

2010.6.17

クリエイティブ・コモンズ・ジャパン・シンポジウム  
「フェアユースの制度設計と指針」資料

国際大学 GLOCOM 客員教授

米国弁護士 城所岩生

kidokoro@glocom.ac.jp

## フェアユース論議とその評価

I. 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中間まとめ  
の概要：添付資料

II. 私見

以下は6月24日締切りで募集中の中間まとめについての意見募集に対する現時点での意見案である。

● 「個別権利制限規定の改正等による解決について」（第2章 3 【6頁】）

この点については、本小委員会においても、訴訟で解決する場合は判決までは利用が継続できるのに対し、立法で対応する場合には施行までは利用ができない等の違いがあり、両者を単純比較することはできないとの意見があった。

コメント：意見に賛成。

■ 立法で対応する場合、裁判にならないようなケースでも形式的には違反なので、立法を待たなければならない。06年の著作権法改正で追加された第47条の4は携帯電話、パソコンなどの記録媒体を内蔵した機器の「保守・修理」時のバックアップのための複製を認めた。修理業者は機器に保存されているデータの消失を防ぐためにバックアップを作成し、保守・修理後に元の機器に戻すわけだが、著作権のあるデータの場合は権利者の許諾が必要だった。利用者からの苦情が多かったため、機器メーカーは、文化庁が2004年8月から9月にかけて著作権法改正についての意見を募集した際に改正要望を提出した。改正法は文化審議会での審議などを経て、06年12月に成立し、07年7月から施行された。このように見切り発車しても訴訟に発展しないと思われるような改正でも立法による対応だと3年も待たなければならない。

● 「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」（第3章 2 【11頁】）

（権利制限の一般規定の導入に消極的な意見）

エ 権利制限を導入しなければならないほどの重大な問題は発生しておらず、権利制限の一般規定の導入を検討する必要はないとする意見

コメント：意見に反対、問題は発生している。日本の国際競争力の衰退が問題視される中、米国勢に日本市場まで制覇されたり、個人データが米国に流出するのを防止する法制度が必要である。

▶別紙：城所「公正な利用なら許諾不要 米の法制度に倣え」日経新聞経済教室 09.10.14

#### ▶リバースエンジニアリング

文化審議会法制問題小委員会が09年1月にとりまとめた報告書には盛り込まれていたにもかかわらず、09年の改正では見送られたのが、リバース・エンジニアリング（以下、「RE」）である。報告書はREを、「コンピューター・プログラムの『調査・解析』の意味を指す」と定義し、「相互運用性の確保」や「障害の発見等のプログラムの表現の確認」を目的とした権利制限を早期に措置する必要があるとした。後者にはセキュリティ確保のためのREも含まれている。セキュリティソフトの開発には保護対象のソフトを解析して、技術情報を得る必要があるため、著作権者の許諾を得なくても解析できるようにするもの。報告書は97年から98にかけてもREについて検討された経緯があるとしている。法改正に10年以上も費やさないとすむはずである。逆に権利制限の一般規定がないと、セキュリティ技術の開発でも法整備が進んだ欧米に遅れをとるおそれさえ出てくる。科学技術の発達も阻害しかねない。

#### ▶情報の安全保障問題：データベースを米国に依存することに伴うリスク

「読み・書き・検索の時代」に検索サービスを米企業に頼ることのリスク

・05.8 司法省、1998年子どもオンライン保護法の違憲訴訟の証拠収集のため、検索サービス4社に利用者の検索キーワードなどのデータの開示を要請。3社はある程度のデータを開示したが、グーグルは拒否したため訴訟に。その後の交渉で、司法省は検索キーワードについては1週間分から5000件に、HPアドレスについては100万件から5万件に絞った。06.3 カリフォルニア州連邦地裁は、グーグルに5万件のHPアドレスのみ提出を命ずる判決を下した。検索キーワードの開示を免れたグーグルの実質勝訴判決

・本件はそうではなかったが、テロ対策であれば、911事件直後に制定された米国愛国者法によって、政府はより容易に個人情報開示を要求できる。このように検索サービスを米企業に頼ることは、われわれの個人情報に米国政府に渡るリスクも伴うのである。

・最近では政府の要請がなくてもグーグルは中国からのサイバー攻撃後、政府の通信傍受機関（国家安全保障局）に協力を要請。

・今回の著作権法改正でサーバーを日本に置けるようになって、われわれの検索ログが海を渡るおそれなくなる保障はない。グーグルのプライバシー・ポリシーは、居住国以外のサーバーで個人情報を処理する場合もあると明示している。

#### ▶クラウド・サービスに伴うリスク

・95年 EUデータ保護指令： 第三国へのデータの移転についても規定。移転先の国で十分な保護が保証されないかぎり域外への移転禁止→日本は×、米国は○

➡ 個人情報保護法 23 条 4 項

・個人情報取扱事業者は、共同利用の要件を満たした場合、本人の同意を得ることなく、個人データを第三者との間で共同利用することができる。

・親会社・子会社等のグループ会社も「第三者」に該当するが、グループ会社との間で共同利用の要件を満たした場合、本人の同意なしに個人データを相互に提供することが可能に

・Google 日本法人が入手した個人情報を米国法人に引き渡すのも共同利用にあたり、Google のプライバシー・ポリシーにも示されている。

➡サーバーを共有するクラウド・サービスは、「所有の時代」から「共有、利用の時代」への転換を意味する。著作権法もそれに合わせて転換を図らなければならないが、ここでも日米で対照的な判決が下されている（経済教室参照）。

一争点は録画の主体が利用者かケーブルTV会社かで、米国では判例で確立している間接侵害を原告は主張しなかった。間接侵害を主張すると、ソニー判決が適用されて被告のフェアユースの抗弁が成立すると判断したためではないかと推測される。フェアユースが間接的に新サービスを救ったことになる。

➡09年4月、FBI はダラスにあるデータセンタ企業を突然シャットダウンして、機器を押収した。過去に同社からサービスを購入した企業を調査するのがその目的だった。これにより同社の顧客約50社が電子メールやデータベースへのアクセスができなくなった。

[http://www.publickey1.jp/blog/09/reputation\\_fate\\_sharing.html](http://www.publickey1.jp/blog/09/reputation_fate_sharing.html)

➡09年7月、米国連邦政府の政府調達を所管する一般調達庁（GSA）はIaaS（ストレージサービス、仮想マシン、ウェブホスティング）に関するRFQ（Request for Quotation）で、見積もりを招請した。その際に課した要件の中にデータセンタを米国本土に設置することも含まれている。[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000066039.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000066039.pdf)

➡Ari Schwartz The Center for Democracy and Technology 副社長兼COO

これまで米国の裁判所はクラウド上の個人情報については利用者のパソコンにある個人情報のように法執行機関の捜査から保護してこなかった。

[http://www.cio.com/article/449087/Cloud\\_Computing\\_May\\_Draw\\_Government\\_Action](http://www.cio.com/article/449087/Cloud_Computing_May_Draw_Government_Action)

➡クラウド・サービス最大手のグーグルが中国からのサイバー攻撃の対象となった事実がクラウドのセキュリティの脆弱性を露呈。

● 「権利制限の一般規定の導入の必要性を考える場合に検討すべき事項について（第3章 3（2）【11～12頁】）

(1) 権利者へ与える不利益について

権利者へ与える不利益という観点からは、主に権利者側から、以下のような指摘がなされている。

ア 権利制限の一般規定を導入することにより、いわゆる居直り侵害者が蔓延するという指摘

イ ウ 省略

・・・これらの指摘があることを理由に、ただちに権利制限の一般規定の導入の必要性を否定するのは適当でないとする。

なお、上記のうち、アの指摘については、著作権侵害訴訟においては、著作物性や類似性、依拠性等が争点となる事案が相当程度を占めること、米国においてもフェアユースの抗弁が主張される事案がとりわけ多いとはいえないこと等にかんがみると、権利制限の一般規定を導入することにより、いわゆる居直り侵害者が蔓延するとまではいえないのではないかと考えられる。

コメント：意見に賛成。

▶瞬時にアクセス数を急増できるネットは両刃の刃で、著作権を侵害した場合の損害賠償額もあつという間に膨らむリスクも伴う。漫画を無断でスキャンしてウェブサイトへアップされた漫画家が、464.jp というサイトを著作権（公衆送信権）侵害で訴えた事件の判決がそれを裏付けた。原告は使用料相当額の一部を損害賠償請求したが、裁判所は一部請求全額（2000万円強）の損害賠償を認めるとともに実際の損害は1億8000万円と判決に明示した<sup>1</sup>。居直り侵害は利用者にとってもこうしたリスクも伴うのである。

● 「権利制限の一般規定の導入による経済的効果について」（第3章 3（2）【12頁】）

権利制限の一般規定の導入に積極的な側からの主張の一つとして、「権利制限の一般規定を導入することにより大きな経済的効果が産まれる」というものがあり、その根拠としては、米国コンピュータ&コミュニケーション産業協会により2007年に発表された米国著作権法に関する調査報告書（「Fair Use In The U.S. Economy」）が度々挙げられている。

しかしながら、当該報告書は、「フェアユース規定」という用語を、米国著作権法107条のいわゆるフェアユース規定だけでなく、「事実の利用（同法102条a）」、「アイデアの利用（同法102条b）」といった米国著作権法におけるほかの個別権利制限規定等を全て含む概念として使用している等の事実が認められ、当該報告書のみを根拠に、権利制限の一般規定を導入することにより大きな経済的効果が産まれるか否かについては、確認することができないと考えられる。

一方で、本小委員会で開催したヒアリング等の結果を踏まえると、現実問題として、利用者側に著作物の利用に関して一定の萎縮効果が働いている可能性があり、権利制限の一

<sup>1</sup> 東京地判平成19年9月13日判時1991号142頁。

般規定を導入することにより、かかる萎縮効果が一定程度解消され、その結果、これを経済的効果と評価すべきか否かはともかく、何らかの効果が生まれる可能性それ自体は、完全には否定できないものと考えられる。

コメント：

■米国コンピュータ&コミュニケーション産業協会は2010年4月に07年の数字をアップデートした。手法は07年の報告書を踏襲しているため、フェアユース産業を広くとらえすぎているそりしは免れないが、経年比較によりトレンドは把握できる（いずれも02→07年の増加率）。

・売り上げ 36%増

・輸出 41%増、07年だけでも12%増。インターネット・オンラインサービスを含む通商関連サービスの輸出は、800%増（9倍に）

フェアユース産業の過去20年間の飛躍的成長が米経済に大きなインパクトをもたらし、グーグル、アマゾンなどのニュービジネスの創出が他の経済分野の需要を喚起した。

■リーマンショックからいち早く立ち直ったのもこの業界で、グーグル、アマゾンは業績絶好調。

■オバマ大統領は今年の一般教書で輸出を5年間で倍増すると公約。グーグル、アマゾンは売り上げの約半分を海外で稼ぐ。グーグルブックス和解に対する米国の議会、政府の規制の動きが盛り上がらないのもグーグルが、この便利なサービスを世界に広めて外貨を稼いで欲しいとのしたたかな国家戦略が透けて見える。

### ● 法社会学的見地からの検討（第3章 3(3)【12頁】）

権利制限の一般規定の導入の必要性に関し、法社会学的見地からの検討という観点からは、主に権利者側から、以下のような指摘がなされている。

ア 省略

イ 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ずるのではないかという指摘

この点、法社会学の専門家によれば、アの指摘については、（中略）、また、イの指摘については、仮に権利制限の一般規定を導入する必要性が肯定されるのであれば、新制度導入当初の混乱は、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容れるべきであるとのことであった。

コメント：専門家（太田勝造東京大学法学部教授）の指摘に賛成。

■確かに米国は1976年の著作権法改正でそれまで1世紀以上にわたって蓄積された判例を条文化した。しかし、フェアユースという言葉は使わなかったが、実質的にフェアユース

を初めて認めた 1841 年の判決で、Story 裁判官は条文化された 4 要素のうちの 3 要素について言及している<sup>2</sup>。この判決はその後、多くの判例が引用している。つまり、135 年間にわたる判例の蓄積が肉付けしたとはいえ、フェアユースの骨格は 19 世紀半ばの最初の判例ですでに出来上がっていたのである。専門家の指摘するとおり、新制度導入当初の混乱も導入のコストとして受け入れるべきであるし、その混乱も導入時に骨格さえ決めればそれほど大きくはない。つまり、案ずるより生むが易いともいえるのである。

➡より重要なのは、成文化後の展開である。条文化後のフェアユースをめぐる最初の最高裁判決となった 1984 年の Sony 判決は、「非営利使用」にはフェアユースの推定を与えた。その後、1991 年の Campbell 判決は「変容的使用 (transformative use)」には営利的使用であってもフェアユースの推定を与えることとなった。Campbell 判決はパロディについての判決だったが、リバーズ・エンジニアリングを認めた Sega 事件および次項の検索エンジンをめぐる判決でも変容的使用にフェアユースを認めた。1976 年の立法当時には予想できなかったコンピュータ・プログラムやインターネットに関する事例に対して、フェアユース規定があったためにその解釈によって柔軟に対応できた。

➡ウェブ検索については画像検索サービス 2 件（うち 1 件はグーグルが被告）、文書検索サービス 1 件（グーグルが被告）の裁判でいずれも被告のフェアユースの抗弁が認められた。3 判決の総括：米著作権法第 107 条が定めるフェアユースを判定する際の 4 要素

- ①「使用の目的および性質」：変容的使用 (transformative use) のため被告有利
  - ②「原作品の著作物性」：著作物性はあるが、ネットに公開済みなので、原告若干有利
  - ③「原作品の使用状況」：デッドコピーしないと検索サービスは成り立たないことや検索サービスの社会的有用性に鑑み、どちらに有利ともいえない（中立）。
  - ④「原作品の潜在市場に与える影響」：原告は立証していないので、被告有利
- 以上の総合判定で被告有利とした。

### ● 憲法学的見地からの検討（第 3 章 3（4） 【13 頁】）

権利制限の一般規定の導入の必要性に関し、憲法学的見地からの検討という観点からは、以下のような指摘がなされている。

ア 表現の自由（憲法 21 条）と著作権の調整は、既存の個別権利制限規定のみで十分とはいえ、表現の自由と著作権の調整という観点から権利制限の一般規定を導入する必要があるのではないかという指摘

イ 省略

この点、憲法学の専門家<sup>3</sup>によれば、アの指摘については、権利制限の一般規定の導入は、

<sup>2</sup> Folsom v. Marsh, 9F. Cas. 342 (D. Mass. 1841)(No. 4901). フェアユースという言葉を最初に使用した判決は、Lawrence v. Dana 15F Cas, 26. 58, 61 (D. Mass. 1869).

<sup>3</sup> 長谷部恭男東京大学法学部教授

著作権と表現の自由とのバランスを図るという観点から一定のメリットが認められる一方、具体的な規定の仕方等によっては、かえって表現の自由に対して萎縮効果を及ぼす可能性もあるとのことであった。権利制限の一般規定の導入の必要性および具体的な規定振り等を検討するに際しては、こうしたメリット、デメリットに十分留意をする必要があると考えられる。

コメント：メリットは大きい。

▶米最高裁は、Harper & Row 事件および Eldred 事件で、フェアユースは自己の作品の使用をコントロールしようとする著作権者の利益と、後に続く著者や公衆の表現の自由との衝突を調整する安全弁であるとしているとおり、表現の自由と著作権の調整の観点からの権利制限の一般規定導入の必要性は高い。

#### ● まとめ（第3章 4 【14頁】）

これは、著作権との関わりが万人にとって極めて日常的なものとなり、その一方では、市民社会の成熟化、グローバル化の進展に伴い、企業を始めとして法令順守が強く求められている現代社会において、著作物の利用の円滑化を図る上で非常に重要な問題であり、かかる観点からも、著作権法の中に権利制限の一般規定を導入する意義は認められるものと考えられる。

コメント：意義は大きい。

▶著作権との関わりが万人にとって極めて日常的なものとなった好例が、動画共有サイトである。動画共有サイトには違法投稿も多いが、米国デジタル・ミレニアム著作権法によれば、コンテンツ保有者が違法投稿を発見した場合、動画共有サイトに対してコンテンツの削除を要求できる。1歳の息子が Prince の Let's Go Crazy に合わせてダンスしている29秒間のビデオを母親がユーチューブにアップしたところ、Let's Go Crazy の著作権を持つ Universal がユーチューブに削除要請した。要請を受けてユーチューブが動画を削除したため、母親は Universal を訴えた。カリフォルニア北連邦地裁は母親の主張を認め、コンテンツ保有者はネット上のコンテンツの削除要請を送付する前に作品がフェアユースにあたるかどうかを考慮すべきであるとする判決を下した。フェアユース規定がないと、こうした雑音の多いBGMでも、削除要請があれば削除されてしまう。

▶2007年、CBS、ディズニー、FOX、バイアコムなどのメディア企業とマイクロソフト、myspace など User Generated Contents (UGC) サービス提供事業者は、協力して UGC 原則を定めた。フィルタリング技術を用いた侵害コンテンツの削除、削除する際のフェアユースの尊重などの協力内容を盛り込んだ原則である。侵害コンテンツが後を絶たないため、コンテンツホルダーが削除要請を乱発する悪循環を断ち切るため、プロバイダーは

技術的手段によって侵害コンテンツ削除する、コンテンツホルダーはフェアユースを尊重することによって両者が協力する原則である。

▶著作権との関わりが万人にとって日常的になったことにより、万人が著作権侵害をするリスクを負うことになるが、米国では業界団体や大学がフェアユース規定にもとづくガイドラインやベストプラクティスを作成し、こうしたリスクを軽減している。

#### ● まとめ (第4章 1 (7) 【24頁】)

なお、権利制限の対象範囲については、権利者の利益を不当に害しないという要件を付した上で、もう少し広げるべきではないかとの意見があった。

コメント：意見に賛成。

▶フェアユースは米著作権法第 107 条に定める 4 要素（次項参照）を総合して判定する。上記意見は 4 番目の要素である「原作品の潜在市場に与える影響」の導入を提案とするものと解されるが、4 要素のうちで米国の裁判所が最も重視するのが、この要素であることに鑑みてもその意義は大きい。裁判所が 4 要素のうち 2 番目に重視するのは、最初の要素「使用の目的および性質」である。米最高裁は 1991 年の **Campbell** 判決では変容的使用（transformative use）には営利使用であってもフェアユースの推定を与えることとした。変容的使用はその後、リバースエンジニアリングや検索エンジンなど、1976 年の立法時には予測できなかった新技術、新サービスを救った。変容的使用は権利者の利益を不当に害しないと思われるため、この要件を付すことの意義は大きい。

▶海外に居住する日本人が日本のテレビ番組を視聴できるようなネット転送サービスを開発したベンチャー企業を放送会社が次々と訴え、ベンチャー企業は 1 件で敗訴、2 件は係争中と、勝訴が確定した判決はまだ出ていない。米国では同種のサービスに対して、訴訟すら提起されていない。これらのサービスは、原作品の市場を奪うどころか新たな市場を開拓するサービスなので、裁判所が最も重視する第 4 要素において当然フェアユースが認められるからである。米国では利用者の侵害行為に荷担した第三者にも侵害責任を問える。いわゆる間接侵害責任である。その場合、利用者が侵害行為を行っていることが前提となる。**Sony** 判決では利用者の **VTR** による録画行為はタイムシフティングしているだけなので、フェアユースにあたるとして、利用者の侵害行為を否定した。このため、米国でネット転送サービスを開発したベンチャー企業経営者も、フェアユース規定と **Sony** 判決のおかげで消費者に便利なサービスを提供できたと議会で証言している。