



法と経済学研究

Law and Economics Review

April 2013

8 卷 1 号

法と経済学会

Japan Law and Economics Association

目 次

◆ 法と経済学会・第 10 回全国大会講演報告

□パネルディスカッション	1
『 オリンパス問題と日本のコーポレートガバナンス 』	
コーディネーター 清水 剛（東京大学大学院総合文化研究科）	
落合 誠一（東京大学大学院法学政治学研究科教授・本年度会長）	
パネリスト 太田 洋（西村あさひ法律事務所）	
小佐野 広（京都大学経済研究所）	
静 正樹（東京証券取引所）	
田中 亘（東京大学社会科学研究所）	
□会長講演	
『 裁判所と規制官庁の役割分担 - なぜ小さな裁判所なのか 』	28
古城 誠（上智大学法学部教授）	
□パネルディスカッション	36
『 防災と財産権のコントロール 』	
コーディネーター 村松 幹二（駒澤大学経済学部准教授）	
パネリスト 永松 伸吾（関西大学社会安全学部・	
大学院社会安全研究科准教授）	
榊 素寛（神戸大学大学院法学研究科准教授）	
瀬下 博之（専修大学商学部教授）	
角松 生史（神戸大学大学院法学研究科教授）	
《投稿論文》	
録画機器とセル DVD の関係からみる私的録音録画補償金制度について	57
阿部 美香（財団法人 地方自治情報センター）	
《論説》	
フェアユースの経済学的・法学的見地からの分析	80

◆法と経済学会・第10回全国大会講演報告◆

□パネルディスカッション

『オリンパス問題と日本のコーポレートガバナンス』

日時：2012年7月14日（土）15:40～18:00

場所：上智大学

コーディネーター
パネリスト清水 剛（東京大学大学院総合文化研究科）
太田 洋（西村あさひ法律事務所）
小佐野 広（京都大学経済研究所）
静 正樹（東京証券取引所）
田中 亘（東京大学社会科学研究所）

【清水 剛】：それでは、パネルディスカッション『オリンパス問題と日本のコーポレートガバナンス』を始めさせていただきます。私は、本日のコーディネーターを務めます、東京大学の清水と申します。よろしくお願いいたします。

まず簡単に、本日の趣旨とパネリストの先生方の紹介だけさせていただきます。皆様、ご承知のとおり、オリンパス問題というものが一つの契機になって、現在、日本のコーポレートガバナンスというものに関して、さまざまな検討がなされておりますし、実際にさまざまな形で改革が進んでいます。本日のパネルにおいては、オリンパス問題が提起したところの日本の企業のコーポレートガバナンスというものが、いかなる問題を提起したか、それを改善していくためにはどうしたらいいかということ、パネリストの先生方のお話とディスカッション、そしてフロアの皆様とのディスカッション通じて考えていきたいと思っております。本日は、この趣旨に基づきまして、各界を代表する4名のパネリストの先生方においでいただきました。簡単にご紹介させていただきます。と思います。

まず、東京大学社会科学研究所の田中亘先生です。先生は会社法がご専門でしてコーポレートガバナンスの問題についてはさまざま発言をしていらっしゃいます。

【田中 亘】：どうぞよろしくお願いいたします。

【清水 剛】：続きまして、東京証券取引所常務執行役員の静正樹先生です。

【静 正樹】：上場部を担当しております、静でございます。よろしくお願いいたします。

【清水 剛】：静さんは東京証券取引所において上場制度の改革をされた方で、現在も法制審議会会社法制部会の委員をされています。続きまして、京都大学経済研究所の小佐野広先生です。

【小佐野 広】：小佐野です。どうぞよろしくお願いいたします。

【清水 剛】：小佐野先生のご専門はミクロ経済学として、とりわけ金融とコーポレートガバナンスに関する経済学の専門家でいらっしゃいます。最後に、西村あさひ法律事務所の弁護士の太田洋先生です。

【太田 洋】：太田でございます。よろしくお願いいたします。

【清水 剛】：太田先生は会社法制、コーポレートガバナンス、M&Aのエキスパートでいらっしゃいます。日本取締役協会では会社法制委員会の副委員長を担当しております。

それでは、これから各先生に20分ほどの時間でご発表をお願いしたいと思います。まず、田中先生、よろしくお願いします。



【田中 亘】:ご紹介にあずかりました、東京大学社会科学研究所の田中と申します。オリンパス事件を契機として、コーポレートガバナンスの問題を考えるというシンポジウムなのですが、ご承知のようにオリンパス事件は昨年起きた問題ですので、今となっては皆様の記憶もちょっと薄れがちになっているかなという感じもいたします。私の報告では、この後の3先生の議論の先触れとしまして、オリンパス事件というのはどういった事件で、そこからどういう問題が提起されたのかというお話をしたいと思います。併せて、現在、法制審議会会社法制部会で会社法改正が議論されています。この中にはコーポレートガバナンスに関する規制の改正、部分的には規制強化についても討議されていますので、その内容を簡単にご紹介したいと思います。現在のところ、この事件について最も詳細に扱っているものは、オリンパスが立ち上げた第三者委員会他の三つの委員会の調査報告書ということになります(2011年12月6日付。同社HPからダウンロード可能です)。それに依拠しながら、この事件の経緯について説明したいと思います。

オリンパス事件は、大きく分けて三つのフェーズに分けることができるかと思います。すなわち、同社は、バブル期に証券投資をして多額の損失を計上しました。折しも会計基準が変更になって、売買目的の有価証券について時価で評価して、損益を計上しなくてはならなくなりましたが、オリンパスは損失を計上したくないということで、損失隠しを99年ごろから行っていま

した。そこで、このような損失分離スキームの構築・維持段階を「フェーズ1」とします。これは、基本的には、オリンパスが損失を被っている有価証券を、国内外のファンドに簿価で売却したことにして損が出ないようにしました。当然、ファンドは実際には非常に低い時価である資産を簿価で買うわけですからお金が必要なわけで、そのお金はオリンパスが物上保証(預金担保)して金融機関から借り入れていました。しかし、その保証に関しては、有価証券報告書で開示していなかったもので、そういう意味では明らかに虚偽の情報開示をしていたことになります。しかし、そのような明確な虚偽があったにもかかわらず、損失隠しは10年近くにわたって続けられました。

その後、オリンパスとしては損失を分離した後で一生懸命、有価証券投資をして、利益を上げて損失を帳消しにしようと思っていましたが、実際にはさらに損失を被ってしまいました。その結果、どこかで損失を出さなければならない。つまり、本当は損失が生じているのに、損失が出ていないようにしていますので、損益計算書・貸借対照表で帳尻を合わせるためには、何かの理由で損失を出さなければならなくなりました。こうした損失分離スキームの解消段階を「フェーズ2」と称しますが、これが2005年ごろから始まっていました。具体的には二つのことが行われました。一つは国内の三つの会社、ヒューマラボと、それからNEWS CHEFと、あと一つ、ちょっと聞いたこともないような、オリンパスの事業とは何ら関係のないような会社を買収する。その上で、買収してもこの会社では利益が生じないということで減損処理をします。つまり、高い値段で買って次の年か翌々年には損を出すと、そういう方法で見かけ上100億円単位の損失を計上しました。

それから、もう一つは、ジャイラスという英国の会社を買収する際に、フィナンシャルアドバイザー(F&A)に巨額の報酬を渡すという形で費用を計上しました。これらのお金は出ていくのですが、結局のところオリンパスに戻ってきました。しかし、すべてが戻ってきたわけではなくて、一部はスキーム協力者に対する謝礼の支払いに充てられました。

最後に、フェーズ3は違法行為の発覚の段階でありまして、この事件が『FACTA』という情報誌に報道されま

した。そこで、当時のオリンパス社長であるウッドフォード氏が取締役会に調査を要求しましたが、調査をすることなく取締役会はウッドフォード社長を解職してしまいました。その後の経緯はご承知のとおりで、結局のところはだんだん発覚していきました。

それぞれの段階で、ガバナンス上の問題を指摘することが可能です。まず、フェーズ1の問題点ですが、これだけの損失隠しをすると、どうしても従業員に漏れざるを得ません。それなのに損失隠しが外部に発覚しなかった原因の一つには、オリンパスの内部統制システム上の問題がありました。オリンパスは、ほかの上場会社と同様に内部通報制度を持っていましたが、オリンパスの第三者委員会報告書によると、その内部通報制度というのは、通報者はコンプライアンス室に通報しますが、重要案件は担当役員を経て社長に報告されることになっています。これ以外の通報窓口はありません。例えば、直接、社外取締役とか社外監査役員に通報するとか、そのほか外部の法律事務所に通報するとか、そういうルートはありません。言うまでもなく、オリンパスの損失隠しは歴代の社長がかかわっているわけですから、これだといわば違法行為をしている者に対して報告することになりますから、発覚しない。また、この内部通報制度は匿名性が確保されていません。通報段階では匿名ですが、実際に問題を調査しようとする、名前を明らかにしなければならないような形になっている。そうした問題点から、この内部通報制度では問題が発覚せず、最終的には、外部つまりマスメディアへの「たれ込み」によって発覚するという形になってしまいました。

次はフェーズ2の段階、つまり、損失分離スキームの解消に関する問題です。これは、先ほど述べたとおり、国内3社の買収と、F A報酬の支払いの形をとって行われたのですが、これらは、会計上損失を計上することと、それから外部のスキーム協力者にお金を払うためにする取引ですから、通常の経営判断として見た場合、明らかに不合理なものになっていたと言えます。しかし、この経営判断を取締役会、そして監査役が通してしまったということが問題です。先ほど述べた、オリンパスの調査委員会の報告書が、はっきり違法であり、取締役、監査役に善管注意義務違反による責任が発生

するとしたのは、このフェーズ2の段階の判断です。

ご承知の方も多いと思いますが、会社法上、取締役の経営判断というのは広い裁量が認められていて、事後的に損害が発生したとしても、経営の専門家でない裁判所がこれを不合理であったとして取締役の責任を認めることは、可能な限り差し控えるべきだという、経営判断の原則が存在します。しかし、オリンパスの調査委員会は、いかに経営判断原則が適用されるといっても、この国内3社の買収金額は法外なものであって、調査もろくにしていない。それからF A報酬は、結果的に買収金額の30%以上の額に跳ね上がっていき、そのような多額の報酬を払う合理性が全く認められない。また、判断過程において調査や検討も全くされていないから、いかに経営判断原則といってもこのような判断までは保護されないとして、この判断に関しては責任を負うとされています。

最後に、フェーズ3、つまり違法行為が発覚してから

の処置ですが、これについては社長が具体的な問題を指摘して調査の必要性を主張している以上は、取締役会としては経営陣抜きで調査委員会を立ち上げるべきだったと考えられるわけですが、実際には何ら調査をしないまま社長を解職してしまっています。ただ、オリンパスの調査委員会は、この点の判断については、社長解職は、違法行為とは無関係のない別の理由があったということと、それから、社長を解職したからといってその後の調査をしないことまで決めたわけではない、理由から、善管注意義務違反であるとは言えないとしています。

こうした一連の事件でどういう点が問題になり得たかと申しますと、一つは先ほど言った内部統制システムの不備があります。これはこれで、ガバナンスの大変重大な問題でありまして、現在（本シンポジウムの開催時である平成24年7月）、法制審議会会社法制部会の審議でも、内部統制システムに関連する改正が議論されています。ただ、本シンポジウムとの関係で重要なのは、取締役会の監督機能が欠如しているという点です。特にフェーズ2において、明らかに不合理な経営判断を通してしまったということと、フェーズ3において、社長が違法行為の可能性を訴えているにもかかわらず、ろくに調査をしないで解職したのは、取締役会

の監督機能の欠如を物語っているかと思います。ただ、この後、社外取締役の選任義務づけといった、コーポレートガバナンスに関する規制強化の是非が議論されますが、オリンパス事件において、同社の取締役会に独立性がなかったことが機能欠如の原因であったかといえるかどうかは、多少微妙な問題です。本件当時、オリンパスには、すでに社外取締役が3人いました。現在、会社法制部会で議論されているのは、上場会社に対して社外取締役を最低1名義務づけるという改正案ですから、すでに提案されている法規制を優に湯話回っているわけです。ただ、この点はいくつかのニュースなどで報道されましたが、オリンパスの社外取締役には、出身母体との関係でその独立性に疑問が残る者もいたことは事実です。

最後に、現在、会社法制部会で議論されている会社法改正について、簡単に説明したいと思います。一つは、今も少し触れた社外取締役の選任強制です。これは、議論の過程で提案内容が少しずつ変わってきていますが、一番新しい案では、「公開会社であり、かつ有価証券報告書提出会社であるか、または上場会社に対して1名以上の社外取締役の選任を義務づける」となっています。もっとも、社外取締役の選任義務づけは経済界の批判が最も強いところですので、義務づけをしない場合の代替案も検討されています。それは、社外取締を選任するか、あるいは選任しないとすれば、社外取締役の選任がこういう理由で相当ではないと考える理由を、上場会社に開示させるという、Comply or explain、つまり「ルールを遵守するか、もし遵守しないなら説明しなさい」という規制になる可能性もあります。

それから、もう一つ、社外取締役の独立性強化という法改正も提案されています。ごく簡単に、現行の会社法で社外取締役がどういう人かというのを説明しますと、その会社、またはその会社の子会社で業務を執行している人もしくは使用人（従業員）、または過去においてそれらの立場になった人は、社外取締役になれないものとされています。逆に言うと、それ以外の人は社外取締役になれますので、その会社に親会社があったとして、親会社の業務執行者、あるいは従業員はなることができます。これを改正して、親会社の関

係者である人は、親会社と結託して子会社の少数派株主に不利益なことをする可能性もあるのだから、これを社外取締役の範囲から除くという提案がされています。それから、役員の親族も社外取締役から除外する案も提案されています。現行法では、社長の子どもでも社外取締役になれますので、それはよくないであろうということで、役員の近い親族、具体的には2親等内の親族については社外取締役から除外するという提案がされています。

さらにもう一つ、会社の重要な取引先の関係者も社外取締役になれないことにすべきではないかという議論がされております。ただ、この点についても選任義務づけと並んで経済界の批判・反対が強いところでありまして、これを実現するかどうかは微妙であります。

以上のような規制強化をする半面、いわゆる過去要件といわれるものの復活が検討されています。現行の会社法は、その会社またはその子会社の業務執行者または従業員である人だけでなく、過去にそういう立場であった人も社外取締役になれません。つまり、一度、子会社に雇われたら未来永劫その会社の社外取締役になれません。そういうルールが、諸外国に比較して、あまりにも硬直的過ぎるのではないかという議論がありまして、一方で社外取締役の独立性を強化する、つまり、今述べたような改正が実現することを前提にして、その要件の下で内部者とされた人でも、内部者でなくなってから10年経過すれば社外取締役になることができるという改正をすることが、今、議論されています。

それから、最後に、監査・監督委員会設置会社（仮称）という制度の新設が検討されています。現在、上場会社のほとんどは監査役会設置会社というタイプの会社であります。つまり、取締役の他に、主として会社の業務執行の適法性を監査する監査役がいるというのが、日本の会社の大きな特徴です。これに対して、新設される監査・監督委員会設置会社では、監査役の代わりに、監査・監督委員会の委員を株主総会で選任します。監査・監督委員会の委員は、取締役でもあり、従って取締役会で議決権を行使できます。それに加えて、現行法で監査役が持っている違法行為の監査の権

限を全部持つ、そういう人たちであります。要するに、監査役を取締役にするというのが監査・監督委員会設置会社の基本的コンセプトであると考えていいかと思っています。

現行法上、大部分の上場会社では、監査役会設置会社であり、その場合、最低2名の社外監査役を選任してなければなりません。そういう会社が、社外監査役に加えて社外取締役も選任するのは二重の負担になります。これに対し、監査・監督委員会設置会社は、監査役を置かない代わりに、3名以上でその過半数は社外取締役であることを要件とする監査・監督委員会を設置する必要があります（つまり、2名以上社外取締役を置く必要があります）。そこで、従前は監査役会設置会社であった会社が監査・監督委員会設置会社になると、社外監査役の候補者であった者が社外取締役（かつ監査・監督委員）の候補者になる、という形で、社外取締役の導入ないし増員にスムーズにシフトできると考えられます。こういう形で、社外取締役の選任を促すというのが、監査・監督委員会設置会社創設の大きな目的であります。私の報告は以上であります。ご清聴、ありがとうございます。

【清水 剛】：田中先生、どうもありがとうございます。続きまして、静さんをお願いいたします。

【静 正樹】：東京証券取引所の静でございます。オリンパスの問題については、これをきっかけにして5月に取引所でも新しい制度が始まっておりますので、そのご紹介を中心にお話をさせていただきます。

その前に、オリンパス問題は、ことの発端でいえば、いわば昔からよくある会計不祥事だろうと思います。しかしながら、かなり特殊な点もいくつかありまして、それが要はガバナンスの問題でもあるということを際立たせています。

一つはかなり巨額の損失を、しかも長期間にわたって隠してきたということです。これは、普通の会社ではできません。皆さん同じような財テクをやって、20世紀の終わりごろにそれを表面化させているのですが、この会社はそれをしなかった。それは、非常に財務体質が強かったからです。財務体質が強いというのは非

常にいいことですが、よく考えてみると日本企業のキャッシュリッチ体質というか、株主にあまり還元しないでお金をいっぱい貯め込んでいるからこそ、非常に財務体質がいいというような側面を象徴していることがあるだろうと思います。言い換えれば、いわば株主による規律の弱さを象徴している部分がありました。

収益力も高かった。収益力の高い企業は大体投資家の人気が高いので、オリンパスみたいに何人か社外取締役を入れたりしていることも多い一方、ガバナンスに非常に無頓着な会社も収益力が高い会社層の中にあつたりします。キヤノンさんなんかは社外取締役はいませんが、投資家の人気が高いです。後ほどご紹介いたしますが、オリンパスの場合で外国人の持ち株比率が35%、キヤノンは40%もあります。全上場会社平均で東証の場合は25%ぐらいですが、それぐらい海外投資家からの人気も高い部分があります。

さらに面白かったのは、日本よりも海外の方がこの事件に対する注目度が高かったということです。それは、もともと海外投資家の人気が高い銘柄だったということもありますし、それから解任された社長さんがイギリスの方だったこともあります。それから、この報道をずっとリードしてスクープを打っていったのが、イギリスの『The Financial Times』というところでしたので、むしろ国内の人よりも海外の人の方がセンシティブに行動したところがあります。従って、この事件は日本の会社のガバナンスの遅れを象徴しているふうに見えます。それが、ガバナンスの問題でもあるところを際立たせたと思います。

いずれにせよ、ことの発端は、会計の不祥事でした。しかし、本質的に考えてコーポレートガバナンスの大きな問題でもあったのだらうと思います。取締役会、あるいは監査役会でも、このトップの暴走を食い止めるチャンスが何度もあったにもかかわらず、それを止めることができない。結局のところは企業価値の破壊を防ぐことができなかったというのは、まさにガバナンスの問題だと言えるのではないかと思います。

次に、オリンパスの問題というと、大体ガバナンスの片方の側面に日が当たりますが、そうでない側面があります。ガバナンスには大きく二つあると言われていいます。一つはまさにオリンパス事件に象徴されるよ

うな企業不祥事の防止、あるいはコンプライアンスの維持という問題です。例えて言えば、トップが暴走するのを防ぐような、車でいえばブレーキの役割です。こういうのが働いた有名な例でいいますと、昔になりますけれども三越の岡田事件なんかもそうですし、最近ではセイコーホールディングスでも似たような事件が起こっております。いずれも、社長解任劇という形で劇的な最後を迎えますが、その裏で誰がそれを主導したのかといえますと、独立性の高い社外取締役の方がそれを主導していたと言われております。

もう一方の役割は何か。こちらの方は経営効率を上げるとか企業価値を向上させるという役割です。こちらは先ほどと逆に、車に例えればアクセルの役割です。こちらのほうで最近有名なのはソニーさんです。今回、外人の社長さんが会長になりましたが、あれは何期も連続して減益になっていることの責任を社外取締役が問うた、との報道もあります。ソニーのその前の社長交代もそうだったと言われております。

このように会社の経営がうまくいかない、収益が上がらない、企業価値が下がってしまったときに、経営の方針を見直しさせたり、あるいはどうしても仕方がないときにはトップを代えてまで企業価値の向上を図るのが、一つのコーポレートガバナンスの重要な役割です。ですので、こちらの話を少しだけさせていただこうと思います。

私どもが何でこんなことを考えているかといえますと、私どもの一部上場会社のすべてでつくっている株価指数で TOPIX というのがあります。昨日は 750 ポイントぐらいで終わっていると思いますが、この資料をつくった 5 月末は 719 ポイントでした。これは一体いつごろの水準なのかと思い起こしてみますと、TOPIX はバブルのピークのときに今の 4 倍ぐらいの 2,884 ポイントまでいきました。では 700 ポイントはいつごろだったかと追いかけてみると、1983 年ぐらいで今から大体 30 年前で、私が会社に入って新入社員だったころです。何を意味しているかといえますと、30 年前に株を買った人が今までずっと持っている、何ももうかっていないということです。これでは、みんな国債に投資するはずだな、銀行に預けるはずだな、ということになります。これでいいのかというお話が一つです。

ちなみに、比較対象データはここに出ていませんが、例えば、先ほどのウッドフォードさんの故郷でありますイギリスの FTSE100 という代表的な指数でいいますと、FTSE は、1983 年に算出が始まっています、そこを 1,000 と置きますと、今の FTSE100 の水準は 5,400、5 倍から 6 倍です。皆さんがよくご存じのニューヨーク・ダウは、当時 1983 年の末で大体 1,200 ドルぐらいだったのですが、今は 12,000 ドル、10 倍です。先進国は軒並み 5 倍から 10 倍の株価になっているにもかかわらず、日本だけが 30 年前の水準と全く変わらないとご理解ください。

この原因は何かということです。いろいろなことがあります。デフレもあるでしょう、円高もあるでしょう。しかしながら、これが決定的ではないと言われていたのが、日本の企業の ROE が低いということです。ROE というのは、単純に言えば皆さんから出資していただいた出資金、資本が 1 年間で何%ぐらいの利益を生み出しているかという指標です。中国はちょっと別格かもしれませんが、アメリカとイギリスを見てみましても、15% ぐらいが世界の水準です。日本はといえますと 2% から 5%、3 分の 1、4 分の 1 ぐらいです。つまり、資本をうまく利益に結びつけていないということです。その原因をたどりますと、実は稼げていないのではなくて、コストが固定的で高いのではないかという説が強いようです。いずれにしても、これは株主から見ると、自分たちが預けたお金を経営者がどれぐらいの利回りで回してくれているのかということです。ROE が 3% だということは、要はお金をリスクにさらして毎年 3% のリターンしか得ていない、ということです。

その結果、どうなっているのかということです。世界の取引所の時価総額のシェアが、ここに書いてあります。日本はバブルのピークのときに、世界の会社の時価総額の中で日本の株というのは大体 32% ぐらいを占めていました。これが、今や 6.7% に過ぎません。これは、1990 年のときが高過ぎたと思います。つまり、大体株の時価総額は、普通に考えれば国の GDP が世界の中での GDP の何%に当たるかと、ということとあまり大きく相違しません。当時も、日本はおそらく 10% ぐらいで、今も 10% ぐらいだと思います。10% で

も、当時はその3倍くらい高く評価されました。日本の経営が世界で一番いいと言われて、ここから先すごく収益が上がるとみんな思っていたころです。こういうときは実績以上に買われるので3倍で買われていたのですが、いまや実態の半分くらいでしか買われていません。日本の時価総額のシェアが25%くらい落ちている。それはどこへ行ったのか。Hong Kong, Shanghai, Shenzhen, Singapore, Korea, Others と書いてありますけれども、このところが逆に25%増えています。

次に、その結果、何が起きているのか。私どもの立場から一番気になるのは日本の投資家が日本株離れを起こしているという問題です。日本の株は私どもの年金運用するときの重要な投資対象になっておりますし、機関投資家が日本株をたくさん買うことは日本の成長のためには非常に大事なことです。ご覧いただいているのは、投資顧問業協会さんが集計されている、投資運用に任されている年金その他のお金がどこに投資されているのか、日本の機関投資家がどこで運用しているのかという表です。平成16年、17年、18年、19年ぐらい、国内の株式に当てられていた資産は大体40%ぐらいありました。つまり、資産運用とは日本の国内株で運用することでしたが、今ではもはやそれが16%ということで、大体20%以上は下がってきています。この資産は債券である国債などに化けています。こちらの方は、当時と比べて15%くらい上がっています。こんな状況になっています。

日本の投資家が日本株を全然買わない中で、実は外国人投資家が買っています。下の折れ線グラフの青い線が外国人投資家です、その表では5%ぐらいから始まって、だんだん持ち株比率が増えてきて、今や30%近くを外人が持っています。つまり、日本株式会社の筆頭株主は海外の人です。日本の機関投資家が40%ぐらい買っていた時期、外人は15%ぐらいしか持っていないませんでしたので、日本の投資家が売った分を海外の投資家が買っていることが分かります。ほかにも売りの原因はたくさんありまして、事業会社同士の持ち合い株や、金融機関が持っていた株が放出されて、それを外人が吸収するような形が今はできています。

われわれが一番不安に思うのは、今、海外を回って、日本株活性化キャンペーンで、「日本株を買ってくだ

さい」とやっていますが、彼らが「これ以上、買えない」と怖がって言っている一番の理由は、「日本の投資家が買わないものなんか、おっかなくて買えるか」ということです。取引所や証券市場、あるいは証券市場が支える国の経済という意味で見ると、非常に危ういところへ来ているということを申し上げておきます。

海外の投資家は、日本のガバナンスをどう見ているのかということです。日本だけではなくアジアに投資する世界的な機関投資家の集まりで、ACGAという組織があります。こちらは、はっきりと日本のガバナンス制度は不十分だ、規制を強化してくれということを強く主張してきています。法制審議会の中間試案に対するコメントとしては、社外取締役を3人以上入れてほしいと言っております。在日米国商工会議所・ACCJは、前から3分の1以上と言っています。今の仕組みではこれ以上は買えないと強く言ってきています。「それなら、あなたたちは株をいっぱい持っているんだから、文句を言えればいいじゃないの」と言いました。私はこの間、法制審のほうで紹介させていただきましたが、あるアメリカの、日本株に1兆円の長期投資を行っているすごく大きな、日本の上場会社の筆頭株主にいくつもなっているようなファンドに聞いてみました。そうしますと、彼らが言うのは「自分たちは、もっと社外取締役を選任してほしい。自分たちが安心して投資するためだ」と言っています。「しかし、そういう要求をすると、あいつは敵対的な株主だと見なされて嫌われてしまうのが怖くてなかなか口に出せない。誰か代わりに言ってもらいたい」と言っております。意外と彼らはナイーブです。私も、びっくりしました。結果、どうなるかという話をしますと、今のように社外取締役がいらないような日本株への投資というのは、一定程度の割合までしかできない。従って「逆に言えば、もっと社外取締役を選んでくれれば、より多くの資金を日本株に投資することができる」と彼らは言っておりました。彼らは機関投資家です。機関投資家というのは自分のお金で投資をしている人とは違います。人様の命の次に大事なお金を預かって運用している人ということで、そういう人たちの一種の真剣な悩みが社外取締役の問題になっているのだと私は思いました。彼らの立場からしてみれば、お金を託してくださっ

ているお客さんに対する説明責任が果たせないという問題です。つまり、先ほどの例でいえば、アクセルとかブレーキに何か問題があるかもしれないと分かっている車に、お客さんの荷物を預けて運べない。運べるとしても、軽い荷物とか、短い距離しか任せられないというのが、海外の投資家の言い分だということです。多分、これは、本当は日本の投資家も言わなければいけないことなのですが、なぜか言いません。そこが大変不思議なところだと思っています。人の金だと思っていないのか、それとも預かっているだけで投資をしなくてはいけないと思っていないのか。生命保険会社なんかには言わせると「われわれは予定利率というのがあって、いくら運用成績が悪くても予定利率を払わなくては行けないのだから、預金なんだ」ということをおっしゃっていて、なかなか難しい問題がまだ横たわっているなと思います。

オリンパス事件に話を戻したいと思います。オリンパス事件が何を示唆しているのか、そして、われわれは何をしたのかということについて、お話を申し上げたいと思います。会計監査について、国外3社の株式取得価格だとか、外資の会社・ジャイラス社を買ったときのアドバイザー報酬の妥当性について、前任の監査法人が問題があるじゃないかという指摘をしてきたわけですが、会社は専門家で作る第三者委員会にあってという間に結論を出してもらいました。その第三者委員会も相当無理をさせられたようで、事実と異なる前提をおいた上で、もしそうなら問題なしと認定したと聞いています。その後、監査法人もすぐにすぐ替えられてしまったということになっております。要は、問題を追及すれば、必ずそこで交代劇が起こってしまう。つまり、事実とは絶対に明らかにならないという仕組みが、ここにもあったということです。

ここで大事なものは、会計監査を司る人たちがいくら言っても、トップが関与した犯罪であれば、トップの人事権とか評定権を持つ人でなければ正せません。その役割はどこの誰が持つのか。基本的には取締役会ですし、違法性の問題については監査役会も権限があると思います。ここが、ガバナンスの要です。従って、ここがきちんとしていないと、こういう事件はなくなならない。結局のところ不祥事化してしまっていて、企業価値を徹底

的に破壊するということになってしまいます。そういう意味では、取締役会を中心として、監査役会もそうかもしれませんが、ガバナンスの最後の砦が機能するようにすることが、私どもにとっては大変大事なことでというふうに思っています。そこで、私どもでは、独立役員制度という取引所の制度を改正して、取締役会と監査役会の独立性を高めるための上場ルールを改正をしました。これが今回の教訓から得た一つの制度改正だと思います。

まず、いくつか改正したのですが、一つは独立役員に関する情報開示の拡充です。まだ日本では社外取締役がいる会社が半分です。社外取締役がいない会社も半分で、その会社には社外監査役がいます。社外監査役でも社外取締役でもどちらでもいいので、経営陣から独立した人を必ず1人は選任してください、その選任を届け出てくださいというのが独立役員の制度です。監査役と取締役は持っている権限も違えば、仕事の職責も違いますが、取締役会に出ている人という意味では同じです。

何をやったかという話に戻ります。一つは独立役員は、会社との間での関係を全部開示しろということをしていました。年に6回も全面広告を出している新聞社の専務が社外役員で入っていたり、主幹事証券会社の関係者が入っていたり、それから内視鏡関係の財団の理事長が入っていたり、あるいは社外監査役をお互いに派遣しあっている会社の社長が、社外監査役としてこちらへ入ってくる、あちらも入ってくる。こういう関係を全部開示するという事で株主側が社外役員を選べるようにしました。

二つ目は、独立役員の構成です。今までは社外監査役でも社外取締役でもいいよ、と言っていたのですが、ウッドフォード氏の社長解任劇に監査役は参加できたのかといえば、見ているだけ。「手を挙げろ」と言われれば「すいません、議決権がないから手が挙がりません。私は、だるまでございます」となりますので、そういう意味では、取締役のような議決権を持っている人が必ず独立役員の中に入るように努力していただきたい。それを配慮して会社側は人を選んでいただきたいということを決めました。

三つ目ですが、大王製紙も似たようなところがあり

ますが、オリンパスの場合は事前説明を一切しないで、取締役会の当日に資料を配って、その場で回収しますので、社外取締役は社内のことさえよく知らないのに、検討する時間もないということになります。そういう検討がちゃんとできるような仕組みをつくってくれということでした。

社外取締役選任義務づけの議論については、この後、いろいろお話があると思います。オリンパス事件については一応、沈静化しましたが、会社法制部会のほうでも現在、義務づけをするかしないか、義務づけしない代わりに Comply or Explain のルールでどうかということが議論されております。

最後に、一つだけ問題提起ということで申し上げておきますと、経営陣を監督するための武器は、単純に言えば人事と報酬です。うまくやった人にはたくさん報酬を差し上げる、うまくいかなかったら報酬を削る。そして、場合によっては代わってもらう。これがアメリカ型のモニタリングモデルです。経営陣がいつも企業価値を向上させる、やる気になるように動機づけることが、ガバナンスの肝なのだろうと思います。

私がいつも疑問に思っていますのは、大体、社外取締役の場合は業績に応じた報酬にもなっておりません。動機づけがよく分からない中で一生懸命やることになっているという問題があります。このあたりが解明されないと、なかなか社外取締役制度の普及はないのかなという気がいたします。このあたりの議論が及ぶようになるといいなと私は希望しております。最後にそのことを一言だけ申し上げて終わりにさせていただきます。ありがとうございました。

【清水 剛】: どうもありがとうございました。続きまして、太田先生、よろしく願いいたします。

【太田 洋】: 西村あさひ法律事務所の弁護士の太田です。本日は、よろしく願いいたします。私は、学会に身を置く者ではなく、法曹実務家ですので、あまり理論的な話はできませんが、オリンパス問題に端を発して、色々とコーポレートガバナンスについて議論されている状況下で、法曹実務家としてオリンパス問題とコーポレートガバナンスについてどの様に考えているかをご紹介させていただければと思っております。

オリンパス問題の内容自体についての説明は、既に田中先生及び静さんからご講演いただきましたので省かせていただき、法曹実務家の観点から見て問題があったと思われる点に絞って述べさせていただきます。

まず、私なりの感想ではありますが、内部通報制度が極度の機能不全の状態にあったのではないかと考えております。先ほど田中先生もご指摘なさっておられましたが、オリンパスは、実質的に内部通報窓口が存在しないに等しい状態であったといえます。つまり、オリンパスには内部通報窓口という制度自体は存在しておりましたので、本来であれば、ある程度は監査役会が影響力を発揮できた訳ですが、監査役会のヘッドであった常勤監査役が、まさに、粉飾の首謀者たる元財務担当副社長であったため、それが機能しなかったという問題が存在しました。

加えて、オリンパスは、内部通報者に対して不利益処分を行って、長期に亘って訴訟を行っておりました。驚いたことに、オリンパス事件が発覚した後においても、同社は、東京高裁で全面敗訴していたにもかかわらず、最高裁まで上告受理申立てを行っております。なお、これについては、先日、最高裁で当該上告受理申立てが棄却されています。このことに照らしても、オリンパスには、会社の風土として、内部通報という制度に対して非常にネガティブな企業風土があったのではないかと考えております。

次に、事件当時のオリンパスの取締役のうち3名が社外取締役であった訳ですが、調査委員会の報告では、粉飾を主導したとされる菊川前会長と当該社外取締役らは、個人的に非常に親密な関係であったということが指摘されています。また、ジャイラスの買収や損失隠しが行われていた当時の社外取締役のうちの1名は、取締役会への出席率が非常に低かったことが分かっています。例えば、4%、11%、16%といった有様であり、殆ど取締役会に出席していないに等しい状態でありました。また、同社には、社外監査役も3名いたのですが、それら社外監査役もまた機能不全であったことは否めないのではないかと考えております。すなわち、社外監査役は、ジャイラスの買収の時にせよ、ウッドフォード氏が取締役会で問題を提起した時にせよ、積極的に行動を起こしてはいなかったように見受けられ

ます。さらに、会計監査人は、途中で有限責任あずさ監査法人から新日本有限責任監査法人に変わっています。この点については色々評価があるかとは思いますが、会計監査人が完全に役割を果たしたとはいえないと思っており、実際、あずさも新日本も、いずれもオリンパス問題に関連して、結果的に金融庁から業務改善命令を受けています。

従って、オリンパス問題の本質は、外形的には適切に整っているように見えた内部通報制度並びに社外取締役、社外監査役及び会計監査人という制度が、実質的には、完全に機能不全の状態にあったという点にあると思っており、

また、私は法曹実務家としてオリンパス問題に全く関与していませんので、もしかしたら誤解があるのかも知れませんが、外から傍観者的に見ておまして、事後処理についてもやや不透明な点が存在するのではないかという感想を抱いております。

例えば、笹さんという人がオリンパスの新たなCEOに就任しておられますが、この新CEOの指名は、指名委員会によって行われています。しかしながら、この指名委員会は、調査委員会の報告書において、まさに、機能不全の状態であったと指摘されている社外取締役2名から構成されている訳です。勿論、この指名委員会の指名は、外部有識者で構成された経営委員会の承認を得るという仕組みとなっており、指名委員会の指名のみで新CEOが決定される形にはなっていないのですが、職責を適切に果たしていなかったと指摘されているような社外取締役が新CEOの指名を行うこと自体に果たして正統性があるのかどうかは、相当に疑問です。また、指名委員会を構成していた社外取締役は、オリンパスからの責任追及を免れています。これに対して、社外監査役は全員、責任追及の対象になっています。社外監査役全員が責任追及の対象になること自体は特段不思議なことではないと思いますが、社外監査役全員が責任追及の対象になっているにもかかわらず、指名委員会を構成する社外取締役が責任追及を免れていることについては、個人的に非常に疑問に思っています。これは、指名委員会なるものを構成することが予定されている社外取締役については、恣意的に責任追及の対象から外したのではない

か―指名委員会を立ち上げるために敢えて責任追及の対象から恣意的に外しておいたのではないかと指摘されても仕方がないように思えます。もっとも、内実がよく分かりませんので、勝手な憶測を申し上げるべきではないのかもしれませんが、少なくとも、外部の者の眼には、そのように映ります。

それから、私が非常に注目しているのは、事後のオリンパスとウッドフォード前社長との関係です。当初、彼が内部告発を行ってマスコミに登場した際には、私も、ウッドフォード氏は正義の味方だと思って、彼の著書を買ってなるほどと思っていました。しかし、最近、どうも色々訳の分からないことが明るみに出てきているように思えます。ウッドフォード前社長とオリンパスとは、和解によりウッドフォード氏がオリンパスに対して提起していた損害賠償請求訴訟を終結させましたが、その際、ウッドフォード氏は、和解金として、今後勤めるはずだった期間の報酬額に相当する、総額12億円もの金額を受け取ったと報じられています。この和解金の話については、解任された後に受け取るはずであった報酬分の補償ということなので、少なくともまだ説明はつくと思いますが、先日、オリンパスの定時総会が終了した後になって、なぜか突然、同社の有価証券報告書の中で、ウッドフォード前社長がイギリスの子会社から3.8億円の借入れをしていたということが発表されました。これらに照らしますと、どうもウッドフォード氏もそれほど清廉潔白であるとは言い難いように思えます。少なくとも、コーポレートガバナンス上、問題ある人物であったとはいえると思います。また、ウッドフォード氏が社長を解任された後で、株主総会を巡っていろいろと会社を糾弾していた後で一転して和解になりましたが、この経緯を見ても、ウッドフォード氏について、いささか釈然としない印象を抱かざるを得ません。こうしたオリンパスとウッドフォード前社長との関係も、全体的に、非常に不透明だなという気がしております。

さらに、これは私が上場企業の社外監査役を務めているためにそう思うのかもしれませんが、オリンパスの社外監査役が会社から責任追及を受けているのに対して、監査法人は結果的に何ら責任追及を受けていない点についても、疑問を感じています。社外監査役は

3名全員、一律5億円の責任追及訴訟を受けています。私は、このこと自体は正当なことであると思います。しかし、会計監査人は、あずさ監査法人、新日本監査法人のいずれも会社から責任追及を受けていません。また、報道ベースでしか分かりませんが、あずさ監査法人や新日本監査法人が監査報酬を返還したという話も特に報じられていません。オリンパスの公表資料（2012年1月16日付けオリンパス監査役等責任調査委員会作成に係る調査報告書）によれば、監査法人については、不正の事実を知ることができなかったので仕方がない、という理由で責任追及を行わないということでしたが、率直に言って、監査法人が分からないことを社外監査役が分かる訳がないのではないかと思います。このことについても、非常に偏頗的というか、不可解に思っております。

以上のように、オリンパス問題の事後処理には、不透明な点が非常に多く存在するのではないかと思います。海外のマスコミ等も、適正に処理がなされたという論調は余りありませんで何かもやもやした印象が残ったままになっているのではないかと思います。

2011年及び2012年は、オリンパスに限らず、様々な上場企業で不祥事が表面化した年でした。オリンパスと並び称されていたのが、大王製紙です。大王製紙問題も、詳しく見ると、オリンパス問題とかなり似た部分があると思っております。特に、事後処理の問題については相当似ています。例えば、大王製紙の取締役の大半は、事後も、取締役の任に留まっています。不祥事が発覚した当時の取締役のうち、カジノに狂って会社から多額の借入れを行った井川前会長他3名は退任しましたが、その他の9名は取締役として残留しています。また、取締役の退任に伴って、新たに取締役4名（うち2名は内部昇格の社内取締役）が選任されましたが、未だ、不祥事が発覚した当時の取締役が9名取締役に残っていますので、依然、旧体制の人が取締役の過半を占めていることになります。更に、監査役も、問題が発覚した当時の監査役5名のうち2名が依然として残留しています。これについてもいかがなものかと思っております。再任された監査役の中には弁護士さんもおられますが、いかなる感覚の下に再任を受けているのか、私には理解しがたい部分があり

ます。

加えて、少なくとも報道されている限りでは、不祥事発覚時の取締役の大半が取締役に残留していることから分かるとおり、監視義務を負っていたはずの他の取締役及び監査役に対する責任追及の動きは、特に窺えません。しかも、本件は、他の取締役及び監査役が、不祥事の事実を知る機会が全くなかったのかというと、そのようなことはございませんで、不祥事が発覚する直前期の有価証券報告書で、既に、井川前会長が、同社から約20億円の借入れを行っていたという開示はなされていました。ある意味では、オリンパスとは違って開示は適切に行われておりまして、個人で約20億円を会社から借りているという事実自体は有価証券報告書にも明示的に記載されていた訳です。有価証券報告書にそのような記載があれば、通常、個人で会社から20億円も借り入れるなど極めて等不適切である、と反応するのではないかと思います。にもかかわらず、それをそのまま放置した取締役や監査役に対して、監視義務違反に基づく責任追及を行う様子が窺えないのは、個人的には、いかがなものかと思っております。同社については、監査法人に対しても、責任追及を行う様子は窺えません。

代表取締役会長が、会社から、個人で10億円を超えるオーダーで借入れを行っている場合には、本来、内部統制報告書で不備がないと書けるはずがないように思うのですが、この点についても、不備があるという指摘はされていません。このように、大王製紙事件の事後処理には、井川前会長が全て悪いとして、彼に責任を全部押しつけているところがあるように思います。勿論、井川前会長自体に原因及び責任があるのは明らかだと思いますが、個人的には、他の取締役や監査役の監視義務違反の問題が、余りに軽視されているのではないかという感想を持っております。

以上を振り返った上での総括的な感想ですが、法曹実務家の視点から申し上げますと、形式的な機関設計の問題は、コーポレートガバナンスの実効性という観点からは、あまり決定的な意味を有するものではないように思います。例えば、委員会設置会社であっても、日本振興銀行の不祥事の例もありますし、委員会設置会社制度を採用するか否かという問題がコーポレート

ガバナンスの良し悪しにとって決定的であるとは到底いえません。また、独立社外取締役を選任しても、真にその任に堪える人を選任しないと、実質的には機能しないと思っています。すなわち、独立性の要件を充足しているかという問題よりも、結局は、一個人として、十分な見識を有しているかどうかということの方が遥かに重要ではないかと思います。先ほど例に挙げられていました、三越の岡田社長の事件でも、同じ三井グループの、当時の三井銀行相談役であった小山五郎氏が、三越の社外取締役として岡田社長に引導を渡した訳ですが、この例からも明らかのように、やはり、当該一個人に見識があるかどうかという点が、実効的な企業統治のためには極めて重要であると思います。また、管理部門が脆弱な会社では、監査役会制度はあまり機能しない側面があります。

加えて、国内機関投資家については、欧米の機関投資家に比べて、株主としての規律付けを行う力や意欲が弱いのではないかという感想を持っております。例えば、アメリカで、今年Yahoo!のCEOが学歴詐称問題で解任されましたが、その際、その問題を指摘していたヘッジファンドのサードポイントから2名、Yahoo!の社外取締役に入るなどしております。この辺りは日米の大きな違いではないかと思っております。

社外取締役の日米比較という観点で見ますと、制度の差も色々存在しますが、結局、社外取締役となっている人自身の役割意識が最も大きく異なる点なのではないかと思っております。アメリカでは、社外取締役の意識は、CEOの首を切るかどうか—これは、業績で判断することになるか—と思います—が自らの最大の役割だという意識です。これに対して、日本では、社外取締役本人としても、いわゆる「ご意見番」的な役割が中心であると意識されている面が強いのではないかと思います。日米では、このような役割意識の差が大きいように思います。

法制審議会会社法制部会の審議の中では、社外取締役の機能として、①助言機能、②経営全般の監督機能、及び③利益相反の監督機能という3つが挙げられていますが、日本では、これらの機能のうち、①の助言機能が社外取締役の中心的役割であると思われる部分が多分にあるのではないかと思います。この

①の機能に専ら焦点を当てて考えますと、対象会社の業務に精通した、こうした助言を適切に行うことのできる社外取締役の候補者はなかなかいないということになってしまいます。アメリカのように、②の経営全般の監督機能及び③の利益相反の監督機能、すなわち、有事の際にいかにCEOの首を切れるかという監督の機能を重視し、有事のご意見番であれば良いという考え方に立てば、必ずしも事業に精通している必要はないということになるのではないかと思います。

なお、制度論に関しましては、先ほど田中先生から色々ご説明いただいた部分ですので、ごく簡単に申し上げます。私が副委員長として参加しておりました日本取締役協会の会社法制委員会では、取締役会に社外取締役が1名だけいるということではその監督機能が十分発揮されないと考えられることから、社外取締役が複数存在することが非常に重要なのではないか、という議論が優勢でした。そこで、一定の経過措置期間等は設けるにせよ、上場会社に限定してではありますが、社外取締役を複数選任することを義務付けるべきではないかという提言を行っております。

また、監査・監督委員会設置会社の内容については、先ほど田中先生の方からご説明がありましたが、この制度が創設された背景には、従来の監査役会設置会社では、監査役の経営陣に対する影響力が非常に弱いのではないかという問題意識があります。なぜ経営陣に対する影響力・監督機能が弱いのかといいますと、結局、監査役は、代表取締役の選解任についての投票権を有しないですし、そもそも取締役会の議案について投票権を持たないということに帰着する訳です。これに対して、監査・監督委員である取締役が、取締役会の決議事項について投票権を持ち、妥当性監査も行うという監査・監督委員会設置会社制度の創設は、中長期的に見て、わが国上場企業のコーポレートガバナンスを実効化していく上で、非常に大きな役割を果たしていくのではないかと思います。

ちなみに、韓国では、アジア金融危機の影響で韓国がIMFの管理下に置かれた2000年以降、上場会社であって、かつ、総資産2兆ウォン以上の会社は全て、監査委員会設置会社となっています。すなわち、日本でいうところの監査役に当たる人たちが、取締役会の

議案について投票権を有する形になっています。日本が韓国に追随する形になるのは少々寂しい気も致しますが、こういう点は是非見習うべきであると思っております。

最後に、コーポレートガバナンスに関する制度上の問題・課題として、この他に何が考えられるかということですが、第一は、内部通報制度の強化です。この問題は、自民党の塩崎代議士が座長になっている企業資本市場法制P Tが本年4月1日付けで出している提案の中でも触れられています。すなわち、現在の公益通報者保護制度を改正して、社外の者を内部通報窓口として指定させるようにするとともに、従業員だけでなく、役員も公益通報を行うことができるようにすべきであるとか、会社が公益通報を行ったことを理由として不利益取扱いを行った場合には、かかる不利益取扱いを法的に無効にした上で、不利益取扱いを受けた者に生じた損害について会社に損害賠償義務を負わせるといった制度を創設すべしというものです。こういった提案は、自民党とは思えない、かなり革新的な提案ですが、傾聴すべき内容を非常に多く含んでいると思います。

第二は、日本の国内機関投資家による上場会社に対する議決権行使のあり方についての改革です。一般に、わが国の機関投資家は、ガバナンスの問題に関して、不祥事を起こした当の役員に対しては、流石に辞任すべきであるという反応を示す訳ですが、他方で、監視義務を怠った役員の責任については、欧米の機関投資家と比較して、かなり鈍い反応しか示さないというのが実感です。その原因が何であるのかは判然としませんが、一つの理由としては、わが国では、機関投資家による議決権行使の結果が開示されない点が挙げられるのではないかと思います。従って、機関投資家による個別の投資先会社に対する議決権行使の結果を開示させて、その背後にいる投資家に、十分にその説明責任を果たすようにさせることが一つの有効な方策なのではないかと思います。また、背後の投資家が、機関投資家に対して、受託者責任を容易に追及できるような仕組みを整えることも、有効ではないかと考えております。

少し長くなりましたが、以上で私からのプレゼンテ

ーションを終わらせていただきます。

【清水 剛】：太田先生、ありがとうございました。それでは、最後になりますが、小佐野先生、よろしくお願いします。

【小佐野 広】：京都大学の小佐野です。私と与えられた課題は、ほかの方とはちょっと違って、社外取締役に対するインセンティブという問題を中心に報告をしてくれということです。その意味で、ほかの方とは違ってオリンパスの問題から離れていくことになります。

社外取締役に対してどういうインセンティブを与えたらいいのかという問題を考える前に、まず取締役会というものがある規範的視点から見てどういうものであるべきなのかというのが問われる必要があります。つまり、取締役会のある種の目的みたいなものです。そうすると、先ほどからいろいろな方たちが議論されておりますように、CEOや執行役員に対する監督機能。これは、取締役の外部性とか独立性が強いほどいいわけですから。それに対してCEOや執行役員へのアドバイス機能が考えられて、事業活動や助言をする場合は内部のほうがいいんですが、もうちょっと社会的な視点とか道徳的な視点からの助言であれば、外部性の強い取締役のほうがよりいいかもしれない。どっちを見るかによって、取締役会をどうつくっていくかが違ってくる。

さらに、もう少し踏み込んでいくと、社外取締役というのは誰の利益を代弁すべきかという問題も当然、考えておく必要があります。親会社のような大株主だったら問題ないのですが、それ以外の大株主もいるかもしれませんし、それから少数株主、株主以外のステークホルダーの利益も、ある程度考慮すべきなのか、ということです。

こういった点を考慮して、社外取締役に対してどういうインセンティブ・メカニズムをつくっていくのかを考える場合に、まず、誰がこのインセンティブを社外取締役に対して与えるのかという問題があります。例えば報酬の形で与えるとしたら、当該企業の報酬委員会とか取締役会になってくるわけですが、これは後

で言いますようにいろいろ問題があります。また、社外取締役自体に対する社外的な評判、あるいは社外取締役の仲間同士のネットワーク、こういったもので評判が形成されて、それが機能する可能性はありますが、後で言いますように、これもいろいろ問題があります。それから、利害関係者によるモニタリング。先ほど太田さんが言われましたように、機関投資家もここに入ってきますが、弱い機能しか持たないかもしれないという問題があります。

さらに、誰が与えるかだけではなくて、どのようにして与えるのかという問題があります。一つは報酬を付与するという形のものがあります。これも固定方式でいくのか、株価連動型報酬でいくのか。これも、それぞれでいろいろ問題があります。株式保有を義務づけてしまうと、またこれは社外取締役に対する資産制約の問題が出てきて、なり手に制約が付くかもしれません。

別の形のものとしては、先ほど述べた評判ないしはネットワークメカニズムがあります。これは社外取締役というネットワーク内での評判と、それから社外取締役への就業機会というのを利用して、評判が悪くなれば社外取締役になかなかかなりにくいとか、そういった形で社外取締役に対してインセンティブを与えていくものです。ただ、これが機能するためには社外取締役になることのベネフィット、つまり報酬、それから社外取締役というものに対するなり手の一種のステータス、これをどれほど感じるかということに最終的に依存していきます。

さらにいえば、大株主、つまり機関投資家や、債権者、従業員が、当然モニタリングできるかもしれませんが。そういった場合に、これが機能するためには、駄目な社外取締役に対して辞めさせるとか、あるいは罰を与える、そういうメカニズムが働かないといけません。辞めさせる場合にも、社外取締役に対して辞めたくないと思わせないとはいけませんので、それは社外取締役への報酬ないしは社外取締役という地位が持つステータス、この価値に結局、依存してしまします。

パニッシュメントとして、行動経済学的に言えば、報酬よりも罰則のほうが効くのかもしないという感

じはします。これは例えば、その企業が決めても、法律でちゃんと決まっていでもいいのですが、そういった場合にパニッシュメントを恐れて社外取締役になりたがらない。そういう意味では、これを厳しくすると人材不足になる責任があるかもしれないです。

以上のようなことを考慮して、社外取締役に対して、どのようにしてこれをうまく動機づけするのかということは、結局のところ、最終的には取締役会自体が何らかの報酬という格好でいか、もしくは、それ以外の大株主からのモニタリングが基本的に重要になってきます。評判とかネットワークの利用というのは、結局、最終的には報酬とかステータスの価値とかに依存してきますから、そういう意味で最終的にそれに頼るのはなかなか難しいです。結局、メインとなるのは、この二つのような感じがします。

問題は、どのようにして与えるのかということなのですが、先ほど言いましたように、社外取締役という地位のステータスとしての魅力が十分に高ければ、評判ネットワークメカニズムだけで十分です。あるいは、ほかの人が社外取締役の行動をモニタリングして、駄目なやつは辞めさせるといことがあれば、それだけで十分です。問題はそうでない場合です。社外取締役になっている人というのは、ほかに職業を持っている人が多いと思いますので、専業でやっていらっしゃる人というのはそれほどいないと思われます。そうすると、ある意味で副業みたいなものになっています。そうすると、ステータスの魅力が自分の本業に比べたらそれほど高くないかもしれない。そういう場合にも報酬メカニズムとか罰則メカニズム、これは法規制によるものも含めますが、そういったものがうまく働いてこないといけません。

報酬メカニズムを使う場合の問題として、これ自体がdistortion といいますか、いろいろゆがみをもたらしてしまう。つまり、報酬が大きなものではないと、インセンティブ効果が小さいと、その分、悪影響が少なかもしれませんが、そういう問題があります。それから、さらに報酬委員会が決めて株主総会で承認するという手続きを立てるとしても、自分で自分の報酬を決めているという利害相反の側面があります。CEOとか社内取締役に対する報酬というのは、当然、彼ら

はリスクを取って事業を行うわけですから、株価とか業績に対する報酬の連動性が高くてもいいのですが、社外取締役といいますか、取締役会の目的をむしろCEOと執行役員に対する監督業務、こちらだと考えると、CEOと執行役員と一緒にリスクを負っていくのはまずいのではないかと。多分、あまり連動性を高くするわけにはいかないだろうと思います。

次に、報酬ではなくてモニタリングとパニッシュメントの組み合わせを考えると、他者からのモニタリングとして、日本ではあまりうまく機能していないと太田さんが言われている機関投資家が当然考えられますし、それから監査役会がやってもいいのですが、これも今の新しい第3類型をつくってしまうと、これが取締役会の中に入ってしまうから、その場合これは除かれます。ほかにも会計監査法人とか格付会社とか債権者とか、いろいろなものが考えられます。罰則メカニズム自体も報酬メカニズムと同じで、ある種のdistortionをもたらします。もしインセンティブ効果を重視するとすれば、当然、重い罰則となってきますから、社外取締役のなり手がなくなってしまうかもしれないという問題は当然あります。それから逆に、社外取締役があまり責任を取りたくないで、リスクはあるが将来性が高い事業を不必要に妨げてしまうかもしれないという問題があるかもしれません。ただ、オリンパスのようなむちゃくちゃなやつは当然、排除できるであろうと思います。基本的には、パニッシュメントの方が報酬より強い効果があるかもしれません。結局、常識的な結論ですが、報酬メカニズムとパニッシュメントのメカニズムの最適な組み合わせが求められてくるであろうと思います。

最後に、アメリカでの実証研究しかここでは出していませんが、Yermack という人が『Journal of Finance』に、アメリカのFortune5000の企業でやっていました。この場合は、アメリカでは社外取締役に対して株価連動型報酬を与えているみたいです。その場合、利害相反の可能性があっても、当然、トップの経営者に比べて小さいです。要するに企業価値が上昇したときのインセンティブというのは、かなり大きなものを外部取締役に与えている。アメリカの実証研究でいくと、報酬システムでもインセンティブを与え

られるのではないかとという結果が得られているようです。以上で、私の報告を終わります。



【清水 剛】：どうもありがとうございました。それでは、議論に移りたいと思いますが、その前に、私の方で議論の整理をさせていただきたいと思います。まず、オリンパス問題から始めますと、この問題は、おそらく三つぐらいの問題、すなわち内部統制、会計監査、そして最後に取締役会あるいは監査役会における問題を唆していると思われます。しかも、制度設計だけでなく、いかにこのような仕組みを機能させるかを考えていかなくてははいけない。オリンパス問題というと、不祥事の発見がまず頭に浮かびますが、経営効率の向上や企業力の向上といったものまで含めて、コーポレートガバナンスというものを機能させていくことが必要になります。

この中で、まず大きな問題になるのが取締役会、監査役会の強化という問題です。とりわけ、今日のパネリストの先生方のお話の焦点の一つであったのが社外取締役、あるいは独立取締役というものを置き、かつ機能させていくということになります。

ただ、これには、もちろんいくつかの問題があります。例えば、先に述べたように、社外取締役の機能は違法性の発見だけではなく、効率性の向上まで含めて考えなくてははいけません。単に監督だけの話なのか、監督だけではなくて助言者やご意見番になるのか。あるいは、具体的に何を監督するのか。日常的な経営を監視するのか、経営がうまくいかないから経営者を首にしなければいけないというような首切り役なのか、あるいは全く別なことなのか。次に問題になるのが選任強制の問題、あるいはComply or explainの原則に

なるかという話になりまして、どのような形でそれを入れていくか。あるいは、独立性をどのように確保するかという問題になります。

ただ、忘れてはいけないもう一つの問題がありまして、いくら義務化して選任強制をしたとして、本当にいい人が入ってきて、かつその人のたちが実際に働いてくれるだろうか、という点です。すなわち、実際に機能するような人たちに来ていただいて、その人たちにインセンティブを与えて、ちゃんと働いてもらうということです。

もう一つ、その一歩先の問題になりますと、取締役会制度自体を少し変えていく必要があるかもしれません。もちろん、機関設計だけでけりがつく問題ではないにせよ、より機能しやすい機関設計が必要であるかもしれません。そのときに今回の焦点になっているのは、監査・監督委員会です。監査・監督委員会にすれば、今まで監査役としてうまく動けなかったものが動けるようになるかもしれない。大体このような点が、今日のお話の中から出てきた点ではなかったかと考えています。

そこで、パネリストの皆さんにまずいくつかの質問をさせていただきたいと思っています。最初の点として、そもそも社外取締役という人たちがどのような機能を果たすべきであると、皆さんはお考えでしょうか？ 2 点目として、適切な社外取締役をどうやって選んできて、その人たちにどうやってインセンティブを与えるか。つまり、なり手の問題となり手にどのようなインセンティブを与えるかという点です。そして 3 点目として、今、政策的イシューになっている専任の強制の問題です。

まず 1 点目の、社外取締役はどのような機能を果たすべきか、というあたりからお話を伺いたいと思います。田中さんからお願いします。

【田中 亘】：社外取締役に期待される機能につきましては、法制審議会会社法制部会においても議論の整理がされました。そこでは、社外取締役の機能としては大きく分けて助言機能と監督機能というものが考えられるこのうち監督機能については、さらに全般的な業績の監督機能と、個別的な利益相反の監督機能に分

けることができます。全般的な業績の監督とは、その会社ないし経営陣のパフォーマンスを評価し、評価の結果によっては、経営陣を交代させるということです。

もう一つの、個別的な利益相反取引の監督機能とは、例えば敵対的買収に対して経営陣が防衛策を行使しようとする場合にそれが経営陣の利益のために濫用されないように監督するといったことが挙げられます

太田先生がおっしゃったように、社外取締役の人选を経営者がしようしますと、必然的に助言機能を重視することになります。つまり、助言というのは経営者にとってもありがたいものですが、監督というのは経営者にとって必ずしもありがたいわけではない。自分を適切に監督してくれる人を選任することは考えがたいということです。これは、法が社外取締役の選任を強制することの正当化根拠にかかわってきます。社外取締役の機能が適切な助言をすることだけにあるとすれば、社外取締役を選任して助言を受けるかどうかは、会社自身の選択の自由に任せればいいわけです。しかし、社外取締役は経営者を監督する機能もあるわけで、そうすると、経営陣は自分たちを効果的に監督してくれる社外取締役の選任を喜んで株主総会に提案しようとは思わないかも知れません。そのことが、社外取締役の選任を各社の判断だけに任せることは必ずしも適当でないと言う議論が出てくる大きな理由になると考えられます。

【静 正樹】：私は実務家ですので、その立場でお話をさせていただきます。助言機能を果たしてほしいという言い方をすると、日本の経営者は喜んで社外取締役を雇う。監督機能を果たしてもらいたいと言うと、そんなやつはいらないといえます。ですから、助言機能なのではないですかというふうに、表向きに言っておいたほうが、たくさん入るのかなと思っているのですが、田中先生がおっしゃったとおり、監督機能を果たさなければ意味がないのだらうと思います。しかしながら、われわれ取引所という立場で言えば、もうちょっと違う言い方があるのかなと思っています。それは、上場会社には、必ず少数・マイノリティーの株主さんがいます。われわれは一般株主と呼んでいるのですが、少数派であり、なおかつ毎日の売買で変わって

いってしまうような株主の方がいるというのが上場会社の特質です。その人たちの声を取締役会の中で代弁してくれるのが、社外取締役の一番大きな期待なのではないかと思います。

例えば日産自動車株主総会での株主が手を挙げて、カルロス・ゴーンさんに「あなたのところは、ハイブリッドカーをいつ発売するんだ。トヨタは売れているではないか。いきなり電気自動車で大丈夫なのか？」と聞いたところで、ゴーンさんも株主の皆さんには言えないと思います。「それは大丈夫だ。社外取締役に聞いてくれ」。社外取締役は「おれがちゃんと話を聞いているから、黙っていても大丈夫だよ、社長はちゃんと考えているから」と言ってくればいいわけです。つまり、取締役会は企業秘密がいっぱい詰まったブラックボックスなので、その内側に株主の目でものを見る人を置いておくことが、どれだけ一般の株主にとって安心材料になるのか。先ほど、アメリカの機関投資家の話をしましたが、まずはそういうものとして取り入れていくことが大事ではないか、と私は思っております。以上です。

【小佐野 広】: 社外取締役の一番大きな役割としては、私も経営全般とか利益相反に対する監督機能だと思えます。また、今、静先生が言われましたように、少数株主の意見を代弁するという機能も考えておく必要があります。

最後に、それ以外のステークホルダーを代弁すべきかどうかという問題があります。すなわち、社外取締役は社会的ないしは道徳的な視点から助言機能を行ってもいいのではないかと思います。3番目の、今、言った最後のものは役割としては一番小さいと思います。そういった感じです。順番を付ければ、監督機能が1番で、2番目が少数株主の代弁者、3番目が社会的な見地からの助言機能、そんな感じになるかと思います。

【太田 洋】: 私は、この問題は、社外取締役の選任をどの程度まで強制するかという問題とリンクしていると思っております。結論的には、私は、上場会社については、社外取締役の選任を強制すべきであると思っております。確かに、適切な助言を行うためには当該

会社の事業に精通していなければなりません、真に事業に精通している人を探そうとすると、同業他社の役員しかいないということになってしまいます。それは現実的ではありませんので、選任を義務付けるのであれば、あまり助言機能を重視しないという考え方で人選せざるを得ないということになるのではないかと思います。社外取締役の選任を強制するのであれば、社外取締役が果たし得るいくつかの機能のうち、健全な社会常識さえあれば適切な判断ができるはずの「監督機能」に重きを置くということになっていくのではないかと思います。

【清水 剛】: しばしば言われるように、アメリカにおいては社外取締役の機能会社のパフォーマンスが悪くなったときに経営者の首を切る、あるいは交代させるということだという話があります。監督とは、経営者のパフォーマンスが悪かったときに首を切る話なのでしょう、それとも、この政策がうまくいくかわいかに口を出す話なのでしょう。太田先生、いかがですか？

【太田 洋】: どこまでが助言機能で、どこまでが監督機能かという問題は、結構難しい面があります。大型の投資プロジェクトを実施する場合に、それは成功しそうでないから止めた方が良いというのは監督機能の範疇の行為であろうと思いますが、助言機能の範疇だといえなくもありません。本来的には、会社内における議論の方が、様々な選択肢を十分に詰めて検討しているはずですので、社外の人が思いつきで発言したことよりも、社内で十分煮詰めた結論の方が、通常は正しいことが多いように思います。私は、突き詰めれば、誰が見ても、客観的に見ておかしいことが生じたときに、それを阻止・是正する機能というのが監督機能の核心ではないかと考えております。

【静 正樹】: 私も、太田先生のご意見に同感です。事業に詳しいということであれば、経営の経験のある人がいいということになるかもしれません。しかしながら、常識的な判断として社会に通用するのかどうかを考えるのが重要かと思います。それを一番象徴してい

るのはトヨタのアメリカで起こした不良車問題ではないかと思っています。何であんな問題が起こったのかというと、トヨタに社外取締役がないからだって外人はすぐ書きます。日本人から見ると、何でそんなことが関係あるのかと思いますが、あれもオリンパスと同じく一種の危機管理の問題で、不良な車を出すとかその噂が立つところまでは、そこはむしろ専門家の領域でもって、ちゃんとリスクをつぶしてあったかという話になります。そういう問題が社会問題化したときに、世間がそれをどう受け取るのかとか、どういうふうにすれば世間から理解されるのか、ということを客観的に見られる。そういう意見が言える人が取締役会にいなかったことが問題ではないかというのが、外人から見た一番大きな感想だと思います。

【田中 亘】：この問題は、突き詰めて考えると、非常に難しく、私もよく分かっていないところがあります。もともと社外取締役による監督というものは、平時の経営上の決定に携わらないことで、問題が起きたときに監督機能を発揮することができるというのが、基本コンセプトだと思っていました。つまり、経営者のパフォーマンスが悪いときに、「おまえが悪いから解任するんだ」。そういうことを言えるのは、平時のパフォーマンスが悪かったのは社外取締役の責任ではないということです。責任ではないということは、結局、平時の決定には携わらないことであって、後から問題が起きたときに適切な監督をすることが期待されていたのだと思います。

ただ、最近リーマンショックのような金融危機が起きて、そこで金融機関の社外取締役にデリバティブ取引等の高度な金融取引に関する知識がなかったことが問題にされるようになりました。そこで、社外取締役に要求される知識について、一定の規制を課すという話もヨーロッパでできるようになりました。これは、社外取締役は平時の問題についても、少なくとも何が行われているかがよく分かってなければならないという考え方が出てきたと言うことではないか。

ですから、社外取締役の果たす役割については、欧米諸国においても考え方が確固としているわけではなく、むしろ問題が起きるたびに変わってくる面がある

ように思います。現段階でいえることは、社外取締役は問題が起きたときに監督をすることが重要なことから、平時の経営判断には基本的には携わらない。しかし、監督をする以上は、その会社の事業について最低限の知識を持ってなければならないというぐらいです。それと、事業上の知識を持つこと（expertise）独立性（independence）はトレードオフの関係があります。事業上の専門性を追求すると、独立性に関しては少し妥協しなければならない部分もあるのではないかと感じています。

【清水 剛】：関連しますので、順番を入れ替えて、専任強制について伺いたいと思います。今のお話のように、事業に問題が起きたとき判断するのが監督機能だとすると、それこそ嫌であっても選任強制をしなくてはいけないかもしれない。さらに、仮に首を切るところまで考えるとするならば、1人では足りないかもしれません。そもそも強制すべきであって、かつ、できれば複数という話になるのか。あるいは最初は1人ぐらいから始めるべきなのか、あるいはそもそも強制できないと考えるか。そのあたりのご意見をいただければと思います。

【静 正樹】：やっぱり複数いないと監督はやりにくいという意見があるのは事実です。最低2人だろうという声が強いと私は思います。でも本当のことを言うと、半分いないとできないです。要は、首を切るのが仕事とっているのは半分いるときの話であって、私が知っている範囲で言えば、半分いないときにはむしろ自分が辞める、これが仕事だと理解しています。

【太田 洋】：今の静さんのご指摘は、私も全く同じだと思っております。実際、実務上実現可能かどうかは別にして、社外取締役が1人しかいない場合と、2人いる場合とでは、その重みに差が出てくることは間違いありませんので、望ましいのは複数の社外取締役の選任強制だろうと思います。社外取締役が取締役の過半数を占めていない場合には、社外取締役が他の役員の首を切ろうと思っても、社内取締役が結束すれば勝てません。ただ、全く何もできないかということ、そう

ではありません。その場合に社外取締役ができる最大のことは、社外取締役を辞任することによって世間にインパクトを与え、事実を知らしめて、株主が行動を起こすことに期待することです。そのようなアクションを起こす場合でも、1人だけで社外取締役を辞任した場合には、「あの人は変わった人だから辞任したのだろう」と思われてしまうリスクがありますが、複数の社外取締役が一斉に辞任すると、「これは、会社で非常に良くないことが行われているに違いない」と多くの人に思ってもらえるように思います。実際に、現時点でどこまで実現可能かという問題はあるにせよ、やはり、理想としては、複数の社外取締役を選任強制する方が望ましいだろうと思います。

【小佐野 広】:私も、複数いたほうが良いと思います。1人では、なかなか意見が言いにくいだろうし、孤立してしまうという問題もあります。ただ、皆さん方がおっしゃられているように、過半数いないと辞めさせることができないというのは、そのとおりなので、ご自分がお辞めになるのが一番インパクトがあるのかなと思われます。

【田中 亘】:1人であれ、何人であれ、とにかく選任を強制する考え方自体を支持するかという、非常に重要な問題があると思います。私は会社法学者なのですが、従来、会社法というのは、特に平成年間に入ってからはずっと規制緩和の歴史をたどってきました。今回、社外取締役の選任義務づけというのが案としても提案されるというのは、非常に異例なことだと思います。私は従来、会社法の論文を書くときには、株主自身の選択とか会社自身の選択の重要性を強調して、どちらかといえば規制に反対というスタンスでした。ただ、社外取締役の選任義務づけについては、単純に会社に任せるのが最善といって反対するだけでは収まらない、難しい問題があると思っています。

選任義務づけを正当化するためには、いくつもステップがあると思います。まず、社外取締役が平均的に見て役に立つということが言えなければならない。平均的に見て役に立たないなら、義務づけしても仕方がないわけです。それから、役に立つとしても、役に立

つなら会社が自主的に入れるはずなので、なぜ義務づけるのかという、その二つのステップの問題をクリアしなければなりません。

先に2番目の話をしますと、2番目の話については、さっきも申し上げましたとおり、会社の人事に任せるといっても、現実には人選に経営陣の非常に強い影響力が働くでしょうから、経営者は自分を適切に監督する人を選任したとらないかもしれません。そういう利益相反が一応、義務づけの理由になるのかなと思います。問題は第1の話でして、平均的に見て社外取締役が役に立つかどうかを検証するのはなかなか難しいところで、実証研究などをすると有意な結果が出にくい。企業の業績というのは非常にいろいろな要素が絡み合っているものですので、社外取締役と企業の業績の関係だけを取り出してそこに有意な相関を発見することが難しいことがあります。ただ、その中でも、近年、アメリカ以外の国で行われている実証研究、特に韓国とイギリスが有名ですが、このあたりですと業績に対して割とプラスに働いたという結果が出ています。これは、2000年以降の非常に注目すべき情勢変化かと思っています。従来の実証研究は、ほとんどアメリカを舞台にした実証研究で、ここでは、ほとんど有意な結果は出ません。ただ、これは当然と言えば当然の話であり、アメリカでも、本格的な実証研究が行われるようになったのは1980年代後半あたりからでして、もうその頃には上場会社のほとんどは社外取締役を過半数入れていますから、サンプル間の変動が存在しません。そういう中で無理やり有意な関係を発見しようと思っても難しい。

それから、これはアメリカの取締役の人選がどのように行われているかの評価にかかわりますが、ほとんどの上場会社が社外取締役を過半数入れている中で、入れてない会社はそれなりに理由があって入れてない考える方がむしろ自然です。そうすると、社外取締役と業績との間に有意な相関が得られないのは、大勢に抗して入れていない会社にはそれなりの理由がある、そのことだけを分析しているのかも知れない。つまり、全般的な社外取締役の機能や有益性は、ほとんど測っていないのではないかという疑問があり得ます。それに比べると、アメリカ以外の国ですと、比較的変動が大

きいといえますか、入れている企業もあれば昔からの慣行で入れてない会社もある中でなされた実証研究の方が、日本にとっては見るべき価値があるのではないかと思います（実証研究の紹介として、田中亘「立法事実と実証分析の利用：齊藤報告に対するコメント」ソフトロー研究 20 号（近刊、2012）参照）

その上で、現在の法制審会社法制部会の提案ですと、1 人入れるということです。これは、正直な話、1 人以外には、現在、経済界を説得する現実的な選択肢がありません。1 人より多くすれば、とても賛成してもらえない。ただ、1 人になると、今度は 1 人だったら入れても仕方がないという話になり、案そのものがつぶされる可能性もあります。

私は、義務づけについてはアンビバレントな考えしか持っていないのですが、仮に 1 人入れることに意味があるとすれば、1 人入れることで社外取締役のマーケットをつくり出すという意義を認めうるかなと思っています。たとえば、社外監査役という地位も、もともと存在しなかったものを、平成年間の商法改正によって、まず 1 人入れることを強制したことにより、社外監査役になるキャリアパスみたいなものがつくられた。これと同じように、1 人でも入れさせることで社外取締役になるというキャリアパスをつくり、それによって、潜在的な社外取締役のマーケットを作り出すと言う点に、一定の意義を認め得るのかなという気がしております。

【清水 剛】：今の話は、私の 2 点目の論点にかかわってくると思います。結局、今、日本において、社外取締役の十分な候補がいるのか、そしてその人々がちゃんと働いてくれるかということです。ご意見をいただけますでしょうか？

【静 正樹】：海外ではどういうところに人材の供給源があるのかという目で見ると、私は面白いと思いました。アメリカは過半数社外取締役がいる。よくそんなに、会社にとって役に立つ人がいたなという話になります。多くは自分で事業をして、それこそ Facebook の社長ではありませんが、若くして名を遂げて、あまりやることのない人みたいなのがたくさんいます。日本

では、そういう人はあまりいないのですが、社長になるのは大体 50 歳とか 60 歳ぐらいで、その後、引退しないで会社の中で会長や顧問という名前で残られて、秘書と車が付いて事務所がある。こういう人々をいわば遊ばせておくのは、非常にもったいないと思います。このような、実際に経営の第一線で経験をされた方を社外取締役の人材として動かせるような仕組みができてくればいいのであって、人がいないということは決してないだろうと思います。

特に、先ほどから出ているみたいに、一種の助言機能を念頭に置いて「あの人はいいアドバイスをくれますから、ぜひ入れてみてください」ということを進めていくのであれば、なおさら何かの会社で経営を経験した人は適任だろうと思います。そこは社外監査役と違います。社外監査役はコンプライアンスだとか、あるいは会計の問題を扱いますので、どうしても専門家が多いのです。東証の統計でもはっきり出ていまして、社外監査役の半分ぐらいの人が弁護士だったり会計士だったりしますが、社外取締役はそれほどありません。つまり、議決権を持って経営に対して何かものを言ってくれる人であるならば、ただ専門能力があるだけではなくて、何らかの違った経験を求めているという傾向もはっきり出ています。だとすると、さっき申し上げたような、社長を引退したような方を活用する道を考えるのが一番いいのではないかと私は思います。

【太田 洋】：機能を監督機能に絞り込んで考えるのであれば、極端にいいですと、社会的常識がある人であれば誰でも良いということになりますので、必ずしも人材の供給が不十分ということにはならないのではないかと考えております。この問題と関連して、次のようなご意見を伺ったことがあります。即ち、「日本では、長期にわたり社長の座にしがみついた人が比較的多い傾向にあるが、これは要するに、会社の社長を辞めるということが社会生活の終わりを意味している、後は引退して、家で隠居するしかないからだ。ということは、逆に、社外取締役を必要とするマーケットが形成されれば、社長を退任することが社会生活の終わりを意味しなくなるので、役員の新陳代謝も進むのではないかと」

という意見です。これは、かなり牽強付会な議論なのかも知れませんが、多少的を得ているような気もしなくともありません。先ほどの田中先生のお話ではありませんが、選任強制を実施すれば、それ相応に人材の供給源は生まれてくるのではないか、というのが私の見立てです。

【小佐野 広】: 今、お二方の先生が言われましたように、社長を引退されているような方が社外取締役になると、ある意味で社外取締役の専門職のような人がたくさん出てきます。そうすると、私がさっき言いました評判ネットワークメカニズムというのが、それによって機能してくるかもしれません。そうすると、報酬とか罰則とか考えなくても、それだけで社外取締役への動機づけがなされるかもしれないということがあるかと思っています。

【清水 剛】: どうもありがとうございます。それでは、フロアからのご意見・ご質問等をいただきたいと思います。

【島田 明夫】: 東北大学公共政策大学院の島田といいます。非常に貴重なお話を聞かせていただきました。社外取締役の役目、特に監督機能をどうするのかというのが非常に大きな議論だと思います。インセンティブという面から見ると、会社にとっていい社外取締役は、会社の利益が上がって株価が上がるようないい助言をしてくれる人ということになるかと思っています。一方で、監督という感じでいきますと、会社の不正を指摘する人に対して会社が高い報酬を払おうとするかということ、こういうインセンティブは多分ないだろうと思います。また、社外取締役を辞めることによって責任を開示するインセンティブは、むしろパニッシュメントによって与えられると思います。そういう意味で、社外取締役にどういう機能を持たせるかと、それからパニッシュメントをどうするかによって、インセンティブがかなり大きく変わってくるのではないかなという気がいたします。

それから、最初に話題になりました監査法人、あれは逆にパニッシュメントをしなければ駄目だと思いま

す。そもそもクライアントさんが会社なわけですから、パニッシュメントがないと、不正を見つけても、それをきちんと指摘するようなインセンティブが働かないと思います。

【清水 剛】: ありがとうございます。次の質問はいかがですか？

【宍戸 善一】: 一橋大学大学院国際企業戦略研究科の宍戸と申します。3月に、たまたま英米のコーポレートガバナンスの専門家と、オリンパス問題について議論をする機会がありました。彼らが異口同音に言ったことが、粉飾決算を企業ぐるみでやるのは別に英米でも珍しいことではないが、すべてが発覚した後で、オリンパス自体、あるいはさらに言うと銀行、あるいは損保等の大株主の反応がちょっと考えがたい、ということでした。経営側が出してきた人事案をそのまま飲んだ、あるいはウッドフォードさんのTOB提案に対して会いもしなかったという点で、日本は極めて異質であるという感想を持っていたようです。

私も日本人ですから、日本の銀行や保険会社がそういう反応をしたのもよく分かります。これは一言で言うと、会社共同体の規範というか、会社共同体が決めた人事は持ち合い株主としては支持し、文句を言わないということかと思っています。そうすると、日本において社外取締役が果たされるべき役割というのは、会社共同体と投資、利回りを純粋に追求する株主との間の利害対立、利益相反をどう解決するかということなのではないかと思っています。

そう考えると、今、法制審議会等での議論にいくつか疑問があります。一番の疑問は、従業員であった人が10年たったら社外取締役として認める、という方向性が出てきていることです。今の段階でも会社共同体からの独立性がまだ確保されていないのであって、10年たったらいいのではないかというのはおかしいと思うのですが、いかがでしょうかという点を静さんにお伺いいたします。また、義務づけについてはいろいろな実証研究等からする批判もありますが、多くの論者は、東証の上場規則でComply or explainの方向でやるのは、それが2人でも3人でも最もよろしいのではない

か。私は、過半数といわず半々でいいのではないかと、要するに拒否権を持てればいいのではないかと考えています。ただ、これについて何で東証がもっと積極的に、上場規則でやらないのかという静さんに伺いたい二つ目の点です。

【静 正樹】：ありがとうございます。最初のご質問につきまして、私も今の日本の会社法の社外要件というのは大変甘いと思っています。取引関係も何もない人が独立取締役として純粋に株主の利益を代弁するという構造をつくるのは、ガバナンスの一番の肝であると思っています。

そういう意味では、社外要件はまだまだ強化すべきであって、取引先も外すべきだと私はずっと言っていますが、会社法でそこが実現するかどうか分かりません。ただ、取引所では既にやっております。先ほどの独立役員の要件の中には、グローバルスタンダードなみの独立性基準を入れてあります。それでも、オリンパスの社外取締役3人のような人は、私どもの要件を潜り抜けて、独立役員になれますので、それ以上のことをやらなければいけないということで、取引関係のあるところは全部、開示してくれということにしています。

ただ、一方でむしろ人材難がこの問題の解決を難しくしているのではないかという観点に立つと、社外の要件をどこかで区切らないといけないのかもしれませんが、日本の場合には、雇用慣行は終身雇用ですので、20年も30年も会社に勤めていた人が、10年会社から離れていたといったら利害関係がなくなると言えるのかどうか、という問題もあります。いろいろなバランスを考えた結果、一つの目安として10年ぐらいで切ったらどうかということでしょう。これは、おそらく経済界に対する落としどころになって、逆に選任の義務づけの議論や、取引先を外すという議論もできているのだらうと思いますので、これは一種のバランス論で認められているのではないかと私は理解しております。

二つ目、何で東証はやらないのかということですが、おそらく世界の取引所の中で、こんなにガバナンスを一生懸命やっている取引所はどこにもないと思います。

私はニューヨークの証券取引所のガバナンスの担当者に、7〜8年前にわざわざ会いに行ったことがあります。

「日本では、こんなことをやっている」と言ったら「そんな、客の嫌がることをやる取引所が、世界中のどこにいたるんだ」と言われました。「いや、いや、あなたのところがやっているではないか」「あれは、政府に無理やりやらされているんだ。うそだと思えば、明日ワシントンへ行って、SECに聞いてこい」。SECの人は「そのとおり」と言いました。「当たり前だろう。あいつらは民間の商売なんだから、お客さんが嫌がることを率先してやるわけがない。おれたちがやらせている」。

「何で、やらせているの？」って聞いたら、『アメリカでは、昔、SECルールでガバナンスを規制していたことがある。ところが、アメリカは連邦国家なので、各州に会社法の制定権限があつて、連邦法でそれを行おうとすると憲法違反だと言われてしまう。現に、違憲判決が下りてできなくなった。その判決の中に「連邦法ではやってはいけない。でも、取引所の規則ならいい」と書いてあったので「分かった。取引所はおれの言うことを聞くから、何でもやらせちゃおう」というので、やっているんだ。』今だってサーベンス・オクスレー法やドッド・フランク法なども連邦法なので、取引所の規則で義務づけを書いています。自分で法制審議会へ出て行って、やれ、やれ言っている取引所の人間は私一人だと思います。

【古賀 純一郎】：茨城大の人文文学部の古賀です。皆さんのお話をお伺いして思ったのは、学者は一体何をすべきなのかということです。今日のお話をお伺いしていると、どういうふうに改革すべきであるかという方向性は、私は結構見えていると思います。だけど、なかなかそれが実現しない。それは、最初におっしゃったように、日本経団連のような必ずしも賛成でない団体が力を持っているからかと思います。

例えば、東証はお客様がお客様ですから、お客様の嫌がることはやれないでしょう。会社のほうを見るとトヨタは世襲の会社だから、自分たちの言うことに反論するような社外取締役は入れたくない。それから財閥系企業、三菱、住友、三井も社外取締役は入れたくない

いでしょう。結局、経団連は反対するわけです。

それでは、方向性が見えている中で、どこでそういう法律をつくるかということ、法制審議会ということになります。われわれ学者がそういうところに入って、よりよいに進めることはできるかもしれない。周りからは嫌われても、「もっといいものをつくるのに、私はこれは反対だ。もっと強いをつくるべきだ」こんなことを言うべきではないかと、私はこの話を聞きながら思いました。先生、いかがですか？私は、ちょっと青臭いですか？

【田中 亘】：今までの議論の中で、学者として一番考えたことは、静さんのお話の中で、なぜ取引所がお客さんの意思に反することをしないというふうになるのか。会社法学では、会社法のルールはRace to the topかRace to the bottomかという議論があります。アメリカは、州ごとに会社法が違うわけです。どの州で設立するかを会社自身が決めるとができ、会社が選択した州のルールが適応されるのです。このような法制度については、アカデミックな世界では非常に評価が分かれています。一つはRace to the bottomという考え方で、州は会社を誘致するために経営者に有利な法律ばかりつくるんだ、という考え方です。これが、アメリカ会社法学では1960年代ぐらいまでは主流の考え方でした。しかし、70年代以降は、いわゆるシカゴ学派などを中心とした法と経済学の大きな流れがあって、実はRace to the topなのではないか。なぜならば、駄目な会社法で設立した会社の株を投資家は買わないだろう。つまり、会社が商品売るときに駄目というレッテルを貼って商品売ようなものだから、そんなことはしないはずだ。だから、会社を設立するときには最も効率的なルールの州に設立するはずである。投資家保護というのもコストは掛かりますから、コスト面をも勘案したうえで適な投資家保護のルールがあるはずで、州間の競争を通じて自ずと会社法はそういうふうになる。会社法はトップに向かうのだという考え方です。

このような議論は、取引所の規則についても当てはまりそうです。今述べたシカゴ学はの主張によれば、取引所の規則もRace to the topになるという理論が

あり得えます。ただ、今の議論を窺っていてで私が興味深いのは、みんなそうなるとは全然、思っていないと言うことですやはり、どこかでRace to the topはおかしいところがあるのだと思います。

で、ご質問に対するお答えとしては、学者は今言ったような問題をああだこうだ考える、それで論文を書くのが本来の仕事ではないか。もちろん、法制審で学者が一つの意見として、義務づけにはこういうロジックがあります、正当化する議論はこういうものがあります、と言うことはもちろん差し支えないけれども、そうではなく、学者が権力者になって、反対がある中でそれを無視して強行するのが学者の役割かという、それは違うのではないかと私は思います。学者は、私がさっき言ったことをいろいろ考えたり、あるいは実証研究をしたりするのが仕事なのではないかという感じがします。これはこれで、青臭い学者理論かもしれませんが、個人的にはそういう立場です。

【林 康史】：立正大学の林です。私は、現在、取引所の社外取締役役に就いていまして、その立場からの発言だと思ってください。株式会社化される前の取引所は、もともと公益理事という立場がありましたが、私は、現在も公益を考える立場として取引所の社外取締役をやっているつもりです。時間がないということです、その立場からすこしだけ材料提供をしたいと思います。

就任するときに考えましたことは、ある人に言われたことでもあります、まっとうな質問をすることだということです。つまり、いわゆる経営陣に対して質問するくらいしか実際には能がないのです。それが実態に近いと思います。また、そもそも独立しているからいいのであって、もっと働けるのであれば、それは社外取締役ではないということです。

インセンティブの件ですが、自分たちで決めたインセンティブだと言われますけれども、インセンティブは報酬とは全然一致しておりません。むしろ逆に、報酬が低ければ低いほど社外取締役の機能を果たせるということもあります。つまり、給料をもらっていないから私は言いたいことを言わせてもらうぞということです。いわば、利益不相反であります。今回のお話は、

まったくもって違う検討をされていると思います。議論がオリンパスの事件から少し外れてしまっている気がしたのですが、今、もう一度、皆さんに考え直していただきたいのは、オリンパスの事件の問題は社外取締役が機能したかしなかったかという問題ではないということです。インセンティブで効かなかったらペナルティーだというのは、社外取締役に対するペナルティーではなくて、取締役全体のペナルティーであるべきです。議論が少し変ちよっとおかしい方向に流れていて、少し残念です。繰り返しますが、今回の議論には、社外取締役が機能したかどうかではないのだという視点も入れていただかないといけないと思います。

【木下 信行】：日本銀行の木下と言います。質問を一つだけ、手短かにさせてください。社外取締役の仕事をされる人がいたとして、誰がそのスポンサーになるのかということを考えてみますと、一般投資家の方はスポンサーになるようなお立場ではないですから、どうしても機関投資家かなと思います。私は、長い間、金融庁で働いておりましたが、その中で機関投資家を見ると、機関投資家のガバナンスは公的規制に強く依存しており、内生的なものはあまり見受けられません。そういうことですから、A I Jの年金基金みたいなことも生じてしまいます。投資先の株主としてのモニタリングはあまり期待できないと思います。そこで質問なのですが、機関投資家に対する一般投資家のガバナンスをどのように高めていけばよいのか、という点について、教えていただきたいと思います。

【福井 秀夫】：政策研究大学院大学の福井秀夫です。主として田中先生にお伺いできればと思います。第1点は、社外取締役は執行者の一員なのか、監督者の一員なのか、という点です。両方あるというお話が全般に多かったのですが、この点、分かりにくい役割のように思います。株価の向上に徹するということであれば、基本的には経営者陣の一角ということになります。なぜ監査法人や取締役が置かれているかというと、コンプライアンスが大事だという前提で、株価向上とは独立に、法的・倫理的にいけないことや利益相反をするなど、監視する集団がいる。つまり、いわば利益追

求集団としての取締役集団と、チェック集団としての監査役集団が独立に存在している。取締役の中の社内と社外の違いについての原理的な意味が、もう少しクリアに分かれれば、という趣旨です。

第2点ですが、社外取締役が会社にとっていいものならなぜ会社が自発的に置かないのか、というところが気になる点です。もし、株主にとって株価最大化が大きな目的であり、その意思が適切に取締役会の行動に反映される前提であるならば、かつ、それが不正をなくす、あるいはより収益を向上させるための仕組みならば、むしろ取締役会が自発的に株主総会に了承を求めて、社外取締役が必要なら置出し、情報開示をもっと徹底的にやる別の仕組みが必要だと思えば置くでしょう。社外取締役がエージェントたる取締役会にとっても大事だったら、多くの会社がこぞって置いていけるべきなのに、なぜ置いていないのか。

今日のお話では、それは持ち合いがあるから、総会の意思が必ずしも株主全体の利益として反映していないからだ、ということかと思います。株主相互間の取引費用が高過ぎることなのかどうかはよく分かりませんが、もし、そういう特殊な事情があるとしたら、そちらを直すのが先決ではないかという気がします。その代わりに社外取締役を置くのであれば、株価向上にだけ関心がある一般的な株主の代弁人、代理人としての役割だけを社外取締役に求めることになるのかどうか。

もう一つは義務付けに関連する議論ですが、会社によってはひょっとしたら社外取締役を置くコストのほうが、彼らの働きによって得られる便益よりも大きい会社が結構あるかもしれません。そのようなケースがあるかもしれないのに、全会社に義務づけることの社会的意義をどう考えるのか、という点です。

最後に第3点ですが、社外取締役を誰が選ぶのかという点に関して、バイアスがかなりあり得るように思われますが、これをどう考えるかという点です。おそらく社外取締役も、内部取締役も、監査役も、社長から選ばれたら、社長に対して一定の人的関係があるのが前提でしょうから、あまり批判的なことについては物申せないという事情があるかもしれません。だとしたら、社外取締役が、選ばれ方のバイアスから本当に自

由なのかどうかという点を考慮する必要があるかもしれない。ましてや経営判断ではなくて、不正や違法のモニターをすることを求めるということであれば、監査役、監査法人を選ぶのと、社外取締役を選ぶのはどう違うことになるのか。それから、社外取締役が過半数だとよくて単数だとまずいということに原理的になるのかどうか。どっちも社長から選ばれていたらその限りでは同じではないか、という疑問にはどう答えるのかという点です。

【清水 剛】：太田先生からお願いできますでしょうか？

【太田 洋】：先ほどの木下さんからのご質問ですが、はっきりと申し上げますと、日本の国内機関投資家は、議決権行使をそれ程重視していないのではないかと考えております。今回、アコーディア・ゴルフの委任状争奪戦でも、国内機関投資家からは、「不祥事を暴いて株価を下げて、なんていうことをしてくれたんだ。ふざけるな。」というような、反応が多くて、ちょっとびっくりしました。何故そのような状況が生じているかというと、わが国では、どのような議決権行使を行ったとしても、事後的に議決権行使について何も説明責任を果たさなくて良い上に、議決権行使がもたらす結果について何も責任を追及されることがないからではないかと考えております。そうであるとすると、国内機関投資家の behavior を変えて行くには、自分たちがどのような理由でどのような議決権行使を行ったのかという点について、機関投資家に、その背後にいる投資家に対して説明する責任を果たさせることが重要ですし、その議決権行使が不合理であれば、それがもたらした結果について責任追及がなされるという、受託者責任の追及のような仕組みを制度化していかなければならないと、強く感じています。

【小佐野 広】：インセンティブの件は、これは普通のミクロ経済学のプリンシパル＝エージェントの理論を適応するところなる。その場合、いいインセンティブになれるかもしれないけど、悪いインセンティブも出てくるかもしれません。そういったことを言っています。もちろん、学問分野が違えば、違う形のインセン

ティブの考え方も、もちろんあり得ます。一応、私がここで出してきたのは、ミクロ経済学の理論を使った形で、そういうふうにご理解いただければと思います。

【静 正樹】：私も一言だけ、機関投資家のガバナンスの問題について申し上げたいと思います。そもそも利益のある人しか動機がないのです。つまり、ガバナンスがしっかりして、安心して投資できるようになって、あるいは収益が上がるようになって、一番利益が得られるのは機関投資家です。しかも、透明性が高まれば、自分の受託者に対する説明責任も果たせるということなので、彼らが頑張らなければ駄目です。取引所にやれと言ったって、それは絶対にうまくいきません。

最近、早稲田大学の宮島先生の研究もありますが、機関投資家がしっかり付いている会社は、それなりに業績を上げています。結果からいっても、それはそのとおりだろうと思います。そういう意味で言うと、取引所は、ある意味、機関投資家の背中を押すとか前に出て何かやるのは意味があると思いますが、本当に利益を得る人が本気になってやらないと、こういうものは進まないのだということが世の中の現実なのではないかと、私は思っております。われわれは、本当に一生懸命やっているつもりでいますが、日本の機関投資家はどちらかというと純投資というよりも、生命保険のお金だって単純に言えば勧誘員を会社に入れてもらうための投資だと思っているみたいな話ですから、利益相反がたくさんあります。それを突き破る一つの方法として、太田先生がおっしゃっているような議決権行使の結果を発表させることが、一つあるのではないかと私は思います。

【田中 亘】：最初の意見を言ってくださった方に対するお答えです。もしも報酬が企業価値に反映されていないとすると、社外取締役が質問をたくさんすることで企業価値がかえって下がるようなときでも質問することになる、それが最適で望ましい事態なのか。これは社外取締役の機能を考えるときに何が望ましいのかを考えなければいけない、質問数を最大化することが最適なのかという話なのかなと思いました。

それから、問題は社外取締役ではなく、取締役会の

機能をいかに高めるかではないかかというご指摘についてですが、それはオリンパス事件の評価にかかわることかと思います。社外取締役がいようがいまいが、取締役会が機能すればもちろんそれがかまわないのですが、どのように機能させるのか。特に、疑わしい状況が発覚した後でも機能しなかった取締役会を機能させようとしたときに、経営陣から独立した取締役が一定程度存在するということは、一つの突破口になりうるのではないかという形で議論したということです。もちろん、社外取締役がいることだけが唯一の回答ではなくて、たとえば法的サンクションを含めて、いろいろなルートが考えられます。今日のシンポジウムは、その中でも特に社外取締役に比較的フォーカスしたということで、ご理解いただきたいと思います。

最後に福井先生のご質問ですが、先ほどもお話ししたように、義務づけに関しては非常に難しい論点がありますので、そのことを改めてご指摘くださったと思っていますので、特に私のほうで反論することではありません。ただ、最初のご質問の、社外取締役は執行者の一員なのか、それとも監督者の一員なのかという点であるますが、これは、執行者か監督者かというより、法律上は違法性を監査する人なのか、それ以上の妥当性も監査する人なのかという話ではないかと思います。適法性を監査する人であれば企業業績にかかわりなく適法か、違法かだけを判断すればよくて、監査役は原則的にはそういう人たちです。これに対し、社外取締役というのは、われわれはもっと高望みをしていまして、もちろん違法性もチェックしてほしいけれども、適法である中で企業価値を低める行為は無数にあるので、そこまでチェックしてほしい。つまり、会社の収益性を高める（もうける）という部分までやってほしいというところで、その点で、社外取締役は執行者の一員なのか、監督者の一員なのか、分かりにくくなるということがあるのかなと思います。

それから、2 番目の、よいものならなぜ会社が自発的に置かないのか。特に、株主がよいものならなぜ置かないのかというのは、太田先生のお話にもかかわりますが、株主のインセンティブも最適化になっていない。機関投資家もエージェントですから、人の金は投資しているということがあります。これに対し、個人

投資家は自分のお金を投資していますが、会社に対する持ち分が非常に小さいものですから、機関投資家以上に会社の企業価値向上のために、わざわざ時間と費用をかけることに関心がなくなってしまう。そうすると、経営陣の原案をそのまま通してしまう、それ以上のことはなかなかできないということがあると思います。

ただ、こういうロジックを進めていきますと、だんだんパターンリズムに近づいてきて、それでは規制担当者がどの程度、分かっているのかという異論は当然あり得ることではないかと思います。義務づけについては、コストのほうが便益より大きい会社に強制してしまうという問題点は、当然、考えられると思います。ただ、これを言うときもふたもないのですけれども、世界中どこの上場会社も社外取締役を過半数入れているのが大部分になっていて、日本はその点では全くのマイノリティーですから、仮に社外取締役の選任を義務づけても、これ以上、国際競争力を低下させることにはならないのではないかということはあるかもしれません。

【清水 剛】: すいません、司会の不手際で大変時間を使ってしまった。申し訳ありませんでした。まだ議論はつきないかと思いますが、このあたりで閉じさせていただきたいと思います。

本日は、どうもありがとうございました。そして、パネリストの方に大きな拍手をお願いしたいと思います。



[付記]

法制審議会会社法制部会は、平成24年8月1日、「会社法制の見直しに関する要綱案」を決定した(商事法務1973号12頁所収)。社外取締役の選任義務づけに関しては、法律による義務付けはしないものとする一方で、公開大会社である監査役設置会社かつ有価証券報告書提出会社である会社については、社外取締役を置かない場合は、社外取締役を置くことが相当でない理由を事業報告で開示すべきものとした(一種の comply or explain ノレーノレ。要綱案第1部第①・2(前注))。また、「金融商品取引所の規則において、上場会社は取締役である独立役員を1人以上確保するよう努める旨の規律を設ける必要がある」という内容の附帯決議を行った(商事法務1973号31頁)。同要綱案および同附帯決議は、平成24年9月7日、法制審議会総会で原案どおり採択され、「会社法制の見直しに関する要綱および附帯決議」として、法務大臣に答申された。今後は、答申に沿って関係法令の改正が行われる見通しである。

◆法と経済学会・第10回全国大会講演報告◆

□会長講演

『裁判所と規制官庁の役割分担
なぜ小さな裁判所なのか』

日時：2012年7月15日（日）14:00～15:00

場所：上智大学



裁判所や法律の役割については、大きな法廷、大きな裁判所というタイプと、それから法律が小さくて小さな裁判所というタイプがあります。両方のタイプがありまして、日本は小さな裁判所のタイプです。それがだんだん最近は大な裁判所になるようにといういろいろな圧力だとか、趨勢があります。その内容をももう少し細かく分けて私の理解を説明したいと思います。

裁判所の役割の大小ということで、日本の裁判所の役割は小さいという場合、まず一つは裁判所が提供するサービスの質が悪い。例えば時間がかかりすぎる。従って裁判所は利用されない。それに対してもう少しサービスのいい裁判所は利用される。これが大小に影響してくる場合があります。これはサービスの質の話です。日本で「ショウカイフク」をするというのは、もう少し法律家の数を増やして、サービスを向上させて、もっと使えるよという話です。

もう一つの大小の話は、裁判所が果たしている役割です。つまり、サービスの範囲や種類が各国で同じでない、日本の場合は種類や範囲が非常に小さい。例えばアメリカでは種類や範囲が広い。そもそも裁判所の

サービスの質ではなく、役割自体が小さく設定されている、大きく設定されているという違いがあります。私が今日お話しするのは、その後者のほうの話です。役割は日本の裁判所の場合は小さく設定されておりますが、それはどういう理屈で設定されているのかということと、それはどう理解できるのかということをお話ししたいと思います。

社会の権利利益の衝突をどう調整するのかということで、中立公正で裁判所がやればよいということが一つの考え方です。こういう考え方に基づいて裁判所の役割を大きく設定すると国が変わります。これは大きい裁判所ということになります。もう一つは、裁判所にそんな期待しては駄目だと、裁判所の役割を小さく設定しまして、残りはどうするのだということになりますと、これは公益をどのように調整するかという話だから、規制官庁が調整するというつくり方があります。

日本の裁判所は長らく後者のタイプの考え方でつくられておりました。役割は小さいということです。今、申しましたように裁判所の役割が小さいというのは、法の役割も小さいということです。裁判所の役割が大きい国は大きく個々人に権利を割り当てます。そうしますと、個々人のいろいろな利害調整というのは権利の衝突ということになりますから、この調整をどうしますかということで裁判所は出て来るというつくりになっています。

裁判所の役割が小さいシステムの場合は、個々人には小さく権利を割り当てます。そうしますと、個人の利害調整は、権利自体が衝突するということではなくて、両者の間の利害調整の話になります。つまり公益

の観点からどのように違い調整をするかということになりますから、裁判所の出番ではなくて、規制官庁が調整していくというシステムのつくり方になっています。日本は今申しました後者のように法律の役割、それから裁判所の役割がつけられています。

混乱を避けるために説明します。裁判の役割は、例えば財産権が侵害されたとか、それから公害などで生命や健康に被害が及んだという場合は、権利性の強い個人にとって非常に大事なところにいろいろな侵害が及びます。これは権利性が大きいタイプの紛争になります。これに対しまして、地球が温暖化していて、非常に気候不順になって困る。これはいろいろな利害がありますが、これは権利性が薄いと分けることができると思います。

それからもう一つは、裁判で紛争解決できるような紛争かどうかという軸を考えますと、裁判所による紛争解決が容易なタイプがあります。それは交通事故などで、裁判所がやるものです。もう一つは権利性の大きな問題に絡む場合でも、裁判所による紛争解決が困難なタイプというのがあります。例えば交通事故は普通は裁判で解決しやすいのですが、ひき逃げがあり加害者を見つけることができないとか、非常に被害は大きい、たくさんの人に少しずつ被害が及んでいる場合は、裁判を起こす損得勘定が合わない、ということで裁判をあきらめる、裁判が起きにくいとかあります。それから証拠を集めたり、証明するのが非常に大変な場合にも、裁判の利得、裁判のコストを考えて裁判にはなかなか難しくしていくということになります。

理屈上裁判でうまくいったのは利益性大で役割大のタイプです。これは権利性が強いというタイプです。ただし、実際に裁判がうまく機能するのは裁判所の役割大で権利性大の枠です。権利性大で役割小の枠は、理論上は裁判で機能しますが、実際裁判の損得勘定が合わないとかで裁判を起こしにくい場合がほとんどです。

それから、権利性小の範囲は、利害関係はそもそも権利性が薄いので裁判にはならなくて、自然保護というのはこちらの権利性小の範囲に入ります。だから普通は裁判があろうが行政規制はどの範囲でやりますかということ、権利性小の範囲はそもそも個人の権利を与

えても個人が守ることができない領域なので、行政規制で守らなければいけない。権利性大の範囲は、理屈上は裁判で守ることができるが、実質的には裁判で守りにくいからここも行政規制を行うということになってきます。だから、そもそも行政規制は必要なのは間違いありません。

私がこれからお話しするのは、少なくとも権利性大の範囲は裁判で守る可能性がありますから、裁判を認めてもいいと思います。しかも、大きな裁判所は、権利性大の範囲についてはなるべく裁判所の機能も大きくして役割を大きく設定して、裁判所が活躍できるようにしようという裁判所のつくり方があります。それから、小さな裁判所は、裁判所の役割を比較的狭くします。特に狭くする場合には、権利性が大でも役割が小の紛争解決は、裁判だってやれるじゃないか、という意見はあるでしょうが、いやいや、裁判所の役割は狭いですから、裁判所は役割が小の紛争解決をやることは認めませんよ、というロジックで裁判を絞って、裁判の役割を狭くするという議論がある。この議論を今日、私は取り扱います。

それに関連して、紛争解決のシステム類型を説明します。典型的な裁判というのは民事裁判です。権利侵害を受けた人が、この権利侵害は不当だということで裁判所の救済を求めるということですから、紛争解決を求める人間は私人、かつ紛争解決をするのは裁判所になります。これは私権、を広く設定するとそういうことになります。

他方で、これは裁判所に持っていくのですが、公的機関が裁判を、訴追者ではなく公的機関に絞られている場合があります。例えば刑事裁判はそうです。刑事裁判は被害者が処罰を求めるという訴訟は禁止されておりまして、検察当局が基礎独占になっています。どういう理屈になっているかといいますと、こちらは私人の権利を侵害したから権利救済を受けるために裁判所を利用する権利があります。刑事事件ではこうです。処罰することで守られる利益というのは公益であって、別に私人の権利侵害を回復するための訴訟ではない。これは公益を守るための訴訟なのだから、行政庁が独占する、規制官庁が独占するということになります。

これは独禁法なんかでも活用されて、日本と違ってアメリカですと独禁法で守られる利益というのは公益だと、従って公益を守る点に司法省というのが訴追を起こして裁判所に独禁法違反行為を差し止めるという仕組みになっています。

それからもう一つのタイプは、労働委員会やいろいろな労災や災害救済などの損害賠償を裁判所に訴える。これは被害者の私権が侵害されたというので訴訟を起こすことはできますが、裁判所でなくて行政機関が処理する仕組みになっています。これは各国こういうものを用意しています。とても厳しいところだと、裁判所でなくてこっち（規制官庁）に一本化してしまうという仕組みを取る場合があります。

それから一番典型的な日本のものは、公益が侵害された場合は裁判所に訴えて、公益侵害を防止してもらい、排除してもらいではなくて、行政機関自身の判断で防止する。要するに公益侵害を防止するための訴追権というのは行政機関が持つ。かつ、それが不当かどうかという判断も行政機関がもらって処理してしまうタイプです。

大きな裁判所を設定しているアメリカですと、この範囲が役割は非常に大きい。それからこちらも非常に活用している。日本は、この範囲が狭くて、こちらが非常に広い仕組みになっています。

今一応抽象的にお話しした具体例を挙げますと、広い法的権利とそれから広い裁判所の役割は、権利を各個人に広く配分する。そうしますと、利害の衝突が権利間の衝突という姿を取ります。従って、不服のある方は権利侵害があつて、この権利侵害は不当だと、従って排除してもらいたいという形に法的起訴にして、裁判所に訴訟を提起する。そして裁判所が当か不当かを判断します。

例えば、日本でスカイツリーと自宅の間にビルが造られると、自宅からの眺望が妨げられることになります。そして、眺望を妨げるのは不当だということで建設を差し止めてほしいという希望を持ちます。その場合に、一つのやり方で広く権利を設定した場合は、眺望権を認めることになります。他方でビルを建てるほうは、自分の土地に自分の建物を建てる権利がありますから、両方の権利の衝突という姿を取ります。とも

かく、眺望権を認めると、眺望が妨げられたという人は、眺望権がありますということで、裁判を起こすことができます。従ってそれに対する相手方の侵害は、当か不当かということを裁判所が判断します。不当だという場合には建物の建設を差し止めることになります。しかし、建物を建てる権利があるから正当だ、ということになれば請求が棄却されます。ともかく裁判所が判断をして利害調整をします。

他方で、日本の裁判所はこの場合はどうやっているのか。「いやいや、皆さんの間には原則として眺望権はありません。従って、スカイツリーが見えなくなったからといって、それは不当な場合も正当な場合もあるかもしれませんが、権利侵害にはなりません」というので、裁判所は取り合わないという枠組みになります。これは眺望権を法的権利として認めるのか、認めないのかで裁判所の対応は違います。こういう問題は、基本的に裁判所は受理しないということが小さい裁判所の場合の対応になります。

同じような問題で、自宅付近に違法駐車がなされて、家のすぐ前なので道路の出入りが非常に困難になり、自分の道路利用が損なわれている。ですから、そこに駐車するのを禁止してくれと裁判所に訴訟を起こします。前と同様に考えますと、大きい裁判所ですと、道路利用権を認めた上で、それに対して駐車をして道路利用を妨げているのは当か不当かという判断をすることになります。ともかく、裁判所が判断するまな板の上に乗るという仕組みになります。

他方、小さい裁判所の役割ですと、「道路利用権なんてありません。道路は規制によって造られて提供されているにすぎません。その結果、みんなが使えているだけで、これは反射的利益で、権利はないのですよ」ということになります。もちろん道路利用を妨げるのは不当な場合は多々ありますが、そもそも道路利用権を認めないのだから、当か不当かは裁判所が判断する話ではありませんという取り扱いになります。

だから、広い権利を認めて、そして広い裁判所を認めますと、これは権利侵害があつて、権利侵害が当か不当かを裁判所が判断するという扱いになります。しかし、狭い権利概念で狭い裁判所の役割を設定しますと、利益は損なわれているかもしれませんが、それは

法律の権利侵害ではありませんから、裁判所では取り扱いません、という考え方になってきます。

これは伝統的な一番骨格にある日本の裁判所の役割で、法律論の世界では公法と私法という考え方で議論されています。これはこういうことです。民法等々の法律を全部考えますと私法ということが観念されまして、この私法によってそれぞれ皆さんの私権が保護されています。それに対して、例えば建築基準法ができたり、それから道路法ができたり、いろいろな法律ができまして、道路利用等々についていろいろな規制があります。規制法規があって道路利用について交通整理がなされます。これは行政法規です。行政法規でいろいろ守られる利益があります。これはさきほどの話ですと、自分は眺望を楽しんでいたのに建築基準法の建物が建って眺望が見えなくなった。これは権利侵害でやめてくれと裁判所に言いたいところです。しかし、裁判所は、これは建築基準法で保護されている利益が損なわれるのだけど、建築基準法が保護している利益は私権ではなくて公益だ。公益侵害が生じて皆さんが迷惑しているのはそうですけど、私権が侵害されているわけではないですから、権利侵害を理由にあなたが裁判を利用することはできませんという議論になってきます。行政法規で保護される利益は原則として公益であって、反射的利益は私権である。裁判ができるのは私権侵害であるという枠組みになっています。

これは法学部の学生も非常に違和感を持つところですが、いろいろな行政法規や道路法など、いろいろなことで保護されている利益は、個人にとって優位な不利益で社会的にも当然大事な利益だと認められています。しかし、この枠組みからいいますと、これは反射的利益であって皆さんの個人的利益ではないから、いろいろそれが損なわれても、裁判所の利用は認めませんという話になってしまいます。

ともかくこういう枠組みが日本の伝統的な骨格です。もう一度整理しますと、各個人、われわれが一般に標準的にいろいろ享受している利益であって、非常に正当な利益だと思われています。しかし、先ほどのような説明から言いますと、この利益は権利の部分もあるし、それから公益として享受している部分もあって、公益として享受しているというのは行政法規の規制の

結果、皆さんが享受している反射的利益ですという枠組みになります。

これで不利益を被った場合、権利侵害がある場合は、個人の権利が侵害されたということで裁判を起こすことはできます。ところが反射的の公益が損なわれた場合は、個人権が侵害されたわけではないから、裁判は起こせないということになります。では、どうするのだということになりますと、この部分は責任を持って政府、公的機関が、これらを保護しますから一本化してください、という話になっています。私訴の排除を正当化するとしたら、こういう理論になります。

また、刑事訴訟は私権保護ではなくて公益保護を目的とするので、十分な刑事訴追が行われなかったからといって被害者が刑事裁判を求めることはできない。検察当局しか訴追権はないという仕組みで整理されています。

道路利用の不当な侵害の排除は、行政機関が例えば裁判所に中止命令を求めるとか、行政機関自身が処分によって排除することは可能ですが、皆さんが裁判所に行って、自分が迷惑しているからやめさせてください、と言うと、迷惑しているというけど権利侵害があるのですか、ないのですか。権利侵害ではない場合は、裁判所は受け付けませんという処理になっています。

なぜこういうふうに私権を広げないのか。またその結果私訴、私人が訴訟で自分の利益を守るということを制限するのかという問題があります。これについては、もし機能的な説明をするとこういう説明になってきます。これはアメリカでも、日本でもある議論ですけど、最適法は正論という話があります。法律は100%守るのがいいのかということになると、そうではないこともあります。完璧な法律ですと100%守るのはいいのです。ところが行政法規というのは、実際はそんなに100%守ってもらおうというように精密にできていなくて、よく情報が分からない段階で、このあたりを規制しようというふうにつくられています。要するに過剰に規制しないようにつくってくれといいますが、逆に過小になってしまいます。ですから、行政法規は大ざっぱにやや過大にルールをつくります。だから、情報不足のために正確なルールを設定できないと過大になるか、過小になるかのどちらかですが、その

場合は過大につくります。

そうしますと、それは 100%違法を是正すると過剰規制になってしまいます。そのために、訴追のほうを絞ります。違法行為があつて、行政庁がこれは是正しなければいけない違法行為なのか、そうではないのかというのを判断して、そこで絞りをかけます。ですから、違法行為でも実際には処罰されないものもあります。こういう仕組みが出てきます。これは実際に今ではだいぶ厳しくなっていますが、いいものも悪いものもあります。

実際やっているのは、例えば、駐車違反の取締です。これは皆さんご存じのように古くからある伝統的な商店街には、駐車場を用意していないところはたくさんあります。荷物の積卸しのために路駐をしてやっていますが、あれは警察が不文律で目こぼしして、違法駐車で徹底して取り締まっています。これは法律のところにはどこにも書いていませんが、実際上の運用としてそうしています。

違法建築もそうです。もちろん重大な建築は認めませんが、それぞれの地域で時代、時代によって、この程度までは違法建築を目こぼすという相場観がありまして、それで法律を執行しています。だから、訴追を絞って本当の規定の 100 を 80 にしたり、実効的なレベルは 70 とか 60 に落としたりします。これは訴追を絞るということで調整しています。

訴追を絞るには何が必要かということになりますと、被害者の人が訴訟できる仕組みを用意しておきますと、これは被害者の人は 100%訴訟を起こしてきます。これができなくなってしまいます。そうしますと私訴を絞らなければいけないというので、これは皆さんには権利はなくて公益の問題で、一手に規制官庁はこれの是正を引き受けて、そこで是正すべきものと是正すべきでないものを絞り込むことによって、適切なレベルに規制をコントロールします。これが最適法是正論という考え方です。これがすべての利益というのは個人の私権として承認せずに公益として残しておく。行政庁がどこまで保護するのかを調整するという論理です。日本の議論は、公法私法の峻別論は非常に厳格です。行政法規で保護される利益は私権性を原則として否定します。これは公益であり反射的利益だとして大体片

付けます。これが原則的な処理です。特別な事情がありますと、これは行政法規や公法であると同時に私法を修正するという性格もあるということで、私権に上乘せするというのを認めます。しかし、これは非常に例外的に認めている、という枠組みです。公益侵害にとどまりますから、私訴はできないことになります。専ら行政規制官庁の規制によって保護される。道路利用を妨げられても裁判所での妨害排除請求はできない。違法建築で眺望を妨げられても裁判所での排除請求は原則としてできないということになります。行政官庁が建築基準法を厳しく施行したり、道路交通法に基づいて厳しく取り締まるということで、個人の利益は守られるという仕組みになっています。

公私の峻別論は、では本当にこれで正当化しようと思ったら正当化できないわけでもないですが、現実には示している機能や姿は、大きく理屈とはずれています。最適法是正論は、過剰な是正、違法の是正を回避し、そのために公的規制に一本化する。その裏には行政官庁にリソースが十分あつて、しかも勤勉で一生懸命やってくれるということを前提にしておりますが、公的是正が最適レベルを達成するという仮定があります。だけど、これが違っているのは明らかです。仮定は適切ではありません。公益は行政官庁が一手に引き受けていますが、規制官庁による是正措置は、これは誰がどう見ても過小になる場合があります。これが過小になるのは、まずリソースがない場合が多いです。人手や労力が不足しておりまして、大事なもののしか集中できません。ほかのものは違法があつても是正できません。これは放任するのがいいから是正しないのではなくて、是正したいのだけど、これはもう手が回りませんという場合がしばしばあります。

それからもう一つは、違法の中には、公益の中でも役所のほうは関心が薄かったり、意欲が不足している場合があります。今は役所も熱心で違法建築などはかなり厳しく是正しています。市民の不満が強いですし、選挙にも影響しますからかなり熱心にやっています。一昔前は、違法建築の是正などは、当事者は非常に強い利害関係があつて関心が強いのですが、行政官庁、役所の方は、通行妨害と同様あまり関心がありませんでした。こういう二つがありますから、最適法是正論

で最適なレベルに違法の是正をコントロールするという理屈で訴追権は独占するのですが、実は役所自身がきちんとやらない。80%にコントロールすればいいのだけど、実際やっているのは20%しか訴追していないという事態が出てきます。非常に欠陥が多いと、今の評価は変わってきています。

こちらにいたしますと行政法規違反は是正すべきです。最適レベルがここだとしますと、実際に行政庁の是正措置が行われているかというはずっと少ないのです。本当は、最適規制レベルはここなのに、ずれがあるという問題があります。従って、多くの場合は、このところはもう少し過小エンフォースメントになっているのを強めなければいけないということになります。従って、最近の傾向は、これについては、過小是正措置の補正が必要であって、私権をもうちょっと広く認める。それに伴って私訴をもっと活用する方向に移っております。

代表的な例として、最近日本で独禁法の私訴というのが認められました。日本の独禁法のもともとの理解は、行政法規であって独禁法でいろいろな利益を保護して、人々にいろいろな利益を与えます。競争によって利益を受ける人は独禁法が厳しく施行されることによって、自由な競争が行われて、自分たちの価格が下がるというような利益があります。しかし、これは公益であるということになります。そうしますと、独禁法違反の行為でいろいろ被害を被った人が、それを差し止めようと訴訟を起こすと、あなたが損なわれているのは公益を守るために裁判を利用しているが、独禁法で守られている私権はありませんということで、独禁法違反の是正というのは、公益を守るためなのだから、役所、公正取引委員会だけが施行できますというふうになっています。独禁法保護利益は公益であり、私訴による妨害排除請求は認められないという枠組みになっています。

この間、独禁法の施行は不十分だ、公取がだらしないというので、公取はもっとお金や労力を充実させようという話が一方であります。それと同時に、どちらにしても焼け石に水なのだから、独禁法の被害者の人に直接違反行為の差し止めを認めましょうという話が出てきて、後者が通ったというのが私訴の導入と

いうものです。

裏を返せばこうです。独禁法で保護される利益は、従来は公益でしたが、私権性を認めたということです。私法の修正をして私権を認めるという解釈が行われました。従って私権を侵害されたということになりますから、私人による差し止めが認められるということになります。これが一つの例です。だから、裁判所の役割を増やしていくというのは、私権を広げないとこれを広げることができないというのが日本の仕組みです。

それからもう一つは、なぜそういう枠組みを取っているのか。機能的な説明は先ほど言ったようなところにきます。だから、どれだけ違法を最適に是正するかという基準で、今の仕組みの機能をチェックして、これを変えていくということです。私権性をもっと広げて、もっと私的なエンフォースメントを増やしたほうがいいのか。それともその必要はないのかということ、私権の範囲を広げるか、広げないかということ、もう少し評価される必要があります。最終的にはこの論点は機能的な問題になってきますから、ローアンドエコノミクスなんかの研究というのは非常に有用な分野の一つです。

次の論点です。もう一つは裁判所の役割です。かつての役割は私人がいろいろな不利益を被ったときに、その解決のために裁判所がどれぐらい大きな役割を果たすのかということで、それに大小があるという説明です。もう一つの役割は、私人の利益を保護するために行政機関の役割がかなり広がっているのは間違いありません。そうすると、行政機関が十分やらない場合に私訴を広げるという話と、もう一つは行政機関が不十分だから行政機関を監督するという目的の訴訟があります。直接裁判所が私人の権利を保護するというやり方と、私人の利益を保護するのは行政庁の役割ですけど、行政庁がそれを十分やっていない場合は、もっとちゃんとやれというタイプの訴訟です。裁判所が行政庁を監督するという仕事があります。

ここでも裁判所の役割の大小があります。規制官庁の仕事が不十分な場合、それを是正する訴訟を広く認め、かつ是正もかなり強く行う、審査を深くやるというタイプの裁判所があります。これは大きな裁判所です。それから規制官庁のやったことについて、よほど

の場合でなければ裁判を認めない。認めたとしてもあまり深くその是非というのを審査しない。これは小さなタイプの裁判所ということになります。この点でも日本の裁判所の役割は小さいです。これが裁判所の役割が小さいという二つ目の理由です。

今申しましたことの例を挙げますと、建築基準法違反の行為が行われました。危険な建物が建ったり、眺望を損なう建物が建ったり、いろいろなことで私は利益侵害を受けます。その場合、私はどうやって自分の利益を守るのかということです。一つは自分の私権が侵害されたということで、相手方に建築の差し止め訴訟を認めさせる。これを広く認めてくれればよろしいというやり方です。もう一つは、そういうやり方は認められない、これは公益を保護しているということで、行政庁は建築基準法に基づいてやらなければいけない規制をちゃんとやっていないと、行政庁の行為を是正しろという訴訟です。この場合、訴訟の相手は規制官庁ということになります。こちらのタイプの訴訟もあります。

だから2通りの訴訟があります。権利を広く認めて直接裁判所では是正を認めていく。もう一つは、行政庁が十分やっていないという訴訟を活用するルートを充実させていくということです。両方あるのですが、建築基準法の場合は後者が基本的訴訟です。建築基準法という法律があったら、その施行をまずは建築規制官庁に一本化する。それが妥当かどうかを裁判所に監督させる。その監督をきちんとしてくれという訴訟を私人に起こさせる。こういうルートを強化していくというのが基本的な方向です。

なぜこちらを重視するかというと、二重規制の回避が理由になっています。これは裁判所が直接建築基準法に基づいて規制するよりも、規制官庁が規制して、それが不十分だとそれを直させます。そうしないと、裁判所の規制と建築規制官庁の規制が二重規制になってしまいます。それよりは、規制官庁のほうの規制を改善していくという形でよいパフォーマンスが得られるだろうという考え方を取っています。

先ほどの議論を整理しておきます。建築基準法で保護される利益が非常に広いものだといえますと、建築基準法で保護されるということです。変な建物で基

本的な権利が示されますと私権侵害ということになります。眺望や地域の安全な地域性という部分というのは反射的利益、公益として保護されているという整理となります。

建築規制官庁の活動が不十分ですと、公益が損なわれることとなりますが、この公益も二つに分けて考えてみます。公益のうち個人的利益としても保護されている公益と、それからまったく個人的利益として保護されていない公益とに分けます。個人的利益が保護されている場合は、行政規制は不十分で、自分の個人的に保護されている公益は保護されていない、ということで行政訴訟を起こせるという整理になっています。しかし、公益のうち個人的利益まで保護されているのは日本の場合には非常に狭いです。アメリカの場合には非常に広くしていますから、行政訴訟を起こしやすくなっています。

なぜそうなるのか。不十分な行政規制が行われますと、それによってきちんとした行政規制が行われた場合に得られた利益は損なわれます、得られないということです。だから不利益を被る人は、たくさんいろいろな種類の人がいるのですが、どの範囲で訴訟を起こすことを認めるのか。これは原告適格といいますが、これを広く認めていくとどういうことが起きるか。原告適格を広く認めれば認めるほど訴訟を起こす機会が非常に増えてきます。訴訟がたくさん行われますから、大体最初に原告と認めたら誰も争えないということで行政庁は特にずさんになってきます。ところが争う人が出てきますと違法は是正されまして、これは利益が出ます。だんだん原告適格を広げていきますと、もっと前に適切な人が訴訟を起こして是正しているような利益ではなくて、さらにこの人を認めたからといって何か是正利益があるかということ、だんだん是正された利益は低減していくと思います。

他方で裁判を起こしたときのベネフィットというのは、裁判によって違法な行政措置が是正されて、その改善によって社会的利益が出るということです。他方、裁判のコストというのは何かといいますと、紛争処理するために裁判所のコストがかかります。それから相手方が応訴しないといけないというコストがあります。

それから三つ目は、正しい行政処分を間違えて、裁

判所がミスをして間違えた裁判をやると、それに伴っていろいろなコストが発生します。非常にポンチ絵的に考えますと、原告適格の範囲はこの「キュー」でやるのが一番よろしいわけで、原告適格を認めることによる違法行為を是正して得られる利益と、訴訟を認めることによつてのかかるコストのバランスです。これ以上原告適格を広げると、費用対効果的にはあまりメリットがない訴訟になります。このへんで原告適格を絞るのが正しいということになります。

どうして各国でこの範囲は変わってくるのかということ。一つの例は、日本の裁判所についての伝統的な考え方は、行政法規のような新しいものについては、裁判所は適用する能力が非常に欠けています。伝統的な財産法とか、そういうものと違って、建築基準法でどの程度規制すれば環境上のベネフィットと土地利用のベネフィットがうまく調整できるのか、こういう問題をよく理解した上で適用しなくてはいいのですが、裁判所はそういう能力が欠けています。そうしますと訴訟を起こしても裁判所の間違いが結構多いということになりまして、訴訟のコストは非常に高いと見えています。

それからもう一つは、ベネフィットの考え方です。日本の裁判所のベネフィットは、例えば訴訟のベネフィットをどう見るのかということで一つの考え方です。本当の原告自身の利益ということ。もう一つの考え方は、例えば誰かが訴訟を起こして電気料金の値上げを阻止すると、その人が得られる利益は微々たるもので、大した額ではない。ところが、ほかの人も合わせると社会的にはものすごいベネフィットが得られます。だから個人的な便益と、その訴訟が社会にもたらす便益レベルはずいぶん大きく差があります。だから、便益をどう見るのかということです。日本の裁判所で考えているベネフィットというのは、原告個人のベネフィットです。社会のベネフィットというのを織り込んでやるということはありません。これはいろいろな理由がありますが、それは大きな論拠であります。2つの点がありますから、日本では原告適格は絞り込むという考え方です。

アメリカは両方の点で大きく違った考え方を取っていますから、原告適格が非常に広がっています。こ

の点もいくつか話がありますが、行政訴訟を起こす人の資格、それから原告適格の範囲というのをどのように定めるのが一番社会的な効用が大きいのかということによって、適切な原告適格の範囲という機能的な研究を進めることができると思います。この部分は裁判所の役割という点では、法と経済学で研究する価値のある分野だと私は考えています。

今までお話ししたことを整理いたしますと、日本の裁判所の役割は小さいといわれているけども、小さいといわれているのは、まず一つは、公益保護における裁判所の役割ということです。第一的に誰が公益保護を担うのかということについて、裁判所か規制官庁かという問題があります。日本の場合は公益を私権として読み替えて、私権の範囲を広げること非常に消極的ですから私権の範囲が狭くて、従って裁判所の役割が非常に小さくなっています。

もう一つは、規制官庁を監督する裁判所の役割という論点があります。これは裁判所がどれだけの役割を果たすのか。裁判所の能力と裁判所の審査の公用の評価にどれぐらいの役割を割り当てるかということに答えは依存します。裁判を認める費用対効果小だと裁判所の役割は小さくなりますし、これが大きかったら裁判所の役割を広げましょうということになります。この点については、日本では非常に小さいと見て、役割を小さく設定しています。私は直観的にはそうではないと思います。この点も検討の余地が非常に大きい論点だと思います。

以上が私のお話です。どうもありがとうございました。

◆法と経済学会・第10回全国大会講演報告◆

□パネルディスカッション

『防災と財産権のコントロール』

日時：2012年7月15日（日）15:00～17:00

場所：上智大学

コーディネーター 村松 幹二（駒澤大学経済学部准教授）
 パネリスト 永松 伸吾（関西大学社会安全学部・大学院社会安全研究科准教授）
 榊 素寛（神戸大学大学院法学研究科准教授）
 瀬下 博之（専修大学商学部教授）
 角松 生史（神戸大学大学院法学研究科教授）

【村松 幹二】：昨年の震災とその後の対応をふまえ、このパネルでは防災、減災という事前の視点を中心に議論したいと思います。

防災・減災のための制度設計を考える際には、市場メカニズムの利点と問題点をよく理解した上で政府の介入の在り方を考える必要があります。非常に小さい確率で大きな災害が発生する場合、個人の認識の問題もありますし、また、特に保険などを考えても非常に大規模なものが起きた場合には、マーケットは機能しにくい側面があります。

また、密集市街地などの問題を考えると、個人の行動だけではなくて、隣の家が燃えてしまったら、倒れてしまったら、やはり周りにも影響を与える。避難経路の確保も重要である。減災の立場で地震等が発生した後でどのように被害を減らすかという点を考えても、外部性の問題が大きく、そこでもマーケットが機能しにくいと思われます。そのため、どこまで、どのような形で政府が介入していく必要があるだろうか、この点を中心に考えていきたいと思います。

今日の進め方ですが、まず、関西大学社会安全学部の永松先生は、内閣府でも減災に関して研究され、特に昨年、今年にかけての一般の人の意識の変化のアンケート等を多く分析されています。どのようなものに防災・減災の焦点を当てるべきなのか、政策に対するどういった要望が強いのかといった視点から、永松先生に最初にお話ししていただきます。次に榊先生から

保険の問題について、角松先生から空き家と密集市街地の問題について議論していただき、瀬下先生から経済学の視点でそのような問題をどのようにとらえるのかを議論していただきます。最初お一人当たり20分前後をめどに発表していただき、その後、パネリストの中である程度討論を行った後、質疑をしたいと思います。では、永松先生、よろしくお願いします。



<持続可能な防災・減災政策に向けて>

【永松 伸吾】： 皆さん、こんにちは。ただいまご紹介にあずかりました、関西大学の永松と申します。私が大阪大学国際公共政策研究科の大学院に入学したのが阪神淡路大震災の翌年、博士課程に入ったのが3年目で、その中で震災からの経済復興の問題を指導教官の影響もあって研究していた関係で、いつの間にか防災のことをやるようになりました。今でも防災や減災といった政策について、専門に研究しています。そ

れで3年前に『減災政策論入門』という本を出しまして、今日の話はそこで書いていることにもかなりかぶってきますが、大きな話として、日本の防災・減災政策というのは今どういう局面にあるのかをお話したいと思います。

『防災白書』に必ず毎年載っている、わが国の災害による死者数の推移によると、戦後1959年に伊勢湾台風がありまして、それ以降、死者1,000人以上を出す災害は、阪神淡路大震災まではありませんでした。阪神・淡路大震災で例外的に多数の死者が出て、またそれからずっと1,000人以上の死者が出るような災害、それどころか100人以上も死者が出ることもほとんどありませんでした。

ここで重要なことは、戦後しばらくは、毎年のように死者1,000人を超えていたのが、強力に治山治水対策を進めていった結果、大幅な被害の減少に成功したと言うことです。ただ、リスクの質が変わりました。毎年のように1,000人ぐらい死ぬようなリスクは減少しましたが、めったに死者は出ないけれども、いったん起きると東日本大震災のように数千から数万の単位で死者が出てしまうような、巨大な災害リスクというものは残存しています。

これを財政面から見ますと、何が起きているのかがよく分かります。1962年に災害対策基本法ができてから、わが国で防災にどれだけのお金を使ったのかという統計があります。これは一般会計だけではなくて、特別会計なんかも全部含めてですが、参考までに一般会計予算に対する防災会計予算の比を取ってみますと、防災会計予算全体では、国家予算の一般会計の8%ぐらいに相当する予算をずっと使っていたのが、だんだん減ってきているというトレンドがあります。

特に注目したいのは、60年代から80年代にかけて災害復旧費の割合が最初4%ぐらいだったのが、だいたい1%ぐらいまで下がっている。復旧費が下がってくるとするのは、それだけ被害が小さくなっているということです。他方で、漸増ではあるのですが災害予防、すなわちいろいろな警報システム、避難、あるいは公共施設の耐震化など、災害予防に関する部分は少しずつ増えています。これはある意味非常に理想的なプロセスです。災害危機管理というのは、四つのサイクルで

とらえることができます。災害が起こった後のresponse、対応の部分。それからrecovery、復興の部分。それからmitigation、被害抑止の部分、被害軽減の部分。それからpreparedness、事前準備という、こういう4つのサイクルでとらえますが、まさにこのプロセスは、予防をすることによって被害が減る、被害が減った分、復旧・復興の負担が減る、その分また予防に対してお金を使うという、正の循環で災害被害を減らすことができました。それが1980年代ぐらいまでのトレンドでした。ただ、そういった理想的なプロセスは80年代以降あまり機能していない。それを理論的に考えます。これはいわゆるハザードカーブといわれるもので、縦軸に発生確率、横軸に災害をもたらす外力を取ったものです。例えば地震の震度で言いますと、震度2とか、震度3を感じるような地震というのはよくあります。でも、震度6強の地震はまれです。一般的に外力が大きくなれば、その発生確率は下がります。豪雨でもそうです。雨量は時間雨量10mm、20mmはよく降りますが、80mm、90mmになるとめったに降らない。だから一般的に右下がりのグラフになります。

われわれはこの外力について、あるところまでハードで抑止しようとしします。例えばある外力の水準まで、ある経済がそれをハードで食い止める。それは耐震性能であったり、あるいは堤防の性能であったり、何でもいいのですが、外力がその水準以下だと災害が起きなくて、それ以上の外力がくれば災害が起きるという状態です。例えば終戦直後のわが国はここでいうこの低い水準に臨界外力がありました。

その時の防災のための資本ストックのレベルから、われわれが防災対策投資を進めていくことによって、資本のストック量が増大し、その結果、耐えうる外力が上がっていったということ、これがいわゆる被害抑止力の向上、防災力の向上という現象です。ところが、このハザードカーブには、無限に大きな外力というのは可能性としてあるわけで、これは確率0にはならない。どこまでやっても必ず消せないリスクが残ります。これは、よくtail riskとかブラックスワンと、言われたりもしますが、Low probability high consequence、いわゆる低頻度高被害型リスクです。さらにやっかいなのは、ある程度、防災投資が進むと、外力を高める

ための投資、いわゆる投資の限界効率は下がってきます。つまり、ある程度、国全体に対して防災投資が行きわたってしまうと、次にどこで災害が起きやすいかがだんだん分からなくなってきた、その投資の限界便益が下がってしまいます。その結果、一体どこに防災投資をしたらいいのか、もうだんだん災害なんて起きなくなっているのだから、そんなことは無駄ではないかと、社会が思ってきます。このため、ますますこの部分のリスクは残ったままになります。この部分のリスクを減らすためには、相当大きな負担を社会でしなければいけないけれども、なかなかその合意は得られないと思います。

さらにそういう時代になってきますと、巨大災害リスクそのものを同定することは、著しく困難になってきます。笑えない話なのですが、これは震災の直前に作られた福島県の企業誘致のパフレットです。ここで「福島県は強固な地盤で大きな地震が少ない、安全、安心なビジネスステージ」と、われわれの県は安全な県ですということをPRしています。それはどうしてかという、福島県が勝手に言っているわけではありません。文部科学省が進めていた、地震発生確率の長期評価結果に基づいています。今後30年間に何%の確率で、震度6弱以上の揺れが起こるかという科学的な評価を行い、それによって、この色分けがなされています。確かに福島県は黄色ですので、30年間0.3%未満で評価されているところが非常に多いです。これを引用して、福島県はすごく地震が少ないところだから、どんどん企業に来てくださいということをPRしていました。実際に、例えば東海地方の工場が、いわゆるリスク分散のために福島に拠点を移したという報道もありました。

これをどう考えるかです。防災の業界などではハザードマップを安全情報として使うのはけしからんという言い方がされます。でも、それはおかしいのです。もともとこれは、リスクの高いところを同定しており、それは相対的にリスクの低いところを同定しているわけなのですから、例えばこの赤い部分で地価が下がるとか、こういった部分にいけば保険料が高くなるとか、逆に黄色の部分に行けば保険料が下がるという形で、リスクの低いところにいろいろな資源を誘導していくために本来使われるべきものです。だから企業がこち

らに移転した、あるいは福島がそれを売り物にしていること自体は、何ら責められるべきことではないはずです。これを一体どうとらえるかということは、実は、今日の、防災にマーケットメカニズムをどう活用していくかという本質的な問題になってくるのではないかと思います。

私はこれまで日本で行われたのは防災対策であって、これからは減災政策にパラダイムシフトしなければいけないということを、ずっと訴えています。災害リスクそのものが低頻度高被害化していくと、もう単に家がつぶれて人が死ぬということだけでは災害は語りきれない。例えば今回の東日本大震災では、実に直接的に20万人ぐらいの方が職を失われたりしています。例えば家を失うことは分かりやすく、誰でも予想のつくことです。例えば高台に住むとか、耐震化することでリスクを減らすことができます。ところが、自分の職場が失われてしまうと、自助努力も何もできません。そう考えてきますと、単に人的、物的被害を軽減するだけではなく、その災害という局面の中で、トータルで人間の生活が安定的に保障されるということを、最終的な政策の目標に掲げなければいけないと思っています。その対象も、地震、水害とかだけではなくて、大規模事故であったり、戦争であったり、感染症なども含まれてきます。例えば私が調査したものでは、宮崎県の口蹄疫の問題も調査しました。あれも瞬時にして多くの農家の方々が仕事を失ってしまうという、巨大なリスクです。そういったものも本来、対象にするべきであろうと思います。

国民の災害リスク観が、今、大きく変化しています。1960年代の政策パラダイムというのは、サイエンスによって災害のメカニズムが同定できて、これをこうすれば被害が減らせるということが、非常に明確に分かった、あるいは分かるという期待があった時代だといえます。今は、低頻度高被害化した災害は、科学的な予測が非常に困難ですし、それを定量的に評価することも、それに対して技術的に備えることも難しくなっています。そうなりますと、昔は復旧、復興とか、被災者生活再建支援みたいなことを考えるよりは、被害そのものを出不さないという事前対策が優越的に考えられていたのですが、これからは、事前対策と同時

に、なかなか減らせない災害、全く予期できない災害もあるのだから、事後対策も総合的にやらなければならない。

その事前対策でも、比較的短期的視点で、自助努力を絶対視する考え方から、もう少し長期的な視点を持たなければいけないと思っています。例えば、住宅の耐震化について考えてみますと、日本の住宅の平均寿命は27年と言われています。27年間に、その家が大きな地震で被害を受ける確率は、どうしても低いです。だけどその住宅が200年にわたって使われるということになれば、その200年の間に大きな災害が起きる可能性は高い。その場合耐震性能は、当然備えておくべきということになります。200年、この都市が続くということを考えれば、道路は広くなければいけないし、そういった災害に強いものを、性能として持っておかなければいけません。

このように持続可能な都市構造、社会経済システムを構築することによって、低頻度であったとしても、それが社会全体から見たら、決して低頻度ではないという長期的な視点を持つことが非常に重要です。実はこういう考え方は、私だけが言っているのではなくて、少し前なのですが、アメリカでも、Sustainable Disaster Mitigation（持続可能な減災対策）と言われ研究者による提言がなされています。

そういう持続可能な防災、減災政策をどう実現していったらいいのか。そもそも国民は今の災害リスクとそれに対する備え、政策的な備えにどういう選好を持っているのかを、内閣府の経済社会総合研究所の研究プロジェクトで調査をしました。非常にショッキングだったのは、「大規模な地震対策事業をどこで、どの程度実施するべきかについて、あなたの考え方にもっとも近いものを選択してください、1番、すべての地域で等しく実施する。2番、被害が大きくなることが予想される地域に重点。3番、発生しやすい地域に重点。4番、発生しやすく、被害が大きくなる地域に重点。5番、事業を行う必要がない。」という質問です。一般的に、リスクは、確率×コストで評価することが多いのですが、それを全く関係なく一律に対策を行うのか、コストだけで考えるのか。あるいは確率だけで考えるのか。あるいはそれを掛け合わせたリスクで考えるのか

かを聞いています。何と、これは震災の後なのですが、3割以上は、もうみんな同じようにやりなさいと、あるいは、一番多いのは、被害が大きくなることが予想される地域にやりなさい。コストだけを考えなさいという回答です。むしろ確率を重視するべきだというのは非常に少なく、全体でも2割に満たない。多くの国民は、少なくとも地震に関しては、どこでどのぐらいの確率で起こるという確率情報を、あまり信用していないことが分かりました。

また、興味深いのは、大都市直下地震の被害を半減されることが期待されるような、大規模な耐震改修、都市基盤の強化、再開発を何年ぐらいでやるべきか、という質問です。5年以内という意見も多く、10年以内という回答を合わせますと、大体8割近いです。考えてみれば、大規模な区画整理とか、都市再開発は、10年で終わるはずはないのですが、でも国民はそれぐらいのタイムスパンを期待しています。その費用負担は一体誰がしますかと聞くと、7割5分ぐらいが、事業を実施している世代、つまり自分たちです。それからどちらかといえば事業を実施している世代ということで、あまり将来世代に負担を先送りすることは望んでいません。でもそれは将来のことを思ってというよりは、むしろ自分たちが生きている間にきちんと対策をやってほしい、その代り、自分たちが負担することは厭わないという発想です。

それから、一般的に言って、地震の被害を抑止し、軽減するためのハードとソフトの対策はどれぐらいの比率ですかといったときに「全部ソフト」「数十年に一度の頻度で来る災害に対してはハード」「数百年に一度まで来る災害に対してはハード」「数千年に一度でもハード」という選択肢を与えて聞いてみますと、数十年に一度というところが非常に多い。これも大体、自分の人生に一度、あるかないかぐらいまでをハードでやってくれたら、俺は当たらないだろうなという感覚ではないでしょうか。これを見る限りにおいては、国民は結局自分の人生の中の範囲でしか災害リスクを考えていないし、それに対して備えることしか興味がないという感じがします。

最後に、これは今日の議論の中心になるのかもしれませんが、地震リスクを軽減するために、どんな対策

が必要かということで、土地利用規制、あるいはその土地での経済活動を規制するという。それからいわゆる建築物や都市基盤を強化する。それから、いわゆる災害対応とか危機管理を強化する。それから復旧、復興。そういうことを聞きますと、意外と土地利用規制に対する支持は少ないことが分かりました。こういった部分で、政府の強力な介入はあまり求められていません。防災における土地利用規制、例えば活断層直上には住まないとか、地盤の弱いところには住まないということは、持続可能な対策としては非常に重要な手法ですが、その部分に対しての国民の支持も少ない。一体これをどうするのか。国民の合理的なリスク選好とそれに基づく行動が、長期的に持続可能な減災対策にうまく合致できるような政策デザインが、今、求められているのではないかと考えております。

<災害と保険>

【榎 素寛】：神戸大学の榎と申します。私の専門は、保険でして、最近は巨大リスクに対する研究を中心としています。この防災のテーマの中で、個々の経済主体が事前にできることのひとつとして、必要な保険を購入し、経済的なリスクを逃がすことが考えられると思いますが、本日の報告は、結論において、保険は十分には機能しないことを報告するものになります。

1. はじめに

報告の要旨ですが、まず、広い意味で災害のリスクは、誰がどのように負担することが前提になっているのか、現在の枠組みを確認します。次に、これらのリスク負担に対応して、必要な保険が入手できるのか、仮に入手可能であるとして、価格が適切な価格になるかを検討します。最後に、そもそも巨大災害のリスクは、市場が機能する前提があり、事前のアレンジで対応できるような性質のものなのかを検討します。

本日の報告で想定する災害ですが、若干広めに考えます。第一に、地震や津波、噴火、台風のような自然災害。真っ先に出てくる災害と言われれば、この類型かと思います。第二に、東日本大震災がまさにそうありますように、地震、津波の後に原子力発電所が被害を受けて原子力の被害も広がった例や、噴火により化学物質を製造する工場が被害を受け、環境汚染が広

がったという例。そのような複合災害の類型を考えます。第三に、テロやインフルエンザのような、今まで明確なリスクとして認知されていなかった新種の災害です。タイの洪水は、自然災害であると同時に、現時点では新種の災害でもあると思われます。

2. 現在のリスク負担枠組

まず、自然災害については、各経済主体が自らリスクを負担することになり、そのリスクに対して損害保険を購入して備えることになります。次に、原子力については、一部の免責事由（異常に巨大な天災地変又は社会的動乱）はありますが、無過失責任（原子力損害の賠償に関する法律3条1項）で、原子力事業者リスクを集中させております。この原子力のリスクについて、損害保険は市場では売られておらず、責任を負う主体である原子力事業者が責任保険を購入し、賠償資力を担保することが予定されています。同様に、無過失責任となるものについては責任保険がカバーすることになり、過失責任となるものであれば、一部は損害保険、一部は責任保険と、分担することになるでしょう。新種のリスクについては、リスクの種類にもありますが、基本的には、各経済主体が負担し、損害保険で担保されるかどうかという問題になっているかと思えます。

3. 保険の入手可能性の問題

現行のリスク負担枠組の問題点を考えます。まず、今挙げたようなリスクが、そもそも保険をかけられるものなのか、また、かけられるとして、供給が十分であるか、個々の経済主体が十分に購入しているか、という問題があります。次に、仮に保険が入手できない、あるいは価格が高くて買えないということがあるとして、それはなぜかを分析することが必要になります。巨大リスクが実現した時にどのような問題があり、したがって供給がなされないのか。また、継続的な入手可能性に問題はないのか。さらに、仮にこれらについて問題があるとすれば、放っておいてもどうかなるわけではありませぬので、市場自身が解決できるのか、あるいは、政府が介入する必要があるのか、ということが問題となってきます。最後に、解決されない問題があるとして、それはどのような問題か、を検討します。

3. 1 現状分析

まず、保険をかけられるかどうかという問題です。生命保険は自然災害や新種の災害について原則として免責とはしていません。従って、保険の入手は可能です。ただし、自分の生命の価値に相当するだけの保険を買っているとは限らない点で、underinsuranceの可能性は常にあります。

次に物に対する損害保険です。地震リスクについては、ご存じの通り、地震保険という商品があります。しかし、個々の経済主体の財産をフルにカバーするものではありません。損害を填補する損害保険という仕組みでありながら、その内実は、むしろ費用保険に近い性質を持っています。また、地震保険は価格が高い、すなわち、個々の経済主体が地震リスクに対して適正と考える価格よりは高い価格が設定され、したがって買う人が少ないという問題があります。結果として、地震リスクに対しては、個々の経済主体はunderinsuranceであることが通常です。

原子力リスクについては、損害保険では、原子力はほぼ確実に免責の対象となっています。したがって、個々の経済主体が、原子力から生じる損害について保険をかけることはできないのが現在の市場の状況です。そして、民事責任を原子力事業者に集中させ、責任保険でカバーするという枠組みになっているわけですが、責任保険の供給は不足しています。原子力損害賠償制度の発足時の論文を読みますと、業界が負担できる金額を上限として、原子力事業者が購入を求められる責任保険の金額が決められたということです。現在、原子力事業を営むためには、一事業所当たり1,200億円について、保険会社と原子力損害賠償責任保険契約を結んだうえで、それでカバーされない部分について、政府と原子力損害賠償補償契約を締結することになっています（原子力損害の賠償に関する法律6条、7条1項、8条、10条1項）。逆に、これを超える部分の損害については、責任保険が任意に調達できなければ、十分な責任保険なしに事業が営まれていることになります。

また、損害保険は原則として1年で更新です。福島原子力発電所の事故が起きた後、最初の更新期に、そもそも保険が入手できるのかということ自体が危ぶまれたことがありました。一旦リスクが実現すれば、そ

の保険期間が終わってから入手困難になる可能性があるという問題があります。

次に、リスクの種類によっては、保険が入手できなかったり、入手できたとしても、リスクが認知されて市場が織り込み、入手が困難になる問題が考えられます。例えば、同時多発テロにより、米国では、それまで認知されていなかった内国テロの可能性が認知されるに至りました。市場がこれにどう反応したかという点、2001年9月11日の後、最初の再保険約款の改定期に、再保険各社がテロを免責とする条項を一斉に挿入し、これを受けて、元受の各社もテロを免責とする条項を一斉に挿入しました。その結果、アメリカのテロ保険の市場は崩壊し、連邦政府が介入することで復活をさせたという事例があります。他の巨大リスクについても、たとえばタイの洪水のように、新たなリスクが認知されることによって、大きく市場が変わってしまう可能性があるという厄介な問題があります。

3. 2 理論的な問題

3. 2. 1 総論

保険が入手困難になる理由を考えてみましょう。

まず、多くの自然災害については、統計データは存在していますが、自然災害のリスクが大きいところで実現すれば、巨大損害になりかねませんので、保険会社・保険業界は、引き受ける範囲を制限しています。この点については、生保業界と損保業界とで大きく扱いが違います。

生保業界では、基本的に免責としていませんが、損害が非常に巨額になった場合には、保険金を削減して払う旨の約款条項があります。東日本大震災の死亡者数については、その規模に至らないことがはっきりしていたようですので、震災直後に、生保各社は免責・削減条項を適用しないと、一斉に発表しました。

これに対し、損保業界の方針はall or nothingで、巨大になり得るリスクについては、基本的には引き受けられません。したがって、たとえば地震であれば、別途地震保険を手配しない限り、規模の大小を問わず、地震による損害は免責されることになります。また、別の例として、原子力ですが、これは統計データがそもそも少ないことに加え、一旦実現すれば損害が巨大になる可能性が高いため、そもそも引き受けることが

できないか、あるいは、供給が極小になるため、常に underinsurance ということになるでしょう。新種のリスクについても、ある種、原子力と同じ要素があるかと思います。統計データがそもそもない。あるいは損害が巨大になりかねない。加えて、保険料の算出が極めて困難という問題もあります。

3. 2. 2 相関性の高さ

損保業界が、なぜこの種のリスクを抱えられないのかが次のテーマです。一つには、巨大災害については個々の損害の相関性が極めて高いので、大数の法則という保険の技術が使えないことが大きな問題です。例えば、通常の交通事故であれば、Aという場所の交通事故とBという場所の交通事故とはそれぞれ独立です。で、多数の事象を集めれば、ならすことができます。これに対し、巨大地震が関東で発生すると、新宿のビルも、丸の内のビルも、横浜のビルも、一斉に被害を受ける、というように、個々の事象が独立ではないため、リスクが集積することが、一番大きな問題かと思っています。

3. 2. 3 複数のラインが同時に被害を受けること

二つ目ですが、巨大リスクが実現すると、複数の損保のラインで、同時に損害が発生します。いろいろな種類の保険事故が同時に発生しますので、個々のラインの積立部分を越えたところについては、資本というバッファが直接危険にさらされます。結果として会社自体がもたなくなることがあります。

3. 2. 4 リスクの巨大性

三つ目ですが、まさに損害額が極めて大きくなり得ることです。会社、業界、国家がもたないというレベルになり得るということです。

3. 2. 5 リスク認知の主観性

四つ目ですが、巨大リスクは、リスクに対する認知に差が大きいという問題があります。例えば地震については、地震リスクが高いと考えられるところほど保険は買われています。原子力であれば、仮に損害保険が供給されていたとして、原子力発電所から近い場所では需要があるかもしれませんが、遠い場所では誰も買わないと考えられます。

3. 3 政府の役割

巨大リスクに対する保険にはこのような問題があり

ますが、これらに対して、政府や市場が対応できるのかをみていきます。

巨大リスクに対しては、供給側の理屈として、損害保険、責任保険のいずれも十分な保険が供給できません。他方、需要側の理屈としては、自分が適切と考える保険料に比べて保険料は高額となるため、最適な保険をかけるインセンティブは極めて低いこととなります。このため保険による解決は、現状では極めて困難であります。

では、入手可能にする、あるいは価格を引き下げるにどうすればよいのか。特に考えられるのは、究極の問題が、その性質の故に会社・業界の資本が直接危険にさらされ、これを負担しきれない点にあるのだとすると、巨大さに対してより中立的な経済主体が、再保険を供給する等の形でバックアップする、という方法です。地震保険が成立しているのは、まさにこういう政府の再保険があるからといえます。もちろん、市場の側でも、再保険やキャットボンドといった形で、引受余力を拡大する試みを行っています。

3. 4 課題

理論的な対策は考えられても、巨大リスクへの保険を考える上で、解決が必要な課題がいくつか考えられます。

まず、新リスク認知による市場崩壊の問題は、起きてしまった時に事後的にどう対応するかという問題ですが、保険は継続的に入手できなければ意味がありませんので、念頭に置いておく必要があります。

次に、現在問題となっていますのは、複数のリスクが同時に競合した場合で、かつそのうち一部について免責がかかれば、それについて払われないという問題です。たとえば、一般にNBCR (Nuclear, Biological, Chemical and Radiological) は免責対象ですので、原子力の損害と地震の損害が競合した場合、地震リスクが地震保険でカバーされている場合であっても、免責になる可能性があります。このように、免責対象となるリスクが競合した場合には、保険が供給されていても、やはり免責になってしまうという問題があります。

4. 事前のアレンジの可能性と限界

4. 1 強制保険

では、それ以外にこういった対策が考えられるので

しょうか。保険の購入率が低いのであれば、強制保険にしてしまうという方法が一つ考えられます。これに対しては、そもそも不要または割高と考えているものを強制的に購入させることとなりますので、財産権の侵害ですとか、自己決定権の侵害ですとか、そういった類の議論が出てくる可能性があるかと思います。また、そもそもリスクの巨大さや相関性の高さの故に保険が供給されていないので、強制保険にしたところで、問題の解決にはならないと思います。

4. 2 防災・減災

次に、災害が起きてからではどうしようもないということで、防災とか減災、事故が起きないようにする、あるいは、起きたとしても、損害を減らすということがあります。一番大きい問題は、この防災や減災に対して、事前段階でお金を入れることが、個々人にとって利益があるかないか、その効用が非常に多様であり、その結果、個々の経済主体にとって、投資するインセンティブに非常に差があることだと思います。例えば30歳の方が建てる新築の家であれば、耐震にお金を投入することには十分な理由があります。同じ状況が、70歳の年金生活の方に当てはまるかといわれれば、おそらくそうではないでしょう。また、巨大リスクは、個々人にとっては発生する確率が極めて低いと想定されがちであるため、規模は小さいながら損害発生の頻度の高い危険に備えることを優先する傾向があるのは当然かと思います。

4. 3 事後的な政府による救済

他に考えられるのは、事後的に政府等による救済をするという方策です。これに対しても、いくつかの問題が考えられます。

第一の問題として、巨大リスクが実現した場合、企業も被害を受けますので、税収も同時に減少すること、したがって、財源の制約が非常に厳しくなることが挙げられます。

第二の問題として、他のリスクが実現したときには救済を与えないのに、巨大リスクが実現した場合には救済を与えるというのはおかしいバランスだ、という議論が出てくることが考えられます。

第三の問題として、被害のあり方次第で、適切な所得再分配になるのだろうかということも問題になるか

と思います。例えば関東で大きな地震が起きた。その時に税金で救済を与えるとすると、富める者から貧しい者へという通常の所得移転ではなく、その逆の流れが起きることになってしまい、政治的な対立が起きる可能性があります。

第四の問題として、事後の救済を前提とすれば、事前にモラルハザードが発生することが考えられます。

4. 4 市場の限界

私自身は、最終的に、巨大リスクに対しては、市場は十分には機能しないと考えています。

その理由の一つ目は、適切な、必要な情報がそもそも存在していないという問題です。地震発生については、例えば、今後30年以内で起きる確率がこれぐらいという形でしか情報がありません。それを超えて細分化する情報は、少なくとも現時点では作れないですし、作っても説得力がないかと思います。また新種のリスクであれば、実現した時の確率、大きさ、いずれも不明です。このように、情報がそもそも存在しないため、市場が機能する前提を欠いていることが、まず挙げられる問題です。

二つ目に挙げられるのは、負担能力の問題です。1回目は、市場は耐えられるかもしれません。しかし、巨大リスクは1回実現してそれで終わりではありません。東日本大震災やタイの洪水が発生しました。同種の災害は、これ以降発生しないということではなく、いつ、どこで、どのような規模で、何回来るか分かりません。1回起きて、それで市場が耐えられたとしても、枯渇した準備金が復活するまでの間にまた起きれば、今度は積み立てている部分が全然足りない状態で被害にさらされることになってしまいます。こうなってしまうと、市場が以前と同じように引き受けることができないという問題があります。

三つ目に挙げられるのは、巨大リスクについては特にそうですが、保険会社と契約者との間にリスクの実現に対する認知に差があることです。仮に巨大リスクが実現した場合に、保険会社がすべての保険金を支払うために必要な保険料は、個々の契約者にとって割高です。だから、例えば政府の介入で保険を供給させたとして、任意で買うということは想定しづらいかと思います。

以上のように、保険を使った完全なアレンジは困難であり、一定程度はそれ以外の対策を考えなければどうしようもないというのが現在の状況かと思います。

＜防災と財産権のコントロール—空き家問題と密集市街地改善手法に即して＞

【角松 生史】：神戸大学法学研究科の角松と申します。行政法を担当しておりまして、主に都市計画やまちづくり関係の法律を勉強しております。本日は都市計画、まちづくりとの関係でこの問題を見ていこうと思います。本日の報告は、第一に、最近東京都・和歌山県で成立した緊急輸送道路・避難路等の確保のための条例、そして多くの市町村が制定している和歌山が空き家等対策条例について見てみます。これらの条例は、空き家等がもたらす外部不経済への一つの対処とも理解することができますが、それがどのような意味を持つのかという点です。第二に、防災を目的とした密集市街地改善手法についてみてみます。先ほどの空き家が外部不経済をもたらすという認識を前提とすると、住み続けられるまちづくりを実現するためにこれらの手法を生かしていくことがどういう意味を持ちうるのかについて、考えてみたいと思います。

まず、緊急輸送道路・避難路等確保条例についてです。東京都で今年の3月に「東京における緊急輸送道路沿道建築物の耐震化を推進する条例」が制定されました。避難路沿いの建築物の所有者に対して、耐震化の状況を報告し、耐震実施診断を実施する義務を課すというものです。耐震診断については実施義務を課していますが、耐震改修については実施の努力義務までを求めています。加えて、耐震化に要する費用を助成するというのが主な内容です。

また、和歌山県では、6月末に「津波からの円滑な避難に関する避難路沿いの建築物等の制限に関する条例」が成立しました。これは、津波の際に想定される避難路のうち一定のものを、市町村の要請を前提にして県が特定避難路として指定し、その特定避難路沿いの建築物の所有者に対しては、耐震改修等の措置を勧告・命令することができ、従わない場合は建築物の所在地等を公表することができるといった内容の条例です。また、命令がなされた場合の不履行については、

行政代執行を行うことも予定されています。この条例は、基本的には条例施行時に現に存する建築物には適用されませんが、実際問題として、老朽家屋というのは当然ながら条例施行以前に、すでに建てられているものが多いわけです。このことから、これらの既存不適格建築物についても、一段高いレベルの問題がある場合、即ち避難に「著しく支障を生ずるおそれ」が認められる場合には、勧告命令等をなしうるとされています。

これらの避難路等確保条例に関する一つの論点として、それが特別の犠牲に該当するかというものがあります。これが全ての建築物の所有者に一般的に耐震改修の義務を課すといったようなものであれば、一般的な制約と言いきいやすいのですが、これら条例は特定の道路の沿道建築物の所有者のみに義務を課すものになっています。これが果たして財産権の内在的制約として説明されるのか、それとも特別の犠牲にあたるのか。仮に後者だとして補償が必要だとすると、どれぐらいの額になるのか。その際改修・撤去費用の全部又は一部が含まれるのかという問題が発生します。さらに、既存不適格建築物に対して適用する場合は、より難しい問題になってくるだろうと思われませんが、本報告ではこれらの点に立ち入ることは致しません。

これら避難路等確保条例が制定された背景には、言うまでもなく防災に対する意識の高まりがありますが、それに加えて日本全国における空き家数の増大があります。国土交通省が2009年に公表した資料「空き地・空き家等外部不経済対策について」から抜粋したグラフをお示ししていますが、非常に急速な増加を示しています。ただし、東京都の緊急輸送道路確保条例も、和歌山県の避難路等確保条例も、理屈の上では対象は空き家に限定されず、人が現に住んでいる建築物に対しても適用可能なスキームです。とはいえ、現実には、居住建造物に対して、勧告、命令等が発動されることになるのかどうかは、やや疑問があります。

そのような空き家問題についてですが、2010年の所沢市による条例を皮切りとして、今年の1月までに少なくとも17の県、市町村が空き家をターゲットとする対策条例を制定しているとされています。おそらくその後、かなり多くの自治体が制定し、いわばブーム、

競争のような状況になっているかと思いますが、現時点ではかなり数が増えているのでしょう。多くの条例は「空き家」「放置家屋」「老朽家屋」など定義はさまざまですが、対象を特定した上で、所有者等に一定の責務を課し、自治体の長の方で改善措置に関する勧告、公表、命令等が可能だというスキームを定めています。県レベルでは、和歌山県が策定していますが、景観支障の観点に特化していることが特徴的です。

これら条例による規制と、他の空き家対策との関係を少し整理してみたいと思います。一つは国の法律である建築基準法との関係です。建築基準法第8条は建築物の所有者等に「建築物の敷地、構造及び建築設備を常時適法な状態に維持する」という努力義務を課していますが、そもそも努力義務にとどまることに加え、既存不適格建築物に対してはこの規定の「趣旨」は適用されますが、直接適用されるわけではないと解されています。即ち、現状の基準に適合しない程度をさらに拡大しないような努力義務にとどまると解されています。第9条の措置命令の規定は、もちろん既存不適格の建物には適用されません。第10条第3項は、既存不適格の建築物等への措置命令を予定していますが、これは「著しく保安上危険であり、又は著しく衛生上有害であると認める場合」に限られます。この認定は難しいので、一定の規模を有する特殊建築物については、それらの「おそれ」がある場合に、勧告を経て命令を発することができる（第10条第1項・第2項）とされていますが、それでも実務上は、この建築基準法10条は非常に抑制的に運用されているのが現状です。したがって、空き家に関して、国法上措置命令を行うことは、現在は難しい状況にあります。

次に、課税、補助金との関係です。空き家をなくしていくためには、空き家によって生じている外部不経済を課税によって内部化していくのが経済学的に適切な対策として考えられますが、現状はむしろ逆です。固定資産税には住宅用地の特例がありまして、小規模住宅用地であれば6分の1に、一般住宅であれば3分の1に減額されます。この特例は居住の用に供されている場合のみに適用されるものですから、空き家には適用されないのが建前ですが、現実的にはそれを個別的に認定するのは非常に難しい状況です。となると、家は

取り壊すと固定資産税が上がるから、老朽化しても空き家になっていても取り壊してはいけないというのがごく常識的な対応になってしまっていると言われます。

もう一つ、補助金で撤去を促す施策も、いくつかの市町村が条例を定めて行っています。空き家がもたらす外部不経済を除去することですから撤去には公共性が存すると考えられ、補助金を支出することそれ自体は問題ないと考えられますが、これは必然的にモラルハザードを発生させます。つまり、補助金に公益性を要求する限り、空き家の存在がそれなりの危険を及ぼしているとか、ひどい外部不経済を発生させているという一定の要件を満たす場合に初めて補助金を給付することができるという仕組みを作らざるを得ません。となると、徐々に老朽化している建築物の所有者としては、この要件を充たすほどひどくなるまで待ってから補助金をもらって撤去の方が合理的な行動だということになるわけです。

民事相隣関係的な解決も考えられます。空き家のもたらす外部不経済に対して、不法行為による損害賠償、または人格権の侵害を理由に撤去を求めることも、理論上は可能でしょう。しかし、少なくとも撤去を求める訴訟は実際にはほとんどみられないのではないかと思います。

また、外部不経済に対しては、近隣所有者が買い取る形での、コースの定理的な交渉による解決も考えられます。実態としても、空き家が発生した時に、隣地所有者が敷地を取得して敷地を拡大することがあるとか、そういうことをあっせんしている不動産業者がいるとかいうことが先ほどの国土交通省の資料にも書いてあります。ただこれも、管理不全状態になっている空き家について、撤去費用までを負担して敷地を拡大しようとする近隣所有者がどの程度いるかはよく分かりません。現実問題としては、所有者が行方不明になっていたりする空き家などの場合には、近隣住民が事実上管理費用を負担して、一応何とかなっているといったケースもあるでしょう。

市場による空き家の売買等で問題が解決すればより望ましいでしょう。流通を促進させるために、多くの市町村が空き家バンクを設けています。また、NPO等が再生活用事業に乗り出したりするなど、さまざま

な取り組みが行われています。

さて、私自身もさきほど申し上げた和歌山県の条例の制定過程に若干関与しましたが、これら条例には当然、一定の意義はあります。最終手段としてこういうことがあり得るのだということを定めることには意味がありますし、例外的なケースにおいて実際に勧告・命令を発動して、この問題に対する意識を高めていくという効果も期待できるでしょう。しかし、それは当然ながらレアケースにとどまります。さきほどご紹介したような複数の手法との組み合わせによって初めて有効な政策体系として機能するものではないかと考えられます。

その上で、ここで議論の価値があると思いますのは、空き家問題は、居住しないことが負の外部性をもたらしているということ。また、逆に人々が住んでいることが正の外部性をもたらしている可能性を示唆しているのではないかと思います。また、空き家にまつわる様々なコストを誰がどのように負担するのか、その配分の合理性については、当然ながら経済学的な考察が求められます。空き家を管理して外部不経済を発生させないようにする費用。撤去する費用。耐震補強に関していえば、耐震改修費用のみならず、耐震診断という形で、安全性に関する情報を算出する費用を誰が負担するのが合理的なのかという問題も生じるかと思えます。以上が本日の報告の第一点、空き家問題についてです。

本日の報告の第二点としては、さきほどの空き家問題も踏まえまして、密集市街地改善手法及び「住み続けられるまちづくり」の試みについて考えたいと思います。密集市街地の改善手法として、まず事業的手法が挙げられます。詳しい説明は差し控えますが、国交省の制度として沿道一体整備事業、防災街区整備事業などがございます。また、東京では街区再編まちづくり制度が設けられていまして、地区の合意形成を前提として、ガイドラインに基づいて共同の建て替えを促進したり、または一定の規制緩和を組み合わせたりする制度などが行われています。

もう一つ、広い意味でまちづくり誘導手法と呼ばれる様々な手法があります。これは4m道路に拡幅される道路の基盤整備を前提とする手法と、それを前提にし

ない手法に分けることができます。後者の手法がいかなる場合に合理的たり得るのかについて、論点を出したいというのが、今日の報告の後半の主眼です。後者の手法としては、詳しい中身はここでも省略いたしますが、建築基準法の3項道路、それから連担建築物設計制度、43条但書許可と呼ばれるものがあります。京都の祇園南、大阪の法善寺横町など、歴史的、文化的な路地空間にいくつか活用例がありますが、神戸市の近隣住環境計画制度では、この手法を通常の居住地にも活用することを試みています。ただ、全国的にもやレアケースにとどまっていると考えられます。

神戸市の近隣住環境計画制度の例として、神戸市長田区の駒ヶ林地区での取組があります。現在、最終段階までできています。ここは伝統的な漁村から始まった町で、狭い路地があちこちに残っています。これら路地を全て4m道路まで拡幅するのは、およそ現実的な施策ではないということで、その所有者と都市計画のコンサルなどが計画を発案し、将来4mへの拡幅を前提とするもの、あるいはしないもの、建築基準法上の道路という位置づけで2.7mまでの拡幅を予定するもの、あるいはもう建築基準法上の道路とは位置づけないが、一定の整備を行うような道に分け、基本的に現状よりも若干防災性を向上させつつ、しかしコミュニティの構造を維持したまま住み続けられるような町を作っていこうというタイプの施策が行われている例です。

このような対応の必要性について、若干前提的な知識をお話しします。建築基準法では、建築物は4m以上の幅員の道路に、2m以上、敷地が接道しなければならないというのが大原則になっています。これは防災性の確保を一つの目的としたものです。しかし、旧市街地建築物法の下で建築された建築物など、現実には幅員4m未満の道に接道している建築物が多数存在するのが実情です。この問題に対して対処するために、建築基準法42条2項はいわゆる「2項道路」の仕組みを設けています。現在、幅員4mに至らない道に接して建物が建っている際にも、それを建築基準法の道とみなして接道の義務を満たしたものとしよう。その代わり、建て替える時には、それを4mまでセットバックしてもらう。このように非常に長期間をかけて、将来的には4mの幅員を確保しようという手法です。

ところが、この手法にも限界がありまして、セットバックしてしまうと、建て替えが現実的にできなくなる場合があるわけです。容積率の制限等により居住面積が確保できないのであれば、およそ建て替えのインセンティブがなくなってしまいます。密集市街地の多くはこういう問題に直面しています。

その場合の選択肢としては、さまざまな共同化や事業によって建て替えを実現する。また不燃化措置等を前提にしたうえで、容積率の緩和等を行っていく、一定の防災性の減少と引き換えに接道義務等を緩和しようという手法など、さまざまなものがあり得ます。もちろんこれ以外に、単にその地域から人が出ていくという選択肢も、当然ながらあり得るわけです。

ここで4m道路への拡幅を目指す場合、目指さない場合のメリット、デメリットを考えてみたいと思います。さきほどの共同化が成功したり、外部資本が入ってきて、その地域を面的に再開発するようなことになれば、それはそれなりに問題の解決ですから、以下ではそれが困難な場合を、一旦前提とします。その上で4mへの拡幅を目指した場合、何十年後か分かりませんが、最終的には4mの道路が整備されて、一定水準の安全性が確保されることになるでしょう。ただ、それまでの間に、現実的に建て替えられないという人は、徐々に、歯が抜けるように、その地域から出ていく可能性があるでしょう。コミュニティが徐々に消滅していくことになりますし、またそこで、少なくとも経過期間においては一定の空き家が生じるのではないかと思います。

また、4m道路をめざしますと、最終的には一定水準の安全性が達成されるわけですが、それまでの期間において安全性が高まっていくのかどうか。徐々に建物が建て替えられて、少しずつ道の広い部分ができてくることによって、少しずつ安全性が高まるのか、それとも個別にセットバックしているだけではあまり安全性が高まらないのかはよく分かりません。また、さらに人々がいなくなることによる空き家の外部不経済等の増大も考えるべきではないかと思います。

これに対して、4mを最終的にあきらめることを前提として、その代わりに例えば不燃化促進措置を設けていこうとか、ソフト的な防災対策をコミュニティでいろいろやっていって、少しでも安全性の向上を図って

いこうという選択肢もありえます。この場合、何十年たっても結局目標水準の安全性は達成されないこととなります。その代わりに、緩和的な手法を取ることでコミュニティに住み続けられる可能性が出てきたために、より早期に建て替え・改修が可能になることもありうるでしょう。そのことによって、一定の安全性が向上することが期待できるかもしれません。また、コミュニティが維持されることにより空き家が急増しないとすれば、防災についてのソフト的な力を発揮することも期待できるかもしれません。また、どれくらいのタイムスパンをみるかにもよりますが、技術的發展によって、道路基盤整備以外によって防災性が向上する可能性も、理屈の上ではありうるだろうと思います。

とすると、ここで問題になるのは、このようなメリット、デメリットを踏まえたうえで、「モデルA：4m道路をめざす」、「モデルB：代替措置+接道義務緩和」のどちらを選ぶべきか、またそれを誰が決めるべきかという問題です。

とりあえず私自身としては、これらについては地域住民自身による選択を考えることができるのではないかなと思っておりませんが、別の考え方もありうるかもしれません。またさきほどの「モデルB」を選ぶとすれば、ある程度、将来の災害リスクを見込んだ上の選択になります。となると、災害リスク情報を十分に産出できるかどうか。またそれを十分に引き継いでいくことができるかどうかが課題です。例えば、緩和的な手法の選択と併せて、防災訓練をコミュニティで行ったりすることがよくあるのですが、それを今はやれるだろうけど、それを30年、40年続けていくことができるか、といった点も問題になるのではないかと思います。

以上、本報告をまとめますと、1点目は、空き家対策には税金や補助金の改善、あるいは条例による介入、それからさまざまな取り組みによる空き家発生予防などのさまざまな手法の役割分担が必要になるということです。

2点目として、これらの空き家の問題については、さまざまな費用のコスト配分のあり方を、法学、経済学共同で分析していく必要があると思います。その費用の中には管理、撤去費用のみならず、情報の産出費用も含まれます。また管理、撤去費用との関連では、内在

的制約を超えて「特別の犠牲」にあたるとされると損失補償を全額支払わなければいけないという二分法的なあり方が、果たして合理的かどうかは検証する必要がありますと思います。

3点目として、安全性を向上させていく際には、常に時間の視点を持つことが必要だと思います。既存不適格の問題は、建築主の適法性に関する予測可能性、ある時点においてこれはリーガルな建物だからといって建設された、その予測可能性をどの程度のタイムスパンまで保障すべきかという問題だと思われます。また、将来に向かって安全性を向上していく際の考え方として、「長期間を要するが、しかし、一定の安全水準が最終的に達成できる」選択肢と、「より早期に安全性が部分的に向上する」選択肢のどちらを取るかという選択の問題が発生するのではないかと思います。

【瀬下 博之】：専修大学の瀬下です。今日の報告は、村松さんから、防災の問題を、市場メカニズムでどこまで解決できるのか議論して欲しい、というお話をいただいて、それに基づいてまとめたものです。ただ、防災の問題はそんなに簡単に市場メカニズムで解決できないのではないか、というのが基本的な流れです。まず、市場メカニズムで、どんな形で解決できると考えられているのか整理すると、おそらく、情報が十分にあれば、その情報開示と価格メカニズムを利用して、市場がうまく居住地の選択などを調整するだろうという議論かと思います。ハザードマップなどが適切に整備されれば、その情報によって、わざわざ被災の可能性が高いところに人々は住まないだろう、という議論かと思います。しかし、そうだとすると、当然その危険地域の土地に対する需要は減りますから、その分地価が下落して、居住してもいいやと思う水準まで下がってしまう。地価の裁定を考えると、情報開示と価格メカニズムだけで防災対策になるというのはやや楽観的だと思います。

もう少しきちんと考えてみると、地価の下落は当然、防災にかかる費用を織り込んで下がるはずだから、その防災費用をかけてそこに住もうと人々が考えるようになる。そうであれば市場メカニズムによって問題は解決できるだろうという意見もありうると思います。

この議論は防災対策が完全な私的財ならば成り立ちます。防災をするということが自分の安全だけ守る、逆に自分がやらなければ、決して自分は守られないということであれば、市場メカニズムが有効に機能する可能性はあります。しかし、防災対策は、例えば巨大津波に対して防波堤を造ることになれば、当然公共財的な性格があり、小規模なものでも、かなりの外部性がある。他の人が防災対策をやってくれれば、自分はやらなくても済む可能性がある。すると当然そこには他人の防災対策に頼ってただ乗りしようとするフリーライダー問題が発生し、防災対策は過小になってしまう可能性があります。

榊先生から保険の解決が可能かという話もなされていたのですが、保険についても、もし適切に情報が開示されて、適切に供給がなされるという前提に立つたとすれば、市場メカニズムを通じて、被災の可能性の高い地域の保険料が上昇してくる。そうすると、そういった高い保険料を払ってまで、わざわざ危険地域に住まないだろうという議論も成り立ちます。しかし、当然その保険料を織り込んで、地価が下がってしまう。保険料を払っても安いなら、人々はそこに住んでしまう。地価が保険料の上昇を相殺してしまう形になる。市場メカニズムは、問題を解決する方に働かずに、地価の裁定を働かせる要因に過ぎず、その結果として居住を全然抑制しない危険性があります。保険料を軽減するための防災も考えられますが、すでに述べたフリーライダー問題などのために有効に働かないかなと思います。

もう一つ、防災の問題で重要なのは、動学的不整合性の問題です。政府が事後的にいろいろな形で被災者を助けたり、復興支援をすることが考えられます。しかし、人々がそれを予想すれば、当然それを織り込んだ行動をします。

ローンや金利の減免や、損害給付金などの救済の可能性を考慮して、個人レベルで十分な防災策を取らないとか、保険契約にわざわざ入る必要はないという一種のモラルハザードを引き起こす可能性があります。

また政府が事前に防災策を取る場合、たとえば津波の危険な地域に防波堤や堤防を造るというような場合も同じような問題が起こります。とても危険な地域で、

本来は人が住んではいけないという場所でも、人口が増えてくれば、政府が何らかの形で防災対策を実施するだろうということを、当然予想して移り住む人たちができます。防災の可能性まで予見し、本来なら住まないようなところへ、人々が次々に移り住み始めてしまう。

このような場合、政府は事後的な救済の手を差し伸べたり、危険地域に防災を施したりしない方が良いでしょう。しかし、一旦被災した地域に何の手も差し伸べないという冷たい対応で許されるのか、危険な地域だと分かっているのに何の対策もしないことも許されるのか、そういった事が、当然問われてきます。この点で、政府は事後的に危険な地域に住んでいた人たちに何の救済もしないし、安易な防災もしませんということを一生懸命アナウンスしても、決して人々には信用されません。これがいわゆる動学的不整合性と呼ばれる問題ですが、政府はこそその問題をなかなか断ち切ることができないのではないかと思います。

市場メカニズムの議論に戻りますが、実はある程度は機能する可能性もあって、ただし、それは単純な価格メカニズムではなく、市場を補完する形で課税や強制保険を付ける方法です。危険な地域に住んでいる人はきちんと保険に入らなければいけない、あるいはあらかじめ危険な地域だからということで、その地域の防災対策のために税を課していくという対策で市場の問題を補完していくことがある程度はできる。過小保険の問題は強制保険で回避したり、防災コストを受益者である危険地域に住んでいる人に課税によって直接負担させることで、それを内部化できる。ただしこの課税や強制保険が、政治的な観点がはいると、どの程度有効に機能するかという点については、少し疑問があります。

税や強制保険となれば、当然政府が課す形になりますが、そこには所得再分配的な役割や機能がどうしても求められてしまう危険性があります。危険な地域は地価が低い。しかも、もし課税や強制保険に対して所得に応じて軽減措置などが取られれば、そういった軽減措置が適用されるような人が、地価も低いということで、そこへ移り住んでしまう可能性があります。

また、ここまでの話は、ある程度正しい情報が入手

できることを前提にしてきましたが、永松先生、榊先生から繰り返し指摘されていましたが、十分な情報はないかもしれない。想定外の災害にどこまで対応できるのかというと、課税や強制保険では十分な対応はできないという気がします。

個人的には、大人が危険な地域に、自分にとって利益があるからと移り住むことは、自己責任に任せても良いと思っています。ただし、結果的にそれについてくる選択権のない子どもがいて、それがこういった震災などの中で一番不利な立場に追い込まれる危険性があります。そういった人たちまで自己責任を問うということはできないでしょう。そのため、ある程度のところまでは、課税や強制保険も有効かもしれませんが、人命などに深刻な被害が及ぶ可能性が高い地域では、あまり有用ではないと思います。むしろ、あらかじめ危険であると分かっているところは、居住や利用について直接的に禁止や制限をかけるのが、政府の事後的な救済や防災対策を安易に予想させることから生じる、動学的不整合性の問題を回避する上でも有効ではないかと思います。

政府がいったん居住禁止地域と定めたところに住み始める人たちは、違法に住むことになりますから、その人たちまで救済することは、社会的にも求められない。政府の「違法な地域に住んでいた人まで救済しません」というアナウンスメントについては、かなり信頼されるのではないかと思います。もともと禁止している地域ですから、そこに防災をする必要はないということで、防災への安易な期待も生じないでしょう。そのため、危険性がかなり高いことが事前に分かっているところについては、そもそも直接的な居住制限などをかけることによって、事後的な救済コストも防災コストも軽減できるのではないかと思います。

もちろん問題がいくつかあって、たとえば、東北の震災の巨大津波の沿岸部の人たちの中には漁業などその地域で就業している人たちがいる。その場合に、そういった人たちが住むとは言わないけれども、利用する可能性はあるし、その場合、ある程度近くに住む方が便利だという側面も否定できない。また、居住制限をかけるという形になると、その規制に対してどう補償していくかという問題も残ります。完璧な対応策はな

かなか見つからないのですが、次のような対策が有効ではないかと思います。

今回の津波の中でも、十分な高層建築物で、耐震度が高ければ津波にも耐えられました。予想をはるかに超えるような津波にも耐えられて、人々が一時的に避難できる耐震強度のある高層建築物などについて、一定の条件が満たされれば、利用を認める。場合によっては居住なども認めて良いのではないかと思います。

この対策の何がいいかというと、その利用者は当然十分に強固なものを造らなければなりません。事実上、その建物を建てるという形の中で、防災コストを自分たちが負担することになります。そうすると、そのコストを負担してまで利用しなければならないような地域でしか漁業などをしないはずで、利用価値が防災活動を上回る、利用する上で重要な土地や場所について、自分たちで防災コストを負担してやっていくという点では、防災コストを内部化する形で、効率的な選択になっている。この点では市場メカニズムが機能してくるようになると思います。

もう一つ、補償の面からいくと、こういった高層建築物を建てることに対して、今の容積率を前提とすると、通常は建設できない。そこで開発権などの形で、建設のために容積率を周辺の土地から買わせる必要があります。居住制限などがかかって事実上住めなくなったら、容積率は不要になりますので、その周辺で不要になった容積率を買わせて高層建築物を建てさせることになる。そうすると、高層建築物の建築主が容積率を買うことによって、事実上、その周辺の土地の地価下落分を補償できることになる。場合によっては容積率売買ではなくて、直接、自分の土地を提供し、高層建築物の区分所有権と交換するという形でも補償できるのではないかと考えています。また、高層建築を建てることによって、低層住宅なども密集しなくなってきましたから、避難路もかなり広くとれるようになるという点で、防災上も有効な方法になると思います。

角松先生からいろいろな都市計画上の形で、広い道路をどう造るかという話が出てきましたが、漁村のだけではなくて、都心の木造の低層住宅が密集しているような市街地、いわゆる木密地域で、街路が著しく狭いところについても、こういった容積率売買を通じて

高層建築物を建てさせて用地を確保するという誘導の方法は使えるのではないかと考えています。

質疑応答

【村松 幹二】：パネリストの皆様、ありがとうございます。多くの重要な論点が出ましたが、その中にいくつか共通の問題意識があると思います。その点について、最初に私から質問させていただき、議論を進めたいと思います。まず、国民のリスク観を踏まえ、保険をどう見るかという点を伺いたい。また情報を作り出す、情報を伝達するコストという点、これは市街地密集地であれ、リスクに関わる場合であれ、情報のコストは重要かと思います。その負担についても、何人かの先生にお伺いしたいと思います。

永松先生のご報告にもありましたように、国民のリスク観が短期的であることを踏まえると、強制保険の可能性も十分考える必要があると思います。それに対して、榊先生は政府の事後的な補償よりも、本当に強制保険が優れているのだろうか、という論点を出されております。また、危険な地域、例えば木造の市街地密集地に住んでいる人に対して保険を強制するという方法も考えられます。強制保険の可能性に関して、特にそれが政府の事後的補償より優れているかという点に関して、まずリスクの観点から、永松先生、ご意見ございますか。

【永松 伸吾】：政府による課税や強制保険について、かつてなるほどと思った論文がありました。災害リスクは非常に小さく、我々が認知できない。政府がそのリスクの高いものに税を課したり、保険に強制的に加入させることで、見えないリスクを国民に見える形にすることが大事である。そのために強制保険がいるのだと書かれており、その説明は分かりやすいと思いました。私も基本的にはそういうやり方は、真剣に検討すべきだと思います。

一つ気になったのは、榊先生もおっしゃられた、市場はおそらくうまく機能しないだろうということですが、私は市場を機能させるだけなら、それほど難しいと思います。というのは、防災業界には、外資系

のリスクコンサルティング会社はたくさんあります。大きな産業になっていて、例えば「あなたの会社のリスクはこれだけだから、こういうヘッジをしておきなさい」などとコンサルティングしています。そういう人たちは、先ほど見せたような地震工学的なリスク評価に基づいて、それを金融工学的にいろいろやって、リスクを定量化するビジネスをしている。例えば、すでに地震保険の保険料も、そういった工学的なものに基づいて一応500年という短い期間ですが、過去の履歴を使って設定されています。

機能するのはなぜ簡単かということ、国民が、「ここは危ない」、「ここは安全」というリスク評価を、仮にそれが全くの出鱈目であったとしても、そう信じこんでしまえば、マーケットは機能するからです。また信じることは皆にとって便益があります。例えば企業が、他の経営者から「おまえの会社はちゃんとリスク管理ができていますのか」と言われた時に、「こういうリスクコンサルティング会社の、こういうリスクヘッジの方法をとっています」となれば、経営者にも説明ができるし、そういうリスク評価をとったところの株価が上がります。本当にそのリスク評価が正しいものかどうかは誰も分からないし、滅多にリスクが現実になることもないから、フィクションであっても、そういうマーケットが動くことで皆が利益を得ることができます。僕はむしろその方を心配しています。

つまり、本来的に低頻度巨大災害のリスクは、定量的、科学的な評価が難しいにも関わらず、あたかもそれが科学的真実かようになって、市場が機能してしまうことの怖さです。福島県の話を出したのは、このことをお話ししたかったからです。福島県が、ここは安全だよとPRしたことは、あの情報に基づけば何ら問題はありませぬ。ただ、もとの情報を辿っていけば、東北の三連動の地震は、そもそも想定外でしたと、地震の翌日に文科省がホームページにいきなり書いてるわけです。その怖さを非常に感じます。

【村松 幹二】: 榊先生、保険に関してどうでしょうか。

【榊 素寛】: 企業に関しては確かに機能し得るところがあると思いますが、家計に関してはうまく機能しな

いのではないかと、という気がします。また、多数の経済主体が一斉に確保に走ったときに供給が足りるかというのは、やはり避けられない問題かと思います。確かに、震災リスクなどであれば定量的に評価できる正しいリスクなんていうのは、おそらくないのに、無理やり機能させることのデメリットはおっしゃるとおりだと思います。

【村松 幹二】: 保険が機能しにくい中で、日本政府の地震に関する再保険の機能は世界的にみても優れたものという印象を私は持っていますが、そのあたりの評価はどうでしょうか。

【永松 伸吾】: 基本的には非常に評価は高いです。例えば民間の再保険会社は、地震の再保険も、本当にグローバルレベルで分散させるのですが、政府がそこに入ることで、縦の時間分散が機能するという部分で、日本の地震保険は優れたPPP(Public-Private Partnership)の事例だと思いますし、官民が共同でそれを引き受けているという部分で、国際的には非常に評価が高い手法です。

【村松 幹二】: 危険地域への強制保険とか課税といった問題を考えるときにも、どこが危険地域なのかという、情報算出のコストが問題になります。これは、角松先生から提示されたものですが、それに関して瀬下先生、ご意見をお願いします。

【瀬下 博之】: 基本的な情報の生産について、特に震災レベルの、活断層など極端な情報生産については、個人レベルではできませんので、当然政府が負担すべきだと思います。個々の家の耐震診断の場合にも外部性の問題がありますので、政府が関与すべきです。情報生産は政府がある程度担わないとうまく機能しませんので、それを考慮して課税することも、あり得ると思います。特に危険地域については情報生産も含めて課税するという方法もあると思います。

【村松 幹二】: 角松先生、東京都の今年3月の条例での耐震診断実施義務に関しては、個人が費用を負担し

なければいけないのですか。

【角松 生史】: 条例に助成に関する規定があったと思いますが、その上で、診断については実施義務があります。耐震診断の場合、比較的对象がはっきりしており、診断手法が確立していること、また、比較的リーズナブルなコストでできることも踏まえた上で、このようにされたのではないかと聞いています。

【村松 幹二】: 瀬下先生からご提案のあった、居住・利用制限の方法について、角松先生、どのようにお考えでしょうか？

【角松 生史】: 非常に悩ましい問題ですが、危険地域一般については、居住目的の建築制限することは現行法の枠内で可能です。また、当然ながら現在のさまざまな都市計画制度は、用途規制によって、ある程度まではそれに近いことを実現していると思います。その場合でも、正確な情報産出費用の配分、またそれ以前に、どこまで正確な評価ができるかが問題になるのは、今まで出てきた議論と共通の問題です。

【村松 幹二】: では、フロアからの質問に移りたいと思います。



【田中 亘】: 東京大学社会科学研究所の田中です。本日は大変興味深いご報告をありがとうございました。瀬下先生にご質問したいのですが、自己責任と市場のメカニズムに任せると、モラルハザードの問題に加えて動学的不整合の問題があり、うまくいかないで、その一つの対策として居住制限をする。しかし、まっ

たく住めなくするのではなく、一定の基準を満たした高層建築だけを認める。それは非常に面白いと思いました。しかし、今回の震災に対する対応として、具体的には津波で被害を受けた沿岸部の対応策として、それが実際の解決策という点、必ずしもそうではないと思います。

社会科学研究所で釜石市の方においでいただいて話を聞くこともあるのですが、そういう話ではなくて、根本的には、建物は流されても人は生きる。そうすれば、また戻ってくるから可能で、そういうのが大事というのが、どうも今回の震災の最大の教訓のようです。

あの地域は何十年に1回は津波で被害を受けています。明治時代には、釜石町の60%の人が死ぬ三陸大津波を経験しています。そのころはあまり政府も助けてくれないから、そういう意味では動学的不整合もなかったと思いますが、そのとき人々は一時的に内陸に逃れ、そこから復興とともに人がまた戻り、10年ぐらいで人口は元に戻ったようです。人々の選択として、リスクを取ってでもそこに住むことについて、パターンリスティックに規制することの問題もあると思います。

それと、高層建築というのは、釜石の人にとっては、とんでもなく間違った考えのようです。あそこはものすごい堤防を造って、何十年間も津波を防いできたのですが、今回は堤防をあっさり乗り越えた。堤防を信じなかった人は高台に逃れて助かったのですが、堤防の信じた人はみんな死んだ。なので、本当に具体的な解決策としてそれが有効なのか。居住制限は、三宅島が噴火したときには居住制限をするのは有効かもしないのですが、具体的な問題に関しては、もう少し事実に基づいたということと、自己責任で住むという考え方をもう少し尊重した評価も考えられるのではないかと思います。

【瀬下 博之】: 個人の選択という点で、確かに、大人だけなら自己責任で構わないと思います。しかし、震災の中で、たくさん子どもたちが犠牲になった。あの地域に大人たちが住まなければ、子どもたちは巻き込まれなかった可能性も十分ある。もともと東北の沿岸部は、かつての津波を警戒して、これより下に住んではいけないという内容の石碑などもあって、その下

に住んでいたところで大きな被害に遭った。それを考えると、もともと高台に住むほうがむしろ自然ではないか。ただし、その中で利用価値が高いところについては、その防災コストを考慮した形での、居住や利用は認めるべきだろう。高層建築がいいかどうかは分からないですが、一つの方法としては、災害にある程度耐えられるものであれば、その範囲で認める。それによってコストを内部化させることは一つの方法だろうという提案です。

巨大な堤防を造れば、そこで生活でき、それを乗り越えるときは逃げればよいというのは、堤防自体の建築を自分たちが負担しておらず、一種のフリーライダー問題の結果として起きている可能性があるのも、その選択を無条件に尊重することはできない。もちろん個人の選択はとても重要だと思いますし、一定の条件付きで認めることは、有効だと思います。

【村松 幹二】: こういった問題を考えるときに、モラルハザードを重視する議論も多いですが、実はモラルハザードよりも個人のリスク観の違いの方が、行動に大きな影響をもたらしている可能性もあり、分析が必要です。また、親のリスク観の違いによって子どもが影響を受けるという意味で、リスク観の違い自体が外部性を持っていると思います。

【島田 明夫】: 被災地の東北大学からまいりました、島田です。非常に貴重なお話を聞かせていただきました。何点か伺いたい点があります。

まず居住制限地域はもちろん必要なのだと思います。ただ、どの程度のリスクの頻度、規模に対して、そういった制限をするのか。今回は、千年に一度という大規模な津波でした。それに対して、明治三陸津波とか昭和三陸津波は、大体数十年に一度の頻度で、中規模の被害をもたらしました。全国的に見ますと、南海トラフ沿いの地震は、単独で起こってもマグニチュード8程度で、30年以内に起こる確率が8割程度と言われていますし、これが連動すると、今回と同じようなマグニチュード9レベルで大きな津波が生じる。今後どのように南海トラフのリスクを考えるのかは、大きな問題だと思います。むしろ東北は、1000年後までない

かもしれない。それなのに居住制限地域、ものすごく強い、建築基準法39条を適用する。これをどう考えるかは、大きな問題だと思います。

私は、やはり数十年に一度の津波には、きちっと防波堤を整備して防ぐ。その中でとにかく居住するというのは、むしろ望ましいことではないか。その代わり、避難はできるようにする。千年に一度の津波に対して100%安全な対策があり得るのか、疑問に思います。

さらに、高台移転するなら、防波堤は要らないという議論もあると思います。現在は国費がほとんど100%出ますので、実際には過大な投資が行われているのが現状ではないか。

あともう一つ。高台移転すると、今度は土砂災害などのリスクが高まることを考えていないのではないかと。現に仮設住宅で高台に建てたところも、浸水被害が去年発生しています。そういったことをどう判断しているのかという点が、実際の被災地で行われていることについての疑問です。

【永松 伸吾】: 私も随分と被災地に行ったのですが、印象的なのは、三陸の沿岸地域では皆さん結構避難をしています。釜石が特に子どもたちの避難で有名になりましたが、例えば歌津でも、ほとんど子どもは亡くなっていない。大人もかなりの人々が逃げている、自宅に荷物を取りに帰った人が流された、という話が多いのです。

それと対症的なのが、仙台の荒浜地区です。あそこは市街化調整区域に指定されていて、本来開発されてはいけなかった土地です。都市のスプロール化の圧力でなし崩し的に開発され、そこには全く津波に対する言い伝えも文化もない。

こういうことを考えると、単に浸水の危険性があるという物理的な条件だけで居住制限をするのは、私は大いに疑問です。例えばその地域が持っている言い伝えとかソーシャルキャピタルみたいなもの、これをどう評価するかは難しい問題ですが、重要だと思います。

もう一つは、土地利用規制という言い方をすると、私は土地利用規制をすることは賛成ですが、そのことは過疎地域を切り捨てろという趣旨では全くありません。私が今最も土地利用規制すべきだと思っているの

は、東京の江東デルタに代表されるような都市の水害危険地域です。非常に水害のリスクが高く、いったん浸水すれば、何十万、何百万という避難者が出て、それらを有効に避難させる具体的なプランすら作れない状況です。それだけの危険性があるにも関わらず、土地利用を制限するという議論が起こらないのは非常に不思議です。

他にも例えば、東京スカイツリーを造って電波塔として使うのはいいのですが、そこに観光客を上げている。避難訓練もしていますが、下りてくるだけでも30分かかるわけです。これについては「もしも上がって地震が起こったら命の保証はしませんよ」と言うてから上げるべきです。都市の中にもそのような多くのリスクがあります。そうしたリスクを開示しつつ、自己責任原則を徹底するところと、利用そのものを規制するところとを明確にしていく。こういったことに踏み込まなければいけないと思います。あまり過疎地の問題として考えないほうがいいと思います。

【島田 明夫】：三大都市圏のゼロメートル地帯に400万人以上住んでいます。私は、こちらのほうが問題だと思います。

【加賀見 一彰】：東洋大学の加賀見です。大変面白いお話をありがとうございました。特に面白かったのが、4人の方がすべて、ある種諦めるというのがキーワードになっていたことです。要するにベストは不可能で、ベターな制度しかあり得ないことを前提として、一定程度諦める政策をどう考えていくのか。その部分で、4人の方がいろいろと頭を悩ませているのかなと思いました。そこで質問なのですが、まず一つ目は、一定程度諦める政策を、政治プロセスの中でどうやって具体的に実現するのか、お聞きしたいと思います。

もう一つは、政治プロセスの場合は、諦めるということはある程度言わないといけないのですが、ある種市場メカニズムでは、人々がリスクを認識した上での決定と、リスクをよく分かっていないけれども、目先の価格とか目先の何かで結果的に決まることもあり得ると思います。そのあたりの組み合わせとか、具体的な話があればお願いします。

【永松 伸吾】：諦めるというのは、被害を起こることをいったん受容して、そこからどう早く立ち直るかを考えることだと思います。これまで防災対策では、Vulnerability（脆弱性）を下げるのが基本でした。ある程度のハザードが予測でき、被害のメカニズムが科学的に分かっていれば、脆弱性を低めることができるけれども、それが分からない。あるいは、やろうとしても著しくコストがかかるため、できない。だったら、起こったときに、どう立ち直るかを考えておけばよい。

その観点で言うと、例えば南海トラフの話が出ましたが、あの辺は津波が来るのは分かっていますから、それが来たら自分たちの村はどうするか。そのときはこっちに移転するかというようなことを、前もって決めておく。

今の日本の復旧・復興の制度を見ても、原形復旧に対しては多額のお金が出るし、移転にしても、防災対策移転事業とかを使えば出るのですが、やはり自由度が低い。でも、例えば事前にそういう計画をつくって申請すれば、予算を認めるとか、そういうことを前もって考えることが、次の災害に備えては重要な方法かと思っています。

【会場】：原発事故の場合は、あんなふうに津波が起こる可能性は低かったかもしれない。しかし、電源を守るのは比較的容易なことです。だから、コストもかからない容易な対策を取らなかったことは、その責任を認定するときに、一つのファクターになると思います。頻度は非常に少ないけれども、いったん来ると非常に深刻な災害に対応するときに、その場合でもこれぐらいコストの安い対策だったら取るべきという論理がどこかで入れられないかと思いますが、いかがでしょうか？

【永松 伸吾】：おっしゃるとおりですが、電源を守ること、津波を想定していればそうですが、津波を想定していなかったら、それすらもやらなくてもよかった。つまり、対策のコストも、どのレベルのハザードを想定するのかによって変わって来るのです。例えば耐震化にしても、どのレベルの地震動に対して備える

かによってコストは変わります。そこが難しいところかと思います。

【榊 素寛】: 原発に関しては、異常に巨大な天災地変に該当しない限りは、単純に考えると、安い価格で対策が取れるのであればやるはずです。それをなぜやらなかったのかは、特有の事情なのか分からないですが、それは分析の必要があると思います。そもそもないと考えたのか、ある種の神話がリスクに対する認知を歪めたのか。説明はいろいろあり得ると思いますが、そこは何か不整合なところがあると思います。

【村松 幹二】: ありがとうございます。重要な問題が多く議論は尽きませんが、お時間ですので、これで本日のシンポジウムを終えたいと思います。パネリストの皆様、ご参加の皆様ありがとうございました。

録画機器とセルDVDの関係からみる 私的録音録画補償金制度について

阿部 美香

財団法人 地方自治情報センター

要旨

私的録音録画補償金制度の制度的根拠は、デジタル方式の録画機器の普及が著作権者に経済的な不利益をもたらすことである。本稿では、テレビ放送された邦画の私的録画に着目し、実証分析により不利益の有無と程度を検証した。その結果、デジタル方式の録画機器のうち、DVDドライブを搭載する機器の普及台数が増加すると、DVDソフトの販売数を減少させ、権利者に不利益をもたらしていることが示された。これに対して、ハードディスクのみを搭載している録画機器の普及については、権利者に利益をもたらすという傾向が見られたが、これは統計的に有意ではなかった。

キーワード：私的録画、経済的不利益、私的録音録画補償金

1. はじめに

近年、技術が進歩し、広く一般市民による著作物の複製（有形的な複製）を可能とする様々な機器が開発され普及したため、音楽や映画などを私的に録音・録画した上で再生して楽しむ方法が広範に定着している。そして、これが著作物の有力な利用形態となってきたこと、その結果、社会の中で大量の録音物や録画物が私的に作成され、保存されているものと考えられる。そのような状況に鑑みて、私的複製が全くの無償であることは、例えば、CDやビデオソフトなどの売上に影響が生じるなど、本来権利者が受けるべき利益を害する恐れがあるとの指摘がされるようになった。これがいわゆる私的録音録画問題である。

この問題については、多年にわたって、関係者間で検討がなされた結果、著作権等の利益を保護するため、平成4年に著作権法が改正され、デジタル方式の複製に用

いられる一部の機器・媒体を対象に「私的録音録画補償金制度」が導入された。

私的録音録画補償金制度は、デジタル録音・録画機器の普及により権利者等に経済的な不利益を及ぼす可能性・蓋然性があることから導入されたものであり、権利者に与える経済的な利益・不利益の実態については、定量的な検討が事前に行われずに導入され、現在まで運用されてきた。そして、これまでも実証的な政策評価が行われてこなかった。

デジタル録音・録画機器や媒体の普及は、それにより音楽や映像作品の購入が私的複製により代替され得ることから、著作者に経済的な損失を与える可能性がある。一方で、例えば録画機器が普及したことで、消費者は当該機器により映像の著作物に親しみ、結果として、映像の著作物に関連する収益が増加する可能性も考えられる。つまり、私的録画が可能なデジタル機器の普及には著作権者にとってトレードオフの関係があり、機器が普及したことによって、ただちに経済的な損失が利益を上回るとは言えない。私的録音録画補償金制度は、成立から十数年が経過し、関係者間の利益の対立が顕在化しており、検討の度に双方の見解は乖離する一方である¹。制度改正の検討が進まないものの、新技術や新製品が次々に誕生し、例えば1週間のテレビ番組を全て録画できる機能を持つ機器など、私的複製による経済的不利益の恐れは益々深刻化していることが予測される。さらに、私的録音録画補償金制度を巡っては平成24年11月に出された最高裁の決定²により、近い将来再度本制度の見直し・検討が必要になることが予想される。

そこで本稿では、私的録画に着目し、著作権法第30条に基づく無許諾複製（いわゆる私的複製）が可能な録画機器の普及がテレビ放送された邦画のDVDソフト（ブルーレイソフトも含む）の売上枚数に与える影響について、実証分析を行った。

結果として、まずデジタル方式の録画機器のうち、DVDドライブを搭載する機

¹ 脚注10の文化審議会著作権文科会報告書を参照のこと。

² 知的財産高等裁判所における平成23年（ネ）第10008号 損害賠償請求控訴事件（原審・東京地方裁判所平成21年（ワ）第40387号）の原告からの控訴についての最高裁の判断のこと。詳細は、2.3節を参照。

器 (DVDレコーダー, ブルーレイレコーダー, デジタルチューナー内蔵パソコン) の普及台数が増加すると, テレビ放送された邦画のDVDソフトの販売数を減少させ, 権利者に不利益をもたらすことが分かった. またDVD録画機器が1台普及すると, 邦画DVDソフトの販売金額を約457.5円減少させることが示された. 一般社団法人私的録画補償金管理協会 (以下, 「SARVH」という.) の報告によると, 現在の録画機器1台あたりの補償金平均額は平成23年で約482円³であり, 本研究で示した457.5円を上回っている. しかし, DVD録画機器が邦画以外にも不利益を与えているとすると, 権利者に与えている損害を補てんしきれていない可能性が高い.

さらに, 本稿では, HDDドライブのみを搭載する機器 (HDD内蔵テレビ, HDDレコーダー) についても, その普及の影響を検証した. HDD録画機器については, 現在補償金制度の対象機器に指定されていないが, 指定対象とするように著作権者側が主張しているという経緯がある. HDD録画機器については, 普及台数が増加すると, テレビ放送された邦画のDVDソフトの販売数を増加させ, 権利者に利益をもたらす傾向があることが示されたが, これは統計的に有意ではなかった.

本稿の構成は次のとおりである. まず, 1.1節で先行研究を概観する. 第2節で, 私的録音録画補償金制度が導入された背景, また制度の概要及び法的議論について述べる. 第3節では, 私的録画可能な機器がDVDソフトの売上枚数に与える効果について検証するための実証分析手法を提示し, その結果を示す. そして, 分析の結果を踏まえて考察を行う. 第4節では, 今後の私的録画に関連する政策提言及び今後の課題をまとめる.

1.1 先行研究

私的複製のうち録音機器や媒体の普及が音楽生産量に与える効果については, 窪島 (2007) 及び西沢昭夫研究会 (2008) が実証分析を行っている.

窪島 (2007) は, アナログ録音機器及び媒体, またデジタル録音機器については

必ずしも音楽生産量を減少させるとは言えないが, デジタル録音媒体の普及は音楽生産量を減少させる可能性があることを示している. また実証分析の結果として, デジタル録音媒体がもたらす著作権者の不利益を具体的な金額をもって示している.

西沢昭夫研究会 (2008) は, 窪島 (2007) と同様の手法で実証分析を行っているが, 不利益の金額は, 窪島 (2007) の算出したものよりも高く, さらに近年になるほど不利益の金額と補償金額の差が大きくなっているとしている. また, 著作権保護技術とそれに基づいた契約への移行により経済的不利益の解消が可能であるかを余剰分析により検討しており, 結果として, 補償金制度を拡大すると, 消費者・生産者ともに余剰が減り, 社会的余剰が減少するとしている. また著作権保護技術による制御については, メーカーのコストが上がるために生産者余剰は減り, 複製による消費者余剰も減るため, この場合も社会的余剰が減少することを示している.

ただし窪島 (2007) と西沢昭夫研究会 (2008) は, 私的録音録画補償金制度のうち私的録音に着目した研究であり, 私的録画については分析していない.

苗村 (2008) は, 私的録音・録画補償金制度からDigital Rights Management (以下, 「DRM」という.) への移行の必要性と可能性について検討しており, 補償金制度からDRM及び契約制度への移行を円滑に実施するためには, 電子通貨とデポジットを組み合わせた方式を検討し, 実用化すべきであると提案している.

私的複製の影響として, 田中 (2007) は, CDのコピープロテクトとファイル交換ソフトWinny上で流通している音楽に着目し, コピープロテクトをCDにかけても売り上げは増えておらず, Winnyのダウンロード数が増えてもCDの売り上げは減っていないとしている.

また, 田中 (2011) は, ファイル交換ソフトWinnyと動画サイトYouTubeがアニメDVDソフトの売上に被害を与えているかを実証分析しており, 結果, Winny及びYouTubeからのダウンロードや視聴はDVDソフトの売上を減少させていない, あるいは少なくとも減少させる効果は限定的であることを示している.

³ SARVHのホームページデータを参照した.

2. 私的録音録画補償金制度について

2.1 私的使用のための複製（著作権法第30条）について

複製とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により、有形的に複製することをいう（著作権法第2条1項15号）。有形的とは、著作物が媒体に固定されることをいい、複製とは、元の創作的な表現物と同一のものを作することをいう。そして、複製権は、著作物を複製することについて著作者が有する排他的な権利である（著作権法第21条）。

複製権は、様々な著作物の利用に関する権利の中でも最も基本的な権利である。この権利は、著作物の有形的な複製にのみ及ぶが、複製の質や数、あるいは方法は限定されていない⁴。そのため、著作物の全体ではなく一部を複製する場合であっても、著作物の本質的な部分（創作性が表現されている部分）を複製するのであれば、それは複製となる。

複製権はこのように強い権利であるため、著作物を無許諾でできるように多くの制限が設けられている。著作権法第30条1項では、個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用する、いわゆる「私的使用のための複製」について、例外として無許諾かつ無償での複製を認めている。昭和45年の著作権法立法当時は、個人的又は家庭内での私的な複製は、零細な複製であり、著作者等の経済的利益を不当に害することがないと考えられたことから、このように著作権者の権利を制限した。これは、著作物等の公正な利用に留意しつつ著作権者の権利の保護を図るという著作権法の目的を踏まえた規定の一つである。

しかし、機器や媒体のデジタル化などにより、市販のCDやビデオソフトと同品質の複製物が家庭内で作成できる状況になってきた。そのため、私的複製機会の増加と複製物の精度の向上を巡って、著作権者や機器製造者、文化庁等の関係者を交えて、補償金制度の必要性について長い年月をかけて検討が行われた。

⁴ 半田、紋谷（2002）参照

2.2 制度導入が検討された際の経緯と現状

私的録音録画補償金制度が検討された発端は、技術の進歩に伴い、家庭内での私的録音・録画が可能な機器が普及し、広範かつ大量に私的録音・録画が行われるようになることが懸念されたことにある。そのため、昭和52年3月に社団法人日本音楽著作権協会、社団法人日本芸能実演家団体協議会及び社団法人日本レコード協会の3団体が連名で、文化庁長官に対して、西ドイツ（当時）において私的録音録画問題の解決策として採用されているのと同様の制度導入を要望する文書⁵が提出された⁶。

その後、著作権審議会第5小委員会（昭和52年～56年）、著作権問題に関する懇談会（昭和57年～62年）、著作権審議会第10小委員会（昭和62年～平成3年）等の長い検討を経て、著作権法を改正することが決まり、平成4年に私的録音録画補償金制度が成立した。これは私的録音・録画を自由とする代償として、政令で定めるデジタル方式の録音または録画機器を用いてデジタル方式の記録媒体に録音・録画する行為につき、相当な額の補償金を権利者に支払うこととするものである。

なお、平成3年12月の文化庁著作権審議会第10小委員会報告書によると、デジタル複製が著作者らに与える不利益が具体的にどの程度であるかについては、録画機器の普及状況と消費者に対する私的録画状況のアンケート調査の結果⁷を検討したのみであり、詳細に検討した形跡は見当たらない。第125回国会の文教委員会⁸でも、アナログ機器と比べてデジタル機器の方がどの程度損失が大きいかという試算は検討したのか、という趣旨の問いに対し、政府委員は「数量的な検討といえますか、定量的にこれをつかまえるということは大変難しいことございまして、そのことは基礎に置かれてございません。」と回答しており、不利益の定量的な検討はされ

⁵ 昭和52年3月「著作権法第30条の改正についての要望書」を指す。

⁶ 昭和56年6月文化庁「第5小委員会（録音・録画関係）報告書」を参照。

⁷ 権利者団体（社団法人日本音楽著作権協会、社団法人日本芸能実演家団体協議会、社団法人日本レコード協会、社団法人日本ビデオ協会）、メーカー団体（社団法人日本電子機械工業会、社団法人日本磁気メディア工業会）の協力によって、平成3年3月から4月にかけて「私的録音・録画に関する実態調査」が行われた。

⁸ 第125回国会、文教委員会、第1号の議事録を参照。

ていないことが分かる。

こうして、多年に渡る検討の結果として導入された本制度ではあるが、近年、ハードディスク内蔵型録音録画機器やパソコンが開発され普及したこと、制度発足から10年以上経過し、制度の問題点が関係者から指摘されていることなどを背景として、文化庁や著作権者、機器製造者等の関係者によって制度の見直し議論(対象とする機器・媒体の見直し等)が行われた⁹。しかし、補償金制度のあり方については、複製を防止する技術的保護手段に係る技術の進化・普及もあり、著作権保護技術と補償の必要性の関係を巡る議論を中心に関係者間の合意が得られず、関係者間の意見の隔たりが依然として大きいことが明らかとなった¹⁰。そのため私的録音録画小委員会では、検討経緯と今後の方向性を報告書¹¹として示すにとどまった。

2.3 私的録音録画補償金制度をめぐる裁判

私的録音録画補償金制度を巡り、SARVHは、株式会社東芝に対し、デジタル放送専用のDVD録画機器に係る未納付の私的録画補償金の支払いを求める訴訟を平成21年11月10日に東京地裁に提起した。これは被告の東芝が、デジタルチューナーのみを搭載し、アナログチューナーを搭載していないDVDレコーダーを製造して、私的録画補償金相当額を販売価格に計上することなく販売した結果、補償金をSARVHに支払っていないことに対し、その支払いを求めた訴訟である。

東京地裁での主要な論点は2点であった。1点目は、アナログチューナー非搭載のDVD録画機器である被告製品が施行令1条2項3号の規定する特定機器に該当するかである。2点目は、被告が原告に対し、著作権法第104条の5の協力義務として、被告が販売した被告各製品に係る私的録画補償金相当額を支払うべき法律上の義務を負

⁹ 平成18年1月の文化審議会著作権分科会報告書において私的録音録画補償金制度の抜本的見直しが提言されたことを受け、同分科会に設置された私的録音録画小委員会は、同年4月から平成20年12月までの3年間審議した。

¹⁰ 私的録音録画補償金小委員会の議事録及び平成21年1月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」を参照。

¹¹ 脚注10の平成21年1月文化審議会著作権分科会報告書を指す。

うかである。

地裁判決では、アナログチューナー非搭載のDVD録画機器は特定機器に該当しないという被告の主張は否定されたが、被告の法律上の義務についてはこれを否定し、原告の請求を棄却した。

続く知財高裁の判決でも、原審と同じくSARVHの請求は認められず、控訴は棄却された。ただし前述の2つの争点について、知財高裁は原審とは正反対の判断をしている。つまりアナログチューナーを搭載しないDVD録画機器は特定機器には該当しないと判断したが、協力義務についてはこれを法的に強制される具体的な義務として認めた。

本件は、1審及び2審で敗訴したSARVHが上告したものの、平成24年11月に最高裁がこれを棄却する決定を出したことから、東芝の勝訴が確定した。

知財高裁判決では、放送波とは「アナログを前提」としたものと判断しているが、地上波テレビ放送がデジタル化したことを前提とすると、今後現行の補償金制度の対象となる機器は市場に存在しなくなる。これは補償金制度が実質的には機能しないことを意味するため、本制度にとって重要な判断が下されたと言える。

3. 私的録画機器がDVDソフトの販売枚数へ与える影響の検証

本研究では、テレビ放送された邦画のDVDソフトに注目し、録画機器が普及したことでDVDソフトの販売量にどのような影響を与えたのかを検証する。その際に、DVD録画機器の影響だけでなく、HDD内蔵型テレビやデジタルチューナー内蔵パソコン等の影響についても同時に検証する。

テレビ放送の影響に注目するのは、私的録画はテレビ放送を録画源として行われることが多いためである。録画機器の存在だけでは映画のDVDソフトの販売に影響を与えることはなく、その映画がテレビ放送されることが実質的には必要だと言える。なお、本研究での「テレビ放送」とは、無料の地上波放送を指し、放送波の種類はアナログ放送なのか、デジタル放送なのかは問わないこととする。

邦画に着目する理由は、補償金制度の導入が検討された際に、私的録画の経済的

損害について最も強く主張していたのが映画関係団体であったこと、またテレビ放送前からすでにDVDソフトが販売されているため、テレビ放送前後の販売枚数の変化を捉えやすいことが理由である。なお洋画は1タイトルで複数のパッケージが展開されていることが多く、販売枚数を把握することが困難であったため、今回の分析の対象からは除外した。

3.1 邦画DVDソフトの販売数への影響

私的録画機器の普及が、テレビ放送された邦画のDVDソフトの販売量に与えた影響を定量的に評価する。ここでは、主に次の観点から分析する。

① 発売からの経過時間	DVDソフト発売からの経過時間とともに販売数は減少することが予想される (マイナスの効果)
② テレビ放送の影響	その作品に対して消費者の認知度が上昇し、DVDソフトの販売数が増加することが予想される (プラスの効果)
	消費者は、テレビ視聴で満足し、DVDソフトを購入しない可能性がある (マイナスの効果)
	消費者が録画機器を使用し、その作品を録画したためにDVDソフトを購入しない可能性がある (マイナスの効果)

3.2 使用したデータ

次に、検証で用いたデータについて、出所と内容、また筆者が加工を加えたものについてはその加工方法を説明する。

まず、株式会社オリコンより提供を受けた2003年から2005年の邦画興行収入上位5作品 (全15タイトル、24パッケージ) のDVD発売年から2010年までの各年における売上数量をデータとして用いる。これらの24パッケージには、一度発売したタイトルを再度ベスト版や廉価版として発売したパッケージも含まれている。

テレビ放送を録画できる機器として、DVDドライブを搭載したDVD録画機器 (HDDドライブも搭載する機器を含む) とHDDのみを搭載するHDD録画機器がある。前者の代表として、DVDレコーダー、ブルーレイレコーダー、デジタルチューナー

内蔵パソコンを、また後者の代表として、HDD内蔵テレビ、HDDレコーダーを取り上げる。

DVDレコーダーの出荷台数については、一般社団法人電子情報技術産業協会 (以下、「JEITA」という。) による2000年～2010年の「民生用電子機器国内出荷統計」を用いる。再生機能しか持たない機器と録画機器との区分がない2000年から2002年の期間については、2003年以降の両機器の割合から推計した。ブルーレイレコーダーについては、JEITAの2008年～2010年の「民生用電子機器国内出荷統計」を用いた。なお2008年の「次世代光ディスクレコーダ/プレーヤー」はブルーレイレコーダー又はプレーヤーであったとみなし、ブルーレイレコーダー又はプレーヤーの割合については、2009年の両機器の出荷割合から推計した。デジタルチューナー内蔵パソコンについては、JEITAの2005年～2010年の「地上デジタルテレビ放送受信機国内出荷実績」を用いた。2005年及び2006年については四半期毎のデータであったが、分析では月次データを用いるため、統計期間月数で除し、各月出荷台数を推計した。

HDD内蔵テレビとは、VTR/DVD一体型テレビは含まず、HDDのみを内蔵する録画機能を有するテレビを指すことにする。JEITAの2006年～2010年の「民生用電子機器国内出荷データ集」を参考に、年間出荷台数から各月出荷台数を推計した。HDDレコーダーは、HDDのみを搭載するレコーダーであり、DVDドライブを搭載する機器は含まない (DVDドライブを搭載する機器は、DVDレコーダーとして計上している)。これについてはJEITAの2005年～2008年の「民生用電子機器国内出荷データ集」を用いて、年間出荷台数から各月出荷台数を推計した。また2009年以降、統計項目として本データ集に記載がなかったため、2009年～2010年のデータは、2008年度のデータ集の予測値から推計した。

なお、近年同時間に複数の番組を録画できる録画機器が発売されているが、使用したデータでは録画機器に搭載されているチューナー数を区分することができなかったため、本研究ではチューナーの数は考慮していない。

DVDソフトを視聴できる機器としては、録画機能を持つDVD機器だけでなく再生専用機 (DVDプレーヤーとブルーレイプレーヤー) もある。

再生専用のDVDプレーヤーについては、JEITAによる2000年～2010年の「民生用

電子機器国内出荷統計」を用いた。先述のように、2000年～2002年のレコーダーとプレーヤーの区分がない期間については、2003年以降の両機器の割合から推計している。また再生専用のブルーレイプレーヤーについては、JEITAの2008年～2010年の「民生用電子機器国内出荷統計」を用いた。先述のように、2008年の「次世代光ディスクレコーダ/プレーヤー」はブルーレイレコーダー又はプレーヤーであったとみなし、割合については、2009年の両機器の割合から推計している。

なお、これらの録画機器と再生機器については、実際に使用されている台数がDVDソフトの販売量に影響を与えるため、出荷台数を累積する形で計上しているが、経年劣化を考慮して、出荷から5年経過したものは廃棄されたものとみなし、筆者がデータを作成した。

テレビ放送された邦画のタイトルと放送時期の特定には、「映画のテレビ放送に関するサイト¹²」の放送カレンダー/地上波映画(関東)のページを参考にした。その他に、パッケージ毎のDVDが発売された月から年末までの経過月を算出したデータ、パッケージ毎の税込価格、そして2003年～2010年の内閣府の「国民経済計算(GDP統計)」から名目GDPデータを本研究では使用した。

3.3 推定モデル及び説明変数

分析に用いる推定式は以下のとおり。最小二乗法(Ordinary Least Square 以下、「OLS」という。)と固定効果モデル(Fixed Effect Model 以下、「FE」という。)を用いて推定する。

$$\ln(\text{sale})_{it} = a_0 + a_1(\text{recorder})_t \times D_{\text{broadcast}} \\ + a_2(\text{hddrecorder})_t \times D_{\text{broadcast}} \\ + a_3(\text{player})_t + \sum_i \beta_i C_{it} + \epsilon_{it}$$

a_0 : 定数項 $a_1 \sim a_3, \beta$: パラメータ C : コントロール変数 ϵ : 誤差項
 i : パッケージ t : 時間

¹² 映画のテレビ放送に関するサイト <http://movie.zashiki.com/>

次に、この分析における非説明変数と説明変数について記述する。

被説明変数のsaleは、2003年から2005年までの邦画興行収入上位5作品(全15タイトル)について、その特別版や廉価版も含む24パッケージのDVD発売年から2010年までの各年売上数量をデータとして、その対数をとった値である。

recorderは、各邦画タイトルが地上波でテレビ放送された月におけるDVDドライブを搭載する録画機器(DVDレコーダー、ブルーレイレコーダー、デジタルチューナー内蔵パソコン)3機種の累積出荷台数を合算した数値である。

hddrecorderは、recorderと同様に、各邦画タイトルが地上波でテレビ放送された月のHDDドライブのみを搭載する録画機器(HDD内蔵テレビ、HDDレコーダー)2機種の累積出荷台数を合算した数値である。

また、Dbroadcastは、その作品がその年にテレビ放送されたかを表すダミー変数で、放送があった年は1を、放送がなかった年は0をとる。つまり放送がなかった年は、DVDソフトの売上は録画の影響を受けず、その年は録画機器が実質的に0台であったとしている。一方で放送があった年は、録画の影響を受ける可能性があるため、recorder及びhddrecorderは放送月時点での累積出荷台数をそのまま用いる。例えば、(recorder) $t \times$ Dbroadcastの計算方法は次の表1のようになる。

<表1 (recorder) $t \times$ Dbroadcastの値の考え方>

売上 集計年	当年に放送 有無ダミー (放送有=1, 放送無=0)	DVDレコ ーダーの累 積出荷台数	ブルーレイレ コーダーの累 積出荷台数	デジタルチュ ーナー内蔵パ ソコンの累積 出荷台数	合計: (recorder) $t \times$ Dbroadcastの値
2004	1	1,000台	500台	300台	1,800台
2005	0	2,000台	800台	500台	0台
2006	1	3,000台	1,000台	800台	4,800台

playerは、各年の12月時点でのDVDソフトを視聴できる機器(録画機器と再生専用機、つまりDVDレコーダー、ブルーレイレコーダー、デジタルチューナー内蔵パソコン、DVDプレーヤー、ブルーレイプレーヤーの5機種)の累積出荷台数を合算した数値である。

Cは、その他のコントロール変数であり、邦画DVDの発売月からの経過月数とその二乗項、名目GDP、経過月×各DVDの税込価格、売上年の放送有無ダミー、売上年の前年の放送有無ダミー、売上年の2年前の放送有無ダミーと2年連続放送ダミーである。売上年の前年の放送有無ダミー、売上年の2年前の放送有無ダミー、2年連続放送ダミーは、Dbroadcast (売上年の放送有無ダミー)と同様に、「映画のテレビ放送に関するサイト」の放送カレンダー/地上波映画(関東)のページを参考に作成した。

前述の推定モデルの基本統計量は表2のとおりである。なお以下では、playerは「再生機器」、recorderは「DVD録画機器」、hddrecorderは「HDD録画機器」として記載する。

＜表2 基本統計量＞

変数名	観測数	平均値	標準偏差	最小値	最大値
ln (2003年～2005年の興行収入上位5位の邦画DVD販売枚数)	151	8.26402	1.751444	5.634789	13.85252
再生機器	151	29500000	5095509	11100000	33900000
DVD録画機器× 当年の放送有無ダミー	151	5431553	7877353	0	20700000
HDD録画機器× 当年の放送有無ダミー	151	416664.2	1554614	0	9644000
発売からの経過月	151	36.1457	22.93044	1	88
発売からの経過月 ²	151	1828.834	1826.397	1	7744
経過月×DVDの税込価格	151	206275.1	157657.5	3990	766500
名目GDP ※	151	1310000	2550000	127000000	135000000
売上年の放送有無ダミー	151	0.3509934	0.4788692	0	1
売上年の1年前の放送有無ダミー	151	0.3112583	0.464549	0	1
売上年の2年前の放送有無ダミー	151	0.2980132	0.4589074	0	1
2年連続放送ダミー	151	0.0596026	0.237537	0	1

※ 表2の名目GDPの基本統計量は、レイアウトを考慮し、1/100,000,000倍した値である。

3.4 予想される結果

この分析で予想される重要な変数の符号を図示する。

	DVD録画機器 ×当年放送有無ダミー	HDD録画機器 ×当年放送有無ダミー	再生機器
予想される符号	－	－	＋

DVD録画機器×当年放送有無ダミー及びHDD録画機器×当年放送有無ダミーは、録画機能を持つ機器の効果を検証するためのものであり、累積出荷台数が多いとテレビ放送された邦画が録画され、結果として当該作品のDVD販売量を減少させる効果があると考えられる。よって、予想される符号は負である。逆に、再生機器が多いと、DVDソフトが視聴でき、販売量を増加させる効果があると考えられるため、予想される符号は正である。

3.5 結果

OLSとFEを用いた推定結果は、表3のとおりである。しかし、OLSではDVDタイトル毎の固有の効果を取り除く事が出来ないため、FEの結果で検証する。

FE (1) では、DVD録画機器×当年放送有無ダミーと再生機器については予想通りの結果が5%有意で得られた。しかしHDD録画機器×当年放送有無ダミーの係数は10%の水準ではあるものの、予想に反し有意に正の値を示している。しかし、HDD録画機器はDVDソフトを視聴する機能を有していないため、このような結果がでることには疑問がある。そこで、疑似相関を可能な限り排除するために、推計式を変更した。具体的には、被説明変数の邦画がテレビ放送された時の1年前及び2年前のDVD録画機器及びHDD録画機器の累積台数を説明変数として追加し、再度FEで分析した。

結果として、FE (2) では、DVD録画機器×当年放送有無ダミーの変数は、依然として有意に負の影響を、また再生機器についても有意に正の影響を示すものの、HDD録画機器×当年放送有無ダミーについては、有意な影響は確認できなくなった。

<表3 推定結果>

被説明変数: $\ln$ (2003年～2005年の興行収入上位5位の邦画DVD販売枚数)

説明変数	OLS			FE (1)			FE (2)		
	係数	有意水準	標準誤差	係数	有意水準	標準誤差	係数	有意水準	標準誤差
再生機器 ☆	0.0286		0.0399	0.0815	**	0.0342	0.0894	**	0.0357
DVD録画機器 ×当年の放送有無ダミー ☆	-0.0348	*	0.0421	-0.0709	**	0.0285	-0.0641	**	0.0301
HDD録画機器 ×当年の放送有無ダミー ☆	0.0533		0.0628	0.1020	*	0.0534	0.0735		0.0609
発売からの経過月	-0.1048	***	0.0200	-0.1211	***	0.0151	-0.1193	***	0.0155
発売からの経過月 ²	0.0009	***	0.0001	0.0006	***	0.0001	0.0006	***	0.0001
経過月×DVDの税込価格 ☆	-3.2000		0.6020	-0.5830		107.00	-0.4710		108.00
名目GDP ★	-0.0202	**	0.0285	-0.0513	*	0.0267	-0.0533	*	0.0293
売上年の放送有無ダミー	1.2169	*	0.7324	1.2006	***	0.4450	1.0809	**	0.4687
売上年の1年前の放送有無ダミー	0.0450	***	0.1766	-0.7357	***	0.1984	-1.1436	**	0.5536
売上年の2年前の放送有無ダミー	-0.0517	***	0.1480	-0.4325	***	0.1566	-0.3646		0.5369
2年連続放送ダミー	-0.9599		0.2997	-0.2040		0.2952	-0.1563		0.3268
売上年の1年前の (DVD 録画機器×放送有無ダミー) ☆							0.0201		0.0334
売上年の2年前の (DVD 録画機器×放送有無ダミー) ☆							-0.0186		0.0383
売上年の1年前の (HDD 録画機器×放送有無ダミー)							0.1500		0.2350
売上年の2年前の (HDD 録画機器×放送有無ダミー)							0.7020		0.5870
定数項	14.192	***	3.4958	16.089	***	3.1075	16.180	***	3.5004
観測数	151								
決定係数	0.8658			0.8819			0.8846		

※***, **, *は、それぞれ1%, 5%, 10%水準で統計的に有意であることを示す。

※レイアウトを考慮し、☆の係数は、100万倍した値である。★の係数は、1兆倍した値である。

以下では、FE (2) の分析結果を基に、係数の解釈を記述する。

再生機器であるplayerの係数は、予想のとおり正であった。再生機能を持つ機器 (DVDレコーダーやブルーレイレコーダー等の録再機器を含む) が普及すると、テレビ放送した邦画DVDの販売数を増やす効果があり、これは、5%の水準で統計的に有意であった。

DVD録画機器×当年放送有無ダミーの係数は、予想どおり負であった。統計的にも5%で有意であり、DVD録画機器 (DVDレコーダー、ブルーレイレコーダー、デジタルチューナー内蔵パソコン) が普及すると、テレビ放送された邦画DVDの販売数を減少させる効果が確認された。これは、本来DVDを購入したかもしれない消費者が、テレビ放送を録画したことにより購入を取りやめたことによるものと考えられる。

HDD録画機器×当年放送有無ダミーの係数は、予想に反して正である。ただし、前述のとおりFE (2) では統計的に有意ではない。これは、HDDのみを搭載している録画機器 (HDD内蔵テレビ、HDDレコーダー) の場合、HDDに録画できる量が制限されるため、長期保存には向いていないことが原因と考えられる。実際に、家電量販店等でもHDDのみを搭載する録画機器は一時的な録画向けとされており、長期保存はDVD媒体を利用することが推奨されている。よって邦画をはじめとするテレビ放送された映画を長期保管したい人は、HDD録画機器では録画しないことが考えられる。

なお、売上年の放送有無ダミーの係数は、正であった。これは、テレビ放送があった年はその邦画のDVD売上枚数を増加させているということを示しており、テレビ放送によりその作品の認知度が上昇したことがその理由として考えられる。なお、統計的にも5%で有意であった。

逆に、売上年の1年前の放送有無ダミーの係数は、負であった。これは、テレビ放送があった翌年は、その邦画DVDの販売枚数が減少するというを示している。これは統計的にも5%で有意であった。また売上年の2年前の放送有無ダミーの係数は、統計的には有意でないものの売上年の放送有無ダミーと同じく負であった。これらの結果から考えると、放送があった年は、認知度が上昇し、その邦画のDVDの販売枚数は増加するものの、テレビ放送から1年後及び2年後と時間が経過すると、反対に放送がなかった場合と比較して売上は減少することが分かる。また、2年連続

放送ダミーの係数は、統計的に有意ではないものの係数は負であった。テレビ放送の頻度を高くするとDVDの販売枚数は減少する効果があるのかもしれない。

検証結果の分析から、DVD録画機器の普及はテレビ放送した邦画DVDの販売枚数に有意に負の影響を与えており、現在補償金の対象機器となっているDVDレコーダー及びブルーレイレコーダーは、機器が普及することによって権利者に経済的な損害を与えていることが確認できた。また、DVD録画機器が1台普及すると、テレビ放送した邦画DVDの販売数を0.0000000641%減少させることがわかった。

4. まとめと今後の課題

4.1 まとめ

前節では、私的録音録画補償金制度の制度的根拠とされている、私的複製が著作権者の不利益をもたらすという効果について検討し、録画機器が普及するとテレビ放送した邦画DVDの販売枚数を有意に減少させるという結果が得られた。そこで、本節では、DVDソフトの販売に録画機器が与える負の影響に着目し、今後も私的録音録画補償金制度を維持すること、また権利者の保護をはかることを前提とし、考察を述べる。

4.1.1 補償金率の変更を検討する必要性

2005年のDVD売上枚数上位500位¹³のうち、2005年に地上波でテレビ放送があった邦画¹⁴の売上枚数とそのDVDの定価、そして分析結果から得られた係数から損害金

¹³ 「DVDナビゲーター」2006年4月号参照。本来は2005年の各邦画DVDソフトの総売上枚数を把握する必要があるが、困難であったため、売上上位の500作品のデータのみを利用した。

¹⁴ テレビ放送の有無については「映画のテレビ放送に関するサイト」を参照し、放送カレンダー / 地上波映画 (関東) に記載されている作品を抽出した。それにより、2005年のDVD売上枚数上位500位以内かつ2005年にテレビ放送があった邦画作品は、「踊る大捜査線 THE MOVIE 2 レインボーブリッジを封鎖せよ!」「劇場版ポケットモンスター アドバンスジェネレーション 七夜の願い星 ジラーチ」「黄泉がえり」「座頭市」「世界の中心で、愛をさけぶ」「劇場版ポケットモンスター アドバンスジェネレーション 裂空の訪問者 デオキシス」「魔女の宅急便」「それいけ!アンパンマン夢猫の国のニャニイ」「紅の豚」の9作品であることが分かった。

額を算出すると、1年間で約91.5円¹⁵、録画機器の耐用年数を5年と仮定すると、DVD録画機器が1台普及することで約457.5円の損失が権利者にあることになる。この金額は、邦画のDVD販売枚数のみから算出した額である。

しかし阿部 (2012) は、日本のテレビドラマについての検証も行っていて、DVD録画機器及びHDD録画機器の普及は共に販売枚数を減少させることが示されている。洋画、テレビアニメ、バラエティ等の映像ジャンルについては検証がされていないものの、仮にこれらのコンテンツにも録画機器の普及が損害を与えるのであれば、さらに損害額が大きくなる。

SARVHの報告¹⁶によると、録画機器1台当たりの平均補償金単価は300～500円で推移しており (表4参照)、損害額の方が大きい可能性が高い。仮に権利者の損害に対して完全な補償を行うのであれば、現在の補償金率では権利者の経済的損失を補填しきれていない可能性が高く、再検討する必要がある。

<表4 平均補償金単価>

年度	録画機器1台あたりの 平均補償金単価
平成16年	477円
平成17年	358円
平成18年	344円
平成19年	332円
平成20年	407円
平成21年	384円
平成22年	496円
平成23年	482円

※上期・下期合算
※消費税額を含む

4.1.2 補償金の対象機器を再検討する必要性

2.3節で述べたとおり、知財高裁の判決では、アナログチューナーを搭載しないDVD録画機器は、私的録画補償金の対象ではないとされた。本稿では、アナログチューナーの搭載の有無を示しての直接的な分析は行っていないものの、DVD録画機

¹⁵ 脚注14に示した9タイトルの2005年のDVD販売枚数に税込価格を掛けた金額に、本研究により得られた係数である-0.0000000641を乗じると、1タイトルあたり約10.167円の損害があることになる。よって、DVD録画機が1台普及することによる2005年にテレビ放送された邦画作品のDVDの売上減少額は、10.167円×9タイトル≒91.5円となる。この金額は、1つのタイトルが複数パッケージ発売している場合、一番安価なパッケージの定価に置き換えて算出したものである。また割引販売は考慮していない。

¹⁶ 脚注3と同じ。

器 (DVDレコーダー, ブルーレイレコーダー, デジタルチューナー内蔵パソコン) の普及は, 有意に邦画DVDの販売数を減少させることを示した. しかし権利者の損害をより正確に把握するためには, アナログチューナーの搭載の有無を含めてさらに精緻な分析を行う必要がある.

また, 近年「汎用的な記録機器まで補償金制度の対象に入れるべきか」ということが重要な争点の一つとなっている. 本稿ではHDDのみを搭載する録画機器の普及が, 邦画DVDの販売枚数に与える影響は不明確であることが示されたが, DVD録画機器とHDD録画機器とでDVD販売枚数に与える影響が異なるという結果が得られたことは注目すべき結果といえる. また阿部 (2012) では, HDD録画機器が普及すると, 日本のテレビドラマのDVD販売枚数を有意に減少させると言う分析結果が示されている. つまり邦画とテレビドラマとではHDD録画機器の影響が異なることが分かる. よって, 補償金制度の対象となる機器の指定について議論する際には, 洋画やテレビアニメなど本稿と阿部 (2012) が分析の対象としなかった映像ジャンルについても機器の種類別に更に詳細な分析を要するものと考ええる.

4.2 今後の課題

今後の検討課題について以下に列举する.

まず私的録音録画補償金制度の存続について考える際には, 補償金が著作権者にとってどの程度次の作品を創作するインセンティブとして機能しているのかについても実証的に検討する必要がある.

また録画機器の普及は, 映像コンテンツを私的に録画できることによってテレビ放映へのニーズが高まり, 例えば放映権料等が高く設定できるなど, 著作権者に利益をもたらすという影響もあるかもしれない. 本研究では, 録画機器の普及がDVDソフトの販売枚数に与える影響を通じて著作権者に与える不利益の有無に注目したが, DVDソフトの販売以外の経路によって生じる利益への影響についても検討する必要がある.

そして本研究では, 著作権保護技術の影響については検討していないが, 私的録

音録画小委員会の報告書でも述べられているとおり, コピーワンスやダビング10等の技術的保護手段についても定量的な検証をする必要がある. コピーワンスは適正な制限であったのか, それとも厳しい制限なのか, またダビング10は緩い制限と言えるのか等, これらについても実証的な検討が求められる.

※本稿は, 国立大学政策研究大学院大学における筆者の修士論文 (阿部 2012) を基にしたものである. なお, 本稿における見解及び内容に関する誤りは全て筆者に帰するものである. また, 本稿は筆者の個人的な見解を示したものであり, 所属する機関の見解を示すものではない.

判例

知財高裁判 平成23年 (ネ) 第10008号

東京地判 平成21年 (ワ) 第40387号

参考文献

阿部美香 (2012) 「録画機器とセルDVDの関係から見る私的録音録画補償金制度について」 政策研究大学院大学知財プログラム修士論文

加戸守行 (2006) 『著作権法逐条講義』 著作権情報センター

榎野睦子 (2011) 「欧州における私的複製課徴金制度をめぐる現状」 『月刊コピーイト』 CRIC発行 2011年12月号

窪島春樹 (2007) 「私的録音補償金制度に関する実証分析」 政策研究大学院大学知財プログラム修士論文

新宅純二郎・柳川範之 (2008) 『フリーコピーの経済学—デジタル化とコンテンツビジネスの未来』 日本経済新聞出版社

田中辰雄 (2007) 「私的コピーは被害を与えているか: 動画のケース—ファイル交換

- Winnyと動画サイトYouTubeの影響」『組織科学』第41巻 第1号
- 田中辰雄 (2011) 「ネット上の著作権保護強化は必要か—アニメ動画配信を事例として」RIETIディスカッション・ペーパー
- 苗村憲司・小宮山宏之 (2005) 『現代社会と著作権法 デジタルネットワーク社会の知的財産権』 慶応義塾大学出版会
- 苗村憲司 (2008) 「私的録音・録画補償金制度とデジタル権利管理システムのコストと効用について」『Journal of Global Media Studies』第2号
- 名和小太郎 (2005) 「録音録画補償金をめぐって (上)—私的使用の意味と価値—」『情報管理』Vol. 48, No. 8
- 名和小太郎 (2005) 「録音録画補償金をめぐって (下)—概括的, 統計的, 匿名的—」『情報管理』Vol. 48, No. 9
- 西沢昭夫研究会 (2008) 「私的録音録画補償金制度の再考」ISFJ政策フォーラム2008 発表論文
- 半田正夫・紋谷暢男 (2002) 『著作権のノウハウ』有斐閣
- 福井健策 (2010) 『著作権の世紀—変わる「情報の独占制度」』 集英社
- 紋谷暢男教授還暦記念 (1998) 『知的財産権法の現代的課題』社団法人発明協会
- 山地克郎 (2007) 「著作権法改正の動向と今後の課題」電子情報通信学会技術研究報告

On the Compensation for Private Sound and Visual Recordings —the relationship between the prevalence of digital recording devices and the Japanese movie DVDs sales—

Mika Abe
Local Authorities Systems Development Center

Abstract

The prevalence of digital recording devices may affect the number of DVDs sold. The Compensation for Private Sound and Visual Recordings is designed in order to compensate the rights-holders for losses incurred as a result of private copying by digital means. In this paper, we show that, an increase in the number of DVD recorders decreases the Japanese movie DVDs sales; an increase in DVD players increases the sales; an increase in the HDD recorders does not have a statistically significant effect. These results show some hints us how to reconstruct the compensation schemes.

Keywords: private visual recording, economic loss, the compensation for private sound and visual recording.

フェアユースの経済学的・法学的見地からの分析

1 はじめに—フェアユースをめぐる議論の状況

著作権は、著作物の利用に関する排他的独占権である。著作物の創作には通常相応の投資が必要となるため、著作権法は著作者¹に対し、一定期間著作物を独占的、排他的に利用する地位を与え、創作費用の回収に必要な利潤を得る機会を保障している。著作権の保護により著作活動へのインセンティブが生じ、より多くの者が著作活動に従事するようになれば、多種多様な著作物が市場に供給され、社会的厚生が高まることになる。

我が国の著作権法は、複製や公衆送信など、著作権の保護が及ぶ著作物の利用行為（以下、法定利用行為と呼ぶ）を法律上列举しているが（21 条～28 条）、第三者が法定利用行為を行った場合でも、法律上別途規定された所定の事由（30 条～47 条の 8）が存在する場合には、著作権を制限し、自由な利用を認めることとしている。これを著作権の制限規定と呼ぶ。著作権の制限規定は、著作権者と著作物を利用する一般公衆の利益との調和を図ることを目的としたものである。すなわち、著作権法は、複製や公衆送信など、著作権者が経済的利益を獲得する重要な契機となる利用行為を法定し、原則として著作権の保護が及ぶものとしているが、第三者がそのような利用行為を行った場合でも、その目的、態様によっては、著作権の保護を及ぼすことが望ましくない場合がある。例えば、個人が娯楽目的でテレビ番組を録画する行為に著作権（複製権）が及ぶとすれば、テレビ番組を録画するたびに著作権者にお伺いを立てなければならなくなり、個人の日常生活に支障を来すことになるだろうし、論文を書く際に他人の論文の表現を一部引用する行為に著作権（複製権）が及ぶとすれば、著作権者に気兼ねなく自由に批評・言論活動を展開することが困難となるであろう。そこで、著作権法は、著作権者の利益保護よりも、第三者の自由な利用行為を認めたほうが社会的に望ましいと考えられる場合に、著作権を制限することとし、その具体的要件を条文上定めているのである。例えば、我が国の著作権法は、私的使用目的での複製行為、及び、報道・批評・研究等を目的とした引用行為について、所定の要件の下で著作権の制限を認めている（30 条、32 条）。このように、著作権の制限規定は著作権者の利益と一般公衆の利益との調和を図るための重要な制度である²。

ところで、著作権の制限規定の立法形式としては、個別具体的な権利制限事由を法律上網羅的に規定する方式（限定列举主義）と、権利制限に関する一般条項を置き、最終的な

¹本稿では、「著作者」（著作物を創作する者）と「著作権者」（著作権を保有する者をいい、著作者から著作権を譲り受けた者も含まれる）とを特に区別せずに論じることとする。

²もっとも、著作権の制限規定だけが著作権者の利益と一般公衆の利益との調和を図る制度というわけではない。著作権法が著作物を思想又は感情の創作的な表現と定義し（2 条 1 項 1 号）、事実やアイデア、創作性のない表現は著作権で保護しないとしていること、著作権の対象となる利用行為を法律上限定的に列举し、それ以外の利用行為には原則として著作権の保護が及ばないこととしていること、著作権の保護に期間制限を設けていることなども同様の目的を有する制度である。これらの諸制度が全体として相まって著作権者の利益と一般公衆の利益との調和を図っているのである。

権利制限の成否を裁判所の裁量的な判断に委ねる方式（一般条項主義）とが存在する。

我が国の現行著作権法は「限定列举主義」を採用している。そのため、我が国では、法律上の権利制限事由が存しない利用行為は、原則として著作権の侵害となる。これは、どのような場合に権利が制限され、自由利用をなし得るかを立法上明確にしておくことにより、関係当事者の予測可能性を高めることを重視したものである。

これに対し、アメリカの著作権法は「一般条項主義」を採用し、我が国と同様の個別的な制限規定（アメリカ著作権法 108 条以下）とは別に、フェアユース（fair use）という一般条項（アメリカ著作権法 107 条）を設けている³。フェアユースとは、「著作物の公正な利用行為は著作権を侵害しない」とする考え方をいい、何を以て「公正な」利用行為とみるかは、基本的に裁判所の裁量的な解釈に委ねられている。したがって、アメリカ著作権法においては、個別の制限事由に該当しない利用行為であっても、裁判所がフェアユースと判断すれば、侵害が否定されることになる⁴。これは、裁判所が個別の訴訟事件ごとに権利制限の成否を柔軟に判断できるようにすることで、妥当な紛争解決を図ることができるということを重視したものである。

従来、我が国では、著作権の保護範囲が不明確になるとしてフェアユース規定の導入に消極的な見解が大勢を占めていた。しかし、昨今の急速な技術環境の変化及び社会の価値観の多様化に伴い、日々生起する新たな法律問題に対して、迅速かつ適切な立法対応を行うことが次第に困難になりつつあることから、近年、我が国においても、フェアユースを導入すべきであるとの見解が有力に主張され、その是非をめぐって活発な議論が展開されることとなった⁵。その過程では、アメリカと同様の包括的なフェアユース規定を導入すべきであるとの見解も有力に主張されたが、古くからフェアユース運用の伝統と実績を有するアメリカとは異なり、フェアユースに関する議論の蓄積が全く存在しない我が国においてアメリカと同様の包括的なフェアユース規定を導入した場合には、権利の制限の可否をめぐる判断が不分明となり、社会的混乱を生じるおそれがあるということが懸念され、結局、包括的な一般条項の導入は見送られた⁶。

³アメリカ著作権法 107 条は、次のように規定する。すなわち、「著作物の公正な利用（fair use）は、批評、論評、報道、報告、教育（教室内での使用のための複数の複製を含む）、学問、研究を目的として、複写物、録音物又はこの節に規定するその他の媒体へ複製することによる利用を含めて、著作権を侵害しないものとする。特定の事案における著作物の使用が公正か否かの判断において、考慮されるべき要素には、以下のものが含まれる。(1)利用の目的、性質（そのような利用が商業的性質を有するか、非営利の教育目的によるものかといった点を含む）、(2)利用された著作物の性質、(3)利用された著作物全体との関係における利用された部分の量と質、(4)利用行為が著作物の潜在的市場や価値に与える影響」。詳細は、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究 35 号 12 頁～23 頁（2008 年）など参照。

⁴なお、我が国においても、侵害訴訟の場でフェアユースの抗弁が主張されることがあるが、裁判例は、我が国の著作権法が「限定列举主義」を採用していることを理由としてフェアユースの抗弁を否定している（例えば、東京地判昭和 59 年 8 月 31 日判時 1127 号 138 頁〔藤田嗣治事件第一審〕、東京地判平成 7 年 12 月 18 日判時 1567 号 126 頁〔ラストメッセージ in 最終号事件〕など参照）。

⁵例えば、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討ー日本版フェアユースの可能性」コピーライト 560 号 2 頁（2008 年）、横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 62 巻 6 号 48 頁（2009 年）など参照。

⁶ただし、我が国では、アメリカのような包括的な一般条項の導入は断念されたものの、フェアユースの

しかし、我が国の著作権法にフェアユース規定が存しないということは、我が国の著作権法においてフェアユースの考え方がおよそ意味を持たないということを意味するものではない。フェアユースとは、「著作物の公正な利用は著作権を侵害しない」というルールであり、このようなルール自体は、「文化的な所産の公正な利用に留意（する）」ことを目的として掲げる著作権法に内在するものである（1 条参照）。我が国の著作権法が規定する個別的な制限規定も、立法府がフェアユースの理念を実現すべく具体的なルールを策定したものに他ならない。したがって、我が国の著作権法の下でも、立法府が新たに権利制限に関するルールを創設する場合はもとより、裁判所が既存の制限規定の解釈、運用を行う場合にも、フェアユース的な利用行為が著作権により不当に制約されることのないよう配慮する必要があることは言うまでもない。その意味で、いかなる著作物の利用行為をフェアユースと捉え、著作権の制限を認めるべきかということを検討することは、我が国の著作権法の制度設計及びその解釈、運用のあり方を考えるうえでも重要な意義を有することといえる。また、立法府及び裁判所が自覚的にフェアユースの理念に沿った著作権法のルール形成ないし運用を行っていくことは、将来、我が国の著作権法に新たにフェアユース規定が導入された場合において、同規定を適切に運用するための有益な指針を提供することにもなるであろう⁷。

以上のような問題意識に基づき、今回の企画では、フェアユースを経済学的な見地から具体的に検討した Miceli/Adelstein 教授の論稿⁸を取り上げ、同論稿に示されたモデルをもとに、フェアユースの適用基準について考察を行うこととなった。まず、同論文の概要及びその経済学的な観点からの検討を行った上で、法学的な観点から同論文の意義を検討し、

適用が問題となる幾つかの行為類型に関して、裁判所の解釈の幅を広く認める柔軟性の高い制限規定が導入されることとなった（議論の経緯について詳しくは、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（平成 22 年 4 月）」

（http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_04/pdf/shiryo_1.pdf）を参照）。このような制限規定は、従来の個別的な制限規定と対比して、しばしば「日本版フェアユース規定」と呼ばれる。現在、そのような制限規定の導入を目指した著作権法改正法案が国会に上程されている（法案 30 条の 2、30 条の 3、30 条の 4、47 条の 9 参照）（法案の内容は文化庁 HP にて閲覧することが可能である

http://www.mext.go.jp/b_menu/houan/an/detail/1318798.htm）。しかし、その法案の具体的内容を見ると、当初の議論の方向性とは異なり、条文上の要件が詳細に規定されており、個別規定とほとんど大差ないものとなっている。

⁷ なお、我が国の裁判例は、フェアユース的な利用行為については、既存の権利制限規定の適用が一般に困難であると思われる場合であっても、著作権の保護範囲を限定的に解釈したり、制限規定を拡張的に解釈することにより、侵害を否定することが少なくない（具体的な例として、東京地判平成 10 年 10 月 30 日判時 1674 号 132 頁〔血液型と性格事件〕、東京地判平成 13 年 7 月 25 日判時 1758 号 137 頁〔はたらくじどうしゃ事件〕東京高判平成 14 年 2 月 18 日判時 1786 号 136 頁〔雪月花事件控訴審〕、知財高判平成 22 年 10 月 13 日判時 2092 号 136 頁〔美術鑑定書事件〕など参照）。その背景には、フェアユース的な利用行為については、たとえ立法上適当な制限規定が存しない場合でも、著作権の保護を及ぼすことは望ましくないという価値判断が存するものと思われる。こうした裁判例の解釈・運用はフェアユースの理念を実現する試みとして評価に値すると考えられるが、裁判所が自らの正義の観念によって自在に侵害の成否を判断し得ることになると、著作権侵害の認定が場当たり的なものとなって、関係当事者の予測可能性を大きく害することになるため、裁判所がこうした運用をなすに当たっては、裁判所間においてフェアユースの判断基準に関する共通理解を一定程度形成しておくことが望ましいといえよう。このことは、将来、我が国の著作権法にフェアユース規定が導入された場合も同様である。

⁸ Miceli and Adelstein, “An Economic Model of Fair Use” *Information Economics and Policy*, 2006, 18, 359.

著作権の制限規定の制度設計や解釈、運用に具体的にどのような示唆を得ることができるかを明らかにしたいと考えている⁹。

⁹なお、フェアユースの経済分析としては、Miceli／Adelstein 教授の研究以外にも、例えば、フェアユースを取引費用のために社会的に望ましい著作権の取引が行われない場合に著作物の利用を可能にする制度と位置付け、フェアユースの適用範囲を論じる Gordon 教授の研究（「市場の失敗の治癒論」）が知られている（Gordon, Fair Use as Market Failure : A Structural and Economin Analysis of the Batamax cases and its Predecessors, Columbia Law Review, 1982, 82, 1600.同論文を詳しく紹介、検討する邦語文献として、村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use-Exaco 判決を端緒として (1) (2・完)」知的財産法政策学研究 6～7 号 (2005 年) 参照)。

2 フェアユースの経済分析

青森公立大学経営・経済学科 専任講師 新井 泰弘

経済学の観点からフェアユースについて考える場合に問題となるのは「どのような著作物の利用を、どの程度までフェアユースとして認めるのが社会全体にとって望ましいのか」という点である。本章では経済学分野の既存研究について簡単に触れた後、フェアユースの経済分析の代表的な研究である Miceli and Adelstein (2006) の分析内容を紹介する。また、彼らの分析を通し、今後、フェアユースに関してどのようなアプローチで研究をおこなうべきかについても議論を行う。

まず、経済学において著作権を含む知的財産権がどのように捉えられているのかについて簡単に触れておきたい。著作権の必要性を議論するためには、著作権が無かった場合に何が起きるかを考えてみるのが最も分かりやすい。もし著作権が存在しないならば、誰もが自由に他者の著作物を利用し、販売する事が可能になる。例えば、莫大な費用をかけて開発したゲームソフトや映像作品も、発売した途端に他社にコピーされて販売される可能性がある。コピーを行った企業は開発費用を回収する必要がないため、著作権者よりも安価にコピー商品を生産供給することができる。そのため、高額な投資をして商品を作りだしたとしても、消費者は安価なコピー商品の方を購入していくだろう。

このような事態が想定されると、誰も魅力的な商品開発を自らしようとはせず、他社の開発を黙って待つ状態に陥る。著作権をはじめとする知的財産権は、こうした他社による同質のコピー品の販売を禁止することで、著作権者の開発意欲を確保しようとしている。ところが、この知的財産権制度も良い側面だけを有しているわけではない。「他社にコピー品の販売を許さない」という事は、「権利者がその商品を独占的に販売する」という事に他ならない。こうした独占状態では、社会的に好ましくない事態を引き起こす事になる。例えば、独占者は自らの儲けを大きくすべく、商品の値段を釣り上げ、販売数量を過度に減らしてしまう。もし競争的な市場ならば、価格が抑えられ、より多くの人々が商品を利用することができるはずなのに、独占状態になることで価格が上昇し、商品の利用者数が減少するという問題が発生する。

このように、経済学的に知的財産権を捉えた場合の 1 つの大きな問題は「開発者の開発意欲の確保」と「独占による社会全体への損失」のバランスをいかに上手く取るか、という点になる。

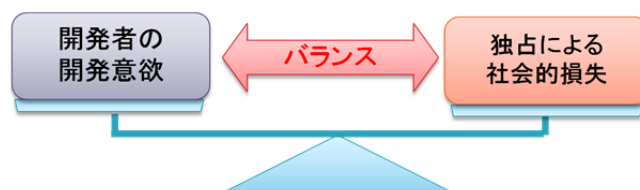


図 1: 知的財産権の経済学的な問題

著作権の経済分析は、このバランス問題を考慮しながら①社会的に最も望ましい著作権

保護水準とそれを達成するための政策を考察する研究と、②コピー品の存在が著作権者の利得や社会にどのような影響を与えるかに関する研究 2 つに分けることができる。以下では、著作権保護の経済分析の既存研究について簡単に触れる。

2.1 著作権保護の経済分析

著作権に関する経済理論分析は Novos and Waldman(1984)¹⁰からはじまる¹¹。彼らの研究は「著作権者の創作意欲の確保」と「独占による社会全体への損失」のバランスに対して、著作権保護水準の変化がどのような影響を与えるかについて経済理論モデルで分析している。

著作権が市場に存在しない場合、前述した様に「著作権者は高品質の財を創作する意欲」を失い、商品の品質が低下してしまう。著作権保護水準の強化は、この製品品質の低下に歯止めをかける効果を持つ。同時に、著作権保護水準の強化は、著作権者の排他的独占権を強化し、著作物の価格を高騰させる効果を有する。商品価格の高騰に伴い、商品を購入できる消費者数が減ってしまうことで「独占による社会的な損失」が発生する。

この最適なバランスを考える上で、彼らの研究では、著作権保護水準の強化が、それまでコピー品を利用していた消費者に正規品の購入を促す効果に着目をしている。我々が書籍を 1 冊丸ごとコピーするのにかかる費用（例えばページ数×10 円）は、著作権者が書籍を 1 冊印刷するのにかかる費用よりも大きい。この事からも想像できるように、消費者がコピー品を作るのにかかる費用よりも、著作権者の生産費用の方が安いことが多い。すると、消費者がコピー品から正規品の購入へと行動を変化させる事は、より生産費用が低い方法で作られる商品の数が増加し、社会全体の生産費用を節約する事につながる。Novos and Waldman(1984)は、著作権保護水準の強化により、このような効率的な生産方法への移転が促進される効果も考慮した場合、著作権保護水準を強める事が、社会全体にとって望ましい可能性があることを示唆している。ところが、彼らの議論では、「社会的に望ましい著作権保護水準」が具体的にどのような水準であるかに関しては全く触れられていない。Novos and Waldman(1984)以降、多くの研究(Arai, 2011¹²; Banerjee, 2003¹³; Chen and Png, 2003¹⁴; Yoon, 2002¹⁵) が社会的に望ましい著作権保護水準と、それを実現させるため

¹⁰ Novos and Waldman. "The Effect of Increased Copyright Protections: An analytic Approach" Journal of Political Economy, 1984, 92, 236-246

¹¹ 著作権の経済分析の先駆けとなる論文として Plant. "The Economic Aspects of Copyright in Books" Economica, 1934, 1, 167-195. や Hurt and Schuchman. "The Economic Rationale of Copyright" American Economic Review, 1966, 56, 421-432. 等があるが、彼らの論文は経済理論モデルを用いた分析ではないため、ここでは触れない。

¹² Arai. "Civil and Criminal Penalties for Copyright Infringement" Information Economics and Policy, 2011, 23, 270-280.

¹³ Banerjee. "Software Piracy: A Strategic Analysis and Policy Instruments" International Journal of Industrial Organization, 2003, 21, 97-127.

¹⁴ Chen and Png. "Information Goods Pricing and Copyright Enforcement: Welfare Analysis" Information System

の政策について分析を行っている。

著作権保護の経済分析を考える場合、コピー機やデジタルコピー等により、著作物の精巧なコピーが安価に作成可能である、という独自の性質についても考慮する必要がある。そのため、コピー品の存在が、著作権者の利益や社会全体に対してどのような影響を与えるかに関する分析も行われている。例えば Liebowitz (1985)¹⁶ では、学術雑誌を例に取り、著作権者は予めコピーされることを織り込んで、価格差別（コピーされやすい図書館のような所には高値で販売する等）を行うことができれば、コピーの存在が著作権者の利益を損なわない可能性があることを主張している。彼らの研究によると、コピー機が導入されたことで価格差別を行うようになった出版社の数が大幅に増えており、良くコピーがなされるジャーナルほど個人と図書館との価格差が大きくなっている事が示されている。更に、専門書籍と学術雑誌の図書館における支出比率をコピー機導入前後で比較する事で、安価にコピーが作成できるようになったことから、コピーが比較的困難な専門書籍よりも、コピーが容易にできる学術雑誌への需要が高まる事を示した。これによりコピーの存在が著作権者の利益を損なわない可能性があることを示している。

また、Conner and Rumlet (1991)¹⁷では、海賊版のようなコピー商品が増加することで、商品の利用者総数が増える点に着目している。例えば、パソコンのソフトウェアの販売価格は、全体の費用の一部であり、最も大きいのはソフトウェアの習熟やカスタマイズにかかる時間や労力である。そのためソフトウェアの品質は習熟、カスタマイズにかかる手間をどれだけ削減できるかに依存する。こうした時間の削減法としてガイドブック、他の使用者からのアドバイス、チュートリアルソフト等の存在が考えられ、これらの方法はソフトウェアの利用者数が増えるほど充実する。Conner and Rumlet (1991)では、このようなコピー品の普及により、利用者総数が増加することの利便性¹⁸が十分大きいのであれば、著作権保護水準を低くし、利用者総数を増加させることが社会的に望ましい可能性を示した。

このように著作権に関する経済学的な研究はいくつか行われているが、フェアユースに焦点を絞って行われた研究は少ない。フェアユースについて経済学的に言及している研究として、取引費用の観点から議論を行った Gordon (1982)¹⁹を挙げることができる。例えば、著作権者が何処にいるのか不明のため、利用許諾を得るために探さなくてはならない場合

Research, 2003, 14,107-123

¹⁵ Yoon. “The Optimal level of Copyright Protection” Information Economics and Policy, 2002, 14,327-348

¹⁶ Liebowitz. “Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals” Journal of Political Economy, 1985, 93,945-957

¹⁷ Conner and Rumlet. “Software Piracy: An Analysis of Protection Strategies” Management Sciences, 1991,37,125-139

¹⁸ 経済学ではネットワーク外部性と呼ばれる効果である。

¹⁹ Gordon. “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax case and its Predecessors” Columbia Law Review, 1982, 82, 1600-1657.

や、著作権者とコンタクトを取るのにマイナーな言語を用いなくてはならない場合のように、著作権者と著作物の利用者間で取引を行う場合の取引費用が非常に高い場合を考えてみよう。このような時にフェアユースが適用されれば、この取引費用が節約されることになり、それが障害となって妨げられていた著作物の利用が促進されることになる。このように取引費用が高い場合には、フェアユースの適用は社会的に望ましい可能性がある。ところが、彼の研究からは、「フェアユースをどの程度認めてやれば良いのか」といった政策的な知見を十分得ることができない。

こうした政策的な含意を導き出すために、フェアユースを経済学的に解釈した論文として Miceli and Adelstein (2006) を挙げることができる。彼らの研究は、フェアユースをどの程度のコピーから違法となるかの線引きとして捉え、前述したバランスを、フェアユースを通して解決しようと試みている。本章では、彼らの研究を紹介し、今後の研究の方向性について述べたいと思う。

2.2 Miceli and Adelstein(2006) “An Economic Model of Fair Use”の概要

経済学の理論分析では、現実をなるべく単純化し、それを数式で表現する事で数理的な分析を行っている。これはあたかも複雑な道順を分かりやすく説明するために、地図を描く作業に良く似ている。誰かに最寄駅から自分の家までの道筋を説明するのに、わざわざ道路の正確な道幅や、長さ、街路樹の数等を厳密に説明する必要がないように、経済学では目的とする分析に必要なと思われる事象を可能な限り捨象し、シンプルで特徴を捉えた地図を描く事を目的としている。この論文でも、フェアユースという複雑な制度を、なるべく単純な数式で表現することで、その効果を把握し、政府がどのようにフェアユースを取り扱うべきかに関して提言を行おうとしている。

(1) 著作物のコピーがもたらす影響

それでは早速モデルの記述へと移ろう。分析の対象として、教科書のような書籍を例に取る。今、世の中には様々な消費者が存在しており、書籍の全ページ中、何%欲しているかがそれぞれ異なる（例えば試験範囲に該当する範囲分だけあれば良い人と、今後の勉強のため全ページ必要とする人等がいる）と仮定しよう。消費者 i が必要としているページ数の割合を v_i という変数で表し、小さい順に並べて行くと、図 2 のように表現できる。分析を単純化するため、消費者は多数存在し、直線上に一様に存在（それぞれ一定量存在している状態²⁰）するものとする。

²⁰ 現実離れしたように思える仮定だが、この仮定を外しても結論は殆ど変わらない。分析を単純化するための仮定である。

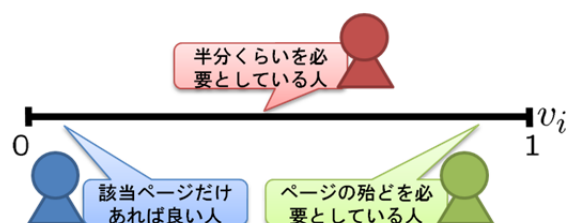


図 2：消費者の分布

教科書を全ページ読んだ場合に得られる効用（満足度）が t という値で表せるとすると、必要としているページ数の割合が v_i である消費者 i が教科書から得る効用は

$$t \times v_i \quad (1)$$

となる²¹。 t や v といった変数に抵抗を覚える方は、具体的な数字を入れて考えるとイメージが掴み易いだろう。例えば、1 冊 100 ページの教科書を考えよう。もし、この教科書を全部読んで勉強をした場合、1 万円に相当する価値の知識を得られるとする ($t = 10,000$)。学生 i さんがテスト勉強をするのに、この教科書を利用しており、テスト範囲の 20 ページ分の情報だけを必要としているとしよう ($v_i = 20/100 = 0.2$)。この場合、 i さんが教科書から得る効用を(1)式から計算すると $10,000 \times 0.2 = 2,000$ より、2,000 円となる。(1)式は「必要としているページ数割合 v_i が大きい人ほど、教科書から得られる効用は大きい」ということを表している。以下では、コピーが法律によって完全に禁止されている場合と、コピーが完全に許可されている場合をそれぞれ数理モデルで表現し、コピーの効果を把握する事にしよう。

◇コピーが法律によって完全に禁止されている場合

もしコピーが完全に禁止されているならば、消費者の選択可能な行動として「教科書を購入する」か「教科書を購入しない」の 2 つを考える事が出来る。教科書を購入した場合、教科書から得られる効用と、それを得るのに支払った価格の差額分が、教科書を購入した時の効用の純増分（純効用）となるものとする。先程の例に出てきた学生 i さんで考えるならば、もし、教科書に対して 2,000 円分の効用を感じているなら、その教科書を 1,500 円で購入できれば、差し引き 500 円分得をしたことになる。この 500 円を、教科書の購入によって得た純粋な効用の増分として捉えている。教科書を購入しなかった場合、何も情報を得ず、何もお金を支払っていないので、消費者の純効用は 0 であるとしよう。消費者が自らにとって好ましい選択肢を選ぶならば、消費者が教科書を購入するための条件は以下のような数式で表す事ができる。

$$tv_i - p > 0 \quad (2)$$

(2)式の左辺は「教科書を購入することで得られる純効用」を、右辺が「購入しなかった場合の純効用を表している。これは、(2)式が成立するような消費者 i は教科書を購入した方

²¹ このモデルでは、自分が必要としているページ割合以上のページを入手できたとしても、特に効用は増えない事を仮定している。

が、購入しなかった時に比べて効用が高くなることを示している。(2)式を書き変える事で次のような関係式を導き出すことができる。

$$v_i > \frac{p}{t} \quad (3)$$

この式は「必要としている教科書のページ割合が p/t を超えるような消費者が、教科書の購入を選択する」という事を意味している。教科書を購入する場合の純効用と、教科書を購入しない場合の純効用が等しくなるようなページ割合を $v_M (= p/t)$ とすると、市場における消費者の行動は図 3 のようにまとめる事ができる。この図から必要なページ割合が大きい消費者は教科書を購入し、そうでない消費者は何も買わない、というような行動を取っている点と、価格 p が大きくなるほど v_M が右にずれていき、購入する人の数が減っていく点を確認して頂きたい。

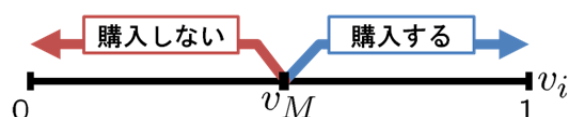


図 3：コピーが禁止されている場合の消費者行動

次に、教科書の著作権者の行動について考えよう。著作権者は消費者の行動を考慮した上で、教科書の価格 p を操作可能だとする。著作権者が教科書を 1 冊印刷するのにかかる生産費用を c とすると、著作権者の利潤 π_M は

$$\pi_M = (p - c) \times (1 - v_M) \quad (4)$$

で表現する事ができる。 $(p - c)$ は教科書 1 冊あたりの純利益を、 $(1 - v_M)$ は教科書を購入してくれる人の数を表している。(3)式と(4)式から明らかなように、価格を上げると教科書 1 冊あたりの純利益は増加するが、 $v_M (= p/t)$ も右方向にずれてしまうため、購入してくれる消費者数は減ってしまう。教科書の著作権者は、1 冊あたりの純利益と、購入者数を天秤にかけ、自分の利潤が最も大きくなるような価格 p_M を設定すると考えられる。著作権者が設定する最適価格 p_M が決まれば、それを(3)式と(4)式に代入することで、著作権者利潤 π_M と、 v_M の値を計算する事が可能になる²²。次に、コピーが自由にできるとすると、消費者と著作権者の行動が、どのように変化するかを見てみよう。

◇コピーが完全に許可されている場合

著作物のコピーの効果を考えるにあたり、この論文の重要な仮定の 1 つを以下に示す。

仮定 1：オリジナルの著作物から得られる効用と、コピーから得られる効用は等しい²³
教科書の全てのページをコピーするのにかかる費用を c_c とし、著作権者の教科書 1 冊あたり

²² 本稿では論文の直観的な内容を記すことに重点をおきたいので、細かい計算過程については述べていない。

²³ ここでは、消費者にとって必要ページさえ手に入れば、書籍でもコピーでも得られる効用は等しい事を仮定している。「本の方が読みやすくて便利」等といった効用は全て捨象し、得られる情報のみに焦点を絞っているとも言える。

の生産費用 c よりも大きく ($c_c > c$)、 t よりも小さい²⁴ ($t > c_c$) 事を仮定すると、教科書のコピーによって消費者 i が得る純効用は次の式で表現が可能である。

$$(t - c_c)v_i \quad (5)$$

ここでも具体的な数字を使って考えてみよう。前述した例と同様に 1 冊 100 ページの教科書で、 $t = 10,000$ だと仮定する。全ページをコピーするのにかかる費用が 1,000 円とした場合($c_c = 1,000$)、学生 i さんがテスト範囲の 20 ページだけをコピーした時にかかる費用は $1,000 \times 0.2 = 200$ より 200 円となる。以上から、 i さんが教科書のコピーから得る純効用は $10,000 \times 0.2 - 1,000 \times 0.2 = 1,800$ より、1,800 円となる。

$t > c_c$ の仮定から、コピーによって得られる純効用が必ず正になるため、消費者がわざわざ「教科書を購入しない」という純効用 0 をもたらす行動を取ることはない。よって、消費者が選択しうる行動は「教科書を購入する」か「コピーを利用する」の 2 種類になる。コピーが完全に許されている時に、消費者が教科書を購入するための条件は以下の通りである。

$$tv_i - p > (t - c_c)v_i \quad (6)$$

この式は(2)式と同様に理解することができ、左辺が教科書を購入した時の純効用、右辺が教科書を必要な分だけコピーした時の純効用を表わしている。この式も以下のように書き換えが可能である。

$$v_i > \frac{p}{c_c} \quad (7)$$

(7)式は、「必要としている教科書のページ割合が p/c_c を超えるような消費者が、教科書の購入を選択し、それ以外の消費者はコピーする」という事を意味している。教科書を購入する場合の純効用と、教科書をコピーした場合の純効用が等しくなるようなページ割合を $v_c (= p/c_c)$ とすると、市場における消費者の行動は図 4 でまとめる事ができる。必要とするページ割合が多い消費者が書籍を購入し、そうでない消費者はコピーを用いているのが確認できるだろう。



図 4：コピーが完全に許可されている場合の消費者行動

このようにコピーが完全に許可されている場合の著作権者の利潤 π_c は

$$\pi_c = (p - c) \times (1 - v_c) \quad (8)$$

で表現する事ができる。(4)式と異なる点は、教科書を購入してくれる人の数が $(1 - v_c)$ によって表されている点である。ここでも教科書の著作権者は、1 冊あたりの純利益と、購入者数を天秤にかけ、自分の利潤が最も大きくなるような価格 p_c を設定する。著作権者が設定する最適価格 p_c が決まれば、それをもとにして、著作権者利潤 π_c と v_c の値を計算する事が

²⁴ もし $c_c > t$ が成立すると、そもそも誰もコピーをしなくなってしまう。

可能になる。

ここで、コピーが完全に禁止されている場合と、完全に許可されている場合の「教科書価格」、「購入者数」、「著作権者利潤」を比較してみよう。コピーが禁止されている場合と、そうでない場合の最も大きな違いは、教科書を購入しない場合の代替手段の存在である。コピーが禁止されている場合は、著作権者は独占的に価格を設定し、利潤を確保することが可能である。ところが、コピーが利用可能になると、著作権者は消費者が作成するコピー品との競争に直面することになる。この競争により、著作権者の設定する価格は、コピーが禁止されている時に比べ下落($p_M > p_C$)し、購入者数もコピー品に奪われ、減少する($v_M < v_C$)。コピーの存在による価格の下落と、購入者数の減少は、著作権者の利潤減少に繋がっていく($\pi_M > \pi_C$)。

この結果は、著作物のコピーが流通する事によって、著作権者の利潤が減少するという一般的な議論と合致する。次節では、ここまでの議論を踏まえた上で、フェアユースがもたらす経済学的な効果と、最適なフェアユースの範囲について考察を行おう。

(2) フェアユースの解釈と効果

この論文の最も重要な仮定はフェアユースの解釈に関するものである。

仮定 2：フェアユースを「合法的にコピー可能な範囲（著作権保護範囲の幅）の線引き」と仮定する。

合法的にコピーができる最大ページ割合を v_F とする。すると、0 から v_F までのページ割合は自由にコピーできるようになるが、 v_F から 1 までの範囲のコピーが法的に禁止され、著作権者の独占力が効くことになる。最終的には、政府がどのような値に v_F を設定すべきかを考えたいのだが、最初にこのようなコピー可能な範囲をモデル内に組み込むと、どのような変化が起きるかを場合分けしながら考えよう。

$v_F < v_M$ の場合

この場合、フェアユースが導入されたとしても、著作権者の独占力が効く範囲にまでコピー可能範囲が及ばないため、著作権者の行動はコピーが禁止されている時と変わらない。消費者の行動は以下で示す図のように変化する²⁵。

²⁵ Miceli and Adelstein (2006)では、「消費者が必要としているページ数以下のページをコピーすることはない」と仮定している。つまり、20 ページ必要としている消費者は、仮に 15 ページコピーする事がフェアユースで認められたとしても「20 ページコピーする」、「購入しない」、「購入する」のいずれかの行動のみが選択可能であり、「15 ページ分だけコピーして我慢する」という選択肢は取らない。ちなみに、仮にこの仮定を外し、15 ページだけコピーすることが可能な状況を考えてとしても、この論文の基本的なメッセージは変化しない。

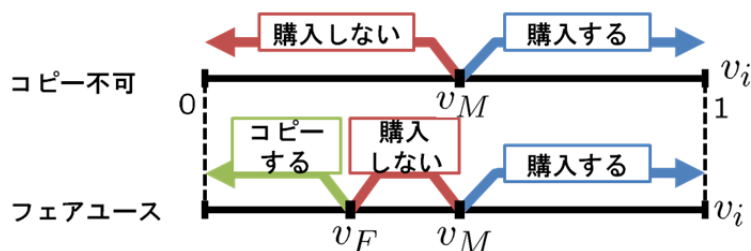


図 5 : $v_F < v_M$ の時の消費者行動

$v_F \geq v_M$ の場合

この場合、フェアユースが導入される事で、今まで購入せざるを得なかった消費者が、必要としているページをコピーすることが可能になる。そのため、必要なページ数割合が v_F 以下の消費者は全てコピーした教科書を利用する事になる。

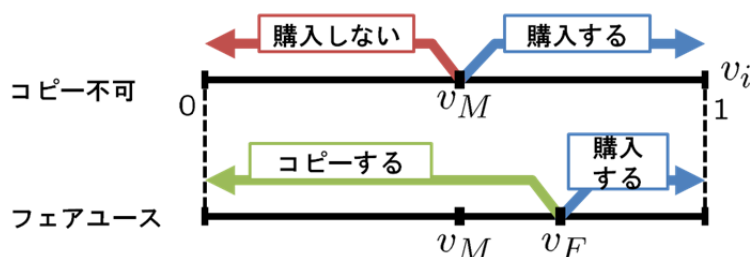


図 6 : $v_F \geq v_M$ の時の消費者行動

著作権者は独占力が効く範囲が減少してしまうため、残った購入者層から可能な限り利潤を吸い出そうとし、商品価格を上昇させる。フェアユースの導入に伴い、特に購入者数の減少の効果が大きく効き、著作権者の利潤は減少してしまう。但し、 v_F が大きくなり、著作権者の利潤が、コピーが完全に許容されているレベルまで減少すると、企業はそれ以上高値を付けて購入者から利得を吸い出すよりも、あきらめて価格を低く設定することになる。フェアユースの範囲と著作権者利潤、商品価格の関係性は以下の図でまとめることができる。

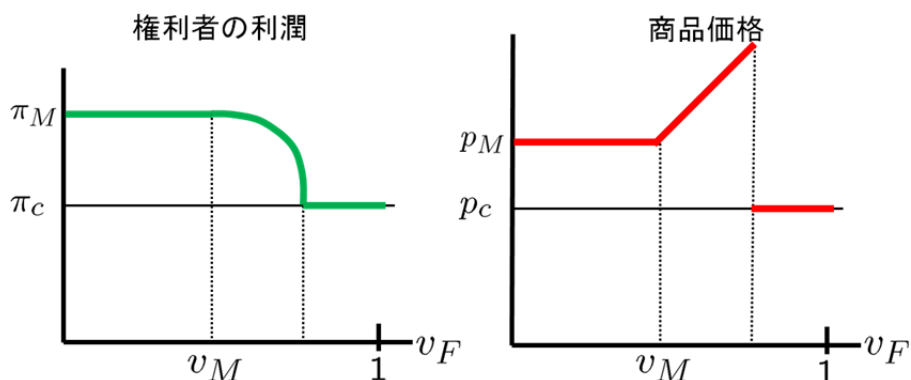


図 7 : フェアユースがもたらす効果

ここまでで得られたフェアユースの経済学的な効果を以下にまとめておこう。

- I. フェアユースの適用範囲が広がるにつれ、購入者数が減少し、著作権者の利潤は減少する。
- II. フェアユースの適用範囲が広がるにつれ、商品の価格が上昇することがある。

(3) 最適フェアユース水準

フェアユースの効果が把握できたところで、政府はどのような水準にフェアユース水準を定めるべきかを考えたい。そのために、政府が目指すべき目標として『社会的に最も望ましいフェアユースの水準』がどんな水準かを考える。経済学では法制度の効果を把握するひとつの指標として「社会厚生」という概念を利用する。これは、「ある商品の市場取引の全参加者の利潤・効用の合計²⁶」を指す言葉である。このモデルにおける社会厚生は著作権者の利潤と全消費者の純効用の合計を意味している。

参加者全員の利潤・効用の合計を最大化するために重要となる事は、高品質の商品を安価に作成し、なるべく多くの消費者がそれを利用する事である。仮定 1 より、このモデルではオリジナルでもコピー品でも消費者にとっての効用が等しくなっている。そのため、社会厚生を最大にするために考えなくてはならないのは、なるべく安価に作成できるような状態を達成するためにはどうすればいいか、という点のみである。結論から言うならば、社会的に最適なフェアユース水準 v^* は以下の式を満たす。

$$c_c \times v^* = c \quad (9)$$

言葉で言いかえるならば、社会的に最適な水準は「全ページのコピー費用×フェアユース水準＝著作権者が教科書を 1 冊作るのにかかる費用」が成立するようなページ割合である。以下、全 100 ページの教科書を例に考えてみよう。1 ページあたりのコピー費用が 10 円だとすると、全ページのコピー費用 c_c は 1,000 円となる。また、出版社は 1 冊あたり 300 円で教科書を作ることができるとする($c = 300$)。このような状況を考えると、(9)式から最適フェアユース水準は $v^* = 0.3$ となり、30 ページ以下の教科書のコピーは合法的に可能となる。必要としているページ数が 30 ページよりも少ない 20 ページの消費者について考えてみよう。もし、その消費者がコピーをした場合、著作権者が作るのにかかる費用である 300 円よりも安価な 200 円で、その消費者にとって教科書と同等の効用をもつ商品を生産可能になる。

また、30 ページよりも多いページを必要としている消費者、例えば 50 ページを必要としている消費者がコピーを行った場合、コピー費用総額は著作権者の生産費用よりも高くなってしまい、生産費用の観点から無駄が発生してしまう。このように社会厚生上、最適なフェアユース水準は、社会全体の生産費用を最小化するような水準である事がわかる。

²⁶ なお、社会厚生を数式で表すと $W = \int_0^{z^*} (t - c_c) z dz + \int_{z^*}^1 (tz - c) dz$ となる。(9)式は、この社会厚生を最大化するような z が満たさなくてはならない条件を一階条件にて導出したものになる。

(4) フェアユース水準の決定

最後に、目標とすべき社会的に最も望ましい水準を達成するために、政府が設定すべきフェアユース水準を考える。政府が「合法的にコピー可能な範囲」 v_F を操作できたとしよう。この時、政府は次の2点を考慮する必要がある。

- ① 著作権者は自らの利潤を最大化するような価格を設定しており、
- ② 著作権者の利潤が創作費用をカバーしている（著作権者の儲けが正になっている）

この制約を考慮に入れ、以下のように場合分けをして考えてみよう。

ケース 1: $v^* < v_M$ の場合

社会的に最適な状況を達成するためには、 v^* までの割合のコピーを認め、それ以上は教科書を購入させる必要がある。この水準を達成するために政府がフェアユース水準を $v_F = v^*$ と設定したとする。ところが、この場合では、前節 $v_F < v_M$ の時と同様に、例えフェアユースを設定したとしても著作権者が設定する価格は変化せず、購入者数にも影響を与える事ができない。そのため、最適フェアユース水準を達成する事はできない。社会厚生を最大化する事を考えるならば、次善の策として、フェアユース水準を v_M に設定し、フェアユースがなければ購入しなかった人に対し、コピーを許可する事で、消費者の効用を大きくすることが望ましい。

ケース 2: $v^* > v_M$ で、フェアユース水準を v^* とした時の著作権者利潤が創作費用を上回る場合

この場合、フェアユース水準を $v_F = v^*$ とすることで、前節 $v_F \geq v_M$ の時のように著作権者の価格付けに影響を与える事ができる。但し、フェアユースの設定により著作権者の利潤が減少してしまうため、以下で見るように、 $v^* > v_M$ が成立していたとしても、著作権者の利潤が創作費用をカバーできていない場合、問題が生じることになる。

ケース 3: $v^* > v_M$ で、フェアユース水準を v^* とした時の著作権者利潤が創作費用を下回る場合

上述した通り、フェアユースの範囲が拡大することにより、著作権者の利潤は減少する。ここで取り上げるのは、著作権者が創作費用を賄うのに十分な利潤を確保できていないケースである。著作物を新たに作り出すためには、一定額の創作費用が必要である。仮に教科書を販売することによって得られる利潤で印刷費用を回収できたとしても、記載内容の調査や、編集作業にかかった費用までカバーできないのであれば、教科書を執筆することで損をしてしまうだろう。このような場合、著作権者は教科書の生産を行わない方が、利潤が高くなる。もし、教科書の生産を行わなければ、著作権者の利潤がゼロになるため、教科書を販売した時の総利潤が負になる本ケースにおいては、教科書を販売するインセン

タイプを失ってしまう。教科書が販売されなければ、コピーもできないため社会厚生はゼロとなる。政府としてはこのような事態を避けなくてはならない。そのため、最低限著作権者の利潤がゼロになる所までフェアユース水準を下げてやる必要がある。これにより、フェアユース水準は $v_M < v_F < v^*$ を満たすことになる。

(9)式より社会的に望ましいフェアユース水準は $v^* = c/c_c$ で与えられることが分かっている。仮に著作権者の生産費用を固定しておくと、コピーにかかる費用が変動した時に、フェアユース水準がどのように変化するかを考える事ができる。昨今の情報技術の進歩等により、著作物をコピーするのにかかる費用は年々小さくなっている。このような状況に対して、政府が認めるコピーの範囲がどのように変わっていくかを考えてみよう。

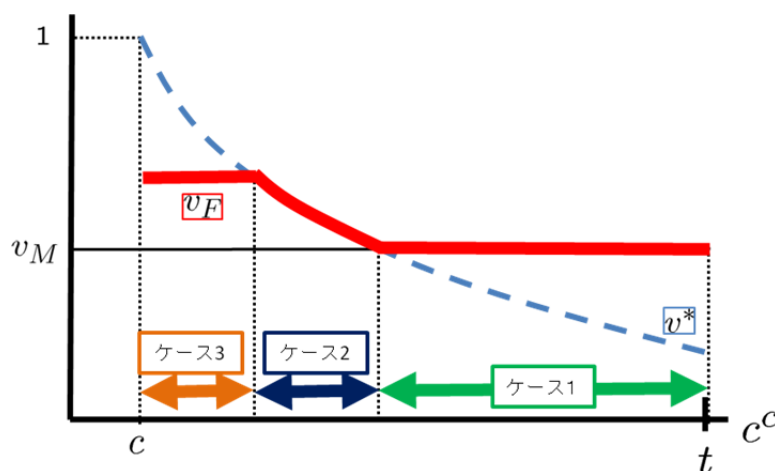


図 8：最適フェアユース水準

横軸にコピー費用 c_c 、縦軸に各 v の値を取ろう。(9)式より、 v^* は c_c が大きくなるにつれ小さくなる。また、 v_M は(3)式より、 c_c の値には依存せず決定される。そのため、 v^* は右下がりの線、 v_M は水平に伸びる直線で表わすことができる。

c_c が大きい場合、 $v^* < v_M$ が成立する。すると上述したケース 1 と同様に、政府が設定すべきフェアユース水準は $v_F = v_M$ となる。 c_c が小さくなるにつれ、 v^* の値も大きくなるため、 $v^* > v_M$ が成立する。するとケース 2 で見たように $v_F = v^*$ を政府は設定する。ところが、 c_c が更に小さくなり、 v^* の値が大きくなりすぎると、著作権者の収入が創作費用を割り込む恐れがでてくる。そのため、ある水準までフェアユースの範囲が広がった後は、それ以上増えないようになる。

このモデルを用いて判明したことを以下にまとめておこう。

- I. 社会的に最適なフェアユース水準は、社会全体の総生産費用を最小化する水準である。
- II. コピーにかかる費用が小さくなるにつれて、フェアユースの設定範囲は広がる傾向がある。

コピーにかかる費用は年々減少し、我々は容易にコピーを作成できるようになってきて

いる。直感的に考えるのであれば、著作権者の利益を守るために、著作権保護水準を増加させ、フェアユースの適用を控えるべきだと思える。しかし、このモデルにそって考えるならば、コピー費用が減少するということは、著作物の部分コピーを作るのにかかる費用が安くなることを意味する。教科書のように、著作物の一部分だけあれば満足する消費者がいる場合においては、こうしたコピー品を許可した方が、社会全体の生産費用は安くなり効率的に商品の生産が行える。そのため、「著作権者が損をしない限りは」コピー費用の低下に伴い、コピーできる範囲を広げるべきであると考えられる。

2.3 Miceli and Adelstein (2006)の問題点と解決すべき課題

ここまで、フェアユースの経済分析として代表的な Miceli and Adelstein(2006)のモデルを簡単に紹介してきた。しかし、このモデルには幾つかの問題点が存在している。以下ではその問題点に触れながら、今後の研究課題について述べていきたい。

(1) 著作権者の創作のインセンティブについて

Miceli and Adelstein(2006)の分析においては、著作権者の利潤が正ならば著作権者の創作のインセンティブは確保されるものと仮定している。もう少し砕けた言い方をするならば、著作権者はたとえ儲けが 1 円でも創作を行うと考えている。本来であれば、権利者の利潤が増加した場合、権利者の創作のインセンティブの変化を通じて商品の品質等にどのような影響を与えるかについても考察する必要がある。

しかし、権利者の利潤と創作のインセンティブの関係性を詳細に分析することは非常に困難である。実は権利者の利潤の大きさと、創作のインセンティブの間の関係性も不確かな所が多く、最近の研究(Lerner, 2002²⁷, 2009²⁸; Sakakibara and Branstetter, 2001²⁹)では、知的財産権を強化し、権利者の利潤を増加させることが必ずしも研究開発を促進していないといった結果も実証的に示されている。この現実のデータと理論モデルの仮定の間の非整合性問題は、本章の冒頭で解説したような「開発者の開発意欲の確保」と「独占による社会全体への損失」のバランス問題の根底を揺るがす結果として注目を集めており、知的財産権の最適な保護水準を考える上では非常に重要な問題となっている。

(2) 正確な創作費用の把握について

Miceli and Adelstein(2006)の構築したモデルにおいては、政府は権利者の創作費用や生産にかかる費用を完全に把握できると仮定している。ところが現実には権利者と政府の間には生産にかかる費用に関する情報の非対称性が存在している³⁰ため、政府が生産費用を正確に把握することは難しい。政府が全権利者の生産費用を調査するためには、かなりの費

²⁷ Lerner. "150 years of Patent Protection", American Economic Review, 2002, 92, 221-225.

²⁸ Lerner. "The Empirical Impact of Intellectual Property Rights on Innovation: Puzzles and Clues", American Economic Review, 2009, 99, 343-48.

²⁹ Sakakibara and Branstetter. "Do Stronger Patents Induce More Innovation? Evidence from the 1988 Japanese Patent Law Reforms", RAND Journal of Economics, 2001, 32, 77-100.

³⁰ 権利者は政府よりも創作費用に関しては正確な情報を有しているはずである。

用がかかることが予想されるし、仮に権利者に自己申告をさせたとしても、全ての権利者は実際の創作費用よりも高めに申請を行い、自己の利益を確保するインセンティブが生まれるからである。また、もし権利者が自分の創作費用を正直に申告するようなシステムを作り上げたとしても³¹、複数の著作物を同時並行で生産している場合等においては、権利者自身ですら正確な創作費用を把握できない可能性がある。そのため、最適なフェアユース水準を求めるためにも、一個あたりの著作物にかかる創作費用を正確に、かつ安価に把握する方法やシステムを模索する必要がある。

(3) 最適フェアユース水準の達成方法について

Miceli and Adelstein(2006)が持つ最も大きな問題として、「フェアユース水準を『どのよう』に』達成するかに関して言及がなされていない」点を挙げることができる。

彼らのモデルでは、例えば 60%までは教科書のコピーが合法的に許されている場合、全ての消費者は 60%以上の割合のコピーをしなくなっている。しかし、消費者が自分の効用を最大にするように動くと考えるならば、本来は「違法な水準までコピーを行った場合に得られる純効用」と「合法的に行動した場合に得られる純効用」を比較して行動を決める必要がある。Miceli and Adelstein (2006)において、違法なコピーを行う消費者が全くいないのは、彼らのモデルが「消費者が違法な水準までコピーを行った場合に被る損害額の期待値（違法行為が発見される確率×発見された場合に支払う罰金や損害賠償額）が非常に大きい」事を暗に仮定しており、誰も違法行動をとらなくなっているからである。

このように誰も違法コピーを行う消費者がいらない状態を達成するためには、著作権者が費用をかけて市場における違法利用を十分に監視し、政府が著作権を侵害した場合の罰則や損害賠償額の上限を高く設定しておく必要がある。しかし、こうした監視水準や、違反時の損害額は著作権者や消費者の行動に大きな影響を与える可能性がある。例えば、著作権者が違法行為を監視できる場合、監視水準を強化することによって得られる利潤（オリジナルの商品が売れるようになる、損害賠償を得られる等）と監視水準を強化するのにかかる費用（違法行為を探し出す費用、訴訟費用等）を比較し、著作権者の利潤が最大になるような監視水準を設定するだろう。Miceli and Adelstein (2006)が想定しているような、市場における違法行為を完全に排斥できるような監視水準を達成するには非常に高額な費用がかかる可能性があり³²、著作権者にとって最適な水準とは言い難い。さらに、監視水準は、違法行為を行った時の期待損害額や、著作物の価格に影響を与え、それを通じて消費者の取る行動にまで影響を与える。ところが、Miceli and Adelstein (2006)においては、監視水準の設定や、著作権侵害時の罰金額の操作等には一切触れられていないのである。

既存文献においては Arai (2011)が違法コピーに対する監視行動と、政府が定める著作権

³¹ Scotchmer. "On the Optimality of the Patent Renewal System", RAND Journal of Economics, 1999, 30, 181-196. では特許権の更新料を上手く操作する事で権利者の生産費用や特許権が生み出す価値を把握するメカニズムを構築しようとしている。

³² 社会における全コピー機を監視する、ということにかかる費用が膨大なものになるのは想像に難くない。

侵害に対する損害賠償額と罰金額をモデル化しており、Chen and Png (2003)が著作権者の生産する商品に対する補助金や、コピー生産者に対する税金といった著作権侵害に対する政策について幅広く分析を行っている。フェアユース水準の策定に関して、より現実的な政策的含意を経済分析から得るためには既存研究を参考に①違法コピーに対する監視行動と、②政府の著作権侵害に対する政策決定（罰金や損害賠償額の上限をどのように操作するか等）を考慮したモデルを構築し、分析を行っていくことが今後重要となってくるだろう。

3 Miceli/Adelstein のモデルの法学的検討

学習院大学法学部教授 横山久芳

本章では、Miceli/Adelstein のモデルの意義を検討し、そのモデルから著作権法の制度設計及び解釈、運用についてどのような示唆を得ることができるかを検討する。

3.1 意義

Miceli/Adelstein のモデルは、「著作権者が著作物の創作に要した費用を賄うに足るだけの十分な利潤を得ている限り、著作物のコピーに要する社会全体の総生産費用が最小化されるようにフェアユースの水準を設定すべきである」というものである。これは、新たな著作活動へのインセンティブを付与するには、最低限、著作権者が創作費用を賄うに足る独占利潤を得る必要があるため、その限度では著作権者の保護を優先することを明らかにしつつ、その前提が満たされる条件下では、消費者が最も安価に著作物を享受できるような仕組みを採用すべきであるとするものである。この考え方の特徴は、以下の二点に集約することができる。

第一に、Miceli/Adelstein のモデルは、著作権者が著作物の創作費用を賄うに足る独占利潤を得られる限り、新たな著作活動へのインセンティブは十分に確保されるということを前提に、それ以上に、インセンティブの観点から著作権の保護を拡張することを認めないこととしている。この点、著作権の保護が強くなればなるほど、その分、インセンティブ効果が増大するという前提を取れば、創作費用が回収可能となる水準以上に著作権の保護を引き上げるということも考え得ることになる。しかし、著作権の保護の強化がどの程度のインセンティブの増大をもたらすかは必ずしも定かでなく、創作のインセンティブの観点から最適な保護水準を画定することには困難が伴う一方で、著作権者が経済合理的な存在だとすれば、創作費用の回収が可能となる限り、創作活動を継続すると仮定することに一定の合理性が認められることから、創作費用の回収が可能となる水準以上に著作権の保護を引き上げ、不確実な追加的インセンティブ効果を期待するよりも、著作権の保護を創作費用の回収に必要な限度にとどめ、著作権の保護に伴い発生する社会的損失³³を可及的に抑制したほうが社会的厚生観点からみて望ましいということもできるであろう。

第二に、Miceli/Adelstein のモデルは、著作権者が創作費用を賄うに足る独占利潤を得ている場合には、著作権者と消費者のいずれがより安価にコピーを行うことができるかを考慮し、消費者が著作権者よりも安価にコピーを行うことができる場合に限り、消費者のコピーをフェアユースとして認めるべきであるとしていることである³⁴。インセンティブとい

³³著作権の保護に伴う社会的損失とは、著作権者が著作権の保護がない場合（競争状態）に比べて高い価格で正規品（著作権者が販売するコピーのこと）を販売することにより、著作物を享受し得る消費者の範囲が限定されるという弊害（いわゆる死荷重）をいう。すなわち、著作権の保護がなければ、誰でも自由にコピーできるから、著作物の価値をコピーの生産費用よりも高く評価する消費者は誰でもコピーを入手することが可能となるが、著作権の保護の下では、著作物の価値を正規品の販売価格より高く評価する消費者しかコピーを入手できないため、コピーを利用できる消費者の範囲が限られ、消費者全体の余剰が減少することになる。

³⁴著作権者は、通常、消費者よりもより効率的にコピーを行い得る立場にいたるため、消費者が著作物全体

う観点からすれば、著作権者がインセンティブとして十分な独占利潤を得ている場合には、もはや著作権の保護を認める必要はなく、むしろ消費者のコピーを全てフェアユースと認め、既存の著作物の流通、利用を促進すべきであるという考え方もあり得るところであろう。しかし、Miceli/Adelstein のモデルは、最も安価な生産費用で既存著作物の流通、利用を図ることが社会的厚生を増大させることになるということを前提として、消費者が自らコピーするよりも正規品を購入したほうが安価に著作物を享受し得るという場合には、消費者に正規品を購入させるべく、消費者のコピー行為をフェアユースとして認めるべきではないとの考えが取られている。こうした考えによれば、著作権者は、インセンティブという観点からみて必要以上の独占利潤を得ることが可能になるが、生産費用が嵩む無駄なコピーを抑制することは、結局、消費者自身の利益も増加させることになるから、社会的厚生観点で望ましいといえるであろう。

以上のように、Miceli/Adelstein のモデルは、「インセンティブ」、「効用」、「生産費用」という尺度を組み合わせ、フェアユースの最適水準を明らかにしたところに意義がある。

3.2 Miceli/Adelstein モデルによる裁判例の分析

Miceli/Adelstein は、その論稿において幾つかのアメリカの裁判例を紹介し、それらの裁判例が既に自身の経済分析モデルに沿う形でフェアユースの成否を検討しているということを明らかにしている。例えば、国立の図書館が研究者や他の図書館の求めに応じて医学雑誌に掲載された論文等をコピーし配布するというサービスを行うことが著作権侵害となるかが争われた事案において、裁判所は、図書館が行ったコピーが商業的利用を意図したものではなく、科学の発展を促進する価値を有しており、また、コピーの配布先が限定されており、著作権者に経済的影響を及ぼすことが立証されていないとして著作権侵害を否定したが³⁵、これは、コピー行為が著作権者に損失を及ぼさずに社会的厚生を高める場合にフェアユースを適用すべきことを示唆したものだとして説明されている。一方、不特定のユーザー間でインターネットを介して音楽ファイルを交換することを可能とするサービスを提供することが著作権侵害となるかが争われた事案では、裁判所は、コピーが私的利用というよりはむしろ商業的利用を意図したものであり、また、権利者が提供する正規品の需要を減少させ、又は、権利者がデジタル配信サービスに参入することを困難ならしめることにより、権利者の利益に影響を及ぼすものであるとして著作権侵害を肯定したが³⁶、これは、

を必要とする場合には、自らコピーするよりも正規品を購入したほうが安価に著作物を享受できる場合が多いと思われるが、消費者が著作物のごく一部を必要としているに過ぎない場合には、正規品を購入するよりも、必要な割合だけ自らコピーしたほうが安価に著作物を享受できることになる。このように、消費者側の生産費用を評価する際には、消費者が必要とする著作物の割合が考慮されることになる。

³⁵William & Wilkins Co. v. United States, 487 F.2d.1345(Ct.Cl.1973) ; aff'd by an equally divided Court, 420 U.S.376(1975).

³⁶A & M Records, Inc. v. Napster, inc., 114 F.Supp.2d.896(2000) ; 239 F.3d 1004(9th Cir.2001).ただし、厳密に言えば、当該事案において著作権を直接的に侵害しているのはファイル交換を現に行っているユーザーであり、サービスを提供する事業者は、消費者の直接侵害行為に対し代位責任 (vicarious liability) ないし寄与責任 (contributory infringement) を負うという関係にある。

たとえコピーが社会的厚生を増大させ得るものであるとしても、著作権者の利益に実質的なダメージを与え、著作活動へのインセンティブを阻害する場合にはフェアユースの適用を否定すべきことを示唆したものと説明されている。

これらの分析からわかることは、技術の進歩がフェアユースの解釈、運用に大きな影響を及ぼすことになるということである。技術が発達にするにつれて、コピー費用は低下し、消費者のコピーはより容易になる。これは、Miceli/Adelstein モデルにいう生産費用の観点から、フェアユースの適用を拡大するモメントとして働く。しかし、他方で、消費者のコピーは正規品と競合する関係にあるから、消費者のコピーが安価かつ容易に行えるようになればなるほど、正規品の売り上げが減少し、著作権者の創作費用の回収が困難になる可能性がある。これは、Miceli/Adelstein モデルにいう創作費用の観点から、フェアユースの適用を抑制するモメントとして働く。裁判所は、このように技術の進歩を背景にして生じる相反するモメントをうまく調整しつつ、フェアユースの解釈、運用を慎重に行っていかなければならないことになる。

3.3 フェアユースの制度設計及び解釈・運用への示唆

Miceli/Adelstein のモデルは、アメリカのフェアユース規定を前提として、消費者が著作物を必要な割合だけコピーするという単純な状況を想定して、フェアユースの最適水準を論じるものである。しかし、Miceli/Adelstein のモデルに現れた視点は、フェアユースをめぐるその他の様々な問題を解決する際にも一定の意義を有するものと考えられる。以下では、Miceli/Adelstein のモデルを出発点として、著作権の制限規定の制度設計や解釈・運用のあり方を具体的に検討してみることにしよう。

(1) 著作権の制限規定の制度設計

まず最初に著作権の制限規定に関するルール形成がどのように行われるべきかについて考えておくことにしよう。

Miceli/Adelstein のモデルは、アメリカのフェアユース規定を前提として、その適用範囲を論じるものである。既に述べたように、アメリカでは、権利制限の立法形式として個別的な制限規定に加えて、一般条項であるフェアユース規定が存在しており、個別の制限規定に該当しない利用行為についても、裁判所がフェアユースと判断した場合には権利の制限が認められることになる。このように、アメリカ法は、権利制限のルール形成に立法府のみならず裁判所が関与することを認めている点に特徴があるが、このことは、Miceli/Adelstein のモデルの実現にとって極めて重要な意味を持っていると思われる。

Miceli/Adelstein のモデルに従い、フェアユースの最適水準を実現するためには、権利制限のルール決定を行う際に、著作物の創作費用や、コピーの生産費用、著作物から得られる消費者の効用といった諸事情が客観的に公平に評価されることが必要となる。著作権の制限規定の制度設計はそうした観点からどの機関がルール形成を行うことが社会的に望ま

しいかによって決せられるべきである³⁷。

一般に、立法府は裁判所に比して情報収集能力及分析処理能力に優れており、創作費用等の諸事情を容易に把握し、合理的なルール形成を行い得る立場にいる。また、著作権の制限規定は、著作権者と著作物の利用者といった直接当事者の利益のみならず、より広範な社会的利益のあり方にも影響を及ぼすものであるが、裁判所は基本的に訴訟当事者の主張立証活動に基づいて判断を行う機関であるため、直接的な当事者の利益調整にとどまらない社会的利益を政策的に実現するためのルール形成を行う場合は、裁判所よりも立法府の方が優れているといえる。したがって、創作費用等の諸事情を客観的に評価することが容易な場合（例えば特定の業界ないし分野において定型的に行われる利用行為を対象に権利制限のルールを定める場合などがこれに該当しよう）や、ルール形成にあたって幅広い政策的な利益調整が必要となるような場合には、立法府が個別制限規定の形でルール形成を行うことが合理的であるといえよう。そしてこのように立法府が事前に明確なルールを定めることは、関係当事者の規範認識コストを低下させ、侵害の成否に関する調査費用を抑制するというメリットをも有するものである³⁸。

もっとも、著作物の利用形態は複雑かつ多様であり、創作費用等の事情はその時々 of 技術水準や社会状況によっても変化するため、立法府が全ての場合において創作費用等の事情を明確に把握し、権利制限に関する最適なルールを創設することはそもそも不可能である。特に技術革新が高度に進展し、価値観の多様化が進む現代においては、立法府がある時点においてルール形成を行っても、すぐに陳腐化し、社会の実態に合わないものになってしまうおそれがある。このように、立法府がルール形成を行うことが困難な事情があり、そのために適切な立法が存しない領域においては、裁判所が立法の不備を補うべく、ルール形成を行う余地を認めるべきであろう。また、立法府が一定のルールを定めている場合でも、裁判所が立法府の定めるルールを是正する余地を認めることが合理的な場合もある。著作権法の分野では、一般に権利者が立法過程において強い発言力を有するため、立法府が権利制限のルール形成を行う場合には、権利者側に有利な形でルール形成が行われやすく、著作権の保護水準が本来適切と考えられる水準に比して高止まりになるというおそれ

³⁷ なお、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号 90 頁（2008 年）、同「著作権制限の一般規定」『知的財産権侵害訴訟の今日的課題—村林隆一先生傘寿記念』（青林書院・2011 年）は、立法府と裁判所のいずれの機関が規範定立を行うことが望ましいかという観点から、著作権の制限規定の立法形式として、個別規定を選択すべきか、一般規定を選択すべきかを論じている。

³⁸ なお、このことはフェアユース規定が個別制限規定に比して常に規範認識コストを高めるということを主張するものではない。個別制限規定は、関係当事者の細かな利害調整を経て制定されることが多く、その規定ぶりはしばしば素人には全く理解困難な複雑なものになりがちである（平成 23 年著作権法改正はその一例である）。著作権に関する専門的能力を有する事業者であれば、たとえ規定ぶりが複雑になっても、とにかくルールの内容が明確になっていることに意義があるといえるが、一般消費者の視点からみれば、複雑難解なルールは規範認識コストを著しく増大させ、著作権に対する過剰反応を生み、適法行為に対する委縮効果を生じたり、また逆に、規範遵守の意識を低下させ、法の弛緩を招くおそれもある。したがって、一般消費者との関係では、規範認識コストという観点からみても、アメリカのフェアユースのような一般的・概括的な権利制限条項を設け、社会通念上相当な範囲でコピーを行っている限りは著作権侵害としないというアバウトな取り扱いをすることに合理性がないわけではない。肝要なことは、個別規定とフェアユース規定をうまく使い分けることである。

がある（例えば、創作費用が過度に高く見積もられ、著作権の制限をごく限定的にしか認めない立法が創設されるなど）³⁹。したがって、立法府において客観的に公正なルール形成が困難な事情がある場合には、中立的な機関である裁判所が権利制限に関するルール形成に積極的に関与していくべきである。この場合、立法府が定めるルールが存在しない場合は裁判所が自ら積極的にルール形成を行うべきであるが、既に立法府が一定のルールを定めている場合でも、当該ルールを個別事件に適用することが不適切と考える場合には、裁判所は当該ルールを離れてより柔軟に権利制限の可否を決定することができると考えるべきである。そして、立法府は、その種の裁判例が一定程度蓄積された段階で、その成果をフィードバックし、既存のルールの改訂・廃止を検討すべきであろう。こうした立法府と裁判所の協働作業により、権利制限に関する望ましいルール形成が行われることになるであろう。

Miceli/Adelstein の論稿は著作権の制限規定の制度設計のあり方について特に論じるものではないが、同モデルの実現を効率的に行うためには、上述したように、権利制限に関するルール形成を立法府と裁判所が協働して行うことが望ましいと考えられる。アメリカ法では、そうした立法府と裁判所の協働作業を担保するために、フェアユース規定が存在している。これに対し、我が国の著作権法はフェアユース規定を有していないため、少なくとも理論的には、裁判所が権利制限に関するルール形成に関与することは困難である。著作権の制限規定の制度設計のあり方としては、裁判所が一般条項を介して権利制限のルール形成に関与することが望ましいと考えられるため、将来的には、フェアユース規定の導入が本格的に検討されるべきであると思われる。もっとも、現行法においても、フェアユースの理念に則ったルール形成の余地が全く否定されるというわけではない。我が国著作権法が規定する個別制限規定にも様々なものがあり、その中には裁判所による広範な補充的解釈を予定しているものも少なくない。例えば、引用（32 条）や学校教育目的での利用（35 条）に関する制限規定においては、「著作物の利用の目的上必要な範囲で複製することができる」とか、「著作権者の利益を不当に害しない範囲で複製することができる」というように権利制限の成立要件がかなり抽象的に定められているため、当該利用行為に関しては、裁判所が柔軟に侵害の成否を判断することが可能となっている。したがって、我が国の著作権法においても、これら特定の類型の利用行為に限っていえば、フェアユース的な考え方を取り入れながら、裁判所が権利制限の可否を裁量的に判断することが可能となろう⁴⁰。我が国著作権法においてフェアユース規定を導入することが難しいとすれば、当面は、こうした柔軟性を持った個別規定を増やしていくことにより、裁判所が権利制限のルール

³⁹ 田村善之「デジタル化時代の著作権制度－著作権をめぐる法と政策」知的財産法政策学研究 23 号 21 頁以下（2009 年）、同「日本版フェアユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32 号 34 頁以下（2010 年）参照。

⁴⁰ 例えば、「著作権者の利益を不当に害しない」か否かの解釈において、問題となる著作物の利用行為が著作権者による創作費用の回収に実質的な影響を及ぼさないか否かを考慮したり、「著作物の利用の目的上必要な範囲内」か否かの解釈において、正規品よりも安価な費用でコピーを行っているという事情を斟酌するといったことが考えられよう。

形成に関与する余地を拡大していくということも検討に値しよう⁴¹。

(2) 二次創作とパロディの取り扱い

Miceli/Adelstein のモデルは、消費者が著作物をそのまま複製するという状況を想定してフェアユースの適用範囲を論じている。しかし、著作権法は、複製⁴²に関する権利のみならず、二次創作に関する権利も認めているため、元の著作物をそのままコピーする場合だけでなく、例えば、小説を映画化するなど、元の著作物を翻案して利用する場合にも、元の著作物の著作権の保護が及ぶ。アメリカでは、このような二次創作についてもフェアユースが争われる場合が少なくないが、Miceli/Adelstein は二次創作の取り扱いについては特に言及していない。そこで、ここでは二次創作についてフェアユースの適用をどのように考えるべきかについて検討してみることにしよう。

まず、そもそも、なぜ著作権法が複製に関する権利のみならず、二次創作に関する権利も保護しているのかについて考えてみよう。二次創作物は、元の著作物に独自のオリジナリティが付加されたものであり、元の著作物と異なる新たな効用を消費者にもたらすものであるから、二次創作行為を促進することは社会的に望ましいことといえる。問題は、二次創作行為を誰に行わせることが社会的に望ましいかということである。

二次創作の促進ということだけを考えるならば、二次創作に関する権利を否定し、誰もが自由に二次創作をなし得るようにすることが二次創作物の生産量を最大化できるため、最も望ましいといえよう。しかし、二次創作物は元の著作物のオリジナリティを継承した作品であり、元の著作物と市場で競合する関係にあるため、二次創作物の利用に対し元の著作物の著作権の保護が及ばないとすると、元の著作物の著作権者の利益が減少し、オリジナルの著作活動へのディスインセンティブとなるおそれがある⁴³。確かに、二次創作物は元の著作物と異なる新たな効用を消費者にもたらすものであるが、二次創作物は元の著作物なしには生産され得ないものであり、消費者にとって元の著作物の代替的な性格を有する作品であることからすると、二次創作がもたらす社会的効用はオリジナルな著作活動のそれに比べて相対的に小さいものと評価することができよう。したがって、オリジナルの

⁴¹ 横山・前掲注 3) 38 頁参照。

⁴² 我が国著作権法において、「複製」とは「著作物を有形的に複製する行為」をいうが(2 条 1 項 15 号)、ここでは、広い意味で、元の著作物に実質的な修正、変更を加えずにそのまま利用する行為をいうものとする。

⁴³ ただし、二次創作物の中には、元の著作物との代替性が低く、むしろ元の著作物を補完し、元の著作物の売上に寄与するものも存在している。こうした二次創作物の利用については、著作権の保護を及ぼすことが必ずしも望ましいものとはいえない。しかし、ある二次創作物が元の著作物の代替財となるか、補完財となるかを事前に明確に区別することは困難であるため、著作権法においては、二次創作物の利用行為に対し原則的に著作権の効力が及ぶものとしつつ、後述の通り、二次創作物が元の著作物の補完財的に機能する場合には、通常の場合に比して相対的に広く権利制限の余地を認めるという運用をなすことが合理的であることになろう。ちなみに、Miceli/Adelstein のモデルは、消費者のコピーが元の著作物の代替財として機能することを前提としたものであり、コピーが補完財的に機能することは想定していないが、後者の場合、コピーが著作権者の創作費用の回収に影響を及ぼすことはないから、コピーを認めることが社会全体の生産費用の低下をもたらす限り、権利制限を認めるべきであるということになろう。

著作活動へのインセンティブを付与するために、元の著作物の著作権者が創作費用を回収するのに必要な範囲では、元の著作物の著作権の保護を二次創作に対しても及ぼすことが合理性であるといえる。

元の著作物の著作権が二次創作にも及ぶとした場合、著作権の保護が続く間は、原則として、元の著作物の著作権者及び著作権者から許諾を得た者だけが二次創作に従事することになるが、このことは、「生産費用」の観点からみても合理性を有するものである。二次創作には相応の生産費用が伴うため、最も安価に二次創作物を生産し得る者に二次創作を行わせることが社会全体の総生産費用を最小化し、社会的厚生を高めることになる⁴⁴。この点、著作権者は、通常、自己の著作物のことを誰よりも熟知しているため、自己の著作物に関する二次創作を最も効率的に行うことができる立場にいる。すなわち、著作権者自身が二次創作能力を有する場合には自ら二次創作を行い、二次創作能力を有しない場合には、自ら二次創作を行うに相応しい者を選択し、その者に二次創作を行わせることによって、全くの第三者が二次創作を行う場合に比べて、より良質な二次創作物をより効率的に生産することができるであろう。

このように、著作権の保護を二次創作にまで及ぼすことは、オリジナルの著作活動へのインセンティブを確保しつつ、より効率的な方法で二次創作物の生産を可能にするという意味で、合理性を有するものといえる。しかし、このことは裏を返せば、第三者が二次創作を行う場合であっても、オリジナルの著作活動へのインセンティブに実質的な影響を及ぼすことがなく、また、当該二次創作行為の性質上、元の著作物の著作権者やその許諾を得た者に行わせることが必ずしも適切とはいえない場合には、当該二次創作行為に対し元の著作物の著作権の保護を及ぼすべきではないということを意味している。Miceli/Adelstein のモデルによれば、そのような二次創作行為については、相対的に広くフェアユースの適用を認めるべきだということになるだろう。そのような二次創作の典型として、ここではパロディについて言及しておこう。

パロディとは、他の著作物を風刺、批判する目的をもってコピーした作品をいう。パロディは、それに接する者がそのもととなる作品を理解できて初めて意味を持つものであるから、元の著作物の表現の大部分をそのまま取り込んで創作されることが多い。したがって、通常の二次創作の侵害判断基準に従えば、ほとんどのパロディは著作権の侵害となってしまうだろう。しかし、パロディは、風刺・批判目的で元の著作物をコピーしたものであるから、通常の二次創作と比べて、元の著作物との代替性が弱く、著作権者の利益に及ぼす影響が相対的に小さいといえよう⁴⁵。また、パロディは、その性質上、著作権者が自ら創作したり、他者に創作させるということが期待し難いものである。かりに、著作権者やその許諾を得た者がパロディを創作することがあるとしても、その内容はどうしても元の著作物に迎合的になる傾向があるため、第三者が創作する場合に比べて、パロディとして

⁴⁴ スティーブン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』170 頁（日本経済新聞社・2010 年）参照。

⁴⁵ もちろん、パロディの痛烈な批判を受けたことによって元の著作物の社会的評価が低下し、著作権者が損失を被るということはあるが、著作物の社会的評価は著作権により保護されるべき法益ではない。

の効用は低くならざるを得ないであろう。したがって、第三者がパロディを創作することが禁止されるならば、良質なパロディが社会に供給されなくなるおそれがある。

このように考えると、パロディについては、通常の二次創作の場合よりも相対的に緩やかな基準でフェアユースの適否を判断すべきことになる。具体的には、パロディが著作権者の利益を過度に害することなく、消費者の効用を増大させる（風刺・揶揄等の目的を達成している）場合には、一般にフェアユースの適用が認められるべきであろう⁴⁶。

(3) 著作物の本来の効用以外の目的で行われるコピーの取り扱い

Miceli/Adelstein のモデルは、消費者が著作物をコピーする場合を前提にフェアユースの適用基準を論じている。消費者が行うコピーは著作物の本来の効用を享受すること（作品の表現を鑑賞すること）を目的として行われるが、著作権侵害が問題となるコピーには、著作物の本来の効用以外の目的で行われるものもある。例えば、インターネットの検索サービスを提供する事業者は、自社サーバーに大量のウェブページを保存し、ユーザーが入力したキーワードに対応した検索結果を表示することにより、日々大量に著作物のコピーを行っているが、それは、コピーを自ら鑑賞し又は消費者にコピーを鑑賞させることを目的としたものではなく、消費者の情報検索の効率性を高めることを目的としたものである（消費者は、通常、検索結果を受けて、リンク先のサイトを閲覧することにより著作物を鑑賞することになる）。このように、コピーが著作物の本来の効用以外の目的で行われる場合には、フェアユースの適用をどのように考えるべきであろうか。

コピーが著作物の本来の効用を目的として行われる場合には、消費者自身がコピーを行う場合であれ、他の事業者が消費者にコピーを提供する場合であれ、正規品とコピーは代替的な関係に立ち、コピーによって著作権者に実質的な不利益が及ぶことになる。しかし、コピーが著作物の本来の効用以外の目的で行われる場合には、コピーが正規品と代替する関係に立たないため、コピーによって著作権者の利益に実質的な影響が及ぶことはない。また、コピーが著作物の本来の効用を目的としている場合には、コピーが禁止されても、消費者は正規品を購入することで同一の目的を達成することができるが、コピーが著作物の本来の効用以外の目的で行われている場合には、コピーが禁止されると、消費者はコピーがもたらす新たな効用を享受できないことになり、社会的厚生が低下することになる⁴⁷。

⁴⁶アメリカでは、いわゆる「変形的利用 (transformative use)」についてフェアユースの適用が広く認められている。「変形的利用」とは、元の著作物をその本来的な目的や方法と異なる形で利用し、元の著作物にはない新たな付加価値を社会にもたらす利用行為をいう。パロディは「変形的利用」の典型例とされるため、通常の利用行為に比してフェアユースが適用されやすくなっている (Campbell v. Acuff-Rose, 510 U.S. 569, 579ff)。一方、我が国では、著作権法にフェアユースの規定がないため、パロディも、通常の二次創作と同様に取り扱うべきものと解されている (最判昭和 55 年 3 月 28 日民集 34 巻 3 号 244 頁〔第一次パロディ事件上告審〕参照)。もっとも、学説では、パロディの特性を考慮し、通常の二次創作と異なる基準で侵害の成否を判断すべきと解する見解も有力である (染野啓子「パロディ保護の現代的課題と理論形成」法律時報 55 巻 7 号 37 頁 (1983 年)、田村善之『著作権法概説 (第 2 版)』242 頁以下 (有斐閣・2001 年)、横山久芳「著作権の制限 (2)」法学教室 342 号 114 頁 (2009 年) など参照)。

⁴⁷一般に、著作権者は、自己の著作物の利用価値をよく知っているため、他の誰よりも著作物の利用方法

したがって、コピーが著作物の本来の効用以外の目的で行われる場合には、相対的に広くフェアユースの適用が認められるべきであろう。例えば、検索サービスにおけるコピーは、ネットを利用する消費者の情報検索の効率性（情報探索コストの節約）を目的としたものであり、コピーが検索サービスの目的に必要な範囲で行われている限り、著作権者の利益に実質的な影響を及ぼすおそれがないことから⁴⁸、フェアユースの適用が認められるべきであろう⁴⁹。

(4)侵害に対する法的サンクションのあり方

Miceli/Adelstein のモデルは、フェアユースの最適な実体的基準を示したものであり、基準を満たさない違法コピーに対する法的サンクションについて特に言及するものではない。しかし、著作権侵害が生じた場合の法的サンクションの内容は個人の意思決定や行動に大きな影響を及ぼすものであるから、フェアユースの最適水準を実現するためには、法的サンクションのあり方についても併せて検討する必要がある。

著作権者は、著作権が侵害された場合には、損害賠償に加えて、差止請求をなすことが可能であるが、差止めによる救済は、Miceli/Adelstein のモデルにおける最適なフェアユース水準を実現するための有効な手段となり得るものである。Miceli/Adelstein のモデルによれば、著作権者が創作費用を十分に回収することができ、かつ、消費者が最適な生産費用でコピーを取得することが可能となる状態を実現することが社会的に望ましいこととなる。この点、差止請求権は第三者の侵害行為に対する抑止的效果を有すると共に、著作権者が著作物の利用者との間でライセンス交渉を行う際の交渉力を担保する手段として機能するものであり、著作権者の効率的な創作費用の回収の実現に寄与するものである⁵⁰。また、Miceli/Adelstein のモデルによれば、消費者が非効率なコピーを行っている場合には、著作

を合理的に決定し得る立場にあるといえるが、それはあくまで著作物の本来の効用を目的とした利用方法について言えることであって、著作物をその本来の効用以外の目的で利用する場合にも、著作権者に著作物の利用方法を決定させることが合理的であるとは必ずしも言えない。

⁴⁸ もともと、検索サービスのためのコピーといっても、正規品に代替するような解像度の高い画像が検索結果として表示される場合など、検索サービスの目的に比して過大なコピーが行われる場合には、当該コピーにより消費者が著作物の効用を享受することが可能となり、著作権者に実質的な不利益が及ぶことになるため、フェアユースの適用に関して有利に取り扱うべきではないだろう（このような場合は、そもそも著作物の本来の効用以外の目的でのコピーが行われたとはいえないだろう）。

⁴⁹ アメリカでは、検索サービスにおけるコピーは「変形的利用」の一種としてフェアユースの適用が認められている (Field v. Google, Inc., 412 F.Supp.2d.1106, 1118(D.Nev.2006), Kelly v. Ariba Soft Corporation, 336F.3d811, 818 (9th Cir.2003) . Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc/Google, Inc., 487 F.3d 701, 721 (9th Cir. 2007) .これらの判決を詳しく紹介・検討する邦語文献として、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸課題(1)一寄与侵害、間接侵害、フェアユース、引用等」知的財産法政策学研究 16 巻 73 頁 (2007 年) 参照)。一方、我が国では、平成 21 年改正により、検索サービスにおける記録や公衆送信等に関し所定の要件の下で権利を制限する規定が導入された (著作権法 47 条の 6)。

⁵⁰ もちろん、著作権者は差止めが認められない場合でも、侵害者から適切な損害賠償を受けることができれば、その限度で当該侵害行為との関係では十分な救済を受けたと評価することもできる。しかし、一般に侵害行為に対する救済手段として損害賠償しか認められないとすると、とりあえず侵害行為を行い、発覚後に損害賠償を支払うというような望ましくない行為を助長するおそれがあるし、また、損害賠償は著作権者にとって訴訟上の主張立証の負担が重い上に、損害額の立証に失敗して過小な損害賠償しか認められないおそれもあるため、損害賠償のみで著作権者の利益を十分に保護することは困難である。

権者に差止請求権を行使させて、消費者にコピー行為を止めさせることが必要となる⁵¹。このように、差止めは、Miceli/Adelstein のモデルにおいても、著作権侵害に対する効率的なサンクションと評価することができる。

しかしその一方で、そのメリットの裏返しとしてのデメリットもある。差止めはいったん発動されると侵害者の事業活動に深刻な影響を及ぼす強力な効果を有しているため、権利者が差止請求権の行使をちらつかせて高額な賠償金を取得するなど、差止請求権を濫用的に活用するといった事態も想定される。濫用的な差止請求権の行使は、著作物利用者の利益の犠牲の下に著作権者を一方的に利することになるばかりか、これが認められると、権利者がごく些細な侵害行為も見逃さないように不必要に過剰な監視を行ったり、また、グレイゾーンに属する事案について訴訟を濫発するなど、社会的に無駄なコスト（監視費用や訴訟費用）が増加し、社会的厚生が全体として低下するおそれがある。また、フェアユースの最適水準を事前に把握することは困難な場合が少なくないから（これはとりわけ個別制限規定によるルール化が行われていない場合に顕著となろう）、差止請求権が濫用的に行行使されると、適法コピーを含めてコピー行為全体について過剰な委縮効果が生じ、消費者全体の効用が大きく低下するおそれがある。このように、差止請求権の濫用的な行使を許すことは、社会的に無駄な費用を生ぜしめると共に、消費者の効用を減少させ、全体として社会的効用を低下させることになるため、著作権侵害に対するサンクションを検討する際には、あわせて濫用的な差止請求権の行使に対処する方策が検討されるべきであろう。例えば、アメリカ法では、著作権侵害が認定された場合でも、権利者の損害が軽微であって、権利者の損害に比して差止めが認められた場合の侵害者の不利益が不相当に過大になるという場合には、裁判所が差止請求を否定し、損害賠償の限度で権利者の救済を図るという制度が採用されているが⁵²、こうした制度は、我が国著作権法の救済のあり方を考える上でも参考になるといえよう⁵³。

⁵¹ この場合、損害賠償請求権の行使は消費者から著作権者への利益の移転を可能とするだけで、社会厚生を高めることにはならないから、損害賠償請求のみを認めることは Miceli/Adelstein のモデルの実現に寄与しないことになるだろう。

⁵² アメリカにおいても、かつては著作権侵害に対して広く終局的な差止め（permanent injunction）が認められていたが、近時、特許の分野において、特許権侵害が認められても、自動的に差止めが認められるわけではなく、差止めが認められるかどうかは、裁判所が所定のルールに従い裁量的に決すべきであるとする eBay 事件連邦最高裁判決（eBay Inc. v. Merc Exchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006)）が出され、これを機に著作権法の分野においても、同様に考えられるようになった（例えば、Christopher Phelps & Associates LLC v. Galloway, 492 F.3d 532, 543 (4th, Cir. 2007) など参照）。すなわち、著作権侵害において差止めが認められるためには、(1) 原告が回復不能な損害を被っていること、(2) 金銭賠償などでは損害の補填が十分になし得ないこと、(3) 原告と被告が被る負担を考慮すると、差止めによる救済が正当化されること、(4) 終局的差止めによって公益が害されないこと、という 4 要件を充足する必要がある。

⁵³ もっとも、この問題を考えるに当たっては、我が国とアメリカの法制度上の違いに十分注意する必要がある。我が国では、著作権侵害が生じた場合に差止請求権を行使し得るということが権利の内容を構成しており、著作権者は侵害者に対し、著作権の権能に基づき、差止請求権を行使し得ることになる。これに対し、アメリカでは、著作権侵害に対する救済は原則として金銭賠償によるのであり、差止請求は、エクイティ（衡平法）上の例外的な救済手段とされているため、本来、裁判所が裁量的に権利行使の可否を決することができるものである。もっとも、濫用的な差止請求権の行使を阻止すべきであるとの方向性においては、アメリカと日本とで違いがあるわけではないため、我が国の著作権法においても、アメリカ法の

4 最後に

以上、Miceli／Adelstein のモデルをもとにフェアユースの最適な適用範囲について検討を行ってきた。

我が国の著作権法はアメリカとは異なり、フェアユース規定を有していないが、権利制限に関するルール形成は立法府と裁判所がそれぞれの長所を活かしつつ協働して行うことが望ましいと考えられるため、今後も引き続きフェアユース規定の導入の是非について幅広い視点からの検討を行っていくべきであると思われる。もちろん、フェアユース規定を導入したとしても、それによって全てが解決されるわけではない。フェアユース規定の適切な運用のためには、フェアユースの判断基準を具体的に検討し、フェアユースについての社会的な共通理解を形成することが必要である。Miceli／Adelstein のモデルはそうした試みの一つであり、貴重な示唆を含むものであるが、本稿で述べたように、フェアユースが問題となる場面は多種多様であり、その全てをこの単一のモデルで語り尽くすことはできない。Miceli／Adelstein のモデルを一つの切り口として、今後も、より一層の議論の深化が求められることになるであろう。今後も、フェアユースの経済分析の議論の行方を注視しつつ、さらなる検討を行いたいと考えている。

議論を参考にしつつ、そのような方向性を我が国の法制度の下でどのようにして実現していくべきかについて、今後、議論を行っていくべきであろう。