

「権利制限の一般規定中間まとめへの意見」

特定非営利活動法人 クリエイティブ・コモンズ・ジャパン

第2章 6頁「個別権利制限規定の改正等による解決について」

中間報告では、個別制限規定の改正等による解決と、個別の訴訟による解決の期間を比較検討し、結論として、「期間のみを単純比較した場合、特段両者に目立った差は認められず、個別権利制限規定の改正等に時間がかかるとの事実のみを主要な根拠として、権利制限の一般規定の必要性を導くことは、必ずしも適当ではないと考えられる。」としている。

上記の比較は、訴訟における第1審から最高裁までの期間を比較しているところ、多くの訴訟は最高裁まで争わずに決着するものであるから、この点でこの比較は必ずしも正確とは言えないと考える。

上記の点に加えて、個別権利制限規定の立法プロセスで取り上げられてから施行日までの日付を念頭に比較しているところ、実際には、例外規定での対応が必要だと考えられる利用の全てが、速やかに立法プロセスに取り上げられるわけではない。むしろ、立法のプロセスに載せられる例外規定は、議論を審議会の場に載せることができる代表者（業界団体等）のニーズに関わるものが多く、一般の利用者や権利者団体に属しないアマチュア・クリエイターなどの間に広く分散しているニーズについては、なかなか立法プロセスで取り上げられず、結果として、いつまでたっても個別権利制限規定として立法されないのが現状である。

北海道大学の田村善之教授がしばしば指摘している通り、一般権利制限規定はこのような、社会的には必要性が高いが利害関係者が広く分散しておりなかなか立法プロセスにたどり着かないような類型や、動きの速いインターネット業界において新しく生まれてくるニーズなどを取り込むことこそが最も期待されている役割である。この観点に照らすならば、通常立法プロセスで取り上げられたものだけに注目して、個別権利制限規定で対応できているから一般制限規定の役割は小さいと断ずるのは早計であると思料する。

第3章 2・3・4 12頁「(3) 法社会学的見地からの検討」について

中間報告では、「判例の蓄積がないまま、権利制限の一般規定を導入すれば混乱が生じるのではないかという指摘」があるとした上で、法社会学の専門家によれば「仮に一般制限規定を導入する必要性が肯定されるのであれば、新制度導入当初の今来は、ある程度やむを得ないものであり、導入当初のコストとして受け入れるべきであるとのことであった。」

としている。しかし、一方で、結論としては「権利制限の一般規定の具体的な内容、規定振りを検討するに当たり、これらの指摘に十分留意することが重要である」としている。

この点、判例の蓄積が無いままで一般規定を導入した当初は、判例の蓄積を待つ必要があることはある程度真実であるが、一方で、日本の裁判制度においては、民法における信義則や権利濫用などの一般法則や、借地借家法の解除における「正当な理由」など、極めて抽象的な規定も数多く存在しているところ、これらは裁判実務の運用では裁判官の判断によりそれなりの柔軟かつ安定的な運用がなされていると評価されているところである。また、専門家が正しく指摘するとおり、導入初期のコストはある程度やむを得ないものである。そうであるとすれば、今回の中間報告において一般制限規定を「インターネット等の情報ネットワーク産業分野を始めとする各種技術のさらなる進展や著作物の利用者及び利用形態・利用環境・利用手段等の多様化、社会状況の変化等の諸事情にかんがみると、個別権利制限規定の解釈論や個別権利制限規定の改正等による解決には、今後一定の限界がある」ことを踏まえて導入される今回の一般制限規定は、これらの事象にそれなりに柔軟に対応できる余地を十分に有した規定ぶりとするべきであり、予測可能性がこれまでの個別制限規定に比べて低くなることについて必要以上に警戒し、一般制限規定の内容を詳細に規定しすぎて個別制限規定と本質的に異ならないような規定ぶりとなることは極力避けるべきであると思料する。

第3章2 11頁「権利制限の一般規定を導入することについての関係者の考え方」

権利者が権利制限の一般規定に消極的という傾向があるとまとめているが、これは偏った調査に基づいて観察された傾向であると思料する。

本中間まとめで扱っている「権利者」は業界団体を形成している職業著作者・隣接権者などに偏っており、広く著作権者一般を扱っていないために、そのような中間的結論を得ているのではないか。インターネットの普及と共に爆発的に増大しているアマチュアの創作者を含めた権利者一般の意見の傾向を考えた場合、中間まとめに記されているのとは大きく異なる傾向が見出される可能性がある。

インターネットを通じてブログ、写真や動画の共有、ウィキペディア（誰でもが執筆・編集に参加できるオンライン百科事典）の編集など様々な形で表現活動に関与している多くのインターネットユーザーは「権利者」だが、彼らの相当数は、現在の著作権法に照らして「形式的侵害」となる利用や、それ以外の様々な無断利用について必ずしも消極的意見を持っていないと思料する。それを示唆する資料として、クリエイティブ・コモンズ・ジャパンが実施した日本版フェアユースに関するオンライン・アンケート調査がある。（報

告書は、http://creativecommons.jp/public/fairuse/ccjp_fairuse_report.pdf で参照できる。
要点は後述。)

著作権法は文化の発展に寄与する事を目的としたものであり、職業権利者に限らず権利者一般の意向を広く考慮して設計・改正することが重要であり、それは中間まとめに盛り込まれている案よりもより権利制限の一般規定を拡大することを意味すると思科する。

日本版フェアユースに関するアンケート調査で得た知見の要点は以下の通りである。

1) 著作権の制限規定について、個別の事例ごとに立法する場合と、より一般的・包括的な制限規定を導入する場合のどちらが望ましいかについて尋ねたところ、一般制限規定を支持する意見が 61%を占め、個別制限規定を支持する意見 (20%) の約 3 倍に上った。

2) 一般制限規定を導入した場合、クリエイターが事前に予想していなかったような形で自分の作品の利用がなされる機会が増える可能性があることを説明した上で、権利保護(権利者による許諾)を重視する著作権制度と、許諾を受けずに一定の自由な利用が可能になる著作権制度とではどちらが良いか尋ねたところ、後者を支持する意見が 71%を占め、前者を支持する意見(15%)の約 5 倍に上った。

3) クリエイターは著作権の強力な保護を支持する傾向にあるのではないか、との観点から、創作活動の頻度や、創作活動から得ている収入により、上記 1) および 2) で得られた結果に違いがあるかを分析したところ、有意な差は認められなかった。

4) 現行の著作権法上は違法とされる著作物の利用行為であっても、創作活動やコンテンツの利用にかかわっているクリエイターやユーザーの多くがフェアだと考えるものが複数存在することが明らかになった。

5) クリエイターは著作権の強力な保護を支持する傾向にあるのではないか、との観点から、上記 4) の回答について、創作活動の頻度と、各利用行為がフェアであるとする度合いの間に相関関係があるかを検討したが、相関関係は認められず、創作活動を通じて収入を得ている人と得ていない人の間でも、各利用行為をフェアであるとする度合いについて、ほとんど差が認められなかった。

6) 興味深いことに、創作活動から収入を得ているクリエイターの方が、収入を得ていないクリエイターに比べ、ポスターの写りこみ、マスコット・キャラのパロディ利用、社内利用の各シナリオにおいて、著作物利用をフェアだと考える傾向が若干強い傾向にあった。(5%水準で統計的に有意な差が認められた。)

ポスターの写りこみのシナリオは、以下のような設問の形をとった。

シナリオ 1: ポスターの写りこみ

子供の誕生会の写真を撮影したら、リビングの壁にかかっていたポスターが写真の背景に写り込んでいたが、そのままブログで公開することは、フェアであると思うか。

マスコット・キャラのパロディ利用のシナリオは、以下のような設問の形をとった。

シナリオ 3: マスコット・キャラのパロディ

ある会社の批判をする人が、その会社のマスコット・キャラのパロディを作って、批判のために使うことは、フェアであると思うか。

社内利用のシナリオは、以下のような設問の形をとった。

シナリオ 5: 社内利用

社内ミーティング用資料を作る人が、会社にある新聞や雑誌の記事をコピーしたり、翻訳したりすること。あるいは、同僚との連絡で、そのような資料をファックスやメールで送ることは、フェアであると思うか。

なお、調査の回答者は、ネット上の様々なチャンネルで広められた調査協力の呼びかけに応じた 912 名のインターネットユーザーで、創作活動を一切していないと答えた者の割合は 10%、創作活動から何らかの収入を得ている者の割合は 33%であった。

第 4 章 1 (1) 16 頁

権利制限の一般規定についての検討方法については、これまでの検討方法では不足がある。個別の利用類型をとりあげて検討しているが、より一般的な観点からの検討も不可欠である。

検討方法については以下のように説明がある。「現実の問題が生じており、立法的な対応が求められている領域を検証すべきであり、(中略) 具体的にどのような利用行為を権利制限の対象にするのかをある程度想定した上で、権利制限の一般規定のあり方を考えることが最も合理的で効率的な方法であると考えられる。」

このような個別的な類型ベースの方式では、中間まとめでも認識されている「技術の進展や社会状況の変化等に伴う個別権利制限規定による対応の限界」に十分な対応することができない。対応できるのは、現段階で「立法的な対応が求められ」た利用行為の諸類型

に対してであって、将来的な技術の進展や社会状況の変化への対応が非常に弱いものになってしまう。

そこで、こうした現在関係者間である程度コンセンサスを得ることが可能なタイプの検討だけでなく、より一般的な権利制限規定の必要性を検討すべきである。その際には、特に次のような点についての検討が有効であると思われる。

1) 著作権法の目的である「文化の発展に寄与」することに照らせば、著作物の著作者・著作権者や著作隣接権者の有する権利に対して、その潜在的な市場や市場価値を低下させない形で著作物を利用する行為については、原則として一般的な権利制限規定の対象とすることに高い意義があるのではないか。

2) 1) の中でも、特に変容的利用（米国において、いわゆる **Transformative Use** と言われる利用形態）である場合には、もとの著作物・著作隣接権の対象物と市場において競合しない上、文化の発展においてデッドコピーに比してより貢献の度合いが大きいものであるから、当該利用が利用者本人以外の者のニーズをも満たすような利用である場合は、これを原則として一般的権利制限規定の対象とすることに更に高い意義があるのではないか。

（この点、現在提案されている3類型は、いずれも、このような変容的利用をどこまで許容しているのかが明らかではない。一般権利制限規定の対象となる著作物の支分権を限定しないとする方針に照らせば、翻案行為を含む利用についても対象となるものと理解しているが、その旨を立法段階では明確にされることを期待する。）

3) 権利者の利益を不当に損なう利用行為を問題とし、その不当性については原則として「損なわれる権利者の利益」と「当該利用行為によって達成される文化の発展への寄与」とを衡量する形で決定し、後者が前者を上回る場合にはそれを一般的な権利制限規定の対象とすることに意義があるのではないか。

4) 許諾の取得に必要な取引費用に着目した一般権利制限規定の導入を検討する意義があるのではないか。

許諾が必要な（権利制限の対象になっていない）利用行為には、許諾を得るための取引費用（権利者を特定し、権利者に連絡し、必要な全ての許諾を得るのにかかる時間、費用など）の負担を伴う。このコストは、利用者側の努力にとどまらず、権利者側の努力（権利者が誰であるか、どう連絡がとれるか、許諾条件や許諾料の概要などを利用者に対して周知し、利用申し込みに対応する努力）にも大きく左右される。権利者の中には、許諾料

などの形で許諾から得られる経済的利益が権利者のコストを上回る場合には、このような努力をする経済的インセンティブが小さい故に、利用の許諾を与えることに非協力的になることがある。同様の事情が、利用を希望する側についても存在し、作品の利用を希望する者が利用行為を通じて直接・間接に金銭的な報酬、その他の経済的利益を得ることを見込んでいない場合には、許諾を得るためのコストを負担することをあきらめやすい。著作物の多種多様な利用が増加し、小規模利用の機会が増えている今日においては、このような権利者・利用希望者の経済的インセンティブの不足（またはコスト倒れの現象）は増加の一途をたどっており、かつ文化の発展に寄与する可能性を有しているにもかかわらず、これらの利用許諾・利用行為が断念されることは、「文化の発展に寄与」する著作権法の目的に照らしても極めて遺憾である。

そこで、権利者側に取引コストを下げる経済的インセンティブが低い場合や、利用を希望する側に取引コストを負担する経済的インセンティブが低い場合、上記3)の衡量的アプローチを採用して、利用の正当性を判断することに意義があるのではないか。

5) 上記1)、2)、3)、4)に述べたような一般的な権利制限規定を設けないことによって、文化の発展に寄与する利用行為が萎縮する可能性があるが、それを正当化して、各種の利用行為を著作権侵害とするべき根拠、侵害の成立条件にはどのようなものがあるか。

第4章(2) 17-18頁「いわゆる「形式的権利侵害行為」への対応」について

中間報告では、「いかなる著作物の利用をもって、いわゆる「形式的権利侵害行為」と捉えるかは、論者により様々な見解があり得るところであり、これを一義的に定めることは困難である」としながらも、「形式的権利侵害行為」の類型として、「その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」を挙げている。

中間報告によれば、上記類型の記述は「あくまで権利制限の一般規定により権利制限の対象とすることが考えられる利用行為の概念を整理しているものであり、当該整理を受けて実際の条文化は行われることとなるのであって、(2)及び(3)の枠内の表現等がそのまま条文上の表現となるものではない」ということであるので、上記記述の是非について細かく論ずることは予定されていないのかもしれない。

しかしながら、今後おこなわれるであろう一般権利制限規定の条文の起草において是非ご留意いただきたい点として、また、「形式的権利侵害行為」の範囲にどこまでを含めるべきかという実質的判断の問題として、以下に意見を述べる。

中間報告が指摘するとおり、「形式的権利侵害行為」にはどこまでの範囲のものを含めるのかは様々な意見があることと想像されるが、今回の一般権利制限規定があくまでも、「著作物の利用に関する社会通念に法律を適合させ、また、社会の急速な変化に適切に対応するため」（15頁）に導入されるものであること、その目的を果たすためにも、今後何度も改正されることを予定するものではなく、ある程度時代の要請に応じて柔軟に対応できる規定であることが必要であることからすれば、「その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」という中間報告書の記述のうち、「その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い」という「付随的」を修飾する部分は、立法にあたっては不要であると考え。上記の記述において、その本質は、利用が付随的であること、及びその利用が質的・量的に社会通念上軽微であることにあるのであるから、その部分だけを立法にあたっては記述すべきである。「その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い」という記述や、これに類似する記述を加えることは、近年の例外規定の個別権利制限規定の立法にしばしばみられるように、「付随的」等の表現の意味を明確化して予測可能性を高めようとする試みであるかのようにも感じられるが、何をもって「付随的」と考えるかについてあまりに細かい条件の指定を付帯させることは、かえって「著作物の利用に関する社会通念」において何を「付随的」「形式的侵害行為」と捉えるかという国民の意思から著しく外れる結果を招くことになりかねず、「一般権利制限規定」であることの意義と本質を失わせる結果になるおそれが大きいと考える。むしろ、何を「付随的」とするかについては、その具体的事案やその時代における利用の実態に鑑みて、裁判官が判断することで充分に対応できるものと考え。

4章1(3)② 19頁～20頁について

中間報告書では、「いわゆる「形式的権利侵害行為」と評価するか否かはともかく、既存の個別権利制限規定の適用は受けけないものの、利用の態様等に照らすと権利者に特段不利益を与えない著作物の利用行為」があるとした上で、その一つの類型として、「適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」を挙げている。

中間報告書によれば、上記類型の記述は「あくまで権利制限の一般規定により権利制限の対象とすることが考えられる利用行為の概念を整理しているものであり、当該整理を受けて実際の条文化は行われることとなるのであって、(2)及び(3)の枠内の表現等がそのまま条文上の表現となるものではない」ということであるので、上記記述の是非について細かく論ずることは予定されていないのかもしれない。

しかしながら、今後おこなわれるであろう一般権利制限規定の条文の起草において是非ご留意いただきたい点として、また、上記のような「既存の個別権利制限規定の適用は受けないものの、利用の態様等に照らすと権利者に特段不利益を与えない著作物の利用行為」の一類型に範囲にどこまでを含めるべきかという実質的判断の問題として、以下に意見を述べる。

今回の一般権利制限規定があくまでも、「著作物の利用に関する社会通念に法律を適合させ、また、社会の急速な変化に適切に対応するため」（15頁）に導入されるものであること、したがって、今後何度も改正されることを予定するものではなく、ある程度時代の要請に応じて柔軟に対応できる規定であることが必要であることからすれば、「適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要なと認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」という記述のうち、「適法な著作物の利用を達成しようとする過程において」という部分は、立法にあたってはもっと簡素化し、「適法な行為を行う過程において」という程度の文言で十分にその役目を果たしうるものとする。上記の記述において、その本質は、最終的には許容されている行為の過程で行われる利用であって、及びその利用が質的・量的に社会通念上軽微であることにあるのであるから、その部分だけを立法にあたっては記述すべきであり、特に「著作物の利用に関する社会通念に法律を適合させ、また、社会の急速な変化に適切に対応するため」という一般権利制限規定の趣旨に照らすときは、ことさら、その合法行為が「適法な著作物の利用」というように著作権法の世界における合法行為のみに限定する必要性を見出すことができない。

具体例を挙げると、「適法な著作物の利用を達成しようとする過程」以外にも、最終的に適法な行為を行う過程で合理的に必要な著作物の利用の場面は多く存在する。たとえば、訴訟の証拠として提出する目的の為に複数の文書を複製して検討した結果、その中の限られた文書のみを最終的に裁判所に提出するに至った場合（かかる行為は企業内や弁護士事務所内では日常的に行われている）、裁判所に提出された著作物については第42条の例外規定が適用になるため、中間報告書に記載の記述を基準に判断してもその準備行為は合法となるものと考えられるが、最終的に裁判所に提出されなかった著作物の複製は、「適法な著作物の利用」を行わなかったため、中間報告書に記載の記述では合法とされないのではないか、という疑義が生じる。

仮に、「適法な著作物の利用を達成しようとする」という意図があればよいのであり、結果としては合法的な利用がなされなかったとしても構わないという解釈であるのだとすると、上記のような例は解決されるかもしれない。しかしながら、たとえば、企業や大学の研究

者が、ウェブサイトや雑誌に掲載されている文書を参照目的で1部プリントアウトまたはコピーし、これらを参照しながら論文を書いてこれを学会に投稿する行為は、世の中でおよそ日常的に行われている行為であり、社会的にも広く許容されている行為であると考えられるが、他人の論文を参照しながら自分の論文を執筆する行為は、引用（32条）を行う場合は別段、引用すら行わない独自の創作行為であるほど最終的に「適法な著作物の利用」を伴わないこととなる。そのため、独自の創作行為を行うために資料を集め複製する行為は、「適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用」とはいえず、中間報告書が提案する記述では、合法とならないことになる。このような結果は、引用を行う場合には合法だが、引用を行わない場合には違法であることとなり、むしろ通常の間接的感覚（引用せずに独自の創作をする方がより好ましい、または著作権法上のリスクが少ない、という感覚）と逆の結果をもたらすこととなり、およそ妥当な結論であるとはいえない。

一般権利制限規定の起草において、あまりに細かい条件の指定を付帯させることは、予測可能性を高めようとする努力の結果であるとするれば、一見好ましいことのように思えるが、ともすると、個別権利制限規定の立法と異なる結果となり、また、その規定の適用結果がかえって「著作物の利用に関する社会通念」において何を合法とすべきかという国民の認識から著しく外れる結果を招くことになりかねず、「一般権利制限規定」であることの意義と本質を失わせる結果になるおそれ大きいと考える。したがって、「著作物の利用に関する社会通念に法律を適合させ、また、社会の急速な変化に適切に対応する」（15頁）という今回の立法趣旨に鑑み、不必要な修飾語や個別の事例に限定するような文言はできるだけ控え、その具体的事案やその時代における利用の実態に鑑みて、裁判官が判断する余地を残すことが非常に重要であると考えられる。

第4章1（4）・（5）・（6） 22頁～24頁について

中間報告書第4章1（4）については、中間報告書が指摘するとおり、既存の個別権利制限規定をある程度柔軟に運用することによって解決できるものも一定程度存在すると思われるが、中間報告書が正しく認識するとおり、そのような柔軟な運用が困難な個別権利制限規定も数多く存在しており、柔軟な運用による解決には自ずと限界があることを認識すべきである。

また、著作権法の合法的な利用範囲を画するという観点からは、個別権利制限規定の「柔軟な解釈」によって解決出来る可能性のあるものが、同時に一般権利制限規定の文言に含まれる結果となることに何らの不都合がないことは、中間報告書が正しく認識する通りである。

一方、中間報告書第4章1(5)(6)では、今回のA～Cで想定されていない他の利用行為については、基本的に別途個別権利制限規定を創設・改正することで対処すると記載されているが、かかる創設・改正がいつどのように行われるのかについては、なんの示唆もない。

予測可能性を高める観点から、既存の個別制限規定をより柔軟な形に改正することを検討することは一つの道筋であるとはいえ、かかる創設・改正・見直しが行われるのであれば、現状を改善するひとつの解決策であるといえる可能性もある。しかしながら、かかる創設・改正・見直しを「慎重」に検討することに非常に時間がかかるのであれば、それを待つことを理由に一般権利制限規定の範囲を限定することは、とりもなおさず、かかる個別権利制限規定の創設・改正・見直しがなされるまでの間は、個別権利制限規定でも一般権利制限規定でも救済されない利用が依然として著作権法上は「違法な利用」であるという現在問題視されている問題がそのまま残ることを意味するのであり、かつ、一般権利制限規定がカバーする範囲が狭くなればなるほど、かかる救済されない利用が増える結果となって、今回の一般権利制限規定を導入しようとする趣旨を著しく害する結果となることは明らかである。したがって、具体的に見通しのない個別権利制限規定の改正・見直しを「検討」することを口実として、必要以上に一般権利制限規定の範囲を制限し、結果として「著作物の利用に関する社会通念に法律を適合させ、また、社会の急速な変化に適切に対応する」という今回の立法目的を著しく損なうことのないよう配慮されることを切に望むものである。

仮に、一般権利制限規定の導入に消極的な権利者に配慮して一般権利制限規定の範囲について制限するのであれば、その範囲から外れることとなった利用について今後具体的にどのような対応を行い、いつ個別権利制限規定の創設・改正・見直しを行うのかについて、より具体的な検討を行い、一定の見通しが示されることを強く期待する。

なお、付言するならば、近年の個別権利制限規定の内容は、非常に複雑かつ難解であり、著作権法を専門に取り扱う弁護士ですらその理解に時間がかかるものとなっており、およそ、中学生・高校生をはじめとして広く国民に適用のある法律としては相応しくない内容であることは非常に遺憾である。今回の中間報告書においてあるとおり、個別権利制限規定を、より抽象的かつ柔軟な文言に改正または見直すことについてもより真剣に議論し、今後の立法や改正において大いにその趣旨が反映され、いまや商業的な著作権業界に属する専門家だけでなく広く国民に適用される法律となった著作権法の規定ぶりについては十分に配慮されることを強く望むものである。

第4章2 26頁について

26頁では、著作者人格権について触れているが、現在の著作物の利用において問題となる権利は、著作財産権、著作者人格権に限らず、著作隣接権もあることは周知のことである。そして、一般権利制限規定において、著作隣接権も含めたワンストップソリューションが提供されないのだとすれば、その導入の意義は半減してしまうといっても過言ではない。実際に、たとえば、権利者不明の場合の裁定制度が著作隣接権に対応していないことは過去にも問題となっており、平成21年に行われた改正において実演家の権利について法的手当がなされたばかりである（第92条の2第3項第2号）。現在検討されている一般権利制限規定が同じ問題を抱えないようにするため、著作隣接権についても同様に権利制限規定においてカバーされることを強く希望する。