

日本版フェアユースの裁判例適用についての一考察

A Study of Application for Japanese Fair Use of Judicial Cases

2011年 9月

高田 寛 Hiroshi Takada

日本版フェアユースの裁判例適用についての一考察

A Study of Application for Japanese Fair Use of Judicial Cases

高田 寛

Hiroshi Takada

Abstract

In December 2010, the Agency of Cultural Affairs, the subcommittee of legislative problems of Copyright Committee submitted the final report of Japanese Fair Use provision. It declared that it was appropriate to introduce the Fair Use into Copyright Law in Japan in some situations. Once the Fair Use provision should be introduced into Copyright Law in Japan, the use order or the application of copyright would be changed.

Though it is necessary to wait for the final provisions of Fair Use in Copyright Law, I try to apply the Japanese Fair Use provision for the past six judicial cases that insisted Fair Use and for the two judicial cases that denied the infringement of copyright.

1. はじめに

平成22年12月3日、文化庁長官の諮問機関である「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会」で、何らかの形で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ることが適当であるという報告書（案）（以下「最終報告書」という。）が提出された^①。

最終報告書の提言通り著作権法の法改正が行われれば、旧著作権法が制定された明治33年から今日に至るまで続いている限定列挙型の個別権利制限規定に基づいて長年形成されてきた著作物の利用秩序が大きく変化することになる。

最終的な規定振りを待たなければならないが、本稿では、最終報告書を踏まえて、過去に被告が公正利用（フェアユース）を主張した代表的な6つの裁判例と個別権利制限規定を拡大解釈し侵害を否定した2つの裁判例について、最終報告書の日本版フェアユースが導入された場合、どのような判断になるのかについて若干の検討を試みたい。

2. 日本版フェアユース

最終報告書の日本版フェアユースは、「著作物の付随的な利用」（A類型）、「適法利用の過程における著作物の利用」（B類型）、「著作物の表現を享受しない利用」（C類型）という3類型についての導入である。

A類型は、「その著作物の利用を主たる目的としない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、その利用が質的または量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」である。具体的には、写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映像を公衆送信等するといった利用（いわゆる「写り込み」）が該当する。

B類型は、「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であり、かつ、その利用が質的または量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」であり、「著作権者の許諾に基づく利用」と「個別権利制限規定に基づく利用」に分けられる。

「著作権者の許諾に基づく利用」は、CDへの録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製や、漫画のキャラクターの商品化を企画するに際し、社内会議用の資料や著作権者に許諾を得るための申込みに当たって必要となる企画書、提案書等における当該漫画の複製等が考えられる。

一方、「個別権利制限規定に基づく利用」は、著作権法33条1項に基づく教科書への掲載に関し、企画会議用の資料や初稿原稿等その他教科書の企画・作成過程等での複製や、38条1項（営利を目的としない上演等）に基づく非営利無料の音楽演奏に際し、進行や会場設備の都合上、楽曲毎にCDを入れ換えて再生（演奏）することが困難なやむを得ない事情がある場合に、あらかじめ複数枚のCDから再生（演奏）する楽曲を演奏順に編集して1枚のCDに複製すること等が考えられる^②。

C類型は、「著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用」である。すなわち「表現の知覚」を伴わないものであればフェアユースとして認められる。

この例として、最終報告書は「例えば、映画や音楽の再生に関する技術の開発や、当該技

術の検証のために必要な限度で映画や音楽の複製を行うといった場合、当該複製により作成された複製物が、あくまで技術開発・検証のための素材として利用されるに留まり、表現の知覚が伴わないのであれば、この類型に該当するものと考えられる。また、技術開発・検証の過程で当該映画等の上映等（表現の知覚）が行われる場合であっても、当該上映等が、あくまで技術開発・検証を目的として行われるものであり、その態様等に照らして当該映画等の表現を享受することに向けられたものとは評価されないのであれば、この類型に該当するものと考えられる。」としている。

一方で、最終報告書は、小委員会の一部の意見として「例えば、いわゆる検索エンジンサービスに関しては、仮に47条の6がなくとも、Cの類型をカバーする権利制限の一般規定があれば対応が可能であったと考えられるとの意見や、Cの類型は、上記近時の改正で設けられた個別権利制限規定を包括するようなものとして捉えることができるとの意見があった。」⁽³⁾とし、C類型がかなり広い射程範囲を持つ可能性があることを示唆している。

以下、個別に過去の裁判例に日本版フェアユースを当てはめ検討を試みたい。

3. 被告がフェアユース（公正使用）を主張した裁判例

3. 1 藤田嗣治作品無断掲載事件⁽⁴⁾

本件は、被告・控訴人（出版社）が、レオナルド・フジタ（藤田嗣治）の絵画12点を原告・被控訴人（フジタの妻）（著作権者）の許諾を得ることなく、書籍（『原色現代日本の美術第七巻』）に収録された論文（「近代洋画の展開」）の補足図版として複製し掲載した事案である。同書籍を出版したことに対し、原告・被控訴人が書籍の差止、損害賠償請求等を求めた。

被告は、引用（32条1項）、権利濫用と共に、著作権法第1条を挙げ「公正使用」なる一般的規定を欠くわが著作権法においても、本件絵画の複製は、著作権法の目的、フジタ作品の公共文化財的性格、原告の許諾拒否の不当性などを総合して勘案するならば、公正使用に基づいて適法なものとされるべきであるとし、「公正使用」を原審で主張した。

裁判所は、引用につき被告の主張を退け、「公正使用」についても、文化的意義を有する出版であるということから直ちに、著作権者の複製権を無視し、その許諾なくして複製ができるという結論が生ずるということができないのは当然であり、このような主張が現行法上認められないことについては、あえて説明を要しないとし、権利濫用と共にこれを認めなかった。

本事案は、引用が主な争点とされたが、「著作物の付随的な利用」（A類型）及び「適法利用の過程における著作物の利用」（B類型）には当たらず、論文の補足図版が「著作物の表現を享受しない利用」（C類型）であるかが論点と考えられる。論文の補足図柄としての画像は、

サイズが小さく画質も悪ければ、原物が美術作品といえども鑑賞に耐えるものではなく、「表現を知覚すること」を通じて「著作物の表現を享受しない利用」と考えることもできる。しかし、当該論文は、フジタ作品である補足図版を紹介又は解説の対象としたものであり、「著作物の表現を享受しない利用」とは言い切れず、公正利用とは認められない可能性が高い。

画像の大きさ及び画質に関して、アメリカでは、著作権者の許諾を得ないで複製されたサムネイル画像を元の画像のインデックスとして表示された事案について、この利用がフェアユースかどうか議論された裁判例がある⁽⁵⁾。これらは、いずれもアメリカではフェアユースと認定された。事案によっても異なるが、サムネイル画像は親指ほどの小さなものであり、それ自体で鑑賞に耐えるものではないという理由が大きい。

このように考えると、論文の補足図版としての小さな画像は「著作物の表現を享受しない利用」と考えることができ、本事案はC類型に該当すると裁判所が判断する余地があると思われる。ただし、近時のデジタル処理技術の進展により、小さな画像でも解像度の高いものは十分に鑑賞に耐えるものもあり、一概に「著作物の表現を享受しない利用」とは言えなくなるであろう。この場合、補足図版の大きさ及び画質が争点になる可能性があると思われる。

3. 2 ウォールストリート・ジャーナル事件⁽⁶⁾

本件は、原告（被控訴人・被上告人）が著作権を有する米国の日刊新聞「ウォールストリート・ジャーナル」の記事を被告（控訴人・上告人）が原告（被控訴人・被上告人）に無断で翻訳・抄訳し、これを分類・配列した文書を会員らに有料頒布したことに対し、頒布行為の差止を求めた事案である。

控訴審において、予備的主張として、控訴人は著作権法第1条を挙げ、わが国においても公正利用の法理が認められるべきであるとし、本事案に関し、①商業性はあるけれども、公共的意義が存すること、②情報の自由流通という重大な要請があること、③量的に僅少であること、④市場へのマイナス影響がないこと、を主な理由に「公正利用」を主張した。

これに対し、裁判所は、著作権法第1条から直ちに、わが国においても、一般的に公正利用の法理が認められるとするのは相当でなく、著作権に対する公正利用の制限は、著作権者の利益と公共の必要性という、対立する利害の調整の上に成立するものであるから、これが適用されるためには、その要件が明確に規定されていることが必要であると解するのが相当であって、かかる規定の存しないわが国の法制下においては、一般的な公正利用の法理を認めることはできないと判示した。

本事案に日本版フェアユースを適用した場合、「著作物の付随的な利用」（A類型）、「適法利用の過程における著作物の利用」（B類型）、「著作物の表現を享受しない利用」（C類型）のいずれにも該当しないと思われる。A類型及びB類型は、形式的又は付随の利用であるので、こ

れらには該当せず、C類型の「著作物の表現を享受しない利用」とは言えない。従って、日本版フェアユースの認定は難しいと思われる。

本事案に、アメリカのフェアユースを適用した場合、第1考慮要素である「変容的利用」(トランスフォーマティブ・ユース)かどうか、及び第4考慮要素の「市場に与える影響」が争点の中心になると思われる。すなわち、「ウォールストリート・ジャーナル」の記事の翻訳・抄訳し、これを分類・配列した文書が「変容的利用」に該当するのか、また、このビジネスが、どのように市場に影響を与えるかが議論の対象となるのではないだろうか。

残念ながら、日本版フェアユースのC類型にこのような考慮要素がないため、「表現を知覚すること」を通じて「著作物の表現を享受しない利用」ではないという理由で、公正利用とは認められない可能性が高いと思われる。

3. 3 ラストメッセージin最終号事件⁽⁷⁾

本件は、被告(出版社)が休刊又は廃刊となった雑誌の最終号に掲載された挨拶文をまとめて掲載した書籍を原告ら(出版元10社)の許諾なく販売頒布したことに對し、原告が差止及び損害賠償を求めた事案である。

被告は、引用(32条1項)とともに、アメリカ著作権法107条のフェアユースと同様の公正利用が適用されるべきであるとし、アメリカのフェアユースの4考慮要素に基づき、①本来の目的のために使用したものでないこと、②引用であり自由に転載できる著作物であること、③量的にみて僅少であること、④潜在的市場価値がないこと、を理由に本件事案が公正利用であることを主張した。

これに對し裁判所は、著作権法の成立後今日までの社会状況の変化を考慮しても、被告書籍における本件記事の利用について、実定法の根拠のないまま被告主張のフェアユースの法理を適用することこそが正当であるとするような事情は認められないから、本件において、著作権制限の一般法理としてその主張にかかるフェアユースを適用すべきであるとの被告の主張は採用できないと判示した。

本事案は、明らかに「著作物の付随的な利用」(A類型)でも「適法利用の過程における著作物の利用」(B類型)でもない。「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)については、前提として、本件挨拶文の創作性が問題となるが、裁判所は7点の挨拶文についての創作性を否定したが、その他のものについては認めた。従って、本件挨拶文には著作物が含まれており、また表現を知覚することを通じて、その表現を享受することから「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)とは言えず、日本版フェアユースとして認められないと考えられる。

3. 4 ダンス教室著作権侵害事件^⑧

本件は、社交ダンス教室を経営する被告（被控訴人・控訴人）らが、教室でダンスを教授する際に、著作権者である著作権管理事業者（原告）（控訴人・被控訴人）の許諾なく音楽著作物を録音したCD等を再生していることに対し、差止、損害賠償等を求めた事案である。

被告らは、公衆演奏の該当性等につき否認するとともに、①法が許容する私的領域における演奏に当たること、②原告の著作権を侵害するものではないこと、③長年黙認されてきたこと、④請求を受けていないスポーツとの間に不均衡を生じさせること、を理由として公正な利用の範囲に含まれると考えられるものについては、これらの規定に準じて著作権侵害にはならないとして公正利用を主張した。

これに対し裁判所は、法1条及び著作権の制限に関する規定から直ちに、我が国においても、一般的に「公正な利用の法理」が認められると解するのは相当でないとし、実定法主義を採る我が国の法制度の下で、これが制限されるためには、その要件が具体的かつ明確に規定されていることが必要であり、かかる規定が存しない以上、一般的な「公正な利用の法理」を認めることはできないと判示した。

本事案は、「著作物の付随的な利用」（A類型）にも「適法利用の過程における著作物の利用」（B類型）にも当たらない。「著作物の表現を享受しない利用」（C類型）に関しては、社交ダンス教室ではダンス音楽を流し、その音楽に合わせてダンスを踊ることから、社交ダンスは音楽と一体のものであると考えることができ、社交ダンス教室でのダンス音楽の再生は、著作物の表現を享受していると考えられる。従って「表現を知覚すること」を通じて「著作物の表現を享受しない利用」（C類型）であるとは言いにいく、日本版フェアユースの認定は難しいと思われる。

3. 5 宗教批判ビラ事件^⑨

本件は、原告が著作権を有する肖像写真につき、これをモノクロにして背景をカットした写真、肖像写真をトレースして作成した絵を宣伝ビラ（特定宗教の批判ビラ）に掲載して配付した被告の行為につき、原告が差止、損害賠償を求めた事案である。

被告は、32条1項（引用）の主張とともに、仮に、本件写真ビラに原告肖像写真を掲載することが適法な引用に当たらないとしても、本件写真ビラの製作、頒布は、憲法の保障する言論の自由の行使であり、このような言論活動において、原告肖像写真を利用することは公正利用として保護されるべきであると主張した。

これに対し裁判所は、著作権法は、著作権とその公正な利用との調整を図るためには、法32条が具体的な要件を定めているのであって、同規定の趣旨と離れて、他人の著作物を自由に利用できると解することは相当であるとはいえず、被告の主張は失当である、と判示した。

本事案も、「著作物の付随的な利用」(A類型)でも「適法利用の過程における著作物の利用」(B類型)でもない。「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)についても、原告肖像写真をビラに掲載し配布しており、その肖像を知覚・伝達させているため、「表現を享受しない利用」とは言い切ることは難しいと思われる。

3. 6 教科書ドリル事件⁽¹⁰⁾

本件は、小学校の国語教科書に掲載されている著作物を原告(著作権者)の許諾なく被告が市販のドリルや中学入試用問題集に掲載等した行為に対し、損害賠償を求めた事案である。

被告は、32条1項(引用)や試験問題としての複製(36条1項)に加え、アメリカのフェアユース規定も適用されるべきであるとし、①初中等義務教育において著作物を題材に補足的に利用することは目的及び性格において公正であること、②全体として、著作物との関係において本件各教材部分は量及び質ともに主であって、本件各著作物は従であること、③本件各著作物の潜在的市場又は価値に悪影響が及ぶことはあり得ないこと等、により公正利用を主張した。

これに対し、裁判所は、仮に、我が国において公正利用の法理を適用ないし類推適用すべき場合があるとしても、本件各教材が一般書店で販売されている家庭用学習教材であり、復習用のドリルないし中学受験用問題集であることに照らせば、被告主張の要件のうち少なくとも使用の目的及び性格という要件を欠き、本件は、公正利用の法理を適用ないし類推適用すべき場合に当たらない、と判示した。

本事案も、著作物を市販のドリルや中学入試用問題集に掲載等した行為は「著作物の付随的な利用」(A類型)、「適法利用の過程における著作物の利用」(B類型)又は「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)の範囲には該当しないと思われる。国語教科書に掲載された著作物の著作権者と、それを利用する出版社等の紛争は約10年にも及び複数の訴訟が提起されたが⁽¹¹⁾、いずれも新しい日本版フェアユースの対象とする範囲から外れるものであり、これにより公正利用が認められるものではないと考える。

4. 既存の個別権利制限規定を拡大解釈し、侵害を否定した裁判例

4. 1 「血液型と性格」の社会史事件⁽¹²⁾

本件は、被告 Y1 執筆、被告 Y2 出版にかかる被告書籍が、原告が著作権を有する原告書籍(「血液型と性格」の社会史)の著作権(複製権、翻案権)及び著作者人格権(同一性保持権、氏名表示権)を侵害するものであるとし、差止及び損害賠償等を求めた事案である。

被告は、複製権侵害の否定とともに、要約引用の適法性を主張した。これに対し裁判所は、被告書籍の特定部分に関し、原告書籍の要約として翻案に該当し、32条1項(引用)の解釈と

して、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許容されるとした上で、要約による引用は、翻訳による引用よりも、一面では原著作物に近いのであり、これがごく広く一般に行われており、実際上要約による引用を認める方が妥当であり、他人の言語の著作物をその趣旨に忠実に要約して同種の表現形式である言語の著作物に引用するような場合については、そもそも同法43条2号の立法趣旨が念頭に置いている事例とは利用の必要性、著作者の権利侵害の程度を異にするものであり、同条2号には、翻案の一態様である要約によって利用する場合を含むものと解するのが相当であるとし、43条2号により同号が定める「翻訳」のみならず、要約による翻案も許容される旨判示した。

被告が公正利用について主張しなかったため、本事案において公正利用が争点とはならなかったが、本件引用を適法な要約引用であるとして侵害を否定した。この事案について、日本版フェアユースの適用を試みたとしても、「著作物の付随的な利用」(A類型)、「適法利用の過程における著作物の利用」(B類型)又は「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)のいずれの範囲にも該当しないと思われる。

4. 2 はたらく自動車事件⁽¹³⁾

本件は、市営路線バスの車体に描かれた絵画の著作権者である原告が、当該絵画が描かれたバスの写真を掲載した書籍を出版等した被告の行為に対し、損害賠償を求めた事案である。

被告は、46条（公開の美術の著作物等の利用）により著作権侵害には当たらないと主張した。これに対し裁判所は、46条の趣旨につき、屋外の場所に恒常的に設置された美術の著作物について、一定の例外事由に当たらない限り公衆による自由利用を認めていること、一般人による自由利用を許すのが社会的慣行に合致していること、さらに、多くは著作者の意思にも沿うと解して差し支えないこと等の点を総合考慮して、屋外の場所に恒常的に設置された美術の著作物については、一般人による利用を原則的に自由としたものといえる、と判示した。

また、同条の「屋外の場所」につき、同条所定の「一般公衆に開放されている屋外の場所」又は「一般公衆の見やすい屋外の場所」とは、不特定多数の者が見ようとすれば自由に見ることができる広く開放された場所を指すと解するのが相当であるとした。原告作品が車体に描かれた本件バスは、特定のイベントのために、ごく短期間のみ運行されるのではなく、他の一般の市営バスと全く同様に、継続的に運行されているのであるから、原告が、公道を定期的に運行することが予定された市営バスの車体に原告作品を描いたことは、正に、美術の著作物を「恒常的に設置した」というべきであるとし著作権侵害を否定した。

本事案に日本版フェアユースを適用すると、「著作物の付随的な利用」(A類型)、「適法利用の過程における著作物の利用」(B類型)又は「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)の

うち、A類型が一番近いと思われる。すなわち、本件絵画の掲載は、その著作物の利用を主たる目的としない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、その利用が質的または量的に社会通念上軽微であると評価できるものと解することができるのではないだろうか。本判決では、46条の拡大解釈による結論であったが、「著作物の付随的な利用」(A類型)により公正利用と認めることによる判決も可能であると考ええる。

5. 日本版フェアユースの適用

被告がフェアユースを主張した代表的な6つの裁判例は、被告が、著作権法1条若しくはアメリカのフェアユース規定を引用し公正利用を主張したものであるが、いずれも裁判所はフェアユースを否定した。その多くは、我が国著作権法に実定法としての公正利用にかかる規定がないという理由による。日本版フェアユース規定が導入された場合、この規定を基に公正利用が争点となることは間違いない。

しかしながら、代表的な6つの裁判例について言えば、日本版フェアユースの適用を試みたものの、藤田嗣治作品無断掲載事件以外、公正利用として認められるものはないように思える。その理由は、日本版フェアユースの3つの類型は、いずれもかなり限られた射程範囲のものであり、権利制限の一般規定とは必ずしも言いがたいものであるからである。

特に、A類型とB類型は、形式的侵害若しくは付随の利用に基づく利用形態であり、イギリスやドイツでは、これらを一般規定とはせず個別権利制限規定のひとつとして規定されていることから明らかなように、その射程範囲は狭い。

また、C類型はその射程範囲が広いという意見もあるが、実際には、「著作物の表現を享受しない利用」という枠組みの判断となり、映画や音楽の再生に関する技術の開発や、当該技術の検証のために必要な限度で映画や音楽の複製などのように、当該複製により作成された複製物が、あくまで技術開発・検証のための素材として利用されるに留まり、表現の知覚が伴わない場合や、技術開発・検証の過程で当該映画等の上映等でも、あくまで技術開発・検証を目的として行われる場合のようなケースに限られるものと考えられる。従って、C類型も、いわゆるフェアユースとしての機能を有せず、個別権利制限規定の一つとしての機能しか有していないように思われる。

さらに、個別権利制限規定を拡大解釈し侵害を否定した2つの裁判例についてもフェアユース規定の適用を試みたが、『血液型と性格』の社会史事件は、日本版フェアユースに該当する要素を含まなかった。しかし、「はたらく自動車事件」は、絵画の著作権の形式的侵害ととらえることができ、「著作物の付随的な利用」(A類型)に該当する可能性もある。

このように、8件の裁判例について日本版フェアユースの適用を試みたが、2件のみが日本版フェアユースとして認められる可能性があるが、他の6件は日本版フェアユースの射程範囲

外であり、その要件を満たしていない。このことにより、日本版フェアユース規定は、個別権利制限規定としての機能しか有していないように思える。特に、「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)という枠組みは、日本版フェアユース規定の射程範囲を極めて狭くしているのではないだろうか。また、C類型には、アメリカのフェアユースのような公正利用を認定するための考慮要素がないため、公正利用の認定の柔軟性を欠き弾力的な運用が難しいのではないだろうか。

フェアユースは、予見可能性又は法的安定性のある程度犠牲にしながらも、権利者と利用者との間の利益の調和を図るため、裁判所に公正利用認定の大きな裁量の余地を与えるものだが、日本版フェアユース規定は、今後の規定ぶりにもよるが、柔軟性を欠いた運用しか望めないのではないだろうか。

また、フェアユースが問題とされた裁判例では、いずれも引用(32条1項)が争点となっており、今後、引用と公正利用との関係の明確化がより一層必要となると思われる。

「引用」とは、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物の全部又は一部を自己の著作物中に採録することであり、「公正な慣行に合致し」かつ「引用の目的上正当な範囲内で行われる」という要件があるが、藤田嗣治作品無断掲載事件の原審である東京地裁は、「引用」といえるためには、少なくともその引用が問題となる著作物の表現形式上、①引用して利用する側の著作物の部分と、引用されて利用される著作物の部分とが明瞭に区別されて認識することができ、②両著作物の間に、前者が主、後者が従の関係が成立していることを要する、としている。本件では、①の要件は満たすが、②の要件を満たしていないとして引用を否定した。

これが日本版フェアユースとして認められるには、A類型からC類型の要件に該当する必要があるが、明らかにA類型やB類型の形式的又は付随的利用ではない。従って、実質的に「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)に該当するかが問題となるが、この要件は「引用」とは異なる要件であり、「引用」が否定されてもフェアユースとして公正利用が認められるためには、「著作物の表現を享受しない利用」と言える要件を満たす必要がある。しかしながら、「著作物の表現を享受しない利用」には程度及び範囲の差が生じ、これらの範囲の判断は裁判所の裁量に任されることになる。

6. 結びにかえて

一般的に、フェアユースは著作権侵害に対する抗弁であり、個別権利制限規定のいずれにも該当しない場合にはフェアユースの適用が試みられるであろう。又は、個別権利制限規定と併用して被告側から予備的に主張されることが考えられる。特に、個別権利制限規定に該当しないと判断された場合、フェアユース規定によって公正利用だと判断されれば侵害が否定される。このように、個別権利制限規定に該当しなかった場合でも公正利用と認められる

ためには、様々なケースに対応するために、多くの考慮すべき要素が必要であり、これら重要な役割を果たすことになる。この点、アメリカのフェアユース規定には明示的に4つの考慮要素が規定されており、裁判所はこれらすべてを考慮して公正利用を規定している。

しかし、最終報告書の3類型には、公正利用を認定するための考慮要素が存在しない。「著作物の付随的な利用」(A類型)及び「適法利用の過程における著作物の利用」(B類型)は形式的又は付随的な利用であり、フェアユースというよりも個別権利制限規定に近い。「著作物の表現を享受しない利用」(C類型)にしても、「表現の享受」の範囲又は程度にもよるが、「著作物の表現を享受しない利用」は、文理解釈上、その範囲は限定的であると考えられる。すなわち、C類型にしても、フェアユース規定というよりは、個別権利制限規定に近い射程範囲しかもたない。

このように、日本版フェアユース規定が導入されたとしても、その運用については柔軟性及び弾力性に欠け、公正利用として認められる場合はかなり限定されるのではないかと考える。特に、個別権利制限規定との関係については、個々に検討を加える必要があるのではないだろうか。

今後、更なる議論を重ね、権利者と利用者の利害の調整に優れた日本版フェアユース規定の導入を願ってやまない。

注

- (1) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(第11回)議事録 資料2「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(案)」、
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_11/pdf/shiryu_2_ver2.pdf
(as of March 31, 2011)
- (2) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(第12回)議事録 資料3「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成21・22年度報告書(案)」23頁, http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_12/pdf/shiryu_3.pdf (as of March 31, 2011)
- (3) 前掲注26頁。
- (4) 東京地判昭59年8月31日(判タ532-261); 東京高判昭60年10月17日; 著作権判例百選[第4版] 有斐閣、2009、pp.120-121
- (5) Kelly v. Arriba Soft CXorp., 77 F.Supp.2d 116 (C.D. Cal.1990); Kelly v. Arriba Soft Corp., 280 F.2d 934 (C.D. Cal.2002); Perfect 10, Inc. v. Amazon com.Inc., U.S. App., LEXIS 11420 (9th Cir. 2007).
- (6) 東京高判平6年10月27日(判時1524-118)(著作権判例百選[第4版] 有斐閣、2009、pp.186-187); 最判平7年6月8日(著作権判例百選[第3版] 有斐閣、2001、pp.140-141)

- (7) 東京地判平成7年12月18日（判タpp.916－206）（著作権判例百選〔第3版〕有斐閣、2001、pp.164－165）
- (8) 名古屋地判平成15年2月7日（判タpp.1118－278）；名古屋高裁平16年3月4日（著作権判例百選〔第4版〕有斐閣、2009、pp.128－129）
- (9) 東京地判平成15年2月26日（判タpp.1140－249）
- (10) 東京地判平成16年5月28日（判タpp.1195－225）
- (11) 東京高決平成12年9月11日、東京地判平成15年3月28日、東京高判平成16年月29日、知財高裁平成18年12月6日
- (12) 東京地判平成10年10月30日（判時pp.1674－132）（著作権判例百選〔第4版〕有斐閣、2009、pp.134－135）
- (13) 東京地判平成13年7月25日（判時pp.1758－137）（著作権判例百選〔第4版〕有斐閣、2009、pp.136－137）