

著作権法における権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響等について (検討結果報告)

平成 29 年 2 月 13 日
著作権法における権利制限規定の柔軟性
が及ぼす効果と影響等に関する作業部会

1. 経緯

新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム（以下「WT」という。）では、昨年度より柔軟性のある権利制限規定の整備に向けた検討を行っている。昨年度のWTの審議経過報告¹においては、今後柔軟性のある権利制限規定に関する具体的な制度設計を検討していくに当たり、「新たに設ける制度が実際にどのように機能し得るかなどを踏まえ我が国にもたらされる便益や影響を考慮」する必要性が述べられ、本年6月の第1回著作権分科会においても、権利者団体を代表する委員及び産業界を代表する委員から、我が国の法体系や環境、社会状況等を含め多角的な視点から効果と影響に関する検討を行うべきなどの意見が示されたほか、同様の趣旨が知的財産推進計画 2016 や日本再興戦略においても明記された。

知的財産戦略本部の下に設けられた検討委員会の報告では、柔軟性の検討にあたり、「柔軟性が高まることにより立法を待たずに新たな利用行為に対応できる反面、法規範の予測可能性が低下し法が想定する行動と個人が現実にする行動との間に乖離が生じやすくなるといった負の側面もあること、裁判に対する意識や司法制度等の海外との違い等の観点から、バランスの取れた仕組みを目指していくことが必要である。」とし、米国のフェア・ユース規定に代表されるような総合考慮型の権利制限規定については、賛否両論あることを紹介した上で、その効果と影響について広い視野で検討を行う必要性を述べている²。

本作業部会は、こうした議論を踏まえ、著作権法における権利制限規定の柔軟性が我が国に及ぼす効果と影響等について専門的な分析を行うことを目的として、WTの下に設置されたものである。具体的な検討事項としては、WTにおける議論等を踏まえ、(1) 具体的な法規範定立時期が相対的に事前から事後へ移行することに伴う効果及び影響、(2) 具体的な法規範定立において果たす役割の比重が相対的に立法から司法へ移行することに伴う効果及び影響、(3) 権利制限規定の柔軟性と刑法体系及び著作権関係条約との関係について分析を行うこととした。

¹ 平成 28 年 2 月 24 日文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（第 9 回）

² 「次世代知財システム検討委員会報告書」（平成 28 年 4 月 知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会次世代知財システム検討委員会）11・12 頁。総合考慮型の権利制限規定については、「より広範なイノベーション促進の観点から米国のフェア・ユース規定の考え方を日本に導入するのであれば、当該規定の趣旨を逸脱するような行為をどのように抑止するのか、事後的に侵害が確定した場合に権利者が正当な対価が得られるのか、ライセンスビジネスが存在しうる市場への影響をどのように評価するか、現在の我が国司法制度を前提とした場合に政策的な判断を一定程度司法に委ねることの是非、さらに、既存の個別権利制限規定の射程や一般規定との適用関係といったところまで視野を広げて、制度のあり方について検討を行っていく必要があると考えられる。」とされている。

検討を進めるに当たっては、①我が国の制度や社会状況等を踏まえた多面的な検討を行う必要があること、及び、②政府計画において平成29年通常国会への法案提出を視野に検討を行うことが求められていることを踏まえ迅速かつ効率的に検討を行うこと、といった観点に留意する必要がある旨がWTにおいて示された。

これを受け、作業部会では、その構成員として、知的財産法分野の研究者及び実務家に加え、憲法、民法、刑法、法社会学、法と経済学、文化経済学といった様々な研究領域の専門家の参画を得るとともに、検討の基礎となる社会調査や文献調査等の実施については外部のシンクタンクによる調査研究³（以下「調査研究」という。）に委ね、かつこれと密接な連携を行うことにより、効率的かつ効果的に検討を行うよう留意した。

そして、調査研究においてその中核的部分について見通しを得るに至った段階で、その成果を踏まえ、平成28年12月20日に、本作業部会としての検討経過を報告した。

本検討結果報告は、検討経過報告の後さらに細部について精査を行った調査研究の最終報告を踏まえ、本作業部会としての検討結果を報告するものである。

2. 調査研究報告を踏まえた権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響等に関する考察

本作業部会としては、調査研究の報告書（別添）は、権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響等に関する考察を行う上での基礎となるものとして、その基本的な部分について適切な調査分析がなされているものとする。その上で、調査研究を踏まえた本作業部会としての考察の要旨は以下のとおりである。

（1）具体的な法規範定立時期が相対的に事前から事後へ移行することに伴う効果及び影響について

ア 検討手法

上場企業3,693社、権利者団体として著作権等管理事業者29団体、利用者団体（学校、図書館、公益法人、社会福祉法人、医療法人等）2,471団体、個人の権利者・利用者に対するアンケート調査⁴や利用者団体、権利者団体、司法機関などに対するヒアリング調査といった社会調査と併せて、我が国の訴訟制度及びフェア・ユース規定を有する米国の訴訟制度等について文献調査を行い、その結果判明した我が国の現状を踏まえて、理論的な分析を行い、具体的な法規範定立時期が相対的に事前から事後へ移行することに伴う効果及び影響について検討した。

イ 検討結果

³ 「著作権法における権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響等に関する調査研究」（平成28年度文化庁委託事業）

⁴ 企業469社（12.7%）、著作権等管理事業者11団体（37.9%）、利用者団体618団体（25%）から回答があった。個人の権利者・利用者に対する調査は、194,175人を対象に行ったスクリーニング調査に対し20,004人から回答があった。このうち「日常的に創作活動を行っている」と回答した者から権利者1,807人を選定、「日常的に創作活動を行っていない」と回答した者のうち、著作権法に「非常に馴染みがある」、「馴染みがある」、「どちらとも言えない」と回答した者から利用者1,834人を選定して本調査を実施。本調査では権利者1,500人・利用者1,500人から回答があった。

柔軟性の高い権利制限規定を採用することは、柔軟性の低い規定を採用する場合に比べ、具体的な法規範⁵が定立される時期が、相対的に事前から事後に移行すること、すなわち著作物の利用行為を行う時点では当該行為の適法性の有無が必ずしも明らかではなく、事後的に司法判断が蓄積されていくことなど⁶によってこれが明らかになっていくようになることを意味する。こうした移行により我が国に及ぶことが考えられる効果と影響は以下のとおりである。

① 権利制限規定の柔軟性を高めることによる「公正な利用⁷」の促進について

アンケート調査及びヒアリング調査から、多くの企業や利用者団体は、高い法令順守意識と訴訟を提起されることに対する抵抗感を有しており、事前に行為の適法性の有無を十分判断できるよう法規範の明確性を重視する声が強いということが言える(調査研究の報告書8頁参照。以下調査研究の報告書における関連ページについて頁数のみを記載する。)。まず、完全に合法又は合法である可能性が極めて高くないと新事業を実施しないと回答した企業が約8割、利用者団体が約9割にのぼっており、約6割の企業及び利用者団体が訴訟の提起を受ける可能性のある業務の実施に抵抗・ためらいがあると回答している(9、11、8、10頁。付属資料の2。参照。以下同じ。)。また、以下の4種類の権利制限の規定の仕方を示し、それぞれについて事業展開をしやすくなるか否かを聞いた質問⁸に対して肯定的な評価をした企業の割合は、①適法となるサービスの類型や条件を具体的に示すとともにこれと同等のものも適法とする規定では7割弱、②適法となるサービスの類型や条件を具体的に示した規定では6割強、③適法となるサービスの類型や条件を一定程度抽象的に示した規定では3割強、④考慮要素を示して公正な利用を適法と認めることを定めた抽象的な規定では2割弱という結果であり、利用者団体の割合は、①では約8割、②では7割強、③では3割強、④では約2割という結果であった(19、21頁)。一方、権利制限規定に柔軟性を持たせることの効果については、5割弱の企業、約5割の利用者団体が適法性の判断が難しくなり利用が萎縮する、訴訟が増え負担になるとして消極的な面を挙げているが、同時に6割強の企業、約6割の利用者団体が時代の変化に対応させやすくなるとして積極的な面を評価している(20、22頁)。また、文化庁の行ったニーズ募集⁹に係るWTの整理において、権利制限の正当化根拠の

⁵ 我が国の統治機構では立法権は国会が独占することとされているところ、ここで言う「法規範」には判例法を含めた広義の法源を意味するものとして用いている。

⁶ 司法判断のほか、裁判外紛争処理手続きや、民間のガイドラインなど事実上の行動規範によって規範の内容が明らかにされることもある。

⁷ ここでは現行の著作権法体系や文化審議会における検討経緯に照らして、権利制限によって実現することが正当化されると考えられる著作物利用行為のことを便宜上「公正な利用」と表現する。

⁸ 当該質問に対しては、例えば「①(個別規定)に加えて④(一般規定)も整備する場合」という選択肢を追加した方がよいのではないかと、との指摘も想定される。しかし、今回の質問の目的は、柔軟性の度合いの異なる複数の規定の仕方について、それぞれが企業に対し実際にどの程度の利用促進効果をもたらすかという効果を把握することにあるため、それぞれの規定について4段階での評価を求めることとしている。なお、この場合において、①に加えて④も整備する場合の効果はそれぞれの選択肢に対する回答を総合することで把握されることとなる。

⁹ 「著作物等の利用円滑化のためのニーズの募集」(平成27年7月に文化庁において実施)

見通しについて相当程度又は一定程度説明がなされていると評価されたニーズ¹⁰が 27 件提出されており、こうしたニーズを射程に入れた「柔軟性のある権利制限規定」が整備されればそれらの「公正な利用」が促進され得ることとなる。

以上のとおり、現在の著作権法が対象としていない著作物利用行為であって権利制限の正当化の余地があるニーズが複数存在することが確認されていることに加え、企業や利用者団体においては、権利制限規定に一定の柔軟性が確保されることについて利用促進効果を認めており、割合は小さいものの、訴訟リスクを採ることに積極的な企業等については、柔軟性のある権利制限規定を導入することについて「公正な利用」の促進効果が一定程度期待できるということが言える。しかし大半の企業や団体については、高い法令順守意識や訴訟を回避する姿勢から、柔軟性の度合いが非常に高いものに対してはそれほど大きな効果を認めていないものと評価できる。

なお、「柔軟性のある権利制限規定」の導入により実際に「公正な利用」が促進される効果があるか否かを考える上で、過去に柔軟性のある権利制限規定がなかったために「公正な利用」が阻害された事実があるか否かや、具体的にどのような影響があったのかを分析することも有益である。これに対応する過去の事例としては、インターネット検索エンジンサービスの例が挙げられる。すなわち、同サービスの日本におけるシェアを米国産の検索エンジンが占め、国産の検索エンジンが育たなかった理由として日本では著作権法の権利制限規定が整備されておらず、逐一権利者の事前の許諾（いわゆるオプトイン）により利用せざるを得なかったこと等の指摘がある。しかしながら、この指摘については、前提となる事実認識に誤認があることや検索エンジンサービスの我が国における発展の経緯等、調査研究において把握された事実¹¹からは、権利制限規定がなかったことが我が国における検索エンジンサービスの発展に全く影響がなかったとまで断ずることはできないにしても、米国産の検索エンジンが我が国において大きなシェアを占めた要因を権利制限規定の未整備に帰する合理性を見出すことはできなかった。柔軟性のある権利制限規定の導入の効果を評価する上では、このようなことを踏まえ冷静な分析を行うことが適当である¹²（71 頁）。

¹⁰ 権利制限が正当化根拠の説明が相当程度又は一定程度可能であると思われるニーズ（A-1-1、A-1-2、A-2 に分類されたニーズ）の具体例としては、「情報分析など、バックエンドでの本来の用途とは別の用途でデータを活用するために行う蓄積（複製）を可能とする」、「ビッグデータの解析結果提供に伴い、解析結果を補充する物証として、原著作物を表示する」、「図書館において、インターネット上の情報をプリントアウトして利用者に提供する」などがあつた。

¹¹ 調査研究では、①検索エンジンに関する権利制限規定が整備された時期（2010 年）より相当前の 1990 年代から、日本の企業等において、著作物の複製等を伴うロボット型の検索エンジンが実施されており、これらは事前の許諾を得ていたとは認められないこと、②事業実施当時、日本のロボット型検索エンジンの事業者において著作権法との関係を問題視していたとの事実は確認されず、文化庁に対する法改正要望が 2007 年になるまで公的に提出された事実は把握されていないこと、③国産の検索エンジンサービス事業者は 2000 年代に自社サービスから米国産の検索エンジンとの提携に切り替えを行っているところ、その理由として検索エンジンサービスの向上のために米国産の検索エンジンの技術力を評価した旨を挙げていること、等の点が指摘されている。

¹² 一般論としては公正な利用であつたとしても適法であるとの明文の根拠がないことにより萎縮効果が生じ得ることは否定できないので、公正な利用について適法性の根拠を与えることには意義があるとの意見があつた。

また、現行著作権法では、例えば米国との比較において、個別的な権利制限規定により相当部分が既にカバーされているところであり¹³、柔軟性のある権利制限規定の導入に伴い「公正な利用」がどの程度促進されるかを考える上では、こうした現行権利制限規定の整備状況も考慮に入れる必要がある（96頁）。

以上のとおり、柔軟性のある権利制限規定は現行法でカバーされていない公正な利用を行おうとする利用者にとってその適法性の根拠となり得るものであるが、現実に公正な利用を促進する効果を生じさせるためには、適切な柔軟性の程度となるように留意する必要がある、柔軟性が高すぎるとそれほど利用促進効果が期待できなくなるものと考えられる。

② 権利制限規定の柔軟性を高めることによる「不公正な利用」の助長について

一般的に、権利制限規定の柔軟性が高まれば、著作権法に対する理解が十分でない利用者については、適法性の判断がより難しくなるケースが増え、意図せぬ権利侵害が行われる可能性が高まることとなると考えられる。また、適法性が不明な利用に対し積極的な利用者については、適法性が不明な範囲が拡大するためそのような利用が増加し、その結果、権利侵害が行われる可能性が高まることとなると考えられる。

この点、アンケート調査では、柔軟性のある権利制限規定の整備により、企業の約3割、権利者団体の約7割、利用者団体の約4割、個人の約4割が故意・過失による著作権侵害の増加を懸念していることがうかがわれる（20、40、22、42頁）。

著作権法に対する理解については、著作権法に馴染みがあると回答した企業は約4割、利用者団体では約5割であり、個人利用者は事前のスクリーニング結果も加味すれば著作権法に馴染みがある者は回答者の約1割であった（4、6、7頁）。著作権法で用意されている救済措置の内容について、企業では損害賠償を認知していない企業は1割に満たなかったが、約3割の企業は刑事罰を認知しておらず、個人では損害賠償を認知していない者が約3割、刑事罰を認知していない者は7割強であった（5、7頁）。具体的な行為を挙げた上で当該行為が権利者の利益を不当に害すると考えるか、という質問に対する回答については、イラストの無断転載が権利者の利益を不当に害しないと考える者の割合は企業、利用者団体、個人のいずれも1割に満たなかったが、学校向けに写真・文献等を無断で収集・提供するサービスについては権利者の利益を不当に害しないと考える者が企業では約5割、利用者団体では約4割、個人では3割弱であった。（14、16、17頁）。非回答者の存在を勘案すると、上記の点について、実際に馴染みや理解がある者の割合はこれより小さい可能性が高い。

適法性が不明な利用に対する積極性については、積極的な企業及び利用者団体はそれぞれ1%に満たなかったが、個人では約1割がこのグループに属する（9、11、13頁）。

権利者団体に対するヒアリングにおいては、現状でも、「公衆送信」と「演奏」の混同、楽曲プロモーションの目的であれば自由利用が認められるとの誤解、教育目的であれば

¹³ なお、米国の裁判例においてフェア・ユースと認定された判決が存在するもののうち我が国の権利制限規定がカバーしていない部分が存在する可能性があるものの例としては、所在検索サービス（Google Book Search等）、論文検証サービス（Turnitin）、パロディ、リバースエンジニアリングなどが挙げられる。ただし、米国においてもこれらの行為が一般に全てフェア・ユースと認められるわけではないことには注意が必要である。

広く自由利用が認められるとの誤解、結婚式やパーティでの利用にも第 30 条の適用がある旨の誤解など、現行法に対する理解が不十分であることを背景として侵害が故意または過失によって行われている実態が報告されている。また、書籍の 3 分の 2 をそのまま複製して公衆送信している事案で第 32 条に基づく引用が主張された事案も報告されている。さらに、米国の動画投稿サイト上でデッドコピーに近い利用についてフェア・ユースが主張される事案なども存在する（52 頁）。

著作権法における「公正な利用」に対する国民の理解や意識については、前述のとおり、文化庁の行ったニーズ募集に係る WT の整理において、権利制限の正当化根拠の見通しについて相当程度又は一定程度説明がなされていると評価されたニーズが 27 件提出された一方で、権利制限の正当化根拠の見通し等の説明が不十分であると評価された事例について権利制限による対応を求める意見が 67 件と多く提出されたことからもうかがうことができる¹⁴。このうち、正当化根拠の説明が困難と思われる事例としては、個人又は非営利目的での利用に関するもの、教育目的での利用に関するもののほか、営利目的のものも複数存在する¹⁵（69 頁）。

また、アンケート結果からは、著作権法への理解度が高い者ほど訴訟リスクを恐れ、理解度が低い者ほど恐れないという相関関係が見られたことから、柔軟な権利制限規定を導入した場合に、公正な利用を行う可能性が高い者ほど利用を拡大せず、不公正な利用を行う可能性が高い者ほど利用を拡大するという結果になることが予想される（65 頁）。

これらの事実からは、柔軟性のある権利制限規定を整備することにより、少なくとも、著作権法に対する理解が十分でない者や適法性が不明な利用に対し積極的な者における過失等による権利侵害を助長する可能性が相当程度あるものと考えられる。

我が国においては、懲罰賠償制度や米国のような法定損害賠償制度などが不在のため訴訟によって得られる賠償額が大きくなりにくいこと、訴訟に要する費用を敗訴者に負担させることができないことから、訴訟を提起しても費用倒れになることが多いという訴訟制度及び訴訟コストの問題があり、実際に侵害対策を積極的に行っている権利者団体・事業者からは、年間約 1 億円の費用をかけているのに対し、損害賠償金等により回収できる金額は年間 300 万円程度しかない¹⁶など侵害対策に大きな負担を強いられている旨の報告があった。また、アンケート調査では、侵害対策に「ほとんど費用はかけていない」と回答した者が多く、ヒアリング調査からも、訴訟によって得られる便益が訴訟コストを下回ることが多いため侵害対策に費用をかけられない旨の報告があるなど、現状

¹⁴ 平成 27 年度第 3 回 WT 資料 2。なお、ここでは、「公正な利用」に対する国民の一般的な理解や意識に関する傾向を理解するための参考資料としてニーズ募集の結果を紹介しているものであり、仮に提出されたニーズが権利制限の射程に入り得る「柔軟性のある権利制限規定」が整備された場合において、当該ニーズの提出者が実際に当該行為を行う蓋然性が高いとまで述べているわけではない。

¹⁵ 権利制限の正当化根拠の説明が困難と思われるニーズの具体例としては、個人利用目的のものとしては「SNS における画像著作物の二次利用を合法化する」、教育目的のものとしては「学習用参考書として、基本書を多数引用した『教科書のまとめ本』を許諾なしに出版できるようにする」、営利目的のものとしては「プリントサービス（事業者が販売している商品に、消費者が指定する好きな画像をプリントして提供するサービス）を合法化する」などがあった。

¹⁶ 平成 28 年度第 1 回 WT 資料 6

でも権利者が侵害対策を課題として認識していることが認められる（58頁）。上記の訴訟制度及び訴訟コストの問題に加え、我が国では、訴訟の当事者になることでレピュテーションが低下するおそれに起因する訴訟自体に対する忌避感などから、米国と同程度に積極的に訴訟を提起するような土壌にはなく、また、当該状況を政策的に作り出していくことも容易ではない（86頁）。

したがって、仮に上記のように過失等による権利侵害が増加することとなる場合、権利者において権利の救済を得るために訴訟を提起するなど追加的なコストを払うか、やむを得ず侵害を放置するかのいずれかを選択せざるを得ず、社会的費用が増加することとなる。

なお、上述のような過失等による権利侵害が助長される可能性は、どの程度の柔軟性を持った規定を整備するかによって異なる。例えば、利用目的や場面を限定せずに適用され得る一般的・包括的規定の場合はその可能性が高くなると考えられる一方、権利制限規定の適用される場面等がある程度特定されている場合は相対的にはそうした可能性は低くなるものと考えられる。

（２）具体的な法規範定立において果たす役割の比重が相対的に立法から司法へ移行することに伴う効果及び影響について

ア 検討手法

立法と司法の役割分担に関連する憲法学、法理学、法政策学などの分野における主要な文献を幅広く参照し、主として理論面から、社会調査によって明らかになった我が国の現状も踏まえつつ、具体的な法規範定立において果たす役割の比重が相対的に立法から司法へ移行することに伴う効果及び影響について検討した。

イ 検討結果

柔軟性の高い権利制限規定を採用することは、柔軟性の低い規定を採用する場合に比べ、具体的な法規範の定立において果たす役割の比重が相対的に立法から司法に移行することを意味する。日本国憲法において国会は国の唯一の立法機関と位置付けられており（少なくとも狭義の意味での）法規を定立できるのは国会に限られる。このことを前提としつつ、柔軟性のある権利制限規定の導入の効果と影響を考えていく上で、憲法の趣旨や立法府と司法府それぞれの特質を踏まえ、立法府と司法府がいかなる役割分担をすることが最も望ましいかについて検討を行う必要がある。また、立法府の授権に基づき行政府が行う法規範形成や、ソフトローによって行われる事実上の規範形成も国民の行動規範として一定の役割を担っていることから、この点についてもあわせて検討を行うことが適当である。これらの点について、調査研究によって明らかにされた当該分野に関わる様々な研究成果も踏まえ、以下のとおり考える。

立法府は、民主的正統性を有する点において、司法府における規範形成に対し優位性を有する。また、立法府は司法府より、産業政策上の事項、多数当事者の利害調整に必要な情報を集めるのに適している。一方、司法府の行う法規範形成は、民主的正統性で説明されるものではないこと、個別具体的な法律上の争訟に係る受動的な作用であること、当事者以外の第三者からの意見や情報を収集する仕組みが十分でないことがその特

質として挙げられる。これらのことから、多数の者の利益（公益）に関わる政策決定や、政治的な対立のある分野における決断は、基本的には立法府において行われることが望ましい。

他方、立法府における規範形成について、立法府においても必ずしも全ての関係者の利益を集約できるわけではないこと、基本的人権の制約を多数決原理によって行うことが必ずしも適切でない場合があること、事実関係が流動的又は過渡的であるため事案に応じた判断が適切な分野について立法府において事前に具体的な規範を定めることには限界があること、といった点が指摘できる（121頁）。

また、立法府の授権により行政府が行う委任命令の定立については、立法府と比べて、専門的な技術や知識を用いて、法規範の適用に必要な利益衡量や情報・知識の集約が複雑な場合にそれを適切に処理することに適しているほか、状況の変化に応じて機動的に対応することができ、迅速に必要な情報を集めて多数当事者の利害調整を行うことに向いている（122頁）。立法府、行政府、司法府による法規範の定立のほか、事実上の行動規範としてのソフトローも、法解釈を巡る不確実性の低減に役立つものと考えられるところであり¹⁷、著作権法の分野においては、文化庁（ないし文化審議会）の関与の下で形成されたもの¹⁸や、権利者と利用者の団体間で協議して作成したもの¹⁹が実際に円滑な運用に貢献しているという例も指摘されている。ソフトローは作成や改変の容易さ、個別状況に合わせた作成・運用ができることなどの利点が指摘できる（127頁）。

また、我が国においては、訴訟による紛争解決を促進する環境は必ずしも整っておらず、司法による規範形成の実現可能性が限定的であるという状況からも、柔軟な権利制限規定を設けた場合の法内容の具体化方策として、政省令による具体化や、ガイドラインのようなソフトローの活用をすることが考えられる。

以上のことをまとめれば、公益に関わる事項や政治的対立のある事項についての基本的な政策決定は民主的正統性を有する立法府において行われることが適当である。他方、幅広い関係者の利益を集約することが困難な事項、基本的人権の制約に関わる事項や、事実関係が流動的又は過渡的である事項について、立法府における事前の多数決原理における法規範の定立が馴染みにくい場合もあるものとする。また、行政府における委任命令やソフトローについても、専門性、迅速性、柔軟性等の観点から適切な場合があり、そうした要請に応じて活用を行うことが望ましい。

以上の議論を著作権の権利制限規定に当てはめた場合、①著作物の享受を目的としない利用など、通常権利者に不利益を及ぼさない行為類型、②著作物の所在検索サービスにおける著作物の一部表示など、著作物の本来的な利用には当たらず権利者に及び得る不利益が軽微な行為類型、③教育や障害者のための利用など、権利制限を正当化する公

¹⁷ 司法機関へのヒアリングにおいて、社会慣行として定着しているなど一定の場合において、ソフトローが司法判断に当たっての考慮要素となりうることも指摘されている。

¹⁸ 例として、第31条第1項第2号の「保存のため必要がある場合」の解釈について平成26年度に文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会が示したもの（「平成26年度法制・基本小委員会の審議の経過等について」（平成26年度第2回文化審議会著作権分科会資料3））が挙げられる。

¹⁹ 例として、視覚障害者向けサービスに関し権利者団体との協議を経て図書館関係団体が作成したガイドライン（「図書館の障害者サービスにおける著作権法第37条第3項に基づく著作物の複製等に関するガイドライン」（平成22年2月18日））が挙げられる。

益等が認められる行為類型では、それぞれ、立法府に期待される役割は異なっており、権利制限規定の柔軟性の在り方も異なり得るということを導くことができる（123 頁）。

（3）権利制限規定の柔軟性と刑法体系及び著作権関係条約との関係について

① 刑法体系（罪刑法定主義）との関係

いわゆる刑罰法規に関する明確性の理論について、最高裁判決は、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうかによつてこれを決定すべきである。」としていることから²⁰、著作権法の権利制限規定の抽象度が明確性の理論を充足するものであるか否かは、上記の基準に照らして判断を行うことが適当である（131 頁）。

具体的には、以下の3つの規定形式の明確性について検討した。

- i 利用目的、利用主体、対象著作物、利用態様等を限定せず、著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様などの考慮要素を示した上で、「公正か否か」などの抽象的な基準によって権利制限の適否が判断されることとなる規定形式

当該規定形式については、例えば、「公正か否か」を判断するに当たっては、著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様などの考慮要素を踏まえて、問題となる利用が生み出す社会的な利益の内容・程度と権利者に及び得る不利益等の比較衡量が求められるところ、利用目的が特定されておらず、当該目的についての著作権法上の評価が明らかにされていない規定の下では、どのような社会的利益をどの程度生み出す利用であれば、どの程度権利者に不利益を及ぼすことも許容されるかといった点などについて統一的な基準は見出しがたく、当該比較衡量の結果を通常の判断能力を有する一般人が予測することは困難であると考えられる²¹。この点について、国会審議などで規定が適用される具体例などを説明することも考えられるが、比較衡量の結果をどのように決めるかは個別具体的な問題とならざるを得ず、それについて統一的な基準を示すことは困難であって、一般人において当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準を読み取ることはやはり困難であると考えられる。また、判例の蓄積等により裁判時に具体的な基準が明確になっていけば足りるとする見解があるが、国民の行為の準則となるべき刑罰法規は、裁判時においてではなく、行為時において既に明確にされていなければならないと考えられている。ガイドラインの整備により明確性を確保するとの見解もあるが、ガイドラインには、法的拘束力がなく、ガイドラインが整備されることをもって、刑罰法規の明確性を最終的に担保できるものではないと考えられる。したがって、この規定形式では明確性には疑義があると考えられる。この点については、例えば、刑法第35条の正当業務行

²⁰ 徳島市公安条例事件判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）

²¹ 例えば、著作権法31条1項1号が存在しない場合に、図書館の公共的奉仕機能に認められる社会的意義と権利者に及び得る不利益の程度の比較衡量の結果として、図書館の行う資料の複写サービスについては、「政令で定める図書館等」において、「営利を目的としない事業として」、「公衆からの求めに応じ」、「調査研究の用に供するために」、「公表された著作物」の「一部分」を「一人につき一部」複製する行為に限って権利制限の対象となると判断することは一般人には困難であると考えられる。

為など、刑罰法規に関して、相当程度抽象的な規定が見られることから、上記の程度の抽象度であっても問題がないとの指摘もあるが、そのことのみをもって上記のような規定形式が許容されると結論付けることはできず²²、こうした規定が上記最高裁判決との関係でどのように明確であるといえるのかを含め、権利制限規定に求められる明確性の程度については、今後充実した議論がなされることが望ましい(146～148頁)。

ii 「著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用」とは評価されない利用を権利制限の対象とする規定形式

当該規定形式については、「享受」の辞書的な意味から、「著作物の表現から効用を得ることを目的とした利用」との意味を理解することは可能であり、また、当該規定の対象となる行為の具体例として第30条の4に規定する技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用、第47条の5第1項第2号に規定するバックアップのための複製、第47条の7に規定する情報解析のための複製といった既存の規定が存在することなどを踏まえると、通常人の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に行為が当該規定の適用を受けるものかどうかの判断を可能とする基準を読み取ることが十分可能であり、明確であると考えられる。また、国会審議などで規定の趣旨や具体例を説明することにより、より明確性を高めることも可能となると考える(149・150頁)。

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

当該規定形式については、具体的に許容される質的・量的程度が予め定量的に示されているものではないが、新たな知見や情報を生み出すサービスの提供に付随する利用に適用場面が限定されており、当該場面において、サービスの提供に必要な限度の提供であり、かつ、提供される著作物が質と量の観点から社会通念上わずかであることが求められていると理解され、一般人の理解において具体的場合に行為が当該規定の適用を受けるものかどうかの判断を可能とする基準を読み取ることができると考えられる。さらに、具体的場面の例示として所在検索サービスや情報分析サービスを例示する、国会審議などで質的・量的程度を限定した趣旨を明らかにするなどの

²² 例えば、刑法第35条との関係については、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 権利制限の一般規定ワーキングチームにおいても議論がされており、そこでは、「刑法の場合は、そこで規定されている犯罪の多くは、自然犯であり、やってはいけない行為とそうでない行為が一般人の目から理解しやすい類型の犯罪であるため、違法性阻却事由を定める規定が抽象的な文言であっても明確性の原則との関係で問題が生じにくいという側面があるのに対し、特別刑法である著作権法の場合は、法政策性の強い法定犯であるため、刑法における違法性阻却事由と同列に論ずるべきではなく、権利制限の一般規定を導入するに際しても、可能な限り法令上で要件を明確に定める必要があるとの意見が大勢であった」との報告がされている。『権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書』(平成22年1月)49頁)

方法を用いることによって、一層明確性が確保されることとなるものとする（150・151頁）。

② 国際条約（スリーステップテスト）との関係

権利制限規定の柔軟性を高めた場合に、ベルヌ条約等で求められるいわゆるスリーステップテストとの関係でどのような問題が生じ得るかという点について、その解釈が国際裁判所により示された唯一の事例²³の分析とともに、考察を行った。当該事例からは、WTO パネルの解釈を採った場合であっても、規定の形式面（抽象的であるか、具体的であるか）よりも、実際の適用対象が広いか狭いかという実質的な要素の方が、重要な判断材料となる可能性が高いと言えるものと考えられるところであり、柔軟性のある権利制限規定の具体化にあたってはこのような点を踏まえることが適当である。また、例えばフェア・ユース規定を有する米国等がベルヌ条約等に加盟しているという事実も、本論点を検討するに当たり参考となるものとする（153頁）。

3. 柔軟性のある権利制限規定の整備の方向性～明確性と柔軟性の適切なバランスを備えた複数の権利制限規定の組合せによる「多層的」な対応～

2. の検討を踏まえると、一般的・包括的な権利制限規定の創設による「公正な利用」の促進効果はそれほど期待できない一方で、「不公正な利用」を助長する可能性が高まるという負の影響が予測される。また、立法府と司法府の役割分担の在り方との関係においても、公益に関する政策決定や政治的対立のある事項も含め多くを司法府の判断に委ねることとなり、民主的正統性の観点から必ずしも望ましいとは言い難い。刑罰法規に求められる明確性の原則との関係でも疑義が残る。さらに、我が国においては、米国と同程度に積極的に訴訟を提起して判例法の形成を促進するような土壌にはなく、また、当該状況を政策的に作り出していくことも容易ではなく、司法による規範形成の実現可能性が限定的であるという現状にも留意する必要がある。

他方、権利制限規定が、一定の明確性ととも、時代の変化に対応可能な柔軟性を持つことは、関係するステークホルダーからも期待されているところであり、明確性と柔軟性のバランスを備えた制度設計を行うことにより、「不公正な利用」の助長を抑制しつつ、「公正な利用」を促進することが可能となるものとする。その際、立法府と司法府の役割分担や特質を踏まえ、特定の利用場面や態様に応じて適切な柔軟性の度合いを選択することにより、我が国の統治機構の観点からも望ましい権利制限規定のシステムを構築することが可能となるものとする。また、刑罰法規の明確性の原則との関係でも、これにより適合したものとする事ができる。

以上の分析を踏まえれば、我が国において最も望ましい「柔軟性のある権利制限規定」の整備については、明確性と柔軟性の適切なバランスを備えた複数の規定の組合せによる「多層的」な対応を行うことが適当である。

²³ 米国著作権法第 110 条 5 項に関する WTO パネル報告（2000 年）

具体的には、以下のとおり、権利者に及び得る不利益の度合い等に応じて分類した3つの「層」について、それぞれ適切な柔軟性を確保した規定を整備することが適当である（イメージについては別紙参照）。

〔第1層〕 著作物の本来的利用には該当せず、権利者の利益を通常害しないと評価できる行為類型

著作物の表現の享受を目的としない、情報通信設備のバックエンドなどで行われる利用がこれに該当する。この類型は、対象となる行為の範囲が明確であり、かつ、典型的に権利者の利益を通常害しないものと評価でき、公益に関する政策判断や政治的判断を要する事項に関するものではない。このため、行為類型を適切な範囲で抽象的に類型化を行い、柔軟性の高い規定を整備することが望ましい。

〔第2層〕 著作物の本来的利用には該当せず、権利者に及び得る不利益が軽微な行為類型

インターネット検索サービスの提供に伴い必要な限度で著作物の一部分を表示する場合など、著作物の本来的利用には該当せず、権利者に及び得る不利益が軽微なものがこれに該当する。この類型は、当該サービスの社会的意義と権利者に及び得る不利益の度合いに関し一定の比較衡量を行う必要はあるものの、公益的必要性や権利者の利益との調整に関する大きな政策判断や政治的判断を要する事項に関するものではない。このため、権利制限を正当化する社会的意義等の種類や性質に応じ、著作物の利用の目的等によってある程度大きくくり範囲を画定した上で、相当程度柔軟性のある規定を整備することに馴染むものとする。

〔第3層〕 公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為類型

著作物の本来的利用を伴う場合も含むが、文化の発展等の公益的政策目的の実現のため権利者の利益との調整が求められる行為類型であり、現行権利制限規定では、引用、教育、障害者、報道等の様々な場面の権利制限規定がこれに該当する。この類型は、基本的には公益的必要性や権利者の利益との調整に関する政策判断や政治的判断を要する事項に関するものである。このため、一義的には立法府において、権利制限を正当化する社会的意義等の種類や性質に応じて、権利制限の範囲を画定した上で、適切な明確性と柔軟性の度合いを検討することが望ましい。

また、柔軟性のある権利制限規定の整備にあたっては、明確性、専門性、状況変化への迅速な対応可能性等の観点から、行政府における委任命令や民間等で行われるソフトローについても、規定の趣旨や性質に応じて、法律と組み合わせることを検討することが適当である。

以上のとおり、本作業部会として最も望ましいと考える「柔軟性のある権利制限規定」の整備の方向性として、一定の考え方にに基づき基本的に立法府の判断に委ねるべき領域と司法府に判断を委ねることが望ましい領域を分類して示した。

ただし、立法府の判断に委ねるべきとした領域にあっても、先に述べたような立法府や行政府の特質も踏まえ幅広い関係者の利益が適切に集約されるよう配慮すべきであることに留意が必要である。とりわけ、内閣提出法案の作成や委任命令の制定を担う政府においては、審議会制度等の意見集約の枠組みを通じ、必ずしも集約のされにくい集団の利益も含め、可能な限り幅広い関係者の利益を把握した上で、バランスの取れた政策決定を行うことが期待される。また、かねて柔軟性のある権利制限規定を求める声が利用者から寄せられていること背景には、上述のような立法内容の適切性に関する課題意識に加え、時代の変化に応じ迅速な対応が図られるべきとの課題意識も存在するものと考えられる。

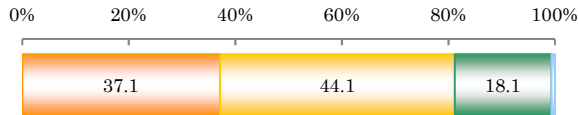
この点、今般のWTにおける検討過程で採られた方法、すなわち、広く一般にニーズの募集を行った上で、そのニーズの内容に着目して政策決定の優先順位付けをするという方法は、上記の問題意識に応えるものとして有効な方法の一つであると考えられる。政府においては、このような取組みを定期的に行うことなどによって適時に社会のニーズを把握し、適切な政策形成につなげていくことが期待される。

4. 参考資料（調査研究「著作物の利用状況と著作権意識等に関する調査」概要）

○新事業展開におけるコンプライアンス意識

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

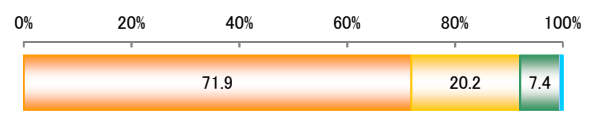
【企業】



- 完全に合法である確信がある場合のみ実施する
- 合法である可能性が極めて高ければ実施する
- 合法である可能性のある程度高ければ実施する
- 合法である可能性がわずかでもあれば実施する
- 合法か違法か不明であっても実施する

	回答数	%
完全に合法である確信がある場合のみ実施する	176	37.1%
合法である可能性が極めて高ければ実施する	209	44.1%
合法である可能性のある程度高ければ実施する	86	18.1%
合法である可能性がわずかでもあれば実施する	3	0.6%
合法か違法か不明であっても実施する	0	0.0%
計	474	100.0%

【利用者団体】



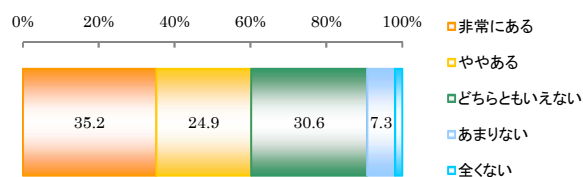
- 完全に合法である確信がある場合のみ実施する
- 合法である可能性が極めて高ければ実施する
- 合法である可能性のある程度高ければ実施する
- 合法である可能性がわずかでもあれば実施する
- 合法か違法か不明であっても実施する

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

○訴訟リスクを伴う業務実施に対する抵抗感

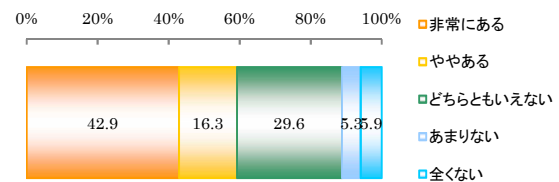
問：貴社（又は貴団体）は、一般に、（著作権分野に限らず）他社（他者）から訴訟の提起を受ける可能性のある業務の実施に抵抗・ためらい等がありますか、ありませんか。

【企業】



	回答数	%
非常にある	168	35.2%
ややある	119	24.9%
どちらともいえない	146	30.6%
あまりない	35	7.3%
全くない	9	1.9%
計	477	100.0%

【利用者団体】



	回答数	%
非常にある	261	42.9%
ややある	99	16.3%
どちらともいえない	180	29.6%
あまりない	32	5.3%
全くない	36	5.9%
計	608	100.0%

○権利制限の規定ぶりに応じた事業展開のしやすさ

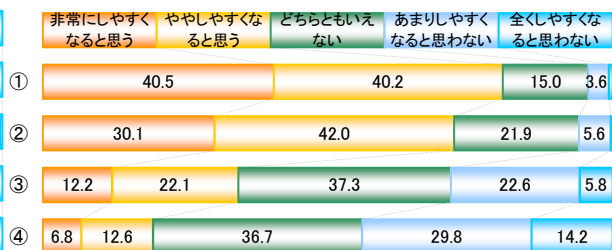
問：貴社（又は貴団体）は、著作者の許諾なしに他人の著作物を適法に使用できる範囲を法律で定める仕組みとして以下のようなものがあるとした場合に、それぞれの仕組みについて、実際の事業展開は現在と比べてどの程度しやすくなると思いますか。

- ① 適法となるサービスの類型や条件を具体的に示す方法
- ② 適法となるサービスの類型や条件を具体的に示すとともに、それ以外でもこれと同等のものであれば適法となるようにする方法
- ③ 適法となるサービスの類型や条件を一定程度抽象的に示す方法
- ④ 適法となるサービスの類型や条件を具体的に示さず、判断要素とともに抽象的に示す方法

【企業】



【利用者団体】



	回答数 %	非常にしやすくなると思う	ややしやすくなると思う	どちらともいえない	あまりしやすくなると思わない	全くしやすくなると思わない
①	472 100.0%	106 22.5%	199 42.2%	132 28.0%	29 6.1%	6 1.3%
②	471 100.0%	86 18.3%	237 50.3%	122 25.9%	24 5.1%	2 0.4%
③	470 100.0%	24 5.1%	130 27.7%	209 44.5%	93 19.8%	14 3.0%
④	470 100.0%	15 3.2%	65 13.8%	191 40.6%	130 27.7%	69 14.7%

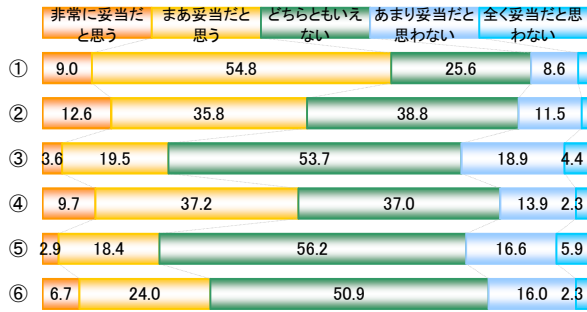
	回答数 %	非常にしやすくなると思う	ややしやすくなると思う	どちらともいえない	あまりしやすくなると思わない	全くしやすくなると思わない
①	607 100.0%	246 40.5%	244 40.2%	91 15.0%	22 3.6%	4 0.7%
②	607 100.0%	183 30.1%	255 42.0%	133 21.9%	34 5.6%	2 0.3%
③	606 100.0%	74 12.2%	134 22.1%	226 37.3%	137 22.6%	35 5.8%
④	605 100.0%	41 6.8%	76 12.6%	222 36.7%	180 29.8%	86 14.2%

○柔軟性のある規定を導入することの効果

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

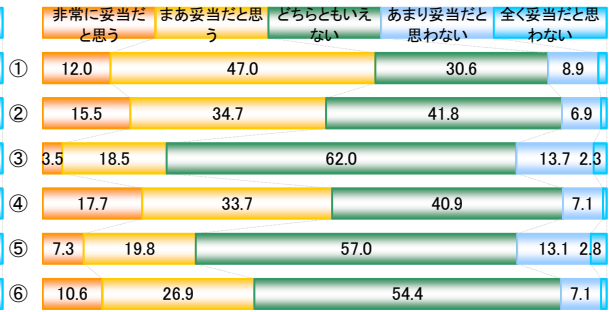
- ① 法律の柔軟な解釈・適用が可能となり、裁判等を通じて著作権の保護の範囲を、時代の変化に対応させやすくなる
- ② 訴訟をしてみるまで著作権侵害になる場合とならない場合の区別が難しくなり、利用が委縮してしまう
- ③ 新しいビジネスを開拓しやすくなる
- ④ 訴訟が増え、それが著作権者や著作物の利用者にとって負担になる
- ⑤ 裁判所がルールを決めた方が、国会や政府でルールを決めるよりも公正な判断が期待できる
- ⑥ 故意・過失による、著作権侵害が増える

【企業】



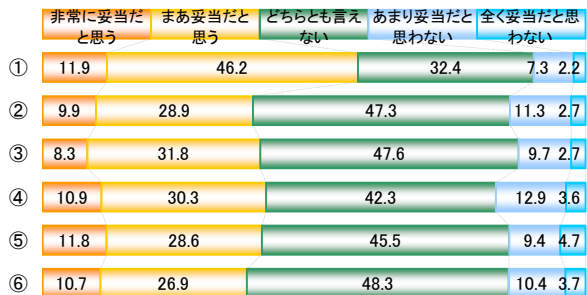
	回答数 %	非常に妥当だと思う	まあ妥当だと思う	どちらともいえない	あまり妥当だと思う	全く妥当だと思う
①	476 100.0%	43 9.0%	261 54.8%	122 25.6%	41 8.6%	9 1.9%
②	477 100.0%	60 12.6%	171 35.8%	185 38.8%	55 11.5%	6 1.3%
③	477 100.0%	17 3.6%	93 19.5%	256 53.7%	90 18.9%	21 4.4%
④	476 100.0%	46 9.7%	177 37.2%	176 37.0%	66 13.9%	11 2.3%
⑤	477 100.0%	14 2.9%	88 18.4%	268 56.2%	79 16.6%	28 5.9%
⑥	475 100.0%	32 6.7%	114 24.0%	242 50.9%	76 16.0%	11 2.3%

【利用者団体】



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

【個人】



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

【権利者団体】



	回答数 %	非常に妥当だと思う	まあ妥当だと思う	どちらともいえない	あまり妥当だと思う	全く妥当だと思う
①	12 100.0%	0 0.0%	1 8.3%	4 33.3%	2 16.7%	5 41.7%
②	12 100.0%	2 16.7%	3 25.0%	5 41.7%	0 0.0%	2 16.7%
③	12 100.0%	0 0.0%	0 0.0%	5 41.7%	2 16.7%	5 41.7%
④	12 100.0%	5 41.7%	0 0.0%	7 58.3%	0 0.0%	0 0.0%
⑤	12 100.0%	0 0.0%	2 16.7%	4 33.3%	2 16.7%	4 33.3%
⑥	12 100.0%	6 50.0%	2 16.7%	4 33.3%	0 0.0%	0 0.0%

5. 開催状況等

〔平成 28 年 8 月～ 「著作権法における権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響等
に関する調査研究」を実施〕

第 1 回 平成 28 年 9 月 27 日

検討の進め方について
調査研究の実施内容について

第 2 回 平成 28 年 10 月 29 日（メール審議）

調査研究の実施経過等について

第 3 回 平成 28 年 12 月 2 日

調査研究の中間報告について
作業部会の検討経過報告について

第 4 回 平成 28 年 12 月 14 日（メール審議）

調査研究の中間報告について
作業部会の検討経過報告について

第 5 回 平成 29 年 2 月 2 日（メール審議）

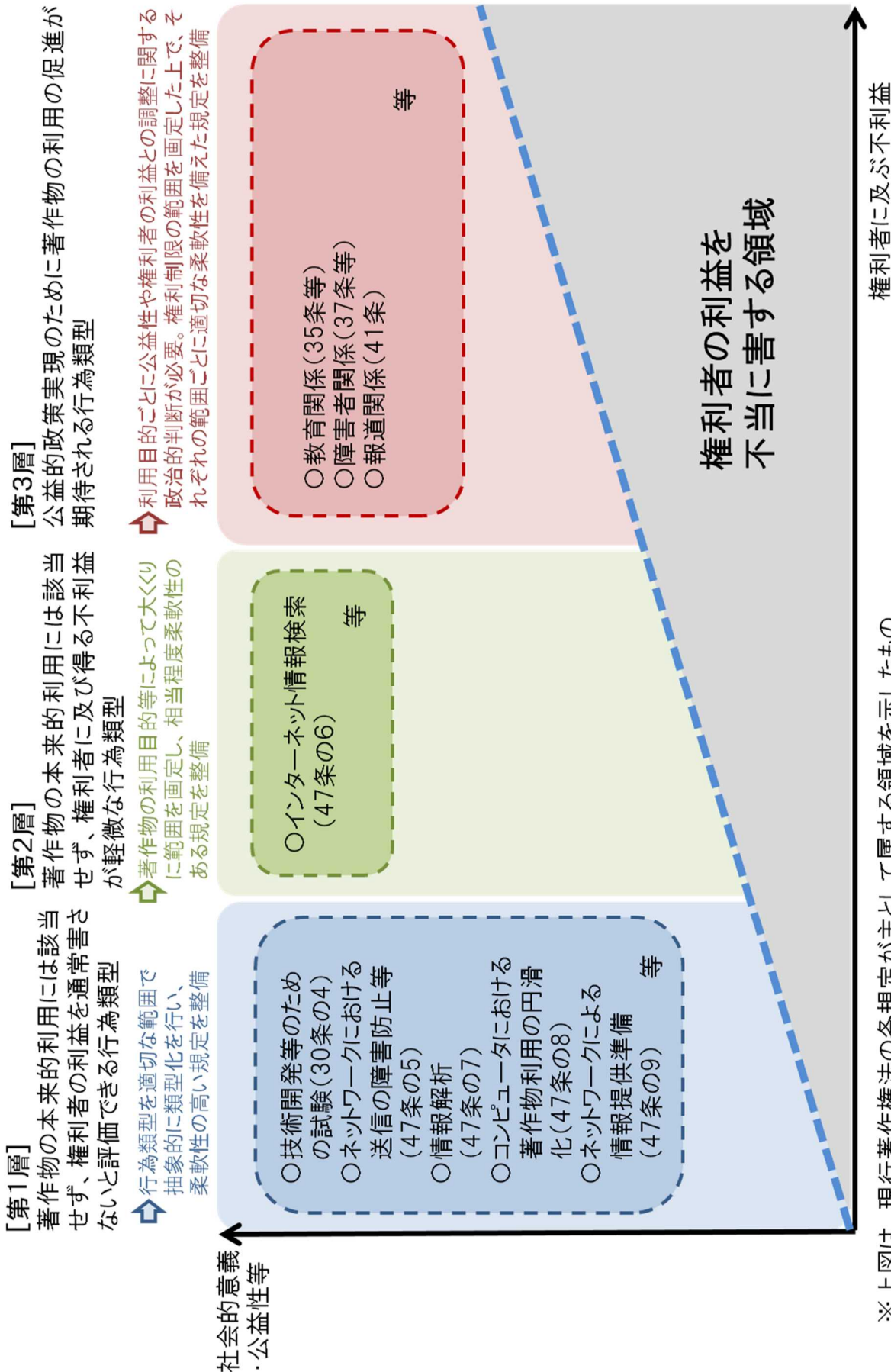
調査研究の最終報告について
作業部会の検討結果報告について

6. 委員名簿

※肩書きは平成 28 年 9 月 27 日現在

いけむら さとし 池村 聡	弁護士（知的財産法）
いしあら ともき 石新 智規	弁護士（著作権法）
うえの たつひろ 上野 達弘	早稲田大学法学学術院教授（知的財産法）
えんどう そうた 遠藤 聡太	東北大学大学院法学研究科准教授（刑法）
おおた しょうぞう 太田 勝造	東京大学大学院法学政治学研究科教授（法社会学・法と経済学）
おおぶち てつや 大渕 哲也	東京大学大学院法学政治学研究科教授（知的財産法）
おくむら こうじ 奥邨 弘司	慶應義塾大学大学院法務研究科教授（知的財産法・企業内法務）
かわしま のぶこ 河島 伸子	同志社大学経済学部教授（文化経済学）
きのした まさひこ 木下 昌彦	神戸大学大学院法学研究科准教授（憲法）
こじま たかひろ 小嶋 崇弘	中京大学法学部准教授（知的財産法）
すえよし わたる 末吉 亙	弁護士（知的財産法）
ど ひ かずふみ 土肥 一史	一橋大学名誉教授（知的財産法）
ひらた あやこ 平田 彩子	京都大学大学院地球環境学堂特定准教授（法社会学）
まえだ たけし 前田 健	神戸大学大学院法学研究科准教授（知的財産法）
もり だいすけ 森 大輔	熊本大学法学部准教授（法社会学）
もりた ひろき 森田 宏樹	東京大学大学院法学政治学研究科教授（民法）

（以上 16 名）



※上図は、現行著作権法の各規定が主として属する領域を示したものである。