

著作権法におけるルール対スタンダード：フェアユースの法と経済学 Rules versus Standards in Copyright Law: The Law and Economics of Fair Use

絹川 真哉^{*}

要旨

日本の著作権法の権利制限規定を、現行の個別規定から米国フェアユースのような一般規定に変更すべきなのか。この問題を、法と経済学における「ルール対スタンダード」の既存研究をもとに考察し、議論したい。伝統的なルール対スタンダードの法と経済学研究は、ルールとスタンダードの費用と便益を比較する。新技術や新しいビジネスモデルによって様々な形の著作物利用が起ころうる現在の状況からは、スタンダードの便益が比較的大きいと思われる。また、経済主体間の交渉や裁判におけるルールとスタンダードの影響を経済モデルによって分析した研究からは、当事者間の交渉がルールよりもスタンダードにおいて効率的に行われうる一方、スタンダードのもとでの裁判では訴訟対策により多くの費用をかける当事者が有利になることが示される。これらの研究成果を著作権侵害に適用する際には、著作権侵害行為の外部効果が問題になる。著作権者にとって短期的には損害をもたらす侵害行為でも、ネットワーク外部効果やユーザーイノベーションの誘発が、市場全体のみならず著作権者に対しても長期的には便益をもたらして得るからである。スタンダードによって裁判所の裁量が大きくなった時、短期的利益を重視する著作権者に有利な判決がなされると、社会的厚生は改善は見込めない。フェアユース導入の際に重要なのは、裁判所が社会全体の利益を正しく把握し、その最大化を目的とした判断を行うことである。

Key words：ルール対スタンダード、著作権法、フェアユース

1. 序

著作権法における権利制限の制度として、米国のフェアユース（Fair use）を導入する国が相次いでいる。フェアユースは、我が国著作権法の権利制限のように制限事由を列挙する個別規定ではなく、ガイドライン的性質を有する4つの要素から権利制限を判断する一般規定である（中山2014）。2000年以降、シンガポール（2006年）、イスラエル（2007年）、韓国（2012年）で、フェアユースが導入され、その他の国々においてもフェアユースの導入が検討されている（Barker, 2013）。

我が国においては、政府の知的財産推進本部が『知的財産推進計画2008』で包括的な権利制限規定導入を提案、『知的財産推進計画2009』で権利制限の一般規定（日本版フェアユース）が提案され、フェアユースの導入が検討された。しかし、それら提案を受けた法改正は、「写り込み」などに対する個別権利制限規定がいくつか新しく追加されただけで終わった。著作権侵害の要件の不確実性

^{*} 駒澤大学グローバル・メディア・スタディーズ学部准教授

本論文は、法と経済学会2017年度全国大会報告論文「著作権法におけるルール対スタンダード：フェアユースの法と経済学」の加筆・修正版である。貴重なコメントを頂いた得津晶氏（東北大学）に記して感謝したい。

が高まることで、侵害行為が蔓延することを危惧した権利者側の意見が優勢だったためである（城所2016）。

フェアユースを導入する国が相次いでいるのは、著作物のデジタル化とインターネットによって著作物を利用した新しいビジネスの機会が広がっており、ユーザーの権利の拡大がそれらの新ビジネス・産業の成長に貢献していると考えられているためである。例えば、フェアユースの適用を巡る裁判ではないが、Lerner and Rafert (2015) は、テレビ番組のクラウド録画サービスについてサービス提供事業者（Cablevision）の侵害責任を否定した2008年控訴審判決*The Cartoon Network, et al. v. Cablevision*以降、クラウド企業に対するベンチャーキャピタル投資が大きく増加し、その効果は統計的にも有意であったとの分析結果を得ている。フェアユースの導入がより広範囲な産業に与えた影響については、Ghafele and Gibert (2014) がシンガポールについて、田中（2014）が台湾について実証分析を行っており、フェアユース導入が経済にプラスの影響を与えたという結果を得ている。

このような動きを受け、日本政府は再び、著作権権利制限の一般規定の導入に前向きになっている。政府知的財産戦略本部は『知的財産推進計画2016』において、「デジタル・ネットワーク時代の著作物の利用への対応の必要性に鑑み、新たなイノベーションへの柔軟な対応と日本発の魅力的なコンテンツの継続的創出に資する観点から、柔軟性のある権利制限規定について、次期通常国会への法案提出を視野に、その効果と影響を含め具体的に検討し、必要な措置を講ずる」とし、これを受けた文化審議会著作権分科会において、平成29年通常国会への法案提出を視野に検討が行われている¹。

本論文は、日本の著作権法における権利制限について、現行の個別規定からフェアユースのような一般規定へと変更することの是非を、法と経済学における「ルール対スタンダード」に関する研究成果をもとに検証したい。次節でまず、「ルール対スタンダード」に関する法と経済学の既存研究から、いくつかの重要な論文を紹介する。第3節で、それら論文の結果を著作権の権利制限規定へ当てはめ、フェアユース導入の影響を考察する。最後に、我が国においてフェアユースを導入すべきなのかについて議論を行う。

2. 「ルール対スタンダード」の法と経済分析：既存研究

2.1 費用便益の比較

法と経済学研究において、「ルール対スタンダード」の議論は、それぞれの費用と便益の比較を中心に議論されてきた。初期の代表的な論文はEhrlich and Posner (1974) で、ルールとスタンダードの違いは法の適用基準の一般性の高低とされる。一般性が低く個々の具体的な事例にのみ適用されるのがルール、一般性が高くより多くの事例に適用されるのがスタンダードである。例えば、自動車のスピード制限において、「時速80キロ以上は交通違反」とするのがルールで、「不合理なスピ

¹ 法制・基本問題小委員会平成28年度「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」で検討作業が行われた。経緯については、「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」の報告書（案）を参照（http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/needs_working_team/h28_06/index.html、最終アクセス：2017/11/24）。

ードは交通違反」とするのがスタンダードである。前者は実際のスピードのみで違法性が判断されるのに対し、後者は車両特性、交通状況など種々の要素から総合的に違法性が判断される。

ルールとスタンダードは、まず、行為者各人の行動に影響を与える。ルールの下では、行為者に対する法適用の確定性が高いため、行為者は法に反する行動を控え、法に反しない行動を積極的に行う。したがって、社会的に望ましい状況が生ま出される。一方、スタンダードにおいては、行為者に対して法が適用されるかどうかは裁判次第となる。そのような不確実性故、行為者は、法が適用されないと判断すれば社会にとって好ましくない行動を取りうるし、法が適用されうると判断すれば社会にとって好ましい行動を控えるかもしれない。刑事法がスタンダードではなくルールによって制定されているのはこのためである。

裁判所や行政等の法執行機関への影響についても、ルールとスタンダードとで異なる。法の具体性・正確性が増すほど、つまり、ルールに近づくほど、真に法を犯した者とそうでない者を区別し、前者のみを罰することが容易になる。また、ルールであれば行為者自身が違法性の判断を行うことができるので、裁判の件数が減少し、その分、裁判所の資源を他の紛争処理に振り分けることができる。また、裁判ではなく当事者同士の和解によって紛争を解決することも容易である。

しかし、詳細なルールの制定には様々な費用が必要となる。まず、行為者の行動が多様になるほど、それらに対応したルールを個別に設定しなければならず、多様な行為の多くを包含するスタンダードに比べ、制定に必要な情報の収集と評価において、ルールの方が高費用となる。また、ルール制定によって影響を受ける複数のグループの利害が対立する場合、それらの利害調整にも多大な取引費用が発生しうる。さらには、包括的で詳細なルールを設定したとしても、言語の持つ曖昧性、そして、あらゆる行動を完全に予見することができない故に、規制から漏れる事象が必ず生じる。ルールとスタンダードには補完性があり、ルールの穴（例外的事象）をスタンダードで埋めることが効率的となりうる。最後に、制定に関する費用に加え、法律専門家の人件費、すなわち、弁護士によるコンサルタントに係る費用も、ルールとスタンダードでは異なる。ルールのもとでは法律の不確実性が低くなるため、弁護士への需要は小さく費用も小さい。不確実性が高まるスタンダードのもとでは逆に弁護士への需要が大きくなり、費用も大きくなる。

ルールの費用は、時間変化を加えて動学的に考えると、さらに複雑化する。技術変化によって既存ルールの想定する事象が変化する時、ルールもそれらに合わせて変更する必要が生じ、新たなルールを設定し直す費用が生じる。一方、個々の事象に直接対応しないスタンダードは、技術変化による影響を受けにくく、個別具体的なルールと比べて効率的となる。

一方、Kaplow (1992) によれば、ルールとスタンダードの唯一の違いは、法律の適用対象となる行為の事前と事後とで法律内容の具体化に必要な努力量がどれだけ違うかである。ルールであれ、スタンダードであれ、法律と個人の行動との関係は、次の3段階に分けて考えることができる。最初に、法律が公布される。次に、公布された法律を受けて個人が行動する。その際、法律内容については自分自身で判断するかもしれないし、法律家に相談するかもしれない。最後に、個人の行動を受けて、審判者が法律の適用を判断する。法律の公布に際してはルールの方がスタンダードよりも高費用となる。一方、法律家の相談費用と審判者の意思決定はスタンダードの方がルールよりも高費用となる。

ルールとスタンダードのどちらがより効率的かを判断する重要な要素は、各個人の行動が頻繁に

起こる同質的なものか、稀に起こる異質なものか、である。前者においては、もしルールであれば、公布段階で一つの法律を設定するだけで、頻発する同質的事象すべてに対してその法律を適用できる。法制定に必要な費用は、最初の公布段階の一度だけである。もしスタンダードであれば、頻発する事象一つ一つに法適用の判断が必要で、法を執行する度にスタンダードに具体的な中身を与える必要がある。したがって、ルールの方がスタンダードよりも効率的である。また、頻発する同質的事象の予防という観点からもルールが効率的である。スタンダードは法的措置の予測がルールよりも難しく、法律家による相談費用が大きい。このため、自分自身である程度学習できるルールの方が、法的措置を回避し、損害を与えない行動を取りやすい。一方、稀に起こる異質な行動においては、もしルールであれば、様々な異なる事象に対してそれぞれ法を設定する必要があり、公布段階で大きな費用が必要となる。しかし、それら異なる事象は、個々には稀にしか起こらないので、高い費用をかけて公布した法の多くが使われないことになる。よって、様々な事象に対して包括的な対応が可能なスタンダードの方が効率的である。

ただし、以上のようなルールとスタンダードの差は、動学的な観点からは小さくなる。スタンダードのもとでなされた判例が、その後の同様の事件に対するルールになるからである。しかし、両者の差は消滅しない。スタンダードのもとで事件が生じて判例が定まるまでは、法適用についての不確実性があり、人々が法を順守しようとすれば高費用の弁護士費用がかかるためである。

最後に、Schafer (2006) は、上述のような費用便益分析に加え、マクロ経済的な視点を導入、ルールとスタンダードの望ましい比率は、法システム部門の人的資本の水準に依存すると指摘する。社会全体の取引費用を1単位削減するのに必要な人材の量はスタンダードの方が多い。様々な事件に対して法を適用するために、事件の都度、法適用の判断を行わなければならない、法の運用段階に多くの人的資本を裁判官や弁護士として投入する必要があるためである。このため、人的資本に乏しい場合、より多くの人材をルール作成に使った方が効率的となる。法の公布段階で一度人的資本を投入すれば、運用時にさほど費用がかからないからである。

2.2 行為者と被害者との交渉・裁判ゲーム

次に、ゲーム理論を用いてルールとスタンダードを比較した2つの論文を紹介する。いずれも、経済活動を行う主体と、その活動による負の外部効果で損失を被る主体間での交渉や裁判において、ルールとスタンダードの違いがもたらす影響を分析したものである。

2.2.1 経済主体間の交渉への影響：Johnston (1995)

企業がある土地で生産活動を行うと、近隣住民になんらかの公害等が発生する。このため、企業は住民に対して金銭的補償と引換に生産活動を認めてもらおうとする。その際の企業と住民との間の事前交渉に、ルールとスタンダードがどのように影響するかを比較したものである。スタンダードの方が、交渉が効率的となりうるという結論を得ている。

モデルは2期間の不完備情報交渉ゲームである。企業がまず住民に補償額を提示する。そこで住民が企業提案を受諾すればゲーム終了である。住民が拒否した場合、企業は住民との合意なしで生産活動を始めるか、再度補償額の提示を行うかを選択する。後者の場合、1期目と同じゲームが繰り返されるが、再度補償額が拒否された場合、企業は同意なしで生産活動を行うか、生産活動を取

り止めるかを選択する。住民の被害額は住民の私的情報であり、企業が事前に知っているのはその確率分布である。企業は1期目の補償額を事前予想にもとづき、そして2期目の補償額を事後予想にもとづいて提示する。

企業が住民の同意なしに生産活動を行った場合、住民は裁判所に差止請求できる。ルールとスタンダードの違いは、差止訴訟の裁判結果に影響する。ルールにおいては、住民の被害額の大きさに関わらず、差止請求が認められると仮定される。一方、スタンダードにおいては、住民の差止請求が棄却される可能性がゼロではなく、住民の被害額が小さいほど棄却可能性が高まると仮定される。被害額が十分小さく、生産活動がもたらす企業利潤が大きいほど、企業と住民を合わせた社会全体では、生産活動を認めた方が効率的だからである。

ルールのもとでは、「同意なし活動」に対する差止請求は常に受理されるので、企業は「同意なし活動」を選択しない。そして、被害の大きさは住民の私的情報なので、住民はより大きな賠償額を引き出すため、受諾を引き延ばすインセンティブを持ち、双方が損する結果になりやすい。一方、スタンダードのもとでは、「同意なし活動」の場合に住民が裁判で勝つとは限らないので、1期目で交渉が成立して双方が得する結果が、ルールのもとよりも緩やかな条件で成立しうる。

2.2.2 裁判への影響：Friedman and Wickelgren (2014)

Johnston (1995) 同様、企業活動によって損害が発生する状況を考える。例えば、企業同士の合併が競争の制限を通じて経済に損失をもたらす場合などである。企業活動の可否をルール（規制）によって事前に、またはスタンダード（裁判）によって事後に判断する場合の社会的厚生が比較され、スタンダードのときに社会的厚生がより大きくなるケースが存在することが示される。

モデルの概要は以下の通りである。企業はその活動から、確率 q で利益 v_L 、確率 $1-q$ で利益 v_H ($v_L < v_H$)を得る。一方、企業活動によって発生する損害額 w については、 $v_L < w < v_H$ と仮定される。ルールによる事前の規制は、企業の期待利益 $qv_L + (1-q)v_H$ が損失 w を下回れば禁止、そうでなければ認可、と設定される。一方、事後的には、利益 v_L のときには活動の禁止、利益 v_H のときには活動の認可が望ましい。企業が活動した場合の社会的厚生 $v_L - w$ または $v_H - w$ が、前者ではマイナス、後者ではプラスになるためである。スタンダードによって企業活動の可否が裁判によって判断される場合、裁判所は社会的厚生を判断するための情報を持たず、裁判結果（勝ち負けの2値）は被告（企業）と原告（上述の独占禁止法のケースでは国）それぞれの裁判における努力水準に依存する確率変数であると仮定される。

モデルからは、利得（企業活動の利潤、損失回避額）の大きい方が裁判においてより大きな努力を投入して勝訴することで、社会的な利得も大きくなりうることを示される²。具体的には、原告勝訴確率の定式化がいくつか行われ、スタンダード（裁判）のもとで得られる社会的厚生が、ルール（規制）のもとで企業活動を認めた場合の社会的厚生 ($qv_L + (1-q)v_H - w$) と禁じた場合の社会的厚生 (0) よりも大きくなる場合が示される。スタンダードがルールよりも望ましい状況とな

² 彼らはまた、スタンダードのもとでの調停が社会的厚生に与える影響について、ルールのもとでの社会的厚生（活動の可否が明確なので調停の必要がない）との比較によって分析し、前者での社会的厚生が後者よりも高くなる場合を示している。ただし、調停における決めごとは企業活動の可否のみで、損害賠償などの金銭のやり取りは発生しないと仮定されている。原告が国となる独占禁止法のケース等が想定されている。

りうるのは、 v_L と v_H の差が十分大きい場合である。期待利潤によって可否が判断されるルールよりも、スタンダードの方が、利益 v_L の時は禁止（被告敗訴）、利益 v_H のときには認可（被告勝訴）という判断になりやすいためである。

3. 著作権法と「ルール対スタンダード」

前節で紹介した法と経済学の既存論文をもとに、日本の著作権法の権利制限を個別規定（ルール）から一般規定（スタンダード）へ変更することの影響について考察する。

3.1 費用便益論文からの含意

著作物の自由利用をルール（個別規定）からスタンダード（一般規定）へ変更することによる費用の増加は極めて小さい可能性がある。まず、Ehrlich and Posner（1974）が指摘した点では、著作物の伝達手段に関する急激な技術進歩が挙げられる。すなわち、ソーシャル・ネットワーク・サービス、クラウドサービスなどの登場による、著作物利用者による複製、公衆送信である。それらのサービスによって著作者の利益を害するものではない軽微な利用行為は様々な形で表れる。例えば、「写り込み」や、短文投稿サイトにおける全文引用である。前者は平成24年著作権法改正で、著作権の効力を制限する新たなルールが設定された一方、後者については、現在のルールのもとでは著作権侵害行為となる可能性がある³。新しい利用行為が生じるたびに新たなルールを追加するよりも、スタンダードによって侵害・非侵害を判断する方が法設定費用は低い。

一方、スタンダードにおける法運用費用については、これまでの個別規定の各条文をスタンダード運用時のガイドラインとして再利用すれば不確実性が抑えられ、運用費用の上昇も抑えられよう。さらに、これまでの裁判における複製権侵害等の柔軟な解釈もスタンダード運用のガイドラインとして利用可能で、Kaplow（1992）が指摘するように、スタンダードの法運用費用の抑制要因となりうる。例えば、東京地判平11年10月27日判時1701号157項（雪月花事件）は、電気照明器具の宣伝用に和室の写真を撮影した際、他人の著作物である「書」が背景に小さく写り込んでいた事件に対し、「墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い等、原告各作品の美的要素の基礎となる特徴的部分を感得することは到底できない」と述べ、「写り込み」が自由利用のルールとして条文化される以前に、美術の著作物の「写り込み」を権利制限の対象とする基準を設けている。このような判例の蓄積があるため、個別規定から一般規定、すなわち、ルールからスタンダードの変更による不確実性の増大はある程度抑えられよう。

Schafer（2006）が指摘する日本の法システム部門の人的資本については、自由民主党政務調査会司法制度調査会・法曹養成制度小委員会合同会議「法曹人口・司法試験合格者数に関する緊急提言」（平成26年4月9日）によれば、平成12年頃に約2万人だった法曹人口は、平成25年には約3万8500人となり、特に弁護士は約1万7000人から約3万4000人とほぼ倍になった⁴。ただし、裁判官をはじめ

³ 例えば、2010年2月28日、インターネット動画サイト「ニコニコ動画」内の番組に出演したJASRAC（一般社団法人日本音楽著作権協会）菅原常務理事が「（短文投稿サイト）ツイッターで歌詞をつぶやいたら、JASRACの利用料が発生する」と発言している（城所2013）。

⁴ <https://www.jimin.jp/news/policy/124924.html>（最終アクセス：2017/11/24）

とする法曹公務員の採用人数はさほど増加せず、弁護士登録数のみが急増するという状態である。よって、スタンダードのもとで訴訟が増加すれば、限られた人的資本で法を運用することになり、費用の増加も大きくなりうる。しかし、もし弁護士の急増によって著作物利用者の相談費用が減少すれば、訴訟件数が抑制され、スタンダードのもとの法運用費用の上昇も抑制されよう。

3.2 和解・裁判のゲーム理論モデルと著作物の自由利用

著作権侵害において、損害行為を行うのは著作物利用者、損害を被るのは著作権者である。前者の著作物利用者にはいくつかの形態がある。一般の消費者に始まり、著作物の実演、放送、配信等を行う事業者、そして二次的著作物の制作・販売を行う個人や事業者である。

3.2.1 著作物利用者と著作権者の交渉

Johnston (1995) のモデルの特徴は、被害者たる住民の損失が住民の私的情報で、加害者たる企業は、住民に対する提案額を、住民損失額の予想にもとづいて行わなければならないこと。このため、2期間のベイジアンモデルを用いた分析がなされている。一方、著作権侵害の場合は、「損失額」の性質が大きく異なる。「被害者」たる著作権者の被る損失額は、「加害者」たる著作物利用者の売上に（利用者独自のマーケティング努力等を無視すれば）等しく、また、その売上は著作物の価値に依存している。すなわち、市場価値の高い著作物であれば、それを利用した複製物や二次著作物の価値も高くなりうる。損失額を「被害者」の私的情報とするモデルは、著作権侵害のケースにはなじまない。

しかし、「ルールからスタンダードへの変更により、被害者と加害者との間の交渉がより効率的になる」という Johnston (1995) の結論自体は、著作権侵害のケースにも当てはまりうる。著作物利用者が著作権に対し、著作物の新しい利用ビジネスを提案するような場合である。この場合、両者の交渉は、著作物の新しい利用（著作物の新たな伝達方法や二次的著作物の供給等）によって生じうる余剰を、権利者と利用者との間でどのように配分するか、という交渉になる。「ルール」のもと、新たな利用のすべてが著作権者の権利とされるのであれば、ライセンス料が権利者にとって有利な額になるまで交渉が継続されるだろう。一方、「スタンダード」のもとでは、裁判になれば権利者が負け、新たな余剰のすべてが利用者のものになってしまう可能性がある。敗訴確率が高まるほど、権利者はより低いライセンス料でも速やかに合意するかも知れない。ただし、「スタンダード」においても、裁判所が著作権者の権利をより重視する判決を行うことが事前に分かっているならば、ルール同様に権利者の敗訴確率はゼロに近く、スタンダードとルールがライセンス交渉に与える影響の差もなくなるだろう。

3.2.2 著作物利用者と著作権者の裁判

Friedman and Wickelgren (2014) のモデルにおいては、社会的厚生は被告と原告の期待損益で定義される。この場合、より多くの余剰を生む主体がより多くの努力に投資することで、社会的に最適な結果が得られる。一方、著作権侵害の場合、裁判の当事者である著作権者（原告）と著作物利用者（被告）の損益だけではなく、裁判とは直接のかかわりのない著作物の消費者全体の利益（消費者余剰）を考慮する必要がある。著作権侵害行為によって消費者余剰が増加し、（著作物制作の

固定費以上の企業利潤が担保されれば) 社会的厚生が増加しうるからである。

Landes and Posner (2003, Chap. 4) は、著作物の無許諾利用が権利者にとっては損失でも消費者を含めた社会的厚生を増加させる場合、そのような無許諾利用は「productive (or transformative) use」として米国ではフェアユースになりうることを説明している。そのような裁判例として、2002年のTy, Inc. v. Publications International Ltd. を挙げている。Ty社はぬいぐるみBeanie Babiesを多品種・少量生産戦略で販売していた企業である。その戦略が功を奏し、人気のある種類は品不足から中古市場が発生していた。そこで、Publications International社 (PIL) は中古市場向けに独自コメント付きのBeanie Babiesカタログを販売したが、Ty社からの許諾は得ていなかった。そこで、PILのカタログがBeanie Babiesの著作権を侵害しているとして、Ty社がPILを訴えた⁵。PILがTy社から許諾を受けていれば、Ty社にはライセンス収入があったはずで、失われたライセンス収入はTy社の損失である。しかし、カタログには写真だけでなくコメントも掲載され、PILの創作的貢献もあった (productive use)。そして、もしTy社が独占的にカタログを販売していたら、独占価格によってカタログは高価になっていたはずで、PILのカタログよりは普及せず、中古市場も大きくならなかったか可能性が高い。PILは、中古Beanie Babiesの市場を拡大し、社会的厚生が増加に寄与したとして、裁判ではフェアユースが認められた。

Friedman and Wickelgren (2014) のモデルでは、裁判所は被告と原告の余剰についての情報がなく、裁判での両者の主張が情報の全てである。著作権侵害においては、裁判の結果が被告と原告だけでなく、消費者に与える影響も考慮すべきで、原告と被告の主張のみによって裁判結果が決まるモデルでスタンダードの影響を分析することは望ましいとは言えない。権利者に有利な判決の結果、社会的厚生が低下しうるからである。

3.2.3 著作権侵害の負の損失

ゲーム理論を用いた「ルール対スタンダード」の上記2論文において、利益を伴う企業活動には必ず外部不経済が生じる。これに対し、著作権侵害においては、被告の無許諾利用によって、利用者と消費者のみならず権利者の利益も増加する可能性がある。

例えば、Gayer and Shy (2003, 2006) は、そのようなケースとして、情報財の購入もコピー (無許諾利用) もしていない消費者が存在する「Partially served market」の場合を挙げる。そのような市場において、コピーの増加が情報財のプロモーション、あるいはネットワーク外部効果 (ある財の消費者が増えるほどその財の価値が上がる) につながれば、無許諾利用によって購入者も増え、権利者の利益も増加する可能性がある。コピーによるネットワーク外部効果については、互換性が重要となるソフトウェアのみならず、音楽や映像などのエンターテインメント分野においても存在しうる。消費者が、多くのコンテンツの中から、他の多くの消費者が消費している人気コンテンツを選択するような場合で、博報堂DYメディアパートナーズ『コンテンツファン消費行動調査2014年度版』によれば、「人気コンテンツについて友達と話題にしたい」という理由でコンテンツを選択する消費者も少なからず存在する⁶。

⁵ 米国著作権法上、オリジナルデザインのおもちゃも、機能性よりも表現を重視したデザインであれば著作物となる。

また、Mehra (2002) は、日本のマンガ・アニメにおける無許諾の二次的著作物、いわゆる「同人誌」のマンガ・アニメ産業に対する影響について論じている。同人誌のマンガ・アニメ産業に対する役割として、彼は、①新しい才能の発掘、②作品のプロモーション、③商業作品にはない自由で新しい創作の試み、を挙げ、とりわけ、③の役割が、マンガ・アニメ産業の創作に新しいアイデア・スタイルを供給していると指摘、マンガ・アニメ産業と同人誌は相互に影響を与えあい、共存しながら発展したと考察している。

同人誌による無許諾利用が社会的厚生に与えるこのような影響については、Arai and Kinukawa (2014) が経済学的分析を行っている。Mehra (2002) が指摘するような新アイデア供給機能を同人誌が持つのであれば、著作権者にとっては同人誌の活動を黙認し、ポルノグラフィ等の負の外部効果も持ちうる自由な二次創作活動に干渉しないことが利潤最大化行動の帰結となる。その場合はまた、社会的厚生も同時に最大となる。しかし、同人誌の市場が十分大きくなると、新アイデアによる便益よりもライセンス収入の方が大きくなる。その場合は、無許諾利用の黙認が社会的厚生を最大にする場合でも、自由な二次創作活動を認めずに許諾利用のみを認めることが権利者の利潤最大化行動となりうる。

裁判当事者以外の消費者の余剰を含めた社会的厚生を考慮する場合、無許諾利用の影響は個別のケースによって異なりうる。社会的厚生最大化を目的とするのであれば、ルールで一定範囲の無許諾利用をすべて排除するよりは、「社会的厚生最大化」というスタンダードを用いて判断する方が望ましい。

4. 議論：フェアユースを導入すべきか

我が国も、他国にならって米国のフェアユースを導入すべきなのだろうか？この問題を、法と経済学における「ルール対スタンダード」の分析をもとに考察した。ルール、スタンダードともに長短あり、どちらが望ましいかはどのような対象や状況で法を適用するのかに依存する。著作権法の権利制限規定について言えば、3節で考察した理由で、スタンダード導入のメリットは大きいと思われる。ただし、スタンダードの導入に対しては、判例の蓄積という不確実性の抑制要因が存在しつつも、法適用の不確実性が増大する可能性がつきまとう。実際、米国においては、フェアユースの不確実性を減らすための制度改革の必要性がアカデミズムから提案されている。例えば、フェアユースのルール設定を行う「Fair Use Board」や規制官庁の設置、そして、ユーザーに対して著作物への大幅なアクセス権を与えて連邦取引委員会が著作権者を監督する、などである (Parchomovsky and Weiser, 2010)。

米国フェアユースの不確実性の大きな要因として、米国著作権法107条における4つの要素、すなわち、

1. The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is

⁶ ヒット・コンテンツの背景には「新しく興味深いコンテンツを探し求める層」と「同層の後を追いかけて世の中のヒット現象そのものに反応する層」が存在、後者はコンテンツ利用者全体の約26%を占める。詳細は<http://www.hakuhodo.co.jp/archives/newsrelease/18315> (最終アクセス2017/11/24)。

for nonprofit educational purposes

2. The nature of the copyrighted work
3. The amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole
4. The effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work

が実質的な判断基準として機能していないことがある。Landes and Posner (2003, Chap. 4) によれば、要素1と2については、フェアユースが争点になる裁判における著作権侵害は商業利用に関するものなので、ほとんど意味をなさない。要素4については、利益が減少した要因として「ただ乗り」とフェアユースの下での「批判・引用」との区別が困難である。よって、実質的な要素は3のみとなり、裁判官が大きな裁量を持つ。そこで彼らは、法と経済学の観点から、米国におけるフェアユースの判例を、以下の3つに分類した。

- I. High transaction cost, no harm
- II. Negative harm, implied consent
- III. Positive harm, productive use

上記の類型IIは、引用など、利用者が個々の著作権者から許諾を取るには多大な取引費用がかかる一方、著作権者には損害が発生しないケースである。この場合、フェアユースは、高い取引費用によって引用を用いた表現活動ができなくなること、すなわち「市場の失敗」を防ぐ手段となる。現在の著作権法における権利制限の個別規定のほとんどがこれに対応しており、フェアユースに移行した際にもそのままガイドラインとして利用可能である。類型IIIは、書評など、利用が実質的に著作物の広告になるようなケースで、フェアユースは取引費用をなくすことで効率性を高めるだけでなく、著作物利用者の自由度を確保し、質の高い書評などによって消費者の便益を高める。もしフェアユースがなければ、本の著者は、都合の良い書評を書く者にしか無償許諾を与えないだろう。類型IIでは、利用が著作者に与える影響をどこまで広く捉えるかが問題となろう。例えば、書評の場合、ある本に厳しい評価を下す書評は、短期的にはその本の売上を減少させるかもしれない。しかし、批判的な書評も存在することで消費者の書評に対する信頼が増し、長期的には著作者、そして書籍市場全体の売上増加に貢献するかもしれない。最後に、類型IIIは、著作者自身には損害を与えることになっても、社会全体では有益となるケースである。例えば、前述のTy, Inc. v. Publications International Ltd. (2002) のような場合である。

米国著作権法107条の4要素のように実を伴わないスタンダードではなく、Landes and Posner (2003, Chap. 4) がまとめた判例の3類型のような形でスタンダードを設定することにより、少なくとも、裁判所がどのような基準でフェアユースを適用するのが明確になる⁷。その際に重要になるのが社会的厚生最大化である。上記類型IIにおいては、著作者自身も見落として長期的な利益、そして、類型IIIにおいては、消費者も含めた社会全体の利益を把握することが重要で、経済学

⁷ 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会平成28年度「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」は、権利者に及び得る不利益の度合い等に応じて分類した以下3つの「層」について、それぞれ適切な柔軟性を確保した規定を整備することが適当との検討結果を出している：[第1層] 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、[第2層] 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、[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。

者の意見を積極的に裁判に取り入れるべきである。具体的には、城所（2013, 2016）が提案するように、米国の法廷助言制度同様、訴訟当事者以外の第三者による情報や意見を裁判所の判断に用いることが望まれる⁸。

社会的厚生を最大化を新たなフェアユースの基準とすることで、その導入のメリットが最大限に発揮されよう。しかし、我が国にフェアユースを導入することによって司法の裁量が大きくなった時、従来の「カラオケ法理」等、著作権者の主張に偏った判断を司法が続ける限り、フェアユース導入の効果は限られるだろう。フェアユース導入の際に重要なのは、司法が権利者の損失だけではなく、（経済学者等の助けを借りながら）社会的厚生を把握できること、そして、著作権者個人の利害と社会的厚生が相反するとき、後者を最大化する判断を下せること、言い換えれば、司法が「法と経済学」にもとづく判断を行うことである。

参考文献

- Arai, Yasuhiro and Shinya Kinukawa, 2014, "Copyright Infringement as User Innovation," *Journal of Cultural Economics*, Vol. 37, No. 2, pp. 131-144.
- Barker, George R., 2013, "Agreed Use and Fair Use: The Economic Effects of Fair Use and Other Copyright Exceptions in the Digital Age," 2013 Annual Congress of the Society for Economic Research on Copyright Issues (SERCI) held in MINES ParisTech, Paris (France). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2298618> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2298618>
- Ehrlich, Isaac and Richard Posner, 1974, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking," *Journal of Legal Studies*, Vol. 3, No. 1, pp. 257-286.
- Friedman, Ezra and Abraham L. Wickelgren, 2014, "A New Angle on Rules versus Standards," *American Law and Economics Review*, Vol. 16, No. 2, 499-549.
- Gayer, Amit and Oz Shy, 2003, "Internet and peer-to-peer distributions in markets for digital products," *Economics Letters*, Vol. 81, No. 2, pp. 197-203.
- Gayer, Amit and Oz Shy, 2006, "Copyright Enforcement in the Digital Era," in Gerhard Illing and Martin Peitz ed., *Industrial Organization and the Digital Economy*, Cambridge, MA: MIT Press.
- Ghafele, Roya and Benjamin Gibert, "A Counterfactual Impact Analysis of Fair Use Policy on Copyright Related Industries in Singapore," *Law*, 2014, Vol. 3. pp. 327-352, available at <http://www.mdpi.com/2075-471X/3/2/327>
- Johnston, Jason S., 1995, "Bargaining Under Rules Versus Standards," *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 11, No. 2, pp. 256-281.
- Kaplow, Louis, 1992, "Rules versus Standards," *Duke Law Journal*, Vol. 42, No. 3, pp. 557-629.
- Landes, William M. and Richard A. Posner, 2003, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Lerner, Josh, and Greg Rafert, 2015, "Lost in the Clouds: The Impact of Changing Property Rights on Investment in Cloud Computing Ventures," Harvard Business School Working Paper 15-082.
- Mehra, Salil, 2002, "Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Cartoons My Kid Watches Are

⁸ 裁判における第三者の情報・意見の活用については、2014年に知財高裁が、アップルとサムソン電子の控訴審で試験導入した事例がある。第三者情報提供制度は日本にはないため、双方の代理人に一般から意見を寄せてもらう形を取り、双方が主張立証の材料として書面提出した。詳細については以下を参照：日本経済新聞 2014/5/17 「アップルとのスマホ特許訴訟—民事で初の意見募集。」

Japanese Imports?," *Rutgers Law Review*, Vol.55, No. 1, pp. 155-204.

Parchomovsky, Gideon and Philip .J. Weiser, 2010, "Beyond fair use," *Cornell Law Review*, Vol. 96, No. 1, pp. 91-137.

Schafer, Hans-Bernd, 2006, "Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries," *Supreme Court Economic Review*, Vol. 14, pp. 113-134.

城所岩生2013『著作権法がソーシャルメディアを殺す』PHP新書

城所岩生2016『フェアユースは経済を救う デジタル覇権戦争に負けない著作権法』インプレスR&D

田中辰雄2014「フェアユース導入はコンテンツ産業にプラスかマイナスか」*GLOCOM Review*, Vol. 11, No. 1, available at <http://www.glocom.ac.jp/news/684>

中山信弘2014『著作権法 第2版』有斐閣