

## 第 3 章

### 権利権限の一般規定

#### — 受け皿規定の意義と課題 —

上野達弘

#### I はじめに

著作権法は、権利を定める一方で、これを制限する規定を有している。この権利制限規定は、同法上の権利の範囲を画定するという点で重要な意味を持つ。

権利制限規定をめぐるのは、その立法論について、近時盛んな議論が展開されてきた。特に問題となるのが、著作権制限の一般規定の是非である。2007年以降、いわゆる「日本版フェアユース」をめぐる議論が展開された末、2012年には、著作権法改正によって4つの権利制限規定が創設された。しかし、2016年現在においても議論は収束しておらず、むしろ再燃しているようにも見える。

ただ、これまでの議論においては、「フェアユース」という名称の意味や、そうした一般規定を持つ意義をめぐる、前提となる理解が共有されていないために、建設的な議論やコンセンサスの形成が妨げられることが少なくなかったように思われる。だとすれば、それは望ましくない事態と言わなければならない。

そこで、本稿は、権利制限の一般規定に関する筆者なりの考えを示すことによって、この議論に多少なりとも新しい局面をもたらすことを試みるものである。

#### II 従来議論

##### 1 問題の所在

著作権法は、権利を付与する規定を有する一方で、これを制限する規定を有している。著作者の権利に関して言えば、著作権法は、著作者が著作者人格権（著作権法18～20条）および著作権（同法21～28条）を享有するものと定めつつ（同法17条1項）、著作権の制限規定（同法30条以下）や著作者人格権を制約する規定（同法18条2～4項、19条2～4項、20条2項）を有している<sup>(1)</sup>。権利制限

規定をめぐるのは、解釈論も問題になるところであるが、本稿で取り上げるのは、これをどのように定めるべきかという立法論である。特に問題となるのが、こうした権利制限について一般規定（一般条項）を設けることの是非である<sup>(2)</sup>。

## 2 従来の議論

### (1) 伝統的通説

伝統的通説によれば、著作権法上の権利制限規定は、明確かつ具体的な個別規定であるべきであり、柔軟に解釈できる一般規定であってはならないとされてきた。

例えば、斉藤博教授は、主として同一性保持権に関する文脈ではあるが、「権利を制限するが如き規定が包括性を有するということは問題の存するところであろう」と述べていた<sup>(3)</sup>。

実際のところ、同一性保持権の適用除外（著作権法 20 条 2 項）には、個別規定（同項 1～3 号）に加えて、「前 3 号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」を許容する一般規定（同項 4 号）があるが、この規定は現行法の立法過程において著作者側から強い反対を受けたものであった<sup>(4)</sup>。そこで、当時の政府は、同号（昭和 60 年改

(1) 著作権の制限規定（著作権法 30 条以下）は、明文上、「著作権の制限」という名称が与えられているのに対して、著作者人格権の限界を定めた規定は、一定の行為を許容する規定（同法 19 条 2・3 項）、一定の場合に権利を定めた規定の適用を除外する規定（同法 18 条 4 項、19 条 4 項、20 条 2 項）、権利者の同意を推定または擬制する規定（同法 18 条 2・3 項）という形で設けられており、形式的には「制限」という名称が与えられているわけではないが、権利の範囲を画定する規定であることに変わりはないため、本稿は、これらの規定も検討対象に含めるものとする。もっとも、権利を定めた規定の適用除外を定める規定は、著作者人格権のみならず著作権や著作隣接権についても存在するため（例：譲渡権の消尽〔同法 26 条の 2 第 2 項〕、録音・録画権のワンチャンス主義〔同法 91 条 2 項〕）、その位置づけについては検討の余地がある。

(2) 本問題に関する最近の議論では、「個別規定」との対置から、「一般条項」ではなく「一般規定」という言葉が用いられることが多いため、本稿もこれに従っておくが、「一般規定」は、いわゆる「一般条項」（竹内昭夫=松尾浩也=塩野宏編集代表『新法律学辞典（第 3 版）】〔有斐閣、1989 年〕37 頁は、「法律上の要件を抽象的・一般的に定めた規定」とする）の意味で用いるものとする（ただし、評価的〔規範的〕要件を部分的にでも含むあらゆる規定を一般に「一般条項」と呼ぶものではない）。

(3) 斉藤博「新著作権法と人格権の保護」著作権研究 4 号（1971 年）99 頁参照。

(4) 例えば、第 63 回国会衆議院文教委員会著作権法案審査小委員会（昭和 45 年 3 月 27 日）において、和田新参考人（日本美術家連盟事務局長〔当時〕）は、著作権法 20 条 2 項に

正前3号)を厳格に解釈することを強調して、同号の規定は維持されることになった<sup>(5)</sup>。こうした経緯を受けて、同号の規定は、その後の裁判例において厳格解釈されることになるのである<sup>(6)</sup>。

他方、著作権の制限規定(著作権法30条以下)は、現行法上、いずれも個別規定の限定列挙であり、一般規定はない。周知のように、アメリカ著作権法には、「フェアユース規定」と呼ばれる一般規定(107条 [Limitations on exclusive rights: Fair use])があるが<sup>(7)</sup>、伝統的通説は、こうした規定を日本法に導入することに

ついて、「この二つは、それぞれのことを考えるといかにももっともなのでやむを得ないのですが、その次に第3号《現4号のこと…引用者注》がありまして……これがたいへん私は疑問なのであります。こういうことが一つありますと、すべて利用者のほうはこれを適用して、都合のいいように改変を加えるおそれが非常にある。これは目的及び態様に照らしやむを得ないんだと言われれば、一つの主張になるわけでございまして、これはたいへん危険に思います。それで、もしこういう個条を設けなければならない必要がある具体的な例があるのでしたら、それを第3号に、こういう場合というものはっきりきめていただくか、あるいはそれが想定できないのであれば、これを削っていただいて、そうしていかなる改変もこの1号、2号に当たらないその他の改変が必要な場合には、まず著作者の同意を得るべきだということが原則になるようにしておいていただきたい」と述べている(同議録3号5頁参照)。齊藤・前掲注(3)85頁以下も参照(同86頁も、「著作物の利用面にウェイトを置きすぎた規定といわざるをえない」とする)。

- (5) 当時の政府側は、著作権法20条2項3号(現4号)を限定的に解する旨の説明を行ったり(前掲注(4)議録20頁[安達健二文化庁次長(当時)発言]参照)、同法1条の「公正な利用に留意しつつ、」という文言のうち、最後の「、」を挿入したことをもって、同法は著作者等の権利の保護を図ることが第一義であり、「公正な利用」は二次的であることを明示したという説明を行い(例えば、第61回国会衆議院文教委員会議録21号[昭和44年6月6日]10頁[安達発言]参照)、その結果、著作者側の反対運動は収束したとされる(小畑真一「著作者人格権および一般的人格権についての実質的一考察」著作権研究16号[1989年]39頁参照)。
- (6) 著作権法20条2項4号(昭和60年改正前3号)を適用して同一性保持権の侵害を否定した最初の裁判例は、東京地判平成2年11月16日無体裁集22巻3号702頁[法政大学懸賞論文事件:第一審]であるが、同・控訴審判決(東京高判平成3年12月19日判時1422号123頁)は、これをほぼ取り消した(加算の誤りによる誤字の訂正に関する点のみ、これを同号に当たるとした原判決を維持した)。同号の規定を明示的に適用する裁判例が登場するのは平成5年以降である。
- (7) アメリカ法上のフェアユース規定については、山本隆司・奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』(太田出版、2010年)、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(1)～(3)——日本著作権法の制限規定に対する示唆」知的財産法政策学研究45号105頁・46号95頁・47号119頁(2014～2015年)、奥邨弘司「フェア・ユース再考——平成24年改正を理解するために」コピーライト629号(2013年)5頁以下、

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

反対してきた<sup>(8)</sup>。

こうした伝統的通説の背景には、著作権法を、著作者の権利保護を第一の目的とした法律と捉えた上で、権利制限を「例外」と位置づける理解がある（著作者の優先的保護）<sup>(9)</sup>。つまり、権利制限規定は「例外」である以上、それは厳格に解釈適用されなければならないのであるから<sup>(10)</sup>、立法論としても、広く解釈されかねない包括的・一般的な規定であってはならず、明確かつ具体的な個別規定でなければならないというのである<sup>(11)</sup>。

---

三浦正広「著作物の商業的利用とフェア・ユース法理 — 『利用の目的および性格』の解釈を中心として」国士館法学 44 号（2011 年）218 頁、三木茂「フェアユース論の歴史」中山信弘編集代表『知的財産・コンピュータと法 野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務、2016 年）227 頁等参照。

- (8) 齊藤博『著作権法（第3版）』（有斐閣、2007年）224頁は、「判例の積み重ねのなかでフェアユースの法理が帰納的に編み出され、その法理がさらに判例により練り上げられる手法は、制定法に重きを置くわが国のような法律思潮にはなじみ難いものであろう」とする。
- (9) 齊藤博『概説著作権法（第3版）』（一粒社、1994年）13頁以下は、「文化的所産の公正な利用の確保を考える際、権利の保護か公正な利用かと対比して考えることは妥当ではない。たしかに、著作権法1条が『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』と規定しているところから、一見すると著作物の公正な利用と著作者等の権利の保護が並列的に考えられ、あるいは、公正な利用に留意することが著作者等の権利を保護する前提になっているかのようにも考えられるが、決してそのようなものではなく、著作者等の権利の保護こそ著作権法が最も優先する目的なのである。……法が公正な利用に留意するよう求めるとしても、これはあくまでも権利の保護を第一としつつも、例外的に、一定の限られた場合に権利を制限しようとするわけである」とする。また、加戸守行『著作権法逐条講義（六訂新版）』（著作権情報センター、2013年）も、「『著作者等の権利の保護を図る』ということが、この法律の目的とする第一前提となるものでございます」（15頁）、「著作者等の権利の保護が第一義的な目的であるということによって、この法律が解釈される」（16頁）とする。
- (10) 齊藤・前掲注(9)14頁は、「30条をはじめとする権利を制限する諸規定を解釈・適用するに際しても、これらが『例外的に』定められていることをつねに考えなければならない。すなわち、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」とする。
- (11) 齊藤・前掲注(3)85頁も、「一般に例外として扱う場合は限定的に規定せらねばならない。例外を規定する法命題の解釈は限定的でなければならないことももちろんであるが、その前に、そもそも法命題そのものを能うる限り多義的な解釈の生ずる余地のないものとしておかなければならないはずである」とする。

## (2) 近時の議論

これに対して、最近は、権利制限の一般規定に関する議論が盛んである。

著作者人格権については、同一性保持権の適用除外の一般規定である著作権法20条2項4号が厳格解釈された結果、裁判例においてほとんど適用されず<sup>(12)</sup>、その代わりにさまざまな法律構成による解釈論が展開されてきたこと（いわゆる「不文の適用除外」）を批判して、著作者と利用者との調整の観点から同号の規定を柔軟に解釈適用すべきという議論がなされてきた<sup>(13)</sup>。

他方、著作権については、権利制限の一般規定の導入に関する議論がある。筆者は、2007年9月19日の講演で、日本法に適合した著作権制限の一般規定に関する問題提起を行い、これを「日本版フェアユース」と呼んだ<sup>(14)</sup>。その後、この問題に関して比較的慎重な姿勢を示しておられた中山信弘教授が<sup>(15)</sup>、2008

(12) 前掲注(6)参照。

(13) 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察——ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆(1)(2・完)」民商法雑誌120巻4-5号748頁・6号(1999年)925頁参照。その後、同様の方向性を有するものとして、中山信弘『著作権法(第2版)』(有斐閣、2014年)516頁以下、高林龍『標準著作権法(第2版)』(有斐閣、2013年)228頁等参照。

(14) 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(2007年)2頁参照。なお、これ以前にも、アメリカ法におけるフェアユース規定を日本法にも導入すべきという主張は見られた(相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」相澤英孝=大淵哲也=小泉直樹=田村善之編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』[弘文堂、2005年]344頁以下、梶山敬士「フェアユースと教育利用」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』[法学書院、2003年]293頁等参照)。

(15) 中山信弘『著作権法(初版)』(有斐閣、2007年)においては、「結論的には、現段階においてはフェアユースを正面から採用することは困難であるように思える。わが国の著作権法は、著作権の制限規定は限定列举という考えで制定されており、しかも著作権施行令を見ると、その規定は詳細を極め、フェアユースの入り込む余地などないようにみえる。また以前は著作権法改正の頻度は低く、法改正は難しい作業であったが、現在では毎年のように法改正が行なわれ、必要があれば制限規定もスピーディに改正されるようになっており、フェアユースの必要性は少ないようにも見える」(309頁)、「フェアユースの規定を設けるということは、問題が生じたら司法判断を待つということであり、遠い将来は別として、現状においては、多くの国民の望むところではないように思える。わが国は制限規定の法改正を頻繁に行なっており、そのような状況にあれば、フェアユースの導入よりも、立法的解決のほうが優れているという面もある」(310頁)、「わが国にフェアユースの規定を導入した場合の現実問題として、何らの判例の蓄積もなく突然フェアユースという一般規定を導入することは、全てを裁判所に丸投げをすることを意

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

年以降、積極的に「フェアユース」の導入を主張されるようになると<sup>(16)</sup>、急速に立法論が具体化することになる。

まず、知的財産戦略本部『知的財産推進計画 2008』において、「デジタル・ネット時代に対応したコンテンツ産業の振興を図るため、新たなコンテンツの利用形態を視野に入れた流通促進の枠組み、包括的な権利制限規定の導入も含めて新たな技術進歩や利用形態等に柔軟に対応し得る知財制度の在り方、ネット上の違法な利用に対する対策強化等について早急に検討を行い、2008年度中に結論を得る」とされ<sup>(17)</sup>、これを受けて同本部に設置されたデジタル・ネット時代における知財制度専門調査会において議論された結果、「個別の限定列挙方式による権利制限規定に加え、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当である」とされた<sup>(18)</sup>。

その後、2009年以降、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会において本問題が議論された結果、2011年1月に公表された報告書では、「何らかの形で権利制限の一般規定を導入することが適当である」とされた<sup>(19)</sup>。これを受けて、

味し、裁判所としても荷が重く、裁判が長期化する原因ともなりかねないという恐れもある」（310頁以下）とされていた。ただ、同311頁注143には、「中間的な処置として、民法770条（離婚原因）の規定のように、まず権利の制限事由を列挙し、そのあとに一般規定を設ける（いわゆる小さな一般条項）ことも考えられる」とも述べられていた点は注目される。

(16) 中山信弘「著作権法に未来はあるのか？」（<http://www.businesslaw.jp/blj-online/interview/000028-more.html>）（2008年5月29日）は、「私は従来、日本の企業は法的リスクを取りたがらない傾向にあるから、日本でフェアユースはあまり機能しないのではないかと考えていました。しかし、最近、考えを変えたといいますか、実態が分かってきたといったほうがいいのかもありませんけど、日本にも法的なリスクをとるベンチャー企業がありますから、彼ら彼女らを支援するという意味で、最近ではフェアユースを入れたほうが良いのではないか、という考え方に傾いております」とする。また、2008年著作権法学会における発言として、著作権研究35号164頁以下（2008年）も参照（同166頁は「この日本の将来の産業というのを見据えると、私はやはりフェア・ユースの規定は必要だと、考え方を最近固めました」とする）。こうした中山教授の変化については、上野達弘「総論——シンポジウム『権利制限』の趣旨」著作権研究35号（2008年）9頁注30も参照。

(17) 知的財産戦略本部『知的財産推進計画 2008』（平成20年6月18日）86頁参照。

(18) 知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会『デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について』（平成20年11月27日）11頁参照。

(19) 『文化審議会著作権分科会報告書』（平成23年1月）61頁参照。

2012年の法改正〔平成24年法律第43号〕が行われ、4つの権利制限規定（著作権法30条の2、30条の3、30条の4、47条の9）が創設されるに至ったのである。

しかしながら、これで著作権制限の一般規定に関する議論が尽くされたわけではない<sup>(20)</sup>。2015年6月に公表された『知的財産推進計画2015』においても、「柔軟性の高い権利制限規定」について検討すべきことが表明され<sup>(21)</sup>、これを受けて、同年10月、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会に「新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」が設置された。また、同年11月、知的財産戦略本部に設置された「次世代知財システム検討委員会」においても、本問題が主たる課題の一つとなり、2016年4月に公表された報告書では、「早期の法改正の提案に向け、柔軟性のある権利制限規定についてその内容の具体化を図る」などとされた<sup>(22)</sup>。そして、同年5月に公表された『知的財産推進計画2016』では、「柔軟性のある権利制限規定について、次期通常国会への法案提出を視野に、その効果と影響を含め具体的に検討し、必要な措置を講ずる」とされた<sup>(23)</sup>。これを受けて、同年度の文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会において具体的な検討が行われているところである。

### (3) 議論の推移

以上のような過程を通じて、学説においても議論の進展があり、伝統的通説である斉藤博教授の見解にも変化が見られる。

斉藤教授は、先述の通り、著作権法上の権利制限は、権利保護という著作権法の目的における「例外」なのであるから、明確かつ具体的な個別規定とすべきであり、包括性のある一般規定であってはならないという立場を示してこ

(20) すでに、前掲注(19)61頁においても、「本小委員会としては、この検討結果をもって、権利制限の一般規定に関する議論を尽くしたものは考えてはいない」とされていた。

(21) 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2015』（平成27年6月）42頁は、「インターネット時代の新規ビジネスの創出、人工知能や3Dプリンティングの出現などの技術的・社会的変化やニーズを踏まえ、知財の権利保護と活用促進のバランスや国際的な動向を考慮しつつ、柔軟性の高い権利制限規定や円滑なライセンス体制など新しい時代に対応した制度等の在り方について検討する」としている。

(22) 『次世代知財システム検討委員会報告書——デジタル・ネットワーク化に対応する次世代知財システム構築に向けて』（平成28年4月）20頁参照。

(23) 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2016』（平成28年5月）11頁参照。

## ◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

れたのであるが、2014年に公表された書籍では、「筆者としては、今、包括的規定の要否を問われれば、その必要性を認め、肯定的な答えをせざるをえない」と述べるに至っている<sup>24)</sup>。たしかに、同教授は同書において依然として、日本法において「フェアユース」という言葉を用いることには強い抵抗感を示されている<sup>25)</sup>。しかし、同教授が具体案として、「若干の例示規定を設ける一方、その他、スリー・ステップ・テストにより権利を制限する包括的な規定を設ける方法もあろう、さらには、スリー・ステップ・テストを包括的に定めた規定のみにする方法もあろう」と述べておられることからすれば<sup>26)</sup>、そこで提案されている権利制限の一般規定というのは、極めて広いものと言えるのである。

### 3 本稿の課題

このように、近時の著作権法学においては、日本法が著作権制限に関する何らかの一般規定を持つ意義について積極的な理解が共有されつつあるように思われる<sup>27)</sup>。

<sup>24)</sup> 齊藤博『著作権法概論』（勁草書房、2014年）160頁以下参照。

<sup>25)</sup> 齊藤・前掲注(24)161頁以下は、「フェアユースはすでにその内容が詰まったものであり、日本に持ち込んだとしても、独自に自由に使いこなせるものとはいえないように思われる。……そのようなフェアユースをわが国法制に導入することはまさに論外と思える……。筆者も一般条項の有用性を否定するものではないが、筆者が消極的なのはフェアユース法理のわが国への導入である」とする。

<sup>26)</sup> 齊藤・前掲注(24)163頁参照。さらに、同頁は、「そこで、立法論だが、二通りの方法が考えられる。一つには、権利を制限する2、3の規定を例示した上、『その他、……の場合には、著作物の通常の利用を妨げず、かつ、作者の正当な利益を不当に害さない場合には、著作物を無許諾で利用することができる。』の規定を加える方法である。もう一つには、権利を制限する2、3の例示規定を設けることなく、上記の『……の場合には、著作物の通常の利用を妨げず、かつ、作者の正当な利益を不当に害さない場合には、……』という規定のみとする方法である。いずれの方法によっても、著作物の『固有の利用』、『通常の利用』からはほど遠い『利用』のために、近年付加された権利制限の諸規定は不要のものとなる」とする。

<sup>27)</sup> すでに引用したもののほか同旨として、中山信弘「著作権の権利制限」高林龍=三村量一=竹中俊子編『現代知的財産法講座 I 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012年）273頁、同・前掲注(13)395頁、同「日本における著作権の制限規定と著作権法の理念」高林龍=三村量一=上野達弘編『年報知的財産法 2015-2016』（日本評論社、2015年）32頁、田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32号(2010年)1頁、同「日本の著作権法のリフォーム論——デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて」知的財産法政策学研究 44号(2014年)106頁以下、潮海久雄「インターネットにおける著作権の個別制限規定（引用規定）の解釈論の限界



もつとも、日本法に著作権制限の一般規定を設けるとしても、それを「(日本版)フェアユース」と呼ぶことには強い反対が示されることがある。これは、「フェアユース」という言葉が——たとえ「日本版」と銘打ったとしても——アメリカ著作権法107条という特定の規定を強く想起させるという理解に基づくものかも知れない。

しかしながら、日本法にも、「公正な利用」という文言は著作権法1条に用いられており、ここにいう「公正な利用」は、まさに著作権の制限規定や存続期間の定め等によって確保されるのである<sup>28)</sup>。また、少なくとも「日本版フェアユース」という言葉は、アメリカ法上のフェアユース規定をそのまま日本法に導入することのみを意味するわけではなく、あくまで日本法に適合した権利制限の一般規定を模索する意味で用いられているに過ぎない。したがって、「(日本版)フェアユース」と呼ぶかどうかという形式的な側面よりも、より実質的な側面が議論されるべきであろう。

ただ、実質的に見たとしても、「フェアユース」や「権利制限の一般規定」といった名称の意味や、そうした規定を持つ意義をめぐって、前提となる理解が必ずしも共有されているわけではない<sup>29)</sup>。

---

と一般的制限規定(フェアユース)の導入について——Googleサムネイルドイツ連邦最高裁判決を中心に」筑波法政50号(2011年)30頁、島並良「著作権制限の一般規定」『知的財産権侵害訴訟の今日的課題 村林隆一先生傘寿記念論文集』(青林書院、2011年)490頁以下、奥邨・前掲注(7)26頁(「やはり依然として日本版のフェア・ユース、もしくは権利制限の一般規定の必要性は存在します」)、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号(2008年)37頁以下、愛知靖之「適法引用の要件——美術品鑑定証書事件」旬刊商事法務2035号(2014年)48頁、駒田泰士=潮海久雄=山根崇邦『知的財産法Ⅱ 著作権法』(有斐閣、2016年)139頁以下[潮海]、末吉互「日本版フェア・ユース再論」情報管理55巻10号(2013年)767頁、岩倉正和「フェアユース規定導入の比較法的再検討——現状最新の世界各国法制の動向について」小泉直樹=田村善之編『はばたき——21世紀の知的財産法 中山信弘先生古稀記念論文集』(弘文堂、2015年)589頁、岡村久道『著作権法(新訂版)』(民事法研究会、2013年)205頁以下、野口祐子『デジタル時代の著作権』(筑摩書房、2010年)204頁以下、城所若夫『著作権法がソーシャルメディアを殺す』(PHP研究所、2013年)等参照。

<sup>28)</sup> 加戸・前掲注(9)15頁も参照。

<sup>29)</sup> 本書においても、田中辰雄「フェアユースの是非——クリエイターの意見」、島並良「著作権法におけるルールとスタンダード・再論」、張睿暎「著作権制限の一般規定の導入と運用～韓国経験から」、前田健「著作権法的设计——円滑な取引秩序形成の視点から」、淵麻衣子「イギリスにおける公益の抗弁について——権利制限の一般規定を目指す我が

## ◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

そのような中、本稿は、筆者なりの権利制限の一般規定とその意義について改めて論じることによって、この議論に多少なりとも新しい局面をもたらすことを試みるものである。

### Ⅲ 考慮要素を明示した受け皿規定としての一般規定

#### 1 はじめに

著作権制限の一般規定に関する筆者の考えを簡潔に表すものとして、2008年に公表した拙稿の一節を引用しておく。それは、「同一性保持権については一般条項的な適用除外（著作権法20条2項4号）があるのに対して、著作権については権利制限の一般条項がないこともあり、以前からいわば不文の適用除外が繰り返されている。そのため、侵害判断においてどのような要素がどのように考慮されるか明確でなく、アドホックな判断を招くおそれも否定できない。そこで、立法論としては、一定の考慮要素（例：『著作物の性質』『利用の目的及び態様』『著作権者の利益を不当に害する』）を明示した権利制限の一般条項を、著作権制限規定の末尾に『受け皿規定』として置くことが検討されていように思われる（いわば「日本版フェア・ユース」）。これによって、個別の判断に一定の指針を与えてこれを正当化するとともに、個別規定の持つ安定性と一般条項の持つ柔軟性を兼備した判断構造を獲得できるのではなかろうか」というものである<sup>30</sup>。以下では、この具体的内容について詳述する。

#### 2 内容

筆者のいう「権利制限の一般規定」とは、考慮要素を明示した受け皿規定としての一般規定である。具体的に言うと、一定の評価的要件（例：「公正」「正当」「やむを得ない」）に基づく一般規定を、①個別規定カタログの末尾に受け皿規定として、②一定の考慮要素を明示しつつ置くものである。以下それぞれについて触れる。

---

国に与える示唆」等の論考が予定されているが、そこで用いられている「フェアユース」や「著作権制限の一般規定」といった用語の意味は必ずしも一致していないようである。

(30) 上野・前掲注(16)5頁参照（同・前掲注(14)23頁以下も同旨）。

### (1) 受け皿規定（個別規定カタログ＋一般規定）

第一に、受け皿規定であることである。

権利制限規定をめぐる議論においては、「個別規定か、それとも一般規定か」という形で、個別規定と一般規定を対置させるかのような整理がなされることがある<sup>(31)</sup>。

特に、従来の議論においては、昨今の著作権法改正が詳細で複雑な個別規定カタログを追加してきたことが、著作権法を一般人にとって理解困難なものにしているという批判が見られ<sup>(32)</sup>、こうした批判が、権利制限規定についても、複雑な個別規定を廃止して、シンプルな一般規定のみにすべきだという主張に結びつくことがある。実際のところ、そのような立法提案も見られるところである<sup>(33)</sup>。

しかし、現状の個別規定カタログを廃止して一般規定のみにするということは、これまで個別規定カタログによって確保されてきた明確性を放棄するものであり、妥当ではなく、また現実的でもなからう。実際のところ、アメリカ著作権法も、一般規定としてのフェアユース規定（107条）以外に、極めて詳細な個別規定カタログを有しているのである（108～122条）。

したがって、問題は、「個別規定か、それとも一般規定か」という対置ではなく、個別規定カタログだけでよいのか、それとも、これに加えて一般規定が必要なのかという点にあると言うべきなのである。

そして、本稿のように一般規定を「受け皿規定」と呼ぶ場合、個別規定と一般規定が必ずセットになることを意味する。つまり、受け皿規定という以上、個別規定なしには成立し得ないのであり、個別規定カタログがあるからこそ受け皿規定となるのである。

また、受け皿規定として一般規定を設けるということは、主たる役割を果たすのはあくまで個別規定であって、一般規定は、個別規定カタログによってカバーできない場合を最終的に救済するために適用されるにとどまることを意味

(31) 本書においても、田中・前掲注(29)は、「一般規定型」と「個別列挙型」の2種類に整理し、アメリカ法は一般規定型がとられているとする。

(32) 例えば、中山・前掲注(13)398頁は、「法的安定性の確保のために、合法と違法の境界を明確にするために詳細を極めた複雑怪奇な条文となる傾向が強い」とする。

(33) 斉藤・前掲注(24)163頁は、「スリー・ステップ・テストを包括的に定めた規定のみにする方法もあろう。……近年付加された権利制限の諸規定は不要のものとなる」とする。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

する<sup>64)</sup>。

以上のような意味での受け皿規定は、既存の法律にも少なからず見受けられる。

① 民法 770 条〔裁判上の離婚〕

例えば、よく挙げられる例として、離婚原因を定めた民法 770 条〔裁判上の離婚〕の規定がある。ここでは、離婚原因として、4つの個別規定（不貞行為、悪意による遺棄、3年以上の生死不明、強度の精神病）に加えて、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」（下線筆者）という受け皿規定が設けられている。これによって、4つの個別規定に該当しない場合であっても、裁判官が「婚姻を継続し難い重大な事由がある」と判断すれば、離婚原因と認めることができる。また、同条 2 項は、「前項第 1 号から第 4 号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる」（下線筆者）と定めており、形式的には 4 つの個別規定に当たる場合であっても、裁判官が「婚姻の継続を相当」と判断すれば、離婚請求を棄却できるのである。

民法 770 条〔裁判上の離婚〕

夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。

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

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

② 著作権法 20 条 2 項〔同一性保持権〕

また、著作権法 20 条 2 項は、同一性保持権の適用除外として、3 つの個別規

<sup>64)</sup> 鳥並・前掲注(27)491 頁も、「日本版フェアユース規定は、立法対応が追いつかない場合に備えてのあくまでも過渡的なセーフティネットとして位置付けられるべきだと思われる」とする。

定（教科用図書等への掲載における用字・用語の変更等、建築物の増改築等、コンピュータ・プログラムのデバッグ等）に加えて、「前3号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」（下線筆者）という受け皿規定を設けている。これによって、3つの個別規定に該当しない場合であっても、裁判官が「やむを得ないと認められる改変」と判断すれば、同一性保持権侵害が否定されることになるのである。

著作権法 20 条 2 項 [同一性保持権]

2 前項の規定は、次の各号のいずれかに該当する改変については、適用しない。

- 一 第 33 条第 1 項（同条第 4 項において準用する場合を含む。）、第 33 条の 2 第 1 項又は第 34 条第 1 項の規定により著作物を利用する場合における用字又は用語の変更その他の改変で、学校教育の目的上やむを得ないと認められるもの
- 二 建築物の増築、改築、修繕又は模様替えによる改変
- 三 特定の電子計算機においては利用し得ないプログラムの著作物を当該電子計算機において利用し得るようにするため、又はプログラムの著作物を電子計算機においてより効果的に利用し得るようにするために必要な改変
- 四 前 3 号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変

③ 著作権法施行規則 4 条の 2 第 1 項 3 号、2 項 2 号、3 項 2 号

さらに、著作権法 47 条の 2 [美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等] に関する規定である<sup>(35)</sup>。同条の規定は、美術品のオークション等に伴うウェブサイトやカタログへの著作物掲載等を一定の範囲で許容するものであるが、いくらオークション目的といっても、極めて高画質の画像が複製・公衆送信されてしまうなど、利用の態様によっては著作権者の利益を過度に害することになりかねない。そこで、同条は、複製等が許容される条件として、「当該複製により作成される複製物を用いて行うこれらの著作物の複製又は当該公衆送信を受信して行うこれらの著作物の複製を防止し、又は抑止するための措置その他の著作権者の利益を不当に害しないための措置として政令で定める措置を講じて

(35) 同条の規定について詳しくは、半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタル 2 (第 2 版)』(勁草書房、2015 年) 486 頁以下 [上野達弘] 参照。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

行うもの」と規定している。そして、ここにいう「著作権者の利益を不当に害しないための措置」の具体的な内容が著作権法施行令7条の2に規定されており、さらに、そこにおける著作物の表示の大きさや精度に関する具体的な基準が著作権法施行規則4条の2に規定されている<sup>66)</sup>。その内容は以下の通りである。

まず、複製を行う場合について、例えば、「図画」として複製を行う場合（例：カタログ本への掲載）は、著作物の表示の大きさが50平方センチメートル（=名刺サイズに相当）以下であること（著作権法施行規則4条の2第1項1号）や、デジタル複製を行う場合（例：カタログCDへの掲載）は、著作物に係る影像を構成する画素数が32400以下であること（同項2号）が必要とされる（著作権法施行令7条の2第1号）。

また、公衆送信を行う場合（例：ウェブサイトへの掲載）について、コピープロテクトを用いずにデジタル方式による公衆送信を行う場合は、著作物に係る影像を構成する画素数が32400以下であること（著作権法施行規則4条の2第2項1号）、他方、コピープロテクトを用いてデジタル方式による公衆送信を行う場合は、著作物に係る影像を構成する画素数が9万以下であること（同条3項1号）が必要とされる（著作権法施行令7条の2第2号）。

このように、著作権法施行規則4条の2は極めて詳細な個別規定を設けているが、注目されるのは、そうした個別規定の末尾に受け皿規定が設けられていることである（同条1項3号、2項2号、3項2号）。例えば、複製を行う場合を定めた同条1項には、2つの個別規定（50平方センチメートル以下〔同項1号〕、32400画素以下〔同項2号〕）に加えて、「前2号に掲げる基準のほか、法第47条の2に規定する複製により作成される複製物に係る著作物の表示の大きさ又は精度が、同条に規定する譲渡若しくは貸与に係る著作物の原作品若しくは複製物の大きさ又はこれらに係る取引の態様その他の事情に照らし、これらの譲渡又は貸与の申出のために必要な最小限度のものであり、かつ、公正な慣行に合致するものであると認められること」（下線筆者）という受け皿規定が設けられているのである（同項3号）。

これによって、例えば、複製の大きさが50平方センチメートルを僅かに上回

<sup>66)</sup> このような政省令への委任は、当該措置および基準に関して、一定の明確性によって予測可能性を確保しつつ、技術の発展に柔軟に対応できるようにしたものとする（池村聡『著作権法コンメンタル別冊平成21年改正解説』〔勁草書房、2010年〕69頁参照）。

る場合など、個別規定に該当しない場合であっても、直ちに著作権侵害になるわけではなく、諸事情を考慮して「必要な最小限度のものであり、かつ、公正な慣行に合致するもの」と認められれば著作権侵害が否定されることになるのである。

著作権法施行規則4条の2第1項

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

- 一 図画として……複製を行う場合……表示の大きさが50平方センチメートル以下であること。
- 二 デジタル方式により……複製を行う場合……画素数が3万2千4百以下であること。
- 三 前2号に掲げる基準のほか、法第47条の2に規定する複製により作成される複製物に係る著作物の表示の大きさ又は精度が、同条に規定する譲渡若しくは貸与に係る著作物の原作品若しくは複製物の大きさ又はこれらに係る取引の態様その他の事情に照らし、これらの譲渡又は貸与の申出のために必要な最小限度のものであり、かつ、公正な慣行に合致するものであると認められること。

④ 欧州著作権コード5-5条 [その他の制限]

そして、欧州著作権コード (European Copyright Code) も注目される<sup>(37)</sup>。欧州著作権コードにおける権利制限規定 (第5章) には、4つのカテゴリー (5-1条 [経済的意味が軽微な利用]、5-2条 [表現および情報の自由のための利用]、5-3条 [社会的、政治的および文化的目的を促進するための利用]、5-4条 [競争を促進させるための利用]) に加えて、5-5条 [その他の制限] (Further limitations) という受け皿規定が設けられている。同条の規定は、「その他の利用で、第5.1条から第5.4条第1項までに列挙された利用と同視しうるもの (comparable) は、関係する制限規定の対応要件を満たし、当該利用が当該著作物の通常の利用を妨げず、第三者の正当な利益を考慮して著作者または権利者の正当な利益を不当に害しない限り、許される」(下線筆者) と規定しているのである。

(37) 欧州著作権コードは、Wittem グループというヨーロッパの学者たちによる共同研究の成果として、2010年4月26日に公表されたものである (<http://www.copyrightcode.eu/>)。詳しくは、上野達弘「ヨーロッパにおける著作権リフォーム — 欧州著作権コードを中心に」著作権研究39号 (2014年) 39頁参照。

## ◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

同条に関する注釈においても、「第5章は、コモンロー・スタイルの一般条項(open-ended)の権利制限システムとシビルロー・スタイルの限定列举とのコンビネーションとなっている」と説明されている<sup>38)</sup>。その背景には、権利制限が必要とされるすべての状況を事前に予測することは不可能であるという認識に基づき、権利制限規定には一定のフレキシビリティが不可欠だという考えがある<sup>39)</sup>。

このように、欧州著作権コードは、権利制限規定について、個別規定に加えて受け皿規定としての一般規定を有している。起草者の一人である Thomas Dreier 教授は、これを「控えめな『フェアユース』」(modest “fair use” exception)と表現している<sup>40)</sup>。

### (2) 考慮要素の明示

第二に、一定の評価的要件(例:「公正」「正当」「やむを得ない」)に基づく一般規定において、当該評価的要件の充足を判断するための考慮要素をあらかじめ明示することである。

一般規定の中には、考慮要素を明示せず、単に評価的要件を定めるだけのものもある。例えば、前述した民法770条1項5号は、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」と規定するのみであり、そこに「重大」かどうかを判断するための考慮要素は明示されていない。また、同条2項は「一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは」と規定するのみであり、そこに「相当」かどうかを判断するための「一切の事情」の具体的内容は明示されていない。

これに対して、考慮要素を明示した一般規定の例として次のようなものがある。

#### ① 著作権法20条2項4号 [同一性保持権]

まず、同一性保持権の適用除外に関する一般規定である著作権法20条2項4号は、単に「やむを得ないと認められる改変」を許容する一般規定ではなく、「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認めら

<sup>38)</sup> 欧州著作権コード注48参照。

<sup>39)</sup> 欧州著作権コード注48参照。

<sup>40)</sup> 2011年2月25日にストラスブールにて行われたEIPINセミナーにおける配布資料参照。



れる改変」(下線筆者)と規定している。これによって、「やむを得ない」かどうかの判断に際して、「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様」という要素を考慮することになるのである。

#### ② 借地借家法6条 [借地契約の更新拒絶の要件]

また、借地借家法6条は、借地契約の更新拒絶の要件として、「正当の事由があると認められる」かどうかを問題にしているが、ここでは「借地権設定者及び借地権者……が土地の使用を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況並びに借地権設定者が土地の明渡しの条件として又は土地の明渡しと引換えに借地権者に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して」(下線筆者)判断するものと規定している。

#### 借地借家法6条 [借地契約の更新拒絶の要件]

前条の異議は、借地権設定者及び借地権者……が土地の使用を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況並びに借地権設定者が土地の明渡しの条件として又は土地の明渡しと引換えに借地権者に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合でなければ、述べることができない。

#### (3) 著作権制限の一般規定案 (例)

以上のように、筆者のいう「権利制限の一般規定」は、考慮要素を明示した受け皿規定としての一般規定というものである。では、こうした規定を著作権制限について設けるとするならば、どのような規定になるであろうか。一案に過ぎないものが“一人歩き”する事態は危惧されるものの、同一性保持権の適用除外に関する一般規定である著作権法20条2項4号を参考に、現行著作権法に存在する文言を用いて著作権制限の一般規定案を示すならば、以下のようなものが考えられる<sup>(41)</sup>。

(41) すでに、上野・前掲注(14)23頁参照(ただし、「正当 [やむを得ない]」としていた)。

[例] 著作権法 49 条の 2

第 30 条から前条までの規定に掲げる行為のほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ない [公正 / 正当] と認められる場合は、その著作物を利用することができる。ただし、著作権者の利益を不当に害することとなる場合はこの限りでない。

### 3 意義

考慮要素を明示した受け皿規定としての一般規定の意義はどこにあるのだろうか。この点をめぐってもさまざまな議論があり得るが、筆者なりの考えは次のようなものである<sup>(42)</sup>。

#### (1) [明確性の確保] と [変化と多様性への対応] の両立

第一に、受け皿規定は、「個別規定の明確性」と「一般規定の柔軟性」を両立させるという意義である。

先述のように、受け皿規定という場合、個別規定と一般規定がセットになっている。このとき、個別規定は一定の具体的な要件を定めたものであり、明確性・法的安定性をもたらす点で望ましいと言える。したがって、社会や技術の変化等に対応して、個別規定カタログを継続的に整備することは常に必要である。

他方、そうした個別規定カタログの継続的整備とは別に一般規定を設けることは、個別規定ができるまでの段階において、社会の「変化と多様性」に対応する可能性を提供し、そして新たな個別規定を生み出すという意義を有する。具体的には以下の通りである。

#### ① 変化への対応

一つ目に、一般規定は、社会や技術の「変化」に対応する点である<sup>(43)</sup>。

例えば、インターネットの検索サービスというのは、現行著作権法制定時

(42) 以下で引用する文献のほか、『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書』（平成 21 年 3 月）101 頁以下〔上野達弘〕も参照。

(43) 中山・前掲注(13)395 頁も、「事実上フェアユース的な結論を導いた判例も多い」としつつ、「しかしそのような解釈には限界があり、特に技術革新の激しい時代においては、必要に応じて権利制限規定を設けるのでは間に合わず、早急にフェアユース規定を設ける必要があると考える」とする。

(1970年)には存在せず、当然のことながら、これに対応する個別規定はなかった。ところが、1990年代にインターネットの普及に伴って検索サービス事業者が登場すると、当該事業に伴うインターネット上の情報の収集・蓄積、整理、検索結果の提供が著作権侵害に当たらないかが問題とされるようになり、平成21年改正〔平成21年法律第53号〕によって著作権法47条の6〔送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製等〕という個別規定が設けられたのである<sup>(44)</sup>。

このように、同条の規定によって、一定の条件を満たす検索サービスが著作権侵害に当たらないことが明確にされたことの意義は大きい。しかし、問題は、こうした個別規定が設けられるまでの時期についてである。もし、同改正の施行〔平成22年1月1日〕前に、検索サービスをめぐる訴訟が起きていたら、裁判所はどのように判断したであろうか。もちろん、当時から、黙示的許諾論による解釈論の可能性はあったが、それには限界があったと指摘されている<sup>(45)</sup>。

そのような中、もし著作権制限の受け皿規定があったとすれば、著作権法47条の6という個別規定が設けられるまでの間、検索サービスの登場という「変化」への対応可能性がもたらされていたように思われるのである。

実際のところ、同一性保持権の適用除外についても、コンピュータ・プログラムの登場という変化に対応して、昭和60年改正〔昭和60年法律第62号〕が行われ、これによってコンピュータ・プログラムのデバッグ等に伴う改変に関する個別規定（著作権法20条2項3号）が追加された（これに伴って、一般規定〔改正前同項3号〕が同項4号に移動した）。同改正は昭和61年1月1日に施行されているが、その施行前の時期であっても、コンピュータ・プログラムのデバッグ等に伴う改変は、直ちに同一性保持権侵害に当たるとはされず、一般規定である同項3号（現4号）にいう「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に

(44) 同条について詳しくは、半田=松田編・前掲注(35)548頁 [上野] 参照。

(45) 平成21年改正前の論考として、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(1)～(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16号73頁・17号79頁・18号31頁(2007年)も、「大量の著作物と関わりあう検索サイトに免罪符を与えるためには、黙示の承諾法理には限界があるといわざるをえない」としつつ(同17号105頁)、公表された著作物については適法引用(著作権法32条1項)、未公表著作物については権利濫用(民法1条3項)による解決を探る他ないとした上で(同18号36頁以下)、立法的解決を提案していた(同50頁以下)。詳しくは、半田=松田編・前掲注(35)549頁以下 [上野] 参照。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

照らしやむを得ないと認められる改変」に当たると判断された可能性が高かったように思われる。だとすれば、同一性保持権の適用除外として、個別規定のみならず受け皿規定としての一般規定があったからこそ、コンピュータ・プログラムの登場という「変化」に対応できたと言えるのである。そして、同改正によって設けられた個別規定(同項3号)は、一般規定の具体化として生み出されたものと理解できるのである。

② 多様性への対応

二つ目に、一般規定は、社会の「多様性」に対応する点である。

例えば、美術品等のオークションカタログに当該美術品等の写真を掲載することは、現行法制定後における社会の変化によって生じたというより、以前から実際に行われていたものと考えられる。ところが、社会における著作物利用は極めて多様であるために、あらゆる著作物利用についてあらかじめ個別規定を持つことは困難である。だからこそ、オークションカタログに関する個別規定は設けられていなかったのである。しかし、最近、ネットオークションの発展に伴って、オークション一般の著作権問題に関する認識が高まり、平成21年改正によって、オークション等に伴う一定の著作物利用を許容する個別規定(著作権法47条の2[美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等])が設けられるに至った。これによって、同改正の施行[平成22年1月1日]後における著作物利用については、一定の条件の下、それが著作権侵害に当たらないことが明確にされた。しかしながら、同改正の施行前においては、著作権制限の一般規定がないために、たとえ同じ行為をしても著作権侵害に当たってしまう可能性があったように思われる。

実際のところ、オークションカタログ等への絵画の複製等が問題になった裁判例において、同改正施行後に行われた行為については著作権法47条の2により適法としつつ、同施行前に行われた行為については、—改正法の基準である50平方センチメートル以下の利用であるにもかかわらず—著作権侵害に当たるとしたものがある<sup>(46)</sup>。学説においては、同改正前においても、ネットオークションに伴う画像掲載は適法引用(同法32条1項)に当たり得るとする見解もあったが<sup>(47)</sup>、これらの判決は、引用の抗弁や権利濫用の抗弁も認めなか

(46) 東京地判平成21年11月26日(平20(ワ)31480号)[エスト・ウエストオークションズ事件]、知財高判平成28年6月22日(平26(ネ)10019号等)[毎日オークションカタログ事件：控訴審]参照。

ったのである。

もちろん、権利制限の個別規定によってカバーされない利用行為は、立法によって個別規定が設けられるまで著作権侵害と評価されるべきという考えもあり得よう。たしかに、著作権法の目的として、権利保護が原則であり、権利制限は例外であるという基本的理解を前提にするならば、そのような考えも成り立ち得よう。しかし、著作権法の目的を保護と利用の調整と捉えるならば、そのような考えを前提にすることはできず、平成21年改正によってオークションに伴う複製等を一定の条件で許容する個別規定が設けられたのは、そうした著作物利用が結論として許容されるべきだという判断が立法によって具体化されたに過ぎないとも考えられる。そうであれば、個別規定ができるまでの間に、こうした場合に対応できる可能性を提供するものとして、一般規定を有しておく意義があると言えよう。

また、例えば、入試問題として著作物を複製・翻訳することに関する著作権制限規定はあるが(著作権法36条、43条2号)、これに伴う改変について同一性保持権の適用除外を定める個別規定はない。しかしながら、例えば、大学入試の国語試験において他人の著作物を用いた出題を行う際には、さまざまな改変(例:省略、漢字の書き取りのためのカナ化、空欄化、傍線付加)を加える必要があり、実際にも広く行われている。そのような著作物の改変は、社会の変化によって生じたものではなく、以前から行われていたものである。ただ、社会の多様性の中で、特にこれに関する個別規定が設けられてこなかったに過ぎない。したがって、立法論としては、新たに、同法36条[試験問題としての複製等]に基づく著作物利用に伴う必要な改変について同一性保持権の侵害に当たらないことを定める個別規定を同法20条2項の中に設けることが考えられる<sup>(47)</sup>。ただ、現状においては、そのような改変は、一般規定である同項4号にいう「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」に当たると解釈されているために、問題が生じていないものと考えられる。このように、同一性保持権の適用除外として一般規定があったからこそ、入試問題における改変という「多様性」に対応できたと言えるのである。

(47) 田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006年)1307頁、同「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)15頁以下参照。

(48) この個別規定を同項4号とする場合、現4号を5号に移動させることになろう。

### ③ 小 括

以上のように、受け皿規定は、個別規定による明確性と一般規定による柔軟性を兼備したソフト&ハードな判断構造を指向しており、一般規定は、個別規定カタログによる明確性の確保とは別に、個別規定ができるまでの段階において、社会の「変化と多様性」に対応する可能性を提供するのである<sup>(49)</sup>。これは、本書が「しなやかな著作権制度」を指向していることと軌を一にするものと言えよう。

もちろん、仮に個別規定だけですべての現実に対応可能なのであれば、個別規定以外に受け皿規定を設ける必要はなからう。例えば、離婚原因を定めた民法770条〔裁判上の離婚〕についても、4つの個別規定カタログ（不貞行為、悪意による遺棄、3年以上の生死不明、強度の精神病）だけであらゆるケースをカバーできるのであれば、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」（下線筆者）という受け皿規定は必要ない。したがって、著作権制限についても、個別規定カタログだけで、あらゆるケースをカバーできるのであれば、受け皿規定は必要ないと考えられる。

しかし、著作権法をめぐる過去を振り返るならば、インターネットの検索サービスといった「変化」や、美術品等のオークションカタログといった「多様性」に対して、既存の個別規定カタログだけでは必ずしも適切に対応できなかったように思われる。このことからすれば、著作権制限規定についても、個別規定カタログの継続的整備に加えて、受け皿規定を持つことが必要と考えられるのである。

そして、受け皿規定としての一般規定は、個別規定を生み出すものでもある。例えば、同一性保持権の適用除外（著作権法20条2項）についても、個別規定（同項1～3号）は、一般規定（同項4号）に掲げられた要素を具体的に考慮したものとして、一般規定が具体化されたものと理解できる<sup>(50)</sup>。したがって、ある

(49) 著作権法全体における柔軟性と明確性の兼備については、上野達弘「著作権法の柔軟性と明確性」中山編集代表・前掲注(7)25頁も参照。

(50) なお、4号にある「やむを得ない」という文言は1号にしか見られないことから、4号における解釈で参考とすべき「同程度」の基準は1号との比較に求めるべきとする見解もあるが（吉田大輔「映画監督の追加報酬と著作者人格権」『平成7年度重要判例解説』ジュリスト1091号〔1996年〕236頁、田村善之『著作権法概説』〔有斐閣、1998年〕362頁参照）、同項2号・3号に定められた改変は、建築物やプログラムといった著作物の性質を考慮した上で「やむを得ない」と評価されたものとも理解できよう。

具体的な改変類型に対して定型的に同項4号を適用することが承認されれば、新たな個別規定を20条2項に追加することも可能である<sup>(51)</sup>。同様に、著作権の権利制限についても、もし一般規定があれば、その具体化としての個別規定を生み出すことになると考えられるのである。

## (2) 裁判官の緩やかなコントロールによる柔軟性&安定性・明確性の獲得

第二に、個別規定カタログと考慮要素の明示は、一般規定の適用に一定の指針と制約をもたらし、柔軟性を維持しつつも、アドホックな判断を防ぐという意義である。

まず、一般規定に考慮要素が明示されている場合、一般規定適用の可否を判断する際には、当該要素について考慮することを強いられる。また、一般規定が個別規定カタログの末尾に受け皿として設けられている場合、一般規定適用の可否を判断する際には、個別規定カタログに示された場合と同等の事情が存在するかどうか検討することを強いられる。

例えば、同一性保持権の適用除外の一般規定（著作権法20条2項4号）は、「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様」という考慮要素を明示すると共に、あくまで同項1～3号という個別規定カタログの末尾に受け皿として規定されている。そのため、同号適用の可否を判断する際には、「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様」という要素について考慮した上で、当該改変が同項1～3号に掲げられた場合と同等の状況にあると言えるかどうかを検討することになる。

また、欧州著作権コードにおける権利制限の一般規定（5-5条）は、個別規定（5-1条～5-4条）と「同視し得るもの」にのみ適用されるものと規定されている。同条に関する注釈においても、一般条項のフレキシビリティは個別規定とのアナロジーによって限界づけられ、そこでは個別規定（5-1条～5-4条）が規範的な効果（normative effect）を持つと説明されている<sup>(52)</sup>。

このように、考慮要素を明示した受け皿規定は、一般規定の適用に一定の制約と指針をもたらし、柔軟性を維持しながらもアドホックな判断を排除する意義を有するのである<sup>(53)</sup>。そのような一般規定がない状態で侵害判断を行う方

(51) 上野・前掲注(13)民商法雑誌120巻6号964頁以下参照。

(52) 欧州著作権コード注48参照。

(53) こうした考えの背景には、いわゆる動的システム論をめぐる研究からの示唆がある(さ

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

が、どのような事情が考慮されるか不明確になるおそれが高い。

例えば、入試問題における著作物の改変については、同一性保持権の適用除外(著作権法20条2項)に個別規定がないが、「やむを得ないと認められる改変」に当たるとして一般規定(同項4号)の適用により、同一性保持権の侵害が否定されると考えられる。

しかし、この一般規定がなかったとしても、入試問題における著作物の改変というのは、当該改変の目的や態様からして、結論として同一性保持権侵害が否定されるべきと考えられよう。したがって、もし同号の規定がなかったとすれば、さまざまな解釈論(例:権利濫用、「改変」の規範的解釈)によって同一性保持権侵害が否定されることになろう。しかしながら、同号のような規定がない以上、そこで行われる判断は、どのような事情がどのように考慮されるか不明確なものとなり、また、判断主体である裁判官によって結論が異なりやすいという意味で不安定なものとなるおそれがある。

そのような中、同一性保持権の適用除外には一般規定(同項4号)が設けられているからこそ、入試問題における著作物の改変について判断する際も、当該改変の目的や態様といった同号に明示された要素を考慮しつつ、個別規定(同項1~3号)との比較において当該改変が許容されるべきかどうか検討されることになる。このように、受け皿規定としての一般規定があるからこそ、侵害判断に一定の明確性と安定性がもたらされるのである<sup>54)</sup>。

これと同様に、著作権制限についても、考慮要素を明示した受け皿規定を設けた方が、個別規定カタログに該当しない場合における侵害判断に明確性と安定性がもたらされると考えられる。

---

しあたり、山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序章的考察」法学論叢138巻1=2=3号〔1995年〕208頁等参照)。なお、同一性保持権について、上野・前掲注(13)民商法雑誌120巻6号966頁注245は、「20条2項4号は一般条項であると同時に、考慮すべき要素を『比較命題』としてあらかじめ掲げるとともに……、一般条項の具体化である個別規定を『基礎評価』として呈示しているものと理解できる。こうした手法は、動的システム論の考え方……につながるものと考えられるとともに、一般条項といういわば『複雑系』に秩序と構造をもたらす試みと理解することができるように思われる」とする。

<sup>54)</sup> もっとも、伝統的通説によって、著作権法20条2項4号は厳格解釈され、同号によらない「不文の適用除外」が展開されてきたことについて、上野・前掲注(13)民商法雑誌120巻4=5号748頁以下参照。



## (3) 実質的根拠の可視化による正当性の獲得

第三に、考慮要素を明示した一般規定によって、裁判官による判断の実質的な根拠を可視化させるという意義である。

一般に、ある判断は、その実質的な根拠が明らかにされなければ、理論的な批判・検証ができず、当該判断の是非を議論すること自体ができないため、正当性を獲得することもできないと考えられる。このことは、著作権法上の侵害判断についても、次のような形で問題となる。

## ①「複製」の規範的解釈 — 雪月花事件

例えば、他人の著作物である書が照明器具のカatalogに掲載した写真の背景に写り込んだ事件で、「本件各作品の書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分が再現されているということはできず、……本件各作品の複製に当たるとはいえない」として、著作権侵害を否定した裁判例がある<sup>65)</sup>。

たしかに、同事件において、原告の書は被告の照明器具カatalogに掲載された写真の中に小さく背景的に写り込んでいるに過ぎないこと等の事情から、著作権侵害を否定した同判決の結論を妥当とする見解が少なくない<sup>66)</sup>。

ただ、同判決が著作権侵害を否定する理由として示したのは、本件書が有する「墨色の冴えと変化、筆の勢いといった美的要素を直接感得することは困難である」ことから、「本件各カatalog中の本件各作品部分において、本件各作品の書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分が再現されているということはできず、……本件各作品の複製に当たるとはいえない」という点である（「複製」の規範的解釈）。しかしながら、そのような理由付けによるならば、例えば、当該書が全く同一のサイズと画質で利用されるのであれば、たとえそれが主となるような商品（例：シール、アイコン）として利用される場合であっても、権利侵害が否定されてしまうことになる。そのような結論は支持されないであろう。

<sup>65)</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>66)</sup> 大野聖二「複製権(2) — 創作的表現の再現」中山信弘=大淵哲也=小泉直樹=田村善之編『著作権判例百選(第4版)』(有斐閣、2009年)91頁、作花文雄『詳解著作権法(第4版)』(ぎょうせい、2010年)309頁参照(第一審判決に関するものとして、岡崎洋「背景の書 — 照明器具カatalog事件」斉藤博=半田正夫編『著作権判例百選(第3版)』[有斐閣、2001年]128頁参照)。

## ◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

そうすると、同判決が著作権侵害を否定した実質的な根拠には、当該書が小さく用いられたという事情だけではなく、照明器具カタログが営利目的で作成されるものだとはいえ、大部のカタログの中の数頁に掲載された数枚の写真の中に当該書が背景的に写り込んだに過ぎないことや、これによる著作権者の経済的不利益は小さいと考えられることといった事情も含まれていたと考えられる。また、同判決の結論を支持する論者も、そうした事情を広く考慮した上で、同事件において著作権侵害を否定した結論を妥当としているように思われる。

しかしながら、同判決は「墨色の冴えと変化、筆の勢いといった美的要素を直接感得することは困難である」ことを理由に権利侵害を否定したために、利用の目的や権利者への経済的影響といった事情は、それがたとえ裁判官によって実質的には考慮されていたとしても、判決理由中に示されることがなかった。このように、「複製」の規範的解釈による場合、裁判官による判断の実質的根拠が言語的に表明されない事態が起こり得るのである。

もちろん、たとえ言語的に表明されていなくても、裁判官の“内なる深慮”を忖度すべきだという考えもあり得るかも知れない。しかし、それでは、論者がそれぞれの考えに基づいてある判断の結論を支持することはできても、当該判断のロジックを理論的に検証・論評したことにはならない。

もし、著作権制限について考慮要素を明示した受け皿規定が設けられていれば、個別規定カタログに該当しない場合、判断主体である裁判官は、明示された要素をどのように考慮したのかを言語的に表明しながら、当該著作物利用が許容されるべきかどうかを論じることになる。例えば、雪月花事件についても、もし著作権制限の受け皿規定があったとすれば、当該書が複製されていること自体は認めた上で、「著作物の性質」（例：原告著作物が書の著作物として創作性は高くないこと）、「利用の目的」（例：被告カタログが商業目的ではあっても当該書自体を商業利用する目的はないこと）、「利用の態様」（例：本件のような複製が背景的で、サイズも小さいことからすれば、権利者に与える経済的不利益は小さいこと）といった要素をどのように考慮したのかを言語的に表明しながら、著作権侵害の成否に関する判断を下すことになる。このように裁判官による判断の実質的根拠が言語的に表明されて初めて、当該判断の当否に関する理論的な検証・議論が可能となるのである。

### ②「改変」の規範的解釈 — スウィートホーム事件

また、映画をテレビ放送する際にコマーシャルによる中断がなされたことに

ついて、同一性保持権の侵害が否定された裁判例がある<sup>67)</sup>。たしかに、映画を民放テレビ放送する際には、コマーシャル中断を行う必要性が高いと考えられるため、同一性保持権侵害を否定した同判決の結論は支持されよう。ただ、同判決が同一性保持権侵害を否定したのは、そうした改変を「やむを得ない」ものとして一般規定（著作権法20条2項4号）を適用したのではなく、「民間放送での長時間の映画放送にあたっては、避けられないものであって、これをもって、被告が本件映画の改変を行ったとみることはできない」という理由であった（「改変」の規範的解釈）。

しかしながら、現実には、コマーシャルによる中断があるにもかかわらず、なぜ「改変を行ったとみることはできない」のかという理由は明らかにされていない。同判決が同一性保持権侵害を否定した実質的な根拠は、映画という著作物は長時間の視聴を要する作品であること、民間の放送事業者が無料テレビ放送を行うためにはコマーシャルを挿入する必要があること、実際に行われた中断が妥当な範囲にとどまること、といった事情にあるものと考えられる。そして、そのような観点からすれば、同一性保持権侵害を否定した同判決の結論は妥当と考えられる。しかし、たとえそうした事情が裁判官によって考慮されていたとしても、「改変」の規範的解釈による場合、それが言語的に表明されることはないのである。

もちろん、同判決が「改変」の規範的解釈によって同一性保持権侵害を否定したのは、同事件当時、伝統的通説の影響によって、同一性保持権の適用除外の一般規定（著作権法20条2項4号）が厳格解釈され、同号の適用が過度に避けられていたことによるものとも考えられる。もし同事件について同号の適否を問題にしたならば、裁判官は、「著作物の性質」（例：映画という長時間の視聴を要する作品であること）、「利用の目的」（例：民間の放送事業者が無料テレビ放送を行うためにはコマーシャルを挿入する必要性があり、そのために中断が行われたこと）、「利用の態様」（例：具体的な中断の態様が妥当な範囲にとどまること）といった、同号に明示された要素をどのように考慮したのかを言語的に表明しながら、当該改変が許容されるべきかどうかの判断を下すことになり、その実質的根拠が可視化されたと考えられるのである<sup>68)</sup>。

<sup>67)</sup> 東京地判平成7年7月31日判時1543号161頁〔スウィートホーム事件：第一審〕参照。

<sup>68)</sup> 実際のところ、同事件の控訴審判決（東京高判平成10年7月13日知的裁集30巻3号

### ③ 小 括

以上のように、考慮要素を明示した一般規定は、裁判官による判断の実質的根拠を可視化させ、これによって当該判断の是非を批判・検証する可能性を確保し、その議論を経て、反論に堪えることによって正当性の獲得を可能にするのである<sup>59)</sup>。そのような一般規定がないまま、裁判官がさまざまな解釈論に基づいて結論を出す場合、その実質的根拠が言語的に表明されないことになりがちである。そうすると、たとえ当該判断が結論として支持されたとしても、理論的な正当性を獲得することはできないのである。

## 4 課 題

以上が、筆者の考える権利制限の一般規定の意義である。こうした考えに対しては、次のような指摘が考えられる。そこで、そうした指摘に応答すると共に、残された課題を明らかにしておきたい。

### (1) 侵害判断が不明確になるか？

第一に、考慮要素を明示した受け皿規定といっても、新たに一般規定を設けることは、侵害判断を不明確にするのではないかという指摘があり得る。

たしかに、受け皿規定が個別規定カタログと一般規定のセットだとしても、現状の著作権制限が個別規定カタログだけである以上、これに一般規定が加えられると侵害判断が不明確になるのではないかという理解もあり得よう<sup>60)</sup>。ま

---

427頁〔スウィートホーム事件：控訴審〕は、「一般に、テレビ・コマーシャルの挿入が必要であるとしても、……その態様如何によっては、著作権法20条1項に規定する『意に反』する『改変』に該当する場合がある」とした上で、本事案では、「これらのテレビ・コマーシャルの挿入箇所の指定は、控訴人の了解の範囲内にあるものと認められるから、著作権法20条2項4号に規定する『著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ない改変』に該当するものと認めるのが相当」とした。

<sup>59)</sup> このような考えは、平井宜雄教授の「議論」論や「反論可能性テーゼ」、あるいはその背景にあるKarl Popperの「反証可能性」理論(Falsifikationismus)等をめぐる議論に影響を受けたものである。平井宜雄『法律学基礎論の研究』(有斐閣、2010年)参照(「議論」による正当化は反論を受け、それに堪えることによってある言明を正当化するものであるから、そもそも反論の手がかりが与えられておらず、反論が生じようがないような言明は、『議論』に登場する資格を欠く」[167頁]、「『反論可能性』のより大きな言明は、『反論可能性』のより小さな言明よりも良い」[168頁]等参照)。また、山本敬三「法的思考の構造と特質——自己理解の現況と課題」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法(15)現代法学の思想と方法』(岩波書店、1997年)231頁も参照。

た、権利制限を個別規定カタログのみとし、当該個別規定に該当しない場合は常に権利侵害を肯定するというのであれば、高い明確性が得られることに疑いはない。

しかし、現実には、たとえ個別規定に該当しない場合であっても、結論として権利侵害を肯定することが妥当でないと考えられる場合がある。従来の裁判例においても、個別規定に該当しない場合は直ちに権利侵害を肯定するのではなく、さまざまな解釈論によって権利侵害を否定する判断が行われてきた<sup>60)</sup>。

例えば、先述の雪月花事件では、権利制限の個別規定に該当しないものの、裁判所は、「本件各作品の書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分が再現されているということとはできず、……本件各作品の複製に当たるとはいえない」として、著作権侵害を否定した<sup>62)</sup>。また、絵画の鑑定書に鑑定対象である絵画のカラーコピーを添付することが著作権侵害に当たるとかが問題になった事件でも、裁判所は、これが適法引用（著作権法32条1項）に当たるとして著作権侵害を否定した<sup>63)</sup>。

このように見てくると、著作権の侵害判断はすでにしばしば柔軟に行われているというべきである。考慮要素を明示した受け皿規定としての一般規定は、これに形式的根拠を与えると共に、むしろアドホックな判断を防いで安定性・明確性をもたらすと考えられるのである<sup>64)</sup>。

<sup>60)</sup> 高林・前掲注(13)154頁は、「判例法体系の下で、多数の判例の蓄積のある米国の例を範としてわが国でも著作権制限の一般規定を導入すべきであるとする立場は、結局は著作権侵害成否の判断を事案ごとに裁判官に一任するに等しく、結果の予測可能性をむしろ低めることになりかねない」とする。

<sup>61)</sup> 中山・前掲注(13)395頁は、「権利制限規定の限定列举主義の下においても、制限事由を杓子定規に当てはめるのではなく、既成概念を柔軟に解したり、権利濫用の法理を用いたりして、事実上フェアユース的な結論を導いた判例も多い。このような解釈は、著作物が利用されている実態や権利者の受ける実質的損害等を考慮して複製権の及ぶ範囲を限定するなどして具体的妥当性を確保しようとするものであり、事実上フェアユースを認めたと近いと言えよう」とする。

<sup>62)</sup> 前掲注(55)東京高判平成14年2月18日〔雪月花事件：控訴審〕参照。

<sup>63)</sup> 知財高判平成22年10月13日判時2092号136頁〔美術鑑定証書事件：控訴審〕、東京地判平成26年5月30日(平22(ワ)27449号)〔美術鑑定証書Ⅱ事件〕参照。

<sup>64)</sup> 上野達弘「考慮要素を明示した受け皿規定の導入が法的安定性を高める」ビジネスロージャーナル11号(2009年)19頁も、「フェアユース規定のような一般条項を入れると判断基準が不明確になるという批判があるのは承知していますが、私の意見ではむしろ逆です。現状において厳格解釈を完全に貫くことができない以上、判断基準はす

## ◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

また、一般論として、法規範というのは、明確なルールが常に望ましいわけではない。例えば、著作物の類似性判断については、明確なルール（例：音楽著作物は3小節以内の一致なら類似性否定とする）が必ずしも適格的とは言えない。だからこそ、そのようなルールは定められていないのである。このように、明確なルールがむしろ不適切であり、柔軟性のある規範が適格な場合がある。特に著作権法に関しては、保護客体が無体物であり、利用の態様も多様であるために、権利が及ぶ範囲をあらかじめ明確に定めることが容易でない場合が少なくないのである（例：類似性、創作性、表現・アイデア）。

著作権の侵害判断についても、著作物利用の変化と多様性に鑑みると、個別規定カタログによって明確性を確保しつつも、それだけではなく柔軟性のある一般規定を併せて持つことが適格的と考えられるのである。

### (2) 現行法の解釈論で解決可能か？

第二に、柔軟な侵害判断が必要だとしても、それは現行法の解釈論によって実現できるのではないかという指摘があり得る。

たしかに、権利制限の一般規定がなくても、さまざまな解釈論があり得るところである（例：拡大解釈・類推適用、本質的特徴の直接感得論、黙示的許諾、権利濫用〔民法1条3項〕、適法引用〔著作権法32条1項〕の柔軟解釈<sup>(65)</sup>）。実際のところ、従来裁判例においても、さまざまな解釈論によって権利侵害が否定されてきた。

例えば、著作権法43条2号は、適法引用（同法32条）に伴って「翻訳」することを許容する規定であるが、そこには「翻案」が掲げられていないため、要約して引用する行為が翻案権侵害に当たりはしないかが問題となる。しかし、他人の書籍を要約して引用したという事件で、「他人の著作物をその趣旨に忠実に要約して引用することも同項《著作権法32条1項のこと…引用者注》により許容されるものと解すべき」と判示した裁判例がある<sup>(66)</sup>。同判決が同法32条

---

で不明確なのです。考慮要素を明示した一般条項を設けることで、むしろ法的安定性が高まるのではないかと考えられます。また裁判官による判断構造が可視化され、その判断の妥当性を客観的に検証できるという効果も見逃せないと思っています」と述べていた。

(65) 詳しくは、上野・前掲注(14)19頁以下参照。

(66) 東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁〔血液型と性格事件〕参照。

1項を適用したことについては、著作権法43条2号との関係で検討の余地を残すものの、同判決が著作権侵害を否定した結論については、これを妥当とする見解が少なくない<sup>67)</sup>。

また、原告が絵画を描いたバスを撮影した写真が書籍に掲載されたという事件で、当該絵画の原作品が、著作権法46条[公開の美術の著作物等の利用]にいう「屋外の場所に恒常的に設置されているもの」に当たるとして、著作権侵害を否定した裁判例がある<sup>68)</sup>。同判決は、同条にいう「恒常的に設置」という文言等からすれば検討の余地を残すものの、規定の趣旨に立ち返って同条を柔軟解釈したものと位置づけられる。実際のところ、同判決が著作権侵害を否定した結論については、これを妥当とする見解が少なくない<sup>69)</sup>。

こうした判決は、権利制限規定を「類推」適用したわけではない。これは、伝統的通説が著作権法の第一目的を著作者の権利保護にあると捉えた上で、権利制限規定は「例外」として厳格解釈すべきと論じてきたことが影響しているように思われる。しかし、最近では、そのような優先関係を認めず、著作権法は著作者の権利保護と著作物の公正な利用の調整を目的とした法律だと理解されるようになってきている<sup>70)</sup>。このような考えに従うならば、既存の個別規定の要件を満たさない場合であっても、当該規定の趣旨が同様に妥当するケースにおいては、これを類推適用することが認められることになる<sup>71)</sup>。

67) 横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント62巻6号(2009年)51頁、茶園成樹「著作物の要約と翻案権・同一性保持権侵害の成否」判例評論492号(2000年)40頁、田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣、2001年)247頁・260頁注6(ただし、類似性否定を理由とする)、村井麻衣子「要約引用」中山信弘ほか編『著作権判例百選(第4版)』(有斐閣、2009年)135頁、中山・前掲注(13)328頁、作花・前掲注(56)339頁、半田=松田編・前掲注(35)257頁[盛岡一夫]参照。

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

69) 横山・前掲注(67)51頁、村井麻衣子「アクセス可能な著作物に対する公衆の利用の自由——はたらくじどうしゃ事件」知的財産法政策学研究10号(2006年)252頁以下、小島立「公開美術著作物の利用」中山信弘ほか編『著作権判例百選(第4版)』(有斐閣、2009年)137頁、田中孝一「判批〔東京地判平成13年7月25日〕」判夕臨時増刊1096号(2002年)157頁、半田=松田編・前掲注(35)458頁・470頁[前田哲男]参照。これに対して、判決の結論に反対の見解として、三浦・前掲注(7)47頁がある。

70) 上野・前掲注(13)民商法雑誌120巻6号959頁以下、同・前掲注(14)6頁以下参照。そこで調整される利益の具体的内容については、上野達弘「著作権法と集团的・集合的利益」民商法雑誌150巻6号(2015年)673頁以下参照。

71) 前掲注(19)50頁においても、「個別権利制限規定を拡大解釈や類推解釈することによ

◇第1部◇ 権利の権限と利用許諾

実際のところ、最近では、新たな法改正によって創設されたばかりの個別規定についても、その類推適用を認める見解が少なからず見られる<sup>(72)</sup>。また、裁判例においても、「建築物」に関する同一性保持権の適用除外である著作権法20条2項2号を、「土地の定着物であるという面、また著作物性が認められる場合があると同時に実用目的での利用が予定される面があるという点」で共通するとして、これを庭園に類推適用したものがある<sup>(73)</sup>。

このように、類推適用など、個別の権利制限規定の柔軟な解釈論は、重要なものである。したがって、たとえ著作権制限の一般規定が設けられたとしても、既存の個別規定の類推適用等を否定すべきではなく、個別規定の趣旨が同様に妥当するケースについては、当該規定の類推適用等により解決されることになろう<sup>(74)</sup>。

しかしながら、だからといって、個別規定さえあれば、その柔軟な解釈論によって、すべての変化と多様性に対応できるかという点、そこには限界があるように思われる。

例えば、インターネットの検索サービスについて、著作権法47条の6が創設される前の段階で、これに伴う著作物利用が適法引用(同法32条1項)や権利濫用(民法1条3項)に当たると判断できたかという点、筆者には疑問である。また、ネットオークションについて、著作権法47条の2が創設される前の段階で、これに伴う著作物利用が適法引用に当たるという見解もあったが<sup>(75)</sup>、引用

---

り、権利が制限される著作物の利用行為」について、「引き続き各個別権利制限規定の合理的な解釈による解決に委ねることが適当であると考えられる」とまとめられている。

(72) 例えば、著作権法30条2の類推適用等について、前田哲男「『写り込み』等に係る規定の整備」ジュリスト1449号(2013年)30頁、同法30条の3の類推適用等について、池村聡・壹貫田剛史『著作権法コンメンタル別冊平成24年改正解説』(勁草書房、2013年)114頁[池村]、同法47条の2の類推適用等について、半田=松田編・前掲注(35)493頁以下[上野]参照。

(73) 大阪地決平成25年9月6日判時2222号93頁[希望の壁事件]参照。また、東京地決平成15年6月11日判時1840号106頁[ノグチ・ルーム事件]も同旨。

(74) 鳥並・前掲注(27)491頁も、「日本版フェアユース規定は、既存の権利制限規定をオーバーライドするものであってはならないだろう。既存の権利制限規定は、個別規定にせよ一般規定にせよ、すでに内容と形式についての利益調整を一応は終えているのであり、またもしそれが不都合が生じるのであれば、当該規定の中で改正を図ることが可能である。したがって、新たな日本版フェアユース規定は、すでに規定がある事項についてのさらなる拡張的受け皿ではなく、いまだ規定のない事項についての、あくまで補充的な受け皿規定であるべきだと思われる」とする。



側に著作物性がないことなどから、このような場合にも適法引用の規定を適用してよいかどうかは疑問が残る。実際のところ、オークションカタログ等が問題になった従来の裁判例においては、引用の抗弁や権利濫用の抗弁が認められなかった<sup>(75)</sup>。

もちろん、適法引用の規定(著作権法32条1項)については、最近の裁判例でもかなり柔軟に解釈するものが見られ、前述の美術鑑定証書事件では、絵画の鑑定書に鑑定対象である絵画のカラーコピーを添付したことが適法引用に当たると判示された<sup>(76)</sup>。同判決は、「利用者が自己の著作物中で他人の著作物を利用した場合であることは要件でない」とするものであり、これは同項の規定をかなり一般条項的に解釈するものと理解される(引用規定のフェアユース的活用)。そのような考えに従うならば、新たに権利制限の一般規定を設けるのではなく、同項の規定の解釈論によって柔軟な解釈を実現することが可能だという考えもあり得よう<sup>(77)</sup>。

もっとも、同項の規定の適用を受けるためには、その文言上、「引用して利用すること」に当たる必要がある。たしかに、日常用語としての「引用」は広い意味に用いられており<sup>(78)</sup>、著作権法上の「引用」についても広義に解釈できるとする見解もある<sup>(80)</sup>。しかし、現行法制定の際、そのような広い意味を持つもの

(75) 前掲注(47)参照。

(76) 前掲注(46)東京地判平成21年11月26日〔エスト・ウエストオークションズ事件〕、前掲注(46)知財高判平成28年6月22日〔毎日オークションカタログ事件：控訴審〕参照。

(77) 前掲注(63)知財高判平成22年10月13日〔美術鑑定証書事件：控訴審〕、前掲注(63)東京地判平成26年5月30日〔美術鑑定証書Ⅱ事件〕参照。

(78) 高林・前掲注(13)154頁は、著作権法32条1項「を米国のフェア・ユース条項と近似したものとして理解しようとする見解……などは魅力的である」とした上で、「制定法主義の伝統の下においては、各著作権制限規定の解釈を柔軟にするなどして、適切妥当な法の運用を工夫するという道を選択すべきである」とする。

(79) 例えば、音楽の世界では、他人の主題による変奏曲等も含めて、他人の作品の一部を自己の作品中に用いること一般を「引用」と呼ばれている。さしあたり、渡辺裕「音楽における引用の認定」国立音楽大学研究紀要17号(1982年)151頁、小見あづさ「現代音楽にみられる引用の展開——〈効果〉としての引用」音楽学39巻1号(1993年)1頁、奥波一秀「『意志の勝利』におけるヴァーグナー音楽の『引用』」ドイツ研究48号(2014年)104頁、石川亮子「アルバン・ベルクのヴァイオリン協奏曲と引用——自伝的創作をめぐる研究史と3つの解釈(前編)」昭和音楽大学研究紀要35号(2016年)6頁等参照。

(80) 大淵哲也「著作権間接侵害の基本的枠組(後編)」著作権研究40号(2014年)272頁

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

として「引用」という言葉が用いられていたわけではない。むしろ最近の学説においては、同法 32 条 1 項の適用を受けるためには、同項にいう「報道、批評、研究」に準じた「目的」の存在が必要とする見解や<sup>81)</sup>、同項上の「引用」に当たするためには、他人の著作物を紹介、参照、論評等する関係が必要とする見解が有力である<sup>82)</sup>。そして、美術鑑定証書事件において、判決が適法引用を理由に著作権侵害を否定したことについては、学説上の強い批判が向けられている<sup>83)</sup>。

筆者自身は、かねてから引用要件の再構成を主張して、明瞭区別性と主従関係という 2 点のみを判断基準とする従来の二要件説を批判した上で、「公正な慣行に合致」および「正当な範囲内」といった同項の文言に基づく解釈論を主張してきたものであるが<sup>84)</sup>、それでも、「引用規定のフェアユース的活用」には疑問を抱かざるを得ない<sup>85)</sup>。

---

注 186 は、『引用』という語は、狭義では学術論文的引用であろうが、広義では、『引用用いる』こと（『引いて用いる』こと）（『引き合い』に出すこと）ないしは『取り込む』こととも解し得る」とする。

81) 齊藤・前掲注(8)242頁、同・前掲注(24)130頁、茶園成樹「判批〔知財高判平成22年10月13日〕」L&T51号(2011年)91頁、井関涼子「鑑定証書に添付する絵画の縮小カラーコピーと引用」『平成22年度重要判例解説』（有斐閣、2011年）334頁、駒田ほか・前掲注(27)126頁〔潮海〕参照。

82) 横山・前掲注(67)52頁、同「著作権の制限(1)」法学教室341号(2009年)144頁以下、茶園成樹「『引用』の要件について」コピライト565号(2008年)13頁以下、同・前掲注(81)91頁、井関・前掲注(81)334頁、愛知・前掲注(27)47頁参照。

83) 茶園・前掲注(81)92頁以下、井関・前掲注(81)334頁、齊藤博「著作権法32条1項にいう引用」判例評論630号(2011年)32頁、張睿映「判批〔知財高判平成22年10月13日〕」新・判例解説 Watch10号(2012年)250頁、作花文雄「『引用』概念による公正利用と法制度上の課題——『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷」コピライト605号(2011年)52頁、板倉集一「鑑定書における絵画の引用の適法要件」知財管理61巻8号(2011年)1253頁、高林・前掲注(13)172頁注18、駒田ほか・前掲注(27)125頁以下〔潮海〕等参照。これに対して、本判決を支持するものとして、中山・前掲注(13)326頁、田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた——美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に」法曹時報63巻5号(2011年)1050頁、平澤卓人「鑑定証書への絵画のコピーの添付と著作権法上の『引用』」知的財産法政策学研究43号(2013年)346頁以下、山内貴博「絵画鑑定書事件：引用の抗弁を認めた事例」別冊判タ32号(2011年)311頁、岡邦俊「判批〔知財高判平成22年10月13日〕」JCAジャーナル58巻7号(2011年)85頁参照。

84) 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号(2000年)91頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉ほか編・前掲注(14)307頁等参照。

85) なお、高林・前掲注(13)154頁は、私見について、著作権法32条1項「を米国のフェ

もちろん、それでも適法引用のフェアユース的活用を妥当とする見解もある。しかし、そうであれば、そのような柔軟解釈を実現する明文上の根拠として、権利制限の一般規定を設けることに反対する理由はないはずである。もし、現状の適法引用の規定に基づく解釈論であれば柔軟解釈を容認するけれども、これと同様の柔軟解釈を、新たに一般規定を設けて行うことには反対するといっているのであれば、そこに一貫性があるようには思われない。

たしかに、権利制限の一般規定よりも、適法引用の規定に基づく方が、「引用」要件など、一定の制約があるため、裁判官による判断の安定性もたらされるという考えもあり得なくはない。しかし、適法引用の規定に基づく場合であっても、「引用」を過度に拡大解釈するならば、何が「引用」なのか分からなくなり、侵害判断はむしろ不明確になる。また、「引用」の意味について論者によって理解が異なる以上、同項の適用を受けられるかどうか、裁判官によって変わってしまふこととなり、これは侵害判断を不安定にするものと言わねばならない。

したがって、裁判官による柔軟な侵害判断を容認するというのであれば、既存の適法引用の規定を一般条項的に解釈するよりも、考慮要素を明示した受け皿規定としての一般規定を設けた方が、むしろ明確性と安定性もたらされると言ふべきなのである<sup>86)</sup>。

### (3) 刑事罰との関係で問題があるか？

第三に、著作権法が権利侵害罪を定めていることからすれば（同法119条）、著作権制限の一般規定を設けると、権利の範囲が不明確になるため、罪刑法定主義やこれに基づく明確性の原則に反するのではないかという指摘があり得る<sup>87)</sup>。実際のところ、この点は、平成24年改正に向けた審議会においても大き

ア・ユース条項と近似したものと理解しようとする見解」として紹介しているが、厳密には本文で述べたように考えている。

<sup>86)</sup> 同旨として、潮海・前掲注(27)28頁（「一般的制限規定を導入しなければ、引用規定の利害関係者のみが利益を得るという不当な結果になっており、かといって、引用規定を拡張適用すると文言を離れた予測可能性のない解釈となりうる」）、愛知・前掲注(27)48頁（「フェア・ユース規定はぜひとも導入されるべきものではある」としながら、「現行32条1項の解釈論としては、その規定の本来の趣旨・適用範囲（他者の思想・表現の参照・批評・解説等を可能とすることによる表現活動の支援・保護）を大きく越えて、フェア・ユースの代替物としての機能を与えるのは適切とはいえない」）参照。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

な課題とされ<sup>87)</sup>、その後の政府部内における条文化作業においても最大の問題とされたようである<sup>88)</sup>。

もちろん、権利制限規定は、あくまで犯罪の成立を否定する規定であるため、行為者の予測可能性を害して犯罪が成立することはないとも言えよう。もっとも、権利の内容と制限が一体となって権利の範囲を画定していると考えれば、結局のところ、権利制限規定についても同様の問題が生じることになる。そのため、この点は今後も検討課題になり得るところである。

ただ、すでに著作権法には、同一性保持権の適用除外として一般規定が定められていることを忘れてはならない(同法20条2項4号)。では、同号の規定は罪刑法定主義や明確性の原則に反するのであろうか。そのような考えはこれまで示されてこなかったはずである。

もちろん、同号の規定は、一般規定だといっても、著作物の改変と同一性保持権に関わるものに過ぎないため、著作権全体に関わる一般規定とは異なるという見方もあり得よう。しかし、同号の規定は、特定の著作物や特定の利用行為に伴う改変のみを対象としたものではなく、あらゆる著作物のあらゆる改変行為に対して一般的に適用される規定であるという点で、著作権の一般的な制限規定と同じ性質を持つと考えられる。

したがって、少なくとも受け皿規定として著作権制限の一般規定を設けることが、刑事罰との関係で不可能であるようには思われない。

(4) 権利制限が拡大して権利保護が弱まるか？

第四に、権利制限の一般規定を設けると、現在以上に権利が制限されて、権利保護が弱まるのではないかという指摘があり得る。

たしかに、権利制限の個別規定カタログしかない現状において、権利制限の一般規定が追加されると、権利保護が弱まるように見えるという考えもあり得よう。

しかしながら、権利制限の「柔軟化」と権利制限の「拡大」は同じではない。

<sup>87)</sup> 例えば、小泉直樹「個別的制限規定の根拠をめぐって」中山編集代表・前掲注(7)249頁以下参照。

<sup>88)</sup> 前掲注(19)59頁、『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会権利制限の一般規定ワーキングチーム報告書』(平成22年1月)48頁以下参照。

<sup>89)</sup> 池村=壹貫田・前掲注(72)7頁以下[池村=壹貫田]、小泉・前掲注(87)254頁参照。

つまり、権利制限が個別規定であるか、それとも一般規定であるかという問題は、あくまで柔軟性に関わるものであって、それが権利制限の大小と一致するわけではない。例えば、明確な個別規定であっても、権利制限の程度が大きいものは当然ある<sup>90)</sup>。したがって、個別規定であれば権利制限が狭くなり、一般規定であれば権利制限が広がる、という関係は必ずしもないのである。

また、個別規定カタログしかない現状においても、先述のように、侵害判断はさまざまな解釈論によって柔軟に行われている。権利制限の一般規定を設けるとしても、現状において解釈論によって権利侵害が否定される場合の明文上の根拠を与えるに過ぎないものだとすれば、「あってもなくても基本的に変わらないような規定」になると考えられるのである<sup>91)</sup>。

#### (5) 無許諾無償になってしまってよいか？

第五に、一般規定を設けて、これが適用されると、権利者の許諾なく著作物を利用できるだけでなく、いくら利用しても権利者に利益分配がなされなくなってしまい、問題があるのではないかという指摘があり得る。

たしかに、権利制限の一般規定に補償金請求権を付与することは、権利侵害の成否のみならず、権利者への経済的補償の要否までも裁判官の判断に委ねることになるため、通常ない<sup>92)</sup>。そのため、権利制限の一般規定というのは、それ

<sup>90)</sup> 例えば、わが国著作権法 30 条は、私的複製を原則自由にすると共に、限定的な補償金制度しか有しないため、国際的に見ると、極めて広い範囲の権利制限を行っているものと位置づけられる（上野達弘「私的録音録画補償金制度をめぐる課題と展望」ジュリスト 1463 号〔2014 年〕33 頁以下も参照）。

<sup>91)</sup> 上野・前掲注(64)19 頁も、「もともと私が日本版フェアユースとして念頭においていたのは、個別の制限規定を厳格解釈したために不当な結果になってしまう事態を救済するための規定でした。こうしたいわば防御的な規定であれば、裁判上の結論としては、あってもなくても基本的に変わらないような規定になろうかと思います。それだけでも十分意味があると思っておりますし、さしあたりはそれくらいが穏当なところではないかと思っています」と述べていた。

<sup>92)</sup> もちろん、著作権侵害の一般規定に、権利者の利益を不当に害する場合に補償金報酬請求権を付与する規定も考えられなくはない。実際のところ、ドイツにおける議論として、著作権制限の一般規定に原則として相当報酬請求権をセットにするという立法論として、Achim Förster, Fair Use: Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes (Mohr Siebeck, 2008), S.215 参照（紹介として、前掲注(42)97 頁以下〔駒田泰土〕参照）。

◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

が適用されると無許諾無償の完全自由になってしまう。したがって、権利者と利用者のバランスからして、それが妥当なのかという点が問題となるのである(フェアユースの無許諾無償性)<sup>93)</sup>。

特に、わが国著作権法は、国際的に見ると、権利制限に伴う補償金請求権を定める規定が非常に少ない(オール・オア・ナッシング問題<sup>94)</sup>)。そのため、ある著作物利用が権利制限の適用を受ける場合、権利者の許諾を得ずに行えるのみならず、権利者に何らの利益分配もなされない事態になりがちなのである。

そこで、筆者は、わが国著作権法においても、著作権制限の個別規定に伴う補償金請求権を活用すること(法定許諾)によって、著作物の円滑な利用と権利者への利益分配を両立する方向性が基本的に望ましいと考えている<sup>95)</sup>。このような意味でも、権利制限の一般規定を設けるとしても、主たる役割を担うのは個別規定であるべきであり、権利者への利益分配はそこで検討されることになるのである。

(6) 立法事実はあるか？

第六に、考慮要素を明示した受け皿規定としての権利制限の一般規定を設けることに、立法事実が認められるかという指摘があり得る。

たしかに、わが国においては、何らかの法改正を行うのであれば、当該法改正を現実に必要とする事実(「立法事実」とも呼ばれる<sup>96)</sup>)が求められる。法改正というものの手続きの重さと効果の大きさに鑑みれば、その現実的な必要性が強く求められるのも当然とも考えられる。

権利制限の一般規定についても、そのような法改正を行うためには、当該規定を必要とする事実が求められよう。そうすると、本稿で示した3つの意義(前記Ⅲ 3(1)～(3)参照)がそのような意味での立法事実と言えるかどうかの問題と

<sup>93)</sup> See also Jane C. Ginsburg, Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid?, 29 Berkeley Technology Law Journal, 1383 (2014).

<sup>94)</sup> 上野達弘「国際社会における日本の著作権法——クリエイタ指向アプローチの可能性」コピライト 613号(2012年)18頁以下参照。

<sup>95)</sup> 上野達弘「著作権法における権利の在り方——制度論のメニュー」コピライト 650号(2015年)2頁、同「著作権法における権利の排他性と利益分配」著作権研究 42号(2016年)69頁参照。

<sup>96)</sup> 竹内ほか編・前掲注(2)1440頁は、「立法事実」を「法律の制定の基礎にかかわる社会的・経済的事実」と定義する。

なる。筆者としては、この3点は当該規定の創設によって達成される社会的意義として、いずれも立法事実と評価するに相応しいものと考えている。

もっとも、そのうちの1点目（[明確性の確保]と[変化と多様性への対応]の両立）については次のような指摘もあり得よう。すなわち、「変化と多様性への対応」のためには、個別規定カタログの継続的整備と柔軟な解釈論によって対応可能なのであるから、この点は権利制限の一般規定を設けることの立法事実にはならないという指摘である。

たしかに、現在および将来の著作物利用ニーズを把握して、これに対応する個別規定カタログを継続的に整備することは重要である。そして、その中で一定の柔軟性のある個別規定を設けることも考えられる。

しかし、現在および将来の著作物利用ニーズを検討することは、個別規定の継続的整備にはつながるけれども、一般規定の必要性を検討していることにはならないように思われる<sup>97)</sup>。

もし、「将来の変化にもできる限り柔軟に対応できるような制度の構築」<sup>98)</sup>を目指すのであれば、将来生起し続ける不特定の著作物利用ニーズに対応できるようにするための手段として一般規定の必要性の有無を検討すべきであろう。

そして、権利制限の一般規定を設ける必要性の有無を検討するためには、「現在および将来」における著作物利用ニーズに着目するより、「過去」に目を向けて、権利制限の一般規定がなかったために適切に対処できなかった事態があったかどうかを検証されるべきであるように思われる<sup>99)</sup>。そのような観点で過去

97) これに関連して、大淵哲也「著作権の権利制限の一般条項（いわゆる日本版フェアユース）」法学教室347号（2009年）3頁が、「個別規定型か一般条項型かを考えるに当たっては、どのようなもの（例、写り込み、パロディ、研究等）についてどのような要件のもとで権利制限を肯定すべきか（あるいは肯定すべきでないか）という内容についてのある程度の共通認識があることが前提となる」と述べていることについて、田村・前掲注(27)「日本の著作権法のリフォーム論」106頁以下は、「フェア・ユースのような一般条項を導入するためには、そもそも一般条項の下でどのような行為が制限されることになるのかを見極めるべきだ」という「種の議論を過度に押し進めてしまうと、結論が先取りされることになりかねない……。制限すべき行為について議論をなさなければならず、そうした議論がなされれば個別の制限規定を設けることができるはずであり、したがって、わざわざ著作権を一般的に制限するフェア・ユースなど導入する必要はない、という循環論法に陥りがちとなる」と批判している。

98) 文化庁長官官房著作権課「著作物等の利用円滑化のためのニーズの募集について」（2015年7月7日）2頁参照。

◇第1部◇ 権利の権限と利用許諾

に目を向けるならば、先述のように、インターネットの検索サービスといった「変化」や美術品等のオークションカタログといった「多様性」に、既存の個別規定カタログが必ずしも適切に対応できなかったことが認識されるべきである。そうであれば、将来における変化と多様性に対応するためには、個別規定カタログの継続的整備に加えて、受け皿規定としての一般規定を持つことが必要であり、そのような意味での立法事実は十分に肯定されるように思われる。

(7) どのような文言になるのか？

第七に、考慮要素を明示した受け皿規定としての権利制限の一般規定を設けるとしても、どのような要素をどのように掲げるのか、評価的要件をどのような文言で定めるのか、といった指摘があり得る。

本稿ではすでに一つの私案を示したが（前記Ⅲ 2(3)参照）、その具体的内容について引き続き検討を要することは言うまでもない。

一つ目に、考慮要素に関して、私案では、さしあたり著作権法 20 条 2 項 4 号や既存の著作権制限規定にならって、「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様」や「著作権者の利益」を掲げた。ただ、著作権制限の正当化根拠（例：ライセンス可能性、社会的意義、権利者が被る不利益）との関係を踏まえつつ、どのような要素が考慮されるべきか、それをどのように明文化すべきかについては、なお検討を要する。

二つ目に、評価的要件に関して、私案では、さしあたり著作権法 20 条 2 項 4 号を参考に、「やむを得ない〔公正／正当〕と認められる場合」とした。

ここにいう「やむを得ない」という文言については、それが厳格に過ぎるという声もあり得よう。たしかに、同号における「やむを得ない」という文言は、伝統的通説によって厳格解釈されてきた。しかし、最近では、同号の規定は柔軟に解釈されるようになってきている<sup>(99)</sup>。また、起草者も、同条 2 項全体について、「真にやむを得ないと認められる改変を必要最小限度において許容しようとするものであり……本項各号の規定は、極めて厳格に解釈運用されるべきでありまして、拡大解釈されることのないよう注意を要するところでございます」と述べていながら<sup>(100)</sup>、そこに示されている具体例は、以下のように決して厳格な

(99) 新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム平成 27 年度第 1 回（2015 年 10 月 7 日）〔上野達弘発言〕参照。

(100) 前記Ⅱ 2(2)参照。



ものではない。

例えば、同項1号には、教科用図書等への掲載における用字・用語の変更等として、「学校教育の目的上やむを得ないと認められるもの」という文言があるが、起草者によれば、英語の教科書に関して、「学年によって、難しい単語をやさしい単語に置き換える」ことのみならず、「道徳教育とか生活指導の観点から……例えば文章の中に立小便とか自転車2人乗りとかの情景があれば、その部分を削除するとか別の形で表現する」ことが、同号の適用例として挙げられているのである<sup>(101)</sup>。

また、同項4号の例としても、「クラシック音楽ほどの厳格さが要求されない大衆歌謡曲の場合ですと、歌手やバンドの好みや癖で、独特のバイブレーションをかけたり、編曲にはいたらない程度の特徴あるリズム感を出したりすること」も「やむを得ない改変と考えることもできようかと思えます」と述べられている<sup>(102)</sup>。

このように考えると、同項における「やむを得ない」という文言は、起草者においても、“他に手段がない”というほどの厳格な意味に解されてきたわけではないと言うべきであろう。そのような柔軟解釈を前提にするならば、たとえ「やむを得ない」という文言であっても、著作権の制限規定として一般規定が設けられることの意味は、決して小さくないように思われる。実際のところ、「やむを得ない」という文言を持つ一般規定である同項4号の規定は、個別規定カタログに該当しないさまざまな場合（例：入試問題における改変）をカバーするものとして、すでに不可欠のものと考えられているのではなかろうか。

とはいえ、「やむを得ない」という文言は、“他に手段がない”という過剰に厳格な意味に理解される可能性も否定できない。また、受け皿規定の性格からして、個別規定カタログが一般規定の例示と位置づけられる以上、既存の個別規定がすべて、そのような意味での「やむを得ない」利用に当たると言い切れるのかという点も問題となろう。

そのような観点からすれば、権利制限の一般規定においては、「やむを得ない」ではなく、「公正」や「正当」といった文言にする方が望ましいという考えもある<sup>(103)</sup>。特に、「公正」という文言は、著作権法1条に「文化的所産の公正な利

(101) 加戸・前掲注(9)178頁参照。

(102) 加戸・前掲注(9)179頁参照。

(103) 加戸・前掲注(9)182頁参照。

#### ◇ 第1部 ◇ 権利の権限と利用許諾

用に留意しつつ」という形で登場する。そして、権利制限規定によって許容される利用行為は、すべて同条にいう「公正な利用」に当たると考えられる<sup>(94)</sup>。このことからすれば、権利制限規定の受け皿規定に「公正」という文言を用いることも自然なこととも考えられよう<sup>(95)</sup>。

### IV おわりに

著作権法上の権利制限規定をどのように定めるべきかという立法論において、最大の焦点となってきた著作権制限の一般規定の是非。この問題についてかねてから筆者が問題提起してきた「日本版フェアユース」は、当初の予想を超える議論を巻き起こしてきた。しかしその一方で、「日本版フェアユース」という名称や権利制限の一般規定の意味に関する理解が相違するために、建設的な議論やコンセンサスの形成が妨げられてきたようにも思われる。

それでも、近時の著作権法学においては、日本法が著作権制限に関する何らかの一般規定を持つ意義について積極的な理解が共有されつつあるように思われる。だとすれば、ことさらに理解の相違を強調するより、一定の方向性を共有した上で、日本法に適合した権利制限の一般規定に関する実質的な議論が深められるべきではなからうか。そのような議論は、日本にとって有意義であるばかりか、同様に著作権制限規定の在り方を模索している世界の国々（特に大陸法系国）にも重要な示唆を与えるはずである<sup>(96)</sup>。

本稿は、考慮要素を明示した受け皿規定という観点から、筆者なりの考えを改めて論じたものに過ぎないが、これによって、この問題をめぐる議論に新たな局面をもたらすことができれば幸いである。

(94) 実際のところ、上野・前掲注(14)23頁では、「正当〔やむを得ない〕」という文言を提案していた。

(95) 加戸・前掲注(9)15頁は、「具体的には、著作権法の中で著作権の制限規定とか、あるいは著作物の裁定による利用とかいう形で現れてまいります」とする。

(96) その意味では、同一性保持権に関する著作権法20条2項4号についても、「やむを得ない」という文言を「公正」に変更する考えもあり得よう。なお、松田政行「同一性保持権の周辺領域からその権利の性質を考察する（『厳格解釈』とそのゆらぎ・著作権法20条改正の方向性）」コピライト662号（2016年）22頁以下は、同号の「やむを得ない」を「必要な」に変更する案を示している。

(97) See Tatsuhiko Ueno, A general clause on copyright limitations in civil law countries, in: Shyam Balganeshe et al. (ed.) *Comparative Aspects of Limitations and Exceptions in Copyright Law*, (in preparation).