



## 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/>

田村善之[(未定)]著作権研究42号掲載予定

2

## 序 著作権法の構造的課題

3

## 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

4

## 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

5

## ～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  
⇒ **零細の利用**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)

6

## ～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、数が巨大かつ国際的
- ▶ 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

7

## 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

8

## 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

9

⇒ 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

10

## 著作権法の「構造的課題」

- 零細の利用
    - ✓ 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变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

11

## 零細の利用

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

## 1. フェア・ユースの導入

13

### 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

もつとも...

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、零細の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るも、「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. 零細の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)

### 役割分担論: 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

## 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

26

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

27

2. 著作権の制限・報酬請求権・集中処理等の多様な選択肢に関する理論の構築とそれに基づいた政策決定

28

## フェア・ユースの理論からの示唆

[参考文献]

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—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究45号～(2014年～)

※以下のpptの一部は、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—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法研究会(北海道大学)発表用資料を利用した  
ご快諾をいただいたことに感謝申し上げます

変容的利用の理論  
(Leval)

- 著作権法の目的=創作へのインセンティブを付与すること → その目的に基づいた統一的なフェア・ユースの原則の提示への試み
- 著作権法がインセンティブを与えるべき創作的な活動として、変容的利用(transformative use)を重視
- フェア・ユースの判断・・・行われた利用が変容的かどうか、そして変容の程度がどのくらいかという問題に帰着する

Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990)

30

### 市場の失敗の矯正としてのフェア・ユース (Gordon)

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)

- ✓市場が失敗しており、
- ✓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、
- ✓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相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

31

### Beebeの実証的研究

- 1978年から2005年までに判例集に掲載された裁判所の意見を統計的に分析
- 変容的利用に関するCampbell最高裁判決の影響は限定的
- 「変容性(Transformativeness)」について、Campbell判決以降の119件の意見のうち、41.2%がこの原則に全く触れていない
- ただし、変容性が認定された判決においては、41件中27件でフェア・ユースを認め、商業的利用とされても変容性が認められればフェア・ユースの勝率が94.9%まで上がる → 十分な影響力
- Campbell判決の修正にも関わらず、第四の要素の判定と、フェア・ユースの成否の結論に、相関関係あり

Barton Beebe(城所岩生訳)「米国著作権法フェアユース判決(1978-2005年)の実証的研究」知的財産法政策学研究21~22号(2008~2009年)

32

### Netanelの実証的研究

- Campbell事件最高裁判決の翌年である1995年から2010年までのフェア・ユース事件の量的分析
- フェア・ユースの歴史的な変遷に着目した分析
- フェア・ユースの判例法における一貫性の欠如 ← 時の経過に伴うフェア・ユース法理の劇的な変化
- ∴ 静的な叙述ではなく、年代的に法理の発展期間ごとに分割して理解
- フェア・ユースの変化(変容的利用パラダイム)の結実=2005年以降(Beebeの研究期間後)

Neil Weinstock 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」知的財産法政策学研究43~44号(2013~2014年)

33

### もつとも・・・

- ✓変容的利用理論は、Fair Useと認められた裁判例の全てを包括的に説明できるわけではなく、Betamax事件のように一部の裁判例の説明に困難
- ✓変容すれば常にセーフというわけではなく、線引きの基準が不明確
- ∴ Fair Useの法理の統一的な説明という意味では、市場の失敗理論に軍配が上がる

34

### 市場の失敗理論の下でフェア・ユースが肯定される例

- ✓零細な利用が大量に行われ、権利者も多種多様なために取引が困難な家庭内録画の事例：Betamax事件)
- ✓著作権者自身の効用と社会的な効用が乖離しており、著作権者に自己に都合のよいもののみが許諾されかねない批評・パロディの事例 (Pretty Woman事件)
- ✓外部効果が高く、直接の利用者が当該利用に対する私的な利益を超えた利益が社会に発生するために、利用を認めたほうがよい研究・教育目的の複製の事例 (Williams & Willkins事件, Texaco判決に対する批判)

35

### 家庭内録画：Betamax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

36

## パロディ : Pretty Woman事件

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

Pretty Womanという映画主題歌のパロディ  
 最高裁は、フェア・ユースを否定した原判決を破棄  
 ∴ある特定の思想を持っている原作を揶揄するというパ  
 ロディ目的があるから、変形的利用と認めるべき

最も重要なファクターである第四の要素を考慮するに際  
 して、パロディが原作品に代替しうるかどうかという  
 ことを顧慮すべきであり、パロディの威力により原作  
 品の市場に与える影響を斟酌してはならない

⇒ 営業目的の利用をfair useと認める

## 研究目的: Williams &amp; Willkins

Williams & Willkins Co. v. United States, 487  
 F.2d 1345 (Ct.Cl. 1973), aff'd by an equally  
 divided court, 420 U.S. 376 (1975)

NIH(National Institutes of Health, 国立衛生研究  
 所)において研究者や他の図書館の求めに応じて、  
 医学の雑誌論文などを複写するというサービス  
 を行っていたところ、この行為が著作権を侵害するかど  
 うかということが問題となったという事件である。下級  
 審ではフェア・ユースに当たり得るとする判決が出た  
 が、最高裁では同数に分かれた結果、特別の説示を  
 することなく、原判決が維持された

## 研究目的 : Texaco 事件

Am. Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-932  
 (2d Cir. 1994)

石油会社Texacoの社内研究所が一部購入した雑誌を回覧さ  
 せ、所属の研究者にコピーさせていたというケース。当  
 該雑誌を発行している出版社が、コピーライト・クリアラ  
 ンス・センターつまり集中処理機関を通じたライセンス供  
 与の用意をなしていた(Williams & Willkins事件の時代には  
 なかった事情)。裁判所は、この様な市場ができていと、  
 著作権者に与える経済的な不利益を無視し得ないことを理  
 由にフェア・ユースを否定した

## 外部性による市場の失敗 : Texaco判決批判

著作権者と利用者の間で取引ができるようになったとし  
 ても、  
 本件で問題となったような研究目的による利用のように  
 外部性が高い場合には、なお市場の失敗は治癒してい  
 ない

∴Fair Useを認める必要性ははまだ失われていない  
 Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure  
 Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission  
 System*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1 (1997)

## 市場の失敗理論の下での著作権を制限する要件論

- ✓市場が失敗しており、
- ✓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、
- ✓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相当に害するものではない場合

→ 市場の失敗理論の下でも、  
 著作物の創作のインセンティブを過度に阻害する  
 場合には、Fair Useは認められない

しかし、市場が失敗していることに変わりはない

∴ 排他権を貫徹させるわけにはいかない

⇒ 何らかの対策をなすことが望まれる

## Fared Use

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

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

## 差止請求権の制限・裁定許諾・報酬請求権化・集中処理

排他権の行使を貫徹させることに問題があるが  
ex. 市場の失敗  
行為者の自由の確保  
しかし、それでもなお、インセンティブ確保等のために権利者に報いる必要がある場合に用いる

44

## 事後的な調整(差止請求権の制限・裁定許諾)

排他権を行使を否定すべき事情を事前に予測、特定することが実効的でないために、  
事後的にその行使を否定する場合に活用する

裁判所が判断⇒差止請求権の制限  
他の機関が判断⇒裁定許諾

45

## 事前の調整(報酬請求権・集中処理)

排他権を行使を否定すべき事情を事前に予測、特定することが実効的であるために、  
事前に定型的にその行使を否定する場合に活用する

補償金額に関し当事者間の契約→裁判所の判断  
⇒ex. 学校教育番組の放送等  
補償金額に関し行政の関与  
⇒ex. 教科用図書への掲載

さらに、個別の請求を認めるべきでない場合  
∴ 権利者の数が過剰  
⇒集中処理 ex. 私的録音録画補償金請求権

46

## 3. 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)

48

### 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リティ・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نز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 何をどのように治癒しているのか?

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(=寛容の利用: 孤児著作物は事実上利用自由となっている)

に比して、権利者を改良することなく、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

## 4. 更新登録制度

### 拡大集中許諾制度(事後処理)の限界

権利者が名乗りを上げることを補償金支払いの前提とする改良型を選択するとしても、いずれにせよ拡大集中許諾は、権利があることを前提に事後的に利用の可否を判断する

元来権利者が権利行使をする意思を失っている孤児著作物については、

事後的に拡大集中許諾制度等を利用させるまでもなく、事前に権利処理をする必要がないことが分かるのであれば、それがベストの解決策

## 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

57

## 5. 寛容的利用を意識した政策論の展開

58

## 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んだけど、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。」

59

「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、黙示の許諾とか何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だ。唯一可能性があるのは、文書のアイデアなるものを抜き出してそっ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よう……」

60

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?

61

### 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

62

### 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

64

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

65

### 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」に含められている(「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、脆弱なものではない

- 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

68

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

69

## 結語

70

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

71

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・法定損害賠償  
⇒ 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

72

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の利用を抑止する

構造的課題に逆行した方向の変革ではない