



## 著作権制限の一般規定

島並, 良

---

**(Citation)**

知的財産権侵害訴訟の今日的課題 : 村林隆一先生傘寿記念:482-492

**(Issue Date)**

2011-04-11

**(Resource Type)**

book part

**(Version)**

Version of Record

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002633>



## 27

## 著作権制限の一般規定

島 並 良

## I はじめに

我が国の現行著作権法は、著作権侵害に該当する行為類型を規定した上で（著作権法（以下略）21条から28条）、さらにそれらに該当するにもかかわらず例外的に侵害が成立しない条件を個別に列挙している（権利制限規定：30条から49条）。近年、このような個別性の高い権利制限規定に対して、より一般性の高い権利制限規定を追加する、ないし後者で前者を置き換えることのは非が論じられており、著作物の公正な利用（fair use）を適法とする旨の米国連邦著作権法107条に因んで「日本版フェアユース」論とよばれている。

本稿では、これまでの議論の経緯として、その背景と立法動向を簡単に振り返った後、個別規定と比較した一般規定の特徴と、我が国における立法論のあり方について、順に検討を加える。

## II 経 緯

## 1 背 景

フェアユース規定の導入に賛成する立場からは当初、権利制限の個別規定を文言どおりに適用しただけでは著作物の円滑な利用が果たされず、そこで著作物利用を適法として事案処理したい場合に、裁判所はかなり無理な法解釈を駆使しているということが指摘された<sup>(\*1)</sup>。そして、著作権侵害の成

立を否定するための無理な手法としては、①黙示的な利用許諾の認定<sup>(\*)2</sup>、②支分権規定の厳格な適用<sup>(\*)3</sup>、③権利濫用<sup>(\*)4</sup>、④事実たる慣習<sup>(\*)5</sup>、⑤権利消尽<sup>(\*)6</sup>、⑥実質的違法性の欠如<sup>(\*)7</sup>、そして⑦権利制限個別規定の柔軟な適用<sup>(\*)8</sup>、等が挙げられてきた<sup>(\*)9</sup>。仮にこれら裁判例の結論が妥当であり、しかし著作権法が権利侵害を否定するためのツールを欠くのであれば、権利制限の一般条項を置けばよい、というわけである。

以上の議論が、従来の結論を変えずにそれを裏打ちする法律上の根拠だけを新たに与えようとするものであったのに対して、その後、フェアユース規定を新設することで、著作権侵害の成立範囲そのものを縮減しようという意見も現れた。すなわち、特にデジタル・ネットワークを用いた著作物の利用という現代的状況にこれまでの著作権法が上手く適合していないという問題意識の下、イノベーションを促進する手段として、フェアユース規定による権利制限に期待が寄せられたのである<sup>(\*)10</sup>。そして、2007年及び2009年の著作権法改正により、情報通信技術の進展に対応した権利制限の個別規定<sup>(\*)11</sup>がピンポイント的に拡充された後になっても、なお残るリバースエンジニアリング行為や、将来の新規な著作物利用態様を適法とするために、やはり日本版フェアユース規定は必要であるという主張も見られた<sup>(\*)12</sup>。

\* 1 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェア・ユースの可能性——」コピライト560号2頁(2007年)。

\* 2 東京地判平成2・11・16無体集22巻3号702頁〔学内懸賞論文事件〕、東京地判平成5・1・25判時1508号147頁〔ブランカ事件〕、東京地判平成9・8・29判時1616号148頁〔俳句添削事件〕、大阪高判平成14・6・19判タ1118号238頁〔コルチャック先生事件〕、東京地判平成18・2・27判時1941号136頁〔講習資料事件〕。

\* 3 写り込みによる複製につき、東京高判平成14・2・18判時1786号136頁〔雪月花事件〕。

\* 4 東京地判平成11・11・17判時1704号134頁〔キューピー事件〕、東京地判平成8・2・23判時1561号123頁〔やっぱりプスが好き事件〕、那覇地判平成20・9・24判時2042号95頁〔写真で見る首里城事件〕、大阪地判平成21・10・15裁判所ホームページ〔FX取引用プログラム事件〕。

\* 5 東京高判平成10・8・4判時1667号131頁〔俳句添削事件〕。

- \* 6 映画の著作物の頒布権につき、最判平成14・4・25民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト事件〕。
- \* 7 大阪地判昭和54・9・25判タ397号152頁〔発光ダイオード学位論文事件〕、東京地判平成9・8・29判時1616号148頁〔俳句添削事件〕。
- \* 8 東京地判平成10・10・30判時1674号132頁〔血液型と性格事件〕。公開の美術の著作物の利用につき、東京地判平成13・7・25判時1758号137頁〔はたらくじどうしゃ事件〕。引用につき、知財高判平成22・10・13裁判所ホームページ〔美術鑑定書事件〕。
- \* 9 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に関する中間まとめ」(平成22年4月)4～5頁参照。
- \* 10 知財戦略本部「知的財産推進計画2009」(2009年6月)、同「知的財産推進計画2010」(2010年5月)参照。
- \* 11 47条の2(美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等)、47条の4(保守、修理のための一時的複製)、47条の5(送信の障害の防止等のための複製)、47条の6(送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製等)、47条の7(情報解析のための複製等)、47条の8(電子計算機における著作物の利用に伴う複製)。
- \* 12 その際、法改正を実現させるだけの政治力がないネットベンチャーの保護や、日本企業の国際競争力維持が念頭に置かれることも多い。中山信弘「著作権法改正の潮流」コピーライト578号13頁(2009年)参照。

## 2 立法動向

以上の背景を受けて、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会は、日本版フェアユース規定の導入の是非について2009年5月以降に集中的に討議し、下半期に下部ワーキングチームを設置して具体案を協議した。そして、これらの小委員会やワーキングチームでは、①一般規定導入による権利者への影響(特に個人権利者の負担)、②一般規定導入による経済的効果、③比較法的観点(諸外国の動向)、④法社会的見地(国民性との関係等)、⑤憲法的見地(表現の自由、財産権保護との関係)が検討の対象とされている。その結果、翌2010年1月にワーキングチームの報告書<sup>(\*)13</sup>が提出され、また同年4月には同委員会から「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」と題する報告が公表された。

同中間まとめでは、委員の意見を集約した結果として、次の3類型につい

て新たに権利制限規定を設けるという方向性が整理されるに至った。すなわち、その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの（A類型）<sup>(\*)14)</sup>、適法な著作物の利用を達成する過程において不可避免的に生ずる当該著作物の利用であり、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの（B類型）<sup>(\*)15)</sup>、著作物の表現を知覚するための利用とは評価されない利用であり、当該著作物としての本来の利用とは評価されないもの（C類型）<sup>(\*)16)</sup>、である。

- \* 13 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会・権利制限の一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」（2010年1月）。
- \* 14 中間まとめは、その例として、「写真や映像の撮影に伴い、本来利用者が想定している被写体とは別に、軽微な程度ではあるものの、付随的に著作物が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や動画を公衆送信等するといった利用」を挙げる。
- \* 15 中間まとめは、その例として、「CDへの録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製」と「第33条第1項に基づく教科書への掲載に関し、初稿原稿等その他教科書作成過程での複製その他の利用」を挙げる。
- \* 16 中間まとめでは、「映画や音楽の再生に関する技術の開発や、当該技術の検証のために必要な限度で映画著作物や音楽著作物の複製等を行う場合、当該複製等の目的があくまで技術開発・検証のための一素材として用いることにあり、映像や音楽の視聴を目的とするものではなく、また、結果としても当該複製等が映像や音楽の視聴（表現の知覚）には資さないと評価されるのであれば、この類型に該当する」とされた。

### Ⅲ 一般規定の特徴

#### 1 問題の整理

まずはじめに、規範の「形式」と規範の「実質」は、次元を異にするので、互いに明確に区別して論じなければならないという点を確認しておこう。規範の形式とは、例えば個別規定（ルール）か一般規定（スタンダード）かという、

法の定め方の次元の問題である<sup>(\*17)</sup>。それに対して、規範の実質とは、例えばいかなる行為が著作権侵害となるか(ならないか)、という法の内容の次元の問題である。

そしてここで、法の内容とその定め方は必ずしも相関しないことに注意を促したい。例えば、危険走行禁止という一般条項と、時速40km以上走行禁止とする個別条項を比べて、どちらがドライバーにとって厳しい規範か(規範違背が生じやすいか)は、一概には決まらない。それは、「危険」走行という規範的要件を、いかなる要素(評価根拠事実、評価障害事実)に基づき、どのような基準(要素間の重み付け)の下で判断するかによって異なるのである。もちろん、一般規定を導入することには、後述のとおり一定の効果が伴うが、それは規範の具体的な内容如何による効果からは切り離して、別途観察の対象としなければならない。

著作権の制限については、著作物利用者の立場から、国会での立法を待っていては急激に変化するビジネス環境に対応できないという一般規定導入への期待が語られる一方で、著作権者の立場からは、著作物の保護水準切下げへの危惧が叫ばれる。しかし、前者は規範の形式に関する期待であるのに対して、後者は規範の実質に関する危惧であり、これら同士は議論が噛み合っていない。また、審議会における立法過程では、いかなる行為が適法と扱われるかについて議論を詰めないで、権利制限の一般規定導入の是非を判断できないとする姿勢が見られたが<sup>(\*18)</sup>、これも規範の実質と形式を混同した議論であるといわざるを得ないのである。

\*17 このほかに、制定法か慣習法か、また裁判規範性を持つハードローかそうでないソフトローかも、法の定め方という規範形式の次元の問題である。

\*18 前掲\*14～16のとおり、どのような場合に権利が制限されるかを例示する中間まとめの説明に、端的に表れている。また、大淵哲也「著作権の権利制限の一般条項(いわゆる日本版フェアユース)」法教347号2頁(2009年)も参照。

## 2 個別規定との相違点

それではまず、規範の形式が個別規定である場合と一般規定である場合と

で、効果にどのような違いがあるのだろうか (\*19)。

第一に、両者は規範定立の「時期」が異なる。すなわち、個別規定による規範定立時期は、規範が適用される行為の前であるのに対して、一般規定によるそれは、行為の後である。時速40km以上走行禁止という個別規定による規範は、ドライバーの走行よりも前に確定している。しかし、危険走行禁止という一般規定による規範では、ドライバーによる走行の後に、天候や時刻や交通量や脇見運転の有無といった四囲の状況を総合考慮した上で、アドホックに危険走行であったかが判断される。つまり、規範が適用される当事者による行動時を基準に、規範定立の時期が事前か事後かという相違があるのである。

また第二に、個別規定と一般規定とは、規範定立の「主体」が異なる。すなわち、個別規定で規範を定立する主体は立法者たる国会であるのに対して、一般規定のそれは規範を適用する裁判所である。またこのような違いから、規範定立の過程で情報を収集する主体（情報収集コストを負担者）も異なってくる。つまり、個別規定については当該規範を所管する官庁が、時には審議会等において専門家の意見を参考にしつつ、立法事実を調査する。他方で一般規定では、主張立証責任を負う紛争当事者による弁論活動を通じて、規範決定に要する情報が集められることになる (\*20)。

\* 19 詳しくは、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号90頁(2008年)、及び知的財産戦略本部「デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会(第6回)議事録」(2008年7月29日) <<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/digital/dai6/6gijiroku.html>>における島並参考人発言部分を参照のこと。

\* 20 なお、政策形成過程におけるバイアスを是正するためには一般規定が望ましいということを強調する見解(田村善之「デジタル化時代の著作権制度——著作権をめぐる法と政策——」知的財産法政策研究23号21頁(2009年))もある。重要な視点であるが、このようなバイアスの有無は、規範定立の時期と主体という中核の相違から生じる系として位置づけるべきであろう。個別規定による規範定立が事前的で、またその主体が国会であるからこそ、そこにロビイング活動によるバイアスが生じる余地があるのであって、時期及び主体と独立にバイアスが生じるわけではないからである。

### 3 一般規定が望ましい条件

では、以上の個別規定との違いを踏まえると、どのような場合に一般規定の方が望ましいと考えられるのだろうか。

まず、規範決定の時期に着目すると、規範が事後的に決定される一般規定は、行為者（国民）にとっての規範認識コストが高くなってしまいますが、しかし、その規範の適用場面が限定される場合（特殊な状況にのみ適用される場合）にはそれだけ規範を予想することが容易になるので、一般規定の許容度が高くなる。また、国家にとっての規範決定コストについては、規範適用の頻度が低く、定型性が乏しく、そして時的变化が大きい事項については、わざわざ事前に規範を決定しておくよりも、後に繰り延べる一般規定の方がふさわしいことになる。

他方、規範決定の主体に着目すると、民主的な多数決決定によるべき場合には個別規定で、また、裁判官の正義や良心に従った決定によるべき場合には一般規定が望ましい。したがって、少数者や、たとえ多数者でもその意見を集約しにくい主体（一般消費者など）の利益を保護するための権利制限については、その立法形式は一般規定によるべきだということになる。また、規範決定の基礎となる情報の収集について、紛争当事者がその責任とコストを負うべき場合にも、やはり一般規定を選択すべきである。

なお先述したことの繰り返しになるが、一般規定が望ましいかどうかを考える際に、最終的な適法・違法に関する（個別規定との）結論のズレを前提としてはならない。つまり、例えば裁判官が権利制限の一般規定で救うべきだと判断する行為は、国会もまた個別規定によって救うべき行為なのである。もちろん、個別規定が実際に置かれるまでにはタイムラグがあるため、短期的には結論が異なりうるが、しかし長期的には一般規定と個別規定で著作権侵害の成否という結論における違いはない、ということをも前提に両者を比較検討すべきだろう。



## IV 権利制限規定の形式

以上の一般論を前提に、それを著作権の制限規定に当てはめるとどうなるだろうか。現行法の規定を前提に、それをより一般規定化すべきものと、個別規定として維持すべきものとを類別した上で、最後に日本版フェアユース規定の要否について検討しよう。

### 1 一般規定化すべきもの

現行法が列挙する権利制限のうち、一般規定化が望ましいと考えられる筆頭は、障害者の著作物アクセスの機会を保障するための規定（33条の2・37条・37条の2）である。これらは障害者という少数者の利益を保護するための規定であり、その内容を多数決で決することは必ずしもふさわしくない。どんな人がどんな場合にどんな利用を求めているのかを個別規定であらかじめ国会で決めておくよりも、一般規定で障害者保護という理念を示した上で、具体的事案に即した解決を裁判所に委ねるのが望ましいと考えられ、その点で現行法の規定は個別にすぎるのではないだろうか。

また、個人の私的な活動の自由を保障するための規定（30条・32条・38条・46条）も個々人の意見を国会で集約することは困難であり、また私的活動の内容は定型性が低く、各々が強い個性を持っているので、裁判官の裁量的な規範形成に委ねるほうが望ましいだろう。

さらに、コンピュータの使用等の社会的な有益な活動に対して、技術上のテクニカルな制約から不可避免的に随伴する著作物の利用を認める規定（47条の2～47条の5・47条の8）については、技術変化の波を常に受けるので、ある技術状況を前提とした規範を固定するとその適用頻度は相対的に低くなるを得ず、したがって一般規定で柔軟性を確保したほうが望ましい（\*21）。

そしてまた、社会的に必要な国家活動や民主主義の維持促進に役立つ報道活動の円滑化のための規定（39条～42条）についても、当事者である国家やマスコミといった権力主体が自らコストや責任を負担することが可能であり、

またそれがふさわしい主体であるので、一般規定という大枠のもとで、具体的規範の決定については自ら裁判においてその活動の社会的有用性等を主張立証するべきであろう（\*22）。

\*21 ただしこの柔軟性は、今後新たに出てくる技術の使用に伴う著作物利用を柔軟に許すという側面と、技術的保護手段のような新技術の登場によって著作物利用の回避が可能となれば逆に利用を柔軟に禁止するという方向でも作用する。

\*22 もっとも、これら現行法の規定にも「必要と認められる限度」や「著作権者の利益を不当に害しない」といった一般性の高い要件が少なからず含まれているので、それに加えてさらに一般規定化することの是非が今後は論じられなければならない。

## 2 個別規定のまま維持すべきもの

他方で、特定の事業主体の活動を保護するための規定（31条（図書館）・33条（教科書出版社）・34・44条（放送局）・47条の6（検索エンジンサービス提供者））は、著作権者の利益確保と事業活動の自由をどこで折り合いをつけるかという政策的な調整問題であり、また繰り返し何度も行われる定型性の高い行動を前提としているので、個別規定による国会での事前規範決定がふさわしい。

また同様に、所有権との調整規定（45条・47条）についても定型性が高く、また規範決定されていること自体に意義がある調整問題であるので、個別規定であらかじめ規範の内容を明確にしておく必要がある。

## 3 日本版フェアユース規定

以上の検討は、すでに立法対応されている事項について、規範形式を個別と一般のいずれにするかということであった。ではそれに加えて、まったく新たな、しかし問題状況が未だ見えない事項に備えて、より適用射程の広い一般規定（日本版フェアユース規定）をもって対応しておくべきだろうか。基本的には、今後新たな（ビジネス上の、又は市民生活上の）著作物利用態様が生まれた場合に、立法対応による救済を待てない可能性を常に排除できない以上、そのような一般規定を置くべきであろう。

この点で、著作物の附随的利用、適法利用過程における利用、表現を享受

しない利用という、かなり射程の広い3類型を提示した審議会「中間まとめ」(\*23)の基本姿勢には賛成したいが、さらに「これら3類型についてなぜ権利を制限すべきなのか」という根本問題の検討を通じて、より過不足ない一般条項を目指すべきではないか。例えば、仮にこれら3類型が、実質的に著作権者の市場を奪わず、経済的な打撃を与えないからこそ著作権が制限されるのであれば、より直截に、著作権者の経済的損害の不存在を軸とした広範な権利制限規定のあり方が模索されてよいだろう(\*24)。

もっとも、仮に広範な権利制限の一般規定(日本版フェアユース規定)を新たに置くとしても、次の2つの点に留意する必要がある。

第1に、日本版フェアユース規定は、既存の権利制限規定をオーバーライドするものであってはならないだろう。既存の権利制限規定は、個別規定にせよ一般規定にせよ、すでに内容と形式についての利益調整を一応は終えているのであり、またもしそれが不十分で不都合が生じるのであれば、当該規定の中で改正を図ることが可能である。したがって、新たな日本版フェアユース規定は、すでに規定がある事項についてのさらなる拡張的受け皿ではなく、いまだ規定のない事項についてだけの、あくまで補充的な受け皿規定であるべきだと思われる。

第2に、日本版フェアユース規定を置いた後であっても、具体的な問題状況が顕在化した時点で、その事態に対応する立法対応をできるだけ速やかにすべきだろう。この立法対応が個別規定によるのか、(小さな)一般規定によるのかは、その事項ごとに、先に述べた基準に従ってまた改めて考えることになる。したがって、日本版フェアユース規定は、立法対応が追いつかない場合に備えてのあくまでも過渡的なセーフティネットとして位置付けられるべきだと思われる。

\* 23 前掲\*14～16に対応する本文参照。

\* 24 もっともその場合、損害賠償請求ではともかく、差止請求においては損害発生の有無を問わないとする著作権法の基本的な建て付けとの整合性が問題となろう。これは結局、著作権をどこまで所有権類似の形式権として把握すべきか、そしてさらには、著作権制度は何のためにあるのか、という大きな課題の一環

でもある。