

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会  
平成21・22年度 報告書（案）

平成23年1月 日

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
<b>第 1 編「権利制限の一般規定」について .....</b>	<b>2</b>
はじめに .....	3
第 1 章 検討の経緯 .....	4
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 .....	6
第 1 節 問題の所在 .....	6
第 2 節 既存の個別権利制限規定の解釈等による解決について .....	6
第 3 節 個別権利制限規定の改正等による解決について .....	8
第 3 章 権利制限の一般規定を導入する必要性について .....	10
第 1 節 諸外国の状況 .....	10
第 2 節 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 .....	13
第 3 節 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 .....	14
第 4 節 まとめ .....	17
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 .....	20
第 1 節 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 .....	20
第 2 節 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 .....	30
おわりに .....	38
<b>第 2 編「技術的保護手段の見直し」について .....</b>	<b>40</b>
はじめに .....	41
第 1 章 現行の技術的保護手段の規定について .....	42
第 1 節 著作権法の現行制度 .....	42
第 2 節 現行制度上の規制の整理 .....	43
第 3 節 各国の法制度 .....	44
第 4 節 条約上の規定 .....	46
第 2 章 技術的保護手段の在り方について .....	47
第 1 節 問題の所在 .....	47
第 2 節 技術的保護手段の見直しに当たっての基本的考え方 .....	48
第 3 章 技術的保護手段の定義規定等の見直し .....	57

第1節 技術的保護手段の定義 .....	57
第2節 技術的保護手段の回避の見直し.....	58
第4章 技術的保護手段の見直しに伴う回避規制の在り方 .....	59
第1節 基本的な考え方 .....	59
第2節 回避機器規制 .....	59
第3節 回避行為規制 .....	61
第5章 規制の手段.....	63
第1節 回避機器規制の手段 .....	63
第2節 回避行為規制の手段 .....	63
おわりに .....	65
第3編 その他の課題 .....	66
第1章 公文書管理法に関する権利制限について .....	67
第1節 問題の所在 .....	67
第2節 検討結果 .....	68
【参照条文】 .....	73
第2章 いわゆる「間接侵害」に係る課題について .....	77
第3章 ネット上の複数者による創作に係る課題について .....	79
【付属資料】 .....	80
第9期・第10期文化審議会著作権分科会法制問題小委員会委員名簿.....	80
文化審議会著作権分科会法制問題小委員会審議経過.....	83

## はじめに

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会では、平成21年度以降、政府の知的財産戦略本部から提言された検討課題である権利制限の一般規定を中心に、緊急に検討を要する検討課題を適宜含めつつ、検討を進めてきた。

具体的には、第9期（平成21年度）及び第10期（平成22年度）においては、以下の課題について検討を行った。

- (1) 権利制限の一般規定について（21年度及び22年度）
- (2) 技術的保護手段の見直しについて（22年度）
- (3) その他の課題
  - ① 公文書管理法に関する権利制限について（22年度）
  - ② いわゆる「間接侵害」に係る課題について（21年度及び22年度）
  - ③ ネット上の複数者による創作に係る課題について（21年度及び22年度）

また、上記(3)①の課題以外のものについては、本小委員会の下にそれぞれワーキングチームを設置し、各ワーキングチームにおいても検討を進めてきた。具体的には、(1)の課題については「権利制限の一般規定ワーキングチーム」を、(2)の課題については「技術的保護手段ワーキングチーム」を、(3)②の課題については「司法救済ワーキングチーム」を、(3)③の課題については「契約・利用ワーキングチーム」を設置して、検討を進めてきた。

さらに、これらの課題のうち、(1)の課題については、平成22年4月に中間まとめを行った上で意見募集を、(2)の課題については平成22年12月に中間まとめを行った上で意見募集を行い、それぞれ意見募集を踏まえて更に検討を行った。

今回、これまでの検討について、結論を得られた課題についてその結果を示すとともに、引き続き検討が必要とされた課題については、検討の経過を示すこととした。それぞれの検討の結果又は経過は、以下のとおりである。

なお、以下、本報告書中で法律名が記載されていない条項は著作権法の条項を示す。

## 第1編「権利制限の一般規定」について

## 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（第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、米国著作権法第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2009<sup>1</sup>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。

---

<sup>1</sup>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）<sup>2</sup>。

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<sup>3</sup>。

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

<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)

団体や関係団体合わせて43団体<sup>4</sup>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」<sup>5</sup>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」<sup>6</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。

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<sup>7</sup>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。

---

<sup>4</sup>ワーキングチーム報告書参考資料2・83、84頁を参照。

<sup>5</sup>ワーキングチーム報告書参考資料1

<sup>6</sup>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)

<sup>7</sup>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

### 第1節 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っては、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。

### 第2節 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<sup>8</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>9</sup>や、民法上の一般規定（権利の濫用（民法第1条第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<sup>10</sup>、あるいは権利者

<sup>8</sup>ワーキングチーム報告書参考資料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。

<sup>9</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>10</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

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<sup>11</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>12</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>13</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>14</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>15</sup>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<sup>16</sup>、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に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<sup>17</sup>。

---

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（民法第92条）により権利侵害を否定した。

<sup>11</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>12</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>13</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>14</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>15</sup>東京地判平成9年12月22日判時1637号66頁（PC-VAN OLT事件）。

<sup>16</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。

<sup>17</sup>中山信弘『著作権法』241頁（有斐閣、2007）、高林龍『標準著作権法』154頁（有斐閣、2010）、岡村久道『著作権法』217頁（商事法務、2010）、作花文雄『詳解著作権法（第4版）』309頁（ぎょうせい、2010）、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェアユースの可能性—」コピーライト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Vol. 62No. 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」コピーライト594号2頁（2010）等。

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。

### 第3節 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<sup>18</sup>、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。

もともと、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<sup>19</sup>、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

<sup>18</sup>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。

<sup>19</sup>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。

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

### 第1節 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<sup>20</sup>。

#### 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>21</sup>。

米国著作権法は、権利制限の一般規定として、以下のとおり第107条（フェアユース規定）を定めている。また、これとは別に、第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。）。

（米国著作権法第107条<sup>22</sup>）

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

<sup>20</sup> 調査研究報告書のURL等については前掲注釈3を参照。

<sup>21</sup> 調査研究報告書17頁。

<sup>22</sup> 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）

であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。

米国著作権法第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>23</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。第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<sup>24</sup>。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<sup>25</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>26</sup>、実際、米国の判例において、第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<sup>27</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、米国著作権法第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第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第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>28</sup>。

---

<sup>23</sup>調査研究報告書21頁注釈12

<sup>24</sup>調査研究報告書48～59頁

<sup>25</sup>調査研究報告書24頁

<sup>26</sup>ワーキングチーム報告書15頁

<sup>27</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）等がある。

<sup>28</sup>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<sup>29</sup>。その他、英国著作権法第31条には、付随的利用についての権利制限規定が置かれている<sup>30</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、英国著作権法と同様のフェアディーリング規定が置かれている<sup>31</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、スリーステップテスト型の規定が置かれている<sup>32</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>33</sup>。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

<sup>29</sup>英国著作権法第29条、第30条、第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（2006）等も参照。

<sup>30</sup>英国著作権法第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）

<sup>31</sup>カナダ著作権法第29条、オーストラリア著作権法第40条～42条。調査研究報告書78～81頁

<sup>32</sup>オーストラリア著作権法第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）がある。

<sup>33</sup>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

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<sup>34</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<sup>35</sup>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>36</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（同法第57条）<sup>37</sup>により対応しているとのことであった。

### 3 その他の国・地域における権利制限規定

本節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、様々な方法が採用されている<sup>38</sup>。

## 第2節 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。

---

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）」を参照。

<sup>34</sup>前掲注釈33、ワーキングチーム報告書13頁

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

<sup>36</sup>前掲注釈34

<sup>37</sup>ドイツ著作権法第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）—ドイツ編—』（社）著作権情報センター、2010）なお、ワーキングチーム報告書17頁も参照。

<sup>38</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。

(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。

### 第3節 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>39</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>40</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>41</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。

## 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>42</sup>」）が度々挙げられている<sup>43</sup>。

<sup>39</sup>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。

<sup>40</sup>例えば、第32条（引用）等。

<sup>41</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。

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

<sup>43</sup>前掲注釈2・9頁等。

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、米国著作権法第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（同法第102条a）」、「アイデアの利用（同法第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>44</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、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<sup>45</sup>

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<sup>46</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

<sup>44</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、その後、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/00000000354/fair-use-study-final.pdf>

<sup>45</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。

<sup>46</sup>太田勝造東京大学法学部教授

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>47</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（憲法第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第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>48</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。

#### 第4節 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上の一般規定（権利の濫用（民法第1条第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

<sup>47</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>48</sup>長谷部恭男東京大学法学部教授

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>49</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は数多く寄せられ、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、現実には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

---

<sup>49</sup>なお、第2章第3節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。

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、第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

### 第1節 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が出された要望<sup>50</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（本章第2節1（2）参照）。

なお、本節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、本節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>50</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、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) 利用の種類

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。

#### ① 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>51</sup>）が、上記Aの類型に該当するものと考えられる。

<sup>51</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。

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<sup>52</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>53</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（本章第2節7参照）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。

---

<sup>52</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>53</sup>英国著作権法第31条（前掲注釈30）、ドイツ著作権法第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。

## ② 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あ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) 第33条第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、第38条第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>54</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>55</sup>）、(ii) 個別権利制限規定に基づく利用（上記(b)の例<sup>56</sup>）の大きく二つに整理することができる<sup>57</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」が行われなかったこととなるが、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>54</sup>複製権は第38条第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>55</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>56</sup>ヒアリングでは、この他、裁判手続等における複製（第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>57</sup>その他、「適法な著作物の利用」には、裁定制度（第67条）や裁定申請中利用制度（第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、ここでは、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>58</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

---

<sup>58</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。

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>59</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どう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た場合、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（本章第2節7参照）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。

### ③ 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。第2条第1項第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

<sup>59</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（第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。

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>60 61</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、第47条の4（保守、修理のための一時的複製）、第47条の5（送信の障害の防止等のための複製）、第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）、第47条の7（情報解析のための複製等）及び第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、仮に第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がたく、明確性の原則（本章第2節7参照）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

---

<sup>60</sup>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。

<sup>61</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（第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。

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（第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、本編第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。もっとも、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解される。

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、米国著作権法第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>62</sup>。

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（憲法第21条）や同一性保持権（第

---

<sup>62</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。

20条第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、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<sup>6364</sup>。

## 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<sup>65</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、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、あるいは第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>66</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、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<sup>67</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<sup>68</sup>。

---

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

<sup>64</sup>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。

<sup>65</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（民法第1条第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>66</sup>調査研究報告書7頁注釈13～15参照。

<sup>67</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。

<sup>68</sup>ここで「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、

## 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、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。

### 第2節 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、第35条第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。

---

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しうる性質のものであることは当然である。

## (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第30条第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第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、これらはい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）で存在する場合が一般的ではあるが、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>69</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（本章第1節2（2）②）、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>70</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>71</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

---

<sup>69</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>70</sup>例えば、近時の法改正で追加された第47条の4（保守、修理等のための一時的複製）、第47条の5（送信の障害の防止等のための複製）、第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）、第47条の7（情報解析のための複製等）及び第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、第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）、第47条（美術の著作物等の展示に伴う複製）及び第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>71</sup>例えば、第35条第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。

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<sup>72</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<sup>73</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>74</sup>、公表権は通常問題とならないと考えられ

<sup>72</sup>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。

<sup>73</sup>例えば、第47条の5(送信の障害の防止等のための複製)、第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>74</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。

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第19条第2項や同条第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の類型と同様に第19条第2項や同条第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<sup>75</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第20条第2項第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、著作者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

---

<sup>75</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。

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>76</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>77</sup>。

#### 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（第47条の4から第47条の8。本章第1節2（2）③参照）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<sup>78</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。

第48条（出所の明示）、第49条（複製物の目的外使用等）等の関連規定との関係<sup>79</sup>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第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。

<sup>76</sup> 個別権利制限規定に関しては、第102条において著作隣接権にも準用されている。

<sup>77</sup> 第86条は、個別権利制限規定を出版権に準用している。

<sup>78</sup> 文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）73頁。

<sup>79</sup> 複製物の目的外使用については注釈59、61も参照。

## 5 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、ベルヌ条約第9条第(2)項、WIPO著作権条約第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、米国著作権法第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、ここでは、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、米国著作権法第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<sup>80</sup>。

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。

## 6 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>81</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。

## 7 刑事罰との関係<sup>82</sup>

刑罰を定める法に対しては、憲法第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

<sup>80</sup>ワーキングチーム報告書44～46頁を参照。

<sup>81</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。

<sup>82</sup>詳細についてはワーキングチーム報告書48～49頁参照。

に関する法理は基本的に妥当するものと考えられる<sup>83</sup>。

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。

## 8 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

---

<sup>83</sup>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。

事案は、Texaco事件<sup>84</sup>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。

## 9 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>84</sup> American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994)

## 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を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。

## 第2編「技術的保護手段の見直し」について

## はじめに

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、「アクセスコントロール回避規制の強化（短期）」を図るため、「法技術的観点を踏まえた具体的な制度改革案を2010年度中にまとめる。」とされたことを受け、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会では、本小委員会に技術的保護手段ワーキングチーム（以下「ワーキングチーム」という。）を設置し、平成22年9月以降検討を進めてきた。

具体的には、現行著作権法では技術的保護手段の対象とされていない保護技術についての分析・評価を行った上で、技術的保護手段の見直しや、当該見直しを踏まえた回避規制の在り方等について集中的に検討を進め、同年12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に検討を行った結果、今般、技術的保護手段の見直しに関し、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。

本編における用語の定義としては、技術的保護手段の在り方に係る検討を行うに当たって、「アクセスコントロール」を「著作物等の視聴等といった支分権の対象外の行為を技術的に制限すること」と定義し、「コピーコントロール」を「複製等の支分権の対象となる行為を技術的に制限すること」と定義することとする。

また、以下では、著作権等の支分権の対象となる行為を保護するかどうかに関わらず著作物等の保護のために用いられている客観的な意味での技術を「保護技術」とし、著作権法上の対象となる保護技術を「技術的保護手段」として表現することとする。

これらの用語の定義は、本編における定義であり、一般的な定義を行ったものではない。

さらに、著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキング・グループ（技術的保護・管理関係）報告書（以下「平成10年報告」という。）では、便宜的に、「利用」を「複製、公衆送信等の著作権等の支分権に基づく行為を指す。」、「使用」を「見る、聞く等の利用以外の単なる著作物の享受を指す。」と整理しているが、本編においては、「利用」と「使用」を支分権に基づく行為であるか否かで整理していない。

## 第1章 現行の技術的保護手段の規定について

### 第1節 著作権法の現行制度

現行著作権法上、技術的保護手段については、第2条第1項第20号においてその定義が、第30条第1項第2号において、技術的保護手段の回避により可能となった複製は私的使用複製の権利制限から除外される旨が、第120条の2第1号及び第2号において、技術的保護手段の回避専用装置等の公衆への譲渡等の規制が、それぞれ規定されている。

#### 1 技術的保護手段の定義

第2条第1項第20号は、技術的保護手段について、電磁的方法により著作権等（著作人格権、著作権、実演家人格権及び著作隣接権。以下同じ。）を侵害する行為の防止又は抑止をする手段として定義している。このため、従来 of 整理では、著作物等の無断複製を技術的に防ぐ手段（コピーコントロール）は技術的保護手段の対象となるものの、著作物等を暗号化（DVDで用いられるCSS等）することによって、専用のデコーダや正規の機器を用いないと著作物等の視聴等を行えないようにする手段は、技術的保護手段には該当しないこととなる。

同号は、「著作権等を有する者の意思に基づくことなく用いられている」手段を、技術的保護手段に含めておらず、また、SCMS、CGMS、擬似シンクパルス方式に共通して用いられている方式で、今後も用いられていくことが予想される保護技術の方式を踏まえ、「機器が特定の反応をする信号を著作物等とともに記録媒体に記録し、又は送信する方式」と規定している。

#### 2 技術的保護手段の回避により可能となった複製の私的使用複製の権利制限からの除外

第30条第1項第2号は、まず、技術的保護手段の回避について、技術的保護手段に用いられている信号の除去・改変により、その技術的保護手段によって防止される行為を可能とし、又はその技術的保護手段によって抑止される行為の結果に障害を生じないようにするものとして定義している。

また同号は、私的使用のための複製であっても、それが技術的保護手段の回避によって行われるものであれば、そもそも想定されていない複製であり、著作権者等の利益を不当に害するものであると言えるため、技術的保護手段の回避により可能となった複製を私的使用のための複製の権利制限から除外してある。

著作権者等の許諾を得ずにこのような複製を行う行為は、他の権利制限規定により適法とされない限り著作権等を侵害する行為となり、著作権者等は、差止請求権、損害賠

償請求権等の民事的請求権を行使できる。ただし、刑事罰については、私的使用のために行う各々の複製行為に刑事罰を科すほどの違法性があるとまで言えないことから、公衆用自動複製機器を用いて行う複製の場合等と同様に、行為者について刑事罰を科す対象から除外されている。

### 3 技術的保護手段の回避専用装置等の公衆への譲渡等の規制

第120条の2第1号は、規制の対象を「技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする」装置及びプログラムと規定しており、技術的保護手段の回避以外に実用的な意味のある機能を持たないものを規制の対象としている。

同条第1号は、回避専用装置等を公衆に「譲渡」し、「貸与」し、公衆への譲渡・貸与目的をもって「製造」「輸入」「所持」し、「公衆の使用に供し」、あるいは回避専用プログラムを「公衆送信」又は「送信可能化」した者に対し、また同条第2号は「業として公衆からの求めに応じて」回避を行った者に対し、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれらを併科する旨規定している。なお、これらの罪は、第123条において非親告罪とされている。

## 第2節 現行制度上の規制の整理

現行制度上、不正競争防止法上の技術的制限手段に係る規制も踏まえると、技術的保護手段に係る規制の態様は、以下の表のように整理することができる。

		著作権法		不正競争防止法	
		民事的救済	刑事罰	民事的救済	刑事罰
コピーコントロール	回避を伴う私的複製	差止請求権 (民法上の損害賠償請求権)	なし(第119条第1号括弧書き)	なし	なし
	回避専用装置等の「譲渡等」※	(民法上の損害賠償請求権)	3年以下の懲役 300万円以下の罰金(併科も可)	差止請求権 損害賠償請求権	なし
アクセスコントロール	回避を伴う私的複製	なし	なし	なし	なし
	回避専用装置等の「譲渡等」※	なし	なし	差止請求権 損害賠償請求権	なし

(※)「譲渡等」

著作権法においては、専用装置・プログラムの公衆への譲渡・貸与、公衆譲渡等目的の製造・輸入・所持、公衆供与、公衆送信、送信可能化、回避サービスの提供(第120条の2)

不正競争防止法においては、専用装置・プログラムの譲渡、引渡し、譲渡等目的の展示、輸出、輸入、送信(第2条第1項第1号)

### 第3節 各国の法制度

#### 1 米国

米国では、1998年に制定されたデジタル・ミレニアム著作権法（DMCA）において「技術的手段」についての規定が導入されており、第1201条（a）（1）においてアクセスコントロールの回避行為の規制が、同条（a）（2）においてアクセスコントロールの回避装置等の製造等の規制が、同条（b）（1）においてコピーコントロールの回避装置等の製造等の規制がなされている。

「技術的手段」の回避行為の規制及び回避装置等の製造等については、フェア・ユースその他の権利制限規定に該当する場合には技術的保護手段の回避行為の違法性が認められないこととされる（第1201条（c））ほか、「非営利の図書館・文書資料館・教育機関における一定の回避行為」（同条（d））、「政府の情報収集行為に係る回避行為」（同条（e））、「リバース・エンジニアリングの際に行われる一定の回避行為」（同条（f））、「暗号化研究の際に行われる一定の回避行為」（同条（g））、「裁判所による未成年者保護のための回避装置等の違法性の判断のための回避行為」（同条（h））、「個人の識別情報を収集・流布する機能を有する技術的手段にあって当該機能を除去するための一定の回避行為」（同条（i））、「セキュリティ検査のための一定の回避行為」（同条（j））が許容される。また、著作物の利用への影響の有無について定期的（3年ごと）に意見募集を行い、特定分類の著作物の合法利用について規制により不利益が生じた場合には、当該利用については一定期間規制を適用除外するといった手当てがなされている。

制裁措置としては、第1201条違反に対する民事的救済（第1203条）と、故意にかつ商業的利益又は経済的利益を目的として第1201条に違反する者に対する刑事的制裁（第1204条）の規定がある。

なお、DMCAの「技術的手段」に係る規定の解釈を巡っては、連邦巡回区の *Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004)<sup>85</sup> が第1201条（a）（2）を「著作権法での保護に合理的な関係を持ち、そうでないものにしても著作権者を利するアクセス形式 [の回避] のみを禁止する」ものとして解釈した上で、回避装置の取引が第1201条（a）（2）違反となるのは、当該回避によって、「著作権法によって保護されている権利を侵害し、若しくは侵害するのを容易にする」アク

---

<sup>85</sup>本事件は、原告である Chamberlain がガレージ・ドア・システムを製造していたが、このシステムは解錠する数列を常に変えることによって解錠できないようにするものであったところ、被告が原告システムにも作用する万能の補充送信機を販売したことを巡って争われた事件である。なお、同様の事例としては、*Lexmark Int'l Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004) が挙げられるが、この事件では、プリンタートナーカートリッジが、その製造業者の競業者によって補充されるのを防ぐソフトウェア実装装置を回避した装置における認証コードが、そもそも第1201条（a）（2）規定下のアクセスコントロールに当たらないと判示されている。

セスが可能となる場合のみであるとの解釈を示している。他方、第2巡回区のUniversal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001)<sup>86</sup>、第8巡回区のDavidson & Associates v. Jung, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005)<sup>87</sup>、第5巡回区のMGE UPS Systems Inc. v. GE Consumer and Industrial Inc., 612 F.3d 760 (5th Cir. 2010)<sup>88</sup>などでは、このような解釈をとってはならず、DMCAの「技術的手段」に係る規定をどのように解釈するかについては、未だ発展過程にある。

また、昨年7月にアメリカ著作権局が明らかにしたDMCAの新たな適用除外項目には「ユーザーが合法的に入手したアプリケーションなどを実行するためにJailbreak<sup>89</sup>する行為」が含まれており、特定のプラットフォーム（実態上はiPhone）が認めるアプリケーションを実行するためにJailbreakすることはDMCAに反しないと判断されているところである。

## 2 欧州

欧州では、EU情報社会ディレクティブにおいて、「技術的手段」とは、「著作権若しくは著作権に関連する権利、又は sui generis 権の権利者により権限を与えられていない行為を防止し、又は禁止するような意図された技術、装置、又は部品を意味する。」と規定されているとともに、「技術的手段は、アクセスコントロールや暗号化、スクランブリングその他の保護の目的を達成する著作物その他の対象の変形といった保護過程又はコピーコントロールの適用によって、保護のある著作物その他の対象の利用が権利者により制御される場合は、「効果がある」とみなされる。」と規定されている。

この指令を受け、イギリス、ドイツにおいて同様の規定が置かれている。

---

<sup>86</sup>本事件では、DVDに掛けられたCSSを解除するプログラム「DeCSS」を第三者が開発したが、被告がDeCSSを配布するとともに解説記事を雑誌に掲載するなどした行為に対して第1201条(a)(2)違反が争われた。裁判所は、雑誌への掲載については表現の自由に基づいて適法としたが、インターネットでの配布などには違反を認めた。

<sup>87</sup>本事件では、ゲームメーカーである原告は、販売するゲームに付した「CD Key」を持つユーザーにのみ、当該ゲームを他のユーザーとプレイできるオンラインサービス「Battle.net」を提供していたが、被告らが「CD Key」についてリバースエンジニアリングを行い、当該ゲームが違法に複製された場合であってもインターネット上で他のユーザーとプレイできるオンラインサービス「bnetd.org」を開発・提供し、その行為が第1201条(a)違反に問われた。裁判所は、当該ゲームのパッケージに付されたエンドユーザー契約のリバースエンジニアリング禁止条項への違反を根拠に第1201条(f)の適用を否定し、第1201条(a)違反を認めた。

<sup>88</sup>本事件は、原告の無停電電源システムに使用するセキュリティ・キーを回避するプログラムを第三者が開発し頒布したが、被告が当該第三者の開発したプログラムを使用したことが著作権侵害などのほか、第1201条(a)(1)違反に問われたものである。裁判所は、被告には回避行為がないとして第1201条(a)(1)違反を否定した。なお、裁判所は、一旦はChamberlain判決の解釈に従って「著作権法によって保護されている権利を侵害する」行為が被告にはないとして第1201条(a)(1)違反を否定する判決を下したが、後に大法廷を開いて当該判決を撤回し、Chamberlain判決の解釈に従った判示を含まない判決に置き換えた。

<sup>89</sup>例えば、App Store (Appleが運営するiPhone・iPod touch・iPad向けアプリケーションのダウンロードサービス)では公開されていないアプリケーションをiPhone等でインストール可能とし、またアプリケーションのインストーラを追加するようにファームウェアを書き換えることを指す。

## 第4節 条約上の規定

### 1 WIPO条約（WCT、WPPT）

条約上の要請としては、「著作権に関する世界知的所有権機関条約」（WIPO Copyright Treaty, WCT）第11条及び「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約」（WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）第18条に技術的手段の保護義務に関する規定が盛り込まれた（日本はWCTを2000年、WPPTを2002年に締結）。

WCT第11条は、「技術的手段（technological measures）」について、「締約国は、著作者によつて許諾されておらず、かつ、法令で許容されていない行為がその著作物について実行されることを抑制するための効果的な技術的手段であつて、この条約又はベルヌ条約に基づく権利の行使に関連して当該著作者が用いるものに関し、そのような技術的手段の回避（circumvention）を防ぐための適当な法的保護及び効果的な法的救済について定める（provide adequate legal protection and effective legal remedies）」旨を規定している（WPPT第18条も同旨<sup>90</sup>）。

我が国の現行著作権法制度は、条約上要請されている「適当な法的保護及び効果的な法的救済」を充たしており、その上でさらに、現行著作権法の「技術的保護手段」の範囲やその回避規制の対象を拡大することは、各国の判断に任されているものと解されている。

### 2 ACTA

模倣品・海賊版拡散防止条約（Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA）は、2010年（平成22年）10月に大筋合意に至り、ACTAのデジタル環境節の中では、効果的な技術的手段の回避への措置について規定されている。同規定では、効果的な技術的手段の定義に係る部分において、アクセスコントロールについても明示的に言及されており、国際的にもアクセスコントロールの回避規制に対する取組をより強化するべきとの方向にあると言える。今後は、条約案文の確定作業を経て、署名・批准が行われる予定となっている。

---

<sup>90</sup>WPPT第18条は、「締約国は、実演家又はレコード製作者によつて許諾されておらず、かつ、法令で許容されていない行為がその実演又はレコードについて実行されることを抑制するための効果的な技術的手段であつて、この条約に基づく権利の行使に関連して当該実演家又はレコード製作者が用いるものに関し、そのような技術的手段の回避を防ぐための適当な法的保護及び効果的な法的救済について定める」旨を規定している。

## 第2章 技術的保護手段の在り方について

### 第1節 問題の所在

#### 1 現状

デジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、著作物等を取り巻く環境が急激に変化し、P2Pソフトを用いたファイル交換により違法複製されたコンテンツがネット上にあふれるなど、著作物等の違法利用が常態化する一方で、違法利用全体の捕捉、摘発が現実的には難しく、著作権、とりわけネット上の利用に係る権利（複製権、公衆送信権など）の実効性の低下が強く指摘されており、こうした違法複製・違法流通による利用を防ぐためにも、著作物等の保護技術は著作権者等が対価を回収する上で必要不可欠な技術となっている。

また、著作権に関する保護技術の高度化・複合化が進んでおり、アクセスコントロールとコピーコントロールとを適切に組み合わせること等により、著作権等の保護、利用者の利便性の向上等が図られるようになってきていると言える。

こうした状況の中、知的財産推進計画2010においても、以下のとおり保護技術の回避に係る規制の在り方についての提言がなされている。

#### 2 知的財産推進計画2010

知的財産推進計画2010においては、近年、アクセスコントロールの回避機器の氾濫によってコンテンツ産業に大きな被害が生じており、特にゲーム業界では、マジコンと呼ばれる回避機器等を用いた違法ゲームソフトの使用により、多大な被害<sup>91</sup>が生じていると指摘した上で、短期に取り組むべき課題として、「アクセスコントロール回避規制の強化」を掲げている。

その具体的な内容としては、「製品開発や研究開発の委縮を招かないよう適切な除外

---

<sup>91</sup>被害の実態としては、ゲームソフトが違法にアップロードされ、かつ、ダウンロードカウンタが設置されているサイトにおけるニンテンドーDS用及びPSP用ゲームソフトのダウンロード数をカウントし、被害額を算定したところ、2004～2009年の累計で国内被害額は9540億円との試算がある（ダウンロード数は2004～2009年の累計販売トップ20位のタイトルの日本語バージョンファイルをカウント）（「違法複製ゲームソフトの使用実態調査」（2010年5月社団法人コンピュータエンターテインメント協会委託調査））。

また、Winnnyによる被害実態では、ゲームソフトについては、ある日の6時間で約51億円相当（ゲームソフト以外の音楽ファイル等も含めると約100億円相当）の被害があるとの試算がある（『Winnny』ネットワーク上の無許諾流通コンテンツ実態調査」2006年11月社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会、社団法人日本音楽著作権協会）。

規定を整備しつつ、著作物を保護するアクセスコントロールの一定の回避行為に関する規制を導入するとともに、アクセスコントロール回避機器について、対象行為の拡大（製造及び回避サービスの提供）、対象機器の拡大（「のみ」要件の緩和）、刑事罰化及びこれらを踏まえた水際規制の導入によって規制を強化する。このため、法技術的観点から踏まえた具体的な制度改革案を2010年度中にまとめる。」とされている。

## 第2節 技術的保護手段の見直しに当たっての基本的考え方

### 1 従来の考え方

技術的保護手段については、過去2度にわたって著作権分科会等の報告において考え方が整理されており、その具体的な内容は以下のとおりである。

#### (1) 著作権審議会マルチメディア小委員会WG（技術的保護・管理関係）報告書

まず、平成10年12月にまとめられた平成10年報告においては、デジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、一般人であっても大量・高速の複製や公衆送信等の著作物等の利用を行うことが可能となったことにより、違法利用の機会が急速に増加したことや、違法利用の発見や違法利用であることの立証が困難となっている事態が生じているとの認識の下、著作権等の実効性を確保するための技術的保護手段を無効化する手段に対して、法的な対応をとる必要性があるとしている。

その上で、技術的保護手段を「複製不能型」「複製作業妨害型」「使用不能型」の3つに類型化し、規制対象とすべき技術的保護手段については、当該規制の趣旨が「著作権者等の権利の実効性を確保し、またこれにより著作物等の適正な流通・活用が図られるようにするためであると考えられる」ため、「第一義的には著作権として定められている著作者の複製権・・・(略)・・・のように、支分権に関連するものとするのが適当である」として、「複製不能型」及び「複製作業妨害型」をその対象とした。なお、条文上の規定としては、第1章第1節のとおりである。

一方で、「使用不能型」と整理された、いわゆるアクセスコントロールの取り扱いについては、「著作物等の使用や受信といった著作権等の支分権の対象外の行為を技術的に制限する手段」を回避規制の対象とすることは、

- ①「使用や受信というような、従来著作物等の享受として捉え、著作権等の対象とされてこなかった行為について新たに著作権者等の権利を及ぼすか否かという問題に帰着し、・・・(略)・・・現行制度全体に影響を及ぼす」こと、
- ②「流通に伴う対価の回収という面からは著作権者等のみでなく、流通関係者等にも関係する問題であり、さらに幅広い観点から検討する必要があると考えられる」こと、
- ③「今後の著作物等の流通・活用形態の変化の動向を見極める必要もある」こと

等を理由に、適当ではないとされた。

ただし、平成10年報告では、

- ① 今後アクセスコントロールがネットワークを通じた著作物等の流通に不可欠となることからすれば、回避規制の対象とするべきであるとの意見があること、
  - ② 米国の立法でもアクセスコントロールに係る規制が盛り込まれていることから、これらの国際的な動向に留意する必要があること、
  - ③ 著作権法上、プログラムの著作物について、入手時に違法複製物であることを知っていた場合には、その業務上の使用を著作権侵害とみなしていることから、このような使用に係る回避を規制の対象とすることも考えられること
- についても併せて記述されているところである。

## (2) 文化審議会著作権分科会報告書（平成18年1月）

次に、平成18年1月にとりまとめられた、「著作権分科会報告書」（以下「平成18年報告」という。）では、コピーコントロールにアクセスコントロールを付加した保護技術など、著作物の違法複製や流通防止のための保護技術が進歩し、平成11年の立法当時から状況が異なってきているため、著作権法の技術的保護手段に関する規定の見直しの必要性の有無について検討する必要があるとされ、所要の検討が行われた。

その結果、まず、技術の複合化がコピーコントロールに係る規定に影響を与えるかどうかについては、「デジタル化・ネットワーク化に伴う権利侵害の危険性の増大に対応し、著作権保護をより強固にするためにコピーコントロールとアクセスコントロールを重疊的に施すような技術の複合化が進められているが、コピーコントロールに対する現行著作権法の規制の範囲が技術の複合化による影響を受けるものではない」としつつ、アクセスコントロールについては、「著作権法の支分権の対象ではない「単なる視聴行為」をコントロールする技術的手段の回避を制度的に防止することは、実質的には視聴等の行為に関する新たな権利の創設にも等しい効果をもたらす」こととなるため、著作権法の趣旨や国際的な議論の動向、技術・法律・契約が相互補完的に機能すべき領域等について十分な検討が必要であり、現行著作権法の技術的保護手段に関する規定を直ちに改正すべきという結論には至らなかった。

また、平成18年報告では、技術的保護手段について「CPPM、CPRM、DTCP、VCPS等のコピーコントロール機能にアクセスコントロール機能を加えた技術に対する回避専用装置・プログラムについては、解体・分解して、コピーコントロールの回避以外に実用的な意味のある機能を持たない部分がある場合は、その部分は回避専用装置等として、現行法においても著作権法第120条の2により、規制の対象となると考えられる。」としている。他方、「CSS、CAS、HDCP等のアクセスコントロール機能のみの技術についてそれを回避する装置・プログラムに関しては、現行の著作権法における規制の対象とならない。」としている。

## 2 基本的な考え方

本章第1節1で述べたように、今日、保護技術を用いたネット上の著作物侵害対策強化による権利の実効性の確保の重要性は益々高まっており、知的財産推進計画2010においても、ゲーム機やゲームソフト用の保護技術をアクセスコントロールと位置付けた上で（ゲーム機・ゲームソフト用の保護技術をどのように評価するかについては別途本章第2節3において後述する。）、著作権法上もアクセスコントロールの回避規制について制度的に規定することについて検討することを求めているところである。

こうした中、現行の評価では技術的保護手段の対象とされていない保護技術について改めて分析・評価を行うこととした。

この点、現行著作権法では、著作物等の流通上広く用いられている暗号型の保護技術等について、「技術」面にのみ着目してアクセスコントロール「技術」と評価し、技術的保護手段の対象外と整理しているが、このような保護技術は、社会的実態に照らしてみれば、アクセスコントロール機能とともに支分権の対象となる行為を技術的に制限する機能（コピーコントロール機能）を併せ有するものとして、有効に機能しているものと考えられる。

このようなアクセスコントロール機能とコピーコントロール機能とが一体化している保護技術を著作権法上の技術的保護手段の対象外としていることは、保護技術の高度化・複合化など技術の進展に著作権法が対応できないという問題とともに、前述したように著作権等の実効性の低下が強く指摘されている中であって、著作権者等の保護の観点から、もはや放置することのできない問題となっていると言える。

また、ネット上の違法流通を恐れて著作物のインターネット配信等を躊躇し著作物の円滑な利用を妨げることにもつながるなど、インターネット上の著作物流通の促進の観点からの問題、さらに、欧米諸国にあっては広くアクセスコントロール「技術」を含め著作権法の規制対象としており、国境を越えた著作物流通が増大する状況にあって、国際的な協力の下、著作権保護を図っていくことの重要性の観点からも問題があり、対応が急務となっているものとする。

このような認識の下、現行のように保護技術の「技術」のみに着目して、コピーコントロール「技術」か否かを評価するのではなく、後述するように、ライセンス契約等の実態も含めて、当該技術が社会的にどのような機能を果たしているのかとの観点から保護技術を改めて評価し、複製等の支分権の対象となる行為を技術的に制限する「機能」を有する保護技術については、著作権法の規制対象とすることが適当であるとする。

こうした考え方に立てば、アクセスコントロール「技術」は当然にアクセスコントロール「機能」を有するものであり、その意味で「技術」と「機能」はイコールの関係にあるが、これまでアクセスコントロール「技術」（例えば、CSS等に用いられている

暗号化技術)と整理されてきた「技術」の中には、ライセンス契約等に基づいて、コピーコントロールを有効に「機能」させるための技術として用いられているものがあり、こうした保護技術はアクセスコントロール「機能」とコピーコントロール「機能」とを併せ有するものと評価でき、著作権法上の技術的保護手段と位置付けることが適当であると考えられる。

一方で、ある保護技術が支分権の対象外の行為を技術的に制限する手段としてのみ用いられている場合、つまり、社会的にどのような機能を有しているかとの観点から評価した上で、なおアクセスコントロール「機能」のみを有していると評価される場合にまで、著作権法の規制を及ぼすものとするのは、支分権の対象ではない行為について新たに著作権等の権利を及ぼすべきか否かという問題に帰着し、現行制度全体に影響を及ぼすこととなることから、この問題の緊急性に照らし短期間で結論が求められている状況で判断できるものではなく、今後更なる検討を要すべき事項であると考えられる。

この点、規制の必要性は著作物の創作活動と著作物の有効な利用を促進するための手段という観点から考えるべきであり、アクセスコントロール「機能」のみを有する保護技術の規制についても著作権制度の枠内で捉え得るとの見解もあるところである。

こうした見解は、いわば、著作権者等の立場から見ればある種の妥当性が認められるが、著作権法制は著作物等の公正な利用と著作者等の権利の保護とのバランスを図りながら、その在り方について検討し、結論を得るべきものであり、短期間で結論を得ることは適当ではないと考えられる。

### 3 保護技術の実態とその評価

現行著作権法においては、上述したとおり、CSSやゲームに用いられている保護技術をアクセスコントロール技術として整理しているところである。

しかしながら、上述したとおり、近年保護技術の複合化・高度化がさらに進んでいることなどを踏まえ、今般改めて保護技術の実態について分析・評価を行うこととした。なお、分析・評価に当たっては、「音楽・映像用の保護技術」と「ゲーム機・ゲームソフト用の保護技術」に大別して行っている。

#### (1) 音楽・映像用の保護技術

現状の音楽・映像用の保護技術としては、大きく二つに分類可能である。

一つは、コンテンツ提供事業者が、保護技術のライセンサーから提供される技術によりコンテンツを暗号化し、保護技術のライセンサーが、復号に必要な鍵等を機器メーカー等にライセンスするとともに、当該ライセンスに係る契約等に基づき、機器メーカー等に、コンテンツ提供事業者と合意したコンテンツの再生・出力・複製等の制

御を義務付ける、いわゆる「暗号型」技術である。

当該「暗号型」技術には、CSSのように、正規機器と正規の複製物とを組み合わせれば、全てのユーザーが、一定利用条件の下でコンテンツを利用できるようにするものと、有料放送の場合のように、コンテンツ提供事業者と契約を結んだユーザーのみが、一定利用条件の下でコンテンツを利用できるようにするものの両方が含まれる。

もう一つは、暗号化されていないコンテンツに、コンテンツ提供事業者がフラグ又はエラー信号を付加し、機器がフラグを検出・反応するか、又はエラー信号により機器の機能が誤作動することで再生・出力・複製等を制御する、いわゆる「非暗号型」技術である。

## ①「暗号型」技術

(実態)

「暗号型」技術の特徴としては、著作物等の暗号化によりアクセスコントロール「機能」が働くのみならず、ライセンス契約に基づいて、当該暗号化を当該著作物等のコピーコントロールを有効に「機能」させるために用いている点が挙げられる。

「暗号型」技術は、(i) 記録媒体用のもの(CSS<sup>92</sup>、CPRM<sup>93</sup>、AAC S<sup>94</sup>等)、(ii) 機器間伝送路用のもの(DTCP<sup>95</sup>、HDCP<sup>96</sup>等)、(iii) 放送用のもの(B-CAS方式<sup>97</sup>等)などに分類可能である。なお、それぞれの保護

---

<sup>92</sup>CSS(Content Scramble System)：再生専用型DVDに用いられる保護技術。コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、コンテンツ提供事業者が機器メーカーにコンテンツの複製制御(現状は、常にコピー禁止となっている)等を義務づける。

<sup>93</sup>CPRM(Content Protection for Recordable Media)：記録型DVDディスクやSDメモリーカードに用いられる保護技術。コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、機器メーカーにコンテンツの複製制御等を義務づける。

<sup>94</sup>AACS(Advanced Access Content System)：ブルーレイディスク、HD-DVDに用いられる保護技術。コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、機器メーカーにコンテンツの複製制御等を義務づける。

<sup>95</sup>DTCP(Digital Transmission Content Protection)：シリアルインタフェース(IEEE1394)等の機器間伝送路用の保護技術。コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、機器メーカーに対して再生機器と記録機器をデジタル接続したときの記録機器の複製制御等を義務づける。

<sup>96</sup>HDCP(High-bandwidth Digital Content Protection system)ディスプレイモニター等の表示再生装置に用いるデジタル映像・音声入出力インタフェース(HDMI)等の機器間伝送路用の保護技術。コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、機器メーカーに対して再生機器と表示再生装置をデジタル接続したときの表示再生装置での複製禁止等を義務づける。

<sup>97</sup>B-CAS方式：有料放送(BS/110度CS)で契約した人だけが放送を受信できるようにする限定受信方式として開発され、現在では地上デジタル放送にもコンテンツ保護の強化のために用いられている。放送波には暗号化(スクランブル)が施され、当該スクランブルを解除するためにはB-CASカードが必要となると

技術の概要は脚注のとおりである。

(評価)

このような特徴を持つCSS等の「暗号型」技術と技術的保護手段との関係については、当該技術が、アクセスコントロール「技術」である暗号化によってアクセスコントロール「機能」を有すると同時に、暗号化そのものは、ライセンス契約に基づいて、コピーコントロールを有効に「機能」させるための技術として用いられていることから、本節2で述べたように、社会的にどのような「機能」を有しているかという観点から着目すれば、当該保護技術はコピーコントロール「機能」も併せ有するものと評価することができ、技術的保護手段の対象と位置付けることが適当であると考えられる。

こうした「暗号型」技術が有するコピーコントロール「機能」は、①正規機器において複製そのものが行われなくする、複製の防止という側面と、②非正規機器を用いるなどして暗号化された著作物等を複製したとしても当該複製物は復号鍵等が無ければ視聴できない点において意味の無い複製であり、複製の抑止という側面とがある。

なお、「暗号型」技術でアクセスコントロールの「機能」のみを有する保護技術が存在するかどうかについては、現時点において実態上存在しないものと考えられるが、今後のクラウド化の進展等に伴い、アクセスコントロールの「機能」のみを有する「暗号型」技術が多く用いられるようになることが十分に予想されることである。

## ②「非暗号型」技術

(実態)

「非暗号型」技術は、「フラグ型」と「エラー惹起型」に分類可能であり、「フラグ型」とは、暗号化されていない著作物等に、コピー制御信号を付加して伝送し、記録機器側が信号を検出、反応して複製制御を行うものをいう。また、「エラー惹起型」とは、暗号化されていない著作物等にエラー信号を付加し、当該信号によって機器の既存機能を一方的に誤作動させて、再生や複製等を制御するものをいう。

「フラグ型」の例としては、CGMS<sup>98</sup>、SCMS<sup>99</sup>、デジタル録画機器での

---

ころ、当該B-CASカードの支給契約に係るライセンス契約に基づき、機器メーカーに対して複製制御等を義務づけ、また、シュリンクアップ契約形式の使用許諾契約により、エンドユーザーに対して著作権保護技術対応機器以外でのB-CASカードの使用を禁止している。

<sup>98</sup>CGMS (Copy Generation Management System)：映画のDVDなどに用いられ、再生機器とデジタル記録機器をアナログビデオ接続したときに記録機器の記録機能を制御（複製の世代制御）する技術（CGMS-A）と、

擬似シンクパルス方式<sup>100</sup>（マクロビジョン）が挙げられ、「エラー惹起型」の例としては、コピーコントロールCD<sup>101</sup> やアナログ録画機器での擬似シンクパルス方式（マクロビジョン）が挙げられる。

（評価）

「フラグ型」技術については、現行著作権法の技術的保護手段の対象とされている。なお、「エラー惹起型」技術については、エラー信号と既存機能の組合せによって、コピーコントロールとしての「機能」を有する場合と、アクセスコントロールとしての「機能」を有する場合と、双方の「機能」を有する場合とがある。コピーコントロールとしての「機能」を有する場合においては（アクセスコントロール「機能」をも有する場合でも）、技術的保護手段の対象として位置付けることが適当であると考えられる。

## （2）ゲーム機・ゲームソフト用の保護技術

（実態）

現状のゲーム機・ゲームソフト用の保護技術に関しては、ゲーム機本体にセキュリティを施すとともに、正規のゲームソフトに当該セキュリティに適合する信号を付し、当該信号によりゲームを起動させる技術が施されている。すなわち正規のゲームソフトにはゲームのデータとともに当該セキュリティに適合する信号を付し、当該信号によりゲームを起動させるものである。この場合、ゲームのデータを非正規の媒体に記録しても、当該媒体にはセキュリティに適合する信号が無いことから、ゲームが起動されない。

なお、現状では、ニンテンドーDSなどゲーム機専用のゲームソフト媒体を使用している場合、ゲームのデータは暗号化されておらず、PSP（プレイステーションポータブル）などのようにUMD、DVD等汎用の媒体を使用している場合、ゲームのデータは暗号化されている。

主にニンテンドーDSなどにおいては、非正規の媒体に当該セキュリティに適合する信号を新たに付加し、正規の媒体であるかのように動作することによってセキュリティを回避する機器（いわゆる「マジコン」）を用いて非正規のゲームを起動させる行為が横行している。

---

デジタル接続したときに同様の制御を行う技術（CGMS-D）がある。

<sup>99</sup>SCMS（Serial Copy Management System）：音楽CDなどに用いられ、再生機器とデジタル記録機器をデジタル音声接続したときに記録機器の記録機能を制御（複製の世代制御）する技術。

<sup>100</sup>擬似シンクパルス方式（マクロビジョン）：映画のビデオテープなどに用いられ、再生機器とアナログ記録機器をアナログビデオ接続したときに、複製をしても鑑賞に堪えられないような乱れた画像とする技術。

<sup>101</sup>コピーコントロールCD：音楽CDのオーディオトラックにPCでの読み取りを妨害する技術を施したディスク。

また、PSPほか、据え置き型ゲーム機においては、本体に組み込まれたソフトウェア（ファームウェア）を書き換え、セキュリティが動作しないよう修正を施し、セキュリティに適合する信号がない非正規の媒体でもゲームを起動できるようにする行為が横行している。

この他、オンラインゲームで用いられているものとしては、正規のユーザーが保有するゲームプログラムに信号を付し、ネットワークを通じてゲームシステムを管理するサーバと認証することにより、当該ゲームを遊技させる保護技術がある。これは、正規ユーザーに与えられる固有の文字列やコードを、ネットワークを通じて接続されるサーバが認証することによって、ゲームの遊技を可能とするもので、ゲームソフトに限らずビジネスソフトにおいても採用されている保護技術である。

当該認証が成功した場合に限り、ゲームシステムを管理するサーバから、ID・パスワード等当該サーバに接続するための識別符号が付与され、ゲームの遊技には当該識別符号を用いることになる。

#### （評価）

これらのゲーム機・ゲームソフト用の保護技術については、ゲームソフトの媒体によっては、複製そのものを防止することはできないものがあるものの、ゲーム機本体に施されたセキュリティと、ゲームソフトの媒体に付された信号を適合させるという「技術」が社会的にどのように「機能」しているかという観点から評価を行えば、違法に複製され、さらに違法にアップロード（送信可能化、自動公衆送信）されたゲームソフトを、単にダウンロード（複製）するだけでは、当該違法複製物にはゲーム機本体にあるセキュリティに適合する信号までは複製されず、結果としてゲーム機で使用するのことができない、意味の無い不完全な複製とすることにより、アップロードの際に行われる複製等を抑止する保護技術と評価でき、技術的保護手段の対象として位置付けることが適当であると考えられる。

ただし、オンラインゲーム用の保護技術のうち、ゲームソフトの複製やインターネット上での送信の防止・抑止が行われていないものについては、アクセスコントロール「機能」のみを有する保護技術と考えられ、技術的保護手段の対象として位置付けることは適当でないものと考えられる。

### （3）まとめ

以上の評価をもとに、技術的保護手段の対象となる保護技術について総括すると、現行でも技術的保護手段の対象となっているSCMS、CGMS、擬似シンクパルス方式等の「フラグ型」技術等に加え、CSS等の「暗号型」技術についても、保護技術の「技術」の側面のみならず、当該「技術」が、契約の実態等とも相まって、社会的にどのように「機能」しているのかという点も含めて評価することにより、技術的保護手段の対象とすることが適当と考えられる。（ただし、「暗号型」技術については、

今後、アクセスコントロール「機能」のみを有するような保護技術が多く用いられるようになることが十分に想定され、そのような保護技術については技術的保護手段の対象外となる。）

また、ゲーム機・ゲームソフト用の保護技術については、ゲームソフトの媒体によっては、複製そのものの防止は行われていないものの、違法に複製され、さらに違法にアップロード（送信可能化、自動公衆送信）されたゲームソフトを、単にダウンロード（複製）するだけでは、当該複製により作成されたゲームソフトの複製物を使用することができず、また、コンテンツ提供事業者（ゲームソフトメーカー）は、こうした違法に行われている複製や送信可能化、自動公衆送信を抑止する意図をもって当該保護技術を用いていると考えられることから、当該保護技術が社会的にどのように「機能」しているかという観点から着目すれば、複製等の抑止を目的とした保護技術と評価することが可能であり、技術的保護手段の対象とすることが適当と考える。

もっとも、上述のとおり、オンラインゲーム用の保護技術のうち、ゲームソフトの複製やインターネット上での送信の防止・抑止が行われていない、アクセスコントロール「機能」のみを有する保護技術については、技術的保護手段の対象とはならないものと考えられる。

なお、アクセスコントロール「機能」のみを有すると評価されるオンラインゲーム用の保護技術を除くゲーム機・ゲームソフト用の保護技術のうち、とりわけゲームソフトを暗号化していない場合は、当該保護技術の回避によって支分権の対象となる行為が可能となるわけではなく、当該保護技術を技術的保護手段の対象とすることは、結果として著作権法が特定の者のプラットフォームを保護することにつながることから反対であるとする意見があった。

この点、上述のとおり、CSS等の「暗号型」技術やゲーム機・ゲームソフト用の保護技術について、著作権者等の権利の実効性の確保という観点から、著作権等侵害行為を防止又は抑止する手段に係るものを規制対象とし、現行著作権法の技術的保護手段の枠内で捉えようとするものであり、特定の者によるプラットフォームの保護を認めるという観点に立つものではないことは言うまでもない。

## 第3章 技術的保護手段の定義規定等の見直し

### 第1節 技術的保護手段の定義

第2条第1項第20号に規定されている現行の技術的保護手段の定義規定は、第1章第1節で述べたように、「電磁的方法により、著作権等を侵害する行為の防止又は抑止する手段」で、「著作権者等の意思に基づいて用いられているもの」であって、「機器が反応する信号を著作物等とともに記録・送信する方式」によるものと規定されている。

以下では、「手段」「方式」「その他」に分けて検討することとする。

#### 1 「手段」について

「手段」については、現行著作権法上、「著作者人格権、著作権、実演家人格権及び著作隣接権の対象となる行為」、すなわち、複製や公衆送信等の支分権に係る行為の侵害を防止又は抑止する手段として規定しているところである。

今般、保護技術について改めて評価・分析を行った結果、従来技術的保護手段の対象とされてきたSCMS、CGMS、擬似シンクパルス方式に加え、CSS等の「暗号型」技術及びゲーム機・ゲームソフト用の保護技術を技術的保護手段の対象とすることが適当であると考えられるが、現行の技術的保護手段の定義規定中の「抑止」については、「著作権等を侵害する行為の結果に著しい障害を生じさせることによる当該行為の抑止」と規定されており、当該規定は、アナログ録画機器において、録画動作は止めないものの鑑賞に堪えない乱れた映像を録画させる擬似シンクパルス方式を念頭においたものとなっている。

一方、CSS等の「暗号型」技術やゲーム機・ゲームソフト用の保護技術については、単に暗号化されたコンテンツやゲームソフトを複製しただけでは、当該複製物（※）を使用できない点において複製の抑止と評価できることから、現行の定義規定中の「抑止」との関係について、どのように評価するか検討する必要があり、必要に応じ、規定の見直しを行うべきと考えられる。

（※）なお、CSS等の保護技術を回避（例えば、暗号の解除）して複製を行う場合には、CSS等の保護技術が新たに技術的保護手段の対象となり、第30条第1項第2号の適用を受けることとなるため、私的使用目的の複製であっても、他の権利制限規定により適法とされない限り、技術的保護手段の回避により可能となる複製等を、その事実を知りながら行う場合には違法複製となる。一方で、同じ暗号化の解除でも当該解除により視聴が可能となる場合や、いわゆるマジコン等によりゲームソフトの使用が可能となる場合には、技術的保護手段を回避した後に支分権（複製権）を侵害する行為が存在しないため、そもそも第30条第1項第2号の適用そのものは受けられないこととなる。

## 2 「方式」について

「方式」については、現行著作権法上、「(著作物等の) 利用に際しこれに用いられる機器が特定の反応をする信号を著作物等とともに記録媒体に記録又は送信する方式」によるものとして規定されているが、これは、SCMS、CGMS、擬似シンクパルス方式に共通して用いられている方式を条文化したものである。

CSS等の「暗号型」技術の場合には、著作物等そのものを暗号化しており、特定の反応をする信号を著作物等とともに記録媒体に記録又は送信する方式ではなく、そうした技術については現行規定では対応できないため、現行の定義規定中の「方式」の見直しが必要であると考えられる。

## 3 その他

技術的保護手段が施されている著作物等の種類等の関係においては、実態上コピーコントロールが施されている著作物等の種類は、映画の著作物やプログラムの著作物、実演等多岐にわたり、その利用の態様もパッケージによるものやインターネット配信によるもの等様々であることから、引き続き著作物等の種類等の違いに応じて規制の在り方を異にする必要はないものと考えられる。

技術的保護手段を施す主体については、実態上、現行用いられている保護技術は著作権者等の意思に基づいて施されていることから、引き続き、著作権等を有する者の意思に基づくことなく用いられているものを技術的保護手段の対象から除くことが適当であると考えられる。

### 第2節 技術的保護手段の回避の見直し

技術的保護手段の「回避」については、第30条第1項第2号においてその定義が置かれており、「技術的保護手段に用いられている信号の除去又は改変」と規定されているところである。

当該「回避」に係る規定は、第2条第1項第20号の技術的保護手段の定義中の「方式」の規定を受けて条文化されているが、現行の「方式」の規定の見直しとともに、また、CSS等の「暗号型」技術やゲーム機・ゲームソフト用の保護技術の回避の実態を踏まえ、「回避」の規定についても見直すことが必要であると考えられる。

## 第4章 技術的保護手段の見直しに伴う回避規制の在り方

### 第1節 基本的な考え方

今般、技術的保護手段について検討を行った結果、新たに規制対象とすべきとされた保護技術は、アクセスコントロール「機能」とコピーコントロール「機能」を併せ有するものであり、規制の対象とすべき行為についても、技術的保護手段が、社会的にどのように「機能」しているかという観点から着目した上で、機能すればできなかったはずの著作物等の利用を可能にすることにより、著作権者等の権利の実効性を損なう行為であると考えられる。

なお、規制の対象となる行為の特定に際しては、社会的実態を踏まえ、慎重に行われるべきものと考えられる。

また、技術的保護手段の回避規制は、米国で問題となった事例のように、技術的保護手段の回避規制を利用して、著作権の対象とならないものにまで実質的な保護を及ぼすことを認めるものではないことは、今般の見直しによっても変わるものではない。

このような行為は、回避を伴う利用を大量に可能にする回避装置及びプログラム（以下「回避装置等」という。）の製造等の行為（以下、当該行為の規制を「回避機器規制」という。）と実際に技術的保護手段を回避して著作物等を利用する行為（以下「回避を伴う利用」といい、当該行為の規制を「回避行為規制」という。）との二つに整理できると考えられる。

### 第2節 回避機器規制

#### 1 規制の趣旨

回避を伴う利用の際に用いられる回避装置等は、たとえ一台であっても大量の回避を伴う利用を可能とし、かつ、これらの回避装置等が大量に社会に出回ることになると、社会全体として著作権者等に与える被害は深刻なものとなるため、現行の著作権法において、回避装置等の製造等に対しては刑事罰が科されている。

今般の技術的保護手段の見直しによっても、こうした考えは変わるものではなく、引き続き、回避装置等の製造等により大量の回避を伴う利用を可能ならしめる行為について、著作権者等の権利の実効性の確保の観点から、規制の対象とすることが適当であると考えられる。

## 2 回避装置等の種類との関係について

回避を伴う利用の際に用いられる装置等のうち、汎用的な装置等については、回避を行うことを唯一の機能とするものではないこと、また、当該装置等の使用者も必ずしも回避を伴う利用のために用いるとは限らないこと、さらには、このような汎用装置等を規制することは情報化社会の発展の阻害につながるなどから、現行著作権法においては規制の対象とはしておらず、このような考え方は、引き続き適当であると考えられる。

また、「方式」の見直しに当たり、いわゆる「無反応機器」（特定の信号に反応しないことにより、結果として技術的保護手段が機能しない装置）が規制対象とならないようにすることについても、引き続き配慮が必要である。

なお、回避専用装置等に他の装置等を組み合わせたものや、回避専用装置等を内蔵したものの場合は、全体として回避の機能を果たさない場合を除き、それぞれ組み合わされ、又は内蔵された回避専用装置等の部分が、なお回避専用装置等として規制対象となることもあるという現行の考え方は引き続き妥当性があるものと考えられる。

また、ゲーム機・ゲームソフト用の保護技術に関しては、回避装置等を用いて自主制作ソフトを使用する場合があるが、先述した規制の必要性の高さや実効性の確保の観点から、基本的に規制そのものに例外を設けるのではなく、法の適用に当たって当該回避装置等が社会実態上どのように用いられているか等を総合的に勘案して判断されるものと考えられる。

## 3 回避機器規制の対象となる行為

回避機器規制として具体的に規制すべき行為としては、回避装置等が広く用いられる機会をなくすことが必要であるとの観点から、また、調査目的や研究目的等での製造までもが阻害されることが無いように、現行の規制と同様、引き続き回避装置等の頒布、頒布目的の製造、輸入、所持又は公衆に使用させる行為や回避を伴う利用に供せられるプログラムの公衆送信（送信可能化を含む。）を規制対象とすることが適当であると考えられる。

また、営利目的や業としての行為に規制の対象を限定することも考えられるが、回避を伴う利用に供せられるプログラムが、インターネット等を通じて非営利で提供されている実態に照らして、現行の規定と同様、非営利での提供行為についても規制の対象とすることが適当である。

なお、機器本体を改造することにより、技術的保護手段を回避することを可能とするサービスが存在するが、公衆の求めに応じてそのようなサービスを行うことは、現行著作権法における解釈と同様に、回避装置等の頒布目的の製造に当たり得るものと考えられる。

### 第3節 回避行為規制

#### 1 基本的な考え方

まず、個々の複製等の支分権に該当する行為に伴って回避が行われる場合には、回避行為自体を規制の対象としなくとも、当該支分権該当行為自体が著作権等の侵害に該当するか否かを問えば足りることとなる。

今般の保護技術を改めて評価・分析した結果、CSS等の「暗号型」技術について、技術的保護手段の対象と評価することから、CSS等の暗号化を解除してコピーコントロールとしての「機能」の効果を妨げ、複製自由の状態にして無許諾で複製を行うことは、他の権利制限規定により適法とされない限り、複製権侵害に該当することとなる。

一方、同じCSS等の暗号化の解除であっても、当該解除がアクセスコントロールとしての「機能」の効果を妨げることにより、非正規の機器で視聴できるようになること自体は、視聴行為が著作権法の支分権の対象外であり、当該解除に係る回避行為は、支分権の侵害行為には当たらないことから、アクセスコントロール「機能」のみを有する保護技術については技術的保護手段の対象としないとする今回の基本的な考え方に基づき、当該回避行為を規制の対象とすることは適当ではないと考える。

同様に、ゲーム機・ゲームソフト用の保護技術についても、当該保護技術を回避する行為そのものは、ゲームソフトの複製物を使用できるようにするものであり、支分権侵害行為には当たらないことから、上記と同じ整理とすべきと考えられる。

#### 2 権利制限規定との関係

現行著作権法上では、技術的保護手段を回避して著作物等を複製する行為と権利制限規定のうち第30条の私的使用複製との関係については、技術的保護手段の回避により著作権者等が予期しない複製が自由に、かつ社会全体として大量に行われることは、著作権者等の経済的利益を著しく損なうことから、回避を伴う複製を私的使用のための複製として権利制限することは適当ではないと整理され、第30条第1項第2号においてその旨規定されている。

一方、図書館等における複製等の公益上の理由等から設けられているその他の既存の権利制限規定に基づく利用については、技術的保護手段を回避して行われる利用であっても、著作権者等の経済的利益を著しく損なうおそれがあるとは言えず、それぞれ規制の対象とすることは適当ではないと整理されている。

こうした現行著作権法上の整理は、今般の技術的保護手段の見直しの結果、技術的保護手段に係る基本的な考え方を変えるのではなく、現状の保護技術の評価に係る考え方を変更することとしたことから、今後とも引き続き妥当するものと考えられる。

なお、専らマジコン等により使用可能とする目的をもって行われる複製については、

その複製が私的使用目的であっても違法複製となるよう、第30条を見直すべきとの意見もあるが、この場合、そもそも私的使用の領域をどのように考えるのかといった慎重に検討すべき課題が提起されることとなることから、今後の検討に委ねられるべきものとする<sup>102</sup>。

また、欧州では、複製物の利用者がバックアップ等の目的で私的複製を行うような場合について、技術的保護手段の回避を規制しないような制度が設けられている国もあり<sup>103</sup>、我が国においても、今後、技術的保護手段の回避による複製と私的使用複製との関係についての議論が必要ではないか、との意見も出された。

### 3 回避サービス提供行為

その他、第三者のために技術的保護手段の回避を行う行為については、大量の回避を伴う利用を可能ならしめる行為であって、また個々の利用に先立つ行為として行われるものもあると考えられることから、現行著作権法において、そのような行為については、権利侵害行為のより効果的な防止を図るために、規制の対象とすることが適当であると整理されており、こうした整理も引き続き妥当するものと考えられる。

---

<sup>102</sup>なお、第30条第1項第3号に該当する場合は、違法複製となる。

<sup>103</sup>例えば、フランス著作権法では、複製者の私的使用に厳密に充てられ、集団的使用を予定しない複製等は禁止されないとする権利制限の利益を公衆から奪う効果をもつような技術的手段を用いてはならないとする規定（第L.122の5条第2号、第L.331-9条等）がある。

## 第5章 規制の手段

### 第1節 回避機器規制の手段

民事的救済手段に関しては、回避装置等の頒布や頒布目的の製造、輸入等について著作権者等が民事的救済手段を講じようとしても、多くの場合、通常はどの著作物等が回避を伴う利用の対象となるかが特定できず、著作権等の被侵害者を特定できないことから、特別な民事的救済に係る規定を置くことは困難であると考えられる。なお、被侵害者が特定できる場合には、第112条（差止請求権）や民法第709条（不法行為による損害賠償）などの一般原則に基づいて認められる範囲内において民事的救済の対象となり得るものと考えられる。ただし、この点、特別の救済を検討すべきとの意見もあった。

一方、刑事罰に関しては、回避装置等により社会全体で大量の回避を伴う利用が行われ、著作権者等全体の利益が著しく損なわれるといったことを防止する等の観点から、また、侵害準備行為であって著作権等が侵害される者を特定できないことから、現行著作権法では、回避装置等の製造等に係る規制については、非親告罪とされている。

また、法定刑については、回避専用装置等の公衆への譲渡等は、著作権者等の権利利益の実効性を著しく損なうものではあるが、権利侵害行為そのものではなく、いわばその準備的行為に当たることを考慮し、法定刑を権利侵害罪より軽い、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれらを併科することとしている（第120条の2）。

こうした回避機器規制に係る民事的救済手段や刑事罰に関する現行制度上の整理は、CSS等の「暗号型」技術やゲーム機・ゲームソフト用の保護技術を技術的保護手段の対象とすることが適当であるとした今般の保護技術の評価を経ても変わるものではなく、引き続き妥当するものと考えられる。

### 第2節 回避行為規制の手段

現行著作権法においては、回避行為そのものではなく、回避を伴う利用に着目して規制しており、民事的救済については、当該利用が著作権等を侵害する行為に該当する場合には、現行法に基づき損害賠償請求権や差止請求権により救済される。

ただし、刑事的救済については、私的使用のための回避を伴う複製行為は、刑事罰を科すほどの違法性があるとまでは言えないことから、行為者は刑事罰の対象から除外されている。

また、第三者のために技術的保護手段の回避を行う行為については、個々の回避行為とその後の利用行為の関係が必ずしも明確ではなく、回避装置等に係る行為と同様に大

量の違法利用を可能ならしめる行為であることから、回避装置等に係る規制と同様の考え方で規制を行うことと整理されている。

こうした現行制度上の整理は、CSS等の「暗号型」技術やゲーム機・ゲームソフト用の保護技術を技術的保護手段の対象とすることが適当であるとした今般の保護技術の評価を経ても変わるものではなく、引き続き妥当するものと考えられる。

## おわりに

技術的保護手段の見直しに関する本小委員会の検討結果は以上のとおりである。

「はじめに」でも記したように、本小委員会は、知的財産推進計画2010において「アクセスコントロール回避規制の強化」を図ることとされたことを受け、本小委員会の下にワーキングチームを設置し、現行著作権法では技術的保護手段の対象とされていない保護技術についての分析・評価を行うとともに、技術的保護手段の見直しや、当該見直しを踏まえた回避規制の在り方等について集中的に検討を進めてきた。

その結果、①CSS等の「暗号型」技術やゲーム機・ゲームソフト用の保護技術について、「技術」面にのみ着目するのではなく、契約等の社会的実態も含め、保護技術が社会的にどのような機能を果たしているかとの観点から評価し、複製等の支分権の対象となる行為を技術的に制限する「機能」を有していると評価される保護技術については、技術的保護手段の対象とすることが適当であること、②アクセスコントロール「機能」のみを有していると評価される保護技術について、著作権法の規制を及ぼすことは、時間的な制約等もあることから、技術的保護手段として位置付けるとの結論を得ることは適当ではないこと、③回避規制の在り方については、引き続き現行著作権法の整理が妥当であること等の結論を得たところである。

今後、立法措置を講じていくに当たっては、保護技術とその回避の実態や明確性の原則等にも十分配慮しつつ、検討・作業を行う必要があると考える。また、障害者への情報アクセスの確保など制度の適切な運用を図るとともに、社会的実態等を踏まえつつ、時宜に応じて必要な見直しを行う必要があると考える。

## 第3編 その他の課題

# 第1章 公文書管理法に関する権利制限について

## 第1節 問題の所在

### 1 公文書等の管理に関する法律の概要

「公文書等の管理に関する法律」（平成21年法律第66号。以下「公文書管理法」という。）は、第171回通常国会で可決成立し、平成21年7月1日に公布されており<sup>104</sup>、同法は、行政文書等の適正な管理、歴史公文書等の適切な保存及び利用等を図り、もって行政が適正かつ効率的に運営されるようにするとともに、国及び独立行政法人等の有するその諸活動を現在及び将来の国民に説明する責務が全うされるようにすることを目的としている（同法第1条）。

同法は、行政機関及び独立行政法人等が保有する公文書等について、一定の条件の下での国立公文書館等<sup>105</sup>への移管を義務づけているほか（同法第8条第1項、第11条第4項）、行政機関以外の国の機関が保有する公文書等についても、国の機関と内閣総理大臣との協議による定めに基づき、国立公文書館等が移管を受けることができることとしている（同法第14条第2項）。

また、同法は、国立公文書館等に移管された文書（「特定歴史公文書等」）の取扱いにつき、国立公文書館等の長に以下の義務を課している。

- (i) 特定歴史公文書等について、利用の請求があった場合には、一定の場合を除き、写しの交付等<sup>106</sup>の方法によってこれを利用させなければならないこと（同法第16条第1項）
- (ii) 特定歴史公文書等について、適切な記録媒体により永久に保存しなければならないこと（同法第15条第1項・第2項）

### 2 著作権法との関係

公文書管理法上、国立公文書館等の長が負う上記（i）及び（ii）の義務の対象である「特定歴史公文書等」には、著作権の存続している著作物が含まれる可能性があるた

<sup>104</sup>施行日は平成23年4月1日（一部を除く）。

<sup>105</sup>公文書管理法において、「国立公文書館等」とは、（i）独立行政法人国立公文書館の設置する公文書館、（ii）行政機関の施設及び独立行政法人等の施設であって、（i）に類する機能を有するものとして政令で定めるものをいう（同法第2条第3項）。

<sup>106</sup>利用の方法は、文書又は図画については閲覧又は写しの交付であり、電磁的記録については、その種別、情報化の進展状況等を勘案して政令で定める方法により行うこととされており（同法第19条）、公文書等の管理に関する法律施行令第24条は、（i）電磁的記録を専用機器により再生又は映写したものの閲覧、視聴又は聴取、（ii）電磁的記録を用紙に出力したものの閲覧又は交付、（iii）電磁的記録を電磁的記録媒体に複写したものの交付、のうち国立公文書館等の長が利用等規則で定める方法としている。

め、その場合、国立公文書館等の長が当該各義務を履行するに当たり、著作権法上の権利と抵触することとなる。

すなわち、具体的には、上記（i）の義務については、著作者人格権に関して公表権や氏名表示権、そして著作財産権に関して複製権等が、上記（ii）の義務については、複製権が、それぞれ問題となりうる。

このため、公文書管理法を所管する内閣府から、国立公文書館等の長が上記（i）及び（ii）の義務を円滑に履行し、公文書管理法を円滑に運用するために必要な権利制限規定等の整備が要望されている。

## 第2節 検討結果

### 1 公文書管理法第16条第1項関係

#### （1）対象となる文書の分類

公文書管理法第16条第1項の対象となるものは、「特定歴史公文書等」であるが、ここで「特定歴史公文書等」とは、歴史公文書等（＝歴史資料として重要な公文書その他の文書。同法第2条第6項）のうち、（i）行政機関から国立公文書館等への移管文書、（ii）独立行政法人等から国立公文書館等への移管文書、（iii）行政機関以外の国の機関から国立公文書館の設置する公文書館への移管文書、（iv）法人等又は個人から国立公文書館等への寄贈・寄託文書、をいう（同条第7項）。

以下、それぞれにつき検討を行うこととする。

#### （2）基本的考え方（行政機関及び独立行政法人等から国立公文書館等への移管文書の取扱い）

行政機関情報公開法<sup>107</sup>及び独立行政法人等情報公開法<sup>108</sup>（以下「行政機関情報公開法等」という。）は、行政機関等の諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにすること等を目的とし、行政機関等の長に対し、行政機関等が保有する文書につき、国民からの開示請求に対する開示義務を課しており、その目的において高度な公益性が認められる。そして、これらの法律の制定の際、その円滑な文書の開示との調整を図る観点から、併せて著作権法を改正し、これらの法律に基づく開示に必要な限度で公表権、氏名表示権及び複製権等に関する権利制限規定等が設けられている（公表権につき第18条第3項・第4項、氏名表示権につき第19条第4項、複製権等につき第42条の2等）。

<sup>107</sup>行政機関の保有する情報の公開に関する法律（平成11年法律第42号）

<sup>108</sup>独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律（平成13年法律第140号）

この点、公文書管理法についても、本章第1節1で見た目的にかんがみれば、同法第16条第1項に基づく利用は、上記行政機関情報公開法等に基づく文書開示と同様に、その目的において高度な公益性が認められるものと考えられる。

また、行政機関や独立行政法人等が保有する文書に関しては、行政機関情報公開法等に基づく行政文書等の開示の際には、上記各規定により、一定の範囲で公表権や氏名表示権、複製権等が制限等されることとなっている一方、これらが国立公文書館等に移管された後は、その利用（文書の開示）に関して公表権や複製権等が及ぶとした場合、利便性の低下を招くこととなりかねず、公文書管理法の円滑な観点から望ましくないと考えられる。

以上を踏まえ、公文書管理法第16条第1項に基づく国立公文書館等の長が負う義務を円滑に履行し、同法の円滑な運用を図るため、行政機関情報公開法等と同様の権利制限規定等を置くことが適当と考えられる。

### **(3) 行政機関以外の国の機関から国立公文書館の設置する公文書館への移管文書（同法第2条第7項第3号）の取扱い**

現在、行政機関以外の国の機関（裁判所及び国会）においては、行政機関情報公開法の趣旨を踏まえ、各機関において独自に文書開示の仕組みを整えて自主的な国民への情報提供が行われているが<sup>109</sup>、これら機関による保有文書の開示は、法令上、開示制度が定められているものではないため、著作権法上、上記行政機関情報公開法等の場合のような権利制限規定等は置かれていない。

かかる事実にかんがみ、これらの文書が国立公文書館の設置する公文書館へ移管された場合も、当該文書については、移管前と同様に権利制限規定等を置かないことも考えられる。

しかしながら、これらの文書は立法府や司法府が保有していた文書であり、国等の諸活動に関する国民への説明責任を全うするという公文書管理法の趣旨は、当該文書にも同様に妥当するものと考えられ、これらの文書についても、行政機関や独立行政法人等から移管された文書と同様に、権利制限規定等の対象として位置付けることが適当であると考えられる。

### **(4) 法人等又は個人からの寄贈・寄託文書（公文書管理法第2条第7項第4号）の取扱い**

本節1(2)で見たとおり、同法第16条第1項に基づく利用請求の対象である「特

---

<sup>109</sup>例えば、最高裁判所においては「最高裁判所の保有する司法行政文書の開示に関する事務の取扱要綱」、衆議院事務局においては「衆議院事務局の保有する議員行政文書の開示等に関する事務取扱規程」に基づき、それぞれ保有文書の開示が行われている。

定歴史公文書等」には、行政機関や行政機関以外の国の機関から国立公文書館等が移管を受けた文書だけでなく、国立公文書館等が法人その他の団体又は個人から寄贈・寄託を受けた歴史公文書等も含まれる（同法第2条第7項第4号）。

同法においては、当該文書についても、行政機関等から移管された特定歴史公文書等と同様に同法に基づく利用請求の対象とされていることから、国等が諸活動を現在及び将来の国民に説明する責務を全うするという同法の趣旨は同様に妥当するものと整理されているものと考えられ、その目的において公益性を有すると考えられる。

また、国立公文書館等への寄贈・寄託は、同法の目的・趣旨に沿って運用されること、具体的にはガイドラインや国立公文書館等における利用規則等を遵守する形で行われることが予定されているため、寄贈・寄託が無制限に行われ、利用の対象となるようなことは想定されず、したがって、著作権者の利益を不当に害するものではないものと考えられる。

以上を踏まえると、国立公文書館等が法人等又は個人から寄贈・寄託を受けた文書についても、同法に基づく国立公文書館等の長の開示義務の履行に関し、行政機関や独立行政法人等から移管された文書と同様に、権利制限規定等の対象として位置付けることが適当と考えられる。

## 2 公文書管理法第15条関係

### (1) 国立公文書館等における文書の永久保存の意義

公文書管理法第15条は、国立公文書館等における特定歴史公文書等の永久保存義務やその保存方法（文書の電子化保存）等につき規定しているところ、その趣旨は、国立公文書館等における特定歴史公文書等の利用による現在及び将来の国民への説明責任を全うすることにある<sup>110</sup>、その目的において、高度な公益性が認められると考えられる。

### (2) 現行法の解釈による対応可能性

国立公文書館等による文書の電子化については、第31条第1項第2号（図書館資料の保存のため必要がある場合の権利制限）の適用可能性が考えられるが、公文書管理法における永久保存は、国立公文書館等に移管された文書を移管後直ちに良好な状態において電子化することを想定しており、このような場合にまで同号が適用されるか否かは必ずしも明らかでなく<sup>111</sup>、現行法の解釈における対応には限界がある。

<sup>110</sup> 『逐条解説公文書管理法』62頁（ぎょうせい、2009）

<sup>111</sup> 文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）190頁・191頁は、国立国会図書館における所蔵

### (3) 永久保存義務の対象となる文書に含まれる著作物の性質等

公文書管理法第15条における永久保存義務の対象となる「特定歴史公文書等」に含まれ得るのは、前述のとおり、(i) 行政機関から国立公文書館等への移管文書、(ii) 独立行政法人等から国立公文書館等への移管文書、(iii) 行政機関以外の国の機関から国立公文書館の設置する公文書館への移管文書、(iv) 法人等又は個人から国立公文書館等への寄贈・寄託文書である。

このうち、同法の規定により義務的に移管されることとなり、「特定歴史公文書等」の大部分を占めることになると考えられる(i)及び(ii)の文書については、同法の定義上、「新聞、雑誌、書籍その他不特定多数の者に販売することを目的として発行されるもの」が除外されており(同法第2条第4項第1号、同条第5項第1号)、不特定多数の者に販売することを目的として発行される文書は、永久保存の対象となることは想定されていない。

また、国立公文書館の行った調査によれば、国立公文書館の所蔵資料に含まれる行政機関以外の者が著作者等であると考えられる著作物には、新聞記事、ポスター・DVD等(広報資料)、建築図面、論文、日記等(戦争犯罪関係資料)などがあり、所蔵資料のうち、こうした著作物が含まれているものの占める割合は、約0.5%程度であるとのことである。

以上に加え、権利制限の対象を、国立国会図書館における所蔵資料の電子化につき規定した第31条第2項と同様に同法第15条の永久保存の電子化に限定すれば、著作権者へ与える不利益の程度は、僅かなものであると考えられる。

### (4) 小括

以上を踏まえると、同法第15条に基づく特定歴史公文書等の永久保存が有する高度な公益性と、保存のための電子化を認めることによる著作権者への不利益の程度とを比較衡量すれば、当該永久保存に関し、権利制限を行うことが適当であると考えられる。

---

資料の電子化に関し、「現行法では、図書館資料のデジタル化は、現に資料の傷みが激しく保存のために必要があれば、著作権法第31条第2号によって認められるが、国立国会図書館に納本された書籍等を将来にわたる保存のためにデジタル化することについては、納本後直ちにデジタル化することが認められるか必ずしも明らかではない。」としている。

### 3 地方公共団体の公文書管理法に相当する条例への対応

公文書管理法は、地方公共団体に対し、同法の趣旨にのっとりた施策の策定及び実施に関する努力義務を課していることから（同法第34条）、地方公共団体が、保有文書の適正な管理に関する条例（以下「公文書管理条例」という。）を策定することが想定され、当該条例に基づく文書の開示や永久保存を権利制限等の対象とすべきかにつき問題となる。

現行法では、行政機関情報公開法が地方公共団体に対し、同法の趣旨にのっとりた施策の策定及び実施に関する努力義務を課していることを受け（同法第26条）、行政機関情報公開法等に基づく文書開示に係る権利調整と併せて、地方公共団体の情報公開条例に基づく文書開示についても同様に権利制限の対象としており（第18条第3項第3号・第4項第3号、第19条第4項、第42条の2）、これを踏まえれば、公文書管理法第16条第1項に相当する公文書管理条例に基づく利用についても、権利制限の対象とすることが適当であると考えられる。

また、永久保存義務についても、その目的の公益性と著作権者へ与える不利益の程度は、公文書管理条例においても同様に妥当するものと考えられ、同様に、権利制限の対象とすることが適当であると考えられる。

### 4 まとめ

以上検討したとおり、公文書管理法及び公文書管理条例が円滑に運用されるよう、国立公文書館等の長が同法等に基づき負う一定の義務につき、行政機関情報公開法等に係る規定を参考に、必要な権利制限規定等を置くことが適当である。

## 【参照条文】

### ○公文書等の管理に関する法律（平成21年法律第66号）

#### （目的）

第1条 この法律は、国及び独立行政法人等の諸活動や歴史的事実の記録である公文書等が、健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源として、主権者である国民が主体的に利用し得るものであることにかんがみ、国民主権の理念にのっとり、公文書等の管理に関する基本的事項を定めること等により、行政文書等の適正な管理、歴史公文書等の適切な保存及び利用等を図り、もって行政が適正かつ効率的に運営されるようにするとともに、国及び独立行政法人等の有するその諸活動を現在及び将来の国民に説明する責務が全うされるようにすることを目的とする。

#### （定義）

第2条 （略）

2 （略）

3 この法律において「国立公文書館等」とは、次に掲げる施設をいう。

- 一 独立行政法人国立公文書館（以下「国立公文書館」という。）の設置する公文書館
- 二 行政機関の施設及び独立行政法人等の施設であつて、前号に掲げる施設に類する機能を有するものとして政令で定めるもの

4 この法律において「行政文書」とは、行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書（図画及び電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られた記録をいう。以下同じ。）を含む。第19条を除き、以下同じ。）であつて、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして、当該行政機関が保有しているものをいう。ただし、次に掲げるものを除く。

- 一 官報、白書、新聞、雑誌、書籍その他不特定多数の者に販売することを目的として発行されるもの
- 二 特定歴史公文書等
- 三 政令で定める研究所その他の施設において、政令で定めるところにより、歴史的若しくは文化的な資料又は学術研究用の資料として特別の管理がされているもの（前号に掲げるものを除く。）

5 この法律において「法人文書」とは、独立行政法人等の役員又は職員が職務上作成し、又は取得した文書であつて、当該独立行政法人等の役員又は職員が組織的に用いるものとして、当該独立行政法人等が保有しているものをいう。ただし、次に掲げるものを除く。

- 一 官報、白書、新聞、雑誌、書籍その他不特定多数の者に販売することを目的として発行されるもの
- 二 特定歴史公文書等
- 三 政令で定める博物館その他の施設において、政令で定めるところにより、歴史的若しくは文化的な資料又は学術研究用の資料として特別の管理がされているもの（前号に掲げるものを除く。）

四 別表第二の上欄に掲げる独立行政法人等が保有している文書であつて、政令で定めるところにより、専ら同表下欄に掲げる業務に係るものとして、同欄に掲げる業務以外の業務に係るものと区分されるもの

6 この法律において「歴史公文書等」とは、歴史資料として重要な公文書その他の文書をいう。

- 7 この法律において「特定歴史公文書等」とは、歴史公文書等のうち、次に掲げるものをいう。
- 一 第8条第1項の規定により国立公文書館等に移管されたもの
  - 二 第11条第4項の規定により国立公文書館等に移管されたもの
  - 三 第14条第4項の規定により国立公文書館の設置する公文書館に移管されたもの
  - 四 法人その他の団体（国及び独立行政法人等を除く。以下「法人等」という。）又は個人から国立公文書館等に寄贈され、又は寄託されたもの
- 8 （略）

（移管又は廃棄）

第8条 行政機関の長は、保存期間が満了した行政文書ファイル等について、第5条第5項の規定による定めに基づき、国立公文書館等に移管し、又は廃棄しなければならない。

2～4 （略）

（法人文書の管理に関する原則）

第11条 （略）

2・3 （略）

4 独立行政法人等は、保存期間が満了した法人文書ファイル等について、歴史公文書等に該当するものにあつては政令で定めるところにより国立公文書館等に移管し、それ以外のものにあつては廃棄しなければならない。

5 （略）

（行政機関以外の国の機関が保有する歴史公文書等の保存及び移管）

第14条 （略）

2 内閣総理大臣は、前項の協議による定めに基づき、歴史公文書等について、国立公文書館において保存する必要があると認める場合には、当該歴史公文書等を保有する国の機関との合意により、その移管を受けることができる。

3・4 （略）

（特定歴史公文書等の保存等）

第15条 国立公文書館等の長（国立公文書館等が行政機関の施設である場合にあつてはその属する行政機関の長、国立公文書館等が独立行政法人等の施設である場合にあつてはその施設を設置した独立行政法人等をいう。以下同じ。）は、特定歴史公文書等について、第25条の規定により廃棄されるに至る場合を除き、永久に保存しなければならない。

2 国立公文書館等の長は、特定歴史公文書等について、その内容、保存状態、時の経過、利用の状況等に応じ、適切な保存及び利用を確保するために必要な場所において、適切な記録媒体により、識別を容易にするための措置を講じた上で保存しなければならない。

3 国立公文書館等の長は、特定歴史公文書等に個人情報（生存する個人に関する情報であつて、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）をいう。）が記録されている場合には、当該個人情報の漏えいの防止のために必要な措置

を講じなければならない。

- 4 国立公文書館等の長は、政令で定めるところにより、特定歴史公文書等の分類、名称、移管又は寄贈若しくは寄託をした者の名称又は氏名、移管又は寄贈若しくは寄託を受けた時期及び保存場所その他の特定歴史公文書等の適切な保存を行い、及び適切な利用に資するために必要な事項を記載した目録を作成し、公表しなければならない。

(特定歴史公文書等の利用請求及びその取扱い)

第16条 国立公文書館等の長は、当該国立公文書館等において保存されている特定歴史公文書等について前条第4項の目録の記載に従い利用の請求があった場合には、次に掲げる場合を除き、これを利用させなければならない。

- 一 当該特定歴史公文書等が行政機関の長から移管されたものであって、当該特定歴史公文書等に次に掲げる情報が記録されている場合
- イ 行政機関情報公開法第5条第1号に掲げる情報
  - ロ 行政機関情報公開法第5条第2号又は第6号イ若しくはホに掲げる情報
  - ハ 公にすることにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあると当該特定歴史公文書等を移管した行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報
  - ニ 公にすることにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると当該特定歴史公文書等を移管した行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報
- 二 当該特定歴史公文書等が独立行政法人等から移管されたものであって、当該特定歴史公文書等に次に掲げる情報が記録されている場合
- イ 独立行政法人等情報公開法第5条第1号に掲げる情報
  - ロ 独立行政法人等情報公開法第5条第2号又は第4号イからハマで若しくはトに掲げる情報
- 三 当該特定歴史公文書等が国の機関（行政機関を除く。）から移管されたものであって、当該国の機関との合意において利用の制限を行うこととされている場合
- 四 当該特定歴史公文書等がその全部又は一部を一定の期間公にしないことを条件に法人等又は個人から寄贈され、又は寄託されたものであって、当該期間が経過していない場合
- 五 当該特定歴史公文書等の原本を利用に供することにより当該原本の破損若しくはその汚損を生ずるおそれがある場合又は当該特定歴史公文書等を保存する国立公文書館等において当該原本が現に使用されている場合
- 2 国立公文書館等の長は、前項に規定する利用の請求（以下「利用請求」という。）に係る特定歴史公文書等が同項第1号又は第2号に該当するか否かについて判断するに当たっては、当該特定歴史公文書等が行政文書又は法人文書として作成又は取得されてからの時の経過を考慮するとともに、当該特定歴史公文書等に第8条第3項又は第11条第5項の規定による意見が付されている場合には、当該意見を参酌しなければならない。
- 3 国立公文書館等の長は、第1項第1号から第4号までに掲げる場合であっても、同項第1号イからニまで若しくは第2号イ若しくはロに掲げる情報又は同項第3号の制限若しくは同項第4号の条件に係る情報が記録されている部分を容易に区分して除くことができるときは、利用請求をした者に対し、当該部分を除いた部分を利用させなければならない。ただし、当該部分を除いた部分に有

意の情報が記録されていないと認められるときは、この限りでない。

(地方公共団体の文書管理)

第34条 地方公共団体は、この法律の趣旨にのっとり、その保有する文書の適正な管理に関して必要な施策を策定し、及びこれを実施するよう努めなければならない。

## 第2章 いわゆる「間接侵害」に係る課題について

著作物等の利用につき自ら（物理的に）利用行為を行う者以外の者が、どのような場合に著作権法上の責任を負うのか（差止請求権の相手方になるのか）という、いわゆる「間接侵害」に係る課題については、平成14年度に司法救済制度小委員会において検討を開始し<sup>112</sup>、平成17年度からは本小委員会に司法救済ワーキングチームを設け、引き続き検討を行ってきた。特に平成17から18年度には裁判例からのアプローチ、外国法からのアプローチ、民法からのアプローチ及び特許法からのアプローチにより基礎的な研究を深め、本課題の分析を試みたところ<sup>113</sup>であり、平成19年度からは、これらの成果を踏まえた具体的な立法案の検討を進めてきた<sup>114</sup>。

平成21年度においては、これまでの議論の内容を再度確認するとともに、近時の関係裁判例のうち本検討において重要な意義を有すると考えられるものとして、知財高判平成21年1月27日最高裁HP（ロクラクⅡ事件本訴控訴審）、大阪高判平成21年10月8日最高裁HP（ウィニー刑事事件控訴審）、東京地判平成21年11月13日判時2076号93頁（TVブレイク事件第一審）及び関連する米国の裁判例（Cablevision Systems事件<sup>115</sup>）等について分析を行った。

また、(a)差止請求権の相手方は直接侵害者に限定されず、一定の範囲の間接侵害者（間接的関与者）も、差止請求権の相手方となり得る（いわゆる直接侵害者非限定説）かどうか、(b)間接侵害の成立については直接侵害の成立が前提となる（いわゆる従属説）かどうかの2点を中心的な分析軸とした上で、法制化を行うこととした場合に、これまでいわゆる間接侵害であるとして取り扱われていた裁判事例について、著作権法上、直接侵害と評価すべきケースと間接侵害と評価すべきケースとを適切に分類していくことにつき検討を行った。

その上で、直接侵害とされるケースの具体化・明確化に向けて整理を行うとともに、間接侵害と評価されるケースについては、(i)提供する物及びサービスが著作権侵害の用に

---

<sup>112</sup>文化審議会著作権分科会審議経過報告書（平成15年1月）第5章「司法救済制度小委員会における審議の経過」

[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/toushin/030102f.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/030102f.htm)

文化審議会著作権分科会報告書（平成16年1月）第5章「司法救済制度小委員会」

[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/toushin/04011402/029.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/04011402/029.htm)

<sup>113</sup>文化審議会著作権分科会報告書（平成18年1月）第1章「法制問題小委員会」第5節「司法救済ワーキングチーム」 [http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/toushin/06012705/002/005.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/06012705/002/005.htm)

<sup>114</sup>平成19年10月、中間まとめにおいて、立法の方向性についての考え方を示し、意見募集を実施したところ、立法的対応については多くの意見がその必要性を認めている一方で、具体的措置については慎重論を含め様々な考え方が寄せられた。詳細については、『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会中間まとめ』に関する意見募集に寄せられたご意見」VII（301頁～308頁）を参照。

[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei\\_chuukan\\_iken.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei_chuukan_iken.pdf)

<sup>115</sup>Twentieth Century Fox Film Corp. v. Cablevision Sys. Corp., 478 F. Supp. 2d 607 (S.D.N.Y.2007)（地裁判決）  
The Cartoon Network LP,LLLP v. CSC Holdings, Inc. 536 F.3d 121 (2<sup>nd</sup> Cir. 2008)（控訴裁判決）

供される蓋然性、(ii) 提供する物及びサービスによる権利侵害の発生（又はその蓋然性）の認識の有無、(iii) 侵害発生防止のための合理的措置の有無、等といった要素を考慮対象とした上で、それらの組み合わせを考えつつ、それぞれの場合に想定される論点について検討を行ってきた<sup>116</sup>。

平成22年度においては、引き続き上記論点の検討を行うとともに、主要な裁判例との関係につき分析を行い、併せて、関係団体から意見聴取を行った。

また、いわゆる「リーチサイト」（別のサイトにアップロードされた違法コンテンツへのリンクを集めたサイト）が、いわゆる「間接侵害」との関係でどのような位置付けになるのかにつき、検討を開始した<sup>117</sup>。

本課題については、関連事件に関する最高裁判決の内容も分析し、これらも踏まえ、望ましい制度設計のあり方について引き続き総合的に検討を行っていくことが適当と考える。

---

<sup>116</sup>平成22年文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（第7回）資料2「『間接侵害』に関する検討経過報告」

[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h21\\_shiho\\_07/pdf/shiryo\\_2.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h21_shiho_07/pdf/shiryo_2.pdf)

<sup>117</sup>知的財産戦略本部コンテンツ強化専門調査会インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ「インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について（報告）」は、リーチサイトが著作権侵害として認められるべき要件のイメージとして、(i) 当該サイト全体の性格が様々な著作権侵害コンテンツのサイトへの誘導を目的としていることが、サイトの文面や著作権侵害コンテンツへのリンクが多くを占める状態から、客観的に明らかであること、(ii) 当該サイトの管理者が、それぞれのリンク先が著作権侵害コンテンツのサイト或いはファイルであることを認識していると認められること、が考えられるとし、「(当該要件に該当するような一定の行為については) 現在検討が行われている著作権の間接侵害の要件や差止請求権の在り方の議論の中で当該行為の位置づけを整理していく必要がある。」(28頁)とする。

### 第3章 ネット上の複数者による創作に係る課題について

文化審議会著作権分科会は、平成21年度、法制問題小委員会において契約・利用ワーキングチームを設置し、ネット上の複数者による創作に係る課題に係る検討を開始した。

本課題に関しては、本分科会における検討に先立ち、知的財産戦略本部において、「投稿サイトやブログなど他人の創作物を相互に利用し合いながら創作するケースなど新しい創作形態への対応が明確でない。」として、「多数の者の関与によって作成されたコンテンツの権利管理ルールの明確化」の必要性が検討されており<sup>118</sup>、知的財産推進計画2009<sup>119</sup>及び知的財産推進計画2010<sup>120</sup>においても、関連する記述がなされている。

ネット上で複数者により創作される著作物は、当該著作物の創作のされ方や当該著作物の種類等によって様々な分類が可能であり（例えば共同著作物、二次的著作物、結合著作物等）、現行著作権法上の取扱いもこれにより異なってくるものと考えられるところ、まずは、従来の著作物とは異なる様々な特性を分析した上で、これを踏まえた創作の類型について、法的な整理を行う必要があると考えられる。

契約・利用ワーキングチームでは、上記について、これまで必ずしも十分な議論が行われていないとの問題意識から、平成21年度、ネット上で複数者により行われる創作に係る課題を整理することを目的として、ネット上で創作される著作物の従来の著作物とは異なる様々な特性や、当該著作物の創作の類型に係る法的な整理を行うことから検討を開始した。

平成22年度は、前年度に引き続き、上記の論点についての検討を行うとともに、主に権利処理ルールの明確化という観点から、実際に提供されている国内外の事例の分析や海外での議論状況等に基づき検討を行った。

本課題に関しては、引き続き、当該著作物の創作の類型に係る法的な整理を行った上で、主に権利処理ルールの明確化という観点から、契約による対応の可能性を中心に、立法措置による対応の可能性をも含めた総合的な検討を行うことが適当と考える。

---

<sup>118</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<検討経過報告>（平成20年5月29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）3.（4）

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/digital/dai3/pdf/siryou1.pdf>

及び「知的財産推進計画2010（仮称）」骨子に盛り込むべき事項について（コンテンツ強化関連）（平成22年3月23日）」（知的財産戦略本部コンテンツ強化専門調査会）2.（3）

[http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents\\_kyouka/siryou/20100407houkoku.pdf](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents_kyouka/siryou/20100407houkoku.pdf)

<sup>119</sup> 知的財産推進計画2009（2009年6月24日）施策一覧【第3章】項目番号277 3.（7）

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf>

<sup>120</sup> 知的財産推進計画2010（2010年5月21日）IV. 分野別戦略 戦略2 コンテンツ強化を核とした成長戦略の推進 2.（3）19

[http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/2010chizaisuisin\\_plan.pdf](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/2010chizaisuisin_plan.pdf)

## 【付属資料】

### 第9期・第10期文化審議会著作権分科会法制問題小委員会委員名簿

#### (1) 法制問題小委員会（平成23年1月現在）

※◎は主査、○は主査代理

青 山 善 充	明治大学法科大学院教授（院長）	【平成22年2月4日まで】
上 野 達 弘	立教大学法学部准教授	【平成22年2月4日まで】
○大 淵 哲 也	東京大学大学院法学政治学研究科教授	
岡 山 忠 広	法務省民事局参事官	
小 泉 直 樹	慶應義塾大学大学院法務研究科教授	
清 水 節	知的財産高等裁判所判事	
末 吉 互	弁護士	
多賀谷 一 照	千葉大学法経学部総合政策学科教授	
茶 園 成 樹	大阪大学大学院高等司法研究科教授	
筒 井 健 夫	法務省民事局参事官	【平成22年4月22日まで】
道垣内 正 人	早稲田大学大学院法務研究科教授， 弁護士	
◎土 肥 一 史	日本大学大学院知的財産研究科教授	
中 村 芳 生	法務省刑事局参事官	
中 山 信 弘	明治大学特任教授， 東京大学名誉教授， 弁護士	
前 田 陽 一	立教大学大学院法務研究科教授	
松 田 政 行	弁護士	
村 上 政 博	一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授	
森 田 宏 樹	東京大学大学院法学政治学研究科教授	
森 本 宏	法務省刑事局参事官	【平成21年7月23日まで】
山 本 隆 司	東京大学大学院法学政治学研究科教授	
山 本 隆 司	弁護士	

(以上17名)

## (2) ワーキングチーム

※◎は座長、○は座長代理

### 1. 契約・利用ワーキングチーム (平成23年1月現在)

奥 邨 弘 司	神奈川大学経営学部国際経営学科准教授
川 上 量 生	株式会社ドワンゴ代表取締役会長
◎末 吉 互	弁護士
苗 村 憲 司	情報セキュリティ大学院大学客員教授
野 口 祐 子	弁護士
別 所 直 哉	ヤフー株式会社法務本部長
○森 田 宏 樹	東京大学大学院法学政治学研究科教授

(以上7名)

### 2. 司法救済ワーキングチーム (平成23年1月現在)

上 野 達 弘	立教大学法学部准教授	【平成22年2月4日まで】
◎大 淵 哲 也	東京大学大学院法学政治学研究科教授	
奥 邨 弘 司	神奈川大学経営学部准教授	
茶 園 成 樹	大阪大学大学院高等司法研究科教授	
平 嶋 竜 太	筑波大学大学院ビジネス科学研究科准教授	
前 田 陽 一	立教大学大学院法務研究科教授	
○山 本 隆 司	弁護士	

(以上6名)

### 3. 権利制限の一般規定ワーキングチーム (平成22年1月現在)

大 淵 哲 也	東京大学大学院法学政治学研究科教授
奥 邨 弘 司	神奈川大学経営学部国際経営学科准教授
○小 泉 直 樹	慶應義塾大学大学院法務研究科教授
駒 田 泰 土	上智大学法学部准教授
清 水 節	東京地方裁判所部総括判事
杉 山 貴 史	法務省刑事局刑事課 局付
◎土 肥 一 史	一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授
松 尾 博 憲	法務省民事局参事官室 局付
森 田 宏 樹	東京大学大学院法学政治学研究科教授
山 本 隆 司	弁護士

(以上10名)

#### 4. 技術的保護手段ワーキングチーム（平成22年11月現在）

大  渕  哲  也	東京大学大学院法学政治学研究科教授
奥  邨  弘  司	神奈川大学経営学部国際経営学科准教授
亀  井  正  博	社団法人電子情報技術産業協会法務・知的財産権運営 委員会委員長（富士通株式会社知的財産権本部本部長）
酒  井  信  義	社団法人日本映像ソフト協会管理部部長代理兼管理課長
末  吉  互	弁護士
○茶  園  成  樹	大阪大学大学院高等司法研究科教授
◎土  肥  一  史	日本大学大学院知的財産研究科教授
中  川  文  憲	社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会 事業統括部法務担当マネージャー
前  田  哲  男	弁護士
森  田  宏  樹	東京大学大学院法学政治学研究科教授
山  本  隆  司	弁護士

（以上11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（関係団体よりヒアリング）

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
- ・ 技術的保護手段及びそ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
- ・ 技術的保護手段及びその回避規制について
  - ・ 権利制限の一般規定について
- 第12回 平成23年1月17日
- ・ 技術的保護手段及びその回避規制について
  - ・ 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）
  - ・ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成21・22年度報告書(案)について