

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（素案）

平成22年〇月

文化審議会著作権分科会  
法制問題小委員会

# 目 次

はじめに.....	1
第1章 検討の経緯.....	2
第2章 既存の個別権利制限規定等の解釈論や個別権利制限規定の改正等による解決について .....	4
1 問題の所在.....	4
2 既存の個別権利制限規定の解釈論等による解決について .....	4
3 個別権利制限規定の改正等による解決について .....	6
第3章 権利制限の一般規定を導入する必要性について.....	7
1 諸外国の状況 .....	7
2 権利制限の一般規定を導入することについての関係者の考え方 .....	10
3 権利制限の一般規定の導入の必要性を考える場合に検討すべき事項について ..	11
4 まとめ .....	14
第4章 権利制限の一般規定を導入する場合の検討課題について.....	16
1 権利制限の一般規定により権利制限される利用行為の内容について.....	16
2 権利制限の一般規定を条文化する場合の検討課題について.....	23
おわりに.....	(未定稿)

## はじめに

近年、デジタル化・ネットワーク化の進展により、著作物の創作と利用の両面にわたり、様々な変化が生じており、特にインターネットにおける著作物の利用に関する課題を中心に、著作権法制の見直しについて要請が高まっている。このような要請を受けて、平成21年の著作権法改正においても、インターネット等を活用した著作物利用の円滑化を図るための措置として、情報検索サービスの実施のための複製等（47条の6）その他について、新たな個別権利制限規定を設けたところである。

著作権の制限について、現行の著作権法は、大陸法系の諸国と同様に、著作物の利用目的や利用態様等に応じて個別に権利制限規定を設けるという、個別権利制限規定の限定列挙主義を採用している。しかしながら、著作物を取りまく様々な環境の急激な変化に適切かつ迅速に対応し、利用の円滑化を図るためには、個別権利制限規定の創設や改正ではもはや限界があるのではないかという指摘とともに、米国著作権法107条のいわゆるフェアユース規定に代表される、一定の包括的な考慮要件を定めた上で、権利制限に該当するかどうかは裁判所の判断に委ねるという方式の権利制限規定（以下、「権利制限の一般規定」という。）を導入すべきであるとの要請がなされるようになった。

このような社会的な要請を受け、知的財産推進計画2009<sup>1</sup>では、「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる。」とした。

このようなことから、文化審議会著作権分科会は、平成21年3月に設置した法制問題小委員会（以下、「本小委員会」という。）において、この問題について検討することを決定した。本小委員会では、同年5月以降、権利制限の一般規定についての具体的な検討を集中的に進めてきたが、今般、この問題に関し、本小委員会としての検討結果を中間的に取りまとめたので、その内容を公表することとする。

今後、本小委員会では、この中間まとめに対する関係者及び一般国民の意見等を踏まえた上で、この問題について結論を得ることを目指して更なる議論を進めていくこととしている。

---

<sup>1</sup> 平成21年6月24日知的財産戦略本部決定

## 第1章 検討の経緯

権利制限の一般規定に関する課題は、平成20年4月に知的財産戦略本部に設置された「デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会」で検討が行われ、「権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当」とする報告書が公表された（平成20年11月27日）<sup>2</sup>。

ただし、同報告書においては、権利制限の一般規定の導入が適当としつつも、導入に当たっては、

- (i) 日本人の法意識等に照らしリスクを内包した制度はあまり活用されないのではないか、
  - (ii) 様々な要素により社会全体のシステムが構成されており、経済的効果について過大な期待をかけるべきではないのではないか、
  - (iii) 一般規定の導入によりこれまで裁判例によって違法であるとされてきた行為が当然にすべて適法になるとの誤解等に基づいて違法行為が増加することが懸念され、訴訟コストの増加も含め権利者の負担が増加するのではないか、
  - (iv) 法体系全体との関係や諸外国の法制との間でバランスを欠くことはないか、
- という点を踏まえつつ、実際の規定振りを検討する必要があるとしている。

また、権利制限の一般規定の規定振りに関しては、予見可能性を一定程度担保するためにも、「公正な利用は許される」のような広範な権利制限を認めるような規定ではなく、ベルヌ条約等のいわゆるスリーステップテストも踏まえ、「著作物の性質」「利用の目的及び態様」など具体的な考慮要素を掲げるべきであるとし、具体的な規定の検討に当たっては、これまでの裁判例を分析し、学説等も十分に考慮することが必要であるとされている。

文化庁では、上記問題意識も念頭に置いた上で、文化審議会著作権分科会における審議を円滑に進めるための基礎的な資料を整備するという観点から、諸外国の立法の状況や学説・判例の動向を調査するとともに、権利制限の一般規定の問題を検討するに当たっての課題を整理するために「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会」を設置し、平成21年3月に報告書（以下、「調査研究報告書」という。）がまとめられた<sup>3</sup>。

本小委員会においては、平成21年5月以降、調査研究報告書の内容を検証した上で、有識者団体や関係団体合わせて43団体からのヒアリングを6回にわたり実施し、その内

---

<sup>2</sup> 「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」（平成20年11月27日知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会）

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf>

<sup>3</sup> 文化庁委託事業（委託先：三菱UFJリサーチ&コンサルティング）。「著作物の流通・契約システムの調査研究『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究』報告書」（平成21年3月）同報告書別冊

[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/houkokusho\\_090601.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/houkokusho_090601.pdf)

[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/houkokusho\\_090626.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/houkokusho_090626.pdf)

容を基に議論を行った結果、平成21年9月18日の本小委員会において、「権利制限の一般規定に関する検討事項」<sup>4</sup>をとりまとめた。さらに、併せて、上記検討事項を、より専門的な見地から論点を整理し、本小委員会での議論を円滑かつ効率的に進めることを目的として「権利制限の一般規定ワーキングチーム」（以下、「ワーキングチーム」という。）を本小委員会に設置した。

ワーキングチームは、平成21年10月から同年12月にかけて、全8回の検討を重ね、その検討結果を「権利制限の一般規定ワーキングチーム報告書」<sup>5</sup>（以下、「ワーキングチーム報告書」という。）としてとりまとめ、平成22年1月20日、その内容を本小委員会へ報告した。

そして、ワーキングチームからの報告を受けた本小委員会は、ワーキングチーム報告書の内容を基に、権利制限の一般規定の導入の必要性とその内容につき、さらなる議論を重ね、今日の中間的とりまとめに至ったところである。

---

<sup>4</sup>本書付属資料1の参考資料1を参照。

<sup>5</sup>本書付属資料1。なお、下記URLにも掲載されている。

[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri\\_houkokusho.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri_houkokusho.pdf)

## 第2章 既存の個別権利制限規定等の解釈論や個別権利制限規定の改正等 による解決について

### 1 問題の所在

我が国の現行著作権法は、個別権利制限規定を限定列挙する方式を採用していることから、個別権利制限規定のいずれにも該当しない著作物の利用は、たとえそれが権利者の利益を不当に害しないものであったとしても、形式的には権利侵害に該当してしまい、さらには、個別権利制限規定は厳格に解釈すべきであると一般に理解されているため、個別権利制限規定の解釈等による解決には限界があり、結果として、著作物の円滑な利用が妨げられているとの指摘が、権利制限の一般規定の導入を求める立場からなされている。

また、これまで現行著作権法においては、新たに権利制限が求められる利用につき、都度その必要性等につき審議を行い、関係者間の合意が得られ次第、個別権利制限規定を改正又は創設することにより対応してきたところ、審議には時間がかかることから、技術の急速な進歩等に伴い、日々新たな著作物の利用形態が生まれる現代社会にあっては、立法が後追いになってしまい、もはやこの方法には限界があるとの指摘が、やはり権利制限の一般規定の導入を求める立場からなされている。

本小委員会では、これらの指摘に踏まえ、既存の個別権利制限規定の解釈論や、個別権利制限規定の改正等による解決可能性について検討を行った。

### 2 既存の個別権利制限規定の解釈論等による解決について

本小委員会では、既存の個別権利制限規定が現実の司法の場でどのように解釈運用されているか、あるいは民法上の一般規定や黙示的許諾論等の法理がどのように活用されているか等につき、過去に著作権等の侵害の有無が争われた主な裁判例を分析することにより、検討を実施した<sup>6</sup>。

その結果、我が国の裁判実務においては、既存の個別権利制限規定を拡大解釈することにより著作権侵害を否定した裁判例<sup>7</sup>や、権利濫用など民法の一般規定を活用することにより著作権侵害を否定した裁判例<sup>8</sup>、あるいは権利者の黙示的な許諾

<sup>6</sup>付属資料1の参考資料3「権利制限の一般規定に関する検討事項」1.(2)参考裁判例を参照。

<sup>7</sup>東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁(「血液型と性格」の社会史事件)、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)。

<sup>8</sup>東京地判平成11年11月17日判時1704号134頁(キューピー事件)、東京地判平成8年2月23日判時1561号123頁(やっぱりブスが好き事件)、那覇地判平成20年9月24日判時2042号95

を推認することにより著作権侵害を否定した裁判例<sup>9</sup>が複数存在し、さらには、表現上の本質的特徴を直接感得しうるものではないとの理由で著作権（複製権）侵害を否定した裁判例<sup>10</sup>や、実質的違法性の欠如を根拠に著作権侵害を否定した裁判例<sup>11</sup>、利用の程度にかんがみ著作物の利用行為に当たらないとの解釈により著作権侵害を否定した裁判例<sup>12</sup>、著作権の対象たる著作物には該当しないとの解釈により著作権侵害を否定した裁判例<sup>13</sup>等が、それぞれ存在することが確認できる。

また、裁判実務において個別権利制限規定が厳格解釈されていることを示す根拠として、個別権利制限規定の類推解釈を認めた裁判例が未だ存しない事実が挙げられるが、そもそも類推解釈が争点となった事例自体が多くなく<sup>14</sup>、具体的事案において判断の結果として類推解釈を否定しているものの、個別権利制限規定の類推解釈という手法そのものを否定しているものではないことから、かかる事実のみをもって個別権利制限規定が常に厳格解釈されているものと評価することは必ずしもできないと考えられる。さらには、近時の学説では、個別権利制限規定を常に厳格に解釈すべきではなく、合理的に解釈運用すべきとする見解も多いところである<sup>15</sup>。

以上に照らすと、我が国の裁判実務においては、個別権利制限規定の解釈等において、解釈上の工夫や民法の一般規定の活用等により、個別の事案に応じた妥当な解決が図られている実態が一定程度認められるものと考えられ、また、個別権利制限規定が常に厳格解釈され、それにより不合理な結論が現実に生じている実態にあるとは評価できないものと考えられる。

---

項（写真で見る首里城事件）、大阪地判平成21年10月15日最高裁HP（FX取引用プログラム事件）は権利濫用（民法1条3項）により権利侵害を否定した。また、東京高判平成10年8月4日判時1667号131頁（俳句添削事件控訴審）では、事実たる慣習（民法92条）により権利侵害を否定した。

<sup>9</sup>東京地判平成2年11月16日無体裁集22巻3号702頁（学内懸賞論文事件）、東京地判平成5年1月25日判時1508号147頁（ブランカ事件）、東京地判平成9年8月29日判時1616号148頁（俳句添削事件）、大阪高判平成14年6月19日判タ1118号238頁（コルチャック先生事件控訴審）、東京地判平成18年2月27日判時1941号136頁（講習資料事件）。

<sup>10</sup>東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁（雪月花事件）。

<sup>11</sup>大阪地判昭和54年9月25日判タ397号152頁（発光ダイオード学位論文事件）、東京地判平成9年8月29日判時1616号148頁（俳句添削事件）。

<sup>12</sup>東京地判平成12年5月16日判時1751号149頁（スターデジオ事件）。

<sup>13</sup>東京地判平成9年12月22日判タ1637号66頁（PC-VAN OLT事件）。

<sup>14</sup>大阪地判平成4年4月30日判時1436号104頁（丸橋矯正機事件）、東京地判平成7年4月28日（図書館複製拒絶事件）判時1531号129頁、知財高判平成19年5月31日判時1977号144頁（東京アウトサイダー事件控訴審）等。なお、著作者人格権の制限規定を類推解釈したものとしては、東京地判平成15年6月11日判時1840号106頁（ノグチ・ルーム事件）がある。

<sup>15</sup>中山信弘『著作権法』241頁（2007年、有斐閣）、高林龍「著作権の制限」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系22著作権関係訴訟法』421頁（2004、青林書院）、作花文雄『詳解著作権法（第三版）』312頁（2004、ぎょうせい）、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ー」19頁コピーライト560号（2008）、横山久芳「著作権の制限とフェア・ユースについて」52頁パテントV○1. 62No. 6（2009）、飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」115頁著作権研究35号（2008）等。

### 3 個別権利制限規定の改正等による解決について

個別権利制限規定の改正等による解決については、個別権利制限規定の改正等に要する審議等の期間のみに着目し、その長短につき漠然と議論を行うのではなく、何らかの比較対象期間を設定し、それとの比較を通じた議論を行うことが適当であるものと考えられる。本小委員会では、かかる認識の下、同様の問題を個別の訴訟で解決する場合に要する期間を比較対象に設定し、分析を実施した。

具体的には、①平成15年以降に立法措置が講じられた個別権利制限規定に関する改正につき、改正事項が文化審議会著作権分科会又はその小委員会等において取り上げられた日から、当該改正事項にかかる改正法の施行日までの期間、②平成以降に第一審の受理がなされ、最高裁判決にまで至った、重要な法律問題を含むと考えられる著作権関係民事訴訟事件における、(i)第一審における審理期間（受理日から判決日までの期間）、(ii)第一審判決日から第二審判決日までの期間、(iii)第二審判決日から最高裁判決日までの期間、の合計期間をそれぞれ算出し、比較することとした。その結果、①については平均で約30ヶ月、②については平均で約55ヶ月であり、平成10年以降に裁判手続の迅速化が図られていることを踏まえ第一審の審理期間を1年と仮定すれば約43ヶ月という期間が得られ<sup>16</sup>、かかる期間のみを単純比較した場合、特段両者に目立った差は認められず、個別権利制限規定の改正等に時間がかかるとの事実のみを主要な根拠として、権利制限の一般規定の必要性を導くことは、必ずしも適当ではないと考えられる。

もっとも、①については、審議会等において実際に検討が開始されるまでの期間が現実には存在していること、②についても、訴訟に至るまでの当事者間の事前交渉期間等が現実には存在していることや、最高裁の判断に至ることなく確定している事例も現実には数多く存在していること等、両者の様々な相違点に照らせば、両者を単純比較しても、厳密な意味での比較にはならないことは当然である。したがって、上記比較は、あくまで一つの目安に過ぎず、その結果のみを主要な根拠として権利制限の一般規定の必要性を否定することもできないことには、十分に留意する必要がある。

この点については、本小委員会においても、訴訟で解決する場合は判決までは利用が継続できるのに対し、立法で対応する場合には施行までは利用ができない等の違いがあり、両者を単純比較することはできないとの意見もあった。

---

<sup>16</sup>付属資料1の参考資料4「権利制限規定改正のための必要期間について」、同5「平成以降に受理された著作権事案の第一審受理から最高裁判決までの期間について」を参照。



## 第3章 権利制限の一般規定を導入する必要性について

### 1 諸外国の状況

権利制限の一般規定について、諸外国地域の立法の状況や、学説、判例の状況の概要は以下のとおりである。なお、諸外国地域の立法の状況等については、調査研究報告及びワーキングチーム報告書に詳細が記述されているのでそれを参照されたい<sup>17</sup>。

#### (1) 英米法における権利制限の一般規定

##### ① 米国

判例法主義を特徴とする英米法系に属する米国法は、法の基本的部分の大部分が制定法ではなく判例法によって規律され、新しい法律問題を判断するにあたっては、その立論の基礎をまず従来の判例に求め、それを解釈することで解決しようとする傾向が強い<sup>18</sup>。

米国著作権法は、包括的な権利制限の一般規定として、以下のとおり107条（フェアユース規定）を定めている。また、これとは別に、108条以下に、詳細な個別権利制限規定も置かれている。

##### （米国著作権法107条）

批評、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェアユース（コピーまたはレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む）は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェアユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- （1）使用の目的および性質（使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む）
- （2）著作権のある著作物の性質
- （3）著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性
- （4）著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響

上記の全ての要素を考慮してフェアユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。

<sup>17</sup> 調査研究報告書については前掲注釈3を参照。

<sup>18</sup> 調査研究報告書17頁

米国著作権法107条は、「フェアユース」の原則を初めて述べたとされる1841年の判例<sup>19</sup>以降、判例の蓄積により裁判上の法理として形成され、1976年に成文化されたものである。107条は、4つの考慮要素を挙げているが、明確な線引きができるようなルールは存在しないとされ、ケースバイケースでの判断が求められることになり、また、4つの考慮要素については、すべての要素が検討されるべきであり、結果は、著作権法の目的に照らして、まとめて考慮すべきであるとされている<sup>20</sup>。このため、どのような著作物利用がフェアユースに該当するのかについては、判例や学説において様々な議論がなされている<sup>21</sup>。

フェアユース規定については、本小委員会事務局から米国政府機関へ行った照会において、「現行のフェアユース規定は、技術革新に応じて柔軟に読める条項であることが利点である一方で、具体的にどのような行為がフェアユースに該当するのか明確性に欠ける面があることも事実。それを不満に思う人・事業者もいる。」との回答があり<sup>22</sup>、実際、判例において、107条による抗弁がなされた利用の主な類型は、いわゆるパロディのほか、引用、いわゆる写り込みの利用、非営利・非商業的な利用、新技術関連の利用など多種多様であるが、これらの利用が必ずしもフェアユースとして認められたわけではなく、4つの考慮要素や著作権法の目的に照らして、個別具体的な判断がなされ、その裁判の結果も事例ごとに様々である<sup>23</sup>。

なお、現在我が国において権利制限の一般規定の導入が提起されている背景にある、「形式的には権利侵害に該当するが、権利者の利益を不当に害しない利用」の例として、「付随的な利用」が、米国著作権法107条によりフェアユースとなるか、という点について、本小委員会事務局から米国政府機関へ照会したところ、「付随的な利用だからすぐに107条のみに基づいて著作権侵害かどうか判断される、ということではなく、個々の付随的利用が107条の規定に基づく4つの要素をどれだけ含んでいるかが考慮され、その考慮の結果、フェアユースとみなされるのであればその付随的利用はフェアユースである」との回答があった<sup>24</sup>。

## ② 英国

英国著作権法においては、67の権利制限規定が設けられているが、いずれも個別の目的に応じて設けられている。この中には、「非商業的目的の研究」、「私的学習」、「批判又は評論」、「時事報道」、「授業」という利用行為の目的を限定した

<sup>19</sup> 調査研究報告書21頁注釈12

<sup>20</sup> 調査研究報告書48～59頁

<sup>21</sup> 調査研究報告書24頁

<sup>22</sup> ワーキングチーム報告書15頁

<sup>23</sup> 調査研究報告書59～63頁。なお、同報告書参考資料編1～111頁には、米国における裁判例の詳細な分析が掲載されている。

<sup>24</sup> ワーキングチーム報告書21頁

上で、その目的に応じて公正な利用、いわゆるフェアディーリングを認める権利制限規定が置かれている<sup>25</sup>。その他、英国著作権法31条は、付随的利用についての権利制限規定が置かれている<sup>26</sup>。

### ③ カナダ、オーストラリア

カナダ著作権法、オーストラリア著作権法においても、英国著作権法にあるようなフェアディーリング規定が置かれている<sup>27</sup>。

オーストラリアにおいては、2006年の著作権法改正にあたり、米国のフェアユースを基礎とする権利制限の一般規定の導入も検討されたが、主要な利害関係者に支持されなかったことや、フェアユース規定による権利制限は、判例法が発展するまでの間は、著作権者にとって不確実性が生じ、利用者にとっても、起こりうる訴訟リスクに重きを置く必要を生ずる、との理由から、フェアユース規定は導入されず、利用目的をより限定した権利制限規定が設けられ、現在、フェアディーリング規定に加えて、スリーステップ型の規定が置かれている<sup>28</sup>。

## (2) 大陸法における権利制限規定

2001年に採択されたEC情報社会指令第5条第5項は、加盟国が過剰な権利制限をしないよう、加盟国が導入すべき又は導入可能な例外又は権利制限を限定的に列挙し、「第1項、第2項、第3項及び第4項に規定する例外又は制限は、著作物その他の目的物の通常の利用を妨げず、かつ権利者の正当な利益を不当に害しない特定の特別な場合にのみ適用されなければならない。」とするいわゆるスリーステップテストについて規定している<sup>29</sup>。これにより、これら以外の利用にも対応可能な権利制限の一般規定のEU加盟各国の国内法への導入は、否定されるべきと解釈されている<sup>30</sup>。この点に関連して、例えば、フランス法第122条の5第2項は、EC情報社会指令と同様に、「この条に掲げる例外は著作物の通常の利用を害することはできず、また、著作者の正当な利益を不当に害することはできない」と規定しており、また、フランスのように明文化されていない欧州各国においても、かかる制限を遵守する形で立法がなされていると考えられる<sup>31</sup>。

また、本小委員会事務局は、現在我が国において権利制限の一般規定の導入が要請されている背景と同様の事情が生じているかどうかについて、ドイツの政府機関

<sup>25</sup> 英国著作権法29条、30条、32条。調査研究報告書74頁

<sup>26</sup> 英国著作権法31条1項「著作物の著作権は、美術の著作物、録音物、映画、放送又は有線番組へのその著作物の付随的挿入により侵害されない。」

<sup>27</sup> カナダ著作権法29条、オーストラリア著作権法40条～42条。調査研究報告書78～81頁

<sup>28</sup> オーストラリア著作権法200AB条。調査研究報告書80、81頁

<sup>29</sup> 調査研究報告書99頁

<sup>30</sup> 前掲注釈29、ワーキングチーム報告書13頁

<sup>31</sup> 前掲注釈30

へヒアリングを行ったところ、現在、政府レベルで権利制限の一般規定の導入を検討している事実はないとのことであった。なお、いわゆる「形式的権利侵害」と考えられる利用については、ドイツ著作権法では、「非本質的な付随利用」についての権利制限規定（57条）<sup>32</sup>により対応しているとのことであった。

### （3）その他の国・地域

（1）、（2）に述べたもの以外の国地域においては、個別権利制限規定のみを置いている国地域（中華人民共和国）、米国型のフェアユース規定を導入している国地域（イスラエル、台湾、フィリピン、スリランカ）、米国型フェアユース規定とスリーステップテスト型規定の両方を盛り込んだ一般規定を導入する改正法案が提出・審議されている国地域（韓国）、特定の利用目的については英国型フェアディーリング規定を導入し、加えて、その他の利用目的については米国型フェアユース規定を導入している国地域（シンガポール）、英国型フェアディーリング規定の判断のための考慮要素として米国型フェアユース規定を導入している国地域（香港、ニュージーランド）など、様々な方法により、権利制限規定が設けられている<sup>33</sup>。

## 2 権利制限の一般規定を導入することについての関係者の考え方

「はじめに」でも述べたとおり、本小委員会においては、権利制限の一般規定を導入する必要性につき、幅広く関係者からのヒアリング等を実施した。その結果、関係者からの意見については、おおむね以下のとおり分類することができるものと考えられる。

（権利制限の一般規定の導入に積極的な意見）

- ア 形式的であっても権利侵害行為に該当するため、利用者が著作物を利用しにくいという、いわゆる「萎縮効果」を問題点とする意見
- イ 形式的かどうかにかかわらず、著作物の通常の利用を妨げず、権利者の正当な利益を不当に害しない利用が制限されることにより、新規ビジネスへの挑戦に対する「萎縮効果」を問題点とする意見
- ウ 新たな利用形態が次々と出現する中で、個別権利制限規定の措置に時間がかかることを問題点とする意見

（権利制限の一般規定の導入に消極的な意見）

- エ 制度改正をしなければならぬほどの重大な問題は発生しておらず、権利制限の一般規定の導入を検討する必要はないとする意見

---

<sup>32</sup> ドイツ著作権法57条「著作物を複製し、頒布し、又は公衆に再生することは、その著作物が、複製、頒布又は公衆への再生の本来の対象と比べて重要でない付随物とみなされ得るときは、許される。」なお、ワーキングチーム報告書17頁も参照のこと。

<sup>33</sup> 詳細については、ワーキングチーム報告書15～22頁及び調査研究報告書別冊を参照のこと。

上記の各意見のうち、利用者側からは権利制限の一般規定の導入に積極的な意見が多く出された一方、権利者側からは導入に消極的な意見が多く出されており、利用者と権利者という立場の違いにより、権利制限の一般規定の導入の必要性に関して大きな意見の隔たりがあることが認められる。

### 3 権利制限の一般規定の導入の必要性を考える場合に検討すべき事項について

この他、本小委員会では、権利制限の一般規定の導入の必要性を考えるに当たり、以下の各事項につき検討を行った。

- 権利者へ与える不利益について
- 権利制限の一般規定の導入による経済的効果について
- 法社会的見地からの検討
- 憲法学的見地からの検討

#### (1) 権利者へ与える不利益について

権利者へ与える不利益という観点からは、主に権利者側から、以下のような指摘がなされている。

- ア 権利制限の一般規定を導入することにより、いわゆる居直り侵害者が蔓延するという指摘
- イ 権利制限の一般規定を導入することにより権利者側の負担を増大させ、実質的な公平性を欠く結果になる可能性があるという指摘
- ウ 個人の著作権者に対して訴訟による事後的解決を求めることは、過大な負担を負わせるものであり、結果として権利者が泣き寝入りさせざるを得なくなるという指摘

これらの指摘にかかる権利者側の懸念は、権利制限の一般規定の解釈があいまいなまま利用行為が先行することにより、権利保護の水準が実質的に低下するのではないかを危惧するものであり、当然のことと考えられる。しかしながら、個別権利制限規定であっても、抽象的に要件が規定されているものもあり、必ずしも個別権利制限規定の要件が全て明確に規定されているとは限らない。したがって、例えば権利制限の一般規定の要件や趣旨を一定程度明確にすること等により、これらの危惧はある程度解消されうることも考えられ、これらの指摘があることを理由に、直ちに権利制限の一般規定の導入の必要性それ自体を否定するのは適当ではないと考える。

なお、上記のうち、アの指摘については、著作権侵害訴訟においては、著作物性や類似性、依拠性等が争点となる事案が相当程度を占めること、米国においてもフ

フェアユースの抗弁が主張される事案がとりわけ多いとはいえないこと等にかんがみると、権利制限の一般規定を導入することにより、いわゆる居直り侵害者が蔓延するとまではいえないのではないかと考える。

## (2) 権利制限の一般規定の導入による経済的効果について

権利制限の一般規定の導入に積極的な側からの主張の一つとして、「権利制限の一般規定を導入することにより大きな経済的効果が産まれる」というものがあり、その根拠としては、米国著作権法に関する米国コンピュータ&コミュニケーション産業協会により2007年に発表された調査報告書（「Fair Use In The U.S. Economy<sup>34</sup>」）が度々挙げられている<sup>35</sup>。

しかしながら、当該報告書は、「フェアユース規定」という用語を、米国法107条のいわゆるフェアユース規定だけでなく、「事実の利用（同法102条a）」、「アイデアの利用（同法102条b）」といった米国著作権法における他の個別権利制限規定等を全て含む概念として使用している等の事実が認められ、当該報告書のみを根拠に、権利制限の一般規定を導入することにより大きな経済的効果が産まれるか否かについては、確認することができないと考えられる<sup>36</sup>。

一方で、本小委員会を実施したヒアリング等の結果を踏まえると、現実問題として、利用者側に著作物の利用に関して一定の萎縮効果が働いている可能性があり、権利制限の一般規定を導入することにより、かかる萎縮効果が一定程度解消され、その結果、これを経済的効果と評価すべきか否かはともかく、何らかの効果が産まれる可能性それ自体は、完全には否定できないものと考えられる。

## (3) 法社会的見地からの検討<sup>37</sup>

権利制限の一般規定の導入の必要性に関し、法社会的見地からの検討という観点からは、主に権利者側から、以下のような指摘がなされている。

ア （フェアユース規定を有する米国と異なり）訴訟を好まず、また、和解による解決を好む国民性を有する我が国においては、仮に権利制限の一般規定を導入しても有効に機能しないという指摘

イ 判例の蓄積がないまま、権利制限の一般規定を導入すれば混乱が生ずるのではないかという指摘

<sup>34</sup> <http://www.ccia.net/org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000085/FairUseStudy-Sep12.pdf>

<sup>35</sup> 「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」（平成20年11月27日知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会）等。

<sup>36</sup> 詳細については、ワーキングチーム報告書9～11頁、同参考資料6を参照のこと。

<sup>37</sup> 詳細については、ワーキングチーム報告書23～24頁を参照。

この点、法社会学の専門家<sup>38</sup>によれば、アの指摘については、訴訟を好まず、和解を好むという日本人の法意識論は、現在では必ずしも支配的な見解とはいえないとのことであり、また、イの指摘については、仮に権利制限の一般規定を導入する必要性が肯定されるのであれば、新制度導入当初の混乱は、ある程度やむを得ないものであり、導入当初のコストとして受け容れるべきであるとのことであった。

かかる見解を踏まえると、上記の各指摘を理由に権利制限の一般規定の導入の必要性自体を否定することは適当ではなく、むしろ、権利制限の一般規定の具体的な内容、規定振りを検討するに当たり、これらの指摘に十分留意することが重要であるものと考えられる。

#### (4) 憲法学的見地からの検討<sup>39</sup>

権利制限の一般規定の導入の必要性に関し、憲法学的見地からの検討という観点からは、以下のような指摘がなされている。

- ア 表現の自由（憲法21条）と著作権の調整は、既存の個別権利制限規定のみで十分とはいえず、表現の自由と著作権の調整という観点から権利制限の一般規定を導入する必要があるのではないかという指摘
- イ 権利制限の一般規定の導入は、財産権の保護につき定める憲法29条に照らして問題はないかという指摘

この点、憲法学の専門家<sup>40</sup>によれば、アの指摘については、権利制限の一般規定の導入は、著作権と表現の自由とのバランスを図るという観点から一定のメリットが認められる一方、具体的な規定の仕方等によっては、かえって表現の自由に対して萎縮効果を及ぼす可能性もあるとのことであった。権利制限の一般規定の導入の必要性及び具体的な規定振り等を検討するに際しては、こうしたメリット、デメリットに十分留意をする必要があると考えられる。

また、イの指摘については、上記専門家によれば、権利制限の一般規定が、本来利用者に認められる著作物の利用を確認しているに過ぎないものと整理することができれば、補償は不要であるとのことであった。権利制限の一般規定の具体的な内容、規定振りを検討するに当たっては、かかる視点にも留意することが求められると考えられる。

---

<sup>38</sup>東京大学法学部 太田勝造教授

<sup>39</sup>詳細については、ワーキングチーム報告書25～26頁を参照。

<sup>40</sup>東京大学法学部 長谷部恭男教授

## 4 まとめ

第2章でみたとおり、権利制限の一般規定を置かない現行法の下でも、裁判実務においては、個別権利制限規定の解釈上の工夫や民法の一般規定（権利の濫用（民法1条3項）等）の活用等により、各事案に応じた妥当な解決が一定程度図られているものと考えられ、また、必ずしも個別権利制限規定が常に厳格解釈され、それにより不合理な結論が導かれていると評価することはできない。

さらに、個別権利制限規定の改正等による対応についても、同様の問題を個別の訴訟で解決する場合に要する期間と比較した場合、個別権利制限規定の改正等による対応に時間がかかるという点のみを主要な根拠として、権利制限の一般規定の必要性を導くことは、必ずしも適当ではないと考えられる。

しかしながら、一方において、インターネット等の情報ネットワーク産業分野を始めとする各種技術の更なる進展や著作物等の利用者及び利用形態・利用環境・利用手段等の多様化、社会状況の変化等の諸事情にかんがみると、個別権利制限規定等の解釈論や個別権利制限規定の改正等による解決には、今後一定の限界があり得ることは否定できず、また、民法上の一般規定に解決を委ねるよりも、著作権に特化した権利制限の一般規定を著作権法に導入する方が、現状よりも規律の明確化を図ることができると考えられる。かかる観点から、著作権法の中に権利制限の一般規定を導入する意義は認められるものと考えられる。

また、本小委員会で実施したヒアリングや本小委員会宛に提出された意見書等において、権利制限の一般規定の導入を望む利用者側からの意見が現実に多く寄せられ、さらには一般規定により権利制限の対象とすべきとして、具体的な著作物の利用行為が多数寄せられたことやその内容にかんがみると、権利制限の一般規定を置かない現行法の下において、例えば社会通念上権利者も権利侵害を主張しないような著作物の利用であっても、利用者側において権利侵害の可能性を認識し、ある種の危険負担をしつつ著作物を利用することが余儀なくされている場合や利用それ自体を躊躇せざるを得ない場合もあると考えられる。これは、著作権との関わりが万人にとって極めて日常的なものとなり、その一方では、市民社会の成熟化、グローバル化の進展に伴い、企業を初めとして法令遵守が強く求められている現代社会において、著作物の利用の円滑化を図る上で非常に重要な視点であり、かかる観点からも、著作権法の中に権利制限の一般規定を導入する意義は認められるものと考えられる。

さらに、権利制限の一般規定の導入に消極的な立場から指摘される各懸念については、例えば権利制限の一般規定の要件や趣旨をある程度明確にすることなど、我が国の現状や関係者の意見に配慮した制度設計をすることである程度解消されうるものだと考えられる。



以上を踏まえると、導入にあたっては、次章にみるとおり、検討すべき様々な課題があるものの、著作物の利用に関する社会通念に法律を適合させ、また、社会の急速な変化に適切に対応するためには、我が国の社会や法体系等を十分に踏まえ、著作権法の中に新たに権利制限の一般規定を設けることにより、個別権利制限規定で定めていない利用であっても、権利者の利益を不当に害さない一定の範囲内で利用を認めることが適当であり、このことは、著作権法1条が規定する目的に合致するものと考えられる。

## 第4章 権利制限の一般規定を導入する場合の検討課題について

### 1 権利制限の一般規定により権利制限される利用行為の内容について

#### (1) 権利制限の一般規定により権利制限の対象とすることが求められた利用行為

前章でみたとおり、技術の進展や社会状況の変化等に伴う個別権利制限規定による対応の限界、あるいは利用者側に現に著作物の利用に支障が生じていることに鑑みると、著作権法の中に権利制限の一般規定を導入し、権利者の利益を不当に害さない一定の範囲内で利用を認めることが適当であると考えられるが、現実の問題が生じており、立法的な対応が求められている領域を検証すべきであり、さらには我が国の場合、長い間にわたり、個別権利制限規定によって一定の利用秩序を形成している事実も併せて考慮すると、権利制限の一般規定により権利制限される利用行為の内容を検討するに当たっては、権利制限の一般規定が存在しないことにより利用に支障が現に生じているとして本小委員会に対してヒアリング等で出された要望<sup>41</sup>等を踏まえ、利用行為を整理、分類し、具体的にどのような行為を権利制限の対象にするのかをある程度想定した上で、権利制限の一般規定のあり方を考えることが最も合理的で効率的な方法であると考えられる。なお、いわゆる規定のタイプについては、このような手順を経て、その結果を踏まえた上で検討すればよく、初めから規定のタイプを決める必要はないと考える。

以上の点を踏まえ、権利制限の一般規定により権利制限の対象とすることが求められた著作物の利用行為は、

- [1] いわゆる「形式的権利侵害行為」
  - [2] いわゆる「形式的権利侵害行為」と評価するか否かはともかく、その態様等に照らし著作権者に特段の不利益を及ぼさないと考えられる利用
  - [3] 既存の個別権利制限規定の解釈による解決可能性がある利用
  - [4] 特定の利用目的を持つ利用
  - [5] その他
- に分類することができるものと考えられる。

以下、かかる分類に従い、権利制限の一般規定による権利制限の対象とすべきか否か、権利制限される利用行為の内容及びそれを決める考慮要素等について、考え方を整理する。

#### (2) いわゆる「形式的権利侵害行為」への対応

##### ① 問題の所在

権利制限の一般規定がなく、個別権利制限規定を限定列挙する現行法の下では、既存の個別権利制限規定のいずれも適用されない著作物の利用行為については、

---

<sup>41</sup> 具体的な要望についてはワーキングチーム報告書（参考資料2）71～79頁を参照。

それが実質的には権利侵害とは評価できない場合であっても、形式的には権利侵害に該当してしまうこととなり、その結果、利用者側は著作物を円滑に利用できなくなっている可能性がある。

こうした、いわゆる「形式的権利侵害行為」を、権利制限の一般規定による権利制限の対象と位置付けることにより、権利制限の一般規定が、いわゆる「形式的権利侵害行為」が権利侵害に該当しないことの著作権法上の根拠規定として機能することとなり、上記のような問題が一定程度解消されるものと考えられる。

## ② 利用の類型

次に、いかなる著作物の利用をもって、いわゆる「形式的権利侵害行為」と捉えるかは、論者により様々な見解があり得るところであり、これを一義的に定めることは困難である。しかしながら、以下でAとする類型の利用については、利用の質又は量が軽微であり、実質的違法性を備えないと評価することができるので、いわゆる「形式的権利侵害行為」として、一定要件の下、権利制限の一般規定による権利制限の対象と位置付けることが適当である<sup>42</sup>。

A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの

典型的には、例えば、写真や映像の撮影に伴い、本来行為者が想定している被写体とは別に、軽微な程度ではあるものの、付随的に著作物が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映像を公衆送信等するといった利用（いわゆる「写り込み」と呼ばれる利用<sup>43</sup>）が、上記Aの類型に該当するものと考えられる。

なお、Aのような類型の著作物の利用は、通常権利者の許諾を得ずに日々行われており、特段問題が生じていないと考えられることに照らすと、敢えてこれを一般規定による権利制限の対象として位置付ける必要はないのではないかとの意見もあるが、現状何らかの根拠<sup>44</sup>で権利侵害には該当しないと最終的に判断されとしても、著作権法上に権利制限の根拠規定を設けることにより、著作物の利用が可能となる範囲がある程度明確化され、一定の範囲内とはいえ、一般社会における著作物利用の自由を保障するという意義は認められると考えられる。

<sup>42</sup>英国法31条（前掲注釈26）、ドイツ法57条（前掲注釈32）は著作物の付随的利用につき権利制限規定を設けている。

<sup>43</sup>例えば、「写し込み」と呼ばれる意図的に行われる利用態様がAの類型に含まれるのかという指摘があるが、これについては、「写し込み」であっても、具体的な事案によっては、Aの類型に該当するものもあると考えられる。

<sup>44</sup>例えば権利濫用の法理や黙示的許諾論等が考えられる。

(3) いわゆる「形式的権利侵害行為」と評価するか否かはともかく、その態様等に照らし著作権者に特段の不利益を及ぼすものではないと考えられる利用への対応

① 問題の所在

上記のとおり、いわゆる「形式的権利侵害行為」をどう捉えるかについては、論者により様々な見解があり得るところであり、これを一義的に定めることは困難である。

しかしながら、上記Aの類型以外にも、これをいわゆる「形式的権利侵害行為」と評価するか否かはともかく、既存の個別権利制限規定の適用は受けないものの、利用の態様等に照らすと権利者の特段不利益を与えない著作物の利用行為というものが一定程度存在すると考えられる。

そして、かかる利用行為についてもAの類型と同様に、利用者が著作物を円滑に利用できなくなっている可能性は否定できず、一定要件の下、権利制限の一般規定による権利制限の対象と位置付けることが適当である。

具体的には、以下にB、Cとする利用類型がこれに該当するものと考えられる。

② 利用の類型（1）

B 適法な著作物の利用を達成する過程において不可避免的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの

上記Bの類型に該当する典型的な例としては、例えば(a)CDへの録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製、(b)第33条第1項に基づく教科書への掲載に関し、初稿原稿等その他教科書作成過程での複製その他の利用等が考えられ、この類型における「適法な著作物の利用」は、(i)著作権者の許諾を得た利用（上記(a)の例）、(ii)個別権利制限規定を受ける利用（上記(b)の例）の大きく二つに整理することができる。

ここで、Bの利用類型とAの利用類型とでは、以下の点が異なる。

- ・ Bの類型に属する利用においては、不可避免的な利用の対象著作物と適法な利用の対象著作物が常に同一著作物であるのに対して、Aの類型に属する利用においては、付随的な利用の対象著作物と他の行為の対象著作物は、異なるものであること
- ・ Bの類型に属する利用においては、「(適法な)著作物の利用」行為の存在が前提となっているのに対し、Aの類型で前提となる「他の行為」は、必ずしも「著作物の利用」行為とは限らず、「著作物の利用」を伴わない行為（自然風景を撮影する行為等）の場合もあり得ること

なお、Bの類型に属する利用に関しては、(i)については黙示的許諾の法理により、(ii)については各個別権利制限規定の適用範囲内であると解釈することによ

り、現状においてもそれぞれ妥当な解決を図ることも可能であることから、敢えてこれを一般規定による権利制限の対象と位置付ける必要はないとの意見もありうるが、現実利用者側において著作物の利用に関し何らかの問題が生じているとすれば、権利制限の一般規定により、かかる問題を解決することにも、一定の意義は認められるものと考えられる。

また、本小委員会においては、(i)と(ii)とでは、利用許諾契約が介在しているか否かという点において性質が大きく異なるものであり、仮にBの類型を一般規定による権利制限の対象と位置付けるとしても、要件等についてはかかる違いを踏まえた慎重な検討が必要であるとの意見があった。

### ③ 利用の類型（2）

C 著作物の表現を知覚するための利用とは評価されない利用（当該著作物としての本来の利用とは評価されない利用）

現行著作権法は、著作物を「読む」、「観る」、「聞く」等といった表現の知覚行為がそれ自体に直接権利を及ぼすのではなく、こうした表現の知覚行為に資すると評価される、いわば表現の知覚行為の前段階の行為である複製や公衆送信等といった行為に着目して権利を及ぼしているところ、現実社会においては、物理的には著作物の複製等が生じているものの、当該複製等は、著作物を読む、観る、聞く等といった著作物の表現的側面を知覚する目的には直接向けられていないと評価できる利用が一定程度存在する可能性があり、こうした利用は、例えば研究開発等の分野や、情報の複製や送信等を不可避免的に伴う情報ネットワーク産業の分野等に特徴的なものと考えられる。

例えば、映画や音楽の再生に関する技術の開発や、当該技術の検証のために必要な限度で映画や音楽の複製等を行う場合、当該複製等の目的があくまで技術開発・検証のための素材として利用することであり、当該映画や音楽の視聴を目的とするものではなく、結果としても当該複製等が当該映像等の視聴（表現の知覚）には資しないと評価されるのであれば、この類型に該当することとなる。

また、近時の法改正により手当てされた個別権利制限規定のうち、47条の4（保守、修理のための一時的複製）、47条の5（送信の障害の防止等のための複製）、47条の6（送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製等）、47条の7（情報解析のための複製等）及び47条の8（電子計算機における著作物の利用に伴う複製）は、それぞれこうした観点から説明できる部分もあるものと考えられる。本小委員会においては、例えば、いわゆる検索エンジンサービスに関しては、仮に47条の6の規定がなくとも、Cの類型をカバーする権利制限の一般規定があれば対応が可能であったと考えられるとの意見があった。

そして、このようなCの類型に属する著作物の利用行為に関し、これを一定要件の下で、一般規定による権利制限の対象として位置付けることにより、各種の技術開発行為や、特に情報ネットワーク産業におけるサービス開発・提供行為等が権利制限の対象とされ得ることとなり、このような利用の円滑化にも一定程度資するものと考えられる。

#### (4) 既存の個別権利制限規定の解釈による解決可能性がある利用への対応

著作物の利用行為においては、条文上、個別権利制限規定の直接適用は受けないものの、当該個別権利制限規定の立法趣旨や立法後の社会的環境の変動、著作権法の趣旨（1条）等にかんがみれば、社会通念上、当該個別権利制限規定を拡大解釈や類推解釈することにより、権利が制限されうる著作物の利用行為が一定程度存在している可能性がある。

これらの利用行為につき、権利制限の一般規定による権利制限の対象と位置付けることも一つの方向性として考えられる。しかしながら、第2章で検討したとおり、我が国の裁判実務においては、個別権利制限規定の解釈上の工夫等により、個別具体的な事案に応じた妥当な解決が一定程度図られており、また、個別権利制限規定が常に厳格に解釈され、それにより不合理な結論が導かれていると評価することはできないことから、これらの利用行為については、引き続き各個別権利制限規定の合理的な解釈による解決に委ねることが適当であると考えられる。この点、個別権利制限規定の合理的な解釈によっては権利制限の対象とはならない利用行為であっても、それが上記AからCの類型に該当するのであれば、その結果として権利制限の対象となりうるものと考えられる。

なお、既存の個別権利制限規定の中には、構成要件が詳細に定められ、柔軟な適用が困難なものがあるため、そのような個別権利制限規定については、より柔軟な適用を可能とすべく、構成要件を緩和（抽象化）する方向で、特定の目的に限定した広範な権利制限を定める英国等のフェアディーリング型の導入等も視野に入れながら見直しをすべきだとの意見もあるが、仮にこの方向で既存の個別権利制限規定の見直しをする場合は、各個別権利制限規定の立法趣旨や関係権利者、利用者の意見等を踏まえ、慎重に検討する必要があると考えられる。

#### (5) 特定の利用目的を持つ利用への対応

- ① 公益目的にかんがみ権利制限が求められていると考えられる利用について  
一般規定による権利制限が求められている著作物の利用行為には、「障害者福祉」や「教育」、「研究」、「資料保存」といった、目的の公益性に着目した著作物の利用類型が一定程度存在するものと考えられる。

こうした著作物の利用行為については、権利制限の必要性のみならず、公益目

的にかんがみ既に整備されている他の個別権利制限規定との関係も含め、利用の目的、利用行為の主体、対象著作物、制限の程度、利用の態様等の要件につき慎重に考慮する必要がある。

したがって、これを一般規定による権利制限の対象と位置付けるべきではなく、権利制限の必要性について関係者間の合意が得られ次第、個別権利制限規定の改正又は創設により対応することが適当であると考えられる。

なお、こうした利用行為についても、これが上記AからCの利用類型に該当するのであれば、その結果として権利制限の対象となりうるものと考えられ、特に研究目的の著作物の利用に関しては、Cの利用類型に該当すると解されるものも相当程度存在する可能性がある。

関連して、個別権利制限規定の改正又は創設をするに当たっては、既存の規定よりも構成要件を緩和（抽象化）する方向で、特定の目的に限定した広範な権利制限を定める英国等のフェアディーリング型等の導入も視野に入れながら見直しをすべきだとの意見もあるが、これについても、同様に、慎重に考える必要がある。

## ② パロディとしての利用

現行著作権法には、パロディとしての著作物の利用を目的とする個別権利制限規定はないことから、権利制限の一般規定の導入により、パロディとしての著作物の利用も権利制限の対象とするかどうかの問題がある。この点、米国においては、パロディとしての著作物の利用が、米国法107条のフェアユースに該当し、権利制限の対象となるとされた判決が存在している<sup>45</sup>。

パロディとしての著作物の利用については、我が国では、そもそも「パロディ」とは何か（いかなるパロディを権利制限の対象とするのか）、現行法の解釈による許容性、表現の自由（憲法21条）や同一性保持権（20条1項）との関係等について、あまり議論が進んでいるとはいえ、検討すべき重要な論点が多く存在すると考えられるので、その解決を権利制限の一般規定の解釈に委ねるのは必ずしも適当ではない。したがって、パロディとしての利用を検討する場合は、上記各論点を始めとした関係論点につき十分議論を尽くした上で、権利制限の必要性等を慎重に検討し、必要に応じて個別権利制限規定の改正又は創設により対応することが適当であると考えられる<sup>46</sup>。

## (6) その他

---

<sup>45</sup>プリティ・ウーマン事件連邦最高裁判決（Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569(1994)）等。

<sup>46</sup>例えば、フランス（122条の5）等は、パロディとしての著作物の利用につき、個別権利制限規定を設けている。

この他、一般規定による権利制限の対象として求められた著作物の利用行為には、上記のいずれにも該当しないものも相当程度存在する。

こうした著作物の利用行為については、権利制限の必要性を慎重に検討した上で、必要に応じて個別権利制限規定の改正又は創設による対応を検討することが適当であると考えられる<sup>47</sup>。

これに関連して、企業内での出版物等の複製のうち、複製対象の著作物の複製物を適法に取得・所持している場合における極めて少数の複製については、一般規定による権利制限の対象と位置付けることを検討すべきとの意見や、43条を厳格解釈すると形式的には認められないこととなる非営利演奏における編曲や要約引用等の問題<sup>48</sup>に対応できるよう同条を改正すべきといった意見があった。

また、一般規定による権利制限の対象として求められた著作物の利用行為の中には、例えば、公衆への配信を前提としない録画転送サービスのように、他人の著作物利用行為に対して、その手段を提供する等、何らかの形で関与する形態の行為が含まれており、このような形態の行為も、特に情報ネットワーク産業の分野において特徴的なものと考えられるが、いわゆる間接侵害の問題として別途検討されるべきものであり<sup>49</sup>、権利制限の一般規定を導入することにより解決できる性質のものではないと考えられる。

## (7) まとめ

以上のとおり、権利者側の懸念に配慮しつつ、利用の円滑化を図るためには、当面上記AからCの類型の利用行為を権利制限の対象とする権利制限の一般規定を導入することが適当であると考えられる。パロディとしての利用や、AからCの類型以外利用行為の中で、権利制限の対象にしてはどうかとの意見があったものなどについては、必要に応じ、別途検討することも考えられる。また、規定の仕方については、あまりにも包括的な要件ではかえって社会の混乱が助長されるおそれがあることから、これまで示した要件に十分配慮しつつ適用範囲の明確化を図る必要があると考えられる。

なお、権利制限の対象範囲については、権利者の利益を不当に害しないという要件を付した上で、もう少し広げるべきではないかとの意見があった。

<sup>47</sup>なお、こうした著作物の利用行為であっても、個別具体的な事案において、黙示的許諾論や権利濫用の法理（民法1条3項）等により適法と判断される場合もありうることは当然である。

<sup>48</sup>調査研究報告書7頁脚注13～15参照。

<sup>49</sup>間接侵害の問題については、現在本小委員会司法救済ワーキングチームにおいて検討されている。



## 2 権利制限の一般規定を条文化する場合の検討課題について

### (1) 要件等の留意事項

#### ① 要件

上記AからCの利用類型を一般規定による権利制限の対象と位置づける場合であっても、その具体的な利用態様等によっては、なお権利者の利益を不当に害する場合があります。これは否定できず、具体的な規定振りを検討するに際しては、この点に十分留意する必要があります。

この点、具体的な要件を定めた上で、例えば、「著作物の種類、用途、利用の態様等に照らし社会通念上著作権者の利益を不当に害しない利用であること」を追加の要件とするといった方法も考えられる。

なお、利用行為の非営利性を要件とすべきか否かも問題となるが、営利性については、上記要件において考慮することも可能であること、非営利性を別途独立の要件とした場合、権利制限の範囲が不当に狭くなり、事案によっては不合理な結論が生じる可能性があること（例えば、Aの類型においては、広告写真に写り込みが生じた事例が考えられる。また、B及びCの類型に関しては、企業の営利活動に伴って行われる事例が多く想定される。）等から、非営利性を独立した要件とする必要はないものと考えられる。

#### ② 権利制限の対象とする支分権及び著作物の種類

- 権利制限の対象とする支分権及び著作物の種類につき、既存の個別権利制限規定の中には、これを特定の支分権や特定の種類の著作物に限定するものがあるが（支分権につき30条1項等、著作物の種類につき45条等）、多種多様な利用態様への対応が求められる一般規定という性質にかんがみれば、AからCの類型を対象とする権利制限の一般規定に関して、その適用を特定の支分権や特定の種類の著作物に限定する必要はないものと考えられる。

もっとも、Cの類型に関しては、著作物の表現の知覚を目的とする利用をもって著作物としての本来の利用であると整理しているところ、表現と機能の複合的性格を持つプログラムの著作物の場合、他の種類の著作物とは大きく異なる性質があるため、プログラムの著作物は、Cの類型の対象から除外して考える等、慎重に検討する必要がある。この問題に関し、Cの類型では、その著作物が持つ鑑賞価値、利用価値を利用する行為か否かが問題となるのであり、プログラムの著作物の場合、プログラムを実行することをもって本来の利用であると整理すれば、Cの類型からプログラムの著作物を除外する必要はないとの意見があった。

- 上記に関連して、いわゆるリバース・エンジニアリングにつき、これを一般規定による権利制限の対象と位置付けるか否かが問題となる。

この点、一般規定による場合、権利制限に該当するか否かは、一定の包括的な考慮要件の下で裁判所の判断に委ねられることになるため、個別権利制限規定と比較すると、対象となる著作物の利用行為が権利制限に該当するか否かは不明確であるといわざるを得ないこと、リバース・エンジニアリングについては、既に検討が行われ、文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）において権利制限の対象とする旨の方向性が出されていること<sup>50</sup>等にかんがみれば、個別権利制限規定を創設することによる対応を行うことが適当であると考えられる。

### ③ 黙示的許諾の取扱い

AからCの利用類型に関しては、事案によっては、権利者の黙示的許諾が存在する場合もありうるが、全ての事案が黙示的許諾の法理で解決できるものではないこと、また先述したように、たとえ確認的な改正であったとしても、改正の意義はあると考えられることから、黙示的許諾の有無により取扱いを異にするべきではないと考えられる。

## (2) 著作者人格権との関係

上記AからCの利用類型を権利制限の対象と位置づける場合、著作者人格権との関係については、おおむね以下のとおり整理することができる。

### ① 公表権（18条1項）

AからCの利用類型においては、主に公表された著作物の利用が想定され、公表権は通常問題とならないと考えられるが、未公表の著作物が利用される可能性もあり、その場合は公表権の問題を考慮する必要がある。

特にAの類型では、例えば、未公表の美術の著作物が写真や映画に付随的に複製される場合等、未公表の著作物が利用されるケースも多く想定される。

### ② 氏名表示権（19条1項）

上記Aの類型における著作物の利用は付随的なものであり、かつ、偶発的に利用が生じた場合等、利用者においてその著作物の利用を意図していない場合も多いことから、利用に際して当該著作物の氏名表示を伴わないことが通常であると考えられる。したがって、形式上、氏名表示権の問題が生じる場合がありうるが、多くのケースでは19条3項により氏名表示を省略できることになると考えられる。

また、B及びCの類型における利用自体は、通常著作物の公衆への提供・提示を伴わないものと考えられ、通常、氏名表示権は問題とならず、仮に形式上氏名表示権の問題が生じる場合がありうるとしても、19条3項により氏名表示を省

<sup>50</sup>文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）73頁。

略できることになると考えられる。

### ③ 同一性保持権（20条1項）

上記Aの類型においては、個別の態様によっては、著作物の改変を伴い、形式上同一性保持権の問題が生じる場合がありうるが（例えば、写真撮影に際し、付随的に絵画が複製され、当該写真の色調を変更することにより、当該絵画の複製部分の色調にも変化が生じた場合等）、多くのケースでは、20条2項4号により改変が認められることになると考えられる。

B、Cの類型においては、それぞれ主に著作物の改変を伴わない利用が想定され、通常、同一性保持権は問題とならず、仮に何らかの改変を伴い、形式上同一性保持権の問題が生じる場合がありうるとしても、20条2項4号により改変が認められることになると考えられる<sup>51</sup>。

### ④ まとめ

以上により、AからCの利用類型を一般規定による権利制限の対象とする場合、氏名表示権と同一性保持権については、現行の規定で対応は可能であると考えられる。

一方で、公表権については、上記のとおり、未公表著作物が利用された場合は、公表権の問題を考慮する必要性が生ずる。この点、一般規定による権利制限の対象を「公表された著作物」に限定するという方向性が考えられる（既存の個別権利制限規定には、30条1項のように、対象著作物に未公表著作物も含むものもあるが、32条1項等、対象著作物を公表著作物に限定しているものも少なくない<sup>52</sup>）。しかしながら、特にAの利用類型については、利用者において対象著作物の利用を意図していない場合も多いという行為の性質上、利用者に公表された著作物か否かの調査を事実上強いる結果になることは問題であり、このような観点からは、一般規定による権利制限の対象を公表著作物に限定せず、未公表著作物も対象に含めた上で、公表権を一定の範囲で制限することが適当であると考えられる。

## （3）既存の個別権利制限規定等との関係

権利制限の一般規定を導入する場合における、既存の個別権利制限規定等との関

<sup>51</sup>この点、翻案権が権利制限の対象となっている47条の6（送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製等）や47条の7（情報解析のための複製等）においても、特に同一性保持権の制限は設けられていない。

<sup>52</sup>なお、Cの類型に関連して、検索エンジンのための複製等を規定する第47条の6は「送信可能化された著作物」を対象としているが、情報解析のための複製等に対する権利を制限する第47条の7や電子計算機における著作物の利用に伴う複製に対する権利を制限する47条の8は、このような限定を付されておらず、未公表著作物も対象となっている。

係については、おおむね以下のとおり考えられる。

- 既存の個別権利制限規定により制限される利用行為と、権利制限の一般規定により制限される利用行為との関係については、例えば上記Cの類型と既存の個別権利制限規定（47条の4から47条の8。本書19ページ参照）との関係を整理する必要があるのか、また、権利制限の一般規定の導入に伴う個別権利制限規定の改正・見直しの必要性があるのかなどの問題が生じる可能性もある。この点については、具体的な規定の仕方により、その取扱いが変わることが考えられるので、慎重な検討が必要と考える。
- また、権利制限の一般規定を導入する場合であっても、導入後も必要に応じて適宜個別権利制限規定の追加、見直しを行っていくことが適当である。
- 48条（出所の明示）、49条（複製物の目的外使用等）等の関連規定との関係については、権利制限される利用の内容によっては、出所の明示が必要な場合、目的外使用を禁止する必要がある場合等が考えられるところから、権利制限の一般規定の制度設計に応じて、適切に考慮する必要がある。

#### （4）関連条約との整合性

権利制限の一般条項を設ける場合、その規定振り等については、ベルヌ条約9条（2）項、WIPO著作権条約10条等に規定されるスリーステップテスト（(i) 特別の場合、(ii) 著作物の通常の利用を妨げない、(iii) 著作者の正当な利益を不当に害しない）（以下、単に「スリーステップテスト」という。）との整合性を慎重に検討する必要がある。

この点、ワーキングチームにおいて、米国法107条のスリーステップテスト、特に第1ステップへの適合性につき検討がなされており、そこでは、スリーステップテストは、著作者の権利制限に際して極端に拡張的な制限を禁じる趣旨で設けられたものではあるが、米国法107条のフェアユース規定は、判例の蓄積があり、規定の適用範囲がある程度予測可能であるので、第1ステップに適合しないとはいえないと分析されている<sup>53</sup>。

AからCが対象とする利用は、いずれもスリーステップテストに適合するものと考えられるが、具体的な規定振りによっては、スリーステップテストの整合性につき、疑義が生ずる可能性も否定できないところであることから、我が国でAからCを対象とする権利制限の一般規定を導入する場合、その規定のタイプに関わらず、上記米国法に関する議論も参考に、具体的内容の検討においてスリーステップテストに係る判断基準に留意することが求められる。

---

<sup>53</sup>ワーキングチーム報告書44～46頁を参照。

## (5) 強行法規性

権利制限の一般規定を設ける場合の強行法規性については、個別権利制限規定と同様の考え方<sup>54</sup>が妥当し、オーバーライドする契約条項の有効性を判断するにあたっては、権利制限の一般規定の趣旨や、制限の程度・様態やその合理性等を総合的に勘案して行った価値判断に基づき、対応されることが必要であると考えられる。

## (6) 刑事罰との関係

刑罰を定める法に対しては、憲法31条が定める罪刑法定主義に基づき、その内容には法文上の明確性が要請される（以下、「明確性の原則」という。）、構成要件該当性阻却事由や違法性阻却事由等を定める規定についても、構成要件と相まって犯罪の成立範囲を画するものであることから、権利制限の一般規定においても、明確性の原則に関する法理は基本的に妥当するものと考えられる。

具体的には、上記AからCの類型では、利用の質的軽微性や量的軽微性等が前提とされていると考えられるところ、利用の軽微性の判断に当たっては、刑罰を科すほどの当罰性を備えるかという判断が恣意的に行われる可能性もあり、権利制限の一般規定の規定振りを検討するに当たっては、かかる観点から慎重に考慮することが求められる。

また、関連する問題として、権利制限の一般規定が導入された場合、一般規定の適用をめぐり、事実の錯誤に相当する弁解がなされるおそれがあることや、軽微性のような不明確な基準で適否が決められることとなると、刑事罰の適用に支障を及ぼすおそれもあり、その点も十分配慮して規定振りを考える必要があると考えられる。

## (7) 実効性・公平性担保のための環境整備

権利制限の一般規定を導入する場合、実効性・公平性を担保すべく、裁判外での簡易・迅速な解決手段の導入や、米国における懲罰的損害賠償制度や、いわゆるクラスアクション制度等も合わせて検討すべきではないかとの主張が、主に権利制限一般規定を導入することに消極的な立場に立つ権利者側からなされている。

また、権利制限の一般規定を導入した場合のガイドラインの必要性、作成主体等についての指摘もある。

この点、懲罰的損害賠償制度等の現行法が採用していない法制度は、現行法上の

---

<sup>54</sup>法制問題小委員会契約・利用ワーキングチーム報告書（平成18年1月）参照。

損害賠償制度や、民事裁判の在り方を大きく転換するものであることから、著作権法だけでなく司法制度全般を視野に様々な意見を聞きながら議論を進める必要があり、さらには、外国で導入されている法制度を導入する場合に必ずしもその制度に関連する法制度全てを併せて導入することが必要とはいえないと考えられる。

また、懲罰的損害賠償制度の導入に関しては、米国法に基づく著作権侵害訴訟において懲罰的損害賠償制度が適用されるか否かについては、両説あり、裁判所の判断も分かれていることから、単に米国に懲罰的損害賠償制度があるからフェアユースが争点となる訴訟数が抑えられているという結論にはならないと考えられる。

さらに、いわゆるクラスアクション制度については、米国においてフェアユースが主要な争点となる著作権侵害事件につきクラスアクション制度が利用され、判決に至った事案は、Texaco事件<sup>55</sup>他数例程度の例しかなく（なお、現在進行中の事案としては、いわゆるGoogle Book Search事件の例がある。）、米国において、クラスアクション制度の存在によりバランスが図られているという関係には必ずしもないと考えられる。

以上を踏まえると、懲罰的損害賠償制度等の現行法とは異なる新たな法制度を導入することについては、権利制限の一般規定の導入の問題とは別に慎重に検討する必要があると考える。

最後に、ガイドラインの整備の必要性については、法的に強制力のないガイドラインは、あくまでも著作物の利用に当たっての一つの基準に過ぎないが、例えば権利者団体と利用者団体の協議によりガイドラインが定められ、多くの利用者が当該ガイドラインを遵守し、著作物を利用している実態が認められれば、訴訟等においてもそのガイドラインが裁判所の判断に当たって業界の慣行として参考にされることもあろう。ガイドラインの整備については、特に法律上義務付ける必要はなく、権利制限の一般規定の内容、利用分野、関係権利者団体又は利用者団体の有無等に依じて、適切に考慮する必要がある。

## (8) まとめ

AからCの類型を対象とする権利制限の一般規定を導入するに当たっては、以上の諸点に十分留意しつつ、その具体的な規定振りや条文の位置等を慎重に検討する必要がある。

---

<sup>55</sup>American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994)

おわりに

(未定稿)

## 付属資料

- 1 権利制限の一般規定ワーキングチーム報告書（平成22年1月）
- 2 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会委員名簿
- 3 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会委員審議経過