

## 技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について

田村善之

[\*124]

### 1. 問題の所在

現行著作権法が制定されたのは 1970 年である。その後、著作権法自体は何度も改正されたが、著作権の制限規定の骨格は、現行法制定の時点からほとんど変化していない。その最大の特徴は、アメリカ合衆国著作権法 107 条の fair use(公正利用)の法理のような、著作権制限に関する一般条項を欠き、制限規定が限定列举とされていることである。

なるほど、一般条項がないといっても、個別の制限規定により十分な対処ができていのであれば、さしたる不都合はないのかもしれない。しかし、現在の著作権の制限規定の条文を文字通りに墨守すると、人々の日常生活に様々な支障が生じかねない。

たとえば、ファックスを例にとってみよう。ファックスで文書を送信した場合、郵送とは異なり、手元に原本が残り、受信先はそのコピーを手にする。したがって、著作権法上の評価としては、ファックスによる送信毎に文書の「複製」が行われていることになる(著作権法 2 条 1 項 15 号参照)。ところが、現在の著作権法には、特にファックスを想定して著作権を制限する規定はない。そして、私的複製を著作権侵害の責任から免れしめる 30 条 1 項は、「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において」使用する目的があることを要件としている。一般には、企業内の複製はこの要件を満たさないと解されている<sup>1)</sup>。この一般的な解釈がファックス送信による複製に適用されてしまうと、たとえば、東京から北海道に出張した法務部長が、部署で購入済みの書籍の特定の頁について、会合の相手先に示す必要が生じたので本社からファックスを送ってもらうなどの行為までもが、権利者からの許諾を得ない限り、著作権侵害とされることになりかねない。しかし、必要が生じた場合に瞬時に目的物(の複製)を遠隔地に送ることができるというのが、それ以前の技術(e.g. 郵送)に比した場合のファックスという技術の特徴であるところ、これからファックスを送ろうとする前に、逐一、権利者の許諾を必要とするのでは、何のためのファックスなのか、その存在意義が著しく減殺されることになる。

1) 東京地判昭和 52.7.22 無体集 9 卷 2 号 534 頁[舞台装置設計図]、加戸守行『著作権法逐条講義』(4 訂新版・2003 年・著作権情報センター)226 頁。反対、田村善之『著作権法概説』(第 2 版・2001 年)200 頁。

### 2. アメリカ合衆国著作権法における fair use の法理の概観

アメリカ合衆国著作権法の fair use の法理は、判例により発展し、1977 年制定の現行著作権法 107 条に明文化されたものである。同条によれば、著作物の利用が fair use として侵害を阻却されるか否かの判断に際しては、利用の目的と性質、利用された著作物の性質、利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値、利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響等の要素が考慮される、という(これらの要素の例示は限定列举ではないことに注意)<sup>2)</sup>。

これまで裁判例では、ビデオデッキを用いた家庭内でのタイム・シフティング(リアルタイムで視聴できない番組を後に視聴するためにいったん録画すること)を目的とする TV 番組の録画行為(Sony [\*125]Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)), パロディ目的でロック・バラードの歌詞についてラップの替え歌を作詞しレコード等にして販売する行為(Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 464 U.S. 569 (1994))<sup>3)</sup>、所内の研究者や他の図書館の求

めに応じて医学の雑誌論文を複写するサービスを行う NIH (National Institutes of Health)と NLM (National Library of Medicine)の図書館の行為(Williams & Willkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345 (Ct.Cl. 1973), aff'd by an equally divided Court, 420 U.S.376 (1975))などが fair use に該当する,または該当する可能性がある,とされてきた。

こうした fair use の法理の根拠に関し,かつて Wendy J Gordon は, Fair Use as Market Failureと題する論文<sup>4)</sup>において, fair use を市場の失敗を治癒する理論として捉えることを提唱した。市場が失敗しており,著作権者から利用者に当該利用を行う権利を移転することが社会的に望ましく,著作権者の創作と著作物の普及に対するインセンティブを不当に害するものではない場合に, fair use が肯定されるべきであるというのである<sup>5)</sup>。Gordon の理論は, fair use の成立を否定した前述の Sony 事件の控訴審判決を批判的に検討し,ともすれば生産的利用(productive use)であるか否かに焦点を当てる従来の議論(この立場からは,新たなものを生産しない消費的利用である家庭内録画については fair use は否定される)に対して,根本的な検討を迫るものであった。

しかし, Gordon の理論は,著作権の集中処理が進んだりインターネットが発達することにより著作権者と取引するコストが逡減し,著作権のライセンスに関する市場が成立するにつれて, fair use の成立範囲が狭くなることをも含意するという側面も有していた。象徴的な判決が, American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-932 (2d Cir. 1994)である。会社の研究所の研究者が回覧されてきた雑誌中の論文をコピーする行為が fair use に該当するか否かということが争点となったという事件である。裁判所は,当該雑誌を発行している出版社が集中処理機関(Copyright Clearance Center)を通じたライセンス供与の用意をなしていることを斟酌し,ライセンスを簡便に得ることができるようになった以上,利用者側の fair use の抗弁は成立しない旨を説いた<sup>6)</sup>。

この判決に対しては, Gordon の枠組みに立脚したとしても,この事件の利用のような研究目的で外部効果の高い利用形態の場合には依然として市場が失敗していると評価して, fair use の成立を維持すべきであるということが指摘されている<sup>7)</sup>。さらに,当然のことながら, fair use の法理を市場の失敗の問題に完全に還元してよいのかという[\*126]点についても議論がある<sup>8)</sup>。市場の失敗に着目する Gordon の fair use 理論に対しては,後の裁判例に対して fair use の成立を否定させる方向に影響を与えたという評価を与えるものもあり<sup>9)</sup>, Gordon 自身,以降,非金銭的な価値をより重視する方向にシフトしている,と指摘されている<sup>10)</sup>。たとえば, Gordon の A Property Right in Self-Expression と題する論文<sup>11)</sup>は, John Locke につき,人は労働によって作り出したものを所有しうるとするその原理が,他者がその労力にフリーライドされてしまうと,自身のものであるはずの労働が盗まれることになるからであるという理屈に基づいている以上,無体物ではあるが労働の所産である著作物に対する権利である著作権も自然権となるはずであると理解しながらも<sup>12)</sup>,他方で,これだけ人工の物がありふれており,他人の著作物に取り囲まれている社会では,他人の著作物を利用しえない限り,自己の世界を表現する自由を実現しえないから<sup>13)</sup>,両者を調整する必要がある,他者に十分にそして同じようにたっぴりと残される限りにおいて自己のものとなしうるとするロック的但書きに基づいて自然権としての著作権を制限しうると示唆している<sup>14)</sup>。

- 2) fair use の法理を紹介する邦語文献として,参照,ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解(下)』(第2版・2003年・信山社)637~775頁, A. R. ミラー= M. H. デービス(松尾悟訳)『アメリカ知的財産法』(1995年・木鐸社)264~279頁,曾我部健「著作権に関するフェアユースの法理」著作権研究 20号(1993年),ジェーン・ギンズバーグ(斉藤博訳)「アメリカにおけるフェア・ユース問題について」著作権研究 26号(2000年),吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法問題」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(2000年・有斐閣)473~479頁,松平光徳「アメリカ著作権法におけるパロディ法理の発展と展望」法律論叢 71巻 4=5号(1999年),同

- 「ニューヨーク州標準テスト法と連邦著作権法との関連考察」法律論叢 72 巻 5 号(2000 年), 蘆立順美「アメリカ著作権法における技術的保護手段の回避規制と Fair Use 理論」法学 66 巻 5 号(2002 年), 高橋明弘『知的財産の研究開発過程における競争法理の意義』(2003 年・国際書院) 195～295 頁。
- 3) 加藤一郎「パロディと著作権」『知的財産の潮流』(知的財産研究所 5 周年・1995 年・信山社) 参照。
  - 4) Wendy J Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).
  - 5) *Id.* at 1614-1615.
  - 6) 同判決は、たしかに fair use の抗弁の成立を否定したが、他方で、侵害の場合の救済を差止めではなく損害賠償に止めるという形で裁判所によるライセンス強制を実現することが妥当なケースであることも示唆している。
  - 7) Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTEL. PROP. L. 1, 49-50, 53 (1997)(その紹介として、村井麻衣子「複製許諾システムと fair use」北海道大学法学研究科修士論文(未公刊)。ちなみに、Gordon は、NIH (National Institutes of Health)の図書館と NLM (National Library of Medicine)図書館における複写について著作権侵害を否定した *Williams & Willkins Co. v. United States*, 420 U.S.376 (1975)を批判的に論評する際に、集中処理機関が整備され市場の失敗が治癒される可能性があるという事情が fair use の成立を否定しうる方向に働く旨を示唆していたが(*id.* at 1649), 同時に別の箇所、外部性の問題が第二の要件の吟味を難しくすることを指摘していた(*id.* at 1615-1616, 1630-1631)。
  - 8) William W. Fisher, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI. KENT. L. REV. 1203, 1246 (1998), 吉田 / 前掲 473～475 頁。
  - 9) Neil Weinstock Natanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L. J. 283, 286-287 (1996).
  - 10) *Id.* at 310-311.
  - 11) Wendy J Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L. J. 1533 (1993).
  - 12) *Id.* at 1544-1555.
  - 13) *Id.* at 1555-1560.
  - 14) *Id.* at 1560-1572. 森村進『ロック所有論の再生』(1997 年・有斐閣)258～259 頁, 小泉直樹「著作権制度の規範理論」同『アメリカ著作権制度』(1996 年・弘文堂)28～37 頁の紹介を参照(ただし、後者につき、吉田 / 前掲 477 頁の指摘に注意)。なお、差止めを許さず損害賠償請求のみを可能とする liability rule や、もっぱらフリーライドのみを目的とする寄生的な利用者 = stowaway のみを規律する法理の可能性につき、Gordon, *supra* note 11, at 1576-1578 を参照。

### 3. 裁判例の対応

著作権を制限する一般条項がないなか、日本の裁判例も手を拱いているわけではなく、様々な手段を尽くして著作権を制限するものが現れている。

たとえば、東京地判平成 9.12.22 判時 1637 号 66 頁[PC-VAN OLT 名誉毀損]では、パソコン通信網上のオンライン会話サービスを利用して他人と会話した際の通信記録(他人の会話があるまま記録されている)を適宜、抜粋して電子掲示板に再掲載したという行為が著作権を侵害するかということが争われた。裁判所は、本件会話は日常会話と異ならず、文芸、学術の範囲に属しないとして著作物性を否定するという論理構成を採ることで(著作権法 2 条 1 項 1 号参照)、著作権侵害に基づく損害賠償請求を棄却した<sup>15)</sup>。

しかし、座談会などを考えると、日常の会話と異なるところがないということを理由とする判旨の論理構成は、著作物性の要件を過度に不明確にしかねない。実際、いわゆる応用美術(書体も含む)に関する裁判例を除けば、著作権法 2 条 1 項 1 号の「文芸、学術、美術または音楽の範囲に属すること」という要件を活用して著作物性を否定する判決は、他にほとんど見当た

らないのである<sup>16)</sup>。

一般にインターネットにおいては、他人のネット上の文章(特に電子掲示板のそれ)をコピーして張りつけることが多い。本件の原告の文章は、オンライン会話サービスに同時にアクセスしていた第三者が自由に見ることができたものであるに止まり、その意味で掲載時間が限定されていたという事情はあるが、原告は ID の不正使用疑惑に関する渦中の人物であり、被告は、疑惑が真実であることを示すために、原告の当該疑惑に関する会話を抜粋して電子掲示板に再掲載したのである。判旨が従来の著作権法の理論とは異なる論法をあえて持ち出した背景には、著作権が足枷となって被告の行為を違法視すべきではないという衡量があると考えるのは、うがちすぎだろうか。

[\*127]

このほか、付随的に著作物が写真に混入したという事案で、権利侵害を否定する裁判例も存在する<sup>17)</sup>。たとえば、照明器具の宣伝広告用カタログ内で、和室を撮影した写真内に掛け軸として掲げられていた書が映り込んでいたという事案で、写真内の書は、1字につき3ミリから9ミリの大きさであり、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いなどの創作的な表現までもが再現されているとはいえないと判示して、著作権侵害を否定した判決がある(東京地判平成 11.10.27 判時 1701 号 152 頁[雪月花])。ただし、書は、字体を創作的に表現したところに著作物性が認められるものであって、ゆえに、もともとその保護範囲も狭いという事情がある<sup>18)</sup>。この判決は、そのような書特有の事情を巧みに活用して権利侵害を否定する論法を採用しているから、その射程は決して広いものではない。

映り込みに類似する事案として、裁判例では、横浜市内の循環バス路線を走る市営バスの写真を『なかよし絵本シリーズ まちをはしる - はたらくじどうしゃ』の表紙に大きく、内部の1頁に小さく掲げる行為につき、当該バスの車体に描かれた絵画の著作権を侵害することになるのかということが争われた事件がある。東京地判平成 13.7.25 判時 1758 号 1376 頁[はたらくじどうしゃ]は、原作品が一般公衆に開放されている屋外や建造物の場所に恒常的に設置されているものを利用して著作権を侵害しない旨、定める著作権法 46 条<sup>19)</sup>を活用して、侵害を否定した。同条柱書きにいう「恒常的に設置されている」とは、ある程度、長期にわたり継続して不特定多数の者の観覧に供する状態に置くことであると解したうえ、本件バスは特定のイベントのために短期間、運行されるわけではないことに言及したうえ、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作品を描いたことは、美術の著作物を「恒常的に設置」することに当たる、と判示したのである。その際に、一般人の行動の自由という観点に照らせば、不特定多数の者が自由に見ることができる屋外に置かれた美術の著作物は広く公衆が自由に利用しうるとするのが好ましく、ゆえに、ここにいう「設置」とは、不動産や一定の場所に固着されたもの、あるいは一定の場所に固定されたもののような典型例に限定する合理性はない、と理由づけている。そのうえで、判旨は、46 条柱書きに当たる場合でも、もっぱら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、またはその複製物を販売する場合には自由利用の対象外とする同条 4 号該当性の判断に移行し、本件書籍は、幼児向けに写真を用いて町を走る合計 24 種類の自動車を解説する目的で作られており、本件写真の掲載はその目的に照らして格別不自然とはいえず、本件書籍を見る者は、本文で紹介されている各種自動車の一例として本件バスが掲載されているとの印象を受けることを理由に、「専ら」の要件を満たさない旨を説いた<sup>20)</sup>。

46 条の目的は、屋外に置かれているもので誰もが自由にアクセスしうる反面、迂回が困難なものの利用行為に対して権利を及ぼすと、公衆の自由を過度に阻害することになりかねない、というところに求めるべきである。他方で、利用される対象が「恒常的に設置されているもの」でなければ、当該対象が移動した後で撮影したり写生したりすることができるから、それについて著作権が及ぶことを認めても、公衆の自由を過度に阻害するとはまではいえないだろう。そのような要件の趣旨に鑑みれば、自由に移動するバスに描かれた絵画についてまで、「恒常的に設

置されているもの」と認めることは困難といえよう。

しかし、かりに著作権を制限する一般条項が存在したと仮定した場合、利益衡量の問題として、なるほど本件書籍の表紙に関しては、そのような行為までもが著作権侵害を否定されてよいとはおもえないが<sup>21)</sup>、少なくとも内部の頁に小さく本件バ[\*128]スの写真を掲げることについては、映り込み類似の問題としてこれを許容してもよいのではなかろうか。本件の行為につき、46条柱書きに該当すると帰結する判旨の理論構成には、舞台を46条4号に移すことにより、一般条項的に利益衡量を図りうる同号の「専ら」という要件解釈の問題として、侵害の成否を考えることを可能とするというメリットを認めることができるようにおもわれる。しかし、利益衡量を可能とする法律構成としては、後述するように引用に関する32条の活用という方策もありえる。条文の文言上も無理が少ない後者に軍配を上げるべきであろう。

- 15) ただし、当事者の主張や判決の重点はむしろ原告のIDの不正使用疑惑を被告が指摘したことが名誉毀損を構成するのかということにあり、著作権侵害の成否は付随的に触れられているに止まる。
- 16) 田村・前掲著作権法30～40頁参照。この事件で著作物が否定された会話文は、個々の文章は短文のものが多く、その意味で、創作性を否定すべきであるという意見が主張されるかもしれない。しかし、短文のものが多くとはいえ、相当数の一連の文章がそのままのまとまりで再掲載されているのだから、創作性を肯定すべき事案であるようにおもわれる。
- 17) 既に学説では、加戸・前掲281頁が、応接間での有名人のインタビューの際に、背景に絵画作品が架かっており、それがテレビ番組や写真のなかに必然的に混入してくる場合、当該絵画にピントを合わせない限り、著作物の実質的利用には当たらない、という見解を提唱している。
- 18) 詳細は、田村・前掲著作権法96～98頁を参照。
- 19) 田村・前掲著作権法207～212頁。
- 20) なお、本件では、氏名表示権侵害の成否も争われたが、本件書籍の利用の目的、態様に照らし、著作者名を表示しないことにつき、著作者の利益を害するおそれがないとされて、侵害が否定されている。
- 21) 本件絵画は、本件表紙の中心に据えられ、もっとも見る者の目を惹くように見受けられる(本件バスの写真が表紙に掲載されることになった主たる理由もそこにあるのではなかろうか)。かりにこの観察が正しいとすると、被告は本件絵画の美的な価値を少なからず利用していることになるから、この種の行為に著作権を及ぼさないことには創作活動のインセンティブの確保に支障をきたしかねないようにおもわれる。

#### 4. 著作権法に対する時代認識 「第3の波」論

著作権は、物理的には誰もが何処でも何時でもなすことができる著作物の利用行為に人工的に設定された権利であり、もともと一人の者の占有に馴染む有体物に対する権利である所有権と比べて、他人の自由を制約する度合いが強い。何故、このような権利を設定することにしたのかということについては、人が自ら創作したものに権利を有することは当然の理であるとする自然権論と、権利を設定しないと後発者が創作のコストを負担しない分、有利となりすぎ、創作活動が過少となりかねないので、適度な創作意欲を喚起するために権利を設けたのだとするインセンティブ論が対立している。筆者自身は、後者の立場に与しているが<sup>22)</sup>、本稿にとって肝要なことは、いずれの立場を採用したとしても、著作権法が、著作者の利益と利用者の利益を衡量したうえでそのバランスを図る法であるということを前提とする限り、技術や社会の環境の変化に伴い、関係者の利害の構造が変化するにつれて、著作権の権利の範囲も変化しているはずである、ということである。

現在の著作権法は、著作物の複製行為と、公の使用行為の禁止権を柱としている<sup>23)</sup>。このような法制は、著作権法が(日本に限らず欧米を含めて)その骨格を定めた18世紀から19世紀ごろには、著作権者の利益と利用者の利益の調整として合理的なものであったということがで

きる。少なくとも、20 世紀の中頃までは複製技術(e.g. 出版, レコード)を利用するには相当の資本の投下を必要としていたから、複製者の数、複製の数は現在と比べれば飛躍的に少なかった。そのようななかで、複製と公の使用行為を規制する著作権は、主として(私的領域と区別される意味での)公的領域を規律するものでしかなく、そこにおいては、私人の思索の自由、創作の自由を保障するために、著作権の保護範囲がアイデアには及ばないというテーゼを打ち立てておけば(アイデアと表現の区別)、私人の行動の自由を確保することができた。ところが、20 世紀後半を過ぎると、複製技術が一般に普及し、大衆が日々利用可能な技術に変容した。それにつれて、著作権法の複製禁止権中心主義は、これを墨守すれば私人の自由を過度に制約しかねないものに変容したが、他方で、現実には、日々、大量に行われる複製(e.g. 企業内複製)を権利者がチェックすることが困難であるために、その実効性を問われる原理となった。そして、21 世紀を目前にしてインターネットの時代が到来したことにより、公的領域と私的領域が渾然と分かちがたいものに変容したことにより、著作権法のもう一つの柱である公の使用行為規制までもが、私人の自由の領域を確保しうる安全弁たりえなくなったのである。企業内複製とは異なり、検索技術の発達によって、ネット上の著作物の利用状況を監視することは不可能とまではいえないが、逆に、中古のぬいぐるみや書籍のケースのように、単なる法文上の問題ばかりではなく、現実には、著作権と私人の自由が抵触する場面が生じていることに留意しなければならない。

著作権の確立を促した印刷技術の普及を第 1 の波、複製技術の普及を第 2 の波、インターネットの普及を第 3 の波とする著作権法の歴史認識については、既に何度か論じたことがある<sup>24)</sup>。複製者数、複製数が飛躍的に増大し、複製禁止権中心主義の実効性が問われるようになった第 2 の波に対しては、公の貸与禁止権や複製機器媒体に対する[\*129]課金制度(日本法の下では、私的録音録画補償金制度として一部実現)などの方策が模索されてきた<sup>25)</sup>。さらに、コピー管理技術やアクセス管理技術に対する法的な支援は、公の使用行為規制の土台をも揺るがす第 3 の波対策という意味合いもある<sup>26)</sup>。

こうした権利の実効性を確保するための制度設計は、インセンティブ論に立脚する場合、原則として立法の仕事といえることができる。どの程度、著作権に保護を与えて、創作を刺激し、文化の発展を促すのか、ということは、民主的な決定に委ねてよい問題と考えられるからである。憲法論に持ち込むと、インセンティブ論の下では、著作権は、国民が文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、ゆえに、国民の憲法 13 条の幸福追求権を支援するために設けられた制度であると理解されることになる<sup>27)</sup>。国民全般の権利から切り離された特定の個人(e.g. 著作者)の基本的な人権を保障する制度というわけではないから、立法がない場合に、基本的な人権の侵害を理由に司法が介入するという話にはならないものと解される。

自然権論を支持する立場であっても、著作権の保護が拡張されないことにより著作者が被ることになる不利益は、表現の自由<sup>28)</sup>や身体活動の自由の制限に比べれば相対的に小さなものでしかなく、ただちに司法が介入しなければならない必然性を基礎付けることは困難なようにおもわれる。

他方で、技術的な環境が変化するにつれて、著作権法が認めていた著作権による著作物の利用者の自由の制約の意味あいに変質した場合、司法の介入の必要性は大きいといえる。インセンティブ論、自然権論のいずれに与したとしても、コピーやファックスを禁止され表現や身体活動の自由を束縛されてしまうという不利益が、特定の個人の憲法上の基本的な人権に関わるものであることに変わりはないからである。立法による対応がなされないとしても、裁判所には、適切な解釈論を構築することにより、利用者の自由を守ることが望まれよう<sup>29)</sup>。

22) 田村・前掲著作権法 6～8 頁。

23) 田村・前掲著作権法 108～111 頁。

24) 田村善之「効率性・自由・多様性」北大法学論集 53 巻 4 号 1034～1036 頁(2002 年)とそこに引

用した文献を参照。また、Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19, 36-37, 48 (1996)も、著作権法は、non-commercial user = 非営利的利用者、non-institutional user = 非組織的利用者を規律するものではなかったとする。

- 25) 田村・前掲著作権法 124～141 頁。
- 26) 田村・前掲著作権法 141～153 頁、同『不正競争法概説』(第2版・2003年・有斐閣)384～397 頁。なお、サイバースペースでは、技術的にアクセスやコピーをコントロールしうようになる結果、伝統的に著作者に与えられていた保護と公衆の利用のバランスが崩壊するという警告を發し、サイバー外の空間にある種の不完全性を法規範等で人工的に作出する必要がある旨を示唆するものに、ローレンス・レッシング(山形浩生＝柏木亮二訳)『CODE - インターネットの合法・違法・プライバシー』(2001年・翔泳社)219～251 頁。
- 27) 田村善之「競争秩序と民法学」同『競争法の思考形式』(1999年・有斐閣)51～52 頁。
- 28) 松井茂記『インターネットの憲法学』(2003年・岩波書店)254～255 頁参照。
- 29) 明文の規定のないところで著作権を制限する可能性に関しては、従来、パロディを中心に論じられてきた(参照、染野啓子「パロディ保護の現代的課題と理論形成」法律時報 55 卷 7 号(1983年)、加藤ノ前掲、森村進『財産権の理論』(1995年・弘文堂)177～180 頁、同・前掲ロック 256～259 頁、アメリカ合衆国法につき、松平ノ前掲パロディ)。技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性に焦点を当てる本稿は、パロディを検討の対象から外している(パロディに関する筆者の立場については、田村・前掲著作権法 240～244、448～451 頁を参照)。  
また、本稿では著作者人格権の制限について触れていない。これは、以下、本稿で取り上げる具体例の多くが他人の著作物をそのまま利用する行為であるために、同一性保持権侵害の問題を生じえないものであること、そして、氏名表示権についても、利用の目的、態様に照らし著作者の利益を害するおそれがなく公正な慣行にも反しないということで、氏名の不表示に対する権利行使を制限しうるのが殆どであることから、取り立てて論じなかったに過ぎない。デジタル化時代の同一性保持権のあり方に関する筆者に立場については、田村・前掲著作権法 451～452 頁を参照。

## 5. 不可避的な利用 権利濫用論等による処理

解釈論ばかりでなく、立法論を含めて著作権を制限する可能性を探究する場合に、まず衡量しなければならぬことは、著作権の貫徹を認めた場合に、他者が被ることになる自由の制約の度合いである。司法が介入して著作権を制限する必要が肯定されることになる。

その反面、著作権が創作活動に対する適度なインセンティブを付与するために設けられた制度である以上、かりに著作権を制限したと仮定した場合に創作活動のインセンティブに与える影響を無視するわけにはいかない。

判断に際しては、著作物の利用許諾に関し、著作者者と利用者の間で取引をなす市場が成立しているか否かということも考慮要素となる。簡易に利用許諾を得ることができる市場が成立しているのであれば、公衆が被る自由の制約は著しいものとはいいがたいことになる反面、著作者者として[\*130]は著作物の利用から実際に収入を得ることを期待しうる状況にあるので、それが創作活動のインセンティブとして機能している可能性があるからである<sup>30)</sup>。

それでは、次に、立法がなされない状況で、解釈論によりどの程度、著作権を制限しうるかということを探究してみよう。

たとえば、著作権法の制限規定において明文で許容されていない行為が慣行化している場合、その分、当該行為に対する公衆の需要が増大していることを意味するから、それを制限している(かにみえる)著作権の私人の自由に対する制約の度合いも変質しているといえる場合があるだろう。しかし、経済合理的に考えれば、人々がフリーライドに走るのは見やすい道理であるから、もともと著作物の利用行為は慣行化しやすい傾向を内にはらんでいるということが出来る。そして、著作権法は、その制度趣旨に応じて一定限度、フリーライドを制限することを目的としているのだから、フリーライドが慣行したからといって簡単に著作権の制限を認めてし

まうと、著作権法の目的を達成しえないことになる。どの程度、フリーライドを制約し、どの程度、創作活動のインセンティブを設けるのかということは、優れて立法政策の問題といえることができる。

もっとも、司法的な介入により著作権を制限することがありえないというわけではない。特に、社会が新しい技術の便益を享受するために、複製等が不可避となっている場合には著作権を制限する必要性が高い。元来、著作権が文化を発展させ人々を幸福にするために設けられた権利であるとすれば、その著作権が足かせとなって、人々が技術的な進歩の恩恵を享受することに失敗することがあってはならない。場合によっては、著作権という制度の趣旨に反する権利行使ということで、権利濫用の法理により著作権を制限する必要があるだろう。

もちろん、著作権法内に明文がある場合には、それを持ち出せば足りる。たとえば、現行著作権法におけるこの種の制限規定の例として、放送事業者に放送のための一時的な固定を認める44条1項、プログラムの著作物の複製物の媒体の所有者に電子計算機において利用するために必要な複製、翻案を認める47条の2第1項がある<sup>31)</sup>。

明文を欠く例としては、第2の波に関して1.で前述したファックスがある。ファックスは、迅速に画像を送ることを可能とした技術である。ファックス送信前に逐一、著作権者の許諾を必要としていたのでは、瞬時に送信できるという、従来技術である郵送に比した場合のファックスの利点が失われてしまう。その意味で、ファックスの送信について市場は成立していないといえることができる。インセンティブに全く影響がないとはいえないが、一度に1冊の書籍から大量の頁を送るというような行為さえ防いでおけば、著作権者が受ける不利益はさして大きなものにはならないだろう。ファックスという技術的な恩恵を人々が享受することに失敗することのないよう、大量送信の場合を除き、ファックスによる著作物の送信により複製がなされたとしても、複製権侵害の問題を生じないと解すべきだろう。法理としては、人々の身近な身体活動の自由の保障が問題となっているのだから、私的な利用を自由とする著作権法30条1項を類推するか<sup>32)</sup>、あるいは、端的に権利濫用で対処するほかないのかもしれない。

コピー一般の問題として、企業内複製をどのように考えるのか、という問題もある。たとえば、既に部署で購入済みの書籍から現在の企画に関する部分だけをコピーして1冊のファイルにまとめる際に、逐一、著作権者の許諾を要するとしてし[\*131]まうと、迅速にコピーができるという複写機器の普及という技術的な恩恵を人々が享受することを妨げることになる<sup>33)</sup>。複写権センターなどの集中的な権利処理、包括許諾に期待するというのも一案であるが<sup>34)</sup>、全ての文献について集中処理が可能となる権利処理がなされるためには未だ道半ばといったところであろう。そもそも、文献複写機器がこれだけ普及した現在では、会社内の領域についてまで著作権を及ぼしても、実効性はあまりない。もちろん、大量の複写が行われることにより、複製が書籍の売上が減退し、出版社の出版意欲が減退し、著作物の創作活動に支障が生じる事態(既に学術書を中心に、そのような事態が進行中であるようにおもわれるが)は避けるべきであるから、解釈論としては、上述のように著作権者に還流する対価と大きくバランスを失することのないような行為についてのみ、30条1項の類推解釈ないしは権利濫用で対処することにし、さらに、立法論としては、複製自体を現実に即してもう少し自由にできることとし(42条参照)<sup>35)</sup>、その埋め合わせは、文献複写機器に対する課金制度を導入することで著作権者の利益に配慮する方策を採用すべきであろう<sup>36)</sup>。

第3の波に関しては、たとえば、インターネット上の文章、画像のダウンロードやプリントアウトの適法性如何という問題がある<sup>37)</sup>。私的複製であれば、コピープロテクションが掛かっていない限り(30条2項参照)、30条1項の適用を受けうるが、ここにも企業内複製の問題が登場する。黙示の同意論が通用する場面が多いとおもわれるが、ネット上の文章、画像が他者の著作権を侵害していたときの処理に窮することになる。やはり、ここは大量複製が絡まない限り、30条1項の類推や権利濫用で対処するほかないだろう。



次に、インターネットの検索エンジンに関わる問題を取り上げよう。検索エンジンのなかには、大量のウェブページをいったん検索用のサーバー内に取り込んで保存し、キーワードを拾って、検索可能なデータベースを構築するという方式を採用しているものが少なくない。この場合、検索用のサーバーにウェブページを保存した段階で、著作権法上、複製が行われていることになる<sup>38)</sup>。もちろん、ウェブサイトの開設者の大半は、検索エンジンに利用されることにより自らのサイトを訪れる者が増えることを望んでいると考えられるから、彼らが権利を有している著作物に関する限り、検索用のサーバーに保存される行為について黙示的な承諾があると評価しうる場合がほとんどであろうが、無断で他人の著作物が掲載されているページについてはこの議論は成り立たない。検索用のサーバーには、不可避免的に著作権を侵害するページも保存されることになるが、現行の著作権法上、検索用にページを保存する行為を免責する明文の規定は存在しない。しかし、インターネットを効率的に利用するためには各種の検索エンジンを活用することが不可欠である。他面、検索用のサーバーに著作物が保存される行為から対価を徴収した著作者はこれまで(おそらく)皆無に近く、これを著作権侵害から免責したところで、創作活動のインセンティブが過少になるとはおもえない。市場を成立させようにも、逐一、検索をかける前に著作権者の許諾を必要としていたのでは迅速な検索をかけることが不可能になり、瞬時に膨大な情報量の追加変更がなされるインターネットに対応しえなくなって検索サービスの価値が著しく減殺されることになる。条文上の手掛かりがないとしても、かりに検索用サーバーに権利行使をする著作権者が出現した場合、著作権の権利濫用に[\*132]該当するというべきだろう。

キャッシングの取扱いも難問である。キャッシングとは、受信者側のサーバーで、受信時間を削減するために一度受信したデータをハード・ディスクに一定時間蓄積し、当該時間中、同一ファイルにネットワーク内のユーザーからリクエストがあった場合には、送信元を再度呼び出すことなく、蓄積したデータをユーザーに送信するシステムのことを指す。ユーザーのパソコン内でやはり通信時間削減や通信不能時の予備用に自動的にハード・ディスクにデータを蓄積するシステムも、キャッシングと呼ばれる。物理的には複製に該当し、くわえてネットワーク内の多数の者の利用のために蓄積すると、送信可能化権や公衆送信権とも抵触しうるのだが、キャッシングには、通信の混雑を解消させ、インターネット全体の運用を効率化するという側面があることを見逃してはならず、逐一、権利者の許諾が必要であると解することにより、キャッシングのシステムを崩壊させる結論はかえって著作物の普及の促進という著作権法の趣旨に悖ることになる。かといって、一時的複製の議論<sup>39)</sup>の拡張で侵害を否定してしまうと、他方で、蓄積時間の長さ、送信元が送信回数に応じて課金する体制を敷いている場合には、キャッシングをなすネットワークの規模の大きさによっては、権利者の側が所期の料金を徴収しえなくなるという問題が生じてしまう<sup>40)</sup>。ゆえに解釈論としては、複製、送信可能化、公衆送信に該当すると解しつつ、キャッシングが流布している以上、常識的な時間内であれば黙示の承諾の範囲内ということで侵害を否定するほかないだろう。もっとも、送信元の承諾を擬するだけでは、例の如く、当初から送信元に著作権を侵害するファイルがアップロードされていた場合の処理に窮する。しかし、検索エンジンに比すると、キャッシングはインターネットに必要不可欠とまではいえないから、権利濫用に断ずるのは行き過ぎであろう。したがって、合理的な作業で問題のファイルを特定しうるのであれば、真の著作権者からの差止請求に服する義務を認めることにし(技術的、経済的に困難であれば執行段階で差止義務の違反を否定する)、損害賠償責任に関しては故意、過失を否定するという取扱いをなすことで対処するしかない<sup>41)</sup>。

- 30) 衡量の際には、著作権侵害を肯定した場合、救済手段として差止請求まで認めるのか、それとも損害賠償請求に止めるのかという問題も視野に入れる必要がある。一般的には、前者のほうが自由の制約が高く、後者のほうが低い。パロディなど独自の創作的な表現が関わっている場合には、差止めにより独自の表現ができなくなる利用者本人や、当該独自創作物に接することのでき

なくなる公衆の受ける不利益は無視しえない。もっとも、インターネットの分野では、問題のファイルを削除することは一挙手一投足でなしうることであるために差止請求に服することは容易であるが、かえって、金銭的な支払いを余儀なくされる損害賠償のほうが経済的な負担としては重くなるという事態も想定しうる。たとえば、プロヴァイダーの責任論につき、田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同『市場・自由・知的財産』(近刊・有斐閣)参照。

ともあれ、本文で検討する例のほとんどが、損害賠償という事後的な補償という形であるにせよ、著作物の利用から受ける便益に比して著作権者との交渉コストが相対的に高つく例であり、差止めと損害賠償とを分けて検討する意義に乏しいために、以下では、両者を区別して論じることをしていない。

- 31) 田村・前掲著作権法 216～220・223～226 頁参照。
- 32) 田村・前掲著作権法 200 頁も参照。
- 33) 複写技術なしに同様の効果を達成しようとすると、書籍を複数購入して切り抜く必要が生じるが、無駄になる頁が大量に発生するから、それこそ資源の無駄遣いというものだろう。
- 34) 加戸・前掲 226 頁。
- 35) 加戸・前掲 226 頁も、正面切って著作権が制限されるとはいいがたいものがあるとしながらも、企業内で大量に複製が行われている現実と法文に乖離があることは認めている。
- 36) 田村・前掲著作権法 200 頁。複製機器媒体に対する課金制度として、日本の著作権法が用意しているのは、所定のデジタルの録音録画機器媒体に対する私的録音録画補償金制度のみであり、文献複写や企業内複製は未だ視野に入れられていない。田村・前掲著作権法 131～141 頁。
- 37) ダウンロード等をなしえなくとも、閲覧は可能であることから、これらの行為を「不可避」と分類することには異論があるかもしれないが、本文の分類は相互に截然と分かれていなければならないものではなく、要は、衡量の際に不可避の程度を斟酌すればよいだけの話である。
- 38) コンピュータの RAM 内に一時的に複製する行為が著作権法上、複製に該当するかという論点があるが(田村・前掲著作権法 118～121 頁)、本文の叙述は相当長期間、ページを保存する検索エンジンを念頭に置いている。
- 39) 前注参照。
- 40) 栗田隆「著作権法からみた World Wide Web」『知的財産の法的保護』(1997 年・関西大学法学研究所)268 頁。
- 41) アメリカ合衆国法の立法的解決につき、田村 / 前掲責任主体参照。

## 6. 慣行的な利用 明文の制限規定の活用と黙示の同意論による対処

技術の恩恵を享受するのに複製等が不可避とまでいえない技術に関してはどうか。

この場合、不可避とまではいえない以上、著作権による制限を続けた場合に私人が被る不利益と、逆に著作権の行使を否定した場合に著作権者が被る不利益との衡量が必要となり、それは原則として立法の課題であることは前述した。

もっとも、第 1 に、当然のことながら明文の著作権の制限規定に関わる場合には、立法的な判断がそこでなされているわけであるから、問題の利用に関してその立法の趣旨を推し及ぼすことができるのであれば、当該条文を適用ないし類推適用すべきである。また、第 2 に、著作物の利用行為が単に利用者間で慣行化しているというだけでなく、ほとんどの著作権者も当該慣行があることを前提にしている場合には、別論が成り立ちうる。そのような利用行為に対して権利行使をしないことを前提に創作活動が行われているとすれば、インセンティブに与える影響を無視しえるからである。この場面では、黙示の同意理論で対処することとし、かりに、著作権者の被る不利益が大きい場合には黙示の同意など存在しえない、という形でその限界付けを図れば足りるようにおもわれる。

コピーペイストを例にとろう。

個人間のメールを他の個人間のメールにはりつけること自体は問題視しないというのが、一般的な意識といえようか。黙示の同意で処理しうる場合がほとんどであろう。他人の著作物が

無断で利用されていた箇所をコピーした場合には問題が残るとしても、著作権者に与える不利益はさほど大きなものにはならないだろう。くわえて、個人間のメールについては、大量に一斉送信される場合を除けば、たとえ業務上のやりとりであったとしても、後述する32条を持ち出すまでもなく、未だ私的領域の枠を脱していないと理解して30条1項を適用することができるのではなかろうか<sup>42)</sup>。

[\*133]

しかし、個人間のメールをコピーしてインターネット上のウェブページに貼付することまでも許容する必要はないだろう。その種のコピーペイトが慣行化しているわけではなく、これを認めなければ私人の自由を過度に制約するということにはならないと考えられるからである。インターネットのウェブページ上の文章、画像をコピーして、やはりウェブページ上に再掲載する行為はどうか。

関連判決としては、先に紹介した東京地判平成9.12.22判時1637号66頁[PC-VAN OLT名誉毀損]がある。前述したように、この事件で問題とされた文章は短文が多く、裁判所は日常会話と特段異なるところがなく、文芸、学術の範囲に属しないとして著作物性を否定しているのであるが、長文である等のために創作性を充足することに疑義がなかったり、「日常の会話」と異なるものであって判旨の論法の下でも著作物性を肯定せざるを得ない文章であったとしても、被告の行為は、その目的の正当性ととも、パソコン通信網上で不特定多数の人間がアクセスし記録しうる環境で交わされた会話であったことを加味すれば、当事者固有の事情に着目した個別的な法理としての権利濫用論<sup>43)</sup>によりその違法性を阻却しやすい事件であったということができる。

しかし、この事件でこれほどの正当な目的が必要とされるのは、何といたっても権利者自身が明示的に著作物の再利用を拒んでいたという事情があるからである。そして、一般論をいえば、この事件ほどの正当な目的がなくとも侵害を否定すべきであろう。短い文章であれば問題視しないというのが、ネット上の慣行となっているように見受けられるからである。慣行化している分、黙示の同意論を適用しうる範囲も多いとおもわれる。もっとも、ウェブ上で公に公開するものであって公衆送信まで行っている以上、さすがに私的複製に関する30条1項を類推することは困難であろうが、短文のコピーペイトについては32条の引用の枠内で解決すれば足りるのではなかろうか。32条該当性については、最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁[パロディ第一次上告審]が、明瞭区別性、附従性という要件を打ち立てている<sup>44)</sup>。BBSなどでは、ポスティング一つ一つを取り出してみると、コメントが皆無であるとか僅少である等の理由で、の要件の充足性に疑義を生じることもありえようが、当該ポスティングを含むBBS全体の一連の文脈でみれば、の要件を満たしていると判断しうる場合が多いであろう。逆にそれでも疑義があり、また黙示の同意論の適用も困難であるという場合には、著作権侵害を認めたとしても過度に私人の自由を害するということにはならないと考える。そもそも、32条には、「公正な慣行に合致するものであり」「引用の目的上、正当な範囲内で行われるものでなければならぬ」という要件が定められているだけなのであるから、過度に前掲最判[パロディ第一次上告審]の定立した要件に振り回される必要はない<sup>45)</sup>。この事件では、写真集や広告用カレンダーに掲載された写真を、写真集や週刊誌に掲載したという行為が問題となったに止まる。複製技術や送信技術が進歩し、公衆が公衆送信レベルで容易になしうるようになったコピーペイトについては、最高裁の関知するところではないはずである。

他方で、長文や画像、映像の場合には、これがウェブページに掲載されてしまった場合の著作権者が被る不利益を無視することはできない。32条の引用の要件を満たさない限り、著作権侵害に該当するといわざるをえないだろう。

また、短文であっても、インターネットの外の公の世界に持ち出す(e.g. 書籍への掲載)となると話がわりうる。裁判例では、インターネット上の電子掲示板へ投稿された文章を、掲示板の管理者が書籍に転載したという事件で、著作権侵害を肯定した判決がある(東京地判平成

14.4.15 判時 1792 号 129 頁[世界極上ホテル術]。問題の電子掲示板は、被告が管理する「ホテルジャンキーズ」という名称のウェブサイト内の「サロン・ドゥ・ホテル・ジャンキーズ」という名称の掲示板であり、主としてホテルや観光に関する質問と回答などが掲載されている(投稿はハンドルネームでなされることが多く、実名が用いられることは稀である)。被[\*134]告らは、この掲示板への投稿の一部を転載して編集し、『世界極上ホテル術』という書籍を作成し、出版した。裁判所は、著作権侵害を肯定する際、暗黙の了解の存在や権利濫用の成立を否定している。

ネット上での再掲載と異なり、書籍の販売は未だに一挙手一投足でなしうるものではなく、これを著作権で規律しても、私人の自由の過度の制約ということとはできないからである。このように解したところで、電子掲示板に将来、無償で書籍に利用することがあることを予め明示されているなどの対策が施されていた場合には、著作物の利用許諾の成立を認めることができるのだから、さしたる不都合はないと考える。もちろん、明示条項を見ていなかった者の投稿に関しては利用許諾を認めることは困難かもしれないが、大半の投稿者が気がつく態様で明示されていた場合には、出版につき過失を否定することができ、差止めに関しても権利濫用を活用して対処すべきだろう。いずれにせよ、前掲東京地判[世界極上ホテル術]は、あくまでも書籍への転載について著作権侵害を肯定したに過ぎず、暗黙の了解や権利濫用に関する判旨の射程はネット上での再掲載についてまで及ぶものではないと解することができよう。

最近では、MP3 という圧縮技術を活用し、私人間で音楽等のファイルを交換することが可能となっている(Peer-to-Peer という)。アメリカ合衆国では、ユーザー間の音楽ファイルの交換を促進していた Napster 社のサービスに対して、レコード会社の著作権<sup>46)</sup>に基づく仮処分的差止命令が認められるという事件があった<sup>47)</sup>。日本においても、類似のサービスに対して日本音楽著作権連盟(JASRAC)と日本レコード協会が申し立てた仮処分事件で、やはり差止めが認められるという事件があり<sup>48)</sup>、その本案でも著作権および著作隣接権の侵害であることを肯定する中間判決が下されている<sup>49)</sup>。立法論として考えれば、世界中のインターネット・ユーザーのパソコンとファイルを共有できるということは、一昔前では考えられなかった夢のような話なのであって、それを否定することは技術的な進歩の利用を妨げることでしかない。著作権法をして、技術的に時代遅れになりつつあるメディアの既得権益を維持するための道具に貶めることは避けなければならない<sup>50)</sup>。著作権法の究極的な目標が、著作物の創作活動を刺激することによって著作物の普及を促すところにあるならば、その目的を実現しうよう、技術や社会の環境の変化に合わせて著作権法も変化していく必要がある。しかし、著作権者に与える不利益を無視しえない現状では<sup>51)</sup>、その埋め合わせを図る方策との抱き合わせなど、立法による解決が必要であり、少なくとも裁判所限りの判断で著作権を制限することには慎重であって然るべきであろう。

[\*135]

利用の際に著作物が付随的に混入する場合に、著作権の権利行使を認めるのかという問題がある。そのうち、写真技術が誕生した時から存在する古くて新しい問題である映り込みについては前述したので、ここでは、インターネット上における中古品のオークションの例をとりあげよう。

ネット上のオークションの隆盛は、誰もが公衆に向けて情報を伝達しうようになったというインターネットの特質に預かるところが大きいといえよう。オークションの際には、中古品の現在の状態を示すために、その写真を掲載することがある。この場合、被写体がぬいぐるみであったり、書籍の表紙であったとすると、ぬいぐるみの著作権者や表紙の著作権者からオークションのサイトを管理するプロヴァイダーにクレームが来ることがあるという。

たしかに、著作権法の条文上は、著作物の写真をネット上に流す行為は、公衆送信禁止権を侵害することになる。そもそも、サーバーに蓄積するために写真をファイルにしたり、あるいは当初からその目的で写真を撮影した場合には、私的使用目的を欠くから、その時点から複

製禁止権を侵害するということになりかねない。そして、著作権を侵害するという解釈を採用する限り、警告を受けたプロバイダーがプロバイダー責任制限法により免責されるわけではない。差止請求権については、同法の射程外であり、損害賠償責任についても、問題の情報の流通を知っており、権利侵害を知ることができた相当な理由がある場合には、プロバイダーが免責されることはないからである(同法3条1項)。

しかし、写真の掲載は、商品を手にとることができないために買い手に不安が残るというネット上の中古品販売の弱点を一部、克服することに資する。反面、写真の掲載により著作権者にどのような不利益が発生するのかは定かではない。中古品が著作物の複製物であるとしても、複製物が権利者自身か、その許諾を得た者により譲渡されたものである場合には、譲渡禁止権は消尽するから(著作権法26条の2第2項1号・3号)、その譲渡に対して著作権が及ぶわけではない<sup>52)</sup>。そして、素人の撮影したその種の写真が、著作権者が対価を収受している著作物の利用の市場(e.g. 漫画やアニメ、写真集など)を直接浸食するとは考えにくい。そして、オークションにおける写真の掲載から対価を得ることを前提に創作活動を行っている者を想定することは困難であろう。そうだとすると、この場合、著作権を制限することを認めてよいのではなかろうか。

根拠となる条文としては、著作権法32条の引用に当たると理解すれば足りるだろう。前述したように、前掲最判[第一次パロディ上告審]が提唱する附従性の要件は、インターネットを想定して打ち立てられたものではない。32条の条文上は、「公正な慣行」と「目的上正当の範囲」が要求されているに止まる。中古品のオークションで、ぬいぐるみを販売する際にその写真を掲載したり、書籍を販売する際にその表紙を掲載する行為であれば、この要件を満足すると理解できよう。32条は目的の例示として「報道、批評、研究」を挙げるが、条文の構造上、これはあくまで例示に止まる。立法当時、インターネットによる売買が行われていたわけでもない。売買のために写真を掲載することについて、32条に例示された目的が当てはまりそうにないことに拘泥する必要はないのではなかろうか。もちろん、ネットで売買されているデジタル写真に匹敵するデータ量の画像を掲載したり、表紙に止まらず多数の頁の写真を掲載したりすれば、インセンティブに与える影響を無視しえないが、その場合には「公正な慣行」や「正当な範囲」を逸脱するということが著作権侵害を肯定すれば足りるであろう。

さらにいえば、中古品の販売に限らず、これらの商品を販売する際に、どのようなぬいぐるみであるのか、あるいはどのような書籍であるのかということが一瞥で分かるように写真を掲載する行為については、一般的に32条を活用して著作権を制限してよいようにおもわれる。店頭取引に対するネットの取引の弱点を克服するという意味では、写真の掲載に正当性を認めることができるようにおもわれるからである。もちろん、新品の販売業者は、中古品の販売者と比べれば、相対的には数が少なく、著作権者から許諾を得れば済む(その意味で市場が成立している)という考え方にも一定の合理性があるが、この程度の利用に対してそこまでして保護しなければならぬインセンティブ問題が著作権者に生じるのか、疑問を禁じえないところである。

- 42) 別途、プライバシー侵害など、著作権侵害とは別の側面で違法となる場合がある。
- 43) 当事者固有の事情を離れ、著作権という制度の趣旨に一般的に反することを理由として権利濫用と認める5.のタイプとは様相を異にすることに注意。
- 44) 田村・前掲著作権法240～246頁参照。
- 45) 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』(半田正夫古稀・2003年・法学書院)。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)も参照。
- 46) 日本では著作隣接権者となるに止まるレコード製作者も、アメリカ合衆国では著作権者として扱われる。
- 47) A&M Records v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), A&M Records, Inc. v. Napster,

- Inc., 2001 U.S. Dist. LEXIS 2186 (N.D.Cal. 2001). 芹澤英明「インターネット上のファイル共有とアメリカ著作権法」コピライト 489 号(2002 年)参照。
- 48) 東京地決平成 14.4.9 判時 1780 号 25 頁[ファイルローグ著作隣接権仮処分], 東京地決平成 14.4.11 判時 1780 号 25 頁[ファイルローグ著作権仮処分]。
- 49) 東京地判平成 15.1.29 平成 14(ワ)4237 号[ファイルローグ著作権本案], 東京地判平成 15.1.29 平成 14(ワ)4249 号[ファイルローグ著作隣接権本案]。
- たとえば, 1992 年の Audio Home Recording Act による改正により, デジタルの連続コピーを防止することを可能とする SCMS (Serial Copy Management System)を装備しない家庭内デジタル録音装置の輸入, 製造, 頒布が禁止されてしまったこと(辻田芳幸「アメリカにおける情報の自由流通とコピー・ライト」企業法研究 12 号 221 頁(2000 年)参照)も, 音質の劣化が(ほとんど)ない連続コピーという技術の進歩の便益を社会が享受することに失敗した例の一つである。Ariel B. Taitz, *Removing Road Blocks Along the Information Superhighway: Facilitating the Dissemination of New Technology by Changing the Law of Contributory Copyright Infringement*, 64 GEO. WASH. L. REV. 133, 134-135, 144-148, 161 (1995). もっとも, 同論文は, 著作権者の圧力により同じ轍を踏むことを防ぐためには, 権利を強化しなければならないという方向に論旨を展開する。田村ノ前掲責任主体の紹介を参照。
- 50) Litman, supra note 24, at 26-27.
- 51) Napster のようなハブとなるサイトを要することなく, MP3 ファイルを交換することができる技術も既に普及しており(グヌーテラなど), ハブを叩けば済むわけではない点でより大きな脅威となっている。アメリカ合衆国の最近の裁判例の動向につき, 作花文雄「非中央管理型 P2P ソフトの提供者の法的責任」コピライト 508 号(2003 年)。もっとも, ハブがなくても末端のユーザーのハード・ディスク内の MP3 ファイルを検索しうるということは, 個々の送信可能化行為を探知しうることを意味しており, プロテクションと抱き合わせで集団的かつ自動の権利処理のシステムを構築すれば, (隣接権者はともかくとして)少なくとも著作権者にとっては問題は一挙に解決するかもしれない。
- 52) 田村・前掲著作権法 154 ~ 155 頁。