

# 著作権権利制限規定の立法形式比較論 ～柔軟解釈根拠型一般条項の優位性～

清水利明<sup>†</sup>

著作権権利制限規定に一般条項を導入しようとする議論（いわゆる「日本版フェアユース議論」）が行なわれている。学説では、open-endedな一般条項の導入が支持されてきたが、文化審議会が出した結論は、特定の目的に限定した一般規定とするものであった。この立法形式によれば、現代的課題のすべてを解決することはできない。そこで本稿では、採用可能なモデルを比較検討することにより、我が国の実情に適した立法形式の検討を行う。

## Comparison of legislation forms in Copyright right limitation regulations

Toshiaki Shimizu<sup>†</sup>

The discussion to introduce the general clause into the copyright right limitation regulations is continuing. In the theory, Open-ended type has been supported. But in the Council for Cultural Affairs, It became a conclusion of adopting general clause limited to specific purposes. This legislation form cannot solve modern problems. Then, I make comparative study which form is appropriate for the fact of our country.

### 1. はじめに

現行著作権法においては、立法形式の特性と伝統的解釈論に従えば、新たな技術進歩や利用の多様化に十分に対応できないという問題を抱えている。そこで、著作権の権利制限規定に一般規定を導入しようとする議論が行われている。いわゆる「日本版フェアユース規定」導入論である。

文化審議会の導入議論においては、新たに権利を制限する必要がある場合はどのような場合かを検討し、適当な立法形式を決定する議論の方式がとられている。しかしこのような議論のやり方では、現時点で顕在化していない今後新たに出現する技術や利用を、対応することは不可能であるといえる。

その為、どのような立法形式によればこの問題を解決でき、また枠組の変更による影響がどのようなものになるかを、考えられる立法形式を比較検討することにより、我が国が採用すべき立法形式を導き出すことを目的として論じる。

### 2. 現行権利制限規定

著作権法は、その法目的を「文化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」（第1条）と掲げている。そして、著作権の権利制限規定は、著作物の「公正な利用」への留意という趣旨を具体化したものであると考えられ、第30条から第49条の8（平成21年度改正により追加）に列挙されている。

これら権利制限規定の解釈をめぐることは、従来の判例や学説<sup>a</sup>においては、著作者保護を第一義とするという著作権法の原則に対する「例外」であるから、厳格解釈すべきであると捉えられてきた。

そして、現行著作権法が昭和45年に制定されて以来、社会実情の変化や技術の進歩などにより新たに顕在化した調整すべき利害に対応するため、新たな権利制限規定の新設等の改正が重ねられてきた。近年の動向としては、「経済財政改革の基本方針2007b」、いわゆる「骨太の方針」に従って、「デジタルコンテンツ流通促進法制」の整備を実現すべく、平成21年度改正に反映され、著作権法改正が施行された。

この改正は、現行著作権法における最大の改正といわれており<sup>c</sup>、改正条文としては

\* <sup>†</sup>関西大学

Kansai University

<sup>a</sup>厳格解釈説として、齋藤博氏は「これら制限規定の解釈・適用は努めて厳格になされなければならない」（『概説著作権法第3版』一粒社、1994年、13頁以下）とする。

<sup>b</sup>「経済財政改革の基本方針2007」（平成19年6月19日閣議決定）により、「デジタル化、ネットワーク化の特質に応じて、著作権等の保護や利用の在り方に関する新たな法制度や契約ルールの検討を進め、世界最先端のデジタルコンテンツ流通促進の法制度等を2年以内に整備する。」と決定した。

<sup>c</sup>山下和茂（元文化庁長官官房著作権課長）『著作権法の改正課題』講演録（日本知財学会コンテンツ・マ

38条にわたり、違法な著作物のダウンロードの違法化(第30条1項3号)をはじめ、キャッシュサーバー等への情報蓄積(第47条の5)や検索エンジンサービス(第47条の6)などの権利制限規定に関する多く規定の新設規定が盛り込まれた。長年積み残された課題として指摘されてきた問題の多くを解消し、デジタル化・ネット化に対応しつつあると評価できる。

伝統的には、権利制限規定は厳格解釈すべきものと考えられてきたが、実際の裁判例の中には、妥当な結論を導くために文言通りの厳格解釈を貫くことなく、①拡大解釈d、②類推適用e、③権利濫用の法理f、④黙示の許諾論g、④本質的特徴の直接感得論hなどの理論構成により判断を下した事例が散見される。一方で、利用者が行なうフェアユースの抗弁に対して、裁判所は一貫して否定する判断iを行っている。

### 3. 一般規定導入議論

平成21年度改正では、インターネット等を活用した著作物利用の円滑化を図る為の措置が盛り込まれ、権利制限規定が新たに明文化され、権利者と利用者の利害関係の調整がより充実したものとなったといえる。

しかし、技術進歩と社会環境の変化によって著作物の利用が多様化していることなどから、社会通念上違法とすべきでないと考えられる利用も、伝統的通説に従って厳格解釈を貫くと形式的には違法となることや、既存の制限規定にあてはまらない新たな利用は適法とする根拠がなく、それに対応する立法には時間がかかり過ぎるとの問題が指摘されている。つまり、適切な保護と利用のバランスを図ることが難しくなってきたと考えられることから、著作権法に権利制限の一般規定(いわゆる「日本版フェアユース規定」)を導入すべきとする意見が主張されてきた。

知的財産戦略本部は、知的財産推進計画2008で「フェアユース規定を導入することが適当」とする最終報告をまとめ、知的財産推進計画2009において「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定(日本版フェアユース規定)の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる。」とした。

これを受けて、文化審議会著作権分科会(以下、「審議会」という)では法制問題小

ネジメント分科会第1回研究会2009年6月13日、久保雅一・清水利明他編)参照  
d東京地判平成13年7月25日(判時1758号137頁、判タ1067号297頁)ほか  
e東京地判平成15年6月11日(判時1840号106頁、判タ1160号238頁)ほか  
f東京地判平成8年2月23日(判時1561号123頁)、大阪地判平成21年10月15日ほか  
g東京高裁平成10年8月4日(判時1667号131頁)ほか  
h東京高裁平成14年2月18日(判時1786号、136頁)ほか  
i東京地判平成7年12月18日(判時1567号126頁、判タ916号206頁)ほか

委員会(以下、「法小委」という)を中心に議論が行なわれ、平成22年12月に「権利制限の一般規定に関する報告書」がまとめられたところである。

#### 3.1 問題の所在

現行制度が採用する個別規定型の権利制限規定は、一般には法的安定性と予見可能性が高い制度であるといわれている。しかし、現行制度に加え一般規定が必要であると論じられている根拠として、主に①形式違法該当性の解消と、②技術の進歩による利用の多様化への対応という二つ問題が指摘されている。これら二つの問題は、現行著作権法が抱える「権利制限規定の現代的課題」であるといえる。

##### 3.1.1 形式違法該当性の解消

従来判例・通説において厳格解釈されるべきであると考えられてきたが、厳格解釈を貫くと社会通念上違法とすべきでないと考えられる行為であっても、違法とされる不都合が生じることがあるk。これらを一律に違法であるとする、ほとんど全ての国民が違法行為を行っていることになりかねないものもある。こうした形式的には違法となるグレーな利用を常態化させたままにすることには問題があると考えられる。

もともと個別規定の解釈論によって対応が可能である場合も多いlとも考えられるが、実際にこれらに関する訴訟事例は少なく、事案ごと適用される柔軟解釈はアドホックなものと考えられやすく、当然に踏襲される訳ではないことから「場当たり的m」であるとの懸念を払拭できない。法的安定性と予見可能性が高いとされる個別具体的な規定による権利制限方式は、現状において既に、そのメリットは著しく低下しているといえる。

##### 3.1.2 技術の進歩による利用の多様化への対応

日々進歩する技術により利用行為が多様化したことによって、それら新しく行なわれるようになった利用に対し、適切な権利制限を行なうためには、現行制度の枠組みでは不十分であると考えられている。

現行権利制限規定に該当しない新たな利用については、一般規定のない現行法制下においては、対応する新たな権利制限規定を新設する他はなくn、その法改正にも時間

j文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する報告書」(文化庁、2010年4月)  
k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、著作権情報センター、2008年)7頁以下では、厳格解釈を貫くことによる現実的問題を詳細かつ具体的な事例を列挙している。  
l田村善之「著作権法概説第2版」(有斐閣、2004年)195頁以下参照  
m前掲上野22頁参照  
n阿部浩二氏は、「著作権法の権利制限規定をめぐる諸問題」権利制限委員会(著作権情報センター付属著作権研究所、2004年)「権利制限とフェア・ユースの法理」第1章で、「著作権法第1条に規定される公正な利用を著作権制限の一般条項とみることに支障はないと考えている」と述べている。また、作花文雄氏は『詳解著作権法第2版』(2002年、369頁)で、「権利制限規定に明確に規定されていないような場合であっても、権利制限の立法趣旨や、あるいは各権利の規定趣旨を勘案して、許容される場合はあり得ると考えられる。」と述べている。

がかかることから、常に後追的になり時代にアップデートした権利制限が行なえないという問題が指摘されている。また、こうした状況が国内ベンチャー企業等の事業活動への萎縮を引き起こしている一因であるとの指摘もある。

この問題には次の二つの側面が含まれる。それは、技術の進歩と多様化が、①現行個別規定で権利制限されている目的に関連して活用される場合pと、②現行制度が全く想定していなかった新たな利用価値を生み出す場合qである。

### 3.1.3 個別規定による立法的手当てが、事後的且つ時間がかかる問題

上記のような現代的課題は、個別規定の改正によって解決することは可能である。しかし、個別規定の改正は、①問題が社会的に顕在化してはじめて議題にあがり、②有識者により権利制限の妥当性の議論を重ね、③権利を制限する範囲について検討を行い、④その目的や要件を具体的に決定する必要がある。よって、問題が明らかになった時点では、個別事例に対応することはできず、常に後追的になる。そして立法にあたっては、権利者と利用者の利害調整を詳細に行なわなければならない。このため非常に時間がかかる問題がある。

## 3.2 議論の経緯

### 3.2.1 導入賛成論

以上のような現行権利制限規定における現代的な課題を解決するためには、一般規定を導入することが妥当であるとする見解として、米国フェアユース規定に倣い一般規定を中心に権利制限を行なうことを主旨とするいわゆる「大きなフェアユース案r（米国型一般条項案）」や、個別規定で救済できない利用に対しての受皿として機能させることを主旨とするいわゆる「小さなフェアユース案s（受皿型一般条項案）」などといわれる学説がある。いずれも「公正な利用」の概念に該当すれば、対象を限定しない「open-ended」な（以下、「非限定型」という）一般条項立法案である。

また、柔軟解釈の根拠規定としての一般条項や英国フェアディーリング型の一般条項は、採りうる立法形式の一つの例として学説上示されることはあるが、これを採用することが妥当とするものはみあたらない。法小委の報告書によれば他にスリーステップテスト型が考えられると言及されているが、具体的な解説は無く、それが考慮要

o中山信弘講演録「著作権法改正の潮流」コピーライト578号（著作権情報センター、2009年）

p複製技術や送信技術等の発達と普及が私的複製（第30条）や行政目的（第42条）、eラーニング（第35条2項）に利用される場合等が考えられる。

q既に顕在化した具体例として、検索エンジンや情報解析利用、リバースエンジニアリングなどがあてはまる。また、近年の技術進歩のスピードから、今後次々と新たな利用方法が生み出される可能性は大きい。

r城所岩生「経済教室・デジタル時代の著作権・上」（日本経済新聞、2009年10月14日）参照、椋山敏士「フェアユースの立法論」知財権フォーラム vol.75（2008年、財団法人知的財産研究所）13頁、椋山敏士『著作権論』（日本評論社、2009年）82頁。

s前掲上野22頁参照、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号（著作権法学会、2008年）39頁参照。

素について米国フェアユース規定類似のものとするかスリーステップテスト要件類似のものとするかの違いであるとしても、それが実際にどのような差異をもたらすことになるかは明らかではない。ここでは、考慮要素の違いにすぎないと理解しておく。

### 3.2.2 導入反対論

学説上は、権利制限の一般規定の導入に肯定的な見解が多く、また、産業界や弁護士会も十分な検討が必要であるとしながらも、導入に積極的な立場を採っている意見が比較的多い。しかし、「制定国において、包括的な一般規定は馴染み難く、従来通り具体的な個別規定を設けるべきである」とする見解も存在する。また多くの権利者団体は著作権の保護を軽視するものであるとして否定的立場をとる。

導入に反対する主な理由としては、①予見可能性と法的安定性が損なわれる、②権利が制限される利用の範囲が拡大する、③悪意や誤解によって違法利用が蔓延する、④侵害を排除する負担が増大する、などがある。

### 3.2.3 文化審議会の結論

文化審議会は法小委で議論を行った結果、多くの学説で主張してきたx非限定型一般条項案は採用せず、一般にはほとんど検討されてこなかった、より限定的な類型を対象を絞った一般規定を導入すべきとする結論を出した。文化審議会の導入案（以下、「審議会案」）は、[A] 写り込みのような付随的な利用、[B] 適法利用を達成するために不可避免的に生じる利用、[C] 著作物を「見る、聞く」などといった表現を知覚する目的とはいえない利用、の3つの利用形態を新たに権利制限の対象とするとしている。そして、リバースエンジニアリングやパロディなどについては、必要に応じて個別権利制限規定の改正又は創設により対応することが適当であるとした。具体的な規定ぶりについては、今後さらに検討が加えられる予定である。

### 3.2.4 研究の目的

上記のように、文化審議会では既に一定の結論を得て、権利制限の一般規定の導入

t作花文雄「豪・米自由貿易協定（AUSFTA）を背景とするフェアユース規定導入議論に関する考察-安定性と柔軟性の調和・融合を図る制度の摸索-」（コピーライト、2009年）48頁参照

u日本弁護士連合会「著作権法における一般的包括的権利制限規定の新設に関する意見」（2008年11月18日）、著作権保護期間の延長問題を考えるフォーラム（thinkC）有志「保護期間延長問題と創作・流通促進に関する共同宣言」（2008年10月30日）、デジタル・コンテンツ利用促進協議会「デジタル・コンテンツ利用促進協議会『会長・副会長試案』（2009年1月9日）など

v齋藤博『著作権法（第3版）』（有斐閣、2007年）213頁

w意見書からは『「権利制限の一般規定」の導入に関する意見』日本書籍出版協会、日本雑誌協会（2009年）など

x日本弁護士連合会「著作権法における一般的包括的権利制限規定の新設に関する意見」（2008年11月18日）、著作権保護期間の延長問題を考えるフォーラム（thinkC）有志「保護期間延長問題と創作・流通促進に関する共同宣言」（2008年10月30日）、デジタル・コンテンツ利用促進協議会「デジタル・コンテンツ利用促進協議会『会長・副会長試案』（2009年1月9日）ほか。また、学説においては齋藤博『著作権法（第3版）』（有斐閣、2007年）213頁参照。

へ向けて最終的な検討に入ることが予定されている。しかし本稿では、我が国の著作権制度において抱える現代的課題への対応として採るべき手段の再検討を行い、文化審議会の制度案に対する評価を行い、さらなる議論の最出発点としたいと考えている。そこで本節以降では、現代的課題を解決する為に、我が国の権利制限規定が枠組みの変更として採り得ると考えられる立法形式の再検討を行なう。

#### 4. 考えられる立法形式

権利制限の一般規定の立法形式は、①非限定的一般条項と②限定的一般条項の2つに大きく分類できる。非限定的一般条項は、個別規定の存在にかかわらず、利用の目的や方法などによって限定されず、一定の要件（一般的要件）を満たす「公正な利用」の概念の範疇である場合に権利制限の対象とするタイプの一般条項である。米国フェアユース規定に代表され、イスラエル、台湾などが採用している。そして限定的一般条項は、一定の利用目的や方法などの限定された場合の中で、一定の要件（一般的要件）を満たす場合に権利制限の対象とするタイプの一般条項である。英国フェアディール規定に代表され、オーストラリアなどが採用している。

上記定義によれば、審議会案は限定的一般条項に分類することができる<sup>y</sup>。また、我が国の著作権法には第30条や第32条のように、具体的な方法等により権利制限の範囲を示したのではなく一般条項的な規定ともいえるものがある<sup>z</sup>。本稿では、こうした規定ぶりのものがあることに留意しつつ、現行権利制限規定を総体として「個別規定型」として分類する。

我が国の現行権利制限規定は、個別規定型の立法形式を採用しているが、前述の現代的課題が指摘されている。そこでそれらの問題を解決する為に、現行規定の枠組みを変更する方法として、①「現行個別規定と非限定的一般条項の併存型」と②「現行個別規定と限定的一般条項の併存型」の2つの立法形式について検討を加える。

##### 4.1 現行個別規定と非限定的一般条項の併存型の立法形式

この立法形式は、現行の個別制限規定に非限定的な一般条項を追加的に導入することにより、現代的課題に対応しようとするものがある。

一般規定の導入を具体的に説く学説は、すべてこの立法形式を前提としているといえる。このなかでも学説は、一般条項の趣旨や条文の置き場所などを抛り所に、「大きなフェアユース案（米国型一般条項案）」と「小さなフェアユース案（受皿型一般条項案）」として一般に分類される。

しかし、導入趣旨は格別、条文の置き場所による違いによる実質的意味を明確に論

<sup>y</sup>審議会案は一般に、「一般的要件で定めた個別制限規定である」などと評されているが、そのように分類することも可能であるが、本稿では採用しない。

<sup>z</sup>島並良「権利制限の立法形式」資料「現行法における権利制限条項一覧」著作権研究35号（著作権法学会、2008年）106頁参照

じた先行研究は無く<sup>aa</sup>、学説上検討されている考慮要素も両学説に明らかな差がないことから、ここでは個別に分類することはしない。

##### 4.2 現行個別規定と限定的一般条項の併存型の立法形式

この立法形式は、現行の個別制限規定に限定的な一般条項を追加的に導入することにより、現代的課題に対応しようとするものがある。

限定的一般条項は、一般条項の対象によって、さらに2つに分類できる。①いくつかの特定の目的等に限定した一般条項（以下、「特定目的型」という。）と、②個別規定のすべてに柔軟な解釈の根拠とするための一般条項（以下、「柔軟解釈根拠型」という。）である。

###### 4.2.1 特定目的限定型一般条項

特定目的型は、いくつかの特定の目的等に属する場合については一般的要件により規定し、それ以外の場合には具体的に規定された個別規定により対応するモデルである。これには英国フェアディール規定が該当し、また審議会案のように特定の3つの類型に限定した一般規定もこれに分類できる。

一般規定としての考慮要素は、前者の様に複数のカテゴリーに渡って統一的である場合と、後者の様にそれぞれに対応した考慮要素を定める場合が考えられる。

###### 4.2.2 柔軟解釈型一般条項

柔軟解釈根拠型は、個別規定のすべてを対象として、柔軟な解釈を可能とする根拠規定として、一般的考慮要素により個別規定の解釈指針を示すものである。この場合、いくつかの類型を適用除外することも考えられる。

従来の学説等において採り得る方法の一つとして例示されてきたものの、これを詳細に検討したものはなく、採用している国も見当たらない。ここでは、既存の個別規定の形式違法該当性を解消することを直接的な目的とするものであり、個別規定を拡大解釈・類推適用できるものとする根拠を定めた規定とし、個別規定の解釈指針として一般要件による考慮要素を用いるものを想定する。例えば、個別規定に定める利用主体や客体、利用方法などの要件を全て満たさずとも、「準ずる」と判断できる場合には適法とし、「準ずる」か否かの判断基準に一般的考慮要素を採用するなどの規定方法が考えられる<sup>bb</sup>。これにより権利制限規定は限定列挙、柔軟解釈という性質に実質的に変化することが予定される。

#### 5. 各モデルの比較

前節において、学説等において示された立法形式を参考に、現在個別制限型を採用

<sup>aa</sup>前掲作花は、条文の置き場所による違いによる実質的意味はむしろ不明確とする。49頁参照

<sup>bb</sup>具体的な立法案については、拙著「著作権権利制限の一般規定導入論～導入コンセンサスの形成と実効性を両立させる「非包括的」一般条項案～」（東京理科大学 MIP 叢書 2010）参照

する我が国における権利制限規定が、新たに採りうる立法形式のオプションとして、

(1) 非限定的一般条項との併存タイプ (以下、単に「非限定型」という)、(2) 特別目的限定的一般条項との併存タイプ (以下、単に「特別目的型」という)、(3) 柔軟解釈根拠型一般条項との併存タイプ (以下、単に「柔軟解釈根拠型」という) が考えられる。

現行権利制限規定の枠組みが社会実情を適切に反映することが難しいと考えられている現状において、現行の枠組みを変更するオプションとして、上記3つのタイプの立法形式を、①現代的課題への対応力 (柔軟性) と救済スキーム、②法的安定性・予見可能性、③規範定立コストの負担者 (立法と司法の役割分担)、④判断の難しい利用における一次的な権利の帰属先、4つの観点から、現行個別規定型を比較対象として検討する。

### 5.1 現代的課題への対応力 (柔軟性) と救済スキーム

現行制度が採用する個別規定型の枠組みのままでは、形式違法該当性の問題は解消されず、想定外の利用に対応するには、個別規定の新設や改正を行なう必要がある、アップデートに対応できない問題がある。

(1)非限定型は、考慮要素を余りに詳細に規定しない限り、現行個別規定をオーバーライドするものとなるから、その追加によって個別規定は実質的に例示的に掲げられたものとなる。その結果、形式違法該当性のある利用のほとんどに正当化根拠が与えられ、事後的に実質的な判断により結論を導くことが可能となり、技術進歩等により生じる想定外の利用にもアップデートに対応できることとなる。

つまり、立法的手当を待つことなく、現行個別規定のカテゴリーccの拡大と、適法要件の緩和が、事後的にはあるが、司法による判断で決せられることになる。現代的課題は、本立法形式の採用により、いわばワンステップで問題解決が可能となるモデルであるといえる。

(2) 特別目的型は、一般規定の対象とされた目的等のカテゴリーに属する場合においては、非限定型と同様に柔軟性が高く、新たな技術等が利用される場合にも対応できる。しかし、個別規定の対象となるカテゴリーについては、現行の個別規定型と変らない。カテゴリーの特質ごとに一般的規定とするか個別具体的規定とするかを選択的に採用できるメリットがある。

(3) 柔軟解釈型は、個別規定の解釈を柔軟に採り得る根拠規定であるから、形式違法該当性のある利用や個別規定に係る利用に新しい技術が活かされる場合に、柔軟な解釈を適用することにより対応できる。しかしながら、特別目的型も柔軟解釈型も、改正時点で全く想定されていない利用や議論が継続中の利用については適法とする根

ccここでいう「カテゴリー」とは、利用の目的・趣旨・利用主体・利用客体・利用方法などによる「分類」「類型」を指し、現行個別制限規定でなされている分類に捉われるものではない。

拠を欠き、立法的手当を待つことになり、その面では柔軟性に劣るといえる。

特別目的型も柔軟解釈根拠型も、想定外の利用に対応するためには、立法的手当と司法の解釈運用という二ステップを踏む必要があるところに、非限定型との特徴的な差がある。

### 5.2 法的安定性・予見可能性

個別規定型は、一般に法的安定性と予見可能性に優れていると考えられている。しかし、柔軟解釈を行なう判例が散見される現状において、この優位性は既に低下しているとも考えられることは前述した。法的安定性と予見可能性は、紛争解決段階に限った問題ではなく、広く国民が著作物を利用する段階でその適否を判断する基準として機能するかの問題でもあり、我が国における国民の法意識に照らして安定性があると思われる枠組みが求められる。

(1) 非限定型の場合、どのような著作物利用が「公正な利用」となり、また侵害となるかは、包括的な一般的考慮要素を司法が運用することによって決定される。考慮要素は包括的に定められることから、カテゴリーごとに各考慮要素の解釈が異なることになり、明確性が低いといえる。現行の判断の枠組みからは大きな変化を伴うため、判例の蓄積のない導入時点では、それを事前に予測することは困難であるといえる。

もっとも、導入後の判例の蓄積により次第に明らかになってゆくものと思われる。しかし、各個別事例の結論は、訴訟当事者間の主張・立証の範囲でのアドホックな判断として、以後の判断にどの程度の参考として利用できるかは議論が分かれることになると思われ、また、米国においてフェアユースの判断を行なった事例が多いとはいえないことからみても、我が国において判例の蓄積が早期に進むとは考えにくい。我が国が採用しようとする立法形式としては法的安定性と予見可能性が低いと言わざるを得ない。

一方で、個別規定が示す利用の適否の基準は、非常に多くのカテゴリーに細分化され、そのすべてを理解することは難しい。個別規定の中には、専門家が見ても実体的な適用範囲に苦しむ規定も存在し、具体的な要件の提示が逆に判断基準としての機能を低下させている側面もある。その点非限定型は、「公正な利用」という抽象的概念を国民が共有することができれば、むしろ判断基準として機能し易いともいえる。しかし、制定法の枠組みを伝統的に採用してきた我が国において、なじみ易いとはいえない。

(2) 特定目的型の場合も、一般規定が適用されるカテゴリーに関しては、非限定型と同様の懸念がある。もっとも、カテゴリーごとに適当な一般的考慮要素を使い分けることが可能なモデルであることから、包括的な一般的考慮要素による問題は軽減でき、その場合には非限定型よりも優れているといえる。また、個別規定が適用されるカテゴリーに関しては個別型と同様と考えられる。

しかし、英国フェアディール規定のような複数のカテゴリーにわたって統一的

な抽象的要件のみによって規定する方法を採る場合には、体系が異なる判断基準が併存することになり、権利制限規定が複雑化することが懸念される。

(3) 柔軟解釈型は、上記2つのタイプと一般規定としての性質が異なり、各個別規定に定める要件の解釈基準を定める一般性に留まるものである。原則的には、判例等で明らかにされてきた柔軟解釈事例の基準に準拠した程度のグレーゾーンを想定しており、比較的狭いものとなると考えられる。司法による解釈においては、考慮要素を参照するとともに、個別規定の趣旨・目的・導入経緯等を参照するなどにより、社会的妥当性を判断に反映させる論理が組み立て易くなる。そして、そもそも想定できない利用については適用されない。よって、少なくとも他のタイプよりは法的安定性と予見可能性に優れるといえる。

個別規定型の明確性を維持しつつ、カテゴリーの限定列举を維持し、要件レベルでの解釈に幅を持たせる程度で、国民の利用の萎縮を招いているともいわれる形式違法該当性は積極的に解消されるものであるから、社会常識と大きな齟齬が生まれにくいという優位性があるといえる。確定的な適法利用の範囲を明示し、さらに許容される例外についての判断基準も示されることから、国民へ示す判断基準としては機能し易いと考えられる。

### 5.3 規範定立の主体（立法と司法の役割とコストの負担）

個別規定型は、権利制限に係る規範の定立を立法に委ねているといえる。もともと、司法による運用は事実上肯定されているものの、社会的又は政策的判断により、権利を制限すべき基準を立法が主体となりコントロールすることになる。規範定立コスト（時間や費用などを含む）は立法が負担するといえる。

(1) 非限定型は、多様な紛争事例に対応する為に、主に司法のイニシアチブにより、一般条項の運用によって適当な権利制限の範囲を策定するものとしていることに特徴がある。個別規定を追加する必要性は確認的意義に留まる。規範を定立する役割が、立法から司法へと委譲されることを意味し、これは個別規定の改正にかかるコストを軽減するメリットがある。しかし、司法に規範定立コストを移転することは、同時に権利者及び利用者等の訴訟当事者にも負担させることになる。

(2) 特定目的型は、司法により解決するカテゴリーと立法により規範を示すカテゴリーとに分けられることから、司法（当事者を含む）と立法の役割分担がカテゴリーによって異なる。

(3) 柔軟解釈型は、解釈基準を示すに過ぎないから、原則的には個別規定型と変わらない。しかし、仮に一般条項の導入によりグレーゾーンが拡大することとなった場合、司法におけるコストが増加する反面、立法により個別規定の新設・改正の必要性は変

dd 飯村俊明氏は「著作権法学会 2008 研究大会」の討論において、フェア・ユース規定を設けた場合「裁判官の負担もさることながら、ユーザーの負担は重くなるのではないか」という印象を持っています。」とコメントしている。

らないから、実質的にコストが増大するとの批判が成り立つ。

だが、司法での訴訟が仮に増加したとしても、適否判断の理論構成が容易になるメリットがあり司法におけるコストの増加は非限定型よりも低いといえる。また後述する柔軟解釈型一般条項導入による間接的効果である「個別規定新設・改正の迅速化効果」によって、立法にかかるコストは大幅に削減されると考えられる。

### 5.4 判断の難しい利用における一次的な権利の帰属先

個別規定型は限定列举を原則とすることから、新たに出現する利用方法をコントロールする権利は一次的に権利者に帰属するといえるが、それらには本来権利者に帰属すべきでない権利が含まれると考えられる。また、形式的には個別規定にあたらぬ利用であって、それが社会的にみて無許諾利用が許されると考えられる程度の利用であっても、厳格解釈の原則のもとで、権利は一次的に権利者に帰属させるものといえる。

(1) 非限定型においては、その性質上、著作物が利用される段階ではまず利用者の判断に委ねられる。そしてその利用が著作権侵害となるか否かは、事後的に訴訟により決せられる。利用の適否は利用者自身の判断に期待することになることから、一次的な権利の帰属先を利用者に変更するものであるといえる。

(2) 特定目的型は、司法により解決するカテゴリーは非限定型と、立法により規範を示すカテゴリーは個別規定型と同様となる。

(3) 柔軟解釈型は、従来司法が行なった柔軟解釈と同等といえる程度に、個別規定の要件を拡大するものであるから、その限りにおいて利用の有無は利用者自身の判断に期待することになることから、非限定型と同様に一次的な権利の帰属先を利用者とするといえる。しかしながら、柔軟解釈型は比較的グレーゾーンが狭く、新たな利用カテゴリーには及ばないことから、個別規定型と比べて、非限定型ほどには大きな影響が見られるとは考え難い。

## 6. 現代的課題を解決する立法形式

### 6.1 各立法形式の総合評価

現行権利制限規定を取り巻く現代的課題として、形式違法該当性の解消と新たな技術進歩等へのアップデートな対応が求められており、現行の枠組みにおいてこれに対応することには限界があると考えられる。その原因の一つに個別規定の新設・改正に時間がかかり過ぎていることが影響している。

しかし、権利制限の枠組みの変更を行なうには、社会的コンセンサスの形成は不可欠であり、その為には変更に伴う不利益を最小限に留めることに留意する必要がある。

枠組みの変更においては、そのメリットとデメリットを考量し、我が国における著作物の利用規範として、どのような効果を重視するかを選択する必要がある。

(1)個別規定型は、現代的課題への対応力の点で劣り、規範定立の役割を立法に追わせることによって対応へのタイムラグが大きくなるという問題がある。しかし立法による規範定立においては、行政や立法府において、技術や法律の専門家や創作者等を代表する権利者団体、産業的な観点から見解を述べる経済団体、実務的見地からは弁護士会などが、慎重に事実整理と議論を重ね意見を出し、また一般からの意見募集を実施する等の上でルールを策定するものであるから、国民の意見を集約する機能を有しているといえる。そして立法での議論の結果は社会的コンセンサスの調整弁たる国会の審議を経ることに意義がある。さらに、国民にとって利用の適否の判断基準として機能し易い立法形式であるといえる。

しかし、技術進歩が著しい昨今においては、社会実情の変化を迅速に反映させた規範の変更が求められる現代において、適当な立法形式とはいえない。現行制度の枠組みを変更するにあたっては、現行制度の利点を大きく損ねること無く、現代的課題を解消するという、両者を実現できる立法形式を選択することが望まれる。

(2)非限定型は、優れた柔軟性をもつ立法形式である反面、法的安定性と予見可能性、判断基準としての機能の面では他の立法形式と比べて劣る。そして、想定外の利用に対する一次的な権利の帰属先を権利者から利用者へ移転するものである。これを権利者におくか、利用者におくかについては、著作権の保護と利用のバランスの観点から政策的に判断し決定すべき事項であるが、現状からの余りに大きな変化は、権利者からの理解を得ることは難しく、今後どのような問題が起こるか想定することは難しいことから、慎重に行なわれるべきと考える。規範定立の役割が立法から司法へ移転することにより、立法コストは大幅に削減される一方で、司法コスト、すなわち裁判所・訴訟当事者の負担するコストが増加する。そして、判断基準としての機能が現状よりも低下することから、国民全体への影響として、悪意や誤解による利用が増加するとともに、適法利用の確認のために専門家へ照会するコストが増加するとも考えられる。

司法によるルール作りに完全に移行してしまうと、従来行なってきたような議論の場がなくなり、国民の意見や見解が反映される機会は非常に限定的となる。たしかに、権利者団体のロビー活動について批判<sup>ee</sup>も多いが、国家的・政策的見地からの方向修正が難しくなる<sup>ff</sup>という懸念もある。

従来の議論において示された、一般規定導入への懸念を払拭することは、立法形式

ee 田村善之氏は、立法過程における組織化された権利者からのロビーイングの問題点について考察し、こうした意見集約機能のデメリットを指摘している。「知的財産法政策学の試み」(知的財産法政策学研究 20 号, 2008 年) 5 頁参照

ff 前掲島並 96 頁「産業政策上の考慮を加味して決定される事項については、個々の紛争当事者から寄せられた限られた情報をもとに一裁判官が判断するよりも、ルールによって官庁や国会といった政治部門に規範形成を委ねた方が望ましい。」

の特性として困難であるといえる。この立法形式は現行の権利制限の枠組みを大きく変更するものとなり、導入によるメリットとデメリットを比較考量すれば、我が国の現状として導入するものとしては、妥当であるとはいえない。

(3)特定目的型は、一定の目的においては、新たな技術等への対応力について現行制度よりも改善が進むが、それ以外の個別規定対象カテゴリについての形式違法該当性は解消されない。また、想定外の目的等への対応の為の規範定立は依然として立法に委ねられており、それに係るコストは軽減されるとはいえず、規範定立に時間がかかる問題が残る。そしてカテゴリによって、判断する枠組みが異なることによる、権利制限規定全体としての複雑化が懸念される。そして、一般条項対象カテゴリにおいては非限定型で指摘した懸念が共通する。

しかし、一般条項としての考慮要素をカテゴリごとに規律する形式を採用することで、柔軟性を維持しながらも、法的安定性と予見可能性は大きく損なうことを回避できる。現行の枠組みに、柔軟性の高い一般条項のメリットを、適当な範囲で取込むことにより、枠組みの変更による不利益をコントロールすることが可能となる。

現行の枠組みに特定目的型を採用するとすれば、強い一般性をもつ規定とするよりも、この形式がより妥当と考えられる。しかし、現代的課題が広く解決するとはいえず、今後の立法作業は依然として時間がかかる問題が残る。

(4)柔軟解釈根拠型は、形式違法該当性を従来の判例が示した柔軟性と大きく変わらない程度に解消することができ、法的安定性と予見可能性に優れる。規範定立の役割は、権利制限すべきカテゴリの提示を立法が担い、社会的妥当性相当の柔軟性をもった解釈権限により司法がその限界を示すという分担がなされることになる。

一般に、柔軟解釈の根拠規定をおくだけでは、新たな技術進歩に対応できず、十分でない<sup>gg</sup>と理解されている。柔軟解釈型が現代的課題の解決手法として重視されてこなかった要因である。

しかし、柔軟解釈型は上記規範定立の役割分担によって、間接的效果としてではあるが、新たな個別規定の新設における迅速化を促すことが可能になると考えられる。個別規定の立法作業が迅速化することによって、技術進歩や利用の多様化などの社会変化に対して、規範定立までのタイムラグが縮小し、残る現代的課題に対応し易くなるといえる。次節において、柔軟解釈根拠型の間接的效果について考察する。

## 6.2 立法と司法の協働による権利制限範囲の策定

柔軟解釈根拠型の採用によっては、個別規定に示された具体的要件、すなわち利用の主体や客体、方法などの要件を全て満たさずとも、司法による拡大解釈や類推適用等により、権利制限範囲の拡大を可能とするものである。

現行制度下においては、個別規定のみによって権利制限の範囲を策定し、厳格解釈することを前提としている<sup>gg</sup>為、有識者が議論してもなかなか結論に至らない部分や、利害調整の難しい部分に関しても一定の議論を尽くすことが行なわれており、要件策

定作業においては緻密な境界の確定が求められているため、時間がかかっている。

しかし、司法による個別規定の解釈拡大の余地を正面から認めることにより、事後的且つ個別事例における適切な権利制限範囲の拡大、すなわち「司法による修正」が行なわれることが期待できる。そこで、立法過程に「司法による修正」を織り込むことで、上記のような時間の掛かる議論を棚上げし、最も典型的な利用方法や関係者の合意を得た利用のみを規定した、いわば狭い個別規定を新設するだけで、立法に期待される役割を果たしたと考えることができる。立法が担うべき役割を、権利が制限される「最低基準の提示」に限定しても、「司法による修正」機能と「協働」させることで、社会的妥当性のある権利制限範囲の策定が「事後的に」実現されることになると考えられる。

このように最低基準を示す個別制限規定は、必要とされる時期に早期に立法化が可能であり、新たな利用形態の出現や時代の変化にアップデートに対応し易くなる。立法の役割は、時代に則した新たに出現する課題に対して、権利制限の必要性の有無を中心に且つ集中的に議論し、権利制限されるべきカテゴリーを示し、具体的な態様を例示として提示することに集中することができる。そして、迅速性を優先することができる。

もっとも、柔軟解釈型を採用すれば、自動的にこうした立法の迅速化効果が発揮される訳ではない。司法と立法がそれぞれ果たすべき役割を分担し協働して規範の定立を実現するという役割分担を積極的に行なう必要がある。

### 6.3 柔軟解釈根拠型の優位性

以上のように柔軟解釈型は、全く想定外の問題に対しては、立法という手続きを踏むまでは自由な利用を禁止することで、著作者等に及ぶ不利益を最小限に留めることができる。そして限定的な類型だけでも、取り急ぎ立法化することで、少なくともその範囲で早期に利用が解放され、保護と利用のバランスが回復されることになる。また、個別規定としてすでに権利制限の対象となる利用に新たな技術が活かされる場合にも正当化の根拠を示す基準が与えられる。もっとも、個別規定の定める範囲を超える利用はグレーゾーンといわれることになる。しかし、解釈指針が明らかにされることで、より客観的で具体的な根拠によって自身の見解を示すことができ、司法の場で時代に適合した規範へと修正されることが期待できる。

このように、我が国の権利制限規定が抱える、形式違法該当性の解消と新たな技術等による利用の多様化への対応という現代的課題の両者を解決することができる立法形式として、柔軟解釈型の採用がもっとも妥当な選択であると考えられる。

## 7. おわりに

本稿では、現行著作権法が採用する個別規定型権利制限規定の枠組みが抱える課題

を整理し、それを解決する為に採り得る立法形式のモデルを比較検討した。その結果、柔軟解釈の根拠規定として、個別規定の柔軟解釈の指針を示す一般条項を採用することが妥当であるとの結論を得た。

しかし、文化審議会等でなされている権利制限の一般規定導入議論においては、新たに権利制限すべきと考えられる3つの類型を示し一般規定として新設することが適当であるとの結論に至っている。

ところが、この審議会案の導入によっては、既に顕在化している3つの類型に限定していることから、審議会案の導入の意義については肯定できるものの、問題の所在として掲げられた、形式違法該当性の解消と新たな技術進歩による利用の多様化への対応の2つの現代的課題を、これによりすべて解決できるものと評価することはできない。その理由は、特定目的型の評価として示した通りであり、この審議会案が「一般的要件で規定した個別制限規定に過ぎない」とも捉えうることから明らかである。

本稿で最も適当である立法形式として示した柔軟解釈根拠型は、個別制限規定のすべてに適用可能な解釈基準を示すものである。現行規定にある一般的要件により規定された個別規定の適用範囲を解釈する上でも、有効に機能すると考えている。もっとも立法技術的に、意図的に適用除外することも可能である。仮に、審議会案が立法化されたとしても、上記の理由から、さらに柔軟解釈型一般条項の導入を検討する意義は失われていないと考えられる。

文化審議会において一定の結論が示されたことで、それが現代的課題の抜本的な解決でないことが明らかであるにもかかわらず、権利制限の一般規定の導入議論は活発さを失っているといえる。本稿においては、従来あまり検討されてこなかった立法形式である、形式違法該当性を解消する根拠規定の有効性について検討を加え、現時点においても、さらに検討を行う意義があることを示した。本検討が、さらなる議論の契機となることを願っている。

【謝辞】 情報処理学会 EIP の研究会をご紹介頂いた東京理科大学平塚三好准教授に御礼申し上げます。