



# 日本の著作権法のリフォーム論

北海道大学法学研究科教授  
情報法政策学研究センター長  
田村 善之

## 参考文献

田村善之「日本の著作権法のリフォーム論  
ーデジタル化時代・インターネット時代の「構造的課題」の克服に向けてー」知的財産法政策  
学研究44号(2014年3月)

<http://www.juris.hokudai.ac.jp/riilp/journals/>

# 1. 日本の著作権法の特徴

# 日本の著作権法の特徴

## (1)著作権によって規制される行為

著作権の権利範囲が広範にわたり規定されている

[WIPO著作権条約、WIPO隣接権条約に対応]

## (2)著作権の制限

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


■ 引用(32条1項)と私的複製(30条1項)があるに止まる

## 零細的利用

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のcopy&pasteなど、零細的に  
頻繁に行なわれている行為

に対して著作権を制限する規定はどこにもない

著作権法の条文  一般の著作権法に対する意識  
乖離

ex. 校庭にキャラクターを模した雪だるまを作る

## 2. 立法の動向

# 近時の法改正その1～著作権を強化する方向の改正～

## 最近の著作権法の改正

著作権の制限規定を(一部)外すことにより権利を強化する方策がとられる

### ■ 2009年の著作権法改正

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、それがゆえに著作権が制限されることはない(2009年改正30条1項3号)

# 近時の法改正その2～著作権の制限を新設する 改正～

## 最近の著作権法の改正

個別の制限規定に関しては新設されたものが多い



# 近時の法改正その2～著作権の制限を新設する改正～

## 最近の著作権法の改正

個別の制限規定に関しては新設されたものも少なくない

### ■ 2007年改正

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:47条の3→2009年改正:47条の4)

## 2009年改正

- (1) 検索サイトが検索のためにウェブのデータを取り込んだり表示する場合の複製(47条の6)
- (2) オークションにおけるサムネイル表示等(47条の2)
- (3) 情報解析ツールを用いて網羅的にデータを研究する際の複製(47条の7)
- (4) キャッシング(47条の5)
- (5) コンピュータを利用する際に不可避免的に生じる複製(47条の8)

## 「日本版フェア・ユース」の挫折

### 文化審議会著作権分科会報告書「権利制限の一般的規定」について(2011年)

- A類型 著作物の付随的利用 ex.写り込み
- B類型 適法利用の過程における著作物の利用  
ex.漫画のキャラクターの商品化の企画段階における企画書等において著作権者に商品化の許諾を求めに行くか否か決定するための複製  
ex.著作権の制限の対象となる非営利演奏の際に、複数枚のCDを入れ換える煩雑さを回避するために複数のCDから1枚のCDに楽曲を編集してまとめるための複製
- C類型 **著作物の表現を享受しない利用**  
ex.研究開発等の分野や情報の複製や送信等を不可避免的に伴う情報ネットワーク産業の分野等、技術的に不可避免的な複製であって著作物の表現の享受を目的としていない利用

## さらなる絞り込み 2012年著作権法改正

### A類型 著作物の付随的利用

要件追加⇒ 付随著作物の利用 30条の2

撮影録音録画目的・分離困難性の要件の追加

### B類型 適法利用の過程における著作物の利用

刈り込み⇒ 許諾を得るための検討等に必要ない内部資料等としての利用 30条の3

### C類型 著作物の表現を享受しない利用

刈り込み⇒ 技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用 30条の4

⇒ 情報通信の技術を利用した役務の提供における利用 47条の9

## 近時の著作権法の改正の特徴

- 著作権を強化する方向の改正は、WIPOの各条約に対応するものなど、そのほとんどが包括的に権利を創設する一般的なもの  
-->多国籍企業のロビイング
- 著作権の制限規定の方向は、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  
-->特定の利益団体のロビイング
- 一般的な制限規定とはならなかったとはいえ、柔軟な解釈の余地もありえた2011年報告書の3類型も最終局面で刈り込まれた ∴立法事実がない？

## 公共選択論(集合行為論)

cf. 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)

政策形成過程には...

- ✓ 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
  - ∴ 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等の政策形成過程に影響を与えうる活動をしない
- ⇒ 拡散した個別的には小さな利益(しかしトータルでは大きな利益)は政策形成過程に反映されにくい  
= 少数派バイアス

しかし、ことが私人の自由に関わっている以上、  
ルール形成の場を立法から司法に移す必要がある

← フェア・ユース規定導入の意義

### 3. 司法の動向



## 3.1. 概観

日本の著作権法に関する裁判例は一枚岩ではない

□ 技術的な環境の変化に応じて新たに隆盛を迎えよう  
としつつある行為に対する規制を解釈で創設すること  
をも躊躇わない裁判例

著作権の制限規定に対して制限的な態度をとる法律  
の条文の構造をそのまま体現し、著作権の制限規定  
の拡大に対して慎重な態度を示す裁判例

□ 権利の拡張には謙抑的である反面、  
著作権を制限する方向の解釈に関しては、既存の制限  
規定を存分に活用し、その類推も厭わない裁判例

## 3.2. 著作権を拡張する方向の解釈について

# 日本の著作権法の構造

- 著作権の侵害となるべき行為  
(法定の利用行為)を特定して列挙

著作権法21～28条 113条

- 他方で著作権法には特許法101条のような間接侵害の規定がない
- ∴ 著作物を物理的に利用している者以外の関与者に対してどのような法理をもって著作権侵害に問うのかということが論点となる

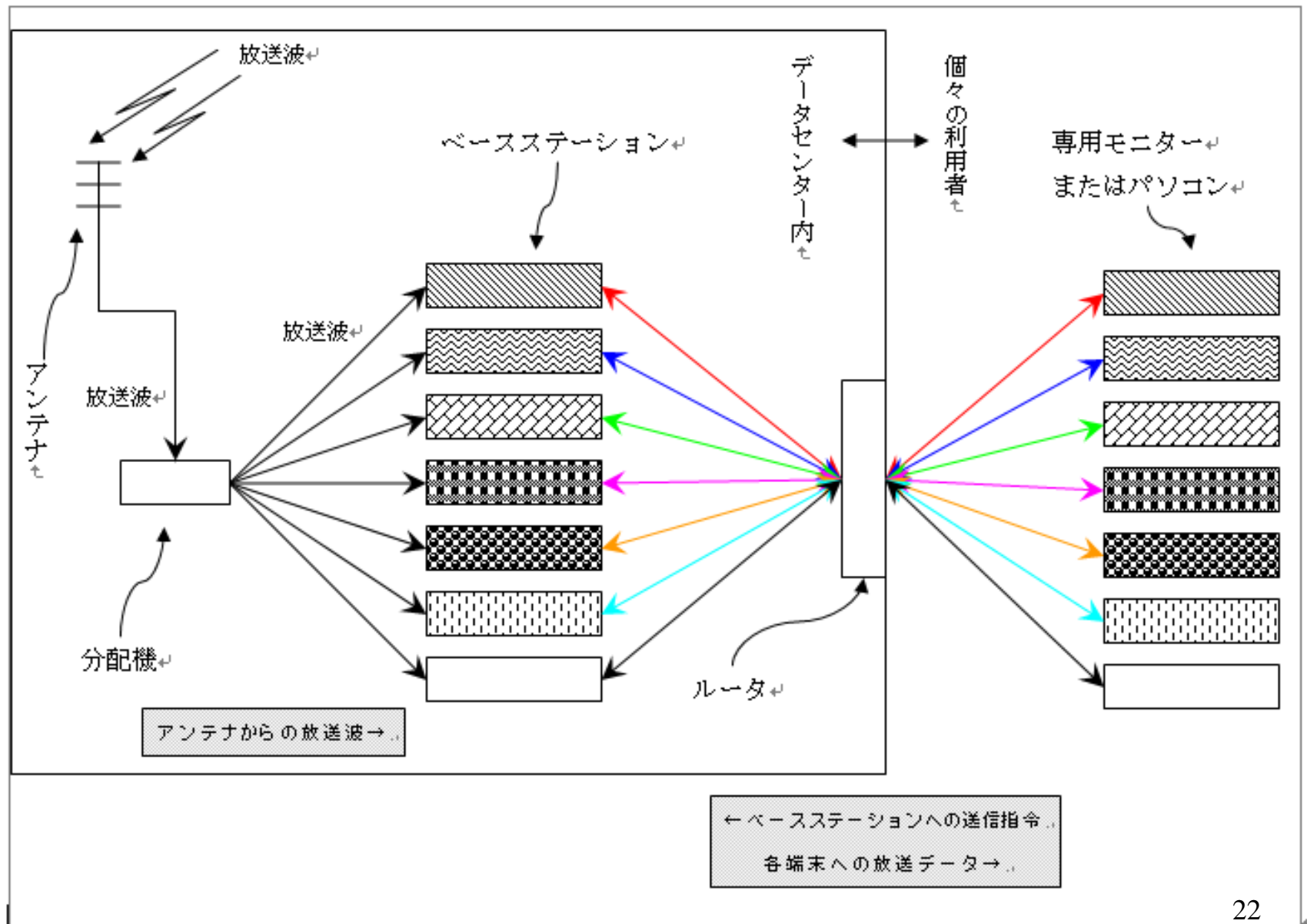
東京地決平成18.8.4判時1945号95頁[まねきTV]  
知財高決平成18.12.22平成18(ラ)10012[同抗告審]  
cf.佐藤豊[判批]知的財産法政策学研究2号(2004年)

## TV放送の転送サービス

顧客のターゲットは、海外在住の者に限らず、国内を含めて外出先あるいは放送波の届かない地域からもインターネットを介してテレビ放送の視聴ができるようにするというもの

放送事業者は、著作隣接権の一支分権である送信可能化権に基づいて、差止めを求めたところ、棄却された

# まねきTV事件



## まねきTVのサービスの特徴

### 録画ネット事件

= 事業者はユーザー毎に一台ずつテレビパソコンを用意  
専用ソフトとウェアを提供

### まねきTVの事件

= ソニーが市販しているロケーションフリーテレビを使用  
ロケーションフリーテレビは、ユーザーが自ら量販店等で購入して事業者に送らなければならない  
ユーザーが指示を出す際も特別な認証手続は不要

なお、録画がなされていたとは認定されていない  
送信を媒介するに止まる

## まねきTV 決定要旨

行為主体は事業者ではなくユーザーである

∴

- ・用いられているものは汎用品であって、本件サービスに特有の特別のソフトウェアは使用されていない
- ・一台のベースステーションから複数のモニターやパソコンに放送データが送信されることも予定されていない
- ・債務者が保管する複数のベースステーション全体が一体のシステムとして機能しているわけでもない
- ・利用者がベースステーションにアクセスする際に特別な認証手続を要求する等、事業者が放送の視聴を管理することはしていない



## 評価

かりに本件が侵害であると判断されてしまうと・・・

予めアンテナを立てておき、ロケーションフリーテレビを設置しやすい環境を整えてくれている業者の出現が抑止される

→ ロケーションフリーテレビという新しい技術ができて市販されるほどのものになったにもかかわらず、利用が進まない

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

SONYの発売するベータのビデオデッキの製造販売行為が、大量の家庭内複製を誘発しており、映画会社の有する著作権の寄与侵害に該当するのではないかということが争点

地裁は非侵害、控訴裁判所は侵害

最高裁は5対4の1票差で家庭内での行為をフェア・ユースと認めた

# まねきTV本案

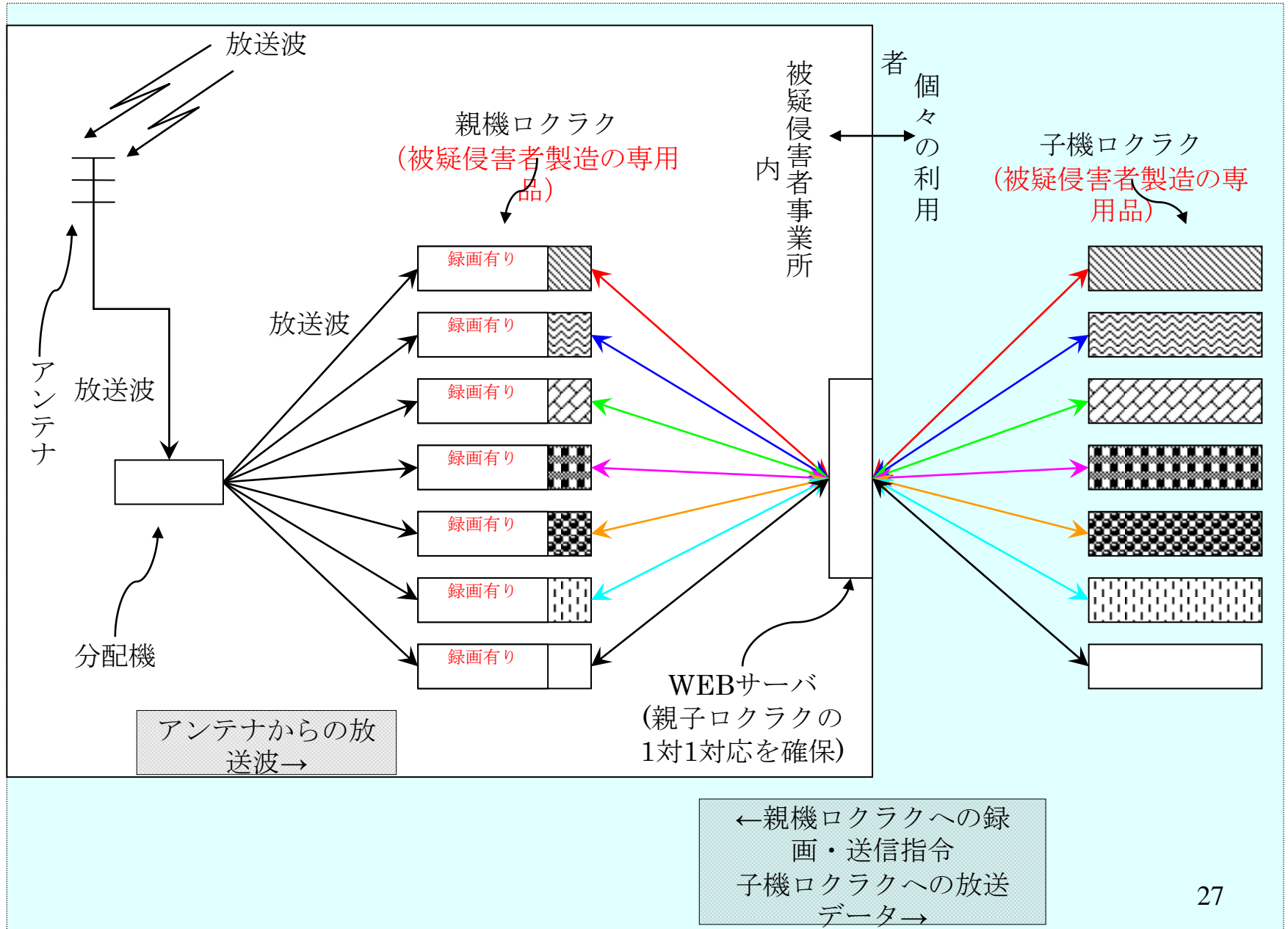
著作権侵害を否定する裁判例が続く・・・

東京地判平成20.6.20平成19(ワ)5765号[まねき  
TV本案]

知財高判平成20.12.15判時2038号110頁[同]

⇒舞台は最高裁へ・・・

# ロクラク事件



知財高判平成21.1.27平成20(ネ)10055他[ロクラク2審]

私的複製等を一斉的かつ効率的に誘発したとしても、もともと私人が自由になしうる行為の環境を、技術革新に伴い、より利便性の高いものに変化させているに過ぎず、それによって利用者が増大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い旨を説き、著作権侵害を否定する

⇒ 適法行為をより効率的に行なえるようにしたからといって侵害となるものではない

= この種のサービスの規律の是非の判断を司法ではなく立法に委ねた

Ex. 私的録音録画補償金制度

デジタル録音録画機器・媒体について立法により、集中的な行使される報酬請求権として処理

⇒ 舞台は最高裁へ……

## cf. ベータマックス事件

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

SONYのベータのビデオデッキの製造販売行為が寄与侵害に該当するか?

⇒ 前提として、家庭内でテレビ番組を録画する行為が著作権の直接侵害を該当するのか否かということが争点に

最高裁は、5対4で家庭内の行為をフェア・ユースと認めた

∵80%がタイムシフティング目的で利用しているところ、これせフェア・ユースであり、ゆえにこうした実質的に非侵害の用途がある以上、寄与侵害には問えない

⇒transformative useではないconsumptive useをfair useと認める

## 最判平成23.1.18平成21(受)653 [まねきTV]

[要旨]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、これを自ら管理するテレビアンテナに接続し放送を継続的に入力されるように設定したうえ、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る

⇒送信可能化と公衆送信権侵害を肯定し、原判決を破棄し、事件を原審に差戻した

その後、本判決に則って、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

「あらかじめ設定された単一の機器宛てに送信する機能しか有しない場合であっても、当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たるというべきである。…そして、自動公衆送信が、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提としていることに鑑みると、その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当であり、当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、**当該装置に情報を入力する者**が送信の主体であると解するのが相当である。」



「被上告人は、ベースステーションを分配機を介するなどして自ら管理するテレビアンテナに接続し、当該テレビアンテナで受信された本件放送がベースステーションに継続的に入力されるように設定した上、ベースステーションをその事務所に設置し、これを管理しているというのであるから、利用者がベースステーションを所有しているとしても、ベースステーションに本件放送の入力をしている者は被上告人であり、ベースステーションを用いて行われる送信の主体は被上告人であるとみるのが相当である。そして、何人も、被上告人との関係等を問題にされることなく、被上告人と本件サービスを利用する契約を締結することにより同サービスを利用することができるのであって、送信の主体である被上告人から見て、本件サービスの利用者は不特定の者として公衆に当たるから、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り、したがって、ベースステーションは自動公衆送信装置にあたる。そうすると、インターネットに接続している自動公衆送信装置であるベースステーションに本件放送を入力する行為は、本件放送の送信可能化に当たる。」また、本件サービスにおける、テレビアンテナからベースステーションまでの送信の主体はA社であり、送信行為は公衆送信にあたる。」

## 最判平成23.1.20 平成21(受)788[ロクラク]

[要旨]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いうに十分であって、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

⇒原判決を取消し、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戻した

その後、本判決に則って、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。

「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者(以下『サービス提供者』という。)が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器(以下『複製機器』という。)に入力して、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても、サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である。すなわち、複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、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、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における**枢要な行為**をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該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なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」

## 最判[まねきTV]、最判[ロクラク]の意味

**公衆送信の主体**に関して、

最判[まねきTV]によって物理的には1対1対応の機器であっても、不特定者向けに供用を開始すれば、公衆送信を行っているとは評価されることが示された結果、

⇒ 転送サービスであれば、齊一的効率的なものでなくとも、およそ公衆送信として著作権を侵害することになることが示された

**複製の主体**に関して、

最判[ロクラク]によって、知財高判[ロクラク]が破棄された結果、

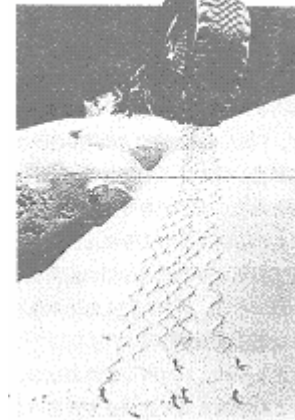
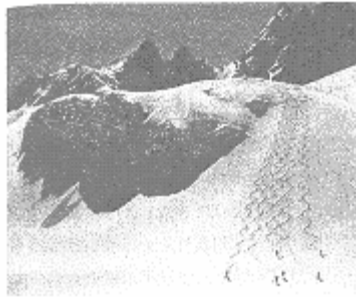
⇒ 私的複製等を容易にするサービスについて、

立法による解決を待つこと無く、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

## 3.3. 著作権を制限する方向の解釈について

# 最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁[パロディ]

旧著作権法の「節録引用」に関して、  
引用する著作物と引用される著作物が明瞭に区別され  
(明瞭区別性)、  
前者が主、後者が従とされる関係にあること(附従性)が  
必要である旨を説き、パロディに関して著作権侵害を肯定



## 新説の登場

近時は、最高裁判決はあくまでも旧著作権法の解釈を示したものに過ぎず、条文を異にする現行法の下では、条文の文言に忠実に、正当な目的の範囲内といえるか否かということによって適法引用の成否を決める旨を説く見解が有力に唱えられている

cf. 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)

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他[同2審]、

東京地判平成15. 2. 26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2審]

## 他方、二要件(+ $\alpha$ )を堅持する裁判例も

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]

あくまでも2要件を堅持

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]

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り、引用すべき必要性ないし必然性があり、しかも鑑賞の対象となり得ない程度に縮小しなければならない、というように極めて厳しい要件を課すものもある

cf. 平澤卓人[判批]知的財産法政策学研究17号(2007年)



知財高判平成22.10.13平成22(ネ)10052 [東京美術倶楽部鑑定証書 I]

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  
⇒原判決(東京地判平成22.5.19平成20(ワ)31609)を取消し

同旨：東京地判平成26.5.30平成22(ワ)27449[東京美術倶楽部鑑定証書 II]

## [知財高裁判旨]

「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」

⇒引用法理のフェア・ユース化と評価できるか？

cf. 平澤卓人[判批]知的財産法政策学研究43号(2013年)

# アメリカ合衆国著作権法におけるFair Useの法理

＝著作権を一般的に制限する法理

アメリカ合衆国著作権法107 条

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

## 知財高判[東京美術倶楽部鑑定証書 I ]の引用目的該当性の判断手法

「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に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」

✓ ⇒あくまでも「著作権者等の権利の保護」に資することが必要だとすると、射程は広くはない

✓ 著作権法1条に鑑みて「著作権者等の権利の保護」は「文化の発展」というより大きな目的の手段だと理解するのであれば、引用目的の拡張は可能か？

⇒いずれにせよ、パロディ・零細利用との間にはなお隔たりがある

東京地判平成11.10.27判時1701号157頁[雪月花]

東京高判平成14.2.18平成11(ネ)5641[同2審]

照明器具のカタログに、室内に掲げられた掛け軸に記された書の著作物が写り込んでしまったという事件で、書の本質的特徴が再生されていないので、そもそも複製に該当しない旨を説いた判決



東京地判平成13.7.25 判時1758号137頁 [はたらくじどうしゃ]

市営バスの車体に掲げられた絵について、相当程度の長期間にわたって不特定多数の閲覧に供される状態にあることを理由に、「恒常的に設置された」ものであると評価して、46条柱書きの自由利用の規定を拡張的に解釈して、著作権侵害を否定した



判例時報1758号142頁より

## 小括

最判[まねきTV]、最判[ロクラク]、最判[パロディ]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できる

✓ たしかに、日本の著作権法の条文は、著作権を守る方向では、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、著作権の制限の方は、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



✓ 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適切なものといえるのか？

⇒ 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成り立つが、著作権法の分野において、はたしてそのような前提が成立しているか

✓ むしろ、

□ 権利の拡張に対しては謙抑的な姿勢で臨む反面(知財高判[ロクラク]),

□ 権利を制限する方向では制限規定を包括的なものとして理解して解釈したり(知財高判[美術鑑定書]), 場合によっては制限規定の拡張解釈をも厭わない立場(東京地判[はたらくじどうしゃ])のほうが穏当ではないか？

## 4. 著作権法の時代認識

# 第一の波

## 印刷技術の普及 16世紀～

- ▶ 海賊版を規制することにより出版社を保護する必要性が生じる
- 出版に対する権利としての著作権法  
= コピーライト (18世紀初期 イギリス)
- ▶ 複製には相当の投資が必要
  - ∴ 複製者は少数 コピーライトは、事実上、競業を規制する権利に止まる
  - 監視が容易であり、権利の実効性もあった

## ～第二の波～

### 複製技術の普及 20世紀半ば～

▶ 複製技術が私人にも普及

⇒ **零細的利用**が現実的な課題に

- ✓ 複製者は多数 コピーライトが私人の活動を規制する権利に変容
- ✓ 監視が困難であり、権利の実効性を欠く

[対策] 行為者が未だ少ない行為に権利の対象を変更

Ex. 公の貸与 ← レンタルレコード対策が起源

私的録音録画補償金請求権 (ただし、第三の波の時代になってコピー・プロテクションの普及とともに存在意義が問われている)

## ～第三の波～

### インターネットの普及 20世紀末～

- ▶ 公衆送信までもが私人に普及
- ▶ 複製禁止権と並ぶ公の利用行為規制までもが私人の活動と抵触
- ▶ 監視は不可能ではないが、数が膨大かつ国際的
- ▶ 他方、プロテクションによる事実上の権利の創設も懸案事項に

デジタル化技術の普及とともに、新たな利用形態と著作権との抵触も

# 著作権法にとってのデジタル化時代・インターネット時代到来の意味

## ① 他人の著作物の利用の機会が増えた

- ✓ 著作権の強力な保護を欲する権利者の意向は政策形成過程に反映される
  - ✓ 私的ユーザーの意向は政策形成過程に反映されにくい
- ∴ 私的ユーザーの意向と著作権法の乖離が大きくなっている

# 著作権法にとってのデジタル化時代・インターネット時代到来の意味

## ② 実際に利用される著作物が増えた

⇒ 利用される著作権者も多様になった

- ✓ デジタル技術により、文章、絵画だけでなく、音楽、動画等様々な表現がプロだけのものではなくアマチュアに解放された
- ✓ インターネット技術により企業で創作される著作物や営利目的で創作される著作物ばかりでなく、個人の私的な著作物が公衆に提供可能となった

⇒ 利用される著作物中で、著作権処理のコストにみあうベネフィットを得ている著作物の割合が低下

## 権利者の意向の分化

✓ プロテクションの技術を活用してあくまでも権利を行使

→ 権利者の意向は政策形成過程に反映される

✓ 権利行使に一切無関心（孤児著作物も増加）

→ 権利者の意向は政策形成過程に反映されにくい

∴ 権利者の意向と著作権法の乖離も大きくなっている



## 5. 著作権法の構造的課題

# 著作権法の「構造的課題」

＝著作権法に関わる制度の構造に関わる問題であり、抜本的解決が要請されているにも関わらず、  
政治的な構造に起因して容易には解決が見込まれないもの

## 著作権法の「構造的課題」

### □ 零細的利用

- ✓ 第二の波という歴史に起因
- ✓ ユーザー側の少数派バイアスにより解決が困難

### □ 孤児著作物

- ✓ 第三の波という歴史に起因
- ✓ (一部の)権利者側の少数派バイアスにより解決が困難

⇒ 技術的・社会的環境の歴史的変化によりもはや制度が現実と齟齬を来しているにも関わらず、少数派バイアスという政治構造により容易には解決しえない課題

## 6. 構造的限界その1: 零細的利用に対する対策

## 6.1. フェア・ユース

## フェア・ユースを導入する意義は何か？

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

(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 (2009年))

⇒ しかし、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

∴ 制限すべき行為について議論をなさなければならず、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る

# 立法と司法の役割分担という視点

## フェア・ユースの法理

＝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

∴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が問題なのではなく、

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の問題を議論すべき

# 役割分担論その1 個別制限規定までのタイムラグによる弊害の解消

個別の制限規定の立法までにはタイム・ラグがある

ex. キャッシング・検索サイト(⇒登場から10数年を要した)

ex. リヴァース・エンジニアリング(⇒30年を経て未だに立法化されていない)



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？

(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](http://www.nikkeidigitalcore.jp/archives/2009/10/post_209.html))

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

(中山信弘「著作権法改正の潮流」コピーライト578号(2009年)、同「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号(2013年))

⇒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・ユース擁護論として問題の正鵠を射ている

もっとも...

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則した個別の制限規定が導入されることにより、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が関わっているのは、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

## 役割分担論その2: 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

ルール(個別規定)とスタンダード(一般条項)に関する法と経済学の議論の応用

cf. 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(2008年)

立法による事前規制(ルール) vs. 司法による事後規制(スタンダード)

→ いずれが効率的か?

紛争が頻発 → 立法(ルール)

紛争が稀 → 司法(スタンダード)

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

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

ex. この理論では、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という帰結が得られる

しかし、政策形成過程のバイアスという観点を入れると、立法のアーリーナでは適切に諸利益を反映した判断がなされない可能性が高い

# 役割分担論その3: 政策形成過程のバイアスの矯正のためのフェア・ユース

著作権法の条文のずれと人々の一般的意識の乖離

↳ 少数派バイアスの産物

∴ 立法による解決は困難

フェア・ユースの意義

規範形成のアリーナを立法から司法に移転する

ルールによる立法(個別制限規定)

= ロビイングの攻撃目標が明確

⇒ 権利者側の圧力を誘う

その結果、できあがったルール=個別具体の著作権の制限規定は、社会全般の構成から見ると、著作権保護の水準として高すぎるものになってしまう危険性がある

スタンダードによる立法(一般条項)

=ロビイングの攻撃目標は必ずしも明確にはならない

∴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

⇒ 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

フェア・ユース

＝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

ex. 零細的利用の解決に適している

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 (2010年)

## 6.2. 自炊代行



もっとも、フェア・ユースの導入等によって著作権を制限するとしても、

個別的には零細的な利用が大量に行われる場合には、  
著作権者に与える影響を無視し得ない

このような利用の自由と権利者の利益の緊張関係が訴訟にまで発展することがある

自炊代行訴訟はその一つの例

## [謝辞]

以下の資料の作成に際しては、

村井麻衣子(筑波大学講師)「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

を大いに活用させていただいた

ご快諾をいただいたことに感謝申し上げる

# 自炊代行

裁判機やスキャナを持ち合わせていない利用者や、自炊のための時間や労力を節約したい利用者などのために、自炊の代行等を行う自炊関連業が台頭

スキャン事業者・・・2011年初頭には数社にすぎなかったが、2012年9月には約100社になるほど、爆発的に増加  
[本件原告]

- ① 自炊のための道具・場の提供
- ② 自炊代行
- ③ 裁断済み書籍の提供

## ① 自炊のための道具・場の提供

店舗に自炊のための裁断機やスキャナが用意されており、ユーザーが持ち込んだ自己の書籍を自らの手で裁断及びスキャンし、電子データを持ち帰るタイプ

・店舗に設置されたスキャナ等が、私的複製の例外とされる「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」(30条1項1号)に該当するが、附則によってさらに公衆用自動複製機器の例外とされる「専ら文書又は図画の複製に供するもの」に該当すると考えられるため、ユーザーの行為に30条(私的複製)の適用が認められる

→ 少なくともユーザー自身の行為自体は非侵害

## ② 自炊代行

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代行するサービス

店舗に持ち込まれた書籍の自炊を代行するタイプ

ユーザーが業者に書籍を送付して電子データのみをユーザーが受け取るタイプ

ユーザーがインターネット等で発注した書籍が直接業者に送られ、電子データを納入するタイプ

⇒ 私的複製は、「その使用する者が複製することができる」と規定されているため(30条1項)、利用者自身が複製行為を行わない自炊代行は私的複製に該当しないか否かということが問題に

### ③ 裁断済み書籍の提供

店舗に裁断済み書籍が備えられており、同じ店舗内に設置されたスキャナを用いて、客自ら電子化するという態様のサービス

店舗から顧客への占有移転が観念できないため、著作権法上の「貸与」には該当せず、貸与権侵害には当たらない(?)

島並良「書籍の『自炊』」法学教室366号(2011年)

cf. 2004年改正による附則4条の2で貸本業も著作権の対象にした際に、漫画喫茶をセーフとする際の説明

反対:野田薫央他「書籍の自炊代行に関する著作権問題」パテント65巻7号(2012)

まねきTV・ロクラク最判の射程は自炊代行に及ぶか？

公衆送信に関するまねきTV最判は直接の関係はない

アンテナにより放送を受信して装置に入力することを対象とするロクラク最判の射程も直接には及ばない

## ジュークボックス法理

ただし、ロクラク最判の背後に「ジュークボックス法理」が存在する可能性

「ジュークボックスによる録音再生や上映について、機械操作自体は客が行うにしても、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」

「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」

大淵哲也「展開講座 知的財産法の重要論点(第32回・著作権法編 13)著作権侵害に対する救済(1)著作権の間接侵害(1)」法学教室356号(2010)



③ 裁断済み書籍の提供サービスに関しては、  
ロクラク最判の理屈の下、ジュークボックス法理に  
より、当該サービス業者が複製行為の主体と評価  
されうる

上野達弘「総論」『年報知的財産法2011』（日本評  
論社・2012）

小坂準記=金子剛大「まねきTV・ロクラク2事件最  
高裁判決にみるコンテンツビジネスの諸問題」  
L&T51号（2011）

東京地判平成25.9.30平成24(ワ)33525[自炊代行訴訟]

## ②タイプの自炊代行の事例

「有形的結果の発生に関与した複数の者のうち、誰を複製の主体とみるかという問題」

「複製の実現における**枢要な行為**をした者は誰かという見地から検討するのが相当」

### ロクラクⅡ最高裁判決を引用

「枢要な行為及びその主体については、個々の事案において、複製の対象、方法、複製物への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して判断するのが相当」

⇒「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」

## 本判決の特徴

私的複製の適用の可否については実質的に論じていない

「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」

東京地判平成25.10.30平成24(ワ)33533[自炊代行訴訟2]

## ②タイプの自炊代行の事例

### ロクラクⅡ 最高裁判決を引用

「これら一連の作業をみると、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、その過程に利用者らが物理的に関与することは全くない。

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。そうすると、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。」

30条1項については、一応、利用行為の主体論とは別個にその適否を論じてはいるが、当てはめにおいては結局、利用行為主体論のそれを援用

「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。」

## 知財高判平成26.10.22平成25(ネ)10089[自炊代行訴訟 I]

一審判決と同様、複製を行っているのはユーザーではなく、業者であるという認定をなしたうえで、

私的複製に関して著作権を制限する著作権法30条1項の適用を否定し、代行業者からの控訴を棄却

## 知財高裁判決の特徴その1

ユーザーではなく業者を複製の主体であると判断するに際して、いわゆる「枢要な行為」論を用いていない

「裁断した書籍をスキャナーで読み込み電子ファイル化する行為が、本件サービスにおいて著作物である書籍について有形的複製をする行為、すなわち「複製」行為に当たることは明らかであって、この行為は、本件サービスを運営する控訴人ドライバレッジのみが専ら業務として行っており、利用者は同行為には全く関与していない。」

このように第一義的には物理的な行為に基づいて複製主体が業者として決せられた結果、

そのような物理的な主体ではないユーザーが複製主体であると主張する者のほうが規範的な利用主体論を援用せざるを得なくなるわけであるが、

そのような主張についても、本判決は、以下のように論じることで退けている

「利用者による書籍の取得及び送付がなければ、控訴人ドライバレッジが書籍を電子ファイル化することはないものの、書籍の取得及び送付自体は「複製」に該当するものではなく、「複製」に該当する行為である書籍の電子ファイル化は専ら控訴人ドライバレッジがその管理・支配の下で行っているのである。」



「利用者は、控訴人ドライバレッジが用意した本件サービスの内容に従って本件サービスを申込み、書籍を調達し、電子ファイル化を注文して書籍を送付しているのであり、控訴人ドライバレッジは、利用者からの上記申込みを事業者として承諾した上でスキャン等の複製を行っており、利用者は、控訴人ドライバレッジの行うスキャン等の複製に関する作業に関与することは一切ない。

そうすると、利用者が控訴人ドライバレッジを自己の手足として利用して書籍の電子ファイル化を行わせていると評価し得る程度に、利用者が控訴人ドライバレッジによる複製行為を管理・支配しているとの関係が認められないことは明らかであって、控訴人ドライバレッジが利用者の「補助者」ないし「手足」ということはできない。」

## 知財高裁判決の特徴その2

### 著作権法30条1項の趣旨を明言

「著作権法30条1項は、個人の私的な領域における活動の自由を保障する必要性があり、また閉鎖的な私的領域内での零細な利用にとどまるのであれば、著作権者への経済的打撃が少ないことなどに鑑みて規定されたものである。そのため、同条項の要件として、著作物の使用範囲を「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用することを目的とする」(私的使用目的)ものに限定するとともに、これに加えて、複製行為の主体について「その使用する者が複製する」との限定を付すことによって、個人的又は家庭内のような閉鎖的な私的領域における零細な複製のみを許容し、私的複製の過程に外部の者が介入することを排除し、私的複製の量を抑制するとの趣旨・目的を実現しようとしたものと解される。」

「そうすると、本件サービスにおける複製行為が、利用者個人が私的領域内で行い得る行為にすぎず、本件サービスにおいては、利用者が複製する著作物を決定するものであったとしても、独立した複製代行業者として本件サービスを営む控訴人ドライバレッジが著作物である書籍の電子ファイル化という複製をすることは、私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、複製の量が増大し、私的複製の量を抑制するとの同条項の趣旨・目的が損なわれ、著作権者が実質的な不利益を被るおそれがあるから、「その使用する者が複製する」との要件を充足しないと解すべきである。」

# 控訴人の主張

## 30条1項の趣旨

積極的な根拠 = 私人の自由の確保に求めるとともに、

消極的な根拠 = 私人が主体的に複製の対象等の態様を決定する場合には、組織的に特定の著作物が狙い撃ちされることにはならないので、著作権者が過度に経済的な不利益を被らない

⇒ このように私人の自由の確保をベースとする論理の下では、30条1項の「その使用する者が複製することができる」という文言に関しても、規範的な解釈として、私人が複製の対象等の態様を決定している場合にはこれを充足すると理解されることになる

## 控訴審判決の立場

同じように、私人の自由と著作権者の経済的な利益の衡量をなすものではあるが、

より著作権者に経済的な不利益を与えないことという方向にシフト

∴ 私的領域という閉鎖的な空間では閉鎖的な利用がなされるに止まる場合には著作権者の経済的な不利益も僅少に止まることを、30条1項の趣旨の眼目とする

⇒ このような理解の下では、私人が主体的に複製の対象等を決定するだけでは足りず、複製という物理的な行為自体も私人が自らなすことが必要であり、本件のように、業者がそれをなしている以上、30条1項が適用される余地は無いと解されることになる

## いずれを是とすべきか？

技術的，社会的な環境の変化に伴い複製手段が普及したり，新たなものが登場したりするたびに，従前に比して，著作権者の権益が浸食されているという見方を重視するのであれば，本判決のように，30条1項の趣旨を捉えることにろう

⇒しかし，そのように理解された30条1項は，著作権者の権益を(ほとんど)害さない範囲でお目溢しが認められる例外的な空間を特定する条文に墮することになる

他方で、30条1項に私人の自由を確保するという積極的な意義を認める場合には、同項は単に零細的な例外的利用に対するお目溢しを施すものではなく、利用者の自由という立派な利益を(も)保護する規定であるということになるから、ひとり権利者側の利益のみを強調する解釈態度が許されることにはならず、それと対抗する利益としての私人の自由との衡量という観点が視野に入ってくる

## 第一の波の時代(著作権制度の草創期～20世紀の半ばまで)

出版, レコード, 映画などのように一定の投下資本をなす者だけが複製技術の恩恵を享受し得た時代には, 複製禁止権を中心に据える著作権法の規制は実質的には業者の規制法であって, 私人の自由に対する過度の規制にはなりえなかった

## 第二の波の時代(20世紀の半ば以降)

それが時代とともに複製技術が私人に普及するに連れ, 著作権の規制の意味が変容し, 複製禁止権は次第に私人の自由に対する過剰な規制へと変質する契機を孕むことになる

⇒ そのような時代における著作権法30条1項の意義は, 著作権者の利益と私人の自由の均衡点を, 過度に前者を偏重するものとならないようにする砦としての意義を認めるべき



∴かかる30条1項の意義を発揮させるためには、著作権者の権益のみを強調する理解ではなく、主体的な私人の自己決定を対抗利益として掲げる理解を採用することが要請されよう

もともと、このように対抗利益を掲げたところで、二つの相対する利益の均衡点をどこに設定するのかということが一義的に決まるものではない

⇒ 利益の衡量が必要

30条1項の「その使用する者が複製することができる」

利用行為の主体論とは別個に、趣旨を異にする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(自炊代行訴訟1判決)

、あるいは利用行為主体論の判断をそのまま援用する(自炊代行訴訟2判決)

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

## 使用者本人が複製することを要求している趣旨

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

→ 使用者本人が複製するか否かということを決めているのかということが肝要

∴ 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

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1529頁(2005)

② 自炊代行は、30条1項の枠内というべきではないか

小坂準記=金子剛大「まねきTV・ロクラク2事件最高裁判決にみるコンテンツビジネスの諸問題」L&T51号(2011)

30条1項の趣旨：私的領域内で行われる複製は全体的に見て微々たるもので権利者に与える影響も少ない

## ② 自炊代行

→ 一冊の書籍につき複製がなされる回数は一度だけ(?)

⇒ 30条1項の枠内としてよい

## ③ 裁断書籍の提供

→ 複数回複製される可能性が飛躍的に高まる

→ 30条1項の趣旨を超える

## 権利擁護派からの想定される反論

✓ DRMが施されていない電子ファイルが拡散するおそれ(友人同士でコピー、インターネット上での違法サイトへのアップロードやファイル交換)

✓ 裁断本がオークション等で販売されている

⇒ 「1冊の本が1つの電子ファイルに変わっただけ」という論は成り立たない

## 想定される反論に対する再反論

✓ 電子データがアップロードされた時点で目的外使用(49条1項1号)による複製権侵害＋公衆送信権侵害となるから、そこで捕捉すればよい

かえって、侵害に結びつかないものも含めて一網打尽としなければならない理由はない

✓ 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得ないのだから、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いがたいのではないか？

# 権利擁護派からのもっとも意味のある反論

- ✓ 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

## 再反論

✓ 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、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？ 創作のインセンティブという観点からこれを正当化することは困難

✓ 未発行の書籍については、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

✓ かりに、大半の書籍が自炊されるとすれば(?), 価格差別をできないことの問題は生じない(← もっとも、そうでないとすると、私的複製を想定していない読者層にとって書籍の価格が高すぎることになり、市場による書籍の普及を多少妨げることになる)



## 落とし所の難しさ

著作権のある既発行の書籍のうち、電子市場に供されている著作物はごくわずか

一部の著作権者が保護を欲していることを理由に、著作権のあるものについての自炊代行を全て許容しないとしてしまうと、電子書籍という恩恵を私人がフルに享受することを困難にする

その反面、電子書籍市場に着目して自炊代行に対して権利行使を欲する権利者も存在する

## 契約スキームによる解決の限界

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する向きもある

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、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い

∴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

## 解釈論としての市場を活用した中庸策

②タイプの自炊代行(ex. 自炊代行訴訟1・2事件の業者)のように、顧客からの宅送ないし直送など、相応に非効率なビジネス・モデルを採用する場合に限り、私的複製の範囲内と認めて、著作権侵害の責任を免らしめる

自炊代行業者経由の電子ファイル化が高コストなものとなり、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  
⇒ 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る

cf. 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(2010年)

## 6.3. 私的錄音錄画補償金

# 市場の失敗としてのフェア・ユース理論

フェア・ユース＝市場の失敗を治癒するための法理

フェア・ユース適用の三段階テスト

- (1)市場の失敗が存在する
- (2)被告への利用の移転(利用を許すこと)が社会的に望ましい
- (3)フェア・ユースを認めることで著作権者のインセンティブが実質的に害されない

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)

cf.村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(2)」知的財産法政策学研究46号掲載予定

## Fared Use

しかし、アンチ・コモンズ問題を解消するために、Property Ruleを変更するとしても

創作のインセンティブに支障を来すとすると、フェア・ユースにより完全に著作権を制限することには問題がある

⇒ 差止めを否定し、金銭的救済に止める

cf. Tom W. Bell, "Fair Use vs. Fared Use ?", 76 N. Carolina L. Rev. 557 (1998)

# 市場の失敗の原因：零細的利用

私的複製、企業内複製

個別の利用に対する利益が取引費用を上回る

ただし、大量に行われる場合にはインセンティブに影響

市場が失敗しているので何らかの工夫が必要

ex. 私的録音録画補償金制度

← 私的録音録画に焦点を当てた規律

# コピー・プロテクションに依存する制度の課題

市場の失敗が治癒?

しかし・・・

✓他ルートで著作物を提供しない消極的な多数の著作権者の著作物に関しては、市場の失敗は治癒していない

特に孤児著作物問題

✓外部性がある場合

∴ 解除技術の普及とセットにした制度の構築が望まれる

cf. Dan L. Burk and 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(2004年)

⇒現実には道険し



# 市場の失敗理論からみた私的録音録画補償金制度 何をどのように治癒しているのか?

市場の失敗＝私的録音録画から得られる便益を取引費用が上回っている

利用者多数問題  
第二の波⇒複製者の多数化

権利者多数問題  
複製者多数⇒権利者の多数化

## 東京地判平成22.12.27平成21(ワ)40387 [東芝私的録画補償金請求権]

録画機器内でなくとも、(撮影から放送にいたる過程の)どこかでアナログ信号からデジタル信号に変換された映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りつつ、著作権法104条の5の協力義務を否定することにより、支払い義務を否定した

⇒

✓ デジタル放送にあっては、アニメーション等においてフル・デジタルでいっさいアナログ・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映像」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はないか?

✓ 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(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事態を機能不全に陥れかねない点で疑問

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]

cf. 村井麻衣子[判批] 知財管理62巻11号(2012年))

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して、私的録画補償請求権の支払い義務のある対象機器であることを否定

⇒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

# 東芝私的録画補償金請求権判決の評価

## 東京地裁判決

✓メーカーの協力義務を否定

⇒ 制度の根幹を覆してしまう

## 知財高裁判決

✓メーカーの協力義務を肯定

⇒ 仕切り直し:コピー・コントロール(=ダビング10)が施されている  
新たな状況変化に、私的録画補償金制度をどのように対応させていくのかということに関して、司法ではなく、立法(=政令改正)に議論を委ねたと評価することができる

## 私的録音録画補償金の課題

✓デジタルの複製に対するプロテクションの普及との関係  
⇒複製に対する事実上の二重課金という批判

✓汎用型機器に対する課金の可能性  
⇒複製以外の用途がある機器に対する課金の可否の問題

✓私的録音録画の枠を外した複製機器・媒体一般に対する課金の可能性  
⇒文献複写・企業内複製を睨んだ規律の可能性

## 複製に対する損害という発想の限界

複製機器・媒体の普及により著作権者の正規の複製品の市場が損害を被っている

∴ 私的録音録画補償金制度の導入が正当化されるという発想

✓ コピー・コントロールの普及により制度の正当化理由を失う

✓ 著作物の複製以外の機能を有する汎用品に対する課金を正当化することが困難

✓ 実際に被害が生じているのかということに対する実証的な疑問  
cf. Branislav Hazucha(佐藤豊訳)「著作権、技術的転換と音楽パッケージの販売—日本の音楽産業を題材に」知的財産法政策学研究43・44号(2013～2014年)(音楽パッケージの売上は、ほぼ景気の動向と相関しており、例外的な減少時期は、メディア転換時(アナログ⇒CD等)の買い控え、有体物からダウンロードに転換することによる消費者の行動の変化(アルバム単位での購入から個別楽曲の購入へ)で説明可能)

複製に対する権利行使という発想を金科玉条のように中心に据える必要はない

著作権法の複製権中心主義の趣旨が、  
直接の利用(読書、視聴)に対する権利行使が困難であるために、  
相対的に実効的な権利行使が望まれた複製に着目した規律を設けたということであれば、

時代が変わり、技術的・社会的環境の変化に伴い、複製に着目するアプローチの合理性が失われ始めている以上、  
複製行為に着目するという桎梏から解放された新たな規律を構築することが肝要なのではないか?

# 複製機器・媒体課金制度の再生の可否

著作権者の既存の収益獲得手段(ex.複製市場)に損害が生じているか否かに関わらず、

著作物が創作されることにより恩恵を享受しているはずの機器・媒体から相応の利益を権利者に配分するという発想に転換することができるか?

⇒インセンティブ論(積極的根拠)+他者の創作という労苦に対する報奨の原理(消極的根拠)



## 分配問題

発想を転換したところで、著作権者に利益が適度に還流するのかわという問題は残る

✓音楽著作物の特殊性  
＝権利者の数に限りがあり、同質的  
→組織化しやすい  
∴集中処理に馴染む  
ex. JASRAC

他の著作物に妥当するのか？

特に多様かつ多数の著作権者が存在する文献

⇒複製市場にどの程度の損害が生じているのかということではなく、権利者にどの程度利益が還流し、どの程度インセンティブが改善するのか、ということをはっきりさせることが肝要

## 7. 構造的限界その2: 孤児著作物問題に 対する対策

## 7.1. 更新登録制度

## フェア・ユースの限界その1: 事後処理に付随する限界

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つつ、利用者に対して自らの利用について個別的にその可否を判断させるべき場合に適している

ex. 零細的利用など

しかし、

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効率的な解決とはいえない

ex. 孤児著作物問題

# 著作権法の保護の方式のデフォルト＝オプト・アウト方式

現在のデフォルト＝著作権の自動的発生と保護期間の自動延長

cf. 特許権：権利の発生と延長に手続きが必要

⇒著作権の保護を必要とする者は何ら手続きを要しない

著作権の保護を不要とする者のほうが手続きを要する(オプト・アウト方式)

⇒政策形成下でアクションをとることが容易な側に有利な法制度がデフォルトとなっている

∴ 政策形成過程のバイアスを矯正しえない

## デフォルトの変更＝オプト・イン方式

政策形成下でアクションをとることが困難な側に法制度を合わせ、政策形成下でアクションを取れる側に政策形成を動かすようにさせる

⇒政策形成過程のバイアスの矯正

ex. 一定期間経過後における著作権行使には登録を要求する制度の導入 = 米国旧著作権法下の存続期間の更新登録制度など

cf. ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『**REMIX** 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)

かりに更新登録の費用を低廉なものに止めたとしても、

権利行使に無関心の著作権者(ex.孤児著作物)の殆どが更新登録をしないから、劇的に孤児著作物問題を解決することができる

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の制度が過度の足かせとなることもない

⇒ 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

## 7.2. 拡大集中許諾制度



# 脚光を浴びる拡大集中許諾制度

孤児著作物問題の解決策として有力な候補

cf. 玉井克哉「行政処分と事務管理－孤児著作物問題の二つの解決策－」Nextcom 21号(2015年)

鈴木雄一「孤児著作物問題の解決策として  
の拡大集中許諾制度－米国著作権局の最近の提  
案をめぐって－」Nextcom 21号(2015年)

# 拡大集中許諾制度の本来の意義 アンチ・コモنز対策

デジタル・メディア等による大量複製⇒アンチ・コモنز

個別的な差止請求権の行使を認めていたのではロイヤルティ・スタッキングやホールド・アップが起きる

他方、インセンティブの問題が残るので、金銭的請求権の付与は必要

しかし、市場が失敗している以上、集中処理が望まれる

## 拡大集中許諾制度の定義

様々なものがありうるが、

アンチ・コモンズ対策という観点からみると、効果が帰属する者に対する代表の仕組みが最も肝要な特徴

この観点から法定の報酬請求権(＝法定許諾)、個別の裁定許諾と対比すると、

権利者代表・利用者代表の関与により、両者間の利用条件を他者に拡張するところが他の制度に比した場合の特徴となる

※このように分類する場合には、オプト・アウトが可能かどうかということは、拡大集中許諾制度に限らず、法定許諾においても採用可能であって、両者を区別するメルクマールたりえないことになる

# 市場の失敗理論からみた拡大集中許諾制度 何をどのように治療しているのか?

権利者と利用者間の直接の契約 ⇒ 困難

[対案1] 法定の報酬請求権 (= 法定許諾)

判断者 = 立法者 (ヴァリエーションはありうる)

判断時期 = 事前

長所: 一律処理 短所: 個別事情 (著作物や利用の特性) の反映が  
困難

[対案2] 個別の裁定許諾

判断者 = 専門機関 (ヴァリエーションはありうる)

判断時期 = 事後

長所: 個別事情の反映が可能 短所: 個別処理

[対案3] 拡大集中許諾制度

判断者 = 権利者代表 vs 利用者代表

判断時期 = 事前 → 事後

長所 = 短所: ある程度の一律処理 ある程度の個別事情の反映

## 孤児著作物問題対策としての拡大集中許諾制度の課題

孤児著作物に対するものも含めて、常に対価を支払わないし供託しなければならないとすれば、

現在の均衡(＝寛容的利用：孤児著作物は事実上利用自由となっている)

に比して、権利者を良化することなく、利用者の状況を悪化させる制度改悪となる

∴ ほとんどの権利者は現れず、対価を払わなければならない分利用が停滞する(集中処理機関を利するだけ)

⇒ 対価の支払いは、権利者が名乗りを上げることを条件とすべき

## 8. 寛容的利用による暫定的均衡と その危うさ

## 著作権法が条文どおりに遵守される世界

構造的課題があるため、著作権法が条文どおりに遵守されてしまうと

⇒日本経済が停滞する！

「この資料のなかには著作物が載っているから、コピーやPDFファイル化は御法度だ。明日からの支社への出張では、ちょっと重いけど資料の原本10冊ぐらいを手分けして持っていくことにしよう。

この資料、出張先とは別のところにも送る必要があるのだけど、添付ファイルにしてメールで送ったり、ファックスしたりしてはいけないことはもちろんだ。いずれも複製に該当するからね。コピーもできないから、原本を郵送するしかなさそうだ。」

「法務部によると、何でも、ウェブサイトにある写真や図表をコピーして社内資料として配布したり、たくさん文章を付け加えるとか、いろいろと工夫が必要らしい。そのようにしなくても、黙示の許諾とかなんとかいうもので処理できることも多いらしいのだけど、なかには変わった著作権者もいるし、ウェブサイトのほうで著作権者の許諾なくアップしている著作物もあるから、コンプライアンス、法令遵守を貫徹するためには、やはり逐一著作権の状況について確認をとっておいたほうがよいというお達しが先日来ていた(ついでに言えば、つい最近まで検索サイトもご法度だったらしいが、ようやく解禁されたらしい)。

なにせ著作権侵害は窃盗と懲役刑が同じで、罰金額は法人だと3億に達する重罪なのだから気をつけなくっちゃ。

あ、そうそう、今朝、部長から中国語の資料の翻訳を頼まれたので、いちおう法務部に確認をとったら、やっぱり著作権者を探して許諾をとらなければだめらしい。文書を作らず口頭で部長に伝えるのもだめで、なんでも翻案というものに該当するのだそう。唯一可能性があるのは、文書のアイディアなるものを抜き出してそこだけ翻訳すればよいのだそうだが、なんだか分からないから止めておこう・・・」



しかし、現実には停滞は起こっていない

むしろ、世の中は他人の著作物の無断利用で潤っている

⇒ なぜか？

# 寛容的利用(Tolerated Use)

Tim Wu, “*Tolerated Use*”, 31 Colum. J. L. & Arts 617 (2008)

寛容的利用：権利があっても実際には権利行使されないために寛容されている利用

実際には権利行使されないと人々が信じているからこそ、寛容的利用が行われる

# 寛容的利用による事実上のフェア・ユース

- ✓ 大量の企業内複製
- ✓ 同人文化における「二次創作」

## 寛容的利用による事実上のオプト・イン方式

動画サイトに日々、動画が大量にアップされ、  
notice and take down により保護を欲する権利者の著作  
物が消えていく

自炊代行業者により大量に電子ファイルが生成され、  
警告、訴訟提起により権利行使をなすことを明確化した  
者の著作物が消えていく

⇒ 事実上のオプト・イン方式が具現化している

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(=寛容的利用)、

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

その結果、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

## 起草者も寛容的利用を前提に著作権法を理解？

2009年改正47条の6 検索サイトのキャッシング・スニペット表示を適法化した2009年改正47条の6

「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、

「経済産業省」から要望があったため、

改正に踏み切ったと発言

(山下和茂/コピーライト583号 (2009年)[改正作業時の文化庁長官官房著作権課長])

著作権法の条文ばかりでなく、ほとんどの権利者が権利行使・訴訟提起しないことによって保持されている状態までもが、「著作権法」に含まれている(「日本の著作権法のことをよくご存じない・・・」)

ロビイングがない限りは改正の要なし(「大騒ぎ・・・」「経済産業省・・・」)

# 寛容的利用の脆弱性

しかし、寛容的利用に頼った均衡は、脆弱なものでしかない

➤ 刑事罰による威嚇

➤ 小学校からの著作権教育

➤ プラットフォーム(ex. プロバイダー、自炊代行業者)に対する攻撃



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、寛容的利用に頼った短期的な均衡に安住することは危険

寛容的利用は、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

構造的課題に対して、正面から取り組むか

✓フェア・ユース

✓ 更新登録制度(or 次善の策としての改良した拡張許諾制度)

せめて、寛容的利用を破壊するような制度論に警鐘を鳴らす視点を育むべき

✓ ex. プラットフォームの破壊(プロバイダー責任の過度の厳格化、自炊代行の違法化)

✓ ex. 非親告罪化

# 構造的課題という観点からみたTPPの問題点

保護期間の長期化

⇒ 孤児著作物問題を悪化させる

刑事罰の非親告罪化

⇒ 威嚇効果により寛容的利用を抑止する

構造的課題に逆行した方向の変革でしかない