

著作権分野におけるソフトウェアに関する調査研究

報告書

平成 30 年 3 月

公益社団法人著作権情報センター
附属著作権研究所

本報告書は、文化庁の委託業務として、公益社団法人著作権情報センターが実施した平成29年度「著作権分野におけるソフトローに関する調査研究」の成果を取りまとめたものです。

従って、本報告書の複製、転載、引用等には文化庁の承認手続きが必要です。

—目次— 著作権分野におけるソフトローに関する調査研究

第1章 調査研究の概要	1
1. 背景と目的	1
2. 調査研究方針	1
(1) 文献調査	2
(2) 既存のガイドライン等のソフトローに関する事例調査	3
3. 検討委員会の委員構成	3
4. 検討委員会の開催概要	4
5. 事例調査・実態調査	4
(1) アンケート調査	4
(2) インタビュー調査	4
6. 報告書執筆分担	5
第2章 アンケート調査の概要と分析	6
1. アンケート調査結果の概要	6
(1) 概要	6
(2) アンケート結果【団体ごとの回答】	7
(3) アンケート結果【ソフトローごとの回答】	13
2. アンケート調査結果の整理と考察に当たって	25
3. 著作権法におけるソフトローの必要性	26
4. アンケート調査に基づくソフトローの整理	27
(1) 著作権法 31 条関係（写り込み、現物貸借、資料複製）	27
(2) 著作権法 35 条関係	30
(3) 著作権法 37 条 3 項関係	31
(4) 著作権法 38 条 1 項関係	32
(5) 著作権法 30 条、32 条、39 条関係	34
(6) 権利制限規定以外の著作権に関するソフトローの概観	34
(7) 今後のソフトローのニーズ	35
5. アンケート結果の考察	36
(1) ソフトローとして評価されている規範の特徴	36
(2) 小括	40
第3章 著作権法の運用におけるソフトローの意義と必要性	42
1. 著作権法とソフトロー	42
(1) 著作権法におけるソフトローの意義：法解釈をめぐる不確実性の縮減	42
(2) ルール・スタンダード論とソフトロー	44

(3) 立法府の制定する法律の解釈の間隙を埋める方策	45
2. 著作権法の権利制限規定とソフトロー	46
(1) 「柔軟な」権利制限規定とソフトロー：法務リスクの低減	46
(2) ソフトローの分類およびソフトローと法律以外の社会の規制枠組との関係	47
(3) ソフトローの形成主体	50
(4) ソフトローの利点と留意点	53
(5) ソフトローの採否の妥当性を決定する要素	53
3. 現行の著作権法第 35 条ガイドラインと改正 35 条への対応について	55
(1) 著作権法第 35 条に関する法改正	55
(2) 「学校その他の教育機関における著作物の複製に関する著作権法第 35 条ガイド ライン」	55
(3) 改正 35 条への対応について	57
4. 著作権の権利処理における役割等	62
第 4 章 平成 30 年改正著作権法案における柔軟な権利制限規定とソフトロー	64
1. はじめに	64
2. 「権利制限の一般規定」検討時における議論	64
(1) ガイドラインに関する議論	64
(2) C 類型に関する意見	66
(3) 文化審議会著作権分科会報告書（平成 23 年 1 月）	67
2. 平成 30 年著作権法改正案	68
(1) 新 30 条の 4（著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用）	68
(2) 新 47 条の 4（電子計算機における著作物の利用に付随する利用等）	69
(3) 新 47 条の 5（電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微 利用等）	72
第 5 章 著作権分野のソフトロー行政に向けた試論的考察	74
1. 著作権分野のソフトローを理解することの位置付け	74
(1) はじめに	74
(2) 実態の把握とメカニズムの解明	74
(3) ソフトロー行政の方法論	75
2. 共同規制という方法論	76
(1) 共同規制の概念	76
(2) より良い自主・共同規制のための原則	78
3. 著作権分野において共同規制の方法論を適用する際の論点	80
(1) 行政が用いるインセンティブ装置	80
(2) 個人（自然人）を名宛人としたソフトロー	83

(3) 利害の対立	84
第6章 競争法と著作権の権利制限規定	86
1. 競争法、独占禁止法の法的枠組み	86
2. 競争法制	87
3. 競争法の体系とガイドライン	88
(1) 競争法の基本体系	88
(2) ガイドライン	89
(3) 事業者団体による自主規制基準の設定	90
4. 判例法と執行方法	90
(1) 実効性確保手段—個別判例・先例をもたらすための道具	90
(2) 判例法	91
5. 競争法と知的財産権の行使との調整	92
(1) 知的財産の行使との調整原則	92
(2) 競争法違反を理由とする強制実施許諾、強制利用許諾	94
6. 今回の課題との関連	95
(1) デジタル化への対応という問題意識	95
(2) 柔軟な権利制限規定と米国におけるフェアユース	96
第7章 ソフトローと著作権契約	99
1. 著作権法に関するソフトロー存在形式と著作権契約	99
(1) 著作権に関するソフトロー存在形式	99
(2) ライセンス契約との関係	101
2. ソフトローに関連する著作権契約の存在と機能	102
(1) 本項の要旨	102
(2) ソフトローが実施機関に対する行為規範として機能する場面	103
(3) ソフトローの延長線上にあるライセンス契約	104
(4) 団体間協議とこれに規律される団体構成員のライセンス契約の形成	104
(5) 団体間協議によって形成されるソフトローとアウトサイダーのライセンス契約	105
(6) 団体間の協議・協定に基づかないソフトローとライセンス契約	108
(7) ソフトローを内容とするライセンス契約の適法性の限界を争う地位の保障 ..	109
第8章 著作権分野におけるソフトローの活用に向けて	110
1. 著作権分野におけるソフトローについて	110
2. 権利制限規定とソフトロー	110
(1) 権利制限規定の運用とソフトローの必要性	110
(2) 権利制限規定の改正とソフトローの必要性	111
(3) 情報法分野における知見の活用と留意点	113

(4) 競争法の観点からみた著作権分野におけるソフトローの留意点.....	115
(5) ソフトローと契約	116
3 著作権分野における今後のソフトローの形成・運用にむけて	117
(1) 法解釈の間隙を埋める適切な方策の選択	117
(2) 著作権分野におけるソフトローの形成・運用のポイント	117
3. 権利制限とライセンスとの懸け橋として	121
4. おわりに.....	121
資料	
1. アンケート質問票.....	資-1
2. アンケート回答結果	資-9
3. 著作権法の一部を改正する法律案 改正後条文（抜粋）	資-16

第1章 調査研究の概要

1. 背景と目的

平成29年4月に取りまとめられた文化審議会著作権分科会報告書¹（以下、「平成29年報告書」という。）では、「知的財産推進計画2016」で示された方向性を踏まえて、「柔軟な権利制限規定」の導入やICT活用教育を推進するための教育関係の権利制限規定の見直しなどが提言され、その提言を受けた著作権法の一部を改正する法律案が本年2月23日に閣議決定され、第196回国会へ提出されている。

平成29年報告書では、これらの新たな立法措置の導入に併せて、法の適切な運用を確保するための取組として、「ソフトロー」の活用等や著作権法に関する教育・普及啓発の重要性が指摘されており、とりわけ、「柔軟な権利制限規定」の導入に関連して、「柔軟性と明確性」（換言すれば抽象性と具体性）がトレードオフの関係にあることを踏まえつつ、法律の規定や委任命令（政令・省令等による具体的な規範の明示）、司法による法規範の形成（判例の蓄積）といった方法による明確性の確保には一定の限界があることに鑑み、「ソフトローの活用」を指摘している²。

ソフトローについては、平成29年報告書や同報告書の検討に先立って行われた調査研究³において、ソフトローの類型やソフトローの形成主体（公的機関の関与の度合いを含む。）に関する類型を示すとともに、ハードロー（法律及び法律に基づく委任命令等）と比較した場合のソフトローの利点や留意点（具体的には、ルール変更の機動性、専門的知識が必要な分野における規範形成の効率性、形成過程におけるバイアスや民主的正当性の問題等）について、一定の整理がなされている。ソフトローの形成の在り方については、上述の点を含め、形成主体、形成過程、形成目的・内容、対象場面など様々な要素が複合的に関連して導かれることとなると考えられるところ、こうした調査結果も踏まえつつ、さらにその分析を深めていくことが求められている。

そこで、本調査研究では、今後の著作権分野におけるソフトローの整備に資するよう、ソフトローに関する理論的・実証的な調査・分析を深めるとともに、著作権分野におけるソフトローの形成に当たり場面に応じてどのような手法を採ることが望ましいかについて整理することを目的とした。

2. 調査研究方針

調査研究においては、以下の要素を含めたソフトローに関する諸要素がソフトローの形

¹ http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf

² 平成29年報告書57～58頁。なお、同報告書では、「ソフトロー」について「民間で自主的に定められているガイドラインのほか、行政府が示す法解釈等も含む広い概念」として用いられている。

³ 「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報告書」（平成29年2月青山社中株式会社）125～128頁。

成や運用にどのように影響するのか、及びどのようなソフトローがどのような場面に適しているのか（特にどのような場面においてどの程度の公的な関与が望ましいかを含む）について整理・分析を行うため、有識者等からなる検討委員会を設置し、有識者と連携して（１）及び（２）の調査を実施した。

【考慮要素】

①形成に関わる主体

- ・ 当事者・公的機関・第三者の関与とその内容
- ・ 意見集約可能な団体等の有無
- ・ 当事者間の交渉力の差の影響

②形成過程

- ・ 公的な審議会や有識者による検討会議
- ・ 当事者間協議
- ・ 国民への意見募集など

③形成目的・内容

- ・ 適法性・違法性の明確化
- ・ 法解釈の明確化
- ・ 法規範が及ぶ行為に類する場面であるものの文理上はその法規範の対象とならないと見られる場面についての適法性・違法性の明確化

④対象とする場面

- ・ 裁判等の紛争解決手続きによる法解釈の明確化等がなされる可能性の高低
- ・ 対象とする行為の公益性
- ・ 画一処理の要請
- ・ 専門的知識・情報の要否

⑤形式

- ・ 行政庁の通達
- ・ 団体間の協定
- ・ ガイドライン（Q&A、ホワイトリスト・ブラックリスト、逐条解説方式）

⑥運用

- ・ 実効性・適性確保のための方法（周知、エンフォースメント、ソフトローの管理・運用を担う団体のガバナンス、情報公開等）

（１）文献調査

「文献調査」については、先行研究である「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報告書」やその中で参考文献として紹介されている書籍も含め既に発表された関連資料にあたりつつ、検討委員会を構成する有識者等の知見及び弊研究所の知識等も活用しながら、上記１に掲げられた目的に資する理論的な分析と

考え方の提示を行う。

（２）既存のガイドライン等のソフトローに関する事例調査

「事例調査」においては、既に知られているガイドライン等も含めて、我が国において存在するソフトローの事例をできるだけ幅広く収集するため、関係団体等へのアンケート調査を実施する。このアンケートにおいては、権利者団体だけではなく代表的な利用者団体も調査対象に加え、権利者・利用者の両方の視点からソフトローに関する分析を行う。

このようなアンケート調査は、次のような意義を有すると考えられる。

- a 我が国において著作権分野に存在するソフトローを網羅的に調査した前例はなく、アンケート調査を通じて存在するソフトローの全体像の把握に資すること。
- b 一般に、関係者を除き、ソフトローの形成過程等に関する情報は極めて限られており、その情報を収集することは検討に資するものであること。
- c 今後必要とされるソフトローについて示唆が得られること。
- d ソフトローの全体の俯瞰、及びソフトローの形成過程等に関する情報は、検討委員会における検討にも有益な材料となること。

３．検討委員会の委員構成

本調査研究においては、有識者より構成される委員会を設置し、アンケートの分析等を含め調査研究内容につき検討を行った。検討委員会の構成委は次の通りである。

【座長】

松田 政行 青山学院大学法科大学院客員教授・弁護士

【委員】

生貝 直人 東京大学大学院情報学環客員准教授／情報通信総合研究所研究員

池村 聡 森・濱田松本法律事務所・弁護士

今村 哲也 明治大学情報コミュニケーション学部准教授

村上 政博 成蹊大学客員教授・弁護士

【事務局】

著作権情報センター附属著作権研究所

山崎 貴啓 特別研究員・弁護士

吉田 大輔 客員研究員

横山 眞司 専任研究員

【文化庁】

水田 功 長官官房著作権課長

秋山 卓也 長官官房著作権課課長補佐

澤田 将史 長官官房著作権課著作権調査官・弁護士

伊藤 兼士 長官官房著作権課法規係係長

小川 慶将 長官官房著作権課課法規係

（五十音順・敬称略・所属職名は平成 30 年 3 月現在）

4. 検討委員会の開催概要

検討委員会の開催状況は次の通りである。

回	開催日と主な議題
第1回	開催日：平成30年1月31日 9:30～11:30 ・挨拶・委員紹介 ・調査研究の趣旨説明 ・情報政策分野の「共同規制」の枠組と著作権分野への示唆 ・「権利制限の一般規定（C類型）」の経験を踏まえて
第2回	開催日：平成30年1月31日 12:15～14:15 ・アンケート集計結果（暫定版）報告 ・各委員からの意見・報告 ・報告書分担等今後の日程について
第3回	開催日：平成30年2月22日 10:00～12:00 ・アンケート調査結果報告 ・報告書骨子に関する各委員からの報告 ・今後の日程について
第4回	開催日：平成30年3月12日 10:00～12:00 ・報告書草稿を基にした討議・検討 ・今後の日程について
第5回	開催日：平成30年3月19日 メール審議 ・報告書原稿を基にした討議・検討

5. 事例調査・実態調査

（1）アンケート調査

事例調査・実態調査として、アンケートを実施した。概要は次の通りである。なお、結果等の詳細は「第2章 アンケート調査の概要と分析」に記載する。

①質問票の種類

- 「ソフトローに関するアンケート調査票【貴社（団体）について】」
- 「ソフトローに関するアンケート調査票【ソフトローについて】」

②調査期間

- 平成29年12月20日から平成30年1月22日

③発出方法

- 著作権等管理事業者、権利者団体、利用者団体等合計60カ所にアンケートを郵送配布した。
- 公益社団法人著作権情報センターのホームページで告知するとともに、専用のWebサイトに質問票等を掲載した。

（2）インタビュー調査

事例調査・実態調査として、次の通り、個別の企業に対してインタビューを実施した。

実施日	インタビュー先	方法
2月15日	Yahoo 株式会社	面談
3月6日	株式会社アंक	メール
3月13日	一般社団法人音楽特定利用促進機構（ISUM）	面談
3月19日	株式会社 UEI	メール

6. 報告書執筆分担

本報告書の執筆分担は次の通りである。

執筆箇所	執筆担当
第1章 調査研究の概要	事務局（吉田、横山）
第2章 アンケート調査の概要と分析	
1. アンケート調査結果の概要	事務局（吉田、横山）
2. アンケート調査結果の整理と考察に当たって	事務局（山崎）
3. 著作権法におけるソフトローの必要性	事務局（山崎）
4. アンケート調査に基づくソフトローの整理	事務局（山崎）
5. アンケート結果の考察	事務局（山崎）
第3章 著作権法の運用におけるソフトローの意義と必要性	今村委員
第4章 平成30年改正著作権法案における柔軟な権利制限規定とソフトロー	池村委員
第5章 著作権分野のソフトロー行政に向けた試論的考察	生貝委員
第6章 競争法と著作権の権利制限規定	村上委員
第7章 ソフトローと著作権契約	松田座長
第8章 著作権分野におけるソフトローの活用に向けて	

第2章 アンケート調査の概要と分析

1. アンケート調査結果の概要

(1) 概要

①アンケートの構成

アンケートの質問票は、「ソフトローに関するアンケート調査票【貴社(団体)について】」と「ソフトローに関するアンケート調査票【ソフトローについて】」の2種類で構成した。前者は、団体の立場、今後必要とされるソフトローについての考え方等を聞いたものである。後者は、現在存在している個別のソフトローについて、それぞれその形成過程等を聞いたものである。

なお、本アンケート調査では、対象とするソフトローを次の通りとし、その旨をアンケートへの回答に際しての説明書に記載した。

例えば、次のようなものが含まれます。

- ガイドライン（Q&A形式／利用できる場合のリスト（ホワイトリスト）形式／利用できない場合のリスト（ブラックリスト）形式のものも含まれます）
 - 団体間の取り決め（協定・協約・覚書）
 - 団体の公式見解・運用指針
 - 団体の内規（自主規制含む）
- いずれも名称の如何を問いません。

一方、以下のようなものは含まれません。

- 使用料規程
 - ※但し、使用料規程では明確に定められていない分野等に対する事実上の標準的な運用指針となっているような規則等はソフトローに含まれるとお考えください
- 当事者間の個別契約
- 個別契約の原案（雛型）
- 著作物や個別サービス等の利用規約
 - ※契約書、契約書雛形、利用規約中の条項であってもそれが規範性を生じ、団体内の自主規制ルールとなっているものまたは団体外の契約当事者にも規範性のあるものとして受け止められているものについては、ソフトローに含まれるとお考えください

②アンケートの回答状況

(ア)「ソフトローに関するアンケート調査票【貴社(団体)について】」

35の団体等から回答が寄せられた。その内、アンケートを郵送にて送付した先（60団体等）からの回答が26件、アンケートの郵送先から紹介を受けた団体等からの回答が8件、その他Webサイトを見て回答した団体等が1件であった。なお、団体ごとの質問票にのみ

回答した団体等（対象となるソフトローがない団体等）は 15 件である⁴。

（イ）「ソフトローに関するアンケート調査票【ソフトローについて】」

20 団体等から、合計 61 件（重複含む）の回答が寄せられた。内訳を大別すると下表のとおりである。

ソフトローの種類	回答件数
「学校その他の教育機関における著作物の複製に関する著作権法第 35 条ガイドライン」	5 件
「図書館間協力における現物貸借で借り受けた図書の複製に関するガイドライン」	3 件
「複製物の写り込みに関するガイドライン」（図書館等の複写サービスに関するもの）	3 件
図書館内における複製に関するもの	5 件
「図書館の障害者サービスにおける著作権法第 37 条第 3 項に基づく著作物複製等に関するガイドライン」	3 件
公共図書館における上映、読み聞かせ等による著作物の利用（著作権法 38 条関係）	4 件
教科書や教科書教材に関するもの	3 件
実演家の報酬や放送の二次利用に関するもの	9 件
使用料規程の運用について補完するもの	14 件
実証実験等における一時的な取り決め	5 件
デジタル化やその利用に関するもの	2 件
その他	5 件

（２）アンケート結果【団体ごとの回答】

①団体等の位置づけ

質問： 貴社（団体）の位置付け
回答肢： 著作権等管理事業者 権利者団体 利用者団体
その他 [複数選択可]

団体等の性質について、「著作権等管理事業者」との回答が 12 件、「権利者団体」との回答が 10 件、「利用者団体」との回答が 11 件、「権利者団体」でもあり「利用者団体」でもあるとの回答が 4 件であった。「その他」の内訳は、権利者団体としての性質を併せ有するもの 2 件、大学関係の組織が 2 件である。また、「著作権等管理事業者」の内 4 件は「権利者団体」でもあるとの回答であった。

⁴ 各集計では、特に断りのない限り、各設問に未回答である場合や単一回答の設問に対して複数回答するなど集計に適さないデータは除外している。

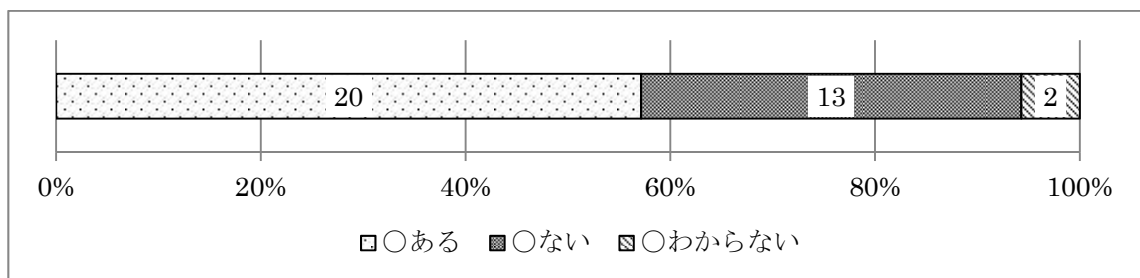
②ソフトローについて

(ア) ソフトローの有無について

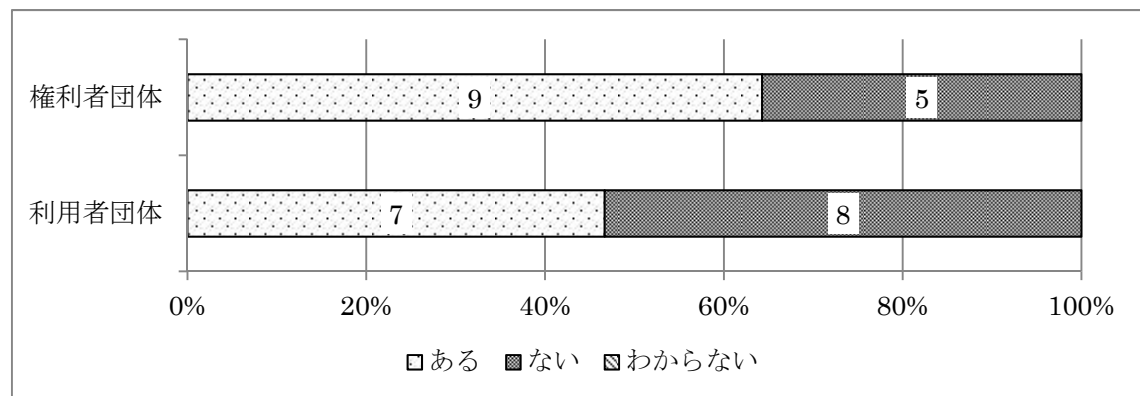
質問： 貴社（団体）の関わる著作権分野においてソフトローはありますか

回答肢： ある ない わからない

団体等が関わっている著作権分野において既にソフトローが存在しているか否かの質問に対して、「ある」との回答が 20 件（57.1%）、「ない」との回答が 13 件（37.1%）、「わからない」との回答が 2 件（5.7%）であった。「わからない」と回答した団体は、現在は著作権分野に係わる業務を行っていないか、著作権等管理事業から実質的に撤退した事業者である。



これを、権利者団体と利用者団体別にみると、権利者団体では「ある」との回答が 9 件（64.3%）、「ない」との回答が 5 件（35.7%）であったのに対し、利用者団体では「ある」との回答が 7 件（46.7%）「ない」との回答が 8 件（53.3%）であり、権利者団体は「ある」との回答が若干多いのに対して、利用者団体の場合には「ない」との回答が若干多かった。なお、権利者団体と利用者団体の数は、権利者団体が 14、利用者団体が 15 であり、権利者団体でも権利者団体でもある場合は両方に含んでいる（以降同様）。



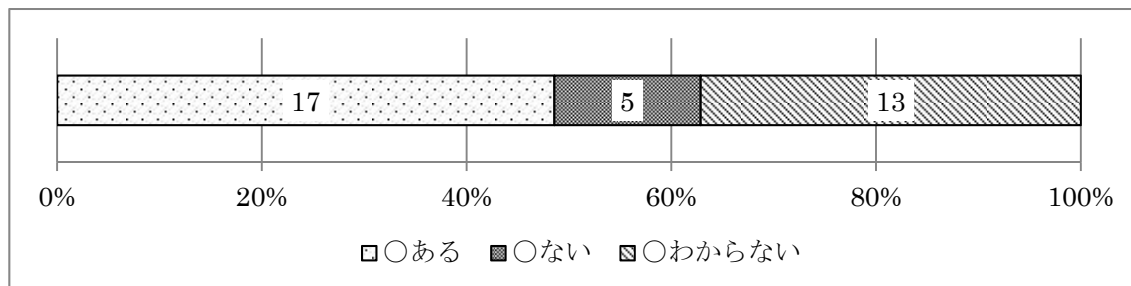
(イ) ソフトローの整備が必要とされる場面

質問： 貴社（団体）の関わる著作権分野において今後ソフトローの整備が必要と考えられる場面はありますか

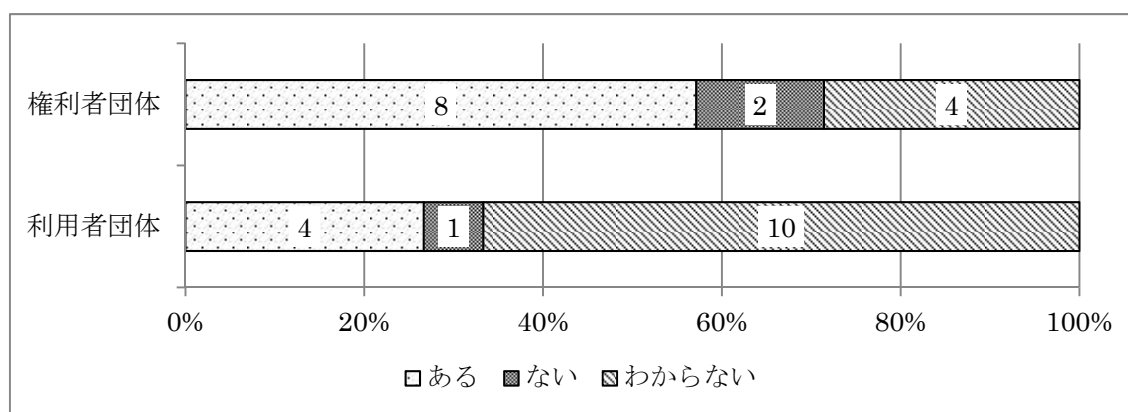
回答肢： ある ない わからない

今後ソフトローの策定が求められる場面があるか否かについて、「ある」との回答が 17 件 (48.6%)、「ない」との回答が 5 件 (14.3%)、「わからない」との回答が 13 件 (37.1%) であった。

さらに、今後ソフトローの整備が必要と考えられる場面がある場合に、その状況及び考えられるソフトローの内容について自由記述形式で尋ねたところ、教育の情報化に向けたガイドラインの整備等を求めるものが 6 件と最も多く、柔軟な権利制限に関するガイドラインが必要であるとする意見が 3 件あった。その他、ネットカフェや漫画喫茶における著作物の取扱い、建築物の撮影等写真に関する事項、図書館における著作物の利用、団体自身が発行する著作物の利用に関してソフトローが必要である等の意見が寄せられた。また、一般論として、個別契約と使用料規程の適用との間を埋める手段として、新たな利用形態や法改正が為された場合への対応としてソフトローが必要になるのではないかとといった意見や、団体構成員以外の者に対するソフトローの適用について検討すべきとの意見もみられた。



また、権利者団体・利用者団体別にみると、権利者団体では「ある」との回答が 8 件 (57.1%) と最も多く、次いで「わからない」が 4 件 (28.6%)、「ない」が 2 件 (14.3%) となっているのに対し、利用者団体では「わからない」が 10 件 (66.7%) と最も多く、次いで「ある」が 4 件 (26.7%)、「ない」が 1 件 (6.7%) であった。



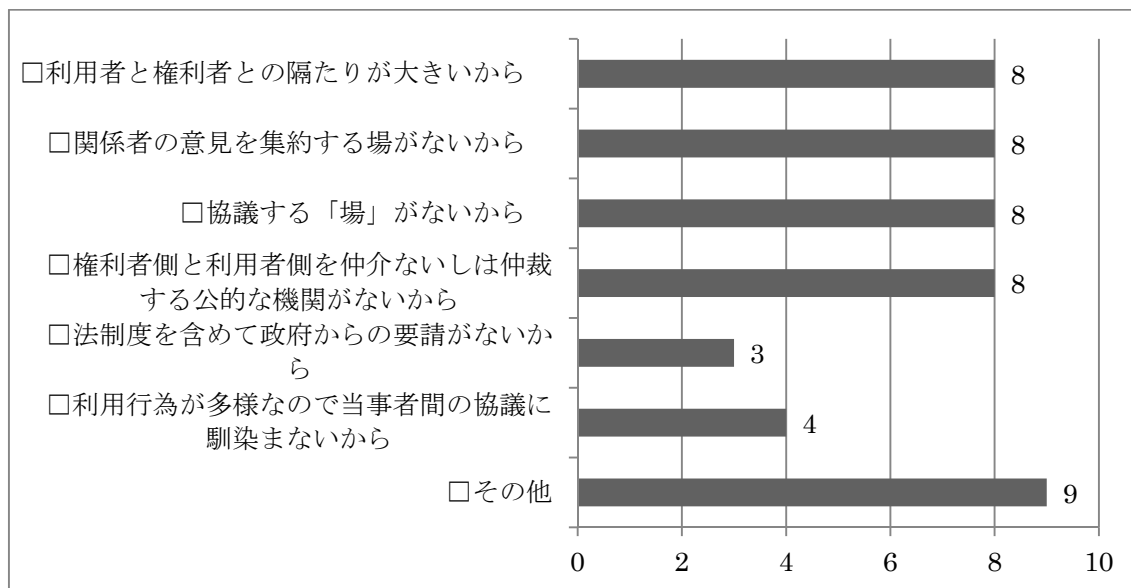
(ウ) ソフトローの整備が実現しない理由

質問： ソフトローの整備がもとめられる場面があるものの、それが実現できていない場合がありますか。その主な理由はどのようなものと考えられますか

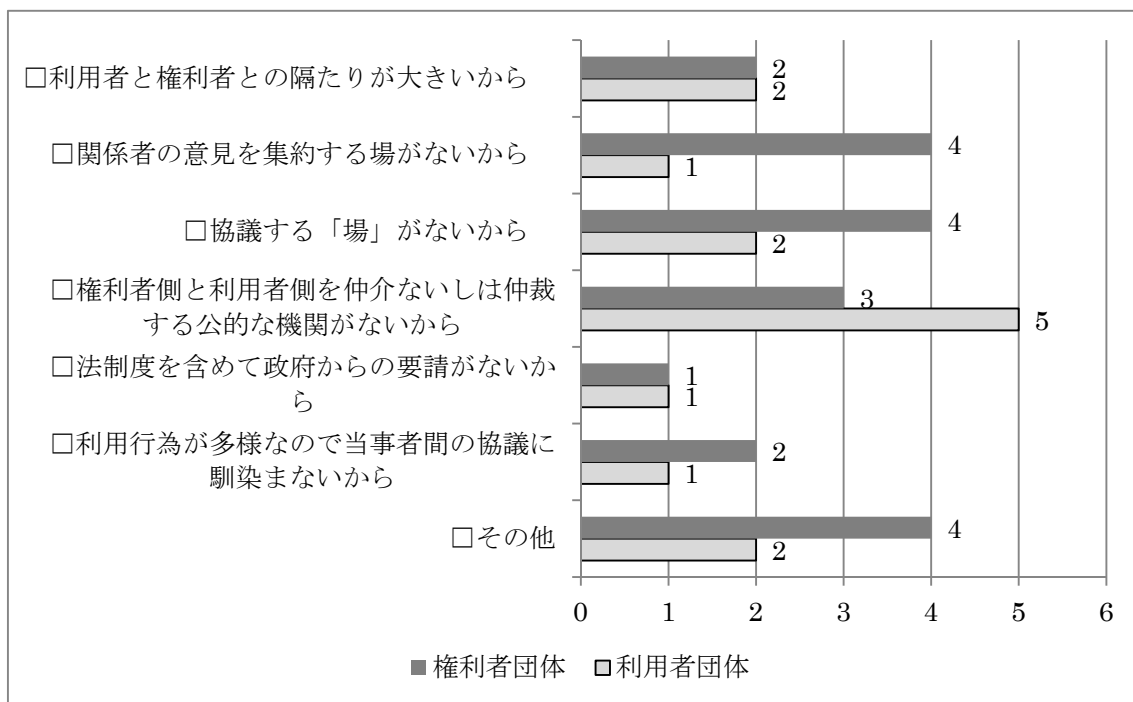
回答肢： 利用者と権利者との隔たりが大きいから
 関係者の意見を集約する場がないから
 協議する「場」がないから
 権利者側と利用者側を仲介ないしは仲裁する公的な機関がないから
 法制度を含めて政府からの要請がないから
 利用行為が多様なので当事者間の協議に馴染まないから
 その他 [複数選択可]

ソフトローの整備が求められるものの策定されていない理由について、「利用者と権利者との隔たりが大きいから」「関係者の意見を集約する場がないから」「協議する『場』がないから」「権利者側と利用者側を仲介ないしは仲裁する公的な機関がないから」がいずれも 8 件、「法制度を含めて政府からの要請がないから」が 3 件、「利用行為が多様なので当事者間の協議に馴染まないから」が 4 件、「その他」が 9 件であった。

「その他」についてはその内容を記述する欄を設けたが、協議する団体がなかったり意見集約が困難であるからとの意見が最も多く、既に個別の運用方法が決まっており統一が難しい、独占禁止法上の問題を生じる懸念がある、といった意見もみられた。



これを、権利者団体と利用者団体別にみると、権利者団体では「関係者の意見を集約する場がないから」と「協議する『場』がないから」がともに 4 件と最も多かったのに対し、利用者団体ではそれぞれ 1 件と 2 件であり権利者団体よりは少なかった。反対に、「権利者側と利用者側を仲介ないしは仲裁する公的な機関がないから」が権利者団体では 3 件であったが、利用者団体では 5 件と最も多かった。



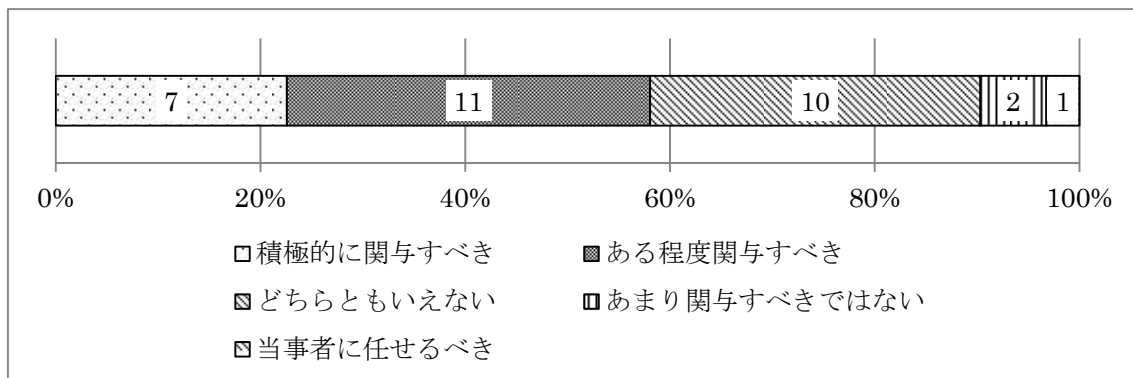
③公的機関への期待

(ア) ソフトローの策定や運用への公的機関の関与

質問： ソフトローの策定や運用への公的機関の関与についてどうお考えですか

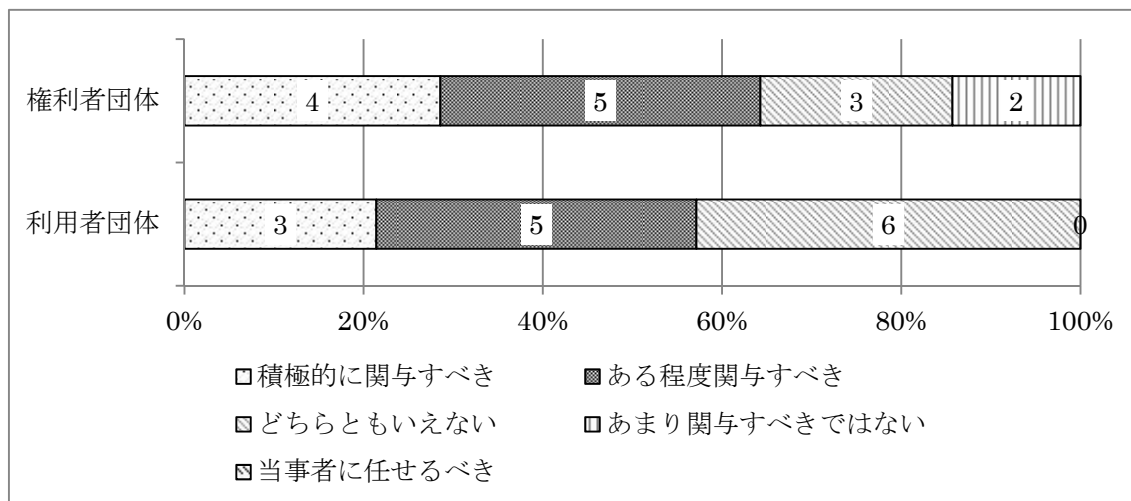
回答肢： 積極的に関与すべき ある程度関与すべき どちらともいえない
 あまり関与すべきではない 当事者に任せるべき

ソフトローの策定や運用に公的機関が関与すべきか否かについて、「積極的に関与すべき」との回答が 7 件（22.6%）、「ある程度関与すべき」が 11 件（35.5%）、「どちらともいえない」が 10 件（32.3%）、「あまり関与すべきではない」が 2 件（6.5%）、「当事者に任せるべき」が 1 件（3.3%）であった。何らかの関与を求める回答が半数以上を占めた。



権利者団体と利用者団体別に回答内容を分けると、権利者団体では「ある程度関与すべき」（5 件）、「積極的に関与すべき」（4 件）、「どちらともいえない」（3 件）の順で多かったのに対して、利用者団体では「どちらともいえない」との回答が 6 件と最も多く、「ある程

度関与すべき」(5件)、「積極的に関与すべき」(3件)と続いたが、権利者団体・利用者団体ともに、なんらかの形で関与すべきとする回答が多い傾向が見られた。なお、「あまり関与すべきでない」との回答は権利者団体からのものであった。

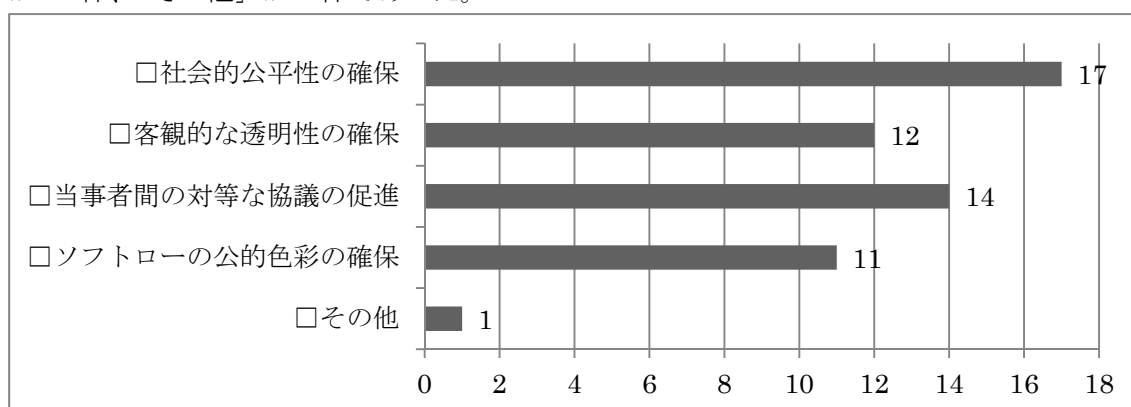


(イ) 公的機関が関与するのが望ましいと考える場合の理由

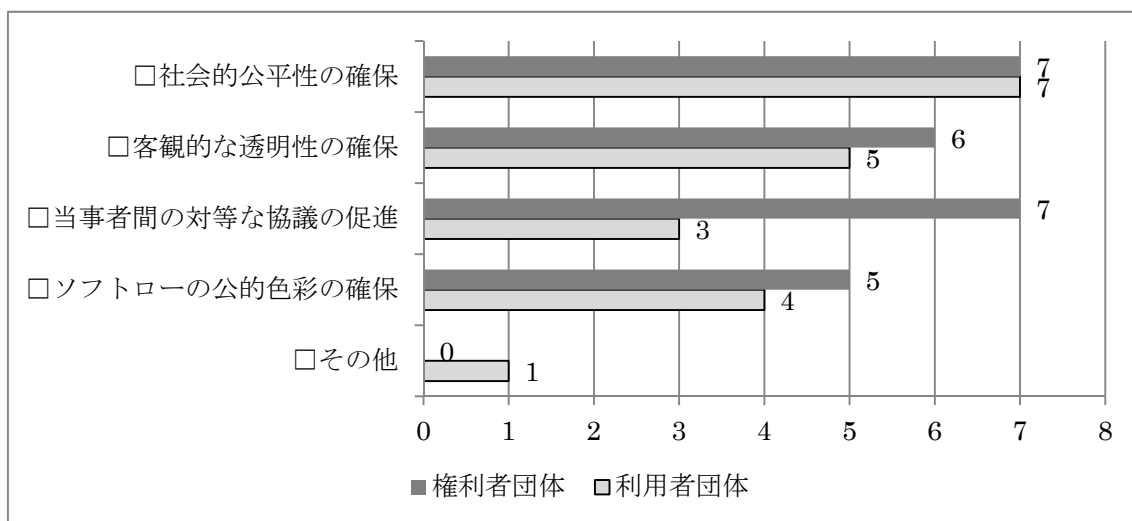
質問： 公的機関の関与が望ましいと考える場合その理由をお答えください

回答肢： 社会的公平性の確保 客観的な透明性の確保
当事者間の対等な協議の促進 ソフトローの公的色彩の確保
その他 [複数選択可]

公的機関の関与を望む理由として、「社会的公平性の確保」が17件、「客観的な透明性の確保」が12件、「当事者間の対等な協議の促進」が14件、「ソフトローの公的色彩の確保」が11件、「その他」が1件であった。



回答結果を権利者団体と利用者団体とに分けた場合、大きな違いは見られなかったものの、「当事者間の対等な協議の促進」が、利用者団体では3件であるのに対して権利者団体では7件と多いのが特徴的であった。



(3) アンケート結果【ソフトローごとの回答】

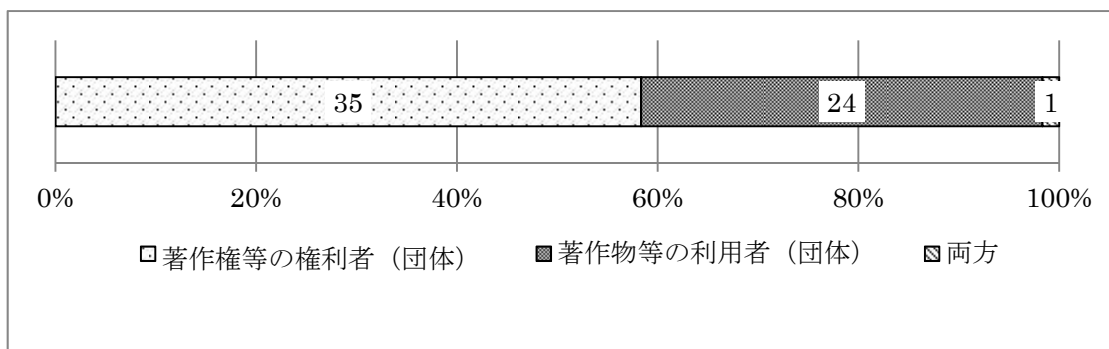
①団体等の立場

(ア) ソフトローと団体等との関係

質問： 当該ソフトローと貴社（団体）とはどのような関係ですか

回答肢： 著作権等の権利者（団体） 著作物等の利用者（団体）

回答対象のソフトローにおける団体等の位置づけについて、「著作権等の権利者（団体）」の立場であるとの回答が 35 件（58.3%）、「著作物等の利用者（団体）」の立場であるとの回答が 24 件（40.0%）、であった。なお、どちらの立場でもあるとの回答が 1 件（1.7%）あったが⁵、これは当該ソフトローが団体内での著作物の相互利用に関するソフトローであったことによる。



(イ) ソフトローの策定への関与

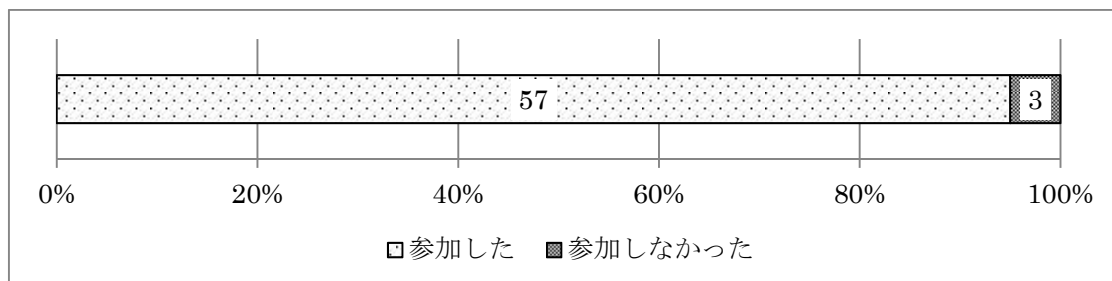
質問： 貴社（団体）は当該ソフトローの策定に参加しましたか

回答肢： 参加した 参加しなかった

当該ソフトローの策定に参加したか否かについては、「参加した」との回答が 57 件（95%）、「参加しなかった」との回答が 3 件（5%）であり、未回答が 1 件であった。

⁵ 本質問は単一回答項目であるが、双方に含めて集計した。

また、「参加しなかった」との回答に対してその理由を尋ねたところ、組織設立時期やその目的との関係、上部組織が参加したので直接には参加しなかったなどの理由が挙げられている。



②ソフトローの目的・趣旨

質問： 当該ソフトローを策定した趣旨や目的をご記入ください

回答 自由記述

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等に対して、当該ソフトローを策定した趣旨や目的について自由記述形式で尋ねたところ、57件の回答があった。

主な内容としては、権利範囲の明確化を図るとするものが最も多く、その他には、著作物等の利用促進や円滑化あるいは適正利用の確保、使用料の一部減免措置、使用料規程の運用面での補完、実演家等の報酬の明確化、著作権管理や事務手続きの定型化や効率化、新たに生じた利用形態への対応などが挙げられている。

③ソフトロー策定の契機

質問： 当該ソフトローを策定することとなった契機があればご記入ください

回答 自由記述

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等に対して、当該ソフトローを策定することとなった契機について自由記述形式で尋ねたところ、50件の回答があった。

主な内容としては、法制度の改正を挙げるものが最も多く、その他には、利用者からの要請、権利者からの要請、新たな利用形態の登場、業務運用上の必要性などが挙げられている。

④ソフトローの策定理由又はソフトローへの参加理由

質問： 当該ソフトローの策定理由又は当該ソフトローへの参加理由はどのようなものですか

回答肢： 消費者や社会からの評判確保

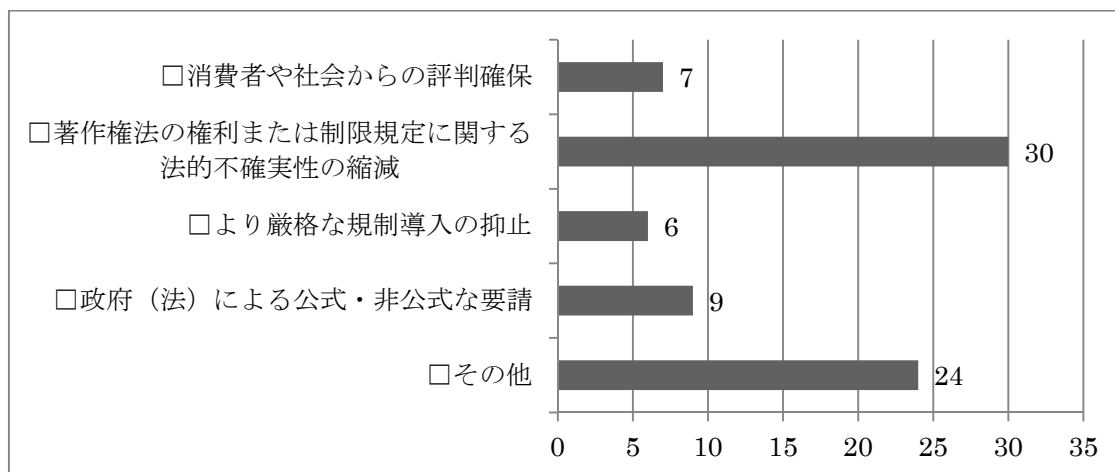
著作権法の権利または制限規定に関する法的不確実性の縮減

より厳格な規制導入の抑止

政府（法）による公式・非公式な要請

その他 [複数選択可]

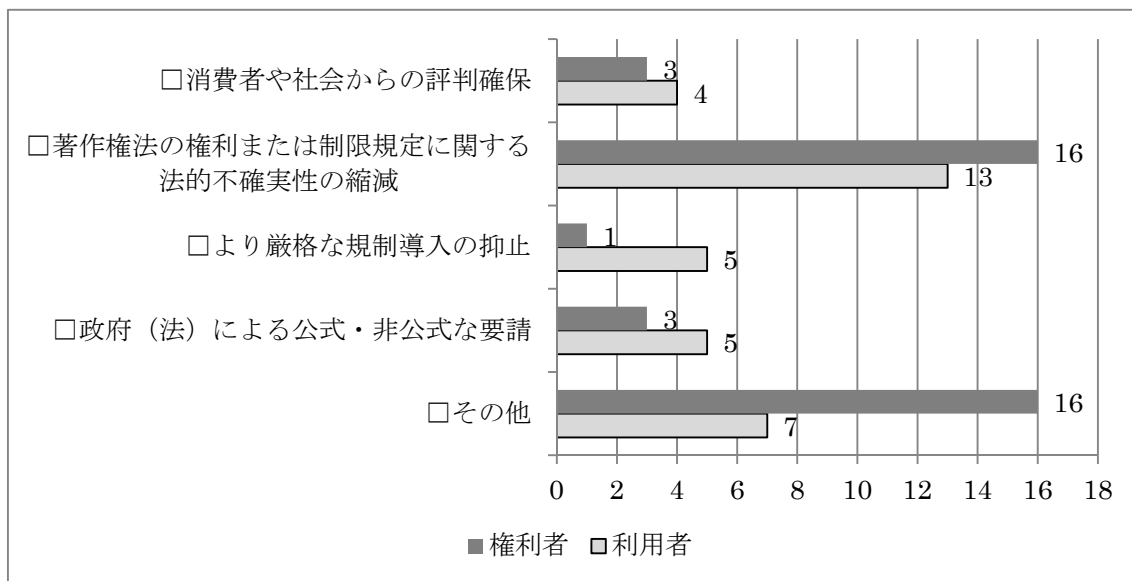
ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象とした質問である。当該ソフトローを策定した理由あるいは当該ソフトローに参加している理由として、「消費者や社会からの評判確保」との回答が 7 件、「著作権法の権利または制限規定に関する法的不確実性の縮減」が 30 件、「厳格な規制導入の抑止」が 6 件、「政府（法）による公式・非公式な要請」9 件、「その他」が 24 件であった。



「その他」の内容として以下の理由が挙げられた。

- 他団体との関係維持や、権利者でもあり利用者でもあるという立場にあるため。
- 著作物の適正な利用を図るため。
- 具体的な利用形態に則して利用範囲の明確化を図るため。
- 著作物の具体的な利用形態に則した運用を行うため。
- 著作物の円滑な利用をはかるため。
- 権利者又は利用者から要請があったため。
- 使用料規程の円滑な運用を図るため。

また、当該ソフトローとの関係で権利者の立場か利用者の立場かによって回答を分けると、利用者の立場からは「より厳格な規制導入の抑止」を理由とする回答が多く見られた。



⑤ ソフトローの策定プロセス

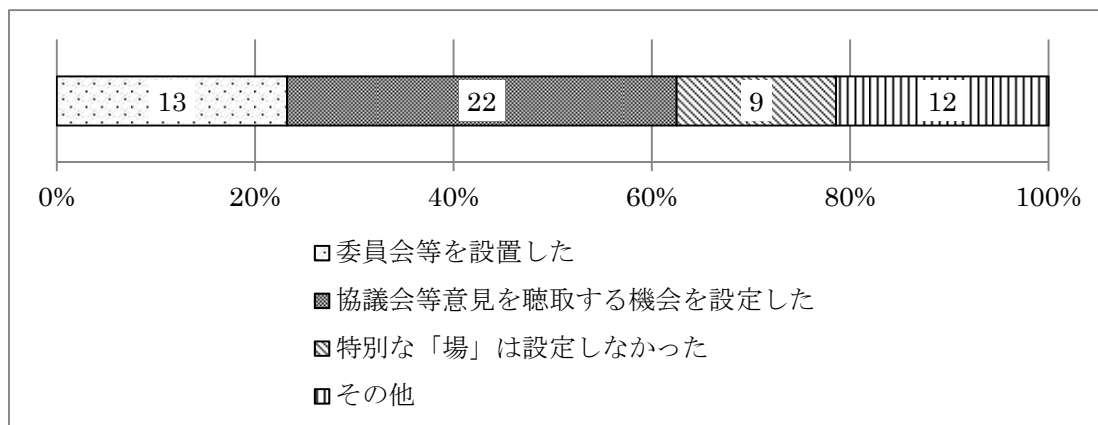
(ア) 協議・交渉の枠組み

(a) 協議・検討の「場」

質問： 当該ソフトローの策定に関する協議や検討を行うために特別な「場」を設定しましたか

回答肢： 委員会等を設置した
協議会等意見を聴取する機会を設定した
特別な「場」は設定しなかった
その他

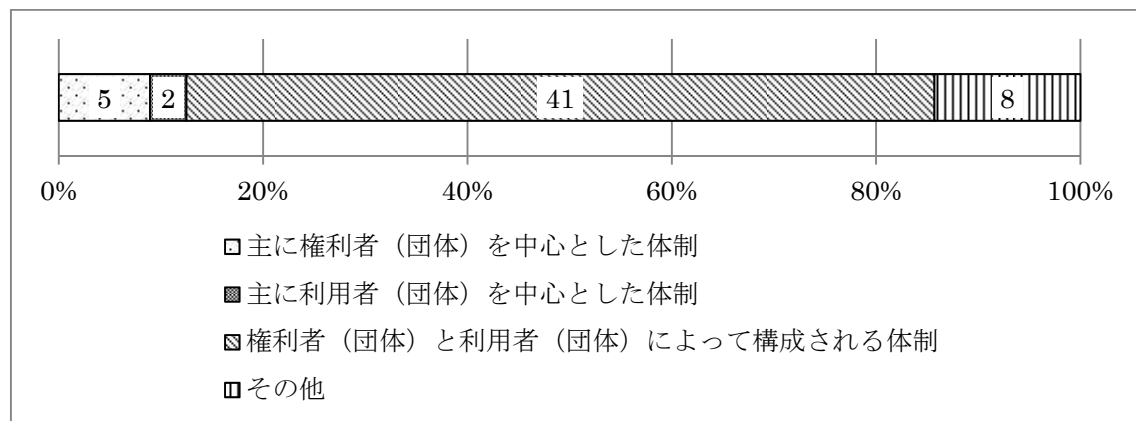
ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、当該ソフトローの策定に関する協議や検討を行うための特別な「場」を設定したか否かについて聞いた。「委員会等を設置した」との回答が 13 件 (23.2%)、「協議会等意見を聴取する機会を設定した」が 22 件 (39.3%)、「特別な『場』は設定しなかった」が 9 件 (16.1%)、「その他」が 12 件 (21.4%)であった。



(b) ソフトローの策定に関する協議や検討はどのようなメンバー構成

質問：	当該ソフトローの策定に関する協議や検討はどのようなメンバー構成で行いましたか
回答肢：	主に権利者（団体）を中心とした体制 主に利用者（団体）を中心とした体制 権利者（団体）と利用者（団体）によって構成される体制 その他

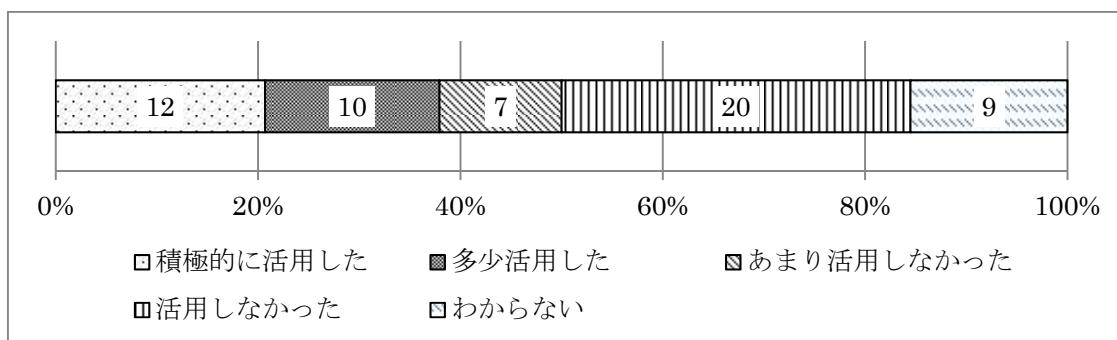
ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、当該ソフトローの策定に関する協議や検討はどのようなメンバー構成で行ったかを尋ねた。「主に権利者（団体）を中心とした体制」との回答が 5 件（8.8%）、「主に利用者（団体）を中心とした体制」が 2 件（3.5%）、「権利者（団体）と利用者（団体）によって構成される体制」が 41 件（71.9%）、「その他」が 8 件（14%）であった。



(c) ソフトローの策定に関する検討への外部有識者の活用

質問：	当該ソフトローの策定に関する検討に外部の有識者を活用しましたか
回答肢：	積極的に活用した 多少活用した あまり活用しなかった 活用しなかった わからない

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、当該ソフトローの策定に関する検討に外部の有識者を活用したか否かについて聞いたところ、「積極的に活用した」との回答が 12 件（20.7%）、「多少活用した」が 10 件（17.2%）、「あまり活用しなかった」が 7 件（12.1%）、「活用しなかった」が 20 件（34.5%）、「わからない」が 9 件（15.5%）であった。

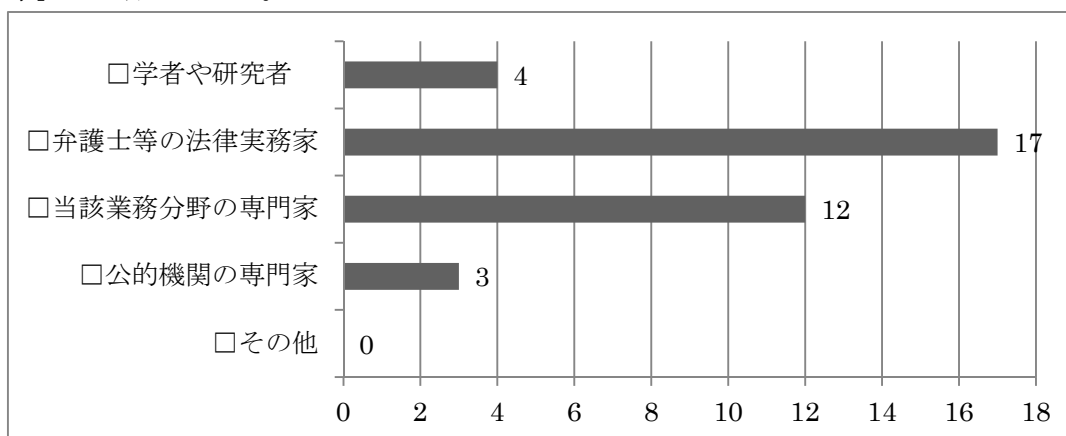


(d) ソフトローの策定に際して活用した外部有識者の立場

質問： 当該ソフトローの策定に関する検討に外部の有識者を活用した場合、その有識者の立場はどのようなものですか

回答肢： 学者や研究者 弁護士等の法律実務家 当該業務分野の専門家
公的機関の専門家 その他 [複数選択可]

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、当該ソフトローの策定に際して活用した外部有識者の立場について聞いたところ、「学者や研究者」との回答が 4 件、「弁護士等の法律実務家」が 17 件、「当該業務分野の専門家」が 12 件、「公的機関の専門家」が 3 件であった。



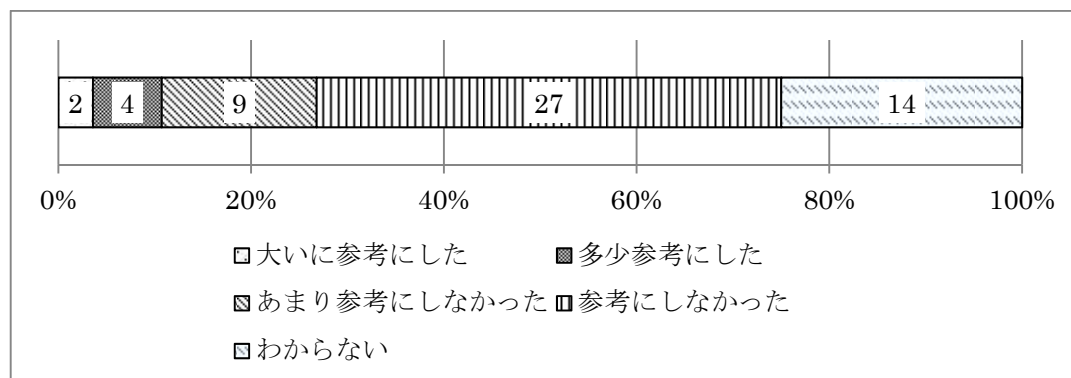
(e) 国際的な取扱いや諸外国の事例

質問： 当該ソフトローの策定に際して、国際的な取扱いや諸外国の事例を参考にしましたか

回答肢： 大いに参考にした 多少参考にした
あまり参考にしなかった 参考にしなかった わからない

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、当該ソフトローの策定に際して、国際的な取扱いや諸外国の事例を参考にしたか否かについて聞いたところ、「大いに参考にした」が 2 件 (3.6%)、「多少参考にした」が 4 件 (7.1%)、「あまり参考にしなかった」が 9 件 (16.1%)、「参考にしなかった」が 27 件 (48.2%)、「わからない」が 14 件

(25%) であった。



(f) 国際的な取扱いや諸外国の事例の具体例

質問： 当該ソフトローの策定に際して、参考とした国際的な取扱いや諸外国の事例があればご記入ください

回答 自由記述

また、ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、参考とした国際的な取扱いや諸外国の事例について自由記述式で尋ねたところ、海外の著作権管理団体における運用、諸外国における同様のガイドラインや法制度あるいは実際に運用状況の調査を行ったといった回答が得られた。

(イ) 意見集約の方法

質問： 当該ソフトローの策定に当たり、貴社（団体）内での意見集約はどのように図りましたか

回答 自由記述

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、当該ソフトローの策定に当たって団体等の内部の意見集約をどのように図ったかについて、自由記述式で尋ねたところ 45 件の回答が得られた。内訳としては、委員会や部会といった場で集約を図ったとする回答が 32 件と最も多く、次いで理事会の決議が 10 件、文書での通知や連絡によったとする回答もあった。また、併せて説明会を実施したとの回答もみられた。

(ウ) 公的機関の関与

質問： 当該ソフトローの策定に際して、公的機関はどの程度関与しましたか

回答肢： 協議等の場を公的機関が設定

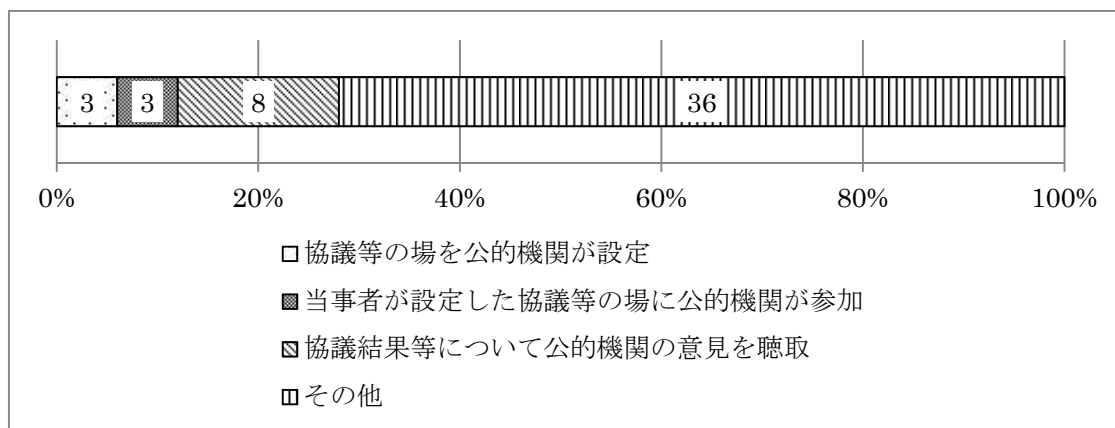
当事者が設定した協議等の場に公的機関が参加

協議結果等について公的機関の意見を聴取

その他

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、ソフトローの策定に当た

って、公的機関がどの程度関与したのかに関して聞いたところ、「協議等の場を公的機関が設定」が 3 件（6%）、「事者が設定した協議等の場に公的機関が参加」が 3 件（6%）、「協議結果等について公的機関の意見を聴取」が 8 件（16%）、「その他」が 36 件（72%）であった。「その他」の内容としては、特に関与がなかったとするものが 28 件であった。



(エ) 情報の公開・発信

質問： 当該ソフトローの策定にあたって、外部にどの程度情報を公開しましたか

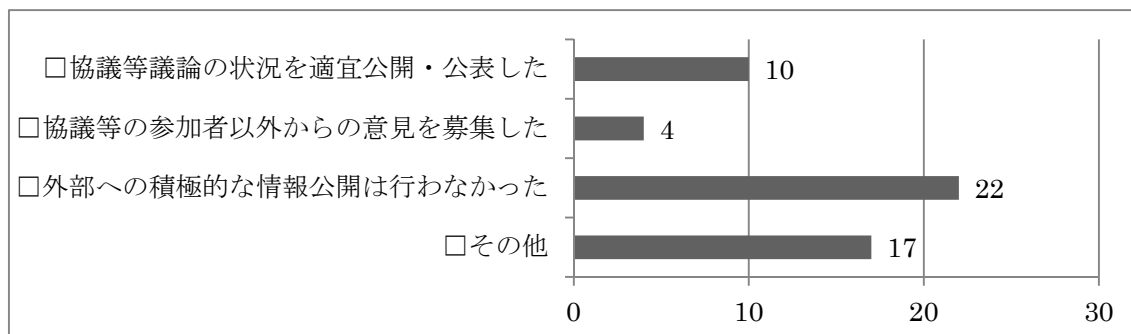
回答肢： 協議等議論の状況を適宜公開・公表した

協議等の参加者以外からの意見を募集した

外部への積極的な情報公開は行わなかった

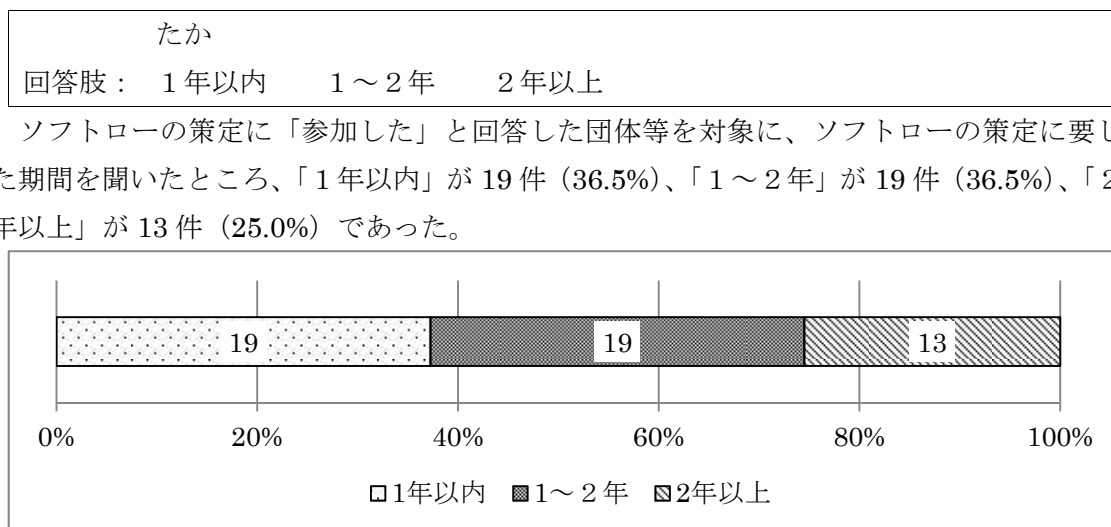
その他 [複数選択可]

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、ソフトローの策定にあたって外部にどの程度情報を公開したかに関して聞いたところ、「協議等議論の状況を適宜公開・公表した」10 件、「協議等の参加者以外からの意見を募集した」4 件、「外部への積極的な情報公開は行わなかった」が 22 件、「その他」が 17 件であった。「その他」の内容としては、当事者や関係者といった一部の者に限定して情報を公開したとするものが 10 件、不明が 2 件等であった。



(オ) ソフトロー策定に要した期間

質問： 当該ソフトローの策定について、初回の協議等からどの程の期間を要しまし



⑥ソフトローの検討・協議等への参加者と公表名義との関係

質問：	当該ソフトローの当事者でその策定の検討・協議等に参加した者と公表名義が一致していない場合その理由がわかればご記入ください
回答	自由記述

ソフトローの策定に「参加した」と回答した団体等を対象に、ソフトローの検討や協議に参加した団体等とそのソフトローの公表名義が異なる場合に、その理由を自由記述形式で尋ねたところ、著作権等管理事業における取扱いのため著作権等管理事業者の名義で公表している、全ての権利者の意思が確認できないため利用者の名義で公表した、ソフトローの遵守や周知の主体は利用者であるため利用者名義となっている等の回答が得られた。

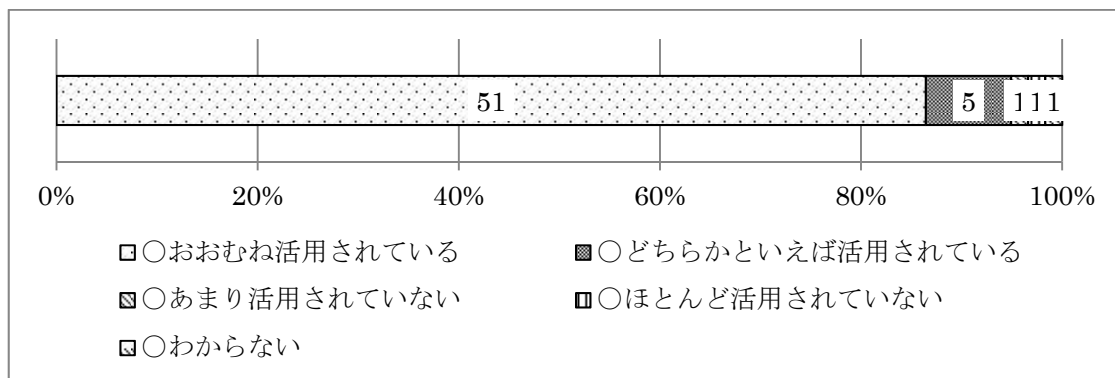
⑦ソフトローの運用実績・周知方法

(ア) ソフトローの活用状況

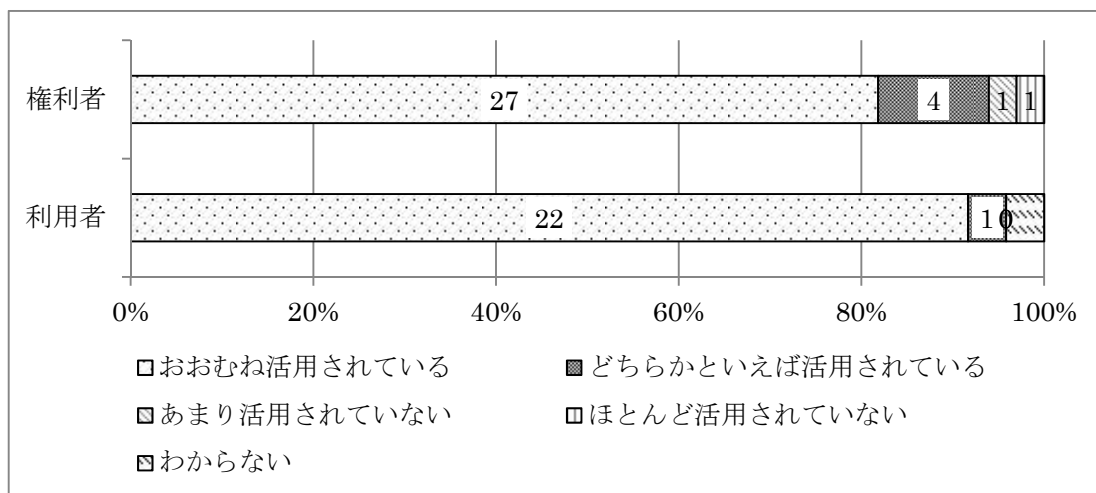
質問：	当該ソフトローはどの程度実際に活用されていると感じていますか
回答肢：	おおむね活用されている どちらかといえば活用されている あまり活用されていない ほとんど活用されていない わからない

当該ソフトローが実際に活用されているか否かに関して聞いたところ、「おおむね活用されている」との回答が51件（86.4%）、「どちらかといえば活用されている」が5件（8.5%）、「あまり活用されていない」が1件（1.7%）、「ほとんど活用されていない」が1件（1.7%）、「わからない」が1件（1.7%）であった。

また、その理由について自由記述形式で尋ねたところ、活用されている理由としては、具体的な利用方法形態や利用態様に則した説明等が為されていることが挙げられた。一方、活用されていない理由としては、ソフトローに沿った実務が行われているか不明確であることが挙げられている。



回答内容を、上述の「①団体等の立場（ア）ソフトローと団体等との関係」の質問に対して権利者と回答した場合と利用者と回答した場合とに分けて集計した結果、両者に大きな差異は認められなかった。



(イ) 権利処理の円滑化への影響

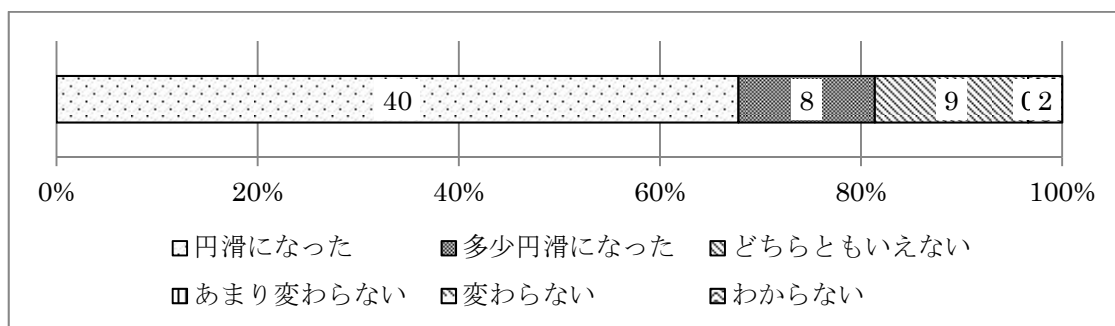
質問： 当該ソフトローによって権利処理等が円滑になりましたか

回答肢： 円滑になった 多少円滑になった どちらともいえない

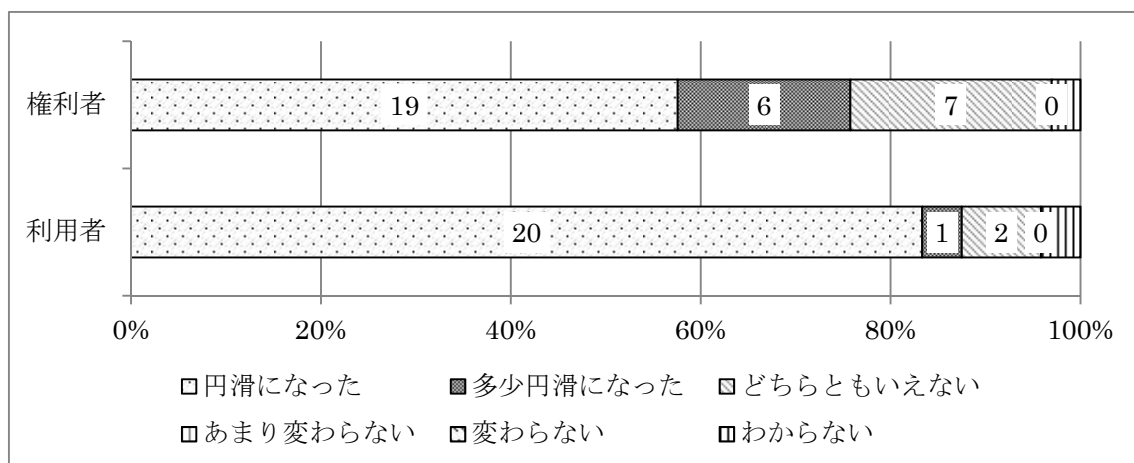
あまり変わらない 変わらない わからない

当該ソフトローの策定及び運用により、著作権等の権利処理が円滑になったか否かに関して、「円滑になった」との回答が 40 件 (67.8%)、「多少円滑になった」が 8 件 (13.6%)、「どちらともいえない」が 9 件 (15.3%)、「わからない」が 2 件 (3.4%)「あまり変わらない」と「変わらない」が 0 件であった。

また、その理由について自由記述形式で尋ねたところ、ソフトローが実務に即した内容となっており、実際の業務で活用できることが挙げられている。



回答内容を、上述の「①団体等の立場 (ア) ソフトローと団体等との関係」の質問に対して権利者と回答した場合と利用者と回答した場合とに分けて集計したところ、利用者の側がソフトローにより権利処理が円滑になったと感じている度合いが強いように見受けられる。



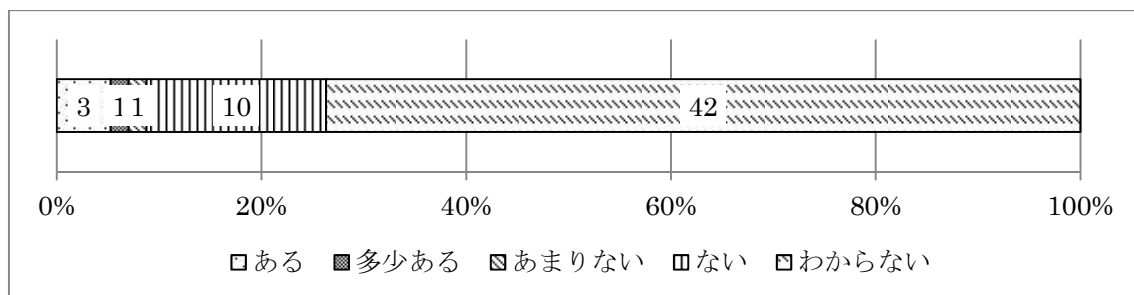
(ウ) ソフトローの裁判等への影響

質問： 当該ソフトローの基準が裁判等の紛争解決に影響することがありますか

回答肢： ある 多少ある あまりない ない わからない

当該ソフトローの基準が裁判等の紛争解決に影響したことがあるか否かに関して聞いたところ、「ある」との回答が3件 (5.3%)、「多少ある」が1件 (1.8%)、「あまりない」が1件 (1.8%)、「ない」が10件 (17.5%)、「わからない」が42件 (73.7%) であった。

また、具体的な事例について自由記述形式で尋ねたところ、テレビ番組の同時再放送に関する裁判例が複数挙げられた。

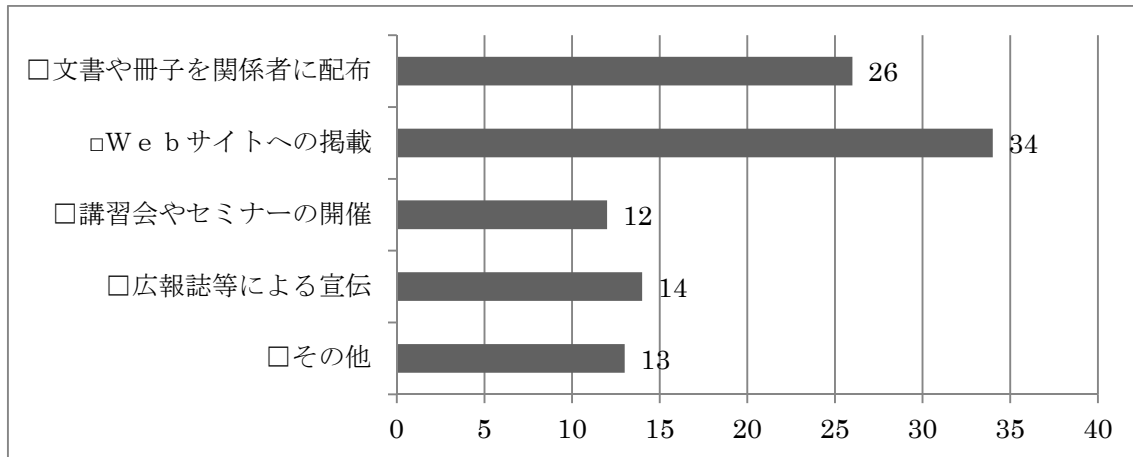


(エ) ソフトローの周知方法

質問： 当該ソフトローの周知についてどのような方法を用いていますか

回答肢： 文書や冊子に関係者に配布 Web サイトへの掲載
講習会やセミナーの開催 広報誌等による宣伝
その他 [複数選択可]

ソフトローの周知方法に関して、「文書や冊子に関係者に配布」との回答が 26 件、「Web サイトへの掲載」が 34 件、「講習会やセミナーの開催」が 12 件、「広報誌等による宣伝」が 14 件、「その他」が 13 件であった。その他の内容としては、関係者や会員に必要な応じて個別に説明しているといったものや、当事者間のみの情報共有を行っているといった回答が見られた。



(オ) ソフトローの定着・順守のための活動等

質問： 当該ソフトローの定着や順守のための実施している活動や施策があれば記入してください

回答： 自由記述

当該ソフトローの定着や順守のために実施している活動や施策について自由記述形式で尋ねたところ、24 件の回答が寄せられた。主な回答内容としては、前述の質問（周知方法）の活動を行っている、定期的に協議会を開催している、調査員を派遣して実施状況を調査している、諸外国の状況等も含めて会報等を通じて情報を発信している、講習会の実施やポスターの作成や掲示など日常業務で周知を図っている、セミナーや資料に適宜掲載している、報告会を実施している、委員会を設置している、違反行為に対して都度的確に対応するといったものがあつた。なお、そうした活動は特段行っていないとの回答も 4 件あつた。

⑧ソフトローの見直しの仕組み等

(ア)見直し等の仕組み

質問： 当該ソフトローが実態に即した内容になるように企画、運用、検証、見直し（PDCA）をする仕組みや組織があれば記入してください

回答： 自由記述

当該ソフトローが実態に即した内容になるように企画、運用、検証、見直し（PDCA）をする仕組みや組織について自由記述形式で尋ねたところ、39 件の回答があった。主な回答内容としては、委員会や協議会といった場を設定しているとするものが 24 件と最も多く、関係部署等で必要に応じて都度対応しているが 11 件、特に見直しは行っていないが 2 件、その他が 2 件であった。

(イ)見直しの要請に対する対応方針

質問： （見直しの）仕組みや組織がない場合、仮に関係者から見直し等の要請があったとき、どのように対応するか方針があれば記入してください

回答： 自由記述

上述の（ア）の仕組みや組織がない場合、仮に関係者から見直し等の要請があったとき、どのように対応するかについて自由記述形式で尋ねたところ、11 件の回答があり、未定との回答が 5 件、その都度個別に対応するとしたものが 3 件、協議会で検討するとしたものが 2 件であった。

2. アンケート調査結果の整理と考察に当たって

平成 29 年 4 月に取りまとめられた文化審議会著作権分科会報告書（以下、「平成 29 年報告書」という。）⁶ では、「知財推進計画 2016」で示された方向性を踏まえ、柔軟な権利制限規定の導入や ICT 活用教育を推進するための権利制限規定の見直しに併せて、法の適切な運用を確保するための取組みの一環として、「ソフトロー」の活用を指摘している。さらに、本調査研究報告書の作成時点では、著作権法の一部を改正する法律案が平成 30 年 2 月 23 日に閣議決定され、第 196 回国会に提出されている⁷。

本調査研究が、平成 29 年報告書及びそれを踏まえた権利制限規定の改正の見直しを受けて行う調査研究であることから、アンケート調査結果の整理と分析は、著作権法の権利制限規定の運用に関するソフトローを主たる分析の対象とし、著作権等管理事業者の使用料規程の運用その他の趣旨に基づくソフトローについては必要な限りで言及するにとどめることとする。

また、アンケート調査を整理するに当たっては、ソフトローの定義づけ⁸によってその検討範囲を画することをせず、アンケートの回答において国家法以外の規範として関係者の

⁶ http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf

⁷ 本報告書「資料」参照。

⁸ 従来、ソフトローの定義については、「裁判所等の国家機関によるエンフォースが保障されていないにも

行動を規律しているとして挙げられた規範について、その形成主体や形成過程、性質、効力等を検討し、それらが現実としてハードローを補完する規範として機能する理由や条件等を中心に検討を進める⁹。

3. 著作権法におけるソフトローの必要性

アンケート調査で挙げられたソフトローについて、特に権利制限規定に関するものとしては、当該規定の具体的な適用範囲や行為基準を明確化し円滑な運用を行うためのガイドラインや権利者と利用者の合意事項等が存在している。

他方、アンケート調査では、今後ソフトローの整備が必要と考えられる場面についても回答を求めているが（本章「1. アンケート調査結果の概要（2）」参照）、必要ではあるものの実現に至らない場合があるとの認識も多数示された。ソフトロー整備の実現に至らない主な理由として、権利者と利用者の隔たりが大きい（8件）、協議する場がない（8件）、権利者側と利用者側を仲介ないしは仲裁する公的な機関がない（8件）、ということが挙げられた。このことは、私人間の権利関係を規律する著作権法の規定において、権利者側と利用者側の見解の隔たりが大きく、利害調整ないしその場を設定することに課題があることをうかがわせる。

また、ソフトローが策定された理由又はソフトロー策定への参加の理由には、権利者団体、利用者団体ともに「法的不確実性の縮減」を挙げる回答が最も多く、上述の実現に至らない理由とも併せ考えると、著作権法に関するソフトローの必要性は、解釈に幅がある規定について権利者と利用者の利害を調整し、双方にとって予測可能性の向上が望まれる場合であることが推察される。

さらに、ソフトローの形成に当たって公的機関の関与が望ましいとして多い順に「社会的公平性の確保」（17件）や「当事者間の対等な協議の促進」（14件）が挙げられていることからすれば、ソフトローの内容についても、権利者・利用者いずれか一方の利益に偏ることなく、中立公平な観点から妥当な基準を示すことが望まれており、公的機関がそれを担保することが期待されているものと推察される。

かわらず、企業や私人の行動を事実上拘束している規範」（藤田友敬「はじめに」中山信弘＝藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』（有斐閣・2008年）3頁）と一定の定義づけがされているところであり、本アンケートの調査においては、かかる定義があることを踏まえつつも、アンケートで挙げられた規範が利害関係者の行為を規律しているという現象面に着目して考察を行う。

⁹ なお、本アンケートを実施するに当たっては、著作権等の権利行使について、文書等によって運用上の基準を定めたもので、当該利用分野においては規範性を有するものに限定しているため、規範性があっても、行政機関が示した通達等や文書等によって基準が示されていない慣習等は分析の対象としていないが、これらの規範が関係者の行為を規律することの重要性を否定するものではない。

4. アンケート調査に基づくソフトローの整理¹⁰

(1) 著作権法 31 条関係（写り込み、現物貸借、資料複製）

(ア) 複製物の写り込み

①ソフトローの概要

- ・名称：複製物の写り込みに関するガイドライン¹¹
- ・形式、形態：ガイドライン

②ソフトローの形成主体

公表名義は、社団法人日本図書館協会、国公立大学図書館協力委員会、全国公共図書館協議会であるが、権利者側及び利用者側の双方から多数の団体が参加し、協議の場を設けてガイドラインが作成された。

③ソフトローの策定目的

著作権法 31 条 1 項に関して、1 回の複写によって著作物の一部分を超える範囲が不可避免的に写りこんでしまう場合の対応を定め、図書館における複写担当者の遮蔽に係る作業の負担を軽減し、利用者の便宜を図るため。

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

評判確保、不確実性縮減、作業者の負担軽減。

⑤ソフトローの策定過程

権利者及び利用者側の多数の団体が協議に参加し、意見集約したうえでガイドラインを作成した。

⑥ソフトローの策定過程における公的機関の関与

協議の過程で、それぞれの当事者が公的機関にアドバイスを求めた。

⑦ソフトロー策定に当たっての情報公開

協議参加当事者が状況を適宜公開した。

⑧ソフトロー運用の実績及び周知方法

本ガイドラインは概ね活用されているほか、権利処理等が円滑化されたという意見が多数であった。周知方法としては、ウェブサイトのほか、講習会等で周知されている。

⑨ソフトローの見直しについて

各団体において検討の体制が設けられているほか、権利者団体・利用者団体双方による「図書館における著作物の利用に関する当事者協議会」を通じて、見直しを行うこととされている。

(イ) 現物貸借で借り受けた図書の複製

①ソフトローの概要

¹⁰ 以下、ソフトローで公表されている団体等の名義については、ソフトロー公表当時のままの記載とする。また、ソフトローが既に団体等のホームページその他で公表されている場合には、当該ソフトローの性質を検討するにあたって必要な限りで当該団体等の名称を記載した。

¹¹ <http://www.jla.or.jp/Portals/0/html/fukusya/uturikomi.pdf>

- ・名称：図書館間協力における現物貸借で借り受けた図書の複製に関するガイドライン¹²
- ・形式、形態：ガイドライン

②ソフトローの形成主体

公表名義は、社団法人日本図書館協会、国公立大学図書館協力委員会、全国公共図書館協議会であるが、権利者側及び利用者側の双方から多数の団体が参加し、協議の場を設けてガイドラインが作成された。

③ソフトローの策定目的

著作権法 31 条 1 項に関して、ILL（図書館相互貸借）によって現物を借り受けた図書の複製について、著作権者の権利に留意しつつ借受館及び利用者の便宜を図るため。

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

評判確保、不確実性縮減。

⑤ソフトローの策定過程

権利者及び利用者側の多数の団体が協議に参加し、意見集約したうえでガイドラインを作成した。

⑥ソフトローの策定過程における公的機関の関与

協議の過程で、それぞれの当事者が公的機関にアドバイスを求めた。

⑦ソフトロー策定に当たっての情報公開

協議参加当事者が状況を適宜公開した。

⑧ソフトロー運用の実績及び周知方法

本ガイドラインは概ね活用されているほか、権利処理等が円滑化されたという意見が多数であった。周知方法としては、ウェブサイトのほか、文書や冊子、講習会等で周知されている。

⑨ソフトローの見直しについて

各団体において検討の体制が設けられているほか、権利者団体・利用者団体双方による「図書館における著作物の利用に関する当事者協議会」を通じて、見直しを行うこととされている。

（ウ）大学図書館間協力における資料複製

①ソフトローの概要

- ・名称：大学図書館間協力における資料複製ガイドライン¹³
- ・形式、形態：ガイドライン

②ソフトローの形成主体

公表名義は、国公立大学図書館協力委員会であるが、権利者側及び利用者側の双方から協議の場を設けてガイドラインが作成された。

¹² <http://www.jla.or.jp/Portals/0/html/fukusya/taisyaku.pdf>

¹³ https://julib.jp/documents/coop/ill_fax_guideline_supplement.pdf

③ソフトローの策定目的

著作権法上は、図書館が複製物を FAX 等により送信することは公衆送信に該当するとして、これを許諾なしに行うことができないと解釈されているが、権利者との合意に基づき一定の範囲で FAX 等による送信を可能とするため。

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

評判確保、その他。

⑤ソフトローの策定過程

権利者及び利用者側の複数の団体が協議に参加し、意見集約したうえで合意によってガイドラインを作成した。また、英国、米国の大学図書館におけるガイドラインや運用を調査し、参考にした。

⑥ソフトローの策定過程における公的機関の関与

協議の場に参加した。

⑦ソフトロー運用の実績及び周知方法

本ガイドラインは概ね活用されているほか、権利処理等が円滑化されたという意見があった。周知方法としては、ウェブサイトのほか、講習会等で周知されている。

⑧ソフトロー策定に当たっての情報公開

特に行わなかった。

⑨ソフトローの見直しについて

1 年毎に見直しを実施し、契約ないしは合意を更新することとしている。

(エ) 国立国会図書館がデジタル化した資料の図書館等への限定送信等

①ソフトローの概要

・名称：

(a)国立国会図書館のデジタル化資料の図書館等への限定送信に関する合意事項¹⁴

(b)国立国会図書館がデジタル化した録音資料の利用に係る合意事項¹⁵

(c)国立国会図書館がデジタル化した映像資料の利用に係る合意事項¹⁶

・形式、形態：合意事項ないし覚書

②ソフトローの形成主体

公表名義は、(a)資料デジタル化及び利用に係る関係者協議会、(b)録音資料のデジタル化及び利用に係る関係者協議会、(c)映像資料のデジタル化及び利用に係る関係者協議会であるが、いずれの合意事項についても、権利者側及び利用者側の双方から協議の場を設けてガイドラインが作成された。

③ソフトローの策定目的

¹⁴ http://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/digitization_agreement02.pdf

¹⁵ http://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/rokuon_agreement.pdf

¹⁶ http://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/eizou_agreement.pdf

平成 24 年の著作権法一部改正により、同法第 31 条第 3 項が新設され、国立国会図書館がデジタル化した資料のうち、入手困難な資料の図書館等への送信が可能となったことから、これらを適切に運用するため。

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

不確実性縮減。

⑤ソフトローの策定過程

権利者及び利用者側の多数の団体が協議に参加する委員会を設置し、意見集約したうえで合意事項を作成した。外部有識者として業務専門家、公的機関専門家を活用した。外国事例は参考とされていない。

⑥ソフトローの策定過程における公的機関の関与

協議の場を設定した。

⑦ソフトロー運用の実績及び周知方法

本ガイドラインは概ね活用されているほか、権利処理等が円滑化されたという意見があった。周知方法としては、ウェブサイトによる。

⑧ソフトロー策定に当たっての情報公開

状況を適宜公開した。

⑨ソフトローの見直しについて

見直しについて、アンケート回答には記載はないが、上記②(a)(b)(c)に関する協議会が設けられており、その場において行われるものと思われる。

(2) 著作権法 35 条関係

①ソフトローの概要

- ・名称：学校その他の教育機関における著作物の複製に関する著作権法第 35 条ガイドライン（以下、「35 条ガイドライン」という。）¹⁷
- ・形式、形態：ガイドライン

②ソフトローの形成主体

公表名義である「著作権法第 35 条ガイドライン協議会」のメンバーとして、有限責任中間法人学術著作権協会、社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会、社団法人日本映像ソフト協会、社団法人日本音楽著作権協会、社団法人日本書籍出版協会、社団法人日本新聞協会、社団法人日本文芸家協会、社団法人日本レコード協会が挙げられている。

③ソフトローの策定目的

著作権法 35 条の改正（平成 16 年 1 月 1 日施行）によって複製の主体に「授業を受ける者」が追加され、また、同時授業公衆送信にも権利制限が拡大されたことを背景として、同条の適用範囲や同条ただし書きに該当する事例を明確にすることによって、著作権法に照らして適切な著作物の利用の促進を図る。

¹⁷ http://www.jbpa.or.jp/pdf/guideline/act_article35_guideline.pdf

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

不確実性縮減、政府要請。

⑤ソフトローの策定過程

学術関係、書籍出版関係、ソフトウェア関係、音楽・映像関係等の著作権等管理事業者や権利者団体が参加し、一部法律実務家等の専門家からの助言を得るなどしてガイドラインが作成されるに至った。ガイドラインの形成過程では、協議に参加していた教育機関側のメンバーが教育機関の総意を代表するものではないとして、公表名義には入らないことになったが、実質的には利用者たる教育機関側の意見も反映されていると評価できる。

⑥ソフトローの策定過程における公的機関の関与

場の設定と意見聴取

⑦ソフトロー策定に当たっての情報公開

ガイドライン策定に当たって意見募集を行った。

⑧ソフトロー運用の実績及び周知方法

本ガイドラインの周知方法としては、文書や冊子、ウェブサイト、講習会等によってなされている。

⑨ソフトローの見直しについて

組織的な見直しの体制は整備されていないが、著作権法 35 条の解釈・運用、法改正に伴う検討、問題が生じた時の対応等を各団体において検討し、見直しの要請等を行うことになる。

（３）著作権法 37 条 3 項関係

①ソフトローの概要

- ・名称：図書館の障害者サービスにおける著作権法第 37 条第 3 項に基づく著作物複製等に関するガイドライン¹⁸
- ・形式、形態：ガイドライン

②ソフトローの形成主体

公表名義は、国公立大学図書館協力委員会、社団法人全国学校図書館協議会、全国公共図書館協議会、専門図書館協会、社団法人日本図書館協会であるが、権利者側及び利用者側の双方から多数の団体が参加し、協議の場を設けてガイドラインが作成された。

③ソフトローの策定目的

著作権法 37 条 3 項の「視覚による表現の認識に障害のある者」や「視覚障害者等が利用するために必要な方式」等に関する指針を定めることによって、円滑な運用を図るため。

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

評判確保、不確実性縮減、政府要請。

⑤ソフトローの策定過程

¹⁸ <http://www.jla.or.jp/portals/0/html/20130902.html>

権利者及び利用者側の多数の団体が協議に参加し、意見集約したうえでガイドラインを作成した。また、ガイドラインの作成に当たっては、外国著作権法等も参考にした。

⑥ソフトローの策定過程における公的機関の関与

協議の過程で、それぞれの当事者が公的機関にアドバイスを求めた。

⑦ソフトロー策定に当たっての情報公開

協議の状況を適宜公開した。

⑧ソフトロー運用の実績及び周知方法

本ガイドラインは概ね活用されているほか、権利処理等が円滑化されたという意見があった。周知方法としては、ウェブサイトのほか、文書や冊子、講習会等で周知されている。

⑨ソフトローの見直しについて

各団体において検討の体制が設けられているほか、「図書館における著作物の利用に関する当事者協議会」を通じて、見直しの体制を行うこととされている。

（４）著作権法 38 条 1 項関係

（ア）公共図書館が行う DVD やビデオソフトを用いた映画上映会

①ソフトローの概要

- ・名称：公共図書館における映画上映会に関する合意事項¹⁹
- ・形式、形態：合意書

②ソフトローの形成主体

公表名義は、社団法人日本図書館協会及び社団法人日本映像ソフト協会

③ソフトローの策定目的

DVD、ビデオソフトの経済的価値に留意し権利者の利益を損なうことなく、公共図書館における利用の円滑化を図るため。

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

権利者側からは「不確実性縮減」、「利用形態の具体的妥当性の確保」が挙げられ、利用者側からは、「権利者側からの強い自粛要請に対応するため」²⁰が挙げられている。

⑤ソフトローの策定過程

権利者及び利用者側が協議を行い、外国著作権法を参考にしつつ合意を形成した。

⑥ソフトローの策定過程における公的機関の関与

協議の過程で、それぞれの当事者が公的機関にアドバイスを求めた。

⑦ソフトロー策定に当たっての情報公開

状況を適宜公開した。

⑧ソフトロー運用の実績及び周知方法

¹⁹ 『図書館雑誌』2002 年 1 月号 70 頁。

²⁰ アンケートからは、権利者側と利用者でソフトロー形成の動機が異なる結果となったが、双方のソフトローを策定するという意思が合致し、協議を行うことができれば、ソフトローが形成されることを表しているといえる。

本ガイドラインは概ね活用されているほか、権利処理等が円滑化されたという意見が多数であった。周知方法としては、ウェブサイトのほか、文書や冊子、広報誌、講習会等で周知されている。

⑨ソフトローの見直しについて

常設の委員会を設置し、常時見直しの検討を行う体制ができている。

(イ) お話会・読み聞かせ団体に関する著作物の利用

①ソフトローの概要

- ・名称：お話会・読み聞かせ団体等による著作物の利用について²¹
- ・形式、形態：手引き、マニュアル

②ソフトローの形成主体

公表名義は、旧 児童書四者懇談会／参加団体（現：児童書出版者・著作者懇談会）として、日本児童出版美術家連盟、日本児童文学者協会、日本児童文芸家協会、日本書籍出版協会児童書部会の団体名が挙げられている。

③ソフトローの策定目的

著作権法 38 条 1 項等で許される利用範囲の明確化を図るため。

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

不確実性縮減、お話会・読み聞かせ団体等による児童書の利用に関して、各出版社に問い合わせが多数あり、回答事務が煩雑であったこと。

⑤ ソフトローの策定過程

日本児童出版美術家連盟、日本児童文学者協会、日本児童文芸家協会、日本書籍出版協会児童書部会が主体となり、権利者及び利用者双方の意見集約しつつ、児童書部会に属する出版社間での検討によって策定した。当事者が個別に法律実務家の意見を参考にした。

⑥ソフトローの策定過程における公的機関の関与

協議の過程で、それぞれの当事者が公的機関にアドバイスを求めた。

⑦ソフトロー策定に当たっての情報公開

回答なし。

⑧ソフトロー運用の実績及び周知方法

本ガイドラインは概ね活用されているほか、権利処理等が円滑化されたという意見があった。周知方法としては、ウェブサイトのほか、文書や冊子、広報誌、講習会等で周知されているほか、文化庁が開催する著作権セミナー等で配布されている。

⑨ソフトローの見直しについて

児童書出版社・著作者懇談会が設けられ、見直しの体制を有している。

²¹ <http://www.jbpa.or.jp/pdf/guideline/all.pdf>

（５）著作権法 30 条、32 条、39 条関係

（ア）新聞の著作権に関する見解

①ソフトローの概要

- ・名称：新聞著作権に関する日本新聞協会編集委員会の見解²²
- ・形式、形態：著作権法の各規定に関する見解として整理された文書

②ソフトローの形成主体

権利者・利用者いずれの地位も有する業界団体

③ソフトローの策定目的

複写機器の飛躍的な発展と著しい普及を背景として、著作権法に関する新聞界の基本的立場を明らかにし、これを新聞界内外の公正な慣行として確立すること。

④ソフトロー策定理由又はソフトロー策定の参加の理由

著作権法の条文に沿って新聞界の考え方を明らかにするため。

⑤ソフトローの形成過程

団体内部で検討し、策定した。

（1978 年に策定された見解であり、一部の具体的なプロセスは不明。）

⑥ソフトローの形成過程における公的機関の関与

不明（おそらく一切関与なし。）。

⑦ソフトロー策定に当たっての情報公開

不明。

⑧ソフトロー運用の実績及び周知方法

本見解は概ね活用されている。周知方法としては、ウェブサイトの他、文書や冊子による。

⑨ソフトローの見直しについて

必要があれば、団体に設置された委員会が検討を行う。

（６）権利制限規定以外の著作権に関するソフトローの概観

権利制限規定以外の著作権に関するソフトローとして回答に挙げられたものとしては、放送における出演契約に関するもの、各種著作物等の利用に係る使用料の基準に関するもの、著作権等管理事業者等の利用許諾の内容に関するもの（使用料の支払いを免除する場合等を定めるものを含む）等がある。

これらは、関係者間の利益調整を目的とするもの、著作権管理事業の円滑な実施を目的とするものなど、その趣旨・目的は種々様々であり、また、その形成過程も関係者間の協議等によるものもあれば、特定の団体が内部検討を経て集約したものもある。それらの中には、政府が関係者間協議の場として設定した「映像コンテンツ大国を実現するための検討委員会」での議論を経て策定されたガイドラインのように、公的機関の関与によって形

²² http://www.pressnet.or.jp/statement/report/780511_87.html

成されたソフトローも含まれている。

(7) 今後のソフトローのニーズ

アンケートにおいては、柔軟な権利制限規定の導入など、今後の法改正事項との関係でソフトローによって利用の範囲を明確化することが必要である等の意見のほか、法改正に関わらない分野も含めて今後のソフトローのニーズに関する回答もあった。以下、具体的な意見を列挙する。

(ア) 著作権法 35 条関係

- ・今後の法改正を踏まえたうえで、ICT を活用した教育の現状に合わせて見直しが必要である。
- ・教育利用関係者側の合意を得て作成すべきである。
- ・権利制限の範囲外の利用について、包括許諾方式の検討が必要である。
- ・著作権法 35 条の異時送信の規定が改正された場合について、遵守事項や補償金の支払い等に関するルール作りが必要である。
- ・今後のガイドライン策定に当たっては、利用者の ID、パスワードを設定することや、著作物の複製・改変防止のための適切な措置を講ずべきことを盛り込むべきである。
- ・著作権法の理解を促すための解説書等を充実させ、普及活動を徹底するべきである。

(イ) 著作権法 31 条関係

- ・図書館での複製利用に関して、その利用方法などについてさらにガイドラインが必要。

(ウ) 著作権法 32 条関係

- ・引用の具体的なガイドラインが必要である。

(エ) 著作権法 37 条関係

- ・視覚障害者向けの情報誌の内容や取扱いに関する規定が必要である。
- ・点字図書館における視覚障害者情報の貸出及び管理の規定が必要である。

(オ) 柔軟な権利制限規定の関係

(ソフトロー整備が必要との立場から)

- ・社会的公平性や客観的な透明性が担保されていることを前提としたソフトローの整備がなされることが望ましい。
- ・著作物をコンピュータ上に集積し、データベース化し、そこから原著作物をみることなく、新たな知見を見出す行為について、ソフトローが必要である。
- ・電子教材での利用や、有料の講演・興行における朗読での利用など、使用料規程の定めのない分野において、ソフトローの整備が必要である。

(ソフトロー整備に慎重な立場から)

- ・著作物の利用の実態に関する具体例の集積がなされてから検討すべきである。
- ・ソフトロー頼みの制度設計を推し進めていくことは避けるべきであり、ソフトローが有効に機能する場面とソフトローの限界を見定めて活用していくべきである。

- ・不要である。

(カ) その他

- ・ネットカフェや漫画喫茶における著作物の利用に関するソフトローが必要である。
- ・団体非加盟者への適用ができるようなソフトローが必要である。
- ・社寺の建築やその収蔵物の撮影やそれらの写真の利用等に関する問題の解決にはソフトローが向いているのではないか。
- ・一般街頭の撮影などにおいて、肖像権処理についてソフトローが求められることがある。

5. アンケート結果の考察

(1) ソフトローとして評価されている規範の特徴

アンケート結果から、ソフトローとして「おおむね」又は「どちらかといえば」活用されていると評価されている規範として、35 条ガイドライン、図書館関係の各種ガイドライン、さらに関係分野内における自主的なルール作りの事例として、日本新聞協会の取組を取り上げて、それらのソフトローとしての特徴や形成過程、ソフトローとして機能していると評価されていることの理由や今後の課題等を検討する。なお、ここでの考察は各ソフトローの内容の妥当性や適否を論ずるものではない。

(ア) 35 条ガイドラインについて

①ソフトロー策定のニーズ

著作権法 35 条は、学校等の教育機関において、教育を担当する者及び教育を受ける者が、その授業で使用する目的で使う著作物の複製等を一定の条件のもとに無許諾で行うことができることを定めたものである。

著作権法 35 条には、例えば、「学校その他の教育機関」、「教育を担当する者」、「授業を受ける者」、「授業の過程」、「必要と認められる限度」、「著作権者の利益を不当に害することになる場合」などの文言が示される。

一方、著作物を利用して授業を行う者は、全国の学校等の教育機関に属する教員や学生、児童生徒等（以下「生徒等」という。）であり、著作権法の理解が一定程度確保されているわけではない。

そのため、教育現場において日々発生する利用のニーズの中で、現場の教員や生徒等が上述の文言の解釈を行い、適切な対処を行うことは難しい。

そこで、利用者の著作権法の規定の理解の有無や程度にかかわらず、法の規定に即した運用がなされるためのガイドライン等、法の規定を具体化した行為規範（ソフトロー）の必要性が存する。

ソフトロー策定の理由としては、「不確実性の縮減」と「政府要請」が挙げられている。

②ソフトローとして機能している特徴

35 条ガイドラインは、主として権利者（団体）が利用者の意見を聴取しつつ作成されたガイドラインであるが、その内容は、利用者が教育現場で参照しやすいマニュアルとして具体的で平易な説明がなされており、著作権法の専門的理解を有しない教員や生徒であっても、利用の可否、態様を判断し得るものになっている。これによって、権利者としても、自己の著作物が教育現場において無償で利用される範囲を理解できることになる。

また、本条は「授業の過程」における利用行為を対象としており、実際の利用行為を行う者は教員や生徒等に限定されている。高等学校以下の学校では、1 クラスの人数も概ね把握しやすく、授業の内容は学習指導要領によって一定の基準が示されているため、著作物の利用類型は比較的想定しやすいといえる。大学等の高等教育機関は、1 クラスの人数が区々で、利用される著作物の種類や利用態様もより多様性があるものの、「授業の過程」での利用として一定程度の類型化を行うことは可能である。

ソフトローの運用にあたっては、分散して存在する名宛人（教員・生徒等）の行動に対して一定程度規制ないし管理を行うことのできる主体の役割が重要である。この場合は「学校その他の教育機関」がそれに当たると考えられるが、適正な教育事業の実施という観点から、教育機関がそのような規制ないし管理能力を有する主体として機能することは十分に期待されうるものであり、このガイドラインについて「おおむね」又は「どちらかといえば」活用されているという評価は、教育機関がかかる主体として機能しうることを裏付けている。

35 条ガイドラインについては、それ自体が多くのウェブサイトに掲示されているほか、教育機関向けにガイドラインの内容及び著作権制度を説明する Q&A やフローチャートその他の文献、ウェブサイトがあり、これらの文献等によってさらにガイドラインの規定の趣旨や内容が説明され、理解の促進が図られている。

③ソフトローの形成過程

35 条ガイドラインの形成過程においては、権利者側と利用者である教育機関側の協議が行われており、最終的には権利者側のみの名義で公表されることとなったものの、形成過程で教育機関側の意見を聴取しながら検討が行われている。

また、公的機関は、協議の場の設定に関与したほか、個別に当事者の問い合わせに対して助言するなどの態様でガイドラインの策定を支援している。

④ソフトローとしての課題

以上のように、35 条ガイドラインは、一定程度機能しているとして概ね評価されているが、一方では、実際の教育現場でガイドラインの規定が遵守されているのかという点について疑問を呈する意見もあり、教育現場での周知啓発、教員等のリテラシーの向上が課題として挙げられる。アンケートにおいても、ガイドラインの適切な運用のために、教員や

生徒等に対し、著作権法の理解を教育現場におけるルールとして定着させることについて、権利者・利用者双方からの要望として示された。

また、著作権法 35 条で許容される著作物の利用実態も、新たな教育手法の開発普及等につれて多様化しており、学校教育に利用される機器やネットワークの発達につれて複製や公衆送信の実態にも変化が予想される。

そのため、今回の 35 条改正を踏まえつつ、教育現場における実際の著作物の利用状況の変化を的確に捉えて適切にガイドラインの見直しを行うとともに、ガイドラインの運用の実態をモニタリングして更なる見直し等に結び付けていく仕組みを構築することが課題となつてこよう。なお、35 条関係の今後の課題については「第 3 章 3 (3) 改正 35 条への対応について」における分析を参照されたい。

また、アンケートからは、ガイドライン改訂の必要性があるものの、「協議の場」がないとして、改訂に至らないという回答が複数あった。教育利用の場合、「利用者（教育機関）の利害を代表する者」が捉えにくいという側面も背景にあるという意見もある。適切な当事者（ステークホルダー）の明確化はガイドラインの策定や修正における重要な要素であり、アンケートでは、その不明確さが協議を困難ならしめる原因の一つとなっているとの指摘もあった。もっとも、現在は、この点は相当程度改善の動きが生まれてきており利用者側においても、権利者側と協議する体制が整備されつつあるようである²³。

（イ）図書館関係の合意事項やガイドラインについて

① ソフトローのニーズ

著作権法 31 条は、国立国会図書館及び全国の図書館等が一定の条件のもとで、無許諾で著作物の複製（同条 2 項、3 項の場合には国立国会図書館による複製又は自動公衆送信）と図書館利用者に対する当該複製物の提供を行うことができる旨を定めている。

図書館等における利用者へのサービスに関しては、同条 1 項 1 号に定める「著作物の一部分」や定期刊行物に関する「相当期間経過後」等の取扱いを明確にする必要がある。また、著作権法の規定を厳格に適用した場合、複製を行う際に必要な著作物以外の著作物の一部または全部が写り込むことや、図書館間協力による所蔵資料の現物貸借を受けた借受館による複製の取扱い、さらにはファックスを介した送信等は権利制限の範囲を超えた利用となるが、一方では、図書館利用者の利便を図り、また、図書館職員の負担を避けるという現場のニーズに応えるルールづくりも求められていた。そのような事情を背景として、権利者の利益に配慮しつつ利用者のニーズにも応えるため、権利者の理解を得たうえでソフトローを定める必要性が存していた。

ソフトローの策定理由としては、「評判確保」「不確実性縮減」「利用者の利便性の向上」

²³ 平成 28 年 2 月から、「教育の情報化の推進に関する当事者間協議」において、権利者と利用者の協議が進められており、ガイドラインの策定に向けて取り組む方針も合意されている（平成 29 年報告書 82 頁、83 頁）。

「作業者の負担軽減」が挙げられている。

②ソフトローとして機能している特徴

著作権法 31 条が適用される図書館は、司書資格を有する者や、文化庁主催の図書館等職員著作権実務講習会の修了者が置かれており²⁴、複製の主体（利用者）として著作権法上の規定の理解について一定の質が確保されている。図書館関係団体では、ガイドラインの内容を説明するための Q&A を作成し、公表するなど、ソフトローの理解を促進するための方策も積極的に講じられている。

また、図書館は、ソフトローに定められた運用方法を管理規則等の運用ルールに反映させることで、図書館等の現場での利用行為をソフトローの内容に沿ったものに規律することができる。そのため、ソフトローの形成に直接関与しない利害関係者（図書館利用者）に対しても、その拘束力を及ぼすことによってソフトローの実効性を高めることができる。

さらに、図書館における図書館利用者に対するサービスは、文献情報の検索・文献複写、図書等の貸出など、利用の態様が一定程度定型的に把握できるため、ソフトローによって規律すべき利用行為の類型が想定し易いともいえる。

以上の事情から、31 条の運用にあたり、図書館等又はそれらを構成員とする団体は、図書館等職員等に対してソフトローの遵守を徹底しうる能力を有する主体として機能しうる条件を備えており、ソフトローの活用について「おおむね」活用されているという回答となったのは、そのことを裏付けているといえることができる。

③ソフトローの形成過程

図書館関係の各種ガイドライン等の形成過程においては、権利者側と図書館等との間で協議が行われ、公表名義は図書館関係団体名義となっているものの、権利者側の意見を聴取しながら検討が行われている。また、協議の状況は適宜公開されており、透明性の確保を行うとともに、多様な意見を集約する機会を確保している。加えて、ソフトローの形成過程においては、公的機関が個別に当事者の問い合わせに対して助言するなどの態様で支援している。

また、ソフトローの見直しに関しては、権利者・図書館関係団体間で「図書館における著作物の利用に関する当事者協議会」を通じた見直しの仕組みが設けられている。

また、図書館は、日々のサービスを通じて複写や貸出しその他著作物の利用状況をモニタリングすることが可能であり、ソフトローの運用状況の把握と課題の抽出をし、見直しにつなげていくことが可能である。

以上のような要素から、図書館関係のソフトローの事例は、ソフトローが機能している

²⁴ このような職員を置くことを義務付けたのは、「法 31 条に定める範囲で複製が適法に行われているかのチェックをする機能を、著作権のことについてある程度知っているそれらの職員に期待している」（黒沢節男『Q&A で学ぶ 図書館の著作権基礎知識 第 4 版』（太田出版・2017 年）49 頁）、と説明されている。

最も良好な事例として評価することができる。

(ウ) 新聞著作権に関する日本新聞協会の見解について

著作権法 39 条は、新聞又は雑誌上の時事問題に関する論説を、禁止の表示がない限り、転載、放送、有線放送、放送を受信して同時に入力型自動公衆送信することを認めた規定である。

新聞著作権に関する日本新聞協会の見解（1978 年策定）のうち著作権法 39 条の規定に関する見解は、同規定について「今後新聞界の慣行として確立する」ことを目的とする旨が示しているとおり、新聞界の自主規制ないし自治規範として、権利者及び利用者の双方の立場を有する新聞社が守るべきソフトローとして機能することを意図したものといえる。

策定理由には「新著作権法の条文にそって新聞界の考え方を明らかにすること」が挙げられている。

無許諾で転載が可能な論説の対象や範囲を明確にすることは新聞界全体にとって利益をもたらすものであり、自主的なルール策定のインセンティブが認められる。

また、新聞は日々公開され、誰でもアクセス可能なメディアであるから、ソフトローの規律を逸脱する転載等は相互にチェックすることが可能であり、違反行為に対する制裁は明示されていないものの、各新聞社は新聞界での評判の低下を避けるための行動を期待できるなど、業界内部のソフトローとして、機能しやすい特徴を備えているものと評価できる。

以上の新聞協会の見解と同様の性質を有するソフトローとしては、公益社団法人日本文藝家協会が公表している「引用ってなに 著作権 Q&AⅡ」²⁵が挙げられる。これは、文芸作品の引用に関する同協会の見解が纏められたものである。特に、「短詩型作品の引用について」（42 頁以下）では、短歌や俳句等の引用の態様が場面に応じて具体的に示され、文芸作品の引用に関する業界内の自律的規範として機能していると評価できる。

(2) 小括

以上の考察を通じて、これまでに策定・運用されているソフトローで権利制限規定の運用において有効に機能していると評価されるものについては、以下の特徴を有しているとまとめることができる。

- ①法の運用の場面において、利害関係者（ステークホルダー）にとって法の規定を補完する規範を示す必要性があること。（ニーズの存在）
- ②ステークホルダーにソフトローの策定・運用に取り組むインセンティブがあること。（インセンティブの存在）
- ③ソフトローによって規律すべき利用行為の類型が一定程度明確であること。（利用行為の類型化の可能性）

²⁵ http://www.bungeika.or.jp/pdf/inyou_book.pdf

- ④ステークホルダーの利害を代表して意見を主張しうる主体が特定できること。その場合、ステークホルダー内部での意見集約やソフトローの運用管理を行うことのできる体制が設けられていること。
- ⑤協議の場や意見聴取の機会等を通じて、ソフトローに関係するステークホルダーの意見をできる限り多く集約していること、又はその機会を確保していること。
(「民主的正統性」の補完、少数者バイアスへの耐性)
- ⑥ソフトローの内容や形式が、規律される名宛人（特に著作物の利用者）にとって具体性、明確性などに照らして適切なものとなっており、また、名宛人にはそれに従って行動しうる一定のリテラシーが備わっていること。
- ⑦ソフトローの形成主体又は協議に参加した当事者以外の関係者にもソフトローが行動規範として尊重され得ること。(分野における標準性)
- ⑧ソフトローの見直しの仕組みの体制が設けられていること。
- ⑨利用分野や利用行為の特性、関係者の求めなどに応じて、公的機関が適切な形でソフトローの形成に関与しうること。

上記特徴は、権利者と利用者の関係を規律し、各分野においてステークホルダー間の集団的合意が要請される著作権分野のソフトロー一般に求められる特徴であるといえる。ソフトローの形成と維持に当たっては、必ずしも上記特徴をすべて備えていることが必要となるわけではないが、ソフトローの形成過程で各ステークホルダーの利害を集約し、またソフトローの運用段階でもステークホルダーとしての管理機能を有する存在（業界団体やプラットフォーマー）があることは極めて重要である（④）。このような存在がない又は創出できない場合には、ステークホルダーの意見を集約することが困難となり、ソフトローの形成に多大な費用と時間を要する可能性が高くなるうえ、ソフトローの運用の場面でも、ソフトローの履行を管理することが困難となり、ソフトローの実効性が弱まる可能性が高いからである。

ソフトローの形成と運用に当たっては、以上の特徴をできる限り備えることができるよう、関係者の努力が必要となる。

第3章 著作権法の運用におけるソフトローの意義と必要性

1. 著作権法とソフトロー

(1) 著作権法におけるソフトローの意義：法解釈をめぐる不確実性の縮減

現代の複雑な社会においては、一般的で抽象的な法律を策定しようとするれば、法律の規定そのものが複雑で難解なものとなる。それに加えて、それらの法律の規定を適用する前提として法の解釈を行う際にも、条文だけでは分からないことが多く、何がルールであるのかを明らかにするために、専門的な法解釈の技術が必要となる。

著作権法の分野において、法律の規定が難解になることについては、さまざまな利害関係者の意見や政策意図、技術の発展を考慮しつつ、法文の正確性を維持することから生じる必然的な傾向であり、諸外国でも同様であるといわれる²⁶。

法の解釈は、社会における様々な立場の者が行うが、そのうち有力な解釈は、立法、行政、そして司法の行う公権的解釈（有権解釈）である。また、公権力以外にも、社会における様々な立場の者が、それが最終的に裁判所によって追認されるかどうかにかかわらず、法の解釈を行っている。いうまでもなく、最終的な有権解釈として法解釈を行うのは司法府（裁判所）である。

立法府や行政府の行う公権的解釈は、たとえば、議会の制定する法律と政省令による法内容の具体化のための細目策定、行政府による通知やガイドラインの作成を通してなされる場合があるが、それでも法解釈の不確実性を完全には払拭することは難しい。

また、司法府の行う最終的な法解釈は、個別の裁判例や確立した判例を通して、法の解釈の内容を明確化する。しかし、事前に個別の裁判例や確立した判例がなく、あるいは、関連する判例があったとしても、判例の射程が及ぶかどうか分からない範囲においては、裁判の結論が出るまでは、法解釈の不確実性を払拭することができない。

各法分野によって、法律の規定ぶりや法解釈の方法には特徴があるが、現行著作権法は、技術の発展に対応するためになされてきた度重なる法の修正により、かなり細かい内容の条文を備えるようになっており²⁷、法解釈の専門化も進んでいる。

柔軟な権利制限規定の導入（改正法案 30 条の 4、47 条の 4 及び 47 条の 5）は、一つの側面として個別的で詳細な権利制限規定を累次の法改正で追加していくというスタンスとは異なる立法の手法を採用したといえる。従来型の個別の詳細な権利制限規定は、ある意味で、立法府が行う公権的解釈そのものを事前に立法化することで、法解釈をめぐる不確

²⁶ Boshier, H. and Mendis, D., 2016. Swings and Roundabouts: The Impact of Legal Drafting on the Language and Understanding of Copyright Law and the Need for Educational Materials. *International Review of Law, Computers and Technology*, 30 (3), pp. 211-228.

²⁷ 前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けてコンテンツと著作権法の役割』（信山社、2017 年 3 月）90 頁は、「著作権法が複雑かつ直感に反する規定群となってしまう」と指摘する。

実性を縮減するための一つの手法であった。従来は建前としてはアウト（違法）と評価されていた行為が、柔軟な権利制限規定の導入により、建前としてもアウトではない可能性をもたらしたのであり、法解釈をめぐる不確実性は増加することになる。法解釈をめぐる不確実性は、司法府の行う最終的な法解釈により明確になるが、法解釈が必要なすべての事案が、裁判所で判断されるわけではない。

また、ルールの内容はその名宛人が自らの行動指針として理解できるものである必要がある。法律の名宛人は、いうまでもなく国民全体であるが、どの分野においても、ルールの在り方について利害を有する、実質的な名宛人という者がいる。かつての著作権法は、業法的な性格が強く、基本的には、特定の業界の者がルールを知っていればよいという状況であったといえる。印刷技術の普及による段階では正に業法的な規律で足りたものが、複製技術が私人の領域にも普及したことにより変化を生じ、そしてインターネットの普及にともない、劇的に変容した²⁸。著作権法については、「業法的」なものから、より普遍的な一般法へと脱皮したことにより、混沌とした状況を生じており、こうした状況を指して「著作権法の憂鬱」²⁹と比喻されることがある。法律の名宛人は、国民全体であることはいうまでもないが、業法時代の著作権法にかんしては、実質的には一部の関係者がルールを理解していればよい状況が存在していた。しかし、技術な発展に伴って、ルールの適用されるフィールドが拡大し、それによって主体と客体、行為態様が多様化・大量化した。その結果、著作権法それ自体が規範の名宛人に対して、ルールの内容を事前に示すことが難しくなりつつあるという状況がある。著作権法に関する規範の名宛人が、業法時代の専門家だけでなく、著作権法を特に意識せずに生活している一般人も含むようになったため³⁰、自分の行動が著作権法の観点から正しいのかどうか分からない場合も多いのであって、ルールを認識し、理解する上でアシストが必要な立場にある者が増大した。法の名宛人において法を理解するリテラシーが不足していることは、法の解釈をめぐる不確実性を拡大する。

他方、著作物の利用を伴うビジネスにとってのフロンティア（未開拓の分野・最先端の分野）では、著作権法に精通した専門家・業界人にとっても同様の問題が生じるが、基本的には、その法務リスクを抑えるコストは当事者が負担するというのが当然の建前であっ

²⁸ 田村善之『知的財産法』（有斐閣、第5版、2010年）418頁は、著作権法の第三の波と表現し、著作権制度が、歴史的に技術、社会的環境の変化に合わせて変化してきたものであることの認識が必要であることを述べており、「著作権制度は長い間、複製禁止権と公の利用行為規制という二本立てで私人の活動を規律してきたところ、前者ばかりでなく、後者の利用行為も規制するという枠組みまでもが、私人の活動と抵触するようになった」と指摘する。

²⁹ 中山信弘『著作権法』（有斐閣、第2版、2014年）4頁。

³⁰ 一般人は、単に利用者という立場である場合だけでなく、権利者という立場である場合もある。著作物を利用する場合には、事前に許諾を得るという前提があるが、一般人にはその意識が希薄である場合も多い。前田・前掲注（27）90頁は、権利者の態度が態様化していることを指摘し、「プロ」ではない一般人が著作権者となる機会及びその著作物を利用する機会も増加していることは、事前の許諾の原則を前提とされていた状況の変化に拍車をかけていることを指摘している。このことは、著作権法のルールを考える場合に、事前の許諾の原則が必ずしも機能しないことを考慮して、設計するべき場合があることを意味している。

た。柔軟な権利制限規定の導入は、コストに見合わないビジネスができないために、成長を妨げられかねないビジネスが生じることを回避することになる。柔軟な権利制限規定の導入は、著作物の利用を伴うビジネスにおいて適法とされる領域を拡大すると考えられるが、一方で、「柔軟さ」ゆえに生じる法解釈の不確実性が生じ、結局のところ、判断が難しい部分での法務リスクは残存することになる。

ソフトローは、法解釈の著しい専門化、そして柔軟な権利制限規定の導入にともなって進む、著作権法分野の法解釈をめぐる不確実性を縮減する方策として効果的である可能性がある。また、法解釈の不確実性ということ以前の問題として、著作権法それ自体に関わるアクターの範囲が拡大しているにもかかわらず、法規定それ自体が、一般人においては理解不能な内容になっており、難解な法規定や一般的な解釈についてやさしく啓発するためのソフトローも求められる³¹。特に、法が改正される段階（時期）では、法解釈をめぐる不確実性が一時的に増大するため、それに対応するためのソフトローが求められることになる³²。

（２）ルール・スタンダード論とソフトロー

ルールとスタンダード論とは、次のようなものである。権利制限規定を設計するに際しては、適用状況（どのような利害が対立している状況なのか）をどの程度特定するのかという点、そして、適用状況が特定されているとしても、そこで問題となる利害を調整する規範の特定の程度という点、これらのことが変数となるといわれる³³。米国のフェア・ユース³⁴やイギリスのフェアディール（公正利用）³⁵では、適用状況や利害調整規範につい

³¹ 著作権法の規定は、さまざまな利害関係者の意見や政策意図、技術の発展を考慮しつつ、法文の正確性を維持するために、一般人にとって極めて難解なものになっているが、教育の場面に焦点をあてながら、一般人の著作権法の理解を支援するための各種の取り組みについて分析をする研究がなされている。

Bosher, H. and Mendis, D., 2016. Swings and Roundabouts: The Impact of Legal Drafting on the Language and Understanding of Copyright Law and the Need for Educational Materials. *International Review of Law, Computers and Technology*, 30 (3), pp. 211-228.

³² 著作権法の改正の後に、著作権情報センターの『コピーライト』誌等に公表される、文化庁長官官房著作権課による「著作権法の一部を改正する法律について」と題する解説記事などは、ある種のガイドラインであり、ソフトローの一種といえる。

³³ 前田・前掲注（27）106 頁参照。

³⁴ 米国著作権法第 107 条 排他的権利の制限：フェア・ユース

第 106 条および第 106A 条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授(教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む)、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース(コピーまたはレコードへの複製その他第 106 条に定める手段による使用を含む)は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

(1)使用の目的および性質(使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む)。

(2)著作権のある著作物の性質。

(3)著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性。

(4)著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響。

上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。

山本隆司訳「外国著作権法令集（42）ーアメリカ合衆国編ー」（著作権情報センター、2009 年）より引用。

て、その一部が法律に詳細に書かれていない場合がある。こうした「適用状況や利害調整規範が、法律に詳細に書かれていないということは、実際に適用される規範が立法によって当事者の行動の事前に定められているのではなく、司法等により事後的に定められているということ」を意味し、この区別がいわゆるルールとスタンダードの区別である³⁶。

このルール・スタンダード論に関連して、「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」といわれている³⁷。

柔軟な権利制限規定の導入は、著作権法に新たにスタンダード型の立法を導入することの意味する。裁判所による法の解釈により、法の内容は事後的に確定することになるが、法解釈が必要なすべての事案が、裁判所で判断されるわけではない。行政や民間による法の解釈を記述したガイドラインなどのソフトローも、法解釈をめぐる不確実性を縮減するためにある程度有効なルールを提供することができる。なお、裁判所自体がスタンダード型の判例を示す場合もあるが、そうした場合にも、ソフトローが、法解釈をめぐる不確実性を縮減するためにある程度有効なルールを提供しうる。

（３）立法府の制定する法律の解釈の間隙を埋める方策

立法府の制定する法律の解釈の間隙を埋める方策には、次の３つの方法が考えられる³⁸。

- ①司法による判例の形成
- ②委任命令による行政への制定法の間隙を埋める権限の授権
- ③ソフトローの形成

著作権法の分野でみた場合、これらの前段階として、立法府はできるだけ法律の解釈において争いとなるような問題が生じないように、法整備が進められる。たとえば権利の制限規定でいえば、立法により個別的な詳細な権利制限規定を追加してきたのは、その表れといえる。

³⁵ イギリス著作権法 29 条（研究及び私的学習）、30 条（批評、評論及び時事の報道）、32 条（教育のための説明）

第 29 条（1）非商業目的のための研究を目的とする著作物の公正利用は、その著作物のいずれの著作権をも侵害しない。ただし、十分な出所明示を伴うことを条件とする。

第 30 条（1）当該著作物若しくは他の著作物又は著作物の実演の批評又は評論を目的とする著作物の公正利用は、（實際上その他の理由のために不可能である場合を除いて）十分な出所明示を伴うこと及びその著作物が公衆に提供されていることを条件として、その著作物のいずれの著作権をも侵害しない。

第 32 条（1）教育における説明をもつた目的とする著作物の公正利用は、次に掲げる条件を満たす場合には、その著作物の著作権を侵害しない

大山幸房・今村哲也訳『外国著作権法令集(53)― 英 国 編―』（WEB 版）（2016 年 著作権情報センター）より引用。

³⁶ 前田・前掲注（27）108 頁。

³⁷ 青山社中株式会社編『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報告書』（2017 年 3 月）108 頁。

³⁸ 青山社中株式会社編『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報告書』125 頁。

柔軟な権利制限規定の導入は、法律の解釈の間隙をあえて残したところに意義がある。しかし、法律の解釈の間隙を埋める作業が常に司法による判例の形成に委ねられるのは、社会的なコストが大きすぎる。そのため、委任命令による行政への制定法の間隙を埋める権限の授権や、ソフトローの形成が求められる。

ソフトローの形成を期待する一方で、ソフトローの形成にも限界があり、ハードローに委ねなければならない部分があることも考慮する必要がある。端的に言えば、柔軟な権利制限規定の導入については、司法府における裁判例の蓄積による判例（ハードロー）の形成を正面から認めるべき部分もあると思われる。

柔軟な権利制限規定の導入に際して生じる、立法府の制定する法律の解釈の間隙を埋める方策として、ソフトローが万能というわけではなく、上記の①から③による方策、あるいは、立法府による更なる個別具体的な権利制限規定の追加も含めて、さまざまな方策が適切に用いられる必要がある。

2. 著作権法の権利制限規定とソフトロー

（1）「柔軟な」権利制限規定とソフトロー：法務リスクの低減

著作権法の法領域におけるソフトローの寄与は、権利制限規定との関係に限定されるものではない。法の解釈の間隙は、様々な条文との関係で生じうるからである。もっとも、柔軟な権利制限規定の導入により、特に法の解釈の間隙が広がることになる。そのため、権利制限規定をめぐる法解釈において、ソフトローがどのような機能を果たすのかが、特に課題となっているのである。

個別的で詳細な権利制限規定の下では、実際に適用されるルールの内容が、立法によって、ある程度、当事者の行動の事前に定められている。著作権法の下では、当事者が他人の著作物の利用を伴う行動の是非を決定する場合に、支分権の効力の及ぶ範囲において、権利制限規定がなければ、潜在的には違法となるリスクが残る（潜在的違法リスク）。

著作権法の分野には、著作権法を形式的に適用すれば違法である可能性がある場合でも、「実際には発見されなかったり、あるいは権利者のお目こぼしがあったりするために、現実には訴訟に至ることはほとんどない」場合がある³⁹。このことを指して、著作権法の領域には、「寛容的利用による均衡」があると指摘されてきたが⁴⁰、「権利行使や訴訟提起に至らないことがほとんどであるとしても、条文に書かれているということ自体、明示的にコストになる」、「特に、大量に著作物を扱う者にとっては、確率的に著作権を行使する者が登場する可能性を無視しえない」との指摘も同時になされてきた⁴¹。

この問題に対して、柔軟な権利制限規定の導入により、これまで潜在的には違法であった行為について、条文上は適法になる余地が生じるため、寛容的利用による均衡があった

³⁹ 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第44号(2014年3月)76頁。

⁴⁰ 田村・同上 77頁

⁴¹ 同上 80頁。

部分の、全部ではないがその一部について、著作権法自体が、当該行為が適法であることを追認するという側面もある。

しかしながら、潜在的違法リスクが解消された領域においても、規定が柔軟であれば、法解釈に争いが生じる領域において、適法かもしれないが裁判で決着を付けようと、著作権を行使する者が登場する可能性もあるのであって、法務リスクを完全に避けることはできないし、司法による判例の蓄積に委ねなければならない場合もある。とはいえ、少なくとも、柔軟な権利制限規定の施行日以降に、むやみに訴訟が起きるような状況は防ぐ必要がある。そうしなければ、法務リスクのコストに耐えられる企業のみが、法改正により裨益する結果となってしまう。これについては、法律の解釈の間隙を埋める方策を活用することにより、著作権を行使する者が登場する可能性をできるかぎり減少させ、全般的な法務リスクの低減を図ることが必要となる。

この点について、「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、司法による判例の蓄積のみならず、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」⁴²と指摘されている。

（２）ソフトローの分類およびソフトローと法律以外の社会の規制枠組との関係

ソフトローの分類については、先行調査によって整理されている⁴³。以下は、それについて、カテゴリー、内容、例を項目として、表として整理するとともに、著作権法との関係で事例を付け加えたものである。

ソフトローの分類

カテゴリー	内容	例	著作権法との関係
カテゴリー1	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	社会規範、企業倫理、CSR（corporate social responsibility）等	・著作権法上違法とされていない行為（権利の対象となっていない行為）を抑制する場合（例：リーチサイトへのアクセス、研究モラルとしてアイデアの模倣を剽窃として禁止すること、作品リスペクトのお願い）
カテゴリー2	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	労働法上の努力義務規定等	・改正附則において、国民に対する啓発等や事業者の努力目標を示している場合（例：平成24年著作権法改正の附則7条、8条 ⁴⁴ ）

⁴² 青山社中株式会社編『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報告書』89頁。

⁴³ 藤田友敬「はじめに」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、2008年）4-7頁参照。これを整理したものとして、青山社中株式会社編『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報告書』125-126頁を参照。

⁴⁴ 附則（平成二四年六月二七日法律第四三号）抄
（国民に対する啓発等）

第七条 国及び地方公共団体は、国民が、新法第三十条第一項（新法第百二条第一項において準用する場

			・【(法規範ではないが) 附帯決議 (著作権法の一部を改正する法律案に対する附帯決議 ⁴⁵⁾)】
カテゴリー3	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	①会計基準（最初から私人の規範作成を国家が承認される場合）、②商慣習法（自発的に形成された規範について事後に国家が関与する紛争解決の場で処理される場合）等	・ 業界慣習として形成された法解釈を裁判所の判例が追認する場合 ・ 集中管理団体のガイドラインの内容を基礎とした法解釈を前提とするライセンスが締結される場合
カテゴリー4	規範形成もエンフォースも国家が行う規範	ハードロー	・ 著作権法／判例

カテゴリー1について、著作権法の対象とするフィールドとの関係をみると、要するに権利の対象となっていない行為を社会規範や倫理により規律するということであり、権利を背景としないために規範のエンフォースも国家が行うことが予定されていないということの意味する。そのため、このカテゴリーのソフトローについては、「法解釈の隙間」を埋めるのではなく、法律により創設される権利がないという意味での「法規制そのものの隙間」を、ソフトローで埋めようとする場合に生じる。この場合には、権利がないので、利用者に望む行動を促す手段としてのソフトローの形成が困難であり、利用者に対して望む行動を促すには、法律以外の規制枠組の活用が必要となる。

社会における法律以外の規制枠組については様々な見方があると思われるが、ローレンス・レッシングによれば、人の行動や社会秩序を規律する要素には、規範・慣習 (Norms)、法律 (Law)、市場 (Market)、アーキテクチャ／コード (Architecture, Code)があり、情

合を含む。)に定める私的使用の目的をもって、有償著作物等（新法第百十九条第三項に規定する有償著作物等をいう。以下同じ。）の著作権又は著作隣接権を侵害する自動公衆送信（国外で行われる自動公衆送信であって、国内で行われたとしたならば著作権又は著作隣接権の侵害となるべきものを含む。）を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、自らその事実を知りながら行って著作権又は著作隣接権を侵害する行為（以下「特定侵害行為」という。）の防止の重要性に対する理解を深めることができるよう、特定侵害行為の防止に関する啓発その他の必要な措置を講じなければならない。

2 国及び地方公共団体は、未成年者があらゆる機会を通じて特定侵害行為の防止の重要性に対する理解を深めることができるよう、学校その他の様々な場を通じて特定侵害行為の防止に関する教育の充実を図らなければならない。

<省略>

(関係事業者の措置)

第八条 有償著作物等を公衆に提供し、又は提示する事業者は、特定侵害行為を防止するための措置を講じるよう努めなければならない。

⁴⁵ 国会の審議においては、委員会採決の後に附帯決議の動議が出されて採決がなされることがある。決議は、法律の執行に対する意見、要望、勧告、警告等の意思を表明するものだが、法的拘束力をもつものではない。また、「政府に対するものに限られるのではなく、政府以外の関係機関」を含めて、これらに対する意見等が決議されることもある。大森政輔・鎌田薫『立法学講義＜補遺＞』（商事法務、2011年）（榊正剛執筆部分）198-199頁。衆議院について、著作権法に関連する付帯決議の例を挙げると、著作権等管理事業法案（内閣提出第13号）附帯決議（平成12年11月17日）、第156回国会 文部科学委員会第18号（平成15年6月11日）の付帯決議、第159回国会 文部科学委員会 第25号（平成16年6月2日）の付帯決議、第165回国会 文部科学委員会 第6号（平成18年12月1日）の付帯決議、第171回国会 文部科学委員会 第9号（平成21年5月8日）の付帯決議、第186回国会 文部科学委員会 第10号（平成26年4月4日）の付帯決議がある。

報化社会では、このうち特にアーキテクチャ⁴⁶のもつ意味が重要さを増しているとされる。4つの規制原理は、「規制の別個のモード」だが、相互に支持しながら作用したり、打ち消しあったりしながら作用するという⁴⁷。これらの4つの規制原理とソフトローとの関係を正確に整理することは困難な作業であるが、少なくとも「規範・慣習」、「法律」に関してはソフトローとして議論の対象となる部分と重複する部分があると考えられる。

レッシングの規制枠組⁴⁸

規制原理	内容
規範・慣習 (Norms)	共同体・コミュニティ内の説得・制裁
法律 (Law)	所有権の設定, 民事救済, 刑事罰の制定など
市場 (Market)	価値に基づく経済合理的な判断
アーキテクチャ／コード ⁴⁹ (Architecture, Code)	物理的・技術的な環境

カテゴリー1について、法律以外の規制枠組が活用されるというのは、たとえば次のようなことである。著作権法上、ライセンスを得なくても違法とされていない行為を抑制する場合（例：違法にアップロードされた漫画作品の私的利用目的のダウンロードなど）、並行して正規のライセンス契約を締結するスキームを提供することは可能であるものの、契約なしで当該行為をする行為者を問責することはできない。そのため、正規にライセンスを提供している権利者がいる場合に、作者へのリスペクトや著作権モラルを訴えるソフトローを策定しようとする（規範・慣習 (Norms)の活用）。しかしながら、契約をしなくても適法に利用できてしまう利用者には、市場において自己の支出する費用を最小化するというのが合理的な行動であるため、そのソフトローとしての影響力は小さくならざるをえない。そこで、市場における合理的な行動を促すための付加価値の提供により、価値に基づく経済合理的な判断を促すことで、利用者に対して望む行動を促すことや（市場 (Market)の活用）や、アクセスコントロール技術等のアーキテクチャ／コード (Architecture, Code)

⁴⁶ ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『CODE VERSION 2.0』(2007年, 翔泳社)171頁は、アーキテクチャを、社会生活の「物理的に作られた環境」と定義している。そして、アーキテクチャのうちコードは、サーバー空間において新しく力を持った規制手段と位置づける。また、コードはサーバー空間でのふるまいを規制するアーキテクチャを意味すると述べる(176頁)。成原慧「表現の自由とアーキテクチャ 情報社会における自由と規制の再構成」(勁草書房、2016年)93頁は、「何らかの主体の行為を制約し、または可能にする物理的・技術的構造」と定義する。

⁴⁷ レッシング・同上176頁。規制の4つの様式のそれぞれの制約の仕方や相互作用については、同475-483頁参照。

⁴⁸ レッシング・同上174頁以下、生貝直人『情報社会と共同規制 インターネット政策の国際比較制度研究』(勁草書房、2011年)38頁以下、水野祐『法のデザイン』(2017年, フィルムアート社)15-17頁に基づき作成。レッシングによると、「規範はコミュニティが課すレッテル貼りによって制約する。市場はそれが課す値段を通じて制約する。アーキテクチャは物理的な負担によって規制する。そして法律は、それが脅しに使う処罰を通じて制約する」と説明する。そして、これらの規制は相互に依存し、支持したり、打ち消しあったりするという。ローレンス・レッシング(山形浩生訳)174-175頁。

⁴⁹ レッシング・同上176頁によると、コードはサーバー空間でのふるまいを規制するアーキテクチャを意味する。

の活用が図られることになる⁵⁰。

これに対して、著作権法上は、ライセンスを得なくても違法とされていない行為である場合であっても、市場において合理的に行動することだけがインセンティブではない当事者の場合、たとえば、研究モラルとしてアイデアの模倣を剽窃として禁止することについての、大学や学会等の形成するソフトローは（規範・慣習（Norms）の活用）、強力な事実上の制裁があるので（それを破ることがその部分社会の成員としての死を意味する）、影響力の大きい規範となる。

なお、カテゴリー1の規範形成、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は、ソフトローとして規範・慣習を形成する部分社会が強力なサンクションないしプレッシャーを提供できる場合には、影響力の高い規制原理として機能するが、そうでない場合には、影響力の強い規制原理としては、機能しにくいと考えられる。

しかしながら、ローレンス・レッシングが強調したように、情報化社会においては、アーキテクチャのもつ意味が重要さを増している。こうした中で、たとえば、世界的な規模をもつ巨大なインターネット上のプラットフォームを運営する企業が、著作物の利用者側として、自らの希望するソフトローについて、アーキテクチャによる規制により補完しようとする可能性があり、技術（アーキテクチャ）による支配により、自発的な規範の押し付けることが可能になる。これに市場の独占力を通じた消費者行動の支配が加われば、国家の統制が及ばず、コントロールが困難な状態を生じうることが想定される⁵¹。

上記について、カテゴリー1に注目してアーキテクチャの問題について言及したのは、国家以外のものが規範形成を行うため、法律以外の規制枠組の活用が必要となるといえるからであるからであった。もっとも、レッシングの規制枠組における4つの規制原理は、相互に作用したり、打ち消しあったりするものであり、複雑な相互作用がある。そのため、カテゴリー2、3、4のソフトローの領域においても、アーキテクチャをどのように統御するのかは、程度の差こそあれ、同様に問題になるといえる。

（3）ソフトローの形成主体

ソフトローについて、どのような性格の主体がどのような内容の規範を形成するのかについては、ソフトローを形成する主体によって、4つの類型に分類できると指摘されている⁵²。以下は、先行文献の指摘するソフトローの形成主体とその例、ソフトローが成立する

⁵⁰ 規制原理の適用例について、水野祐『法のデザイン』16頁は、「音楽の違法ダウンロードを例にとれば、違法ダウンロードの刑罰化は法による規制、音楽ファン・コミュニティにおける説得は規範・慣習による規制、違法ダウンロードの楽曲を入手することの経済的なコストが高ければ（実際にはそうではないが）市場による規制、DRM（Digital Rights Management）により技術的にコピーをできなくすることはアーキテクチャによる規制である」と説明する。

⁵¹ アーキテクチャを法的にどのように統制するのか、アーキテクチャによる規制に対する権利・自由の保障方式の問題に関する整理については、成原・前掲注（46）114頁以下参照。

⁵² 青山社中株式会社編『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報告書』126-127頁（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、2008年）101-122頁を基礎に整理したもの）。

条件や問題点について、表として簡略に整理したものである。

ソフトローの形成主体とその例・問題点

	例	条件	問題点
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	権利制限に関して権利者団体が作成するガイドライン	利害関係者の団体の存在、ソフトローにより保護する利益の存在	利用者の理解が得られるとは限らない
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	権利制限に関して文化庁が主導して作成されるガイドライン（例：著作権法 31 条 1 項 2 号に関して文化審議会著作権分科会で示された解釈） 著作権法第 35 条ガイドライン（文化審議会著作権分科会法制問題小委員会が平成 14 年 12 月に公表した「審議経過の概要」に明記されたことが発端）	行政コストを負担する正当性と必要性の存在、国家からの黙認的な承諾	行政コストを負担する以上、ある程度公益性がある課題についてのみ、ソフトローが形成される
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	権利者と利用者が団体を構成し自発的に作成するガイドライン	利害関係者（権利者側と利用者側）が少数であること、または、利害を代表してその意見を主張しうる主体が特定できること、実効的なソフトロー形成と維持（運用管理）を行いうる団体等の存在	利害関係者が多いと、合意形成が困難となり、ソフトローが形成されにくい。団体があっても代表をできる者がいないと合意形成できない
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	事業者により形成される業界団体による倫理綱領の制定	法規制の強化に対する防波堤として自主規制を設けるインセンティブがあること、事業者により形成される業界団体が存在すること、悪質な事業者との差別化を図るインセンティブがあること	著作権法に規制当局となる行政機関がないため規制の影 ⁵³ が自主規制を設けるインセンティブとならない、事業者により形成される業界団体がいない分野や、あったとしても寡占状態で悪質な事業者が新規参入しにくい分野では機能しにくい（差別化の手段のため）

著作権法の分野におけるソフトローの形成主体について、今回の既存のソフトローの調

⁵³ 規制の影と自主規制との関係については、本報告書第 5 章を参照。情報通信の分野では、規制の影が自主規制を行う／従うインセンティブとなることが指摘されている。生貝直人「情報社会における公私の共同規制についての基礎的考察—背景、構造要件、リスク、政府関与—」KDDI 総研 R&A 2011 年 8 月号 14 頁によると、「自主規制が適切に行われなかった場合には政府規制が行われると十分予期され得る状態、いわゆる規制の影（shadow of regulation、あるいは shadow of hierarchy）の存在」があるという。規制の影については、生貝・前掲注（48）183 頁も参照。

査研究の考察（第2章「5. アンケート結果の考察」参照）から次の点が指摘できる。

上記の②類型（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）との関係では、利用分野や利用行為の特性、関係者の求めなどに応じて、公的機関が適切な形でソフトローの形成に関与しうることも、肯定的な評価を得ている既存のソフトローの特徴として挙げられている。他方で、情報通信に関連する法の分野における総務省や競争法・独占禁止法の分野⁵⁴における公正取引委員会は、それぞれ規制当局と位置づけることができ、これら公的機関の関与は、法的サンクションを背景とするものであり、実効性が高い。

これに対して、著作権法の分野で文化庁を規制当局とみる見方は一般的であるとはいえない。著作権法は、私権としての権利を創設するが、その利用は私法上の問題であり、基本的に文化庁が介入する性質のものではないし、公法としての側面（刑事罰）についても文化庁が関与するものではないからである。文化庁が法の解釈について公権的解釈を示すこともできるであろうが、文化庁の公権的解釈に従わなかったとしても、それにより直接的な法的サンクションがあるわけではなく、また、文化庁による「規制の影」のプレッシャーもないことを踏まえると、規制当局とみることは実態にそぐわない。そのため、国家によるソフトロー形成への関与の在り方については、その妥当性や実効性の有無について慎重に考慮する必要がある。もっとも、今回の調査では、権利者団体・利用者団体双方から、ソフトローの内容について、権利者・利用者いずれか一方の利益に偏ることなく、中立公平な観点から妥当な基準を示すことが望まれており、公的機関がそれを担保することが期待されているものと推察されとの考察がある（第2章「3. 著作権法におけるソフトローの必要性」参照）。どのような手法であれば、行政としての文化庁又はそこから委託を受けた利害関係者が、ソフトローの形成について、実効性のある関与ができるかが課題となる⁵⁵。

また、上記の③類型（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）に関連することとして、著作権法分野におけるソフトローの形成に関して、ステークホルダーの利害を代表してその意見を主張しうる主体が特定できること、その場合、ステークホルダー内部での意見集約やソフトローの運用管理を行うことのできる体制が設けられていること（「国家が関与する場合の」コントロール・ポイント⁵⁶）が挙げられる。ソフトローの形成と維持に主体的な役割を果たす団体等がなければ、ソフ

⁵⁴ 中山信弘編集代表・中里実編『政府規制とソフトロー』（有斐閣、2008年）96-97頁（白石忠志執筆部分）は、独占禁止法の分野において、当局が形成するソフトローとして、事前相談に回答するという局面でのソフトロー、個別の事件処理の局面でのソフトロー、当局のガイドラインによってなされる規範形成があると整理する。また、民間が形成するソフトローがあることにも言及している。

⁵⁵ 本報告書「第5章3.(1)行政が用いるインセンティブ装置」参照。

⁵⁶ コントロール・ポイントについては、本報告書「第5章3.(2)個人（自然人）を名宛人としたソフトロー」参照。また、特に情報社会における共同規制の本質的特徴との関係におけるコントロール・ポイントの意義について、生貝・前掲注（48）32-33頁参照。③の類型において、当事者の自律的なソフトロー形成のみではなく、国家（規制当局）によるソフトローへの外的コントロールの存在もあるのであれば、共同規制の文脈におけるコントロール・ポイントともいいうることになろう。

トローは形成しえないといって差し支えないので、こうした団体等の特定は、ソフトロー形成にとって最も重要な部分であると位置づけられよう。

（４）ソフトローの利点と留意点

ソフトローには、ハードローとは異なる利点もあるが、留意すべき点も生じる。先行文献では、以下の点が指摘されている⁵⁷。このうち、作成や改変が簡単といった点は、ハードローと比較した相対的な評価であるといえる。

ソフトローの利点と留意点

利点	留意点
・作成や改変が簡単 ・個別の状況に合わせた柔軟な作成・運用 ・複数のソフトローの併存が可能 ・専門的知識が規制を受ける集団内部の自律に委ねることの効率性	・業界内での自主規制枠組において業界外のアクターが策定過程に関与しない場合、内容におけるバイアス、策定過程の手續の公正性など、正統性に疑義が残る

今回の調査研究では、著作権法の分野における権利制限規定の運用に関して、現時点で存在しているソフトローのうち「活用」について肯定的な評価がされているものについて、幾つかの特徴を抽出している（第２章「５．アンケート結果の考察」参照）。肯定的な評価がなされている著作権法分野におけるソフトローについては、上記の留意点が克服されていることが挙げられる。具体的にみると、肯定的な評価がなされている著作権法分野におけるソフトローについては、①協議の場や意見聴取の機会等を通じて、ソフトローに関係するステークホルダーの意見を幅広く集約していること、又はその機会を確保していること（「民主的正統性」の補完、少数者バイパスへの耐性）、②ソフトローの内容や形式が、規律される名宛人（特に著作物等の利用者）にとって具体性や明確性等の観点から適切なものとなっており、また、名宛人にはそれに従って行動しうる一定のリテラシーが備わっていること、③ソフトローの形成主体又は協議等に参加した当事者以外の関係者にもソフトローが行動規範として尊重され得ること（分野における標準性）、④ソフトローの見直しの仕組みや体制が設けられていること、利用分野や利用行為の特性、関係者の求めなどに応じて、公的機関が適切な形でソフトローの形成に関与しうること、という特徴を備えている。

（５）ソフトローの採否の妥当性を決定する要素

ソフトローの採否の妥当性については、「民主的正統性、個別的事案の情報の収集能力、多数当事者の利害についての情報及び意見の集約能力、少数者バイパスへの耐性、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

⁵⁷ 青山社中株式会社編『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報告書』127頁。

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」⁵⁸との指摘がある。

著作権法の分野では、法形成過程における少数者バイアスの問題⁵⁹がしばしば問題提起される。ソフトローの形成については、権利者団体や著作権等管理事業者が、実効的なソフトロー形成と維持（運用管理）を行いうる団体の有力な候補となり得る。しかしながら、こうした団体が、必ずしも、ソフトロー形成のためのバランスの取れたマルチステイクホルダーフォーラムを形成できるとはいえず、ある種の片面的ソフトローによって、ソフトロー形成の場面でも、少数者バイアスの問題が繰り返されるおそれもある。たとえば、権利制限規定に関して、著作権等管理事業者であれば、基本的にはライセンスを提供していて、そうした団体がガイドラインや Q&A を提供する場合、例えば権利制限の適用範囲などのガイドラインを示しつつも、法解釈の不明確性を解消するためには、結局はライセンスが必要であるといった説明になりがちとなる⁶⁰。また、権利者団体であれば、片面的ソフトローとして、権利制限規定の適用される範囲を厳格に解釈するようなガイドラインやテキストを示す結果となる可能性が高い。

著作権法の分野における権利制限規定の運用に関して、現時点で存在しているソフトローのうち「活用」について肯定的な評価がされているものをみると、協議の場や意見聴取の機会等を通じて、ソフトローに関係するステークホルダーの意見をできる限り多く集約していること、又はその機会を確保していること（「民主的正統性」の補完、少数者バイアスへの耐性）がその特徴としてあげられる（第2章「5. アンケート結果の考察」参照）。このマルチステークホルダーの参画という点は、従来の個別の権利制限規定の場合だけでなく、柔軟な権利制限規定の導入にともなって新たなソフトローの形成を模索する場合に

⁵⁸ 同上 127-128 頁。

⁵⁹ なお、「少数者バイアス」が論じられるときに、「利用者＝多数者」に対する「権利者＝少数者」の立法過程におけるバイアスという視点だけが浮き彫りになる傾向がある。しかし、たとえば、世界的な規模をもつ巨大なインターネット上のプラットフォームを運営する企業については、著作物の「利用者」としての立場をもつ巨大な少数企業による規範形成におけるバイアスという見方も成り立つ。その場合、「利用者＝強力な少数者」によるこうした技術（アーキテクチャ）による支配、自発的な規範の押し付け、市場の独占力を通じた消費者行動の支配、引いてはロビーイングによる法形成過程への働きかけといった規制枠組みの活用は、法形成過程における権利者の少数派バイアスよりもシビアな問題で、コントロールが困難な状態を生じうる。

⁶⁰ 今回の調査研究では、外国の事例について詳細に調査することはできなかったが、たとえば、イギリスでも、ライセンスを提供する集中管理団体のガイドラインの影響力は大きいとの指摘がある。たとえば、イギリスの教育機関にライセンスを与えている団体として、**Copyright Licensing Agency** があるが、この団体は権利制限に関して、特にガイドラインは公表していない。代わりに FAQ のページ（「よくある質問」）を公開しているという。これに関して、イギリスの有識者は次のような指摘をしている。「それらの質問の1つに、ある利用者を仮定して、その者が書籍または雑誌から1つの記事を複写したいと述べているものがありまして、これに対する回答は、「CLA のライセンスを購入すれば許諾が得られる」というものです。しかし、これは誠実ではありません。というも、著作物のコピーをとることは許されているし、ライセンスにも多くの制約があるわけです。」「いろいろな事案に対する集中管理団体の一般的なアドバイスというのは次のようなものです。これをしたいのですが、あるいはあれをしたいのですが、フェアディールングに基づいてできるでしょうか、という質問があり、これに対する基本的な回答は、ライセンスを取得してください、フェアディールングのような危険なことは一切しないで、ライセンスを取得してください、というものです。これが現状です。」（ウマ・サザーサネン「著作者の権利と教育に対する権利との比較」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題Ⅱ』所収（2012年、成文堂）30頁）。

も、それが成功するための要素として必要となると考えられる。

3. 現行の著作権法第 35 条ガイドラインと改正 35 条への対応について

(1) 著作権法第 35 条に関する法改正

平成 29 年 4 月に取りまとめられた文化審議会著作権分科会報告書では、「知財推進計画 2016」で示された方向性を踏まえて、柔軟な権利制限規定の導入だけでなく、ICT 活用教育を推進するための権利制限規定の見直しについても、法の適切な運用を確保するための取組みの一環として、「ソフトロー」の活用が指摘されている。また、本調査研究報告書の作成時点でも、著作権法の一部を改正する法律案が平成 30 年 2 月 23 日に閣議決定され、第 196 回国会に提出されているが、著作権法 35 条についても改正が提案されている。

(2) 「学校その他の教育機関における著作物の複製に関する著作権法第 35 条ガイドライン」

著作権法 35 条については、ガイドラインという形式をもった「学校その他の教育機関における著作物の複製に関する著作権法第 35 条ガイドライン」⁶¹（「35 条ガイドライン」）が存在する。

このソフトローの形成主体は、「著作権法第 35 条ガイドライン協議会」であり、そのメンバーとしては、有限責任中間法人学術著作権協会、社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会、社団法人日本映像ソフト協会、社団法人日本音楽著作権協会、社団法人日本書籍出版協会、社団法人日本新聞協会、社団法人日本文芸家協会、社団法人日本レコード協会が挙げられている。

ソフトローの形成主体という点でみた場合、先の分類でいえば、「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」ということになる。しかし、本報告書の「第 2 章 4. アンケート調査に基づくソフトローの整理」で説明したように、このソフトローの策定過程においては、学術関係、書籍出版関係、ソフトウェア関係、音楽・映像関係等の管理事業者や権利者団体が協議に参加し、一部法律実務家等の専門家からの助言を得るなどしてガイドラインが作成されるに至った。ガイドラインの形成過程の中では、協議に参加していた教育機関側のメンバーが教育機関の総意を代表するものではないとして、上記協議会のメンバーとしては挙げられていないが、実質的には利用者たる教育機関側の意見も反映されていると評価できる。そのため、実際の策定過程の段階では、「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」としての側面を有していたといえよう。

また、それだけではなく、35 条ガイドラインは、「②政府（行政）又はそこから委託を受

⁶¹ 「著作権法第 35 条ガイドライン」（著作権法第 35 条ガイドライン協議会「学校その他の教育機関における著作物の複製に関する著作権法第 35 条ガイドライン」コピーライト 518 号（2004 年）27 頁）。ガイドラインは、日本書籍出版協会のウェブサイトで公開されている。
http://www.jbpa.or.jp/pdf/guideline/act_article35_guideline.pdf（2018 年 3 月 17 日所在確認）。

けた利害関係者の団体が形成するソフトロー」としての側面も有している。というのは、著作権法第 35 条ガイドラインの策定は、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会が平成 14 年 12 月に公表した「審議経過の概要」に明記されたことが発端となっているためである。具体的には、この「審議経過の概要」のなかで、「当事者間の協議においては、改正法施行までに、利用者側の協力を得つつ、権利者側で第 35 条但し書きにある『著作権者の利益を不当に害することとなる場合』に該当するか否かのガイドラインを作成することとされている」と明記されたことから、これを直接の端緒として、権利者側の各団体が、ガイドライン作成についての検討を行い、35 条ガイドラインは、その結果として公表されたものであると評価できる。したがって、ソフトローの策定過程における公的機関の関与があるという点に大きな特徴がある。

利害関係者がソフトロー策定に参加した理由については、35 条ガイドラインの冒頭は、具体的な策定目的として、著作権法 35 条の改正（平成 16 年 1 月 1 日施行）によって複製の主体に「授業を受ける者」が追加され、また、同時授業公衆送信にも権利制限が拡大されたことを背景として、「授業を受ける者」による複製の範囲を明確にすることを掲げている。したがって、法解釈の不確実性の縮減が 1 つの理由として挙げられる。また、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会が平成 14 年 12 月に公表した「審議経過の概要」に明記されたことが発端となっているという点では、政府等の要請の存在が、利害関係者がソフトロー策定に参加した理由の 1 つになっているといえる。

なお、35 条ガイドラインは、前述したソフトローの分類でいえば、カテゴリ 3 の「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」ということになるだろう。ガイドラインの違反は、法 35 条の権利制限の範囲外の行為として著作権侵害の可能性を生じるものであり、司法を通したエンフォースが想定できるからである。

さらに、35 条ガイドラインは、策定に当たって意見募集が行われているとともに、文書や冊子、ウェブサイト、講習会等を通じてその内容の周知が行われている。

また、今回の調査研究のアンケートによれば、35 条ガイドラインの見直しについて、「組織的な見直しの体勢は整備されていないが、著作権法 35 条の解釈・運用、法改正に伴う検討、問題が生じた時の対応等を各団体において検討し、見直しの要請等を行うことになる」という。

現在の 35 条ガイドラインは、ソフトローの利点と留意点という点からみると、利用者側である教育機関のアクターが策定過程から脱退したために、形式的には片面的ソフトローとなっており、利用者側にとっては、その正統性に疑義が残る結果となっていると思われる。しかしながら、実際の策定過程では、上記のとおり、利用者側である教育機関のアクターも参加していたことから、実質的な内容面での正統性はある程度担保されているとも評価しうる。また、ソフトローの策定過程における公的機関の関与があるという点も、正統性のある程度は担保するのではないかと考えられる。

これまでに策定・運用されているソフトローで権利制限規定の運用において有効に機能

していると評価されるものとの比較でいえば、利用者側である教育機関の総意を代表する者が参加できなかったという点において、「利害関係人の利害を代表して意見を主張しうる主体が特定できること」という要素を欠いていたということができよう。

（３）改正 35 条への対応について

①改正法案の内容とポイント

改正法案は、著作権法 35 条として、以下のように改正することとしている（下線の部分は改正部分）。

（学校その他の教育機関における複製等）

第三十五条 学校その他の教育機関（営利を目的として設置されているものを除く。）において教育を担任する者及び授業を受ける者は、その授業の過程における利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、公表された著作物を複製し、若しくは公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。以下この条において同じ。）を行い、又は公表された著作物であつて公衆送信されるものを受信装置を用いて公に伝達することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

２ 前項の規定により公衆送信を行う場合には、同項の教育機関を設置する者は、相当な額の補償金を著作権者に支払わなければならない。

３ 前項の規定は、公表された著作物について、第一項の教育機関における授業の過程において、当該授業を直接受ける者に対して当該著作物をその原作品若しくは複製物を提供し、若しくは提示して利用する場合又は当該著作物を第三十八条第一項の規定により上演し、演奏し、上映し、若しくは口述して利用する場合において、当該授業が行われる場所以外の場所において当該授業を同時に受ける者に対して公衆送信を行うときには、適用しない。

改正法案のポイントは、主として２点である。第一に、教育機関の授業の過程における公衆送信による著作物の利用を広く権利制限の対象とし、これを無許諾で行うことを可能とすること、第二に、その際、現行法上無償の行為（複製等）は無償を維持しつつ、新たに無許諾で利用が可能となる公衆送信について一元的な窓口への補償金の支払を求める、という点である。

今般の改正案による学校等における著作物の公衆送信の円滑化のイメージとしては、学校等の授業の過程で著作物の公衆送信を行う際の著作権処理の取扱い（現在権利制限の対象のものを除く）として、次のようなものが想定されている⁶²。

改正案の下では、権利制限により、ワンストップの窓口で一定の補償金を支払えば著作物を適法に利用可能となることが想定されている。具体的には、教育機関を設置する者が、文化庁長官が指定する補償金徴収分配団体に対して、相当な額の補償金（例えば年 1 回の支払いで、生徒一人当たり〇円（包括制）といったもの）を支払うことにより、学校等の授

⁶² 文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会報告書』（平成 29 年 4 月）86 頁、文化庁長官官房著作権課「教育の情報化の推進に係る著作権制度の改正について」（平成 29 年 9 月 15 日、規制改革推進会議第 1 回投資等ワーキング・グループ配付資料参照。
<http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/suishin/meeting/wg/toushi/20170915/170915toushi04.pdf>（2018 年 3 月 17 日所在確認）。

業の過程で著作物の公衆送信を行う際の著作権処理が完了することになる。権利者に相談なく自由に利用可能であること、また、簡便な手続きでなされることに特徴がある。補償金額については、補償金徴収分配団体が教育関係者からの意見聴取を経て申請し、文化庁長官が文化審議会に諮った上で認可することが予定されている。

補償金額の決定手続のイメージとしては、アクターとして、権利者側（権利者および権利者を構成員とする集中管理団体）、利用者側（支払義務者である複数の教育機関の設置者）と教育機関の設置者の代表団体、そして文化庁（文化庁長官と文化審議会）が想定されている。まず、①文化庁長官が指定する指定管理団体が、教育機関の設置者の代表団体から意見聴取を行う、次に、②指定管理団体は、補償金額を定め、文化庁長官へ認可の申請を行う。③文化庁長官は、文化審議会へ諮問の上、④幾つかの要素（35条の趣旨（非営利教育機関における著作物の利用円滑化）、公衆送信の通常の使用料の額、その他の事情）に照らして適正な額と認める場合に認可する。徴収した補償金は、指定管理団体から、権利者側へと分配される。

②改正 35 条とガイドライン

今回の法改正案との関係で、今後、特に課題となるのは、(a)公衆送信に関して、「当該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる」場合に該当しない範囲がどこまでか、また、(b)教育機関を設置する者が支払うことになる、「相当な額の補償金」は幾らになるのかという点である。

(a)の問題に関連して、文化審議会著作権分科会報告書（平成 29 年 4 月）において、「法解釈に関するガイドラインの整備」として、以下のように整理されている（脚注省略）。

まず、法解釈に関するガイドラインの整備について、検討課題とされることについて、次のように説明されている。

「教育機関における著作物利用に当たり、現行法第 35 条や第 32 条においては一定程度抽象的な要件が定められていることから、各要件への該当性の判断が難しいことが規定の運用上の課題となっていることが指摘されている。例えば、調査研究では、教育機関によって規定の解釈に幅があり、特に法第 32 条に関しては主従関係の判断基準や画像等の扱いに差が生じていることが報告されている。このほか、ある著作物を利用する形態が権利制限の対象となるか判断がつかない場合、当該著作物の使用を差し控えるという実態が報告されている。

法の解釈・運用の円滑化を図るための方策として、イ．で述べた教育現場における著作権制度等に関する知識・理解の向上を図ることに加えて、法解釈のよりどころとなるガイドラインを整備することも有効であると考えられる。この点、平成 16 年 3 月に権利者団体により「学校その他の教育機関における著作物の複製に関する著作権法第 35 条ガイドライン」（著作権法第 35 条ガイドライン協議会）が定められているが、

当該ガイドラインの最終的な策定主体には教育関係者が含まれておらず、権利者と利用者双方の合意されたものにはなっていないことから、両当事者によって新たにガイドラインを策定することが求められている。」⁶³

また、検討の結果、法解釈に関するガイドラインの整備について次のようにまとめられた。

「この点に関連して、法制・基本問題小委員会においてはガイドラインの策定過程の在り方が議論となった。具体的には、権利者団体と教育関係団体の両当事者のみの参画の下でこれを行うと、権利者団体は著作権に関する意見表明についてしっかりした組織を持っている一方、教育関係団体は十分な準備ができていないために交渉力に差が生じてしまう恐れがあることから、公益的な立場を代表し得るものが正式に参加する中で民民での協議が行われるようにするべきではないかとの意見があった。このほか、民民で決めたガイドラインは当事者で尊重されるという良さもあり、公的な関与の方法としては、立法者の意思を法の解釈を示す際に明らかにすることによっても実現できるのではないかといった意見や、民民の協議の場に行政がオブザーバーとして参加する方法も良いのではないかといった意見があった。

当事者間協議では、これまで、文化庁及び有識者がオブザーバー等として事実上参加して議論が進められてきたところだが、ガイドラインの策定過程に対する公的な関与の在方については、これまでの協議の状況や、上記の意見を踏まえつつ、ガイドラインが実際に尊重されるかといった観点や、内容の公正性・適正性をいかに確保するかといった観点に留意しながら、適切な方法が選択されるべきである。

いずれにしても、ガイドラインの策定が円滑に進むよう、分科会としても、両当事者による取組状況を随時把握し、必要に応じて更なる助言等を行っていくこととしたい。」⁶⁴

③ 相当な額の補償金の決定のプロセスとソフトロー

(b)の問題（「相当な額の補償金」）については、文化審議会著作権分科会報告書（平成 29 年 4 月）では、「補償金額の決定方法に関しては、団体が一元的に補償金の徴収分配を担うこととなる場合は、何らかの形で当該団体と教育関係者を代表する団体との間で協議等を行うこととする制度設計が考えられるところであるが、その際、金額の水準が適切なものとなるよう、適切な時期に一定の公的な関与を行い得る仕組みとすることが望ましい」⁶⁵とされた。このことは、改正法案とそのイメージにおいて、指定管理団体は、文化庁長官が指定する団体であることや、文化庁長官が文化審議会へ諮問の上、幾つかの要素に照らし

⁶³ 文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会報告書』（平成 29 年 4 月）79 頁。

⁶⁴ 同上 92 頁。

⁶⁵ 同上 87 頁。

て適正な額と認める場合に認可する、というプロセスとして反映されている。

また、同報告書において、指定管理団体については、「平成 28 年 12 月 2 日、教育分野に関係する権利者団体 37 団体により「教育利用に関する著作権等管理協議会」が設立され、ライセンス等制度の受皿づくりのための検討が行われている。本協議会ではこれまで、各分野における対応の調整や具体的なライセンス体制の構築などについて議論が行われてきた。今後は、審議会における法制度に関する検討状況を踏まえ、制度の受皿団体の設置について、法人化することを含めて検討を行うとされている。平成 29 年 4 月 17 日、本協議会において異時授業公衆送信等に係る権利制限規定の整備に伴い補償金制度の導入がなされることとなった場合には、補償金の徴収分配の受皿となる団体を設立し、必要な準備に当たる旨の方針が示された」⁶⁶と記載されている。

補償金の徴収分配の受皿となる団体は、補償金額の決定に際して、利害関係者における意見集約やソフトローの運用管理を行うことのできる団体となることが期待される⁶⁷。この点、こうした指定管理団体の内部に、権利者側（権利者および権利者を構成員とする集中管理団体）だけでなく、利用者側（支払義務者である複数の教育機関の設置者、あるいは教育機関の設置者の代表団体）を構成員として含むことにするのか、それとも、利用者側の意見集約については、指定管理団体が、教育機関の設置者の代表団体から意見聴取を行うに留めるのか、という問題がある。利用者側の利益が組織化されていないので、権利者との組織的な交渉がしにくかった状況に鑑みると、指定管理団体が、教育機関の設置者の代表団体から意見聴取を行うに留めるというのが、現実的であるともいえるが、教育機関の設置者の代表団体が、補償金額の決定について、各教育機関の設置者の委任を得られるかどうかという問題、言い換えれば、教育機関の設置者の代表団体は、利害を代表してその意見を主張しうる主体として行動できるかどうか、課題となる。

この点に関連して、同報告書では、「団体が一元的に補償金管理を担うこととした場合において、補償金額の交渉を円滑に行うため、教育関係者においても教育コミュニティの意見集約を行うための体制の整備が必要となってくるものと考えられる。このような補償金管理団体と教育コミュニティとの協議のプラットフォームは、補償金額の交渉にとどまらず、ライセンススキームの構築や、法解釈のガイドラインの整備などに関する協議の場へと応用していくことが可能であると考えられる。そのような形で協議の場が活かされれば、教育目的での著作物利用における運用上の諸課題に対する解決策を相互に有機的に結び付けながら検討を行うことができ、その一体的な解決を図ることが可能となるものと期待さ

⁶⁶ 同上 97 頁。

⁶⁷ 受皿団体となる指摘管理団体は、改正 35 条の適用範囲について、法解釈の間隙を埋めるために自主規制としてソフトローを形成することになると思われるが、他方で、文化庁長官による指定管理団体の監督権限の行使や補償金額の認可プロセスにおける関与の程度によっては、共同規制の文脈におけるコントロール・ポイントともなり得るだろう。自主規制・共同規制などの概念については、本報告書「第 5 章 2.(1) 共同規制の概念」、コントロール・ポイントについては、本報告書「第 5 章 3.(2) 個人（自然人）を名宛人としたソフトロー」をそれぞれ参照。

れる」⁶⁸と指摘されている。

教育機関の設置者の代表団体側が、補償金額の妥当性の判断について代表する権限を持たないときに、指定管理団体から教育機関の設置者の代表団体側に対して、意見聴取がなされた場合において、何らかの意見を述べたとき、あるいは、代表性がないという理由で意見を述べなかったとする。その場合でも、文化庁長官は、文化審議会へ諮問の上、幾つかの要素に照らして適正な額と認めるものとして認可できるかどうかという問題がある。

④教育関係の利用分野の特殊性と制限規定／ガイドラインの考え方

教育関係の利用分野における制限規定については、教育分野のフィールドとアクターの特殊性に配慮した規範形成が必要である。

教育分野のフィールドとしての特殊性として、次の点が挙げられる。第一に、これまで、教育の過程で利用できる（解釈の余地が大きい）制限規定が幅広く存在してきたこと（32条、35条、38条など）、第二に、教育には外部経済があり、その成果は社会全体を裨益するという側面があるため、公益性があると考えられるという点である⁶⁹。もともと、公益性があるから無償でなければならない、ということは必然ではない。

また、アクターとしてのこの分野における法の実質的な名宛人の特殊性が挙げられる。それは、第一に、この分野における利用者側のアクターは、複雑な著作権法の知識は期待しにくく、人数も多いので（生徒・学生、教員）、新しいルールを周知し運用するための社会的なコストが高いこと、第二に、個別の許諾申請や支払いは期待しにくいこと、第三に、利用者側の利益が組織化されていないので、権利者との組織的な交渉がしにくいこと、である。

教育の分野におけるフィールドとアクターの状況を踏まえると、公衆送信に関して補償金（包括制）を伴う権利制限規定の導入は妥当であると考えられる。また、教育現場における著作権制度等に関する知識・理解の向上を図るための活動や、法解釈のよりどころとなるガイドラインを整備することも求められる。

課題として残るのは、教育機関側において、利用者側の利益が組織化されていないので、権利者との組織的な交渉がしにくいという問題点をどのように克服するのかである。この点について、同報告書では、「教育関係者においても教育コミュニティの意見集約を行うための体制の整備が必要」と指摘し、「補償金管理団体と教育コミュニティとの協議のプラットフォームは、補償金額の交渉にとどまらず、ライセンススキームの構築や、法解釈のガイドラインの整備などに関する協議の場へと応用していくことが可能であると考えられる」

⁶⁸ 同上 93 頁。

⁶⁹ 同上 81 頁「法第 35 条の趣旨は、学校等の非営利教育機関における教育活動には高い公益性が認められることから、各教育機関の教育目的の実現に資するため、権利者の利益を不当に害しない限度において、各教育機関が、教育上必要かつ適切な著作物等を、適切な形で、権利者の許諾が得られない、許諾を得るための手続費用が過大である等の事情に妨げられることなく、円滑に教育活動における使用に供するために複製し得るようにすることにあると解される」としている。

とする⁷⁰。教育コミュニティの意見集約を行うための体制の整備については、教育機関側が自主的に進めることが望ましい⁷¹。それが難しい場合、教育行政に関しての規制当局ともいえる文部科学省が適切な形でソフトローの形成に関与しうる部分もあると考えられる。

4. 著作権の権利処理における役割等

著作権法の法領域におけるソフトローの寄与は、権利制限規定との関係に限定されるものではない。法の解釈の間隙は著作権法のさまざまな条文との関係で生じうるからである。

著作権法は、私権としての著作権等について定めている。権利の活用や侵害の局面は、基本的には民事の場面は私法上の問題であり、侵害については刑事罰に関して公法的な側面もあるものの、著作権侵害は基本的に親告罪であるため、民事・刑事のいずれの場面においても、権利者の意思が重要となる。

著作権の活用場面では、著作権の権利処理が必要となる。その際には、契約を通して、当事者間のルールが形成されることになる。ソフトローを「裁判所その他の国の権力によってエンフォースメントされないような規範であって、私人（自然人および法人）や国の行動に影響を及ぼしているもの」⁷²と定義するのであれば、著作権をめぐる個別の契約そのものは、裁判所のエンフォースメントを背景とするのでソフトローとはいえない。もっとも、ある契約内容について合意することを法的に強制されるわけではないが、その契約内容に合意するという行動に影響を及ぼす何らかの拘束感が存在する場合には、ある種のソフトローが作用しているといえると考えられる。

たとえば、クリエイティブ・コモンズ・ライセンスは、ライセンス契約の問題であり、契約の問題であるともいえるが、クリエイティブ・コモンズという思想が私人にクリエイティブ・コモンズ・ライセンスの選択を促しているのだとすれば、そこにはある種のソフトローが存在するといえる⁷³。また、エンタテインメント業界における契約をめぐっても、それらの業界の決まりごとが、必ずしも裁判規範力がないという意味において、ソフトローが作用していることが指摘されている⁷⁴。裁判規範力が常にあれば、単なる契約にすぎない

⁷⁰ 同上 93 頁。

⁷¹ 現状でも、いくつもの私学関係団体や大学関係団体が存在するが、著作権に関する法的問題について、各教育機関の設置者との関係で代表性をもって意見集約をできる団体であるかは不明確である。

⁷² 中山信弘「はしがき」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、2008 年）i 頁における定義。また、中山信弘「創刊の辞」ソフトロー研究(1)（2005 年）巻頭頁では、「最終的に裁判所による強制的実行が保証されていないにもかかわらず、現実の経済社会において国や企業がなんらかの拘束感を持ちながら従っている諸規範」と規定している。

⁷³ 野口祐子「多様化する情報流通と著作権制度ークリエイティブ・コモンズの試み」中山信弘編集代表・大淵哲也編『知的財産とソフトロー』（有斐閣、2010 年）155 頁では、「ソフトローはその範囲の捕らえ方に様々なアプローチがあり、著作権に関するソフトローという意味でも、ライセンス契約における契約慣行や権利者による権利行使と無断利用行為に対する「黙認」の使い分け等、様々なものが考えられるだろう」と述べる。また、「CC ライセンスは、ハードローである著作権法の限界を補完する趣旨で始まった草の根運動であるという意味でソフトロー的側面をもつもの」としつつも、「その強制力の根源をハードローである著作権法に全面的に依存することで法廷における執行力を獲得しているという意味において、純粋な意味でのハードローではない」と整理している（同 172 頁）。

⁷⁴ 内藤篤「エンタテインメント業界におけるソフトローー典型契約と典型条項」中山信弘編集代表・大淵哲

が、業界にありがちな契約ルールについて、裁判所が必ずしも尊重してくれるとは限らないため、ソフトローに止まるエンタテインメント業界の契約法があるのだという見方である⁷⁵。

也編『知的財産とソフトロー』（有斐閣、2010年）47-48頁は、エンタテインメント業界にソフトローについて、①契約書に取り込まれたものでない、業界にありがちな決まりごと、②契約書に取り込まれた、業界にありがちな決まりごと、③業界の自主ルール等の故に存在する、業界にありがちな決まりごと、④慣習等に根拠のある裁判規範力のある決まりごと、の4つの類型に分けた上で、①から④に下るに従い、裁判規範性（一般的なそれ）は強まっていくものと考えられる、とする。

⁷⁵ ソフトローとしてのエンタテインメント契約法の裁判規範性の問題点については、内藤篤『エンタテインメント契約法』（商事法務、第3版、2012年）「序章2 ソフトローとしてのエンタテインメント契約法」を参照。

第4章 平成30年改正著作権法案における柔軟な権利制限規定とソフトロー

1. はじめに

平成30年2月23日に著作権法の一部を改正する法律案が閣議決定され、同日国会に提出された⁷⁶。同法律案は、文化審議会著作権分科会報告書（平成29年4月。以下「29年報告書」という。）を受けたものであり、いわゆる柔軟な権利制限規定を含むものとなっている。そして、29年報告書において、柔軟な権利制限規定の対象として位置付けられている行為類型のうち、第一層と呼ばれるもの（著作物の本来の利用には該当せず、権利者の利益を通常害さないと評価できる行為類型）や第二層と呼ばれるもの（著作物の本来の利用には該当せず、権利者に及び得る不利益が軽微な行為類型）は、かつて文化審議会著作権分科会報告書（平成23年1月。以下「23年報告書」という。）において「権利制限の一般規定」の対象とすることが適当であるとされた「著作物の表現を享受しない利用」（著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用。いわゆる「C類型」）と考え方において共通しているものと考えられる。

そこで、本章では、同法案のうち、柔軟な権利制限規定を具体化したものと考えられる規定（30条の4、47条の4及び47条の5）を中心に、かつてのC類型を巡る議論も踏まえた上で、ソフトローの必要性等につき検討をする。

2. 「権利制限の一般規定」検討時における議論

（1）ガイドラインに関する議論

文化審議会著作権分科会は、知的財産推進計画2009（平成21年6月24日知的財産戦略本部決定）⁷⁷における「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容しうる権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる。」という提言を受け、権利制限の一般規定⁷⁸の導入を巡り、法制問題小委員会において精力的に議論を行った。議論の初期段階では、有識者団体や関係団体合わせて43団体からのヒアリングを6回にわたり実施したが、これは、権利制限の一般規定に関し、権利者団体を中心に導入反対の声が大きく、かたや導入賛成派においても、いかなる規定をもって「権利制限の一般規定」と捉えるのか（こういった行為類型が「権利制限の一般規定」により権利制限の対象となるのか）という点につき、見解が様々

⁷⁶ http://www.mext.go.jp/b_menu/houan/an/detail/1401718.htm

⁷⁷ <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf>

⁷⁸ 本稿では、文化審議会著作権分科会報告書（平成23年1月）26頁に倣い、「一定の包括的な考慮要件を定めた上で、権利制限に該当するかどうかは裁判所の判断に委ねるという方式の権利制限規定」のことを「権利制限の一般規定」と呼ぶことにする。

であるという大きな問題があったため、まずは広く関係者からヒアリングを実施し、その結果を踏まえた論点整理すべきだという認識に基づくものである。そして、その後、ワーキングチームにおける短期集中的な議論を行った後、平成 22 年 4 月に同小委員会としての中間まとめ（「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」）を公表し、意見募集（パブリックコメント）を行うとともに、再度有識者団体や関係団体合わせて 18 団体からのヒアリングを 2 回にわたり実施している。

ヒアリングや意見募集においては、様々な意見が寄せられたが、ガイドラインに関して、以下のような意見も寄せられた（下線は筆者が付した。以下同様）。

① ガイドライン作成に消極的な意見

まず、ガイドラインを作成することに消極的な意見としては、以下のようなものがあった。いずれの意見も、行政が主体となって作成されるガイドラインを念頭に、そうしたガイドラインによって、権利制限の一般規定が持つ柔軟性というメリットが阻害されてしまうことを懸念するものであるといえよう。

- ・「抽象的な規定を置いた場合、特に英米では基準の具体的な判断要素を判例によって蓄積し具体化する傾向にあるが、日本では行政府の影響力が相対的に高く、例えば行政指導やガイドラインによって、規定の本来の意図とは離れた判断要素が示されてしまう可能性がある。一方で、立法の段階で詳細かつ具体的な判断要素を提示してしまうと、解釈の予測可能性は高まるが当該規定の柔軟な適用は難しくなる。」（ThinkC）⁷⁹
- ・「一般規定の意義に照らし、政令、ガイドライン等で不必要に細かな要件・解釈を作らないようにすると最終報告書において明記すべき」（個人）⁸⁰

② ガイドライン作成に積極的な意見

一方で、以下のとおり、ガイドライン作成に積極的な意見も多く寄せられた。これらの意見は、予測可能性に乏しいという権利制限の一般規定の短所を補う機能をガイドラインに見出しているものといえ、いずれも行政ではなく利害関係者（権利者・利用者）をもって作成主体として捉えているという共通点を指摘することができる。

- ・「司法に法創造機能や政策機能を期待することは困難であるとの意見もあるが、事業者が萎縮せざるをえない現行法下と比較し、多くの場合に事業者が担い手となり得られる技術進歩の利益を国民が享受できるような法環境が期待できると考えられる。さらに、一般条項は予測可能性が担保されないともいえるが、今後の判例の集積や、関係者によるガイドラインの策定などによりその点は解決しうるものであり、特に、技術

⁷⁹ 平成 21 年 7 月 24 日法制問題小委員会における提出資料より

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h21_03/pdf/shiryo_3.pdf

⁸⁰ 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に関する中間まとめに対する意見（募集期間：平成 22 年 5 月 25 日～平成 22 年 6 月 24 日）より

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h22_06/pdf/shiryo_2_2.pdf

革新の早い分野については個別事例による解決によって、さらなるイノベーション促進・ユーザー利便性の向上が期待できる。」（電子情報技術産業協会）⁸¹

- ・「権利制限の一般規定が置かれたとしても、著作権法の目的の一面である「権利の保護」の視点は重要であり、利用に関する細かな点については、関係団体間によるガイドライン等の制定が必要となると考えます。図書館における著作物の利用に関しては「図書館における著作物の利用に関する当事者協議会」において継続的な協議が行われており、権利制限の一般規定を置くための条件のうちの一つが解決されていると考えています。」（日本図書館協会）⁸²
- ・「仮に権利制限の一般規定が導入される場合、裁判外紛争解決手続（ADR）などの現実的な紛争解決手段や、実際の利用に当ってのガイドラインを協議する場も必要ではないかと思われる。」（日本放送協会）⁸³
- ・「フェアユースみたいな環境が整うことによって、そういったガイドラインを作成する空気みたいなものができる、そういう効果が認められるのではないかと思っています。」（インターネットユーザー協会）⁸⁴
- ・「著作権との関わりが万人にとって日常的になったことにより、万人が著作権侵害をするリスクを負うことになるが、米国では業界団体や大学がフェアユース規定にもとづくガイドラインやベストプラクティスを作成し、こうしたリスクを軽減している」（個人）⁸⁵

（２）Ｃ類型に関する意見

次に、権利制限の一般規定の対象とすべきと整理された行為類型のうち、いわゆるＣ類型（著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用）について、権利者団体から当時示された懸念を以下にみる。

- ・「Ｃ類型の定義『知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用』は不明確で、どのような利用形態がこれに当たるのか分からない。具体例も乏しく、グーグルブックサーチの事例まで該当するとの指摘があるほど、極めて広範な適用が可能なように読める。」（日本新聞協会）⁸⁶

⁸¹ 平成 22 年 8 月 25 日法制問題小委員会提出資料より

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h21_04/pdf/shiryo_5.pdf

⁸² 平成 22 年 8 月 25 日法制問題小委員会提出資料より

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h21_04/pdf/shiryo_6.pdf

⁸³ 平成 22 年 8 月 31 日法制問題小委員会提出資料より

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h21_05/pdf/shiryo_5.pdf

⁸⁴ 平成 22 年 8 月 31 日法制問題小委員会議事録より（津田大介氏発言）

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h21_05/index.html

⁸⁵ 前掲注 80

⁸⁶ 平成 22 年 8 月 5 日法制問題小委員会提出資料より

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h22_08/pdf/shiryo_2.pdf

- ・「C類型は、判断基準が曖昧であり、拡大解釈されるおそれがあるので、具体的な事例を示した上で検討すべきである。」（日本音楽著作権協会）⁸⁷
- ・「C類型は非常に定義が抽象的であり適用範囲や判断基準が不明確で拡大解釈の虞がある。」（日本芸能実演家団体協議会、日本レコード協会、日本音楽事業者協会）⁸⁸
- ・「本類型の要件として掲げる『著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用』にどのような行為が当てはまるかが判然としません。」（コンピュータソフトウェア著作権協会）⁸⁹
- ・「C類型が非常に曖昧であって、その適用範囲が非常に不確実で予測不能であることに懸念を有しています。」（ビジネス・ソフトウェア・アライアンス）⁹⁰

これらは、いずれも C 類型がそのままの形で条文化された場合は、規定の曖昧さゆえに拡大解釈や予測可能性の欠如を招くという指摘である。

（３）文化審議会著作権分科会報告書（平成 23 年 1 月）⁹¹

こうした意見も踏まえた上で、23 年報告書では、ガイドラインの整備の必要性に関して、「…法的に強制力のないガイドラインは、あくまで著作物の利用に当たっての一つの基準に過ぎないが、例えば権利者団体と利用者団体との協議によりガイドラインが定められ、多くの利用者が当該ガイドラインを遵守し、著作物を利用している実態が認められれば、訴訟等においてもそのガイドラインが裁判所の判断に当たって業界の慣行として参考になれることもあろう。ガイドラインの整備については、特に法律上義務付ける必要はなく、権利制限の一般規定の内容、利用分野、関係権利者団体又は利用者団体の有無等に応じて、適切に考慮する必要がある。」と記載されている（60 頁）。

かかる記載は、例示という形であり、かつ、利用者が遵守する実態が認められればという留保が付されているものの、（行政が主体となるのではなく）関係者間の協議により作成するガイドラインにつき、業界慣行として裁判所の判断指針となりうるという意味での一定の効果を見出しているものと評価することができる。

なお、当該報告書を受けて行われた平成 24 年の法改正においては、政府部内の立法作業の結果、C 類型よりももう一段限定された規定となり⁹²、個別権利制限規定の追加に他ならないといった批判が多く寄せられたこともあり、改正法施行後にガイドラインやソフ

⁸⁷ 平成 22 年 8 月 5 日法制問題小委員会提出資料より

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h22_08/pdf/shiryo_4.pdf

⁸⁸ 前掲注 87

⁸⁹ 平成 22 年 8 月 5 日法制問題小委員会提出資料より

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h22_08/pdf/shiryo_6.pdf

⁹⁰ 前掲注 89

⁹¹ http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2301_shingi_hokokusho.pdf

⁹² 30 条の 4（技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用）、47 条の 9（情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用）という形で具体化された。なお、両規定は、平成 30 年改正法案においては、前者は新 30 条の 4 第 1 号、後者は新 47 条の 4 第 1 項 3 号という形でそれぞれ組み込まれている。

トローを巡る具体的な議論が行われたり、実際にガイドラインの作成が行われたりするといった進展を見せることはなかった。

2. 平成30年著作権法改正案

1. で見た平成24年著作権法改正時の経緯を踏まえ、以下では、平成30年2月23日に閣議決定され、同日付で国会に提出された著作権法の一部を改正する法律案（以下「改正法案」という）において柔軟な権利制限規定と位置付けられている規定を対象として、ガイドライン、ソフトローの必要性等につき若干の検討を行う。

（1）新30条の4（著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用）

改正法案は、著作権法30条の4として、以下の規定を新設することとしている。

（著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用）

第30条の4 著作物は、次に掲げる場合その他の当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

- 一 著作物の録音、録画その他の利用に係る技術の開発又は実用化のための試験の用に供する場合
- 二 情報解析（多数の著作物その他の大量の情報から、当該情報を構成する言語、音、映像その他の要素に係る情報を抽出し、比較、分類その他の解析を行うことをいう。第47条の5第1項第2号において同じ。）の用に供する場合
- 三 前2号に掲げる場合のほか、著作物の表現についての人の知覚による認識を伴うことなく当該著作物を電子計算機による情報処理の過程における利用その他の利用（プログラムの著作物にあつては、当該著作物の電子計算機における実行を除く。）に供する場合

本条は、29年報告書において、第一層と位置付けられている行為類型（著作物の本来的利用には該当せず、権利者の利益を通常害さないと評価できる行為類型）を権利制限の対象として条文化したものと考えることができる。具体的には、思想又は感情を創作的に表現したものであるところの「著作物」（著作権法2条1項1号）は、そこに表現された思想や感情を享受する（鑑賞する）ことが、財産権としての著作権の基礎となる著作物の本来的な利用であると捉えた上で、「著作物に表現された思想又は感情の享受」を目的としない利用は原則として著作権者の利益を害さないという前提に立った規定であるといえる。条文構造としては、本文において、「次に掲げる場合その他の…」と規定されていることか

ら、第一号から第三号は、「当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合」の例示列举⁹³であるということになり、第一号から第三号に該当せずとも、「当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合」であると評価される行為類型については、「必要と認められる限度」といえ、かつ但書（「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」）に該当しない限り、権利制限の対象となることになる。また、本条は、利用主体や利用客体、そして利用態様には何ら限定はなく、様々な分野における利用行為に適用可能性がある権利制限規定であるといえる。

ある著作物の利用行為が本条に基づく権利制限の対象となるかは、著作物に表現された思想又は感情を享受することを目的とするか否かが、最も重要なポイントとなる。かかる判断は、例示として列举されている第一号から第三号を参考にしつつ行うことになる。私見では、著作物に表現された思想又は感情を享受するといえるためには、①著作物における表現を人が知覚により認識すること、②①を通じて当該著作物に表現された思想又は感情を享受する（鑑賞する）こと、をいずれも満たす必要があるものと考えるところ、かかる判断、特に②の該当性に関しては、時として困難が伴うことも予想される。また、プログラム著作物の場合は、①が不要であると考えられるが、同様に②の該当性についてはその判断が困難な場合も想定される。

加えて、上記のとおり、本条は、「著作物に表現された思想又は感情の享受」を目的としない利用は原則として著作権者の利益を害さないという前提に立った規定であるにもかかわらず、但書（「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」）が置かれており、いかなる場合が但書に該当するのかは明らかではないし、さらには、「必要と認められる限度」の範囲についても同様の問題が指摘できるようにも思われる。

これらは、いずれも本条が持つ文言の抽象性（柔軟性）に由来するものであるところ、利用者の予測可能性の確保という観点からは、ガイドライン等の形で、これを補完することが望ましい領域が既に存在し、あるいは今後生じる可能性もあると思われる。上記のとおり、本条は主体や客体、利用態様において何ら限定がないため、仮にガイドライン等を作成するといった場合は、およそ本条全般を対象とするものではなく、特定の分野、サービス等を対象とするものを検討することになる。

（２）新４７条の４（電子計算機における著作物の利用に付随する利用等）

改正法案は、著作権法４７条の４として、以下の規定を新設することとしている。

⁹³ なお、第一号は現３０条の４（技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用）、第二号は現４７条の７（情報解析のための複製等）に相当する行為類型が規定されている

(電子計算機における著作物の利用に付随する利用等)

第47条の4 電子計算機における利用(情報通信の技術を利用する方法による利用を含む。以下この条において同じ。)に供される著作物は、次に掲げる場合その他これらと同様に当該著作物の電子計算機における利用を円滑又は効率的に行うために当該電子計算機における利用に付随する利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

- 一 電子計算機において、著作物を当該著作物の複製物を用いて利用する場合又は無線通信若しくは有線電気通信の送信がされる著作物を当該送信を受信して利用する場合において、これらの利用のための当該電子計算機による情報処理の過程において、当該情報処理を円滑又は効率的に行うために当該著作物を当該電子計算機の記録媒体に記録するとき。
- 二 自動公衆送信装置を他人の自動公衆送信の用に供することを業として行う者が、当該他人の自動公衆送信の遅滞若しくは障害を防止し、又は送信可能化された著作物の自動公衆送信を中継するための送信を効率的に行うために、これらの自動公衆送信のために送信可能化された著作物を記録媒体に記録する場合
- 三 情報通信の技術を利用する方法により情報を提供する場合において、当該提供を円滑又は効率的に行うための準備に必要な電子計算機による情報処理を行うことを目的として記録媒体への記録又は翻案を行うとき。

2 電子計算機における利用に供される著作物は、次に掲げる場合その他これらと同様に当該著作物の電子計算機における利用を行うことができる状態を維持し、又は当該状態に回復することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

- 一 記録媒体を内蔵する機器の保守又は修理を行うために当該機器に内蔵する記録媒体(以下この号及び次号において「内蔵記録媒体」という。)に記録されている著作物を当該内蔵記録媒体以外の記録媒体に一時的に記録し、及び当該保守又は修理の後に、当該内蔵記録媒体に記録する場合
- 二 記録媒体を内蔵する機器をこれと同様の機能を有する機器と交換するためにその内蔵記録媒体に記録されている著作物を当該内蔵記録媒体以外の記録媒体に一時的に記録し、及び当該同様の機能を有する機器の内蔵記録媒体に記録する場合
- 三 自動公衆送信装置を他人の自動公衆送信の用に供することを業として行う者が、当該自動公衆送信装置により送信可能化された著作物の複製物が滅失し、又は毀損した場合の復旧の用に供するために当該著作物を記録媒体に記録するとき。

本条は、電子計算機やインターネット（以下「電子計算機等」という）における著作物利用の円滑化・効率化のための付随利用一般（1項）及び維持・回復のための利用一般（2項）について、「必要と認められる限度」といえ、かつ但書（「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」）に該当しない限り、幅広く権利制限の対象とするものである。先述した新30条の4と同様に、利用主体や利用客体には特段限定はなく、電子計算機等における様々な利用行為に適用可能性があり、かかる意味において一定の柔軟性を備えた権利制限規定であるといえる。

各項ともに既存の権利制限規定を各号に組み込んでおり、1項1号は現47条の8（電子計算機における著作物の利用に伴う複製）、同2号は現47条の5第1項1号（送信の遅滞・障害の防止）及び同2項（送信の中継の効率化）、同3号は現47条の9（情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用）、2項1号、同2号は現47条の4（保守・修理等のための一時的複製。なお1項が1号、2項が2号に相当する）、3項は現47条の5第1項2号（滅失・毀損の復旧）にそれぞれ相当する⁹⁴。

本条で権利制限の対象となる著作物の利用行為は、新30条の4のそれと異なり、いずれも「著作物に表現された思想又は感情を享受すること」に向けられた利用であるといえ、その意味では、第二層と評価することも可能であるように思われるが、いずれも既に行われている享受利用とは離れた新たな享受に向けられた利用ではなく（換言すれば新たな享受利用を目的するものではなく）、かかる意味において原則として著作権者の利益を害するものではないと考えれば、新30条の4と同様に第一層を具体化したものとして評価することになる。

各項とも、第1号から第3号は、「次に掲げる場合その他」という文言からは、例示列举であり、各号に該当せずとも、本文の要件を満たせば本条の権利制限の対象となりうることになるが、「（次に掲げる場合その他）これらと同様に」という文言に照らせば、本条の権利制限の対象となるためには、各号と同様の利用であると評価される必要があると考えられる。

ガイドライン作成の必要性という観点からは、各号の解釈に関しては、1項2項ともに、基本的には組み込まれた既存の各権利制限規定の解釈がそのまま妥当することから、その必要性は高くないものと考えられるが、一方で、本文に関しては、「（電子計算機等における利用を）円滑又は効率的に行うため」、「（電子計算機等における利用に）付随する利用」（以上1項）、「（電子計算機における利用を行うことができる）状態を維持し、又は当該状態に回復することを目的とする」（2項）、あるいは「必要と認められる限度」（1項2項）といった要件が、それぞれ何を意味するのかといった点につき、なお予測可能性という観点からは不透明さが残っているという評価も可能であろう。加えて、本文を満たす場合は原則として著作権者の利益を害さないという前提に立った規定であると考えた場合、

⁹⁴ 現行の規定と要件が完全に同一ではなく、一部要件が緩和されているものもある。

なお但書（「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」）によって権利制限が否定される場合はどのような場合なのかは、新30条の4と同様に明らかではない。

そのため、こうした問題につき、ガイドライン等の形で補完することが望ましい領域が既に存在し、あるいは今後生じる可能性も否定できない。

（３）新４７条の５（電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微利用等）

改正法案は、著作権法47条の5として、以下の規定を新設することとしている。

（電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微利用等）

第47条の5 電子計算機を用いた情報処理により新たな知見又は情報を創出することによって著作物の利用の促進に資する次の各号に掲げる行為を行う者（当該行為の一部を行う者を含み、当該行為を政令で定める基準に従って行う者に限る。）は、公衆への提供又は提示（送信可能化を含む。以下この条において同じ。）が行われた著作物（以下この条及び次条第二項第二号において「公衆提供提示著作物」という。）（公表された著作物又は送信可能化された著作物に限る。）について、当該各号に掲げる行為の目的上必要と認められる限度において、当該行為に付随して、いずれの方法によるかを問わず、利用（当該公衆提供提示著作物のうちその利用に供される部分の占める割合、その利用に供される部分の量、その利用に供される際の表示の精度その他の要素に照らし軽微なものに限る。以下この条において「軽微利用」という。）を行うことができる。ただし、当該公衆提供提示著作物に係る公衆への提供又は提示が著作権を侵害するものであること（国外で行われた公衆への提供又は提示にあつては、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものであること）を知りながら当該軽微利用を行う場合その他当該公衆提供提示著作物の種類及び用途並びに当該軽微利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

一 電子計算機を用いて、検索により求める情報（以下この号において「検索情報」という。）が記録された著作物の題号又は著作者名、送信可能化された検索情報に係る送信元識別符号（自動公衆送信の送信元を識別するための文字、番号、記号その他の符号をいう。）その他の検索情報の特定又は所在に関する情報を検索し、及びその結果を提供すること。

二 電子計算機による情報解析を行い、及びその結果を提供すること。

三 前二号に掲げるもののほか、電子計算機による情報処理により、新たな知見又は情報を創出し、及びその結果を提供する行為であつて、国民生活の利便性の向上に寄与するものとして政令で定めるもの

2 前項各号に掲げる行為の準備を行う者（当該行為の準備のための情報の収集、整理及び

提供を政令で定める基準に従って行う者に限る。)は、公衆提供提示著作物について、同項の規定による軽微利用の準備のために必要と認められる限度において、複製若しくは公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。以下この項及び次条第2項第2号において同じ。）を行い、又はその複製物による頒布を行うことができる。ただし、当該公衆提供提示著作物の種類及び用途並びに当該複製又は頒布の部数及び当該複製、公衆送信又は頒布の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

本条は、電子計算機を用いた情報処理により新たな知見又は情報を創出することによって著作物の利用の促進に資する1号から3号に規定する行為を行う者による著作物の「軽微利用」（1項）やその準備としての利用（2項）を権利制限の対象とするものである。1項1号は現47条の6（検索サービス）を含む各種の所在検索サービス、同2号は情報解析（現47条の7）の結果提供、3号は政令で定めるものとされており、これらは、新30条の4や新47条の4と異なり、各号が限定列举として規定されている。そのため、本条は、新30条の4や47条の4と比較すれば、規定の柔軟性は若干低いと評価されよう。

もともと、1項の対象となるためには、各号に規定された行為に「付随」した「軽微利用」であると評価される必要があり、「軽微利用」については、「利用に供される部分の占める割合、その利用に供される部分の量、その利用に供される際の表示の精度その他の要素に照らし軽微なもの」と定義されている。このように、軽微利用と評価されるか否かは、結局のところ、総合考慮により決定されるものであるため、予測可能性の確保という問題が指摘できる。このほか、「必要と認められる限度」という要件や著作権者の利益を不当に害する場合を除外する但書との関係をどのように理解するかといった問題もありえよう。

そのため、こうした問題を解決するために、ガイドライン等のソフトローを活用することも考えられる。

第5章 著作権分野のソフトロー行政に向けた試論的考察

1. 著作権分野のソフトローを理解することの位置付け

(1) はじめに

本稿の目的は、インターネット関連分野の規範形成において国内外で用いられている私の「共同規制 (co-regulation)」という、ソフトローを駆使した規制政策の方法論が、今般閣議決定がなされた「柔軟な権利制限規定」への対応を含む今後の著作権分野におけるソフトローのあり方について、いかなる示唆を持ちうるかを試論的に考察することである。その前提として、まず本報告書全体の主題である、「著作権分野におけるソフトロー」への理解を深める作業が、今後の著作権法政策において、いかなる位置づけを有するべきかについての試論を述べたい。

(2) 実態の把握とメカニズムの解明

第一に、著作権法分野におけるソフトローの「実態の把握とメカニズムの解明」を進めることである。「国の法律ではなく、最終的に裁判所による強制的実行が保障されていないにもかかわらず、現実の経済社会において国や企業が何らかの拘束感を持ちながら従っている諸規範⁹⁵⁾」であるソフトローは、著作権法分野においても様々な局面で大きな役割を果たしてきたはずだが、その実態を広く把握しようとするまとまった研究は永く我が国において見られなかった。本調査研究で実施されたアンケート調査とその分析（本報告書第2章）により明らかにされた実態は、著作権法というハードローが、現に社会においてどのような規範枠組の中で受容されているのかをより深く理解する上での基礎資料となり得る。

さらに、立法・行政・司法という自律的・自己完結的なプロセスの中で生成され、法が法であるという理由のみをもって拘束的に機能するハードローとは異なり、ソフトローを理解するためには、「何らかの拘束感」の正体を明らかにすること、すなわち、なぜ、そのソフトローは形成され、現に拘束力を有しているのかというメカニズムの解明が不可欠となる。こうしたメカニズムの解明は、これまでも例えば法社会学の方法論によるアプローチや、個々のプレイヤーのインセンティブ構造に着目するミクロ経済学のアプローチなどによっても行われてきたところである。それら方法論の具体的応用については、我が国の代表的な研究蓄積である『ソフトロー研究叢書』全5巻をはじめとして国内外に数多として存在するところだが、ソフトローのメカニズム解明のために不可欠であると考えられる視座をいくつか簡潔に述べておきたい。

第一に、ソフトローの当事者（策定者・名宛人）が現に有するソフトローへの認識を、聞き取りやアンケートの方法により明らかにすることである。策定者は、どのような理由により当該ソフトローを策定しようと考えたのか。そしてソフトローは分析対象としての

⁹⁵⁾ 中山信弘「創刊の辞」(『ソフトロー研究』第1号 2005年)

法という客体が明確に存在するハードローと異なり、名宛人からその拘束力が主観的に認識されたときに、初めてソフトローはソフトローであり得る。

第二に、インセンティブを重視することである。プレイヤーがある規範に従う最たる理由は、そうすることが自らにとって合理的であるからだと考えることが、多くの場合は観察者にとっても合理的である。むしろ、合理性だけでは説明しきれないソフトローが発見されたとき、それはそれで深く研究を行うべき大きな価値を有しようが、まずは前提として、合理的インセンティブ構造⁹⁶の枠組における説明可能性を追求することが必要となる。

第三に、異なる制度同士の比較を重視することである。一見著作権法とは関連性が少ないと見える他の法領域におけるソフトローの実践においても、一定程度の抽象的観点からの分析と比較を行うことで、当該ソフトローがソフトローとして機能している社会的・経済的背景、ハードローや政府の関与方法等の点における共通性を見出すことができるはずである。特に、インターネットの拡大という共通の変化に対応するため多くの規範が生み出され続けている情報法分野におけるソフトローとの比較は、現代における著作権法分野のソフトローを理解する上で少なくない示唆を生み出しうるはずである。

第四に、ソフトロー・ハードロー双方を含む制度同士の関係性を重視することである。著作権分野のソフトローが著作権法というハードローと深い関係性を有することは疑いが無いが、ソフトローは、原理的に自己完結的ではあり得ないがゆえに、他のハードロー（たとえば第 31 条であれば図書館法や博物館法、第 35 条であれば学校教育法等）との何らかの関係性を有してこそ機能し、また司書や教員らの専門職倫理や事業者の行動原理という各種ソフトローとも、強い相互依存関係の下に形成・維持されてきているはずである。

第五に、歴史的経緯や経路依存性を参照することである。ソフトローは、当事者の認識に依存するものであるがゆえに、ハードローのように制定者の意図による短期での改廃を行うことが容易ではなく、歴史的経緯や経路依存性の影響を強く受けて形成・維持されることで、規範としての機能を得る。現にプレイヤーが有するインセンティブという共時的 (synchronic) 構造の形成要因は、通時的 (diachronic) 構造の補完により明らかとされる。

(3) ソフトロー行政の方法論

第二の目的は、たとえば「柔軟な権利制限規定」が導入された際に、著作権法分野において、法の目的を実現する上で必要なソフトローが、必要な時に、必要な形で形成され、必要な期間持続的に維持される状態を生み出すための、法政策上の方法論を構築していく基礎を提供することである。そのような、ソフトローの公共的・民主的「活用」の可能性は、第一で述べた、実態の把握とメカニズムの解明の上においてこそ成り立つ。

法政策による、すなわち国家によるソフトローへの関与は、その主体は、立法・行政・司法のいずれでもあり得る。しかし、特に「柔軟性」を求められる今後の著作権分野にお

⁹⁶ ソフトローを形成・維持するインセンティブ構造のゲーム理論を用いた説明として、藤田友敬・松村敏弘「自生的秩序の経済学」(藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』2008年 有斐閣 第一章)等を参照。

けるソフトローに関して、立法や司法と比して高い機動性・柔軟性を有する行政が、立法や司法とは異なる形で果たすべき法政策上の役割は大きいだろう。「柔軟な権利制限規定」等が生み出す新たな著作権のソフトロー環境の中で、国家はどのような「ソフトロー行政」の方法論を構築していくべきだろうか。それを検討することは、立法や司法の役割は勿論、国家と協調しつつ自ら望ましいソフトローを生み出すことが期待される、産業界や個人の役割を再考することをも意味する。次節で述べる「共同規制」は、著作権法と深く関連する領域において、そのことを理論的に検討し、現に実践してきた方法論の総称である。

2. 共同規制という方法論

(1) 共同規制の概念

共同規制という概念の背景には、インターネットの普及により実現した現代の情報社会における規範形成に関わる二つの極、双方に対する懐疑がある。一つの極は、情報社会では、国家が制定する法に基づく規範形成には限界が多く、できうる限り企業や市民の自主規制（self-regulation）あるいは自己統治（self-governance）により規範形成が行われるべきであるとする考え方である。情報社会における技術的・社会的・経済的要素の変化の激しさ、法や規制の策定に必要な専門知識が国家よりも市場の当事者の側に偏在していること、プラットフォーム事業者という私的主体が現に利用者への実効的かつ広範な規制能力を有すること、そしてインターネットの持つ本質的な越境性・グローバル性、これらの要素はいずれも規範形成主体としての国家の役割を確かに減退させる方向の力学を有する。

一方で、私人による純粋な自主規制を観察すれば、その不完全性もまた明らかである。必要な時に必要なルールが作られる保証は誰にもできず、もしルールが作られたとしても、その内容の不十分性や不公正性、そして自らが自らを罰することの困難に起因する実効性の不足という問題も存在する。これら問題の背景には、伝統的に業界団体等による自主規制がうまく機能してきた既存産業と比して、インターネット関連産業には集散的な規範を継続的に形成・維持しうる安定的な業界団体等が存在せず、また産業の流動性・分野横断性等の理由により、そうした安定的構造の生成自体が困難であるという要因も存在する。さらに大企業等を中心とした形成がなされやすい自主規制に関して、中小企業や消費者等の利害関係者の参加による正統性（legitimacy）をいかに確保するかという点は、自主規制や自己統治が前提とする「当事者」によるルール形成の根幹となる。インターネットに関わる法規制の設計と運用は、その多くを自主規制によらざるを得ない一方で、自主規制に過度な期待をすることもできないという、望ましいルール形成主体の選択における二律背反性と常に相対してきたと言える。

共同規制（co-regulation）とは、端的に言えば、柔軟性や当事者の知識の活用、そして不確実性の高い問題への対処といった自主規制—それをすなわち「ソフトロー」と表現しても許されよう⁹⁷—の利点を活かしつつも、その不完全性やリスクを政府が補完することに

⁹⁷ 欧州委員会から欧州議会に向けて出された自主規制・共同規制の活用に関わる政策文書では、自主規制・

より、上述のような二律背反の状況を解消しようとする規制手法であると表現することができる⁹⁸。このような共同規制概念の背景は、目下の著作権法が直面する「柔軟性のある権利制限規定の整備にあたっては、明確性、専門性、状況変化への迅速な対応可能性等の観点から、行政府における委任命令や民間等で行われるソフトローについても、規定の趣旨や性質に応じて、法律と組み合わせて活用することを検討することが適当である⁹⁹」という要請とも、多くの点で軌を一にするはずである。

情報社会で生じる幅広い問題に対して共同規制の方法論を適用してきた英国情報通信庁は、2008年の「適切な規制の解を特定する：自主規制と共同規制を分析する上での原則¹⁰⁰」文書において、共同規制を、自主規制と法的規制（statutory regulation）の中間的・混合的手法として位置付ける。そして①産業界自身が当該問題を解決する意思を有しているか否か、②産業界による解決策は市民や消費者の利益に適合しているか、③合意された産業界のスキームに参加するインセンティブを持たない企業は存在しうるか、④産業界の集合的解決策に「ただ乗り」しようとする企業は存在しうるか、⑤産業界は明確な目的を設定しうるか、という評価基準を元に当該産業の性質と問題の状況を精査した上で、望ましい手法を選択し、また動的に変更していくものとしている。

規制なし（No regulation）：市場自身が求められる成果を出すことができている。市民と消費者は財やサービスの利点を完全に享受し、危険や害悪に晒されることがないようエンパワーされている。

自主規制（Self-regulation）：政府や規制機関による正式な監督なしに、産業界が集合的に市民・消費者問題およびその他の規制方針に対応する解決策を管理している。合意されたルールに関する事前の明確な法的補強措置（backstops）は存在しない（ただし当該分野の事業者に対する一般的な義務は適用されうる）。

共同規制（Co-regulation）：自主規制と法的規制の両方により構成されるスキームであり、公的機関と産業界が、特定の問題に対する解決策を共同で管理している。責任分担の方法は多様だが、典型的には政府や規制機関は求められた目的を達成するために必要な補強力を保持している。

共同規制を「ソフトロー手段」として称している（‘Soft law’ instruments refers to co-regulation and self-regulation.）。Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union {SEC(2005) 175}

⁹⁸ 共同規制の概念と社会的・経済的背景に関わるより詳細な解説としては、拙著『情報社会と共同規制：インターネット政策の国際比較制度研究』（勁草書房、2011年）第一章を参照。

⁹⁹ 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作業部会「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ついて（検討結果報告）」（平成29年2月13日）（以下「検討結果報告」と称する）12p

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/needs_working_team/h28_06/pdf/shiryo_2.pdf

¹⁰⁰ Ofcom “Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation”, 2008.

https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0019/46144/statement.pdf?lang=en

法的規制 (Statutory regulation)：関係者が従うべき目的とルール（プロセスや企業に対する特定の要求を含む）が法律や政府、規制者によって定義されており、公的機関によるエンフォースメントが担保されている。

上記の定義においても示されるように、共同規制における政府と産業界の責任分担は多様な姿を持ち得ると共に、自主規制・共同規制・政府規制の概念的区分が明確に存在するわけではなく、それらは連続的な関係性の下にある（そのため次節で見るように、便宜的に「自主・共同規制」などの形で表現される場合が多い）。当事者が行う自主規制の役割を重視するという部分では共通しつつも、問題の解決に必要な全体的枠組を国家の側が提示することもあり得るし、あるいは当事者によって構築されてきた自主規制の枠組に対して、国家が事後的に法やそれ以外の手法による補強措置を適用することもあり得る。何れの形式を採るにせよ、当該分野の性質や対処すべき問題を精査し、必要な関与を行うことにより、適切な自主規制＝ソフトローが生み出され、維持される状況を作り出すことが、共同規制の方法論における国家の役割そのものとなる。

このような自主規制に対する国家の関与は、現代の法政策において重視される、「イノベーション」の促進と必ずしも相反する関係にはない。既存の大企業等を中心として形成・維持されることが多い私的な自主規制は、顕在的・潜在的な競争を排除する形で用いられることにより、新規参入とそれによるイノベーションそのものを阻害する形で機能する恐れを有しており、競争政策的な観点からの関与も必要となろう。さらにハードロー・ソフトローのいずれもが急激な変化を続ける情報社会においては、どのような振る舞いが「適切」であるのかに関しての事業者にとっての不確実性をもたらすことになる。事前の予見が不可能なイノベーションを許容するだけの柔軟性が求められつつも、同時に「事前に行為の適法性の有無を十分判断できるよう法規範の明確性を重視する声が強¹⁰¹」ことは、著作権法に限らず、広くインターネット関連の規範全体に関して共通する状況なのである。

（２）より良い自主・共同規制のための原則

EU（欧州連合）では、加盟国レベルに加えて、EU 全体での規制政策の簡素化と効率化を目的とした「より良い規制 (better law making)」イニシアティブの中で、EU 法の実現手段としての自主規制や共同規制というソフトロー・アプローチを明確に位置付け、2000 年代初頭から各種法領域における実践を重ねてきている。特に欧州委員会では、自主規制や共同規制に基づく規範形成のベストプラクティス共有と方法論的洗練を図るため、EU 域内の産業界や学識経験者からなる「自主・共同規制実践コミュニティ¹⁰²」を組織し、2013 年から 2017 年にかけて定期的な会合を開催してきた。同会合において検討された多数の実

¹⁰¹ 検討結果報告 3p

¹⁰² The Community of Practice for better self- and co-regulation | Digital Single Market
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/community-practice-better-self-and-co-regulation-cop>

践事例¹⁰³からの経験を元にする「より良い自主・共同規制のための原則¹⁰⁴」は、自主規制・共同規制のプロセスを「形成段階（ルール策定段階）」と「実施段階（ルール運用段階）」に分け、それぞれの局面で念頭に置かれるべき原則を簡明に整理している。これら原則は、著作権法分野におけるソフトロー行政のあり方に対しても広く示唆を有しよう。

形成段階（Conception）

- ・ 参加者（Participants）：できうる限りの潜在的かつ有用な主体を含む形で構成されるべきである。
- ・ オープン性（Openness）：アクション（訳注：自主・共同規制）の構想は、オープンかつ全ての利害関係者を巻き込む形で準備されるべきである。
- ・ 誠実性（Good faith）：参加者によって異なるケイパビリティを考慮し、アクションの範囲外で行われる諸活動についても当該アクションと一貫しているべきであり、参加者は成功に向けた真摯な努力へのコミットが期待される。
- ・ 目的（Objectives）：明確かつ明瞭に設定され、達成目標と同時に評価指標を含むべきである。
- ・ 法令遵守（Legal compliance）：アクションは、適用される法や、EU 法・各国法が定める基本権を遵守するよう設計されていなければならない。

実施段階（Implementation）

- ・ 反復的な改善（Iterative improvements）：迅速に開始すると共に、説明責任と「実行による学習（Learning by Doing）」のプロセス、全ての参加者の間での持続的なインタラクションを確保する。
- ・ モニタリング（Monitoring）：十分にオープンに、そして全ての利害関係者からの尊敬を集めるような自律的な形で実施する。
- ・ 評価（Evaluation）：全ての参加者が、そのアクションを終了するのか、改善するのか、別のものに置き換えるのかを評価する。
- ・ 紛争解決（Resolving disputes）：時宜を得た注目を得ることを確保する。ルールへの違反は段階的なスケールの罰則の対象になる。
- ・ 財政（Financing）：参加者はコミットメントを満たすために不可欠な手段を提供し、市民社会組織からの参加に対しては、公的資金等による支援を行うことが考えられる。

¹⁰³ ビデオ共有サイト基準、SNS の青少年保護、クラウドサービスの品質保証（SLA）、RFID のプライバシー評価、オンライン広告の基準、ダイレクトマーケティング、オンラインゲームの青少年保護、フッ素化合物の使用基準、ジュース品質、文化財修復士の行動規範、スポーツ賭博、科学研究倫理、子供食料品広告、ボトル水の衛生基準、データセンターの省エネ基準等、領域はきわめて多岐に渡る。

¹⁰⁴ The "Principles for better self- and co-regulation" | Digital Single Market
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/cop-principles-better-self-and-co-regulation>

3. 著作権分野において共同規制の方法論を適用する際の論点

(1) 行政が用いるインセンティブ装置

そのような共同規制の方法論を、本調査研究の主題である著作権法分野に適用する際に、特に検討を要すると考えられる三つの論点についての考察を行いたい。

第一に、共同規制の方法論は、国内外を問わず、行政法規に関わる分野において多く用いられてきたという論点である¹⁰⁵。その理由としては、個人情報保護法やメディア・通信法制、あるいは競争法等、主なエンフォースメントを行政が担うことが想定されている法分野の場合、原理上、当該ソフトローの適切性を行政が相当程度明確に評価・保証することができる点が挙げられる。例えば我が国の個人情報保護委員会が制定する各種のガイドラインや、第6章で論じられる公正取引委員会のガイドライン、ノーアクションレターや公正競争規約（景品表示法第31条）等を通じた行政によるソフトローへのコントロールの実効性は、最終的な法の解釈権限こそ司法に存するとはいえ、各行政機関が有する一定程度裁量性の高い解釈権限と執行権限を背景にする側面が大きいと言えよう。

著作権法の場合、行政はその解釈権限や執行権限を直接有している訳ではなく、有権解釈を行い得るのは、言う間でもなく、最高裁判所を頂点とした司法のみである。「ガイドラインの整備により明確性を確保するとの見解もあるが、ガイドラインには、法的拘束力がなく、ガイドラインが整備されることをもって、刑罰法規の明確性を最終的に担保できるものではない¹⁰⁶」という指摘は、法の解釈権限という観点からは正鵠を得たものである。

一方で、関連する諸分野を見渡せば、行政が執行権限を持つわけではない法分野において、行政によるガイドライン策定を通じたソフトロー形成が試みられる例は数多に見られる。例えば、「電子商取引等に関する様々な法的問題点について、民法をはじめとする関係する法律がどのように適用されるのか、その解釈を示し、取引当事者の予見可能性を高め、取引の円滑化に資することを目的」とし、「個別具体的な事例において現行法がどのように適用されるのかを最終的に判断するのは裁判所であることは言うまでもないが、この準則が一つの法解釈の叩き台となることにより、新しいルール形成の一助になる」ため、経済産業省が学識経験者、関係省庁、消費者、経済界などの協力を得て策定している「電子商取引及び情報取引等に関する準則」は、その典型例である。

直接的な執行権限を背景としないガイドラインについて、その形成主体が国家であるか私人であるかは相対的な問題であり、2. (1) 冒頭で示した、規範形成に必要な専門知識、必要な柔軟性と確実性のバランス等の観点から形成主体の選択を行うことになる。例えばプロバイダ責任制限法に関わる各種のガイドラインは、主として一般社団法人テレコムサービス協会における「プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会」において、プロバイダの団体、著作権関係の団体、インターネット関係の団体を構成員とし、学識経験者、法律の実務家、海外の著作権関係団体、関係省庁等がオブザーバとして参加する形で形成・

¹⁰⁵ この点につき、行政法規分野における「政策手段としての自主規制」に関する代表的業績として、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007年）を参照。

¹⁰⁶ 検討結果報告 9p

維持されている。プロバイダ責任制限法制の領域においては、事業者側には、いかなる手続きを取れば責任制限を受けることができるかを明確化したいという共通のインセンティブが存在する。また同法を所管する総務省では、ガイドラインを検証する会議を開催し、提言を出すなどして、ガイドラインの適正性確保に努めている。当該ガイドラインの策定自体、同法を所管する総務省自身においても行い得たはずだが、プロバイダによる情報の削除等は表現の自由との関係が深いことから、行政が直接規範形成を行うことはせず、私人にその形成を委ねたという側面も存在すると考えられる。同様に表現の自由と関連の深い著作権法分野において、望ましい規範形成主体を検討する際の示唆も存在しよう。

また産業分野を横断したサービスが常態化しつつある近年においては、関連する法規制の所管省庁が多数に跨る、あるいはそもそも前提となるハードローが存在しない領域におけるソフトロー形成が必要になる場合が多い。例えば現在勃興する「シェアリングエコノミー」分野に関しては、道路運送法や旅館業法、貸金業法、古物営業法をはじめとする多くの業法との関わりを考慮する必要があると同時に、個人間取引でのトラブル抑止という、既存の法が必ずしもカバーしない分野での規範形成が求められる。当該分野では内閣官房IT 総合戦略室が産業振興を主たる目的として 2016 年から開催している「シェアリングエコノミー検討会議」において、シェアリングエコノミー事業者が遵守することが望ましい、拘束力のない「モデルガイドライン¹⁰⁷」を策定し、業界団体である一般社団法人シェアリングエコノミー協会が同ガイドラインを具体化した基準を満たす事業者を認証する「認証事業」の運営を行うという形での共同規制枠組が試みられている¹⁰⁸。同枠組は現在正に形成の段階にあるが、政府側・業界団体側の双方からこれに若干関わる筆者からは、事業者が拘束力のないガイドラインに基づく認証制度というソフトローに参加するインセンティブとして、①新領域において行政に関わる認証という「お墨付き」を得られること、②政府・自治体や大企業等との連携において優先的な地位を得られる可能性、③保険事業者が認証取得企業を対象とした保険料割引を提示していること、④今後考えうるシェアリングエコノミー分野への新たな規制の抑止、すなわち「規制の影」等が作用しているように見える。共同規制の方法論において、基盤となるハードローの存在は自明ではない。

これらの事例からも見えるように、ソフトローをコントロールする上で、法の執行権限とは、行政が用い得る数多のインセンティブ手段の一つにすぎない。例えば著作権法領域においても、事業者が直面する不確実性を解消しうる信頼に足る法解釈ガイドラインを行

¹⁰⁷ シェアリングエコノミーに関する明確な定義は現時点で存在しないが、「シェアリングエコノミー検討会議 中間報告書」（2016 年 11 月）では、便宜的に「個人等が保有する活用可能な資産等（スキルや 時間等の無形のものを含む。）を、インターネット上のマッチングプラットフォームを介して他の個人等も利用可能とする経済活性化活動モデル」という定義を行なっている。モデルガイドラインは同報告書 38p 以降に記載されており、参加者同士をマッチングするプラットフォーム企業に対して、取り扱う財やサービスのリスクに応じ、身分証等による本人確認、信頼性を担保する相互レビュー機能の提供、トラブル解決サポートや相談窓口の設置、保険への加入を行うことなどを求めている。

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/senmon_bunka/shiearingu/chuukanhoukokusho.pdf

¹⁰⁸ 当該分野における共同規制枠組全体の解説につき、例えば日本経済新聞 2017 年 5 月 22 日付記事「法規制と自主規制の中間「共同規制」を業界振興に シェア経済の拡大に即応」を参照。

政が示す、あるいは業界団体等が策定するガイドラインに対して行政が法制面での助言を行うなどの関与手段は十分考慮に値しよう。このようなガイドラインの形成は、我が国の「米国と同程度に積極的に訴訟を提起して判例法の形成を促進するような土壌にはなく、また、当該状況を政策的に作り出していくことも容易ではなく、司法による規範形成の実現可能性が限定的であるという現状¹⁰⁹⁾」に鑑みても重要な意味合いを持つ。実質的な規範性を有し得るガイドラインを行政と事業者等の共同作業により形成しつつ、不可避の場合に司法の「限定的」な規範形成によりガイドライン自体の事後的修正を受けるという混合的手法は、個別の訴訟の積み重ねを重視する米国とは異なる、我が国の土壌に適合した「柔軟な権利制限規定」等の運用を行うための、現実的な手段として考慮に値するはずである。

ソフトローが規範性を持って当事者に受け入れられるためには、法解釈としての信頼性に加え、当事者自身が当該規範の形成に参加することなどによる、正統性という根拠が必要になる。本来民主的なプロセスによるべき「法」の形成を民間の主体に委ねる方法論である共同規制において、民主的正統性を確保することは中核的な課題であると認識されており、2.(2)で言及した欧州委員会の「より良い自主・共同規制のための原則」においても、第一・第二原則に「参加者」と「オープン性」が置かれているのは、そのためである。また形成過程にステイクホルダーの十分な参加を得ないソフトローは、関係者の離反を招きやすい。当事者の自主性を基盤とせざるを得ないソフトローの形成において、「幅広い関係者の利益が適切に集約されるよう配慮する¹¹⁰⁾」こと、すなわち共同規制の文脈で重視されてきた「マルチステイクホルダー性¹¹¹⁾」を担保することは、社会における法の民主性というのみならず、ソフトローの実効性を担保するという観点からも中心的な課題である。

さらに、私人があるソフトローを自主的に形成・維持しようとする動機は、法違反に対する罰則や社会的制裁等の「負のサンクション」に関わる不確実性解消のみに留まらない。シェアリングエコノミーの共同規制で紹介したように、たとえ基盤となる法が現に存在せずとも、あるソフトローがステイクホルダーの利益となる状況が合理的に存在すれば、そのソフトローは積極的に形成・維持される。理論的には、減税や補助金の要件として、あるガイドラインに従うことや、ガイドラインの策定自体を求めることも考えうる¹¹²⁾。行政が執行権限を行使しえない著作権法等の領域においてこそ、振興政策等との組み合わせを含めた、「正のサンクション」に基づくインセンティブ手段を積極的に模索する余地がある。

¹⁰⁹⁾ 検討結果報告 11p

¹¹⁰⁾ 検討結果報告 13p

¹¹¹⁾ 共同規制の方法論におけるマルチステイクホルダープロセスの位置付けについては、高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部「パーソナルデータの利活用に関する制度改正大綱」（平成 26 年 6 月 24 日）における記述等を参照。

¹¹²⁾ 税制や補助金を含む経済的手法を用いた国家による市場への介入手法に関して、中里実「国家による介入とその手法」（中里実編『政府規制とソフトロー』有斐閣、2008 年）を参照。

（２）個人（自然人）を名宛人としたソフトロー

第二に、共同規制の方法論は、産業界、つまり企業を名宛人（兼主体）とした規範の形成において主に用いられてきたという論点である。企業や団体は、国家から何かしらの作用を受けたときに、必要に応じて自ら規範を明確化し、遵守するだけの合理的なインセンティブと、その実行に必要な能力（capacity）を有することが期待できる。そして規範形成を個々の企業や団体で分散的に実行することは、当事者にとっても、それを適切にコントロールする任務を負う国家の側にとっても効率的ではないため、「業界団体」を単位としたルール形成が行われることが主である。2.（１）で触れた英国情報通信庁の「産業界が集合的に市民・消費者問題およびその他の規制方針に対応する解決策を管理している」という自主規制の定義に見られるように、集合的な規範形成を行う業界団体等を介しない自主・共同規制は非伝統的ですらある。事実、著作権分野で現に機能するソフトローに関しても、本報告書第２章で確認されたように、業界団体等の果たす役割が大きい。

著作権法の場合は、著作物の創作と利用の両面において、企業がその主体となる場面も無論多く存在する一方、分散的な「個人（自然人）」が主体となる場面がきわめて大きい。分散的な個人が、企業や団体のように、国家の働きかけを契機として、あるいは法の不確実性を背景に、自主的に集合的な規範を形成・維持しようとすることは考え難い。

この問題に関連して、筆者は、共同規制を「特定の問題に対応するにあたり、効率的かつ実効的なコントロール・ポイントを特定し、それらが行う自主規制に対し一定の公的な働きかけを行うことにより、公私が共同で解決策を管理する政策手法¹¹³」と定義したことがある。業界団体を通じた共同規制とは、分散的な企業等に集合的な規範形成を行わせ、国家が効率的かつ実効的なコントロール・ポイントを特定・創出する作業の、一つの類型に過ぎない。そのような理解に基づけば、個人を名宛人とした共同規制に関しては、業界団体以外のコントロール・ポイントを特定・創出することが、論理上導かれる選択肢となる。

インターネットに関連する分野で、個人を名宛人としたソフトローの典型的なコントロール・ポイントとして用いられてきたのが、ISPやプラットフォーム企業などの、分散的な個人の行動に対する実質的な規制能力を有する私的主体である。「柔軟な権利制限規定」の運用に関しても、例えばソーシャルネットワークサービスや動画共有サービスをはじめとする消費者投稿型コンテンツサービスを提供するプラットフォーム事業者が著作物利用の合法・違法を判断する上での基準は、事実上強い規範性を持ったソフトローとして機能している。「柔軟な権利制限規定」の検討において参考とされた米国著作権法のフェアユース条項に関しても、例えば動画共有サービスにおける著作権侵害コンテンツ削除の基準が、フェアユース条項を適切に考慮したものであるかは常に論争の対象とされてきた。さらにDRMの運用に関しても、フェアユースで認められる著作物利用をDRMにおいて許容するか否かという問題は、フェアユースの解釈に関わるソフトローを、コントロール・ポイン

¹¹³ 前掲拙著 33p。なお同書同頁では、Jonathan Zittrain, “Internet Points of Control”, Boston College Law Review, Vol.44, No.2, pp.653-688, 2003.を参照しつつ、コントロール・ポイントについて「分散して存在する規制対象を政府が間接的に統制するための最も望ましい対象」と表現している。

トがいかにか形成・実行するかという問題の一部であると理解することができる。国家あるいは行政としては、これらのソフトローが適切に形成されるよう、私人の規範形成に関与することが期待されるはずである。

個人のより主体的な規範遵守という観点からは、「教育」を通じたソフトローの形成という手段を考慮することも有用であろう。大学図書館分野において国公立大学図書館協力委員会・大学図書館著作権検討委員会が策定する「大学図書館における著作権問題 Q&A」が著作権法第 31 条等に関わる事実上のソフトローとしての機能を果たしているように（本報告書第 2 章）、現実には手に取ることができる信頼性の高いテキストの記述こそが、多くの場合、個人にとっての法の解釈それ自体である。例えば今後、初等・中等・高等教育において、著作権法の教育を拡充していった際に、標準的に用いられるテキストにおける「柔軟な権利制限規定」の解釈に関わる記述は、広く規範性を有するソフトローとして機能する可能性が高い。学校をはじめとする教育組織をソフトローのコントロール・ポイントとして擬制することは、具体的な関与手法につき教育行政の独立性などの観点から慎重な検討を要しながらも、個人を名宛人とした、あるいは広く個人が「柔軟な権利制限」を活用した文化的活動を行うことを可能とするソフトローを形成していくための、不可避の論点であると言えよう。

（３）利害の対立

第三に、著作権法においては、「権利者」と「利用者」の間に、ソフトローの内容に関する明確な利害対立が存在することが多いという論点である。共同規制の枠組において業界団体等が集合的な規範形成を行う場合、参加する事業者は、ルールとして明確化する事項について、共通の利益・関心事（interest）を有する場合がほとんどである。個人情報保護法やプロバイダ責任制限法、あるいは独占禁止法であれ、法の解釈が事業分野の特性を反映した形で早期に明確化され、円滑な事業運営が可能となることは、参加者にとって一定のコストを支払ってでも規範形成を行う共通の利益に他ならない。一方、著作権分野における権利者と利用者は、一般的に正反対の利害を有する。このような状況においては、両者が利害調停規範たるソフトローを自律的に形成することの困難性は高いように思える。

しかし、これまで行われてきた共同規制についても、たとえば「消費者（個人）」というステイクホルダーを視野に入れた場合、関連するステイクホルダー全員の明示的な合意が得られた規範であると評価できるものは少ない。個人情報保護法であれば、産業界の側はできる限り広く個人情報を利用したいという利害を有する一方、消費者（個人）の側はできる限り自らの個人情報を守りたいという利害を有するだろう。集合的規範の形成可能性という現実的な制約からも、例えば認定個人情報保護団体が分野ごとに定める個人情報保護指針をはじめ、産業界の自主規制ルールは当然に原則として「産業界」が主体となり形成された「片面的」なソフトローであり、消費者（個人）の利益は、その「意見を聴く」という（個人情報保護法第 53 条第 1 項）、相対的には限定された形で反映されている。そ

のような形成過程に基づく規範内容の不均衡が過度なものにならないよう、個人情報保護委員会等の行政機関は、公益的な観点からのチェック&バランス機能を果たしている。

現に存在する著作権法分野のソフトローに関しても、例えば著作権物の教育利用に関わる「学校その他の教育機関における著作物の複製に関する著作権法第 35 条ガイドライン」は、少なくともその名義上、権利者の側のみの合意により定められた「片面的」ソフトローであり、利用者の側である学校等教育機関が明示的に合意を行った形跡は見られない（同ガイドラインの形成経緯につき本報告書第 2 章）。逆に先述の大学図書館分野の Q & A は、大学図書館側の名義のみで出された、利用者側の「片面的」ソフトローである。これらガイドラインが、現実にはそれぞれの分野における著作物利用のソフトローとして規範性を持って機能していることは事実である。関連するステイクホルダー全体の明示的な合意が得られることが理想的なソフトローではあるが、「片面的」ソフトローの評価にあたっては、相手方になる権利者又は利用者において、これを争わない状況があるならば、当該状況を視野に入れた評価を行う必要があるだろう。行政としては、そのソフトローの適切性が担保されるよう、法解釈面での助言を行う、あるいは相反する側の利害がそのソフトロー形成過程において適切に反映されるよう、必要な関与を行う役割を果たすことが求められよう。

第6章 競争法と著作権の権利制限規定

1. 競争法、独占禁止法の法的枠組み

競争法の役割・機能は、国際的な共通事業活動ルールになることである。

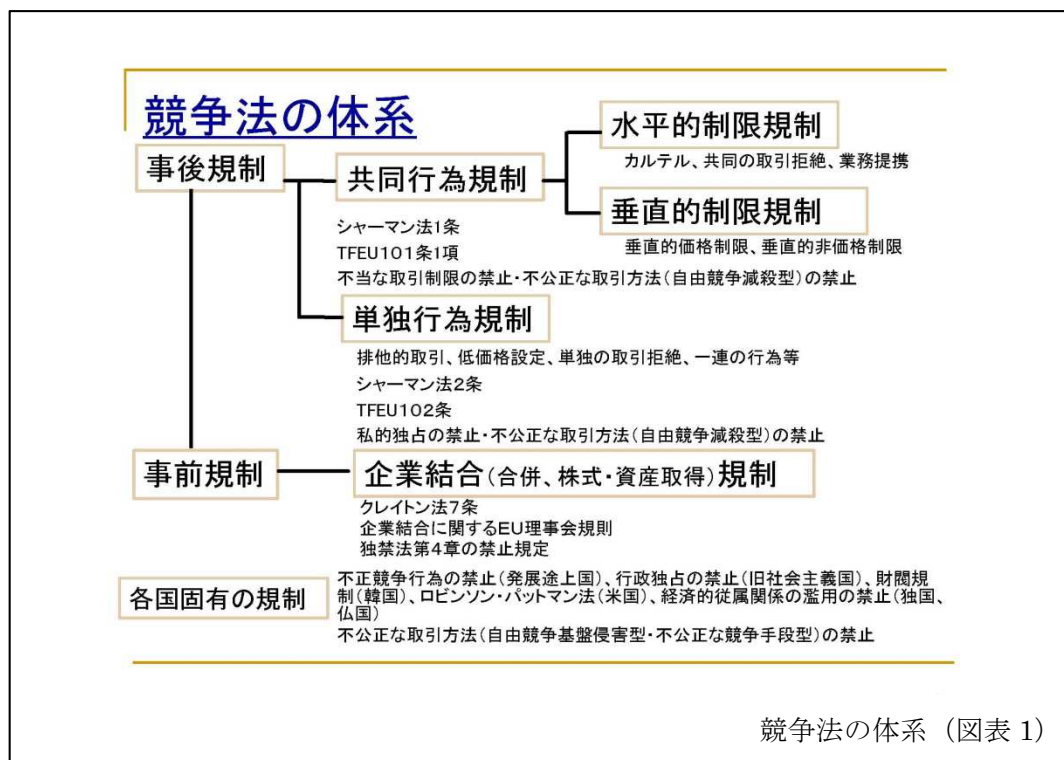
競争法は、一般製造業およびサービス業を規制対象業種としている。

各国国内法として、米国反トラスト法、EU 競争法、日本の独占禁止法など国ごとに競争法が制定されている。しかしながら、競争ルールに関する行為類型ごとの判例法は極めて近似している。しかも、EU においては 2003 年理事会規則によって、加盟国競争法では競争ルールについては加盟国裁判所・加盟国競争当局ともに EU 競争法と同一のルールを適用するものとされたため、加盟国競争法の存在意義は一定の容認された各国固有の規制（たとえば、独国、仏国における経済的従属関係の濫用の禁止）を適用する程度しか独自性を発揮できなくなっている。

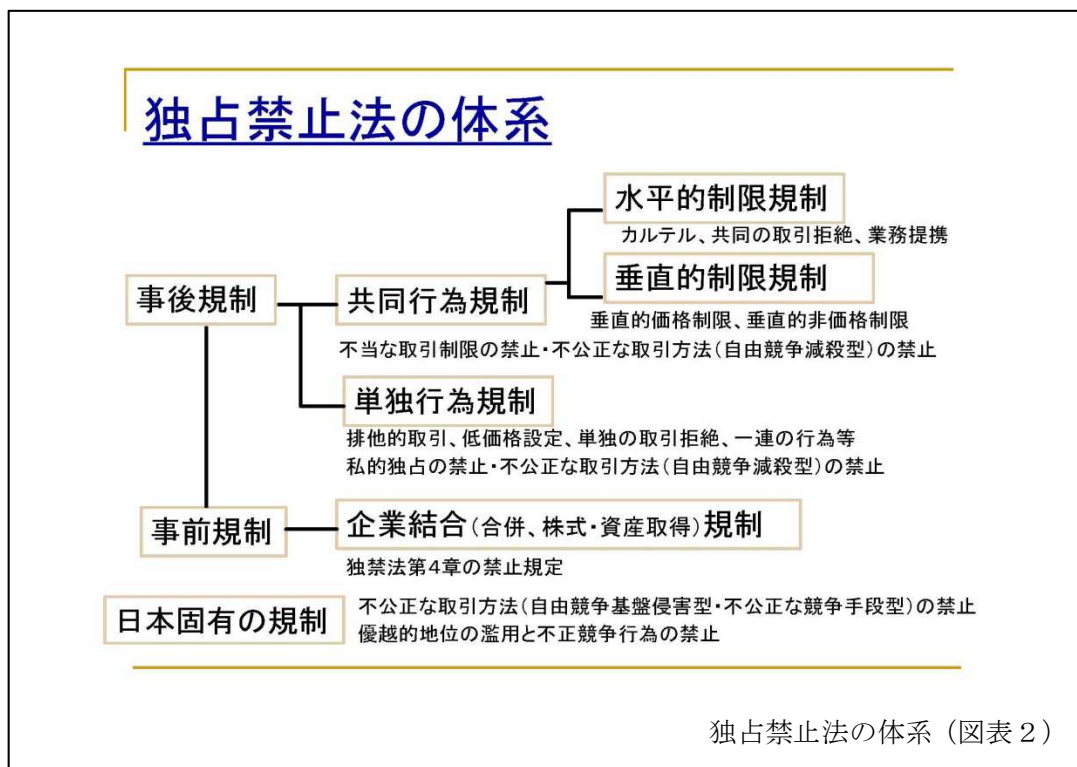
国際的にみると、事業活動の国際化にあわせて、国際カルテルに対する各国競争当局による同時審査の実施、国際企業結合についての関係競争当局による並行的事前調査などが行われている。域外適用のルールでさえ国際的にほぼ同一のものとなっている。

競争法と独占禁止法との全体的枠組みについては、競争法の体系（図表 1）と独占禁止法の体系（図表 2）を参照。

ここでは、まず、競争法に関して、三階層の取り扱い、すなわち、競争法制、ガイドライン、判例法という 3 段階のルール形成の在り方を検討する。



競争法の体系（図表 1）



2. 競争法制

競争法制は、以下の 4 種類の規制類型について抽象的な大まかな禁止行為のみを規定する。

第 1 に、単独行為に関する基本禁止規定であり、第 2 に、共同行為に関する基本禁止規定であり、第 3 に、企業結合に関する基本禁止規定プラス事前届出制度であり、第 4 に、各国固有の規制に関する禁止規定である。

たとえば、独占禁止法では、単独行為規制について、事業者は排除行為により一定の取引分野における競争を実質的に制限してはならないと規定し、共同行為規制について事業者は共同して相互拘束により一定の取引分野における競争を実質的に制限してはならないと規定する。

企業結合規制については、一定の取引分野における競争を実質的に制限する「こととなる」企業結合をしてはならないと規定する。

日本固有の規制である優越的地位の濫用の禁止については、事業者は、自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して相手方に不当に不利益を与えてはならないと規定する。

米国反トラスト法では、単独行為規制については、事業者は関連市場を独占化しまたは独占化を企画してはならないと規定し、共同行為規制については、取引を制限する契約、共謀等をしてはならないと規定する。

EU 競争法では、単独行為規制については、市場支配的地位を濫用してはならないと規定

し、共同行為規制については、事業者は、競争制限的目的または効果をもつ協定等をしてはならないと規定する。

基本禁止規定のほかには、主要考慮要因の列挙する、または主要行為類型を例示として規定する程度である。

たとえば、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」を充足するかは、市場占有率・市場支配力、具体的な競争制限効果、正当化事由、行為者の意図等を総合的に判断して決定する旨規定しうる。

経済活動・事業活動の多様性を考慮すると、これ以上具体的かつ詳細に規定しても、硬直的に過ぎて脱法行為を誘発するなどの弊害をもたらすだけで、有効に規制を行えない。

過去には、独占禁止法の不公正な取引方法のように、行為類型ごとに禁止行為を規定することもなされたが、行為類型ごとの禁止行為を過不足なく規定することは不可能であるうえ、重複適用を回避できないなどの弊害を生じるため今日ではそのような競争法制は採用されない。

3. 競争法の体系とガイドライン

(1) 競争法の基本体系

実体法、実体ルールに関するガイドラインについては、以下の規制類型と行為類型という体系の枠組みに沿って作成公表される。

競争法体系は、規制類型と行為類型に分けられる。

規制類型は、単独行為規制、水平的制限規制、垂直的制限規制、企業結合規制、各国固有の規制の4つの規制である。

行為類型については、単独行為規制は、排他的取引、抱き合わせ、略奪的価格設定、差別的価格設定、単独の取引拒絶、一連の行為、非定型行為に分けられる。水平的制限規制は、カルテル（価格協定、入札談合）、共同の取引拒絶、業務提携に分けられる。垂直的制限規制は、垂直的価格制限（再販売価格維持）、垂直的非価格制限（販売地域制限、取引先制限、販売方法の制限）に分けられる。

企業結合規制は、水平型企业結合、垂直型企业結合、混合型企業結合に分けられる。各国固有の規制に属する規制のうち、日本固有の規制は、優越的地位の濫用の禁止、不正競争行為の禁止に分けられる。

独占禁止法における禁止規定については、形式要件と実質要件とに大別される。

排除型私的独占について、形式（外形要件）は、排除行為であって、他の事業者の事業活動を困難にする行為をいう。排除行為は、行為類型として、排他的取引、抱き合わせ、略奪的価格設定、差別的価格設定、単独の取引拒絶、一連の行為、非定型行為に分類される。

不当な取引制限について、形式要件は、相互拘束であって、複数の独立事業者間の取り決めをいう。相互拘束は、行為類型として、カルテル（価格協定、入札談合）、共同の取引

拒絶、業務提携、垂直的価格制限、垂直的非価格制限（販売地域の制限、取引先の制限、販売方法の制限）に分類される。

実質要件は、排除型私的独占と不当な取引制限に、共通で、文理では、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。判例法上は、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいう。

総合判断方式で、市場占有率・市場支配力、具体的な競争制限効果、正当化事由、行為者の意図等を勘案して実質要件を充足するか否かが決定される。例外として、カルテル、垂直的価格制限について当然違法型のルールが形成されている。

（２）ガイドライン

規制類型または行為類型ごとに各国において当局によりガイドラインが作成・公表される。企業結合ガイドライン、水平的制限ガイドライン、垂直的制限ガイドラインなどのように、規制類型、行為類型ごとに作成して公表される。その他、立法担当官による解説が利用される。

競争法のガイドラインでは、主要国の判例法や（他国の）ガイドラインが必ず参考とされる。また、経済環境の変化に対応して改訂して行かざるを得ないことが当初から予定されている。欧州委員会は、ガイドラインの有効期間を当初から 10 年間程度と定める。

ガイドラインは、大まかなルールを定めて、競争当局の職員を拘束するほか、一般的な裁判規範としても用いられる。

判例法がいまだ形成されていない包括競争法制定直後の新興国では、ガイドラインで解釈を示すこと以外の選択肢はない。独占禁止法でも過去には、ガイドライン中心の行政を行いガイドライン行政とも呼ばれた。

ガイドラインは、執行ガイドライン、解釈ガイドライン、違法性判断基準のいずれの用語を用いてもその性格に変わらない。ガイドラインはあくまで一般的な行動規範を示すものであって、ガイドラインで触れていない事項に係る事例はもちろん、一応ガイドラインで触れている事項でも、個別判例は個別特殊な事実関係に基づいて下されるため、判例法形成の障害にはならない。すなわち、ガイドラインに抵触する個別判例についても、法理論上判例法はガイドラインに優先するため法体系上の問題は生じない。

独占禁止法上の主要なかつよく引用されるガイドラインを列举すると、企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針、排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針、流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針、農業協同組合の活動に関する独占禁止法上の指針、知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針、優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方、不当廉売に関する独占禁止法上の考え方、フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について、などである。

（３）事業者団体による自主規制基準の設定

著作権に関するガイドラインについては、権利者団体と利用者団体との協議によりガイドラインを定めることが提言されている。

独占禁止法上、事業者団体が、会員事業者が供給する商品または役務の品質、規格等に関連して、環境の保全や安全の確保等の社会公共的な目的に基づき自主規制基準を設定・実施することはよく行われる。一般論として、そのような活動を行うことは、独占禁止法上の問題を特段生じない。しかしながら、活動の内容、態様等によって、会員事業者による多様な商品または役務の開発・供給等に係る競争を阻害することとなる場合に独占禁止法上問題となるおそれがある。

また、自主規制等の利用・遵守については、会員事業者の任意の判断に委ねられるべきであって、事業者団体が自主規制等の利用・遵守を会員事業者に強制することは、一般的には独占禁止法上問題となるおそれがある。

著作権に係る権利者団体や利用者団体は、「事業者としての共通の利益を増進することを主たる目的とする」という事業者団体の定義を充足するとは考えられない。したがって、権利者団体が標準的な法解釈を示すことに特段問題があるとは考えられない。

ただし、個々の事業者（特に競争者）の集合体である権利者団体や利用者団体が、ガイドラインの設定によって、そのメンバーである個々の事業者の権利行使や選択の自由を制限することにより、関連市場における競争制限効果をもたらす場合には独占禁止法上問題となるおそれがある。

また、独占禁止法上の懸念がある場合には、公取委の事前相談手続きに持ち込んで、独占禁止法上の問題はないという不問証明（ネガティブ・クリアランス）を取得することが考えられる。

４．判例法と執行方法

（１）実効性確保手段—個別判例・先例をもたらすための道具

執行手段は、ルールの実効性を確保するものであるとともに、個別判例を生み出す道具となる。

競争法の執行は、競争当局等の公的機関による公的執行と私企業間の私的執行とに大別される。

カルテル（価格協定と入札談合）のうち悪質なものに対しては、検察庁が刑事捜査を行い自然人に刑事罰（懲役、罰金）を科す。時には法人に対しても両罰規定により刑事罰金が課せられる。

行政庁である競争当局は、行政調査を行い、違反を認定すると行政上の措置として、競争状態を回復するために必要な措置をとらせる排除措置と違反抑止を図るための課徴金納付（行政制裁金納付）を違反事業者に対して命じる。このように、犯罪までに至らない、重大な競争法違反行為に対しては違反抑止のために高額な制裁金の支払いを命じる行政制

裁金制度が活用される。

軽微な違反行為に対して、行政指導である勧告や警告、注意が用いられる。それら事例は判例法としての先例価値はない。

公の秩序を確保する公法であるため、独任制行政庁、独立行政委員会などの競争当局が設置される。

競争当局が、立入検査、事情聴取等の行政調査を行い、行政処分である排除措置命令等を違反事業者に命じる。不服のある者は東京地裁に取り消しを求めて提訴して、司法審査を受けることができる。競争法は、国内法であるために、競争当局および裁判所によるルールの執行が確保されている。このため、国際法よりもルールの実効性が確保される。

競争法では、私人による私的執行についても、私人である被害者から違反行為者に対して、裁判所に対して提訴することができ、そこでの判例がルールを形成する。その手段も違反行為者に対する差止命令請求、損害賠償請求、私法上の効力（無効）の宣言判決一裁判上の抗弁・原状回復命令につながる、というように多彩な手段を付与されている。要するに、私人は競争当局が取り上げなかった行為や違法性の判断の極めて難しい限界的な行為についても判決による司法判断を求めることができる。

この執行手段が、いわゆる措置体系と呼ばれる。

（２）判例法

判例法は、行為類型ごとに形成されて、行為類型ごとに単一ルールになる。

判例法として行為類型ごとのルールが示せるように判例が集積するまでにはかなりの時間がかかる。

一度行為類型ごとの判例法が成立した後は、判例の集積に伴いより精緻な行為類型ごとのルールに発展していく。きわめて多数の判例が存在する際における個別判例の先例価値を評価するための判例分析の手法も確立している。

判例法について、単独行為規制および共同行為規制をカバーする自由競争減殺型の不正な取引方法の禁止については判例法の展開—１、単独行為規制をカバーする排除型私的独占の禁止については判例法の展開—２参照。

先例として判例が特定の事実関係に基づく結論であるためガイドラインに優先する。

米国反トラスト法、EU 競争法では、かなり早い時期から判例法として行為類型ごとのルールが成立した。独占禁止法は、1947 年制定であるが、判例法として行為類型ごとのルールが成立したのは 2007 年ごろである。

先進国では、法科大学院等の教育機関でも経済法の講義では直接判例法を教える。それによって具体的事例が違法か否かを判断する能力を習得させる。

判例法の展開-1—自由競争減殺型の公正競争阻害性

- ① 東洋精米機専売店制事件 東京高判(昭和59年2月17日)
- ② 東京都芝浦屠場不当廉売事件 東京高判(昭和61年2月14日)、最判(平成元年12月14日)
- ③ 東芝エレベータテクノス事件 大阪高判(平成5年7月30日)
- ④ 日本遊戯銃協働組合共同ボイコット事件 東京地判(平成9年4月9日)
- ⑤ マイクロソフト抱き合わせ事件 公取委勧告審決(平成10年12月14日)
- ⑥ 資生堂対富士喜本店事件、花王化粧品対江川企画事件
東京高判(平成6年9月14日)、東京高判(平成9年7月31日)、最判(平成10年12月18日)
- ⑦ 三光丸本店販売地域制限事件 東京地判(平成16年4月15日)
- ⑧ LPガス差別対価事件 東京地判(平成16年3月31日)、東京高判(平成17年4月27日)、
東京高判(平成17年5月31日)
- ⑨ 日本郵政公社不当廉売事件 東京地判(平成18年1月19日)、東京高裁(平成19年11月28日)
- ⑩ マイクロソフト(非係争条項)事件 審判審決(平成20年9月16日)
- ⑪ 第一興商事件 審判審決(平成21年2月16日)
- ⑫ クアルコム(非係争条項)事件 排除措置命令(平成21年9月28日)

判例法の展開— 1

判例法の展開-2—排除型私的独占の競争の実質的制限

- ① 日本医療食協会事件勧告審決(平成8年5月8日)
- ② パチンコ機パテントプール事件勧告審決(平成9年8月6日)
- ③ パラマウントベッド社事件勧告審決(平成10年3月31日)
- ④ ノーディオン事件勧告審決(平成10年9月3日)
- ⑤ 北海道新聞社(函館新聞)事件同意審決(平成12年2月28日)
- ⑥ 有線ブロードネットワークス事件勧告審決(平成16年10月13日)
- ⑦ インテル事件勧告審決(平成17年4月13日)
- ⑧ ニプロ事件審判審決(平成18年6月5日)
- ⑨ 東日本電信電話会社事件審判審決(平成19年3月26日)
東京高判(平成21年5月29日)、最判(平成22年12月17日)
- ⑩ 日本音楽著作権協会事件 排除措置命令(平成21年2月27日)
審判審決(平成24年6月12日)、東京高判(平成25年11月1日)、最判(平成27
年4月30日)、再開後審判中取下げで終了(平成28年9月9日)

判例法の展開— 2

5. 競争法と知的財産権の行使との調整

(1) 知的財産の行使との調整原則

知的財産権も財産権の一つであり、その具体的な行使行為が関連市場における競争制限

効果をもたらす時には、競争法による規制を受ける。

知的財産権の行使行為について、前述の行為類型ごとあてはめて分析し、当該行為が競争法に違反するか否かを判断する。さらに競争法違反と判断されるときに、競争状態を回復するための排除措置が命じられる。

昔から、産業の発展のために発明者に独占権を付与する法である特許法との調整が大きな課題であった。

国際的に、パテントプール、基本特許権の実施許諾拒絶、特許ライセンス契約上の制限条項などが競争法による規制を受けてきた。

独占禁止法上も、特許権を有する事業者が共同して価格協定や数量制限を行うことを独占禁止法に違反するとした事件、特許ライセンス契約に付随した競合品取扱い禁止条項やグラントバック条項（改良特許を特許権者に譲渡する旨の条項）を独占禁止法に違反するとした事件がある。

パテントプールの形成とその実施行為が独占禁止法に違反するかが争われた事件としてはパチンコ機パテントプール事件、パチスロ機パテントプール事件があり、マルテティブルライセンス事件として、独占的事業者がすべてのライセンシーに対して非係争条項（ライセンシーは対象製品が自己の特許権を侵害するとして争わないことを約束する条項）付で実施許諾したことが独占禁止法に違反するかが争われたマイクロソフト（非係争条項）、クアルコム（非係争条項）事件、数量制限条項を付して実施許諾したことが争われた日之出水道（数量制限条項）事件がある。

この点で、著作権法は文化の保護を目的とするため、伝統的著作物の行使が競争法の適用を受けることは少なかった。

国際的にも、映画の上映・興行システム、音楽著作権の集中管理システムが問題となる程度であった。

独占禁止法で適用除外を受けており、それが立法政策上妥当かが議論されてきた事項として、著作物再販（法定再販）制度がある。現在、出版物（書籍、雑誌、新聞）、レコード盤、音楽用テープ、音楽用 CD についての再販売価格維持契約が独占禁止法の適用除外とされている。

著作権がらみで独占禁止法に違反するかが争われた個別事件としては ①第一興商事件審判審決（平成 21 年）—通信カラオケ機器市場における第 1 位事業者が通信カラオケ用管理楽曲について、子会社であるレコード会社のクラウン、徳間をして、第 3 位事業者に更新を拒絶させた事件、②着うた事件東京高裁判決（平成 22 年）—共同設立したレーベルモバイルによる着うた提供事業を行っていたレコード会社 5 社が共同して、着うた提供事業への新規参入者に対して楽曲提供を拒絶した事件、③ソニー・コンピュータエンタテインメント事件審判審決（平成 13 年）—家庭用ゲームソフトの第 1 位事業者が家庭用ゲームソフトについて、値引き販売禁止、中古品販売禁止、横流し禁止が行ったが、その前提として、ゲームソフトの法的性格が映画の著作物であるか、頒布権がみとめられるか、頒布権

が消尽したかが問題となった事件、④日本音楽著作権協会事件排除措置命令（平成 21 年）、審判審決（平成 24 年）、東京高裁判決（平成 25 年）、最高裁判決（平成 27 年）—日本音楽著作権協会の放送会社に対して自己管理楽曲の包括許諾、包括徴収方式を採用したことを問題とした事件が存在する程度である。

独占禁止法違反となれば、競争を回復するための排除措置が命じられることになる。

国際的には、近年グーグルブック事件、電子出版価格協定等の、興味深い事例が続出している。

（２）競争法違反を理由とする強制実施許諾、強制利用許諾

知的財産権の権利制限との関係で参考となると考えられる事例は、多様な排除措置のなかでも、特許権について強制実施許諾、著作権で強制利用拒絶が命じられる事件である。

強制実施許諾命令とは、特許権者に対して、希望者に合理的ロイヤリティで、または懲罰的に無償で（ロイヤリティなしで）実施許諾することを命じることをいう。この強制実施許諾はあらゆる特許権の行使が関連する競争法違反に対する救済措置である。特許権についての強制実施許諾命令は 1960 年代を中心に米国では盛んに命じられた。

パテントプールのうち、パテントプールを実施して製造される製品の市場占有率が高く、第三者に合理的ロイヤリティで実施許諾されていないものは産業全体を組織化・秩序化するものであるとしてシャーマン法に違反するとされる。マルチプルライセンスのうち、基本特許を有する特許権者が、同一業界の多数のライセンシーに対して同一価格での販売価格制限つきでライセンスを行うことは産業界を組織化して販売価格を画一化、安定化するものであるとしてシャーマン法に違反するとされる。

独占事業者単独による排除的行為についてシャーマン法に違反するときにも、その保有する特許権が独占力の獲得、維持に貢献しているときには、独占事業者に対してその保有特許を希望者に対して合理的ロイヤリティで実施許諾することが命じられた。

このように、シャーマン法違反が認定されると、実施許諾の対象とされた特許やプールされた特許について強制実施許諾が命じられるのが通例である。特許発明は技術情報であってもともと誰でも共同で実施できるという性質を有するため、強制実施許諾は実務的に命令しやすいものであった。

パテントプール事件ではプールされた特許権がまとめて取り扱われ、また先端技術分野における独占事業者の行為が問題となるときにはその製品の製造に当たり使用されるきわめて多数の関連特許が一括して処理されるため、1960 年代を中心に米国では反トラスト法違反を理由に膨大な数の特許権が裁判所による判決・同意判決で、強制実施許諾を命じられた。この場合、裁判所は合理的なロイヤリティについて、業界標準的な固定ロイヤリティ料率を示して実施許諾を命じたり、当事会社間で協議が整わない場合の仲裁委員会の設置などロイヤリティ料率を裁定する仕組みを設けて実施許諾を命じている。

最近では、標準規格設定のためのパテントプールに参加した必須特許権者は、差し止め

請求権を行使できず、適正ロイヤリティでの許諾義務を負うことが明らかにされている。

他方、著作権について強制利用許諾はきわめてまれであるが、EU 競争法違反事例として有名な BBC 事件がある。

この BBC 事件で、EC 裁判所は、BBC が第三者に対して、加盟国著作権を有する自社番組リストの利用許諾を拒絶したことが、市場支配的地位の濫用行為に該当するとした。その当時、アイルランドおよび北アイルランドでは、BBC,ITP,RTE のテレビ放送 6 チャンネルの放送番組の視聴が可能であり、BBC,ITP,RTE はそれぞれ自社 2 チャンネルの放送番組だけを掲載したテレビガイドを出版していた。

3 社は、いずれも自社の週刊番組リストについてその著作権に基づき、新聞社を除き第三者が複製することを拒絶してきた。この週刊番組リストは、番組内容を要約し、放送チャンネル、放送日、放送時間および番組タイトルを明示するものであり、放送のほぼ 2 週間前には完成していた。

このような状況の下で、アイルランド法人であるマーギル社は、それら 3 社の許諾を得ずに 6 チャンネルの放送番組すべてを掲載した、包括的な週刊テレビガイドの出版を開始した。3 社は直ちに著作権に基づきそのテレビガイドの差し止めを求めてアイルランド裁判所に提訴した。これに対して、欧州委員会は、BBC の行為が EU 競争法に違反するとして、希望する第三者に、合理的かつ非差別的なロイヤリティにより、事前に週刊番組リストを提供するとともに、当該リストの複製を認めることを命じた。EC 裁判所は、①自局の週刊テレビ番組情報という基礎的情報へのアクセスを否定することにより、消費者の待ち望む新製品の開発を不可能としたこと、②派生市場を独占的に確保し、そこでの競争を完全に排除するものであるることなどから、BBC の利用拒絶は EU 競争法に違反するとして欧州委員会の命令を支持した。

このように、著作権の行使行為についても競争法に違反する場合には、合理的かつ非差別的なロイヤリティでの強制的な利用強制が命じられる。

ただし、競争法による強制利用許諾はあくまで特定行為が関連市場において具体的な競争制限効果をもたらすことを論拠して命じられるのであり、後述の公平さをメルクマークとする公正利用による利用よりは対象行為の範囲は狭くなる。

6. 今回の課題との関連

(1) デジタル化への対応という問題意識

「ビッグデータ・人工知能などの技術革新による『第 4 次産業革命』は、我が国の生産性向上の鍵と位置づけられ、これら技術を活用し著作物を含む大量の情報の集積・組合せ・解析により付加価値を生み出すイノベーションの創出が期待されている。」として、日本政府として、デジタル化・ネットワーク化、第 4 次産業革命の進展に対応した取り組みを行うことが求められている。

そのような要請に応じて、日本政府内で様々な取り組みが行われている。

例えば、公正取引委員会による独占禁止法については、かねてから競争法の世界ではグループ等情報検索分野で独占的地位にある事業者の行為やいわゆる巨大プラットフォーム事業者の行為について問題としてきたことから、さらには歴史的な経緯を踏まえて、積極的な取り組みが求められた。

そこで、公正取引委員会事務局は平成 29 年に「データと競争政策に関する検討会」を設けて、平成 29 年 6 月 6 日「データと競争政策に関する検討会」報告書を公表している。ただし、独占禁止法による取り組みについては、実務的には未だ見るべき成果を上げていない。

文化庁による柔軟な権利制限規定の整備についても、「類似の行為でも条文上明記されていなければ、形式的には違法となり、利用の委縮が生じているとの指摘や、技術革新を背景とした新たな著作物の利用ニーズへの対応が困難との指摘がある」との問題意識から一定の取り組みが求められている。

ただし、公正取引委員会による積極的な独占禁止法執行や文化庁による柔軟な権利制限規定への取り組みは重要であっても、基本問題を一気に解決するようなものではないと考えられる。

欧州委員会は、①従業員や顧客などの個人データの EU 域外への持ち出しを原則禁止（定められた契約の締結などが必要）、②扱うデータが一定の基準に当てはまれば、独立性や専門性をもつデータに保護責任者を設置、③個人は自分が企業に提供した個人データを取り戻し、他の企業に移す権利を持つ、④個人は人工知能（AI）などの自動処理のみによる評価や決定に拒否権を持つ、⑤個人は不要な個人データの消去を求める権利（忘れられる権利）を持つ、⑥違反時の制裁金は最大で 2000 万ユーロか世界での年間総売上高の 4 % のいずれか高い方とする、ことを内容とする、一般データ保護規則（GDPR）を 2018 年 10 月施行する予定である。

国際的な個人データ争奪競争の在り方が基本的問題点であって、本質的な解決策は、プライバシー権、個人情報保護を求める権利、個人データ持ち運び権などを含む、一般データ保護規則のような対応によることが相当でないかと評価されている。

（２）柔軟な権利制限規定と米国におけるフェアユース

米国では、フェアユース（公正利用）が、第三者による著作権の無断使用が認められる範囲について包括的な要件を定める。すなわち、著作物のフェアユースに該当する場合に、無断複製等が許される。

米国著作権法第 107 条は、公正利用にあたるか否かを決定する要素として、①使用の目的および性質—商業性、非営利性、②著作物の性質—公共的有用性・娯楽的価値、③著作物全体との関連における使用される部分の量および実質性、④潜在的市場または価値に対する使用の影響—著作権者の受ける経済的損害、の 4 つを規定する。

フェアユース（公正利用）は、①過不足なく個別権利制限を規定することは無理であるとして、四判断要素を規定するにとどめた、単純化した、抽象度の高い法制の採用するこ

と、②個別案件、個別判決の集積による判例法でのルール形成、③個別判例創設を促進する多様なかつ米国独自の民事訴訟手続など、前述した競争法の論理とは親和性が高い。

しかしながら、かねてから大陸法系の著作権法制を採用する日本では、フェアユース（公正利用）を導入することはできないと受け取られてきた。

大陸法系の諸国では、自然人である作者の権利を自然権として保護するオーサーザイト・アプローチがとられ、英米法系の諸国では、製作者の制作物を複製する権利を保護するコピーライト・アプローチが採用される。そのため、大陸法系では、思想・感情の創作的表現である著作物を作成できるのは自然人だけであると考えて、自然人である作者に同一性保持権など著作人格権を付与する。また、無断使用の許される場合を、私的使用のための複製、引用、教育機関における複製などの個々の行為ごとに定める。

要するに権利制限規定について、競争法のように国際的共通ルールが国際的に確立しているといえない。そのことが、日本においてフェアユース（公正利用）を全面的に採用できない原因であって、このことは欧州大陸法系諸国がフェアユース（公正利用）を受け入れるまで変わらないのではないかと考えられる。

とはいえ、国際的に、1985年までには、コンピュータプログラム、データベースを著作権により保護することが確定した。このことは、著作物の一部を学術・文化を保護するものから技術を保護するものへとその性格を変えさせた。

デジタル化に伴うビッグデータ・人工知能などの技術革新に対応していくこともこの流れの中で考えていくべき事項である。伝統的著作物に対する権利関係を変える必要はなくとも、技術革新に伴い権利制限規定を柔軟、弾力的なものにすべきというビジネス上の要請には柔軟に対応していく必要がある。

新30条の4（著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用）、新47条の4（電子計算機における著作物の利用に付随する利用等）、新47条の5（新たな知見・情報を創出する電子計算機による情報処理の結果提供に付随する軽微利用等）もそのような要請に応じるための、日本型の柔軟な権利制限規定の整備であると評価される。

それら新設権利制限規定について、新30条の4本文をはじめ、抽象的に規定されて、一般人がその規定する内容を直ちに（一義的に）理解できるようなものではないことから、教科書的なガイドラインを公表することには望ましいものと考えられる。そのことが、実務に弊害をもたらすことは想定されない。さらにはそのようなガイドラインは、あらかじめあらゆる場合を想定してルールを決めるものとはならず、将来的に裁判所による個別事例で判例法を形成していくことの障害にもならない。また、個別係争事例についても、文化庁は、米国での「法廷の友」といわれるような意見書を提出することによりルール形成に関与していくことも可能である。競争法はいわばハードローの世界であるため、ソフトローといわれるものが法的に何を意味するのかを必ずしも理解できないが、一般法原則から文化庁によるガイドラインの策定が許されることは当然であろう。

さらに、電気通信事業や電力事業などの規制産業におけるように、事前相談制度・苦情

処理制度、独立委員会等による斡旋、仲裁制度まで設けると、手続き的にかなり充実したものとなる。

本稿は、学術論文でないため、個別事件の索引は省略する。各引用事例については、村上政博「独占禁止法（第8版）」（弘文堂、平成29年）、村上政博「特許・ライセンスの日米比較—特許法と独占禁止法の交錯（第4版）」（弘文堂、平成16年）、村上政博「アメリカ経済法—独占禁止法・通商法・知的財産法の展開」（弘文堂、平成5年）を参照。

第7章 ソフトローと著作権契約

1. 著作権法に関するソフトロー存在形式と著作権契約

(1) 著作権に関するソフトロー存在形式

ソフトローの存在形式は、一般に下記のように、①及び⑥に分類できる。著作権法に関するソフトローが他の法制のそれと異なる点は、権利処理が団体を介して行われることが多いこと（著作権等管理事業及び団体間協定等によって形成される管理業務）、及びその他実務が主に団体による内部規則、ガイドライン、契約実務等に関する指導、著作権法の解釈に基づく一律の処理があることと考えられる。

以下は、存在の可能性を示すものであって、実際に存在するかは、調査結果の分類によることになる。新法による柔軟な権利制限規定等の導入によって、将来生じうるソフトローを考察しておくことが求められる。

①公的機関の著作権法解釈

著作権法を所管する行政庁である文化庁、著作権法改正の諮問機関である文化審議会著作権分科会、又はその他のこの法制を調査・研究・報告をする文化庁が設置した委員会その他の会議体が著作権法上の権利（以下単に「著作権」という。）に関し公表する著作権の成立、消滅、制限その他の効力（以下「著作権の効力」という。）に関するガイドライン、報告書その他の公表文書（ウェブ上公表される文書を含む。以下単に「公表文書」という。）に示される解釈をいう¹¹⁴。

具体的紛争事案に関する裁判所又はその他の紛争解決機関の解釈は含まれない。

②研究機関の解釈

著作権法の研究を目的とする学会・研究機関、又は知的財産法制・情報法制の研究を目的とする学会・研究機関の公表文書に示される著作権の効力に関する解釈をいう。

公表文書に記載される構成員の解釈は含まれない。

日本において現時点では、この研究機関の解釈によるソフトローを見出すことはできない。

③団体の解釈

権利者団体の公表文書、及び利用者団体の公表文書に示される著作権の効力に関する解釈をいう。

④団体間協定

¹¹⁴ 文化審議会著作権分科会著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会「クラウドサービス等と著作権に関する報告書」（平成 27 年 2 月）15 頁は、クラウド上における個人のコンテンツの蓄積を著作権法 30 条の私的使用のための複製になりうることを認め、これによって適法な複製の範囲を拡大したことになり、このクラウド事業の適法性も確保されたという例がある。また、図書館等における「資料保存のための複製」（31 条 1 項 2 号）に関して同分科会報告書（平成 29 年 4 月）で示された解釈（121～122 頁）は同規定の適用範囲の明確化につながった。

権利者団体と利用者団体間の協定¹¹⁵、権利者団体間の協定、及び利用者団体間の協定¹¹⁶（これらの協定を「団体間協定」という。）であって、団体間協定は、その当事者である各団体それぞれの構成員である会員の著作権の効力に関する規定を有し、当該団体とその会員間においても効果を及ぼすものをいう。

この効果は、約款、会則、その他の内部規則によって会員が団体間協定の内容に拘束される方法、権利者団体において権利管理委託契約、利用者団体において著作物利用に関する契約関係を形成して（団体間協定がこれら会員を当事者とする契約の締結を義務付け、あるいは内部規則によって自動的に形成される。）、会員が団体間協定の内容に拘束される方法、あるいは当該団体における慣行等事実上の拘束力によって会員が団体間協定の内容に拘束される方法によって生じる。

団体間協定の会員に対する効力が当該団体の業界慣行等事実上の拘束力となって、権利者団体と利用者団体間の団体間協定の効果を超えて、権利者団体・利用者間、利用者団体・権利者間、さらには権利者・利用者間において団体間協定の効果が及ぶ場合がある。

⑤権利者団体・会員間規則等

権利者団体が定める会員との間の規則、決定、指導、ガイドライン、その他意見（これらを「団体・会員間規則等」という。）であって、団体・会員間規則等は、当事者である団体それぞれの構成員である会員の著作権の効力に及ぶ内容を含み、当該団体とその会員間において、約款、会則、その他の内部規則によって会員が団体・会員間規則等の内容に拘束される方法、権利管理委託契約関係を形成して会員が団体・会員間規則等の内容に拘束される方法、あるいは当該団体における慣行等事実上の拘束力によって、会員に団体・会員間規則等の効果が及ぶものをいう。

権利者団体・会員間規則等の会員に対する効力が当該団体の業界慣行等の事実上の拘束力となって、権利者団体・会員間規則等の効果を超えて、当該権利者団体の会員外（利用者を含む。）に及ぶ場合がある。

⑥利用者団体・会員間規則等

利用者団体が定める会員との間の団体・会員間規則等であって、団体・会員間規則等は、当事者である団体それぞれの構成員である会員の著作権の効力に及ぶ内容を含み、当該団体とその会員間において、約款、会則、その他の内部規則によって会員が団体・会員間規則等の内容に拘束される方法、著作物利用に関する契約関係を形成して会員が団体・会員間規則等の内容に拘束される方法、あるいは当該団体における慣行等事実上の拘束力によって、会員に団体・会員間規則等の効果が及ぶものをいう。

利用者団体・会員間規則等の会員に対する効力が当該団体の業界慣行等事実上の拘束力

¹¹⁵ 一例として、音楽3団体と民放連間の音楽の放送利用に関する協定。31条1項に関する複製物写り込みに関するガイドライン等（第2章、3、(1)、ア、イ、ウ、エ）の多数の権利者団体と利用者団体たる多数の図書館の団体の協議によるガイドライン。著作権法35条関係、37条3項関係、38条1項(5項)（第2章、(2)、(3)、(4)）。

¹¹⁶ 30条、32条、39条関係、新聞著作権に関する日本新聞協会編集委員会の見解（第2章、(5)、ア）

となって、利用者団体・会員間規則等の効果を超えて、当該利用者団体の会員外（権利者を含む。）に及ぶ場合がある。

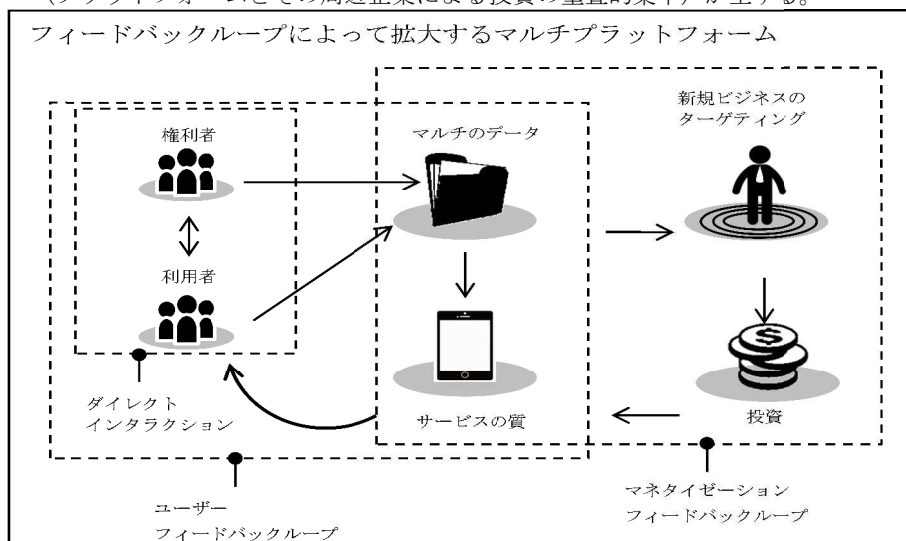
（２）ライセンス契約との関係

調査の結果を概観すると、ソフトローには、ソフトローの規範が契約を介さず直接適用になる場合¹¹⁷と、ソフトローが著作権契約の内容として取り込まれる場合があることが分かる。後者の多くはライセンス契約に取り込まれることによっているといえることができる。そのライセンス契約との関係は、次頁 2 において考察する。

ここに、ソフトローとライセンス契約の関連の 1 例を示しておく。ソフトローが直接適用になる例としては、新法が予定している著作物の所在検索サービス（47 条の 5 第 1 項 1 号）における検索結果の表示方法に関するガイドラインが考えられる。検索事業者は、ガイドラインに沿って表示する限りにおいて一応適法な業務を行うものであって、この段階において権利者からのライセンスを設定する必要はない。しかし、このサービスの事業者が新法によって許容される著作物たる情報の蓄積を進め、情報それ自体を取引の対象として流通させるビジネスに発展して行く可能性がある。この場合には、権利者との間において著作物の利用に関するライセンス契約が締結されて、ソフトローによる適法な表示方法によって検索サービスを行い、検索後に著作物の自動公衆送信等の利用ライセンス契約によって、インターネットプラットフォームのビジネスを行うことになり、ソフトローとライセンス契約によって（その結合によって）構成されることになる¹¹⁸。

¹¹⁷ 例としては、日本文藝家協会の引用に関するガイドラインがある。

¹¹⁸ 柔軟な規定が機能する最大の場面はインターネットプラットフォーム（オンラインプラットフォーム）においてである。ソフトローによる検索処理、ライセンス契約による著作物の流通は、プラットフォームを介して、サイトの参加者である権利者と利用者を直接のやりとり（Direct interaction）を可能にする。このことによってプラットフォームに権利者と利用者のデータが蓄積されて、両ユーザーのフィードバックループ（サービスの質の精度向上のループ）が形成され、次に、アプリケーションの提供、ユーザーデータ分析等々のビジネスに対する投資がはじまりマネタイゼーションフィードバックループ（プラットフォームとその周辺企業による投資の重疊的集中）が生ずる。



2. ソフトローに関連する著作権契約の存在と機能

(1) 本項の要旨

前述のとおり、インターネットプラットフォームの業務の著作権法におけるビジネスの適法性は「柔軟な権利制限規定」とこれに関連するソフトローによって保障される。ソフトローがその実施機関（図書館、学校等）に対する行為規範として機能する場面においても、同様に、業務の適法性は権利制限規定（ハードロー）とガイドライン等のソフトローによって保障されることになる。そしてこの実施機関はソフトローを十全に実施することが予定される（2、(2)）。

このソフトローはさらにそれを超えた利用を促進するためのライセンス契約を形成することになる。特に団体間協議によってソフトローが形成されると、例えば、ソフトローによって定まる新 35 条 2 項による補償金は、協議機関によって利用拡大のライセンス契約の形成に発展する。書籍検索サービスの検索結果の表示に関するガイドラインの延長線上の利用についても大量コンテンツの大量・多様利用を可能にするライセンスが形成される（コンテンツ自体を自動公衆送信するライセンス）。ソフトローとライセンスはともにコンテンツの利用を促進する（2、(3)）。

上述の団体間協議によるソフトローとマルチプラットフォームによるソフトローの形成は、ソフトローによる取引（上述のライセンス契約と相俟って）の常態化、標準化を招来することから、アウトサイダーのライセンス契約をも形成することになる。団体間協定のソフトローが当該団体の構成員にのみ効力を有するという法的な結論を左右しないが、利用の促進に参画しないコンテンツについては、常態となっている取引から事実上排除されてしまう。これがアウトサイダーをも取り込むソフトローの効果ということができよう（2、(5)）。

一方、団体間協議に拠らないソフトローの策定を行う者が出現する。事実上規範性を有することになるガイドライン等もまたソフトローということができる。上述のマルチプラットフォームが独自のビジネスモデルとして著作物の利用に関するソフトローを公表することが想定される（米国ではこの方法による新規ビジネスの構築が見られる。Google Books 訴訟はこのソフトローの適法性限界を確認するものであった。）。このソフトローによるビジネスに乗るか否かを権利者と利用者が判断することになる。特に権利者はその著作物の利用をライセンスするか否かの判断を求められる（2、(6)）。しかし、この時には既にコンテンツとして著作物がデータベース化されているという状況があるのかも知れない（新法 47 条の 5 第 2 項は 1 項の規定による軽微利用の準備のために必要な複製を許容している。）。この状況がさらにソフトローを取り込みつつライセンス契約が拡大する。

ソフトローは、適宜変更が可能で、ライセンス契約に取り込まれる関係においては契約当事者にならに者に拘束力を有しない。一方、ソフトローは、いかなる手続きによって成立した場合でも、適法性の推定を受けない。そこで、団体構成員であるか否かに関わらず、またライセンス契約の拘束のいかに関わらず。ソフトローの適法性限界を争う地位がソ

フトローの効力を受ける者に対し保障されなければならない(2、(7))。

(2) ソフトローが実施機関に対する行為規範として機能する場面

著作権契約は、大別すると著作権（その全部又は一部）の譲渡に関する契約（著作権譲渡契約、61条）と著作物の利用を許諾する契約（ライセンス契約、63条）がある。アンケート調査の結果によれば、著作権の譲渡に関連するソフトローは見い出せず、利用の範囲とその利用の条件（使用料を含む。）を調整するソフトローが主である。

十全に機能していると見ることが出来る図書館における利用ガイドライン等（複製物の写り込みに関するガイドライン、現物貸借で借り受けた図書館の複製ガイドライン、大学図書館間協力における資料複製ガイドライン、国立国会図書館がデジタル化した資料の図書館等への限定送信に関する協定）は正にこれを示すところである。ソフトローが十全に機能する上記の場面においては、ライセンス契約が介在することによってソフトローが機能するという二段階的な方法が取られることがない。ソフトローの規範を団体又は組織内のルールとして公表し、これを実施することによって完結してしまうからである（前掲図書館内における複製サービスを想定されたい）。ソフトローが団体の行為規範として存在し、この団体の規律（利用ルール）として公表され、一般利用者がそれに従わないという状況がほとんど皆無の状況であるときには、著作権契約を考察する必要がない。

ソフトローの実施機関が当該ソフトローを制定する機関であり、これを当該機関の行為として完結してしまうことになる結果、違反の問題やソフトローのエンフォースメントの問題が生じない。しかし、この行為規範の遵守の効果は、図書館等の利用者に直接影響することになるので、この利用者の法的地位の視点において、当該ソフトローのハードローに関する適法性が問われる場合を想定できないわけではない。具体的事案で見てみよう。公共図書館内の図書館資料の一部複製は、ハードローによって保障されている（31条1項1号）。いわばこの複製による利益の享受は、図書館利用者の法的地位によるということができる。この一部複製の範囲を公共図書館のソフトローによる規律によって定められるということは、図書館利用者の法的な地位（享受する利益）に直接影響するということになる¹¹⁹。図書館とその利用者との関係においては、ライセンス契約に基づく利用者の行為という形を取るものではない。ライセンス契約の効果の問題になるときは、利用の範囲に関する司法判断を待つことができるのであるが、ソフトローの直接行為者の存在によって、これが閉ざされるという結果を惹起することもありうることに充分留意しなければならない。

著作権法 35 条、38 条関係の著作物の利用に関するソフトローの存在は、教育現場である

¹¹⁹ 図書館利用者の一部利用の範囲に関する裁判例として、東京地方裁判所平成 7 年 4 月 28 日判決知的財産権関係民事・行政裁判例集 27 巻 2 号 269 頁、東京高等裁判所平成 7 年 11 月 8 日判決知的財産権関係民事・行政裁判例集 27 巻 4 号 778 頁が存在する。この裁判例において、公共図書館における利用者の一部複製の利益は、図書館の複製権に対する制限規定（抗弁）の効果によるものであって、利用者が複製を求める請求権という構成はないと判示されている。

学校等組織内の行為規範として機能する。具体例を見てみよう。権利者の団体によって構成される「著作権法 35 条ガイドライン協議会」がソフトローの形式主体となっている著作権法 35 条ガイドラインのいわば行為の名宛人は教育機関（教育機関団体は協議に参加したものの形式主体ではない。）であり、ほぼ十全にその規範が遵守されることが予想される。ここには、ライセンス契約を介在させてソフトローが機能するという場面はない。この意味において、ソフトローとしての著作権法 35 条ガイドラインは、上述の図書館と利用者間の関係と同様であるといえることができる。

（３）ソフトローの延長線上にあるライセンス契約

しかし、学校教育あるいは研究は、著作物の利用を 35 条の範囲に止めようとはしていない。35 条を超えて教育用資料をサーバーに蓄積して、これを異時に送信して利用したり、ないしは教育の場面を超えて研究用に利用するという利用の拡大が予定されているところである。この場合は、制限規定＋補償金制度の導入（新法 35 条）における補償金の範囲を協議で定めるガイドラインとしてのソフトローによって定めるということに加えて、制限規定による利用を超えた教育と研究の需要に対応した利用に関する使用料（補償金ではない。）のガイドラインが策定されることになる。いわば教育・研究需用の延長線上に、制限規定とライセンス契約が段階的にあるいは連続的に存在するということになる¹²⁰。このソフトローとライセンス契約への段階的・連続的發展は、前述のマルチプラットフォームによる所在検索サービスとコンテンツ流通にも見られるところである。

ソフトローを契機として著作物の利用を拡大して行くことの期待は極めて大きい。教育の情報化の推進に関する当事者協議の場が将来の日本における著作物利用・流通のモデルケースになることを期待したい。そのためには協議会に多くの学校・研究団体が参加するに留まらず、ソフトローの形式主体となることが望まれる。

言うまでもないが、ソフトローとしての補償金と拡大利用の使用料が定まれば、これらは民事訴訟によってエンフォースされることになり、使用料率等は、著作権法 114 条 3 項の使用料相当額として認定される可能性が高くなり、同条を介してアウトサイダーをも拘束することになる。ライセンス契約を形成していない著作物の利用者に対して損害賠償というサンクションを介してソフトローが機能することは極めて興味深い現象となるであろう。

（４）団体間協議とこれに規律される団体構成員のライセンス契約の形成

音楽 3 団体（一般社団法人日本音楽著作権協会、一般社団法人日本レコード協会、公益社団法人日本芸能実演家団体協議会）と一般社団法人日本民間放送連盟は、実に多くの協

¹²⁰ 「著作権法第 35 条ガイドライン協議会」による補償金、使用料の協議、協定は、現在検討に入るところなのであろう。

定を締結している¹²¹。その内の主要なものとして JASRAC との「音楽著作物の地上波放送における利用に関する協定書」がであって、民放各社は個別に同様の内容のライセンス契約「音楽著作物利用許諾契約書」を形成している。この方式によって、著作権、著作隣接権の利用に関する法的効果はこのライセンス契約によって定められたという結果に至っている。このライセンス契約の執行は、多くは音楽 3 団体の請求、各民放局の適法利用として機能する結果、著作権法のライセンス契約によって規律される効果を得ることができる。団体間協議によって形成された協定というソフトローが、音楽 3 団体ごとと民法連傘下の各社が締結するライセンス契約によって、団体間協定と同一の内容のソフトローが取り込まれる。民放連各社の音楽の利用は、ライセンス契約によって許諾されることになり、この違反が生ずれば著作権法のハードローの領域に取り込まれ¹²²、損害賠償請求等によるエンフォースメントが機能するという法状況を形成しているのである。この方式は、団体間協議によって形成される協定というソフトローの実効性を担保する方法として大変興味深い。

この構成員（特に民放各局）による協定と同様の内容のライセンス関係の形成が可能になるということは、民放連が民放各局の意向を完全に取りまとめ得て、民放各局は、もれなく民放連の指示に従うという法律関係（団体規律）が存在しているからである。

（５）団体間協議によって形成されるソフトローとアウトサイダーのライセンス契約

前項(4)で見たところの団体と構成員の関係（団体は 100%の組織率を有し、強固な団体規律が存在する関係）が存在する業界団体はむしろまれなところと言うべきなのである。新法による〔第 2 層〕の新規事業における著作物の利用（法案 47 条の 5）を促進するためには、権利者団体と利用者団体の協議によって形成される著作物利用のガイドラインを策定し、これをそれぞれの団体の構成員とさらに非構成員に適用して行ける法状況を模索しなければならない。この場合、前項(4)の方法は一つの参考になるもののアウトサイダーにソフトローを拡大するという新規でかつ困難な問題に逢着する。著作権法が柔軟な規定の導入に踏み込んだことは、同法のパラダイムを転換する可能性が生じたのではなからうか。これによって新法に 3 つの大きな問題が生じた。1 つは、利用の適法性限界の実体法的適法性を協議・協定・ガイドラインなどのソフトローによってどのように実現に行くかという問題である。次に、この適法性限界をアウトサイダーに拡大して行く法理の形成である。3 番目にソフトローによって形成されたアウトサイダーをも含むライセンス関係からいかなる要件の下に離脱（オプトアウト）しうるかという問題である。3 番目の問題は、ソフトローが最大効果を発揮しえた状況においてなお権利者又は利用者がこの効果・法状況から離脱する自由を保障することによって個別ライセンス契約の不存在の場合にもアウトサイダーを含め当事者を包括的に取り込むライセンス関係の形成を肯定する制度（たとえば拡大

¹²¹ 毎年民間放送連盟が作成する「著作権諸規定集」

¹²² 著作権契約の効果は著作権法 63 条と民事法制上の契約法理によることになる。

集中許諾制度)に伴う問題とすることができる。本稿においては、オプトアウトの問題には触れず、前 2 者の実体法的適法性限界とソフトローのアウトサイダーへの拡大の方法を示すに止まることとする。実体法的適法性限界は次項(6)で考察する。はじめにアウトサイダーの問題を考察することとする。アウトサイダーのソフトローの適用の一事例を示す。

2011 年ころまでの間に、映像の制作市場が拡大し、捕捉しうるその大きな部分として結婚披露宴における映像製作業者(ブライダル事業者)による映像製作にともなう音源の利用が問題になりつつあった。一般的ブライダル事業者は、著作権法の違法はないという認識であったが、一部の事業者は、映像への音源録り込みが無許諾で行なわれていることが著作権・著作隣接権の複製権侵害¹²³になるのではないかと考えて、いわゆる著作権フリー音源を利用するという状況が生じた。この者は、適法性を確保しようとしてかえって披露宴会場から支持されず競争力を失って行った。そこで JASRAC とレコ協・芸団協は、適法にレコード音源をブライダルに利用できるよう制度を作ることとした。これが一般社団法人音楽特定利用促進機構(ISUM)によるブライダル事業者の音源利用のライセンス制度であった。多様かつ難しい問題があったところであるが、本稿においてはアウトサイダーをどのように取り込んだのかの点について示すこととする。

JASRAC(後に NexTone が加わる。)とレコ協(レコード製作者の著作隣接権とレコードを介した実演家の著作隣接権を管理する立場にある。)は、ブライダル事業者の団体である公益社団法人日本ブライダル文化振興協会(BIA)と協議をし¹²⁴、それぞれ音楽、音源のビデオグラムにおける利用に関し使用料規定をブライダル利用に限って大きく減額して¹²⁵、実態に沿う協定を締結した¹²⁶。これがブライダル音楽・音源使用のソフトローということ

¹²³ この事業者にあっても披露宴を記録として撮影することに伴う音楽の複製(写り込み)が違法と認識している者はほとんど存在しなかった(30 条の問題と考えていたようである。)。そして、2012 年改正法によって 30 条の 2 が導入されて、同条によって違法性が確認されたという認識が生じた。現在同条の適用を判断する裁判例は存在しない。JASRAC は、音楽が披露宴における「主要な要素」であるとして、30 条の 2 の適用はないという見解を Web 上に公表している。この意見が一定の拘束力をもって ISUM 方式が運営されている(JASRAC の意見は事実上の拘束力をもつソフトローとして使用料と ISUM による制度に機能している。) ISUM 方式から離脱する者あるいは異なる意見を有する者の手続的保障を考える必要があるかも知れない。記録用ビデオについては司法判断による確定が望まれる。

¹²⁴ 第 2 章の分析によれば、ソフトローの形式の最大の障害は、意見集約の場、協議の場、仲介等機関の不存在であることが分かる。音楽 3 団体が自ら BIA に申し入れて協議の場を設定し、協議を結んだとするならば、この場の設定自体は高い評価を受けるべきである。音楽の特定利用を協議によって形成し示したことになるからである。音楽に限定せず特定利用目的ごとに協議・協定を形成して著作物の利用を促進することが求められ、そのための場として、協議を行なう場としての組織が必要なのである。この組織は、協議をコーディネートする著作権法の専門家と権利者、利用者の団体から選出される業務の専門家などによるパネルとこれを運営する事務局によることになるのであろうか。

¹²⁵ 2014 年ころまでブライダル利用に関して JASRAC ビデオグラムの使用料規定はブライダル利用の実態に合致せず、ほとんど(ないしは全く)適用されていなかった。JASRAC はこれを大きく減額した「ブライダル演出記録用録音・録画物に関する運用基準」(2013 年 12 月 1 日制定)を定めた(同様に後に NexTone が著作権につき参画し、著作隣接権についてはレコ協が日本レコード協会使用料規定第 6 節を定めてブライダル利用の減額を行った。)

¹²⁶ JASRAC のビデオグラムの使用料を変更して(減額を含む。)実態に合致した運営基準を定めるには、第 9 節ビデオグラムの使用料規定において、利用者との協議を要件としているところから(第 9 節ビデオ

になる。

すなわち、ISUM 方式は、著作権・著作隣接権の管理事業者である JASRAC、レコ協とブライダル事業者である BIA の協議・協定に基づいていることになる。2011 年、ブライダル事業者は個人事業者を含め 3000 以上存在するところ、BIA の会員を中心に大手の事業者の約 8 割の約 900 社が ISUM に登録し、登録は拡大しているという¹²⁷。

JASRAC、レコ協は、ISUM に登録したブライダル事業者とそれぞれ個別に音楽・音源利用の包括ライセンス契約（使用できる音源は現在 11,000 曲であるが、これ以外についても届出によって利用可能となる。）を、締結することになっている（ISUM は法形式上 JASRAC・NexTone、レコ協の窓口として登録事務を行ない、ライセンス契約の当事者とはならない。）。ブライダル事業者は、登録・契約後、ブライダルに利用した音源コードを ISUM に届出（インターネットを介しデータを送信）、使用料の支払を 3 権利者団体の代行者としての ISUM に行なう。

ISUM は 2014 年 4 月以降事業を行ない登録を拡大しているが、アウトサイダーのブライダル事業者の取り込み（登録）を得なければならない。利用者団体の協議・協定をアウトサイダーに拡大する登録促進の業務が ISUM の重要な業務というべきなのであろう。

ISUM 登録（さらに権利者団体と契約）がさらに拡大する理由（協議・協定方式によるソフトローの実効性を得る理由）は次の点にあるものと考えられる。

- ① 登録・ライセンス契約は、ブライダルに特化した減額した使用料の規定が適用される。
- ② アウトサイダーが登録・契約無く音楽利用をする場合には、JASRAC、レコ協から損害賠償請求を提起される可能性があって、この場合には、一般的使用料の規定によることになる¹²⁸。

ブライダル運用基準による音楽の使用料は団体間協定のソフトローによるものであるが、その背後に、著作権等管理事業法に基づく使用料規定と著作権法 114 条 3 項のハードローが存在するということになる。

著作権法の分野において、権利者団体はほぼ確立していると見てことができソフトローによる規範を実効なさしめるためには、利用者の団体による捕捉（利用者団体の形成）にかかるところが大きい。しかし、大方の捕捉が可能であるならば、アウトサイダーもこれに参画することが充分にあり得ることを ISUM 方式が示している。そのためには、当該規範の妥当性（業務実態に適合した内容）と、参画しない場合の不利益（特にハードローによるエンフォースメント）が重要である。

オグラム、備考⑤）、JASRAC は BIA と協議をし協定を成立させたものと推認される（協議、協定の資料は公開されていない。）。しかし、後掲注 127 のとおり BIA は会場経営の会社が主なところから、協議、協定の資料の公開が望まれる。

¹²⁷ BIA の会員のほとんどは結婚披露宴会場主催者であり、ブライダル映像製作会社は少ない。したがって、ISUM に登録の同事業者の多くは BIA のアウトサイダーと見なければならない。

¹²⁸ ブライダル利用の差止請求権は、行使の可能性なしとしないが、いかなる利用かを特定せずに、差止めを求めることの問題があるように思われるので、ハードローによるエンフォースメントの担保は、損害賠償請求権（不当利益返還請求権の構成の場合もあり得る。）にある。

（６）団体間の協議・協定に基づかないソフトローとライセンス契約

団体間の協議・協定に基づかないソフトローとは、すなわち権利者団体がガイドラインなどのソフトローを定めこの遵守を利用者に求めるもの、又は利用者側が利用のルールをガイドラインなどのソフトローを定めこの遵守を権利者に求めるものである。一見、このような一方的なソフトローが規範として存在しうるものではないのではないかという疑問が生じる。かかるソフトローが存在しうる条件と問題点について考察しておくことが求められる。

権利者側が定めるソフトローは、著作権法分野における特徴として大きな権利者団体の存在があることから、その可能性は大きい。¹²⁹

大量コンテンツのインターネットを介した利用が現在のコンテンツビジネスの中心になりつつあるところ、このビジネスにおける権力配分は、インターネットプラットフォームに傾斜して行く（前述 1、(2)）。書籍コンテンツ、音楽コンテンツ、映像コンテンツを配信する事業は、これを統括するプラットフォームがその利用のルールを策定して、ビジネス・技術標準として公表することによって、これに乗り得ない者を排除しつつ、マクロ的には強固な規範を形成して行くことになる。ソフトローによって市場の支配を形成するということがありうるのではなかろうか。

一例を Google Books の著作物の利用に見ることができる。Google が図書館資料のデジタル化をフェアユースとして肯定せしめた最大の論拠は、検索結果、特にスニペット表示が書籍コンテンツのトランスフォーマティブな利用であることを示したところにある¹³⁰。この論拠となった検索結果の方法は、いわば Google の 1 社が、検索対象コンテンツの書籍の権利者と協議することもなく、定めた方式というソフトローによっているということになる。Google は、権利者と利用者の間にあるプラットフォームとして権利者との間のライセンスの関係を形成したのと同様の効果を得たということになる¹³¹。

Google が自ら定めた検索結果のスニペット表示など著作物の利用に関するソフトローによって、書籍所在検索サービスを形成し得たのは、フェアユースというハードローに裏打ちされたソフトローによっているということができる。これを連邦裁判所の判例によって確実にしたということになる。

¹²⁹ ISUM 方式によるブライダル事業者の使用料の定めにおいて、JASRAC、レコ協と BIA による協議・協定方式が認められるところではあるが、BIA は、ブライダル事業者の捕捉率が低く協議当事者たり得ないという場合には、ISUM 方式は、JASRAC 等の権利者団体が定めた運用基準というソフトローに基づく制度ということができる。

¹³⁰ トランスフォーマティブな利用に関する Google Books 裁判資料として、松田政行編著『Google Books 裁判資料の分析とその評価—ナショナルアーカイブはどう創られるか—』（商事法務、2016 年）216 頁 [増田雅史]、250 頁 [松田政行]。米国連邦第 2 巡回区控訴裁判所 2015 年 10 月 16 日判決 (<http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.pdf?ts=1445005805>)

¹³¹ Google は、フェアユースの検索結果の延長線上に個別的な利用許諾契約を形成して、トランスフォーマティブな利用を超えた利用を行うところもある。

日本において、かかるソフトローの形成の仕方は、近い将来において生ずることがないのかも知れない¹³²。しかし、インターネットプラットフォームのビジネスは、日本市場だけを想定すべきではない。日本の書籍、音楽、映像コンテンツは、グローバルなプラットフォームのソフトローによって支配されるという点を見逃すべきでない。ソフトローをベースにしたコンテンツの利用は、延長線上にライセンス契約によるコンテンツの利用があることを想定しておかなければならない（前述 1、(2)）。

（7）ソフトローを内容とするライセンス契約の適法性の限界を争う地位の保障

アウトサイダーが、ライセンス契約関係に入った場合、その契約の内容となっているソフトローに拘束されることは当然であるが、ここで留意しておかなければならないのは、権利者団体が用意したライセンス契約の内容にソフトローで定められた規範に関する不爭条項の有効性ではなかろうか。ソフトローは、適法性の推定を受けていない（権利者又は利用者の団体が利益相反する団体と協議することなく定められたガイドライン等のソフトロー、及びプラットフォームがそのサービスのルールとして定めるソフトローについては、協議による調整を経ていないことが考えられる。）。ソフトローを内容とするライセンス契約が形成された場合、この適法性の推定を補完するために、ソフトローの制定者（多くは権利者団体又はインターネットプラットフォーム）は、当該契約にソフトローの要件を適法なものとして遵守して争うことを禁止するという規定を導入するかも知れない。また、ソフトローの要件を争って使用料等の支払いを一部留保する利用者に対し契約解除条項をもって解除し、この排除する強制力をもって不爭の効果を生じさせようとするかも知れない。これらを認めると、ソフトローの有効・無効をライセンス契約を介して司法判断を得るという経が断たれることになる。かかるソフトローによる取引が不当な拘束として排除されることがあるとしても、個別の契約ごとにその有効性が争われるべきである。ソフトローが、団体によって定められ、あるいはその協議によって定まり、または支配力を有するプラットフォームの利用ルールとして定められた場合に、これに司法判断による適法性の限界に関する判断を得ることができなければならない。

¹³² これに代わる方法としては、前述の権利者団体とプラットフォームの協議・協定によるソフトローの形成であろう。プラットフォームの団体が形成されれば、団体間の協議・協定になるかも知れない。

第8章 著作権分野におけるソフトローの活用に向けて

1. 著作権分野におけるソフトローについて

本調査研究を進めるにあたって実施したアンケート調査では、著作権分野に存在するできるだけ多くのソフトローの事例を収集することを目指したが、結果としては回答に挙がってこなかったものも残されているものと思われる。したがって、網羅性という点では限界があるものの、大別すればソフトローの策定目的から2種類のグループに分けることが可能であるように思われる。現時点で回答に挙がってきたソフトローは、第2章「1. アンケート調査結果の概要」に掲げたとおりであるが、第1のグループとして、著作権法35条（学校その他の教育機関における複製等）、31条（図書館等における複製等）、37条（視覚障害者等のための複製等）又は38条1項（営利を目的としない上演等）という権利制限規定の円滑な運用を目的とするもの、第2のグループとして、著作権等管理事業者の使用料規程の運用に関するもの、実演家の出演契約や実演の二次利用に関するもの、著作物等の使用料の水準に関するものなど、円満な契約秩序の形成や関係者間の利益調整などを目的とするものに大別できる。後者に属するソフトローもいわゆるライセンス体制の整備の観点から有益な示唆を含んでいるが（例えば、第7章「ソフトローと著作権契約」、特に「2. ソフトローに関連する著作権契約の存在と機能」）、ここでは本調査研究の契機となった権利制限規定の運用に関するソフトローに焦点を当てて総括することとする。

2. 権利制限規定とソフトロー

（1）権利制限規定の運用とソフトローの必要性

文化審議会著作権分科会報告書（平成29年4月、以下、「平成29年報告書」という。）では、権利者に及び得る不利益の度合い等に応じて著作権法の権利制限規定を3層に分類した上で、「各規定の性質に応じてそれぞれ適切な柔軟性を確保した権利制限規定を整備すること」を提言している。その際、「各規定の立法趣旨に合致した適切な運用」がなされるためには、「柔軟性と明確性（言い換えれば抽象性と具体性）を巡るトレードオフの関係を踏まえ、それぞれの弱みを補うための運用上の工夫」が必要であるとして、その工夫の一環として、ソフトローの活用が指摘されている。ソフトローは、抽象度の高い権利制限規定を採用する場合、予測可能性の向上の観点から「事実上の行動規範として法的拘束力を持つものではないが、（中略）紛争の予防又は裁判外における紛争処理の円滑化のために機能し、実際上の問題解決に資することが期待される」（同報告書57頁）ものと指摘されている。また、個別・具体性の強い規定を採用する場合でも、変化への対応可能性の観点から規定の趣旨を踏まえた柔軟な解釈が期待されることであり、その方策の一つとしてソフトローの活用を指摘している（同58頁）。

本報告書第3章で言及したように、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、いわゆる「ルール・スタンダード論」では「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となる」といわれている。立法府の制定する法律の解釈の間隙を埋める方策として、①司法による判例の形成、②委任命令による行政への制定法の間隙を埋める権限の授権、③ソフトローの形成という3つの方法が考えられる。

著作権法分野では、立法府においてできるだけ法律の解釈において争いが生じないように法整備が進められてきた。権利制限規定に関しても、従来のような個別的な詳細な権利制限規定を累次設けてきたのはその例に当たるが、今回の柔軟な権利制限規定の導入は、法律の解釈の間隙をあえて残したところに意義がある。柔軟な権利制限規定の運用にあたり、この間隙を常に司法による判例の形成に委ねるのは社会的なコストが大きすぎるため、委任命令による行政への制定法の間隙を埋める権限の授権やソフトローの形成という選択肢が求められることとなる。ただし、ソフトローによる対応についてはその限界にも留意すべきであって、ハードローに委ねられるべき場合、すなわち、司法府における裁判例の蓄積による判例（ハードローの一環）の形成を正面から認めるべき部分もあると思われる。ソフトローが要請されている著作物の利用実態を踏まえつつ、その限界を見定めて、上記①から③による方策、さらには事例の蓄積に応じて立法府による個別具体的な権利制限規定の追加による法の明確化を図るべきで、事例に応じて様々な選択肢から適切な方策を選択し用いていくのが肝要である。

（２）権利制限規定の改正とソフトローの必要性

今回の著作権法改正案（以下、「改正法案」という。）では、平成29年報告書が整理した権利制限規定の3つの層のうち、第1層（権利者の利益を通常害さない行為類型）に当たる規定として、新30条の4（著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用）及び新第47条の4（電子計算機における著作物の利用に付随する利用等）を、また、第2層（権利者に及ぶ不利益が軽微な行為類型）に当たる規定として、新第47条の5（電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微利用等）を設けるとともに、第3層（公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為類型）に当たる規定として35条（学校その他の教育機関における複製等）、47条（美術の著作物等の展示に伴う複製等）などの改正が予定されている。いわゆる「柔軟な権利制限規定」に相当するのは、第1層及び第2層に分類される上記3か条であると捉えられる。

第4章で分析したように、新30条の4、新47条の4及び新47条の5の各規定については、次のような点でソフトローの必要性や可能性が認められる。

すなわち、新30条の4に関しては、第1号から第3号は本文の「当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合」の例示列举であり、「必要と認められる限度」や「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用

の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」という限定はあるものの、利用主体や利用客体、利用態様において限定はなく、様々な分野における利用行為に適用可能性がある規定である。

そして、著作物に表現された思想又は感情を享受するといえるためには、①著作物における表現を人が知覚により認識すること、②①を通じて当該著作物に表現された思想又は感情を享受することのいずれも満たす必要があると考えられるが、特に②は、これまで著作権法が取ってきた方法と異なり、この判断には困難を伴う場合があり得る。また、先述のただし書きの「不当に害する」や「必要と認められる限度」の範囲にも同様の困難が指摘される。これらは、規範的評価概念と見るか否かに関わらず、権利者と利用者のそれぞれの諸事情を総合勘案して決せられる事実又は評価であって具体的事実を踏まえて初めて判断されるからである。これらの要素はいずれも同条の持つ文言の抽象性（柔軟性）に由来するものであるが、利用者の予測可能性の確保という観点から、ソフトローが必要な領域が存在し、あるいは今後生じる可能性がある。

次に、新 47 条の 4 に関しては、電子計算機等における著作物利用の円滑化・効率化のための付随利用一般（同条 1 項）、及び維持・回復のための利用一般（同条 2 項）を対象とするものであり、「必要と認められる限度」や「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」という限定はあるものの、利用主体や利用客体には特段限定はなく、電子計算機等における様々な利用行為に適用可能性があり、この意味で一定の柔軟性を備えた規定であると評価できる。

同条各項に掲げられた第 1 号から第 3 号は、各項柱書の「次に掲げる場合その他の」という文言に照らし例示列举と捉えられ、各号の解釈に関しては、1 項 2 項ともに、これらがいずれも既存の規定を取り込んだものであることに照らせば、ソフトローの作成の必要性は高くないものと考えられるが、一方で、各項柱書に関しては、「（電子計算機等における利用を）円滑又は効率的に行うため」、「（電子計算機等における利用に）付随する利用」（以上 1 項関係）、「（電子計算機等における利用を行うことができる）状態を維持し、又は当該状態に回復することを目的とする」（2 項関係）といった文言や、「必要と認められる限度」（1 項・2 項ともに）の文言が何を意味するかについては、なお予測可能性という観点から不透明さが残っていると評価することも可能であり、また、ただし書きへの該当性の問題もある。これらの点を考慮すれば、ソフトローによる補完が必要な領域が存在し、あるいは今後生じる可能性も否定できない。

最後に、新 47 条の 5 に関しては、電子計算機を用いた情報処理により新たな知見又は情報を創出することによって著作物の利用の促進に資する第 1 号から第 3 号に規定する行為を行う者による著作物の「軽微利用」（1 項）や、その準備としての利用（2 項）を対象とするものである。1 項に掲げられた検索サービス（第 1 号）や情報解析の結果提供（第 2 号）は既存の規定を取り込んだものであり、第 3 号は今後政令で定めるものとされている。

同条1項の各号は、新30条の4及び新47条の4の場合とは異なり、限定列举と解することができ、その意味においては、同条はこれらの規定と比べると柔軟性は若干低いものと解することもできる。しかしながら、1項の対象となるためには、各号に規定された利用行為に「付随」した「軽微利用」と評価される必要があり、また、同条においても上記規定と同様に「必要と認められる限度」や、著作物の種類及び用途並びに利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は適用しないという趣旨のただし書きが設けられているため、予測可能性の確保という観点から、ソフトローの活用も考えられる。

このように「柔軟な権利制限規定」に相当すると考えられる新30条の4、新47条の4及び新47条の5については、いずれも予測可能性の確保という観点からソフトローの活用の可能性が認められると考えられる。

また、同時に改正法案に盛り込まれた35条、47条等、第3層に分類される権利制限規定についても、先述のように、個別・具体性の強い規定を採用する場合でも、変化への対応可能性の観点から規定の趣旨を踏まえた柔軟な解釈が期待され、その方策の一つとしてソフトローの活用が挙げられていることや、現行の35条の運用にあたりガイドラインが円滑な利用秩序の形成に寄与していることも考え合わせれば、これらの改正後においてもその運用にあたってソフトローを活用する可能性が認められるものであり、特に35条関係については、ソフトローを形成する場合に権利者・利用者団体によって構成される協議会方式が最も望ましいと考えられるところ、当事者間の枠組みも形成されていることから、その協議の促進が期待される。

（3）情報法分野における知見の活用と留意点

第5章で論述したように、情報法分野におけるソフトロー形成の知見は、著作権分野におけるソフトロー形成のための有益な示唆を含んでいる。

第一点は、今後、著作権分野におけるソフトローの検討にあたっては、ソフトローの実態把握とメカニズムの解明を進める必要があるということである。

ソフトローのメカニズムを解明するための視座として次のような点が指摘される。①ソフトローの当事者（策定者・名宛人）が現に有するソフトローへの認識を明らかにすること。その際、ソフトロー策定の理由や関係者間の「拘束力」の認識を明らかにすることが重要であること。②インセンティブの重視。「そうすることが自らにとって合理的である」という所以を明確にすることである。③異なる制度同士の比較。特に、インターネットの拡大という共通の変化に対する情報法分野におけるソフトローとの比較は著作権法のソフトローを理解する上で有益な示唆を含むものであること。④ハードローとソフトローとの関係性の把握。著作権分野のソフトローが著作権法というハードローと深い関係性があることは当然であるが、ソフトローは本来的に自己完結的ではあり得ないので、他のハードロー（例えば、31条関連では図書館法や博物館法、35条関連では学校教育法など）との関係性を有してこそ機能し、また、専門職倫理やインターネット事業者の行動様式という各

種ソフトローとも強い相互依存関係の下に形成・維持されているという視点も重要であること。⑤歴史的経緯や経路依存性の考察の重要性。ソフトローは当事者の認識に依存するものであるため、歴史的経緯や経路依存性の影響を強く受けて形成・受容される。

以上のような視座は、著作権分野における今後のソフトロー形成にあたって参照すべきポイントであるが、今回実施したアンケート調査は、上記の視座のすべてを反映したものではないが、著作権分野におけるソフトローの実態把握とメカニズムの理解の一助となるものと考えられる（第2章「3.アンケート結果の整理」参照）。

第二点は、「柔軟な権利制限規定」が導入された際に、著作権分野で法の目的を実現する上で必要なソフトローが、必要な時に、必要な形で形成され、必要な期間持続的に維持される状態を生み出すための法政策上の方法論の構築が必要であるということである。その観点から、法政策による、すなわち国家による適切な関与の在り方（「ソフトロー行政」）の検討も重要である。情報法分野では、「自主規制」「直接規制（政府規制）」に加えて「共同規制」という考え方が導入されてきた。共同規制は、柔軟性や当事者の知識の活用、不確実性の高い問題への対処といった自主規制の利点を活かしつつ、その不完全性やリスクを政府が補完することによって対応しようとする規制手法として活用されている。

「共同規制」の概念や「より良い自主・共同規制のための原則」については欧州を中心に理論的深化が進められてきたが（第5章「2.共同規制という方法論」参照）、著作権分野において共同規制の方法論を適用する際の論点として、次のような留意点が指摘される。

第一に、共同規制の方法論は、国内外を問わず、行政法規に関わる分野において多く用いられてきた。これらの分野では、原理上、ソフトローの適切性を行政が相当程度明確に評価・保証することができ、また、行政によるソフトローへのコントロールの実効性は、行政機関が有する一定程度裁量性の高い解釈権限と執行権限を背景にする側面が大きいことが指摘される。これに対して、著作権法の場合、行政はその解釈権限や執行権限を直接有しているわけではなく、「有権解釈」を行い得るのは司法のみであるという違いがあるが、一方で、行政が執行権限を有しない法分野、例えば、電子商取引分野、プロバイダ責任制限法関係、「シェアリングエコノミー」等においても、行政によるガイドライン策定を通じたソフトロー形成が試みられる事例を見ることができる。法の執行権限は、ソフトローをコントロールする上での行政が用い得るインセンティブ手段の一つにすぎないので、著作権分野においても、例えば、事業者の直面する不確実性の解消につながる法解釈ガイドラインを行政が示すことや、業界団体等が策定するガイドラインに対して行政が法制面での助言を行うなどの関与手段は十分考慮に値する。ソフトローが規範性を持って当事者に受け入れられるためには、法解釈の信頼性に加えて、当事者自身が規範形成に参加することなどによる正統性という根拠が必要である。この「マルチステークホルダー性」の確保は、法の民主性の担保のみならず、ソフトローの実効性の担保からも中心的な課題である。

第二に、共同規制の方法論は、典型的には企業や団体を名宛人とした規範の形成において用いられる場合が多く、このような業界団体を単位としたルール形成は著作権分野でも

見られるところであるが、著作権分野の場合、個人の行動が問題となる側面も大きい。共同規制は、問題対応にあたり、効率的かつ実効的なコントロール・ポイントを特定し、それらが行う自主規制に対して一定の公的な働きかけを行うことにより、公私が共同で解決策を管理する政策手法と定義できるが、個人を名宛人としたソフトローに関しては業界団体以外のコントロール・ポイントを特定・創出することも選択肢の一つである。インターネット関連分野では、プロバイダやプラットフォームなどの分散的な個人の行動に対する実質的な規制能力を有する私的主体に着目した例があり、行政として適切なソフトロー形成のために私人の規範形成に関与することも期待される。また、個人の主体的な規範遵守という観点からは、「教育」を通じたソフトローの形成という手段も考察する必要がある。

第三に、著作権分野では、権利者と利用者の間にソフトローの内容に関する明確な利害対立が存在するケースが多いことから、両者がソフトローを自律的に形成することの困難性が高いと考えられる。ステークホルダー全体の明示的な合意という理想的な姿ではないが、著作権分野での教育機関や図書館等における利用に関するガイドライン等は、名義上は一方当事者の「片面的」ソフトローではあるが、相手方が争わないという状況があり、それも含めて、機能している事例と評価することができる。行政としては、ソフトローの適切性が担保されるように、法解釈面での助言を行うことや、相反する側の利害が形成過程に適切に反映されるよう必要な関与を行う役割を果たすことが求められる。

（４）競争法の観点からみた著作権分野におけるソフトローの留意点

競争法分野においてはガイドライン等のソフトローが活用されており、その概要は第 6 章で論述したとおりであるが、著作権分野において権利者団体と利用者団体との協議によりガイドラインを定めることに関して、競争法の観点から次のような留意点が指摘された。

事業者団体が会員事業者の供給する商品または役務の品質、規格等に関連して、環境保全や安全確保等の社会公共的な目的から自主規制基準を設定・実施することはよく行われることであり、一般論として、そのような活動は独占禁止法上の問題は特段生じないが、活動の内容、態様等によって、会員事業者による多様な商品または役務の開発・供給等に係る競争を阻害することとなる場合には、独占禁止法上問題となるおそれがある。また、自主規制等の利用・遵守は会員事業者の任意の判断に委ねられるべきであって、事業者団体が自主規制等の利用・遵守を会員事業者に強制することは、一般的には独占禁止法上問題となるおそれがあるという指摘である。

このような指摘を踏まえれば、著作権分野において権利者団体と利用者団体の協議を通じて、あるいはその一方だけによって、権利制限規定に関する法解釈や基準等を示すことも特段問題があるとは考えられない。ただし、個々の事業者（特に競争関係にある者）の集合体である権利者団体や利用者団体が、ガイドライン等の設定によって、そのメンバーである個々の事業者の権利行使や選択の自由を制限し、関連市場における競争制限効果をもたらす場合には独占禁止法上問題となるおそれがあるものと考えられる。ソフトローは

本来法的強制力がなく、事実上の行動規範であるが、上記の点については、著作権分野のソフトローの形成と運用においても留意が必要である。

競争法分野においては、独占禁止法上の懸念がある場合については、公正取引委員会の事前相談手続に持ち込んで、問題がないという「不問証明（ネガティブ・クリアランス）」を取得するという仕組みがある。このような事前相談手続の蓄積を通じてソフトローが形成されていくという効果も認められることから、著作権分野におけるソフトロー形成の一手法として、このような具体的な事例に応じた相談の仕組みを設けることも考えられるが、相談を受け、判断を行う主体については、著作権が私権であり、行政が解釈権限や執行権限を有しているわけではない点にも留意する必要がある。この点、既存の著作権紛争解決あっせん制度（著作権法 105 条以下）を活用することも検討に値しよう。

（５）ソフトローと契約

事例調査では、権利制限規定に関するソフトローと契約秩序特にライセンス契約の内容として取り込まれるソフトローの 2 種類のソフトローの存在が浮かび上がってきた。権利制限規定に関するソフトローは直ちに契約と結びつくことは考えにくい。一方、ライセンスの場面におけるソフトローと著作権契約との関係については、事例があり考察する点も多い。第 7 章において論述したところであるが、権利者団体等がライセンス契約等の権利行使の前提として制定して、これに取り込むことによってソフトローが機能していることが示されている。

ソフトローは、合理性のないものについて適宜変更が可能であり、ライセンス契約の関係を考察するかぎりでは、一定の団体構成員にならないとか、ライセンス契約関係の形成を拒否するという者において拘束力を有しない。しかし、ソフトローは、いかなる手続きによって成立した場合でも、適法性の推定を受けない。勿論、団体間協定にその構成員が拘束される場合には組織の法律関係が介在して、他の場合よりも強い拘束力が認められるであろうが、これとても法令のような適法性の推定はない。著作権法において、団体による権利行使、利用秩序の形成はその実務の中核をなしており他の法分野にない特徴を形成している。また、マルチプラットフォームによるコンテンツ流通から切り離して著作権流通が成立し得ない状況にもある。そこで、団体構成員であるか否かに関わらず、またライセンス契約の拘束のいかんに関わらず。ソフトローの適法性限界を争う地位がソフトローの効力を受ける者に対し保障されなければならない。ソフトローに関し不爭条項を設けることが無効になることはもとより、ライセンサーによる契約の解除によってソフトローを争い得なくするなどに限界があるというべきである。ソフトローの適法性の限界が司法判断を受けることがあることによって、ソフトローの存在形式のいかんを問わず、制定時の適法性の確保に資することになる。

3 著作権分野における今後のソフトローの形成・運用にむけて

(1) 法解釈の間隙を埋める適切な方策の選択

上記2(1)で述べたように、法解釈の間隙を埋める方策としては、①司法による判例の形成、②委任命令による行政への制定法の間隙を埋める権限の授権、③ソフトローの形成、さらには個別具体的な権利制限規定の追加などの多様な選択肢がありうる。今回改正法が提出された「柔軟な権利制限規定」に関しても、すべからずソフトローの形成が必要であるとは言えず、事例に応じた適切な方策を探究する必要がある。

また、ソフトローに関しても、第5章で触れたように「自主規制」又は「共同規制」という手法の選択の問題もあれば、公的機関が関与する「共同規制」においても、公的機関の関与の在り方は事例に応じて異なりうる。また、公的機関の関与の在り方に関して、著作権分野においては、行政は法解釈権や執行権限を有しているわけではないため、厳密な意味での「政府規制」の範疇には該当しないが、例えば、図書館等における複製等に関して31条1項2号の「資料保存のための複製」の範囲に関する文化審議会著作権分科会の見解¹³³がアーカイブの整備に関する著作権関係の指針として機能している事実等を踏まえれば、このような行政機関や政府の審議会等が示す法解釈がソフトローとして機能していく可能性にも注目すべきである。

以上のように、公的機関の関与の在り方としては、ソフトロー形成に向けての当事者間の協議などの場の設定や意見表明等、「共同規制」という手法の中でソフトローの形成・運用を支援するケースのほか、法解釈の指針として一定の見解を示すことがソフトローとしての機能を生じさせる場合もあることを踏まえて、適切な対応が求められる。

今回導入される「柔軟な権利制限規定」の運用にあたってどのような選択肢が適切かを検討するにあたっては、大前提として、新30条の4、新47条の4及び新47条の5がどのような事例を想定しているか、また、各規定中の抽象的な文言の趣旨・内容などをある程度明確にすることが重要であると考えられる。関係者が法解釈について一定程度共通の理解がなければ、ソフトロー形成の必要性の有無やソフトローによって定めるべき論点も明確とならない。その観点から、改正法成立後、文化庁において、改正法が想定している具体的な事例の捉え方も含めて、柔軟な権利制限規定を中心に改正内容に即して法解釈の指針になるような文書を作成し、公開することは、ソフトローの必要性の検討やソフトローの内容等の検討に有益であると考えられる。もっとも、その際、新規ビジネス等、様々な利用態様に柔軟に対応できるというメリットを損なうことのないように留意しなければならない。

(2) 著作権分野におけるソフトローの形成・運用のポイント

様々な選択肢の中から、ソフトローの形成・運用という方策を選択する場合におけるポイントとして、これまでの各報告、特に第2章「5. アンケート結果の考察」、第3章「2.

¹³³ 平成29年報告書121～122頁

権利制限規定とソフトロー」、第 5 章「3. 著作権分野において共同規制の方法論を適用する際の論点」における分析も踏まえて、次の事項に留意すべきであると考えられる。

①新たな利用行為類型の性質や社会的影響等の考察を通じた必要性の明確化

第 2 章において、権利制限規定に関して機能しているものと評価されるソフトローの特徴を抽出したが、これらはいずれも従来の個別具体的な権利制限規定に関するものであった。その場合、法律上利用行為は一定の類型化がなされており、対象となる行為が明確である。また、これらの権利制限規定を活用している利用者は、非営利目的で公益的事業を行っている者であった。

これに対し、今回の改正法案で新 30 条の 4、新 47 条の 4 及び新 47 条の 5 として設けられる予定の権利制限規定は、既存の権利制限規定から移行してきたものを含んでいるものの、第 4 章で分析したように、現時点ではまだ具体化していない利用行為にも対応し得るものとして設計されている点に大きな特徴があり、従来の多くの権利制限規定と比べて、あらかじめどのような利用行為に適用されるかが限定されていない。

また、これらの新たな権利制限規定を活用する主体としては、今後の I o T・ビッグデータ・人工知能（A I）等の技術革新を活用した営利事業としてビジネス開発・展開する事業者が大きな割合を占めることが予想される。ビジネスとして各種のサービスを行う場合、それぞれの事業者は他の事業者との差別化を図るため、独自のビジネスモデルを形成し、著作物の利用方法や態様も多様化することも予想される。このような多様性は利用行為の類型化を困難にする場合があり、標準的な行動規範としてのソフトローの策定が可能かという問題を生じさせる¹³⁴。また一方で、ソフトローを定めることによって、かえって今後生じ得るサービスや技術開発の多様な可能性の幅を狭めることになるのではないかという負の側面にも留意する必要がある。

このような事情を考慮すれば、今後新たに出現してくるであろうサービス等について、ソフトローが必要となるのか否かは、あくまでも利用行為の具体化とその社会的影響等を見極めながら検討すべきこととなる。そのためには、ソフトローの必要性を見極めるため、利用行為の実態や権利者・利用者の対応や意見など、個別的事案に関する情報収集を的確に行う必要がある。このことは、必要に応じて当事者間の調整や協議の場の設定などのソフトロー形成プロセスにつながる基礎となるものである。

②インセンティブの明確化

ビジネス形態も含む新たな利用行為について、ステークホルダーがソフトローを形成し、それが機能するためには関係者間においてソフトローを形成し、運用しようとするインセ

¹³⁴ ただし、平成 29 年報告書 17 頁以下においては、既にある所在検索サービス（書籍検索サービス、テレビ番組検索サービス）や情報分析サービス（評判情報分析サービス、論文剽窃検索サービス）等について、そのサービスの特徴や著作物の利用態様等を含めて示されている。このように、既に利用態様が一定程度特定可能な分野においては、ソフトローによって利用行為の基準を明確化しうると考えられる。

ンティブが重要である。アンケート調査結果でもソフトロー策定の理由としては権利者、利用者ともに「法的不確実性の縮減」を挙げる回答が最も多かった。これは換言すれば、ソフトロー形成の効果として「予測可能性の向上」が期待されていることを意味するが、平成 29 年報告書検討の基礎的な資料となったアンケート調査及びヒアリング調査において、新事業展開（又は著作物利用）におけるコンプライアンス意識に関し、「完全に合法である場合」又は「合法である可能性が極めて高い場合」でなければ新事業を実施しないという回答した企業、利用者団体、個人が圧倒的多数を占めていたこと¹³⁵を踏まえれば、一般的には「予測可能性の向上」はソフトロー形成のインセンティブとして大きな割合を占めるものと考えられる。

さらに権利者としては自分の権利の及ぶ範囲を画定し、ライセンスの可能性との関係を明確にしようとするインセンティブも働くであろう。他方、サービス等を提供する事業者等にとって、無秩序な利用が生じた場合の利用範囲の縮小ないし厳格化（ハードローの介入も含む¹³⁶。）を防止しようとする意図や、訴訟の回避などもインセンティブとして想定できる。アンケート調査結果でも、利用者団体からは「より厳格な規制導入の抑止」を挙げる回答が複数あったことが注目される。

上述のとおり、ソフトロー形成のための動機はそれぞれのステークホルダーによって異なるところがあったとしても、ソフトロー形成のインセンティブが認められるかどうかの見極めがソフトローの可能性の判断にとっては重要である。

③マルチステークホルダーの参画

ソフトローは、立法府や司法府、行政府による規範形成を補完するものとして機能することを期待されているが、立法手続きと同様の意味で民主的正統性を有するということはいできない。また形成の在り方によっては一部の利益集団を代表する少数者の意見に偏るおそれ（いわゆる少数者バイアス）もある。

ソフトローが活用され、機能するためには対象とする利用行為に関係するステークホルダーが幅広く形成過程に参画することが必要である。このことを通じて「民主的正統性」を補完する効果があるものと考えられる。これまでに策定されたソフトローのうち機能していると評価されるものをみれば、その形成過程に関係するステークホルダーが何らかの形で参画していることから、このことが裏付けられる。特定の有力なプレイヤーが一方的に規範作りを行うことを牽制する意味からも（いわゆる少数者バイアスの排除）、幅広いステークホルダーが参画できる「場」や「意見聴取」の機会の確保が図られる必要があ

¹³⁵ 平成 29 年報告書 29 頁

¹³⁶ この点を指摘するものとして、瀬下博之「ソフトローとハードロー」前掲『ソフトローの基礎理論』171 頁、「規制の影」として指摘するものとして、池貝直人『情報社会と共同規制』（勁草書房・2011 年）48 頁。行政規制でない著作権の権利制限規定に関する分野において、行政機関が事前に「ハードローによる規制強化」を明示することが妥当かという問題はあるものの、無秩序な利用を防止するために権利行使の範囲が広がる内容の法改正がなされるという可能性は、ソフトローの実効性を確保する要因として重要である。

り、そのため、多数当事者の利害についての情報及び意見の集約が重要となる。

④実効性のあるソフトローの形成と運用管理を行い得る団体等の役割

柔軟な権利制限規定が適用されうる利用分野においては、多種多様なステークホルダーが存在することが予想される。各ステークホルダーの中から自らの利害を主張し、ソフトローの運用管理にも影響力を有する団体等の存在（「共同規制」においては「コントロール・ポイント」）が、ソフトローの形成と運用管理にあたって重要であることは、著作権分野においてこれまでに策定されたソフトローの事例からも明らかであり、このような団体等の特定又は創出が重要である。各ステークホルダーが構成員となる組織ないし団体がそれに当たる場合もある。

この点に関して、柔軟な権利制限規定が情報提供サービス分野に適用されることが多くなると予想されることから、特に、システムないしサービスを提供する事業者、プロバイダやプラットフォーマー、場合によっては機器メーカーの役割について考察することが必要である。

また、これに関連して、ソフトローの名宛人に対する周知啓発やリテラシーの向上の問題にも留意する必要がある。35 条ガイドラインに関する課題としてこの点が挙げられているところであり（第 2 章「5. (1) (ア) ④」参照）、この点は、今後、他の分野でのソフトローの形成・運用に際しても十分に工夫することが必要である。

⑤公的機関の関与

アンケート調査結果によれば、主に権利者団体の意見ではあるが、今後のソフトローの形成に当たって、「積極的に関与」あるいは「ある程度関与」という期待を述べる回答が多かった。その理由としては、「社会的公平性」、「客観的透明性」、「対等協議の促進」「公的色彩確保」が大きな偏りなく挙げられている。

ソフトローの形成にあたっては、社会的公平性や客観的透明性、利害関係者の対等協議性の確保が重要であり、ソフトローを形成しようとする分野の特性等に応じて、公的機関の関与なしにこれらの要請を充足することができるのか、又はそれができない理由は何かを把握した上、公的機関が関与する場面や程度を検討する必要がある。特に、業界構造上、対等協議が困難な事情がある場合には、公的機関が場の設定を行い、協議の進捗にも関与して公平性を担保することも必要になる。

公的機関の関与の在り方は一概には言えないとしても、上記のような事情を考慮して、「共同規制」の視点にあったように、自主規制の利点を活かしつつ、その不完全性やリスクの補完という観点から、事案に応じて公的機関の適切な関与がソフトロー形成の促進に資する場合があると考えられる。著作権に関しては、基本的に権利者と利用者の利害が対立する構造を持つ場合が多く、公的機関はその間の橋渡しをしたり、協議の場への参加や意見を述べることなどを通じて、協議に参加できない消費者等のステークホルダー以外の

者の意見も代弁し、「民主的正統性」の確保に向けて補完的な役割を果たすことも期待される。

⑥見直しの仕組み

第5章（「2.（2）より良い自主・共同規制のための原則」）で指摘されたように、ソフトローの実施段階では、（i）反復的な改善、（ii）モニタリング、（iii）評価、（iv）紛争解決を考慮すべきであり、一旦形成されたソフトローについても、将来の技術の発達、進化やビジネスモデル及び利用態様の変化に応じた見直しが必要である。策定されたソフトロー運用について、モニタリングの体制を整備すると共に、ソフトローを改定するための協議の場は継続して設けておくことが望ましい。

3. 権利制限とライセンスとの懸け橋として

権利制限規定に関するソフトローの形成では、各分野における権利者・利用者の利害を代表する者を主たる当事者とする協議によって、権利制限が及ぶ範囲が画され、また適切な利用態様が示されることになる。その場合、権利制限が及ばない部分、換言すればライセンスの手法により解決すべき範囲も明確となる。その場合、権利制限とライセンスは分離して、通常の契約システムに委ねるのが適切な場合もあるが、当事者間の協議等を通じて形成された共通理解を基礎として、権利制限が及ばない範囲についても利用の円滑化を図るための簡易で効率的なランセンシングの仕組みを形成できるとすれば、利用分野によっては大きな効果を期待しうる。今回、調査研究の主たる対象は権利制限規定に関するソフトローであったが、先述したように権利行使の側面におけるソフトローも存在しているところであり、権利制限規定に関するソフトロー形成と併せて、この延長線上にあるべきライセンスを促進するソフトローにつなげていく可能性もあると考えられる。権利制限に関するソフトローとライセンスを効果的に組み合わせた大きなソフトローの形成も視野に入れることによって、コンテンツの適切な利用や流通の促進に資することが期待できると考えられる。

4. おわりに

著作権分野におけるソフトローの形成は現状としてはまだ限定的であるが、図書館等におけるや教育機関における利用などの分野では、機能しているソフトローの事例を見ることができる。今回導入される「柔軟な権利制限規定」は、抽象度の高い文言を数多く含んでいることから法解釈の間隙を埋める方策の一つとして、ソフトローの活用に注目する必要がある。本調査研究では、ソフトローの現状も参考としつつ、今後の形成・運用にあたっての重要なポイントを検討してきた。改正法の成立を機に著作権分野におけるソフトローについて関心が高まることを期待し、本調査研究が著作権分野におけるソフトローの検討の一助になれば幸いである。

資料

—目次—

1. アンケート質問票 1

2. アンケート回答結果 9

3. 著作権法の一部を改正する法律案 改正条文 16

1. アンケート質問票

ソフトローに関するアンケート調査票【貴社（団体）について】

1. 貴社（団体）名

--	--

2. 貴社（団体）の位置付け [複数選択可]

- ☐ 著作権等管理事業者
☐ 権利者団体
☐ 利用者団体
☐ その他（ ）

3. 本アンケートの取得経路 [複数選択可]

- ☐ 弊所からの依頼
☐ 関係団体等からの依頼（紹介元： ）
☐ Web サイトを見て

4. ソフトローについて

(1) 貴社（団体）の関わる著作権分野においてソフトローはありますか

○ある ○ない ○わからない

(2) 貴社（団体）の関わる著作権分野において今後ソフトローの整備が必要と考えられる場面はありますか

○ある ○ない ○わからない

(3) 今後、ソフトローの整備が必要と考えられる場面があれば、その状況と考えられるソフトローの内容を記入してください

--	--

--

(4) ソフトローの整備がもとめられる場面があるものの、それが実現できていない場合がありますか。その主な理由はどのようなものと考えられますか [複数選択可]

- ☐ 利用者と権利者との隔たりが大きいから
- ☐ 関係者の意見を集約する場がないから
- ☐ 協議する「場」がないから
- ☐ 権利者側と利用者側を仲介ないしは仲裁する公的な機関がないから
- ☐ 法制度を含めて政府からの要請がないから
- ☐ 利用行為が多様なので当事者間の協議に馴染まないから
- ☐ その他 ()

5. 公的機関への期待

①ソフトローの策定や運用への公的機関の関与についてどうお考えですか

- ☐ 積極的に関与すべき ☐ ある程度関与すべき ☐ どちらともいえない
- ☐ あまり関与すべきではない ☐ 当事者に任せるべき

②公的機関の関与が望ましいと考える場合その理由をお答えください [複数選択可]

- ☐ 社会的公平性の確保
- ☐ 客観的な透明性の確保
- ☐ 当事者間の対等な協議の促進
- ☐ ソフトローの公的色彩の確保
- ☐ その他 ()

6. 本アンケートのご担当者 (当方からの問い合わせ窓口)

ご所属 :	
お名前 :	
連絡先	TEL :
	e-mail :

ご協力ありがとうございました

ソフトローがあると回答された場合には、引き続き「ソフトローに関するアンケート調査票【ソフトローについて】」にご回答ください。

ソフトウェアに関するアンケート調査票【ソフトウェアについて】
(この調査票はソフトウェア単位にご回答ください。)

1. ソフトウェアについて

①名称

--

②当該ソフトウェアの適用分野

--

2. 貴社（団体）のお立場

①当該ソフトウェアと貴社（団体）とはどのような関係ですか

☐著作権等の権利者（団体） ☐著作物等の利用者（団体）

②貴社（団体）は当該ソフトウェアの策定に参加しましたか

☐参加した ☐参加しなかった

※当該ソフトウェアの策定に参加していない場合には9.以降にお進みください。

3. 目的・趣旨

当該ソフトウェアを策定した趣旨や目的をご記入ください

--

4. 契機

当該ソフトウェアを策定することとなった契機があればご記入ください

--

5. 運用開始時期

当該ソフトウェアの運用（適用）開始時期はいつですか

☐

年	月
---	---

☐ 約

年

 前 ☐ 不明 ☐ 運用実績なし

6. 理由

当該ソフトローの策定理由又は当該ソフトローへの参加理由はどのようなものですか

〔複数選択可〕

☐ 消費者や社会からの評判確保

☐ 著作権法の権利または制限規定に関する法的不確実性の縮減

☐ より厳格な規制導入の抑止

☐ 政府（法）による公式・非公式な要請

☐ その他（ ）

7. 策定プロセス

（１）協議・交渉

当該ソフトローの策定に当たって、協議交渉に参加した団体等（相手方を含む）をご記入ください

--

（２）検討・協議の枠組み

①当該ソフトローの策定に関する協議や検討を行うために特別な「場」を設定しましたか

☐ 委員会等を設置した

☐ 協議会等意見を聴取する機会を設定した

☐ 特別な「場」は設定しなかった

☐ その他（ ）

②当該ソフトローの策定に関する協議や検討はどのようなメンバー構成で行いましたか

☐ 主に権利者（団体）を中心とした体制

☐ 主に利用者（団体）を中心とした体制

☐ 権利者（団体）と利用者（団体）によって構成される体制

☐ その他（ ）

③当該ソフトローの策定に関する検討に外部の有識者を活用しましたか

☐ 積極的に活用した ☐ 多少活用した ☐ あまり活用しなかった ☐ 活用しなかった

☐ わからない

④当該ソフトローの策定に関する検討に外部の有識者を活用した場合、その有識者の立場はどのようなものですか〔複数選択可〕

☐ 学者や研究者

☐ 弁護士等の法律実務家

☐ 当該業務分野の専門家

☐ 公的機関の専門家

☐ その他（ ）

⑤当該ソフトローの策定に際して、国際的な取扱いや諸外国の事例を参考にしましたか

☐ 大いに参考にした ☐ 多少参考にした ☐ あまり参考にしなかった

☐ 参考にしなかった ☐ わからない

⑥当該ソフトローの策定に際して、参考とした国際的な取扱いや諸外国の事例があればご記入ください

--

（３）意見集約の方法

当該ソフトローの策定に当たり、貴社（団体）内での意見集約はどのように図りましたか

--

（４）公的機関の関与

当該ソフトローの策定に際して、公的機関はどの程度関与しましたか

☐ 協議等の場を公的機関が設定

☐ 当事者が設定した協議等の場に公的機関が参加

☐ 協議結果等について公的機関の意見を聴取

☐ その他（ ）

（５）情報の公開・発信

当該ソフトローの策定にあたって、外部にどの程度情報を公開しましたか〔複数選択可〕

- ☐ 協議等議論の状況を適宜公開・公表した
☐ 協議等の参加者以外からの意見を募集した
☐ 外部への積極的な情報公開は行わなかった
☐ その他（ ）

（６）策定までの期間

当該ソフトローの策定について、初回の協議等からどの程の期間を要しましたか

○１年以内 ○１～２年 ○２年以上

８．公表名義

①当該ソフトローの公表名義をすべて記入してください。

（ソフトローに記載されている場合は省略して結構です。）

--

②当該ソフトローの当事者でその策定の検討・協議等に参加した者と公表名義が一致していない場合その理由がわかればご記入ください

--

※１０．にお進みください。

９．貴社（団体）が当該ソフトローの策定に参加しなかった理由は何ですか〔複数選択可〕

- ☐ 組織の設立がソフトローの策定の後だから
☐ ソフトローが策定されていることを知らなかったから
☐ ソフトローの策定者からの働きかけがなかったから
☐ ソフトローによって制約を受けることに反対だったから
☐ その他（ ）

※以降の質問はソフトローの策定に参加したか否かに関らずお答えください。

10. 運用の実績又は周知方法

(1) 当該ソフトローはどの程度実際に活用されていると感じていますか

☐ おおむね活用されている ☐ どちらかといえば活用されている

☐ あまり活用されていない ☐ ほとんど活用されていない ☐ わからない

その理由として考えられることがあればご記入ください

--

(2) 当該ソフトローによって権利処理等が円滑になりましたか

☐ 円滑になった ☐ 多少円滑になった ☐ どちらともいえない ☐ あまり変わらない

☐ 変わらない ☐ わからない

その理由として考えられることがあればご記入ください

--

(3) 当該ソフトローの基準が裁判等の紛争解決に影響することがありますか

☐ ある ☐ 多少ある ☐ あまりない ☐ ない ☐ わからない

影響した具体的な事例や判決をご存じであればご記入ください。判決については、裁判所や判決日がわかれば併せてご紹介ください

--

(4) 当該ソフトローの周知についてどのような方法を用いていますか〔複数選択可〕

☐ 文書や冊子を関係者に配布

☐ Web サイトへの掲載

☐ 講習会やセミナーの開催

☐ 広報誌等による宣伝

☐ その他 ()

(5) 当該ソフトローの定着や順守のための実施している活動や施策があれば記入してください

--

1 1. 見直しの仕組み等 (1) 当該ソフトローが実態に即した内容になるように企画、運用、検証、見直し（P D C A）をする仕組みや組織があれば記入してください
(2) (1) の仕組みや組織がない場合、仮に関係者から見直し等の要請があったとき、どのように対応するか方針があれば記入してください
1 2. ソフトローの内容 当該ソフトロー自体をご提供ください。また、関連する資料があれば併せてご提供願えれば幸甚です。なお、Web サイトから入手可能な場合には、以下に URL を記入してください。
ご協力ありがとうございました

2. アンケート回答結果

アンケートへの回答内容は次のとおりである（自由記述項目は除く）。複数選択項目に於ける「未回答」は当該質問の選択肢全てが空欄の場合である。

（１）ソフトローに関するアンケート調査票【貴社（団体）について】

1. 貴社（団体）名

<自由記述項目>

2. 貴社（団体）の位置付け〔複数選択可〕

	回答数
全体	45
☐ 著作権等管理事業者	12
☐ 権利者団体	14
☐ 利用者団体	15
その他	4
未回答	0

3. 本アンケートの取得経路〔複数選択可〕

	回答数
全体	35
☐ 弊所からの依頼	26
☐ Web サイトを見て	1
☐ 関係団体等からの依頼	8
未回答	0

4. ソフトローについて

（１）貴社（団体）の関わる著作権分野においてソフトローはありますか

	回答数	%
全体	35	100.0
☐ ある	20	57.1
☐ ない	13	37.1
☐ わからない	2	5.7
未回答	0	

（２）貴社（団体）の関わる著作権分野において今後ソフトローの整備が必要と考えられる場面はありますか

	回答数	%
全体	35	100.0
☐ ある	17	48.6
☐ ない	5	14.3
☐ わからない	13	37.1
未回答	0	

（３）今後、ソフトローの整備が必要と考えられる場面があれば、その状況と考えられるソフトローの内容を記入してください

<自由記述項目>

（４）ソフトローの整備がもとめられる場面があるものの、それが実現できていない場合

がありますか。その主な理由はどのようなものと考えられますか〔複数選択可〕

	回答数
全体	48
☐ 利用者と権利者との隔たりが大きいから	8
☐ 関係者の意見を集約する場がないから	8
☐ 協議する「場」がないから	8
☐ 権利者側と利用者側を仲介ないしは仲裁する公的な機関がないから	8
☐ 法制度を含めて政府からの要請がないから	3
☐ 利用行為が多様なので当事者間の協議に馴染まないから	4
☐ その他	9
未回答	14

5. 公的機関への期待

①ソフトローの策定や運用への公的機関の関与についてどうお考えですか

	回答数	%
全体	31	100.0
☐ 積極的に関与すべき	7	22.6
☐ ある程度関与すべき	11	35.5
☐ どちらともいえない	10	32.3
☐ あまり関与すべきではない	2	6.5
☐ 当事者に任せるべき	1	3.2
未回答	4	

②公的機関の関与が望ましいと考える場合その理由をお答えください〔複数選択可〕

	回答数
全体	55
☐ 社会的公平性の確保	17
☐ 客観的な透明性の確保	12
☐ 当事者間の対等な協議の促進	14
☐ ソフトローの公的色彩の確保	11
☐ その他	1
未回答	14

（2）ソフトローに関するアンケート調査票【ソフトローについて】

1. ソフトローについて

①名称

<自由記述項目>

②当該ソフトローの適用分野

<自由記述項目>

2. 貴社（団体）のお立場

①当該ソフトローと貴社（団体）とはどのような関係ですか

	回答数	%
全体	60	100.0
☐ 著作権等の権利者（団体）	35	58.3
☐ 著作物等の利用者（団体）	24	40.0
著作権等の権利者（団体）・著作物等の利用者（団体）の双方	1	1.7
未回答	1	

②貴社（団体）は当該ソフトローの策定に参加しましたか

	回答数	%
全体	60	100.0
○参加した	57	95.0
○参加しなかった	3	5.0
未回答	1	

【以下の「3.」～「8.」は2. ②で「参加した」と回答した場合に対する質問である】

3. 目的・趣旨

当該ソフトローを策定した趣旨や目的をご記入ください

<自由記述項目>

4. 契機

当該ソフトローを策定することとなった契機があればご記入ください

<自由記述項目>

5. 運用開始時期

当該ソフトローの運用（適用）開始時期はいつですか

<自由記述項目>

6. 理由

当該ソフトローの策定理由又は当該ソフトローへの参加理由はどのようなものですか〔複数選択可〕

	回答数
全体	76
☐ 消費者や社会からの評判確保	7
☐ 著作権法の権利または制限規定に関する法的不確実性の縮減	30
☐ より厳格な規制導入の抑止	6
☐ 政府（法）による公式・非公式な要請	9
☐ その他	24
未回答	2

7. 策定プロセス

（1）協議・交渉

当該ソフトローの策定に当たって、協議交渉に参加した団体等（相手方を含む）をご記入ください

<自由記述項目>

（2）検討・協議の枠組み

①当該ソフトローの策定に関する協議や検討を行うために特別な「場」を設定しましたか

	回答数	%
全体	56	100.0
○委員会等を設置した	13	23.2
○協議会等意見を聴取する機会を設定した	22	39.3
○特別な「場」は設定しなかった	9	16.1
○その他	12	21.4
未回答	2	

②当該ソフトローの策定に関する協議や検討はどのようなメンバー構成で行いましたか

	回答数	%
全体	57	100.0
○主に権利者（団体）を中心とした体制	5	8.8
○主に利用者（団体）を中心とした体制	2	3.5
○権利者（団体）と利用者（団体）によって構成される体制	41	71.9
○その他	8	14.0
複数選択につき分類困難	1	1.8
未回答	1	

③当該ソフトローの策定に関する検討に外部の有識者を活用しましたか

	回答数	%
全体	58	100.0
○積極的に活用した	12	20.7
○多少活用した	10	17.2
○あまり活用しなかった	7	12.1
○活用しなかった	20	34.5
○わからない	9	15.5
未回答	0	

④当該ソフトローの策定に関する検討に外部の有識者を活用した場合、その有識者の立場はどのようなものですか〔複数選択可〕

	回答数	%
全体	36	100.0
☐ 学者や研究者	4	11.1
☐ 弁護士等の法律実務家	17	47.2
☐ 当該業務分野の専門家	12	33.3
☐ 公的機関の専門家	3	8.3
☐ その他	0	0.0
未回答	32	

⑤当該ソフトローの策定に際して、国際的な取扱いや諸外国の事例を参考にしましたか

	回答数	%
全体	56	100.0
○大いに参考にした	2	3.6
○多少参考にした	4	7.1
○あまり参考にしなかった	9	16.1
○参考にしなかった	27	48.2
○わからない	14	25.0
未回答	2	

⑥当該ソフトローの策定に際して、参考とした国際的な取扱いや諸外国の事例があればご記入ください

<自由記述項目>

（３）意見集約の方法

当該ソフトローの策定に当たり、貴社（団体）内での意見集約はどのように図りましたか

<自由記述項目>

（４）公的機関の関与

当該ソフトローの策定に際して、公的機関はどの程度関与しましたか

	回答数	%
全体	51	100.0
○協議等の場を公的機関が設定	3	5.9
○当事者が設定した協議等の場に公的機関が参加	3	5.9
○協議結果等について公的機関の意見を聴取	8	15.7
○その他	36	70.6
複数選択につき分類困難	1	2.0
未回答	7	

(5) 情報の公開・発信

当該ソフトローの策定にあたって、外部にどの程度情報を公開しましたか〔複数選択可〕

	回答数
全体	53
□協議等議論の状況を適宜公開・公表した	10
□協議等の参加者以外からの意見を募集した	4
□外部への積極的な情報公開は行わなかった	22
□その他	17
未回答	7

(6) 策定までの期間

当該ソフトローの策定について、初回の協議等からどの程の期間を要しましたか

	回答数	%
全体	52	100.0
○1年以内	19	36.5
○1～2年	19	36.5
○2年以上	13	25.0
個別記述により分類困難	1	1.9
未回答	6	

8. 公表名義

①当該ソフトローの公表名義をすべて記入してください。

<自由記述項目>

②当該ソフトローの当事者でその策定の検討・協議等に参加した者と公表名義が一致していない場合その理由がわかればご記入ください

<自由記述項目>

9. 貴社（団体）が当該ソフトローの策定に参加しなかった理由は何ですか〔複数選択可〕

【2. ②で「参加しなかった」と回答した場合に対する質問である】

	回答数
全体	4
□組織の設立がソフトローの策定の後だから	0
□ソフトローが策定されていることを知らなかったから	0
□ソフトローの策定者からの働きかけがなかったから	1
□ソフトローによって制約を受けることに反対だったから	0
□その他	3
未回答	0

10. 運用の実績又は周知方法

(1) 当該ソフトローはどの程度実際に活用されていると感じていますか

	回答数	%
全体	59	100.0
○おおむね活用されている	51	86.4
○どちらかといえば活用されている	5	8.5
○あまり活用されていない	1	1.7
○ほとんど活用されていない	1	1.7
○わからない	1	1.7
未回答	2	

(2) 当該ソフトローによって権利処理等が円滑になりましたか

	回答数	%
全体	59	100.0
○円滑になった	40	67.8
○多少円滑になった	8	13.6
○どちらともいえない	9	15.3
○あまり変わらない	0	0.0
○変わらない	0	0.0
○わからない	2	3.4
未回答	2	

(3) 当該ソフトローの基準が裁判等の紛争解決に影響することがあります

	回答数	%
全体	57	100.0
○ある	3	5.3
○多少ある	1	1.8
○あまりない	1	1.8
○ない	10	17.5
○わからない	42	73.7
未回答	4	

(4) 当該ソフトローの周知についてどのような方法を用いていますか〔複数選択可〕

	回答数	%
全体	99	100.0
□文書や冊子に関係者に配布	26	26.3
□Web サイトへの掲載	34	34.3
□講習会やセミナーの開催	12	12.1
□広報誌等による宣伝	14	14.1
□その他	13	13.1
未回答	2	

(5) 当該ソフトローの定着や順守のために実施している活動や施策があれば記入してください

<自由記述項目>

1.1. 見直しの仕組み等

(1) 当該ソフトローが実態に即した内容になるように企画、運用、検証、見直し（PDCA）をする仕組みや組織があれば記入してください

<自由記述項目>

(2)(1)の仕組みや組織がない場合、仮に関係者から見直し等の要請があったとき、どのように対応するか方針があれば記入してください

<自由記述項目>

3. 著作権法の一部を改正する法律案 改正後条文（抜粋）

目次

第一章～第四章 （略）

第五章 著作権等の制限による利用に係る補償金

第二節 授業目的公衆送信補償金（第百四条の十一～第百四条の十七）

第六章～第八章 （略）

附則

（著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用）

第三十条の四 著作物は、次に掲げる場合その他の当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

一 著作物の録音、録画その他の利用に係る技術の開発又は実用化のための試験の用に供する場合

二 情報解析（多数の著作物その他の大量の情報から、当該情報を構成する言語、音、映像その他の要素に係る情報を抽出し、比較、分類その他の解析を行うことをいう。第四十七条の五第一項第二号において同じ。）の用に供する場合

三 前二号に掲げる場合のほか、著作物の表現についての人の知覚による認識を伴うことなく当該著作物を電子計算機による情報処理の過程における利用その他の利用（プログラムの著作物にあつては、当該著作物の電子計算機における実行を除く。）に供する場合

（図書館等における複製等）

第三十一条 （略）

2 （略）

3 国立国会図書館は、絶版等資料に係る著作物について、図書館等又はこれに類する外国の施設で政令で定めるものにおいて公衆に提示することを目的とする場合には、前項の規定により記録媒体に記録された当該著作物の複製物を用いて自動公衆送信を行うことができる。この場合において、当該図書館等においては、その営利を目的としない事業として、当該図書館等の利用者の求めに応じ、その調査研究の用に供するために、自動公衆送信される当該著作物の一部分の複製物を作成し、当該複製物を一人につき一部提供することができる。

（学校その他の教育機関における複製等）

第三十五条 学校その他の教育機関（営利を目的として設置されているものを除く。）において教育を担任する者及び授業を受ける者は、その授業の過程における利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、公表された著作物を複製し、若しくは公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。以下この条において同じ。）を行い、又は公表された著作物であつて公衆送信されるものを受信装置を用いて公に伝達することができる。ただし、当

該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

2 前項の規定により公衆送信を行う場合には、同項の教育機関を設置する者は、相当な額の補償金を著作権者に支払わなければならない。

3 前項の規定は、公表された著作物について、第一項の教育機関における授業の過程において、当該授業を直接受ける者に対して当該著作物をその原作品若しくは複製物を提供し、若しくは提示して利用する場合又は当該著作物を第三十八条第一項の規定により上演し、演奏し、上映し、若しくは口述して利用する場合において、当該授業が行われる場所以外の場所において当該授業を同時に受ける者に対して公衆送信を行うときには、適用しない。

（視覚障害者等のための複製等）

第三十七条 （略）

2 公表された著作物については、電子計算機を用いて点字を処理する方式により、記録媒体に記録し、又は公衆送信（放送又は有線放送を除き、自動公衆送信の場合にあつては送信可能化を含む。次項において同じ。）を行うことができる。

3 視覚障害その他の障害により視覚による表現の認識が困難な者（以下この項及び第百二条第四項において「視覚障害者等」という。）の福祉に関する事業を行う者で政令で定めるものは、公表された著作物であつて、視覚によりその表現が認識される方式（視覚及び他の知覚により認識される方式を含む。）により公衆に提供され、又は提示されているもの（当該著作物以外の著作物で、当該著作物において複製されているものその他当該著作物と一体として公衆に提供され、又は提示されているものを含む。以下この項及び同条第四項において「視覚著作物」という。）について、専ら視覚障害者等で当該方式によつては当該視覚著作物を利用することが困難な者の用に供するために必要と認められる限度において、当該視覚著作物に係る文字を音声にすることその他当該視覚障害者等が利用するために必要な方式により、複製し、又は公衆送信を行うことができる。ただし、当該視覚著作物について、著作権者又はその許諾を得た者若しくは第七十九条の出版権の設定を受けた者若しくはその複製許諾若しくは公衆送信許諾を得た者により、当該方式による公衆への提供又は提示が行われている場合は、この限りでない。

（美術の著作物等の展示に伴う複製等）

第四十七条 美術の著作物又は写真の著作物の原作品により、第二十五条に規定する権利を害することなく、これらの著作物を公に展示する者（以下この条において「原作品展示者」という。）は、観覧者のためにこれらの展示する著作物（以下この条及び第四十七条の六第二項第一号において「展示著作物」という。）の解説若しくは紹介をすることを目的とする小冊子に当該展示著作物を掲載し、又は次項の規定により当該展示著作物を上映し、若しくは当該展示著作物について自動公衆

送信（送信可能化を含む。同項及び同号において同じ。）を行うために必要と認められる限度において、当該展示著作物を複製することができる。ただし、当該展示著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

2 原作品展示者は、観覧者のために展示著作物の解説又は紹介をすることを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、当該展示著作物を上映し、又は当該展示著作物について自動公衆送信を行うことができる。ただし、当該展示著作物の種類及び用途並びに当該上映又は自動公衆送信の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

3 原作品展示者及びこれに準ずる者として政令で定めるものは、展示著作物の所在に関する情報を公衆に提供するために必要と認められる限度において、当該展示著作物について複製し、又は公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行うことができる。ただし、当該展示著作物の種類及び用途並びに当該複製又は公衆送信の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

（電子計算機における著作物の利用に付随する利用等）

第四十七条の四 電子計算機における利用（情報通信の技術を利用する方法による利用を含む。以下この条において同じ。）に供される著作物は、次に掲げる場合その他これらと同様に当該著作物の電子計算機における利用を円滑又は効率的に行うために当該電子計算機における利用に付随する利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

一 電子計算機において、著作物を当該著作物の複製物を用いて利用する場合又は無線通信若しくは有線電気通信の送信がされる著作物を当該送信を受信して利用する場合において、これらの利用のための当該電子計算機による情報処理の過程において、当該情報処理を円滑又は効率的に行うために当該著作物を当該電子計算機の記録媒体に記録するとき。

二 自動公衆送信装置を他人の自動公衆送信の用に供することを業として行う者が、当該他人の自動公衆送信の遅滞若しくは障害を防止し、又は送信可能化された著作物の自動公衆送信を中継するための送信を効率的に行うために、これらの自動公衆送信のために送信可能化された著作物を記録媒体に記録する場合

三 情報通信の技術を利用する方法により情報を提供する場合において、当該提供を円滑又は効率的に行うための準備に必要な電子計算機による情報処理を行うことを目的として記録媒体への記録又は翻案を行うとき。

2 電子計算機における利用に供される著作物は、次に掲げる場合その他これらと同様に当該著作物の電子計算機における利用を行うことができる状態を維持し、又は当該状態に回復することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用

途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

一 記録媒体を内蔵する機器の保守又は修理を行うために当該機器に内蔵する記録媒体（以下この号及び次号において「内蔵記録媒体」という。）に記録されている著作物を当該内蔵記録媒体以外の記録媒体に一時的に記録し、及び当該保守又は修理の後に、当該内蔵記録媒体に記録する場合

二 記録媒体を内蔵する機器をこれと同様の機能を有する機器と交換するためにその内蔵記録媒体に記録されている著作物を当該内蔵記録媒体以外の記録媒体に一時的に記録し、及び当該同様の機能を有する機器の内蔵記録媒体に記録する場合

三 自動公衆送信装置を他人の自動公衆送信の用に供することを業として行う者が、当該自動公衆送信装置により送信可能化された著作物の複製物が滅失し、又は毀損した場合の復旧の用に供するために当該著作物を記録媒体に記録するとき。

（電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微利用等）

第四十七条の五 電子計算機を用いた情報処理により新たな知見又は情報を創出することによつて著作物の利用の促進に資する次の各号に掲げる行為を行う者（当該行為の一部を行う者を含み、当該行為を政令で定める基準に従つて行う者に限る。）は、公衆への提供又は提示（送信可能化を含む。以下この条において同じ。）が行われた著作物（以下この条及び次条第二項第二号において「公衆提供提示著作物」という。）（公表された著作物又は送信可能化された著作物に限る。）について、当該各号に掲げる行為の目的上必要と認められる限度において、当該行為に付随して、いずれの方法によるかを問わず、利用（当該公衆提供提示著作物のうちその利用に供される部分の占める割合、その利用に供される部分の量、その利用に供される際の表示の精度その他の要素に照らし軽微なものに限る。以下この条において「軽微利用」という。）を行うことができる。ただし、当該公衆提供提示著作物に係る公衆への提供又は提示が著作権を侵害するものであること（国外で行われた公衆への提供又は国外で行われた公衆への提供又は提示にあつては、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものであること）を知りながら当該軽微利用を行う場合その他当該公衆提供提示著作物の種類及び用途並びに当該軽微利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

一 電子計算機を用いて、検索により求める情報（以下この号において「検索情報」という。）が記録された著作物の題号又は著作者名、送信可能化された検索情報に係る送信元識別符号（自動公衆送信の送信元を識別するための文字、番号、記号その他の符号をいう。）その他の検索情報の特定又は所在に関する情報を検索し、及びその結果を提供すること。

二 電子計算機による情報解析を行い、及びその結果を提供すること。

三 前二号に掲げるもののほか、電子計算機による情報処理により、新たな知見又は情報を創出し、及びその結果を提供する行為であつて、国民生活の利便性の向上に寄与するものとして政令で定めるもの

2 前項各号に掲げる行為の準備を行う者（当該

行為の準備のための情報の収集、整理及び提供を政令で定める基準に従って行う者に限る。)は、公衆提供提示著作物について、同項の規定による軽微利用の準備のために必要と認められる限度において、複製若しくは公衆送信(自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。以下この項及び次条第二項第二号において同じ。)を行い、又はその複製物による頒布を行うことができる。ただし、当該公衆提供提示著作物の種類及び用途並びに当該複製又は頒布の部数及び当該複製、公衆送信又は頒布の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

(翻訳、翻案等による利用)

第四十七条の六 次の各号に掲げる規定により著作物を利用することができる場合には、当該著作物について、当該規定の例により当該各号に定める方法による利用を行うことができる。

一 第三十条第一項、第三十三条第一項(同条第四項において準用する場合を含む。)、第三十四条第一項、第三十五条第一項又は前条第二項 翻訳、編曲、変形又は翻案

二 第三十条の二第一項又は第四十七条の三第一項 翻案

三 第三十一条第一項第一号若しくは第三項後段、第三十二条、第三十六条第一項、第三十七条第一項若しくは第二項、第三十九条第一項、第四十条第二項、第四十一条又は第四十二条 翻訳

四 第三十三条の二第一項又は第四十七条 変形又は翻案

五 第三十七条第三項 翻訳、変形又は翻案

六 第三十七条の二 翻訳又は翻案

2 前項の規定により創作された二次的著作物は、当該二次的著作物の原著物を同項各号に掲げる規定(次の各号に掲げる二次的著作物にあつては、当該各号に定める規定を含む。以下この項及び第四十八条第三項第二号において同じ。)により利用することができる場合には、原著物の著作者その他の当該二次的著作物の利用に関して第二十八条に規定する権利を有する者との関係においては、当該二次的著作物を前項各号に掲げる規定に規定する著作物に該当するものとみなして、当該各号に掲げる規定による利用を行うことができる。

一 第四十七条第一項の規定により同条第二項の規定による展示著作物の上映又は自動公衆送信を行うために当該展示著作物を複製することができる場合に、前項の規定により創作された二次的著作物 同条第二項

二 前条第二項の規定により公衆提供提示著作物について複製、公衆送信又はその複製物による頒布を行うことができる場合に、前項の規定により創作された二次的著作物 同条第一項

(出所の明示)

第四十八条 次の各号に掲げる場合には、当該各号に規定する著作物の出所を、その複製又は利用の態様に応じ合理的と認められる方法及び程度により、明示しなければならない。

一 第三十二条、第三十三条第一項(同条第四項において準用する場合を含む。)、第三十三条の二第一項、第三十七条第一項、第四十二条又は第四十七条第一項の規定により著作物を複製する場合

二 第三十四条第一項、第三十七条第三項、第三十七条の二、第三十九条第一項、第四十条第一項若しくは第二項、第四十七条第二項若しくは第三

項又は第四十七条の二の規定により著作物を利用する場合

三 第三十二条の規定により著作物を複製以外の方法により利用する場合又は第三十五条第一項、第三十六条第一項、第三十八条第一項、第四十一条、第四十六条若しくは第四十七条の五第一項の規定により著作物を利用する場合において、その出所を明示する慣行があるとき。

2 (略)

3 次の各号に掲げる場合には、前二項の規定の例により、当該各号に規定する二次的著作物の原著物の出所を明示しなければならない。

一 第四十条第一項、第四十六条又は第四十七条の五第一項の規定により創作された二次的著作物をこれらの規定により利用する場合

二 第四十七条の六第一項の規定により創作された二次的著作物を同条第二項の規定の適用を受けて同条第一項各号に掲げる規定により利用する場合

(出版権の制限)

第八十六条 第三十条第一項(第三号を除く。次項において同じ。)、第三十条の二第二項、第三十条の三、第三十条の四、第三十一条第一項及び第三項後段、第三十二条、第三十三条第一項(同条第四項において準用する場合を含む。)、第三十三条の二第一項及び第四項、第三十四条第一項、第三十五条第一項、第三十六条第一項、第三十七条、第三十七条の二、第三十九条第一項、第四十条第一項及び第二項、第四十一条から第四十二条の二まで、第四十二条の三第二項、第四十六条、第四十七条第一項及び第三項、第四十七条の二、第四十七条の四並びに第四十七条の五の規定は、出版権の目的となつてい著作物の複製について準用する。この場合において、第三十条の二第二項ただし書、第三十条の三、第三十条の四ただし書、第三十五条第一項ただし書、第四十二条第一項ただし書、第四十七条第一項ただし書及び第三項ただし書、第四十七条の二、第四十七条の四第一項ただし書及び第二項ただし書並びに第四十七条の五第一項ただし書及び第二項ただし書中「著作権者」とあるのは「出版権者」と、同条第一項ただし書中「著作権を」とあるのは「出版権を」と、「著作権の」とあるのは「出版権の」と読み替えるものとする。

2 次に掲げる者は、第八十条第一項第一号の複製を行つたものとみなす。

一 前項において準用する第三十条第一項、第三十条の三、第三十一条第一項第一号若しくは第三項後段、第三十三条の二第一項若しくは第四項、第三十五条第一項、第三十七条第三項、第三十七条の二本文(同条第二号に係る場合にあつては、同号)、第四十一条から第四十二条の二まで、第四十二条の三第二項、第四十七条第一項若しくは第三項、第四十七条の二又は第四十七条の五第一項に定める目的以外の目的のために、これらの規定の適用を受けて作成された著作物の複製物を頒布し、又は当該複製物によつて当該著作物の公衆への提示を行つた者

二 前項において準用する第三十条の四の規定の適用を受けて作成された著作物の複製物を用いて、当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させる目的のために、いずれの方法によるかを問わず、当該著作物を利用した者

三 前項において準用する第四十七条の四又は第

四十七条の五第二項に定める目的以外の目的のために、これらの規定の適用を受けて作成された著作物の複製物を用いて、いずれの方法によるかを問わず、当該著作物を利用した者

三 第三十条の二第二項、第三十条の三、第三十条の四、第三十一条第三項前段、第三十二条第一項、第三十三条の二第四項、第三十五条第一項、第三十六条第一項、第三十七条第二項及び第三項、第三十七条の二（第二号を除く。）、第四十条第一項、第四十一条、第四十二条の二、第四十二条の三第二項、第四十六条、第四十七条第二項及び第三項、第四十七条の二、第四十七条の四並びに第四十七条の五の規定は、出版権の目的となつてゐる著作物の公衆送信について準用する。この場合において、第三十条の二第二項ただし書、第三十条の三、第三十条の四ただし書、第三十五条第一項ただし書、第三十六条第一項ただし書、第四十条第二項ただし書及び第三項ただし書、第四十七条の二、第四十七条の四第一項ただし書及び第二項ただし書並びに第四十七条の五第一項ただし書及び第二項ただし書中「著作権者」とあるのは「出版権者」と、同条第一項ただし書中「著作権を」とあるのは「出版権を」と、「著作権の」とあるのは「出版権の」と読み替えるものとする。

（著作隣接権の制限）

第二百二条 第三十条第一項、第三十条の二から第三十二条まで、第三十五条、第三十六条、第三十七条第三項、第三十七条の二（第一号を除く。次項において同じ。）、第三十八条第二項及び第四項、第四十一条から第四十三条まで、第四十四条（第二項を除く。）、第四十六条から第四十七条の二まで、第四十七条の四並びに第四十七条の五の規定は、著作隣接権の目的となつてゐる実演、レコード、放送又は有線放送の利用について準用し、第三十条第二項及び第四十七条の七の規定は、著作隣接権の目的となつてゐる実演又はレコードの利用について準用し、第四十四条第二項の規定は、著作隣接権の目的となつてゐる実演、レコード又は有線放送の利用について準用する。この場合において、同条第一項中「第二十三条第一項」とあるのは「第九十二条第一項、第九十九条第一項又は第百条の三」と、同条第二項中「第二十三条第一項」とあるのは「第九十二条第一項又は第百条の三」と読み替えるものとする。

二 前項において準用する第三十二条、第三十七条第三項、第三十七条の二、第四十二条若しくは第四十七条の規定又は次項若しくは第四項の規定により実演若しくはレコード又は放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像（以下「実演等」と総称する。）を複製する場合において、その出所を明示する慣行があるときは、これらの複製の態様に応じ合理的と認められる方法及び程度により、その出所を明示しなければならない。

三～八 （略）

九 次に掲げる者は、第九十一条第一項、第九十六条、第九十八条又は第百条の二の録音、録画又は複製を行つたものとみなす。

一 第一項において準用する第三十条第一項、第三十条の三、第三十一条第一項第一号若しくは第三項後段、第三十五条第一項、第三十七条第三項、第三十七条の二第二号、第四十一条から第四十二条の三まで、第四十三条第二項、第四十四条第一項若しくは第二項、第四十七条第一項若しくは第三項、第四十七条の二又は第四十七条の五第一項

に定める目的以外の目的のために、これらの規定の適用を受けて作成された実演等の複製物を頒布し、又は当該複製物によつて当該実演、当該レコードに係る音若しくは当該放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像の公衆への提示を行つた者

二 第一項において準用する第三十条の四の規定の適用を受けて作成された実演等の複製物を用いて、当該実演等を自ら享受し又は他人に享受させる目的のために、いずれの方法によるかを問わず、当該実演等を利用した者

三 （略）

四 第一項において準用する第四十七条の四又は第四十七条の五第二項に定める目的以外の目的のために、これらの規定の適用を受けて作成された実演等の複製物を用いて、いずれの方法によるかを問わず、当該実演等を利用した者

（削除）

五 第三十三条の二第一項又は第三十七条第三項に定める目的以外の目的のために、第三項若しくは第四項の規定の適用を受けて作成された実演若しくはレコードの複製物を頒布し、又は当該複製物によつて当該実演若しくは当該レコードに係る音の公衆への提示を行つた者

第五章 著作権等の制限による利用に係る補償金

第二節 授業目的公衆送信補償金

（授業目的公衆送信補償金を受ける権利の行使）

第四百四条の十一 第三十五条第二項（第二百二条第一項において準用する場合を含む。第四百四条の十三第二項及び第四百四条の十四第二項において同じ。）の補償金（以下この節において「授業目的公衆送信補償金」という。）を受ける権利は、授業目的公衆送信補償金を受ける権利を有する者（次項及び次条第四号において「権利者」という。）のためにその権利を行使することを目的とする団体であつて、全国を通じて一個に限りその同意を得て文化庁長官が指定するもの以下この節において「指定管理団体」という。）があるときは、当該指定管理団体によつてのみ行使することができる。

二 前項の規定による指定がされた場合には、指定管理団体は、権利者のために自己の名をもつて授業目的公衆送信補償金を受ける権利に関する裁判上又は裁判外の行為を行う権限を有する。

（指定の基準）

第四百四条の十二 文化庁長官は、次に掲げる要件を備える団体でなければ前条第一項の規定による指定をしてはならない。

一 一般社団法人であること。

二 次に掲げる団体を構成員とすること。

イ 第三十五条第一項（第二百二条第一項において準用する場合を含む。次条第四項において同じ。）の公衆送信（第三十五条第三項の公衆送信に該当するものを除く。以下この節において「授業目的公衆送信」という。）に係る著作物に関し第二十三条第一項に規定する権利を有する者を構成員とする団体（その連合体を含む。）であつて、国内において授業目的公衆送信に係る著作物に関し同項に規定する権利を有する者の利益を代表すると認められるもの

ロ 授業目的公衆送信に係る実演に関し第九十二条第一項及び第九十二条の二第一項に規定する権利を有する者を構成員とする団体（その連合体を

含む。)であつて、国内において授業目的公衆送信に係る実演に関しこれらの規定に規定する権利を有する者の利益を代表すると認められるもの

ハ 授業目的公衆送信に係るレコードに関し第九十六条の二に規定する権利を有する者を構成員とする団体(その連合体を含む。)であつて、国内において授業目的公衆送信に係るレコードに関し同条に規定する権利を有する者の利益を代表すると認められるもの

ニ 授業目的公衆送信に係る放送に関し第九十九条第一項及び第九十九条の二第一項に規定する権利を有する者を構成員とする団体(その連合体を含む。)であつて、国内において授業目的公衆送信に係る放送に関しこれらの規定に規定する権利を有する者の利益を代表すると認められるもの

ホ 授業目的公衆送信に係る有線放送に関し第百条の三及び第百条の四に規定する権利を有する者を構成員とする団体(その連合体を含む。)であつて、国内において授業目的公衆送信に係る有線放送に関しこれらの規定に規定する権利を有する者の利益を代表すると認められるもの

三 前号イからホまでに掲げる団体がそれぞれ次に掲げる要件を備えるものであること。

イ 営利を目的としないこと。

ロ その構成員が任意に加入し、又は脱退することができること。

ハ その構成員の議決権及び選挙権が平等であること。

四 権利者のために授業目的公衆送信補償金を受ける権利を行使する業務(第百四条の十五第一項の事業に係る業務を含む。以下この節において「補償金関係業務」という。)を的確に遂行するに足りる能力を有すること。

(授業目的公衆送信補償金の額)

第百四条の十三 第百四条の十一第一項の規定により指定管理団体が授業目的公衆送信補償金を受ける権利を行使する場合には、指定管理団体は、授業目的公衆送信補償金の額を定め、文化庁長官の認可を受けなければならない。これを変更しようとするときも、同様とする。

2 前項の認可があつたときは、授業目的公衆送信補償金の額は、第三十五条第二項の規定にかかわらず、その認可を受けた額とする。

3 指定管理団体は、第一項の認可の申請に際し、あらかじめ、授業目的公衆送信が行われる第三十五条第一項の教育機関を設置する者の団体で同項の教育機関を設置する者の意見を代表すると認められるものの意見を聴かななければならない。

4 文化庁長官は、第一項の認可の申請に係る授業目的公衆送信補償金の額が、第三十五条第一項の規定の趣旨、公衆送信(自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。)に係る通常の使用料の額その他の事情を考慮した適正な額であると認めるときでなければ、その認可をしてはならない。

5 文化庁長官は、第一項の認可をしようとするときは、文化審議会に諮問しなければならない。

(補償金関係業務の執行に関する規程)

第百四条の十四 指定管理団体は、補償金関係業務を開始しようとするときは、補償金関係業務の執行に関する規程を定め、文化庁長官に届け出なければならない。これを変更しようとするときも、同様とする。

2 前項の規程には、授業目的公衆送信補償金の分配に関する事項を含むものとし、指定管理団体は、第三十五条第二項の規定の趣旨を考慮して当該分配に関する事項を定めなければならない。

(著作権等の保護に関する事業等のための支出)

第百四条の十五 指定管理団体は、授業目的公衆送信補償金の総額のうち、授業目的公衆送信による著作物等の利用状況、授業目的公衆送信補償金の分配に係る事務に要する費用その他の事情を勘案して政令で定めるところにより算出した額に相当する額を、著作権及び著作隣接権の保護に関する事業並びに著作物の創作の振興及び普及に資する事業のために支出しなければならない。

2 文化庁長官は、前項の政令の制定又は改正の立案をしようとするときは、文化審議会に諮問しなければならない。

3 文化庁長官は、第一項の事業に係る業務の適正な運営を確保するため必要があると認めるときは、指定管理団体に対し、当該業務に関し監督上必要な命令をすることができる。

(報告の徴収等)

第百四条の十六 文化庁長官は、指定管理団体の補償金関係業務の適正な運営を確保するため必要があると認めるときは、指定管理団体に対し、補償金関係業務に関して報告をさせ、若しくは帳簿、書類その他の資料の提出を求め、又は補償金関係業務の執行方法の改善のため必要な勧告をすることができる。

(政令への委任)

第百四条の十七 この節に規定するもののほか、指定管理団体及び補償金関係業務に関し必要な事項は、政令で定める

