

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）

平成 22 年 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.....	8
1 諸外国の状況	8
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	11
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	12
4 まとめ	15
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.....	18
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.....	18
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.....	28
おわりに.....	37
付属資料.....	38

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。このような社会的な要請を受けて、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、大陸法系の諸国等と同様に、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ふ、いわゆる個別権利制限規定の限定列挙方式を採用している。しかしながら、著作物をと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、著作物の利用の円滑化を図るためには、新たな個別権利制限規定の創設や、既存の個別権利制限規定の改正による対応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、かかる問題を適切に解決するためには、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ふ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2009¹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。」としている。

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行い、同22年4月に中間まとめを公表し、意見募集を行うとともに、これらを踏まえて更なる検討を進めてきた。今般、この権利制限の一般規定の問題に関し、本小委員会としての検討結果を最終的に取りまとめたので、その内容を公表することとする。

なお、以下、本書において法律名が記載されていない条文番号は、原則として著作権法のそれを指す。

¹ 平成21年6月24日知的財産戦略本部決定。なお、知的財産推進計画2010（平成22年5月21日知的財産戦略本部決定）においても、「これまでの検討結果を踏まえ、2010年度中に法制度整備のための具体的な案をまとめ、導入のための必要な措置を早急に講ずる。」とされている。

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3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」において検討が行われ、そこでは、「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（以下、「専門調査会報告書」という。）が公表された（平成20年11月27日）²。

もっとも、専門調査会報告書においては、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、
- という各点を踏まえつつ、実際の規定振りを検討する必要があるとされている。

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」といった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、さらには、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、諸外国の立法や議論の状況や我が国の学説・判例の動向等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³。

² 「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>

³ 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_090626.pdf

本小委員会においては、同年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⁴からのヒアリングを6回にわたり実施し、その内容を基に議論を行った結果、同年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」⁵をとりまとめた。さらに、併せて、当該検討事項を、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、同年10月から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」⁶（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。

当該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、更なる議論を重ね、平成22年4月に「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」を公表し、意見募集を行い、その結果を踏まえて更なる議論を行った。また、再度有識者団体や関係団体合わせて18団体⁷からのヒアリングを2回にわたり実施し、その内容を基に議論を行っている。

以上を踏まえ、今般の最終とりまとめに至ったところである。

⁴ワーキングチーム報告書参考資料2・83、84頁を参照。

⁵ワーキングチーム報告書参考資料1

⁶下記URLにも掲載されている。

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri_houkokusho.pdf

⁷日本弁護士連合会、デジタルコンテンツ法有識者フォーラム、ネットワーク流通と著作権制度協議会、知的財産協会デジタルコンテンツ委員会、社団法人電子情報技術産業協会著作権専門委員会、特定非営利活動法人クリエイティブ・コモンズ・ジャパン、社団法人日本経済団体連合会、社団法人日本新聞協会、社団法人日本書籍出版協会、社団法人日本雑誌協会、一般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・実演家著作隣接権センター、一般社団法人日本レコード協会、一般社団法人日本映画製作者連盟、社団法人日本映像ソフト協会、一般社団法人日本動画協会、社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会、ビジネスソフトウェアアライアンス。

第2章 既存の個別権利制限規定等の解釈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柔軟な解釈等により妥当な解決を図る方法には限界があり、その結果として、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著作物の利用につき、その都度必要性等につき審議を行い、また、関係者間の合意が得られ次第、個別権利制限規定を創設又は改正することにより対応してきたところ、審議や関係者間の合意形成には多くの時間を要することから、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つては、どうしても立法が後追いになってしまい、もはやこの方法による対応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、これらの指摘を踏まえ、まずは、既存の個別権利制限規定の解釈や、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、著作権侵害を巡る紛争において、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⁸。

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⁹や、民法上の一般規定（権利の濫用（民法

⁸ワーキングチーム報告書の参考資料3「権利制限の一般規定に関する検討事項」1.（2）参考裁判例も参照。

⁹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）。

1条3項)等)を活用することにより著作権侵害を否定した裁判例¹⁰、あるいは権利者の黙示的な許諾を推認することにより著作権侵害を否定した裁判例¹¹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¹²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¹³、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¹⁴、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¹⁵等が、それぞれ存在することが確認でき、個別権利制限規定を厳格に解釈した場合に不合理な結論となる可能性がある事案につき、個別権利制限規定の解釈上の工夫や民法上の一般規定の活用等の手法により、妥当な結論を導いたと考えられる事案が一定程度存在するものといえる。

なお、この点に関連して、個別権利制限規定の類推解釈を行った裁判例が未だ存しないという事実を根拠に、裁判実務において個別権利制限規定が厳格に解釈されているとする見解がしばしば見受けられる。しかしながら、公開されている裁判例を見る限り、そもそも個別権利制限規定の類推解釈が争点となった事例自体がそれほど多くなく¹⁶、さらには、これが争点となった事例においても、具体的事案における裁判所の判断の結果として、当該事案において適用が争われた個別権利制限規定の類推解釈が否定されているものの、そこでは、およそ個別権利制限規定の類推解釈という手法そのものが否定されているものではない。したがって、個別権利制限規定の類推解釈を行った裁判例が未だ存しないという事実のみを根拠に、個別権利制限規定が常に厳格解釈されているとする見解は必ずしも妥当ではないと考えられる。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¹⁷。

¹⁰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頁(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。

¹¹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)。

¹²東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁(雪月花事件)。

¹³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)。

¹⁴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)。

¹⁵東京地判平成9年12月22日判時1637号66頁(PC-VANOLT事件)。

¹⁶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、東京地決平成15年6月11日判時1840号106頁(ノグチ・ルーム事件)がある。

¹⁷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(第四版)』309頁(2010、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—日本版フェアユー

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上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に解釈され、それにより不合理な結論が現実には生じている実態にあるとは必ずしも評価できないものと考えられる。

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、何らかの比較対象となる期間を設定し、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、個別の訴訟で問題を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明示的に検討課題とし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、これらの比較を実施した。

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¹⁸、かかる期間のみを単純に比較した場合、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直ちに導くことは、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や、そもそも審議会等において検討されない事項も現実には一定程度存在しているであろうこと¹⁹、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

スの可能性—」コピライト560号19頁（2008）、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V* 1. 62 No. 6・52頁（2009）、飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」*著作権研究* 35号115頁（2008）、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」*コピライト* 594号2頁（2010）等。

¹⁸ワーキングチーム報告書参考資料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。

¹⁹この点、意見募集やヒアリングにおいても、特に利害関係者が分散する事項については立法化に繋がりにくいとの意見が出されている。

している事例や和解等により早期解決する事案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、両者を単純に比較しても、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ないのであって、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直ちに否定することもまた、適当でないことには、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、両者を単純に比較することはできないとの意見があった。

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の詳細については、調査研究報告書及びワーキングチーム報告書を参照されたい²⁰。

(1) 英米法における権利制限規定

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²¹。

米国著作権法は、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（なお、米国著作権法における個別権利制限規定には、我が国と異なり、私的使用複製一般を認める規定や引用を認める規定がないといった違いもある。）。

（米国著作権法107条²²）

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。

²⁰調査研究報告書のURL等については前掲注釈3を参照。

²¹調査研究報告書17頁

²²山本隆司訳「外国著作権法令集（42）—アメリカ合衆国編—」（社）著作権情報センター、2009年）

上記のすべ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。

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²³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、上記のとおり、4つの考慮要素を挙げているが、条文上これらはいくまで例示に過ぎず、また、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、さらには、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²⁴。このため、どのような著作物の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²⁵。

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²⁶、実際、米国の判例において、107条による抗弁がなされた利用の主な類型は、いわゆるパロディとしての利用のほか、引用による利用、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、これらの利用の全て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、その結論も事例ごとに様々である²⁷。

なお、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の一つにある、「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」の一例として、いわゆる写り込みのような「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、個々の付随的な利用が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な利用はフェアユースである」との回答があった²⁸。

²³調査研究報告書21頁注釈12

²⁴調査研究報告書48～59頁

²⁵調査研究報告書24頁

²⁶ワーキングチーム報告書15頁

²⁷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、米国におけるフェアユースに関する裁判例の詳細な分析が掲載されている。その他、米国における裁判例を分析した文献として、山本隆司・奥邨弘司「フェア・ユースの考え方」（太田出版、2010年）等がある。

²⁸ワーキングチーム報告書21頁

② 英国

英国著作権法においては、67も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²⁹。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³⁰。

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、英国著作権法と同様のフェアディーリング規定が置かれている³¹。

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、スリーステップテスト型の規定が置かれている³²。

(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5条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

²⁹英国著作権法29条、30条、32条。調査研究報告書74頁。その他、ジョナサン・グリフィス（今村哲也訳）「英国著作権法における公正利用—その原則と問題—」別冊NBL「I.P. Annual Report 知財年報2006」271頁（商事法務、2006年）等も参照。

³⁰英国著作権法31条（著作権資料の付随的挿入）「(1) 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。」（大山幸房訳「外国著作権法令集（34）—英国編—」（社）著作権情報センター、2004年）

³¹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

³²オーストラリア著作権法200AB条。調査研究報告書80、81頁。なお、オーストラリアにおけるフェアユース規定の議論状況を紹介した文献として、作花文雄「豪・米自由貿易協定（AUSFTA）を背景とするフェアユース規定導入議論に関する考察—安定性と柔軟性の調和・融合を図る制度の模索—」コピーライト579号28頁（2009年）がある。

ストについて規定している³³。これにより、これら以外の利用にも対応が可能である権利制限の一般規定をEU加盟各国の国内法に導入することは、否定されるべきと解釈されている³⁴。この点に関連して、例えば、フランス法122条の5第2項³⁵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³⁶。

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、ドイツの政府機関へ照会を行ったところ、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（同法57条）³⁷により対応しているとのことであった。

(3) その他の国・地域における権利制限規定

(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（中華人民共和国等）、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ル規定を導入し、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ル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、様々な方法が採用されている³⁸。

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

³³調査研究報告書82、83頁。なお、情報指令の和訳については、原田文夫訳「情報社会における著作権及び関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する2001年5月22日の欧州議会及びEU理事会のディレクティブ2001/29/EC」コピライト487号35頁（2001年）を参照。

³⁴前掲注釈33、ワーキングチーム報告書13頁

³⁵大山幸房訳 <http://www.cric.or.jp/gaikoku/france/france.html>

³⁶前掲注釈34

³⁷ドイツ著作権法57条（重要でない付随物）「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。」（本山雅弘訳「外国著作権法令集（43）ードイツ編ー」（社）著作権情報センター、2010年）なお、ワーキングチーム報告書17頁も参照。

³⁸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。

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。もっとも、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ふ指摘

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³⁹、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⁴⁰、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⁴¹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。

(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

³⁹前掲注釈27山本・奥邨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。

⁴⁰例えば、32条（引用）等。

⁴¹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。

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. Economy⁴²」）が度々挙げられている⁴³。

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生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⁴⁴。

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、何らかの効果が生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、こうした形式的な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はなく、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）法社会学的見地からの検討⁴⁵

権利制限の一般規定の導入の必要性に関し、法社会学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

この点、法社会学の専門家⁴⁶によれば、アの指摘については、訴訟を好まず、和

⁴²<http://www.ccianet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000085/FairUseStudy-Sep12.pdf>

⁴³前掲注釈2・9頁等。

⁴⁴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>

⁴⁵詳細については、ワーキングチーム報告書23～24頁を参照。

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⁴⁷

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⁴⁸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。

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

⁴⁶太田勝造東京大学法学部教授

⁴⁷詳細については、ワーキングチーム報告書25～26頁を参照。

⁴⁸長谷部恭男東京大学法学部教授

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上の一般規定（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⁴⁹。

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、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、好むと好まざる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

⁴⁹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。

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、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⁵⁰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在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検討を行い、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29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。

⁵⁰ 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、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、上記観点の下、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⁵¹）

⁵¹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

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には多くの場合困難を伴い、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⁵²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⁵³。

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。

については、慎重に検討すべきとの意見があった。

⁵²例えば権利濫用の法理や黙示的許諾論等が考えられる。

⁵³英国著作権法31条（前掲注釈30）、ドイツ著作権法57条（前掲注釈37）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⁵⁴、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⁵⁵）、(ii)個別権利制限規定に基づく利用（上記(b)の例⁵⁶）の大きく二つに整理することができる⁵⁷。

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。

⁵⁴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。

⁵⁵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。

⁵⁶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。

⁵⁷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の意見もあったが、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⁵⁸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

⁵⁸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⁵⁹。

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、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ようになってきており、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

⁵⁹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。

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^{60 61}。

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の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免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。

⁶⁰もともと、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。

⁶¹C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ふまでもない。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。

なお、刑事罰との関係を考えた場合、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。

その他、Cの類型に関しては、「表現を知覚することを通じてこれを享受する」か否かを基準にするのではなく、著作権者の利益を不当に害しないという要件を付した上で、例えば著作物の本質的な利用か否かを基準にし、権利制限の対象範囲を拡げるべきではないかとの意見があった。

（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への対応

著作物の利用行為においては、条文の文言上、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、個別具体的な事案の下において、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いては、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。もともと、個別権利制限規定の合理的な解釈によっても権利制限の対象とはならない利用行為であっても、当該利用行為が上記AからCのいずれかの類型に該当するものと評価されれば、権利制限の対象となりうると思われる。

なお、既存の個別権利制限規定の中には、権利制限の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、英国等のように、より柔軟な適用を可能とすべく、権利制限の要件を緩和（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いわゆる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。

(4) 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。

こうした特定の利用目的を持つ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、一般規定による権利制限の対象と位置付けることは適当ではなく、権利制限の必要性について関係者の意見や関係者間の合意形成の状況等も踏まえ慎重に議論を行い、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、こうした特定の利用目的を持つ利用行為についても、個々の事案において、上記AからCの類型に該当すると評価されるのであれば、その結果として権利制限の対象となり得るものもあると考えられ、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があった。

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明示的に対象とする個別権利制限規定はないことから、パロディとしての著作物の利用も一般規定による権利制限の対象とするという方向性が考えられ、本小委員会やヒアリング等においても、これを求める意見が出されている。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、米国著作権法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⁶²。

しかしながら、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

⁶² 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。

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して位置付けるのか）、現行著作権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ず、検討すべき重要な論点が多く存在すると考えられ、さらには、関係裁判例も乏しい状況にある。また、パロディを権利制限の対象とすべきでないという意見も権利者を中心に根強いものがある。かかる状況の下、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。以上を踏まえ、パロディとしての利用を検討する場合は、上記各論点をはじめとした関係論点につき十分に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基本的には適当であると考えられる⁶³⁶⁴。

(5) その他

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基本的には適当であると考えられる⁶⁵。

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、企業内での出版物等の複製等の問題については、いわゆる「市場の失敗」を根拠として一般規定による権利制限の対象と位置づけることを検討すべきであるとの意見、あるいは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⁶⁶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

⁶³例えば、フランス（フランス著作権法122条の5第1項（4））やスペイン（スペイン著作権法39条）、オーストラリア（オーストラリア著作権法41A条）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。

⁶⁴勿論、今後十分な検討を行った結果、個別権利制限規定ではなく、権利制限の一般規定による対応を選択することも、一つの方向性としてはあり得よう。

⁶⁵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。

⁶⁶調査研究報告書7頁注釈13～15参照。

て特徴的なものと考えられるが、これはいわゆる間接侵害の問題として別途検討、対応すべきものであり⁶⁷、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⁶⁸。

(6) 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える。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、導入後の状況等も踏まえつつ、必要に応じて別途検討することが適当である。また、具体的な規定の仕方については、あまりにも包括的な要件では予測可能性を欠き、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。

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

⁶⁷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。

⁶⁸本書で「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」としているのは、あくまで、「(他人の著作物利用行為に対して)何らかの形で関与する形態の行為」の侵害該当性についてであり、ここでいう「他人の著作物利用行為」の侵害該当性は、権利制限の一般規定を導入することにより解決する性質のものであることは当然である。

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）で存在する場合は一般的ではあるが、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⁶⁹。

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⁷⁰、既存の個別権利制限規定の多くは、条文

⁶⁹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。

⁷⁰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

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⁷¹。

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が実行形式で存在する場合は、プログラムを実行し、その機能を享受するための利用はCの類型に該当しないものと整理し、かかる整理に基づき、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⁷²。

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得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得るが⁷³、条文上は、黙示的許諾の有無により特段取扱いを区

定はある。

⁷¹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ことになるが、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。

⁷²例えば、実行形式の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、（表現を知覚することを通じてこれを享受するために行われていないからという根拠ではなく）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いという根拠により、Cの類型に該当しうるものと整理することができる。

⁷³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。

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⁷⁴、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場合があり得るが、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得るとしても、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得るが⁷⁵、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。

⁷⁴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。

⁷⁵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。

- 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者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、著作者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者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⁷⁶、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⁷⁷。

(4) 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24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、具体的な規定振りを検討するに際しては、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。

なお、いわゆるリバース・エンジニアリングにつき、これに伴う複製等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、権利制限の一般規定による場合、権利制限に該当するか否かは、個別

⁷⁶ 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。

⁷⁷ 86条は、個別権利制限規定を出版権に準用している。

具体的な事案において、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、個別権利制限規定による場合と比較すると、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伴う複製等については、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⁷⁸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。

- 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⁷⁹については、権利制限される利用の内容によっては、出所の明示が必要となる可能性がある場合、特にBの類型やCの類型においては、目的外使用の禁止を定める49条の趣旨が同様に妥当する場合等が考えられる。したがって、この点についても、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。

（3）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、米国著作権法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、米国著作権法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ステップに整合しないとはいえないと分析されている⁸⁰。

AからCの類型が対象とする利用は、いずれもスリーステップテストに整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の類型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、上記米国著作権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し、スリーステップテストに整合する規定振りにすることが求められる。

⁷⁸文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）73頁。

⁷⁹複製物の目的外使用については注釈59、61も参照。

⁸⁰ワーキングチーム報告書44～46頁を参照。

(4) 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⁸¹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。

(5) 刑事罰との関係⁸²

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⁸³。

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、今後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、かかる観点からも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。

(6) 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

⁸¹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。

⁸²詳細についてはワーキングチーム報告書48～49頁参照。

⁸³一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あった。また、権利制限規定は、刑事責任が問われない領域をより明確にするという性質の規定であるため、明確性の原則についてもある程度柔軟に解してもよいのではないかという意見もあった。

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著作権法が採用していない法制度は、現行著作権法上の損害賠償制度のみならず、不法行為制度一般に影響を与え、さらには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、米国著作権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⁸⁴他数例程度の例しかなく（なお、最近の事案としては、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著作権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を導入するか否かの問題とは切り離して考えることが適当であり、権利制限の一般規定を導入した後の状況も適宜検証し、それも踏まえつつ、別途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応じて、適切に考慮する必要がある。

(7) 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

⁸⁴ American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994)

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。

おわりに

権利制限の一般規定に関する本小委員会の検討結果は以上のとおりである。

我が国では、旧著作権法が制定された明治32年以來今日に至るまで、長い間個別制限規定により一定の利用秩序が形成されてきた。その意味において、権利制限の一般規定の導入が検討課題として挙げられた際、主に権利者側より、特に米国型の権利制限の一般規定（いわゆる「フェアユース規定」）が導入された場合、上記利用秩序が崩れ、利用の円滑化の効果よりも、利用秩序に混乱をもたらし、実質的に権利保護に欠ける制度になるのではないかとの危惧が示されたことは十分理解できるところである。

しかしながら、近時の社会状況の変化には急激なものがあり、特に情報通信技術の発展等に伴う著作物の創作や利用を取り巻く環境の変化や法令遵守等、著作物の利用者側に求められる社会的要請などの変化にかんがみれば、本小委員会の検討結果のとおり、何らかの形で権利制限の一般規定の導入することが適当であるものと考えられる。

ただし、具体的な制度設計の検討に当たっては、各国の法制を参考にしつつも、これにとらわれず、関係者から提出された具体的な事例を整理し分析し、権利者側の危惧、我が国の法制度との整合性、国民性などの社会的特性などにも配慮し、ある程度権利制限を認める範囲を明らかにした上で権利制限の一般規定を導入する方法を採用し、権利保護と利用の円滑化の調和のとれた制度を目指したつもりである。

もっとも本小委員会としては、この検討結果をもって、権利制限の一般規定に関する議論を尽くしたものとは考えてはいない。例えば、パロディとしての利用等については、検討結果にも記述しているとおり、そもそも、権利制限の対象となるパロディをどのように定義付けるのかといった論点をはじめとして、検討すべき重要な論点が多く存在することから、必要に応じ利用の実態を把握し、また実務者などの意見もよく聞いた上で、まずは個別権利制限規定の改正又は創設を検討することが適当であると考えられる。もっとも、検討の結果如何によっては、個別権利制限規定による対応ではなく、権利制限の一般規定による対応が適当であるとの結論に至る場合も考えられる。また、AからCの類型以外の行為についても、個別権利制限規定による対応を検討した結果、権利制限の一般規定による対応の可能性が否定されるものではなく、例えばクラウドコンピューティングの進展等、情報通信技術の発展等に伴う著作物の創作や利用を取り巻く環境の変化については、今後もその動向に留意することが求められる。なお、パロディとしての利用や、クラウドコンピューティングの進展等に伴う問題については、関係者の要望も強いことから、早期に検討する必要があると考える。

一方で、権利制限の一般規定のような、関係者の利害対立が深い制度を新たに導入するに当たっては、差し当たって現時点において合理性が認められる一定の類型について制度

導入を行うという手法が合理的・効率的であると考えられ、当該類型以外の行為については、権利制限の一般規定の導入の後の状況も踏まえながら、必要に応じて、対象範囲や要件の見直しも含めた検討を適宜行うことが適当である。

付属資料

- 1 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会委員名簿（平成22年12月3日現在）
- 2 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会審議経過（平成22年12月3日現在）

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会委員名簿

あお	やま	よし	みつ	明治大学法科大学院教授（院長）	【平成 22 年 2 月 4 日まで】
青	山	善	充		
うえ	の	たつ	ひろ	立教大学法学部准教授	【平成 22 年 2 月 4 日まで】
上	野	達	弘		
おお	ぶち	てつ	や	東京大学大学院法学政治学研究科教授	
○大	渕	哲	也		
おか	やま	ただ	ひろ	法務省民事局参事官	
岡	山	忠	広		
こ	いづみ	なお	き	慶應義塾大学大学院法務研究科教授	
小	泉	直	樹		
し	みず	みさお		知的財産高等裁判所判事	
清	水	節			
すえ	よし	わたる		弁護士	
末	吉	互			
た	が	かず	てる	千葉大学法経学部総合政策学科教授	
多	賀	一	照		
ちや	えん	しげ	き	大阪大学大学院高等司法研究科教授	
茶	園	成	樹		
つつ	い	たけ	お	法務省民事局参事官	【平成 22 年 4 月 22 日まで】
筒	井	健	夫		
どう	が	まさ	と	早稲田大学大学院法務研究科教授， 弁護士	
道	垣	正	人		
◎土	ひ	かず	ふみ	日本大学大学院知的財産研究科教授	
	肥	一	史		
なか	むら	よし	お	法務省刑事局参事官	
中	村	芳	生		
なか	やま	のぶ	ひろ	明治大学特任教授， 東京大学名誉教授， 弁護士	
中	山	信	弘		
まえ	だ	よう	いち	立教大学大学院法務研究科教授	
前	田	陽	一		
まつ	だ	まさ	ゆき	弁護士	
松	田	政	行		
むら	かみ	まさ	ひろ	一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授	
村	上	政	博		
もり	た	ひろ	き	東京大学大学院法学政治学研究科教授	
森	田	宏	樹		
もり	もと	ひろし		法務省刑事局参事官	【平成 21 年 7 月 23 日まで】
森	本	宏			
やま	もと	りゅう	じ	東京大学大学院法学政治学研究科教授	
山	本	隆	司		
やま	もと	たか	し	弁護士	
山	本	隆	司		

◎主査 ○主査代理 （以上 17 名）

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会審議経過

(第9期)

第1回 平成21年5月12日

- ・ 法制問題小委員会主査の選任等について
- ・ 法制問題小委員会審議予定について
- ・ 権利制限の一般規定について

第2回 平成21年6月17日

- ・ 権利制限の一般規定について（「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会」委員等よりヒアリング）

第3回 平成21年7月24日

- ・ 権利制限の一般規定について（有識者団体よりヒアリング）
- ・ 国立国会図書館法の一部改正について

第4回 平成21年8月25日

- ・ 権利制限の一般規定について（関係団体よりヒアリング）

第5回 平成21年8月31日

- ・ 権利制限の一般規定について（関係団体よりヒアリング）

第6回 平成21年9月18日

- ・ 権利制限の一般規定について

第7回 平成22年1月20日

- ・ ネット上の複数者による創作に係る課題について（契約・利用ワーキングチームからの報告）
- ・ 「間接侵害」について（司法救済ワーキングチームからの報告）
- ・ 権利制限の一般規定について（権利制限の一般規定ワーキングチームからの報告）

(第10期)

第1回 平成22年2月18日

- ・ 法制問題小委員会主査の選任等について
- ・ 法制問題小委員会審議予定について
- ・ 権利制限の一般規定について

第2回 平成22年3月17日

- ・ 「放送法等の一部を改正する法律案」について
- ・ 権利制限の一般規定について

第3回 平成22年3月30日

- ・ 権利制限の一般規定について

第4回 平成22年4月22日

- ・ 権利制限の一般規定について

- 第5回 平成22年5月27日
- ・ 「公文書等の管理に関する法律」に関する権利制限について
- 第6回 平成22年7月22日
- ・ 権利制限の一般規定について
- 第7回 平成22年8月3日
- ・ 権利制限の一般規定について（関係団体よりヒアリング）
- 第8回 平成22年8月5日
- ・ 権利制限の一般規定について（関係団体よりヒアリング）
- 第9回 平成22年9月7日
- ・ アクセスコントロールの回避規制について
- 第10回 平成22年11月2日
- ・ 権利制限の一般規定について
- 第11回 平成22年12月3日
- ・ アクセスコントロールの回避規制について
 - ・ 権利制限の一般規定について