

知財制度におけるソフトローの活用について

—著作権法分野を中心に—

I ソフトロー議論の背景と前提

- (1) ソフトローの利点と留意点（表1）¹。
- (2) ソフトロー議論が生まれた理論的背景には、柔軟な権利制限規定における柔軟性と明確性（抽象性と具体性）のトレードオフという視点。明確性（具体性）をもったルールをどのように提供するか。法的不確実性の縮減が目的。
- (3) 法律それ自体が複雑になっている。累次の法改正による、法律（著作権法）の文字数の遡増（表2：現行法制定時と比較し約3倍）と、それによる法の限界効用の遡減。それによる法の探索コストの増加。業法からの脱皮によって著作権法における実際の名宛人が多様化・多人数化。法解釈のリテラシー。
- (4) ルールの存在形式を法律以外の規範（ソフトローなど）に移行した方が全体の効率性を向上させる可能性。ルールとスタンダード論²と立法、行政・司法の役割分担³。
- (5) 法律を含めた法源を法解釈することで法の意味内容は明らかに。法解釈は誰でも行える。司法権は裁判所にあるが、他の国会機関も有権解釈は行う。民間団体、個人も法解釈は行う。司法権は具体的事件に関する紛争がある場合が射程。関係者間に紛争が生じ、裁判所が解釈を上書きしない限り、司法以外の法解釈でも人々の行動は安定。
- (6) 法の趣旨・解釈を明確化するソフトロー。長すぎて複雑な条文を分かりやすく説明するようなガイドラインもあれば（例：文化庁のガイドライン⁴）、利害がある程度対立する事例への解釈を示すソフトローもある（著作物の教育利用に関する関係者フォーラムの改正著作権法第35条運用指針）。
- (7) 存在形式は多様⁵。公的機関が形成するもの、権利者団体と利用者団体が協議するもの以外に、権利者側又は利用者側のみが策定するケースもある（片面的ソフトロー）。
- (8) ソフトローは規範形成の主体と国家によるエンフォースメントの有無によって幾つかの類型に分類される（表3）。

表1 ソフトローの利点と留意点

利点	留意点
<ul style="list-style-type: none">・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委ねることの効率性	<ul style="list-style-type: none">・業界内での自主規制枠組みにおいて、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、策定過程の手続の公正性など、正統性に疑義が残る

出典：公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所『著作権分野におけるソフトローに関する調査研究報告書』（2018年）47頁（以下、「ソフトロー報告書」とする。）

	も国家行う規範		
--	---------	--	--

出典：ソフトロー報告書 47 頁

II 現行制度におけるソフトローの活用状況の検証

- (1) 実例はソフトロー報告書参照 (27 頁)。
- (2) 現行著作権法において、立法者が意識的にソフトローの活用を示唆したのは、2018 年改正からだと思われる。ただそれ以前からも国会での附帯決議が立法後の運用面での更なる対応を示唆してきた例はある。
- (3) 著作権分野で活用状況に肯定的評価があるソフトローに共通する特徴⁸
 - 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

III ソフトローの活用が効果的な分野の検討

- (1) 司法によるルールの変更が起きないこと。訴訟を起こしそうなアウトサイダーがいないこと。紳士的な当事者であること。著作権法 35 条はこれまで訴訟が起きた経緯がない。31 条も同様。いずれもガイドラインあり。他方、引用に関する 32 条は訴訟で争われることは多い。せいぜい、各種のテキストで判例の一般論が紹介されたり、特定の分野毎によりローカルルールが慣習として発達したりする程度。
- (2) 関係者がまとまりのある当事者であり協議ができること。たとえば、私的使用のための複製に関する 30 条では片面的ソフトローしかできない。35 条（利用者である教育機関の団体、権利者の団体や集中管理団体がある）や 31 条（図書館団体、出版社の団体がある）はガイドラインができる素地がある。ある種の業法的な規定。
- (3) 関係者がソフトローを守るといふ分野であること。アウトローが混ざっていないこと。
- (4) 権利者と利用者の利害の隔たりが大きいこと。隔たりが大きい場合、本来契約交渉して契約で決めるもの。少数派バイアスはソフトローの形成場面でも成り立つはずなので、利用者の個々の利害が小さければ（例：対消費者）、権利者側が一方向的に規範形成しやすい。個々の権利者の利害が本来的に小さい場合（柔軟な権利制限規定である著

作権法 30 条の 4, 47 条の 4, 47 条の 5) は形成しやすい一方で, 利害が小さければ, 積極的に形成しようとする動機にも欠ける可能性もある。

- (5) いずれの場合も, 権利者または利用者側に, 法の不明確性を縮減することについて動機がないと, 形成のきっかけが生まれない。コンプライアンスはその動機となるので, それを重視する企業や団体 (図書館, 教育機関) はソフトローを望む。
- (6) 権利者・利用者を仲介・仲裁する公的機関があること (特許⇒特許庁, 著作権⇒文化庁, 育成者権や地理的表示⇒農水省, コンテンツの流通⇒経産省)。いわゆる「規制の影」%。免許・認可などで関係者の首根っこをある程度掴んでいる状況。規制当局なのか, そうでないのかによって, 関わり方は変わってくる。規制当局であれば, 景表法における公正競争規約の認定といった関わり方もある。
- (7) 私的自治の領域において, 契約は法解釈の不明確性を縮減する最善の手段。ソフトローを契約条件への取り込む, 契約ひな形としてのソフトロー。モデル契約書の意義。

IV ソフトロー形成のプロセスの在り方

- (1) ソフトローの形成主体によって, 成立するための条件や問題点は異なる (表 4)
- (2) 行政の関与の重要性。協議の過程で法解釈面での助言 (一方当事者が素人であることもある。35 条であれば, 権利があり, 情報の蓄積のある権利者団体に法解釈の面では押しされがちになる)。公益の実現という観点から利害を適切に調整。公共財の配分のあり方に精通するのは行政。
- (3) 協議のきっかけとしての立法府における附帯決議¹⁰の役割や行政の役割。
- (4) 法解釈の難易度に応じた対応の必要性。法解釈については, 権利制限規定の解釈論について, ホワイト・ブラック・グレーがある場合に, 省庁の示すガイドラインではホワイト・ブラックは示しやすい。条文が複雑なので, 審議会報告書や国会答弁などを踏まえて事例を示しながら分かりやすく書き下せばガイドラインとしてある種のソフトローになる。
- (5) 規範形成のコスト (立法コスト/法の探索コスト) を他のフォーラム (民間 (団体) や立法以外の国家機関等) に転嫁しているという側面。利害関係の対立が大きければ関係者は疲弊 (政治家ではないので)。また, 過渡的に関係者に相当な無償奉仕を強いる場合があるが酷 (著作物の教育利用に関する関係者フォーラム)。インセンティブとなる原資は必要。
- (6) 規範形成を立法から他のフォーラムに移行したにもかかわらず, ソフトロー形成の過程で政治家に働きかけて, ソフトロー形成をゆがめるインサイダーが出てくるケースをどのように牽制するか (立法への回帰とその牽制)。
- (7) 公権的解釈は, 裁判所の専権事項ではない。しかし, 誤った行政解釈に基づいて行政処分がなされたり, そうした解釈に基づいて国民が行動して損害が生じたりした場合の帰結については要検討。

表4 ソフトローの形成主体とその例・問題点¹¹

	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の存在すること、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のない分野や、あっ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）

出典：ソフトロー報告書 51 頁

¹ 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。
² 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）106 頁。
³ 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

る調査研究報告書』(2017年3月)108頁。

⁴ 文化庁著作権課「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方(著作権法第30条の4、第47条の4及び第47条の5関係)」(令和元年10月24日)。

⁵ 公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所『著作権分野におけるソフトローに関する調査研究報告書』(2018年)99頁〔松田政行執筆部分〕。

⁶ 著作権法の表題、目次、改正附則を除いた「第一章 総則」の部分から最後の条文までの文字数をカウントした。旧法に関しては条文構成上、改正附則も含めた。

⁷ 先行研究である藤田友敬「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(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。)に基づいて、カテゴリー・内容・例を項目として表に整理した上で、「著作権法との関係」での幾つかの事例を付け加えたものである。なお、便宜上同じ表にいられたが、カテゴリー4は、ソフトローではなく、ハードローである。

⁸ 公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所『著作権分野におけるソフトローに関する調査研究報告書』(2018年)36頁以下(第2章「5. アンケート結果の考察」〔山崎貴啓執筆部分〕参照)。

⁹ 規制の影と自主規制との関係については、公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所『著作権分野におけるソフトローに関する調査研究報告書』(2018年)書第5章(生貝委員執筆部分)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&A2011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)183頁も参照。

¹⁰ 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ものではなく、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)(榎正剛執筆部分)198-199頁。著作権法に関連する付帯決議の例は近年多い。衆議院における例を挙げると、著作権等管理事業法案(内閣提出第13号)に関する「第150回国会衆議院文教委員会議録第4号」(平成12年11月17日)34頁における附帯決議、著作権法改正に関しての「第156回国会文部科学委員会議録第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第25号」(平成16年6月2日)31頁の付帯決議、「第165回国会文部科学委員会議録第6号」(平成18年12月1日)16頁の付帯決議、「第171回国会文部科学委員会議録第9号」(平成21年5月8日)19頁の付帯決議、「第186回国会文部科学委員会第10号」(平成26年4月4日)18頁、「第192回国会衆議院環太平洋パートナーシップ協定等に関する特別委員会議録第12

号」(平成28年11月4日)4頁,「第201回国会衆議院文部科学委員会議録第9号」(令和2年5月22日)12頁の付帯決議がある。こうした付帯決議がなされると, 国務大臣が「ただいまの御決議につきましては, その趣旨に十分留意をいたしまして対処してまいりたいと思います」といったかたちの答弁がなされるのが通例である。

- ¹¹ 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)を基礎に, 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条件や問題点について, 表として簡略に整理した。