

著作権法における一般的包括的権利制限規定の新設に関する意見

2008年11月18日

日本弁護士連合会

第1 意見の趣旨

著作権を取り巻く環境の激変，著作物の利用の著しい多様化に対応し，迅速かつ適切な法的処理を可能とするため，著作権法第二章第三節第五款「著作権の制限」中に，一般的包括的な権利制限規定を設けるべきである。

なお，立法に当たっては，留意すべき点が多々あり，十分な検討が必要である。

第2 意見の理由

1. 一般的包括的権利制限規定の必要性

(1) 日本の現行著作権法は，30条から49条まで，個別的権利制限規定を列挙しているが，アメリカ著作権法107条¹の規定のような一般概括的な権利行使を適法化する規定を有していない。

(2) 個別的権利制限規定の立法形式の利点は，相対的に要件が明確であるから，予測可能性が高いという点にある。

個別的権利制限規定は，立法時において適正と思われる権利と利用の調整原理を記述するものである。従来は著作権をめぐる社会環境に大きな変化はなかったのでこのような立法形式にさほどの不便はなかった。しかしながら，コンピューターの登場，普及，インターネットの拡大により著作権を取り巻く環境は激変した。従来は予測されなかった種類の著作物が出現し，デジタル化・ネットワーク化の飛躍的發展に伴い著作物の利用形態も著しい多様化が現実化している。その結果，従来のように

¹ 米国法107条。

106条及び106A条の規定にかかわらず，批評，解説，ニュース報道，授業（教室において使用するための多数の複製を含む。），研究又は調査等を目的とする著作物の公正使用（複製物又はレコードへの複製その他同条に明記する手段による使用を含む。）は著作権侵害とならない。特定の場合に著作物の使用が公正使用となるかどうかを判定する場合には，考慮すべき要素として以下を含むものとする。

使用の目的及び性格（使用が商業性を有するかどうか又は非営利の教育を目的とするかどうかの別を含む。）

著作物の性質

著作物全体との関連において，使用された部分の量及び実質性

著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響

作品が未公表であるという事実は，上記全要素を考慮した上認定される限り，それ自体で公正使用の認定を妨げるものではない。

な個別的制限規定だけでは、多様化した利用にかかわる侵害の有無についての適切な判断に対応できなくなっているのが現状である。

すなわち、立法時に予想されていなかった著作物の利用をめぐる事象が次々に発生しており、個別的権利制限規定のみで適切な法的処理をすることは限界に達している。これに対応するのに個別の立法を待っているのは時機を失してしまうし、予測できない事態に備えてあらかじめ個別に立法しておくというのは背理である。更に個別の法改正には利害関係の調整に非常に時間がかかる上に、結論は画一的で柔軟性に欠け、現在の環境の変化の中にあってはすぐに時代遅れとなってしまう危険も免れ難い。

ここにおいて、一般条項を設けてより柔軟な運用を図ることは必然であると考えられる。

- (3) 特に、コンピューター関連産業は、技術革新の進歩が著しく、また、世界の諸国との苛烈な技術競争に晒されてもいる。従来 of 事前規制型、事前の利害調整型の個別制限法制では、現実と乖離が生じ、法制度が適正に機能しない。

そうなるとひとりコンピューター関連産業のみならずあらゆるコンテンツ産業の発展が阻害されることになる。現にサーバー・コンピューターを海外に置くなど国内の情報通信、コンテンツ産業の海外への逃避すら現実化しており、放置すれば我が国が世界のデジタル化・ネットワーク化時代に取り残されることは必定である。²

- (4) なお、我が国の判例には解釈論として一般的包括的権利制限規定に否定的見解も散見される。しかし、それは権利制限規定が個別的になされている現行法の解釈論としてのことであって、一般的包括的権利制限規定の立法が不適切と言っているものではないことは当然であり、解釈論と立法論は厳に区別して論じられるべきである。

一般的包括的権利制限規定の創設に関しては、裁判所は当然のことながら中立であって、実際にも、立法論に言及していない。

2. 立法化に否定的な見解について

- (1) 一般的包括的権利制限規定について否定的と思われる代表的見解として、例えば、我が国のような制定法国では一般的包括的権利制限規定はなじみ難い、として具体的な制限規定を設けるしかないように述べられるものもある³。

² 例えば、グーグルのサムネイル画像の蓄積をフェアユースとした。

³ 斉藤博「著作権法第3版」223頁以降。

しかし、これに対しては以下のように反駁しうる。

第一にフェアユースという一般的包括的権利制限規定を有するアメリカ合衆国も著作権法については1790年から立派な制定法を持つ国である。⁴ したがって制定法であることがかかる規定を設けることの障害たり得ない。またコモンローとシビルローとの違いといってもその差は相対的なものであって絶対的なものではない。

第二に、一般条項と具体的制限規定の差は規定の仕方により程度問題であると言ってよい。前述のとおり、制定法において、一般条項を制定法で定めること自体に何の問題も矛盾もない。現に制定法である我が国の民法でも1条や90条、709条のような一般条項がある。

そしてこれらの規定の立法当時、我が国においてこれらに関する判例法が既に形成されていたわけではない。条文ができてから判例が集積されてきたものであることは歴史的事実である。

第三に、著作権に関する個別権利制限規定の「制定法」国である我が国においても、著作権法第20条2項4号は一般条項を内包している規定であるとみることができる。

第四に、我が国の裁判所は従前から柔軟な法解釈をして判例上適正なサブルールをある程度形成してきているのであり、現実に我が国においてすべて画一的厳格な形式的法解釈で事案が処理されてきたわけではない。

(2) 一般条項に否定的な意見の結論は、裁判所による事後的な事案の解決による公平の実現、利害調整を制度的に適当とはせず、事前規制による利害調整を適当なものとして優先するものであろう。

しかし、先述のとおり、著作権法に関する現実的な規範が、多くの裁判例により形成されているのは社会的事実である。

例えば、「書」⁵の事件は著作物の背景的な利用に関するものであるが、判例では、書に関する細かい表現が再生されていないから複製権侵害にならないという理由で救済している。これは、対応する権利制限規定のない事案について法解釈の限界内で具体的妥当性を求めたものであると理解されている。そのため、ここで形成された規範の射程には議論があるが、仮に一般的包括的権利制限規定による解決であれば、適正な結論が適正な論拠に基づいて形成され、後世への規範としても機能できるようになる。しかも利害関係の事前調整に手間取って社会の進化に法が遅

⁴ 小泉直樹「アメリカ著作権制度」参照。

⁵ 東京地裁平成11年10月27日判決(判時1701号157頁)。中山信弘「著作権法」213頁注10参照。

れることがなくなる。

3. アメリカの判例法について

フェアユースに関するアメリカの判例法に関連して、我が国において一般的包括的権利制限規定を創設するに際して留意すべきと思われる点は以下のとおりである。

- (1) 107条1号の要素の括弧内の「使用が商業性を有するかどうか又は非営利の教育を目的とするかどうかの別を含む」、また、第4号の要素の「著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響」という文言は、経済性の観点が非常に強いように読めるが、判例上はこの文言より弱くなっている傾向にある⁶。
- (2) そして、transformative（移行的、付加価値的）という言葉がフェアユース成立のキーワードになっている。これは、後作が前作に価値を加えたときにフェアユースが成立しやすくなる、という価値判断から出ている考え方だが、現在ではさらに、社会的論脈における便宜の供与（例えば、グーグルの画像検索という社会にとっての便宜）まで含む概念になっている。
- (3) また、ケネディ暗殺事件に関する書籍における写真の描画化等のフェアユース適用については、明らかに表現の自由という憲法上の価値判断に導かれて判断されている。
- (4) なお、日本法30条のような個人的利用に関してはアメリカ法に特段の規定はなく、かような personal use をフェアユースとは別に立法すべきであるとアメリカでは論じられている⁷。

4. 立法において考慮すべき論点

一般的包括的権利制限規定をおく場合、以下に立法において考慮すべき論点を述べる。

- (1) アメリカのフェアユースの規定のような正面からの一般条項にするか、それとも個別制限規定を踏まえた後の、「その他これに準ずる～」といったいわゆる「受け皿の一般条項」⁸にするかの立法技術の問題があるが、現行の権利制限規定との整合性を考えた場合には受け皿的一般条項が適当であるとの意見がある。いずれにせよ、適正な文言をいかに選択するかということであると考える（なお、ベルヌ条約9条2

⁶ Cambell v. Acuff-Rose Music Inc., 114 S.Ct. 1164(1994)

⁷ Jessica Litman, *Lawful Personal Use*, 85 Tex.L.Rev.

⁸ 包括的（大）一般条項と対比した場合における、小一般条項をいう。

項の文言には配慮する必要はあるであろう)。

- (2) 保護範囲の問題を一般的包括的権利制限規定に取り込むか。

ドイツ法の自由利用とか相関関係説⁹といわれる考え方(すなわち、後作で付加された価値を評価して非侵害とするもの)を一般的包括的権利制限規定として取り上げるかどうか検討する必要があると考える。

- (3) 表現の自由とか、検索手段の提供その他の社会的効用を要件ないし判断要素としてどう取り入れるかを検討する必要がある。

- (4) 背景の利用、リバースエンジニアリングなど、従来結論的には許されると解されていたが、擬律上の問題があったものを対象とし得るのか、検討する必要があると考える。

- (5) ネットワークの関係でアメリカ法(512条)のセーフハーバー条項¹⁰のような規定を設ける必要があるのではないかと検討の必要がある。

- (6) 30条(私的使用のための複製)は、一般的包括的権利制限規定を設けたとしても、立法事実も性格も異なる別物であるから、削除できない。従前どおり存置すべきと考える。

- (7) 50条(著作者人格権)との関係。

著作者人格権の規定を明確に有する我が国の著作権法の場合、50条の趣旨を含めて著作者人格権との関係は熟考を要する。

権利制限規定は財産権の問題であり人格権の侵害の有無とは関係がないとする考え方、権利制限規定の適用に当たって人格権侵害の有無を考慮要素とするとする考え方等があるが、結論から述べれば一般的包括的権利制限規定に該当して著作財産権侵害にならない場合には、原則として著作者人格権の侵害にもならないものとすべきである。著作財産権上適法とする一方で、著作人格権で利用を制限するのでは、規定の意味の大半を喪失し、立法として統一性を欠く結果となりかねないからである。よって、併せて50条の規定の再検討もなす必要があると考えられる。

- (8) 一般的包括的権利制限規定に該当する場合において、公平上、併せ

⁹ 橋本英史「著作権(複製権、翻案権)侵害の判断について」判時1595号20頁以下、1596号1頁以下。引用部分は、1595号29頁。富山市・高岡市住宅地図事件(富山地裁昭和53・9・22)も同様な考えだと思われる。

¹⁰ 米国著作権法は、1998年に制定されたデジタルミレニアム著作権法による改正として、512条が新設されインターネット・サービス・プロバイダの著作権侵害責任制限が規定されている。これは、プロバイダの行為を過渡的デジタルネットワーク通信(情報の送信や接続、その過程での過渡的蓄積をなしているにすぎない場合)、システムキャッシング(プロバイダの管理するシステムに情報を中間的かつ一時的に蓄積した場合)、使用者の指示によりシステムに常駐情報を蓄積する場合、情報探知ツールとしての行為、に分類し、著作権侵害情報が扱われた場合にそれぞれ一定の要件を定めて免責を規定している。

て補償金の支払を裁判所が命ずることのできる規定を設けることの是非も検討しておくべきであろう。

以上