

著作権法における権利制限規定の柔軟性が及ぼす

効果と影響等に関する調査研究

中間報告

<目次>

【総論】	1
【調査1：著作物利用・権利行使の現状と著作権意識に関する調査】	4
【調査2：司法を取り巻く環境や国民意識に関する調査】	46
【調査3：米国の状況調査】	55
【調査4：法内容確定時期の変化に伴う影響の総合的分析】	61
【調査5：法規形成における立法と司法の役割に関する調査】	67
【調査6：他の法体系との整合性に関する調査】	78
【調査7：条約との整合性に関する調査】	91
【参考文献】	93

平成28年12月

青山社中株式会社

【総論】

1. 調査の目的

デジタル・ネットワーク技術の進展によって、従来では想定されなかったような新技術を用いた著作物の利用形態が次々に生じるようになってきている。こうした状況の中で、著作権法における権利制限規定について適切な柔軟性を確保し、イノベーションの促進に資することが求められている。

柔軟性の高い権利制限規定とは、具体的な法規範の内容を立法段階では確定せず、事後的な司法判断や、政省令、ガイドライン等に委ねる規定のことをいう。権利制限規定の柔軟性には、柔軟性の程度が非常に低いもの（詳細な個別規定）から、柔軟性の程度が非常に高いもの（広範な一般規定）まで、様々な段階が考えられる。本調査研究は、新たに権利制限規定を設ける場合に、権利制限の柔軟性の程度が及ぼす効果と影響について分析することを目的とする。

2. 調査の構成

本調査は、調査1から調査7までで構成されており、これらは3つのパートに大別される。①調査1から調査3は、著作物の利用、権利行使、著作権意識等についての現状分析、②調査4・5は、現状分析を踏まえた理論的考察、③調査6・7は他の法体系や国際条約との整合性に関する調査である。各調査の趣旨は以下のとおりである。

調査1	我が国における著作物利用・権利行使の現状と著作権意識について調査を行った。調査の一環として権利者・利用者に対するアンケート調査・ヒアリング調査を実施した。調査2以降でもそれらの結果を適宜活用しながら分析を行っている。
調査2	柔軟性の高い権利制限規定を設けた場合には、法規範の内容確定における司法の役割の比重が増すことを踏まえ、司法を取り巻く環境や国民意識に関する調査を行った。
調査3	柔軟性が極めて高い権利制限規定であるフェアユース規定を有するアメリカ（さらに、最近フェアユース規定を導入したイスラエル）の状況について調査を行った。
調査4	柔軟性の高い権利制限規定を創設した場合、法内容の確定時期が事前から事後に変化することから、その効果と影響について分析を行った。
調査5	柔軟性の高い権利制限規定を創設した場合、法内容の確定主体が立法から司法、行政、ソフトローに変化することから、法規形成において各

【調査1：著作物利用・権利行使の現状と著作権意識に関する調査】

I アンケート調査

1. これまでの調査結果

(1) 企業向け調査（郵送調査）の概要

- ・上場企業 3,693 社に対して調査票を発送（10/14 発送、10/31 投函分締切）。
- ・469 社（12.7%）から回答があった。
- ・調査項目は 32 問（利用者向け調査が 17 問、権利者向け調査が 9 問、基本調査が 6 問）であり、全企業に全質問を送付。

(2) 個人向け調査（インターネット調査）の概要

- ・楽天リサーチ社のモニター登録者を対象として、11/18 から実施。
- ・スクリーニング調査は、194,175 人に配信し、20,004 人から回答あり。その中から権利者・利用者 1,500 人ずつを先着順で選定して本調査を実施。
- ・調査項目は、スクリーニング調査が 5 問、利用者向け調査が 18 問、権利者向け調査が 20 問。

(3) 権利者団体向け調査（郵送調査）の概要

- ・29 団体（著作権等管理事業者）に調査票を発送中（10/28 発送、11/14 投函分締切）。
- ・現在までに 11 団体（37.9%）から回答があった。
- ・調査項目は 23 項目。主な項目は以下のとおり。
著作権侵害の状況（認知状況、対応状況、解決状況）、権利行使の費用、訴訟に対する考え方、望ましい権利制限規定の形、権利者への支援制度についての要望、団体の基本情報など



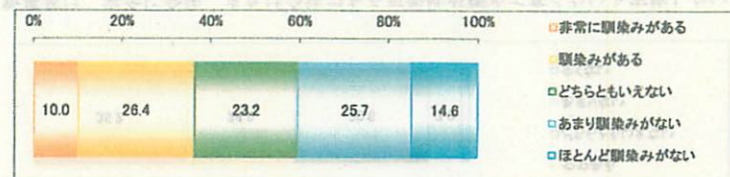
(4) 企業向け調査・個人向け調査・権利者向け調査の結果

ア. 利用に関する調査（著作物の利用状況、著作権法に対する理解状況、訴訟に対する抵抗感、リスク選好、望ましい権利制限規定の形など）

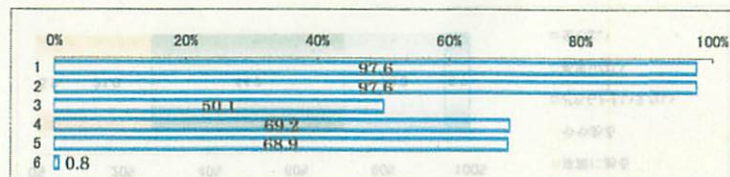
(a) 著作権法に対する理解

【企業】著作権に馴染みがある企業とない企業が同程度 [問 1-4,1-5]

- ・著作権法に馴染みがないという企業がやや多い（馴染みがある（非常に馴染みがある+馴染みがある）：36.4%、馴染みがない（あまり馴染みがない+ほとんど馴染みがない）：40.3%）。一方で、職員の理解度は高いという企業の方が多い（理解度が高い（十分理解している+ほとんど理解している）：47.8%、理解度が低い（あまり理解していない+ほとんど理解していない）：21.6%）。



- ・著作権法に関する理解の一例として、著作権法で用意されている権利侵害への救済策を聞いたところ、損害賠償と侵害停止はほとんどの企業に認知されている（97.6%）が、廃棄除却の認知度は相対的に低い（50.1%）

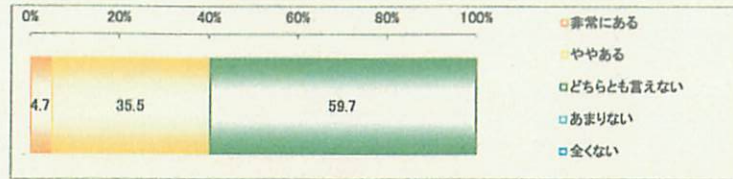


1: 損害賠償を請求すること、2: 侵害をやめるよう請求すること、3: 侵害に使われる機械の廃棄等を請求すること、4: 名誉回復のための措置を請求すること、5: 刑事罰、6: わからない

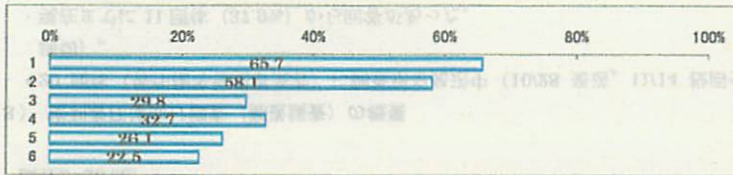
【個人】著作権に馴染みがある人は少数 [スクリーニング調査 5, 問 23]

- ・利用者調査の対象とした 1,500 人のうち、著作権法に馴染みがあると回答（非常にある+ややある）した人は 604 人（40.3%）であった。ただし、スクリーニ

グ調査全体では、同問の回答者 17,701 人のうち「あまりない」「全くない」と回答した者が 11,879 人 (67.1%) であった。



・著作権法に関する理解の一例として、著作権法で用意されている権利侵害への救済策を聞いたところ、損害賠償は 2/3 ほどの個人に認知されているが、刑事罰は 26.1%、廃棄除却は 29.8%、名誉回復は 32.7%と低い

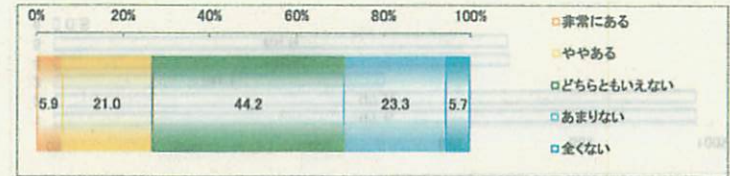


1: 損害賠償を請求すること、2: 侵害をやめるよう請求すること、3: 侵害に使われる機械の廃棄等を請求すること、4: 名誉回復のための措置を請求すること、5: 刑事罰、6: わからない

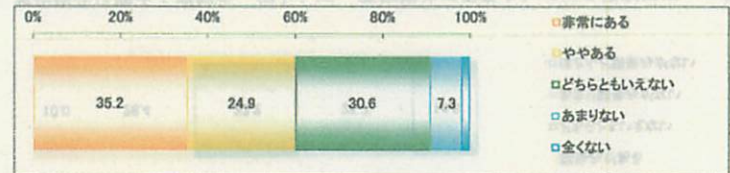
(b) リスクに対する考え方

【企業】全体としてリスク回避傾向が強い [問 1-9,10,11]

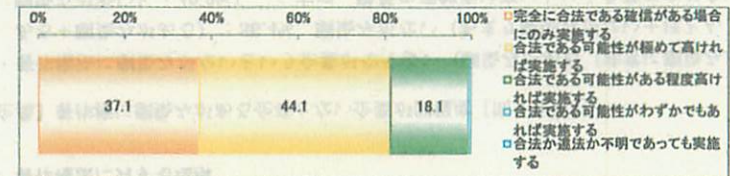
・(著作権分野に限らない) 業務上必要な訴訟提起に対する姿勢は拮抗している(抵抗・ためらいがある(非常にある+ややある): 26.9%、ない(あまりない+全くない): 29.0%)。



・一方で、訴訟を起こされても構わないという企業は 1 割程度(抵抗・ためらいがある(非常にある+ややある): 60.1%、ない(あまりない+全くない): 9.2%)

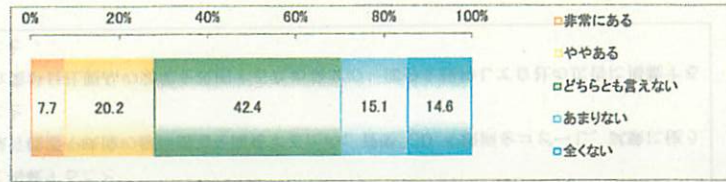


・新事業は、完全に合法、または合法である可能性が極めて高くないと実施しないという企業が大多数(81.2%)。合法か違法か不明であっても実施するという企業はなし(0%)。

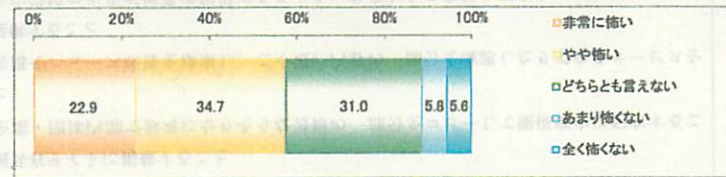


【個人】全体としてリスク回避傾向が強いが、企業ほどではない [問 25,27,28]

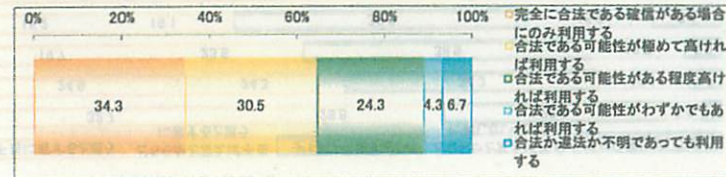
- ・(著作権分野に限らない) 必要な訴訟提起に対する姿勢は拮抗している(抵抗・ためらいがある(非常にある+ややある) : 27.9%、ない(あまりない+全くない) : 29.7%)。



- ・一方で、訴訟を起こされることを怖いと思わない人は 1 割程度(怖い(非常に怖い+やや怖い) : 57.6%、怖くない(あまり怖くない+全く怖くない) : 11.4%)



- ・著作物は、完全に合法、または合法である可能性が極めて高くないと利用しないという人が多数(64.8%)。合法である可能性がわずかでもあれば利用する・合法か違法か不明であっても利用するという人が 1 割程度(11.0%)。



(c) 「権利者の利益を不当に害する場合」に対する捉え方

【企業】現行法の権利制限規定の考え方は必ずしも一致しない [問 1-13]

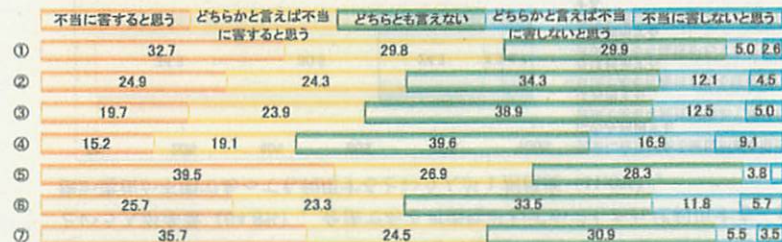
- ・権利者の利益を不当に害すると考えられている利用形態(不当に害すると思う+どちらかと言えば不当に害すると思う)は、①イラストの無断掲載(84.8%)、②パロディ(74.7%)、③論文の抜粋(54.7%)。害さないと考える利用形態(どちらかと言えば不当に害しないと思う+不当に害しないと思う)は、①技術開発(29.4%)、②授業のための資料提供サービス(31.2%)。

	不当に害すると思う	どちらかと言えば不当に害すると思う	どちらとも言えない	どちらかと言えば不当に害しないと思う	不当に害しないと思う
①	48.8		25.9	13.3	9.1 2.9
②	21.3	21.3	14.7	27.8	14.9
③	17.7	20.4	20.0	28.6	13.3
④	18.2	15.0	19.4	25.1	24.3
⑤		58.7		26.1	9.7 3.6
⑥	16.6	12.8	14.9	26.7	28.8
⑦	32.2		22.5	19.8	14.7 10.7

- ①社会風刺のために一部分にマンガのキャラクターを使ったパロディ映像を制作し、動画共有サイトに掲載すること
- ②社内で参考になりそうな書籍の一部分をコピーして関係部内に配布すること
- ③書籍やニュース映像を検索し、ごく短い内容の一部を確認したりできるサービスを提供すること
- ④小中学校の先生が授業で利用できるよう、参考となる資料や写真などを収集して提供するサービスを行うこと
- ⑤自社が無料で配布しているパンフレットに他人のデザインしたイラストを小さく掲載すること
- ⑥録音機器や映像の録画機器を開発するため、音楽 CD や映画をコピーし、試験に使うこと
- ⑦自社製品の機能を説明するため論文の一部を抜粋して自社の広告に掲載すること

【個人】現行法の権利制限規定の考え方とは必ずしも一致しない [問 30]

・権利者の利益を不当に害すると思われる利用形態（不当に害すると思う+どちらかと言えば不当に害すると思う）は、①イラストの無断掲載（66.4%）、②パロディ（62.5%）、③論文の抜粋（60.2%）。害さないとする利用形態（どちらかと言えば不当に害しないと思う+不当に害しないと思う）は、①授業のための資料提供サービス（26.0%）、②書籍・ニュース映像の検索サービス（17.5%）、②技術開発（同）。

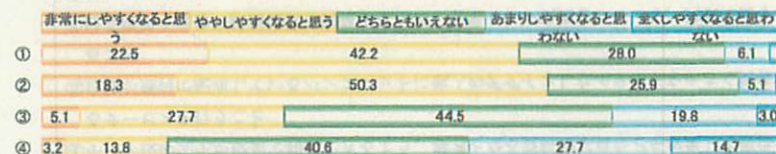


- ①社会風刺のために一部分にマンガのキャラクターを使ったパロディ映像を制作し、動画共有サイトに掲載すること
- ②企業・団体内部で参考になりそうな書籍の一部分をコピーして関係部に配布すること
- ③書籍やニュース映像を検索し、ごく短い内容の一部分を確認したりできるサービスを提供すること
- ④小中学校の先生が授業で利用できるよう、参考となる資料や写真などを収集して提供するサービスを行うこと
- ⑤企業・団体が無料で配布しているパンフレットに他人のデザインしたイラストを小さく掲載すること
- ⑥録音機器や映像の録画機器を開発するため、音楽 CD や映画をコピーし、試験に使うこと
- ⑦企業が自社製品の機能を説明するため論文の一部分を抜粋して自社の広告に掲載すること

(d) 権利制限規定の明確性

【企業】一定の明確性を求める声が多い [問 1-14,15]

・事業展開がしやすい権利制限規定（非常にしやすくなると思う+ややしやすくなると思う）は、①個別規定+それに準じるもの（68.6%）、②個別規定（64.7%）。事業展開がしやすくなる（非常にしやすくなると思う+ややしやすくなると思う）という回答が最も少ないのは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定（17.0%）。



- ①適法となるサービスの類型や条件を具体的に示す方法（例）「論文剽窃検証サービスのために論文データをサーバーに蓄積することや、分析結果の表示の際に論文の一部を表示することは、○○○、□□□、△△△という条件を満たす場合に限り適法」といった定め方
- ②適法となるサービスの類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法（例）「論文剽窃検証サービスのために論文データをサーバーに蓄積することや、分析結果の表示の際に論文の一部を表示することは、○○○、□□□、△△△という条件を満たす場合は適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方
- ③適法となるサービスの類型や条件を一定程度抽象的に示す方法（例）「大量のデータを分析するためにインターネット上のデータを蓄積することや、その分析結果を表示することは、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方
- ④適法となるサービスの類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法（例）「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方

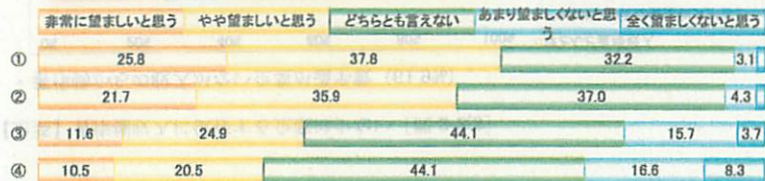
・柔軟な規定の効果（妥当だと思う+まあ妥当だと思う）は、①時代の変化に対応しやすい（63.8%）、②利用が委縮する（48.4%）、③訴訟が増えて負担になる（46.9%）。



- ①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる
- ②訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう
- ③新しいビジネスを開拓しやすくなる
- ④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる
- ⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる
- ⑥故意・過失による、著作権侵害が増える

【個人】明確なほどよいが、一般規定への抵抗は企業ほどではない [問 33,34]

・利用しやすい権利制限規定（非常に良い影響があると思う+やや良い影響があると思う）は、①個別規定（63.6%）、②個別規定+それに準じるもの（57.6%）。しやすくない（やや悪い影響があると思う+非常に悪い影響があると思う）のは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定（31.0%）。



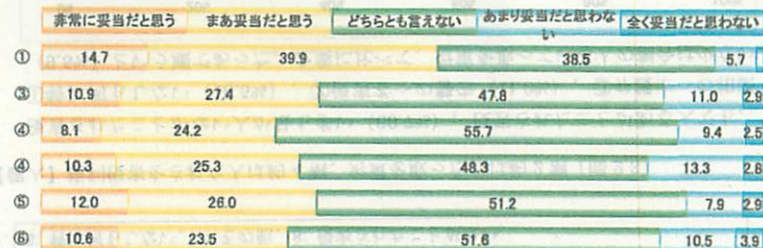
- ①適法となる利用の類型や条件を具体的に示す方法（例）「私的使用のための音楽 CD のコピーは、○○○、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」といった定め方
- ②適法となる利用の類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法（例）「私的使用のための音楽 CD のコピー

は、○○○、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方

③適法となる利用の類型や条件を一定程度抽象的に示す方法（例）「私的使用のための著作物の複製は、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方

④適法となる利用の類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法（例）「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方

・柔軟な規定の効果（非常に妥当だと思う+まあ妥当だと思う）は、①時代の変化に対応しやすい（54.6%）、②利用が委縮する（38.3%）、③裁判所の方が公正な判断が期待できる（38.0%）。



①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる

②訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう

③新しいサービスを行いやすくなる

④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる

⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる

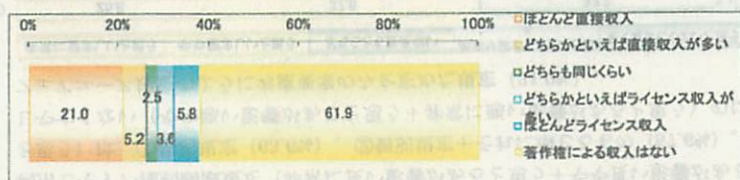
⑥故意・過失による、著作権侵害が増える

イ. 権利行使に関する調査（保有する著作権の種類、著作権収入の状況、権利侵害への対応状況、権利行使の費用、権利者への支援制度についての要望など）

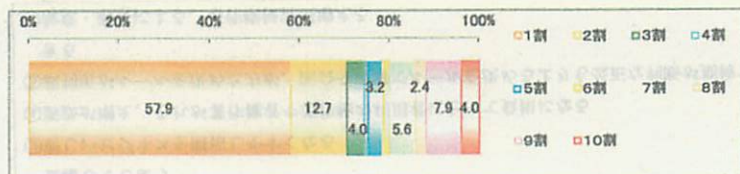
(a) 著作権収入の状況

【企業】著作権収入に依存する企業は少ない [問 2-2,3]

・著作物からの収入がない企業が過半数（61.9%）。

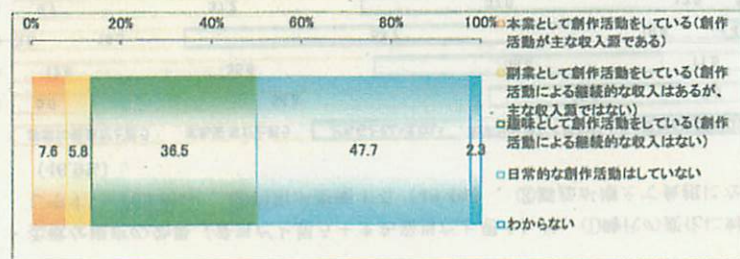


・収入がある企業のうちでは、著作権関連収入は売上の1割程度である企業が過半数（57.9%）。



【個人】著作権収入に依存する個人は少ない [スクリーニング調査 4]

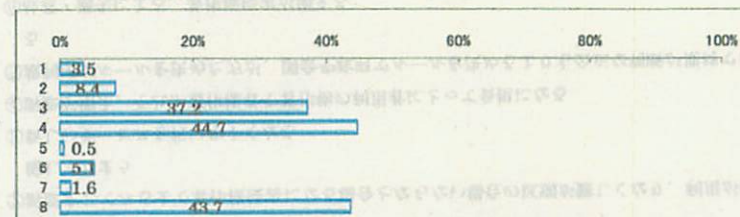
・創作活動をしていると回答した個人のうち、創作活動が主な収入源である人は少ない（7.8%）。大多数は趣味として創作活動をしており、継続的な収入はない（36.5%）。



(b) 権利侵害と対応の現状

【企業】権利侵害をされた企業は約6割、対策を取った企業は約4割 [問 2-4,5]

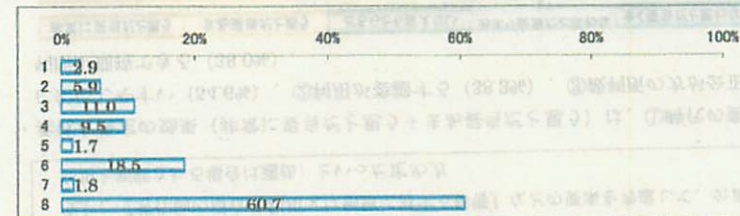
・著作権侵害に対して実際に取ったことのある対応は、①弁護士等への相談（44.7%）、②警告（37.2%）が多い。訴訟（8.4%）、刑事告訴（3.5%）は少ない。一方で、権利侵害されなかったという回答が43.7%。



1: 刑事告訴する、2: 民事訴訟を提起する、3: 侵害者に警告する、4: 弁護士等の専門家に相談する、5: ADR（裁判外紛争解決手続）を用いる、6: 特に何もしない、7: その他、8: 侵害されることがない

【個人】権利侵害をされた人は約4割、対策を取った人は約2割 [問 2,3]

・侵害されることがない人が最も多い（60.7%）。侵害されることがある人でも、①特に何もしない（18.5%）、②侵害者への警告（11.0%）、③弁護士への相談（9.5%）という順であった。企業に比べて、対策を取っている人の割合は少ない。



1: 刑事告訴する、2: 民事訴訟を提起する、3: 侵害者に警告する、4: 弁護士等の専門家に相談する、5: ADR（裁判外紛争解決手続）を用いる、6: 特に何もしない、7: その他、8: 侵害されることがない

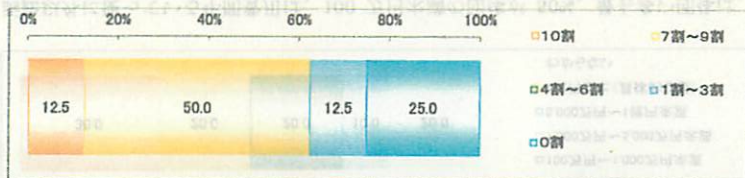
・認知された侵害額は、1,000万円以上と100～1,000万円が同じ割合で最多(30.2%)。金額が少ないほど認知が少ないという結果となった。

	とても多い	多い	少ない	とても少ない	全くない	わからない
①	11.7	12.4	17.1	16.6	7.6	34.6
②	7.3	18.0	21.2	10.8	9.0	33.7
③	6.6	19.7	20.5	7.1	10.5	35.6
④	10.7	19.5	12.5	9.0	12.5	35.8
⑤	15.9	13.2	11.0	8.1	14.4	36.3

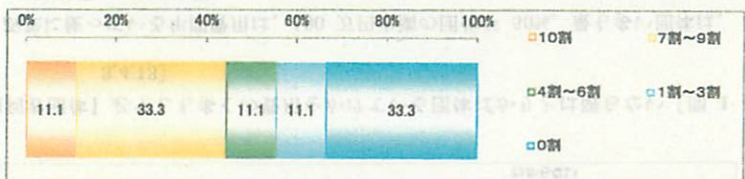
- ①損害額1万円未満(一著作物あたり。以下同じ)
- ②損害額1万円～10万円未満
- ③損害額10万円～100万円未満
- ④損害額100万円～1,000万円未満
- ⑤損害額1,000万円以上

【権利者団体】権利侵害に対して概ね対応を行っている団体が約6割、対応を行ったもののうち概ね解決している団体が約半数 [問1-6,8]

・認知した権利侵害の7割以上につき、訴訟外の対応を行っている団体が62.5%。



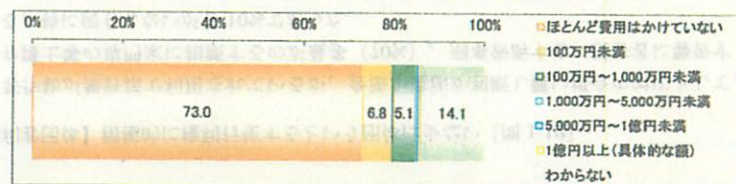
・訴訟外の対応を行ったものにつき、7割以上が解決している団体が44.4%であった一方、全く解決していない団体も33.3%あった。



(c) 侵害対策に使っている費用

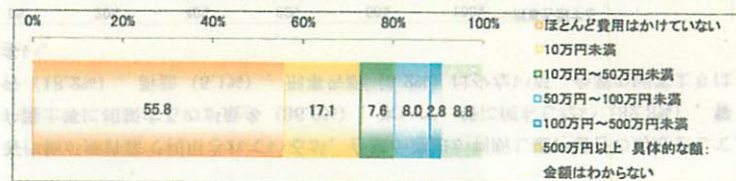
【企業】費用をあまりかけていない企業が多数 [問2-6]

・ほとんど費用をかけていない企業が73.0%、100万円未満が6.8%。

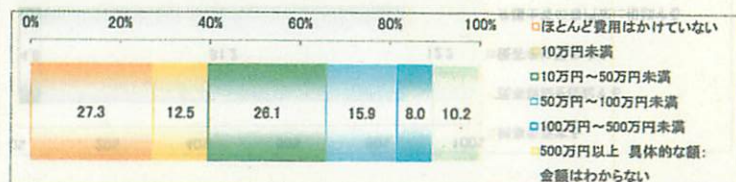


【個人】費用をあまりかけていない人が多数、また訴訟の結果得られる最低限必要な金額は必ずしも高くない [問6,10,11]

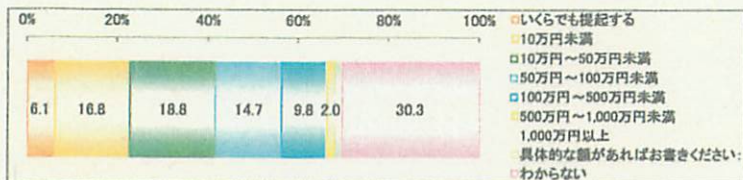
・訴訟以外では、ほとんど費用をかけていない人が55.8%、10万円未満が17.1%。



・訴訟をした人では、ほとんど費用をかけていない人が27.3%、10～50万円が26.1%。

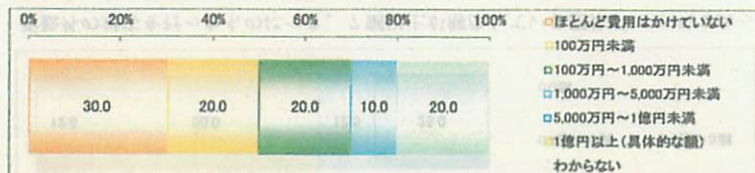


・訴訟の結果得られる金額として最低限必要な金額としては、10万円から50万円未満が18.8%で最多。次いで10万円未満が16.8%、50万円から100万円未満が14.7%と続く。

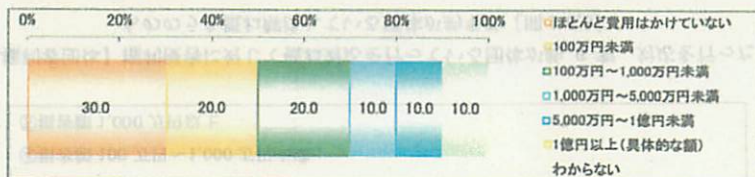


【権利者団体】必ずしも多くの費用をかけている団体ばかりとは限らない [問 1-3,4,13]

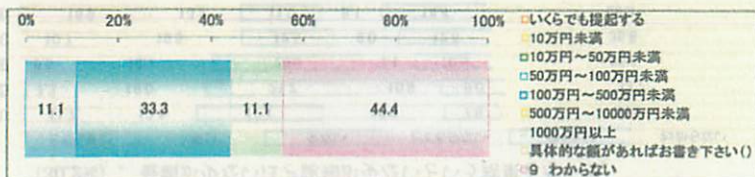
- ・訴訟に使っている年間費用は、100万円未満の団体が50%。最も多い団体は、1,000万円～5,000万円。



- ・訴訟以外に使っている年間費用は、100万円未満の団体が50%、最も多い団体は、5,000万円～1億円。



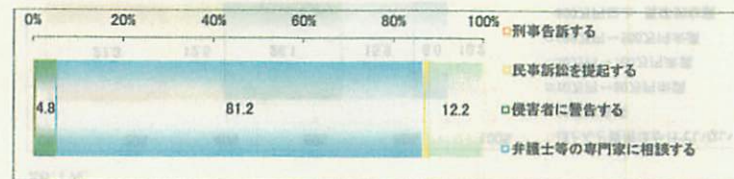
- ・訴訟の結果得られる金額として最低限必要な金額としては、100万円から500万円未満が33%で最多。



(d) グレーゾーンの利用に対する権利行使

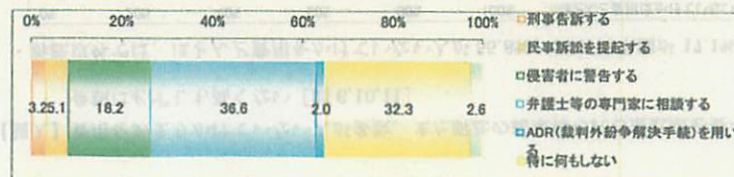
【企業】積極的に権利行使するという企業は少ない [問 2-8]

- ・著作物が無許諾で利用されているが、合法か違法か判断し難い場合の対応として、弁護士等に相談するのが多数 (81.2%)。警告 (4.8%)、訴訟・刑事告訴 (各 0.3%) は少ない。



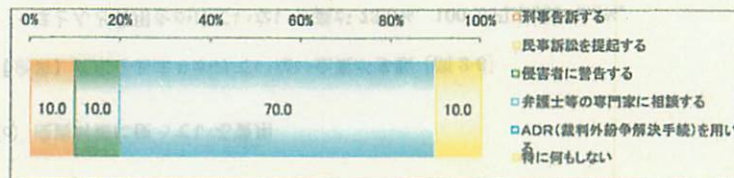
【個人】積極的に権利行使するという人は少ない [問 13]

- ・著作物が無許諾で利用されているが、合法か違法か判断し難い場合の対応として、弁護士等に相談するのが最多 (36.6%)、次いで、特に何もしない (32.3%)、警告 (18.2%)。訴訟 (5.1%)、刑事告訴 (3.2%) は少ないが、企業の回答よりは多い。



【権利者団体】積極的に権利行使するという団体は少ない [問 1-12]

- ・著作物が無許諾で利用されているが、合法か違法か判断し難い場合の対応として、弁護士等の専門家に相談するのが最多 (70%)。刑事告訴する、侵害者に警告する、特に何もしないが各 10%であった。



(e) 権利制限規定の明確性

【企業】企業調査では、利用者と権利者で調査対象が同じであるため、利用者の項に記載した。

【権利者個人】個別規定と「準ずる」規定への支持が半数程度 [問 15,16]

・利用しやすい権利制限規 (非常に良い影響があると思う+やや良い影響があると思う) は、①個別規定 (49.8%)、②個別規定+それに準じるもの (49.2%) しやすい (やや悪い影響があると思う+非常に悪い影響があると思う) のは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定 (30.0%)

	非常に良い影響がある と思う	やや良い影響がある と思う	現在と変わらない	やや悪い影響がある と思う	非常に悪い影響がある と思う
①	15.1	34.7		42.6	6.3
②	15.3	33.9		42.9	6.8
③	9.7	22.7	51.3	13.4	2.9
④	7.9	22.1	50.3	14.1	5.5

- ①適法となる利用の類型や条件を具体的に示す方法 (例) 「私的使用のための音楽 CD のコピーは、○○○、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」といった定め方
- ②適法となる利用の類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法 (例) 「私的使用のための音楽 CD のコピーは、○○○、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方
- ③適法となる利用の類型や条件を一定程度抽象的に示す方法 (例) 「私的使用のための著作物の複製は、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方
- ④適法となる利用の類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法 (例) 「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方

・柔軟な規定の効果 (非常に妥当だと思う+まあ妥当だと思う) は、①時代の変化に対応しやすい (58.1%)、②訴訟が増えて負担になる (41.2%)、③裁判所の方が公正な判断が期待できる (40.4%)。

	非常に妥当だと思う	まあ妥当だと思う	どちらとも言えない	あまり妥当と思わない	全く妥当と思わない
①	11.9	48.2		32.4	7.3
②	9.9	28.9		47.3	11.3
③	8.3	31.8		47.6	9.7
④	10.9	30.3		42.3	12.9
⑤	11.8	28.6		45.5	9.4
⑥	10.7	28.9		48.3	10.4

- ①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる
- ②訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう
- ③新しいサービスを行いやすくなる
- ④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる
- ⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる
- ⑥故意・過失による、著作権侵害が増える

【権利者団体】一般規定に対する強い抵抗感がある [問 1-15,16]

・利用しやすい権利制限規定 (非常に良い影響があると思う+やや良い影響があると思う) は、①個別規定 (66.7%)、②個別規定+それに準じるもの (41.6%)。利用しやすい (非常に良い影響があると思う+やや良い影響があると思う) という回答が最も少ないのは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定 (16.6%)

	非常に良い影響がある と思う	やや良い影響がある と思う	現在と変わらない	やや悪い影響がある	非常に悪い影響がある
①	16.7	50.0		16.7	16.7
②	8.3	33.3	16.7	41.7	
③	16.7	8.3	33.3	41.7	
④	8.3	8.3	16.7	66.7	

- ①適法となるサービスの類型や条件を具体的に示す方法 (例) 「論文剽窃検証サービスのために論文データをサーバーに蓄積することや、分析結果の表示の際に論文の一部を表示することは、○○○、□□□、△△△という条件を満たす場合に限り適法」

といった定め方

- ②適法となるサービスの類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法（例）「論文剽窃検証サービスのために論文データをサーバーに蓄積することや、分析結果の表示の際に論文の一部を表示することは、〇〇〇、□□□、△△△という条件を満たす場合は適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方
- ③適法となるサービスの類型や条件を一定程度抽象的に示す方法（例）「大量のデータを分析するためにインターネット上のデータを蓄積することや、その分析結果を表示することは、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方
- ④適法となるサービスの類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法（例）「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方

・柔軟な規定の効果（非常に妥当だと思う+まあ妥当だと思う）は、①故意・過失による著作権侵害が増える（66.7%）、②著作権侵害かどうかの区別が難しくなる（41.7%）、③訴訟が増えて負担になる（同）。

	非常に妥当だと思う	まあ妥当だと思う	どちらともいえない	あまり妥当だと思わない	全く妥当だと思わない
①	8.3	33.3	16.7	41.7	
②	16.7	25.0		41.7	16.7
③		41.7	16.7	41.7	
④		41.7		58.3	
⑤	16.7	33.3	16.7	33.3	
⑥		50.0	16.7	33.3	

- ①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる
- ②訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう
- ③新しいビジネスを開拓しやすくなる
- ④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる
- ⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断ができる
- ⑥故意・過失による、著作権侵害が増える

(f) 権利行使を容易にする制度

【企業】半数程度の企業が希望 [問 2-9]

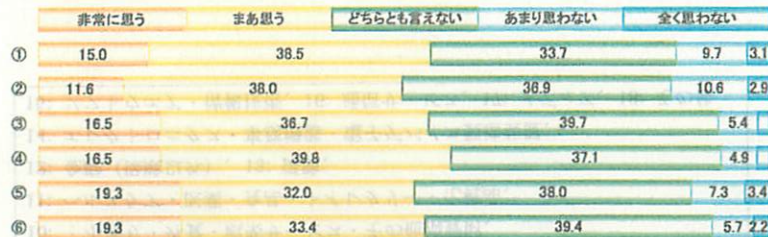
・著作権保護のためにあったらよい制度（非常に思う+まあ思う）として、どの制度も約4~5割の企業が希望。その中でも多い順に、①弁護士費用の敗訴者負担制度（52.5%）、②ディスカバリー制度（49.8%）、③法定賠償制度（48.0%）。

	非常に思う	まあ思う	どちらともいえない	あまり思わない	全く思わない
①	11.0	31.0	29.1	18.2	10.7
②	8.8	39.2	31.7	13.9	6.4
③	8.8	32.8	31.5	19.2	7.7
④	11.7	38.1	32.3	10.7	7.2
⑤	9.1	28.9	36.8	19.5	7.7
⑥	12.5	40.0	34.9	10.4	2.1

- ①懲罰的損害賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害よりも大きな額（例えば2倍の額）を、損害賠償として支払わせる制度
- ②法定賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害額を算定しなくても、一定額を損害賠償として支払わせる制度
- ③クラスアクション：同じ企業・個人による著作権侵害事件で多数の被害者がいる場合に、一部の被害者が全体を代表して訴訟を起こせる制度（訴訟に参加しなかった被害者にも判決の効力が及ぶ）
- ④ディスカバリー（証拠開示手続）：当事者の求めに応じて、訴訟の相手方に対して証拠の提出を命じる制度
- ⑤訴訟費用への補助：著作権侵害に対して訴訟を起こす場合に、その費用の一部を国が補助する制度
- ⑥弁護士費用の敗訴者負担制度：弁護士にかかった費用の全部又は一部を裁判官の判断で敗訴者に負担させる制度

【個人】半数程度の人が希望 [問 17]

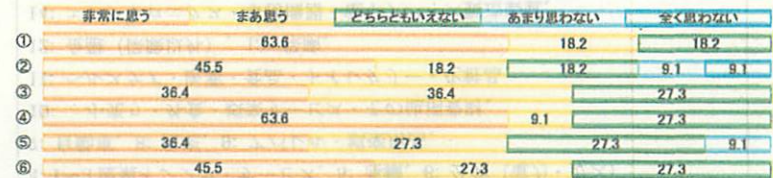
・著作権保護のためにあったらよい制度（非常に思う+まあ思う）として、どの制度も半数程度の人が希望。中でも多い順に、①ディスカバリー制度（56.3%）、②懲罰的損害賠償制度（53.5%）、③クラスアクション制度（53.2%）。



- ①懲罰的損害賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害よりも大きな額（例えば2倍の額）を、損害賠償として支払わせる制度
- ②法定賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害額を算定しなくても、一定額を損害賠償として支払わせる制度
- ③クラスアクション：同じ企業・個人による著作権侵害事件で多数の被害者がいる場合に、一部の被害者が全体を代表して訴訟を起こせる制度（訴訟に参加しなかった被害者にも判決の効力が及ぶ）
- ④ディスカバリー（証拠開示手続）：当事者の求めに応じて、訴訟の相手方に対して証拠の提出を命じる制度
- ⑤訴訟費用への補助：著作権侵害に対して訴訟を起こす場合に、その費用の一部を国が補助する制度
- ⑥弁護士費用の敗訴者負担制度：弁護士にかかった費用の全部又は一部を裁判官の判断で敗訴者に負担させる制度

【権利者団体】半数以上の団体が希望 [問 1-17]

・著作権保護のためにあったらよい制度（非常に思う+まあ思う）として、どの制度も6割以上の団体が希望。中でも多い順に、①懲罰的損害賠償制度（81.8%）、②クラスアクション（72.8%）、②弁護士費用の敗訴者負担（同）、④ディスカバリー（72.7%）。

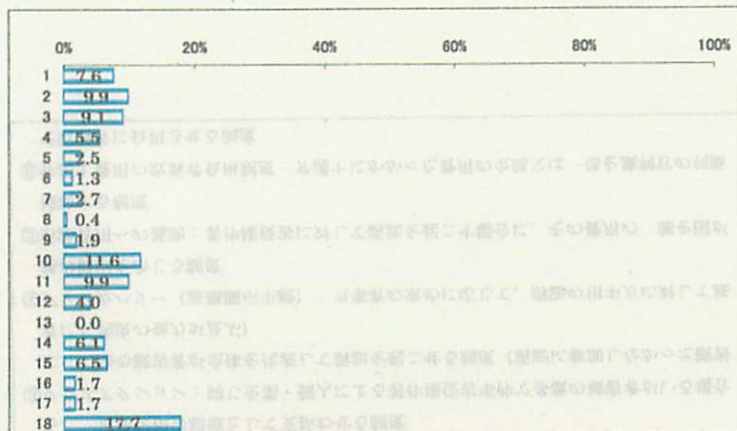


- ①懲罰的損害賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害よりも大きな額（例えば2倍の額）を、損害賠償として支払わせる制度
- ②法定賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害額を算定しなくても、一定額を損害賠償として支払わせる制度
- ③クラスアクション：同じ企業・個人による著作権侵害事件で多数の被害者がいる場合に、一部の被害者が全体を代表して訴訟を起こせる制度（訴訟に参加しなかった被害者にも判決の効力が及ぶ）
- ④ディスカバリー（証拠開示手続）：当事者の求めに応じて、訴訟の相手方に対して証拠の提出を命じる制度
- ⑤訴訟費用への補助：著作権侵害に対して訴訟を起こす場合に、その費用の一部を国が補助する制度
- ⑥弁護士費用の敗訴者負担制度：弁護士にかかった費用の全部又は一部を裁判官の判断で敗訴者に負担させる制度

ウ. 基本情報

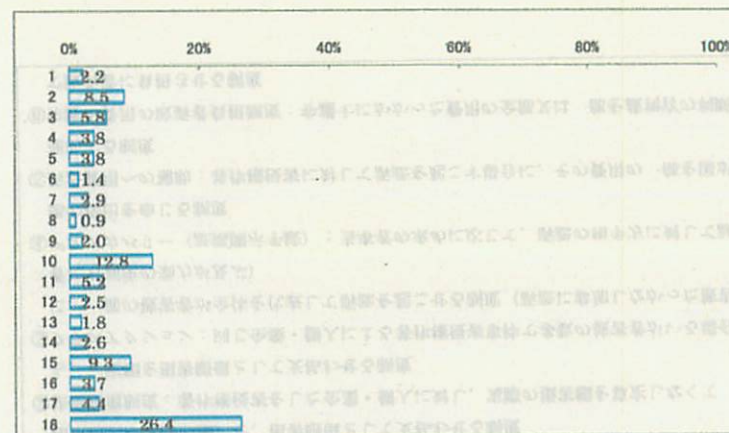
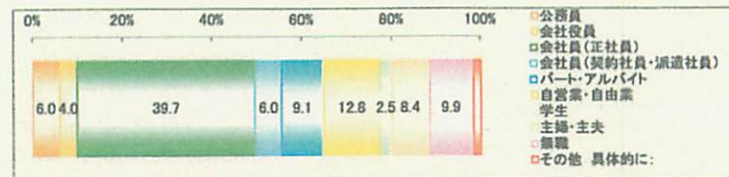
【企業】 [問 3-1,2,3,4]

・回答企業の事業分野は各分野に分散している。従業員数は平均 472 人。年間売上高は 4 億 5 千万円。創業年数の平均は 61 年。



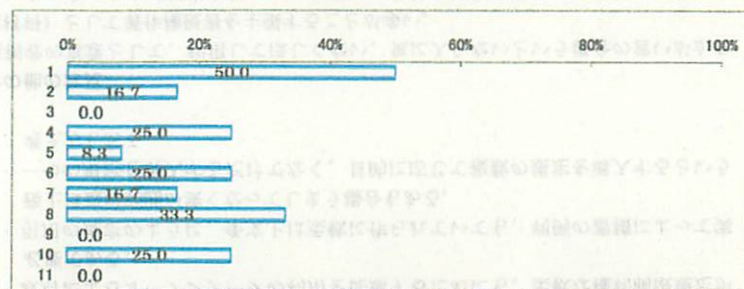
- 1: 素材・資源、2: 建設・不動産・建設関連製品・設備、3: 機械・装置、
- 4: 1~3 産業インフラ・サービス、5: 運輸、6: 公共（電力・ガス）、
- 7: 自動車、8: 住宅、9: アパレル・娯楽用品、
- 10: 小売り・外食・娯楽サービス・その他消費財、
- 11: ヘルスケア・医薬・食品・トイレットリー・化粧品、
- 12: 金融（保険以外）、13: 保険、
- 14: エレクトロニクス・事務機器・電子デバイス製造装置、
- 15: ソフトウェア・情報技術、16: 通信サービス、17: メディア、18: その他

【個人】 回答者の職業分野は各分野に分散している。性別は男性が 65.7%、年齢層は 45~54 歳が最多 (29.2%)、次いで 35~44 歳 (26.0%)。 [問 35,36]



- 1: 素材・資源、2: 建設・不動産・建設関連製品・設備、3: 機械・装置、
- 4: 1~3 産業インフラ・サービス、5: 運輸、6: 公共（電力・ガス）、
- 7: 自動車、8: 住宅、9: アパレル・娯楽用品、
- 10: 小売り・外食・娯楽サービス・その他消費財、
- 11: ヘルスケア・医薬・食品・トイレットリー・化粧品、
- 12: 金融（保険以外）、13: 保険、
- 14: エレクトロニクス・事務機器・電子デバイス製造装置、
- 15: ソフトウェア・情報技術、16: 通信サービス、17: メディア、18: その他

【権利者団体】 回答した団体が保有・管理する著作物は各分野に分散している。職員数は平均 58 人、年間収益額の平均は約 23 億円。 [問 1-1,2-1,2-2]



1: 文章・言語、2: 音楽、3: 演劇・舞踊、4: 美術（絵画、版画、彫刻など）
 5: 建築、6: 図形（図表、図面、地図など）、7: 映像、8: 写真、9: プログラム
 10: その他（具体的に）、11: 権利を有していない

II ヒアリング調査

1. これまでの経過

○利用者（文化庁が平成 27 年 7 月に行った「著作物等の利用の円滑化のためのニーズ募集」¹の提出企業・団体等）、権利者（著作権関連企業、著作権等管理団体）からヒアリング対象を選定。

○現在までに、利用者側 9 団体、権利者側 7 団体からヒアリングを実施。

利用者側：株式会社アंक、一般社団法人インターネットユーザー協会、特定非営利活動法人コモンズフィア、一般社団法人新経済連盟、学校法人駿河台学園、公益社団法人日本図書館協会、富士通株式会社、株式会社ベネッセホールディングス、ヤフー株式会社

権利者側：一般社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会、株式会社集英社、東映アニメーション株式会社、一般社団法人日本音楽著作権協会、一般社団法人日本ネットクリエイター協会、公益社団法人日本文藝家協会、一般社団法人日本レコード協会

2. 主な結果

(1) 利用者側の主な意見

①権利制限のニーズ

- ・現在の著作権法の規定ではできない利用として具体的に挙げられたのは、以下のとおりであった。
 - ・クラウドサービス
 - ・Web クローリング（データの収集・蓄積）（現在の権利制限に該当しないもの）。例えば、ネット上の情報を収集して、本人確認や与信に使うサービス。
 - ・人工知能（AI）によるデータ収集、ビッグデータの活用
 - ・企業内複製
 - ・入試問題の過去問への利用、教科書準拠教材の作成
- ・これまで行ったグレーゾーンの利用として具体的に挙げられたのは、画像検索サービス
- ・実際には権利制限の対象であるが、利用者が違法（グレー）であると認識していたものとして、Web キャッシュのデータベースへの蓄積があった。
- ・必ずしも無料で利用させてほしいというわけではなく、補償金などを還元する有償

¹ 同ニーズ募集では、企業・団体と個人から計 112 件のニーズが提出された。募集の結果は文化庁サイト (<http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/needs/>) に掲載されている。

の利用が望ましいという意見もあった。

②柔軟な権利制限規定に対する考え方

- ・著作物の利用形態によって、権利制限規定への考え方が異なる。教育事業のように固定的な利用形態を有する場合は、明確で具体的な権利制限規定を求めるのに対し、IT 事業のように流動的な利用形態を有する場合は、一般的で柔軟な権利制限規定を求める傾向がある。
- ・利用者の団体はグレーゾーンでも積極的に利用が進むことを想定しているが、実際に事業を行っている個社は、グレーゾーンでの利用には慎重である（特に訴訟によるレピュテーションリスクを恐れる）傾向があった。
- ・大企業になるほどレピュテーションリスクを考慮するため、明確な規定を望むのではないかという意見があった。
- ・グレーゾーンをなくして利用の適法性を明確化するため、公的なガイドラインの制定を求める意見が多かった。
- ・民間のみによるガイドラインについては、規範性がないことや、権利者寄りのバイアスが生じることを理由に否定的な意見があった。
- ・一方で、障害者向けのサービスのよう、関係者が限定されている場合には、関係者によるガイドラインの作成も有効であるという意見もあった。
- ・適法になるものの例示を挙げてはどうかという意見もあった。
- ・個別具体的な規定に加えて、「受け皿規定」を求める意見もあった。
- ・その他挙げられた主な意見は以下のとおり。
 - ・今後出てくる利用法には立法事実がまだない。そうした利用に対応できるようにするためにこそ、柔軟な規定が必要である。
 - ・柔軟性には程度があり、0 か 100 かというわけではない（フェアユース規定でなければいけないというわけではない）。
 - ・毎回弁護士に相談しなければならないほど曖昧な規定は望ましくない。
 - ・政府によるオープンデータの利用を促進するためにも、柔軟な権利制限規定が必要である。
 - ・引用の規定のように、条文上は柔軟に作られていても、判例の蓄積によって実務上は適用範囲が狭くなってしまいう場合もある。
 - ・一つの規定を導入するだけでなく、目的に応じて複数の規定を導入するという考え方もある。

③その他の意見

- ・権利者の真意として、利用してほしくない、気に入らないという場合の言いがかり（材料）として著作権侵害を主張することが多い。
- ・インターネット上で侵害を行っている者は、柔軟な権利制限規定の有無に関わらず侵害を行っているため、柔軟な規定ができてても現状の居直り侵害は変わらない。
- ・ユーザーの利便性を損なうような規制を設けても、結局は利用が行われ、有名無実化してしまう。

- ・著作権法は表現の自由を規制するものであると認識している。ただし、創作のインセンティブを担保するためには、一定の規制は必要である。

(2) 権利者側の主な意見

①著作権侵害の現状

- ・実際に行われている権利侵害として挙げられた主な形態は以下のようなものであった。
 - ・海賊版（オンラインリーディング、リーチサイト、P to P、海賊版 DVD、海賊版グッズなど）
 - ・自炊代行サービス
 - ・ゲーム実況動画のアップロード、同人ゲーム、クローンゲーム²
 - ・入試問題作成の外注
 - ・地元の偉人の句碑を勝手に作る
 - ・自分の本を勝手に出版される
- ・将来的に生じ得る権利侵害として、3D プリントによる複製が挙げられた。
- ・国内よりも、海外の方が大々的に権利侵害が行われているという意見が多かった。
- ・その他挙げられた主な意見は以下のとおり。
 - ・海賊版が横行する現状では、正規版を買わないのでマネタイズできない。
 - ・アニメの場合には、流通量のうち、国内の 1 割、海外の 5 割が海賊版ではないか。
 - ・侵害を放置していると、ユーザーから、なぜ放置するのか、ならば自分もやる、といった苦情が来ることもある。
 - ・学校教員の理解が低く、侵害が横行している（初等中等教育、大学教育とも）。教員養成課程に著作権の講座がないことが問題。
 - ・雑誌や新聞などのメディアは著作権に関する意識が緩い印象。

②居直り侵害等の事例

- ・「思い込み」や「居直り」等による侵害者の主張の実例として挙げられた主なものは、以下のとおりであった。
 - ・デッドコピーや主従関係など、およそ引用の要件を満たしていないものにも引用の主張がなされる（書籍の 3 分の 2 をそのままブログに掲載している事例など）。
 - ・デッドコピー、アテレコ³、リアクション動画など、二次創作でないものでもフェアユースだと主張される。
 - ・非営利だから利用できる、教育目的だから利用できる、と主張される。

² ゲームの続編を無許諾で制作するもの

³ アニメの映像はそのまま、セリフだけ自分で演じて録音するもの

- ・「公衆送信」と「演奏」を混同した主張がなされる。
- ・楽曲プロモーションの目的であれば自由利用が認められると主張される。
- ・「4小節まで」や「45秒まで」の利用なら侵害にならないと主張される。
- ・結婚式やパーティーでの利用や、学校でクラスの数分 CD を配ることも、私的複製だと主張される。
- ・一方で、居直り侵害というのはあまりなく、真面目なファンは警告を受けたらすぐ利用をやめるという業界もあった。

③権利侵害への対応

- ・権利侵害を発見する方法としては、外部からの通報、システムによるクローリング、人力による検索が挙げられた。
- ・権利侵害への対応は、量が膨大であるので、優先順位をつけて対応せざるを得ないのが多くの業界の現状であった。ただし、商業規模になっているものは権利行使を行うという意見が多かった。
- ・国内のプロバイダや、DMCA⁴に基づく削除要請は対応してもらえらるが、それ以外の海外の業者は対応してもらえないことが多いという意見があった。
- ・インターネット上の侵害の場合には、削除してもすぐにまたアップされてしまうという意見があった。
- ・全体として、刑事事件にすることは少ないという意見が多かった。
- ・侵害対策に使っている年間費用として具体的に挙げられたのは、年間 1 千万円、数千円、という例があった。
- ・その他挙げられた主な意見は以下のとおり。
 - ・ある程度大きい規模の企業は、訴訟のコストについてはあまり気にしないが、レビューションを気にして訴訟を避けることが多い。逆に、ベンチャー企業は、訴訟コストの方が負担で、あまりレビューションは気にしないことが多い。
 - ・個人の権利者が権利行使をすることは難しいのではないかと。

④柔軟な権利制限規定が導入された場合の影響

- ・フェアユース規定については、明らかに違法な利用についてもフェアユースの抗弁をされ、解決が難しくなる（あるいは、時間がかかる）ことを危惧する意見が多い。したがって、フェアユースのような一般的な権利制限規定には反対の立場が圧倒的であった。
- ・その他挙げられた主な意見は以下のとおり。
 - ・柔軟な権利制限規定ができたとしても、結局利用者側で適法か否かの判断ができず、ビジネス上使われないのではないかと。
 - ・作品が許諾なしに簡単に利用されてしまうと、作品を創作するインセンティブが失われてしまう。

⁴ 米国のデジタルミレニアム著作権法 (Digital Millennium Copyright Act)

- ・カナダでは、柔軟な権利制限規定ができてから出版社が 3 割潰れた。
- ・海外の侵害者は合法・違法お構いなしなので、柔軟な規定ができたからといって現状と変わらない。
- ・日々、膨大な量の著作権侵害に対応している権利者側から見れば、柔軟な規定ができたからといって利用が委縮するというのは実感が無い。

⑤その他の意見

- ・著作権法は、権利者の利益を守るためのものであり、利用促進の方向に傾きすぎるのはよくない。
- ・裁判官や弁護士に知財の専門家が少なくことが問題である。司法があまり信用できない。
- ・柔軟な権利制限規定がないためにイノベーションの創出が阻害されていると主張されるが、そのような事実は証明されていないのではないかと。また、柔軟な権利制限規定によって本当にイノベーションが促進されるのかは疑問である。
- ・イノベーションの創出は、利用者との協力関係のもとで実現されるべき（権利者にもそれなりの分配をすべき）。
- ・もともとグレーゾーンの多い分野であり、あまりガチガチにする必要はない。

(3) 両者に共通の意見など

- ・DMCA のルールでは、権利侵害に対して警告を行っても、最終的にはアップされた状態のまま当事者同士での解決を求められる（特に YouTube の場合）。この点については、警告があった場合には削除した状態で当事者同士の解決を行う仕組みにすべきという声も、権利者・利用者双方からあった。
- ・権利者・利用者の意見を総合すると、フェアユースのような一般的な権利制限規定が適用される場面では、現在も権利侵害をしていない遵法意識の高い利用者（例えば、国内の上場企業）の利用は委縮し、現在も日常的に権利侵害を行っている遵法意識の低い利用者（例えば、海外の海賊版事業者や一部の個人利用者）の居直り侵害が増える可能性がある。

Ⅲ 分析

1. 柔軟な権利制限規定の創設に伴う権利侵害増加の可能性についての分析（アンケート調査に基づく分析）

（1）分析手法

アンケート調査の結果から、柔軟な権利制限規定を創設した場合に、権利侵害がどの程度増えるかを検討する。

検討にあたっては、アンケート調査に回答した利用者について、「著作権法への理解度」と「適法性が不明な利用への積極性」という基準で、下表のようなグループに分類する。

「著作権法の理解度」は、例えば、「著作権法では著作権侵害に対してどのような手立てが用意されていると思うか」、「以下のような利用は権利者の利益を不当に害すると思うか」といった問に対する回答などを判断基準として、どの程度著作権法への理解があるかを分類している。

「適法性が不明な利用への積極性」は、「新事業を実施しようとするとき（個人の場合は、著作物を利用しようとするとき）に、それが合法であるか違法であるかの判断が難しい場合、どのように行動しますか」という問への回答によって、どの程度積極的に利用する意思があるかを分類している。

		適法性が不明な利用への積極性		
		慎重	中間	積極
著作権法の理解度	高	A		B
	中			C
	低	D	E	F

表中で A に分類される回答者は、著作権法への理解もあり、適法性が不明な利用には慎重であることから、柔軟な権利制限規定ができて権利侵害を起こす可能性は低いものと考えられる。一方で、B に分類される回答者は、著作権法上は適法性が不明確な利用だと理解しながらも、権利侵害を行う可能性が相対的に高いと考えられる。また、D、E、F に分類される回答者は、著作権法への理解度の不足から、権利侵害を引き起こす可能性が相対的に高いと考えられる。また、C に分類される回答者は、このいずれのタイプの権利侵害の可能性もあると考えられる。

以上から、ここでは、柔軟な権利制限規定の創設に伴う権利侵害の可能性について、A の該当者を「低い」グループ、B、C、D、E、F の該当者を「高い」グループ、空欄の該当者を「中程度」のグループと分類することとする。

（2）分析結果

著作権法の理解度を測る尺度として、①著作権法の基本的な制度に関する質問（権

利侵害に対して刑事罰があることを認知しているか否か）、②知識がある者が多かった質問（イラストの無断転載について、権利者の利益を不当に害すると思うか否か）、③知識がある者が少なかった質問（学校向け資料を収集・提供するサービスについて、権利者の利益を不当に害すると思うか否か）を取り上げて分析を行った。結果の概要は次ページ以降のとおりである。

ここで留意すべきは、企業・個人ともに、当該アンケート調査に回答したのは対象者の一部であり、圧倒的多数である非回答者の意見は反映されていないことである。企業・団体向け調査（郵送調査）については、回答率が 12.9%であり、著作権法に関心が薄い企業は調査票を返送していない可能性が高いと考えられる。個人調査（web 調査）については、スクリーニング調査の回答率が 10.3%、本調査の回答者は権利者・利用者合わせて、総送付数の 1.5%であり、非回答者が圧倒的に多い。

回答者のうち、著作権法に馴染みが「非常にある」「ややある」と回答した者は、企業で 36.4%、個人（スクリーニング調査）で 13.1%。各調査の非回答者においては、著作権法に馴染みや理解がある者の割合はこれより低い可能性が高い。したがって、非回答者の存在を勘案すると、実際に権利侵害が生じる可能性は、ここで示したよりもさらに高くなる可能性がある。

また、違法であると認識しながらも利用を行う、いわゆる「居直り侵害」については、本アンケート調査では質問していないが、仮に質問したとしても率直な回答が得られる可能性は低く、アンケート調査という手法では実態を把握することは難しいと考えられる。

権利制限規定の創設に伴って権利侵害が増加すると、権利者における権利行使コストが増加する可能性がある。先述のとおり、アンケート調査では、侵害対策に「ほとんど費用はかけていない」と回答した者が多かった⁷。ヒアリング調査からも、法定賠償制度等が未整備である現状では、訴訟によって得られる便益が訴訟コストを下回ることが多いため、侵害対策に費用をかけられない権利者の現状が浮かび上がった⁸。こうした現状で権利侵害が増加した場合に、権利者は、権利行使コストを増加させるか、やむを得ず侵害を放置するか、という厳しい選択を迫られることになる。

⁵ 先述のとおり、企業の回答者は 3,693 社中 469 社（12.9%）である。個人の回答者は、総送付数 194,175 人のうち、スクリーニング調査の回答者が 20,004 人、そのうち利用者・権利者 1,500 人ずつが本調査の回答者である。

⁶ 企業調査の結果は、調査 1 I 1（4）ア(a)参照。スクリーニング調査の結果は、「著作権法に馴染みがありますか」という問に回答した者は 17,701 人であり、そのうち、①非常にある：258 人（1.5%）、②ややある：2,068 人（11.7%）、③どちらとも言えない：3,496 人（19.8%）、④あまりない：5,687 人（32.1%）、⑤全くない：6,192 人（35.0%）であった。

⁷ 調査 1 I 1（4）イ(c)参照。

⁸ 調査 1 I 2（2）参照

① 著作権法への理解度を測る基準として、「著作権侵害に対して刑事罰があることを認知しているか否か」を用いた場合

【分類の基準】

縦軸		著作権法の理解度
刑事罰の認知	認知している	高
	認知していない	低
横軸		利用の積極性
適法性が不明な利用への積極性	完全に合法である確信がある場合にのみ利用する	慎重
	合法である可能性が極めて高ければ利用する	
	合法である可能性がある程度高ければ利用する	中間
	合法である可能性がわずかでもあれば利用する	積極
合法か違法か不明であっても利用する		

【分析結果】

企業調査		適法性が不明な利用への積極性		
		慎重	中間	積極
著作権法の理解度	高	55.6%	13.0%	0.5%
	低	26.6%	4.3%	0%

個人調査		適法性が不明な利用への積極性		
		慎重	中間	積極
著作権法の理解度	高	19.0%	5.0%	2.1%
	低	45.7%	19.3%	8.9%

	企業	個人
権利侵害の可能性が低いグループ（ゴシック体）	55.6%	19.0%
権利侵害の可能性が中程度のグループ	13.0%	5.0%
権利侵害の可能性が高いグループ（網掛け）	31.4%	76.0%

② 著作権法への理解度を測る基準として、「イラストの無断転載について、権利者の利益を不当に害すると思われるか否か」を用いた場合

【分類の基準】

縦軸		著作権法の理解度
イラストの無断転載	権利者の利益を不当に害する	高
	どちらかと言えば権利者の利益を不当に害する	
	どちらとも言えない	中
	どちらかと言えば権利者の利益を不当に害さない	低
権利者の利益を不当に害さない		
横軸		利用の積極性
適法性が不明な利用への積極性	完全に合法である確信がある場合にのみ利用する	慎重
	合法である可能性が極めて高ければ利用する	
	合法である可能性がある程度高ければ利用する	中間
	合法である可能性がわずかでもあれば利用する	積極
合法か違法か不明であっても利用する		

【分析結果】

企業調査		適法性が不明な利用への積極性		
		慎重	中間	積極
著作権法の理解度	高	70.6%	13.6%	0.6%
	中	6.4%	3.2%	0%
	低	4.3%	1.3%	0%

個人調査		適法性が不明な利用への積極性		
		慎重	中間	積極
著作権法の理解度	高	47.5%	13.7%	5.1%
	中	15.1%	8.8%	4.3%
	低	2.1%	1.7%	1.5%

	企業	個人
権利侵害の可能性が低いグループ（ゴシック体）	70.6%	47.5%
権利侵害の可能性が中程度のグループ	23.2%	37.7%
権利侵害の可能性が高いグループ（網掛け）	6.2%	14.8%

- ③ 著作権法への理解度を測る基準として、「学校向け資料を収集・提供するサービスについて、権利者の利益を不当に害すると考えるか否か」を用いた場合

【分類の基準】

縦軸		著作権法の理解度
学校向け資料の収集・提供	権利者の利益を不当に害する	高
	どちらかと言えば権利者の利益を不当に害する	
	どちらとも言えない	中
	どちらかと言えば権利者の利益を不当に害さない	低
権利者の利益を不当に害さない		
横軸		利用の積極性
適法性が不明な利用への積極性	完全に合法である確信がある場合にのみ利用する	慎重
	合法である可能性が極めて高ければ利用する	中間
	合法である可能性のある程度高ければ利用する	
	合法である可能性がわずかでもあれば利用する	積極
	合法か違法か不明であっても利用する	

【分析結果】

企業調査		適法性が不明な利用への積極性		
		慎重	中間	積極
著作権法の理解度	高	27.1%	4.3%	0.2%
	中	15.4%	3.8%	0%
	低	39.0%	9.8%	0.4%

個人調査		適法性が不明な利用への積極性		
		慎重	中間	積極
著作権法の理解度	高	25.7%	6.3%	2.4%
	中	22.9%	11.1%	5.6%
	低	16.2%	6.9%	3.0%

	企業	個人
権利侵害の可能性が低いグループ（ゴシック体）	27.1%	25.7%
権利侵害の可能性が中程度のグループ	23.5%	40.3%
権利侵害の可能性が高いグループ（網掛け）	49.5%	34.1%

2. 柔軟な権利制限規定の創設に伴う権利侵害増加の可能性についての分析（文化庁ニーズ募集に基づく分析）

(1) 分析手法

文化庁では、平成 27 年 7 月に同庁が行った著作物利用の円滑化に関するニーズ募集で提出された課題について、次の A から C のように分類を行っている⁹。これらのうち、A-3 に該当するものについては、権利制限を正当化する根拠の説明が不十分なものが含まれており、その中には、実現した場合には著作権者の利益を不当に害する可能性がある利用形態も含まれている。

柔軟な権利制限規定が創設された場合には、こうしたニーズについて権利制限が正当化されたと思込んで、またはそう主張して、利用を行う者が出てくることも否定できない。したがって、こうしたニーズの態様を分析することにより、柔軟な権利制限規定が創設された場合に生じ得る権利侵害の態様を予測することとする。

A	権利制限規定の見直しによる対応の検討が求められているもの	
A-1-1	ニーズの明確性（観点①）、権利制限による対応の正当化根拠の見通し（観点②）についていずれも相当程度説明されており、かつ、優先度（観点③）が肯定される。	
A-1-2	観点①・②についていずれも相当程度説明されているが、観点③が肯定されない	
A-2	観点①・②についていずれも一定程度説明されている	
A-3	観点①・②の両方又はいずれかについて、説明が不十分である	
B	他の政策手段による対応の検討が求められているもの	
B-1	ニーズの内容が一定程度説明されているもの	
B-2	ニーズの内容の説明が不十分であるもの	
C	既に審議会等で検討中又は過去の審議会で検討済みのもの	

(2) 分析結果

当該ニーズ募集に提出された課題のうち、A-3 に分類され、かつ、著作権者の利益を不当に害することとなる可能性がある利用形態として、以下のようなものが挙げられる。

これらを分析すると、①個人が非営利で行う場合には、インターネット上にコンテンツを自由にアップロード可能にしてほしい、②教育研究目的であれば、許諾なしに複製できる範囲を現在より広げてほしい、③私的複製の代行業や企業内複製を認めて

⁹ 提出されたニーズと分類の詳細については、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」（第1回）資料4・資料5を参照。

ほしい、といったニーズが多く挙げられている。したがって、権利制限規定を柔軟化した場合には、1で分析した権利侵害の危険性が高いグループを中心として、このような利用形態が増加する可能性があると考えられる。

① 個人または非営利の利用に関するもの	
ニーズ	提出者
過去のスポーツ中継を、動画共有サイトでユーザーが非営利で投稿することを合法化する	個人
一般人が放送番組を SNS を通じて貸したり譲ったりする行為を合法化する	個人
SNS における画像著作物の二次利用を合法化する	個人
出版物を紹介するために、自分の意見は全く掲載せず、出版物を引用してホームページに掲載することを可能にする	個人
動画等を作成する際に音楽を BGM として利用できるようにする	ユーザー団体
個人が勉強のため、または非営利で行う場合に、音楽をインターネット上に公開できるようにする	個人
非営利の場合、特に音楽を BGM など付属物として使用する場合は規定額を文化庁等に納めれば使用できるようにする	個人

② 教育・研究・文化目的の利用に関するもの	
ニーズ	提出者
大学図書館において、著作物の「一部分」を超える部分の複製に関しても複製権を制限する	図書館団体
公的資金による研究の論文博士学位論文などについては、複製権や公衆送信権を制限し、一定期間経過後に公開可能とする	図書館団体
大学図書館が所蔵する絶版本など入手困難な資料を電子化し、一定の範囲で利用ができるようにする	大学図書館
「教科用図書」に学校で使用されるデジタル教材が含まれるようにし、公衆送信により提供できるようにする	教材出版社
海外の著作物を教材に利用する場合、許諾に要する経費や著作権料が高額な場合の利用円滑化（強制許諾+補償金）	個人
日本の文化の国内外への宣伝のため、放送された著作物を個人が加工・配信可能にする	個人
学習用参考書として、基本書を多数引用した「教科書のまとめ本」を許諾なしに出版できるようにする	個人
貴重書、絵画、映画等の文化財を保存のためにデジタル化し再利用の	個人

ために公開できるようにする	
---------------	--

③ その他（営利目的など）	
ニーズ	提出者
メディア変換サービスを合法化する	メーカー団体
個人向け録画視聴サービスを合法化する	メーカー団体
クラウド上の情報活用サービスであるプリントサービスを合法化する	メーカー団体
放送事業者による6か月を超えたアーカイブ保存を可能とする	テレビ局
会議資料や取材資料の作成など業務のために著作物を複製できるようにする	ユーザー団体
企業内での業務目的の著作物の複製について、一定の要件で権利制限の対象とする	個人
電子化されていない書籍の電子化について、業者に代行させられるようにする	個人

3. 検索エンジンサービスに関する分析

検索エンジンサービスについては、日米ともに 1990 年代前半に最初のサービスが登場しており、当初は日本でも様々な事業者が進出したが、最終的に日本市場は米国発の Google (2000 年に日本語版サービス開始) に席巻されている状況である。この点について、著作権法が原因であったのかを検証した。

① 米国はオプトアウト方式、日本はオプトイン方式であったという指摘について

日米の検索エンジンが勝敗を分けた原因について、オプトアウト方式とオプトイン方式の違いを指摘する意見がある¹⁰。すなわち、Google などの米国勢はフェアユース規定を利用して全世界のサイトを無断複製した上で、問題があれば削除するというオプトアウト方式を採用したため、大量のデータを蓄積できたのに対し、日本勢は承諾のあるサイトだけを掲載するオプトイン方式を採用したため、事業の拡大が難しかったという指摘である。

しかしながら、日本でも、ウェブコンテンツを自動で巡回・収集してデータベースに蓄積する「ロボット型」の検索エンジンは初期から存在していた¹¹。ロボット型検

¹⁰ 中山 (2013)、城所 (2016) など。

¹¹ 日本最初の本格的ロボット型検索エンジン Searcher in Waseda (後に「千里眼」と改称) (早稲田大学→株式会社アスキー) の他、ODIN (東京大学→NTT 未来ねっと研究所)、InfoNavigator (富士通株式会社)、goo (NTT アド→NTT-X→NTT レゾナント) など各種サービスがロボット型検索エンジンを採用していた。

索エンジンは、著作権者の許諾を得ずに、著作権法上の「複製」を行うものである¹²。各ウェブサイトの運営者は、robots.txt ファイルによって複製されたくないコンテンツを指定することができるという点で、オプトアウト方式であるといえる。この仕組みは、現在の Google でも、日本初の本格的ロボット型検索エンジンであった「千里眼」でも、基本的に同様である¹³。したがって、当時の日本の検索エンジンがオプトイン方式のみを採っていたという説は、事実誤認であるといえる。

また、当時の検索エンジンに関する Q&A¹⁴やロボット型検索エンジンの技術を紹介した雑誌記事¹⁵には、著作権法について何ら言及されていない¹⁶ことから、特に著作権法との関係を問題視していたことは読み取れない。

文化庁においても、「情報大航海プロジェクト」（経済産業省）等を契機として 2007 年に事業者から要望が提出されるまでの間、検索エンジンを対象とする権利制限を求める要望が公的に提出された事実は把握していない。

こうしたことから、日本の検索エンジン発祥当時の状況として、特に著作権法との関係が問題視はされていなかったものと考えられる。

②日本の検索エンジンは海外にサーバーを置いていたという指摘について

日本の検索エンジン事業者は、日本の著作権法の適用を避けるため海外にサーバーを置いており、それがビジネス上の障害となっていたという指摘がなされることもある¹⁷。

この点について、「千里眼」のサーバーは早稲田大学（後に株式会社アスキー）に、「ODIN」のサーバーは東京大学（後に NTT 未来ねっと研究所）に置かれており、「InfoNavigator」（富士通株式会社）を紹介した記事においても、特に著作権法上の

¹² 「千里眼」のページ内（現在はアーカイブ）にある「千里眼に関する Q&A」には、「URL を千里眼に登録して欲しいのだけど、どうしたらいいの？ 今のところ、千里眼では手作業によるデータの追加・変更は一切行なっていません。もし登録して欲しい URL が .jp ドメインのものならば、時間が経てば千里眼の WWW Robot が勝手に登録してくれます。」と記載されており、オプトイン方式でないことは明らかである。

¹³ 上記「千里眼に関する Q&A」では「WWW Robot には、『あるサーバに訪れるとき、まず最初に /robots.txt を取得し、その内容に従ったアクセス制限を受けるようにする』という紳士協定のようなものがあります。」と記載されている。

¹⁴ 上記「千里眼に関する Q&A」

¹⁵ 佐藤・佐藤（1998）

¹⁶ InfoNavigator を運用していた富士通株式会社への問い合わせでは、当時の担当者が既に退社しているため正確にはわからないとした上で、「ネット上に存在する情報をロボットで収集（複製）したとしても、一時的に DB に存在するに過ぎず、リスクとしては大きくないと判断したのかもしれませんが」という回答であった。

¹⁷ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（第 10 回）（平成 20 年 1 月 11 日）資料 3 「『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会中間まとめ』に対する団体からの意見」内で、株式会社プログウォッチャーが「サーバーを海外に置かざるを得ない事で、サーバー本体のチューニングや細かなメンテナンスなどを迅速に行うことも難しく技術発展が阻害されている状況にあります。」と述べている。

問題から海外にサーバーを置いているという記述はない¹⁸。

具体的にどこにサーバーを置いていたかは、企業秘密に属することでもあり、正確な調査は困難である。実際に海外にサーバーを置いていた事業者があった可能性は否定できないが、それが著作権法上の理由によるものであり、そのためにビジネス上の競争力が削がれて米国勢に負けたということを実証する文献は、これまでの調査では見つからない。

また、そもそも海外にサーバーを置いていても日本の著作権法が適用される可能性はあるので¹⁹、リスクを回避しようとする事業者における検討の結果が、本当に「海外にサーバーを置けばいい」という結論であったのか疑問も残る。

③各国の検索エンジンシェアの状況

検索エンジン市場で米国企業が圧倒的シェアを占めているというのは、日本だけの状況ではない。最新の調査²⁰では、PC 検索の場合、北米、欧州、アジアの主要国で、Google は 8~9 割のシェアを有している。それに次ぐのは Microsoft 社の Bing であり、5~10%程度のシェアを持つ国が多い。両者を合わせると、ほとんどの国で米国企業が 100%近くのシェアとなる。モバイル検索では、多くの国で Google が 9 割台の圧倒的シェアを有している。主要国で Google がシェア首位でないのは、Baidu が 66%のシェアを有する中国のみである。また、ロシアと韓国では、Google のシェアは 5~6 割に留まっており、地元企業がそれに次ぐシェアを有している。

こうした状況から、Google に敗れたのは決して日本製検索エンジンだけではないことがわかる。米国内においても、日本以上に多くの検索エンジンが Google との競争に敗れている。中国、ロシア、韓国の 3 国を除けば、世界中の検索エンジンが Google に敗れたといっても過言ではない。

④考察

現段階での結論として、日本製検索エンジンが発展しなかった原因が主に著作権法の制約にあったとする説明には、合理的な理由があるとはいえないと考える。また、実際の原因としては、以下のようなものが考えられる。

A. 検索技術の差

Google の検索エンジンは、膨大なデータベースを瞬時に検索して結果を表示するスピードに優れていた。また、ページランクという手法を用いてサイトの質を評価したことで、検索者が求める適切な検索結果を表示する能力にも優れていた。こうした「使い勝手」の面で、Google は他の検索エンジンに大きな差をつけ、利用者の支持を得たと考えられる。

日本製検索エンジン事業者は、2000 年代以降、Google と提携して同社の検索エン

¹⁸ 佐藤・佐藤（前掲）

¹⁹ 文化庁（平成 21 年）p. 65

²⁰ アウンコンサルティング株式会社（2016）。ここでの Google は、検索エンジンとして Google を利用している他社サービス（日本では Yahoo! JAPAN など）を含む。

ジンを使用するようになったが、その理由として、「保有するデータベース量や質などの観点から、Google との提携に至りました」²¹、「グーグルは今日現在既に、確固たる日本語環境の検索エンジンと検索連動型広告配信システムを保有しており、且つ、その機能も現時点ではベストであるとの結論に至ったため、グーグルからの提供を受けることを決定した」²²など、Google の優れた技術を評価する旨を述べている。また、今回の調査においても、かつて検索エンジン事業を行っていた企業で、当時の担当者からの伝聞という形ではあるが、「Google が参入したところ、残念なことに技術的に勝てないと思った」という話があった。

イ. 収益構造の差

日本の検索エンジンサービスは、大学発のものであったり、「ポータルサイト」の中の一つのサービスという位置付けのものであるなど、検索エンジン自体で利益を上げようという発想ではなかった。一方で Google は、検索結果に連動した広告表示という手法によって、検索エンジン自体を利益の上がる事業にした。

インターネット上の情報が爆発的に増加する中で、膨大な資金を投じてデータベースを拡大し続けなければ、検索エンジンとして生き残ることはできない。投資に応じた収益を生むことができない検索エンジンは、十分な資金を確保することができず、競争から脱落せざるを得なかったのである²³。一方で Google は、膨大な投資をしてデータベースを拡大するほど利益も増える収益増進型のモデルを作り出すことができたため、競争に勝ち残ったといえる。

今回のヒアリング先のヤフー株式会社でも、日本発の検索エンジンが普及しなかったのは、著作権法の問題というよりは、日米のビジネス環境の違いによるのではないかという見解が示された。

4. 論文剽窃検証サービスに関する分析

論文剽窃検証サービスについても、検索エンジンサービスと同様、日本ではフェアユース規定がないために充実したサービスが提供できないという指摘がなされている。

具体的には、米国企業によるサービス（例えば、iThenticate）は、フェアユース規定を利用して無断で論文等を収集し、大量にデータベースに蓄積しているため、大規模なサービスを展開できるのに対し、日本企業によるサービスは個別に承諾を得たものしかデータ収集ができず、小規模なサービスしか展開できず、米国企業にシェアを奪われてしまったという指摘がある。

この点、日本発の論文剽窃検証サービスを展開している株式会社アングへのヒアリング等からは、以下のような事実が把握された。なお、株式会社アングとしては、米

²¹ 株式会社NTT-X・Google (2003)

²² ヤフー株式会社 (2010)

²³ 日本製の検索エンジンには、2000年9月にGoogleが日本語版を正式展開する前に市場から撤退しているものも見られる。例えば、「千里眼」は1999年3月にサービスを終了している。

国企業とは契約形態や価格で住み分けができていているため、サービスが競合しているという認識はないとのことであった。

①インターネット上に無償で公開されている文献について

米国企業はフェアユース規定を根拠に文献データの収集と蓄積を行っていると考えられる。一方で株式会社アングのサービスでは、現行法第47条の6の規定により収集された文献データを利用している。したがって、著作権法との関係においては両者に差はない。

②その他の文献について

その他の文献については、米国企業においても契約に基づいて収集していると思われる。例えば、iThenticateでは、出版社との提携で5,000万件、文献データベースとの提携で1億1,000万件、インターネット上で600億件の文献をデータベースに蓄積しているとしている²⁴。株式会社アングにおいては、現在のところ有料データベースとの契約は行っていないが、契約することは可能であり、日米で著作権法上の位置付けが違うわけではない。

²⁴ iThenticate ホームページにおける説明（平成28年12月19日閲覧）。
(<http://www.ithenticate.com/content>)

【調査2： 司法を取り巻く環境や国民意識に関する調査】

本調査では、司法による個別的な紛争解決を通じた規範形成の実現可能性という観点から、現代日本の司法をめぐる現状（制度・資源、当事者のコスト、国民意識等）を明らかにする。その際、立法による規制密度が薄くとも、司法側はそれに対応できるのかということにも留意しつつ、調査を行った。

調査は、昨今の法社会学の議論における傾向（所謂「文化論」に、安易に還元することを避ける）にも鑑み、法と経済学の知見や、予測可能性といった観点からのアプローチを活用した。

1. 司法の資源

(1) 著作権関係訴訟の現状

知的財産に関する民事訴訟は、第一審で年間 500 件程度が受理されている²⁵。そのうち、著作権関係事件の割合は 2 割程度であることから²⁶、著作権に関する訴訟は年間 100 件程度が受理されていると考えられる。一方で、全国の民事第一審訴訟の受理数（過払金訴訟を除く）は 9 万件前後であり、著作権関係訴訟の件数は全体の 0.1%と、非常に小さいものである。

また、知的財産に関する民事訴訟の平均審理期間は第一審で 15.0 か月となっており、過払金訴訟を除く民事第一審訴訟全体の平均審理期間 9.2 か月と比べると長くなっている。ただし、これには特許訴訟を含んでいることから、著作権関係訴訟に限れば、審理期間はより短い可能性もある。

以上のことから、現在の著作権関係訴訟は、司法システム全体の中で多大なリソースを必要としている状況とは考えられない。

(2) 著作権関係訴訟の処理体制

知的財産の民事訴訟のうち、特許権、実用新案権、回路配置利用権、プログラムの著作権に関するもの（いわゆる技術型訴訟）については、東日本は東京地方裁判所、西日本は大阪地方裁判所の専属管轄であり（民事訴訟法第 6 条第 1 項）、控訴審はすべて知財高裁が管轄している（知財高裁設置法第 2 条第 1 号）。こうした体制が取られているのは、専門的・技術的要素が強い訴訟について、専門的な処理体制の整った裁判所に集中することによって、審理の一層の充実及び迅速化を図るためである²⁷。

通常の（プログラム以外の）著作権に関する民事訴訟は、原則どおり各地方裁判所が管轄しているが、東日本は東京地方裁判所、西日本は大阪地方裁判所にも訴えを起こすことができる（民事訴訟法第 6 条の 2）。控訴審は、第一審を管轄する高裁が処理する。

²⁵ 最高裁判所（平成 27 年）

²⁶ 知財高裁パンフレット p. 44

²⁷ 同 p. 13

なお、刑事事件については、このような体制は取られておらず、通常どおりの管轄体制となっている。

知財訴訟に関する裁判所の人員体制は以下のとおりである。

① 裁判官

知財高裁は第 1 部から第 4 部に分かれており、計 18 人（所長を含む）の裁判官が配置されている。原則として、3 人の裁判官の合議体で 1 つの事件を担当する。第 1 部から第 4 部までのほかに、重要な案件について知財高裁としての統一見解を示す必要がある場合は、5 名の裁判官による大合議部で裁判を行うことができる。この対象となるのは技術分野の訴訟であり、著作権関係ではプログラム著作権に関する訴訟だけである。

知財高裁に配属される裁判官は、純粋に知財訴訟を専門としているわけではなく、他の分野とのローテーションの中で人事が行われている。

なお、地裁レベルでは、知財訴訟を担当する専門部が、東京地裁に 4 部、大阪地裁に 2 部置かれている。高裁レベルでは、知財高裁のほか、大阪高裁にも知財関係事件の集中部が 1 部置かれている。

② 裁判所調査官

技術分野について裁判官に専門的なサポートを行うための常勤スタッフとして、裁判所調査官が置かれている。調査官は、知財高裁に 11 人、東京地裁に 7 人、大阪地裁に 3 人が配置されている。

調査官は、大半が特許庁の審査官・審判官の出身者であり、弁理士からも若干名が任命されている。各調査官は、おおむね 3 年程度勤務した後に、特許庁や弁理士業に復帰するのが通例である。

③ 裁判所書記官

知財分野に限らず、裁判官の事務的・手続的なサポートを行うためのスタッフとして、裁判所には書記官が置かれている。知財高裁や東京高裁・大阪高裁の知財部にも書記官が配置されているが、知財訴訟に特別な経験等を有する書記官が選考されているわけではない。

知財高裁の場合、4 つの部に 2 人（うち 1 人が主任書記官）ずつが配置され、事務局にも複数の書記官が配置されている。

④ 専門委員

専門委員は、最高裁判所が任命する非常勤の国家公務員であり、指定を受けた事件について、公平・中立な立場から、争点となる高度な専門的・技術的事項について裁判官や当事者等に対して説明等を行う。

専門委員制度を利用できる分野には法的な制限はないが、実際には、特許訴訟、医療訴訟、建築訴訟で利用されている。現在、知財訴訟（特許訴訟）の専門委員には、大学教員、研究者、弁理士など約 200 名が任命されている。

これらを総合すると、著作権のうちプログラムの著作権については、特許等と同様に技術的な専門性が高いため、裁判官に対する専門的なサポートが可能となる体制がとられている。一方で、プログラム以外の著作権については、こうした特別体制の対象とはなっておらず、原則として通常の体制によって裁判が行われている。

なお、日本の裁判所の大きな特色として統一性、匿名性が挙げられる。すなわち、ある事件をどの裁判官が担当しても、同じ結論が出るということが建前となっている。そのため、例えばアメリカにおけるロークラークは、裁判官個人のスタッフとして位置付けられているのに対し、日本における調査官は司法府全体のスタッフとされている等、司法を支えるサポートスタッフについても、そうした考え方が反映されている。

(3) 外部からの意見を取り入れる仕組み

裁判所の基本的な役割は、当事者間の個別・具体的な紛争解決を図ることであるため、原則として当事者以外の第三者から意見等を聴取する仕組みは有していない。

例外として、上記(2)で挙げた専門委員が、外部有識者の専門的な知見を取り入れる制度として存在している。ただし、上述したとおり、通常の著作権関係訴訟については、現在のところ専門委員制度は活用されていない。

また、制度としてではなく、訴訟指揮の一環として、公益的な観点に関して訴訟外の第三者より意見を聴取した例(知財高裁の大合議部)がある²⁸。これも、特許訴訟の事例であり、著作権関係訴訟では同様の事例はない。

このように、訴訟指揮の一環であれば、司法権の本旨に則り、法令または裁判所規則に反しない限り、裁判官の裁量として第三者の意見を聴取することも可能である。ただし、実施するか否か、寄せられる意見をどのように採り入れるのかといった点はすべて当該事件を担当する裁判官の裁量に委ねられているため、必要な時に適切に実施されるという保証はない。

(4) 小括

以上のことから、現在の状況においては、著作権関係訴訟が司法システムの中で多大なリソースを必要とする状況とはなっておらず、裁判所側としても、特許等の技術型訴訟と比べて、特別な体制を必要とする状況とは認識していないものと考えられる。

仮に、権利制限規定の柔軟化によって著作権関係訴訟が増加した場合にも、もともと絶対数が全民事訴訟件数の0.1%程度と少ないため、訴訟件数の多少の増加は問題とならないものと考えられる。また、訴訟内容について、現在より高度な専門的判断が求められる状況になった場合にも、現在の特許訴訟等と同様に、専門委員制度を活用して外部専門家の知見を活用することができれば、対応できる可能性はあると考えられる。

²⁸ 平成26年5月16日知財高裁判決・同25年(ネ)第10043号等(アップル・サムスン大合議事件)。知財高裁の意見募集に対し、海外を含め58件の意見が寄せられた。

2. 訴訟における当事者のコストと期待値等

(1) 基本的な考え方

訴訟コストの検討にあたり、まず、当該コストの区分、及びコストの位置付けにつき確認しておきたい。

コストの区分として、①訴訟に直接的にかかるコスト(裁判所に支払う手数料、弁護士費用等)、②間接的なコスト(いわゆる「機会費用」としてかかるコスト。例えば、企業の場合はレビューセッション低下による売上の減少、個人の場合は訴訟によって取られる時間等)、の2つに区分して考察することが有用であると考えられる。

また、企業・個人が実際に訴訟を提起するか否かの判断は、上記コストの絶対額のみならず、訴訟によって得られる便益との比較において決定しているものと考えられる。

得られる便益については、具体的には、得られる賠償額×得られる確率という形で期待値を計算することができ、さらに訴訟の場における(訴訟の場に持ち込むことに関するではない)リスク選好を踏まえた上でのリスクプレミアムについて織り込むことも可能である。

(2) 訴訟のコスト

上記①の直接コストについては、企業へのヒアリングにおいて、著作権関係の訴訟を起こす費用は1件当たり30~50万円程度であるという意見があった²⁹。個人へのアンケート調査では、訴訟を行っている場合の年間費用は「10~50万円」が26.2%、「ほとんど費用はかけていない」の27.3%に次ぐ数字であった³⁰。

これらの結果から、著作権訴訟1件当たりのコストは30~50万円程度であると推定される。これは、通常の民事訴訟と変わらない水準であり、コストの目安として妥当なものであると考えられる。

上記②の間接コストについては、具体的な金額を算定することは困難であるが、ヒアリングにおいて多くの企業から、訴訟を行うこと自体によるレビューセッションの低下を危惧する声があったため、現実のものとして存在していることは明らかである。企業の場合には、たとえ当該案件において訴訟に勝ち、損害賠償を得ることができたとしても、レビューセッションが低下することによる買い控えや顧客離れ等、短期的、あるいは場合によっては中長期的な売り上げの減少等につながることも考えられる。

また、訴訟を行うこと自体によって企業や個人のレビューセッションがどの程度低下するのかという点については、(3)で考察する文化の問題と密接に関連している。すなわち、社会的に訴訟が忌み嫌うべきものと認識されているのであれば、訴訟を行う企業・個人のレビューセッションは大きく低下するが、そうでないのであれば、レビューセッションの低下は生じないと考えられるからである。例えば、海賊版対策の場合

²⁹ 調査2で行った権利者(企業)に対するヒアリング

³⁰ 調査1で行った権利者(個人)に対するアンケート。なお、「ほとんど費用はかけていない」という回答の中には、実際には訴訟を提起していない人や、過去に訴訟を行ったが現在は行っていない人の回答が相当数含まれていると考えられる。

は、対策を講じることは社会的にも正当な行為だと評価されており、レピュテーションの低下は少ないと考えられる。

なお、①の直接コストについては、規模が小さく、訴訟に大きなリソースを割けない企業ほど、訴訟提起の障害となり得るものと考えられる。一方で、②の間接コストについては、概して伝統のある大企業の方が、企業のレピュテーションに敏感であり、訴訟への障害となる可能性が大きいことが考えられる。

しかし、調査1のアンケート結果を分析したところ、企業の規模や創業年数と、訴訟を忌避する意識の間に相関関係はみられなかった。したがって、今回のアンケート結果からは、前段落の仮説を検証することはできなかった。

(3) 訴訟によって得られる便益

訴訟によって得られる便益は、侵害の停止や損害賠償、また将来的な侵害の減少が考えられる。個人へのアンケート結果では、訴訟の結果得られる金額がどの程度であれば実際に訴訟を起こすかという問いに対し、10～50万円未満という回答が最多(18.8%)であり、次いで10万円未満(16.8%)、50～100万円未満(14.7%)という結果であった。

個人の場合は、訴訟によって得られる金額が50万円程度であれば訴訟を起こすという考えが多いが、これは訴訟の直接コストに近い金額である。したがって、個人の場合は、直接コストと賠償額の比較によって訴訟を起こすか否かを判断する傾向が強いと考えられる。

企業の場合は、訴訟によるレピュテーションの低下や将来的な侵害への影響等を勘案するため、訴訟を起こすか否かの判断はより複雑なものとなる。ヒアリングにおいても、「何もしなければ、そういう会社だと思われてしまう」旨の意見があったように、訴訟のような強い対応を取ることに伴う将来的な侵害の減少が勘案されている。

実際に著作権訴訟によって得られる賠償額について、統計は見つからなかったが、弁護士へのヒアリング結果から、多くの場合は数百万円以下であると考えられる。したがって、企業においては、直接的なコストと賠償額の比較よりも、レピュテーションの低下や将来的な侵害の減少効果など、間接的なコスト・ベネフィットを重視して訴訟提起の決定をしているものと考えられる。

(4) 権利行使を容易にするための方策

次に、訴訟による権利行使を容易にするための方策について検討する。司法による個別的な紛争解決を通じた規範形成は、そもそも訴訟が提起されなければ実現しない。柔軟な権利制限規定が機能するためには、訴訟制度の使い勝手の良さも重要な問題である。具体的な制度設計として、懲罰賠償、法定賠償、クラスアクション、ディスカバリー、弁護士費用負担の導入した場合の影響を踏まえた上での導入可能性について検討する。

①懲罰賠償

懲罰賠償は、被告側に実際に生じた損害以外にも、被告の懲罰・制裁や加害行為の

抑止等の目的から賠償金を加算することを認める制度である。懲罰賠償制度を導入した場合には、単に訴訟の増減にとどまらず、著作物の利用に関しても大きな影響を与えることも想定される。懲罰賠償をめぐっては、著作権法におけるかつて三倍賠償の議論以外に、他の様々な分野においても議論されてきた。例えば、製造物責任法での附加金制度導入の議論や消費者被害における利益吐き出し制度の議論、また裁判実務における原告による制裁的慰謝料請求の議論が挙げられる³¹。

しかしながら、外国判決の承認・執行をめぐる事件において、最高裁は、懲罰賠償の制度は我が国の損害賠償制度の基本原則・基本理念と相容れないものであるとしており³²、現状では懲罰賠償の制度を創設することは非常に困難であると考えられる。

懲罰賠償については、その背景にある法哲学的な正義論(配分的正義と矯正的正義、あるいは手続的正義等)も含め、問題の射程が、著作権関係、さらには知的財産権関係を大きく超えるものであり、「なぜ著作権法(あるいは知的財産法)だけに当該制度を認める必要があるのか」という疑問に対する解答は、容易ではないものと思われる。

②法定賠償

法定賠償とは、侵害行為により実際に生じた損害額や損害と当該侵害行為との因果関係の立証をせずとも、一定の範囲の賠償額が保証される制度である。この制度には、損害額の立証が容易になり、訴訟提起への障害が減るという効果がある。一方で、法定の賠償額が実際に生じた損害額をはるかに上回る額に設定された場合には、濫訴を誘発する危険もある。

2016年12月9日、第192回国会(臨時会)において成立したTPP関連法における著作権法改正では、著作権等管理事業者の使用料規程により算出した額(複数ある場合は最も高い額)を損害額として賠償を請求することができるという、損害額の立証をさらに容易にする措置が盛り込まれた。本法の施行、あるいは類似制度の充実が進めば、権利者が訴訟を提起しやすい環境整備に資するものと考えられる。

③クラスアクション

クラスアクションは、共通点をもつ一定範囲の人々を代表して一人または数名の者が全員のために原告として訴え、または訴えられるとする訴訟形態である。これに類似した制度として、わが国では消費者契約法と消費者裁判手続特例法による消費者団体訴訟制度がある。当該法律は、同種の被害が多発するという消費者被害の特質に鑑み、差止請求や集団的な被害回復を図るための制度である。クラスアクションとは、

³¹ なお、司法制度改革においても懲罰的損害賠償導入の議論があった。

³² 我が国においては、加害者に対して制裁を科し、将来の同様の行為を抑止することは、刑事上又は行政上の制裁にゆだねられているのである。そうしてみると、不法行為の当事者間において、被害者が加害者から、実際に生じた損害の賠償に加えて、制裁及び一般子防を目的とする賠償金の支払を受け得るとすることは、右に見た我が国における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものであると認められる。(最判平成9年7月11日、民集51巻6号2573頁[萬世工業事件])

①訴訟の原告（クラスアクションは被害者であれば誰でもよいが、当該制度では適格消費者団体・特定適格消費者団体に限定される）、②相手方（クラスアクションでは限定されていないが、当該制度では消費者契約の相手方に限定されている）、③請求の対象（逸失利益、人身損害、慰謝料等は除外されている）等の違いがあり、その性格が異なるものである。

当該制度が導入された背景には、「同種の被害が拡散的に多発する」という消費者被害の特性があり、著作物に対する権利侵害に関しても同様の事情が認められれば、特例法を導入する可能性は存するものと思われる。導入した場合の効果については、具体的に制度設計にもよるので一概には言えないが、方向性としては、訴訟による権利行使につき、現状よりも容易になることが予想される。

④ディスカバリー、弁護士費用の負担

ディスカバリーとは、当事者の求めに応じて相手方や第三者に証拠の提出を義務付ける証拠収集手続である。ディスカバリーを導入した場合、訴訟コストの増大が見込まれ、例えば、弁護士費用等の負担の軽減とセットでなければ、訴訟による権利行使が容易になるものとは思われない。また、弁護士費用の負担については、制度として、著作権法の領域にだけ導入することは極めて困難であり、司法制度に関する全般的な検討の中で議論されることが妥当であると考えられる。

3. 司法や裁判に関する国民意識等

例えば「裁判沙汰になる」といった言説に具象化されているように、司法過程に乗ること自体、すなわち司法による解決自体について、必ずしも肯定的に受け入れられていない土壌が残っているということが、今回のアンケート結果、及びヒアリング結果から明らかとなった（特に、ヒアリング調査の結果からは、所謂、企業のレビューに負の与える影響から訴訟を避けるという回答が多かった）。

また、ヒアリング調査から、規模の大きな企業や長く続いている企業等、所謂エスタブリッシュメント的な企業ほど、レビューリスクを回避する傾向があるのではないかと、という回答を得ることもできたが、今回の上場企業を対象とした企業向けアンケート調査の集計結果から相関分析を行った（問 3・2・3・4（いずれも企業規模等に関する質問項目）と、問 1・9・10（いずれも訴訟に対する企業の傾向に関する質問項目）の相関分析）ところ、相関係数は低く、ほぼ無相関であった（但し、今回のアンケート調査の対象は上場企業であり、非上場企業も含めた調査を行った場合、あるいは今回の調査とは異なる傾向がみられるかもしれないが、今回の調査から、それについては明らかではない）。

さらに、アメリカにおける司法が、静的には厳格な三権分立、また動的には三権の競合といった状況の中で、立法、行政と並ぶ権力（power）の一つとして、政治的色彩がかなり強いものに対し、日本においては、司法が、そもそも政治的なアクターと位置付けられること自体が少ない。理論的には、司法は、司法「権」といった場合の権力（power）の淵源につき、主として人員や資金といった物理的資源に還元する

ことは必ずしも妥当ではないというコンテキストにおいて、「資源なき第三者」と位置付けられることもある²³。国民主権、民主制体制において、このような司法のあり方に、所謂文化や国民意識等が反映されているのだとすれば、これは、国民と司法との距離感の遠さといった事情が影響しているものとも考えられる。

但し、これらの事情については、他国においては必ずしもそうではないという状況の中、より強固な経済連携協定が締結される等、一層のグローバル化が進んだ場合には、司法に対する国民意識、さらには司法のあり方自体が変革する可能性についても否定できないものと思われる。

国民の司法へのニーズについては、平成 11 年 12 月 21 日に提出された司法制度改革審議会の論点整理において、「国民が司法に期待するものは端的に何かとえば、それは、国民が利用者として容易に司法へアクセスすることができ、国民に開かれたプロセスにより、多様なニーズに応じた適正・迅速かつ実効的な司法救済を得られるということ、及び新しい時代状況に対応した適正な刑事司法手続を通じて犯罪の検挙・処罰が的確に行われ、国民が安全な社会生活を営むことができるということであろう。」と指摘されている。また、平成 13 年 6 月 12 日の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—においても「国民が司法制度に期待するものは端的に何かとえば、それは国民が利用者として容易に司法へアクセスすることができ、多様なニーズに応じて充実・迅速かつ実効的な司法救済を得られるということ、及び公正な手続を通じて犯罪の検挙・処罰が的確かつ適正・迅速に行われることにより安全な社会生活を営むことができるということ」とされており、総じて、①司法への容易なアクセス、②実効的な救済、③安全な社会生活、の 3 つであると考えられる。

4. 行政やソフトローに関する国民意識等

上記で検討したように、現代日本においては、裁判を忌避する土壌において、必ずしも司法による法規形成に対する国民からのニーズは大きくないが、司法による法規形成だけが規律密度の低い立法を行った際に、その間隙を埋める手段とは限らない。すなわち、規律密度の低い立法に際し、仮にその間隙が「司法によって」埋まらないからといって、そのことから柔軟な権利制限規定が機能していないということも導くことはできず、抽象的で柔軟な規定が導入された際に、その内容の具体化が、行政による政省令やソフトローによって行われる可能性も考えられる。

5. 結論

権利制限規定の解釈・適用について、仮に今よりも司法に委ねる部分を増やした場合にも、司法のリソースとしては十分に対応可能であると考えられる。また、権利者の権利行使を容易にするための方策についても、さらなる改善の余地はあると考えられる。

²³ 平井(1995)

しかしながら、日本の企業・個人に訴訟を避ける意識が一定程度あることは否定できず、当事者である権利者・利用者からは司法による問題解決が必ずしも歓迎される状況とは思われない点、訴訟で得られる賠償額とコスト（直接コスト+レピュテーションコスト等）を勘案すると訴訟が割に合う場合は極めて限られている点から、現代日本の司法をめぐる現状からは、司法による個別的な紛争解決を通じた規範形成の実現可能性は、相当程度限定的であり、必ずしも著作権法の分野に馴染むものではないと考えられる。

上記を踏まえれば、法律によって一般的・抽象的な規定が設けられた際、その内容の具体化が、政令や省令等の行政立法、また行政の通達・指針や民間の取り決め・自主規制・社会規範等といったソフトロー、あるいはその両方によって行われる可能性も十分に考えられる。法規範性や民主的正統性という意味では、一般的に、ソフトローよりも行政立法の方が優れており、きめ細かさや迅速性といった観点からは、ソフトローの方が優れている可能性が高い。司法による判例形成以外に立法の規律密度の間隙を埋めるに当たっては、こうした行政立法とソフトローの特徴を踏まえて、両者をうまく組み合わせることが効果的であると考えられる。

【調査3：米国の状況調査】

1. フェアユース規定と日本の個別的制限規定の比較

(1) フェアユース規定と日本の個別規定が重なる部分

Alan Latman のフェアユース研究が、①付随的複製、②批評・批判、③パロディ・諷刺、④研究・編集物、⑤私的利用、⑥ニュース、⑦訴訟での利用、⑧非営利又は政府目的の利用というカテゴリカルなアプローチから入っているように、米国においてフェアユースが問題となる事例の多くは、日本の個別権利制限規定のカバー領域と重なっている。

近時の Samuelson の研究でも、日本又はヨーロッパ大陸法の個別的権利制限規定が対象とする領域が、米のフェアユース規定や個別制限規定でカバーされる領域とほぼ重なることが明らかにされている。

(2) フェアユース規定の方が日本の個別規定より広い部分

新たなサービスの提供のために著作物を無許諾で利用する態様に関し、iParadigms、Google Books、TV Eyes といった事例を通じて、米国の裁判例はそうしたサービスをフェアユースであると判断する傾向にある。その結果、フェアユースでカバーされる領域の方が日本の個別的権利制限規定のカバーする領域よりも広がりつつあり、そうした新たな環境（技術）への柔軟な対応を可能にする点をフェアユースの長所とする見解も多い。

米国の判例を整理すると、①私的利用（Sony 判決）など日本では個別的制限規定で対応されている（新たな創作を伴わない）享受型利用、②Campbell 判決で変容的な利用としてフェアユースとされたパロディという形態に代表される（新たな創作を伴う生産的な）享受型利用、さらに③近時変容の利用としてフェアユースとされる傾向が顕著な（新たな創作を伴わない）非享受型利用³⁴といった、著作物の様々な利用形態がフェアユースとして合法とされていることが分かる。

ただし、そのようなフェアユース適用事例の拡大に対する批判³⁵もあり、権利者の本来的な市場への影響を第4要素において慎重に検討していることは見落としてはならないと思われる。Transformative Use doctrine（変容的利用法理）の主唱者 Pierre Leval 判事も、変容的利用が著作物本来の利用を代替しないことを正当化の基礎に据えており、その手による Google Books 判決でも、第4要素における書籍の本来的な市場への影響を厳密に検証されている。

また、批判も根強い変容的利用法理が判例法理として定着していると積極的に評価

³⁴ Perfect 10 v. Amazon (2007), Vanderhye v. iParadigms (2009), The Authors Guild, Inc., et al., v. Hathitrust, et al. (2012/2013), The Authors Guild, Inc., et al., v. Google, Inc. (2013/2015), Fox News Network, LLC v. TV Eyes, INC (2014/2015)

³⁵ <https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/012814-Testimony-Besek-1.pdf> (House Judicial Committee のヒアリングにおける June Besek 教授のコメント等)

する見解が有力な一方で、変容性の強調が私的利用など「著作物の変容を伴わない利用」についてのフェアユースを萎縮させる危険性も指摘され、変容の利用法理のみでフェアユースを説明することは適当でないと考えられる。

(3) フェアユース規定における予測可能性の確保

個別的権利制限規定の持つ予測可能性の担保という見地から、原理・原則に依拠した合理的な個別的権利制限規定の必要性が米国でも説かれている。Samuelson は、その裁判例を利用目的・利用態様に応じた新たなカテゴリーごとに判断基準を整理することでこれまでのフェアユース判例を理解することで、フェアユースの予測可能性を高めるとともに、同規定が持つ柔軟性を維持させることができると指摘し、フェアユース法理と個別的権利制限規定の再構成^{36,37}を提唱している。

この点、極めて精緻な個別的権利制限規定を有する我が国³⁸がそれに加えて柔軟な権利制限規定を検討している現状とは、その出発点が全く異なるものの、精緻な個別的権利制限規定に一般性を有する規定を組み合わせるという枠組みを目指しているという点で方向性は一致しているように思われる³⁹。

日本の個別的制限規定を出発点として一定の柔軟性を実現する規定とフェアユース規定の射程を慎重に検証する米国の動向は、大きく異なるものではないと評価することができるのではない。

(4) イスラエルのフェアユース規定と導入後の状況（概要）

UCLA の Neil Netanel 教授は、Niva Elkin-Koren 教授と共同で、イスラエルで言い渡されたフェアユースが争点となった裁判例を収集・分析を行った（現在論文にまとめている段階とのことである）。⁴⁰

同教授によれば、イスラエルにおいてフェアユースが導入された 2008 年 5 月から 2016 年 1 月までの間にフェアユース抗弁について判断された裁判例は 34 例であり、同改正前に（1993 年から 2008 年のフェアユース規定の施行前まで）存在したフェアディリング規定について判断された裁判例が 16 例であるのと比べると、フェアユースを争った裁判例の数は増加しているとも言える。しかし、同教授によれば、2007 年の（フェアユース規定の導入に留まらない）著作権法の大改正によってイスラエルにおける著作権侵害訴訟全体の数が増加しており、フェアユース規定の存在によって著作権侵害訴訟が増加したとまでは今回の調査では評価できない、とのことである。

³⁶ Samuelson (2015)

³⁷ Gervais(2008)も制限規定の根拠を検証している。

³⁸ 例えば、サムエルソンは、非常に多くの個別的権利制限を持つ国として日本を紹介している、前掲注 49、11 頁注記 80（数の少ない国としてフランスが挙げられている）。

³⁹ 前掲注 49（30 頁以下）は、諸外国における一般的な権利制限規定の採用を提唱する。

⁴⁰ 分析結果の基本的な内容については、論文発表前ではあるが、ご提供いただける予定。

【参考】日米著作権法の主な規定の比較表^{41,42}

利用類型	日本	米国
私的複製	個別規定（30 条）	フェアユース（例えば、Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp., 464 U.S. 417 (1984)）
写り込み	個別規定（30 条の 2）	フェアユース（例えば、Italian Book Corp. v. Am. Broad. Cos., 458 F. Supp. 65 (S.D.N.Y. 1978) や Lenz v. Universal Music Corp., 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008)）
図書館における複製	個別規定（31 条）	個別規定（108 条(a)）
資料の保存	個別規定（31 条、42 条の 3）	個別規定（108 条 (b) (c)）
引用	個別規定（32 条）	フェアユース（例えば、Time, Inc. v. Bernard Geis Associates, 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968)）
批評・評論	個別規定（32 条）	フェアユース（例えば、New Era Publications Int'l v. Carol Publishing Group, 904 F. 2d 152 (2d. Cir. 1990) や Lennon v. Premise Media Corp, 556 F. Supp. 2d 310 (S.D.N.Y. 2008)）
教育機関（複製）	個別規定（35 条 1 項）	フェアユース（107 条）

⁴¹ 日本の制限規定の政策的根拠の分類については、相山(2009)78 頁以下が分析している。

⁴² 著作権が制限されている利用類型ごとの比較を試みているが、細部での要件の相違は当然に存し、両欄に記載があるとしても、全く同様の扱いがされていることを示すものではなく、日本法上権利制限の対象となっている利用類型が米国ではどのような法的根拠に基づき対応されているか（又は制限の対象ではないのか）を示すものに過ぎない。

		柱書の例示
教育機関（実演）	個別規定（35条2項）	個別規定（110条(1)）
視覚障害者等	個別規定（37条の2）	個別規定（121条）
政治上の演説等	個別規定（40条1項）	フェアユース
時事報道	個別規定（41条）	個別規定（108条(f)） フェアユース（例えば、Harper & Row, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 559-60 (1985)）
裁判手続、立法、行政	個別規定（42条）	フェアユース（例えば、Jartech, Inc. v. Clancy, 666 F. 2d 403 (9th Cir. 1982) や Bond v. Blum, 317 F. 3d 385 (4th Cir. 2003)）
美術の著作物の展示	個別規定（45条）	フェアユース（明確に対応する個別規定はなく、直接該当する裁判例は存在しないが、フェアユースとされる可能性はある）
公開の美術の著作物等の利用	個別規定（46条）	個別規定（120条(a)）
美術の著作物の小冊子への掲載	個別規定（47条）	フェアユース（明確に対応する個別規定はなく、直接該当する裁判例は存在しないが、フェアユースとされる可能性はある）
バックアップの作成	個別規定（47条の3）	個別規定（117条）
サーチエンジン	個別規定（47条の6）	フェアユース（例えば、Field v. Google Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006) や Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F. 3d 701 (9th Cir.

		2007)）
情報解析	個別規定（47条の7）	フェアユース（例えば、データマイニング・テキストマイニングをフェアユースとして許容する Authors Guild, Inc. v. HathiTrust, F.3d - (2nd Cir. 2014)）
パロディ	規定なし	フェアユース（例えば Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)）
リバースエンジニアリング	規定なし	フェアユース（例えば、Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F. 2d 1510

2. 訴訟コストの日米比較

(1) 訴訟コストの現状

日本における著作権侵害訴訟における平均的なコストは、ヒアリング調査の結果等から勘案すると、30～50万円程度と考えられる。

一方で、米国で著作権侵害訴訟を提起する場合の平均的なコスト（訴訟額が100万ドル未満）は35万ドル（2011年）、25万ドル（2015年）であり、日本とは桁違いである。また、そのコストの50%から90%は、日本には存在しないディスカバリー手続に要すると指摘されている⁴⁸。

米国の訴訟では、証拠収集ステップで秘匿特権の対象となるものを除き双方が証拠を開示することが義務づけられる結果、双方の主張との関係性の強弱を問わず関連性のある証拠の一切が開示されるため、開示証拠の範囲の攻防・開示後の検証に膨大な時間を要している。そのため、ディスカバリーに対応するために要する時間及び Hourly rate で計算される弁護士費用は膨大なものになるのが通常である。

(2) 米国における動向

法定損害賠償制度や懲罰賠償制度が存在し、日本よりも高額な賠償が認められる米国においても、著作権侵害訴訟に要する費用があまりに高額であることによって、著作権者、特に個人の権利者が権利行使をすることを困難にさせている現実が存在する。

⁴⁸ 著作権局(2013)15頁

この点は米国でも問題視されており、このような状況を改善するため、米著作権局は、著作権に関する少額の紛争処理手続の創設に向けた研究を発表している。

(3) 考察

日本にはディスカバリー制度がなく、証拠収集におけるコストが米国よりも圧倒的に少ないこと、弁護士費用の平均額が日米で大きく異なること等から、日米の裁判における訴訟コストは大きく異なっている。この差は著作権訴訟に限らず、訴訟全般に当てはまる構造的なものである。

仮に、権利制限規定を一定程度柔軟化させることで、日本における著作権訴訟の数が増え、個々の訴訟に要する時間や費用が増大することがあったとしても、訴訟制度が異なっている以上、個々の当事者の負担が米国のように膨大な金額となることは想定できない。

したがって、権利制限規定の柔軟化によって生じる日本社会全体の訴訟コストが、およそ日本社会において許容されない程度にまで膨れ上がり、米国のように社会的に問題視されるような状況にまでは至らないものと考えられる。

【調査4：法内容確定時期の変化に伴う影響の総合的分析】

1. 法内容確定時期に関する一般論

(1) 法律の柔軟性と法内容の確定時期

本調査では、「法律の柔軟性が高い」という言葉を、法律の解釈の余地が大きいという意味で用いる。法律とは、ある事案に対しどのような法的結論を与えるべきかを定める一般的法規範命題を与えるものである。法律の解釈とは、法律の与える一般的法規範命題から、それに論理的に包摂される別の（より特定度の高い）一般的法規範命題を導出する作業と定義できるから、法律の解釈の余地が大きいとは、事案に対して1対1に結論を与える法規範命題の幅が広いことを意味する。

したがって、法律の柔軟性が高いときには、法適用の結果を事前に確定的には知ることができず、当事者の行動後の法適用の段階になって、法適用の結果を事後的に知ることができる場合が増加する。このことを捉えて、法律の柔軟性を高めることは、法規範の内容が確定される時期が、当事者の行動前から行動後に変化すると表現することができる⁴⁴。

(2) 法内容の確定時期と確定主体

法内容の確定時期が事前である場合と事後である場合の比較については、いわゆるルール・スタンダード論として議論されてきた⁴⁵。事前に法規範の内容をすべて明らかにする形で定めるのがルールであり、事後にそれが明らかになるよう法規範を定めるのがスタンダードであると定義できる。ルールを定めるのは、立法（委任命令を用いるなら行政）であるが、スタンダードの場合、法内容を事後的に確定させる主体は、第一義的には裁判所であり、行政や民間によるガイドラインなどのソフトローがそれを補完する働きをすることになる。（詳細は調査5を参照）

(3) 法内容の確定時期と法の適用頻度

ルールは明確性が高く、スタンダードは明確性が低い。したがって、ルールの方が法執行のコストの低下、法の適用結果を予測するためのコストの低下をもたらす。一方、立法にかかるコストはルールが高く、スタンダードは低い。以上によれば、適用頻度の低い状況についてはスタンダードが望ましいが、適用頻度の高い状況についてはルールとすることが望ましいといえる。

(4) 法内容の確定時期と各部門の人的資本

他に、スタンダードの運営には高い法執行部門の人的資本を要すると指摘されてい

⁴⁴ どのように明確性の高い法律といえども、適用後に初めて法内容が明らかになる場合は避けられない一方、適用後に初めて明らかになる場合が多すぎる法律は明確性を欠くものとして憲法上許されない場合があることは別論である。

⁴⁵ Isaac and Posner (1974)、Kaplow (1992)。日本語の文献として、森田 (2007)、島並 (2008)、前田 (2016 近刊)。

る⁴⁶。裁判官・弁護士などの司法部門の人材に乏しく、立法部門の人材の方が充実しているのであれば、ルールに拠った方が望ましく、司法部門にも十分人材があるのなら、スタンダードは運営可能である。

(5) 法内容の確定時期と法内容の妥当性

いわゆるルール・スタンダード論は、法内容の妥当性の問題は捨象して議論されている。しかし、ルールは拘り定規で妥当性の低い法となりやすく、スタンダードは事後的に事案に即した対応が可能のため妥当性の高い法となりやすい傾向があることは否めない。当事者間の交渉に着目すれば、ルールは、交渉自体の必要性や交渉の複雑性は低減される。一方で、スタンダードの方が、当事者間の交渉結果が双方にとって便益の高いものとなりやすいとの指摘もある⁴⁷。

(6) 小括

したがって、法律の柔軟性を検討するに当たっては、事前と事後どちらの方が妥当性の高い法規範を低いコストで定立することができるのか、という視点を加味する必要がある。この判断は、規律の対象とする事象の性質及び規範形成主体の特質に左右されると考えられる（調査5も参照）。

2. 権利制限規定の柔軟性を高めることの影響：理論面からの分析

(1) 権利制限規定の柔軟性と法規範定立の効率性

著作権の権利制限規定が設けられる理由は、①形式的には権利が及ぶが著作権者に法的に保護される利益が認められない場合、②著作権者の法的に保護される利益と公益等を調整する必要がある場合のいずれかであると考えられる。したがって、権利制限規定の設計においては、(i) その規定の適用される状況、及び(ii) 著作権者に法的に保護すべき利益がないとするのはいかなる場合か（前記①の場合）又は、著作権と対立する利益とでいずれの場合に著作権が優先するか（前記②の場合）を定める必要があると考えられる。

上記を前提とすると、柔軟性の高い権利制限規定とは、次のようなものであるといえる。上記(i)の点については、適用される状況の特定がない、または、それが概括的な規定のことである。また、上記(ii)については、考慮要素又は基本的な指針を示すのみの規定、概括的に類型を示すのみの規定のことといえる。ここでは、便宜的に、(i)の特定がない規定を「一般規定」、(i)の特定はあるが(ii)の特定の程度が弱い規定を「柔軟な個別規定」、(i)(ii)とも特定の程度が強い規定を「詳細な個別規定」と定義することにする。

立法及び執行のコストを考えると、立法の時点において、予め頻繁に起こることが

⁴⁶ Schafer (2006)

⁴⁷ Johnston (1995)。ただし、公害を念頭に置いた議論をしており、著作権の議論にも妥当するとは直ちには言えない。

判明している状況に対しては法律で定めておく方が効率的である。一方そうでない状況に対しては、予め法律で定めておくのは効率的ではない。

例えば、現在では予測できない状況において、法適用時に、著作権の限界を適切に調整できるようにすべきと考えるならば、一般規定を設けることが効率的である。しかし、著作権の限界が問題となる状況があらかじめわかっているならば、その状況を特定した個別規定を設ける方が効率的である。

また、個別規定を設けるべき場合でも、具体的にどのような事案が頻繁に生じることが予め判明していない場合には柔軟な個別規定が望ましく、具体的にどのような事案が頻繁に生じることが予め判明しているときには詳細な個別規定を設ける方が効率的である。

(2) 権利制限規定の柔軟性と予測可能性

権利制限規定の柔軟性を高めると予測可能性が低下し、社会的費用が増加することが予測される。例えば、当事者が自らの行為の適法性を判断するためにかかる費用、訴訟の頻度とその費用は増加すると予測される。したがって、法内容の妥当性が同一であると仮定した場合、予測可能性という観点からは、柔軟性は低い方が望ましい。

ただし、明確に立法されている、法律の形式的適用が妥当性を欠く場合、裁判所がいずれにしろ予測不可能な行動をとるという現象の存在が指摘されている⁴⁸。仮に権利制限規定を条文上は明確に立法しても、それが妥当性を著しく欠いている場合には、裁判所は事前に予測される通りには法律を適用しない場合がある。もともと当初から妥当性を欠く法律が立法されることは想定されにくく、それは取引環境の変化等により事後的に生じるものと思われる。以上によれば、取引環境の変化が速いならば、柔軟性を低めても、近い将来に予測可能性を欠く事態が生じる可能性がある。

(3) 権利制限規定の柔軟性と法内容の妥当性

権利制限規定が詳細であるほど、立法時に想定された事情のもと妥当と立法府が考える帰結を法律にすべて反映させることができる。一方で、詳細すぎる権利制限規定は、想定された事情から外れる事態においては、既存の立法府の決断を付度すれば権利制限規定を適用することが妥当であると判断される場合であっても、それに対応することができない。したがって、技術の進歩又は取引環境の変化が速い場合には、柔軟性の高い形で立法した方が、法適用時の最新の事情を利用することが可能なため、事後的に妥当性の高い判断がなされる可能性が高くなる。

また、技術の進歩や取引環境の変化が速い場合でも、対立する利害の状況など抽象的なレベルにおいては、立法時に事情を予め想定することはできる。この場合には、利害調整の基本的方針を予め定めた方が立法者の意思を確実に法規範に反映させられるので、一般規定にすべてを任せるよりも、柔軟性の高い個別規定をそれぞれの状況ごとに用意する形で立法する方が、妥当性の高い判断を導きやすい。

さらに、個別規定を設ける場合でも、立法時には想定し得ない非典型的な状況が残

⁴⁸ 上野 (2007) 19 頁。

る場合がある。このような場合に備えて、受け皿条項⁴⁹としての一般規定を設けることも、妥当性の確保という観点からは有用性が認められる。ただし、個別規定が十分に整備されていない状況においては、受け皿規定は予測可能性を大きく低下させる可能性がある点には留意が必要である。

3. 権利制限規定の柔軟性を高めることの影響：アンケート調査・ヒアリング調査を踏まえた分析

(1) 権利制限の柔軟性を高めることによる利用の萎縮

国内の上場企業は合法である可能性が極めて高い場合でないと新事業を実施しようとはしない傾向があり(問 1-11)、他者から訴訟の提起を受けることの抵抗感は弱いとは言えない(問 1-10)。また、企業は、著作権保護のために多額の費用はかけておらず、適法性判断のために大きなコストをかけることはしていない(問 2-5~2-7)。柔軟性の高い権利制限規定については、訴訟の増加を招くという懸念が企業に存在するのは(問 1-15D)、著作権保護に関してコストをかける体制がないことと表れであるともいえる。

したがって、権利制限規定は、できる限り明確に、専門機関への照会の必要性なく、その望む利用が適法であることがわかるように立法されることを、企業は望んでいるといえる。権利制限規定の在り方として、明確性は高めれば高いほどよいというのが企業の偽らざる要望であろう(問 1-14)。規定の柔軟性という変数のみに着目するならば、柔軟性が高く明確性が低い規定では、適法性の判断が難しくなり利用が萎縮することが懸念される(問 1-15B)。

(2) 権利制限の柔軟性を高めることによる利用の促進

一方で、柔軟性の高い権利制限規定について、柔軟な解釈・適用によって時代の変化に対応させやすくなることに期待する声が、訴訟への懸念を上回っていることもまた事実である(問 1-15A)。柔軟性の低い規定では、変化の速い領域においては、妥当性の高い規範を予め立法により形成することが困難である。そのような領域では、時代の変化に対応させやすい柔軟な権利制限規定が有効であると考えられる。

この点、企業の著作物利用を促進し、イノベーションを促進するため、従来の通常の法解釈では違法とされていた領域を適法にすることが求められるならば、新たな権利制限規定を創設する必要性自体は否定できない。

しかし、この手段として、権利制限の一般規定を導入しても効果が上がらない可能性がある。なぜなら、リスク回避傾向の強い企業は著作物の利用を進めない可能性が高いからである。同様に、極めて詳細な個別規定としてそれを導入しても、時代の変化に対応することができず、期待する利用を適法にできない可能性が高い。この点、柔軟性の高い個別規定であれば、適用される状況を特定して基本的な判断基準を示すことで一定の明確性を確保できる一方、個別事案への当てはめを柔軟に行い、時代の

変化に対応することが可能である。

(3) 権利制限の柔軟性を高めることによる著作権侵害の増加

なお、一部には柔軟性の高い権利制限規定の創設により、著作権侵害が増えることを懸念する声がある(問 1-15F)。個人の権利者・利用者でも同様の傾向は認められる(問 16, 問 34)。いわゆる「居直り侵害」を懸念する声は、権利者へのヒアリングにおいても聞かれた。

調査 1 で分析したように、アンケート調査の結果から、柔軟な権利制限規定が創設された場合に権利侵害を行う危険性が高いと思われるグループが、企業では少なくとも 6%程度、個人では少なくとも 15%程度あった。したがって、権利制限規定の柔軟化に伴い、一定程度の権利侵害が発生する可能性は否定できない。

また、文化庁が行ったニーズ募集に対しては、例えば、個人が非営利で行うならば、動画や音楽を無許諾でアップロードできるようにする、教育・研究目的であれば無許諾の複製を幅広く認める、私的複製の代行業や企業内複製を認めるといった、著作権者の利益を不当に害する可能性がある利用形態が相当数寄せられているところであり、こうした形態の権利侵害が増加する可能性もある。

ただし、実際に権利侵害が生じる可能性は、権利制限規定の態様によっても異なると考えられる。例えば、ありとあらゆる状況に適用される一般規定を導入すると、それを奇貨として自らの侵害行為を正当化しようという者や、合法か違法か不明であるが利用しようとする者が出てくるといった可能性は高くなるだろう。しかし、権利制限規定の適用される状況がある程度特定されており、海賊行為等には適用されないことが明白にわかるような明確性を備えた規定であれば、権利侵害を助長する可能性は少なくなると考えられる。

(4) 企業調査と個人調査の比較

個人の権利者は、企業と比較して明確性への志向は低く、柔軟性の高い規定の許容度が高く(問 15 と問 1-14)、個人の利用者は、同じく企業よりは柔軟性の高い規定への許容度が高い(問 33 と問 1-14)。このことは、企業には強いリスク回避傾向がある一方で、個人は、柔軟性の高い規定を企業ほどには忌避していないことを示唆する。しかし、そのような個人の利用者でさえ、法の妥当性よりは明確性を望む傾向があることには注意を要する(問 31, 問 32)。

また、個人の権利者利用者とも、権利制限規定の柔軟性が高まるメリットを高く評価する一方(問 16, 問 34 の 1)、利用の萎縮や訴訟の増加というデメリットを企業ほどには感じていない(問 16, 問 34 の 2, 4)。また、個人の方が裁判所の判断に対する信頼感が強い(問 16, 問 34 の 5)。このことは、企業の担当者はリスク回避的であるため、柔軟性の高い権利制限規定のデメリットを敏感に感じていることを示唆するものである。企業は、柔軟な権利制限規定のデメリットを、現実より過大に見積もる可能性には注意を払う必要がある。

国内の企業と同様、個人の権利者・利用者も著作権の行使又は法的判断のためにコストを大きくはかけられない現状がある(問 3-問 12, 問 28-29)。このことは明確性

⁴⁹ 上野(2016 近刊)参照。

の高い規定が望まれるとともに、柔軟性の高い権利制限規定を作り、司法による規範形成を期待したとしても、それが進まない可能性を示唆する。

(5) 権利制限の柔軟性とソフトロー

アンケート調査・ヒアリングの結果からは、法規の内容の確定を事後的な裁判所の判断に委ねようとした場合でも、訴訟を進行するだけのコストを企業も個人も負担できないため、訴訟が提起されず、判例の形成が進まない可能性も想定される。

したがって、時代の変化に対応するために、柔軟な権利制限規定を作らざるを得ないとしても、その明確性を司法による判例形成以外の手段で、より高める方策を講じる必要性が指摘できる。行政や民間が事前にガイドラインの作成は、その方策の候補となるであろう。なお、ヒアリング調査においては、公正性や規範性という観点から、利害関係者のみで作成する民間のガイドラインより、行政による公的なガイドラインの制定を求める利用者側の意見があった。

4. 総括

法律の柔軟性が高いほど、すなわち法解釈の余地が大きいほど、事前に法適用の結果を確定的に知ることは難しくなる。そのため、予測可能性という観点からすれば、柔軟性は低い方が望ましい。一方、技術革新や取引環境の変化への制度面における迅速な対応という観点では、柔軟性の高い形での立法の方が、法適用時の最新の事情を利用することが期待でき、柔軟な法解釈・適用によって時代の変化に対応させやすくなる。したがって、法律の柔軟性の検討に当たっては、予測可能性と時代の変化への対応のバランスを基本として、一般規定、柔軟性のある個別規定、詳細な個別規定の是非が検討されるべきである。

権利制限規定の柔軟性を高めた場合には、①適法性の判断が難しくなり利用が委縮する、②時代の変化に対応した利用が促進される、③著作権侵害が増加する、といういずれの効果も否定できない。

なお、柔軟な規定を作った場合には、その間隙は、司法による判例形成以外にも、行政や民間によるガイドラインといったソフトローによって埋められる可能性がある。

【調査5：法規形成における立法と司法の役割に関する調査】

1. 立法権と司法権の役割と限界

(1) 立法権の役割と限界

国会は「国権の最高機関」であって、「国の唯一の立法機関」である（憲法41条）。「国権の最高機関」とは単なる修辭的表現にすぎないとの政治的美称説が通説であるが、行政府及び司法府の組織と権能は憲法の枠内で法律によって具体化されるのであり、行政と司法の活動は一般に法律に準拠して行われるという意味において最高機関性を有するとも指摘されている。

「国の唯一の立法機関である」とは、国会が立法を独占すること（国会中心立法の原則）及び、国の立法は国会の手続きにおいてのみ完成し他の国家機関の関与を許さないこと（国会単独立法の原則）を意味する。ここでいう立法とは、実質の意味での立法を形式的意味での法律によって行うことをいう。実質の意味での立法とは、「法規」の定立を意味し、法規とは、A：国民の権利義務に関連する法規範、又は、B：一般的抽象的法規範を指すとの説が従来から有力である。また、A説、B説では現実の国会の役割を捉えていないとし、立法権をC：最高の法形式である法律を制定・改廃する権能ととらえる見解も現れている。このような意味での「法規」の定立ができるのは国会に限られるのである。

国会中心立法の原則及び国会単独立法の原則が求められるのは、明治憲法下のように、緊急勅令、独立命令のような国会を介さない形で法規が定立される制度を廃する趣旨、また他の機関による裁可・同意等を要せずして立法権を行使できることを明らかにする趣旨である。このような趣旨に基づくものであるので、委任命令として、行政府などに立法的性質の規則を制定する権能を委任することは、憲法上許されると解されている。しかし、基準なき広範な委任までもが、憲法上許されるわけではない。国会が、顕著な政策的選択肢について明白な決定を自ら行うことが必要である。

(2) 司法権の役割と限界

一方、司法権とは、具体的な争訟について法を適用し、宣言することによってそれを解決する作用と定義される。したがって、裁判所の役割は、あくまで国会が定めた一般的抽象的法規範を具体的事案に適用することに限られる。しかしながら、どのような法規範であっても、国会が一切の曖昧さなく立法することは不可能であり、また適当ではない。そのため、司法による法規範の具体的事案への適用という役割は、立法の抽象度に関わらず常に存在する。

立法の抽象度によって異なるのは、司法の役割の有無ではなく、その範囲である。立法は、法規範の適用にあたって考慮できる事実を具体的に指定する形でなされることもあれば、抽象的にしかそれを規定しないこともある。後者の場合、法規範を適用するにあたってどのような事実をどのように評価するかは具体的訴訟における裁判所の法的判断に委ねられることになる。司法とは、過去のある時点における事実関係に

ついて何が正しい法であるかを宣言する個別・具体的な作用であるといえる⁵⁰。もつとも、それは、裁判所に一般的法規範の定立それ自体をゆだねるものではない。

(3) 小括

以上によれば、立法府たる国会は、法規を定める権能を有する唯一の機関である。そして、その法規を具体的に立法するか、抽象的に立法するかを決定する権能も有している。裁判所にどこまでの判断を委ねるのかという決定自体も、立法府による法規の定立行為に含まれるのである。ただし、明確性原則などの憲法上の要請のほか、政策的妥当性による制約は受けることになる。

2. 司法による規範の形成の意義

(1) 判例の拘束力の根拠

判例には拘束力があるといわれる。裁判官は、判例に従って裁判をすることが期待されており、原判決に最高裁判所の判例（これがないときは、大審院又は高等裁判所の判例）と相反する判断があることは、上告受理申し立ての理由とすることができる（民訴 318 条 1 項）。判例の拘束力とは、同種の事件に同一の解決を与えなければならないという法の公平・平等な適用という要求に応えるものであり、「先例としての事実上の拘束性」ともいわれる⁵¹。

判例に拘束力が存在することで、裁判所により事実上の法規範形成がなされる場合がある。裁判所は、先例と矛盾しない判断を下す必要があるため、この種の事件についてはこのような判決が下されるはずであるとの期待が生じ、それが事実上の法規範として作用するのである。

学説上、判例の拘束力の根拠として指摘されるのは、憲法 14 条（平等原則）である⁵²。このほか、憲法 32 条（公正な裁判を受ける権利）及び 31 条（適正手続）もその根拠となると指摘できる⁵³。憲法 76 条 3 項は、裁判官は「憲法及び法律にのみ拘束される」と定めるが、ここにいう「法律」には不文の法規範も含まれるので、拘束力を認めることはそれには違反しない⁵⁴。また、判例の有する拘束力により事実上法規範形成がなされることがあったとしても、それは裁判所が一般的抽象的法規範を定立するものではないから、憲法 41 条とは衝突しない。

この点に関して、わが国は制定法主義をとるので、判例法主義の国と同様の先例の拘束力は認められないとの言説もある。しかし、先例の拘束性についての基本的建前

は、いずれの主義の法系であっても全く違わないと理解することができる⁵⁵。確かに、制定法と判例法では、制定法の密度に違いがあり、そうだとすれば、判例が持つ重要度に相対的な違いがあるといえることができる。しかし、制定法が存在する場合には、いずれの法系であろうとも制定法の解釈⁵⁶を超えることはできないのは当然であって、先例の拘束性を否定する理由とはならない。また、我が国が制定法主義をとっていることが、解釈の余地が大きく、判例の重要性が高い法律を制定してはならない理由になるわけでもない。

(2) 判例の拘束力の範囲

判例の拘束力の範囲については、事実抽出命題説と解釈命題説との対立がある。事実抽出命題説とは、判決理由を結論命題と理由づけ命題とに分け、原則として結論命題についてのみ拘束力が生じるとする説である⁵⁷。結論命題とは、「本件の具体的事実からすれば、本件ナレーションは、本件プロローグを翻案したものとは言えない」という判決の結論部分に相当する命題であり、理由づけ命題とはその前提となった命題であり、「言語の著作物の翻案（著作権法 27 条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。」という一般的法解釈命題もこれに含まれる。解釈命題説とは、上記の理由づけ命題のうち、結論の前提となった法解釈命題も判例の拘束力の対象となるという考え方である⁵⁸。この考え方でも、法解釈命題を導く理由づけの部分は拘束力の対象とはならない⁵⁹。

伝統的には、事実抽出命題説が通説とされてきた。しかし、少なくとも、民事裁判の実務は、解釈命題説を前提とした運用がなされてきたと指摘されている⁶⁰。著作権法を含む知的財産法の解釈・運用も、その例外ではなかったといえる。著作権法は刑罰法規でもあるとはいえ、今まで裁判例の蓄積は民事裁判を通じてなされており、これからもそれは続くと思われる。少なくとも、著作権法分野においては、判例の拘束

⁵⁰ 田中(1981)10頁。

⁵¹ ここでは、「法解釈」とは、一般的法規範命題たる法律から、それに論理的に包摂される別の一般的法規範命題を導出する作業と定義する。

⁵² 中野(2009)55頁。

⁵³ 中村(1989)322頁。

⁵⁴ 例えば、法解釈命題「著作権法 6 条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではない」を導く際の理由づけとされた、「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法 6 条もその趣旨の規定であると解される。」という命題は拘束力の対象とはならない。

⁵⁵ 土屋(2011)224頁。

⁵⁰ 田中(1976)17頁。

⁵¹ 最大決平成 25 年 9 月 4 日民集第 67 巻 6 号 1320 頁がこの言葉を用いる。同判決の金築補足意見は、「先例としての事実上の拘束性は、同種の事件に同一の解決を与えることにより、法の公平・平等な適用という要求に応えるものである」と述べる。

⁵² 田中(1987)5頁。土屋(2011)228頁。

⁵³ 佐藤(2011)31-32頁

⁵⁴ 佐藤(2011)32頁

力についての解釈命題説を前提として考えてよいと思われる。

(3) 下級審の判例の拘束力

通説とされる事実抽出命題説の論者は、判例の拘束力は最高裁判例にのみ生じること前提とする⁶¹。しかし、平等原則をその根拠にするのであれば、下級審の裁判例にも、それが最高裁判例のそれと同程度のものかは別論、拘束力は生じると考えられる。特に、知的財産法分野においては、知財高裁が法規形成機能を果たすことが期待されてきた。例えば、特許法分野においては、知的財産高等裁判所としての法的解釈の統一を図るため、裁判官5名による合議体の特別部（大合議部）を開くことができるとされている（特許182条の2、民訴310条の2）。そもそも、控訴裁判所たる高裁の判例と相反する判断であることが上告受理申し立ての理由となっている。上告受理申し立て制度は、法令解釈の統一を企図して設けられていることからすれば⁶²、高裁判例が先例としての拘束力を一定程度有することを前提としても解されよう。

3. 規範形成の主体：主に立法と司法との比較

国会は国の唯一の立法機関であり法規を定立できるのは国会に限られるが⁶³、立法府以外の主体が、立法府からの授權により又は事実上、法規形成を形成することはできる。柔軟・抽象的な法律の制定は、裁判所が判例形成により、事実上の法規形成を行うことのできる範囲が拡大することを意味する。また、このことは同時にソフトローの活躍の余地が増大することも意味する。さらに、行政府がソフトローの形成に一定の役割を果たすことがあり、また、委任命令によって行政府に明示的に法規形成を委ねることも可能である。

(1) 立法府

基本となる政策決定・政治的決断は、民主的正統性を有する国会⁶⁴により行われることが望ましい⁶⁵。もちろん、司法あるいは行政による法規形成は、立法による授權を通じて、民主的正統性を十分に有していると評価しうる。しかし、それが必ずしも実態に即さないとの指摘が現在ではなされている⁶⁶。それらの過程において適切な民主的正統性の補充がなされていない限り、立法府はこの点における優位性を有する

⁶¹ 中野(2009)

⁶² 三木ほか(2015)633頁。

⁶³ 行政に対しては、委任命令も可能である。

⁶⁴ 田村(2014)、藤田(2008)1-2頁

⁶⁵ 田中(1987)783頁は、政治的な対立がある分野については、原則として、国会が制定法を通じて示したポリシーを尊重すべきであると指摘する。

⁶⁶ 興津(2016)は、行政権は国民代表原理に基づく正統性をもつばら議会で調達してきたが、行政上の意思決定過程に住民等が参加する制度を設けることが民主的正統性を補充する可能性について検討している。

こととなる。

立法府は司法府より、産業政策上の事項、多数当事者の利害調整に必要な情報を集めるのに適している⁶⁷。一方で、司法に比較して少数者バイアスに影響されやすく⁶⁸、ロビイングの影響を受けやすい⁶⁹と指摘されている。ただし、著作権法のようなロー・セリアンスの政策分野では、利益団体の声よりも官僚機構の利害に沿った法案が作成される可能性がある、現状維持へのインセンティブが働きやすいとの指摘もある⁷⁰。

(2) 司法府

司法権は個別具体的な法律上の争訟があつて初めて発動するものである。田中成明によれば、裁判所が法形成作用を営む場合でもそこには何らかの法適用契機が必要であり、それがないところでは、正統性を基礎づけることができない⁷¹。例えば、判例の傍論に属する部分では、裁判所は法形成を行うことはできないのである。

裁判所は、個別具体的な事案に関して、当事者から事案の解決に必要な情報を得て⁷²、訴訟当事者の利益衡量をすることは得意である。もともと、わが国の証拠法は証拠収集制度が十分ではなく、裁判所の個別具体的な事案についての情報の収集能力にまったく問題がないわけではない。また、基本的人権の保護、基本的公共財の提供の保障は、多数派の影響を受けない裁判所が適している⁷³。さらに、利害が政治的に立法に反映されにくく国会によって適切な時期に立法が講じられることが期待できない分野、事実関係が流動的又は過渡的であるため事案に応じた判断が適切な分野は、立法より司法が優れていることが指摘されている⁷⁴。

一方で、裁判所は多数の者の利益（公益）に関わる政策を決定することには不向きである⁷⁵。司法は、個別具体的に受動的な作用であつて、行政や立法とは異なり、不特定多数の利害にかかわる一般的な法規形成を、将来に向かって形成することには必ずしも適合していない⁷⁶。裁判所には、当事者以外の第三者からの意見や情報を収集する仕組みが少ない⁷⁷。これを補完する例外的な試みとして、いわゆる訴訟外の第三者から公益的な観点からの意見を聴取するアマカス・ブリーフを知財高裁の大合議部が

⁶⁷ 島並(2008)96頁。

⁶⁸ 田村(2014)

⁶⁹ 島並(2008)96頁。

⁷⁰ 京(2011)、京(2012)

⁷¹ 田中(1981)53頁。田中(1977)789頁も参照。

⁷² 島並(2008)96頁、長谷部(2004)412頁参照。

⁷³ 長谷部(2004)412頁。

⁷⁴ 田中(1981)60頁。

⁷⁵ 田中(1977)786頁参照。

⁷⁶ 田中(1981)53頁。田中(1976)17頁も行政と司法の違いについてこの旨を指摘。立法とも同じ違いがあるといえよう。田村(2011)、平井(1995)150頁も参照。

⁷⁷ 田中(1977)878頁参照。ただし、第三者の意見を取り入れる仕組みとして、調査2で挙げた調査員や専門委員の制度が存在している。

受け付けた例がある⁷⁸。このような動きは裁判所における決定の民主的正統性を補完する意義もあると指摘できる。

(3) 行政府

民法では、行政府は立法から委任命令を定める権原を授けられ、一般抽象的法規範の形成を行うことができるが、法の適用はもっぱら司法府によって行われる。司法は、個別具体的事案の解決に必要な限りで法規範を形成していくが、行政は一般的抽象的法規範を個別的事案から離れて形成する。この点の作用は立法と共通するといえ、行政府が一般抽象的法規範の形成主体として立法と比較してどのような特質を持つかが問題となる。

法規範形成主体としての行政府は、立法府と同様、産業政策上の事項、多数当事者の利害調整に必要な情報を集めるのに適している。行政府は立法府に比べて、専門的な技術や知識を有し、法規範の適用に必要な利益衡量や情報・知識の集約が複雑な場合に、それを適切に処理することに適している⁷⁹。また、行政府は、立法府よりも迅速に、必要な情報を集めて多数当事者の利害調整を行うことに向いている⁸⁰。

行政府と立法府の特質の違いは、過程に関与するプレイヤーの違いがもたらしていると思われる。例えば、政令の改定は、国会の審議を経ないため、政治家（特に野党政治家）の影響力が限られ、府省令の改定は、プレイヤーが政府内の所管官庁に限られ、政治家・政府内の他部局（内閣法制局等）がかかわらない⁸¹。また、ロビイングに関わるプレイヤーも両者で異なるため、少数者バイアスの現れ方が、立法府と行政府とでは異なる場合があると考えられる。

(4) 小括

ここまでの議論を著作権の権利制限規定に当てはめると、例えば次のようなことが指摘できる。

著作権法が著作権者の利益としてどのようなものを保護するかは、基本となる政策的決定の問題であり、国会で決めることが望ましい。財産権の内容は、公共の福祉に適合するよう、法律でこれを定めるとされる⁸²が、立法府は公共の福祉に適合すると判断される内容の財産権を設計する権能を有し、また、それをなすべき基本的責務を有するといえる。そうすると、例えば、著作権者に保護される利益とは、これを文化的所産として享受する利用に係るものであるといったような決定は立法府においてな

⁷⁸ アミカス・ブリーフの意義については、飯村(2015) 参照。

⁷⁹ 山本(2006) 12-14 頁

⁸⁰ 現代において委任命令が許容される理由の一つに、情勢の変化に即応する機敏な立法の必要性が挙げられる(長谷部(2004) 390 頁)。また、宇賀克也『行政法概説 1』223 頁は、行政基準の改正の方が、法律で定めるよりも、状況の変化に対応した柔軟性を確保することが可能であると指摘する。

⁸¹ 政令の場合、内閣法制局の審査と全大臣による閣議決定が必要である。府省令にはそれが不要ない。

⁸² 憲法第 29 条第 2 項

されることが期待される。

一方で、例えば、権利の対象に形式的には含まれているが、著作権者に保護される利益が認められない行為類型(上記の例でいえば、著作物を文化的所産として享受する利用でない利用)を権利の対象から除く権利制限規定を設けると、権利制限の対象となる行為を個別具体的に立法段階で明示しておく必要ではないものと考えられる。具体的にどの行為が著作権者に保護される利益が認められない行為類型に含まれるかの決定は、個別具体的な事情を利用することのできる司法府の得意とするところだからである。基本となる政策決定は立法府によりすでになされている範囲のものとして解される限り、個別具体的な解決は司法府に委ねた方が適切と考えられる。

また、権利制限規定は、著作権者に保護される利益とそれに対抗する公益等が認められる場合に、それらを相互に調整するために設けられることもある。例えば、教育、障害者の利益と著作権者の利益との調整がそれである。いかなる公益をどのような基準で著作権者の利益と調整すべきかの基本的決定は、立法府において行われることが期待される。一方で、法律においてどの程度の柔軟性を確保すべきかは、対象となる著作物の利用の態様や対抗利益の種類・性質等に応じて決められるべきと考えられる。

例えば、著作物の所在検索サービスにおいて、検索結果の表示のために著作物を一部表示する利用の場合、そのような利用は、著作物を文化的所産として享受することを本来の目的とするものではないと考えられる。そのような利用が、享受する利用の結果として供される可能性は完全には否定できないが、著作権者に与える不利益は類型的に軽微と判断しうる。このような、一定の行為類型は著作権者に与える利益が軽微なものであるとの立法府の判断のもと、社会的意義の認められるサービスに供するために、著作権の制限の対象とすることは正当化しうる。この時に、個別具体的に権利制限の対象となる行為を詳細な権利制限規定の形で定めることまでは必要ではない。利用の目的及び対象となる行為類型をある程度具体的に定めようとして、個別具体的にどの行為が許されるかは司法府の個別判断に任せる、柔軟な権利制限規定として立法することも妥当だと考えることができる。この場合においては、著作権者の不利益が類型的に軽微と認められる行為のみが権利制限規定の対象として選択されており、また利用の目的も明示されているため、裁判所にとってどのような利益とどのような利益を比較衡量すべきかが明確に示されており、あくまで基本的な政策判断は立法府によりなされていることを前提としたうえで、個別事案の解決が裁判所に委ねられているに過ぎないと解することができる。

4. ソフトロー

法解釈の余地が大きいとき、その間隙は司法による判例の形成によって埋められていくことが第一義的には想定されている。また、予め委任命令によって行政に制定法の間隙を埋める権限を授けするという方策も考えられる。それらの方策とは別に、ま

(8) ソフトローの意義と特徴

たは、それらと併用する形で、ソフトロー⁸³の形成に法の間隙を埋めることを委ねるという手法も考えられる。

(1) ソフトローの意義

議会があらゆる政策事項の細目について法規範を制定することは、必ずしも効率的ではなく、行政府は、立法府による法律の規定を受け、法内容の具体化のためにその細目の策定を担うこともその役割の一つである。

政省令は、行政立法の一部として、こういった法内容の具体化のための細目策定を担っている。政省令以外にも、行政府による通知やガイドラインの作成が、法内容の具体化を事実上担うこともある。立法府の定めた法規範が一般的抽象的である場合、これら行政府が示すより具体化されたルールによって、法規範の曖昧さを低減することができる。

これは国民の側からすれば、法解釈をめぐる不確実性の低減を意味し、法制度を利用する際の利便性向上等に役立つものと考えられる（また、これらが法政策の普及といった機能を果たしていることにも留意する必要がある）。但し、いくら詳細な規定を策定したとしても、あらゆるケースに対して常に合理的な具体的意味を明示できる訳ではない。よって、行政府による法政策の具体化によっても、法規範の抽象性・一般性は、法律と比べれば低減されるもの一定程度残ることは不可避であり、その部分をソフトローが埋めるということも十分に考えられる。

(2) ソフトローの類型

ソフトローの内実は多様であり、その類型化も様々なものがあり得る。例えば、規範形成とエンフォースメントで果たす役割を基準にして、次のように4つに類型化を行う考え方が⁸⁴。

カテゴリ1は、「規範形成は国家以外が行い、エンフォースも国家が行うことが予定されていない規範」であり、例えば社会規範、企業倫理、CSR等が含まれる。カテゴリ2は、「規範形成は国家が行うが、エンフォースは国家が行わない規範」であり、例えば労働法上の努力義務規定等が含まれる。カテゴリ3は、「規範形成は国家以外が行うが、エンフォースについては国家が行う規範」で、例えば会計基準、商慣習法等が含まれる。なおカテゴリ3については、例えば会計基準が最初から私人による規範作成を国家が承認しているのに対して、商慣習法は私人が自発的に形成していった規範や秩序が後になって結果的に裁判等の国家が関与する紛争解決の場でエンフォースされる規範であり⁸⁵、その違いには注意が必要である。カテゴリ4は、「規範形成もエンフォースも国家が行う規範」であり、これは基本的にハードローに該当する。

⁸³ 藤田によれば、「裁判所等の国家機関によるエンフォースが保証されていないにもかかわらず、企業や私人の行動を事実上拘束している規範」と定義される。

⁸⁴ 藤田(2006, 2008)

⁸⁵ 藤田(2008) p6

(3) ソフトローの形成主体

なお、カテゴリ1やカテゴリ3のような国家以外の主体が形成する規範の場合、どのような性格の主体がどのような内容の規範を形成しているのかが問題になる。この場合、ソフトローを形成する主体によって、次の4類型に分類できると指摘されている⁸⁶。すなわち、①利害関係者の団体が自らの利益を守るために形成するソフトロー、②政府（行政）又はそこから委託を受けた利害関係者の団体が形成するソフトロー、③その社会システムの正統性を維持するため、その構成員が自発的に形成するソフトロー、④一定の理念の提示を目的として掲載されるソフトロー、である。

①の例としては、ICANNによるドメインネームの割り当てにより一種の私的なプロパティが成立している例⁸⁷が挙げられる。ただし、著作権法の権利制限については、権利者団体が自らの利益を守るためにガイドライン等を策定したとしても、利用者の理解が得られるとは限らない⁸⁸。

②の例としては、権利制限規定に関するものとして、文化庁が主導してガイドラインを作成する場合が挙げられる。ヒアリング調査においては、文化審議会著作権分科会で示された解釈⁸⁹によって図書館の現場における運用が円滑化されたという事例が挙げられた。政府以外の主体が関係者の利害を集約し、集団的な利害調整を行って規範を定立する場合には、企業会計の会計基準のように、ハードローが明示的に承認している場合もあるが、プロバイダ責任制限法の解釈・運用に関するガイドラインのように、ハードローの明示的な承認がないにもかかわらず、政府以外の主体（ここではプロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会）によりソフトローが形成されることもある⁹⁰。この協議会は、プロバイダ責任制限法の施行に伴って、プロバイダの団体、著作権関係団体等が構成員となって設置された任意の組織であり、協議会が平成19年に公表した「プロバイダ責任制限法発行情報開示関係ガイドライン」は、前年に総務省の「インターネット上の違法・有害情報への対応に関する研究会」がガイドライン策定の有用性を示唆したことを受けて取りまとめられたものである。これは国家から黙示的な承認を得てハードローの補完という役割を与えられたソフトローと考えられている⁹¹。

③の例としては、権利制限に関するものでいえば、権利者と利用者が団体を構成し、自発的にガイドラインを作成するといった例が考えられる。ヒアリングにおいても、視覚障害者向けのサービスでは当事者間で協議して作成したガイドライン⁹²によって運用が円滑に進んでいるという指摘もあったところであり、利害関係者が少数に限ら

⁸⁶ 小塚(2008) p.101 参照。

⁸⁷ 小塚(2008) p.108

⁸⁸ ヒアリングにおいても利用者団体から同様の指摘があった。

⁸⁹ 著作権法第31条第1項第2号の「保存のため必要がある場合」の解釈について示した、文化審議会著作権分科会(第41回)資料3「平成26年度法制・基本問題小委員会の審議の経過等について」(平成27年3月12日)

⁹⁰ 小塚(2008) p111-112

⁹¹ 小塚(2008) p113、森田(2008)

⁹² 国公立大学図書館協力委員会等(2010)

れるなどの場合には、有効な手法となる可能性がある。

④の例としては、倫理綱領を制定し、相当な割合の事業者に遵守させることで、法規制の強化に対する防波堤とする場合もある。これは、日本新聞協会が新聞倫理綱領を策定した例が指摘されている⁹³。また、フランチャイズ業界や訪問販売業界など、その手法を悪質な取引や詐欺的なスキームに利用する事業者が出現する危険性が高い業界にも見られる⁹⁴。こうした業界では一方で、業界内の優良企業が組織を作り、悪質な事業者との差別化を図るインセンティブが存在する。そして他方でそれは、優良事業者にとって過剰規制となる結果を避けることにもなり得るものである。

(4) ソフトローの利点と留意点

ハードローと比較した場合のソフトローの利点は、例えば、作成や変更が簡単であることや、個別の状況に合わせて柔軟に作成・運用できることが挙げられる。こうしたことから、時勢や技術の急激な変化が起こりハードローでは追いついていけない可能性のある分野では、ソフトローによる規律の方が適切である可能性がある。さらに、複数のソフトローを併存させることも可能で、それが法律の解釈が分かれる場合に有効的に働くという指摘もある⁹⁵。また、専門的な知識が必要な分野などについては規制を受ける集団の側がそうした知識について最もよく知っていることから、法制度が介入するよりも、当該集団内部の自律に委ねた方が効率的であるという可能性もある⁹⁶。

反面、ソフトローにおいては、特に業界によって作成される業界内での自主規制枠組みといった分野では、通常、消費者等の業界外のアクターが策定過程に関与することはない。そのため、実質的内容にバイアスがないのか、また策定過程における手続は公正なのか等、民主主義的な側面を含めて、その正統性について疑問が残る場合もある。

(5) 小括

ソフトローに期待することが望ましいか否かは、それが司法や行政と比較してどのような特質を有するかに依存する。上記で指摘した、民主的正統性、個別的事案の情報収集能力、多数当事者の利害についての情報及び意見の集約能力、少数者バイアスへの耐性、ルール変更の機動性、などについて、ソフトローが司法や行政によるルール形成につき優れている要素があるのであれば、ソフトローを適宜利用することが望まれる。

⁹³ 小塚 (2008) p. 120

⁹⁴ 小塚 (2008) p115

⁹⁵ 遠藤 (2012)

⁹⁶ 中里実(2005) p572

5. 総括

法規の定立は、唯一の立法機関である国会により行われることが原則である。また、民主的正統性、利用可能な情報の制約、専門的知識の利用可能性に照らせば、公益に関わる事項についての基本的な政策決定は立法において行われることが望ましい。これを著作権法に当てはめれば、公益的な事項（教育政策など）と著作権者に利益の衡量をどのように行うべきかについての基本的態度決定は、立法により行われることが望ましいといえる。

しかし、予め個別具体的な事案の解決に及ぶ事項まで立法に基づいて定めることは、立法が個別事案の解決に必要な情報を予め収集することが可能だといえる事情のない限り、適当ではない。立法により採用された基本的政策のもと、個別具体的な事案をどのように解決するべきかを判断するのは裁判所の方が優れている。また、裁判所は国会の立法を上書きするような解釈論を展開することはできないが、裁判所が政治的決断を伴うような判決を行うことが当然に排除されるわけではない。

こうした立法と司法の特徴を踏まえると、権利制限規定については、考慮すべき基本的な要素については立法で示し、具体的な事案への当てはめは司法が行うという役割分担が理想的といえる。柔軟性のある個別規定は、こうした役割分担の原則に沿ったものと評価することができる。また、予め具体的な事実関係について立法が情報を収集できる事情があるときには、詳細な個別規定を法律で定め、予測可能性を高めることも有用である。

なお、著作権の保護と利用をめぐっては、立法の政治過程に上程されることが期待できない状況が生じる可能性もある。そのような場合についても、基本的人権を守り、取引の基本的環境を守る必要性はあり、その役割は裁判所が担うことが適している。したがって、上記のような状況に備えるため、一般規定を用意することも有用と考えられる。なお、一般規定を設ける場合、個別規定が十分に用意されていない場合など一般規定が適用される状況が広くなりすぎる場合には、基本的態度決定までを司法に委ねる結果となってしまう。この点に配慮すれば、一般規定を設けるとしても、その役割はあくまで例外的な状況への対応に留める方が望ましいかもしれない。

一方で、裁判所による法規形成は、個別具体的な事件が裁判所に係属した場合において、その事件の解決に必要な限りでしかなしえないという特徴もある。したがって、裁判所による法規形成を待つだけでは、十分に立法の間隙が埋められない場合もあり得る。

そのような場合には、委任命令やソフトローの活用も考慮する余地がある。立法段階で詳細な情報を集めることは不可能ではないが、事態に流動性があることが予測され、さらに、行政府がその流動性に於いて迅速に個別的にどう対応すべきかの情報を収集することが可能な場合には、委任命令を用いることも考えられる。また、ソフトロー（ガイドラインなど）を活用して具体的な事案の解決の指針をあらかじめ示すということも考えられる。

【調査6：他の法体系との整合性に関する調査】

I. 日本国憲法下の明確性の理論

1. 判例法理の形成

「法律の規定の文言が漠然不明確であって、どのような行為が規制の対象になっているのかが一義的に明らかでない場合には、当該規定は不明確の故に文面上違憲無効とされる」という米国において裁判上形成されたいわゆる明確性の理論（漠然性故に無効の法理）については、日本の最高裁判例も、これを採り入れていると理解されている⁹⁷。

この明確性の理論について、最高裁は、特に、徳島県公安条例事件と札幌税関検査事件の両事件においてその判断枠組みを形成しており、ここでは、まず、その二つの事件の判旨と意義について概観しておきたい。

(1) 徳島市公安条例事件判決⁹⁸

徳島市公安条例は、その3条において、「集団行進又は集団示威運動を行おうとする者は、集団行進又は集団示威運動の秩序を保ち、公共の安寧を保持するため、次の事項を守らなければならない。」と柱書で規定し、その遵守事項の一つとして「交通秩序を維持すること。」（同条3号）を挙げ、その5条において、3条の規定等に違反して行われた集団行進又は集団示威運動の主催者、指導者又はせん動者に対し、これを1年以下の懲役若しくは禁錮又は5万円以下の罰金に処する旨の罰則を定めていた。徳島市公安条例事件においては、この条例3条3号の「交通秩序を維持すること」という規定が犯罪構成要件の内容をなすものとして明確であるかどうか大きな争点の一つとなった。

最高裁大法廷は、条例3条3号の規定について、「その文言だけからすれば、単に抽象的に交通秩序を維持すべきことを命じているだけで、いかなる作為、不作為を命じているのかその義務内容が具体的に明らかにされていない。全国のいわゆる公安条例の多くにおいては、集団行進等に対して許可制をとりその許可にあたって交通秩序維持に関する事項についての条件の中で遵守すべき義務内容を具体的に特定する方法がとられており、また、本条例のように条例自体の中で遵守義務を定めている場合でも、交通秩序を侵害するおそれのある行為の典型的なものをできるかぎり列挙例示することによってその義務内容の明確化を図ることが十分可能であるにもかかわらず、本条例がその点についてなんらの考慮を払っていないことは、立法措置として著しく妥当を欠くものがあるといわなければならない。」と論じ、①文言の抽象性、②他の公安条例との比較、③典型的な規制対象の例示列挙の可能性という観点から、それが立法措置として著しく妥当性を欠くものであったと非難した。ただ、最高裁としては、

立法措置として著しく妥当性に欠けるものであっても、ただちに、その規定が、あいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し、無効となるわけではないとの立場を示し、その考え方を次のように論じている。

「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。しかし、一般に法規は、規定の文言の表現力に限界があるばかりでなく、その性質上多かれ少なかれ抽象性を有し、刑罰法規もその例外をなすものではないから、禁止される行為とそうでない行為との識別を可能ならしめる基準といつても、必ずしも常に絶対的なそれを要求することはできず、合理的な判断を必要とする場合があることを免れない。それゆえ、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである。」

ここでは、まず、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効となる理由について、①「禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさないこと（告知機能の欠如）、そして、②「その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる」こと（執行機関による濫用の危険性）という二つの重大な弊害が生ずることになるからだとされている。他方で、最高裁は、刑罰法規も含む一般の法規について、そこには、「規定の文言の表現力に限界がある」ということ、そして、「その性質上多かれ少なかれ抽象性を有する」という二点の側面があることを指摘し、「禁止される行為とそうでない行為との識別を可能ならしめる基準」について、「必ずしも常に絶対的なそれを要求することはでき」と論じた。

それでは、具体的にいかなる場合に、犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反することになるのか、その判断枠組みとして、最高裁は、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである。」との判断枠組みを提示している。この判断枠組み自体の読み方については争いがあるところであるが、「通常の判断能力を有する一般人の理解」が、「判断」と「読みとれる」の両方にかかっていると考えると、①「通常の判

⁹⁷ 前田巖「判解」最判解刑事篇平成19年379頁、392頁

⁹⁸ 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁

断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準」が、②「通常の判断能力を有する一般人の理解において、当該刑罰法規から読みとれる」か否かということが判断枠組みとして提示されているものと捉えることができる。

そこで、このような判断枠組みが、徳島市公安条例事件において、どのように適用されたのかを見てみると、まず、最高裁は、「本条例 3 条が、集団行進等を行おうとする者が、集団行進等の秩序を保ち、公共の安寧を保持するために守らなければならない事項の一つとして、その 3 号に「交通秩序を維持すること」を掲げているのは、道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことを命じているものと解されるのである。」と論じ、「交通秩序を維持すること」という規定の文言から、「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為」であるかという「基準」を「読みとる」。そして、「通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断するにあたっては、その行為が秩序正しく平穩に行われる集団行進等に伴う交通秩序の阻害を生ずるにとどまるものか、あるいは殊更な交通秩序の阻害をもたらすようなものであるかを考えることにより、通常その判断にさほどの困難を感じることはないはずであり、例えば各地における道路上の集団行進等に際して往々みられるだ行進、うず巻行進、すわり込み、道路一杯を占拠するいわゆるフランスデモ等の行為が、秩序正しく平穩な集団行進等に随伴する交通秩序阻害の程度を超えて、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為にあたるものと容易に想到することができる」とし、そのような「基準」に従い、「通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断する」ことは、「困難を感じる」ものではないとした。そこでは、「規定の文言」→「基準の読みとり」→「基準に基づく具体的事案における判断」という一連の過程が通常の判断能力を有する一般人において可能か否かということが検討されたと読むことができる。

もともと、最高裁が提示した判断枠組みから、ただちに、徳島市公安条例 3 条 3 項が必然的に合憲となるか否かは議論の余地があるところである。ただ、最高裁は、3 条 3 号が憲法 31 条の観点から合憲となることの付加的理由として、「記録上あらわれた本条例の運用の実態をみても、本条例三条三号の規定が、国民の憲法上の権利の正当な行使を阻害したとか、国又は地方公共団体の機関の恣意的な運用を許したとかいう弊害を生じた形跡は、全く認められない。」として、条例の運用の実態状況も挙げていた点は留意する必要がある。

(2) 札幌税関検査事件⁹⁹

札幌税関検査事件は、関税定率法 21 条 1 項 3 号（当時のもの）が輸入を禁止すべき物品として「風俗を害すべき書籍、図画」と規定していたところ、その文言の明確

性が問題となった事件である。札幌税関検査事件そのものは行政事件であったが、関税定率法 21 条 1 項 3 号に規定する物品の輸入は、刑事罰の対象ともなっていた。

規定の文言の明確性が問題となった事案という点において、札幌税関検査事件と徳島市公安条例事件は、同一事案であったと言える。ただ、最高裁は、札幌税関検査事件の場合には、「風俗を害すべき書籍、図画」という規定の明確性の問題を、当該規定のいわゆる合憲限定解釈の許容性の問題という角度から論じており、そこで提示された判断枠組みも、徳島市公安条例事件を基礎としつつ、合憲限定解釈の許容性という問題に対応できるよう次のように再構築されている。

「表現の自由は、前述のとおり、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであつて、法律をもつて表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要があり、事前規制的なものについては特に然りというべきである。法律の解釈、特にその規定の文言を限定して解釈する場合においても、その要請は異なるところがない。したがつて、表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならぬ（最高裁昭和 48 年（あ）第 910 号同 50 年 9 月 10 日大法廷判決・刑集 29 卷 8 号 489 頁参照）。ただし、かかる制約を付さないとするれば、規制の基準が不明確であるかあるいは広汎に失するため、表現の自由が不当に制限されることとなるばかりでなく、国民がその規定の適用を恐れて本来自由に行い得る表現行為までも差し控えるという効果を生むこととなるからである。」

ここで提示された最高裁の判断枠組みは、3 つの構成要素から成り立っており、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許される」のは、①「その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され」、かつ、②「合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず」、また、③「一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならぬ」とするものと整理することができる。③は、徳島市公安条例事件判決と同一のものであるが、①と②は、「過度に広汎ゆえに無効」の法理の適用も意識しつつ、特に、合憲限定解釈を意識した要件であると捉えることができる。また、ここでは、特に、法律をもつて表現の自由を規制する場合には、明確性の要請について、特に配慮されるべき必要性が論じられていることが重要である。

具体的に最高裁が、関税定率法の明確性についてどのように判断したかであるが、

⁹⁹ 最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁

まず、最高裁は、関税定率法 21 条 1 項 3 号の「風俗を害すべき書籍、図画」の規定の意味について、それを「猥褻な書籍、図画等」のみを指すとして、合憲限定解釈を提示する。そのうえで、「猥褻性の概念は刑法 175 条の規定の解釈に関する判例の蓄積により明確化されており、規制の対象となるものとそうでないものとの区別の基準につき、明確性の要請に欠けるところはな」と論じた。ここでは、「風俗を害すべき書籍、図画」→合憲限定解釈による基準の読みとり→「猥褻な書籍、図画等」→「猥褻性の概念」の判例の蓄積による明確化という流れで論証が進められている。ここでは、特に、判例の蓄積をも規定の明確性の論拠として挙げられている点が注目される。ただ、これは、あくまで、当該時点において既に判例の蓄積があったことにより、判例の蓄積による明確性が論じられたのであり、判例の蓄積が将来見込まれるからといって、明確性の要請が後退することを示唆するものではないと読むべきである。また、最高裁は、「日本国憲法施行前に制定された法律の規定の如きについては、合理的な法解釈の範囲内において可能である限り、憲法と調和するように解釈してその効力を維持すべく、法律の文言にとらわれてその効力を否定するのは相当でない。」と述べており、関税定率法が日本国憲法施行前の法律であったことも明確性の要請に反しないと結論を導くうえで重要な役割を果たしていると思われる。

(3) 判例から析出する考慮要素

このように、最高裁大法廷は、徳島市公安条例事件と札幌税関検査事件を通じて、明確性の理論の枠組みを築いてきたと言えるが、そこで提示された判断枠組みそれ自体が、必ずしも明確なものとは言えないという問題は依然として残っている¹⁰⁰。ただ、これらの判例を概観した場合、①当該規定が刑事罰を伴うものであるか否か、②当該規定が表現の自由を制限するものであるか否か、③当該規定の運用状況、④当該規定の成立時期、⑤判例の蓄積状況、⑥他の法令との比較、⑦例示列挙の有無といったものは、明確性の要請の程度を判断するうえでの考慮要素になりうるものと考えられる。

2. 刑事法の運用からみる明確性の理論の実際

(1) 表現の自由を制限する刑罰法規に関する判例の近時の傾向—堀越事件判決

著作権を侵害する行為の多くは表現行為の形態をとることから、著作権侵害行為の処罰にかかる規定は、刑罰によって（前記要素①）表現の自由を制限する（前記要素②）性格を多分に備えているといえる。それゆえ、当該規定に対する明確性の要請は、他の法令に比べて厳格になると思われ、日本国憲法の施行から約 70 年が経過した現在

¹⁰⁰ 最高裁が、これまで構成要件の不明確性を理由として、法令を違憲としたことはないが、判決理由中において、不明確なものとして示唆されたものとして、「淫行」を目にして単に反倫理的あるいは不純な性行為と解すること（最大判昭和 60 年 10 月 23 日刑集 39 卷 6 号 413 頁〔福岡県青少年保護育成条例事件〕）や「国公法一一〇条一項一七号が、違法性の強い争議行為を違法性の強いまたは社会的許容性のない行為によりあおる等した場合に限ってこれに刑事制裁を科すべき趣旨であると解するとき」（最大判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 卷 4 号 547 頁〔全農林警職法事件〕）などがある。

において新たな規定を設ける（前記要素④）とすれば、その要請はさらに強いものとなる。

もともと、実際の運用をみる限り、最高裁は現在に至るまで、表現の自由を制限する性格を有する刑罰法規についてもかなり柔軟な解釈を許容しているように思われる。最高裁が念頭に置いている明確性の理論が柔軟なものであることをうかがわせる近時の判例として、国家公務員の政治活動が国家公務員法 102 条違反の罪に問われた堀越事件判決¹⁰¹を挙げることができる。

国家公務員法 102 条 1 項は、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。」と規定しているところ、長らく、人事院規則で定める政治的行為の行為類型に文言上該当する行為（「政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配布し又はこれらの行為を援助すること。」（人事院規則 14・7・6 項 7 号）等）は、例外なく、処罰の対象になると考えられてきた。非管理職である現業公務員であった郵政事務官が、勤務時間外に、国の施設・職務を利用することなく、公営掲示板に選挙用ポスターを掲示するなどした行為が、国家公務員法違反の罪として有罪となっていた¹⁰²。

これに対し、最高裁は、国家公務員法及び人事院規則で定める政治的行為の行為類型に文言上該当したからといって、ただちに処罰の対象となるわけではないとし、次のように判示する。

「本法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。そして、その委任に基づいて定められた本規則も、このような同項の委任の範囲内において、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる行為の類型を規定したものと解すべきである。上記のような本法の委任の趣旨及び本規則の性格に照らすと、本件罰則規定に係る本規則 6 項 7 号、13 号（5 項 3 号）については、それぞれが定める行為類型に文言上該当する行為であって、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものを当該各号の禁止の対象となる政治的行為と規定したものと解するのが相当である。」

そのうえで、そこで処罰の対象となる「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるか」どうかの判断については、「当該公務員の地位、

¹⁰¹ 最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁

¹⁰² 最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁〔猿払事件〕

その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」としたうえで、その判断においては、①当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位（管理職的地位）の有無、②職務の内容や権限における裁量の有無、③当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、④公務員の地位の利用の有無、⑤公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、⑥公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、⑦行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等の約7項目からなる要素が考慮の対象となると論じた。

その結果、国家公務員が政治活動をおこなった事案であったが、堀越事件においては、猿払事件とは異なり、被告人が無罪となる旨の結論が導き出されている。結局、最高裁の解釈に従うと、国家公務員法等によって処罰の対象となる「政治的行為」該当性の判断は、極めて個別具体的な総合衡量的判断ということになる。堀越事件で示されたこのような判断は、表現の自由を制限する刑罰法規において、各事案における個別具体的な事情を踏まえた総合衡量的判断を要求する規定を置いたとしても、ただちに明確性の理論に抵触するものではないということを示唆するものと言える¹⁰³。

（2）刑法学説の傾向

ア. 判例法理についての理解と評価

明確性の理論に関する判例法理について、刑法学説の多くは、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」という徳島市公安条例事件の一般的な判断基準を紹介しつつ、現在まで明確性の原則違反を認めた例がない点を挙げて、上記の判断基準が実際には厳格に適用されていないことを指摘する傾向にある¹⁰⁴。最高裁が実際には明確性の要請をかなり緩やかに捉えていることについては、刑法学説においても理解の一致があるといえよう。

明確性の要請に関する最高裁の寛容な態度に対しては、批判的な意見がある一方で¹⁰⁵、学説の多くは明示的な評価を避けており、「厳格な基準を適用すると、多くの刑罰法規が憲法違反となるおそれがある」ことを指摘して、最高裁の態度に一定の理解を示すものも存在する¹⁰⁶。

イ. 刑罰法規の柔軟な解釈傾向

実際、個々の刑罰法規の解釈論に目を向けると、「通常の判断能力を有する一般人の理解」から導出すること、あるいは「通常の判断能力を有する一般人の理解」にお

¹⁰³ 堀越事件判決は、「上記の解釈の下における本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえないと解される。」として、国公法の不明確性を否定している。

¹⁰⁴ 例えば、山口厚『刑法総論（第3版）』18-19頁など参照

¹⁰⁵ 例えば、浅田（2007）57頁、松原（2013）35頁以下など参照

¹⁰⁶ 例えば、井田（2008）38頁など参照

いて判断することが必ずしも容易ではないような柔軟な解釈論が有力に展開されている一方で、このような解釈を必要とする刑罰法規あるいは解釈そのものに対して、明確性の要請違反を理由に違憲性が指摘されることは、少なくとも刑法学説においては、それほど多くないように思われる。

（ア）構成要件の柔軟な解釈

例えば、名誉毀損罪に関する刑法230条は、「人の名誉を毀損した」ことを処罰要件として定めているが、ここでいう「毀損した」の意義については、人の社会的評価を低下させる抽象的危険があれば足り、現実には社会的評価が低下することを要しないとするのが判例の立場であり¹⁰⁷、学説の多くも、社会的評価の低下を立証することが困難であること等を理由に、この見解を支持している¹⁰⁸。しかし、「通常の判断能力を有する一般人」が、「毀損した」という現実の毀損結果の発生を想起させる文言から、立証の困難性を踏まえて、毀損の抽象的危険を有する行為を広く処罰対象に含める解釈を導くことは、必ずしも容易ではない。名誉毀損罪は表現行為を制限する性格を有するが、このような刑罰法規に対してさえ、立証の困難性の回避等の政策的理由から、しかも処罰を拡張する方向で、柔軟な解釈が許容されていることは、刑法学説において明確性の要請が必ずしも重視されていないのではないかと、との疑念を生じさせる。

もっとも、上記の解釈に基づく名誉毀損罪の運用はすでに判例実務において確立したのとなっており、そうした裁判例の蓄積を前提にすれば、「一般人」も上記の解釈を導くことが可能であり、かつ、そうした解釈に従って個別の表現行為が「名誉を毀損」する行為に該当するかを判断することも可能である、とみる余地は残されているかもしれない。

（イ）違法性阻却事由の柔軟な解釈

上記の例は、各犯罪行為の一般的・類型的特徴を記述した構成要件の解釈に関するものであるが、構成要件該当行為について例外的に刑法上の禁止を解除して違法性を失わせる根拠である違法性阻却事由については、「通常の判断能力を有する一般人」からみて明確性に疑義の生じうる解釈論がさらに幅広く展開されているように見受けられる。

例えば、違法性阻却事由と一般に解されている刑法35条は、「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」と定めているが、「法令」や「正当な業務」に基づく行為が処罰されないのはある意味で当然であり、具体的な判断にあたっては、違法性の本質から導かれる「一般的・実質的な違法阻却原理」を援用する必要がある、というのが学説上の共通理解となっている¹⁰⁹。しかしながら、伝統的に違法性の本質については深刻な見解の対立があり、「一般的・実質的な違法阻却原理」の内容も、現在に至

¹⁰⁷ 大判昭和13年2月28日刑集17巻141頁参照

¹⁰⁸ 例えば、西田（2012）112-113頁、山口厚『刑法各論（第2版）』139頁等参照

¹⁰⁹ 例えば、山口・前掲111頁以下など参照

るまで理解が分かれ、議論に一致を見ない状況にある¹¹⁰。このような現状の下で、「法令又は正当な業務による行為」について、「通常の判断能力を有する一般人」が導出し、かつ判断・適用しうような具体的基準を提示することには、相当な困難が伴うといえよう。この意味で、「一般的・実質的な違法阻却原理」の援用を要請する刑法35条は、少なくとも判例の一般的基準をそのまま適用する限り、明確性の要請に反する疑いが生じうる。

また、そもそも現在では、明文の違法性阻却事由が存在しない場合でも、違法性阻却に関する実質原理を適用することによって超法規的に違法性阻却を認めうることが学説上一般に承認されており¹¹¹、判例も一般論としてはそのような理解を認めているといえるが¹¹²、実質的な違法阻却原理に関する理解が分かれており、判例の蓄積も十分でないばかりか、およそ条文の手掛かりを欠く状況で、「通常の判断能力を有する一般人」の見地から疑義のない具体的基準を提示することは困難であろう。

⑦行為者・被告人にとっての有益性

こうした疑義にもかかわらず、違法性阻却事由に関して特に柔軟な解釈が広く許容されている理由の一つは、違法性阻却事由が処罰範囲を限定するものであり、それに関する解釈は基本的に行為者・被告人の利益に適うものと理解されている点にあるのではないかと推測される。刑法学の一般的理解によれば、明確性の理論は、国民の予測可能性の保障と刑罰権の行使に関する国民のコントロールの必要性を根拠とする罪刑法定主義から直接に導かれるところ、伝統的に、罪刑法定主義の要請は行為者・被告人に有利な解釈には及ばないと考えられてきた¹¹³。徳島市公安条例事件で最高裁が「刑罰法規の定める犯罪構成要件」の明確性を問題としている点も、違法性阻却事由に関しては、構成要件とは異なる議論が妥当する余地を示唆するものとみる余地がある。

もともと、行為者にとって重要なのは、自らの行動が最終的に処罰されるかどうかであり、行為者の予測可能性に対し重大な影響を与える点では、構成要件該当性と違法性阻却事由該当性の判断の間に違いはないともいえる。違法性阻却事由について、条文文言から直ちに導き出せない解釈論や、具体的な適用に困難が伴う解釈論が無制限に許容されるならば、行為者の予測可能性は大きく害されるであろう。行為者の予測可能性の保障を重視する限り、違法阻却事由について明確性の要請がおよそ妥当しなくなると解することはできないように思われる。

また、違法性阻却事由に関する解釈論の中には、明らかに被告人の不利益な方向で柔軟な解釈を行うものも存在する。例えば、正当防衛に関する近時の判例¹¹⁴は、正当防衛の要件として「被告人において何らかの反撃行為にでることが正当とされる状況における行為」であることを要求し、これが欠けることを理由に、被告人の傷害行為

¹¹⁰ 例えば、曾根（1980）151頁以下参照

¹¹¹ 例えば、山口・前掲184-185頁

¹¹² 最大判昭和48年1月25日刑集27巻3号418頁【久留米駅事件】参照

¹¹³ 例えば、団藤（1964）11頁参照

¹¹⁴ 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁

について過剰防衛も含めて正当防衛の成立を否定しているが、当該要件と刑法36条の条文文言との関連性は明らかではない。また、生命侵害を伴う緊急避難行為については違法性阻却を一律に否定する見解が有力であるが¹¹⁵、生命を特別視する理解は、刑法37条の条文から直ちに導かれるわけではない。いずれも被告人に不利な方向で刑法上の違法性阻却事由をかなり柔軟に解釈するものということができよう。

⑧利害調整規定としての違法性阻却事由

そこで学説においては、行為者・被告人の不利益となりうることを正面から認めつつ、違法性阻却事由が第三者との利害を調整する性格を有することから、柔軟な解釈を許容しようとする見解もある。この見解は、規範の名宛人に対して適切な行動基準を告知するという要請を最大限重視しつつも、違法性阻却事由が当該当事者が問題となる局面においては、行為者のみならず相手方の利害にも配慮する必要があるとし、行動基準の告知の要請は、対立当事者の利害を適正に調整するという違法阻却事由の特質によって制限されうると主張する¹¹⁶。この見解によれば、条文を離れ、かつ行為者・被告人に不利益な解釈であっても、それが対立当事者の適正な利害調整の観点から必要と認められる限りは許容されるべきであり、その帰結として、このような解釈を要請する違法性阻却事由については明確性の要請が後退する、と理解することになる。

このような理解の当否は、突き詰めれば、行為者の予測可能性の保障にどの程度の価値を認めるべきかにかかっており、直ちに結論を下すことは難しい。また、構成要件も一定の利害調整機能を有しているとすれば、構成要件と違法性阻却事由を利害調整の点に着目して截然と区別することには異論もありえよう。しかし、少なくとも対立当事者の個別の利害調整を予定する規定では、それ以外の規定に比して、明確性の要請が緩和されやすいという点については、理論的にも是認する余地がありうるように思われる。そして、著作権法における「柔軟な権利制限規定」の内実はいまだ不確定な部分を残すが、それが著作権者と著作物利用者の間の利害を個別に調整することを念頭におくものであるならば、そのことは明確性の要請を後退させる理由になる可能性があるといえる。

ただし注意が必要なのは、上記の有力説の見解にたっても、明確性の要請は適正な利害調整に必要な限度で後退するに過ぎず、その限度内では、可能な限り明確な規定・解釈が目指されるべきであるという点である。したがって、例えば、個別の利害調整にあたり考慮すべき要素については、可能な限り明確化することが望ましいと思われる。

ウ、経済刑法において明確性の要請を緩和する議論

以上の議論は刑罰法規一般を対象に展開されているものであるが、近時、明確性の理論に関して刑法学説の関心を集めているのは、刑法典以外の刑罰法規、なかでも経済活動を規制する刑罰法規（経済刑法）の領域である。

経済刑法の領域では、他の刑罰法規に比べて、特に抽象的・包括的な文言を用いた

¹¹⁵ 例えば、山口・前掲148-149頁など

¹¹⁶ 井田（2005）187頁参照

規定が多いとされるが、その実際上の理由については「経済取引の在り方は時代の進展とともに複雑化し、新たな取引類型が次々に登場することから、形式的で詳細な構成要件を定めるだけでは脱法的な行為を誘発し、結果的に効果的な法益保護を果たし得ないことになる」などと説明されている¹¹⁷。

そこで学説では、こうした経済取引の特性を踏まえつつ、一定の限度で明確性の低い文言の使用を正当化しようとする見解が登場するに至っている。この見解は、行動基準の告知を通じて法益保護を図るというプロセスの実効性を確保する条件として、明確性の要請を捉えたうえで、それぞれの刑罰法規が想定する「名宛人集団」において一般的な知識及び判断能力を備えた人間が、当該規定から、違法・適法の境界を読み取ることができるかを明確性の基準とする。例えば、金融商品取引法は、その名宛人として、「自らの責任においてリスクとリターンを理性的・合理的に判断し、市場を飛び交う情報を精査して投資行動に出ることができる者」という高度の能力を備えた人間を想定しており、そのような「規範的な『投資家』」にとって明確であれば、一般人にとって明確とはいえない規定であっても、明確性の要請に反しないというのである¹¹⁸。

刑罰法規ごとに異なる名宛人を想定しうるかについては、異論もありえようが、典型的な規制対象者にとって明確であるかどうかは、重要な考慮要素になりうると思われる。もっとも、著作権法において規制対象として想定されているのは、まさに一般人であるように思われることから、著作権法違反行為の処罰規定に関する限り、上記の有力説に立つかどうかで明確性に関する結論に違いは生じない可能性が高いように思われる。

エ. 自然犯と法定犯の区別論

なお、平成 22 年 1 月付けの「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」では、「刑法の場合は、そこで規定されている犯罪の多くは自然犯であり、やっつけられない行為とそうでない行為が一般人の目から理解しやすい種類の犯罪であるため、違法性阻却事由を定める規定が抽象的な文言であっても明確性の原則との関係で問題が生じにくいという側面があるのに対し、特別刑法である著作権法の場合は、法政策的に強い法定犯であるため、刑法における違法性阻却事由と同列に論ずるべきではなく、権利制限の一般規定を導入するに際しても、可能な限り法令上で要件を明確に定める必要があるとの意見が大勢であった」ことが指摘されている¹¹⁹。

しかし、そもそも自然犯と法定犯の区別基準について確たる議論は存在しないのが現状である。また、刑法上の各種犯罪に関して膨大な解釈論が展開されていることは、「やっつけられない行為とそうでない行為」が直ちには理解し難いことの証左ともいえ、仮に自然犯を「やっつけられない行為とそうでない行為が一般人の目から理解しやすい種類の犯罪」と定義するとしても、「刑法で規定されている犯罪の多くが自然

犯である」という理解をとることについては疑問の余地があろう。この点を措くとしても、先に見たような違法性阻却事由の柔軟な解釈態度は、およそ全ての犯罪に妥当する刑法の一般理論から導かれるものであり、その射程は自然犯のみならず法定犯についても当然に及ぶものと理解されてきたように思われる。

「刑法で規定されている犯罪の多くが自然犯である」という認識が直感的に妥当と思われるとすれば、それは「刑法で規定されている犯罪」として、殺人罪や傷害罪のように、構成要件の結果すなわち法益侵害の有無を比較的容易に判断できる犯罪類型が想定されているからではないかと思われる。自然犯と法定犯の区別論の是非はさておき、前記報告書の見解は、このように法益侵害という処罰対象の最外延が比較的明確であるかどうかによって、明確性の要請の程度に違いが生じるという理解のもと、著作権法においては、著作権侵害の有無の判断自体が必ずしも明確でないことに着目して、明確な規定の必要性を主張するものといえる。確かに、法益侵害という処罰の第 1 ハードルが明確であるかどうかは、行為者の予測可能性の保障にとって極めて重要であり、したがって明確性の要請の程度に大きく影響する要素と理解すべきであろう。ただし、刑法上の各種の危険犯・未遂犯はもちろん、例えば、効用滅失をも器物「損壊」に含める判例・実務の態度からも明らかなように、刑法上の犯罪でさえ、第 1 ハードルたる法益侵害及び危険の判断には困難が伴うことも少なくないのであり、そうした犯罪との関係でも、抽象的な文言の違法性阻却事由がこれまで特に明確性の見地から疑問視されることなく適用されてきたという現実を直視する必要がある。

11. フェアユースの法理と明確性の理論—アメリカ法における議論を素材として

明確性の理論とフェアユースの法理の関係について論じた論文は、アメリカ法においても、極めて少ない。現時点において、最も体系的な議論を展開しているのが、文献①である。文献①は、日本における明確性の理論に影響を与えたアメリカ法における「漠然性故に無効の法理」(the void for vagueness doctrine)を概観し、当該法理それ自体が、漠然なものとしていつつも、当該法理の適用により法令が違憲となるか否かは、①それが憲法上保障された権利を制限するものであるか否か、②刑罰法規であるか否か、③違法性の認識に欠ける場合免責になるものであるか否かという三つの要素が重要な判断要素になるとしている。この点、アメリカの現行著作権法は、三つの要素にいずれも欠け、特に、フェアユース規定は、伝統的な漠然性故に無効の法理に照らし、疑義があるとしている。

この点について、権利制限一般規定 WT 報告書においては、判例の蓄積がなされた後にフェアユース規定が成文化された米国と異なり、その蓄積がない我が国において、米国のようなフェアユース規定を導入することは「明確性の原則」の観点から問題であるとの意見も紹介されている。

¹¹⁷ 具体例も含めて、安嶋 (2013) 25-28 頁

¹¹⁸ 仲道 (2014) 275-277 頁参照

¹¹⁹ 権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書 49 頁

III. 総括

現在の判例及び刑法学説の傾向を前提とする限り、明確性の理論に基づいて法令が違憲無効となる場合は、極めて例外的な場合に限定されており、表現の自由を制限しうる刑罰法規においても、総合衡量的な事情に基づき構成要件該当性ないし違法性阻却事由該当性が判断される規定を設けることそれ自体が、ただちに、明確性の理論に違反するものではない。

いかなる場合に明確性の理論違反になるか否かは、なお不明確・不透明な部分を多分に残しており、考慮要素の明示・例示、政令や省令への委任の活用、基本類型の例示、解釈指針の導入など、可能な限り規定の明確化に向けた努力をおこなう必要がある。

【調査7：条約との整合性に関する調査】

柔軟な権利制限規定とベルヌ条約等のスリーステップテストの整合性

(1) 著作権に関するスリーステップテストの解釈が国際裁判所により示された唯一の事例は、米国著作権法 110 条 5 項に関する WTO パネル報告 (2000 年) である。

【事案の概要】

- ・米国著作権法 110 条 5 項は、一定の総床面積以下の施設または一定程度以下の設備における演劇用著作物を除く著作物の伝達が著作権侵害とならないと規定している。同項(A)が家庭用例外であり、同項(B)が業務用例外を定める。
- ・EC は、これらの例外が TRIPs 協定 9 条 1 項を通じて導入されるベルヌ条約 11 条 1 項 (i) に違反すると主張した。これに対して、米国は、これらの例外が協定 13 条のスリーステップテストの規定に整合的であると抗弁を主張した。
- ・パネル報告書では、スリーステップテストの各要件について、以下のように判断した。

- ①「特別な場合」とは、例外及び制限が明確に定義され、その適用範囲が質的にも量的にも限定的であることを意味する。もっとも、当該例外の範囲が知られており、また特定されているのであれば、当該例外が適用される可能性のある状況を明確に特定する必要はない。本件では、家庭用例外は適合するが、業務用例外は適合しない (大多数の飲食店 (全店の約 70%)、約半数の小売店 (全店の約 45%) が免除対象となる可能性がある)
- ②「著作物の通常の利用を妨げ」とは、著作権者が著作物の利用から対価の收受を期待することが一般的である市場が害されること (経験的な意味)、及び例外または制限の範囲に含まれる著作物の利用と著作権者が当該著作物に関して有する排他権から経済的価値を引き出す通常の態様が市場で競合した結果、権利者の重要な具体的な経済的利益が損なわれること (規範的な意味) を意味する。本件では、家庭用例外は適合するが、業務用例外は適合しない (大多数の飲食店・約半数の小売店が免除対象であり、権利者の潜在的利益が失われている)
- ③「権利者の正当な利益を不当に害さない」という要件では、例外及び制限により、権利者が有する排他権の経済的価値及びその他の利益に対して現実または潜在的な不当な損失が生じるか否かを判断する。本件では、家庭用例外は適合するが、業務用例外は適合しない (大多数の飲食店・約半数の小売店が免除対象であり、権利者の経済的な損失を増加させる可能性がある)

(2) この報告書に対しては、スリーステップテストを文言通り解釈した結果、加盟国の裁量を狭く限定しているという批判もある (小嶋(2014))。

(3) 現時点での考察は以下のとおり。

- ・米国著作権法 100 条 5 項(B)の業務用例外がスリーステップテストに適合しないと判断されたのは、ステップ①～③のいずれにおいても、飲食施設の 70%、小売り施設の 45%という適用範囲の広さが大きな要因となっている。
- ・そのため、厳格すぎるという批判がある WTO パネルの解釈を採ったとしても、適用対象が比較的小規模にとどまる例外であれば、スリーステップテスト違反だと判断される可能性は低いものと考えられる。
- ・したがって、日本の著作権法において柔軟な権利制限規定を創設する場合にも、スリーステップテストの適合性に関しては、規定の形式面（抽象的であるか、具体的であるか）よりも、実際の適用対象が広いか狭いかという実質的な要素の方が、重要な判断材料となる可能性が高い。
- ・文言上は柔軟な権利制限規定であっても、適用対象が幅広く、市場の多くが失われるような場合は「特別な場合」に該当しないと判断される可能性が高い。一方で、適用対象が比較的少数に留まる場合には、スリーステップテストに適合すると判断される可能性が高いものと考えられる。

【参考文献】

＜調査 1 関連＞

- アウンコンサルティング株式会社「世界 40 개국、主要検索エンジンシェア【PC、モバイル】」（2016 年 11 月 9 日）
SEO Japan ホームページ：「検索エンジンの歴史」インフォグラフィック¹²⁰（2016 年 12 月 12 日閲覧）
株式会社 NTT-X・Google「インターネット検索分野における戦略的提携について」¹²¹（2003 年 10 月 2 日）（<http://pr.goo.ne.jp/goo/2003/244/>）
城所岩生『フェアユースは経済を救う』インプレス R&D（2016）
サーチエンジン史（日本の検索エンジンの歴史）ホームページ¹²²（2016 年 12 月 12 日閲覧）
佐藤俊一・佐藤理「Web 検索サービス：InfoNavigator」FUJITSU.49, 5, pp.353-357(1998)
「千里眼に関する Q&A」アーカイブ¹²³（2016 年 12 月 12 日閲覧）
中山信弘「著作権法の憂鬱」月刊パテント 2013 年 1 月号（2013）
文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」（第 1 回）資料 4・資料 5（平成 27 年 10 月 7 日）¹²⁴
文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（第 10 回）（平成 20 年 1 月 11 日）資料 3
文化庁「文化審議会著作権分科会報告書」（平成 21 年 1 月）
ヤフー株式会社「Yahoo! JAPAN の検索サービスにおけるグーグルの検索エンジンと検索連動型広告配信システムの採用、ならびに Yahoo! JAPAN からグーグルへのデータ提供について」¹²⁵（2010 年 7 月 27 日）

＜調査 2 関連＞

- 池田謙一「行政に対する制度信頼の構造」『年報政治学 2010-1』pp.11-30（2010）
池田謙一「各種制度信頼の規定要因の分析」行政管理研究センター編『行政の信頼性確保、向上方策に関する調査研究報告書（平成 18 年度）』総務省大臣官房総務課、pp.19-68(2007)
ヴォルシュレーガー、クリスチャン「民事訴訟の比較歴史分析：司法統計からみた日

¹²⁰ http://www.seojapan.com/blog/wp-content/uploads/searchengine_855px.jpg

¹²¹ <http://pr.goo.ne.jp/goo/2003/244/>

¹²² <http://www.searchengine.jp>

¹²³

<http://web.archive.org/web/19980210121055/http://senrigan.ascii.co.jp/r/faq.html>

¹²⁴ http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/needs_working_team/h27_01/index.html

¹²⁵ <http://pr.yahoo.co.jp/release/2010/0727a.html>

本の法文化(1) 大阪市立大学法学雑誌 48(2), 502-540(2001)
ヴォルシュレーガー、クリスチャン「民事訴訟の比較歴史分析: 司法統計からみた日本の法文化(2・完) 大阪市立大学法学雑誌 48(3), 731-776(2001)
遠藤直哉『ソフトローによる社会改革』幻冬舎(2012)
大淵哲也編『知的財産とソフトロー』有斐閣(2010)
大山耕輔「行政信頼の政府側と市民側の要因—世界価値観調査 2005 年のデータを中心に—」『年報政治学 2010-1』pp.31-48 (2010)
櫻村志郎・武士侯教編『トラブル経験と相談行動(現代日本の紛争処理と民事司法 2)』東京大学出版会(2010)
河合幹雄他「『日・米・中法意識比較研究』調査基本報告書」名古屋大学法政論集 205, 1-51(2004)
川島武宜『日本人の法意識』岩波書店(1967)
小塚壮一郎「形成主体の側から見たソフトロー—ソフトローを形成する「団体」」藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』有斐閣, 101-122.(2008)
最高裁判所「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第 6 回)」(平成 27 年 7 月)
佐々木吉男『民事調停の研究』法律文化社(1967)
佐藤岩夫・山本和彦・菅原都夫編『利用者からみた民事訴訟—司法制度改革審議会「民事訴訟利用者調査」の 2 次分析』日本評論社(2006)
菅原都夫・山本和彦・佐藤岩夫『利用者が求める民事訴訟の実態 民事訴訟はどのように評価されているか』日本評論社(2010)
ダニエル・H・フット『裁判と社会—司法の「常識」再考』NTT 出版(2006)
ダニエル・H・フット、太田勝造編『裁判経験と訴訟行動 (現代日本の紛争処理と民事司法 3)』東京大学出版会(2010)
東京大学大学院法学政治学研究科 COE プログラム知的財産権ソフトロー収集班「特許等ライセンスに関する「ソフトロー」実態調査 アンケート回答結果」ソフトロー研究 6, 119-134. (2006a)
東京大学大学院法学政治学研究科 COE プログラム知的財産権ソフトロー収集班「特許等ライセンス契約についてのソフトローに関するアンケート及びインタビュー調査 総括報告—法理論とライセンス実務の架け橋」ソフトロー研究 6, 135-167. (2006b)
中里実「法制度の効率性とソフトロー」相澤英孝・大淵哲也・小泉直樹・田村善之編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』弘文堂, 555-579. (2005)
平井宜雄『法政策学—法 制度設計の理論と技法 第 2 版』有斐閣(1995)
藤田友敬「規範の私的生成と国家によるエンフォースメント: 商慣習・取引慣行を素材として」ソフトロー研究 6, 1-18. (2006)
藤田友敬「はじめに」藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』有斐閣, 1-10. (2008)
ヘイリー、ジョン「裁判職いの神話 (上)」判例時報 902, 14-22(1978)
ヘイリー、ジョン「裁判職いの神話 (下)」判例時報 907, 13-20(1979)
松村良之・村山眞維編『法意識と紛争行動 (現代日本の紛争処理と民事司法 1)』東京大学出版会(2010)

森田宏樹「プロバイダ責任制限法ガイドラインによる規範形成」ソフトロー研究 12, 73-102.(2008)
山岸俊男『信頼の構造』東京大学出版会(1998)
ラムザイヤー、M.『法と経済学—日本法の経済分析』弘文堂(2004)
Ginsburg, T. and G. Hoetker "The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation" Journal of Legal Studies 35(1), 31-59(2006)
Harel, A. and Feldman, Y. "Social Norms, Self-Interest and Ambiguity of Legal Norms: An Experimental Analysis of the Rule v. Standard Dilemma" 4(1) REVIEW OF LAW & ECONOMICS 82: 1st Annual Conference on Empirical Legal Studies (2008)

<調査 3 関連>

相山敬士「著作権論」(2009)
バメラサミュエルソン「著作権の例外と制限に対する原則に則ったアプローチ」『特集 著作権法の将来像』日本評論社(2015)
Alan Latman, "Fair Use of Copyrighted Works, Study No.14, Copyright Law Revision, Studies Prepared For the Subcomm. On Patents, Trademarks and Copyrights, S. Comm. On the Judiciary, 86th Cong. 3" (1960) ¹²⁶
American Intellectual Property Law Association, Report of the Economic Survey (2011)
Daniel Gervais, "Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations," 5 U. OTTAWA L. & TECH. J. 1 (2008)
Mathew Sag, "Predicting Fair Uses" 73 Ohio State Law Journal 47- 91 (2012)
Niva Elkin-Koren & Neil Netanel, "How Does Fair Use Fare as Legal Transplant?: What We Can Learn from Israel as a Case Study" forthcoming(2017)
Pamela Samuelson, "Unbundling Fair Uses" 77 Fordham Law Review 2537, 2548-2549. (2009)
Pamela Samuelson, "Justifications for Copyright Limitations and Exceptions" (一部比較表を含む論文) (February 10, 2015, Forthcoming chapter in Ruth Okediji (ed.), Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2476669>) (2015)
Washington Law Review, volume 90, Number 2 - 2015 (フェアユース特集) (2015)
House Judicial Committee, "The Scope of Fair Use" ¹²⁷
米著作権局「Copyright Small Claims」(2013)¹²⁸及びそこで言及されている文献

¹²⁶ <http://www.copyright.gov/history/studies/study14.pdf>

¹²⁷ <https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/113-82-86454-.pdf>

¹²⁸ <http://www.copyright.gov/docs/smallclaims/usco-smallcopyrightclaims.pdf>

＜調査4関連＞

- 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェアユースの可能性——」コピライト 560号(2007)
- 上野達弘「権利制限の一般規定——受け皿規定の意義と課題——」『しなやかな著作権制度に向けて』(2016 近刊)
- 潮海久雄「大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大—著作権法(個別制限規定)の没落と自生的規範の勃興—」『しなやかな著作権制度に向けて』(2016 近刊)
- 島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35号 96頁(2008)
- 田村善之「日本の著作権法のリフォーム—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究 44巻 25頁(2014)
- 前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の観点から—」『しなやかな著作権制度に向けて』(2016 近刊)
- 森田果「最密接関係地法——国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト 1345号 66頁(2007)
- 横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 62巻 6号 48頁(2009)
- Hans-Bernd Schafer, “Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries,” Supreme Court Economic Review, Vol. 14, 113-134.(2006)
- Isaac Ehrlich and Richard Posner, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking,” Journal of Legal Studies, Vol. 3, No. 1, 257-286.(1974)
- Jason Scott Johnston, “Bargaining Under Rules Versus Standards,” The Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 11, No. 2, 256-281(1995)
- Louis Kaplow, “Rules versus Standards,” Duke Law Journal, Vol. 42, No. 3, 557-629(1992)

＜調査5関連＞

- 飯村敏明『特許研究』60号 p.2(2015)
- 宇賀克也『行政法概説 1』
- 大屋雄裕「立法の品質保証と民主的正統性」『立法の法哲学・立法学の再定位—法哲学年報(2014)~』p.80(2015)
- 加賀美一彰「ハードローからソフトローへの権限委譲」中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』有斐閣 p.101, p.195 (2008)
- 君塚正臣『横浜法学』24巻 1号 p.87(2015)
- 京俊介『著作権法改正の政治学』木鐸社(2011)
- 京俊介「著作権法の立法過程分析」著作権研究 39号 65頁(2012)。
- 興津征雄「行政過程の正統性と民主主義」小早川光郎古希『現代行政法の構造と展開』有斐閣 p.325(2016)
- 小塚正一郎「形成主体の側から見たソフトロー—ソフトローを形成する団体」藤田友敬編(2008)『ソフトローの基礎理論』有斐閣

- 国公立大学図書館協力委員会等「図書館の障害者サービスにおける著作権法第37条第3項に基づく著作物の複製等に関するガイドライン」(2010年2月18日)
- 佐藤幸治『日本国憲法論』(2011)
- 島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35号 p.96(2008)
- 新藤幸司『新民事訴訟法〔第3版〕』(2004)
- 田中成明「裁判による法形成」『新実務民事訴訟法講座 1』日本評論社 p.49(1981)
- 田中二郎『司法権の限界』(1976)
- 田中英夫「判例による法形成—立法による法形成との比較を中心に」法学協会雑誌 94巻 6号 p.755(1977)
- 田中英夫『法形成過程』東京大学出版会(1987)
- 田村善之「著作権法に対する司法解釈の在り方」法曹時報 63巻 5号(2011)
- 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究 44号(2014)
- 土屋文昭「判例に関する覚書—民事判例の主眼を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー 6号 p.218(2011)
- 中里実「法制度の効率性とソフトロー」相澤英孝・大淵哲也・小泉直樹・田村善之編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』弘文堂(2005)
- 中村治朗「判例について」『裁判の世界を生きる』判例時報社 p.322(1989)
- 中野次雄編『判例とその読み方(3訂版)』有斐閣(2009)
- 長谷部恭男『憲法〔第3版〕』(2004)
- 平井宜雄『法政策学〔第2版〕』有斐閣 p.150(1995)
- 藤田友敬「はじめに」『ソフトローの基礎理論』(2008)
- 藤谷武史「ガバナンス論における正統性問題」東京大学社会科学研究所ほか編『ガバナンス論を問い直す 1』東京大学出版会 p.217(2016)
- 文化審議会著作権分科会(第41回)資料3「平成26年度法制・基本問題小委員会の審議の経過等について」(平成27年3月12日)
- 三木浩一ほか『民事訴訟法〔第2版〕』(2015)
- 森田宏樹「プロバイダ責任制限法ガイドラインによる規範形成」ソフトロー研究 12(2008)
- 山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報 1933号 p.11(2006)
- 最大決平成25年9月4日民集第67巻 6号 p.1320

＜調査6関連＞

- 浅田和茂『刑法総論(補正版)』(2007)
- 芦部信喜『憲法学 III 人権各論(1)〔増補版〕』有斐閣(2000)
- 安嶋建「経済刑法における明確性の原則の意義に関する議論の展開」早稲田大学大学院法研論集 145号(2013)
- 井田良『刑法総論の理論構造』(2005)
- 井田良『講義刑法学・総論』(2008)
- 市川正人「事前抑制の禁止と明確性の要件」法学教室 206号 p.34(1997)

伊藤正己『言論・出版の自由』岩波書店(1959)
門田成人「刑罰法規の明確性の判断構造について」島大法学 44 卷 4 号 p.189(2001)
門田成人「『刑罰法規明確性の理論』の意義と根拠について」刑法雑誌 33 卷 3 号 p.1(1994)
木下智史「明確性の原則について一覚書」佐藤幸治ほか編『現代社会における国家と法』成文堂 p.238(2007)
君塚正臣「明確性の原則」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』有斐閣 p.324(2012)
曾根威彦『刑法における正当化の理論』(1980)
団藤重光編『注釈刑法(1)』(1964)
仲道祐樹「行動準則としての刑法と罪刑法定主義」高橋則夫ほか『理論刑法学入門』(2014)
西田典之『刑法各論(第6版)』(2012)
福井康佐「法令の明確性に係る三段階の審査」大宮ローレビュー9 卷 p.101(2013)
藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟(2)』有斐閣 p.347(1987)
松原芳博『刑法総論』(2013)
三井誠「罪刑法定主義と『明確性の理論』」法学セミナー228 号 p.83(1974)
宮原均「漠然性の理論的分析(1)(2完)」中央大学法学新法 96 卷 1 号=2 号 p.241(1989)、中央大学法学新法 96 卷 5 号 p.89(1990)
山口厚『刑法総論(第3版)』
山口厚『刑法各論(第2版)』
Bradley E. Abruzzi, Copyright and the Vagueness Doctrine, 45 U. MICH. J.L. REFORM 351.(2012)
Edmund T. Wang, The Line Between Copyright and the First Amendment and Why Its Vagueness May Further Free Speech Interests, 13 U. PA. J. CONST. L. 1471. (2011)
文化審議会著作権分科会法制問題小委員会権利制限の一般規定 WT 報告書(平成 22 年)

<調査7 関連>

伊藤一頼「知的財産権の保護強化における比例性原則」国際貿易投資研究所公正貿易センター『「国際知財制度研究会」報告書(平成 24 年度): 各国知的財産法令 TRIPS 協定整合性分析調査』(2013)
井上由里子「欧州における著作権の権利制限—EC 情報社会指令のもとでの現状と課題」『現代社会と著作権法』弘文堂(2008)
岩沢雄司「著作権に関する条約と日本法の関係」『著作権白書—著作権に関する条約の側面からみて—』著作権情報センター(2007)
加納昌彦「スリーステップ・テストの基本概念的な形成過程—ベルヌ条約改正会議での検討を中心に」『第 6 回著作権・著作隣接権論文集』著作権情報センター(2007)

小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test —厳格解釈から柔軟な解釈へ—(6)」知的財産法政策学研究 Vol. 45(2014)
小島立「条約における権利制限」著作権研究 35 号(2008)
駒田泰士「著作権法と国際法の関係」2007 年度 ALAI Japan 研究大会報告(2007)
駒田泰士「3 step test はどこまで有効な原則か—フランスにおける議論を参考に—」上智法学論集 51 卷 3・4 号(2008)
斉藤博『概説著作権法[第三版]』一粒社(1994)
茶園成樹「著作権法の最近の諸問題—権利制限に関する 3 つの問題」ジュリスト 1326 号(2007)
福永有夏「権利制限規定と知的財産権条約—論点の提起と整理—」日本国際経済法学会年報 19 号(2010)
フレデリック・ボロー・デュリアン「ドラゴンと白鯨—スリーステップテストとフェアユース」今村哲也ほか編『現代知的財産法講座III 知的財産法の国際的交錯』日本評論社(2012)
前田哲男「著作権法 30 条とスリーステップ・テスト」『知財年報 I.P. Annual Report 2005』商事法務(2005)
山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』—引用、パロディを中心として—」コピライト 544 号(2006)
山本草二「著作権保護条約の国内適用の基準と条件」『著作権白書—著作権に関する条約の側面からみて—』著作権情報センター(2007)
Christophe Geiger et al. 「スリーステップテストに関する宣言」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』参考資料 CD(2010)
Christophe Geiger et al., 佐藤豊ほか訳「スリーステップテストの再検討(1): 同テストの柔軟性をいかに各国著作権法において用いるか」知的財産法政策学研究 48 号(2016)
2000 年 6 月 15 日付 WTO パネルリポート WT/DS160/R