　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　 2018年7月25日

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　弁護士　松田政行

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、一般に下記の内、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[[1]](#footnote-1)。

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、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

権利者団体と利用者団体間の協定[[2]](#footnote-2)、権利者団体間の協定、及び利用者団体間の協定[[3]](#footnote-3)（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[[4]](#footnote-4)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うことができる。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[[5]](#footnote-5)。

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、同様で、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35条による補償金は、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マ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)。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 (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でき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、文化庁委嘱事業・公益法人著作権情報センター附属著作権研究所『著作権文やにおけるソフトローに関する調査研究報告書』第1章）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[[6]](#footnote-6)。図書館とその利用者の関係においては、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」（第3章55頁）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うことができる。

（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[[7]](#footnote-7)。このソフトローとライセンス契約への段階的・連続的発展は、前述のマルチプラットフォーマ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、実に多くの協定を締結している[[8]](#footnote-8)。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団体ごとと民放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[[9]](#footnote-9)、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、同法のパラダイムの転換であって、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契約関係の形成からいかなる要件の下に離脱（オプトアウト）す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（たとえば拡大集中許諾制度）に伴う問題ということができる。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[[10]](#footnote-10)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[[11]](#footnote-11)、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[[12]](#footnote-12)、実態に沿う協定を締結した[[13]](#footnote-13)。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[[14]](#footnote-14)。

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11000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に届出て（インターネットを介しデータの送信による）、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[[15]](#footnote-15)。

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規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ることができてソフトローによる規範を実効なさしめるものは、主に利用者団体の団体による捕捉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。

（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。[[16]](#footnote-16)

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マに傾斜して行く（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マ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[[17]](#footnote-17)。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マ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[[18]](#footnote-18)。

Googleが自ら定めた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見方もできる。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。

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[[19]](#footnote-19)。しかし、インターネットプラットフォーマのビジネスは、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マ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争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マ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マ）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争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マの利用ルールとして定められた場合に、これに司法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。

1. 文化審議会著作権分科会は、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。【事務局加筆】 [↑](#footnote-ref-1)
2. 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)）。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 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） [↑](#footnote-ref-3)
4. 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。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 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畳的集中）が生ずる。

    [↑](#footnote-ref-5)
6. 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。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 「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。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 毎年民間放送連盟が作成する「著作権諸規定集」 [↑](#footnote-ref-8)
9. 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。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 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。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 第1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（40頁）。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うることを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、協議をコーディネイ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。 [↑](#footnote-ref-11)
12. 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。）。 [↑](#footnote-ref-12)
13. 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、後注14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。 [↑](#footnote-ref-13)
14. 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。 [↑](#footnote-ref-14)
15. 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。 [↑](#footnote-ref-15)
16. 前述注10から159の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等の権利者団体による運用基準というソフトローに該当するということになる。 [↑](#footnote-ref-16)
17. 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） [↑](#footnote-ref-17)
18. 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。 [↑](#footnote-ref-18)
19. 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マの協議・協定によるソフトローの形成であろう。プラットフォーマ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。 [↑](#footnote-ref-19)