

財 団 法 人 J K A
平成20年度デジタルコンテンツの保護・活用に関する調査研究等補助事業

コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に
資する法的環境整備に関する調査研究
－日本版フェアユース規定に関する調査研究－

報 告 書

平成21年3月

財団法人 デジタルコンテンツ協会

KEIRIN



この事業は、競輪の補助金を受けて実施したものです。

URL : <http://ringring-keirin.jp/>



序

当協会は2008年2月、「著作権リフォームシンポジウム」を開催した。国民の身近な法制度となった著作権法の将来の在り方について、関係者一体となって考える契機になればと考えた次第である。

その際に行った参加者アンケートにおいてリフォームのポイントとして群を抜いて要望が多かったのが、著作権を一般的に制限する規定（いわゆるフェアユース規定）の創設である。このため、当協会では、2008年度（平成20年度）に設置した「コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究委員会」を母体として、日本著作権法へのフェアユース規定の導入を念頭におき、導入の必要性、米国・ドイツ・日本の議論の現状、理論と要件、立法形式等につき検討を行った。本報告書は、本委員会における1年間にわたる調査研究の成果をとりまとめたものである。

本報告書をご一読いただき、お手元の基礎資料として活用いただければ、幸甚の極みである。

平成21年3月

財団法人デジタルコンテンツ協会

委員一覧（敬称略 50音順）

委員長	大橋 正春	岡崎・大橋・前田法律事務所 弁護士
委員	上野 達弘	立教大学 法学部 准教授
	大野 郁英	凸版印刷株式会社 法務本部法務部 係長
	小川 憲久	紀尾井坂テームス法律特許事務所 弁護士
	奥邨 弘司	神奈川大学 経営学部 准教授
	亀井 正博	富士通株式会社 法務・知的財産権本部 本部長代理
	河野 智子	ソニー株式会社 スタンダード&パートナーシップ戦略部 著作権政策室 著作権担当部長
	駒田 泰土	上智大学 法学部 准教授
	梶山 敬士	虎ノ門南法律事務所 弁護士
	増田 剛	株式会社電通 法務室 アソシエイト・パートナー
	三澤 洋一	ヤマハ株式会社 法務・知的財産部 法務・コンプライアンス室 国際法務担当課長
	山神 清和	首都大学東京 都市教養学部 法学系 准教授
	横山 久芳	学習院大学 法学部 准教授
オブザーバー	曾根 翼	虎ノ門南法律事務所 弁護士
	木本 直美	経済産業省 商務情報政策局 文化情報関連産業課 課長補佐
	青田 優子	経済産業省 商務情報政策局 文化情報関連産業課
事務局	宮島 慎一	財団法人デジタルコンテンツ協会 流通環境整備部
	田村 淳	財団法人デジタルコンテンツ協会 企画調査部
	山本 純	財団法人デジタルコンテンツ協会 企画調査部

著作権に関する注意

本報告書は論文集に類似する性質を有する。したがって、本報告書全体にかかる編集著作権は財団法人デジタルコンテンツ協会に生じるが、本報告書に掲載された個々の論文にかかる著作権はそれぞれの執筆者に帰属する。

留意事項

本報告書は、当該年度において計7回開催された委員会における各委員のプレゼンテーション及びそれを題材とする自由討議を基本のとりまとめである。このため、本報告書には各委員の個人的意見が多く含まれており、必ずしも各委員が所属する企業団体等の見解を代表するものではないことを念のため申し添える。

目次

第Ⅰ章 権利制限一般規定の必要性〔亀井正博〕	
1 問題の所在	1
2 わが国において形式的侵害となる行為	2
第Ⅱ章 米国フェアユース規定の現状〔奥邨弘司〕	
1 はじめに	5
2 米国著作権法における権利制限規定の構造	5
3 フェアユース規定の解釈	7
4 裁判例	11
5 まとめにかえて	23
第Ⅲ章 ドイツにおける権利制限一般規定に関する議論の現状〔駒田泰土〕	
1 はじめに	25
2 明文規定による対応	25
3 画像検索サイトが突きつけた問題	30
4 ドイツ版フェアユースに関する議論	34
5 おわりに	38
第Ⅳ章 日本における動向〔山神清和〕	
1 はじめに	41
2 民間団体での取り組み	41
3 官庁での取り組み	44
4 今般の著作権法改正案と今後の動向	46
第Ⅴ章 一般的包括的権利制限規定の理念と要件〔小川憲久〕	
1 一般的包括的権利制限規定の創設の意義	49
2 個別的権利制限規定の理念	50
3 包括的権利制限規定の理念と要件	52
第Ⅵ章 日本におけるフェアユース立法の形式〔梶山敬士〕	
1 アメリカ著作権法フェアユース規定	55
2 日本における一般的権利制限の規定ぶりについて	55
3 本委員会における議論	57

第Ⅶ章 総括〔大橋正春〕

1 柔軟な制限規定	6 1
2 理論的な検討課題	6 3
3 個別制限規定との関係	6 4
4 補償金の支払義務	6 5
5 具体的な運用	6 6
6 最後に	6 7

資料編

1 宣言 著作権法における「スリーステップテスト」のバランスのとれた解釈 〔梶山敬士監訳〕	6 9
2 米国著作権リフォームシンポジウム報告〔石新智規〕	7 7

第 I 章 権利制限一般規定の必要性

1 問題の所在

法が適用される実体社会は、法が写し取り規定として具現化された時点で留まるということはありません。常に変化を続けていくものである。とりわけ昨今のデジタル化技術の進展とネットワーク環境の進展は、著作物の創作・流通・利用の環境に大きな変化をもたらしている。すなわち著作者・著作権者にとっては、創作の手段や著作物の公表・流通の手段として、また、利用者や著作物の流通に介在する者にとっても、利用機会や態様、事業機会の変化として大きな影響を与えている。しかしながら、わが国著作権法、とりわけ権利制限規定に関しては、実体社会の変化に応じてある程度は規定の修正、充実が図られてきてはいるものの、デジタル化・ネットワーク化の進展による実体社会との乖離を埋めきれずにきており、その弊害が顕著になってきていると考えられる。諸外国で許容されている行為に関する権利制限であっても、規定が立法されるまでに相当の時間を要することとなっている例も見られる¹。

さらに、権利制限規定については、過去の裁判例では、一定範囲での類推解釈を行った例があるものの、多くは厳格に解釈されてきている。このことによって、企業を始めとする著作物の利用者の大多数は、著作権者の許諾を得ずに行うことのできる著作物の利用行為について、現行法で規定されていない場合には一切許されない（違法である）と考えていることは無論のこと、権利制限規定に一応規定のある行為であっても、その解釈を極力厳格に行うことによって、違法行為であると指摘されることのないようにしているのが実情であるといえる。その結果、個々の著作物の利用について、著作権者の許諾を得ることが実務的に困難である場合には、原則的にはその利用をしないという選択をせざるを得ない状況となっている。

しかしながら、そのような利用行為の中には、個々に著作権者の許諾を得るべきとすることが、現在の慣習や一般的な国民感情からすると適当かどうか判断のつかない例や、無許諾の利用を認めたほうが社会的要請に合致するのではないかと考えられる例もある。こういった形式的な侵害行為に対してであれ、現行著作権法の提供する法環境は、許諾を得る実務的困難性が極めて高いとしても行為を一切認めないというものであるが、果たしてそれでよいものか。こうしたわが国の著作権法環境は、米国の独占状態を招来した情報検索サービスや情報提供サービスの例のように、わが国における著作物の利用・流通にかか

¹ 第 171 回国会（2009 年 1 月～）では、文化審議会での検討を受けて、いくつかの権利制限規定を追加する法案が上程されている。この法案には含まれていないが、文化審議会ではリバーエンジニアリングにかかる権利制限規定も立法を提言されている。これは、欧州で 1991 年に導入されてから、実に 18 年を経て、ようやくわが国でも立法が提言されているのである。

る新たなサービス等の事業機会を失わしめる。事業機会が失われることにより、それら事業で得られるであろう、著作物の利用を由来とする収益はないのであるから、当然ながら著作物創作への再投資にも期待ができないこととなる。つまり、負の連鎖を産む。

もちろん、法が実体社会の後追いとなるのは致し方のないことであり、立法府が実体社会の変化を機敏に捉え、法を速やかに改正していくことによって、実体社会と法の規定の乖離を埋めることが、理屈の上では可能である。個別の権利制限規定が実体社会に即して迅速に追加されていくというのであれば、わが国の被る遅れは、挽回できる程度のこととなるだろう。しかしながら、立法には時間がかかるのが現実である。そうであれば、多少の柔軟性のある法環境、例えば利用者がその利用行為の適法性について司法に判断を委ねることができるという法環境を提供することによって、デジタル化・ネットワーク化の進展による便益を、社会全体がより享受できることになるのではなかろうか。ここに、権利制限にかかる一般規定（所謂フェアユース規定）を検討する意義が生まれる。

仮に権利制限に関して一般規定を導入した場合には、以下のような効用が生ずると考えられる。

- ・ 現時点で形式的侵害行為と考えられる行為や、今後、技術の進展とともに登場する新たな利用行為について、全く許容しないということではなく、個々のケースに応じて許容される余地が生ずる。
- ・ 許容される場合について、利用者・著作物の流通に介在する者と、著作者・著作権者・コンテンツ制作に関わる者との間で、利益分配の可能性が生まれる。
- ・ 司法で争うことのできる法環境となることで、ベンチャー精神が刺激され、新たな事業が生まれる可能性がある。
- ・ 法律の宿命である、実体社会の後追いとなることの多くが解消され、保護と利用のバランスが一定期間保たれる可能性がある。
- ・ 権利制限規定に該当する例がない場合にも保護と利用のバランスに配慮した司法判断によるわが国の法の発展を、承継することができる。

2 わが国において形式的侵害となる行為

現行の権利制限規定の適用が困難であると考えられる行為を、以下に例示する。これらの例は、本委員会において指摘のあったものである。

なお、これらの行為を適法とすべきと考えているのではなく、司法にその判断を委ねる余地があるのではないかと考えられる行為であることに注意されたい²。

² 原稿執筆（2009年3月）時点での著作権法を前提としている。また、黙示の許諾といった意思解釈、権利濫用等により行為が許容されるかどうかは顧慮しない。

- ① 自己の権利を保全するための他人の著作物の利用
- ・ 著作権を保有する著作物の侵害であるかを調査するために、インターネットのサイトから他人の著作物をダウンロードする
(ダウンロードは複製行為であり、当該他人の著作物が、自己の著作物の複製物であれば適法であるが、調査の結果、侵害物でなければダウンロードは違法複製となる)
 - ・ 著作権を保有するプログラム著作物の侵害であるかを調査するために、他人のプログラム著作物をリバースエンジニアリングする
(リバースエンジニアリングに複製・翻案が伴う場合、当該他人のプログラム著作物が、自己の著作物の複製物であれば適法であるが、調査の結果、侵害物でなければリバースエンジニアリングは違法複製となる)
- ② 新たな創作のための利用
- ・ パロディ作品を制作する
 - ・ アルゴリズムや構造の研究、性能の検証、相互運用性確保のための規約の調査等のために、他人のプログラム著作物をリバースエンジニアリングする
 - ・ 映像作品制作会社において、調査・研究を目的として、ヒットした他社の映画を社内で上映する
- ③ 新たな著作物利用環境実現のための利用
- ・ 新たな情報処理技術の研究・開発のために、他人の著作物を分析する過程で複製・翻案をする
 - ・ 新たな技術・機器・情報検索や活用のための新たな仕組み等の評価・検証に用いるために、他人の著作物を複製・上映・送信等をする
 - ・ 著作物のインターネットでの配信の過程において、サーバ、端末等で著作物が一時的に蓄積される
 - ・ 情報検索のために、クローラによってインターネット上にある著作物を網羅的に収集・蓄積する
 - ・ インターネットでの著作物の購買を促すため、その映像（絵画、写真である場合）や楽曲の一部（音楽である場合）を提供する
 - ・ 著作物の蓄積や送信を過程で必要とする、新たなコンテンツ利用技術を実装したサービスを提供する
- ④ 付随的な利用
- ・ 自己の制作した映像作品に、他人の著作物が偶発的に映りこんだ
 - ・ トレードショーや店頭で、機器やサービスの機能を紹介する目的で、他人の著作物を上演・上映等をする
- ⑤ 便宜的な利用
- ・ 障害者、視聴困難な者の著作物享受を目的として、他人の著作物を変形等する

- ・ 外国語で書かれた著作物を読解するために、翻訳する
- ・ 企業において、インターネットのニュース記事等を印刷する

これら行為について、適法性を司法で争う余地を作ることは、著作権者にとっても全く受け入れがたいことではないものとする。

ただ、本報告書の各章で触れられるように、権利制限の一般規定を導入するための検討には、根源的に著作権という権利や権利制限の由来や性質、あり方などについての考察から始まり、実際に条文とした場合にさまざまな配慮すべきことがある。それらの論点について、各界での議論が進むことを期待したい。

第Ⅱ章 米国フェアユース規定の現状

1 はじめに

本稿では、米国フェアユース規定の現状について、三つの視点から分析したい。まず、米国著作権法における権利制限規定の構造を概観する。次に、現時点におけるフェアユース規定の解釈を実質的に支配していると言える **Campbell** 事件最判のポイントを整理する。最後に、具体的な事案において、フェアユース規定の解釈がどのように行われているのかを、最近の特徴的な事例をいくつか取り上げて検討することとしたい¹。

2 米国著作権法における権利制限規定の構造

2. 1 フェアユース規定

米国著作権法における権利制限規定として最初に想起されるのは、107条のフェアユース規定であろう。同条は次のように定める。

106条（筆者注：著作権）および106A条（筆者注：氏名表示等の権利）の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教育（教室での使用のための複数複製を含む）、研究、調査などの目的で、著作権のある著作物を公正に利用——複製物またはレコードの形での複製による利用、または該当条に特掲された他の方法による利用を含む——することは、著作権の侵害とはならない。個々の事件における著作物の利用がフェアユースといえるか否かを決定する上で、考慮されるべき要素²には以下のものが含まれる

- ① 利用の目的および性格、なお、当該利用が商業的性質のものか、非商業的教育目的かといったことも含む
- ② 当該著作権のある著作物の性質
- ③ 当該著作権のある著作物全体との関係で、利用される部分の量および実質性
- ④ 当該利用が、当該著作権のある著作物の潜在的な市場や価値に与える影響

上記の要素の全てを考慮した上で、フェアユースであると判断された場合、著作物が未発行であるという事実は、それ自体では、フェアユースであるとの判断を妨げな

¹ 本稿の内容の内、裁判例の分析に関する部分は、筆者が別途行った研究〔**Campbell** 事件最判以降の控訴裁レベルのフェアユース関連判決、約30件を検討した〕で得た知見がベースとなっている。なお、前記研究の、内容そのもの、対象とした判決のまとめ、その他の詳細は、いずれ文化庁より公表されるのではないかと推測するが、本稿執筆時点では、その有無および詳細は未定である。

² 本稿では、“factor”を「要素」と訳した。

い。

なお、文言上明らかなように、批評、解説等の利用目的の種類、また考慮されるべきとしてあげられている4要素は、いずれも例示列挙に過ぎない。つまり、この規定は、原則を掲げているだけで、いわば *open-ended* な規定なのである。このことは、立法過程における議会の報告書でも明らかであり、議会は、コモン・ロー上発展してきたフェアユース法理を、あくまでも確認的に規定し、その伝統に変更を加えることを（拡大することも、縮小することも）意図していなかったのである³。

2. 2 個別権利制限規定

ところで、米国著作権法における権利制限規定は107条のフェアユース規定に尽きるわけではない。むしろそれ以外にも、数多くの詳細な個別権利制限規定が108条以下に規定されている。これらの個別権利制限規定が、我が国のそれと比べても差がないか、場合によってはより詳細なものであることは従来から指摘されてきたところである⁴。しかし、具体的に我が国の権利制限規定と比べた場合、両者がどのような対照関係となるかは、従来十分検証されてこなかったように思う。

この点、そのような検証がなされてこなかったのには、もっともな理由がある。なぜなら、権利制限規定の厳密な比較は極めて困難な作業であり、また無理に行うと少なからぬ誤解を生じるからである。例えば、図書館等での複製にかかる権利制限規定は、日本（31条）と米国（108条）の両者に存在するが、それぞれが課す要件や、権利制限規定の適用の結果として可能となる複製行為の範囲は、当然のことながら相違し、その差は必ずしも小さくない。言うまでもなく、この点を個別に検証するのは容易ではない。さらに言えば、特定の権利制限規定がどのようなものであるかを明らかにするためには、本来、当該規定によって制限を受ける権利自体がどのようなものであるかを確定しなければならない。しかし、例えば、複製権の範囲が日米それぞれでどのようなものかについて踏み込まなければならないとすると、これも困難を伴う。そして、これらの困難を伴う厳密さを回避すると、本来対照関係にない規定を対照であるとしてしまうなど、様々な誤解を生じる可能性もある。

ただ、フェアユース規定の位置づけを理解するという意味では、それが、我が国著作権法に照らせば、どのような個別権利制限規定を包含する可能性があるのかを知ることは有用と思われる。そこで、参考までに、複製権の場合に限って、米国法には対応する規定が

³ H.R. Rep. No. 94-1476, p.66 (1976) 参照。

⁴ 例えば、横山久芳「フェアユース」『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム ―コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて― 報告書』（DCAJ・2008）34頁、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号（2008）12～13頁および山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識 第2版』（太田出版・2008）82～95頁等参照。

ないと思われる日本法の規定の例をあげてみると以下のようになる。

32条1項	(引用)
33条	(教科用図書への掲載)
33条の2	(教科用拡大図書等の作成のための複製)
35条1項	(学校その他の教育機関における複製)
36条	(試験問題としての複製)
42条	(裁判手続・立法行政目的・特許手続・薬事手続のための複製)
42条の2	(行政機関情報公開法等による開示のための複製)
47条	(美術の著作物の展示に伴う複製)

※上記はあくまでも、条文の文言を比較して、その限りでリストアップした例であり、必ずしも正確とは言えない。また、あくまでも例示であり、これに全て尽きるものではないとも考える。この点是非ご留意頂きたい。

例えば、米国著作権法には、引用に関する権利制限規定や裁判手続のための複製に関する権利制限規定が存在しないため、それらの利用形態について権利制限を考える場合は、フェアユース規定に依拠する以外ないことになり、現に裁判例も存在する。なお、具体的な事件については、本章4項で検討することとしたい。

3 フェアユース規定の解釈

先述のように107条(フェアユース規定)は *open-ended* な規定となっているため、条文だけに基づいて、個々の事案の判断を行うことは難しく、具体的な解釈は、判例の積み重ねに負うところが大きい。そこで、米国の司法システムにおいて、先例としての価値がもっとも重いと考えられる、最高裁判決に焦点を当てて、フェアユース規定がどのように解釈されるのかについて考えてみたい⁵。

⁵ このように、代表的な判例を題材にフェアユース法理について探求するアプローチについては、Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. Pa. L. Rev 549 (2008) at. 553 (なお、城所岩生教授の邦訳がある：知的財産法政策学研究会21号(2008)117頁以下および22号163頁以下。)において、Usual Suspectsアプローチ(意訳するなら、見込み捜査アプローチ)と位置づけられ、実態との間に乖離が生じているのではないかとの疑問が呈されている。

なおこの章では、3. 2以降でCampbell事件最判を中心に分析をすすめるが、これは単純なUsual Suspectsアプローチの結果ではない。3. 1(1)でも説明しているように、後続する判決によって頻繁に引用されているか否かという視点もあわせ考慮した結果である。

3. 1 最高裁判決

(1) 四つの判決

現在までに、フェアユースについて詳しい判断を示した最高裁判決としては、*Sony Corp. of America v. Universal City Studios* 事件 464 U.S. 417 (1984)、*Harper & Row v. Nation Enterprises* 事件 471 U.S. 539 (1985)、*Stewart v. Abend* 事件 495 U.S. 207 (1990)、*Campbell v. Acuff-Rose Music* 事件 510 U.S. 569 (1994)の四つがあげられる。いずれも有名なものであるため、ここでは簡単に紹介するに留めたい。

まず、*Sony* 事件最判は、家庭用 VTR の販売が著作権の寄与侵害を生じるかが問われた事件において、寄与侵害の前提として直接侵害が成立するか否か（すなわちユーザーによるテレビ番組の無許諾の家庭内録画が侵害となるか否か）について、フェアユースに当たると判断したものである。

次に、*Harper & Row* 事件最判は、原告がフォード元大統領の回顧録を出版しようとして準備していたところ、被告がスクープとしてその重要な一部を抜粋して解説記事を作成し雑誌に報じたことがフェアユースに当たるか否かが争われ、否定されたものである。

そして、*Stewart* 事件最判は、ヒッチコックの有名な映画「裏窓」の原作について、著作権者の相続人が更新登録を行った場合、更新登録前に利用許諾を受けていた者は利用を継続できるか否かが問題となった事件である。当該被許諾者であった被告が、更新登録の効果として利用は許されなくなったとしても、自らの利用行為はフェアユースだと主張したため争点となり、それが否定されたものである。

最後に、*Campbell* 事件最判は、映画の主題歌としても有名な楽曲 *Oh, Pretty Woman* のパロディを作成したことが、フェアユースに当たるか否かが争われた事例であり、フェアユースを否定した控訴審の判決を覆したものである。

(2) 判決間の位置付け

まず、*Stewart* 事件最判は、直感的に考えてもフェアユースの主張は難しいと思われる事実関係であり、実際、判決中でも4要素について通り一遍の分析しか行われておらず、重要性は4判決中で最も低いものと思われる。

次に、*Sony* 事件最判であるが、同判決はフェアユースについて最初に詳しく論じた最高裁判決であり、*Campbell* 事件最判が出るまでは、頻繁に引用されてきた⁶。しかし、そもそも同事件の対象となった利用行為は家庭内録画であって、フェアユースが問題となる他の利用形態との差が大きいこと、また、最終的な争点は寄与侵害が成立するかどうかであり、フェアユースの成否は、その前提条件としての検討であったことなどを考えると、特殊な事案であったようにも思われる。

⁶ Beebe, *supra* note 5, at 603, Fig. 7.

一方で Harper & Row 事件最判は、ニュース報道のために、いわば引用を行った事案であり、フェアユースが本来想定していた範疇にある事案と言えよう。その意味では、事件の性質として同判決の重要性は小さくないと思われる。ただ、Campbell 事件最判以降の控訴裁判決を見てみると、そこで引用・参照されている最高裁判決として圧倒的に多いのは Campbell 事件最判である。判例法システムの中であって、ある判決が先例として重要性を持つのは、それが権威ある裁判所によって下された判決であるというだけでは十分ではなく、後続する判決によって頻繁に引用・参照されることが重要である。この点から言えば、現時点で最も重要で、支配的な位置づけを有しているのは Campbell 事件最判と言うことになる⁷。そこで、次に、同最判のポイントを簡単に整理したい。

3. 2 Campbell 事件最判のポイント

Campbell 事件は、パロディに関するものであり、当然その点に関する興味深い判示も存在するが、ここではパロディに特化しないポイント、すなわち、フェアユース事案に広く関係するであろうポイントについてまとめることとする。

(1) 基本原則

Campbell 事件最判は、フェアユース規定解釈の基本原則を述べるが、それをまとめると概ね以下のようなになる。

- ・フェアユース法理は、著作権法が、創작성——著作権法がまさに育てようとしているもの——を窒息させるような時、裁判所が著作権法の厳格な適用を避けることを、許しかつ求めるものである。
- ・フェアユース法理は、コモン・ロー上発展してきた法理である。そして、その法理を確認的に規定した 107 条自体、ケースバイケースの判断を求め、明確に線引きできる基準を作るような単純化を求めている。
- ・107 条に列挙されている利用目的は、裁判所と議会が一般的にフェアユースになるのではないかと考えた例示であり、例示列挙であっても制限列挙ではない。
- ・法定の 4 要素は個別に扱われるべきではなくて、著作権法の目的に照らして、全てが検討され結果はまとめて考慮される必要がある。

(2) 第 1 要素

Campbell 事件最判の第 1 要素に関するポイントをまとめると次の通りになる。

⁷ 注 5 参照。

- ・被告の作品が原作品の目的を代替するかどうか重要であり、transformative な(変容力のある⁸⁾ 利用かどうか、そしてその程度を問うものである。
- ・変容力とは、最初の表現を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えることである
- ・変容力がなければフェアユースとならないわけではないが、変容力があればあるほど、商業性等の他の要素の影響は薄くなる

ところで、Sony 事件最判は

- ・著作物の全ての商業的利用は、不公正な利用と推定される

旨を述べたが、これに対して、Campbell 事件最判は

- ・控訴裁判所は、商業性の重要性を、Sony 事件最判から表面的に抜き出した推定——著作物の全ての商業的利用は、不公正な利用と推定される——を適用することによって過大視した。パロディの商業的な性格に事実上決定的な重みを与えたことで、控訴裁は間違った。
- ・作品が、商業的または非営利教育目的であることは、作品の目的と性格について問う第 1 要素の検討において、一つの項目に過ぎない。

旨を判断した。これを、Sony 事件最判を修正したものと読むのか、それとも Campbell 事件の控訴裁が Sony 事件最判を読み誤ったものとみるのかは、議論もあろうが⁹、いずれにしても、Campbell 事件最判は、商業的であることは、フェアユースの認定もしくは第 1 要素の判断において不利に働くことはあっても、それが決定的な意味を持つものではないと判断した。この考え方に基づくならば、商業的であるからといってフェアユースが否定される事はなくなり、結果としてフェアユースが認められる余地が広まることになる。

(3) 第 2 要素

第 2 要素に関するポイントをまとめると次の通りになる。

- ・一定の作品は、他の作品に比べて、著作権が保護しようとする核心に近く、そのた

⁸ 本稿では、transformative の訳として、「変容力がある」を採用した。transform は、見かけや形をすっかり様変わりさせることであるので、「変容」の語を当て、-tive については、active 等の例にあるように「～する力がある」の意味があるので、あわせて「変容力がある」とした。

⁹ Beebe, *supra* note 5, at 596-597 によれば、最高裁は、自らの誤りを明確に見直すのではなくて、再解釈を提示する手法を採るため、下級審は、最高裁の意図したように判例を解釈せず、いわば選り好みをする例があり得ることを指摘している。

めそのような作品についてフェアユースの成立は難しくなる。

なお、Campbell 事件最判では、パロディの場合、この要素の重要性は低いと判断し、利用の目的・性質によってはこの要素を軽視しても良いことを示した。

(4) 第3要素

第3要素についてのポイントは次の通りである。

- ・許されるべき複製の程度は、利用の目的および程度によって異なる。

(5) 第4要素

第4要素についてのポイントは次の通りである。

- ・被告の行為によって生じた市場への害の程度だけではなくて、被告によって行われた類の行為が、限定されず広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えるか否を検討する必要がある。
- ・被告の利用に変容力がある場合、原作品を市場で代替する可能性は低くなり、原作品やその派生物の市場に与える害を容易に推定することはできない。

なお、Harper & Row 事件最判は、第4要素が最も重要な要素であるとしたが、Campbell 事件最判は、法定の4要素は全てが検討され結果はまとめて考慮される必要がある、としてその重要性を相対化している¹⁰。

4 裁判例

以下では、フェアユースに関して特徴的と思われる比較的新しい事案について、具体的な裁判例を紹介することを通じて、本章3項で見たようなフェアユース規定の解釈が、実際の事件でどのように展開されているのかを検討することとしたい。

なお、ここで取り上げる裁判例は全て、フェアユースについて詳しく論じる控訴裁レベルの判決の内、Campbell 事件最判以降のものである。確かに、利用形態によっては、Campbell 事件最判以前の判決にリーディングケースとなっているものがあったり、また地裁レベルの判決でも注目に値すべき重要な判決が存在したりするであろう。しかし、Campbell 事件最判以前の裁判例については、同判決の示した解釈と齟齬がないか、整合するかを検証する必要がでてくる。一方で、Campbell 事件最判以降の判決（少なくとも

¹⁰ ただし、その効果が限定的なものであることについて、Beebe, *supra* note 5, at 616-617.

控訴裁レベルの判決)は、多くの場合、Campbell 事件最判を少なからず引用・参照しており、原則として整合性を有しているものと思われ、その点の検証は原則として不要であろう。また、控訴裁レベルの判決としたのは、基本的に管轄の地裁の判断を拘束するため、影響力が大きいことが理由である。

もっとも、このような視点で判決を選定したため、例えば、以下で特定の利用形態についての裁判例を紹介したとしても、それが当該利用形態についての裁判例の全体的な傾向を反映しているものとまでは言えない点は、是非留意頂きたい。その意味では、個々の事件における結論そのものや、またその当否を注視するのではなくて、Campbell 事件最判を中心とするフェアユースに関する判例法理が、個々の事案の中でどのように展開されているのかを知る上での参考として受け止めて頂きたい。

4. 1 日本であれば個別制限規定によるであろう事案

最初に、日本であれば、個別の権利制限規定によって処理されるであろう事例について取り上げてみたい。例として、引用の事例と裁判手続きに関する複製の事例を取り上げたい。

(1) NXIVM Corp. v. The Ross Inst. 事件 365 F.3d 471 (2d Cir. 2004)

米国法には、我が国の31条1項(引用)に相当する個別の権利制限規定が存在しない。そのため、引用が著作権侵害となるか否かは、フェアユース規定に基づいて判断することになる。もっとも、一般に引用は、批評、注釈、ニュース報道、調査、研究目的で行われることが多く、一方でそれらは107条に明記されていることに照らせば、比較的フェアユースに馴染みやすい利用形態であると言えよう。

本件の原告は会員制の有料セミナーを実施している組織である。被告は脱カルトプログラムの提供をビジネスとする傍ら、マインドコントロールに関連する情報を提供するWebサイトを非営利で運用している。被告は、原告の元会員から入手した、原告のセミナーのマニュアルについて、専門家(これら専門家も被告として訴えられている)によって分析・批評したレポートをWebサイトに掲載した。地裁の認定によると、レポートには原告のマニュアル500頁中の17頁が引用されていた。

第2巡回区控訴裁判所は、4要素についておおよそ次のように判断して、フェアユース成立の可能性が高いと解した。

第1要素：本来秘密扱いのマニュアルを、それと分かっていて入手し利用したことは、被告に不利となるが、セミナーに対する批判的な分析を裏付けるために、原告マニュアルを引用することは、変容力があり、その点を勘案するとこの要素は被告に有利。

第 2 要素：原告のマニュアルは未発行のものなので、この要素は原告に有利。

第 3 要素：この要素は、質と量の両面から検討する必要がある。引用した部分は原告マニュアルの核心部というわけではなく、また引用した量も、批評を行うという被告の利用目的に照らして必要な範囲であり、原告に有利ではない。

第 4 要素：セミナーや組織に対する批判が、セミナーや組織自体の代替物となることはない。被告による批判の結果、原告のセミナーに対する需要が減ったとしても、それは、著作権法の問題ではない。よって、被告に有利。

ところで、引用の問題を離れてこの判決で興味深いのは、被告の行為の適切性（本来秘密扱いのマニュアルを、それと分かっている状態で入手し利用したこと）が、フェアユース判断にどのように影響するかという点である。この点、*Atari v. Nintendo* 事件 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992) では、リバースエンジニアリングの対象とするプログラムを、著作権局に虚偽の申告をして入手したことでフェアユースを否定されている。本件は、被告の行為の適切性は、第 1 要素の検討上不利となるが、それはフェアユース判断において決定的ではないとした。4 要素の検討結果は、著作権法の目的に照らして、まとめて評価されるべきという *Campbell* 事件最判の件（くだり）に沿うものであるということができよう。

(2) *Bond v. Blum* 事件 317 F.3d 385 (4th Cir. 2003)

米国著作権法には我が国の 42 条 1 項（裁判手続きにおける複製）に相当する規定も存在しないため、裁判手続きに関して（著作権者の許諾を得ることなく）著作物を複製する必要がある場合、それが著作権侵害となるか否かは、フェアユースに該当するか否かで判断されることになる。一例としてこの *Bond v. Blum* 事件がある。

本件では、父母が子供の親権をめぐる争っている裁判において、父親側が、母親の現在の夫が記した自伝の原稿（少年時代に起こした殺人事件について詳述するもの）を、母親側の家庭は子供達の生育環境としてふさわしくないことを証明する証拠として提出した。これに対して、自伝の著者である母親の現在の夫が、著作権侵害で訴え、フェアユースの成否が争われた。

この件に関して、第 4 巡回区控訴裁判所は、フェアユースの成立を認めた。4 要素についての控訴裁の判断は、おおよそ次のようなものであった。

第 1 要素：被告は通常の価格を払わずに著作物を利用しようとしたわけではないため、被告の利用は商業的なものとは言えず、またその利用は表現形式に注目したものではないため、この要素は原告に不利である。

第 2 要素：創作的な表現であってフェアユースには不利に働くが、この点は、訴訟のためという社会的意義の前には減じられる。

第3要素：許される複製の程度は、利用の目的と性格によって異なるとした上で、被告による複製は、訴訟における事実認定者に必要な資料を提供するという目的に適うものであり、原告の有利にはならない。

第4要素：証拠としての利用を認めることが市場に影響を与えることはなく、原告の有利にならない。

ところで、この判決の興味深い点は、第1要素の判断に際して、被告が、通常の価格を支払うことを免れようとしたわけではないこと、また被告の利用が原告の著作物の表現形式に注目したものではないことに言及している点である。逆に言えば、被告の利用が通常の価格を払うことを免れるような類のものであって、また内容ではなくて表現に注目したものであったとしたならば、少なくとも第1要素については逆の判断が示された可能性があることになる。そして、そのような形で第1要素の判断が覆った場合、第4要素の判断にも少なからぬ影響があるだろうから、訴訟の結論自体異なってくることも想定できるのである。

この点、フェアユース規定の持つ柔軟性、そしてその裏返しの不安定性と捉えることも可能であろう。しかし一方で、我が国の著作権法42条1項に「ただし、当該著作物の種類及び用と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、この限りではない」というただし書きが設けられ、「著作物の経済的市場における利用と衝突するようなケース、あるいは、著作物の潜在的販路に悪影響を与えるようなケースには¹¹⁾適用されないと解されていることを想起するならば、少なくともこの例においては、保護と利用のバランスという点で、一般規定と個別規定の目指す方向に大差はないと言えることができるのかもしれない。

4. 2 写り込み

我が国著作権法の権利制限規定中には、写り込みに関して汎用的に適用可能な規定は存在しない。30条または46条が限定的に適用可能であるが、その適用範囲は狭い¹²⁾。その

¹¹⁾ 加戸守行『著作権法逐条講義 5訂新版』（著作権情報センター・）291頁

¹²⁾ 例えば、私的使用目的で、撮影または録画した場合であれば、そこに写り込んでいる著作物に関する30条の適用を受けて著作権侵害を免れることができよう。また、写り込んでいる著作物が建築物や、屋外に恒常的に設置されている美術の著作物であった場合には、46条によって権利侵害とはならないだろう。

もっとも、30条について言えば、例えば会社が撮影または録画した場合は適用がないという限界を有している。また、46条についても、建築物や屋外に恒常的に設置された美術の著作物以外には適用がないため、文言解釈をする限りは、例えば被写体の後ろをたまたま通りかかった子供のTシャツの胸に描かれていたアニメキャラクターが写り込んでしまった場合などには適用がないことになる。さらに、厳密には「写り込み」ではないものの、街角の様子を録画しているときに、街中で流されている音楽が入り込んでしまったような場合にも、46条の適用はない。

なお31条の引用規定は、私的使用目的であることの制限や、著作物の種類の制限がないた

ため、照明器具のカタログに書が写り込んでいたため、書の著作権を侵害するか否かが問題となった、いわゆる雪月花事件¹³（具体的には、照明器具が和室で利用されている様子を写した写真に、和室の床の間に掲げられた書が写り込んでいた）では、権利制限規定によるのではなくて、書としての本質的な特徴が感得できない程度しか写っていない以上、書の複製とは言えない、とすることで著作権侵害を否定している。

一方、元々複製関係の個別制限規定が手薄なアメリカにおいては、写り込みに関する個別制限規定も存在しない。そのため、権利制限という意味では、フェアユースに当たるか否かで判断することになる。また、写り込みの態様次第では、フェアユースではなくて、**de minimis** 法理、すなわち、つまらない複製は侵害にあたらないとする考え方の対象となることも考えられる。この点、**Campbell** 事件最判以降の控訴裁レベルの判決の内、写り込みまたは写り込みに近い状況に関して、フェアユースと **de minimis** 法理との適用の有無につき詳しく論じている判決が三つあるので、以下に紹介したい。

（1）**Ringgold v. Black Entertainment Television** 事件 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997)

この事件では、テレビのコメディ番組の背景に写り込んだキルトが問題となった。

原告は、ストーリーキルトと呼ばれるキルトの作家である。問題のキルトは現在アトランタの美術館に所蔵されており、美術館は著作権者である原告の許諾を得て、そのキルトのポスターを作り一般に販売している。番組の背景に写り込んだのは、このポスターである。

被告はテレビ番組制作会社である。被告の制作するコメディ番組における教会のシーンで、セットの一部としてこのポスターが利用された。写り込みの状況は、具体的には次のようであった。ポスターは教会ホールの左の壁に掛かっていた。ポスターの右側には神父が立っていてポスターの右下の部分は隠れていた。また、ポスターの左側には聴衆が立っていたため、左下の部分も隠れていた。カメラのピントは、ホールにいた聴衆にあわされており、ポスターにはあっていなかった。しかし、聴衆の近くにポスターがあったため、よく見ることができ、ポスターに描かれている内容は大体認識可能であった。ポスターのほとんど全体を見ることができたシーンは、時間にして4～5秒間であった。残りは、短いシーンでピントも完全ではないため、ポスターの詳細は分からないが、形や力強い色使いと言った側面は十分に見て取れた。ポスターが写っていたシーンは全部あわせて26～27秒間程度であった。

第2巡回区控訴裁判所は、まず、**de minimis** 法理の適用可能性について検討した。**de minimis** の法理は、著作権法の世界では、①あまりにもつまらない複製であるため法が責任を課さないような場合、②複製の量が少なすぎて実質的類似性を満たさない場合、③フェアユースの第3要素として論じられる場合、の三つの場面で登場する旨指摘する。さら

め、一見、写り込みの場合に使い勝手が良さそうに思えるが、写り込みの状態を引用と評価できるのかという、そもその問題が存在し、その点でハードルが高い規定である。

¹³ 東京高判2002年2月18日判時1786号136頁。

に、**de minimis** の法理が適用された場合、そもそも複製が存在しないこととなるため、複製に対する抗弁であるフェアユースを論じる必要がないことを考えれば、③は論理的におかしく、そうなると、実質的には①と②が問題となる旨も指摘する。その上で裁判所は、前記のような見え方では、①と②の両面で、**de minimis** とは言えないと判断した。

次に、フェアユースについては、各要素に関して次のような判断を示して、その適用を否定した。

第1要素：被告は原告がキルトを作成したのとまさに同じ目的（装飾目的）のためにポスターを利用しており、その利用に変容力があるとは言えない。したがって、この要素は、フェアユースの認定には不利である。

第2要素：原告作品は創作的作品なので原告に有利。

第3要素：写っていた時間の短さ、部分的に映った場面が多かったこと、ピントが合っていなかったことなどを考えれば、被告に有利である。

第4要素：テレビへの写り込みによって、ポスターの売り上げが減少したと言うことができないからと言って、被告が有利になるわけではない。被告が通常の価格を支払うことなくポスターを利用したのかどうか、つまり、番組のセットとして問題のポスターをライセンスする市場が存在するかどうかは問題であり、この点は公判で判断されるべきである。

なお判決は傍論として、原告を特集したテレビニュースに原告の作品として問題のストリートキルトが写された場合や、原告のキルトを収蔵・展示する美術館について報じるニュース映像の中に、原告のキルトが写っていたような場合、であれば、フェアユースが成立する可能性は高いとする。

(2) *Sandoval v. New Line Cinema* 事件 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998)

この事件では、映画のシーン中に、写真が写り込んだことが問題となった。

原告は写真家であり、例えば、顔に針金を巻き付けた自分を被写体にするなど、かなり特異なセルフポートレートを撮影していた。

被告は、映画会社であり、人気映画 *Seven* の著作権を有している。*Seven* は聖書に記された、七つの大罪に擬えて繰り返される、猟奇的な殺人事件の犯人を、2人組の刑事が追求する物語である。問題の写真（スライド）は、刑事が容疑者である写真家のスタジオを捜索するシーンで、大型のライトボード上に貼り付けられた多数の写真の一部として写っていたものであった。約1分30秒間のシーンの内、計11回、合計35秒強、原告の写真を見ることができた。もっとも、基本的にピントはあっておらず、例外的な2回（4秒間および2秒間）を除き、遠くから写され、俳優の陰に隠れることも少なくなかった。映画を見た原告が著作権侵害で被告を訴えたのが本件である。

第2巡回区控訴裁判所は、被告による利用に *de minimis* 法理を適用して、著作権侵害に当たらないと判断した。そして、(*de minimis* 法理の適用の結果) 著作権侵害に当たらない以上、フェアユースの成否を論じる必要はないとした。

控訴裁による *de minimis* 法理に関する判示をまとめると概ね次のようになる。

- ・被告は、問題の複製がつまらないものであり、実質的類似性（通常、質および量の両面で判断される）の量的な閾値を超えないことを証明する必要がある。量的な閾値を検討する際には、複製された著作物の量を考慮するが、視覚著作物の場合は、その見え方（利用した著作物の中で、利用された著作物をみることができた時間の長さ、光の当たり具合やカメラの位置、注目度なども勘案する）によって判断される。
- ・本件の場合、原告の写真はつかの間、ぼんやりとピントのあつてない状態で写っており、全く特定困難なので、*de minimis* と言える。

(3) *Davis v. The Gap* 事件 246 F.3d 152 (2d Cir. 2001)

この事件では、宣伝ポスターに写り込んだ、装身具が問題となった。

被告である、大手服飾販売会社が作成したキャンペーンポスターの一つに、20代の男性モデル7人をV字隊形に並べせたものがあった。この内、V字の頂点、写真のちょうど真ん中に位置してこちらを向いてポーズを取っている男性モデルが、原告の *eye jewelry* (メガネに似た装身具。問題の作品の場合、フレームは金銀等で飾られ、レンズの部分にはレンズの代わりに小さな穴が多数空いたプレートがはめられていた¹⁴) をかけていた。このポスターを見た原告が被告を著作権侵害で訴えたのが、この事件である。

第2巡回区控訴裁は、*de minimis* 法理の適用を否定した上で、フェアユースにも該当しないと著作権侵害を認めた¹⁵。

まず、裁判所が、*de minimis* 法理について一般論を述べる部分を要約すると次のようになる。

- ・現代生活においては、つまらない複製をする機会があふれており、*de minimis* 法理がなければ全て著作権侵害となってしまふ。友達の手紙を他の友達に見せるためにコピーをしたり、お気に入りの漫画を冷蔵庫に貼るためにコピーしたり、公演の彫

¹⁴ 問題の作品は、*nonfunctional* であるとされている。米国著作権法では、*functional* な作品は、実用品とされ、分離テストによって、機能から分離可能な創作的な部分が存在しない限り著作権法による保護を受けられない。したがって、問題の作品が仮に *functional* と判断されていたなら、まず分離テストが論じられる必要があった。なお、宝石は伝統的に実用品ではないと解されている。

¹⁵ フェアユースは侵害に対する積極的抗弁であるから、侵害の存在が前提となる。一方、*de minimis* 法理は、仮にそれが適用されるなら、そもそも侵害が成立しない。したがって、検討の順番としては *de minimis* 法理が先で、その次にフェアユースの問題となる。

刻の前で写真を撮ったり、テレビ番組をタイムシフト録画したり、レストランでウェイターが誕生日の客のためにハッピーバースデーを歌ったり、等様々である。これらの場合に、人々は法を破っているが訴えられていないのではなくて、**de minimis** 法理によって、そもそも法を破っていないのである。

以上の一般論を前提とした上で、控訴裁は、本件において **de minimis** 法理を適用することを否定する。すなわち、本件の場合、広告の真ん中に、奇抜なデザインで写っている原告の **eye jewelry** は目を引く存在であり、またモデルが身につけている衣服同様に被告の商品であると思わせるような効果を持っていることも考慮すると、**de minimis** 法理を適用することはできない、というのである。

では、フェアユースについてはどうであろうか。この点、控訴裁の判断をまとめると次のようになる。

第1要素：被告の写真は、**eye jewelry** を、本来それが利用される態様で利用した状況を写真に撮ったに過ぎず、変容力を持っているとはいえない。変容力を持たない利用の場合、商業的であることは重要性を持つ。しかも、原告の著作物を利用して作成した被告の写真は、他の商品の宣伝を目的とし、その写真自体を販売する場合に比べて、寛大な扱いを受けない。したがって、第1要素は、原告に有利。

第2要素：**eye jewelry** が創作的なものであるため、原告に有利。

第3要素：全部を利用しているため、原告に有利。

第4要素：被告の写真には変容力がなく、ただで原告の作品を利用することで、原告が受け取る権利を有する「通常の価格」を支払うことを免れたのであり、第4要素については原告有利：

このように、控訴裁は、四つの要素全てが原告に有利であるとして、フェアユースの適用を否定した。

(4) コメント

今回取り上げた三つの事件の内、**de minimis** 法理が認められたものは一つだけであり、また同法理の適用が否定された二つの事件についてはフェアユースも否定された。ただ、**de minimis** 法理も、フェアユース法理も事実関係に影響を受けるところが大きいいため、今回取り上げた裁判例（先述したように、今回は、**Campbell** 事件以降で控訴裁レベルのものという基準で裁判例を選定した。写り込みという視点で選んだ裁判例ではない。）の結論だけに注目して、写り込みに関してこれらの法理の適用のハードルが高い等と結論づけるのは短絡的に過ぎるだろう。

4. 3 リバースエンジニアリング

コンピュータソフトウェアのリバースエンジニアリングは、ソフトウェアから解法やアイデアなど、本来著作権で保護されない要素を抽出するために行われる行為であり、一見すると著作権法の規律の対象外のように思える。しかし、リバースエンジニアリングの過程で、中間的に様々な複製や翻案が行われるため、そのような中間的な行為が著作権侵害となるか否かが問題となるわけである。この点、米国では、リバースエンジニアリングに関する個別制限規定は存在しないため¹⁶、フェアユース該当性が問題となってくる。

リバースエンジニアリングについてのリーディングケースとしては、*Sega v. Accolade* 事件 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992) が有名である。しかしここでは、先に触れた方針に従い、*Campbell* 事件最判以降のものとして、*Sony Computer Entertainment v. Connectix Corp.* 事件 203 F.3d. 2000 (9th Cir. 1999) を取り上げたい¹⁷。

Connectix 事件の被告は、原告の製造販売するゲーム機 PlayStation の機能をパソコン上で再現するエミュレータを開発販売した。同エミュレータがあれば、一般ユーザーは、PlayStation を購入しなくても、PlayStation 専用のゲームを、パソコン上でプレイすることができる。被告は、同エミュレータ開発の過程で、PlayStation の BIOS を解析するため、BIOS の複製を何度も行った。

第9巡回控訴裁判所は、まず、*Sega* 事件の以下のような考え方を採用する旨を述べる。

- ・逆アセンブルが、著作権のあるコンピュータ・プログラムに埋め込まれたアイデアや機能にアクセスする唯一の方法であり、そのようなアクセスを求めることに正当な理由があるとき、逆アセンブルは、法律の問題として、著作物のフェアユースになる。

その上で、各要素について、概要次のように判断し、三つが被告有利、一つが原告有利となるものの、原告有利なものも重要性はほとんどないとして、フェアユースの成立を認めた。

第2要素：ソフトウェアの性質上、複製しなければ、アイデア等の保護されない要素にたどり着けない以上、フェアユースに関してソフトウェアに与えられる保護は低くなる。この要素は被告に有利。

第3要素：原告の BIOS の全部を複製しているので原告に有利であるが、中間的複

¹⁶ 現在我が国では、一定のリバースエンジニアリングについて、権利制限規定で認めるべきとする著作権審議会報告が行われ、立法化に向けた準備段階にある。なお、第171回国会に提出された著作権法改正案には、リバースエンジニアリング関係の規定は含まれていない。

¹⁷ なお、この事件は以降便宜的に *Connectix* 事件とする。*Sony Computer* 事件とすると、*Sony* 事件最判と混同しかねないからである。

製でしかないので、この要素は、ほとんど重要性を持たない。

第1要素：商業性は存在するが、この要素を検討する上では、1項目にすぎない。被告のエミュレータは、原告のBIOSと機能は類似していても全く新しい作品である。しかも、PlayStation用ゲームをプレイできる新しいプラットフォームを出現させる面もある。故に、控えではあるが変容力があると言える。しかも、BIOSの互換製品を作るために複製は避けられなかった。以上を総合して、被告に有利。

第4要素：被告のエミュレータは変容力を持つため、原告のものを代替しないので、この要素は被告に有利。なお、原告と被告は競争関係に立つが、両者が競争するこのような市場について、著作権法が原告に独占を認めることはない。

この判決からは、Sega事件での自らの判断とCampbell事件最判とをいかに整合させるかに苦心している様子が見て取れるように思える。例えば、各要素の検討を、他の多くの裁判例がそうするように、第1要素から行わず、第2要素から始めている辺りにも、苦心の跡が認められるのではないだろうか。また、本判決が両者を整合させたことで、Sega事件判決自体、Campbell事件最判と矛盾するものではないことを証明したような形になっているとも言えよう。

いずれにしても、本判決からは、Campbell事件最判の影響力の大きさが理解できよう。

4. 4 検索サービス

検索サービスに関しては、Kelly v. Arriba Soft Corp.事件 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003) と Perfect 10 v. Amazon.com 事件 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) がある。Perfect10事件控訴裁判決は多くを Kelly 事件控訴裁判決に負っている上、Perfect10事件の事実関係は現状の検索サービスの実態に近いので、ここでは同事件について紹介したい。

原告は、会員制のグラビアサイトを運営している。被告の画像検索サービスは、自動的にインターネット上の画像を収集してサムネイル画像を作成する。そして、ユーザーから検索要求があった場合、検索結果としてサムネイル画像と元の画像へのリンク情報を表示される。ただ、原告サイトは会員以外アクセスできないため、被告の検索サービスは、原告サイト内の画像を収集することはできない。しかし、原告サイトの会員と思われる第三者が、誰でもアクセス可能なサイトに、原告が著作権を有する画像を無断で掲載したため、その画像を被告の検索エンジンが収集してしまった。結果、のユーザーの検索要求に従って、前記無断掲載された画像のサムネイルと（前記無断）掲載されたサイトへのリンク情報が表示された。これに対して、原告が、画像の収集、サムネイルの作成等について被告の直接侵害を、そしてリンク情報の提供について二次的侵害を主張したのが本件であった。

第9巡回区控訴裁判所は、被告によるサムネイルの作成等がフェアユースに該当するか否かに関して、4要素については次のように判断した。

第1要素：検索エンジンにおけるサムネイルとしての利用は、原作品の利用目的とは異なる文脈で利用しているため変容力がある。しかも、公益に適う利用である。よって、第1要素はフェアユースに有利。

第2要素：既に公開されているものであるが、写真の著作物でありフェアユースに不利になる

第3要素：全部を複製していることは利用の目的・性質に照らして当然なので、フェアユースに有利不利いずれとも言えない

第4要素：変容力のある利用であることを考えると、サムネイルはフルサイズの画像の市場には影響を与えない。また、サムネイルと同じサイズの携帯電話向け画像ライセンスビジネスに関しては証明されていない仮定のものである。よっていずれにも有利とは言えない。

裁判所は、四つのうち二つが被告に有利、二つが中立という状況下で、被告による利用の変容力の強さと公益性を考慮して、被告の利用はフェアユースとしたのである。

4. 5 パロディ

ここでは、パロディに関して **Campbell** 事件最判が投げかけたものについて、裁判例によって解釈が異なっている典型例を紹介しておきたい。

パロディに変容力を認める **Campbell** 事件最判は、パロディを、「先行する著者の作品に、少なくとも部分的にコメントするような新しい作品を創作するために、先行する著者の作品の要素をいくらか使用している」ものとして定義した上で、

- ・パロディは、その主張を行うために、原作品をまねする必要があり、そのため（筆者注：パロディの標的にされた）犠牲者（または複数の犠牲者）の創造力の産物である作品を利用する資格があるが、一方で風刺はそれ自身で自立するので、（筆者注：他人の作品を）借用する行為に関して正当化を必要とする。

と述べて、パロディと風刺を区別する立場を取った。

これを受けて、被告の作品はパロディではなくて風刺であり、フェアユースの成立を否定的に解したのが **Dr. Seuss Enterprises** 事件であり、一方、被告の作品を風刺としながらフェアユースを認めたのが **Blanch** 事件である。

(1) *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA* 事件 109 F.3d 1394 (9th Cir. 2003)

被告は O.J.Simpson 裁判騒動を題材にした絵本 *The Cat NOT in the Hat!* を作成した。被告は、自身の作品に、原告の有名な児童向け絵本である *The Cat in the Hat* の主要キャラクターである猫とその特徴的なシルクハットに似せたキャラクターを登場させ、また全体なスタイルも原告作品に似せた。被告作品にフェアユースが成立するか否かが争点となった。

第 9 巡回区控訴裁は、パロディとは他人の著作物を標的とするものであり、風刺とは、利用する著作物以外のものをからかうために著作物を手段として利用するものであるとした上で、被告の作品は原告の作品をまねしてはいるが、原告の作品自体をからかいの対象にしているわけではなく、別のもの (O.J. Simpson 裁判騒動) をからかうために、原告作品を利用したに過ぎないとして、変容力を認めず、商業性も考慮して、第 1 要素を被告不利に解した。(第 2 要素以下も、変容力がないことを前提に、被告に不利と判断した。)

(2) *Blanch v. Koons* 事件 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)

被告は、有名なおもちゃや漫画のキャラクター等を取り込んで neo-Pop art と呼ばれる種類の作品を創作している芸術家である。本件で問題となった被告の作品は、ナイアガラの滝の写真の前に、アイスクリーム、ドーナツなどの写真を重ね、更にその上に 4 組の女性の足 (ふくらはぎから下) の写真を配したものを、スキャニングしてコンピュータで加工し絵画としてアウトプットしたものであった。4 組の女性の脚のうち、1 組は、原告がファッション誌の求めに応じて撮影した写真から脚の部分だけを取り込んだものであったため、原告が被告を訴えたのが本件である。

第 2 巡回区控訴裁は、ファッション誌中のファッションナブルな写真として作成された原告の写真を、被告は、全く異なる目的と意味 (そのファッション誌が促進しようとする文化やその姿勢を批判し、マスコミの影響力を批判すること) を伝えるための「素材」として利用しており、被告の利用には変容力があると認めた。控訴裁は、被告作品は原告作品ではなくて、原告作品を典型とするジャンルを標的としているから風刺であるとする。そして、冒頭引用した *Campbell* 事件最判のパロディと風刺に関する件 (くだり) を引用しつつも、「風刺は…… (筆者注: 他人の作品を) 借用する行為に関して正当化を必要とする」という部分に着目して、そのような正当化が立証されているか否かを問い、それを認めて、第 1 要素を原告不利と解した。(変容力があることを前提に、第 2 要素は中立、第 3 要素および第 4 要素は、被告に有利と判断した。)

(3) コメント

両判決の当否を問うのはここでの検討の目的ではないので控えるが、*Blanch* 事件控訴裁判決からは、カテゴリーカルな判断を嫌うフェアユース法理の特徴が読み取れるようにも思う。

なお、今回のように巡回区毎に異なる解釈が示されることについては、法的安定性とい

う点で問題点も指摘できようが、巡回区間で一種の「競争」関係が存在することで、判例法理の深化・進展をみるというメリットも指摘できるのではないだろうか。

5 まとめにかえて

本稿では、米国フェアユース規定の現状について、三つの視点から分析したが、複雑かつ膨大なフェアユース法理の全体像に照らせば、その一局面さえ示せたかどうか自信はない。ただ、同法理について理解する上で何かしらの参考となれば幸いである。

最後に、「被告の利用はフェアユースによって保護される」とした判決が少なくなかった。この「保護される」という表現は、フェアユースに限らず、他の権利制限規定の場面でも見かけるが、ここに、権利制限規定の持つ意味合いが自然とにじみ出ているように筆者は思うのだが、それは読み込みすぎであろうか。

第Ⅲ章 ドイツにおける権利制限一般規定に関する議論の現状

1 はじめに

周知のように、わが国においては著作物の公正な使用を一般的に適法とする規定がない。建前上は、著作権法 30 条以下に列挙された個別具体的な権利制限規定の適用を受けない限り、支分権によってカバーされる著作物の利用は侵害となる。しかしながら、形式的には侵害ではあるが、結論としては適法とすべきではないかという種々の使用類型が従来から指摘されている。また、近時の情報技術等の発達によって、そのような類型は増えつつあるように思われる。

同様の問題は、わが国と同様、権利制限について個別具体的な規定を限定列挙する方法を採用するドイツにおいても、理論上生じうる。そこで本稿では、わが国で（形式上は侵害であるが）適法使用としてもよいのではないかとされる種々の著作物の使用について、ドイツ法ではどのような対処がなされているのかについて、検討したいと思う。

大まかな結論を先に述べるとすると、次のようになる。限定列挙主義を採用するドイツ法においても、わが国で問題となる種々の使用については、明文の規定でもって対応できているといえることが多い。もっとも、そのような明文の規定としては、最近の法改正によって設けられたものもある。また、いくつかの使用類型については現行ドイツ法でも対応しきれていないことから、従来から堅持されてきた限定列挙主義に対する見直しの議論も、一部では行われている。

2 明文規定による対応

いわゆる一時的蓄積、写り込み、パロディ、図書館によるファックス・サービス等は、わが国の現行法が対応しきれていない公正使用の態様である。しかし、ドイツ法（1965 年 9 月 9 日著作権法。以下、UrhG と表記する。）においてはそれぞれに対応する制限規定がある。

2. 1 一時的蓄積 (vorübergehende Vervielfältigung)

情報技術の発達に伴い、コンピュータの RAM (Random Access Memory) へのデータ蓄積やキャッシュなどのいわゆる一時的蓄積（複製）と呼ばれる様々な複製形態が生じてきた。わが国では、ようやく一時的蓄積に対応した個別制限規定の立法がなされようとして

いるところであるが¹、ドイツ法においてはすでにこれに対応した規定が存するところである。

わが国においては、そもそも一時的蓄積を著作権法上の「複製」概念に含めることに対し、慎重な態度をとる見解もみられたところである²。しかし、ドイツでは一時的蓄積も複製に当たると解されている。したがって、コンピュータ・プログラムの一時的蓄積について権利者の同意を要するとする UrhG69c 条は、確認規定であると解されている。

一時的蓄積（複製）に関する制限規定として、UrhG44a 条がある。その条文は次のようなものである³。

44a 条 一時的な複製行為

一時的な複製行為で、過渡的又は付随的であって、技術的プロセスの不可欠かつ本質的な部分をなし、かつ、その唯一の目的が著作物その他の保護対象について次の各号のいずれかに掲げる行為を可能にするものであるものは、それが独自の経済的重要性を有しない場合には、許される。

1. 媒介者による第三者間のネットワークにおける転送
2. 適法な使用

上記の法文は、情報社会指令（2001/29/EC）5 条 1 項とほぼ同じである。指令前文 33 項には、次の記述がある⁴。

「…技術的プロセスの不可欠で主要な部分を成し、もっぱら媒介者がネットワークにおける第三者間の送信を効率的に行うこと、または著作物その他の目的物の適法な利用が行われることを可能にする目的のために行う、過渡的または付随的複製である。関係する複製行為は、それ自体は別個の経済的価値をもたないものでなければならない。これらの条件に合致するかぎり、この例外はブラウジングを可能にする行為、および送信システムが効率的に機能できるようにするものを含んで行われるキャッシングの行為を包含する。…」

ハードディスクへのダウンロードは、UrhG44a 条にいう「一時的蓄積」とはいえない。過渡的／付随的ということができないほか、技術的プロセスの不可欠かつ本質的な部分を

¹ 『文化審議会著作権分科会報告書』（2009 年 1 月）94 頁以下参照。

² 斉藤博『著作権法』（第 1 版、有斐閣、2004）158-159 頁。第 2 版以降、改説された。第 2 版（有斐閣、2004）164-166 頁、第 3 版（有斐閣、2007）167-169 頁参照。

³ 本山雅弘『外国著作権法令集（37）—ドイツ編—』（著作権情報センター、2007）より抜粋。以下、同じ。

⁴ 原田文夫『情報社会における著作権および関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する欧州議会及び EU 理事会のディレクティブ』（著作権情報センター、2001）より抜粋。

なすということもできないからである。当該ダウンロードは、一般的には独自の経済的重要性を有するともいえる⁵。

UrhG44a 条 1 号又は 2 号の目的を「唯一の目的」とする場合に、複製権は制限される。それゆえ、コンテンツ配信の通信過程において生じるサーバ上でのキャッシュはこの規定により非侵害となるが、アーカイブ作成目的で (zum Zweck der Archivierung) 行う蓄積は侵害となる⁶。

(1) 1 号について

企業内ネット (イントラネット) の通信においては、1 号にいう「媒介者による転送」は行われぬ。しかし多くの場合、2 号にいう「適法な使用」を目的とする蓄積には該当すると解される⁷。

UrhG 44a 条 1 号により適法とされるのは、媒介者 (Vermittler)、つまりサービス・プロバイダ (Dienstanbieter) の行為に限られる⁸。発信者及び受信者が行うメモリへの蓄積は、同号によっては適法とされない。そのかわり同号は、2 号の場合とは異なり、適法な使用を目的としない蓄積も適法とすることができる。

(2) 2 号について

「適法な使用」という場合、単に著作権法上問題ない (著作権者の許諾がある、又は他の制限規定の適用を受ける。) というだけではなく、その他の法律にも違反しないということが要求される⁹。

著作権者による許諾があれば原則として「適法な使用」たりうるが、当該許諾は明示のものでなくともよい。インターネット上にアップロードされている著作物に関しては、しばしば黙示の許諾を推認することができるといわれている¹⁰。

(3) 独自の経済的重要性について

単なる導管 (reine Durchleitung) やキャッシングに伴う蓄積は独自の経済的重要性を有しないが、ホスティングはこの要件に抵触する。

⁵ Vgl. SCHRICKER Urheberrecht Kommentar, 3 Aufl., C. H. Berk, 2006 (以下、SCHRICKER Kommentar と引用する。), §44a, Rdnr. 15 [U. LOEWENHEIM].

⁶ Vgl. SCHRICKER Kommentar, §44a, Rdnr. 7 [LOEWENHEIM].

⁷ Vgl. SCHRICKER Kommentar, §44a, Rdnr. 8 [LOEWENHEIM]. もっとも、従業員以外の者の著作物をイントラネットで流通させる場合、問題を生じうる。

⁸ 正確に言うとネットへのアクセスを媒介するアクセス・プロバイダ及び転送に従事するサービス・プロバイダである。コンテンツ・プロバイダ及びホスティング・プロバイダはこれに含まれない。もっとも、ホスティングについても、2000年に成立した電子商取引指令 (2000/31/EC) が一定の範囲でプロバイダの責任を制限している (14条)。

⁹ Vgl. SCHRICKER Kommentar, §44a, Rdnr. 9 [LOEWENHEIM].

¹⁰ Vgl. SCHRICKER Kommentar, §44a, Rdnr. 9 [LOEWENHEIM].

2号の適法な使用の場合に関して。ある利用が独自の経済的重要性を持つとしても、許諾や法律によって許容される範囲内である限り問題を生じないが、その範囲を超える場合にはこの要件に抵触することになる。たとえば、電子メールで新聞記事を送信することは、紙媒体に印刷されている元の記事の利用を許容するものではないし、多くの顧客が受領するようなデジタル・データのアップロードを許容するものではない¹¹。

2. 2 写り込み

写り込みについては、UrhG57条に対応する制限規定がある¹²。UrhG57条を補充する規定として、UrhG50条の規定も存在する（日本著作権法41条に相当する規定といえる）。

57条 重要でない付随物

著作物を複製し、頒布し、又は公衆に再生することは、その著作物が、複製、頒布又は公衆への再生の本来の対象と比べて重要でない付随物とみなされ得るときは、許される。

50条 時事的事件に関する報道

時事的事件に関して、放送又は類似の技術的手段を通じ、新聞、雑誌その他印刷物又はその他のデータ収録物で主として時事の関心事を扱うものにおいて、及び映画において報道することを目的とする場合には、この事件の過程において現れる著作物を、複製し、頒布し、又は公衆に再生することは、その目的上必要な範囲において、許される。

もっとも、UrhG57条によって非侵害とされた例はそれほど多く報告されていない。むしろ、同条に基づく抗弁が否定された例のほうが目に付く。

たとえば、住宅カタログに掲載された写真に住宅とともに絵画が写っていたという事案で、Xの絵は明白なアクセントになっており重要な点景になっているなどとして、UrhG57条の適用を認めなかった裁判例（OLG München [6 U 4132/87] Urt. v. 9. 6. 1988）がある。

また、屋外イベントを撮影するさいにヒット曲がドキュメンタリー映画の中に複製されたという事案で、映画製作者が雑音のまざったヒット曲をはっきりさせるべく自ら補正を施すことにより、当該ヒット曲が映画のシーンとあいまって重要な付随物となったといえること、音楽が撮影のさいに全く偶然にラジオのスピーカーから聞こえてきたとしても、監督がそれをふさわしい付随物と感じ、全体の構成の中に意識的にとりこんだといえることなどを理由として、UrhG57条の適用を認めなかった裁判例（LG Frankfurt [a. M. 2/6 O

¹¹ Vgl. SCHRICKER Kommentar, §44a, Rdnr. 10 [LOEWENHEIM].

¹² この規定に関する研究を行った邦語文献として、斉藤博「著作権の制限又は例外に関する一考察（その1）」知財管理 55巻9号（2005）1193頁以下がある。

283/68] *Beschl. v. 18. 12. 1968*) もある。

2. 3 パロディ

パロディ作品は、*UrhG*24 条所定の「自由（拘束を離れた）利用（*freie Benutzung*）」により作成された「独立の著作物（*ein selbständiges Werk*）」と認定される場合がある¹³。この規定は、法律内の位置づけとしては権利の内容に関するものとされているが、実質的には制限規定として機能することができる。自由利用に当たると認められた場合、パロディ作品の創作者は、依拠した著作物に係る著作権の侵害責任を免れうる。

第 24 条 拘束を離れた利用

(1) 独立の著作物で、他人の著作物の拘束を離れた使用において作成されているものは、使用された著作物の著作者の同意を得ることなく、公表し、及び利用することができる。

(2) 前項の規定は、音楽の著作物の使用で、旋律をその著作物から取り出しかつその旋律を新たな著作物の基礎とすることが明白であるものには、適用しない。

自由利用に該当するか否かは、元の著作物の創作的特徴が色あせているか、新たな著作物の個性が借用された著作物の個性と内的な距離を保っているか、といった基準によって判断される（*BGH Urt. v. 20. 3. 2003, GRUR 2003, S. 956 [Gies-Adler]*）。

2. 4 図書館ファックス・サービス

わが国の著作権法上は、図書館による複製・郵送が一定の範囲で許容されているにすぎず（31 条）、不特定多数である利用者の求めに応じたファックス・サービスや電子メール・サービスは、形式的には公衆送信権（23 条）に抵触すると考えられている。

ドイツでも最近まで同様の問題を抱えていたが、連邦通常裁判所は、自己使用のための複製に関して権利を制限する *UrhG*53 条 2 項をかなり柔軟に解釈して、公共図書館による上記のサービスにもこの規定の適用があることを認めた（*BGH Urt. v. 25. 2. 1999, GRUR 1999, S. 707 [Kopienversanddienst]*）。そして 2007 年に行われた法改正では、本判決を受けて 53a 条が新設され、上記サービスはいまや明文の規定によって適法とされている¹⁴。

¹³ この規定に関する研究を行った邦語文献として、上野達弘「ドイツ法における翻案」著作権研究 34 号（2008）28 頁以下がある。

¹⁴ 拙訳。

第 53a 条 注文に応じて行う複製物の配達

(1) 新聞及び雑誌において発行された個々の記事並びに発行された著作物の小部分の複製及び郵送又はファックスの方法によるその配達であって、注文に応じて公共図書館が行うものは、注文者によるその使用が前条 [53 条] の規定により許される限りにおいて、許される。電子的な方法によるその他の複製及び配達は、専ら画像データとして授業における提示又は学術研究のために行うときは、営利を目的としない限りにおいて、許される。その他の場合は、当該記事又は当該著作物の小部分へのアクセスが、契約上の取決めを通して公衆の構成員が選択した場所及び時において、相当な条件の下で可能とされる場合のみ、許される。

(2) 前項にいう複製及び配達のために、著作者に相当な額の報酬が支払われなければならない。その請求は、管理団体のみがこれを行いうる。

3 画像検索サイトが突きつけた問題

技術の発達は、常に著作権法に挑戦をつきつける。すなわち、技術の発達により可能となった著作物使用の新たな類型に対して、立法上の手当てが十分でないという状態が生じうる。この状態は、とりわけ権利を制限すべきであるような局面で緊張を強いる。なぜなら、ドイツの多数の学説は、著作権の保護こそ原則であると従来からみなしてきたのであり、制限規定は例外ゆえ厳格に解釈しなければならないことを強調してきたからである¹⁵。

この厳格解釈のテーゼを額面どおりに受け止めると、技術の発達がもたらした新しい状況に制限規定を柔軟に対応させることは困難になる。もっとも、ドイツの裁判所は必ずしも厳格解釈を墨守してはおらず、必要に応じて制限規定の拡張解釈や類推解釈を行うなどして、それなりに著作物の保護と利用のバランスをとることに苦心してきた。

その印象的な例が、電子プレスに適法とした連邦通常裁判所の判決 (BGH Urt. v. 11. 7. 2002, GRUR 2002, S. 963 [Elektronischer Pressespiegel]) である。UrhG49 条は、新聞や情報誌等に掲載された少量の記事を、他の新聞や情報誌等に転載する行為を一定の範囲で自由としているが、この事件では、会社内部において新聞の論説等をスキャンし、電子メールで従業員宛に送信する行為にも、この規定の適用があるか否かが問題となった¹⁶。裁

¹⁵ 拙稿「大陸法における権利制限」著作権研究 35 号 (2008) 52 頁以下参照。

¹⁶ UrhG49 条 1 項の文言は、「新聞及びその種の情報誌 (Zeitungen und Informationsblätter dieser Art)」への転載を許容するものであるが、果たして、転載可能な媒体として、電子プレス (elektronischer Pressespiegel) もその文理から導くことができるかは、相当に微妙な問題であるといつてよい。なお、著作権法における電子プレス問題に関する近時のモノグラフとして、次の文献がある。V. GLAS, Die urheberrechtliche Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel, Mohr Siebeck 2008.

判所は、技術の発展を相応に考慮した拡張解釈が必要であるとして¹⁷、電子プレスにも UrhG49 条 1 項は適用されることを明らかにしている¹⁸。

しかし、画像検索サイトに至っては、ドイツ著作権法の現行規定を手がかりにこれを適法とする解釈を導くのは困難であるといわれている。この点が鋭く問われたのが、次に紹介する Google の画像検索サムネイル事件である。

3. 1 OLG Jena 2008 年 2 月 27 日判決¹⁹ (2 U 319/07)

ある女性画家 X (控訴人・原告) が、2003 年以降ホームページ (アドレスは m-t.de) を開設し、ここに様々な自作の絵画をアップロードしていた。また、各ウェブページ上では著作権表示も行っていった。その後、米国法人 Y (被控訴人・被告=Google America) の検索サイトで画像検索をすると、X の絵画も表示されるようになった。Y の検索サイトでは、100×150 ピクセルの画像が検索結果一覧としてディスプレイ上に表示される仕組みになっている。これらサムネイル画像は、検索速度を速めるために、米国における Y のサーバ上に蓄積されていた。

X は、自作の絵画をサムネイルのような縮小画像で表示することは、自己の著作権を侵害する行為であり、とりわけ自己のホームページからすでに削除した絵画をなおサムネイル表示することは侵害行為に当たると主張し、Y 及びそのドイツにおける関連会社 (原審被告) を相手方として、差止め、削除及び損害賠償義務の確認を求める訴訟を提起した。

これに対し、Y らは、自分たちが著作物の利用者ではないこと、またいわゆる黙示の許諾 (opt-out) 論を前提に非侵害であるとの主張をした。原審は、Y の opt-out 論を支持して請求を棄却した。また、Y の上記関連会社には被告適格がないとも判示した (LG Erfurt [Az. 3 O 1108 / 05] Urt. v. 15. 3. 2007)。X は控訴した。

控訴審であるイエナ高裁は、大旨次のように判示している。

(1) 侵害が問題となる支分権

高裁は、複製権 (UrhG16 条) に基づく差止請求は、当該複製がアメリカで行われてい

¹⁷ 連邦通常裁判所は、判決の前半部分では、著作権法制定後に生じた技術革新は制限規定の解釈において基本的に考慮しないという立場をとっていたが、結論的には新技術に対応した拡張解釈の必要性を肯定しており、学説からは、その矛盾した態度がつとに指摘されている。

¹⁸ 判文によれば、本判決は著作権法 49 条の「拡張解釈 (extensive Auslegung)」を行ったものであるが、実際には類推解釈を行ったものとの評価も聞かれるところである。P. RAUE, 《Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes》, in Urheberrecht im Informationszeitalter : Festschrift für W. NORDEMANN, U. LOEWENHEIM (Hrg.), C. H. Beck 2004, S. 330. なお、この判決と情報社会指令との整合性が、現在問題となっている。

¹⁹ 本判決文は、http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_122.pdf で閲覧可能である。

ることを理由にこれを斥けた（属地主義を理由とするものか）。公衆送信権（UrhG19a 条）に基づく差止請求も、当該権利が発信（送信可能化）についての権利であることを理由に、これを斥けている（複製権侵害を否定したのと同じ理由ではないかと解される）。他方で、本件では、ユーザのディスプレイ上にサイズ及び解像度を減縮したサムネイルが表示されることから、Xの改作利用権（UrhG23 条）侵害の問題を生じさせるとした（「翻案（Bearbeitung）」とまではいえないが、「その他の改作行為（sonstige Umgestaltung）」には当たると判断している）。

（2）各種の抗弁

高裁は、①既述の自由利用（UrhG24 条）、②一時的複製（UrhG44a 条）、③私的複製（UrhG53 条）及び④引用（UrhG51 条）の各抗弁は、本件において成立しないと判断している。理由としては、Yにより提示された画像サムネイルは、①パロディ利用に比すべきものとはいえないこと、②固有の経済的価値をもたない過渡的又は一時的な複製行為とはいえず、むしろサムネイルの持続的な提示を可能とするものであること、Yの画像検索サービスは、③ネットユーザのための私的複製ということはできず、また業として経済的目的のために行われていること、④これを引用ということができたとしても、その正当な目的を欠いており、引用者と被引用者の精神的交流のための批評的な機能（Beleg）を有していないことを指摘している。

高裁はまた、UrhG58 条に基づく抗弁の成立も否定している。同条は、美術の著作物の展示会等において、その主催者が広告のために当該著作物を複製・頒布等することを認める規定であるが、同裁判所は、Xがすでにネット上から削除した画像に関してYを主催者と解することはできず、むしろ単なる第三者であると認定するのが妥当であるとしている。

本判決においてとくに印象的であるのは、原審が支持した opt-out 論を明確に否定した点である。高裁は、著作権法上承認されている譲渡目的論²⁰（Zweckübertragungstheorie）に照らすと、侵害に対する権利者の黙示的同意（konkludende Einwilligung）の例外を認めるためには、強力な要件が設けられねばならないとする。その上で、インターネット上に画像をアップロードしたという事実からは、単に他のネットユーザがそれらを閲覧できるようにしたいという企図しか通常は推認されないのであって、それ以上に画像検索サービスについて利用契約を締結したりとか、同意を与えたということはできないと明確に判示している。

高裁によれば、サムネイル形式で提示することを許す権利者の個別の意思表示を推認で

²⁰ 契約上の文言に関わらず、契約目的を達成するうえで必要な著作者の利用権だけが許与されるとする解釈原則（UrhG31 条 5 項）。この法理によれば、契約の目的を超える利用権の黙示的許与は一般的には認められず、例外的に、関連する当事者の意思が明確で疑いの余地がない場合に限り認められるにすぎない。

きる場合もなくはない。しかしそれは、問題のウェブサイトが広告の援助を受けて制作されているような場合に限られるのであって、Xの場合はそうではないと同裁判所は指摘している。

(3) 権利濫用の認定

高裁は、上記のように述べて、各種の制限規定に基づく抗弁や原審の opt-out 論は成立しないとしたが、次の点を指摘して、Xの権利濫用及び信義則違反（ドイツ民法 242 条）を認め、結論的には控訴を棄却している。すなわち、①Xは、2・3 の絵画ならまだしもたかさんの絵画をウェブサイトにアップロードしていたものであり、検索エンジンによる利用を最適化していたこと、②Xはそのウェブサイト上に検索エンジンロボットを誘導するメタタグを使用していたこと、③当該メタタグ使用から、Xは検索エンジンによるアクセスに関心をもってたと推認できること、④画像検索には通常のことであるサムネイルへの改変自体にはXは反対していないことである。

3. 2 検討

本件では、高裁は、X側の特殊事情を認定して、権利濫用であるとして請求を棄却することができたが、逆にいえば、そのような特殊事情がない通常の事案では、画像検索サイトは（現行ドイツ法の下では）著作権侵害になってしまうことが認められたといえる²¹。

実際、本件では勝訴することができたYは、その後、2008年9月26日の一部判決（Teilurteil）により、二件の著作権侵害訴訟に敗訴したことが報告されている（一件は写真1枚、もう一件は漫画をYがプレビューサムネイルとして無断使用したことが問題とされた）。ハンブルク地裁は、これらの事件ではYの著作権侵害責任を肯定したのである（LG Hamburg [308 O 42/06; 308 O 248/07]）。

このことはまた、2000年に採択された欧州電子商取引指令（2000/31/EC）が、プロバイダの地位を保護する上では未だ不十分なルールにとどまっていることを示している。しかし、近時、ベルギーでも、Yのニュースサービスを侵害と評価した判決（Copiepresse 事件）が現れるに至っており、プロバイダについて新たな責任制限措置を設ける社会的要請は喫緊のものとなったと論じる者もいる²²。

²¹ 譲渡目的論を採用するドイツ法ゆえ opt-out 論は成立しづらかった面もあろうが、日本法においても、画像をインターネット上にアップロードすることから直ちに黙示の同意を推認しうるか否かは、なお議論の余地があるではなかろうか。

²² 電子商取引指令 21 条 1 項は、2003 年 7 月 17 日前及びそれ以降 2 年ごとに、欧州委員会が、欧州議会、理事会、経済・社会委員会に、指令の実施状況に関する報告書を提出すべきことを定めている。また、必要があれば、情報社会サービスにおける法的・技術的及び経済的發展に指令を適合させる提案をすべきことが定められている。そして同条 2 項は、ハイパーリンクとロケ

4 ドイツ版フェアユースに関する議論

ドイツがこれまで維持してきた限定列举主義は、今後も維持されうるのだろうか。あるいは米国法におけるフェアユース (fair use) のような権利制限の一般条項をいつか導入する日が来るのであろうか。

フェアユース導入に関する議論は、現在までのところドイツにおいて活発であるとはいえない。しかし、Achim Förster が近時公刊したモノグラフ——博士論文 (Dissertation) ではあるが——にみられるように、この点を真に考察の対象にしようとする機運は、同国においても次第に高まりつつあるように思われる。

以下では、ドイツにおいてかわされている、権利制限の一般条項をめぐる議論を簡単に紹介してみたい。

4. 1 一般条項の必要性について

(1) Förster の見解

Förster は、ドイツにおいて権利制限の一般条項を設ける必要性を強く主張しており、当該条項を必要とする理由について次のように説明している²³。

従来の制限規定が対象とする利用とは一致しないが、利用の関心事 (Verwertungsanliegen) を同じくする場合、すなわち、新技術が伝統的な著作物の利用を単に代替するものであったり、補充するものであったりする場合には、立法者のそもそもの意図や目標設定が保障されるように、制限規定を柔軟に解釈すれば足りる。これを実現しやすいように、個々の制限規定に抽象的な要素 (要件) を盛り込むような立法も考慮しうる。しかし、制限規定のカタログを柔軟に運用することで対処しようとしても、全く新しい利用形態が現れ、全く新しい利用の関心事が問題となる場合には対応しきれない。そのような例として、Google Book Search を挙げることができる。この事象に関しては、現行の制限規定の拡張又は類推解釈によって救済する手がかりすらないであろう。また、「権利の重複」への対処

ーションツールサービスについてプロバイダの責任制限を導入する可能性について検討することを優先事項としている。2003年に委員会が提出した報告書は、いくつかのEU加盟国がハイパーリンクと検索エンジンについて責任制限規定を設ける動きを見せたことを指摘するのみであった。その後、2005年に、イギリスの通産省が、そうした新たな責任制限措置を設ける必要はあまりないという趣旨の報告をしたことがある。M. TURNER / D. CALLAGHAN, 《You Can Look but Don't Touch! The Impact of the Google v Copiepresse Decision on the Future of the Internet》, EIPR 1/2008, pp.37-38.

²³ A. FÖRSTER, Fair Use : Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, Mohr Siebeck 2008, S. 211-213, 220 f.

の必要性も挙げられる。たとえば、香水の販売に関して商標権では非侵害とされている事象が、著作権法では侵害となるという問題が現に生じている。

加えて、新技術に対応する追加的な権利制限のための立法手続に、(ドイツでは) あまりにも時間がかかる。現に、2001年情報社会指令がいわゆる第2バスケット法によって最終的に実施されたのは2007年のことである。

Förster は以上のように指摘して、詳細な権利制限規定を新たに設けていくのではなく、新たな利用形態を包摂しうる柔軟な法文を予め設けておき、判例の発展によって、法文を修正・明確化する手法をとるべきであると主張している。

(2) Schack 及び Poeppel の見解

他方で、一般条項の導入に消極的な立場をはっきりと示す学説もある。たとえば Schack は、個別規定の限定列举方式がもたらす法的安定性の利益は、一般条項がもたらす柔軟性の利益に勝ると主張している。Schack は、米国のフェアユースが抱える法的不安定性は依頼人の費用によりタイムチャージシステムの下で働く弁護士たちにとっては「おいしいえさ (ein gefundenes Fressen)」であるとし、加えて同法 108 条ないし 122 条に追加的に定められた制限規定についても、これら「非常に特別で一部読みづらい、收拾がつかなくなるような特別条項は、なによりも一定の利用者ロビーの圧力が存在することをほのめかして」おり、「一般条項と追加的特別制限規定とのこのような組み合わせは、著作者にのみ損害をもたらしうる」と評価している²⁴。

また Poeppel は、デジタルな利用環境においても、制限規定によって特別扱いすべき使用は、個別の法律要件を列举することにより、満足のいく形で規定することができると主張している。Poeppel によれば、デジタルな利用環境においては、いかなる場合であっても、二つの特別扱いが求められる利益を保護することで事足りるという。すなわち、エンド・ユーザがデジタルな著作物を享受することを著作権で禁じないことと、デジタルなデータ転送システムが十分機能することを保障するということである。これらの利益に対応すべく著作権法に細かな規定を設けたとしても、概観不可能で不透明な法律を作ることにはならず、むしろ個別の法律要件における技術中立的な要素を活用することによって、新技術(電子プレス、電子記事のアーカイブ、図書館による文書の FAX 送信、画像検索等)に十分対応できるというのが Poeppel の考え方である。安易に一般条項によって規律することは、立法者が必要な決定をせずにその権限を裁判所に委譲する懈怠行為であって、基本法上疑義があるとまで Poeppel は主張している²⁵。もっとも、では、限定列举方式を維持した

²⁴ H. SCHACK, 《Urheberrechtliche Schranken, ubergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung》 in Perspektiven des Geistiges Eigentums und Wettbewerbsrechts : Festschrift für G. SCHRICKER, A. OHLY et al. (Hrg.), C. H. Beck 2005, S. 511 f.

²⁵ J. POEPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld,

上で現行の制限規定をどのように再編成すれば目下の諸問題に対応できるのかについては、Poepfel の著書でも十分に明らかにされているとはいいがたい。

4. 2 具体的な立法案

(1) 均衡性の原則への配慮

既述のように、Poepfel は一般条項の導入に基本的には反対の立場をとるが、仮にドイツ法に一般条項を導入するとした場合、どのような規定ぶりが好ましいかについての思考実験をしており、米国法 107 条の規定をベースに、ドイツの法的伝統を考慮しつつ、若干修正を加えたもの（新 UrhG61 条）を案として提示している²⁶。

また、Förster は、ドイツ基本法上要求される均衡性の原則²⁷（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）からすると、フルに侵害責任を負うか全く責任を負わないかといった（米国流の）オールオアナッシングのルールを採用することは好ましくないとし、Poepfel 案に対してさらに修正を加え、原則として著作者に報酬請求権を保障する規定を付加している²⁸。それゆえ、具体的な規定の形式は次のようになる。

新 61 条 フェアユース（Redliche Verwertung）

- 1 公表された著作物の公正な使用は許される。公正な使用か否かの判断にさいしては、とくに次に掲げる基準が考慮されなければならない。
 - 一 使用の目的及び性格。当該使用が商業的な性質のものか否かを含む。とくに当該使用が批評的注釈、研究又は教育を目的として行われるときは、公正なものと評価しうる。
 - 二 著作権で保護される著作物の性質
 - 三 著作権で保護される著作物全体と対比した場合の使用される部分の範囲及び重要性
 - 四 著作権で保護される著作物の潜在的市場及び価値に対して当該使用がもたらす影響
- 2 前項に定める公正な使用のために、相当な額の報酬が支払われるものとする。当該報

V&R unipress 2005, S. 499-503. Poepfel は、ドイツ版フェアユースを導入することは、ドイツ基本法上の要請である特定主義（Bestimmtheitsgrundsatz）に抵触するとまで主張している（反対、FÖRSTER, op. cit. [n. ?], S. 177-179）。

²⁶ POEPPPEL, *ibid.*, S. 491 f.

²⁷ 「比例原則」とも。いわゆる「法律の留保」の形で立法者が基本権に介入しようとするとき（立法者が基本権行使に制限を設定するさいに）、立法者に対して課される制限についての原則。「制限に対する制限」として機能する。所有権（著作権）に関しては、基本法 14 条 2 項に規定される「社会的拘束（Sozialpflichtigkeit）」の枠内で均衡性の原則が貫徹される。

²⁸ FÖRSTER, op. cit. (n. 23), S. 215.

酬の支払の請求は、もっぱら権利管理団体がこれを行う。アクセスの自由のみならず、使用の無償性に対して高度の公的利益が存するときは、使用者は、相当な額の報酬を支払う義務を負わない。

(2) 個別制限規定の列挙プラス受け皿規定

Förster は、個別の制限規定を全て廃止して一般条項のみを著作権法中に置くという解決についても考察しているが²⁹、この立法オプションは、耐え難い法的不安定性・予測不可能性をもたらすので採用できないとし³⁰、権利制限のカタログを存置した上で³¹、これに小一般条項を付加する立法を現実的なものと考えている³²。

そして、考えうる小一般条項の立法形式として、受け皿規定 (Auffangtatbestand) とルールの例示 (Regelbeispiele) を検討している³³。受け皿は、制限規定のカタログに隣接して規定され、当該カタログで拾いきれないものを受け止めるタイプの規定である。あくまでも個別の権利制限があつて、それを小一般条項で補うという形をとることになる。他方で、ルールの例示は、まず権利制限の一般条項が基本原則として確立され、当該条項の中にサブルールとして個別の典型的な例が示されるという形をとる。これを採用した場合、規定の形式は、同じく一般条項である著作権の内容に関する規律 (UrhG15 条) と類似したものになる。

Förster は、法技術的には、ルールの例示よりも受け皿規定が望ましいと考えている。規律の複雑性が抑えられ、依然として権利制限のカタログが重要な位置を占め、まれで例外的な場合のためにのみ一般条項が存在しているとの事実上の効果を見込むことができるからである。Förster によれば、この立法オプションを採用することにより、大一般条項を定立するのに比肩する柔軟性を獲得することができるし、同時に法的安定性の欠如という問題をも軽減できる³⁴。

受け皿としてであれ、一般条項の導入には、権利が過剰に制限されるのではないかとの懸念もつきまとうところである。この点につき Förster は、ドイツ著作権はもとより一元的に構成され、基本法との深い結びつきの中にあり、制限規定を再編成してもこの点は何ら変更されないので、上記の提案を採用しても、著作者の地位は依然として重要であり、権

²⁹ Förster はこれを「大解決 (Große Lösung)」と呼んでいる。FÖRSTER, *ibid.*, S. 214.

³⁰ *Ibid.*, S. 220.

³¹ もっとも、Förster は、現行の制限規定にもっと抽象度の高い文言要素を含ませるべきであると考えている。Förster はこれを「小解決 (Kleine Lösung)」と呼んでいる。FÖRSTER, *ibid.*, S. 216, 221 f.

³² Förster は、小一般条項を導入する自身の立法案が情報社会指令にも適合的であると論じているが (FÖRSTER, *ibid.*, S. 219 f.)、本文後述のように、そのようなドイツ版フェアユースは、(指令の改正をしない限り) 実現不可能なのではないかと思われる。Förster 自身も、Poeppl は違う見解を採用していることを指摘している (*ibid.*, S. 220, note 28)。

³³ *Ibid.*, S. 218 f.

³⁴ *Ibid.*, S. 221 f.

利制限は例外にとどまり続けるであろうと主張している³⁵。

4. 3 一般条項の導入は欧州法上可能か

権利制限に関する一般条項の導入が理論上望ましいとしても、これを国内法に導入することが欧州法上可能か否かについて縷々議論がある。既述の情報社会指令は加盟国が導入可能な権利制限のリストを列挙しており（5条）、仮にこれが限定的なものだとすると、それ以外の使用類型にも対応可能な一般条項の導入は、否定されるべきということになるからである。

たとえば Schack は、情報社会指令 5 条 2 項及び 3 項が、「次の場合に」、第 2 条／第 3 条に規定する権利について「例外または制限を設けることができる」と規定していることから、これによって「加盟国が新しい権利制限を発明する資源に（指令が）歯止めをかけている」³⁶と評価している。

もっとも、それらの条項は「次の場合」に規定「できる（may provide）」としているので、この法文のみでは直ちに限定列挙と解釈することはできないであろう。

Poepfel はむしろ指令の前文 32 項に着目し、共同体立法者は、多くの権利制限を任意規定とすることで加盟国の様々な法的伝統に配慮したが、あくまで、それらの規定の範囲内で加盟国に裁量権を与えていると解している。可能な権利制限は、情報社会指令において「尽くされている」³⁷というのが Poepfel の見方であり、そうだとすると、一般条項の導入は欧州法上許されないということになるろう³⁸。

しかし、指令が可能な権利制限の範囲を本当にフィックスしてしまっているとすると、加盟国はもはや、（指令の改正をしない限り）今後の技術の進展等に対応した新しい個別規定の立法すら行えなくなってしまう。そのような結論に対しては疑問を覚えざるをえないが、指令の構造上はそのように解する方が妥当なのかもしれない。

5 おわりに

以上、簡単ではあるが、わが国において議論のある種々の使用類型について、現行のドイツ法における対応と、さらに同国の権利制限に関する一般条項についての議論を参照してみた。

現在、ドイツ法における制限規定はかなり充実した体裁を整えているが、今後の社会の

³⁵ Ibid., S. 222.

³⁶ SCHACK, op. cit. (n. 24), S. 512.

³⁷ 情報社会指令前文 32 項は、「本指令は、複製権及び公衆への伝達権に対する例外及び制限を網羅的に列挙している（exhasutive enumeration）」と規定する。

³⁸ POEPPPEL, op. cit. (n. 25), S. 504 f.

変化等を見据えたときに、限定列举のシステムを維持していくことの妥当性については、なお疑問の余地が残る。そこで一般条項を設けるべきとの見解も一部では有力に主張されている。もっとも、全体としてはそのような議論は活発であるとはいえない。これは、一面では著作権保護を重んずる同国の法文化によるところが大きいだろうし、一面では情報社会指令の影響によるところが大きいと考えられる。とくに指令の構造に関しては不分明なところが多く、欧州における今後の議論の蓄積によって、加盟国の立法裁量の範囲が徐々に解明されていくことが望まれよう。

仮に一般条項を設けるとしても、国内法の体系に照らしたときに、どのような立法形式が望ましいのかが当然問題になる。ドイツにおける議論からは、基本法との整合性という観点からこの点について検討しようという強い姿勢をうかがうことができ、きわめて示唆的である。わが国においても、権利制限の一般条項を導入しようとするさいには、憲法上の比例原則等に照らした一応の検討がなされてしかるべきではないだろうか。

第IV章 日本における動向

1 はじめに

わが国著作権法は、1970年以來、数次の改正を経るもその構造を大筋で変えてこなかった。しかし、ICT（情報通信技術）の急速な発展がもたらした社会変動により、デジタル化されたコンテンツの円滑な利用のためという錦の御旗のもとに、早急な改正を迫られていると言えよう。

誰もが、デジタル化されたコンテンツを容易に入手（複製）し、加工することが可能となった今、そのような行為を行い、デジタル化されたコンテンツを流通させることを商業的に行うことを阻む規定を、著作権法から取り除きたいという要望が出てくるのは当然のことである。

ここで重要となるのが、権利者と利用者との利益の調整であり、そのような視点からの論考は数多くある¹が、以下ではこれらの論考ではなく、デジタル化されたコンテンツの流通促進のための法制度を整備するという知的財産推進計画に端を発して公表された、いくつかの提言・官庁の報告書を、一般的な権利制限規定（フェア・ユース規定）の導入という観点から分析し、それらは2009年3月に閣議決定された著作権法改正にどの程度反映されているのか、また今後の更なる改正でどのように反映されていくのかについて整理することとしたい。

2 民間団体での取り組み

2.1 「デジタル・コンテンツの保護・流通に関する 調査研究委員会」

財団法人知的財産研究所の「デジタル・コンテンツの保護・流通に関する 調査研究委員会」は、2006年に「デジタル・コンテンツの保護・流通についての中間提言」を公表している²。

知財研提言では、「デジタル・コンテンツ法（仮称）」を提案している。対象を財産的価値あるコンテンツの商業利用に限定し、適用を受けるためには登録の必要がある³。

¹ 詳しくは、財団法人デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーラム ―コンテンツの想像・保護・活用の好循環の実現に向けて―』（2008）や知財研フォーラム75号2頁以下の「特集 著作権制度のリフォーム」に所収の各論考及びそこで引用される文献を参照のこと。

² 知財研フォーラム65号2頁（以下知財研提言と略す）。なお、「デジタル・コンテンツの保護・流通について（第一回座談会）」知財研フォーラム67号2頁、「デジタル・コンテンツの保護・流通について（第一回座談会）」知財研フォーラム68号10頁も参照のこと。

³ 前掲注2 知財研提言7頁参照。

特に適用にあたっては、権利者の同意を得る必要があることは⁴、その点で権利者サイドの理解を得やすいように思われる。しかし、このような法律が求められる一つの理由として、権利者の同意を得にくい、もしくは権利者が分からないという事情があったはずであり、そういった問題の解決には役に立たないという点は注意すべきである。

また「デジタル・コンテンツ法（仮称）」においては、権利制限規定が用意されており、現行著作権法に用意されている個別制限規定を精査の上整理し、加えて小規模な一般条項を導入することを提言している⁵。

2. 2 デジタル・コンテンツ法有識者フォーラム⁶

フォーラムはいわゆる「ネット法（仮称）」を提案⁷している団体である。この「ネット法（仮称）」の特徴は、インターネット上でのデジタル・コンテンツの流通に限定される「ネット法（仮称）」を、コンテンツ流通に関する（著作権法を筆頭とした）関連諸法の特別法として提案するものである。

ネット法には①「ネット権」の創設、② 収益の公正な配分の義務化、③ フェア・ユースの規定化という 3 本柱があるとされ⁸、対象が限られ⁹、一部の利用者ではあるものの¹⁰利用者側にネット権という対象を許諾なく利用する権利が与えられ、その一方で権利者に適正な収益を還元する義務を負う。その際に、一般条項としてのフェア・ユース規定の導入を提言している¹¹。

先に触れた知財研提言もフォーラム政策提言も既存の法体系との整合性に腐心しているが、フォーラム政策提言のほうが後に出されただけあって、やや出来がよいように思われる。例えば、知財研提言もフォーラム政策提言も、対象をデジタル・コンテンツに限定しているが、さらに知財研提言は商業利用に限定し、フォーラム政策提言はネットワーク上で流通しているかどうかで適用の有無を画定している。ネットワーク上で流通しているということが市場に流通している（従って私的領域での利用ではない）ということを目指すの

⁴ 同上。コンテンツの利用促進を望む当事者が合意し、登録して初めて本法律の適用があるとされる。

⁵ 同上。

⁶ <http://www.digitalcontent-forum.com/>（以下フォーラムと略す）

⁷ 「政策提言」http://www.digitalcontent-forum.com/pdf/digitalcontent-forum_teigen.pdf 以下本文中では、フォーラム政策提言と略する。

⁸ 前掲注 7「政策提言」2 頁。

⁹ インターネット上で使用されるデジタル・コンテンツとして、映画、テレビ番組、音楽、写真、ゲームソフト、プログラム、データベース、そしてこれらのいずれに分類されるかよく分からないもの等、多様なものが考えられるが、そのうちの映像、音声に限定する。前掲注 7「政策提言」3 頁

¹⁰ 収益の公正な配分を行える者に限定される。前掲注 7「政策提言」3 頁。

¹¹ なお、必ずしも一般条項のみにはこだわらず、個別制限規定を導入した上で、補足的に一般条項を導入することも考えられているようである。前掲注 7「政策提言」5 頁

であれば、商業利用とさして変わらないであろうが¹²、商業利用という概念は不明確であり¹³、ネットワーク上で流通している（従ってデジタル化は当然されている）ということ及び利用者の能力で画するほうが明確性の点で優れる。知財研提言は権利者との合意形成で問題が生じうるが、フォーラム政策提言は、対象となるコンテンツを限定しつつ、許諾を不要とすることで、よりスムーズな利用が可能となろう。

2. 3 デジタル・コンテンツ促進協議会

デジタル・コンテンツ促進協議会¹⁴は我が国が世界最先端のコンテンツ大国となることの実現に寄与することを目的に掲げ、2008年9月9日に設立された。関係者から見てネット法の系譜に連なる動きと考えるとよいが、ややネット法とは異なるアプローチをとる。

デジタル・コンテンツ促進協議会はデジタル・コンテンツの利用促進を目的とした政策提言案¹⁵を行っている。

ネット法と同様に特別立法の形をとるが、① 対象コンテンツの利用に関する権利の法定事業者への集中化、② 権利情報の明確化、③ 権利者に適正な還元がなされる仕組み、④ デジタル・コンテンツの特性に対応したフェア・ユース規定の導入を特徴とする¹⁶。

ネット権という権利の創設について批判が強かったことを受けてか、権利の集中機関を設立し、コンテンツの利用促進のために、利用の申込みに関する応諾義務を設ける¹⁷こととしたようである。その他については、ネット法を精緻化したように見受けられるが、著作権法改正によりフェア・ユース規定が導入されたとしても、当該規定の限定的な解釈を懸念し、「インターネット等の技術の進歩は非常に早く、また今後どのような技術が生まれるか分からないことから、妥当な対応を機敏に可能とする制度が必要」であるとし、「フェ

¹² 実際、フォーラム政策提言では、前述したようにネット権を付与されるのは、一部の利用者であり、それはある程度組織的に権利者に対して対価を支払う能力のある者であると考えられる。

¹³ それ故デジタル化でという点でも限定を附したとされる。小塚壮一郎「デジタル・コンテンツ法制を論ずる視点」知的財産研究所『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』雄松堂（2008）所収参照。

¹⁴ <http://www.dcupc.org/>

¹⁵ http://www.dcupc.org/pdf/090312sympo_06.pdf 以下では、ファイル名に従って利用促進協議会会長・副会長試案と呼ぶ。

¹⁶ 利用促進協議会会長・副会長試案 3 頁参照。

¹⁷ 正確には、以下の二つの案が用意されているが、応諾義務を課すかそれに等しい環境を作り出すことを目指している。利用促進協議会会長・副会長試案 8 頁参照。

A 案 第三者からの合理的な条件での利用の申込に対しては、法定事業者に当該対象コンテンツの利用を許諾しなければならない応諾義務を負わせる。

B 案 法定事業者に A 案のような応諾義務は課さず、対象コンテンツの利用については、法定事業者の意思に基づき設定する条件やビジネスモデルに委ねる。もっとも、法定事業者が自ら利用せず、かつ、第三者からの利用の申し込みに対してもこれを拒否する場合には、合理的な理由を必要とし、対象コンテンツが死蔵されることを想定していない。

ア・ユース規定を、本試案に基づく特別法において、独立して設けるべきである」として
いる¹⁸。

2. 4 ネットワーク流通と著作権制度協議会

利用促進協議会会長・副会長試案が、コンテンツ利用者サイドからの案だと考えれば、
その対局として権利者サイドから検討していると考えられるのが、ネットワーク流通と著
作権制度協議会であり、デジタル・コンテンツの利用促進の必要性については賛成するも
のの、「権利処理を簡易化することによって新たなコンテンツの需要が生じたとしても、こ
のことによって現在の著作権法上の諸権利者にネット配信義務や配信を許諾する義務（許
諾応諾義務）を課すことがあってはならない」として権利者の応諾義務について強く反対
する。

また、特別法を作るのではなく、著作権法と著作権等管理事業法及び関連施行政・省令
の改正で対応することを強調する。基本的な枠組みは著作権法とモデル契約をベースとす
ることになる¹⁹。

3 官庁での取り組み

3. 1 総務省「デジタル・コンテンツの流通の促進等に関する検討委員会」²⁰

第 48 回の会合で既に見た「デジタル・コンテンツ促進協議会」と「ネットワーク流通
と著作権制度協議会」の双方からプレゼンが行われ、前述の松田私見と利用促進協議会会
長・副会長試案をもとに検討が加えられた²¹。検討委員会では、今回の会合の議論を踏ま
えた上で、下部組織である取引市場ワーキング・グループで議論を詰めていき、検討委員
会としての意見をまとめるとのことである²²。

¹⁸ 利用促進協議会会長・副会長試案 10 頁。もっともその内容がいかなるものかは詳細には示
されていない。

¹⁹ 従来からの諸提案との相違点については、松田政行「ネットワーク流通の促進に関する私見」
(以下松田私見)http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/policyreports/joho_tsusin/digitalcontent/pdf/090121_1_si2.pdf 17 頁参照。

²⁰ この検討委員会は、情報通信政策の一環として、デジタル・コンテンツの流通促進に関する
問題を検討しているが、毎回法律問題を取り扱っているわけではない。

²¹ 配付資料一覧は http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/policyreports/joho_tsusin/digitalcontent/090121_1.html 参照のこと。

²² 議事録は、2009 年 4 月 1 日現在で公開されておらず、次の記事を参照した。
<http://journal.mycom.co.jp/news/2009/01/23/039/index.html>

3. 2 デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会

知的財産戦略本部においてもフェア・ユース規定の導入は長年にわたって検討されてきている。とりわけ、デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会では、「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について」という報告書を公表している²³。

そこでは、「近年のデジタル技術や情報通信技術の発展を背景に、従来想定されなかったコンテンツの利用形態が出現しているが、現行の著作権法は、個別具体の事例に沿って権利制限の規定を定めているため、これら規定に該当しない行為については、たとえ権利者の利益を不当に害しないものであっても形式的には違法となってしまう」ことが問題とされ、「技術の進歩や新たなビジネスモデルの出現に柔軟に対応できる法制度」を作るべきであるとして、「個別の限定列挙方式による権利制限規定に加え、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェア・ユース規定）を導入することが 適当である」との結論が示された²⁴。

しかし、一般規定の具体的な規定内容については、明確に示されているわけではなく²⁵、導入に当たっては、①裁判後の結果が分からないリスクがあるので利用されないのではないか、②経済的効果について過大な期待をかけるべきではない、③過去の裁判例において違法とされてきた行為がすべて適法になると誤解され、違法行為が増加することが懸念される、ひいては訴訟コストの増加につながるのではないか、④ 法体系全体との関係や諸外国の法制との間でバランスをとるべきである、などの諸点を考慮すべきであるとされている²⁶。

3. 3 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会

フェア・ユース規定の導入については、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会でも検討が続けられており、「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成 20 年度・中間ま

²³ 第 9 回の調査会で原案が示され、パブリックコメントを得て修正されたものが第 10 回に検討され(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/digital/dai10/10gijisidai.html>)、さらに、最終報告書が、第 21 回知的財産戦略本部会合にて公表されている(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/dai21/21gijisidai.html>)。

²⁴ 「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/dai21/siryou1_2.pdf 11 頁。

²⁵ 方向性としては、「予見可能性を一定程度担保するためにも『公正な利用は許される』のような広範な権利制限を認めるような規定ではなく、ベルヌ条約等のいわゆるスリー・ステップ・テストも踏まえ、『著作物の性質』『利用の目的及び態様』など具体的な考慮要素を掲げるべき」（同上 11 頁）とされ、かなり具体的にすべしとの論調である。

²⁶ 前掲「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」11 頁記載の四つのポイントをやや短く筆者が要約したもの。

とめ（案）」²⁷を第9回の委員会において公表し、その後パブリックコメントを集めた後、第10回でそれらの意見²⁸につき検討が加えられ、第11回では「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成19・20年度・報告書（案）」²⁹として公開され、確定したものは、「文化審議会著作権分科会報告書」³⁰として公開されている。

一連の議論では、いわゆる日本版フェア・ユース規定についてはほとんど検討されず、議論の中心は、個別の制限規定の改定、追加であった。

4 一般の著作権法改正案と今後の動向

2009年3月10日に「著作権法の一部を改正する法律案」が第171回国会に提出された³¹。この案に影響しているのは言うまでもなく文化審議会の報告書であろう。報告書を読む限り、権利制限の一般規定（日本版フェア・ユース規定）の導入を意識しつつも³²、当面は個別の制限規定の拡充が中心となるようである³³。実際に、改正案に挙げられたものも個別規定の拡充と見られるものばかりである。

日本版フェア・ユースを導入するという著作権法改正については、他所で従前から議論されていることを十分反映されているとは言い難いが、少なくとも権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェア・ユース規定）の導入の必要性は認められており、今後は、仮に一般規定を導入した場合に留意すべき事項（特にどのような影響を当事者に及ぼすかという点についての検討）、恐らくそのまま維持されるであろう個別規定との関係の在り方、一般規定に掲げる考慮要素をどの程度具体的に示すことが出来るかが課題となろう。

また、デジタル・コンテンツの流通促進という観点は重要であると認めるとしても、そもそもデジタル化されていない著作物においてもフェア・ユース規定は必要であるはずで

²⁷ http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h20_09/pdf/shiryu_1.pdf

²⁸ 「法制問題小委員会・平成20年度中間まとめに対する意見募集の結果概要」

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h20_10/pdf/shiryu_1_2.pdf

「法制問題小委員会・平成20年度中間まとめに対する団体からの意見」

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h20_10/pdf/shiryu_1_3.pdf

²⁹ http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h20_11/pdf/shiryu_1.pdf

³⁰ http://www.cric.or.jp/houkoku/h21_1b/h21_1b.html

³¹ 改正案の詳細は (http://www.mext.go.jp/b_menu/houan/an/171/1251917.htm) 参照のこと。

³² 「今後の権利制限の検討に当たっては、一般規定の導入の検討のほか、個別の権利制限規定と一般規定との関係を踏まえた検討も必要になると考えられる」と報告書は第3章「権利制限の見直しについて」第1節「はじめに」で指摘する。

³³ 2009年3月25日に開催された第28回文化審議会著作権分科会では、『著作権法に関する今後の検討課題』（2005年1月24日・著作権分科会決定）の概要とそれ以降のこれまでの審議状況（http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/bunkakai/28/pdf/shiryu_2.pdf）なる資料において「デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会の報告を受け、基礎的資料についての委託調査を実施中」とあるため平成21年度中には法制小委員会にて検討が開始されるはずである。

あり、デジタルかどうかという著作物の類型で変えることは正当化できるかは検証されてしかるべきである。同様に、非商業利用のコンテンツにもフェア・ユース規定は必要となることもまた論を待たない。何故フェア・ユース規定が正当化されるのかについては、デジタル・コンテンツの流通促進という観点以外からの検討も望まれる。

第V章 一般的包括的権利制限規定の理念と要件

1 一般的包括的権利制限規定の創設の意義

一般に、包括的権利制限規定の創設は以下のような効果を生じると考えられている。

- ・ 現存する形式的な侵害行為や今後生じうる形式的な侵害行為が必ずしも確定的に侵害とされるものではない可能性を生じることから、権利者と利用者の中で、利益分配の交渉の余地が生じ、適切な保護と利用のバランスを導きうる。
- ・ 形式的侵害行為が必ずしも侵害とは断定できないため、新たな情報利用の道の開かれる余地が大きくなり、日本の将来におけるベンチャー・ビジネスの生まれる可能性が高まる。
- ・ 法改正による公平の実現が実態社会の後追いとなるという、法律の宿命の多くが解消され、保護と利用のバランスが法改正を待たずに実現しうる。
- ・ 裁判所は個別的権利制限規定の疑義を生じかねない適用・解釈から解放され、保護と利用のバランスに配慮した司法判断をなすことができるとともに、事案の公平な解決を通じて法の発展を推進しうる。

それでは、上記のような効果が期待される包括的権利制限創設の意義はどのように考えられるのであろうか。

一般的包括的権利制限規定は、権利制限規定の一形態であり、形式的には支分権の侵害となる著作物の利用行為のうち、侵害とすることが妥当でない行為を明らかにすることで、権利保護と利用の促進の調整、バランスの確保を図ることを目的とする点においては、個別的制限規定と変わるところはない。

そして、対象となる行為、対象となる支分権が限定されていないという点に個別的制限規定との大きな差異がある。したがって、この点に創設の意義があるといえることができる。

ところで、法文上に具体的な対象行為が特定されない、支分権が特定されないということは、具体的適用に際しての判断基準を持たない抽象的な規定となってしまう、適用の可否判断すら困難になることも生じかねない。例えば「著作物の公正な利用は著作権侵害とはならない」というような規定ぶりであった場合には、常に「公正な利用」とは何か、いかなる判断基準で公正さを検討すべきかという問題に突き当たり、適用の可否について安定した判断をすることは至難となるであろう。これは「著作権の濫用はこれを許さない」との規定を設けることと差異がなく、適用は極めて例外的・限定的なものとなるおそれがある、上記の効果の実現性は乏しく、規定を創設する意味は低いものにならざるを得なくなるように思われる。

そこで、包括的権利制限規定の創設を意味あるものとし、その適用を積極的に進める

ためには、ある程度は抽象的とならざるを得ないとしても適用場面を明確にし、判断の基準を明らかにして安定性を持つものとする必要がある。

このような観点から、現行法の個別的権利制限規定の理念を検討した上で、包括的権利制限規定に求められる理念から導かれる適用場面と要件を探ってみたい。

2 個別的権利制限規定の理念

著作権法が採用している権利制限規定は個別的制限規定であり、30条より50条までに23類型が列挙されている。それでは、そこに何らかの共通した理念が認められるのか。学説では各個別規定の目的については述べられるものが多いものの、制限規定全体について類型化・分類して理念を検討するものは少なく、かつ、必ずしも一致していない。

たとえば、田村教授は次のように現行の制限規定を四つに大別できるとする¹。

<1>人間の行動の自由を過度に害することのないよう、著作権者に与える影響が少ないと考えられる一定の行為について著作権を制限する規定²

<2>利用の性質上、禁止権を制限すべきであるという観点から設けられている制限規定³

<3>所有権等との衝突緩和のための調整規定⁴

<4>著作物の利用促進という判断や教育、報道、立法、行政、司法という公益に鑑みて設けられている制限規定⁵

そして、個別制限規定は予測可能性を高め法的安定性に優れている反面、解釈で柔軟に運用していくという方策をとるには不向きであるとする⁶。

また、作花教授は以下の通り便宜上五つに整理できるとする⁷。

<1>私的領域における教養・娯楽・文化活動を円滑になし得るようにするため⁸

<2>人々の教育・学習活動に資するもの⁹

1 田村善之「著作権法概説」第2版、有斐閣、195頁以下

2 私的複製(30条)、非営利貸与等(38条)、公開の美術の著作物の利用等(46条)

3 試験問題としての複製(36条)、放送事業者等による一時的固定(44条)、点字による複製等(37条)、聴覚障害者のための自動公衆送信(37条の2)

4 美術の著作物等の原作品の所有者による展示(45条)、美術の著作物等の展示に伴う複製(47条)、プログラムの著作物の複製物の所有者等による複製等(47条の2)

5 これは更に、a)単なる複製を認める規定(図書館等における複製(31条)、学校その他教育機関における複製(35条)、立法・司法・行政のための複製(42条)、情報公開による開示のための利用(42条の2))、b)付加価値を伴った利用を認める規定(引用(32条1項)、教科書図書等への掲載(33条)、学校教育番組の放送等(34条)、時事の事件の報道(41条)、時事問題に関する論説の転載等(39条)、公開の演説等の報道(40条2、3項)、国・公共団体の機関の広報資料等の転載(32条2項))、c)自由利用を認める規定(政治上の演説等・裁判手続きにおける陳述の自由利用(40条1項)、法令・判決等の権利の目的とならない著作物(13条))、に分けられるとされる。

6 田村前掲 198頁

7 作花文雄「詳解著作権法」(第3版)、ぎょうせい、309頁

8 私的複製

〈3〉言論へのアクセス・論評、市民社会の基礎となる情報の流通など、人々の表現活動に資するもの¹⁰

〈4〉司法・立法・行政等、公共性の高い業務の円滑な遂行に資するもの¹¹

〈5〉所有権など他の権利との調整、社会一般の慣行的利用との調整を図るもの¹²

そして、個別列挙方式とフェアユースのような一般的制限とでは、いずれが優れているということは一律に評価できず、法的安定性と具体的事象への柔軟な対応可能性のいずれを重視して法を構築するかであるとされる¹³。

更に、飯村判事は、制限規定の立法趣旨に沿って「個別的・具体的な趣旨」から「一般的・抽象的な趣旨」に段階的に次のように分けられるとする¹⁴。

- A 公共上、公益上の理由による制限¹⁵
- B 著作物の利用促進等による制限¹⁶
- C 利用者の固有の権利との調整からの制限¹⁷
- D 第三者の行動の自由等による制限¹⁸
- E その他(利用の態様、目的等)¹⁹

そして、A、B類型は、趣旨、主体、目的、支分権の内容に紛れのない制限規定で解釈上の応用範囲が狭く、C類型は所有権等の権利、利益との調整であり、D、E類型は第三者の行動の自由との調整という観点が含まれるとして、応用範囲が広く、類推解釈の可能性が高いとされる²⁰。

以上のように、個別的制限規定には様々な立法目的によるものであり、その全てに統一

⁹ 教育機関における複製等、試験問題としての複製等、図書館における複製、営利を目的としない上演等、点字による複製等、教科用拡大図書の作成、聴覚障害者のための自動公衆送信、教科用図書への掲載、学校教育番組の放送等

¹⁰ 引用、時事問題に関する論説の転載等、政治上の演説等の利用、情報公開法による開示のための利用

¹¹ 裁判手続等における複製、時事の事件の報道のための利用、放送事業者等による一時的固定

¹² 美術の著作物等の原作品の所有者による展示、公開の美術の著作物の利用、美術の著作物の展示に伴う複製、プログラム著作物の複製物の所有者による複製等

¹³ 作花前掲 310 頁

¹⁴ 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究 35、著作権法学会、109 頁

¹⁵ 図書館における複製・翻訳、教科用図書への掲載、学校教育番組の放送等、教育機関における複製等、試験問題としての複製等、点字による複製等、聴覚障害者のための自動公衆送信、裁判手続等における複製、情報公開法による開示のための利用、放送事業者等による一時的固定

¹⁶ 国・公共団体の機関の広報資料等の転載、時事問題に関する論説の転載等、政治上の演説等の利用、時事の事件の報道のための利用

¹⁷ 美術の著作物等の原作品の所有者による展示、美術の著作物の展示に伴う複製、プログラム著作物の複製物の所有者による複製等、保守修理等のための一時的複製（47 条の 3）

¹⁸ 私的複製、営利を目的としない上演等、公開の美術の著作物の利用

¹⁹ 引用による利用・翻訳

²⁰ 飯村前掲 116 頁

的な基本理念があるわけではないことが明らかである。その上、具体的制限規定の目的や理念についても論者によって必ずしも同様に解されているともいえない²¹。

しかし、概ね、①公共上、公益上の理由並びにこれらに基づく著作物の利用促進、②利用者の固有の権利との調整、③第三者の表現活動や行動の自由の確保等、に大分類することができ、この分類自体には共通するものがあるといえる。そして、①については、利用行為、目的が明確な範囲で積極的に当該利用の合法性を明らかにして利用の促進を図ることが意図されており、そこには公共性、公益性のある利用行為は私権である著作権に優先するとの理念があると思われる。②については、利用者の有する所有権等の固有の権利を行使することが一定の支分権に優先することを明らかにすることが意図されており、法体系全体の調和の観点から著作権保護に優先する固有の権利が存在することを承認すべきであるとの理念がある。③については、必ずしも定型化されない利用行為について、利用の態様や目的に照らして、支分権に優先する法的利益となりうる利用者の表現の自由や行動の自由の確保が意図されていると考えられる。それは、表現の自由、行動の自由は著作権に優先するとの理念に基づくものといえることができる。

3 包括的権利制限規定の理念と要件

包括的権利制限規定を個別的制限規定の延長線上にあるもの、あるいは個別的制限規定を補完するものと捉えた場合には、上記の個別的制限規定の目的を共通することになる。また、包括的であることから、これらの目的を全て含むものであるということになる。そして、これらの目的は互いに異なる理念によっているものであるから、包括的権利制限規定は複数の理念に基づいて創設されることとなる。したがって、包括的権利制限規定の要件事実あるいは考慮すべき事実、これらの各理念から導かれるものであるとともに、適用に当たってその全てが要件事実あるいは考慮事実として要求されるものではないことになる。すなわち、具体的適用場面においては権利制限の要請がこれらの理念のいずれによるものかを決定する必要があるとともに、当該理念による要件事実あるいは考慮事実の存否を要点に適用の可否を判断することになり、他の理念に基づく要件事実あるいは考慮事実は判断に影響を与えないことになる。

そこで、包括的制限規定の判断基準を前記の個別的制限規定において共通した理解によ

²¹ もっとも、個別的制限規定は個別の支分権に抵触する利用行為のうち、権利行使が妥当とは考えられない特別な場合を摘示して対象としているものであることから、本来的に共通する特別な理念から導かれたものではないとも考えられる。逆に言えば、各支分権は、社会経済及び技術の発展、変化に伴って、財産権としての保護の必要性が生じたとして創設されてきたものであることを考えると、同様に、社会経済及び技術の発展変化に伴って支分権の侵害とすることが妥当でないと考えられる利用行為を個別的権利制限と構成したということであって、個別的権利制限相互間には違法な利用行為でないということを明確にするという共通性があるにすぎないのは当然とも考えられる。

と思われる分類と理念ごとに考えてみるに、

①の公共上、公益上の理由並びにこれらに基づく著作物の利用促進という目的による権利制限は、公共性、公益性が私権に優越するという理念に基づくものであるから、この理念に基づく個別的制限規定におけるものと同程度の公共性、公益性が認められる場合には原則として包括的権利制限の適用があることになり、著作者の利益が著しく損なわれる場合には補償を認めるという構成が考えられる。そこで、この類型における要件は、利用行為が社会的・経済的観点から公共性、公益性を有すると認められる場合ということになる。なお、ここで経済的観点を加味するのは、産業政策の観点も公共性、公益性を判断する基準となりうるからである。

②の利用者の固有の権利との調整という目的による権利制限は、法体系全体の調和の要請という理念に基づくものであるから、利用者の固有の権利と著作者の支分権とが衝突する場合に包括的権利制限の適用に当たっては、法体系全体の調和という理念に基づき、相反する権利についてどの範囲でどちらを優先させるべきかとの価値判断をなすことになる。当然、個別的制限規定として明文化されている支分権の制限は現行法における価値判断結果の一例を示すものとして参酌されることになるし、その個別的制限規定の上位概念との間で包括的権利制限の適用により矛盾を生じないことが必要となる。そこで、この類型における要件は、利用者の行為が利用者の固有の法的権利に基づくものであり、かつ、抵触する支分権の不合理な制限とならない場合ということになる。

③の表現の自由、行動の自由の確保という目的による権利制限は、かような目的による権利制限があるという点では一致するものの、現行の個別的制限規定においてさえいずれの規定がその範疇であるのが論者によって異なる。それは、表現の自由、行動の自由の確保という概念自体抽象的に過ぎ、定型化できないということに帰する。したがって、この目的・理念による権利制限は、個別的制限規定によっては必ず間隙を生じ、むしろ一般的包括的権利制限によることが適当と考えられる。現行の個別的制限規定において最も包括的な規定であり、かつ、表現の自由の確保という観点に近いのは引用であると考えられるが、そこにおける要件は、引用であることを除けば、公正な慣行に合致することと、目的上正当な範囲内であることである。また、行動の自由の確保という観点では私的複製が考えられ、そこでは包括的な複製について私的使用目的と使用する者の複製行為が要件とされている。そこで、これらの規定からは、利用の目的及び利用の範囲の正当性が要件として考えられ、これらの正当性が利用の態様に即して権利者の被る不利益との比較衡量により判断されることになる²²。すなわち、この類型における適用要件は、著作物の利用の態様に応じて、利用の目的に正当性があり、利用の範囲に妥当性のある利用行為ということになる。

²² 私的複製における私的使用目的は目的として正当性を有するとの判断があり、使用する者が複製をなすこととの要件も正当な利用の範囲に含まれるとの判断が先行して存在する。したがって、私的複製の規定は引用における要件にさらなる要件を付加するものではない。

以上をまとめると、包括的権利制限規定は、制限規定の目的理念に応じて次の通り要件が考えられる。

①公共上、公益上の理由並びにこれらに基づく著作物の利用促進という目的による権利制限

(要件) 利用行為が社会的・経済的観点から公共性、公益性を有すると認められる場合であること

②利用者の固有の権利との調整という目的による権利制限

(要件) 利用者の行為が利用者の固有の法的権利に基づくものであり、かつ、抵触する支分権の不合理的な制限とならない場合であること

③表現の自由、行動の自由の確保という目的による権利制限

(要件) 著作物の利用の態様に応じて、利用の目的に正当性があり、利用の範囲に妥当性のある利用行為である場合であること

よって、包括的権利制限規定には、これらの要件を全て含み、かつ、制限の目的によって適用すべき要件を選択する規定ぶりが必要となるものと思われる²³。

²³ 包括的権利制限規定は、本来、個別的制限規定を上記目的に応じて整序した上で、その後にこれらの目的に応じた要件を規定する受け皿規定として整序ごとに創設すべきものといえる。しかし、前述の通り、各個別規定の基本理念は論者によって異なり、また複数の理念を有すると考えられる規定もあるため、これを整序することには無理があるであろう。

第VI章 日本におけるフェアユース立法の形式

1 アメリカ著作権法フェアユース規定

まず、アメリカ著作権法の一般的フェアユースの規定を改めて見ておく。

〈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。

- ① 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。）
- ② 著作物の性質
- ③ 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
- ④ 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。

この規定ぶりは、概ね判断の際の考慮要素を取り上げているにすぎない。

ただし、柱書の「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」という点は、フェアユースに傾く目的を挙げているわけで、それだけ要件的だと言える。

①項のカッコ書き、すなわち、（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。）という点も、この規定文言からすれば、商業的使用はフェアユースにとってマイナスであり、非営利の教育はプラスである。②項はこの規定のみでは、何のプラスマイナスもない。③項は「使用された部分の量及び実質性」が多いほどマイナスに働く。また、④項の「潜在的市場又は価値に対する使用の影響」も大きいほどマイナスに働く。

しかし、いずれにせよ、総合的考慮であるから、フェアユースの規定により明瞭に公正、不公正が決定されるわけではない。一般的規定の宿命というべきである。

2 日本における一般的権利制限の規定ぶりについて

フェアユースの一般的規定を設けるについて、どの程度強いものととらえるかにより、規定ぶりが異なってくるであろう。実際の運用、すなわち解釈論や判例は、規定ぶりによ

って 100 パーセント決まるものではないだろうが、規定ぶりによる影響は大きいと思われる。

2. 1 正面からの規定

わが国でフェアユースを正面から規定するなら、アメリカ流のフェアユース同様（アメリカで言えば 108 条以下に先立つ 107 条）、個別的制限規定に先立って規定することになる。日本法でいえば、21 条以下の個別的規定に先立って、規定を設けることになる。旧来の規定をなるべく動かさないという前提で考えると、具体的には、29 条の「映画の著作物の著作権の帰属」を 16 条の 2 項または、16 条の 2 として移動させ、29 条に一般的規定をおけばよいだろう。元来、29 条は、21 条から 28 条までの支分権の規定と 30 条以下の権利制限規定との間にはさまっていて、元来着落性が悪い。16 条の「映画の著作者」と並べておく方が読みやすいであろう。

このような新 29 条は、30 条以下の個別規定の基本的姿勢を示すような正面からの規定ぶりとなる。新 29 条は、フェアユースが言わば例外ではなく、著作権者の権利と同様に尊重されるべき利用者の「権利」を宣言する規定といえよう。

このような考え方でいけば、一案として、次のような規定となる。

〈新 29 条〉

第 21 条から 28 条までの規定にかかわらず、以下の諸点を考慮して、著作物の公正な利用に該当するときは著作権侵害とはならないものとする。

- ① 著作物の種類及び性質並びに当該著作物分野の慣行
- ② 利用の目的の正当性及び必要性（研究、調査、教育、報道等は公正な利用の認定に有利に解釈されるものとする。）
- ③ 著作物の市場を代替的に奪うものであるか否かなど、著作権者に与える実害の有無及び程度
- ④ 利用において、加えられた創作性の質及び量、批判的要素の有無、程度並びにその社会的価値
- ⑤ その他、各事案における特別事情。

2. 2 受け皿的な規定ぶり

これに対し、わが法において、いきなりフェアユース規定を設けるべきではない、という考え方によれば、規定ぶりも穏やかなものとなる。考え方としては、典型的には、権利制限規定はあくまで例外的救済手段であり、従来から明文の解釈上は「侵害」にあたるけれど実質的に違法とは考えられていなかった行為を拾えば足りる、というものである。

う。

条文の位置としては、他の具体的な制限規定の後に、例えば、47条のn¹として規定することになる。受け皿規定として新設するという案は、こうしたものであろう。

すなわち、同一性保持権の規定と同様な規定を設けることになる。20条2項4号は次のとおりである。

「2 前項の規定は、次の各号のいずれかに該当する改変については、適用しない。・・・

四 前三号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」

リバース・エンジニアリングなど、従来から合法という解釈が強かったし、諸外国でも一定の要件のもとに合法とされている行為をこの際拾っておき、47条の最後に、次のような規定を設けることになる。

47条のn

次に掲げる行為は、著作権侵害とはならないものとする。

一 ～ (リバース・エンジニアリングなど)

四 前三号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる行為

3 本委員会における議論

上記に関し、DCAJ委員会では、正面からの規定をA案、受け皿的な規定をB案として、意見を交換した。以下に、議論の要点を記載する。

3.1 基本的な考え方について

A案は、基本的な考えとして、フェアユースという一般思想がまずあって、それを個別具体化したものが具体的権利制限規定なのだという発想になるのだろうと思われる。これに対し、B案は、個別的制限規定がまずあって、これは例外的な状況で権利は制限されるのだから、個別規定に準ずるようなものを拾えばいいという考えということになる。そうすると、例示した後に規定するのが落ち着きがいいということになる。

¹ 第171回国会に提出された著作権法の一部を改正する法律案には、新たに「47条の5」から「47条の9」までの権利制限規定が含まれている。したがって、同法案が成立した折には、本稿に言う受け皿規定は「47条の10」として置かれることになる。

これに対し、規定の位置を変えても、実質的な効果は変わらないじゃないかという考えもある。受け皿的規定であっても、第20条2項4号というのは、これが一般原則だと思っているので、そこから、個別の規定が生まれてくると考えることもできる。

そういう意味では、一般条項を最後に置くという受け皿的規定にしても、その制限に関する一般原則だということにはなるのだと思う。ただ正面にあると、一番トップにあると目立つというのと、何か制限するほうが原則だと見られるかもしれない。

そうすると、A案だと、制限の適用範囲が逆に狭くなる可能性がある。同一性保持権の制限は、第20条の2項の1号から3号と同程度の体现の必要性が認められるときに4号を適用するというのが従来の裁判での姿勢だが、あれはまさにレーゲルバイシュピールで、もしアンファンクスペンタブルと考えると受け皿と考えている場合には、そういうことを言う必要が無い。もっと別のファクター、著作権者と利用者の利益調整というのをやっても良い。ところが、レーゲルバイシュピールと考えると、その別のファクターよりもまず先に、1号から3号と規定を眺めてみて、それと、どの程度の体现性が必要なのかと、理論上はそうなるはずだというふうに言われている。

広くなるかもしれないし、ならないかもしれないが、受け皿だったら、あってもなくても変わらないフェアユース規定になるかということとそうではなくて、やはり、受け皿規定でもあれば、いまは違法だけでも適法になるものってやはりあるじゃないかと思う。「カラオケ法理」で違法になるような事案が、フェアユース規定で適法になるというところまでは、断言は出来ないが。) 例えば、アメリカで楽曲比較サイトなどはとても興味深い。ギンズバーグ教授は、フェアユースで許されると主張している。日本でやったらたぶんアウトだろうと思うのだが、研究教育のためにやっているわけだし、フェアユース規定ができれば適法になるかもしれないと思っている。

3. 2 フェアユース規定導入の影響について

経営者の方は、フェアユース規定を創設されれば、これは制限規定なのだから、設ければ必ず現状よりも権利が制限に向くのではないかというふうに言われるのだが、そうは限らないのではないかと。今、明文の規定なしにやっているところを、明文化して規定をつくるというだけなので、現状と変わらないかもしれない。

その点について、要件的なものを何も書かないでそのところは裁判所にお任せしましょうという形にするのか、立法の段階である程度もう少し踏み込んだ規定を作ったということ意識的に書くのかという点は難しい。

3. 3 Google のキャッシュなどの具体例について

例えば Google のキャッシュについて、合法だと考えているが形式的に違法だという状態

なのか、それとも、やはりあれは違法だと考えられるのか。

現状でも黙示的許諾ということで、適法の部分もある。さらにインターネットにおけるデフォルトのルールは適法であると擬制されるという考え方もある。

個別規定があったり、判例がある方が、安定性があることははっきりしている。一つは、こういう規定を設けたときに、裁判所には、なるべくどの要件が決定的だったかというのを明確にしてもらえると期待できる。つまり、事後の予測が可能になる。他には、民間の議論でコンセンサスを作っていけば、それは法規ではないとしても、ある種のガイドラインみたいなことで、安定化に繋がるのではないか。例えば経産省の準則のようなものを利用できるだろう。アメリカでは、ある団体でフェアユース基準みたいなのが設けられている場合もある。ただ、なかなか、微妙なところいくと、絶対合意にならなくて、難しい。

3. 4 交渉促進機能について

フェアユース規定があると最終的には判決が出るまで合否が不明であるから、当事者の交渉が促進されるという考え方もあるが、逆に権利者側の最近の声を聞いていると、交渉がうまくいかなくなると言う人もいる。つまり、居直り侵害者みたいなものがでてきて、みんなフェアユースだと言われてしまえば、いままでは侵害でしょと言ったらしようがないと言っていたものを、交渉が進まなくなると。でも利用者側の声を聞いていると、明らかに侵害だから交渉の余地もないと考えている時に、フェアユースの規定もあるからちょっと交渉しましょうという話になって、そういう意味では交渉の促進剤になるとも考えられる。

3. 5 著作者人格権について

第20条2項4号の規定について、やむを得ないという文言の位置が、著作物の性質並びに利用の目的及び対応に照らしやむを得ないというので、その利用をやる上で、やむを得なければいいんだというふうにしか言っていないというように読める。つまり、目的自体の正当性が問題にならないように読める。

実際は、例えば、2号で言えば改築目的だとか、1号で言えば教育目的だとか、3号で言えばプログラムの利用というように、目的の正当性は、当然従来のなかでも考慮されていると思われる。

確かに、4号は、多分文言が洗練されていない状態である。元が第20条2項4号で同一性保持権の話なので、利用しようと思ったら著作権法がかかってくる。著作権のほうはクリアして、その著作権で許されている行為をやるときに、やむを得ずやらないといけない改変を許容しましょうと言っているように思う。そうではなくて、利用の正当性も問うているというのであれば、もっと文言を洗練させたほうがいいのかなと思う。

第Ⅶ章 総括

1 柔軟な制限規定

著作権法における権利制限規定として、アメリカ法にならったフェアユースの導入が議論されており、本報告書もその導入を提案するものである。これは、現行の列挙型の制限規定では、技術の進歩等の社会の動きに適切に対応できないことが主な理由である。

ところで、フェアユースは基本的には英米法に特有な制度であり、他のヨーロッパ諸国では、具体的な制限規定によることを原則として、フェアユースのような一般的な権利制限規定は置かれていない。そこで、わが国でフェアユースの導入の必要性を検討するに当たっては、アメリカにおいてフェアユースによって解決されている問題が、同様の制度を持たない国においてどのように処理されているかを検討することも有益である¹。この点は、本報告書の第3章で検討したところではあるが、以下ではサムネイル問題のドイツにおける扱いに焦点を当て、少し異なる方向から検討する。

Google社が提供する画像検索サービス Google Image Search の過程で作成される「サムネイル」については、米国のカリフォルニア中央地区連邦地方裁判所及びその控訴審である第9巡回区連邦控訴裁判所が Perfect10 事件において、米国著作権法 107 条のフェアユース該当性についての検討を行い、地裁はこれを否定し (Perfect 10 v. Google, Inc., et al., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006))、控訴裁判所はこれを肯定した (Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir 2007))²。

Google社の提供する画像サービスの過程で作成される「サムネイル」については、ドイツにおいても著作権侵害の有無が争われており、少なくとも5件の判決をインターネット上でみることができる。ハンブルク地方裁判所 2003年9月5日判決 (308 O 449/03)、ビーレフェルト地方裁判所 2005年11月8日判決 (20 S 49/05)、エルフルト地方裁判所 2007年3月15日判決 (Az 3 O 1108/05)、イェナ高等裁判所 2008年4月23日判決 (Az. 2 U 319/7)、ハンブルク地方裁判所 2008年9月26日判決 (Az. 308 O 42/06) である。

ハンブルク地裁 2003年判決は、通信社である申立人の仮処分を認めたものであり、裁判所は、相手方の明示・黙示の同意の主張を認めず、またインターネット社会の利益を根拠とする相手方の主張についても、個別的な制限規定に基づくドイツ著作権法には馴染まないとしてこれを排斥した。

ビーレフェルト地裁 2005年判決は、原告である写真家が、第三者が無許諾でインターネット上で公開した自分の写真が、第三者が削除した後も、サムネイルとして被告のサイトで表示されていることに対する損害賠償・不当利得の請求をしたのに対し、損害・利得の

¹ ドイツ法の立場からフェアユースを論じたものとして、Achim Förster, Fair Use, 2008 Mohr Siebeck

² 本報告書 20 頁参照。

立証がないとして請求を棄却したものである。

エルフル地裁 2007 年判決は、画家である原告が、自分のホームページで公開した自作の絵画がサムネイルに取り込まれていることについての差し止め等を求めた事件で、サムネイルへの取り込みは著作物利用であるとした上で、サムネイルは原則として著作者の利益となるものであり、自己の著作物をネット上で自由にアクセス可能とした者は、ネット上の著作物の呼び出しに必然的に結びついた複製については黙示的に承諾しているとして原告の請求を棄却した。同事件の控訴審判決であるイエナ高裁 2008 年判決は、原審の黙示の承諾論は採用しなかったものの、原告の差止請求は権利濫用又は良俗違反であるとして結論としてはこれを棄却した。

ハンブルク地裁 2008 年判決は、原告自身がネットに載せていない漫画が問題になった事案であるが、承諾（黙示の承諾は事案として考えがたいとする）、制限規定の適用、消尽等の被告の主張を認めず、原告の差止請求等を認容した。判決は、検索サービスのインターネット社会における重要性や画像が合法的か権利侵害のものかを区別するのは技術上不可能であることは認めるながらも、公衆の利益と著作者の利益の比較衡量は立法府の役割であって裁判所の役割ではないとした。

画像検索サービスで作成されるサムネイルの著作権法上の取り扱いが難しい問題であることは、米国でもドイツでも、裁判所の結論が分かれていることが示している。しかし、問題をフェアユースの該当性として論じる米国のやり方に比べ、個別制限規定への該当性と意思解釈（黙示の許諾）、民法の一般条項（権利濫用）によって処理するドイツのやり方が、著作者の差止請求等を認める場合の手法として柔軟性を欠くことは明らかである。ドイツの判決の中にも柔軟性が欠けることに何らかの苛立ちのようなものを感じさせるものもある³。

しかし、このことは直ちにドイツにおいて、裁判所の判断の柔軟性を確保するために、フェアユース規定を導入すべきとの議論が有力に主張されることになったという訳ではないようである。フェアユース型の一般的な制限規定を設けることに対して消極的な立場をとる場合の根拠としては、裁判所に対する不信感などもあるが、著作権の本質論に基礎を置いた議論も有力である⁴。

わが国においても、フェアユース規定の導入に際しては、政策論や便宜論だけでなく、著作権本質論などを視野に入れた理論的検討が必要であろう。

³ ハンブルク地裁 2008 年判決にはこのようなニュアンスがある。

⁴ 前掲注 1 参照

2 理論的な検討課題

2. 1 憲法論

著作権は法律によって創設された権利であるから、その内容をどのように決めるかは立法者の裁量に委ねられているという見解をとるのであれば、制限規定の内容については、憲法上、特段の制約はないことになる。

しかし、世界人権宣言 27 条 2 項にもあるように、著作権に自然権的な側面があることは否定できず、この点から、フェアユースによる著作権の制限には憲法上の制約が存するといえる。フェアユースとの関係で特に問題となるのは、憲法 29 条の財産権保護の規定である。具体的には、2 項の公共の福祉への適合性及び 3 項の正当な補償が重要である。

憲法上の議論としては、二つの異なる観点からの検討が必要となる。第 1 は、既存の著作物の利用が、新たな著作物の創作のために利用されるのか否かとの観点である。サムネイルの問題は後者であり、前者の典型的な例は翻案物の作成のための利用である。憲法上の議論としては、前者は利用者の表現の自由と著作権者の権利の衝突の場面であり、憲法上の権利間の調節の問題である。これに対し、後者は憲法上の権利の公共の福祉による制約の問題である。

第 2 の観点は、利用の公共性・公益性の問題である。たとえば、土地の例では、公共道路の敷地として使用するために土地の収用することは認められていても、私人である土地所有者がビルを建築するために隣接する他人の土地を強制的に買収することは認められていない。隣地の所有者は売るか売らないかの自由を有するとされる。これに対し、その内容にもよるが、フェアユースが認められた場合には、著作権者には、自分の著作物を他人に使わせる自由はないことになる。この取り扱いの違いをどのように正当化するかが問題となる。研究会では、土地と著作物の支配の排他性の違いが取り扱いの違いを正当化するのではないかの議論が提示されたが、こうした議論を更に進めることが必要であろう。

さらに、憲法 29 条 3 項との関係では、補償金の支払いなしのフェアユースが認められるか、補償金が必要となる場合があるのかなどが検討課題である。

2. 2 著作権法の目的について

従来から、著作権法の目的は著作権者の保護が第一であり、これを前提とした上で、利用の公正が図られると理解されてきた。すなわち、著作権者の利益が第一であり、その二次的な制約要素として利用者の利益があるのであり、著作権者の利益と利用者の利益は同じレベルで衡量されるのではないとの理解である。これは、著作権を自然権的なものとして理解し、その制約としての利用者の権利を捉えるといった考えにも整合するものである。

これに対し、導入されるフェアユース制度に内容にもよるが、アメリカ型のフェアユース

スが導入されたとすると、著作者の利益と利用者の利益が直接に、同一レベルで比較衡量されることになる。したがって、こうした制度を導入する場合には、著作権法の目的についての考えに大きな変化を生じさせることになり、場合によっては、第1条の目的条項を変更することも必要になるろう。

この問題は、わが国にフェアユース規定を導入する場合の理論的な根拠はなにかという問題にもかかわる。米国でのフェアユース規定の根拠は、衡平法にあるとされている。これに対して、わが国では衡平法の伝統はなく、したがって、衡平法をもってフェアユースの理論的根拠とはなしえない。もっとも、わが国においても、衡平法に類似した裁判所の後見的機能を基礎付けるものとして、権利濫用の法理や信義則の法理が認められている。ただ、権利濫用や信義則でカバーできる範囲は限られており、著作者の利益と利用者の利益とのより広範な利益衡量を目指すのであれば、これだけでは不十分であろう。その場合には、目的条項の改正が必要になるようにも考えられる⁵。

3 個別制限規定との関係

3. 1 フェアユースの位置づけ

個別制限規定との関係においてフェアユース規定の位置づけを考える場合、三つの方向がある。その1は、著作権法上の著作権の制限はすべてフェアユースによってカバーされるものとし、著作権法の定める個別制限規定はその具体化の一部であるとするものである。これに対し、著作権の制限規定の中心は個別制限規定にあるものとしたうえで、具体的には個別制限規定の文言には当てはまらないものの、その趣旨からは制限が認められる場合をカバーするものとしてフェアユース規定を位置づけることが考えられる。個別制限規定の拡張解釈・類推解釈を認める根拠としてのフェアユースという方向である。最後の方向としては、フェアユース規定は、既存の個別制限規定とはまったく別個の考えによる権利制限規定とするものである。

以上の三つの位置づけと直ちに結びつくものではないものの、どの考えをとるかは、フェアユース規定制定の目的をどう考えるか、すなわち、著作権制限の範囲を積極的に拡張するのか、または、従来から著作権侵害とならないと一般的には理解されていたものについて明文の根拠を与えるのか、に大きく影響する。

形式的には、フェアユース規定をどこに置くかにも関係することになるであろう。

⁵ 著作権法1条は、著作権法の目的を定めている。その意味について、一般には、著作者等の権利の保護を図ることが第一であり、「公正な利用に留意」とは、「いわゆる公共の福祉、国民が著作物を利用する者であって文化の享受者であるということ念頭において保護を図りなさい」との趣旨と理解されてきた（加戸守行・著作権法逐条講義[5訂新版]（2006年、著作権情報センター）13頁等参照）。なお、特許法1条は、その目的として保護と利用を並列的に規定する。

3. 2 個別制限規定の対象事項

上記（1）で述べたところにも関係するが、個別制限規定がある事項についてのフェアユースの適用をどのように考えるかが問題になる。個別制限規定のある分野についてはフェアユースの適用はない、すなわち、個別制限規定による一種のプリエンプションを認めることが考えられる。たとえば、教科用図書への掲載については33条によってすべてがカバーされ、これ以外にフェアユースの適用はないと考えるものである。

これに対して、個別制限規定が対象とする事項についても、フェアユース規定が重複的に適用されるという考え方もありうる。この場合に、フェアユースの認定については、個別制限規定の趣旨に従うものとすれば、個別制限規定とフェアユース規定の間の矛盾はなくなるが、適用領域を区分するという考え方の場合と同様に、個別制限規定がある分野の方が制限の範囲が狭くなるといった問題が生じる。こうした結論を避けるために、フェアユース規定の解釈・適用は個別制限規定の趣旨による制限は受けないとした場合に、なぜ個別制限規定を設けたかが問題となる。フェアユース規定を設ける目的が、権利制限の拡張を目指すという積極的なものである場合に、こうした疑問はより深刻なものである。たとえば、個別制限規定の中には、補償金の支払いを要件とするものがあるが（33条2項、33条の2第2項、34条2項、36条2項、38条5項）、補償金の支払いに関係なくフェアユースが認められるとすると、個別制限規定による場合には補償金支払義務が生じ、フェアユース規定による場合には補償金支払義務はなことになって、不合理な結果となろう。

いずれにしても、個別制限規定と現行の個別制限規定との調整は困難な問題ではある。しかし、この問題について、立法に際して十分な検討を怠った場合には、その後の実務に混乱を生じられるおそれは大きい。

4 補償金の支払義務

著作権法の定める制限規定の中には、利用を許す反面で利用者に一定の補償金の支払いを義務付けるものがあることは上記のとおりである。この点について、米国の著作権法のフェアユースでは、利用者による金員の支払いは予定されていない。

しかし、わが国におけるフェアユース規定の導入の目的が、権利者と利用者間の利害調整を柔軟に行うことを可能とすることにあるとすれば、「利用できない」と「無償で利用できる」との中間に、「一定の対価を支払えば使用できる」という領域を設けることが、よりその目的にかなうことになろう。

規定の仕方としては、借地借家法6条、28条⁶などが参考となる。この場合、裁判所が積

⁶ 借地借家法6条 前条の異議は、借地権設定者及び借地権者（転借地権者を含む。以下この条において同じ。）が土地の使用を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況並びに借地権設定者が土地の明渡しの条件として又は土地の明渡しと引換えに借地権者

極的に補償金額を定めるのではなく、利用者が申し出た金額の相当性のみを裁判所の判断する仕組みが適当である。

なお、どんな場合でも補償金を支払えばフェアユースが成立するとするのは適当ではなく、あくまで補償金は補完的な要素としてのみ考慮されるべきである。

5 具体的な運用

5. 1 ガイドライン

フェアユース規定が著作権法に規定されたとしても、その具体的適用が裁判例の集積によって明らかになるまでには相当な時間がかかるだけでなく、裁判例によってカバーされる領域は限定される。したがって、フェアユース規定が、一定の予測可能性をもって、当事者間の交渉の際の基準として広く使われるためには、何らかの形式によるガイドラインが必要である。

問題は、誰がこうしたガイドラインを作成するかであるが、文化庁などの役所が作成するのは適当ではない。立法時に、ある程度の基準を明確にしておくことを前提に、関係する権利者団体と利用者団体の間の協議によって作成することが考えられる⁷。

5. 2 人格的要素

日本の著作権法の原則は、利用させるか否かは著作権者の自由であり、たとえどんなに高額の対価を積まれたとしても、何の理由も要せずに利用を拒絶することができるのが著作権であると一般に理解されている。この点は、米国でのフェアユース論が、主に経済的利益を重視しているのと大きく異なる。

そこで、わが国でフェアユースを導入した場合に問題となるのは、著作権者のこうした利用させない自由（ある種の人格的側面といってもよい）をどのように扱うかである。

一つの考え方としては、フェアユースか否かを検討する場合の 1 要素である、著作物の性質のところでも考慮することである。たとえば、著作権譲渡された著作物、職務著作による著作物については、実際の著作者と著作権者の関係が薄くなっているとして、人格的な要素の持つ意味が小さくなると考える。あるいは、コンピュータ・プログラム等の産業的な著作物についても、人格的要素の持つ意味は小さいとし、経済的要素を重視することが

に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合でなければ、述べることができない。

⁷ 米国におけるフェアユース・ガイドラインについて検討したうえで、消極的な評価をするものとして、Kenneth D. Crews, *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines*, 62 *Ohio St. L.J.* 602 (2001)

考えられる。

6 最後に

フェアユースの導入は、わが国の著作権についての考え方を大きく変更する可能性がある。あるいは、すでに生じている著作権の変貌を確認するという意味を持つ可能性がある。したがって、フェアユースの導入は、単なる目先の便宜といった技術論だけでなく、より広い理論的な考察を必要とする。

具体的な導入に向けての作業においては、こうした理論的な検討がさらに行われることが期待される。

資料編

1 宣言 著作権法における「スリーステップテスト」のバランスのとれた解釈

独マックスプランク知的財産研究所と英ロンドン大学クイーンメリー校法学部は、著作権法における「スリーステップテスト」に関する共同研究を行い、その成果を **DECLARATION: A BALANCED INTERPRETATION OF THE “THREE-STEP TEST” IN COPYRIGHT LAW** としてとりまとめた。以下に、本委員会の楢山敬士委員による監訳を掲載する。なお、原文は、次に掲げるそれぞれのウェブサイトで公開されている。

・独マックスプランク知的財産研究所

http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/aktuelles/declaration_on_the_three_step_.cfm

・ロンドン大学クイーンメリー校

<http://www.law.qmul.ac.uk/events/docs/Declaration%20Three-Step%20Test.pdf>

宣言

著作権法における「スリーステップテスト」のバランスのとれた解釈

序

ますます加速する技術開発は、著作権法の機能と有効性に根本的変化を促進してきた。新しいビジネスモデルの進展により、優先事項（priorities）が劇的に変化した。前例のない慣れない脅威が広まっている——著作権者と著作物利用者の双方にとっての脅威である。できる限り、潜在的に衝突する利害は調整すべきである。

世界の著作権規制の文脈では、権利者が新しい利用形態やビジネスモデルから利益を得られるよう確保することがハーモナイゼーションの焦点とされてきた。国際的ハーモナイゼーションは主として安全かつ予測可能な取引環境において著作権輸出国の利益に奉仕するが、歴史的証拠、経済理論及び自己決定理論が示唆しているように、各国は自国の文化的・社会的・経済的発展のニーズに合うよう著作権法を形成できる十分なフレキシビリティをもつべきである。国内のニーズに合わせた著作権の例外及び制限は、国レベルで適切で自ら決する利益バランスを実現するための最も重要な法的メカニズムを提供する。

「スリーステップテスト」はすでに制限及び例外の過剰な適用を防ぐ有効な手段を確立している。しかしながら、不当なほど狭いまたは制限的アプローチを禁止する補完的メカニズムが存在しない。このため、「スリーステップテスト」は、制限及び例外が確実に適切かつバランスよく適用されるように解釈されるべきである。有効な利益のバランスを実現す

るには、これが不可欠である。

考察

- 著作権法は公益にかなうことを目的とする。同法は新しい著作物の創作と普及を促すための重要なインセンティブを生んでいる。これらの作品は、その作品自体においてであれ、またはさらなる作品の創作のための基礎としてであれ、共通のニーズを満たす役割を果たす。しかしながら、公益は著作権法が関係当事者全てに対し適切なインセンティブを提供する場合にのみ真に達成される。したがって、著作権法は、原権利保有者（創作者等）の利益のみならず、作品のマーケティングや商業利用の結果権利を取得する者(以下において、後続権利者)の利益を調和せねばならない。

創作者と後続権利者は、多くの場合、例えば作品の無断使用の防止において、共通の利益を有する。しかしながら、創作者と後続権利者のそれぞれの利益は時に衝突する場合もある。例えば、制限及び例外は、投資から最大限の利益を得るという後続権利者の主たる目的とほとんど常に衝突する。これに対し、制限及び例外は、状況によっては、創作者の利益に「資する」場合もありうる。これは特に、制限及び例外の適用が、創作者が強制的に参加する適切な補償の支払いを条件とする法律制度においてはそうである。「スリーステップテスト」は、このようなさまざまなレベルの利害の衝突の適切な解決を危うくするような形で解釈されるべきではない。

- 著作権法が権利保有者のためのインセンティブを確立する際に社会の中の個人やグループのより一般的な利益を無視するならば、公益を十分に図ることにはならない。権利保有者の利益と公衆の利益との間に摩擦が生じた場合には、それらの利益を均衡させるように努力しなければならない。このように利益のバランスをとることが、貿易関連知的財産権協定（TRIPS）第7条及びWIPO著作権条約において具現化されている知的財産権規制の一般的目的であり、その前文では、「著作者の権利と、より大きな公益、特に、教育、研究、情報へのアクセスの利益との間にバランスを維持する必要性」を強調している。

制限と例外は、著作権と公衆の個人的・集団的利益を調整するための最も重要な法的手段である。スリーステップテストは、制限及び例外の適用の範囲の決定に際して、権利保有者の利益のみを考慮に入れるべきではない。第三者の利益も同等に考慮する必要があることは、産業財産法において適用されるスリーステップテスト（TRIPS 第17条、第26条（2）項、及び第30条）で明確に確認されている。著作権法に適用されるスリーステップテストにおいて第三者の利益への明白な言及がないからといっ

て、そのような利益を考慮に入れる必要を減じるということにはならない。むしろそれは司法が取り組まねばならない脱漏を示唆している。

- スリーステップテストは、正しく適用された場合、包括的な総合評価を必要とするのであって、その通常の、誤解されやすい説明が示唆するステップ・バイ・ステップの適用ではない。どれか一つのステップを優先してはならない。これにより、テストでは、さまざまなグループの権利保有者間の利益、あるいは権利保有者と公衆の間の利益のバランスをとることの必要性を損ねるものではない。特定のケースにおいてテストの個々のステップの適用から矛盾する結果が生じた場合は、この包括的な総合評価の中で調整を行わなければならない。スリーステップテストの現在の定式はこのような理解を排除するものではない。しかしこのようなアプローチはしばしば判決において見過ごされてきた。^{*1}
- 基本的権利を支える価値の場合、特に公益は明白である。スリーステップテストを適用する際には、特にこれらの価値を考慮しなければならない。さらに、排他権の付与により競争を制限するという著作権法の不可避的な傾向が必要を超えて大きくなっていなければ、公益はかなえられる。

制限と例外は反競争的な独占的市場地位を排除するためのメカニズムを提供する。この意味で、制限と例外は競争法の中に設けられている救済策より有利な点がある。というのも制限と例外は救済策の一般的基準を定めるからである（これに対して競争法はケースバイケースのアプローチをとる）。かくて、制限と例外は、法的確実性と予測可能性を保証し、取引費用を低減させる。競争を促進する制限及例外の導入とその範囲に関する決定は、関連する立法府の裁量に委ねるべきである。スリーステップテストは、反競争的慣行を保護するようなやり方、もしくは権利保有者の合法的利益と競争（特に二次的市場における競争）との調和のとれたバランスの確立を妨げるような形で適用されるべきではない。

- 著作権法が原権利保有者と後続権利者に与える主要なインセンティブの一つは市場価格での対価である。実際、より高い価格でも、それが市場に基づく競争から生まれたものであれば、受け入れなければならない。しかしながら、市場に基づく価格決定のみが「適切」であり、権利保有者の利益にふさわしいということにはならない。反競争的条件下で作られた対価は正当なものではない。

したがって、第三者の利益が排他の制限及び例外の導入を正当化する場合、スリーステップテストは市場価格より低い対価の支払いを排斥除外すべきではない。引き続き

作品を創作すること及び広めることを促す十分なインセンティブがある限り、対価は本質的に適切である。また市場価格に満たない実際の対価と市場価格での理論的対価との差額が第三者の利益によって正当化される場合も、対価は十分である。

目的

スリーステップテストは、さまざまな規制レベルにおいて、またさまざまな法律制度の中で、相異なる機能を果たす。国際的には、テストは各国の例外及び制限の起草における国の自主性を限定する。国内レベルでは、テストは、直接組み入れられる場合もあれば、専ら国内の法律の解釈の補助として機能する場合もある。

この宣言は、そのような差異をなくそうとするものではない。さらに、この宣言は地域及び国内の立法者が特定の制限及び例外を認める、または禁止する自由もしくは裁量を抑制しようとするものでもない。またこの宣言は制限及び例外に関する立法についての欧州域内での権限の配分を損なうものではない。

国際的な経済的規制は、経済的利益と社会的利益のバランスを斟酌する。国際的知的財産法もバランスの必要性を強調する。著作権法の分野において、この宣言はスリーステップテストの適切にバランスのとれた解釈——国内法における既存の例外及び制限が不当に制限されず、また適切にバランスのとれた例外及び制限の導入が排除されないような形での解釈——を提案する。

宣言

署名者らは：

- 国際・地域・国内の著作権法においてスリーステップテストへの依存度が高まっていることを認識し
- 国際レベルでのスリーステップテストの一定の解釈が望ましくないと考え、
- スリーステップテストの適用に際して、各国の裁判所及び立法府がテストの制限的解釈によって間違った影響を受けていることを認め、
- スリーステップテストの解釈をバランスのとれたものにすることが望ましいと考え、

以下の通り宣言する：

1. スリーステップテストは分割不能の全体を構成する。
三つのステップはいっしょに考えられるべきであり、全体として総合的に考慮されな

なければならない。

2. スリーステップテストは制限及び例外を狭義に解釈することを要求するものではない。それらはそれぞれの主旨及び目的に応じて解釈されるべきである。
3. スリーステップテストが排他権の制限及び例外を一定の特別なケースに限定していることは以下のことを妨げない
 - (a) 立法府が一般的な (open ended) 制限及び例外を導入すること。ただしかかる制限及び例外の範囲が合理的に予測可能であること。
 - (b) 裁判所が
 - ・ 既存の制定法上の制限及び例外を、同じような事実状況に準用すること、または
 - ・ さらなる制限または例外を生み出すことただしそれらがその法律制度全体の中で可能な場合。
4. 以下の場合、制限及び例外は保護対象の通常の利用と抵触しない。
 - ・ 重要な競合する考慮事項に基づいている場合、または
 - ・ 競争、特に二次的市場における競争の不当な抑制に対抗する効果がある場合特に、契約によると否とを問わず、十分な補償が確保されている場合。
5. スリーステップテストの適用に際しては、原権利保有者の利益はもとより後続権利者の利益も考慮に入れるべきである。
6. スリーステップテストは、第三者の正当な利益を尊重するように解釈されるべきである。これには以下のものが含まれる。
 - ・ 人権及び基本的自由由来する利益
 - ・ 競争、特に二次的市場における競争における利益、及び
 - ・ その他の公益、特に科学の進歩並びに文化的・社会的・経済的發展における公益

宣言の主唱者及びコーディネーター

Christophe Geiger

MPI (マックスプランク知的財産・競争法・税法研究所) 研究員 (ドイツ); ストラスブール大学・国際工業所有権研究センター (CEIPI) 準教授兼次期所長 (フランス)

Reto M. Hilty

MPI 知的財産研究所理事 (ミュンヘン)、チューリッヒ大学及びミュンヘン大学教授 (ドイツ)

Jonathan Griffiths

ロンドン大学クイーンメリー校法学部上級講師 (英国)

Uma Suthersanen

ロンドン大学クイーンメリー校法学部講師 (英国)

宣言の起草に貢献した専門家グループと最初の署名者

Valérie Laure Benabou

ベルサイユ大学 DANTE 情報技術法研究センター、教授兼理事（フランス）

Lionel Bently

ケンブリッジ大学法学部・知的財産情報法センター、教授兼理事（英国）

Thomas Dreier

カールスルーエ大学教授、カールスルーエ技術研究所理事（ドイツ）

Séverine Dusollier

ナミュール大学・コンピュータ法律研究センター、知的所有権学部教授兼学部長（ベルギー）

Gustavo Ghidini

ミラノ大学法学部教授；ルイスグイドカルリ大学 Osservatorio di proprietà intellettuale, concorrenza e comunicazioni,理事（イタリア、ローマ）

Henning Große Ruse-Khan

MPI 知的財産研究所リサーチフェロー（ドイツ、ミュンヘン）

Bernt Hugenholtz

アムステルダム大学・情報法研究所、教授兼理事（オランダ）

Dionysia Kallinikou

アテネ大学準教授（ギリシャ）

Kamiel Koelman

Bousie Lawyers（オランダ、アムステルダム）

Annette Kur

MPI 知的財産研究所、教授、上級研究員（ドイツ、ミュンヘン）

Makeen Makeen

ロンドン大学・東洋アフリカ研究所（SOAS）講師（英国）

Vytautas Mizaras

ビルニウス大学法学部民法民事訴訟学科、準教授、学科主任

Hector MacQueen

エジンバラ大学・AHRC 知的財産・技術法研究センター、私法学教授、共同理事（英国）

Gül Okutan Nilsson

イスタンブールビルギ大学・知的財産法研究センター、準教授（トルコ）

Alexander Peukert

MPI 知的財産研究センター、準教授、研究員（ドイツ、ミュンヘン）

Jerome Reichman

デューク大学法学部 Bunyan S. Womble Professor of Law (米国)

Jan Rosen

ストックホルム大学教授 (スウェーデン)

Jens Schovsbo

コペンハーゲン大学法律学部教授 (デンマーク)

Martin Senftleben

アムステルダム自由大学知的財産教授 (オランダ)

Fabrice Siirianinen

ニース・ソフィア・アンティポリス大学教授 (フランス)

Paul L.C. Torremans

ノッティンガム大学法学部教授 (英国)

Elzbieta Traple

クラクフ大学教授 (ポーランド)

Michel Vivant

パリ政治学院教授 (フランス)

Rolf Weber

チューリッヒ大学教授 (スイス)

Guido Westkamp

ロンドン大学クイーンメリー校法学部上級講師 (英国)

Raquel Xalabarder

オベルタデカタルーニャ大学教授 (スペイン、バルセロナ)

プロジェクト及びリサーチの援助

Benjamin Bajon

MPI 知的財産研究所、奨学生 (ドイツ、ミュンヘン)

(脚注)

*1 例えば、フランスの最高裁の判決、2006年2月28日、37 IIC 760 (2006)を参照のこと。2000年3月17日のWTOパネルの報告書 WT/DS114/R でも同じ態度が示されている (カナダ特許)。この報告書では、スリーステップスのうちの一つの要件を満たさなければ、結果的に TRIPS 第 30 条に違反することになると判断されている。これに続くパネルの報告書 2000年6月15日の WT/DS160/R (米国-著作権) は、同じ態度を明白に支持してはいないが、さらなる誤解を排除することに役立つように、「カナダ特許」から距離を置いてはいない。

2 米国著作権リフォームシンポジウム報告

2. 1 はじめに

2009年3月6日、サウスウェスタンロースクールにおいて、「Reforming Copyright: Process, Policy and Politics」と題し、著作権法のリフォームに関するシンポジウムが開催された。²³著作権局、米国の指導的な著作権法学者、実務家、権利者団体及び EFF 等が参加し、活発な討論が行われた。本レポートは、その概略を報告するものである。

シンポジウムは、三つの討論セッションと基調講演の4部構成で、各部とも代表スピーカーの発言に対し、2人ないし3人のスピーカーが応答する形での進行であった。

□パネル1： 1976年法の何が問題なのか。現行著作権法リフォームの必要性

76年法の改正が必要であるのか、また、必要だとすれば、それは、小さな改正を通じ

¹ <http://www.swlaw.edu/academics/biederman/instevents/copyrightconf> 参照。

² シンポジウム当日配付された資料に含まれた講演者の論文は、以下のとおりである。

1 Paul Geller, Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change, 55 J.Copr.Soc'y U.S.A. 165 (2008)、

2 Douglas Lichtman, Defusing DRM, IP Academy Advisory Council Bull. 1.1 (Feb 2006)

3 Jessica Litman, War Stories, 20 Cardozo Arts & Ent. L. J. 337 (2002)

4 Neil Netanel, Why Has Copyright Expanded? Analysis and Critique, in 6 New Directions in Copyright Law (MacMillan & Elgar, eds., 2008)

5 David Nimmer, Codifying Copyright Comprehensibly, 51 UCLA L. Rev. 1233 (2004)

6 Pamela Samuelson, Preliminary Thoughts on Copyright Reform, 3 Utah L. Rev. 551 (2007)

7 Fred von Lohmann, Fair Use as Innovation Policy, 23 Berkeley Tech. L. J. 1 (2008)

³ 著作権リフォームについて、我が国においても議論が始まった様子であるが（「著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—報告書」（財団法人デジタルコンテンツ協会、2008年）、梶山敬士「著作権リフォーム現行著作権法の主要課題と「著作権リフォーム論—弁護士の立場から」コピーライト 568号2頁（2008年）、茶園成樹「著作権制度のリフォームについて」知財研フォーラム 75号（2008年）など。）米国においては著作権リフォームの必要を説く研究者は多く、日本に先行する形で議論がはじめられ、現在（2009年4月）においても議論が盛んである。今回の会議の他、前掲梶山注6が指摘するとおり、前掲注2の Samuelson 教授の論文が掲載されている Utah Law Review は Fixing Copyright Law という著作権リフォームに関する特集号である。その他にも、チュレーンロースクールでは2009年春学期に

（<http://www.law.tulane.edu/tlsNews/newsItem.aspx?id=8488>）、コピーライトリフォームをテーマとする連続講義を開催している。また、4月30日には、サンタクララロースクールにおいて、1909年著作権法制定100年を記念して現行法（76年法）を見直すシンポジウムが開催される予定である。

<http://law.scu.edu/hightech/copyright-conference-schedule.cfm> 参照。

て暫時行われていくべきか、それとも、抜本的な改正を行うべきかに焦点が当てられた。

トップバッターとして、Nimmer on Copyright の共著者として有名な David Nimmer 氏 (Irell & Manella 法律事務所オフカウンセル) が登壇された。1976年と現在における著作権をめぐる利害関係者の大きな変化 (プレイヤーとその方向性) を軸にリフォームの必要性を訴えた。Nimmer 氏 (リフォームの方向性についてはカリフォルニア大学バークレー校の Peter Menell 教授と基本的な考えを共有されており、示されたパワーポイントは同氏との共同制作とされていた。) は、Centripetal (中心に向かう力) vs. Centrifugal Forces (中心から離れようとする力) というキーワードで、76年法制定過程 (パワーポイントでは、55年—76年という括りがされていた。) と現在とでは著作権の改正に利害関係を持つ者とその向かおうとする方向が全く異なっており、新たな状況を反映させた抜本的なリフォームが必要だとした。同氏によれば、76年改正時には、76年法案に著作者、出版社、映画制作スタジオ、音楽レーベル等 (以下「権利者等」という。) が大きな影響を与えたが (中心に向かおうとする方向)、放送事業者、Juke box 所有者、ケーブルテレビジョンがその法案をそのまま通すことを阻止する利害関係 (中心に向かわせない方向) を持っていた。これに対して、現在は、家電商品業界、通信業界、テクノロジー会社、一般消費者、ブロガー、EFF、ACLU その他の NGO 組織、インターネットサービスプロバイダー、プライバシー保護運動、消費者団体等の新たなプレイヤーが、権利者等が求める著作権法の改正とは異なる方向の改正を求めている。

同氏は、Goal と Challenge として、①Web2.0 といわれる現代の技術レベルが考慮されていないこと、②権利行使の危機 (消費者個人への訴訟提起) という現実、③ライセンスの行き詰まり (Orphan Works) を挙げ、現状はこうした問題について膠着状態にあるとされた。その打開に向け、同氏は、議会がよりバランスのとれた著作権法を実現するためになお重要な役割を果たすだろうとされ、ナショナルコミッションを設けてどのように改正を進めるか検討することを提唱された。IPCzar⁴のようなごく一部の強力な権限を持った者のみによる改正作業には疑問を呈し、著作権局に加え、議会の司法委員会及び前述のナショナルコミッションなどの相互作用により改正は実現されるべきとされた。そして、今検討を始めれば、2030年には新しい著作権法を手にすることができるだろうと締め括られた。

これに対し、Jon A. Baumgarten 氏 (Proskauer Rose LLP パートナー) は、冒頭、7

⁴ Enforcement of Intellectual Property Rights Act (2008) において設けられた、著作権侵害行為に対抗する全国的な戦略プランの実行と国内外の知的財産権の執行プログラムについて、大統領及び議会への報告について責任を負うポジション (正式名称は、Intellectual Property Enforcement Coordinator である。4月9日現在、オバマ大統領はこのポジションの指名をまだ行っておらず、Copyright Industries の影響を受けた人物 (ロビー活動ばかりではなく、訴訟等代理活動を行っていた者も含む。) の指名を行わないよう、大統領宛に EFF を含む諸団体がレターを送付している (4月2日付)。同レターについては、以下を参照。 <http://www.eff.org/files/filenode/obamaIPcoalitionletter.pdf>

6年法が古びているという主張には全く同調できないという現状肯定の立場を明らかにされた。著作権局のカウンセルとして76年法制定に関与された経歴やDMCAの合憲性が争われた *Universal City Studio, Inc v. Reimerdes, et al* 等に原告側代理人として関与された経歴も少なからず影響しているものと思われるが、同氏は、終始、現行法に対して非常に肯定的な立場を表明されていた。特に印象的であったのは、同氏が、DMCAのおかげで現在我々はDVDを享受しているという主張をされ、現行法が現代の状況とは全く合わなくなっているという主張に強力に異議を申し立てられた点である。同氏は、なぜ今、改正を必要とするのだろうかと問い、*Grokster* 判決のように批判されるケースもあれば、*Sony* 事件判決のように賞賛されるケースもある。訴訟の数は確かに増えているが、訴訟を通じて複雑な問題を解決するのがそれほど悪い考え方であろうか、とされた。同氏によれば、*Texaco* 判決⁵は、CCC（コピーライト・クリアランス・センター）を生じさせ、Googleのライブラリープロジェクト事件の和解は、(いろいろな検討課題があるとしても) orphan worksの問題について一つの解決策を提示しているとされ、著作権法の改正に頼らない解決の妥当性を強調された。

Baumgarten氏と対照的であったのが、最後に話をされたEFF（エレクトリック・フロンティア・ファンデーション）のFred von Lohmann氏である。同氏は、Nimmer氏の問題意識に基本的に賛成される旨を述べたものの、それが2030年に達成されるのでは遅すぎ、今後10年でその改正を実現することができるはずだとされた。同氏は、著作権リフォームにおいて検討されるべきこととして、4つの大きなポイントを挙げられた。

- ① 現行法がイノベーションの役割について十分な位置づけをしていないこと。テクノロジーは、著作権侵害を助長するものだと非難されながら、著作物の新たな市場を開拓してきた。テクノロジーの発展は人々の行動様式に大きな影響を与えており（特に若者にとって現在のテクノロジーは、発展してきたものではなく、当然のもの、という世代における大きな位置づけの違いを強調された）、これを考慮していない現行著作権法は見直しを迫られているとされた。特に、既存のビジネスモデルを破壊するような技術（Disruptive technology）について、それを萎縮させるこ

⁵ *American Geophysical Union v. Texaco Inc.* (60 F.3d 913) この判決は、企業内の研究者による触媒作用に関する雑誌掲載記事の研究用コピーについて、CCCの存在から、潜在的なライセンスフィーの損失を観念できるとして、フェアユースの成立を否定した。CCCは1977年に設立されているので、Baumgarten氏の見解は、同判決によりCCCの存在意義が（権利者にとっては）高まった、ということ指摘したものと思われる。これに対し、同判決が、フェアユースをいわゆるMarket Failureがある場合のみに限定し、フェアユース判断において本来考慮されるべき要素を検討することなく、ライセンスが成立し得るか否かに議論を集約させてしまう結果、フェアユースの成立を不当に狭めるとの批判も根強い。例えば、Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System* 5 J. Intell. Prop. L. 1, 33(1997) 参照。

- とのないような著作権法ポリシーが求められている。⁶
- ② 現行著作権法が、アマチュアクリエイターの位置づけをしていない点。例えば過去3年の間に You Tube に投稿されたコンテンツの数は一般の想像を遥かに超えており、テレビ局が制作したものの番組の数を優に超えている。この実態に鑑み、改正著作権法は、アマチュアクリエイターの存在及び役割について十分に考慮したものでなければならない。
 - ③ 私的利用の規定を欠いていること。私的な利用行為が、形式的には著作権侵害行為になり、責任を回避するためにケースバイケースの分析となるフェアユースの議論をしなければならないような世の中に誰も住みたいとは思わないだろう。
 - ④ 個人への権利行使の増大によって、個人の自由活動が脅かされていること。

□パネル2： リフォームに何が必要とされているのか。デジタル時代に対応するための著作権法体系の再構築

「デジタルコピーライト」の著者として知られる Jessica Litman 教授（ミシガン大学ロースクール）が、冒頭、現行著作権法は「Messed up」（混乱している）という認識を明らかにされた。同教授によれば、著作物の創作及び流通には、創作者と流通の媒介者とが関与しており、現行法は、流通の媒介に多大な投資を必要とした時代背景の下に作られ、多くの利益がその媒介者の下へ流れる仕組みとなっている。しかし、現代は、テクノロジーの発展により、流通自体のコストは大幅に減少している。にもかかわらず、上記の仕組みが変わることがないばかりか、これまで自由とされてきた、ユーザーの見る（観る）、聞く、読むといった行為についてまでコントロールを及ぼそうとしている。同教授は、新に著作者志向（利益が著作者により還元される）、読者等ユーザー志向に著作権法の体系を見直すべきだとされ、現行法において当然視されている（それだけにその法体系において「コア」な）コントロールの基準を「コピー」ではなく、「商業上の利用」に求めるべき旨を主張された。⁷

⁶ 前掲注2 Lohmann “Fair Use as Innovation Policy, 23 Berkeley Tech. L. J. 1, 16 参照。Lohmann 氏は、ハーバードビジネススクールの Clayton Christensen 教授が使った定義に依拠してこの用語を用いており、シンポジウムではこの論文への言及はなかったものの、その定義に従った用語として使用されたものと思われる。詳細は、同氏の論文を参照されたい。

⁷ 同教授は、以前より排他的権利の内容を根本的に見直すことを提唱されている。「Digital Copyright」(Prometheus Books, 2001) 第12章 “Revising Copyright Law for the Information Age” を参照（同章の元となったものは、1996年に出された同タイトルの論文（75 Oregon Law Review 19）である。なお、近時、同教授は、盛んに、コピーライトリフォームについて、特に、排他的権利の見直しについて発言をされている。例えば、最近の “Real Copyright Reform” と題する講演については、<http://law.marquette.edu/flash/nies-20090223.html> を参照されたい。講演の中で同教授

次に、Neil Netanel 教授（カリフォルニア大学ロサンゼルス校ロースクール）は、上記 Litman 教授の現状への認識に賛同され、You tube, Google Library Project 等に示されるとおり、ニューメディアの生み出している価値は多大なものであり、著作権法がニューメディアの発展を阻害する現状の改善を訴えた。また、Litman 教授と同様、Non commercial な利用を損なわない仕組みが必要であるとし、Non commercial な利用について Levy システムを導入することも検討に値すると、数年来の主張をここで繰り返された。⁸その他、特許権侵害事件において、侵害との判断からの自動的な差止命令を否定した eBay ケース⁹、transformative (変形的)な利用についてフェアユースを広く認めた Campbell ケース¹⁰に言及され、司法において形成されてきている、自動的差止ではなく、ケースに応じた合理的な範囲内の損害賠償のみに救済を限定とする選択肢を作ることが望ましいと結ばれた。

なお、国際著作権法の著作で著名な Paul Geller 氏は、国際的な著作権条約の歴史的経緯を振り返ったうえで、国際的な調和を実現するためには、複雑になりすぎた米国著作権法をもっとシンプルに再構築する必要があると指摘された。同氏は過激なほどに著作権法のグローバルスタンダードを追及する立場を採られるようであるが、これに対しては、裁判管轄をなくしてしまうと、フォーラムショッピングという問題を引き起こすのではないかという Fred von Lohmann 氏の指摘があった。

□基調講演： 著作権リフォームの実際の可能性

著作権局のトップである Marybeth Peters 氏は、著作権リフォームの可能性について否定はしなかったものの、当然のことながら、著作権局が積極的であるとも述べられなかった。76年制定法に関与した Peters 氏は、76年法制定以後、著作権をめぐるケースの集積は著しいものがあり、これをめぐりいろいろな見解を明らかにすることは自由であるし、著作権局は誰の意見に対しても耳を傾ける用意があるとされた。そして立法を実現するためには、当然のことながら、いろいろな利害関係者の中での妥協が要求されることが多く、また、あまりに利害関係者間で詰めすぎた内容の立法をすると、その結果、現実的な利用

は、教授の唱える排他的権利の見直しは、ベルヌ条約に反するものではない、とされている。

⁸ Neil W. Netanel, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, 17 Harv. J.L. & Tech (2003), また、同「Copyright Paradox」(Oxford University Press, 2008) 207 頁以下で、この Levy について、教授の考えるリフォームの一つの柱として言及されている。シンポジウムでは、このような制度がスリーステップテストに反する権利制限ではないかとの質問があったが、同教授は、非商業的な利用の場合という特定の場合であり、権利者の行使がそもそも容易でない場面において、権利者へ利益を与えるものであるとして（時間の制限があり十分な説明はできないと前置きされた。）、スリーステップテストには反しないとの見解を示された。

⁹ eBay Inc v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388

¹⁰ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569

可能性が大幅に削減され、実務上全く使われないといったこともあり本当に難しい、と現実の経験に照らしたお話をされた。特に、同氏が、是非議会に理解者を作ってください、と言われていたのは印象的であった。

□セッション3： 何が可能か。著作権リフォームの可能性の探求

Pamela Samuelson 教授（カリフォルニア大学バークレー校ロースクール）が、リフォームの実現は容易ではないとされ、特許法の改正に時間がかかっていることに言及された。特許法で見られるような、裁判所を通じたリフォームも一つだとされた。¹¹そして特にリフォームの必要がある部分の例として、フェアユースについて言及された。同教授によれば¹²、フェアユースをめぐる米国裁判例を分析すると、著作権法107条の4要素ではなく、Policyによってその判断傾向を分類することができ、107条改正の検討においては、従来の4要素ではなく、裁判例を通じて形成されてきていた Policy による分類（Cluster）に基づくフェアユース規定も検討に値すると主張された。そして、改正に向けては様々な方向からのアプローチが可能だとし、まず、Orphan Work 立法過程で見られた著作権局の活躍を挙げられ、今後の改正においては著作権局も大きな役割を担うべきだとされた。また、学者もリフォームを実現すべく努力するべきとし、実践的には、著作権法について、ALI（American Law Institution）が行っているような法原則を策定しモデル法を作成することも十分考慮に値すると言われ、実際、同教授が主導し、Copyright Principle Project を実行中であるとのことであった。最後に、誰もが著作権リフォームをイメージすることができる、それができれば、いずれ、それは実現する、と力強く結ばれた。

これに対し、Fritz Attaway 氏（Motion Picture Association of America ジェネラルカウンセル）は、当然予想されることではあったが、著作権リフォームについて否定的な見解を述べられた。同氏は、著作権立法は、議会の司法委員会のチェアマンが誰であるかによって大きく左右されるし、委員会の構成員が何に積極的であるかにも大きな影響を受ける。さらに、時間も非常にかかり大変困難であると、自らの Inducement Act 法案に関与した際の経験にもとづいて話をされた。同氏は、Grokster 事件最高裁判決はベストな解決

¹¹ Pamela Samuelson, Patent Reform Through the Courts, Communications of the ACM (February 2007)

¹² Pamela Samuelson, Unbundling Fair Use, 77 Fordham Law Review (forthcoming 2009) 但し、以下の URL で入手することは可能である。

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1323834 この論文は、予測可能性が低いというフェアユースに対する批判に基づき、フェアユースのリフォームを検討するものである。結果として、教授は、フェアユースの予測可能性は、論者によって激しく非難されるほどに低く不安定なものではなく、この論文で行われているように、一定の類型化（教授の言葉によれば Cluster ごとの分析）によって、格段にその予測可能性を増すことができると考えられている。

であったといわれ¹³、立法よりも裁判所を通じた問題解決の方が望ましいとされた。また、**Jule L. Sigall** 氏 (**Microsoft** シニアポリシーカウンセル) も、基本的に **Attaway** 氏と同様、改正には消極的であり、権利者とユーザー側とのルール作りが望ましいとされた。

最後に、**Jennifer Urban** 准教授 (南カリフォルニア大学ロースクール) は、立法によってしか解決されないとは考えたくない、との立場から、フィルム製作者が自主的に策定した「**Best Practice Guideline**」(アメリカン大学ロースクール)に關与した経験を語られ、フェアユースについては、ユーザー自身が何をフェアだと考えるのか、そこから始めることの意義を強調されていた。同准教授によれば、この **Guideline** 作りは、まずフィルム製作者のみが集まった場でどのような利用がフェアであるかの意見交換、議論を通じて許容されるべき利用を確定させ、これを法律専門家の法的意見と照らし合わせ、最終的に作りだされたものとのことである。¹⁴なお、同准教授の提唱について、前記 **Attaway** 氏が、ユーザーだけでそのような **Guideline** を作ることは疑問があり、権利者との交渉が不可欠だと反論し、上記 **Guideline** の作成の難しさを物語っていた。¹⁵

2. 2 まとめ (若干の感想)

内容的には、総論部分でのやりとりが大きく、(時間的制約のため仕方ないのだが) 各論の話が十分ではなかったことに物足りなさを感じたものの、著作権局のトップや利害関係者のしかるべき地位の方々が一同に介し、「著作権リフォーム」を議論しているのを目の当

¹³しかし、これが **MGM** にとって本当にベストな解決 (もしくは勝利) であったとすることに疑問を呈するものとして、**Pamela Samuelson, Legally Speaking, Did MGM Really Win the Grokster Case, 48 Comm. ACM 19 (October 2005)** がある。

¹⁴ **Best Practice Guideline** に関する詳細な情報については、http://www.centerforsocialmedia.org/fair_use/C24/を参照されたい。日本の代表的なフェアユース導入論において、電子商取引の準則等を利用したガイドライン作りの有用性が指摘されているが (楢山敬士「フェアユースの立法論」知財研フォーラム 75 号 (2008 年) 注 11)、フェアユースについて裁判例が蓄積しているアメリカにおけるこうした実践例は、日本におけるガイドライン作りのあり方の参考になるものと思われる。なお、ドキュメンタリーフィルム製作者が **Best Practice Guideline** に則り行動した際、権利者から著作権侵害と主張されたが、最終的に裁判所によってフェアユースとして許容された例として、**John Lennon “Imagine”** のドキュメンタリーフィルムへの無断利用について著作権侵害の成否が争われたケースがある (以下の URL を参照されたい。Guideline の所在及び裁判例について **Urban** 准教授よりご教示いただいた)。

<http://cyberlaw.stanford.edu/system/files/EMI+v.+Premise+PI+Order.pdf>

¹⁵ なお、一定のプラクティスの存在がフェアユースの成否に影響を与えることについて慎重であるべきとする見解もある (例えば、コンパクトにまとまっているものとして、**Jennifer E. Rothman, Why Custom Can Not Save Copyright’s Fair Use Defense, 93 Va. L. Rev. In Brief 243 (2008)**)。実際、権利者からの訴訟攻勢を回避する目的のために、萎縮したプラクティスをとる場合も十分に想定され、そのようなプラクティスがフェアユースを左右することは妥当でないと考えられる。

たりにし、日本との風景の違いを強く感じた。また、日本同様（日本以上かもしれない。）に著作権をめぐる利害関係者の対立は激しく、著作権リフォームが容易でないことも強く感じられた。もっとも、リフォームを主張する多くの研究者もその容易ならざることを承知のうえ、それでも必要であるから今議論をはじめべきだ、という点では一致しているようであった。

日本では、現在、フェアユースの導入や裁定制度の改正をめぐる議論が進行中であるが、そのような各論ばかりではなく、米国のように、研究者の中から著作権法体系を根底から見直すような議論が起こってもよいようにも思われた。

なお、日本においては、ベルヌ条約その他の国際条約が、改正等の提言を否定する根拠に用いられることが多いように思われるが、今回の会議では¹⁶、それらの点については脇に置いたうえで議論がなされていた。国際上の取り決めとの整合性も重要ではあるが、それとは別個に、国内法としての著作権法がどうあるべきかを論じようとする姿勢も、日本ではあまり見られないもののように思われた。米国と同じようにリフォームする必要は全くないが、この姿勢だけは見習ってもよいように思われる。なお、最後に、南カリフォルニア大学ロースクールの Jennifer Urban 准教授及びトーマスジェファーソンロースクールの Deven Desai 准教授¹⁷には、シンポジウム終了後、本報告書作成のため、シンポジウムでの発言その他の情報をご提供頂いた点を記しておきたい。

¹⁶ この会議というよりも、アメリカにおける一般的な傾向のように思われる。日本では、例えばフェアユース導入が話題に上ると、いつもベルヌ条約に違反する可能性が高いということで議論が止まる傾向にあったように思われるが、アメリカではそのような傾向はないと思われる。これは、アメリカがベルヌ条約に加盟する際に、フェアユース規定の条約適合性が全く問題とされなかったという経緯によるものかもしれない。この点をコンパクトに紹介するものとして、

<http://williampatry.blogspot.com/2008/04/fair-use-three-step-test-and-european.html>

(William Patry 氏にご教示いただいた。)を参照されたい。今後の日本における議論の進行に注目したい。

¹⁷ Desai 准教授は、コピーライトリフォームにおける議論の対象として著作権保護期間を含めるべきとの立場である。最新の論文は、**Copyright's Hidden Assumption: A Critical Analysis of the Foundations of Descendible Copyright**

(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353746)。日本では今現在も議論の対象である。同准教授は日本の状況にも関心を持たれていた。

財 団 法 人 J K A

平成20年度デジタルコンテンツの保護・活用に関する調査研究等補助事業

コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に
資する法的環境整備に関する調査研究
－日本版フェアユース規定に関する調査研究－

報 告 書

発 行 平成21年3月

発行者 財団法人デジタルコンテンツ協会

〒102-0082 東京都千代田区一番町23番地3

日本生命一番町ビルL B

TEL.03(3512)3900

FAX.03(3512)3908

不許複製 禁無断転載