

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報告書（案）重要部分

### 第3章 権利制限の一般規定を導入する必要性について

#### 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、検討当初の段階で、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著作物の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 新たな著作物の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

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。もともと、この点については、ヒアリング  
や意見募集において、権利者団体の意見と個人のクリエイター、権利者の意見とは必ずしも一致しておらず、個人のクリエイター、権利者の中には、権利制限の一般規定  
の導入に積極的な者も多く存在するとの意見が出されている。

#### 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

- 法社会学的見地からの検討
- 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権利行使に係る負担を増大させ、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 特に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をせざるを得なくなるといいう指摘

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、あるいは権利制限の一般規定に対する過大な期待や誤った理解等に基づき<sup>1)</sup>、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してしまうことを危惧するものであり、権利者という立場からすれば、ある種当然のことと考えられる。しかしながら、現行著作権法に存在する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<sup>2)</sup>、必ずしも、その要件が全て明確に規定されているわけではない。したがって、例えば権利制限の一般規定の要件や趣旨を条文上一定程度明確にすることや、導入に際して権利制限の一般規定の要件や趣旨あるいは権利者の利益を不当に害するような著作物の利用行為が権利制限の対象となるものでないということ等につき十分な周知を図ること等により、かかる危惧は、ある程度解消されうるものと考えられ、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<sup>3)</sup>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ものと考えられる。

<sup>1</sup>前掲注釈●山本・奥村 21 頁は、「フェア・ユース規定によって新規ビジネスの開拓が可能になるというのは、「過大な」期待と思われる。」と指摘している。

<sup>2</sup>例えば、32条(引用)等。

<sup>3</sup>もっとも、この点については、意見募集において、動画投稿サイトに対する削除要請の現場では、明らかにフェアユースに該当しない態様にもかかわらず、フェアユースに該当するとの異議申立が、違法な投稿を行った者から多数行われている実態にあるという指摘がなされている。

## (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よる経済的効果については、専門調査会報告書においても、「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」として権利制限の一般規定の導入に当たって検討すべき事項の一つとされているところ（同報告書 11 頁）、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 年に発表された米国著作権法に関する調査報告書（「Fair Use In The U.S. Economy<sup>4</sup>」）が度々挙げられている<sup>5</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、米国著作権法 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>6</sup>。

もっとも、その一方で、本小委員会で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、その結果として、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。この点、本小委員会においても、例えば企業において、形式的な権利侵害になることを恐れて新規ビジネスの展開を萎縮することもあり得るところであり、権利侵害を否定する根拠となる権利制限規定が現行著作権法上にないためにこのような萎縮効果が働いているのであれば、権利制限の一般規定の導入は、権利者の過剰な権利行使を防止するという観点からだけでなく、ビジネス促進という観点からも意味があるとの意見が出された。

## (3) 法社会的見地からの検討<sup>7</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

<sup>4</sup><http://www.ccianet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/00000000085/FairUseStudy-Sep12.pdf>

<sup>5</sup>前掲注釈●・9 頁等。

<sup>6</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。なお、本中間まとめ公表後、2010 年版の最新報告書が公表されているが（下記 URL）、用語の定義等は 2007 年報告書から変わっておらず、基本的に数値のみアップデートされたものとなっている。

<http://www.ccianet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000354/fair-use-study-final.pdf>

<sup>7</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。

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

この点、法社会学の専門家<sup>8</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>9</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は十分といえず、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>10</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。

---

<sup>8</sup>太田勝造東京大学法学部教授

<sup>9</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>10</sup>長谷部恭男東京大学法学部教授

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。

#### 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著作権法の下でも、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に解釈され、それにより不合理な結論が導かれている実態にあるとは評価できない。

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、少なくとも、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、直ちに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<sup>11</sup>。

しかしながら、その一方において、インターネット等の情報ネットワーク産業分野をはじめとする各種技術の更なる進展や著作物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ないところである。また、民法上の一般規定や黙示的許諾論等の活用による解決に関していえば、このような、いわば著作権法の枠外における対応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、すなわち権利制限の根拠となる規定を著作権法において導入し、なるべく著作権法の枠内における対応により解決を可能とする方が、現状よりも規律の明確化を図ることができ、望ましいと考えられる。これらの観点から、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、本小委員会で開催したヒアリングや本小委員会宛に提出された意見書、中間まとめに対して実施した意見募集等において、権利制限の一般規定の導入を望む意見が現実に数多く寄せられ、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著作権法の下において、例えば、権利者の利益を不当に害さず、社会通念上権利者も権利侵害を主張しないであろうと考えられる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や権利者から権利行使を受ける可

<sup>11</sup>なお、本書7ページにも記載したとおり、本小委員会においては、当該比較の結果のみを根拠に、権利制限の一般規定の必要性を否定することもまた、妥当ではないと考えるものである。

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、著作物の利用それ自体を躊躇せざるを得ない場合も、現実に存在しているものと考えられる。

これは、特にデジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、著作権との関わりが一部のプロフェッショナルのみならず、万人にとっても、好むと好まざるとを問わず極めて日常的で、避けることができないものとなっていること、また同時に市民社会の成熟化、グローバル化の進展等に伴い、企業をはじめとして、個人レベルでも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問題であることを踏まえると、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など、我が国の現状や関係者の意見に配慮した規定とすることとし、導入後もそれらの周知を図ること等により、ある程度解消されうるものであると考えられる。

以上を踏まえると、権利制限の一般規定を著作権法に導入するにあたっては、次章にみるとおり、権利者の保護や利用者の予見可能性の確保の観点からの課題、あるいは関連条約との整合性等の課題をはじめとして、検討すべき様々な重要な課題があるものの、著作物の利用に関する社会通念や、また、今後も確実に予測される社会の急速な変化及びそれに伴う著作権を取り巻く環境の変化に対し、適切かつ迅速に対応していくためには、我が国の社会や法体系等を十分に踏まえた上で、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著作物の利用であっても、権利者の利益を不当に害さない一定の範囲内で著作物の利用を認めることが適当であり、このことは、著作権法1条が規定する著作権法の目的にも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) 検討の手法

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かんがみると、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著作物の利用を認めることが適当であると考えられるが、権利制限の一般規定の導入に際しては、現実の問題が生じ、あるいは生じる可能性があり、権利制限の一般規定による立法的な対応が求められている領域をある程度検証すべきである。さらには我が国の場合、これまで長い間にわたり、個別権利制限規定のみによって一定の利用秩序が形成され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の対象となる著作物の利用行為の内容・範囲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、著作物の利用に現に支障が生じ、あるいは生じる可能性があ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>12</sup>等を踏まえ、著作物の利用行為を整理、分類し、具体的にどのような利用行為を権利制限の対象にするのかにつき、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、このような手順による場合、いわゆる規定のタイプについては、これを初めから特定のタイプに決めるのではなく、上記検証の結果を踏まえた上で検討することとなる。

以下、かかる手順の下、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。ここで、考え方の整理に当たっては、言語や美術、音楽の著作物といった伝統的な著作物を念頭に行い、その後、表現よりも機能が重視されているプログラムの著作物について検討することとした（本書16ページ参照）。

なお、(2)においては、あくまで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適当であると考えられる利用行為の概念を整理しているものであり、当該整理を受けて実際の条文化は行われることとなる。したがって、(2)の枠内の表現等がそのまま条文上の表現となるものではないことを念のため追記しておく。

<sup>12</sup>具体的な要望の内容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。

## (2) 権利制限の一般規定の対象とすることが適当であると考えられる利用

### 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方式を採用する現行著作権法の下では、既存の個別権利制限規定がいずれも適用されない著作物の利用行為については、それが利用の態様等に照らして権利者に特段の不利益を及ぼさないと考えられるものであっても、著作権法に権利制限の根拠規定が存しないがゆえに、法を形式的に適用した場合は、権利侵害に該当してしまうこととなる。

したがって、著作物の利用行為の中には、このような利用行為が一定程度存在するものと考えられ、その結果、利用者側において著作物を円滑に利用できなくなっている可能性がある。

このような著作物の利用行為を、権利制限の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、このような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権利制限の一般規定が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

本小委員会は、上記観点のもと、いかなる著作物の利用行為をもって、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かにつき検討を行い、かかる検討の結果、以下においてA～Cとする種類の著作物の利用につき、これを一定要件の下、権利制限の一般規定による権利制限の対象とすることが適当であるとするものである。

#### ア 著作物の付随的な利用

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、写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、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>13</sup>）

<sup>13</sup>この他、例えば、当該著作物の利用を認識しつつ行われる、いわゆる「写し込み」と呼ばれる利用態様がAの類型に含まれるのかという問題があるが、これについては、利用者が当該著作物を認識していることにより、該当可能性が減少するという側面は否定できず、個別具体的な事案によっては、該当しない場合もありうるものの、一律に該当可能性を否定するとはいえず、個別具体的な事案によっては、Aの類型に該当するもの



が、上記Aの類型に該当するものと考えられる。

こうした著作物の利用は、その利用の程度が軽微であることに照らせば、権利者の利益を不当に害するものとはいえないと考えられるが、法を形式的に適用すれば、複製等の態様で著作物の利用が生じているといわざるを得ない。また、当該利用は、日常様々な行為に不可避的、あるいは偶発的に付随するという側面もあり、予め権利者から許諾を得ることは極めて困難を伴い、さらには、全てにつき予め権利者から許諾を得ることはおよそ現実的であるとは言い難い。

このような類型の著作物の利用は、付随的なものであり、利用の程度が軽微であることを特徴とするものであることから、利用局面を特定の場合（例えば映像や写真を撮影するという場合）に限定した個別権利制限規定という形ではなく、権利制限の一般規定という形で、ある程度包括的な考慮要件を規定し、権利制限に該当するか否かにつき、裁判所の判断に委ねることがより適しているものと考えられる。

この点、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ったが、現状何らかの法的根拠<sup>14</sup>で権利侵害には該当しないと最終的に判断されうるとしても、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、著作権法上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の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>15</sup>。

なお、刑事罰との関係を考えて場合、上記Aの表現では、「付随的」か否か、「軽微」か否か等において、基準が明確であるとは言い難く、明確性の原則（本書第4章2（6）参照）から問題がなお残るとの意見があった。これに対しては、権利制限の一般規定という性質に照らせば、明確性の原則との関係について、ある程度柔軟に解してもよいのではないかとの意見や、現行著作権法や他の法律でもこの程度の表現は用いられており、特段問題はないのではないかとの意見が出された。実際に規定振りを検討するに当たっては、かかる指摘にも留意することが求められる。

---

もありうると思われる。なお、この点、Aの類型を、「写し込み」を含みうるものとして整理するか否かについては、慎重に検討すべきとの意見があった。

<sup>14</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。

<sup>15</sup>英国著作権法31条（前掲注釈●）、ドイツ著作権法57条（前掲注釈●）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。

## イ 適法利用の過程における著作物の利用

B 適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められ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や、漫画のキャラクターの商品化を企画するに際し、社内会議用の資料や著作権者に許諾を得るための申込みに当たって必要となる企画書、提案書等における当該漫画の複製、(b)33条1項に基づく教科書への掲載に関し、企画会議用の資料や初稿原稿等その他教科書の企画・作成過程等での複製や、38条1項に基づく非営利無料の音楽演奏に際し、進行や会場設備の都合上、楽曲毎にCDを入れ換えて再生(演奏)することが困難なやむを得ない事情がある場合に、あらかじめ複数枚のCDから再生(演奏)する楽曲を演奏順に編集して一枚のCDに複製すること等が考えられ<sup>16</sup>、この類型における「適法な著作物の利用」は、(i)著作権者の許諾に基づく利用(上記(a)の例<sup>17</sup>)、(ii)個別権利制限規定に基づく利用(上記(b)の例<sup>18</sup>)の大きく二つに整理することができる<sup>19</sup>。

ここで、Bの類型においては、適法な著作物の利用(なお、ここでは、複製等、支分権の対象となる利用行為をいい、著作権が及ばない視聴行為等はここでいう「利用」には含まない。)に先立って行われる利用(当該利用を「達成しようとする」過程の利用)を対象とするものであり、最終的に適法な著作物の利用が行われることは要件ではない。例えば、上記(a)の漫画の商品化の例でいえば、社内会議用資料や企画書において当該漫画の複製が行われたものの、その後当該企画が採用されず、権利者への許諾申込みにまで至らなかった場合や、許諾申込みは行ったものの、権利者から商品化の許諾が得られなかった場合、あるいは上記(b)の教科書作成の例でいえば、内部検討の結果、最終的には別の著作物を教科書に掲載した場合、それぞれ「適法な著作物の利用」が行われないこととなるが、このような場合であっても、社内会議用資料等における複製は、Bの類型に該当しうることになる。

<sup>16</sup>複製権は38条1項の権利制限の対象とはされていない。なお、仮に当該複製が、個別具体的な事案において権利制限の一般規定の対象とされる場合、複製物が当該非営利無料の演奏以外の用途に用いられないよう、目的外使用の制限等の何らかの措置を併せて検討する必要があると考えられる。

<sup>17</sup>ヒアリングでは、この他、最終的な利用については許諾を得ることを前提に、どの著作物を利用するかを検討するための利用(映像に背景音楽として利用する楽曲の選択等)等が具体例として出された。

<sup>18</sup>ヒアリングでは、この他、裁判手続等における複製(42条)との関係で、訴訟を提起するか否か、訴訟において証拠として提出するか否か等を検討する段階における各種利用が具体例として出された。

<sup>19</sup>その他、「適法な著作物の利用」には、裁定制度(67条)や裁定申請中利用制度(67条の2)に基づく利用が考えられる。この他、本文中で(i)、(ii)として示したものに加え、例えば公衆送信権が及ばない特定少数者への送信の過程で行われる複製行為等がBの類型に含まれるのではないかと意見もあったが、本書では、支分権の対象となる行為をもって「利用」としている。

なお、Bの類型に該当するためには、あくまで、(適法な著作物の利用を達成しようとする過程において) 合理的に必要と認められる著作物の利用であることが求められ、また、当該利用の程度が社会通念上軽微であることが求められる。したがって、例えば、権利者の許諾を得ないままに、最終的な利用で用いることが可能な複製物を予め作成しておくこと(上記漫画の商品化の例においては、販売用商品を予め生産すること)等は、たとえ最終的な利用の開始が、権利者の許諾を得ることを前提としている場合であっても、Bの類型に該当するものでないことは当然である。

また、Bの類型とAの類型とでは、主に以下の点が異なるものと整理できる。

- Bの類型においては、権利制限される利用(その利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる著作物の利用)の対象となる著作物と、適法な利用の対象となる著作物が一般的に同一の著作物であるのに対して、Aの類型においては、権利制限される利用(付随的な著作物の利用)の対象となる著作物と、「他の行為」の対象となる著作物は、通常異なるものであること
- Bの類型においては、「(適法な)著作物の利用」行為が前提となっている<sup>20</sup>のに対し、Aの類型で前提となる「その著作物の利用を主たる目的としない他の行為」は、必ずしも「著作物の利用」行為とは限らないこと(自然風景を撮影する行為等)

Bの類型の著作物の利用は、いわば最終的な著作物の利用の準備段階における限られた範囲における著作物の利用であり、その程度が軽微であることに照らせば、権利者の利益を不当に害するものとはいえないものと考えられるが、法を形式的に適用すれば、複製等の態様で著作物の利用が生じているといわざるを得ない。また、当該利用には、準備段階・企画段階における利用も含まれるため、予め権利者から許諾を得ることに馴染まない側面があることも否定できない。

このような類型の著作物の利用は、適法な著作物の利用を達成しようとする過程における利用であり、あるいは利用の程度が軽微であることを特徴とするものであることから、利用局面を特定の場合に限定した個別権利制限規定という形には馴染まず、権利制限の一般規定という形で、ある程度包括的な考慮要件により規定し、権利制限に該当するか否かにつき、裁判所の判断に委ねることがより適しているものと考えられる。

これに対し、Bの類型に属する著作物の利用に関しては、本小委員会においては、(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できる可能性があり、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出されたが、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たり、法令遵守上の疑義が生じていると

<sup>20</sup>本文にも記載したとおり、「(適法な)著作物の利用」が最終的に行われることまでは前提となっていない。

すれば、権利制限の一般規定という形で著作権法に権利制限の根拠規定を設けることにより、これらを解決することには、一定の意義が認められるものと考えられる。また、この点特に、上記のような適法な著作物の利用が最終的に行われるに至らなかった場合を想定すると、黙示的許諾の法理や個別権利制限規定の解釈等による解決は困難であるといわざるを得ず、かかる観点からも、権利制限の一般規定の対象とすることが望ましい<sup>21</sup>。

その他、本小委員会においては、(i)と(ii)とでは、利用許諾契約が関係す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。また、刑事罰との関係を考えて場合、上記Bの表現では、適用範囲や判断基準が明確であるとは言い難く、明確性の原則（本書第4章2（6）参照）からなお問題が残るとの意見があり、これに対しては、権利制限の一般規定という性質に照らせば、明確性の原則との関係について、ある程度柔軟に解してもよいのではないかとの意見が出された。

実際に規定振りを検討するに当たっては、かかる指摘にも留意することが求められる。

#### ウ 著作物の表現を享受しない利用

C 著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用

現行著作権法は、著作物を「見る」、「聞く」等といった表現の知覚を通じてこれを享受する行為それ自体に権利を及ぼすのではなく、こうした表現を享受する行為の前段階の行為である複製行為や公衆送信等といった著作物の提供・提示行為に着目して権利を及ぼしている。しかしながら、デジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、法を形式的に適用した場合には著作物の複製（印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること。2条1項15号）等の形態で著作物の利用が生じているものの、当該複製等は、著作物を見る、聞く等といった、著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受することに向けられたものとは評価されない利用形態が一定程度存在する場合があり、このような利用形態につき、権利制限の根拠となる一般的な規定は存しない。換言すれば、著作権法は、基本的には表現の享受行為と複製等の行為とが密接不可分の関係にあるとの前提に立って権利の及ぶ範囲を想定していたものと考えられるところ、デジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、その前提に変容が生じたことにより、著作権法が当初想定していたよりも広い範囲で権利が及びうる状態にあるといえる。こうした著作物の利用形態は、例えば研究開発等の分野や、情報の複製や送信等

<sup>21</sup>この場合も、作成された複製物が他の用途に使用されることのないよう、複製物の目的外使用の制限（49条）の規定等も参考に、何らかの措置を併せて検討する必要があると考えられる。

を不可避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を行うといった場合、当該複製により作成された複製物が、あくまで技術開発・検証のための素材として利用されるに留まり、表現の知覚が伴わないのであれば、この類型に該当するものと考えられる。また、技術開発・検証の過程で当該映画等の上映等（表現の知覚）が行われる場合であっても、当該上映等が、あくまで技術開発・検証を目的として行われるものであり、その態様等に照らして当該映画等の表現を享受することに向けられたものとは評価されないのであれば、この類型に該当することとなると考えられる<sup>22 23</sup>。

また、技術の急速な進歩への対応や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措置として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と考えられ、また、その他の様々な観点からも検討を行う必要がある。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や、Cの類型は、上記近時の改正で設けられた個別権利制限規定を包括するようなものとして捉えることができ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、これを一定の包括的な考慮要件の下で、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、研究開発の過程で複製等が不可欠な各種の技術開発行為や、特にネットワーク上で複製等を不可避的に伴う情報ネットワーク産業におけるサービス開発・提供行為等に含まれる一定の著作物の利用行為が、著作権法上権利制限の対象とされ得ることとなり、現実に利用者側において著作物の利用に関し何らかの問題や法令遵守上の疑義が生じているとすれば、かかる問題の解消につながり、このような著作物の利用の円滑化にも一定程度資するものと考えられる。

なお、刑事罰との関係を考えて場合、上記Cの表現では、適用範囲や判断基準が明確であるとは言い難く、明確性の原則（本書第4章2（6）参照）からなお

<sup>22</sup> もっとも、技術開発・検証の過程で行われる映画等の上映等は、一般的に特定少数者向けの利用であり、そもそも支分権が及ばないことも多いものと考えられる。

<sup>23</sup> Cの類型に該当するためには、行為態様等に照らし、客観的にも技術開発・検証のための素材として利用されることが必要であり、単に研究開発・検証と称した利用が権利制限の対象とされるものでないことはいうまでもない。また、技術開発・検証のための素材として利用された複製物が、他の用途に転用されることのないよう、Bの類型と同様に、複製物の目的外使用の制限（49条）の規定等も参考に、何らかの措置を併せて検討する必要があると考えられる。

問題が残るとの意見があり、これに対しては、権利制限の一般規定という性質に照らせば、明確性の原則との関係について、ある程度柔軟に解してもよいのではないかとの意見が出された。実際に規定振りを検討するに当たっては、かかる指摘にも留意することが求められる。

## 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

### 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や規模等によっては、なお権利者の利益を不当に害する場合や、そのおそれがある場合があり得ることは否定できず、具体的な規定振りを検討するに際しては、権利者の利益に十分配慮し、このような利用が権利制限の対象となることがないように、明確性の原則や上記AからCの類型との関係にも留意しつつ、例えば、一定の要件を定めた上で、35条1項但書（「ただし、当該著作物の種類及び用途並びにその複製の部数及び態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」）等で定められているような、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等の方策を講ずる必要がある。

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、各類型の要件の該当性や上記追加要件の該当性を判断するにあたって一考慮要素として考えることも可能であること、AからCの類型はいずれも企業の営利活動に伴って行われる事例も多く想定されるため、非営利性を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等から、条文上、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（支分権につき複製権に限定する30条1項等、著作物の種類につき美術の著作物と写真の著作物に限定する45条等）、一定の包括的な考慮要件の下で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条文上限定する必要はないものと考えられ、これらはあくまで個別具体的な事案の下における一考慮要素として機能するものであると位置付けることが適当である。

○ もっとも、表現と機能の複合的性格を持つプログラムの著作物に関しては、他の種類の著作物とは大きく異なる性質があるため、これを各類型の対象に含めてよいかについては、かかるプログラムの著作物の特殊性を十分に踏まえて、慎重に検討する必要がある。意見募集においても、かかる観点より、プログラムの著作物は対象から除外すべきだとの意見も出されている。

この点、プログラムの著作物については、その複製物が実行形式（いわゆるオブジェクトプログラム）で存在する 경우가一般的ではあるが、いわゆるソースコード形式（プログラムリスト形式）で存在する場合もあり、各類型につき、プログラムの著作物が全く関係しないとはいえないものと考えられる<sup>24</sup>。

また、適法な利用の過程における著作物の利用を対象とするBの類型に関しては、個別権利制限規定の適用により適法となる利用行為が前提となる場合があるが（本書21頁）、現行法上、プログラムの著作物のみを対象から除外する個別権利制限規定はなく<sup>25</sup>、既存の個別権利制限規定の多くは、条文上プログラムの著作物も対象となっていることから、これとの整合性という意味からも、プログラムの著作物を積極的に明文上除外する必要はないものと考えられる<sup>26</sup>。

さらには、近時、いわゆるマルチメディアソフトのように音楽の著作物や映画の著作物等とプログラムの著作物とが相互密接に関連するコンテンツが多いことにかんがみると、プログラムの著作物を明示的に対象から除外した場合、不都合な結論を招くことになってしまいかねない。

以上を踏まえると、AからCの類型を対象とする権利制限の一般規定を創設するに際しては、プログラムの著作物のみを明示的に権利制限の対象から除外することは適当ではなく、著作物の種類については、個別具体的な事案の下における一考慮要素として捉えることで足りるものと考えられる。

なお、Cの類型に関しては、プログラムの著作物の複製物が実行形式で存在する場合、表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用と評価されるか否かを基準とすると、およそ全ての場合がCの類型に該当し、権利制限の対象となってしまうことから、当該基準をそのままプログラムの著作

<sup>24</sup>例えば、Aの類型との関係では、ソースコード形式で存在するプログラムの著作物が写真や映像に写り込む場合等も考えられる。

<sup>25</sup>例えば、近時の法改正で追加された47条の4（保守、修理等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、いずれもプログラムの著作物を対象から除外していない。もっとも、45条（美術の著作物等の原作品の所有者による展示）、46条（公衆の美術の著作物等の利用）、47条（美術の著作物等の展示に伴う複製）及び47条の2（美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等）等、特定の著作物のみを対象とする個別権利制限規定はある。

<sup>26</sup>例えば、35条1項（学校その他の教育機関における複製）を考えた場合、当該規定は、著作物の種類を限定していないことから、当該規定に基づき、ソースコード形式で存在するプログラムの著作物を授業の過程で利用することが可能であり、教材の試作過程における当該著作物の利用は、Bの類型に該当しうるようになるが、仮に権利制限の一般規定の対象からプログラムの著作物を除外した場合、Bの類型には該当しないことになってしまう。



物に用いることは適当ではない。このため、プログラムの著作物の場合は、プログラムを実行し、その機能を享受するための利用か否かを基準としてCの類型の概念を整理する等、条文化に際してはプログラムの著作物の特殊性を十分考慮する必要がある<sup>27</sup>。

### ③ 黙示的許諾の取扱い

AからCの類型に関しては、個別具体的な事案によっては、権利者の黙示的許諾が存在する場合もありうるところではあるが、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。

この点、既存の個別権利制限規定の中にも、黙示的許諾による解決も可能な場合がありうるが<sup>28</sup>、条文上は、黙示的許諾の有無により特段取扱いを区別していない。

## (2) 著作者人格権との関係

上記AからCの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、以下のとおり考えることができる。

- 公表権に関しては、AからCの類型においては、主に公表された著作物の利用が想定され、また、未公表の著作物が利用される場合であっても、公衆に対する提示等を伴わない利用であることが主に想定されるため<sup>29</sup>、公表権は通常問題とならないと考えられるが、未公表の著作物が公表を伴う形態で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生ずる。

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、これが公表される場合等、公表権が問題となる場合も想定される。

- 氏名表示権に関しては、まず、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、氏名表示権の問題が生じる

<sup>27</sup>例えば、プログラムの著作物が格納された媒体に施す複製防止技術の開発に際し、技術検証の目的で当該プログラムの著作物が格納された媒体の複製試験を実施したところ、その結果複製が生じたという事例を考えた場合、当該複製は、技術検証の範囲で行われる限りにおいて、プログラムの著作物の機能を享受するために行われているものではなく、Cの類型に該当しうるものと整理することができる。

<sup>28</sup>例えば、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）が適用される事案の中には、黙示的許諾の法理で解決できるものもあると考えられる。

<sup>29</sup>例えば、Bの類型に該当しうる例として、未公表の著作物の利用許諾を得ることを企図し、社内会議用資料や企画書等において当該未公表著作物を利用する場合を想定した場合、通常は、内部利用に留まり、公表は伴わないものと考えられる。

場合がありうるが、基本的には、氏名表示の方法やこれを省略できる場合について定めた19条2項や同3項が適用されることにより妥当な解決を図ることが可能であると考えられる。

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、氏名表示権は問題とならず、仮に氏名表示権の問題が生じる場合がありうるとしても、基本的には、Aの類型と同様に19条2項や同3項が適用されることにより妥当な解決を図ることが可能であると考えられる。

- 同一性保持権に関しては、上記AからC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、同一性保持権の問題が生じる場合がありうるが<sup>30</sup>、基本的には、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ない改変を認めた20条2項4号が適用されることにより妥当な解決を図ることが可能であると考えられる。
- 以上により、AからCの類型を一般規定による権利制限の対象とする場合、著作人格権の取扱いについては、これら利用行為の性質を踏まえつつ、著作財産権の制限と著作人格権の制限との関係に係る現行著作権法の考え方に十分留意しながら、著作人格権に関する既存の規定も念頭に、慎重に検討する必要があると考えられる。

なお、意見募集においては、権利制限の一般規定の創設と併せて、個別権利制限規定が著作人格権に影響を及ぼすものと解釈してはならない旨を定める第50条の規定の改正も検討すべきとの意見も出されている。

### (3) 著作隣接権等との関係

AからCの類型を一般規定による権利制限の対象とする場合、著作隣接権及び出版権の取扱いについても検討する必要がある。

この点については、利用に関する社会通念や、社会の急速な変化に適切に対応するという権利制限の一般規定の趣旨は、実演やレコード、放送及び有線放送の利用についても同様に妥当することから、既存の個別権利制限規定と同じく<sup>31</sup>、著作隣接権についても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り、出版権についても同様に考えられる<sup>32</sup>。

<sup>30</sup>例えば、Aの類型に該当しうる例として、写真撮影を行ったところ、付随的に美術の著作物が写り込む場合が考えられるが、当該写真において色変更等が伴うことも想定される。また、Bの類型に該当しうる例として、漫画キャラクターの商品化の利用許諾を得ることを企図し、社内会議資料や企画書等において当該キャラクターを利用する場合が考えられるが、ここでの利用において、当該キャラクターの改変等を伴うことも想定される。

<sup>31</sup>個別権利制限規定に関しては、102条において著作隣接権にも準用されている。

<sup>32</sup>86条は、個別権利制限規定を出版権に準用している。