

2016年3月22日

明治大学知的財産法政策研究所(IPLPI)シンポジウム

しなやかな著作権制度に向けて

—権利制限・利用許諾を中心に—

科学研究費補助金 基盤研究 (A) 平成 23～27 年度
「コンテンツの創作・流通・利用主体の利害と著作権法の役割」

第一部 基調講演①

権利制限の一般規定 —受け皿規定の意義と課題—

上野達弘（早稲田大学大学院法務研究科教授）

I はじめに

上野達弘でございます。本日はご報告の機会をいただきまして、誠にありがとうございます。特に、今日は 5 年間にわたる科研費の研究プロジェクトの締めくくりのシンポジウムということでございます。私も研究分担者として参加させてきていただいたわけですが、この機会に基調講演という形でお話する機会をいただきまして、誠にありがとうございます。

もともと、私は最初からこのメンバーだったわけではございませんで、途中で、連携研究員から分担者になった者でございます。連携研究員と研究分担者というのは、実は大きな違いがありまして、端的に申しますと、研究費の分担がもらえるかどうか異なります。したがって、私は 3 年ほどありがたく研究分担金を頂戴いたしました。そのような次第でございますので、本日はお話をさせていただく次第であります。

II 問題の所在

テーマは「権利制限の一般規定」というものです。ご存じのように、日本の著作権法では、著作権の制限規定は、多くの個別規定が限定列挙されているわけでございます。ご存じのように、アメリカの著作権法におきましては「フェアユース規定」と呼ばれる一般規定がございますけれども、日本法にはそのような意味での一般規定はないわけです。しかしながら著作権の制限規定に関する立法論をめぐりましては、かねてから大きな議論がございます。特に 10 年ほど前から、著作権の制限規定として何らかの一般規定を設けるべきではないのかといった議論がなされてきたことは、よく知られているところであります。

1 経緯

自分自身の話をするのは、やや気が引けるわけではございますけれども、2007年9月に、CRICの講演会で「日本版フェアユース」という言葉を初めて使って講演しました。ちなみに私、このCRICの講演会シリーズでは、副題にカタカナのついたキャッチーなものをつけるのが趣味のようなものになっておりまして、2007年の後にも、「クリエイタ指向アプローチ」だとか、昨年は「制度論のメニュー」といったようなものをつけてきました。「制度論のメニュー」というキャッチフレーズは最近かなり定着してきたかなという気もするわけですが、それでも、「日本版フェアユース」につきましては、2007年に報告したときには、すぐに反応がありませんでした。これは私の影響力の小ささを物語っているわけですが、その後すぐに、この問題に関する立法論が動くこととなります。その背景には、何よりも中山信弘先生が「フェアユース」についての積極的なご意見を展開されたからだと言えましょう。

例えば、私のCRIC講演の翌年である2008年5月29日に、中山先生は、「最近ではフェアユースを入れたほうが良いのではないか、という考え方に傾いております」と発言されています。これを受けて、急に立法論が盛り上がりまして、知的財産戦略本部の「知的財産推進計画2008」や、同本部の「デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会」——これは私もメンバーに入れさせていただいておりましたけれども——ここで「個別の限定列举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内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当である」と書かれておりまして、非常にはっきりとした立場が示されているわけでありまして。

その後、文化審議会でも検討がなされた結果、平成23年に最終報告書が出されます。そのころ私は、ちょうどドイツに留学しておりまして、この議論の最初の頃、参加したあと、最終段階で帰国しました。ですので、内容的には私自身の責任ではないと思っておりますが、報告書では「何らかの形で権利制限の一般規定を導入することが適当であるものと考えられる」とされました。その「何らかの形」として、ABC類型が示されたわけです。つまり、A類型「著作物の付随的な利用」、B類型「適法利用の過程における著作物の利用」、C類型「著作物の表現を享受しない利用」です。

その後、東日本大震災のために、具体的な立法は1年遅れることとなりますけれども、平成24年に改正がなされまして、4つの条文が出来上がることとなります。それが、A類型に相当する第30条の2、B類型に相当する第30条の3、そしてC類型に相当する30条の4と47の9です。これが「一般規定」といえるようなものなのか、いろいろ議論があるところではございますが、もはや「一般規定」とはいえないものができたのではないかとこの声もございまして。

さて、このように立法に至りましたけれども、これで終わったというわけではございません。今でも「柔軟性の高い権利制限規定」についての議論が絶えていないわけです。

ただ、そのこと自体は、この平成23年の報告書の中でも実は述べられていたことを見過

ごしてはならないと思います。すなわち、この報告書の最後には「本小委員会としては、この検討結果をもって、権利制限の一般規定に関する議論を尽くしたものは考えてはいない」とはっきり書かれているわけでございます。従いまして、現在もなお「柔軟性の高い権利制限規定」の是非が議論されているというのは、おかしなことではなく、むしろ当時から予定されていたことと言うべきではないかと、私は思います。その結果、昨年の知的財産戦略本部「知的財産推進計画 2015」でも、「柔軟性の高い権利制限規定…など新しい時代に対応した制度等の在り方について検討する」とされ、文化審議会や知的財産戦略本部でも検討されているわけでございます。

2 議論の推移

ただ、このような約 10 年間の議論の中で注目すべきなのは、一定のコンセンサスが得られつつあるのではないかということであります。そのことの最もはっきりとした表れは、斉藤博先生のご意見の変遷です。

斉藤博先生は、かねてからアメリカのフェアユースに反対されるのみならず、権利制限というのは包括性のある一般規定であってはいけないと述べてこられました。現状の日本法にも、「やむを得ない」と認められる改変に関する 20 条 2 項 4 号という同一性保持権に関する一般規定がありますけれども、斉藤先生はこれについても立法当初から反対されておられました。1971 年の著作権研究 4 号にも、「権利を制限するが如き規定が包括性を有するということは問題の存するところであろう」と書いておられます。1971 年といたしますと私が生まれた年でありますから、かなり前なのですが、そのころからおっしゃっていたわけです。

このような考え方の背景には、権利制限というのはあくまでも「例外」なのであるという考えがあります。著作権法というのは権利を「保護」する法律なのであって、その権利を「制限」というのは「例外」なのであると。そして、「例外」というのは厳格に、つまり狭く解釈しなければいけないのだと。従って、例外である権利制限規定を類推適用することも認められないと。その結果、一般規定というのは、ゆるやかに広く解釈される可能性があるからは、権利制限としては、もともと認められないのだ、という考え方であります。このような考え方を斉藤先生はかねてから非常にはっきりと述べていらっしゃいました。斉藤先生のかつての教科書である『概説著作権法』（一粒社、第 3 版、1994 年）でも、そもそも著作権法が保護と利用のバランスをとっているのとは間違いであって、「著作者等の権利の保護こそ著作権法が最も優先する目的なのである」「あくまでも権利の保護を第一としつつも、例外的に、一定の限られた場合に権利を制限しようとするわけである」と述べていらっしゃいます。

ところが、斉藤先生は何度か教科書を書き直して、現在 3 冊ありますけれども、一番最近の『著作権法概論』（勁草書房、2014 年）には次のような記述があります。「筆者としては、今、包括的規定の要否を問われれば、その必要性を認め、肯定的な答えをせざるをえな

い」と書いていらっしゃる。これは大きな変化だといわなければなりません。

まあ、このようなことを言っておりますと罰が当たって、私も 30 年ぐらいたったら「お前は 30 年前にこういうことを言っているではないか」ということを若い人に指摘されるのではないかという気もいたしますけれども、ともあれ、この点に関しましては斉藤先生が大きな変化をしたように、私には思えます。

ただ、包括的規定を支持されるようになった斉藤先生も、「フェアユース」はあかんというふうに言っている。そして、「フェアユースをわが国法制に導入することはまさに論外と思える」と、同じ本で書いていらっしゃいます。そして、にもかかわらず、「スリー・ステップ・テスト」ならよい、ということも書いておられまして、「若干の例示規定を設ける一方、その他、スリー・ステップ・テストにより権利を制限する包括的な規定を設ける方法…さらには、スリー・ステップ・テストを包括的に定めた規定のみにする方法もあろう」とおっしゃっています。「スリー・ステップ・テスト」というのは条約上、権利制限規定を設けることが可能な最大限の条件でありますから、もし、斉藤先生のおっしゃるように、スリー・ステップ・テストを用いた包括規定を設けるということになりますと、条約上設けることが許される最大の権利制限規定を設けることになります。ですから、斉藤先生がおっしゃっている包括規定というのは非常に制限の大きなものなのですけれども、それでも「フェアユース」はだめだ、というのです。どうやら、ここでは「フェアユース」という言葉が、あくまでアメリカ著作権法 107 条という具体的な規定を意味するものとして用いられていると考えられます。ただ、日本の著作権法にも第 1 条に「公正な利用」という言葉が出てまいります。「公正な利用」という言葉は、そのまま訳すとフェアユースということになります。いずれにしても、どのような言葉を用いるかということよりも、実質的な議論が優先されるべきではないかと私は思います。

ただ、そのような言葉の問題を差し置きますと、近時の著作権法学におきましては、著作権法が何らかの権利制限の一般規定を持つということについての積極的な意義が共有されているのではないかと思います。実際のところ、権利制限規定の一般規定を一切設けるべきではないという見解の論文は存じません。

ただ、じゃあ「権利制限の一般規定」とはどのようなものか、という話になりますと、さまざまな考え方があるように思います。つまり、どのような規定にするのか、そしてその規定がどのような意義を持っているのか、ということにつきましては、論者によって考え方が大きく異なるように思います。そしてこのことがコンセンサスの形成であるとか、あるいは建設的な議論を妨げているということがよく見られるように思います。

そのような議論をまとめる自信が私にあるわけではないのですけれども、私が 2007 年、つまり 10 年ほど前から申し上げている考え方をあらためて示した上で、このやや混乱した議論に新たな局面を設けることができればと、このように考えている次第であります。

Ⅲ 検 討

1 内 容

では、私が考える一般規定とはどのようなものでしょうか。2008年の著作権法学会で「権利制限」というテーマのシンポジウムをやりましたとき、私が司会をいたしまして、今日もいらしている小島先生、島並先生、横山先生など、多くの方にご講演をいただいたのですが、その時に学会誌で書いたのが次のようなものです。つまり、「同一性保持権については一般条項的な適用除外（著作権法20条2項4号）があるのに対して、著作権については権利制限の一般条項がないこともあり、以前からいわば不文の適用除外が繰り返されている。そのため、侵害判断においてどのような要素がどのように考慮されるか明確でなく、アドホックな判断を招くおそれも否定できない。そこで、立法論としては、一定の考慮要素（例：『著作物の性質』『利用の目的及び態様』『著作権者の利益を不当に害する』）を明示した権利制限の一般条項を、著作権制限規定の末尾に『受け皿規定』として置くことが検討されていように思われる（いわば「日本版フェア・ユース」）」というものです。従いまして、私の申し上げているような一般規定というのは「考慮要素を明示」することと、「個別規定カタログの末尾に受け皿規定として一般規定を置く」ことという意味を持っております。それぞれについて少しお話させていただきます。

（1）2つの意味

① 受け皿規定

まず一般規定が「受け皿規定」であるということの意味は、個別規定が必然的に存在することを意味いたします。

この点は、すでに誤解されることがありまして、従来のフェアユースの議論では、ときどき、一般規定というのは、判断主体が立法から裁判所に移行するものであるという理解に基づいて、現行法において非常に数多くある詳細な分かりにくい個別規定をやめて、一般規定にシンプル化するものだとして受け止められがちであります。たしかに、そういう考えもありまして、先ほどの斉藤先生はそこまでのことをおっしゃっているわけですが、しかし現在の個別規定を全部廃止するというのは現実的ではありません。

個別規定というのは、明確なルールを提示するという意味では大いに意義があります。その上で、私の問題提起は、個別規定か、それとも一般規定かという対置では決してありません。そうではなく、個別規定カタログ「だけ」でよいのか、それとも、個別規定カタログに加えて一般規定が必要なのか、という問題提起なのです。

そういう意味では、「受け皿規定」という以上、個別規定をなくすということはありません。そして、一般規定が「受け皿規定」であるということは、個別規定があくまで主たる役割を果たし、受け皿規定はいわば補助的な役割を果たすことをも意味することになります。

そのような受け皿規定は何ら特別なものではなく、従来の立法にも多くの例が見られます。例えば、民法 770 条 [裁判上の離婚] におきましては、離婚原因として、同項 1 号から 4 号まで 4 つの個別規定が掲げられていて、その後に 5 号として「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」と規定されております。これが受け皿規定です。

また、先ほどもご紹介いたしました同一性保持権に関する著作権法 20 条です。同条 2 項では、同一性保持権の適用除外としまして、1 号から 3 号まで 3 つの個別規定が掲げられていて、その後に、「前 3 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」という規定があり、これが受け皿規定となります。

さらに、著作権法 47 条の 2 という、ネットオークション等について最近できた規定にも、その関連規定に受け皿規定があります。この規定は、ネットオークション等で自分が持っている絵を売りに出すとき、これを撮影してネットにアップすることが著作権侵害にならないようにしたのですが、たとえネットオークションでも、ネットにあまりきれいな画像がアップされても困りますので、どれぐらいの画質や大きさの画像をアップしてもいいかということまで規定しております。具体的には、47 条の 2 に「政令で定める」と書かれております。では、政令を見ますと、著作権法施行令 7 条の 2 というところに、「文部科学省令」で定めるとされておりますので、今後は、著作権法施行規則を見ますと、図画として複製を行う場合は「50 平方センチメートル以下であること」と書かれていたり、デジタル方式の複製の場合は、「画素数が 3 万 2 千 4 百以下であること」などと書かれていたりしております。つまり、ネットオークションの場合、プロテクションがなければ 3 万 2,400 画素以下、プロテクションがあれば 9 万画素を超えないことといったように、非常に明確なルールが定められているわけですが、それだと硬直的になりかねませんので、それだけで終わっているわけではなく、3 号に「前 2 号に掲げる基準のほか…」とございまして、諸事情に照らし、「譲渡又は貸与の申出のために必要な最小限度のものであり、かつ、公正な慣行に合致するものであると認められる」場合も OK とされています。この規定の意味していることは、いくら細かいルールで明確なことを定めても、それだけで割り切れないところがあるので、どうしても受け皿規定が必要になる場合がある、ということではないかと私は思います。

このような受け皿規定は、ほかにもさまざまな立法例に見られますが、欧州著作権コードにおいて、5-1 条～5-4 条という個別規定の後にある 5-5 条「その他の制限」という規定もその一つです。欧州著作権コードは、ヨーロッパの学者グループがつくったものですが、そのメンバーには、強い著作権保護に懐疑的な学者も、権利保護を重んじる伝統的な学者も含まれるのですけれども、個別規定カタログと受け皿規定としての一般規定によって、明確性と柔軟性のバランスをとることが目指されています。

② 考慮要素の明示

もう一つの点が、考慮要素を明示するということです。

例えば、先ほど見ました民法 770 条の離婚原因につきましては、同条 1 項 5 号の一般規定には「婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」としか書かれておりませんので、どのような事情を考慮して「重大な事由」に当たるかを判断するのか、その考慮要素も指針も示されておられません。

これに対して、著作権法 20 条 2 項 4 号は、単に「やむを得ないと認められる改変」と定めるのではなく、そこには「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らし」とありまして、考慮要素が明示されております。

また、借地借家法 6 条〔借地契約の更新拒絶の要件〕も、単に「正当の事由があると認められる場合」と定めているわけではなく、「借地権設定者及び借地権者……が土地の使用を必要とする事情」「借地に関する従前の経過」「土地の利用状況」「借地権設定者が…借地権者に対して財産上の給付をする旨の申出をした」ことといった考慮要素が掲げられているわけでありませぬ。

(3) 著作権制限の一般規定案 (例)

では、以上申し上げたようなイメージに基づいて、もし今、著作権の制限規定の一般規定をつくるならば、どのような規定になるのか、ということをよく問われますので、ここでそのような規定例をお示ししたいと思います。もっとも、こういう規定案の例というのは、ついつい、その例が独り歩きいたしまして、その例に批判が集中することによって、その例のみならず、論点全体が終わってしまうというようなことがよくあるような気がしますので、危惧するところではありますが、これは前からお見せしているものなので、お見せしたいと思います。

すなわち、著作権法 49 条の 2「第 30 条から前条までの規定に掲げる行為のほか、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〔正当／公正〕と認められる場合は、その著作物を利用することができる。ただし、著作権者の利益を不当に害することとなる場合はこの限りでない」というものです。現行法上の著作権制限の個別規定カタログの末尾に位置するということですので、著作権法 49 条の 2 としております。そして、規定の内容は、同一性保持権に関する著作権法 20 条 2 項 4 号を、そのまま著作権にスライドさせたようなもので、これにただし書きをつけたものです。

2 意義

では、このような規定を設けると、どのような意義があるのでしょうか。これについてもさまざまな説明があり得ますが、私の考えでは次の 3 つです。

(1) [明確性の確保] と [変化と多様性への対応] の両立 — しなやかな著作権制度 —

1 つ目は [明確性の確保] と [変化と多様性への対応] の両立です。受け皿規定というのは、常に個別規定を伴います。そのとき個別規定は明確性を提供します。しかし、それだけ

では十分でない場合があります。例えば、先ほどの離婚原因に関する民法 770 条も、本当に個別規定だけで済むのであれば、もちろんそれが一番明確です。しかしそれで割り切れない場合があるからこそ、現在、受け皿規定が存在するわけです。同一性保持権に関する著作権法 20 条 2 項もそうです。個別規定だけでカバーできるのであれば、それだけで済みます。しかしそうでないからこそ、受け皿規定が置かれているわけです。そして、受け皿規定があるからこそ、「変化と多様性」に対応する可能性が生まれるのではないかと考えております。ここで「変化と多様性」というキーワードを用いているのは、次のようなことを意味します。

① 変化への対応

まず「変化」です。これは、著作権法を制定した時には存在しなかったものが後で登場した場合、これに対応できることを意味します。例えば、インターネットの検索サービスは、もちろん著作権法制定時には存在いたしませんでした。しかしその後検索サービスが登場し、平成 21 年の改正によって 47 条の 6 という規定ができます。では、それまでの間、現行法の解釈論でカバーできたでしょうか、というのが、ここでの問いです。もちろん、黙示的許諾論や、あるいはもしかしたら引用でいけるという考えもあったかもしれませんが、しかし、さすがに最近の議論でも、検索サービスが適法引用に当たるという見解は少ないと思いますし、黙示的許諾論にはそもそも限界があると指摘されてまいりました。このように、一般規定がなかったとしたならば、個別規定ができるまでは変化に対応できず、権利侵害になってしまったかもしれないのです。

同じようなことは、同一性保持権に関してもあります。いまは 20 条 2 項に 3 号としてコンピュータープログラムに関する規定が入っておりますけれども、現行法制定当時には、そもそもコンピュータープログラムというものがありませんから、3 号はありませんでした。ですから、当時は今の 4 号が 3 号だったわけです。昭和 63 年の改正によって新しい 3 号が加わって、一般規定が 4 号にずれたわけです。

このように、一般規定は「変化」に対応できるという意義があります。そして、一般規定から個別規定が生み出されてくることになります。

② 多様性

次に「多様性」です。これは、著作権法を制定した時に存在しなかったものではなく、当時からあったものではあるけれども、これを対象とする個別の制限規定を設けていなかったという場合、これに対応できることを意味します。例えば、先ほどオークション等に関する 47 条の 2 の規定をご紹介しましたが、あれは平成 21 年改正でつくられた規定です。確かにネットオークションは最近出てきたものですが、カタログのオークションというのは昔からあります。カタログにオークションの対象物を印刷して配布するということは、以前から行われてきましたが、わざわざこれを対象とする著作権制限の個別規定が設けられていなかったわけです。けれども、じゃあそのような規定がなかったら著作権侵害になっ

たのか、ということが問題になります。確かに、田村先生は、ネットオークションは、47条の2という規定ができる前から適法な引用にあたるという論文を書いていらっしゃいます。

しかしながら、これに関しては、毎日オークションカタログに関する訴訟があります。このオークションカタログでは、さきほど申し上げた50平方センチメートル以下という程度の複製ですので、平成22年1月1日に改正法が施行されて以降に複製されたカタログについては、47条の2が適用されると判示されております。しかしながら、改正法施行前につきましては、同条が遡及して適用されるわけではないので、著作権侵害に当たるという判決をしております。そこでは、適法引用に当たるとか、権利濫用に当たる、といった被告側の主張も退けられています。

確かに、47条の2という規定が設けられたことから分かるように、この程度の複製は許容されて然るべきと考えられます。したがって、この事件でも、裁判官によっては結論が異なり、頑張って適法引用に当たると判示したり、権利濫用だと言う裁判官もいるかもしれません。しかし、たとえ結論としては許容されるべきと考えたとしても、裁判官が引用に当たるとするのは難しいと考え、また権利濫用というのもハードルが高いと感じた場合、個別規定がないから仕方がないということで、結局、著作権侵害になってしまうことがあるように思います。それでよいのか、ということがここでの問題であります。

同じようなことは同一性保持権にもあります。同一性保持権には、すでに20条2項4号という一般規定があるわけですが、1号～3号の個別規定ですべてのケースをカバーできているわけではないので一般規定があるわけですが。例えば、大学におりますと、この2月、3月は入試業務を担当することがあり、入試問題を大学教授が作ったりするわけですが、その場合は、既存の文芸作品などを国語の問題に用いるわけですが。その際には、もとの文章の一部を省略したり、難しい漢字を変更したり、あるいは一部を空欄にしたりなど、試験問題に適するように大きく改変いたします。これは明らかに「改変」ですが、結論として許容されるべきということに異論はないでしょう。ところが、20条2項の1、2、3号の中に、「入試問題に伴う改変は許される」という個別規定はございません。したがって、もし4号の一般規定がなかったならば、このような入試問題における改変には対応できなかったのではないかと思います。現行法上、入試問題に伴う改変は、4号の一般規定が適用されるべきであるように思います。

このような多様性に対応するというのが一般規定の意味です。

(2) 裁判官の緩やかなコントロールによる柔軟性&明確性・安定性の獲得

2番目に、「裁判官の緩やかなコントロールによる柔軟性および明確性・安定性の獲得」というものであります。

例えば、民法上の権利濫用だとか、公序良俗違反だとか、そういう規定は非常に広い一般規定であります。それは考慮要素も明示されておりませんし、個別規定カタログがありませんから受け皿規定でもありません。しかしながら、著作権法に著作権制限の一般規定を設け

るとするならば、それは受け皿規定でありますので、先ほどの欧州著作権コードの 5-5 条と同様に、個別規定カタログと「同視し得るもの」という観点から、その適用には縛りがかかります。つまり、もし著作権法 49 条の 2 という一般規定が設けられたとしましても、それまでの個別規定カタログが存在する以上、それと同視し得るケースにのみ適用される、という形での縛りがかかることとなります。

また、先ほどの著作権法 49 条の 2 という一般規定では、考慮要素が明示されていることから、一方では、柔軟性を確保しつつ、他方では、安定性を保ち、アドホックな判断を防ぐこととなります。

もし、同一性保持権について、20 条 2 項 4 号の一般規定がなかったとしたならば、入試問題に伴う改変について、いったいどのような判断がなされるでしょうか。権利濫用だとかいう解釈論もあり得ますが、そこでは、どのような事情がどのように考慮されるか、裁判官によってまちまちになってしまい、非常に曖昧な判断にならざるを得ないように思います。これに対して、もし考慮要素を示した受け皿規定としての一般規定があれば、示された考慮要素を考慮しつつ、また、20 条 2 項の 1～3 号と同等の状況にあるかどうかを考慮して判断がなされるということになりますので、一定の明確性が得られることになるわけです。

(3) 実質的根拠の可視化による正当性の獲得

3 番目に「実質的根拠の可視化による正当性の獲得」です。もし考慮要素を明示した一般規定が設けられていれば、裁判官が何らかの判断をするときには、その考慮要素に準じて、その考慮要素をどのように考慮したのかを示しながら判断することになり、これは裁判官が依拠した実質的根拠を可視化させる意味があります。

よくない例として雪月花事件を紹介します。周知のように、これは照明器具のカタログの背景に書が映り込んだという事件です。無断でコピーされたとはいえ、非常に小さく映り込んでいるに過ぎないわけですし、単に小さいというだけでなく、写真全体からすれば背景的に映り込んだに過ぎないものですので、これは結論として許容されてもよいだろうと考えるのが一般的です。ただ、この事件が起きた当時は、いまの 30 条の 2 という映り込みに関する個別規定はありませんでしたので、このようなものも著作権侵害になってしまいそうです。しかし、裁判所は解釈論を頑張って、結論としてこれを侵害にあたらないといたしました。

しかし、その理由が問題です。というのは、この事件がたまたま書だったからということでもあるわけですが、原告の書が非常に小さく映り込んでいるから、この書の創作的表現は感得できない、従って「複製」されているとは言えない、というのがその理由であります。

この判決は、結論としては広く支持されていますが、その理由付けについては検討の余地があります。というのも、本件事案と同じサイズかつ同じ画質で他人の書をコピーして、例えばシールとして販売したら、それはさすがに著作権侵害に当たるというべきだからです。

しかし、判決のように、このサイズと画質だと、書の本質的特徴が感得できない、という理由に基づき、複製に当たらないと判断する以上、そこでは、背景的であるとか、全体の一部に過ぎないという事情は考慮されようがありません。従って、判決の中にも「背景的である」とか「特に権利者に影響を与えていない」といったことが理由として示されるわけではありませんが、本件事案において、著作権侵害が否定されて然るべきだと考える実質的な理由は、そうした事情を考慮したものと考えられます。この判決では、判決の背景にある実質的な理由が言語的に表明されなかった、と言わなければなりません。

一般論として、ある判断の実質的な理由が言明されないと、その実質的理由が本当にその判断を支えているかどうかを検証し、これを評価するということが、そもそもできません。ある言明は、議論によって検証されてこそ、初めてその判断が正当化されるという考え方に基づくのであれば、裁判所の判決についても、そのような実質的な根拠が示されない判断は、たとえその結論を支持することはできても、正当性を獲得することはできないのです。

そのような意味で、一般規定が考慮要素を明示していることは、裁判官による判断の実質的な根拠を可視化するというメリットがあるのではないかと考えております。

3 課題

さて、以上のように、考慮要素を明示した受け皿規定としての一般規定の意義を述べて参りましたが、他方で、これに対して、いくつかの課題が指摘されるかと思えます。そこでそうした課題についてあらかじめお話をしておきたいと思えます。

(1) 侵害判断が不明確になるか？

第一に、権利制限の一般規定をつくると、それがいくら考慮要素を明示していても、判断が不明確になるのではないかという批判がございます。確かに、今まではなかった一般規定ができると、侵害判断は、その限りで不明確になるのではないか、というのはそのとおりかもしれません。

しかし、そもそも法規範というのは、常に明確なルールだけが望ましいというものではありません。もちろん、例えば、保護期間のようなものは、不明確では困りますので、明確に定められます。しかし、特に、著作権法には、類似性、創作性、表現・アイデアといったように、客体が無体物であることから導かれる不明確な判断が適切な場合が少なくありません。

私も、著作権法の授業などしておりますと、学生から「先生、3小節までだったらパクってもいいんですね」と聞かれることがあります。よくある都市伝説みたいなものですね。そこで、私は、もしそのような規範が本当に望ましいなら、立法して、「音楽については3小節までだったらセーフ、4小節以降のコピーはアウト」という規定を作るけれども、2小節であっても著作権侵害にあるべき場合があるかもしれないし、4小節以上コピーしても適法であるべき場合があると考えられる以上、そのようなルールはたとえ明確であっても妥

当でないから、著作権法にはそういう定めがないのだと説明するのです。このように、明確なルールが常に望ましいわけではない、ということがまず言えます。

そしてまた、実際のところ、従来の裁判例におきましては、さきほどの雪月花事件もそうですけれども、さまざまな解釈論を用いて柔軟な侵害判断が既に行われているわけです。権利制限規定の一般規定を設けるといことは、そのような既存の柔軟な解釈に形式的な根拠を与えるものであります。そして、一般規定があれば、裁判官によって、やや無理をして権利濫用だと言ったり、適法引用だと言ったりすることが少なくなると考えられますので、そういう意味で、アドホックな判断を防ぐことになるのではないかと考えております。

(2) 現行法の解釈論で解決可能か？

第二に、そういう柔軟な解釈は現行法の解釈論でも可能ではないかと言う方もいらっしゃるかと思います。確かに、これまでもさまざまな解釈論が見られますし、これからも出てくるかと思います。そして、従来の伝統的通説は、権利制限規定の類推適用を認めていませんでしたが、今後は、既存の個別制限規定の類推適用や拡大解釈はあり得ますし、そしてそれは重要だと思います。例えば、血液型と性格事件で問題になったように、著作権法 43 条 2 号は、32 条に基づき引用するときには「翻訳」しか認めていないように読めるわけですが、裁判所は、同号を類推適用するわけではないのだけれども、忠実な要約であれば要約引用も許されるとしました。

また、著作権法 46 条という規定がありますが、これは公園に設置されている銅像などに適用されるものですが、同条にいう「屋外の場所に恒常的に設置されているもの」と規定しています。はたらくじどうしゃ事件で問題になったようなバスに描かれた絵というのが、屋外の場所に恒常的に設置されているかという点、そうは読めないように思われるわけですが、裁判所は、同条の趣旨に立ち返って、「恒常的に設置」というのは、別に地面に固定されていなくてもよいのだと解釈しております。これは既存の個別制限規定の柔軟な解釈といえるもので、同条を類推適用する手もあったような解釈論であります。

このような解釈論は有効ですし、今後も重要だと思います。それは、たとえ一般規定が設けられたとしても維持されるべきだろうと、私は思っております。

ただ、問題は、じゃあ、そのような権利制限の個別規定の柔軟な解釈だけで、すべての「変化と多様性」に対応できるか、というものです。

例えば、検索エンジンについて、47 条の 6 の規定ができる前の段階で、いったいどの規定を柔軟に解釈して適法にできたでしょうか。たとえ 32 条 1 項の引用規定でも本当に対応可能だったかという点、私は疑問です。オークションカタログも同じです。

もちろん、最近では、引用規定を緩やかに読む見解も有力ではないかというご意見もあるかと思います。確かに、美術鑑定証書事件におきましては、美術鑑定証書の裏に、鑑定の対象となる絵をカラーコピーしたという事件で、知財高裁は適法引用にあたると言いました。引用というのは、通常、引用側が著作物でないといけなないといわれておりましたけれども、こ

の判決は、引用側に著作物性は要らないと判示したわけであります。

ただ、この判決に対しては賛否両論がございます。一方では、今、権利制限の一般規定がない中で、引用規定を、いわばフェアユース的に活用することを積極的に評価する向きがございます。しかしながら、このような引用規定のフェアユース的活用は、結局のところ「引用」というものが何なのか分からなくなってしまうように思います。そのような引用規定のフェアユース的活用を認めるのであれば、どのような要素をどのように考慮するのかということをもっと明確に示した一般規定を設けて、それを適用するほうが、むしろ明確性が高まるのではないかと思います。逆に、そうでないと、裁判官によって「引用」の意味が異なることとなりますので、裁判官によって結論が異なることが多くなる、という意味で安定性を損なうことになると思います。

(3) 刑事罰との関係で問題か？

第三に、刑事罰との関係です。これも大きな問題で、実際のところ、平成 23 年の報告書でも、一般規定を設けることは刑事罰との関係で問題が大きいとされていたわけです。ただ、権利制限規定というのはあくまで犯罪成立を否定する方向でありますので、一般規定を設けたからと行って、思いがけず犯罪が成立するというにはなりません。とはいえ、権利制限規定というのは、権利の外縁を確定しているものだとしますと、権利を定めるのも、権利を制限するのも、同じことを意味するという考えもあるかと思います。この点が問題になるでしょう。

しかし、何度もご紹介している、同一性保持権に関する著作権法 20 条 2 項 4 号という一般規定はすでに存在するわけで、これも刑事罰があります。したがって、これと同じものであるならば、著作権についても一般規定を設けることが可能のはずです。

(4) 権利制限が拡大して権利保護が弱まるか？

第四に、権利制限規定を設けると権利制限が拡大してしまうのではないかという危惧です。しかし私の答えは、権利制限を「柔軟化」することは権利制限を「拡大」することと同じではない、というものです。権利制限が明確であれば権利制限が小さいかという、そんなことは全くございません。ある権利制限が非常に個別具体的で、かつ明確であっても、その権利制限の程度が大きいということは当然にあります。

例えば、日本法の 30 条 1 項は私的複製を自由としています。私の知る限り、これほどまでに権利制限の程度が大きい規定はございません。アメリカにはそもそも私的複製の規定がなく、一定の範囲でフェアユースとしているだけです。イギリスは最近、規定ができましたけれども、日本より狭い規定と考えられます。ですから、個別規定であっても制限の幅が大きいものは大きいわけです。柔軟になったからといって直ちに権利が大きく制約されるというわけではありません。

たとえ権利制限の一般規定を設けても、従来解釈論で行っているものを裏付けるだけだ

とすれば、「あってもなくても変わらないフェアユース規定」という可能性もあると私は考えております。

(5) 無許諾無償になってしまってよいか？

ただ、第五に、無許諾無償になってしまってよいかという課題があります。フェアユースというのは自由に使えるということですので、その際に、いくらかお金を払ってくださいという権利もありません。個別の権利制限規定であれば、権利制限する代わりに補償金請求権を付与することによって、利用者は、許諾を得ずに自由に利用できるけれどもいくらか金銭を払わなければいけない、ということが出来ますけれども、一般規定ではそれができないと考えられます。

従いまして、私自身は、やはり個別制限規定がメインであり、それを常に整備されなければならぬと思っています。そして、個別の権利制限規定の整備にあたっては、日本法の特長である「オール・オア・ナッシング問題」——つまり権利制限しても補償金請求を付与することが少ないために、無許諾無償になってしまっている規定が非常に多いこと——を解決して、補償金請求権を伴う権利制限を設けることを積極的に活用すべきです。そして、それでもなお一般規定が必要なかどうかということも議論すべきだと思っています。そのように考えると、あくまで個別規定の整備がメインですから、そのような整備がなされている過程で適用され得る、いわば過渡的なものとして一般規定が意味を持つということになります。

(6) 立法事実はあるか？

第六に、立法事実はあるかということです。かなり現実的な話になってしまいますけれども、やはり立法しようと思えば、必要性のない立法はできませんので、現実的な必要性というのが求められることとなります。最近、いわゆるニーズのワーキングチームというのも鋭意検討を行っているわけですが、具体的な著作物利用の「ニーズ」を洗い出して、これに対する権利制限規定を設けるという流れになっています。

しかしながら、将来どのような具体的ニーズが出てくるか分からないというときであっても、これに対応する可能性をもたらし手段として一般規定の必要性を検討する必要があると思います。

そして、将来どのようなニーズが出てくるかということになりますが、そのような想像をいくら膨らませてもなかなか出てきませんので、現時点では予想できないニーズが将来生じるのかどうかを検討するためには、むしろ過去に目を向けるべきではないかと思っています。もし我々が過去に目を向けるならば、権利制限の一般規定がなくて、本当に検索エンジンを適法にすることができたのか、本当にオークションに対応できたのか、ということが問われるべきであると思っています。

(7) どのような文言になるのか？

最後に、どのような文言になるのかということです。これもかなり現実的な話でありますけれども、このこともよく聞かれます。私は、先ほど案を示しましたけれども、かつては「やむを得ない」という文言を「正当」「公正」と書いておりました。かつては、それをむしろメインにしておりましたので、最近やや日和ったのではないと言われるかも知れませんが、現状の20条2項4号が「やむを得ない」になっておりますので、そうすれば現行法にあるわけですから、反対できないと考えた次第です。

もちろん、「やむを得ない」というのは狭すぎるのではないかという批判もあるかと思いますが、先ほどご紹介したように、20条2項4号の「やむを得ない」という文言は、昨今かなり柔軟に解釈されるようになっております。

例えば、教科書における改変を許容した1号の規定も「やむを得ない」という文言が用いられておりますが、加戸守行氏の逐条解説を見ますと、小説の中に、主人公が立ち小便をしているシーンだとか、自転車の2人乗りをしているシーンが出てくるといふときに、これは教育上よくないということで、教科書に使う際にはそのシーンを削除するとか、書き換えるということが「やむを得ない」改変に当たるとされています。そのような改変をするくらいなら、ほかの作品を使えばいいのではないかという気もするのですが、それでも「やむを得ない」に当たるといふのです。したがって、「やむを得ない」という文言は、他に手段がないこと、というほど厳しく読まれてはいないのが現状だと思います。

IV おわりに

最後に少しだけまとめさせていただきます。

日本法が著作権制限に関する何らかの一般規定を持つことについて積極的な理解が共有されつつあるとすれば、「フェアユース」と呼ぶかどうかといった言葉の問題ではなく、実質的な議論が深められるべきであります。本日は、私自身のアイデアを改めて示しただけですが、これによって、どうも混乱しがちな議論に新たな局面をもたらすことができると考えております。ただ、正直申しまして、権利制限の一般規定は、あまり焦って議論するべきではないと思っております。中途半端なものを作って幕引きになってしまうくらいであれば、諸外国の動向を見ながら、5年や10年かけて検討するくらい重要なものと考えております。今のところ、大陸法系諸国には著作権制限の一般規定があまり見られませんが、最近ではヨーロッパにもいろいろと議論がありますので、将来ヨーロッパ大陸に具体的な変化が現れてきたりと、良くも悪くも、日本の議論が大きな影響を受ける可能性もあるのではないのでしょうか。

少しだけ時間を超過してしまったかも知れませんが、私からは以上とさせていただきます。どうもご静聴ありがとうございました。