

財 団 法 人 J K A
平成22年度デジタルコンテンツの保護・活用に関する調査研究等補助事業

コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に
資する法的環境整備に関する調査研究

ーコンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれからー

報 告 書

平成23年3月

財団法人 デジタルコンテンツ協会



この事業は、競輪の補助金を受けて実施したものです。

URL : <http://ringring-keirin.jp/>

序

地上デジタル放送、IP マルチキャスト、SNS、UGM、デジタル携帯端末、高性能ゲーム機、スマートフォン、3D テレビ、3D 映画上映館など、今では身近となったコンテンツ提供サービスや視聴機器も、この 10 年間に消費者の利用に供されたものばかりです。どこが節目か分からなくなるほどの限界的な技術革新が続くコンテンツ分野では、新たなサービスや機器が、あっという間に大きなシェアを獲得することも珍しくありません。

ビジネスのあり方も変わります。コンテンツのビジネスモデルは一般に、DRMによって希少性を持たせてコンテンツを販売するモデル（疑似物財化型）、コンテンツの提供でモノの販売を促進しその収益からコストを回収するモデル（物財帰着型）、コンテンツによってサービスの販売を促進しその収入からコストを回収するモデル（サービス帰着型）の三つに類型化されますが、これらはこの10年の間で栄枯盛衰を繰り返してきました。

ビジネスの変化とともに、その法的環境も発展を求められます。疑似物財化型を指向するにあたっては、DRMの迂回解除を法で禁止する必要が生じました。iTSに代表される物財帰着型、SNSやオンラインゲームなどのサービス帰着型では、こうしたサービスを運営するプラットフォーム事業者の法的責任の在り方や、情報独占の問題、他方でプラットフォーム事業が成立しやすい法環境の必要性も議論の対象となりました。ユーザ視点では、プライバシー問題も重要な課題となっています。今後どのような法整備が必要でしょうか。

平成 22 年度、当協会は、財団法人 JKA の補助金を受けて、コンテンツの制作・流通・利用等にかかわる者が看過し得ない重要な動向について検討するため、「コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究」を実施しました。実施にあたっては、当該分野の専門家で構成する委員会を設置し、「コンテンツをめぐる法的環境のこの 10 年とこれから」を年間主題に掲げ、委員による発表と委員間の意見交換を中心に進めました。本報告書は、委員会における 1 年間にわたる調査研究の成果のとりまとめであります。

本報告書をご一読いただき、お手元の基礎資料として活用いただければ、幸甚の極みに存じます。

平成 23 年 3 月

財団法人デジタルコンテンツ協会

委員一覧（敬称略 50 音順）

委員長	大橋 正春	岡崎・大橋・前田法律事務所 弁護士
委 員	生貝 直人	東京大学大学院 学際情報学府 博士課程
	井奈波 朋子	インフォテック法律事務所 弁護士
	荻野 春奈	凸版印刷株式会社 法務本部法務部
	小川 憲久	紀尾井坂テームス法律特許事務所 弁護士
	奥邨 弘司	神奈川大学 経営学部 准教授
	亀井 正博	富士通株式会社 法務・知的財産権本部 本部長代理
	河野 智子	ソニー株式会社 スタンダード&パートナーシップ戦略部
		著作権政策室 著作権担当部長
	新保 史生	慶応義塾大学 総合政策学部 准教授
	梶山 敬士	虎ノ門南法律事務所 弁護士
	増田 雅史	森・濱田松本法律事務所 弁護士
	三澤 洋一	ヤマハ株式会社 法務・知的財産部
		法務・コンプライアンス室 国際法務担当課長
	山神 清和	首都大学東京 都市教養学部 法学系 准教授
オブザーバー	市川 和重	株式会社 DNP テクノリサーチ 顧問
	曾根 翼	虎ノ門南法律事務所 弁護士
事務局	宮島 慎一	財団法人デジタルコンテンツ協会 企画調査部
	山本 純	財団法人デジタルコンテンツ協会 企画調査部

著作権に関する注意

本報告書は論文集に類似する性質を有する。したがって、本報告書全体にかかる編集著作権は財団法人デジタルコンテンツ協会に生じるが、本報告書に掲載された個々の論文にかかる著作権はそれぞれの執筆者に帰属する。

留意事項

本報告書は、当該年度において計6回開催された委員会における委員及び講師によるプレゼンテーション及びそれらを題材とする自由討議のとりまとめである。このため、本報告書には各委員の個人的意見が多く含まれており、必ずしも各委員が所属する企業団体等の見解を代表するものではないことを念のため申し添える。

目 次

第Ⅰ章 コンテンツビジネスをめぐる法的環境の10年〔増田雅史〕

1 はじめに	1
2 デジタルコンテンツ法制の幕開け（1996年～）	2
2.1 二つのWIPO新条約	2
2.2 公衆送信権の創設	2
2.3 技術的制限手段	3
2.4 プロバイダの責任と発信者情報開示制度	5
2.5 米国におけるDMCAの成立	6
2.6 権利の集中管理ビジネスの萌芽	8
3 知的財産立国と司法制度改革（2002年～）	9
3.1 国家戦略としての知的財産政策	9
3.2 コンテンツ産業の振興	9
3.3 司法制度改革との関連	10
3.4 個人情報保護法の成立	12
4 コンテンツ法制・通信法制のリフォーム（2006年～）	13
4.1 著作権法「平成の大改正」と日本版フェアユース導入の動き	13
4.2 通信と放送の融合	16
4.3 権利と情報の集中管理、Googleの挑戦	17
4.4 インターネットにおける表現内容規制	21
4.5 侵害対策強化の動きと「スリーストライクルール」	22
5 おわりに	24
補論 侵害主体性と間接侵害	25
別紙 コンテンツビジネスをめぐる法的環境の10年	27

第Ⅱ章 2010年代のデジタルコンテンツ法制

—公私の共同規制アプローチとその限界— 〔生貝直人〕

1 総論	29
1.1 はじめに	29
1.2 三つの方向性	29
1.3 「公私の共同規制」による対応	30
2 媒介者の新たな責任と役割	32
2.1 事後的対応から事前的対応へ	32
2.2 ブロッキング技術の導入	32
2.3 インターネット接続の制限	33

2. 4	2010 年代への示唆	3 4
3	コンテンツ規制	3 5
3. 1	青少年有害情報対策	3 5
3. 2	英米の対応	3 6
3. 3	2010 年代への示唆	3 7
4	オンライン・プライバシー	3 7
4. 1	デジタルコンテンツとライフログ	3 7
4. 2	行動ターゲティング広告の問題	3 8
4. 3	欧米の対応	3 9
4. 4	2010 年代への示唆	4 0
5	終わりに：共同規制が持つ二つの示唆	4 1
	引用文献一覧	4 3

第Ⅲ章 音楽コンテンツ分野における法的環境の 10 年〔三澤洋一〕

1	はじめに	4 5
2	MIDI (Musical Instrument Digital Interface)と音楽ビジネスでの成功例	4 5
3	音楽著作物のネットワーク利用における許諾スキーム確立の過程と課題	4 7
4	海外での著作権管理への影響と EU 競争	4 8
5	著作権等管理事業法の影響	4 9
	別紙 音楽コンテンツ分野における法的環境の 10 年 参考年表	5 3

第Ⅳ章 米国パメラ・サミュエルソン教授の著作権リフォーム論〔石新智規〕

1	はじめに	5 5
2	概要	5 5
3	我が国への示唆	5 6

資料編	著作権の原則プロジェクト リフォームの方向性〔石新智規 橋本有加〕	5 7
-----	-----------------------------------	-----

第 I 章 コンテンツビジネスをめぐる法的環境の 10 年

森・濱田松本法律事務所

弁護士 増 田 雅 史

1 はじめに

デジタルコンテンツ協会（DCAJ）による『デジタルコンテンツ白書』の刊行は、2001 年に遡る。それから 10 年目を迎えた本年度は、デジタルコンテンツにかかわるビジネス環境及び法的環境を俯瞰し、今後を展望する好機といえる。本章では、このうちデジタルコンテンツに関する法的環境について、その整備が開始されてから現在に至るまでのおおよそ 10 年間を、概ね以下の三つのフェーズに整理して振り返る。

1996 年ころからの第一期（デジタルコンテンツ法制の幕開け）においては、情報化社会の到来を見据えて提唱された国際条約を国内法化することによって、わが国におけるデジタルコンテンツ法制が整備されていった。ここで著作権の支分権として公衆送信権が定められるとともに、コンテンツ流通を管理する技術的手段の保護、コンテンツに関する権利の集中管理等に関する立法がなされ、また、ISP 等のコンテンツ流通の媒介者がいかなる責任を負うべきかも議論された。基本的には、著作物の新たな利用態様の出現に伴い、権利者の権利が拡大される過程であったと振り返ることができる。

2002 年ころからの第二期（知的財産立国と司法制度改革）は、国の文化・産業政策や司法制度にわたって、大局的な見地から多くの改革が行われた時期であった。内閣に知的財産戦略本部がおかれ、2003 年からは現在も毎年発表されている知的財産戦略計画の策定が開始されたほか、知的財産高等裁判所の設置を含めた司法制度の整備・拡充がなされたのもこの時期であった。インターネットの普及時期とブロードバンド環境の普及時期の狭間であり、いわば様子見の段階にあったと振り返ることができる。

2006 年ころからの第三期（コンテンツ法制・通信法制のリフォーム）には、あらゆるコンテンツがデジタル化されることで、コンテンツの流通・消費形態が大きく変化し、著作権法が志向する「文化的所産の公正な利用」と「権利の保護」とのバランスが十分に取れなくなったことから、権利の設定による禁止と権利の個別的な制限の組み合わせ、という従前の枠組みに動揺が生じた。また、通信インフラの発達、放送のデジタル化を背景として、これまで厳然と区別されてきた通信法制と放送法制の融合・連携が議論された時期でもある。デジタルコンテンツの流通に関する旧来の枠組みを、全世界的に進む情報通信環境の変化にどう対応させるかといった大局的な議論が行われた時期であるといえ、また、現在もその議論は続いている。

なお、本章の末尾には別紙として、「コンテンツビジネスをめぐる法的環境の 10 年」と

題する年表を付した¹。これは本章の内容をさらに俯瞰するものであり、一覽性をもたせることを優先して作成されたものである。理解の助けとして、適宜参照されたい。

2 デジタルコンテンツ法制の幕開け（1996 年～）

情報通信技術の発達や、情報インフラの普及を背景とした情報化社会の到来を控え、世界知的所有権機関（World Intellectual Property Organization：WIPO）の提唱により、1996 年に二つの条約が作成された。わが国におけるデジタルコンテンツ法制の本格的な導入は、これらの条約を国内法化するという順序で進められた。

以下、その導入の流れについて、米国における DMCA（後述）成立との関連性にも触れつつ整理する。

2. 1 二つの WIPO 新条約

1996 年には、WIPO の提唱により、二つの条約が作成された（以下「WIPO 新条約」という。）。一つ目は「著作権に関する世界知的所有権機関条約」（WIPO Copyright Treaty：WCT）であり、以下をその主たる内容とするものである。

- ・ コンピュータプログラム、データベースの保護
- ・ デジタルコンテンツ流通に関する保護範囲の拡大
- ・ 技術的手段、権利管理情報に関する規制

二つ目は「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約」（WIPO Performances and Phonograms Treaty：WPPT）であり、以下をその主たる内容とする。

- ・ 実演家人格権の規定
- ・ 実演家及びレコード製作者の公衆送信に関する規定
- ・ 技術的手段、権利管理情報に関する規制

わが国は、2000 年に WCT に、2002 年 WPPT にそれぞれ加入しており、両条約は 2002 年をもって発効した。

2. 2 公衆送信権の創設

わが国においては、まず 1997 年、WCT の内容を受けて著作権法の改正が行われた（平成 9 年法律第 86 号）。その中心となったのは、公衆送信権の創設である（同法 23 条）。こ

¹ 2010 年 9 月 16 日に実施された DCAJ セミナーにおける筆者の講演の際に配布されたものから適宜改変した。

れは放送権及び有線放送権等をカバーし、さらにその範囲を拡大する支分権として設けられたものであり、著作物を公衆に直接受信させることを目的として行われる有線・無線通信をその対象とする（2条1項7号の2）。この改正により、著作権法における「放送」の範囲は縮減されることとなった（同項8号）。

公衆送信権の導入に付随して、その送信の準備行為に対しても、権利が拡大されるに至った。すなわち、自動公衆送信（いわゆるインタラクティブ送信、オンデマンド送信）においては、その送信可能化行為（同法2条1項9号の5）として、例えばインターネットに接続されたサーバ上に著作物をアップロードする行為や、著作物が保存されたサーバをインターネットに接続する行為も、公衆送信行為の一態様として規制されることとなったのである。なお、同年の改正においては、実演家の権利としても、送信可能化権が与えられている（92条の2）。

この改正（及びWCT8条の定め）は、インターネットの普及により、著作物を物理的な媒体に固定せずに流通させることが可能となったことを背景としたものといえる。現在、公衆送信によるコンテンツ流通のビジネスモデルがもっとも普及しているのは音楽の分野であるが、そのビジネス環境の変遷については、第Ⅲ章を参照されたい。

次に、2002年においては、WPPTの内容に対応することを主たる目的として、著作権法が改正された（平成14年法律第72号）。具体的には、WPPT加盟国の実演・レコードに関する保護が定められ（同法7条、8条）、実演家人格権が創設され（89条、90条の2、101条の2、101条の3、102条の2）、レコードの保護期間が固定後50年から発行後50年まで若干延長された（101条）。

そして、この改正においては、放送事業者等に送信可能化権が付与された（同法99条の2、100条の4）。これは、放送等を受信して行う、インターネットにおけるストリーミング放送などの利用形態の登場などに対応するものであるが、WPPTの内容を上回るものであって、いわば条約を先取りしたものだといえる。

これによって、著作権者及び著作隣接権者のすべてに対して、公衆送信権又は送信可能化権による保護が与えられることとなった。

2. 3 技術的手段

WCT11条及びWPPT18条は、「技術的手段」に関する締約国の義務を定めている。これは、著作権の侵害行為を抑制するために効果的な技術的手段が用いられる場合に、その回避が行われることを防ぐための所要の法整備を求めるものである。

わが国においては1999年に、これに対応する法整備が行われた。具体的には、不正競争防止法の改正が行われ（平成11年法律第33号）、「技術的制限手段」に関する規制が設けられたほか（同法2条1項10号・11号参照）、著作権法の改正が行われ（平成11年法律第77号）、「技術的保護手段」に関する規制が設けられている（同法120条の2第1号・2

号、2条1項20号参照)。なお、この著作権法改正においては、権利管理情報の保護に関する改正も同時に行われているが、本報告書では割愛する。

それぞれの法令に基づく規制は、規制対象となる行為の範囲や、違反に対する制裁の内容が異なっている。大要、不正競争防止法はコピーコントロール（複製を禁止し、又はその回数をコントロールする技術的措置）²のみならずアクセスコントロール（著作物の閲覧等、そのアクセス自体の可否をコントロールする技術的措置）³の回避規制をも含んでいる点で広い範囲の行為を禁止しているが、違反行為に対する制裁に刑事罰を含んでいない点で、制裁手段が著作権法よりも狭いという点が指摘できる。

より詳細には下表のとおりであるが、現在、それぞれの法令を改正し、規制を強化する方向性が示されている⁴。

図表1. 技術的手段に関する規制内容の差異

	不正競争防止法 「技術的制限手段」に関する規制	著作権法 「技術的保護手段」に関する規制
保護の対象となる 技術の範囲	コピーコントロール 及びアクセスコントロール	コピーコントロールのみ
対象とする 機器等の範囲	回避機能「のみ」を有する装置 及びプログラム	回避を「専ら」その機能とする装置 及びプログラム
規制対象となる 行為の範囲	機器及びプログラムの 譲渡、引渡	機器及びプログラムの 公衆への譲渡、貸与、公衆供与
	機器及びプログラムの 譲渡目的の <u>展示</u> 、 <u>輸出</u> 、輸入	機器及びプログラムの 公衆譲渡目的の製造、輸入、所持
	プログラムの送信	プログラムの公衆送信
		回避サービスの提供
刑事罰の有無	なし	あり

² たとえば、CCCD（コピーコントロールCD）や「ダビング10」の仕組みがこれにあたる。

³ たとえば、ゲーム機において正規の記録媒体以外を利用できないようにしている措置がこれにあたる。「Nintendo DS」について非正規の記録媒体を利用できるようにする装置「マジックコンピュータ」（いわゆるマジコン）が社会問題として取り上げられて久しい。

⁴ 不正競争防止法については産業構造審議会知的財産政策部会技術的制限手段に係る規制の在り方に関する小委員会の2011年2月付「技術的制限手段に係る不正競争防止法の見直しの方向性について」（以下①）を、著作権法については文化庁文化審議会著作権分科会の2011年1月25日付報告書（以下②）63頁以降をそれぞれ参照されたい。

① <http://www.meti.go.jp/press/20110221003/20110221003-2.pdf>

② http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301.pdf

2. 4 プロバイダの責任と発信者情報開示制度

インターネットにおける著作物の流通を意識した法改正としては、2001年に成立した「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」（プロバイダ責任制限法。平成13年法律第137号）も重要である。

同法にいうプロバイダ＝「特定電気通信役務提供者」とは、「特定電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他特定電気通信を他人の通信の用に供する者」をさす（同法2条3項）。典型的にはインターネットサービスプロバイダ（ISP）のほか、ウェブホスティングを行う者や電子掲示板の管理者がこれにあたり、たとえば電子掲示板を管理する者が個人であってもこれに含まれるなど、その範囲は広範である⁵。

同法においてはまず、プロバイダの損害賠償責任の制限が定められている。具体的には、著作権侵害等の権利侵害を受けた者による損害賠償請求と（同法3条1項）、送信防止措置を受けた者による損害賠償請求について（同条2項）、一定の要件のもとで、その賠償義務を免れるというものである。

同法は次に、発信者情報開示制度について定めている（同法4条）。これは、著作権侵害等の権利侵害を受けた者が、当該侵害者に対して差止請求や損害賠償請求等を行う前提として、当該侵害者を特定できる情報（発信者情報）を入手するための仕組みである。もっとも、情報開示の請求を受けたプロバイダは、その請求に応じなかったことにより請求者に損害が生じたとしても、故意又は重過失ある場合でなければ賠償責任を負わないこととされているため（同条4項）、通信の秘密等の観点から開示に慎重なプロバイダが多い中、権利者による情報の取得はなかなかスムーズに進まないことが指摘されている。このような状況は、ISP等の業界団体におけるガイドラインの作成や⁶、それに基づく開示実務の定着により、改善しつつあるともいわれている。

同法に関しては現在、総務省「利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会」に設置されたプロバイダ責任制限法検証WGにおいて、その改正の可否等を含めた議論が行われているため、引き続き状況を注視したい⁷。このほか、いわゆる媒介者責任や、動画サービスやプラットフォームへの規制については、第II章で詳細に取り扱う。

なお、電気通信役務に関しては、同じく2001年に、電気通信役務利用放送法が成立したことも指摘できる（平成13年法律第85号）。これは、通信と放送の伝送路の融合が進展してきていることに対応し、CS放送及び有線テレビジョン放送の設備利用について規制緩和を行うことをその趣旨とした法律である。

⁵ 総務省による同法の逐条解説（以下のURL）5～6頁参照。

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/chikujyokaisetu.pdf

⁶ プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会は、前記の責任制限の点とあわせ、「名誉毀損・プライバシー関係」「著作権関係」「商標権関係」「発信者情報開示関係」の各ガイドラインを公表している。
<http://www.isplaw.jp/>

⁷ http://www.soumu.go.jp/menu_sosiki/kenkyu/11454.html

より具体的には、①CS 放送については、これまで通信用と放送用に分離していた通信衛星の中継器について、柔軟に運用することが認められたほか、参入規制が緩和され、②ケーブルテレビについては、有線テレビジョン放送法上の許可制から、電気通信役務利用放送事業者としての登録制への移行がなされた。

同法は、後述する「通信と放送の融合」のさきがけとなった法令と評価できる。

2. 5 米国における DMCA の成立

ここまで国内における法改正の履歴を追ってきたが、特に技術的制限手段とプロバイダ責任については、米国において 1998 年にデジタル・ミレニアム著作権法 (the Digital Millennium Copyright Act : DMCA) が成立・発効し、その後の条約交渉 (後述する ACTA) 及び国内法改正の議論に影響を与えていることから⁸、あわせて紹介する。

DMCA は、先に述べた WIPO 新条約への対応という目的を超え、デジタル化・ネットワーク化する情報社会に向けた法的なインフラ整備を行うために、米国著作権法を改正する法律として立法されたものである。その主要な改正項目としては、以下の 2 点を指摘することができる。

(1) 著作権保護システムの回避 (技術的手段の保護、1201 条)

これは、前記にて説明したアクセスコントロール及びコピーコントロールを保護するものである。

わが国における法制度と比較した場合、①アクセスコントロールの回避行為そのものを禁止している点や、回避のための機器等の製造を禁止している点など、その規制が広範にわたることのほか、②違反行為への制裁手段として刑事罰を定め、さらには差止請求、法定賠償制度 (違反行為の実施ごとに 200~2,500 ドル) 及び一定の要件を満たした場合のいわゆる三倍賠償制度を明文化している点など、その実効性を担保する方法も多岐にわたることが指摘できる。これらの規制手段による産業等の萎縮を防ぐ工夫としては、例えば回避機器の製造等に関し、免責される多くの行為 (リバースエンジニアリング、暗号化の研究など) が列挙されている。

この立法の背景にあるものとして指摘されるのが、1992 年に成立した、米国オーディオ家庭録音法 (the Audio Home Recording Act) である。これは、家庭内における音楽著作物の私的非商用の録音が合法であることを明確化したものであり、また、その一方で、連

⁸ たとえば、前記した技術的手段の保護に関する不正競争防止法及び著作権法の改正に関しては、これらの立案担当者による解説本の中に、DMCA の成立及びその具体的内容に関する説明が盛り込まれているなど、立法時の参考とされたことが窺われる。文化庁長官官房著作権課内 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室 共編『著作権法・不正競争防止法改正解説 デジタルコンテンツの法的保護』(1999 年、有斐閣) 141 頁以下参照。

続コピー制御システム（SCMS）技術又は同等の複製制御システムの採用を義務付け、これを回避する装置の製造等を禁止することにより、コピーコントロールに関する規制を設けたものである。また、メーカーには一定のロイヤルティの支払いを義務付けているが、これは、わが国における私的録音録画補償金制度（著作権法 104 条の 2 以下）と共通の背景により設けられた仕組みといえる。

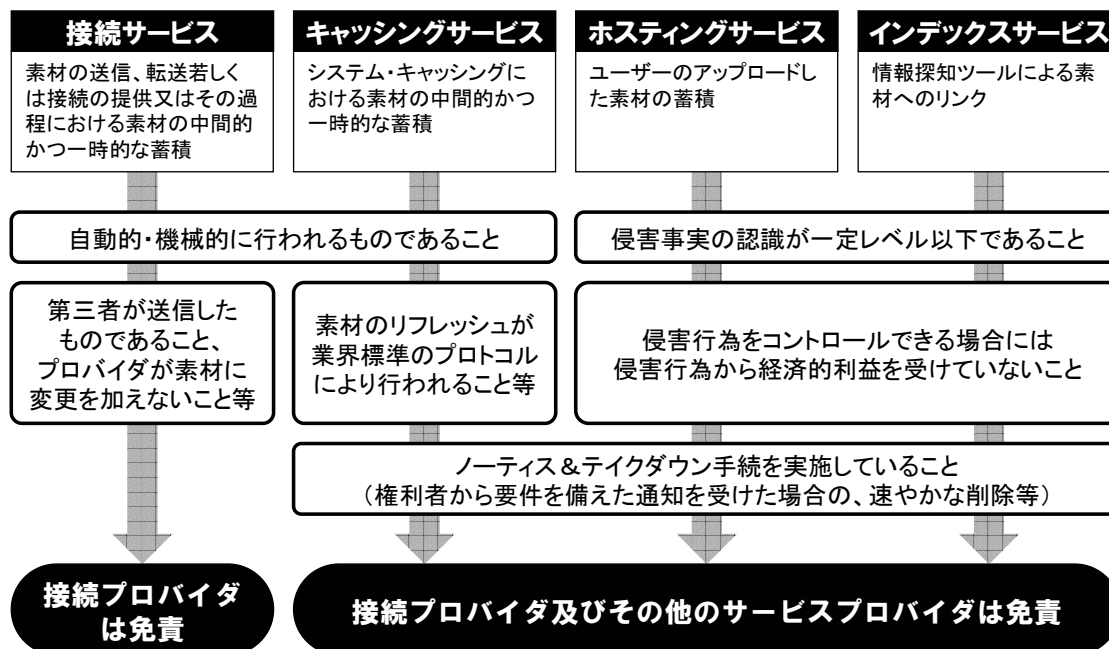
（２）オンライン素材に関する責任の制限（サービスプロバイダの責任制限、512 条）

これは、ユーザーが惹起する著作権侵害について、サービスプロバイダの責任制限を規定するものであり、わが国におけるプロバイダ責任制限法とその趣旨を同じくするものである。

もっとも、DMCA はサービスプロバイダを接続プロバイダとその他のサービスプロバイダとに分けて考えており、一定の要件を満たした場合に免責とする「セーフハーバー・ルール」の構造を有するなど、わが国のプロバイダ責任制限法の組み立てとは、その発想を異にしている。特にわが国と異なる制度として指摘されるのは「ノーティス・アンド・テイクダウン手続」であるが、これは、インターネットへの接続サービス以外の各種サービス（例えば動画投稿サイトの運営サービス）において、権利者からの一定の要件を充足した通知を受けた場合、まずは当該通報の対象となった著作物の削除等の措置をとるというものである。わが国においては、プロバイダが著作物等の侵害物を削除した場合の責任範囲と、しなかった場合の責任範囲をそれぞれ限定するというアプローチを取っているが、通報（ノーティス）と削除（テイクダウン）という手続構造を定めているわけではない。

DMCA におけるサービスプロバイダの免責の構造をまとめると、以下のようになる。

図表 2. DMCA におけるサービスプロバイダの免責



2. 6 権利の集中管理ビジネスの萌芽

デジタルコンテンツ法制の草創期においては、権利の集中管理ビジネスの開放に向けた動きも存在していた。2000 年に成立した、著作権等管理事業法である（平成 12 年法律第 131 号）。

これは、著作権仲介業務法の廃止とセットで立法されたものであり、著作権等の権利管理ビジネスに関する規制緩和（新規参入の奨励）をその趣旨とする。大要、以下のように規制の変更がなされている。

図表 3. 著作権等管理事業法による規制緩和

	(旧) 著作権仲介業務法	(新) 著作権等管理事業法
管理事業者となることについて	許可制	登録制
管理委託契約約款について	許可制	届出制
使用料規定について	許可制	届出制

権利の集中管理ビジネスについては、著作権仲介業務法の時代から一貫して、一般社団法人日本音楽著作権協会（JASRAC）による事業が著名である。音楽分野における集中管理ビジネスに関しては、第Ⅲ章にて詳述される。

3 知的財産立国と司法制度改革（2002 年～）

わが国におけるデジタルコンテンツ法制の本格的な導入後、国の文化・産業政策や司法制度にわたって、大局的な見地から多くの改革が行われた。

以下では、知的財産基本法に象徴される「知的財産立国」政策の立ち上げや、知財高裁の設置を中心とする裁判制度の改革を中心として、2002 年から 2005 年ころにかけての一連の施策を概観する。

3. 1 国家戦略としての知的財産政策

知的財産基本法が成立したのは、2002 年のことである（平成 14 年法律第 122 号）。同法は、産業の国際競争力強化の要請を背景として、新たな知的財産の創造及びその効果的な活用による付加価値の創出を基軸とする活力ある経済社会を実現するため、知的財産の創造、保護及び活用の実現を図るための基本的な事項を定めるものであり（同法 1 条）、そこには「知的財産立国」政策の理念が示されている。

これに先立ち、小泉首相による 2002 年 2 月の施政方針演説が知的財産政策強化の方針を表明し、知的財産戦略会議が設置されていたが、知的財産基本法が施行された 2003 年 3 月 1 日をもって、これを継承する形で知的財産戦略本部が設置された（同法 24 条）。同本部は内閣に設置された機関であり（同条）、その長たる本部長には内閣総理大臣が充てられ（27 条）、知的財産推進計画の策定等をその所掌事務とする（25 条）。

知的財産推進計画は、2003 年 7 月に公表された「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」を皮切りに、その後は「知的財産推進計画 2010」といった題を付して、その改訂版が毎年公表されている。そのほか、戦略本部には複数の専門調査会が設置され（知的財産戦略本部令 2 条）、各種の報告書が公表されている。

こうして、各法令の所管官庁の審議会等における議論を中心としていたわが国の知的財産政策の立案プロセスに、省庁横断的な検討の場が加えられることとなった。

3. 2 コンテンツ産業の振興

コンテンツ産業の振興を目的に掲げた立法としては、2004 年に議員立法として成立した、「コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律」が挙げられる（平成 16 年法律第 81 号）。これは、知的財産基本法をその基本理念として、特にコンテンツに特化して政策の理念を示すものである（同法 1 条）。

同法は「コンテンツ」を「映画、音楽、演劇、文学、写真、マンガ、アニメーション、コンピュータゲームその他の文字、図形、色彩、音声、動作若しくは映像若しくはこれを組み合わせたもの又はこれらに係る情報を電子計算機を介して提供するためのプログラム

であって、人間の創造的活動により生み出されるもの」と定義しているが（同法 2 条）、これは法令中で「コンテンツ」という用語を定義した最初の例である。もっとも同法は、コンテンツ産業の活性化に資する国、地方自治体、一般国民の責務を抽象的に定めたものであるにとどまる。

このほか、コンテンツ産業振興に関しては、それに特化したものではないが、いくつか具体的な法整備が行われている。

まず、2004 年に行われた信託業法の改正が指摘できる（平成 16 年法律第 154 号）。これは、これまで一定の範囲に限定されていた受託可能財産の制限（旧信託業法 4 条）を撤廃するもので、もっぱら知的財産権信託の解禁を意図したものである。この改正により、信託を利用した映画ファンドの組成など、コンテンツ産業に関するファンディングの環境が整えられるものと期待されたが、そもそもコンテンツに対する投資はハイリスクが常であること等が認識されるに従い、その利用は伸び悩んでいる⁹。

次に、いわゆる日本版 LLP の設立を可能とした、「有限責任事業組合契約に関する法律」である。2005 年に立法されたものであり（平成 17 年法律第 40 号）、これによって、「有限責任事業組合」の設立が可能となった。これは、法人を設立しないことによる構成員課税（パススルー課税）のメリットと、有限責任による倒産リスクからの離隔のメリットを両立させる新たな組織形態であり、これまで映画等の製作の際の共同事業スキームとして用いられてきた製作委員会方式（これまでは民法上の組合として組成され、無限責任であった。）などで新たなスキームとして利用されることが期待された。しかし、有限責任事業組合となるためには共同事業性が要求される（同法 3 条 1 項参照。すなわち単なる資金提供者は組合員となれない。）等、ファンディングの手段としては使い勝手が良いとはいえないといった認識が広がった結果、現在まで、これを活用した製作委員会スキームが多いとはいえない状況が続いている。

3. 3 司法制度改革との関連

（1）民事救済手段の拡充に関する立法

知的財産基本法は、知的財産権に関する事件について、訴訟手続の充実及び迅速化、裁判所の専門的な処理体制の整備等を図るために必要な施策を講ずる国の責務を定めている（同法 15 条）。これを受け、2003 年には、民事救済手段の充実に関する多くの立法が行われた。

まず、民事訴訟法の改正（平成 15 年法律第 108 号）においては、専門委員制度が導入さ

⁹ わが国におけるコンテンツ専門の信託会社の草分け的な存在であり、映画「フラガール」のファンディングを支えたことでも知られたジャパン・デジタル・コンテンツ信託（JDC 信託）が、信託業法上求められる純資産額の基準を下回ったことにより、2009 年 9 月に信託業免許を取消された件が記憶に新しい。

れ（同法 92 条の 2 以下）、知的財産権にかかる第一審裁判所の管轄権の定めが置かれたほか、知財訴訟における専属管轄化（6 条）及び管轄の拡大（6 条の 2）も実施された。これによって、知的財産権にかかる事件を集中し、かつ専門的知見を活用する素地が生まれ、事件の処理体制の整備が進むこととなった。

次に、裁判の迅速化に関する法律の成立である（平成 15 年法律第 107 号）。これは、第一審の審理期間を「二年以内のできるだけ短い期間内」に終結させるため（同法 2 条 1 項）、国、日本弁護士連合会、裁判所、当事者等の一般的な責務を定めたものである。実態としても、東京地方裁判所における知的財産関連事件の平均審理期間は、同法の成立の前後 10 年間で大きく短縮されることとなった¹⁰。

さらに、著作権法の改正が行われ（平成 15 年法律第 85 号）、損害額の推定規定が拡充された（同法 114 条 1 項）。損害賠償の金額については、米国における立法例を参考として法定損害賠償制度や懲罰的損害賠償制度の導入を訴える論者もあり、後述する権利制限の一般規定の導入に関する議論においては、一部の権利者団体から、これらの制度の導入をあわせて導入することが主張された。

なお、同年の著作権法改正においては、映画の著作物について、著作権の存続期間が公表後 50 年から 70 年に延長されている（同法 54 条）。著作権の存続期間については、諸外国においても 70 年への延長例が多く見られるが、わが国においても映画の著作物以外について存続期間を 70 年に延長すべきか否か、議論が分かれている。

（2）知財高裁の設置

2005 年には、知的財産高等裁判所設置法（平成 16 年法律第 119 号）に基づき、知的財産高等裁判所（いわゆる知財高裁）が設置された。これは、内閣に設置されていた司法制度改革審議会が 2001 年 6 月 12 日付にて公表した「司法制度改革審議会意見書－21 世紀の日本を支える司法制度－」¹¹における提言を受けた措置である。

知財高裁は、我が国の経済社会における知的財産の活用の進展に伴い、知的財産の保護に関し司法の果たすべき役割がより重要となることにかんがみ、知的財産に関する事件についての裁判の一層の充実及び迅速化を図るため、知的財産に関する事件を専門的に取り扱う裁判所として設置されたものである（設置法 1 条）。その形態としては、米国 CAFC（連邦巡回区控訴裁判所）を参考として、従来の高等裁判所とは別個の新たな高等裁判所として設置する案も検討されたが、実際には東京高等裁判所の特別の支部として設けられている。

¹⁰ たとえば、東京地方裁判所における知的財産関連事件の新受・既済事件の平均審理期間は、1999 年には 23.1 ヶ月であったが、2008 年には 13.7 ヶ月にまで短縮されている。久貝卓『知的財産戦略の評価と今後の方向』17 頁 <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/pdp/10p006.pdf>

¹¹ <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>

知財高裁は現在、第一部～第四部の計 4 か部を擁しており（このほか特別部として、5 人の合議体で重要事件を取り扱う大合議部が置かれている。）、18 人の裁判官が所属している。特許権に関する事件等、第一審が東京地方裁判所と大阪地方裁判所に集められている種類の事件については、その控訴審の専属管轄を有しているほか（民事訴訟法 6 条 3 項、設置法 2 条 1 号）、著作権に関する事件等についても、東京高等裁判所の管轄に属する事件はすべて知財高裁が取り扱うこととなる（設置法 2 条 1 号）。また、主要な争点の審理に知的財産に関する専門的な知見が必要とされる事件についても取り扱うことができるため（同条 3 項）、争点の設定方法の工夫など、知財高裁への係属を目指すための訴訟戦術が取られることもある。

3. 4 個人情報保護法の成立

この期間におけるその他の法整備の動向としては、2003 年に成立した「個人情報の保護に関する法律」（個人情報保護法。平成 15 年法律第 57 号）も注目される。これ以前においても、公共部門におけるプライバシー侵害の危険という問題意識を背景として、1988 年には「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」が立法されていたが、その後の情報化社会の進展に伴い、民間部門が保有する個人情報についても、その取扱いを放任することによる深刻なプライバシー侵害等の危険や不安が増大した。このような状況を受け、まずは民間部門の試みとして、1998 年からプライバシーマーク制度¹²の運用が開始されていたが、ひろく民間部門を規制対象とする法令の必要性が高まり、新たに制定されることとなったものである。同法はひろく民間部門に具体的な対応を求めるものであったことから、その施行にあたっては十分な周知・準備の期間がとられ、公布から約 2 年を経過した 2005 年 4 月 1 日をもって、全面的に施行されている。

同法に関しては、産業分野等で細分化された形で、各省庁等によってガイドラインが策定され、また、随時その改訂が行われている¹³。このように、わが国においては官主導の対応がなされてきた経緯があるが、これは必ずしも諸外国の動向と一致するものではない。特に近時は、個々人のインターネット上における行動履歴（ライフログ）の取得とその利用に関する問題点が指摘されるに至り、改めて諸外国の動向も踏まえた形で、個人情報保護法制の再構築が議論されている状況にある。これらオンライン・プライバシーに関する諸問題については、第 II 章で詳述する。

¹² 日本情報処理開発協会が、JIS Q 15001「個人情報保護マネジメントシステム—要求事項」に適合する体制を整備している事業者等を認定して、その旨のマーク（プライバシーマーク）の使用を認める制度。JIS Q 15001 は個人情報保護法上の要求を包含しているため、個人情報管理の適法性について第三者の認証があることをアピールできる。

¹³ 消費者庁のウェブサイト (<http://www.caa.go.jp/seikatsu/kojin/gaidorainkentou.html>) に計 27 分野、40 のガイドラインがまとめられている。

4 コンテンツ法制・通信法制のリフォーム（2006 年～）

2006 年から現在にかけては、著作権法や放送法の改正の議論を通じて、コンテンツ法制や通信法制のパラダイム・シフトの可能性が語られた時期である。現在も議論が継続している点については、その状況を紹介する。

4. 1 著作権法「平成の大改正」と日本版フェアユース導入の動き

著作権法は近時、改正により大きく条文が膨らんだほか、「権利制限の一般規定」の導入を控え、その仕組み自体が一定の変化を迎えようとしている。

（1）2009 年「平成の大改正」

まず特筆されるのは、2009 年の著作権法改正である（平成 21 年法律第 53 号）。これは大要、①インターネット等を活用した著作物等の利用の円滑化を図るための措置、②違法な著作物の流通抑止のための措置、③障害者の情報利用の機会の確保のための措置を柱とするものであるが、その改正は細部にわたり、著作権法の全条文を構成する文字数が一気に膨れ上がったこと等を受け、「平成の大改正」とも称されることがある¹⁴。もっとも、以下に述べるように、瑣末な事項の改正が多く文字数ばかりが増加したという側面も同時に指摘されるところではある。

まず、①に関しては、大要、以下のように様々な権利制限規定が導入された。

- ・ 国立国会図書館における所蔵資料の電子化（31 条 2 項、なお 42 条の 3）

国立国会図書館における電子化については、権利者不明の場合の利用の円滑化に関する改正（67 条、67 条の 2、103 条）とも関連づけ、後述する。

- ・ 美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等（47 条の 2）

ネットオークション等におけるサムネイル画像等の利用等を想定。

- ・ 送信の障害の防止等のための複製（47 条の 5）

サーバにおけるミラーリング、バックアップ等を想定。

- ・ 情報検索サービスのための複製等（47 条の 6）

検索エンジンによるクローリング等を想定。

- ・ 電子計算機による情報解析のための複製等（47 条の 7）

統計的な解析を行うことのみを「情報解析」とする。

- ・ 電子計算機における著作物利用に伴う複製（47 条の 8）

ウェブブラウザによるキャッシュファイル生成等を想定。

¹⁴ 山下和茂「＜特別講演録＞著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト 2009 年 11 月号 2 頁

次に、②については、著作権等侵害品の頒布申出のみなし侵害化（同法 113 条 1 項 2 号）のほか、最も注目されたのはいわゆるダウンロード違法化である。すなわち、30 条 1 項の私的使用複製の範囲が見直され、著作権侵害コンテンツであることを知りながらその録音・録画を行う行為が権利制限の範囲から除外されたため（同項 3 号）、たとえばファイル共有ソフトを用いてテレビ番組の動画ファイルを意図的にダウンロードする行為は、それが家庭内又はそれに準ずる私的領域で行われていても、著作権を侵害する行為となった。もっとも、当該行為は刑事罰の適用範囲から除外されている（119 条 1 項参照）。

そして、③については、視覚障害者等、聴覚障害者等のそれぞれの利用のための複製等について権利制限規定が設けられた（同法 37 条 3 項、37 条の 2）。

（２）権利制限の一般規定（日本版フェアユース）

近年のデジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、著作物の創作・利用の環境には大きな変化が生じており、特にインターネットにおける著作物の利用の拡がりを受け、著作権法制それ自体の見直しの要請が高まっている。前記の「平成の大改正」においても、インターネットにおける著作物の流通や利用に際して形式的に障害となる複製権や翻案権について、瑣末ともいえる個別の権利制限規定を逐一設置することによって、いわば現状を追認する形で、つぎはぎ的に立法の手当がされている（しかも詳細な点にわたるため改正に時間を要し、条文も複雑なものとなる。）という現実があったといえる。

このような、日進月歩のインターネット環境において、次々出現する新たな利用形態を後追いする立法という現実を前に、立法の遅延や不備が著作物の創作・利用環境や情報技術・産業の進歩に与える悪影響等に鑑みて浮上したのが、いわゆる「日本版フェアユース」の議論である。これは、権利制限規定を限定列挙するという、大陸法に由来する現行著作権法上の方式のみに依拠せず、一定の包括的な要件を定めた権利制限規定をおき、その該当性の有無は司法の判断に委ねるといふ、いわば事後救済的な線引きの方法を取るといふ議論であり、諸外国の例（米国におけるフェアユース規定など）を参考としながら検討が進められてきた。

その議論はもっぱら、文化庁 文化審議会 著作権分科会 法制問題小委員会に設置された「権利制限の一般規定 WT」において進められ、そこで権利制限の対象と位置づけられる可能性がある行為の類型化が行われた。その後、2010 年 1 月に同 WT の報告書¹⁵が公表された際には、一般規定の導入について賛否が分かれるなか多種多様な意見を呼んだが、その後の検討プロセスにおいても概ねその内容を了承する形で議論が進み、そして、著作権分科会の 2011 年 1 月 25 日付報告書¹⁶において、以下の 3 類型の利用行為について、一定要

¹⁵ http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri_houkokusho.pdf

¹⁶ http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf

件のもとで「権利制限の対象とすることが適当である」ことが表明された。

A類型 その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの（写真や映像の撮影といった行為に伴い、軽微な程度ではあるものの付随的に美術の著作物等が複製される「写り込み」が典型例とされる。）

B類型 適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの（CD への録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等の中間過程における複製等が例として挙げられる。）

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

このうち、A 類型及び B 類型は、もとより著作権者による具体的な権利行使の実態に乏しいものであり、形式的には違法と評価される行為について、その疑義を解消することをもつばらの目的とするものと評価できる。これに対し、C 類型については、今後登場する、著作物の表現の享受に向けられていない新たなサービスに対応する可能性を秘めた類型であるといえ、立法の際には、C 類型として想定されている範囲がどこまで読み込める形で条文化されるかが一つの焦点となる。

このほか、権利制限の一般規定については議論されるべき点多岐にわたるが、紙面の都合上、本報告書では割愛する。

（3）私的録音録画補償金制度に関する議論

著作権法 30 条 2 項及び 102 条 1 項は、私的録音録画補償金制度を定め、同法 104 条の 2 以下が、その手続き等の詳細に関する規定を置いている。同制度は 1992 年の著作権法改正により導入されたものであるが、デジタルコンテンツ市場の発達と切り離せないことに加え、近時においては同制度の存廃を含めた議論が存在することから、ここで簡単に紹介する。

私的録音録画補償金制度とは、私的使用複製として著作権法 30 条 1 項により著作権が制限される領域のうち、デジタル方式の録音又は録画の機能を有する一定の機器を用いて行われる録音又は録画について、著作権者又は著作隣接権者に補償金の支払いを受ける権利を認めるものである。その趣旨は、私的領域における複製行為を制約することが相当でないとして著作権の制限規定を置いた一方、デジタル技術の発達により、私的領域においても市販物と同等の複製物を容易に作成しうようになり、著作権者等の経済的利益に与える影響が無視できない規模となったことから、著作物の利用と権利者の利益との調整を図

るため、補償金の形で経済的利益を移転させることとしたものである。私的領域における複製については、権利者がコピーコントロール等の DRM（デジタル著作権管理）技術によって物理的な管理を行う方法もあり、コピーコントロールの回避等については刑事罰を含むエンフォースメントが用意されていることは前記のとおりである。もっとも、このような技術的な制約に対しては、著作物の円滑な利用を過度に阻害するといった弊害も指摘されるところであり、権利者がこのような制約を課さないことの代償として、私的録音録画補償金の恩恵を受けられるという構造が取られている。

私的録音録画補償金制度と類似の制度は諸外国にも存在しており、わが国の制度設計に際しては、西ドイツの報酬請求権制度等が参照されている。もっとも、わが国の制度は、補償金の支払義務者を個々の利用者としつつ、録音録画機器や記録媒体の製造業者等を補償金徴収の協力義務者とし、製品価格への転嫁を通して消費者からの回収を図るという構造をとる点において特殊である。

この協力義務について争われた近時の事例としては、私的録画補償金管理協会（SARVH）¹⁷が東芝に対し、同社が製造販売する録画機器について著作権法 104 条の 5 に定める義務の履行を求めたケースがある（東京地判平成 22 年 12 月 27 日・最高裁ホームページ）。同判決は、東芝が製造する機器が「特定機器」（同法 104 条の 4 第 1 項）にあたることは認めたが、同法 104 条の 5 に規定する特定機器の製造業者等が負う協力義務は、法律上の具体的な義務ではなく、法的強制力を伴わない抽象的な義務であるとし、SARVH の請求を退けた。SARVH は控訴しており、知財高裁でどのような判断がなされるか注目される。

このほか、私的録音録画補償金に関しては、いわゆる汎用機器の問題が指摘されている。著作権法 30 条 2 項は、制度の対象となる機器から「本来の機能に附属する機能として録音又は録画の機能を有するものを除く」と定めており、パソコンや多機能携帯端末などの汎用的な機器を「特定機器」に指定することができないが、情報端末の多機能化等に伴い、制度の対象外となる機器を利用した録音・録画の実態が拡大していることは明らかであり、従来の制度枠組みには一定の限界があるように思われる。特に、私的録音補償金の総額は急激に減少している。

4. 2 通信と放送の融合

これまで通信法制と放送法制は、一定の関連性は有しつつも厳然と区別されてきた。しかし、インターネットのブロードバンド化という通信インフラの発達、放送のデジタル化

¹⁷ 私的録画補償金の徴収・分配業務を行う団体として 1999 年に設立された団体。著作権者を代表する私的録画著作権者協議会、実演家を代表する日本芸能実演家団体協議会（芸団協）、レコード製作者を代表する日本レコード協会によって構成されている。設立直後に、文化庁長官より私的録画補償金に関する指定管理団体としての指定を受けている。なお、私的録音補償金協会（SARAH）は 1993 年に、録音補償金に関する指定管理団体となっている。

という放送方式の変化で、通信と放送とを連携し、さらには融合した新たなサービスを提供する余地が生まれた。このような背景のもと、2005年には総務省に竹中平蔵大臣の私的な懇談会として「通信・放送の在り方に関する懇談会」が置かれ、両者の融合・連携が議論されることとなった。

2006年には、デジタル放送の開始に向けた著作権法の改正として（平成18年法律第121号）、IPマルチキャスト放送（電気通信役務利用放送法に基づくIPマルチキャスト技術を用いた有線放送の送信）による地上波放送の再送信に関する規定が整備された（同法102条3項等）。これは地上アナログ放送から地上デジタル放送への移行に伴う補完路として、IPマルチキャスト放送に関する権利関係の整理を行うものである。また、これにあわせて、実演家及びレコード製作者の送信可能化権が制限（報酬請求権化）された（同条4項等）。

2007年には、やはりデジタル放送の開始に向け、放送法の改正が行われた（平成19年法律第136号）。この改正ではまず、ワンセグ放送における独立利用が解禁され、一般のテレビ向け番組と異なる番組の放送が可能となった。次に、認定放送持株会社が解禁され、複数の地上放送事業者を子会社化することが可能となった（同法52条の31）。これを受け、現在までに、以下のように複数の認定放送持株会社が設立されている。

2008年10月1日 株式会社フジ・メディア・ホールディングス

2009年4月1日 株式会社東京放送ホールディングス

2010年10月1日 テレビ東京ホールディングス

そして2010年11月には、いわゆる放送4法（放送法、有線ラジオ放送法、有線テレビジョン放送法、電気通信役務利用放送法）を「放送法」に統合する改正が行われた（平成22年法律第65号）。これは、通信と放送に関する法制度の体系をおよそ60年ぶりに変更するものであり、これによって「放送」概念が大きく変化した。いわゆるマスメディアの集中排除原則に由来するクロスメディア所有規制の強化が見送られる等、その成立までには紆余曲折があった。

この「放送」概念の変化に伴い、いかなる変化が起こるかについても議論がある。異業種間の相互参入を許すという点で規制緩和立法であるという評価がある一方、いわゆるインターネット放送等を積極的に「放送」として扱うことができる規制強化立法であるという評価も存在している。今後の動向が注目される。

4. 3 権利と情報の集中管理、Googleの挑戦

（1）国会図書館における動き

国立国会図書館においては、従来から図書館内における文献等の複製保存が行われていたが、これは著作権法31条1項2号に定められた「図書館資料の保存のため必要がある場合」にのみ行うことができた。しかし同条項が適用されるためには、既に劣化や汚損があ

る程度進んでいる等の事情が必要であると解されており、文献を網羅的に収集し国民に情報提供するという国立国会図書館の使命に鑑みると（国立国会図書館法 2 条参照）、そのような段階に至ってからの電子化では遅きに失するという問題があった。

国立国会図書館はこのような問題意識から、所蔵する文献の電子化を積極的に進めることを企図したが、いわゆる孤児作品問題が壁となった。孤児作品（Orphan Works）とは、権利者の存否や所在が不明である著作物のことであり、その存否や所在を確認するコスト、権利者がいた場合個別に許諾を求め交渉するコスト、その対価を分配する際のコストをあわせると膨大な金額になるため¹⁸、その利用が進まず、結局当該著作物がいわば“死蔵”されることになり、ひいては文化的な損失を生むといった問題点が指摘されている。著作権法は、このように権利者が不明な著作物の利用については、文化庁長官の裁定を得て利用を可能とする、いわゆる裁定制度を設けていたが、「相当な努力を払ってもその著作権者と連絡することができないとき」といった抽象的な要件（同法 67 条 1 項）の存在等が壁となった。国立国会図書館は結局、裁定で定められた 1 冊 51 円というわずかな対価を支払うべき対象がいるかないかの調査のために、平均で 1 人の人物につき 2,300 円もの費用を支出することとなった¹⁹。

このような国立国会図書館の苦闘を受けて、2009 年の著作権法改正（平成 21 年法律第 53 号）においては、国立国会図書館における所蔵資料の電子化を広範に認める権利制限規定が導入されるに至った（同法 31 条 2 項）。また、インターネット上に存在する情報量の増加等を受け、国立国会図書館がインターネット資料の収集のための複製を行うことについても権利制限規定が導入され（42 条の 3）、紙の情報、ウェブ上の情報をそれぞれアーカイブ化するにあたって、著作権法上の支障はほとんどなくなった。もっとも、これらのアーカイブ化にあたっては莫大な予算が必要である一方、国立国会図書館の電子化に関する予算は 2009 年に組まれた約 127 億円の補正予算に留まり決して恒常的なものではなく、あらゆる情報のアーカイブ化にはほど遠いという現状にある。

なお、国立国会図書館が裁定制度の利用にあたり直面した問題意識を受け、上記著作権法改正においては、裁定制度の充実に関する改正もあわせて行われた。具体的には、その要件及び手続を明確化するとともに（同法 67 条）、利用料相当額の供託金を用意することで早期の利用が許されることとなった（67 条の 2）。また、これまでの裁定制度の利用は著作権に限られてきたが、著作隣接権についても、これらの規定が準用されることとなった（103 条）。

¹⁸ これら三つのコストについては、福井健策『著作権の世紀』（2010 年、集英社）165 頁以下に詳しい。

¹⁹ 前掲・福井 142 頁

(2) Google Books 問題

孤児作品に関する一連の問題について、わが国においては前記のように国立国会図書館を例外的に扱うことによる一応の解決がなされたが、米国においては、民間のいち企業が、これと全く異なる方法で同問題の解決を試み、世界中で話題をさらった。まだ記憶に新しい Google Books 問題である。少々長くなるが、何故 Google Books 問題が世界的な問題に発展したのかを理解するため、事件の経過について説明する。

① Google Inc. (以下「Google」という。) は、2003 年 12 月、書籍等の電子データを提供するサービスである“Google Print”計画を発表したが、2004 年 12 月には、複数の大学等の図書館との間で、その蔵書をスキャンしてデジタル化し、同サービス上で検索できるようにすることについて合意に達した。同サービスは 2005 年 5 月に試験公開され、同年 11 月には、各図書館の蔵書が同サービス上で検索できるようになった。そしてこのころ、同サービスの名称が“Google Book Search”に変更された。

② 米国作家組合 (the Authors Guild : AG) は、2005 年 9 月、上記デジタル化行為及びスニペット (抜粋) 表示行為は著作権侵害にあたると主張し、Google を被告として、南ニューヨーク地区連邦地方裁判所 (以下「S.D.N.Y.」という。) にクラスアクションを提起した²⁰。

クラスアクションとは、共通点を持つ一定の範囲の者を代表して、一人又は複数のものが、全員のために原告として訴え又は被告として訴えられる訴訟形態をいい、米国連邦民事訴訟規則 23 条にその定めをおく特異な制度である²¹。ここで「クラス」とは、前記一定範囲の者であって、当該訴訟に参加せずとも訴訟の効力が及ぶ範囲をいうが、この時点では、「ミシガン大学図書館の蔵書の著作権者」といった範囲を原告のクラスとすることについて認証がなされている。

その後、大手出版社 5 社も、2005 年 10 月、同様の請求内容で通常の民事訴訟を提起し²²、両訴訟は 2006 年 10 月に併合された。

③ 被告となった Google は、書籍のデジタル化行為及びスニペット表示行為はいずれも米国著作権法 107 条のフェアユースにあたる旨を主張して原告らの請求を争っていたが、長期にわたる交渉の結果、両者間において、2008 年 10 月 28 日付和解契約書を内容とする和解の合意 (以下「旧和解案」という。) に至った。この際、全米出版社協会 (Association of American Publishers : AAP) が新たに原告として参加するとともに、S.D.N.Y. はクラスの範囲を変更することを認め、大要、「2009 年 1 月 5 日までに公表

²⁰ The Authors Guild, Inc. v. Google Inc., No. 05 Civ. 8136 (S.D.N.Y. Sep. 20, 2005)

²¹ 本件に関するクラスアクション手続の問題点について論じたものとしては、拙稿「Google Books 訴訟におけるクラスアクション手続とその問題点」(第一法規『情報ネットワークの法律実務』追録 50 号より所収)があるため、適宜参照されたい。

²² The McGraw-Hill Companies, Inc. v. Google Inc., No. 05 Civ. 8881 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2005)

された書籍等について、米国著作権法上の著作権等の権利を保有しているすべての人物」がクラスとして認証された。

ここで、著作権の保護に関する内国民待遇を定めるベルヌ条約 5 条 1 項等、各種条約の効力により、これらの条約の加盟・締結国の国民にも、創作の時点で当然に米国法上の著作権等が発生しているため、各国民は容易に、前記クラスに含まれることとなる。つまり、S.D.N.Y.の前記クラス認証によって、本件のクラスは全世界というべき範囲にまで拡大されたことになる。

- ④ S.D.N.Y.は 2008 年 11 月、クラスアクションの手续として行われる旧和解案を予備承認し、これについて、全世界への通知がなされることになった。わが国においては、2009 年 2 月 24 日の読売新聞朝刊やニューズウィーク日本版等、一部の新聞及び雑誌に広告掲載が行われたほか、和解管理者である Rust Consulting, Inc.が用意した『Google ブック検索和解』と題するウェブサイト²³上に、本件に関する情報が集約された。しかし、そこに和解契約書の和訳は用意されず、かつ、S.D.N.Y.による通知書の和訳版や日本語版の Q&A は翻訳の品質には問題があったため、結局、旧和解案を十分に理解するためには、和解契約書の原文を読むほかないという状況であった（この英文の契約書は、本文だけで 134 ページというきわめて大部なものであった。）。

そのため、通知開始後、わが国を初めとする世界各国において、大きな混乱が生じることとなった。

事件のあらましが少々長くなったが、要するに、Google が独自に図書館と契約し蔵書のスキャンとインターネットにおけるプレビュー等の公開を行ったことについて、米国の権利者との間で訴訟が発生したが、その過程で「クラスアクション」という米国独特の集団訴訟手続が利用され、かつその対象者となる「クラス」を単に著作権の有無によって定義することによって、条約の効力と相俟って、非常に膨大な数の（しかも地理的にも広範な）人物が突如として和解の当事者となり、全世界に影響が拡大することとなった、というのがおおまかな流れである。上記の旧和解案によって Google に認められる行為は、訴訟において争われていたデジタル化行為及びスニペット表示行為にとどまらず、書籍の全文表示等にまで及んでいるが、これは、書籍の利用について Google に包括的な許諾を与える一方で、権利保持者の権利行使のための機関を設立し、Google による商用利用に応じて著者及び出版社等に対して利益を分配するという、これまでにない電子書籍の流通スキームと評価される。一方的に巻き込まれる形となった膨大な当事者たちは、手続から離脱する（オプトアウト）手続をとらない限り、その和解案の内容に拘束されるという点が、類似の制度を持たないわが国の出版関係者にも強い違和感を与えた。

²³ <http://www.googlebooksettlement.com/>

その後、上記和解案については、いわば一方的に手続に巻き込まれる形となった他の各国から異論が噴出し、フランス政府やドイツ政府が政府の名義で異議申立てを実施したほか、わが国も 2009 年 11 月 6 日、米国政府に対し、日本の著作権者等についても公平・公正な扱いが確保される必要があること等について外交ルートを通じた申入れを行ったことを公表した²⁴。

これらの批判等を背景として、本件の審理は延期され、訴訟当事者との協議を経て、2009 年 11 月 13 日、訴訟当事者から S.D.N.Y.に対して修正された和解案（以下「新和解案」という。）が提出された。新和解案においてはクラスの範囲が、①2009 年 1 月 5 日までに公表され米国著作権局に登録されたか（登録要件）、又は、②同日までにカナダ、イギリス、オーストラリアのいずれかの国において公表された（出版地要件）書籍について米国著作権法上の著作権等の権利を保有する者にまで限定され、主要な英語圏以外には、ほぼ和解の効力が及ばないこととなった。

このような経緯をたどり、わが国においては、大半の者がステークホルダーではなくなったことから、同問題に対する関心が急速に失われた。しかし今後、インターネット空間における様々なビジネスの展開に伴い、オプトアウト方式と事後的な補償金等の支払を組み合わせたビジネススキームの構築が多数出現することが予想される。Google Books 問題は、上記のような複雑な経過をたどったのみならず、審理に多大な時間を要しており、本報告書執筆時点においても決着をみていないが、S.D.N.Y.が今後いかなる判断を行うかについては、継続して注目する必要があると考える²⁵。

なお、新旧和解案の詳細については、文化庁委託事業「米国における著作権関連訴訟文書に係る法的論点整理及び分析等」調査報告書²⁶等を参照されたい。

4. 4 インターネットにおける表現内容規制

2008 年には、「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律」が成立した（平成 20 年法律第 79 号）。

同法はまず、「インターネットを利用して公衆の閲覧に供されている情報であって青少年

²⁴ http://www.bunka.go.jp/oshirase_other/2009/pdf/googlebook_091109.pdf

²⁵ 本報告書脱稿後の 2011 年 3 月 22 日、S.D.N.Y.は新和解案の最終承認の申立てを棄却する決定を行った。この決定は、Google Books の旧和解案の予備承認を行った Denny Chin 判事（現在は連邦控訴裁判所判事）が指名により審理に参加してなされたものである。同決定は当事者に対し、オプトアウト方式をオプトイン方式に変更すること等、さらに和解契約を修正することを強く要請しているため、今後の展開が引き続き注目される。

²⁶ http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/beikoku_bunseki_houkokusho_itaku.pdf 筆者も同報告書の作成に関与し、第 2 章の執筆を行っている。なお、それぞれの和解案の内容等に関する詳細な分析については、筆者ほか「Google Book Search クラスアクション和解の実務的検討(上)(下)」（NBL 905, 906 号）、同「Google Books 問題の最新動向および新和解案に関する解説(上)(下)」（NBL 918, 921 号）もあわせて参照されたい。

の健全な成長を著しく阻害するもの」を「青少年有害情報」と定義する（同法 2 条 3 項）。そして、携帯電話インターネット接続役務提供事業者、インターネット役務提供事業者、インターネットを接続する機能を有する機器であって青少年により使用されるもの（携帯電話端末及び PHS 端末を除く。）を製造する事業者について、青少年の青少年有害情報へのアクセスを規制するためのフィルタリングサービスの提供等に関し、それぞれの行為規範を定める。同法はその内容からもわかるとおり、表現自体を直接規制せず、当該表現に対するアクセスを、一定の目的のもとに制限しようとするものである。

これと類似の発想の規制として、近時話題となったものとしては、「東京都青少年の健全な育成に関する条例」の改正に関する「非実在青少年」論争が指摘できる。表現内容規制の是非及び方法は、日本国憲法 21 条 1 項が保障する表現の自由の実現と正面から衝突する問題であることから、言論・出版界を巻き込んだ論争を生むのが典型であるが、今般の東京都条例に関しては、インターネット上で大きな議論（主に同条例案への反発）を巻き起こした点に一つの特徴があったといえる。その後、同条例案は結局、7 条 2 項の案文中に示されていた「非実在青少年」の語を削除し、その他の文言についても一定の修正が加えられた上で、2010 年 12 月に都議会において可決成立した。同条によるいわゆる「有害図書」規制はデジタルコンテンツに限られないものであるため、本報告書では詳述しない。

通信分野における表現内容規制については、米国において 1996 年に成立した通信品位法（the Communications Decency Act）がその先駆けとして知られているが、同法は 1997 年、米国連邦最高裁から違憲判断を受けている点を指摘しておく。その他青少年有害情報対策については、第 II 章で詳述する。

4. 5 侵害対策強化の動きと「スリーストライクルール」

情報処理機器の発達により、家庭内における著作物の複製等が容易になったことで、これまで、たとえば私的録音・録画補償金等の制度を導入することで、権利者の権利と利用者の利益とのバランスをとろうと苦心が続けられてきた。しかしその後、情報通信インフラ等の発達に伴い、インターネットを経由して誰もが容易に著作物を送受信しうる環境が整ったため、著作権者の許諾なく複製された著作物等が、インターネット上で大量に流通するという新たな事態を迎えるに至った。

このような状況を受け、前記のとおり著作権法改正によるダウンロード違法化（同法 30 条 1 項 3 号参照）などの試みがなされているが、インターネットにおける情報の流通が容易に国境を越えるという特質を持つことから国際的な協調行動の必要性が議論され、また、侵害行為を繰り返す利用者に対する新たな対抗スキームの必要性が議論されることとなった。

以下、それぞれ述べる。

（１）ACTA 構想の大筋合意

国際取引の活発化や、インターネットの利用の広がりにより、模倣品・海賊版は世界中に拡散し、知的財産権侵害等の問題が急速に拡大している。このような問題意識のもと、わが国は 2005 年のグレンイーグルスサミットにおいて、知的財産権の執行に係る強力な法的規律と、その執行の強化及び国際協力を柱とする、高いレベルでの国際的な法的枠組の構築を目指す取り組みとして「模倣品・海賊版拡散防止条約」(Anti-Counterfeiting Trade Agreement : ACTA) を提唱し、議論が開始された。

同条約の交渉には、我が国のほかオーストラリア、カナダ、EU、韓国、メキシコ、モロッコ、ニュージーランド、シンガポール、スイス、アメリカ合衆国が参加し、2010 年 10 月には、これら関係各国が大筋で合意に達した。

ACTA の交渉は、WTO 等の既存の通商関係の枠組みを利用せず、一部の主要国等に限定して議論がなされており、その検討過程の不透明さ等が指摘されていた。当事国を限定したのは、当初は知的財産権保護の意識が比較的高い国家群が合意を形成し、次いで通商交渉等を通じて新興国（もっぱら中国を意識しているものと考えられる。）に加入を働きかけていくという、いわば多段階の拡大が意図されているためである。

本報告書では ACTA の具体的内容については詳述しないが、特にわが国においては、前記したアクセスコントロールに関する改正議論、プロバイダの責任に関する検討との関連が指摘されているところである。

ACTA の発効、各国における批准等は今後の課題である。

（２）「三振ルール」の導入に関する議論

近年は、著作権等の侵害行為を繰り返す個人に対する、典型的な刑事罰及び民事的措置に続く新たなサンクションとして、いわゆる「三振ルール」（スリーストライクルール）の導入の是非が議論された。この先進事例となったのがフランスの「HADOPI 法」に関する一連の経過である。

一般に「三振ルール」といわれるのは、著作権等の侵害行為を行う者に対し、2 度の警告を経た上で、それでも当該警告に従わない場合に、インターネットへの一切のアクセスを遮断する等の物理的な離隔措置を実施するというものであり、HADOPI 法もそのような枠組みとして 2009 年に成立している。

ここで“HADOPI”とは、「インターネットにおける著作物の普及・権利保護上級局」の略称であり、以下がその業務の内容となる。

- ・ インターネット上の著作物等の合法的な提供の発展を奨励し、違法な使用を監視する。
- ・ インターネット上の著作権等侵害から著作物等を保護する。
- ・ 著作物等に対する技術的保護・識別手段に関する規制と監視を行う。

ところが、同法案の成立後、同法が予定する「三振ルール」の合憲性が問題となり、フランス憲法院がその一部について違憲判断を行った。その結果、HADOPI 法は三振ルールの核心部分を含まないまま公布・施行されることとなった。その後、改めて三振ルールを実現するため“HADOPI2”と称される法律が成立するに至ったが、これは“HADOPI1”とは異なり、三振者に対する制裁を担当するのは行政当局ではなく、あくまで裁判所の命令に基づくという構造をとっている。フランス憲法院による違憲判断に沿った対処をした形であり、同法は 2010 年より施行されている。

HADOPI2 により実現される「三振ルール」は、大要、以下のようなものである。

- ・ 著作権等の侵害者に対する警告は、独立した行政機関である HADOPI が直接、個人に対して行う。
- ・ 2 度にわたり侵害の警告を受けた個人が、再度侵害を行った場合、裁判所は、罰金又はインターネットへのアクセスの切断を命ずることができる。後者の場合裁判所は、HADOPI が収集した情報をもとに、2 ヶ月～1 年の切断を命じる。
- ・ HADOPI は、処罰の対象となった者のリストを作成し、その対象者が他のプロバイダに乗り換え、インターネットへのアクセスを得ることを防止する。

フランスにおける上記一連の規制に類似する立法例としては、イギリスのデジタルエコノミー法（2010 年）、韓国の著作権法改正（2009 年）などが指摘できるが、本報告書では詳述しない。

5 おわりに

デジタルコンテンツをめぐる法的環境の変遷を振り返ると、ここ 10 年は、著作権の行使範囲・方法をめぐって、権利者と新規技術・ビジネス等が衝突し、その利害対立が先鋭化した時代であったといえる。

コンテンツのデジタル化により、媒体のコピーに対する考え方が大きく変化するとともに、媒体を必要としない「公衆送信」が主要なコンテンツ流通形態として登場し、多様なコンテンツ流通・利用形態の途中で出現する「複製」について、その権利制限の要否が議論の俎上にのぼるに至った。著作権法は当初、事業者によるコンテンツの複製行為に向けられた産業規制法的な発想の法律であったが、デジタル化されたコンテンツが多様な形態で流通・利用され、また誰もがコンテンツを創作・発表しうるようになったいま、著作権を、複製を制限する権利である「コピーライト」として捉え続けることの妥当性が、「文化の発展に寄与する」という法目的との関連において、問い直されている。

しかし、わが国のコンテンツ法制を振り返ると、情報通信技術の発達や情報インフラの普及を背景とした社会の変化の中にあっても、なお場当たりの法改正や、不十分な振興

政策（≡規制の温存）を繰り返した結果、グローバルな潮流に乗り遅れ、デジタルコンテンツの流通市場の多くの部分を国外のプラットフォーマー等に握られるに至ったことは否定しがたい事実であろう。

我々が今後なすべきは、これまでの法政策の変遷を振り返り、諸外国に学ぶこと等を通して、これからのデジタルコンテンツ法制のあるべき姿について、忌憚無き、聖域なき議論を交わすことである。第Ⅱ章においては、その「あるべき姿」を探るための、一定の方向性が示されている。

補論 侵害主体性と間接侵害

著作権侵害の主体性や間接侵害の成否及びその効果については、いわゆる「カラオケ法理」の命名のもととなったクラブキャッツアイ事件（最判昭和 63 年 3 月 15 日・民集 42 巻 3 号 199 頁）にはじまり、多数の裁判例が存在している。特に近年は、インターネットを利用したコンテンツ流通の拡大に伴い多くの議論がなされており、文化庁においても、著作権分科会 法制問題小委員会の司法救済 WT が、間接侵害に関する検討を重ねている。

本報告書の原型となる議論が行われた調査研究委員会においても、まねき TV 事件最高裁判決（最判平成 23 年 1 月 18 日・最高裁ホームページ）及びロクラク II 事件最高裁判決（最判平成 23 年 1 月 20 日・最高裁ホームページ）について意見交換がなされた。

このほか指摘すべき裁判例としては、例えば以下のように、非常に多くのものが存在している。紙面の都合上、侵害主体性及び間接侵害の論点については、別稿に譲るこことしたい。

- ・ ファイルログ事件（中間判決について東京地中間判平成 15 年 1 月 29 日・判時 1810 号 29 頁、第 1 審判決について東京地判平成 15 年 12 月 17 日・判時 1845 号 36 頁、控訴審判決は判例集未掲載）
- ・ 2ちゃんねる事件控訴審（東京高判平成 17 年 3 月 3 日・判時 1893 号 126 頁）
- ・ 録画ネット事件（知財高判平成 17 年 11 月 15 日・判例集未掲載）
- ・ Winny 事件（ソフトの製作者が著作権法違反に問われ有罪とされた第 1 審判決について京都地判平成 18 年 12 月 13 日・判タ 1229 号 105 頁、無罪となった控訴審判決は判例集未掲載²⁷⁾）
- ・ MYUTA 事件（東京地判平成 19 年 5 月 25 日・判時 1979 号 100 頁）
- ・ TV ブレイク事件（知財高判平成 22 年 9 月 8 日・最高裁ホームページ）

²⁷⁾ 弁護団の事務局長である弁護士の BLOG 記事から、判決文をダウンロードすることができる。
<http://danblog.cocolog-nifty.com/index/2009/12/winny-5bc6.html>

コンテンツビジネスをめぐる法的環境の10年

2010年9月16日 DCAJセミナー 配布資料から改変
森・濱田松本法律事務所 弁護士 増田雅史 masafumi.masuda@mhmjapan.com

	デジタルコンテンツ法制の幕開け（第1章2.）							知的財産立国と司法制度改革（第1章3.）			コンテンツ法制・通信法制のリフォーム（第1章4.）				
	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
国際的動向	WIPO新条約の採択 ・WCT(著作権に関する世界知的所有権機関条約) ・WPPT(実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約)		米国におけるDMCA成立 ・技術的手段の保護 ・サービスプロバイダの責任制限		EU電子商取引指令(2000/31/EC) サービスプロバイダの責任制限	EU情報社会指令(2001/29/EC) 情報化社会における著作権ならびに著作権隣接権の調和に関する指令			EU知的財産エンフォースメント指令(2004/48/EC) 知的財産の執行強化とプロバイダに対する発信者情報開示	日本国によるACTA提唱 模倣品・海賊版拡散防止条約		ACTA非公式会合の開始	ACTA関係国公式会合の開始	フランスにおけるHADOPI法成立 ・三振ルールの合憲性 ・HADOPI2の成立 Google Booksクラスアクション和解 全世界的な通知手続の実施	ACTA実質合意
権利の拡大	国内法化	著作権法改正 ・公衆送信権の創設 ・送信準備行為への権利拡大(自動公衆送信=インタラクティブ送信)		著作権法改正 ・譲渡権の創設 ・上映権の対象拡大(映画の著作物から著作物一般へ) ・録音物の再生演奏についての経過措置(附則14条)の廃止			著作権法改正 WPPTの国内法化の完了 ・WPPT加盟国の実演・レコードの保護 ・実演家人格権の創設 ・レコードの保護期間の変更	著作権法改正 映画の著作物に関する著作権の保護期間延長(公表後50年→公表後70年)	著作権法改正 貸与権に関する書籍の除外の削除(資本業に対する権利行使が可能となる)			映画の盗撮の防止に関する法律成立 映画館等で上映される映画(公表後8ヶ月以内)の録音・録画について著作権法30条1項を適用しない		著作権法改正 違法な著作物等の流通抑制のための措置 ・いわゆるダウンロード違法化 ・権利侵害物の知情頒布申出のみなし侵害化 私的録画補償金訴訟の提起(SARVH vs 東芝) 技術的手段による複製回数管理と補償金制度の趣旨が争点化する	東京が第1審で勝訴 補償金制度のあり方に関する議論
権利の制限					著作権法改正 障害者対応 ・点字のデジタル化及び送信行為に関する権利制限 ・リアルタイム字幕送信に関する権利制限			著作権法改正 教育に関する制限規定の見直し ・授業を受ける児童生徒による複製を明確に許容 ・一定の場合の公衆送信を許容 ・試験問題として公衆送信をすることの許容			著作権法改正 ・行政利用(特許審査、薬事行政)に関する権利制限 ・機器の保守・修理等のための一時的複製に関する権利制限 ・録音図書のネット配信に関する権利制限	技術的に不可避な複製に関する権利制限の拡大傾向	著作権法改正 ・インターネットの利用に関する各種権利制限 ・情報送信、情報検索に関する各種権利制限 ・研究活動に関する各種権利制限	著作権法改正 ・インターネットの利用に関する各種権利制限 ・日本版フェアユースの導入を提言 ・3類型を提示 → 大枠を維持したまま著作権分科会報告書に盛り込まれ公表(2011年)	権利制限一般規定 ワーキングチーム報告書(文化庁)
放送と通信の融合						電気通信役務利用放送法成立 通信放送融合サービスへの参入・運営の簡便化(CS放送及び有線テレビジョン放送の設備利用の規制緩和)	著作権法改正 放送事業者等への送信可能化権の付与(ストリーミング放送等の放送形態への対応)				著作権法改正 IPマルチキャスト放送による地上波放送の再送信に関する規定の整備	放送法改正 ・ワンセグ放送における独立利用の解禁 ・認定放送持株会社の解禁			放送法改正 ・いわゆる放送4法の統合 ・インターネット放送の取扱い
コンテンツ流通・管理				著作権法改正 ・技術的保護手段の回避装置の規制 ・権利管理情報の改変等の規制 不正競争防止法改正 技術的制限手段の無効化機器・プログラムの販売等の行為の規制	著作権等管理事業法成立 著作権仲介業務法を廃止し、新規参入を奨励(事業者となることについて、許可制を登録制にする等)	プロバイダ責任制限法成立 ・損害賠償責任の制限(権利侵害を受けた者による損害賠償請求からの免責、送信防止措置を受けた発信者による損害賠償請求からの免責) ・発信者情報開示制度			著作権法改正 音楽レコードの還流防止措置(還流レコードに関するのみなし侵害規定の法定)	提唱国として水際規制強化	著作権法改正 輸出行為、輸出目的所持行為のみなし侵害化 関税法改正 ・知的財産侵害物品の輸取出続の開始 ・知的財産侵害物品の取り締まりに関する関税定率法の条項を関税法に移動		青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律成立 ・フィルタリングサービスの提供に関する各事業者等の義務の法定	著作権法改正 ・権利者不明の著作物に関する裁定制度の充実 ・国立国会図書館における情報の集中管理(所蔵資料の電子化、インターネット資料のアーカイブ) 国立国会図書館法改正	インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について 中間取りまとめ(知財本部) ・アクセスコントロール回避規制のあり方について → 著作権法、不正競争防止法ともに改正の方向へ(文化庁、経産省) ・プロバイダ責任のあり方について → プロバイダ責任制限法検証WGにおける議論(総務省)
司法制度その他					著作権法改正 民事救済手段の拡充 ・損害賠償請求額の柔軟化 ・侵害行為立証に関する書類の提出命令の法定 ・鑑定人に対する説明義務の法定 ・相当な損害額の認定		クリエイティブ・コモンズ・ライセンスの発表 権利者の選択による、コンテンツの種類を限定しないフリー・ライセンスの試み	知的財産基本法成立 ・知的財産推進計画策定のスタート ・知的財産戦略本部の設置	裁判の迅速化に関する法律成立 第1審事件の審理を「二年以内のできるだけ短い期間内」に終結させることを企図 著作権法改正 損害額の推定規定の拡充 民事訴訟法改正 ・専門委員制度の導入 ・知的財産権に係る第1審裁判所の管轄権の集中化	コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律成立 「コンテンツ」を法令中で定義 信託業法改正 受託可能財産の撤廃による、知的財産権信託の解禁 有限責任事業組合に関する法律成立 日本版LLPの設立が可能となる			※東京地裁が第1審として行う知的財産関連事件の平均審理期間: 13.7ヶ月(1999年は23.1ヶ月)		
	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010

第Ⅱ章 2010年代のデジタルコンテンツ法制 —公私の共同規制アプローチとその限界—

東京大学大学院学際情報学府

生 貝 直 人

1 総論

1. 1 はじめに

本稿の目的は、主に欧米における近年のデジタルコンテンツに関わる法制状況を手がかりとして、2010年代の我が国におけるデジタルコンテンツ法制について一定の方向性を示すことである。将来の正確な予測は言う間でもなく不可能であり、特に技術・社会・経済的環境の変化が激しいデジタル分野においてはその困難性は一層高まる。しかし、(1)過去から現在にかけて論じられている問題の中から一定の大まかな方向性を見出すことは可能であろうこと、そして(2)これまでの10年間においても、我が国では多くの関連法制について欧米の状況を参考とした立法がなされてきたこと等を鑑みるに、デジタルコンテンツに関わる様々な問題が先鋭的に現れているそれら諸外国の取組を参照することは、我が国の将来を考察する上で一定の有用性を持つと考えられる。

1. 2 三つの方向性

まず、2010年代のデジタルコンテンツ法制に関わる三つの方向性を提示したい。

第一の方向性は、デジタルコンテンツに関わる「著作権制度以外の課題」の重要性の拡大である。インターネットの草創期から現在に至るまで、デジタルコンテンツに関わる法制度の議論は、常に著作権の問題を中心に論じられてきたと言ってよい。元来は自己統治(self-governance)を中心とした秩序形成が進められてきたサイバースペースにおいて、現実世界の法概念を導入し、商業的活動を拡大しようとしてきたこれまでの10年間にあって、その活動の根幹となる財産権に関わる論争が焦点になったことは無理からぬところである。しかしそのような論争も、「より強い保護」と「より自由な利用」という相反する主張の間で一定の膠着を見せつつある。インターネットが人々の社会的・経済活動の場として欠くことができなくなった2010年においては、プライバシーや表現自由の権利が人類の歴史において比較的近年になってから確立されてきたことと符合して、財産権以外の人々の権利をいかに保護し、あるいは必要な場合には制限することで、インターネットをいかに成熟した空間としていくかが焦点となると考えられる。

第二に、一義的な制度的対応を行うことが困難な「流動的領域」の拡大である。デジタルコンテンツを取り巻く環境の変化は未だ著しく、そこで生じた問題に対して何らかの、

場合によっては数年を要する立法的対応を行ったとしても、法案が成立した時点では既に問題状況が大きく異なっている可能性がある。それ以上にインターネット上で生じ得る制度的課題の多くは、同時代・同時点においてすらそれぞれの産業分野によって求められる回答の性質が異なり、さらには例えば「どのような情報がプライバシーとして保護されるべきか」といった問いのように、情報社会の参加者一人一人にとってもその回答が異なることは多く、画一的な制度的対応をより一層困難としている。このような不確定な問題領域への対応を講ずるにあたっては、無理に拙速な結論を出すよりも、その不確定性そのものを柔軟に取り扱う方法論を構築していくことが必要となる。

第三に、民間の企業や団体等の形成する「自主規制 (self-regulation)」の重要性の拡大である。情報社会において自主規制の重要性が拡大する要因としては、技術進化の速度や高度な専門性に起因する官民の情報対称性の逆転、グローバル化に伴う一国の規制能力の限界等が指摘されるところであり、実際に幅広い情報政策領域の法文や政策文書の中に、「自主規制を重視する」「事業者の自主的な取組を促す」といった表現が見られるようになってきている¹。このような政策手段としての自主規制には、上述した二つの方向性によって生じる課題に政策的対応を行う上で、(1)著作権を含む幅広い情報政策の領域において実質的に唯一採り得る政策手段を提供し得る可能性があること、そして(2)産業分野の当事者が柔軟なルールを形成するため、流動的領域への対応が行い易いという利点を持つ。

1. 3 「公私の共同規制」による対応

しかし、自主規制には通常の法制度とは異なるリスクも存在する。まず、それを主導する立場にある企業や団体等の側に起因するリスクとしては、適切なルールが策定されない、エンフォースメントの不足によりルールの有名無実化が生じる、あるいは既存の企業や団体等によって形成されたルールが新規参入の実質的排除を含むカルテル性を有する等の恐れがある。さらに自主規制という政策手段を選択する政府の側においても、ルール形成のための民主的合意の調達や、政府自身が規制を行う場合には従う必要がある公法的制約や、民主的合意の調達を回避するための逃避的手段として用いられる恐れがある。このようなリスクを抑止・解決しつつ、自主規制という私人によるルールメイクの柔軟性をいかに活かしていくかが、上述した三つの方向性への対応において念頭に置かれる必要がある。

情報社会における自主規制の適切な活用について多くの示唆を持つのが、近年 EU を中心として政策手段としての確立が進みつつある公私の「共同規制 (co-regulation)」の概念である。自主規制と公的規制の組み合わせを意味する共同規制²は、元来欧州において EU

¹ 関連する先行研究は数多いが、欧米の情報政策に関わる包括的な議論として Tambini [2008]、我が国の文脈との関連を念頭に置いたものとして生貝[2011a]等を参照。

² EU において指令の国内法化にあたり共同規制を用いる際の指針を定めた European Parliament, Council, and Commission [2003]では、共同規制を「立法機関によって定義された目的の達成を、その分野で活動する主体（経済的主体や社会的パートナー、NGO や共同体などを含む）に委ねる法的措置のメカ

の定める指令（Directive）を各国が国内法化する際に、EU の集権制・強権性に対する反発等を鑑み、各国政府や産業界、そして市民社会等の多様なステイクホルダーの自律性を尊重する必要があったことを背景として重視され始めた背景を持つ³。しかし近年では、「自主規制に対する公的機関の一定の介入・補強」という共同規制の方法論が、上述したような情報社会における自主規制の必要性・不可避性、そしてそのリスクへの対応という要請に適合するものとして、情報政策の文脈において幅広く重視され始めている。EU の中でも特に共同規制の活用を積極的に進める、英国 Ofcom（Office of Communication）の規定する共同規制の活用指針は以下の通りである。

アプローチ	概要
規制無し	市場自身が十分な成果を出すことができている。市民と消費者は財やサービスの利点を完全に享受することができるようエンパワーされており、危険や害悪を被ることがない。
自主規制	政府や規制機関による正式な監督無しに、産業界が集团的に市民・消費者問題およびその他の規制方針に対応する解決策を管理している。合意されたルールに関する事前の明確な法的補強措置は存在しない（当該分野の事業者に対する一般的な義務規定は適用され得る）。
共同規制	自主規制と法的規制の両方により構成されるスキームであり、公的機関と業界団体が、特定の問題に対する解決策を共同で管理している。責任分担の方法は多様だが、典型的には政府や規制機関は求められた目的を達成するために必要な補強力を保持している。
直接規制	関係者が従うべき目的とルール（プロセスや企業に対する特定の要求を含む）が、法律や政府、規制機関によって定義されており、公的なエンフォースメントが担保されている。

表 1. Ofcom の規定する規制類型（Ofcom [2008a:7]より作成）

以下では、2010 年代のデジタルコンテンツ法制を構想する上で不可欠の概念となるであろうこの共同規制の概念を軸に、各国における現代的な制度的課題を参照することにより、今後の我が国の法政策に対する一定の含意を導き出していく。

ニズム（18 条）」として定義するが、近年ではより一般的な公私の協力関係に基づく規制の実現を意味するようになっている。

³ EU における共同規制の歴史的文脈については、Senden [2005]等を参照。

2 媒介者の新たな責任と役割

2. 1 事後的対応から事前対応へ

インターネット上の著作権侵害をはじめとした違法行為に関して、そのコンテンツやコミュニケーションを媒介する立場にある「プロバイダ」がいかなる責任を負うべきかという問題は、インターネットの草創期から中心的な課題として論じられてきた。近年では米国の通信品位法（1996年通信法第5章、特に230条）やDMCA（米国著作権法512条、セーフハーバー条項）、EUの電子商取引指令（2000/31/EC）、そして我が国のプロバイダ責任制限法の制定等により、いわゆるNTD（Notice and Takedown）に基づく、違法コンテンツがアップロードされた際の「事後的」な対応・削除プロセスが国際的な原則として受容されつつある。しかし近年のUGCサービスの拡大等を背景に、プロバイダに対して「事前的」対応を含むより能動的な対応への責務を課そうとする議論が欧米を中心に拡大している⁴。以下では近年中心的な課題となっている(1)UGC（User Generated Content）サイトにおける著作権侵害等違法コンテンツに対するブロック技術の実装、(2)P2Pによる著作権侵害を繰り返す利用者に対してISPがインターネット接続を遮断・制限することの是非という二つの問題について、そこに見える公私の共同規制の取組を概観していく。

2. 2 ブロック技術の導入

米国の著作権分野におけるプロバイダの責任制限を定めたDMCA（セーフハーバー条項）では、512条(m)(1)において運営サービスに対する一般的監視義務を否定することによりプロバイダの過度の負担を回避しつつも、512条(i)(1)において同条の免責を受ける要件として一定の「技術的対応」を行うことが必要であると定められており、実際に大手のUGCプロバイダはAudible Magic社等の提供する著作権侵害コンテンツのブロック技術の導入を行っている。一方でEUの電子商取引指令においては、DMCA同様15条において一般的監視義務を否定しつつも、DMCA512条(i)(1)に相当する条項は置かれておらず、米国同様にブロック技術をはじめとする事前の技術的措置の導入がプロバイダに求められるはずしも定かではない。同指令の解釈指針を述べた前文45および47では、監視義務は「特定の場合（specific case）」に限られるとし、前文40では違法コンテンツを自動的に識別して未然にブロックするような技術の導入は、関係者による自発的な合意（voluntary agreements）によることが望ましいとしており、これらの文言の解釈が問題となる。近年のEU各国の判決においては、徐々に電子商取引指令における免責の要件としてブロック技術の導入を求めるものが相次いでおり、特に2007年にフランスのパリ

⁴ インターネット上のプロバイダやISPが行うブロックの技術的側面についてはMurdock and Anderson [2008]等に詳しい。

大審裁判所において DailyMotion の著作権侵害が争われた訴訟⁵や、同年の Google Video (後に YouTube と統合) の著作権侵害訴訟⁶において両社に対しブロッキング技術の導入を明確に求めた判決が象徴的であろう。

一方でブロッキング技術を「どの程度の技術水準で」導入することが求められるかは、欧米共に詳細な内容は法文等によっても定められていない。そのような不確実性を解決するため、米国では 2007 年に大手 UGC プロバイダと主要映画・テレビ番組制作会社の間で UGC 原則 (Principles for User Generated Content Service) ⁷が締結された。同規定は公式な政府の関与等を受けていない一種の紳士協定ではあるが、UGC プロバイダが著作権者との交渉に基づく一定のブロッキング技術を導入している限りにおいて、著作権者側は UGC プロバイダに対する著作権侵害訴訟を提起しないものとされる。さらに同原則は、合法的なコンテンツが誤ってブロックされた際の利用者からの苦情受付の創設等、利用者側にも一定程度配慮された条項が含まれているという特徴を持つ。技術的発展の著しい分野において、詳細な対応のあり方を利害関係者が自主的に定め、さらにそれによって生じ得る害悪の抑止をも視野に入れた、一つの象徴的事例であると評価できよう。

2. 3 インターネット接続の制限

ISP レベルでのインターネット接続の制限については、米国においては未だ明確な対応は採られていない一方、欧州各国においては各国の状況を反映した様々な対応が採られ始めている。2009 年にフランスにおいて、P2P による著作権侵害を繰り返した利用者に対する強制的なインターネット接続の遮断を定めた Hadopi (Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet) が制定されたことは多くの議論を呼んだが⁸、アイルランドにおいては著作権者団体である IRMA と大手 ISP である Eircom の間で、同様の内容を含む私的な自主協定が結ばれている⁹。さらに英国においては、長い議論の末に 2010 年に成立したデジタル経済法において、著作権侵害を繰り返した利用者に対して ISP が「技術的な方法 (technical measures)」により当該利用者のインターネット接続に制限を加えるという段階的対応システム (Graduated Response System) が導入された¹⁰。同規定の詳細な対応を委ねられた Ofcom は、技術的な対応の詳細については ISP 事業者の自主的な行動規定 (code of practice) によることが望ましいとしつつも、対応の適正さと制約を受ける利用者の権利保護を図るため、行動規定に対する公式な承認と、継続的な運用の監視

⁵ *Nord-Ouest Prod. v. S.A. Daylotion*, Tribunal de grande instance Paris, July 13, 2007.

⁶ *S.A.R.L. Zadig Prod. v. Google Inc.*, Tribunal de grande instance Paris, Oct 19, 2007.

⁷ <http://www.ugcprinciples.com/>

⁸ Hadopi の制定経緯および規定の詳細については、服部まや[2010]等を参照。

⁹ Three strikes rule aims to knock out music sharing (The Irish Times, 2010/6/4)

<http://www.irishtimes.com/newspaper/finance/2010/0604/1224271811210.html>

¹⁰ 同法および Hadopi の規定内容および両者の比較については Rayna and Barbier [2010]、我が国のプロバイダ責任制限法との比較については生貝[2011a]に詳しい。

を行っていくという共同規制による対応を進めているところである。

2. 4 2010 年代への示唆

以上のように、デジタルコンテンツ分野において不可欠となりつつある「プロバイダ」の責任と役割を巡る対応は、各国において自主規制と政府規制の間で様々な対応が模索されている。上記の論点を我が国の状況と照らし合わせれば、ブロッキング技術の導入に関しては、現行のプロバイダ責任制限法においては DMCA512 上条(i)(1)のような技術的対応を求める明文の規定が存在しておらず、EU の電子商取引指令の状況に近いものと思われるが、欧米の状況を鑑みるに、将来的には現状の法制のままフランスのようなブロッキング技術の導入を求めた判決が下される、あるいは DMCA のような明文での規定による法改正での対応が行われる可能性がある。いずれの場合においても、その技術的水準の詳細な意味内容を定めるために、UGC 原則のような民間の自主的対応を促していくことが必要となる可能性は高い。

さらに ISP レベルでの対応については、2010 年からは我が国においても著作権者団体と ISP 事業者らの共同で設立された「ファイル共有ソフトを悪用した著作権侵害対策協議会」を中心として、P2P による著作権侵害者に対して警告メールを送付するという形での対応が進められている。しかし同様に各国における対応の状況を鑑みれば、今後インターネット接続の遮断を含めた対応が政策議論の俎上に上がるであろうことは想像に難くない¹¹。その具体的な対応を考慮するにあたり、フランスのような立法的対応を行うのか、アイルランドのような民間の自主的対応を促すのか、あるいは英国のように公私の共同規制による対応を行うべきかは、著作権侵害をはじめとする違法情報への対応と、それによってインターネット接続の遮断・制限という制約を受け得る利用者の双方の利益を衡量した上で、慎重な対応を行っていく必要があるだろう。

さらにここで取り上げた著作権侵害以外の問題についても、デジタルコンテンツに関わるプロバイダの責任と役割は、これまでも議論となることが多かった名誉毀損や誹謗中傷等をはじめとして、近年では後述する青少年有害情報やセキュリティ、児童ポルノ対策、テロ行為等の重大犯罪における捜査協力等の領域に至るまで大幅な拡大を見せている。そしてそのような要請を受けるプロバイダの主体の側としても、クラウド化やライフログ技術の進展に伴い、プロバイダ責任制限法制をはじめとする法制度の設計や政府の働きかけ如何によっては、より効率的な規制の代理人（regulatory agency）としての役割を果たし得るものとなりつつある。デジタルコンテンツ産業および IT 産業の健全な発展、そして権利者や消費者の適切な保護との間を両立させるために、今後 10 年間に於いて解決されな

¹¹ 既に知的財産戦略本部コンテンツ強化専門調査会 インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ「インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について（報告）」（2010 年 5 月）p.32-37 においても、検討課題として指摘されている。

http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents_kyouka/siryou/20100601wg_houkoku.pdf

ればならない論点が多いものと考えられる。

3 コンテンツ規制

3. 1 青少年有害情報対策

インターネットの利活用が社会にあまねく広がるにつれ、十分な判断能力を持たない、あるいは様々な犯罪の被害に遭い易い青少年の利用者が急増している。そのような青少年をインターネット上でいかに保護していくかは、完結した作品として流通するコンテンツの利用はもとより、UGCの拡大や、SNS等のコミュニケーションサイトにおけるコンテンツの利用が拡大するにつれ、対応すべき課題も複雑さを増している。ここでは特に、青少年が親の目の届かない所で利用することが多いなどの理由によって先鋭的な問題となりつつモバイルコンテンツの分野における対応について、一定の考察を行いたい¹²。

青少年有害コンテンツに対する規制は必然的に表現規制とならざるを得ず、特に「有害」定義の一義的な決定が困難であることなどから、従来のマスメディア等への対応にあたって、直接的な公的介入を抑止した自主規制を基調とした対応が採られてきた経緯がある。特に個人を含めた多様な主体による情報発信への対応までもが求められるインターネット上の規制に関しては、それら主体に対する一定程度集中的な管理能力を持つ何らかの「コントロール・ポイント (Zittrain [2003])」を通じた規制を行わざるを得ない。モバイル分野においては、一般的なインターネット分野と比して限られた事業者によって占められる携帯電話事業者が最大のコントロール・ポイント、あるいはそこを経由しなければ実質的にサービス提供が不可能なボトルネック的役割を果たすことから、携帯電話事業者を中心とした自主規制・共同規制の対応が進められている¹³。

EUにおいては、インターネット上の青少年保護を推進するための **Safer Internet Programme**¹⁴を中心として、フィルタリング技術の開発・導入や児童ポルノ等を含む違法コンテンツの通報を受け付けるホットラインの国際連携等をはじめとした自主規制の促進措置が進められてきた。同プログラムの要請の下、2007年にはEU全体の携帯電話事業者とコンテンツプロバイダーによって組織されるモバイル業界団体、**GSM Association(GSMA) Europe**を中心とした青少年保護フレームワーク¹⁵が策定され、欧州全

¹² この他にも青少年保護の観点からはSNSの自主規制が問題となっているが、欧米におけるSNSへの対応の比較と我が国の状況との対比を行ったものとして生貝[2010b]を参照。

¹³ 日米欧の取組の詳細な比較として生貝[2010c]を参照。先に言及した「プロバイダ」全般も同様にコントロール・ポイントとしての役割を果たすが、インターネット上に無数に存在するUGCサービス等と比して、寡占的な市場構造の性質を持つ携帯キャリアの数は必然的に限られることから、それらはより効率的な規制の代理人の役割を果たし得る。

¹⁴ http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/index_en.htm

¹⁵ European Framework on Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children
http://www.gsmeurope.org/documents/safer_children.pdf

体における青少年保護の基調を形成している。同フレームワークでは、携帯電話事業者とコンテンツプロバイダーの協力により、全ての公式モバイルコンテンツについて成人向け・前年齢向けの分類を行い、青少年の携帯電話に実装されるフィルタリング技術への反映を行うこと、そしてモバイルからアクセスされる一般のインターネットコンテンツについてもできる限りフィルタリング技術での対応を行うことなどが定められている。

3. 2 英米の対応

このような EU レベルでの自主規制推進のモデルとなったのが、英国において 2004 年に主要携帯電話事業者の間で締結された行動規定¹⁶であった。英国においては既に半官半民の独立機関 ICSTIS (Independent Committee for the Supervision of Standards of Telephone Information Services) が Premium Rate Phone Service (いわゆるダイヤル Q2) の自主規制枠組を運用していたが、その補助組織として設立される独立の第三者機関 IMCB (Independent Mobile Classification Body) にモバイルコンテンツの分類枠組策定の委託を行い、共同規制による対応を進めていくこととしたのである。それぞれのコンテンツのレーティング自体はコンテンツプロバイダー自身が行うものの、携帯電話事業者は IMCB の分類に基づく青少年向けフィルタリング技術の実装を行い、IMCB がその運用状況の監視を担う。さらに所管の独立規制機関である Ofcom が、消費者やコンテンツプロバイダーからの苦情状況を含む全体的な運用の監視を行うという、重層的な共同規制の形式を採っている。2008 年には Ofcom を主体とした同体制の調査結果を含む評価報告書が公開されており (Ofcom [2008b])、コンテンツプロバイダー側の不適切な分類に対する IMCB からの警告等が出されつつも、全体として良好に機能しているという報告がなされている。

公的関与の強い共同規制の取組が進められる英国とは異なり、米国では相対的に公的関与の弱い自主規制での対応が進められている。2005 年には FCC (Federal Communication Commission) からの要請を受け、米国の通信産業業界団体である CTIA (Cable Telecommunications & Internet Association) が中心となり、モバイルにおける青少年保護の自主規制指針を定めた Wireless Content Guidelines¹⁷が策定される。同ガイドラインは英国同様、各企業が自主的にコンテンツのレーティングとフィルタリングの実装を行っていくことを定めているものの、特に独立の第三者機関の設立等を行っていない他、コンテンツプロバイダーと携帯電話事業者の役割分担等も明確には定められていない。2007 年には上記取組に対する FCC の現状報告要請義務等を定めた Child Safe Viewing Act が成立し、同法に基づき 2009 年に FTC が公開した調査報告書 (FTC [2009]) によれば、各通信事業社は何らかの形でフィルタリング技術の実装を中心とした対応を行っているものの、

¹⁶ UK code of practice for the self-regulation of new forms of content on mobiles
<http://www.imcb.org.uk/assets/documents/10000109Codeofpractice.pdf>

¹⁷ Guidelines for Carrier Content Classification and Internet Access
http://files.ctia.org/pdf/CTIA_Content_Classification_Guidelines.pdf

その分類枠組やレーティングのプロセス等は必ずしも明確ではないとされている。

3. 3 2010年代への示唆

以上のように英米の取組は、青少年有害情報への対策にあたり民間の自主的な取組を重視する点では共通しつつも、その政府関与の強弱という点では一定の差異を有する。政府関与の強い対応を採る英国、そして政府関与の比較的弱い米国のどちらが優れているかという評価を一概に行うことはできない。有害情報の規制は表現の自由に関わる問題であり、自主規制という形式を採っていたとしても政府の関与はできるだけ控えられなければならないため、その点においては米国の取組が肯定的に評価されるべき側面を有しよう。一方で自主規制の有する過度な私的検閲（private censorship）、あるいはカルテル性といったリスクへの対応という観点から評価した際、少なからず民間の自主性という側面を犠牲にしつつも、枠組設定や運用に対する一定の公的統制を及ぼそうとする英国の共同規制は、積極的に評価すべき側面を有すると言える。

我が国においても2008年の「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律（以下、青少年ネット環境整備法）」により携帯電話事業者によるフィルタリングの実装（17条）が義務付けられ、EMA（モバイルコンテンツ審査・運用監視機構）等独立の第三者機関を中心とした英国型の共同規制に近い規制枠組が構築されているが、その運用実績の評価は未だ途上にある。特に今後モバイル分野のみならず、インターネット全般のメディア・コンテンツが益々社会影響力を増す中で、それらに対しても何らかの規制枠組の構築が必要となる可能性も高い。今後のデジタルコンテンツ産業が本来の意味で社会的な地位を確立していくためにも、諸外国における先駆的な事例を参照しつつ、官民の協力体制に基づく緩やかな青少年保護のあり方を模索していくことは不可欠の作業であると考えられる。

4 オンライン・プライバシー

4. 1 デジタルコンテンツとライフログ

近年、消費者の様々な行動履歴を収集・解析するいわゆる「ライフログ（lifelog）」が高い関心を集めている。ライフログ技術はより効率的な情報提供等今後のICT産業全体の発展にとって不可欠である一方、利用者のプライバシーをいかに保護するかという問題も広く論じられている。ライフログは、2010年代のデジタルコンテンツ産業において以下の点で重要な影響をもたらすと考えられる。

第一に、より効率的なコンテンツの配信・提供である。従来のアナログ環境においては、マスメディアによって選別された情報を受動的に消費することが主要な情報行動であったが、インターネットの拡大はその構造を逆転させ、個々人の能動的な選択により情報やコ

ンテンツを消費することが可能となった。しかしインターネット上で流通する情報が急速に増大するにつれ、いわゆる情報の洪水とも言うべき状況の中で、いかに人々が自分の求めるコンテンツを発見するかということが大きな課題となりつつある。ライフログ技術は、人々の趣向や必要性を自動的に判別することにより、より一人一人のニーズに適合したコンテンツを届けることを可能とし得る。

第二に、コンテンツ分野の広告収益という側面である。放送にせよ新聞・雑誌にせよ、従来のマスメディアにおいてもコンテンツに付随して提供される広告からの収益は、質の高いコンテンツを生み出すための重要な資金源となってきた。しかしマス広告が特定のコンテンツを視聴している消費者に無差別に広告を提示していたことと比して、ライフログ技術と組み合わせられたいわゆる行動ターゲティング広告（Behavioral Targeting Advertisement、以下 BTA）は、それぞれの消費者のニーズにより適合した効率的な広告の提示を可能とし、近年のマスメディア媒体からインターネット媒体への広告費のシフトの一つの要因となっている。今後のコンテンツ産業全体にとってライフログに基づく広告技術をいかに活用していくかは重要な課題となろう。

第三に、コンテンツ消費のクラウド化である。アナログ時代はもとより、デジタル化の進んだ現在においても人々は手元の端末等にコンテンツを保存した上での視聴を行っているが、現在進行するクラウド化の流れは、全てのコンテンツがインターネット上に保管されたまま、必要に応じてインターネット回線を通じた視聴を行うことを可能とし得る。このような傾向はデバイスの破損・紛失等によるコンテンツの消失をなくすなどの消費者の利便性を向上させ得る他、コンテンツ事業者側にとっても、売り切り型のみに留まらないアクセス課金や広告収益モデル等の新たなビジネスモデルの実現を可能とする。しかし一方で、そのようなコンテンツの視聴は原理的には視聴履歴等を全てサービス運営社側で保存・確認することを可能とする性質を持つ。このような情報は上述のライフログとして様々な経済的可能性をもたらすが、いかにして消費者のプライバシーを保護するかという問題も同時に考慮しなければならない¹⁸。

4. 2 行動ターゲティング広告の問題

ライフログの活用に関わるプライバシーの問題が最も先鋭的に現れているのが、先に言及した BTA である。BTA で用いられる技術的要素は携帯電話等に付随する端末 ID を用いたものや DPI（Deep Packet Inspection）による通信内容解析を伴うものなど多岐に渡るが、ここでは最も一般的な、利用者個々のブラウザ上に記録されるクッキー（cookie）を利用した BTA を取り上げる。クッキー自体は数 MB の微量な情報量を記録するに過ぎないが、

¹⁸ 例えばクラウド型のグーグルブックサーチにおいて、米国を中心として同サービスでの読書履歴等が記録されることへのプライバシーの懸念、そしてその履歴の BTA への転用の是非が論じられたことにつき、生貝[2010a]等を参照。

BTA ネットワークを運営する事業者はクッキー内に特定の ID を記録させ、ネットワークに参加するウェブサイト等での行動履歴を記録し、ID に紐付けた上で行動履歴に適合した広告を提供することで多数のウェブサイトに跨がるライフログの利用を可能とする。一方でこのような BTA の仕組みは先進国の個人情報保護関連法制において保護の対象となる「個人識別性」を有する情報を必ずしも必要としておらず、またそれがもたらすプライバシー上の懸念に関しても未だ社会的コンセンサスが存在するとは言い難い。今後のデジタルコンテンツを含む ICT 産業全体の発展にとってライフログ技術が不可欠であるものの、消費者の安全・安心との実現をいかに両立するかが課題となる。

4. 3 欧米の対応

EU では 1995 年のデータ保護指令 (95/46/EC)、我が国では 2005 年に全面施行された個人情報保護法など各国での立法が進む中、米国は金融・信用情報や子供に関する情報等の個別立法を若干の例外として包括的な個人情報保護法制を持たず、インターネット上での個人情報保護に関しては業界による自主規制の促進と、それに対する政府当局の監視を中心とした対応を行ってきた¹⁹。インターネット上の広告等に関わるプライバシー問題については消費者保護法制を所管する独立行政委員会 FTC (Federal Trade Commission) を中心としてインターネットの草創期から様々な措置を行ってきた。FTC は特にウェブサービスの運営者が提示するプライバシー・ポリシーの役割を重視しており、自らが提示したプライバシー・ポリシーに違反した事業者に対して、FTC は詐欺的・欺瞞的取引を禁じた FTC 法 5 条 (FTC Act Section 5) に基づき民事訴訟を提起することができる。

BTA に関してはオンライン広告分野の業界団体 NAI (Network Advertising Initiative) の策定する自主規制原則 (NAI 原則) が主要な役割を果たしていたが、消費者団体等からのプライバシー保護強化の要請を受け、2009 年には民間の行う自主規制への一定の規律付けを目的とした FTC による自主規制原則 (FTC [2009]) が策定される。同原則は直接の法的強制力は持たないものの、BTA 運営者に対して必ずしも個人識別性を有しない Non-PII (Personal Identifiable Information) 情報までをも自主規制の対象とするよう要請する他、情報保持期間の限定や、いわゆるセンシティブ (機微) 情報の取り扱いを特に厳重とすることなどが含まれる。FTC 原則に対応する形で、NAI は 2008 年には NAI 原則を全面的に改正し²⁰、Non-PII 情報のオプトアウト方式での取り扱い指針を定めた他、特にセンシティブ情報²¹の利用に関しては原則としてオプトインでの利用許諾を経ることとした。2010 年に入り幾度か直接の法規制を含む新規立法の議会提出も行われたが通過には至っておらず、FTC としても BTA からの離脱可能性の強化施策等を業界に求めつつ、自主規制とそれに対

¹⁹ 日米欧の比較の詳細につき、生貝[2011b]を参照。

²⁰ 2008 NAI Principles - The Network Advertising Initiative's Self-Regulatory Code of Conduct http://www.networkadvertising.org/networks/2008%20NAI%20Principles_final%20for%20Website.pdf

²¹ 既に個別立法での対応が行われている金融や医療情報の他、GPS で取得される位置情報等を含む。

する政府関与による対応が進められている²²。

一方で EU においては、米国と比して直接規制による対応を重視した取組が進められており、EU の個人情報保護法制の基盤となるデータ保護指令を補完する形で定められた電子プライバシー指令（2002/58/EC）による対応を行っている。同指令 5 条(3)では、当初クッキー等を利用した BTA を行う際のオプトアウトでの対応を定めていたが、EU の個人情報保護法制の諮問機関である Article 29 Working Party 等からの再三のプライバシー上の懸念を受け、2009 年の改正においてオプトインでの運用を行うよう改正された²³。

加盟国は同改正を 2011 年までに国内法化することを求められており、各国において法改正作業が進められているが、特に英国においては米国 FTC の取組を参照する形で、民間の自主規制とそれに対する政府関与を中心とした共同規制での対応を進めている²⁴。2009 年に英国のインターネット広告業界団体 IAB (Internet Advertising Bureau) が発表した BTA 分野の自主規制原則 (IAB 原則) は、多くの点で米国の NAI 原則と類似しており、Non-PII までをも保護の対象に含む他、明確なオプトアウトの仕組みの提供や、プライバシー・ポリシー等を通じた消費者に対する明確な運用ポリシーの提示を定めている。これに対して英国の消費者保護行政を担当する OFT (Office of Fair Trading) は、IAB 原則の策定は望ましい取組であるものの現状の枠組では消費者保護が不十分であるとして、FTC 原則と類似した業界団体の自主規制に対する一定の規律付けを行っていく指針を発表した。特に BTA の運用に際して提示されるプライバシー・ポリシーが遵守されなかった場合には、OFT が所管する CPRs (Consumer Protection from Unfair Trading Regulations) に基づく直接の訴追が可能であることを確認し、FTC 法 5 条と同様のプライバシー・ポリシーの実効性確保を行っていくことを示している。

4. 4 2010 年代への示唆

我が国においては近年まで BTA に対する具体的な対応は採られてこなかったものの、2010 年の総務省「利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会」の第二次提言における BTA 運用時の「配慮原則²⁵」を受け、業界団体等が策定する自主規制と一定の公的規律付けによる対応を行っていくことが示されたところである。ただし現時点においては未だ業界に依る自主規制内容の策定自体が途上であることに加え、欧米において重視されるプライバシー・ポリシーの法的位置付けが必ずしも明確では無いなどのなど

²² 2010 年 12 月には、消費者が BTA を拒絶することをより容易にするための Do Not Track リスト構想を含む FTC の今後の対応の方向性が提示されている (FTC [2010])。

²³ Directive 2009/136/EC - amending Directive 2002/22/EC, 2002/58/EC and Regulation (EC) No 2006/2004

²⁴ 先述の Ofcom [2008a]においても、個人情報問題が Ofcom の直接の管轄に含まれないことに言及しつつも、他の行政機関と連携して BTA 分野に共同規制での対応を行っていくことが示されていた。

²⁵ 「広報、普及・啓発活動の推進」「透明性の確保」「利用者関与の機会の確保」「適正な手段による取得の確保」「適切な安全管理の確保」「苦情・質問への対応体制の確保」の 6 点からなる。

の問題もある。欧米で先行する取り組みを参照しつつ、プライバシー保護という画一的な対応が困難な領域において公私の協力関係に基づくルール形成を進めていくことは、ライフログ技術に関わるコンテンツ事業者にとっても不可欠な作業となると考えられる。

5 共同規制の限界とその克服

本稿で取り上げた課題は今後のデジタルコンテンツに関わる問題群の一部の側面に過ぎないが、(1)それらに共通する問題の流動性という性質、(2)それに対応する上での自主規制と言う方法論、(3)自主規制のリスクを補完しその実効性を高める公私の共同規制という方法論は、2010年代に生じ得る多様な制度的課題への対応において一定の示唆を持つことだろう。最後にこのような公私の共同規制が重要な役割を果たす法制度環境において、今後課題となると考えられる点と、それに対する対応のあり方に触れることとしたい。

第一に、グローバル化の更なる進展という問題である。本稿で論じた公私の共同規制に基づくデジタルコンテンツ法制の形成は、あくまでも「特定の企業や団体＝一国政府」という共同関係に焦点が絞られたものであった。しかしインターネット上の企業や利用者の活動は、コンテンツ消費のクラウド化等の流れの中で、グローバル化の傾向をより一層高めていくことが予想される。企業や業界団体の行う自主規制に対して一国の政府のみが監視・介入の主体となることには、現在様々な法制度が準拠法や裁判管轄等の課題に直面していることと同様に、一定の困難が生じることになるだろう。従来のように国際条約等によって一定の国際的な共通基準を設けるという対応も考えられようが、国際条約は一般的に通常の法制度よりも改正や撤廃にかかる時間やコストが大きく、自主規制・共同規制の持つ柔軟性という利点と相反する側面を持つ。さらにプライバシーや有害情報をはじめとする、流動的かつ各国においてその定義すら異なる領域においては、国際的な共通ルールの形成はより一層困難な作業となるだろう。

このような状況に対応するにあたり、近年進められる自主規制のルール自体を国際的に標準化しようとする取組は多くの示唆を持つ。例えばプライバシー問題に関して APEC (Asia Pacific Economic Cooperation) が 2009 年に開始した APEC Data Privacy Pathfinder Projects²⁶では、直接的な拘束力こそ持たないものの国際的なプライバシー保護に関する一定の企業活動ルールを設け、それを遵守する企業に対して APEC が発行するプライバシー・マークの付与を認める等の取組を進めている。さらに業界団体の側としても、広告業界団体の国際的ネットワークである WFA (World Federation of Advertisers) では、加盟業界団体がオンライン広告の運用において従うべき自主規制原則 Global Principles for Self-Regulation in Online Behavioral Advertising²⁷を定め、各国業界団体の行う自主

²⁶ http://aimp.apec.org/Documents/2009/ECSG/SEM1/09_ecsg_sem1_027.doc

²⁷ <http://www.wfanet.org/media/news/60/428/WFAGlobalPrinciplesBehaviouralAdvertising.pdf>

規制の一定の平準化を進めている。これらの取組は未だ萌芽的ではあるものの、官と民双方においての緩やかな国際的連携を高めていくことは、グローバルな共同規制を実現していくための一つの道筋であろうと思われる。

第二に、公私の役割分担の変容という点である。共同規制は公私の協力関係から形作られるものであり、本稿で取り上げた諸外国の取り組みにおいては政府の役割を一定程度強調した記述を進めてきたが、そこで主導的役割を果たすのはあくまでも民の側が行う自主的な対応であるということを念頭に置く必要がある。情報社会の発展にとって不可欠であるイノベーションは市場競争における自主的な努力からしか生まれ得ず、そしてそこに生じうるリスクへの適切な対応を行うための知識も、同様に市場の側にしか存在しない²⁸。

しかし共同規制の実現は、民の側にとっても決して容易な作業ではない。企業や団体が適切な自主規制を運用・策定していくためには、人的・知的な資源と実践的経験の蓄積が必要となるであろうし、もしその自主規制内容が消費者にとって受け容れられるものではなかった、あるいは何らかの法規に違反していた等の場合においては、消費者からの反発を受ける、あるいは訴追の対象となる可能性すらも生じ得る。そしてそれを補強する立場にある政府の側としても、自主規制の形成を様々な形で支援することに加え、基準策定における公私の公開協議等を含めた、政策形成プロセスの再構築までもが求められることになる。さらに共同規制に対する公私の認識の共有を図るためにも、Ofcom [2008a]のような共同規制の全体的枠の基盤となるガイドライン等の策定は不可欠となるだろう。

このような国際レベル・国内レベルの双方での公私の協働関係を再構築していく継続的な作業の中においてこそ、2010年代のデジタルコンテンツ法制は見出されると考えられる。

引用文献一覧

- [1] Crews, K. [2001] The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines, *Ohio State Law Journal*, Vol.62, pp.602-.
- [2] European Parliament, Council, and Commission, Interinstitutional Agreement on Better Law-Making, 2003/C 321/01, 2003.
- [3] FCC [2009] Review - Implementation of the Child Safe Viewing Act; Examination

²⁸ 例えば近年立法作業が進められるいわゆる「日本版フェアユース」においても、我が国における議論状況としては、法改正に数年を要する立法による政策形成から、司法による適時の事後的な判断に政策形成主体を重視することが望ましいという、立法・行政から司法へという「公から公」への政策形成権限の転換が主眼にあるように思われる。確かにフェアユースは、一定の原則の元で行われる裁判官の判断によって形成される性質を持つが、その運用をより注意深く見れば、フェアユース条項の予見可能性の向上のための権利者と利用者間での自主的協定、そしてブロック技術や DRM といった情報技術の中にフェアユースの概念を実質的に反映させるための私的取り組みをはじめとして、産業界や市民団体、大学等をはじめとする民の側が重要な役割を果たしている (Crews [2001]等を参照)。我が国におけるフェアユース条項を意味あるものとし、その運用を円滑にしていくためにも、「公から私」への政策形成権限の転換を視野に入れた幅広い文脈での制度設計を行う必要があると考えられる。

- of Parental Control Technologies for Video or Audio Programming
http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-09-69A1.pdf
- [4] FTC [2009] FTC Staff Report: Self-Regulatory Principles For Online Behavioral Advertising. <http://www.ftc.gov/os/2009/02/P085400behavadreport.pdf>
 - [5] FTC [2010] A Preliminary FTC Staff Report on Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: A Proposed Framework for Businesses and Policymakers. <http://www.ftc.gov/os/2010/12/101201privacyreport.pdf>
 - [6] Marsden, Christopher [2010] *Net Neutrality: Toward a Co-regulatory Solution*, Bloomsbury Academic.
 - [7] Murdock, Steven J. and Anderson, Ross [2008] Tools and Technology of Internet Filtering, in Deibert, Robert et.al. (eds), *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, MIT Press, pp.57-72.
 - [8] Ofcom [2008a] Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation. <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/coregulation/statement/statement.pdf>
 - [9] Ofcom [2008b] UK code of practice for the self-regulation of new forms of content on mobiles Review. http://www.ofcom.org.uk/advice/media_literacy/medlitpub/ukcode/ukcode.pdf
 - [10] Raina, Thierry and Barbier Laura [2010] Fighting Consumer Piracy with Graduated Response: An Evaluation of the French and British Implementations, *International Journal of Foresight and Innovation Policy*, Vol.6, No.4, pp.294-314.
 - [11] Senden, Linda [2005] Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol.9.1.
 - [12] Tambini, Damian et al. [2008] *Codifying Cyberspace*, Routledge.
 - [13] Zittrain, Jonathan [2003] Internet Points of Control, *Boston College Law Review*, Vol.44, No.2, pp.653-688.
 - [14] 生貝直人[2010a]「第5章 Google Book Search 事件で生じた課題の整理」財団法人デジタルコンテンツ協会 法的問題検討委員会 2009 年度報告書『コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—Google Book Search 事件に係る経過・反響・課題—』、pp.57-66.
 - [15] 生貝直人[2010b]「SNS の法的問題と欧米における自主規制による対応」R&A、2010 年 8 月号、pp.1-17. <http://www.kddi-ri.jp/pdf/KDDI-RA-201008-01-PRT.pdf>
 - [16] 生貝直人[2010c]「モバイルコンテンツの青少年有害情報対策における代替的規制」国際公共経済研究 21 号、pp.92-102.
 - [17] 生貝直人[2011a]「プロバイダ責任制限法制と自主規制の重層性—欧米の制度枠組と現

代的課題を中心に―」情報通信政策レビュー第2号、pp.1-29.

http://www.soumu.go.jp/iicp/chousakenkyu/data/research/icp_review/02/ikegai2011.pdf

[18] 生貝直人[2011b]「オンライン・プライバシーと自主規制―欧米における行動ターゲティング広告への対応―」情報通信学会誌 96 号、pp.105-113.

[19] 服部まや[2010]「違法ダウンロードに対するインターネット・アクセス制限法制化の動き～フランスの事例を中心に～」R&A、2010 年 6 月号

<http://www.kddi-ri.jp/pdf/KDDI-RA-201006-01-PRT.pdf>

第Ⅲ章 音楽コンテンツ分野における法的環境の10年

ヤマハ（株）法務・知的財産部

三 澤 洋 一

1 はじめに

音楽分野においては、デジタル、ネットワーク技術のアプリケーションがその技術的特性、マーケットの志向特性から実施し易く、ネットワークを用いたビジネスモデルが早くから具現化されてきた。その結果として、ネットワーク利用に関する著作権許諾スキームの確立、あるいは法的問題の提起などが他のコンテンツ分野に先駆けなされてきた。

本章では、音楽分野における先駆的ビジネスとして音楽配信関連事業をいくつか例に挙げ、著作権許諾スキームの確立過程を振り返り、また法的環境の変化として著作権等管理事業法施行を主に取り上げ、それがビジネスに与えた影響を検証しながら当時から現在に至る課題を挙げていきたい。

なお、音楽分野における本格的なデジタル化のはじまりは1980年代初頭のCompact Disc (CD)の商品化だが、本テーマに最も影響が大きいのはインターネットが普及し、著作権法において公衆送信権が創設された時期以降であるため、おおよそ1997年ころから現在までをこの10年のスコープとする。

2 MIDI (Musical Instrument Digital Interface)と音楽ビジネスでの成功例

音楽をデジタルで流通させる方法としては音楽の録音物であるCDを製作し、ユーザーがCDプレーヤー等で再生するという方法が最も一般的であるが、音楽を電子楽器等に用いられる電子音源を制御するデータ(MIDIファイル)¹として製作し、ユーザーはPC、携帯電話、専用端末等に内蔵された再生ソフトと電子音源で再生するという方法もある。MIDIは後者の方法におけるハードとソフト両方の規格であり、CDの商品化時期から大きく遅れない1983年のリリース以来、事実上の標準規格となっている²。MIDIファイルは音楽CDに比べ、データサイズが数百分の一程度で収まるため、データを格納するメディアの容量不足、ネットワークの伝送スピードが遅いなどの技術的制約が大きかった時代には

¹ JASRACは当初よりMIDIファイルにおける音楽著作物の使用にあたっては録音物として許諾を出していた。また、1996年にはUS Copyright Officeもsound recordingsとして扱うことを表明している(<http://www.midi.org/aboutus/news/archive.php> 中段参照)

² JIS(日本工業規格)で規格化されているほか、現在は国際標準(IEC)化に向け準備を進めている。

特に重宝された。

この MIDI を使ったビジネスで、最も成功した代表例が通信カラオケ事業と携帯電話の着信メロディ（着メロ）配信事業であり、この二つの事業が音楽著作物のネットワーク配信における使用許諾スキーム確立に大きく貢献した。

その後、前述の技術的制約が解消されるにつれ、CD 音源（CD 原盤）をそのままネットワークで頒布する方法が一般化してきた。着メロ市場においても 2003 年頃から CD 原盤を圧縮、45 秒以内に編集して製作したファイルをそのまま呼び出し音として使う「着うた」の需要が伸びてきた。

ここで、着うたの公取事件について少々触れておきたい。2005 年 3 月、公正取引委員会はレコード会社等 5 社に対し、着うた提供事業に関し共同して他の事業者音楽の原盤権許諾を行わないようにしており、それが不公正な取引（商品若しくは役務の供給を受けることの拒絶）に該当し独占禁止法に違反するとして排除勧告を行った。5 社のうち、1 社は応諾したが、他の 4 社は応諾せず審判へと進んだ。

着メロ事業においては原盤は配信事業者自らが製作することが主流であったため、着メロ事業者は楽曲のみ利用許諾を得ることでビジネスが可能であり、レコード会社からの許諾および対価としての報酬は発生していなかった。このため、着うた事業に際してはレコード会社が共同で出資してレーベルモバイル³を設立し、そこにだけ原盤権利用許諾を与えるか他社には非常に厳しい条件でのみ許諾を出すことにより、他の事業者（主に既存の着メロ事業者）を排除したとされるケースである。レコード会社が有する原盤権を自らの意思で許諾するか否かを判断することには問題ないであろうが、本件ではそれを共同して許諾をしないようにしたと認定し違法性を認めたものである。

その後、レコード会社は審決の取消訴訟を提起したが判断は変わらず、さらに上告も棄却された⁴が、音楽ビジネスの方では 2005 年以降日本でも iTunes を中心としたダウンロード販売や CD のリッピング⁵による携帯音楽プレーヤーへの音楽取込が始まり、携帯電話という制限の中で音楽を楽しむ着メロ、着うたとも市場規模は縮小傾向が続いている。公取の判断における共同行為の認定要件、公正競争の阻害性などいくつかの法的な論点は残るものの、ビジネス的にはその結論への興味が薄れ、音楽配信ビジネスが急速に変化する中で咲いた徒花とでもいうべき事件である。

³ この 5 社をはじめとするレコード会社の出資により設立されたレーベルモバイル³は 2002 年から着うたの配信事業を行っていた

⁴ 2011 年 2 月 18 日に最高裁判所第二小法廷が上告棄却及び上告不受理決定をした

⁵ 2008 年リッピングを制限する CCCD の終焉、iTunes での DRM 無しのコンテンツ配信開始

3 音楽著作物のネットワーク利用における許諾スキーム確立の過程と課題

(ア) 通信カラオケ

通信カラオケは大まかにはサーバーに音楽（主に MIDI ファイル）を蓄積し、店舗に設置されたカラオケ端末から専用回線を介して音楽にアクセスし、カラオケ端末で再生する仕組みになっている。

通信カラオケシステムは、日本でインターネットの商用利用が解禁⁶される直前の 1992 年ころから発売されたが、当時はサーバーへの蓄積、配信といった音楽の利用に対し、何を根拠にどの程度の金額で許諾されるべきか権利者、事業者双方とも見当すらつかない状態であった。権利者側は（社）日本音楽著作権協会（JASRAC）が代表し、また通信カラオケ事業者側は音楽電子産業協会⁷を母体に交渉を続けたが、許諾の前例がない上に、当時の著作権法では双方十分に納得できる支分権の根拠が見いだせず、交渉は長きにわたった。

そしてようやく 1996 年になって JASRAC と（社）音楽電子事業協会間で使用料に関する暫定合意に至り、著作権法で公衆送信権が設定された翌⁸97 年に「業務用通信カラオケにおける著作物利用」に関する合意でようやく解決を見た。その間、各事業者は著作物使用料の確定時に、サービス開始時まで遡及して支払うべく、相当額を積立てながらビジネスを続けるという異常な状態が続いていた。この権利者、事業者の産みの苦しみが、その後のインタラクティブ配信における使用料合意形成、使用料の決定などに大きく役だったのは言うまでもない。

(イ) インタラクティブ配信

インタラクティブ配信はインターネット等を通じ、顧客のリクエストに応じてダウンロードもしくはストリーミングの形式で音楽を配信する形態のサービス全般について、JASRAC がその著作物使用料規程で設定している使用料のカテゴリ名称であるが、以下、インターネットを介した音楽配信を指す用語として使用する。

WINDOWS95 が発売され、パソコンおよびパソコン通信が一般化し始めたころから音楽を MIDI ファイルで、主に個人間で趣味的にやりとりすることが行われていた⁸。しかし、それが本格的にビジネスとして注目されるようになったのは'98 年の着メロサービス開始あたりからである。関連する 9 つの事業者団体⁹が参加して'97 年に設立したネットワーク音楽著作権連絡協議会（NMRC）を JASRAC との協議主体とし、2000 年 8 月にインタラクテ

⁶ 1993 年までは ISP の第 2 種通信業認可が郵政省（当時）から下りなかった

⁷ 音楽電子産業協会はその後'96 年に（社）音楽電子事業協会（AMEI）として発足し、同時に解散した

⁸ パソコン通信・ニフティサーブにおける MIDI フォーラムなど

⁹ 社団法人音楽電子事業協会、社団法人マルチメディア・タイトル制作者連盟、社団法人日本レコード協会、社団法人テレコムサービス協会、電子ネットワーク協議会、日本インターネット協会、日本地域プロバイダー協会、社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会および UBA

ィブ配信の合意、同年 12 月にはそれに係る JASRAC の使用料規程が認可¹⁰された。使用料の基本的な考え方は、送信可能化権を根拠とするサーバーへの複製(録音の評価)、公衆送信権が働く送信の過程(演奏の評価)、さらにダウンロード配信の場合はユーザーによる複製(録音の評価)の複合で、利用者はこれらをまとめて著作物使用料使用料として支払い、JASRAC はそれぞれの権利者に分配している。

その後、様々な利用形態様、例えばサブスクリプションモデル¹¹、楽譜・歌詞等音楽の可視的利用、動画を伴う配信などがビジネス化される度に協議¹²が行われ、使用料規程の改訂が繰り返されている。

このように、JASRAC の使用料規程、特にインタラクティブ配信規定は 10 年間にわたり新たな著作物の使用の態様に応じ、個々に規定を積み重ね続けてきた結果、一覽では理解が困難な状態に至っている。規程内の備考での補足に加え、別途「手引き」などを充実させ利用者の理解を助ける工夫も続けられているが、すでに限界に来ており、使用態様を整理した上で、抜本的な使用料規程の見直しが課題として挙げられる¹³。

4 海外での著作権管理への影響と EU 競争法

インタラクティブ配信による音楽利用については、日本が世界に先駆けて事業化したものが多く、特に着メロについては 2001 年頃から日本の事業者が海外において事業を拡大する動きが高まった。CISAC¹⁴においても、加盟団体がインターネット上の音楽利用に対して配信事業者にワンストップ許諾を発行するため、インタラクティブ配信の許諾スキームの検討が行われた。その結果、2001 年に著作権管理団体間の相互管理契約の付随契約としてインタラクティブ配信における演奏権許諾の合意(サンチアゴ合意)、同録音権許諾の合意(バルセロナ合意)が CISAC 加盟団体間において形成された。その柱は①コンテンツプロバイダ(CP)が希望する全世界への配信を許諾する②CPの経済的所在地の国の著作権管理団体が許諾を出す、の二つである。これに基づき、各国の著作権管理団体同士が個別にこの付随契約を結ぶこととなり、JASRAC は 2004 年末までに演奏権について 29 団体(内 EU 域内 14 団体)、録音権について 13 団体(同 7 団体)と契約を締結した。これにより、

¹⁰ 当時は文化庁長官の認可が必要であった

¹¹ Subscription は定期購読の意味を持つが、音楽配信では特に月額で固定額を支払うことでコンテンツを PC などに一度複製した後、一定期間(固定日数、支払いを続ける間だけなど)だけそのコンテンツを再生できるように制限する方式を指す。JASRAC の使用料規程を複雑化させている一要因となっている

¹² 著作権等管理事業法 23 条 1 項の指定著作権等管理事業者である JASRAC には、業務用通信カラオケは AMEI、インタラクティブ配信は NMRC をそれぞれの利用者代表として、使用料改定の際に各団体からの協議要請に応じる義務がある(同法 23 条 2 項)

¹³ 屋上屋の積み重ねに起因するものであり、著作権法のそのものの課題としても挙げられる

¹⁴ 著作権協会国際連合、NGO

利用者は権利処理の”one stop shop”の可能性を見出した。

ところが 2004 年 5 月、EU 競争総局はサンチアゴ合意の②の団体間で取り決めは EU 競争法に違反するおそれがあると EU 加盟国の著作権管理団体に通知した。団体側は一定の反論をしたものの、2004 年末を以て両合意に基づく契約を終了することを決めた。その後、EU 以外の管理団体もこれに倣い、これら付随契約の更新は行なっていない。

現在は CISAC として配信地先(country of destination)許諾主義となっており、利用者は各国毎に許諾を得る必要がある。利用者にとっては大変な労力を強いられるため、状況は後退したといえる。しかし近年では、一つの事業者でワールドワイドの音楽配信を行うケースは音楽配信で Apple 社の iTunes Store、動画投稿サイト運営では Google/YouTube などに代表されるように集約が進んでおり、ワールドワイドでの”one stop shop”を必要とする事業者の数は限定的になってきているものと考えられる。

また 2008 年 7 月に EU は欧州経済領域(EEA)内でのインターネットなどの国境を超える音楽使用のライセンスは EEA のどの国の管理団体でも許諾できるようにすべきとの決定を下した。その後、ヨーロッパにおいて、インターネット上の音楽利用に対する汎ヨーロッパ許諾のスキームが検討されているようだが、近い将来に実現する見通しは立っていない。これは、その対象となる音楽の数が膨大であり、一元管理できるデータベース化が進まないことが大きな要因であると思われる。その一方で、権利者の音楽出版社が特定の管理団体と汎 EU のライセンスを出す契約を個別に行う試みも見られる¹⁵。

5 著作権等管理事業法の影響

著作権管理事業への新規参入を容易にすることを主な目的に 2000 年に立法され、文化庁長官による許可から登録制となり、使用料規程もそれまでの認可制から届出制になるなど、JASRAC の独占を許していた仲介業務法（著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律）の規制が大幅に緩和された。これにより、作曲者等の権利者、事業者等の利用者双方に管理事業者選択の余地が生まれ、管理事業者間の競争が始まり、互いにメリットが生まれるのではないかという期待が高まった。事実、2010 年 11 月現在 36 もの事業者が登録をしており、その内、音楽著作物の管理事業者も 14 を数えているが、管理楽曲数、使用料徴収実績とも JASRAC の独壇場である状況は変わっておらず、10 年近く経過した現在もそのようなメリットを実感できる状況にはなっていない。

¹⁵ 例として CELAS と称する EMI がアングロアメリカ楽曲のレパトリーを英 MCPS、独 GEMA に対し汎 EU 地域で許諾することの委託契約がある

その一方で、次のようなデメリットが顕在化している。

- (ア) 事業者は楽曲ごとの許諾を複数の管理事業者から得る必要が生じ、楽曲の調査、使用実績報告等の手間が増加したこと

これは管理事業者にとってもデメリットである。インタラクティブ配信による使用実績報告は、配信サーバーにログが残るため、それに基づき1曲単位で緻密に行われる。例えばJASRACでは月に延べ1億3千万曲分の報告を処理すると言われており、その中には楽曲の特定や権利に関する情報の入力など、人海戦術で対応せざるを得ないプロセスが存在する。このため、システム、人的リソース等を管理事業者と著作物を利用する事業者でシェアすることにより、互いにその負担を減らすことを目的に、一般社団法人著作権情報集中処理機構(CDC)がJASRACと事業者の出資により2009年に設立され、すでに一部サービス提供が開始されている。権利者と利用者が共同して課題を解決するために組織を立ち上げるというのは世界的にもあまり例を見ないことだが、デメリットがこのような画期的な実例を生み出す原動力の一部となる結果となった。

- (イ) 形式審査だけで登録される管理事業者の能力、管理作品の内容に不安があること
著作権等管理事業法が実施された当時、折からの韓流ブーム¹⁶に乗って韓国楽曲作品を使用していた事業者が、突然管理事業者から、管理事業の登録を完了したというだけで十分な根拠の説明もなく楽曲の使用料を請求されるトラブルが多発した。中でも、アジア著作権協会と(株)第一興商間の紛争は訴訟¹⁷に発展し、一部の著作物使用料の支払いを命じられた被告(株)第一興商側が控訴¹⁸し、現在も訴訟係属中である。

訴訟のような表沙汰にならないまでも、特に外国曲作品で発生しがちな権利者情報が十分に得られない楽曲の使用を開始した後、管理事業者という看板を持った者が「後出しジャンケン」的に権利主張を行い、知識あるいは事実を確認する力の乏しい事業者がそれに応じてしまう危険性が残っているのが現状である。

この他、2009年には公正取引委員会がJASRACの放送における包括許諾契約が、他の管理事業者の参入を阻害しているとし、排除措置命令を行った。現在、審決取り消しの審判中であるが、これも音楽の利用者から見ると、実務上許諾が得られにくくなったデメリットだけが目立つ結果となっている。

以上のとおり、著作権等管理事業法の登場以来、音楽分野においては残念ながらメリッ

¹⁶ 韓国においては当時著作権への意識が低く、著作権管理ビジネスも未成熟であり、権利の二重譲渡などのトラブルが多かった

¹⁷ 東京地裁平成16年(ワ)第18443号損害賠償請求事件、平成22年2月10日判決

¹⁸ 知財高裁平成22年(ネ)第10024号損害賠償請求控訴事件

トがほとんど生じていないのが現状であるばかりか、特に上述（イ）の問題は善良な事業者にとっては大きなリスクとして看過できないものである。規制緩和という著作権等管理事業法導入の当初の目的にはそぐわないかもしれないが、管理事業者の登録要件を一定の範囲で強化すること、たとえば事業運営能力や管理楽曲の公表手法等の事実確認を規則として明文化するなどの改善が課題として挙げられる。

Phase	インタラクティブ配信 前夜 (-1995)	1. 通信カラオケ・着信メロディーの立ち上げと急成長							2. MIDIから音声データへ							
西暦 和暦	-1995 -H7	1996 H8	1997 H9	1998 H10	1999 H11	2000 H12	2001 H13	2002 H14	2003 H15	2004 H16	2005 H17	2006 H18	2007 H19	2008 H20	2009 H21	2010 H22
法環境		・WIPO新条約(*2) 採択:(2002/3/6発効)	・著作権法改正 公衆送信権創設	・USA:DMCA		・著作権等管理事業法成立	←10/1施行									
技術	インターネット商用解放(1993)								3月米iTunes Music Store開始					・DRM無し配信		
ビジネス	通信カラオケ端末発表(1992)				・iMode開始			・CCCD						・CCCD終焉		
団体	WINDOWS95(1995) ポケベルPHS加入者 ピーク(1995)		・着メロスタート(スカイメロディ)			(JASRACインタラクティブ配信使用 料ピーク)						・Google,YouTube買収				通信カラオケ (製造)事業者 は2社に ・MIDI IEC国 際標準化準備
著作物使用料		・6月 業務用通信 カラオケ使用料:過 去分の使用料の算 定基準と精算の暫 定合意(JASRAC)	・10月「業務用通 信カラオケにおけ るJASRAC管理著 作物利用に関する 合意書」締結			・8/17NMRC- JASRACのインタラ クティブ配信合意 ・12/21インタラク ティブ配信使用料規 程認可	・CISACサンチアゴ 合意/バルセロナ合 意							・EEA内での相互許 諾のEU決定		
紛争										・サンチア ゴ合意は EU競争法 違反の判 断				・違反審決 ->審決取消請求(10 月)		
										・着うたの ライセンス 拒絶で公 取立入り検 査	・不公正 取引の 排除勧告			・私的独占 の禁止違 反で JASRAC立 入り検査	・排除措 置命令-> 審決取消 請求(4 月)	・審決取消請 求棄却、上告
管理事業 法関連 登録(廃 業)数						音楽著作物の管理 事業者eLicense設 立	12(3)	17(6)	10(6)	・10月DK- ACA訴訟 提起					・CDC設立	・2月DK-ACA 訴訟一審判 決 1(累計54(18))

第IV章 米国パメラ・サミュエルソン教授の著作権リフォーム論

虎ノ門総合法律事務所
弁護士 石 新 智 規

1 はじめに

2010年9月、カリフォルニア大学バークレー校ロースクールのパメラ・サミュエルソン教授を中心とする著作権の原則プロジェクト（CPP）のメンバーがおよそ3年にわたる研究結果を報告書としてまとめ、公表した（http://www.law.berkeley.edu/files/bclt_CPP.pdf）。これは、その全文翻訳である¹。

2007年頃から米国の著作権法研究者の一部から、著作権法を全面改正（いわゆる著作権リフォーム）すべきではないかという論が起こってきた。筆者自身その一部に直接参加する機会を得たが、著作権リフォームに関して数多くのシンポジウムが開かれ²、また、著作権リフォームをテーマとしたローレビュー等も出されている。

サミュエルソン教授ご自身、CPPの活動のみならず、2007年秋学期にはハーバード、2008年春学期以降は本務校のバークレー校で、著作権リフォームの講座を開設され、ロースクールの生徒とともに著作権リフォームについて熱く議論されていた。この報告書は、その情熱の一部が結実したものとも言えよう。

2 概要

報告書の構成は非常に分かりやすく、第一に、現代の著作権法が立脚すべき原則は何かが明示され、第二に、その諸原則に照らし、1976年法である現在の米国著作権法にはどのような問題点があるのかが論述されている。そして第三に、具体的な著作権リフォームの25個の提案が示されるという構成になっている。

CPPのメンバーには特筆すべき特徴がある。研究者には著作権リフォームに積極的と思われる立場にある者が多いが、実務家の中には必ずしもそうとはいえない立場の者もあり、また、おそらくそれほど現行法のリフォームを望まないと想像されるエンターテインメント

¹ 外国法共同事業ジョーンズ・デイ法律事務所の橋本有加弁護士と私との共訳である。

² 2009年3月6日、サウスウェスタンロースクールにおいて、Reforming Copyright: Process, Policy and Politics、同年4月30日、サンタクララロースクールにおいて、1909年米国著作権法制定100年を記念して現行法（76年法）を見直すシンポジウム、2010年4月9日、10日、カリフォルニア大学バークレー校で、“Copyright @300years”シンポジウムがそれぞれ開催されている。

産業を含む著作権産業のカウンセラーを勤める弁護士までが含まれている。報告書でも説明されているが、この構成の多様さゆえに、CPP メンバーの議論も多くの点でコンセンサスを得るところまで至っていない。25 の「提案」も必ずしも CPP グループ「全員」が同意するものではないことについて留保がついている。

しかしながら、この報告書は、著作権法に対する考えの違う者の間の議論を通じて合意できた点、できなかった点の双方を明示し、合意できない場合にどのような相違があったかをできるだけ紹介するスタイルを採用しているため、その内容は、この報告限りということではなく、今後の議論につながるものとなっている。

3 我が国への示唆

残念ながら、我が国では、民間主導による著作権リフォームの動きはまだ小さい³。しかし、米国の現行法と同時期に作られた日本の著作権法は、本報告書において定立されている優れた著作権法の原則に照らし、問題はないだろうか。確かに歴史的にみれば、我が国著作権法は大陸法系に属するのになら、米国著作権法は英米法系（コモンロー）に属するという相違はある。しかし、著作権法という点でいえば、米国は我が国より先に制定法たる著作権法を有し、その憲法は、著作権法を意識さえしている。法体系が違うという理由や米国がコモンローの国であるということが、米国著作権法を参照するに値しないとする説得的な理由となっているように思われない。

もちろん米国のまねごとをする必要はなく、報告書の記載についても、日本の法制度や現実の実務に照らし疑問を持つ部分もある。しかしながら、研究者を中心に真摯に新時代の著作権法を模索し、このような報告書を公表して議論を巻き起こそうとする姿勢に、我々が学ぶべきところもあるように思われる。

³ 「著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—報告書」（財団法人デジタルコンテンツ協会、2008 年）、梶山敬士「著作権リフォーム現行著作権法の主要課題」と「著作権リフォーム論—弁護士の立場から」コピライト 568 号 2 頁（2008 年）、茶園成樹「著作権制度のリフォームについて」知財研フォーラム 75 号（2008 年）、福井健策「著作権の世紀」（集英社新書）161 頁等。

資料編 著作権の原則プロジェクト：リフォームの方向性

著作権の原則プロジェクト リフォームの方向性

パメラ・サミュエルソン及び CPP メンバー[†]

前文

著作権法は、多くの重要な機能を果たす。著作権法により、公衆の知識へのアクセスや作者の創作的作品の幅広い利用が促進され、そうしたことによって、著作権法は、私たち公衆の教育に役立ち、私たちの文化が豊かになり、言論の自由、表現の自由及び民主主義的な価値観が促進されることに役立つ。著作権法により、権利者は、その作品を創作し拡布させることに投下した資本を回収し、その作品の公衆による利用から生じるあらゆる成功の成果を享受する機会を提供される。その過程において、著作権は、それらを通して創作的作品がアクセスされ得る新しい技術及びサービスを規制する役割をも果たす。

十分な機能を果たす著作権法は、表現作品並びに知識及び技術の健全な進歩にアクセスする公衆の利益を一方とし、著作権者がその作品の利用に対する補償を受け、侵害者が市場に悪影響があるような形で彼らの作品が利用されることを阻止するという著作権者の利益を他方とする二つの利益のバランスを慎重にとっている。著作権法により、すべての利害関係者に成果をもたらす創作的かつ有益な作品のために、十分な機能を果たす市場を形成することが可能となるべきである。

一般論というレベルにおいて合意に達することは容易である。合意できないのは、立法上の

[†] © 2010 年 著作権の原則プロジェクト

この論文は、グループの議長であるパメラ・サミュエルソン（パークレーロースクール）を含む、著作権の原則プロジェクト (CPP) のメンバーによる共同著作物である。著作者の完全な一覧については、以下の 5 頁を参照のこと。また、CPP は、ポール・ゲラー及びランダル・デービスとの議論だけでなく、米国著作権局長メアリベス・ピータース氏、第 19 巡回控訴裁判所マーガレット・マキューン判事、パークレーロースクールのモーリー・ヴァン・ハウウェリング教授との議論からも利益を得た。トーマス・カーニーには、ほとんどの会議において、CPP を支援していただいた。

用語及び現実の実務にこれらの目標をどのように盛り込んでいくかという点から生じる傾向がある。

著作権の原則プロジェクト（以下「CPP」という。）は（その報告書は後述されるが）、著作権法は今日、ある領域では合理的に効果を発揮しているけれども、飛躍的な技術の発展に照らし、改善の余地があり、洗練されるべきであるというメンバー間の共通意識から、2007年に結成された。CPPに参加した20名は、著作権法及び政策における様々な専門的知識と経験を有する。私たちの中には、法律学の教授、法律事務所に属する弁護士及び著作権産業に属する企業に勤務する弁護士がいる。CPPの目標は、どのように現在の著作権法は改善され得るか、どのように著作権法の現在の問題を緩和し得るかについて、意見の一致を見ることが可能であるかどうかを追求することであった。

著作権法は、多くの理由により、今日、相当な圧迫を受けている。最も明らかなで、かつおそらく最も重要なこの圧迫の源は、コンピューティング・通信技術及び世界的規模のデジタルネットワークを通じた情報へのアクセス可能性における変化によってもたらされた、公衆の情報へのアクセスの根本的变化である。豊富な情報を含む作品を創作し、出版し、拡布させる経済が劇的に変化する中で、特にインターネット及びワールドワイドウェブは、多くの著作権産業部門の安定性を損ねてしまった。新しいビジネスモデルは、必ずしも成功していない。不安定な状況に置かれている著作権に関係する各部門に、彼らが合理的に許容できるだろうその他の又はより洗練されたモデルやアプローチを検討し、試み、発展させるには、ある程度の時間と忍耐が必要かもしれない。

重要な発展の一つは、ユーザー作成型コンテンツの驚くべき成長とその豊富さである。著作権は、もちろん、エンターテインメント、教育並びに他の情報商品及びサービスの提供を助長することによって、常に専門家と同様に無数の一般人に関連し、彼らを豊かにするけれども、最近まで、著作権法は一般人にとって比較的目に留まらないものだった。専門的な芸術家や作家と同様に素人も、現在、定期的に著作権の問題に遭遇している。著作権の諸ルールは、一般人の多くの日常活動に関係する。それゆえに、著作権は、この法律の複雑性に満ちている産業内の者にとってだけでなく、インターネット上の情報にアクセスし、他者としばしば当該情報を共有する何百万の人々にとっても突然重要なものになった。

もう一つの重要な発展は、著作物、特に音楽及び映画のコピーをやりとりするピアツーピアのファイル共有技術の広範な利用である。何百万の人々が進んでそのようなファイル共有を行おうとしたことは、当然のことながらエンターテインメント産業を神経質にさせて、危機感を生じさせた。訴訟を通じてこの現象に対処する努力がなされた結果、いくつかのサービスは中断され、権利者にある程度の補償がもたらされたものの、そのような現象それ自体は減少していない。中間者、特に技術及び遠隔通信企業に対し、侵害活動を抑制し、妨げるよう働きかけ又はそのような行動を義務づけようとする努力は、限られた範囲で成功している。

加えて、今日著作権法に影響を及ぼす、より一般的な問題がある。すなわち、技術の進歩は、

最後の著作権法リフォームの努力が成就した 1970 年代半ばに、議会が予測しなかった、また予測し得なかった問題をしばしば投げかけるという問題である。それ以降の著作権法に対する継ぎ接ぎ的な改正により、現在の著作権法は更に複雑なものとなってしまった。この複雑性のゆえに、時として、裁判官が、特定の事案において著作権法をどのように適用するべきかを明らかにするはずの強力な規範的原則を探し出すことが困難なものとなっている。

このプロジェクトを開始するに際して、私たちは、私たちの努力の範囲及び目的を議論するために、相当な時間を費やした。私たちは、規範的原則の単純な表明から、包括的な著作権リフォームのための詳細な青写真の形成まで、可能なプロジェクトの成果物の範囲を検討した。このグループは、異なった見方の幅広い代表であり、私たちはそれぞれ現行の著作権システムの特定の長短について意見を有していたけれども、私たちが米国の著作権法の大規模で包括的なリフォームを提案できる能力は限られていた。その一つの理由は、私たちが 3 年間、1 年に 3 回しか会わなかったという点にある。私たちは、私たちが著作権法及び政策の領域の地図を描くこと、米国著作権法の特定の側面について、私たちがどこに合意するか、並びにどこになぜ合意しないかの双方を明確にすることに成功したと信じている。さらに、私たちは、近年非常に多くの著作権論争を特徴づける再反論の風潮を避けた形で、これらの目的を達成したと信じている。この達成の重要性は、軽視されるべきではない。しかしながら、私たちは、包括的で詳細なリフォーム案一式を提案する立場にはない。

今日の著作権法に伴う困難に対処するためになし得ること、なされるべきことは何か。もちろん、すべての圧迫から解放し、著作権に対する国民の信頼を維持し又は新たなものとし、新しい技術によって不安定な状態に置かれた著作権産業に平穏をもたらすことができる「特効薬」はない。CPP メンバーは、改良をもたらし得る様々な道のりについて、一様に意見が一致しているわけではない。CPP メンバーの中のある者は、現行の法的枠組みに比較的満足しているが、しかし特定の問題を解決するために何らかの調整をすることが望ましいことは受け入れている。また、CPP メンバーの中には、著作権法が、多くの著作権産業団体が過激とみなすであろう、非常に大規模なリフォームによってのみ救われ得ると信じている者もいる。これらの変更には、著作権保護期間の劇的な短縮、保護範囲の縮小、保護作品の私的で非商業的な利用の特権化及び法が今日要求するものより、著作権主張のよりよい表示を一般人に提供する著作権規定を再度制定することが含まれるだろう。

このプロジェクトの過程において、私たちの中には、より広いリフォーム案についてのアイデアを生み出した者もいたけれども、それらのアイデアは、このグループプロジェクトの一部とはなっていない。私たちメンバーの中のだれかの将来の研究において、それらのアイデアが探究され、それが、私たちが著作権リフォームについて起こるべきであると考え、より一般的な議論に更に貢献することが期待される。

著作権法についての新しいアイデアや見解についての CPP の検討は、公開討論・対話の姿勢で行われた。本報告書において表現された見解は、関与した個人の見解ではあるけれども、メ

ンバーの機関、組織、依頼者又は雇用主に帰属されるべきではない。さらに、個人がこのプロジェクトに参加していることをもって、本書で議論されたそれぞれの、そしてすべての提案に賛成していると解釈されるべきではない。実際、グループの様々なメンバーが、本報告書における提案として記載されているいくつかの案に対して留保し、また、反対さえしている。

様々な案は、それらを提案と称することが建設的であるとみなされる程度にグループ内の十分な支持を引き出したけれども、私たちは、グループが全体として記載されたそれぞれの特定の見解を一様に支持したことを示すために、肯定的な表明をする、又は「私たちは提案する」又は「私たちは信じる」のような表現を使用する意図はない。このように私たちの間でこのようなやり方で提案を明記することについて十分な合意があったのも、グループとしての協調性と著作権法について建設的対話を発展させようという私たちの共通の願いがあったからこそである。

私たちの間にいくつかの問題において強い相違があったにもかかわらず、CPP メンバーは、3 年にわたって、「優れた」著作権法のいくつかの原則を明確にし、現行の著作権法がこれらの原則に適合するかしないかという点を分析して、その原則により適合するように現行著作権法の変更を提案することは有益であろうと共同で決定した。本報告書において提案されている変更がなされれば、私たちが現行法上把握しているいくつかの機能障害は克服され、より健全な規範的基礎の上にそれを構築できるだろう。私たちが賛成していない場合でも、私たちが賛成していないことの本質を記録しておけば、それを基にその他の人々が著作権問題について議論を前進させ得るだろう。本報告書において提案されている変更には、立法措置によってのみもたらされ得るものがある一方で、コモンローの進化を通して達成し得るものもある。私たちは、本報告書が、著作権法及び政策を改善する方法について、より広範でより効果的な議論に貢献していくことを願う。さらに、私たちは、本報告書が、私たちの提案を評価し、洗練させ、実行する後継的な活動が生まれることを願う。

私たちは、この前文を終えるにあたり、最後に一言述べておきたい。過去 15 年間の著作権法についてのあまりに多くの議論が、過剰に修辭的であることや、異なる見解を持つ人々の間で合理的な話し合いがなかなか持たれないことにより、負荷をかけられてきた。CPP は、異なる意見や経済的利益を持った善意の人が、最も困難で、最も意見の分かれる著作権問題についてでさえ、思慮に満ち礼儀にかなった議論を行うことができるということを証明した。議論を始めてから 3 年経って、CPP メンバー全員は、より優れた著作権法が可能であると信じながら、このプロジェクトを終えた。私たちは、私たちの作品により、その他の人々が同じことを心に描き、その構想を実現しようとすることを願う。

以下の人物が、著作権の原則プロジェクトのメンバーである。

バークレーロースクール、パメラ・サミュエルソン（議長）
プロスカウア・ローズ・エルエルピー、ジョン A. バームガーテン
アメリカン大学ワシントン・カレッジ・オブ・ロー、マイケル W. キャロル
ジョージタウン大学ローセンター、ジュリー E. コーエン
ウォルト・ディズニー・カンパニー、トロイ・ダウ
クイーンズランド工科大学、ブライアン・フィッツジェラルド
ノースカロライナ大学ロースクール、ローラ・ガサウエイ
バンダービルトロースクール、ダニエル・ジェルバー
IBM コーポレーション、テリー・イラルディ
ミシガン大学ロースクール、ジェシカ・リットマン
ルイス・アンド・クラークロースクール、リディア・パラス・ローレン
チューレン大学ロースクール、グリーン・ルーネイ
サンタクララ大学ロースクール、タイラー・オチョア
カリフォルニア大学アーバイン校ロースクール、R. アンソニー・リース
コバルト・エルエルシー、ケイト・スペルマン
ヴァージニア大学ロースクール、クリストファー・スプリングマン
マイクロソフトコーポレーション、ジュール・シガール
アメリカ法律協会、名誉会長、マイケル・トレーナー
バークレーロースクール、タラ・ホイートランド
ワーナー・ブラザーズ・エンターテイメント・インコーポレイテッド、ジェレミー・ウィリアムズ

I. 指針となる原則

十分な機能を果たす著作権法は、慎重に公衆の利益と著作権者の利益のバランスをとっている。効率的かつ公平な方法でこれを行うため、著作権法は、以下の原則によって特徴付けられるべきである。

1. 著作権法は、知識と文化の成長及びそのやりとりを促進するために、著作者の作品の創作、拡布及び享受を奨励し、支持するべきである。
 - 1.1. 成功する著作権「エコシステム」は、様々な領域の作品が育むべきである。そのシステムは、創作者が新しい著作物を創作し、拡布させることを奨励し、読者、聴取者、視聴者、その他のユーザーがその作品を体験

することを援助するべきである。

- 1.2. これらの目標を最も効率的に達成するため、著作権法は、明確で理にかなっている、けれども変化する環境に適用するために十分な程度に柔軟な規定を具体化するべきである。
2. 著作権法は、三つの異なった補完的な方法で、新しい作品の創作及び拡布を促進するべきである。すなわち、創作的作品の創作及び拡布に必要とされる資金並びに組織を提供することを奨励すること、創作者に対して、対象とする利用者に彼らの作品を伝達する機会を約束すること、教育、文化的な参加、新しい作品の創作、創作的成果物の新しい形態の発展を助けるため、必要に応じて、創作的作品の利用に対するコントロールを制限することによる。
3. 著作権法は、当事者が安心して取引することができる権利一式を提供することによって、創作的作品のために資金及び組織を提供することを促進すべきである。
 - 3.1. この目的を推進するため、著作権法は、いかなる作品が、そして保護される作品のどの部分が、著作権法によって保護され得るのか、だれに原始的に著作権が帰属するのか、著作権者がどのような権利を享受するかを特定するための明確で理にかなった規定を定めるべきである。
 - 3.2. 著作権法は、何が権利侵害を構成するかについて、明確で理にかなった規定を定めることによって、また、侵害に対する明確で適切な救済を提供することによって、権利者がその権利を行使することを援助するべきである。
4. 著作権法は、原始的なものとして作品の著作者に排他的権利を付与すること、及び著作者が作品の利用者に到達するための異なった方法を探索するよう奨励することによって、創作者に対して、その意図する利用者に作品を伝達する機会を与えるべきである。
 - 4.1. この目的を推進するため、著作権法は、中間者に対する著作権の排他的権利の一部又は全部の利用許諾又は譲渡を可能とするべきである。
 - 4.2. また、著作権法は、伝統的な又は「開かれた」利用許諾モデルを使用して、直接利用者と結びつくことを選ぶ権利者を支援するべきである。
5. 著作権法は、著作権者の権利及び侵害に対する救済に境界を設けることによって、創作的作品の利用に対するコントロールを制限するべきである。
 - 5.1. この目的を推進するため、著作権法は、著作権システムの目的と調和し、後続の創作者を含む著作物のユーザーの合理的な必要性と利益を考慮する、創作的作品の利用に対する著作権者の権限の制限について、明確で理にかなった規定を定めるべきである。
 - 5.2. 著作権法は、創作的表現は保護すべきであるが、創作的であるか否かに

かかわらず、アイデア、システム、プロセス又は事実は保護すべきでない。

6. 著作権法は、創作的作品を拡布させ、体験させるための技術の発明及び競争の機会を支援するべきである。また、著作権法は、技術変化に直面した際の効果的な権利保護に対する権利者の合理的な利益を支援するべきである。
 - 6.1. 著作権法は、新しい技術によって、著作権を侵害する新しい機会だけでなく、著作権取引を行う新しい機会及び著作物を頒布し利用する新しい機会が生まれる可能性があることを認識するべきである。これらの機会のすべてではないが、いくつかは、著作権者のコントロールに服すべきである。
 - 6.2. ある特定の形態の利用が著作権の排他的権利の範囲内であるべきか否かを決定するには、しばしば競合する創作者、頒布者、消費者及び公衆の利益のバランスをとることが要求される。
7. 著作権法は、創作活動が起こり、創作的作品が流通するシステムが、ますます世界的規模となっていることを認識するべきである。
 - 7.1. 米国は、創作活動が起こる世界的規模のシステムを尊重する方法で、その著作権法を発展させるべきである。
 - 7.2. 米国は、国内法がこれらの諸原則に十分に適合できるようにする余地が国際法によって残されていることを保証するよう求めるべきである。

II. 今日米国著作権法が優れた著作権の原則とどれくらい調和しているか

米国著作権法は、パート I に記載された原則の一部に十分に調和し、又は部分的に調和しているけれども、かかる原則のいくつかの点については全く調和していない。本パートでは、これらの原則を踏まえて、米国著作権法について検討する。米国著作権法が優れた著作権の原則から離れてしまっている場合に限り、本報告書は、米国著作権法を優れた著作権の原則によりよく調和させようとするいくつかのリフォームを提案する。パート III では、考え得るリフォームについて、より詳細に記載する。

A. 著作権の主題：独創的な著作物 (ORIGINAL WORKS OF AUTHORSHIP)

私たちは、有形的表現媒体に固定された新しく創作された著作物の著者に著作権の保護を広げる、米国著作権法のその部分の単純さと優雅さを称賛する。これらの作品は、それらが著作者であると主張する人にその起源を負っているという意味においてだけでなく、それらが作品を具現する何らかのアイデア又は情報の表現にいくらかの創造性を有しているという意味においても、「独創的」でなければならない。

有形的表現媒体に固定されていない創作物（たとえば、ジャズの即興生演奏）に対しても、著作権保護を及ぼしている国もあるけれども、私たちは、米国の固定要件が、優れた著作権の原則と調和すると信じる。なぜなら、固定によって、将来の世代に利用可能な作品の現存するコピーを作成するという文化的目標を達成することが促進され、著作権保護の対象である作品と対象ではない作品を区別するための機能性を有する基準が提供されるからである。また、それは、著作権の主題として著作者の「著作物 (writings)」と特定する米国憲法とも調和する。

実用品の独創的デザインは、米国著作権法によって保護されない²。CPP メンバーは、実用品のデザインを伝統的な著作権保護の対象から除外することは、椅子や台所用具のような実用品の市場における健全な競争が促進されるので、それらのデザインが物の機能性と切り離せないほど相互に連結されている限り、適切なルールであると信じる。こうして、私たちは、デザインにおける独創的表現がそれらの実用的側面から分離され得ないのであれば、本質的に実用的機能を有する絵画、彫刻、図形を著作物から除外する著作権法の部分を支持する。

² 著作権法又は著作権に類似する意匠権によって、独創的な産業デザインを保護する国もある。

B. 著作権保護期間

米国憲法は、独創的著作物の法的保護は、「限られた期間」のみ継続するべきであるとしている³。この憲法規範は、著作権保護期間が終了することで著作物がパブリックドメインに入り、無償でいかなる利用形態においても利用可能となることを意味している。

1790 年から 1978 年までの間、米国著作権法は標準的な方法で保護期間を定めていた。すなわち、同法では、著作者に最初の保護期間が付与され、著作者（又はその他の関連する権利者）が、追加期間につきその著作権主張を更新するための単純な手続をとれば更新可能とされていた。1790 年法では、著作者に 14 年の保護が付与され、それは、著作者が生存しており、更新を望めば、更に 14 年間更新することができた。20 世紀までに保護期間は 2 倍となり、20 世紀の 4 分の 3 に相当する期間を通じて、当初の期間 28 年プラス更新期間 28 年が法定期間とされた。

様々な社会的利益は、著作権保護期間のためのこのモデルから生じた。著作者は、市場に悪影響があるような形で彼らの作品が利用されることに対する相当長い保護期間や、彼らの作品が商業的に成功したことを証明すれば、彼らが創作費用を回収し、創作的作品の継続的な制作を支援することが可能となる状況を楽しんだ。また、公表の日を調べて、少し計算することによって、又は著作権が更新されたか否かについて著作権局の記録を調査することによって、ある作品が著作権による保護を受けるかどうかを決めることは、比較的容易であった。しかしながら、いつ特定の作品が「公表」されたか、「公表」されたか否か、又はどこで「公表」されたのかについて、混乱が生じ、曖昧な場合もあり、これが古い米国のシステムの下での期間の計算を複雑にした。

1976 年、議会は、特定された個人の著作者による作品の著作権保護期間を定めるにあたり、著作者の生存期間プラス 50 年モデル、及び匿名、ペンネーム、法人の著作物について、特定の年数による期間モデル（最初の公表から 75 年、又は最初の創作から 100 年のうち、いずれか早い時点で終了する）を採用した。米国の著作権保護期間におけるこの変化には、少なくとも二つの利点があった。一つ目は、それにより、米国法が文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約で定められた国際標準と整合するようになったことである。二つ目は、それにより、創作者が彼らの創作作業から長年にわたって報酬を受け得るというより大きな保証が彼らに与えられたことである。1998 年、著作権保護期間は、更に 20 年延長された⁴。

私たちは、なぜ著作権保護期間が非常に長くなっているのかについていくつかの理由を理解しており、CPP メンバーの中には、より長い期間が正当であると考えている者がいる

³ アメリカ合衆国憲法 art. I, § 8, cl. 8。

⁴ ソニー・ボノ著作権延長法、Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827（1998 年）（17 U.S.C.の様々な項に成文化された。）。

ことを認識しているが、ほとんどの CPP メンバーが、最近の著作権保護期間は、優れた著作権体制の規範的目標を達成するために必要とされるよりも長く、実際、長すぎる著作権保護期間によって、著作権体制のいくつかの重要な目標が妨げられていると確信している。生存期間プラス年数モデルへの転換及び 20 年の延長は、たとえば、高まりつつある社会問題、すなわち、古い作品についてライセンスを受けたい人が、しばしば、合理的に入念な検索を行った後でさえ、権利者を探し出すことができないという問題（しばしば「孤児著作物 (orphan works)」問題と称される。）の原因となっている。この問題によって、私たちの文化遺産の一部として守ることが重要かもしれない古い作品の適切な再利用が妨げられる。

私たちは、著作権保護期間を短縮すること、又は保護期間の定めについて「最初の一定年数プラス更新された一定年数の期間」モデルを復活させることについて、私たちの中にそれを望ましいとする者がいたが、合意に達することができなかった。しかしながら、私たちは、保護期間に関連するいくつかの問題について、合意に達することができた。著作権の長くなった期間から生じる社会的弊害の一つを緩和するため、私たちはパートⅢで、著作物を登録することへのいくつかの新しいインセンティブを提案する。これにより、利用許諾を得る目的で権利者を探すことが、今日より容易になるだろう。また、私たちは、「孤児著作物」すなわち、依然として著作権の保護が及ぶ作品ではあるが、作品を利用するための許諾を得るため、その権利者を合理的に特定し又は探し出すことができない場合の利用を認める立法を支持する。長くなった著作権保護期間の社会的費用を緩和することを助けるだろう第三の策は、著作者が彼らの作品をパブリックドメインに捧げるための容易な手続を採用することであろう。パートⅢでは、保護期間に関するルールをより優れた著作権の原則と調和がとれたものとするために、登録のインセンティブ、孤児著作物及びパブリックドメインへの献呈についていくつかのリフォーム案を示す。

C. 方式：表示、登録及び納付

今日、著作者は、その作品の個々のコピーに表示を付すことによって、又は政府当局に著作権主張を登録することによって、彼らの著作権主張について世界へ向けて表示する義務を負ってはいない。著作権法によって著作権の保護を受けるための不合理な障害が設けられるべきではないので、このルールにはいくつかの有益な効果がある。また、作品の著作者又は他の権利者又は被許諾者が、表示若しくは登録の要件の細かい点を順守しなかった場合、過去のように、権利が完全に剥奪されるべきではない。

しかしながら、著作権主張について表示が不十分であり、著作権主張を登録するインセンティブが減少したことによって、だれがいかなる作品にいかなる権利を有しているかを追跡することが相当困難となっている。この困難性によって、もし適切な権利者を発見することがより容易であれば、利用許諾されるだろう利用を含む、多くの社会的に望まれる

利用が妨げられている。

現行法が表示及び登録に対して相対的に無関心であることは、著作者が著作権主張を公に表示しなければならず、今日の米国著作権局のような中央官庁に彼らの主張を登録し、その作品のコピーを納付しなければならないという 200 年の米国の伝統と、全く対照的である。何年にもわたって、著作権表示（たとえば、書籍に典型的に記載されている、見慣れた©マーク、著作者名及び公表年の表示）は、保護される作品の公表されたコピーの目につきやすい場所に示されなければならなかった。著作権インセンティブによって動機づけられた著作者であれば、これらのルールに従うことによって、著作権システムに対して容易に「オプトイン」することができた。多くの創作者が、選択的性質を有するものであるにもかかわらず、著作権表示の方式を使用し続けているという事実は、著作者及び権利者にとって、彼らの著作権主張について世界へ向けて実用的な信号を送ることが重要であることを示している。

登録及び表示によって、保護される作品の利用のために利用許諾を受けることに興味を持っている者が、著作権者についての連絡先を求めて中央の登録機関を確認することは、比較的易しくなった。著作権保護の期待又は必要性なく創作された作品は、表示を基本とする体制の下では、一般的に著作権システムの外に置かれるだろう。

自動的に保護が与えられる体制への移行によって、現行法は、一般人が、だれがいかなる作品にいかなる権利を有しているか、及び作品は利用可能であるのか否か、又はパブリックドメインであるのかについて情報を得るための合理的な方法があるべきであるという原則と緊張状態に置かれている。実際に著作権保護を必要としない多くの文書及びその他の作品も同様であり、このことによって、著作権訴訟の危険を理由に、それらの作品の中には、創作的に再利用されたり、自由に頒布されたりすることを妨げられているものがある。

著作権局に著作権主張を登録しようとするいくつかのインセンティブが存在するにもかかわらず、相対的にほとんどの著作者が登録しておらず、このことは、一般人が、だれが権利者であるか、そして、許諾を求めるために彼らを追跡する方法につき役立つ情報を入手することができないことを意味する。パートⅢでは、優れた著作権の原則により準拠させるために、どのようにして米国著作権法が登録、表示及び米国著作権法におけるオプトインに類似する特徴を再生し得るかにつき、いくつかのアイデアについて議論する。技術及びネットワークにおける進化は、よりよい表示及び登録の実務並びに政策を促進するために役立てられるべきである。この変化は、権利者、利用者双方にとって理解し易い、より明確で単純な著作権の境界を設けることに役立つだろう。

現行著作権法で、権利者が当局に保護される作品のコピーを納付しなければならないという長い米国の伝統は継続している。議会図書館の大量の所蔵品の多くは、著作権登録及び納付のルールに従って米国著作権局に提出された書籍やその他の作品から成る。納付要件は、文化遺産の保護及びこれによって米国建国の創始者たち（Founders）が知識を意味

した「学問の進歩を促進する (promote the progress of science)」ためという憲法上の著作権の目的と一致する。

しかしながら、近頃、作品は著作権局にほとんど登録されないので、コピーが実際に同局に納付されることは比較的少ない。議会図書館長は、コピーの納付を求める権限を有しているが、通常納付を求めることはない。納付が重要な公共目的に叶い続けるのであれば—そして私たちはそうだろうと考える—、この要請により従うことを引き起こすだろう法律の変更を実施することについて、真剣に検討する必要がある。また、デジタル時代及び「生まれながらのデジタル」作品の納付に適合するため、納付の要件を更新し、修正することについても、真剣に検討されるべきである。

D. 排他的権利の付与

作品における著作権の保有は、法律により、作品の著作者が、作品上の表現の利用をコントロールする権利一式を与えられることを意味する。18 世紀にそうであったように、著作権の対象が書籍に限定された場合、法律によって、著作者は、彼らの書籍を印刷し、再印刷し、販売することをコントロールするための排他的権利を与えられた。20 世紀後半までに、著作権の対象は、写真、映画、録音及びコンピュータプログラム等の芸術作品や文学作品の多くの形式を含むほど拡張された。作品の利用の商業化の手法及び技術的手段が拡張するのに合わせ、著作者に付与される権利も拡大し、しばしば、作品に適切な第一次的な市場に合うように変形された。

米国法により、現在、著作者に、コピーとして彼らの作品を複製すること、二次的著作物を作成すること（たとえば、小説の映画化）、公衆に複製物を頒布すること、及び（ほとんどの場合において）保護される作品を公に実演したり公に展示したりすることについてコントロールする権利が付与されている。これらの権利によって、著作者若しくは著作者によって許諾された個人又は企業は、利用許諾されていない者が付与された権利の範囲内に含まれることを行うことを排除する（すなわち、停止させる又は妨げる）ことができるので、これらの権利は「排他的」と言われる。また、排他的権利によって、著作者は、コンサートで曲を演奏する、小説を映画化する、雑誌において写真を複製することで彼らの作品を利用したい企業と取引する力も与えられる。

CPP メンバーは、現行の米国著作権法の排他的権利条項について相当長い間審議した。私たちは、これらの権利を再構成することが望ましいかもしれないと結論付けた。パート III で説明される理由で、私たちは、米国法で現在具体化されている複製権及び二次的著作物の権利が、十分明確に定義されていないと考える。複製権は、アクセスや利用の間に自動的になされる複製（たとえば、RAM コピー）を理由に、権利者がデジタル形式での著作物へのあらゆるアクセスや利用に対してコントロールできるという解釈を受け入れる場合に、特に問題になっている。議会は、1976 年に、今日私たちが生きているデジタルネット

ワーク環境を予測しなかったし、この環境を想定して複製権を設計しなかった。パートⅢでは、著作権者は、彼らが侵害されたと主張する作品と同様の市場で機能する同一の又はほとんど同一の複製物に関する主張以外の侵害の主張をする場合、商業的損害を証明することが要求されるという提案について議論する。私たちは、パートⅢでその他考え得る排他的権利の再構成について、いくつかの提案をする。

私たちの主要な関心は複製権及び二次的著作物の権利にあるけれども、頒布権及び公に実演する権利についても、それらが国際的な実務とより一貫しており矛盾がないように再構成されることが望まれるだろう。特に、私たちは、他の管轄において一般的となっており、インターネット経由のデジタル放送と共に、有線再送信及び衛星再送信は、今日時としてそうであるように、実演又は頒布若しくはその両方として扱われるというよりもむしろ、おそらく公衆に対して伝達する権利の範囲に含まれるべきであると提案する。また、私たちは、米国法が公に展示する権利を有しているという点において独特であり、この権利の境界が非常に不明確であることを指摘する。私たちは、それが米国著作権法において役に立っているのかどうか確証を持たないが、それが役立っている限りにおいて、他国のように、その目的は、公衆に対し伝達する権利を通して更に達成されるかもしれない。

最後に、米国著作権法が現在保護していない排他的権利の一つのカテゴリーは、著作権者の「著作権者人格権 (moral right)」である。米国外でこれらの権利のうちで最も広く受け入れられている二つは、氏名表示権（主に、創作した作品の著作権者として特定される）及び同一性保持権（主に、作品に対する破壊、切除又はそれらに類似する侵害を避ける権利）である。現在、視覚的美術 (fine art) —狭く定義される用語—の作品の著作権者だけが、氏名表示権及び同一性保持権の保護を受ける資格がある。氏名表示は、近年米国でより一般的な社会規範になっているので、私たちは、議会は著作権者に氏名表示権を付与することについて真剣に検討すべきであると提案する。これにより、米国法は、多くの著作権者のコミュニティ及び多くの他国に見られる規範によりよく合致するだろう。しかしながら、私たちは、この著作権者人格権の範囲について合意に達し、法律上正確にこれを定義することは、困難であるかもしれないと認識している。氏名表示権について合理性の制限を設けることによって、米国で氏名表示権を認めれば生じるだろうと米国の論者が予測する問題のほとんどは、他国のように回避されるはずである。仮に議会の行動がないとしても、私たちは、裁判所が、侵害事案において氏名表示の利益を考慮に入れる余地があると考えている。

私たちは、私たちの問題に取り組むために排他的権利を再構成することは、容易には達成できないだろうと認識しており、私たちは、その権利の境界を正確にどのように引き直すかについて、合意に達することができなかった。権利を再定義すれば、著作権法に不明確で複雑な新たな領域が生まれ、著作権法をより明確に、より理にかなったものとするという何よりも重要な原則が覆されるかもしれない。それにもかかわらず、私たちは、米国著作権法の排他的権利の条項について議論を開始し、可能な再構成について検討するこ

とが望ましいと確信している。

E. 著作者の保有及び著作権に関する利益を利用許諾し、販売する権利

著作権法により、最初に著作者は権利を付与され、彼らの作品を活かすため他者と契約する相当広い自由が与えられている。著作者は、彼らの作品をうまく商業化するための専門性、設備及び能力に欠けているので、しばしばこの自由を活用する。著作権法によって著作者に与えられる排他的権利により、彼らは、彼らの権利を適切な専門性、設備及び能力を有する者に対して、利用許諾し又は販売することが可能となる。

著作者は、他者に対して、彼らの著作権を完全に譲渡する（すなわち、販売する）ことができる。また、彼らは、彼らの作品の多くの利用について利用許諾する（すなわち、権限を付与する）こともできる。当該利用許諾は排他的かもしれないし（たとえば、私が、この会社にだけ私の作品のコピーを販売することを認めるような場合）、又は非排他的かもしれない（たとえば、私が、私の音楽の公の実演をクラブで、又はテレビ放送のために演奏したいだれに対しても利用許諾する場合）。非排他的利用許諾は、明示され得るし（たとえば、書面又は口頭の合意によって）、又は当事者間の取引から推認され得る。たとえば、ある著作者が、彼があるテレビのニュース番組で別の著作者が利用しようとしていることを知りながらあるビデオを作成する場合、たとえその旨を定めた書面による契約がない場合であっても、最初の著作者は、その利用を許諾する意図があったに違いなく、そのため、利用許諾は状況から推認され得る。著作者は、しばしば彼らの作品を利用許諾するための前払い金の交渉をする。彼らは、多年にわたって支払われるべき使用料の変動のための交渉もするかもしれない。ある作品の著作者が 2 人以上いる場合、著作者のだれもが、その持分比率に応じて共有者に対して収益を支払う義務を負うことを条件に、作品の利用を許諾することができる。著作者の権利を利用許諾又は販売するこれらの自由は、優れた著作権法の原則と調和するものである。

しかしながら、著作者を保護することを目的とするある種の制限もまた、その原則と調和することもある。著作者が実際に彼らの作品の利用に対するコントロールを放棄するつもりであったという証拠がない限り、彼らがこのコントロールを失うべきではないという懸念から、米国著作権法は、著作権譲渡及び排他的利用許諾は、書面によらなければならないとされる。

また、米国法は、フリーのライターやグラフィックアーティストのような請負人について、彼らの作品が職務著作物とみなされ、それに基づき作品を委託する当事者が作品の「著作者」及び著作権者と考えられることから保護している。私たちは、これらのルールもまた、優れた著作権の原則と調和すると考える。

私たちは、雇用の範囲内で労働者によって作成された作品の著作権が雇用者に付与されるという規定にも、契約にその旨が明記されている場合に、職務著作として扱われる資格

を有する特別に委託された作品の一定のカテゴリーを特定することにも不服はない。パートⅢでは、あるカテゴリーの作品が追加的に、特別に委託された職務著作と扱われるに値するものか否かについて議論する。

私たちが最も重大な留保をしている著作権移転に関する規定は、現在、特定の年数が経てば、個人の著作者又は彼らの相続人が、排他的及び非排他的利用許諾並びに譲渡を含む移転を終了させることができるという規定である。私たちの全員ではないがほとんどは、移転終了の規定の根底にある政策はきちんとした意図に基づくものである。すなわち、キャリアの早い段階でわずかな収益のためにその権利を利用許諾し又は譲渡した可能性がある著作者が、作品が依然として有するあらゆる商業的価値のより大きな割合を獲得できるように、彼らの著作権を再び主張し、改めてその権利を利用許諾することができるようにするという意図である。パートⅢでは、私たちが、移転終了の規定が複雑で形式的に過ぎ、著作者が彼らの作品の利用をコントロールする新たな機会を得られるようにするという望ましい目的を達成することができないとなぜ考えるのかを説明する。どのように当該規定をリフォームし得るかについて続けて提案する。

F. 著作権法の保護は表現に及ぶが、事実、アイデア及び機能に及ばない

著作権法は、著作者が彼らの作品において著作者自身を表現している方法は保護するが、アイデア、事実及び作品に描かれた機能的デザインは保護しない。アイデア及び事実は、一度公になると、パブリックドメインになり、だれでも自由に利用できる。また、公に利用可能な著作物に描かれた機能的デザインは、そのデザインが意匠として認められない限り、自由に再利用され得るものである。

著作権法によって保護される表現には、著作者が言語作品で使う正確な言葉、歌の楽譜、引いた線、データを編集する方法が確かに含まれる。近代著作権法の初期には、著作者の作品の許諾された複製物の一次的な市場を明らかに害するだろう、著作物の全部を正確に又はほとんど正確に複製することだけが著作権の侵害とみなされた。

時間とともに、裁判所は、些細な変更（たとえば、言語作品におけるわずかな言い換え、若しくは絵画における異なる色の使用）をした者も同様に侵害者として扱うべきであると判断した。短編小説の映画化、言語作品をある言語から別の言語へ翻訳すること、及び音楽の再アレンジの市場のように、近似的市場が進化するに連れて、「表現」の概念は拡大した。私たちの中には、この概念が非常に不定形になって、その「表現」の概念に結び付けられる形で著作権保護の範囲が非常に不確かとなっているために、後続する創作が非常にしばしば阻止されていると考える者もいる。

また、裁判所が、訴えられた作品が侵害を構成するほどにある著作物と十分に類似する場合かを判断するため、いくつかの異なる基準を用いるので、著作権の判例法は混乱を生じさせるものであり、時に一貫しない。侵害分析のための枠組みには、問題の作品との間

の類似点及び相違点の分析的な分解に焦点を当てるものがある一方、一般人の観察者の印象に大きく依拠するものもある。また、判例法では、専門家が侵害主張の評価において果たすことができる、そして果たすことができない役割についても明らかとされていない。

パートⅢでは、私たちは、裁判所が、侵害について、並びに保護され得る表現と、アイデア、情報及び機能的デザインのように保護され得ない著作物における要素を区別することについての、より優れ、より一貫したテストをどのように発展することができるかについて提案する。

また、パートⅢでは、米国著作権法の重要な目的が、著作物に対し著作権に類似する保護を与えるという形で、州法規の適用により妨げられないことを保証するため、著作権優先的適用（preemption）規定を見直すことも提案する。

これらの分野でリフォームを検討する価値があるという合意はあったけれども、特に優先的適用規定を再検討する分野で、実際に見直す必要があるかどうか、リフォームによって害よりも利益がもたらされるかどうかについての合意には至らなかった。

G. フェアユース及びその他の著作権保護における制限

フェアユースは、米国著作権法の重要な制限のための原則である。この原則は、著作権規定を非常に厳密に適用した場合、著作権の憲法上の目的に反して、知識の創作及び拡布の継続的進化を促進するというよりむしろ妨げてしまうだろうという司法の認識から生まれた。たとえば、以前の作品を批判的に論評する中で、効果的に以前から存在する作品を批判し又は説明するために、かかる作品から引用することは、しばしば合理的であり、時に必要である。

現行の著作権法は、著作物のフェアユースは侵害ではないと述べている。同法では、批評、解説、ニュース報道、調査、研究、授業のような一定の目的が、フェアであり得る典型的目的として特定されている。同法では、裁判所が特定の場合にある利用がフェアであるかフェアでないかを検討する場合に考慮すべき四つの要素が定められている。すなわち、被告の利用の目的、著作物の性質、利用された部分の量及び実質性、並びに当該利用がフェアとみなされた場合に当該利用によって著作物の市場に悪影響が及ぶ可能性である。すべての要素は一緒にバランスよく考慮されるべきであり、一つの要素だけが決定的なものとはならない。議会は、これらの要素が限定的な列举であるとする意図はなかった。裁判所は、衡平法上の合理性の原則としてフェアユースを適用することができ、実際まさにそのように適用している。最高裁判所は、著作権法の米国憲法修正第 1 条に基づく言論の自由及び表現の自由の保護との調和に寄与する著作権法の要素として、アイデアと表現の区別と同様に、フェアユース原則を挙げている⁵。

⁵ たとえば、Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219–20（2003 年）を参照。

裁判所が、現行の条項で認められているよりも、フェアユースがより広くたくさんの政策目的に叶うと認識していることを確かにするために、フェアユースの微調整は正当化されるかもしれないが、私たちは、フェアユース原則が、一般にパート I で述べた著作権の原則と調和すると確信している。また、パート III では、著作物の私的利用のための複製は、フェアユース原則で規制されるべきか、他のいくつかの国においてなされているように、著作権の範囲からより明確に除外されるべきかを検討する。

また、現行米国著作権法では、多数の他の著作権の範囲についての例外及び制限が設けられている。たとえば、消尽の原則（**first sale rule**）により、原則として、著作物の複製物を購入する者は、その複製物を再販売し、無償又は有償で貸し、無償で与え、破壊さえすることができる。この規定により、古本屋、文書館、図書館、レンタルビデオ屋及びその他の団体は、保護された作品の複製物を再頒布することができる。また、一連の複雑な規定により、図書館による著作権の存する資料の利用も規制される。私たちがパート III で説明するように、私たちは、図書館についての例外条項を、現行の技術環境並びにその他の 1970 年代半ば以降の規範及び実務上の変化によりよく調和させるように更新する必要があると考えるが、これらのルールは、優れた著作権の諸原則と調和している。

さらに他の著作権の例外により、教師及び彼らの生徒は、非営利の学級活動の過程で、著作物たる詩を朗読し、学習するために著作物たる画像を示し、著作物たる劇を演じることができる。公共放送局は、情報及び文化により広く公衆がアクセスすることを促進するために、フェアユースによって許される可能性がある範囲を越えて、著作物たる資料を一定の範囲で利用する権利を有している。類似の公共政策を促進する、著作権の及ぶ範囲に対する制限は、多くの国の著作権法で見られ、パート I で述べた原則と調和する。

私たちは、これまで述べてきたこととは別の重要な見解を述べて、このセクションを終える。今日の米国著作権法における既存の例外及び制限一式が、法がどの程度著作物のある種の利用に対して規制を及ぼすべきかについての、原則に基づいた評価の結果であるというよりも、立法による妥協の産物であることは、私たちにとって明らかなように思われる。パート III では、著作権法の制限原則に対するより原則に基づいたアプローチの達成を援助するかもしれない制度的設計の諸原則について熟考する。

H. 著作権と技術

著作権法は、デジタル技術の台頭、特に世界的規模のデジタルネットワークの出現と爆発的成長に著しく挑戦されてきた。従来、人が商業的規模で資本を投下した場合のみ（たとえば、印刷機を購入して建物内に設置する場合）、著作物を広く許可なく複製そして頒布することが可能だった。コンピュータネットワークの一般的ユーザーは、ほとんど又は全く投資することがないどころか、さしたる努力さえすることなく、広い範囲で無許諾の複製及び頒布を達成できることは、現在までに十分に認識されている。著作物のピアツーピ

アファイル共有のように許諾を得ていない活動は、著作権システムが、専門的著作者及びそれと同様に彼らの作品の創作及び発表に投資する者に対して与えられるように設計されている金銭的インセンティブに対する深刻な脅威として、当然のことながらみなされている。

しかしながら、デジタル技術の発達は、ユーザー作成型コンテンツのような、新しい作品の創作及び拡布を刺激するという著作権の中心的目標の達成にも非常に貢献している。現在、何百万のネットワークユーザーは、彼らが彼ら独自の創作物を創作し発表すること及び他者とその創作物を共有することを可能にするツールにアクセスすることができる。また、デジタル技術の発達によって、著作権産業が創作的作品を頒布するための新しいフォーマットを導入することができるようにもなった。優れた著作権法は、デジタルネットワークから生じる利益及び問題の双方を考慮しなければならない。

新しい技術が侵害の問題を促進することに極めて重大な役割を担っているので、著作権者の多くは、技術的な解決策で対応している。広く議論されます採用されている技術的アプローチには、許諾を得ていないアクセスや複製を制限するために設計された暗号及びその他の技術的手段の利用、並びに保護される作品の無許諾の頒布又は実演を制限するために設計されたサービスプロバイダーによるフィルタリング技術の採用が含まれる。著作権者の多くは、完全な作品の広範囲にわたる侵害が意味のある程度に避けられる又は減らされることが期待できるのであるならば、そのような技術的な解決策は必要不可欠である—又は少なくとも試みられなければならない—と確信している。また、彼らは、法制度により、技術的保護手段の回避及び回避ツールの拡布は禁止されるべきであり、そのようにする立場にある者により侵害抑制手段が設計され採用されることが奨励されるべきであるとも確信している。

広範囲にわたる侵害により生じている重大な脅威を認識しつつも、家電及び情報技術産業の多くの代表者は、学界及びユーザーコミュニティのメンバーと同様に、これらの技術的解決策について懸念を示している。一つは、技術製造者が著作権保護技術を含む又はこれに対応する製品及びシステムを設計しなければならないとすれば、イノベーションが阻害されるだろうという懸念である。もう一つは、フィルタリングのような手段によって、侵害活動だけではなく、フェアユースのように合法的な、若しくは著作権者が法律上異議を述べない又は述べることができない、たくさんのユーザーの活動も妨げられるだろうという懸念である。また、だれがそのような解決策を開発し維持する費用及び負担を適切に負うべきであるかについて、並びに深刻な金銭的責任の脅威によって、技術革新及びユーザーの創作的で合法的な活動を場合によっては妨げる法的体制を作り維持する社会的費用についても疑問がある。しかしながら、家電、コンピュータ及びサービス産業の多くは、革新的技術手段の開発に寄与し、それらによって可能となる新しい製品やサービスの導入に関与してきた。

私たちは、ここで、他の状況下と同様に、優れた著作権法は、一方で、著作者及びその

他の著作権者を侵害から保護すること、他方で、イノベーション、創作的表現及び公衆の作品へのアクセスを奨励することをうまく両立させなければならないと信じている。技術的保護手段は、侵害を防止して、商業的頒布の新しい形を促進するという役割を果たすことができる。当該手段を回避することを防ぐ合理的に設計された法的原則がそうであるように、当該手段の実施は著作権システムに位置づけられる。商業的に合理的であり「賢明」でもある手段、その他の種類のイノベーション及び合法的活動をできる限り阻害しない手段を設計し採用するために、真摯に努力する必要がある。その結果は、現在進行形の方法で評価されるべきであり、著作権法は、法令の修正を通して議会によって、又は個々の事案で裁判所によって、バランスのとれた権利を得るために、おそらく適宜調整されなければならないだろう。

範囲が適切に限定されれば、一次的な及び二次的な責任の原則は、技術及びサービスのプロバイダーが合理的な手段を採用し、広範囲の侵害を阻止することに関与するよう奨励されることについて役割を継続して果たすはずである。私たちは、「セーフハーバー」が、適切な方法で責任を制限するためだけではなく、それらのプロバイダーが広範囲の侵害を減少することを助けるように奨励するためにも使い得る重要な法的手段であると考えている。

現在、米国著作権法では、たとえ意図的でなくとも、他者の侵害行為を促進する企業のための少なくとも五つのセーフハーバーが認められている。セーフハーバーの中で最初に、そしておそらく最もよく知られているものは、実質的に非侵害な利用がある技術のメーカーのためのものである。ソニー・ベータマックス事件において、最高裁判所がこのセーフハーバーを作り出した⁶。しかしながら、実際、いかなる利用が非侵害であるのかとともに、どの程度「実質的に」非侵害である利用でなければならないのかについての合意が存在していないので、このセーフハーバーの範囲には不確かな部分がある。

その他四つのセーフハーバーは、1998年、インターネットサービスプロバイダー（以下「ISP」という。）のために、デジタルミレニアム著作権法（DMCA）の一部として創設された⁷。これらのセーフハーバーにより、ISPは、(1)あるユーザーから他者に対して、送信された素材が侵害物か否かについての懸念なく、デジタルコンテンツを送信すること、(2)顧客のためにデジタルコンテンツを蓄積すること、(3)顧客がよりアクセスできるようにするために、デジタルコンテンツをキャッシュすること、及び(4)ユーザーが興味のある情報を探すための問い合わせを促進すること、ができる。後半の三つのセーフハーバーは、「ノーティスアンドテイクダウン（notice and take down）」ルールを条件とする。これは、著作権者から、特定の侵害物がISPのサイトに存在する、又はサーチエンジンが侵害物にリ

⁶ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984年)。

⁷ デジタルミレニアム著作権法、Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998年) (17 U.S.C.のあらゆる項に成文化された。)

リンクしているという通知を受け次第、その ISP 又はサーチエンジンは、セーフハーバーの保護を受ける条件として、侵害物を削除する、又は侵害物へのリンクをやめる義務を負うというものである。また、これらのセーフハーバーでは、ISP が、再度の侵害者がインターネットにアクセスすることを制限することによって、濫用を防止するための規則を設けることも条件とされる。私たちは、今日の著作権法におけるセーフハーバー規定が、完璧ではないが、にもかかわらず、一般にパート I で述べた優れた著作権の原則と調和していると信じている。

私たちは、議会が、著作権侵害を防止するための合理的な手段をとった企業は著作権責任を負わないという新しいセーフハーバーを設けることを検討するべきであると、パート III で提案する。私たちは、グループとして、このセーフハーバーが、技術開発者又はサービスプロバイダーの一部にかかる手段を適用する義務を負わせることを意図するものではない。

I. 侵害発生時の救済手段

法により権利が付与され、その権利が侵害された場合、権利者が救済を受ける資格があるということは、基本的な法規範である。著作権法は、裁判官に対し、侵害者に対して、侵害行為を差し止めるよう命ずる権限を付与している。また、同法により、権利者は、侵害がなければ得られたであろう得られなかった利用許諾料や得られなかった売上利益のような、侵害を原因として被った損害の賠償を受けることができる権利を有する。勝訴する原告は、侵害者から、侵害を原因として侵害者が得た利益の返還を受けることができる。この追加的な金銭的救済手段は、侵害を防止することを目的としたものである。そのようなルールがなければ、人々は、彼らの許諾を得ていない利用が見つかったとしても、侵害活動によって得られなかった利用許諾料、すなわち、彼らが事前に許諾を求めていたら支払わなければならない額と同じ額を支払わなければならないだけであろうと考えて、侵害しようという気になるかもしれない。

また、侵害者は、原告の弁護士費用を含む、訴訟費用も支払わなければならないかもしれない。過剰な著作権主張を防ぐため、裁判所は、被告にも、侵害に対する抗弁が成功した場合、原告から弁護士費用を回収することを認めることができる。また、裁判所は、侵害品である複製物を差し押さえて廃棄するように命じることもできる。私たちは、これらの救済手段が、パート I で述べた優れた著作権の原則と一般に調和していると考えます。

しかしながら、現行法の救済構造のある側面の中に、いくつかの点で、優れた著作権の原則と調和していないものがある。現行法では、著作権主張を速やかに登録していた著作権者は、終局判決が言い渡されるまでいつでも、現実の損害及び被告の利益という救済手段に代えて、一つの侵害品について裁判所が「正当」と考える 750 ドルから 15 万ドルまでの額で、「法定損害 (statutory damages)」として知られる損害賠償の支払いを受けること

を選択することができる」とされている。法定損害は、損害を立証し侵害を阻止することが困難な場合、著作権者に一定の賠償をもたらす重要な救済の仕組みかもしれないが、私たちは、法定損害金が恣意的で、現実が発生した損害を実際に評価した場合と比べて極めて過大であるような場合があることを憂慮している。私たちは、パートⅢで、現行の法定損害体制の欠点に対処する変更をいくつか提案する。法定損害をより一貫性があり衡平なものとするためのガイドラインを適用することによって、若しくは悪質な侵害を防止し又は罰するため、法定損害を、現実の損害を 2 倍又は 3 倍にし得るという体制に置き換えることによって、これは達成し得るだろう。

パートⅢで提案される第二の救済手段についてのリフォームは、最高裁判所の判例に従って、著作権事案では、差止めによる救済に代えて、損害裁定をより積極的に行うことである⁸。

パートⅢで議論される第三の救済手段についてのリフォームは、著作権の事案で、仮の又は恒久的な差止めの段階で、本案勝訴の可能性があれば又は本案に現実に勝訴し次第、回復不能な損害が推定されることを懸念するものである。最高裁判所が、*eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*で明らかにしたように、知的財産事案における差止めは、伝統的な衡平法上の原則に従ってのみ発せられるべきである⁹。

パートⅢで取り組まれている第四の救済手段についてのリフォームは、現実に被った金銭的損害が訴訟費用と比較して小さい場合のように、高額な訴訟費用によって、裁判所で権利を正当に主張することが事実上できない場合に生じる問題に対応することである。パートⅢでは、議会が、著作権紛争を連邦裁判所で高額な訴訟をすることなく解決できるように、低額費用の裁定手続を設けるべきであるかどうかについて検討する。

⁸ たとえば、*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578, n.10 (1994 年) を参照（著作権の目的は、差止めによる救済ではなくて損害裁定によってよりよく達せられる場合もある」と述べている。）。

⁹ *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388, 391–94 (2006 年)。

Ⅲ. 著作権リフォームの諸提案

CPP 報告書のこの章では、25 のリフォーム提案を示す。次の四つの提案が最も大胆なものである。第一に、私たちは、著作権登録制度を実質的に復活させることを提案する。それによって、だれがどの著作物に対しどのような権利を有しているのかをより簡単に知ることができ、再利用や利用許諾も促進されるであろう。第二に、私たちは、著作権局の機能を現代に合ったものとし、私たちが有益だと考える新たな役割を担うために、著作権局の役割についていくつかの変更を行うことを提案する。第三に、私たちは、著作権法が著作者に付与する排他的権利と侵害の判断のために裁判所が利用するテスト双方をいくつかの点で精緻なものとすることを提案する。第四に、著作権侵害を防止するために合理的な措置を採る者に対する新しいセーフハーバーを設けることを提案する。

この章で議論されるその他のあり得るリフォームは、著作者の氏名表示に対する利益、フェアユース、図書館の特権、パブリックドメイン、孤児著作物、法定損害賠償及び差止めによる救済制度等、幅広く著作権問題に関係するものである¹⁰。ある論点では、私たちは、提案するリフォームについて全員のコンセンサスを得ることができたが、ある論点では、様々な見解を列挙している。それは、私たちがどのような検討をしたのか、またコンセンサスを得るに至らなかった理由を示すものである。前文で指摘したとおり、CPP グループ内で十分な提案を得た様々な提案があったので、この報告書で提案としてそれらを位置づけることが建設的であると考えられた。しかし、肯定的な記述や「私たちは提案する」という表現を使用することが、そこで述べられた一つの特定の見解をグループが全体として異論なく支持しているということを示唆することを意図するものではない。

A. 著作権登録制度の復活

提案 # 1

著作権法は、だれがどの著作物について著作権を有しているのかに関し、よりよい情報が入手できるように、著作権者に対し、彼らの著作物を登録するように促すべきである。

米国著作権法は、しばしば総称して「著作権方式主義」と呼ばれる手続上のメカニズムを長い間有しており、方式主義は、著作者に対して私的なインセンティブを与えることと、将来の創作者が依拠することができる十分なパブリックドメインの作品を備えることとの間の著作権における伝統的なバランスを維持することに奉仕してきた。これらの方式には、著作権表示を著作物の複製物に記載し、期間更新の資格を得るために著作権局に登録することにより、著作権の存在を明示するという要件が含まれる。

¹⁰ パートⅢで検討される著作権リフォームは、もちろん、どんなリフォーム案が検討されるべきであるかについての問題点をすべて挙げているものではない。

現行法の下では、著作権の保護は、創作性ある作品が、有体物の表現媒体に固定された時点で発生する。著作者には、著作権に対する利益を登録したり、市場で頒布される複製物に著作権表示を付したりする義務はない。現行法は、迅速な登録を弁護士費用と法定損害賠償の回復の条件とすることにより、登録を促そうとしているが、出版後 3 ヶ月以内は言うまでもなく、その後もほとんどの著作権者は登録を行っていない¹¹。

この米国著作権法の「不方式主義化」は、著作者及び著作物の利用者に対しある利益をもたらしたことは明らかである。なぜなら、著作物の複製物上に著作権表示をすることや著作権の主張の登録を怠っても、その作品がパブリックドメインに含まれてしまうというリスクがもはやないからである。しかし、不方式主義化は、創作者や後続の利用者そして公益に対しより一般的な害悪ももたらした。なぜなら、だれがどの作品についてどんな権利を有しているのか、そして、どのように利用許諾を求めるために権利者の所在を特定するか決めることが本来あるべき水準よりも難しくなっているからである。著作権による保護を欲している著作者の作品とそうでない者の作品とを区別する簡潔な方法がないため、不方式主義は、たくさんの作品の再利用を停止させている。

創作される著作物の大部分は、ほとんど又は全く経済的価値を持っていない。何十億という作品、電子メールやビジネスメモが、著作権というインセンティブと関係なく作り出され、表現物として独立した経済的価値を有してない。ブログの書き込みといった人々が創るその他の作品は、その著作者たちの意図は、何の制限もなく又は著作権が課す原則ルールよりも少ない制限を課して頒布しようとするものだが、著作権の対象となっている。たくさんの作品が表現としての経済的価値を利用する意図から創作されているが、最初の時点で価値がないものか、又は現在の著作権保護期間よりもずっと短い期間だけ継続する一過性の経済的価値を有するに過ぎない。

これらの作品は、ある一つの重要な点で共通している。収益を生まないという点で、である。そのために、継続的な著作権による保護は、著作者の現実的な経済的利益に何ら役に立っていない。著作権それ自体が、保護されている作品の需要を生むものではない。不方式化された、オプトアウト式の著作権システムの下では、商業的には「死んだ」作品を、価値を持つ可能性のある新しい作品の礎として再利用することを支障なくすることができない。権利保有者を特定し、その許諾を得るコストは、しばしば、そのような行為を阻害するほどに高額になる。そのような状況下では、著作権は不均衡な状態にある。その潜在的な利益はなく、又は費消尽くされてしまい、それゆえに、著作権が社会的なコストのみを課すことになっている。

過度に大きくなり過ぎている現在の著作権体制に対処するために、CPP グループ内に、著作権を「再方式化」することについて強い関心が生まれた。著作権法は、過去の方式主

¹¹ たとえば、Christopher Sprigman, Reform(aliz)ing Copyright Law, 57 STAN. L. REV. 485, 495–96 (2004 年) を参照。

義を再度導入するだけであってはならない。そうではなく、もっと実効性を持った登録システムであることが望ましいであろう。この登録手続の不遵守は、過去のように、作品をパブリックドメインの領域に入れてしまうことはない。その代わり、その不遵守は、登録されていない作品の再利用に関するある責任のリスクを軽減するように、著作権者の権利及び／又は権利の救済手段に影響を与えるものとなろう。法は、現在、これを、迅速な登録を条件に弁護士費用及び法定損害の賠償を認めることにより実現しているが、このような登録への誘引は十分なものとなっていない。

私たちは、復活させる登録制度は、ベルヌ条約及びベルヌ条約の規定の多くの規定を取り込んでいるその後の知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS 協定）における米国の義務を遵守するものであると考えている。

中核にある考えは、一般の人が、現在著作権により保護されている作品とその作品の権利保有者についてよりよい情報を入手することができるように、著作権登録を著作者にとってより魅力的でかつ容易なオプションとすることである。この考えは、登録機関における著作権者の登録によって得られる権利と救済手段とを再構築することにより実現することができる。私たちは、情報技術とネットワークの進展が、著作権者が新たに作りかえられた登録制度を遵守することを相当程度後押しすると考えている。私たちは、これらの進展と、これらの進展が、より効率的かつユーザーフレンドリーな登録システムを構築するためにどのように利用され得るかについて、米国著作権局の行政上のリフォームに関する議論との関係で、Ⅲ．Bにおいて詳細を述べる。

Ⅲ．Bにおいて更に説明されるとおり、私たちは、著作権局自体がすべての登録について責任を負うということは想定していない。そうではなく、ドメインネームの登録機関について起こったように、特定の著作者のコミュニティと参加事業者の必要に合致し、著作者からのビジネスを巡る競争をする複数の登録機関を想定している。著作権局は、それらの登録機関のためにスタンダードを設ける新しい責任を担うことになるだろう。そして、そのスタンダードには、中核的な登録データの互換性のための要件が含まれるべきである。

この新しい登録システムは、著作者及びその他の著作権者が経済的価値を期待する作品を登録することについて意味のあるインセンティブを与え、登録された作品へのユーザーのアクセスを容易にし、登録されていない作品についての侵害結果を軽減するものである。CPP 内のサブグループが、登録著作物及び非登録著作物に認められる権利と権利救済手段とを区別する新しい著作権登録システムについていくつかのあり得る実施の形態を作り上げた。時間の制限その他の理由から、この新しい体制の詳細については設計することができなかったが、私たちは、ここで、登録制度がどのように機能し、なぜそれが有益なものとなるかについて、いくつか指摘しておく。

非登録著作物の範疇に、すでに存在する著作物とこの新しい登録体制が採用された後に創作される著作物の双方が含まれることは明らかである。著作権のインセンティブを重要であるとする、すでに存在する著作物の権利者に、新しい制度がもたらすであろう利益

を享受するために新しい登録制度での登録を認める猶予期間を設けるべきである。新しく創作される作品の著作権は、彼らがその作品が経済的価値を持つことを期待し、著作権のインセンティブを意識して当該作品を創作したのであれば、同様に、その作品を登録するように奨励される。

非登録著作物は、商業的な損害を生むデッドコピーやほぼデッドコピーに近い複製に対して、著作権法によっていまだ保護されるが、そのような非登録作品についてはフェアユースがより広く認められることとなろう。さらに、非登録著作物が侵害されても、弁護士費用や法定損害の賠償といったある種の救済は認められない。ブログ、YouTube のビデオ、ファンフィクション作品、Flicker の写真、Twitter のストリームといった何百万もの作品は、もしそれらが登録されないのであれば、後続の創作者やアーカイブ作者が、非登録という事実が作り出す推定のために著作権侵害に基づく賠償という脅威を感じることなく、非商業的な方法でそれらを再利用することは、フェアなゲームだろう。

対照的に、著作権登録は、ある作品の著作権者にとって著作権のインセンティブが重要なものであることを対世的に明らかにするものであり、潜在的な再利用者や後続の創作者が権利を保有し、利用許諾されるための条件についても有している可能性のある者を特定することの手助けをするだろう。私たちは、登録情報は、互換性のあるネットワークシステムによって入手できるように登録機関は義務付けられることを想定しているので、潜在的な利用者はより簡単に権利者を見つけることが可能になるはずである。

登録によるメリットは、主に著作権者の情報に対する飛躍的に増大するアクセスのし易さに起因するものであろうが、潜在的には、より強化される権利と救済手段の組み合わせにもよるものと思われる。たとえば、権利移転の終了は登録権利者には認められるが、非登録者には認められない。登録著作物の非言語的な要素の複製について権利侵害が認められるだろうが、非登録著作物のそれについては認められない。登録著作物の権利者は、市場に害を及ぼす可能性のある非商業的な作品の利用についても差止めを求めて訴訟を提起することもできる可能性はある。当初作品の登録をしなかった著作権者はその後に行うことができるが、登録に起因して追加的に得られる権利と権利救済手段は、将来の再利用者に関してのみ享受することができるだけとなる。

権利者は、登録機関が現状の情報を保有できるように、著作権の譲渡、著作者の死亡及び著作者の利益の承継者がだれであるのかといった情報を更新して登録機関に通知することも義務づけられる。この種の更新情報の提供を怠ると、登録により享受できる利益を喪失する可能性もある。

より効率よい登録システムは、より幅広い状況に応じて適切な保護を与えるように著作権を調整する。自身の作品に大きな価値を見出し、最も広い保護を希望する権利者を特定することでそれを実現する。それは権利者の特定を容易にする。それは自発的な取引を促し、非登録作品（たとえば、全体的にみて、権利者が登録に投資するほど高い価値を見出していない作品）の侵害に対する罰を軽減し、非登録著作物へのアクセスを容易にするだ

ろう。この大きな範疇に属する作品に関しては、著作権システムは著作権者の利益を害することなく、より広い公衆のアクセスと利用とを認めることができる。自身の作品を登録しない権利者に対する権利及び／又は権利の救済手段を制限することで、権利者自身が権利者であることをはっきりと明示するよう促すこととなり、それによって、その作品を利用したいと考える者による利用許諾を促進することになる。

この提案が不適切なほどに過激なものに見えるといけないので、私たちは、この提案が、多くの点で、著作権の方式主義がなくなって以来年を経るごとにその重要性を増している ASCAP、BMI、Copyright Clearance Center といった既存の私的登録機関の論理的な延長上にあるということを指摘しておきたい。私たちが想定している新しい登録機関体制は、私的な登録機関が、ある特定の著作権者集団のためだけに存在することも認め、公私双方の登録機関が登録作品の情報について共有することができること、そして共有することについて動機付けを持つこと、それによりすべての登録機関の持つ社会的な価値が増大することが理想的である。

さらに、登録体制は、他の多くの領域で一般的に見られるものである。たとえば、ドメインネーム登録システムの遵守は、ウェブサイトの宛先を取得するために必要であり、何千もの一般人が過度な困難さを感じることなく、この登録システムを利用することができる。同様に、少し挙げてみても、自動車、専門家の免許そして不動産上の利益の登録が要求されるのは一般的なことである。

登録システムが慎重に設計され、それが著作権及び著作権に関する利益の保有者の利益と必要に合致するものである場合に登録へと駆り立てる動機付けが存在する限り、彼らは不当な困難さを感じることなく登録を遵守することができるはずである。新しい登録体制は、両立しない権利主張者が異なる登録機関に同じ作品について登録をすることができたり、著作権者に対し複数の登録機関への登録を要件として課したりするなどの意図しない濫用を生まないように注意深く設計される必要があるだろう。米国において登録制度を復活させることのリスクは、他国を米国の著作権者に不利益を与えるような方法で登録機関を採用するように導いてしまう可能性があることである。この新しい登録制度が国際的にどのように機能するかに関し実務的な細部に注意を払わなければならない。

B. 行政上のリフォーム

一世紀以上に渡り、米国著作権局は、著作権法の発展と管理について重大な役割を果たしてきた。その現在の機能には様々なものがあるが、次のようなものが挙げられる。著作権の主張者のための任意的な登録システムを運営すること、法定ライセンスを管理すること、規制を制定すること及び規制の立案をすること、公衆に対して著作権に関する情報を提供すること、そして、政策立案をすること、及び議会その他の機関に対し国際的及び国内的な著作権の問題に関しての助言を与えることである。

著作権局は一般的には、これらの機能を賞賛に値する程度に果たしてきた。しかしながら、著作権法の周辺の状況は、主に著作物の複製と頒布を極めて容易なものとする技術の急激な発展と普及により、過去 20 年で劇的に変化した。その結果、ほとんどすべての著作権に関連する産業分野は、著作権のエコシステムにおけるすべての関係者—著作者、出版社、販売者、ユーザーそして消費者が挙げられる—に影響する非常に大きな変化の中に置かれている。これらの関係者は、様々なサービスや情報に関し著作権局に依拠している。著作権の世界で起きている急激な変化が、著作権局が何をどのように行うかという点に変化を要求する可能性があることは、驚くべきことではない。

私たちが著作権局の役割と機能を現代に合致したものとするために私たちが以下に指摘するようなアイデアを提示するのは、そのような精神からである。これらの指摘の最も重要な目的は、著作権局を急激な変化のペースに順応するのに最も適したポジションに置き、それによって将来にわたりその重要な役割を果たし続けることを確たるものとするに奉仕することである。これらの指摘は、包括的なものでも確定的なものでもない。それらは、十分に機能を果たす著作権局の恩恵を受けるすべての関係者によって支持されるであろうより積極的で、具体的でかつ特定された提案へと理想的には繋がる議論と討論の重要なポイントの一部を示すことを主に意図したものである。

提案 # 2

著作権局は、唯一の著作物の登録機関から、公私双方を含む第三者によって運営される登録機関の運営を認証する機関へと移行すべきである。

これは、おそらく私たちの提案の中で最も過激なものであるが、同時に最も重要なものでもある。デジタル時代が情報へのアクセスに関する期待を極めて大きくしたというのが現実である。現在、著作権局が登録システムの一部として収集し管理する情報は、だれもが一つの検索ウェブサイトのようなものを通じてアクセスできることが期待されている類のものである。より重要なことは、著作物に関する取引が非常に効率性の高い環境で行われ、取引の当事者が、その効率性に合致したスピードと要式で著作権情報にアクセスすることを必要とすることである。

著作権局はこれらの発展を観察し、かつ予期もしており、その機能やサービスをオンライン上に移行してきたが、現実には、その登録機関の機能は、最先端の検索、データベースの技術が可能にしているものよりもひどく遅れたものとなっている。その結果、著作物の創作者と利用者は、その活動に関係する著作権の情報を生成し、拡布するための自らのシステムを構築しなくてはならなくなっている。これらのデータベースは、しばしば著作権局が保有する情報を補完している。たとえば、ある写真の著作権を現在だれが権利行使することができるのかについての情報は、Corbis や Getty により運営されている商業データベースの方が著作権局の記録よりもずっと入手しやすくなっている。同様に、クリエイティブコモンズは、著作権者が自身の作品についてどのような利用が許諾されているかに

関する情報、すなわち、ユーザーにとっては価値のある情報であるが、著作権局の登録システムの現在の運用では提供されない情報を提供する効率のよい手段を開発した。

この領域におけるリフォームの基本的な考えは、著作権局を日常の著作権登録業務から離し、互いに独立した、しかしネットワークで結びつけられた相互作用する民間登録機関システムのための基準を設定し、監督をする役割を担うように移行させるというものである。

最初のステップは、著作権局に対し、認証民間登録機関の基準を設定する権限を付与することであろう。例としては、技術スタンダード及び、準拠登録機関はその利用者に対しどんな種類の著作権の情報を要求し、データベースに格納しなければならず、また、そうすることが許されるのかを決定するための詳細等が挙げられる。著作権者と、これらのサービスのデータ及び利益を得ようとするユーザーに対する負担を最小化するように、民間登録機関が透明性及び複数のサービスを通じた効率的な検索に関する重要な公益要件を満たすことを確認する権限が与えられる必要があるだろう。これらの基準が一度設定された場合、著作権局は、登録機関として活動することを希望する会社からの申込を受け付け、(たくさんの異なったタイプの) 民間登録機関が登録機関基準に合致し、その基準に継続的に適合することを認証することになる。

これが正しく行われれば、その最終的な結果、民間会社が権利者から著作権登録情報を入手するための競争をする環境が生まれるだろう。競争は登録の設計に関する革新とコスト減に繋がるはずである。もし登録機関が両立性のある技術基準で運用されれば、著作権情報に関する利用者の検索は、ネットワーク化されたすべての民間登録機関に蓄積されているデータに依拠することができるだろう。その結果、それは、現実には分散されているが、利用者に対し「一度検索すれば、至るところを検索する」という経験を提供するように構築され、そしてそのように運営されるシステムとなるだろう。このモデルは、複数の民間機関がドメインネームのサービス及びデータベースへのアクセスを提供している、ドメインネームの登録機関システムに類似している。

このリフォームには、権利者及び利用者の双方にとって潜在的な利点がたくさんある。権利者にとっては、この新しいアプローチは、権利者がしばしば、権利者団体、オンラインサービス、その他の著作権の行使手段等を通じ、すでに彼らのビジネスの中で登録に類似したシステムを利用していることを事実として認めるものである。現存するシステムは登録機関のネットワークの一部となり得るもので、それは、権利者が、そのビジネスプラクティスに適するように設計され、著作権局の運用が招く危険性のあるほどの負担を与えることがないシステムに参加することを認めるものである。たとえば、その写真をオンラインサービスを通じて販売している写真家は、そのサービスが認証された場合、彼らがすでに自身の作品を販売する際に行う行為と本質的に同じ行為で登録の利点を享受することが可能となるだろう。利用者にとってみれば、民間登録機関が透明性と効率性のきちんとした要件を遵守する限り、現在の著作権局のシステムよりもはるかに便利な、民間業者に

による検索ツールと検索技術の開発が、その利点といえるだろう。登録機関の間での競争は登録費用を合理的なものにとどめるはずである。クリエイティブコモンズといった登録機関は、登録のためにほんのわずかな費用を課すか、又は無料とすることを選択するかもしれない。

このアプローチに解決されなければならない潜在的なコストと欠点があることは確かである。特に、手続は、著作権保有の虚偽主張や著作権の過剰主張を防止するように作られる必要がある。同様に、異なる機関の間で情報を相互利用できるようにすることは、技術上及び法律上の問題を生ずる可能性もある。そして民間機関が公益義務に合致することを確認する、報告、会計監査、再認証といった手続が設けられなければならない。また、民間登録機関が運用を止めてしまう可能性も予期した規定が、著作権の所在と利用許諾の情報に対する公衆のアクセスの可能性を持続するために必要とされる。

さらに、このリフォームの副次的効果として解決される必要のある事柄がたくさん存在する。第一の問題は、議会図書館がどのようにその書籍の所蔵に役立つようこの登録システムを利用するかという点である。これは、議会図書館の便宜のために作品の預託を促進する手段を開発すること等、民間登録機関に対する著作権局の規制の重要な一面であろう。このリフォームのその他の類似の影響についても特定し、議論されるべきである。

提案 # 3

著作権局は、特に経済と技術における政策に関する専門性と調査能力を更に向上させるべきである。

著作権局の政策立案及び立法助言機能は、著作権局が欠いている専門性を絶えず加えることにより改善されるだろう。著作権局は、著作権法、法案及び政策の変更の影響について経済的な分析を行うことが望ましい。また、望まれるのは、著作権法、法案及び政策の変更と著作権法が機能する技術的環境との間の関係についてよりよく理解することである。

経済と技術の双方を理解することは著作権局の政策立案機能にとって極めて重要なことである。米国における著作権は、社会福祉の道具の一つである。それは性質の点で非常に経済的なものである。さらに、現実の世界においてどのように著作権が機能するかは、その法が機能しなければならない技術的な環境—それ自体が常に変化している—に直接影響される。これらすべての理由から、著作権政策は、法律家、立法者及び利害関係当事者の相互接触のみに基づいて行うことはできないし、またするべきではない。更なる追加的な専門性が要求される。

この結果、私たちは、著作権局に二つの新しい役職を設けることを提言する。—（１）主任経済研究員と（２）主任技術研究員である。私たちは、これらのポジションは著作権局に正規雇用されている職員ではなく、２年乃至３年といった比較的短い期間に新規に採用される者が当てられるべきことを提案する。私たちの構想では、著作権局は、学会、他の政府機関（連邦取引委員会、連邦通信委員会、行政予算管理局、司法省の独占禁止部門とい

った）及び民間部門から顕著な経済的又は技術的な専門性を有した個人をリクルートすることになる。期間の限定のある、しかしながら名誉あるこの役職が第一級の候補者を魅了し、新鮮な思考を定期的に吹き込むことを確かなものとしてくれることを願っている。

著作権局の専門性と政策立案機能は、著作物の制作に関係する他の領域、たとえばメディア学や文化の創造と普及に関する学問領域の専門家と相談することによっても改善することが可能であろう。たとえば、著作権局は、特定のケースを解決するために、ケースバイケースでそのような専門家による合議体を構成することができる。また、著作権局が政策にかかわる論点と政策提案の徹底的な分析を支援するための実証的な研究を行う能力をより向上させることも望まれよう。

提案 # 4

著作権局は、利用者が「フェアユース」について助言を得ることを可能とする仕組みの構築を真剣に検討するべきである。

米国著作権法のフェアユース規定は、おそらく最も重要な著作権の排他的権利に関する制限である。この法理は、主に、著作権法と修正第 1 条とを調和する、著作権の排他的権利が表現に対して深刻な制限を課さないよう修正する、及び著作権保有者がその作品から十分な報奨を得る権利を脅かさない一定の範囲の利用について自由に行うことを可能にする仕組みとして機能している。

フェアユースは、はっきりとしたルールセットにはなっていない。その代わり、フェアユースは一般的な基準として作られている。その結果、独立の強制執行力を有していない。むしろ、ある特定の利用が最終的に裁判所によってフェアであると判断されるかどうかを評価することは、裁判官に四つの法定要素に関連する証拠及びその他裁判所の衡平法上の分析に含まれる一切の事実の利益考量を要求する、複雑かつ事案ごとの分析である。そのような分析は、しばしば有能な弁護士の助けを受けてのみ行い得るものであり、そして利用者が弁護士に依頼する時でさえ、その分析によって責任のリスクを全くゼロとするものではない。

望まれるのは、何が「フェアユース」となり、そしてならないのかという点についての助言を公衆に対してより提供することを著作権局が検討することである。CPP グループによって議論された一つの代替案は、著作権局にフェアユースの「オピニオンレター」を発行させることである。予定されている著作物の利用がフェアユースに該当するかどうかを検討している個人又は法人は、著作権局に対してその意見を求めて申立書を提出する。申立書は、予定された利用の内容について説明する関連事実を提供するものとなるだろう。著作権局は、申立人と面談し、更なる情報を引き出すこととなる。著作権局が、十分な情報を得たと判断したとき、フェアユース分析を行い、オピニオンレターを発行する。これらのレターが特定のケースにおいて助言を与え、そして、時の経過とともにそのレター全体として、許され得るフェアユースの輪郭に関して一般的な助言を提供するものとなること

が期待される。

これらのレターは、概念上、司法省の独占禁止法部門によって発行される「ビジネスレビューレター」と類似している。関連市場に影響を及ぼす可能性のある一連の行為を検討している法人は独占禁止法部門に対して、その行為が独占禁止法上許容される行為か否かについての助言を求めて申立てをする。その際に出されるのがビジネスレビューレターである。

著作権局は、申立てのあったフェアユースオピニオンのうちどれを取り扱うかについて裁量を有することになるだろう。私たちの期待は、取扱いの裁量を認めることで、担当機関がそのリソースを保全し、最も難しくかつ意義のあるフェアユース問題について焦点を当てそのリソースを活用することが可能となることである。

しかしながら、CPP 内部にこの提案についていくつかの留保が存在した。この手続が当事者に対して拘束力を有しないこと及び取扱いが裁量制であることに鑑み、オピニオンレター手続が利用者に本当に利益をもたらすことになるのかどうか疑問を有する者がいた。この機能を果たすために、著作権局は、現在の陣容に新たなスタッフと専門性を加える必要が生じるだろう。また、そのようなシステムは、「保守的」になりすぎる可能性もある。なぜなら、いくつかのよく知られたフェアユースの事件は、ほとんどの法律家が既存のケースから予見したであろうことからかけ離れたものとなっているからである。関係する著作権者の手続参加を認め、著作権局の決定の司法審査ということになった場合、手続が複雑なものとなることもあり得よう。一つのレターが著作物に関わる幅広い活動に与えることになるかもしれない集合効果を考え、そのようなレターを出すことは難しいと判断することもあるだろう。

私たちは、ドキュメンタリー映画業界において近時作られてきたようなフェアユースのための行為準則（「ベストプラクティス」）の認証手続を著作権局に設けさせるなどの、オピニオンレターアプローチの代替手段を検討した。また、著作権局は、この重要な例外の境界について更なる情報を求める利用者を支援するため、フェアユース判断のためのガイドブックの類のものを発行することもできよう。

提案 # 5

小規模な著作権紛争を解決するための少額請求手続が設けられるべきである。

行政的リフォームの対象となり得るもう一つは、著作権局内に（もしこのプロセスを著作権局内に置くことについて合憲性に疑義がある場合には他のどこかに）小規模な著作権の権利主張の効率的な解決手続を設置することである。

現行米国著作権法は、著作権者が合法的なプロセスを通して著作権を強制するためには、非常にお金のかかる連邦裁判所での裁判に訴えることが要求される。著作権を守るためのコストのかかる手続は、問題となる損害の額が大きいために個人の著作権者が有効に活用できないということもしばしばである。バランスのとれた少額請求のための手続を設

けることは、これらの著作権者に対して明らかに利益をもたらすだろう。また、それほど広がっておらず、「海賊行為」としてよく言及されるレベルに達していない「通常の」侵害に対する合理的で予見可能な救済の範囲を明らかにすることにより、潜在的な利用者の助けともなろう。

そのような手続がどのように機能するかについて多くの詳細な点は検討されなければならないだろうが、私たちは、著作権局が「少額の」（すなわち、数ドル以下の）請求について受け付け、判断することができるだろうという見通しを持っている。この手続は、著作権法の全体的な民事手続の構造の一部をなすもので、一般民事上の救済と訴訟制度とのつなぎの部分に依拠するものとなるだろう。この手続では、著作権局が、申立てを受理、効率的なやり方でその受理／不受理を決定し、判断を示し、一般的に手続の進行を管理することが必要とされる。この手続の中核的な部分は、証拠の提出を書面による提出に限定し、尋問、ディスカバリー又は詳細な書面による意見書を要求しない点にあるので、この機能のために、著作権局が広範な追加資料を必要とすることはないと予想される。

このシステムの焦点は、個人又は小さなビジネスをしている著作権者に当てられているが、大規模な著作権者でさえ、その利便性を利用することは認められる。ただし、判断される請求は「少額」のままであり、一つ一つを集積して不適切な程度に巨額となる賠償を認めるために濫用することはできない。また、このシステムが、たとえば、著作権の利用許諾における氏名表示の合意違反を解決するといった非金銭的な主張をし易くするために個人によって利用されるなら、それもまた利点といえるだろう。

他の場所で著作権紛争のための少額請求プロセスを設けることも可能かもしれない。連邦裁判所の中には、すでにしっかりと作り上げられた代替紛争解決手段プログラムを持っているところもあり、これらは、一定の著作権紛争のために利用することができるだろう。

C. 著作権の排他的権利規定の見直し

最も広範な議論が CPP メンバー内で持たれたのは、著作権の排他的権利とグループ内の様々なメンバーがそれをどのように見直しできると考えているか、という点に関するものであった。いくつかの問題点については意見の一致を見ることができなかったが、しかし、すべてについて全く一致できなかったということではない。

ある程度詳細に検討された一つのオプションは、一つの排他的権利を、排他的権利規定の下で現在規制されている幅広い活動だけでなく、時の経過とともに生み出される、既存の排他的権利の枠組に簡単に収まらない新しい利用もまた包含する「核心的な」権利として構成する可能性である。たとえば、そのような核心的な権利を定める方法はいくつもある。たとえば、法は、著作者に対して、著作物における表現の商業的価値の利用をコントロールする排他的権利を付与してもよい。若しくは、法は、著作者に対して、公衆に対して著作物を拡布する排他的権利又は著作物を商業的に利用する排他的権利を与えることも

できよう。

私たちが「大きな塊の権利」と呼ぶものを支持する議論には、それによって権利者がコントロールすることができるべき行動を明確にできる、法が制定された当時に予定されていなかった行為について、どちらの排他的権利が適用されるのかという知的に不毛な議論を回避することができる、そして、そのような考えは、変化する環境に順応する柔軟性を有しているように見えるといったものがあつた。そのような幅広い排他的権利は、表面的には既存の排他的権利の体制よりもより簡明なものではあるが、私たちは、そのような権利構成は新たな曖昧さを、そしてそれゆえに不明確さをもたらし、また国際的な規範や実務とも合致しないとの結論に至った。最終的に、私たちは、既存の排他的権利規定の適用をより予測可能なものとするために、どのように既存の排他的権利を洗練するかを考えることへと私たちの努力を向ける方がよいであろうと結論づけた。

提案 # 6

商業的利用又は商業的な効果は、排他的権利が侵害されているか否かを検討する際に考慮されるべきである。

著作権者の排他的権利と著作権者のコントロールを受けることなく著作物を利用する公衆の権利のバランスをはかることは、しっかりと設計された著作権法にとっては極めて重要な事柄である。そのようなバランスがあつてこそ、著作権法は、著作権者及びその財政的な支援者に新しい創作及びその頒布を奨励するインセンティブを提供する一方、利用者及び後続の創作者が知識と進歩を深める活動に従事することを認めることができる。

米国著作権法の下で著作権者に対して許諾される排他的権利の範囲は、権利の許諾条項の作用であると同時に、排他的権利に課される制限の性質と範囲の作用でもある。もともと、米国著作権法は、著作者に対し、印刷、再印刷、出版及び販売の権利を付与し、それらの権利に対する制限は実質的に存在しなかった。時の経過に従って、著作権者に付与される権利は拡大し、著作物の翻案作品の創作をコントロールする権利、後に派生的著作物の創作をコントロールする権利として構成された権利を含むようになった。著作物を公に実演する権利及び公に展示する権利もまた加えられた。

著作者の権利が拡大するに従い、それらの権利に対する制限の必要も、最初は裁判所において、その後は議会において認識された。裁判所によって創造された法理として始まり、現在では法律に明文化されているフェアユース法理は、著作者に許諾された権利の輪郭を形作る重要な構成要素である。現行法において特に明文化されている明確な制限もまた著作権者の権利の輪郭を形作るうえで重要な役割を果たしている。議会がこれらの明示した制限規定を設けた1976年に議会によって検討された範囲を超える新しい利用を取り扱うために、被告となった者は、その利用を正当化するために、フェアユース又は排他的権利について認識されている制限に依拠しなければならない。

米国において現行著作権法は、最初に広く、どのような目的であれ、著作物を複製する

権利、翻案する権利、公に頒布する権利、公に実演する権利又は公に展示する権利を定義し、それから、これらの幅広いコントロールをする権利を、柔軟なフェアユース法理から特定の作品について特に定められた利用までの様々な種類の権利制限と例外に服させることによって著作権者と公衆の権利のバランスをとっている。

實際上、多くの著作権者は、彼らの著作物の一定の範囲の無許諾利用を黙認している。排他的権利の範囲の不明確さのために、著作権者は、合理的に侵害者であると信じる者に対する訴訟を、訴訟に要する費用や結果の不確実さからためらうことがしばしばある。同時に、現在の法体系は、攻撃的な著作権者が過剰な権利主張を行い、善意の利用者又は二次創作者をしてその利用を既存の制限と例外の複雑な網の中に含まれるものであると防御することを強いることを可能としている。過剰な権利主張は、法定損害賠償も含め、高額な訴訟費用を課すことができ、それによっても異議を申し立てられても最終的には非侵害と判断されるだろう利用を萎縮させることができる。十分な機能性を有する著作権法は、過剰主張のもたらす不均衡を抑止するだろう。同時に、そのバランスを正そうとする試みは、特に、著作権者の権利を単に全く無視している利用者に対し著作権者が権利を強制する能力に負担を課す危険性があることを認識しなければならない。

現在、著作権者は、著作権侵害の主張において勝訴するために、ある利用が商業的な効果をもっていることを立証する必要はない。商業上の損害はフェアユース抗弁の一部の要素に過ぎない。フェアユースに該当すると推定される利用者は、その利用が著作権者の市場に対して害を及ぼさないこと、又はもし害が生じるとしても、その他の考慮要素がその利用を肯定的なものとして評価するものであることのいずれかを主張しなければならない。

CPP グループは、商業上の損害を考慮に入れるために著作権者の排他的権利を洗練する二つのアプローチについて議論した。一つのアプローチは、著作物を全部又は実質的に全部を利用する場合とごく一部を利用する場合とを、後者の利用が著作権者に商業上の損害を及ぼす可能性及び利用者が社会的に生産的な行為に従事している可能性がそれぞれ異なることからその扱いを異ならせるものである。二つ目のアプローチは、著作権者の排他的権利を商業上の頒布又は商業上の配布を権利の要素となるように再定義するものである。

最初の提案の下では、著作権法は、利用許諾なく著作物の全部又は実質的に全部を複製し、公に頒布し、実演し、展示することは、それが著作権者の核心の権利を妨害するものであるから、著作権者の利益を害するより高い蓋然性を持つものだと認識することになる。著作物の全部又は実質的に全部に至らない利用は著作権者に損害を及ぼす可能性が低く、その利用者による創作的な寄与を含む可能性がより高い。こうして、創造的な再利用は、著作者の核心的な利益に脅威を与える可能性が低いので従属的な権利として把握されるべきである。結論として、著作物の全部又は実質的に全部といえる程度までに至らない無許諾利用に関しては、著作権法は、著作者に対し、その排他的権利の侵害を立証するために商業上の損害を証明することを要求するべきである。

この最初のアプローチは、著作権者の排他的権利がどのように無許諾利用の実際の又は

潜在的な著作権者に対する商業上の影響により影響されるかを変更するものとなる。被告が全部又は実質的に全部といえる程度に著作物を利用しない限り、著作権者は、被告の利用が商業上の損害を生じている又は生じる可能性があることを立証しなければならない。被告による商業上の利用は、商業上の利用のすべてが必ず商業の損害を生じるものではないから、著作権者に対する商業上の損害の証明を代替するものとはならないだろう。さらに、単に著作権者が被告の利用について被告に対して許諾料を課したいという希望を持つことは、商業上の損害を証明するに十分なものではないというべきである。

著作権者に対する商業上の損害は、伝統的かつ経済的な現実的可能性があり適切な利用許諾市場に対する損害を含むものである。しかし、利用者はいまだ抗弁としてフェアユースを主張することは許される。そのとき、フェアユースの分析は、著作権者に対する商業上の損害の程度と当該利用の社会的価値との利益考量に向けられることになる。この点、全部又は実質的にみて全部の著作物の利用に関係するケースにおいてもまた、フェアユースの抗弁は依然として有効なものである。著作権者の核心的な権利と補充的な権利をこのように区別することは、著作権者に不当な負担を課すことなく、意味のある救済を求める能力を維持する一方、過剰な権利主張とその結果たる利用者に対する萎縮的効果の危険を解決することに役立つだろう。

私たちが議論した第二のアプローチは、著作権者の排他的権利を、商業上の頒布又は商業上の拡布をその権利の要素とするように再定義するものである。この二つ目のアプローチの下では、たとえば、翻案は、著作権者と公衆のバランスをはかるよう、より限定的に再定義されることになる。原則的な権利は、複製又は複製物の頒布、公の実演又は公の展示によって商業上頒布するために、著作物の翻案、改作、続編を準備する排他的権利と定義されよう。翻案は、著作物の表現の全部又は実質的に全部を別の芸術的媒体に移行することと定義される。改作は、著作物の全部又は実質的に全部に追加された保護され得る表現を含む同じ表現媒体での新しく作り変えた作品を表現媒体に固定したものと定義される。そして、フィクションの作品について、続編とは、著作物において語られている話の延長であると定義されることになる。

翻案、改作、続編を制作する権利は、非商業的な拡布は対象とならないし、私的な、個人的な又は非営利的な教育利用のための翻案、改作又は続編の制作も対象とならないだろう。しかしながら、状況から合理的に明らかにならない場合には、著作権者は、その翻案、改作又は続編が著作権者の許諾なく行われたものであるとされることを求める権利を有するべきである。最後に、第二のアプローチは、翻訳と商品化に関する独立した排他的権利を設けることを企図している。著作権者は、翻訳する権利を10年間行使することができるが、行使しなければその権利は無効となるだろう。

この第二のアプローチでは、複製権も同様に公衆に対する商業的な頒布のために著作物を複製する権利と再定義されることになる。そして、公に実演する権利又は展示する権利もまた同様である。これは、著作権者が著作物の複製権、公に頒布する権利、公の実演権

及び翻案権をコントロールするという今日の著作権法のデフォルトを変更することになるだろう。利用許諾がなければ、被告は、フェアユースの例外を含む、そのコントロールの例外にそれらの活動が含まれるようにしなければならない。このリフォームは、少なくとも原則において非商業的利用の潜在的に大きなカテゴリーに対するコントロールを取り除くことによるという重大な方法でそのデフォルトの原則を変更することになるだろう。そのような変更が支持されるのは、著作権を作品の創作に対する経済的なインセンティブを与える手段であるとする道具的な見方をするることによるものである。

著作権の許諾の根底にある目的は、著作権者に、その作品の商業的利用から生じる利益を享受する権利を留保することにあるので、権利範囲は、一見非商業的な頒布であるがその目的に沿わない利用を含むものとなろう（たとえば、上映中の映画を無料で提供するウェブサイト）。しかしながら、その権利は、私的又は個人的な利用のための複製、実演、コミュニケーションには及ばないし、家族や友人といった小さな集団への頒布を意図したもの又はその他の著作権者に対して商業上の損害を与えるものではない、限定的な利用を意図したものにも及ばない。たとえば、主に教育機関での使用のために制作され販売された作品でなければ、複製権は、非営利的な教育環境での限定的な頒布のための作品の複製には及ばない。作品が、ビジネス環境の中で、利用者ごとに頒布するために制作又は販売されたものでなければ、複製権は、一人若しくは少数の専門家の同僚に対する限られた頒布のための複製物には及ばない。前述したと同様、フェアユース法理は、社会的な価値が著作権者に対する潜在的な商業上の損害との関係において上回る商業的な利用のケースでは認められるだろう。

商業上の損害を原告の著作権主張の要素とすることを是とする議論は認識しつつ、CPPグループの何名かはその点について留保している。第一に、彼らは、裁判所が商業上の損害の立証責任を転換することを重視しすぎるあまり、その結果、商業上の損害の基準を高く設定しすぎるかもしれないことを懸念している。現存する市場に対する実際の又は潜在的な損害を立証することで十分であるべきであり、将来の市場に対するあり得る損害は、現在の市場に対する損害とともに考慮されるべきである。被告の利用の商業的な性質は損害を示唆する可能性もあるが、原告の市場が害される可能性があることを決める際に必ずしも必要な要素ではない。第二に、公衆の多く、そして間違いなくほとんどの創作者は、著作権法について、自然権の一つであるとする理論に基づく認識をしている可能性が高く、その理論の下では、作者は、たとえ利用が非商業的なものであっても、そして、利用が商業的なものであるときは特に、作品の利用についてコントロールする権利を少なくとも有することになる。

上記で出された懸念は、より穏健なリフォームを検討することを示唆する。その穏健なリフォームの下では、原告は、被告の活動が商業的な利益を獲得するために行われたものではない場合に限り、商業上の損害について立証責任を負担することになるだろう。もし、被告が商業上の目的から原告の作品を利用し、その利用が著作権者の利益を害するものでは

ないと主張するのであれば、被告に対してそれがなぜなのかを証明するよう求めるのが合理的なのかもしれない。このアプローチは、インターネット時代に顕著になっている大量の「楽しむための利用」及び非常にたくさんの種類の研究利用を守るという主たる目的にはいまだに合致している。このアプローチでは商業上の利用者のポジションは現状と変わらず、その活動が非侵害と扱われるべきであることを立証しなければならない。著作権産業は、損害についてのより一般的な立証の転換や著作権者の権利の束から非商業的利用を取り除くことよりも、このアプローチの方がより受け入れやすいかもしれない。

より一般的な立証責任の転換及び非商業的利用を対象外とすることを支持する者は、これらの提案によって、今日であれば侵害とされるほとんどの活動に対する作品の保護が極めて減少するとは考えない。むしろ、その目的は、異常に加熱した著作権の主張の脅威から害悪のない活動を守り、それによってそのような脅威が生みがちな萎縮効果を減少させることである。言い換えれば、このリフォームが実質的に新しい司法判断を生んだり、原告に対し過度の「実証的」な負担を負わせたりすることがないことが望まれる。グループのある者にとっては、そのようなことが起きる危険はこの提案に内在するものであり、注意深くその利点が評価されるべきものである。

提案 # 7

著作権者は、公衆に対して、通信、その他の方法を問わず、著作物を伝達する排他的権利を有するべきである。

1976 年以前、著作物の送信は一般に公の実演の権利に含まれていなかった。1976 年法の起草者は、放送番組のケーブル通信の著作権の重大さをめぐる激しい論争を解決するための妥協として、放送番組のケーブル通信の再送信をコントロールする権利を実演の権利に付加した。今日、ある送信は、公の実演を通じて取り扱われ、ある送信は、公衆に対し複製物を頒布する権利を通じて、公に展示する権利を通じて、そして複製権を通じてそれぞれ取り扱われる。商業的にみて重要な送信を公衆に対する伝達権という題目の下で取り扱うことは、法を簡潔なものとし、概念的にもより一貫性のあるものとなろう。

公の場所又は公に準じる場所において著作物を実演する排他的権利とは別に、著作権者は、通信を受信する公衆の一員が著作物を認識又は複製することを可能とする通信を手段として著作物を公衆に伝達する排他的権利を持つべきである。保護される著作物を公衆に伝達することは、異なる場所又は異なる時間にいる公衆の中の異なるメンバーに対して著作物を送信することを含む。こうした目的から、「公衆」は公衆の中の部分集合を含むべきだが、送信者の家族と非常に近い友人への送信を含むべきではない。

この提案は、公の実演／公の展示の権利の伸長として存在する既存の送信の代わりとなるものであろう。私たちは、次の二つの原理的な理由から、送信を手段とする公衆への伝達を公的又はそれに準じる場所での実演から区別するのが賢明であろうと考える。第一に、この変更は、米国著作権法を他国の著作権法とより一致するものとするだろう。第二に、

米国法をより一貫性のあるものとするだろう。

私たちは、伝達権は、受領者が著作物をただ視たり、聞いたりする代わりに、保存する通信も含むという点で、公の実演権の伸長としての送信よりも範囲が少し広がる可能性があることは認識している。しかし、保存のための通信は、頒布権や複製権によってカバーされると思われる。それゆえ、私たちは、この提案を、著作権の範囲を拡張するものとは考えていない。

提案 # 8

裁判所が複製権侵害の判断に用いる基準（テスト）に、よりわかりやすさ、一貫性が必要である。

裁判所は、著作物を複製する排他的権利が侵害されたか否かを分析する際に様々な方法を使ってきた。この判断をすることは、事案が、そのままの複製又はほとんどそのままの複製に関わるものであるときは当然のことながら比較的分かりやすい。しかしながら、コピーが非言語的な部分に関わる時、又は問題となっている作品の間に実質的な相違が存在する場合、その問いはより難しくなる。上記の商業上の損害／利用の制限は非言語的な侵害の決定をより予測可能なものにするのに役立つだろうが、これらの事案において裁判所が侵害判断に用いる手法に一貫性がないという実質的な問題がまだ残っている。

現在の裁判所のアプローチの共通のテーマは、被告と原告の各作品の間に「実質的な類似性」を探求すること及び、もし表現に実質的類似性があり、被告がその表現を原告からコピーしたものである場合に侵害と判断することである。いくつかの裁判所は、**Learned Hand** 判事の「抽象化のパターン」アプローチを用いている。この手法は、類似性が抽象化のレベルのものであって（たとえば、双方の両親に認められない異人種間の恋愛物語）、それゆえ「アイデア」を構成するものか、それとも、十分に具体的な内容を含んでおり（たとえば、会話が異なるとしても、全く同じ物語の展開が続く。）保護されるべき「表現」であると考えられるべきものか、という問いを行うことができるよう、二つの作品について、それぞれ複雑な抽象化の階層を作ることを求めるようである¹²。

分析という観点から更に細かく再分化されているのは、コンピュータプログラムの侵害判断の際に広く用いられている「抽象化－濾過－比較」テストである。**Learned Hand** 判事のテストと同様、このテストは、まずは抽象化の階層化から始まり、その後、すべての保護されない要素（効率的な設計、一般的に用いられる土台となるもの、プログラムが動作するハードウェア若しくはソフトウェアによってその設計が制限される要素等）について検討の対象から外すことを求め、その後、侵害が惹起したか否かを判断するために残った表現の「一番価値を有する部分（Golden Nuggets）」を比較する¹³。

¹² Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir.1930 年) (Hand, J.)。

¹³ たとえば、Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 706–11 (2d Cir.1992 年)

しかし、別の裁判所は、類似点と相違点という細分化を行う分析を拒絶し、侵害は、二つの作品の類似性若しくは「全体のコンセプトと感覚」について一般人の印象の見地から判断されるべきであるとする¹⁴。

第9巡回控訴審裁判所は、2ステップの分析を求めることで、この二つのアプローチを双方用いることを求めてきた。類似点と相違点の「外的」分析が行われ、その後、より主観的なアプローチをとる「内的」分析が行われる¹⁵。しかし、このテストが様々に異なる文脈において適用されるかを予測することは非常に困難である。

侵害判断のテストと分析が標準化されていないことが、著作権の境界についての不確かさや二次創作者に対する萎縮効果に繋がっている。私たちは、より論理的一貫性があり、予見可能な分析の枠組を作り出すことは可能であると信じており、もし裁判所がこの問題についてコンセンサスを得ることができないのであれば、私たちは、アメリカ法律協会のような他の機関が著作権侵害のテストを洗練する作業に取り組むことを提言したい。

D. 侵害を抑止する合理的手段を講じる者のためのセーフハーバー

提案#9

侵害を最小限のものとするための合理的で、有効な、かつ市場において入手可能な手段を講じるオンラインサービスプロバイダーは、他の者の侵害行為に対するセーフハーバー（免責措置）が与えられるべきである。

パートIIで、技術が、広範に広がった著作物の無許諾頒布と実演を防止する役割を果たす可能性があることは指摘した。オンラインサービスプロバイダーは、そのような活動を可能にする設備を有しており、侵害防止措置を採る最もよい実務的な地位にあることも時としてあるかもしれない。この提案は、そのような作業を引き受けるオンラインサービスプロバイダーに対して新たなセーフハーバーを作り出そうとするものである。

DMCAの一部として著作権法に追加されたISPセーフハーバー規則は、二つのゴールを達成することを目的としていた。（1）サービスプロバイダーをユーザーの活動から生じる過度の責任から守ること、及び（2）プロバイダーに対し、侵害の減少に参加することを促すこと、である。これらの目的を達成するため、議会は、サービスプロバイダーに対し、

を参照。

¹⁴ たとえば、Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Dev. Corp., 602 F.3d 57, 66 (2d Cir. 2010 年) ; Roth Greeting cards v. United card Co., 429 F.2d 1106, 1110 (9th Cir. 1970 年)（「全体のコンセプトと感覚」という用語を生み出した。）を参照。

¹⁵ たとえば、Sid & Marty Krofft Television Prods., Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157, 1162–67 (9th Cir. 1977 年) を参照。

実質的に責任から解放することと引き換えに削除の申立てに対応すること等の、ある種のステップを踏むことを奨励する四つのセーフハーバーを設けた。

DMCA の制定以来、技術は、インターネット上で入手できる又はインターネット上で頒布される侵害物をよりきちんと認識し、振り分けることができるようになってきている。この技術のほとんどは、サービスプロバイダーとコンテンツ会社との間の技術に潜在的な市場があると考えられる小さな企業家たちによって開発されてきた。技術はますます「賢く」なっており、たとえば、著作物である映画が、どの程度オンライン上にあるファイルに含まれているか、そのファイルが、その映画から取り出したビデオやオーディオと新しい素材とを結合しているかどうかさえも判断することができる。DMCA についても同様であるが、もし、その技術が侵害を回避するために合理的で、有効な、かつ市場において入手可能な手段であるならば、提案されるニューセーフハーバーは、サービスプロバイダーに対し、そのような新しい技術（又は後に開発される技術）を採用することを奨励するだろう。

手段が「合理的」と見なされるためには、ユーザーのプライバシーの利益及びおそらくその他の社会的な配慮とともに、フェアユース等の著作権者の排他的権利に対する制限にも適切な考慮をするものであることが必要である。合理性は、採用することでかかるコスト、それをいようとする企業体の規模、当該企業又は技術が生み出す私的な又は公的な価値とともに、当該技術が抑止又は減少させられると思われる著作権者に対する損害を十分に考慮して判断されなければならない。著作権者は、そのような手段に要する費用の一部を、特に、どの作品が当該 ISP のネット枠を通じて配信されてよいものか否かに関する情報を作り出すことに関しては負担すべきである。

手段が「市場において入手可能」なものであることは、技術が第一に侵害を抑止するために設計されなければならないという意味合いを持つことを避ける趣旨からである。しかし、市場において入手可能な技術が、商業的にみて合理的方法でオンラインネットワークといった既存のシステムに取り込むことが可能なものであり、重大な侵害行為を効果的に減少させるものであるのなら、システム管理人がそれを採用しないことは、セーフハーバーによる責任からの保護がその当事者に与えられるか否かに関連性を持つてくるだろう。

実際の問題は、そのようなセーフハーバーを採用しようとする時に生じる。すなわち、どのように、許容される適法な利用やプライバシーの保護といった等式のもう一方の側について十分な考慮をしていない手段の採用を抑えつつ、他方で合理的な手段の使用を奨励するか、という問題である。サービスプロバイダーがセーフハーバーを得ることを期待して、その悪影響と全く関わりなく、何の「配慮もない」フィルターを採用することを選択するリスクがある。サービスプロバイダーは、そのような措置を採ることが消費者の不満を引き起こすという点で、経済的にみれば、そのような配慮のない道具を利用したくないかもしれないが。

私たちは、この実際上の問題に対する解決について意見の一致を見なかった。しかし、更に検討するに値する一つのアプローチは、連邦取引委員会のような特定の機関に対し、

ある特定の技術的手段が実際に合理的で有効な、かつ市場において入手可能なものであるかどうかの判断を求めるというものである。当該手段が合理性、有効性及び商業的な入手可能性の基準に合致していることの証明責任は、その利用を促進したいと希望している会社に課されることになる。

そのような手段を採用しないことは、それ自体で、著作権侵害の責任を惹起するべきではない。もし他の証拠により侵害を惹起する実際上の意図が証明されるのであれば、その事実も、二次的責任の評価において考慮され得ることにはなるが。私たちは、侵害を弱めるための合理的な手段の潜在的な可能性は、すでに世界中の研究室の研究者をしてその解決に向かわせている。一政府機関は、新しくかつよりよい解決方法が得られても、市場ほどに迅速には反応することができないかもしれない。こうして、私たちは、セーフハーバーによって、サービスプロバイダーが、入手可能になった時点で自発的に合理的な手段を講じるようになることを期待している。

技術的手段の採用を奨励するあらゆる提案は、その利用の付随的作用についても認識すべきである。オンラインサービス又はネットワークへの技術的手段の導入はそれらのネットワークや関連技術の設計及び開発に影響を及ぼす。セーフハーバーを設けたことが一つの原因となって、ある有益な技術革新に萎縮的効果があるのかどうか、又は有益な技術革新が起きるのか、現時点でこれら进行评估することは困難であるが、おそらく会社が進んで始める技術革新の種類に影響を持つことになるだろう。したがって、セーフハーバーにおける「サービスプロバイダー」の定義は、技術的手段のプラス効果及びマイナス効果について比較的知られ、そして理解されているプロバイダーに焦点を当てることが重要である。

合理的な手段に関連するほとんどの議論は、二つの主なサービスに焦点を当てている。(1) インターネットアクセスプロバイダーと侵害のために設計され、利用されるピアツーピア、ファイルシェアリングによるサービスの利用及び(2) ユーザーにしばしば侵害物であるビデオコンテンツをアップロードすることを認めるオンラインビデオサービスである。ここで議論された合理的な手段の提案は、よく知られているサービスを念頭に考え出されたものである。しかし、依然として、その妥当性と有効性については重要な問題が提起されている。

類似のセーフハーバーの提案がその他の種類のサービス、コンピュータネットワーク、携帯機器とそのネットワーク、パーソナルコンピュータ及びその他の技術にも当てはめるべきか否かは、全く異なった答えとなる全く異なった問題を提起するかもしれない。慎重なアプローチは、これらのコンセプトをその他のサービスや技術に当てはめる前に、小さなステップから始め、そこをから学ぶことであろう。この不明確さが、強制的ではなく自発的なセーフハーバーアプローチを支持する一つの理由である。

さらに、どんなに技術が「賢い」ものであっても、著作権侵害か否かの判断は、しばしば単純な二者択一を受け入れず、技術の範囲を超えるであろうフェアユースのような問題

の評価を必要とする。どんなセーフハーバーも、「誤った判定」を正すため、ユーザーが合理的手段を適用されることの通知を受けること及び、その適用を争う機会のための規定を持たなければならない。

CPP グループの大多数は、前述した非強制的なセーフハーバーアプローチを支持するが、何名かのメンバーは、強制的なセーフハーバーアプローチも、少なくとも検討はされるべきだと考えている。このアプローチは、合理的手段を講じる義務を ISP に課すことになる。彼らの見解では、セーフハーバーは、それが会社を潜在的な責任から守る限度で意味がある。現在、仲介業者は、通常、代位責任や寄与責任といった二次的責任論の下で潜在的な責任に面している。それらの法理は、ある当事者が直接侵害者であることの証明を必要とし、それが次に、オンラインサービスの個人ユーザーに対して責任の脅威を向けるものとなる。さらに、二次的責任アプローチは、いつ仲介業者がその顧客の行為について責任を負うべきかという回答が困難な問題—認識、誘引、コントロール等の非常に難しい問題に関わるもので、裁判所の判断が分かれている問題—を提示する。

可能性のある強制的アプローチを支持する者は、二次責任に依拠する程度を軽減し、それによって上述した困難を回避したいと考えている。彼らは、広範に広がる危険性を孕む消費的な著作権侵害の危険（及び事実）を生むオンラインサービスのシステムの一部として合理的手段を採用することを法に単に求めるべきであると確信している。強制的アプローチの支持者は、上記に概要を述べた合理的手段の範囲はそれ自体合理的なものであり、その強制的な採用が仲介業者の経済的利益又はデジタル経済一般に対して害を及ぼすということにはならないだろうと考えている。もしそのような提案が採用された場合、主な問題は、すでにセーフハーバーの創設に関する部分ですでに述べたとおり運営上の問題となるだろう。別の選択肢として、彼らは、ISP の責任を解決するために二次的責任法理が利用され続けるのであれば、知られた侵害を防止するために合理的手段を採用しないことが、二次責任を課すことを肯定する一つの要素として考慮されるべきであると提案する。

しかし、CPP のメンバーの中には、非強制的なセーフハーバーでさえも、ある種の危険を生むと考える者もいる。ISP を責任から解放せず、そのようなセーフハーバーを設けることは結局、二次的著作権侵害責任の範囲の拡張につながる可能性もある。セーフハーバーは、対応する責任に対してのみ意味を持つものである。議会が第 512 条のセーフハーバーを設けたのは、ISP に対する潜在的な寄与責任又は代位責任を裁判所が認識していることに対する直接の反応として、特に、侵害コンテンツがシステムに保存されていることに対する責任から ISP を保護するためであった¹⁶。いわゆる「合理的な」技術的手段を講じていな

¹⁶ Religious Tech. Ctr. C. Netcom On-Line Comm'n Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1369 n.12 (N.D. Cal.1995 年) を参照。WIPO COPYRIGHT TREATIES IMPLEMENTATION AND ONLINE COPYRIGHT INFRINGEMENT LIABILITY LIMITATION, H.R. REP. NO. 105-551, pt. 1, at 11 (1998 年)。

いということだけに基づく二次的責任に対応するものを裁判所は判断していない。非強制的なものであっても、セーフハーバーを設けることは、合理的技術な手段を講じていないことに対し ISP は責任を負うべきことを暗に示唆することになるかもしれない。ある手段が最終的に「合理的」と判断されるか否かを推測することに関連する予想される費用や不確実さを考えると、提案されている非強制的なセーフハーバーを認めると、ISP を責任の回避のために不合理な技術的手段を採用する方向へ向かわせることになるかもしれない。

非強制的セーフハーバーを提案する一つの重要な目的は、個人のユーザーにではなく、侵害に対して最も大きな影響を与えることができる「ゲートキーパ」により焦点を当てることにある。サービスプロバイダーは、侵害を抑止するために個人以上に多くのことができ、それを軽減するために何もしない場合には、著作権者によって告知された後、侵害物がサイト上にあることを認識しながら、それを削除しない場合と同様に、著作権侵害について法的責任を負担してもよいと思われる。もちろん、サービスプロバイダーは、不当な経済的負担を課されることなく、彼らの本質的なサービスを提供し、そのサービスを革新することについて自由でなければならない。現在の提案は、中間に着地するところを見つけ、侵害を防止するうえで技術が担うかもしれない役割について徹底的に検討するように刺激を与えることを試みたものである。

E. 法定損害に関するリフォーム

提案 # 10

著作権法が実際に生じた損害に代えて法定損害の回復を選択する権利を維持することになるのなら、一貫性があり、合理的で正当な方法で法定損害の賠償を認めるためのガイドラインが設けられるべきである。

著作権者は、長い間、侵害が彼らにもたらした現実の損害、すなわち、著作権者が課していた許諾料、著作権者が得ていたであろうロイヤルティ収入の流れ、侵害がなければ得ていたはずの利潤等の損害について賠償を認められてきた。著作権法は、勝訴した原告が被告に対し、侵害に起因した利益についても賠償として支払わせることも認めている。この不正利益の剥奪は、侵害の抑止や不当利得の防止にきわめて重要な役割を果たしている。これらの救済は、全部が一体となって、それらがなければ、潜在的な侵害者が持つかもしれない、著作権者に強いて許諾料といった填補的な賠償だけで不本意な権利許諾をさせようとするインセンティブを奪うか実質的に縮小させている。これらの現行著作権法の救済に関する仕組みの核心部分は妥当なものである。

現行法は、また、迅速に登録をした著作権者が、実際に生じた損害及び侵害者が得た利益に代えて、「法定損害」の賠償、通常のケースで 1 侵害作品あたり 750 ドルから 3 万ドルの範囲の金額で、故意侵害の場合で 1 侵害作品あたり 15 万ドルを上限として、それぞれ裁判所が「正当」であると判断する額の賠償を求めることを認めている。裁判所は、侵害者

がその行為が侵害であると知らなかった及び侵害であると信じるだけの理由が存在しなかったことを証明した場合は 200 ドルまで、善意の利用者が非営利目的の教育機関と関係がある場合には、0 ドルまで法定損害を減額することができる¹⁷。

法定損害は、しばしば、実際に生じた損害及び侵害者の取得した利益を立証することが困難である場合、立証費用が高い場合又は損害と利益とが低額である場合に、合理的な損害賠償の補填を提供する。その基準の高い金額では、法定損害は、悪意の侵害に対する更なる抑止又は罰を与えるものと考えられている。

しかし、幅広く無数に上る許諾された賠償は、賠償のための基準やガイドラインを欠いていること、原告が一方的に訴訟のいつの時点でも法定損害賠償を選択する権利があること、及び被告がその行為が侵害であったと認識すべきであったという場合に裁判所及び陪審員が積極的に悪意による侵害だと決定するといった事情も手伝い、他の類似ケースと一貫性を欠く、恣意的であてにならない賠償となることが極めて多く、現実の損害や利益の現実的な評価と比較して過度に高額になったり、不均衡な金額になったりすることもしばしば起こる¹⁸。

法定損額の予測不可能性が、しばしば、異議を申し立てられたとしても合法となるであろう行動に対して望ましくない萎縮効果を及ぼしている。法定損害が正当なものであることを保証するためにガイドラインを設けることは議会には可能なことであろう。裁判所もまた、事案ごとの分析を通じて、法定損害についての原則的な司法判断を打ち立てることができる。しかし、これまでのところ、そのようなことは起こっていない。もし、法定損害を米国著作権法の中に維持し続けるということであれば、その正当な適用のためのガイドラインを設けるべきである。

提案 # 1 1

法定損害の抑止又は懲罰機能の代替手段は、裁判所に対して、例外的な場合に、侵害された著作物が侵害開始前までに登録されている場合に限り、実際に生じた損害及び侵害者利益の 3 倍まで損害賠償を増額させる裁量権を与えることであろう。

CPP のメンバーは、悪質な侵害者を取り扱うための、法定損害に代わる代替方法について検討した。悪質な侵害に対する更なる抑止又は懲罰を上乗せするために、実際に生じた損害／侵害者利益の額の 3 倍まで増額する権限を裁判所に与えるものである。この選択肢は、損害賠償が侵害者の行為とよりバランスがとれており、また著作権者が蒙った実際の損害とより均衡のとれたものとなることを確保する一方、法定損害が目的とする一つである抑止又は懲罰の目的を維持し、はっきりとさせるものとなろう。

¹⁷ たとえば、Pamela Samuelson & Tara Wheatland, Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform, 51 WM. & MARY L. REV. 439, 474–75 (2009 年) を参照。

¹⁸ 同上 at 480–91。

実際の損害と侵害者利益の回復からこの提案を切り離すのは、現在の法定損害規定の根本的な構造上の欠陥の一つを正すことを目的としているからである。すなわち、一つの法定損害規定に混合された二つのはっきりと区別される目的である。一つは、損害は利益の損害が困難な場合であっても一定の補填が必要とされることであり、もう一つは、悪意の侵害者に対して課されるより高額な損害賠償の必要とされることである。損害賠償の増額に対し乗数を基礎とするアプローチをとるのは、特許法や商標法といった他の知的財産法における賠償へのアプローチと一貫性を持ち、同時に、懲罰的損害賠償は、一定の事案において実際に生じた損害と合理的な関係を有しているべきであるとする最高裁判所の判断にも合致するものである¹⁹。

この提案は、一定の事案において損害賠償額の増額を認めるか否かの決定を、現在の法定損害賠償制度のように原告のみの選択に委ねるのではなく、裁判所の裁量に委ねようとするものである。私たちは、前述の方式主義の提案と同様に、賠償の増額の適用をその作品の登録をしている権利者に限定する。

この提案は、法定損害賠償制度における予見可能性と不均衡性に関する懸念を解決するものだろうが、一部の者は、現在の法定損害賠償制度が強く推進している目的の一つ、すなわち、実際の損害の立証が困難である場合に意味のある救済を提供するという点に十分に対処できない可能性があるため、留保している。著作権の事案において、損害賠償が違法抑止のみならず、損害補填という著作権法の目的を達成することは重要なことである。

F. 差止制度に関するリフォーム

差止命令は、米国著作権法において長期にわたり定着した救済方法であり、また、それはそうあるべきである。著作権者に対する損害が、差止めが発せられなければ回復不能なものである場合には極めて重要であり、必要なものである。金銭的賠償が違法行為を無効なものとするのに不十分な場合等、たくさんの理由から損害が回復不能になる可能性はある。そのように不十分になるのは、適正な損害賠償額を確定させるのが困難な場合であることもあろう。また、原告のビジネスに深刻な程度までダメージを与えたり、金銭的な判決を得る能力に支障を生じたりする傾向にある場合にも、回復不能となろう。差止めによる救済は時として適切なものだが、そうでない時もある。以下の提案は、差止めによる救済に関係する二つの問題を解決するものである。すなわち、差止めを発する前に伝統的な衡平法上の原則が適用される必要があること、損害賠償が侵害行為によって生じた損害を完全に回復するので差止めによる救済が適切でない可能性がある状況の2点である。

¹⁹ たとえば、BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1999 年) を参照（適正手続違反を構成するほど高額なので、懲罰的損害賠償金の裁定を取り消した。）。

提案 # 1 2

裁判所は、著作権侵害事件の仮処分事件及び本案事件のいずれにおける差止めについても裁量権を有するべきであるが、差止命令を発する前に伝統的な衡平法上の原則が適用されるべきである。

近時の *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*²⁰における最高裁判決に従い、裁判所は、著作権法やその他の知的財産法における差止救済の衡平法上の基礎に対する意識を改めてきている²¹。適切な著作権の諸原則は、差止めは自動的に発せられるべきではないという *eBay* 事件において認識された原則を支持する。私たちは、著作権事件において、裁判所が差止命令を認めるか否かの権限を有するのが適切であると信じる。伝統的な衡平法上の原則に十分に注目することが著作権法の根底にある目的を促進させることになる。*eBay* 判決が示すのは、差止命令が発せられるためには、著作権者は回復不能な損害を蒙ること及び普通法上の規定される救済は損害の補填に不十分であることを立証しなければならないということである。衡平法上の原則を利用することは、頻繁に差止命令が認められることによって著作権法の目的が覆されないことを保証することに貢献し得る。

もう一つの問題は、原告が仮処分又は本案において差止命令を求めている場合、裁判所は回復不能の損害を推定するべきか、という点について存在する。著作権事件においては、裁判所が、権利者に対して、仮処分命令が発せられなければ回復不能の損害を蒙るということを実証することを要求もせず、本案における勝訴の合理的な蓋然性を証明したら、仮処分命令を発令するのが極めて一般的なものとなっている。これらの事案における損害は、しばしば回復不能であると推定されている。また、いったん侵害が認定されると回復不能であると推定されるのも一般的である。いくつかの裁判所は依然としてこの推定の利用を継続しているが、これらの推定の妥当性は、*eBay* 判決の影響で、特に仮処分に関して、*eBay* 判決後のいくつかの事案において疑問を呈されている。しかしながら、どの事案においても、自動的に回復不能の損害を推定するのは問題がある。

創造性を有する利用者の表現の自由や言論の自由の利益それ自体が問題であり、変形的な利用は、しばしば適切な非侵害の抗弁を構成するので、回復不能の推定は、パロディ、リミックス及びマッシュアップといった既存の作品の変形的な利用の場合は特に厄介なものである。

他方、回復不能の損害の立証の程度は、明白ではっきりとした侵害行為に対する差止めを排除してしまうほどに高いものを求めるべきではない。たとえば、海賊版や権利者の意図する作品と競合するような無許諾の派生作品を作る者に対する差止めは適切なものであろう。これらのタイプの損害は、回復不能な損害となる可能性が高いだろう。

私たちは、これらの懸念に対応するため二つのオプションを検討した。一つは、すべて

²⁰ 547 U.S. 388, 391–94 (2006 年)。

²¹ たとえば、*Salinger v. Colting*, 607 F. 3d 68 (2d Cir. 2010) を参照。

の著作権事件において回復不能の損害の推定を排除するものである。このアプローチの下では、いずれの場合でも、差止命令を得るためには、著作権者は、衡平法的要素のすべてを立証しなければならないだろう。目的は、著作権者の合理的な行使に対する利益と二次的な創作者の利益の双方を十分に保護しようとする裁判例を発展させることである。二つ目のアプローチは、回復不能の損害の推定を、海賊版やその他の分かりやすい侵害に関する事案のようなものに限定し、他のケースでは著作権者に回復不能の損害の立証を求めるものである。分かりやすい侵害事件においては、回復不能な損害の推定は、衡平法と迅速な裁判の双方の利益に資するものとなろう。

eBay 判決の観点から、著作権事件における原告もまた、生じる困難のバランスが自分にとって有利なものであることを立証するべきであり、裁判所は、差止命令を発するか否かを判断する際に公益への影響を明確に検討するべきである。これらの最終的な考慮は、裁判所の意識を差止めが持つかもしれない被告だけでなく社会一般への影響に向けさせるものである。これは、明確に修正第 1 条及び知識の広範な普及を促進するという著作権の憲法上の目的を考慮することを奨励するものとなろう。

提案 # 13

裁判所は、自らが有する、差止命令に代えて他の救済を付与する裁量を利用するべきである。

最高裁判所は、繰り返し、被告に対し、一括払い又は継続的なロイヤルティによって一定の金額の支払うこと及び／又は、裁判所が状況に応じて適切であると判断するその他の条件が成就することを条件に、違法であると判断された行為を継続することを認めてきた²²。裁判所は、どのような場合そのような代替的救済が認められるのか道標を設けるべきである。

下級審は、これまでのところ、仮に利用許諾料の支払いを条件としても、侵害であるとはっきりと判断された行為を継続することを認める救済を発することに消極的である。そのような救済は、強制的なライセンスを課すものであり、被告となることが想定される者が事前にリスクを別なものと計算するだろうという理屈から侵害を助長するものと見ることでもある。私たちは、この結論が他の救済手段が得られることから当然に生じるものだとはいえない。裁判所が、効果的に代替的救済手段が付与される可能性のある状況を明確にすれば、代替的救済が与えられる可能性が悪質な侵害を助長することにはならないだろう。逆に、適切な事案においてそのような代替的救済が講じられる現実的可能性は、実際に、著作権者と侵害者とされるかもしれない者との適切な取引へとつながるべきである。

代替的救済は、いくつかの場面で適切なものである。たとえば、被告が新しい作品を作るためにある著作物を無許諾で利用したが、その著作物の部分は、その新しい作品のごく

²² たとえば、Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 578, n.10 (1994) を参照。

一部であり、その他の要素が新しい作品を創作する際により重要な役割を果たしているといった事案を考えてみてもらいたい。そのような状況では、裁判所が、著作権者への金員の支払を条件にその新しい作品の利用の継続を認める方が適切かもしれない。著作権者が新しい作品の更なる利用を裁判所の命令により停止させると警告することができるために、紛争を解決するための交渉を曲げてしまう可能性がある、妥協を許さない不適切な状況を作り出すこともあり得る。他方、被告が、著作権者の作品を無許諾でほとんど丸ごと利用し、ほとんど又は全く自身の創作性が見られない場合、その被告の地位に置かれる者に対して、著作権者が妥協を認めない対応をするのは適切であろう。

実質的類似性やフェアユースの事案で判断が分かれる問題に関係する事案もまた、仮に裁判所が違法であると判断したとしても、更なる利用に対する差止めは不適切である可能性がある。言論の自由や表現の自由の問題に関わるときには、特に適切である。しかしながら、そのような代替的救済が得られるということは、別の問いであり、またそうあるべき侵害の判断には何ら影響がないということは重要である。被告の意図、特にコピーの認識の欠如もまた、裁判所が進んで差止めの代替措置を認める要因となる。

代替的救済措置は、集合的行動の問題又は多数の著作権者から必要なすべての権利処理を行うことが困難であるという市場の失敗が認められる場合にも適切なものとなろう。もう一度述べる。ある一人の著作権者が完全な差止めをすることができる又は、それのおそれがあるだけで、ある大きなプロジェクトを終わらせることができる権限は、そのプロジェクトを停止させてしまうことになるかもしれないし、さらには、そのプロジェクトの開始自体をとめてしまう可能性もある。これは、一人の著作権者が行使することができる不釣り合いなほどに大きな権限によるものである。

侵害行為の差止めを認めるか、利用許諾料を支払う又はその他の条件をつけることでその活動を認めるかを決定する際は、裁判所は次のような関連要素を考慮すべきである。

- (1) 被告が行っている利用による公衆のメリット
- (2) 被告により侵害作品に追加された著作物性
- (3) 実質的類似性のテストにおけるその類似性の高さ
- (4) 被告の（認められない）フェアユースその他の抗弁の強さ
- (5) 原告が差止めを請求する非経済的な動機
- (6) 被告の動機

また、裁判所は、完全な差止命令が、著作物を利用することに被告が有する利益とどのような利用によって原告に生じる損害との関係において不均衡であると考えられる可能性についても考慮すべきである。

被告に著作物の継続的な利用を認めるための適切な金銭的補填を決める場合、その補填は、フェアユース又は、その他の許容されるコピー（たとえば、実質的類似性における極めて微妙な問題等）を超える部分についてのみを対象としたものであるのが適切であろう。最後に、そのような差止めに対する代替的措置がもたらすかもしれないインセンティブへの影響に対して細心の配慮をすることは重要なことである。一定の場合には、侵害行為の前に交渉を行っていた場合に想定される合理的なロイヤルティを越える利用許諾料の支払いを要件とすることが合理的な場合もあろう。

G. パブリックドメインのリフォーム

提案 # 14

情報の素材が一度著作権に関するパブリックドメインの一部となったら、それは、パブリックドメインの中に置かれたままでなければならない。

パブリックドメインは、著作権の排他的権利に服さない数多くの情報素材を含んでいる。パブリックドメインに属する素材は、一般的にだれによっても無料で入手可能なものであるが、契約がこれらの情報へのアクセスや利用をコントロールするために用いられることがしばしばあり、それは著作権法の優先法理に従う。米国法においては、著作権のパブリックドメイン政策の基に、学問の発展を促進するという憲法上の目的とともに、表現の自由及び競争の自由といった基本原理がある。このため、私たちは、パブリックドメインに属している情報素材は、そのままであるべきだと考える。

創作的な作品及び情報素材は、様々に異なった方法でパブリックドメインの一部となり得る。実用品（たとえば、椅子）のデザインといった創作物は米国においては著作権の保護を受けることはできず、それゆえにそれが公表された時点で（それが意匠権を獲得しない限り）、パブリックドメインに含まれることになる。個人別電話帳といった作品は、著作権の独創性要件を充足するだけの創作性の発露を欠いており、発行とともに、同様にパブリックドメインに含まれる。著作権の保護期間が終了した後、著作物は、パブリックドメインに存在する他の（著作権によって）保護されない作品の中に加わる。1989年以前に制作された数多くの著作物もまた、適正な著作権表示を欠くためにパブリックドメインに含まれている。著作権によって保護されている作品でさえ、パブリックドメインに属する情報、アイデア、原則といったものを含んでいる。

提案 # 15

著作権法は、著作権者がその作品をパブリックドメインに供することを容易にするべきである。

著作権のパブリックドメインは、著作権者が、その作品をパブリックドメインに供することを選択している著作物も含み得る。たとえば、研究者は、絶版となっているその書籍をデジタル図書館において無料で入手可能にすることに関心を持っていることもあろう。パブリックドメインへの献呈は、裁判所によって認識されてはいるが、現行著作権法において明確に規定されていない。そのような献呈をするためには、それをはっきりと示す行為又は、著作権を放棄する意思を明確にしている著作権者による表明が必要となる。

パブリックドメインへの献呈の裁判所における認識は継続されるべきであるが、著作権者が献呈という目的を達成することを容易にする立法上の定めがあることが望ましいであろう。一度著作権者がその作品をパブリックドメインに供した場合、それは排他的権利のコントロールが及ばないものであり、また、及ばないものでなければならない。著作権法は、パブリックドメインへの献呈が移転終了ルールに従う著作権の移転でないことを明確にするべきである。

H. 著作権の制限と例外

提案 # 16

アイデア、情報だけでなくそれ以外のより多くの要素が著作物に対する著作権保護の範囲から除かれるべきである。

著作権法に関する重要な制限が 1976 年著作権法の第 102 条(b)項に規定されている。この規定は、アイデア、概念、原則を、手続、プロセス及び操作方法といったものとともに著作物の保護されない要素として位置づけている点において優れた著作権の原則の一部を具現化したものである。

私たちは、著作権法が保護しない、そして保護すべきでないたくさんの著作物の要素をより反映する修正規定を提案する。この目的を達成するための正確な法律上の文言についてコンセンサスを得るに至らなかったが、以下の例は、その考えを例証するものである。

著作権の保護は、著作者の表現に及ぶが、以下の要素は、それがどのように表現された作品に具現化されているかに関わらず、保護されない。(a)アイデア、概念、原則、(b)事実、データ、ノウハウ若しくは知識、(c)ある種の著作物における平凡な要素、(d)法、規制又は規則、(e)システム、プロセス、手続、操作方法若しくは機能。アイデアやその他の保護されない要素を表現するために一つ若しくは非常に限られた数の方法しかない、その作品又はその作品の要素についても著作権の保護が及ばない。(a)から(d)で特記された要素は、作品が公衆に提供され、営業秘密として保護できなくなった時点で、パブリックドメインに属するものであり、無料でのコピー及び再利用のために入手できるものである。(e)で特記

された要素もまた、実用新案権 (Utility Patent) で保護されない限り、それらが説明され、又は具体化されている作品の出版によりパブリックドメインに属するものとなる。

提案 # 17

著作権法は、現行法で認識されている以上のフェアユースの目的が存在することを認識すべきである。

米国著作権法のもう一つの重要な制限は、フェアユース規定に具体化されている。著作物のフェアユースは侵害ではない。最高裁判所は、フェアユース規定が、それがなければ存在するであろう著作権と言論の自由、表現の自由との間の緊張を緩和するために機能することを認識している²³。それはまた、学問の進展を促進するように、二次的著作者が既存の作品の上に作品を築くことができることを確かなものにする役割を果たしてもいる。実際、フェアユース法は、これ以外のより幅広いポリシーに奉仕するものであり、私たちは、改善されるフェアユース規定は、実務上フェアユースがしばしば用いられる社会政策目的の範囲をより正確に反映するものとなると考えている。

フェアユースは、以下の場合によく認められている。

- (1) 二次著作者が、原著作物を批判する又はパロディを制作する原著作物を利用する、若しくはその他新しい作品を創作する過程で原著作物の位置づけを変形するような形で捉えなおす場合。
- (2) 二次著作者が、新聞報道、教育、研究又は芸術表現等の過程において、先行する作品の一部又は全部を生産的に利用する場合。
- (3) 二次著作者が、互換性のあるプログラムを制作するために必要な情報にアクセスするためにコンピュータプログラムのリバースエンジニアリングを行うなどの情報へのアクセスを高めるために偶発的な複製物を作る場合。
- (4) 比較広告を行ったり、その他競争を促進したりするために、競争者が著作者の作品を利用する場合。
- (5) 人が、著作者の市場を競合したり、市場に害悪を及ぼしたりすることのない非商業的な私的な利用を行う場合。
- (6) 市場の失敗が権利処理を行うための適切な市場の発展を阻害する場合。

²³ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219 (2003 年)。

- (7) 行政上、法律上の、又はその他政府による、合法的な政府目的を実行するために必要な利用である場合。
- (8) 裁判所が、議会により検討もされなかった利用に直面し、フェアユースの利益考量のプロセスが著作権の目的と合致する法解釈となる場合。

現在同様、利用される量及び実質性と著作者の市場に対する害悪の可能性は、ある利用がフェアか否かを判断する際に考慮されるべきである。

提案# 18

著作物の私的利用は、一定程度の特別な保護が与えられるべきである。

CPP グループ内で長く議論された一つの難しい問題は、著作権法が、著作物の私的な利用によるコピーをどう扱うべきか、である。私たちは、この問題についてコンセンサスを得るには至らなかった。ある者は、私的利用は、フェアユースという題目の下で扱われ続けるべきであると考えている。またある者は、排他的権利が、ほとんどの私的利用によるコピーをその範囲内に含めることのないように定められるべきであると考えた。さらにまた別の者は、慎重に設計される私的利用の例外規定を支持した。私的利用のために一定の許容範囲を設けることは、著作権者のコントロールに対する意味のある制限を是とする著作権の原則に合致するものである。

著作権法が規制する活動領域から著作物の私的利用を除外することを支持する複数の理由を挙げることができる。

第一に、著作権の主な仕事は、著作物の商業的利用が、著作者が創作のための投資を回収するのが一般的であることから、その商業的利用をコントロールする手段を与えることにある。定義に従えば、私的利用は、そのような利用に関係するものではない。

第二に、公衆の構成員は、しばしば、著作物の私的な利用を通じて自己を表現する—あるものは性質上変形的なものかもしれないし、そうでないこともあり得る—そして、著作権法は、その作品を守る著作者の利益と同様に、利用者の自己表現にも敬意を表すべきである。

第三に、すべてではないが、私的利用の多くは、家庭、自動車その他の、人々がプライバシーについて合理的期待を有している場所で起きる。プライバシーの利益に対する敬意は、私的利用を著作権の範囲から除外することを支持する。

第四に、仮にプライバシーの問題は置くとしても、私的利用が生じる場所において著作権の権利を強制的に行使するのは難しく、費用もかかることから、著作物の私的利用を規制するのは一般的に言えば不適切である。

第五に、一般人は、著作権法が、著作物の多くの一般的な私的利用に適用されるとは考

えておらず、著作物の彼らによる利用のすべてを規制する著作権法を受け入れないだろう。こうして、著作権法は、保護される作品の私的な利用を禁じるところまで含むことによって、著作権法の正当性に対する公衆の認識に悪影響を与えることになる。もし私たちが、公衆の構成員が著作権法を尊重し、それを遵守してもらいたいと希望するのであれば、公衆が尊敬するような法となるように著作権法を設計すべきである。

しかしながら、著作権者の一部は、私的利用も、商業的利用と同様に、芯となる複製権に抵触するものと扱っている。私的利用によるコピーに商業的な需要がある限り、著作権者は、その対価を得たいと考えるかもしれない。たとえば、消費者は、通常、価値のあるコンピュータソフトウェアの一つのコピーにある価格を支払い、他の機械のための更なるコピーについて、更に支払う。そして、友人と共有するためのコピーのために追加的に支払うことを確実に予期している。著作権者が、変化する技術的・経済的な環境において新しいビジネスを追及するにつれて、これらの新しいモデルは、私的利用によるコピーの市場に役に立つものに焦点を当てることになるかもしれない。たとえば、映画業界は、高級ディスク上に強化された機能として追加されたコンピュータや携帯機器向けにフォーマット化された映画とともに、複数の家庭向けビデオリリースを提供し始めている。とともに、含まれている。権利者は、これらの又はその他の提供は、著作権の排他的権利の中に含まれ、その合理的で開拓の可能性が高い市場に向けられているものと考えている。彼らはまた、私的利用の例外規定を設けることは、購入者が作るかもしれない追加のコピーについて、その購入者が実際にコピーを作るか否かに関わらず、著作権者がその対価を得るために、価格の高騰に繋がるだろうと述べる。

私的利用についてどのように取り扱われるべきであるかについてグループ内にコンセンサスは存在しなかったが、私たちは、少なくとも 4 点、私的利用が著作権の対象から外され得る方法について議論した。すなわち、一般的私的利用の例外規定、いくつかの個別的な私的利用の例外規定、フェアユース法理及び慎重な排他的権利の設計を通じる方法である。

諸外国の中には（たとえば、日本やスウェーデン）、著作権法に私的利用の例外規定を設けている国がある。現行の日本の著作権法第 30 条は、「著作権の目的となっている著作物は、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ときは、...その使用する者が複製することができる。...」²⁴と規定している。法律上の一定の私的利用の例外は、記録機器及び／又は空の媒体への課金という形態で合理的な報償を必要とする。

その他の国には、一定の具体的な私的利用を例外として著作権の対象から外しているが、一般的な私的利用の例外規定を設けていない国もある。たとえば、米国著作権法は、オー

²⁴ 日本の著作権法（昭和 45 年法律第 48 号）第 30 条。

ディオ家庭録音法（AHRA）²⁵の下で、コンピュータプログラムのバックアップのコピーや録音された音楽のアナログ及び一定の範囲のデジタルコピーの非商業的利用について、著作権の対象外としている。イギリス及びカナダのフェアディーリング規定は、一般的な私的利用の例外規定であればそれに該当するであろうもののいくつかを包含するものである。一定の私的利用を認めるがそのコピーについて著作権者に対して報酬を与えるための課金を要求する国もある。AHRA はこれと同様である。

米国は、一般的な私的利用の例外規定を持っていないが、少なくとも米国の研究者の間では、多くの私的利用が、仮に訴訟を提起され最終判断まで至ったとしても、フェアな利用であり、著作物の非侵害的な利用であると判断されるだろうという点で合理的なコンセンサスがある。私的利用に関する著作権判例は非常に少ないが、*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*において最高裁判所は、そのコピーの性質が私的で非商業的なものであることをほぼその根拠として、タイムシフトの目的で放送テレビ上に現れる映像のコピーを作ることは、フェアユースに該当すると判断した²⁶。コンピュータプログラムを除き、法律上それを許容する例外規定は存在しないが、ハードドライブ内のコンテンツのバックアップをとる行為もまた同様に、フェアユースと判断される可能性が高い。その正確な範囲には争いがあるものの、その他の私的利用もまたフェアであると主張する研究者たちも存在する。もちろん、ある利用が私的なものであるという事実が、それ自体で、その利用をフェアなものとするものではない。その他の要素も同様に考慮されなければならない。

排他的権利は、私的利用を規制しないように設計することが可能である。たとえば、すでに述べたように、排他的権利を商業上の害悪を及ぼすような利用にのみ及ぶように限定することができる。若しくは、著作者は、公衆に対して作品を頒布する芯となる排他的権利を付与されるということもあり得、その権利は、私的利用を著作権の範囲の外側に置くことになる²⁷。米国著作権法は、すでに実演、展示及び頒布を「公の」ものに限定しており、暗黙にはあるが、多くの私的実演を対象外としているように思われる。複製権、派生的著作物又は翻案物の権利は、権利に、コピーを頒布する意図の証明を要求することにより、私的利用を排除するように設計することは可能であろう（たとえば、頒布する意図をもってある作品を複製するなど）。私的利用を規制しないことの根底にある政策上の理由についてより明確にすることが重要であろう。

²⁵ Audio Home Recording Act, Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237 (1992 年) (17 U. S. C. §§ 1001-1010 に法制化されている。)

²⁶ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S.417 (1984 年)。

²⁷ たとえば、Paul Geller, *Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change*, 55 J. COP. SOC'Y 168 (2008 年) を参照。

フェアユース規定を通じて私的利用を解決することにはいくつかの不利益がある。まず、裁判所の判断を得ることは、予測可能性が低く、厄介で、費用もかかる。第二に、今日、裁判所は、被告の利用の「変形的」性格を重視することが多く、そのままのコピーである私的利用は異議を申し立てられやすい状況に置かれる。第三に、米国著作権法において、フェアユース規定がすでに、あまりに多くの役割を果たしていることは明らかであり、そこから私的利用を取り除けば、フェアユースが負っている一つの重大な負担を軽減することにつながるだろう。第四に、多くの私的利用は、著作権者に対してごく僅かな損害以上のものを与えることはなく、それゆえにフェアユースになることが非常に多いので、その理由に基づき権利対象外とされるのが適切であるように思われる。最後に、著作権法における明確な私的利用の例外規定は、法が公衆の合理的な期待に合致しており、公私の利益のバランスを適切にとっていることを示すものとなる。

しかし、私的利用を守る方法としてフェアユースを維持しておくことは、免責されるべき可能性のあるすべての私的利用に関してそれぞれ名前をつけ、書き出そうと努力することよりはよいだろう。特に、技術が可能性のある利用の領域をたえず変更しているという事実を考えると、そのような列挙の作業を行うことは不可能である。

提案 # 19

図書館、公文書館及び博物館に対する著作権の例外は、進行中の技術の変化の観点から、保存及びその他の合法的な利用をより可能にするようにアップデートされるべきである。

図書館、公文書館及び博物館は、知識、捉え方の違い及び文化の量を増やし、人が周囲の世界との相互接触する能力を高めるために、書籍、雑誌、ポスター、工芸品その他のものを入手できるようにすることで公共財に資するべく作り出された機関である。公衆は、文化的な記録の保存について強い関心を有している。図書館、公文書館及び博物館は、この決定的な役割を果たす機関としての使命を有している。これらの機関によって保存されている作品、情報及び工芸品へのアクセスについても同様に強い関心を有している。図書館、公文書館及び博物館は、これらの保存されているコピーを公衆に対して提供することができる場合に限って、その仕事を進んで引き受けるのが一般的である。

著作権法は、そのような政策が著作物の市場に与える影響について考慮しつつ、図書館、公文書館及び博物館に対して、その使命を全うするように奨励すべきである。著作物へのアクセスを提供すること、利用者が著作物の非侵害的な利用をすることができるよう利用者の求めに応じて作品の複製をすること及び調査、研究を奨励することは、これらの機関にとってだけでなく、社会一般にとっても極めて重要なことである。さらに、これらの活動は、学問の進歩を促進させるという憲法上の究極的な目的を更に進めるものである。

図書館、公文書館及び博物館の例外の正確な輪郭は注意深く定義づけられる必要があるが、これらの機関は、著作権法が著作権者の利益を保護するための手立てを設けたうえで一定程度可能とすべきたくさんの活動を行う。それらの活動には以下のものが含まれる。

- (1) 保存と安全の目的から、合法的に入手された著作物のコピーを作ること。
- (2) 地域社会の必要と関心に基づき、公的に入手できるオンラインコンテンツの収集を管理、保存し、利用者の利用に供すること。
- (3) 紛失した又は盗難にあった若しくは損傷し又は状態が悪化している合法的に入手された著作物のコピーを交換すること。
- (4) 作品を認識する機器が古くなり、著作権者が新しいフォーマットで著作物を提供していないときに、作品のフォーマットを変更すること。
- (5) 元の作品及び交換する作品が合理的に入手できない場合に、元のコピーと同じ条件で、保存されている作品と交換される作品の双方をユーザーに対して入手可能にすること。
- (6) 形態は関わらず、学問研究、調査、私的研究といった目的のため、利用者のリクエストに応じて、すべての種類の作品のごくわずかの複製を作り出すこと。

さらに、図書館、公文書館及び博物館は、著作権者を保護するための十分な保護措置が採られている以上、こうした特別に許容されている行為を第三者にアウトソーシングすることができるべきである。

提案# 20

著作権法に対する制限と例外は、大部分ロビー活動の成功の産物というだけではなく、原則に依拠すべきである。

米国著作権法の数多くの例外と制限を精査すると、その根底にある規範的な正当化事由が必ずしもはっきりとしない規則の寄せ集めであることが分かる。上述したフェアユースや図書館の規定、複製物の頒布に対する著作権者のコントロールに対するファーストセールの制限、非営利的教育機関においてその指導の過程における著作物の利用を認める例外等、いくつかの例外と制限は、原理的な基礎を有しているものであると私たちは考える。しかし、園芸のフェアが権利の対象外とされ、その他のフェアについてはそうでないことは理解に苦しむものである。ある例外規定は、産業界内部で論争のある問題を解決し（ケーブルテレビシステムによる放送信号の再送信のための例外等）、また、市場の力が適切な結果を生まないであろうと議会が考える状況のために強制利用許諾のルールを設けるものである。

著作権の例外と制限について徹底的な検討を行い、これらの規定が正当化される原理的な基礎を明確にすることは、CPP の探求の範囲を超えるものであるが、将来の著作権リフォームの努力は、そのような原則を浮き彫りにするものでなければならないと、私たちは確信している。

I. 孤児著作物立法

提案 # 21

議会は、合理的で勤勉な調査をした後にも権利者を発見することができない著作物を再利用する者に対する救済を制限するべきである。

議会は、著作権の期間は、議会の度重なる著作権保護期間の延長のため、現在、歴史的な実践に照らし、極めて長く—法人著作について出版から 95 年、個人の著作物については、著作者の生存期間プラス 75 年—になっている。1920 年代から 60 年代にかけての著作物のうち、いまだに市場において入手できるものは大変限られている。しかし、ある作品の商業上の生命が終わった後も、著作権は長くその効力が維持される。それらの作品の多くは、歴史に関連する目的及びその他の研究目的に照らしてではあるが相当の価値を有している。しかし、そうした目的のための再利用は、著作権による抑制のために制限されている。特に問題なのは、合理的で勤勉な調査をした後に著作者の所在を確認することができなかった場合にこれらの作品の再利用が禁止されることである。

米国著作権局は、この「孤児著作物」の問題を認識し、著作権者の所在を確認する合理的な努力を行う者がこれらの作品を利用すること、もともとの形態のまま孤児著作物を利用できるようにすること（たとえば、歴史上の文書を含んでいるウェブサイト）及びその二次的著作物を創作すること（たとえば、1930 年代の短編から映画製作を行うこと）を可能とする立法を行うことを提案した²⁸。この立法は、後にある作品の著作者が現れても、善意の再利用者に対する救済を相当に制限するものである。本当に著作者の所在がつかめない作品は、だれによっても自由に再利用され得るものとなろう。

CPP は、著作権局の提案に沿って孤児著作物の再利用を認める立法を支持する。この法律が制定されるまで、裁判所が、古い著作物の再利用に関する事案において、適切な権利者の所在確認の努力と作品の商業的な流通価値が喪失している性質をフェアユース分析の一部として検討することを望みたい。

すでに述べたとおり、孤児著作物の問題は、著作権の方式主義が実質的に復活されれば、相当程度緩和されるはずである。ある作品が一定の期間（たとえば、創作後 14 年）内に登録されない場合には、孤児著作物として推定され、その再利用が可能であるとの推定も設

²⁸ 米国著作権局、REPORT ON ORPHAN WORKS 92-127 (2006)を参照。

<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf> で入手可能。

けられることにもなろう。適切な権利者によるその後の登録は、将来の非変形的な利用を除くものとなるかもしれないが、善意の再利用者が、合理的に孤児著作物であると信じた原作品を下敷きにした自身の創作物の成果を享受することを妨害すべきではない。

J. 著作権優先法理の再構成

提案 # 2 2

裁判所は、連邦法の契約に規定及び州法上の権利に対する優先について、それが利用者と著作権者の利益のバランスを変更するものである場合やその強制が著作権法の目的を阻害する場合には、その評価を慎重に行うべきである。

米国憲法は、連邦法が他の法律に「優越」することを規定している。これは、明示的であれ黙示的であれ、州法が連邦法と矛盾する場合、又は憲法若しくは議会が、連邦法が排他的なものであることを定める領域を州法が規制しようとする場合、州法が劣後することを意味すると解釈されてきた。憲法は、「学問の進歩を促進する」ため、著作者に対し、その作品に対する排他的権利を付与する権限を議会に与えている。こうして、著作権法は連邦法が排他的である法領域である。言い換えれば、州は、各自の著作権法を制定することができない。州が仮にそのようなことをしても、そのような州法は連邦著作権法によって優先される。この同様の優先原則は、州裁判所が州法を、著作権の存する作品若しくは連邦著作権法が著作権法では保護されないものとして扱っている非独創的なデータの編纂物やその日のニュースといった作品又はその作品のある側面に著作権類似の保護を及ぼすような形で適用する場合にも働く。また、連邦法の優先原則は、州法の解釈が連邦著作権法の目的を阻害する場合にも適用がある。

CPP グループは、ある種の契約条項の履行が、それが著作権法の目的を阻害するものであることから連邦法によって優先されるべきであるという議論を連邦裁判所の裁判官が無視する傾向にあることについて議論した。あるメンバーは、裁判官は、契約条項は、当事者がそれに合意しているという理由から優先され得ないかのように振舞うことが非常に多く、より詳細な分析がなされるべきであると考えている。また、裁判所のこのアプローチに関して認識されている問題は、現実的なものというよりも理論的なものであり、提案される見直しを行うことは、著作権システムを実際に機能させている契約の非常に上手な利用を損なう危険性があると考えられる者もいる。

このように合意には到達していないものの、この問題の議論と研究を進めるために、ここで、提案する優先法理の見直しについて触れておく。裁判所が優先法理の適否を判断する際に便宜上利用している要素は次のようなものである。

- (1) 問題とされる契約条項が、本来著作権法が付与する保護範囲をどの程度変容させているか。
- (2) 当該契約条項が出版又は公的に頒布されている作品に伴っているか。
- (3) 当該契約条項が個別に交渉されたものか、大きな市場向けの定型的な利用許諾か。
- (4) 契約によって保護の対象とされているアイデア又は情報が類似の契約上の制約のない他のリソースから容易に入手できるものか。
- (5) 当該契約を強制することが、著作権法が保護しないアイデア又は情報に対して、将来の創作を不合理に禁止し、不当な独占を作り出すような法的コントロールを創り出すことになるか。
- (6) 当該契約が既存の著作物に対する批判又は批評作品といった新たな創作物の拡布を阻害するものかどうか。
- (7) 契約の中に異議を述べられている条項を設けた著作権者の目的
- (8) 当該契約条項を強制しないことが、著作権者が保有する権利の効率的かつ実際の強制を阻害するか否か。
- (9) 当該契約がすでに著作権によって保護されない作品へのアクセスを制限するものか否か。

これらの要素は、複数の利益考量テストとして意図されたものではなく、また、立法上定める要素として挙げたものでもない。むしろ、個々の事案の積み上げを通じて、一定の場合に契約上の権利を強制することが著作権の目的を阻害するものかという究極の問題を解決する際に検討すべき点の示唆を与えるものである。

意味のある司法上の審査がなくては、著作権が達成しようとする利益のバランスは、著作権が促進しようとする活動を禁止する利用許諾又はその他の契約上の条件による妨害によって崩れてしまう可能性が高い。もちろん、フェアユースになるであろう著作物の利用を禁止する大型市場向けの標準契約の条件を無効にするというような類型的なルールを裁判所は採用すべきではない。むしろ、著作権法が本来認めている活動を行うことを禁止し、又は著作権法が本来明示的には必要としていない、たとえば氏名表示を付与するといった

行為を要求する契約上の規定は、一定の事案においては、黙示的な優先法理による分析が行われるべきである。この分析によれば、前述した要素にうまく焦点をあてることができる。この原則は、契約法の柔軟性が一定の場合に著作権の目的を阻害するために濫用され得るという危険を解決する一方で、連邦法上の著作権の強制力のある譲渡や利用許諾の手段を提供することによって著作権の目的を促進する点で、この原則は、一般的な契約の自由及び州の契約法の役割を尊重するものである。

私たちは、また、著作権の範囲を変更する契約の中にも著作権の目的を阻害しないものがあることを認識している。たとえば、ソフトウェアのリバースエンジニアリング若しくはデータベースその他の作品から事実又はアイデアを抽出し、再利用することを禁止する契約条項を考えてみよう。著作権が提供する保護の範囲を変更するものではあるが、そのような契約条項は、どの場合も著作権の目的を阻害するとは限らず、実際にはそれを促進するものかもしれない。たとえば、ソフトウェア会社は、評価目的で、ある一人の顧客にだけ頒布される顧客向けに設計されたソフトウェアに伴う契約にリバースエンジニアリング禁止条項を挿入するかもしれない。又は、ある著作者は、脚本の提案に伴う契約に「事実又はアイデアの複製はしないこと」という条項を挿入するかもしれない。いずれの場合も、問題となる条項は、作品の最初の公開と最終的な公の拡布が起こることを保証する点で重要なものかもしれない。著作権の目的を阻害するどころか、そのような補完的な契約による保護は、著作を促進し、独創的作品を拡布するという著作権の諸目的を押し進めるかもしれないのである。

しかしながら、異なる状況において契約にこれらの規定を挿入することは、著作権の根本的なバランスに対するより直接的な脅威を生む可能性もある。著作権法の下では、著作権者は、その作品の独創的で表現である部分について排他的な権利を有している。しかし、著作者は作品のあらゆる側面について権利を有しているものではない。著作権法の下では、著作者は、たとえそれが独創的なものであったとしても、作品に含まれる事実とアイデアについて排他的権利を有するものではない。政策の問題として、不当な独占を防ぎ、将来の著作のための余地を残すという双方の目的から、著作権は、作品のこれらの側面を保護せず、他人が利用できるものとしている。

州の契約法により、作品に対するアクセスを持つ者すべてを拘束する契約を通じて事実及びアイデアの再利用を制限することを認めることは、著作者が有するものとそうでないものとの間で著作権がとっているバランスを破壊してしまう可能性がある。もし、後の著作者が、その作品が、たまたま以前の作品に見られる同じ事実又はアイデアを含んでいる又は追及している場合には必ず州法の下で契約違反に基づく訴訟の相応の脅威に直面するとすれば、その著作者は、それほど容易には自分の作品を書き、競合する作品を発行することができないだろう。そのような場合に、州法上、複製又はリバースエンジニアリングの契約上の禁止を強制することは、将来のプログラマーの創作と競争の余地を残すという著作権の目的を阻害するだろう。

州の契約法を履行すると、その他の場合も同様に著作権の目的を阻害するかもしれない。たとえば、憲法上も著作権の特徴として要求される決定的なことは、著作権が限られた期間を持っていることである。利用と複製についての契約上の制限を利用することで著作権の期間を延長しようとするのは、著作権がとっているバランスを根本的に変更するものとなろう。さらに、フェアユース法理を通じて、著作権は、既存の作品を論評、批評又はパロディする新しい作品を促進しようとする。契約条項を通じて、批判、論評又はパロディすることを制限しようとする試みは、そのような作品の創作を妨害し、著作権の目的を阻害するものである。

K. 特別に委託された職務著作の再構成

提案# 23

コンピュータプログラムへの貢献は、職務著作物として扱われる特別な請負著作物の新しいカテゴリーと考えられるべきである。

米国著作権法は、作品が「職務上」作成された場合の著作権の付与に関する特別なルールを持っている。ある作品が、雇用契約の範囲において被用者によって創作された場合、米国著作権法は、雇用者をその作品の「著作者」として取り扱い、著作権は自動的に雇用者に付与される。私たちは、この種の職務著作について現行法に何らかの変更を加えることを提案するものではない。

職務著作の第二の形態は、著作者と推定される者と雇用関係にない者が、その推定される者がある作品の創作又は創作に貢献することを委託し、かつ、その被委託者が書面により、委託された作品が、注文者に著作権が保有することになるだろう職務著作として取り扱われることに合意する場合に生じる。

現行法は、映画、百科事典及び地図への貢献といった九つのタイプの作品だけを、特別に委託された職務著作としての取扱いを受ける資格を有するものとして規定している。法に規定されている九つのカテゴリーの原則となる基礎を見分けることは少し難しい。しかし、資格を有する作品は、どれも、一つの作品を作る目的で少人数以上の個人の貢献が関与しており、その作品が、すべての権利を有する一人の著作権者によって最も効率的に提供されるものであるという点で共通しているようである。その一人の権利者は、各貢献を調整し、最終成果物の創作を監督し、その作品全体をその意図した受け手に対し商業的に提供する最も適したポジションにいる。

複数の貢献が関与する特別に委託された作品を職務著作として取り扱う一つの利益は、その作品の著作権期間が、貢献者それぞれが共同著作者（最後まで生き残る貢献者は他の者より何十年も後に亡くなるかもしれない、期間の不明確さに貢献することになる。）と考えられる場合に比べてよりはっきりしているという点にある。また、そのような作品は更に、一人の貢献者が 35 年後に移転を終了し、作品全体を将来の利用者に入手できないものとす

る危険を冒すことなく、利用することができる。

特別に委託された作品の職務著作のルールが適用される作品の種類を限定することにより、議会は明らかに—私たちは、これを適切であると考え—独立の請負人によって制作された作品は職務著作と扱われるべきではないことを意図していた。独立請負人は、きっとその権利を注文者に譲渡するだろう。しかし、彼らは、米国著作権法が終了を認めた一定の期間にこの譲渡を終了させる権限を持っている。

特別に委託された職務著作のカテゴリーに関する私たちの議論は、このルールの上記のような根拠を明らかにすることへと結びついた。また、私たちは、特別に委託された新しい作品がこのルールに加えられるべきか否かについて議論した。CPP のメンバーの間には、コンピュータプログラムを 10 番目の特別に委託された職務著作として加える可能性に関心があった。上述した根拠は、独立のプログラマーたちが大きなプログラムの一部に貢献していたような状況において、そのような扱いを支持するものと思われるからである。

ソフトウェアが特別に委託された職務著作の資格のある作品リストに含まれなかったことは、ソフトウェアが 35 年以下の経済的に価値のある生命しか有していないことがよくあるので、歴史的にそれほど重大な問題とされたことはない。この事実にかかわらず、多くの会社は、現在、それ自体が問題を生む、譲渡の終了を避けるために、ソフトウェアの開発は被用者によってされなければならないと指導している。しかし、ソフトウェア産業が成熟し続けるにつれて、35 年以上も保持される細々としたコードをソフトウェアが含むこと（たとえば、メインフレームのオペレーティングシステム）もより一般的になってきている。効率的なソフトウェアの創作が、構成要素を再利用するますますモジュール化されたソフトウェアを開発者が創作するように後押ししているという事実は、最も新しい製品により古いソフトウェアの存在を増すだけであろう。さらに、経済的な切迫性から、ソフトウェア開発業者が、ソフトウェアの重要な部分の創作のために第三者をますます使うようになってきている。ソフトウェアの価値ある部分についてプログラマーが有する著作権上の利益の移転を終了させることを認める経済的な副次的影響は重大である可能性があり、費用の増大、更に悪ければ、継続的な利用が妨げられることにもなりかねない。

職務著作の例外として含まれることも検討されるべき他のカテゴリーの著作物も存在するかもしれない。そして、私たちは、新しいカテゴリーをこのルールに追加する手続きがあるべきか否かについて議論した。たとえば、私たちは、米国著作権局が、コンピュータプログラム及びその他のタイプの著作物を特別に委託された職務著作のルールに付加するルール制定権を与えるべきか否かについて議論した。私たちは、このアプローチについてコンセンサスを得るには至らなかった。

特別に委託された職務著作に該当する作品の列挙に代替するアプローチは、委託者と受託者の間に職務著作に関する合意を反映する契約が存在し、その契約が不当なものでなく、その条件の履行が公序良俗に反するものでない限り、すべての著作物について、職務著作の取扱いを許容することである。提案されている履行の強制に対する制限は、著作者／創

作者と委託者は不公平な取引上の地位にあり、委託者は、不公平なやり方で、その相違を利用する条件を定めようとする可能性があることを認識するものであろう。しかしながら、不当性は非常に立証が困難なので、CPP グループにはこのアプローチに対してほとんど支持がなかった。この政策は、独立請負人に一定の年数経過後に、移転終了を通じて著作権移転を復帰させることを認める 1976 年における議会の選択とも一致しない。

L. 移転終了ルールのリフォーム

提案 # 24

移転終了のルールは、より形式的なものでなくなるように改訂されるべきである。

少なくとも 1831 年以来、議会は、著作権が他の者に移転されていたとしても、ある時点で著作者又はその相続人が著作権の再主張をすることを可能にする仕組みを提供してきた。元々、これは、たとえ最初の著作権期間中に権利を譲渡していたとしても、第二の著作権保護の期間の権利主張をする機会を著作者に与えることによって実現された。現行法は、同様の結論を、35 年後に他の者に対する譲渡又は利用許諾を終了させることを著作者に認めるルールを通じて実現している。

著作権返還の仕組みは、ある重要な利益を有している。著作物は、長期間生き続けるかもしれない。著作物を利用する新しくそして予期できない方法が、著作権が生きている期間に生じる可能性がある。予期できない将来の利用に関して、著作者が効率的に取引をすることはしばしば困難である。その結果、著作者はシステム上、新しい技術的な利用方法が作り出す利益を共有する（又は公平に共有する）可能性が低い。新しい媒体が生まれるとき、その権利の被許諾者が、特に彼が古い媒体の既得権益者なら、積極的にそのようにしないかもしれず、又はそのようにするしつかりとした位置にいないかもしれない場合に、著作権の返還によって、著作者がそれらの新しい媒体で彼らの著作物を利用することが可能になる。著作権の返還は、新しい媒体における権利の明確化及び権利の統合を視野に入れるかもしれない。新しい媒体における権利をだれが保有しているのか不明確な場合（しばしば、そうであるように）、権利の著作者への返還は、通常、著作者（又はその相続人）がそれらの権利を有していること及び返還によってそれらの権利をはっきりと利用許諾をすることができることを保証する。

権利返還の現在の仕組みは、1977 年以後のすべての著作者から他社への移転に適用される移転手続の終了である。この仕組みは、非常に厄介で複雑なものであり、ほとんどの著作者は、現実的にはこれらの移転を終了させる意味のある機会を得ることはないだろう。終了は、5 年間の限定期間のみ有効である。その期間の開始と終了の日時を計算することが困難であることもあり、そのため、著作者が不注意で終了の機会を喪失するかもしれない。実際、有効期間が終わり、その権利が消滅した後初めて終了させる権利の存在について

知るというケースもあり得る。加えて、終了通知が、終了有効日の 10 年前から 2 年前までにされなければならないという要件もまた、著作者が間違えや不注意によって終了の権利を喪失するという事態を生じさせている。

著作者が終了期間の開始前に死亡している場合、現行システムは、法律上定められた相続人（一般的には、生存している配偶者、子供又は孫）による終了を認めている。しかし、法律が終了の利益をその指名する相続人の間で分割し、ある移転を終了させるためにはそれらの利害関係者の多数決による行動を必要とするため、それが膠着状態と計算の誤りを作り出す。法律は、終了権について分割された利益を有する者が更にそれらの権利の許諾をする場合に再び多数決によって行動することを要求する際に、同じ問題を繰り返している。この状況では、膠着状態のおそれのために、再主張される権利が全く再許諾されない危険を生み、その作品の利用が潜在的に縮小することにもなるだろう。

現行法の移転終了の規定は、CPP のミーティングにおいて相当議論の対象とされた。私たちは、現在のルールが複雑で形式的に過ぎ、そしてそれらのリフォームが有益であるだろうことについて合意に達した。しかし、これらのルールを改善する具体的な提案となると、意見のかなりの不一致が見られた。

現行法の規定が複雑すぎ、ほとんどの著作者にとって役に立っていないこと、また、終了は、著作者を保護するパターナリスティックな努力を反映するものであるということから、終了権を全く削除してしまうことを是とするある種の機運があった。著作者が実際により利用しやすいように簡略化された著作権返還の仕組みを作るために、終了のリフォームを支持する者もいた。

簡略化された終了の仕組みの一つの例は、終了権を生存期間、著作者自身のみに制限することである。このようなアプローチをとった場合には、著作者は、ある許諾の後一定の年数を経た時点で著作権の許諾を終了させる、その生涯の間の放棄できず譲渡もできない権利を有することになるだろう。しかし、著作者のみが移転を終了させる権利を持つこととなるだろう。著作者の死後、法律上の終了権は取得できないだろう。

このアプローチは著作者のみに終了を認めるため、このアプローチを是とする者は、終了の機会は今行法の下で認められるよりもずっと早期に得られるべきであると考えた。ある許諾の後 15 年又は 20 年が、終了期間を開始する適切な時となる可能性が高いだろう。1976 年法を議会が制定して以来の 30 年で、あらゆる種類の作品のマーケティングのサイクルがずっと短いものとなっており、古い作品を利用する予期しない機会を提供する新しい媒体がより頻繁に現われて来ている。

終了が起こった後でさえ、利益の被許諾者又はその承継人は、現行法と同様、終了した許諾の条件に従って既存の翻案／派生的著作物を利用し続けることが許容される。おそらく、この特権を拡張し、被許諾者が終了した許諾の条件の下で新しい派生的著作物を創作する非独占的な利用許諾権をも有するように、被許諾者の派生的著作物に対する利益への保護を強めることも適切かもしれない。

ここで議論される権利返還のアプローチは、現在の終了権規定の多くの特徴を有するものである。たとえば、終了権は、職務著作の著作物には存在しない。加えて、著作者は、移転と非独占的利用許諾を終了させることができ、終了は自動的なものではないだろう。どんな終了も米国著作権法上生じる権利にのみ影響し、著作者が移転しているかもしれない他の権利には影響しない。しかし、現在の終了システムの最も厄介な側面は、著作者がそう望めば移転を終了させることをより簡単にするように変更されるだろう。

移転の終了ルールに対する具体的なリフォームについて合意を得るには至らなかったが、著作権移転の終了ルールに関する将来の議論の参考になるかもしれないので、私たちが詳しく検討したいいくつかの考えをわざわざ明記した。

M. 視覚的著作物以外の著作物に氏名表示権を拡張

提案 # 2 5

自身の作品である認識される権利は、職務著作以外の著作物にまで与えられるように検討すべきである。

文学及び美術の著作者として適切に特定されることは、保護される作品の複製物を作成及び配布をコントロールする経済的な権利の許諾について主に焦点を当てる著作権の公式の体制が出現する以前にまで遡る利益である。氏名表示は、多くの文化及び法システムにおける一つの規範となっており、盗用に反対する確立した規範を通じたものを含め、あらゆる方法で反映されている。現代においてこの利益を明らかにしているのは、再利用される作品の著作者を承認することをクリエイティブコモンズライセンスを付された作品の利用者に要求するクリエイティブコモンズライセンスの広範な利用は、現代においてもこの利益が存在していることを明らかにしている。

著作者の氏名表示の利益は、米国が 1989 年に加盟した文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約において認識されている。この条約の第 6 条の 2 は、「著作者の経済的利益とは別個に、そして、その経済的権利の移転後でさえも、著作者は、著作者であることを主張する権利を保有するものとする。」と定める²⁹。この権利は、著作者の生存の間継続するものと思われるが、ベルヌ条約の下では、「少なくとも経済的権利が終了するまでは」継続し、「その保護が主張される国の法律により権限を付与される個人又は団体によって行使され得るものとされている」。氏名表示の利益は、米国において、契約、労働組合のルール、州法、氏名表示の利益が考慮されているか否かを考慮するフェアユースの判断又は不実表示や欺もうからの保護を図る法によって保護されることがあるが、米国著作権法は、

²⁹ 文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) 第 6 条の 2、1886 年 9 月、1 B.D.I.E.L. 715。

氏名表示の利益に関し、著作者に対して一般的な保護をいまだに付与していない³⁰。

CPP グループは、米国著作権法が、氏名表示権を著作者一般に広げるべきか否かについて相当程度議論した。氏名表示権は、主に二つの目的に奉仕するものであろう。一つは、米国法をよりベルヌ条約に合致したものとすることである。二つ目は、著作物に対して著作者表示が付与されることに対する著作者の強い願望が法的にますます認識されるようになっており、それは、他人が合法ではあるが無許諾で作品を利用する状況で特に顕著である。私たちの多くは、そのような拡大は望ましいものと考えているが、しかし、そのようにするためには、いくつかの実際上の問題を解決すること要することも認識している。それゆえ、私たちの提案は、職務著作として作成された作品以外の作品の著作者の氏名表示権を一般的に承認することについて、真剣に検討するべきであるというものである。

重要な実際上の問題点は、次の諸点である。第一に、著作者の氏名は、作品の複製物の一つ一つに表れていないといけないのか。多くの国は、氏名表示権について合理的な制限を設けており、その作品が現れる文脈、ビジネス上の慣行、氏名表示に影響する緊急性といった要素及びその作品が、本質的にそれ自体が氏名表示しているといえるほどによく知られたものであるか否かという点を考慮する。合理性の制限は、氏名表示権があまりに熱狂的に又は機械的に適用されることがないことを保証するだろう。

第二に、法は不実の氏名表示に対する保護をすべきか（たとえば、著作者が、作品が彼に帰属しないと主張することを認めること）。不実の氏名表示は、不法行為の原則の下で保護されるかもしれない。しかしながら、連邦最高裁判所は、パブリックドメインの再利用者は、現在は著作権が切れている著作者の氏名表示をせずにその作品を作成し販売した場合に出所の虚偽表示に関する法に違反するものではないと判断したことは、指摘するに値する³¹。

第三に、氏名表示権は、契約によって放棄可能なものとされるべきだろうか。著作者に対し、氏名表示権を付与しても、もし著作者が、ほとんどの創作者よりも圧倒的に強い交渉上の地位にある者から日常的にその放棄を要求されるようであれば、その権利を損ない、そして権利を無に帰してしまう可能性もある。しかしながら、この懸念に対して反対利益としては働くのは、契約の自由を尊重する米国の強いポリシーである。保護される作品の商業的な利用者が氏名表示なくその作品を流通させることを認めるにつき正当な利益を有するかどうかを決定するために調査が行われるべきである。

第四に、氏名表示権は全てのカテゴリーの作品に認められるべきか。又は、認めない場合を設けるべきか（たとえば、コンピュータソフトウェア）。

³⁰ 17 U.S.C. §106A（2006年）を参照（氏名表示権及び同一性保持権は、視覚的美術の作品の著作者だけに付与された。）。

³¹ *Daster Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23（2003年）。

第五に、氏名表示権侵害に対し、どのような救済手段が認められるべきか。氏名表示を怠ったことに起因する損害を評価することは困難な場合もあろう。注意深く作り変えた差止命令は、氏名不表示及び虚偽表示の問題を解決するための重要な救済手段となるだろう。

第六に、氏名表示権は、視覚的著作者の権利に関する法律と同様、著作者の存命期間に限定されるべきか、それとも、その他の排他的権利及びベルヌ条約に合せて、著作権の全期間にまで延長するべきか。

IV 結論

非常に多くの点において、今日の著作権法は、著作者、その権利の譲受人又は被利用許諾者及び公衆の利益のためによく機能しているが、いくつかの重要な点において、この法律は歪んでいる。過去数十年において、著作権をめぐる環境は、特に、著作物であるコンテンツへのアクセスや利用のために広く利用されるグローバルなデジタルネットワーク及び技術ツールの登場によって、劇的な変化をみた。それゆえ、裁判所と議会が、著作権法を一貫性のある原理に基づいた形で対応させることに困難を覚えていることも驚くことではない。このプロジェクトは、そうした変化や問題点、そして、著作権法がその影響を受ける者の利益のために十分に機能していない点に取り組むものである。優れた著作権法の原則を立て、それらの諸原則から現行米国著作権法を精査することにより、CPP の構成員は、二つの主な目標に達しようとした。一つは、これらの諸原則にまさに合致する、特定の著作権法のルール of 規範的な根拠づけについて説明することである。もう一つは、著作権法が、原理原則に基づいて利益考量がなされ、著作権者のみならず公衆からも尊重されるような方法で現代的な問題に対峙してより対応することができるように、変更に向けた提案をすることである。

財 団 法 人 J K A

平成22年度デジタルコンテンツの保護・活用に関する調査研究等補助事業

コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に
資する法的環境整備に関する調査研究

ーコンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれからー

報 告 書

発 行 平成23年3月

発行者 財団法人デジタルコンテンツ協会

〒102-0082 東京都千代田区一番町23番地3

日本生命一番町ビルLB

TEL.03(3512)3900

FAX.03(3512)3908

不許複製 禁無断転載