

著作権法における権利制限規定の柔軟性が及ぼす  
効果と影響等に関する調査研究

報告書

平成 2 9 年 2 月

青山社中株式会社

## エグゼクティブサマリー

デジタル・ネットワーク技術の進展によって、従来では想定されなかったような新技術を用いた著作物の利用形態が次々に生じるようになってきている。こうした状況の中で、著作権法における権利制限規定について適切な柔軟性を確保し、イノベーションの促進に資することが求められている。その場合、著作物の利用形態に応じて、適切な柔軟性の程度も異なる可能性がある。そこで、本調査研究では、今後の著作権法制の立案に資するよう、権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響について分析を行う。

本調査研究は、大きく三つのパートに分かれている。一つ目は、主として実態面からの分析であり、調査1から調査3までがこれに該当する。ここでは、著作物の利用や権利行使の実態、個人や企業等の著作権意識、司法を取り巻く環境や国民意識、フェアユース規定を有する米国の状況等を分析し、柔軟な権利制限規定を創設した場合の効果と影響を予測している。二つ目は、理論面からの分析であり、調査4と調査5がこれに該当する。ここでは、実態面の分析を踏まえて、柔軟な権利制限規定の効果と影響を総合的に考察している。このパートが、本報告書の中核となる主張を展開した部分である。三つ目は、以上で検討した柔軟な権利制限規定について、他の法体系や関係条約との整合性について検討したものであり、調査6と調査7がこれに該当する。

以下、各調査の概略を簡潔に示す。

調査1では、アンケート調査及びヒアリング調査の手法を用いて、著作物利用や権利行使の現状と、各主体が柔軟な権利制限規定の下でどのような行動をとる可能性が高いかについて分析した。その結果、柔軟性が確保されることによって一定の利用促進効果が認められるものの、法令遵守意識や訴訟回避傾向からその効果は大きいとはいえないことが明らかとなった。また、特に著作権法に対する理解が必ずしも十分ではない主体を中心に、権利侵害を助長する可能性が一定程度あることが明らかとなった。なお、検索エンジンサービス及び論文剽窃検証サービスについて事例研究を行った結果、ビジネスとしての成否に影響を与えているのは、著作権法制よりも、技術的優位や収益構造の差によるところが大きいことも明らかとなった。

調査2では、我が国で柔軟な権利制限規定が導入された場合に、それが効果的に機能するか否かを予測するため、我が国の司法を取り巻く環境や国民意識について分析した。その結果、現在の我が国においては、司法が保有する資源の面では柔軟な権利制限規定に対応できる可能性があるものの、訴訟コストや訴訟自体に対する忌避感を

勘案すると、積極的に訴訟を提起して判例法の形成を促進するような土壌にはなく、当該状況を政策的に作り出していくこともまた、必ずしも容易ではないことが明らかとなった。こうしたことから、柔軟な権利制限規定を創設する場合には、司法による判例の蓄積のみならず、政令や省令等の行政立法、及びガイドラインなどのソフトローについても、補完的な役割を果たし得ると指摘している。

調査3では、柔軟な権利制限規定の代表例であるフェアユース規定を有する米国等との比較分析を行った。その結果、我が国の個別規定と米国のフェアユース規定がカバーする領域は相当程度重なっていること、近年では著作物の利用形態の多様化に伴ってフェアユースでカバーされる領域が広がりつつあることが示された。しかし、日米の著作権侵害訴訟制度とそれを取り巻く環境は大きく異なっており、米国の場合は訴訟コストと賠償額がともに大きいのに対し、日本の場合は十分な賠償額が期待できないことや、訴訟自体に対する忌避感から、訴訟を回避しようとする動機が働く。したがって、我が国に米国のフェアユースと同一の一般的・包括的な規定を導入したとしても、同様に機能するとは考えにくいことを指摘している。

調査4では、柔軟性の高い権利制限規定の下で、法内容の確定時期が事前から事後に変化することによる効果と影響について分析した。権利制限規定の柔軟性が高いほど、事前に法適用の結果を確定的に知ることが難しくなるため、予測可能性は低くなる。このことは、利用の委縮や権利侵害の増加をもたらす可能性がある。一方で、柔軟性の高い規定の方が、立法時ではなく行為時（法適用時）の最新の事情を利用することが期待でき、時代の変化に対応した判断が行いやすい。したがって、立法政策上は、予測可能性と時代の変化への対応という二つの要求のバランスに応じて、柔軟性の度合いを適切に調節することが検討されるべきである。なお、調査1から調査3までの結果を踏まえ、柔軟な規定を創設する場合には、司法による判例形成以外にも、政省令やソフトローが果たす役割も考慮すべきであるとしている。

調査5では、法規形成における立法と司法の役割分担について分析した。法規の定立は、唯一の立法機関である国会により行われることが原則であり、民主的正統性や利用可能な資源等に照らせば、公益に関わる事項についての基本的な政策決定は立法府において行われることが望ましい。一方で、司法府の原則的な役割は、立法により採用された基本的政策のもと、個別具体的な事案をどのように解決すべきかを判断することである。当該立法と司法の特徴を踏まえると、権利制限規定については、考慮すべき基本的な要素は立法で示し、具体的な事案への当てはめは司法が行うという役割分担が理想的である。したがって、柔軟性の高い権利制限規定を創設する場合も、個別規定に柔軟性を持たせる方が望ましく、一般規定の役割はあくまでも例外的

な状況への対応に留めるべきである。なお、こうした立法と司法の役割分担は、調査1から調査3で示された、司法による紛争解決を忌避する傾向が強いという我が国の状況にも整合的であるとも指摘している。

調査6では、国内法体系との整合性の検討に当たって特に重要と考えられる、明確性の理論との整合性を検討した。著作権法は、表現の自由に対する規律としての側面も有し、かつ、民事法と刑事法が一体であるという特徴を持つ。現在の判例及び学説を前提とすれば、明確性の理論に照らして法令が違憲無効となる場合は例外的な場合に限定されている。表現の自由を制約し得る刑罰法規についても、総合衡量的に事情に基づき構成要件該当性ないし違法性阻却事由該当性が判断される規定を設けること自体は、ただちに明確性の理論に違反するものではない。しかし、明確性の理論が、政府の恣意的な法適用を排除し、国民の権利・自由を保障する上で重要なものである以上、考慮要素の明示や例示、政令や省令への委任、基本類型の例示、解釈指針の導入などの方法により、可能な限り規定の明確化に向けた立法政策上の努力を行う必要がある。

調査7では、国際裁判所によって著作権に関するスリーステップテストの解釈が示された唯一の事例である WTO パネルの解釈に基づいて、柔軟な権利制限規定と同テストとの整合性を分析した。同テストへの適合性に関しては、規定の形式面（文言）よりも、実際の適用対象が広いか狭いかという実質的要素の方が重要な判断材料となる可能性が高い。そのため、我が国で柔軟性の高い権利制限規定を創設する場合も、実質的に適用対象が広く、市場の多くが失われるような場合は、同テストの「特別な場合」に該当しないと判断される可能性が高い。一方で、適用対象が比較的狭い場合には、同テストに適合すると判断される可能性が高いものと考えられる。

## 目次

### 【総論】

1. 調査の目的と構成	1
(1) 目的	1
(2) 構成	1
2. 調査研究の実施体制	2

### 【調査 1】著作物利用・権利行使の現状と著作権意識に関する調査

I. アンケート調査	3
1. 調査の概要	3
(1) 企業向け調査（郵送調査）の概要	3
(2) 権利者団体向け調査（郵送調査）の概要	3
(3) 利用者団体向け調査（郵送調査）の概要	3
(4) 個人向け調査（インターネット調査）の概要	3
2. 調査結果	4
(1) 利用に関する調査（著作物の利用状況、著作権法に対する理解状況、訴訟に対する抵抗感、リスク選好、望ましい権利制限規定の形など）	4
(2) 権利行使に関する調査（保有する著作権の種類、著作権収入の状況、権利侵害への対応状況、権利行使の費用、権利者への支援制度についての要望など）	25
(3) 基本情報	46
II. ヒアリング調査	51
1. 概要	51
2. 主な結果	52
(1) 権利者側の主な意見	52
(2) 利用者側の主な意見	54
(3) 両者に共通の意見など	56
(4) 司法機関からの意見	56

Ⅲ．分析	57
1．柔軟な権利制限規定の創設に伴う権利侵害増加の可能性についての分析 （アンケート調査に基づく分析）	57
（1）権利侵害の可能性が高いグループの役割に関する分析	57
（2）公正な利用と不公正な利用の比較に関する分析	62
2．柔軟な権利制限規定の創設に伴う権利侵害増加の可能性についての分析 （文化庁ニーズ募集に基づく分析）	67
（1）分析手法	67
（2）分析結果	68
3．検索エンジンサービスに関する分析	71
（1）米国はオプトアウト方式、日本はオプトイン方式であったという指摘について	71
（2）日本の検索エンジンは海外にサーバーを置いていたという指摘について	72
（3）各国の検索エンジンシェアの状況	72
（4）考察	73
4．論文剽窃検証サービスに関する分析	75
（1）インターネット上に無償で公開されている文献について	75
（2）その他の文献について	75
5．先行文献との比較	76
（1）質問の前提となる説明の違い	76
（2）選択肢の提示の仕方の違い	76
（3）例示の方法の違い	77

## 【調査2】司法を取り巻く環境や国民意識に関する調査

1．司法の資源	79
（1）著作権関係訴訟の現状	79
（2）著作権関係訴訟の処理体制	79
（3）外部からの意見を取り入れる仕組み	81
（4）小括	81
2．訴訟における当事者のコストと期待値等	82
（1）序説	82
（2）コストと便益に関する基本的な考え方	82
（3）訴訟のコスト	82

（４） 訴訟によって得られる便益	83
（５） 権利行使を容易にするための方策	84
（６） 小括	86
3. 司法や裁判に関する国民意識等	87
4. 行政やソフトローに関する国民意識等	88
5. 総括	89

### 【調査３】米国の状況調査

1. フェアユース規定と日本の個別的制限規定の比較	90
（１） 日本の個別的制限規定の特色	90
（２） フェアユース規定と日本の個別規定が重なる部分	90
（３） フェアユース規定の方が日本の個別制限規定より広い部分	91
（４） フェアユース規定における予測可能性の確保	93
（５） イスラエルのフェアユース規定と導入後の状況（概要）	94
2. 日米の司法制度・司法をめぐる環境の比較	99
（１） 米国における著作権侵害訴訟	99
（２） 日米の著作権侵害訴訟手続の相違について	101
3. 訴訟コストの日米比較	105
（１） 訴訟コストの現状の比較	105
（２） 権利制限規定の柔軟化と訴訟コスト	105
4. 総括	107

### 【調査４】法内容確定時期の変化に伴う影響の総合的分析

1. 法内容確定時期に関する一般論	108
（１） 法律の柔軟性と法内容の確定時期	108
（２） 法内容の確定時期と確定主体	108
（３） 法内容の確定時期と法の適用頻度	108
（４） 法内容の確定時期と各部門の人的資本	108
（５） 法内容の確定時期と法内容の妥当性	109
（６） 小括	109
2. 権利制限規定の柔軟性を高めることの影響：理論面からの分析	110
（１） 権利制限規定の柔軟性と法規範定立の効率性	110

(2)	権利制限規定の柔軟性と予測可能性	110
(3)	権利制限規定の柔軟性と法内容の妥当性	111
3.	権利制限規定の柔軟性を高めることの影響：アンケート調査・ヒアリング調査を踏まえた分析	112
(1)	権利制限の柔軟性を高めることによる利用の委縮	112
(2)	権利制限の柔軟性を高めることによる利用の促進	112
(3)	権利制限の柔軟性を高めることによる著作権侵害の増加	112
(4)	企業調査と個人調査の比較	113
(5)	権利制限の柔軟性とソフトロー	113
4.	総括	115

## 【調査5】 法規範形成における立法と司法の役割に関する調査

1.	立法権と司法権の役割と限界	116
(1)	立法権の役割と限界	116
(2)	司法権の役割と限界	116
(3)	小括	117
2.	司法による規範の形成の意義	118
(1)	判例の拘束力の根拠	118
(2)	判例の拘束力の範囲	118
(3)	下級審の判例の拘束力	119
3.	規範形成の主体：主に立法と司法との比較	121
(1)	立法府	121
(2)	司法府	121
(3)	行政府	122
(4)	小括	123
4.	ソフトロー	125
(1)	ソフトローの意義	125
(2)	ソフトローの類型	125
(3)	ソフトローの形成主体	126
(4)	ソフトローの利点と留意点	127
(5)	小括	127
5.	総括	129



## 【調査6】他の法体系との整合性に関する調査

1. 日本国憲法下の明確性の理論と判例法理の形成	131
(1) 徳島市公安条例事件判決	131
(2) 札幌税関検査事件	133
(3) 判例から析出しうる考慮要素	135
2. 刑事法の運用からみる明確性の理論の実際	136
(1) 表現の自由を制限する刑罰法規に関する判例の近時の傾向—堀越事件判決	136
(2) 刑法学説の傾向	137
3. フェアユースの法理と明確性の理論—アメリカ法における議論を素材として	143
4. 新たな時代へのニーズへの対応と明確性の原則	144
(1) 著作権法における権利制限規定の在り方をめぐる三つの議論	144
(2) 個別制限規定方式と明確性の原則	145
(3) 包括的一般規定の明確性について	146
(4) 類型的な一般規定方式と明確性の原則	148
5. 総括	152

## 【調査7】条約との整合性に関する調査

1. スリー・ステップ・テストの概要	153
2. スリー・ステップ・テストの国際的な解釈	155
(1) 事案の概要	155
(2) WTOパネル報告書の要旨	155
(3) スリー・ステップ・テストと柔軟な権利制限規定との関係	157

## 【参考文献】

## 【総論】

### 1. 調査の目的と構成

#### （１）目的

デジタル・ネットワーク技術の進展によって、従来では想定されなかったような新技術を用いた著作物の利用形態が次々に生じるようになってきている。こうした状況の中で、著作権法における権利制限規定について適切な柔軟性を確保し、イノベーションの促進に資することが求められている。

柔軟性の高い権利制限規定とは、具体的な法規範の内容を立法段階では確定せず、事後的な司法判断や、政省令、ガイドライン等に委ねる規定のことをいう。権利制限規定の柔軟性には、柔軟性の程度が非常に低いもの（詳細な個別規定）から、柔軟性の程度が非常に高いもの（広範な一般規定）まで、様々な段階が考えられる。本調査研究は、新たに権利制限規定を設ける場合に、権利制限の柔軟性の程度が及ぼす効果と影響について分析することを目的とする。

#### （２）構成

本調査は、調査１から調査７までで構成されており、これらは３つのパートに大別される。①調査１から調査３は、著作物の利用、権利行使、著作権意識等についての現状分析、②調査４・５は、現状分析を踏まえた理論的考察、③調査６・７は他の法体系や国際条約との整合性に関する調査である。各調査の趣旨は以下のとおりである。

調査１	著作物利用・権利行使の現状と著作権意識につき調査を行った。調査の一環として権利者・利用者に対するアンケート調査・ヒアリング調査を実施し、調査２以降でも、適宜この結果を活用して分析を行っている。
調査２	柔軟性の高い権利制限規定を設けた場合には、法規範の内容確定における司法の役割の比重が増すことを踏まえ、司法を取り巻く環境や国民意識に関する調査を行った。
調査３	柔軟性が極めて高い権利制限規定であるフェアユース規定を有するアメリカ等の状況について調査を行い、日米比較を行った。
調査４	柔軟性の高い権利制限規定を創設した場合、法内容の確定時期が事前から事後に変化することから、その効果と影響について分析を行った。
調査５	柔軟性の高い権利制限規定を創設した場合、法内容の確定主体が立法から司法等に変化することから、各主体の役割について分析を行った。
調査６	柔軟性の高い権利制限規定を創設した場合、他の法体系との整合性（特に、憲法の明確性の原則との関係）が問題となり得ることから、この点について検証した。
調査７	柔軟性の高い権利制限規定を創設した場合に、ベルヌ条約等のスリー・ステップ・テストとの関係が問題になり得ることから、この点について検証した。

## 2. 調査研究の実施体制

青山社中株式会社の執筆責任のもと、以下の協力研究者が分担して執筆・監修を行った。

### 【協力研究者】

石新 智規	弁護士（著作権法）
遠藤 聡太	東北大学大学院法学研究科准教授（刑法）
木下 昌彦	神戸大学大学院法学研究科准教授（憲法）
小嶋 崇弘	中京大学法学部准教授（知的財産権法）
平田 彩子	京都大学大学院地球環境学堂特定准教授（法社会学）
前田 健	神戸大学大学院法学研究科准教授（知的財産法）
森 大輔	熊本大学法学部准教授（法社会学）

### 【青山社中株式会社】

遠藤 洋路	代表取締役共同代表（執筆責任者）
河野 太郎	主任研究員
遠藤 圭司	研究員

各調査における役割分担は以下のとおりである（カッコ内の数字は主な担当部分）。ここに記載されているのは主な担当部分であるが、各執筆者が全体を相互にチェックしながら執筆している。なお、本報告書の最終的な責任は執筆責任者に属する。

調査 1	執筆： 遠藤（洋）、河野 ヒアリング実施： 遠藤（洋）、河野、遠藤（圭）、文化庁著作権課 技術的助言： 森、平田
調査 2	森（3・4）、平田（4）、遠藤（洋）（1・2・5）、 河野（2・3）
調査 3	石新
調査 4	前田
調査 5	前田、森
調査 6	木下（1・3・4・5）、遠藤（聡）（2）
調査 7	小嶋、遠藤（洋）

## 【調査１： 著作物利用・権利行使の現状と著作権意識に関する調査】

### 《Ⅰ．アンケート調査》

#### 1. 調査の概要

##### （１）企業向け調査（郵送調査）の概要

- ・ 上場企業 3,693 社に対して調査票を発送。
- ・ 469 社（12.7%）から回答があった。
- ・ 調査項目は 32 項目（利用者向け調査が 17 問、権利者向け調査が 9 問、基本調査が 6 問）であり、全企業に全質問を送付。

##### （２）権利者団体向け調査（郵送調査）の概要

- ・ 29 団体（著作権等管理事業者）に調査票を発送。
- ・ 11 団体（37.9%）から回答があった。
- ・ 調査項目は 23 項目。主な項目は以下のとおり。  
著作権侵害の状況（認知状況、対応状況、解決状況）、権利行使の費用、訴訟に対する考え方、望ましい権利制限規定の形、権利者への支援制度についての要望、団体の基本情報など。

##### （３）利用者団体向け調査（郵送調査）の概要

- ・ 2,471 団体（学校、図書館、公益法人、社会福祉法人、医療法人）に調査票を発送。
- ・ 618 団体（25%）から回答があった。
- ・ 調査項目は 23 項目。主な項目は以下のとおり。  
著作権利用の状況（利用形態、理解度等）、訴訟に対する考え方、適法性の認識との関係、望ましい権利制限規定の形、団体の基本情報など。

##### （４）個人向け調査（インターネット調査）の概要

- ・ スクリーニング調査は、194,175 人に配信し、20,004 人から回答があった。このうち「日常的に創作活動を行っている」と回答した者から 1,807 人を選定して権利者向け本調査を実施、「日常的に創作活動を行っていない」と回答した者のうち、著作権法に「非常に馴染みがある」、「馴染みがある」、「どちらとも言えない」と回答した者から 1,834 人を選定して利用者向け本調査を実施した。本調査には、権利者・利用者各 1,500 人ずつから回答があった。
- ・ 調査項目は、スクリーニング調査が 5 問、利用者向け本調査が 18 問、権利者向け本調査が 20 問。

## 2. 調査結果

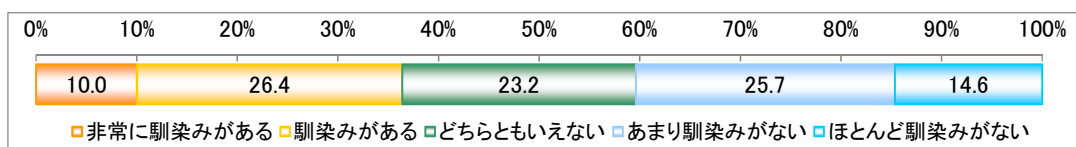
(1) 利用に関する調査（著作物の利用状況、著作権法に対する理解状況、訴訟に対する抵抗感、リスク選好、望ましい権利制限規定の形など）

(a) 著作権法に対する理解

【企業】著作権に馴染みがある企業とない企業が同程度 [問 1-4,5,2-4]

問 1-4： 貴社は日常の業務で、著作権法にどの程度馴染みがありますか。

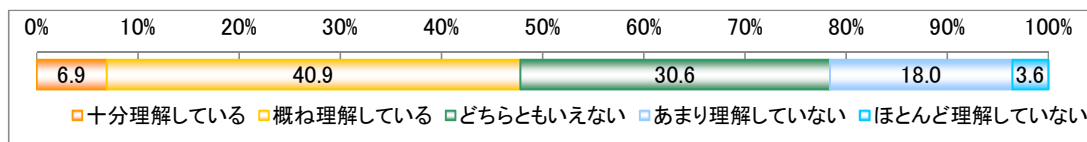
- ・著作権法に馴染みがないという企業がやや多い（非常に馴染みがある＋馴染みがある：36.4%、あまり馴染みがない＋ほとんど馴染みがない：40.3%）。



	回答数	%
全体	478	100.0
非常に馴染みがある	48	10.0
馴染みがある	126	26.4
どちらともいえない	111	23.2
あまり馴染みがない	123	25.7
ほとんど馴染みがない	70	14.6

問 1-5： 貴社では、著作物を利用する可能性のある部署の職員は著作権法についてどの程度理解していますか。

- ・職員の理解度は高いという企業の方が多い（十分理解している＋ほとんど理解している：47.8%、あまり理解していない＋ほとんど理解していない：21.6%）。

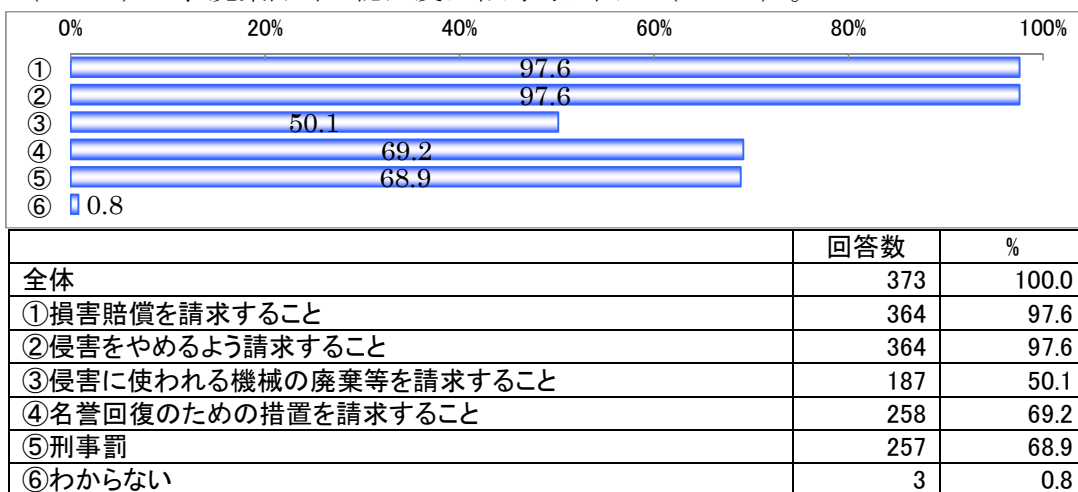


	回答数	%
全体	477	100.0
十分理解している	33	6.9
概ね理解している	195	40.9
どちらともいえない	146	30.6
あまり理解していない	86	18.0
ほとんど理解していない	17	3.6

問 2-4： 著作権者に無断で著作物を利用（複製、販売、インターネット送信等）した場合、法律に定めた例外が適用される場合を除いて「著作権侵害」となります。その場合、どのような手立てが著作権者に用意されていると思いますか。

- ・著作権法に関する理解の一例として、著作権法で用意されている権利侵害への救

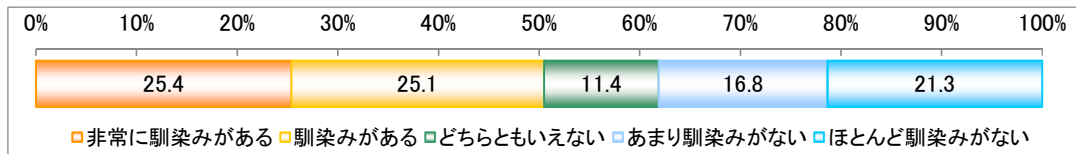
済策を聞いたところ、損害賠償と侵害停止はほとんどの企業に認知されている（97.6%）が、廃棄除却の認知度は相対的に低い（50.1%）。



【利用者団体】著作権に馴染みがある団体の方が多い [問 1-4,5]

問 1-4： 貴団体は日常の業務で、著作権法にどの程度馴染みがありますか。

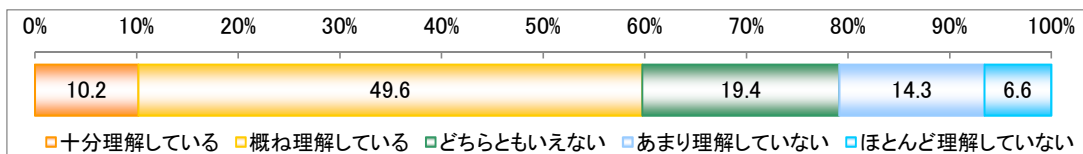
- ・著作権法に馴染みがあるという団体が半数以上（非常に馴染みがある＋馴染みがある：50.5%、あまり馴染みがない＋ほとんど馴染みがない：38.1%）。



	回答数	%
全体	614	100.0
非常に馴染みがある	156	25.4
馴染みがある	154	25.1
どちらともいえない	70	11.4
あまり馴染みがない	103	16.8
ほとんど馴染みがない	131	21.3

問 1-5： 貴団体では、著作物を利用する可能性のある部署の職員は著作権法についてどの程度理解していますか。

- ・職員の理解度は高いという団体の方が多い（十分理解している＋概ね理解している：59.8%、あまり理解していない＋ほとんど理解していない：20.9%）。

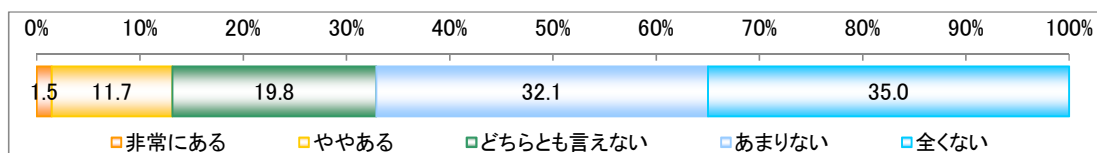


	回答数	%
全体	609	100.0
十分理解している	62	10.2
概ね理解している	302	49.6
どちらともいえない	118	19.4
あまり理解していない	87	14.3
ほとんど理解していない	40	6.6

【個人】著作権に馴染みがある人は少数〔スクリーニング調査 5, 問 23〕

SC5<sup>1</sup>： あなたは、著作権法にどの程度馴染みがありますか。

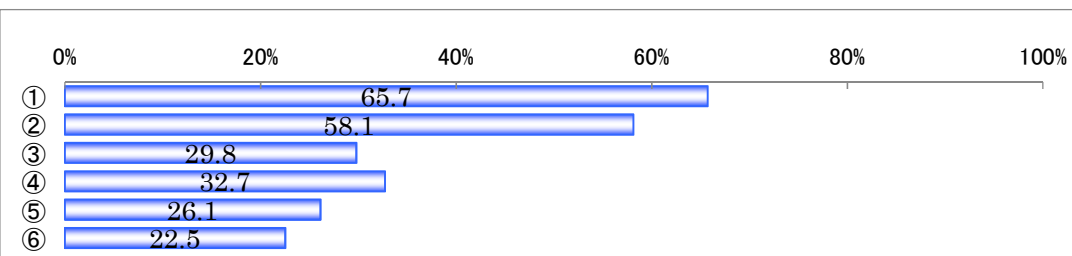
- ・スクリーニング調査では、回答者 17,701 人のうち、著作権法に馴染みがあるという人は 1 割強（非常にある＋ややある：13.1%）、馴染みがないという人は 2/3 程度（あまりない＋全くない：67.1%）。



	回答数	%
全体	17701	100.0
非常にある	258	1.5
ややある	2068	11.7
どちらとも言えない	3496	19.8
あまりない	5687	32.1
全くない	6192	35.0

問 23： 著作権者に無断で著作物を利用（複製、販売、インターネット送信等）した場合、法律に定めた例外が適用される場合を除いて「著作権侵害」となります。その場合、どのような手立てが著作権者に用意されていると思いますか。

- ・著作権法に関する理解の一例として、著作権法で用意されている権利侵害への救済策を聞いたところ、損害賠償は 2/3 ほどの個人に認知されているが、刑事罰は 26.1%、廃棄除却は 29.8%、名誉回復は 32.7%と低い。



	回答数	%
全体	1500	100.0
①損害賠償を請求すること	986	65.7
②侵害をやめるよう請求すること	872	58.1
③侵害に使われる機械の廃棄等を請求すること	447	29.8
④名誉回復のための措置を請求すること	491	32.7
⑤刑事罰	392	26.1
⑥わからない	338	22.5

<sup>1</sup> SC はスクリーニング調査の略。

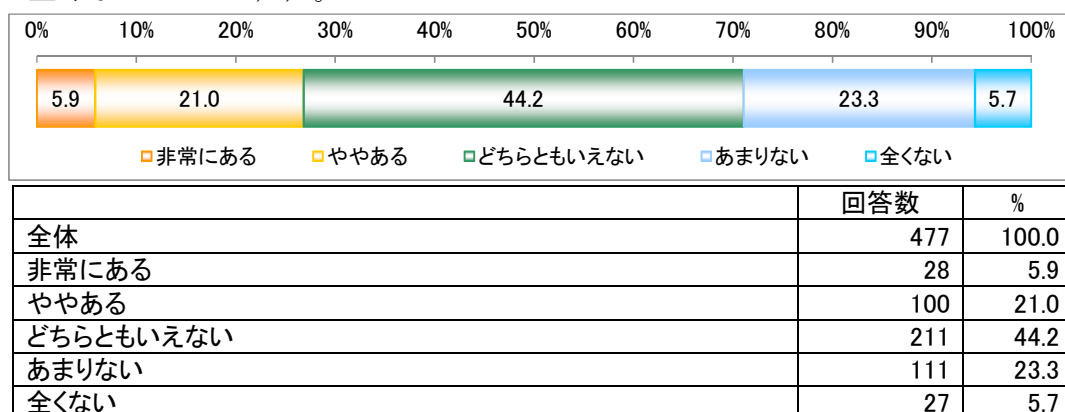


(b) リスクに対する考え方

【企業】全体としてリスク回避傾向が強い〔問 1-9,10,11〕

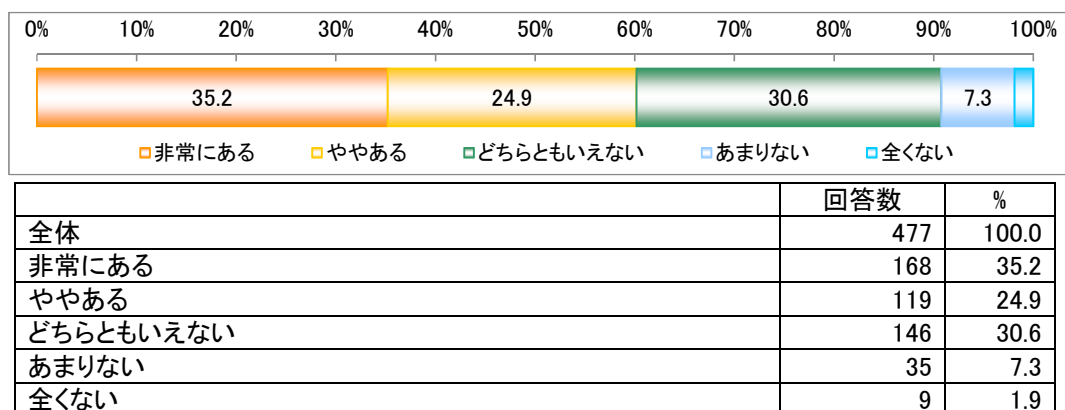
問 1-9： 貴社は、一般に、（著作権分野に限らず）業務上必要な場合には、他社（他者）に対して訴訟を起こすことに抵抗・ためらい等がありますか、ありませんか。

- ・（著作権分野に限らない）業務上必要な訴訟提起に対する姿勢は拮抗している（抵抗・ためらいがある（非常にある＋ややある：26.9%）、ない（あまりない＋全くない：29.0%））。



問 1-10： 貴社は、一般に、（著作権分野に限らず）他社（他者）から訴訟の提起を受ける可能性のある業務の実施に抵抗・ためらい等がありますか、ありませんか。

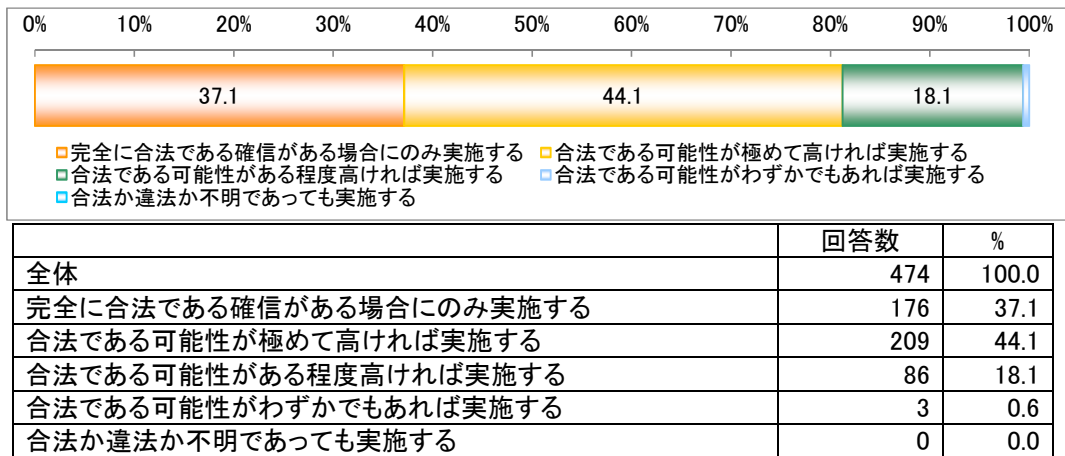
- ・訴訟を起こされても構わないという企業は1割程度（抵抗・ためらいがある（非常にある＋ややある：60.1%）、ない（あまりない＋全くない：9.2%））。



問 1-11： 仮に、貴社が新事業（著作権分野に限られません）を実施しようとする場合に、それが合法であると評価される可能性がどの程度であれば、貴社はその事業を実施しますか。

- ・新事業は、完全に合法、または合法である可能性が極めて高くないと実施しないという企業が大多数（81.2%）。合法か違法か不明であっても実施するという企

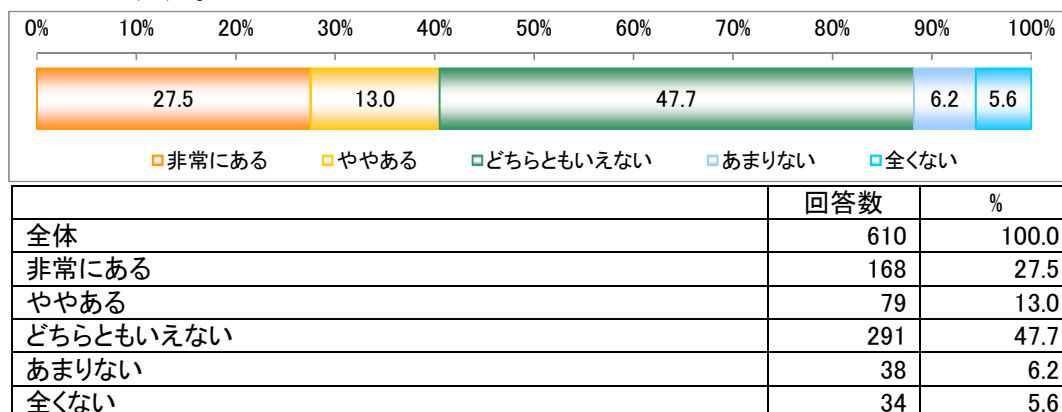
業はなし（0%）。



【利用者団体】全体としてリスク回避傾向が企業以上に強い〔問 1-9,10,11〕

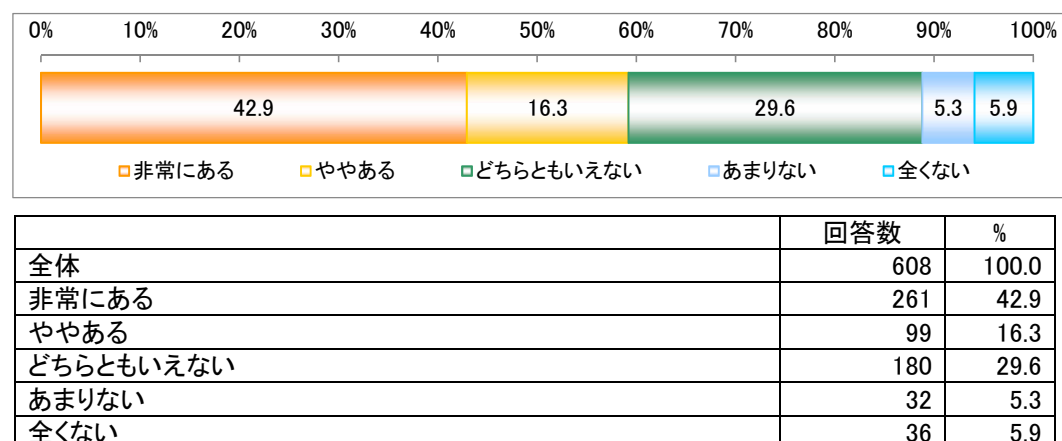
問 1-9： 貴団体は、一般に、（著作権分野に限らず）業務上必要な場合には、他社（他者）に対して訴訟を起こすことに抵抗・ためらい等がありますか、ありませんか。

- ・（著作権分野に限らない）必要な訴訟提起に対する姿勢は慎重である（抵抗・ためらいがある（非常にある＋ややある：40.5%）、ない（あまりない＋全くない：11.8%））。



問 1-10： 貴団体は、一般に、（著作権分野に限らず）他社（他者）から訴訟の提起を受ける可能性のある業務の実施に抵抗・ためらい等がありますか、ありませんか。

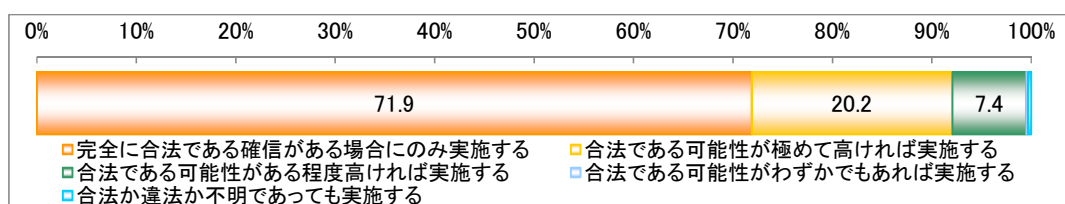
- ・訴訟を起こされる可能性のある業務に対する姿勢についても慎重である（抵抗・ためらいがある（非常にある＋ややある：59.2%）、ない（あまりない＋全くない：11.2%））。



問 1-11： 仮に、貴団体が新事業（著作権分野に限りません）を実施しようとする場合に、それが合法であると評価される可能性がどの程度であれば、貴団体はその事業を実施しますか。

- ・著作物は、完全に合法、または合法である可能性が極めて高くないと利用しないという人が多数（92.1%）。合法である可能性がある程度高ければ実施する・合

法である可能性がわずかでもあれば利用する・合法か違法か不明であっても利用するという人が 1 割程度（7.9%）。

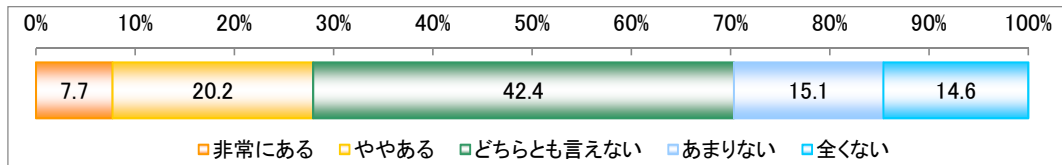


	回答数	%
全体	605	100.0
完全に合法である確信がある場合にのみ実施する	435	71.9
合法である可能性が極めて高ければ実施する	122	20.2
合法である可能性のある程度高ければ実施する	45	7.4
合法である可能性がわずかでもあれば実施する	1	0.2
合法か違法か不明であっても実施する	2	0.3

【個人】全体としてリスク回避傾向が強いが、企業ほどではない [問 25,27,28]

問 25： あなたは、（著作権分野に限らず）必要な場合には、他者（個人、企業、団体等）に対して個人的に訴訟を起こすことに抵抗・ためらい等がありますか、ありませんか。

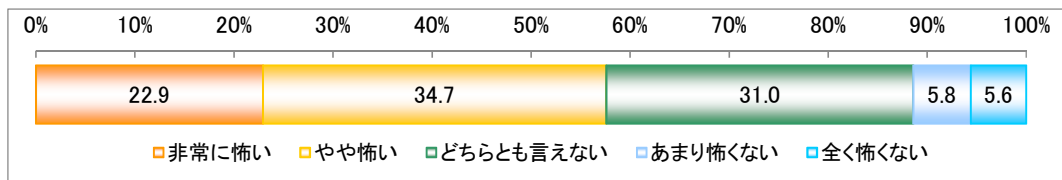
- ・（著作権分野に限らない）必要な訴訟提起に対する姿勢は拮抗している（抵抗・ためらいがある（非常にある＋ややある：27.9%）、ない（あまりない＋全くない：29.7%））。



	回答数	%
全体	1500	100.0
非常にある	116	7.7
ややある	303	20.2
どちらとも言えない	636	42.4
あまりない	226	15.1
全くない	219	14.6

問 27： あなたは、（著作権分野に限らず）他者（個人、企業、団体等）から訴訟を起こされることを怖いと思いますか、思いませんか。

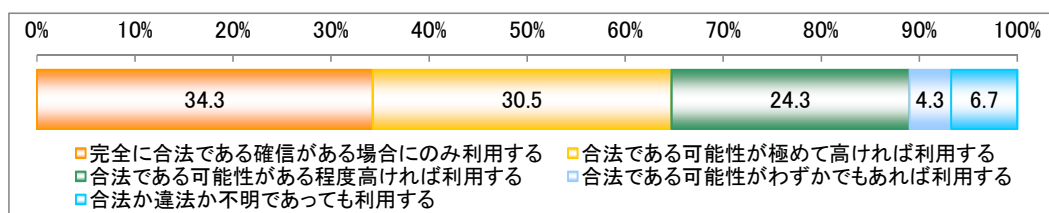
- ・訴訟を起こされることを怖いと思わない人は1割程度（非常に怖い＋やや怖い：57.6%、あまり怖くない＋全く怖くない：11.4%）。



	回答数	%
全体	1500	100.0
非常に怖い	344	22.9
やや怖い	520	34.7
どちらとも言えない	465	31.0
あまり怖くない	87	5.8
全く怖くない	84	5.6

問 28： あなたが著作物を利用しようとするときに、それが合法であるか違法であるかの判断が難しい場合、あなたはどのように行動しますか。

- ・著作物は、完全に合法、または合法である可能性が極めて高くないと利用しないという人が多数（64.8%）。合法である可能性がわずかでもあれば利用する・合法か違法か不明であっても利用するという人が1割程度（11.0%）。



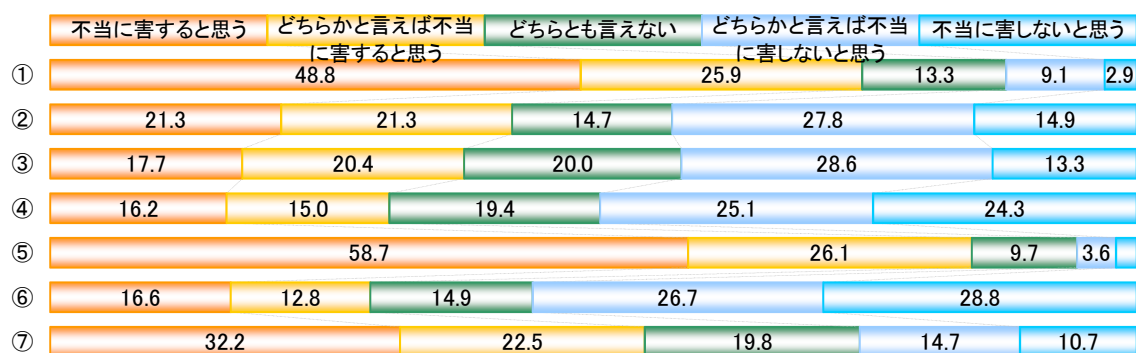
	回答数	%
全体	1500	100.0
完全に合法である確信がある場合にのみ利用する	514	34.3
合法である可能性が極めて高ければ利用する	457	30.5
合法である可能性のある程度高ければ利用する	364	24.3
合法である可能性がわずかでもあれば利用する	64	4.3
合法か違法か不明であっても利用する	101	6.7

(c) 「権利者の利益を不当に害する場合」に対する捉え方

【企業】 現行法の権利制限規定の考え方とは必ずしも一致しない [問 1-13]

問 1-13： 著作権者に無断で以下の行為を行うことは、著作権者の利益を不当に害すると思いますか、不当に害さないと思いますか。（現在の著作権法において適法か違法か、ということではなく、あなたがどう思うかについてお答えください。）

- ・ 権利者の利益を不当に害さないと考え利用形態（どちらかと言えば不当に害しないと思う＋不当に害しないと思う）は、①技術開発（55.5%）、②授業のための資料提供サービス（49.4%）。害すると考えられている利用形態（不当に害すると思う＋どちらかと言えば不当に害すると思う）は、①イラストの無断掲載（84.8%）、②パロディ（74.7%）、③論文の抜粋（54.7%）。
- ・ 著作物の公正な利用（下記設問⑥（技術開発））についての評価は、適切に評価した（不当に害しないと思う＋どちらかと言えば不当に害しないと思う）企業の割合（55.5%）が、そうでない（不当に害すると思う＋どちらかと言えば不当に害すると思う）企業の割合（29.4%）を上回った。



- ①社会風刺のために一部分にマンガのキャラクターを使ったパロディ映像を制作し、動画共有サイトに掲載すること  
 ②社内で参考になりそうな書籍の一部分をコピーして関係部内に配布すること  
 ③書籍やニュース映像を検索し、ごく短い内容の一部分を確認したりできるサービスを提供すること  
 ④小中学校の先生が授業で利用できるよう、参考となる資料や写真などを収集して提供するサービスを行うこと  
 ⑤自社が無料で配布しているパンフレットに他人のデザインしたイラストを小さく掲載すること  
 ⑥録音機器や映像の録画機器を開発するため、音楽 CD や映画をコピーし、試験に使うこと  
 ⑦自社製品の効能を説明するため論文の一部分を抜粋して自社の広告に掲載すること

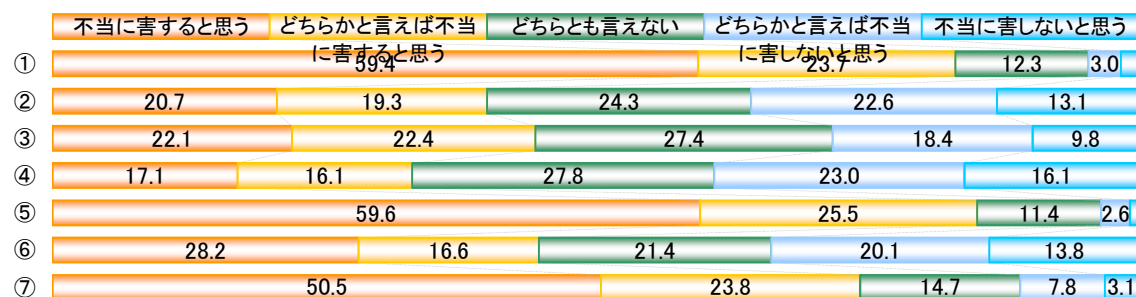
	回答数 %	不当に害す と思う	どちらかと言 えば不当に 害すると思う	どちらとも言 えない	どちらかと言 えば不当に 害しないと思 う	不当に害し ないと思う
①	475 100.0	232 48.8	123 25.9	63 13.3	43 9.1	14 2.9
②	475 100.0	101 21.3	101 21.3	70 14.7	132 27.8	71 14.9
③	475 100.0	84 17.7	97 20.4	95 20.0	136 28.6	63 13.3
④	474 100.0	77 16.2	71 15.0	92 19.4	119 25.1	115 24.3
⑤	475 100.0	279 58.7	124 26.1	46 9.7	17 3.6	9 1.9
⑥	475 100.0	79 16.6	61 12.8	71 14.9	127 26.7	137 28.8
⑦	475 100.0	153 32.2	107 22.5	94 19.8	70 14.7	51 10.7



【利用者団体】 現行法の権利制限規定の考え方とは必ずしも一致しない [問 1-13]

問 1-13： 著作権者に無断で以下の行為を行うことは、著作権者の利益を不当に害すると思いますか、不当に害さないと思いますか。（現在の著作権法において適法か違法か、ということではなく、あなたがどう思うかについてお答えください。）

- ・ 権利者の利益を不当に害すると思われる利用形態（不当に害すると思う＋どちらかと言えば不当に害すると思う）は、①イラストの無断掲載（85.1%）、②パロディ（83.1%）、③論文の抜粋（74.3%）。害さないとする利用形態（どちらかと言えば不当に害しないと思う＋不当に害しないと思う）は、④授業のための資料提供サービス（39.1%）、②コピー配布（35.7%）。



- ① 社会風刺のために一部分にマンガのキャラクターを使ったパロディ映像を制作し、動画共有サイトに掲載すること
- ② 社内で参考になりそうな書籍の一部分をコピーして関係部内に配布すること
- ③ 書籍やニュース映像を検索し、ごく短い内容の一部分を確認したりできるサービスを提供すること
- ④ 小中学校の先生が授業で利用できるよう、参考となる資料や写真などを収集して提供するサービスを行うこと
- ⑤ 自社が無料で配布しているパンフレットに他人のデザインしたイラストを小さく掲載すること
- ⑥ 録音機器や映像の録画機器を開発するため、音楽 CD や映画をコピーし、試験に使うこと
- ⑦ 自社製品の効能を説明するため論文の一部分を抜粋して自社の広告に掲載すること

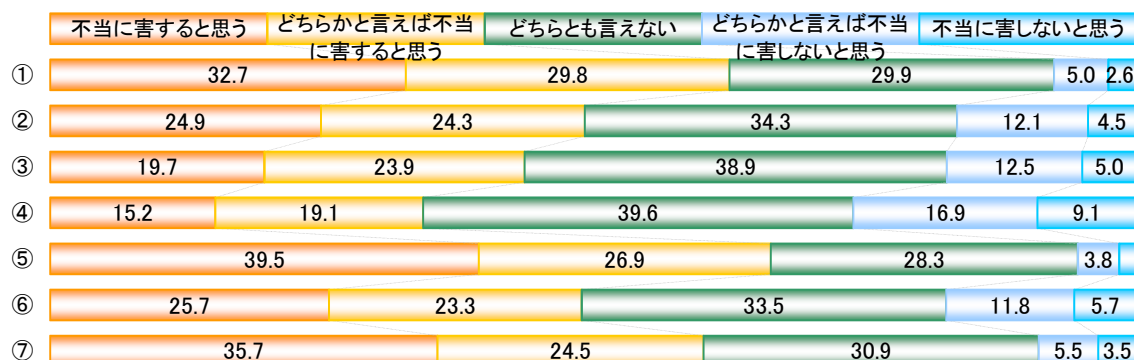
	回答数 %	不当に害する と思う	どちらかと言 えば不当に 害すると思う	どちらとも言 えない	どちらかと言 えば不当に 害しないと思 う	不当に害し ないと思う
①	604 100.0	359 59.4	143 23.7	74 12.3	18 3.0	10 1.7
②	605 100.0	125 20.7	117 19.3	147 24.3	137 22.6	79 13.1
③	603 100.0	133 22.1	135 22.4	165 27.4	111 18.4	59 9.8
④	604 100.0	103 17.1	97 16.1	168 27.8	139 23.0	97 16.1
⑤	604 100.0	360 59.6	154 25.5	69 11.4	16 2.6	5 0.8
⑥	603 100.0	170 28.2	100 16.6	129 21.4	121 20.1	83 13.8
⑦	603 100.0	305 50.5	143 23.8	88 14.7	47 7.8	20 3.1

	100.0	28.2	16.6	21.4	20.1	13.8
⑦	604	305	144	89	47	19
	100.0	50.5	23.8	14.7	7.8	3.1

【個人】 現行法の権利制限規定の考え方とは必ずしも一致しない [問 30]

問 30： 著作権に関する条約では、「著作権者の利益を不当に害さない」などの条件を満たす場合に、著作権者に無断で著作物を利用することができる範囲を法律で定めることを認めています。著作権者に無断で以下の行為を行うことは、著作権者の利益を不当に害すると思いますか、不当に害さないと思いますか。（現在の著作権法において適法か違法か、ということではなく、あなたがどう思うかについてお答えください。）

- ・ 権利者の利益を不当に害すると思われる利用形態（不当に害すると思う＋どちらかと言えば不当に害すると思う）は、①イラストの無断掲載（66.4%）、②パロディ（62.5%）、③論文の抜粋（60.2%）。害さないとする利用形態（どちらかと言えば不当に害しないと思う＋不当に害しないと思う）は、①授業のための資料提供サービス（26.0%）、②書籍・ニュース映像の検索サービス（17.5%）、②技術開発（同）。



- ① 社会風刺のために一部分にマンガのキャラクターを使ったパロディ映像を制作し、動画共有サイトに掲載すること
- ② 企業・団体内部で参考になりそうな書籍の一部分をコピーして関係部内に配布すること
- ③ 書籍やニュース映像を検索し、ごく短い内容の一部分を確認したりできるサービスを提供すること
- ④ 小中学校の先生が授業で利用できるよう、参考となる資料や写真などを収集して提供するサービスを行うこと
- ⑤ 企業・団体が無料で配布しているパンフレットに他人のデザインしたイラストを小さく掲載すること
- ⑥ 録音機器や映像の録画機器を開発するため、音楽 CD や映画をコピーし、試験に使うこと
- ⑦ 企業が自社製品の効能を説明するため論文の一部分を抜粋して自社の広告に掲載すること

	回答数 %	不当に害 する と思う	どちらかと言 えば不当に 害すると思う	どちらとも言 えない	どちらかと言 えば不当に 害しないと思 う	不当に害し ないと思う
①	1500	491	447	448	75	39

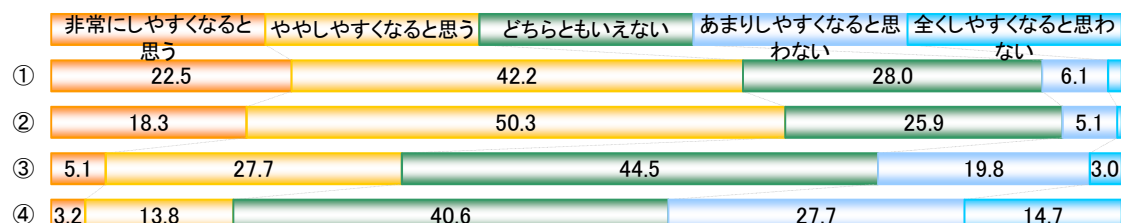
	100.0	32.7	29.8	29.9	5.0	2.6
②	1500	374	364	514	181	67
	100.0	24.9	24.3	34.3	12.1	4.5
③	1500	296	359	583	187	75
	100.0	19.7	23.9	38.9	12.5	5.0
④	1500	228	287	594	254	137
	100.0	15.2	19.1	39.6	16.9	9.1
⑤	1500	592	403	424	57	24
	100.0	39.5	26.9	28.3	3.8	1.6
⑥	1500	385	349	503	177	86
	100.0	25.7	23.3	33.5	11.8	5.7
⑦	1500	535	367	463	82	53
	100.0	35.7	24.5	30.9	5.5	3.5

# (d) 権利制限規定の明確性

【企業】一定の明確性を求める声が多い〔問 1-14,15（質問文抜粋）〕

問 1-14： 貴社は、今後の事業展開を考えたときに、著作者の許諾なしに他人の著作物を適法に使用できる範囲を法律で定める仕組みとして以下のものがあるとした場合に、それぞれの仕組みについて、実際のサービス展開は現在と比べてどの程度しやすくなると思いますか。なお、例として挙げている「論文剽窃検証サービス（チェック対象の論文を入ると、盗作と疑われる箇所が表示されたりするサービス）」はあくまでも一例です。ご回答の際は、貴社の事業分野におけるサービス（著作物を利用した事業）を想定してお考え下さい。

- ・事業展開がしやすい権利制限規定（非常にしやすくなると思う＋ややしやすくなると思う）は、①個別規定＋それに準じるもの（68.6%）、②個別規定（64.7%）。事業展開がしやすくなる（非常にしやすくなると思う＋ややしやすくなると思う）という回答が最も少ないのは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定（17.0%）。

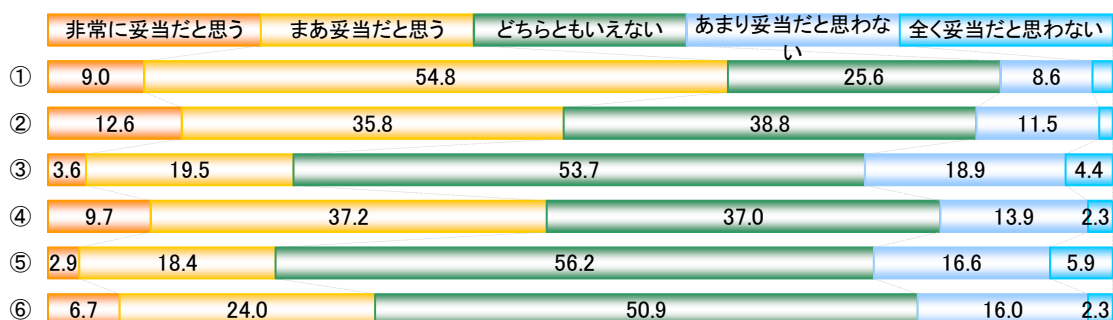


①適法となるサービスの類型や条件を具体的に示す方法（例）「論文剽窃検証サービスのために論文データをサーバーに蓄積することや、分析結果の表示の際に論文の一部を表示することは、〇〇〇、□□□、△△△という条件を満たす場合に限り適法」といった定め方						
②適法となるサービスの類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法（例）「論文剽窃検証サービスのために論文データをサーバーに蓄積することや、分析結果の表示の際に論文の一部を表示することは、〇〇〇、□□□、△△△という条件を満たす場合は適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方						
③適法となるサービスの類型や条件を一定程度抽象的に示す方法（例）「大量のデータを分析するためにインターネット上のデータを蓄積することや、その分析結果を表示することは、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方						
④適法となるサービスの類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法（例）「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方						
	回答数 %	非常にしやすくなると思う	ややしやすくなると思う	どちらともいえない	あまりしやすくなると思わない	全くしやすくなると思わない
①	472 100.0	106 22.5	199 42.2	132 28.0	29 6.1	6 1.3
②	471 100.0	86 18.3	237 50.3	122 25.9	24 5.1	2 0.4

③	470 100.0	24 5.1	130 27.7	209 44.5	93 19.8	14 3.0
④	470 100.0	15 3.2	65 13.8	191 40.6	130 27.7	69 14.7

問 1-15： 著作者の許諾なしに他人が著作物を適法に使用できるどうか、裁判所の判断の蓄積等により明らかになっていく仕組みを導入することの効果として、例えば次のようなものが指摘されています。貴社はこれらの指摘はどの程度妥当だと思いますか。

- ・柔軟な規定の効果（妥当だと思う＋まあ妥当だと思う）は、①時代の変化に対応しやすい（63.8%）、②利用が委縮する（48.4%）、③訴訟が増えて負担になる（46.9%）。



①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる ②訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう ③新しいビジネスを開拓しやすくなる ④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる ⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる ⑥故意・過失による、著作権侵害が増える						
	回答数 %	非常に妥当 だと思う	まあ妥当だ と思う	どちらともい えない	あまり妥当 だと思わな い	全く妥当だと思 わない
①	476 100.0	43 9.0	261 54.8	122 25.6	41 8.6	9 1.9
②	477 100.0	60 12.6	171 35.8	185 38.8	55 11.5	6 1.3
③	477 100.0	17 3.6	93 19.5	256 53.7	90 18.9	21 4.4
④	476 100.0	46 9.7	177 37.2	176 37.0	66 13.9	11 2.3
⑤	477 100.0	14 2.9	88 18.4	268 56.2	79 16.6	28 5.9
⑥	475 100.0	32 6.7	114 24.0	242 50.9	76 16.0	11 2.3

【利用者団体】明確な規定ほど支持が多い〔問 1-14,15〕

問 1-14： 貴団体は、著作権者の許諾なしに他人の著作物を適法に使用できる範囲を法律で定める仕組みとして以下のようなものがあるとした場合に、それぞれの仕組みについて、実際の事業展開は現在と比べてどの程度しやすくなると思いますか。なお、例として挙げている「学校その他の教育機関における複製」はあくまでも一例です。ご回答の際は、貴団体の著作物を利用した新規サービス等を想定してお考え下さい。

- ・ 利用しやすい権利制限規定（非常にしやすくなると思う＋ややしやすくなると思う）は、①個別規定（80.7%）、②個別規定＋それに準じるもの（72.1%）。しやすくないのは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定（非常にしやすくなると思う＋ややしやすくなると思うが 19.4%）。



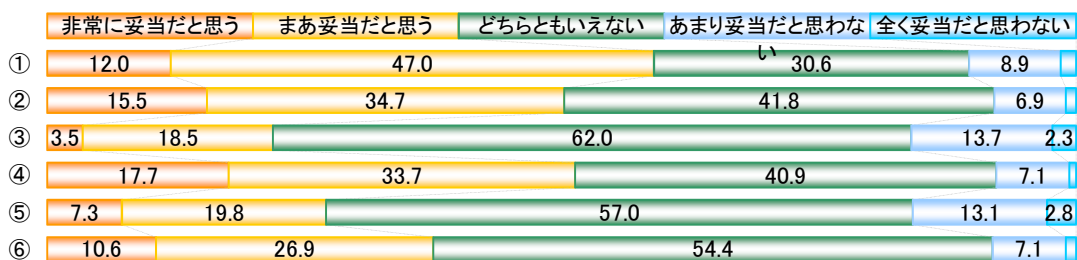
- ①適法となる利用の類型や条件を具体的に示す方法（例）「私的使用のための音楽 CD のコピーは、○○○、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」といった定め方  
 ②適法となる利用の類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法（例）「私的使用のための音楽 CD のコピーは、○○○、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方  
 ③適法となる利用の類型や条件を一定程度抽象的に示す方法（例）「私的使用のための著作物の複製は、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方  
 ④適法となる利用の類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法（例）「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方

	回答数 %	非常にしやすくなると思う	ややしやすくなると思う	どちらともいえない	あまりしやすくなると思わない	全くしやすくなると思わない
①	607 100.0	246 40.5	244 40.2	91 15.0	22 3.6	4 0.7
②	607 100.0	183 30.1	255 42.0	133 21.9	34 5.6	2 0.3
③	606 100.0	74 12.2	134 22.1	226 37.3	137 22.6	35 5.8
④	605 100.0	41 6.8	76 12.6	222 36.7	180 29.8	86 14.2

問 1-15： 著作権者の許諾なしに他人が著作物を適法に使用できるどうか、裁判所の判断の蓄積等により明らかになっていく仕組みを導入することの効果として、例えば次のようなものが指摘されています。貴団体はこれらの指摘はどの程度妥当だと思いますか。

- ・ 柔軟な規定の効果（非常に妥当だと思う＋まあ妥当だと思う）は、①時代の変化に対応しやすい（59.0%）、④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者

にとって負担になる（51.4%）、②利用が萎縮してしまう。（50.2%）。



- ①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる
- ②訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が萎縮してしまう
- ③新しいサービスを行いやすくなる
- ④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる
- ⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる
- ⑥故意・過失による、著作権侵害が増える

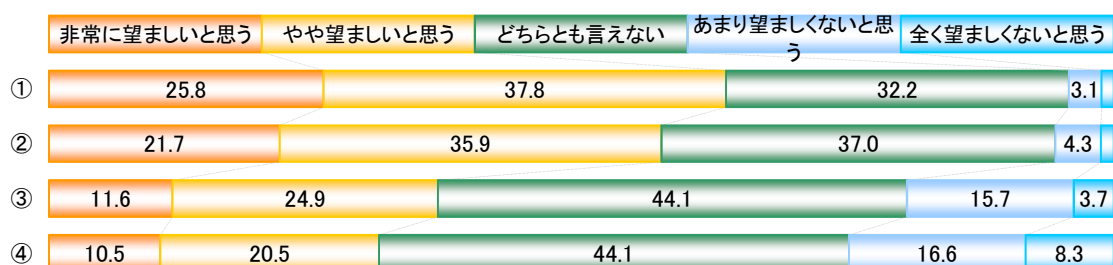
	回答数 %	非常に妥当 だと思う	まあ妥当だ と思う	どちらともい えない	あまり妥当 だと思わな い	全く妥当だと 思わない
①	607 100.0	73 12.0	285 47.0	186 30.6	54 8.9	9 1.5
②	605 100.0	94 15.5	210 34.7	253 41.8	42 6.9	6 1.0
③	606 100.0	21 3.5	112 18.5	376 62.0	83 13.7	14 2.3
④	606 100.0	107 17.7	204 33.7	248 40.9	43 7.1	4 0.7
⑤	605 100.0	44 7.3	120 19.8	345 57.0	79 13.1	17 2.8
⑥	605 100.0	64 10.6	163 26.9	329 54.4	43 7.1	6 1.0



【個人】 明確なほどよいが、一般規定への抵抗は企業ほどではない [問 33,34]

問 33： あなたは、著作物を著作権者の許諾なしに利用できる範囲を法律で定める仕組みとして、以下のそれぞれの方法は、どの程度望ましいと思いますか。なお、例として挙げている「音楽CDのコピー」はあくまでも一例です。ご回答の際は、あなたの身近な利用方法を想定してお考えください。

- ・ 利用しやすい権利制限規定（非常に良い影響があると思う＋やや良い影響があると思う）は、①個別規定（63.6%）、②個別規定＋それに準じるもの（57.6%）。しやすくないのは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定（非常に望ましいと思う＋やや望ましいと思うが 31.0%）。



- ①適法となる利用の類型や条件を具体的に示す方法（例）「私的使用のための音楽CDのコピーは、〇〇〇、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」といった定め方
- ②適法となる利用の類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法（例）「私的使用のための音楽CDのコピーは、〇〇〇、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方
- ③適法となる利用の類型や条件を一定程度抽象的に示す方法（例）「私的使用のための著作物の複製は、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方
- ④適法となる利用の類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法（例）「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方

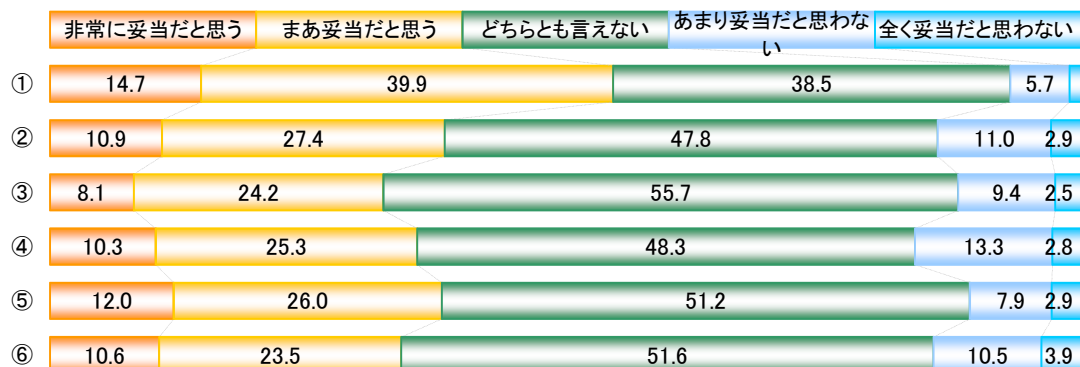
	回答数 %	非常に望ましいと思う	やや望ましいと思う	どちらとも言えない	あまり望ましくないと思う	全く望ましくないと思う
①	1500 100.0	387 25.8	567 37.8	483 32.2	46 3.1	17 1.1
②	1500 100.0	325 21.7	538 35.9	555 37.0	64 4.3	18 1.2
③	1500 100.0	174 11.6	374 24.9	661 44.1	235 15.7	56 3.7
④	1500 100.0	157 10.5	308 20.5	662 44.1	249 16.6	124 8.3

問 34： 著作権者の許諾なしに他人が著作物を適法に使用できるかどうか、裁判所の判断の蓄積等により明らかになっていく仕組みを導入することの効果として、例えば次のようなものが指摘されています。あなたはこれらの指摘はどの程度妥当だと思いますか。

- ・ 柔軟な規定の効果（非常に妥当だと思う＋まあ妥当だと思う）は、①時代の変化に対応しやすい（54.6%）、②利用が委縮する（38.3%）、③裁判所の方が公正な



判断が期待できる（38.0%）。



①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる ②訴訟を試みるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう ③新しいサービスを行いやすくなる ④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる ⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる ⑥故意・過失による、著作権侵害が増える						
	回答数 %	非常に妥当 だと思う	まあ妥当だ と思う	どちらとも 言えない	あまり妥当 だと思わな い	全く妥当だ と思わない
①	1500 100.0	220 14.7	599 39.9	578 38.5	86 5.7	17 1.1
②	1500 100.0	163 10.9	411 27.4	717 47.8	165 11.0	44 2.9
③	1500 100.0	122 8.1	363 24.2	836 55.7	141 9.4	38 2.5
④	1500 100.0	154 10.3	380 25.3	724 48.3	200 13.3	42 2.8
⑤	1500 100.0	180 12.0	390 26.0	768 51.2	119 7.9	43 2.9
⑥	1500 100.0	159 10.6	352 23.5	774 51.6	157 10.5	58 3.9

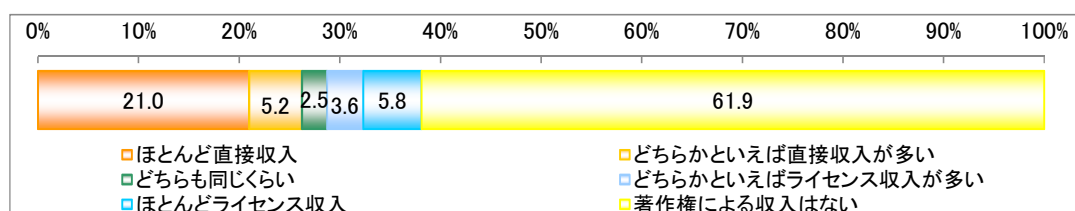
(2) 権利行使に関する調査（保有する著作権の種類、著作権収入の状況、権利侵害への対応状況、権利行使の費用、権利者への支援制度についての要望など）

(a) 著作権収入の状況

【企業】 著作権収入に依存する企業は少ない [問 2-2,3]

問 2-2： 貴社の著作権収入は、自らが著作物を利用することによる収入（直接収入）と利用許諾を行うことによる収入（ライセンス収入）のどちらが多いですか。

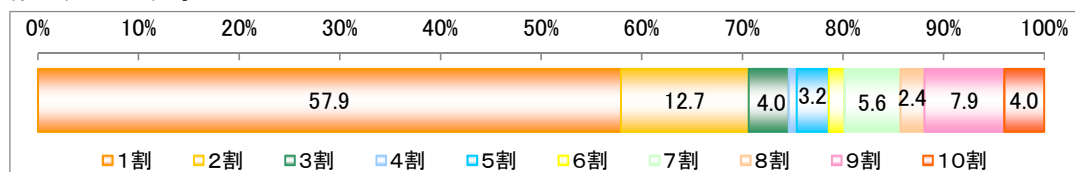
- ・ 著作物からの収入がない企業が過半数（61.9%）。



	回答数	%
全体	362	100.0
ほとんど直接収入	76	21.0
どちらかといえば直接収入が多い	19	5.2
どちらも同じくらい	9	2.5
どちらかといえばライセンス収入が多い	13	3.6
ほとんどライセンス収入	21	5.8
著作権による収入はない	224	61.9

問 2-3： 貴社の売り上げ全体に占める著作権関連事業（貴社の著作権を活用した事業）の収入は、直接収入・ライセンス収入合わせてどの程度ですか。

- ・ 収入がある企業のうちでは、著作権関連収入は売上の1割程度である企業が過半数（57.9%）。

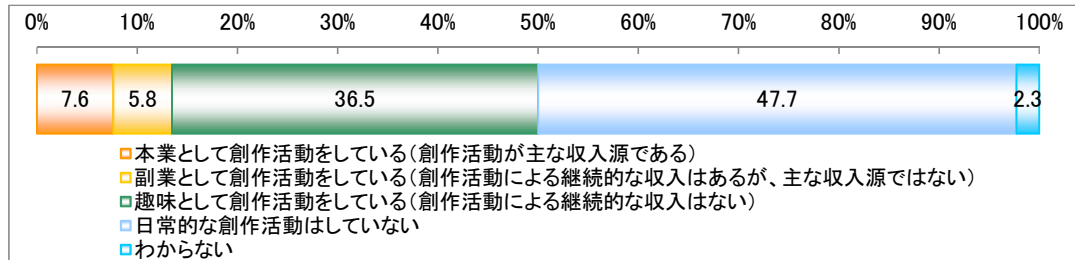


	回答数	%
全体	126	100.0
1割	73	57.9
2割	16	12.7
3割	5	4.0
4割	1	0.8
5割	4	3.2
6割	2	1.6
7割	7	5.6
8割	3	2.4
9割	10	7.9
10割	5	4.0

【個人】著作権収入に依存する個人は少ない〔スクリーニング調査 4〕

SC4：あなたは、日常的に著作物（文章、音楽、絵画、写真、映像、プログラムなど）の創作活動をしていますか。

- ・創作活動をしていると回答した個人のうち、創作活動が主な収入源である人は少ない（7.8%）。多くは趣味として創作活動をしており、継続的な収入はない（36.5%）。



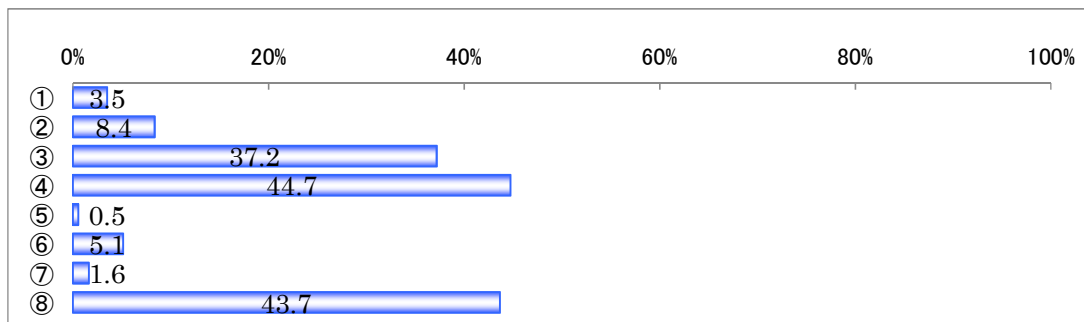
	回答数	%
全体	3000	100.0
本業として創作活動をしている(創作活動が主な収入源である)	229	7.6
副業として創作活動をしている(創作活動による継続的な収入はあるが、主な収入源ではない)	175	5.8
趣味として創作活動をしている(創作活動による継続的な収入はない)	1096	36.5
日常的な創作活動はしていない	1432	47.7
わからない	68	2.3

(b) 権利侵害と対応の現状

【企業】権利侵害をされた企業は約 6 割、対策を取った企業は約 4 割 [問 2-4,5]

問 2-5： 貴社の有する著作権が侵害された場合、これまで実際にどういう対応を取っていますか。

- ・著作権侵害に対して実際に取ったことのある対応は、①弁護士等への相談（44.7%）、②警告（37.2%）が多い。訴訟（8.4%）、刑事告訴（3.5%）は少ない。一方で、権利侵害されたことがないという回答が 43.7%。

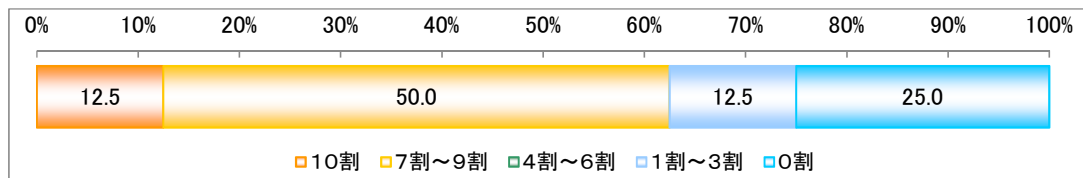


	回答数	%
全体	371	100.0
①刑事告訴する	13	3.5
②民事訴訟を提起する	31	8.4
③侵害者に警告する	138	37.2
④弁護士等の専門家に相談する	166	44.7
⑤ADR(裁判外紛争解決手続)を用いる	2	0.5
⑥特に何もしない	19	5.1
⑦その他	6	1.6
⑧侵害されたことがない	162	43.7

【権利者団体】 権利侵害に対して概ね対応を行っている団体が約 6 割、対応を行ったもののうち概ね解決している団体が約半数 [問 1-6,8]

問 1-6： 貴団体では、認知された権利侵害のうち、どの程度の割合のものについて、警告などの訴訟外の対応を行っていますか。

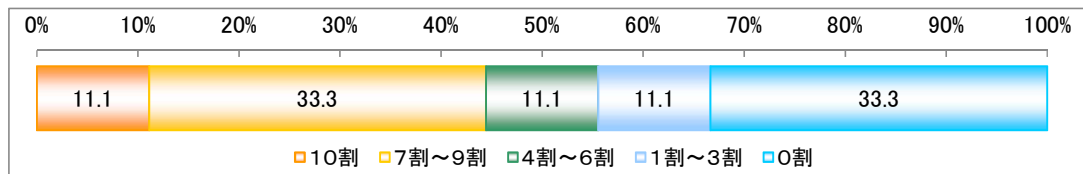
- ・ 認知した権利侵害の 7 割以上につき、訴訟外の対応を行っている団体が 62.5%。



	回答数	%
全体	8	100.0
10割	1	12.5
7割～9割	4	50.0
4割～6割	0	0.0
1割～3割	1	12.5
0割	2	25.0

問 1-8： 貴団体では、警告などの訴訟外の対応を行ったもののうち、解決したもの（侵害行為が停止され、損害が賠償されたもの）の割合はどの程度ですか。

- ・ 訴訟外の対応を行ったものにつき、7 割以上が解決している団体が 44.4%であった一方、全く解決していない団体も 33.3%あった。

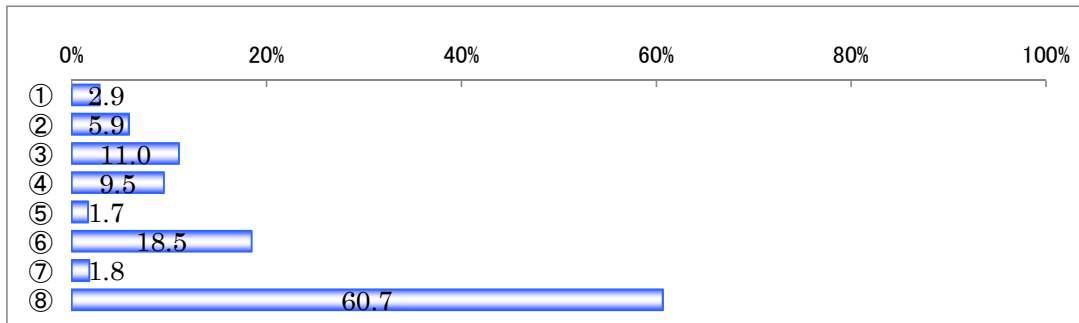


	回答数	%
全体	9	100.0
10割	1	11.1
7割～9割	3	33.3
4割～6割	1	11.1
1割～3割	1	11.1
0割	3	33.3

【個人】 権利侵害をされた人は約 4 割、対策を取った人は約 2 割 [問 2,3]

問 2： あなたの保有・管理する著作権が侵害された場合、これまで実際にどういう対応を取っていますか。

- ・侵害されたことがない人が最も多い（60.7%）。侵害されたことがある人でも、①特に何もしない（18.5%）、②侵害者への警告（11.0%）、③弁護士への相談（9.5%）という順であった。企業に比べて、対策を取っている割合は少ない。



	回答数	%
全体	1500	100.0
①刑事告訴する	43	2.9
②民事訴訟を提起する	88	5.9
③侵害者に警告する	165	11.0
④弁護士等の専門家に相談する	142	9.5
⑤ADR(裁判外紛争解決手続)を用いる	25	1.7
⑥特に何もしない	277	18.5
⑦その他 具体的に:	27	1.8
⑧侵害されたことがない	910	60.7

問 3： あなたは、権利者の利益を害すると考えるどのような程度の権利侵害を多く認知されていますか。

- ・認知された侵害額は、1,000 万円以上と 100～1,000 万円が同じ割合で最多（30.2%）。金額が少ないほど認知が少ないという結果となった。

	とても多い	多い	少ない	とても少ない	全くない	わからない
①	11.7	12.4	17.1	16.6	7.6	34.6
②	7.3	18.0	21.2	10.8	9.0	33.7
③	6.6	19.7	20.5	7.1	10.5	35.6
④	10.7	19.5	12.5	9.0	12.5	35.8
⑤	16.9	13.2	11.0	8.1	14.4	36.3

①損害額 1 万円未満（一著作物あたり。以下同じ）

②損害額 1 万円～10 万円未満

③損害額 10 万円～100 万円未満

④損害額 100 万円～1,000 万円未満

⑤損害額 1,000 万円以上

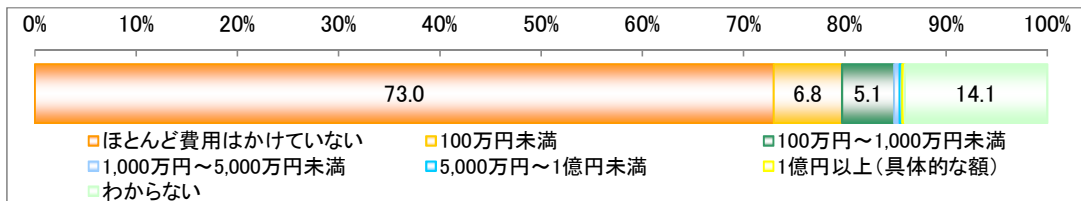
	回答数 %	とても多い	多い	少ない	とても少ない	全くない	わからない
①	590 100.0	69 11.7	73 12.4	101 17.1	98 16.6	45 7.6	204 34.6
②	590 100.0	43 7.3	106 18.0	125 21.2	64 10.8	53 9.0	199 33.7
③	590 100.0	39 6.6	116 19.7	121 20.5	42 7.1	62 10.5	210 35.6
④	590 100.0	63 10.7	115 19.5	74 12.5	53 9.0	74 12.5	211 35.8
⑤	590 100.0	100 16.9	78 13.2	65 11.0	48 8.1	85 14.4	214 36.3

(c) 侵害対策に使っている費用

【企業】費用をあまりかけていない企業が多数 [問 2-6]

問 2-6： 貴社の著作権を守るため、訴訟に使っている年間費用（弁護士費用を含む）はどの程度ですか。

- ・ほとんど費用をかけていない企業が 73.0%、100 万円未満が 6.8%。



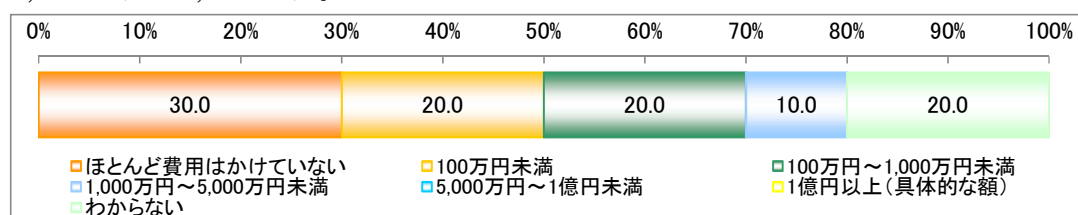
	回答数	%
全体	370	100.0
ほとんど費用はかけていない	270	73.0
100 万円未満	25	6.8
100 万円～1,000 万円未満	19	5.1
1,000 万円～5,000 万円未満	2	0.5
5,000 万円～1 億円未満	1	0.3
1 億円以上(具体的な額)	1	0.3
わからない	52	14.1



【権利者団体】必ずしも多くの費用をかけている団体ばかりとは限らない [問 1-3,4,13]

問 1-3： 貴団体の著作権を守るため、訴訟に使っている年間費用（弁護士費用を含む）はどの程度ですか。

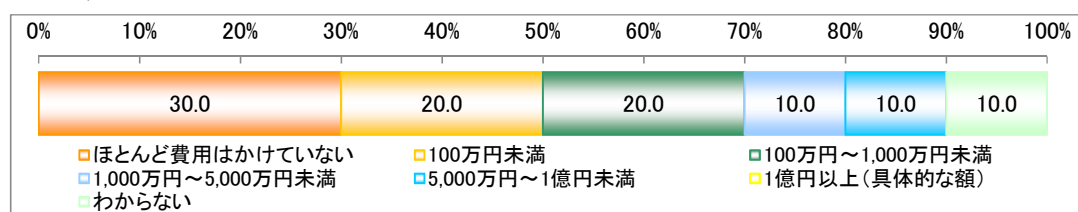
- ・ 訴訟に使っている年間費用は、100 万円未満の団体が 50%。最も多い団体は、1,000 万円～5,000 万円。



	回答数	%
全体	10	100.0
ほとんど費用はかけていない	3	30.0
100 万円未満	2	20.0
100 万円～1,000 万円未満	2	20.0
1,000 万円～5,000 万円未満	1	10.0
5,000 万円～1 億円未満	0	0.0
1 億円以上(具体的な額)	0	0.0
わからない	2	20.0

問 1-4： 貴団体の著作権を守るため、監視や警告など、訴訟以外の手段のため実際に使っている年間費用はどの程度ですか。

- ・ 訴訟以外に使っている年間費用は、100 万円未満の団体が 50%、最も多い団体は、5,000 万円～1 億円。

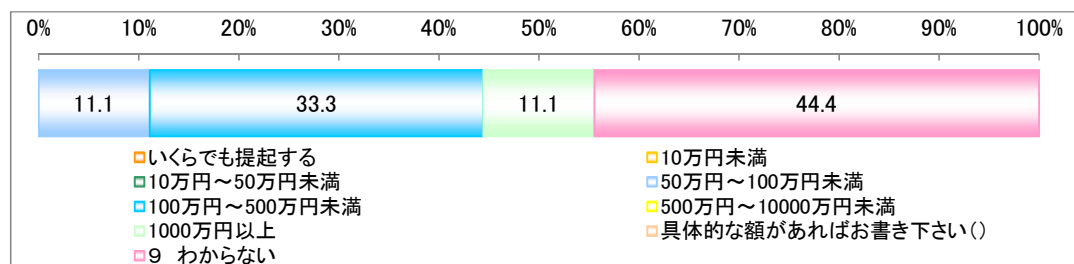


	回答数	%
全体	10	100.0
ほとんど費用はかけていない	3	30.0
100 万円未満	2	20.0
100 万円～1,000 万円未満	2	20.0
1,000 万円～5,000 万円未満	1	10.0
5,000 万円～1 億円未満	1	10.0
1 億円以上(具体的な額)	0	0.0
わからない	1	10.0

問 1-13： 著作権侵害に対して実際に訴訟を起こすかどうかの判断に当たり、訴訟に係る費用を考慮すると、訴訟の結果得られる金額として最低限必要なのはどれくらいですか。

- ・ 訴訟の結果得られる金額として最低限必要な金額としては、100 万円から 500 万

円未満が 33.3%で最多。

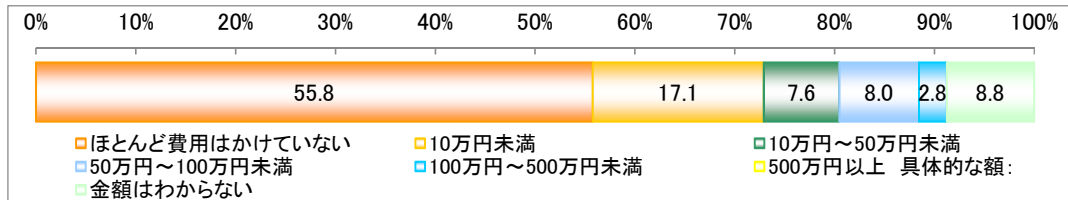


	回答数	%
全体	9	100.0
いくらでも提起する	0	0.0
10 万円未満	0	0.0
10 万円～50 万円未満	0	0.0
50 万円～100 万円未満	1	11.1
100 万円～500 万円未満	3	33.3
500 万円～10000 万円未満	0	0.0
1000 万円以上	1	11.1
具体的な額があればお書き下さい()	0	0.0
わからない	4	44.4

【個人】 費用をあまりかけていない人が多数、また訴訟の結果得られる最低限必要な金額は必ずしも高くない [問 6,10,11]

問 6： あなたの著作権を守るため、監視や警告など、訴訟以外の手段を使っている場合、そのため実際に使っている年間費用はどの程度ですか。

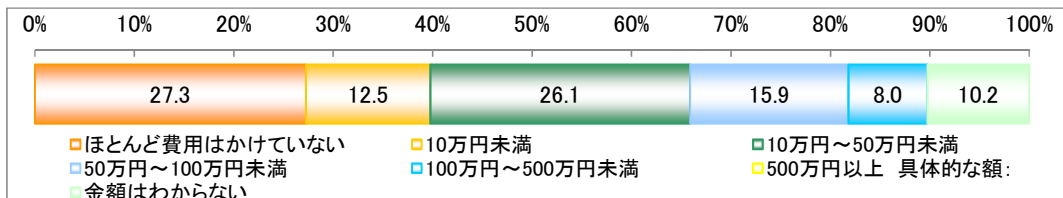
・ 訴訟以外では、ほとんど費用をかけていない人が 55.8%、10 万円未満が 17.1%。



	回答数	%
全体	251	100.0
ほとんど費用はかけていない	140	55.8
10 万円未満	43	17.1
10 万円～50 万円未満	19	7.6
50 万円～100 万円未満	20	8.0
100 万円～500 万円未満	7	2.8
500 万円以上 具体的な額:	0	0.0
金額はわからない	22	8.8

問 10： あなたの著作権を守るため、訴訟を行っている場合、その訴訟に使っている年間費用（弁護士費用を含む）はどの程度ですか。

・ 訴訟をした人では、ほとんど費用をかけていない人が 27.3%、10～50 万円が 26.1%。

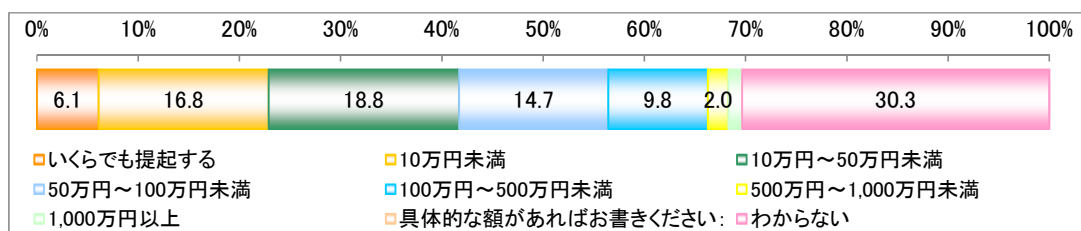


	回答数	%
全体	88	100.0
ほとんど費用はかけていない	24	27.3
10 万円未満	11	12.5
10 万円～50 万円未満	23	26.1
50 万円～100 万円未満	14	15.9
100 万円～500 万円未満	7	8.0
500 万円以上 具体的な額:	0	0.0
金額はわからない	9	10.2

問 11： 著作権侵害に対して実際に訴訟を起こすかどうかの判断に当たり、訴訟に係る費用を考慮すると、訴訟の結果得られる金額として最低限必要なのはどれくらいですか。

・ 訴訟の結果得られる金額として最低限必要な金額としては、10 万円から 50 万円未満が 18.8%で最多。次いで 10 万円未満が 16.8%、50 万円から 100 万円未満が

14.7%と続く。



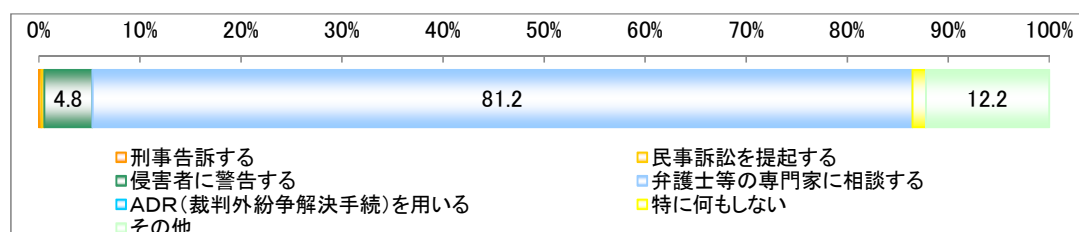
	回答数	%
全体	590	100.0
いくらでも提起する	36	6.1
10 万円未満	99	16.8
10 万円～50 万円未満	111	18.8
50 万円～100 万円未満	87	14.7
100 万円～500 万円未満	58	9.8
500 万円～1,000 万円未満	12	2.0
1,000 万円以上	8	1.4
具体的な額があればお書きください:	0	0.0
わからない	179	30.3

(d) グレーゾーンの利用に対する権利行使

【企業】積極的に権利行使するという企業は少ない [問 2-8]

問 2-8： 仮に、貴社の著作権が無許諾で利用されているが、その利用が合法か違法かの判断が難しいという場合（例えば、判例がまだない場合など）、貴社はどのように対応しますか。

- ・ 著作物が無許諾で利用されているが、合法か違法か判断し難い場合の対応として、弁護士等に相談するのが多数（81.2%）。警告（4.8%）、訴訟・刑事告訴（各 0.3%）は少ない。

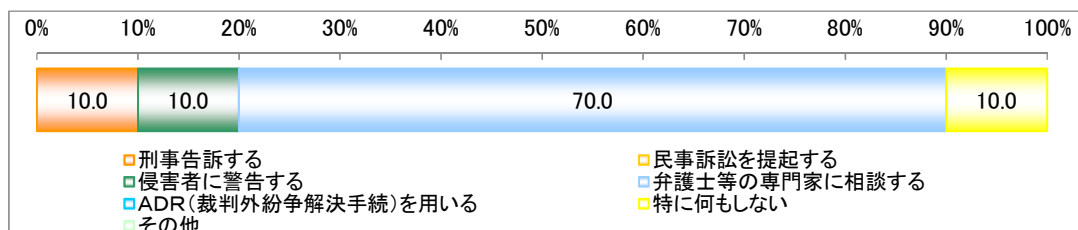


	回答数	%
全体	377	100.0
刑事告訴する	1	0.3
民事訴訟を提起する	1	0.3
侵害者に警告する	18	4.8
弁護士等の専門家に相談する	306	81.2
ADR(裁判外紛争解決手続)を用いる	0	0.0
特に何もしない	5	1.3
その他	46	12.2

【権利者団体】積極的に権利行使するという団体は少ない [問 1-12]

問 1-12： 仮に、貴団体の著作権が無許諾で利用されているが、その利用が合法か違法かの判断が難しいという場合（例えば、判例がまだない場合など）、貴団体はどのように対応しますか。

- ・ 著作物が無許諾で利用されているが、合法か違法か判断し難い場合の対応として、弁護士等の専門家に相談するのが最多（70.0%）。刑事告訴する、侵害者に警告する、特に何もしないが各 10.0%であった。

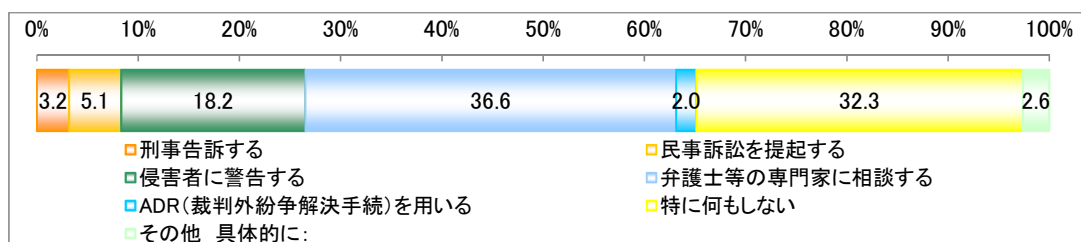


	回答数	%
全体	10	100.0
刑事告訴する	1	10.0
民事訴訟を提起する	0	0.0
侵害者に警告する	1	10.0
弁護士等の専門家に相談する	7	70.0
ADR(裁判外紛争解決手続)を用いる	0	0.0
特に何もしない	1	10.0
その他	0	0.0

【個人】積極的に権利行使するという人は少ない [問 13]

問 13： 仮に、あなたの著作物が無許諾で利用されているが、その利用が合法か違法かの判断が難しいという場合（例えば、判例がまだない場合など）、あなたはどのように対応しますか。最も行う可能性が高いものを1つだけ選択してください。

- ・ 著作物が無許諾で利用されているが、合法か違法か判断し難い場合の対応として、弁護士等に相談するのが最多（36.6%）、次いで、特に何もしない（32.3%）、警告（18.2%）。訴訟（5.1%）、刑事告訴（3.2%）は少ないが、企業の回答よりは多い。



	回答数	%
全体	1500	100.0
刑事告訴する	48	3.2
民事訴訟を提起する	77	5.1
侵害者に警告する	273	18.2
弁護士等の専門家に相談する	549	36.6
ADR(裁判外紛争解決手続)を用いる	30	2.0
特に何もしない	484	32.3
その他 具体的に:	39	2.6

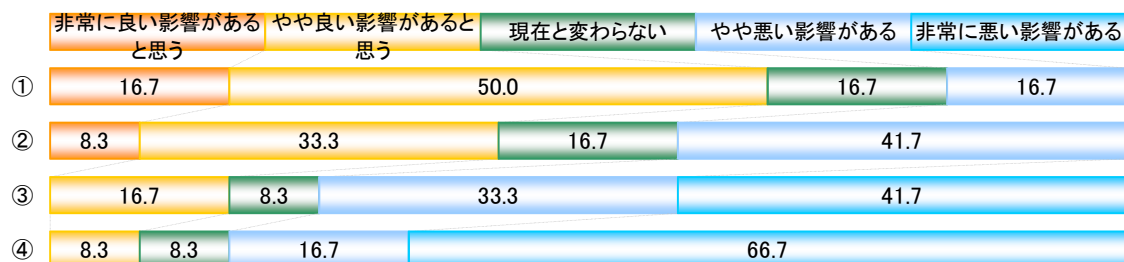
# (e) 権利制限規定の明確性

【企業】企業調査では、利用者と権利者で調査対象が同じであるため、利用者の項に記載した。

【権利者団体】一般規定に対する強い抵抗感がある [問 1-15,16]

問 1-15： 貴団体は、著作権者の許諾なしに他人の著作物を適法に使用できる範囲を法律で定める仕組みとして以下のようなものがあるとした場合に、それぞれの仕組みについて、現在と比べて著作権の保護に良い影響があると思いますか、悪い影響があると思いますか。なお、例として挙げている「論文剽窃検証サービス（チェック対象の論文を入れると、盗作と疑われる箇所が表示されたりするサービス）」はあくまでも一例です。ご回答の際は、貴団体の著作物を利用したサービスを想定してお考え下さい。

- ・ 良い影響がある権利制限規定（非常に良い影響があると思う＋やや良い影響があると思う）は、①個別規定（66.7%）、②個別規定＋それに準じるもの（41.6%）。良い影響が少ないのは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定（非常に良い影響があると思う＋やや良い影響があると思うが 8.3%）。



- ①適法となるサービスの類型や条件を具体的に示す方法（例）「論文剽窃検証サービスのために論文データをサーバーに蓄積することや、分析結果の表示の際に論文の一部を表示することは、〇〇〇、□□□、△△△という条件を満たす場合に限り適法」といった定め方
- ②適法となるサービスの類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法（例）「論文剽窃検証サービスのために論文データをサーバーに蓄積することや、分析結果の表示の際に論文の一部を表示することは、〇〇〇、□□□、△△△という条件を満たす場合は適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方
- ③適法となるサービスの類型や条件を一定程度抽象的に示す方法（例）「大量のデータを分析するためにインターネット上のデータを蓄積することや、その分析結果を表示することは、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方
- ④適法となるサービスの類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法（例）「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方

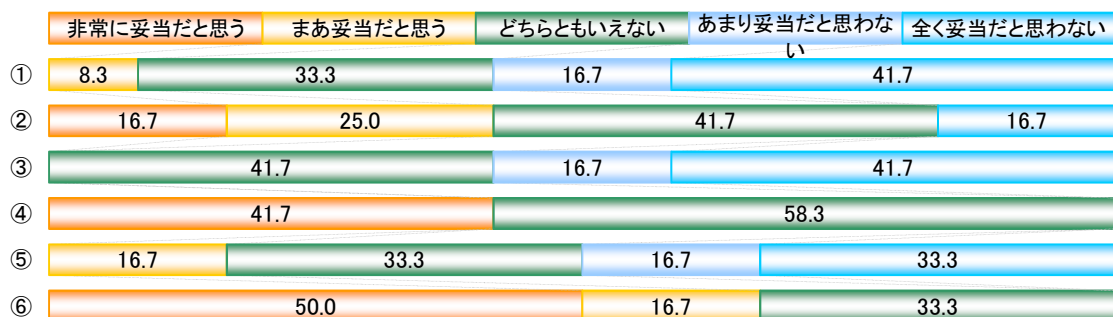
	回答数 %	非常に良い 影響がある と思う	やや良い影 響があると思 う	現在と変わ らない	やや悪い影 響がある	非常に悪い 影響がある
①	12 100.0	2 16.7	6 50.0	2 16.7	2 16.7	0 0.0



②	12 100.0	1 8.3	4 33.3	2 16.7	5 41.7	0 0.0
③	12 100.0	0 0.0	2 16.7	1 8.3	4 33.3	5 41.7
④	12 100.0	0 0.0	1 8.3	1 8.3	2 16.7	8 66.7

問 1-16： 著作権者の許諾なしに他人が著作物を適法に使用できるどうか、裁判所の判断の蓄積等により明らかになっていく仕組みを導入することの効果として、例えば次のようなものが指摘されています。貴団体はこれらの指摘はどの程度妥当だと思いますか。（それぞれ当てはまる数字 1 つだけに○）

- ・柔軟な規定の効果（非常に妥当だと思う＋まあ妥当だと思う）は、①故意・過失による著作権侵害が増える（66.7%）、②著作権侵害かどうかの区別が難しくなる（41.7%）、③訴訟が増えて負担になる（同）。

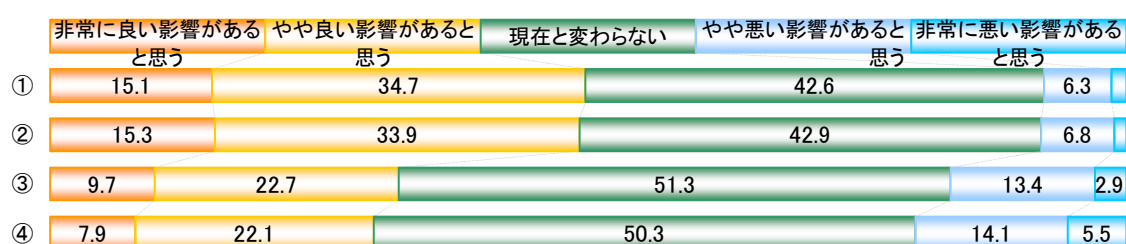


①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる ②訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう ③新しいビジネスを開拓しやすくなる ④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる ⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる ⑥故意・過失による、著作権侵害が増える						
	回答数 %	非常に妥当 だと思う	まあ妥当だ と思う	どちらともい えない	あまり妥当 だと思わな い	全く妥当だと 思わない
①	12 100.0	0 0.0	1 8.3	4 33.3	2 16.7	5 41.7
②	12 100.0	2 16.7	3 25.0	5 41.7	0 0.0	2 16.7
③	12 100.0	0 0.0	0 0.0	5 41.7	2 16.7	5 41.7
④	12 100.0	5 41.7	0 0.0	7 58.3	0 0.0	0 0.0
⑤	12 100.0	0 0.0	2 16.7	4 33.3	2 16.7	4 33.3
⑥	12 100.0	6 50.0	2 16.7	4 33.3	0 0.0	0 0.0

【個人】 個別規定と「準ずる」規定への支持が半数程度 [問 15,16]

問 15： あなたは、著作権者の許諾なしに他人の著作物を適法に使用できる範囲を法律で定める仕組みとして以下のようなものがあるとした場合に、それぞれの仕組みについて、現在と比べて著作権の保護に良い影響があると思いますか、悪い影響があると思いますか。なお、例として挙げている「音楽 CD のコピー」はあくまでも一例です。ご回答の際は、あなたの著作物を利用したサービスを想定してお考えください。

- ・ 良い影響がある権利制限規（非常に良い影響があると思う＋やや良い影響があると思う）は、①個別規定（49.8%）、②個別規定＋それに準じるもの（49.2%）。良い影響が少ないのは、フェアユース規定のように考慮要素のみを定めた規定（非常に良い影響があると思う＋やや良い影響があると思うが 30.0%）。

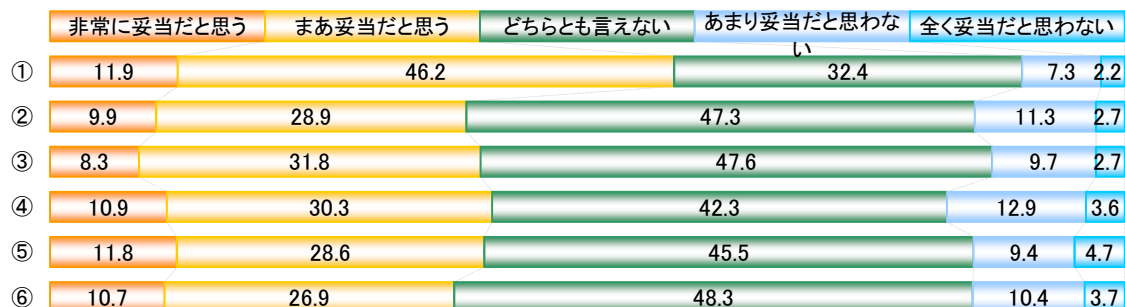


①適法となる利用の類型や条件を具体的に示す方法（例）「私的使用のための音楽 CD のコピーは、〇〇〇、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」といった定め方 ②適法となる利用の類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法（例）「私的使用のための音楽 CD のコピーは、〇〇〇、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」、「上記に準じる利用行為で、著作権者の利益を不当に害さないものは適法」といった定め方 ③適法となる利用の類型や条件を一定程度抽象的に示す方法（例）「私的使用のための著作物の複製は、著作権者の利益を不当に害さない限り適法」といった定め方 ④適法となる利用の類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法（例）「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」といった定め方						
	回答数 %	非常に良い 影響がある と思う	やや良い影 響があると 思う	現在と変わ らない	やや悪い影 響があると 思う	非常に悪い 影響があると 思う
①	1500 100.0	226 15.1	520 34.7	639 42.6	94 6.3	21 1.4
②	1500 100.0	230 15.3	508 33.9	643 42.9	102 6.8	17 1.1
③	1500 100.0	146 9.7	340 22.7	769 51.3	201 13.4	44 2.9
④	1500 100.0	119 7.9	332 22.1	755 50.3	212 14.1	82 5.5

問 16： 著作権者の許諾なしに他人が著作物を適法に使用できるかどうか、裁判所の判断の蓄積等により明らかにいなくなっていく仕組みを導入することの効果として、例えば次のようなものが指摘されています。あなたはこれらの指摘はどの程度妥当だと思いますか。

- ・ 柔軟な規定の効果（非常に妥当だと思う＋まあ妥当だと思う）は、①時代の変化に対応しやすい（58.1%）、②訴訟が増えて負担になる（41.2%）、③裁判所の方

が公正な判断が期待できる（40.4%）。



- ①法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる
- ②訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう
- ③新しいサービスを行いやすくなる
- ④訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる
- ⑤裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる
- ⑥故意・過失による、著作権侵害が増える

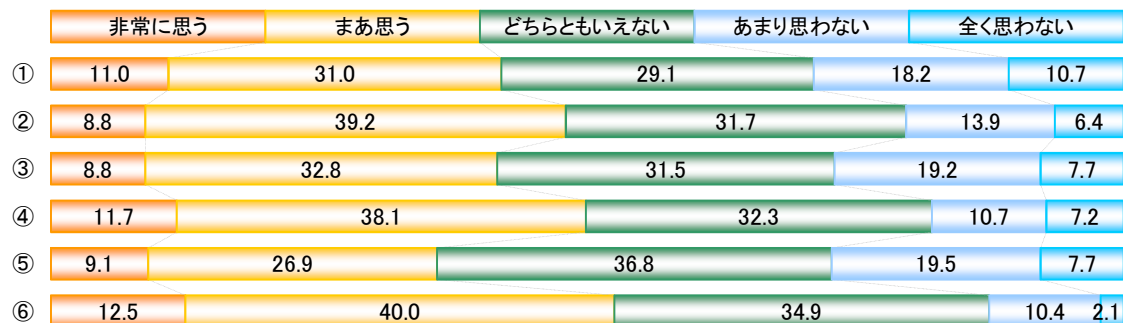
	回答数 %	非常に妥当 だと思う	まあ妥当だ と思う	どちらとも 言えない	あまり妥当 だと思わな い	全く妥当だ と思わない
①	1500 100.0	178 11.9	693 46.2	486 32.4	110 7.3	33 2.2
②	1500 100.0	148 9.9	433 28.9	710 47.3	169 11.3	40 2.7
③	1500 100.0	124 8.3	477 31.8	714 47.6	145 9.7	40 2.7
④	1500 100.0	163 10.9	454 30.3	635 42.3	194 12.9	54 3.6
⑤	1500 100.0	177 11.8	429 28.6	683 45.5	141 9.4	70 4.7
⑥	1500 100.0	160 10.7	404 26.9	724 48.3	156 10.4	56 3.7

(f) 権利行使を容易にする制度

【企業】半数程度の企業が希望 [問 2-9]

問 2-9： 著作権保護のために、次のような制度が提案されています。それぞれの程度あったらよいと思いますか。

- ・ 著作権保護のためにあったらよい制度（非常に思う＋まあ思う）として、どの制度も約 4～5 割の企業が希望。その中でも多い順に、①弁護士費用の敗訴者負担制度（52.5%）、②ディスカバリー制度（49.8%）、③法定賠償制度（48.0%）。



- ①懲罰的損害賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害よりも大きな額（例えば 2 倍の額）を、損害賠償として支払わせる制度
- ②法定賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害額を算定しなくても、一定額を損害賠償として支払わせる制度
- ③クラスアクション：同じ企業・個人による著作権侵害事件で多数の被害者がいる場合に、一部の被害者が全体を代表して訴訟を起こせる制度（訴訟に参加しなかった被害者にも判決の効力が及ぶ）
- ④ディスカバリー（証拠開示手続）：当事者の求めに応じて、訴訟の相手方に対して証拠の提出を命じる制度
- ⑤訴訟費用への補助：著作権侵害に対して訴訟を起こす場合に、その費用の一部を国が補助する制度
- ⑥弁護士費用の敗訴者負担制度：弁護士にかかった費用の全部又は一部を裁判官の判断で敗訴者に負担させる制度

	回答数 %	非常に思う	まあ思う	どちらともい えない	あまり思わ ない	全く思わな い
①	374 100.0	41 11.0	116 31.0	109 29.1	68 18.2	40 10.7
②	375 100.0	33 8.8	147 39.2	119 31.7	52 13.9	24 6.4
③	375 100.0	33 8.8	123 32.8	118 31.5	72 19.2	29 7.7
④	375 100.0	44 11.7	143 38.1	121 32.3	40 10.7	27 7.2
⑤	375 100.0	34 9.1	101 26.9	138 36.8	73 19.5	29 7.7
⑥	375 100.0	47 12.5	150 40.0	131 34.9	39 10.4	8 2.1

【権利者団体】半数以上の団体が希望 [問 1-17]

問 1-17： 著作権保護のために、次のような制度が提案されています。それぞれどの程度あったらよいと思いますか。

- ・ 著作権保護のためにあったらよい制度（非常に思う＋まあ思う）として、どの制度も 6 割以上の団体が希望。中でも多い順に、①懲罰的損害賠償制度（81.8%）、②クラスアクション（72.8%）、②弁護士費用の敗訴者負担（同）、④ディスカバリー（72.7%）。

	非常に思う	まあ思う	どちらともいえない	あまり思わない	全く思わない
①	63.6	18.2	18.2		
②	45.5	18.2	18.2	9.1	9.1
③	36.4	36.4	27.3		
④	63.6	9.1	27.3		
⑤	36.4	27.3	27.3	9.1	
⑥	45.5	27.3	27.3		

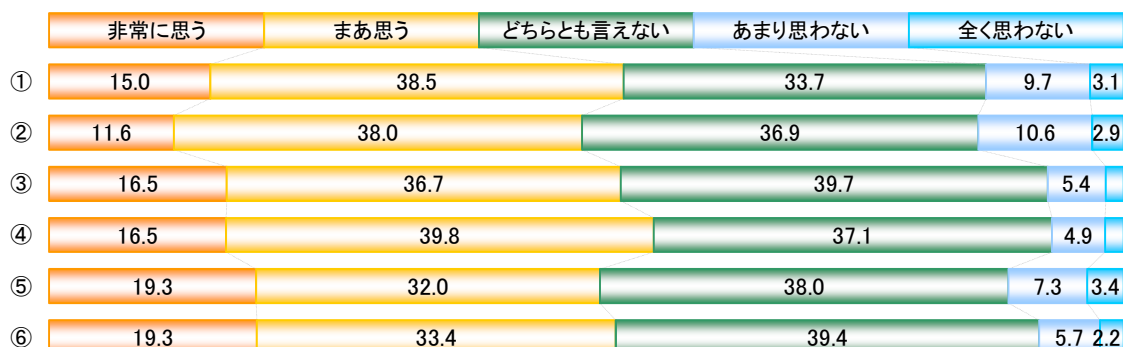
- ①懲罰的損害賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害よりも大きな額（例えば 2 倍の額）を、損害賠償として支払わせる制度  
 ②法定賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害額を算定しなくても、一定額を損害賠償として支払わせる制度  
 ③クラスアクション：同じ企業・個人による著作権侵害事件で多数の被害者がいる場合に、一部の被害者が全体を代表して訴訟を起こせる制度（訴訟に参加しなかった被害者にも判決の効力が及ぶ）  
 ④ディスカバリー（証拠開示手続）：当事者の求めに応じて、訴訟の相手方に対して証拠の提出を命じる制度  
 ⑤訴訟費用への補助：著作権侵害に対して訴訟を起こす場合に、その費用の一部を国が補助する制度  
 ⑥弁護士費用の敗訴者負担制度：弁護士にかかった費用の全部又は一部を裁判官の判断で敗訴者に負担させる制度

	回答数 %	非常に思う	まあ思う	どちらともいえない	あまり思わない	全く思わない
①	11 100.0	7 63.6	2 18.2	2 18.2	0 0.0	0 0.0
②	11 100.0	5 45.5	2 18.2	2 18.2	1 9.1	1 9.1
③	11 100.0	4 36.4	4 36.4	3 27.3	0 0.0	0 0.0
④	11 100.0	7 63.6	1 9.1	3 27.3	0 0.0	0 0.0
⑤	11 100.0	4 36.4	3 27.3	3 27.3	1 9.1	0 0.0
⑥	11 100.0	5 45.5	3 27.3	3 27.3	0 0.0	0 0.0

【個人】半数程度の人が希望 [問 17-1]

問 17-1： 著作権保護のために、次のような制度が提案されています。それぞれどの程度あったらよいと思いますか。

- ・ 著作権保護のためにあったらよい制度（非常に思う＋まあ思う）として、どの制度も半数程度の人が希望。中でも多い順に、①ディスカバリー制度（56.3%）、②懲罰的損害賠償制度（53.5%）、③クラスアクション制度（53.2%）。



- ①懲罰的損害賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害よりも大きな額（例えば2倍の額）を、損害賠償として支払わせる制度
- ②法定賠償制度：著作権侵害をした企業・個人に対し、実際の損害額を算定しなくても、一定額を損害賠償として支払わせる制度
- ③クラスアクション：同じ企業・個人による著作権侵害事件で多数の被害者がいる場合に、一部の被害者が全体を代表して訴訟を起こせる制度（訴訟に参加しなかった被害者にも判決の効力が及ぶ）
- ④ディスカバリー（証拠開示手続）：当事者の求めに応じて、訴訟の相手方に対して証拠の提出を命じる制度
- ⑤訴訟費用への補助：著作権侵害に対して訴訟を起こす場合に、その費用の一部を国が補助する制度
- ⑥弁護士費用の敗訴者負担制度：弁護士にかかった費用の全部又は一部を裁判官の判断で敗訴者に負担させる制度

	回答数 %	非常に思う	まあ思う	どちらとも言 えない	あまり思わ ない	全く思わな い
①	1500 100.0	225 15.0	577 38.5	506 33.7	145 9.7	47 3.1
②	1500 100.0	174 11.6	570 38.0	553 36.9	159 10.6	44 2.9
③	1500 100.0	248 16.5	550 36.7	596 39.7	81 5.4	25 1.7
④	1500 100.0	247 16.5	597 39.8	556 37.1	74 4.9	26 1.7
⑤	1500 100.0	289 19.3	480 32.0	570 38.0	110 7.3	51 3.4
⑥	1500 100.0	290 19.3	501 33.4	591 39.4	85 5.7	33 2.2

### (3) 基本情報

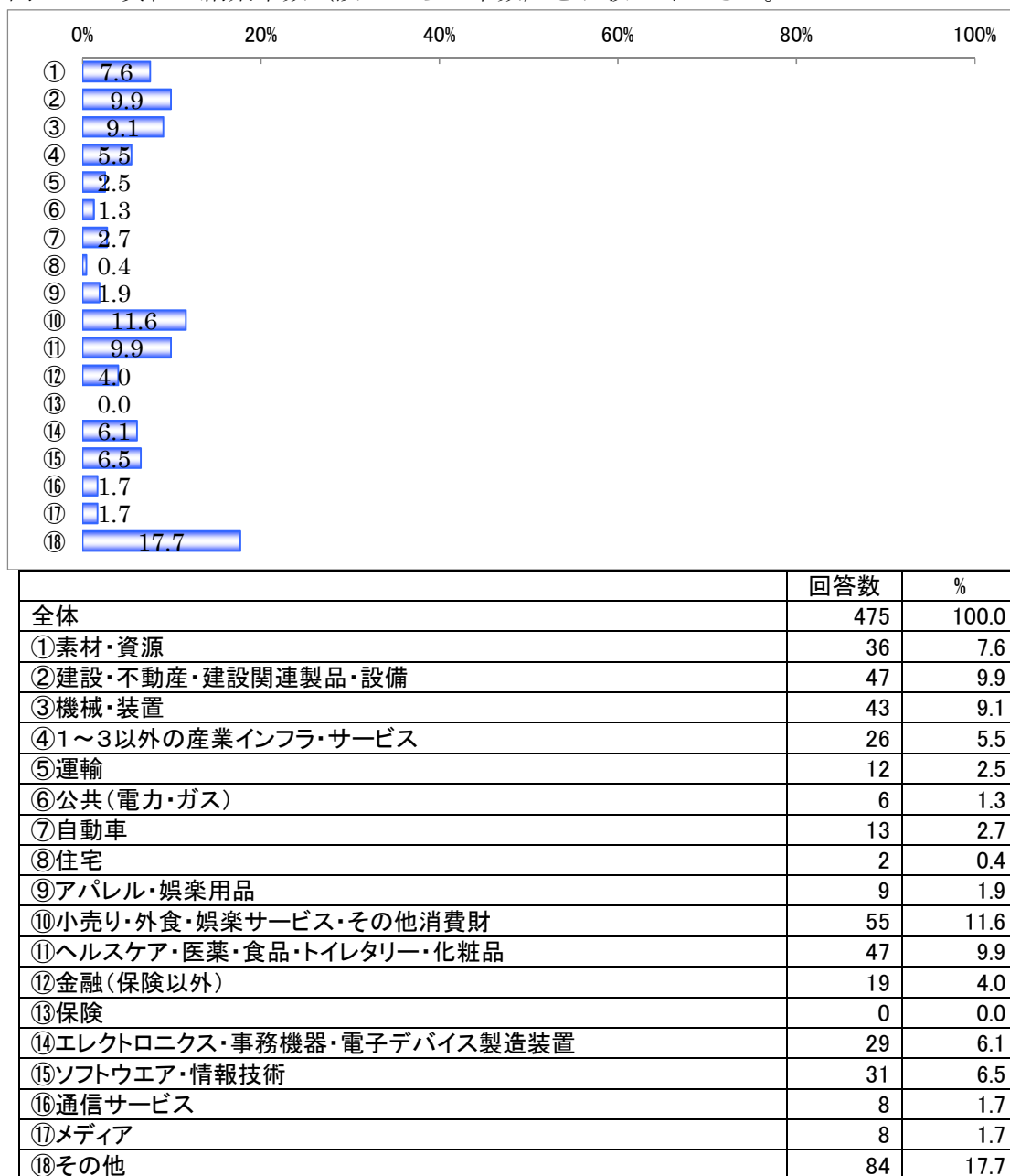
【企業】回答企業の事業分野は各分野に分散している。従業員数は平均 472 人。年間売上高は 4 億 5 千万円。創業年数の平均は 61 年。 [問 3-1,2,3,4]

問 3-1： 貴社の業種をお教えてください。

問 3-2： 貴社の従業員数をお教えてください。

問 3-3： 貴社の年間売上高（連結）をお教えてください。

問 3-4： 貴社の創業年数（設立からの年数）をお教えてください。

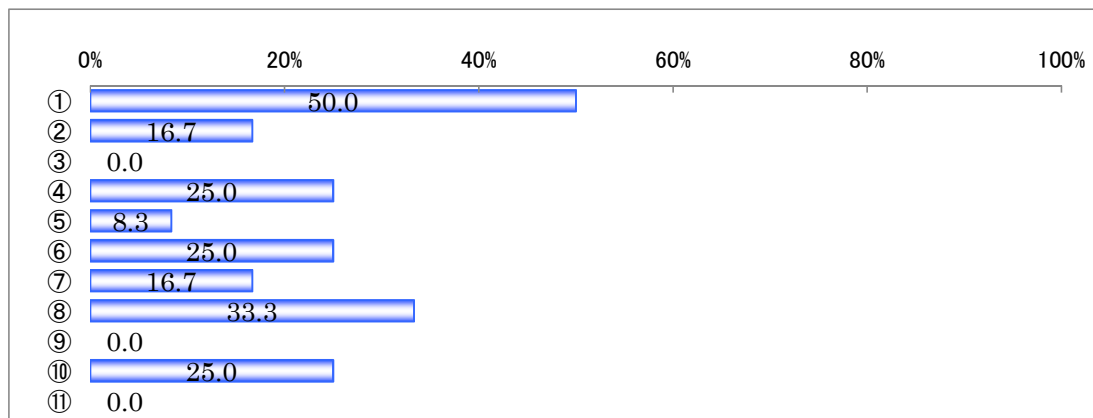


【権利者団体】 回答した団体が保有・管理する著作物は各分野に分散している。職員数は平均 58 人、年間収益額の平均は約 23 億円。 [問 1-1,2-1,2]

問 1-1： 貴団体が権利を保有・管理している著作物はどのような種類ですか。

問 2-1： 貴団体の職員数をお教えてください。

問 2-2： 貴団体の年間収益額をお教えてください。



	回答数	%
全体	12	100.0
①文章・言語	6	50.0
②音楽	2	16.7
③演劇・舞踊	0	0.0
④美術 (絵画、版画、彫刻など)	3	25.0
⑤建築	1	8.3
⑥図形 (図表、図面、地図など)	3	25.0
⑦映像	2	16.7
⑧写真	4	33.3
⑨プログラム	0	0.0
⑩その他 (具体的に)	3	25.0
⑪利用していない	0	0.0



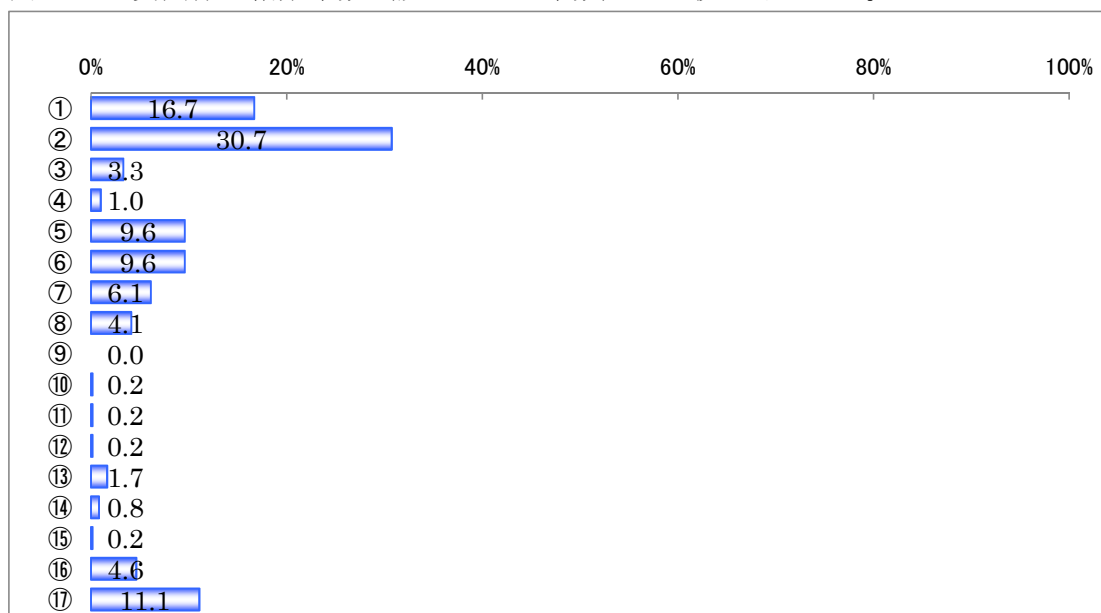
【利用者団体】 回答した団体が保有・管理する著作物は各分野に分散している。職員数は平均 114 人、年間収益額の平均は約 23 億円。 [問 2-1,2,3,4]

問 2-1： 貴団体の業種をお教えてください。

問 2-2： 貴団体の従業員数をお教えてください。

問 2-3： 貴団体の年間売上高（連結）をお教えてください。

問 2-4： 貴団体の創業年数（設立からの年数）をお教えてください。



	回答数	%
全体	605	100.0
①学校(一条校)	101	16.7
②図書館	186	30.7
③1・2以外の教育事業	20	3.3
④研究	6	1.0
⑤医療	58	9.6
⑥障害者福祉	58	9.6
⑦高齢者福祉	37	6.1
⑧5～7以外の医療・福祉	25	4.1
⑨情報通信	0	0.0
⑩小売り	1	0.2
⑪運輸・インフラ	1	0.2
⑫金融・保険	1	0.2
⑬地域振興・観光	10	1.7
⑭農林水産	5	0.8
⑮メディア	1	0.2
⑯上記分野以外の業界団体	28	4.6
⑰その他(具体的に:)	67	11.1

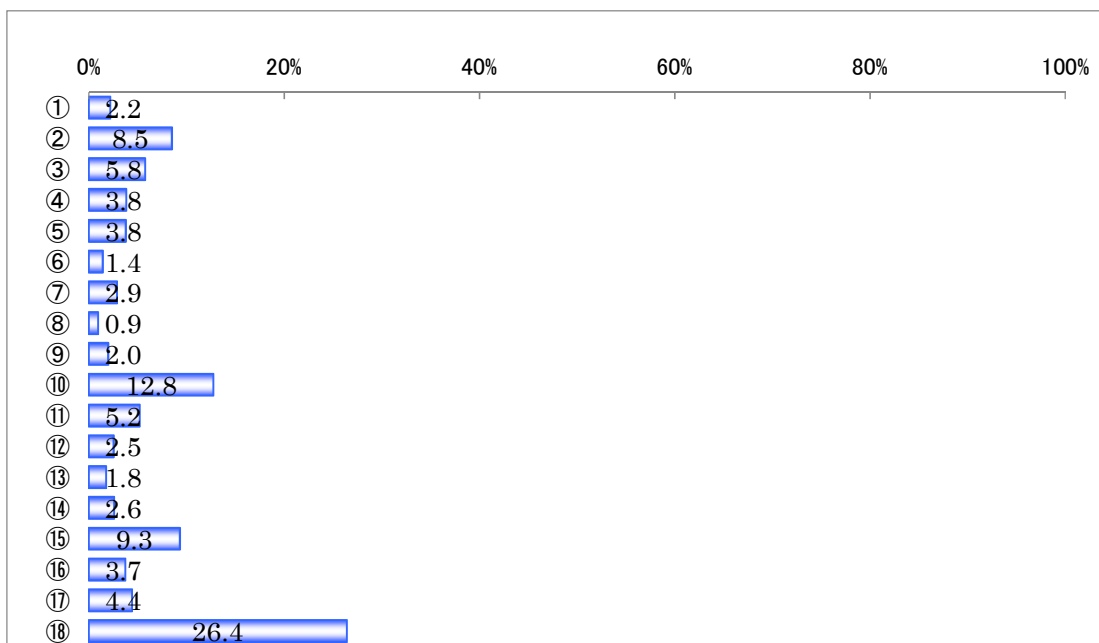
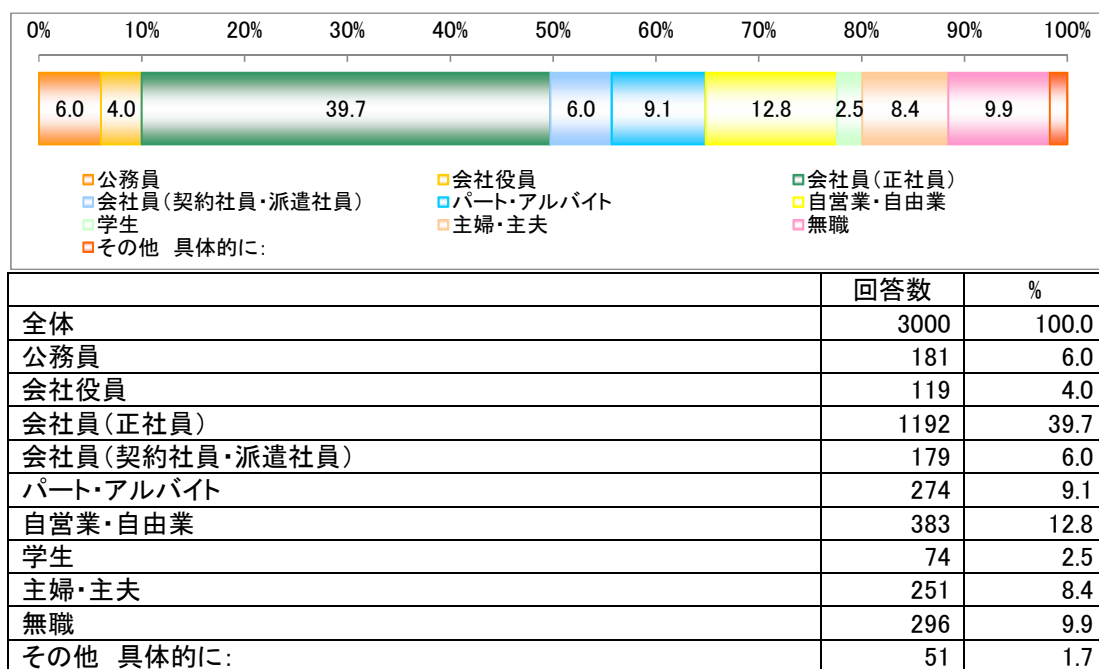
【個人】 回答者の年齢層は45～54歳が最多（29.2%）、次いで35～44歳（26.0%）。  
性別は男性が65.7%。職業分野は各分野に分散している。年齢層 [SC1,2,問35,36]

SC1： あなたの年齢をお教えてください。

SC2： あなたの性別をお教えてください。

問35： あなたの職業をお教えてください。

問36： あなたの職業の業種をお教えてください。



	回答数	%
全体	2328	100.0
①素材・資源	51	2.2
②建設・不動産・建設関連製品・設備	198	8.5
③機械・装置	134	5.8
④1～3 以外の産業インフラ・サービス	89	3.8
⑤運輸	88	3.8
⑥公共(電力・ガス)	33	1.4
⑦自動車	67	2.9
⑧住宅	22	0.9
⑨アパレル・娯楽用品	46	2.0
⑩小売り・外食・娯楽サービス・その他消費財	297	12.8
⑪ヘルスケア・医薬・食品・トイレットリー・化粧品	121	5.2
⑫金融(保険以外)	59	2.5
⑬保険	41	1.8
⑭エレクトロニクス・事務機器・電子デバイス製造装置	60	2.6
⑮ソフトウェア・情報技術	217	9.3
⑯通信サービス	87	3.7
⑰メディア	103	4.4
⑱その他 具体的に:	615	26.4

## 《Ⅱ. ヒアリング調査》

### 1. 概要

○利用者（文化庁が 2015 年 7 月に行った「著作物等の利用の円滑化のためのニーズ募集」<sup>2</sup>の提出企業・団体等）、権利者（著作権関連企業、著作権等管理団体）等からヒアリング対象を選定。

○利用者側 10 団体、権利者側 9 団体、司法機関の計 20 団体からヒアリングを実施。

利用者側：株式会社アंक、一般社団法人インターネットユーザー協会、特定非営利活動法人コモンズフィア、一般社団法人新経済連盟、学校法人駿河台学園、公益社団法人日本図書館協会、富士通株式会社、株式会社ベネッセホールディングス、ヤフー株式会社、東京学芸大学附属世田谷中学校

権利者側：一般社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会、株式会社集英社、東映アニメーション株式会社、一般社団法人日本音楽著作権協会、一般社団法人日本ネットクリエイター協会、公益社団法人日本文藝家協会、一般社団法人日本レコード協会、株式会社朝日新聞社、株式会社 TBS テレビ

司法機関：最高裁判所

---

<sup>2</sup> 同ニーズ募集では、企業・団体と個人から計 112 件のニーズが提出された。募集の結果は文化庁サイト（<http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/needs/>）に掲載されている。

## 2. 主な結果

### (1) 権利者側の主な意見

#### (a) 著作権侵害の現状

- ・実際に行われている権利侵害として挙げられた主な形態は以下のようなものであった。
  - 海賊版（オンラインリーディング、リーチサイト、P to P、海賊版 DVD、海賊版グッズなど）
  - 自炊代行サービス
  - ゲーム実況動画のアップロード、同人ゲーム、クローンゲーム<sup>3</sup>
  - 入試問題作成の外注
  - 地元の偉人の句碑を勝手に作る
  - 自分の本を勝手に出版される
- ・将来的に生じ得る権利侵害として、3D プリンタによる複製が挙げられた。
- ・国内よりも、海外の方が大々的に権利侵害が行われているという意見が多かった。
- ・その他挙げられた主な意見は以下のとおり。
  - 海賊版が横行する現状では、正規版を買わないのでマネタイズできない。
  - アニメの場合には、流通量のうち、国内の 1 割、海外の 5 割が海賊版ではないか。
  - 侵害を放置していると、ユーザーから、なぜ放置するのか、ならば自分もやる、といった苦情が来ることがある。
  - 学校教員の理解が低く、侵害が横行している（初等中等教育、大学教育とも）。教員養成課程に著作権の講座がないことが問題。
  - 雑誌や新聞などのメディアは著作権に関する意識が緩い印象。

#### (b) 居直り侵害等の事例

- ・「思い込み」や「居直り」等による侵害者の主張の実例として挙げられた主なものは、以下のとおりであった。
  - デッドコピーや主従関係など、およそ引用の要件を満たしていないものにも引用の主張がなされる（書籍の 3 分の 2 をそのままブログに掲載している事例など）。
  - デッドコピー、アテレコ<sup>4</sup>、リアクション動画など、二次創作でないものでもフェアユースだと主張される。
  - 非営利だから利用できる、教育目的だから利用できる、と主張される。
  - 「公衆送信」と「演奏」を混同した主張がなされる。
  - 楽曲プロモーションの目的であれば自由利用が認められると主張される。
  - 「4 小節まで」や「45 秒まで」の利用なら侵害にならないと主張される。

---

<sup>3</sup> ゲームの続編を無許諾で創作するもの。

<sup>4</sup> アニメの映像はそのまま、セリフだけ自分で演じて録音するもの。

- 結婚式やパーティーでの利用や、学校でクラスの人数分 CD を配ることも、私的複製だと主張される。
- 一方で、居直り侵害というのはあまりなく、真面目なファンは警告を受けたらすぐ利用をやめるという業界もあった。

### (c) 権利侵害への対応

- ・ 権利侵害を発見する方法としては、外部からの通報、システムによるクローリング、人力による検索が挙げられた。
- ・ 権利侵害への対応は、量が膨大であるので、優先順位をつけて対応せざるを得ないのが多くの業界の現状であった。ただし、商業規模になっているものは権利行使を行うという意見が多かった。
- ・ 国内のプロバイダや、DMCA<sup>5</sup>に基づく削除要請は対応してもらえるが、それ以外の海外の業者は対応してもらえないことが多いという意見があった。
- ・ インターネット上の侵害の場合には、削除してもすぐにまたアップされてしまうという意見があった。
- ・ 全体として、刑事事件にすることは少ないという意見が多かった。
- ・ 侵害対策に使っている年間費用として具体的に挙げられたのは、年間 1 千万円、数千円、という例があった。
- ・ その他挙げられた主な意見は以下のとおり。
  - ある程度大きい規模の企業は、訴訟のコストについてはあまり気にしないが、レピュテーションを気にして訴訟を避けることが多い。逆に、ベンチャー企業は、訴訟コストの方が負担で、あまりレピュテーションは気にしないことが多い。
  - 個人の権利者が権利行使をすることは難しいのではないかな。

### (d) 柔軟な権利制限規定が導入された場合の影響

- ・ フェアユース規定については、明らかに違法な利用についてもフェアユースの抗弁をされ、解決が難しくなる（あるいは、時間がかかる）ことを危惧する意見が多い。したがって、フェアユースのような一般的な権利制限規定には反対の立場が圧倒的であった。
- ・ その他挙げられた主な意見は以下のとおり。
  - 柔軟な権利制限規定ができたとしても、結局利用者側で適法か否かの判断ができず、ビジネス上使われないのではないかな。
  - 作品が許諾なしに簡単に利用されてしまうと、作品を創作するインセンティブが失われてしまう。
  - カナダでは、柔軟な権利制限規定ができてから出版社が 3 割潰れた。
  - 海外の侵害者は合法・違法お構いなしなので、柔軟な規定ができたからといって現状と変わらない。

---

<sup>5</sup> 米国のデジタルミレニアム著作権法 (Digital Millennium Copyright Act)

- ・日々、膨大な量の著作権侵害に対応している権利者側から見れば、柔軟な規定ができたからといって利用が委縮するというのは実感がない。

#### (e) その他の意見

- ・著作権法は、権利者の利益を守るためのものであり、利用促進の方向に傾きすぎるのはよくない。
- ・裁判官や弁護士に知財の専門家が少ないことが問題である。司法があまり信用できない。
- ・柔軟な権利制限規定がないためにイノベーションの創出が阻害されていると主張されるが、そのような事実は証明されていないのではないか。また、柔軟な権利制限規定によって本当にイノベーションが促進されるのかは疑問である。
- ・イノベーションの創出は、利用者と権利者の協力関係のもとで実現されるべき（権利者にもそれなりの分配をすべき）。
- ・もともとグレーゾーンの多い分野であり、あまりガチガチにする必要はない。

### (2) 利用者側の主な意見

#### (a) 権利制限のニーズ

- ・現在の著作権法の規定ではできない利用として具体的に挙げられたのは、以下のとおりであった。
  - ・クラウドサービス
  - ・Web クローリング（データの収集・蓄積）（現在の権利制限に該当しないもの）。  
例えば、ネット上の情報を収集して、本人確認や与信に使うサービス。
  - ・人工知能（AI）によるデータ収集、ビッグデータの活用
  - ・企業内複製
  - ・入試問題の過去問への利用、教科書準拠教材の作成
- ・これまで行ったグレーゾーンの利用として具体的に挙げられたのは、画像検索サービス。
- ・実際には権利制限の対象であるが、利用者が違法（グレー）であると認識していたものとして、Web キャッシュのデータベースへの蓄積があった。
- ・必ずしも無料で利用させてほしいというわけではなく、補償金などを還元する有償の利用が望ましいという意見もあった。
- ・教育現場で、どこまでやっていいかを明確にするためのホワイトリストのようなものが欲しい。副教材はどの程度自由に使えるのかも疑問。
- ・教育過程における著作物の活用等、生徒が使える範囲も広げて欲しい
- ・学校内での柔軟性はあった方がよい。広く明確なものがよい。

#### (b) 柔軟な権利制限規定に対する考え方

- ・著作物の利用形態によって、権利制限規定への考え方が異なる。教育事業のように固定的な利用形態を有する場合は、明確で具体的な権利制限規定を求めるのに対し、IT 事業のように流動的な利用形態を有する場合は、一般的で柔軟な権利制限規定を

求める傾向がある。

- ・利用者の団体はグレーゾーンでも積極的に利用が進むことを想定しているが、実際に事業を行っている個社は、グレーゾーンでの利用には慎重である（特に訴訟によるレピュテーションリスクを恐れる）傾向があった。
- ・訴訟を起こされること自体のレピュテーションリスクは重いものと考えており、できれば回避したいとの意見があった。
- ・大企業になるほどレピュテーションリスクを考えるため、明確な規定を望むのではないかという意見があった。
- ・レピュテーションの関係で、自社が訴訟を起こすという選択肢は取り得ないし、他社が変な訴訟を起こしてバインディングな判例が形成されるのも困る。
- ・グレーゾーンをなくして利用の適法性を明確化するため、公的なガイドラインの制定を求める意見が多かった。
- ・民間のみによるガイドラインについては、規範性がないことや、権利者寄りのバイアスが生じることを理由に否定的な意見があった。
- ・一方で、障害者向けのサービスのように、関係者が限定されている場合には、関係者によるガイドラインの作成も有効であるという意見もあった。
- ・適法になるものの例示を挙げてはどうかという意見もあった。
- ・個別具体的な規定に加えて、「受け皿規定」を求める意見もあった。
- ・その他挙げられた主な意見は以下のとおり。
  - 今後出てくる利用法には立法事実がまだない。そうした利用に対応できるようにするためにこそ、柔軟な規定が必要である。
  - 現在よりも権利制限規定が柔軟になったらうれしい。選択肢が増えるし、足かせが減る。
  - 柔軟性には程度があり、0か100かというわけではない（フェアユース規定でなければいけないというわけではない）。
  - グレーな部分を争うことに抵抗はないが、いくら利益が出るか分からない新規事業に毎回訴訟コストがかかるのは困る。リスクを判断する決定権者に提示する判断要素は少ない方がよく、予見可能性が高い規定の方が望ましい。リーガルリスクを低める方がイノベーションにもつながる。
  - 日本企業はかなりコンプライアンスを気にしており、柔軟な権利制限規定が入ったとしても、軽率にグレーゾーンの利用を行うとは思えない。
  - 毎回弁護士に相談しなければならないほど曖昧な規定は望ましくない。
  - 政府によるオープンデータの利用を促進するためにも、柔軟な権利制限規定が必要である。
  - 引用の規定のように、条文上は柔軟に作られていても、判例の蓄積によって実務上は適用範囲が狭くなってしまう場合もある。
  - 一つの規定を導入するだけでなく、目的に応じて複数の規定を導入するという考え方もある。
- ・権利者ではなく、ビデオの編集を行う業者等からストップがかかることもある。



### (c) その他の意見

- ・権利者の真意として、利用してほしくない、気に入らないという場合の言いがかり（材料）として著作権侵害を主張することが多い。
- ・インターネット上で侵害を行っている者は、柔軟な権利制限規定の有無に関わらず侵害を行っているので、柔軟な規定ができて現状況の居直り侵害は変わらない。
- ・ユーザーの利便性を損なうような規制を設けても、結局は利用が行われ、有名無実化してしまう。
- ・著作権法は表現の自由を規制するものであると認識している。ただし、創作のインセンティブを担保するためには、一定の規制は必要である。
- ・教育においては、訴訟リスクは、権利者からの訴訟よりも保護者からの訴訟を懸念している。
- ・教育実習においても著作権の講座等を入れて欲しい。

### (3) 両者に共通の意見など

- ・DMCA のルールでは、権利侵害に対して警告を行っても、最終的にはアップされた状態のままで当事者同士での解決を求められる（特に YouTube の場合）。この点については、警告があった場合には削除した状態で当事者同士の解決を行う仕組みにすべきという声が、権利者・利用者双方からあった。
- ・権利者・利用者の意見を総合すると、フェアユースのような一般的な権利制限規定が適用される場面では、現在も権利侵害をしていない遵法意識の高い利用者（例えば、国内の上場企業）の利用は委縮し、現在も日常的に権利侵害を行っている遵法意識の低い利用者（例えば、海外の海賊版事業者や一部の個人利用者）の居直り侵害が増える可能性がある。

### (4) 司法機関からの意見

- ・アミカスブリーフを導入する規定の内容によるが、導入したとしても、事実認定というよりも法解釈の参考というレベルに留まるのではないか。
- ・著作権法は特別法であり、権利の内容、権利制限の内容ともに、条文にどう書いてあるかが重要である。
- ・個別の事案を解決するのに必要な限度で法解釈をしているので、民刑一体という著作権法の法構造は、特段、意識していない。刑事罰がついているから民事の判断を変えるということは考えにくい。但し、民事で刑事の判例を参考にすることはある。
- ・基本は、あくまで個別の当該事件に対する判断であり、波及効果をどこまで考えるかは裁判官による。裁判例の蓄積により一般的な法規範形成がされるか否かは、受け取る側の問題でもある。
- ・法令の解釈にあたって、行政のガイドラインは、当事者の主張・立証がない限りは考慮しない。社会慣行として定着している場合や、当事者がそれに従って行動した、と主張する場合にはガイドラインの内容が考慮される場合もある。

### 《Ⅲ. 分析》

#### 1. 柔軟な権利制限規定の創設に伴う権利侵害増加の可能性についての分析（アンケート調査に基づく分析）

##### （１）権利侵害の可能性が高いグループの割合に関する分析

###### （a）分析手法

アンケート調査の結果から、柔軟な権利制限規定を創設した場合に、権利侵害がどの程度増えるかを検討する。

検討にあたっては、アンケート調査に回答した利用者について、「著作権法への理解度」と「合法性が不明な利用への積極性」という基準で、下表のようなグループに分類する。

「著作権法への理解度」は、ア：著作権法の基本的な制度に関する質問（権利侵害に対して刑事罰があることを認知しているか否か）、イ：理解がある者が多かった質問（イラストの無断転載について、権利者の利益を不当に害すると考えるか否か）、ウ：理解がある者が少なかった質問（学校向け資料を収集・提供するサービスについて、権利者の利益を不当に害すると考えるか否か）を取り上げて分析を行った。

「合法性が不明な利用への積極性」は、「新事業を実施しようとするとき（個人の場合は、著作物を利用しようとするとき）に、それが合法であるか違法であるかの判断が難しい場合、どのように行動しますか」という問への回答によって、どの程度積極的に利用する意思があるかを分類している。

		合法性が不明な利用への積極性		
		慎重	中間	積極
著作権法 の理解度	高	A		B
	中			C
	低	D	E	F

表中で A に分類される回答者は、著作権法への理解もあり、合法性が不明な利用には慎重であることから、柔軟な権利制限規定ができて権利侵害を起こす可能性は低いものと考えられる。一方で、B に分類される回答者は、著作権法上は合法性が不明確な利用だと理解しながらも、積極的に利用を行うため、結果的に権利侵害を行う可能性が相対的に高いと考えられる。また、D、E、F に分類される回答者は、著作権法への理解度の不足から、権利侵害を引き起こす可能性が相対的に高いと考えられる。また、C に分類される回答者は、このいずれのタイプの権利侵害の可能性もあると考えられる。

以上から、ここでは、柔軟な権利制限規定の創設に伴う権利侵害の可能性について、A の該当者を「低い」グループ。B、C、D、E、F の該当者を「高い」グループ、空欄の該当者を「中程度」のグループと分類することとする。

## (b) 分析結果

結果の概要は次ページ以降のとおりである。ここで留意すべきは、当該アンケート調査に回答したのは対象者の一部であり<sup>6</sup>、圧倒的多数である非回答者の意見は反映されていないことである。企業調査（郵送調査）は回答率が 12.9%、利用者団体調査（郵送調査）は 25.0%であり、著作権法に関心が薄い企業・団体は調査票を返送していない可能性が高いと考えられる。また、個人調査（web 調査）については、スクリーニング調査の回答率が 10.3%、本調査の回答者は権利者・利用者合わせて、総送付数の 1.5%であり、非回答者が圧倒的に多い。

回答者のうち、著作権法に馴染みが「非常にある」「ややある」と回答した者は、企業で 36.4%、利用者団体で 50.5%、個人（スクリーニング調査）で 13.1%<sup>7</sup>であった。各調査の非回答者においては、著作権法に馴染みや理解がある者の割合はこれより低い可能性が高い。したがって、非回答者の存在を勘案すると、実際に権利侵害が生じる可能性は、ここで示したよりもさらに高くなる可能性がある。

また、違法であると認識しながらも利用を行う、いわゆる「居直り侵害」については、本アンケート調査では質問していないが、仮に質問したとしても率直な回答が得られる可能性は低く、アンケート調査という手法では実態を把握することは難しいと考えられる。

柔軟な権利制限規定の創設に伴って権利侵害が増加すると、権利者における権利行使コストが増加する可能性がある。先述のとおり、アンケート調査では、侵害対策に「ほとんど費用はかけていない」と回答した者が多かった<sup>8</sup>。ヒアリング調査からも、法定賠償制度等が未整備である現状では、訴訟によって得られる便益が訴訟コストを下回ることが多いため、侵害対策に費用をかけられない権利者の現状が浮かび上がった<sup>9</sup>。こうした現状で権利侵害が増加した場合には、権利者は、権利行使コストを増加させるか、やむを得ず侵害を放置するか、という厳しい選択を迫られることになる。

---

<sup>6</sup> 企業の回答者は 3,693 社中 469 社、利用者団体の回答者は 2,471 団体中 618 団体であった。個人の回答者は、総送付数 194,175 人のうち、スクリーニング調査の回答者が 20,004 人、そのうち利用者・権利者 1,500 人ずつが本調査の回答者である。

<sup>7</sup> 調査 1 I 2 (1) (a) 参照。

<sup>8</sup> 調査 1 I 2 (2) (c) 参照

<sup>9</sup> 調査 1 II 2 (1) 参照

ア 著作権法への理解度を測る基準として、「著作権侵害に対して刑事罰があることを認知しているか否か」を用いた場合

【分類の基準】

縦軸		著作権法の理解度
刑事罰の 認知	認知している	高
	認知していない	低
横軸		利用の積極性
合法性が 不明な利用 への積極性	完全に合法である確信がある場合にのみ利用する	慎重
	合法である可能性が極めて高ければ利用する	
	合法である可能性がある程度高ければ利用する	中間
	合法である可能性がわずかでもあれば利用する	積極
	合法か違法か不明であっても利用する	

【分析結果】<sup>10</sup>

企業調査			合法性が不明な利用への積極性		
			慎重	中間	積極
	著作権法 の理解度	高	55.6%	13.0%	0.5%
個人調査	著作権法 の理解度	低	26.6%	4.3%	0%
		高	19.0%	5.0%	2.1%
	著作権法 の理解度	低	45.7%	19.3%	8.9%
		高	19.0%	5.0%	2.1%

	企業	個人
権利侵害の可能性が低いグループ（ゴシック体）	55.6%	19.0%
権利侵害の可能性が中程度のグループ	13.0%	5.0%
権利侵害の可能性が高いグループ（網掛け）	31.4%	76.0%

<sup>10</sup> 利用者団体調査では、当該項目の調査は行っていない。

イ 著作権法への理解度を測る基準として、「イラストの無断転載について、権利者の利益を不当に害すると思うか否か」を用いた場合

【分類の基準】

縦軸		著作権法の理解度
イラストの 無断転載	権利者の利益を不当に害する	高
	どちらかと言えば権利者の利益を不当に害する	
	どちらとも言えない	中
	どちらかと言えば権利者の利益を不当に害さない	低
	権利者の利益を不当に害さない	
横軸		利用の積極性
合法性が 不明な利用 への積極性	完全に合法である確信がある場合にのみ利用する	慎重
	合法である可能性が極めて高ければ利用する	
	合法である可能性がある程度高ければ利用する	中間
	合法である可能性がわずかでもあれば利用する	積極
	合法か違法か不明であっても利用する	

【分析結果】

企業調査			合法性が不明な利用への積極性		
			慎重	中間	積極
	著作権法 の理解度	高	70.6%	13.6%	0.6%
		中	6.4%	3.2%	0%
		低	4.3%	1.3%	0%
団体調査			合法性が不明な利用への積極性		
			慎重	中間	積極
	著作権法 の理解度	高	79.4%	5.2%	0.3%
		中	9.4%	2.0%	0.2%
		低	3.2%	0.3%	0%
個人調査			合法性が不明な利用への積極性		
			慎重	中間	積極
	著作権法 の理解度	高	47.5%	13.7%	5.1%
		中	15.1%	8.8%	4.3%
		低	2.1%	1.7%	1.5%

	企業	団体	個人
権利侵害の可能性が低いグループ（ゴシック体）	70.6%	79.4%	47.5%
権利侵害の可能性が中程度のグループ	23.2%	16.6%	37.7%
権利侵害の可能性が高いグループ（網掛け）	6.2%	4.0%	14.8%

ウ 著作権法への理解度を測る基準として、「学校向け資料を収集・提供するサービスについて、権利者の利益を不当に害するかどうか」を用いた場合

【分類の基準】

縦軸		著作権法の理解度
学校向け 資料の 収集・提供	権利者の利益を不当に害する	高
	どちらかと言えば権利者の利益を不当に害する	
	どちらとも言えない	中
	どちらかと言えば権利者の利益を不当に害さない	低
	権利者の利益を不当に害さない	
横軸		利用の積極性
合法性が 不明な利用 への積極性	完全に合法である確信がある場合にのみ利用する	慎重
	合法である可能性が極めて高ければ利用する	
	合法である可能性がある程度高ければ利用する	中間
	合法である可能性がわずかでもあれば利用する	積極
	合法か違法か不明であっても利用する	

【分析結果】

企業調査			合法性が不明な利用への積極性		
			慎重	中間	積極
	著作権法 の理解度	高	27.1%	4.3%	0.2%
		中	15.4%	3.8%	0%
		低	39.0%	9.8%	0.4%
団体調査			合法性が不明な利用への積極性		
			慎重	中間	積極
	著作権法 の理解度	高	31.1%	2.0%	0.3%
		中	24.7%	3.2%	0.2%
		低	36.1%	2.3%	0.0%
個人調査			合法性が不明な利用への積極性		
			慎重	中間	積極
	著作権法 の理解度	高	25.7%	6.3%	2.4%
		中	22.9%	11.1%	5.6%
		低	16.2%	6.9%	3.0%

	企業	団体	個人
権利侵害の可能性が低いグループ（ゴシック体）	27.1%	31.1%	25.7%
権利侵害の可能性が中程度のグループ	23.5%	29.9%	40.3%
権利侵害の可能性が高いグループ（網掛け）	49.5%	39.0%	34.1%

## （２）公正な利用と不公正な利用の比較に関する分析

### （a）分析手法

柔軟な権利制限規定が導入された場合に、公正な利用と不公正な利用のどちらが増えやすいかを予測するため、著作権法への理解度とリスク選好の相関関係について分析した。

まず、著作権法への理解度が低い者ほど、公正な利用と不公正な利用を区別することが難しいため、不公正な利用を行う可能性が相対的に高くなることは、１で述べたとおりである。また、柔軟な権利制限規定の下では、訴訟リスクを恐れる者ほど新たな利用形態に対して慎重であり、訴訟リスクを恐れない者ほど積極的であると考えられる。

したがって、仮に、著作権法への理解度が高い者ほど訴訟リスクを恐れ、理解度が低い者ほど恐れないという相関関係があるならば、柔軟な権利制限規定を導入した場合に、公正な利用を行う可能性が高い者ほど利用を拡大せず、不公正な利用を行う可能性が高い者ほど利用を拡大するという結果になることが予想される。その結果、著作権侵害のリスクは現状よりも高まることになる。

ここでは、著作権法への理解度を測る指標として、「著作権法にどの程度馴染みがありますか」という質問への回答、リスク選好の指標として、「他社（他者）から訴訟の提起を受ける可能性のある業務の実施に抵抗・ためらい等がありますか」（個人調査の場合は「訴訟を起こされることを怖いと思いますか」という質問への回答）を取り上げ、両者の相関を分析した。

### （b）分析結果

#### ア 企業調査

問 1-4（著作権法への馴染み）の回答ごとに、問 1-10（訴訟を提起されることへの抵抗感）の回答の平均値を比較した。問 1-10 の回答は、数字が小さい方が訴訟に対する抵抗感が強く、数字が大きい方が抵抗感が弱いことを示している。具体的な質問項目と分析結果は以下のとおりである。

著作権法への馴染み	訴訟を提起されることへの抵抗感
問 1-4 貴社は日常の業務で、著作権法にどの程度馴染みがありますか。（最も近い数字 1 つだけに○） 1 非常に馴染みがある 2 馴染みがある 3 どちらともいえない 4 あまり馴染みがない 5 ほとんど馴染みがない	問 1-10 貴社は、一般に、（著作権分野に限らず）他社（他者）から訴訟の提起を受ける可能性のある業務の実施に抵抗・ためらい等がありますか、ありませんか。（最も近い数字 1 つだけに○） 1 非常にある 2 ややある 3 どちらともいえない 4 あまりない 5 全くない

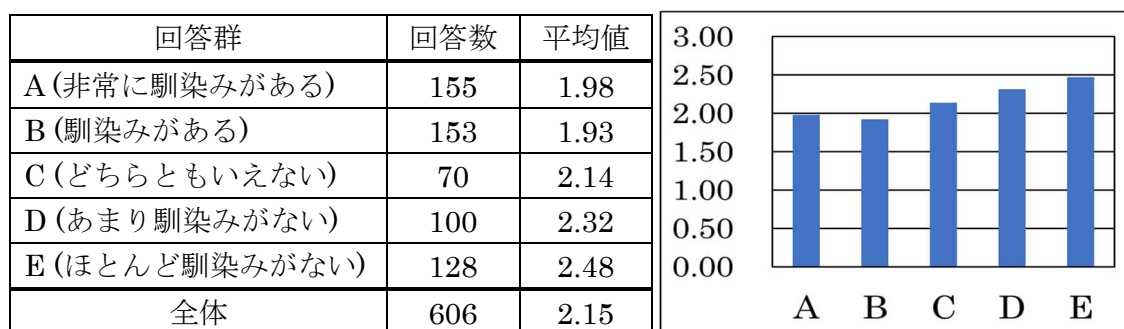


以上の結果から、著作権法への理解度が最も低いと考えられる E 群だけが、訴訟に対する抵抗感が弱いことがわかる。それ以外の回答群については、大きな差はみられない。なお、E 群とそれ以外の回答群の平均値の差は、統計的に有意であった<sup>11</sup>。

## イ 利用者団体調査

利用者団体調査についても、企業調査と同様の分析を行った。具体的な質問項目と分析結果は以下のとおりである。

著作権法への馴染み	訴訟を提起されることへの抵抗感
問 1-4 貴団体は日常の業務で、著作権法にどの程度馴染みがありますか。（最も近い数字 1 つだけに○） 1 非常に馴染みがある 2 馴染みがある 3 どちらともいえない 4 あまり馴染みがない 5 ほとんど馴染みがない	問 1-10 貴団体は、一般に、（著作権分野に限らず）他社（他者）から訴訟の提起を受ける可能性のある業務の実施に抵抗・ためらい等がありますか、ありませんか。（最も近い数字 1 つだけに○） 1 非常にある 2 ややある 3 どちらともいえない 4 あまりない 5 全くない



<sup>11</sup> 一元配置分析の結果は、 $F(4,470)=4.17$ ,  $P<0.01$  である。なお、A～D の 4 群の平均値には統計的な有意差はみられない。A～D を 1 つの群とした場合、A～D 群の平均値と E 群の平均値との差についての  $t$  検定の結果は、 $t=-3.94$ ,  $df=473$ ,  $p<0.01$  である。



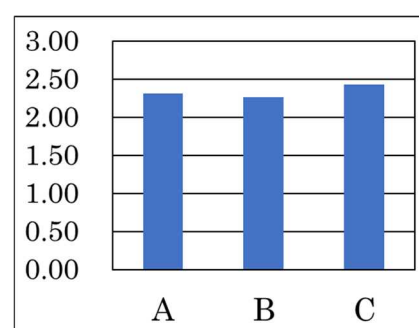
以上の結果から、利用者団体調査においては、著作権法に馴染みがない回答群ほど、訴訟に対する抵抗感が弱い傾向があることがわかる。なお、これらの平均値の差は、統計的に有意であった<sup>12</sup>。

## ウ 個人調査

個人調査については、「著作権法にどの程度馴染みがありますか」という質問をスクリーニング調査で行っており、この質問に「あまりない」「全くない」と回答した者は、個人利用者に対する調査の対象から除外している<sup>13</sup>。そのため、企業調査・利用者団体調査とは異なり、残り 3 つの回答群と訴訟を提起されることへの抵抗感の相関を分析した。

著作権法への馴染み	訴訟を提起されることへの抵抗感
SC5 あなたは、著作権法にどの程度馴染みがありますか。（1つだけ選択） 1 非常にある 2 ややある 3 どちらともいえない	問 27 あなたは、（著作権分野に限らず）他者（個人、企業、団体等）から訴訟を起こされることを怖いと思いますか、思いませんか。（1つだけ選択） 1 非常に怖い 2 やや怖い 3 どちらともいえない 4 あまり怖くない 5 全く怖くない

回答群	回答数	平均値
A(非常にある)	71	2.31
B(ややある)	533	2.26
C(どちらともいえない)	896	2.43
全体	1500	2.36



個人調査においても、企業調査・利用者団体調査ほどの差はないが、C群は他のグループよりも訴訟に対する抵抗感が弱いことがわかる。なお、C群とそれ以外の回答群の平均値の差は、統計的に有意であった<sup>14</sup>。

先述したとおり、スクリーニング調査で著作権法に馴染みが「あまりない」「全くない」と回答したグループは、個人利用者に対する調査から除外されている（問 27 に

<sup>12</sup> 一元配置分散分析の結果は、 $F(4,601)=5.09$ ,  $P<0.01$  である。

<sup>13</sup> これらの者を対象から除外したのは、本調査の各問に対して有効な回答が期待できない可能性が高いためである。

<sup>14</sup> 一元配置分散分析の結果は、 $F(2,1497)=4.49$ ,  $P<0.05$  である。A・Bを1つの群とした場合、A・B群の平均値とC群の平均値の差についてのt検定の結果は、 $t=-2.97$ ,  $df=1498$ ,  $p<0.01$  である。

は回答していない)。企業調査・利用者調査の結果からは、これらの回答群ではさらに訴訟に対する抵抗感が弱いことが示されているため、仮に個人調査でもこれらの回答群を含めた場合には、さらに大きな差が表れる可能性もある。

### (c) 考察

企業調査、利用者団体調査、個人調査のいずれにおいても、著作権法に馴染みがないグループほど、訴訟を受けることに対する抵抗感が弱い傾向があることが明らかとなった。したがって、柔軟な権利制限規定が導入された場合には、著作権法に対する理解度が高い者（公正な利用を行う可能性が高い者）が利用を増やすよりも、著作権法に対する理解度が低い者（不公正な利用を行う可能性が高い者）が利用を増やす可能性が高いと考えられる。

ただし、いずれの調査においても、訴訟を提起されることに対する抵抗感が最も弱い回答群であっても、回答の平均値は2.4～2.6程度であり、「ややある」と「どちらともいえない」の間となっている。このことから、権利侵害を行う者が一定程度現れる可能性が高いとしても、多くの利用者が訴訟をおそれずに積極的に権利侵害を行うという状況にまでは至らないものと推測される。

### (d) 他の質問項目について

上記で取り上げたものの以外にも、「著作権法への理解度」と「リスク選好」に関する質問項目は複数存在する。本調査においては、企業調査で12組（3項目×4項目）、利用者団体調査で9組（3項目×3項目）、個人調査で12組（3項目×4項目）の相関関係を分析した。

これら33組の組み合わせのうち、「著作権法への理解度が低い利用者ほどリスクを恐れない」という相関が統計的に有意なレベルで確認されたのは、上記3組を含む13組であった。参考までに、上記3組以外で相関が確認された組み合わせを以下に挙げる。

## ア 企業調査

- ・著作権法への馴染み（問1-4）と、フェアユース規定への選好（問1-14-D）
- ・刑事罰の認知の有無（問2-4-5）と、訴訟を提起される可能性のある事業への抵抗感（問1-10）
- ・イラスト無断転載への認識（問1-13-5）と、合法性が不明な事業への抵抗感（問1-11）
- ・イラスト無断転載への認識（問1-13-5）と、フェアユース規定への選好（問1-14-D）

## イ 利用者団体調査

- ・著作権法への馴染み（問1-4）と、合法性が不明な事業への抵抗感（問1-11）
- ・著作権法への馴染み（問1-4）と、フェアユース規定への選好（問1-14-D）

#### ウ 個人調査

- ・著作権法への馴染み（sc-5）と、合法性が不明な利用への抵抗感（問 28）
- ・刑事罰の認知の有無（問 23-5）と、合法性が不明な利用への抵抗感（問 28）
- ・イラスト無断転載への認識（問 30-5）と、訴訟を提起されることへの抵抗感（問 27）
- ・イラスト無断転載への認識（問 30-5）と、合法性が不明な利用への抵抗感（問 28）

## 2. 柔軟な権利制限規定の創設に伴う権利侵害増加の可能性についての分析（文化庁 ニーズ募集に基づく分析）

### （１）分析手法

文化庁では、2015年7月に同庁が行った著作物利用の円滑化に関するニーズ募集で提出された課題について、次のAからCのように分類を行っている<sup>15</sup>。これらの中には、公正な利用を促進すると考えられる要望もある一方で、権利制限を正当化する根拠の説明が不十分なものがあり、実現した場合には著作権者の利益を不当に害する可能性がある利用形態も含まれている。

A	権利制限規定の見直しによる対応の検討が求められているもの	
	A-1-1	ニーズの明確性（観点①）、権利制限による対応の正当化根拠の見通し（観点②）についていずれも相当程度説明されており、かつ、優先度（観点③）が肯定される。
	A-1-2	観点①・②についていずれも相当程度説明されているが、観点③が肯定されない。
	A-2	観点①・②についていずれも一定程度説明されている。
	A-3	観点①・②の両方又はいずれかについて、説明が不十分である。
B	他の政策手段による対応の検討が求められているもの	
	B-1	ニーズの内容が一定程度説明されているもの
	B-2	ニーズの内容の説明が不十分であるもの
C	既に審議会等で検討中又は過去の審議会で検討済みのもの	

柔軟な権利制限規定が創設された場合には、公正な利用に関するニーズを有する者の一部が利用に踏み切ることにより、ビジネスの円滑化やイノベーションの促進といった、社会全体の利益となる利用が増加する可能性がある。

他方で、現行規定の解釈が不明確であるために利用が委縮しているという意見も出されており、こうした場合には、柔軟な権利制限規定を創設するよりも、明確な個別規定を創設する方が効果的であると考えられる。

さらには、実現した場合には著作権者の利益を不当に害する可能性があるニーズについては、当該ニーズを有する者が相当数存在すると予想されるところ、その中に著作権法の理解が不十分な者などがいた場合に、そのような者が、当該ニーズが柔軟な権利制限規定により適法となったと思い込んで、またはそう主張して、利用を行うことも否定できない。

したがって、こうしたニーズの態様を分析することにより、柔軟な権利制限規定が創設された場合に生じ得る公正な利用や権利侵害の態様を予測することとする。

<sup>15</sup> 提出されたニーズと分類の詳細については、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」（第1回）資料4・資料5を参照。

## （２）分析結果

柔軟な権利制限規定を創設した場合の影響として、公正な利用が増加する場合（正の効果）と、著作権者の利益を不当に害する可能性がある利用が増加する場合（負の効果）、が考えられる。それぞれに該当すると考えられる利用形態は以下のとおりである。

### （a）正の効果を生じる可能性がある利用形態

以下に挙げる利用形態については、新規ビジネスの創出やイノベーションの創出に寄与するものであり、かつ、権利者の利益を不当に害する可能性も低いものと考えられる。したがって、柔軟な権利制限規定を創設した場合には、これらの利用が増加し、正の効果が生じ得ると考えられる。

ただし、リスク回避傾向が強い利用者は、適法性が明確でない限りは利用を控えることも考えられる。そのため、柔軟な権利制限規定の下で各ニーズがどの程度実現されるかは、利用者の属性やコンプライアンスに対する認識等の違いに応じて異なると考えられる<sup>16</sup>。

ニーズ	提出者
公衆がアクセス可能でインターネット上にない様々な情報を活用し、利用者の探す情報の所在を提供するサービスを可能とする	IT 企業
情報分析など、バックエンドでの本来の用途とは別の用途でデータを活用するために行う蓄積（複製）を可能とする	IT 企業
著作物を含む膨大な情報を蓄積し、分析・解析して得た付加価値情報とともに活用する CPS <sup>17</sup> を利用したビジネスを可能とする	IT 企業
リバース・エンジニアリングの過程で行われるプログラムの複製等を可能とする	IT 企業
ネット上におけるニュース映像などを引用したパロディや風刺動画など UGC 動画を作成・掲載する	経済団体
ビッグデータの解析結果提供に伴い、解析結果を補充する物証として原著作物を表示する	団体名非公表
図書館において、公的機関が作成した広報資料など一般に周知することを目的とした著作物の全体を複写可能とする	図書館団体
図書館において、インターネット上の情報をプリントアウトして利用者に提供する	図書館団体
図書館の運営するウェブサイトを通じて、図書をスキャン・OCR し	図書館

<sup>16</sup> 例えば、図書館団体に対するヒアリング調査においては、適法となる範囲を法令等である程度具体的に明示してほしいという意見が出された。したがって、例えば表中の図書館に関するニーズについては、柔軟な権利制限規定の下で適法性が明確にならない場合には、利用が促進されない可能性もある。

<sup>17</sup> Cyber-Physical System の略

たデータを基に図書を単語で検索可能とする	
上記図書を所蔵している図書館内において、当該図書の内容を閲覧可能とする	図書館

**(b) 負の効果を生じる可能性がある利用形態**

以下に挙げる利用形態については、実現した場合には権利者の利益を不当に害することとなる可能性も否定できない。これらを分析すると、①個人が非営利で行う場合には、インターネット上にコンテンツを自由にアップロード可能にしてほしい、②教育研究目的であれば、許諾なしに複製できる範囲を現在より広げてほしい、③私的複製の代行業や企業内複製を認めてほしい、といったニーズが多く挙げられている。柔軟な権利制限規定を創設した場合には、1で分析した権利侵害の危険性が高いグループを中心として、このような利用形態が増加する可能性があると考えられる。

<b>a 個人または非営利の利用に関するもの</b>	
ニーズ	提出者
過去のスポーツ中継を、動画共有サイトでユーザーが非営利で投稿することを合法化する	個人
一般人が放送番組を SNS を通じて貸したり譲ったりする行為を合法化する	個人
SNS における画像著作物の二次利用を合法化する	個人
出版物を紹介するために、自分の意見は全く掲載せず、出版物を引用してホームページに掲載することを可能にする	個人
動画等を作成する際に音楽を BGM として利用できるようにする	ユーザー団体
個人が勉強のため、または非営利で行う場合に、音楽をインターネット上に公開できるようにする	個人
非営利の場合、特に音楽を BGM など付属物として使用する場合は規定額を文化庁等に納めれば使用できるようにする	個人

<b>b 教育・研究・文化目的の利用に関するもの</b>	
ニーズ	提出者
大学図書館において、著作物の「一部分」を超える部分の複製に関しても複製権を制限する	図書館団体
公的資金による研究の論文博士学位論文などについては、複製権や公衆送信権を制限し、一定期間経過後に公開可能とする	図書館団体
「教科用図書」に学校で使用されるデジタル教材が含まれるようにし、公衆送信により提供できるようにする	教材出版社
日本の文化の国内外への宣伝のため、放送された著作物を個人が加	個人

工・配信可能にする	
学習用参考書として、基本書を多数引用した「教科書のまとめ本」を 許諾なしに出版できるようにする	個人
貴重書、絵画、映画等の文化財を保存のためにデジタル化し再利用の ために公開できるようにする	個人

c その他（営利目的など）	
ニーズ	提出者
個人向け録画視聴サービスを合法化する	メーカー団体
クラウド上の情報活用サービスであるプリントサービスを合法化する	メーカー団体
会議資料や取材資料の作成など業務のために著作物を複製できるように にする	ユーザー団体
企業内での業務目的の著作物の複製について、一定の要件で権利制限 の対象とする	個人
電子化されていない書籍の電子化について、業者に代行させられるよ うにする	個人

### 3. 検索エンジンサービスに関する分析

検索エンジンサービスについては、日米ともに 1990 年代前半に最初のサービスが登場しており、当初は日本でも様々な事業者が進出したが、最終的に日本市場は米国発の Google（2000 年に日本語版サービス開始）に席卷されている状況である。この点について、著作権法が原因であったのかを検証した。

#### （１）米国はオプトアウト方式、日本はオプトイン方式であったという指摘について

日米の検索エンジンが勝敗を分けた原因について、オプトアウト方式とオプトイン方式の違いを指摘する意見がある<sup>18</sup>。すなわち、Google などの米国勢はフェアユース規定を利用して全世界のサイトを無断複製した上で、問題があれば削除するというオプトアウト方式を採用したため、大量のデータを蓄積できたのに対し、日本勢は承諾のあるサイトだけを掲載するオプトイン方式を採用したため、事業の拡大が難しかったという指摘である。

しかしながら、日本でも、ウェブコンテンツを自動で巡回・収集してデータベースに蓄積する「ロボット型」の検索エンジンは初期から存在していた<sup>19</sup>。ロボット型検索エンジンは、著作権者の許諾を得ずに、著作権法上の「複製」を行うものである<sup>20</sup>。各ウェブサイトの運営者は、robots.txt ファイルによって複製されたくないコンテンツを指定することができるという点で、オプトアウト方式であるといえる。この仕組みは、現在の Google でも、日本初の本格的ロボット型検索エンジンであった「千里眼」でも、基本的に同様である<sup>21</sup>。したがって、当時の日本の検索エンジンがオプトイン方式のみを採っていたという説は、事実誤認であるといえる。

また、当時の検索エンジンに関する Q&A<sup>22</sup>やロボット型検索エンジンの技術を紹介した雑誌記事<sup>23</sup>には、著作権法について何ら言及されていない<sup>24</sup>ことから、特に著作権

<sup>18</sup> 中山（2013）、城所（2016）など。

<sup>19</sup> 日本最初の本格的ロボット型検索エンジン Searcher in Waseda（後に「千里眼」と改称）（早稲田大学→株式会社アスキー）の他、ODIN（東京大学→東京大未来ねっと研究所）、InfoNavigator（富士通株式会社）、goo（NTT アド→ド→通株式会社）、レゾナント）など各種サービスがロボット型検索エンジンを採用していた。

<sup>20</sup> 「千里眼」のページ内（現在はアーカイブ）にある「千里眼に関する Q&A」には、「URL を千里眼に登録して欲しいのだけど、どうしたらいいの？ 今のところ、千里眼では手作業によるデータの追加・変更は一切行なっていません。もし登録して欲しい URL が .jp ドメインのものならば、時間が経てば千里眼の WWW Robot が勝手に登録してくれます。」と記載されており、オプトイン方式でないことは明らかである。

<sup>21</sup> 上記「千里眼に関する Q&A」では「WWW Robot には、『あるサーバに訪れるとき、まず最初に /robots.txt を取得し、その内容に従ったアクセス制限を受けるようにする』という紳士協定のようなものがあります。」と記載されている。

<sup>22</sup> 上記「千里眼に関する Q&A」

<sup>23</sup> 佐藤・佐藤（1998）

<sup>24</sup> InfoNavigator を運用していた富士通株式会社への問い合わせでは、当時の担当者が既に退社しているので正確にはわからないとした上で、「ネット上に存在する情報をロボッ



法との関係を問題視していたことは読み取れない。

文化庁においても、「情報大航海プロジェクト」（経済産業省）等を契機として 2007 年に事業者から要望が提出されるまでの間、検索エンジンを対象とする権利制限を求める要望が公的に提出された事実は把握していない。

こうしたことから、日本の検索エンジン発祥当時の状況として、特に著作権法との関係が問題視はされていなかったものと考えられる。

## （２）日本の検索エンジンは海外にサーバーを置いていたという指摘について

日本の検索エンジン事業者は、日本の著作権法の適用を避けるため海外にサーバーを置いており、それがビジネス上の障害となっていたという指摘がなされることもある<sup>25</sup>。

この点について、「千里眼」のサーバーは早稲田大学（後に株式会社アスキー）に、「ODIN」のサーバーは東京大学（後に NTT 未来ねっと研究所）に置かれており、「InfoNavigator」（富士通株式会社）を紹介した記事においても、特に著作権法上の問題から海外にサーバーを置いているという記述はない<sup>26</sup>。

具体的にどこにサーバーを置いていたかは、企業秘密に属することでもあり、正確な調査は困難である。実際に海外にサーバーを置いていた事業者があった可能性は否定できないが、それが著作権法上の理由によるものであり、そのためにビジネス上の競争力が削がれて米国勢に負けたということを実証する文献は、これまでの調査では見つかっていない。

また、そもそも海外にサーバーを置いていても日本の著作権法が適用される可能性はあるので<sup>27</sup>、リスクを回避しようとする事業者における検討の結果が、本当に「海外にサーバーを置けばいい」という結論であったのか疑問も残る。

## （３）各国の検索エンジンシェアの状況

検索エンジン市場で米国企業が圧倒的シェアを占めているというのは、日本だけの状況ではない。最新の調査<sup>28</sup>では、PC 検索の場合、北米、欧州、アジアの主要国で、Google は 8～9 割のシェアを有している。それに次ぐのは Microsoft 社の Bing であり、5～10%程度のシェアを持つ国が多い。両者を合わせると、ほとんどの国で米国企業が 100%近くのシェアとなる。モバイル検索では、多くの国で Google が 9 割台の圧

---

トで収集（複製）したとしても、一時的に DB に存在するに過ぎず、リスクとしては大きくないと判断したのかもしれませんが」という回答であった。

<sup>25</sup> 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（第 10 回）（2008 年 1 月 11 日）資料 3 「『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会中間まとめ』に対する団体からの意見」内で、株式会社ブログウォッチャーが「サーバーを海外に置かざるを得ない事で、サーバー本体のチューニングや細かなメンテナンスなどを迅速に行うことも難しく技術発展が阻害されている状況にあります。」と述べている。

<sup>26</sup> 佐藤・佐藤（前掲）

<sup>27</sup> 文化庁（2009）65 頁

<sup>28</sup> アウンコンサルティング株式会社（2016）。ここでの Google は、検索エンジンとして Google を利用している他社サービス（日本では Yahoo! JAPAN など）を含む。

倒的シェアを有している。主要国で Google がシェア首位でないのは、Baidu が 66% のシェアを有する中国のみである。また、ロシアと韓国では、Google のシェアは 5～6 割に留まっており、地元企業がそれに次ぐシェアを有している。

こうした状況から、Google に敗れたのは決して日本製検索エンジンだけではないことがわかる。米国内においても、日本以上に多くの検索エンジンが Google との競争に敗れている。中国、ロシア、韓国の 3 国を除けば、世界中の検索エンジンが Google に敗れたといっても過言ではない。

#### (4) 考察

現段階での結論として、日本製検索エンジンが発展しなかった原因が主に著作権法の制約にあったとする説明には、合理的な理由があるとはいえないと考える。また、実際の原因としては、以下のようなものが考えられる。

##### (a) 検索技術の差

Google の検索エンジンは、膨大なデータベースを瞬時に検索して結果を表示するスピードに優れていた。また、ページランクという手法を用いてサイトの質を評価したことで、検索者が求める適切な検索結果を表示する能力にも優れていた。こうした「使い勝手」の面で、Google は他の検索エンジンに大きな差をつけ、利用者の支持を得たと考えられる。

日本製検索エンジン事業者は、2000 年代以降、Google と提携して同社の検索エンジンを使用するようになったが、その理由として、「保有するデータベース量や質などの観点から、Google との提携に至りました」<sup>29</sup>、「グーグルは今日現在既に、確固たる日本語環境の検索エンジンと検索連動型広告配信システムを保有しており、且つ、その機能も現時点ではベストであるとの結論に至ったため、グーグルからの提供を受けることを決定した」<sup>30</sup>など、Google の優れた技術进行评估する旨を述べている。また、今回の調査においても、かつて検索エンジン事業を行っていた企業で、当時の担当者からの伝聞という形ではあるが、「Google が参入したところ、残念なことに技術的に勝てないと思った」という話があった。

##### (b) 収益構造の差

日本の検索エンジンサービスは、大学発のものであったり、「ポータルサイト」の中の一つのサービスという位置付けのものであるなど、検索エンジン自体で利益を上げようという発想ではなかった。一方で Google は、検索結果に連動した広告表示という手法によって、検索エンジン自体を利益の上がる事業にした。

インターネット上の情報が爆発的に増加する中で、膨大な資金を投じてデータベースを拡大し続けなければ、検索エンジンとして生き残ることはできない。投資に応じた収益を生むことができない検索エンジンは、十分な資金を確保することができず、

---

<sup>29</sup> 株式会社 NTT-X・Google (2003)

<sup>30</sup> ヤフー株式会社 (2010)

競争から脱落せざるを得なかったのである<sup>31</sup>。一方で Google は、膨大な投資をしてデータベースを拡大するほど利益も増える収益逓増型のモデルを作り出すことができたため、競争に勝ち残ったといえる。

今回のヒアリング先のヤフー株式会社からは、日本発の検索エンジンが普及しなかった理由が、著作権法にあったかどうかは定かではないが、日米のビジネス環境の違い（適法性等が曖昧であっても、クリエイティブな事業にチャレンジをする傾向があるかどうか）は影響したであろう、という見解が示された。

---

<sup>31</sup> 日本製の検索エンジンには、2000 年 9 月に Google が日本語版を正式展開する前に市場から撤退しているものも見られる。例えば、「千里眼」は 1999 年 3 月にサービスを終了している。

#### 4. 論文剽窃検証サービスに関する分析

論文剽窃検索サービスについても、検索エンジンサービスと同様、日本ではフェアユース規定がないために充実したサービスが提供できないという指摘がなされている。

具体的には、米国企業によるサービス（例えば、iThenticate）は、フェアユース規定を利用して無断で論文等を収集し、大量にデータベースに蓄積しているため、大規模なサービスを展開できるのに対し、日本企業によるサービスは個別に承諾を得たもののしかデータ収集ができず、小規模なサービスしか展開できず、米国企業にシェアを奪われてしまったという指摘がある。

この点、日本発の論文剽窃検証サービスを展開している株式会社アंकへのヒアリング等からは、以下のような事実が把握された。なお、株式会社アंकとしては、米国企業とは契約形態や価格で住み分けができているため、サービスが競合しているという認識はないとのことであった。

##### （１）インターネット上に無償で公開されている文献について

米国企業はフェアユース規定を根拠に文献データの収集と蓄積を行っていると考えられる。一方で株式会社アंकのサービスでは、現行法 47 条の 6 の規定により収集された文献データを利用している。したがって、著作権法との関係においては両者に差はない。

##### （２）その他の文献について

その他の文献については、米国企業においても契約に基づいて収集していると思われる。例えば、iThenticate では、出版社との提携で 5,000 万件、文献データベースとの提携で 1 億 1,000 万件、インターネット上で 600 億件の文献をデータベースに蓄積しているとしている<sup>32</sup>。株式会社アंकにおいては、現在のところ有料データベースとの契約は行っていないが、契約することは可能であり、日米で著作権法上の位置付けが違うわけではない。

---

<sup>32</sup> iThenticate ホームページにおける説明（2016 年 12 月 19 日閲覧）。  
(<http://www.ithenticate.com/content>)

## 5. 先行文献との比較

本アンケート調査では、企業調査、権利者団体調査、利用者団体調査、個人調査（権利者・利用者）の全てにおいて、一般的抽象的な権利制限規定よりも、個別具体的な権利制限規定に対して肯定的な回答が多かった<sup>33</sup>。一方、先行文献である田中によるクリエイター（個人権利者）に対する調査<sup>34</sup>（以下「田中調査」と呼ぶ。）では、回答者であるクリエイターの 7 割弱がフェアユース導入に賛成しているという結果が示されている。両者の違いについて考察すると、以下の 3 つの要因が考えられる。

### （１）質問の前提となる説明の違い

田中調査では、フェアユースが「導入された場合、以下の利用例は著作権者の許諾なしにできるようになる可能性が高いです」と説明した上で、7 つの利用例を挙げている。注記として「一つ一つ裁判所の判断で決めていく」ことに触れられてはいるが、質問全体の構成から、回答者としては、「新たな利用ができるようになること」の是非を中心に判断する可能性が高い。

一方、本調査では、現行規定が個別具体的であるのに対して、「具体的な行為が合法になるのか違法になるのかは、裁判所の判断が蓄積されることなどにより明らかになっていく」仕組みを導入する議論があると説明している。したがって、回答者としては、利用の可否について、「法律で決めるのか、裁判で決めるのか」という対比を中心に判断する可能性が高い<sup>35</sup>。

以上を勘案すると、例えば、新たな利用形態を望みつつ、裁判をしてまで決めることは望まない（または、判例の蓄積を待てない）回答者は、田中調査には「フェアユースに賛成」と回答し、本調査には「具体的な規定の方が望ましい」と回答する可能性が十分に考えられる。

### （２）選択肢の提示の仕方の違い

田中調査は、「日本でもフェアユース規定を導入し、コンテンツを許諾なしに利用できる範囲を広げるべきという意見があります。この意見に賛成ですか、反対です

---

<sup>33</sup> それぞれの調査における「肯定的な回答」の具体的な書きぶりは以下のとおり。

企業調査：問 1-14（事業展開が「非常にしやすくなると思う」・「ややしやすくなると思う」）

権利者団体調査：問 1-15（著作権の保護に「非常に良い影響があると思う」・「やや良い影響があると思う」）

利用者団体調査：問 1-14（事業展開が「非常にしやすくなると思う」・「しやすくなると思う」）

個人調査（権利者）：問 15（著作権の保護に「非常に良い影響があると思う」・「やや良い影響があると思う」）

個人調査（利用者）問 33（著作物を著作権者の許諾なしに利用できる範囲を法律で定める仕組みとして「非常に望ましいと思う」・「やや望ましいと思う」）

<sup>34</sup> 田中（2015）

<sup>35</sup> この点の比較を行うことこそ、本調査研究の主題である。

か。」という聞き方をしている。これは、フェアユース規定によって、許諾なしに利用できる範囲が広がることを前提とした聞き方である<sup>36</sup>。

一方、本調査では、著作物を利用できる場合の類型や条件を、「具体的に示す方法」から「具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法」まで 4 種類を並べて聞いている。したがって、許諾なしに利用できる範囲について、「明確な場合」と「不明確な場合」とを比較する選択肢となっている<sup>37</sup>。

この違いによって、例えば、新たな利用を望みつつ、その可否を明確に知りたい回答者は、田中調査には「フェアユースに賛成」と回答し、本調査には「具体的な規定の方が望ましい」と回答する可能性が十分に考えられる。

### （３）例示の方法の違い

田中調査は、1) 学校など教育現場で書籍の一部をコピーして使う、2) 自作動画に市販曲の BGM（を）つけて YouTube などで公開する<sup>38</sup>、3) アマチュアバンドが市販曲を演奏して YouTube などで公開する、4) Facebook などに本や映画の感想を書く際に、作品の画像の一部を貼り付ける、など 7 種類の利用形態を、「許諾なしに利用できるようになる可能性が高い」として例示している。

一方、本調査では、具体的な規定については、「私的使用のための音楽 CD のコピーは、〇〇〇、□□□、△△△に該当する場合を除き適法」という法律の規定を例示し、抽象的な規定については、「『利用の目的と性質』、『著作物の性質』、『利用された部分の量及び重要性』、『著作物の潜在的利用又は価値に対する影響』などの要素を考慮して、公正な利用と判断される場合は適法」という法律の規定を例示している。

田中調査は、具体的な利用方法を例示しているため、それらのどれかが望ましいと考える回答者は、フェアユースに賛成と回答する可能性がある<sup>39</sup>。本調査では、利用

---

<sup>36</sup> フェアユースが「許諾なしに利用できる範囲を広げる」ものであることを前提とした聞き方は、（たとえ、「わかりやすさを優先させた」結果だとしても）ミスリーディングであることは否定できない。利用できる範囲が広がるかどうか、事前には決まらないのがフェアユースの本質である。例えば、「許諾なしに利用できる範囲を広げるかどうか、法律でなく裁判で決めるべきという意見があります。」とした上で、「法律で決めるべき」、「裁判で決めるべき」という選択肢を提示した場合には、田中調査とは異なる結果となった可能性もある。

<sup>37</sup> これも、本研究の主題に沿った比較である。

<sup>38</sup> カッコ内筆者追記

<sup>39</sup> 特に、例示の 1 番目に挙げられている「学校など教育現場」の例は、現状でも著作権法 35 条の適用対象となり得る場合が含まれており、賛成する者は多いと考えられる。田中調査では、7 種類の利用形態のうち、「学校など教育現場」の例を除く 6 種類について、別途、個々の利用形態についての賛否を聞いている。そして、これらの賛否が拮抗していることを理由として、必ずしも個々の利用形態を「シロ」にしたい権利者でも、フェアユースにより「グレー」にすることに賛成していると結論づけている。しかし、例示の 1 番目に挙げられている「学校など教育現場」の例に賛成する回答者が、フェアユースに肯定的な回答をした可能性は否定できない。したがって、個々の利用形態への賛否を問う質

形態ではなく法律の規定の仕方を例示として挙げているため、よりわかりやすい、具体的な選択肢を好む回答者が多かった可能性もある。

---

問から「学校など教育現場」の例だけを（意図的か否かに関わらず）除外しているのは、適切ではないと考えられる。

## 【調査 2： 司法を取り巻く環境や国民意識に関する調査】

本調査では、司法による個別的な紛争解決を通じた規範形成の実現可能性という観点から、現代日本の司法をめぐる現状（制度・資源、当事者のコスト、国民意識等）を明らかにする。その際、立法による規制密度が薄くとも、司法側はそれに対応できるのかということにも留意しつつ、調査を行った。

調査は、昨今の法社会学の議論における傾向（所謂「文化論」に、安易に還元することを避ける）にも鑑み、法と経済学の知見や、予測可能性といった観点からのアプローチを活用した。

### 1. 司法の資源

#### （1）著作権関係訴訟の現状

知的財産に関する民事訴訟は、第一審で年間 500 件程度が受理されている<sup>40</sup>。そのうち、著作権関係事件の割合は 2 割程度であることから<sup>41</sup>、著作権に関する訴訟は年間 100 件程度が受理されていると考えられる。一方で、全国の民事第一審訴訟の受理数（過払金訴訟を除く）は 9 万件前後であり、著作権関係訴訟の件数は全体の 0.1%と、非常に小さいものである。

また、知的財産に関する民事訴訟の平均審理期間は第一審で 15.0 か月となっており、過払金訴訟を除く民事第一審訴訟全体の平均審理期間 9.2 か月と比べると長くなっている。ただし、これには特許訴訟を含んでいることから、著作権関係訴訟に限れば、審理期間はより短い可能性もある。

以上のことから、現在の著作権関係訴訟は、司法システム全体の中で多大なりソースを必要としている状況とは考えられない。

#### （2）著作権関係訴訟の処理体制

知的財産の民事訴訟のうち、特許権、実用新案権、回路配置利用権、プログラムの著作権に関するもの（いわゆる技術型訴訟）については、東日本は東京地方裁判所、西日本は大阪地方裁判所の専属管轄であり（民事訴訟法 6 条 1 項）、控訴審はすべて知財高裁が管轄している（知財高裁設置法 2 条 1 号）。こうした体制が取られているのは、専門的・技術的要素が強い訴訟について、専門的な処理体制の整った裁判所に集中することによって、審理の一層の充実及び迅速化を図るためである<sup>42</sup>。

通常の（プログラム以外の）著作権に関する民事訴訟は、原則どおり各地方裁判所が管轄しているが、東日本は東京地方裁判所、西日本は大阪地方裁判所にも訴えを起こすことができる（民事訴訟法 6 条の 2）。控訴審は、第一審を管轄する高裁が処理する。

---

<sup>40</sup> 最高裁判所（2015）

<sup>41</sup> 知財高裁（2016）44 頁

<sup>42</sup> 同 13 頁



なお、刑事事件については、このような体制は取られておらず、通常どおりの管轄体制となっている。

知財訴訟に関する裁判所の人員体制は以下のとおりである。

#### ①裁判官

知財高裁は第1部から第4部に分かれており、計18人（所長を含む）の裁判官が配置されている。原則として、3人の裁判官の合議体で1つの事件を担当する。第1部から第4部までのほかに、重要な案件について知財高裁としての統一見解を示す必要がある場合は、5名の裁判官による大合議部で裁判を行うことができる。この対象となるのは技術分野の訴訟であり、著作権関係ではプログラム著作権に関する訴訟だけである。

知財高裁に配属される裁判官は、純粋に知財訴訟を専門としているわけではなく、他の分野とのローテーションの中で人事が行われている。

なお、地裁レベルでは、知財訴訟を担当する専門部が、東京地裁に4部、大阪地裁に2部置かれている。高裁レベルでは、知財高裁のほか、大阪高裁にも知財関係事件の集中部が1部置かれている。

#### ②裁判所調査官

技術分野について裁判官に専門的なサポートを行うための常勤スタッフとして、裁判所調査官が置かれている。調査官は、知財高裁に11人、東京地裁に7人、大阪地裁に3人が配置されている。

調査官は、大半が特許庁の審査官・審判官の出身者であり、弁理士からも若干名が任命されている。各調査官は、おおむね3年程度勤務した後に、特許庁や弁理士業に復帰するのが通例である。

#### ③裁判所書記官

知財分野に限らず、裁判官の事務的・手続的なサポートを行うためのスタッフとして、裁判所には書記官が置かれている。知財高裁や東京高裁・大阪高裁の知財部にも書記官が配置されているが、知財訴訟に特別な経験等を有する書記官が選考されているわけではない。

知財高裁の場合、4つの部に2人（うち1人が主任書記官）ずつが配置され、事務局にも複数の書記官が配置されている。

#### ④専門委員

専門委員は、最高裁判所が任命する非常勤の国家公務員であり、指定を受けた事件について、公平・中立な立場から、争点となる高度な専門的・技術的事項について裁判官や当事者等に対して説明等を行う。

専門委員制度を利用できる分野には法的な制限はないが、実際には、特許訴訟、医療訴訟、建築訴訟で利用されている。現在、知財訴訟（特許訴訟）の専門委員には、大学教員、研究者、弁理士など約200名が任命されている。

これらを総合すると、著作権のうちプログラムの著作権については、特許等と同様に技術的な専門性が高いため、裁判官に対する専門的なサポートが可能となる体制がとられている。一方で、プログラム以外の著作権については、こうした特別体制の対象とはなっておらず、原則として通常の体制によって裁判が行われている。

なお、日本の裁判所の大きな特色として統一性、匿名性が挙げられる。すなわち、ある事件をどの裁判官が担当しても、同じ結論が出るということが建前となっている。そのため、例えば米国におけるロークラークは、裁判官個人のスタッフとして位置付けられているのに対し、日本における調査官は司法府全体のスタッフとされている等、司法を支えるサポートスタッフについても、そうした考え方が反映されている。

### （３）外部からの意見を取り入れる仕組み

裁判所の基本的な役割は、当事者間の個別・具体的な紛争解決を図ることであるため、原則として当事者以外の第三者から意見等を聴取する仕組みは有していない。

例外として、上記(2)で挙げた専門委員が、外部有識者の専門的な知見を取り入れる制度として存在している。ただし、上述したとおり、通常の著作権関係訴訟については、現在のところ専門委員制度は活用されていない。

また、制度としてではなく、訴訟指揮の一環として、公益的な観点に関して訴訟外の第三者より意見を聴取した例（知財高裁の大合議部）がある<sup>43</sup>。これも、特許訴訟の事例であり、著作権関係訴訟では同様の事例はない。

このように、訴訟指揮の一環であれば、司法権の本旨に則り、法令または裁判所規則に反しない限り、裁判官の裁量として第三者の意見を聴取することも可能である。ただし、実施するか否か、寄せられる意見をどのように採り入れるのかといった点はすべて当該事件を担当する裁判官の裁量に委ねられているため、必要な時に適切に実施されるという保証はない。

### （４）小括

以上のことから、現在の状況においては、著作権関係訴訟が司法システムの中で多大なリソースを必要とする状況とはなっておらず、裁判所側としても、特許等の技術型訴訟と比べて、特別な体制を必要とする状況とは認識していないものと考えられる。

仮に、権利制限規定の柔軟化によって著作権関係訴訟が増加した場合にも、もともと絶対数が全民事訴訟件数の 0.1%程度と少ないため、訴訟件数の多少の増加は問題とされないものと考えられる。また、訴訟内容について、仮に現在より高度な専門的判断が求められる状況になった場合にも、現在の特許訴訟等と同様に、専門委員制度を活用して外部専門家の知見を活用することができれば、対応できる可能性はあると考えられる。

---

<sup>43</sup> 平成 26 年 5 月 16 日知財高裁判決・同 25 年(ネ)第 10043 号等（アップル・サムスン大合議事件）。知財高裁の意見募集に対し、海外を含め 58 件の意見が寄せられた。

## 2. 訴訟における当事者のコストと期待値等

### (1) 序説

司法による個別的な紛争解決を通じた規範形成の実現可能性を検討するにあたっては、裁判における当事者のコストも重要な要素の一つである。当事者が訴訟によって期待される効果を有効かつ効率的に達成できるのでなければ訴訟自体が起こりにくく、また、たとえ訴訟によって期待される効果を有効かつ効率的に得られる制度であったとしても、レピュテーションの低下など訴訟を起こすこと自体によるデメリットが存在すれば、やはり訴訟の発生に負の影響を及ぼす。

そもそも訴訟が起こりにくければ、判例形成を通じた法創造のプロセスが生じる機会も限られるため、柔軟な権利制限規定を導入したとしても、当該制度が必ずしも有効に機能しない可能性もある。

### (2) コストと便益に関する基本的な考え方

訴訟コストの検討にあたり、まず、当該コストの区分、及びコストの位置付けについて確認しておきたい。

コストの区分として、①訴訟に直接的にかかるコスト（裁判所に支払う手数料、弁護士費用等）、②間接的なコスト（いわゆる「機会費用」としてかかるコスト。例えば、企業の場合はレピュテーション低下による売上の減少、個人の場合は訴訟によって取られる時間等。）、の2つに区分して考察することが有用であると考えられる。

また、企業・個人が実際に訴訟を提起するか否かの判断は、上記コストの絶対額のみならず、訴訟によって得られる便益との比較において決定しているものと考えられる。

得られる便益については、例えば、得られる賠償額×得られる確率という形で期待値を計算することができ、さらに訴訟の場における（訴訟の場に持ち込むことに関するのではない）リスク選好を踏まえた上でのリスクプレミアムについて織り込むことも可能である。

### (3) 訴訟のコスト

上記①の直接コストについては、企業へのヒアリングにおいて、著作権関係の訴訟を起こす費用は1件当たり30～50万円程度であるという意見があった<sup>44</sup>。個人へのアンケート調査では、訴訟を行っている場合の年間費用は「10～50万円」が26.2%で、「ほとんど費用はかけていない」の27.3%に次ぐ数字であった<sup>45</sup>。これらの結果から、著作権訴訟1件当たりのコストは30～50万円程度であると推定される。

上記②の間接コストについては、具体的な金額を算定することは困難であるが、ヒ

<sup>44</sup> 調査2で行った権利者（企業）に対するヒアリング

<sup>45</sup> 調査1で行った権利者（個人）に対するアンケート。なお、「ほとんど費用はかけていない」という回答の中には、実際には訴訟を提起していない人や、過去に訴訟を行ったが現在は行っていない人の回答が相当数含まれていると考えられる。

アリングにおいて多くの企業から、訴訟を行うこと自体によるレピュテーションの低下を危惧する声があったため、現実のものとして存在していることは明らかである。企業の場合には、たとえ当該案件において訴訟に勝ち、損害賠償を得ることができたとしても、レピュテーションが低下することによる買い控えや顧客離れ等、短期的、あるいは場合によっては中長期的な売り上げの減少等につながることも考えられる。

訴訟を行うこと自体によって企業や個人のレピュテーションがどの程度低下するかという点については、(3)で考察する文化の問題と密接に関連している。すなわち、社会的に訴訟が忌み嫌うべきものと認識されているのであれば、訴訟を行う企業・個人のレピュテーションは大きく低下するが、そうでないのであれば、レピュテーションの低下は生じないと考えられるからである。例えば、海賊版対策の場合は、対策を講じることは社会的にも正当な行為だと評価されており、レピュテーションの低下は少ないと考えられる。

なお、①の直接コストについては、規模が小さく、訴訟に大きなリソースを割けない企業ほど、訴訟提起の障害となり得るものと考えられる。一方で、②の間接コストについては、概して伝統のある大企業の方が、企業のレピュテーションに敏感であり、訴訟への障害となる可能性が大きいことも考えられる。

しかし、調査1のアンケート結果を分析したところ、企業の規模や創業年数と、訴訟を忌避する意識の間に相関関係はみられなかった<sup>46</sup>。したがって、今回のアンケート結果からは、前段落の仮説を検証することはできなかった<sup>47</sup>。

#### (4) 訴訟によって得られる便益

訴訟によって得られる便益は、侵害の停止や損害賠償、また将来的な侵害の減少等が挙げられる。

個人へのアンケート結果では、訴訟の結果得られる金額がどの程度であれば実際に訴訟を起こすかという問いに対し、10～50万円未満という回答が最多(18.8%)であり、次いで10万円未満(16.8%)、50～100万円未満(14.7%)という結果であった。訴訟によって得られる金額が50万円程度であれば訴訟を起こすという考えが多いことがわかるが、これは訴訟の直接コストに近い金額である。したがって、個人の場合は、直接コストと賠償額の比較によって訴訟を起こすか否かを判断する傾向が強いと考えられる。

企業の場合は、訴訟によるレピュテーションの低下や将来的な侵害への影響等を勘案するため、訴訟を起こすか否かの判断はより複雑なものとなる。ヒアリングにおいても、「何もしなければ、そういう会社だと思われてしまう」旨の意見があったように、訴訟のような強い対応を取ることによる将来的な侵害の減少が勘案されている。実際に著作権訴訟によって得られる賠償額について、統計は見つからなかったが、弁

<sup>46</sup> 問3-2,3,4(いずれも企業規模等に関する質問項目)と、問1-9,10(いずれも訴訟に対する企業の傾向に関する質問項目)の相関分析。

<sup>47</sup> 今回のアンケート調査の対象は上場企業であり、非上場企業も含めた調査を行った場合には、今回の調査とは異なる傾向がみられる可能性も否定できない。

護士へのヒアリング結果から、多くの場合は数百万円以下であると考えられる。したがって、企業においては、直接的なコストと賠償額の比較よりも、レピュテーションの低下や将来的な侵害の減少効果など、間接的なコスト・ベネフィットを重視して訴訟提起の決定をしているものと考えられる。

#### （５）権利行使を容易にするための方策

次に、訴訟による権利行使を容易にするための方策について検討する。司法による個別的な紛争解決を通じた規範形成は、そもそも訴訟が提起されなければ実現しない。したがって、柔軟な権利制限規定が機能するためには、訴訟制度の使い勝手の良さも重要な問題である。ここでは、具体的な制度設計として、懲罰賠償、法定賠償、クラスアクション、ディスカバリー、弁護士費用負担について、導入した場合の影響と、それを踏まえた導入可能性について検討する。

なお、これらの制度は、既に米国において存在しているが、ここでの検討は、必ずしも米国の法制度のみを想定したものではなく、一般論として記述したものである。米国におけるこれらの制度の状況及びそれを踏まえた日米比較については、調査３で考察する。

#### （a）懲罰賠償

懲罰賠償は、被告側に実際に生じた損害以外にも、被告の懲罰・制裁や加害行為の抑止等の目的から賠償金を加算することを認める制度である。懲罰賠償制度を導入した場合には、単に訴訟の増減にとどまらず、著作物の利用に関しても大きな影響を与えることも想定される。懲罰賠償をめぐっては、著作権法におけるかつての三倍賠償の議論の他、様々な分野において議論されてきた。例として、製造物責任法での附加金制度導入の議論や、消費者被害における利益吐き出し制度の議論、また裁判実務における原告による制裁的慰謝料請求の議論が挙げられる<sup>48</sup>。

しかしながら、外国判決の承認・執行をめぐる事件において、最高裁は、懲罰賠償の制度は我が国の損害賠償制度の基本原則・基本理念と相容れないものであるとしており<sup>49</sup>、現状では懲罰賠償の制度を創設するためには課題も多いと考えられる。

懲罰賠償については、その背景にある法哲学的な正義論（配分的正義と矯正的正義、あるいは手続的正義等）も含め、問題の射程が、著作権関係、さらには知的財産権関係を大きく超えるものであり、「なぜ著作権法（あるいは知的財産法）だけに当該制度を認める必要があるのか」という疑問に対する解答は、容易ではないものと思われる。

---

<sup>48</sup> なお、司法制度改革においても懲罰的損害賠償導入の議論があった。

<sup>49</sup> 我が国においては、加害者に対して制裁を科し、将来の同様の行為を抑止することは、刑事上又は行政上の制裁にゆだねられているのである。そうしてみると、不法行為の当事者間において、被害者が加害者から、実際に生じた損害の賠償に加えて、制裁及び一般予防を目的とする賠償金の支払を受け得るとすることは、右に見た我が国における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものであると認められる。（最判平成 9 年 7 月 11 日、民集 51 卷 6 号 2573 頁〔萬世工業事件〕）

#### (b) 法定賠償

法定賠償とは、侵害行為により実際に生じた損害額や損害と当該侵害行為との因果関係の立証をせずとも、一定の範囲の賠償額が保証される制度である。この制度には、損害額の立証が容易になり、訴訟提起への障害が減るという効果がある。一方で、法定の賠償額が実際に生じた損害額をはるかに上回る額に設定された場合には、濫訴を誘発する危険もある。

2016年12月9日に成立したTPP関連法における著作権法改正では、著作権等管理事業者の使用料規程により算出した額（複数ある場合は最も高い額）を損害額として賠償を請求することができるという、損害額の立証をさらに容易にする措置が盛り込まれた。本法の施行はTPP協定の発効が条件であるため、施行されるかどうかは不透明であるが、本法の施行または類似制度の充実が進めば、権利者が訴訟を提起しやすい環境整備に資するものと考えられる。

#### (c) クラスアクション

クラスアクションは、共通点をもつ一定範囲の人々を代表して、一人または数名の者が全員のために原告として訴え、または訴えられるとする訴訟形態である。これに類似した制度として、わが国では消費者契約法と消費者裁判手続特例法による消費者団体訴訟制度がある。当該法律は、同種の被害が多発するという消費者被害の特質に鑑み、差止請求や集団的な被害回復を図るための制度である。

この制度は、訴訟の原告（クラスアクションは被害者であれば誰でもよいが、当該制度では適格消費者団体・特定適格消費者団体に限定される）、相手方（クラスアクションでは限定されていないが、当該制度では消費者契約の相手方に限定されている）、請求の対象（逸失利益、人身損害、慰謝料等は除外されている）等においてクラスアクションとは違いがある。

クラスアクションの導入は、訴訟制度全体の設計に関わるものであるため、著作権訴訟のみに導入する理由を見出すことは困難であるが、消費者団体訴訟制度と同様の制度であれば、検討の余地はあり得る。同制度が導入された背景には、「同種の被害が拡散的に多発する」という消費者被害の特性があり、著作物に対する権利侵害に関しても同様の事情が認められれば、特例法を導入する可能性は存するものと思われる。導入した場合の効果については、具体的に制度設計にもよるので一概には言えないが、特に個人の権利者にとって、訴訟による権利行使が現状よりも容易になることが予想される。

#### (d) ディスカバリー、弁護士費用の負担

ディスカバリーとは、当事者の求めに応じて相手方や第三者に証拠の提出を義務付ける証拠開示手続である。ディスカバリーを導入した場合、弁護士による膨大な作業を必要とする場合もあるため、訴訟コスト（弁護士費用）の増大が見込まれる。そのため、弁護士費用等の負担の軽減とセットでなければ、訴訟による権利行使が容易になるものとは思われない。弁護士費用を敗訴者が負担する制度については、懲罰賠償やクラスアクションと同様、訴訟制度全体に関わる問題であるため、著作権法の領域

にだけ導入することは困難であると考ええる。

#### （６）小括

上記の検討から、現在の日本においては、訴訟のコストと便益といった直接的な側面、あるいはレピュテーションや予測可能性といった間接的な側面から、積極的に訴訟を提起し判例法の形成を促進するような土壌にはないと考えられる。また、当該状況につき、訴訟を起こしやすい方向に変えていくための様々な政策的措置についても、著作権訴訟に限ってそれを導入することは難しい。

こうしたことから、日本社会全体が訴訟による紛争解決を歓迎し、そのための制度整備を推進するという状況にならない限り、著作権分野だけで訴訟による紛争解決を推進していくことは、容易ではないものと思われる。

### 3. 司法や裁判に関する国民意識等

裁判所は、司法「権」といった場合の権力（power）の淵源につき、主として人員や資金といった物理的資源に還元することは必ずしも妥当ではないというコンテキストにおいて、「資源なき第三者」として位置付けられることもある<sup>50</sup>が、その具体的なあり方は国や時代によって異なる。

例えば、米国における司法が、静態的には厳格な三権分立、また動態的には三権の競合といった状況の中で、立法、行政と並ぶ権力の一つとして政治的色彩がかなり強いのに対し、我が国においては、司法がそもそも政治的なアクターと位置付けられること自体が少ない。大統領制と議院内閣制といった基本的な制度面での相違はあるにせよ、同じ民主制下における異なる司法のあり方には、国民と司法との距離感の違いといった事情も影響しているものと考えられる。

我が国における司法へのニーズについては、1999年12月21日の司法制度改革審議会の論点整理において、「国民が司法に期待するものは端的に何かといえば、それは、国民が利用者として容易に司法へアクセスすることができ、国民に開かれたプロセスにより、多様なニーズに応じた適正・迅速かつ実効的な司法救済を得られるということ、及び新しい時代状況に対応した適正な刑事司法手続を通じて犯罪の検挙・処罰が的確に行われ、国民が安全な社会生活を営むことができるということであろう。」と指摘されており<sup>51</sup>、総じて、①司法への容易なアクセス、②実効的な救済、③安全な社会生活、の3つであると考えられる。

しかし、我が国においては、例えば「裁判沙汰になる」といった言説に具象化されているように、司法過程に乗ること自体、すなわち訴訟による紛争解決という方法を採用すること自体について、必ずしも肯定的に受け入れられていない土壌が存在する。このことは、今回のアンケート結果及びヒアリング結果からも裏付けられた（アンケート調査の結果からは、訴訟を提起する、または提起されることに対する抵抗感が相当程度存在することが明らかとなった。また、ヒアリング調査では、企業のレピュテーションに与える負の影響から訴訟を避けるという意見が多く聞かれた）。

ただし、今後より広範な経済連携協定が締結される等、一層のグローバル化が進展した場合には、司法に対する企業や国民意識、さらには司法のあり方自体が変革する可能性も否定できない。

---

<sup>50</sup> 平井(1995)

<sup>51</sup> 2001年6月12日の司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—においても同様に、「国民が司法制度に期待するものは端的に何かと言えば、それは国民が利用者として容易に司法へアクセスすることができ、多様なニーズに応じて充実・迅速かつ実効的な司法救済を得られるということ、及び公正な手続を通じて犯罪の検挙・処罰が的確かつ適正・迅速に行われることにより安全な社会生活を営むことができるということ」と指摘されている。



#### 4. 行政やソフトローに関する国民意識等

上記で検討したように、現代日本においては、裁判を忌避する土壌が存在していることは否定できず、必ずしも司法による紛争解決に対する国民からのニーズは大きいとはいえない。これは、著作権分野に限らず、日本社会一般について当てはまるものと考えられる。

しかし、柔軟な権利制限規定のように規律密度の低い立法を行った際に、司法による判例の形成のみがその間隙を埋める手段とは限らない。抽象的で柔軟な規定が導入された際には、その内容の具体化が、例えば、行政による政省令や、民間によるガイドラインなどのソフトローによって行われる可能性も考えられる。

今回の調査では、政省令やソフトローに関する国民意識について一般的に論じた文献は見つからなかったが、ヒアリング調査において、政省令やガイドラインの制定を期待する声も複数聞かれた。したがって、司法による紛争解決と比べて、国民意識における抵抗感は少ないものと考えられる。

## 5. 総括

権利制限規定の解釈・適用について、仮に今よりも司法に委ねる部分を増やした場合にも、司法のリソースとしては対応できる可能性はあると考えられる。また、権利者の権利行使を容易にするための方策についても、例えば損害額の立証を容易にする方法など、さらなる改善の余地はあると考えられる。

しかしながら、日本の企業・個人に訴訟を避ける意識が一定程度あることは否定できず、当事者である権利者・利用者からは司法による紛争解決が必ずしも歓迎される状況であるとは思われない。また、訴訟で得られる賠償額と訴訟コスト（直接コスト＋レピュテーションコスト等）を勘案すると、訴訟が割に合う場合は極めて限られているのが現実である。こうしたことから、積極的に訴訟を提起して判例法の形成を促進するような土壌にはなく、また、当該状況を政策的に作り出していくことも必ずしも容易ではないといえる。そのため、現代日本の司法をめぐる現状においては、司法による個別的な紛争解決を通じた規範形成の実現可能性は、限定的であるといえる。

上記を踏まえれば、法律によって一般的・抽象的な規定が設けられた際、その内容の具体化が、司法による判例の蓄積のみならず、政令や省令等の行政立法、また行政の通達・指針や民間の取り決め・自主規制・社会規範等といったソフトロー、あるいはその両方によって行われる可能性も十分に考えられる。行政立法とソフトローを比較した場合、法規範性や民主的正統性という点では行政立法の方が優れており、きめ細かさや迅速性といった観点からは、一般的にソフトローの方が優れている可能性が高い。

我が国において、柔軟な権利制限規定を導入した場合には、立法の規律密度の間隙を埋めるに当たって、司法による判例形成に加えて、こうした行政立法とソフトローの特徴を踏まえて、両者をうまく組み合わせることが効果的であると考えられる。

## 【調査 3： 米国の状況調査】

### 1. フェアユース規定と日本の個別的制限規定の比較

#### (1) 日本の個別的制限規定の特色

##### (a) 予測可能性の確保

個別的権利制限規定では、どのような場合に権利者の許諾なく著作物を利用することができるのか、権利が制限されるための要件が事前に明示される。そのため、著作物の利用者の予測可能性が確保される。この点は、個別的制限規定が一般的・抽象的な権利制限規定に比べて優れている立法形式であることは論を待たない。日本の著作権法が私的複製（著作権法 30 条）、引用（同 32 条）をはじめ多くの類型について具体的な要件を明確にしていることは、事前に無用な紛争を回避することに繋がっており、優れた点である。著名な例でいえば、米国では、家庭内のテレビ番組録画を許容する私的複製の制限規定がなかったために、ビデオデッキを製造・販売するソニーがビデオ録画の著作権侵害について寄与侵害責任を問われ、最終的に連邦最高裁で決着がつくまで約 10 年の法廷闘争を必要としたが<sup>52</sup>、日本では、そもそもその種の訴訟が存在しなかった。

##### (b) 立法事実に基づく原理・原則に基づいた体系性の確保

予測可能性の確保とも関連するが、日本の権利制限規定は、立法事実に基づき必要性が慎重に検討された結果設けられてきたので、各規定の政策的根拠が明確であり、権利制限規定が原理・原則に依拠した体系立ったものとなっている。体系性が確保されているという点も、個別的権利制限規定の数が限られ、多くの類型についてフェアユースという一般的制限規定に基づく裁判所の判断で制限を認めてきた米国に比して<sup>53</sup>、日本の著作権法が優れている点といえよう。

#### (2) フェアユース規定と日本の個別規定が重なる部分

Alan Latman のフェアユース研究が、①付随的複製、②批評・批判、③パロディ・諷刺、④研究・編集物、⑤私的利用、⑥ニュース、⑦訴訟での利用、⑧非営利又は政府目的の利用というカテゴリーカルなアプローチから入っているように、米国においてフェアユースが問題とされた事例の多くは、日本の個別的権利制限規定のカバー

<sup>52</sup> 後掲表の *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp.*, 464 U.S. 417 (1984)

<sup>53</sup> 米国では、明確な立法事実を背景として必要な権利制限として日本で立法された類型の多くがフェアユースという抽象的な要件の下で裁判紛争を経て制限される一方で、宗教的儀式や集会において非演劇的文学又は音楽の著作物を実演する場合（110 条 3 項）、政府機関・非営利農業団体・非営利園芸団体が非演劇的文学又は音楽の著作物を実演する場合（110 条 6 項）、非営利の退役軍人団体・友愛団体（大学生は除く。）による社交行事での非演劇的文学又は音楽の著作物の実演する場合（110 条 10 項）など、その根拠が不明確な非常に特殊なケースについて個別的権利制限規定が存在している。近時、米国著作権法の権利制限規定が明確な原理・原則に依拠していないと批判する見解も現れている。

領域と重なっている。両者が対象する領域について比較すると、要件の細部では相違が存在するものの、後掲一覧表のとおり、伝統的な利用形態については大きな相違は見られない。日本において必要であると判断され立法された個別的権利制限規定と同様の類型について、多くの場合、米国では立法ではなく、フェアユース規定の解釈を通じて解決されてきたと考えられる。

近時の Pamela Samuelson の研究でも、日本又はヨーロッパ大陸法の個別的権利制限規定が対象とする領域が、米国のフェアユース規定や個別制限規定でカバーされる領域とほぼ重なることが明らかにされている<sup>54</sup>。

### （３）フェアユース規定の方が日本の個別制限規定より広い部分

近時、デジタル社会の到来を背景に、新たな技術による著作物の利用形態の多様化が急速に進んでおり、これまでにない新たな形で著作物を利用するサービスを提供する者が現れている。米国の下級審裁判所においては、iParadigms 事件、Google Books 事件、TV Eyes 事件といった具体的紛争を通じて、新たな形態のサービスを提供するために著作物を無許諾で利用する行為態様をフェアユースであると判断する傾向が強まっている。その結果、米国のフェアユースでカバーされる領域の方が、日本の個別的権利制限規定のカバーする領域よりも広がりつつある。立法府による個別的制限規定の創設を待つことなく、そうした新たな環境（技術）への柔軟な対応を可能にする点をフェアユースの長所とする見解も多い。

これまでの米国のフェアユース裁判例を整理すると、①私的利用（Sony 判決）など日本では個別的制限規定で対応されている（新たな創作を伴わない）享受型利用、② Campbell 判決で変容的な利用としてフェアユースとされたパロディという形態に代表される（新たな創作を伴う生産的な）享受型利用、さらに③近時変容的な利用としてフェアユースとされる傾向が顕著な（新たな創作を伴わない）非享受型利用（検索・分析サービス及び当該サービス提供の前提として行われる著作物の全部複製など）<sup>55</sup>といった、著作物の様々な利用形態がフェアユースとして合法とされていることが分かる。

ただし、そのようなフェアユース適用事例の拡大に対する批判<sup>56</sup>もある。現在の変

---

<sup>54</sup> Samuelson (2015)

<sup>55</sup> Perfect 10 v. Amazon (2007), Vanderhye v. iParadigms (2009), The Authors Guild, Inc., et al., v. Hathitrust, et al.(2012/2013) , The Authors Guild, Inc., et al., v. Google, Inc.(2013/2015) , Fox News Network, LLC v. TV Eyes, INC (2014/2015)

<sup>56</sup> 2014 年 1 月 28 日の House Judicial Committee のヒアリングで、June Besek 教授（コロンビア大ロースクール）は、Campbell 判決が、商業性が認められる場合にはフェアユースにならないことを推定したソニー判決を是正した意義は認める一方、パロディという新たな創作を伴った利用をフェアユースと認めた変容的な利用法理が、Campbell 判決後、新たな作品を創作することなく、原著作物全部を利用する新たな利用形態についても、同法理に基づきフェアユースと認める下級審の解釈（教授は、この解釈を“決後、新たな作品を創作することなく、原著作物全部を利（機能的な変容）と呼ぶ）は行き過ぎであり、これを放置すれば、米国がベルヌ条約・TRIPS 協定に違反するおそれがあると指摘

容的利用法理では、利用目的の変容及び変容した目的に必要な（量的）範囲での利用であると認められると、利用者が新たな創作性を付与していない事例（上記③）にまでフェアユースが肯定された。しかし、そのような解釈は、フェアユースが、条文で求められる 4 つの評価とは乖離する危険をはらんでいる。Jane Ginsburg は、そのような解釈は、法文上求められる 4 つの要素の評価を一つの要素にすぎない「変容性」の評価の延長上に置き、結果的にその他の要素の比重を低下させているとし、「利用の『変容的』な性格がその他の全ての要素を一掃し、法文から外れるだけでなく、『変容性』は裁判官の目にどう見えるか次第になるので、以前よりも、フェアユースをはっきりしない予測不可能なものとしている」と批判する<sup>57</sup>。

また、二次的な創作性が付与されているパロディ事案であった Campbell 判決は、そのような二次的な創作性付与がない事例を想定しておらず、そうした領域（前述③の事例）にまでフェアユースの成立を認める近時の傾向は、著作物を変化させず、ただ再配信するだけの事例についても無許諾・無報酬の利用を認めるもので、Campbell 判決の射程を超えた不当な法理の拡大であるという批判もある<sup>58</sup>。

なお、こうした変容的利用法理への批判を意識しているためであろうが、近時のフェアユース裁判例では、権利者の本来的な市場への影響を第 4 要素において慎重に検討していることは見落とされてはならない。特に、Transformative Use Doctrine（変容的利用法理）の主唱者 Pierre Leval も、変容的利用が著作物本来の利用を代替しないことを正当化の基礎に据えており、その手による Google Books 判決でも、第 4 要素における書籍の本来的な市場への影響を厳密に検証している<sup>59</sup>。すなわち、同判決は、Google Books サービスにおけるスニペットの提供に関して第 4 要素を判断する中で、「複製目的が価値ある変容的なものであったとしても、原著作物と相当程度競合するほどに原著作物の重要な部分が広範に提供される形で提供されれば、そのような複製は著作物の価値を毀損するものとなるだろう。ここでの問題は、スニペット表示は、変容的な利用目的があるにもかかわらず、そのような（原著作物と競合するような）提供行為となるか、である。我々の結論は、少なくとも現在の形態で提供されている限り、原著作物と競合するような提供とはならない、というものである。特に、ランダムに分散された（書籍の）スニペットをつなぎ合わせる人件費に比べれば書籍の通常価格は比較的低いという事実に鑑み、スニペット表示は、サーチを行う者に対して原著作物の代替物へのアクセスを提供するものではないと我々は結論づける。スニペット表示は、せいぜい、高額の人件費を費やして、合計して書籍の 16%までの、継続

---

し、フェアユースが裁判所によって作られる法であるとしても、議会による歯止めが必要とされる旨を証言している。<https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/012814-Testimony-Besek-1.pdf> を参照。

<sup>57</sup> Ginsburg (2014b)

<sup>58</sup> Ginsburg (2014a)は、フェアユースがオールオアナッシングである点を問題とし、後行者による新たな創作を伴う二次的利用行為（パロディなど）と、創作を伴わない新しい形態での再配布（Google Books など）を区別し、後者については、許諾なく許容されるが一定の対価が支払われるべきとする。

<sup>59</sup> The Authors Guild, Inc., et al., v. Google, Inc., 804 F. 3d 202 (2d Cir. 2015)

的でない小さな断片を生むにすぎない。これは、著作権の価値に実質的な悪影響を与え著作権者に脅威を与えるものでも、著作権収入を減少させるものでもない。」と指摘する。

第 2 巡回区控訴審裁判所の判決は、現在提供されているスニペット表示が原著作物に代替するものを提供するものといえないため、第 4 要素で考慮される著作権者に対する実質的害悪について、フェアユースに否定的に働くものではないとしたものである。第 1 要素において利用目的が原著作物と異なるというだけで、第 4 要素を軽視してフェアユースを肯定するものではない。

以上のとおり、米国では変容的利用法理が判例法理として定着しつつある一方で、Campbell 判決の射程を超えた不当な法理の拡大に批判も強い。さらに、変容的利用法理によるフェアユースの拡大に肯定的な立場からも、同法理における変容性の過度の強調が、私的利用など「著作物の変容を伴わない利用」についてフェアユースの成立を萎縮させる危険性も指摘されており、米国フェアユース法理を変容的利用法理のみで理解するのも適当でないと考えられる。同法理の今後は、これまで同様、米国における判例法の動向を注目するほかない。

#### （４）フェアユース規定における予測可能性の確保

米国においても、個別的権利制限規定の持つ予測可能性の担保を高く評価し、原理・原則に依拠した合理的な個別的権利制限規定の必要性を説く主張もある。Pamela Samuelson は、過去のフェアユース裁判例を後行利用者の利用目的・利用態様に応じたカテゴリーごとに判断基準を整理し直してこれまでの裁判例の傾向を理解することで、フェアユースの予測可能性を高めることができるとともに、フェアユース規定が持つ柔軟性を維持させることが有益であると指摘し、フェアユース法理と個別的権利制限規定を組み合わせた権利制限規定の再構成<sup>60</sup>を提唱している。

この点、極めて精緻な個別的権利制限規定を有する我が国<sup>61</sup>がそれに加えて柔軟な権利制限規定を検討している現状とは、その出発点が全く異なるものの、精緻な個別的権利制限規定に一般性を有する規定を組み合わせるという枠組みを目指しているという点で両国の方向性は大きく異ならないように思われる。

但し、前述のとおり、近時の研究でフェアユース判例がある程度予測可能なものであるとの指摘がある一方で、米国著作権局は、フェアユースがあくまで個別事例ごとに判断されるものであるため、予測可能性について懐疑的であるとの姿勢を明確にしている<sup>62</sup>。

米国内においてもその予測可能性について議論が継続している中、後述のとおり、

---

<sup>60</sup> Gervais も制限規定を原理・原則に依拠して整理することに取り組んでいる（Gervais (2008)）。

<sup>61</sup> 例えば、Samuelson は、非常に多くの個別的権利制限を持つ国として日本を紹介している。

<sup>62</sup> US Copyright Office (2015)76 頁は、フェアユースが予測可能性と安定性を有しているという指摘には賛同できない旨を明記する。

日米では、裁判制度、司法を支える社会背景に顕著な相違があり、一定の柔軟性を実現する規定を我が国に検討する場合には、その点を慎重に配慮する必要があるように思われる。

#### （５）イスラエルのフェアユース規定と導入後の状況（概要）

フェアユース規定については、米国の他、イスラエル等においても導入されている。米国とは異なる制度的な特徴を有していることもあるため、その概要を簡単に説明したい。イスラエルがフェアユース規定を導入したのは 2007 年の著作権法改正によってであり、導入された条文は以下のとおりである<sup>63</sup>。

##### 19 条（フェアユース）

(a) 著作物のフェアユースは、私的な学習、研究、批評、検証、ジャーナリズム報道、引用又は教育機関による指導及び試験等の目的の場合に認められる。

(b) 著作物の利用が本項におけるフェア・ユースに該当するか否かを判断する際に検討されなければならない要素は、次の要素である。

- ① 利用の目的と性質
- ② 利用される著作物の性質
- ③ 著作物全体との関係で、利用される部分の量的・質的な範囲
- ④ 当該著作物の価値と潜在的市場に当該利用が与える影響

(c) 法務大臣（The Minister）は、著作物の利用がフェアユースと見なされる条件について規定する規則を制定することができる。

上記条文の(a)(b)の体裁から、米国著作権法のフェアユース規定の影響が感じられるが、(c)において法務大臣がフェアユースと見なされる場合について規則制定権を有するという点は注目に値する。

Neil Netanel は、Niva Elkin-Koren と共同で、イスラエルで言い渡されたフェアユースに関する裁判例を収集し分析を行った。現在論文にまとめている段階とのことであったが、その概要についてコメントを得ることができたので、ここで紹介する<sup>64</sup>。

同教授らによれば、イスラエルにおいてフェアユースが導入された 2008 年 5 月から 2016 年 1 月までの間にフェアユース抗弁について判断された裁判例は 34 例であり、同改正前に（1993 年から 2008 年のフェアユース規定の施行前まで）存在したフェアディーリング規定について判断された裁判例が 16 例であるのと比べると、フェアユー

---

<sup>63</sup> [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=132095](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=132095)（イスラエル著作権法の英文訳）を参照

<sup>64</sup> イスラエルの裁判例を、①イスラエル建国（1948 年）から 1993 年 *Geva v. Disney* 最高裁判決（該当する裁判例 2 件）、②最高裁判決後、2008 年 5 月著作権法の大改正まで（該当する裁判例 16 件）、③2008 年 5 月大改正後 2015 年まで（該当する裁判例 34 件）の 3 つの時期に分け、特に③の時期に焦点を当てたものである。なお、③の大改正前は、1911 年英国法のフェアディーリング規定が同国内で有効であり、特に、*Geva v. Disney* 最高裁判決では、限定的なフェアディーリングの要件を充足しないフェアユースは認められないと判断された。

スを争った裁判例の数は増加しているとも言える。しかし、同教授は、2007 年の（フェアユース規定の導入に留まらない）著作権法の大改正によってイスラエルにおける著作権侵害訴訟全体の数が増加しており、フェアユース規定の存在によって著作権侵害訴訟が増加したとまでは今回の調査では評価できない、としている。

また、イスラエルにおけるフェアユース裁判例には米国フェアユース裁判例の影響はほとんど見られない（94%の裁判例は、米国のフェアユース裁判例に一切言及していない）ようである。米国において圧倒的に支配的な傾向であると言われる利用目的の変容（第 1 要素）については、33 の裁判例のうち 20 裁判（61%）が、被告の利用目的が原告と同一又は異なるという判断をし、13 裁判例（39%）が言及していない（第 1 要素を判断していないと推測される、とのことである）。



【参考】日米著作権法の主な規定の比較表<sup>656</sup>

利用類型	日本	米国
私的複製	個別規定（30 条）	フェアユース(例えば、 Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp., 464 U.S. 417 (1984))
写り込み	個別規定（30 条の 2）	フェアユース（例えば Italian Book Corp. v. Am. Broad. Cos., 458 F. Supp. 65 (S.D.N.Y. 1978) や Lenz v. Universal Music Corp., 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008))
図書館における複製	個別規定（31 条）	個別規定（108 条(a)）
資料の保存	個別規定（31 条、42 条の 3）	個別規定（108 条 (b) (c)）
引用	個別規定（32 条）	フェアユース（例え ば、Time, Inc. v. Bernard Geis Associates, 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968))
批評・評論	個別規定（32 条）	フェアユース（例え ば、New Era Publications Int'l v. Carol Publishing Group, 904 F. 2d 152 (2d. Cir. 1990) や Lennon v. Premise Media Corp, 556 F. Supp. 2d 310 (S.D.N.Y.

<sup>65</sup> 日本の制限規定の政策的根拠の分類については、梶山（2009）78 頁以下が分析している。

<sup>66</sup> 著作権が制限されている利用類型ごとの比較を試みているが、細部での要件の日米間の相違は当然存存し、両欄に記載があるとしても、全く同様の扱いがされていることを示すものではなく、日本法上権利制限の対象となっている利用類型が米国ではどのような法的根拠に基づき対応されているか（又は制限の対象ではないのか）を示すものに過ぎない。

		2008))
教育機関（複製）	個別規定（35 条 1 項）	フェアユース（107 条 柱書の例示）
教育機関（実演）	個別規定（35 条 2 項）	個別規定（110 条(1)）
視覚障害者等	個別規定（37 条の 2）	個別規定（121 条）
政治上の演説等	個別規定（40 条 1 項）	フェアユース
時事報道	個別規定（41 条）	個別規定（108 条(f)） フェアユース（例え ば、Harper & Row, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 559– 60 (1985)）
裁判手続、立法、行政	個別規定（42 条）	フェアユース（例え ば、Jartech, Inc. v. Clancy, 666 F. 2d 403 (9th Cir. 1982) や Bond v. Blum, 317 F. 3d 385 (4th Cir. 2003)）
美術の著作物の展示	個別規定（45 条）	個別規定（109 条(c)）
公開の美術の著作物等の利用	個別規定（46 条）	個別規定（120 条(a)）
美術の著作物の小冊子への掲載	個別規定（47 条）	フェアユース（明確に 対応する個別規定はな く、直接該当する裁判 例は存在しないが、フ ェアユースとされる可 能性はある）
バックアップの作成	個別規定（47 条の 3）	個別規定（117 条(a)）
保守・修理のための複製	個別規定（47 条の 4）	個別規定（117 条(c)）
サーチエンジン	個別規定（47 条の 6）	フェアユース（例え ば、Field v. Google Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006) や Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F. 3d 701 (9th Cir. 2007)） .
情報解析	個別規定（47 条の 7）	フェアユース（例え

		ば、データマイニング・テキストマイニングをフェアユースとして許容する Authors Guild, Inc. v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2nd Cir. 2014))
パロディ	明文規定なし。但し、32 条の引用によって許容される余地はある。 <sup>67</sup>	フェアユース（例えば Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)）
リバースエンジニアリング	明文規定なし。但し、利用の開発に係る技術の開発又は実用化のための試験の用に供する場合には 30 条の 4 <sup>68</sup> が、一定の場合（プログラム著作物を情報解析するものと評価できる態様の場合）には、47 条の 7 が適用されると解釈される余地はある。 <sup>69</sup>	フェアユース（例えば, Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F. 2d 1510)

<sup>67</sup> 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会パロディワーキングチーム(2013)29 頁は、「少なくとも現時点では、立法による課題の解決よりも、既存の権利制限 規定の拡張解釈ないし類推適用や、著作権者による明示の許諾がなくても著作物の利用の実態からみて一定の合理的な範囲で黙示の許諾を広く認めるなど、現行著作権法による解釈ないし運用により、より弾力的で柔軟な対応を図る方策を促進することが求められているものと評価することができる。」とする。また、同頁注 39 は、「チーム員からは、『従前、引用規定（第 32 条第 1 項）の適用を受けるためには明瞭区別性及び主従関係の要件を満たす ことが必要とされ、パロディにはそれらの要件を満たさないものが多いと指摘されていたが、近時、引用規定の柔軟な解釈を示す裁判例（知財高判平成 22 年 10 月 13 日判時 2092 号 135 頁〔美術鑑定書事件〕）が現れてきていることや、パロディと引用規定との関係について学説上活発な議論が行われていることに照らすと、引用規定の解釈によってパロディを許容する余地が広がる可能性もあり、今後の裁判例や学説の動向に十分留意していく必要がある』との指摘もあった」ことが明記されている。

<sup>68</sup> 池村（2013）122 頁は、同条において想定される具体例としてリバースエンジニアリングについて言及していないが、条文上は、「技術の開発又は実用化のための試験の用に供する場合」コンピュータプログラムを試験の用に供するリバースエンジニアリングは、同条において許容されると解釈する余地はあるように思われる。

<sup>69</sup> 池村（2010）117 頁は、「リバース・エンジニアリングは、通常、プログラムに係る指令の意味内容そのものを吟味する目的で行われるものであり（この点、脆弱性発見のため

## 2. 日米の司法制度・司法をめぐる環境の比較

日本の司法制度や司法をめぐる環境については、調査2で詳述したところである。次に、米国における著作権侵害訴訟の概況（訴訟件数や処理体制）を調査し、日米比較を行う。

### （1）米国における著作権侵害訴訟

法定損害賠償制度や懲罰賠償制度が存在し、日本よりも高額な賠償が認められる米国においても、著作権侵害訴訟に要する費用があまりに高額であるために、著作権者、特に個人の権利者が権利行使をすることが容易ではなく、多くの権利者が権利行使を断念しているという現実が存在する。このような状況を改善するため、米著作権局は、著作権に関する少額の紛争処理手続の創設に向けた研究を発表している。

米著作権局が米国における著作権訴訟を分析した研究に依拠し、著作権侵害訴訟という側面から見た米国の訴訟制度の概要を紹介する。

#### （a）米国の著作権紛争に関する裁判制度

米国では、周知のとおり州法と連邦法で裁判管轄が異なっており、連邦法である著作権法に関する著作権侵害紛争は連邦裁判所の管轄となる。著作権侵害事件は年間2000件から3000件であり、連邦裁判所に係属する事件のおよそ100件に1件が著作権侵害に関係する事件である。

#### （b）連邦裁判所における裁判の進行

米国訴訟は、以下のとおり、訴状送達後、ディスカバリー（証拠開示）手続（証拠、宣誓供述書等の開示）を経てトライアル（事実審理）手続という流れとなる<sup>70</sup>。

### ア 訴状の提出と送達

日本と同様、訴訟提起のためには、まず、訴訟提起の相手方と裁判管轄を確認し、裁判管轄権を有する裁判所に対して訴状を提出するとともに、訴状を相手方に送達することが必要とされる。訴状提出の際に必要なとされる費用は、400ドル（350ドルの訴訟提起費用と50ドルの手続費用の合計）である。

### イ ディスカバリー（証拠開示手続）

---

のリバース・エンジニアリングにせよ、革新的プログラム開発のためのリバース・エンジニアリングにせよ、権利侵害発見のためのリバース・エンジニアリングにせよ同様である）、「統計的な解析」が行われておらず、本条の適用となるものではないものと解される。」として、47条の7は原則としてリバース・エンジニアリングに適用されないとするが、「もっとも、プログラム著作物を情報解析するものと評価できる態様であれば、本条の対象となる場合もあり得よう。」として、例外的に同条が適用される場合があることを指摘する。

<sup>70</sup> Fletcher & Sheppard (2005) 502-523

民事訴訟規則に従い、訴訟当事者は、相手方に対して証拠の提出を求める権利を有する。宣誓供述書や（原則として）25 個以内の質問書の提出のほか、潜在的に限界のない書証の提出を双方が求め得る手続である。

#### ウ 簡易手続の申立て

当事者は、訴状及び答弁書のやりとりの後、訴訟を終了させるため、**judgment on the pleadings**（訴答に基づく判決）や **summary judgment**（事実審理省略判決）を求めることがある。特に後者は、ディスカバリー後、当事者間に争いのない事実のみに依拠した判決を求めるものである。重要な事実関係について疑義が残る場合には事実審理省略判決は認められず、事実認定手続であるトライアル（事実審理）に進むことになる<sup>71</sup>。

#### エ 事実審理前会議

事実審理前に、双方代理人と裁判所が、証拠に基づく争点整理・主張整理をする手続である。

#### オ 陪審員選任手続

一定の母集団からランダムに選び出された陪審員の集団の中から、双方代理人又は裁判所による予備審問に基づき、当該候補者が事件に対して偏見や予断を有していないかを確認し、適任者を絞っていき、最終的に 12 人の陪審員が選任される。

#### カ 事実審理

冒頭陳述→原告の立証→被告の防御→最終答弁という手順で進行する。

#### キ 陪審員に対する説示（インストラクション）

法律の適用のあり方について裁判官から陪審員に対して説明される手続である。フェアユースを例にすれば、107 条がどのように解釈されるべきかを、事実に当てはめべき法規範の内容についてのガイダンスを提供するものである。

#### ク 評決と判決

日本の裁判手続と大きく異なるのは、ディスカバリーという証拠開示手続を各当事者に義務づけ、当事者が広く証拠を収集することを可能にするプロセスが存在すること、及び、事実認定について陪審制度に基づき陪審によって行われるという点である。特にディスカバリーでは、当事者双方が相手方に対して証拠の提出を要求できる。当該証拠には、物理的な証拠はもちろん、電子メール等保存されたデータも含まれるため、相当数の証拠が開示されることも多い。そのため、ディスカバリーは、米国の裁

---

<sup>71</sup> 事実審理省略判決は、訴訟における全ての主張について認められなくても、主張の一部についてのみそのような判決が認められる余地もあり、その場合には他の主張部分についてのみ、トライアルに進行する。

判に時間がかかる主な要因になっていると指摘されるだけでなく、後述のとおり、裁判費用の高騰化の要因ともなっていると言われる。

## （２）日米の著作権侵害訴訟手続の相違について

日米を比較すると、裁判手続が根本的に異なっているだけでなく、司法をめぐる社会のあり方にも大きな相違が見られる。顕著な相違としては、少なくとも以下の諸点を指摘することができるように思われる。すなわち、①米国には法定賠償制度が存在し、侵害態様に応じて裁判所が損害賠償額を柔軟に認定することが可能であること<sup>72</sup>、②判例法国であり、裁判所による判断の裁量の幅が日本よりも広いと考えられること、③そのような判例法の形成が裁判当事者のみに委ねられておらず、第三者の意見表明の機会が制度として設けられており、さらには、その制度を活用して当事者以外に積極的に意見を提出する者が多く存在すること（社会においてどのような行為がフェアユースとされるべきかについて判断を求められる裁判所に、その判断を正当視できるだけの十分な情報が提供される制度があり、かつ、その制度運用を支える基盤が社会の中にあること）、④フェアユース規定が長期に渡り運用された実績から、民間団体がフェアユースに関する準則を設けるなど、フェアユース規定を民間が自主的に運用する文化がすでに育まれていることである。以下、個別に言及する。

### （a）法定賠償

米国著作権法 412 条は次のように定める。

「第 106A 条(a)（視覚著作物に対する同一性保持権）に基づく著作権者の権利に対する侵害につき提起された訴訟、侵害の開始前に第 408 条(f)に基づき予備登録されていた著作物の著作権のうち、著作物の最初の発行から 3 ヶ月以内または著作権者が侵害を知ってから 1 ヶ月以内のどちらか早い方に登録発効日を有している著作権の侵害に対する訴訟、または第 411 条(c)に基づき提起された訴訟を除き、本編に基づく訴訟においては、以下のいずれかの場合、第 504 条および第 505 条に定める法定損害賠償金または弁護士報酬は認められない。

(1)未発行著作物に対する著作権の侵害で、登録の発効日前に開始されたもの。

(2)著作物の最初の発行の後であってかつ登録の発効日の前に開始された著作権の侵害。ただし、登録が著作物の最初の発行後 3 ヶ月以内になされた場合を除く。」

412 条に基づき著作権が登録された作品について著作権侵害が認められる場合、米国著作権法 504 条は、1 作品の侵害について 750 ドル～30,000 ドルの間で、裁判所が正当であると考える金額を損害として認めることができる旨を定めている<sup>73</sup>。但し、この例外として、仮に侵害を認定された者が故意に侵害した場合には、一侵害あたり 150,000 ドルを上限とすることができるとされる一方で、侵害であることを知らず、侵害の認識を欠いたことについて理由があると判断される場合には、一侵害あたり 200 ドルを限度に賠償額を減額できるものとされる。

---

<sup>72</sup> 17 U.S. Code § 504(c)

<sup>73</sup> 17 U.S. Code § 504(c)(2)

仮にフェアユースであることを口実に無許諾利用が行われた場合には、そのような侵害を故意侵害として裁判所は多額の賠償を認容できる一方、フェアユースであるか微妙な事例では、最終的に裁判所が違法と判断する場合にも、当該行為の違法性は低減し、裁判所は賠償額を減額することができることになる。

法定損害賠償制度は、どのような場合を裁判所がその賠償額が正当と判断するのかという点について法律上何も限定がないため、いかなる額が妥当かという点について裁判所間で判断が恣意的になり、その内容が不明確であるという制度的な問題点も指摘されている<sup>74</sup>。にもかかわらず、上記に見る限りでも、フェアユース規定を悪用する者には懲罰的な意味合いの賠償を認め、他方、フェアユースと紙一重のような事例は通常よりも低い額を認容するといった弾力的な運用が可能なものとなっており、フェアユースがバランス良く利用される一定の素地を提供していると評価できるように思われる。

かかる制度を有しない我が国においては、仮にフェアユースの名を借りた故意侵害についても通常の損害賠償が認められるにすぎないとともに、紙一重で許容されないような利用について、故意がないとしても、通常の損害賠償が認められるのが原則である。よって、法定損害賠償制度のない我が国において制限規定を柔軟化する場合には、このような法的手当の相違を踏まえて制度構築する必要があるように思われる。

## (b) 判例法国との相違

1 におけるフェアユース規定と個別的制限規定の検討において、個別的制限規定+一般的・抽象的な制限規定の組み合わせという同様の方向性を向いているとも言える」と指摘した。しかし、そのような方向性の中でも、米国が判例法の国であるということ十分に踏まえ、米国フェアユースの一般的権利制限規定としての特殊性を検証する必要がある。例えば、Google Books 判決は、我が国の個別的制限規定ではカバーされていない領域で、かつ、一国家のアーカイブ戦略とも密接に関連する論点であるにもかかわらず、裁判所が 107 条の解釈という形で一定の結論を出したものである。

仮に権利制限規定を柔軟化させるとして、我が国において裁判所が Google Books における Google 社の行為を是とする判断を裁判所が下すことを認める余地を与えるだけの広い一般性を持たせるべきかは、非常に専門的な判断が必要とされる。すなわち、公共の利害に関わる一国の文化政策のあり方に大きな影響を及ぼす事項に対し、民主的な基盤を有さない裁判所がどこまで判断することが許されるのかという複雑な問題に密接に関連する。判例法国ではなく、裁判官の置かれた社会の状況も後述のとおり異なる日本における権利制限規定の柔軟化のあり方は、米国のそれとは異なって当然とも言える。柔軟化の際の制度設計においては、我が国が判例法国ではないことの意味合い、裁判官の置かれた環境の相違も視野に入れることが求められるように思われる。

## (c) アミカスブリーフに象徴される訴訟当事者以外の者の手続への関与と判例法

米国では、裁判官に対し重要な法律上の論点について在野の立場から意見を提出で

---

<sup>74</sup> The Department of Commerce Internet Policy Task Force (2016) at 73.

きる Amicus Brief（アミカスブリーフ）の制度がある<sup>75</sup>。

訴訟当事者間だけで、当該当事者間の一定の事実関係に基づき争われる個別事件において、その争いに重要な法律上の争点が含まれる場合、訴訟当事者ではない者が、当事者から依頼されることなく、当該法律上の論点について意見を開陳する書面（アミカスブリーフ）を裁判所に対し提出することが許される制度である。

かかる制度は、当該事案に限られない他の利害関係、公益や国際関係等もふまえた多様な情報・視点を裁判所に提供することを可能にする。アミカスブリーフは、各業界団体のほか EFF（電子フロンティア財団）、Public Knowledge などの NPO や法学者が当事者に依頼されることなく提出することも多く、また、重要な論点については司法省や著作権局など米国政府が意見書を提出することもある。

フェアユースをめぐる訴訟でも数多くのアミカスブリーフが提出され、裁判所によって参照されてきた。日本の裁判所よりもより多くの情報・意見を踏まえて裁判所が法律判断を下す環境が整っているとも言え、かかる制度が、判例法の発展を支えていると思われる<sup>76</sup>。

日本の裁判所が法律判断の基礎とする情報は、上記のような制度を有する米国に比べれば非常に限られたものである<sup>77</sup>。そのような相違を踏まえ、何らかの手当をすることなく米国と全く同様の形態の一般的制限規定が導入されたとして、米国の裁判所と同じように日本の裁判所においても運用されると結論づけるのは困難であると思われる。

#### （d）民間団体の法規範形成に対する寄与<sup>78</sup>

##### ア NPOによる訴訟遂行

日本においても、著作権法法制に関して意見表明する民間団体が存在し<sup>79</sup>、その意見が立法過程に反映される機会が提供されている。しかし、米国では、そのような立法過程だけにとどまらず、NPO が主体的に訴訟代理人となって訴訟遂行することが認められている。例えば、Lenz v. Universal Music Corp 事件（YouTube にアップされ

<sup>75</sup> Federal Rules of Appellate Procedure, Rule 29. (Brief of an Amicus Curiae)

[https://www.law.cornell.edu/rules/frap/rule\\_29](https://www.law.cornell.edu/rules/frap/rule_29)

<sup>76</sup> もっとも、提出されるアミカスブリーフの内容やクオリティについて現役裁判官が苦言を呈している例もあり、制度として問題がないわけではないようである。例えば、Posner (2007) 227 頁は、ハーバードロースクールやイエールロースクールの教授が提出するアミカスブリーフのアプローチが、ありきたりで、理由付けが不十分で、建設的な内容に欠けている上、多くの場合、アミカスブリーフを法律事務所に書かせていることを指摘する。

<sup>77</sup> 2014 年 1 月、知的財産高等裁判所特別部（大合議）は、いわゆる標準規格必須特許の権利行使の制限が論点となった事件において、広く意見を求め、各当事者代理人を通じて証拠として提出された。画期的な試みであるが、極めて例外的な取扱いに過ぎない。提出された意見が公表されておらず、最終的な裁判所の判断に対してこうした意見書がどのような影響を有していたのかを判決から検証ができないなど、制度として位置づけられている米国とはまだ大きく相違している。

<sup>78</sup> 野口（2012）

<sup>79</sup> 例えば、インターネットユーザー協会、ThinkC（著作権保護期間の延長問題を考えるフォーラム）、クリエイティブ・コモンズ・ジャパンなど。



たプリンスの“Let’s Go Crazy,”に乗ってダンスする子供の映像を著作権侵害であるとして削除請求した事案)において映像をアップした母親を代理して著作権侵害不存在確認の訴訟を提起したのは、前述の EFF である<sup>80</sup>。

このように、米国においては NPO が重要な著作権法上の争点を含む訴訟に主体的に関与することは稀なことではない。このような NPO の存在によって、弁護士費用を捻出することが難しい個人 (Lenz 事件もその一例である) が訴訟で長期間にわたり十分に争うことができる場合もある。EFF のような存在は、重要な争点に関する法規範の形成のための環境の整備に一役買っていると言えるように思われる。

日本では、弁護士資格を有する者をスタッフとして擁する NPO がそのような著作権侵害訴訟を遂行することができないため、弁護士費用を捻出できない者は本人訴訟を余儀なくされるか、ボランティア的に活動する弁護士を見つけるほかないが、いずれも容易なものではない。前述のような NPO がフェアユース訴訟を支えている実態がある米国との違いは、3で考察する権利制限の柔軟化により生じる訴訟コストの負担の評価にも影響する。日米でコストの負担感が異なるとしても、米国にはそれを助ける社会基盤がある。日本における訴訟コスト増の懸念については、日本にはそのような基盤がないことを前提に評価されるべきであろう。

## イ ベストプラクティスガイドラインの策定・運用

米国では、何がフェアユースであるかについて民間の関係当事者が協議し、著作物の適切な利用を促すためのフェアユースベストプラクティスガイドラインを自主的に策定・運用している。フェアユースの成否は個別の事案ごとに判断されるため、その射程距離が明確ではない。そのため、民間においてガイドラインを自主的に設けて、フェアユースとそうでないものを自主的に設定しようとする試みである。

現在最も活用されているのはアメリカン大学ロースクールが中心となって取り組むベストプラクティスガイドライン (ドキュメンタリー、ジャーナリズム、孤児著作物、ビジュアルアーツ、その他の5つのカテゴリー) である<sup>81</sup>。権利者を含めず、利用者側のみで策定するため批判があるものの、一定の評価を得て運用されている<sup>82</sup>。

---

<sup>80</sup> Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015), <https://www.eff.org/ja/document/complaint-33>

<sup>81</sup> AM. U., CTR. FOR SOCIAL MEDIA et al., CODE OF BEST PRACTICES IN FAIR USE, <http://archive.cmsimpact.org/fair-use>

<sup>82</sup> クリントン政権の Information Infrastructure Task Force がフェアユースのガイドラインを策定するため、権利者、利用者を含む協議会 Conference on Fair Use を 1994 年に設けた。特にデジタル文書の図書館相互でのレンタルや文書提供等のルールが話し合われたが、時期尚早としてガイドラインの策定には結びつかなかった。

### 3. 訴訟コストの日米比較

#### (1) 訴訟コストの現状の比較

日本における著作権侵害訴訟における平均的なコストは、ヒアリング調査の結果等から勘案すると、調査2でも述べたように30～50万円程度と考えられる。

一方で、米国で著作権侵害訴訟を提起する場合の平均的なコスト（訴額が100万ドル未満）は35万ドル（2011年）、25万ドル（2015年）であり、日本とは桁違いである。また、そのコストの50%から90%は、日本には存在しないディスカバリーの手続に要すると指摘されている<sup>83</sup>。

米国の訴訟では、証拠収集ステップで秘匿特権の対象となるものを除き双方が証拠を開示することが義務づけられる結果、双方の主張との関係性の強弱を問わず関連性のある証拠の一切が開示されるため、開示証拠の範囲の攻防・開示後の検証に膨大な時間を要している。そのため、ディスカバリーに対応するために要する時間及び Hourly rate で計算される弁護士費用は膨大なものになるのが通常である。

2で述べたような支援がある場合を除けば、高額な弁護士費用のために著作権侵害訴訟を提起できない、損害が比較的小さい権利者が訴訟に訴えることができないという実態が米国では存在している<sup>84</sup>。

これに対し、日本にはディスカバリーの制度がなく、証拠収集におけるコストが米国よりも圧倒的に少ないこと、弁護士費用の平均額が日米で大きく異なること等から、日米の裁判における訴訟コストは大きく異なっている。但し、この差は著作権訴訟に限らず、訴訟全般に当てはまる構造的なものである。

#### (2) 権利制限規定の柔軟化と訴訟コスト

(1) で見た訴訟コストの相違からすると、仮に権利制限規定を一定程度柔軟化させることで、日本における著作権訴訟の数が増え、個々の訴訟に要する時間や費用が増大する可能性はあるとしても、ディスカバリーへの対応のために多くの費用を要する米国のように膨大な金額及び時間を有することになるとは考えられない。

なお、訴訟数については、制度的法定損害賠償や弁護士費用の敗訴者負担といった制度を有している米国とは異なり、賠償額が低く、訴えの提起によって必ずしも大きな経済的利益を見込むことができないことから、増加するにせよ、その幅はかなり限られたものとなることが推測される。

したがって、社会的なコストについていえば、権利制限規定の柔軟化によって生じる日本社会全体の訴訟コストが、およそ日本社会において許容されない程度にまで膨れ上がり、米国と同様の状況を招くとまでは断じられないように思われる。

もっとも、訴訟当事者にとっての訴訟コストの増加は、無視できない要因である。

<sup>83</sup> US Copyright Office (2013) 15 頁

<sup>84</sup> 同報告書 9 頁、注 35 は、訴額が 3 万ドル（300 万円強）の実質的に争いのない著作権侵害訴訟を受任すると回答した弁護士は、調査対象者の 3 分の 1 に満たなかったという調査結果に言及している。

前述したとおり、日米の著作権侵害訴訟制度及びそれを取り巻く環境は大きく異なる。特に、法定損害賠償制度のある米国では、フェアユースの名の下に登録された著作権を軽率に侵害した場合、権利者は侵害者に対し、権利者が合理的に要した弁護士費用の賠償も請求することが認められる。これに対し日本においては、著作権登録の有無を問わず、また、事案の性質を問わず、権利侵害が認められた場合に認容される弁護士費用の賠償は、侵害による損害額の10分の1程度に留まる。したがって権利者が得る賠償額が訴訟コストに見合う場合は限られてしまう。

侵害者にとっても、米国では、軽率なフェアユースの主張について、相手方の多額の訴訟コスト（弁護士費用）を負担するリスクという形で一定の歯止めがかかっている評価することも可能であるように思われる。

また、前述のとおり、米国では、フェアユースの成否が重要な論点となる事案では、NPO や法学者が個人の利用者を実費で代理して訴訟を遂行することがある。そのようなことが想定できない日本では、訴訟コストの負担を利用者側個人がそれを負担することになる。抽象度の高い一般的な権利制限によってもたらされる訴訟コストの利用者側の負担への懸念のために、かえって著作物の利用を促さないという皮肉な結果を招くおそれがあるように思われる。

フェアユースの運用について長い歴史を有する米国においても、フェアユース規定の射程範囲が明確でないために、利用者側がリスクをとることを回避し、あえてライセンスを得る行動に出る結果、本来であればフェアユースとされる可能性が高い領域についても、時が経過するに従ってライセンスが一般化し、最終的にフェアユースが認められにくくなる結果を招き、むしろ逆に著作権の拡大を招いていると指摘する論者もいる<sup>85</sup>。米国と訴訟制度や環境と異なる日本では、訴訟コストを回避しようとする動機に加え、文化として、もともと訴訟を回避する傾向が強いことに鑑みると、過度にオープンエンドの規定を導入しても、フェアユースか否かがはっきりしないグレーな領域において利用者は利用を控え、むしろ過度に萎縮効果を生み、結果的に、米国以上のリスク回避の動きを加速し、その目的を達成できないおそれもあるだろう。

訴訟に対する懸念により生じ得る利用者に対する萎縮効果を防止するためにも、権利制限規定を柔軟化する場合には、ガイドラインなどによって利用者に向けた行為規範が示されることが望まれるように思われる。

---

<sup>85</sup> Gibson (2007)

#### 4. 総括

米国においてフェアユースが問題とされた事例の多くは、日本の個別的権利制限規定のカバー領域と重なっている。しかし、新たな技術による著作物の利用形態の多様化が急速に進むにつれて、フェアユースでカバーされる領域の方が、日本の個別的権利制限規定のカバーする領域より広がりつつある。もっとも、近時の変容的利用法理によるフェアユースの適用範囲の拡大に対しては、条文との乖離や予測不可能性についての批判もある。

精緻な個別的権利制限規定に加えて柔軟な権利制限規定を検討している我が国と、フェアユース規定に加えて個別規定の拡充による予測可能性の向上も提唱されている米国の動向は、その出発点は異なるものの、個別規定と柔軟な規定を組み合わせる方向で権利制限規定を再構築しようとする点では共通していると評価することもできる。

しかし、日米の著作権侵害訴訟制度とそれを取り巻く環境は大きく異なっており、米国の場合は、訴訟コストと賠償額がともに日本よりはるかに大きいのに対し、日本の場合は、十分な賠償額が期待できないため訴訟を回避しようとする動機があることに加え、訴訟自体に対する忌避感も強い。そのため、米国でフェアユースが機能しているからといって、単にフェアユースと同様の一般的・包括的な規定だけを日本に導入したとしても、それにより米国と同様に司法により規範形成が行われ、当該制度が機能していくとは考えにくい。

一言にフェアユースといってもその具体的な様態は必ずしも一様ではなく、またフェアユース規定が機能するかどうかは、フェアユース規定の形態のみならず、他の制度や社会構造によるところも大きいのであり、柔軟な権利制限規定の導入に当たっても、当該側面からの慎重な検討が求められているものと思われる。

## 【調査 4： 法内容確定時期の変化に伴う影響の総合的分析】

### 1. 法内容確定時期に関する一般論

#### （１）法律の柔軟性と法内容の確定時期

本調査では、「法律の柔軟性が高い」という言葉を、法律の解釈の余地が大きいという意味で用いる。法律とは、ある事案に対しどのような法的結論を与えるべきかを定める一般的法規範命題を与えるものである。法律の解釈とは、法律の与える一般的法規範命題から、それに論理的に包摂される別の（より特定度の高い）一般的法規範命題を導出する作業と定義できるから、法律の解釈の余地が大きいとは、事案に対して 1 対 1 に結論を与える法規範命題の幅が広いことを意味する。

したがって、法律の柔軟性が高いときには、法適用の結果を事前に確定的には知ることができず、当事者の行動後の法適用の段階になって、法適用の結果を事後的に知ることができる場合が増加する。このことを捉えて、法律の柔軟性を高めることは、法規範の内容が確定される時期が、当事者の行動前から行動後に変化すると表現することができる<sup>86</sup>。

#### （２）法内容の確定時期と確定主体

法内容の確定時期が事前である場合と事後である場合の比較については、いわゆるルール・スタンダード論として議論されてきた<sup>87</sup>。事前に法規範の内容をすべて明らかにする形で定めるのがルールであり、事後にそれが明らかになるよう法規範を定めるのがスタンダードであると定義できる。ルールを定めるのは、立法（委任命令を用いるなら行政）であるが、スタンダードの場合、法内容を事後的に確定させる主体は、第一義的には裁判所であり、行政や民間によるガイドラインなどのソフトローがそれを補完する働きをすることになる。（詳細は調査 5 を参照）

#### （３）法内容の確定時期と法の適用頻度

ルールは明確性が高く、スタンダードは明確性が低い。したがって、ルールの方が法執行のコストの低下、法の適用結果を予測するためのコストの低下をもたらす。一方、立法にかかるコストはルールが高く、スタンダードは低い。以上によれば、適用頻度の低い状況についてはスタンダードが望ましいが、適用頻度の高い状況についてはルールとすることが望ましいといえる。

#### （４）法内容の確定時期と各部門の人的資本

他に、スタンダードの運営には高い法執行部門の人的資本を要すると指摘されてい

<sup>86</sup> どのように明確性の高い法律といえども、適用後に初めて法内容が明らかになる場合は避けられない一方、適用後に初めて明らかになる場合が多すぎる法律は明確性を欠くものとして憲法上許されない場合があることは別論である。

<sup>87</sup> Isaac & Posner (1974)、Kaplow (1992)。日本語の文献として、森田 (2007)、島並 (2008)、前田 (2016 近刊)。

る<sup>88</sup>。裁判官・弁護士などの司法部門の人材に乏しく、立法部門の人材の方が充実しているのであれば、ルールに拠った方が望ましく、司法部門にも十分人材があるのなら、スタンダードは運営可能である。

#### （５）法内容の確定時期と法内容の妥当性

いわゆるルール・スタンダード論は、法内容の妥当性の問題は捨象して議論されている。しかし、ルールは杓子定規で妥当性の低い法となりやすく、スタンダードは事後的に事案に即した対応が可能なため妥当性の高い法となりやすい傾向があることは否めない。当事者間の交渉に着目すれば、ルールは、交渉自体の必要性や交渉の複雑性は低減される。一方で、スタンダードの方が、当事者間の交渉結果が双方にとって便益の高いものとなりやすいとの指摘もある<sup>89</sup>。

#### （６）小括

したがって、法律の柔軟性を検討するに当たっては、事前と事後どちらの方が妥当性の高い法規範を低いコストで定立することができるのか、という視点を加味する必要がある。この判断は、規律の対象とする事象の性質及び規範形成主体の特質に左右されると考えられる。（調査５も参照）

---

<sup>88</sup> Schafer (2006)

<sup>89</sup> Johnston (1995)。ただし、公害を念頭に置いた議論をしており、著作権の議論にも妥当するとは直ちには言えない。

## 2. 権利制限規定の柔軟性を高めることの影響：理論面からの分析

### （１）権利制限規定の柔軟性と法規範定立の効率性

著作権の権利制限規定が設けられる理由は、①形式的には権利が及ぶが著作権者に法的に保護される利益が認められない場合、②著作権者の法的に保護される利益と公益等を調整する必要がある場合のいずれかであると考えられる。したがって、権利制限規定の設計においては、（i）その規定の適用される状況、及び（ii）著作権者に法的に保護すべき利益がないとするのはいかなる場合か（前記①の場合）又は、著作権と対立する利益とでいずれの場合に著作権が優先するか（前記②の場合）を定める必要があると考えられる。

上記を前提とすると、柔軟性の高い権利制限規定とは、次のようなものであるといえる。上記（i）の点については、適用される状況の特定がない、または、それが概括的な規定のことである。また、上記（ii）については、考慮要素又は基本的な指針を示すのみの規定、概括的に類型を示すのみの規定のことといえる。ここでは、便宜的に、（i）の特定がない規定を「一般規定」、（i）の特定はあるが（ii）の特定の程度が弱い規定を「柔軟な個別規定」、（i）（ii）とも特定の程度が強い規定を「詳細な個別規定」と定義することにする。

立法及び執行のコストを考えると、立法の時点において、予め頻繁に起こることが判明している状況に対しては法律で定めておく方が効率的である。一方そうでない状況に対しては、予め法律で定めておくのは効率的ではない。

例えば、現在では予測できない状況において、法適用時に、著作権の限界を適切に調整できるようにすべきと考えるならば、一般規定を設けることが効率的である。しかし、著作権の限界が問題となる状況があらかじめわかっているならば、その状況を特定した個別規定を設ける方が効率的である。

また、個別規定を設けるべき場合でも、具体的にどのような事案が頻繁に生起するのかが予め判明していない場合には柔軟な個別規定が望ましく、具体的にどのような事案が頻繁に生起するのかが予め判明しているときには詳細な個別規定を設ける方が効率的である。

### （２）権利制限規定の柔軟性と予測可能性

権利制限規定の柔軟性を高めると予測可能性が低下し、社会的費用が増加することが予測される。例えば、当事者が自らの行為の適法性を判断するためにかかる費用、訴訟の頻度とその費用は増加すると予測される。したがって、法内容の妥当性が同一であると仮定した場合、予測可能性という観点からは、柔軟性は低い方が望ましい。

ただし、明確に立法されていても、法律の形式的適用が妥当性を欠く場合、裁判所がいずれにしろ予測不可能な行動をとるという現象の存在が指摘されている<sup>90</sup>。仮に権利制限規定を条文上は明確に立法しても、それが妥当性を著しく欠いている場合には、裁判所は事前に予測される通りには法律を適用しない場合がある。もっとも当初

---

<sup>90</sup> 上野（2007）19 頁

から妥当性を欠く法律が立法されることは想定されにくく、それは取引環境の変化等により事後的に生じるものと思われる。以上によれば、取引環境の変化が速いならば、柔軟性を低めても、近い将来に予測可能性を欠く事態が生じる可能性がある。

### （３）権利制限規定の柔軟性と法内容の妥当性

権利制限規定が詳細であるほど、立法時に想定された事情のもと妥当と立法府が考える帰結を法律にすべて反映させることができる。一方で、詳細すぎる権利制限規定は、想定された事情から外れる事態においては、既存の立法府の決断を付度すれば権利制限規定を適用することが妥当であると判断される場合であっても、それに対応することができない。したがって、技術の進歩又は取引環境の変化が速い場合には、柔軟性の高い形で立法した方が、法適用時の最新の事情を利用することが可能なため、事後的に妥当性の高い判断がなされる可能性が高くなる。

また、技術の進歩や取引環境の変化が速い場合でも、対立する利害の状況など抽象的なレベルにおいては、立法時に事情を予め想定することはできる。この場合には、利害調整の基本的方針を予め定めた方が立法者の意思を確実に法規範に反映させられるので、一般規定にすべてを任せるよりも、柔軟性の高い個別規定をそれぞれの状況ごとに用意する形で立法する方が、妥当性の高い判断を導きやすい。

さらに、個別規定を設ける場合でも、立法時には想定し得ない非典型的な状況が残る場合がある。このような場合に備えて、受け皿条項<sup>91</sup>としての一般規定を設けることも、妥当性の確保という観点からは有用性が認められる。ただし、個別規定が十分に整備されていない状況においては、受け皿規定は予測可能性を大きく低下させる可能性がある点には留意が必要である。

---

<sup>91</sup> 上野（2016 先行公表版）参照



### 3. 権利制限規定の柔軟性を高めることの影響：アンケート調査・ヒアリング調査を踏まえた分析

#### （１）権利制限の柔軟性を高めることによる利用の委縮

国内の上場企業は合法である可能性が極めて高い場合でないと新事業を実施しようとはしない傾向があり（問 1-11）、他者から訴訟の提起を受けることの抵抗感は弱いとは言えない（問 1-10）。また、企業は、著作権保護のために多額の費用はかけておらず、適法性判断のために大きなコストをかけることはしていない（問 2-5～2-7）。柔軟性の高い権利制限規定については、訴訟の増加を招くという懸念が企業に存在するのは（問 1-15D）、著作権保護に関してコストをかける体制がないことの表れであるともいえる。

したがって、権利制限規定は、できる限り明確に、専門機関への照会の必要性なく、その望む利用が適法であることがわかるように立法されることを、企業は望んでいるといえる。権利制限規定の在り方として、明確性は高ければ高いほどよいというのが企業の偽らざる要望であろう（問 1-14）。規定の柔軟性という変数のみに着目するなら、柔軟性が高く明確性が低い規定では、適法性の判断が難しくなり利用が委縮することが懸念される（問 1-15B）。

#### （２）権利制限の柔軟性を高めることによる利用の促進

一方で、柔軟性の高い権利制限規定について、柔軟な解釈・適用によって時代の変化に対応させやすくなることに期待する声が、訴訟への懸念を上回っていることもまた事実である（問 1-15A）。柔軟性の低い規定では、変化の速い領域においては、妥当性の高い規範を予め立法により形成することが困難である。そのような領域では、時代の変化に対応させやすい柔軟な権利制限規定が有効であると考えられる。

この点、企業の著作物利用を促進し、イノベーションを促進するため、従来の通常の法解釈では違法とされていた領域を適法にすることが求められるならば、新たな権利制限規定を創設する必要性自体は否定できない。

しかし、この手段として、権利制限の一般規定を導入しても効果が上がらない可能性がある。なぜなら、リスク回避傾向の強い企業は著作物の利用を進めない可能性が高いからである。同様に、極めて詳細な個別規定としてそれを導入しても、時代の変化に対応することができず、期待する利用を適法にできない可能性が高い。この点、柔軟性の高い個別規定であれば、適用される状況を特定して基本的な判断基準を示すことで一定の明確性を確保できる一方、個別事案への当てはめを柔軟に行い、時代の変化に対応することが可能である。

#### （３）権利制限の柔軟性を高めることによる著作権侵害の増加

なお、一部には柔軟性の高い権利制限規定の創設により、著作権侵害が増えることを懸念する声がある（問 1-15F）。個人の権利者・利用者でも同様の傾向は認められる（問 16, 問 34）。いわゆる「居直り侵害」を懸念する声は、権利者へのヒアリングにおいても聞かれた。

調査1で分析したように、アンケート調査の結果から、柔軟な権利制限規定が創設された場合に権利侵害を行う危険性が高いと思われるグループが、企業では少なくとも6%程度、団体では少なくとも4%程度、個人では少なくとも15%程度あった。したがって、権利制限規定の柔軟化に伴い、一定程度の権利侵害が発生する可能性は否定できない。

また、文化庁が行ったニーズ募集に対しては、例えば、個人が非営利で行うならば、動画や音楽を無許諾でアップロードできるようにする、教育・研究目的であれば無許諾の複製を幅広く認める、私的複製の代行業や企業内複製を認めるといった、著作権者の利益を不当に害する可能性がある利用形態が相当数寄せられているところであり、こうした形態の権利侵害が増加する可能性もある。

ただし、実際に権利侵害が生じる可能性は、権利制限規定の態様によっても異なると考えられる。例えば、ありとあらゆる状況に適用されうる一般規定を導入すると、それを奇貨として自らの侵害行為を正当化しようという者や、合法か違法か不明であるが利用しようとする者が出てくるという可能性は高くなるだろう。しかし、権利制限規定の適用される状況がある程度特定されており、海賊行為等には適用されないことが明白にわかるような明確性を備えた規定であれば、権利侵害を助長する可能性は少なくなると考えられる。

#### （４）企業調査と個人調査の比較

個人の権利者は、企業と比較して明確性への志向は低く、柔軟性の高い規定の許容度が高く（問15と問1-14）、個人の利用者は、同じく企業よりは柔軟性の高い規定への許容度が高い（問33と問1-14）。このことは、企業には強いリスク回避傾向がある一方で、個人は、柔軟性の高い規定を企業ほどには忌避していないことを示唆する。しかし、そのような個人の利用者でさえ、法の妥当性よりは明確性を望む傾向があることには注意を要する（問31,問32）。

また、個人の権利者利用者と、権利制限規定の柔軟性が高まるメリットを高く評価する一方（問16,問34の1）、利用の萎縮や訴訟の増加というデメリットを企業ほどには感じていない（問16,問34の2,4）。また、個人の方が裁判所の判断に対する信頼感が強い（問16,問34の5）。このことは、企業の担当者はリスク回避的であるため、柔軟性の高い権利制限規定のデメリットを敏感に感じていることを示唆するものである。企業は、柔軟な権利制限規定のデメリットを、現実より過大に見積もる可能性には注意を払う必要がある。

国内の企業と同様、個人の権利者・利用者も著作権の行使又は法的判断のためにコストを大きくはかけられない現状がある（問3,問12,問28,問29）。このことは明確性の高い規定が望まれるとともに、柔軟性の高い権利制限規定を作り、司法による規範形成を期待したとしても、それが進まない可能性を示唆する。

#### （５）権利制限の柔軟性とソフトロー

アンケート調査・ヒアリングの結果からは、法規範の内容の確定を事後的な裁判所の判断に委ねようとした場合でも、訴訟を迫行するだけのコストを企業も個人も負担

できないため、訴訟が提起されず、判例の形成が進まない可能性も想定される。

したがって、時代の変化に対応するために、柔軟な権利制限規定を作らざるを得ないとしても、その明確性を司法による判例形成以外の手段で、より高める方策を講じる必要性が指摘できる。行政や民間が事前にガイドラインの作成は、その方策の候補となるであろう。なお、ヒアリング調査においては、公正性や規範性という観点から、利害関係者のみで作成する民間のガイドラインより、行政による公的なガイドラインの制定を求める利用者側の意見があった。

#### 4. 総括

法律の柔軟性が高いほど、すなわち法解釈の余地が大きいほど、事前に法適用の結果を確定的に知ることは難しくなる。そのため、予測可能性という観点からすれば、柔軟性は低い方が望ましい。一方、技術革新や取引環境の変化への制度面における迅速な対応という観点では、柔軟性の高い形での立法の方が、法適用時の最新の事情を利用することが期待でき、柔軟な法解釈・適用によって時代の変化に対応させやすくなる。

したがって、法律の柔軟性の検討に当たっては、予測可能性と時代の変化への対応のバランスを基本として、一般規定、柔軟性のある個別規定、詳細な個別規定の是非が検討されるべきである。

権利制限規定の柔軟性を高めた場合には、①適法性の判断が難しくなり利用が委縮する、②時代の変化に対応した利用が促進される、③著作権侵害が増加する、といういずれの効果も否定できない。

なお、調査1から調査3までで明らかになったように、我が国においては予測可能性の高い個別規定を求める意見が多い一方で、訴訟による紛争解決を促進する環境は必ずしも整っていない。こうした状況を考慮すれば、柔軟な権利制限規定を設けた場合の法内容の具体化方策として、司法による判例形成以外にも、政省令による具体化や、行政・民間によるガイドラインのようなソフトローの活用も考慮することが有効である。

## 【調査 5： 法規範形成における立法と司法の役割に関する調査】

### 1. 立法権と司法権の役割と限界

#### (1) 立法権の役割と限界

国会は「国権の最高機関」であって、「国の唯一の立法機関」である（憲法 41 条）。「国権の最高機関」とは単なる修辭的表現にすぎないとの政治的美称説が通説であるとされるが、行政府及び司法府の組織と権能は憲法の枠内で法律によって具体化されるのであり、行政と司法の活動は一般に法律に準拠して行われるという意味において最高機関性を有するとも指摘されている。

「国の唯一の立法機関である」とは、国会が立法を独占すること（国会中心立法の原則）及び、国の立法は国会の手続きにおいてのみ完成し他の国家機関の関与を許さないこと（国会単独立法の原則）を意味する。ここでいう立法とは、実質的意味での立法を形式的意味での法律によって行うことをいう。実質的意味での立法とは、「法規」の定立を意味し、法規とは、A：国民の権利義務に関連する法規範、又は、B：一般的抽象的法規範を指すとの説が従来から有力である。また、A 説、B 説では現実の国会の役割を捉えていないとし、立法権を C：最高の法形式である法律を制定・改廃する権能にとらえる見解も現れている。このような意味での「法規」の定立ができるのは国会に限られるのである。

国会中心立法の原則及び国会単独立法の原則が求められるのは、明治憲法下のように、緊急勅令、独立命令のような国会を介さない形で法規が定立される制度を廃する趣旨、また他の機関による裁可・同意等を要せずして立法権を行使できることを明らかにする趣旨である。このような趣旨に基づくものであるので、委任命令として、行政府などに立法的性質の規則を制定する権能を委任することは、憲法上許容されると解されている。しかし、基準なき広範な委任までもが、憲法上許されるわけではない。国会が、顕著な政策的選択肢について明白な決定を自ら行うことが必要である。

#### (2) 司法権の役割と限界

一方、司法権とは、具体的な争訟について法を適用し、宣言することによってそれを解決する作用と定義される。したがって、裁判所の役割は、あくまで国会が定めた一般的抽象的法規範を具体的事案に適用することに限られる。しかしながら、どのような法規範であっても、国会が一切の曖昧さなく立法することは不可能であり、また適当ではない。そのため、司法による法規範の具体的事案への適用という役割は、立法の抽象度に関わらず常に存在する。

立法の抽象度によって異なるのは、司法の役割の有無ではなく、その範囲である。立法は、法規範の適用にあたって考慮できる事実を具体的に指定する形でなされることもあれば、抽象的にしかそれを規定しないこともある。後者の場合、法規範を適用するにあたってどのような事実をどのように評価するかは具体的訴訟における裁判所の法的判断に委ねられることになる。司法とは、過去のある時点における事実関係に

ついて何が正しい法であるかを宣言する個別・具体的な作用であるといえる<sup>92</sup>。もつとも、それは、裁判所に一般的法規範の定立それ自体をゆだねるものではない。

### （３）小括

以上によれば、立法府たる国会は、法規を定める権能を有する唯一の機関である。そして、その法規を具体的に立法するか、抽象的に立法するかを決定する権能も有している。裁判所にどこまでの判断を委ねるのかという決定自体も、立法府による法規の定立行為に含まれるのである。ただし、明確性原則などの憲法上の要請のほか、政策的妥当性による制約は受けることになる。

---

<sup>92</sup> 田中（1976）17 頁

## 2. 司法による規範の形成の意義

### (1) 判例の拘束力の根拠

判例には拘束力があるといわれる。裁判官は、判例に従って裁判をすることが期待されており、原判決に最高裁判所の判例（これがないときは、大審院又は高等裁判所の判例）と相反する判断があることは、上告受理申し立ての理由とすることができる（民訴 318 条 1 項）。判例の拘束力とは、同種の事件に同一の解決を与えなければならないという法の公平・平等な適用という要求に応えるものであり、「先例としての事実上の拘束性」ともいわれる<sup>93</sup>。

判例に拘束力が存在することで、裁判所により事実上の法規範形成がなされる場合がある。裁判所は、先例と矛盾しない判断を下す必要があるので、この種の事件についてはこのような判決が下されるはずであるとの期待が生じ、それが事実上の法規範として作用するのである。

学説上、判例の拘束力の根拠として指摘されるのは、憲法 14 条（平等原則）である<sup>94</sup>。このほか、憲法 32 条（公正な裁判を受ける権利）及び 31 条（適正手続）もその根拠となると指摘できる<sup>95</sup>。憲法 76 条 3 項は、裁判官は「憲法及び法律にのみ拘束される」と定めるが、ここにいう「法律」には不文の法規範も含まれるので、拘束力を認めることはそれには違反しない<sup>96</sup>。また、判例の有する拘束力により事実上法規範形成がなされることがあったとしても、それは裁判所が一般的抽象的法規範を定立するものではないから、憲法 41 条とは衝突しない。

この点に関して、わが国は制定法主義をとるので、判例法主義の国と同様の先例の拘束力は認められないとの言説もある。しかし、先例の拘束性についての基本的建前は、いずれの主義の法系であっても全く違わないと理解することができる<sup>97</sup>。確かに、制定法と判例法では、制定法の密度に違いがあり、そうだとすれば、判例が持つ重要度に相対的な違いがあるといえることができる。しかし、制定法が存在する場合には、いずれの法系であろうとも制定法の解釈<sup>98</sup>を超えることはできないのは当然であって、先例の拘束性を否定する理由とはならない。また、我が国が制定法主義をとっていることが、解釈の余地が大きく、判例の重要性が高い法律を制定してはならない理由になるわけでもない。

### (2) 判例の拘束力の範囲

---

<sup>93</sup> 最大決平成 25 年 9 月 4 日民集第 67 巻 6 号 1320 頁がこの言葉を用いる。同判決の金築補足意見は、「先例としての事実上の拘束性は、同種の事件に同一の解決を与えることにより、法の公平・平等な適用という要求に応えるものである」と述べる。

<sup>94</sup> 田中(1987)5 頁、土屋(2011)228 頁。

<sup>95</sup> 佐藤(2011) 31-32 頁

<sup>96</sup> 佐藤(2011)32 頁

<sup>97</sup> 田中(1981)10 頁

<sup>98</sup> ここでは、「法解釈」とは、一般的法規範命題たる法律から、それに論理的に包摂される別の一般的法規範命題を導出する作業と定義する。

判例の拘束力の範囲については、事実抽出命題説と解釈命題説との対立がある。事実抽出命題説とは、判決理由を結論命題と理由づけ命題とに分け、原則として結論命題についてのみ拘束力が生じるとする説である<sup>99</sup>。結論命題とは、「本件の具体的事実からすれば、本件ナレーションは、本件プロローグを翻案したものとは言えない」という判決の結論部分に相当する命題であり、理由づけ命題とはその前提となった命題であり、「言語の著作物の翻案（著作権法 27 条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。」という一般的法解釈命題もこれに含まれる。解釈命題説とは、上記の理由づけ命題のうち、結論の前提となった法解釈命題も判例の拘束力の対象となるという考え方である<sup>100</sup>。この考え方でも、法解釈命題を導く理由づけの部分は拘束力の対象とはならない<sup>101</sup>。

伝統的には、事実抽出命題説が通説とされてきた。しかし、少なくとも、民事裁判の実務は、解釈命題説を前提とした運用がなされてきたと指摘されている<sup>102</sup>。著作権法を含む知的財産法の解釈・運用も、その例外ではなかったといえる。著作権法は刑罰法規でもあるとはいえ、今まで裁判例の蓄積は民事裁判を通じてなされており、これからもそれは続くと思われる。少なくとも、著作権法分野においては、判例の拘束力についての解釈命題説を前提として考えてよいと思われる。

### （３）下級審の判例の拘束力

通説とされる事実抽出命題説の論者は、判例の拘束力は最高裁判例にのみ生じることを前提とする<sup>103</sup>。しかし、平等原則をその根拠にするのであれば、下級審の裁判例にも、それが最高裁判例のそれと同程度のものかは別論、拘束力は生じると考えられる。特に、知的財産法分野においては、知財高裁が法規形成機能を果たすことが期待されてきた。例えば、特許法分野においては、知的財産高等裁判所としての法的解釈の統一を図るため、裁判官 5 名による合議体の特別部（大合議部）を開くことができるとされている（特許 182 条の 2、民訴 310 条の 2）。そもそも、控訴裁判所たる高裁の判例と相反する判断であることが上告受理申し立ての理由となっている。上告

---

<sup>99</sup> 中野(2009)55 頁

<sup>100</sup> 中村(1989)322 頁

<sup>101</sup> 例えば、法解釈命題「著作権法 6 条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではない」を導く際の理由づけとされた、「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法 6 条もその趣旨の規定であると解される。」という命題は拘束力の対象とはならない。

<sup>102</sup> 土屋(2011)224 頁

<sup>103</sup> 中野(2009)



受理申し立て制度は、法令解釈の統一を企図して設けられていることからすれば<sup>104</sup>、高裁判例が先例としての拘束力を一定程度有することを前提としているとも解されよう。

---

<sup>104</sup> 三木ほか(2015)633 頁

### 3. 規範形成の主体：主に立法と司法との比較

国会は国の唯一の立法機関であり法規を定立できるのは国会に限られるが<sup>105</sup>、立法府以外の主体が、立法府からの授権により又は事実上、法規形成を形成することはできる。柔軟・抽象的な法律の制定は、裁判所が判例形成により、事実上の法規形成を行うことのできる範囲が拡大することを意味する。また、このことは同時にソフトローの活躍の余地が増大することも意味する。さらに、行政府がソフトローの形成に一定の役割を果たすことがあり、また、委任命令によって行政府に明示的に法規形成を委ねることも可能である。

#### (1) 立法府

基本となる政策決定・政治的決断は、民主的正統性を有する国会<sup>106</sup>により行われることが望ましい<sup>107</sup>。もちろん、司法あるいは行政による法規形成は、立法による授権を通じて、民主的正統性を十分に有していると評価しうる。しかし、それが必ずしも実態に即さないとの指摘が現在ではなされている<sup>108</sup>。それらの過程において適切な民主的正統性の補完がなされていない限り、立法府はこの点における優位性を有することとなる。

立法府は司法府より、産業政策上の事項、多数当事者の利害調整に必要な情報を集めるのに適している<sup>109</sup>。一方で、司法に比較して少数者バイアスに影響されやすく<sup>110</sup>、ロビイングの影響を受けやすい<sup>111</sup>と指摘されている。ただし、著作権法のようなロー・セイリアンスの政策分野では、利益団体の声よりも官僚機構の利害に沿った法案が作成される可能性がある、現状維持へのインセンティブが働きやすいとの指摘もある<sup>112</sup>。

#### (2) 司法府

司法権は個別具体的な法律上の争訟があって初めて発動するものである。田中成明によれば、裁判所が法形成作用を営む場合でもそこには何らかの法適用契機が必要であり、それが無いところでは、正統性を基礎づけることができない<sup>113</sup>。例えば、判例の傍論に属する部分では、裁判所は法形成を行うことはできないのである。

---

<sup>105</sup> 行政に対しては、委任命令も可能である。

<sup>106</sup> 田村 (2014)、藤田 (2008) 1 - 2 頁。

<sup>107</sup> 田中 (1987) 783 頁は、政治的な対立がある分野については、原則として、国会が制定法を通じて示したポリシーを尊重すべきであると指摘する。

<sup>108</sup> 興津 (2016) は、行政権は国民代表原理に基づく正統性をもっぱら議会から調達してきたが、行政上の意思決定過程に住民等が参加する制度を設けることが民主的正統性を補完する可能性について検討している。

<sup>109</sup> 島並 (2008)96 頁

<sup>110</sup> 田村 (2014)

<sup>111</sup> 島並 (2008)96 頁

<sup>112</sup> 京 (2011)、京 (2012)。

<sup>113</sup> 田中 (1981) 53 頁、田中 (1977) 789 頁も参照。

裁判所は、個別具体的な事案に関して、当事者から事案の解決に必要な情報を得て<sup>114</sup>、訴訟当事者の利益衡量をすることは得意である。もっとも、わが国の証拠法は証拠収集制度が十分ではなく、裁判所の個別具体的な事案についての情報の収集能力にまったく問題がないわけではない。また、基本的人権の保護、基本的公共財の提供の保障は、多数派の影響を受けない裁判所が適している<sup>115</sup>。さらに、利害が政治的に立法に反映されにくく国会によって適切な時期に立法が講じられることが期待できない分野、事実関係が流動的又は過渡的であるため事案に応じた判断が適切な分野は、立法より司法が優れていることが指摘されている<sup>116</sup>。

一方で、裁判所は多数の者の利益（公益）に関わる政策を決定することには不向きである<sup>117</sup>。司法は、個別具体的で受動的な作用であって、行政や立法とは異なり、不特定多数の利害にかかわる一般的な法規範を、将来に向かって形成することには必ずしも適合していない<sup>118</sup>。裁判所には、当事者以外の第三者からの意見や情報を収集する仕組みが少ない<sup>119</sup>。これを補完する例外的な試みとして、いわゆる訴訟外の第三者から公益的な観点からの意見を聴取するアミカス・ブリーフを知財高裁の大合議部が受け付けた例がある<sup>120</sup>。このような動きは裁判所における決定の民主的正統性を補完する意義もあると指摘できる。

### （３）行政府

民事法では、行政府は立法から委任命令を定める権原を授権され、一般抽象的法規範の形成を行うことができるが、法の適用はもっぱら司法府によって行われる。司法は、個別具体的な事案の解決に必要な限りで法規範を形成していくが、行政は一般的抽象的法規範を個別の事案から離れて形成する。この点の作用は立法と共通するといえ、行政府が一般抽象的法規範の形成主体として立法と比較してどのような特質を持つのが問題となる。

法規範形成主体としての行政府は、立法府と同様、産業政策上の事項、多数当事者の利害調整に必要な情報を集めるのに適している。行政府は立法府に比べて、専門的な技術や知識を有し、法規範の適用に必要な利益衡量や情報・知識の集約が複雑な場合に、それを適切に処理することに適している<sup>121</sup>。また、行政府は、状況の変化に応じて機動的に対応することができ、立法府よりも迅速に、必要な情報を集めて多数当

---

<sup>114</sup> 島並（2008）96 頁、長谷部（2004）412 頁参照。

<sup>115</sup> 長谷部（2004）412 頁

<sup>116</sup> 田中（1981）60 頁

<sup>117</sup> 田中（1977）786 頁参照

<sup>118</sup> 田中（1981）53 頁。田中（1976）17 頁も行政と司法の違いについてこの旨を指摘。立法とも同じ違いがあるといえよう。田村（2011）、平井（1995）150 頁も参照。

<sup>119</sup> 田中（1977）878 頁参照。ただし、第三者の意見を取り入れる仕組みとして、調査 2 で挙げた調査員や専門委員の制度が存在している。

<sup>120</sup> アミカス・ブリーフの意義については、飯村（2015）参照。

<sup>121</sup> 山本（2006）12-14 頁

事者の利害調整を行うことに向いている<sup>122</sup>。

行政府と立法府の特質の違いは、過程に参与するプレイヤーの違いがもたらしていると思われる。例えば、政令の改定は、国会の審議を経ないため、政治家（特に野党政治家）の影響力が限られ、府省令の改定は、プレイヤーが政府内の所管官庁に限られ、政治家・政府内の他部局（内閣法制局等）がかかわらない<sup>123</sup>。また、ロビイングに関わるプレイヤーも両者で異なるため、少数者バイアスの現れ方が、立法府と行政府とでは異なる場合があると考えられる。

#### （４）小括

ここまでの議論を著作権の権利制限規定に当てはめると、例えば次のようなことが指摘できる。

著作権法が著作権者の利益としてどのようなものを保護するかは、基本となる政策的決定の問題であり、国会で決めることが望ましい。財産権の内容は、公共の福祉に適合するよう、法律でこれを定めるとされる<sup>124</sup>が、立法府は公共の福祉に適合すると判断される内容の財産権を設計する権能を有し、また、それをなすべき基本的責務を有するといえる。そうすると、例えば、著作権者に保護される利益とは、これを文化的所産として享受する利用に係るものであるといったような決定は立法府においてなされることが期待される。

一方で、例えば、権利の対象に形式的には含まれているが、著作権者に保護される利益が認められない行為類型（上記の例でいえば、著作物を文化的所産として享受する利用でない利用）を権利の対象から除く権利制限規定を設けると、権利制限の対象となる行為を個別具体的に立法段階で明示しておく必要ではないものと考えられる。具体的にどの行為が著作権者に保護される利益が認められない行為類型に含まれるかの決定は、個別具体的な事情を利用することのできる司法府の得意とするところだからである。基本となる政策決定は立法府によりすでになされている範囲のものと解される限り、個別具体的な解決は司法府に委ねた方が適切と考えられる。

また、権利制限規定は、著作権者に保護される利益とそれに対抗する公益等が認められる場合に、それらを相互に調整するために設けられることもある。例えば、教育、障害者の利益と著作権者の利益との調整がそれである。いかなる公益をどのような基準で著作権者の利益と調整すべきかの基本的決定は、立法府において行われることが期待される。一方で、法律においてどの程度の柔軟性を確保すべきかは、対象となる著作物の利用の態様や対抗利益の種類・性質等に応じて決せられるべきと考えられる。

例えば、著作物の所在検索サービスにおいて、検索結果の表示のために著作物を一

---

<sup>122</sup> 現代において委任命令が許容される理由の一つに、情勢の変化に即応する機敏な立法の必要性が挙げられる（長谷部(2004) 390 頁）。また、宇賀(2013)223 頁は、行政基準の改正の方が、法律で定めるよりも、状況の変化に対応した柔軟性を確保することが可能であると指摘する。

<sup>123</sup> 政令の場合、内閣法制局の審査と全大臣による閣議決定が必要である。府省令にはそれが必要ない。

<sup>124</sup> 憲法 29 条 2 項

部表示する利用の場合、そのような利用は、著作物を文化的所産として享受することを本来の目的とするものではないと考えられる。そのような利用が、享受する利用に結果として供される可能性は完全には否定できないが、著作権者に与える不利益は類型的に軽微と判断しうる。このような、一定の行為類型は著作権者に与える利益が軽微なものであるとの立法府の判断のもと、社会的意義の認められるサービスに供するために、著作権の制限の対象とすることは正当化しうる。この時に、個別具体的に権利制限の対象となる行為を詳細な権利制限規定の形で定めることまでは必要ではない。利用の目的及び対象となる行為類型をある程度具体的に定めたとうえで、個別具体的にどの行為が許されるかは司法府の個別判断に任せる、柔軟な権利制限規定として立法することも妥当だと考えることができる。この場合においては、著作権者の不利益が類型的に軽微と認められる行為のみが権利制限規定の対象として選択されており、また利用の目的も明示されているため、裁判所にとってどのような利益とどのような利益を比較衡量すべきかが明確に示されており、あくまで基本的な政策判断は立法府によりなされていることを前提としたうえで、個別事案の解決が裁判所に委ねられているに過ぎないと解することができる。

## 4. ソフトロー

法解釈の余地が大きいとき、その間隙は司法による判例の形成によって埋められていくことが第一義的には想定されている。また、予め委任命令によって行政に制定法の間隙を埋める権限を授権するという方策も考えられる。それらの方策とは別に、または、それらと併用する形で、ソフトロー<sup>125</sup>の形成に法の間隙を埋めることを委ねるという手法も考えられる。

### (1) ソフトローの意義

議会があらゆる政策事項の細目について法規範を制定することは、必ずしも効率的ではなく、行政府は、立法府による法律の規定を受け、法内容の具体化のためにその細目の策定を担うこともその役割の一つである。

政省令は、行政立法の一部として、こういった法内容の具体化のための細目策定を担っている。政省令以外にも、行政府による通知やガイドラインの作成が、法内容の具体化を事実上担うこともある。立法府の定めた法規範が一般的抽象的である場合、これら行政府が示すより具体化されたルールによって、法規範の曖昧さを低減することができる。

これは国民の側からすれば、法解釈をめぐる不確実性の低減を意味し、法制度を利用する際の利便性向上等に役立つものと考えられる（また、これらが法政策の普及といった機能を果たしていることにも留意する必要がある）。但し、いくら詳細な規定を策定したとしても、あらゆるケースに対して常に合理的な具体的意味を明示できる訳ではない。よって、行政府による法政策の具体化によっても、法規範の抽象性・一般性は、法律と比べれば低減されるものの一定程度残ることは不可避であり、その部分をソフトローが埋めるということも十分に考えられる。

### (2) ソフトローの類型

ソフトローの内実は多様であり、その類型化も様々なものがあり得る。例えば、規範形成とエンフォースメントで果たす役割を基準にして、次のように 4 つに類型化を行う考え方がある<sup>126</sup>。

カテゴリー1 は、「規範形成は国家以外が行い、エンフォースも国家が行うことが予定されていない規範」であり、例えば社会規範、企業倫理、CSR 等が含まれる。カテゴリー2 は、「規範形成は国家が行うが、エンフォースは国家が行わない規範」であり、例えば労働法上の努力義務規定等が含まれる。カテゴリー3 は、「規範形成は国家以外が行うが、エンフォースについては国家が行う規範」で、例えば会計基準、商慣習法等が含まれる。なおカテゴリー3 については、例えば会計基準が最初から私人による規範作成を国家が承認しているのに対して、商慣習法は私人が自発的に形成

<sup>125</sup> 藤田によれば、「裁判所等の国家機関によるエンフォースが保証されていないにもかかわらず、企業や私人の行動を事実上拘束している規範」と定義される。

<sup>126</sup> 藤田(2006)、藤田(2008)。

していった規範や秩序が後になって結果的に裁判等の国家が関与する紛争解決の場でエンフォースされる規範であり<sup>127</sup>、その違いには注意が必要である。カテゴリー4は、「規範形成もエンフォースも国家行う規範」であり、これは基本的にハードローに該当する。

### （３）ソフトローの形成主体

なお、カテゴリー1やカテゴリー3のような国家以外の主体が形成する規範の場合、どのような性格の主体がどのような内容の規範を形成しているのかが問題になる。この場合、ソフトローを形成する主体によって、次の4類型に分類できると指摘されている<sup>128</sup>。すなわち、①利害関係者の団体が自らの利益を守るために形成するソフトロー、②政府（行政）又はそこから委託を受けた利害関係者の団体が形成するソフトロー、③その社会システムの正統性を維持するため、その構成員が自発的に形成するソフトロー、④一定の理念の提示を目的として掲載されるソフトロー、である。

①の例としては、ICANNによるドメインネームの割り当てにより一種の私的なプロパティが成立している例<sup>129</sup>が挙げられる。ただし、著作権法の権利制限については、権利者団体が自らの利益を守るためにガイドライン等を策定したとしても、利用者の理解が得られるとは限らない<sup>130</sup>。

②の例としては、権利制限規定に関するものとして、文化庁が主導してガイドラインを作成する場合が挙げられる。ヒアリング調査においては、文化審議会著作権分科会で示された解釈<sup>131</sup>によって図書館の現場における運用が円滑化されたという事例が挙げられた。政府以外の主体が関係者の利害を集約し、集団的な利害調整を行って規範を定立する場合には、企業会計の会計基準のように、ハードローが明示的に承認している場合もあるが、プロバイダ責任制限法の解釈・運用に関するガイドラインのように、ハードローの明示的な承認がないにもかかわらず、政府以外の主体（ここではプロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会）によりソフトローが形成されることもある<sup>132</sup>。この協議会は、プロバイダ責任制限法の施行に伴って、プロバイダの団体、著作権関係団体等が構成員となって設置された任意の組織であり、協議会が2007年に公表した「プロバイダ責任制限法発信情報開示関係ガイドライン」は、前年に総務省の「インターネット上の違法・有害情報への対応に関する研究会」がガイドライン策定の有用性を示唆したことを受けて取りまとめられたものである。これは国家から黙示的な承認を得てハードローの補完という役割を与えられたソフトローと考えら

---

<sup>127</sup> 藤田(2008)6頁

<sup>128</sup> 小塚(2008)101頁参照

<sup>129</sup> 小塚(2008)108頁

<sup>130</sup> ヒアリングにおいても利用者団体から同様の指摘があった。

<sup>131</sup> 著作権法31条1項2号の「保存のため必要がある場合」の解釈について示した、文化審議会著作権分科会（第41回）資料3「平成26年度法制・基本問題小委員会の審議の経過等について」（2015年3月12日）

<sup>132</sup> 小塚(2008)111-112頁

れている<sup>133</sup>。

③の例としては、権利制限に関するものでいえば、権利者と利用者が団体を構成し、自発的にガイドラインを作成するといった例が考えられる。ヒアリングにおいても、視覚障害者向けのサービスでは当事者間で協議して作成したガイドライン<sup>134</sup>によって運用が円滑に進んでいるという指摘もあったところであり、利害関係者が少数に限られるなどの場合には、有効な手法となる可能性がある。

④の例としては、倫理綱領を制定し、相当な割合の事業者に遵守させることで、法規制の強化に対する防波堤とする場合もある。これは、日本新聞協会が新聞倫理綱領を策定した例が指摘されている<sup>135</sup>。また、フランチャイズ業界や訪問販売業界など、その手法を悪質な取引や詐欺的なスキームに利用する事業者が出現する危険性が高い業界にも見られる<sup>136</sup>。こうした業界では一方で、業界内の優良企業が組織を作り、悪質な事業者との差別化を図るインセンティブが存在する。そして他方でそれは、優良事業者にとって過剰規制となる結果を避けることにもなり得るものである。

#### （４）ソフトローの利点と留意点

ハードローと比較した場合のソフトローの利点は、例えば、作成や改変が簡単であることや、個別の状況に合わせ柔軟に作成・運用できることが挙げられる。こうしたことから、時勢や技術の急激な変化が起こりハードローでは追いついていけない可能性のある分野ではソフトローによる規律の方が適切である可能性がある。さらに、複数のソフトローを併存させることも可能で、それが法律の解釈が分かれる場合に有効的に働くという指摘もある<sup>137</sup>。また、専門的な知識が必要な分野などについては規制を受ける集団の側がそうした知識について最もよく知っていることから、法制度が介入するよりも、当該集団内部の自律に委ねた方が効率的であるという可能性もある<sup>138</sup>。

反面、ソフトローにおいては、特に業界によって作成される業界内での自主規制枠組みといった分野では、通常、消費者等の業界外のアクターが策定過程に関与することはない。そのため、実質的内容にバイアスがないのか、また策定過程における手続は公正なのか等、民主主義的な側面を含めて、その正統性について疑問が残る場合もある。

#### （５）小括

ソフトローに期待することが望ましいか否かは、それが司法や行政と比較してどのような特質を有するかによって依存する。上記で指摘した、民主的正統性、個別的事案の情報収集能力、多数当事者の利害についての情報及び意見の集約能力、少数者バイアスへの耐性、ルール変更の機動性、などについて、ソフトローが司法や行政によるル

---

<sup>133</sup> 小塚 (2008)113 頁、森田(2008)

<sup>134</sup> 国公立大学図書館協力委員会等 (2010)

<sup>135</sup> 小塚 (2008) 120 頁

<sup>136</sup> 小塚 (2008) 115 頁

<sup>137</sup> 遠藤 (2012)

<sup>138</sup> 中里(2005) 572 頁



ール形成につき優れている要素があるのであれば、ソフトローを適宜利用することが望まれる。

## 5. 総括

法規の定立は、唯一の立法機関である国会により行われることが原則である。また、民主的正統性、利用可能な情報の制約、専門的知識の利用可能性に照らせば、公益に関わる事項についての基本的な政策決定は立法において行われることが望ましい。これを著作権法に当てはめれば、公益的な事項（教育政策など）と著作権者に利益の衡量をどのように行うべきかについての基本的態度決定は、立法により行われることが望ましいといえる。

しかし、予め個別具体的な事案の解決に及ぶ事項まで立法に基づいて定めることは、立法が個別事案の解決に必要な情報を予め収集することが可能だといえる事情のない限り、適当ではない。立法により採用された基本的政策のもと、個別具体的な事案をどのように解決するべきかを判断するのは裁判所の方が優れている。また、裁判所は国会の立法を上書きするような解釈論を展開することはできないが、裁判所が政治的決断を伴うような判決を行うことが当然に排除されるわけではない。

こうした立法と司法の特徴を踏まえると、権利制限規定については、考慮すべき基本的な要素については立法で示し、具体的な事案への当てはめは司法が行うという役割分担が理想的といえる。柔軟性のある個別規定は、こうした役割分担の原則に沿ったものと評価することができる。また、予め具体的な事実関係について立法が情報を収集できる事情があるときには、詳細な個別規定を法律で定め、予測可能性を高めることも有用である。

なお、著作権の保護と利用をめぐっては、立法の政治過程に上程されることが期待できない状況が生じる可能性もある。そのような場合についても、基本的人権を守り、取引の基本的環境を守る必要性はあり、その役割は裁判所が担うことが適している。したがって、上記のような状況に備えるため、一般規定を用意することも有用と考えられる。なお、一般規定を設ける場合、個別規定が十分に用意されていない場合など一般規定が適用される状況が広くなりすぎる場合には、基本的態度決定までを司法に委ねる結果となってしまう。この点に配慮すれば、一般規定を設けるとしても、その役割はあくまで例外的な状況への対応に留める方が望ましい。

このような立法と司法の役割分担は、調査1から調査3までで明らかになったような、立法による規範の明確化への支持が強く、司法による紛争解決を忌避する傾向が強いという、我が国の状況とも整合的である。

なお、裁判所による法規範形成は、個別具体的な事件が裁判所に係属した場合において、その事件の解決に必要な限りでしかなしえないという特徴もある。したがって、裁判所による法規範形成を待つだけでは、十分に立法の間隙が埋められない場合もあり得る。

そのような場合には、委任命令やソフトローの活用も考慮する余地がある。立法段階で詳細な情報を集めることは不可能ではないが、事態に流動性があることが予測され、さらに、行政府がその流動性に応じて迅速に個別的にどう対応すべきかの情報を収集することが可能な場合には、委任命令を用いることも考えられる。また、ソフトロー（ガイドラインなど）を活用して具体的な事案の解決の指針をあらかじめ示すと

いうことも考えられる。

## 【調査 6 : 他の法体系との整合性に関する調査】

### 1. 日本国憲法下の明確性の理論と判例法理の形成

「法律の規定の文言が漠然不明確であって、どのような行為が規制の対象になっているのかが一義的に明らかでない場合には、当該規定は不明確の故に文面上違憲無効とされる」という米国において裁判上形成されたいわゆる明確性の理論（漠然性故に無効の法理）については、日本の最高裁判例も、これを採り入れていると理解されている<sup>139</sup>。

この明確性の理論について、最高裁は、特に、徳島県公安条例事件と札幌税関検査事件の両事件においてその判断枠組みを形成しており、ここでは、まず、その二つの事件の判旨と意義について概観しておきたい。

#### （1）徳島市公安条例事件判決<sup>140</sup>

徳島市公安条例は、その 3 条において、「集団行進又は集団示威運動を行おうとする者は、集団行進又は集団示威運動の秩序を保ち、公共の安寧を保持するため、次の事項を守らなければならない。」と柱書で規定し、その遵守事項の一つとして「交通秩序を維持すること。」（同条 3 号）を挙げ、その 5 条において、3 条の規定等に違反して行われた集団行進又は集団示威運動の主催者、指導者又はせん動者に対し、これを 1 年以下の懲役若しくは禁錮又は 5 万円以下の罰金に処する旨の罰則を定めていた。徳島市公安条例事件においては、この条例 3 条 3 号の「交通秩序を維持すること」という規定が犯罪構成要件の内容をなすものとして明確であるかどうか大きな争点の一つとなった。

最高裁大法廷は、条例 3 条 3 号の規定について、「その文言だけからすれば、単に抽象的に交通秩序を維持すべきことを命じているだけで、いかなる作為、不作為を命じているのかその義務内容が具体的に明らかにされていない。全国のいわゆる公安条例の多くにおいては、集団行進等に対して許可制をとりその許可にあたって交通秩序維持に関する事項についての条件の中で遵守すべき義務内容を具体的に特定する方法がとられており、また、本条例のように条例自体の中で遵守義務を定めている場合でも、交通秩序を侵害するおそれのある行為の典型的なものをできるかぎり列举例示することによつてその義務内容の明確化を図ることが十分可能であるにもかかわらず、本条例がその点についてなんらの考慮を払っていないことは、立法措置として著しく妥当を欠くものがあるといわなければならない。」と論じ、①文言の抽象性、②他の公安条例との比較、③典型的な規制対象の例示列举の可能性という観点から、それが立法措置として著しく妥当性を欠くものであったと非難した。ただ、最高裁としては、立法措置として著しく妥当性に欠けるものであっても、ただちに、その規定が、あいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反し、無効となるわけではないとの立場を示し、そ

<sup>139</sup> 前田（2011）379 頁、392 頁

<sup>140</sup> 最大判昭和 50 年 9 月 10 日刑集 29 卷 8 号 489 頁

の考え方を次のように論じている。

「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常的判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。しかし、一般に法規は、規定の文言の表現力に限界があるばかりでなく、その性質上多かれ少なかれ抽象性を有し、刑罰法規もその例外をなすものではないから、禁止される行為とそうでない行為との識別を可能ならしめる基準といつても、必ずしも常に絶対的なそれを要求することはできず、合理的な判断を必要とする場合があることを免れない。それゆえ、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである。」

ここでは、まず、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反し無効となる理由について、①「禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさ」ないこと（告知機能の欠如）、そして、②「その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる」こと（執行機関による濫用の危険性）という二つの重大な弊害が生ずることになるからだとされている。他方で、最高裁は、刑罰法規も含む一般の法規について、そこには、「規定の文言の表現力に限界がある」ということ、そして、「その性質上多かれ少なかれ抽象性を有」するという二点の側面があることを指摘し、「禁止される行為とそうでない行為との識別を可能ならしめる基準」について、「必ずしも常に絶対的なそれを要求することはできない」と論じた。

それでは、具体的にいかなる場合に、犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反することになるのか、その判断枠組みとして、最高裁は、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである。」との判断枠組みを提示している。この判断枠組みそれ自体の読み方については争いがあるところであるが、「通常的判断能力を有する一般人の理解」が、「判断」と「読みとれる」の両方にかかっていると考えると、①「通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準」が、②「通常的判断能力を有する一

般人の理解において、当該刑罰法規から読みとれる」か否かということが判断枠組みとして提示されているものと捉えることができる。

そこで、このような判断枠組みが、徳島市公安条例事件において、どのように適用されたのかを見てみると、まず、最高裁は、「本条例 3 条が、集団行進等を行おうとする者が、集団行進等の秩序を保ち、公共の安寧を保持するために守らなければならない事項の一つとして、その 3 号に「交通秩序を維持すること」を掲げているのは、道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穏に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことを命じているものと解されるのである。」と論じ、「交通秩序を維持すること」という規定の文言から、「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為」であるかという「基準」を「読みと」る。そして、「通常的判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断するにあたっては、その行為が秩序正しく平穏に行われる集団行進等に伴う交通秩序の阻害を生ずるにとどまるものか、あるいは殊更な交通秩序の阻害をもたらすようなものであるかを考えることにより、通常その判断にさほどの困難を感じることはないはずであり、例えば各地における道路上の集団行進等に際して往々みられるだ行進、うず巻行進、すわり込み、道路一杯を占拠するいわゆるフランスデモ等の行為が、秩序正しく平穏な集団行進等に随伴する交通秩序阻害の程度を超えて、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為にあたるものと容易に想到することができる」とし、そのような「基準」に従い、「通常的判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断する」ことは、「困難を感じる」ものではないとした。そこでは、「規定の文言」→「基準の読みとり」→「基準に基づく具体的事案における判断」という一連の過程が通常的判断能力を有する一般人において可能か否かということが検討されたと読むことができる。

もっとも、最高裁が提示した判断枠組みから、ただちに、徳島市公安条例 3 条 3 項が必然的に合憲となるか否かは議論の余地があるところである。ただ、最高裁は、3 条 3 号が憲法 31 条の観点から合憲となることの付加的理由として、「記録上あらわれた本条例の運用の実態をみても、本条例三条三号の規定が、国民の憲法上の権利の正当な行使を阻害したとか、国又は地方公共団体の機関の恣意的な運用を許したとかいう弊害を生じた形跡は、全く認められない。」として、条例の運用の実態状況も挙げていた点は留意する必要がある。

## （２）札幌税関検査事件<sup>141</sup>

札幌税関検査事件は、関税定率法 21 条 1 項 3 号（当時のもの）が輸入を禁止すべき物品として「風俗を害すべき書籍、図画」と規定していたところ、その文言の明確性が問題となった事件である。札幌税関検査事件そのものは行政事件であったが、関税定率法 21 条 1 項 3 号に規定する物品の輸入は、刑事罰の対象ともなっていた。

<sup>141</sup> 最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁

規定の文言の明確性が問題となった事案という点において、札幌税関検査事件と徳島市公安条例事件は、同一事案であったと言える。ただ、最高裁は、札幌税関検査事件の場合には、「風俗を害すべき書籍、図画」という規定の明確性の問題を、当該規定のいわゆる合憲限定解釈の許容性の問題という角度から論じており、そこで提示された判断枠組みも、徳島市公安条例事件を基礎としつつ、合憲限定解釈の許容性という問題に対応できるよう次のように再構築されている。

「表現の自由は、前述のとおり、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであつて、法律をもつて表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要がある、事前規制的なものについては特に然りというべきである。法律の解釈、特にその規定の文言を限定して解釈する場合においても、その要請は異なるところがない。したがつて、表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない（最高裁昭和48年（あ）第910号同50年9月10日大法廷判決・刑集29巻8号489頁参照）。けだし、かかる制約を付さないとすれば、規制の基準が不明確であるかあるいは広汎に失するため、表現の自由が不当に制限されることとなるばかりでなく、国民がその規定の適用を恐れて本来自由に行い得る表現行為までも差し控えるという効果を生むこととなるからである。」

ここで提示された最高裁の判断枠組みは、3つの構成要素から成り立っており、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許される」のは、①「その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され」、かつ、②「合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず」、また、③「一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない」とするものと整理することができる。③は、徳島市公安条例事件判決と同一のものであるが、①と②は、「過度に広汎ゆえに無効」の法理の適用も意識しつつ、特に、合憲限定解釈を意識した要件であると捉えることができる。また、ここでは、特に、法律をもつて表現の自由を規制する場合には、明確性の要請について、特に配慮されるべき必要性が論じられていることが重要である。

具体的に最高裁が、関税定率法の明確性についてどのように判断したかであるが、まず、最高裁は、関税定率法21条1項3号の「風俗を害すべき書籍、図画」の規定の意味について、それを「猥褻な書籍、図画等」のみを指すとして、合憲限定解釈を提

示する。そのうえで、「猥褻性の概念は刑法 175 条の規定の解釈に関する判例の蓄積により明確化されており、規制の対象となるものとそうでないものの区別の基準につき、明確性の要請に欠けるところはな」と論じた。ここでは、「風俗を害すべき書籍、図画」→合憲限定解釈による基準の読みとり→「猥褻な書籍、図画等」→「猥褻性の概念」の判例の蓄積による明確化という流れで論証が進められている。ここでは、特に、判例の蓄積をも規定の明確性の論拠として挙げられている点が注目される。ただ、これは、あくまで、当該時点において既に判例の蓄積があったことにより、判例の蓄積による明確性が論じられたのであり、判例の蓄積が将来見込まれるからといって、明確性の要請が後退することを示唆するものではないと読むべきである。また、最高裁は、「日本国憲法施行前に制定された法律の規定の如きについては、合理的な法解釈の範囲内において可能である限り、憲法と調和するように解釈してその効力を維持すべく、法律の文言にとらわれてその効力を否定するのは相当でない。」と述べており、関税定率法が日本国憲法施行前の法律であったことも明確性の要請に反しないとする結論を導くうえで重要な役割を果たしていると思われる。

### （３）判例から析出する考慮要素

このように、最高裁大法廷は、徳島市公安条例事件と札幌税関検査事件を通じて、明確性の理論の枠組みを築いてきたと言えるが、そこで提示された判断枠組みそれ自体が、必ずしも明確なものとは言えないという問題は依然として残っている<sup>142</sup>。ただ、これらの判例を概観した場合、①当該規定が刑事罰を伴うものであるか否か、②当該規定が表現の自由を制限するものであるか否か、③当該規定の運用状況、④当該規定の成立時期、⑤判例の蓄積状況、⑥他の法令との比較、⑦例示列举の有無といったものは、明確性の要請の程度を判断するうえでの考慮要素になりうるものと考えられる。

---

<sup>142</sup> 最高裁が、これまで構成要件の不明確性を理由として、法令を違憲としたことはないが、判決理由中において、不明確なものとして示唆されたものとして、「「淫行」を目にして単に反倫理的あるいは不純な性行為と解する」こと（最大判昭和 60 年 10 月 23 日刑集 39 巻 6 号 413 頁〔福岡県青少年保護育成条例事件〕）や「国公法一一〇条一項一七号が、違法性の強い争議行為を違法性の強いまたは社会的許容性のない行為によりあおる等した場合に限ってこれに刑事制裁を科すべき趣旨であると解するとき」（最大判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 巻 4 号 547 頁〔全農林警職法事件〕）などがある。



## 2. 刑事法の運用からみる明確性の理論の実際

### （１）表現の自由を制限する刑罰法規に関する判例の近時の傾向—堀越事件判決

著作権を侵害する行為の多くは表現行為の形態をとることから、著作権侵害行為の処罰にかかる規定は、刑罰によって（前記要素①）表現の自由を制限する（前記要素②）性格を多分に備えているといえる。それゆえ、当該規定に対する明確性の要請は、他の法令に比べて厳格になると思われ、日本国憲法の施行から約 70 年が経過した現在において新たな規定を設ける（前記要素④）とすれば、その要請はさらに強いものとなるだろう。

もっとも、実際の運用をみる限り、最高裁は現在に至るまで、表現の自由を制限する性格を有する刑罰法規についてもかなり柔軟な解釈を許容しているように思われる。最高裁が念頭に置いている明確性の理論が柔軟なものであることをうかがわせる近時の判例として、国家公務員の政治活動が国家公務員法 102 条違反の罪に問われた堀越事件判決<sup>143</sup>を挙げることができる。

国家公務員法 102 条 1 項は、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。」と規定しているところ、長らく、人事院規則で定める政治的行為の行為類型に文言上該当する行為（「政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配布し又はこれらの行為を援助すること。」（人事院規則 14-7・6 項 7 号）等）は、例外なく、処罰の対象になると考えられてきた。非管理職である現業公務員であった郵政事務官が、勤務時間外に、国の施設・職務を利用することなく、公営掲示板に選挙用ポスターを掲示するなどした行為が、国家公務員法違反の罪として有罪となっていた<sup>144</sup>。

これに対し、最高裁は、国家公務員法及び人事院規則で定める政治的行為の行為類型に文言上該当したからといって、ただちに処罰の対象となるわけではないとし、次のように判示する。

「本法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。そして、その委任に基づいて定められた本規則も、このような同項の委任の範囲内において、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる行為の類型を規定したものと解すべきである。上記のような本法の委任の趣旨及び本規則の性格に照らすと、本件罰則規定に係る本規則 6 項 7 号、

<sup>143</sup> 最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁

<sup>144</sup> 最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁 [猿払事件]

13号(5項3号)については、それぞれが定める行為類型に文言上該当する行為であって、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものを当該各号の禁止の対象となる政治的行為と規定したものと解するのが相当である。」

そのうえで、そこで処罰の対象となる「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるか」どうかの判断については、「当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」としたうえで、その判断においては、①当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位(管理職的地位)の有無、②職務の内容や権限における裁量の有無、③当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、④公務員の地位の利用の有無、⑤公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、⑥公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、⑦行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等の約7項目からなる要素が考慮の対象となると論じた。

その結果、国家公務員が政治活動をおこなった事案であったが、堀越事件においては、猿払事件とは異なり、被告人が無罪となる旨の結論が導き出されている。結局、最高裁の解釈に従うと、国家公務員法等によって処罰の対象となる「政治的行為」該当性の判断は、極めて個別具体的な総合衡量的判断ということになろう。堀越事件で示されたこのような判断は、表現の自由を制限する刑罰法規において、各事案における個別具体的な事情を踏まえた総合衡量的判断を要求する規定を置いたとしても、ただちに明確性の理論に抵触するものではないということを示唆するものと言える<sup>145</sup>。

## (2) 刑法学説の傾向

### (a) 判例法理についての理解と評価

明確性の理論に関する判例法理について、刑法学説の多くは、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」という徳島市公安条例事件の一般的な判断基準を紹介しつつ、現在まで明確性の原則違反を認めた例がない点を挙げて、上記の判断基準が実際には厳格に適用されていないことを指摘する傾向にある<sup>146</sup>。最高裁が実際には明確性の要請をかなり緩やかに捉えていることについては、刑法学説においても理解の一致があるといえよう。

明確性の要請に関する最高裁の寛容な態度に対しては、批判的な意見がある一方で<sup>147</sup>、学説の多くは明示的な評価を避けており、「厳格な基準を適用すると、多くの刑罰法規が憲法違反となるおそれがある」ことを指摘して、最高裁の態度に一定の理解

<sup>145</sup> 堀越事件判決は、「上記の解釈の下における本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえないと解される。」として、国公法の不明確性を否定している。

<sup>146</sup> 例えば、山口(2016)18-19頁など参照

<sup>147</sup> 例えば、浅田(2007)57頁、松原(2013)35頁以下など参照

を示すものも存在する<sup>148</sup>。

## (b) 刑罰法規の柔軟な解釈傾向

実際、個々の刑罰法規の解釈論に目を向けると、「通常的判断能力を有する一般人の理解」から導出すること、あるいは「通常的判断能力を有する一般人の理解」において判断することが必ずしも容易ではないような柔軟な解釈論が有力に展開されている一方で、このような解釈を必要とする刑罰法規あるいは解釈そのものに対して、明確性の要請違反を理由に違憲性が指摘されることは、少なくとも刑法学説においては、それほど多くないように思われる。

### ア 構成要件の柔軟な解釈

例えば、名誉毀損罪に関する刑法 230 条は、「人の名誉を毀損した」ことを処罰要件として定めているが、ここでいう「毀損した」の意義については、人の社会的評価を低下させる抽象的危険があれば足り、現実には社会的評価が低下することを要しないと解するのが判例の立場であり<sup>149</sup>、学説の多くも、社会的評価の低下を立証することが困難であること等を理由に、この見解を支持している<sup>150</sup>。しかし、「通常的判断能力を有する一般人」が、「毀損した」という現実の毀損結果の発生を想起させる文言から、立証の困難性を踏まえて、毀損の抽象的危険を有する行為を広く処罰対象に含める解釈を導くことは、必ずしも容易ではない。名誉毀損罪は表現行為を制限する性格を有するが、このような刑罰法規に対してさえ、立証の困難性の回避等の政策的理由から、しかも処罰を拡張する方向で、柔軟な解釈が許容されていることは、刑法学説において明確性の要請が必ずしも重視されていないのではないかと、との疑念を生じさせる。

もっとも、上記の解釈に基づく名誉毀損罪の運用はすでに判例実務において確立したものとなっており、そうした裁判例の蓄積を前提にすれば、「一般人」も上記の解釈を導くことが可能であり、かつ、そうした解釈に従って個別の表現行為が「名誉を毀損」する行為に該当するかを判断することも可能である、とみる余地は残されているかもしれない。

### イ 違法性阻却事由の柔軟な解釈

上記の例は、各犯罪行為の一般的・類型特徴を記述した構成要件の解釈に関するものであるが、構成要件該当行為について例外的に刑法上の禁止を解除して違法性を失わせる根拠である違法性阻却事由については、「通常的判断能力を有する一般人」からみて明確性に疑義の生じうる解釈論がさらに幅広く展開されているように見受けられる。

例えば、違法性阻却事由と一般に解されている刑法 35 条は、「法令又は正当な業務

---

<sup>148</sup> 例えば、井田（2008）38 頁など参照

<sup>149</sup> 大判昭和 13 年 2 月 28 日刑集 17 卷 141 頁参照

<sup>150</sup> 例えば、西田（2012）112-113 頁、山口（2010）139 頁等参照

による行為は、罰しない」と定めているが、「法令」や「正当な業務」に基づく行為が処罰されないのはある意味で当然であり、具体的な判断にあたっては、違法性の本質から導かれる「一般的・実質的な違法阻却原理」を援用する必要がある、というのが学説上の共通理解となっている<sup>151</sup>。しかしながら、伝統的に違法性の本質については深刻な見解の対立があり、「一般的・実質的な違法阻却原理」の内容も、現在に至るまで理解が分かれ、議論に一致を見ない状況にある<sup>152</sup>。このような現状の下で、「法令又は正当な業務による行為」について、「通常の判断能力を有する一般人」が導出し、かつ判断・適用しうるような具体的基準を提示することには、相当な困難が伴うといえよう。この意味で、「一般的・実質的な違法阻却原理」の援用を要請する刑法 35 条は、少なくとも判例の一般的基準をそのまま適用する限り、明確性の要請に反する疑いが生じうる。

また、そもそも現在では、明文の違法性阻却事由が存在しない場合でも、違法性阻却に関する実質原理を適用することによって超法規的に違法性阻却を認めうるのが学説上一般に承認されており<sup>153</sup>、判例も一般論としてはそのような理解を認めているといいうるが<sup>154</sup>、実質的な違法阻却原理に関する理解が分かれており、判例の蓄積も十分でないばかりか、およそ条文の手掛かりを欠く状況で、「通常の判断能力を有する一般人」の見地から疑義のない具体的基準を提示することは困難であろう。

#### ①行為者・被告人にとっての有益性

こうした疑義にもかかわらず、違法性阻却事由に関して特に柔軟な解釈が広く許容されている理由の一つは、違法性阻却事由が処罰範囲を限定するものであり、それに関する解釈は基本的に行為者・被告人の利益に適うものと理解されている点にあるのではないかと推測される。刑法学の一般的理解によれば、明確性の理論は、国民の予測可能性の保障と刑罰権の行使に関する国民のコントロールの必要性を根拠とする罪刑法定主義から直接に導かれるところ、伝統的に、罪刑法定主義の要請は行為者・被告人に有利な解釈には及ばないと考えられてきた<sup>155</sup>。徳島市公安条例事件で最高裁が「刑罰法規の定める犯罪構成要件」の明確性を問題としている点も、違法性阻却事由に関しては、構成要件とは異なる議論が妥当する余地を示唆するものとみる余地がある。

もっとも、行為者にとって重要なのは、自らの行動が最終的に処罰されるかどうかであり、行為者の予測可能性に対し重大な影響を与える点では、構成要件該当性と違法性阻却事由該当性の判断の間に違いはないともいえる。違法性阻却事由について、条文文言から直ちに導出しえない解釈論や、具体的な適用に困難が伴う解釈論が無制限に許容されるならば、行為者の予測可能性は大きく害されるであろう。行為者の予測可能性の保障を重視する限り、違法性阻却事由について明確性の要請がおよそ妥当

<sup>151</sup> 例えば、山口（2016）111 頁以下など参照

<sup>152</sup> 例えば、曾根（1980）151 頁以下参照

<sup>153</sup> 例えば、山口（2016）184-185 頁

<sup>154</sup> 最大判昭和 48 年 1 月 25 日刑集 27 卷 3 号 418 頁〔久留米駅事件〕参照

<sup>155</sup> 例えば、団藤（1964）11 頁参照

しなくなると解することはできないように思われる。

また、違法性阻却事由に関する解釈論の中には、明らかに被告人の不利益な方向で柔軟な解釈を行うものも存在する。例えば、正当防衛に関する近時の判例<sup>156</sup>は、正当防衛の要件として「被告人において何らかの反撃行為にでることが正当とされる状況における行為」であることを要求し、これが欠けることを理由に、被告人の傷害行為について過剰防衛も含めて正当防衛の成立を否定しているが、当該要件と刑法 36 条の条文文言との関連性は明らかではない。また、生命侵害を伴う緊急避難行為については違法性阻却を一律に否定する見解が有力であるが<sup>157</sup>、生命を特別視する理解は、刑法 37 条の条文から直ちに導かれるわけではない。いずれも被告人に不利な方向で刑法上の違法性阻却事由をかなり柔軟に解釈するものということができよう。

## ②利害調整規定としての違法性阻却事由

そこで学説においては、行為者・被告人の不利益となりうることを正面から認めつつ、違法性阻却事由が第三者との利害を調整する性格を有することから、柔軟な解釈を許容しようとする見解もある。この見解は、規範の名宛人に対して適切な行動基準を告知するという要請を最大限重視しつつも、違法性阻却事由該当性が問題となる局面においては、行為者のみならず相手方の利害にも配慮する必要があるとし、行動基準の告知の要請は、対立当事者の利害を適正に調整するという違法性阻却事由の特質によって制限されうると主張する<sup>158</sup>。この見解によれば、条文を離れ、かつ行為者・被告人に不利益な解釈であっても、それが対立当事者の適正な利害調整の観点から必要と認められる限りは許容されるべきであり、その帰結として、このような解釈を要請する違法性阻却事由については明確性の要請が後退する、と理解することになる。

このような理解の可否は、突き詰めれば、行為者の予測可能性の保障にどの程度の価値を認めるべきかにかかっており、直ちに結論を下すことは難しい。また、構成要件も一定の利害調整機能を有しているとすれば、構成要件と違法性阻却事由を利害調整の点に着目して截然と区別することには異論もありえよう。しかし、少なくとも対立当事者の個別の利害調整を予定する規定では、それ以外の規定に比して、明確性の要請が緩和されやすいという点については、理論的にも是認する余地がありうるように思われる。そして、著作権法における「柔軟な権利制限規定」の内実はいまだ不確定な部分を残すが、それが著作権者と著作物利用者の間の利害を個別に調整することを念頭におくものであるならば、そのことは明確性の要請を後退させる理由になる可能性があるといえる。

ただし注意が必要なのは、上記の有力説の見解に立っても、明確性の要請は適正な利害調整に必要な限度で後退するに過ぎず、その限度内では、可能な限り明確な規定・解釈が目指されるべきであるという点である。したがって、例えば、個別の利害調整にあたり考慮すべき要素については、可能な限り明確化することが望ましいと思われる。

---

<sup>156</sup> 最決平成 20 年 5 月 20 日刑集 62 巻 6 号 1786 頁

<sup>157</sup> 例えば、山口（2016）148-149 頁など

<sup>158</sup> 井田（2005）187 頁参照

## ウ 経済刑法において明確性の要請を緩和する議論

以上の議論は刑罰法規一般を対象に展開されているものであるが、近時、明確性の理論に関して刑法学説の関心を集めているのは、刑法典以外の刑罰法規、なかでも経済活動を規制する刑罰法規（経済刑法）の領域である。

経済刑法の領域では、他の刑罰法規に比べて、特に抽象的・包括的な文言を用いた規定が多いとされるが、その実際上の理由については「経済取引の在り方は時代の進展とともに複雑化し、新たな取引類型が次々に登場することから、形式的で詳細な構成要件を定めるだけでは脱法的な行為を誘発し、結果的に効果的な法益保護を果たし得ないことになる」などと説明されている<sup>159</sup>。

そこで学説では、こうした経済取引の特性を踏まえつつ、一定の限度で明確性の低い文言の使用を正当化しようとする見解が登場するに至っている。この見解は、行動基準の告知を通じて法益保護を図るというプロセスの実効性を確保する条件として、明確性の要請を捉えたうえで、それぞれの刑罰法規が想定する「名宛人集団」において一般的な知識及び判断能力を備えた人間が、当該規定から、違法・適法の境界を読み取ることができるかを明確性の基準とする。例えば、金融商品取引法は、その名宛人として、「自らの責任においてリスクとリターンを理性的・合理的に判断し、市場を飛び交う情報を精査して投資行動に出ることができる者」という高度の能力を備えた人間を想定しており、そのような「規範的な『投資家』」にとって明確であれば、一般人にとって明確とはいえない規定であっても、明確性の要請に反しないというのである<sup>160</sup>。

刑罰法規ごとに異なる名宛人を想定しうるかについては、異論もありえようが、典型的な規制対象者にとって明確であるかどうかは、重要な考慮要素になりうると思われる。もっとも、著作権法において規制対象として想定されているのは、まさに一般人であるように思われることから、著作権法違反行為の処罰規定に関する限り、上記の有力説に立つかどうかで明確性に関する結論に違いは生じない可能性が高いように思われる。

## エ 自然犯と法定犯の区別論

なお、2010年1月付けの「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」では、「刑法の場合は、そこで規定されている犯罪の多くは自然犯であり、やってはいけない行為とそうでない行為が一般人の目から理解しやすい種類の犯罪であるため、違法性阻却事由を定める規定が抽象的な文言であっても明確性の原則との関係で問題が生じにくいという側面があるのに対し、特別刑法である著作権法の場合は、法政策性の強い法定犯であるため、刑法における違法性阻却事由と同列に論ずるべきではなく、権利制限の一般規定を導入するに際しても、可能な限り法令上で要件を明確に定める必要があるとの意見が大勢であった」ことが指摘されている<sup>161</sup>。

---

<sup>159</sup> 具体例も含めて、安嶋（2013）25-28頁

<sup>160</sup> 仲道（2014）275-277頁参照

<sup>161</sup> 文化審議会（2010）49頁

しかし、そもそも自然犯と法定犯の区別基準について確たる議論は存在しないのが現状である。また、刑法上の各種犯罪に関して膨大な解釈論が展開されていることは、「やってはいけない行為とそうでない行為」が直ちには理解し難いことの証左ともいえ、仮に自然犯を「やってはいけない行為とそうでない行為が一般人の目から理解しやすい類型の犯罪」と定義するとしても、「刑法で規定されている犯罪の多くが自然犯である」という理解をとることについては疑問の余地があろう。この点を措くとしても、先に見たような違法性阻却事由の柔軟な解釈態度は、およそ全ての犯罪に妥当する刑法の一般理論から導かれるものであり、その射程は自然犯のみならず法定犯についても当然に及ぶものと理解されてきたように思われる。

「刑法で規定されている犯罪の多くが自然犯である」という認識が直感的に妥当と思われるとすれば、それは「刑法で規定されている犯罪」として、殺人罪や傷害罪のように、構成要件の結果すなわち法益侵害の有無を比較的容易に判断できる犯罪類型が想定されているからではないかと思われる。自然犯と法定犯の区別論の是非はさておき、前記報告書の見解は、このように法益侵害という処罰対象の最外延が比較的明確であるかどうかによって、明確性の要請の程度に違いが生じるという理解のもと、著作権法においては、著作権侵害の有無の判断自体が必ずしも明確でないことに着目して、明確な規定の必要性を主張するものといえる。確かに、法益侵害という処罰の第1ハードルが明確であるかどうかは、行為者の予測可能性の保障にとって極めて重要であり、したがって明確性の要請の程度に大きく影響する要素と理解すべきであろう。ただし、刑法上の各種の危険犯・未遂犯はもちろん、例えば、効用滅失をも器物「損壊」に含める判例・実務の態度からも明らかなように、刑法上の犯罪でさえ、第1ハードルたる法益侵害及び危険の判断には困難が伴うことも少なくないのであり、そうした犯罪との関係でも、抽象的な文言の違法性阻却事由がこれまで特に明確性の見地から疑問視されることなく適用されてきたという現実には直視する必要がある。

### 3. フェアユースの法理と明確性の理論－アメリカ法における議論を素材として

明確性の理論とフェアユースの法理の関係について論じた論文は、アメリカ法においても、極めて少ない。現時点において、最も体系的な議論を展開しているのが、文献①である。文献①は、日本における明確性の理論に影響を与えたアメリカ法における「漠然性故に無効の法理」(the void for vagueness doctrine)を概観し、当該法理それ自体が、漠然なものであるとしつつも、当該法理の適用により法令が違憲となるか否かは、①それが憲法上保障された権利を制限するものであるか否か、②刑罰法規であるか否か、③違法性の認識に欠ける場合免責になるものであるか否かという三つの要素が重要な判断要素になるとしている。この点、アメリカの現行著作権法は、三つの要素にいずれも欠け、特に、フェアユース規定は、伝統的な漠然性故に無効の法理に照らし、疑義があるとしている。

この点について、権利制限一般規定ワーキングチーム報告書においては、判例の蓄積がなされた後にフェアユース規定が成文化された米国と異なり、その蓄積がない我が国において、米国のようなフェアユース規定を導入することは「明確性の原則」の観点から問題であるとの意見も紹介されている。



#### 4. 新たな時代のニーズへの対応と明確性の原則

##### （１）著作権法における権利制限規定の在り方をめぐる三つの議論

我が国の著作権法では、「複製」等のように著作権侵害となる行為を極めて形式的、機械的に解釈する建前が採用されている。そのため、著作権者の現在及び将来の経済的利益を害するおそれのない利用行為の多くが、著作権侵害の対象として、民事責任・刑事責任に問われることとなっている。ただ、近年、著しい情報技術革新の中において、形式的には複製等の著作権侵害行為に該当する利用行為であっても、社会経済上大きな便益を生み出しうるようなサービスを提供し、技術を運用する上で、必要不可欠な利用行為があることが広く認識されるようになり、その中で、著作権者の利益を不当に害するものでないものについては、著作物の利用を認めるべきではないかということが強く指摘されるようになってきている。

このような状況の中、新時代のニーズに対応した我が国の著作権法政策として、これまで官民を問わず、様々な対応策が提示されてきた。その中でも、特に重要なものとして、次のような三つの提言を挙げることができる。第一は、2008年11月に「デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会」報告書の中で提言されたものであり、「著作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）」を設けるべきとするものである（以下、包括的一般規定方式）。これは、アメリカ著作権法におけるフェアユース規定のように包括性の高い一般規定の導入を企図するものである。

第二は、2011年1月に「文化審議会著作権分科会」報告書の中で提言されたものであり、①「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利用」（著作物の付随的な利用）【A 類型】、②「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利用」（適法利用の過程における著作物の利用）【B 類型】、③「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」（著作物の表現を享受しない利用）【C 類型】のように、三つの類型に分けた上で、それぞれについての権利制限の一般規定を設けるべきとするものである（以下、類型的一般規定方式）。

第三は、これらの提言がなされる中で、2012年の著作権法改正によって実際に採用されたものであり、個別に権利制限規定を設けて対応するというものである（以下、個別権利制限規定方式）。これは、新たに提言された方式というよりも、我が国における伝統的な著作権法政策の在り方である。

この三つの提言のうち、公共政策的観点からいずれが妥当であるかということは様々な議論があるところであるが、以下では、憲法が要請する明確性の原則の観点から、（２）個別制限規定方式、（３）包括的一般規定方式、（４）類型的一般規定方式の順番で、それぞれの利点と問題点について検討を進めたい。

## （２）個別制限規定方式と明確性の原則

個別権利制限規定方式は、我が国の著作権法政策における伝統的な方式として、根強い支持を獲得している方式であり、現在もこの方式が採用され続けている。ただ、このような個別権利制限方式は、問題が指摘されるごとに国会での立法手続が必要であり、情報技術革新の急激な変化に、適切かつ迅速に対応できないというデメリットが指摘されてきた。それにもかかわらず、このような個別権利制限規定方式が支持され、維持され続けている最大の要因は、この方式が、明確性の原則の要請に最も適合するものであるということにある。

もっとも、既に、指摘してきたように、刑罰法規であっても、「絶えず進展する社会の流動性と複雑化とに対処しうるためには、犯罪構成要件がつねに客観的・記述的な概念にとどまることはできず、価値的要素を含んだ規範的なものへと深化されることも必要である」ということは常々指摘されているところであり<sup>162</sup>、徳島市公安条例事件判決において明示されたように判例も絶対的な明確性を要求しているわけではない<sup>163</sup>。確かに、「終局判決をまたなければ明確にならないような基準は、基準なきにひとしく、国民を長く不安定な状態におくこととなる」が、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれる」限り、憲法 31 条の明確性の原則に違反するものではない。むしろ、明確性に拘るあまり、合理的根拠をもたない範囲にまで適用される規制を置き続けることは、「過度に広汎ゆえに無効」として違憲となる可能性もある。その意味で、単に、明確であるから個別権利制限規定が優先される、あるいは、不明確であるから他の方式が否定されるということだけをただちに言うことはできない。

しかも、特に、強調すべき点は、実際に採用されている個別権利制限規定方式の多くも、その文言からすれば、必ずしも明確な規定とは言えないということである。例えば、著作権法 30 条の 2（付随対象著作物の利用）、30 条の 3（検討の過程における利用）、35 条（学校その他の教育機関における複製等）、36 条（試験問題としての複製等）、42 条（裁判手続等における複製）などの個別権利制限規定において、「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」というような多分に評価的、価値的文言を含む但書が採用されているのである。そこで用いられている「著作権者の利益を不当に害する」という文言は、それだけを取り出してみると、不明確な規定と言わざるをえないであろう。その意味で、個別権利制限規定方式であれば明確であり、他の方式であれば不明確であるというのは、幻想に過ぎない。

ただ、「著作権者の利益を不当に害する」という文言を使用する上記の条文が、それだけで、憲法に違反する不明確な条文となるかというとは決してそうではない。例えば、著作権法 35 条 1 項における「著作者の利益を不当に害する」とは、著作権法の趣

<sup>162</sup> 最大判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 卷 4 号 547 頁〔全農林警職法事件〕（岸誠一・天野武一裁判官追加補足意見）

<sup>163</sup> 最大判昭和 50 年 9 月 10 日刑集 29 卷 8 号 489 頁〔徳島市公安条例事件判決〕

旨から考えれば、「著作権者の著作物利用市場と衝突するものであるか」、「現実には市販物の売れ行きを低下させ、将来における著作物の潜在的販路を阻害するものであるか」ということを基準として判断されるものであると解することができる<sup>164</sup>、確かに、抽象的、一般的観点からどのような場合が著作権者の著作物利用市場と衝突し、また、市販物の売れ行きを低下させるかということを明確に述べることは困難であるかもしれない。しかし、著作権法 35 条 1 項が想定するような学校における教育過程において著作物を利用するといった「具体的場面」においては、当該利用が、著作権者の著作物利用市場を侵害するものであるか否かは一般人の理解においても容易に判断できるものであると考えられる。さらに、このような条文が著作権法の中には複数存在し、また、近年もそのような条文が採用され続けていること、そして、そうであるにもかかわらず、不明確故に違憲無効であるとの指摘もないということは、上記理解を下支えするものであると言えるであろう。

### （３）包括的一般規定の明確性について

包括的一般規定の具体的内容としては、これまで様々な提案がなされており、アメリカ版フェアユースについても、その理解が諸説あるところである。仮に、日本において、原則として利用目的、利用主体、対象著作物、利用態様等をあらかじめ限定することをせず、一般的に、「著作物の利用が生み出す社会的便益のほうが、著作者が被る不利益よりも優越する場合には、『公正な利用』として権利制限規定の対象となる」旨の規定を置いた場合には、そのような規定について憲法上要求される明確性の要請を充たすことはできるであろうか。この点、現在の我が国においては、そもそも著作物の利用と著作権の保護とをどのようにバランスをとればいいのかについて多様な見解が存在するところであり、多くの場合において、そこに一定の定まった基準が見いだせない状況にある。例えば、パロディについても、それを認めるべきか、認めないべきでないかについて激しい対立がある。そのような中において、具体的場面を想定しない基準の下で、一般人が、様々な事象を衡量しつつ、自らの行為が公正な利用に該当するの否かを判断することは極めて困難であると考えられる<sup>165</sup>。

上記のような利益衡量を必要とする場合であっても、ある特定の分野に限れば、一定の定まった基準を見出せるといえる場合もあり得る。ただ、そのような場合があるとしても、利用目的、利用主体、対象著作物、利用態様等があらかじめ限定されてい

---

<sup>164</sup> 加戸（2013）282-283 頁

<sup>165</sup> 長谷部（2013）443 頁，461 頁は、「問題となる漠然とした実定法規の適用が、通常の判断能力を有する一般人の良識に照らしたとき結論の収斂を導かない場合—たとえば、ほぼ同様の比重を持つ異なる道德原則の深刻な衝突が問題となる場合—には、法令全体として漠然性の瑕疵を帯びるため文面上違憲無効と判断される余地は残る」と論じる。

<sup>166</sup> 例えば、著作権法 31 条 1 項 1 号が存在しない場合に、図書館の公共的奉仕機能に認められる社会的意義と権利者に及ぼす不利益の程度の比較衡量の結果として、図書館の行う資料の複写サービスについては、「政令で定める図書館等」において、「営利を目的としない事業として」、「公衆からの求めに応じ」、「調査研究の用に供するために」、「公表された著作物」の「一部分」を「一人につき一部」複製する行為に限って権利制限の対象となると判断することは一般人には困難であると考えられる。

ないフェアユース規定においては、具体的な場面において、一般人にとって判断が困難な場合も当然含まれてくることになる。前述のように、「著作権者の利益を不当に害する」などの文言を用いていた著作権法 35 条などは、明確性の原則に反しない旨論じたが、それは、学校教育など、当該条文によって想定されている具体的場面において判断が容易であるから明確性の原則に反しないのであり、あらゆる具体的場面に当該文言やより一般的な利益衡量に基づく規定を適用することが明確性の原則に反しないとするものではない。

また、一般人にとっての予測可能性を高める方法として、例えば国会審議などの場で、規定が適用される具体例を挙げて政府の解釈を示すことも考えられる。国会審議における政府（法案提出者）の説明は、立法者意思を示すものであり、明確性の向上に一定の効果があると考えられる。しかし、包括的一般規定の場合には、事前にそれが適用されるあらゆる場面を想定して、統一的な基準を示すことはおよそ不可能であり、国会審議等で説明できるのは、規定が適用される場面の一部でしかない。特に、技術の進展に伴って新たな利用形態が次々に生じてくるような場合には、立法時にそれを説明することは不可能である。

もっとも、以上については、立法時あるいは行為時には明確とはなっていないとしても、裁判時において裁判所の判断により何が公正であるかが明らかになることから、それによって問題が解決されるとする見解がある。しかし、国民の行為の準則となるべき刑罰法規は、「裁判時においてではなく、行為の時点においてすでに明確にされていなければならない」し、「終局判決をまたなければ明確にならないような基準は、基準なきにひとしく、国民を長く不安定な状態におくこととなる」<sup>167</sup>。確かに、民事法規として捉える限りは、個別具体的な裁判時における利益衡量とその判例の蓄積という形式によって法規範の明確化を実現するという方法もありえよう。しかし、著作権法は、民事法であると同時に刑罰法規なのであり、刑罰法規と同様の明確性が要求されると考えるべきである。もし仮に、当該規定の具体的内容が、裁判時においてはじめて明らかになるというような趣旨によって立法されたものであるとすれば、当該規定は、その建前からして、違憲の疑いがあることは免れないであろう。

また、例えば、文化庁等が、当該包括的一般規定の解釈としてガイドライン等を示すことによって明確になるのではないかという見解もあり得る。行政が示すガイドラインは、権利者や利用者にとっての行為規範となり、裁判所の判断材料の一つともなり得るものであり、明確性の向上に一定の効果があると考えられる<sup>168</sup>。しかし、法的

---

<sup>167</sup> 最大判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 卷 4 号 547 頁〔全農林警職法事件〕（岸誠一・天野武一裁判官追加補足意見）。

<sup>168</sup> 佐伯（2013）26 頁では、「予測可能性の保障の観点からは、当該法律自体によって処罰範囲の明確性が確保されている必要は必ずしもない。法律の委任を受けた政省令、さらには、行政庁の通達や公表されたガイドラインも含めた全体としての明確性が担保されていれば予測可能性の保障は満たされている。」と述べている。他方、広島市暴走族追放条例事件判決（最判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 卷 6 号 601 頁）の調査官解説（前田（2011）379 頁，401 頁）は、（当該判決が）「『本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば』、上記のような限定解釈が導き

拘束力を持たないガイドラインは、裁判所の判断を拘束するものではなく、法文の明確性を最終的に担保できるものではない。そのため、行政のガイドラインが示されることが予定されているからといって、それだけで不明確な規定が許容されるとまでは言えない。

また、刑法 35 条の正当業務行為など、刑罰法規に関して、相当程度抽象的な規定が許容されていることから、上記の程度の抽象度であっても問題がないとの指摘もあるが、そのことのみをもって上記のような規定形式が許容されると結論づけることはできず、こうした規定が上記最高裁判決との関係でどのように明確であるといえるのかを含め、権利制限規定に求められる明確性の程度については、今後充実した議論がなされることが望ましい。

なお、著作権法の在り方は、従来、民事法規定として議論されることが多かったが、著作権法が刑罰法規としての側面を有することは無視できない。特に、萎縮効果に配慮すべき表現の自由に対する制約をも伴うものであることから、抽象的一般的な規定の導入には慎重であるべきである<sup>169</sup>。もし、利益衡量的な包括的一般規定の導入が望ましいということであれば、まず、刑罰法規の適用対象を例えば、商業的海賊版に限定するなどの著作権法改正をおこなった後に検討するというのが、立法のあるべき手順であると考えられる。

もっとも、アメリカの著作権法におけるフェアユース規定は、利益衡量的要素を含むものであるが、憲法的疑義は出ておらず、むしろ、そのような個別具体的な利益衡量によって救済する余地を認めることは憲法適合的であると考えられている<sup>170</sup>。このような観点から、原則として著作権侵害となる利用行為に対する個別具体的な救済方式として機能する限り、利益衡量的包括的一般規定も、著作権法分野の特殊性に鑑み、不明確性がもたらすデメリットを補完するだけの表現の自由へのプラスの効果があるものとして許容されるという理論も充分ありえよう<sup>171</sup>。ただ、このような理論は、我が国における明確性の原則の議論においては未成熟な段階にあり、今後の議論に委ねられている課題である。

#### （４）類型的一般規定方式と明確性の原則

##### （a）類型的一般規定方式の新たな展開

---

得るとした」と論じたことについて、「限定解釈の基準を規定外の立法経緯等に求めることはせず、あくまで規定自体に求める姿勢を堅持したものであるといえるであろう」と解説している。現在の最高裁の立場として、公示されているわけではない立法経緯等により法文の明確化が担保され则认为られているか慎重な検討が必要である。

<sup>169</sup> 桑野（2016）2 頁、23 頁は、刑罰法規としての著作権法を強調した上で、著作権法の立法論について「まず、条文に関しては、犯罪の成立範囲は明確にしなければなりません。処罰対象となる行為やその判断基準はなるべく条文上明確にする必要があります。また、犯罪が成立しない場合、現在の例外規定に当たる規定についても、その判断基準をやはり条文上明確にしなければならないと思います」と論じている。

<sup>170</sup> Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219-220 (2003).

<sup>171</sup> See, Bradley E. Abruzzi, Copyright and The Vagueness Doctrine, 45 U. MICH. J.L. REFORM 351 (2012).

類型的一般規定方式は、個別権利制限規定と包括的一般規定のそれぞれのメリット・デメリットを折衷させる方式として提案されているもので、近年、さらなる議論の深化が見られる。具体的には、次のように定義づけられる利用について、権利制限の対象とすることが提案されている。

## 第1層

「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

## 第2層

電子計算機による情報処理により得られた新たな知見や情報を生み出すサービス（例えば、所在検索サービス、情報分析サービス）を行う場合において、当該情報処理の結果の提供に付随して、必要かつ軽微な形で著作物を提供又は提示する行為

**(b)「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行為を対象とする規定形式について**

上記で挙げた1層は、2011年1月「文化審議会著作権分科会」報告書におけるいわゆるC類型に含まれるものである。例えば、2012年法改正によって設けられた著作権法30条の4は、このC類型を具体化したものとして位置づけられており、同条の趣旨も、「こうした著作物の利用行為は、『見る』、『聴く』等の視聴行為を通じて、当該著作物の本来的な価値を享受することを目的とするものではなく、また、試験の用に供するという限られた用途・範囲において行われるものにすぎず、市場と競合するものではないため、通常、著作権者の利益を害するものではない」と解説されている<sup>172</sup>。上記の第1層は、著作権法30条の4の背後にある考慮それ自体を条文化しようとするものであると捉えることができる。

もっとも、ここで、「享受するための利用」という従来の法規定においては用いられていない概念が用いられており、それが不明確ではないかという議論があり得るため、検討を要する。「享受」という概念は、辞書的な意味では、「精神的、物質的な利益を受けて、それを味わい楽しむこと」<sup>173</sup>、あるいは、「精神的にすぐれたものや物質上の利益などを、受け入れ味わいたのしむこと」<sup>174</sup>という意味で用いられるものである。また、未だ理論的に画立した見解は存在しないが、そもそも「享受するための利用」という概念は、著作物を複製等する場合には、複製等それ自体から効用を得る目的で複製等をする場合と、複製されたものの「内容」から著作物の本来の用途に従って効用を得る目的で複製等をする場合の二つの目的によって複製等がなされるものであるという想定に立脚しているものと考えられる。すなわち、専ら著作権法30条の4が想定する事態であるが、機器の実験のために録音や録画をする行為の目的は、

<sup>172</sup> 加戸（2013）250頁。

<sup>173</sup> 『日本国語大辞典 第二版第四巻』（小学館、2001）443頁

<sup>174</sup> 新村出『広辞苑第六版』（岩波書店、2008）730頁

録音や録画それ自体から機器の調子を試験するなどの効用を得ることにあり、録音や録画された複製物の内容から効用を得ること、すなわち、音楽を聴いたり、VTR を見たりするなど複製物の内容から本来の著作物の用途に従って効用を得るということを目的とした行為ではない。通常、著作権者が自らの著作物の本来の利用市場と想定するのは、著作物の内容から本来の用途に従って効用を得ることを目的とした利用についての市場であると考えられるから、30 条の 4 が想定する利用形態のように、それ以外の過程により効用を得ることを目的とした利用については、著作権者の市場と競合することはないと考えられ、一律に権利制限規定の対象とすることは合理的であるように考えられる。

「享受するための利用」という概念がそのような思想に立脚していることのほか、辞書的な意味を勘案すると、「享受するための利用」とは、「著作物の本来の用途に従い、そこから精神的利益（効用）を得ることを主たる目的とした利用」を意味するものと解される。そのように解することができれば、例えば、書籍ならばその内容を読むこと、音楽ならば音楽を聴くことが本来の用途に従って精神的利益を得るということに該当する一方、30 条の 4 が想定するように、スピーカーの音質など機器の性能を検証することを主たる目的として音楽の再生をおこなう行為については、演奏行為や再生行為それ自体に効用を得る契機があると考えられ、「享受するための利用」に該当しないなど、具体的場合においてその判断は容易であろうと考える。

少なくとも、上記のように解する限り、「享受」概念が特段不明確であり、憲法上、疑義が存在するということとは言えないものとする。むしろ、逆に、著作権者の本来的な市場と衝突することがおよそ想定できない非享受の利用にまで、著作権法違反の民事・刑事の責任を問うことは、過度に広汎な制約となっている側面も否定できない。

なお、既述のように、国会審議における政府側の説明などによって、立法趣旨や適用場面の具体例を説明することは、明確性の向上に一定の効果があるものと考えられる。

(c) 電子計算機による情報処理により新たな知見や情報を生み出すサービス（所在検索サービス、情報分析サービスなど）を行う場合において、当該情報処理の結果の提供に付随して、必要かつ軽微な形で著作物を提供又は提示する行為を権利制限の対象とする規定形式について

第 2 層の各規定は「必要かつ軽微」という留保が用いられていることにその特徴がある。この点、例えば、現行の著作権法 47 条の 6 は、「検索及びその結果の提供を行うために必要と認められる限度において」と規定し、「軽微な利用」という限定を付してはいない。これとの対比で言えば、第 2 層の各規定は、「必要と認められる限度」であるが、「軽微」な利用に留まらないものは、権利制限規定の対象とはならないとするものであると考えられる。実際、「必要と認められる限度」というだけであると、状況によっては、著作権者の市場を大きく浸蝕する場合があります、より一般性の高い規定を設ける以上、「軽微」なという形で限定を付すことには合理性が認められる。

この「軽微」という概念については、既に、著作権法 30 条の 2 において使用例があり、そこでは、「当該写真等著作物における軽微な構成部分となるものに限る」との

規定の中で用いられている。同条における「軽微」については、「著作物の種類に照らし、個別の事案に応じて判断されるものであり、予め定量的な割合が決まっているものではない」との理解がなされている。第2層で想定されている「軽微」概念の判断も、著作物の種類に照らし、利用された部分の質と量の観点から個別具体的に判断されるものと解されよう。

このように、「軽微」であるか否かが個別具体的に判断されるべきものであるとすると、明確性の観点から問題となり得る。しかし、軽微という概念は、抽象的に考えれば漠然としているが、例えば、著作権法30条の2では、当該写真等著作物の中で相対的・総合的軽微性を意味することが読み取ることができ「軽微」かどうかは、一般人にとっては容易に判断できるものと考えられる。同様に、当該具体的場面において、「軽微」か否かの判断が容易な具体的事案を想定して、そのような事案にのみ適用される条文中において、「軽微」という概念をもちいるとすれば、そのような概念を用いたとしても明確性の原則に反しないものと考えられる。

現在提案されている第2層は、「電子計算機による情報処理により得られた新たな知見や情報の提供に付随して」という形式で、それらが適用される場合は限定されている。そうすると、第2層において限定された分野における具体的場合において、一般人が自らの利用行為が、「軽微」であるか否か、ある程度、判断することができるのではないかと考えられる。さらに、所在検索や情報分析サービスなどで想定されるサービスを例示する、軽微であるか否かを判断する際の考慮要素を示す、国会審議などによって立法者意思を明らかにする、といった方法を用いることにより、具体的場面において当該規定が適用されるか否かの判断基準を示すことも考えられる。そのようにすればなお一層、明確性を担保できるものと言えるだろう。



## 5. 総括

現在の判例及び刑法学説の傾向を前提とする限り、明確性の理論に基づいて法令が違憲無効となる場合は、極めて例外的な場合に限られており、表現の自由を制限する刑罰法規においても、総合衡量的な事情に基づき構成要件該当性ないし違法性阻却事由該当性が判断される規定を設けることそれ自体が、ただちに、明確性の理論に違反するものではない。

いかなる場合に明確性の理論違反になるか否かは、なお不明確・不透明な部分を多分に残しており、考慮要素の明示・例示、政令や省令への委任の活用、基本類型の例示、解釈指針の導入など、可能な限り規定の明確化に向けた努力をおこなう必要があらう。

## 【調査 7：条約との整合性に関する調査】<sup>175</sup>

### 1. スリー・ステップ・テストの概要

柔軟な権利制限規定を導入する場合に、国際条約との整合性に関して問題となり得るのは、「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約<sup>176</sup>」（ベルヌ条約）9 条 2 項等に定められたスリー・ステップ・テストである。

同項によれば、条約加盟国が複製権の制限を行う際には、①特別の場合（*certain special cases*）に限り、②著作物の通常の利用（*normal exploitation*）を妨げず、③著作者の正当な利益を不当に害しない（*not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author*）ものでなければならない。

#### ベルヌ条約 9 条 2 項

It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

特別の場合について前項の著作物の複製を認める権能は、同盟国の立法に留保される。ただし、そのような複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつ、その著作者の正当な利益を不当に害しないことを条件とする。

ベルヌ条約におけるスリー・ステップ・テストは、複製権の制限に関するものである。その後採択された「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定<sup>177</sup>」（TRIPs 協定）13 条、「著作権に関する世界知的所有権機関条約<sup>178</sup>」（WIPO 著作権条約）10 条には、同様の規定が若干の文言の変更を伴って規定されており、その対象も著作権一般の制限へと拡張されている<sup>179</sup>。

スリー・ステップ・テストは、加盟国が国内法で著作権の制限規定を立法する際の裁量を限界付ける規定である。仮に、国内法に規定される権利制限がスリー・ステップ・テストの要件を充足しない場合には、他の加盟国から条約違反の責任を追及される可能性がある。具体的には、WIPO が所管する条約に関する紛争は国際司法裁判所に付託できることになっているが、現在に至るまで実際に WIPO 所管条約に関する紛

<sup>175</sup> 本稿の記述の多くは、小嶋（2010, 2012, 2014）及びそれに基づく小嶋（2016）に拠っている。

<sup>176</sup> 当初の条約は 1886 年に締結（日本は 1899 年に締結）。最新のものは 1971 年のパリ改正条約（日本は 1975 年に締結）。

<sup>177</sup> 1994 年に採択された WTO 設立協定の附属議定書の一つ（日本は 1994 年に締結）。

<sup>178</sup> 1996 年に採択（日本は 2000 年に締結）。

<sup>179</sup> ベルヌ条約第 9 条第 2 項及び WIPO 著作権条約第 10 条が「著作者（author）」の正当な利益を問題視しているのに対し、TRIPs 協定第 13 条は「権利者（right holder）」の正当な利益を問題としている。

争が付託された事例はない。これに対し、TRIPs 協定に関する紛争は WTO 紛争解決  
手続に付することができ、実際に著作権のスリー・ステップ・テストについて申立が行  
われた事例がある。2 では、その概要について述べる。

## 2. スリー・ステップ・テストの国際的な解釈

2000 年に行われた米国著作権法 110 条 5 項に関する WTO パネル報告<sup>180</sup>は、これまでに著作権のスリー・ステップ・テストの解釈について国際的な判断を行った唯一の事例である。この事件は、欧州共同体（EC：申立国）と米国（被申立国）との間で争われた紛争事例であり、米国著作権法の同規定が TRIPs 協定 13 条の要件を満たしているかが主な争点となった。

### （1）事案の概要

米国著作権法において、小売店又は飲食店が顧客のためにテレビ放送又はラジオ放送を流す行為は、著作物の「公の演奏」に該当する。同法 110 条 5 項は、これらの行為について一定の要件の下で公の実演権を制限する規定である。同項には(A)「家庭用例外（home-style exemption）」と(B)「業務用例外（business exemption）」の二つの規定が設けられている。

家庭用例外では、家庭で一般的に用いられる種類の単一の受信装置を通じて公衆に受信させることにより、著作物の実演又は展示が収録された送信を伝達する行為が許容されている。この規定の立法趣旨は、通常受信装置を用いた公の場所における送信の二次的な利用は、著作物の利用の程度がわずかなものであるため、著作権侵害の責任を問われるべきでないというものである。

業務用例外では、施設の床面積及び設置される受信装置の数や大きさに関する要件を満たす施設において、一般公衆に受信させることを目的として、非演劇音楽著作物の実演又は展示が収録された送信又は再送信を伝達する行為が許容されている<sup>181</sup>。この例外は、非演劇音楽著作物の公の実演に対する権利制限の範囲を大幅に拡張するものであり、結果的に、米国内の飲食店の大部分がこの例外の受益者となった。

なお、家庭用例外と業務用例外のいずれも、上記に加えて、送信の視聴を直接の目的として対価が支払われないこと、及び当該施設を越えて公の伝達となされないことを要件としている。

EC は、これらの例外が TRIPs 協定第 9 条第 1 項を通じて導入されるベルヌ条約 11 条 1 項（著作物の上演及び演奏並びにその公の伝達に関する排他的権利の保護を義務付ける）に違反すると主張した。これに対して米国は、これらの例外が協定 13 条のスリー・ステップ・テストの規定に整合的であるとの抗弁を主張した。

### （2）WTO パネル報告書の要旨

---

<sup>180</sup> United State—Section 110(5) of the US Copyright Act, Report of the Panel, WT/DS160/R, Jun. 15 2000, adopted on Jul. 27 2000.

<sup>181</sup> 具体的には、まず、2,000 平方フィート未満の床面積を有する事業者（飲食店を除く）及び 3,750 平方フィート未満の床面積を有する飲食店は、テレビ放送又はラジオ放送を客に提供することが認められる。これらを超える床面積を有する施設であっても、設置されるスピーカーの数（外部スピーカーが 6 台以下）又はテレビの大きさ・数（55 インチ以下の 4 台のテレビ）に関する条件を満たす限り、提供が認められる。

本件 WTO パネル報告書では、スリー・ステップ・テストの各要件について、以下のように判断した<sup>182</sup>。

**(a) 第 1 ステップ「特別な場合」**

「特別な場合」とは、例外及び制限が明確に定義され、その適用範囲が質的にも量的にも限定的なものにとどまり、明確な政策判断に基づき狭い範囲に限定される必要がある。もっとも、当該例外の範囲が知られており、また特定されているのであれば、当該例外が適用される可能性のある状況を明確に特定する必要はない。

本件パネル報告書は、家庭用例外は第 1 ステップに適合するが、業務用例外は適合しないと判断した。家庭用例外に関しては、適用対象となる施設が限られており、対象となる著作物から演劇音楽著作物が除外されていることを理由に「特別な場合」に当たるとされた。業務用例外に関しては、例外の適用対象となり得る施設の割合が、飲食店の約 70%、小売店約 45%という多数に上ることを理由に、「特別な場合」に該当しないとされた。

**(b) 第 2 ステップ「通常の利用を妨げない」**

著作物の「通常の利用を妨げない」とは、経験的な意味と規範的な意味の二つが存在する。経験的な意味に関しては、著作権者が著作物の利用を通常期待する市場が存在しているか否かが問題となり、通例著作権者が対価の支払いを期待しないような利用は「通常の利用」に該当しないとされる。規範的な意味に関しては、例外又は制限の対象となる著作物の利用が、著作権者が当該著作物に関して有する排他権から経済的価値を引き出す通常の態様が市場で競合しているかが問題となり、それによって権利者の重要で具体的な経済的利益が損なわれていないことが必要となる。

本件パネル報告書は、家庭用例外は第 2 ステップに適合するが、業務用例外は適合しないと判断した。家庭用例外に関しては、例外の対象となる施設が飲食店及び小売店全体のうち比較的少ない割合に限定されていることを理由に、著作物の「通常の利用を妨げない」と結論した。業務用例外に関しては、例外が対象とする市場（飲食店及び小売施設における音楽の伝達）は、従来集中管理団体によるライセンスの提供が行われることが少なかった分野であるものの、飲食店の大部分が適用対象となる以上、権利者の潜在的収益が失われているとして、著作物の「通常の利用を妨げる」とされた。

**(c) 第 3 ステップ「権利者の正当な利益を不当に害しない」**

「権利者の正当な利益を不当に害しない」とは、例外及び制限により、権利者が有する排他権の経済的価値及びその他の利益に対して現実又は潜在的な不当な損失が生

---

<sup>182</sup> WTO パネル報告書により示されたスリー・ステップ・テストの解釈は、後の学説及び実務に大きな影響を与えている一方で、条約の文言を過度に重視しており、TRIPs 協定の目的や原則など、他の要素を十分に考慮していないという批判もある。これについては、Grosse Ruse-Khan (2011)、Geiger et al. (2016)など参照。

じるか否かを判断する。

本件パネル報告書は、家庭用例外は第 3 ステップに適合するが、業務用例外は適合しないと判断した。家庭用例外に関しては、対象となる施設の割合が少ないこと、家庭用受信装置を用いた小規模事業者による音楽の利用が集中管理団体による収益源として大きなものではないことを理由に、「権利者の正当な利益を不当に害しない」と判断された。業務用例外に関しては、例外の適用対象となる施設の中には、仮に権利者からライセンス料の支払いを求められた場合に店内で音楽を流すことを止める可能性があるものが一定数存在するが、他方で、当該例外が認められた場合には、現在録音物等を用いて音楽を流している事業者や音楽を流していない事業者が積極的に同例外を活用し、結果的に対価の支払いを免れることになってしまうとされた。

### （３）スリー・ステップ・テストと柔軟な権利制限規定との関係

上記 WTO パネル報告書において、米国著作権法 110 条 5 項(B) が定める業務用例外がスリー・ステップ・テストに適合しないと判断された理由として、第 1 ステップから第 3 ステップのいずれにおいても、飲食施設の 70%、小売り施設の 45%という適用範囲の広さが大きな要素となっている。

同規定は、例外の対象となる施設の床面積のほか、例外が適用されるスピーカーの台数やテレビの大きさまでも具体的に定めており、明確な個別規定であるといえる。すなわち、同パネル報告書は、明確な個別規定であっても、例外の範囲が広すぎる場合には、「特別な場合」に該当しないと判断したことになる。

では、例外の範囲が条文上は明確に定められていない柔軟な権利制限規定の場合には、スリー・ステップ・テストとの適合性はどのように判断されるのであろうか。この問題は、米国著作権法のフェアユース規定（107 条）が「特別な場合」に該当するかをめぐって従前から議論されてきた。

従来の学説には、フェアユース規定が第 1 ステップに抵触するとの見解を示すものも存在する。これに対し、同パネル報告書は、第 1 ステップに関して「当該例外の範囲が知られており、また特定されているのであれば、当該例外が適用される可能性のある状況を明確に特定する必要はない」と判断している。同パネル報告書は、柔軟な権利制限に直接言及するものではないが、この解釈によれば、フェアユース規定のような権利制限の一般規定でも、第 1 ステップを充足すると認められる可能性は存在すると考えられる。

近時の学説においても、権利制限の一般規定に関して第 1 ステップとの整合性を肯定する見解が強まっている。例えば、Martin Senftleben 教授は、法的明確性は立法者の立法行為のみによって確保されるものではなく、一般規定を適用する判例の発展を通じて「特別な場合」が具体化されるのであるから、権利制限の一般規定も第 1 ステップを充足する可能性がある」と指摘する<sup>183</sup>。

また、オーストラリア法改正委員会報告書<sup>184</sup>は、同国政府に対し、同国著作権法を

<sup>183</sup> Senftleben (2011)。駒田 (2010)も参照。

<sup>184</sup> Australian Government (2013)

改正し米国型のフェアユース規定を導入すべきであるとの提言を行っている。同報告書では、「マックスプランク宣言<sup>185</sup>」及び Senftleben 教授が提唱する柔軟な解釈を参照し、フェアユースを立法するに当たりスリー・ステップ・テストとの抵触は生じないと指摘している。また、同報告書では、WCT10 条及び同条に付された合意声明を念頭に置いてスリー・ステップ・テストを解釈した場合、柔軟性のある権利制限規定の導入は、ベルヌ条約の下で認められている権利制限規定を「デジタル環境についても適切に及ぼすこと」に他ならないと指摘する。

このように、スリー・ステップ・テストを厳格に解釈したと評価されている WTO パネル報告書が示した基準によっても、加盟国がフェアユース規定をはじめとする柔軟な権利制限規定を導入する裁量は十分に保障されている。そして、WCT10 条に付された合意声明などを手掛かりにスリー・ステップ・テストを柔軟に解釈することを提唱する近時の学説によれば、加盟国の裁量はさらに広く認められることになる。このように、一般的な規定であること自体がスリー・ステップ・テストに抵触すると判断される可能性は低いと考えることができる。スリー・ステップ・テストの下で、加盟国がフェアユース規定をはじめとする柔軟な権利制限規定を導入する裁量は十分に保障されており、一般的な規定であること自体がスリー・ステップ・テストに抵触すると判断される可能性は低いと考えることができる。

したがって、日本の著作権法において柔軟な権利制限規定を創設する場合にも、スリー・ステップ・テストに適合するか否かの判断は、規定の形式面（一般的な規定か、個別具体的な規定か）よりも、実際の適用対象が過度に広範囲とならないかという実質的な要素の方が、重要な判断材料となると考えられる。

個別規定であれ一般規定であれ、適用対象が広範囲にわたり、権利者が期待する市場の多くが失われるような権利制限を設ける場合には、スリー・ステップ・テストに違反すると判断される可能性も否定できない。一方で、適用対象の範囲が比較的限定されており、権利者の重要な利益が失われないような例外であれば、スリー・ステップ・テストに適合すると判断される可能性が高いものと考えられる。

---

<sup>185</sup> Geiger et al, (2008)。欧州の著作権法学者が共同で作成した「スリー・ステップ・テストに関する宣言」。スリー・ステップ・テストの各ステップを累積的に適用するという手法を改め、米国著作権法 107 条のフェアユースのように、各ステップを総合的に評価すべきであると主張している。総合的な評価を採用した場合のメリットとしては、その適用の際に、大きな柔軟性を確保することができるという点にあるとされている。例えば、問題とされている権利制限が、第 1 及び第 2 ステップにおいて不利に評価されたとしても、第 3 ステップで極めて有利な評価を得れば、結果として同テストとの整合性が認められる可能性がある。

## 【参考文献】

〔調査1 関連〕

アウンコンサルティング株式会社「世界 40 か国、主要検索エンジンシェア【PC、モバイル】」（2016 年 11 月 9 日）

城所岩生『フェアユースは経済を救う』（インプレス R&D, 2016）

株式会社 NTT-X・Google「インターネット検索分野における戦略的提携について」<sup>186</sup>  
（2003 年 10 月 2 日）（<http://pr.goo.ne.jp/goo/2003/244/>）

サーチエンジン史（日本の検索エンジンの歴史）ホームページ<sup>187</sup>（2016 年 12 月 12 日閲覧）

佐藤俊一＝佐藤理「Web 検索サービス：InfoNavigator」FUJITSU.49, 5, 353-357 頁（1998）

「千里眼に関する Q&A」アーカイブ<sup>188</sup>（2016 年 12 月 12 日閲覧）

田中辰雄「クリエイターはフェアユース導入に賛成か反対か」GLOCOM Review 13 巻 1 号（2015）

中山信弘「著作権法の憂鬱」月刊パテント 2013 年 1 月号（2013）

文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」（第 1 回）資料 4・資料 5（2015 年 10 月 7 日）<sup>189</sup>

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（第 10 回）（2008 年 1 月 11 日）資料 3  
文化庁「文化審議会著作権分科会報告書」（2009 年 1 月）

ヤフー株式会社「Yahoo! JAPAN の検索サービスにおけるグーグルの検索エンジンと検索連動型広告配信システムの採用、ならびに Yahoo! JAPAN からグーグルへのデータ提供について」<sup>190</sup>（2010 年 7 月 27 日）

SEO Japan ホームページ：「検索エンジンの歴史」インフォグラフィック<sup>191</sup>（2016 年 12 月 12 日閲覧）

〔調査2 関連〕

池田謙一「行政に対する制度信頼の構造」『年報政治学 2010-1』11-30 頁（木鐸社, 2010）

池田謙一「各種制度信頼の規定要因の分析」総務省大臣官房企画課編『行政の信頼性確保、向上方策に関する調査研究報告書（平成 18 年度）』19-68 頁（2007）

行政管理研究センター

池村聡「著作権法コンメンタール」別冊平成 21 年改正解説（勁草書房, 2010）

---

<sup>186</sup> <http://pr.goo.ne.jp/goo/2003/244/>

<sup>187</sup> <http://www.searchengine.jp>

<sup>188</sup> <http://web.archive.org/web/19980210121055/http://senrigan.ascii.co.jp/r/faq.html>

<sup>189</sup> [http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/needs\\_working\\_team/h27\\_01/index.html](http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/needs_working_team/h27_01/index.html)

<sup>190</sup> <http://pr.yahoo.co.jp/release/2010/0727a.html>

<sup>191</sup> [http://www.seojapan.com/blog/wp-content/uploads/searchengine\\_855px.jpg](http://www.seojapan.com/blog/wp-content/uploads/searchengine_855px.jpg)



池村聡「著作権法コンメンタール」別冊平成 24 年改正解説（勁草書房, 2013）

クリスチャン・ヴォルシュレーガー「民事訴訟の比較歴史分析—司法統計からみた日本の法文化（1）」大阪市立大學法學雑誌 48(2), 502-540 頁（2001）

クリスチャン・ヴォルシュレーガー「民事訴訟の比較歴史分析—司法統計からみた日本の法文化（2・完）」大阪市立大學法學雑誌 48(3), 731-776 頁（2001）

遠藤直哉『ソフトローによる社会改革』（幻冬舎, 2012）

大淵哲也編『知的財産とソフトロー』（有斐閣, 2010）

大山耕輔「行政信頼の政府側と市民側の要因—世界価値観調査 2005 年のデータを中心に—」日本政治学会編『年報政治学 2010-1』31-48 頁（木鐸社, 2010）

檜村志郎・武士俊敦編『トラブル経験と相談行動（現代日本の紛争処理と民事司法 2）』（東京大学出版会, 2010）

河合幹雄他「『日・米・中法意識比較研究』調査基本報告書」名古屋大學法政論集 205, 1-51 頁（2004）

川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店, 1967）

小塚壮一郎「形成主体の側から見たソフトロー—ソフトローを形成する「団体」」藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』101-122 頁（有斐閣, 2008）

最高裁判所「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第 6 回)」（2015 年 7 月）

佐々木吉男『民事調停の研究』（法律文化社, 1967）

佐藤岩夫ほか編『利用者からみた民事訴訟—司法制度改革審議会「民事訴訟利用者調査」の 2 次分析』（日本評論社, 2006）

ジョン・ヘイリー「裁判嫌いの神話（上）」判例時報 902, 14-22 頁（1978）

ジョン・ヘイリー「裁判嫌いの神話（下）」判例時報 907, 13-20 頁（1979）

菅原郁夫ほか著『利用者が求める民事訴訟の実践 民事訴訟はどのように評価されているか』（日本評論社, 2010）

ダニエル・H・フット『裁判と社会—司法の「常識」再考』（NTT 出版, 2006）

ダニエル・H. フット＝太田勝造編『裁判経験と訴訟行動（現代日本の紛争処理と民事司法 3）』（東京大学出版会, 2010）

知財高裁パンフレット（2016）

東京大学大学院法学政治学研究科 COE プログラム知的財産権ソフトロー収集班「特許等ライセンスに関する「ソフトロー」実態調査 アンケート回答結果」ソフトロー研究 6, 119-134 頁（2006a）

東京大学大学院法学政治学研究科 COE プログラム知的財産権ソフトロー収集班「特許等ライセンス契約についてのソフトローに関するアンケート及びインタビュー調査 総括報告—法理論とライセンス実務の架け橋」ソフトロー研究 6, 135-167 頁（2006b）

中里実「法制度の効率性とソフトロー」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』555-579 頁（弘文堂, 2005）

平井宜雄『法政策学—法制度設計の理論と技法 第 2 版』（有斐閣, 1995）

藤田友敬「規範の私的形成と国家によるエンフォースメント：商慣習・取引慣行を素材として」ソフトロー研究 6, 1-18 頁（2006）

藤田友敬「はじめに」藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』1-10 頁（有斐閣, 2008）  
 マーク・ラムザイヤー『法と経済学—日本法の経済分析』（弘文堂, 2004）  
 松村良之＝村山眞維編『法意識と紛争行動（現代日本の紛争処理と民事司法 1）』（東京大学出版会, 2010）  
 森田宏樹「プロバイダ責任制限法ガイドラインによる規範形成」ソフトロー研究 12, 73-102 頁（2008）  
 山岸俊男『信頼の構造』（東京大学出版会, 1998）  
 Ginsburg, T. & G. Hoetker, *The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation*, Journal of Legal Studies 35(1), 31-59 (2006)  
 Harel, A. & Feldman, Y., *Social Norms, Self-Interest and Ambiguity of Legal Norms: An Experimental Analysis of the Rule v. Standard Dilemma*, 4(1) REVIEW OF LAW & ECONOMICS 82; 1st Annual Conference on Empirical Legal Studies (2008)

〔調査 3 関連〕

池村聡「著作権法コンメンタル」別冊平成 21 年改正解説（勁草書房, 2010）  
 池村聡「著作権法コンメンタル」別冊平成 24 年改正解説（勁草書房, 2013）  
 梶山敬士「著作権論」（日本評論社, 2009）  
 野口祐子「著作権分野における NPO の役割—日米を比較して—」著作権研究 39 (2012)  
 パメラサミュエルソン「著作権の例外と制限に対する原則に則ったアプローチ」日本評論社「特集 著作権法の将来像」所収（2015）  
 平成 25 年 3 月「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 パロディワーキングチーム報告書」（2013）  
 Alan Latman, *Fair Use of Copyrighted Works*, Study NO.14, Copyright Law Revision, Studies Prepared for the Subcomm. on Patents, Trademarks and Copyrights, S Comm. on the Judiciary, 86th Cong. 3 (1960)  
 American Intellectual Property Law Association, REPORT OF THE ECONOMIC SURVEY (2011, 2015)  
 The Department of Commerce Internet Policy Task Force, WHITE PAPER ON REMIXES, FIRST SALE, AND STATUTORY DAMAGES (2016)  
 Niva Elkin-Koren & Neil Netanel, *How Does Fair Use Fare as Legal Transplant* (forthcoming, 2017)  
 George P. Fletcher & Steve Sheppard, *American Law in a global context*, Oxford University Press, 502-523 (2005)  
 Daniel Gervais, *Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, 5 U. OTTAWA L. & TECH. J. 1 (2008)

Jane C. Ginsburg, *Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid?*, 29 BERKELEY TECH. L.J. 1383 (2014a).

Jane C. Ginsburg, *Letter from the US: Exclusive Rights, Exceptions, and Uncertain Compliance with International Norms – Part II (Fair Use)*, *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (2014b)

James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 YALE L.J. 882 (2007)

House Judicial Committee, *The Scope of Fair Use*, available at <https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/113-82-86454-.pdf>

Richard Posner, *HOW JUDGES THINK*, Harvard University Press (2007)

Mathew Sag, *Predicting Fair Uses*, 73 OHIO STATE LAW JOURNAL 47-91 (2012)

Pamela Samuelson, *Justifications for Copyright Limitations and Exceptions* (Forthcoming Chapter in Ruth Okediji (ed.), *COPYRIGHT LAW IN AN AGE OF LIMITATIONS AND EXCEPTIONS* (2015)

Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 FORDHAM LAW REVIEW 2537, 2548–2549 (2009).

US Copyright Office, *COPYRIGHT SMALL CLAIMS: A REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS* (2013)

US Copyright Office, *ORPHAN WORKS AND MASS DIGITIZATION: A REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS* (2015)

#### [調査 4 関連]

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 (2007)

上野達弘「権利制限の一般規定―受け皿規定の意義と課題―」 明治大学知的財産法政策研究所 論文集「しなやかな著作権制度に向けて―コンテンツと著作権法の役割―」について (先行公表版 (2016 年 12 月 20 日版) )

([http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/\\_src/20161130/20161220ueno.pdf](http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/20161130/20161220ueno.pdf), 2017 年 1 月 10 日最終閲覧) (なお、当該論文は、信山社より近刊予定となっている中山信弘・金子敏哉編『コンテンツと著作権法の役割―しなやかな著作権制度に向けて―』に所収予定)

潮海久雄「大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大―著作権法 (個別制限規定) の没落と自生的規範の勃興―」 明治大学知的財産法政策研究所 論文集「しなやかな著作権制度に向けて―コンテンツと著作権法の役割―」について (先行公表版 (2017 年 1 月 31 日版) )

([http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/\\_src/20161130/20170131shiomi.pdf](http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/20161130/20170131shiomi.pdf), 2017 年 2 月 10 日最終閲覧) (なお、当該論文は、信山社より近刊予定となっている中山信弘・金

子敏哉編『コンテンツと著作権法の役割—しなやかな著作権制度に向けて—』に所収予定)

島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号 96 頁 (2008)

田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究 44 巻 25 頁 (2014)

前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から」明治大学知的財産法政策研究所 論文集「しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—」について (先行公表版 (2016 年 11 月 30 日版) )

([http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/\\_src/20161130/20161130maeda.pdf](http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/20161130/20161130maeda.pdf), 2017 年 1 月 10 日最終閲覧) (なお、当該論文は、信山社より近刊予定となっている中山信弘・金子敏哉編『コンテンツと著作権法の役割—しなやかな著作権制度に向けて—』に所収予定)

森田果「最密接関係地法—国際私法と “Rules versus Standards”」ジュリスト 1345 号 66 頁 (2007)

横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 62 巻 6 号 48 頁 (2009)

Hans-Bernd Schafer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries*, SUPREME COURT ECONOMIC REVIEW, Vol. 14, 113-134 (2006)

Isaac Ehrlich & Richard Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, JOURNAL OF LEGAL STUDIES, Vol. 3, No. 1, 257-286 (1974)

Jason Scott Johnston, *Bargaining Under Rules Versus Standards*, THE JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, & ORGANIZATION, Vol. 11, No. 2, 256-281(1995)

Louis Kaplow, *Rules versus Standards*, DUKE LAW JOURNAL, Vol. 42, No. 3, 557-629 (1992)

#### [調査 5 関連]

飯村敏明「プロダクト・バイ・プロセス・クレーム最高裁判決とアミカスキュリエ (巻頭言)」『特許研究』60 号 2 頁 (2015)

宇賀克也『行政法概説 1 行政法総論 (第 5 版)』(有斐閣, 2013)

大屋雄裕「立法の品質保証と民主的正統性」日本法哲学会編『立法の法哲学—立法学の再定位— (法哲学年報 2014) —』80 頁 (有斐閣, 2015)

加賀美一彰「ハードローからソフトローへの権限委譲」中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』101 頁, 195 頁 (有斐閣, 2008)

君塚正臣「<論説>判例の拘束力: 判例変更、特に不遡及的判例変更も含めて」『横浜法学』24 巻 1 号 87 頁 (2015)

京俊介『著作権法改正の政治学』(木鐸社, 2011)

京俊介「著作権法の立法過程分析」著作権研究 39 号 65 頁 (2012)

興津征雄「行政過程の正統性と民主主義」小早川光郎古希『現代行政法の構造と展開』325 頁 (有斐閣, 2016)

桑野雄一郎「刑罰法規としての著作権法—マルシーポリスとの付き合い方」コピライ

ト 668 号 (2016)

小塚莊一郎「形成主体の側から見たソフトロー—ソフトローを形成する団体」藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』（有斐閣, 2008）

国公立大学図書館協力委員会ほか「図書館の障害者サービスにおける著作権法第 37 条第 3 項に基づく著作物の複製等に関するガイドライン」（2010 年 2 月 18 日）

最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁

佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂, 2011）

島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号 96 頁（2008）

新藤幸司『新民事訴訟法（第 3 版）』（弘文堂, 2004）

田中成明「裁判による法形成」鈴木忠一＝三ヶ月章監修・木川統一郎ほか編『新実務民事訴訟法講座 1』49 頁（日本評論社, 1981）

田中二郎『司法権の限界』（弘文堂, 1976）

田中英夫「判例による法形成—立法による法形成との比較を中心に」法学協会雑誌 94 卷 6 号 755 頁（1977）

田中英夫『法形成過程』（東京大学出版会, 1987）

田村善之「著作権法に対する司法解釈の在り方」法曹時報 63 卷 5 号（2011）

田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究 44 号（2014）

土屋文昭「判例に関する覚書—民事判例の主論を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー 6 号 218 頁（2011）

中里実「法制度の効率性とソフトロー」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』（弘文堂, 2005）

中村治朗『裁判の世界を生きて』322 頁（判例時報社, 1989）

中野次雄編『判例とその読み方（3 訂版）』（有斐閣, 2009）

長谷部恭男『憲法（第 3 版）』（新世社, 2004）

平井宜雄『法政策学（第 2 版）』150 頁（有斐閣, 1995）

藤田友敬「規範の私的形成と国家によるエンフォースメント：商慣習・取引慣行を素材として」ソフトロー研究 6 号 1-18 頁（2006）

藤田友敬「はじめに」中山信弘＝藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』（有斐閣, 2008）

藤谷武史「ガバナンス論における正統性問題」東京大学社会科学研究所ほか編『ガバナンス論を問い直す 1』217 頁（東京大学出版会, 2016）

文化庁「平成 26 年度法制・基本問題小委員会の審議の経過等について」（2015 年 3 月 12 日 文化審議会著作権分科会（第 41 回）議事録・配布資料（資料 3））

（[http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/41/pdf/shiry\\_3.pdf](http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/41/pdf/shiry_3.pdf), 2017 年 1 月 10 日最終閲覧）

三木浩一ほか『民事訴訟法（第 2 版）』（有斐閣, 2015）

森田宏樹「プロバイダ責任制限法ガイドラインによる規範形成」ソフトロー研究 12 号（2008）

山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報 1933 号 11 頁（2006）

〔調査6 関連〕

浅田和茂『刑法総論（補正版）』（成文堂, 2007）

芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）（増補版）』（有斐閣, 2000）

安嶋建「経済刑法における明確性の原則の意義に関する議論の展開」早稲田大学大学院法研論集 145 号（2013）

井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂, 2005）

井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣, 2008）

市川正人「事前抑制の禁止と明確性の要件」法学教室 206 号 34 頁（1997）

伊藤正己『言論・出版の自由』（岩波書店, 1959）

門田成人「刑罰法規の明確性の判断構造について」島大法学 44 巻 4 号 189 頁（2001）

門田成人「『刑罰法規明確性の理論』の意義と根拠について」刑法雑誌 33 巻 3 号 1 頁（1994）

加戸守行『著作権法逐条講義（六訂新版）』（著作権情報センター, 2013）

木下智史「明確性の原則について一覽書」佐藤幸治ほか編『現代社会における国家と法』238 頁（成文堂, 2007）

君塚正臣「明確性の原則」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』324 頁（有斐閣, 2012）

佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣, 2013）

曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂, 1980）

団藤重光編『注釈刑法（1）』（有斐閣, 1964）

仲道祐樹「行動準則としての刑法と罪刑法定主義」高橋則夫ほか『理論刑法学入門』（日本評論社, 2014）

西田典之『刑法各論（第6版）』（弘文堂, 2012）

長谷部恭男「漠然性の故に有効」高橋和之古稀『現代立憲主義の諸相（上）』（有斐閣, 2013）

福井康佐「法令の明確性に係る三段階の審査」大宮ローレビュー9 巻 101 頁（2013）

藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟（2）』347 頁（有斐閣, 1987）

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ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」（2010 年 1 月）

前田巖「判解」最判解刑事篇平成 19 年度（2011）

松原芳博『刑法総論』（日本評論社, 2013）

三井誠「罪刑法定主義と『明確性の理論』」法学セミナー228 号 83 頁（1974）

宮原均「漠然性の理論の分析（1）（2 完）」中央大学法学新法 96 巻 1 号・2 号 241 頁（1989）, 5 号 89 頁（1990）

山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣, 2016）

山口厚『刑法各論（第2版）』（有斐閣, 2010）

Bradley E. Abruzzi, *Copyright and the Vagueness Doctrine*, 45 U. MICH. J.L.

REFORM 351 (2012)

Edmund T. Wang, *The Line Between Copyright and the First Amendment and Why Its Vagueness May Further Free Speech Interests*, 13 U. PA. J. CONST. L. 1471 (2011)

〔調査 7 関連〕

伊藤一頼「知的財産権の保護強化における比例性原則」国際貿易投資研究所公正貿易センター『「国際知財制度研究会」報告書（平成 24 年度）：各国知的財産法令 TRIPS 協定整合性分析調査』（2013）

井上由里子「欧州における著作権の権利制限—E C 情報社会指令のもとでの現状と課題」斉藤博先生御退職記念『現代社会と著作権法』（弘文堂, 2008）

岩沢雄司「著作権に関する条約と日本法の関係」著作権情報センター附属著作権研究所『著作権白書：著作権に関する条約の側面からみて』（著作権情報センター, 2007）

加納昌彦「スリーステップ・テストの基本概念の形成過程 ベルヌ条約改正会議での検討を中心に」著作権情報センター編『著作権・著作隣接権論文集 第 6 回』（著作権情報センター, 2007）

小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test(1)～(6・完)—厳格解釈から柔軟な解釈へ—」知的財産法政策学研究 26・27・30・31 号（以上、2010）、36 号（2012）、45 号（2014）

小嶋崇弘「スリー・ステップ・テスト」コピーライト 668 号 39 頁（2016）

小島立「条約における権利制限」著作権研究 35 号（2008）

駒田泰士「著作権法と国際法の関係」2007 年度 ALAI Japan 研究大会報告（2007）

駒田泰士「3 step test はどこまで有効な原則か—フランスにおける議論を参考に」上智法学論集 51 卷 3・4 号（2008）

駒田泰士「著作権法の権利制限をめぐる法政策と条約上の 3 step test—二つの覚書—」日本国際経済法学会年報 19 号（2010 年）

斉藤博『概説著作権法（第 3 版）』（一粒社, 1994）

茶園成樹「著作権法の最近の諸問題—権利制限に関する 3 つの問題」ジュリスト 1326 号（2007）

福永有夏「権利制限規定と知的財産権条約—論点の提起と整理—」日本国際経済法学会年報 19 号（2010）

フレデリック・ポロー・デュリアン「ドラゴンと白鯨—スリーステップテストとフェアユース」今村哲也ほか編『現代知的財産法講座Ⅲ 知的財産法の国際的交錯』（日本評論社, 2012）

前田哲男「著作権法 30 条とスリーステップ・テスト」『知財年報 I.P. Annual Report 2005』（商事法務, 2005）

山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』—引用、パロディを中心として—」コピーライト 544 号（2006）

山本草二「著作権保護条約の国内適用の基準と条件」著作権情報センター附属著作権

研究所『著作権白書―著作権に関する条約の側面からみて―』（著作権情報センター，2007）

Australian Government, Australian Law Reform Commission, Copyright and the Digital Economy, Final Report (ALRC Report 122) (2013)

Christophe Geiger et al. (佐藤豊ほか訳) 「スリーステップテストの再検討(1)：同テストの柔軟性をいかに各国著作権法において用いるか」知的財産法政策学研究 48号 29頁 (2016)

Christophe Geiger et al., Declaration on a Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law, 39 IIC 707 (2008) (邦訳は

<[http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung\\_aktuell/01\\_balanced/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_japanese1.pdf](http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_japanese1.pdf)>より入手可能)

Henning Grosse Ruse-Khan, *The (Non) Use of Treaty Object and Purpose in IP Disputes in the WTO*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-15, Sept. 28, 2011, Available at <https://ssrn.com/abstract=1939859>

Martin Senftleben, *Overprotection and protection overlaps in intellectual property law – the need for horizontal fair use defences*, in THE STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW: CAN ONE SIZE FIT ALL? 136 (Annette Kur & Vytautas Mizaras eds., 2011)

WTO パネルリポート WT/DS160/R (2000)

※なお、本報告書については、今後さらに付属資料の精査等を行った上で、文化庁ウェブサイトにて公表する予定である。