

財団法人日本自転車振興会  
平成19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

## 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

平成20年3月

財団法人 デジタルコンテンツ協会



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

我が国著作権法の最新のリフォーム（全面改正）は1970年（昭和45年）に行われました。したがって、昭和45年法は今なお新法と呼ばれています。他方、著作権法が情報技術の進展に即した発展を求められることは申すまでもありません。このため、高度情報化が叫ばれ始めた1980年代以降、新法に対する増改築（一部改正）が頻繁に行われてきました。

しかし、情報技術が日々刻々と進歩するなかにあっては、いくら増改築を重ねても、解決すべき課題が次から次へと発生します。たとえば、我が国では、1980年代よりデジタル化対応の、1990年代よりネットワーク化対応の法改正が精力的に行われましたが、21世紀に入り、コンテンツのユビキタス利用を可能とする技術/サービス、通信/放送にまたがるコンテンツ視聴を可能とする技術/サービス、ユーザ自らがコンテンツを創作し発信することを可能とする技術/サービス等が現実のものとなり、著作権法は現在こうした技術/サービスに関わる法的課題への対応を余儀なくされています。

このような状況のなか、著作権法は今後どのような姿に発展していくべきでしょうか。思い切ってリフォームするべきでしょうか、それともいましばらく増改築を続けていくべきでしょうか。もっとも後者の場合、スペインのサグラダ・ファミリア教会のように、完成形をイメージしながら個々の増改築を重ねる必要があります。つまり、現時点において最適と考えられ得るリフォームのイメージ（権利保護と利用とのバランス、制度の骨格、核となる法理や条文等）を持つことは、いずれの立場を採る者にも共通の宿題ということになります。

当協会は平成19年度、専門家にお集まりいただく委員会「法的環境動向に関する調査研究委員会」を設置し、著作権法が抱える今日的課題に取り組んでまいりました。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、及び、成果発表をかねて2月29日に実施した「著作権リフォーム」シンポジウムをとりまとめたものであります。

“一億総クリエイタ”“誰でも放送局”と謳われる我が国の情報技術環境にあっては、国民の多くがコンテンツの受け手にとどまらず、創り手にも送り手にもなり、その結果コンテンツに係る著作権問題の当事者となります。本報告書が、国民に身近な法制度となった著作権法の将来のあり方について、関係者一体となって考える契機となればまことに幸甚であります。

平成20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
	上原 伸元	東京国際大学 国際関係学部 専任講師
	宇佐川智一	株式会社電通 法務室企画法務部
	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
	梶山 敬士	虎ノ門南法律事務所 弁護士
	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
	森川 薫晴	パナソニック映像株式会社 デジタルソリューション部 部長
	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
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
	山本 純	財団法人デジタルコンテンツ協会 企画調査部

## シンポジウム講師及びモデレーター一覧（敬称略、登壇順）

講師	中山 信弘	東京大学 法学部・大学院 法学政治学研究科 教授
	梶山 敬士	虎ノ門南法律事務所 弁護士
	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
	横山 久芳	学習院大学 法学部 准教授
	山神 清和	首都大学東京 都市教養学部 法学系 准教授
	上野 達弘	立教大学 法学部 准教授
モデレーター	大橋 正春	岡崎・大橋・前田法律事務所 弁護士

## 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

本調査研究は、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として進めた。また、本報告書は委員会の成果発表をかねて平成20年2月29日実施した「著作権リフォーム」シンポジウムにおける発表及び意見交換のとりまとめである。このため、本報告書には各委員及びシンポジウム講師の個人的意見が多く含まれており、必ずしも各委員及び講師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 基調

1 著作権のリフォームに際し〔中山信弘〕	1
2 著作権リフォームと我が国の対応〔梶山敬士〕	7
2. 1 はじめに	7
2. 2 視点	8
2. 3 著作権法の体系とリフォームの要点	11
2. 4 まとめ	15
3 著作権リフォームとベルヌ条約、TRIPs 協定〔小川憲久〕	17
3. 1 はじめに	17
3. 2 ベルヌ条約との関係	18
3. 3 TRIPs 協定との関係	19
3. 4 WIPO 著作権条約 (WCT) との関係	20
3. 5 まとめ	20

## 第II章 今日の主題

1 著作権の間接侵害〔奥邨弘司〕	23
1. 1 はじめに	23
1. 2 著作権の間接侵害とは何か	23
1. 3 主要な事案と従来の法的枠組み	23
1. 4 間接侵害の作用・副作用	25
1. 5 検討のポイント	26
1. 6 リフォーム案	26
1. 7 今後の課題	30
2 フェアユース〔横山久芳〕	33
2. 1 問題の所在	33
2. 2 比較法	34
2. 3 我が国の現在の裁判例・学説の状況	40
2. 4 リフォームの方向性	44
3 同一性保持権の観点から〔山神清和〕	49
3. 1 はじめに (問題設定)	49
3. 2 同一性保持権の内容 (ベルヌ条約と比較して)	49
3. 3 同一性保持権の抱える問題点	50
3. 4 仮想事例の設定	50

3. 5	現在までの検討状況	5 2
3. 6	若干の前提事項の整理	5 3
3. 7	改正に関する私見	5 4
4	著作物等の保護と利用〔上野達弘〕	5 7
4. 1	はじめに	5 7
4. 2	論点	5 9
4. 3	おわりに	6 3

### 第Ⅲ章 パネルディスカッション

1	ディスカッション	6 7
2	モデレータ総括	7 7
3	閉会	7 7

### 資料編（シンポジウム発表レジュメ等一式資料）

資料1	「著作権リフォームと我が国の対応」〔梶山敬士〕	7 9
資料2	「著作権リフォームとベルヌ条約、TRIPs 協定」〔小川憲久〕	1 0 3
資料3	「著作権リフォーム～著作権の間接侵害～」〔奥邨弘司〕	1 1 1
資料4	「フェアユース」〔横山久芳〕	1 1 9
資料5	「同一性保持権の観点から」〔山神清和〕	1 2 7
資料6	「著作物等の保護と利用」〔上野達弘〕	1 3 5

## 第 I 章 基調

### 1 著作権のリフォームに際し

中山信弘

今日は総論的な話をさせていただきたいと思います。現在の知的財産法は、ほぼ 19 世紀の産業あるいは技術状況を前提に構築されていると考えられます。特許法においては、バイオテクノロジーやソフトウェアの出現により若干の混乱をきたしておりますが、著作権法における混迷の程度は特許法の比ではないと思われま

す。デジタル技術、なかんずくインターネットの急激な発展により、著作権法はとてつもなく大きな問題を抱え込んでしまいました。これを何とかしなければいけないということで、幾つかの政府機関においてもいろいろな提言がなされ、また民間からの提言も幾つか存在します。デジタル、インターネットといった新しく、かつ従来全く想定していなかった技術が登場し、それへの対応に右往左往しており、決め手がないというのが現状であろうと思われま

す。この状況を何とかしなければいけないという雰囲気は次第に強くなり、例えば政府関係では知的財産戦略本部、経済産業省の産業構造審議会情報経済分科会、経済財政諮問会議、あるいは「経済財政改革の基本方針 2007～「美しい国」へのシナリオ～」(平成 19 年 6 月 19 日閣議決定)などにおいて、いろいろな提言がなされております。これらの諸会議は、著作権法を経済的な観点から眺めて、知的財産制度を梃子に、我が国産業の復活を図ろうということが中心的な眼目となっており、情報の利用あるいは流通の促進という観点からいろいろな提言がなされております。

従来の著作権法の世界におけるプレイヤーは、作家、画家、作曲家、作詞家等々の創作者(クリエイタ)と、出版社、放送事業者、レコード会社等々の情報の伝達者(マスメディア)にはほぼ限定されておりました。しかしながら現在の著作権法の世界には、デジタル情報が氾濫しており、コンピュータ産業を始めとするあらゆる企業、そして個々の大衆までが著作権法のプレイヤーとして登場してまいりました。

特に、一般人が著作権法のプレイヤーとして登場してきたことは画期的であり、この意味は非常に大きいと考えられます。一億総クリエイタと言われるように、あらゆる人が情報の受け手であり、同時に発信者であり、そして創作者であるという時代に突入してきたわけですから。一部の作家、作曲家といったプロとは違い、普通のユーザが情報の創作者となるということは、既存の著作物を利用した二次的な著作物や共同著作物が増加するということを意味しています。私はこれを『翻案文化』と称しておりますが、この流れをとめることはもはやできないと考えております。

つまり、現在の著作権法は一部のプロのための法律ではなく、より普遍性を持った万人に関係している法律へと変身してきたと言えるわけです。このような状況のもとにおいて、著作権法が従来のような物権法的な構成をとっていたのでは、情報の利用が進まないことは明らかです。プレイヤーが増大すれば、そこでのルールの変更が要求されるのは当然であり、現在では、従来は考えられなかった一般ユーザの声が大きくなり、単に権利者のことだけを考えていればいいという時代ではなくなってきました。

特許権侵害をしたことのある人は極めて少数だろうと思いますが、著作権侵害をしたことのない人は、恐らくこのフロアには一人もいないだろうと思われれます。例えば、私は大学で他人の論文を無断でコピーすることがありますけれども、これも私的使用目的ではありませんから、形式的には著作権侵害で、10年以下の懲役もしくは1000万円以下の罰金になるわけです。そうすると、現在は一億総犯罪者の時代ということになります。形式的にはそうなるわけです。ただ、訴える人がほとんどいないということで、実際はうまくいっているにすぎないわけです。

また、ビジネスという観点からは、インターネットを用いて何か新しいビジネスを行おうとすれば、多くの場合、複製権、翻案権、公衆送信権等の侵害になる可能性が高く、インターネットを用いるビジネスの阻害要因となっています。現状のままでは新しいビジネスが萎縮するか、あるいは違法行為が横行するか、いずれかであろうが、両方とも好ましくないことは明らかです。インターネットを利用したビジネスをまじめに考えている人は、日本を脱出して外国に行くのが現状ではベターということになります。

デジタルコンテンツが重要な財となりつつあり、かつ著作権法がビジネスロー化しつつある現在、このような状況を看過してはならないことは明らかだろうと思います。現在の日本は、昔から一流と言われた企業が一流企業であり続けているわけですが、アメリカは逆で、現在アメリカで勢いのいいマイクロソフト、アップル、グーグルなどは、みんな新しく生まれたITあるいは情報関連の産業で、日本はこういう点ではかなりおくれをとっていると言えるでしょう。

我が国においても、このような情報関連の産業を興さなければ将来はないと考えられるわけですが、例えばグーグルのような検索エンジンビジネスを行おうとしても、我が国においては著作権侵害の可能性がかなり高く、もしそういうビジネスをすれば、サーバをアメリカに置かざるを得ない。サーバをアメリカに置いて日本向けに発信すれば安全かといえば、それはまた国際私法上の難しい問題がありますが、とりあえずは外国に出でいかざるを得ない状況にあるわけです。

このように、著作権法の構造と現実社会との乖離があまりにも大きく、この落差を埋めるためには法解釈だけでは限界があり、最終的には立法の問題にも踏み込まざるを得ないと考えられます。具体的にどういう問題があるかという点、例えば権利処理の困難性、著作物の二次利用の難しさ、検索エンジンビジネス、インターネットオークション、IP マル

チキャスト放送、テレビの転送サービス、ストレージサービス、図書館のアーカイブ、一時的な蓄積・固定・キャッシング等々、問題は山積しています。

これ以外に、我が国では著作者の人格権の問題が非常に強く存在しています。立法担当者の話によると、日本は世界一強い著作者人格権、特に同一性保持権を規定したということで、これが立法者の自慢の一つになっているわけです。昭和 40 年代前半に議論されたわけですが、立法当時は人格権を強力に保護することにより、著作者（クリエイタ）の創作意欲は増す、そして、それは文化の発展に裨益すると考えられていたわけです。

そこにおいては、創作という観点のみが重視され、流通・利用という側面は軽視されていたように思われます。昭和 40 年代前半としてはやむを得なかったかもしれませんが、現在では著作物の経済財としての地位が向上し、特にデジタル情報が増大するにつれ、人格権の処理の困難性が情報の流通の妨げとなっています。人格権である以上、権利者つまり創作者といえども契約で処理しにくいために、その分だけ商品の法的なリスクは増し、法的なリスクが増せば、当然そのリスク分だけ商品の価値は下がるわけです。

多くの著作者は、自分の作品を広く利用してほしいと望んでいるはずですが、みずからも処理することができない強い人格権のために、それを邪魔している可能性も否定できないわけです。実際問題としては、一たび高く設定してしまった権利を切り下げるということは、立法としては極めて難しいことです。現実問題としては、解釈によって人格権の流通阻害要因を何とか引き下げていく努力が必要になってくるであろうと思われます。

著作権法の世界は、従来は他の法分野と比較的隔絶したものとして、自己完結的な性質を持っていました。従来は、著作権法の規定が強行法規であるか否かという点については、ほとんど意識されてきませんでした。現在でこそかなり議論されていますが、立法当初は全く考えもしてきませんでした。その結果、著作権法が想定している価値が、他の法体系との関係で、どのように位置づけられるのかという認識もほとんどなかったわけです。

そして、著作権の関係者は、結果的にそれが著作者の利益になったかどうかは別として、自己の利益を守ることに汲々としていました。そして、全体を見ない傾向にあったように私には思えます。しかしながら、インターネットやデジタルが発達した現在においては、著作権法には政策的な判断、国益的な判断が必要になってきているという点を見落としてはならないと考えております。

しかしながら、我が国の著作権者団体の態度はかなり硬いものがあります。一例を挙げれば、有名なユーチューブ（You Tube）がマスコミを賑わしていますが、You Tube にアップされているものは、確かに現在の著作権法から見ると違法なものが多いわけです。そして権利者の団体は、それを削除することに躍起になっていますが、これほどインターネットが発達している現在、You Tube のようなサイトを駆逐することは不可能だろうと思われれます。

情報が本、フィルム、キャンバスといった有体物に付着して流通している時代ならいざ

知らず、現在のように裸の情報が単体で流通しているデジタル時代においては、情報を完全に封じ込める、あるいは情報を完全にコントロールすることは不可能であると認識すべきであると思います。むしろ発想を転換させ、You Tube と手を組んで、その利益の一部を権利者に還元させる方法を考えるべきでしょう。現に JASRAC、角川書店等々ではそういう方向に流れています。グーグル社が You Tube を巨額の金で買い取ったというニュースが流れましたが、これも You Tube のような動画投稿サイトの将来性を買ったのだと私は見ております。

将来の IT ビジネスの動向を予測することは難しいのですが、IT 関連のビジネスを起こそうとすると、形式的には著作権侵害に当たる場合が多いと思われる。新しいビジネスモデルが発生したら、それを拒絶するのではなく、何とか著作権法のシステムの中に取り込んで、それは立法的に取り込む場合もあれば、契約の場合もありますが、その利益を著作権者に還元するということを考えるべきであり、私はそのことがむしろ著作者や著作権者の利益になると考えています。だめだめと言っている、決して世の中からインターネットが後退することはないと認識すべきだろうと思います。

話は違いますが、近年は知的財産権の発想とは全く異なる、あるいは逆のコモンズの発想が台頭してきております。例えば OSS（リナックス等のオープン・ソース・ソフトウェア）や、スタンフォード大学のレッシング教授の提唱になる CC（クリエイティブ・コモンズ）が台頭してきております。つまり、情報を独占することによって独占的な利潤を獲得することよりも、むしろ情報を共有することによって全体が発展するという発想です。

何ゆえ、このような知的財産権の発想を逆転させた発想が出てきているのか。私はまだ十分理解できませんが、将来研究の対象になるだろうと思うわけです。それが創作への参加意欲なのか、貢献への喜びなのか、名誉心なのか等々いろいろな理由があるかと思いますが、今後の分析が必要になってくると思われます。独占を廃し、情報をお互いに共有し合うことによって全体が発展し、自分も利益を得る、そういう世界が伸びていることだけは間違いないわけです。

ソフトウェアに関しては莫大な投資が必要ですから、OSS に参加する個々の企業としては、恐らく開発の負担を減らす。あるいは開発の時間を稼ぐ、それによってマーケット全体を拡張させ、それが個々の企業の利益になるという発想だろうと思われま

す。クリエイティブ・コモンズはまた別の発想であろうと思われま

す。ほとんどの著作物が商業ベースには乗りません。つまり、金を生まないし、利用されていないわけです。そして、創作者は無償でもいいから利用してほしい、自分のつくったものを読んでほしい、聞いてほしい、歌ってほしいという要求があるはず。しかしながら現実問題としては著作権があるので他人は利用しない、あるいは利用できない、利用すると極めて危ない状況にあるわけです。そこで著作物をインターネットで公開し、クリエイティブ・コモンズが定める幾つかの条件に従って、お互いに無償で利用し合うシステムを構築しているわけ

す。

OSS も CC も情報を独占するのではなくて、共有し合うことによって発展し合おうという発想です。著作権の独占の弊害に対して、このようなコモンズという考え方が発展してきているということには注目する必要があるだろうと思います。CC は反著作権思想から出発したものと考えられますが、現在では著作権法の枠内で、契約という法テクニックを用いてお互いに無償で利用し合うというシステムをとっています。これもデジタル社会における著作権の弊害の除去の一方策ではあるわけですが、これはあくまでも任意ベースの話であって、解決の一端にすぎない。これだけですべてが解決できるものではないことは明らかです。

以上を整理しますと、現在の著作権法は基本的にはデジタル時代にはそぐわない。そして種々の困難性はあるものの、いつまでも改革を遅らせるわけにはいかない。その遅れは、すなわち新しいビジネスを遅らせることを意味するわけで、そのことは著作物の利用を妨げ、結果的に著作者、著作権者の利益にも反すると考えております。少なくとも、アメリカではできるビジネスが、日本では著作権法があってできないという状況は避けなければいけないと思います。

この種のインターネットを用いたビジネスは、日本でサービスを行う必然性はないわけです。場合によっては、会社をアメリカに移す、あるいはサーバをアメリカに移す、もっと甚だしい場合は、ケイマンに移すこともできるわけです。こういう時代において、日本だけが世界から遅れをとることはできない。このことを念頭に置いて、将来の著作権法の姿を今から考えておく必要があるかと思えます。

こういう問題意識のもとに、今日は各論的な議論がなされると思います。ご清聴ありがとうございました。

## 2 著作権リフォームとわが国の対応

梶山敬士

### 2. 1 はじめに

中山先生の格調高いお話の後で非常にやりにくい感じがしています。著作権リフォームというテーマでお話しさせていただきますが、今日の企画は去年の 11 月ごろに事務局の山本さんから話がありまして、大変おもしろい企画でしたので、私としてもいつになくまじめにやってみようと思った次第です。

冬休みに準備をしたのですが、元旦に「ヤクザ・リセッションーさらに失われる 10 年」という本を読みました。これは明治大学の 大野幸夫 先生が下さったものです。大野先生はどういうわけか私にやくざ関係の本をよく下さる。私のやくざに関する知識は大野先生から来ているようなものですが、その本の中に不動産リフォームについて書いてありました。日本語で不動産リフォームというと増改築と理解していたわけですが、英語では建替えのことだそうです。

その後、カリフォルニア大学バークレー校のパメラ・サムエルソン教授の「著作権リフォームに関する予備的考察」という論文を読んだのですが、アメリカの著作権法は 1909 年法を 1976 年に全面改正しています。その 1976 年の法律改正のことを著作権リフォームと言っているわけですから、全面改正だにご理解ください。

サムエルソン教授は、ソフティック等の会議に二度ほど来日されているのでご存じの方も多いと思いますが、自由派の著作権法学者、知的財産学者です。アメリカの著作権リフォーム運動は、サムエルソン教授とほかのアメリカの学者が、ヨーロッパの学者等と共同研究を始めている段階のようです。教授は、去年ハーバード大学で著作権リフォームという連続講義をされています。これはインターネットでも見ることはできますが、現在はバークレーで同じような連続講義をされています。

サムエルソン教授の著作権リフォームの趣旨を簡単に言うと、現行の著作権法は長過ぎる。日本もかなり長くなっていますが、アメリカはもっと長い。そして複雑でわかりにくい。バランスが悪い。規範的な重みがない。このような欠点があるということで、もっとスリムに、わかりやすく、現在の技術状況にマッチしたものにするというあたりが目標のようです。

世界最初の著作権法と言われるアン法は 11 条しかありません。今の著作権法をこんなに短くすることはできないと思いますが、アメリカは長過ぎるということです。

日本の現行法は、いまだに新法と言われることもありますけれども、1970 年の施行ですからもうすぐ 40 年になります。立法の時点ではデジタル化、ネットワーク化など全く念

頭に置かれていませんでした。したがって、我が国でも著作権リフォームを検討する必要性は大きいと考える次第です。

本日は、ベルヌ条約との整合性、利益団体のための実現可能性などの視点は一切捨象して考えてみたいと思います。今回はサムエルソン教授の論文に引用されている文献等を調査したほか、小川先生と一緒にアメリカ調査に行き、著作権局ではオーファンワークス（Orphan Works、孤児著作物）の立法の話聞き、またオンライン登録の実験の様子を見せてもらいました。それからエレクトロニック・フロンティア・ファンデーション（Electronic Frontier Foundation: EFF）という NGO 団体のローマン弁護士とお話し、その上で UC バークレーのサムエルソン教授と面談してきました。

今日は、これらの成果を踏まえてご報告したいと思います。まず、最近のコンテンツ流通に関する私の考えを述べさせていただいた後、サムエルソン教授の著作権リフォーム論を紹介し、それから我が国における著作権リフォームについて、私の考えているところを述べさせていただいて結びにしたいと思います。

## 2. 2 視点

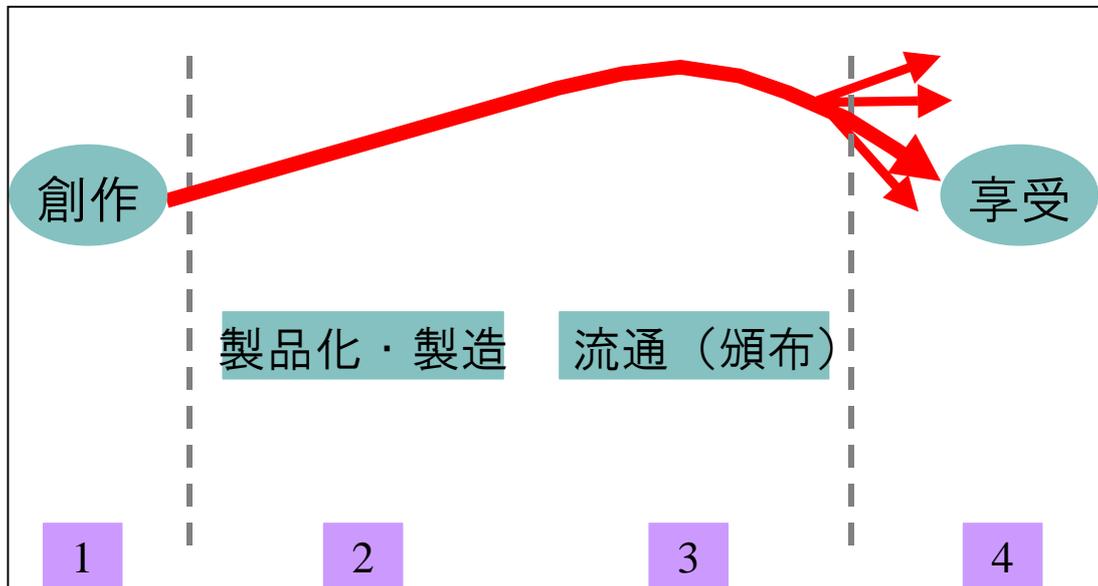
まずは視点ですが、詩などの言語作品、美術作品、音楽といった伝統的な作品は、古い時代から人間の世の中に存在していたわけです。ギリシャ時代もそうでしょう。日本では「万葉集」の時代、あるいはもっと前から作品は存在していたわけです。これらの作品は昔から人間が生み出して、ほかの人間に享受されてきた。作品は、ほかの人間に享受されるために生み出されるものと言っていいだろうと思います。

作品は、作者によって創作されてこの世に存在することになり、利用者は一人の人間として、このように生み出された音楽を聞き、書物を読み、絵画を見ることになります。著作物の効用は、おおむね人の目と耳を介して脳に達して果たされることになります。つまり、創作者の脳から絞り出されて、人々の脳に到達することになるだろうと思います。このようなことは、人間の文化的な営みとして古来極めて大事なことで、現在でも変わらないと考えています。

これに対して、著作権法ができたのはたかだか 300 年前ですから、著作権法が第一の規範ということは到底あり得ないことです。ただ、昔からあった作品の利用が近代産業として成立するに至ったのは、印刷術、写真術、録音術といった技術が開発されてからであると考えられます。その複製物（原物ではない代替物）、メディアを介することによって、著作物は距離や時間を超えて大量に伝播することができるようになり、それで初めて産業化したものと考えられます。生で伝達できる範囲は非常に狭いですから、代替物がたくさんできることによって、人々に享受され得る状態になったのだろうと思います。

産業化された著作物は、創作された後で個人に享受されるまでに、普通は他人が関与し

なければなりません。著作物は創作されただけでは利用者のもとに届かない。製品化された後に製造され、流通する。そして人々のところへ届く。図表の①、②、③、④の段階を考えることができます。



音楽 CD の例では、第 1 過程で作曲家が楽曲を創作する。それだけでは届かない。実演家が演奏して、レコード製作者が固定するといった製品化の過程を経て、さらに複製物をつくる製造過程がある。これが第 2 過程になると思います。そのようにできたものが、有体物であれば問屋、小売店を通じて物理的に搬送される場合（有形的流通）と、放送や通信によって無形的に伝播する場合（無形的流通）があると思います。そして最後に到達したところで、利用者がそれを享受することになります。

多くの場合、著作物は第 2 過程、第 3 過程がないと利用者に届かないので、それも大事なということになります。いま音楽 CD で申し上げましたが、本の出版ではもう少し簡単な手順になると思います。結局、著作権は第 1 過程、つまり創作した時点で発生し、これによって第 2 過程、第 3 過程、昨今では第 4 過程についても支配権が及ぶ仕組みになっているわけです。

ついでながら、JASRAC（社団法人日本音楽著作権協会）のような集中処理機関をどのように考えるかですが、法テクニック上は著作権の信託譲渡を受けて著作権者になっている。一番左側のように見えがちですが、JASRAC 自体は創作しているわけではなく、製品化や製造をしているわけでもなく、また享受しているわけでもない。入れるとすれば、流通ではないか。流通の一端を担っている機関だと考えています。

ここで整理すると、著作権の世界では、創作だけでは何の意味もない。著作物が享受されて初めて意味を持つ。創作は、むしろ享受されるためにこそなされる。著作物の流通は利益を伴う場合と利益を伴わない場合があるが、利益を伴う場合であっても、たくさん売

ればたくさんもうかるわけで、いずれにせよ著作物は人の享受を求めるものだと言えます。著作物は生まれただけでなく、製品化・製造され、流通手段を介して享受者に到達する。そのような意味で第2、第3過程も重要となります。

次に、イノベーション（技術革新）との関係を考えてみると、一般にイノベーションは人間の生活全般にわたって、向上させるものとして非常に重要です。経済にも大きく影響してくるものです。著作権についても、そもそも産業として成立したのは、印刷術等の技術の開発によるものであることは先に述べました。

現在の著作権に関するコンテキストでは、デジタル化・ネットワーク化に関連して、情報機器やそれを踏まえたビジネスモデルの開発が急速に進展中ですが、先ほどの著作物の創作から享受までの過程において、イノベーションがどのような影響を与えているかを見ていきたいと思います。

まず、創作行為については、私はイノベーションによってそんなに変わっていないと思っています。この辺は中山先生と見解が違うところですが、創作のために道具が変わることはあったとしても、創作行為の本質は人間の脳とわざによるものであって、少なくとも金になる作品は誰でもが作れるわけではない。逆に誰でも作れるようならば、商品価値が乏しいということになると思います。

第4過程の享受も変わっていないと思います。つまり相変わらず目と耳で受信しているわけです。情報がデジタル化されたといっても、人間はデジタル信号のままに聞いたり見たりすることはできないわけですから、従来どおりアナログで享受することになります。

第2過程の製品化・製造は、ある程度合理化されて変化してくるだろうと思います。

そして、昨今一番変わったのは、第3段階のうちで無形的な形で流通する場面だろうと思います。

このことは、最近の著作権侵害訴訟の動向を見てもわかると思います。従来の著作権侵害訴訟では、特定の作品相互間の類似性が争点だった。これに対して最近特に問題となっている事例は、著作物自体は変わらず、流通の方法が問題となるものが多いと思います。スターデジオ、ファイルログ、録画ネット、まねきTV等々といった事件は、すべて無形的流通によるものです。著作物は同一ですから、基本的に類似性の問題はない。個々の著作物、著作権にかかわるといよりは、一般的に流通手段そのものが違法かどうか問われているわけです。

いずれの場合も情報機器、プログラム、ビジネスモデルの開発によって流通が促進され、享受者も便宜を受けているわけですが、大雑把に言えば、これらの事件は主に流通業者から異議が出されているということです。個々の著作者からの異議というよりは、流通業者からの異議と考えております。

以上を踏まえた視点として、特にコンテンツ流通においては、実際に誰の利益が問題と

なっているのかをよく見極めることが必要だろうと思います。それからイノベーションは生活や経済にとって重要なことですから、その発展を阻害してはならない。享受者がなければすべて無意味ですから、享受者の利益に最も配慮すべきである。このことから立法過程等においても、一般享受者の利益を反映するような関与が重要であると思っています。

## 2. 3 著作権法の体系とリフォームの要点

### (1) サムエルソン教授の知的財産権一般の体系

サムエルソン教授の論文の内容に進ませてください。サムエルソン教授は、知的財産権一般の体系として、以下の表のような構成を考えておられます。これは著作権に限らず、特許権も含めた知的財産権一般の制度をつくる場合の項目立てです。

1.主題(対象)	
2.保護基準	a.主体
	b.客体
	c.手続
3.排他権	
4.保護期間	
5.排他権の例外	
6.侵害の基準	
7.救済手段	

### (2) サムエルソン教授の著作権リフォームの要点

これに基づいて著作権リフォームの要点を書いておられ、それが二つ目の表になります。具体的な細かい規定まではつくられていませんが、もうすぐ詳しい論文を出されるようです。発表されれば、その姿がもう少しわかるようになると思います。現在はこの程度のようなようです。

サムエルソン教授の論じている重要な点について、ざっとご説明したいと思います。

「2. 保護基準 b. 客体」の中に 102 条 (b) の規定があります。これはアメリカ法の基本的な原理の一つであるアイデアと表現の二分論を規定しています。ユーザインタフェースが問題になったロータス対ポーランドの事件では、控訴裁判所がコマンド用語とその体系を「操作方法」にすぎないとして保護しませんでした。メソッド・オブ・オペレーシ

ョンというのは、著作物として保護しないということになりますから、どんなに似ていようと侵害にならないということです。この 102 条 (b) のアイデアと表現の二分論を維持するのはもちろんですが、教授はさらにこれを三つに、一つ目は一般的なアイデア、二つ目はデータや事実、三つ目は機能と分けておられます。同じくアイデアと表現の区別という言い方をした場合にも、それぞれ勘所が違うようなので、なかなか役に立つ分類ではないかと思っています。

1.主題(対象)		works of authorship
2.保護基準	a.主体	author, work for hire
	b.客体	102(b)→アイデア、データ、機能 original▷creativity 固定要件
	c.手続	方式主義のメリット(opt-in)
3.排他権		禁止行為の限定(原則自由)。 distributionの拡大反対。RAMへの一時的複製、アクセス権、技術的保護手段回避に反対
4.保護期間		短縮又は期間更新制。
5.排他権の例外		個別権利制限の増設・明確化と一般的フェアユースの併用。 personal use その他のユーザーの権利。ミスユース(独禁法)。
6.侵害の基準		分析的か、総合的か。 二次的責任ルール of 明確化
7.救済手段		差止は必然ではない。 statutory damages を廃止する(填補賠償)。

「2. c. 手続」の方式主義ですが、アメリカは 1989 年にベルヌ条約加盟に伴う著作権改正をしていますが、それまでは登録やマルCマーク (©) などの方式を尊重する制度でした。方式に欠けると著作権保護が全うされないわけで、長い間 Opt-in のシステムをとっていたということになります。現在は無方式主義をとっていることになっておりますが、法定損害や弁護士費用を請求するには侵害前に登録しておく必要があつて、アメリカでは今でもたくさんの登録がなされているようです。今回見てきました著作権局でも、多額の投資をしてオンライン登録の制度を構築中で、もうすぐ実用化されるようです。サムエルソン教授も、権利の保護のために何らかの行為をしなければならないという具合に、垣根をつくっておいたほうが利用促進の観点から好ましいと考えておられるようです。そのほうが利用が促進されることになると思います。

「3. 排他権」の内容ですが、RAM への一時的複製を複製権侵害にすることや(日本はそうになっておりませんが)、公衆への伝達権やアクセス権、技術的保護手段回避の禁止には、すべて反対しておられます。このあたりは著作物の利用行為を原則自由と見るべきか、

原則禁止と見るべきか、という基本思想にかかわるところだと思います。法律の世界においては、原則は広く、例外は狭く解釈するのが慣行になっていまして、何を原則と見るかが非常に重要になってくるわけです。特にアクセス権は、著作物を読んだり、見たり、聞いたりすることを原則禁止にするわけですから、これは人間の社会のあり方として、非常に危険な考え方だと私は考えております。

「4. 保護期間」は、いま我が国では延長論が盛んなわけですが、延ばすのはもってのほかで、短縮すべきであるとされています。一定の期間後に権利主張するには更新手続きをとれと主張されていて、社会が著作物を利用しやすくしようという考えに基づくものだと思います。著作者の死後までなぜ著作権を保護するのかということは、アン法の1条にも書いてありますが、出版社等に著作者の利益が奪われて、著作者やその子孫が破綻してしまわないようにということにオリジンがあるようです。それがいま正しいことかどうか。教授は、子供たちは自分で仕事を見つけるべきだと言っておられました。

「5. 排他権の例外」ですが、フェアユースについては、ヨーロッパのように個別的に規定を明確化できるものはする。それでも立法時に予想できない事態が生ずるので、一般条項は残すということです。また、フェアユースとは別に、日本の30条のようなパーソナルユースという範疇を認めるべきである。先ほど中山先生もおっしゃいましたが、身の回りでは細かい著作権侵害はいっぱいあるわけですから、そのパーソナルユースを許すべきである。日本の30条は家庭内だけかもしれませんが、普通の人々が普通にやっていることをとがめるのはおかしいということです。また、独禁法違反による権利行使をミスユースとして禁ずる、ということにも賛成しておられます。

「6. 侵害の基準」のうち、ナップスター、グロックスターの事件のように、直接侵害者が別にいる二次的責任が問題になるわけですが、その二次的責任の要件の明確化を主張しておられます。日本では括弧つきの間接侵害論として論じられているところですが、先ほど無形的流通の問題として述べたパターンに関するものと言っていいだろうと思います。

「7. 救済手段」ですが、特許の事件で有名なE-bay判決という最高裁の判決がありますが、侵害行為が認定されたとしても、自動的に差止めが認められるわけではない。要件があって、認めない場合があると。それに従うべきだとされています。また、損害賠償については、あくまで填補賠償であるべきで、懲罰賠償的なStatutory Damages（法定損害）の制度は廃止すべきであるとお考えになっています。

以上が、サムエルソン教授のリフォーム案の概略です。

### （3）日本法についてのリフォームに関する私案

続いて、これに対応する形で日本法について、私が考えているところを述べさせていただきます。

1.主題(対象)		著作物の定義を独立させ、現2条1項1号のうち、「創作的な表現」だけを残し、10条と合体する。
2.保護基準	a.主体	職務著作につき、派遣や委託をふくませるかを明記する。
	b.客体	米法102(b)のような、保護されないアイデア等を明記する。 固定要件をどうするか。
	c.手続	方式主義のメリットを検討し、更新登録などを検討する。
3.排他権	財産権	支分権に含まれない行為は原則として禁止されないことを明記する。 公衆送信機が拡大しすぎているので、マスの利用に限定する。 RAMへの一時的複製は侵害にならないことを明記する。アクセス権はもつてのほか。技術的保護手段回避は再検討する。 セーフハーバー条項。 現61条2項は、27、28条に盛り込む。
	人格権	「意に反する」を止め、客観的基準とする。(少なくとも、遺族のわがままは許さない。)撤回不能の事前不行使を認める。
	隣接権	整理する。
4.保護期間		短縮又は期間更新制。
5.排他権の例外	共有	個別権利制限の増設・明確化と一般的フェアユースの創設。 私的利用は維持。 ミスユース(独禁法)。 共有者の1人のライセンスで免責とする。共有者相互間の禁止権を緩め、共有者間で処理するようにする。
6.侵害の基準		二次的責任ルールの明確化
7.救済手段		差止を許さない場合を認める。 statutory damages を廃止する(填補賠償)。

まず、「2. a」の職務著作の範囲ですが、派遣、委託の場合はどうなるのかということがあります。職務著作の範囲を広くすると権利処理が楽になるという面がありますので、これは十分に検討する話だと思います。

「2. b」のアイデアと表現の区別ですけれども、日本には米国の102条(b)に当たるようなものはないわけですが、判例上は認められていると思いますので、これを成文化したほうが良いと考えています。

「2. c」の登録については、アメリカのように登録に多額の投資をすべきかどうかは疑問です。ただし、一定期間経過後に権利主張を続けたいという者は、何らかの更新登録をすべきだというようなことは検討すべきだと思います。

「3. 排他権の財産権」の内容はいろいろありますが、日本法の公衆送信権の規定が緩過ぎると考えております。元来、放送のような一定規模の公衆を念頭に置いていた規定だと思いますが、不特定多数又は多数とすると、小さな事柄でも公衆送信権でカバーされてしまう。それがいいとは思えないわけです。

「3. 著作者人格権」については、客観的な判断基準によるべきで、「意に反して」という「わがままでも構わない」ととられるような主観的な表現は避けるべきだと思います。

「5. 排他権の例外」のところでは、アメリカ法の107条のような一般的なフェアユースの規定をぜひ設けるべきだと考えています。具体的に規定できるものはもちろんすべき

だと思いますが、立法時に予想し切れない事態があるわけですから、私たちは一般条項を置きつつ事態を類型化して、その類型ごとにサブルールを検討していけば、予測可能性も高まっていただろうと考えています。

「5. 排他権の例外」の欄の「共有」については、5に置くのが適当だったかどうか分かりませんが、共有物に関するライセンスは、アメリカでは共有者の1人から許諾を受ければ合法的になる。日本もそうしたほうがいいのではないかと考えています。共有者間の拘束はもう少し緩くしていいと思います。

「6. 侵害の基準」の二次的責任の明確化、「7. 救済手段」の差止めを認めない場合を肯定するという点は、サムエルソン教授と同じ考えです。

## 2. 4 まとめ

最後に、まとめとして幾つかの点を指摘しておきたいと思います。まず、著作権リフォームに関連して米欧は連携しているのに、日本のプレゼンスがないのは寂しい。「国益」にも反すると思います。また、EFFへ行ったときも日本の情報が入らないと。日本語のままではほとんど伝わらないわけですから、日本としても情報発信したり、リフォーム運動に参加していくべきだろうと考えています。

サムエルソン教授や EFF のローマン弁護士の主張を加味してまとめると、アメリカでは大企業が個人やベンチャーを訴える訴訟が結構あり、そういう訴訟攻勢に、学者や EFF のような NGO が対抗する役割を果たしている。訴訟社会ですから、訴訟に対応できるということは非常に大事なわけで、これをリティグーション・コンピテンシー (litigation competency : 訴訟を闘う能力) と言っているそうですが、そのような攻防の中で、司法や行政がそれに対して何が正しいかということを探っているわけです。

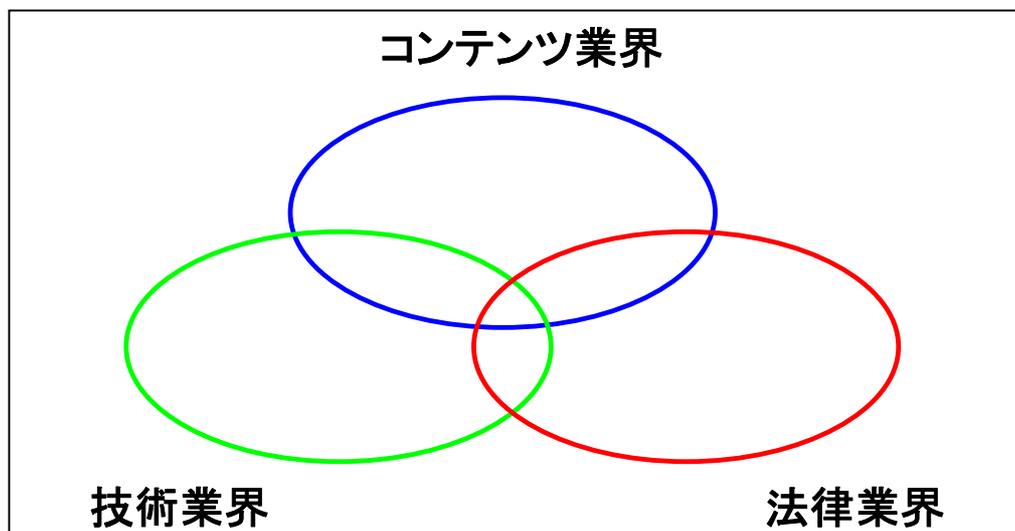
ソニー判決や DMCA のセーフハーバー条項などのおかげで、グーグル等のイノベーションがアメリカでは一定程度確保されています。このように、アメリカは法制度全体としてダイナミズムを維持しており、日本、ヨーロッパのように比較的硬いシステムをとっていると、経済的にも勝てないだろうと思います。法的責任の基準があいまいであると、技術やビジネスに対する投資は萎縮するわけですから、その分イノベーションは遅れ、経済的競争力をなくすことになるだろうと思います。日本においても、制度的対応が遅れることに対する不利益について十分検討すべきだろうと思います。

このような意味で、著作権リフォームは早急に検討し実現すべきだろうと考えます。基本的な命題は難しいことではなくて、新技術のいいところを生かし、悪いところを抑えることに尽きるだろうと思います。ただ、今の状況では著作権侵害の結果が大きくなり過ぎるか、逆に新技術のメリットを圧殺することになるということで、ちょうどいい線を出しにくいのは確かだと思います。その際、禁止を原則とするか、自由を原則とするか、とい

うのが基本的な視点として大事だろうと思います。

牧野先生という裁判官出身の弁護士が、ファイルログについてこんなことを書いておられます。差止めの相手方として、「著作物の直接利用主体のみならず、その者の支配に属する事実によって著作権侵害状態を生じさせており、その侵害状態を除去することができる地位にある者を含むと解する」と。そういうことで差止めの相手方になってしまうわけです。このような考え方は技術発展の現状に照らすと、新技術のメリットも一緒に抑えてしまうことになるだろうと思いますので、賛成できないわけです。

実際の影響(被害)はどれほどあるのか？その技術のもたらす便益はどれほどあるのか？誰のどのような利益が真に問題となっているのか？そのようなことを見極める必要があると思います。技術進歩は早晚、社会のインフラを変えるというのが普通の成り行きです。私の子供のころは荷馬車がありました。が、自動車が登場してからは一掃されました。事ほどさように既存の技術や制度に固執するだけでは、技術進歩に対応できなくなると思います。この場合も、輸送手段そのものが要らなくなるわけではないですから、馬車引きをやめて自動車運送に転換すればいいわけです。コンテンツがたくさん生まれて行き渡るように、そしてまた関連する技術の発展も一緒に満たすような法制度を構築すべきだろうと思います。



コンテンツ業界のようなものを考えた場合、そのほかに技術業界、法律業界（立法、行政、司法、学問も含めて法律に携わる業界と考えていただければいいと思いますが、）そういう総体が各国間で競われていると考えられるわけです。技術進歩を悪夢のように捉えるのではなく、人類にもたらされる恵みと考えて、多少の試行錯誤はしようがないと思いますので、試行錯誤しながら柔軟に対応していくべきだろうと考えております。ご清聴ありがとうございました。

### 3 著作権リフォームとベルヌ条約、TRIPs 協定

小川憲久

#### 3. 1 はじめに

弁護士の小川です。梶山先生のお話にありましたように、私と梶山先生とでアメリカの著作権局に行っていました。その目的は **Ophan Wowks Act** という、日本語でいう孤児著作物についての立法の話を書くというもので、その段階では著作権リフォームとは直接関係ない話でした。そのことを今日レポートするはずでしたが、全体のテーマとずれてしまいましたので、急遽ベルヌ条約との関係についてお話しすることにさせていただきました。したがって、多少内容的に自信のないところもありますが、多分間違っていないだろうというぐらいでお聞きいただきたいと思います。

中山先生と梶山先生からリフォームの考え方、想定される概要についてお話がありました。そこでの視点は、流通の媒介者も含めて創作者と利用者とのバランスを通して、著作権の法体系を考え直す必要があるのではないかというご趣旨であったと思います。

著作権自体は、もともとは出版社に与えられた特権から始まり、先ほどの梶山先生のレポートにありますように、アン法によって著作者の権利として確立された。その後ずっと著作権は、創作者である著作者とその流通を担う出版社とのバランスの考慮はあったものの、利用者という観点ではほとんど考慮されていなかっただろうという気がいたします。

インターネットと情報のデジタル化によって、利用者がプレイヤーとして登場してきた。そこでは単なる情報の受け手ではなく、受けたものを発信する。もしくは受けたものを改変して発信することが当然行われるようになってきた。そういう意味では、従前の「創作者—流通業者—利用者」という単純な構図ではなく、そこに「創作者—利用者」、「利用者—利用者」という構図も加わった極めて複雑なものになってきているということだろうと思います。

そういう観点を加味した上で、著作権のリフォームを考えなければいけないということだろうと思いますが、リフォームの話をするときに、まくら言葉として「ベルヌ条約その辺の問題は別として」という話がよく出ます。つまり、何となくベルヌ条約なり、TRIPs 協定、WIPO 著作権条約 (WCT) との関係でいくと、何か問題があるのではないだろうかという気持ちが多少頭の隅にあるので、そういう言葉が出てくるのだろうと思います。

そこで既存の条約との関係で、著作権リフォームは現実的に可能だろうかと考えてみたわけです。日本はベルヌ条約に加盟しております。TRIPs 協定にも当然入っております。WIPO 著作権条約も批准しております。したがって、これらの条約で要求されていることを満たさないような国内法はつくることはできないわけで、そのところの抵触関係を考

えざるを得ないということです。

### 3. 2 ベルヌ条約との関係

まず、ベルヌ条約から簡単に見ていきたいと思います。先ほどの相山先生につくられたリフォーム案の骨子に従って考えてみたいと思います。

最初に「1. 主題（対象）」ですが、ベルヌ条約第2条に「保護を受ける著作物」という規定があり、そこで保護の対象となる著作物として書籍、小冊子その他の文書、講演、演説、説教云々と並んでいます。しかし、ベルヌ条約自体には著作物の定義はありません。したがって、日本法の2条1項1号のように著作物の定義を掲げ、創作的な表現物のみが保護対象であるとして、それに当たらないものは保護対象ではないと立法上規定することは何の問題もないだろうという感じがします。

次に、「2. 保護基準の a. 主体」ですが、ベルヌ条約第2条（6）項では、著作権の保護は著作者及びその承継人のために与えられるようになっており、著作者とは何なのかという規定はありません。したがって、誰が著作者かということは国内法の解釈の問題ですので、これについて明文を置くことも何の問題もないだろうという気がいたします。

それから、「客体」につきましてベルヌ条約第2条（2）は、保護要件として、物に固定される必要があるかどうかは各国の立法に任されるようになっておりますので、場合によっては固定要件を入れたとしても問題ないだろうということです。また、同条約第3条では、保護の要件として、同盟国の国民である著作者の著作物と、いずれかの同盟国で最初に発行されたものしか規定しておりません。それ以外には遵守すべきものではありません。したがって、逆に言えば、アイデア等について保護対象にならないと明記したとしても、それも問題にならないということです。

一番問題になると思われるのは、手続きのところの無方式主義の問題です。著作権の考え方として、ベルヌ条約は無方式主義であると単純に理解しているのですが、条約をよく読んでみると、無方式主義が要求されるのは同盟国の著作物を保護する場合で、自国の著作物の保護要件として方式主義をとるか、とらないかは、その国の勝手です。したがって、アメリカが自国の著作物の保護をする場合、方式主義をずっと維持していたとしても、必ずしもベルヌ条約に違反することにはならないだろうという気がします。

したがって、例えば著作権の保護期間を50年として、それからさらに20年間延長する場合には登録をしなければいけないと方式主義を決めたとしても、ベルヌ条約の規定する著作権の保護期間が最低50年であるならば、プラス20年の部分について方式主義を採用することは、ベルヌ条約に違反することにはならないのではないかと私は考えております。

権利の中身としての排他権ですが、ベルヌ条約の中では翻訳権、複製権、公に上演する権利、公に伝達する権利など幾つかの規定がありますが、それ以外のことは何も書いてあ

りません。したがって、排他権という言葉の意味は何なのか。禁止権ということになると思いますが、禁止権をどういう具合に発動するのか、どういう内容が禁止権の中身なのかということはベルヌ条約には規定がありません。したがって、こういう部分についても国内法である程度自由にできるのではないだろうか。少なくともベルヌ条約で規定されている翻訳権、複製権など以外の支分権については、排他権を制限するようなものをつくったとしても、必ずしもベルヌ条約に違反することにはならないだろうと思われま

す。人格権については、ベルヌ条約では、名誉また声望を害するおそれのあるものに対して異議を申し立てることができる」と規定しています。日本の著作権法の同一性保持権に関しては、意に反するものについては差止めできるとなっておりますが、ベルヌ条約上は「意に反する」ではなく、「名誉または声望を害する」という客観的要件ですので、この客観的要件に置き直すことはベルヌ条約に適合し、何の問題もないだろうといえます。

保護期間に関しては 50 年以上となっておりますので、70 年にする必要は条約上は何もないということです。

次に権利制限ですが、ベルヌ条約では複製権の条項に権利制限規定があります。それから独立して引用についての条項の規定があります。複製権に関しては、「特別な場合に複製を認める権能は各国立法に留保される」とし、「当該複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつ著作者の正当な利益を不当に害さないことを要件とする」と。いわゆる 3 ステップテストと言われるものが規定されています。

この書き方は日本法の 30 条と違い、一般条項的な書き方です。ベルヌ条約では、3 ステップテストは複製権の部分にしかありませんが、TRIPs 協定や WCT の中では支分権全体に対する権利制限として 3 ステップテストが適用できる形になっておりますので、ベルヌ条約でも同じような考え方がとられていたのだらうと思えます。そうしますと、日本の著作権をリフォームするに際して、現在の 30 条以外に、3 ステップテストを反映した形で一般条項を設けることは、ベルヌ条約にむしろ合致するのではないかとも思われます。

こういうふうに考えてまいりますと、基本的に先ほどの著作権リフォームの考え方は、ベルヌ条約にほとんど抵触しないのではないかということで、「ベルヌ条約に反しない限り」というまくら言葉は要らないという感じがしております。

### 3. 3 TRIPs 協定との関係

次に、TRIPs 協定です。これは知的財産権が貿易の障害にならないようにということが一つ大きな協定の目的で、著作物についても貿易取引の対象たる財産であるという前提でつくられています。その結果、TRIPs 協定の 9 条でベルヌ条約の遵守を規定しているが、人格権については協定の保護の対象外であると明記しています。また、著作権保護は表現に及ぶが、アイデア、手続、操作方法、数学的概念自体には及ばないと明記して、知的財

産権の対象範囲を明確化することもやっています。

さらに、コンピュータ・プログラムとデータベースの保護、コンピュータ・プログラム及び映画著作物についての商業的貸与権を規定しています。それとともに、映画については複製権を実質的に侵害するような広範な複製行為を招かない限りできるとし、プログラムについても、プログラム自体が貸与の本質的な目的でない場合には貸与権は適用されないと、かなり利用とのバランスを考えた条文になっています。

そして、13条で排他的権利の制限として、先ほど述べましたベルヌ条約の3ステップテストと同じものを一般条項として規定しています。したがって、TRIPs協定という観点から見ても、著作権リフォームは何らTRIPs協定に反することにならないだろうということです。

### 3. 4 WIPO 著作権条約 (WCT) との関係

最後に、WIPO 著作権条約 (WCT) ですが、これは実質的にベルヌ条約改正の意味を持たせて起案されて成立しているものです。前文に「ベルヌ条約において既に規定されている著作者の権利と、特に教育、研究、情報へのアクセスといったより大きな公共の利益とのバランスを維持する必要性を認めて協定した」とあります。文化庁著作権局では、これは著作権と公共の利益をバランスさせるという意味ではなく、あくまでも著作権のほうが権利が上だという解釈をしているようですが、条文を素直に見れば、著作者の権利と公共の利益とのバランスが大事だと言っているわけで、現代においてはそういう方向で考えるを得ないだろうという気がします。

WCTにおいては、まず、ベルヌ条約の遵守を規定し、それからTRIPs協定と同じ保護範囲を規定し、それからコンピュータ・プログラムとデータベースの保護、それから一般的頒布権と消尽の規定があります。それから有線、無線の方法による著作物の「公衆への伝達権」が規定されています。それとともに、10条でTRIPs協定の13条と同様に、支分権一般について3ステップテストを採用する権利制限の要件が書いてあります。

このWCTの批准により、我が国の著作権を特に改定する必要はないということで、権利制限に関してはWCTによる見直しは行われておりません。したがって、現行の著作権法を前提とする限りにおいては、著作権リフォームが基本的にベルヌ条約、TRIPs協定に違反しないならば、WCTに関してもあまり問題ないだろうという感じがしております。

### 3. 5 まとめ

これまでお話ししたように、ベルヌ条約、TRIPs協定、WTC自体は著作権リフォームを考える上では大きな障害とならないと思っておりますが、これらの条約は、著作権が排他

権という権利だということは言っているものの、その具体的救済手段については特段の規定はなく、各国の立法に任されている。したがって、現行法における救済手段を固定的なものとして考える必要はないという気がします。

冒頭に申し上げたアメリカの **Ophan Works** 法案ですが、1 回目の法案は可決に至らず、いま法案の出し直しをするというお話で、今年中に成立する可能性が高いと著作権局では言っていました。**Ophan Works** とは、誰が著作権かわからなくなってしまう孤児著作物というもので、一番念頭にあるのは写真のようです。

写真の場合は著作権表示等がされていないので、何年かたつと誰が著作権かわからなくなる。しかも、写真はどんどん劣化するので、これを図書館でアーカイブにしたい場合に複製することになりますが、その場合に許諾を得る相手が見つからないという問題があります。また、家庭の中にある古い写真をきれいにしたい場合、著作権が誰かわからないとできないという問題もある。これらを何とかしなくてはいけないという発想から、立法しようということが始まったようです。

この立法の中では、著作権が誰かということについて合理的な調査をしても見つからなかった場合には、複製等をして構わないと。その後に著作権が出てきた場合、著作権は当然排他権があり、無断で複製しているわけですから差止め等ができるはずですが、その場合にも合理的な範囲では差止めを認めないと。一定のコンペンセーションを払えば、差止めは認めないということを立法しようとしています。

つまり、排他権の中身についても、合理的な救済方法に変えていこうという考え方があるのだらうと思います。そういう観点から考えれば、現行法における救済手段にいつまでも固執する必要はない。もっと具体的、合理的な方法に変えていくことは何ら問題ないだらうし、ベルヌ条約なり **TRIPs** 協定なり、**WCT** に反することもないだらうという気がしております。

**EFF** にも行きましたが、ローマン弁護士は、既存のビジネスモデルを維持するために著作権法があるわけではないんだということを、かなり強調されていました。私もそのとおりだと思います。著作権リフォームというと、著作権の権利を弱めるためにやっているのとられがちですが、そうではなくて、現行法で極めて強力な著作権の権利と公共の利益とのバランスをとるためにリフォームが必要だと考えるべきだらうし、そういう形で議論を深めていけばよいのではないかと考えております。

## 第Ⅱ章 今日的主題

### 1 著作権の間接侵害

奥邨弘司

#### 1. 1 はじめに

今日は「著作権リフォーム～著作権の間接侵害～」についてお話をさせていただきます。基本的にスライドに添ってお話しするつもりですが、1枚目は落語でいえば「まくら」、漫才でいえば「つかみ」の部分ですので、時間の関係もありここでは飛ばします。今日お話しするすべてのスライド、それからプラスアルファの補足スライドをお配りしています。論文でいえば脚注にあたるものになります。(以下、本書資料編「資料3」参照。)

#### 1. 2 著作権の間接侵害とは何か

間接侵害という言葉は著作権法に別段定義があるわけではありません。【スライド3】そこで、この報告のためにあえて定義するこことし、とりあえず「著作物を物理的に利用した者(以下、直接利用者)以外の者が、当該利用行為に関連して責任を負うこと」としておきます。

まず著作物の直接利用に助力する場合、次に他人を手足として著作権を侵害させる場合、最後にカラオケ法理等によって規範的な直接利用者として著作権侵害責任を負う場合の三つを全部含めるような広い定義としてあります。

#### 1. 3 主要な事案と従来の法的枠組み

この定義に従って過去の事案を整理すると13の類型に分けることができます。【スライド5・6】13にもなると類型化したことにならないではないかというご批判があるかもしれませんが、あまり抽象化しないレベルで近いものを集めるとこういう形になります。この中には、例えば⑤の録音録画機器製造業者が間接侵害というとびっくりされるかもしれませんが、先の広い定義に当てはめると含まれるかなと思います。

⑪のDRM回避機器提供者。これも間接侵害というのはちょっとどうなのだろうという見解があるかもしれませんが、広い定義をすると全部入ってくるのではと思います。とりあえず、今回は広めに議論をするために敢えて広い定義にしてあります。

では、従来、(この広い意味の)間接侵害者をどのように扱ってきたか。【スライド7:

スライド中の①②…という数字は、先にあげた 13 類型に対応しています。】 まず、規範的な直接利用者として捉えてきたわけです。規範的な直接利用者と捉えるための方法の一つが手足論であり、もう一つの方法がカラオケ法理です。ただ、カラオケ法理にはいわば変異形態とでも呼ぶべきバリエーションがいろいろとありますので、カラオケ法理と一つに括っていいのかどうかという議論はあるのですが、ここでは広い意味のカラオケ法理ということでお考えください。

次に、そうではなくて、不法行為者だと捉える方法があります。もっとも不法行為の場合は、一般的には差止めができないという議論がありますので、表では差止めのところにバツ印をつけてあります。ただ、ヒットワン事件のように、差止めができるんだという判決もあるので、マルをつけることも可能かもしれません。

あと、罪に濡れたふたり事件のように直接侵害者と捉えた事例もあります。

私的録音録画補償金などのように、立法によって対応しているという例も、⑤⑥⑩とあります。

この表を見ていただくとわかると思いますが、間接侵害と言いながら従来の処理というのは、何だかんだ言って直接侵害者として扱ってきた例が多いわけです。これは差止めとの関係があるのではないかと思います。

ただ、こうやっていると素朴な疑問が出てきます。【スライド 8】 例えばテレビパソコンは家に置いたら OK なのに、なぜハウジングしてもらったらだめなのかをどうやって説明するのか。MYUTA は NG でも、オンラインの汎用ストレージは OK だということをどうやって説明していくか。もちろん、それらを説明するために、いろいろな工夫がなされているわけですが、なかなか難しいというのが正直なところではないでしょうか。

これはなぜかと申しますと、間接侵害というのは著作物の利用方法が変化する中でやむを得ず行われてきた、いわば著作権法にとっては継ぎ接ぎの増改築なわけです。【スライド 9】 そして頑張って増改築を行ってきたのですが、今後も著作物の利用方法はどんどん多様化するわけです。このまま継ぎ接ぎの増改築を続けていっていいのかという問題です。むしろ、それを続けていくこと自体が、結果的には権利保護の点でも利用拡大の点でも問題があるのではないかと私は思います。

間接侵害については、既に多々理論的な整理、先行研究があります。皆さんにお配りしたのものにも、ここ 2 年ぐらいの間に出た先行研究の主なものを挙げていますが、たくさんあります。【スライド 10】 ここで、それらと同じように、私が過去の事案を整理しても屋上屋どころか屋下屋ということになりかねません。屋根の上に屋根を架けるというのは無駄の代名詞ですが、私ができるのは屋根の下に屋根を架けるぐらいで、もっと無駄になってしまいます。ですので、今日はそこはやりません。むしろ、なぜ著作権法はそういった増改築をしてこなければいけなかったのかという必要性、そして増改築の持つ問題点を

出発点にして、今日はリフォームということですので、かなり自由な立場から検討していきたいと思います。

#### 1. 4 間接侵害の作用・副作用

間接侵害がなぜ必要か、間接侵害のこういった部分が必要とされるのかという点から考えたいと思います。この点、ここでは作用という言葉を使っています。【スライド11】 この作用という言葉、後で出てくる副作用という言葉とあわせて、薬の作用・副作用という言葉にヒントを得て、敢えて法律の世界では馴染みの薄い言葉を使っています。

まず、作用には大きく三つあると思います。なお、個々の作用（そして副作用）の名称は私が勝手につけたものなのでご了承ください。

まず一つ目は一網打尽作用があると思います。これはファイルログが典型的です。著作物を利用するための機器等を提供している人の提供行為をやめさせることで、直接利用行為をまとめて一網打尽にやめさせたいというものです。

それから二つ目は **Deep Pocket**。これは私的録音録画補償金が一例ではあると思います。著作物の利用行為から何らかの利益が生じている。それを権利者に対して分配・移転させることになったときに、個々の直接利用者から徴収していたのでは、徴収する側からすれば、効率性の観点でも公平性の観点でも埒があかないということで、著作物の利用機器等の提供者のように **Deep Pocket** を持っているところから一気に徴収したいというものです。

三つ目は、クラブキャッツアイ事件が典型ですが、隠れ蓑対策です。直接利用行為が権利制限規定等で適法な場合に、それを隠れ蓑にする人について、何とか責任を追及したいというものです。

ここまで作用について見てきましたが、反対に副作用も考えられます。【スライド12】

まず一つ目として混獲現象があります。少し話が横に外れますが、底引き網漁を行うと、捕りたいと思った以外の魚が捕れてしまう、すなわち混獲が生じてしまうため、資源の点や環境保護の点から問題が指摘されているそうです。ここでいう混獲現象とは、この狙ったもの以外のものまで網に入れてしまうことをヒントに名付けたもので、間接侵害行為をやめさせることで、ある特定の問題のある直接侵害行為を一網打尽にするわけですが、その結果、問題のない直接利用行為まで一網打尽にしてしまっているのではないかという趣旨です。これはネットワークストレージやファイル交換に関連した事案の場合に出てくる問題だと思います。

二つ目が過分配です。これも日本語として正しいのかというご指摘はあるでしょうが、読んで字のごとく分かりやすいということで使わせていただきました。先ほど、**Deep Pocket** ということで分配についてお話ししましたが、分配する以上、どこまで、どの程度、

どういう方法で、ということが議論になるわけで、当然過分配ということも問題になり得ます。特に、間接侵害というのは、直接利用行為とは遠い存在ですから、うまく制度設計しないと、取り過ぎになりませんかという話です。

三つ目が空洞化現象です。これは、録画ネットやMYUTA等と関係すると思います。作用のところであげたように、隠れ蓑対策をやるのは良いとしまして、それをやり過ぎると、権利制限規定に全く大穴があいてしまって空洞化してしまうことがあるのではないかとこのことです。

以上、ほかにもあるのかもしれませんが、作用にあわせて、副作用も三つ整理してみました。

さらに日本の場合、この作用を阻害し、また副作用を増悪させる状況が一つあると思います。【スライド13】それがいわゆる不法行為、特に侵害の幫助等を理由とした差止めは認めないという一種のドグマです。そのようなドグマなどないという方もおられますが、実際の裁判例は、差止めを認めない方向のほうが多いわけです。そのため、こういうケースは差止めを認めたいというときは、いろいろと工夫して、不法行為でなくて間接侵害者を規範的な直接利用者と捉えることによって差止めを認めてきたというのが結果的にあるのではないかと思います。そういう工夫自体は否定しないのですが、工夫もどんどん積み重ねると無理な工夫になり、最終的には予測可能性が下がっていろいろな意味で萎縮効果を生んでいるのではないかと考えています。

## 1. 5 検討のポイント

検討のポイントです。結局わかりやすく言えば、ここまでご紹介した作用と副作用をいかにバランスさせるかということだと思います。皆さんにお配りしたスライドには自由に作用と副作用の組み合わせを描いていただこうと白紙にしてあります。【スライド14】色々な組み合わせがあり得ます。なお、米国の場合については補足スライドに少し詳しく書いてありますので後でそちらをご覧ください。

## 1. 6 リフォーム案

さて、どうバランスさせるかについての私案をお話しさせていただきたいと思います。ここから先は、今回の著作権リフォームに関して、いわば私が設計士または建築士として、施主である皆さんに、こんなリフォームを行ってはどうでしょうかということでご提案する形になります。当然、施主である皆さんとしては、それで良いというお話しもあれば、逆にそんなグロテスクな設計は嫌だ等、いろんなお話があろうかと思います。それは後にご判断いただくとしまして、まずは、リフォーム案をご提案させていただきたいと思いま

す。

まず、前提となる点、すなわちリフォームの基本的な思想についてお話しします。【スライド16】

一点目として、間接侵害を、いまのような継ぎ接ぎの増改築のまま放っておくのではなく、著作権法の中に統一的・包括的なものとして取り込んでいくべきだと思っています。

二点目として、間接侵害の作用の中で一番重要なのは一網打尽作用だと思います。それどころか、デジタルネットワーク時代に欠かせないものだと思いますので、これは可能な限り活かしていくことが前提です。ただ、そのことによっていろいろな副作用が出てくるので、それをいかに抑えるかということを出発点に考えていくのだと思っています。

三点目として、間接侵害制度が与える実質的な意味の許諾権が、本来著作権が与えるそれに比して過大となることを回避すべきだと思います。もっとも、この点は少し補足説明しないと、「なぜ間接侵害制度が許諾権を与えることになるのだろう、おかしいことを言っているのではないか」ということになってしまうと思います。

侵害の排除と利用許諾というのは本来表裏一体の関係です。すなわちある行為を、それは侵害だからやめなさいと、権利者がやめさせることができるということは、裏返せば、その行為に対して権利者がOKを出せる、すなわち許諾できるということです。とすると、ある行為を間接侵害だからだめということは、実質的にはそれを許諾する許諾権を与えることに等しいわけです。

ところが著作権というのは、少なくとも今の日本の制度上は、法定された支分権の束でしかありません。しかし、間接侵害となる類型を新しく増やしていくということは、法定された権利の束の外に、実質的な許諾権を新たに与えるということに等しいわけです。その結果、元来法定されていた権利の束と極端に違う権利が生まれるというのはいかがなものでしょうか。

具体的に私が何を頭に置いているかということ、例えば選撮見録（よりどりみどり）事件です。この場合、マンションに録画サーバを販売してはいけませんという判決が出たわけですが、裏返せばマンションに録画サーバを販売することを許諾する権利が与えられたことになるわけで、果たしてそういった権利が誕生するというのはいかがなものかということを考えているわけです。

四点目として、権利制限規定の議論と間接侵害の議論を峻別すべきだと思っています。先ほど、間接侵害の作用の一つとして、隠れ蓑対策をご紹介しました。確かに、隠れ蓑対策は重要です、しかし、そもそもの問題として、隠れ蓑対策は侵害の議論の中ですべきではなくて、それは権利制限規定のあり方の議論ですべきだと思います。というのは、権利制限規定は、単に侵害主張に対する抗弁であるだけではなく、より積極的な意義もあると考えるからです。

ところがこれを侵害の議論の中だけでやってしまうと、どうしてもそういう積極的なと

ころは評価されずに、つい侵害の排除、保護の強化ということばかりが強調されてしまう。そうするとどうしても権利制限の空洞化という問題は逃れられません。やはり間接侵害の中で権利制限の隠れ蓑対策の議論をしないということです。

ではどうするのか。隠れ蓑とする者がいて問題があるのであれば、例えば著作権法 30 条 1 項 1 号のような形でそれを明確に権利制限規定から除外するなり、もしくは別にみなし侵害規定をつくるなりということに対応すればと思うわけです。

以上のような基本的な思想のもとに、具体的にどういう提案をするかですが・・・【スライド 17】

まず、基本的な枠組みとして、間接侵害者も 112 条 1 項の侵害者であることには変わりがないと位置づけるので、制度上は対直接侵害者同様に損害賠償請求と差止請求を両方可能とします。これで統一的・包括的な枠組みができると思います。したがって、スライドの表にきれいに全部マルが入るわけです。この結果、間接侵害を規範的に直接侵害と捉える工夫である、手足論やカラオケ法理にさようならということになるのかなと思っています。

ただ、以上間接侵害と直接侵害を完全にイコールに扱うということでは必ずしもありません。一例をあげれば、対間接侵害者の損害賠償に関しては、114 条 2 項、すなわち侵害者の利益をもって権利者の損害とするという条項を使うのはいかがなものかと思っています。過分配の問題が起こるのではないのでしょうか。すなわち間接侵害者の行為には、必ずしも直接利用行為とは結びつかない別の行為も含まれています。そうすると間接侵害者が受ける利益の中には、著作物の利用とは必ずしも結びつかない、いろんな利益が入っているわけですから、それをそっくり権利者の損害とするとしてしまうのはやはり過分配ではないかと思っています。

間接侵害者の場合、114 条 3 項のライセンス料相当という条項をうまく使えばいいのであって、それで十分機能するのではないか、114 条 2 項を使う必要はないのではないかと思います。

次に、間接侵害の対象行為を広く設定して、一網打尽を活かすというのは先ほど申し上げたところです。【スライド 18】

それから権利制限規定の議論と間接侵害の議論を峻別するという私の立場から申しますと、直接利用行為が権利制限規定によって適法な場合は、間接侵害の成立を認めないということに対応すべきだと思います。これによって権利制限規定が空洞化することはなくなります。なお、このことを隠れ蓑に利用する人が出てくるというのであれば、そういった隠れ蓑として利用する行為を権利制限から除き、権利の対象に戻していくべきだと思います。

あと、差止めの範囲を限定的にすべきだと思います。本来は冒頭に楢山先生からもご説明があったように、アメリカの eBay 判決のように侵害と差止めは必ずしもカップリング

しません、連動しませんとやってしまうのも手だと思います。ただ、TRIPs 協定には、差止めというのを救済として認めなさいということも書いてあるので、そのこととの関係もあって、全部切り離すということができるとはどうかはよくわかりません。

したがって、ここでは、少なくとも範囲をきっちり限定すべきだということを申し上げておきます。例えば、差止めというのは法定の利用行為の範囲を前提とするというのが一つです。したがって選撮見録のように機械を販売することを差し止めるというのは法定の利用行為とは全然関係ないので、それは差止めの範囲としていかなものかということになるわけです。

ただ、一方でファイルログ事件のように、こういう著作物は流してはいけませんと差止め命令を出ことで、技術的に対応不可能だから、結果としてサービスが全体としてできなくなるというのはありだと思います。それはサービス提供者を含む著作物の利用者サイドで、フィルタリングをするなり何らかの上手い方法を考えて対処すべきでしょう。そういう止め方はありだと思いますけれども、それをさらに踏み越えてしまうということまで言うのはいかなものかだと思います。

それから原告の著作物の占める割合が小さい場合、それを利用する行為を超える差止めは認めないというのがあります。これは、罪に濡れたふたり事件の場合を例に言えば、2ちゃんねるに一つ問題のある書き込みがあったということで、2ちゃんねるのサーバを全部落しなさいという差止めは認めることがあってはいけないということです。その問題の書き込みを落としなさいという差止めはできても、それを越えたところまで踏み込むのはいかなもののでしょうか。もっとも、この書き込みの差止めの集積の結果、結果的にサーバ全体を維持できなくなる、それはシステム提供者を含む利用者側が工夫して回避すべき問題であって、そのところは峻別すべきだと私は思っています。

最後に、リフォーム案をここまでお話ししながら、肝心の間接侵害の対象行為の把握方法について触れずにきてしまいました。まだ、試行錯誤中なので、本当はスルーしたいのですが、そうもいきませんので、私の今のところの考えを申しておきます。多分また後で考えを変えるかもしれませんが、その点は是非お許しいただきたいのですが。【スライド 19】

直接利用行為というのはそもそも何かというと、意思と物理的動作から成り立っていると思います。ここで、意思というのは何に向けられているかということ、対象物と行為です。何をどうするという意味があって、すなわちある本をコピーするという意味があって、それに伴う物理的動作があるわけです。したがって、それを前提とする限りにおいては、その意思、物理動作のどちらか、もしくは両方に一定の影響を与えた場合を間接侵害と捉えていく枠組みが一つあるのかなと思っています。

ただ、この意思については直接的に影響があるケースは少ないので、それが無い場合は間接的な影響、具体的には対象物決定の影響等に注目すべきだと思います。また、物

理的動作については、物理的な影響を考えていくべきだと思っています。ですからスライドのようなきれいな線が引けるかどうかは別として、イメージとしては、こんな感じで右上の点線で囲まれた三角形に入る部分を対象とすべき、すなわち相関関係で考えていくべきだと提案をさせていただきます。【スライド20】

スライドには、意思への影響度合いと、物理的影響度合いの双方について、過去の事例に当てはめるとどうなるかを示してみました。【スライド21】 意思への影響度合いについては、何々しなさいと指示したり、コピーできる対象物が特定されているような場合があって、カラオケのようにこの範囲の中の歌を歌うみたいな、対象物の範囲が限定されている場合があってというように順々に影響が弱まっていくと思います。

それから物理的影響度合いということでは、自分の持っている機器やシステムを他人に使わせるというものから、他人のものを預かるとか、売り切ってしまうとかいろんなパターンがあると思います。これは過去あった例を分けただけです。もっとほかにも例はあるかもしれません。

以上を前提に、先ほどのベクトル図の中に過去の事例を当てはめてみました。【スライド22】 スライド中のマルつき数字は、スライド5・6のマルつき数字に対応しています。時間がないので、細かいところは見てください。さらに補足スライドにいろんな理由付け、言いわけかもしれませんが、をいっぱい書いています。恣意的ではないつもりですので、是非そちらを見ていただきたいと思います。

ポイントだけ申し上げれば、まず、右上の点線三角形部分の対象外になってしまう⑤⑥⑪は既に立法的に対応されているので、間接侵害の対象とならなくても大丈夫だと思います。⑬はスターデジオですから、裁判例も非侵害なので、これも対象外で大丈夫だと思います。④がカラオケリースの件です。これは非侵害になってしまうのですが、これをどう考えるか、それでもいいと考えるかどうかというのはあると思います。

②③⑦⑧⑫は、直接利用行為が権利制限規定において適法となると捉えるか、捉えないかによって、私の場合間接侵害になるか、ならないかが変わってきます。とりあえず行為の形としては間接侵害の対象だけれども、それに最終責任を負わせるかどうかというのは権利制限規定が適法かどうかによって変わってくる構造になります。私の場合は、②③⑦⑧⑫が全部間接侵害ではないことになっていきますが、そこは皆さん各々にご見解のあるところかと思っています。

## 1. 7 今後の課題

まとめ的に、今後の課題です。【スライド23】

まず、間接侵害の対象行為をどのように設定するかについてです。先ほどは二つのベクトルでというのを提案しました。その場合、一つ問題があります。Induce型、すなわちグ

ロックスターのようなものにどう取り組むかは頭の痛いところで私自身はまだ結論が出ていません。

また数学の授業みたいに二つのベクトルの相関関係などというきれいなことはできなくて、本当は類型化しないとだめという議論があると思いますし、むしろそっちの方が正解かとも思いますが、その場合は類型化すればするほど、やはり継ぎ接ぎの危険性があるので、どの程度、どういう形で類型化するかという問題が残ると思います。

それからもう一つ、大きな課題としては、こうやってリフォームで間接侵害を定義したとしても、それから漏れる行為も出てきます。その漏れる行為について不法行為を認めるのかどうかです。また不法行為を認めるということになれば、それに対して差止めを認めるのかも議論になります。これは、どちらも理論的にはあり得ると思いますが、私は著作権の大改造をやって間接侵害を認めるのであれば、もはやそれから漏れる行為についての不法行為は原則認めるべきでないと思います。そうしないと何のために大改造をやって間接侵害を決めたのかという意味がなくなって、また元の木阿弥になりかねませんから。現状も否定的ではあるのですが、リフォームをやった場合は認めないという方向を考えています。

それから現在立法で対応されている、私的録音録画補償金のような問題については今回のところは議論しませんでした。ただ、それらについてもあり方というのは議論すべき必要があると思います。

そして本当に最後ですが、刑事責任についてです。一例は、Winnyのような事例でしょうか。刑事責任との関係をどう考えていくかという問題はあると思います。少なくとも民事上問題がないのに、刑事で問題になってしまうという状況はいかにも落ちつきが悪いだろうと思います。どちらがどちらにあわせるかは別として、整合性をとるべきだろうと思っています。

## 2 フェアユース

横山久芳

### 2. 1 問題の所在

私が本日報告するテーマはフェアユースです。フェアユースは著作権の権利制限に関する一般条項をいいます。我が国の現在の著作権法は権利制限に関する一般条項を持っていません。したがってこの報告では、我が国の著作権法の権利制限のあり方として一般条項を設けるべきか、設けるとした場合どのような方向性が考えられるのかということについて検討します。

最初に権利制限規定の存在意義について確認しておきます。我が国の著作権法は 30 条から 49 条まで、著作権が制限される場合を規定しています。すなわち著作権の支分権の対象となる著作物の利用行為を行った場合にも、制限規定に該当すれば著作権侵害は否定されるわけです。

著作権法は 1 条の目的規定において、文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することをうたっています。文化の発展のためには各種の表現活動、学問研究活動、あるいは教育福祉との公益活動等において、他人による著作物の自由な利用を認めざるを得ないという場合があるわけです。それゆえ著作権法は一定の場合に著作権の効力が制限されることを認めているわけです。

このように著作権の制限規定は、著作者の私的利益と著作物の利用の自由との調整を図る規定として極めて重要な役割を担っているわけです。著作権法を有する国であれば、内容の違いはあるものの、同趣旨の制限規定が設けられております。権利制限規定というものは著作権の本質をなすものと言っていいだろうと思います。

ところで著作権の制限規定については、「これこれこういう場合に著作物の利用が許される」という形で権利が制限される場合を個別具体的に限定列挙していく方式と、「著作物の公正な利用（フェアユース）については著作権の効力が及ばない」ということを包括的に規定しておいて、何が公正な利用に当たるのかは個別事案ごとに裁判所の判断にゆだねるという方式とがあります。我が国は個別的な限定列挙方式をとっているわけです。対してアメリカはフェアユースに対する一般的な権利制限を認めているわけです。

個別的な限定列挙方式をとることについては、どのような場合に権利侵害となるのかという判断が明確になるので、予測可能性、法的安定性の点ですぐれているということが言われます。しかし、著作権法が将来生じるあらゆる事態を想定して最初から完璧な権利制限を設けておくことは困難ですから、法の不備が生じることがあるわけです。そうした場合に制限規定がないから侵害だとすると、社会常識に反する不合理な結果を招くことにな

りかねないわけです。

中山先生が冒頭の講演で述べられたように、例えば学者が自分の研究のために論文を1部コピーするといった行為であっても、形式的には複製権の侵害に当たることになってしまう。このように現在の制限規定を形式的かつ厳格に解釈すると、社会的な常識に反するような結論になってしまうことがよくあるわけです。

また著作権法を取り巻く技術環境や社会環境は絶えず変化していきますから、著作権法の分野では環境の変化に応じて制限規定の内容を見直していかなければいけないわけです。しかし技術革新が激しい現在においては、新たな制限規定を迅速に立法化するというのは決して容易なことではないわけです。しかも、現在では著作権にかかわるプレイヤーが多数登場していますので、権利制限規定を行う場合にはそういったプレイヤーの利害調整を細かく行う必要があるわけですが、これをうまく実現するような立法を構築するのは難しい。その結果、無理に立法化をしようとするとう制限規定が複雑化してしまい、極めて使い勝手の悪い条文になってしまうこともあるわけです。

こうしたことから我が国においても、アメリカのようにフェアユースに関する一般条項を設けるべきだということが近年、議論されるようになってきたわけです。こうした観点から本報告ではフェアユースについて述べることにします。

事前のアンケート調査において、アメリカのフェアユース、イギリスのフェアディーリング、それからドイツの自由利用といった諸外国の一般条項的な規定について、どのようなものがあるのかについて説明していただきたいという依頼がありましたので、最初に比較法的な説明をします。

## 2. 2 比較法

### (1) アメリカ法におけるフェアユース

まずアメリカ法におけるフェアユースです。アメリカ著作権法は106条で著作権の内容を規定して、107条で著作権の制限の一般条項としてフェアユースの規定を設けています。その後、108条から122条で著作権の個別的な制限事由を規定しています。アメリカ法の権利制限規定というと、とかくフェアユースだけに注目が集まるわけですが、実はアメリカ法においてもフェアユース規定のほかに、かなり詳細な個別的な制限規定が存在しています。つまりアメリカ法でもフェアユースだけで権利制限の問題を処理しているわけではないわけです。

むしろアメリカにおいても、フェアユースは、個別の制限規定に該当しない場合に、著作物の利用を禁止するよりも著作物の利用を求めたほうが社会的な利益の増進につながると裁判所が判断した場合に、著作権の制限を認めるための安全弁、つまりあくまで個別的な制限規定を補完する条項として位置付けられております。

ただ、アメリカでは個別の制限規定はかなり詳細に規定されているので、実務上解釈に疑義が生じる余地はないということではほとんど問題になることはありません。そのため実際の侵害訴訟はフェアユースに関する争いに集中するので、フェアユース条項がクローズアップされることになるわけです。

アメリカのフェアユースの規定は 19 世紀半ばに判例法によって生成されて発展してきたものを、現行法（1976 年法）において明文化したものであります。フェアユースの具体的な条項については資料をレジюмеに載せてあるので適宜参照してください。

条文を読むと、批評、解説、ニュース報道、教授、研究又は調査のような目的のために、著作物をフェアユースすることは侵害とならないということです。具体的にフェアかどうかをどうやって判断するのかという点に関して、利用の目的及び性質、利用された著作物の性質、利用された著作物の全体との関連における利用された部分の量及び質、利用された著作物の潜在的市場又は価値に対する市場の影響などが考慮されるという形になっています。

ここで挙げられている要素というのはあくまで考慮要素であって要件ではありませんので、すべての要素は相関的に判断されることとなります。また条文に掲げられている要素以外の要素も考慮してフェアかどうかということが判断されることとなります。アメリカ法においてはフェアユースの規定は、技術や社会環境の変化に即応して著作権の保護と利用の自由とのバランスを図るという観点からかなり柔軟に運用されているという実情があります。

フェアユース規定にかかわる判例法の変遷について簡単に見ていきます。そもそも 107 条は、批評、解説、ニュース報道、教授、研究又は調査などの目的のために、ということの規定しております。したがって制定当初は、フェアユースの規定は、批評、解説などの何か新たな表現活動を行うときに適用される条文として想定されていたものと考えられます。実際、かつては、フェアユース規定は、生産的利用（プロダクティブ・ユース）に対し適用されるものであって、他人の著作物をそのまま複製するような消費的利用（コンサンプティブ・ユース）には適用されないという理解も存在しました。

ところが、消費的な利用であってもフェアユースの適用があるということを明確に述べたのが有名なソニーのベータマックスの事件でした。事案はソニーがベータマックスのビデオデッキを製造販売する行為が寄与侵害になるかが争われたものです。ビデオは私人が家庭内でタイムシフティングの目的でテレビ番組を録画するために用いられるわけですが、アメリカには私的使用目的の複製について直接権利を制限する規定がありません。仮に私人の行為がフェアユースに該当しないということになると、つまり直接侵害だということになると、ビデオの製造販売行為が寄与侵害になる可能性が出てくるわけです。そこで、ベータマックス事件では、私人のタイムシフティング目的での番組の録画行為がフェアユースに当たるかが議論されたわけです。最高裁は、その判断の中で、非商業

的な利用は、著作権者に与える影響が小さいため、フェアユースと推定されるという考え方を示しています。そして、結論として、私人がタイムシフティングの目的で家庭内で著作物を録画する行為は非商業的利用であるということを主たる理由として、フェアユースの成立が認められたわけです。

この最高裁はいわばビデオによるタイムシフティング目的での録画という新しい著作物の利用形態が登場したことを受けて、消費的な利用であっても私人の録画の自由を認めることが、私人が著作物にアクセスする機会を増大させることになって結局は文化の発展に資するという一種の価値判断を示したものだと思われます。

このようにベータマックス事件の最高裁判決において消費的利用であっても非商業的であることを理由としてフェアユースの適用があり得ることが示されたわけです。その一方でベータマックス事件の判決は、非商業的利用であれば公正使用が推定されるけれども、逆に商業的利用である場合には不公正な利用が推定される、という判断をしています。確かに商業目的での利用の場合には、第1ファクターにおいてフェアユースの成立に不利に働きます。また第4ファクターとの関係でも商業的利用の場合には著作権者に対する害悪が生じるということから、そういった推定についての言及があったのだらうと思います。

しかし、そうだとすると商業的利用に関してはなかなかフェアユースが認められないということになりそうです。本当にこれでいいのかということが問題になりました。これを正面から議論したのが、これも有名なパロディに関するキャンベル (Campbell) 事件の最高裁判決です。この事件は「プリティ・ウーマン」という映画の主題歌にもなった楽曲を揶揄するパロディについて著作権侵害が争われた事案です。

高裁判決はパロディが商業的性格を有するからアンフェアであることが推定されるとしてフェアユースの成立を否定したわけです。これに対して最高裁は第1ファクターにおいて商業的目的の利用か否かが考慮されることは確かだけれど、だからといって商業的目的であれば不公正と推定されるとすると、107条が例として掲げる報道、批評、研究等の変形的な利用のほとんどがフェアユースに該当しないこととなり、不都合であるとし、第1ファクターにおいてはむしろ新しい作品がどの程度、元の作品を変形的に利用しているかということを中心に判断すべきであるとししました。すなわち、キャンベル事件の最高裁判決は、変形的利用かどうかということがフェアユースの判断の中心的な考慮要素であることを明らかにしたわけです。

変形的な利用とは、すなわち、新しい作品が元の作品に対し、より進んだ目的や別の性格によって、新しい表現や意味、メッセージを付加して、最初のものを変形させて利用することをいいます。判決は、フェアユースの認定に、変形的な利用があることが絶対に必要であるとしているわけではありません。しかし、技芸と学問の奨励という著作権法の目的が、変形的な作品の創作によって促進されるということを踏まえて、判決は、変形的な作品こそがフェアユースの中心に位置付けられるべきであり、作品が変形的であればある

ほど、商業性というフェアユースの他の考慮要素は重要でなくなるとしました。また、ベータマックス事件の最高裁判決は、第4要件に関して、商業的な利用の場合は著作権者への害悪の恐れが推定されるとしていたのですが、キャンベル事件判決は、変形的利用の場合は、市場の代替性があるとは必ずしも言えないから、原作品の市場への害悪が単純に推定されるものではない、とも判示しています。もっとも、パロディといっても、その個々の作品の性格は様々であり、パロディの名の下に無制限の利用を許容することはできないため、判決は、控訴審判決を破棄し、再度、フェアユースの各考慮要素の検討をさせるべく、事件を差し戻しました。

このように、キャンベル事件判決では、ベータマックス事件判決において商業的利用の有無に過度に傾斜したフェアユースの判断を、変形的利用の有無を中心としたフェアユースの判断へと移行させたものとして、大きな意義を有するものといえます。その背後には、パロディのような変形的な表現活動をもっと促進すべきであるという表現の自由の保障を重視する価値判断が存在するものと思われます。

さらに近年の下級審の裁判例においては、その変形的利用の持つ意味内容が拡張的に捉えられるようになっております。近年、検索サイトに関する著作権問題がいろいろ議論されております。例えば、検索サイトにおいて、検索結果を画面に表示する行為、あるいはキャッシュをしたり、あるいはサムネイル表示するといった行為が、複製権等の侵害にならないかということが議論されるわけです。

日本ではまだ訴訟は起きていませんが、アメリカではグーグル（Google）などの検索サイトが訴えられる事件が現実起こっています。その中には、検索サイトが提供するサービスにつきフェアユースの成立が認められた例があります。

これらの裁判例において、検索サイトが提供するサービスは、公衆の情報へのアクセスを増進させるものであり、社会的に重要な目的に奉仕するものであるから、単にもとの著作物に代替しようとするものではなく変形的な利用だというふうに解釈されております。変形的な利用であれば、キャンベル事件判決で言われたようにフェアユースにとって有利に働くわけなので、フェアユースが認められ易くなるということです。

この事件で注目すべきは変形的利用の捉え方にあります。もともとキャンベル事件の最高裁判決では、パロディのように新しい創作性のある表現を生み出す行為を奨励するために変形的利用を手厚く保護すべきだとしていたわけです。しかし検索サイトの場合はもとのサイトの著作物をそのまま複製するだけですから、何か新しい創作的な表現を付加するという要素はないわけです。

しかし、検索サイトが提供するサービスには、情報検索の利便性の向上とか、あるいは一般公衆の著作物へのアクセスの増進といった、元の著作物にはない独自の社会的意義が存在します。このような独自の社会的意義を持つという点が評価されて検索サイトが提供するサービスは変形的利用だと判断されているわけです。

このように、近年の裁判例においては、新しい表現活動を促進するという観点だけではなくて、広い意味で文化の発展に貢献する社会的な価値のある行為を促進するという観点から著作権者の利益を不当に害しない範囲でフェアユースが柔軟に活用されていることが言えると思います。以上がアメリカ法についての紹介です。

## (2) イギリス法におけるフェアディーリング

次にイギリス法におけるフェアディーリングについて紹介します。ディーリングという言葉が使われていますが、これは別に取引のことを言っているわけではなくて、ユースとほとんど同じ意味です。つまり「行為」という意味です。

イギリス法におけるフェアディーリングのまず重要な点は、アメリカのフェアユースのような包括的な一般条項ではないということです。フェアディーリングは、条文上、列記させた特定の目的を有する利用行為に限って認められるものです。逆に、条文に掲げられた目的以外の場合にはその行為がいかにか公正なものであろうともフェアディーリングに該当しないと判断されます。

イギリスの著作権法（1988年法）は、フェアディーリングとして以下の行為を規定しています。これも条文を参照していただきたいのです。

第1に私的学習ないし非商業的な研究目的での公正使用。第2に批判や論評を目的とした著作物の公正利用。第3に時事の報道を目的とした公正利用。第4に付随的挿入です。イギリス法では、これら一般的なフェアディーリングの条項の後に、個別的な制限規定が設けられている構造になっています。

このようにイギリス法においては基本的には我が国の著作権法と同じように個別的な権利制限規定で対処するという枠組みを採用しながら、例えば批評、論評目的や時事の報道目的などの特定の目的を有する行為に関しては具体的な要件を法律上明示せずにフェアディーリングは侵害にならないという形で抽象的に規定した、いわば中間的な一般条項を設けているわけです。

では具体的にフェアかどうかの判断はどのように行われているかということです。フェアかどうかの判断については、アメリカ法のように条文上、考慮要素が具体的に列挙されているわけではないのですけれども、判例により、だいたいアメリカ法のフェアユースと類似した考慮要素が問題にされているようです。具体的には、著作物の利用が著作権者による利用と競合する度合いとか、あるいは著作物が発行されているかどうかとか、あるいは利用された著作物の質的な重要性、量的程度といったことが重要な考慮要素と解されています。

フェアディーリングの具体的内容について簡単に言及しておきます。非商業的研究目的、私的学習目的のフェアディーリングとは、学生とか非商業的な研究に従事する研究者が著作物を自由に複製できるように配慮したものです。もっとも、対象となる著作物が文学、

演劇、音楽、美術作品、発行された版の版面に限定されている点には注意が必要です。イギリス著作権法では我が国の著作権法とは異なり、私的複製につき一般的な権利制限規定はございませんが、その代わりに、非商業的な教育、研究に関する権利制限が認められています。

それから批評、論評目的のフェアディーリングは、既存の著作物を利用した新しい表現活動を増進させることを目的とした規定です。判例によれば、批評、論評の目的はかなり広く解釈されています。批評、論評の対象は利用される著作物それ自体である必要はなく、もとの著作物に含まれる社会的、倫理的なテーマを批評、論評する目的で著作物を利用することもできますし、またほかの著作物を批評する目的でそれとは別個の著作物を利用することもできることになっています。このように、批評、論評目的のフェアディーリングは、伝統的な言論活動を中心に広く適用されるものですが、他方で、パロディ等の独特の新たな表現形態について、これを批評、論評目的の行為として捉えることができるかという点をめぐって、争いがあるようです。わが国の引用とパロディの関係と似たような問題といえるかもしれません。

それから時事の報道目的のフェアディーリングとは、一般公衆が関心を持っている時事の報道に関して、広くメディアに著作物の利用の自由を認めて、時事の報道を促進することを目的とした規定です。これに関しては我が国でも 41 条で同じような時事の報道に関する制限規定があるところだろうと思います。

最後にイギリス法においては一般条項として付随的挿入 (incidental inclusion) に関する規定があります。他人の著作物を付随的に利用しても侵害となりません。例えば映画の撮影時に美術作品が偶発的に映り込んだという場合にはこの規定で対処することになります。どのような利用形態が付随的 (incidental) となるかという点については、条文上明らかにされておりません。裁判例における解釈に委ねられることになります。

以上、まとめます。イギリス法におけるフェアディーリングは、アメリカ法のような包括的な一般条項ではなく、特定の目的の利用行為に関して裁判官による広範な解釈の余地を認め得る中間的な一般条項を設けています。何がフェアディーリングかについて、法が一応の方向性を示しているという点では、裁判所の判断が完全にフリーハンドになるわけではありませんが、他方、法が定めた範囲内では裁判所が裁量的にフェアかどうかを判断することができるという構造になっています。

### (3) ドイツにおける自由利用

ドイツ法は基本的には我が国と同様の詳細な個別的な権利制限規定を有しています。その個別的な権利制限規定の中に、例えば自由利用条項とか付随的利用に関する規定とか、かなり抽象度の高い要件を設定している条項が含まれています。要するに、個別的制限規定の一部について、裁判官の解釈の幅を持たせた中間的な規定があるというわけです。こ

ここでは自由利用と付随的利用について見ておきます。

自由利用（ドイツ法 24 条）とは、他人の著作物を利用して独立の著作物を創作する場合には、著作物の自由利用が認められるというものです。ここで他人の著作物の自由利用に関して、他人の著作物から、例えばアイデアとか事実のような、著作権で保護されない要素を利用する行為は、当然に著作権侵害にならないわけですが、自由利用の規定の意義は著作権で保護される要素、すなわち創作的な表現を借用した場合であっても、新たに創作された著作物が独立の著作物と評価し得るようなものである場合には侵害が否定されるという点です。

我が国の著作権法では、著作権の保護範囲は、原作品の表現上の本質的特徴が直接感得される限りは著作権の保護が及ぶという形をとっているわけです。ドイツでは原作品の表現上の本質的特徴が直接感得し得る場合であっても、新しい作品の創造性を付加することによって、その原作品の創作的特徴が後退する、色褪せてしまっている場合には保護は及ばないとするものです。ここからわかるように、ドイツ法における自由利用とは、権利制限規定というよりは、むしろ権利範囲に関する規定といえます。

ドイツ法の自由利用規定の下では、元の著作物の創作的表現が利用されている場合でも、新しい作品の創造性が高いものであれば、著作権侵害が否定される余地が生じますから、我が国の著作権法の翻案権の解釈と比べると、より表現の自由の保護にシフトした制度設計が行われているともいえます。実際、ドイツでは、パロディもこの自由利用の規定を通して権利が制限される余地が生じるわけです。

ドイツ法には、付随的利用に関する規定もあります。この点は、イギリス法と同じです。ただし、ドイツでは、付随的利用の規定はあまり活用されていないようです。

まとめます。ドイツ法には一般条項があるわけではありませんが、個別的制限規定の中に幅広い解釈を許容するような抽象的な要件を規定するものがあります。それがいわば中間的な一般条項のように機能しているということは言えると思います。

## 2. 3 我が国の現在の裁判例・学説の状況

我が国の裁判例・学説の状況について見ておきます。諸外国でフェアユース、ないしはフェアディーリングに相当する行為について、我が国ではどうなるのだろうかということです。まず出発点として、我が国の著作権法の解釈としてフェアユースの抗弁は認められないというのが通説になっています。著作権法の構造として 30 条から 49 条にかなり詳細な個別的制限規定が設けられており、その一方で一般条項が設けられなかったわけですから、我が国の著作権法はフェアユースのような一般的な権利制限の抗弁は認めない趣旨であると解釈されているわけです。これまでの下級審裁判例はそのような立場を採用しております。

しかし、技術革新や社会環境の変化が激しい現在においては適切な個別制限規定が見当

たらないという場合も多いわけです。制限規定がないから形式的に全部侵害だと考えるのでは根本的な問題解決とはならない。そうしたことから近時の裁判例、学説では、形式的には制限規定に該当しないけれども、規範的にみて著作権者の権利行使を否定することが合理的であるという場合には、現行法の規範的な解釈を推し進めて権利行使を否定する結論を導く試みがなされています。

例えば、いわゆる写り込みのケースとして有名な事件として、雪月花事件があります。これは照明器具のカタログ用に撮影された写真の背景にたまたま他人の書が小さく写り込んでしまったため、カタログ製作者が書の著作権者から複製権侵害で訴えられたというものです。こういう事案は、イギリス法やドイツ法であれば付随的利用として権利制限が認められることになると思うのですけれども、我が国では付随的利用に関して権利制限規定を置いていないため、どう対処するのかということが問題になるわけです。

この事案において裁判例は、書の権利範囲を規範的に限定して解釈することで非侵害という結論を導いています。すなわち、著作物とは、思想又は感情を創作的に表現したものをいいますから、著作物が複製されたというためには、当該著作物の思想又は感情の創作的な表現と評価し得る部分が再現されている必要があります。この点、書の場合には、創作的表現とは墨色、墨の冴え、変化あるいは墨の勢いといった美的な表現形式に認められるわけですが、被告のカタログ写真においては原告の書は小さく写り込んでいるにすぎないものであるため、書の創作的表現部分である美的な表現形式が再現されているとはいえないとして、複製権侵害とはならないと判断されたのです。

このように、著作権の権利範囲を規範的に限定して解釈することで侵害を否定するという手法は、付随的利用に関して権利制限を否定するための手法として有効なものと考えられます。しかし、一般に著作権の権利範囲の広狭は作品の創作性の高低に比例すると考えられていますから、書のようにもともと創作性の低い作品に関しては権利範囲を限定的に解釈して非侵害とするという考え方は有効に機能するのですが、絵画のように創作性の高い作品については権利範囲を限定的に解釈するといっても限度がありますため、絵画の写り込みのようなケースでは、権利範囲を限定解釈するという手法で対処するのは困難であるという指摘もなされております。いずれにせよ、著作権の権利範囲の解釈によってフェアユースの理念を実現していくことには限界があるということです。

そうすると、次に問題となるのが、現行の権利制限規定の拡張解釈です。近時、裁判例、学説において、引用の規定の拡張解釈によって、実質的にフェアユースの理念を実現していこうとする動きがございます。これを少し紹介しておきましょう。著作権法は、引用について、次のように規定しています。すなわち、「公表された著作物は引用して利用することができる、この場合において引用は公正な慣行に合致するものであり、かつ報道、批評、研究、その他の引用の目的上、正当な範囲内で行われるものでなければならない」と定めています。言うまでもなく、引用の規定は、既存の著作物を利用した新たな表現活動を促

進めるために著作権の制限を認めた規定です。

引用に関しては、有名なパロディ事件の最高裁の判決があります。最高裁は、引用というためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができることと、両著作物の間に、引用して利用する側の著作物が主、引用される側の著作物が従の関係にあると認められることが必要だと言っています。

この最高裁判決を受けて、その後の下級審裁判例、学説は、いわゆる明瞭区別性と主従性が引用の成立要件であると解釈してきました。その結果、我が国の著作権法では、学術論文における文献引用など、伝統的な批評、論評形式の表現については、適法引用として権利制限が広く認められる余地が生じたわけですが、他方、パロディのような形態の表現については、最高裁のいう明瞭区別性、主従性要件を満たすことが困難であるため、適法引用に該当せず、したがって権利制限が認められにくいという問題を生じたわけですが。我が国では、ドイツ法における自由利用のような規定がありませんから、引用に該当しない限り、パロディ等の特殊な形式の表現活動は原則として権利侵害となってしまいます。利用する著作物の風刺、揶揄を目的としたパロディについては、権利者から利用許諾を得ることは難しいでしょうから、権利制限が認められないということになると、パロディ等の言論活動は成り立たないということになってしまうでしょう。

そこで、学説では、パロディ等についても、引用による権利制限の余地を認めるべきとするものが登場してきました。これらの学説では、最高裁の説く明瞭区別性と主従性という2要件に捉われることなく、条文に立ち返って公正な慣行に合致すること、引用の目的上正当な範囲内であること、この二つの要件を満たせば引用該当性を認めるべきであるという主張がなされています。後で報告される上野先生がそのような立場をとっておられるわけですが。

裁判例においても、近年、最高裁の示す明瞭区別性、主従性という要件に特に言及せず、条文上の要件である公正な慣行に合致すること、引用の目的上、正当な範囲内であるという要件のみで引用該当性を判断するものも登場しているわけですが。こうした裁判例の考え方によれば、学術論文における文献引用等の伝統的な批評、論評のみならず、パロディ等についても、引用が成立する余地が認められることになるだろうと思います。これらの学説は、現行法の引用規定を、「引用」という特定の利用形態に関する権利制限と捉えるのではなく、イギリス法における批評、論評目的のフェアディーリングや、ドイツ法における自由利用の規定のように、新たな独自の表現活動の促進を目的とした一般的な権利制限条項として活用する試みということができます。

さらに、近年では、こうした考え方をより推し進めて、新たな独自の表現活動を行う場合に限らず、既存の著作物を社会的価値のある活動に利用する場合一般について、引用の適用の余地を認めようとする見解も登場しています。北海道大学の田村教授がその代表的

な論者です。

例えばネットオークションでは、自己が所有している絵画をネットオークションで競売にかける場合、絵画を写真撮影してその画像をサイトに掲載することがあるわけですが、この絵画が著作物である場合は当然、絵画の複製権や公衆送信権と抵触する可能性があるわけではあります。

しかし、ネットオークションで絵画を競売にかけるのに実物の画像を掲載することができないということになると、サイトを見た人はどんな絵が出品されているのかよくわからないため、とても不便なことになります。ネットオークションという社会的に価値ある事業を遂行するためには、写真の自由な掲載を認める必要があります。その反面、掲載される写真の画質を落とすなどの措置を講じる限り、写真の掲載を認めても、著作権者に過度な不利益を及ぼすということはありません。したがって、このような場合は、著作権者の権利行使を否定することが望ましいということになるのです。そこで学説においては、こうした場合においても公正な慣行に合致すること、そして目的上、正当な範囲内での利用であることが満たされるのであれば、引用の適用を認めるべきであるという主張がなされているわけではあります。

もしこういった考え方が認められるのであれば、現行法の引用規定というのはある意味で準一般条項的な性格を持つことになるだろうと思います。つまり、引用の規定を介して、フェアユースの理念をかなりの程度実現することができるようになるのではないかと、思います。ただ、こうした考え方が必ずしも主流というわけではありません。やはり現行法の解釈としてはなかなか難しいのではないかと、という批判もあります。

その他、著作権者の権利行使を否定する手法としては、黙示の許諾論や、権利の濫用などの一般法理の活用も示唆されています。ただし、黙示の許諾論に関しては、著作権者が明示的に著作物の利用に反対している場合には当然適用することはできませんし、また、権利の濫用は、権利者による権利行使の態様や権利者の主観的意図など権利者側の事情に焦点を当てて権利行使を否定する法律構成であり、一方、フェアユースは利用者の利用行為に焦点を当てて権利制限を認めていく考え方であるため、権利の濫用という法律構成によって、フェアユースの理念を実現していくことには限界があるということも指摘されています。

このように、フェアユースのような一般条項を持たない我が国においても、解釈論的な工夫によってフェアユースの理念を実質的に実現していこうという試みがある程度なされています。こうした解釈論上の試みは非常に有益なわけではあります、現行法の解釈論である以上、現行法規定の本来の目的、趣旨からくる内在的な制約を受けるため、規範的な解釈にもやはり限度があると考えざるを得ません。権利制限規定の拡張解釈や類推解釈といっても、その規定の本来の趣旨、目的からかけ離れた解釈を許容すると、何のために制限規定が具体的に規定されているのか、条文の存在意義がなくなってしまうのです。したがって我

が国においても、現行法の合理的な解釈論で対処できない場合の受け皿規定として、フェアユースのような一般条項を導入する必要性は否定できないと思われるわけです。

こうしたことから近時、我が国においてもフェアユースのような権利制限に関する一般条項を導入すべきだという見解が主張されています。こうした見解においては現行法の権利制限規定を全部撤廃して裸の一般条項を設けるというのではなく、現行法における個別的な制限規定を存置したまま、それを受ける形でいわば補充的にフェアユースの規定を設けることを主張しています。アメリカのフェアユースのような形だと思います。

こうした方向性は比較法的にも穏当なものであり、かつ合理性を有しているだろうと思われれます。著作権法は著作物の利用者にとって行為規範としての側面がありますから、権利制限が当然に認められる場合には条文上明記しておくことが望ましいと思います。また裁判所も具体的な権利制限規定に該当する行為については解釈の疑義を生じることなく、適法と判断することが可能になります。仮に一般条項に基づいて権利制限の適否を判断する場合であっても、他に具体的な制限規定が存在すれば、それら制限規定に掲げられた考慮要素などを手がかりとして、当該事案に関して制限の適否を判断することが可能となります。そうした意味で現行の具体的な制限規定のもとで、補充的に一般条項を採用するという手法が合理的であろうと思います。

## 2. 4 リフォームの方向性

最後にリフォームの方向性について、簡単に説明したいと思います。リフォームの方向性としては比較法的な検討を踏まえると、二つあり得るだろうと思います。一つはアメリカ法のような形で現行の権利制限規定に加えて、それを補充する形で包括的な一般条項を設けるやり方です。もう一つはイギリス法やドイツ法のように、個別の権利制限規定の中に裁判所の解釈に幅をもたせる中間的な一般条項を設けるやり方があると思います。

### (1) 補充的に包括的な一般条項を導入（アメリカ型）

アメリカ型は、著作物の公正な利用に関しては著作権が制限されるという完全な一般条項を設けつつ、利用行為がフェアか否かの判断の考慮要素を条文上明記しておくというものです。

アメリカ型は、裁判所の自由裁量を広く認める制度であり、特に技術革新や社会環境の変化が激しい現在においては、従来にない新たな著作物の利用形態に対して権利制限の適否を裁判所が柔軟に判断し得るということで妥当性を有する面もありますが、他方で裁判所に広範な裁量を認めた場合には裁判所が適切な判断をなし得るのか、特にアメリカ法と違って判例の蓄積がない状況下において裁判所がフェアか否かの判断を適切になし得るのかという疑問もあります。

また、アメリカ型を導入する場合には、ベルヌ条約や TRIPs 協定のスリーステップテストに関する検討も必要となります。条約では、複製権に関して、「特別な場合に複製を認める権能は各国立法に留保される」と規定されているため（ベルヌ条約 9 条（2））、フェアユースのような包括的な権利制限規定を設けることは「特別な場合に」権利制限を認めるとの趣旨に反するのではないか、という問題です。先ほど、小川弁護士の方から、スリーステップテストに即して条文化する限り、問題ないという指摘がありまして、アメリカでも、フェアユースはスリーステップテストに反しないという見解も有力ですが、他方で、一般条項はスリーステップテストに反するという批判もありますので、注意が必要です。

## （2）個別の権利制限規定の中に中間的な一般条項を導入（イギリス型）

イギリス型は個別的な権利制限規定の中に裁判所の解釈の幅をもたせる一般条項を設けるといえるものです。我が国の著作権法は、権利制限の適用がある場合に関し、法律要件をかなり詳細かつ具体的に規定していますが、イギリス型では、そうした個別的制限規定のうち、特定の目的を有する利用行為については、具体的な法律要件を書かずに、公正な利用である限り著作権を制限すると一般的に規定しておき、何が公正な利用に当たるかの判断を裁判所に委ねることになります。既に御紹介しましたように、イギリス法においては、批評、論評目的の利用や報道目的の利用、研究、私的教育目的の利用などに関して、フェアディールングの条項が設けられております。これらは、私人の表現の自由や学問の自由など、個人の重要な基本権に関わる著作物の利用ということがいええます。こうした利用行為に関しては、条文上の要件を満たさない限り、著作権者による硬直的な権利行使を認めるとするよりも、個別事案ごとに裁判所が著作権者の利益と著作物の利用の利益とを衡量して権利行使の可否を判断することが望ましい場合もあるため、わが国においても、イギリス型を採用することは十分検討に値すると考えられます。

例えば、引用の規定について、現行法は、「引用」という著作物の利用形態に関して権利制限を認めるという前提を取っています。それゆえ、最高裁は、「引用」とは、明瞭区別性、付従性を満たすものをいい、これを満たさないものは、そもそも「引用」とはいえないとして、権利制限を否定することになっているわけです。しかし、引用の規定の背後には、既存の著作物を利用した新たな独自の表現活動を促進するという価値判断があります。この価値判断を推し進めるならば、別に、「引用」という利用形態に限らなくとも、パロディ等も含めて、新たな独自の表現活動を行うために既存の著作物を利用する行為一般について、権利制限の余地を認めるべきであるということになるでしょう。そうすると、立法論としては、「引用による利用」という限定を撤廃し、イギリス法のように、「報道、批評、研究その他の目的により表現活動を行う場合には、他人の著作物を公正に利用することができる」とすることが考えられるでしょう。このような立法の方向性は、「引用」概念を拡張解釈しようとする近時の裁判例、学説の傾向にも合致するものといえるでしょう。

イギリス型に関しては、立法による目的限定が課されるため、アメリカ型に比べると柔軟性に欠くきらいがあることは否めませんが、個別的限定列挙主義を採用している我が国の法制になじみやすいものということができます。既に、裁判例・学説において、個別規定の拡張解釈が志向されているというお話をしましたが、立法に際しても、そうした裁判例・学説の動向を踏まえて、拡張解釈が強く要請されている条項に関しては、徐々に現行法の法律要件の限定を撤廃し、裁判所の解釈の裁量を広げていくということも考えられるでしょう。

### (3) 侵害に対する救済のあり方の再構成

最後にフェアユースの問題とは別個の問題ですが、フェアユースの問題と一体的に論じられるべき問題として、侵害に対する救済の問題についても言及しておきます。

現在法では、著作権侵害が認定されると、侵害のおそれがある限り、自動的に差止請求が認められる構造になっています。つまり侵害に対する救済手段として差止めが認められるかどうかに関して、裁判所の裁量が働く余地はないわけです。

この構造は、物権法のアナロジーから来るものです。もともと我が国の物権法では侵害状態が生じた場合に侵害状態を排除できるということ自体が権利の内容になっています。著作権は物権的な権利と考えられていますから、著作権侵害が認定されると、権利濫用の場合は別として、著作権の権利の内容として、自動的に差止請求が認められることになっているわけです。

しかし、著作権侵害の救済手段に関して、物権法的なアナロジーを貫徹することが妥当なのかという点は、今後、再検討される必要があるだろうと思います。確かに、侵害事案の多くは、差止めによる救済が望ましいと考えられるわけですが、フェアユースが問題となる類型の事案に関しては、裁判所が救済のあり方についてももう少し柔軟に判断する余地を認めてもいいと思うわけです。

フェアユースとは、ごく大雑把に言えば、著作権者側の利益と著作物の利用者側の利益とを比較衡量し、著作物の利用者側の利益が著作権者側の利益を上回る場合に権利制限を認めるものといえます。フェアユースを認めることによって著作権者は何らかの不利益を被るかもしれませんが、その不利益は、著作物の利用者が得られる利益の大きさによって正当化されることとなります。しかし、事案によっては、確かに著作物の利用者側の利益が大きいから、フェアユースによる利用を認めるべきではあるが、反面、フェアユースを認めることで著作権者に及ぼす不利益も看過できないほど大きいという場合もあり得ます。こうした場合に、フェアユースの適用の有無だけで問題解決を図ろうとすると、どちらか一方の利益に偏した不公平な解決になるおそれがあります。裁判所も、このような案件では、フェアユースの成否について相当困難な判断を強いられることになるだろうと思います。

そこで、そうした場合の折衷的な解決策として、著作権侵害を一応認めたと上で、侵害に対する救済として、差止請求を否定し、利用料相当額の損害賠償請求のみ認めるということが考えられます。これによれば、著作物の利用者は利用料に相当する額の金銭を支払うことで著作物の利用を継続することができるわけであり、著作権者と著作物の利用者の合理的な利害調整が実現できることになるだろうと思います。裁判所としても、フェアユースの成否だけで問題解決を図らなければならない場合に比べると、より柔軟な対応が可能となるため、裁判所の判断の負荷が軽減されることにもなるだろうと思います。

アメリカやイギリスなどのコモンローの国では、もともと裁量的な差止制度を有しているため、フェアユースが問題となる案件においては、裁判所が差止めによる救済を否定し、金銭賠償の限度で救済を認めるということが行われております。我が国は、コモンローとは異なる法体系を有しているため、アメリカやイギリスで裁量的な差止制度が採られているからといって、直ちに我が国においても導入すべきであるということにはならないのですが、他方で、著作権法がもともと文化の振興を図る政策立法であるということを考えますと、著作権法の制度設計はもともと政策的見地から自由になし得るはずですから、著作権侵害の救済手段として裁量的差止めを導入することも、決して不可能ではないと思われま

す。確かに、現行法は、著作権を物権的権利として構成しておりますが、それは必ずしも論理必然的なものではありません。現行法は、著作権を物権的な権利として構成することが著作者の保護にとって望ましいという一種の政策的な考慮に基づいて、著作権を物権的な権利と構成しているわけです。したがって、将来の立法論を検討するにあたっては、現在の物権的構成に固執することなく、著作権者の保護と著作物利用者の利益とのバランスを実現するために、どのような救済手段が望ましいのか、という観点から、もっと柔軟に考えることができるのではないかと思います。

冒頭で基調講演をされた中山先生は、著作権というものは人工的な権利であって、その内容は政策的に自由に決定することができるものと主張され、著作権の内容として、現在の排他権的な構成に限らず、対価徴収権的な構成をとることもあり得るということを示唆されております。著作権の権利の内容を柔軟に制度設計できるのと同様に、権利侵害の救済手段についても、政策的な考慮から柔軟な制度設計が求められていると考えます。

このように、立法論としてフェアユースの導入について検討する場合には、フェアユースの問題と侵害に対する救済手段とをセットで論じることによって、より合理的な制度設計を行うことができるのではないかと考えております。

### 3 同一性保持権の観点から

山神清和

#### 3. 1 はじめに(問題設定)

私が担当したのは同一性保持権をどう改革していくかということです。その方向性を探るために事前にいただいたアンケートの回答結果を見たところ、残念なことに同一性保持権に直接言及された方はほとんどいらっしゃらなかったようです。レジュメにあるご意見を3名からいただきました。「プログラム著作権に関する著作者人格権を見直すべき」、「著作財産権、著作者人格権双方の権利制限一般条項を設けるべき。50条は削除」は、よく言われているところですが、「著作権期間は、人格権は無限とする」というご意見は、116条などでは不十分で、人格権は死後も永続するという規定を設けるべきという趣旨だと思います。

しかし、3名だけといっても実はよく見るとフェアユースの規定を導入すべきと書かれた多数の方がおられるわけで、これらの方の言わんとするところは、人格権についても何らかの制限を認めていこうという趣旨だろうと私は考えます。そこで本報告ではこのリフォームを見据えるに当たってどのように同一性保持権を考えていくかに焦点を当てたいと思います。アンケートの結果、人格権を無限にするというご意見のほかに、フェアユースについても権利者を擁護する立場の方がいらっしゃいました。従って、私の報告は初めに権利制限ありきという立場ではなくて、あり得るべき方向性として両者のバランスをとったリフォーム案を考えていくという立場で報告をしていきたいと思っています。

#### 3. 2 同一性保持権の内容（ベルヌ条約と比較して）

本来であればここで同一性保持権の内容を説明する予定だったわけですが、小川先生が詳しくお話をしていただいたので、簡単にもう一度復習します。我が国の著作権法20条とベルヌ条約の規定はレジュメにあるように違うところがあるわけです。アンダーラインを引いたところが違うところですが、両方を読み比べるとベルヌ条約より強く保護していると理解されてまいりました。これはベルヌプラスと言われております。同一性保持権だけではないわけですが、同一性保持権についてもベルヌ条約より保護するという立場であるわけです。

### 3. 3 同一性保持権の抱える問題点

こういった我が国の法制度がデジタル化に対応できない、もしくはコンテンツの流通促進をむしろ阻害しているという指摘があります。これも目新しいことではなくて古くからいろいろ議論されているところです。冒頭で基調講演された中山先生も、ベルヌ条約上の義務があるからそれを下げることはできない、しかしデジタル時代にふさわしい文化の発展に裨益する制度に変えていくべきだといろんな場所でおっしゃって、先日公表された新しい教科書でもそういったことを触れられており、楢山先生のレジュメに書いてあります。

デジタル化に対応していくこと、そしてデジタル化にコンテンツの流出を阻害している事例について私なりに説明します。もともとデジタル情報としての著作物、例えばコンピュータ・プログラムはもちろんですが、最近のコンピュータ技術の発達により伝統的な著作物を容易にデジタル化することができるようになってきました。それは何を意味するかというと、技術的には極めて改変しやすいということです。

そして、デジタル化すること自体が同一性保持権の侵害になるという立場もありましょうが、私はデジタル化するというのは複製であると、そして複製した後、改変もしくはさらなる複製をしていくことがデジタル化によって容易に行われていく状況にあるという立場であります。

例えばフィルムカメラで写真を撮る。デジカメではなくてフィルムを入れたカメラで写真を撮って現像に出すというときには、写真を改変することは非常に大変であったわけです。それが今では一般人が非常に簡単に修正することができます。昔はプロにお任せしないといけなかった就職用写真が現在は自宅で、自分で修正することができる時代になってきたわけです。

若干、同一性保持権と離れますが、昔は一般人ができなかった放送、出版がインターネットの登場によって非常に容易にできるようになったのと同じで、一般人が既存著作物をデジタル化、もしくは既にデジタル化されて流通しているものに加工することによって新しい著作物を生み出していく事例がどんどん出ています。

そのときに恐らく多くの参加者の問題意識として、これは私も同じですが、それを認めてほしいのだと思います。例えば、現行の著作権法でいくと、それを加工したものをネットで公開すると基本的には同一性保持権の侵害であるとされかねない、翻案権など脇においても、そういったことが問題になるので、これらの著作権侵害が怖くてできないことを自由にやらせてほしいというのが皆さんの意識なのだろうと思われまます。

### 3. 4 仮想事例の設定

そういったことを考えるに当たって幾つか議論の素材として仮想事例を設定しました。

二つあります。一つは写真素材の Web を介した提供サービス。もう一つはプログラムソースコード・モジュールの提供サービスを考えてみました。この二つを取り上げた趣旨は、現実に既にありそうなサービスを考えたということです。特に写真については恐らくこういったサービスは、相当数実施されているはずですが。

それからもう一つ、写真とプログラムというのは著作物の性質によって、もしくは同一性保持権についての議論を変える必要があるのではないかという議論を念頭に置いています。伝統的著作物としての写真と、機能的著作物の代表としてのプログラムを取り上げたわけです。これを素材にして現行同一性保持権が抱える問題点を議論していきたいと考えているわけです。

そして少し飛びますが、裁判例の概要では何も書いておりません。ここではどういうことを考えたかということを中心に話しておきます。当初はこういった今の事例を考える上で何かネタはないかといった目的の一つ。ネタとなる裁判例を見つけることです。それからもう一つは、事務局から、同一性保持権が争われた事例の分析をしていただきたいとのご趣旨の依頼がありました。それは要するに以下のようなことを考えておりました。著作権侵害事件は世の中にたくさんあり、その中で同一性保持権が争われた事例を探し、(もちろん争われても判断が下されないことはたくさんあるわけですが)その中で同一性保持権について判断を下されたものの中で、一体何ゆえに同一性保持権の侵害が請求として立てられていったかということ进行分析することでした。

TKC さんの LEX/DB というデータベースを使って探したところ頓挫しました。非常にたくさん裁判例はあるわけですが、ツールとして、もしくは私が使いこなしていないせいなのか十分に分析ができなかったわけです。たくさんあって、一つ一つ最終的には裁判例の中身まで読んでいかないと簡単に探せない。

そういった中で、しかし幾つか成果はありました。一つ目は当初想定していた事例が見つかりました。同一性保持権、本当は人格権ですからその人のやむにやまれぬといったところから出てくる請求であるはずですが、しかし、本当は財産権で交渉しないといけないものを、著作財産権を譲渡してしまったがために、自分に残っているのは人格権しかないといった局面で、お金が欲しいというところちょっと言い過ぎですが、経済的な何らかの対価を回収するために同一性保持権を使う、それが一つの当初想定したタイプです。

二つ目はどうしても変えてほしくない。先ほどの写真の例で申し上げると、写真をやっている方は写真の色には非常にうるさいわけです。一般の人はどうでもいい色についても、写真が好きな人は非常にうるさく言う。例えば皆さんが「写ルンです」で写真を撮って現像に出すと、実は現像というのは自動的に色を補正してくれるわけです。ですから露出が間違っても適当な色で撮っても、一般人が一般的にこれはきれいだなと思う写真として出してくれます。しかし写真にうるさい人は、機械が勝手にそういうふうに修正することは許しがたいということがあります。そういう原告と被告側での著作物に対する認識の

違いが問題となる事例が裁判の中でもないのかということです。

三つ目は平たく言うと、けんかをしている論争相手が自分の著作物を使った、相手の意見の表明を阻止するために同一性保持権を使うといったものも最近は見られるようになってきました。有名なのは東京公判の平成 12 年 4 月 25 日の脱ゴーマニズム宣言という、目線を入れて漫画を引用したという事件でした。目に黒線を入れたというのが同一性保持権侵害であるとされたものです。

まだ裁判例に載っていないものとして平成 19 年 4 月 12 日に出された判決がありました。これは創価学会が出している雑誌『聖教グラフ』の中の写真を創価学会に反対する方々が勝手にトリミングしてネットに載せていた。被告は自分が改ざんしたのではなくて、どこかのネットで流通していたトリミング写真を入手、コピーして創価学会を批判する自分のページに載せていたという事例です。従って、自分では改変しておらず、改変した写真を複製した行為が問題となりました。この場合も最終的には結論として同一性保持権の侵害が認められたわけです。こういった三つのタイプがあることがわかりました。それを念頭に事例を考えていきます。

レジュメでは、三つの事例を出しています。簡単に趣旨だけ説明します。1 番目、これは何を考えたかということ、どういじってもよいと提供した写真ですが、後から考えてそこはやめてほしいということがあった場合にどうするか。写真の着色処理です。モノクロ写真を愛好する方からすると耐えがたい処理です。

2 番目、これは改ざんを行うなど事前に言っているわけです。しかし何か付加的な価値をつけて新しい情報が生み出されているときに、そういった行為を同一性保持権で止めるのはいかなものかという考え方です。3 番目はプログラムを一たん提供したときに、人格権を自分に留保していたわけですから人格権を行使できるわけです。しかしそれが行使できない場合というのはないのだろうか。プログラムというものは本来提供されて、それを自分が新しくアップデートしていくこともありましようが、多くの人によってアップデートされていく。まさにリナックスの世界のようなものを考えると、そういったときに人格権の行使を認めてよいのだろうかという問題意識があります。

### 3. 5 現在までの検討状況

いま言ったような事例について現在までにどういう検討がなされてきたかということですが、ここは大幅に省略します。多くの政府の審議会で検討されているということのほか、学説も多くの方が検討されています。

一つだけ紹介します。これから報告される上野先生はこの分野の権威であり、多くの論法を出されています。特に今日の私の報告に相応しい論文として、『民商法雑誌』の 120 巻 4、5 号合併号、それから 6 号に書かれている「著作物の改変と著作者人格権をめぐる

一考察」を挙げたいと思います。この論文は、権利者と利用者の調整にあたって 20 条 2 項 4 号を活用しようと主張されています。ドイツ法では 14 条に定められる改変禁止権というのがありますが、そこでは「正当な精神的、人格的利益を損ねる改変を禁止する」という仕組みが用意されており、「正当な精神的、人格的利益を損ねる改変」という文言の解釈によってうまく一般条項的に働いていると紹介されています。これを我が国の 20 条 2 項 4 号の解釈に役立てようというすばらしい論文なので紹介します。

それからもう一つ、事務局から要望があったのは、ほかの国ではどうなっているのかということでした。ドイツ、アメリカなどは既にいろいろほかの先生が紹介されていますが、これも論文だけ紹介します。『筑波法制』の 22 号、26 号、28 号に、戸波美代先生が「著作人人格権に関する一考察」ということで、各国の著作人人格権を網羅的に驚くべき数の整理をされていて私も大いに参考にさせていただきました。

そこでは一体このドイツ方式がどう書かれているか。名誉声望要件をそのままベルヌ条約と同じようにするもの、名誉声望要件を狭めるもの、名誉声望要件を広げるもの、名誉声望要件と異なる独自の要件、つまり日本という要件を設けるタイプ、名誉声望要件に対応する要件を定めず極めて広い保護を与えるタイプ、逆に狭い保護しか与えないタイプという、世界じゅうにはいろんな法律があるということがわかったというわけです。

したがって我が国もこれからここで私が述べるようなリフォームを行うとしても、恐らくベルヌ条約上の問題は出てこない。ベルヌ条約上の問題は出てこないもう一つの論拠として、アメリカ法の状況があります。アメリカはベルヌ条約を遵守しているか。厳密に言えば多分してないと思います。していないけれども全体的に見れば恐らくこれは条約違反ぎりぎりという感じだと思います。ですから我が国がこれから 20 条を変えるということ、既にベルヌプラスであるわけですから、若干それを緩くすることは十分可能であるということになります。

### 3. 6 若干の前提事項の整理

ここは大幅に飛ばしますが、そもそも財産権としての 27 条、28 条と同一性保持権はどういう関係にあるのか。我が国では二元的構成といって財産権と人格権と二つに分けているので、こういったややこしい問題が出てきます。ですからこのレジメで整理したように、また裂き状態になることもあることも議論の中では覚えていただきたい。

一般的人格権との関係も重要です。異質説と同質説があります。一般的人格権と違うものが著作人人格権であるという考え方と、いや同質だという考え方があります。私は同質説をとります。しかし異質説の立場を付度するに、恐らく同一性保持権の制限を置くことへの躊躇があるのだらうと考えます。

著作物の性質によって扱いに差を設けるべきなのかということも非常に重要な論点である

うと思います。

### 3. 7 改正に関する私見

改正としては、現行の規定の解釈による対応がまず考え得るわけですが、やはり立法趣旨、立法時の議論の経過を見ると厳格に解釈せざるを得ないということになります。そこでリフォームが必要であるということになるわけです。

リフォームをするに当たってどういうことを考えるかということが、レジユメの最後に書いてあります。デジタルコンテンツの流通促進にどれだけ適切なものか。それから同一性保持権の行使を制限することはそもそも適切か。つまり同一性保持権というのは人格権の一つ、そしてその人格の発露としてあらわれた部分を保護すると考えると、リフォームはそれと逆の方向になるわけです。そういった相入れない二つの価値観をうまく整理する必要があります。

どうやって改正していくということですが、私がとりたいのはアンダーラインを引いた「同一性保持権に関する規定の修正(20条1項および2項4号の修正、2項に新類型追加)」です。非常にありきたりの解決策ですが、ほかの策はとらない。その理由だけ簡単に申し上げます。

まず、私的改変に対する適用除外規定。つまり50条削除といったことはコンテンツを流通させていく、公衆に対して発信していくことを考えると(このような行為はもはや私的とは言えないわけです)恐らく射程から外れるだろう。そして契約によるオーバーライドについては、もちろんそれを入れる規定は考えるわけです。例えば文書で包括的に行使しないとする場合には、この20条1項は適用できないようにする考え方はあり得ます。しかし契約というのは契約を結んだ当事者間だけです。そうするとそれからさらに先に行ったところでは自由に著作物を利用できないという欠陥があります。それからもう一つ、著作権者人格権を観念し得ない著作物類型をつくってそこに押し込めてしまう。ですから一般の著作物について、著作権者人格権は従来と同じという対応策も考えられるわけです。それについては著作権者人格権を観念し得ない著作物類型は一体どういうものなのか。例えばコンピュータ・プログラム一つとってみても、最近は映画と見まがうばかりのゲームソフトが出てくると、それは果たして一律に人格権を奪ってしまってもよいのかということになります。

したがって私としては、このアンダーラインを引いたところに落ち着くわけです。もう少し詳しく見ますと、20条1項に、例えば名誉声望を害しない、害するものだけを同一性保持権の範囲とするという修正をし、さらに2項の著作権者人格権侵害とならない場合の例示を増やすということになります。解釈で20条2項4号をやや緩めに解するという方法はあるのですが、一般条項として活用するということまでは踏み込めないで、

このような修正を行うというところに落ち着いたわけです。

## 4 著作物等の保護と利用

上野達弘

### 4. 1 はじめに

当初私に与えられた課題はレジュメにある「利用促進関連（登録・裁定・保護期間・契約等）」でした。正確に言うと、4人のパネリストに与えられた四つのテーマの中から自分で選んだわけですが、これは「等」がついているところからしてもほかのテーマに比べて包括的であると言えようかと思えます。そういう観点からほかの3テーマ以外の細かい論点を、いわば受け皿的に拾ってそれぞれ概観したいと思えます。

ただ、準備段階で気がつきましたのは、本日のシンポジウムは「著作権リフォーム」とタイトルがついてはいますが、よく聞いていると具体的には、「著作権制度が著作物等の円滑な利用の妨げにならないようにリフォームする」という方向性が共有されているようです。このような傾向はこのシンポジウムに限った話ではありません。最近「利用の円滑化」あるいは「著作物等の流通促進」といったことが自明の目指されるべき目的として声高に主張されることが多いわけです。

そこで、本報告においては、与えられた課題には触れつつも、この「著作物等の利用促進」という方向性それ自体についても総括的に検討してみたいと思うわけです。

ではなぜ利用促進が主張されるのか。しかもこれに伴って著作権問題自体が最近はいわば一般ユーザを巻き込んだ激しい議論を巻き起こしているのはなぜかということが問題になります。それはやはり技術の発展による社会状況の変化を看過することができません。既に指摘されていることですが、具体的に見ると以下の二つが含まれます。

一つは一般的な利用態様の拡大です。すなわちデジタル及びネットワークといった技術の発展により、従来から著作物等の利用主体であった、例えば出版社や放送局等の中間的な伝達主体による利用態様の可能性が少なくとも技術的には拡大したということです。その意味ではせっかく技術が発展してネット送信などの利用行為が技術的には可能になったにもかかわらず、仮に著作権制度が原因となってこの中間主体の利用行為が妨げられるとすれば、これはネットビジネスの発展を阻害することになってしまうとともに、エンドユーザが著作物等にアクセスする機会がその限りで減殺されることになると考えられます。

これがうまくいかない場合、それは「作品の死蔵」と呼ばれることがあります。そのためせっかく技術的可能性が拡大した利用行為を促進すれば、コンテンツビジネスが発展するとともにエンドユーザが著作物等にアクセスする可能性を拡大することになります。それはひとまず望ましいと考えられているわけです。

第2に主体の拡大です。既に中山教授からも指摘がありましたけれども、技術の発展と

普及——とりわけデジタル技術とそれを前提にしたネットワーク技術の発展と一般化——によって著作物等利用の主体がその数と規模において拡大しました。従来であれば放送局や出版社など大きな資本を持つものに限られた著作物の利用主体が現在では一般人でもCD-ROMをつくったり、ネットで配信ができるようになったわけです。

こうした行為が法的に制約されることになると、私人が有する一般的な行為自由がその限りで制約されることとなります。そこでせつかく技術的可能性が拡大した利用行為を促進すればユーザへの行為自由を確保することになり、それはひとまず望ましいと考えられることとなります。では利用促進といっても具体的にどういう利用が促進され、あるいは確保されるべきなのでしょう。既にさまざまに指摘されていますけれど整理すると以下の三つに整理できると思います。

一つ目はエンドユーザの行為自由の確保です。ダウンロードの違法化とか、私的録音録画補償金制度などに伴って論じられていることがこれに当たります。ここでは著作権制度が原因となってエンドユーザの行為自由が過度に害されることがないように目指されることとなります。

二つ目に出版社や放送局といった、かねてから著作物の伝達を担ってきた中間的な伝達主体による伝達行為の確保です。例えば過去の放送番組をネット配信するとか、DVD化するといったことがこれに当たります。ここでは著作権制度が原因となって中間的な伝達主体の行為が過剰に害されないようにし、その結果コンテンツビジネスを活性化させるとともに、一般ユーザが著作物等にアクセスできる機会を拡大することが目指されるわけです。

三つ目に新たな表現活動の確保です。もちろん先ほどの伝達行為と異なり、例えば他人の著作物等にインスピレーションを得て、あるいはこれを参考にして新たな表現活動を行うという場合のように、そもそも著作権が及ばないような行為も多いわけです。とはいえ、他人の著作物等、例えばキャラクターとか音楽の本質的特徴を直接感得できるような形で複製ないし翻案するという表現活動もあるわけです。

これは映画において他人のキャラクターを使うとか、小説の映画化、アニメ化、あるいはパロディなどが含まれます。また他人の著作物をそのまま演奏や上演等によって表現活動を展開することもあります。ここでは著作権制度が原因となってそうした表現活動が過度に阻害されないように、これが目指されることになるわけです。

このように整理すると、本日のシンポジウムは、二つ目、三つ目が中心であり、私に与えられた課題はどちらかというと二つ目のものが中心になると思います。そこで次にこの与えられた個別のテーマについてほんの少しずつですが触れたいと思います。

## 4. 2 論点

### (1) 保護期間

第1に保護期間についてです。保護期間については近時、延長の是非をめぐって激しく議論されているところです。この保護期間の問題も「著作物等の利用促進」に絡めて議論されることがあります。保護期間が延長されるとそれだけ過去の著作物等の利用や、あるいはこれを利用した二次的な表現活動が阻害されるという声はよく聞くわけですが。確かに著作者の権利等が著作物等の利用促進を阻害するという観点から見れば、著作権の消滅が時間的に遅いということはそれだけ利用阻害することになります。その意味では著作権等の権利が早期に消滅するほうが著作物等の利用を促進すると考えられているわけでありませぬ。

このことについてはいろいろ述べたいこともあるわけですが、少なくともここでは次の点を強調しておきたいと思ひます。というのは、保護期間をめぐる議論自体というのは直接にはあくまで「長さ」の問題に過ぎないということです。確かに著作権の存続期間が延長されると、私人の行為自由に対する著作権による制約というのが時間的に延びることになります。

しかし、もし二次創作や表現活動の自由を確保すべきだということであれば、それは保護期間の「長短」の問題ではなく、本来は著作権という「存在」それ自体の問題のはずであり、保護期間の長短というのは程度問題にすぎないように思ひます。その意味では二次創作やパロディの自由を確保すべきであるということであれば、保護期間について議論するよりも著作権存続期間中の自由、あるいは権利制限等において確保されるべきことですがけれども、このことを論ずるほうがずっと意味があるように思われます。

つまり、保護期間をめぐる議論において「利用促進」という観点からなされる主張の中には、保護期間の問題とは直接関係せず、著作権それ自体が強過ぎることの問題ではないか思ふものがしばしば散見されるわけですが。

ただ、保護期間が延長されると著作権等を相続した遺族が拡散する可能性は現状と比べると確かに高まります。その結果、著作権者と連絡をとることが難しくなり、著作者の権利者の調査及び要するコストがかさむと著作物等の利用が相対的に阻害されることは確かであろうと思ひます。

そこで利用の阻害が生じないように、仮に著作権保護期間の存続期間を延長するとしても、それとセットでさまざまな措置の検討がなされています。いま審議会の「過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会」で行われている議論もそのような趣旨によるところと考えられます。

その意味では、90年代に早期に保護期間を延長した欧米よりも、インターネット時代が定着した現在の日本においてこそ、あるべき制度が模索できるのではないかと考えられます。

す。その上で日本発の制度を打ち出してこれを世界に発信するチャンスではないかと私も考えている次第です。

さて、仮に保護期間を延長するとしても、それとセットにする具体的措置として例えば以下のようなものが考えられます。

一つ目に延長登録制度です。保護期間の延長に関してはビジネス的に意味のある著作物に限らず、すべての著作物について一律に著作権を延長してしまうことに問題があるとの指摘もあります。そこで50年の保護期間が消滅する直前に延長登録をすることによって、例えば20年、著作権の存続期間を延長することができるという制度も考えられます。これによると登録する価値のある著作物の著作権だけが存続することになります。延長登録に際しては権利者の代表者を決めさせるなどにより、権利者の拡散を防止するという方法もありましょう。

二つ目に有償公有制度です。保護期間の延長に関しては、著作権等があると利用行為自体ができなくなってしまうことを問題視する声があります。そこで50年の保護期間終了後は禁止権としての著作権ではなく、報酬請求権として20年間存続するという制度も考えられます。これによると一定の金銭を支払えば自由に利用できることから、利用行為の自由はその限りで害されないということになります。もっともこの点、無方式主義を要求しているベルヌ条約と、齟齬を来す可能性があるとの茶園成樹先生の指摘もありますけれども、ベルヌ条約上の義務となっている死後50年間の著作権が排他権でありさえすれば、その後は補償金請求権に転化しても条約上問題ないと私は考えています。実際のところ、過去の外国法においていわゆる有償公有制度がありましたし、現在でも阿部浩二先生のようにこれを支持する見解があるわけです。

三つ目に、保護期間を延長するとしてもそのかわりに全体的にあるいは少なくとも延長部分については、従来よりも広い、特にフェアユース的な権利制限規定を設けるという措置が考えられます。

四つ目に、保護期間を延長するとしても対象となる権利を限定するという手もあります。保護期間の延長問題をめぐっても、他人の著作物等をそのままコピーするのはともかくとして、他人の著作物をアレンジして新たな表現行為を行うことは許されるべきだとの声もあります。そこで著作権の中でも複製権や上演権等、そのままの形で著作物を利用する権利は存続期間を延長するとしても、27条及び28条の権利、これはつまり二次的著作物を作成する権利とそれを利用する権利ですけれども、この権利については消滅するという措置も考えられるわけです。

五つ目に保護期間を延長するとしても戦時加算を解消する手もあります。従来は保護期間を延長する際に戦時加算を解消するということが平和条約の解釈上できないと考えられてきましたけれども、私自身はそうでない可能性を検討する余地が十分にあると考えています。以上が一つ目の保護期間です。

## (2) 技術を活用した権利処理の促進

二つ目に権利処理の促進です。新しい技術を活用した権利処理の促進によって著作物等の利用を促進するという方策もあり得ます。つまりデジタル技術やデータベースを活用することにより、権利処理を促進することができるのではないかとことです。ただ、こうした技術の活用に関しては、かつては評価が分かれていたように思います。

10年以上も前の議論ですが、デジタル及びネットワーク時代に直面して、もはや利用行為が把握できなくなったということから、例えば私的録音録画補償金制度を導入するなど、いわゆる著作権の「報酬請求権化」という現象がありました。こうした現象にどう対処するかという点で議論が分かれます。

第一に、著作権の報酬請求権化という傾向を積極的に受け入れ、むしろその方向で著作権そのものをパラダイム変換すべきだという立場——パラダイム変換アプローチ（中山教授はこちらに属します）がありました。

第二に、著作権の報酬請求権化は過渡的な「やむを得ない擬制」であると消極的に捉えて、技術の活用によって排他的許諾権としての著作権を回復することを志向する「技術的アプローチ」（北川善太郎教授はこちらに属するとされました）という立場がありました。

しかしその後、電子透かしの発達、あるいはネットワークの発達など、技術の発達によって技術を活用した権利処理——最近では「DRM」と呼ばれていますが——これはかなり現実的化してきたといえましょう。

私自身も当時、ECMS（電子著作権管理システム）と呼ばれていた DRM について勉強しており、技術による著作権の保護及び管理については肯定的な評価を与えていました。特に、単に権利の所在情報のデータベースをつくるというだけではなく、権利者が自分の著作物等の利用条件まで自由に設定できるようにすることによって著作物等の利用許諾契約が促進されると考えたわけです。

これは、デジタルおよびネットワーク時代に直面して権利の性質自体を変えてしまうという解決ではなく、著作権が排他権であることは維持したままで、契約あるいは意思に基づく権利処理を目指すものということができます。そうすると、著作権というのは報酬請求権にしなくても、排他的許諾権のままであっても円滑な利用が促進され、他方、権利の保護も実現できるというわけです。

現状では、既にさまざまな DRM があります。最近の報道によるとデジタルコンテンツに限らず、紙媒体にも ID をつけるなどして利用状況に応じた課金ができる技術が開発されつつあるようです。

他方、無償の利用を公衆に向けて許諾するものとして、文化庁が推進している「自由利用マーク」とか、あるいはクリエイティブ・コモンズ・ライセンスもあります。これも著作権が排他権であることをさしあたり前提としつつ、著作物等の自発的な利用の促進を図

るものと位置づけられます。

さらに、私は著作権の「放棄」を表明するサイトがあってもいいのではないかと審議会  
で発言したことがあります。保護期間延長に反対する声の中には、例えばこういう声もあ  
ります。つまり、「クリエイタというものは自分の作品が利用されるのが喜びである。だか  
ら自分の作品もどんどん使ってもらいたい。私は著作権の存続期間は死後 10 年で構わな  
い」という人もいるわけです。

こういう声に対して、私は「それなら著作権を放棄すればいいではないか。それは保護  
期間の問題ではないのではないか」といっています。著作権は私権なので、権利が  
ない方が好都合な人は自由に放棄して消滅させればいいわけです。確かに放棄するメリッ  
トなどないのでだれも放棄しないという声もありますが、それなら無償で許諾している「ク  
リエイティブ・コモンズ」だって成り立たないはずではないでしょうか。

また、著作権等の所在をできるだけデータベースに登録させるような制度をつくること  
も考えられます。かつて文化庁でも「J-CIS」という——今や懐かしい響きですが——権  
利情報システムが提案されていました。しかしその財源をどうするかとか、登録のメリッ  
トなどがあるかなど、なお問題が残されています。

以上は現行の制度を前提としつつ円滑な権利処理を図ることによって著作物等の利用を  
促進しようとするものです。

### (3) 裁定制度見直しの可能性

三つ目に、それでは十分でない場合の裁定制度見直しの可能性について触れたいと思  
います。権利者の許諾は得られていないけれども著作物を利用することを合法化するために、  
例えば文化庁長官の裁定を認めるという可能性があるわけです。

既に現行著作権法にも裁定に関して三つの規定があります。67 条、68 条、69 条とい  
うものです。このうち、68 条、69 条については実際の例がありませんが、67 条の著作権者  
不明等の場合における利用に関する裁定については、これまで 30 件強の実例があります。  
確かに著作権者不明等の場合についてはこの現行の裁定制度が活用できるとしても、それ  
が不十分だとの指摘もあります。

例えば要件としては、著作権者不明のみの場合ならず、協議不調の場合についても一般  
的な規定を設けるべきであるとか、あるいは主体を限定して、例えば放送事業者であれば  
適用される規定や、あるいは対象となる権利に関しても著作権のみならず、著作隣接権  
も加えるといった可能性が考えられます。もちろんここでは条約との関係が問題となりま  
す。

裁定制度については、制度面のみならず、運用面においても問題点を指摘できます。  
例えば最近 CRIC（社団法人著作権情報センター）のサイトを活用して不明権利者の調査  
ができるようになっていきます。

以上、さしあたり、与えられた課題について触れました。

#### 4. 3 おわりに

最後にそもそも論として以下の点を指摘しておきたいと思います。

##### (1) 原理間衡量としての「著作物等の保護と利用」

まず、「著作物等の利用促進」というものそれ自体についてです。周知のように、そして本日のテーマにもなっていると考えられるように、近時の議論においては「利用の促進」あるいは「著作物等の流通促進」といったことが声高に主張されています。それは目指されるべき目標としてあたかも自明の前提であるかのようです。ここではそれ自体を問い直してみたいと思います。それが私の報告テーマを利用促進ではなく「著作物等の保護と利用」とした理由でもあります。

近時、著作物等あるいはコンテンツの利用を促進すべきという声が聞かれるとき、著作権制度はその足かせになっているという認識が強いようです。確かに著作物等の利用が促進されること自体はさしあたり望ましいもののように思われます。

もっとも著作物等の円滑な利用こそが最も重要であり、第一に優先されるべきであると仮に言うのであれば、それはそれ以上の正当化が求められてしかるべきです。その意味では「著作物等の円滑な利用」が促進されるべきだというのは、それ自体として正当化を要する一つの原理あるいはドグマとあって差し支えないと考えられます。

その意味では、私の誤解かもしれませんが、冒頭の椋山先生の報告の中で、「著作物は創作されても享受されなければ意味がない」という理由により、「著作権制度の設計においては享受者の利益が最も尊重されるべきである」と書かれていますが、これは少し飛躍があるのではないかと思うわけです。

しかし、このことは直ちに留保を付け加える必要があります。というのは、「著作物等の円滑な利用」が原理に過ぎないというのは、他方で、「著作者等の保護」についても全く同じように言えるからです。

私自身、これまでの研究で繰り返し主張してきたように、従来の著作権法学においては著作者等の保護を第一義とすべきというのが通説でした。そのため権利の制限というのは厳格に解釈すべきだと解されてきたわけです。確かに著作者の保護自体はさしあたり望ましいものといえましょう。しかし、「著作者等の保護」こそが最も重要であり、第一に優先されるべきであるというのであれば、これはやはりそれ以上の正当化が求められてしかるべきです。その意味では「著作者等の保護」はそれ自体として正当化を有する一つの原理あるいはドグマと言って差し支えないものと考えられます。

こう考えてくると、「著作者等の保護」と「著作物等の利用」はどちらかが優先すべきと

いう関係——いわば原則と例外の関係——にはなく、それらはともに可能な限り大きく満たされることが要請される「原理」だということができます。そうすると我々に課せられた課題というのは法制度を通じて——それは立法論であれ解釈論であれ——これらをいかに調整するかという問題だと理解することができます。

著作物等の保護と利用のバランスという方向性それ自体は、インセンティブ論的に説明するか、あるいは権利論（ないし自然権論）的立場を前提に説明するかどうかで若干の違いはありますけれども、結論として近時では広く一致を見るようになってきています。その意味では「保護と利用のバランス」を図るということは目新しくないことかも知れません。しかし、このことは議論においては実はそうでもありません。つまり何らかの主張を行う際に、「これは著作物等の利用促進になるのだ」というだけでは正当化として十分でないことになるからです。このことが議論を意味のあるものにするという重要性は過少評価されるべきではないと考えています。

さて以上のように考えると、「著作物等の利用の促進」というものは優先的な課題ではないこととなります。ただ、さらに言うと、「著作物等の利用促進」がなぜ望ましいと言えるのかということ自体、実は自明のものではないのでないでしょうか。著作物等の利用促進が望ましいと言うためには、例えばそれが個人の行為自由に資するとか、著作物等へのアクセスを促進するなどといったような形で、個人の私的な利益に資するという説明をしたり——実際のところ私はこのように説明することになります——、あるいは著作物等の利用促進が経済的発展や競争の促進、あるいは文化の発展といった社会全体の利益ないし国益あるいはイノベーションに資するといった説明をするか——多分、中山先生はこういう説明をなさるのだと思います——が必要になると考えられます。

従来議論は必ずしもそうした議論に直接踏み込むことなく、「著作物等の利用促進」をいわば自明の目指されるべき目的として捉えてきたのではないかと思います。

このように今まで自明とされてきたドグマをいま一度問い直すことは重要ではないかと思えます。ただし、これは「著作物等の利用促進」といった原理を否定しようとしているわけでは決してありません。むしろ議論を重ね、正当化によって批判にたえた理論は、より強固な根拠と説得性を獲得することになることをここで強調しておきたいと思えます。

もっとも、その意味では「著作物等の利用促進」ということのみならず、他方で「著作物の保護」というものが望ましいものなのだとということ自体も、実は自明ではないかもしれぬという話につながります。このような議論をしてまいりますと、究極的には著作権や著作隣接権について、それがそもそも私権であることがどれだけ尊重されるべきかという根本問題に行きつくこととなります。重要な問題ですがここでは問題の提起にとどめざるを得ません。

## (2) 著作権制度リフォームの意味

最後に、「著作物等の利用促進」を図るといっても、著作権制度のリフォームだけがその役割を果たせるのかということについて触れておきたいと思います。もちろん著作権制度が原因になって著作物の利用促進が阻害されているというのがもし現実にあるとするならば、制度改正によって問題が解決されることとなります。

しかしながら人間の行動に影響を与えているもの、あるいは社会を成り立たせているものは法制度のみではないわけです。しかもコンテンツビジネスを促進させるなどという課題については、法制度が足かせにならないようにいくら工夫したところで、そもそもビジネスとして成り立たなければ——つまり経済的にペイしなければ——だれも自発的に利用しようとはしないわけですから、結果として利用促進にはならないのではないかと思います。

過去の放送番組のネット配信等についても、いくら著作権制度をリフォームしたところでそれがビジネスにならないというのであれば、現実にもそのような配信事業が行われることは期待できないのではないかと思います。それでもなお、そうした事業を促進すべきだという政策判断をするのであれば、例えば補償金を出すとか、そうしたことのほうが効果的ではないかと思います。

このように、著作権制度が世の中のすべてを動かしているわけではない以上、結論として「著作物等の利用促進」の実現を目指すとしても、その実現の手段として、著作権制度あるいはそのリフォームというものが果たせる役割というのは一体どれほどなのかということは、自覚的に留意する必要があるように思います。

著作権制度に対する過大な期待または責任の押しつけというものは、最終的にさほどの効果のないヒステリックな制度改正や、場合によっては大きな副作用——奥郵先生からは「混獲効果」というようなご指摘もありましたが——をもたらすおそれさえも否定できないからであります。

その他いろいろ述べたいことはありますけれども、私の報告はさしあたり以上とさせていただきます。ご清聴どうもありがとうございました。

## 第三章 パネルディスカッション

### 1 ディスカッション

本章は、本委員会の成果発表をかねて2月29日に開催したシンポジウム「著作権リフォームーコンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けてー」におけるパネルディスカッションの記録である。

□大橋： 弁護士の大橋です。本日のシンポジウムに多数ご参加いただきありがとうございます。主催者サイドの人間としては若干不謹慎になるかもしれませんが、なぜこれだけ多数の方がこのシンポジウムに参加されたのかと不思議に思いまして、少し考えてみました。

一つは、パネリストの顔ぶれにあると思います。梶山さんと小川さんはベテランですから皆さんもご存じだと思いますが、何といても今回の目玉は4人の若手の著作権研究者がそろったことだと思います。その意義は、既に発表をお聞きになり、皆さんもご納得しているものと思います。

第2は、著作権のリフォームの必要性を感じている方はたくさんいるが、それについて論ずる機会が乏しいということです。ある種のフラストレーションがたまっており、そのためにこのシンポジウムに参加してみたいということなのかもしれません。その意味では非常にいい企画をされたということで、これは梶山さんの話にもありましたが、DCAJ事務局の功績であろうと思います。前置きが長くなりましたが、パネルの議論を始めたいと思います。

本日のシンポジウムのコンセプトは、DCAJの中に法的環境委員会という研究会がありまして、ここで日常いろいろな議論をしているわけですが、その日常の議論を公開で行うということです。したがって、本日は委員であるパネリストと、会場に着席している委員との質疑応答を皆様に公開するという形で進めていきたいと思っています。最後に時間があればということですが、会場からのご質問あるいはご意見も伺えればと思っています。

はじめに少しおさらいをしておきます。中山先生のお話にもありましたが、先ほどの上野さんのお話にありましたが、著作権のリフォームが考えられた背景としては、幾つかの事情が考えられます。

第1は、著作権ビジネスに参加するプレイヤーが多様化していることです。これは中山先生のお話にもあったとおりです。第2は、最初の問題にも関連するわけですが、著作権の利用技術の多様化です。これに伴って著作権のビジネスモデルが非常に多様化しています。第3には、著作権法の側から見ると、時々の問題に対応するためにいろいろ

な形で手当てはしたのですが、そのためにパッチワークの形になって、統一性がとれなくなってきたという認識が一般的にあるのではないかと思います。こうした背景のもとで、著作権リフォームが一つのテーマとして問題になっている。これが現状だろうと思います。

それでは本題に入りますが、最後の上野さんの報告の中で、梶山さんの報告に若干触れたところがありますので、何か梶山さんからご意見があれば一言どうぞ。

□梶山： ありがとうございます。せっかく批判していただいたので反論しておきたいと思います。一つは、著作者等の保護と利用について、そのバランスを取るべきだという点は全く異論がないところですが、むしろ利用を強調した物の言い方をしているのは、今まであまりにもユーザというか利用がおろそかにされていたのではないかとことです。例えば文化庁における会議等において、利益団体といいますか、権利者側の人たちが集まって議論することは、あまりよくないのではないかと考えています。次は、著作者等の保護ということですが、著作権に名をかりて、著作者ではない人の利益を保護しようという向きはないかということが一つの眼目です。

つまり流通とか製品化は、それはそれで大事ですが、特に流通は代替性があると思っています。技術の発展によって変わっていくのであれば、それは変わったほうがいいのではないかと考えています。もう一つは、著作者等の保護というときには、著作者等の子供や子孫の保護ではないと思っていますので、そこまで保護する必要があるのかということですが。

□大橋： 私から梶山さんにお聞きします。いまのとは全く違う話ですが、梶山さんの議論あるいは中山先生のお話にもありましたが、アメリカでは新しいビジネスができるのに、日本ではこれが非常に難しい。このことに著作権の問題が絡んでいるのではないかと話があります。しかし、サムエルソン教授は、そのアメリカにおいても著作権法のリフォームが必要であると指摘している。つまりアメリカと日本の著作権ビジネスの違いは、著作権法の違いという部分に影響されるところが多いのか、それともそれ以外の部分に影響されているのか、その辺はどうお考えですか。

□梶山： ものすごく難しい質問されてしまったのですが、まず制度自体の問題があると思います。アメリカは、著作権法そのものもそうですが、その運用といいますか、裁判を含めた上でいろいろな議論ができるようになっている。その限りで言うと、著作権法リフォームだけの話ではないということになります。うまく説明できませんが、法産業とか法律業界と書いたあたりですが、その辺が活性化されているため、社会システム全体として、日本やヨーロッパより円滑に動いているのではないかと考えているわけです。あまり答えになっていないかもしれませんが。

□大橋： 非常にわかりにくい質問をしてしまいました。梶山さんの報告に対して何かご意見なりご質問があれば、ここで聞きたいのですが。

□小川： 今の梶山先生の答えに関連してですが、著作権法は基本的にコピーライトは創作者の権利だという観点から構成されていると思います。アメリカへ行って話をしたとき、EFFは、コピーライトではなくてユーザズライトということも考えなくてはいけないはずだ、そこでバランスを考えなくてはいけないと言っていたわけです。しかし、日本の中では、ユーザズライトという考え方は基本的にないと思います。著作権の制限であり権利者の権利を制限していることはあっても、ユーザの権利があるとは見ていないというのが多分、今までの考え方だと思います。その辺の考え方も、少し考え直す必要があるのかもしれないという気が私はしています。

□大橋： その辺は上野さんの報告にも関連するところですが、上野さんはどうお考えですか。

□上野： 確かに著作権法の構造からすると、利用者の権利という書き方はしてなくて、著作権の制限という書き方をしています。その意味では利用者等の権利と著作者の権利が著作権法上対立しているとは読めないかもしれません。しかし、著作権法を離れても少し抽象的に考えますと、例えば私の立場からすれば、憲法上の基本権としての著作者の権利と利用者の権利があって、その調整をはかっているのが著作権法であるにとらえられることになります。

このように、立法技術上は権利の「制限」という書き方になっていますが、その背景にあるのは著作者の権利と利用者の権利との調整だと、こう理解することになるかと思いますが、これに対しては、著作権はそもそも無体物を客体としているのだから、所有権とは異なるものであり、そもそも内在的制約を持った権利なのだという理解もあるところです。

□大橋： 奥邨さんの報告の中で、権利制限の積極性というような言い方をされていたと思いますが、これは今の議論に関係するお話ですか。

□奥邨： もっと簡単な話です。例えば引用に関する権利制限規定には、単に侵害に対する抗弁と位置づけられるだけではなくて、学問を発展させるという積極的な意義があるわけです。また、学校教育関係の権利制限規定とか、視聴覚障がい者のための規定等々も、文化を発展させるとか、障がい者の方々のQOLを上げるとかいろいろな意味のプラスの価値があるわけです。30条をそういった文脈でどう位置づけるかというのはまだ私自身も整理できてなくて難しいところではありますが、30条も含めて権利制限規定には、単に侵害に対する抗弁というだけではない位置づけがあるのだらうと思っているということです。

□大橋： フロアの委員の方もどうぞ。富士通の亀井さん、どうぞ。

□亀井： 委員の富士通の亀井です。上野委員の技術を活用した権利処理の促進というご発表の中で、技術がいろいろ権利を担保するような仕組みがとれてきているというお話がありました。利用が過度に阻害されないように権利制限によってバランスが実現され

ているというお話でしたが、では、技術によって保護が行き過ぎる事に対して著作権法が何も規定していないことについてはどのようにお考えでしょうか。利用者側の利益との調整は、実は今の著作権法の中にはほとんどないのではないかと思います、そのあたりはどうお考えになりますか。

□上野： 今ご指摘になられたのは、技術が発展したために、本来、著作権法上は行うことができるはずの行為が、技術的にできなくなっているということで、このことは技術または契約によるオーバーライドの問題ということで、恐らく7～8年前から議論されてきたように思います。要するに、著作権法上は可能な行為について技術的にブロックしてしまうとか、契約でそれを禁じるということについてどう考えるべきかというものです。これについてはいろいろ議論があるわけですが、一応次のようなことはいえようかと思います。つまり、契約による場合と技術による場合とを比較すると、契約によるオーバーライドの場合は、技術によるそれと違って、少なくとも当事者の意思に基づくものといえます。そうすると、仮に著作権法上許される行為ができなくなったとしても、それは意思に基づくものだからさしあたり認めてもいいだろう、つまりその契約は有効と考えてもいいだろうということになりやすいと考えられます。他方、技術によって本来できるはずの行為ができなくなってしまうことになると、これは契約の有効性とはかかわりがなく、とにかく物理的にできなくなってしまうわけです。そうすると、これは技術によって本来できるはずの行為ができなくなったのではないかといいことになり、先ほどのような理解からしましても、利用者の自由や権利が制約されているのではないかということになるかと思います。

そこで、もしこうした事態に対処するとすれば、ある技術的保護手段やプロテクトはかけてはいけないという規制を法的に行うという可能性があります。ただ、現状のわが国著作権法においては、技術的保護手段の回避により可能となった複製はむしろ私的複製の抗弁ができないことになっていますので、どちらかというとなっているのではないかという指摘もあろうかと思います。

そして、今後の技術次第によっては著作権法がなくても、技術だけでも著作権法以上のコントロールができるようになるかも知れないといわれておりますが、そうなったときにどう対処すべきなのかということは、今後の問題として出てくるのではないかと思います。

その意味では、技術による権利の「保護」と「管理」というものを私は基本的に肯定的に評価しておりますが、「保護」と「管理」という言葉を使い分けた上で、技術によって完全にある行為ができなくされてしまうという技術的「保護」よりも、行為は妨げられないけれども、利用状況をきちんと把握して権利処理をするという技術的「管理」のほうをより積極的に評価してまいりました。

今も例えば、デジタルコピーは何回しかできないという技術がありますし、あるいは

昔から SCMS がありますけれども、せっかくデジタル技術が発展して、高品質の複製が技術的にできるようになったのにもかかわらず、それを技術的にわざわざできないようにおさえているというのは何か非常にもったいない話のように思われます。そうであれば、デジタルコピーは妨げられることなく自由にできるのだけれども、そのデジタルコピーに対して権利処理をするというほうがいいのではないかと思います。もちろん、技術による著作権の管理については、それが経済的にペイするのとか、プライバシーは害されないか、などといった問題もありますけれども、目指すべきところはそういう世界ではないかと以前から考えています。

□大橋： 河野さんどうぞ。

□河野： ソニーの河野です。今のお話に関連してですが、上野先生のご発表の中では、報酬請求権化というパラダイム変換アプローチと、技術の活用による排他権の行使という技術的アプローチという、二つを対比する概念としてとらえているのかなと私は理解をさせていただきました。お話の延長で考えると、技術の活用による排他権行使と報酬請求権の関係について、一定の範囲において排他権の行使を制限し報酬請求権のみを認めるというアプローチはあり得るかどうかお聞きしたいのですが。

□上野： 基本的には、ないと考えています。報酬請求権化というのは、言ってみれば利用状況のモニタリングをあきらめるということだと思います。他方、どういう著作物をどれだけ使ったかをモニタリングして、権利者が設定した利用条件に応じてそれが利用できるということであれば、別に報酬請求権化する必要はないではないかという理解で私はおります。

報酬請求権というのは禁止ができない状態ですので、それをどう評価するかという問題となります。著作物は無体物なのだから、誰でも自由に一応利用できるほうがいいのではないかという考え方も一方にはありますが、私自身はデジタル化やネットワーク化が従来の排他権制度を変えるほどのものではないのではないかと考えています。

□河野： そうすると、ネットワーク上の流通の仕組みをどう考えるかというときに、例えば、ネットワークに上がった段階でそれを削除する権利はある。要は禁止権を行使できる。しかし上がっているものについては報酬請求権しかないという枠組みは成立し得るというお考えですか。

□上野： 例えば、これが実際にできるのかはわかりませんが、デジタルコンテンツの中に電子透かしを埋め込んで世の中に出すという——昔「超流通」と言われていたものとも関係しますが——ことが議論されましたよね。要するに、個人のパソコン等が利用状況をモニタリングして、それにに応じて課金をする。そして、ライセンスに反するような利用がなされたときには禁止権が発動されて、差止請求できることになるのではないかと思います。これは、排他的権利としての著作権の性質は維持しながらも報酬請求権的になっているだけであって、別にそれは報酬請求権ではないのではないかと思うわけで

す。

□大橋： 報酬請求権の問題は、一つ重要なリフォームのテーマだろうと思います。今の点についてパネリストの中から何かご意見はありますか。

□山神： 今の点ですが、例えば DRM で情報を埋め込んで、そのコンテンツは専用のソフトでしか使えなくして、そしてパソコンで音楽を聞く。かなり使いにくいですが、そうすればネットに上がったとか、上がっていないということも全く気にしないで、あとは権利者のほうに、利用されるたびにその情報が行って、対価を徴収するという枠組みも全くあり得ない話ではないと思います。

□大橋： 次に、奥邨さんの報告に入ります。奥邨さんの発表に関しまして何かご質問、ご意見等がありますか。奥邨さんは、直接侵害と間接侵害は類型としては別のものとして決めて、法律効果についてもある程度違いをもたらせるという方式をとるのが適当だろうというお考えですか。

□奥邨： 基本的に侵害という意味では一くくりですが、順番に考えていくということになります。効果という点では一つ例を挙げたような差もありますが、差止めの範囲については、直接侵害についても間接侵害についても、広くし過ぎるのは問題であると思います。そこは、直接も間接もあまり変わらないと思っています。ただ、やはり直接侵害者を把握した上での間接侵害者という順番で把握すべきであって、そこを一緒にしてしまうのはいけないという意味においての直接・間接ということをまず考えています。

□大橋： ご質問ありますか。どうぞ。

□大野（明治大学）： 明治大学の大野です。奥邨先生のレジユメの4ページ「7. まとめにかえて」について少しお尋ねしたい。グロックスターの Induce 型をどう取り込むかという問題と、最後の（d）のところで刑事責任についてはどう考えるかの問題について、間接侵害というのは正犯の行為に対して幫助者ないしは教唆者がどういう対応をしたか、直接侵害者の認識というような問題が出てくると思います。（a）の問題の Induce 型をどう取り込むかというのは、上の意思への物理的対応と含めて関連してお考えでしょうか。ご説明を少しいただければありがたいと思います。

□奥邨： スライドの 28 と 29 のところに、グロックスターのような Induce 型が書いてあります。時間もありませんので簡単に申しますと、分散型ファイル交換は[o]の位置になると思っています。ソフト配布だけなのでかなり物理的関与も意思への影響も弱い。ただし、Induce の場合は意思に積極的に働きかけるので、この図の中で、上の方向にグググーっと上がっていくと考えることができるのか、できないのかというところがよくわからないのと、少しみんなの前で言い過ぎると後が怖いので結論保留というわけで、逃げ道を打たせていただいているということです。

刑事事件については、私は刑事の勉強をしておりませんのではっきりしたことは……。ただ少なくとも、民事で許される行為が刑事でアウトとなることだけはないように、逆

もですが、著作権のリフォームをする場合にはそこはセットで議論するべきだと思います。刑法の総論の議論が突然出てきて結論を考えるというのがないように解決の方向自体は別として、何かしらの手当てをすることが必要なように思います。少し話はずれますが、プロバイダ責任制限法では、民事上の問題はないけれども、刑事上の問題になるということが十分出てきているわけです。そういうあたりです。具体的にどうするかは、刑事のほうはよくわかりませんのでご容赦ください。

□大橋： それでは先に進めさせていただきます。横山さんの報告のフェアユースに入ってみたいと思いますが、何かご質問はありますか。

□大野： DCAJ 委員会の委員をしている凸版印刷の大野です。横山先生のお話の中にありましたように、技術や環境の変化への解釈論が限界に来ていて、最近では限定的な今の制限規定を残したままで、最後にその他のような条項で一般的な権限制限規定を設けるということが、結構有力的に言われているということです。また、最後のほうで、リフォームの方向性として、アメリカ型の一般条項規定を設けることも、比較法論的に大丈夫ではないかというお話でした。もちろん、裁判例がないという問題もあるが、というお話でした。

法体系が違うところに、ある程度の要件のメルクマールを持ってきたとしても、かえって裁判が多くなって混乱が生じるのではないかと個人的に思っていますが、その辺はどうなのでしょう。例えば、もう少し細かく規定していくのがよいのか、あるいはもう少し具体的な領域を規定して、文化審議会のほうでも話が出ていましたが政令に委任するとか、あるいはガイドラインで規定していくとか、そういう方向がよいのか。少し結論を急ぎ過ぎなのかもしれませんが、サブルールをどういう形で実現していけばいいかというイメージをお持ちでしたら、お話しいただければと思います。

□横山： アメリカの規定が本当に日本になじむのかということは、私自身も確かにそう思います。ただ、フェアユースが仮になかったとしても、實際上、その判例でかなり現行規定の拡張解釈が行われている部分もありますし、それを支持する学説もあります。結局、拡張解釈で対処していくと、どういう場合に認められるのかがかえってよくわからないことになってしまいがちです。そうだとすれば、フェアユースの規定を設けて、フェアユースに当たる要素として裁判所は何を問題にしているのかということを分析的に検討したほうがよいのではないかと、既存の規定の趣旨を拡張して解釈していく形の対症療法ではなくて、フェアユースの中で裁判所がどう考慮しているのかを分析したほうが建設的なのではないか、と思った次第です。

ただ、ご指摘のとおりアメリカのようなフェアユースについて、やはり馴染みにくいところがあるかもしれません。先ほどおっしゃったとおり次善の策として、私はイギリスのように、フェアユースが認められる行為の外延を設定した上で、どういう場合にフェアかという構成要件を、裁判所がある程度自由に判断できるという方策もあるのでは

ないかと思っています。

□大橋： 今のご質問にもあったとおり、日本の場合にはなかなか具体的な規範化、つまり包括的な規定をつくったときに、それが裁判でどんどん具体化されることが少なく、具体的な規範がなく抽象的な規範だけになってしまう。そうすると慎重な人というか、まじめな人は非常に厳格に解す。一方でふまじめなやつはどんどんやってしまう。その意味でフェアユース規定、一般規定というだけでは、必ずしも使える規範にならないおそれがある。そのときに使える規範という形で、どういうものをさらに用意するかというお話だろうと思います。

それについては横山さん、またはほかの方でも何かご意見があればお願いします。実際には先の話だということ、これから考えればいいということでもあるのかもしれませんが。ありませんか。

では、次に山神さんの人格権の話に少し入りたいと思います。何かご質問はありますか。人格権で問題になるのは差止めの問題が一つ、差止め請求権として構成されているところがあるのだらうと思います。不法行為の場合は、所有権に基づく物権的請求権の差止めの場合と、人格権に基づく差止めの場合は、必ずしも要件は同じではないというように理解されていると思います。それを前提とすると著作者人格権の場合には、侵害があっても差止めを認めないというのは、著作権の場合より容易に解釈上は可能だということがあり得るのかどうかということですが。

□山神： 恐らくそれはないと思います。いま大橋先生がお触れになったのは、多分、民法で人格権に基づく請求というと、本当にいろいろなものがあります。そこで差止めが認められる場合は、本当にいろいろな利益考慮をされて、場合によっては差止めが認められる、認められないという結論になるかだと思います。これに対して、著作権法の場合は、今おっしゃった物権的な権利として構成されていますので、侵害があれば差止めを認めざるを得ないわけで、差止めを認めないというのは、解釈上かなり苦しいと思います。

今日のシンポの中で触れられた eBay の事件でも、エクイティ上の請求である **injunction** の規定を素直に解釈すると、アメリカ法ではあのような結論も出てくる可能性があるけれども、日本でも特許法で特許権の侵害があれば直ちに差止めができるのかどうかは、多分、今も議論されているかと思いますが、恐らくかなり苦しい。著作権法でも特許法でも、そこはやはり侵害があれば、基本的には差止めを食らうのではないかと考えられます。

□大橋： 人格権の問題は、日本法の規定がベルヌ条約に比べてもより厳しい規定をしている。このことが先ほど言ったコンテンツ流通等に、理論的には影響するだらうと考えられるわけですが、具体的な問題として影響しているのか。それとも先ほどのご報告にもあったように、つまり別の形のところで使われるというだけのことなのか。その辺の

ところはどうですか。

□山神： すみません。別のところで使われるというのはどういうことでしょうか。

□大橋： 要するに、ベルヌよりもきつい規定を持っていることによって、著作物の流通に対して非常に阻害要因になっている。現状の認識としてはやはりそういうことですか。

□山神： コンテンツを配信されている事業者の方にお答えいただくのが一番いいかと思いますが、個人的にはいろいろ問題になり得るのではないかと思います。今日挙げた写真の例でいくと、ネットでユーザが買ったものを自由に使えないとなると、お金をかけてネットから写真を買おうとは思わない。個人的な感想ですが、そういう思いを持っています。

□大橋： それでは最後の上野先生の報告について何かご質問はありますか。

□三澤： 委員のヤマハの三澤です。上野先生に直接ということではないかもしれませんが、利用促進というところでご意見をいただきたいと思います。著作権法をリフォームすることでコンテンツ流通の促進を期待するのは産業界の勝手ということになるかもしれませんが、権利者へのアプローチや権利情報へのアクセスがなかなかしにくいということはネックとなっているところは確かにあります。

そこで、解決策として著作権登録の制度化、例えばテクニカルには著作権等管理事業者への作品等の届け出を登録にみなすとか、あるいはその際にアメリカのようにインセンティブを与えるなど、そういう進め方が妥当なものかどうかについてご意見をいただきたいと思います。

□上野： 登録をさせるためにどういう制度をつくらいいかということで、これはかなり実務的なことですので、私がお答えするのが適切かどうかはわかりませんが、今ご指摘になったのは、管理事業者に登録することを著作権法の登録とみなすということでしょうかね。ただ、そのようにみなすかどうかにかかわらず、権利者情報が一般に明らかになればいいという観点からすれば、何らかの形で権利情報が表明されればいいということになりますよね。もちろん、著作権法上の登録義務みたいなものを課すということもあり得なくはないのかも知れませんが、そうでないと登録のインセンティブを与えるために、例えばアメリカみたいに登録にともなう何かメリットを与えるという措置が必要なのかも知れません。

ただ、登録の際に権利者であるかをチェックしない以上、登録されている者が著作者と推定されるかということ、例えば JASRAC に作曲者として登録されているからといって著作者と推定されるかということ、従来の裁判例においても必ずしもそうなっていません。これは特許出願でも同様で、出願の際に出願人が発明者等であるか特許庁がチェックすることはありません。ですので、そうした登録にどの程度の効果を持たせることができるかとなると、これは検討の余地があるのではないかと思います。では、登録の際に著作権者等であることをチェックすればいいのかも知れませんが、そうすると逆に、

その人が著作者や著作権者であるということを証明させる書類も提出させることになるなど、これまたコストが嵩んでくるのかもしれませんが。どういう制度をつくればいいのかは今後の課題ではないかと思います。

□大橋： 最後の一つ、小川先生に質問します。著作権をリフォームしたときに従来ある権利をなくすということはできるのかどうかということです。先ほど公衆送信権が広過ぎるというお話もあったかと思いますが、これを制限して権利の一部がなくなるということを、既存の著作物に単純に適用できるのかどうか。その場合、憲法上の問題が出てこないのか、その辺はどうですか。例えば、著作権から複製権を全部なくしても何も問題が起こらないのであれば、それはそれだけのことかもしれませんが。その辺は著作権の本質をどう考えるかという問題に絡むのかもしれませんが、法律を改正して従来ある権利を消滅させるということは、何の問題もなく可能なのかということですが。

□小川： 複製権をなくしてしまうというのは少し極端だと思いますが、立法的に今まであった権利をなくすということになれば、その前提の社会的な要請として、そういう権利はもう要らないという背景があるはずです。そうだとすれば、そういう権利をなくしたとしても、別に問題にならないだろうと私は思っています。それはある日突然、権利が立法上でつくられることと同じだと思います。具体的、個別的にそのことによってだれかの財産権が侵害されるという意味ではなくて、制度としての権利がなくなるわけですから、それはそれだけの話ではないかと私は思います。なお、私は権利をなくせばいいという考えは持ち合わせておりません。

□大橋： 要するに、小川先生の最初の報告と今のお答えによれば、著作権リフォームしても条約上の問題はないし、憲法上の問題もないということになり得るだろうということですか。

□小川： もちろん条約に反する内容ではだめだと思います。

□上野： 私はかねてから疑問に思っているのですが、権利をなくすだけで本当に利用が促進されるのかと思っています。たしかに、著作権がなくなればボランティアベースで運営されているアマチュア的な利用行為は促進されるでしょう。例えば、著作権がなければ「青空文庫」みたいなサイトにはどんどん著作物がアップロードされるでしょう。このように権利がなくなれば、そういう利用行為が促進されることはあると思うのですが、ある著作物につき著作権がなくなってしまうと、ある事業者がビジネスでその著作物をネット配信するなどした場合、第三者がそれをコピーして別のサイトでネット送信しても、事業者はそれを止められないということになります。もちろん、放送事業者であれば、たとえ中身の著作権がなくても、自己の著作隣接権を主張することはできようかと思いますが、単なる配信事業者の場合そうはいきません。ビジネスとしての利用が事実上されなくなると、かえって一般公衆が著作物にアクセスしにくくなる場合もあるのではないかと思うわけです。そういう意味では、単に権利をなくせば利用行為が促進

され、著作物の死蔵がなくなり、一般公衆が著作物にアクセスする機会も増えるという考えは少しナイーブに過ぎるのではないかと思うことがあります。もちろんケースバイケースではあるのですが。

## 2 モデレータ総括

□大橋： 今のお話にもあったように、著作権のリフォームというのは、別に権利をなくすということではないわけです。利用者側と創作者側の利益を調整したところに持っていく。その上で使い勝手のよい著作権法をつくっていく。誰にとっての使い勝手かという問題も出てくるわけですが、著作権法のリフォームが必要であるということについては、ある程度の合意があるのかもしれませんが。逆に言えば、現在の著作権法は使いにくい部分があるという認識が一般にあるのかもしれませんが。

問題はどのような形でこれに取り組んでいくのかです。サムエルソン教授が言っているように、研究者を中心とした研究を進めていくのも一つの方法だろうと思います。あるいは日本でいえば、文化審議会の著作権分科会の中で議論していくことも一つの方法だろうと思います。そして今日のシンポジウムにあったように、民間ベースで産業界の方も含めて議論を進めていくということも、一つの方法だろうと思います。今の段階では、どのやり方がいいのかという話ではなくて、あらゆる形でこの問題を議論していく。議論していった中で、みんなにとって使い勝手がよく、公平公正と言われるようなシステムを考えていくことが大事なのではないかと思います。

その意味で、今日のシンポジウムを企画された DCAJ 事務局には、かなりの先見性があったと思います。今日のシンポジウムを一つのきっかけとして、この問題について、参加された皆さんにもいろいろお考えいただければと思います。駆け足でしたが、ここでパネルディスカッションを終わりにさせていただきます。どうもありがとうございました。

## 3 閉会

□事務局： ご登壇者の皆様も、ご来場いただいた方も、長時間どうもありがとうございました。この問題は利害関係が複雑であり、慎重な議論が必要だということは重々承知しておりましたし、今日もそう思いました。しかし、最初に誰かがたたき台といいますか、もしかしたらそれはたたかれ台になるかもしれませんが、何か具体的な案を提示いたしませんと、何もはじまりません。つまり、対案も修正案も出てこないわけです。今日、最後の報告者であります上野先生から梶山先生に対する対案と思われるご意見がありましたように、最初に誰かが提示しなければ議論は始まらないわけです。アメリカの

サムエルソン先生を初めとする研究者や欧州の研究者は、そういう案を出しているということですが。

今回のシンポジウムでは、梶山先生から骨子案のご提示がありました。小川先生からは梶山先生の骨子案と国際条約との整合性、奥邨先生、横山先生、山神先生からは個別の条文のつくり方、そして、上野先生からは梶山先生の骨子案への対案をいただいたものと理解しております。これは、大きな第一歩だと思います。

今後は、ご来場いただいた皆様のもとで対案や修正案がたくさんつくられて、議論が一旦は発散して、その議論が終息するときがリフォームのときではないかと思えます。今回のシンポジウムがその第一歩となりましたら事務局として大変嬉しく思います。

最後に、ご登壇者への拍手で閉会をさせていただきます。どうもありがとうございました。

資料 1

「著作権リフォームと我が国の対応」

梶山敬士

## 著作権リフォームとわが国の対応

弁護士 梶山敬士

### 1、はじめに

(1) リフォームとは何か？不動産で言えば、増改築ではなく、建替え<sup>1</sup>のことをいう。したがって、著作権法リフォームとは、全面改正のことをいう。アメリカのリフォームは、1976年に行われた。日本の「新法」は1970年で、もうすぐ40年が経過する。立法時には、デジタル化、ネットワーク化など念頭におかれていなかった<sup>2</sup>。

### (2) アメリカの著作権法リフォーム

サムエルソンらの学者がヨーロッパの学者等と研究を始めている<sup>3</sup>。

「長すぎるし、複雑でわかりにくく、バランスが悪い。規範的重み (normative heft) がない。」

ちなみに、世界最初の著作権法といわれるアン法は、1710年に制定された<sup>4</sup>。11条しかない。本稿では、ベルヌ条約との整合性とか、実現可能性とかを一応捨象して、検討する。

#### <訪問先>

- ①ワシントンD. C. 著作権局—Orphan works, Online Registration
- ②サンフランシスコ Electronic Frontier Foundation—Lohmann, Esq.  
(表現の自由とイノベーションの保護のためのNGO)
- ③U. C. バークレー、Pamela Samuelson 教授

<sup>1</sup> ベンジャミン・フルフォード「ヤクザ・リセッション—さらに失われる10年」光文社208頁。日本語の「不動産リフォーム」は、home-improvement というそうである。

なお、ピーター・スタイン「ローマ法とヨーロッパ」ミネルヴァ書房。「サヴィニーによれば、法とは自然法学者が示したような純粋な理性の構築物ではなく、現実社会の伝統とエートスの産物である。言語や法といった各国民の制度は、国民性を反映しており、社会が変化するにつれて変わるべきものである。法発展の道具として、立法では鈍感すぎる。法発展は、社会の初期段階では慣習や慣行、より発展した社会では法律家の議論によるべきである。」

<sup>2</sup> 「ある時代の著作権制度はその時代の産物であり、アナログ時代に適合的であった制度が、必ずしもデジタル時代に適合的であるとはいえない。アナログ時代のシステムを金科玉条の如く維持することは妥当でない場合もありうるので、デジタル時代においては改めて制度の適合性について再検討する必要がある。」中山信弘「著作権法」14頁。

<sup>3</sup> Pamela Samuelson, *Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, 3 Utah L. Rev. 551 (2007)。ハーバードでの講義の様様につき、<http://cyber.law.harvard.edu/home/pastevents> の12月6日分。

<sup>4</sup> The Statute of Anne. 添付した。

## 2. 視点

### (1) 著作から享受まで

①言語作品、美術、音楽などの伝統的作品は、例えばギリシャとか万葉集の時代とか考えてみても、存在していた。これらの作品は、昔から、人間が生み出し、他の人間に享受された。作品は、他の人間に享受されるために生み出される。文化の豊饒化は好ましいことであり、それは、すなわち、多くの作品が生み出され、多くの人に享受されるということである。このことは、現在でも変わらない。

しかし、古代からあった作品の利用が産業として成立するに至ったのは、印刷、写真、録音などの技術が開発されてからであると考えられる。媒体（原物ではない代替物）を介することにより、距離、時間を越えて、大量に伝播することができるようになって、初めて産業化したものと考えられる。

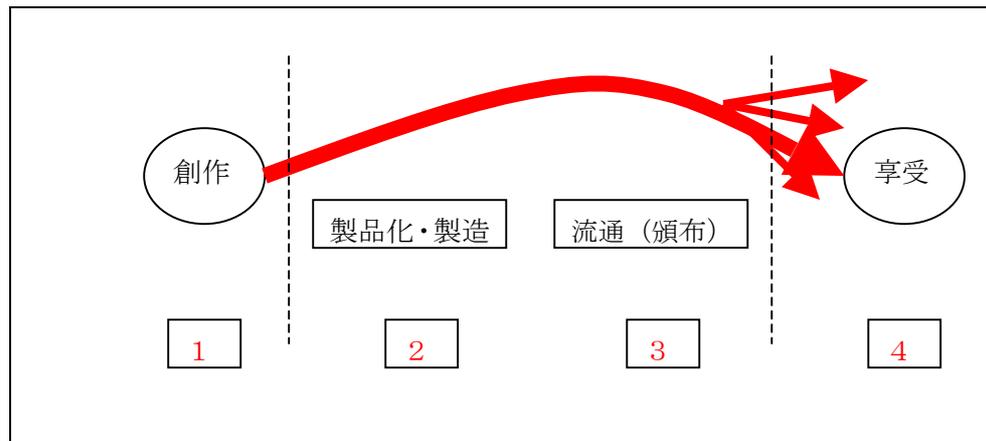
②著作物は著作者によって創作されてこの世に存在するにいたり、利用者は、1人の人間として、このように生み出された音楽を聴き、書物を読み、絵画を見る。著作物の効用は人の目と耳を介して脳に達して果たされる<sup>5</sup>。創作者の脳から搾り出されて（express）人々の脳に到達する（impress）。創作された著作物は、人によって享受されることにより全うされるのであり、それ以外にはない。また、永久に発表されない著作物を保護する必要はない。

③しかし、産業化されてからの著作物は、創作されたのち個人に享受されるまでに、通常、他人が関与する<sup>6</sup>。多くの著作物は、創作されただけでは利用者の下に届かず、製品化された後に製造され、流通機構により配送ないし伝達されなければならない。

---

<sup>5</sup> 点字は指で、ということになる。

<sup>6</sup> 例外：音楽の即興生演奏、ブログなど。



④音楽 CD で言えば、

（第 1 過程）作曲家が楽曲を創作した後、

（第 2 過程）実演家が演奏し、レコード製作者が固定する、CD のパッケージをデザインする、などの製品化の過程と、大量に複製物を作る製造過程がある。

（第 3 過程）次は流通であり、卸、小売店による有体物の搬送による場合と（有形的流通）、放送や通信によって無形的に伝播する場合（無形的流通）とがある<sup>7</sup>。

（第 4 過程）利用者が享受する。

通常、第 2 過程・第 3 過程がなければ商品として利用者に届かない。

⑤権利は、第 1 過程で発生し、これにより第 2、第 3 過程への支配権が生じる。利用者が複製・頒布できるようになってからは、第 4 過程も（ある程度）支配するようになった。

⑥整理すると、著作権の世界では、創作だけでは何の意味もない。著作物は享受されて初めて意味をもつ。創作は、享受されるためになされるのである。著作物は、利益を伴う場合も伴わない場合も、人の享受を求めるものである。著作物は、通常、製品化・製造され、流通手段を解さなければ享受者に到達しない。よって、第 2、第 3 過程も重要である。

<sup>7</sup> Jasrac のような集中処理機関は、法形式はともかく、創作しているわけではなく、商品化や製造をしているわけではなく、享受しているわけでもない。アクセスを補助するものとして、流通に属すると解しておく。

## (2) イノベーション

- ①一般に、技術革新（イノベーション）は、人間の生活全般にわたって非常に重要であり、経済にも大きく影響する。著作権についても、そもそも産業として成立したのは、印刷術等の技術の開発によるものである<sup>8</sup>。
- ②最近の著作権に関する論脈では、デジタル化・ネットワーク化に関連して、情報機器やそれを踏まえたビジネスモデルの開発が急速に進展中である。
- ③ここで、著作物の創作から享受までの過程において、最近の技術の動向がどのような影響を与えているかをみってみる。
  - (i) まず、創作行為については、それほど変わっていないと考える。道具が変わっても、創作行為の本質は人間の脳とわざによる。金になる作品というのは、誰でも作れるわけではない（誰でも作れるようなら、商品価値が乏しい）。
  - (ii) 享受は、相変わらず、目と耳による。人間は、デジタル信号を聞いたり見たりしているわけではなくアナログで享受する。
  - (iii) 製品化、製造はある程度合理化されて変化するだろう。
  - (iv) いちばん変わったのは、無形的な形態での流通であろう。

### ④著作権侵害の訴訟

従来の著作権侵害訴訟におけるもっとも多い争点は、作品相互間の類似性の問題であった。

しかし、最近特に問題となっている事例は、著作物（客体）自体は変わらず、流通の方法に関するものが多い。（スターデジオ、ファイルログ、録画ネット、まねきTV、ロクラク、選撮見録、ウイニー、MYUTA<sup>9</sup>）。すべて、**無形的流通**によるものであり、著作物は同じだから類似性は問題とならない。また、個々の著作物、著作権に関わる問題ではなく、一般的に流通手段そのものが問われることになる。

---

<sup>8</sup> 出版に関する権益は、出版社がまず抑えた。アン法は、当時の実情が著作者を害し往々著作者や家族を破滅させているので、著作者の権利を確保するために制定された（1条）。

<sup>9</sup> スターデジオ（東地12年5月16日）、ファイルログ（東高17年3月31日）、録画ネット（東高17年11月15日）、まねきTV（知財高決18年12月22日）、ロクラク（東地19年3月30日）、選撮見録（大高19年6月14日）、ウイニー（京地18年12月13日、刑事事件）、MYUTA（東地19年5月25日）。

⑤いずれの場合も、機器、プログラム、ビジネスモデルの開発、工夫により流通が促進され、享受者も便宜を受けたが、大雑把に言えば主に流通業者<sup>10</sup>から提訴されたものである。個々の著作権者によるものではない。

(3) 以上を踏まえた視点として、特にコンテンツ流通においては、

- ①実際に誰の利益が問題となっているのかをよく見極める。
- ②イノベーションは生活や経済にとって重要であるから、その発展を阻害してはならない。
- ③享受者がなければ全て無意味なのであるから、享受者の利益に最も配慮すべきである。立法過程でも、その利益が反映するような関与が重要である。

さらに、一般的に、

- ④著作物の性質に応じて、権利者間（作品間）の侵害関係の認定はバランスのとれたものでなければならない。
- ⑤著作権を超えた権利・利益との調和が保たれねばならない。
- ⑥プログラムに関連しては、共通化を是とする要請（物理的共通化＝規格、人的共通化＝ロックイン）があるので、独占に結びつきやすい。著作権法におけるミスユースや、著作権法外からの規制も必要となる。

---

<sup>10</sup> 権利者側は、放送会社（録画ネット、まねきTV、選撮見録、ロクラク）、Jasrac（ファイルログ、Myuta）、レコード会社（スターデジオ）である。Jasracは著作権の信託的譲渡を受けているから著作権者であるが、先述のとおり、流通に関わるものとみる。放送会社が著作することはあるが、伝送機能とは別の事柄である（本屋の主人が小説を書くようなもの）。上記中、隣接権に基づくものもある。

### 3. 著作権法の体系とリフォームの要点

#### (1) サムエルソン教授の論文

まず、知的財産権一般の体系を次のようにとらえる。

1. 主題 (対象)	
2. 保護基準	a. 主体
	b. 客体
	c. 手続
3. 排他権	
4. 保護期間	
5. 排他権の例外	
6. 侵害の基準	
7. 救済手段	

(2) そして、リフォームの要点を次のように取りまとめる<sup>11</sup>。

1. 主題 (対象)		works of authorship <sup>12</sup>
2. 保護基準	a. 主体	author, work for hire
	b. 客体	102(b)→アイデア、データ、機能 original ⊃ creativity 固定要件
	c. 手続	方式主義のメリット <sup>13</sup> (opt-in)
3. 排他権		禁止行為の限定 (原則自由)。 distribution の拡大反対。RAM へ の一時的複製、アクセス権、技術 的保護手段回避に反対
4. 保護期間		短縮又は期間更新制。

<sup>11</sup> より具体的なリフォーム案については、近く発表の予定であるとのことである。

<sup>12</sup> 憲法上は、“writings” of “authors”

<sup>13</sup> 米国は200年間方式主義を取ってきたが、ベルヌ条約加盟に伴い著作権表示を廃した  
ことにより、表示のない著作物に関する利用の自由が狭まったとする。登録の効果につき、  
米国法411, 412条参照。

5. 排他権の例外		個別権利制限の増設・明確化と一般的フェアユース <sup>14</sup> の併用。 personal use その他のユーザーの権利。ミスユース（独禁法）。
6. 侵害の基準		分析的か、総合的か。 二次的責任ルールの明確化 <sup>15</sup>
7. 救済手段		差止は必然ではない <sup>16</sup> 。 statutory damages <sup>17</sup> を廃止する（填補賠償）。

ここで、重要な点を取り上げて少し説明しておく。

#### ①「2. 保護基準 b. 客体」の102条

アメリカ法の基本的原理の一つであるアイデアと表現の二分論を規定する。ロータス対ポーランド事件では、この条文により、高裁がコマンド用語とその体系を「操作方法」にすぎない、として保護しなかった。サムエルソン教授は、これを一般的アイデア、データ、機能、というように三分する。それぞれ、勘所が違うようなので、役に立つ分類かもしれない。

<sup>14</sup> プリティーウーマン判決 (Cambell v. Acuff-Rose Music Inc., 114 S.Ct. 1164(1994)) 後、'transformative'という語がフェアユースのキーワードになっている。グーグルがサーチエンジンでサムネイル画像を集めた事件では、作品は変わらないが、この語を用いている (Perfect 10, Inc. v. Google, Inc. 9<sup>th</sup> Cir.)。サムエルソン教授は、このような用法が語の原義に外れるし、non-transformative なフェアユースを限定するおそれがあるという意味で反対している。

<sup>15</sup> 二次的責任について、日米両国とも最高裁判例が影響力をもった。いずれも、反対意見があった。アメリカではソニー判決 (Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)) で侵害を否定し、日本ではカラオケ判決 (最判昭63年3月15日) で侵害を認めた。それぞれ、結論が逆であればその後の裁判例も大きく変わっていたかもしれない。

<sup>16</sup> Ebay Inc., v. Mercexchange, L.L.C. 547 U.S. (2006), 126 S.Ct. 1837. 特許侵害があれば自動的に差止が認められるべきだとした CAFC の判断を覆した。データベース中の個々の記事の著作権を認めても当然に差止が出されるわけではないと示唆した著作権判例を引用している (New York Times Co. v. Tasini, 533 U.S. 483 (2001))。

<sup>17</sup> 日経新聞の記事を英文に要訳したことに対する侵害訴訟がまず日本で、次いで残党が渡米したのでアメリカで起こされた。同じ事実関係で侵害も肯定されたが、日本の判決は11本の記事で9900円の損害を認めたのに対し (東京地裁1994年2月18日)、アメリカの高裁は22本の記事に対し各1万ドル、計22万ドルの法定賠償のほか、20万ドルの弁護士費用の支払を認めた (Nihon Keizai Shinbun, Inc. Comline Bus. Data, Inc., 166 F.3d 65 (2d) Cir. 1999)。損害賠償がいかに違いうるか、象徴的である。

## ②「2 c. 手続」の方式主義

アメリカは1989年にベルヌ条約加盟にともなう著作権法改正をしたが、それまでは、登録や©マークなどの方式を尊重する制度であった。方式に欠けると、著作権保護が全うされないわけで、いわば長い間、Opt-in のシステムを取っていたことになる。現在では、無方式主義ということになっているが、法定損害や弁護士費用を請求するには、侵害前に登録しておく必要がある。そのようなこともあって、アメリカでは今でも、たくさんの登録がなされているようである。著作権局でも、多額の投資をして、オンライン登録の制度を作っている。サムエルソン教授も、権利保護のために何らかの垣根を作っておいた方が利用促進の観点からは好ましいと考えているようである。

## ③「3. 排他権」の内容

RAM への一時的複製を複製権侵害にすることや、公衆への伝達権やアクセス権、技術的保護手段回避の禁止に反対する。このあたりは、著作物の利用行為を原則自由とみるべきか、原則禁止とみるべきか、という基本思想に関わるものである。法律の世界において、原則は広く、例外は狭く解釈する、というのが慣行であるから、境界事例において動くベクトルの方向が違ってくるので、大変重要な事柄である。

## ④「4. 保護期間」

少なくとも短縮するか、一定の期間後に権利主張をするものは更新手続をとれ、という主張である。社会が利用しやすくしようという考えに基づくものである。

## ⑤「5. 排他権の例外」

フェアユースについては、ヨーロッパの立法例のように、規定を明確化できるものはする、それでも、立法時に予想できない事態は生じるので、一般条項は残す、というものである。また、personal use という範疇をフェアユースとは別に認めるべきだとされる<sup>18</sup>。厳格に言えば侵害になるようなことでも、一般に許容されているのではないか、ということである。また、独禁法違反の権利行使をミスユース<sup>19</sup>として禁

<sup>18</sup> Jessica Litman, *Lawful Personal Use* 85, *Texas L. Rev.* 1871 (2007)も参照されたい。

<sup>19</sup> 著作権ミスユースを認めた判例として、*Lasercomb America, Inc., v. Reynolds*, 911 F.2d 970 (4<sup>th</sup> Cir. 1990)

じることにも賛成する。

⑥「6. 侵害の基準」

二次的責任の明確化は重要な課題である。先に、無形的流通の問題として述べたような事例に関するものである。

⑦「7. 救済手段」

侵害があれば自動的に差止が認められるわけではないという最高裁判例に従うべきであるとし、また、損害賠償はあくまで填補賠償であるべきで、Statutory Damages（法定損害）の制度は廃止すべきであるという考えである。

(3) 次に、日本法についてのリフォームに関する私案（骨子）を記述してみる。

1. 主題（対象）		著作物の定義を独立させ、現2条1項1号のうち、「創作的な表現」だけを残し、10条と合体する。
2. 保護基準	a. 主体	職務著作につき、派遣や委託をふくませるかを明記する。
	b. 客体	米法102(b)のような、保護されないアイデア等を明記する。 固定要件をどうするか。
	c. 手続	方式主義のメリットを検討し、更新登録などを検討する <sup>20</sup> 。
3. 排他権	財産権	支分権に含まれない行為は原則として禁止されないことを明記する。 公衆送信権が拡大しすぎているので、マスの利用に限定する。 RAM への一時的複製は侵害にならないことを明記する。アクセス権はもつてのほか。技術的保護手段回避は再検討

<sup>20</sup> アメリカの登録にかかる労力・費用は、今回のオンライン登録も含め、相当なものである。それに値する意義があるかは、無方式主義に慣れた我々からすると疑問である。

	人格権  隣接権	<p>する。</p> <p>セーフハーバー条項<sup>21</sup>。</p> <p>現61条2項は、27、28条に盛り込む<sup>22</sup>。</p> <p>「意に反する」を止め、客観的基準とする。(少なくとも、遺族のわがままは許さない。)撤回不能の事前不行使を認める。</p> <p>整理する。</p>
4. 保護期間		短縮又は期間更新制 <sup>23</sup> 。
5. 排他権の例外	共有	<p>個別権利制限の増設・明確化と一般的フェアユースの創設。</p> <p>私的利用は維持。</p> <p>ミスユース (独禁法)。</p> <p>共有者の1人のライセンスで免責とする。共有者相互間の禁止権を緩め、共有者間で処理するようにする。</p>

<sup>21</sup> 米国法512条。しかし、もう少し簡単にならないか。わが国では、プロバイダー責任法を取り込むか？

<sup>22</sup> 61条2項は紛らわしい上に、27、28条と離れすぎていてわかりにくい(東京地裁17年3月23日、同18年12月27日判決を参照)。61条2項を止めるか、映画化だけにするか、少なくとも27、28条と合体すべきである。

<sup>23</sup> 期間延長を過去の作品にまで及ぼすのは、(既に創作済みであるから)インセンティブ論からは説明できない。代々木上原駅のJasracの広告には、「Copyright generates **new** creations.」と書かれており、正しい認識である。

6. 侵害の基準		二次的責任ルールの明確化 <sup>24</sup>
7. 救済手段		差止を許さない場合を認める。

サムエルソン教授と同じところや細かいところは省略し、要点だけ述べる。

① 2. a の「職務著作」の範囲の拡大

権利処理をしやすくする面があるので、ある種の著作物については検討に値すると思われる。

② 2. b のアイデアと表現の区別

わが国でも判例上認められていると言ってよいと思われるが、成文化した方がよいだろう。

③ 2. c の登録等

アメリカのように多額の投資をして行うべきものか疑問である。ただし、一定期間経過後に、権利主張を続ける者は何らかの更新登録をすべきだということは検討すべきだと思われる。

④ 3. 財産権

基本的にサムエルソン教授と同じであるが、日本法の公衆送信権の規定は緩すぎるとと思われる。無形的流通と述べたような事例は、この規定が問題となることが多いが、元来、「放送」の場合のような場合は一定規模の「公衆」を念頭においていたはずで、単に「不特定又は多数」とすると排他権の範囲が広くなりすぎるとと思われる。

⑤ 3. 人格権

<sup>24</sup> アメリカのナップスター (A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004(9<sup>th</sup> Cir. 2001))、グロックスターの控訴審 (MGM Studios, Inc., v. Grokster, Ltd. 380 F.3d 1154(9<sup>th</sup> Cir. 2004)) は、寄与侵害 (直接侵害、侵害の認識、侵害への実質的貢献の 3 要件) 及び代位責任 (直接侵害、直接的な経済的利益、侵害者を監督する権利と能力の 3 要件) によって判断している。この要件でも曖昧であるという批判があるが、日本の同種事例ではさらに曖昧である。ファイルログ事件の東京高裁は、「単に一般的に違法な利用もあり得るというだけにとどまらず、本件サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社がそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについての控訴人会社の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができるというべきである。」グロックスター米最判 (MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (2005)) の積極的誘発までも含め、全ての要素が列挙されている。これでは、将来的な行為の基準にならない。

客観的な判断基準によるべきで、「意に反して」という「わがままでもかまわない」と取られる表現は避けるべきだと思われる。

⑥「5. 排他権の例外」

一般的フェアユースの規定を是非設けるべきだと考える。具体的に規定できるものは勿論すべきだが、立法時に予想できない事態は避けられない。裁判所は「複製」の解釈などで具体的妥当性を導いているが、擬律に困るようなことは止めた方がいいと思われる。筆者は、一般条項を置きつつ、事態を類型化しサブルールを検討すれば、予測可能性も増すと考えている<sup>25</sup>。

⑦共有

ライセンスについてはアメリカのように、共有者の1人から受ければ合法的になるとした方がよいと思われる。そのほか、共有者間の拘束はもう少し緩くした方がよいだろう。

⑧二次的責任の明確化や、差止を認めない場合を肯定する、という点はサムエルソン教授と同じである。

#### 4. まとめ

いくつか指摘しておきたい。

(1) 著作権リフォームに関連して、米欧は連携しているのに、日本のプレゼンスがなないのは寂しい。また、EFFでも日本の情報が入らないと言っている。

(2) サムエルソン教授やL o h m a n n 弁護士の主張のエッセンスを私の理解するところによって、まとめると次のとおりであり、わが国としてもよく検討すべきである。

すなわち、アメリカでは、大学やEFFのようなNGOが個人やベンチャーなどを大企業の訴訟攻勢等に対抗する役割を果している<sup>26</sup>。その結果、司法も行政もその攻防の中で新しい事態に対し適正な解決方法を模索している。また、ソニー判決やDMCAのセーフハーバー条項<sup>27</sup>な

<sup>25</sup> 「著作権研究」33号(近刊)の拙稿を参照されたい。

<sup>26</sup> アメリカにおいては、訴訟を闘う能力(litigation competency)がないと生き残れない。EFF等のNGOの活躍やamicus curiaeのような制度が訴訟弱者を助けている。

<sup>27</sup> 米国法512条。

どのおかげで、google、YouTube 等のイノベーションが確保されている。この点は、法制度全体としてダイナミズムを維持しており、ヨーロッパのように比較的硬いシステムより有利に働いている。法的責任の基準が曖昧であるなら、技術やビジネスに対する投資は萎縮し、その分イノベーションは遅れ、経済的競争力をなくすことになる。日本においても、この点を十分に考えるべきである。

- (3) このような意味で、著作権リフォームは早急に検討して然るべき問題であると考え。基本的な命題は何も難しくものではなく、「新技術の良いところを生かし、悪いところを抑える」、ということに尽きるだろう。しかし、少なくとも現状では、往々、著作権侵害の結果が大きくなりすぎるか、新技術のメリットを圧殺することになるか、丁度よい線を出しにくいのも事実である。その際、現状において、差止の相手方として、「著作物の直接利用主体のみならず、その者の支配に属する事実によって著作権侵害状態を生じさせており、その侵害状態を除去することができる地位にある者を含むと解する」<sup>28</sup>という考え方は技術発展の現状に照らせば、新技術のメリットも一緒に抑えてしまうことになるだろう。

「実際の影響（被害）はどれほどであるか？」「その技術のもたらす便益はどれほどであるか？」「誰のどのような利益が真に問題となっているのか？」についてよく見極める必要がある。技術進歩は早晚、社会のインフラを変える、というのが普通のなりゆきである<sup>29</sup>。既存の技術や制度に固執するだけでは、技術進歩に対応できなくなる。コンテンツの豊饒化と普及の促進、技術の発展を共に満たす法制度を構築すべきである。コンテンツ産業、技術産業、法律「産業」の総体が各国間で競われているともいえる。技術進歩を悪夢と捉えるのではなく、人類にもたらされた恵沢だと考え、試行錯誤をしながら、柔軟に対応してゆくべきだと考える。

---

<sup>28</sup> 牧野利秋「ファイルログ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害」NBL750,751号。

<sup>29</sup> 輸送手段としての馬車は、自動車に取って代られた。

<付録>

## *The Statute of Anne; April 10, 1710*

### **8 Anne, c. 19 (1710)**

An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned.

**I.** Whereas printers, booksellers, and other persons have of late frequently taken the liberty of printing, reprinting, and publishing, or causing to be printed, reprinted, and published, books and other writings, without the consent of the authors or proprietors of such books and writings, **to their very great detriment, and too often to the ruin of them and their families:** for preventing therefore such practices for the future, and for the encouragement of learned men to compose and write useful books; may it please your Majesty, that it may be enacted, and be it enacted by the Queen's most excellent majesty, by and with the advice and consent of the lords spiritual and temporal, and commons, in this present parliament assembled, and by the authority of the same;

**II.** That from and after the tenth day of April, one thousand seven hundred and ten, the author of any book or books already printed, who hath not transferred to any other the copy or copies of such book or books, share or shares thereof, or the bookseller or booksellers, printer or printers, or other person or persons, who hath or have purchased or acquired the copy or copies

of any book or books, in order to print or reprint the same, shall have the sole right and liberty of printing such book and books for the term of one and twenty years, to commence from the said tenth day of April, and no longer; and That the author of any book or books already composed, and not printed and published, or that shall hereafter be composed, and his assignee or assigns, shall have the sole liberty of printing and reprinting such book and books for the term of fourteen years, to commence from the day of the first publishing the same, and no longer; and That if any other bookseller, printer or other person whatsoever, from and after the tenth day of April, one thousand seven hundred and ten, within the times granted and limited by this act, as aforesaid, shall print, reprint, or import, or cause to be printed, reprinted, or imported, any such book or books, without the consent of the proprietor or proprietors thereof first had and obtained in writing, signed in the presence of two or more credible witnesses; or knowing the same to be so printed or reprinted, without the consent of the proprietors, shall sell, publish, or expose to sale, or cause to be sold, published, or exposed to sale, any such book or books, without such consent first had and obtained, as aforesaid: then such offender or offenders shall forfeit such book or books, and all and every sheet or sheets, being part of such book or books, to the proprietor or proprietors of the copy thereof, who shall forthwith damask, and make waste paper of them; and further, That every such offender or offenders shall forfeit one penny for every sheet which shall be found in his, her, or their custody, either printed or printing, published, or exposed to sale, contrary to the true intent and meaning of this act; the one moiety thereof to the Queen's most excellent majesty, her heirs and successors, and the other moiety thereof to any person or persons that shall sue for the same, to be recovered in any of her Majesty's courts of

record at Westminster, by action of debt, bill, plaint, or information, in which no wager of law, essoin, privilege, or protection, or more than one imparlance shall be allowed. II. And whereas many persons may through ignorance offend against this act, unless some provision be made, whereby the property in every such book, as is intended by this act to be secured to the proprietor or proprietors thereof, may be ascertained, as likewise the consent of such proprietor or proprietors for the printing or reprinting of such book or books may from time to time be known; be it therefore further enacted by the authority aforesaid,

That nothing in this act contained shall be construed to extend to subject any bookseller, printer, or other person whatsoever, to the forfeitures or penalties therein mentioned, for or by reason of the printing or reprinting of any book or books without such consent, as aforesaid, unless the title to the copy of such book or books hereafter published shall, before such publication, be entered in the register book of the company of stationers, in such manner as hath been usual, which register book shall at all times be kept at the hall of the said company, and unless such consent of the proprietor or proprietors be in like manner entered as aforesaid, for every of which several entries, six pence shall be paid, and no more; which said register book may, at all seasonable and convenient time, be resorted to, and inspected by any bookseller, printer, or other person, for the purposes before-mentioned, without any fee or reward; and the clerk of the said company of stationers shall, when and as often as thereunto required, give a certificate under his hand of such entry or entries, and for every such certificate may take a fee not exceeding six pence.

**III.** Provided nevertheless, That if the clerk of the said company of stationers for the time being, shall refuse or neglect to register, or make such entry or entries, or to give such certificate, being thereunto required by the author or proprietor of such copy or copies, in the presence of two or more credible witnesses, That then such person and persons so refusing, notice being first duly given of such refusal, by an advertisement in the Gazette, shall have the like benefit, as if such entry or entries, certificate or certificates had been duly made and given; and that the clerks so refusing, shall, for any such offence, forfeit to the proprietor of such copy or copies the sum of twenty pounds, to be recovered in any of her Majesty's courts of record at Westminster, by action of debt, bill, plaint, or information, in which no wager of law, essoin, privilege or protection, or more than one imparlance shall be allowed.

**IV.** Provided nevertheless, and it is hereby further enacted by the authority aforesaid, That if any bookseller or booksellers, printer or printers, shall, after the said five and twentieth day of March, one thousand seven hundred and ten, set a price upon, or sell, or expose to sale, any book or books at such a price or rate as shall be conceived by any person or persons to be too high and unreasonable; it shall and may be lawful for any person or persons, to make complaint thereof to the lord archbishop of Canterbury for the time being, the lord chancellor, or lord keeper of the great seal of Great Britain for the time being, the lord bishop of London for the time being, the lord chief justice of the court of Queen's Bench, the lord chief justice of the court of Common Pleas, the lord chief baron of the court of Exchequer for the time being, the vice chancellors of the two universities for the time being, in that part of Great Britain called England; the lord president of the sessions for the time being,

the lord chief justice general for the time being, the lord chief baron of the Exchequer for the time being, the rector of the college of Edinburgh for the time being, in that part of Great Britain called Scotland; who, or any one of them, shall and have hereby full power and authority, from time to time, to send for, summon, or call before him or them such bookseller or booksellers, printer or printers, and to examine and enquire of the reason of the dearness and inhauncement of the price or value of such book or books by him or them so sold or exposed to sale; and if upon such enquiry and examination it shall be found, that the price of such book or books is inhaunced, or any wise too high or unreasonable, then and in such case the said archbishop of Canterbury, lord chancellor or lord keeper, bishop of London, two chief justices, chief baron, vice chancellors of the universities, in that part of Great Britain called England, and the said lord president of the sessions, lord justice general, lord chief baron, and the rector of the college of Edinburgh, in that part of Great Britain called Scotland, or any one or more of them, so enquiring and examining, have hereby full power and authority to reform and redress the same, and to limit and settle the price of every such printed book and books, from time to time, according to the best of their judgments, and as to them shall seem just and reasonable; and in case of alteration of the rate or price from what was set or demanded by such bookseller or booksellers, printer or printers, to award and order such bookseller and booksellers, printer and printers, to pay all the costs and charges that the person or persons so complaining shall be put unto, by reason of such complaint, and of the causing such rate or price to be so limited and settled; all which shall be done by the said archbishop of Canterbury, lord chancellor or lord keeper, bishop of London, two chief justices, chief baron, vice chancellors of the two

universities, in that part of Great Britain called England, and the said lord president of the sessions, lord justice general, lord chief baron, and rector of the college of Edinburgh, in that part of Great Britain called Scotland, or any one of them, by writing under their hands and seals, and thereof publick notice shall be forthwith given by the said bookseller or booksellers, printer or printers, by an advertisement in the Gazette; and if any bookseller or booksellers, printer or printers, shall, after such settlement made of the said rate and price, sell, or expose to sale, any book or books, at a higher or greater price, than what shall have been so limited and settled, as aforesaid, then, and in every such case such bookseller and booksellers, printer and printers, shall forfeit the sum of five pounds for every such book so by him, her, or them sold or exposed to sale; one moiety thereof to the Queen's most excellent majesty, her heirs and successors, and the other moiety to any person or persons that shall sue for the same, to be recovered, with costs of suit, in any of her Majesty's courts of record at Westminster, by action of debt, bill, plaint or information, in which no wager of law, essoin, privilege, or protection, or more than one imparlance shall be allowed.

**V.** Provided always, and it is hereby enacted, That nine copies of each book or books, upon the best paper, that from and after the said tenth day of April, one thousand seven hundred and ten, shall be printed and published, as aforesaid, or reprinted and published with additions, shall, by the printer and printers thereof, be delivered to the warehouse keeper of the said company of stationers for the time being, at the hall of the said company, before such publication made, for the use of the royal library, the libraries of the universities of Oxford and Cambridge, the libraries of the four universities in Scotland, the library of Sion College in London, and the library commonly

called the library belonging to the faculty of advocates at Edinburgh respectively; which said warehouse keeper is hereby required within ten days after demand by the keepers of the respective libraries, or any person or persons by them or any of them authorized to demand the said copy, to deliver the same, for the use of the aforesaid libraries; and if any proprietor, bookseller, or printer, or the said warehouse keeper of the said company of stationers, shall not observe the direction of this act therein, that then he and they so making default in not delivering the said printed copies, as aforesaid, shall forfeit, besides the value of the said printed copies, the sum of five pounds for every copy not so delivered, as also the value of the said printed copy not so delivered, the same to be recovered by the Queen's majesty, her heirs and successors, and by the chancellor, masters, and scholars of any of the said universities, and by the president and fellows of Sion College, and the said faculty of advocates at Edinburgh, with their full costs respectively.

**VI.** Provided always, and be it further enacted, That if any person or persons incur the penalties contained in this act, in that part of Great Britain called Scotland, they shall be recoverable by any action before the court of session there.

**VII.** Provided, That nothing in this act contained, do extend, or shall be construed to extend to prohibit the importation, vending, or selling of any books in Greek, Latin, or any other foreign language printed beyond the seas; any thing in this act contained to the contrary notwithstanding.

**VIII.** And be it further enacted by the authority aforesaid, That if any action or suit shall be commenced or brought against any person or persons whatsoever, for doing or causing to be done any thing in pursuance of this act,

the defendants in such action may plead the general issue, and give the special matter in evidence; and if upon such action a verdict be given for the defendant, or the plaintiff become nonsuited, or discontinue his action, then the defendant shall have and recover his full costs, for which he shall have the same remedy as a defendant in any case by law hath.

**IX.** Provided, That nothing in this act contained shall extend, or be construed to extend, either to prejudice or confirm any right that the said universities, or any of them, or any person or persons have, or claim to have, to the printing or reprinting any book or copy already printed, or hereafter to be printed.

**X.** Provided nevertheless, That all actions, suits, bills, indictments or informations for any offence that shall be committed against this act, shall be brought, sued, and commenced within three months next after such offence committed, or else the same shall be void and of none effect.

**XI.** Provided always, That after the expiration of the said term of fourteen years, the sole right of printing or disposing of copies shall return to the authors thereof, if they are then living, for another term of fourteen years.

資料 2

「著作権リフォームとベルヌ条約、TRIPs 協定」

小川憲久

著作権は出版社に与えられた特権から出発し、アン法によって著作者の権利として認知された。その後の長期間、著作権法では創作者たる著作者と流通を担う者とのバランスは考慮されていても、利用者たるユーザは著作物を享受する者にすぎず、僅かに著作権の権利制限の範疇でプレーできるにすぎなかった。ところが、20 世紀末に情報のデジタル化とインターネットの普及によって急激にユーザが著作権の世界に参加する状況となった。そこでは、ユーザは著作物の享受者としてのみならず、自らも情報の複製、改変、発信者として積極的な役割を担う場面が生じるとともに、他方で流通業者を介さない著作物の流通も拡大している。つまり、著作権の世界は、単純な「創作者－流通業者－利用者」という構図に加えて、「創作者－利用者」、「利用者－利用者」という構造をも加味した複雑なものになってきている。

したがって、著作権リフォームを考える視点は、上記の複雑化した構図のなかで創作者たる著作者と流通を担う媒介者と利用者たるユーザの三者のバランスを考えたものにならないはずである。著作者の保護という視点のみでは著作権侵害の事案が増加することになるだけであり、現実に対応できない制度が更に強固となるだけであろう。

ところで、著作権リフォームを全面的な法体系の構築と考えた場合に、ベルヌ条約、TRIPs 協定、WIPO 著作権条約との関係を考える必要が生じる。これらの条約の視点では、リフォームはどこまでが許されるのであろうか。

## I ベルヌ条約

ベルヌ条約は基本的には「著作者の権利の保護のための」条約である。そこには、もともと利用者の権利という発想はない。利用者の便宜は権利制限という形で著作者の権利に対する例外として規定されている。このベルヌ条約の趣旨に反せず、利用者の立場を考慮した視点を組み入れることができるであろうか。以下に、梶山弁護士のリフォームの骨子に準じて規定を見てみる。

1. 主題(対象) 第 2 条に「保護を受ける著作物」との規定があり、(1)項で「表現の方法又は形式の如何を問わず」「書籍、小冊子その他の文書、講演、演説、説教その他これらと同性質の著作物、演劇用又は楽劇用の著作物、舞踊及び無言劇の著作物、楽曲(歌詞

を伴うかどうかを問わない。), 映画の著作物(映画に類似する方法で表現された著作物を含む。以下同じ。), 素描, 絵画, 建築, 彫刻, 版画及び石版の著作物, 写真の著作物(写真に類似する方法で表現された著作物を含む。以下同じ。), 応用美術の著作物, 図解及び地図並びに地理学, 地形学, 建築学その他の価額に関する図面, 略図及び模型のような文藝, 学術及び美術の範囲に属する全ての制作物を含む。」とする。

第 2 条(3)項は, 著作物の改作物は原著作物として保護される, とする。

第 2 条(5)項は, 素材の選択又は配列によって知的創作物を形成する編集物を知的創作物として保護される, とする。

この様に, ベルヌ条約上は, 著作物の定義はない。したがって, 日本著作権法 2 条 1 項 1 号のように著作物の定義を掲げ, 創作的な表現物のみが保護対象であるとしても, 解釈上, 保護対象がベルヌ条約の上記の条項に合致するのであれば問題はないと考えられる。

2. 保護基準 a. 主体 ベルヌ条約第 2 条(6)項は, 著作権の保護は「著作者及びその承継人のために与えられる。」とするが, 職務著作や派遣, 委託等の場合の規定はない。著作者は自然人に限定する規定もない。誰が著作者であるかという国内法の解釈の問題であるから, これらについて明文をおくことに問題はない。

b. 客体 ベルヌ条約第 2 条(2)項は著作物の保護要件として物に固定される必要があるか否かは各国の立法に留保される, とする。また, (4)項は, 立法上, 行政上及び司法上の公文書, 公的翻訳物についての保護は各国に委ねられるとし, (8)項は, 単なる報道にすぎない時事の記事又は雑報については条約の保護が及ばないとする。そして, 第 3 条は「保護の要件」として, (1)項(a)号で同盟国の国民である著作者の著作物, (b)号でいずれかの同盟国で最初に発行されたもの, が保護対象であるとする。

したがって, 客体については第 3 条の規定以外に遵守すべきものはないことになり, 保護されないアイデア等の規定を設けることは問題ないであろう。

c. 手続き ベルヌ条約第 5 条(1)項は, 著作者はその著作物の本国以外の同盟国において, 「その国の法令が自国民に現在与えまたは将来与える権利及びこの条約が特に与える権利を享有する。」とし, (2)項で, 「それらの権利の享有及び行使には, いかなる方式の履行をも要しない。その享有及び行使は, 著作物の本国における保護の存在に関わらない。」としている。すなわち, 内国民待遇を受けるためには無方式で足りるものであって, 同盟国民は無方式であっても保護する必要があるものの, 自国民については方式を要求することがあってもベルヌ条約には反しないことになる。したがって, ある特殊な場合

に日本国民に対して方式主義を採用することも不可能ではないものと思われる。

3. 排他権 a. 財産権 ベルヌ条約が排他権として規定する財産権は、翻訳権(第8条)、複製権(第9条)、演劇、楽劇用の著作物及び音楽著作物についての公に上演・演奏する権利、公に伝達する権利(第11条)、文学的及び美術的著作物についての放送権及び公に伝達する権利(第11条の2)、文学的著作物についての公に朗読する権利、朗読を公に伝達する権利(第11条の3)、文学的及び美術的著作物についての翻案権(第12条)、許諾を得ない音楽著作物の複製物に対する輸入権(第13条)、文学的及び美術的著作物についての映画化権、映画複製物の頒布権、上演、演奏、公衆伝達権(第14条)、美術著作物の原作品及び作家、作曲家の原稿についての追求権(第14条の3、ただし、相互主義の適用がある。)である。したがって、これらに関しては同様の規定を設ける必要があるものの、明示されていない権利については再検討の余地があると共に、これら支分権に含まれない行為は著作権を侵害するものでないことを明示することに問題はない。

b. 人格権 人格権に関するベルヌ条約の規定は、「著作物の創作者であることを主張する権利及び著作物の変更、切除その他の改変または著作物に対するその他の侵害で自己の名誉または声望を害するおそれのあるものに対して異議を申し立てる権利を有する。」(第6条の2)とされている。したがって、人格権を規定しないことは条約に反することになるが、同一性保持権の要件を「意に反する」ではなく「名誉声望を害する」との客観的要件に変更することは問題がないと思われる。また、ベルヌ条約では人格権については著作物の死後は少なくとも財産権が消滅するまで存続するとして((2)項)、財産権の消滅とバランスさせている。

4. 保護期間 ベルヌ条約によって求められている保護期間は著作者の死後50年であるが(第7条(1)項)、この期間を延長することは許され((5)項)、本国における保護期間を超えることはできないとされる(第(8)項)。

そこで、例えば保護期間は50年とし、更に一定の方式をとった場合に更に20年保護するとした場合や、50年を超える期間は対価請求権とするとした場合にもベルヌ条約には反しないのではないかと考えられる。

5. 権利制限 ベルヌ条約では、「保護を受ける著作物(第2条)」については、前記の通り、「立法上、行政上及び司法上の公文書、公的翻訳物」についての保護は各国に委ねられるとし((4)項)、「単なる報道にすぎない時事の記事又は雑報」については条約の保護が

及ばないとする((8)項)。更に、第 2 条の 2 は、政治上の演説、裁判手続における陳述について保護を与えるか否かは各国の立法に留保されるとし((1)項)、「報道の目的上正当な範囲内」において、公に行われた講演、演説等を新聞雑誌に掲載し、放送等することにより公に伝達する条件は各国の立法に留保されるとする((2)項)。

そして、複製権の条項に権利制限規定を置き、引用については独立の条項を規定する。先ず、複製権に関しては、「特別な場合に、複製を認める権能は各国立法に留保される」とし、「当該複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害さない」ことを要件とするとしている(第 9 条(2)項)。いわゆる 3 ステップテストといわれる条項である。我が国の私的複製の規定とは異なる一般条項であり、このような規定を私的複製の規定以外に創設してもベルヌ条約上は問題がないはずである。

次に、引用については、独立した条項があり、「公正な慣行に合致し、かつ、その目的上正当な範囲内で行われることを条件として」適法とされる(第 10 条)。我が国の引用の条項とほぼ同じ表現である。また、著作物を授業用に利用することについても、目的上正当な範囲内であり、公正な慣行に合致することを要件に認めている(第 10 条(2)項)。

このように、ベルヌ条約上は、複製権の制限は 3 ステップテストによる一般条項として規定されており(ベルヌ条約上は明文では複製権についてだけであるが、TRIPs 協定 13 条、WCT10 条によれば他の支分権についても 3 ステップテストの適用があり、ベルヌ条約でも同様に解されていたと見ることができる。)、引用は公正な慣行と目的正当範囲を条件とする、やはり一般条項として積極的に認められている。したがって、3 ステップテストや引用の要件を満たすものであれば一般条項としてフェアユース等を創設することも問題はないと考えられる。

また、ベルヌ条約では「著作物を利用する権能」として、新聞や定期刊行物に発表された経済的、政治的、宗教的時事問題の論議、及び同性質の放送された著作物を掲載等することで公に伝達することを認めるか否かは各国立法に留保され(第 10 条の 2(1)号)、時事の問題を報道する際に、事件の過程において見られまたは聞かれる著作物を報道の目的上正当な範囲内で複製し公衆に提供することについても各国の立法に委ねられるとしている((2)項)。すなわち、条約制定時の社会環境から見て、このような利用者の権能についても考慮が必要であるとの認識に立っていたのである。そうであれば、社会環境の変化により更にこの権能を敷衍することについても必ずしも否定的であるとはできない。

以上の通り、ベルヌ条約は創作者、媒介者、利用者のバランスを目指す著作権リフォームの障害にはならないものと考えられることができる。

## II TRIPs 協定

TRIPs 協定は知的所有権が国際貿易の財貨であることを前提にその保護を促進し、その権利行使手続が貿易の障害とならないよう協定するものである。したがって、著作物についても貿易取引の対象たる財産であるとの視点から規定している。

先ず、第 9 条でベルヌ条約との関係を規定し、同条約の遵守を規定するが、人格権については協定の保護の対象外であるとする(9 条 1 項)。また、著作権保護は表現に及ぶがアイデア、手続、操作方法、数学的概念自体には及ばないと明記する(9 条 2 項)。更に、第 10 条でコンピュータプログラムとデータベースを保護対象とするが、データや素材それ自体は保護対象ではないとする。また、第 11 条でコンピュータプログラム及び映画著作物については商業的貸与権を認めるが、映画については複製権を実質的に侵害するような広範な複製行為を招かない限り適用を免除され、プログラムについてはプログラム自体が貸与の本質的目的でない場合には適用されないとする。保護期間については 50 年を下回ってはならないとされる(第 12 条)。そして、第 13 条で排他的権利の制限または例外を「著作物の通常の利用を妨げず、かつ、権利者の正当な利益を不当に害しない一定の特別な場合に」限定する、としている。つまり、3 ステップテストによる権利制限を著作権の支分権全般に対して適用している。

このように、TRIPs 協定には、著作権リフォームを考える場合に傷害となる規制は含まれていないといえることができる。

## III WIPO 著作権条約(WCT)

WCT は、実質的にベルヌ条約の改正の意味を持たせて起案され成立している。その前文では、「新たな経済的、社会的、文化的及び技術的発展によって生じた課題について適切な解決策をもたらすため」・・・「創作活動のためのインセンティブとしての著作権保護の顕著な重要性を強調し」、「ベルヌ条約において既に規定されている、著作者の権利と、特に教育、研究、情報へのアクセスといったより大きな公共の利益とのバランスを、維持する必要性を認めて」協定した、とされている。この前文についての文化庁国際著作権室の解説では、日本の著作権法においてもバランスの記述はなく、著作権法は「公正な利用」に「留意」するとあるのみで「著作権」と「他の公益」を同等には扱っていないのであって、この条約においてもバランスではなく著作権の方がより重要であるとの意味であるとされる。しかし、前文では「著作者の権利と・・・より大きな公共の利益との間のバランス」を維持する必要性を認めて協定した、と結語しているのであり、権利と利益のバランスが要請されていることは条約上も明らかであるといえる。

WCTにおいては、第1条でベルヌ条約の遵守を規定し、第2条でTRIPs協定第9条2項と同じ保護範囲の規定をし、第3条でベルヌ条約第2条から第6条の準用を規定し、第4条でコンピュータプログラムの保護を、第5条でデータベースの保護を規定する。第7条では一般的頒布権(譲渡権)と消尽(first sale doctrine)、第8条ではコンピュータプログラムと映画著作物、レコードに固定された著作物についての商業的貸与権が規定され、第9条で有線、無線の方法による著作物の「公衆への伝達権」が創設された。また、第9条で写真著作物についてベルヌ条約の適用を排して一般著作物と同様の保護期間とすることとし、第10条でTRIPs協定第13条と同様に支分権一般について権利制限の要件として3ステップテストを採用し、第11条で技術的保護手段の保護、第12条で権利管理情報の保護を規定している。

このWCTにより創設された権利・義務は全て現在の我が国の著作権法に反映されているが、権利制限に関しては結果的に差異が生じないとの見解によりWCTによる見直しは行われていない(平成18年の権利制限規定の部分的改正はWCTとの直接の関係はない)。

したがって、著作権リフォームが基本的にベルヌ条約に反しておらず、かつ、WCTにより創設された支分権の趣旨を満たしたものであればWCTに抵触することはないことになる。特に、3ステップテストを採用した一般的権利制限の創設については何ら問題となることはない。

IV 以上の通り、ベルヌ条約、TRIPs協定、WCTは著作権リフォームを考える上で大きな障害とはならないものと考えられる。特に、これらの条約においては著作権が排他権という権利であることは前提とされているものの、その具体的救済手段について特段の規制はなく各国の立法に委ねられている。したがって、現行法における救済手段を固定的なものとして捉える必要はなく、合理的な救済方法を制度化することに問題はない。WCTが著作権保護にもバランスが要請されることを明記しているように、必ずしも著作者の権利を保護することだけが著作権法のあり方とはいえないであろう。著作権リフォームの提言は多分に著作権の権能を弱めるためだけにあると理解されやすいが、極めて強力な著作者の権利と公益(それは著作権制度を認める限りは内在的な制約として認められるべき利用者の権能も含まれるであろう。)とのバランスをとるものであるとの考えに立った提言であり、議論の深まることが期待される。

資料 3

「著作権リフォーム～著作権の間接侵害～」

奥邨弘司

【配布用資料】

DCAJシンポジウム

**著作権リフォーム  
～著作権の間接侵害～**

2008年2月29日

神奈川大学経営学部  
奥邨弘司

[1] © 2008 Koji OKUMURA

【1. はじめに】

統一テーマ「著作権リフォーム」の捉え方  
＜大改造！！劇的ビフォーアフター＞

リフォームの匠になったつもりで

- ・ 継ぎ接ぎの増改築（間接侵害）がもたらす問題を、大改造によって解決したい
- ・ 同じ土地で、土台や骨組みは活かさないといけない（従来の事案の結論を活かす形で）
- ・ リフォーム後は美しく使い易く劇的変化（シンプル・統一的・包括的な枠組み）

これらの全てを満たすようなリフォーム提案を施主である皆さんに提案したい

[2] © 2008 Koji OKUMURA

【2. 著作権の間接侵害とは何か】

本報告における「間接侵害」の一応の定義

「著作物を物理的に利用した者（以下、直接利用者）以外の者が、当該利用行為に関連して責任を負うこと」

- (a) 著作物の直接利用に助力する場合  
直接利用に用いられる機器・ソフト・システム・サービスの提供・販売等
- (b) 他人を手足として著作権を侵害させる場合
- (c) カラオケ法理により規範的な直接利用者として著作権侵害責任を負う場合

★上記定義は(a)～(c)の全てを含む

[3] © 2008 Koji OKUMURA

【補足スライド・・・配布のみ】

本報告における「間接侵害」の一応の定義

「著作物を物理的に利用した者（以下、直接利用者）以外の者が、当該利用行為に関連して責任を負うこと」

- ・ 規範的な意味を除いて直接利用者(者)を定義
- ・ 直接利用者の行為が侵害でない場合も含む（クラブキャッツアイ事件等）
- ・ 問題となる間接侵害者の行為は、著作物の利用行為に限られない

[4] © 2008 Koji OKUMURA

【3. 主要な事案と従来の法的枠組み】

間接侵害の定義に該当するものを類型化(13類型)

- ① 演奏主催者 (中部観光事件)
- ② カラオケスナック店 (クラブキャッツアイ事件)
- ③ カラオケボックス店 (ビック・エコー事件)
- ④ カラオケリース業者 (魅留来事件)  
(ビデオメイツ事件)  
(ヒットワン事件)
- ⑤ 録音録画機器製造業者 (著作権法30条2項)
- ⑥ ダビングマシン提供者 (原宿クリスタル事件)  
(著119条2項②号)

[5] © 2008 Koji OKUMURA

【3. 主要な事案と従来の法的枠組み】

- ⑦ ネットストレージ業者 (選撮見録事件)  
(MYUTA事件)
- ⑧ 録画機等ハウジング業者 (録画ネット事件)  
(ロクラク事件)  
(まねきTV事件)
- ⑨ 掲示板管理者 (罪に濡れたふたり事件)
- ⑩ P2Pシステム提供者 (ファイルログ事件)
- ⑪ DRM回避機器提供者 (著120条の2①号・②号)
- ⑫ 改変ツール提供者 (ときめきメモリアル事件)  
(DEAD OR ALIVE事件)
- ⑬ 放送局 (スターデジオ事件)

[6] © 2008 Koji OKUMURA

### 【3. 主要な事案と従来の法的枠組み】

「間接侵害者」を……	差止	損害賠償
(a) 規範的な直接利用者と捉える ; 手足論 : ① ; カラオケ法理 (+ 変異形態) : ②③⑦⑧⑩ (⑥)	○	○
(b) 不法行為者と捉える : ④⑫ ; ※④のうちヒットワン事件	×	○
(c) 直接侵害者と捉える : ⑨	○	○
(d) 立法による対応 : ⑤⑥⑪	—	—

間接侵害であるが、現実には「(規範的な) 直接利用者」と捉えて処理した事案が多い (←差止めの関係)

[7]

© 2008 Koji OKUMURA

### 【3. 主要な事案と従来の法的枠組み】

素朴な疑問……

- ・ 録画ネットやロクラクはNGなのに、何故まねきTVはOKなのか？
- ・ テレビパソコン、自宅設置ならOKで、ハウジングがNGなのは何か？
- ・ MYUTAがNGでも、オンラインストレージはOKか？
- ・ 土地宝典事件と附則15条の関係。コピー機を設置したコンビニは大丈夫か？
- ・ 罪に濡れたふたり事件は、特別なものか？
- ・ 不法行為者として捉える場合、差止めは可能か否か？

[8]

© 2008 Koji OKUMURA

### 【3. 主要な事案と従来の法的枠組み】

- ・ 間接侵害は、著作物の利用方法が変化する中でやむを得ず行われた継ぎ接ぎの「増改築」
- ・ 今後、著作物の利用方法がさらに多様化する中で、権利保護の点でも利用拡大の点でも、従来の継ぎ接ぎ対応には無理がある
- ・ ところで、間接侵害に関しては既に理論的な整理が様々な形で行われ、詳細な先行研究が多数存在
- ・ 「屋上屋」どころか「屋下屋」にならないように、本報告では、増改築部分(間接侵害論)の現状を一旦横に置いた上で、増改築(間接侵害)が必要とされた理由とその問題点から出発して、制約の少ない立場で、リフォーム提案をしたい

[9]

© 2008 Koji OKUMURA

### 【補足スライド…配布のみ】

最近の主要な先行研究

- ・ 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題—寄与侵害、間接侵害、フェアユース、引用等—(2)」知的財産法政策学研究17号
- ・ 潮見佳男「著作権侵害における「間接侵害」の法理」コピライト557号
- ・ 吉田克己「著作権の「間接侵害」と差止請求権」知的財産法政策学研究14号
- ・ 北村行夫「応用段階に入った著作権」コピライト552号
- ・ 上野達弘「著作権法における「間接侵害」」ジュリスト1326号
- ・ 高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号
- ・ 潮海久雄「著作権侵害の責任主体に関する新たな動向」コピライト542号
- ・ (財)ソフトウェア情報センター『ソフトウェア開発・販売と著作権の間接侵害規定に関する調査研究』
- ・ 平成18年文化審議会著作権分科会報告書・第1章第5節 司法救済ワーキング

[10]

© 2008 Koji OKUMURA

### 【4. 間接侵害の作用・副作用】

間接侵害に求められる主な作用は次の3つ

#### (A) 一網打尽作用

著作物を利用するための機器等(以下、著作物利用機器等)の提供を止めさせることで、直接利用者による侵害行為を一網打尽としたい

#### (B) Deep Pocket作用

著作物の利用行為から生じる利益を分配・移転させる場合に、直接利用者からではなくて、著作物利用機器等の提供者から徴収したい

#### (C) 隠れ蓑対策作用

直接利用行為が権利制限規定等で適法な場合に、それを隠れ蓑とする関与者の責任を追求したい

[11]

© 2008 Koji OKUMURA

### 【4. 間接侵害の作用・副作用】

間接侵害の主な副作用は次の3つ

#### (X) 混獲現象

間接侵害行為を止めさせた(例: 著作物利用機器等の提供禁止)結果、本来問題のない直接利用行為まで禁止してしまう

#### (Y) 過分配現象

著作物の利用行為から生じる利益の移転・分配にあたり、程度と手段が問題となってくる

#### (Z) 空洞化現象

限度を超えた隠れ蓑対策は、権利制限規定に大穴を空けて空洞化させてしまう

[12]

© 2008 Koji OKUMURA

#### 【4. 間接侵害の作用・副作用】

##### 作用の阻害因子

- ・ 不法行為（侵害の幫助等）を理由とした差止めは認めないという一種のドグマが存在



- ・ 間接侵害者を規範的な直接利用者と捉える工夫が続けられてきた



- ・ 直接侵害と評価するため差止め範囲が拡大傾向
- ・ 私的複製規定の適用余地が狭まる
- ・ 工夫の累積はいつしか無理に近づき、予測可能性の低下を招いて、萎縮効果を生みかねない

##### 副作用の増悪因子

[13]

© 2008 Koji OKUMURA

#### 【5. 検討のポイント】

作用と副作用をバランスさせた制度設計が必要



参考：米国の場合

- ・ 直接侵害と間接侵害を峻別
- ・ 間接侵害は直接侵害の存在を前提とする
  - \* 権利制限規定が空洞化しない
- ・ 間接侵害に対しても差止請求が可能
  - \* 侵害と差止めは必ずしも連動せず(混獲回避)

[14]

© 2008 Koji OKUMURA

#### 【補足スライド…配布のみ】

参考：米国の場合

- ・ 直接侵害と間接侵害を峻別
  - \* 直接侵害の場合、厳格責任であるため、日本のように間接侵害者を直接侵害者と評価してしまうと酷になる〔例外：Cablevision判決〕
- ・ 間接侵害（寄与侵害・代位責任・侵害の誘因）の成立には、直接侵害の存在が前提となる
  - \* 権利制限規定空洞化の問題は生じない
- ・ 間接侵害者に対して、損害賠償も差止めも請求可能
  - \* ただし、侵害と差止めは、必ずしもカップリングしない(e-Bay最判〔TRIPS協定44条との関係は不明〕)ため、混獲の問題を避けることは可能

[15]

© 2008 Koji OKUMURA

#### 【6. リフォーム案】

リフォームの基本的思想

- ・ 統一的・包括的な制度設計
- ・ 一網打尽作用を活かしつつ各種の副作用を抑制
- ・ 間接侵害制度が与える「許諾権」が、元来著作権が与えるそれに比して過大となることを回避
  - \* 侵害排除と利用許諾は表裏の関係（∴侵害行為を適法に行うには許諾を得る必要がある）
  - \* 著作権は法定された支分権の束に過ぎない
- ・ 権利制限規定と間接侵害を峻別し、隠れ蓑対策は権利制限規定の在り方として論ずる
  - \* 権利制限規定は「侵害主張に対する抗弁」に過ぎないわけではなく、積極的な意義もあるはず

[16]

© 2008 Koji OKUMURA

#### 【6. リフォーム案】

リフォームの基本的枠組み

- (a) 間接侵害者も侵害者(112条1項)なので、制度上は対直接侵害者同様に損害賠償請求と差止請求を可能とする。 <継ぎ接ぎ解消、統一的・包括的枠組み>

	差止め	損害賠償
直接侵害	○	○
間接侵害	○	○

- ・ 間接侵害を規範的に直接利用者と捉える工夫（手足論やカラオケ法理）は不要となる。

- (b) 対間接侵害者の損害賠償に関して、114条2項を用いることは認めない <過分配の回避>

[17]

© 2008 Koji OKUMURA

#### 【6. リフォーム案】

- (c) 間接侵害の対象行為を広く設定 <一網打尽>

- (d) 直接利用行為が適法である場合、間接侵害の成立を認めない <空洞化の回避>

- ・ DN時代において、著作物利用機器等の提供を間接侵害として禁じると、権利制限規定の対象となる利用行為を実質的に不可能とする（間接侵害によって過大な「許諾権」が付与される）

- (e) 差止めの範囲を限定 <混獲の回避>

- ・ 差止めは法定の利用行為の範囲とすることを原則とすべき
- ・ 原告の著作物が占める割合が小さい場合、それを利用する行為を超える差止めは認めない

[18]

© 2008 Koji OKUMURA

【6. リフォーム案】

間接侵害の対象行為をどのように把握するか？

直接利用行為 = 意思 + 物理的動作

↓

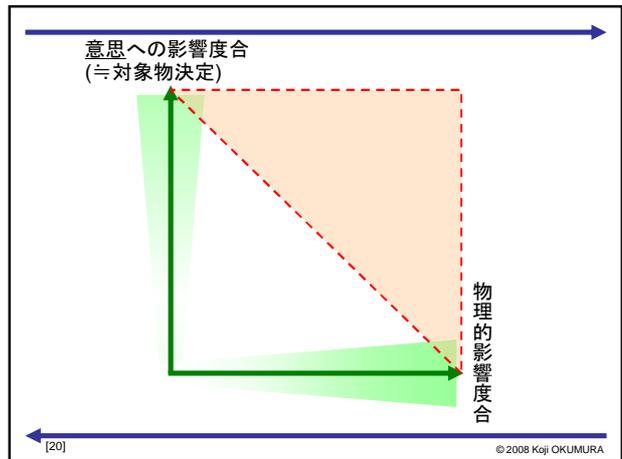
対象物と行為（何をどうする）

試案

意思と物理的動作のいずれかor両方に一定の影響を与えた場合を間接侵害と捉えてはどうか？

- \* 意思について、直接的影響があるケース(行為を指示する等)は少ないため、それが無い場合は間接的な影響(対象物の決定への影響)に着目する
- \* 物理的動作について
  - ・シャッターを「押す」=複製の物理的動作
  - ・物理的な影響を考える

[19] © 2008 Koji OKUMURA

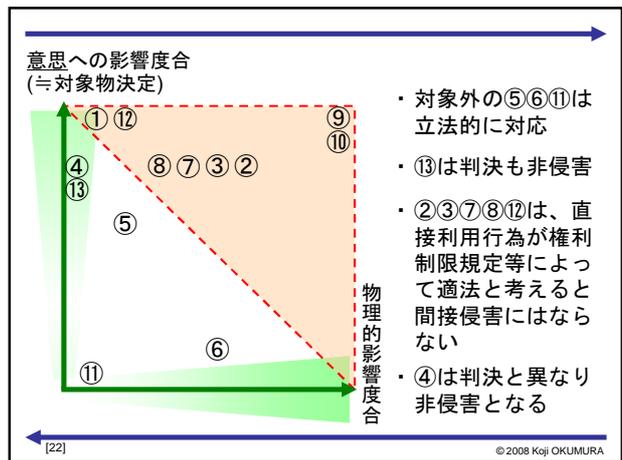


【6. リフォーム案】

従来の事案の事実関係で位置付けてみると…

意思への影響度合	物理的影響度合
指示 or 対象物特定	機器・システム提供
↓	↓
対象物の範囲限定	ハウジング
↓	↓
対象物の一部特定	機器販売
↓	↓
無し	無し

[21] © 2008 Koji OKUMURA



【7. まとめにかえて……今後の課題】

(a) 間接侵害の対象行為をどのように設定するか？

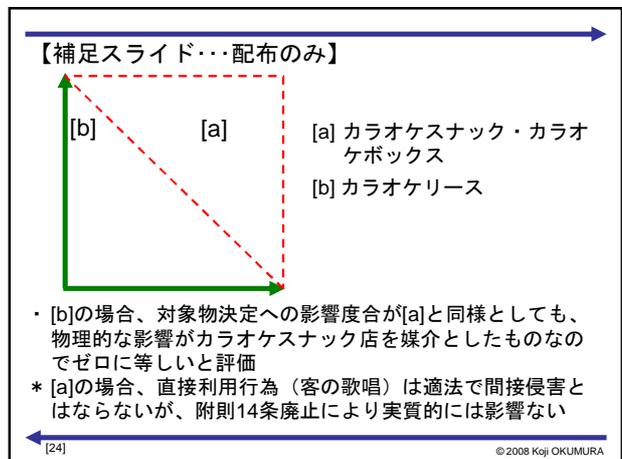
- ・試案の場合、特にInduce型をどう取り込むか
- ・試案のような統一の基準による包括的把握は困難で、類型化が避けられないとした場合、何を基準にどの程度まで類型化するか（細分化すると継ぎ接ぎの危険性）

(b) リフォーム後の間接侵害からも漏れる行為について不法行為の成立を認めるか？ 差止めは？

(c) 現在立法で対応されている間接侵害について見直しは必要か？

(d) 刑事責任についてはどのように考えるか？

[23] © 2008 Koji OKUMURA



【補足スライド…配布のみ】

[c] MYUTA  
[d] 汎用オンラインストレージ  
[e] 選撮見録

\* 直接利用行為が権利制限規定により適法となるか否か（著30条1項①号：拙稿 SLN108参照）

- [d]の場合、物理的影響は[c]と等しいとしても、対象物決定への影響度がゼロであるため、対象外となる
- [e]の場合、対象物の範囲を放送番組に限定している点で[c]と等しいが、物理的影響は装置販売であり[c]よりも弱い。
- [e]に厳しく評価してもボーダーライン上と考えられる。

[25] © 2008 Koji OKUMURA

【補足スライド…配布のみ】

[f] 録画ネット  
[g] 汎用ハウジング  
[h] まねきTV

\* 直接利用行為が権利制限規定により適法となるか否か（著30条1項①号：拙稿 SLN108参照）

- [g]の場合、物理的影響は[f]と等しいとしても、対象物決定への影響度がゼロであるため、対象外となる
- [h]の場合、対象物決定への影響・物理的影響の両方が[f]と等しいと評価されても、同装置を用いた番組の配信は公衆送信にあたらないので、直接利用行為がない（図示不可）

[26] © 2008 Koji OKUMURA

【補足スライド…配布のみ】

[k] 罪に濡れたふたり  
[m] 電子掲示板一般

- [k]の場合、対象物を認識した上で放置した時点で、自ら送信していると評価しうる（直接侵害者）
- [m]の場合、対象物決定への影響はゼロであり、また物理的影響もシステム提供なので対象外となる
- ホスティングも、認識放置は[k]、一般は[m]と考えられる

[27] © 2008 Koji OKUMURA

【補足スライド…配布のみ】

[n] 中央管理型ファイル交換  
[o] 分散型ファイル交換  
[p] ファイルローグ

- [n]の場合、一般には対象物決定への影響はゼロに近く、また物理的影響の程度も掲示板の場合よりも低いと思われるので、対象外となる。
- [o]の場合、ソフトの配布だけなら、物理的影響の程度は[n]よりもさらに低くなる。

[28] © 2008 Koji OKUMURA

【補足スライド…配布のみ】

…つづき

- [p]の場合、継続的にユーザとの間で関係を維持している中で、システム上、特定の著作物の侵害行為（無許諾公衆送信）が反復されていることについて通知を受けながら、それを放置したときは、予め著作物を特定した上で、ユーザにシステムを使用させた場合と同視できる。
- [o]の場合でも、Grokster事件のようなInduceが認められる場合をどう取り扱うか？  
一案としては、Induceについて「指示」に準じる程度の直接的な意思への影響があったと評価するか？（結論保留）

[29] © 2008 Koji OKUMURA

資料 4

「フェアユース」

横山久芳

## フェア・ユース

学習院大学法学部 横山 久芳

### 1. 問題の所在

著作権法における権利制限の意義

権利制限の個別的限定列挙と一般条項導入の必要性

### 2. 比較法

#### (1) アメリカ法におけるフェア・ユース

- ・ 一般条項（107条）と詳細な権利制限規定（108条～122条）を併置
  - ・ フェア・ユース該当性判断の考慮要素
    - \* 利用の目的と性質
    - \* 利用された著作物の性質
    - \* 利用された著作物の全体との関連における利用された部分の量と質
    - \* 利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響
  - ・ 判例法によるフェア・ユースの解釈
    - \* 生産的利用と消費的利用<sup>1</sup>
    - \* 変形的利用と商業的利用<sup>2</sup>
    - \* 変形的利用の意味合いの変化<sup>3</sup>
- 技術、社会の変化に即応して柔軟な運用が行われている

#### (2) イギリス法におけるフェア・ディーリング

- ・ アメリカ法のような包括的な一般条項ではなく、個別的な制限条項の一環として抽象的な中間的一般条項が設けられているという感じ

---

<sup>1</sup> Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464U.S.417 (1984).

<sup>2</sup> Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S.569 (1994), Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.,268 F.3d 1257 (11<sup>th</sup> Cir.2001).

<sup>3</sup> Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 ; Field v. Google, Inc., 412 F.Supp.2d 1106 (D.Nev.2006).

- ・ フェア・ディーリングの内容
  - \* 私的学習・非営利の研究を目的としたフェア・ディーリング（29条）
  - \* 批評、評論を目的としたフェア・ディーリング（30条（1））
  - \* 時事の報道を目的としたフェア・ディーリング（30条（2））
  - \* 付随的挿入（31条）

### （3）ドイツ法における自由利用

- ・ 自由利用（24条）
 

作品を相互に比較し、原告作品の創作的特徴が色褪せている場合に侵害を否定  
権利制限というより、権利範囲を画する規定 ex) パロディ
- ・ 付随的利用（57条）

## 3. 現在の裁判例・学説の状況

- ・ 我が国著作権法の解釈としてフェア・ユースの抗弁は認められない<sup>4</sup>（通説）
 

→新たな権利制限の必要がある場合は、原則的に立法で対処、しかし、技術革新や社会環境の変化が激しい現在において、個別規定の改正だけで対処するのは難しい
- ・ 近時、現行法の柔軟な解釈、運用により、フェア・ユースの理念を実質的に実現する試みがなされている
  - \* 権利範囲の規範的解釈・・・複製<sup>5</sup>・翻案<sup>6</sup>の規範的評価
  - \* 制限規定の柔軟な解釈・・・引用（32条）概念の再構成<sup>7</sup>
  - \* 黙示的許諾論や権利の濫用等の一般法理の活用<sup>8</sup>の示唆
- ・ 近年、個別的な制限条項を補完する形の一般条項の導入を説く提言も有力<sup>8</sup>

<sup>4</sup> 東京高判平成6年10月27日判時1524号118頁〔ウォール・ストリート・ジャーナル事件控訴審〕、東京地判平成7年12月18日〔ラスト・メッセージ in 最終号事件〕など参照。

<sup>5</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〕参照。

<sup>6</sup> 東京高判平成12年9月19日判時1745号128頁〔舞台装置事件控訴審〕参照。

<sup>7</sup> 上野達弘「引用をめぐる要件の再構成」半田正夫先生古稀記念『著作権法と民法の現代的課題』307頁（法学書院・2003年）、田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト554号（2007年）、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（3・完）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究18巻31頁（2007年）、最近の裁判例の傾向として、東京地判平成13年6月13日判時1757号138頁〔絶対音感事件〕、東京地判平成15年2月26日判時1826号117頁〔創価学会写真ビラ事件〕参照。

<sup>8</sup> 相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」中山信弘先生還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』332頁（弘文堂・2003年）、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）など参照。

#### 4. リフォームの方向性

- (1) 補充的に包括的な一般条項を導入（アメリカ型）
- (2) 個別の権利制限規定の中に中間的な一般条項を導入（イギリス型）
  - ex) 引用（32条）の拡充規定、付随的利用に関する規定等
- (3) 侵害に対する救済のあり方の再構成

現在は、著作権侵害行為の認定→自動的な差止命令の発動（物権法のアナロジー）

フェア・ユースの抗弁に加えて、フェア・ユースが問題となる行為類型に関しては、裁判所の裁量により、差止命令を否定し、金銭的賠償で解決を図る折衷的な制度も検討に値する<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Campbell v. Acuff-Rose, supra note 2, 510 U.S.569, N.Y.Times Co. v. Tasini, 533 U.S.483 (2001).

## 5. 資料

### 〔アメリカ法〕

#### ・ 著作権法 107 条

第 106 条及び第 106 条 A 条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授、研究又は調査のような目的のために、著作権のある著作物のフェア・ユースは、侵害とならない。特定の場合において著作物になされた使用がフェア・ユースとなるか否かを判断するに際して考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 利用の目的及び性質（使用が商業性を有するか又は非営利教育目的か否かを含む）
- (2) 利用された著作物の性質
- (3) 利用された著作物全体との関連における利用された部分の量及び質
- (4) 利用された著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響

上記の全ての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、そのような認定を妨げない

### 〔イギリス法〕

#### ・ 著作権法 29 条

(1) 文芸、演劇、音楽、美術作品を非商業的な研究目的で公正に使用すること（fair dealing）は、適切な出所表示がなされる限り、著作権の侵害とはならない

(1C) 文芸、演劇、音楽、美術作品を私的な学習目的で公正に使用することは、著作権の侵害とはならない

(2) 出版物の版面は、私的学習、研究目的で公正に使用される限り、著作権の侵害とはならない

(3) 以下（略）

#### ・ 著作権法 30 条

(1) 当該著作物、他の著作物又は著作物の実演を批評、論評する目的で公正使用することは、十分な出所表示を行うことを条件として、著作権を侵害しない。

(2) 時事の報道を目的として写真以外の著作物を公正使用することは、十分な出所表示を行うことを条件として、著作権を侵害しない。

(3) 録音物、映画、放送を用いて時事の事件を報道することに関しては、出所表示が実用的観点から不可能である場合には、出所表示は要求されない。

・ 著作権法 31 条

(1) 美術の著作物、録音物、映画、放送への著作物の付随的挿入 (incidental inclusion) は、著作権の侵害とならない。

(2) 第 1 項に基づき著作権の侵害とならずに作成された複製物を公衆に頒布し、又はそれを演奏し、上映し、放送しても、著作権の侵害とならない。

(3) 音楽の著作物、音楽とともに話され、若しくは歌われる歌詞又は音楽の著作物若しくはそのような歌詞を挿入している録音物、放送は、それが故意に挿入されるときは、付随的挿入とはみなされない。

[ドイツ法]

・ 著作権法 24 条

(1) 他人の著作物の自由利用によって創作された独立の著作物は、利用された著作物の著作者の同意を得ることなく、公表し、利用することができる

(2) 第 1 項の規定は、音楽の著作物の利用で、その著作物から旋律が認識可能な形で借用されており、その旋律が新たな著作物の基礎となっている場合は、適用しない。

・ 著作権法 57 条

著作物が、複製、頒布又は公の再生の本来の対象に随伴する重要でない付随的著作物とみなされる場合は、その複製、頒布及び公の再生は許される。

資料 5

「同一性保持権の観点から」

山神清和

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  
同一性保持権の観点から

首都大学東京 山神清和

## 1 アンケート回答結果を受けた問題設定

事前に頂いた回答結果では、同一性保持権に直接言及したものは、3件のみであった。

- ・ 著作権期間は、人格権は無限とする。
- ・ プログラム著作権に関する著作者人格権を見直すべき
- ・ 著作財産権、著作者人格権双方の権利制限一般条項を設けるべき。50条は削除。

しかし、よく見てみると「フェアユースの規定を導入すべき」という趣旨の回答が圧倒的多数を占め、そこには恐らく著作者人格権の制限規定についても同様に導入すべきという考えが隠されているのではないか。

本報告では、著作権法全体のリフォーム(抜本改正)を見据えつつ、どのように同一性保持権の規定を変えていくべきか、もしくは残すべきかを論ずる。

また、圧倒的多数の回答は、権利制限を拡大する方向で考えているが、2名ほど権利者サイドの見解を採られる方がおられた。そのような立場からの検討も加えてゆくこととしたい。

## 2 同一性保持権の内容(ベルヌ条約と比較して)

我国の同一性保持権の規定は、ベルヌプラスの規定である。

我国の同一性保持権（著作権法 20 条）

「著作者は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けないものとする。」

著作物の内容および題号の同一性を維持する権利、特に「自分の意に反して勝手に改変されない権利」である。

ベルヌ条約の同一性保持権(6条の2)

「著作者は、その財産的権利とは別個に、この権利が移転された後においても、著作物の創作者であることを主張する権利及び著作物の変更、切除その他の改変又は著作物に対するその他の侵害で自己の名誉又は声望を害するおそれのあるものに対して異議を申し立てる権利を保有する。」



その他、丁のサイトで公表するのではなく、youtubeのような公衆からのアクセスが可能なサイトで、公表しその意見を求めていた。

### (3) 問題となりうる事例3

あるサービス B では、インターネットを介して、多くのユーザーからプログラム、もしくはその部品(モジュール)の提供を受け、これを整理した上で、一般に広く公開している。

B に提供されるプログラム・モジュールの提供者に対しては、サービス運営者からわずかながらも対価が支払われているが、その金額は商用でこれらのプログラム・モジュールを販売することに比べれば極めて低いものとする。提供者は、当該プログラム・モジュールの著作権(著作物性がある場合)を B に譲渡したが、著作者人格権の行使については、留保していた。

あるモジュール 甲 は、P2P によるファイル交換を実現するための期間モジュールであり、戊によって提供された者だったが、戊はファイル交換においては実名を明らかにして行うべきだと考えていたが、己は 甲 を改変することによって、匿名にてファイル交換をすることを可能として、B において 甲 として公開したので、戊は己の行為が同一性保持権の侵害であると主張している。

## 5 現在までの検討状況

同一性保持権の問題は決して新しい問題ではなく、従来から検討が加えられてきた。

- ✓ 政府審議会での検討
  
- ✓ 学説の紹介
  
- ✓ 各国立法例の紹介

## 6 先決事項の整理

改正案について検討するにあたって、先に整理しておく事項を何点か検討する。

### 6.1 27, 28 条との関係

#### (1) 関連条文

27条 二次的著作物の作成をコントロール

28条 二次的著作物の原作者の権利

二次的著作物(2条1項11号)

(2) 同一性保持権との関係

既存の著作物とまったく同一の作品を作り出した場合

既存の著作物に修正増減を加えているが、その修正増減部分に創作性が認められない場合

既存の著作物の修正増減に創作性が認められるが、原著物の表現形式の本質的な特徴が失われるに至っていない場合

既存の著作物の修正増減に創作性が認められ、かつ原著物の表現形式の本質的な特徴が失われてしまっている場合

財産権の観点から

複製権侵害

翻案権の侵害(27条)で違法(もっとも生成物自体の複製は原作者も出来ない)

非侵害 新規創作の著作物

同一性保持権の観点から

同一性保持権侵害

非侵害

6.2 アメリカはベルヌ条約を遵守しているか

していない

アメリカ法では現在人格権は106条Aで保護する。

しかし、アメリカはこの規定をベルヌ条約執行法(1989)ではなく、視覚芸術の著作権者の権利に関する法律(1990)で導入した。(立法者は、わざわざ106条Aを置かなくとも、翻案権やいくつかの州法レベルの保護で十分と考えていたようである)

さらに、その規定は、ベルヌ条約より狭い。

視覚芸術の著作物(work of visual art) = 101条

条約違反が指摘されないのは...

6.3 一般的人格権との関係

異質説(半田説)と同質説(通説)の対立

同質説を採用することの問題点 同一性保持権の制限を置くことへの躊躇

6.4 著作物の性質によって扱いに差を設けるべきか

著作者人格権が著作者の人格的利益の保護であるとする、著作物の種類によってそのような人格的利益の保護を考えなくてもよいものがある。

伝統的著作物(写真)と機能的著作物(プログラム)

機能的著作物には、著作者人格権を認めない 報告者はこの点やや疑問を持つ

権利の主体が自然人である場合と法人である場合

法人には経済的利益を保護するための財産権だけでよく、百歩譲って信用に関する氏名表示権のみを残すべき 傾聴に値する

## 6.5 裁判例の概要

## 7 改正に関する私見

### 7.1 現行の規定の解釈による対応

- ✓ 20条2項4号の適用範囲の拡大

問題点 (従来は厳格に解釈)

### 7.2 改正による対応

- ✓ 私的改変に対する適用除外規定の創設(今回の報告の文脈では無力)
- ✓ 契約によるオーバーライドとそれを担保する規定
- ✓ そもそも著作者人格権を観念し得ない著作物類型の創設
- ✓ 同一性保持権に関する規定の修正(20条1項 および 2項4号の修正、2項に新類型追加)  
従って、フェアユースで議論されるような一般条項の導入までは踏み込まない

### 7.3 改正を検討するにあたっての方針

- (1) デジタルコンテンツの流通促進にどれが適切なのか
- (2) そもそも同一性保持権の行使を制限することは適切か

資料6

「著作物等の保護と利用」

上野達弘

## I はじめに

- 1 課題：「利用促進関連（登録・裁定・保護期間・契約等）」
- 2 問題の所在
  - (1) 技術の発展
    - ① 利用態様の拡大
    - ② 利用主体の拡大
  - (2) 利用の確保
    - ① 行為自由の確保
    - ② 伝達行為の確保
    - ③ 表現活動の確保
- 3 本報告の課題

## II 論 点

- 1 保護期間
  - (1) 「長さ」問題の位置付け<sup>1</sup>
    - 文化審議会著作権分科会・過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会
  - (2) ありうべき措置
    - 例：延長登録制度、有償公有制度、権利制限、対象権利、戦時加算解消
- 2 技術を活用した権利処理の促進
  - (1) 報酬請求権化をめぐる議論（パラダイム変換アプローチ／技術的アプローチ）
  - (2) 技術による著作権の保護と管理<sup>2</sup>
    - 権利管理システム（契約ないし意思に基づく権利実現）：所在情報、利用条件
    - 例：DRM、自由利用マーク、CC、著作権放棄DB、登録制度

<sup>1</sup> 上野達弘「ドイツ著作権法における保護期間に関する一考察」齊藤博先生退職記念論文集（弘文堂、2008年・近刊）参照。

<sup>2</sup> 初期の議論として、上野達弘「ECMSにおける著作権及び著作者人格権に関する一考察」『CRIC賞論文集』（著作権情報センター、1997年）20頁、同「デジタルコンテンツの保護と利用—ECMS（電子著作権管理システム）をめぐる技術と法—」情報処理学会シンポジウムシリーズ98巻11号9頁（1998年）、Tatsuhiko Ueno, The Future of Electronic Copyright Management System (ECMS), COPYRIGHT UPDATE JAPAN 1999, 62 (2000) <[http://www.cric.or.jp/cric\\_e/cuj/cuj99/cuj99\\_3.html](http://www.cric.or.jp/cric_e/cuj/cuj99/cuj99_3.html)> 参照。

- 3 裁定制度見直しの可能性
  - (1) 制度面：要件、主体、対象
  - (2) 運用面

### Ⅲ おわりに

- 1 原理間衡量としての「著作物等の保護と利用」<sup>3</sup>
  - (1) 著作者等の保護
  - (2) 著作物等の利用
  
- 2 著作権制度リフォームの意味

---

<sup>3</sup> 基本的立場について、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6頁以下(2007年)、同「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6号959頁以下(1999年)等参照。

財団法人日本自転車振興会  
平成19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

## 法的環境動向に関する調査研究

### 著作権リフォーム

ーコンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けてー

発行年月 平成20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23-3

日本生命一番町ビルLB

TEL.03(3512)3900

FAX.03(3512)3908