

著作権の制限を通じた創作活動の推進(2・完) —著作権法における排他性概念の省察

Christophe GEIGER

津幡 笑(訳)

2. 著作権の「制限親和的」アプローチの手段：立法者および 裁判官にとっていくつの戦略の余地があるか

もちろん、立法者および裁判官は、「制限親和的」アプローチがより上位の法律規定と整合する場合にのみ、そのようなアプローチに従いうる。このことは、国際法、ヨーロッパ法、憲法によって課された要件を考慮しながら、戦略の余地はどうかという重大な問題を提起する。これは極めて複雑な問題であり、包括的な説明を必ず要求するものである。それゆえ、紙幅の都合上、詳細は他の検討に譲らざるをえないが、以下では、現行の法的枠組みが、よく言われている程には狭くはないことを⁵⁵、そして制限という手段において選択肢が多数であることを論証しようとするものである。

⁵⁵ 制度により残された柔軟性については、see P. Bernt Hugenholtz & Ruth L. Okediji, “Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Final Report”, March 2008, 11 ff., online: IVIR <http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/finalreport2008.pdf> [Hugenholtz & Okediji, “Conceiving”]; Kur, “Oceans”, *supra* note 13; Christophe Geiger, “Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law” (2008) 39 IIC 196 ff. [Geiger, “Flexibilising Copyright”]. See also Peukert, “Ein möglichst”, *supra* note 29 at 45 ff. Peukert は、知的財産権法、とりわけ著作権法の厳格な観点に、法的（主に国際法、憲法、比較法に関連して）および経済学的視点から反論する。

A. 憲法上の責務

まず憲法から検討を始めると、著作権法は、憲法またはそれに該当する法制度に明示的に言及することは極めてまれであることに留意しなければならない。明らかな例外は、1948年の世界人権宣言の27条2項に含まれている。「すべての人は、自らの創作した科学的、文学的又は美術的作品から生ずる精神的及び物質的利益を保護される権利を有する」。1966年の「経済的、社会的、及び文化的権利に関する規約」(通称社会権規約) 15条1項も、実質的に同一の文言を實際採用している。即座にわかることは、該当する精神のおよび物質的利益の保護が保障されている一方で、その保護が達成されるべき方法については定めがないということである。そこでは排他権への言及はなく、財産権ですら一言もふれる所がない。したがって、著作権制限が適切な報酬と結びついている場合、著作権制限という手段によって著作者の物質的な利益を保護することは、これらの規定に合致するものである。

a. 財産権としての著作権

そのようなアプローチは、著作権が、憲法上の自律した保護を欠き⁵⁶、財産権の保護の下に位置づけられるような国においては⁵⁷、問題があるように思われる。この理はほとんどのヨーロッパの国において妥当するだけでなく、これまでのところそれほど議論の対象になっていないようであるが、アメリカにおいても問題であるように思われる⁵⁸。ヨーロッパレベル

⁵⁶ ヨーロッパの中には、憲法レベルで著作権に言及している国もある(例えば、ポルトガル憲法42(2)条、スウェーデン憲法第2章第19節、スロバキア憲法60条、スロベニア憲法60条、チェコ基本権憲章34条、ロシア憲法44(1)条参照)。

⁵⁷ See Christophe Geiger, “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law?, The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe” (2006) 37 IIC 381; Frank Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung* (Tubingen: Mohr Siebeck, 1999).

⁵⁸ See, e.g., United States Court of Appeals of the Fifth Circuit, *Chavez v. Arte Publico Press*, 204 F.3d 601, 605, note 6 (5th Cir., Feb. 18, 2000, revised March 10, 2000): 「フ

では、著作権は、欧州人権条約の議定書(財産権)1条に従い、保護を享受すると理解されている⁵⁹。

2000年のEU基本権憲章17条2項は、「知的財産は保護されなくてはならない」という簡潔な条項を置いているが、その保護の及ぶ範囲をつまびらかにしていない。その特異な文言のために、この規定の正確な射程を理解することは困難である⁶⁰。残念なことに、立法資料はこの点に関して明

ロリダブリペイド事件において、最高裁判所は、デュー・プロセス条項の意味において、特許は財産権であると判示した。Florida Prepaid, 119 S.Ct. at 2208 参照。特許と著作権は類似する性質を持っており、特許は財産権の一形態であるので、…著作権も同様であろう(強調筆者)。See on this issue Michel A. Carrier, “Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm”, (2004) 54 Duke L.J. 1.

⁵⁹ 商標法については、see, e.g., *Anheuser Busch Inc. v. Portugal*, no. 73049/01 (11 October 2005) of the European Court of Human Rights, confirmed by the Grand Chamber of the ECHR, (2008) 39 IIC 739; (2007) 2(4) Journal of Intellectual Property Law & Practice 197, comment by B. Goebel. この事件については、次の興味深いコメントを参照、see Klaus D. Beiter, “The Right to Property and the Protection of Interests in Intellectual Property – A Human Rights Perspective on the European Court of Human Rights’ Decision in *Anheuser-Busch v. Portugal*” (2008) 39 IIC 714. 著作権法に関しては、see *Balan v. Moldova*, no. 19247/03, para. 34 (29 January 2008) E.C.H.R., 4th section. 特許法に関しては、see the decision of the former European Commission of Human Rights *Smith Kline and French Laboratories Ltd. v. The Netherlands* (1990), 66 D.R. 70. ドメイン・ネームに関しては、see *Paeflgen GMBH c/ Allemagne*, no. 25379/04, no. 21722/05 & no. 21770/05 (18 September 2007) E.C.H.R., 5th section. ヨーロッパ人権裁判所における知的財産に関する判例法の詳細な分析として、see Laurence R. Helfer, “The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights”, (2008) 49 Harv. Int’ L.J. 1, reprinted in a modified version in Paul Torremans, ed., *Intellectual Property and Human Rights* (Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands: Kluwer Law International, 2008) 25 [Torremans, *Intellectual Property*].

⁶⁰ この条項の批判として、see Christophe Geiger, “Intellectual Property shall be protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope” [2009] E.I.P.R. 113; Josef Drexler, “Constitutional Protection of Authors’ Moral Rights in the European Union – Between Privacy,

らかにしてはくれない。この規定は、知的財産の将来の議論の中心になる危険があるということが問題である。実際、2007年12月のリスボン条約は⁶¹、EU基本権憲章に法的拘束力を与え、この条文をEUの基本立法に組み込んだ。したがって、欧州司法裁判所が、将来の判決において、基本権憲章の規定を直接参照するであろうことは疑いが無い。そしてリスボン条約が未発効であるにもかかわらず、欧州司法裁判所はすでに、共同体の二次的立法の有効性を判断する際に、直接基本権憲章に焦点をあてた⁶²。裁判所によると、憲章が法的拘束力を持たないとしても、ヨーロッパ人権条約および加盟国に共通の憲法規定に基づいた共同体法の一般原則を再確認しているとされ、その原則は、ヨーロッパの立法者にとって拘束力をもつことは疑いの余地がないとされる⁶³。立法者は、とりわけ現行の知的財産保護を強化し拡張するとき、その行為を正当化するため、憲章17条2項を直接参照する傾向がますます増加する⁶⁴。したがって、いかなる代価を

Property and the Regulation of the Economy” in Katja S. Ziegler, ed., *Human Rights and Private Law, Privacy as Autonomy* (Oxford & Portland, OR, Hart Publishing, 2007) 159 ff.; Christophe Geiger, “Copyright’s Fundamental Rights Dimension at EU Level” in Derclaye, *supra* note 27, at 27.

⁶¹ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon on 13 December 2007, O.J. E.U. 17 December 2007, 2007/C 306/01.

⁶² See, e.g., *Parliament v. Council*, C-540/03, [2006] E.C.R. I-05769, at para. 38; *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, [2007] E.C.R. I-03633 at paras. 45 & 46.

⁶³ See also *Unibet*, C-432/05, [2007] E.C.R. I-02271, at para. 37, 裁判所の観点から共同体法の一般原則を構成する、効果的な法的保護の原則を適用し、加盟国に共通する憲法的伝統から派生し、ヨーロッパ人権条約6条および13条から生じ、そして *EU基本権憲章47条により再定義された* (強調筆者)。

⁶⁴ 実際、リサイタル32条には以下のような規定がみられる。 *Commission Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights* [2004] O.J. L 157, 30 April 2004, at 32, 「この指令は基本権を尊重し、とりわけEU基本権憲章により認められた原則を遵守する。特に、この指令は、憲章17条2項に合致した知的財産を完全に確実に尊重することを目的とする」; See also Recital 12 of the *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights of 26*

払っても知的財産権の「高レベルの保護」保障を志向する欧州委員会の政策、一言で言うと、知的財産権の「最大化論者」の概念を導入するヨーロッパ連合の政策は、「厳格で実効的な制度」⁶⁵を確立する傾向があり、憲章17条2項により半ば**命じられている**ように見受けられる。実際、委員会の意見によると、既存の知的財産権の保護を保障する義務ばかりでなく、共同体の立法者が保護を拡大する義務までもがこの規定から派生するよう見受けられる。しかし、そのような解釈の淵源に疑問を差し挟むことは可能である。そのような理解は、知的財産に関する特定のアプローチを明確に支持し、それゆえ操作の余地をほとんど残さないかのごとくであるが、憲章17条2項の英語、フランス語、ドイツ語版の文言を比較すると、驚くべきことが明らかになる。非常に興味深いことに、英語で「知的財産は保護されなくてはならない」というのが、フランス語“la propriété est protégée”やドイツ語“Geistiges Eigentum ist geschützt”では、正確に訳すと「知的財産は保護**されている**」となるであろう文章に訳されているのである。「知的財産は保護**されている**」と「知的財産は保護**されなくてはならない**」との間には重大な差異がある。後者のみが、加盟国に保護を強化する義務を課していると理解されうるであろう。

April 2006, COM (2006) 168 final. 知財の拡大主義者概念を導くプロパティの語義的な傘下の批判的なアプローチとして、see Alexander Peukert, “Intellectual property as an end in itself?” and Raquel Xalabarder, “The development of protection objectives. How far have we moved away from the roots?” (Papers presented at the ATRIP conference “Can One Size Fit All?”, Munich, 21 July 2008 [forthcoming in Kur, *One Size, supra* note 9]).

⁶⁵ See *Green Paper of the Commission of the European Communities of 16 July 2008, Copyright in the Knowledge Economy*, Brussels, COM (2008) 466 final, at 4: 「高い水準の保護は、知的創作にとって決定的である。…著作権及び関連する権利の保護のための厳密で効果的な制度は著作者及び制作者に彼らの創作努力への見返りを付与することが必要であり、制作者及び出版社に創作的な作品に投資することを奨励することが必要である」。批判的なコメントとして、see Christophe Geiger *et al.*, “What Limitations to Copyright in the Information Society? A Comment on the European Commissions Green Paper ‘Copyright in the Knowledge Economy’” [2009] 40 IIC 412. 類似のフレーズは多くの指令の中にもみられる。

しかしながら、この規定の帰結は、おそらく過大に評価されるべきではない。実際、起草者が「(17条) 1項に定められた保障は、知的財産に適切な限りにおいて適用されるべきである」⁶⁶ということに注意深く記載している。憲章の起草資料は、知的財産権の「絶対主義者」概念を明らかに排除しているように思われる。このことは、知的財産権が、ちょうど物質的な財産権のように、公共の利益のために制限されうることを意味する。それゆえ、17条2項は、17条1項を単純に明確化した以上のものではないのだから、これを根拠に補償を**拡張すること**に全く正当性がないであろう。さらに、基本権憲章は、同等の価値を持つ他の一連の基本権を保護するものであるということを忘れてはならない⁶⁷。そしてそれらの基本権は考慮されなければならない、それに対して知的財産権はバランスをとる必要がある⁶⁸。さらに、憲章54条に定められた権利濫用の禁止を見失うべきではな

⁶⁶ Note from the Praesidium, Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union – Text of the explanations relating to the complete text of the Charter, Chartre 4473/00, Brussels, 11 October 2000, at 20.

⁶⁷ このことは、51条以下に宣言されている憲章の適用の一般原則、とりわけ比例原則 (52条1項) から明らかに導かれる。すなわち、表現の自由、情報の自由 (11条)、芸術及び科学の自由 (13条)、私的及び家族的な生活の尊重並びに個人情報の保護 (7条及び8条)、職業選択の自由及び経済活動の自由 (15条及び16条)、教育の権利 (14条)並びに社会的な保護 (34条)、健康の保護 (35条)、環境の保護 (37条)、及び消費者保護 (38条)といった他の目的は、共同体の立法者によっても考慮されなければならないすべて「価値ある」ものであり、知的財産の「拡大主義者」アプローチに対抗しうるものである。

⁶⁸ 知的財産の憲法的側面の優位については *see* Christophe Geiger, “The Constitutional Dimension of Intellectual Property” in Torremans, *Intellectual Property*, *supra* note 52, 101 [Geiger, “Constitutional Dimension”]. より一般的に *see* Laurence R. Helfer, “Towards A Human Rights Framework for Intellectual Property” (2007) 40 U.C. Davis L. Rev. 971. 知的財産と人権の関係については、*see further* Peter K. Yu, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework” (2007) 40 U.C. Davis L. Rev. 1039 and from the same author: “Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights” (2007) 23 Ga. St. U. L. Rev. 709, and the articles of Daniel Gervais, Peter K. Yu, Estelle Derclaye, Henning Grosse Ruse-Khan and Paul Torremans in Torremans, “Intellectual Property”, *supra* note 52 at 3, 77, 133, 161 and

い⁶⁹。その上、17条2項で格別に規定が置かれたということは、憲章の起草者が一般的な財産権と比較して、知的財産権の**特殊性**を指摘する意思を表明するものとしても解釈されよう。すなわち、知的財産は、強力な社会的機能を持った**特殊な**財産権であり、それゆえ、物質的な財産権と同等視すべきではないということが強調されているのである⁷⁰。この解釈の下で、知的財産は、物質的な財産権よりもさらに制限された性質を持っていると考えられなければならないであろう。

b. 憲法的な財産権保護の帰結

ここで重要な問題になってくるのが、著作権を財産権として取り扱うことが、制限制度のなんらかの拡張への障害を意味するかどうかという問題である。この点において、憲法的側面のみが考慮されるべきである。なぜなら、私法において、著作権を財産権として取り扱うべきか否かということは、常に問題とされており、現在でも議論的となっているからである⁷¹。こうした事情を考慮すれば、この議論はここでは取り上げるべきではない。

195.

⁶⁹ 本論文によると、憲章により保障されている権利の濫用は禁止されることになる。その原則は、知的財産概念の肥大化を防止するためにも用いられる。

⁷⁰ *See for such an understanding* Christophe Geiger, “Copyright’s Fundamental Rights Dimension at EU Level”, in Derclaye, *supra* note 27, 35 ff. すでに強調したように、一般的な財産権ですら、憲章においては社会的な制約を持つと理解されている。その意味で *see* Christian Calliess, “The Fundamental Right to Property” in Dirk Ehlers, ed., *European Fundamental Rights and Freedoms* (Berlin: De Gruyter, 2007) 448, at 456, 社会的機能が「財産権の行使に対して課される制約を正当化するとともに、制限するものとして機能する」と述べている。

⁷¹ この論点については、*see, e.g.*, Ysolde Gendreau, “À la recherche d’une propriété perdue” (2005) 17 C.P.I. 551; Ansgar Ohly, “Geistiges Eigentum?” [2003] JZ 545; Horst-Peter Götting, “Der Begriff des Geistigen Eigentums” [2006] GRUR 353; Cyril P. Rigamonti, *Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts* (Baden-Baden: Nomos, 2001). 歴史的な観点からは、Laurent Pfister, “Is Literary Property (a form of Property)? Controversies on the Nature of the Authors’ rights in the Nineteenth Century” (2005) 205 R.I.D.A. 117.

もつとも、憲法的観点からも、一種の「法的問題領域」があるように思われる⁷²。なぜなら、知的財産の保護に関連して、全く異なった結論が導かれることがしばしばあるからである。特に排他権の広範な拡大を擁護する者は、自分たちの主張を正当化するために、自然法そして最近では知的財産権という基本権を常に引き合いに出すのである。

自然法の問題を、ここでは詳述することはできないが、しかし、財産権の自然法ベースの観点の支持者の間においてさえ、本質的に公共の利益により制限された権利であると常に考えられてきたということに留意する必要がある。このように、例えば様々な自然法ベースの財産権の基礎の理論を包括的に分析した Jakob Cornides は次のような結論に至っている。「論理的に最も重要な結論は、財産権がそれ自身最終目的ではないということである。明らかに、それは、人間社会のより高次の目的の実現に貢献する方法で用いられなければならない」⁷³。その結果として、自然法ベースの観点からも、財産権は公共の利益に供される限りにおいて、正統化されると考えられる。憲法においては、この考えは、社会の利益のための財産権の「社会的拘束」(“Sozialbindung des Eigentums”)の原理として再び取り上げられた。とりわけドイツにおいて、ドイツ憲法14条(財産権の保護)によって著作権が保護されることに関連する詳細な判例法がある。強調されなくてはならないのは、著作権の保護対象を画定することが立法者にとって責務であるということである。このことはこの財産権が、憲法によって保護されるものとなるためには、まずは、国家が財産権を**創造**しなくてはならないということの意味する⁷⁴。著作権法を設計する際には、国家は公共の福祉をガイドラインとして、様々な利益や競合する基本権に均衡をもたらさなければならない。立法者の裁量の余地は広く、ガイドラインに乏しい。このことは、知的財産権とドイツ憲法14条との間の関係の詳細な

⁷² See Bernd Grzeszick, “Geistiges Eigentum und Art. 14 GG” [2007] ZUM 346.

⁷³ Jakob Cornides, “Human Rights and Intellectual Property, Conflict or Convergence?” [2004] J.W.I.P. 143.

⁷⁴ このことはドイツの法的状況に限定されず、ヨーロッパレベルでの基本権保護にも妥当する。See Calliess, *supra* note 63 at 449.

分析を行った Bernd Grzeszick によって最近確認された。

「まず最初に、保護された特権を付与する責務はかなり弱いものである。この最小レベルの憲法上の保護は、著作者または発明者の活動の結果発生した財産が、原則として単純な法秩序により彼らに帰属するということを要求するにすぎない。著作者は原則として成果を処分する権利、とりわけ財産的な地位を経済的に利用する権利を持たなくてはならない。結論として、**最小限の権利**のみが、制度的保障のために要求される。この制度的保障を超えたところでは、公共の福祉が、法的発展の許容性を見極めるためのガイドラインとなるべきである。法が保護された特権を付与する限りにおいて、権利者は、個人的かつ排他的な財産権的自由の空間を持つのである。しかしながら、第三者の利益および一般的な公共性を十分に考慮することも可能である。著作者の個人の利益は、共同体の利益に無条件に優先することはない。単に報酬に関してのみ、知的財産権のより強固な保護が存在し、例外的な事情がある場合に限り否定しうるものとなる」⁷⁵。最終的な結論は、ドイツ憲法における知的財産権の保護の文脈で、ドイツ連邦憲法裁判所の関心の中心は「創作的な活動の結果生じる財産は原則として著作者に帰属する」⁷⁶ことを保障するところにあるということである。著作者は、自らの著作物から報酬を受け取ることができるべきである。この報酬を**どのような方法**で受け取るかは必ずしも規定されていない。結果として、この(分け前への)参加は、制限に基づく報酬権によっても達成されうるのである。

しかしながら、連邦憲法裁判所は、著作物の処分の自由は保護される基本的要素の一部でもあるということもまた考慮している。それゆえ、排他権を制限ベースの報酬権に**完全に**転換してしまうとすれば、財産権の保護におそらく反することになる。しかしながら、過去、ドイツ連邦憲法裁判所は、重要な利益が関連する場合には、排他権が様々な規制に服しうるものであることもまた認識してきた。有名な「教科書」判決において、例えば、裁判所は、「アクセスを禁止する著作者の権利を制限することによ

⁷⁵ Grzeszick, *supra* note 72 at 353.

⁷⁶ German Federal Constitutional Court (BVerfG, 7 July 1971, [1972] GRUR 481).

って、文化的な財産へアクセスする公共の利益が十分に満足されることになる。すなわち、この制限は明らかに、この重要な分野における著作権の社会的な義務を定義する。しかしながら、これらのケースにおいて著作権者は無料で一般公衆に文化的財産を入手可能にしなければならないであろうということは、憲法14条2項からは導かれない」と判示する⁷⁷。それゆえ、重要な公共の利益が要求する場合には、著作権者の排他権を制限することが可能でなければならないことになる。しかしながら、**極めて例外的な事例では**、報酬を回避することが許される場合がある。優先事項を決する基準は、ゆえに比較的明瞭である。報酬が与えられることが著作権の憲法上の保護の最も重要な側面であり、排他性の原理はそれに劣後するのみである。

もちろん今日では、著作権のある素材の創作的な利用には巨大な公共の利益が関わりと論じることができよう⁷⁸。既に述べたように、今日著作権者はますます著作権により保護されている既存の素材の上に成り立っており、保護のレベルが比較的低い場合にはなおさらそれが妥当するのである⁷⁹。イノベーション政策的な理由で、創作過程にとって最適な状況に著作権者を置くべき非常によい論拠がある。保護された素材の創作的な再利用を禁止しうる排他権により規制され、ハンデを負わされることなしに、著作権者はできるかぎり自由に創作ができるべきである。

このアイデアはすでに競争法の分野でヨーロッパで受け入れられていた。例えば、有名な「Magill」判決において、新しい物品の商業化を妨げる排他権の行使は、申立ての対象であり、法定の強制ライセンスが付与された⁸⁰。そのような判決は、創作的な使用に、報酬請求と結びつけられ

⁷⁷ *Ibid.*, at 484.

⁷⁸ See Geiger, *Droit d'auteur*, *supra* note 14 at para. 366-380.

⁷⁹ See Gernot Schulze, “L'étendue de protection du droit d'auteur en Allemagne” in Geiger, Bouyssi-Ruch & Hilty, *Perspectives d'harmonisation*, *supra* note 8 at 117 ff.

⁸⁰ Decision of the European Court of Justice, 6 April 1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Commission of the European*

た著作権制限を導入することにより、著作権法の中に「内在化」することもできよう⁸¹。その場合、排他権は存続するが、単なる複製、すなわち著作物の完全な複製を禁止しうるに止まることになる（もちろん、他の制限規定が適用可能な場合、例えば私的複製または学術・教育目的の場合を除く）。知的財産の機能指向的分析の観点に立脚する場合には、このことに異論を差し挟む余地はないであろう。

B. EU条約の要請

EUにおける著作権保護の適切な範囲を再定義する際、考慮に入れなければならない事項とは、他に、物品の自由移動のようなEU条約に定められた基本原則や競争法がある。著作権の国内保護をEU法の基本原則と適合させるために、欧州司法裁判所は、知的財産の機能指向的アプローチを採用した。「Magill」判決以来、この排他権の「基本機能」に合致しない場合には、排他権の行使はヨーロッパ競争法によりコントロールされる可能性があるということがよく知られている。実に特徴的なことに、欧州第一審裁判所は1991年7月10日の判決の中で、「著作物における人格権を保護し、創作の努力の見返りを確保する」⁸²ことは、著作権の基本機能であると判示した。ここでは、裁判所は、著作権法の中心的目的を、著作権者の人格権とその報酬の保護であると、明確に特定している。排他権には言及がない。実のところ、同じ判決のドイツ語版は、相対的に明瞭性が失われている。なぜなら、基本機能は、「知的創作物における権利の保護及び創作活

Communities, C-241/91 P and C-242/91 P, [1995] E.C.R. I-00743, Rs. C-241/91, Slg. 1995, I, 743.

⁸¹ See also Thomas Dreier, “Regulating Competition by Way of Copyright Limitations and Exceptions” in Torremans, *Handbook, supra* note 51 at 232; Annette Kur, “Limiting IP Protection for Competition Policy Reason – A Case study Based on the EU Spare-parts – Design Discussion” in Josef Drexler, ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2008) 313.

⁸² Decision of the Court of First Instance (EuG), 10 July 1991, *ITP v. Commission*, T-76-89, [1991] E.C.R. II- 575, at para. 58.

動に対する報酬を保障する」⁸³こととして定義されているからである。「知的創作物における権利の保護」という文言によって如何なることが理解されるべきであろうか。同じ判決のフランス語版を見てみると、焦点が明らかに人格権にあたっており、財産的な利用権にはあたっていないことがわかる (“la fonction essentielle du droit est d’assurer la protection morale de l’œuvre et la rémunération de l’effort créateur”)。このことは、報酬が、著作者の人格権が保持されるのであれば、法定許諾すなわち制限ベースの報酬請求権によって達成されることもあることを示唆する⁸⁴。実際、財産権の自己決定の側面は、「人格権」によっても達成されうる。心にとめておくべ

⁸³ ドイツ語版は以下の通りである。“Die wesentliche Funktion des Urheberrechts besteht darin, den Schutz der Rechte an dem geistigen Werk und die Vergütung der schöpferischen Tätigkeit unter Beachtung der Zwecke, insbesondere des Artikels 86 [jetzt Artikel 82] sicherzustellen”。

⁸⁴ 確かに、この立場はヨーロッパの裁判所の中でいまだ確立しているとは言えない。例えば、IMS Health 事件に関する2001年10月26日のヨーロッパ第一審裁判所長による命令において (Order of the President of the Court of First Instance of 26 October 2001, *IMS Health Inc. v. Commission of the European Communities*, T-184/01 R, [2001] E.C.R. II-03193)、以下のような立場が示されている。「料金を徴収するための純粋に経済的な権利にまで著作権を縮減することは、その本質的な内容を削減し、基本的に権利者にとって潜在的に深刻で修復不可能な損害を引き起こす可能性が高い。なぜなら、著作権の基本的なアイデアは、創作的でオリジナルな著作物の著作者に、その作品を利用し、それとともに創作的活動に対する報酬を確保するために、排他権を付与するところにあるからである」。それにもかかわらず、この判決では、なぜ強制許諾が「潜在的に深刻で修復不可能な損害」を創出し、どのようにそれが評価されるかは説明も論証もない。しかしながら、排他性が著作権の本質的に核となる要素であるか否かについては確かに議論のあることは、考慮する必要がある。マイクロソフト事件に関する2007年9月17日のヨーロッパ第一審裁判所の判決 (Decision of the Court of First Instance, 17 September 2007 (Microsoft), *Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities*, T-201/04, [2007] E.C.R. 7 II-03601; (2008) 39 IIC 504) は、ヨーロッパの裁判所が、独占禁止法という手段により、権利の行使をコントロールし続け、一定の場合には強制ライセンスを付与することにより排他権を制限することも厭わないということを明確に示している。そして、それは排他性の性質が、不可侵のものとしては確実に考えられていないということを示している。

き重要なことは、哲学的な観点から、財産権はいつも極めて人格権ベースの要素を示してきたということであり、論者の中には財産権を人格権と考える人さえもいたということである⁸⁵。それゆえ、著作者の人格の表出物である著作物の利用に対してコントロールを行うことが、著作者人格権によって保障されうるものであり、必ずしも財産的な利用権によっては保障される必要がないという考え方は、正当化されうるものといえよう。財産権のリベラルな要素は、つまり *John Rawls* の定義を借りるのであれば、「道徳的な資質の発展に不可欠な個人の独立心、自尊心を支える十分な物質的な根拠」⁸⁶と示され、経済的な自己決定の手段となりうるものであり、報酬の額が十分である限り、制限ベースの報酬請求権によっても保障されうるものである。実際、自由の実質的な要素は、自己の著作物から得られる果実で生計をたてることができるところにある。Michel Vivant の以下の著述は、その核心を表している。「人は自由であり、著作者や発明者は、自分の著作物又は発明の利用で生計をたてることができなければならない」⁸⁷。

リベラルな観点からは、著作者が自らの著作物の利用に関与することが本質的であることは疑いの余地がない。したがってこの関与が**いかにして**法的に組織化されるのかということ (排他権によってか、または他の制限ベースの報酬によってか) は、それゆえ決定的ではない⁸⁸。

⁸⁵ *See on this topic, e.g.,* Gerhard Luf, “Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluss auf das Urheberrecht” in Robert Dittich, ed., *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?* (Vienna: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988) 9 ff.

⁸⁶ John Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus, Aufsätze 1978–1989* (Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1994) 68. 財産権に関するRawlsの理論については *see* Andrea Esser, “Faire Verteilung oder absoluter Schutz des Eigentums? Eine klassische Alternative in der neueren Diskussion: John Rawls und Robert Nozick” in Andreas Eckl & Bernd Ludwig, eds., *Was ist Eigentum? Philosophische Positionen von Platon bis Habermas* (Munich: Beck, 2005) 217.

⁸⁷ Michel Vivant in Michel Vivant, ed., *Les créations immatérielles et le droit* (Paris: Ellipses, 1997) 11.

⁸⁸ Michel Vivant, “Pour une épure de la propriété intellectuelle” in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l’honneur de André Françon* (Paris: Dalloz, 1995) 415 at 423:

加えて、「法定許諾」⁸⁹は、著作者が自らの著作物に対するコントロールを完全に失うことを必ずしも意味しない。法定許諾は、著作者を、とりわけ報酬の額に関連して、ライセンス手続きに組み込む形でも、設計することができる。創作者が著作物の利用に反対することができず、報酬の額は、当事者間での交渉を要すると規定することもできるのである。合意に至らない場合には、報酬の額を決定する仲裁機関を設立することも可能であり、このようにして著作者が適切に参加することも確保することができるのである。

C. 知的財産の分野における国際条約に由来する規範

そのような「制限親和的」アプローチを実施する国内法も、もちろん、国際条約に由来する義務には従わなくてはならない。この点において、国際的な著作権協定の中で、「排他権」が明示的に保護されていることは無視されるべきではない。このことは、ベルヌ条約(例えば11条)およびWIPO著作権条約(例えば6条)にあてはまる一方、TRIPS協定は著作物の特定の利用を「許諾し又は禁止する権利」と規定している。それにもかかわらず、これらすべての協定等は、制限および強制ライセンス、ひいてはこの排他権の規制もまた含んでいる。同様に、機能親和的アプローチも、この協定の複数の箇所から読み込むことができる。この点で、1996年のWIPO著作権条約の前文が、「著作者の権利と特に教育、研究及び情報の入手のような広範な公共の利益との間の均衡を保つ必要があること」を認めていることが引用されることが多い。同様に、TRIPS協定の7条は、「知的財産権の保護及び行使は、技術的知見の創作者及び使用者の相互の利益となるような並びに社会的及び経済的福祉の向上に役立つ方法による技術革新の促進並びに技術の移転及び普及に資するべきであり、並びに権利と義

si "l'essentiel est que le créateur, dès lors que la création est source de profit, puisse, d'une manière ou d'une autre, en tirer lui-même profit", il existe "diverses manières d'assurer ce profit et le faire avec un réalisme qui ne sacrifie pas l'équité, plutôt qu'avec dogmatisme, nous paraît, à tout prendre, une bonne chose".

⁸⁹ この用語に関しては *see supra* note 37.

務との間の均衡に資するべきである」と明言する。これは明らかにイノベーション指向型アプローチに関連する。それは、既に述べたように、排他権ではなく、著作権制限によるほうが達成されやすいという場合がありうるのである。同じ協定の8条は、とりわけ「公衆の健康及び栄養を保護し並びに社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進するために」加盟国の措置を規定する(1項)。同様に、それは「権利者による知的財産権の濫用の防止」のために必要である(2項)。これらの規定によると、知的財産に対する権利は、とりわけ協定の目的(一般公衆の利益におけるイノベーションの促進⁹⁰)を、社会的な利益を実現する方法で展開しうるものであり、また時として展開されなければならないものである。

しかしながら、これらの措置は、8条がさらに特別に規定しているように、TRIPS協定との互換性を保たなければならない。著作権制限に関しては、協定は13条の一つだけガイドラインを置いている。すなわち、制限はいわゆる「3ステップテスト」⁹¹に違反してはならないというものである。この「制限に対する制限」は、同様の文言で、著作権および知的財産に関する多くの国際条約に、類似する規定が現れる。すなわち、改正ベルヌ条約(BC)9条2項、WIPO著作権条約(WCT)10条、WIPO実演・レコード条約(WPPT)16条2項、さらにヨーロッパ法(情報社会における著作権に関する2001年5月22日のディレクティブ5条5項)⁹²も同様である。これらの規定は、制限を各国の国内著作権法に導入する際、多くの条件を締結当

⁹⁰ この論点に関しては、以下の興味深い章を参照。See Henning Grosse Ruse-Khan, "Proportionality and Balancing within the Objectives for Intellectual Property Protection" in Torremans, *Intellectual Property, supra* note 59, at 161; Kur, "Oceans", *supra* note 13.

⁹¹ 一般に「3ステップテスト」については、*see, e.g.*, Senftleben, *Copyright, Limitations, supra* note 4; Christophe Geiger, "The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society", e-Copyright Bulletin January-March 2007 [Geiger, "Role of the Three-Step Test"]; Kur, "Oceans", *supra* note 13.

⁹² See Christophe Geiger, "From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test" [2007] E.I.P.R. 486.

事者が遵守することを要求する。基準を満たすために、制限は、(1) 特別の場合を記述し、(2) 著作物の通常の利用を妨げず、(3) 著作者 (BC、WCT/WPPT) および、または、権利者 (TRIPS) の正当な利益を不当に害さないものでなければならない。これらの極めて不明瞭で不明確なガイドラインを詳細に検証することは、ここでは割愛する。この点については、用いられている用語が解釈の余地を大きく残していることを指摘することで十分としよう⁹³。基本的に、3ステップテストは、解釈がいかようにもされうる点で、国際的な、およびヨーロッパの要件に非常に類似している⁹⁴。三番目のステップで、関連する利益の公平なバランスが要求されるが、それは憲法秩序および関連する比例テストの文脈で、著作権の社会的な機能を連想させるものである。一方、二番目のステップは、著作権の核心が侵害されないことを保障すべきというものである。この趣旨において、著作物の通常の利用は、著作者によっては、著作権の経済的な核心のみを含むとして解釈されることもある⁹⁵。このことをどのように理解しう

⁹³ See Hugenholtz & Okediji, “Conceiving”, *supra* note 2 at 25 ff.; Kur, “Oceans”, *supra* note 13; Christophe Geiger, “Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreements Provisions on Limitations and Exceptions”, in Annette Kur (ed.), *Can One Size Fit All? – Proceedings of the ATRIP-Congress 2008*, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2010 (forthcoming). See also the “Declaration on a Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ in Copyright Law” drawn up by a group of experts from various European countries at the initiative of the Max Planck Institute for Intellectual Property Law, and Queen Mary University, London, at (2008) 39 IIC 707. On this document, see Christophe Geiger, Jonathan Griffiths & Reto M. Hilty, “Towards a Balanced Interpretation of the ‘Three-step test’ in Copyright Law” [2008] E.I.P.R. 489. For a commentary see also Huaiwen He, “Seeking a Balanced Interpretation for the Three-Step Test: an Adjusted Structure in View of Divergent Approach” (2009) 40 IIC 274. この宣言は、3ステップテストの不明確な基準に解釈の基礎を提供するものである。

⁹⁴ See Geiger, “Flexibilising Copyright”, *supra* note 55, and from the same author: “Constitutional Dimension”, *supra* note 68 at 101.

⁹⁵ See Martin R.F. Senftleben, “Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest” in Reto M. Hilty & Alexander Peukert, eds., *Interessenausgleich im Urheberrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2004) 182.

るかについては上述した。すなわち、保護された核心は、ほぼ間違いなく、排他権を公平な報酬を受けとる権利へと完全に変容させることを禁止するものであるが、一般公衆の相反する重要な利益が要求する限りにおいて、その制限の可能性が留保されなければならないものである。このように、3ステップテストの規範的な考察の目的のために、一部の論者によって既に主張されているように⁹⁶、場合によっては「通常の」利用は、制限に基づく報酬権によっても達成されうるということ、および、排他権が、著作物の単純な複製（一次市場）を禁止する権利のみカバーし、著作物の創作的な利用（派生的市場）には及ばないと論じることができよう⁹⁷。

おわりに

本稿において、著作権保護範囲の書き直しを組み込むべき法的枠組みと、多様な利益の再衡量に対する障害が何であるかを分析してきた。「制限親和的」な著作権保護を実現するに際して、一般に考えられているよりも柔軟性があるということが我々がたどり着いた結論である。もっとも、このことは知的財産権が基礎を置く排他権の原則の再考を要求することにな

⁹⁶ 2番目のステップに関する規範的アプローチを支持するものとして、see Martin R.F. Senftleben, “Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law” (2006) 37 IIC 407 ff.; Jane Ginsburg, “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the ‘Three-Step Test’ for Copyright Exceptions” (2001) 187 R.I.D.A. 23 ff.; Sam Ricketson and Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, § 13.21 Geiger, “Flexibilising Copyright”, *supra* note 55 at 194 ff.

⁹⁷ 仮に、この確かに極めて自由主義的な3ステップテストの解釈に従わないとしても、創造的な利用を強制的な集中管理に服せしめる可能性というものは残っている。これは制限ではなく排他権の行使方法に関わるものであるから、3ステップテストによってはカバーされないと考えることができよう (see detailed on this issue Silke von Lewinski, “Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights – A Case Study on Its Compatibility with International and EC Copyright Law”, e-Copyright Bulletin January-March 2004; Geiger, “Role of the Three-Step Test”, *supra* note 91).

る。確かに本稿が提唱するアプローチはかなり急進的なように思われるだろう。なんと言っても本稿の提案は、排他権の射程を、著作権の単純な複製の防止の範囲まで縮減し、創作的な再利用をそこから外すからである。もちろん、本稿の提案にかかるモデルを実現可能なものにするためには、更なる大型の研究が必要であるということは強調されなければならない。本稿の意図は、このモデルを絶対的な**真実**として提案することにはなく、単に、イノベーションを促進するために、他にどのような選択肢があるのか、そのような目標を実現するには、どのような戦略の余地が残されているのかということを探求するところにある。もちろん、創作者から排他権を剥奪することが、ある場合には必ずしもすべての著作者に平等に便益をもたらすものではないということは認めざるをえない。とりわけ、著作者が非常に成功している場合、「制限に基礎を置く」制度よりも、著作物の再利用に対してより高い金額を著作者が得ることを許容する強力な交渉力を持つことになるために、著作者は、派生的著作物に対して完全にコントロールを及ぼすことを好むであろう。そのようなメカニズムを通じて、市場の力に強力に介入しすぎるリスクは、もちろん無視されるべきではない（知的財産の社会化）。可能な限りの決定力を権利者に保持させるために、制限に基づく著作権と既存の著作権を併用し、実行することも考えられうるであろうし、二つの異なる著作権の枠組みを併存させるという選択肢もありうるであろう。その場合、創作者は、伝統的枠組みか「制限親和的な」著作権保護かのいずれを選択するかということを決定しうることになる⁹⁸。既に検討してきたように、「制限親和的」な解決法は、創作者にとって極めて有利であるので（例えば、彼らに再分配される金額に関して）、それに惹きつけられる創作者も多いであろう。他方、伝統的な著作権の枠組みの下に自由意思で留まる著作者もいるであろう。「オープン・コンテンツ」（著作物を公衆に無料で利用可能にさせるために創作者の多くにより用いられているライセンス）の成功は、代替的なイノベーションの仕組みが魅力的であることを示している。ここで提案する解決法は、イ

ノベーションのために排他権の長所とオープン・モデルの長所を組み合わせようとする。それは創作者が自由に既存の著作物に基づいて創造することを可能にする一方で、既存の著作物の創作者が経済的な見返りの分け前を得ることを保障する。すなわち創作的な利用は自由であるが、再利用は無料ではないということである。以上の次第で、本稿の提案は注目に値し、更なる学問的研究に値する。

⁹⁸ そのような二重の制度は、P2P ファイル共有の文脈で提案されてきた。A. Peukert, "A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment", 28 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1 (2005).