているということはできないから」節録引用に該当しないと帰結した。

一般に最高裁のこの説示は、明瞭区別性、附従性という要件が示されたと評価されており、以降の裁判例にも踏襲されている(東京高判昭和60.10.17無体集17巻3号462頁[レオナール・フジタ絵画複製]ほか⁵³)。

このように重大な制約⁵⁴が引用に課されている中で、裁判例の中には、引用で勝負するのではなく、既存の著作権法の法理を駆使して、著作権侵害を否定するものも少なくない。

⁵³ 裁判例の詳細は、田村・前掲注12・244頁、平澤卓人[判批]知的財産法政策学研究17号187～212頁(2007年)。

⁵⁴ 前掲最判[パロディ]が提示した明瞭区別性、附従性という2要件は、引用される著作物を別個独立したものとして提示して論評を加える批評、研究目的型の引用には、一応の目安として穏当なものといえよう。明瞭区別しない限りは正確な論評を加えるべくもなく、また、二次的著作物の利用に対する権利を認めた趣旨が潜脱されないようにするためには、引用の範囲がその目的に必要な範囲に止まっており、しかも過度に権利者に打撃を与えるものであってはならない、と解されるからである。

しかし、明瞭区別性、附従性という要件が、これを超えて、研究、批評型以外の種類の引用にまで妥当する要件として機能するとなると、その妥当性に疑問符が付くことになる。既に、パロディのような取込目的型に関し、必然性、必要最小限性、著作権者の受ける経済的な不利益の僅少性という要件を掲げるものに、田村・前掲注12・242～244頁。東京地判平成16.5.31判タ1175号265頁[XO醬男と杏仁女]も、取込型の引用が肯定される余地に含みを残しつつ、いずれにせよ、本件では、必然性、必要最小限性を満たさないとする(東京高判平成16.12.9平成16(ネ)3656[同]も同旨。一審判決の担当裁判長の著した、高部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』(2012年・きんざい)278頁も参照)。



たとえば、写り込みに関する制限規定である著作権法30条の2が新設される2012年改正以前に、照明器具の宣伝広告用カタログ内で、和室を撮影した写真内に掛け軸として掲げられていた書が写り込んでいたという事案で、写真内の書は、1字につき3ミリから9ミリの大きさであり、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いなどの創作的な表現までもが再現されているとはいえないと判示して、侵害を否定した判決がある（東京地判平成11.10.27判時1701号152頁〔雪月花〕、東京高判平成14.2.18判時1786号136頁〔同〕）⁵⁵。

⁵⁵ 書は、字体を創作的に表現したところに著作物性が認められるものであって、ゆえに、もともとその保護範囲も狭いという事情がある（田村・前掲注12・96～98頁）。この判決は、そのような書特有の事情を巧みに活用して権利侵害を否定する論法を採用しているから、その射程は決して広いものではない（以上につき、田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号127頁（2003年）、ただし、後述注57を参照）。

もっとも、学説の中には、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分〕の説く「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を見出したうえで、これを写り込みに応用する見解もある（高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号18頁（2008年）、同・前掲注54・260～266・278～281頁）。裁判例として、この「本質的な特徴の直接感得性」基準独自性説を採用するものとして、知財高判平成24.8.8判時2165号42頁〔釣りゲータウン2〕、実際にこれを写り込みに応用し侵害を否定した判決として、横浜地判平成23.6.1平成22(ワ)5673〔おもてなしプレゼント〕。その当否については、田村善之〔判批〕知的財産法政策学研究41号97～124頁



同じく2012年改正法施行前に、横浜市内の循環バス路線を走る市営バスの写真を絵本の表紙に大きく、内部の1頁に小さく掲げる行為が、当該バスの車体に描かれた絵画の著作権を侵害することになるのかということが争われたという事案で、原作品が一般公衆に開放されている屋外や建造物の場所に恒常的に設置されているものを利用して著作権を侵害しない旨、定める著作権法46条を活用して、侵害を否定した判決(東京地判平成13.7.25判時1758号1376頁[はたらくじどうしゃ]⁵⁶)もある。

(2013年)。

⁵⁶ 著作権法46条の目的は、屋外に置かれているもので誰もが自由にアクセスしうる反面、迂回が困難なものの利用行為に対して権利を及ぼすと、公衆の自由を過度に阻害することになりかねない、というところに求められよう。他方で、利用される対象が「恒常的に設置されているもの」でなければ、当該対象が移動した後で撮影したり写生したりすることができるから、それについて著作権が及ぶことを認めても、公衆の自由を過度に阻害するとまではいえないだろう。そのような要件の趣旨に鑑みれば、自由に移動するバスに描かれた絵画についてまで、「恒常的に設置されているもの」と認めることは困難なのではなかろうか(これに対して、46条にあっては、一定の場所に固定されているということよりも、公衆が容易にアクセス可能か、そのような状態に置かれることを著作権者が了解していたかということのほうに肝要である旨を解きつつ、反対、村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究10

いずれも写り込みを自由とする明示的な条文がない中、妥当な解決を模索した裁判例としてその姿勢を高く評価すべきであろう^{57 58}。

号253～255頁(2006年))。

利益衡量の問題としても、本件書籍の表紙に関しては、本件絵画が中心に据えられ、最も見る者の目を惹くように見受けられる(本件バスの写真が表紙に掲載されることになった主たる理由もそこにあるのではなかろうか)。かりにこの観察が正しいとすると、被告は本件絵画の美的な価値を少なからず利用していることになるから、この種の行為に著作権を及ぼさないことには創作活動のインセンティブの確保に支障を来しかねないように思われる(これに対して、被告書籍が幼児向けの自動車の解説を目的とする書籍であって、美術の著作物として鑑賞する目的ではないことを理由に、著作権者に与える経済的な影響はさほど大きくないと論じるものとして、村井/前掲255～256頁。ここでは、著作権者が着手済みの市場だけから満足を期待すべきものであるのか否かということに対する考え方の害が結論の差異に影響しているように思われる。なお、担当裁判長の著した、飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『著作権制度概説および音楽著作権』(2006年・明治大学法科大学院)216頁は「表紙については、見解が分かれうる余地はある」とする)。他方、内部の頁に小さく本件バスの写真を掲げることについては、たしかに写り込みの問題としてこれを許容してよいように思われる。

ともあれ、本件の行為につき、46条柱書きに該当すると帰結する判旨の理論構成には、舞台を46条4号に移すことにより、一般条項的に利益衡量を図りうる同号の「専ら」という要件解釈の問題として、侵害の成否を考えることを可能とするというメリットを認めることができよう(以上につき、田村/前掲注55ジュリスト127～128頁)。

⁵⁷ 実際、両事件の担当の裁判長が著した、飯村/前掲注56・212～213頁では、前掲東京地判[雪月花]について、書ではない絵画に関しては、同判決の論理を適用できないかもしれないとしつつ、その真意を以下のように説明する。

「判決理由はさておき、このような利用形態まで阻止しなければならない著作権者の利益、このような利用形態を禁止した場合の一般人の不都合とのバランスを考慮したと考えるべきだと思います。

どちらの結論が、現代の社会の一般的な良識に照らして、より妥当なのかは、結論を導く際に、常に考慮されているといって差し支えないと思います。」

また、前掲東京地判[はたらく自動車]についても、飯村/前掲注56・216頁は、以下のように説く。

「美術の著作物についての著作物の利用に関しては、現代の社会において、ある程度の自由利用度が可能な領域があってもいいというような判示内容です。」

さらに、近時は、引用に関する前掲最判[パロディ]の打ち立てた2要件の妥当性に対して有力な批判が加えられている。いわく、前掲最判[パロディ]は、旧著作権法上の「節録引用」に関する判決に過ぎない。そして、

⁵⁸ 写り込みに関しては、2012年改正により新たに30条の2が設けられた。しかし、同条は「分離することが困難であるため」という要件が課されている(30条の2第1項)。前掲東京地判[雪月花]や前掲東京地判[はたらくじどうしゃ]の事案は、いずれも対象を物理的に移動することが困難とはいいい難いものであったから、改正法30条2を適用して侵害を否定することはできないかもしれない(くわえて、前掲東京地判[はたらくじどうしゃ]の事件における表紙画像は、30条の2第1項の「当該写真等著作物における軽微な構成部分となるものに限る」とする軽微性の要件の充足にも困難を覚えるだろう)。そうだとすると、改正後もこれらの判決の意義は失われていないことになる。ちなみに、筆者自身は、前述した、飯村/前掲注56・212～213・216頁が説く利益衡量を、32条1項の引用規定を用いて実現しようと考えている。もちろん、30条の2が成立した現在、その要件を骨抜きにするような解釈論を他の法理や規定に委ねる考え方には批判もあろうが、ことが私人の自由に関わるものであることを銘記すべきであろう。

この点に関しては、後述するように(注140に対応した本文を参照)、起草過程に関与した者自身、分離困難要件に関しては過度に厳格に適用すべきではないと考えていることは注目に値する。たとえば、キャラクターがプリントされたTシャツを着た子供を撮影する場合や、壁に絵画が飾ってある部屋で撮影を行うという場合、Tシャツを脱がせて撮影したり、絵画を外して撮影したりすることが物理的には可能であるとしても、「社会通念に照らせば」、「客観的に困難であると認められるため」、本項の対象となる旨を説く(池村＝壹貫田・前掲注10・100～101頁。前者のTシャツの例につき、永山/前掲注10・13頁)。もっとも、ドラマの小道具やセットの場合には別論となるとしており(池村＝壹貫田/前掲注10・101頁、永山/前掲注10・12頁)、前掲東京地判[雪月花]、前掲東京地判[はたらくじどうしゃ]の事案までもが救済されるとは考えられていない。

学説では、さらに踏み込んで、「分離することが困難」であるという文言は「付随して対象となる」場合の典型例を示しているに止まると解釈し、分離困難でなくとも「付随して対象となる」場合には、30条の2の拡張ないし類推適用すべきである旨を説くものも存在する(前田/前掲注10・32頁)。審議会報告書時点でのA類型に適用範囲を戻そうとする努力といえよう(前田/前掲注10・29頁は、「A類型に由来する30条の2は、従来『違法』であったものを適法に転化するのではなく、日常的に行われてきた行為が許容されることを著作権法上明確にするための規定であるから、限定的に解釈されるべきではない」と明言する)。

現行著作権法32条には、「公正な慣行に合致するものであり」「引用の目的上、正当な範囲内で行われるものでなければならない」という要件が定められているだけなのであるから、過度に前掲最判[パロディ]の定立した要件に振り回される必要はない⁵⁹。むしろ、肝要なことは、条文の文言どおり「正当な範囲内」という規範的な要件への当てはめのほうであり、その際には、目的、効果、採録方法、利用の態様⁶⁰、あるいは、被引用側著作物全体に占める被引用部分の割合、被引用著作物の著作権者に与える経済的影響、引用の目的等⁶¹を総合的に考慮して、その成否を判断すべきである、というのである⁶²。

裁判例でもこの立場を採用するものが次第に増えている(いずれも32条1項該当性否定例であるが、東京地判平成13.6.1判時1757号138頁[絶対音感]、東京高判平成14.4.11平成13(ネ)3677ほか[同]、東京地判平成15.2.26

⁵⁹ 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号91～96頁(2000年)、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』(半田正夫古稀・2003年・法学書院)310～332頁。

⁶⁰ 飯村/前掲注59・96頁。

⁶¹ 上野/前掲注59・326～329頁。

⁶² 32条1項は、問題の利用が「正当な範囲内」であることに加えて、それが「公正な慣行に合致する」ことをも要求している。しかし、そもそも、侵害でないということが明らかにならない限り、利用者としては権利者からの警告等に屈さざるをえず、慣行などは形成しようもないという場合も少なくない。そのような状況下で「公正な慣行」なるものを要求してしまうと、新しく生成されつつある利用形態の場合には、未だ「慣行」は存在しない、あるいは利用の実態がある程度あるとしても権利者から警告を受ければ多くの場合、利用を停止しているからそれは「公正な」慣行ではないという理由で、カテゴリー的にこの要件の充足が否定されてしまいかねない。少なくとも新たな利用形態の場合には、公正な要件の存在を要求すべきではないであろう。文言解釈としては、本要件は「公正な慣行」がかりにあればそれに合致することを要求しているだけである、と読めば足りる。そのように読むのであれば、「公正な慣行」が存在していない場合には、そのような事情が制限規定の適用を否定する方向で斟酌されることはない、と解することができる(田村・前掲注12・241頁)。これほど大胆な見解ではないとしても、公正な慣行なるものを著作権の制限の要件とすることには有力な批判があるところであり、この要件は緩やかに運用すべきである旨が説かれているところである(飯村/前掲注59・95～96頁)。

判時1826号117頁[創価学会写真ビラ]、東京高判平成16. 11. 29平成15(ネ)1464[同])。この抽象論の下、具体的な結論としても、鑑定証書の裏面に鑑定対象の絵画の縮小カラー・コピーを添付する行為について、適正な鑑定業務により贋作を排除することは著作権者等の権利保護に資するという理由で、32条1項の引用の目的に含まれると解しつつ、当該コピーの添付は、鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐために必要である反面、本件コピーのみが独立して流通するとは考えにくく、著作権者が本件各絵画の複製に関して経済的利益を得る機会が失われるということも考え難いことを理由に、公正な慣行に合致し、引用の目的上、正当な範囲内のものであると論じて、著作権侵害を否定する判決が現れている(侵害を肯定した原判決の東京地判平成22. 5. 19平成20(ワ)31609[美術鑑定書]を取り消しつつ、知財高判平成22. 10. 13平成22(ネ)10052[同])^{63 64}。

⁶³ 参照、平澤卓人[判批] 知的財産法政策学研究43号(2013年)。

⁶⁴ 前掲知財高判[美術鑑定書]は、「引用としての利用に当たるか否かの判断においては、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない」旨を説く。そこで掲げられた判断基準は、アメリカ合衆国著作権法107条の定めるフェア・ユースの成否を決する際に考慮すべき4要素、すなわち、①利用の目的と性質、②利用された著作物の性質、③利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値、④利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響、を彷彿させる。

もっとも、前掲知財高判[美術鑑定書]は、利用の目的という考慮要素を同事件の事案に当てはめる際には、「著作物の鑑定業務が適正に行われることは、贋作の存在を排除し、著作物の価値を高め、著作権者等の権利の保護を図ることもつながるものであることなどを併せ考慮すると、著作物の鑑定のために当該著作物の複製を利用することは、著作権法の規定する引用の目的に含まれる」という論理を用いている。もちろん、前掲知財高判[美術鑑定書]は、当該事案において必要な限りでの当てはめを行ったに止まるが、かりに判旨のいう「著作権者等の権利の保護」に資することが常に重視されるのだとすると、パロディや零細の利用はその射程から外れることになる。他方、「著作権者等の権利の保護」は、もって「文化の発展」に寄与することという目的の手段であると位置付けているように読める著作権法1条に鑑みれば、「文化の発展」という、より大きな目的のために、「著作権者等の

他方で、あくまでも明瞭区別性と附従性の2要件を堅持する裁判例もあり（東京地判平成16.3.11判時1893号131頁「ファンブック」2ちゃんねる）、東京地判平成21.11.26平成20(ワ)31480[オークション・カタログ]、さらには、2要件に加えて、健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様であって、引用すべき必要性ないし必然性があり、しかも鑑賞となりえない程度に縮小しなければならないという、極めて厳しい5要件説の判決も出ており（東京地判平成19.4.12平成18(ワ)15024[創価学会写真ウェブ掲載]）⁶⁵、裁判例がはたして2要件との訣別という方向で収束するのか否か、その趨勢は未だに決していないといわざるをえない。

2) 二つのアプローチのいずれに軍配を上げるべきかー司法と立法との役割分担ー⁶⁶

ここまで紹介してきた裁判例のうち、前掲最判[パロディ]、前掲最判[まねきTV]、前掲最判[ロクラク]に代表される裁判例の立場は、著作権法の条文に必ずしも明文があるわけではない場合にも、行為主体という包括的な網をかぶせることで著作権を拡張することを厭わない反面、著作権の制限規定に関しては、既に明文のある引用に対して、明文にない2要件を課してまで、制限規定の適用を制限しようとする態度であると総括することができる⁶⁷。

たしかに、日本の著作権法の条文は、前述したように、著作権を守る方

権利の保護」が道を譲らなければならない場合もありうると考えることができよう。

⁶⁵ 平澤/前掲注53の批判的な検討を参照。

⁶⁶ 参照、田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかたー美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材にー」法曹時報63巻5号（2011年）。

⁶⁷ もちろん、(裁判例が多いという意味で花形の論点ではあるものの) 間接侵害と引用という限られた論点に関する限られた数の最高裁判決の動向をもって、著作権法に関する裁判例の趨勢であると断定することは乱暴に過ぎることは明らかであり、それが本稿の意図するところでもない。実際、下級審にあっては、かかる最高裁の趨勢とは対極に位置するアプローチを示す裁判例も存在する。本文のような括り方を示したのは、便宜上、かりにこのような立場が形成されるとすればいかなる問題があるのかということを明らかにし、もって、未だ主流とはいえない一部の下級審の裁判例の考え方を支持するところにある。

向では、複製、上演、上映、公衆送信など、権利が相対的に包括的な形で定められている反面、著作権の制限のほうは、一般条項はなく、個別の制限条項も、特に最近の法改正に代表されるように、ピンポイントで特定の利用態様のみを限定的に許容しているに止まるという場合が少なくない。そのような条文の構造を法の解釈にそのまま反映しようとするのであれば、権利を広める方向では包括的な解釈を採用し、権利を制限する方向では限定的な解釈を採用するという立場をとることになるのかもしれない。

しかし、このように立法の枠組みをそのまま墨守することが、立法と司法の役割分担のあり方として、はたして適切なものといえるのであろうか。そのような立場は立法に民主的な正統性が備わっていることを前提として初めて成り立ちうるものであるように思われる⁶⁸。権利が包括的に、制限がピンポイントで定められているという日本の著作権法の構造はまさに政策形成過程少数派バイアスのなせる技であることは、本稿の冒頭で述べたとおりである。

そうだとすると、著作権法の条文と一般の理解との乖離現象を解消するために、著作権法に関わる制度のどこかで、一定の場合に著作権が制限されることを明らかにする必要がある。そのような中、司法は、政策形成過程のバイアスの影響を(相対的にはあるが⁶⁹)受けにくく、また制度的に、訴訟手続に現れた当事者の利益を衡量するマイクロ正当化には長けているという特徴がある。このような特質を有する司法の目指すべき方向性は、現行の著作権法内の多少なりとも一般条項的な規定や法理を総動員して、バイアスの矯正を少しでも実現し、もって私人の自由を確保していくところにあるだろう。

⁶⁸ 藤田友敬「はじめに」『ソフトローの基礎理論』(2008年・有斐閣)1～2頁。

⁶⁹ 政策形成過程のバイアスをもたらした利益集団の影響が、戦略的な事件選択や訴訟行動(フォーラム・ショッピングや和解による先例形成の回避等)を通じて、司法過程にも影響を与えないという保証はないことにつき、藤谷武史『『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに』新世代法政策学研究7号184～185頁(2010年)、Antonina Bakardjieva Engelbrekt(田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック(1)」知的財産法政策学研究22号47～49頁(2009年)。

結論として、司法に期待される役割が、引用規程に対して文言にない制約を課すことに勤しみ、バイアスをさらに強化するところにあることは明らかであるように思われる。著作権法32条1項を活用して私人の自由の確保を図る前掲知財高判[美術鑑定書]に代表されるアプローチが推奨される所以である。

他方、権利を拡張する方向の解釈に関しては、知財高判[ロクラク]の抵抗にもかかわらず、前掲最判[まねきTV]や前掲最判[ロクラク]がかなり柔軟にこれを認めることを可能とするアプローチを打ち出したことは前述したとおりである。しかし、立法と司法の役割分担という観点を考察する場合、司法の介入に歯止めをかけるべき制度的な限界が立法との関係で存在することを銘記する必要がある。訴訟外の多数の者の利益に関わる政策をマクロ的に決定することは、立法その他司法以外の機関に委ねるべき事項であるように思われるからである⁷⁰。

そして、著作権法は、インターネットやデジタル技術に代表されるように技術的、社会的な環境の大きな変化に晒されながらも、私人の行為を広範に規律する法律であるという特徴を有している。ゆえに、著作権法に関する司法による解決も、不可避免的に、訴訟当事者以外の一般公衆の利益に、現時点ばかりでなく将来にわたって大きな影響を与えることになる。このような課題に対して、限られた人数の、しかも民主的に選ばれたわけでもなく、(限られた例外を除けば)制度的に政治的な責任を負うことを免れている裁判官が、限られた人数しか参加しない訴訟という手続において判断を下すことには自ずから制度的な制約がかかって然るべきであろう。特に、著作権を強化する方向の可能性に関しては、構造的なバイアスがかかっているがゆえに、それが実現しないというような機能不全が政策形成過程に認められるわけではないのだから、積極的に司法の介入を要請すべき事情が存在するわけではない。

そのような中、著作権法が権利に服する利用行為を規定しているということは、何を規制して何を規制しないかということを立法で具体的に特定

⁷⁰ 以上につき、「ミクロ正義」と「マクロ正義」を定義し、裁判所が追求することが予定されている正義が後者にあることを論じる、平井宜雄『法政策学』（第2版・1995年・有斐閣）116・150頁を参照。

していることを意味している。前掲東京地決[ファイルログ著作権仮処分]に端を発する一連の裁判例の問題点は、当初のカラオケ法理の主戦場を超えて人的な支配がない類型(前述した「システム提供型」カラオケ法理)にまでこの法理を用いるところにある。システム提供型のように、装置やサービスに対する管理をもって人の利用行為に対する管理であると擬制し、著作物の利用行為であると法的に評価してしまうと、結局、人の特定の利用行為を規制するのではなくて、利用行為に供される装置やサービスの提供行為を規制することになってしまう。つまり、裁判所の判断で、特定の装置やサービスの提供行為に関する違法類型を作出していることになる。さらに、カラオケ法理という蓑をかぶることなく、直接、技術的な環境など様々な要素を衡量する前掲最判[ロクラク]の論法も、裁判所の判断で違法と判断していることに変わりはない。かえって、管理支配要件と利益要件という(その可否は別として)縛りがなくなった分、裁判所の自由裁量の幅は広がったと評価することができよう⁷¹。

しかし、たとえば、録音録画機器、媒体など、大量の私的複製行為を誘発する装置、機械に関して、日本の著作権法は、デジタルの録音、録画機器媒体の提供行為に限って政令指定の下で規律することとしており、しかも排他権ではなく、私的録音録画補償金請求権という報酬請求権で規律されている⁷²。もちろん、現在の私的録音録画補償金請求権に関しては、政令指定にかけていることが妥当かどうか、デジタルに限っていることが望ましいことなのかどうか、専用機器ではない汎用機器まで規律の対象にすべきであるのか、逆に、録音録画に関してはプロテクションをかけられるのだから補償金は二重取りの機会を与えてしまっているのではないか、文献複写についての規律はどうするのか等、様々な議論がなされているが、これらは技術の状況と社会的な環境を踏まえたうえで、立法により解決すべき事項であろう⁷³。それを、カラオケ法理を転用したり、総合衡量を働

⁷¹ 前掲最判[ロクラク]に付された金築補足意見は、同判決の意義がまさにこの点にあることを積極的に主張する。

⁷² 田村・前掲注12・131～141頁。

⁷³ その意味で、アナログ・チューナーのないデジタル・チューナーのみを搭載する録画機器は、機器内でアナログ・デジタル変換を行うものではないことを理由に、

「アナログデジタル変換が行われた影像」を録画するとの著作権法施行令1条2項3号の要件を充足しないから、同号所定の特定機器に該当しないと、私的録画補償請求権の支払義務のある対象機器であることを否定した、知財高判平成23.12.22判時2145号75頁〔東芝私的録画補償金請求権〕(村井/前掲注11)には、地上波がデジタル放送に移行したことに伴い、技術的に権利者側がコピー回数のコントロールを一定程度なしうようになってきている(ex. ダビング10)という状況変化に対応して、私的録画補償金制度をどのように設計するのかということに関して、司法ではなく、政令改正を含む立法の場に議論を委ねたという積極的な評価を与えるべきであろう。

これに対して、原判決である東京地判平成22.12.27平成21(ワ)40387〔同〕は、録画機器内でなくとも、(撮影から放送に至る過程の)どこかでアナログ信号からデジタル信号に変換された影像を扱うのであれば、同号所定の機器に該当するという立場をとっていたが、デジタル放送にあつては、アニメーション等においてフル・デジタルで一切アナログ・デジタル変換が行われない放送も現実的にありうることを考えると、施行令中の「アナログデジタル変換が行われた影像」という文言がデジタル放送にも対応するという関係者の合意を示すものとは認められないことは明らかであるように思われる。その反面、著作権法104条の5の協力義務を否定することにより、支払義務を否定するという原判決の論理構成では、特に問題を生じていない従来型の機器に関する制度の遂行に支障を来すことになりかねず(とはいえ、こちらは過渡的な問題に過ぎないが)、さらには将来、かりに機器に関する政令の改正が成立した場合であっても、抜本的な著作権法の改正をなさない限り、私的録音録画補償金制度自体を機能不全に陥れかねない点で疑問がある。多数の私人によって頻繁に行われる個別の私的複製に対して直接権利行使をなすことが困難であることに鑑み、未だ行為者が少ない録音録画機器ないし媒体の製造業者のところに課金しようとする私的録音録画補償金制度にとって(田村・前掲注12・131～133頁)、権利行使の対象者がこれらの製造業者であるということは制度の肝とでもいうべき要素といえる。それにもかかわらず、形式的に協力義務という構成をとった背景に、元来、購入者である消費者が支払義務のあるものを肩代わりしているだけであり価格とは別建てであるという印象を喚起することを期待した録音録画機器メーカーの思惑が政治的に功を奏したに過ぎないのだとすれば、その思惑を超え、制度全体の根幹を揺るがすような意義を、「協力」義務という文言から引き出すことは賢明とはいえない。この点に関して、控訴審の前掲知財高判〔同〕は、法文上、明らかではないとしつつも、制度発足以来、「上乗せ徴収・納付」が行われてきたという慣行を重視し、「違反に至った経緯や違反の態様」によっては損害賠償責任が生じる可能性がある」と帰結している。その理論的な構成はともかく、法的な拘束力を

かせたりすることで、裁判所限りで装置やサービスに対する規制を創設することには問題があるといわざるをえない⁷⁴。前掲知財高判[ロクラク]の立場をもって是とすべき所以である。

3 非政府組織の動向

政策形成過程のバイアスを矯正するという観点に鑑みた場合、近時、ユーザーの利益を代表する非政府組織(Non-Governmental Organizations = NGO)の活動が目を惹くところである。国際的なうねりをみせるものとして、クリエイティブ・コモンズの活動が注目されるが、その意義については後述することとして、ここでは、実際に日本の著作権法の改正に影響を与えたものとして、「著作権保護期間の延長問題を考えるフォーラム」(think C)を取り上げておこう。

ヨーロッパやアメリカ合衆国に倣って、2005年に、日本でも、著作権の保護期間を現行法制の著作者の死後50年から死後70年まで延長すべきではないかということが文化審議会における検討課題とされた^{75 76}。しかし、理論モデルや実証研究は、著作権の保護期間をさらに20年延長したところで、著作者の創作活動に対するインセンティブを改善する効果は僅少なものに止まり⁷⁷、それにより人々が自由に著作物を利用しうようになる時期が20年後ろにずれることを正当化しうるものではないように見受けら

認める控訴審の判断に軍配を上げるべきである(既に、田村・前掲注12・137～138頁)。

⁷⁴ より詳しくは、前述注41を参照。

⁷⁵ 文化審議会著作権分科会「著作権法に関する今後の検討課題」2頁(2005年)
http://www.bunka.go.jp/laramasi/pdf/37soukai_siryou5-1.pdf。

⁷⁶ それに先立って、2003年改正著作権法54条1項により、映画の著作物の保護期間が原則として公表後70年(創作後70年公表されなかったときは創作後70年)と20年間延長されている。

⁷⁷ 田中辰雄「本のライフサイクルを考える」田中辰雄＝林紘一郎編『著作権保護期間』(2008年・勁草書房)73頁、今西頼太＝大西宏一郎「著作財産権存続期間延長論－存続期間延長による映画著作物の収益性上昇効果の実証的考察－」知的財産法政策学研究37号234～235頁(2012年)。

れる。一部に、著作物を保存し時代に合わせて適恰的なものに変更し、さらには過剰な利用により著作物の価値が低下することを防ぐための(ex. ミッキーマウスがパブリック・ドメインとなり皆が自由に利用しうるとなると、過剰に利用される結果、大衆がミッキーマウスに飽きてしまい、著作物の価値が低下する)適切な管理を促すためには著作権という排他性を改善するという議論が主張されることがあるが⁷⁸、元来、公共財である著作物について、つまり皆が自由に利用しうる著作物についてあえて排他権を設定し特定の者に利用を限定するからには、それを正当化しうる利益が真実、存在しうることが示される必要があるところ⁷⁹、実証研究としてはかかる効果の存在をむしろ否定する方向のものが現れている⁸⁰。

保護期間の延長問題が改正の検討課題とされたことをきっかけとして立ち上がった「著作権保護期間の延長問題を考えるフォーラム」(think C)は、こうした叡知を、文化庁への働きかけや数々の公開討論、インターネットを活用した情報の発信という諸活動を通じて改正作業に注入することを試みた。最終的に、日本における保護期間の延長に向けての動きはひとまず中断するに至った⁸¹。

政策形成過程にバイアスがある中で、従前であれば拾われにくかったユーザーの利益を改正作業に反映させることに成功したという意味で、think Cの活動は画期的なものであったといえる。その背景には、複製技術の普及、インターネットの隆盛による著作物の利用機会の拡大が、著作権に対するユーザーの意識を高め、著作権の強化によって与えられる不利益が切実なものとして感じる者が増えたことを指摘することができ

⁷⁸ WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 222-28 (Belknap Press of Harvard University Press 2003).

⁷⁹ 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(5)」知的財産法政策学研究 33号219～220頁(2011年)。

⁸⁰ 米国のベストセラー書籍に関してパブリック・ドメインの状態にあるものとないうものを比較する、ポール・J・ヒールド(今村哲也＝宮川大介訳)「保護期間延長は社会厚生を高めたか：アメリカの場合」田中＝林編・前掲注77・144～145頁を参照。

⁸¹ 林紘一郎＝福井健策「保護期間延長問題の経緯と本質」田中＝林編・前掲注77・245～250頁、福井健策『著作権の世紀－変わる「情報の独占制度」』(2010年・集英社) 108～129頁。

るかもしれない⁸²。

4 小括

以上に示した日本の著作権法制をめぐるアクターの現状を俯瞰すると、まず立法には政策形成過程のバイアスの影響がみられ、特に権利制限規定に関しては、改正が実現するのはピンポイントで特定の利益を保護する制限規定に止まるために、享受者が薄く広く拡散している零細的利用のような行為に関して制限規定が新設される見込みは薄い。一挙に解決への道筋を開く可能性のあった著作権の制限規定の一般条項ないし(日本版)フェア・ユースの導入も、結局は挫折するに至った。そのため、零細的利用は、冒頭に述べたような意味での「著作権法の構造的な課題」というにふさわしい様相を呈している。

そのような立法における政策形成過程のバイアスの矯正を司法に期待したいところである。しかし、最高裁判決を中心にどちらかというと主流を占めている裁判例は、権利を認める規定は一般的に、それを制限する規定は個別的にという政策形成過程のバイアスの産物そのものである現行著作権法の構造をそのまま体现し、権利の拡張に対しては包括的な解釈を志向する反面、権利を制限する方向に関しては狭く限定的な解釈を採用するものが趨勢を占めている。それとは全く逆方向の傾向を示し、私人の自由の確保に資する裁判例もあるが、主流派を形成するには至っていない。そのような中で、政策形成過程に乗りにくい人々の声を立法に反映するよ

⁸² 国際的な著作権法制に関しても、WIPO著作権条約の成立過程において、通常、条約交渉の場において顧みられることが少ない各国の国内の著作物のユーザーの利益が、NGOの活動によって直接、国際交渉の場に反映されたことを積極的に評価するものとして、小嶋/前掲注21「(5)」36号99～101頁。もっとも、ユーザーNGOのこうした活動に対して、法的な議論ではなく政治的な議論に傾倒し過ぎており、よりよい解決策を目指すというよりは、開発途上国とタッグを組む等の戦略的行動によって、闘争に勝つことを目的としている、という否定的な評価を与えるものとして、Silke Von Lewinski (矢野敏樹訳)「WIPOにおける著作権保護の例外と制限に関する議論(1)－視覚障害者のための議論を中心に－」知的財産法政策学研究34号220～221・223～227頁・同「(2)」35号213～216頁(2011年)。

う努力を続けるNGOが存在する。

Ⅲ 歴史的な観点からみた著作権法の課題⁸³—著作権法の第三の波—

1 分析の視角

著作権制度に関しては、ときとして、コピーライトという言葉に体现される複製禁止権を不磨の大典であるかの如く扱う主張を散見する⁸⁴。そのような立場に与する場合には、デジタル化時代、インターネット時代を迎えて著作権法をめぐる社会的な環境、技術的な環境がいかに変化しようとも、著作権法の基本は複製を原則として禁止するところにあるという発想を前提として検討していくという議論に陥りがちとなる。しかし、デジタル化時代、インターネット時代は、もはやそのような従来型の議論だけでは根本的に解決しえない問題を著作権法制の眼前に突き付けているように思われる。そして、著作権法は、歴史的にみれば、実は、技術や社会の環境の変化に応じて生成された権利でしかないのである。著作権の正当化根拠に関しては見解が対立しているが⁸⁵、このような歴史的な事実を鑑み

⁸³ Tamura, *supra* note 34, at 63-74 (田村/前掲注34・アメリカ法21～34頁)。

⁸⁴ 批判的な観点からの紹介として、中山信弘『著作権法』(2007年・有斐閣) 241・272頁を参照。

⁸⁵ 知的財産権の正当化原理に関しては、森村進『財産権の理論』(1995年・弘文堂) 168～171頁、Peter Drahos (山根崇邦訳)「A Philosophy of Intellectual Property (1)～(8)」知的財産法政策学研究34～39・42～43号(2011～2013年)、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)～(8)」知的財産法政策学研究28・30～34・37・39号(2010～2012年)、同「Robert P. Mergesの知的財産法概念論の構造とその意義」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013年・弘文堂)を参照。

著作権の正当化根拠に関しては、大別すれば、自然権論とインセンティブ論が対立しているが、筆者の立場を示しておく、著作権という制度の積極的根拠をインセンティブ論に求め、その消極的根拠を自然権論に求める二元論をとっている。その論拠を略述すれば、以下ようになる(より詳しくは、田村/前掲注18・知的財産法政策学研究1～3頁、同/前掲注2・ライブ講義43～44頁)。

前者の自然権論としてよく挙げられるのが John Locke の労働所有理論や G.W.F. Hegel 等の精神的所有権論を援用するタイプの議論である。しかし、Locke 自身は、人が身体的活動の自由を有していることを前提として、その自由を犠牲として労働したことにより得られた物 (Locke 自身は有体物を念頭に置いている) に対して、身体的活動の自由のコロラリーとして当然に権利を主張できると主張していた (JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 286, 288-89 (Peter Laslett ed., Cambridge University Press 1988) (1698))。また、Hegel も、著者の自由の意志の表出としての所有を認めるとともに、有体物 (ex. 本) の譲渡後も著者の精神につながる無体物としての作品に対する権利を留保しようという形で精神的所有権論を説いた (G.W.F. ヘーゲル(長谷川宏訳)『法哲学講義』(2000年・作品社) 104・127～129頁)。いずれも、唱道者自身は、人の自由を基礎としているが、著作権というものが、他者の行為の自由を制約する権利であるとする、これは自由対自由で引き分けとなり、人が何かを創作したというだけで他者の自由を制約することは困難なように思われる。ゆえに、著作権を正当化するためには、著作権を認めることが、創作者自身の利益だけではなく、より広く多数の者の利益に資するからだということに求めざるをえないのではないと思われる (Locke の労働所有理論を著作権に推し及ぼそうとする考え方に対して、森村進『ロック所有論の再生』(1997年・有斐閣) 121・241～261頁)。一定のフリー・ライドを規制しないと、著作物を創作する者が過少となり、一般公衆が不利益を被ってしまう。これを防ぐためには、著作権を認める必要があるのではないか、というインセンティブ論が主張される所以である。

もっとも、自然権論のレトリックが完全に無になるわけではない。インセンティブ論は、社会的な利益を権利の積極的根拠に置くので、結局、知的財産権は、人の自由、利用者の自由というものを、社会的な利益のために規制する権利だということになる。このように、社会的な全体の多数の利益のために目的手段思考様式で個人の自由を規制するという理屈には、権利を導き出す衡量として弱いところがあるということは率直に認めなければならない (Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights & Social Values in IP*, 68 CHI-KENT L. REV. 841, 862-64 (1993))。この場合、人が何かを創作したという命題は、効率性の実現を目指して設営された知的財産権によって他人の自由を制約することを正当化する消極的根拠にはなるのではないと思われる。知的創作物、あるいは人が何かを創作したという命題は、それ単独では積極的に権利を基礎付けることはできないと思われるものの、たとえばインセンティブ論等の理由でその存在が求められた権利について、それによって他者の自由が制約されたとしても仕方がないのではないかと消極的に正当化する論拠たりえるのではないかと考えているのである。

このように、あくまでも著作権の積極的根拠を創作に対するインセンティブの創

れば、根拠論に関して、いかなる立場に与したとしても、いずれにせよ著作権制度は、デジタル化時代、インターネット時代に対応する著作権制度の改革を迫られるべきであるように思われる。

さて、現代に至る著作権法の歴史は、技術的、社会的な環境の変化に応じて3段階に分類することが可能である⁸⁶。以下では、こうした歴史的な視角に鑑みて、現代の著作権法が抱えている構造的な課題を炙り出すことを試みてみよう。

2 利用に対する制約の質的な変化

現代の各国の著作権法に連なるという意味での著作権法の起源は、18世紀初頭のイギリスに誕生した。著作権法は、数千年を数える法の長い歴史の中では、相対的に最近、成立したといえる。この時期に著作権法制度が設けられるに至った原因は、印刷技術の普及に求められる（第一の波）。印刷技術が普及した結果、出版業が大規模な産業として成立し、それとともに

出に求め、自然権論に対しては消極的な正当化根拠としての副次的な意味合いを認めるに止める立場からは、実際に、現在の著作権制度がインセンティブとして適切に機能しているのかということの検証が必要となる（Diane Leenheer Zimmerman（澤田悠紀訳）「インセンティブとしての著作権—単なる空想の産物か？」知的財産法政策学研究41号（2013年）、Jessica Litman（比良友佳理訳）「真の著作権リフォーム（1）」知的財産法政策学研究38号189～192・217～220頁（2012年）、河島伸子「現代美術と著作権法」同志社大学知的財産法研究会編・前掲100～103頁。著作権が私人の自由に対する規制であることに鑑みると、なおさらその感を強くするところである。インターネットの時代において、著作物の流通がかくも容易となっている現在、著作物の普及に対する投資を促すインセンティブとして設けられたはずの著作権隣接権（田村・前掲注12・519頁）についても、抜本的な見直しが必要であろう（アメリカ合衆国の著作権に関する記述であるが、著作権法がクリエイターとユーザーの犠牲の下に分配業者（distributor）を過度に保護する制度になっていることを指摘し、改革の必要性を唱えるものとして、Litman/前掲192～196・220～221頁、同「(2)」知的財産法政策学研究39号23・25～28・32～33・51～55頁（2012年））。

⁸⁶ 田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』（1999年・北海道大学図書刊行会）207～209頁、同「インターネットと著作権：著作権法の第三の波」アメリカ法1999-2・221～214頁（2000年）。

に、最初の出版者の許諾を得ていないという意味での無断出版も、特にギルドの統制の及ばないところに出現するようになる。そのような中で、出版業者のロビイングに応じて、最初の著作権法が制定されるに至った。このように、当時の著作権は、そもそも出版業者を保護することを目的としていたのであるが、市民革命を経てギルドに対する反感が強い中、著作者の利益の保護という思想と結合し、著作者の権利として制定されるに至ったとされる⁸⁷。もともと無断出版を禁止する権利であったから、**copy**に対する権利という意味で、**copyright**と呼ばれたのは当然の成り行きであった。

このように、印刷技術の普及につれて登場した著作権法は、現在に至るまで複製禁止権を中心としており、さらに公の使用行為規制を併置する仕組みをとっている⁸⁸。このような規律は、著作権制度の制定後、長らくの間、相当なものといえる時代が続く。20世紀の中ごろまでは複製行為をなすには相当の投資が必要であり、複製をなすことができる者は、出版業者、レコード製造業者、映画制作会社など、ごく一部の者に限られていたからである⁸⁹。この時代にあつて、複製を禁止する権利は、事実上、競業を規制する権利に過ぎず、私人の自由に対する介入の度合いは僅少なものに止まっていた⁹⁰。それにもかかわらず、複製数はある程度、著作物の利用価値を反映するから複製者が少数であったために相対的には監視も容易であり、権利の実効性を図ることもできたのである。

⁸⁷ 以上につき、白田秀彰『コピーライトの史的展開』(1998年・信山社)を参照。こうした事情は、ドイツにおいても認められるようである。木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成(1)」立命館法学295号697～698・704～705頁(2004年)。

⁸⁸ 田村・前掲注12・108～111頁。

⁸⁹ *See also* Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617, 618 (2008).

⁹⁰ 田村/前掲注86・アメリカ法212～213頁。*See also* Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19, 36-37, 48 (1996) (著作権法は、non-commercial user＝非営利的利用者、non-institutional user＝非組織の利用者を規律するものではなかったとする); Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 34 (1994); LITMAN, *supra* note 24, at 18-19, 177-78, Litman/前掲注85「(2)」39号29～30頁、レッシング・前掲注24・256～258頁、ローレンス・レッシング(南部朋子訳)「文化の愛好のために～Google、著作権、そして我々の未来～」アメリカ法2010-1・11～12頁(2010年)。

それが20世紀の後半になって、録音、録画、複写等の複製技術が相次いで私的領域にも普及するようになり、この前提が崩壊するようになる(第二の波)。複製者が多数になり、その結果、copyrightが当初の競争規制法から私的な自由を規制する法に変化し、自由の問題を深刻に引き起こすようになったのである。それだけではなく、権利者にとっても、複製者が多数であるために監視が困難であり、権利の実効性を欠くに至った。

その対策としては、現実には、複製禁止権中心主義を堅持しつつ、第一の波時代における複製行為のように行行為者が未だ限られており、ある程度、複製数や利用数を反映できる行為に規制のポイント⁹¹を移していくという応急措置がとられてきた。たとえば貸与権や、複製機器媒体に対する課金制度(日本における私的録音録画補償金請求権制度)などが、それに該当する。しかし、複製権中心主義を金科玉条のように信奉していると、ときとして複製イコール悪であるという発想を前提とした議論に陥りがちになるが、かくも容易に複製ができ、その質もオリジナルとほとんど変わらないという時代が到来したということは、人間の生活がそれだけ豊かになる可能性が広がったということを意味している。旧態依然とした法制度が足かせとなってこのような技術的恩恵の享受に失敗するようなことがあってはならない。長期的なスパンで立法論を論じる際には、複製権中心主義に囚われない、より自由な発想が必要とされていたところである⁹²。

⁹¹ 知的創作物というのは観念に存在するものでしかなく、観念に存在するものを直接規制しようとしても空振りに終わるので、規制のときには必ず有体の物質的な世界と関わり合いを有する連結点(connecting point)とでも呼ぶべきところを見付けてきて、そこに法的な規制の網をかぶせることになる(connecting pointという言葉こそ用いないものの、Nari Lee(田村善之＝津幡笑訳)「特許対象の再編成と財産権主義の台頭－ビジネス方法の特許適格性－」知的財産法政策学研究9号57頁(2005年))。それが発明の実施行為、著作物の「法定の利用行為」(田村・前掲注12・108頁)である。これらは、物質的な世界で規制をかけるべきポイントとして選択された行為であるといえる(田村/前掲注2・ライブ講義49～50頁)。

⁹² たとえば、インターネットの時代が本格的に到来する以前の叙述であるが、デジタルの利用に対する著作権の保護の要件として登録制度を導入することを提唱するものとして、田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」同『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)193～198頁(初出は、同「デジタル化時代の知的財産

しかし、インターネットの時代の到来は、著作権法の前提に対して、(依然として未解決の)第二の波とはまた質を異にする変化をもたらした(第三の波)。すなわち、複製技術に加えて送受信技術が普及し情報通信網が整備されたことにより、誰もが公に送信できるようになったために、私的領域と公的領域が渾然一体化して分かれ難くなってきたのである。ここにおいては、複製禁止権中心主義ばかりではなく、「公の」使用行為という枠組みまでもが、私人の自由への過度の介入を防ぐ装置として機能しなくなっている。さらに、文章ばかりでなく、音楽や映像等、従前は、技術的に、あるいは資金的に、プロないしセミプロのような一部の人々のみに許されていた表現の手段が、デジタル技術の普及によって大衆に解放され、一般の私人でもこうした表現手段を用いた創作活動をなすようになったことも見逃せない⁹³。

このように第二、第三の波を通じて、著作物の利用が物理的には極めて容易となっており、その機会も増えているのに対して、著作権処理のほうのコストに関しては質的に変化したとまではいい難い。電子メール、クレジット・カード、サイトを通じた権利者のアクセス情報の提供、データベース化等、権利処理のコストを低減する試みはあるが、そのような改善の恩恵を享受しうる著作物は一部のものに止まっている。逆に、利用は低コストで実現可能である反面、零細の利用に代表されるように、大きな便益を受けるわけではないから、権利処理のコストは相対的に極めて高く付くようになっている。それに対して、コピー・プロテクションや送受信に対する技術的管理、さらにはクリック・オン方式等による著作権の防衛体制の構築が進み、それに対抗する迂回行為とのいたちごっこの中で、権利処理を要求する方向での法規制の整備が続いているが、そのような体制は、

法制度」ジュリスト1057号55～64頁(1994年))。

⁹³ レッシング・前掲注24・24～27・50～69・98～100頁は、ここでいう従来型の文化を、人類史上、20世紀に最も隆盛を迎えた、大量に生産され伝達されるものを大衆がただ消費するだけの文化であるとして、「Read/Only (RO)」文化と呼び、他方、デジタル技術とインターネットの普及によって文章ばかりでなく、音楽、映像等においても大衆が受け取ったものに加工しそれを伝達していく文化を、「Read/Write (RW)」文化と呼ぶ。

あくまでも著作権者への利益の還流を容易とするための中間的な手段として用いられるべきであって、保護期間経過後や著作権の制限下での著作物の利用を確保するために、その解除技術の普及と課金体制の構築が並行して行われる必要があろう⁹⁴。さもないと、種々のプロテクションは、著作物を普及させる従来技術型のメディアの既得権益を保護するための手段と化してしまい、複製技術と送受信技術の普及によってもたらされるはずの便益を社会が、というよりは私人全員が存分に享受することに失敗しかねないからである⁹⁵。そのような中で、著作権法に求められているのは、

⁹⁴ プロテクションが隆盛を迎える中で、フェア・ユースを担保する技術的かつ制度的な仕組みに関する具体的な提言として、Dan L. Burk & Julie E. Cohen (会沢恒訳)「権利管理システムのためのフェアユース・インフラストラクチャ」知的財産法政策学研究 3 号147～167頁 (2004年)。立法論として、コピー管理技術の保護を正当化するためには、簡便に私的複製の許諾を取得しうるシステムか、もしくは簡便に同一のコンテンツにアクセスしうるシステムと抱き合わされていることを要件とすべきであり、その判断を裁判所が個別的になすことが困難であるとすれば、アクセス管理技術をも含めて保護されるべき技術的管理手段について認可制を採用したうえで、要件を満足しているかどうか吟味するというアプローチを是とするものとして、田村善之『不正競争法概説』(第2版・2003年・有斐閣) 396～397頁(不正競争防止法における技術的制限手段迂回装置提供行為に対する規制に関する叙述)。技術的保護手段に関し法的保護が与えられないとしても、プロテクションを迂回するコストに比して権利者から適法にコンテンツを入手しうるコストが侵害のコストに比して安価であれば DRM (= Digital Rights Management) に基づいたビジネス・モデルは機能しうることを指摘するとともに、かりに法的な保護が必要であるとしても、著作権の例外に対する配慮の行き届いたバランスのよい DRM のみを保護するという選択肢、あるいは、正当な利用のために著作物の利用者にハッキングを許容する規定を導入するという選択肢がある旨を説くとともに、その技術的可能性を示すものとして、YUKO NOGUCHI, DIGITAL COPYRIGHT IN THE U.S. AND JAPAN: LAW, TECHNOLOGY AND THE MARKET 146-50, 220-22 (Vdm Verlag 2009)。

⁹⁵ サイバースペースでは、技術的にアクセスやコピーをコントロールしうるようになる結果、伝統的に著作者に与えられていた保護と公衆の利用のバランスが崩壊するという警告を発し、サイバー外の空間に存在するある種の不完全性を法規範等で人工的に作出する必要がある旨を示唆するものに、ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『CODE VESION 2.0』(2007年・翔泳社) 235～278頁。パメラ・サミュエルソン及びCPPメンバー(石新智規＝橋本有加訳)「著作権の原則プロジェクト：リフォ

複製禁止権中心主義、公の使用行為規制の併用主義からのパラダイム転換なのであろう⁹⁶。

もとより、著作権の根拠付けに関しては、他の知的財産権と同様に、自然権論とインセンティブ論が対立しているところであり⁹⁷、パラダイム転換は、インセンティブ論に立脚する者だけが迫られるに過ぎないとの批判が加えられるかもしれない。しかし、たとえ自然権論に与する立場を採用するとしても、人が何かを創作したということが、社会を新たな技術が到来する以前の状態の方向に揺り戻すモーメントとして働きうるほどの強い命題として主張しうるほどのものなのか、根本的な検討が必要となるように思われる。

以上、要するに、著作権制度は、元来、技術の進展に起因する環境の変遷に応じて変化すべきところ、複製禁止権と公の使用行為規制を中心とする枠組みが変わらないために、著作権法が、複製技術や公衆送信技術が私人に普及していなかった時代の単なる競争規制法から、私人の自由を過度に規制する法に変遷してしまったと評することができる。零細的利用に代

ームの方向性』『コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書』(2011年・デジタルコンテンツ協会) 75頁、福井健策『「ネットの自由」vs. 著作権』(2012年・光文社) 185～186頁も参照。クリック・オン方式による契約の成立とその有効性につき、曾野裕夫「情報契約における自由と公序」アメリカ法1999-2・192頁(2000年)(マスマーケットで購入する場合と個別交渉を経て購入する場合で取扱いを違えることを示唆)、同「契約と技術による著作権の拡張に関する日本法の状況」知的財産法政策学研究 3 号185～187頁(2004年)、Lucie Guibault(会沢恒訳)「著作権の制限とクリックラップ・ライセンス：著作権取引はどうなるのか？」知的財産法政策学研究 3 号95～126頁(2004年)。筆者の立場については、田村善之『知的財産法』(第5版・2010年・有斐閣) 465～466頁を参照。

⁹⁶ 営利的な利用か、著作権者の機会を妨害する大規模な利用のみを侵害とすべきであり、その基準の具体化はコモン・ローすなわち司法に委ねるべきことを提唱するものとして、LITMAN, *supra* note 24, at 180-82 (陪審による社会規範の導入の可能性にも言及する)。著作権法の政策形成過程に関与できない公衆に対して、著作権法の専門家以外には理解し難い、意味をなさない法律に従うよう要求すべきではないことにつき、*id.*, at 194-95.

⁹⁷ 前述注85参照。

表される私人の自由に対する著作権法の浸食は、第二の波の時代において複製行為が私的領域において技術的に可能となった際に顕現し、第三の波の時代において公の送信にまで拡大したものと位置付けることができる。

3 利用に供される著作物の権利者の多様化

インターネット、さらにはそれを支えるデジタル技術という第三の波が著作権法に突き付けている課題は、かかるユーザー側の次元のものに止まるわけではない。

デジタル技術とインターネットは、他人の著作物を利用する機会を増やしただけでなく、実際に利用される著作物の多様化をもたらした⁹⁸。まず、デジタル技術の普及によって文章ばかりでなく、音楽や映像等、従前は一部の者に限られていた表現手段を一般私人が容易に活用し創作に供することができるようになった（表現手段の大衆化）。そして、インターネットによって、以前は容易にアクセスできなかったような私人の著作物が巷間に溢れるようになった（伝達手段の大衆化）⁹⁹。一般私人が創作した様々な表現に加えて、過去に出版された雑誌の記事や写真、以前にテレビ放送された番組の一部の動画等、営利での提供が終了したために従前は図書館にでも行かなければお目にかかることが困難であった著作物も巷にインターネット上にアップロードされて、多数のユーザーがアクセスできるようになっている。

その結果、著作権処理が必要とされる機会に自己の著作物が供される著作権者も多様化した。一方の極には、各種プロテクション技術の活用やDRM（＝Digital Rights Management）を通して著作権を行使していこうとする著作権者の著作物が存在する¹⁰⁰。他方の極には、私人が創作した著作物

⁹⁸ 野口祐子『デジタル時代の著作権』（2010年・筑摩書房）72～73頁。

⁹⁹ レッティング・前掲注24・98～100頁。

¹⁰⁰ See also, e.g., Peter Yu, *Anticircumvention and Anti-Anticircumvention*, 84 DENV. U.L. REV. 13 (2006); Pamela Samuelson and Jason Schultz, *Digital Rights Management: Should Copyright Owners Have to Give Notice of Their Use of Technical Protection Measures?*, 6 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 41 (2007).

や、かなり以前に営利での提供を停止しているために、著作権者が権利行使に一切関心を示さない著作物が存在する。その中には、著作権者の所在が不明か、その所在を突き止めることが著しく困難な孤児著作物 (orphan works) が含まれる¹⁰¹。インターネットによって、孤児著作物に代表される後者のタイプの著作物までもが容易に大量にアクセスしうようになったのである。その結果、従来型の著作権法に従えば、著作権をクリアすることを迫られる利用の機会に供される著作物の中で、著作権行使に熱心でないか、無関心の著作権者の著作物が占める割合が飛躍的に増大している。こうした現象は、第三の波によって初めてもたらされた現象であるといえる。

肝要なことは、これらの権利者のうち権利行使を望む者は、ロビイングを行う動機も余裕もあるから、その意向が政策形成過程に反映される。しかし、権利行使に無関心な権利者は、そもそも権利処理すらしない者なのであるから、ロビイングをするわけもなく、こちらのほうの意向が著作権法に影響を与えることはほとんどない。つまり、インターネット到来前の時代であれば、現実に著作権処理が必要となる場面に供される著作物の大半は、現に営利で提供されている著作物であり、その権利者の多くは前者のタイプであったのだから、それらの意向を「著作権者の意向」として一括りにし、ユーザーの利益と対置させるという発想の仕方にはそれなりの合理性が存在した。そこでは、ユーザー、特に私人の意向が反映されにくいという形でのバイアス問題だけを念頭に置いておけばよかった。それが、第三の波の時代にあつては、著作権の行使が問題とされる著作物の権利者も分化し、その中には著作権の保護の強化を求める者ばかりではなく、より弱い保護でもよいと思っている者や、さらには著作権には一切関心がない者の著作物も含まれている¹⁰²。ここにおいては、政策形成過程のバイアス問題は、権利者対ユーザーという対立軸ばかりでなく、権利者対権利者という対立軸でも語るべき問題として複数の次元を持つ問題に変容しているのである。その結果、ユーザーばかりでなく、実際に利用されている

¹⁰¹ 孤児著作物が発生する要因につき、菱沼剛『孤児著作物問題の研究－既存規範の動態的な分析と新規範の確立に向けての可能性－』（2011年・成文堂）10～12頁。

¹⁰² サミュエルソンほか/前掲注95・79頁も参照。

著作物の権利者の一部の意向と、著作権法の条文との間の乖離も拡大している¹⁰³。

もちろん、著作物の中には、大作映画に代表されるように、創作に大規模な投資を必要とするために、著作権の保護なしには創作活動が停滞するものもあるだろう。そうした著作物についてまで保護を弱める必要はない。問題は、インターネット時代を迎えて利用しうようになった著作物の中には、大作映画等と同様の保護を著作権者が必要としていないものが大量に含まれているということなのである¹⁰⁴。そのような中で、前者に必要とされる著作権を後者にも当てはめる従来型の「One size fits all」のアプローチは根本的な見直しを迫られていると考えなければならない。

この問題に対しては、クリエイティブ・コモンズの活動¹⁰⁵が一定の解決の方向性を示してくれるかもしれない。クリエイティブ・コモンズは、著作権者が自己の著作物に関する著作権のあり方を選択し、それを表示するフォーマットを用意し、そのフォーマットを世に普及する活動である。その意義は、利用の自由の確保ということだけではなく、それ以上に、政策形成過程になかなか反映されにくい個別の権利者の意向をダイレクトに権利に反映させようとする運動として、分化する権利者の意向に合わせた法制度の形成を促すという意味がある¹⁰⁶。こうした活動により、著作権者の多くが実は現在の著作権法が志向するものよりも弱い著作権の保護を支持していること¹⁰⁷が世の中に明らかになれば、それが何らかの形で政策

¹⁰³ レッシング・前掲注24・265～266頁。

¹⁰⁴ レッシング・前掲注24・278頁。

¹⁰⁵ 参照、クリエイティブ・コモンズ・ジャパン編『クリエイティブ・コモンズ—デジタル時代の知的財産権』（2005年・NTT出版）、野口・前掲注98・223～241頁、ドミニク・チェン『フリーカルチャーをつくるためのガイドブック クリエイティブ・コモンズによる創造の循環』（2012年・フィルムアート社）99～216頁。

¹⁰⁶ ローレンス・レッシング（山形浩生＝守岡桜訳）『FREE CULTURE』（2002年・翔泳社）328～332頁、レッシング・前掲注24・266～268頁、田村/前掲注34・知的財産法政策学研究26～28頁〔2008年7月29日に札幌で開催された Creative Commons Internationalが主催する iCommons Summit の LEGAL DAY における Copyright Institution in the Digital Age と題する keynote speech の講演録〕。

¹⁰⁷ Jessica Coates, “Creative Commons – The Next Generation: Creative Commons licence

形成過程に反映されることにつながるかもしれない。そのような形で、クリエイティブ・コモンズの活動には、政策形成過程のバイアスを矯正する試みという側面がある。

しかしながら、クリエイティブ・コモンズに参加するか否かということはいくまでも任意に任されている。多くの権利者が現行法のような水準の著作権は必要ないと考えていたとしても、そのような権利者の中には、クリエイティブ・コモンズの意味がよくわからず、それを研究してまでCCマーク(クリエイティブ・コモンズとして著作物を提供していることを示す表示)を付すことを面倒だと思う人が少なくないかもしれない。特に孤児著作物の著作権者は、クリエイティブ・コモンズに関心を向けることもないだろう。クリエイティブ・コモンズの活動は、政策形成過程に無関心な著作権者の多くは、クリエイティブ・コモンズでも無関心であるという構造的な限界を抱えているといわざるをえない。

4 小括

著作権法が堅持する複製禁止権中心主義は、20世紀半ば以降、複製技術が私人に普及するにつれて、私人の自由に対する過剰な制約を意味するよ

use five years on”, (2007) 4:1 *SCRIPTed* 72 < <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol4-1/coates.asp>> によると、2006年6月までの統計では、クリエイティブ・コモンズを選択した者のうち、96.6%が「表示」(著作者名、タイトル等の情報を表示することを求めるもの)を選択しており、67.5%が「非営利」(営利目的での使用を禁止するもの)を選択している。他方、「改変禁止」は24.3%、「継承」(改変により新たに生み出されたものについて同一の組合せでのライセンスを求めるもの)は45.4%(「改変禁止」が選択されていないことが前提となるので、改変も自由、継承も求めない者の割合は、 $100\% - 24.3\% - 45.4\% = 30.3\%$ となる)という数字となっている。つまり著作権が完全にフリーと考えられているわけではなく、ほとんどが日本法でいえば著作者人格権である氏名表示権の尊重を求めており、また著作権についても営利目的のものは禁止する意向が表明されることのほうが多いことがわかる。デフォルト・ルールの落とし所を探るうえで興味深い数字であるといえる(日本においては、改変禁止の割合が高い傾向があることなどを含めて、野口・前掲注98・235～236頁も参照)。

うになり、それとともに権利の実効性が問われようになった。零細の利用の問題は、このような複製禁止権中心主義が抱える課題が集約的に顕現したものと位置付けることができる。そして、20世紀末からインターネットが隆盛を迎える中、著作権法のもう一方の柱である公の使用行為規制までもが私人の自由と抵触をみせるようになり、その解決策が模索されている。

しかし、インターネットは、権利行使に熱心な著作権者の著作物ばかりではなく、弱い保護でもよいと考えている者や一切関心を示さない者の著作物までもが大量に公に提供される事態をもたらした。孤児著作物はその最たる例である。このような状況下で著作権法が抱える課題を解決しようとする場合には、前提となる著作権者像として、著作権保護の強化を押し進める、限定され組織化された権利者のことだけを念頭に置いていれば足りる時代ではなくなったといえる。

さて、ここまでの検討の結果、著作権法制は、複製技術が普及した第二の波の時代に、政策形成過程に影響を与えにくい零細的な利用を制約する権利を課す制度に変容し、さらにインターネットが普及した第三の波の時代に、やはり政策形成過程に影響を与えにくい者の権利（その最たる例が孤児著作物に関する権利）までもが通例、権利処理の対象となる制度と化したことが明らかになったように思われる。零細の利用と孤児著作物の問題は、技術的、社会的環境の変化に起因したものであるばかりでなく、著作権法に関わる政策形成過程のバイアスがその解決を妨げるという意味で、著作権法の構造的課題といえる。したがって、問題の根本的な解決を図るためには、バイアス自体を矯正する方策を編み出す必要がある。以下にその試論を示していくことにしよう。

IV 著作権法の将来像

1 最後の砦としての寛容的利用

1) 寛容的利用による均衡

日本の著作権法の条文をそのまま墨守しなければならず、企業内複製は私的複製にはならないとする通説的な理解に基づく、大半の資料についてPDFファイルやファックスでのやりとりができず、インターネット上の

情報を参照して資料を作成することもできず、日本経済は、根幹のコミュニケーションの手段のところで、デジタル技術やインターネットの恩恵を享受することに失敗し、経済先進国から脱落することになりかねない。

もっとも、著作権法の条文の文言に従うと著作権侵害に該当するように読めるこれらの事例は、実際には発見されなかったり、あるいは権利者のお目こぼしがあったりするために、現実には訴訟に至ることはほとんどない¹⁰⁸。そのため、フェア・ユースのような一般条項の導入を図らずとも、現実には、大半の人が、このような「著作権侵害」行為に日々、勤しんでいる(寛容的利用＝*Tolerated Use*¹⁰⁹)。この場合、実際に権利行使されることはないという事実により、政策形成過程におけるバイアスに対する矯正が働いていると評価することができる。それによって、日本経済がデジタル技術やインターネット技術の恩恵の享受に失敗するという事態は避けられている¹¹⁰。

¹⁰⁸ 福井・前掲注95・50～52・148～152頁。

¹⁰⁹ 福井・前掲注95・47頁の説く「暗黙の領域」に相当する。「寛容的利用」という用語は、Wu, *supra* note 89, at 619, 627-28, 630-33 による。同論文は、本稿と異なり、政策形成過程のバイアスの矯正という機能に着目しているわけではなく、番組のファンサイト等を例にとり、権利者の提供する著作物に対して代替するのではなく、補完的な関係にある大半のものを *tolerate* しつつ、権利者にとって害となりそうな少数のものを排除するという、事後的なオプト・イン方式が効率的であるということ論に主眼が当てられている。そこでは、こうした事後的なオプト・イン方式を確実なものとするために、*tolerated use* というグレイの領域に頼るのではなく、解釈論として原著物に対して補完的な関係にあるものは *adaptation right* (翻案権) の保護の範囲の外にあると解すべきであり、あるいは常にフェア・ユースとなることを明らかにすべきだと主張する。また、同論文では、物理学の論文のデジタル・ライブラリーのサイトを作成する際に、世の中に価値の高い少数の論文と価値の低い多数の論文が混在し、その選別が外部からは困難であるという前提の下、ライブラリーの作成者がまずは全ての論文をアップすることを許容すれば、作成者と交渉して対価を得るために必要な取引費用を上回る利益を自己の論文に見出している著作権者のみが権利行使をしてくることになり、低廉な費用の下で論文の選別が可能となるという例も掲げられている。Litman/前掲注85「(1)」38号200～201頁も参照。

¹¹⁰ 友人のためにコピーするという些細な違法複製を権利者が完全には把握しえな

こうした状況は零細の利用に限られるわけではない。日本最大規模の動員力を誇るとされるコミケの会場には、漫画やアニメの登場人物達が所狭しと活躍する「二次創作」で溢れ返っているが、原作の著作権者がこれらの同人誌に対して権利行使することは稀である¹¹¹。インターネットに目を転じて、著作権者が特定可能であり孤児著作物ではないものも含めて、多数の動画や写真が溢れており、過去の映画やテレビ番組、有名人や建造物、著名事件の写真その他の資料に容易にアクセスすることができる。もちろん、零細の利用と異なり、こちらのほうはインターネットを通じて多数の利用者に利用される可能性がある以上、保護を欲する権利者は当然存在し、それらの者の著作権を侵害してアップロードされた著作物は順次、抹消の憂き目に遭っているわけであるが、それにもかかわらず、日々アップロードされる著作物は多数に上る。その結果、著作権法の条文とはデフォルト・ルールが逆転し、権利者が行動を起こさないと、著作物がインターネット上に残るという状況が現出している。ここにおいては、本稿が後に立法論として主張するデフォルトの変更、つまり、保護を必要とする者に保護のための行動をとるオプト・イン方式¹¹²が、事実として要求されていることになる。その結果、保護のための行動を起こさない者の著作物はインターネット上に残ることになり（これもまた本稿の枠組みでは、寛容的利用といえる）、分化した権利者に合わせた保護の棲み分けが達成されていることになる。人々は孤児著作物や著作権を行使しない権利者の著作物に対するアクセスを遮断されることなく文化を享受することができるようになっているのである。

いということすら、需要者に限界費用の近くで情報を利用することを可能とする価格差別を実現する手段として機能している、と理解しうることを指摘する、James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Property*, 53 VAND. L. REV. 2007, 2030 (2000) も参照。この議論の位置付けについては、田村善之「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方」同『市場・自由・知的財産』（2003年・有斐閣）222～229頁。

¹¹¹ Salil Mehra, *Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Cartoons My Kid Watches Are Japanese Imports?*, 55 RUTGERS L. REV. 155, 161-66, 178-89 (2002), レッシング・前掲注106・40～43頁、福井・前掲注95・45～50頁。

¹¹² See also Wu, *supra* note 89, at 622, 629.

このような寛容的利用の正当性は、意外に広く受け入れられているのかもしれない。たとえば、先に指摘したように、インターネットの初期の時代から、検索エンジンはデータベース作成のための検索ロボットを使ったウェブページの取込みと、検索結果におけるスニペット表示をなしていたが、こうした行為がフェア・ユース規定を持たない日本の著作権法下で適法とされる明文が導入されたのはようやく2009年改正47条の6の成立を待たなければならず、この改正の実現に至るまでには、検索エンジン業者等の長年のロビイング活動等がなされていた。これに対して、改正作業時の文化庁長官官房著作権課長が、改正の経緯を振り返り、極めて興味深い発言をなしている。いわく、「権利者がこのことを問題にしたことはほとんどないにもかかわらず」、「日本の著作権法のことをよくご存じない一部の学者さんや弁護士さん」が「大騒ぎ」し、あるいは「経済産業省」から要望があったため、改正に踏み切った、というのである¹¹³。ここでは、著作権法の条文ばかりでなく、ほとんどの権利者が権利を行使しないという状態で保持されているものまでもが、「日本の著作権法」に含められているようである。少なくとも起草に関与した者の一人が、こうした条文から離れた一般に浸透している著作権法に対する理解を実効的な「著作権法」として認識していることは、現実に訴訟を提起されないことによる著作権法の条文の文言のバイアスの矯正という考え方が認められているという意味で極めて興味深い発言といえる¹¹⁴。

2) 寛容的利用による均衡の脆弱性

しかし、寛容的利用に頼ったバイアスの矯正は、制度的な裏付けがない

¹¹³ 山下和茂「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト583号6～7頁(2009年)。

¹¹⁴ あわせて、そのような状態にある場合であっても、「大騒ぎ」と評しうるロビイングがあつて初めて法改正に至ることも示されており、また、同じ要望が民間からではなく経産省から発せられると、皮肉めいた修飾語が何ら付されることなくその事実のみ語られることなど、考えさせられるところが多い。少なくとも、かりに本当に起草者が文字どおり遵守されることがないということを前提にして、大々的なロビイングがない限り、制限規定の新設をなさないことにしているのだとすれば、司法の場で条文の文言を墨守することの意味が問われることになるう。

分、脆弱なものでしかない。

権利行使や訴訟提起に至らないことがほとんどであるとしても、条文に書かれているということ自体、明示的にコストになる。零細的な利用にしても、何か別の目的(ex. 鑑定業務の独占)が絡んだ場合には、それ自体としては些細な利用に対する訴訟提起がなされることもありうるからである(ex. 鑑定書に付された原画の縮小カラー・コピーに対して、複製権侵害を理由とする著作権侵害訴訟を提起する)¹¹⁵。さもないければ、「大騒ぎ」などしない。

特に、大量に著作物を扱う者にとっては、確率的に著作権を行使する者が登場する可能性を無視しえない。かりに権利行使をすると威嚇された場合、条文に書いていない以上、万一でも裁判で負けた場合の失うものの大きさを慮ると、相当の金額を支払うことと引き換えに和解に応じることが合理的な選択となってしまう。そのような事態に陥ることが最初からわかるのであれば、そもそもそのようなビジネスに投資しないということが合理的な選択肢となる。法律雑誌の一部等において全号収載のDVDが発売されているが、より大きな売上げが見込まれる一般の商業誌においてその種のDVD、Blu-rayがほとんど登場しないのは、収益が大きい分、権利行使のターゲットになる可能性が高く、ゆえに予め著作権処理をしておかなければならないところ、それが困難だからなのではないかと推察される。

3) プラットフォームの消失の可能性

① 問題の所在

さらにいえば、寛容的利用の中には、そのような利用を可能とするプラットフォーム(ex. 動画サイト)を必要とするものが少なくない。これらのプラットフォームは、著作権者の同意の下に提供される著作物ばかりではなく、孤児著作物に代表されるような著作権者が保護を必要としない著作物の供給をも可能としており、もって寛容的利用による束の間の均衡を実現することに貢献している。しかし、その反面、寛容的利用を可能としているということは、条文の文言上は著作権侵害行為の温床にもなっている

¹¹⁵ この種の行為に対して著作権侵害を肯定した、東京地判平成22.5.19平成20(ワ)31609 [鑑定証書添付縮小カラー・コピー] にヒントを得て作成した仮設例。

ということを意味しており、厳格に著作権を行使することを欲する著作権者から侵害の責任を追及されうる立場にもいる。

もちろん、保護を欲する著作権者にとっては、インターネットによる海賊版の拡散が驚異であることに間違いはなく、著作権がこれらの者にとっての創作活動のインセンティブとして機能するためには、プラットフォームに侵害を回避する一定の責任が認められて然るべきである。しかし、著作権侵害の撲滅のみを過度に推進すると、名目的には侵害となる寛容的利用、さらには完全に適法な行為に至るまで一網打尽に供給不可能とするほどの苛酷な責任を課すことにつながりかねない。

特に、大量に著作物を扱う中で、著作権を保護すべき著作物がどれであるのかということ特定することが困難である場合、その責任がプラットフォームに課される場合には結果的に、抑圧すべき行為のみを選び分けることができないために、プラットフォーム全体の閉鎖に追い込まれることになりかねない。実際に、動画サイトの運営者や自炊代行業者に対する著作権侵害訴訟において、その種の責任をこれらのプラットフォームに課すに等しい結論を採用する裁判例が現れている。こうした(法的な保護を必要とする一部の)著作権者のプラットフォームに対する攻撃が過度に功を奏し、動画サイトや自炊代行が消滅するような事態になれば、プラットフォームを利用した寛容的利用に依存する事実上のオプト・イン方式という束の間の均衡が崩壊することになりかねない。以下、敷衍する。

② プロバイダの責任¹¹⁶

a. プロバイダ責任法の概要

プラットフォームの保護という点に関しては、プロバイダ責任法が、一定の配慮をしていることが注目される。

具体的には、プロバイダ責任法3条1項は、技術的に送信を防止する措置を講じることが可能な場合であって、かつ、権利が侵害されていることを知っていたか、問題の情報の流通を知っていた場合であって、さらに権利侵害を知ることができた相当な理由がある場合でなければ、プロバイダ

¹¹⁶ 参照、田村善之「著作権侵害に係るプロバイダの責任—日本法の現況と課題」年報知的財産法2012(2012年)。

等¹¹⁷は権利者に対する損害賠償責任を負わない、と定めている。この規定は、損害賠償につき、情報の流通を知らない限りプロバイダ等を免責させる規定である。知らないことに過失があったとしても免責するものである以上、侵害行為の調査義務をプロバイダは負わないことを明らかにした規定であるといえる。つまり、侵害行為を特定する責任は権利者が負担している¹¹⁸。

その趣旨を著作権侵害の文脈で表現するのであれば、侵害に係るファイルをサーチしたり、フィルタリングしたりする技術がいくら発達したとしても、権利の所在とそのライセンス状況を知らせる登録制度がほとんど存在しない現状では、権利処理がなされているか否かということを機械的に判断することは困難である。したがって、権利処理がなされていない著作物を特定するのに適しているのは、プロバイダではなく、自分が何を許諾

¹¹⁷ プロバイダ責任法 3 条 1 項の免責規定が適用される「特定電気通信役務提供」は日常用語にいういわゆるプロバイダに限られない。同法 2 条 1 項・2 項・3 項は、この概念を「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信の用に供される電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他特定電気通信設備を他人の通信の用に供する者」と定義しており、BBS 管理者や企業や大学等のサーバー管理者を含む概念である（総務省電気通信利用環境整備室・テレコムサービス協会編『プロバイダ責任制限法―逐条解説とガイドライン―』（2002 年・第一法規）19～20 頁）。発信者情報開示義務との関係で、その外延を分析するものとして、町村泰貴〔判批〕知的財産法政策学研究 33 号（2011 年）。

¹¹⁸ 他方、同法 3 条 2 項は、権利者から適式のクレームがあった場合にプロバイダ等が送信防止措置を講じたとしても、権利侵害があったと信じるに足る相当な理由があったときか、もしくは、所定の手続を踏んでいれば（情報発信者に対して照会し、7 日以内に不同意の申出を受け取らなかった場合）、情報発信者に対して免責されるとする。しかし、これは、プロバイダが自発的に削除等を行ったときに、情報発信者（被疑侵害者）との関係で、契約や約款で定めていなくとも免責する規定でしかない。所定の手続を履践すれば著作権者との関係でもプロバイダの責任を免責する規定ではなく、著作権者との関係でプロバイダに対する実効的な救済策を認めるものでもない。ただ、発信者との関係でプロバイダの自発的な削除を容易とすることで、権利者からのクレームに対応してプロバイダが迅速に問題の素材を削除することを可能とし、もって、結果的にオプト・イン方式で権利者の保護を実現するプロセスを促進することが企図されている。

しておらず、何を探すべきかわかっている権利者のほうである。それをプロバイダに課す場合には、回避困難な過大な侵害の責任を嫌ってプロバイダとなろうとする者が過少となり、もってインターネットの発展が阻害されかねない、ということになる¹¹⁹。

ただし、かかる同法上の責任制限には、二つの意味で限界がある。

第一に、プロバイダ責任法が差止請求を規律していないことに起因した限界がある。同法は、著作権侵害に限らず名誉毀損その他不法行為全般に関して損害賠償請求のみを免責しており、差止請求に関しては個別の請求権を規律する法、たとえば著作権法の条文や解釈に委ねられている。したがって、差止請求が認められる要件や、その救済の範囲次第では、結局、侵害行為に係る著作物の特定の責任がプロバイダに課されることになりかねないという問題がある。

第二に、プロバイダ責任法が規律する損害賠償請求に関しても、同法の中に免責を制限する条項が置かれていることに起因する限界がある。すなわち、同法3条1項但書きは、プロバイダ等が当該権利を侵害した情報の「発信者」である場合は、この限りでないとする。ここにいる但書きの「発信者」の解釈次第では、やはり侵害の特定の責任をプロバイダに負担させることのないようにした同法3条1項本文の趣旨が潜脱される可能性が残されている。

そこで、以下、これら二つの課題について個別に検討していこう。

b. 差止請求

差止請求に関する論点として、直接の侵害行為の主体論に関する前述した最判平成23. 1. 18民集65巻1号121頁[まねきTV]、最判平成23. 1. 20民集65巻1号399頁[ロクラク]が適用されるのかという論点がある。しかし、両判決とも、判文上、テレビアンテナを立ててテレビ放送を受信していることを前提としており¹²⁰、インターネットのサービスプロバイダやBBSのようにユーザーからの投稿を受け付けているだけの環境を提供しているだけの場合には、自ら入力しているわけではないため、直接その射程は及

¹¹⁹ 田村/前掲注86情報・秩序・ネットワーク239頁、同「インターネット上の著作権侵害とプロヴァイダーの責任」ジュリスト1171号70頁(2000年)。

¹²⁰ 注48参照。

ばないと考えられる。もちろん、理論的には、これらの判決の法理の下で、プロバイダが前掲最判[ロクラク]のいうところの「枢要な行為」とであると評価されて(同最判自体は複製に関する判決ではあるが)、公衆送信等の主体であると評価される可能性があることは否めない。

他方、下級審の裁判例では、両最判以前に、プロバイダの侵害主体該当性如何を不作為構成で処理した判決として東京高判平成17.3.3判時1893号126頁[罪に濡れたふたり「ファンブック」2ちゃんねる掲載]がある¹²¹。侵害行為の放置の態様、著作権者の申し入れの態様、さらには発言者の対応如何によっては、その放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もある、というのである。侵害著作物がBBSに掲載されているときに、それを放置した途端に直接の行為主体とみなすわけではないけれども、その不作為がはなはだしくなってきた場合には、作為と同一視するという法理である¹²²。

¹²¹ 参照、高瀬亜富[判批]知的財産法政策学研究17号(2007年)。抽象論としては、責任否定例である東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[同]も同じ枠組みを採用している。学説では、大須賀寛之「著作権侵害とプロバイダ等の責任」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻[著作権法・意匠法]』(2007年・新日本法規)307～309頁。

¹²² ちなみに、同判決は、その具体的な当てはめにおいて、本件の著作権侵害は、本件各発言の記載自体から極めて容易に認識しえた態様のものであると評価して、損害賠償、差止請求を認容している。著作権侵害の事実の指摘を受けた場合には、「可能ならば」という限定付きながら、発言者(著作権侵害を働いた可能性のある者)に対してその点に関する照会をし、さらに、著作権侵害が極めて明白な場合には当該発言を直ちに削除するなど速やかに対処すべきであるというのである。

しかし、一般論をいえば、大量に投稿がある掲示板の運営者に、著作権侵害の疑いがあるというだけで、権利関係の資料等の調査義務を課すことは、場合によっては不可能を強いることになりかねない。控訴審判決のように、著作権侵害の事実の指摘を受けただけで、発言者に照会をするなどの積極的な行為義務を課す場合には、権利侵害を知っていたか、もしくは権利侵害を知ることができた相当な理由があるものでなければ、プロバイダは損害賠償責任を負担することはないと規定するプロバイダ責任法3条1項の趣旨が没却されてしまうように思われる。情報の流通を知っていることを責任発生の要件としているところからも、同法はプロバイダに対して調査義務を課さないことを前提にしているように思われるからである。

さらに、学説では、一步進めて、サーバーを管理していれば直ちに公衆送信の主体とみなす見解も唱えられている。損害賠償は別として、差止めは認めるほうが権利者の救済になることから、ファイルがアップロードされているサーバーを管理している以上、直ちに公衆送信の主体とみて差止めを肯定すべきであるという見解である¹²³。

ここで肝要なことは、差止めにより在庫の廃棄という不利益が発生する有体物の出版と異なり、インターネットにおいて差止請求に服せしめるのは、プロバイダにさほど過大な責任を課すことにならない可能性があるということである。侵害に係る著作物が何かということが特定さえされれば、サーバーを管理している以上、ファイルの削除ないし送信の停止は一挙手一投足でなしうるはずである。むしろ過大な責任となる可能性があるのは、インターネットにより権利者の被害がとてつもなく拡大し、もって賠償額が過大なものとなっているおそれがある損害賠償のほうであるが、こちらは侵害主体であることを否定せずとも、プロバイダ責任法により所定の要件の下で免責することが可能である¹²⁴。そうだとすれば、権利者の保護を優先して、直ちに差止請求を認めることができるサーバー基準説に与すべきであるように思われる。

これに対して、学説の中には、プロバイダ等に著作権侵害の責任を負わせることは酷であるという判断に立って、著作権侵害の主体はプロバイダ等ではなくファイルを送信したユーザーであるという見解が提唱されている¹²⁵。しかし、著作権侵害があることが明らかとなったのであれば、少なくとも問題のファイルが置かれているサーバーを管理するプロバイダ

¹²³ 田村/前掲注86情報・秩序・ネットワーク204～205頁、同/前掲注119・73頁、吉田正夫「ネットワーク環境下における事業者の責任」コピライト471号7～18頁(2000年)、末吉互「著作権侵害情報をめぐるプロバイダの責任」『知的財産権—その形成と保護』(秋吉稔弘喜寿・2002年・新日本法規)354～355頁。

¹²⁴ 不当利得に関しても、プロバイダに不測の不利益を与えることになりかねない金銭的救済であるという点で損害賠償と共通しており、プロバイダ責任法3条1項が類推適用されると解すべきであろう。

¹²⁵ 安藤和宏『よくわかるマルチメディア著作権ビジネス』(1996年・リットーミュージック)214～216・226～235頁、濱口太久未「著作権法の一部を改正する法律について」コピライト436号7頁(1997年)。

等に関しては、差止めに服す義務を認めるべきである¹²⁶。たしかに、少なくとも送信可能化に関しては、物理的な最終接続行為に焦点を当てて送信可能化を定義している著作権法2条1項9号の5の書き振りに鑑みれば、送信可能化の主体はアップロードしたりポスティングをしたユーザー本人であって、プロバイダやBBSの管理者を行為主体とみることに難があるのかもしれない¹²⁷。しかし、サーバーの管理者であれば、少なくともその後の公衆送信の侵害に関しては、直接の行為主体とみることに特に無理はないように思われる¹²⁸。つまり、この場合、プロバイダは他人の行為を管理支配しているとか、他人の侵害行為に必要な手段を提供しているとか、はたまた、他人の行為を誘導するシステムを提供しているという理由によって責任を負うのではなく、端的に自身の物理的な行為によって責任を負うと考えるのである。

しかし、侵害主体の問題に関していかなる立場をとるにせよ、それとはまた別に論じる必要がある課題として、侵害行為を特定する責任を著作権者に負担させるのか、プロバイダに負担させるのかということが問題となる。

前述したように、プロバイダ責任法3条1項は、あくまでも損害賠償に関する規定でしかないが、「権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合」に損害賠償責任の発生を限定している。差止請求に関しても、差止義務を履行するために事前にファイルをスクリーニングする必要が生じてしまい、情報の流通を知っていた場合に限り、損害賠償責任を負担するとすることで、プロバイダを侵害の成否の調査義務から解放しようとするプロバイダ責任法3条1項の趣旨に鑑み、URLなどでファイルの所在を特定する形式の差止判決のみが許されると考えるべきであろう¹²⁹。

¹²⁶ 吉田正夫「ネットワーク・サービス・プロバイダーの責任」知財管理46巻11号1742・1746頁(1996年)、山下幸夫「インターネット上の著作権に関する基礎的考察」NBL620号47頁(1997年)。

¹²⁷ 上野達弘「プロバイダーの責任」著作権法研究28号90頁(2003年)。

¹²⁸ 前述注123所掲の文献を参照。

¹²⁹ 田村/前掲注7「(2)」17号99頁、青江秀史＝茶園成樹「インターネットと知的財

ところが、裁判例では、東京地判平成15.12.17判時1845号36頁[ファイル・ローグ]、東京高判平成17.3.31平成16(ネ)405[同]、あるいは、東京地判平成21.11.13判時2076号93頁[TVブレイク]、知財高判平成22.9.8判時2115号102頁[同]において、差止めの主文が著作物で特定されており、侵害者がファイルの特定を負担することとなっている。このような取扱いは、プロバイダ責任法3条1項の趣旨に反するように思われる。もっとも、いずれも侵害誘発型サイトの事例であったということに留意する必要がある、今後は、これらの判決の射程が問題になろう。

c. 損害賠償請求

損害賠償請求に関して、前述したように、プロバイダ責任法3条1項は、プロバイダ等に侵害の有無の調査を負担させない構造になっているが、プロバイダ等が「発信者」に該当する場合にはこの免責の適用はないとされているから、いかなる場合にプロバイダ等が「発信者」に該当するのかということが問題となる。

この点に関し、前掲東京地判[TVブレイク]、前掲知財高判[同]は、著作権の侵害主体論と同様の法理をもって、カラオケ法理あるいは総合法理とほぼ同様の要件の下、発信者に該当するとして、3条1項本文の免責の適用を受けないと判断した。しかし、このように侵害主体論と同様の法理でプロバイダ責任法3条1項但書きの「発信者」該当性が画されるとすると、結局、差止請求が認められる場合には、常に損害賠償請求の(プロバイダ責任法上の)免責が認められないことになりかねない(故意または過失が別途必要とされることは別論として)。しかも、前掲最判[まねきTV]、前掲最判[ロクラク]の説く総合衡量法理は、侵害著作物の存在に対する認識を必ずしも必要とする法理ではないため、侵害著作物の流通を知らなくても侵害の責任を課すことを認める法理である。その場合、結果的にプロバイダは、侵害の有無の調査義務を負担することになる。

しかし、このように「発信者」概念と一般の著作権侵害主体論をリンク

産法」高橋和之『インターネットと法』(第4版・2010年・有斐閣)271～272頁は、容易にサーバーに蓄積された情報を認識し送信防止措置を講じることができる場合という条件付きで、プロバイダを公衆送信の主体と認める。差止めが過大な負担を課すことがないように配慮するという点では、本稿と趣旨を共にする。

させる解釈論には、プロバイダ責任法の構造に鑑みると、いくつか難点があることを指摘しうる。

第一に、プロバイダ責任法が「発信者」の定義規定を置いていることとの関係が問題となる。すなわち、同法2条4号によれば、同法にいう「発信者」とは、「特定電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記録媒体(当該記録媒体に記録された情報が不特定の者に送信されるものに限る。)に情報を記録し、又は当該特定電気通信設備の送信装置(当該送信装置に入力された情報が不特定の者に送信されるものに限る。)に情報を入力した者」のことであるとされている。このように、TVブレイク判決のように規範的な侵害主体論による「発信者」概念を採用することは、このように物理的に入力した者を「発信者」とする明確な定義規定をわざわざ置いている同法の趣旨を没却するものであるように思われる。

第二に、プロバイダ責任法は、差止請求に関しては、著作権法等、差止請求権を規律する個別の法の解釈に譲りつつ、損害賠償請求に関しては、権利侵害か問題の情報の流通を知らない限り免責とすることで、侵害の調査の負担からプロバイダ等を解放している。それにもかかわらず、そのような損害賠償に関する免責規定が、個別法の差止請求に関する解釈(と同一の法理)によってその適用を否定されてしまうというのでは、あえて損害賠償責任に絞って一般的に免責を与えようとしたプロバイダ責任法の構造にも適合しない。

たしかに、立法論としては、特に侵害誘発型のサイトに関し、侵害の有無の調査義務を著作権者からプロバイダ等に移行するという選択はありえるかもしれない。しかし、上記のようなプロバイダ責任法の構造に鑑みる場合には、それを解釈論として採用することは困難であるように思われる¹³⁰。

¹³⁰ 侵害を特定する責任をプロバイダに課するという選択肢を採用した場合、それがプロバイダに対する過大な責任となることを回避するためには、どのようなフィルタリング技術を採択することが技術的、経済的に可能であるのかということに関する分析(参照、丸橋透「データ照合技術とプロバイダの不作为責任」年報知的財産法2012・34～36頁(2012年))が行われることが必要であると思われるが、裁判所は、そのような検討をなすのにふさわしい場ではないように思われる。

③ 自炊代行業¹³¹

製本された書籍の裁断機やスキャナを持ち合わせていない利用者や、裁断やスキャンにかかる時間や労力を節約したい利用者などのために、(私的)複製(=自炊)の代行等を行う業者が台頭しており、著作権者との軋轢を生んでいる。

自炊に関連する業者にはいくつかのタイプがあり、自炊のための道具や場を提供するに止まる業者、自炊代行業者、裁断済み書籍を提供する業者などがある。

このうち、第一のタイプの自炊のための道具や場を提供する業者は、典型的には、店舗内に自炊のための裁断機とスキャナを用意しており、利用者は自ら持ち込んだ書籍を自ら裁断、スキャンしたうえで、その結果、できあがった書籍の電子データを持ち帰る、というサービスを提供している。この場合、店舗に設置されたスキャナは、私的複製による著作権の制限規定の例外とされる「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」(著作権法30条1項1号)に該当しうが、附則5条の2によってさらに制限規定の例外の例外とされる「専ら文書又は図画の複製に供するもの」に該当すると解しうるため、利用者の行為には、30条1項が適用される¹³²。また、30条1項が著作権を制限する趣旨が、私的に複製が行われる場合には、大量に複製が誘発されることはなく、著作権者に与える不利益が大きなものとならないと思料されることに鑑み、私的自由を優先するということにあるのだとすると、このタイプのサービスにおいては、複製する著作物の選別を完全に利用者が行っている以上、利用者の行為は、同項にいう「その使用する者が複製することができる」という要件に該当すると解される。そして、業者の関与は、物理的な複製行為をなしているわけでもなく、複製の対象となる著作物を選別しているわけでもない。前掲最判[ロクラク]を支持する立場の下でも、業者は複製の実現に当

¹³¹ 以下、本項目の執筆に際しては、村井麻衣子「自炊代行の著作権法上の評価」東京地判平成25.9.30平成24(ワ)33525[自炊代行訴訟]北海道大学知的財産法研究会(2013年11月2日)報告用pptに依拠したところが多い。

¹³² 「専ら」の解釈とともに、上野達弘「総論」年報知的財産法2011・211～212頁(2012年)。

たる「枢要な行為」をなしているわけではないと評価されるように思われる。

また、第三のタイプの裁断済み書籍の提供を行う業者は、典型的には、店舗に裁断済み書籍を予め備え置き、それを受け取った利用客が、店舗内に設置されたスキャナを用いて、自ら電子ファイルを作成するという態様のサービスを提供している。この種のサービスに対しては、ロクラク最判を支持する立場の下では、(事案を異にするので、同最判の射程が直接及ぶものではないが) 裁断済みの書籍の提供という形で、業者主導でコンテンツを用意していることが¹³³、ちょうど同最判におけるアンテナを設置して放送を受信し複製装置に入力するという行為に比肩するものとされ、「枢要な行為」をなしているがゆえに業者が複製行為の主体であると判断される可能性がある¹³⁴。同最判の法理を支持しない本稿のような立場の下でも、業者と利用客との間で複製すべきものの手渡しという形で、直接、人的に接触したうえで、複製されるべき著作物の特定をめぐる影響力を行使しており、古典的なカラオケ法理の主戦場¹³⁵として、業者を複製の主体と認めうる。そして、前述した30条1項の趣旨に鑑みると、選択可能なコンテンツの範囲を業者が選別しており、それにより特定の著作物について大量の複製が誘発される可能性が生じている以上、少なくとも業者の行為は、もはや同項の「その使用する者が複製することができる」という要件の枠内に収まるものとはいえないことは明らかであろう^{136 137}。

¹³³ 必ずしもロクラク最判の枢要な行為論に与するわけではないが、この考慮要素を重視し、この種の自炊関連業者を複製の主体と評価すべきであるとする見解として、参照、前田/前掲注33・191頁。

¹³⁴ 参照、小坂=金子/前掲注48・69頁、上野/前掲注132・212～213頁。

¹³⁵ 田村/前掲注38・460頁。

¹³⁶ 参照、小坂=金子/前掲注48・69～70頁。

¹³⁷ なお、従前、「書籍または雑誌…」の貸与には「当分の間」貸与権が適用されないものとすることで貸本業を貸与権の規律から免れしめていた附則4条の2が2004年改正で廃止された際、飲食店や理髪店、病院の待合室等に置かれている雑誌や図書の閲覧に関しては、元の占有主の占有から完全に離脱していないことを理由に、著作権法の解釈としては未だに「貸与」がなされていない、ゆえに(営利企業がなしていても)貸与権侵害にはならないというのが一般的な理解である(作花文

問題は、第二のタイプのユーザーが所有する書籍の裁断、スキャン等をユーザーに代わって行うサービスを提供する業者の行為の取扱いである。このタイプの業者をさらに細分化すると、店舗に持ち込まれた書籍の自炊を代行するタイプ、利用客が業者に書籍を送付し、業者が電子データを作成して利用客に納入するタイプ、利用客がインターネット書店等に発注した書籍を発注元から直接業者に送り、業者が電子データを作成して利用客に納入するタイプなどがある。これらの業者に共通していることは、利用客が複製すべきものを主体的に決定している反面、物理的な複製自体は業者がなしているために、複製の主体はどちらなのか、30条1項の適用があるのか、ということが争われることになる。

この問題に関する最初の公判裁判例となった、東京地判平成25.9.30平成24(ワ)33525[サンドリーム]は、利用客が書籍を業者に自ら送付ないし書店から直送するというサービスを行っている自炊業者¹³⁸が被告とされたという事件で、ロクラク最判を引用したうえで「本件における複製は、書籍を電子ファイル化するという点に特色があり、電子ファイル化の作業が複製における枢要な行為というべきであるところ、その枢要な行為をしているのは、法人被告らであって、利用者ではない」と判示し、行為主体を代行業者であると判断した。この判決は、30条1項の私的複製の適用の

雄『詳解著作権法』(第4版・2010年・ぎょうせい) 283・284頁、中山・前掲注84・236頁、島並/前掲注33・152頁)。漫画喫茶もこの範疇に属するという点で貸与権侵害は成立しないと解されている(三山裕三『著作権法詳説 判例で読む16章』(第8版・2010年・レクシスネクシス・ジャパン) 289頁、中山・前掲注84・236頁、島並/前掲注33・152頁。「慎重に検討することが求められる」という言い回しで断定は避けられているが、山口顕「著作権法の一部を改正する法律等の概要について」コピライト526号38頁(2005年)。作花・前掲283頁も参照)。学説では、この解釈を前提に、裁断済み書籍を店舗内で提供する行為は「貸与」に該当せず、貸与権を侵害するものではないことを理由に、この種のサービスを著作権侵害に問責することができないことは、著作権者に与える不利益が相対的に大きいことに鑑みると問題がある旨を指摘するものがある(島並良「書籍の『自炊』」法学教室366号3頁(2011年))。しかし、貸与権侵害に該当しないからといって、直ちに著作権侵害否定という結論を導かなければならないわけではないことは本文で述べたとおりである。

¹³⁸ ちなみに、裁断済みの書籍を返送することがあったと認定されている。

可否を論じる必要がないという立場を示していることにも特徴がある¹³⁹。

次いで、ほぼ同様の事案で、東京地判平成25. 10. 30平成24(ワ)33533[ユーブランニング]もロクラク最判を引用したうえで、「書籍を受領した後に始まる書籍のスキャナーでの読込み及び電子ファイルの作成という複製に関連する行為は、被告会社の支配下において全ての作業が行われ、その過程に利用者が物理的に関与することは全くない」ことを理由に、「上記によれば、本件事業において、書籍をスキャナーで読み取って電子化されたファイルを作成するという複製の実現に当たり重要な行為を行っているのは被告会社らであるということが出来る」と認定し、「本件事業における複製行為の主体は被告会社らであり、利用者ではないというべきである」と帰結している。この判決は30条1項の適否を別途論じる体裁をとってはいるが、当てはめにおいては結局、利用行為主体論のそれを援用して、「その使用する者が複製する」という要件を満たさないと判断している¹⁴⁰。

しかし、利用行為の主体論¹⁴¹とは別個の法理である私的複製による著作権の制限を規定する30条1項の適否が問題となる以上、利用行為の主体論だけで最終判断をしたり、利用行為主体論の判断をそのまま援用するのではなく、30条1項の趣旨に則した判断をなす必要があるというべきである。そして、同項が「その使用する者が複製する」ことを要求している趣旨が、私人である本人以外の者が複製する著作物を決定する場合には、特定の著

¹³⁹ 「本件において著作権法30条1項の適用は問題とならない」「本件における書籍の複製の主体は法人被告らであって利用者ではないから、被告らの主張は事実関係においてもその前提を欠いている」

¹⁴⁰ 「同条項にいう『その使用する者が複製する』というためには、使用者自身により複製行為がされるか、あるいは使用者の手足とみなしうる者によりこれがされる必要があるというべきところ、既に検討したとおり、被告タイムズ及び被告ビー・トゥ・システムズは、本件事業における複製の主体であって、使用者自身でも、使用者の手足とみなしうる者でもないものであるから、本件においては、著作権法30条1項にいう『その使用する者が複製する』の要件を満たすとはいえず、したがって、同条が適用されるものではないと認めるのが相当である。」

¹⁴¹ ちなみに、このタイプの自炊代行業者は、ロクラク最判の法理の下でも、複製の主体たりえないと解する見解として、小坂＝金子/前掲注48・67～68頁。

作物について組織的に複製されることになりかねず、著作権者に与える影響を無視しえないからであるとすれば、肝要なことは使用者本人が何を複製するのかということを決定しているのかということなのであって、物理的に複製をなす者が誰かということは重要ではない¹⁴²。この種の自炊代行は30条1項の枠内にあるというべきではなからうか¹⁴³。

¹⁴² 田村/前掲注5・15頁。特許法の共有者の下請けに関する議論を参考に、「使用者とコピー業者の間に、手間賃を支払ってコピーさせる契約が存在し、コピー業者はコピーの仕方等について使用者等の指示等を受け、そして、コピー業者は出来上がったコピーについて全量を使用者に納入する」という3要件が満たされるのであれば、コピー業者による複製も使用者自身の複製と評価し、30条1項の適用を認めるべきであるとする見解として、奥邨弘司「著作権法30条1項の『使用する者が複製することができる』の意義」前掲注36紋谷古稀936～939頁。利用行為主体論の文脈ではあるが、前田/前掲注33・191頁も参照。

他方、横山久芳「自炊代行訴訟判決をめぐって」ジュリスト1463号41頁(2014年)は、私的使用目的がある場合であっても公衆用自動複製機器を用いて複製する場合には著作権が制限されず(30条1項1号)、その場合、当該機器を複製に使用させた者に対しては刑事罰までもが科されていること(119条2項2号)に着目し、機器を設置する業者が自ら複製しない場合ですら業者は責任を負うのだから、自炊代行のように機器を設置するだけでなく業者自ら複製する場合に30条1項の「使用する者が複製する場合」に該当すると解して著作権を制限することは平仄が合わない、ゆえに、この文言は外部の業者が物理的に複製を行う場合を含まないと解さざるをえない旨を説く。しかし、本文で先に述べたように、自炊代行が問題となる「文書又は図画」に供する機器に関しては、附則5条の2によって依然として30条1項本文が適用され、私的使用目的のある複製に対しては著作権が制限される。そして、たしかに、「文書又は図画」に該当しない録音、録画サービスの代行業に関してまで適法とする場合には、横山/前掲が指摘するように、代行ではなく、私的ユーザー自身に録音、録画をさせるために公衆用録音録画機器を供している業者が法的責任を問われることとの均衡を失することになるが、そのようなバランスの悪い解釈は、別に30条1項の「その使用する者が複製する」の要件を横山/前掲のように絞らずとも、その種の代行に供されている機器であっても30条1項1号にいう「公衆の使用に供することを目的として設置されている」機器に該当し、ゆえに「その使用する者が複製する」の解釈如何にかかわらず、30条1項本文の制限が適用されることはないと解すれば足りる。

¹⁴³ 参照、小坂＝金子/前掲注48・67～69頁。利用行為主体論の文脈ではあるが、こ

このような解釈論を採用することに対しては、権利侵害を肯定すべきという立場から、自炊代行業を容認すると、DRMが施されていない電子ファイルが拡散し、著作権侵害が横行することにつながるとか、裁断本がオークション等で販売されていることに鑑みると、著作権者の経済的な不利益は無視しえないという反論が予想される。しかし、私的複製に係る電子データがインターネット上にアップロードされた時点で複製権侵害や公衆送信権侵害に該当するのであり、そこで捕捉することが可能なのであるから、かえって、侵害に結び付かないものも含めて一網打尽に禁圧しなければならない理由はない。また、私的複製を可能とする以上、自ら私的複製した場合に裁断本が市場に供されることは防ぎえないのだから、裁断済み書籍の流通によってそれと質的に異なる不利益が権利者に発生しているとはいえないようにも思われる。

むしろ、権利侵害肯定派からの最も意味がある反論は、電子書籍市場という著作権者にとっての新たな市場が自炊代行業者によって侵食されるというものであろう¹⁴⁴。これに対しては、今後刊行される書籍については、自炊代行による私的複製の可能性を念頭に置いた対価を発行時に取得すれば足りるのではないかと、という再反論がなされるかもしれないが、大半の書籍が自炊されるわけではないとすれば、自炊を想定していない読者層にとって書籍の価格が高過ぎることになり、市場による書籍の普及を多少なりとも妨げることになる。

しかし、他方で、日本の著作権法が適用される国内で私人が所有してい

の種の自炊代行業者に関して、利用客が行為主体であるとする見解として、前田/前掲注33・191頁、池村聡 [判批] NBL 1015号 6～8頁(2013年)。「その使用する者が複製する」の要件を満たさないと、反対、島並/前掲注137・3頁。

¹⁴⁴ 横山/前掲注142・41～42頁。既発行の書籍についてはそのような市場を想定することなく創作されており、創作のインセンティブという観点から改めて新たな市場を利用する機会を与える必要性があるのか、という再反論はありえようが、従来、著作権法上、新しい支分権が認められるたびに、既存の著作物の権利者にもそれが配分されていたという立法の慣行に鑑みると、(インセンティブの付与という観点からは意義が乏しいとしても) 公平ないし平等の取扱いという観点から、この種のいわば遡及的な保護を肯定することも奇異なものとはいい難いだろう。また、いずれにせよ、この再反論は、今後創作される著作物には妥当しない。

る蔵書のうち、著作権の存続期間が消滅していないものの数は天文学的な数字に上るところ、電子書籍市場に関心を示し、これを活用している著作権者はごくわずかに止まる。そして、このように大きな母集団の下では、自炊代行業による複製を禁止してまで自己の利益を守る必要はないと感じている著作権者や、そもそもそのような問題意識すら持ったことのない著作権者(その典型例は孤児著作物の著作権者である)は莫大な数に上るはずであり、そこに自炊代行に関しても寛容的利用が存分に育まれる環境が成立しているとみることができる。

ここに落とし所の難しさがある。たしかに一部の権利者は保護に値する利益を有しているとしても、この状況下で、それを理由に、自炊代行業者という自炊の技術的、環境的なプラットフォームを(寛容的利用を含めて)なべて著作権侵害に従事しているとして禁圧してしまうと、電子ファイル化による省スペースというデジタル技術の恩恵を私人が存分に享受することに失敗してしまうことになりかねない¹⁴⁵。

立法論としては、後述するように、(更新)登録制度によって保護すべき著作物とそうではない著作物にふり分けなどの処置をとることなど、様々な解決がありえようが、解釈論の選択肢は限られている。その中で、寛容的利用を育みつつ、保護の必要な権利者を守るための方策としては、前述のように、30条1項の「その使用する者が複製する」という要件を活用して、裁断済みの書籍の保管や転用はせず、注文の都度、顧客からの宅送ないし直送を要するなど、相応に非効率なビジネス・モデルを採用する自炊代行業者に限り、同項の私的複製の範囲内と認めて著作権侵害の責任を免れせしめる、という措置をとることがありえよう。このような解釈の

¹⁴⁵ この種の発想については、田村/前掲注92・184頁。横山/前掲注142・42頁も(特に立法論において)同様の問題意識を共有しつつ、解釈論の下では自炊代行を著作権侵害としつつ、著作権者と自炊代行業者との間の交渉の進展に期待している。しかし、音楽著作権におけるJASRACのような包括的な著作権管理団体が存在しない書籍の場合、孤児著作物はいうに及ばず、一般に寛容的利用の対象とされている書籍の著作権者がかかる合意スキームに積極的に参加するという可能性は現実味に乏しく、ゆえに、かかるスキームに依存した解決策では、この世に蔵書として保管されている大半の書籍は結局、自炊代行に供されることなく終わるだろう。

下では、許容される自炊代行業者経由の電子ファイル化が相応に高コストなものとなり（利用客のコストには自炊代行業者に支払う対価だけでなく、書籍の購入代等の調達費用や送料が含まれる）、電子書籍市場を活用したい著作権者は、それよりも安価に電子書籍を供することにより、自炊代行業者との競争に勝てるようになる。他方、この解釈は自炊代行業というプラットフォーム自体をつぶすものではないので、権利保護に無関心な著作権者の著作物は、電子書籍市場との競争に晒されることなく、自炊代行に供されることになる。このように市場を活用して、保護を欲していない権利者の書籍は自炊代行業者により、保護を欲している権利者の著作物は電子書籍市場により、それぞれ電子ファイルが提供されるように仕向けられることが期待される¹⁴⁶。

4) 著作権侵害の重罪化が与える影響

プラットフォームの有無とは無関係に、寛容の利用によるバイアスの矯正は、人々の著作物を利用しようとする意思に支えられているが、そのような意思をくじけさせるような法改正が進行している。

著作権侵害に対しては刑事罰が科されており、しかも、繰り返し法定刑が引き上げられた結果¹⁴⁷、懲役刑は窃盗と同じであり、罰金額や法人重課があるために、量刑の点では窃盗罪よりも重い罪となった（119条1項、124条1項）。このような重罪化が進めば、権利者が権利行使を企図しているものか否かにかかわらず、とにかくネットに上げてしまえという行動が抑

¹⁴⁶ 以上の叙述は、転送サービスに関する文脈でなされたものであるが、Branislav Hazucha（佐藤豊訳）「ロクラク事件とオンデマンド放送—新技術とオンラインサービスの規制における法、市場、裁判所の役割—」知的財産法政策学研究26号159～163頁（2010年）の分析に示唆を受けている。

¹⁴⁷ 1970年の現行著作権法制定時は、3年以下の懲役または30万円以下の罰金だったものが、1984年改正により罰金額が100万円以下、1996年改正によりそれが300万円以下、2004年改正により懲役刑が5年以下、罰金額が500万円以下、しかも双方は併科も可能となり、2006年改正によりそれぞれが10年以下、1,000万円以下、さらに同年の改正により、法人重課が導入され罰金額が法人の場合、3億円以下に引き上げられている（丸石拓也/半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール3』（2009年・勁草書房）575～577頁）。

止され、その結果、デフォルトが著作物のアップロードで、保護を欲する者が行動することにより削除される、という現在の状況が変更され、デフォルトは一律にアップロードしないという状態(それがまさに著作権法の文言が要求していることであり、それを企図して相次いで重罪化が図られていることになる)に近づく方向で情勢は変動していくことになろう。

もちろん、現在は、著作権侵害罪は親告罪(123条1項)とされている。2012年改正により、私的使用目的がある場合であっても、著作権を侵害してネット上で自動公衆送信されている著作物を、それを知りながら録音、録画の形式でダウンロードすると2年以下の懲役もしくは200万円以下の罰金または併科とする新たな罰則が設けられたが¹⁴⁸、親告罪であることに加えて(123条1項)、当該著作物が有償で公衆に提供され、または提示されるものであることが要求されている(119条2項)。しかし、こうした制限があるとしても、著作権者が権利行使を欲している著作物ではないということを確認することが困難である以上、重罪化が進行すれば、権利行使が企図されていない著作物を含めてアップロードが自粛され、現在の事実としてのデフォルトが変更されていくことを防ぎえない。しかも、環太平洋戦略的経済連携協定(TPP)¹⁴⁹の交渉により、かりに著作権侵害罪の非親告罪化が図られるのだとすると、寛容の利用が刑事事件の俎上に載せられることを防いでいた制度的な保障が消滅することになり、デフォルト変更に向けた萎縮効果はより促進されることになろう¹⁵⁰。

5) 著作権教育の影響¹⁵¹

くわえて、近時は、小中高等における教育において著作権教育が実施されるようになっていく。

2002年2月の小泉純一郎首相の施政方針演説¹⁵²に代表される「知財立

¹⁴⁸ 改正の経緯をめぐる騒動につき、福井・前掲注95・127～131・165～166頁。

¹⁴⁹ 鈴木将文「TPPにおける知的財産条項」ジュリスト1443号(2012年)、福井・前掲注95・20～97頁。

¹⁵⁰ 福井・前掲注95・54～55・152頁。

¹⁵¹ 参照、田村/前掲注31・35～42頁。

¹⁵² 「研究活動や創造活動の成果を、知的財産として、戦略的に保護・活用し、我が

国」政策¹⁵³のうねりの中、2002年に制定された知的財産基本法に基づき内閣に設置された知的財産戦略本部が2003年に発表した「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」¹⁵⁴は、その第5章に「人材の育成と国民意識の向上」を掲げ、「研究者、児童・生徒、大学生、社会人それぞれに対して知的財産に関するきめの細かい教育を行って国民の知的財産に対する理解を深めていく」ことを謳った。そのうえで、その具体策の一つとして、「知的財産教育に関する児童・生徒向け教育及び教員向け研修を推進する」との表題の下、「小学校の早い段階から知的財産マインドを涵養し、特許権や著作権などの知的財産を尊重する意識を身に付けさせるため、2003年度以降、特許権や著作権などの知的財産教育プログラムを策定するとともに、学校での知的財産教育を支援するため、初等中等教育向けの教材の作成・提供、教員向けの研修等の実施や手引書の作成、学校における知的財産教育の具体的手法の研究開発など、知的財産に関する教育事業を実施する」ものとしている¹⁵⁵。

このような「知財立国」に先行して、2000年度から段階的に実施された学習指導要領に基づく新しい教育課程では、小中高を通じて、キーワードの例示の一つに「情報」を掲げる「総合的な学習の時間」が設けられた。中学校では必修科目である技術・家庭科の領域に「情報とコンピュータ」が付加され、高等学校では、普通科に「情報」という教科が新設された¹⁵⁶。

国産業の国際競争力を強化することを国家の目標とします」

¹⁵³ 参照、内閣官房知的財産戦略推進事務局編『知財立国への道』（2003年・ぎょうせい）。

¹⁵⁴ <http://www.ipr.go.jp/suishin/030708suishin-j.pdf>。

¹⁵⁵ その他、「啓発活動を強化する」との表題の下、「2003年度以降引き続き、児童・生徒、大学生、社会人一般、実務者向けに、民間の知的財産の専門家をも活用しつつ、それぞれの特性を踏まえた知的財産に関するセミナーの開催を行うとともに、国民から募ったキャッチフレーズのキャンペーンを行うなど普及・啓発事業を充実させる」ことも謳われている。

¹⁵⁶ 参照、「小学校学習指導要領（平成10年12月告示、15年12月一部改正）」、「中学校学習指導要領（平成10年12月告示、15年12月一部改正）」、「高等学校学習指導要領（平成11年3月告示、14年5月、15年4月、15年12月一部改正）」http://www.mext.go.jp/b_menu/shuppan/sonota/990301.htm。

現在の平成20年告示学習指導要領では、具体的に「情報モラル」や「著作権」「を侵害しないこと」等について指導することが求められている¹⁵⁷。

¹⁵⁷ 学習指導要領解説には、たとえば以下のような記述がある（より包括的には、野中陽一編『教育の情報化と著作権教育』（2010年・三省堂）10～17頁を参照）。

「インターネット上での誹謗中傷やいじめ、インターネット上の犯罪や違法・有害情報の問題を踏まえ、情報モラルについて指導することが必要である。情報モラルとは、『情報社会で適正な活動を行うための基になる考え方と態度』であり、具体的には、他者への影響を考え、人権、知的財産権など自他の権利を尊重し情報社会での行動に責任をもつこと…などであり、情報発信による他人や社会への影響について考えさせる学習活動、ネットワーク上のルールやマナーを守ることの意味について考えさせる学習活動、情報には自他の権利があることを考えさせる学習活動…などを通じて、情報モラルを確実に身に付けさせるようにすることが必要である。」文部科学省「小学校学習指導要領解説 総則編」81頁（2008年）http://www.mext.go.jp/component/a_menu/education/micro_detail/_icsFiles/afieldfile/2009/06/16/1234931_001.pdf。

『知的財産権』とは、知的な創作活動によって何かをつくり出した人に対して付与される他人に無断で利用されない権利である。この中の一つに著作権があり、著作権には、著作物を保護する著作者の権利、実演等を保護する著作隣接権がある。なお、平成15年6月に著作権法の一部が改正され、教育現場での著作物の利用を円滑にするため、著作権者の了解を得ずに著作物を利用できる例外措置が拡大された。しかし、著作権者の了解なしに利用できるいくつかの条件が定められているので、これらについては一層正しく理解される必要がある。また、インターネットを通じて配信されている音楽についても、著作権が存在するという点についての認識が十分でない現状も見られるので留意する必要がある。」文部科学省「中学校学習指導要領解説 音楽編」81頁（2008年）http://www.mext.go.jp/component/a_menu/education/micro_detail/_icsFiles/afieldfile/2011/01/05/1234912_007.pdf。

「生徒一人一人が創意工夫を重ねて生み出した作品にはかけがえのない価値があり、それらを尊重し合う態度を育成することが重要である。その指導の中で、著作権などの知的財産権に触れ、作者の権利を尊重し、侵害しないことについての指導も併せて必要である。

著作者の没後または著作物の公表後50年を経ない作品には著作権がある。具体的には、絵画、漫画、イラストレーション、雑誌の写真などには著作権があるので、これらを用いて模写をしたりコラージュをしたりすること、テレビ番組や市販されているビデオやコンピュータソフトの一部ないし全部を使用してビデオ作品を制作することなどについては、原則として著作権を持つ者の了解が必要である。ただ

そして、2011年に報告された実態調査によれば、小学校では44.6%、中学校では61.1%、高等学校・中等教育学校では66.3%、特別支援学校では27.4%、全体では52.4%の学校が、過去3年間に「著作権を取り上げた授業」を実施しているということである¹⁵⁸。

初中等教育において著作権ないし著作権法を教育する目的としてまず想起されるのは、著作権侵害というリスクを回避する必要性を認識させるということである。著作権は、何も教育を受けないままで自然にそのような権利を侵害しないような態度が身に付くものとは考えにくい。そのため、コンピュータの使用方法、さらにはインターネットの利用方法を知ってしまえば、それに伴って必然的に著作権を侵害する利用行為を行ってしまい、それが著作権者との軋轢を生むというリスクが発生する。特に問題になるのは、自らコンテンツを作成したり、あるいは他人のコンテンツをそのままウェブサイトアップしたり、BBSに投稿する場合であろう。少しコンピュータに習熟すればP2Pソフトによるファイル・シェアリングに走ることはさして困難なことではない。そもそも、既述のように、2009年著作権法改正により、著作権を侵害してインターネットにアップされている著作物を、それを知悉して録音、録画する行為は私的使用目的のためであっても違法となるとされている(30条1項3号)。したがって、コンピュータとインターネットの利用方法を教育する以上、それに伴って著作権侵害の紛争を招来してしまう危険性についても教育する必要があるといえよう。

もっとも、ここで注意しなければならないのは、ここまで繰り返し指摘してきたように、実際の著作権法の条文と一般の著作権に対する意識の間

し、授業で利用する場合は例外とされ、一定の条件を満たす場合には著作者の了解を得る必要がない。もっとも、他人の著作物を活用した生徒作品をホームページなどへ掲載したり、コンクールへ出品したり、看板やポスターなどを地域に貼ったりすることは、例外となる条件を満たさないため無断で行うことはできないと考えられる。」文部科学省「中学校学習指導要領解説 美術編」102頁(2008年) http://www.mext.go.jp/component/a_menu/education/micro_detail/_icsFiles/afieldfile/2011/01/05/1234912_008.pdf。

¹⁵⁸ 著作権情報センター企画・日本教育工学振興会実施「学校における著作権教育アンケート調査報告書」(2011年) http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/chosaku_questionnaire_2010.pdf。

には無視し難い乖離が認められるということである。企業内における零細の利用ばかりでなく、教育現場との関係では、たとえば「寒さを吹き飛ばそう！ クラス対抗雪だるま大会」などと銘打った運動会の下、あるクラスが校庭に漫画のキャラクターをかたどった雪だるまを作成するというような一般的には微笑ましいと思われる光景ですら、条文の文言だけを墨守する解釈の下では著作権侵害となることを免れえないから、先生方が直ちに破壊しにかかるというような低学年の児童にとってはトラウマとなりそうな光景を現出させることになりかねない。

さらにいえば、前述したように、寛容の利用が、零細の利用や権利者の分化という構造的な課題に対する政策形成過程のバイアスに対する矯正として機能しているとすると、条文そのものの著作権法を初中等教育で刷り込み、これらの行為を控える態度を醸成し、その結果として、かかるバイアスの矯正の芽を摘み取ることには危険があるといわなければならない。そもそも、多数の保護しなければならない利益の中で、知的財産権の保護のための教育がことさらに強調されること自体、なにがしかの政策形成過程のバイアスの結果であるのだとすれば、社会における現実的なバイアスの矯正策との間で相剋が起こるのは当然といえ当然のことである。

たしかに、市販されている書籍であるとか、同じくCDが市販されていたり、配信されている音楽であるとか、あるいは公開中であつたりDVDが市販されていたりTV等で放送が見込まれる映画であるとかがインターネットで著作権者に無断で公開される場合のように、著作権者が現に経済的利益の獲得を追求している著作物がインターネット上等で利用される場合には、著作権者の受ける経済的不利益は無視しえず、創作のインセンティブに与える悪影響も無視しえないものとなる場合があることは否めない¹⁵⁹。

¹⁵⁹ もっとも、P2Pソフトによる無断のファイル・シェアリングの横行は、当該ファイル・シェアリングから対価を徴収していないという意味では、著作権者等に経済的不利益を与えていることは確かであるが、それを超えて、著作権者が対価の回収を予定しているCD等の売上げ等による収入を積極的に減らしているのかということに関しては、そもそも代替関係にない場合もあり、ファイル・シェアリングが宣伝広告の効果を伴うために発するという補完的な関係を働かせることもあるの

そして、前述したように、この種の物理的には容易になしうる行為に対して、損害賠償やさらには刑事罰等の威嚇等によるサンクシヨンのみに頼って法の遵守を要求することには多大なコストが随伴する。著作権法が、上記のような行為の抑止に関して、サンクシヨンの外的な要素がなくとも、規範の内容に正当性を認めて人々が遵守するという内的視点を獲得しえた場合には、法の実効性の確保に資することになろう。そのような意味で、その限度で、著作権法に「expressive power (表出力)」を持たせることは望ましいものだということができよう¹⁶⁰。しかし、現実には著作権法の条文の文言が遵守されていないことでかえって政策形成過程のバイアスが矯正されている分野にまでこうした内的視点が獲得されてしまったのは、ただでさえ数少ない矯正手段の重要な一つを失わせることになる。

このような観点に立脚する場合には、内的視点の与え方に関しても工夫が必要となろう。規範に対する内的視点を獲得し、法の実効性を高めるためには、単純に著作権法によりある行為が違法とされていることを示すだけでなく、その理由を示すことが望まれる¹⁶¹。なぜ、一定の行為が禁止

で一概に決めつけることはできない。実証的なデータからはむしろ反対の結論が示されている（田中辰雄＝大木良子「私的コピーは被害を与えているか」新宅純二郎＝柳川範之『フリーコピーの経済学』（2008年・日本経済新聞出版社）。実証分析を包括的に俯瞰するものとして、Sylvain Dejean, *What Can We Learn from Empirical Studies About Piracy?*, CE Sifo Economic Studies Vol.55 No.2, 326, 345-47 (2009)。ただし、田中＝大木/前掲143～145・147頁が指摘するように、この結果はファイル・シェアリングを著作権侵害としなくてよいという結論への短絡を迫るものではないことには注意が必要である。違法とされていることが遵法意識を誘うためにファイル・シェアリングが抑止されている可能性があり、また環境が変われば代替関係が増す場合もあろう。そもそも、既存のビジネス・モデルに打撃を与えているか否かということとは別に、新たな収益チャンスから相応のインセンティブを著作権者に還元させたほうがよいと判断すべき場合もあるからである。

¹⁶⁰ Branislav Hazucha（田村善之＝丹澤一成訳）「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」知的財産法政策学研究24号66～71頁（2009年）。Litman/前掲85「(1)」38号203頁、同/前掲85「(2)」39号20・22・32～33頁、サミュエルソンほか/前掲95・109頁も参照。

¹⁶¹ 倫理的な要素、特に違法なファイル・シェアリングによる悪影響を伝えるキャンペーンが適法ルートから音楽を入手する方向に学生をシフトさせる要因となる

されているのかという説明としては、そのようにしないと十分な著作物が創作されないからだというインセンティブ論の説明に加えて、あるいはそれ以上に¹⁶²、創作者が投入した労力に対して敬意を払うべきであるという説明をなしたほうが¹⁶³、権利者の地位¹⁶⁴に対する共感が生じ¹⁶⁵、内的視点の獲得に資することになろう。くわえて、最も共感を得ることが容易であると思われる氏名表示権¹⁶⁶を持ち出すことも有用であるように思われる。

他方で、有体物に対する所有権になぞらえて「他人が創作したものは他人のものなのだから、それを盗んでいけないのは、他人の所有物を盗んではいけないことと同じである」といった類の説明を施すことは避けたほうがよい。そのような説明は、著作権法により排他権が設定されており、ある行為が違法行為となっている結果を説明しているだけで、なぜそのようになっているのかということ、換言すれば、なぜ「他人が創作したものは他人のもの」なのかということは一切説明していないからである。しかも、

ことを示すものとして、Eric P. Chiang & Djeto Assnne, *Estimating the Willingness to Pay for Digital Music*, Contemporary Economic Policy, Vol. 27, No. 4, 512, 519, 521 (2009).

¹⁶² See Waldron, *supra* note 85, at 862-64.

¹⁶³ インセンティブ論でその必要性が積極的に根拠付けられる著作権制度によって権利者以外の者の自由が規制される正当化根拠として、他人が労力をかけて創作したのだからそれにフリー・ライドする行為が一定程度制約されてもいたしかたないという自然権的な消極的な説明を組み合わせるべきであることについては、前述注85参照。

¹⁶⁴ かりに自他の立場を反転させたとしても受容可能な理由により当該準則、決定を正当化することが可能かという「反転可能性」を正義概念の基底に据えたうえ、競争におけるフリー・ライドの取扱いを論じるものとして、井上達夫「公正競争とは何か—法哲学的試論」金子晃ほか編『企業とフェアネス』（2000年・信山社）、その論旨の要約と評価として、田村・前掲注94・11頁。

¹⁶⁵ 実際に営利の販売活動を伴う創作活動に従事し権利処理を体験させつつ、自らクリエイターとしての経験も積ませることにより、クリエイターに対する感謝の念が醸成される、という著作権教育の実践例として、大貫恵理子ほか『創って学ぶ著作権～先生と生徒の体験学習・兵庫の記録～』（2007年・私的録音録画補償金管理協会）43・44・62・107頁。

¹⁶⁶ クリエイティブ・コモンズによる実証研究につき、前述注107を参照。

実際には、有体物に対する物理的な接触を伴う行為の全てに対して原則として権利が及んでいる所有権と異なり、著作物の全ての利用行為が著作権に服しているわけではない。そもそも著作権法の条文からして、著作権が制限されていない行為のみが禁止されているに過ぎないのだから、前記のような説明は、条文の説明としてすら、既に間違っている¹⁶⁷。前述した政

¹⁶⁷ 認知言語学は、人が現実の世界を観察し解釈する際に、言語あるいはメタファに規定されていることを教えてくれる(松浦好治『法と比喩』(1992年・弘文堂)3～4頁、G・レイコフ＝M・ジョンソン(渡部昇一ほか訳)『レトリックと人生』(1986年・大修館書房)7頁)。知的財産権が何であるのかということを把握するメタファとしては、このように、知的財産権を「発明」や「著作物」などの「知的創作物」ないし「知的財産」を保護する権利と見る伝統的なものの見方と、知的財産権なるものは、他人の行為の規制に過ぎないとする見方があるが、政策形成過程に相対的に十分な影響力を行使しえない者の利益をより保護することになるメタファのほうを選択し、それをベースラインにすることで、政策形成過程のバイアスの問題をいくらかでも矯正することを期待して、後者の行為規制というメタファを採用すべきであると論じるものに、田村/前掲注1・106～110頁。

進化論的に合理的な制度のみが生き残ってきたわけではないことは歴史が教えるところである旨を説き、収獲増の場合(この場合、関係者が制度のどこかをいじることによって自らが良化するという知覚を持つために制度が漸進的に変化することにつき、同9頁)か、取引費用が高い場合には、制度は漸進的に変化していくが、ネットワークの外部性、組織の学習過程、歴史的に派生する争点の主観的なモデル化等が絡むことにより、その変化が効率的な経路を辿る必然性はなくなること(＝経路依存性)を明らかにした、ダグラス・C・ノース(竹下公視訳)『制度・制度変化・経済成果』(1994年・晃洋書房)124～127・130～132頁も、経路依存の方向性を決定付ける要因の一つとして、行為者はしばしば不完全な情報に基づき行為し、精神的な構成物(mental constructs)を通して受け取る情報を処理することを指摘するとともに(同10・146～147頁)、制度がまさにそうした人間の精神の構成物の一つであることを喝破していた(同141頁、ゆえに人々の争点に対する知覚の仕方や主観的なモデルの構築の仕方が制度の変化の方向性を規定することになることにつき、181～182頁)。政治組織に随伴する非効率的な意思決定のために、生成される財産権のほとんどが非効率的なものとなる、ともいう(同144～145頁、もっとも、同151頁、ダグラス・C・ノース(中島正人訳)『文明史の経済学 財産権・国家・イデオロギー』(1989年・春秋社)219～223頁は、産業革命に対して特許権が果たした役割につき肯定的な評価を与えている)。

策形成過程のバイアスの矯正状態としての寛容的利用を萎縮させることになることは改めて指摘するまでのこともないだろう。

6) 小括

零細の利用と、孤児著作物に代表される権利者の分化という二つの構造的課題を抱えているにもかかわらず、日本の著作権制度が崩壊を免れているのは、著作権者が特定の行為類型に対して、あるいは一部の著作権者が権利行使をしないという寛容的利用に依存するところが大きい。すなわち、第一に、著作権者が零細の利用に対して権利行使することが稀である。第二に、少なからざる数のユーザーがインターネットに他人の著作物をアップすることを厭わず、それがデフォルトとなって、保護を欲する権利者のみが権利行使をする結果、権利行使に関心がない者の著作物はネット上に生き残る。その結果、権利保護を欲しない者ではなく、保護を欲する者に保護のためのアクションを起こさせるというオプト・イン方式が事実上、実現している。

しかし、かかる寛容的利用に依存する均衡は脆弱なものでしかない。寛容的利用を実現するプラットフォームは、ともすれば過大な著作権侵害の責任を負担させられるリスクを抱えており、動画サイトや自炊代行など、一部のプラットフォームに関してはそのリスクが現実の裁判例となって既に顕在化している。私的複製の領域での刑事罰化や、初中等教育段階からの著作権教育による萎縮効果も見逃せないということは既に述べてきたとおりである。

そして、寛容的利用は、著作権侵害というレッテルが貼られているために、それを維持すべきであるという発想が人々の意識の端に上ることは稀であって、現実には大半の人々がそこから存分に利益を享受しているにもかかわらず、その確保が政策的な課題として取り上げられることを期待しにくい、という限界を有している。したがって、政策形成過程において、寛容的利用はそれとして意識することなく、あるいは同一の現象がかりに意識されるとしても、それはむしろ撲滅すべき侵害行為に含まれるものとして話題になるに止まる。その結果、今後も度重なる改正により、寛容的利用は縮減こそすれ、それが維持されたり拡張されることは望み薄といわざるをえないように思われる。

中長期的にデジタル化時代、インターネット時代の著作権法制を考察するのであれば、寛容の利用に依存することのない制度的な改革を実現することが望まれる所以である。

2 フェア・ユースの導入とその代替措置の可能性¹⁶⁸

1) フェア・ユースの機能

制度的な改革、とりわけ政策形成過程のバイアスの矯正策としてまず想起されるのが、著作権法の中に、米国のフェア・ユースのように著作権を一般的に制限する条項を置き、その具体化を司法に委ねるという方策である。

既述したように、2012年の改正に至る経緯の中で日本版フェア・ユースの導入は挫折に至っており、少なくとも短期的には再度、フェア・ユースの成立に至る運動が本格化することは期待しづらい状況にあるといわざるをえないが、長期的な視点で著作権制度の将来像を語る際には検討の俎上から外すことは許されない。

フェア・ユースの導入の是非をめぐっては、フェア・ユースのような一般条項を導入するためには、そもそも一般条項の下でどのような行為が制限されることになるのかを見極めるべきだ、ということが語られることがある¹⁶⁹。たしかに、フェア・ユースによってどのような行為が免責されるのか、さらにいえば、この法理によって日本の著作権法をどのような方向に導いていきたいのかということについて議論が必要であることは否めない¹⁷⁰。

もっとも、この種の議論を過度に押し進めてしまうと、結論が先取りされることになりかねないからである。制限すべき行為について議論をなさ

¹⁶⁸ 田村/前掲注2 日本版フェア・ユース。

¹⁶⁹ 大淵哲也「著作権の権利制限の一般条項（いわゆる日本版フェア・ユース）」法学教室347号2～3頁（2009年）。

¹⁷⁰ もっとも、後述するように、こうした実体的な側面に完全に合意が得られずとも、フェア・ユースの導入を正当化することは可能であり、むしろ、そのほうが望ましい場合がある。

なければならず、そうした議論がなされれば個別の制限規定を設けることができるはずであり、したがって、わざわざ著作権を一般的に制限するフェア・ユースなど導入する必要はない、という循環論法に陥りがちとなる。

しかし、フェア・ユースないし著作権を一般的に制限する規定を導入する真の意義を理解するためには、この法理が、著作権を制限する基準の具体化作業を立法から司法に移行させる機能を有する法理であり、ゆえに、問題は単に、実体的にどのような行為に対して著作権を制限すべきなのかということばかりでなく、むしろ、そのような決定をなす権限を立法と司法のいずれに与えるべきであるのかという、立法と司法の役割分担に関する視点、換言すれば、法実現過程や法政策形成過程といったプロセスに対する視点を持つ必要がある。このような立法と司法の役割分担に着目した議論として、日本では、以下に紹介する三つの見解が唱えられている。

2) 個別制限規定までのタイムラグによる弊害の解消を理由とする見解

立法と司法の役割分担に着目した議論の一つ目は、著作権を制限する個別立法が実現するまでの途中経過における利用行為を無闇に抑止しないようにするために、フェア・ユースを導入すべきだということである。

政策形成過程に最終的には反映されるような利益、たとえば、それなりに大きな企業の利益であっても、立法の実現には時間を要する。検索エンジンにおける複製等が例証するように、いまや、従来は著作権法が予想もしていなかった技術が現れ、それに基づくビジネス・モデルが展開する中で、法改正が実現するまでの間、著作権侵害という足かせを企業にはめておいたままでよいのか、ということが問題とされている¹⁷¹。新興ビジネスに携わる企業が負う著作権侵害のリスクは、一般的な著作権の制限規定を導入している国の企業が負わないものであるかもしれない。かりにそうだとすれば、新興ビジネスにおける日本企業の国際競争力を削がないようにする配慮が必要である、というのである¹⁷²。

¹⁷¹ 城所岩生「国家戦略の視点でフェアユース導入議論を」http://www.nikkeidigitalcore.jp/archives/2009/10/post_209.html。

¹⁷² 中山信弘「著作権法改正の潮流」コピライト578号13～14頁(2009年)、同「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号113頁(2013年)。

この議論は、立法の実現までの経過期間に着目している点で、プロセスという視点を持ち合わせたフェア・ユース擁護論といえる。実際、2009年の著作権法改正でようやく個別の制限規定が導入された検索エンジンに随伴する複製やキャッシングは、インターネットが登場した時から現実になされていた行為であり、これに関する法改正の必要性が指摘されていたにもかかわらず、その実現までに十数年を要した¹⁷³。リヴァース・エンジニアリング¹⁷⁴に至っては、プログラムが著作物であることを明定した1985年著作権法改正作業の際から改正の必要性が叫ばれていたにもかかわらず、未だに立法措置には至っていない¹⁷⁵。したがって、こうした指摘は正

¹⁷³ 福井・前掲注95・162頁。

¹⁷⁴ 田村・前掲注12・226～231頁。

¹⁷⁵ この点に関し、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会権利制限一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」5～6頁（2010年）http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h21_shiho_07/pdf/shiryo_3_2.pdf は、「①平成15年以降に立法措置が講じられた個別権利制限規定に関する改正につき、改正事項が文化審議会著作権分科会又はその小委員会等において取り上げられた日から、当該改正事項にかかる改正法の施行日までの期間」と「②平成以降に第一審の受理がなされ、最高裁判決にまで至った、重要な法律問題を含むと考えられる著作権関係民事訴訟事件における、(i)第一審における審理期間(受理日から判決日までの期間)、(ii)第一審判決日から第二審判決日までの期間、(iii)第二審判決日から最高裁判決日までの期間、の各期間及びその合計期間」を比較し、前者が30ヶ月、後者が55ヶ月であったことから、「特段両者に目立った差は認められず、本ワーキングチームとしては、少なくとも個別権利制限規定の改正による解決に限界があるという問題点をもって、権利制限の一般規定の必要性を導くことはできないとの意見で一致を見た」としていた。しかし、この比較は杜撰なものといわざるをえない。同5頁が自認するように、問題が発生してから、改正事項が文化審議会著作権分科会や小委員会等において取り上げられるまでの期間が算入されていない(検索エンジンの例からもわかるように、この期間は極めて長期にわたる場合がある)。この点に関連してということであろうが、同5頁は「訴訟に至るまでの当事者間の事前交渉期間等が現実には存在している」と指摘する。しかし、訴訟に関しては、紛争の長期化を避けたいのであれば、当事者はいつでも自らのイニシアティブで訴訟提起をすることにより、そこで指摘されている期間を短縮できることを銘記すべきである。

この報告書の母体となったワーキングチームの上位の委員会の報告書である、文

鵠を射ていることに加えて、これから紹介する他の根拠(特に政策形成過程のバイアス論)のように、フェア・ユースに関わる立法に携わる者が自ら政策形成過程にバイアスがあるなどと認める必要がない点で、政治的にみて相対的に採用しやすい論理であるといえる。

もっとも、こうした新興ビジネスにとっての必要性にのみ焦点を当てた議論には弱点もある。新興ビジネスのロビイングにより、あるいは、議論が著作権の制限一般に及ぶことを避けようとする動力が政策形成過程に働くため、いわば戦略的に、これら新興ビジネスのニーズに即した個別の制限規定が導入されることにより(実際、因果関係は不明であるが、特にフェア・ユースの導入の必要性が叫ばれる中、2009年に個別の制限条項が多数導入されている)、一般的な著作権の制限条項を導入しようとする論拠が失われがちとなる。

著作権の一般的な制限条項に関わっているのは、新興ビジネスばかりでなく、著作物のユーザー一般であることに鑑みると、こうした問題の枠組みだけでは語り尽くせないものがフェア・ユース導入論にあることを銘記する必要があるだろう。

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 権利制限の一般規定に関する報告書」6～7頁(2010年) http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/bunkakai/32/pdf/shiry_3_2.pdf は、「上記比較は、あくまで一つの目安に過ぎないのであって、その結果のみを主要な根拠として権利制限の一般規定の必要性を直ちに否定することもまた、適当でないことには、十分に留意する必要がある」とトーンダウンしている。そこでは、また、「本小委員会においても、訴訟で解決する場合は判決までは利用が継続できるのに対し、立法で対応する場合には施行までは利用ができない等の違いがあり、両者を単純に比較することはできないとの意見があった」と、基本的な点に関するしごくまっとうな指摘があったことを記している(以上につき、文化審議会著作権分科会/前掲注30・31～32頁)。そもそも、「立法措置が講じられた」ものの期間だけが計算の対象とされており、リヴァース・エンジニアリングのように、検討課題として取り上げられていながら、30年近くの間、未だに立法措置に至っていないものや、零細の利用のように検討課題として明示的には取り上げられていないものは無視されている、という歪みもある。さらにいえば、フェア・ユースの規定があることで、訴訟に至るまでもなく、当然に適法視され、自由に利用しうようになるものがあることを見逃してはならない。

3) ルール（個別の制限規定）とスタンダード（フェア・ユース）の区別 という視点からの議論

立法と司法の役割分担に着目する議論の二つ目は、法と経済学におけるルールとスタンダードの区別に関するものである。

議論の概要を記しておく、まず、個別の制限規定でルールとして規定する手法と、フェア・ユースのような一般条項によってスタンダードだけを決めておいてその具体化は司法に委ねる手法のどちらが効率的かという視点を設定する¹⁷⁶。そこでは、たとえば紛争類型が多いようなものは、立法で事前にきちんとしたルールとして規律したほうが効率的である一方、稀にしか生じない紛争について、わざわざ立法でルールを定立するコストをかける意味に乏しいとすれば、司法の場で事後的に解決したほうが望ましいかもしれない、というように考えていく。そのうえで、事前に定めたルールが当事者の行動にどの程度の影響を与えるのかといった視点を加味して、調整していくことになる¹⁷⁷。

この理論は、立法と司法の役割分担を包括的に捉えており、一般論としては、極めて有力な指針を提供するものといえよう。しかし、著作権制度のように、特に政策形成過程のバイアスが生じやすいところでは、ルール・メイキングの効率性よりも、そうしたバイアスに対する配慮のほうが重要となることがあるように思われる¹⁷⁸。たとえば、この理論の分類でいくと、ファックスや電子メールやコピー&ペーストなど、零細的利用は日常的に大量に行われているのだから、個別条項の立法のほうが効率的であるという帰結が得られるのかもしれないが、政策形成過程のバイアスという観点を入れると、次に述べるように、そう簡単には断言できないということになる。

¹⁷⁶ 後述する政策形成過程のバイアス問題も取り込んでおり、単線的なものではないが、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号94～99頁（2008年）。

¹⁷⁷ 知財に直接言及するものではないが、詳細は、森田果「最密接関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”—」ジュリスト1345号（2007年）を参照。

¹⁷⁸ 著作権制度に特化した議論ではないが、ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ（和久井理子訳）「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究15号337頁（2012年）も参照。

4) 政策形成過程のバイアスの矯正のためのフェア・ユース

立法と司法の役割分担に着目した議論の三つ目は、著作権法に関する政策形成過程のバイアスを是正するために司法を活用するという観点から、フェア・ユースを擁護するものである¹⁷⁹。既述したように、ルール形成の場として立法だけを考えると、少数派バイアスがかかる結果、多数の者に拡散したユーザーの利益は反映されないという限界が構造的に存在する。著作権法の条文と著作権に対する一般の理解に埋め難いギャップがあるのも、こうした構造的な限界に起因していると考えられる。このような少数派バイアスの問題を念頭に置いた場合、著作権のように法政策形成過程にバイアスがかかりがちな制度においては、ルールとスタンダードの区別に関しても、バイアスの存在を視野に入れた議論が必要となる。

ルールによる立法の場合、ロビイングの攻撃目標が明確となる。したがって、定められようとするルールに対して、権利者側に有利な方向に定めようとする圧力をかける動きを誘うことになろう。その結果、できあがったルール、たとえば個別具体的著作権の制限規定は、社会全般の構成からみると、著作権保護の水準として高過ぎるものになってしまう可能性がある。

これに対して、スタンダードの場合、ロビイングの攻撃目標は必ずしも明確にはならない。したがって、それぞれのアクターが内心で考えることは違っていても、「これなら許せる」という形で、大きな枠組みについて全体の合意を取り付けておくことができるかもしれない。著作権の制限規定に関していえば、フェア・ユースというスタンダードによって、ロビイングをかわして、大まかな合意を取り付けておき、スタンダードの具体化については、少なくとも日本では、ロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねることができる。このような政策形成過程の少数派バイアスを矯正し、著作権法の条文と一般の著作権に対する理解とのギャップを埋める手段としての意味をフェア・ユースに認めるべきであろう¹⁸⁰。

さらに、最近では、法が私人に浸透していく過程にまで視野を広げ、行動経済学の知見によって、禁止権のルールを原則とし制限規定が例外とし

¹⁷⁹ 田村/前掲注34・知的財産法政策学研究22～23頁、Tamura, *supra* note 34, at 70-71 (田村/前掲注34・アメリカ法29～31頁)。

¹⁸⁰ 田村/前掲注34・知的財産法政策学研究21～23頁、Engelbrekt/前掲注23・42頁。

て個別列挙された場合の利用に対する威嚇効果を分析すべきことをも強調して、相対的に開放されたスタンダード型の制限規定の導入を示唆する見解も提唱されている¹⁸¹。肝要なことは、フェア・ユースの導入の可否を検討する際には、事がこうした政策形成過程や法の私人への浸透過程というプロセスの問題に関わっていることを意識して問題を論じるべきであるということである。

5) 内的視点を獲得しうる法を目指して

以上、立法と司法の役割分担という視点からフェア・ユースを論じる見解を紹介した。平成24年改正により、日本版フェア・ユースを導入しようとする試みは頓挫してしまったが、前述したように、現行法の下でも、引用規定の解釈その他の様々な手段を駆使して著作権を制限する領域を作出する裁判例も存在するのだから、フェア・ユースがない中でも、司法の力で、相当程度、バイアスを矯正し、私人の自由を確保することは不可能ではない。しかし、二つに分かれている裁判例のうち、法の構造をそのまま司法においても体现しようとするアプローチのほうが採用されてしまうと、問題は一向に解消しないことになる。著作権法のように政策形成過程に顕著にバイアスがかかっていることが明らかな分野においては、このような伝統的なタイプではない形の法政策学的な裁判、すなわち政策形成過程の限界などを意識しながら自らのなしうる役割を果たすというアプローチが司法に求められているといえよう。

特に現在の著作権法は、前述したように、一般の理解と条文の文言とが病的といってよいほど乖離している。法哲学者H.L.A.ハートは、損害賠償や刑事罰のような外的なサンクションがなくても、人々がその規律を正しいと思って遵守する法のことを、「外的視点 (external perspective)」のみではなく「内的視点 (internal perspective)」を獲得した法と名付けた¹⁸²。現在の著作権法は、そのような内的視点の獲得に失敗しているのではないかと

¹⁸¹ Matthias Leistner (川田篤記)「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—」知的財産法政策学研究29号26～30・39～40頁 (2010年)。

¹⁸² H.L.A. ハート(矢崎光圀監訳)『法概念』(1976年・みすず書房)97～100・107～108頁。

思われる¹⁸³。その意味で、著作権に関する政策形成過程に積極的に関わることがほとんどない公衆に対し、著作権法の専門家以外には理解し難い法律を遵守するよう要求すべきではないとする指摘¹⁸⁴は傾聴に値する。司法は著作権法の政策形成過程に影響を及ぼしにくい私人の自由を確保する方向の解釈を採用することで、いくらかでもバイアスを矯正し、著作権法の解釈を、人々の著作権法に対する意識に近付けることで、著作権法の民主的正統性を一定程度回復することに資するように思われる。このような方向の解釈には、同時に、著作権法の規範が内的視点を獲得し、「表出力」を獲得することを助け、人々が自発的に著作権法を遵守することを促し、著作権法の実効性を高めるという副次的効果を期待することもできるかもしれない¹⁸⁵。

米国著作権法に関しては、著作権者の経済的機会を失わせるような大規模な利用か、商業目的の利用についてのみ著作権侵害行為が成立するとす

¹⁸³ Hazucha/前掲注160・63～66頁、Litman/前掲注85「(1)」38号203・213～214頁、同/前掲注85「(2)」39号18～22頁、レッシング・前掲注24・269・272頁。このような問題意識の下、実施された街頭調査の結果の紹介とその分析として、Branislav Hazucha＝劉曉倩＝渡部俊英(柳瀬貴子訳)「ユーザーから見た著作権とその保護手段のあり方」知的財産法政策学研究41号195～207頁(2013年)。

¹⁸⁴ See Litman, *supra* note 90 (CARDOZO ARTS & ENT. L.J.), at 34 (「アメリカの著作権法は以前にましてテクニカルなものとなり、首尾一貫性を欠き、理解困難なものに変容してしまった。さらに重要なことは、著作権法があらゆる人、あらゆる行為に関わるようになったことである。この間、著作権は現代社会における周辺雑事の多くを包含するようになった。現在の著作権法の条文は142ページにも及んでいる。そして技術は、法の規律などには無頓着に、複製や送信など、著作権の条文上潜在的には侵害となりうる行為を多数、日常のありふれたやりとりの中に差し挟む方策を開発し続けている。もはや大半の人々が著作権と抵触することなしに時を過ごすことができなくなった。誰かからのメールを読んだり留守番電話のメッセージを確認したりする行為は、いまでは多くの人々が目、政府の Information Infrastructure Task Force に従えば無断の複製、送信とみなされることになってしまう行為をなさざるをえなくなっているのである」)、Litman/前掲注85「(2)」39号23・22～24頁、レッシング・前掲注95・374～375頁、レッシング・前掲注24・254～256頁も参照(著作権法に関する規範を単純化すべきことを提唱している)。

¹⁸⁵ 前述注160の文献を参照。

べきであるという提案がなされているが¹⁸⁶、著作権法の条文と人々の意識との乖離を解消するための改革の提言として位置付けることができる。日本の著作権法に関しても、少なくとも零細の利用に対しては、この問題に特定した解決を立法に期待することに構造的な限界がある以上、司法による矯正が最後の砦とならざるをえないのである。

6) 著作権の制限規定の解釈手法の転換

この点で注目されるのが、近時の法改正、特に平成24年改正を契機に、起草過程の関与者から、できあがったばかりの改正規定を柔軟に、著作権をより制限する方向で解釈しようという意見が相次いでいることである。著作権法の権利制限規定に対する解釈の仕方に関しては、著作権法の目的は著作者等の権利の保護を第一義とするものである以上、著作権の制限規定はいわばその例外規定として努めて厳格に解釈すべきであるということが有力に説かれていたところ¹⁸⁷、著作権法を所管するお膝元の文化庁からそれとは真逆の解釈手法が提唱されはじめたことは極めて興味深い現象であるといえる。

その遠因を辿ると、以下のような事情がある。平成24年改正では、文化審議会著作権分委会のほうで長期にわたり審議を重ねた結果、新たに以下のA、B、Cの3類型について著作権を制限すべきであると提言されていたことまで遡ることができる¹⁸⁸。

¹⁸⁶ LITMAN, *supra* note 24, at 180-82. Litman/前掲注85「(2)」39号36～39頁は、著作権を商業的利用に一元化することを提唱する(ただし、既存の著作権制度からスムーズに移行するために一定の修正が付されるという限定を付することにつき、同39～43頁)。レッシング・前掲注24・244・258頁も、非商業的利用を権利範囲から外したり、著作権者と競合するか、競合する可能性がある利用に限って規制したりするという方策を提唱している。サミュエルソンほか/前掲注95・89～93・108～111頁も参照。

¹⁸⁷ 斉藤博『概説 著作権法』(1980年・一粒社)13～14頁。これは別に日本に限られた現象ではないようである。批判的な観点からの紹介として、Christophe Geiger(津幡笑訳)「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」知的財産法政策学研究29号74頁(2010年)。

¹⁸⁸ 文化審議会著作権分科会/前掲注30・44～50頁。

「A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの

B 適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの¹⁸⁹

C 著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用」

しかし、この3類型に基づいて文化庁が提案した原案は、政府提出法案に至るまでの法案審査の過程で、様々な限定や根本的な削減が図られることになった。たとえば、いわゆる写り込みに関するA類型に関しては新たに「録音又は録画…の方法によって著作物を創作するに当たって」という要件や、「分離することが困難であるため」という要件が課され(30条の2)、B類型に関しては、当初念頭に置いていた「著作権者の許諾に基づく利用」と「個別権利制限規定に基づく利用」のうち後者が落とされ(「検討の過程における利用」に関する30条の3)、C類型に関しては、当初の相対的に包括な規定の新設は頓挫し、解体後、適用範囲が特定された個別の制限規定二つのみが部分的に残されたに止まる(「技術開発等のための試験の用に供する利用」に関する30条の4、「情報提供準備における情報処理のた

¹⁸⁹ B類型については以下のように説明されている。「(a) CDへの録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製や、漫画のキャラクターの商品化を企画するに際し、社内会議用の資料や著作権者に許諾を得るための申込みに当たって必要となる企画書、提案書等における当該漫画の複製、(b) 第33条第1項に基づく教科書への掲載に関し、企画会議用の資料や初稿原稿等その他教科書の企画・作成過程等での複製や、第38条第1項に基づく非営利無料の音楽演奏に際し、進行や会場設備の都合上、楽曲毎にCDを入れ換えて再生(演奏)することが困難なやむを得ない事情がある場合に、予め複数枚のCDから再生(演奏)する楽曲を演奏順に編集して一枚のCDに複製すること等が考えられ、この類型における『適法な著作物の利用』は、(i) 著作権者の許諾に基づく利用(上記(a)の例)、(ii) 個別権利制限規定に基づく利用(上記(b)の例)の大きく二つに整理することができる。」文化審議会著作権分科会/前掲注30・46頁。

めの利用」に関する47条の9)¹⁹⁰。特に、3 類型の中では相対的に抽象的な規定であり、解釈の仕方次第では広範な利用行為について著作権侵害を否定するものとして活用される可能性があったC類型が解体されたのは残念なことであった¹⁹¹。

法制局における審査の過程は外部からは見えづらいが、関与した文化庁著作権課の担当者によると、改正を基礎付ける立法事実が示されることが要求されたり、また、刑事罰の対象ともなりうる著作権侵害行為に関しては罪刑法定主義に照らした「明確性の原則」を厳格に当てはめる必要があるとされたのだという¹⁹²。しかし、既に著作権を設定する法の条文が、複製権、公衆送信権等々の支分権という形で包括的な規定を置いているのであるから、それはそのままにしたうえで、それに対抗して立法されようとする著作権の制限規定に対してのみ、様々な理由を付けて限定的な規定を要求するとすれば、結果的に、手厚い権利の保護はそのままとなる一方で、制限規定により適切なバランスを回復することができなくなる。立法事実にしても、前述したとおり、零細の利用のように立法を必要とする事実をかき集める作業がなかなか行われない利用行為を司法の場で拾い上げたり、技術的な環境の変化に伴い新たな類型の利用行為が登場した場合に備えて、予め抽象的にその種の行為を包括しうる条項を置いていくというのが、フェア・ユースとまではいえなくとも、ある程度、抽象的な文言を持った制限規定が果たすべき機能といえる。したがって、要求されるべき「立法事実」がもしあるとすれば、司法にそのような役割を果たさせるべきであるか否かという立法との役割分担に関する立法事実なのであって、個別の特定された行為について制限規定を設けるべきか否かということではない(そのような立法事実があるのであれば、まさにそれに即した個別の制限規定を設ければ足りる)。「明確性の原則」なるものにしても、既に条文の文言として包括的な行為を著作権の侵害とする条文が設けられている中で、それに対して、私人の自由を確保するために、風穴を開けようと

¹⁹⁰ 以上のような改正経緯に対する批判として、中山/前掲注172パテント114頁。

¹⁹¹ 土肥/前掲注10。

¹⁹² 小泉直樹＝池村聡＝高杉健二「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号16頁(2013年)〔池村聡発言〕。永山/前掲注10・5～6頁も参照。

して制限規定を新設しようとしているのだから、ちょうど違法性阻却事由を定める刑法35条が抽象的な規定で足りるとされているのと同様に、限定された範囲での制限規定となることを要しないというべきであろう¹⁹³。

このような状況下で、前述したように、起草過程に関与した(元職を含む)文化庁著作権課の関係者が法改正直後に著した改正条文の解説では、法制局の審査の過程で挿入された要件を無意味なものとしたり、新設された条文は、当然に著作権侵害が否定されるべき類型について確認的に規定したものに過ぎないから、同条文の文言に該当しないからといって直ちに著作権侵害が肯定されるわけではないとする論調の議論が相次いで発表されたのである。

たとえば、30条の2第1項に挿入された「録音又は録画…の方法によって」という文言に関しては、A類型の書き振りとは異なり、録音、録画の方法によることを要求する文言上、生放送が含まれないように読めるが、起草過程関与者からは、レンズ等を介して被写体が混入してくるという点では録音、録画される場合と変わらないことを理由に、柔軟な解釈運用によって妥当な解決を図ることが望まれるとの見解¹⁹⁴が提唱されている。また、A類型の段階では示されていなかった「著作物を創作するに際して」という要件に関しても、固定カメラによる撮影における写り込みについて、そもそも著作物性の要件が充足されないため適用外となるように読めるのであるが¹⁹⁵、やはり関係者からは、映画の盗撮のような違法行為の際の

¹⁹³ 「明確性の原則」なるものが、かりに官憲に確実に著作権侵害を有罪に追い込み、訴追後の有罪率100%を達成するためのものなのであれば話は変わるが、罪刑法定主義が守ろうとするものは、検察の事件処理の便宜などではなく、まさに私人の自由だったのではあるまいか。罪刑法定主義の根拠の一つに自由主義があるとされているからである(山口厚『刑法総論』(第2版・2007年・有斐閣)10頁)。また、罪刑法定主義のもう一つの根拠である民主主義に関しても(山口・前掲10頁)、まさに政策形成過程のバイアスを矯正し、民主主義的正統性を回復するために機能することが期待されるのが、多少なりとも抽象的な制限規定なのである。

¹⁹⁴ 池村聡/池村=壹貫田・前掲注10・99頁。文化庁内部の関係者ではないが、前田/前掲注10・30頁も生放送に対する30条の2の拡張ないし類推適用を肯定する。

¹⁹⁵ しかし、そうだとすると店舗内や街中の防犯カメラの一部には撤去を必要とするものが出てきてしまうことになりそうである。

写り込みまで救済する必要はないという趣旨で挿入されたものであるとの理解を開陳し、民法の一般原則の援用¹⁹⁶などにより適切な解決が可能とする見解¹⁹⁷や、同様の理解の下で、積極的に固定カメラによる撮影を排除する趣旨ではなく、柔軟な解釈運用による妥当な解決を図るべきとする見解¹⁹⁸が主張されている¹⁹⁹。さらに、やはりA類型になかった「分離困難であるため」という要件に関して、文言を忠実に解釈するならば、ブログに掲載する目的で子供にキャラクターの人形を抱かせて写真撮影するといった行為は、物理的に分離容易である以上、本条の制限の恩恵を享受しないのではないかということが取り沙汰されていることに對しても²⁰⁰、少なくともキャラクターが描かれたTシャツを着た子供を撮影する場合には、社会通念として分離困難であるから、あえてTシャツを物理的に脱がせる必要まではない、という解釈が提唱されている^{201 202}。

¹⁹⁶ 権利濫用が念頭に置かれているのであろう。

¹⁹⁷ 永山/前掲注10・12頁。

¹⁹⁸ 池村/前掲注194・100頁。

¹⁹⁹ 前田/前掲注10・31頁も固定カメラに対する拡張ないし類推適用を肯定する。

²⁰⁰ 中山/前掲注172パテント114頁。

²⁰¹ 永山/前掲注10・13頁。エキストラの私服のTシャツにキャラクターが描かれていたり、ロケハンの際に看板等のある場所を避けて撮影したりすることができる場合、あるいは、壁に絵画が飾ってある部屋で絵画を取り外すことなく撮影する場合にも、社会通念上、分離困難であるとして、本条により著作権が制限される旨を説くものとして、池村/前掲注194・100頁。前田/前掲注10・31～32頁も参照。

他方、これらの見解によっても、ドラマの小道具としてセットに絵画やぬいぐるみを配置する場合のように、「強い意図で写し込んでいる場合」（永山/前掲注10・13頁）、この例に加えて、ファッション誌の表紙用にスタイリストが用意した著作物が大きく描かれたTシャツをモデルが着用して撮影に臨む場合のように、「創作者ないしこれと同視できる者が自ら積極的に著作物を設置するような場合」（池村/前掲注194・101頁）には、社会通念上、分離困難であるとはいえないとされている。

²⁰² この問題を考察するに際しては、30条の2で写り込みに対して著作権が制限される理由は何かということを明確にしておく必要がある。写り込みとして侵害を否定すべき行為類型には、著作権法をめぐる技術的な環境変化に対応して2種類のもが存在するように思われるからである。

第一のものは、旧来型の写り込みであり、写真、録音、録画等の技術的複製手段

これらの起草過程関与者の見解には、著作権の制限規定を著作権保護の例外なのだから、こさとらに厳格に解釈しなければならないという態度はみじんもみられない。むしろ、その逆に、著作物の利用の自由を確保するために、立法により挿入された条文の文言を柔軟に解釈するとか、あるいは事実上、無視するような解釈も辞さずという態度を言葉の端々から看取することができる。このような解釈が、改正が成立した直後に、起草過程に関与した者自身から発せられているということは、極めて注目に値する²⁰³。

さらに、30条の3に関しても、B類型が念頭に置いていた二つの小類型

が登場し、写真、映画等の撮影において技術的に不可避免的な写り込みについて、著作権侵害を否定しないことには創作活動等に支障を来すと考えられる類型である。ここでは、著作権が制限される理由は、技術的に不可避である反面、権利者に与える影響が些細だからというところに求められるといえよう。

他方、第二のものは、新しいタイプの写り込みであり、第三の波の時代になってインターネットにより私人が公衆送信を容易になしうようになった結果、従来、私的領域に止められていた著作物の利用が公的領域にまで拡大し(ex. ブログ)、そこにおいても著作権の足かせが窮屈に感じられるようになったことを背景とするものである。ここにおいて著作権侵害を否定する理由は、技術的に不可避的であるということよりは、むしろ私人の行動の自由を確保する必要があるからというところに積極的な根拠の焦点が当てられるべきであり、その反面、権利者に与える影響が僅少なものに止まるということが、著作権の制限を正当化する消極的な根拠となろう。

これら2類型に応じて要件論も異なるべきであり、録音、録画という方法による著作物の創作の場合に適用対象を限定し、分離困難であることを要求する内閣法制局の修正は、その文言上、写り込みとして救済する行為として、第一の類型のみを念頭に置いたものと評価することができそうである。他方、より柔軟な解釈を志向する見解ひいては元のC類型は、第二の類型をも視野に入れている。後者の類型を取り込むことは、政策形成過程に影響を与えにくい私的ユーザーの声を吸い上げるという意義をも認めることができよう。

²⁰³ もっとも、そこで提示されている解釈論は、法制局の審査を受けて刈り込まれてしまった30条の2の適用範囲を、文化庁を通過したA類型に戻そうとするものであり、私人の自由の確保を狙ったというよりは、法制局の審査を実質的に無意義なものとしようとするようにもみえるが、何にせよ政策形成過程、あるいは立法過程の(一部の)バイアスを矯正する試みであると評価することができる。

のうち、権利制限規定に基づいて利用する場合に随伴して著作物が利用される類型に関しては、個別の権利制限規定が置かれている趣旨に鑑みれば、当該規定に基づく利用の過程において通例随伴する利用に関しても、当該制限規定の解釈として著作権が制限されると合理的に解釈されるので、あえて立法する必要はないと判断されたということである²⁰⁴。ここにおいても、制限規定だから厳格にという発想は採用されていないことがわかる。

著作権の制限規定をいかに位置付けるべきかということは、最終的には、著作権が複製や公衆送信等に及んでいる根拠そのものに還元して語られるべき問題であるが²⁰⁵、法技術的に考えるだけでも、著作権の保護の範囲を画する要件を設ける際に、たとえば著作物の利用行為が公になされることということを著作権侵害が成立するための要件として「著作(権)者は、その著作物を公に〇〇〇する権利を専有する」という形で条文に書き込むのか²⁰⁶、それとも権利の成立要件に関してはいったん「著作(権)者は、その著作物を〇〇〇する権利を専有する」としておいたうえで、制限規定として「ただし、〇〇〇する者がその著作物を私的に〇〇〇する場合には、その者が〇〇〇することができる」という形で制限規定に落とし込むのか²⁰⁷ということは、当該要件の存否の証明責任を権利者に負わせるのか、利用者に負わせるのかということによって決められるべき問題であろう。このような配慮によって、特定の要件が制限規定のほうに配置されたからといって、その途端に、権利の成立要件に配された場合と異なり、厳格な制約

²⁰⁴ 永山/前掲注10・14頁、池村/前掲注194・113～114頁。

²⁰⁵ たとえば、中山・前掲注84は、著作権は天賦の人権ではなく、文化の発展という目的のためにその内容を決めるべきものであるから、著作権法30条以下は著作権の制限規定であるがゆえに制限的に解釈しなければならないという考え方は採用し難い、とする(同241頁)。元来、著作権は無制限な権利であって制限規定はその権利を奪うものであるとか、著作者の犠牲になるような権利制限をすべきではないなどの議論はなすべきではない、という叙述もみられる(同272頁)。著作権の正当化根拠に関しては、前掲注85の文献を参照。

²⁰⁶ 公の使用行為と(公の)流通行為に対する禁止権を定める著作権法22条から26条の3はこの形式に該当する。

²⁰⁷ 複製禁止権を定める著作権法21条と私的使用目的の複製の場合の制限を定める30条はこの形式に該当する。

が課される理由はないように思われる。さらにいえば、著作権の保護範囲の要である、著作物の類似性の範囲に関しては、創作的表現の共通性であるとか、本質的特徴の直接感得性という標語の下に様々な形で柔軟な処理が図られており²⁰⁸、その中には利用者のほうが証明責任を負担しているものも含まれているように思われる(たとえば、アイディアと表現の区別の法理を用いて、権利者が保護を主張している表現はアイディアとマージしているから著作権の保護は及ばないとの主張)。そこにおける解釈論と、制限規定における解釈論とで、後者に限ってのみ厳格な運用を要求する理由もまた想起することは困難であろう²⁰⁹。

そして、本稿の立場からいえば、著作権の制限規定を厳格に解釈するという伝統的なアプローチは、裁判例の一部にみられたアプローチと同様に、権利の定めは包括的に制限規定はピンポイントにという現行法の条文の構造上の歪みを、さらに解釈によって拡大する試みでしかなく、政策形成過程のバイアスを不必要に解釈で肥大化するものとして忌避すべきものである。そのような意味で、近時の起草過程関与者が柔軟な制限規定の解釈論を唱え出しているということは、(そこで用いられている議論の巧拙の評価はともかくとして)慶賀すべき事態であるといえよう。民法の一般原則などを持ち出すその立論の一部は、理屈の上では、著作権法の構造的課題である零細の利用にまで波及させることが可能なところがあり、その意味でも注目に値する。

3 差止請求権の制限の可能性—対価的利用—

1) 対価的利用

もっとも、フェア・ユース、あるいは制限規定の柔軟な解釈という手法には限界もある。

²⁰⁸ 諸見解を俯瞰するものとして、田村/前掲注55 [判批] 97～124頁。

²⁰⁹ Geiger/前掲注187・73～83頁も、保護の範囲を定める場合と、著作権の制限を定める場合とが、ともに著作権の範囲を画するものであって質的な相違はないことを明らかにし、著作権の制限を著作権の「例外」と捉える用語方法に疑義を呈している。

その第一は、フェア・ユースや制限規定の解釈による解決は、著作権を制限するか否かというオール・オア・ナッシングの処理を志向するものとなりがちであり、概念上、あるいは規定の構造上、差止請求は棄却するが、損害賠償請求は認容するという形で、著作権を報酬請求権化するという中間的な方策をとりにくいという限界である。このことは、デジタル化時代における著作権法という文脈では、大量の著作物を収録したDVDやBlu-ray等について尖鋭的な問題となって顕れる。デジタル技術の活用により、たとえば雑誌や新聞のバックナンバーを全て収録したDVDやBlu-rayによって、紙媒体に伴う諸問題、たとえば完全に網羅して収集することが困難であるとか、物理的なスペースの確保に支障を来すなどの問題が解消され、検索も容易となるということは一昔前では考えられない夢のような技術的恩恵といえる。もっとも、大量の権利処理をなすことが困難であるために(アンチ・コモンズ問題²¹⁰)、著作権法を墨守しようとする、そのような商品の提供を断念するか、完全網羅を諦めざるをえなくなりそうであるが、だからといって、一足飛びに、一律に著作権を完全に制限すべきということになるのか、ということがここで問題となる。

いかなる場面において著作権を完全に制限し、いかなる場面において上記のような中間的な処理をなすべきなのかということは、著作権の正当化根拠論にまで遡ることが要請される難題であるが、ここでは、議論を先に進めるために、著作権制度の(少なくとも)積極的な根拠を、文化の発展のために道具主義的に与えられた権利であると理解する立場²¹¹を前提としてみよう。この立場の下では、著作権とは、フリー・ライダー問題が発生し、著作物の創作に対する投資が過少となることを防ぐため、排他権を人工的に設定し、市場を利用して、著作権者の対価の還流と著作物の利用の促進を図る制度である、ということになる。そこで、市場における取引が可能であることが前提とされているのではないか、というように考える

²¹⁰ マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーグ(和久井理子訳)「特許はイノベーションを妨げるか」知財管理51巻10号(2001年)。田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through (2)」知的財産法政策学研究36号165～166頁(2011年)の紹介を参照。

²¹¹ 前述注85を参照。

ことができよう。この点に着目して、フェア・ユースの位置付けについて、極めて示唆的な議論を展開したのが、Wendy J. Gordon の提唱する「Fair Use as Market Failure (市場の失敗としてのフェア・ユース)」という考え方である。それによれば、著作物の利用に際して利用者と著作権者の取引が困難であるという意味で市場が失敗している場合に、その事態を解消し、著作権の効力を否定するためにフェア・ユースが活用される、という。具体的には、a. 市場が失敗しているが、b. 著作権者から利用者に当該利用を行う権利を移転することが社会的に望ましく、そのようにしても、c. 著作権者の創作と著作物の普及に対するインセンティブを不当に害するものではない場合に、フェア・ユースを肯定すべきである、とされた²¹²。

この市場の失敗理論の下でフェア・ユースを肯定すべき例を、同論文の

²¹² Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982). その紹介として、村井麻衣子「著作権市場の生成とfair use—Texaco 判決を端緒として—(1)」知的財産法政策学研究 6 号166～170頁 (2005年)、知的財産法学の時代的な動向の文脈の中に同理論を位置付けるものとして、田村善之「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号22～23頁 (2010年)。

Gordon の枠組みに立脚しつつ、研究目的で外部効果の高い利用形態の場合には依然として市場が失敗していると評価して、フェア・ユースの成立を維持するものとして、Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTEL. PROP. L. 1, 53 (1997). Gordon, at 1615-16, 1630-31 も、外部性の問題が第二の要件の吟味を難しくすることを指摘していた。村井麻衣子「著作権市場の生成とfair use—Texaco 判決を端緒として—(2)」知的財産法政策学研究 7 号140～147頁 (2005年)、同「フェア・ユースにおける市場の失敗理論とその修正」知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(2008年・雄松堂出版) 182～191頁。

なお、その後には発表された Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533, 1538-39, 1556-72 (1993) は、フェア・ユースに関して、非金銭的な価値をよりいっそう重視する方向にシフトしており、いわゆるロック的但書きを活用して、(少なくとも) 自己の世界を表現するために他者の著作物を利用せざるをえない場合には、著作権が制限される旨を説く。その紹介として、森村・前掲注85ロック所有論258～259頁、村井/前掲「(2)」7 号150～158頁。

発表後のものを含めて、米国の裁判例においてフェア・ユースが認められた著名な事件で示してみると、たとえば、零細な利用が大量に行われるために取引が困難な事例²¹³、著作権者自身の効用と社会的な効用が乖離しているために、社会的には利用させることが望ましいものであるにもかかわらず、著作権者がそれを拒んでしまうことが起こるパロディの事例²¹⁴、あるいは、研究教育目的等の利用のように外部効果が高い利用であって、直接の利用者(ex. 研究者)が著作権者から要求されるライセンス料に見合う効用を得ることができないとしても、なお公益目的でその利用を認めたほうがよい場合²¹⁵等を挙げることができる²¹⁶。さらに、日本の近時の制限規定の改正を例にとれば、たとえば、著作物の利用に対する評価を決定する過程における著作物の利用(ex. 試訳をなして目処が立ってから権利者と交渉、BGMと画像とのマッチングを確認してから権利者と交渉)(30条の3)について、著作権者に支払ってもよい対価を決めるために著作物の利用が必要とされているところ、そこに著作権が働いてしまったのでは取引が困難となることをもって著作権が制限されていると理由付けることができる。また、写り込みについても(30条の2)、少なくともその一部は、複製技術の発展により不可避免的に著作物が利用されるために、取引が困難な例と位置付けることができる²¹⁷。

この理論の枠組みでは、かりに市場が失敗しており、著作物の利用を認めることが(静態的には)社会的に望ましい場合であっても、それが著作権者のインセンティブを過度に損なうという(動態的な)問題を引き起こす場合には、フェア・ユースは否定されることになるということが肝要であ

²¹³ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

²¹⁴ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 464 U.S. 569 (1994).

²¹⁵ American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-32 (2d Cir. 1994).

²¹⁶ これらの事例についてより詳しくは、田村/前掲注2 日本版フェア・ユース473～476頁。

²¹⁷ この理由は、注202で前述した写り込みの2種類のうち、特に、写真、録音、録画等の技術が生成されたことにより発生した旧来形の写り込みに妥当する。他方、第三の波によって私的な領域が公衆送信の場面にまで拡大したことにより顕在化した、新しいタイプの写り込みに関しては、このような市場の失敗という理屈だけではなく、私人の自由の確保という論拠も著作権を制限すべき理由となる。

る。DVD、Blu-ray等の大容量メディアにおけるアンチ・コモンズ問題との関係でいえば、大量複製が可能となった時代に個別処理を志向する著作権法の原則(=Property Rules)が適合しなくなっており、その意味で市場が失敗していることになるが、だからといって、一律に著作権を完全に制限してしまうと、特に孤児著作物となっているわけではない著作物については、創作のインセンティブに支障を来すことになりかねない。そこで考えられる解決策が、差止めを否定し、金銭的救済に止めるというものである²¹⁸(Property RulesからLiability Rulesへの転換²¹⁹)。フェア・ユースのように一切の救済を否定するのではなく、報酬請求権は認める、このような中間的な処理は、“Fared Use”²²⁰(=対価の利用)と表現されることもある²²¹。

²¹⁸ サミュエルソンほか/前掲注95・104頁も、多数の著作権者から許諾を得ることが困難であるという市場の失敗がある場合に、差止請求に代えて金銭的な救済により処理を行うことが適切となる旨を説く。

²¹⁹ Property RulesとLiability Rulesの対比については、グイド・カラブレイジ＝A・ダグラス・メラムド(松浦以津子訳)「所有権法ルール、損害賠償法ルール、不可譲な権原ルール：大聖堂の一考察」松浦好治編訳『不法行為法の新世界』(1994年・木鐸社)。

²²⁰ Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use*?, 76 N. CAROLINA L. REV. 557, 596-600 (1998). ただし、技術的な権利処理システムのおかげで権利者と利用者の直接の取引が従前よりも容易となっているために、フェア・ユースがAmerican Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-32 (2d Cir. 1994)等の法理により縮減され、権利者が利用者から対価を徴収する領域が拡大することになるという認識の下、デジタル技術のおかげで著作物の利用にかかる費用が従前に比して低廉なものとなっていることに鑑みると、権利処理システムによって対価が権利者に貫流するようになるとしたところで権利者と利用者はwin-winの関係になるのだから、フェア・ユースの縮減を嘆く必要はないと論じる文脈での用語法である。条文の文言上は差止請求権が存在するところでも、立法あるいは司法の解釈により、差止請求権を制限すべきだという本稿の議論とは、趣旨を異にする。内在的に考えても、同論文には、大容量メディアにおいてアンチ・コモンズ問題とfared useが組み合わせられると、極めて多数の権利が関与しているために、個別のライセンス料が絶対値としてはかなり低い料率であっても、積み重なりによって高額化するというロイヤリティ・スタッキング(Royalty Stacking)の問題(Mark A. Lemley and Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 TEX. L. REV. 1991, 1993 (2007))が起きうると

2) 差止請求権の制限に関する裁判例

このような報酬請求権化を、立法を待つことなく、司法の解釈により実現することができるのかということが問題となる。具体的には、著作権侵害を肯定しつつ、その救済手段として損害賠償は認めるけれども、差止請求を棄却することがありえるのかということが議論の俎上に載せられつつあるが²²²、このような処理が認められるのであれば、大容量のメディア等に対して裁判所限りで *fair use* を認めるという処理の道が開けることになる。

従前の日本の裁判例では、一般的に、侵害行為の存在が肯定されつつ差止請求が棄却されるのは、侵害を停止しており再開のおそれがないために訴えの利益がないとでもいうような場合に限られていた²²³。侵害を肯定し

いうことに対する配慮を欠いている、という限界がある。

²²¹ 上野達弘「国際社会における日本の著作権法—クリエイタ指向アプローチの可能性—」コピライト613号23～28頁(2012年)は著作権侵害となるか、完全に制限するかというオール・オア・ナッシング型の処理ではなく、著作物の利用は認めるが、その利用に対する報酬を自然人であるクリエイタ(日本の著作権法の「著作者」から、職務著作の制度によって著作者と認められる法人等の使用者を除く趣旨)に支払わなければならないという中間的な処理を図る一方で、現在の日本の著作権法の制限規定よりも利用を許容する範囲を拡大すること(=「クリエイタ指向アプローチ」)を提唱する(現在、許されている範囲についてもクリエイタに対する報酬を志向する)。抛って立つ基盤が、クリエイタに報いることは当然であるという自然権であることが叙述のここかしこから窺われ、その点で人が何かを創作したという命題に著作権制度を消極的に下支えする根拠しか見出さない本稿(前述注85参照)とは袂を分かるところがあるが、権利を制限する代わりに創作者(同論文自身は、19条1項3号の言葉遣い等を参酌して、日本の著作権法上「創作」者という概念が職務著作における「著作者」を含む概念であることを理由に「クリエイタ」なる言葉を用いていることにつき、同32頁注23)に対して報酬を付与するという発想は、人々の共感を得ることができる(=内的視点を獲得しうる)という美点を見出すことができるように思われる(前述注165に対応する本文を参照)。

²²² 特許権に関し、田村善之「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察—解釈論・立法論的提言」『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』(根岸哲古稀祝賀・2013年・有斐閣)。

²²³ 裁判例につき、田村・前掲注12・310～312頁。ただし、裁判例は訴えの利益が

ながらも(ゆえに損害賠償請求は認めつつ)、著作権侵害が侵害者の著作物全体の一部を占めるに過ぎないとか、侵害者が侵害行為に多大な投資をなしている等の理由で、差止請求のみを棄却する先例は長い間存在しなかった。たとえば、東京高判昭和60.10.17無体集17巻3号462頁[レオナルド・フジタ絵画複製]は、112条1項の請求は、侵害行為が存在するか、その具体的危険性があれば認容されるものであって、当事者間の利益を衡量して決すべきものではないことを明言している^{224 225}。しかし、近時、著作権侵

ないから却下するという論法をとっているわけではなく、端的に請求を棄却している。しかし、被告が侵害行為をなすおそれがないとしても、だからといって被告に対し侵害をしないことを求める原告の実体法上の権利(=著作権)が消滅したわけではないのだから、却下と取り扱うべきであろう。

²²⁴ 「第一項の侵害停止等の請求には、著作権の侵害行為が存するか、又は侵害の具体的危険が存すれば足り、侵害者の故意、過失等の主観的要件を必要とするものではなく、また、権利侵害の違法性が高度な場合にのみ限定して認めるべきものでもなく、かつ、侵害行為の停止等によつてうける加害者側の損失と被害者側の利益とのいわゆる比較衡量によつてその請求の当否を決すべきものでもない。この点は、現行法上明文の規定を欠く個人の自由、名誉、身体、健康、生活等の一般的人格的利益ないし権利の侵害に対する差止請求とは、その成立要件を異にするといわなければならない。そして、第一項の侵害停止等の請求と同時になされる侵害の停止又は予防に必要な措置の請求は、侵害の停止又は予防に必要な限度でなされるのであるから、その措置が侵害の停止又は予防に必要なものであるかどうかについては判断することを要するが、その措置を求める請求権の成否が控訴人の主張する必要性の有無、具体的には、違法性の強弱や損害の多寡によつて左右されるものではない。」

²²⁵ 従前の裁判例でも、損害賠償請求もろとも棄却されるということはあるえなかったわけではない。たとえば、著作者人格権侵害に関するが、東京地判平成8.2.23知裁集28巻1号54頁[やっぱりブスが好き]は、連載漫画の著作者が、事前の約束に反して、皇族を連想させる表記や似顔絵を用いた原画を締切を大幅に徒過して引き渡し(=禁反言)、しかも、印刷の単位を考えると、当該作品のみを抜き取ることはできず、代替掲載用のストックもなかったという事情の下で(=関係特殊的投資)、著作者が長時間の電話による説得にもかかわらず、依然として、表記や似顔絵の変更に応じなかったという事案で、編集長がなした似顔絵やセリフの修正に対して、著作者が同一性保持権を行使することは、権利の濫用であると判断し、損害賠償請求を棄却している(差止請求は求められていない)。

害を肯定し損害賠償請求を認容しつつ、差止請求のみ棄却するという極めて重要な判決が現れた。それが、那覇地判平成20. 9. 24判時2042号95頁〔写真で見る首里城〕である。

事案は、写真集全体がB5版で95頁、掲載写真点数177点のうち、最終頁に掲載された9点あるうちの1点であり、縦4cm、横5cm程度と頁全体の大きさに比してごく小さい写真のみが著作権を侵害していたというものであった。過去には、このように被告著作物のごく一部のみが侵害という事情がある場合にも差止めが認められていた。たとえば、著作者人格権侵害事件であるが、東京高判平成12. 4. 25判時1724号124頁〔脱ゴーマニズム宣言〕では、144頁の被告書籍中の1頁内の3コマの挿絵中の3コマ目の配置を違えたことを理由に、著作者人格権（同一性保持権）侵害が肯定され、しかもそのたった1カ所の侵害を理由に、書籍全体の差止めを認める判決が出されている。また、東京地判平成18. 12. 21判時1977号153頁〔東京アウトサイダーズ〕、知財高判平成19. 5. 31判時1977号144頁〔同〕²²⁶では、300頁を超えるノンフィクションの書籍において、ハードカバー版においては縦4. 7cm、横3. 5cm、文庫版においては縦5. 3cm、横4cmのサイズで口絵の1頁の一部に掲載された写真につき、著作権侵害、著作者人格権侵害（氏名表示権侵害、同一性保持権侵害）、書籍全体の印刷頒布の差止めと、当該写真を掲載した部分の廃棄請求が認められている²²⁷。これらの裁判例では、差止請求を検討する際に侵害者側の事情は考慮されていない。ところが、写真で見る首里城事件の那覇地裁は、損害の額が軽微であること²²⁸、それにもかかわらず、被告は既に多額の投資をしており、発行済み写真集の販売ができないとなると、損害賠償を認容すべき額に比べて被告の被る不利

²²⁶ 高瀬亜富〔判批〕知的財産法政策学研究32号（2010年）。

²²⁷ 廃棄請求に関しては、写真の部分のみの廃棄に止まっているが、商品にダメージを与えることなく当該部分のみを廃棄することが困難な紙媒体の書籍において、写真の部分のみを廃棄せよと命じられても、結局は書籍全体を廃棄せざるをえない。そもそも、頒布できない在庫を抱えること自体、無意味であるから、結局、この判決の被告に対する影響は書籍全体に及んでいることに変わりはない。

²²⁸ 本件の損害賠償請求の認容額は著作権侵害に対して2万5千円、氏名表示権侵害に対して10万円、弁護士費用2万5千円の計15万円であった。

益が甚大となることを理由に、差止請求を棄却したのである。

ただし、この事件では、旧版に掲載された写真の再掲載の事案であり、侵害者は著作者の退職の時期と絡んで職務著作の範囲を誤解していた。このような事情がない場合にまで差止めを棄却していたのでは、侵害行為に関係する特殊な投資をなした者勝ちということにもなりかねない。この判決は、職務著作の範囲に関する誤解があるということ、つまり投資自体にもやむをえない原因があったということを推認させる事情があることまで勘案したうえで、差止請求を制限したのである。関係特殊投資の存在を前提に、その投資原因を探って、徒に侵害行為を誘発しないように配慮していると評価できよう。

アメリカ合衆国特許法の解釈論として、差止命令は特許権侵害があるからといって自動的に発動されるものではないとした *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006) は、特許権侵害が肯定された場合に差止めを認めるべき要件として、特許権者が回復し難い損害を被ること、金銭賠償では損害の救済として不十分であること、特許権者と侵害者の困窮度のバランスからみてエクイティ上の救済が正当化されること、差止めが公益に反しないこと、という四つの要件を掲げていた²²⁹。前掲那覇地判[写真で見る首里城]の示した法理が定着するのであれば、日本でも *eBay* 判決と同様の法理が存在するということになるのであるが、今後の動向は未だ不透明である。かえって、従来どおりの態度をみせる判決として、東京地判平成22. 1. 29平成20(ワ)1586[破天荒力]がある。この事件の原告書籍と被告書籍はともに、その一部に箱根の富士屋ホテルの歴史的事実を内容としてお

²²⁹ 全文の翻訳とともに、尾島明＝二瓶紀子[判批] 知財研フォーラム69号(2007年)に紹介されている。その位置付けにつき、参照、玉井克哉「特許権はどこまで『権利』かー権利侵害の差止めに関するアメリカ特許法の新判例をめぐってー」パテント59巻9号(2006年)、和久井理子『技術標準をめぐる法システム』(2010年・商事法務)191～195頁。同判決のTRIPS協定整合性に関する議論につき、平嶋竜太「差止請求権の制限：理論的可能性についての考察」日本工業所有権法学会年報33号61～62頁(2010年)。同法理の著作権侵害事件に与える影響如何につき、矢野敏樹「米国著作権法におけるパロディとフェア・ユース/差止め請求ーパロディに関する裁判例と、小説の続編出版が問題とされた最近の事例から」日本大学知財ジャーナル4号41～49頁(2011年)。

り、たしかに内容はよく似てはいるのだが、道義的にはともかく、著作権法の観点から考えれば、共通部分はアイディアとして保護を及ぼすべきものではないようなところばかりであった。東京地裁も、ほとんどの被疑侵害部分について侵害を否定したのだが、あえて一文だけ、被告書籍「彼は、富士屋ホテルと結婚したようなものだったのかもしれない」(被告書籍『破天荒力 箱根に命を吹き込んだ「奇妙人」たち』)、原告書籍「正造が結婚したのは、最初から孝子というより富士屋ホテルだったのかもしれない」(原告書籍『箱根富士屋ホテル物語』)、というところについてのみ、著作権侵害を肯定した。それ自体、大いに問題があるところであるが(実際、控訴審の知財高判平成22. 7. 14平成22(ネ)10017ほか[同]は原判決を取り消し、著作権侵害を否定している)、さらに、本判決は、悩みをみせることなく、この一文を削除しない限り、被告書籍全体の印刷、発行、頒布の停止を認容している²³⁰。もっとも、さらに最近の裁判例では、著作権、著作者人格権侵害訴訟に関し、損害賠償請求は認容しながらも、公益的な考慮を入れて、差止請求を権利濫用として棄却するものが現れており(広島地判平成24. 5. 23判時2166号92頁[光市母子殺害事件死刑囚書籍])²³¹、今後

²³⁰ はたして関係特殊の投資をなしたことに相当の理由があると認められる事案であったのかという観点から、前掲那覇地判[写真で見る首里城]を区別することは可能であるのかもしれないが、少なくとも抽象的な説示のレベルでは、この判決は前掲那覇地判[写真で見る首里城]の論理を採用するものではなく、むしろ前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言]に示された伝統的な取扱いを継続していると評価されよう。

²³¹ この事件の事案は、いわゆる光市母子殺害事件の被告人である原告が、本件事件に関する原告の実名掲載を伴う書籍の著者と、本件書籍の出版者に対し、プライバシー権、肖像権、著作権、著作者人格権等の侵害を理由として、本件書籍の出版差止めや損害賠償請求等を求めたというものである。裁判所は、著作権、著作者人格権侵害に関し、以下のように述べて差止請求を棄却している。

「原告は、被告P1から、平成21年6月19日の面会で、全部ではないが、原告が被告P1に宛てた手紙を単行本に引用させてほしい旨依頼され、これを承諾していたこと…、原告の年齢及び社会的地位、本件事件の犯罪内容が冷酷かつ残虐で重大悪質であり、社会に与えた影響も極めて大きいこと、本件書籍の出版、販売等が社会一般の正当な関心事に係わるものであるとして、公共の利害に関する事実に係わっていることができること、本件書籍の趣旨、目的、少年犯罪に対する国民の

の動向が注目される。

比較法的な観点からは、eBay 最判の提示した法理は、英米法に特有のものであって、大陸法(ドイツ、フランス等)に由来する日本法で採用することは困難であるという反論が加えられることが予想される。大陸法と異なり、英米法は、もともと損害賠償(damages)による救済が差止め(injunction)に先行しているというところに特色があるからである。コモン・ロー(common law)上の救済としての損害賠償が基本原則であるが、侵害が繰り返され、何度も損害賠償をしなければいけないために、損害賠償では救済が不十分となるときに、エクイティ(equity)という観点から、例外的に差止めを認めるという構造になっているのである²³²。ゆえに、eBay 最判の判示は、米国法の救済の基本に立ち返ろうということなのである。原則に立ち返ると、衡平の見地から差止めを認めるべきでない場合は、損害賠償

関心が高まっていることに加えて、著作権法41条の規定(写真、映画、放送その他の方法によって時事的事件を報道する場合には、当該事件を構成し、又は当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物は、報道の目的上正当な範囲において、複製し、及び当該事件の報道に伴って利用することができる。)の趣旨をも併せ考慮すれば、被告 P1 及び被告 P2 が、本件書籍において、本件手紙 1 を引用して写真版で掲載したり、本件手紙 2 を引用したりした行為は、著作権及び著作者人格権の保護規定に形式的に抵触する行為であるとしても、差止請求を肯定するほどの違法な著作権及び著作者人格権侵害があるとまでは認められない。」

なお、損害賠償請求に関しては、手紙 2 については「本件手紙 2 の引用については、本件手紙 2 の内容、同手紙が本件書籍の中で引用されたその前後の文脈等からすると、上記著作権法41条の規定の趣旨に照らし、違法性が阻却されるものというべきである」と判示し請求を棄却したが、手紙 1 に関しては、「著作権法41条の規定…の趣旨を考慮しても、本件手紙 1 については、本件書籍でその内容を引用し、本件手紙 1 の一部の写真版を掲載する行為については、著作権及び著作者人格権を侵害する不法行為(被告 P1 及び被告 P2 の共同不法行為)を構成するといふべきである」と帰結しているので、本判決は、手紙 1 について著作権、著作者人格権侵害を理由とする損害賠償請求を認容しつつ(賠償額は慰謝料30万円、弁護士費用 3 万円の合計33万円)、差止請求を棄却した判決と位置付けることができる。

²³² 田中英夫『英米法総論 下』(1980年・東京大学出版会) 557頁。米国特許制度における損害賠償と差止命令の歴史的展開については、田村善之『知的財産権と損害賠償』(新版・2004年・弘文堂) 151～156頁。

のみを認め差止めは棄却することもありうるということになる。

ところが、大陸法を受け継いだ日本法の救済手段はそのような構造になってはいない。日本の条文は、まず「専有する」という言葉で表される排他権があり（著作権法21～28条）、差止請求権が存在し（112条）、その排他権の侵害に対して損害賠償請求権が発生する（民法709条）という構造をとっている。つまり排他権（＝差止請求権）の存在が損害賠償請求権の前提となるという発想を採用しているのである。このような概念構成の下では、差止請求権が棄却され損害賠償請求だけが認められるということは観念的に困難なものと理解されても不思議はない。

しかし、著作権はたまたま排他権という法技術を採用しているが、究極の目的は文化の発展にあるとすれば²³³、大きな制度目的のためには排他権という原則が道を譲らなければならない場面があつてしかるべきであろう。結論として、日本の著作権法においても、この種の類型の事例において差止請求権を制限することは十二分に可能であると考ええる。

4 オプト・アウトからオプト・インへ

フェア・ユースの限界のその2は、より構造的な問題である。それは、フェア・ユース、制限規定等の柔軟な解釈によるバイアスの矯正策だけでは対処することができる問題には限りがあるということである。そのため、かりにフェア・ユースが導入されたとしても、構造的な課題を完全に処理することはできないと考えられる。なぜかというと、解釈による対応は最終的には司法により担保されるわけであるが、司法は事後的かつ個別的な判断であるために、権利があることを前提としてその権利の網の目に入ってしまうかにみえる一部の行為類型、たとえば零細の利用などの行為類型について著作権の保護から外すことには適しているとしても、孤児著作物のようにそもそも権利者が何の利益も感じていないために、事前的に、権利自体を否定することが望まれる問題に関しては対処することが困難で

²³³ 森村・前掲注85財産権168～171頁、田村・前掲注18知的財産法政策学研究1～3頁、同/前掲注18ライブ講義43頁。

ある²³⁴。

前述したように、インターネット時代を迎えて、従来は利用されなかったような著作物が大量に頻繁に利用されるようになった結果、実際に利用される権利者の側が、強力な権利行使を望む著作権者と、権利行使に無関心な著作権者(その最たるものは孤児著作物の著作権者)に分化しており、利用者側に加えて、後者の権利者側の意向も政策形成過程に反映されない結果、著作権法の条文と人々がそのようなものだろうと思っている著作権法との間に著しい乖離が認められつつある。クリエイティブ・コモンズはこうした政策形成過程のバイアスを矯正しようとする運動であるが、クリエイティブ・コモンズに参加することにもコストがかかる以上、著作権の政策形成過程に参加しない者の多くは、クリエイティブ・コモンズにも参加しない(孤児著作物の著作権者はその典型例である)、という構造的な限界があることも既に指摘したところである。

孤児著作物問題に対しては、裁定許諾の制度の改善などによる対処も提案されているが²³⁵、デジタル化時代を迎えて大容量のメディアが登場し、技術的に単一のメディアに収載しうる著作物の数が従前の比ではなくなっている現代において、逐一、裁定許諾の手間²³⁶をかけさせるのは、コス

²³⁴ 孤児著作物問題に焦点を当てているわけではないが、デジタル図書館を題材として、オプト・イン方式とフェア・ユースの長短を論じる潮海・前掲注13・49頁も参照。

²³⁵ 諸外国の取組みにつき、参照、今村哲也「権利者不明著作物の利用の円滑化に向けた制度の在り方について—英国における近時の法案からの示唆—」季刊・企業と法創造 7巻6号172～174頁(2011年)、菱沼・前掲注101・22～38頁。もちろん、たとえば北欧型の拡大集中許諾制度(参照、今村/前掲172～174頁)のように、集中管理団体を活用して、同団体に管理を依頼していない権利者の著作権を含めて集中管理の対象とする制度など、裁定制度の実効性を高める工夫はいくつかありえることは否定しない(韓国における立法論につき、林元善「2012年韓国著作権政策の主要課題」知的財産法政策学研究38号229～231頁(2012年))。ただし、本文ですぐ後に述べるように、いずれにせよ利用者にオプト・アウトを求める方式は、孤児著作物問題の抜本的な解決策とはなりえない。

²³⁶ 参照、福井・前掲注81・140～143頁、野口・前掲注98・39～44頁。裁定許諾の文脈でなされたものではないが、過去に出版された書籍につき、権利者を探索する

ト的に実効的な解決策とはいえない。その点で、裁定許諾ではなく権利制限の問題として扱い、一定の調査を果たしても権利者を探索しえなかった場合等の所定の条件の下、裁定を介在させることなく直ちに著作権を制限し、後に著作権者が現れたとしても相応の金銭的な救済に止めるという立法論のほうが相対的には優れた方策といえる²³⁷。しかし、それはあくまでも裁定許諾と比した場合の優位性であって、インターネット上で現に利用に供されている著作物の中で孤児著作物のほうが多数を占めているのだとすれば、デフォルトが著作権の保護であり、利用を認めてもらうためには(裁定許諾の申請までする必要はなく、権利の調査で足りるという形式ではあるが、いずれにせよ)オプト・アウトをしなければならないという法制度は、その逆の、保護を求める権利者のほうにオプト・インを求める方式に対しては比較優位な解にはなりえない²³⁸。裁定許諾を求めなくとも、孤児著作物はいずれにせよ権利行使をされないから構わないという意見を覚える向きもあるかもしれないが、大量の著作物を収載しようとする大容量メディアにとって孤児著作物を取り分けて、真に許諾を求めるべき著作物のみを特定することは不可能に近い。

このような状況下で根本的な解決を図るためには、著作権の保護のデフォルト・ルールを変更するほかにように思われる²³⁹。つまり、政策形成過程に反映されやすい者の意向に法制度を合わせるのではなく、政策形成過程に反映されにくい者の意向を法のデフォルト・ルールとし、そこから逸脱を求める者のほうが積極的な行動を起こす必要があるような制度を設計するのである²⁴⁰。現在は、デフォルトが著作権の保護となっており

ことがいかに困難であるのかということを如実に感得させる資料として、参照、株式会社野村総合研究所「電子書籍の流通と利用の円滑化に関する実証研究」18～30頁 http://www.bunka.go.jp/chosakuken/jikken/pdf/h24_hokokusyo.pdf。

²³⁷ 米国における提案の紹介として、菱沼・前掲注101・22～33頁。

²³⁸ 簡便なモデルを用いて定量的にこの理を明らかにするものとして、Wu, *supra* note 89, at 627-29.

²³⁹ 野口・前掲注98・274～275頁。

²⁴⁰ Tamura, *supra* note 34, at 63-74 (田村/前掲注34アメリカ法33頁)。この観点から、Google Books和解案を政策形成過程の閉塞感を打破する私的秩序形成としての次善の策と評価するものとして、参照、田村善之「Google Books和解案の光と影」NBL

(創作と同時に著作権の保護が発生する)、著作権を弱めてもよいと思っている者のほうが保護から離脱するために何かいわなくてははいけない(ex. クリエイティブ・コモンズ) 制度になっている(=オプト・アウト方式)。これを逆にして、著作権の保護を欲する者に何らかの手続を履践することを要求することになる(=オプト・イン方式)²⁴¹。

オプト・イン方式の例として、かつてアメリカには存続期間の更新登録という制度が存在した。著作権の存続期間を一定期間(1909年著作権法の下では発行後28年間)でいったん区切り、そこからさらに存続期間を更新したい者のためには更新登録を要求し、更新登録をしないと権利が無になってしまうという時代が長く続いていたのである²⁴²。この制度を用いれば、かりに更新登録の費用を低廉なものに止めたとしても、孤児著作物の著作権者を代表格として権利行使に無関心の著作権者のほとんどが更新登録をしないと推察されるから、劇的に孤児著作物問題を解決することができる²⁴³。そして、費用が低廉であれば、真に保護を欲している者にとってこ

925号27～37頁(2010年)。レッシング・前掲注24・249～250頁も参照。他方、レッシング/前掲注90・7～11頁は、ページ単位、引用文単位で著作物の利用条件が管理されることの危険性を指摘する。

²⁴¹ 米国著作権法のリフォーム論の文脈で、孤児著作物問題等を意識しながら、何らかの形でオプト・インに類似する方式を導入することを提案する試みとして、サミュエルソンほか/前掲注95・66～67頁。

デジタル図書館を題材にしてオプト・イン方式とオプト・アウト方式の長短を比較する示唆的な文献として、政策形成過程のバイアスの矯正という視点を導入するものではないが、潮海/前掲注13・46～49頁。

²⁴² 1976年著作権法により1978年1月1日以降創作の著作物に関して廃止され、それより前に創作された著作物に関する更新期間は28年から47年に延長された(保護期間の合計は75年となる)(アラン・ラットマン＝ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編(内藤篤訳)『1990年代米国著作権法詳解(上)』(1991年・信山社)276～278頁)。その後、1992年改正により、これらの著作物についても更新は自動とされたために、更新登録は廃止された(その後、1998年改正により更新期間は67年にまで延長された)(ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解(上)』(2003年・信山社)369・371～372頁)。

²⁴³ サミュエルソンほか/前掲注95・113～114頁。これに対して、登録に権利の帰属に関する推定効果を認め、これをインセンティブとして多数の登録を誘い、その公

の制度が過度の足かせとなることもないだろう²⁴⁴。そうだとすれば、権利者の意向の分化に対応した著作権制度というインターネット時代の新たな政策形成過程のバイアス問題対策をも実現することができる。さらにいえば、更新登録制度の導入という相対的には緩やかなオプト・イン方式は、孤児著作物問題に対する解決策としては十分なものを提供することができると思われる²⁴⁵。

ところで、オプト・イン方式を導入するに際しては、ベルヌ条約が無方式主義を採用していることとの関係が問題となる²⁴⁶。しかし、自国を本国とする著作物について同盟国が方式主義を採用することは否定されていない(ベルヌ条約5条(1)～(3))²⁴⁷。現に、アメリカ合衆国著作権法は、ベ

示機能を高めることで、孤児著作物問題を幾分なりとも和らげるべきことを提案するものとして、菱沼・前掲注101・247～248頁があるが、孤児著作物問題の抜本的な解決を図るために焦点を当てるべきなのは、権利行使に関わるインセンティブを与えれば登録をしてくる者の権利ではなく、権利行使に無関心の者の権利の処理のほうであろう。著者自身、ベルヌ条約の定める無方式主義という制約の下での現実的な提案であることを強調しており、ゆえに著者自身、著作権の制限に関する新たな国際規範の形成等による補完の必要性を認めている(同259～261頁)。

²⁴⁴ 更新登録をしない著作物がパブリック・ドメインに属することに加えて、更新登録をした著作物に関しても権利の所在が明確にされるというメリットがある(レッシング・前掲注24・252～254頁)。

²⁴⁵ さらに、一般的な権利者の分化という状況に対応するためには、より過激に権利の発生の時期かその近辺まで前倒したオプト・イン方式も検討の俎上に載せてもよいかもしれない。権利の発生自体を登録に結び付けるものではないが、サミュエルソンほか/前掲注95・80～82頁は、保護範囲や侵害に対する救済に段差を付けるオプト・インに類似する方式に類似した登録制度を、民間を含む複数の登録機関(ドメイン・ネームの登録機関が引き合いに出されている)により実施するという構想を提案している(私的な登録機関は、既存の ASCAP、BMI、Copyright Clearance Center 等の集中処理団体の延長線上に位置付けられるべきものであり、過度に過激な提案と受け止められるべきものではないとも主張する)。

²⁴⁶ ただし、登録を著作権の発生の要件とせず、保護の範囲と救済手段に段差を付けるに止める場合には、そもそもベルヌ条約が要求する無方式主義に違反するものではないと考えられる(サミュエルソンほか/前掲注95・80頁)。

²⁴⁷ WIPO(黒川徳太郎訳)『ベルヌ条約逐条解説』(1979年・著作権資料協会)36頁。

ルヌ条約加盟後も、米国を本国とする著作物について侵害訴訟を提起するために登録を要求している²⁴⁸。したがって、日本を本国とする著作物について更新登録を要求することはベルヌ条約に違反するものとはならないと考えられる。また、自国を本国としない著作物についても、ベルヌ条約が要求する保護期間（たとえば、著作者の死後50年）を超える保護期間に関して方式主義を採用することはベルヌ条約に違反するものではないと考えることも可能であるように思われる²⁴⁹。かりにこれを否定的に解する立場に与するとしても、著作物の保護期間が繰り返し延長されている現在、今後も期間が延長されてしまうのだとすると、せめて新規延長分くらいには、こうした制度を抱き合わせることを検討する必要があるであろう²⁵⁰。そもそも長期的な視野で考えるのであれば、ベルヌ条約の改正を分析の対象から外す理由はない。

V 結び

デジタル化時代、インターネット時代を迎えた著作権法が抱える諸課題のうち、政策形成過程のバイアスに根ざしており容易に解決し難い構造的な課題として、ユーザーの意見が立法に反映されないことに起因する零細の利用の問題、権利行使に関心がない著作権者の意向が反映されないことに起因する現行法のオプト・アウト方式の限界という問題（その最たる例が孤児著作物問題）の二つを挙げることができる。

²⁴⁸ アメリカ合衆国著作権法411条。参照、ゴーマン＝ギンズバーグ編・前掲注242・432～433頁。ただし、この規律は手続的なものに止まり、その違反が著作権の喪失につながらないことを理由として、ベルヌ条約にいう「方式」には該当しないという見解もあるが、いずれにせよ米国を本国としない著作物を対象から外しているので、そのような見解を採用しなくとも、無方式主義違反の問題は生じない（菱沼・前掲注101・100～101頁）。

²⁴⁹ 菱沼・前掲注101・77～78頁。

²⁵⁰ 池村聡「電子出版をめぐる諸問題」コピライト632号28頁（2013年）。もちろん孤児著作物問題の抜本的解決には既存の存続期間に食い込む形での更新登録制度の導入が望まれるのであるが、ここではせめて最低限、これくらいのことは考えてほしいという意味である。

それにもかかわらず、著作権制度が崩壊を免れているのは、著作権者が特定の行為類型に対して、あるいは一部の著作権者が権利行使をしないという寛容の利用に依存するところが大きい。もっとも、寛容の利用を育むプラットフォームに対する侵害責任の追及、著作権侵害の重罪化、初中等教育における著作権教育の充実により、寛容の利用の領域は次第に蝕まれつつある。そもそも寛容の利用は、著作権侵害というレッテルを免れておらず、ゆえにそれによる均衡の維持が政策的課題として語られることを期待しづらいという限界を抱えている。長期的な観点で著作権法のリフォームを目指すのであれば、寛容の利用に頼った短期的な均衡に安住し身を委ねることは問題の抜本的な解決にはならないことを銘記すべきである。

そのような中、将来的に著作権制度を改善していくとすれば、第一に、著作権を一般的に制限するフェア・ユース条項を導入し、立法から司法へと著作権の制限に関する政策形成の舞台を移行したうえで、権利は包括的、制限規定は個別的という現在の著作権法の構造（フェア・ユースを導入すればその構造も多少なりとも様変わりすることになるが）に囚われることなく、零細の利用その他の場面で私人の自由を確保する裁判例の登場を促す。そのうえで、第二に、大量に著作物を扱うDVD、Blu-rayなどの大容量メディアにあつては、保護を欲するものに限ってのみ対価の利用という形で処理するという方策を実現する必要がある。そして、第三に、著作権の保護を欲しない者が制度から離脱しなければならない現在のオプト・アウト方式ではなく、保護を欲する者が保護のために必要な一定の手続を履践するオプト・イン方式（更新登録制度はその一例である）を採用することで、権利の保護を求めている者の権利のみが保護される状態を現出することを企図すべきである。

以上が、本稿の分析の結論となるが、まだ一つ、大きな課題が残っている。それは、条約上可能であるか否かということとはともかく、政治的にみて本稿が提言するようなオプト・インの著作権システムが早晩に制度化される可能性は極めて低いということである。フェア・ユースの導入にすら失敗した現在、少なくとも短期的には、日本の著作権法の条文が一般の著作権の認識からはかけ離れているという状態が解消される見込みも小さいといわざるをえない。したがって、この種の提言は遠い将来を含む長期的な視点の下で語らざるをえないのであるが、それにしても、政策形成過

程にバイアスがあるのだとしたならば、本稿が掲げた構造的な改革はどのようにしたら実現することができるのか、ということが問題となる。

この難題を打開するために役立ちそうな一つの示唆を与えてくれるのが、行動経済学や社会心理学の知見である。そこでは、人間は決して自己の利益ばかりを追求するという存在ではなく、利他的な行動や互恵的な行動をなすことが知られている²⁵¹。この現象の説明としては、ゲーム理論によるものに加えて、利他的な行動をとれる人間が適応上有利であるために生き残ってきたからであるという進化生物学的な説明や、それを裏打ちする神経経済学的な説明など、多角的な分析がなされている²⁵²。公共政策学の分野でも、全ての人が利己的に振る舞っても適切な政策アウトプットをもたらす制度をつくるといった、伝統的な公共選択の考え方には無理があり、むしろ手続の中で行動する人に、モラルなり価値観なりが存在していなければ、元来、制度はうまくいかないのだから、このモラルや価値観のようなものを考えるべきであるという議論が提唱されている²⁵³。人間に利他的、互恵的に行動する契機が備わっており、現実の政策形成過程でも人々の共感に訴えるレトリックが用いられているのだとすれば²⁵⁴、利他的、互恵的な観点に訴えるレトリックを用いながら、少しずつでも少数派バイアスを矯正していく試行錯誤を続けることも全く無意味とまではいえないように思われる²⁵⁵。本稿が、将来の著作権制度の改革に向けて、そこに

²⁵¹ 山岸俊男「集団内協力と評判心理」新世代法政策学研究10号122～129頁(2011年)。

²⁵² 町野和夫「法政策と経済学—法政策の目的に関するゲーム理論的考察—」新世代法政策学研究 5 号301～311頁(2010年)、飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』(2004年・勁草書房)2～8頁。

²⁵³ 佐野亘「紛争解決型思考と問題解決型思考」新世代法政策学研究 3 号64・78～80頁(2009年)。

²⁵⁴ 知的財産法における例として、田村/前掲注1・104～105頁。

²⁵⁵ 京/前掲注4は、有権者が政治的争点として認識せず、ゆえに改正が票に結び付かないために政治家も積極的に関心を持たうとしないロー・セイリアンスの分野であるという現状分析を前提に、著作権法が大きくリフォームされる可能性につき、その実現性に疑問符を付けながらも、シナリオを用意している。第一に、著作権法の政策分野のセイリアンスが上昇し、政治家が積極的に関与しようとする政策分野に変化する。第二に、ロー・セイリアンスである著作権法に強い関心を持ち、かつ

至るまでの長い道のりの一里塚となるようなことがあれば、著者としてこれに優る喜びはない。

自分の意見について与党内でコンセンサスを得られる「変わった」議員が登場する。第三に、著作権リフォームに強い関心を有する「変わった」官僚が現れ、それをサポートする体制が確保される。

他方、インターネットの時代において従来型の政策形成過程とは趣を異にする胎動を予感する者もいる。たとえば、Litman/前掲注85「(1)」38号186～187頁は、YouTubeやP2Pファイルシェアリング・ネットワークを利用する多数の一般人が、著作権に強い利害関係を有しており、その大多数の若年層はじきに投票権を持つようになるところ、それを議会側が認識するようになれば、著作権法が大きく変わる可能性があるかもしれないと指摘する。福井・前掲注95・173～177頁は、欧州における海賊党の台頭(参照、浜本隆志『海賊党の思想 フリーダウンロードと液体民主主義』(2013年・白水社))などを引き合いに出しながら、こうした人々の思いが、インターネットを通じて政策形成過程に影響を与える可能性を指摘する(「確かに、ネットで表出する人々の膨大な意志や欲求の本流が、従来型のこの国の(あるいは世界の)代議制民主主義や統治のあり方への重大な挑戦となっていることは事実でしょう。」(同177頁))。もっとも、返す刀でそのような国家や統治機構に対置する意味での「ネットの意志」が事実上、グーグル、アップル、フェイスブックといった巨大ネット企業＝プラットフォームにより形成されかねないことへの警鐘を鳴らしている(同178～183頁)。