

# 権利制限の一般規定

## —— 受け皿規定の意義と課題 ——

上野達弘\*

### I はじめに

### II 問題の所在

#### 1 経緯

- ・「日本版フェアユース」（権利制限の一般規定）をめぐる議論<sup>1</sup>  
→ 平成24年改正（著30条の2、30条の3、30条の4、47条の9）
- ・最近の議論：「柔軟性の高い権利制限規定」<sup>2</sup>

#### 2 議論の推移

- ・伝統的通説（＝包括的な権利制限規定に対する批判<sup>3</sup>）の変遷<sup>4</sup>  
→ 「フェアユース」という名称をめぐる議論の混乱は依然として残るものの<sup>5</sup>、わが国著作権法が著作権制限に関する何らかの一般規定を持つ意義については、近時の著作権法学において積極的な認識が共有されつつあるように思われる<sup>6</sup>

\* 早稲田大学法学学術院教授。uenot@waseda.jp

<sup>1</sup> 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）参照。

<sup>2</sup> 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2015』（2015年6月）42頁参照。また、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会・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（2015年10月～）、知的財産戦略本部次世代知財システム検討委員会（同年11月～）も参照。

<sup>3</sup> 齊藤博「新著作権法と人格権の保護」著作権研究4号86頁（1971年）は、主として同一性保持権に関する文脈であるが、「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」とする。

<sup>4</sup> 齊藤博『著作権法概論』（勁草書房、2014年）160頁以下は、「筆者としては、今、包括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」とする。

<sup>5</sup> 齊藤・前掲注（4）162頁以下は、「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」としつつ、「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もあろう、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」とする。

<sup>6</sup> 中山信弘「著作権の権利制限」高林龍ほか編『現代知的財産法講座 I 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012年）273頁、同『著作権法』（有斐閣、第2版、2014年）395頁、田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号1頁（2010年）、潮海久雄「インターネットにおける著作権の個別制限規定（引用規定）の解釈論の限界と一般の制限規定（フェアユース）の導入について——Google サムネイルドイツ連邦最高裁判決を中心に」筑波法政50号30頁（2011年）、島並良「著作権制限の一般規定」『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論文集（青林書院、2011年）490頁以下、奥邨弘司「フェア・ユース再考～平成24年改正を理解するために～」コピライト629号26頁（2013年）、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号37頁以下（2008年）、愛知靖之「適法引用の要件——美術品鑑定証書事件——」旬刊商事法務2035号48頁（2014年）、末吉互「日本版フェア・ユース再論」情報管理55巻10号767頁（2013年）、岩倉正和「フェアユース規定導入の比較法的再検討——現状最新の世界各国法制の動

- ・ただ、「権利制限の一般規定」の内容や意義については、論者による理解が依然相違  
→ 本報告は、報告者なりの権利制限の一般規定とその意義について、改めて論じるものである

### Ⅲ 検 討

#### 1 内 容

- ・考慮要素を明示した受け皿規定<sup>7</sup>  
= 一定の評価的要件（例：「公正」「正当」「やむを得ない」）に基づく一般規定を、  
①個別規定カタログの末尾に、②一定の考慮要素を明示しつつ置く

##### (1) 2つの意味

###### ① 受け皿規定

- ・個別規定 or 一般規定 という「対置」ではなく、個別規定 and 一般規定  
→ 「受け皿規定」は、個別規定なしに成立し得ない／個別規定が主たる役割を果たす

[例] 民法770条 [裁判上の離婚]

夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。

- 一 配偶者に不貞な行為があったとき。
- 二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
- 三 配偶者の生死が3年以上明らかでないとき。
- 四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。
- 五 その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。

2 裁判所は、前項第1号から第4号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。

[例] 著作権法20条2項 [同一性保持権]

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。

向について——」小泉直樹＝田村善之編『はばたき——21世紀の知的財産法』中山信弘先生古稀記念論文集（弘文堂、2015年）589頁、岡村久道『著作権法』（民事法研究会、新訂版、2013年）205頁以下、野口祐子『デジタル時代の著作権』（筑摩書房、2010年）204頁以下、城所岩夫『著作権法がソーシャルメディアを殺す』（PHP研究所、2013年）等参照。

<sup>7</sup> すでに、上野・前掲注(1)23頁以下、上野達弘「総論——シンポジウム『権利制限』の趣旨——」著作権研究35号5頁（2008年）参照。

- 一 《教科用図書等への掲載》における用字又は用語の変更その他の改変で、学校教育の目的上やむを得ないと認められるもの
- 二 建築物の増築、改築、修繕又は模様替えによる改変
- 三 特定の電子計算機においては利用し得ないプログラムの著作物を当該電子計算機において利用し得るようにするため、又はプログラムの著作物を電子計算機においてより効果的に利用し得るようにするために必要な改変
- 四 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

[例] 著作権法47条の2 [美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等]・同施行規則4条の2第1項3号、2項2号、3項2号<sup>8</sup>

著作権法施行規則4条の2第1項

令第7条の2第1号の文部科学省令で定める基準は、次に掲げるもののいずれかとする。

- 一 図画として……複製を行う場合……表示の大きさが50平方センチメートル以下であること。
- 二 デジタル方式により……複製を行う場合……画素数が3万2千4百以下であること。
- 三 前2号に掲げる基準のほか、法第47条の2に規定する複製により作成される複製物に係る著作物の表示の大きさ又は精度が、同条に規定する譲渡若しくは貸与に係る著作物の原作品若しくは複製物の大きさ又はこれらに係る取引の態様その他の事情に照らし、これらの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こと。

[例] 欧州著作権コード5-5条 [その他の制限]<sup>9</sup>

第5-1条 経済的意味が軽微な利用

第5-2条 表現および情報の自由のための利用

第5-3条 社会的、政治的および文化的目的を促進するための利用

第5-4条 競争を促進させるための利用

第5-5条 その他の制限 (Further limitations)

その他の利用で、第5.1条から第5.4条第1項までに列挙された利用と同視しうるもの (comparable) は、関係する制限規定の対応要件を満たし、当該利用が当該著作物の通常の利用を妨げず、第三者の正当な利益を考慮して著作者または権利

<sup>8</sup> 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタル2』（勁草書房、第2版、2015年）486頁以下 [上野達弘] 参照。

<sup>9</sup> 上野達弘「ヨーロッパにおける著作権リフォーム ——欧州著作権コードを中心に——」著作権研究39号39頁（2014年）参照。

者の正当な利益を不当に害しない限り、許される。

## ② 考慮要素の明示

- ・ 評価的要件（例：「公正」「正当」「やむを得ない」）の充足を判断するための考慮要素をあらかじめ明示する

[例] 著作権法20条2項4号 [同一性保持権]

四 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

[例] 借地借家法6条 [借地契約の更新拒絶の要件]

前条の異議は、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。

## (3) 著作権制限の一般規定案（例）

[例] 著作権法49条の2<sup>10</sup>

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。

## 2 意義<sup>11</sup>

### (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 —

- ・ 受け皿規定：個別規定の明確性&一般規定の柔軟性<sup>12</sup>  
→ 明確性ある個別規定カタログの継続的整備が、主たる役割を果たす

<sup>10</sup> すでに、上野・前掲注(1)23頁以下参照（ただし、「正当 [やむを得ない]」との文言）。

<sup>11</sup> 上野・前掲注(1)23頁以下、同・前掲注(7)5頁も参照。

<sup>12</sup> 著作権法における柔軟性と明確性のバランスについては、上野達弘「著作権法の柔軟性と明確性」中山信弘編集代表『知的財産・コンピュータと法』野村豊弘先生古稀記念論文集（商事法務、2016年）25頁も参照。

→ 他方、受け皿規定は、社会の〔変化〕と〔多様性〕に対して、個別規定ができるまでのカバー可能性を提供し、そして新たな個別規定を生み出す

① 変化への対応

〔例〕 検索サービスと著47条の6（平21年改正）<sup>13</sup>、コンピュータプログラムの改変と著20条2項3号（昭63年改正）

② 多様性への対応

〔例〕 オークションと著47条の2（平21年改正）<sup>14</sup>、入試問題に伴う改変と同一性保持権

## （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

・ 個別規定カタログと考慮要素の明示は、一般規定の適用に一定の指針と制約をもたらす、柔軟性を維持しつつも、アドホックな判断を防ぐ<sup>15</sup>

→ 一般規定がない状態で、さまざまな解釈論に基づいて“妥当”な判断が行われる方が、むしろ不明確・不安定な判断となりかねない<sup>16</sup>

〔例〕 著20条2項4号がなかった場合における、入試問題に伴う改変の取扱い

## （3）実質的根拠の可視化による正当性の獲得

・ 考慮要素を明示した一般規定によって、裁判官による判断の実質的根拠を可視化

→ ある判断が、たとえ結論としては支持されるとしても、そこで考慮された実質的な根拠が言語的に表明されなければ、理論的な批判・検証ができず、当該判断の是非を議論できない

〔例〕 「複製」の規範的解釈<sup>17</sup>、「改変」の規範的解釈<sup>18</sup>

<sup>13</sup> 半田＝松田編・前掲注（8）548頁〔上野〕も参照。

<sup>14</sup> 東京地判平成21年11月26日〔エスト・ウエストオークションズ事件〕、東京地判平成25年12月20日〔毎日オークションカタログ事件〕は、平成21年改正法施行前に行われたオークションカタログ等における美術品の掲載等について、それが適法引用に当たるとは言えないとして著作権侵害を肯定した。

<sup>15</sup> このような考えの背景には、いわゆる動的システム論からの示唆がある（さしあたり、山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序章的考察——」法学論叢138巻1＝2＝3号208頁〔1995年〕等参照）。また、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察——ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆——（二・完）」民商法雑誌120巻966頁注245（1999年）も参照（「20条2項4号は一般条項であると同時に、考慮すべき要素を『比較命題』としてあらかじめ掲げるとともに……、一般条項の具体化である個別規定を『基礎評価』として呈示しているものと理解できる。こうした手法は、動的システム論の考え方……につながるものと考えられるとともに、一般条項といういわば『複雑系』に秩序と構造をもたらす試みと理解することができるように思われる」）。

<sup>16</sup> 同一性保持権制限の一般規定（著20条2項4号）の適用忌避による「不文の適用除外」については、上野・前掲注（15）民商法雑誌120巻4＝5号748頁以下（1999年）参照。

<sup>17</sup> 東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔雪月花事件：控訴審〕（「本件各カタログ中の本件各作品部分において、本件各作品の書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分が再現されていることはできず、……本件各作品の複製に当たるとはいえないというべきである」）参照。

<sup>18</sup> 東京地判平成7年7月31日判時1543号161頁〔スウィートホーム事件：第一審〕（映画をテレビ放送する際のコマーシャルによる中断について、「民間放送での長時間の映画放送にあたっては、避けられないものであって、これをもって、被告が本件映画の改変を行ったとみることはできない」とした）参照。

→ 考慮要素を明示した一般規定は、判断の実質的根拠を可視化し、これによって当該判断の是非を批判・検証する可能性を確保し、議論を通じた正当性を獲得<sup>19</sup>

### 3 課題

#### (1) 侵害判断が不明確になるか？

- ・法規範は、明確なルールが常に望ましいわけではなく、柔軟性のある規範が適合的な場合もある（例：類似性、創作性、表現・アイディア）
- ・実際のところ、侵害判断はすでに柔軟に行われている
  - 一般規定は、これに形式的根拠を与えると共に、むしろアドホックな判断を防いで安定性・明確性をもたらす<sup>20</sup>

#### (2) 現行法の解釈論で解決可能か？

- ・たしかに、さまざまな解釈論の可能性はある（例：個別規定の拡大解釈・類推適用、権利濫用〔民1条3項〕、黙示的同意）
  - 特に、個別規定の類推適用・拡大解釈は、一般規定の有無にかかわらず重要  
[例] 著43条と要約引用<sup>21</sup>、著46条1項にいう「恒常的に設置」の柔軟解釈<sup>22</sup>
- ・ただ、現行法の解釈論で、あらゆる変化と多様性に対応可能（だった）か？  
[例] 検索サービス、オークション
- ・引用規定（著32条1項）のフェアユース的活用（例：美術鑑定証書事件<sup>23</sup>）は妥当か？
  - その方がむしろ不明確・不安定ではなからうか？

#### (3) 刑事罰との関係で問題か？

- ・たしかに、権利制限の一般規定は、刑事罰や明確性原則との関係が問題になり得る
  - ただ、権利制限規定は、あくまで犯罪成立否定

<sup>19</sup> このような考えの背景には、平井宜雄教授の「議論」論や「反論可能性テーゼ」や（平井宜雄『法律学基礎論の研究』〔有斐閣、2010年〕等参照）、そのもとにある Karl Popper の「反証可能性」理論（Falsifikationismus）等がある。

<sup>20</sup> 上野達弘「考慮要素を明示した受け皿規定の導入が法的安定性を高める」ビジネスロージャーナル11号19頁（2009年）参照（「フェアユース規定のような一般条項を入れると判断基準が不明確になるという批判があるのは承知していますが、私の意見ではむしろ逆です。現状において厳格解釈を完全に貫くことができない以上、判断基準はすでに不明確なのです。考慮要素を明示した一般条項を設けることで、むしろ法的安定性が高まるのではないかと考えられます。また裁判官による判断構造が可視化され、その判断の妥当性を客観的に検証できるという効果も見逃せないと思っています」）。

<sup>21</sup> 東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁〔血液型と性格事件〕参照。

<sup>22</sup> 東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁〔はたらくじどうしゃ事件〕参照。

<sup>23</sup> 知財高判平成22年10月13日判時2092号136頁〔美術鑑定証書事件：控訴審〕、東京地判平成26年5月30日〔美術鑑定証書（児玉幸雄）事件〕参照。

→ 実際のところ、現行法にも権利制限の一般規定は既存（例：著20条2項4号）

#### （４）権利制限が拡大して権利保護が弱まるか？

・ 権利制限の柔軟化 ≠ 権利制限の拡大

→ 明確な個別規定でも権利制限の程度が大きいものは当然ある（例：著30条）

→ 「あってもなくても基本的に変わらないような」一般規定の可能性<sup>24</sup>

#### （５）無許諾無償になってしまってよいか？

・ たしかに「フェアユースの無許諾&無償性」は問題<sup>25</sup>

→ そこで基本的には、法定許諾（権利制限&補償金請求権）の活用による「著作物の円滑な利用」と「権利者への利益分配」の両立が望ましい（日本法の「オール・オア・ナッシング問題」）<sup>26</sup> [検討例] メディア変換、入試過去問集、企業内複製

→ 権利制限の一般規定は、個別規定が整備されるまでの間、過渡的役割を果たす

#### （６）立法事実はあるか？

・ わが国の法改正には、法改正を現実に必要とする事実（立法事実）が求められる

→ 現在・将来の著作物利用ニーズを踏まえた個別規定の継続的整備は常に必要

→ ただ、将来における不特定の著作物利用ニーズに対応する手段として権利制限の一般規定の必要性を検討するならば、「過去」に着目すべき<sup>27</sup>

#### （７）どのような文言になるのか？

・ 一般規定における考慮要素の具体的内容や評価的要件の文言等は、今後の課題

→ 「やむを得ない」という文言は厳格に過ぎるか？

[例] 著20条2項1・4号における「やむを得ない」<sup>28</sup>

<sup>24</sup> 上野・前掲注（20）19頁参照。

<sup>25</sup> See also Jane C. Ginsburg, Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid?, 29 Berkeley Technology Law Journal, 1383 (2014).

<sup>26</sup> 上野達弘「著作権法における権利の在り方 ～制度論のメニュー～」コピーライト650号2頁（2015年）、同「著作権法における権利の排他性と利益分配」著作権研究42号（2016年・近刊）参照。なお、その場合は強制的集中管理（指定管理団体のみ権利行使可能）とすることが考えられよう。

<sup>27</sup> 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平成27年度第1回（2015年10月7日）[上野発言]参照。

<sup>28</sup> 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、六訂新版、2013年）は、同項1号について、「道徳教育とか生活指導の観点から……例えば文章の中に立小便とか自転車2人乗りとかの情景があれば、その部分を削除するとか別の形で表現する」ことや（179頁）、同項4号について、「大衆歌謡曲の場合ですと、歌手やバンドの好みや癖で、独特のバイブレーションをかけたたり、編曲にはいたらない程度の特徴あるリズム感を出したりすること」（182頁）といった例を挙げる。

#### IV おわりに

- 日本法が著作権制限に関する何らかの一般規定を持つ意義について積極的な理解が共有されつつあるとすれば、「(日本版) フェアユース」という名称の是非や一般規定の内容と意義に関する具体的相違を過度に強調するより、日本法に適合した権利制限の一般規定に関する実質的な議論が深められて然るべきではなかろうか
- 本報告は、考慮要素を明示した受け皿規定という観点から、報告者なりの「日本版フェアユース」の内容と意義を論じたものに過ぎないが、これによって、この問題をめぐる議論に新たな局面をもたらすことができれば幸いである