

著作権法における権利の在り方 ～制度論のメニュー～^{*}

早稲田大学法学学術院教授 上野 達弘[※]



I はじめに

上野でございます。CRIC月例著作権研究会にお招きいただくのは3年ぶり3回目です。講演や研究報告の機会をよくありますが、本研究会には、ほかにない特徴が2つあると思っております。

1つは、テーマ設定が完全に自由だということです。本研究会は、登壇するのが毎回1人ですし、その登壇者が自由にテーマを決めることができるわけです。

もう1つは、どのような方が聴衆としていらっしゃるか事前にわからないということです。つまり、本研究会には、決まった会員がいるわけではなく、聴衆の

方は毎回、講演者とテーマをご覧になって参加されているのだと思います。

通常、われわれが講演や研究報告をさせていただく場合、学会であれ、研究会であれ、あるいは団体や企業のセミナーであれ、どのような方が聴衆としておいでになるか大体わかります。そして、程度の差はありますが、お話しするテーマについて何らかのご依頼をいただくことが少なくありません。

しかし、本研究会の場合、登壇者が何ら制約なくテーマを決めることになります。そして、テーマ選びの時点ではどのような方が聴衆としていらっしゃるかわかりませんので、聴衆に合わせてテーマを考えるということができないのです。

そこで私は、この際、この研究会では自分がやりたいことをやらせていただくことにしました。つまり、どのような方がおいでになるか、とか、その方がどのようなご関心をお持ちか、とか、そうしたことはあまり考えないようにして、たとえすぐには実現しなくても、意味があると信じるテーマに挑戦する機会にしよう、そのように本研究会を自分の中で位置付けることにしたのです。

とは申しませんが、——これはクリエイターが作品を創作するときも同じかもしれませんが——何らの制約もない自由な状態というのは、どんなことでも可能のはずであるのに、何もないところから何かを生み出さなければならないということで、かえって大変のように思います。

^{*}本稿は、2015年3月17日開催の著作権研究会での講演原稿に、講演者が加筆・修正を加えたものである。

目次

I はじめに	2	2. 帰属問題	22
II 問題の所在	3	(1) 報酬請求権の帰属・行使の主体	22
1. 背景となる議論	4	(2) 検討	24
(1) デジタル時代の著作権	4	IV おわりに	24
(2) 著作権の正当化根拠	4	1. 1つの方向性	24
(3) 権利濫用による差止請求の制約	6	(1) 排他権（I型）でなくてもよい	24
(4) 権利侵害と刑事罰	6	(2) II型の活用	24
(5) 大量著作物等の包括的利用における 権利処理	7	(3) 中間的解決としてのII型の意義	24
2. 本講演の課題	10	(4) 具体例	25
III 権利の在り方	10	2. 課題	27
1. 性質問題	10	(1) 排他権を制約することの正当化	27
(1) 差止請求可能（I型）	11	(2) 権利を付与することの正当化	28
(2) 金銭支払請求のみ可能（II型）	11	3. おわりに	28
(3) オプトアウト可能（III型）	19	Q&A	29

本日はたくさんの方においでいただき、一体どのような話になるのだろうとお思いなのではないかと思いますが、温かい目で見守っていただければと思います。

さて、「著作権法における権利の在り方」というタイトルと、キャッチフレーズ的に「制度論のメニュー」という副題を掲げさせていただきましたように、テーマは著作権法に関する立法論です。先ほども申しましたように、私が本研究会に登場するのは3回目なのですが、これまでの2回の講演でも著作権法の立法論を行いました。

1回目は、もう8年前になりますが、2007年9月に、「日本版フェア・ユースの可能性」ということで、権利制限規定の一般規定に関する立法論的な問題提起をいたしました。これはその後、実際の議論につながり、今も続いていると思っております。

2回目は、3年前の2012年2月に、「クリエイタ指向アプローチの可能性」ということで、国際的に見たわが国著作権法の特殊性について立法論的な問題提起を行いました。このときは、私がちょうどドイツ留学から帰国したばかりのころでして、もしかすると外国かぶれだと感じられた方もおられるかもしれませんが、日本の著作権法は、外から見ますと、根本的な部分で非常に特殊なところがありますので、その中から具体的に3点を検討しました。

そのうち、日本の職務著作制度が特殊である点、そして、日本法に著作権契約法があまりにも乏しい点は、やや話が大きく、2、3年で法改正を実現できるようなテーマではないせいか、将来的に著作権法の大きな

見直しをする機会があればともかく、今のところ現実の立法的検討につながっていないかもしれません。

これに対して、日本法における権利制限規定はオール・オア・ナッシング型が多すぎるので、「権利制限&補償金請求権」の活用が検討されるべきではないかという点につきましては、確かに今日までに実際の法改正までは行われていませんが、一般の議論において、意識的か否かはともかくとして、同様の方向性が見られるようになってきたと思います。

そこで今回は、この問題を著作権法上の権利の性質という観点から、あらためて検討することにします。

II 問題の所在

今、権利の性質と申しましたけれども、著作権法上の権利は、排他権が基本とされます。

著作権にしても、著作隣接権にしても、それらの権利は、条文上、「〇〇する権利を専有する」と規定されています。ここにいう「専有する」という規定の仕方は、もっぱら知的財産法に見られるものですが、それは、当該権利者のみがある行為を排他的に行えるということ、つまり権利の排他性を意味します¹。

排他権であるということは、2つの帰結をもたらします。第1に、権利侵害があった場合、権利者は差止請求できるということです。第2に、権利者以外の者が当該行為を行うためには権利者の許諾を得る必要が

あるということです。

このような帰結は、知的財産法上の権利である著作権や特許権に広く認められているものです。しかしながら、実際には、この2つの帰結が必ずしも適合的でないと考えられる場合が増えてきたため、知的財産権の排他性を再考する議論が展開されるようになってきました。

以上のような問題設定の背景には、いくつかの議論があります。

1. 背景となる議論

(1) デジタル時代の著作権

実は、著作権の排他性に関する議論というのは、かなり以前、具体的には1990年代から「著作権の報酬請求権化」という形で見られます。

そのころ、デジタル技術およびネットワーク技術が発展し、それが一般化することによって、著作物の利用主体および利用規模が飛躍的に拡大したといわれました。つまり、それ以前であれば、出版社や放送局だけが可能であった著作物を発信するという行為が、一般私人であってもインターネットを通じて行うことができるようになったのです。中山信弘教授は、このことを「万人が出版者になる時代」と呼ばれました²。

ただ、これによって、権利者は自分の著作物がどこでどのように利用されているのかを把握することが困難になりました。他方、著作物を利用したいと考える利用者も権利者から許諾を得ることが困難になりました。これをどのように解決すべきかが問題となるわけです。

折しも1992年（平成4年）の著作権法改正によりまして、私的録音録画補償金制度が導入されましたので、このような制度の導入を、排他権としての著作権が報酬請求権化しつつあるものと理解する向きもあったわけです。そこで立場が分かれるのは、著作権の報酬請求権化というものを肯定的に捉えるのか、それとも否定的に捉えるのかという点です。この議論は、中山先生によって、パラダイム変換アプローチと技術的アプローチという2つに整理されます³。

①著作権の報酬請求権化によるパラダイム変換

第1に、著作権の報酬請求権化という傾向を肯定的に受け入れ、むしろその方向で著作権そのものをパラダイム変換することを指向する考え方があります。

中山先生によれば、「権利者が著作物の利用を監視しコントロールすることが事実上困難であれば、情報が本来有している公共財としての性格が頭をもたげてくる」ことから⁴、「著作権の性格も変質せざるをえな

い」とされます⁵。そこで、「従来のような所有権類似の法律構成をすることは妥当ではなくなるのではないかと考えられ……著作権を、所有権という純粋な私的な権利から、より公共財に近いものへと考え方を考える必要がある」として⁶、著作権を「公共的な性格」を併有する「単なる対価徴収権」として構成するというお考えが示されるわけです⁷。

このような考え方に従いますと、私的録音録画補償金制度というのは、著作権の報酬請求権化に沿うものとして、デジタル時代に適合した制度だということになるかと思います。

②技術と契約の活用による私権としての著作権

第2に、デジタル時代においても、著作権は報酬請求権化すべきではなく、技術を活用することによって、私権ないし排他的許諾権としての著作権を回復することを指向する考え方があります。

北川善太郎教授によりますと、技術の活用によって「著作権が私権であるという原点に立ち返る必要がある」とされます⁸。すなわち、技術を活用して、権利者と利用者の個別契約を促進することによって、「契約による著作権の転回」が起きるというのです⁹。そして、これを実現する著作権取引システムとして提言されていたのが「コピーマート」です¹⁰。

このような考え方に従いますと、私的録音録画補償金制度のようなものは、あくまで過渡的な「やむを得ない擬制」であり、「それが常態化すれば著作権を私権とする法制度は根本から脅かされざるをえない」として¹¹、否定的に捉えられることになります。

(2) 著作権の正当化根拠

この2つのアプローチの背景には、そもそも著作権という権利の正当化根拠について、基本的な考え方の違いがあったと考えられます。ちょうど1990年代に、著作権ないし知的財産権の正当化根拠をめぐる議論が盛んに展開され始めました。この議論は、田村善之教授によって「インセンティブ論」と「自然権論」という形で整理されていますが¹²、中山先生のパラダイム変換論は、このうちインセンティブ論と密接に関連しております。

インセンティブ論によれば、「無体物の利用行為は、物理的に自由なので、特別に法制度を設けないと利用自由である」という考えが出发点になります¹³。そのような中、知的財産権が設けられるのは、「文化の発展あるいは産業の発展のためには成果開発のインセンティブを設ける必要があるとの価値判断に立脚して」、「あくまで制度の目的に必要なから人工的に権利

を付与するにすぎない」とされます¹⁴。したがって、権利の内容も「政策的判断で制度設計しうるものであり、独占権ではなく、対価徴収権として構成することも可能である」とされるわけです¹⁵。著作権の報酬請求権化というパラダイム変換論の背景には、まさにこうした考え方があるといえます。

中山説の変化？

こうした議論がなされていた1990年代、私はまだ学生でした。学部に入學したのがちょうど1990年で、そのあと2001年に東京に来るまでの間、私は京都で勉強していたのです。

当時の私は、著作者人格権を中心に、従来の著作権法学における伝統的通説を再検討するような研究に取り組みながらも、だからといって、著作権の正当化根拠については、インセンティブ論のような新しい政策的思考になじまず、オーソドックスな考え方をとっていたように思います。それは、当時私がおりました京都大学や国際高等研究所で北川先生のコピーマートに関する研究プロジェクトに関わり、そこで受けた影響によるものかもしれません。

私が書いた最初の長い論文は、1999年に公表された著作者人格権に関するものですが¹⁶、実は、それより2年前に書いた「ECMSにおける著作権及び著作者人格権に関する一考察」という論文があります¹⁷。「ECMS」(electronic copyright management system)というのは、今はもう死語かなと思いますが、電子的著作権管理システムということで、今でいえばDRM(digital right management)に相当するものといってよいかと思います。

この論文は、電子透かしやデータベースといった技術をECMSとして活用し、著作権に関する契約を促進することによって問題に対処する考えに基づいています。つまり、著作権という権利を排他権から報酬請求権にパラダイム変換するのではなく、あくまで、権利者が自己の著作物を他人に利用させるかどうかを決定できる排他権ないし決定権を有することに意義を認め、その上で、技術を活用して契約を促進することによって問題を解決するという方向性を持っていたのです¹⁸。

学風の違いを強調しすぎるのは適切でないと思いますが、ひょっとすると、そこには、どちらかという個人を尊重する傾向のある京都大学と、どちらかという共同体の利益を尊重する傾向のある東京大学、という学風の違いを反映したものがあつたのかもしれない。

ところが、その後、それまでパラダイム変換論を提唱されていた中山先生は、私的録音録画補償金制度に

関して消極的な考え方を示され、むしろ契約の活用を主張されるようになります¹⁹。最新の体系書におきましても、「個別の課金やマイクロペイメントの技術も発展し、著作権のきめ細やかな管理が可能となると、従来のような『ラフ・ジャスティス』を正当化できなくな」るのであって、私的録音録画補償金制度は「正確な個別課金制度が実現するまでの間の過渡的な制度である」と述べておられます²⁰。これは、かつての技術的アプローチの考え方に近いように感じられます。

もちろん、1990年代と比べて技術状況が一変したので、技術的アプローチが現実的になったのだという説明も可能かもしれませんが²¹、ひょっとしたら中山先生のお考えに変化があつたのかもしれないとも思っております。

上野説の変化？

しかし、基本的に改説というものがないと自称している私も——それだけいつも一歩引いたような研究ばかりしているということかもしれませんが——、もしあつたとすればこの点については、多少の変化があつたかもしれません。

とはいえ、私が突然インセンティブ論になったというわけではありませんで、オーソドックスな権利論的立場は変わっておりません。

ここで権利論と申しますのは、権利を何かの社会的な目的を実現するための手段と捉えるのではなく、社会的な目的の実現に関わりなく尊重されるべき個人の権利と捉える考え方です。著作権法に関していいますと、人はその創作的表現に対して権利を有するのだという考え方が1つの原理として承認されることになろうかと思えます²²。そのような権利は、これを「自然権」と呼ぶかどうかはともかく、憲法上の基本権として正当化されると考えることとなります²³。

従来の議論では、自然権論や権利論に立つと、著作者に付与される財産権である著作権の性質は排他権に直結すると考えられてきたところがあるように思いますが、最近の議論ではそうではなく、たとえ著作者に付与される財産権が憲法上の基本権として正当化されるとしても、それは排他権のこともあれば報酬請求権のこともあると考えられています。

そのような考え方に基づいて、実際ドイツでは非常に幅広く報酬請求権が定められています。ドイツに留学して私が受けた刺激については、前回講演でもお話ししたところですから、本日は割愛しますが、ドイツ留学の前後で、私は、権利論に立ちながらも、著作者に付与される財産権というのは、常に排他権でなければ

ばならないわけではなく、報酬請求権として構成することも認める考えに至ったように思います。

もちろん、著作権は常に報酬請求権化すべきだというわけではなく、作者の自己決定が尊重されるべき場合もあろうかと思えますし、また、技術の活用によって契約を促進するのが適的な場合もあり得ますので、そうした点で考えが変わったわけではないと思います。ただ、報酬請求権というものを、かつてより積極的に認めるようになったといえようかと思えます。

そのような意味では、著作権の報酬請求権化という問題をめぐって、もしかすると私と中山先生でいわばサイドチェンジが起きたといえるかもしれません。

(3) 権利濫用による差止請求の制約

さて次に、最近、知的財産法一般において議論されている差止請求の制約という論点にも触れておきたいと思えます²⁴。

知的財産権は、著作権にしても特許権にしても、排他権として定められておりますので、権利侵害が行われている以上、侵害者の故意・過失を問わず、権利者は侵害者に対して差止請求できます²⁵。

特許権の場合²⁶

しかし、特許の世界でも、いわゆるFRAND宣言——すなわち、標準必須特許について、公正、合理的かつ非差別的な条件（FRAND条件）で許諾する用意がある旨の宣言——をした特許権者による差止請求を認めてよいかどうかという点をめぐって盛んな議論があります。

また、いわゆるパテントトロールが、特許発明を自ら実施しないにもかかわらず、他人から特許権を取得した上で、実施者に対して差止請求権を盾に法外なライセンス料を要求するような行為を認めてよいかどうか、といったことも問題となっております。

特許権は確かに排他権なのですが、これらの場合において、無条件に差止請求が認められてしまうと、相手方としては、すでに行った投下資本が無駄になってしまいますので、特許権者の要求がいかにも不当であっても、これに応じざるを得なくなります（ホールドアップ現象）。このような帰結は、権利者の保護として過大ではないかと指摘されているわけです。

かといって、権利侵害があるにもかかわらず、差止請求を否定し、さらに損害賠償請求まで否定することになりますと、権利者の利益が過剰に害されてしまいます。そこで、こうした場合には、損害賠償請求は認めるとしても、差止請求は制約すべきではないか、という話になるわけです。

実際のところ、2014年5月の知財高裁大合議判決は、アップル対サムスン事件におきまして、FRAND宣言をした特許権者サムスンによるアップルに対する差止請求が権利濫用に当たるとしてこれを否定する一方で²⁷、FRAND条件の下でのライセンス料に相当する額として約995万円の損害賠償請求権をサムスンが有することだけは認めました²⁸。これに従いますと、アップルは今後、サムスンにライセンス料を支払いながら当該特許発明を実施できることになるのではないかと思います。

著作権の場合

著作権についても、常に差止請求を認めてよいか問題になります。ただ、著作権に関する従来の裁判例におきましては、権利濫用を理由として差止請求が否定されるということは極めて稀です²⁹。

もっとも、例がないわけではありません。ある書籍に掲載された写真1枚について著作権侵害が認められたという事案で、「本件原写真18は、本件写真集の最終頁……に掲載された、9点の写真のうちの1つにすぎず、その掲載部分の大きさは……頁全体の大きさに比して極小さく、本件写真集の全体がB5版95頁……であるのに比して、極小さい割合を占めているにすぎないものである」等の諸事情を考慮した上で、損害賠償請求（計15万円〔複製権侵害2万5000円＋氏名表示権侵害10万円＋弁護士費用2万5000円〕）を認容する一方で、差止請求を棄却した裁判例があります^{30・31}。

この事件は、すでに発行済みの書籍に関するものですし、この判決も、差止「請求を認めるときは、被告らにおいて、既に多額の資本を投下して発行済みの本件写真集を販売等することができなくなるという重大な不利益が生じること」を考慮したものですので、いくら損害賠償請求を認容しながら差止請求を棄却した判決だからといって、被告が、将来においても損害賠償金を支払いながら当該書籍を継続的に出版できるというわけではないように思われます。

しかしながら、先ほどの知財高裁大合議判決が出たことでもありますので、たとえ事情は同じでないとしても、今後、著作権関係事件におきまして、権利濫用を理由として差止請求を否定しつつ一定の損害賠償請求のみを認めるという解決が採用される可能性はあるのではないかと考えております。

(4) 権利侵害と刑事罰

それから、これは本日の中心的課題ではありませんが、排他権の侵害に対する救済として過剰ではないかとされる問題として、刑事罰があります。

もちろん、例えば、他人の著作物をデッドコピーした海賊版DVDを大量に製造販売したような場合であれば、これに刑事罰を科すことは妥当と考えられましょう。しかし、デッドコピーではなく、他人の著作物を利用しながら新しい著作物を創作する二次創作的な行為であっても、権利者に無断で行えば基本的に著作権侵害になってしまい、著作権侵害罪の構成要件を満たすことになります。従来は、それでも権利者の黙認や起訴便宜主義によって、事実上大きな問題にならなかったとも考えられますが、ひょっとしたら最近そうした状況が変わりつつあるのかもしれない。

その1つとして指摘されるのが、いわゆるハイスコアガール事件です。これは、漫画作品「ハイスコアガール」の中で、他人が著作権を有するゲームのキャラクターを登場させたことについて、著作権法違反を理由とする刑事告訴が行われ、家宅捜索および書類送検が行われたものです。現在もこの漫画は販売停止されたままとなっています。

確かに、この漫画においては、他人の著作物であるゲームのキャラクターが無断で利用されているわけですが、それは漫画という新たな創作行為の全体における一部にすぎず、しかも、当該漫画作品のストーリーからして、当該キャラクターを用いることが不可欠だったという見方もあるようです。そうした観点から、これは著作権法上の適法引用（32条1項）等により著作権侵害に当たらないと解すべきという意見もあります³²。

ただ、ある行為がたとえ形式的には著作権侵害に当たり、かつ差止請求が認められることは妥当だとしても、刑事罰を科すことは重大で、過剰な萎縮効果を生じさせる可能性もあります。そのため、とりわけ二次創作的な行為について、刑事罰を科すことが妥当かということが問題になるわけです³³。

また、最近ではTPP（環太平洋戦略的経済連携協定）に関連して、著作権侵害罪を非親告罪にすべきかどうかとも話題になっています。

これも議論のあり得るところかと思いますが、とりわけコミケや同人誌のように、形式的には著作権侵害に当たり得るものを含む二次創作的な活動について、従来であれば、権利者の黙認によって事実上存続できたものが、もし非親告罪になると存立が困難になるという考えも見られるところです³⁴。

以上の点は、排他権を理由とする差止請求を認めてよいのかという問題提起とは異なりまして、刑事罰を科すという帰結が妥当かという問題提起ではありますが、排他権を維持した場合の権利侵害の効果ないし救済として適合的かという点で、問題意識として共通す

るかと思えます。

(5) 大量著作物等の包括的利用における権利処理

「背景となる議論」の最後としまして、大量著作物等を包括的に利用することになる場合に関する近時の議論について触れておくことにいたします。ここでも、排他権に基づく差止請求を認めることの妥当性が問題となっているように思えるからです。

「集中的契約スキーム」への期待

著作物等が排他権として定められている以上、あるサービスを行うにあたって他人の著作物等を利用することになる場合、権利者の許諾を得る必要があります。このとき権利者の許諾を得てサービスを行うのであれば問題ありませんが、権利者の許諾を得ていない著作物等の利用がある場合、それは著作権等の侵害に当たり違法だということになりますので、サービスを実施することはできないことになります。

そのような中、あるサービスが社会的に見て有用と考えられるために、権利者の許諾を得なくても実施できるようにすることが望ましいと判断される場合があります。その場合、排他権を制約する権利制限規定を設けて、そうしたサービスを実施できるようにするというのが1つの方法です。例えば、わが国著作権法にも、図書館サービスに関する権利制限規定がすでにありますし（31条）、最近の法改正でも、検索エンジンに関する規定（47条の6）やオークション等に関する規定（47条の2）が設けられてきたわけです。

ただ、このように権利制限規定を設けるというのではなく、排他権を維持したまま、権利者との許諾契約を促進することによって解決するという方法もあります。著作権政策をめぐる昨今の議論におきましては、「ライセンス体制の構築」や「集中的契約スキーム」といった形で、そうした契約スキームによる解決に期待する声が小さくないように思います。

2013年6月の知的財産政策ビジョンも、「クラウドサービスやメディア変換サービスといった新たな産業の創出や拡大を促進する全体的な法的環境の整備を図るため、著作権の権利制限規定の見直しや円滑なライセンス体制の構築などの制度の在り方について検討を行い、必要な措置を講じる」として、権利制限規定の見直しとともに「円滑なライセンス体制の構築」を掲げていました。そして、その後の文化審議会著作権分科会における著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会におきましては、多くの有識者から、「現行の著作権法の範囲を超えてしまう部分に

については、契約や事業者団体を構築することで対応すべきであり、……権利制限規定の導入はそのような対応ができない場合に考えるべき」等の意見が示されたとのことです³⁵。

議論の過程では、音楽関係3団体から、「ロッカー型クラウドサービス」とされるもの³⁶の中でも「タイプ2」と呼ばれる「プライベート・ユーザーアップロード型」とされるサービス——これはインターネット上のストレージサービスと考えてよいかと思いますが——を念頭に置いた「集中管理による契約スキーム」というものも提唱されていました^{37 38}。

また、メディア変換サービスや論文盗作検証サービスといった『「ロッカー型クラウドサービス」以外の各サービス』についても、権利制限規定の改正ではなく契約スキームに委ねる方向性が強いように見えます^{39 40}。

「集中的契約スキーム」の可能性

考えてみますと、あるサービスが大量の著作物等を利用することになる場合に、権利制限規定によって対処すべきか、それとも契約によって対処すべきか、という問題設定は、それ自体、先ほどご紹介いたしました1990年代に行われた北川・中山論争に通じるものといえます。

そして、そうした問題について、排他権を維持した上で、あくまで契約による解決を指向すべきという方向性は、北川先生や、あるいは当時の私の考え方に近いものといえます。確かに、著作権が基本的に排他権であるならば、利用者は許諾を受ける必要がありますし、そして円滑に許諾を受けるためには、可能な限り権利が集中管理されていることが望ましいというのは言うまでもありません。

そうすると、ここで問題になるのは、著作権の排他性を維持したまま集中的契約スキームで対処するという方法が、解決策として適格的かという点です。

集中的契約スキームは、少なくとも以下のような場面では効果的に機能すると考えられます。

第1に、例えば、既存のCD音源を用いた音楽配信サービスを展開する場合のように、許諾を得られたものだけをサービスの対象にする場合——いわばオプトイン方式のサービス——であれば、これに関わる権利が可能な限り幅広く集中管理されており、簡便にライセンスを得られるということが重要になります。事業者としては、そのように集中管理されている権利について効率よく許諾を得て、許諾を得た著作物等をサービスの対象にできることとなります。

第2に、例えば、動画投稿サイトを運営する場合のように、プロバイダとして場を提供するサービスを行

うという場合です。このとき、サービス提供者は自ら公衆送信等を行うわけではないと評価される限りにおいて、自分で権利者の許諾を得る必要がないと考えられます⁴¹。もちろん、ユーザが他人の著作物等を投稿する場合は、これについて権利者の許諾が必要になりますが、サービス提供者はプロバイダ責任制限法の適用を受けることができます。ですので、サービス提供者は、複数の権利管理団体から「包括的」な「許諾」を受け、投稿される著作物等のうち当該団体の管理著作物等についてはユーザに代わって権利処理を行った上で、当該団体が管理していないアウトサイダーの著作物等については、その権利者からの個別的な削除依頼があれば対応することによって、そうしたサービスを事実上オプトアウト方式で展開できることとなります。この場合も、集中的契約スキームというのは有効に機能すると考えられます。

したがって、そのようなサービスについては、ライセンス体制の構築というものが、その発展に大きく寄与すると思います。

「集中的契約スキーム」の限界

しかしながら、集中的契約スキームやライセンス体制の構築という方法が、必ずしも適格的でない場合があるように思います。

先ほど述べたように、サービス提供者がプロバイダにすぎない場合であればよいのですが、そうではなく、サービス提供者が行為主体となる場合は、当然のことながら著作物等の利用について自ら権利者の許諾を得る必要があります。

また、サービスによっては、どの著作物等が利用されるか不確定なものがありますので、そのような場合は、権利者の許諾を得た著作物等を対象にするオプトイン方式のサービスを展開することが難しいように思います。

例えば、図書館による複写サービスであるとか、教育機関による複製といったものが、基本的にこれに当たるかと思います。この場合は、図書館や教育機関が複製の主体ですので、もし排他権としての著作権を維持するならば、図書館や教育機関が権利者から許諾を得る必要があるわけですが、そこで複製の対象となる著作物等は不確定かつ大量ですので、いくら集中的契約スキームを整備するといっても、外国を含めたすべての権利者から事前に許諾を得ておくことは困難と思われる。だからこそ、現状においてもそうしたサービスについて権利制限規定が設けられていると説明できます。

同じことは、例えば、メディア変換、自炊代行業、

あるいはクラウドストレージといったサービスにも言えるのではないかと思います。

メディア変換サービスに関して申しますと、例えば、過去に自宅でテレビ番組を録画したVHSのビデオがあるけれども、もはやVHSのプレーヤーはないし、しかし今後も視聴できる形で保存したいという場合、これをDVDにコピーしてくれるサービスがあれば社会的に有用と考えられます。もっとも、このようなメディア変換サービスを行おうとしますと、持ち込まれるテレビ番組には、映画、音楽、脚本、実演、レコード、放送といった、不特定かつ大量の著作物等が含まれますので、複製の主体であるサービス提供者が、そのすべての権利者から許諾を得る必要があります。

この場合に、集中的契約スキームによって解決できるかという点と、たとえ音楽関連の複数団体が集中できたとして、さらには他の権利者団体も参加して、メディア変換サービス事業者がそうした諸団体から「包括許諾」を得られるようになったとしても、それは、当該団体が管理している権利のレパトリーの範囲内で適法になるだけであって、当該団体によってカバーされていない著作物等や権利については、——それは原著物や外国の権利を含めて多数あり得ると考えられますが——、無許諾のまま残るということとなります。

ちなみに、「包括許諾」という言葉は、多くの場合、ある権利管理団体のレパトリーのすべてが「包括的」に許諾の対象になるという意味にすぎないのですが、一般の議論を聞いておきますと、「包括許諾」というと、事業者による利用の対象がすべて許諾されるものと誤解されているように感じるのが時々あります。ですので、一部の団体から「包括許諾」を受けても、それで当該サービス全体が適法になるとは限らないわけです。

確かに、集中的契約スキームによって許諾を受ければ、それがたとえ一部分にすぎないものであっても、その一部分が適法になるという限りでは実務的な意味があるのだというご意見もあろうかとは思いますが。しかし、無許諾部分が残る、その利用行為を事業者が主体的に行っているという以上、その部分は著作権等侵害行為を自ら行っていることとなります。これではサービスを適法化したことにはなりません。あとは事業者のOWN・リスクでやればよい、といっても、それでは問題の解決になっていないのではないかと私は思います。

集中的契約スキームは、——先ほど見た「タイプ2」と呼ばれるストレージサービスをめぐって行われた議論もそうかと思いますが——、あるサービスが解釈上

適法になるかどうか明確でない場合に、法改正や裁判所の判断によらずに幅広い利害関係者の話し合いによる解決を志向する点に意義があるとされることがあります。しかし、事業者にとっては、そうした集中的契約スキームに参加して本来不要かもしれない「許諾」を一部の権利者から受けてしまうと、むしろアウトサイダーについて違法であることを自認するようなことになりかねませんので、やはりサービスを適法化するという目的は達成されないように思います⁴²。

同じことは、いわゆる自炊代行業にも当てはまります。

ご存じのとおり、自炊代行業については、その是非をめぐって議論があるところかと思いますが、自炊代行業に何らかの社会的意義を認め、一定の条件の下、適法に事業を行えるようにすべきではないかという考えもあるところです。

実際のところ、自炊代行業が権利者に一定の対価を支払えば適法に事業を行えるようにすることを目指して、2013年ごろ、権利者団体等を集めて自炊代行業者に対して許諾を与える集中的契約スキームを構築しようとする動きがありました⁴³。

もちろん、そもそも自炊代行業を存続させる必要があるのかということ自体、賛否両論あるところかと思いますが、もし一定の条件で適法になるべきと考えるのであれば、問題は、そのことを集中的契約スキームによって実現することは可能なかという点にあります。

と申しますのも、自炊代行業においては、大量の著作物が複製等されるわけですが、あくまでユーザが持ち込んだ書籍等を対象にする以上、どの著作物が対象になるか事前に確定できません。また、書籍というのは、確かに他のコンテンツに比べると権利関係がシンプルといえますが、それでも、1冊の書籍には、写真やイラストなど多数の著作物が含まれ得るものであり、また、元になる原著物が存在する場合がありますので、1冊の書籍を複製等するだけでも、多数の権利処理が必要な場合が多いと考えられます。

そして、わが国の出版実務上、著者から出版社への著作権譲渡が行われない場合も多いため、複製権や公衆送信権といった権利が個別の著者に帰属している場合も少なくないと考えられます。書籍の著者というのは、CDの作曲家などとは違って、職業的でない著者も含めて世の中に極めて多数おります。日本文藝家協会のような団体に属している著者もおられますが、職業的でない著者はもちろん、職業的な著者であっても、団体に属しないアウトサイダー著者がむしろ多いと考えられます。さらに、原作者など、外国に権利者がい

場合もあります。そもそも、自炊代行業において行われる複製、公衆送信、譲渡といった行為に関する権利が、団体によって管理されているのかどうかも問題となります。

そのような中、仮に、国内の著作権団体や出版社が複数参加し、自炊代行業者に「包括許諾」を与えたとしましても、実際には、自炊代行業者による著作物の複製等の一部が適法化されるにすぎず、それ以外は無許諾違法のままにならざるを得ないのではないかと思います。

これについては、集中的契約スキームはアウトサイダーを蔑ろにしているわけではなく、一部の権利者団体と事業者団体で合意した条件は、アウトサイダーの著作物等にも適用し、権利者の申出があればサービス対象から除外するオプトアウトの対応をとるから、アウトサイダーに不利益ではないという考えもあり得ようかと思えます。

しかし、後に触れる拡大集中許諾（ECL）のようなものが法制度として日本に存在するわけでもありませんので、権利管理団体が許諾を与えることができるのは自己のレパトリーに限られ、それ以外のアウトサイダーの権利についてまで許諾を出すことはできません。したがって、自炊代行業者としましては、集中的許諾スキームによって「包括許諾」を得たと思っても、それ以外のアウトサイダーの権利については無許諾のまま違法状態が続くことになります。

もちろん、自炊代行業は解釈論上適法だという考えもありますが、そうであれば権利者の許諾を得る必要はありませんので、一部の権利者から「許諾」を得てしまうと、かえってアウトサイダーについて無許諾違法であることを自認することになりかねません。

結局のところ、自炊代行業を適法に実施できるようにしたいと思っても、排他権としての著作権を維持したまま集中的契約スキームによるという方法では、その目的を達成できないと思います。

2. 本講演の課題

以上のように、近時の議論では、あるサービスを適法に行えるようにするための手段として、法改正による権利制限よりも、「集中的契約スキーム」「円滑なライセンス体制の構築」に期待する声がしばしば聞かれますが、そうした方法が適格的でない場合が少なからずあるように思えます。そのような場合に、集中的契約スキームの構築に委ねて、その範囲を広める努力をいくら続けても、結局サービス全体を適法にすることはできず、それでは理論的にも実務的にも問題の解決にならないのではないかと私は思います。

そこでもし、あるサービスを、一定の金銭を支払えば適法に行えるようにすべきだというのであれば、その手段としては、集中的契約スキームではなく、権利制限によって排他権を制約して報酬（補償金）請求権のみ認めるとというのが適格的である場合があるように思えます。

こうした問題意識は、国内外における最近の議論にも広く見受けられます。

来る2015年6月6日～7日に、工業所有権法学会の設立40周年を記念して、著作権法学会と合同で2日間の研究大会を行うことになっております。ここでは、産業財産権法と著作権法の両者にまたがるテーマを取り上げることになっておりますが、2日目には「知的財産権の本質と救済」というタイトルでシンポジウムが行われることになっております。ここでも、知的財産権の排他性や、救済としての差止請求の是非といった論点を素材として、知的財産権とはどのような性質の権利であるべきなのかという問題が議論される予定です。

また、その直後ですが、6月18日から20日まで、著作権法に関する国際学会であるALAIの年次大会が開かれます⁴⁴。ALAIは毎年さまざまな都市で研究大会を開いておりますが、今年はドイツのボンで開かれることになっています。

ドイツの現行著作権法が成立したのが1965年ですので、今年は現行ドイツ著作権法50周年ということになります。そして、50年前にドイツ著作権法が成立した当時の首都ボンで研究大会を行うというわけです。そのテーマが「Remuneration for the Use of Works : Exclusivity vs. Other Approaches」というものです。ミュンヘンのマックスプランク研究所の所長であるヒルティ教授（Reto M. Hilty）がボン大会の責任者であり、ヒルティ先生自身のご意向もあって、著作権の排他性と報酬請求権について議論されることになったようです。

本日の講演もこうした内外の議論につながるものですが、以下では、そうした問題を「性質の問題」という観点から検討することに加えて、「権利の帰属」という点にも触れたいと思っております。

Ⅲ 権利の在り方

1. 性質問題

では、著作権法上の権利の性質について、3つのモデルに整理して考えてみたいと思います。

(1) 差止請求可能 (I型)

まず、排他権として定めることによって、差止請求できるという状況があります。

この場合、権利侵害があれば、その効果として差止請求が認められます(著作権法112条)。また、故意過失や損害があれば不法行為を理由とする損害賠償請求が認められますし(民法709条)、不当利得を理由とする返還請求もあり得ます(同法703条以下)。さらに、権利侵害の効果として著作権侵害罪の刑事罰が科されることもあります(著作権法119条)。そのため、I型の場合、著作物等を利用したいと考える利用者は、そうした責任を負わないように、あらかじめ権利者から許諾を受けなければならないこととなります。

このI型が、とかく著作権法の原則だとされるのですが、この場合は、先ほどまで述べてきたような問題が生じます。まとめると以下の2点です。

第1に、I型においては、権利侵害に対する差止請求が認められることとなりますが、そのような帰結は救済として過剰な場合があるという点です。

第2に、I型においては、利用者は、自己が行う著作物等の利用すべてについて権利者の許諾を受けなければならないこととなりますが、そのような帰結は必ずしも妥当でない場合があるという点です。

そこで、そうした場合には、著作権等の排他性を制約する必要があります。ただ、だからといって、ある利用行為やサービスに関して、権利制限規定を設けて完全自由にしてしまうと、権利者はこれに対して差止請求できないというだけではなく、報酬や利益分配を受けることさえできなくなってしまいます。このように、権利がある場合は完全な排他権があり、排他権がない場合は完全自由になるという、オール・オア・ナッシングの状況になってしまうのです。日本の著作権法には、こうした規定が多いように思うのです。

(2) 金銭支払請求のみ可能 (II型)

①権利の在り方

そこで次に、II型として、権利者は差止請求できないが、一定の金銭支払請求だけはできるという状況が考えられます。このような状況は、さまざまな形で実現されます。

(a) 排他権+権利制限&補償金請求権

第1に、排他権は付与するが、一定の要件の下でこれを制限し、それとともに補償金請求権ないし報酬請求権という形で一定の金銭支払請求権を付与するというものです。これは「法定許諾」(statutory license)とも呼ばれます⁴⁵。

ドイツを中心とするヨーロッパ大陸法系の著作権法は、権利保護が強いというイメージをお持ちの方もいらっしゃるのではないかと思います。実際には、広範な権利制限規定が設けられている代わりに、報酬請求権(日本法でいう補償金請求権)が広く設けられております⁴⁶。そこで、ドイツ法を例にとりていくつか具体例を紹介いたします⁴⁷。

ドイツ法における[権利制限&報酬請求権]

1つ目に、ドイツ法53a条[注文を受けてする複写物送付]です⁴⁸。これは、公共図書館が、一定の条件下、利用者のために図書館資料を複製して郵送したり、FAXやメールで送信したりできるという規定です⁴⁹。ただ、同条2項は「この複製と送達の行為に関しては、著作者に対して相当なる報酬が支払われるものとする」と規定されていますので、権利者は「相当なる報酬」(eine angemessene Vergütung)を受領できることになっています。

これに対して、日本法によれば、図書館等における利用者のための複製物の提供は、あくまで紙等に複製したものを利用者に交付したり郵送したりすることに限って権利制限が定められております(31条1項1号、47条の10本文)。したがって、例えば、送料を節約するために、あるいはペーパーレスの観点から、FAXやメールで送ることは許容されておられません。

日本でも以前から、図書館による複製物提供サービスに関して、郵送のみならずFAXやメールによるものも含めるべきではないかという議論がありますが、今のところ実現できておりません。

その結果、図書館がそうしたサービスを行うためには権利者の許諾を得る必要がありますが、許諾を受けるのは困難ですので、実際には、そういうサービスは行われません。

他方、図書館が利用者のために複製すること自体や、複製物を郵送することは、日本法の場合、無許諾無償の完全自由ですから、いくら行われても権利者には何ら金銭が支払われません。

2つ目に、ドイツ法45a条です。これは障害者のために行われる一定の著作物の複製および頒布を許容する規定ですが、同条2項は、小部数の場合を除き、「この複製および頒布については、著作者に相当なる報酬が支払われるものとする」と規定しています。

具体的内容はドイツ法と若干異なりますが、日本法にも、視覚障害者等のための複製等(37条)や聴覚障害者等のための複製等(37条の2)の規定があります。ただ、日本法は、そうした障害者のための複製等について権利制限した結果、無許諾無償の完全自由になっ

ております。

3つ目に、ドイツ法46条「教会、学校または授業の用に供するための編集物」です。これは、教育機関等における授業等の用に供する編集物の要素としての著作物の複製、頒布、公衆提供を許容する規定です。そして、同条4項が、「第1項及び第2項に基づき許される利用については、著作者に相当なる報酬を支払うものとする」と規定していきまして、やはり報酬請求権を付与しております。

日本法にも、教科用図書等への掲載に関する規定があり、これについては日本でも単なる権利制限ではなく、補償金請求権を付与しております（33条2項）。したがって、その点では似ているといえますが、ドイツ法の場合、例えば、日本法にいう自動公衆送信も許容されているなど、権利制限の対象が広いところがあります。この点は、わが国における教育の情報化に対応した著作権制度の見直しに向けて参考になるかと思えます。

4つ目に、ドイツ法49条「新聞記事および放送解説」です。これは、日本法でいえば時事問題に関する論説の転載等に関する39条の規定に相当します。これも日本では無許諾無償の完全自由で、補償金請求権は付与されていませんが、ドイツ法では、一定の例外を除いて「この複製、頒布及び公衆への再生については、著作者に相当なる報酬を支払うものとする」と規定されています（49条1項2文）。

5つ目に、日本法38条1項が定めているような非営利無料の演奏等は、日本では無許諾無償の完全自由で、補償金請求権は付与されていませんが、ドイツ法では、一定の例外を除いて「この再生に対しては、相当なる報酬を支払うものとする」と規定されています（52条1項2文）。

6つ目に、ドイツ法52a条「授業および研究のための公衆提供」です。これは、教育機関等による授業における公衆提供や学術研究の目的での公衆提供に関する制限規定です。

日本法にも、教育機関等における複製等に関しては権利制限規定がありますが（35条）、これも無許諾無償の完全自由で補償金請求権は付与されていません。ドイツ法では、これについても「相当なる報酬を支払うものとする」と規定されているわけです（52a条4項1文）。

7つ目に、ドイツ法52b条「公共の図書館、博物館および記録保存所の閲覧用電子端末における著作物の再生」です。これは、図書館等においてPC等の閲覧用電子端末を用いて利用者に見せる等のサービスに関する規定ですが、ここでも「この提供行為に対

しては、相当なる報酬が支払われるものとする」と規定されています（同条2文）⁵⁰。

日本法の場合、図書館内における資料の上映等については、非営利無料の上映に関する制限規定（38条1項）や、同一構内の送信が公衆送信に当たらないとする規定（2条1項7号の2括弧書）によって著作権の対象にならないものと考えられますので⁵¹、結果として、無許諾無償の完全自由となっております。

8つ目に、ドイツ法では、私的使用または自己使用のための複製に関しましては、これを許容する一方で（53条）、そのために用いられる複製機器等の製造者等に対する報酬請求権が広く定められているのはよく知られております（54条以下）⁵²。

このように、ドイツ法は、日本法と比べますと、報酬請求権の対象が広いわけですが、その代わりに権利制限も基本的に広いといえます。逆に言うと、報酬請求権が付与されるのだから、権利制限を拡大してさまざまなサービスを実施できるようにしやすい環境にあるともいえます。

もちろん、ドイツ法にも、報酬請求権を定めず、無許諾無償の完全自由とする規定もあります。例えば、引用（51条）、一時的複製（44a条）、公開の演説陳述（48条）、時事の事件の報道（50条）、美術等の展示等に伴う利用（58条）、公開の美術等の利用（59条）といった規定です。これについては、日本法にもそれぞれ似たような規定がありますが（32条1項、47条の5、47条の8、40条、41条、47条、46条）、日本でもドイツでも無許諾無償の完全自由で、補償金（報酬）請求権も付与されていません。

ただ、ドイツでは、著作者にはその著作物の利用について常に相当な利益分配を受ける権利があるのだという利益分配原則（Beteiligungsprinzip）の考え方が基礎にあります⁵³。そのため、無許諾無償の完全自由の規定を定めることは、そうした著作者の権利を奪ってしまうこととなりますので、特別に高い公益が認められない限り、そのような規定は正当化できないと考えられているようです⁵⁴。ドイツ著作権法に、権利制限に伴う報酬請求権が広く認められている背景には、そのような根本思想があると考えられます。

日本法における「権利制限&補償金請求権」

ただ、日本法にも「権利制限&補償金請求権」という規定はあります。つまり、著作権制限規定の中に、利用者は「補償金を著作者者に支払わなければならない」とするような規定が設けられているものがあるのです。このような支払義務は、権利制限の要件ではありませんから、たとえ利用者が補償金を支払わなくて

も、権利者は利用者の利用行為をやめさせることができませんが、補償金の支払請求はできることとなります。

ご存じのように、日本法上の私的録音録画補償金制度も、私的複製のうちデジタル録音録画の一部について、複製権を制限した上で補償金請求権を定めたものですから、その1つといえます(30条2項)。

ほかにも、教科用図書等への掲載(33条2項)、教科用拡大図書等の作成のための複製等(33条の2第2項)、学校教育番組の放送等(34条2項)、営利目的で行われる試験問題としての複製等(36条2項)、視聴覚ライブラリー等における映画の貸与(38条5項)について、著作権の権利制限に伴う補償金請求権が定められております。

これらの多くは、私的録音録画補償金制度よりも古くから著作権法に存在するもので、これも「補償金制度」と呼ぶことは可能のはずです。しかし、実際には、私的録音録画補償金制度が激しい議論を巻き起こしているせいか、「補償金制度」とか「補償金請求権」とかいうと私的録音録画補償金制度のみを想起する方が多いのではないのでしょうか。むしろ私的録音録画補償金制度は、その徴収方法等(例：特例としての一括払い方式[104条の4]、製造業者等の協力義務[104条の5])からして「権利制限&補償金請求権」としては特殊なものというべきではないかと思えます⁵⁵。

このように日本法にも「権利制限&補償金請求権」という規定があることは、より認識されて然るべきかと思えます。ただ、それでもドイツ法と比較すると、日本法上のそれは非常に限定的です。それ以外の権利制限規定は、単に権利を制限するだけで、補償金請求権を定めておりませんので、無許諾無償の完全自由になります。その結果、日本の著作権法はオール・オア・ナッシングの規定が多いということになるのです。

さて、このように「権利制限&補償金請求権」が、Ⅱ型を実現する1つの方法ですが、Ⅱ型を実現する方法はほかにもあります。

(b) 報酬請求権

第2に、排他権を付与せずに、報酬請求権という形で金銭支払請求権を付与する方法があります。ここにいる報酬請求権というのは、契約に基づく請求権ではありませんので、「法定報酬請求権」とも呼ばれます。実質的に見れば、先ほど見た「排他権+権利制限&補償金請求権」という方法と大きな違いはありません。

日本法における報酬請求権

このような意味での報酬請求権は、隣接権制度の中

ですが、日本の著作権法にもあります。

例えば、商業用レコードの放送等に関する二次使用料請求権が、実演家およびレコード製作者に付与されています(95条1項、97条1項)。ここでは「二次使用料」という言葉が用いられておりますが、それは報酬請求権の1つといえます。したがって、実演家が収録された市販CDを放送事業者が放送で流す場合、実演家やレコード製作者はこれに対する排他権を有しないのですが、二次使用料請求権という形で金銭支払請求ができることとなります。

また、期間経過後商業用レコードの貸与に関する報酬請求権も、実演家およびレコード製作者に付与されています(95条の3第3項、97条の3第3項)。こちらでは「報酬」という言葉が用いられておりますが、これも報酬請求権の1つといえます。

公貸権

日本では、このように著作隣接権者の権利として報酬(二次使用料)請求権が定められていますが、諸外国では、作者の権利としても報酬請求権を付与している立法例があります。

例えば、公貸権です。図書館が利用者に資料を貸与するという(公貸)は、日本法の場合、形式的には貸与権(26条の3)の対象になりますが、権利制限によって無許諾無償の完全自由とされています(38条4項)。したがって、ある小説家が創作した小説が図書館でいくら貸与されても、これについて報酬を受ける権利はないわけです。

これに対して、ドイツ法27条2項など、諸外国には、図書館による貸与については排他権が付与されず、その代わりに、報酬請求権を付与する立法例が見られます⁵⁶。これは報酬請求権ですので、図書館における非営利かつ無料の貸出に対して、権利者は差止請求を行うことはできませんが、一定の報酬を受けられることとなります。

追及権

また、追及権もあります。追及権は、美術の著作物の作者が、その原作品の転売に際して利益分配を受けることができる権利です⁵⁷。これも報酬請求権ですので、権利者は自己の原作品の転売をやめさせることはできませんが、一定の報酬は請求できます。ドイツ法も26条として追及権を定めておりますが、ヨーロッパでは、追及権を付与することは欧州指令上の義務になっています⁵⁸。

これに対して、日本法には追及権が定められておりません。したがって、例えば、ある画家や彫刻家が自

ら制作した原作品を譲渡してしまうと、それが事後的に極めて高額で取引されたとしても、著作者には何らの利益分配もされません。

ただ、わが国でも現行法成立前から追及権に関する議論はありまして、勝本正晃先生が昭和23年(1948年)に公表された「著作権法改正試案」というものの中にも出てまいります。

このころ何があったかと申しますと、当時の文部省が将来の著作権法改正を展望して、昭和23年1月に、勝本先生と城戸芳彦先生という著名な研究者に調査研究を委嘱したのです。今でいう「著作権リフォーム」みたいなものですね。

実際に著作権法の全面改正が実現するのは昭和45年で、そのための本格的な検討として著作権制度審議会への諮問が行われたのが昭和37年ですので、昭和23年というのは、かなり前の段階です。ただ、そのころ、旧著作権法というのはすでにかかなり古い法律でありました。つまり、旧著作権法は明治32年に制定されたものですから、文部省が勝本先生に調査研究を委嘱した昭和23年の時点で、すでに旧法制定から50年近く経っていたわけですね。

ちなみに、現行著作権法は昭和45年に成立しておりますので、現時点で制定から45年近く経っております。旧法のときも、勝本先生による改正試案が作成されてから、実際の改正までに20年くらいかかっておりますので、そのような意味では、現行法も20年後の大きな改正を見据えて、そろそろ根本的な再検討を行う機会があってもよいのかもしれないですね。

さて、勝本先生は、昭和23年1月に文部省から委嘱されまして、当初は同年3月末日までに報告書を出してほしいという、かなり厳しいご依頼だったようですが、最終的には同年5月ごろに報告書が完成し、翌年には書籍の形で出版されています⁵⁹。この改正試案には、諸外国の立法例や学問的な知見を踏まえた興味深い規定が多数見られ、現代の我々が著作権法の制度論を模索する上でも大変参考になるものです。まさにその1つが追及権に当たる「美術配当権」だったので(65条)⁶⁰。

(c) 有償公有制度

第3に、有償公有制度があります。有償公有制度(domaine public payant)というのは、保護期間の満了によって著作権が消滅した著作物について、一定の使用料を支払わなければならないとする制度です⁶¹。イギリス法も、かつて有償公有制度を採用していたことがあります⁶²。

ドイツ著作権法の立法過程においても、1962年3月

23日に公表された政府法案が、「著作者遺族報酬」(Urhebernachfolgevergütung)と名付けられた有償公有制度を提案していました(73条～79条)⁶³。

これによりますと、保護期間満了により著作権保護を受けない著作物を公に演奏する場合やその複製物を業として頒布する場合は、「著作者基金」に報酬(著作者遺族報酬)を支払わなければなりません(73条1項)。報酬の額は、著作権が存続していたとしたならば相当と認められるライセンス料の10パーセント(76条1項1文)、あるいは複製物の頒布の場合は小売価格の1パーセントとされておりました(同項2文)。徴収された著作者遺族報酬は、功績のあった著作者に対する恩給、その遺族に対する必要な援助、あるいは才能ある著作者の支援のために利用されるということで(78条1項)、公益的な支出が予定されていたようです。ただドイツでも、結局、有償公有制度は導入されず、その代わりに保護期間が著作者の死後70年に延長されました。

この有償公有制度は、わが国における立法論の歴史においてもときどき顔を出しております⁶⁴、先ほどの勝本先生の改正試案の中にも出てまいります。ここでは、「著作財産権は著作者生存中及びその死亡の年の翌年より起算して五十年間存続する」としながら、「但し初めの三十年間は専属的に本法によつて保護せられ(専属保護期間)、後の二十年間は一定の償金を支拂うときは何人でも自由に利用することができる(有償公有期間)」と規定され(24条1項)、そして、「著作財産権の有償公有期間中は、著作物について定價を付けて複製販布する者(発行者)は、定價と出版部数の積の割に相当する報償金を著作権調査局に納付することを要する」(25条1項前段)などと規定されています⁶⁵。

これによりますと、著作者の死後30年経過後の著作権は報酬請求権になります。そして、それは「出版者をして一割の印税を報償金として納付せしめ、五分は著作権者に、他の五分は文化基金に繰り入れる」と説明されているように⁶⁶、有償公有制度によって徴収された金銭は、少なくとも一部が文化政策に用いられることが想定されておりました。

その後、有償公有制度は、現行著作権法への全面改正の際にも検討され、著作権制度審議会答申説明書(昭和41年)においても「文化的見地からは検討に値いする」とされたものの、「将来の課題としてなお検討すべきこととした」とされ⁶⁷、代わりに保護期間が著作者の死後30年から死後50年に延長されたわけですね。

ただ、最近でも、有償公有制度を支持する見解があります⁶⁸。例えば、もしTPP関連で保護期間を延長す

ることになりました場合には、——その義務内容次第ではありますが——1つの選択肢として延長分の20年間について有償公有制度を採用するという方法もあり得ようかと思えます。

いずれにしても、有償公有制度というのは、権利者に差止請求を認めず、金銭支払請求権のみを付与するものとして、Ⅱ型の1つに位置づけられます。

(d) 排他権+強制許諾

第4に、排他権を付与しつつ、併せて強制許諾を行うという方法があります。強制許諾 (compulsory license) とは、一定の場合に利用者の求めに応じて国等が権利者に代わって許諾を与えるものです⁶⁹。利用者の申出が必要な点で「法定許諾」と区別されます⁷⁰。

強制許諾が行われますと、権利者は利用者に対して対価を請求できるだけで、差止請求はできないこととなりますので、これによれば、強制許諾もⅡ型に当たるといふこととなります。

日本の著作権法は、権利者不明等の場合 (67条)、著作物の放送 (68条)、商業用レコードへの録音等 (69条) という3つの場合を対象とした裁定制度を有しておりまして、これは強制許諾制度に当たると考えるのが一般的です⁷¹。

このうち、権利者不明等の場合における裁定制度は、いわゆる孤児著作物の利用円滑化のための制度です。孤児著作物対策は、諸外国でも課題になっていますが、日本の裁定制度は非常に広範なものといえます。つまり、その対象について限定がなく、あらゆる著作物および著作隣接権の対象が含まれますし、利用主体についても限定がなく、営利企業も含まれますし、利用行為についても限定がなく、二次創作的な行為も含まれます。かねてから運用上の問題が指摘されてきましたが、近時の見直しによってかなり便利な制度になっていると思えます⁷²。

この67条は、あくまで権利者と「連絡することができない」場合の規定でありまして、連絡可能な権利者に対して強制的に許諾させるというものではありません。これに対して、著作物の放送 (68条) および商業用レコードへの録音等 (69条) に関する裁定制度は、権利者と連絡可能であるにもかかわらず、公益的観点から、文化庁長官が強制許諾としての裁定を行うことを認める規定ですから、実際の例はないようですが、こちらは著作権等の排他性をさらに制約するものといえます。

このような [排他権+強制許諾] というものは、国等に対して、利用者が強制許諾を求める手続を行うことを要し、また、強制許諾のためには補償金の支払な



いし供託が必要となる点で、これをどのように位置づけるべきか難しいところもありますが、強制許諾によって、権利者は金銭的な補償を得るだけで、利用者に対して差止請求を行うことができないという点では、Ⅱ型の1つといえようかと思えます⁷³。なお、強制許諾については、権利制限規定とは別に条約上の制約が問題になり得るため⁷⁴、その点は検討を要しますが、制度論におけるメニューになり得ます。

(e) 排他権+権利濫用による差止請求棄却

第5に、[排他権+権利濫用] というものがあります。これは解釈論ではありますが、排他権を付与した上で、権利濫用を理由として差止請求のみ棄却し、結果として金銭支払請求のみを認めるものです。

実際のところ、先ほどご紹介しましたように、アップル対サムスン事件の知財高裁大合議判決は、一定の要件の下、こうした帰結を実現したものと理解できます。

もちろん、権利濫用の濫用は避けるべきだとも考えられますし、実際にも、著作権法に関する従来の裁判例において、権利濫用の抗弁を認めたものは稀です。しかし今回、知財高裁の大合議判決が、特許権に関するものではありませんが、差止請求に限って権利濫用の抗弁を認めましたので、これによって著作権法の世界でも、一般論として権利濫用を認める可能性が高まるのではないかという見方もあり得ようかと思えます。

確かに、アップル対サムスン事件は、あくまで特許権者が公正かつ合理的なFRAND条件で許諾する用意がある旨の宣言を行ったという事案です。そして、同判決は、「FRAND条件によるライセンスを受ける意思を有する者に対し、FRAND宣言をしている者による特許権に基づく差止請求権の行使を許すことは、相

当ではない」としながらも、「FRAND条件によるライセンスを受ける意思を有しない場合には、かかる者に対する差止めは許される」と判示したものです。その意味では、同判決が権利濫用を理由として差止請求を否定したといいますが、それは権利者がいわば許諾を約束していたという場合に限られ、そのような意思を表明していない権利者について判断したものではないとも考えられます。したがって、この判決のような帰結を直ちにⅡ型に位置づけることができるかどうかは、検討の余地もあろうかと思えます。

ただ、同判決の帰結にのみ着目すれば、権利濫用を理由として差止請求のみ否定し、損害賠償請求のみを認めたとするわけですので、このことによって、一般論として、同様の帰結が採用される可能性が高まったとみる余地はあるのではないかと考えております。

例えば、先ほどご紹介したハイスコアガール事件やパロディ問題のように、二次創作的な表現行為が行われたという場合に、その表現の自由とのバランスを考慮すると、たとえ著作権が排他権であるとしても、常に権利者による差止請求を認めてしまってもよいのかということが問題となります。

もちろん、その結論自体、すでに賛否両論があるところで、「ハイスコアガール」という漫画が他人の著作物であるゲームのキャラクターを一部使用している以上、差止請求が認められて然るべきだという考えもあり得ますし、他方では、差止請求も損害賠償請求も否定されるべきだという考えもあり得ようかと思えます。ただ、確かに差止請求が認められるというのは過剰だけれども、だからといって無料でやってよいというのも過剰ではないか、という観点から、損害賠償請求だけは認められて然るべきではないかという考えも有力だろうと思えます。もしそのような解釈が可能であれば、「ハイスコアガール」の著者は、今後も対価を支払ってその出版を継続できるということになります。

この点、そうした二次創作的な行為について、何らかの意味でのフェア・ユースに当たるとか、あるいは著作権法上の引用（32条1項）に当たるとする考えもあろうかと思えます⁷⁵。しかし、既存の権利制限に当たるとしてしまいますと、完全に適法になってしまいますので、差止請求が認められないというだけでなく、権利者はそうした著作物の利用について報酬を受けることもできなくなってしまいます⁷⁶。

したがって、もし結論として、何らかのパロディや二次創作が、一定の対価支払と引きかえに許容されるべきだというのであれば、——確かに、刑事罰の点については検討を要する点が残るとしても——、これを

実現する手段の1つとして、権利濫用によって差止請求を棄却し、損害賠償請求のみ認めるという方法がⅡ型の1つの方法として選択肢になり得るのではないかと思います⁷⁷。

(f) 排他権なし+不法行為法による救済

第6に、排他権は付与しないが不法行為法によって救済するというものがあります。つまり、著作権法上は何らの権利も付与せず、しかしながら不法行為を理由に損害賠償請求のみ認めるといったものです。

従来の裁判例においても、例えば、新聞社が作成した記事見出しについて、その著作物性を否定しながらも、これを営利目的で大量にデッドコピー等した行為が不法行為に当たるとして、損害賠償請求のみを認めたものがあります⁷⁸。これに従いますと、被告となった事業者は、今後も新聞社に損害賠償金を支払いながら同様の記事見出しを使用し続けられることになるのではないかと思います。

これは、権利の性質や在り方とは言い難いところもあるのですが、結果として、金銭支払請求のみ認める状態を実現することができるという点では、Ⅱ型の1つといえます。

もちろん、北朝鮮事件の最高裁判決が「同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である」と判示して以降⁷⁹、その後の裁判例においては、このフレーズを反復して不法行為の成立を否定するものが続いております⁸⁰。そのため、情報のデッドコピー等が著作権侵害にならない場合に不法行為が成立する可能性はほとんどなくなったという見方もあり得ようかと思えます。

ただ、北朝鮮事件の最高裁判決の射程は本来限定的ですし、今後も、事案によっては不法行為が認められる可能性はあるのではないかと考えております⁸¹。例えば、他人が多大な費用や労力をかけて製造販売しているタイプフェイスのセットを大量にデッドコピーして安価で販売するような行為は、たとえ著作権侵害に当たらないとしても不法行為が成立し、結果として差止請求はできないが損害賠償請求のみできるという帰結になる可能性は十分あると私は思っております。

②検討

さて、以上のように、Ⅱ型を実現する具体的方法はいくつか考えられます。この場合、権利者は、著作物等を利用する者に対して、差止請求はできないけれど

も、金銭支払請求はできるということになります。このとき、利用者は、権利者から個別の許諾を得なくても著作物等を利用でき、一定の金銭支払義務だけを負うことになります。

このようなⅡ型は、どのように評価されるべきでしょうか。

オール・オア・ナッシング問題

ここであらためて触れたいのが、わが国著作権法の問題点として私が前回講演から指摘している「オール・オア・ナッシング問題」というものです。

先ほども申しましたように、わが国著作権法は、[権利制限&補償金請求権]の規定が非常に限られています。つまり、日本法では、権利制限規定を設けると、無許諾無償の完全自由になってしまいがちなのです。

例えば、図書館が、利用者のために資料を複製したり、郵送したりするサービスを行うことは、日本法では無許諾無償の完全自由です。また、平成24年改正によって、国会図書館のサービスとして、絶版等資料を地方の図書館等へ送信し、また送信先で利用者のために一部複製することもできるようになりましたが(31条2項・3項)、これも無許諾無償の完全自由で、権利者は補償金を受けることもできません⁸²。

また、大学等の教育機関における複製も、日本法では無許諾無償の完全自由です(35条)。もちろん「必要と認められる限度」といった限定(同条1項本文)や、「著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない」といった限定(同項但書)はあるのですが、その範囲内では無許諾無償の完全自由なのです。

障害者のための複製等も同様です(37条、37条の2)。非営利無料の演奏等に関する権利制限も広く、例えば、アマチュア楽団の無料コンサートのような演奏だけではなく、演劇の上演ですとか、さらには公民館における映画の上映なども、非営利かつ無料であれば、無許諾無償の完全自由となっております(38条1項)。

貸与もそうです。非営利無料の貸与は、映画の著作物を除いて無許諾無償の完全自由ですので(38条4項)、例えば、図書館による書籍やCDの貸与は自由で補償金を支払う必要もありません。

ご存じのように、わが国における最近の著作権法改正は、権利制限規定に関するものが多いです。「平成の大改正」と呼ばれた平成21年改正も、その多くが新たに権利制限規定を設けるものでしたし、平成24年改正においても、新たに複数の権利制限規定が設けられました。しかし、そうした権利制限規定の改正において補償金請求権が設けられることはありません。

どうも一般の議論を聞いておきますと、「権利制限」というと、権利がゼロになってしまう、つまり無許諾無償の完全自由になってしまうことだと認識されているのではないかと感じる事が時々あります⁸³。確かに、オール・オア・ナッシングの規定が中心の日本では、そういう思い込みが生まれたとしても仕方ないのかもしれませんが。

しかし、そのような認識のために、権利制限すること自体のハードルが上がってしまっているのではないかと思います。そのため、権利制限の範囲も、無許諾無償の完全自由になってもよいと思われる範囲に限定されることとなります。その結果、ますますオール・オア・ナッシング状態に陥っていくわけです。

例えば、図書館から利用者へFAXやメールで資料を送信するサービスについて、日本でも許容されるべきではないかという問題がかねてから議論されていますが、日本では図書館に関する著作権法31条に補償金請求権を設けた経験がありませんし、権利制限を拡大しようとする、つい無許諾無償の完全自由に直結するものと考えられがちだったように思います。そうすると、無許諾無償の完全自由はさすがに権利者に不利益だということになり、法改正が難しくなっているように思います。だからといって、権利制限規定を設けず排他権を維持しますと、そうしたサービスを行うためには権利者の許諾が必要となります。しかし、ある図書館が、著作権のある収蔵資料すべてについて利用者への公衆送信等に関する許諾を受けることは困難と言わざるを得ません。そうすると、そうしたサービスが、たとえ社会的に有用なものであっても、日本の図書館では実施されないという結果になるわけです。

[権利制限&補償金請求権]の意義と可能性

このように、権利制限が設けられず、排他権の対象になっている行為は、権利者の許諾を得られなければ行うことができませんので、たとえ社会的に見れば有意義なサービスであっても現実には実施されないことになりがちです。サービスが行われぬ以上、権利者はこれについての対価を得られませんし、一般公衆も当該サービスの便益を享受することができません。結果として、社会全体にとっての損失となりかねない場合があるのではないかと思います。だからといって、権利制限によって無許諾無償の完全自由にしてしまえば、今度は、そのようなサービスは実施されるけれども、権利者に何ら金銭的分配がないということになってしまいます。

こうしたオール・オア・ナッシング状態に対して、[権利制限&補償金請求権]を中心とするⅡ型というのは、

差止請求を否定しつつ金銭支払請求のみ認めることによって、権利者に相当な利益分配を保障しながら、社会的意義が認められるサービスないし利用行為を適法に実施できるようにする手段と位置づけることができます。

もっとも、このような「権利制限&補償金請求権」の意義については、3年前の本研究会でもお話させていただきまして、その際、「権利者にも、利用者にも、望ましい結果をもたらす場合があり得るのではないか」と申し上げたのですが、前回講演終了後、ある方から次のようなコメントをいただいたことを記憶しています。

それは、「権利制限&補償金請求権」というのは、確かに中間的な解決としてよいアイデアだが、権利者にとってみれば排他権を失うことであり、利用者にとってみれば補償金支払義務を負うことであるので、現実問題としては、権利者側も利用者側も、なかなかこれに同意できないのではないか、こういうご趣旨だったように思います。

確かに、このようなご意見については、次のようにいえようかと思います。

第1に、権利者にとってみれば、「権利制限&補償金請求権」のようなⅡ型になると、①差止請求ができないために、対価ないし報酬の決定における交渉力が低下してしまうという点、②特定の著作物等について利用を禁止できなくなる、つまりオプトアウトできないという点で問題があるから、やはり排他権は維持したい、という考えがあり得るだろうということです。

例えば、図書館利用者のための複製というのは、日本でも権利制限の対象になっていますから、権利者はオプトアウトできません。図書館資料の中には、通常の書籍や雑誌のみならず、高額書籍や楽譜等さまざまなものが含まれ、図書館における一部複製であっても結果として権利者の利益に無視できない影響を及ぼす場合も考えられます。しかし、著作権法上は、権利者がこれをオプトアウトしたいと思ってもできないわけです。

このことは、排他性のない報酬請求権の場合も同様です。例えば、実演に関しては著作権法上、許諾を得て録音された実演の放送に放送権が及ばず（92条2項2号イ）、実演が録音された商業用レコードを用いた放送について二次使用料請求権が付与されているにとどまります（95条1項）。したがって、実演家の方が、何十年も前の市販レコードに録音された演奏が今になってラジオで放送されたとして、そんな昔の下手な演奏は聴かれたくないと思っても、二次使用料請求権は排他権ではありませんから、この実演家は、そ

の商業用レコードの放送をやめさせることはできません。

このように、権利者にとっては、「権利制限&補償金請求権」に同意できないのではないかと、というご指摘だと理解できようかと思います。

第2に、利用者にとってみれば、「権利制限&補償金請求権」というのは、ある行為を無許諾で行えることになって望ましいとしても、しかし補償金支払義務を負うというのは直ちに同意できない考えがあり得るだろうということです。

特に、図書館や教育機関のように、現行法上、補償金支払義務を負っていない者は、たとえ法改正によって権利制限が拡大され、従来できなかったサービスが権利者の許諾を得ずに実施できるようになるとしても、補償金を支払うこと自体が難しいというご意見もあり得ます。

以上のような観点からすれば、Ⅱ型は権利者にも利用者にも支持されないだろうという先ほどのご指摘は、理解できるところもなくはありません。

しかし、仮にそうだとすると、結果として日本のオール・オア・ナッシング状態が続き、権利制限も狭く、また補償金請求権も狭いということになりますと、先ほど見ましたように、社会的意義のあるサービスであっても日本では実施されないことになりがちです。それが社会全体として望ましいのかということが問題となります。

もちろん、著作物等の利用行為にはさまざまなものがありますので、一概にはいえないとしても、以上のような観点からⅡ型の意義をあらためて強調しておきたいと思います。

Ⅱ型の課題

ただ、Ⅱ型にも課題はあります。

第1に、Ⅱ型による場合は、利用者が報酬ないし補償金を支払うことになるわけですが、この額をどうするのか、そして、最終的にどのように決定されるのかといった点が問題になります。ただ、すでに日本の著作権法にも、補償金請求権や報酬（二次使用料）請求権に関して、その額について、さまざまな規定が見られますので、それは参考になります。

例えば、教科書に複製するという場合は、補償金の額は「文化庁長官が毎年定める」と規定されています（33条2項）。

他方、試験問題としての複製等が営利目的で行われる場合——例えば、予備校が行う模擬試験で小説を用いるような場合——の補償金は、「通常の使用料の額に相当する額」と規定されているにとどまります（36

条2項)。

あるいは、学校教育番組の放送等(34条2項)、視聴覚ライブラリー等における映画の貸与(38条5項)に関する補償金は、「相当な額」と規定されております。「相当な額」というのは、起草者によれば、先ほどの「文化庁長官が……定める」額よりは高いことを意味し、他方、先ほどの36条2項にいう「通常の使用料の額に相当する額」よりは安いことを意味すると説明されています⁸⁴。いずれにしても、最終的には裁判所が判断することになります^{85・86}。

また、二次使用料(報酬)の額についても、例えば、商業用レコードの放送等に関する二次使用料については、その額を、指定団体と放送事業者等またはその団体と協議して定めることになっておりますが(95条10項)、協議が成立しないときは文化庁長官の裁定を求めることができることになっております(同条11項)⁸⁷。

このように、Ⅱ型においては、報酬(補償金)額の決定が課題になります。

第2に、Ⅱ型にする場合、権利者は金銭支払請求権を有することになるわけですが、そのような金銭をどのように徴収し分配するかといった点が課題になります。

特に、私的録音録画補償金制度のように、私的複製という行為についてⅡ型にする場合、私的複製行為というものが無数の主体による零細な行為であるため、利用行為の把握とこれに応じた課金が困難であり、補償金の徴収と分配は、包括的ないしドンブリ勘定的になりがちです。

もちろん、Ⅱ型が、常に集中管理や団体による行使を要するわけではなく、報酬請求権を権利者が個別に行使する場合も考えられますが、Ⅱ型というものは、不確定著作物等の包括的利用において有効な場合が多く、また、報酬請求権であっても、効率性の観点から集中的な権利管理が有効な場合や、指定管理団体による行使が法律上義務づけられることもありますので、結果として、Ⅱ型においては徴収と分配が曖昧になる事態が起きやすいといえようかとは思います。

その点は問題になるところでありまして、几帳面な国民性を持つ日本人が、ドイツ人のような合理性を受け入れるメンタリティがあるかといったことも含めて今後の課題になるように思われます⁸⁸。

(3) オプトアウト可能(Ⅲ型)

次に、Ⅲ型についてお話ししたいと思います。

Ⅲ型の場合、著作物等を利用したいと考える利用者は、許諾を得る申出など何らかの手続きを踏めば、個別にすべての権利者から許諾を得なくても適法に著作

物等を利用できるようになり、他方、権利者は利用者から金銭を得ることができるようになります。これだけだと先ほどの「排他権+強制許諾」と変わらないのですが、Ⅲ型の特徴は、その上で、権利者が個別に利用を禁止できる点にあります。つまり、権利者から利用を禁止する旨の申出があった場合、利用者はこれを対象から除外しなければならないのです。

したがって、Ⅲ型は、権利者がオプトアウト権を有する点でⅡ型と異なることになり、他方で、利用者は権利者から個別の申出を受けない限り適法に利用できる点でⅠ型と異なることになります。

①権利の在り方

(a) 排他権+拡大集中許諾(ECL)

これを実現する第1の方法が、拡大集中許諾(ECL)です⁸⁹。

ECLとは、利用者がある権利管理団体と契約(ECL契約)すれば、当該権利管理団体が管理している権利について許諾が得られるというだけではなく、この団体に属しないアウトサイダー(非構成員)の権利についても、当該ECL契約の効果が及ぶ制度だとされます⁹⁰。そして、ECLにおきましては、権利者は個別にオプトアウト(opt out)できるのが一般的です⁹¹。権利者のオプトアウト権が認められないのであれば、先ほど見た強制許諾と同じことになります。

このように、ECLでは、権利者から申出があれば利用者はオプトアウトに応じなければならないのですが、利用者としては、ある権利管理団体と契約してそこに使用料を支払えば、その契約の効果がアウトサイダーにも及ぶわけですから、事実上、あるサービスに伴う著作物等の利用について、ワンストップで権利処理を済ませることができ、その結果、現実にはすべての権利者から個別の許諾を得なくても当該サービスを適法に行うことができることになります。

ECLというのは、もともと北欧において発展した制度でありまして、そこでは、例えば、放送における利用ですとか⁹²、教育目的の利用ですとか⁹³、あるいは組織内複製等のように⁹⁴、不確定の大量著作物等の包括的な利用が行われる場合について、それが円滑にできるようにするために、権利制限規定の一環として採用されてきたように思えます。

このECLに従いますと、利用者は、特定の権利管理団体から「許諾」を受けることによって、権利者によるオプトアウトがない限り、一定の使用料を支払って、適法に利用行為を行うことができるわけです。

(b) 排他権+クラスアクション

第2に、[排他権+クラスアクション] というのも、位置づけが難しいのですが、Ⅲ型に関係します。具体的には、アメリカのいわゆるグーグルブックス事件において、オプトアウト方式による修正和解案が提示されていましたが⁹⁵、それが実質的にECLと同等の結果をもたらす得るといふ指摘があります⁹⁶。

ご存じのように、グーグルブックスというサービスに関連して、大学等の図書館の蔵書をデジタル化して検索可能にする行為をめぐって訴訟になり、その過程でクラスアクションによる和解が模索されておりました⁹⁷。アメリカ法上のクラスアクションにおいては、裁判所の承認があれば、利害関係を共通にする社会集団（クラス）に属する一定の範囲の者が代表して訴訟を行うことによって、その効果が訴訟に参加していない者にも及ぶことになる一方で、オプトアウト（離脱）によって判決や和解の効力を回避できることになっています。

グーグルブックス事件における修正和解案というのは、結局、裁判所によって認められなかったのですが⁹⁸、もし認められていれば、権利者からオプトアウトの意思が個別に表明されない限り、書籍等を電子化してグーグルのコレクションに含め、権利者にはレジストリを通じて一定の収益を分配するだけで、当該サービスを適法に実施できることになったと考えられます。

その意味では、これもⅢ型を実現する1つの形といえようかと思えます。

(c) 排他権+ライセンスの制約を受ける権利制限

第3に、排他権を付与しながらライセンスの制約を受ける権利制限規定を設けるといふ方法もⅢ型に関係します。

例えば、教育機関における著作物の一部複製に関するイギリス法36条です⁹⁹。教育機関における複製は、日本法の場合、一定の条件の下、無許諾無償で行うことができますが（35条）、イギリス法の場合、次のようになっております。すなわち、教育機関における著作物の一部複製は、一定の範囲（年間5%まで等）において権利制限の対象とされておりますが（36条1項・5項）、「ライセンス（licenses）が利用可能（available）であり、かつ……当該教育機関がその事実を知っていた（knew）か、または認識しているべきであった場合は、その範囲で、この規定によって許容されるはずの行為は許容されない」（同条6項）と規定されているのです。

このことがいかなる意味を持つかという点は、実はさらなる検討を要するのですが、一定の権利管理団体

がライセンス・スキームを提示しており、教育機関がそれを知っているか、知っているべきであったという場合には、当該団体が権利管理している著作物等のレパートリーについては権利制限が排除されるというわけですから、少なくとも、教育機関がライセンス・スキームの存在を知っているにもかかわらず、ライセンスを受けずに複製等を行いますと、権利者から差止請求を受けることになるように思われます。

このようなものをどのように位置づけるかというのが難しい問題なのですが、例えば、ライセンス・スキームを提示した権利管理団体が応諾義務を負い、しかも、当該許諾条件の相当性が何らかの形で担保されるのであれば、権利者は事実上オプトアウト権を持たないことになろうかと思えますので、その場合はⅢ型に属するとはいえないように思います。他方で、権利管理団体が特定の著作物等の利用行為について個別に極めて高額のライセンス料を定めたライセンス・スキームを提示するなどして、事実上、権利者にオプトアウト権を認めたに等しい状況にあると評価できるのであれば、これはⅢ型と位置づけることができるのではないかと思います。

②検討

以上のように、ECLを中心とするⅢ型におきましては、著作権を排他権として構成しながらも、利用者は権利者から個別にオプトアウトの申出を受けない限り、すべての著作物等を利用して適法にサービスを行うことができることとなります。

Ⅲ型の意義

このことは、いわば「許諾を得てから利用する」状態から「特に禁止されない限り利用できる」状態へと、著作権のデフォルトを変更するものと理解することもできようかと思えます。そして、デフォルトの変更という観点から見れば、Ⅲ型というのは、そもそも登録したものだけに権利が発生する登録主義に近いといえる側面があるかもしれません。もちろん、ベルヌ条約は無方式主義を採用していますから、著作権を一般に登録主義にすることは困難ですが、Ⅲ型など何らかの形で著作権のデフォルトを変更することは考えられようかと思えます^{100・101}。

そして、いわゆる孤児著作物の利用円滑化が課題となっている昨今において、ECLは、——これははもともと孤児著作物のための制度ではないのですが——、不明権利者もアウトサイダーに当たると考えられ、権利管理団体は孤児著作物についても事実上「許諾」を出せると考えられることから、孤児著作物問題の解決策

としてもECLが注目されています¹⁰²。

Ⅲ型の実務的メリット

また、ECLを中心とするⅢ型は、近時、権利管理団体や事業者からも注目されているように思います。そこには、次のような背景があるのかもしれませんが。

まず、著作物等の利用者であるサービス提供者にとりましては、権利管理団体等からワンストップで「許諾」を得ることができ、そこに使用料を支払えば一定のサービスに関するすべての著作物等を適法に利用できるというメリットがあります。もちろん、権利者から個別の申出があればオプトアウトに応じなければならないのですが、申出があれば応じればよいだけですから、あらかじめ個別の許諾を得る必要がないというのは便宜だということになります。特に、不確定著作物等を包括的に利用するサービスにおきましては、契約によって許諾が得られた著作物等だけを対象にするというオプトイン方式では、サービスを実現することが困難な場合が少なからずありますので、そのような場合を考えると、ECLを中心とするⅢ型というのは、サービス提供者にとって都合がよいということになるのではないかと思います。

他方、権利者にとりましては、単にサービス提供者である利用者から対価を得られるというだけではなく、やろうと思えば個別にオプトアウトできるという点で、Ⅲ型はⅡ型よりも権利者にとってメリットがあると考えられます。さらに、Ⅲ型の中でもECLの場合は、ある権利管理団体が認可等によりECL団体として認められれば、その構成員の権利のみならず、そこに属していないアウトサイダーの権利も「管理」することができ、それらを含めて「許諾」をすることによって、事実上、アウトサイダーが権利を有する著作物等の利用についても使用料を収受できることになります。これは、権利者は権利者でも、権利管理団体というものにとって都合がよいということになるのではないかと考えられます。

Ⅲ型の問題点

ただ、ECLを中心とするⅢ型は、次のような問題点があるかと思えます。

第1に、権利者にオプトアウト権を認めることが妥当かという点です。

権利者にオプトアウト権を認めると、例えば、著作権管理に厳しい権利者は自社の著作物等はすべてオプトアウトする、というようなことが認められることになってしまいますので、そうすると、それ以外の著作物等だけでサービスが実施されるということになり、

結局、本来の目的が十分達成されないことがあり得ようかと思えます。

例えば、図書館における資料の複製や貸与、教育機関における複製配布、アーカイブにおけるデジタル保存等に関して個別のオプトアウトを認めてしまうことには問題があるように思います。

もちろん、いろいろなケースが考えられますので一概にいえないところもあるかと思えますし、既存の権利制限規定の中にも権利者によるオプトアウトの余地を認めるかのようなものがないわけではないのですが¹⁰³、Ⅱ型にしても、Ⅲ型にしても、排他権を制約する必要があるという場合は、何らかの公益性があるのが通常です。少なくともそのような場合においては、権利者に個別のオプトアウト権を法的に保障する必要は基本的にないのではないかと私は思います。

ただ、これは最終的には、権利者に決定権ないし禁止権をどこまで保障すべきか、という問題に帰着せざるを得ませんので、それは残された課題となります。

第2に、Ⅲ型の中でも特にECLに関しましては、アウトサイダーをめぐる正統性の問題があります。

すなわち、ECLにおいては、認可等によって承認された権利管理団体は、その構成員の権利のみならず、アウトサイダーの権利も事実上「管理」することが認められ、その部分も含めて「許諾」を行って、これに対する使用料を収受できることになります。これは、権利管理団体にとっては基本的に都合がよいものと考えられます。特に、アウトサイダーが多い分野の権利管理団体や、外国の権利管理団体との相互管理契約が十分でない団体にとっては、自己が「許諾」を出せるレパトリーを一気に拡大できる制度だと歓迎されることになるかもしれません。

しかし、このことは、他人の権利を無断で行使すること、そして、他人の権利に基づく利益を収受することを、法制度によって承認してしまうことを意味するのではないかと、ということが問題になるように思えます。それは、ECLというものが、単に著作権のデフォルトを変更することにとどまるものではないことを意味します。

そうだとしますと、そのようなECLという制度を法的に認めてよいのかという正統性の点や、外国の著作物等との関係で条約上の問題も生じないかどうかという点が問題となります。

この点、最近、玉井克哉先生が、孤児著作物問題に関する文脈ではありますが、ECLについて、民法上の事務管理論によって正当化されるようなお考えを示しておられます¹⁰⁴。これについては今後も議論があろうかと思えますが、ECLというのは、不明権利者の権利

のみならず、不明とは言い難いアウトサイダーの権利についてもまとめて「許諾」を出すことを承認する制度だと思えますから、場合によっては、到底不明とはいえない権利者の権利まで、特定の権利管理団体が事実上行使することを認めてしまうことになり得るのではないかと考えられます。例えば、自炊代行業に関してECLを認めるということになるとすれば、そのようなECLについても、事務管理論による正当化が可能かどうかは課題になるように思います。

そうしたことから、私自身は、ECLより「権利制限 & 補償金請求権」を中心とするⅡ型のほうが基本的に適切だと考えるのですが、場面によってはECLが適格的である可能性も否定できませんので、今後、ECLの意義と可能性を検討することも有意義かとは思いますが、ただ、諸外国の立法例に実際に見られるECLの具体的な内容や実態についてはさらなる検討が必要かと思えますし、また孤児著作物については、わが国がすでに広範な裁定制度を有している点も考慮する必要があるように思われます。

そして、もしわが国においてECLを制度として導入すべき場合があるとしても、その具体的対象を個別に特定して限定するとか、権利管理団体のECL認可は管理カバー率が高い分野等に限定するとか、同一の分野に複数の団体がある場合はそれらが共同しなければECL許諾を出せないようにするとか、アウトサイダーの権利について収受した使用料は用途を厳格に規制するとか、そういった方策によって、ECLに伴う諸問題を軽減することが検討されるべきかと思えます。

2. 帰属問題

(1) 報酬請求権の帰属・行使の主体

以上が、権利の性質という観点から見た3つのモデルです。このように権利をどのような性質として定めるかということがまずは重要です。ただ、この権利の性質問題と同じくらい権利の帰属問題が重要ではないかと思えますので、以下、このことに触れたいと思います。

なお、以下では、もっぱらⅡ型における報酬請求権を取り上げます。なぜなら、報酬請求権については、その原始的帰属や譲渡性・放棄可能性に関して特別な定めを有する立法例が少なからず見受けられ、それが大きな意味を持っているように思われるからです。

(a) 原始的帰属主体

ドイツ法には、先ほど見ましたように、権利制限規定に伴う報酬請求権が非常に多く存在するわけですが、これらはいずれも「著作者」に原始帰属すると規定さ

れています。もちろん、ドイツには日本法のような職務著作制度はありませんので、ここにいう「著作者」とは常に、事実行為として著作物の創作を行った自然人クリエイターです。

例えば、ある作家が出版社に自己の著作物の排他的利用権を許与して、これが書籍として出版されたとしましょう。このとき、当該書籍を出版することができるのは当該出版社だけです。しかし、この書籍が、例えば、図書館で複製されたりですとか、教育機関で複製されたり、といった形で、第三者によって利用された場合、これに関する報酬請求権はあくまでも著作者である作家に帰属しているのです。

こうした背景には、やはりドイツでは、著作者というものはその著作物の利用について常に相当な利益分配を受ける権利があるのだという考え方があり、そのような権利を実現するために報酬請求権が設けられていると理解できるように思います¹⁰⁵。

これに対して、日本法上の著作権の制限規定に伴う補償金請求権というのは、「著作者」に帰属しているのではなく、すべて「著作権者」に帰属しております（30条2項、33条2項、33条の2第2項、34条2項、36条2項、38条5項〔ただし頒布権者〕参照）。したがって、例えば、著作者が他者に著作権を譲渡した場合、権利制限に伴う補償金を収受できるのは、著作者ではなく著作権者だということになります。

確かに、補償金請求権というのは著作権という財産権の代替としての「補償」なのだという考え方からすれば、補償金請求権はあくまでも著作者ではなく著作権者に帰属すべきだという考えも一理あります。

ただ、これも前回の講演でお話ししたことですが、諸外国と異なり、日本法は著作権契約法をほとんど持っておりませんので、著作権の譲渡もごく簡単に行うことができ、対価に関する規制もありませんから、対価の相当性も担保されません¹⁰⁶。そのような日本法において、報酬請求権を著作者ではなく著作権者に帰属させてしまうと、著作権を譲渡してしまった著作者は著作物の利用について以後一切利益分配を受けられないことになりかねませんので、そのことが妥当かどうかは検討の余地があるように思います。

もっとも、日本法でも、権利制限に伴う補償金請求権ではなく法定報酬請求権ではありますが、例えば、実演に関して、商業用レコードの放送等に関する二次使用料請求権（95条1項）、そして期間経過商業用レコードの貸与に関する報酬請求権（95条の3第3項）は「実演家」に帰属するものと規定されており、放送権者等の著作隣接権者に帰属すると規定されているわけではないことは注目されます。

したがって、例えば、実演家がその実演を音楽CDに収録する際に、自己の著作隣接権をすべてレコード製作者に譲渡してしまっても、ここにいう「著作隣接権」には、著作権法上、例外的な場合（113条4項）を除いて、報酬請求権や二次使用料請求権は含まれないものと定義されておりますので（89条6項）、報酬請求権や二次使用料請求権は実演家に残ることになるかと思えます。

その意味では、実演家に付与されている報酬請求権や二次使用料請求権の原始的帰属主体を「実演家」にしていることは、実演家という自然人クリエイタを保護する役割を果たしているように思われます。そうすると、もちろん事情が異なるところもありますが、著作権の権利制限に伴う補償金請求権の原始的帰属主体についても、再検討の余地があるのではないかと思います。

譲渡性・放棄可能性

次に、譲渡性です。ドイツ法においては、報酬請求権の譲渡性を制限する規定が多数あります。

例えば、ドイツ著作権法63a条〔法定の報酬請求権〕は、著作権の制限規定を定めた節の最後のほうに出てくるものですが、「この節に基づく法定の報酬請求権をあらかじめ放棄することができない。法定の報酬請求権は、あらかじめ集中管理団体に、又は、出版者が当該請求権を出版者及び著作者の権利を共に管理する集中管理団体に管理させるときは、出版権の許与と合わせてその出版者にのみ、移転することができる」と規定しています。

この規定は、著作者が、報酬請求権を放棄させられないようにするとともに、譲渡についても原則禁止して、著作者が報酬請求権を奪われることがないようにすることによって、著作者を保護しているといえます。

また、ドイツ法では、著作者がレコード製作者や映画製作者に貸与権を許与していた場合でも、著作者は、レコードや映画の貸与を行う者に対する報酬請求権を付与されていますが（27条1項1文）、「この報酬請求権は、放棄することができない。報酬請求権は、あらかじめ集中管理団体にのみ移転することができる」と規定されていますから（同項2文・3文）¹⁰⁷、著作者が、レンタル業に関する利益分配を受けられるようになっています。

そして、ドイツ法では、レコードに収録された実演の放送等に関する法定報酬請求権も、実演家に原始帰属し、「実演芸術家は、前項に基づく報酬請求権をあらかじめ放棄することはできない。この報酬請求権は、あらかじめ集中管理団体にのみ移転することができ

る」と規定されております（78条3項）。したがって、レコード会社は実演家の報酬請求権を奪うことができないわけです。

さらに、ドイツ法上の追及権に関しても、それが「著作者」に原始帰属するのはもちろんのこと、「追及権は、これを譲渡することはできない。著作者は、自らの配当をあらかじめ放棄することはできない」と規定されています（26条2項）¹⁰⁸。

しかしながら、日本法にはこうした規定がありません。先ほど述べました実演家の権利についても、著作隣接権については譲渡可能であることが明示的に規定されているのに対して（103条によって準用される61条1項）、報酬請求権や二次使用料請求権については譲渡の可否に関する規定がありません。この点、報酬請求権や二次使用料請求権も財産権なのだから自由に譲渡できるという考えもあり得ようかと思えますが¹⁰⁹、そうした権利の趣旨からすれば、実演家の報酬（二次使用料）請求権の譲渡性を制約する解釈論や立法論も検討に値するのではないかと思います¹¹⁰。

強制的集中管理

ただ、日本法にも、補償金請求権や報酬（二次使用料）請求権について、その行使を指定管理団体に限定する規定はあります。私的録音録画補償金（104条の2第1項）や、商業用レコードの放送および貸与に係る二次使用料（報酬）請求権（95条5項、95条の3第4項、97条3項、97条の3第4項）がこれに当たります。

例えば、日本法104条の2第1項は、指定管理団体「があるときは、それぞれ当該指定管理団体によつてのみ行使することができる」と規定しております。

ドイツ法にも、例えば、授業・研究のための公衆提供（52a条4項2文）、図書館による複製物の送信（53a条2項2文）、公貸権（27条3項）について、そうした報酬請求権は「集中管理団体によつてのみ行使することができる」という規定が見られます。

報酬請求権というのは、確かに、差止請求できないという点では、利用者による利用行為が直接に妨げられることはないのですが、利用者が多数の著作物等を利用することになる場合、多数の権利者が利用者に対して個別に報酬請求権を行使しますと、事実上ワークしない可能性があります。そこで、特定の権利管理団体しか権利を行使できないようにすることによって、利用者にとってはワンストップで支払いを済ませることができ、権利者にとっても支払請求の効率化を図ることができます。この点に限っていうと、事実上ECLに近いことにもなります。このように、権利の行使主

体を一定の権利管理団体に限定することは、「強制的集中管理」とも呼ばれます。

(2) 検討

このように見てまいりますと、報酬請求権を付与するにしても、その帰属や譲渡性に関してどのように規定するかという点が重要でありまして、それによって権利を付与することの意味が変わってくるように思います。例えば、報酬請求権の原始的帰属主体を自然人クリエイタに限定したり、譲渡性を制約したりすることによって、単なる金銭請求権の付与にとどまらず、自然人クリエイタの保護になるという意味を持つこととなります。

権利というと、報酬請求権よりも排他権のほうが権利者に有利というイメージがあるかもしれませんが、排他権を付与されても、譲渡等によってそれが行使できなくなってしまうくらいなら、著作物等のさまざまな利用についてそれぞれ報酬請求権が付与されていて、これを自然人クリエイタが自ら、または管理団体を通じて行使できるという状態のほうが、自然人クリエイタの保護になるという考えもあり得ようかと思えます。

そういう観点からしますと、権利の性質を排他権から報酬請求権化するのであれば、そうした権利の帰属や譲渡性についてどのように定めるかという点も、あわせて重要な課題になるように思います。

IV おわりに

さて、本日は、制度論のメニューということで、著作権法上の権利にもさまざまな在り方があるということをお話ししてきたわけですが、最後に、私自身の考えも交えつつ、1つの方向性を述べておきたいと思えます。

1. 1つの方向性

(1) 排他権（Ⅰ型）でなくてもよい

第1に、著作権法上の権利は排他権でなければならぬわけではないということですが、最後に、私自身の考えも交えつつ、1つの方向性を述べておきたいと思えます。

このことは以前から指摘のあることであり、それは当然だと思う方もひょっとしたらいらっしゃるかもしれませんが。

しかし、著作権法上の権利を権利論的に正当化するならば、原則は排他権でなければならないという考えですとか、排他権を報酬請求権化するのは過渡的な「やむを得ない擬制」であって、いずれは技術や契約によっ

て排他権としての著作権を回復すべきだという考えは、なお学説上も有力ではないかと思えます。そして、一般の議論におきましても、著作権法上の権利は排他権であるという考え方を自明の前提にしているかのようなご意見がしばしば見られるように思います。

そのような意味では、著作権法上の権利は排他権でなければならないわけではないということは、決して当然のことではありませんし、これをあらためて確認する意味は小さくないと思っております。

(2) Ⅱ型の活用

第2に、今日お話ししたⅡ型、すなわち著作権法上の権利が事実上報酬請求権として機能する在り方が、より積極的に活用されてよいのではないかということです。

一般論として、日本の著作権法は、権利制限が狭い一方で、補償金請求権の対象も狭いというオール・オア・ナッシングの傾向が強いように感じられ、そのために、社会的意義のあるサービスが現実に実施されないことになりかねないというのは、すでに繰り返し述べたとおりです。

そこで、[権利制限&補償金請求権]を中心とするⅡ型を活用することが、著作物等の保護と利用の適切なバランスをとる方法として検討に値するのではないかとことを申し上げたいと思えます。

このことも、いまや当然のことだといわれる方も少なくないかもしれませんが、むしろそうであることを望みますが、先ほども述べましたように、どうも一般の議論を聞いておきますと、「権利制限」というと、無許諾無償の完全自由で権利ゼロの状態になってしまう、という誤解に接することが少なくありませんし、他方では、「補償金請求権」ですとか「補償金制度」とか申しますと、直ちに私的録音録画補償金制度のみを想起し、それが今機能不全に陥っていることから、[権利制限&補償金請求権]のようなもの一般に対してネガティブなイメージを抱いてしまう向きもあるように感じております。

その意味では、[権利制限&補償金請求権]を中心とするⅡ型の活用が効果的である場合があることをあらためて強調する意味は小さくないと思っております。

(3) 中間的解決としてのⅡ型の意義

権利制限規定をめぐるのは、その柔軟化をめぐる議論もあり、それは個人的にも重要だと思っているのですが、Ⅱ型の活用というものは、権利制限規定の柔軟化が持つ意義とは別の意義があります。

例えば、「ハイスコアガール」のような二次創作的

な行為が一定の場合に許容されるべきだとしても、適法引用の規定（32条1項）の柔軟解釈によってその権利侵害を否定してしまいますと、無許諾無償の完全自由になってしまい、著作権者や著作者には何らの経済的分配もないままになってしまいます。

あるいは、いわゆる日本版フェア・ユース規定——これは私の場合あくまで権利制限の一般条項のことを指しておりまして、小さな受け皿規定を念頭に置いておりますが——も、著作物等の保護と利用のバランスをとる規定として柔軟性という観点から望ましいものではありません。しかし、帰結として無許諾無償の完全自由になってしまうことが、フェア・ユース規定のような権利制限の一般条項の問題の1つとして指摘されることがあります^{111・112}。

以上のように、権利制限規定の柔軟化は、著作物等の保護と利用の調整のために重要ではありますが、それだけでは帰結としてオール・オア・ナッシングになりがちな側面があります。そのような中、II型というのは、金銭支払請求だけは認めるという形で、権利制限規定の柔軟化とは別の観点から著作物等の保護と利用のバランスをとるという意義があります。

(4) 具体例

以上のように、II型の意義について述べてきましたが、具体的にどのような場合にII型を活用できるのでしょうか。本日、個別具体的な検討は十分できませんが、例えば、次のようなものは、II型による対応が考えられる例ではないかと思えます。

私的録音録画補償金制度

例えば、私的録音録画補償金制度は、すでにII型を実現したものともいえるわけですが、現在ほぼ機能不全に陥りつつあるといわれ、これを今後どのようにしていくべきかが問題となっています。詳しくは、昨年、ジュリストにも書きましたので¹¹³、ここではあまり深く立ち入りませんが、その在り方を考える上では、そもそも私的複製という行為が、本来自由であり、権利者に報酬を支払う必要もないと考えるのか、それとも、私的複製は完全に自由というわけではなく、著作者等は私的複製について排他的権利を有しないとしても、報酬を受ける権利は有すると考えるのか、という点がやはり問題にならざるを得ないように思えます。

日本法30条は、現行法に全面改正する際、旧法30条1項第一における「器械的又ハ化学的方法ニ依ラスシテ複製スルコト」という手段要件を廃止して、私的複製を原則自由にしました。その後、一定のデジタル私的録音録画に限って補償金制度が設けられましたが、

その範囲は極めて限定的です。そのような経緯を通じて、日本では、私的複製というものは本来無許諾無償で行うことができるものなのだという考えが、ひょっとしたら定着してしまったのかもしれません。

しかし、そのような考えは必ずしも自明の前提ではありませんし、実際のところ、日本法30条は、諸外国の立法例には見られないくらい広範に私的複製を許容しているといつて差し支えないと思います。今後は、そのこと自体の是非を含めて、本制度および私的複製をめぐる基本的な考え方を再検討することが、議論に基づく具体的成果を上げるために有益なのではないかと思われ¹¹⁴。

自炊代行業

次に、自炊代行業についてです。日本法30条1項が「その使用する者が複製することができる」と規定していることから、業者への委託コピーは許容されないものと解するのが一般的でありまして¹¹⁵、自炊代行業者も権利者の許諾を得ない限り、少なくとも複製権侵害に当たることになると解されます¹¹⁶。もちろん、権利者の許諾を得たものだけを対象とするオプトイン方式で自炊代行業を行うのであればよいのですが、それではビジネスにならないと思います。

この点、ドイツ法では、私的・自己使用のための複製に関して、一定の条件の下、その複製作業を他人に行わせることを許容する明文の規定があり、注目されます（53条）¹¹⁷。これによれば、少なくとも紙のコピーについては他人に私的複製を委託できるものと解されます。もっとも、ドイツ法には私的複製に関する報酬請求権が広範に定められていますので、一定の複製機器の製造者、販売者、輸入者のみならず、コピーショップなどの機器提供者も報酬支払義務を負っています（54条、54b条、54c条）。

したがって、日本法でも、私的複製を業者に委託することについて、一定の条件で「権利制限&補償金請求権」にするというのが、1つの選択肢にならうかと思えます。

もちろん、そもそも自炊代行業のようなサービスを許容すべきかという点をめぐっては賛否両論あるかと思えます。したがって、政策的判断として、電子化を伴う自炊代行業は許容されるべきでないという考えもあり得ようかと思えます。実際のところ、ドイツ法でも、電子化については無償サービスでない限り他人に委託することができないと規定されています¹¹⁸。

しかし、政策的判断として、このようなサービスが、一定の金銭を支払って適法に行えるようにすべきだと考えるのであれば、排他権を維持したまま契約スキ-

ムに委ねても、冒頭に申し上げたとおり、当該サービス全体を適法化することは結局できないと思いますので、そうであれば、「権利制限&補償金請求権」といったⅡ型による対応が検討されるべきではないかと私は思います。

メディア変換サービス

いわゆるメディア変換サービスというのも同様です。もちろん、あらゆるメディア変換サービスを適法化すべきとはいえないかと思いますが、政策的判断として、一定のメディア変換サービスが許容されるべきだと考えるのであれば、排他権を維持したまま契約スキームに委ねても、当該サービス全体を適法にすることは結局できないと思いますので、そうであれば、「権利制限&補償金請求権」といったⅡ型による対応が検討されて然るべきではないかと思えます¹¹⁹。

図書館サービス

それから、図書館サービスにつきましても、日本法31条は権利制限するだけで補償金請求権を付与しておりませんので、図書館利用者のための複製も無許諾無償で完全自由です（同条1項1号）、絶版等資料を国会図書館から地方の図書館等に送信することも、送信先で一部複製することも無許諾無償の完全自由ということになっております（同条3項）。日本法には公貸権もありませんので、図書館資料の貸与についても無許諾無償の完全自由ということになります。図書館内で端末を用いて資料を上映等することも無許諾無償の完全自由です（38条1項）。

これに対して、図書館は利用者に複製物を郵送することはできても（47条の10本文）、FAXやメールで送信することは権利制限の対象になっておりません。結果として、郵送による複製物提供はいくらなされても権利者に補償金は支払われず、他方、FAXやメールによる提供サービスは現実に行われないう、オール・オア・ナッシングの状況になっているように思います。したがって、これも諸外国の立法例を参考にしつつ、「権利制限&補償金請求権」といったⅡ型による対応が検討されて然るべきではないかと思えます。

企業内複製

それから、企業内複製等の問題もあります。現状の日本法30条1項によりますと、企業内複製は基本的に私的使用目的の複製に当たらないと解釈されていますので¹²⁰、権利者の許諾が必要となります。また、新聞記事等を電子化してサーバーに保存するなど企業等における送信等にも権利者の許諾が必要な場合があると

考えられます。

もちろん、企業等が複製権センターやJCOPY、あるいは学術著作権協会といった権利管理団体から許諾を受けたり、その他の権利者の許諾を受けたりすることによって、一定の範囲で企業内複製が適法化されている場合もあるかと思えます。しかし、その場合でも、権利管理団体が複数あり、それらに管理されていないアウトサイダーが存在し、管理委託の対象になっていない著作権が存在し得ることを考えると、ある権利管理団体から「包括許諾」を受けても、企業等における著作物等の複製や送信等のすべてを適法化したことにはならないのではないかと思えます¹²¹。

確かに、企業内複製については企業等の多様性等に由来する複雑な事情もあるかと思えますので、一概にはいえないところもありますが、この問題について、排他権を維持したまま集中的契約スキームによる問題の解決を目指すだけではなく、少なくとも一定の範囲では「権利制限&補償金請求権」といったⅡ型によって対応することを、組織内利用に関する諸外国の立法例を参考にしつつ¹²²、あらためて検討する意義はあるように思います。

入試問題集

また、過去の入試問題を問題集として出版する行為も問題になります。現状の日本法36条によりますと、公表された著作物を「試験又は検定の問題として」複製等することは許容されておりますが、そのようにして使用された著作物を含む試験問題を過去問集として出版する場合、同条の規定は適用されず、権利者の許諾を得ることが必要と解されております¹²³。そのため、権利者の許諾が得られない場合や、仮に莫大な使用料を請求されるような場合があるとすれば、過去問集に当該著作物を含む設問を掲載できないことになりかねません。

ただ、大学入試問題集の出版というのは、それ自体社会的意義が認められるように思いますので、差止請求は制約されてよいという考えもあるかと思えます。かといって、そうした問題集が販売されても権利者に何ら利益分配がないというのも問題があるように思います。その意味では、これも「権利制限&補償金請求権」といったⅡ型による対応が検討されて然るべき問題ではないかと思えます¹²⁴。

論文盗作検証サービス

また、論文盗作検証サービスというのも最近議論されております。学位論文等に他人の論文がコピーされている箇所がないかどうかを検証するためには、過去

の論文等を蓄積したデータベースを用意し、これと対照することが有用と考えられます。しかし、そのようなデータベースを構築することは、いくらバックエンドにおける複製であっても複製権が及んでまいりますし、検証結果をスニペットのような形で利用者に表示することは公衆送信権が及ぶように思われます。

確かに、ウェブ上の情報と対照するだけのサービスであれば、検索エンジンに関する著作権法47条の6が適用されるという考えもあろうかと思いますが、学位論文等に他人の論文がコピーされている箇所がないかどうかを検証するためには、インターネットでアクセスできるウェブ上の情報のみならず、雑誌等に掲載された論文や教科書等の出版物との対照が必要となるように思われます。

実際のところ、最近では、「ジュリスト」や「判例百選」のような出版物もコピー可能な形でデータベースに登録されており、学生も通常アクセスできますので、そのような意味でも、ウェブ上の情報と対照するだけでは十分でなく、少なくとも特定の分野における出版物との対照が必要になるように思われます。

こうしたサービスを実施する場合は、排他権を維持したまま権利者の許諾を得ればよいという考えもあろうかと思いますが¹²⁵、論文盗作検証サービスというのは、許諾が得られた一部の出版物とだけ対照するというオプトイン方式では、検証として十分でないように思います。そうであれば、これを契約スキームに基づく許諾ベースで実現することは困難ではないかと思はれます。したがって、これも「権利制限&補償金請求権」といったⅡ型による対応が検討されて然るべき課題といえるのではないかと思います。

放送のサイマルキャスト

さらに、いわゆる放送のサイマルキャストも問題となります¹²⁶。商業用レコードの放送については、レコード製作者も実演家も二次使用料請求権しか有していませんが、日本法では、インターネットによる送信は、それがたとえ放送のサイマルキャストであっても「放送」ではなく「自動公衆送信」と位置づけられているために、放送事業者がその放送をインターネット上でサイマルキャストするためには、排他権である送信可能化権を有するレコード製作者や実演家の許諾を受ける必要があります。これが、わが国で放送のサイマルキャストが進まない原因の1つである可能性もあります。

確かに、サイマルキャストを行うことについて事前に許諾の得られたレコードだけを放送に使用するという形でオプトイン方式にする方法もあろうかと

はと思いますが、放送というのは伝統的に不確定著作物等の包括的利用がなされるものかと思しますので、そうした契約スキームによる解決はあまり適合的でないように思われます。したがって、これも諸外国の立法例を参考にしつつ、「権利制限&補償金請求権」や報酬請求権といったⅡ型による対応が検討されて然るべきではないかと思はれます。

もちろん、以上のようなサービスは、そもそも実施されなくてよいのだという考えもあろうかとは思はれます。しかし、政策的判断として、そうしたサービスは相当な金銭を支払って実施できるようにすべきだと考えられる場合が少なからずあるのではないかと思はれます。そのような場合には、「権利制限&補償金請求権」を中心とするⅡ型による対応がより積極的に検討されるべきではないかと思はれます。

2. 課題

以上のように、Ⅱ型を採用することが妥当な場合があるように思いますが、どのような場合にⅡ型にすべきなのか、また、それはどのように理論的正当性を獲得するのか、という点は残された課題となります。

(1) 排他権を制約することの正当化

Ⅱ型にするということは、排他権を制約して差止請求を認めないということです。そのことをどのように正当化するかが問題となります。その正当化はさまざまなものがあり得ます。

例えば、既存の権利制限規定も排他権を制約するものですが、その正当化根拠を単一の観点からすべて説明できるものではありません。実際のところ、従来の議論でも、権利制限規定に関してさまざまな分類がみられます¹²⁷。そこで、排他権制約の根拠とされるものは、公共の利益を確保すること、他者の表現の自由や私人の行為自由を確保すること、あるいは権利者から個別の許諾を得ることが困難であること等が含まれます。

また、そこでは、例えば、障害者のための制限規定のように、権利者の利益と利用者の利益の調整だけが問題になるわけではなく、利用者とは別の第三者の利益ないし公共の利益との調整も問題になります¹²⁸。既存の権利制限規定は、そうした趣旨を実現するために、利用の目的（例：営利性、公共性）、利用の態様（例：範囲、規模）、対向利益（例：他者の表現の自由、私人の行為自由）、著作物の性質（例：実用性、公共性）、権利者への経済的影響といった諸要素の考慮を通じて具体化されたものと理解できます。

そして、権利濫用によって差止請求が否定される場合も、権利濫用に当たるとする根拠はさまざまなもの

が考えられます。そこでは、権利者と利用者の客観的な利益調整のみならず、権利者の主観的要素も考慮されることになろうかと思えます。

以上のように、排他権を制約する正当化根拠になり得るものはさまざまなものがありますので、[権利制限&補償金請求権]のようなⅡ型にする場合には、そうした議論を踏まえつつ、排他権の制約を正当化する必要があろうかと思えます。

(2) 権利を付与することの正当化

もっとも、排他権の制約を正当化するということは、同時に、そもそもなぜ排他権が付与されるべきなのかという問題に帰着せざるを得ないところがあります。それは、排他権を付与すること自体の正当化にはかなりません。また、Ⅱ型のように、権利者の排他権を否定して報酬（補償金）請求権を認めるということになりますと、なぜ報酬（補償金）請求権を付与するのかということについての正当化も問題になります。

これは大きな問題になりますので、ここで深く立ち入ることはできませんが、そこには2つの理論モデルがあろうかと思えます。

著作権法の正当化根拠に関しましては、インセンティブ論または自然権論という捉え方がかねてから有力ですが、これは政策論または権利論という観点から再構成できようかと思えます¹²⁹。

第1の政策論は、インセンティブの最大化など社会的な目的を措定し、著作権法はそうした目的を実現するための手段と捉える考え方です。これに従いますと、権利の内容は当該目的の実現に適合するように帰結主義的に決定されることになります。したがって、権利の性質にしても、帰属にしても、当該政策目的の実現に資するかどうかで決定されることになります。

具体的には、基本的に創作インセンティブの最大化に資するかどうかという観点から判断されることになります。本日の課題に関しても、あるサービスについて、権利者に報酬請求権を付与すべきかとか、オプトアウト権を認めるべきかということも、創作インセンティブの最大化のために必要かどうかという判断になろうかと思えます。

第2の権利論は、そうした社会的な目的の実現に優先するものとして個人の権利を認め、著作権法はそうした権利を実現するものと捉える考え方です。これに従いますと、権利の内容は当該権利の実現に適合するように義務論的に決定されることになります。したがって、権利の性質にしても、帰属にしても、当該個人の権利の実現に資するかどうかで決定されることになります。

具体的には、基本的に憲法上の基本権の実現に資するかどうかという観点から判断されることになります。本日の課題に関しても、あるサービスについて、権利者に報酬請求権を付与すべきかとか、オプトアウト権を認めるべきかということも、創作インセンティブにつながるか否かとは関係なく、基本権の実現のために必要かどうかという判断になろうかと思えます。

もっとも、以上はあくまで理論モデルでありまして、これらを多元的に論じる見解もあり得るわけですが、私自身はかねてから基本的に権利論の考え方に基づいています。ただ、こうした根本のところ立場が異なるにもかかわらず、なぜか結論は同じところに到達するということがよくあります。

3. おわりに

本日は、制度論のメニューということで著作権法上の権利の在り方についてお話しさせていただきました。

私の目には、日本の著作権法は、完全な排他権か、それとも無許諾無償の完全自由か、というオール・オア・ナッシングの規定が多く、いわば不器用な法状況にあるように見えます。

しかし、そのような状況のままですと、契約スキームに委ねても奏功せず、結果として、社会的意義のあるサービスが実施されず、社会全体がその恩恵を被ることができなかつたり、あるいは、著作物等の利用について権利者が相当の利益分配を受けられなかつたりする帰結に陥ってしまう可能性があるように思います。そのような中、[権利制限&補償金請求権]を中心とするⅡ型の在り方は、より積極的な活用が検討されて然るべきものではないかと思っております。

もちろん、わが国における現実の立法論におきましては、既存の権利関係を所与とした関係者間の調整というものが大きな意味を持っているため、法改正というのは常に容易でないのかもしれない。

しかし、諸外国の立法例や国際的な議論に目を向け、そして、著作権法学の歴史を振り返りますと、そこには、権利の在り方に関するさまざまなアイデアを発見できます。それは今後の日本における立法論をきつと建設的なものにするはずで、そのため、学術的・理論的観点から制度論のメニューを提供することは、なお実践的な意義があると思えますし、そのような認識はいずれ共有されるものと信じている次第です。

ご清聴ありがとうございました。

Q&A

Q1：排他的許諾権の強制的な集中管理について、もしご存念があればお伺いしたいと思ってご質問申し上げます。

Ⅲ2.(1)の日本法のもの、すべて報酬請求権か補償金請求権となっております。Ⅱ型のデメリットで、先生がご指摘された点として、権利者の交渉力の低下、それからオプトアウトしたい権利者側の意図というものが挙げられておりました。これらに含まれているかもしれませんが、実務的な観点からは、報酬請求権の場合、エンフォースメントが難しいという側面があると思います。

この点に関しまして、仮に報酬請求権ではなく、排他的許諾権の強制的な集中管理が可能であれば、正当な利用者との関係では権利が実質的に報酬請求権化されて、金銭のやり取りで済む。これに対して、正当な利用者でない、例えば海賊版のように違法にコンテンツを用いる者に対しては、相変わらず排他的許諾権の行使が可能となる、というような仕組みができると思います。

例えば、アメリカにおける録音物のデジタル音声送信権には、このような強制許諾制度が導入されているようですが、この辺りについて、もしお考えがあればお聞かせください。

A1：今日私をご紹介した強制的集中管理というのは、ご指摘のとおり報酬請求権に関するものでして、排他権の強制的集中管理ではなかったのですが、確かに、排他権を強制的集中管理にするという考えもあり得るかもしれませんね。

なるほど、[排他権+強制的集中管理]というのは、管理委託しなければ権利行使できないわけですし、管理委託すれば、管理事業法によって権利管理団体が応諾義務を負うことになるように思われますから、いわば権利者は常に応諾義務を負っていることになるのでしょね。具体的にいうと、例えば、わが国著作権法でも、実演家やレコード製作者の送信可能化権を[排他権+強制的集中管理]にするという考え方があり得るのかもしれませんが。

もっとも、そうであれば[報酬請求権+強制的集中管理]でよいではないかという考えもあるように思います。確かに、[排他権+強制的集中管理]だと、無許諾の利用者に対して差止請求できるというエンフォースメントの点で権利者にとって都合がよいかとは思いますが、金銭支払請求を確保するためにそこまで必要かという点が問題になるように思います。

ただ、そういう権利の在り方もメニューの1つになり得るというのはご指摘のとおりかと思えます。その際、[排他権+強制的集中管理]を本日のメニューのどこに位置づけるかは、なかなか難しいところだと思います。利用者がワンストップで許諾を得ることができ、許諾を得た利用者に対しては権利者も差止請求できないこと、また、権利者はオプトアウトできないこと、からすれば、[排他権+強制許諾]と同じようにⅡ型に位置づけることができるかもしれません。なお、アメリカ著作権法上におけるいわゆる強制使用許諾 (compulsory license) も¹³⁰、同じような位置づけになるのかもしれませんが、今後の課題にしたいと思います。

Q2：ご質問申し上げたい点は、Ⅰ型～Ⅲ型のどれをとり得るかという判断基準です。上野先生のお立場としては、本来ある権利の実現のために必要かどうか、ということが判断基準になっているように承知しましたが、それを具体の政策決定に反映していく上で、もう少しブレークダウンして考えていく必要があるのかな、というふうに感じております。

その観点から、例えば先ほど例として挙げられたいくつかのケースに対するご所感について、仮にももう少し細かい具体的なメルクマールに基づいてのご判断があるということであれば、その辺りのことをお教えいただけますでしょうか。

A2：そうですね。インセンティブ論の考え方に立つのであれば、排他権や報酬請求権が付与されるべきか否かは、基本的に、創作のインセンティブにとって必要かという観点から判断すればよいということになりますが、私のような権利論に立ちますと、そうした観点から判断するわけにはいかないことになります。そのため、答えが明確に出ないではないかというご批判もあり得るところかと思えますが、やはり権利論に立つ以上、ドイツなどでもそうだと思いますが、憲法上保障されるべきクリエイタの権利とは何なのかということを探求せざるを得ないのだらうと思います。

例えば、追及権という報酬請求権を付与すべきかどうかを考える場合には、美術作品が高額で売買されているときに、これを創作したクリエイタにも利益分配が認められて然るべきかどうかを考えることになります。

なお、権利制限によって排他権を制約する際に著

作者等に報酬請求権が付与されるべきかどうかということについては、条約上の義務も問題になるところでして、スリー・ステップ・テストの観点から「著作者の正当な利益を不当に害しないこと」が求められることとなります。そこでは、あるサービスを許容した場合の権利者への経済的影響が考慮されることになるかと思えます。

具体例で申しますと、例えば、図書館による資料送信サービスですとか、自炊代行業ですとか、企業内複製ですとか、そういったサービスについて、仮に排他権を制約すべきだと判断されるとしても、権利者には補償金請求権が付与されるべきではないかと私は思います。

これに対して、例えば、アメリカでフェア・ユースに当たるとされたグーグルブックスのサービスのよう、図書館資料の全体を対象として特定のキーワードがどこに存在するかという所在検索を可能にする図書館資料検索サービスについて、仮に排他権を制約すべきだと判断されるとしても、だからといって著作者に補償金請求権が付与されるべきかという、基本的に必要ないように思います。すでに日本法は、検索エンジンに関して、インターネット上の情報の所在を検索できるサービスを提供するために必要な範囲で行われるネット上の著作物の収集やスニペット等による検索結果の提供に関する制限規定を有しておりまして（47条の6）、そこでは補償金請求権が付与されていません。私は、この規定を「送信可能化」された情報のみならず、一般に公開された情報の所在検索サービスを可能とするように改正することが考えられるのではないかと考えていますが、その場合でも補償金請求権は必要ないように思います。

いずれにいたしましても、権利論の考え方に立つ場合は、明確な基準を示すというより、権利ないし原理の調整ないし衡量の方法を示すことになるのかもしれません。その具体的内容を含めて今後の課題になろうかと思えます。ご指摘ありがとうございます。

Q3：先生の今日のⅡ型のご提案というのは、立法論としては非常に興味深いものと考えたのですが、現実に審議会でこれを実現するとすると、非常に複雑な過程をたどるのではないかとと思われるのですが。例えば、「30条」で、自炊代行による複製に関しては、権利を制限するが、権利者に報酬請求権を与える。また、「36条」では、××大学過去5年入試問題集への入試問題の複製に関し、権利を制限するが権利

者に報酬請求権を与える、というような立法を行うケースをおっしゃっていたと、理解しました。

そのような著作権法の改正を行うには、まず30条と36条に関し、権利制限の範囲を、現行法に比べ、さらに増やすのですよね。つまり、新たな権利制限の立法をした上で、一方で、その部分に関し、権利者に報酬請求権を与える新規立法も行わなければなりません。

そのような、二段階の法改正は、現実的に考えると、審議会で、まず通らないと思います。まず、権利制限の範囲を増やすという段階で権利者が猛反対するでしょうし。それから報酬請求権の範囲を増やすということですが、この権利は、支払う報酬の額に関し、権利者と利用者との合意が得られなくても、利用者は無断で利用できるのです。すると、権利者は、訴訟を起こさない限り、報酬は得られない。その結果、報酬請求権裁判が続発し、裁判所の負担も増える。以上により、理想としてはよいものの、現実的には実現可能性が少ないのではないかという意見を持っているのですが、いかがでしょうか。

A3：今のお話は、排他権を有している権利者にとって、Ⅱ型は、たとえ報酬請求権は保障されるとしても排他権の制約である以上、これに同意しないだろう、そして、利用者にとって、Ⅱ型は、たとえ権利者の許諾を得る必要がなくなるとしても報酬支払義務を負うものである以上、これに同意しないだろうというご指摘かもしれません。

もし本当にそのような事態になるのであれば、結果として、権利制限もできない、報酬請求権もできない、ということになり、まさにオール・オア・ナッシングの状態が続くこととなります。確かに、それでも問題がない場合もありますが、先ほども申し上げたように、それがために社会的に有用なサービスが現実に行われなくなることになり、誰もその恩恵を被ることができないという帰結になってしまう場合が少なくないと考えられます。それは社会全体の制度として望ましくないのではないかと私は思います。

なお、今のお話で、Ⅱ型のような在り方が「理想」としてはよいが「審議会で、まず通らない」というご指摘の前提には、現状の日本の著作権政策形成過程においては、利害関係者の同意が得られない法改正は不可能であり、その結果、必ずしも理想的な制度が実現されるわけではないのだというご認識があるのかもしれません。私にはその点よくわかりませんが、ある法改正が社会全体から見て妥当かどうかという問題と、そのような法改正が現実世界において実現可能かという問題は、別のものなのかもしれ

ませんね。

その意味では、本日の私の講演は、あくまで前者の観点からの考察でありまして、著作権法に関する政策形成過程の在り方について論じるものではありません。ただ、こう申し上げると、そのような考察は現実感賞に乏しく理論的・理想的なものにすぎない、というご批判もあるかもしれません。

しかし、もし、ある法改正が本当に理想的だといえるのであれば、それがそのまま実現されるのが望ましいに決まっていますので、本来であれば、先ほどの前者と後者は一致しているべきものはずですが、もしそれが一致していない、一致できないというのであれば、そのような状態自体が問題とされざるを得ないのだらうと思います¹³¹。ただ、私自身は、質問者の方のお考えとは異なるかもしれませんが、現状のような体制でも、社会全体にとって理想的な制度のために意義ある議論が展開される可能性を信じたいと思っています。ご指摘ありがとうございます。

- 1 「専有」の意味をめぐる議論については、鳥並 良=上野達弘=横山久芳『特許法入門』（有斐閣、2014年）202頁以下〔上野〕も参照。
- 2 中山信弘『マルチメディアと著作権』（岩波書店、1996年）95頁以下参照。
- 3 中山信弘「著作者保護と情報の利用・流通促進の基本的視点」ジュリスト1057号52頁（有斐閣、1994年）、同「情報の流通と著作権」同ほか編『知的財産権の現代的課題』本間崇先生還暦記念（信山社、1995年）217頁以下参照。
- 4 中山・前掲注（3）「情報の流通と著作権」211頁参照。
- 5 中山・前掲注（2）161頁参照。
- 6 中山信弘「デジタル時代における著作権の変容」同編著『知的財産権研究Ⅲ』（東京布井出版、1995年）17頁参照。
- 7 中山・前掲注（2）161頁以下参照。
- 8 北川善太郎「インターネットにおける情報・著作権・契約——知的財産権と契約との交錯——」『現代における物権法と債権法の交錯』林 良平先生献呈（有斐閣、1998年）111頁参照。
- 9 北川・前掲注（8）115頁参照。
- 10 北川善太郎『コピーマート 情報社会の法基盤』（有斐閣、2003年）、同「合意システムとしての著作権市場——コピー・マート論——」同編『知的財産法——21世紀への展望——』（東京布井出版、1996年）169頁、同「コピーマートとはなにか」コピーライト470号2頁（2000年）、「〈シンポジウム〉権利管理システムの未来像——コピーマートを中心に——」著作権研究29号67頁（2003年）、Zentaro Kitagawa, Copymart: A new concept - An Application of Digital Technology to the Collective Management of Copyright, 723 WIPO Pub.139 (1993) 等参照。なお、その前身である「コピーセール」につき、Zentaro Kitagawa, Copyright Clearance or Copy Sale: A Thought on the problem of "Mass Right", 14-4 AIPPI Int. 207 (1989) 参照。
- 11 北川・前掲注（10）「合意システムとしての著作権市場」171頁参照。
- 12 さしあたり、田村善之『著作権法概説』（有斐閣、第2版、

2001年）6頁以下参照。

- 13 田村善之「機能的知的財産法の理念」同『機能的知的財産法の理論』（信山社、1996年〔初出1995年〕）14頁参照。
- 14 田村・前掲注（13）20頁以下参照。
- 15 中山信弘『工業所有権法上』（弘文堂、第2版増補版、2000年）17頁注2参照。田村・前掲注（13）21頁も同旨。
- 16 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察——ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆——（1）（2・完）」民商法雑誌120巻4・5号748頁・6号925頁（1999年）参照。
- 17 上野達弘「ECMSにおける著作権及び著作者人格権に関する一考察」『CRIC賞論文集』（CRIC、1997年）20頁参照。
- 18 上野達弘「個別管理と集中管理」著作権研究29号113頁（2003年）も参照（同120頁は「個別許諾の集中管理」の可能性を指摘する）。
- 19 例えば、中山信弘「著作権法改正の潮流」コピーライト578号11頁（2009年）は、「技術の発展と共に、利用の正確な把握、課金ができるようなシステムができれば、ラフジャスティスを維持する必要はなくなるはずですが、それらについては、30条の適用範囲外とし、基本的には許諾権を及ぼし、あとは契約に任せれば足りるということになります」とする。
- 20 中山信弘『著作権法』（有斐閣、第2版、2014年）304頁参照。
- 21 中山・前掲注（20）303頁も、「そのようなラフな制度を正当化できる根拠は、立法当時の技術水準の低さにあり、これ以外に良い方法がなかったからである。すなわち技術が変化すれば補償金制度もそれに対応した制度にならざるを得ないという宿命を負っている」とする。
- 22 上野達弘「応用美術の保護——著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察——」著作権研究36号100頁以下（2010年）参照。
- 23 このような考え方自体について、上野・前掲注（16）6号960頁以下、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェア・ユースの可能性——」コピーライト560号7頁（2007年）参照。
- 24 玉井克哉「特許権はどこまで『権利』か——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——」パテント59巻9号45頁（2006年）、鳥並 良「知的財産権侵害の差止めに代わる金銭的救済」『知的財産法の新しい流れ』片山英二先生還暦記念（青林書院、2010年）669頁、平嶋竜太「特許権に基づく差止請求権の合理的根拠と限界」高林 龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012年）133頁、同「特許権に基づく差止請求権における『内在的限界』」パテント66巻5号（別冊10号）1頁（2013年）、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・立法論の提言——」川濱 昇ほか編『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 哲先生古稀祝賀（有斐閣、2013年）699頁、鈴木 将文「特許権侵害に対する民事救済措置に関する覚書——差止措置制限の可能性を巡って——」パテント66巻5号（別冊10号）43頁（2013年）、愛知靖之「民法学における差止請求権理論と知的財産法における差止請求権」パテント66巻5号（別冊10号）12頁（2013年）等参照。
- 25 これに対して、アメリカでは、差止命令の救済は、特許権侵害訴訟においても、侵害行為により権利者が回復困難な損害を被っていることや金銭賠償による救済では不十分であることなどを考慮して、裁量的に与えられるとされる（eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S.388 (2006)）。中山一郎「米国における著作権侵害に対する差止め——特許権との比較を通じて——」論究ジュリスト10号182頁（2014年）も参照。
- 26 さしあたり、鳥並ほか・前掲注（1）365頁以下〔上野〕参照。
- 27 知財大判決平成26年5月16日判時2224号89頁〔アップル対

- サムスン（差止）事件：控訴審）参照。
- 28 知財高大判平成26年5月16日判時2224号146頁〔アップル対サムスン（債務不存在確認請求）事件：控訴審）参照。
- 29 差止請求に対する権利濫用の抗弁を否定したものとして、東京高判昭和60年10月17日無体裁集17巻3号462頁〔レオナルド・フジタ事件：控訴審〕、東京地判平成元年10月6日無体裁集21巻3号747頁〔レオナルド・フジタ展カタログ事件〕等参照。
- 30 那覇地判平成20年9月24日判時2042号95頁〔写真で見る首里城事件〕参照。
- 31 なお、権利濫用によるものではないが、広島地判平成24年5月23日判時2166号92頁〔光市母子殺害事件死刑囚事件：第一審〕は、書籍における手紙の掲載の一部について、著作権および著作者人格権の侵害を理由とする差止請求を棄却しながら損害賠償請求を認容した。ただ、同控訴審判決（広島高判平成25年5月30日判時2202号28頁）は、権利者の承諾等を理由に権利侵害を否定し、原判決を取り消して、すべての請求を棄却した。
- 32 木下昌彦＝前田 健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて——ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服——」ジュリスト1478号50頁以下（2015年）参照。
- 33 近時、「著作権侵害の成否が明らかではない事案について、刑事手続が進められることに反対する」との声明も見られる（『「ハイスコアガール」事件について——著作権と刑事手続に関する声明——』〔2014年12月22日〕参照）。
- 34 福井健策『「ネットの自由」vs. 著作権——TPPは、終わりの始まりなのか——』（光文社、2012年）43頁以下、TPPの知的財産権と協議の透明化を考えるフォーラム「TPP著作権条項に関する緊急声明」（2015年3月）参照。
- 35 文化審議会著作権分科会 著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会『クラウドサービス等と著作権に関する報告書』（2015年2月）31頁参照。
- 36 前掲注（35）4頁においては、「クラウド上のサーバー（以下「ロッカー」という。）に保存されるコンテンツを、利用者が自らの様々な携帯端末等において利用（ダウンロード又はストリーミング）できるようにするサービス」と定義されている。
- 37 日本音楽著作権協会／日本芸能実演家団体協議会・実演家著作隣接権センター／日本レコード協会『「タイプ2ロッカーサービス」における集中管理による契約スキームについて』（前掲小委第5回〔2014年9月30日〕資料3）参照。
- 38 もっとも、議論の結果、「タイプ2（プライベート・ユーザーアップロード型）の枠内で行われる利用行為については、基本的には利用行為主体は利用者であり、当該利用者が行う著作物の複製行為は、私的使用目的の複製（第30条第1項）であると整理することができ、権利者の許諾を得ることは特段不要であると解されるとの意見で一致した」とされた（前掲注（35）34頁参照）。これは「大変大きな成果である」とされるが（前掲小委第10回〔2015年2月13日〕〔有松育子発言〕参照）、変換機能や共有機能を有するサービスなど、許諾不要とされたサービスの具体的内容について共通の認識があるかどうか、なお検討の余地を残しているようにも思われる。
- 39 前掲注（35）35頁は、「現行の著作権法の下で、契約や権利制限規定の適用等により、十分に対応することができるとの意見が多数を占めた結果、本小委員会で提示された内容を前提とする限り、各サービスに関して、現時点においては、法改正を行うに足る明確な立法事実は認められなかった」とする。また、規制改革会議投資促進等ワーキング・グループ第7回（平成27年3月9日）においても、「これらのサービスについて何らかの法改正を行うまでの必要性は認められないというのが結論でございます。こうなりますと、こうし

- たサービスを展開していくためには、契約によってサービスを提供するということが必要になってまいります」と述べられている（森 孝之発言）。
- 40 また、末吉 互「許諾システム未成熟分野でもがくなかで」論究ジュリスト11号227頁以下（2014年）も、自炊代行業およびタイプ2のロッカー型クラウドサービスについて、適法な領域が不透明であるとして「許諾システム導入の動機付け」があるとする。
- 41 もっとも、動画投稿サイトが侵害著作物等の投稿を積極的に誘引する等によって、規範的侵害主体と認定される場合や、プロバイダ責任制限法上の「送信者」（2条4号）に当たるとして同法の免責を受けられない場合もあり得る（知財高判平成22年9月8日判時2115号102頁〔TVブレイク事件：控訴審〕参照）。
- 42 そのような意味で、いわゆるマルチ・ステークホルダー・プロセスが有効な場合があるとしても、著作権法分野において妥当し得るかどうかについては検討の余地があるように思われる。
- 43 蔵書電子化事業連絡協議会（Myブック変換協議会）および一般社団法人日本蔵書電子化事業者協会は、2013年6月14日、基本方針に合意したと発表された（もっとも、同協議会のウェブサイト〔<http://www.mybook-digital.jp/>〕は、本講演後の2015年4月現在見当たらない）。
- 44 <http://www.alai2015.org/>
- 45 See WIPO, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms, (WIPO, 2003) p.287 (written by Mihály Ficsor). 日本語訳として、ミハイリ・フィチョール著＝大山幸房ほか訳『WIPOが管理する著作権及び隣接権諸条約の解説並びに著作権及び隣接権用語解説』（CRIC、2007年）338頁〔大山訳〕は、「『法定許諾』は法律によって与えられる直接的許可を意味し、『強制許諾』は法律上許諾を与える権利者の義務を意味し、両者とも支払を要する」とする。
- 46 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18頁以下（2012年）も参照。
- 47 以下、ドイツ著作権法の日本語訳は、本山雅弘訳（<http://www.cric.or.jp/db/world/germany.html>）による。
- 48 詳しくは、上野・前掲注（46）18頁以下参照。
- 49 なお、ドイツ著作権法53a条1項3文は、電子的形式による複製と送信に限って、相当な条件での契約的合意に基づく当該著作物へのアクセスが明らかに可能な場合を権利制限の対象から除外している。
- 50 本講演後、2015年4月16日にドイツ連邦通常裁判所（BGH）は、2014年9月11日の欧州司法裁判所判決（CJEU, 11 September 2014 (C-117/13)）を受けて、図書館が資料をデジタル化して電子端末で利用者に関覧させたり、利用者が私的使用目的で印刷したり、USBメモリに保存したりできるようにすることが著作権侵害に当たらないとする判決を下した（BGH, Urteil vom 16 April 2015, I ZR 69/11, -Elektronische Leseplätze II）。
- 51 国会図書館において電子化資料を公衆に館内閲覧させることに著作権が及ばないと解されることについて、上野達弘「国会図書館による絶版等資料の送信——平成24年著作権法改正の意義と課題」ジュリスト1449号35頁以下（2013年）参照。
- 52 上野・前掲注（46）21頁以下、本山雅弘「ドイツ著作権法改正にみる私的複製とその補償金制度の展開」最先端技術関連法研究7号33頁（2008年）、同「ドイツ著作権法にみる私的複製に対する報酬義務の存否とプリンター——判断を分けた控訴審判決と最高裁によるその解釈統一——」最先端技術

- 関連法研究8号41頁(2009年)、辻田芳幸「ドイツ著作権法から見たわが国私的複製補償金制度の課題——『相当な報酬』を中心に——」名経法学35号138頁(2014年)等参照。
- 53 上野・前掲注(46)20頁、栗田昌裕「『著作権の制限』の判断構造(2・完)——ドイツ連邦通常裁判所の判例を中心とした考察——」民商法雑誌144巻2号219頁以下(2011年)も参照。
- 54 栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程(1)(2・完)——ドイツにおける憲法判例と学説の展開を手がかりとして——」民商法雑誌140巻6号638頁・141巻1号45頁(2009年)、本山雅弘「著作権の権利制限論と保護範囲論との相違に関する一考察——『表現の自由』の抗弁を念頭においたドイツ比較法的検討——」比較法制研究37号10頁以下(2014年)参照。
- 55 大淵哲也「著作権間接侵害の基本的枠組(中編)」著作権研究39号304頁(2014年)も、「全く異なる別次元のもの」と述べる。
- 56 諸外国の状況については、公貸権委員会編『公貸権制度に関する調査・研究』(CRIC附属著作権研究所、2005年)も参照。
- 57 小川明子『文化のための追及権——日本人の知らない著作権——』(集英社、2011年)等参照。
- 58 欧州追及権指令(2001/84/EC)参照。
- 59 勝本正晃『著作権法改正の諸問題 附改正法試案』(法文社、1949年)参照。
- 60 勝本・前掲注(59)41頁以下参照。
- 61 小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈——著作権法全文改正の資料として——』(文部省、1958年)232頁以下、阿部浩二「著作権(著作隣接権)の保護期間について」コピーライト55号15頁以下(2007年)等参照。
- 62 著作者の死後50年の保護期間のうち、同25年以降を有償公有制度にしていた(1911年イギリス著作権法3条参照)。
- 63 以下について詳しくは、上野達弘「ドイツ著作権法における保護期間に関する一考察」野村豊弘ほか編代『現代社会と著作権法』齊藤博先生退職記念(弘文堂、2008年)43頁以下参照。
- 64 昭和9年の改正時にも議論があったという(小林・前掲注(61)195頁参照)。
- 65 勝本・前掲注(59)136頁以下参照。
- 66 勝本・前掲注(59)138頁参照。
- 67 文部省『著作権制度審議会審議記録(一)』(文部省、1966年)85頁参照。また、『法案コメント——文部省文化局試案について——』(文化庁)67-7以下も参照。
- 68 阿部・前掲注(61)16頁も、「条約上拘束されるのが50年であるということになりますと、それについて50年はそのとおりでいい、残りの20年を有償公有制にすることはできないだろうかというのが私の考えです」とする。
- 69 フィチョール・前掲注(45)325頁、WIPO, *supra* note 45 at 277参照。
- 70 フィチョール・前掲注(45)325頁(「法定許諾の場合には、使用者は許諾を申し込むことさえしなくてよく、法律が直接一定の使用を許諾し、そして報酬……のみがそれについて支払われる」とする)、WIPO, *supra* note 45 at 277参照。
- 71 加戸守行『著作権法逐条講義』(CRIC、六訂新版、2013年)465頁参照。
- 72 平成21年著作権法改正[法律第53号]、平成26年文化庁告示38号による平成21年文化庁告示26号の改正等参照。
- 73 なお、著作権法69条に基づく裁定が行われた後に、権利者と連絡が可能になっても、すでに裁定が行われた範囲の利用行為に対して権利者が差止請求することはできないと解される。ただ、「裁定の理由がなくなったことが明らかになった時点で、文化庁長官は裁定を取り消し、その効力を不遡及とすること」ができるとする見解もある(半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタール(2)』[勁草書房、2009年]651頁[井口加奈子]参照)。この点、特許法には、特許発明不実施の場合の裁定(83条)について、裁定理由の消滅等による裁定取消に関する規定がある(90条)。
- 74 例えば、平成21年著作権法改正[法律第53号]による著作隣接権への裁定制度の拡大とローマ条約15条2項但書との関係について、茶園成樹「著作権法の最近の諸問題——権利制限に関する3つの問題」ジュリスト1326号68頁以下(2007年)等参照。
- 75 木下=前田・前掲注(32)50頁以下参照。
- 76 ただし、既存の権利制限規定を(類推)適用して著作権侵害を否定した上で、著作者への相当な利益分配を確保するために、補償金請求権を付与した別の規定を類推適用して補償金支払請求を認めるという解釈もあり得る。ドイツにおける判例として、BGH Urteil v. 25.2.1999, GRUR 1999, 707 - Kopienversanddienst(駒田泰士「大陸法における権利制限」著作権研究35号61頁[2008年]、栗田・前掲注(53)186頁以下も参照)。
- 77 その場合、将来における対価請求や額の問題は残された課題となる。アメリカにおける継続的実施料(ongoing royalties)をめぐる議論等を含めて、島並・前掲注(24)669頁以下、鈴木・前掲注(24)44頁以下も参照。
- 78 知財高判平成17年10月6日[ライントピックス事件:控訴審]参照。
- 79 最一小判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁[北朝鮮事件:上告審]参照。
- 80 大阪地判平成24年7月5日[大江戸浮世絵暮らし事件]、知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁[釣りゲータウン2事件:控訴審]、東京地判平成24年12月27日[大道芸研究会事件]、東京地判平成25年2月27日[シーテック事件]、大阪地判平成25年4月18日[星座板事件]、知財高判平成25年9月10日[光の人事件:控訴審]、知財高判平成25年12月17日[シャトー勝沼Ⅰ事件:控訴審]、知財高判平成26年1月22日[シャトー勝沼Ⅱ事件:控訴審]、東京地判平成26年3月14日[旅行業システム事件]、大阪高判平成26年9月26日[ディスプレイフォント事件:控訴審]、東京地判平成27年1月30日[小泉司法書士予備校事件]、東京地判平成27年3月20日[スピードラーニング事件]参照。
- 81 上野達弘「未承認国の著作物と不法行為——北朝鮮事件——」AIPPI 57巻9号17頁以下(2012年)も参照。
- 82 この点につき、上野・前掲注(51)40頁参照。
- 83 例えば、前掲注(35)31頁は、多くの有識者から示された意見として、「権利制限規定等での解決は、イチかゼロかの解決となって当事者のどちらか一方にプラスとなったり、マイナスとなって使い勝手が悪いが、ビジネス取引による解決であれば、いろいろな応用が可能となり、権利者にとっても事業者にとっても、サービスを伸ばしていくという方向で様々な取引の工夫を行うことができる」とする。
- 84 加戸・前掲注(71)279頁参照。
- 85 加戸・前掲注(71)279頁参照。
- 86 以上のほか、私的録音録画補償金は「相当な額」とされるが(30条2項)、指定管理団体が権利行使する場合には補償金の額を定めて文化庁長官の認可を受けなければならない(104条の6第1項)、文化庁長官がこれを「適正な額」(同条4項)と認めて認可をすれば、その認可を受けた額が補償金の額とされることになっている(同条2項)。
- 87 これは貸与に関する報酬請求権についても準用されている(著作権法95条の3第4項)。
- 88 詳しくは、上野・前掲注(46)24頁以下参照。
- 89 著作権契約法委員会『著作権契約法現行コード』(CRIC、

- 2010年) 183頁[松田政行=平野恵稔]、情報通信総合研究所『諸外国における著作物等の利用円滑化方策に関する調査研究報告書』(2013年3月) 76頁以下[小嶋崇弘]、小嶋崇弘「北欧諸国の著作権法におけるアーカイブ関連の制度——拡大集中許諾制度を中心に——」(文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会第2回[平成26年10月20日]資料6)、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4頁(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——米国著作権局の最近の提案をめぐって——」Nextcom 21号14頁(2015年)、小嶋崇弘「拡大集中許諾制度」コピライト649号17頁(2015年)等参照。
- 90 フィチョール・前掲注(45) 340頁、WIPO, *supra* note 45 at 289参照。
- 91 フィチョール・前掲注(45) 340頁、WIPO, *supra* note 45 at 289参照。
- 92 フィンランド法25f条、スウェーデン法42e条、デンマーク法30条、ノルウェー法30条参照。
- 93 フィンランド法14条、スウェーデン法42c条参照。
- 94 フィンランド法13a条、スウェーデン法42b条参照。
- 95 福井健策=北澤尚登『「グーグル・ブックス」米国クラスアクション和解のインパクト——電子書籍の著作権処理をめぐる現状と課題』ジュリスト1405号76頁以下(2010年)等参照。
- 96 玉井・前掲注(89) 9頁参照。
- 97 その後、2013年11月14日、グーグルブックスにおける電子化と表示等がフェア・ユースに当たるとした判決が出ている(Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013))。松田政行=増田雅史「Google Books訴訟においてフェアユースを認めたニューヨーク南部地区連邦地裁の判断について」NBL 1019号42頁(2014年)も参照。
- 98 松田政行=増田雅史「Google Books和解案の不承認決定に関する解説」NBL 953号32頁(2011年)等参照。
- 99 今村哲也「教育機関における著作物の自由利用とライセンス・スキームとの制度的調整について——イギリスを例として——」(文化審議会著作権分科会国際小委員会第1回[平成26年9月10日]資料5)参照。
- 100 実際のところ、デジタル時代の著作権法は登録主義など方式主義的な制度が適合的だとする見解も少なくない(田村善之「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——」知的財産法政策学研究44号138頁[2014年]、野口祐子『デジタル時代の著作権』[筑摩書房、2010年] 273頁以下参照)。
- 101 なお、登録主義は、少なくともベルヌ条約上の存続期間を超える著作権について採用することは可能のように思われるが(田村・前掲注(100) 137頁も同旨)、茶園・前掲注(74) 69頁注33は、「ベルヌ条約7条1項が同盟国に義務付ける著作権の保護期間は、著作者の死後50年までであるが、それ以後の保護は、著作権としての性質を有する限り、条約上の義務が及ばず、同盟国が自由に決定できると解することはできないであろう」とする。
- 102 玉井・前掲注(89) 8頁以下、鈴木・前掲注(89) 14頁、福井健策『誰が「知」を独占するのか——デジタルアーカイブ戦争——』(集英社、2014年) 214頁以下も参照。
- 103 例えば、著作権法39条1項本文は、新聞等に掲載された時事問題に関する論説を他の新聞等に転載等することを許容しているが、同項但書は「これらの利用を禁止する旨の表示がある場合は、この限りでない」と規定している。また、同法47条の6は検索エンジンによる情報の収集等を許容しているが、「収集を禁止する措置」がとられた情報は収集を行わないことが必要とされている(著作権法施行令7条の5第2号、同施行規則4条の4参照)。
- 104 玉井・前掲注(89) 6頁以下参照。
- 105 上野・前掲注(46) 20頁も参照。そのため、排他的権利を他人に許した著作者にとっては、権利制限規定の適用を受けたほうが有利な結果になる場合があるとも考えられる。ドイツにおける議論として、栗田・前掲注(53) 203頁以下参照。
- 106 上野・前掲注(46) 12頁以下も参照。
- 107 欧州貸与権指令(92/100/EEC) 4条[相当なる報酬に関する放棄不能の権利]も参照。
- 108 欧州追及権指令(2001/84/EC) 1条1項も、追及権を譲渡不可および放棄不可の権利とする。
- 109 加戸・前掲注(71) 683頁も、「二次使用料を受ける権利が債権の権利であって譲渡になじむものであることはいうまでもありませんが、その権利の譲渡を受けるためには、著作権隣接権の譲渡とは別途の契約を要します」とする。
- 110 実際のところ、加戸・前掲注(71) 601頁の記述も、実演家以外の者が二次使用料請求権を指定団体に譲渡等することは想定されていないようにも読める。
- 111 ただし、権利制限の一般条項と一定の場合における補償金請求権という規定もあり得ないではなかろう。ドイツにおける議論として、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書』(2009年3月) 97頁以下[駒田泰士]参照。
- 112 See also Jane C. Ginsburg, Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid?, 29 Berkeley Technology Law Journal, 1383.
- 113 上野達弘「私的録音録画補償金制度をめぐる課題と展望」ジュリスト1463号29頁(2014年)参照。
- 114 以上について、上野・前掲注(113) 32頁以下参照。
- 115 加戸・前掲注(71) 232頁、中山・前掲注(20) 288頁、島並良=上野達弘=横山久芳『著作権法入門』(有斐閣、2009年) 161頁[島並]、田村・前掲注(12) 200頁以下、小泉直樹『特許法・著作権法』(有斐閣、2012年) 187頁、齊藤博『著作権法概論』(勁草書房、2014年) 112頁等参照。反対説として、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——複製業者に複製を依頼する場合についての再検討——」紋谷暢男先生古稀記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』(発明協会、2006年) 937頁以下参照。
- 116 知財高判平成26年10月22日判時2246号92頁[自炊代行事件：控訴審]参照。もっとも、解釈論としても、一定の条件を満たす自炊代行業に著作権法30条1項が適用されるとする見解もある(田村・前掲注(100) 92頁以下参照)。
- 117 詳しくは、上野達弘「総論：電子出版をめぐる著作権法上の課題」高林龍ほか編『年報知的財産法2011』(日本評論社、2011年) 214頁以下参照。
- 118 上野・前掲注(117) 214頁参照。
- 119 大淵・前掲注(55) 304頁も、「メディア変換(古い媒体から新たな媒体への変換)等についての権利制限の立法論もあり得べしと思われる……。かかる権利制限の立法論に当たっては、……新補償金……も、一案としてはあり得るかもしれない」とする。
- 120 加戸・前掲注(71) 231頁、東京地判昭和52年7月22日無体裁集9巻2号534頁[舞台装置設計図事件]参照。
- 121 なお、日本複製権センターのウェブサイトには、同センターのセミナーで配布されたチラシに、「JRRCとの契約だけで、著作物の適法な複写利用が可能です」「一括管理しています」との表現があったことに関するお詫び文書(2014年3月24日)が掲載されている。
- 122 例えば、ドイツ著作権法53条2項1文4号、欧州著作権コード5-2条2項(上野達弘「ヨーロッパにおける著作権リフォーム——欧州著作権コードを中心に——」著作権研究39号62頁[2014年]参照)。
- 123 加戸・前掲注(71) 288頁参照。

- 124 なお、報道によれば、田村善之教授も、「教科書準拠テスト」について、「著作権者が掲載を拒む禁止権をなくし、その代わりに一定額の補償金を支払う制度を導入すればよいのではないか」と述べたとされる（朝日新聞2005年9月25日朝刊）。
- 125 前掲小委では、「将来、弊社のデータベースに論文を保管してチェック対象とする場合は、論文データ・著作権を管理している企業・機関と契約を結んだ後に、契約範囲内の論文データを自社DBに保管し、チェック対象とする予定です。これらの理由により、現在著作権者の権利を侵害していることはなく、著作権者の意見に優先して法環境の整備をお願いしたいという考えはありません」とする意見が提出されたという（前掲小委第8回〔平成26年11月19日〕資料1〔株式会社アंक提出〕参照）。
- 126 詳しくは、上野達弘「公衆への利用可能化権に関する国際的検討——アンブレラ・ソリューションの光と影——」高林龍ほか編『年報知的財産法 2013』（日本評論社、2013年）25頁も参照。
- 127 例えば、田村・前掲注（12）195頁以下は、①「人間の行動の自由を過度に害することのないよう、著作権者に与える影響が少ないと考えられる一定の行為について、著作権を制限する規定」、②「利用の性質上、禁止権を制限すべきであるという観点から設けられている制限規定」、③「有体物の権利である所有権等との衝突を緩和するために設けられている調整規定」、④「著作物の利用を促進すべきという判断から設けられている制限や、教育、報道、さらには立法、行政、司法のような公益に鑑みて設けられている制限規定」という4つに分類する。
- また、中山・前掲注（20）284頁は、制限規定の「根拠も一様ではない」としつつ、「大別すると、情報の過小生産・市場の失敗の防止、公益的理由（例えば教育上の必要性）、社会的弱者の保護、表現の自由・学問の自由・報道の自由・知る権利等の現代社会が有する基本的価値を護るための規定もあれば、著作権者と利用者（社会一般）の利益の調整に関するもの、従来からの慣行であるもの、所有権との権利の調整のためのもの等の理由から権利制限規定が存在する」とする。
- 128 上野達弘「著作権法と集团的・集合的利益」民商法雑誌

（2015年・近刊）も参照。

- 129 栗田昌裕「『著作権の制限』の判断構造(1)」民商法雑誌144巻1号3頁以下（2011年）も参照。
- 130 アメリカ著作権法115条〔レコードの製作および頒布にかかる強制使用許諾〕参照。黒田智昭「音楽配信に関する米国著作権法制度の概要と実演家の権利——ウェブキャストイングと集中管理を中心に——」高林龍ほか編『年報知的財産法 2014』（日本評論社、2014年）20頁以下、マーシャル・A・リーファー＝牧野和夫監訳『アメリカ著作権法』（レクシスネクシス・ジャパン、2008年）427頁以下等も参照。
- 131 著作権法に関する政策形成過程については、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89頁以下（2013年）、同「著作権法の政策形成と将来像」著作権研究39号113頁（2014年）、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』（木鐸社、2011年）、同「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65頁（2014年）参照。また、上野・前掲注（122）50頁以下も参照。

※うえの・たつひろ：1994年京都大学法学部卒業。1999年同大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学。（財）国際高等研究所研究員を経て、2001年成城大学法学部専任講師。2004年立教大学法学部助教授。2010年～2011年マックスプランク研究所（ドイツ）客員研究員。2011年立教大学法学部教授。2013年より現職。主な著書は、『特許法入門』（共著、有斐閣、2014）、「著作権法における侵害要件の再構成——複製又は翻案の問題性——」知的財産法政策学研究41号・42号（2013）、「創作性」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012）、『著作権法入門』（共著、有斐閣、2009）ほか多数。

