

GLOCOM Discussion Paper Series

18-003

Center for Global Communications, International University of Japan

改正著作権法は AI・IoT 時代に対応できるのか？ —米国の新技術関連フェアユース判決を題材として—

城所岩生

国際大学 GLOCOM 客員教授／ニューヨーク州・ワシントン DC 弁護士

GLOCOM
国際大学グローバル・コミュニケーション・センター

<http://www.glocom.ac.jp/>

2018 年 8 月 28 日発行 (No.11, 18-003)

発行人 前川徹

編集長 山口真一

編集委員 高木聡一郎 豊福晋平 庄司昌彦 Tuukka TOIVONEN 小林奈穂 青木志保子

編集 安藤久美子 小島安紀子 武田友希

発行所 国際大学グローバル・コミュニケーション・センター

〒106-0032 東京都港区六本木 6-15-21 ハークス六本木ビル 2 階

Tel : 03-5411-6677 FAX : 03-5412-7111

URL : <http://www.glocom.ac.jp/>

本論文は著者の見解に基づくものであり、国際大学グローバル・コミュニケーション・センターとしての公式見解を示すものではありません。

城所岩生（国際大学 GLOCOM 客員教授／ニューヨーク州・ワシントン DC 弁護士）

要旨

2019 年 1 月から施行される改正著作権法の最大の目玉は、「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定の整備」であるが、新設される柔軟な権利制限規定によって合法化されるサービスのほとんどは、米国ではかなり以前から合法化されている。この差をもたらすのが著作物の利用に配慮した著作権法の権利制限規定。わが国の著作権法はこの権利制限規定を個別具体的に定めているが、アメリカでは権利制限の一般規定として利用目的が公正（フェア）であれば、著作者の許可がなくても著作物を利用できるフェアユース規定を採用している（以上 1）。

時代の変化に柔軟に対応できるフェアユース規定の解釈によって、米国の裁判所は新技術・新サービスにフェアユースを認める判決を下してきた（2）。必要の都度、個別権利制限規定を追加する方式では、IOT や第 4 次産業革命など新たなデジタル技術の発展に追いつけないため、改正著作権法は三つの柔軟な権利制限規定を新設した（3）。これらの条文によって可能となるサービスは、米国ではすでにフェアユースが認められたサービスで、しかも、フェアユース規定をバックにサービス開始した米企業に日本市場まで制圧されてしまったサービスである。このように 10 年先取りするどころか 10 年後追いつく法改正で AI・IoT 時代に対応できるのかは疑問である（4）。

こうした後追いの対症療法的改正に終始するところに、権利者の利益代表委員が半数を占める審議会でコンセンサスを得なければならない政府立法の限界がある（5）。自民党はより前向きな提言をしていて、その提言を反映していない文化庁の改正案を了承する際に党内でも激論となった。このため衆参両院とも「著作権制度の適切な見直しを進めること」という附帯決議を付けられたが、政府立法による見直しが進まないようであれば議員立法による見直しも視野に入れるべきである（6）。

キーワード

フェアユース、柔軟な権利制限規定、リバーズ・エンジニアリング、書籍検索サービス、番組検索サービス、論文剽窃検証サービス、日本版フェアユース、政府立法、議員立法

1. はじめに

改正著作権法が 2018 年の通常国会で成立し、2019 年 1 月から施行される。今回の改正の最大の目玉は「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定の整備」である。しかし、新設される柔軟な権利制限規定によって合法化されるサービスのほとんどは、米国ではかなり以前から合法化されている（図表 1 参照）。

図表 1 新技術・新サービス関連サービス合法化の日米比較

サービス名	米国でのサービス開始	米国でのフェアユース判決	日本での合法化（施行年） ＝ サービス可能化
リバース・エンジニアリング	1970 年代*	1992 年	2019 年
論文剽窃検証サービス	1998 年	2009 年	2019 年
書籍検索サービス	2004 年	2013 年	2019 年
（参考）画像検索サービス	1990 年代*	2003 年	2010 年
（参考）文書検索サービス	1990 年	2006 年	2010 年

*裁判例から推定した。

この差をもたらすのが著作権法の権利制限規定である。著作権法は著作物の保護と利用のバランスを図ることを目的としている。著作物の利用には著作権者の許可を要求して保護する一方、許可がなくても利用できる権利制限規定を設けて利用者に配慮している。わが国の著作権法はこの権利制限規定を私的使用、引用など一つひとつ具体的な事例を挙げている。

対して、アメリカではどの事例にも使える権利制限の一般規定あるいは包括規定としてフェアユース規定を採用している。フェアユース規定とは、利用目的が公正（フェア）であれば、著作権者の許可がなくても著作物を利用できる規定のこと。フェアな利用であるかどうかは、「利用目的」「利用される著作物の市場に与える影響（市場を奪わないか）」などの 4 要素を総合的に見た上で判断する。合法化されないとサービス開始できない日本と比較すると、合法化時点で平均して 10 年近く、サービス開始時点では平均 20 年以上の差がついたことになる。

ここで注目すべきは個別規定方式では権利制限規定が設けられて合法化されるまではサービスが提供できないのに対して、一般規定方式ではフェアユースが認められると判断すれば、見切り発車でサービスを開始できる点である。権利者から訴えられて、フェアユースの抗弁が認められないリスクを取ることになるが、フェアユースの主張が認められれば、勝者総取り（Winners Take All）のネットビジネスの世界、先行者リターンも大きい。このため、図表 1 のとおり、先行企業はフェアユース判決が確定する約 10 年前にはサービスを開始している。

個別規定方式では IoT・ビッグデータ・人工知能などの技術革新による「第 4 次産業革命」の時代に追いつけないとの指摘があったため、環境変化に対応した著作物利用の円滑化を図り、新しいイノベーションを促進するため、知的財産推進計画 2016 が「柔軟性のある権利制限規定」についての検討を提案。これを受けて文化庁が検討した柔軟な権利制限規定を盛り込んだ著作権法改正案が国会で承認された。

本稿ではこの改正著作権法で果たして AI・IoT 時代に追いついていけるのかを検証したい。

2. 米国の新技術・新サービス関連判決

2.1 フェアユース規定

米国著作権法第 107 条はフェアユースについて、次のように定める¹。

批評、解説、ニュース報道、教授、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェアユースは、著作権の侵害とならない。著作物の利用が公正利用となるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

「・・・批評、解説、ニュース報道、教授（教室における複数のコピーを作成する行為を含む）、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェアユースは、著作権の侵害とならない。著作物の利用がフェアユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む」。

- (1) 利用の目的および性質（利用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的を含む）
- (2) 著作権のある著作物の性質
- (3) 著作権のある著作物全体との関連における利用された部分の量および実質性
- (4) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する利用の影響

「批評、解説、ニュース報道、教授、研究または調査等を目的とする」とあるように「等」が入っているので、これらの目的以外でも以下の 4 要素を考慮して、フェアユースにあたると判定されれば、著作権者の許諾なしに利用できる。

4 要素の中でも米国の裁判所が重視するのが、(1) 利用の目的および性質と(4) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する利用の影響、言い換えると原著物の市場を奪うか否かである。米最高裁の代表的な著作権判例に 1984 年の Sony 判決がある。ビデオ録画機ベータマックスを販売した米 Sony を映画会社が訴えた。米国には日本の著作権法第 30 条に相当する、私的複製を認める個別の権利制限規定はない。このため、Sony は VTR 購入者が昼間のテレビ番組を録画しておいて夜視聴する、つまり「タイムシフティング」（視聴時間の移動）するためなので、フェアユースに当たるとした主張した。1984 年、米最高裁はこれを認める判決を下した²。

Sony 判決は第 1 要素の判定にあたっては、条文のカッコ内にある「利用が商業性を有するか」を重視した。1994 年、米最高裁は Roy Orbison の “Oh, Pretty Woman” をラップ化した “Pretty Woman” の著作権侵害が争われた Campbell 事件で、作品が変容的 (transformative) であれば、商業的など他の要因の重要性は軽減されるとして、第 1 要素の判定でフェアユースに有利とし、残る 3 要素も加えた総合判定でフェアユースを認定した³。この判決はパロディにフェアユースを認める判決だったが、営利目的でも原作品を変容していれば、言い換えれば、「別の作品」になっていれば侵害を認めない方向に、その後の判例の流れを変えた画期的な判決で、新技術・新サービスにとっても追い風となる判決だった。

2.2 リバース・エンジニアリング

他社の製品を解析し、そこから技術を習得する、リバース・エンジニアリングという手

¹ 47 U.S.C. §107.

² *Sony Corp. v. Universal Studios Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

³ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

法がある。通常のエンジニアリングでは、技術から製品が生まれるが、製品から技術を抽出しようとするためにリバース・エンジニアリング（以下、本節では RE）と呼ばれている。RE は技術の発展には必要なので、特許法や実用新案法では認められている。ただし、入手した情報で模倣製品を製造・販売することは特許権の侵害となる。コンピュータ・プログラムの RE については、プログラムの調査・解析を行う課程で複製・翻案を伴う場合があり、そうした行為が複製権侵害、翻案権侵害にあたらないかが問題となる。

米国では 1992 年に RE がフェアユースであるとする 2 件の第 9 巡回区控訴裁判所（以下、巡回区控訴裁判所は「控裁」）判決が出た⁴。日本でも 1990 年代に合法化するための著作権法改正の動きがあったが、米コンピュータ企業の反対で、外圧によって阻止された⁵。2 件の訴訟のうち 1 件は Sega と Accolade の間で争われ、もう 1 件は Atari と Nintendo の間で争われた。Sega/Nintendo はゲーム機器とゲームソフトの入ったカートリッジを開発・販売した。Accolade/Atari は Sega/Nintendo のプログラムを RE して、Sega/Nintendo のゲーム機で利用できるゲームを開発・販売した。Sega/Nintendo は RE のためのプログラムの複製が複製権侵害であるとして訴えた。Accolade/Atari はフェアユースであると抗弁した。

サンフランシスコの第 9 控裁は Accolade/Atari の抗弁を認め、RE はフェアユースであるとした。特に Accolade v. Sega 判決は、公共の利益の観点から、RE をフェアユースと認定したので、同判決を紹介する。

(1)利用の目的および性格

Accolade の行った複製は中間的なもので、営利的利用は間接的である。Accolade が Sega のプログラムを複製した直接の目的は Accolade の開発したゲームソフトを Sega 製品でも使えるようにするという機能的要請を解明するものであり、Accolade としては複製して、逆アセンブルする以外方法がなかった。

社会的利益も考慮する必要がある、Accolade が相互運用性を確保するために Sega 製品の機能上の要件を解析することは、Sega 製品で利用できるビデオ・ゲームのプログラム数の増加につながる。Accolade が相互運用性を確保するために Sega 製品の機能を解析することは、Sega 製品で利用できるビデオ・ゲームのプログラム数の増加につながる。他人の創作や創作に含まれる、著作権で保護されないアイデアが広まることによって、新たな創作が増えること、それこそがまさに著作権法が促進しようとしていることである。以上からフェアユースに有利である。

解説: 上記 2.1 のとおり、最高裁は 1994 年の Campbell 判決で、作品が変容的(transformative)であれば、商業的など他の要因の重要性は軽減されるとして、第 1 要素の判定でフェアユースに有利とした。その 2 年前の本判決で、ゲームソフトの開発は確かに営利目的だが、その商業的利用が途中段階での中間的な複製にすぎず、商業的な重要性は少ないとしてフェアユースに有利とした。第 1 要素の判断で利用の商業的性格をそれほど重視しない流れはすでに出ていたわけである。

(2)原作品の性質

著作権法の保護は著作物の根底にあるアイデアや著作物の機能的側面や事実には及ばない。コンピュータ・プログラムは本質的には仕事を達成するための実

⁴ Atari Games Corp v. Nintendo of America Inc., 975 F.2d 832 (Fed.Cir.1992).
Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

⁵ 巻末参考文献 城所岩生 (2016)、166-167 ページ。

用品である。Sega 製品のオブジェクトコードを逆アセンブルすることは Accolade 製品との相互運用を可能にするために必要な機能的要件を解明するために必要不可欠である。オブジェクトコードは人間には読めないため、逆アセンブルする必要がある、逆アセンブルするためには複製する必要がある。もし、逆アセンブルそれ自体がフェアユースでないとしたら著作権者は自分の著作物の機能的な部分を事実上独占することになる。以上からフェアユースに有利である。

(3)利用された部分の量および質

Accolade が Sega のプログラム全体を複製したことは Accolade にとって不利に働くが、全部を複製した事実がフェアユースの認定を排除するものではない。実際、本件のように（直接的な利用ではなく）究極的な利用が限定されている場合はこの要素は重要ではない。以上からフェアユースに若干不利である。

(4)原作品の潜在的市場に与える影響

独自の創造物を作成するための著作物の複製と他人の創作物をそのまま利用するための複製とは区別しなければならない点で(1)とも密接に関係する。Accolade は Sega のゲームを利用しようとしたわけではなく、Sega の合法的な競争相手になろうとしたにすぎない。競争相手が参入できないようにして市場を独占することは創造的表現を奨励する著作権法の目的に反するし、フェアユースの主張に対する強力な反論にはならない。Sega に若干経済的損失を被らせたとしてもフェアユースに有利である。

以上、(1),(2),(4) がフェアユースに有利、(3)がフェアユースに若干不利なので、フェアユースが成立するとした。さらに裁判所は「こうした結論が伝統的な考え方と一見調和しないことも十分認識している」とことわった上で、以下のように付け加えた。

Accolade は競合製品を開発する最初のステップとして Sega が著作権を持つコードを丸ごと複製した。しかし、このケースのポイントは、著作権法にとっては未知の分野であるコンピュータ・ソフトについてのケースである点にある。われわれは丸い穴に四角い釘を打ちこむことは避けなければならない。

解説：米国の判例を読んでいると、新しい技術を育てようとする姿勢が伝わってくる判決文に遭遇することが珍しくない。筆者がアメリカに駐在していたころ読んだある判決に「著作権法は古いビジネスモデルを守るためにあるのではない」という一文があった。Accolade 判決からも、まだ海のものとも山のものともわからないうちから、新しい技術の芽をつみとってしまうことは避けたいという裁判所の姿勢が伝わってくる。

2.3 画像検索サービス

2003 年、第 9 控裁は画像検索エンジンによる検索結果のサムネイル (thumbnail) 表示はフェアユースにあたるとした⁶。Arriba は画像検索エンジンを運営し、検索結果をサムネイルとよばれる縮小画像で表示していた。サムネイル画像は、ユーザーのパソコン画面に検索結果として表示される際、一度に何枚も表示されるので、画像 1 枚のサイズは小さく、解像度も低い。Arriba Soft のデータベースに自分の写真のサムネイルが保存されているのを知った写真家 Kelly は、Arriba を著作権侵害で訴えた。Arriba はフェアユースであると抗弁した。第 9 控裁は 4 要素について以下のように判定した。

⁶ Kelley v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

(1)利用の目的および性質

Kelly の画像の利用は営利的だが、搾取的とはいえないので、フェアユースを否定する決定的要因にはならないとした。サムネイルが変容的利用にあたることも営利目的を軽減するとした。変容的利用は著作物の本来の目的とは異なる機能を果たしている場合に認められる。ここではサムネイルがはるかに小さくかつ解像度も低いので、芸術的表現というよりネット上の情報として Kelly の原画とは全く別物として機能するとした。

第 9 控裁は類似判例として、ボストンの第 1 控裁の Nunez 判決を取り上げた⁷。写真家 Nunez は 1997 年のミス・プエルトリコ・ユニバースの写真集に収録する数枚の写真を撮影した。その中に裸あるいは裸に近い写真が含まれていたため、ミス・プエルトリコとしての適格性が問題になった。

被告ニュース会社の発行する新聞が、Nunez の 3 枚の写真を許可なく使用して適格論争についての記事を掲載したため、Nunez はニュース会社を著作権侵害で訴えた。第 1 控裁は、写真集に収録するために撮影した写真をコピーして、ニュース記事にすることは変容的利用であるとした。

写真のコピーを新聞に掲載することは、作品に新たな意味ないし目的を加えるので、作品はニュースに変形される。Arriba の検索エンジンに Kelly の画像を利用することは、画像に新たな目的を加えるもので、Kelly の目的に取って代わる (superseding) ものではないので、Nunez 事件の状況に類似しているとした。以上からフェアユースに有利である。

(2)原作品の性質

Kelly の作品に創造性のあることは認めたが、Kelly が広くネット上に公開済みであることから、Arriba のフェアユースの抗弁に若干不利に働くにすぎない。

(3)利用された部分の量および質

Arriba は Kelly の作品全体を複製しているが、画像の一部を複製するだけでは、画像検索エンジンの有用性が損なわれてしまうため、その利用目的からして合理的なので、フェアユースに有利でも不利でもない (中立である)。

(4)原作品の潜在的市場に与える影響

著作権のある作品に単純に取って代わる作品と比較すると、変化を加えた作品が原作の市場に悪影響をもたらす可能性は少ない。・・・原作品に取って代わる作品は原作品の市場を脅かすが、変化を加えた利用であれば市場への影響はより不明確である。

以上、(1),(4)がフェアユースに有利、(3)が中立、(2)がフェアユースに若干不利だったため、第 9 控裁は Arriba が営利目的でかつ Kelly の画像を全部複製したにもかかわらず、サムネイル使用はフェアユースであると結論づけた。

2.4 文書検索サービス

2006 年、ネバタ州連邦地方裁判所 (以下、地方裁判所は「地裁」) は検索エンジンが保存したキャッシュへのリンクは、フェアユースにあたり、検索・表示されたウェブサイトの著作権を侵害しないとした⁸。

2004 年、著述家で弁護士の Blake Field は Google を著作権侵害で訴えた。Google の検索サービスでは、Googlebot とよばれるロボットがウェブサイトを巡回して、ウェブページをキャッシュ (一時保存) し、キーワードなどで検索できるようにしている。ユーザーが検索キーワードを入れて検索すると、キーワードに関連するウェブページの表題とハイパー

⁷ *Nunes v. Caribbean International News Corp.*, 235 F. 3d 18 (1st Cir. 2000).

⁸ *Field v. Google, Inc.* 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev., Jan. 12, 2006).

リンクを表示、その後に3行の要約文が続く。その後、現在は表示されないが、当時は最後の行に「キャッシュ」「関連ページ」と表示され、いずれもリンクが張ってあった。

ユーザーがキャッシュへのリンクをクリックすると、Googlebot が作成したウェブページのデータベースに蓄積された、ウェブページのコピーが表示される。キャッシュ・ページは Googlebot が最後にクロールした時点のウェブページで、必ずしも最新のウェブページであるとはかぎらず、Google もその点をウェブページのヘッダーに明示していた。

検索エンジンに索引されたり、Googlebot のキャッシュ・ページのように過去のページを表示されたりしたくないウェブサイト運営者は、業界共通の削除方法があり、Google もそれを遵守し、削除要請を自動的にできるようにしていた。

Field は 51 の作品を制作し、合衆国著作権局に登録した後、ウェブサイトを作成して、作品をポストした。その際、Googlebot にキャッシュされるようにウェブページを設定した。Field は、ユーザーが Google の検索エンジンでキャッシュ・リンクをクリックするたびに、彼のウェブページにある作品のコピーを表示するのは、著作権の直接侵害にあたる主張した。Google は、キャッシュ・ページはフェアユースにあたるなどと抗弁、地裁は、フェアユースの 4 要素について、以下の判断をした。

(1)利用の目的および性質

Google のキャッシュ・ページは、Field の原作とは異なる以下の三つの目的を果たしている。

- ① アーカイブ・ウェブサイトは、ユーザーが原作にアクセスできない場合でも、サイトのコンテンツにアクセスできるようにしてくれる。
- ② ユーザーは、アーカイブ・ウェブサイトを現在のサイトと比較することによって、変更点を知ることができる。
- ③ キャッシュへのリンクは、ユーザーの検索キーワードをハイライトすることによって、ユーザーが関連のある情報を探し出すのに役立つ。

次にキャッシュ・ページは、以下の理由で原作品に取って代わるものでないよう設計されている。

- ① キャッシュ・ページを異なるウェブサイトからのコンテンツとして表示し、原作へのリンクを提供している。
- ② ウェブサイトの運営者が、キャッシュへのリンク機能から瞬時に自分のコンテンツを除外できる方法を用意している。

以上からフェアユースに有利である。

(2)原作品の性質

Field は自分の作品を意図的にインターネット上に公開し、自分のサイトが検索エンジンに索引されるように設計したので、仮に Field の作品に創造性があったとしても、著作物の性格は彼の主張（著作権侵害）が若干有利（フェアユースに若干不利）であることを裏付けるにすぎない。

(3)利用された部分の量および質

Google が Field の作品を全部コピーしたとはいえ、変容的利用、社会的に価値ある目的のための利用は全作品のコピーによってのみ達成されるので、利用された部分の量および質は、（著作権侵害かフェアユースかの）どちらにも有利に働かない（中立的である）。

(4)原作品の潜在的市場に与える影響

キャッシュへのリンクの潜在市場があるという証拠はなく、情報は元のサイトから無料で入手できるので、そうした市場が開発される見込みも少ない。主要企業の定評あるウェブサイトも、キャッシュへのリンク機能に含まれることを選択する事実から、キャッシュ

へのリンクの否定的な影響はないものと推定される。以上からフェアユースに有利である。

以上、(1)、(4)がフェアユースに有利、(2)がフェアユースに若干不利、(3)が中立なので、フェアユースが成立するが、地裁は4要素に加える、付加的要素として Google の善意 (good faith) をあげた。Google がキャッシュから削除するメカニズムを用意するなどのアクションを採っていたのに対し、Field は削除要請すらしなかった事実も斟酌したのである。

2.5 書籍検索サービス

2.5.1 Google に対する訴訟

世界中の情報を検索可能にするという壮大なミッションを掲げて起業した Google は、ミッション実現のための第1幕だったウェブ検索に続いて、書籍検索サービスにも進出。2004年、出版社や図書館から書籍を提供してもらった書籍をデジタル化し、全文を検索して、利用者の興味にあった書籍を見つけ出すサービスを開始した。このサービスのうち、図書館から書籍を提供してもらう「図書館プロジェクト」(以下、“Google Books”) に対して、2005年に作家組合と全米出版社協会が著作権侵害訴訟を提起した。Google 書籍検索サービスでまだ著作権が切れていない書籍が提供された場合、検索結果は「スニペット (抜粋) 表示」とよばれ、ウェブ検索同様、検索ワードを含む数行の引用がなされるだけだが、両協会は、そもそも図書資料をスキャンすることが著作物の複製にあたるため、著作権者の同意なしに行うことは、著作権者の複製権を侵害すると主張した。これに対して、Google は図書館の資料をデジタル形式で複製、蓄積し、(全部でなく) その一部を閲覧できるようにすることは、フェアユースであると反論した。

和解案と裁判所の決定

2008年、両当事者は和解案を発表した。Google が、これまで無許諾でデジタル化した書籍の著作権者に一時金を、今後の利用に対して分配金を支払うという内容だった。和解案は二つの制度が重なって、全世界の著作権者に影響を及ぼすものだった。一つは原告が個別に委任を受けなくても集団を代表できる米国独自の集団訴訟制度。もう一つは加盟国の著作権者に自国の著作権者と同等の権利を与えることを義務づけるベルヌ条約。日米両国ともこの条約に加盟しているため、日本の著作権者も米国内でアメリカの著作権者と同等に扱われる。これが日本の出版界に「黒船騒ぎ」を引き起こす原因となった。

和解案に対しては、加盟国の著作権者からの反対意見が多かったため、2009年、両当事者は修正和解案を提出した。修正和解案は対象をイギリス、カナダ、オーストラリアの旧英領諸国の著作権者に限定したため、日本も含めほとんどの国が対象外となった。

集団訴訟の和解には裁判所の承認が必要である。集団のメンバーはオプトアウトしないかぎり、和解内容に拘束されるからである。裁判所は和解案が公正、適切かつ合理的であると判定した場合にのみ、これを承認することができる。2011年、ニューヨーク南部地区連邦地裁は、和解案が公正、適切、かつ、合理的とはいえないとして却下した⁹。このため、両当事者は再び訴訟に復帰した。

地裁判決

2013年、ニューヨーク南部地区連邦地裁は Google のフェアユースを認める判決を下し

⁹ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011).

た¹⁰ この判決はニューヨークの第 2 控裁でも支持されたので、4 要素の分析については控裁判決を紹介するが、地裁は事実認定で Google Books の社会的効用を具体例をあげて紹介。控裁もこの事実認定にもとづいてフェアユースを認めたので、その部分を抜粋する。

- ①図書館員が図書の存在を容易に探せるようになり、館内の図書貸し出し手続が効率的になった。また、自館にない場合に図書館相互の貸し出しを利用して、どの図書館から借りるかの判断もしやすくした。研究・教育面でも重要なツールとして、学校教育の情報リテラシーのカリキュラムにも組み込まれた。
- ②データマイニングやテキストマイニングにも役立っている。具体例をあげると、合衆国という言葉が“the United States is”というように単数で使われるのか、“the United States are”というように複数で使われるのかを、数千万冊に上る Google Books のデジタル書籍の使用例から検証することが可能になった。
- ③これまで書籍にアクセスし難かった視覚障害者も、書籍を検索して、音声変換ソフトなどを使って読めるようになるなどアクセスしやすくなった。
- ④絶版となって図書館の書庫に埋もれていた書籍を保存し、蘇らせた。
- ⑤研究者だけでなく、素人でも研究専門図書館のアーカイブに埋もれた蔵書を探し出せるようになった。

こうした事実認定にもとづいて 4 要素を分析、総合判定でフェアユースを認めた地裁は、最後の総合評価のところでも Google Books の社会的効用が極めて大きい点をあらためて強調した。ちなみに判決の 2 カ月前の口頭弁論でも、判決を書いた地裁判事は、原告の弁護士に対して自分の書記もリーガルリサーチに Google Books を重宝していると指摘した。

控裁判決

地裁判決を不服とした原告からの上訴を受けた第 2 控裁は 2015 年に以下の判決を下した¹¹

(1)利用の目的および性質

スニペット表示はユーザーに自分の探している書籍か否かを判断する際に必要な検索語の前後の情報を与えてくれる。このため、もともと別の価値を付与する点で変容的な検索機能にさらに重要な価値をもたらすので、フェアユースに有利である。

(2)原作品の性質

この要素はフェアユースか否かを判定する際の決定的な要素ではない。

(3)利用された部分の量および質

Google は変容的目的を達成するために必要以上の情報を提供していない、スニペットはユーザーが検索を繰り返すことによって書籍全体を見られるようにはしていない。辞書や料理の本のようにスニペットだけでユーザーが必要な情報が入手できて、書籍を買わなくてもすませられるようなものについては、スニペット表示もしていない。以上からフェアユースに有利である。

(4)原作品の潜在的市場に与える影響

スニペット表示は時間と労力をかけて検索を試みても、最大書籍の 16 パーセントまでの不連続かつ断片的な情報を提供するにすぎない。これは著作権収入を奪うことによって権利者に脅威を与えるものではない（フェアユースに有利）。

以上、決定的要素でないとした(2)以外はフェアユースに有利なので、フェアユースが成

¹⁰ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013).

¹¹ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2nd Cir. 2015).

立するとした。

2.5.2 Google に書籍を提供した図書館に対する訴訟

2011 年に Google との和解案が却下された全米著作者組合は、Google に書籍をスキャンさせた大学図書館に対しても著作権侵害訴訟を提起した。ミシガン大学など 13 大学の図書館は、Google と提携して図書館の書籍をデジタル化し、検索可能にするハチトラスト電子図書館（以下、HDL）を運営している。図書館は増え続ける蔵書の保管と古い蔵書の劣化という二つの問題に頭を痛めている。デジタル化はその有力な解決策だが、ネックはそれに要する資金。HDL は Google がデジタル化して、そのコピーを無料で提供してくれるというのは渡りに船とばかりに提携した。全米著作者組合はこの HDL を訴えたが、2012 年、ニューヨーク南部地区連邦地裁はフェアユースを認める判決を下した¹²。

地裁判決を不服とした原告からの上訴を受けた第 2 控裁は 2014 年に以下の判決を下した¹³

(1)利用の目的および性質

全文検索が可能なデータベースを作成するのは典型的な変容的利用なのでフェアユースに有利である。

(2)原作品の性質

この要素はフェアユースか否かを判定する際の決定的な要素ではない。

(3)利用された部分の量および質

変容的利用の目的を達成するために必要な限度を超えて複製しているわけではないので、フェアユースに有利である。

(4)原作品の潜在的市場に与える影響

原作品に置き換わる作品であれば、原作品の市場を奪うおそれがあるが、変容的作品なのでそのおそれはないためフェアユースに有利である。

以上、(1),(3),(4)がフェアユースに有利なので、フェアユースが成立すると判定した。

2.6 番組検索サービス

改正法により日本でも可能になるサービスに番組検索サービスがある（後記 3.4 参照）。このサービスに対して、米国ではフェアユースを認めた地裁判決が控裁で覆された。被告は Google Books 判決もよりどころにしたが、認められなかったので、裁判所がフェアユースか否かを判断する分水嶺がどこにあるのかを探る意味でも参考になる判決である。

TVEyes は 1400 局以上のテレビ局の番組を録画し、検索可能なデータベースを作成するメディアモニタリング・サービスを開発した。加入者が検索語を打ち込むと、録画番組リストが表示され、見たい番組をクリックすると、検索語の 14 秒前から録画を再生し、最大 10 分間まで再生するサービス。加入者は 10 分間の録画を無制限にパソコンにダウンロード・保存もできる。ホワイトハウス、国防省、100 名の議員や全国ネットの放送局を含む 2200 社が加入している。

Fox News の提起した著作権侵害訴訟に対し、TVEyes はフェアユースであると抗弁、ニ

¹² *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 902 F.Supp.2d 445 (2012).

¹³ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir.2014).

ニューヨーク南部地区連邦地裁はこれを認めたが¹⁴、2018年2月、第2控裁はこれを覆した。第1要素の「利用の目的および性質」について、TVEyesはFox News番組の利用はFox Newsとは別の目的、すなわち、Foxは顧客の視聴用にニュースを提供しているが、TVEyesは検索目的でFoxのコンテンツを利用しているので、変容的利用であると主張した。Fox NewsはTVEyesの提供するビデオは最初に放映されたコンテンツと同じなので、変容的とはいえないと反論した。第2控裁は以下のように判定した¹⁵。

(1)利用の目的および性質

TVEyesのサービスはFox Newsの放映とは異なる目的なので、適度に変容的(modestly transformative)なため、フェアユースに若干有利である。TVEyesによるFoxのコンテンツの複製は、番組の海の中から求める素材に正確にアクセスしたいというユーザーの関心やニーズに応えるかぎりにおいて、Google Books同様、変容的であり、TVEyesのようなサービスがないと、そうした情報は再生できないか、できたとしても途方もなく不便で非効率的方法によるほかない。

(2)原作品の性質

TVEyesはニュースは著作権で保護されない「事実」に近い性質のものなので、フェアユースであると主張したが、第2控裁はFoxのコンテンツは「事実的な著作物」として、その主張を認めず、第2要素はフェアユース判決では重要な役割を果たさないで、本件でもフェアユースに有利にも不利にも働かない。

(3)利用された部分の量および質

大部分を利用したり、一部しか利用しなくても作品のエッセンスを利用したりすれば、フェアユースは認められない。TVEyesは実際には利用者が視聴したい番組をすべて見せてしまう。Google Booksは検索結果の3行程度のスニペット(抜粋)表示を一つの検索語に対して三つまでに制限している。これに対して、TVEyesはFox Newsを10分まで見せているが、10分以内のニュースが多いため、実際は番組すべてを提供していることになるのでフェアユースに不利である。

(4)原作品の潜在的市場に与える影響

TVEyesはFoxのサービスに代替するものではないと主張した。控裁はFoxが数百万ドルの市場規模を持つビデオクリップのライセンス市場をコントロールする権利を持ち、TVEyesはその市場へのアクセスに対して利用者に相当な料金を課しているので、Fox Newsのコンテンツにタダ乗りせずにライセンスしてもらうべきなので、フェアユースに不利である。

以上、(1)はフェアユースにやや有利、(2)は中立、(3),(4)はフェアユースに不利なので、総合判定でフェアユースを認めなかった。

2.7 論文剽窃検証サービス

iParadigms社は高校・大学の教師が剽窃論文を発見するのに役立つTurnitin論文剽窃検証サービス(以下、“Turnitin”)を開発した。高校・大学がTurnitinに加入すると、学生は論文をTurnitinのウェブサイトに直接あるいはTurnitinのシステムに組み込まれたコース管理ソフトに提出しなければならない。

¹⁴ Fox News Network LLC v. TVEyes, Inc., 43 F.Supp. 3d 379 (S.D.N.Y. 2014); 124F. Supp. 3d 325 (S.D.N.Y. 2015).
http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/needs_working_team/h28_03/pdf/shiryo_1-1.pdf
http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/needs_working_team/h28_03/pdf/shiryo_1-2.pdf

¹⁵ Fox News Network LLC v. TVEyes, Inc. Case No. 15-3886 (2nd Cir. 2018).

学生が論文を提出すると、Turnitin はこれまで学生が Turnitin に提出した論文や定期刊行物の商用データベースなど、インターネット上で入手できるコンテンツと照合し、提出された論文ごとにオリジナルではない度合い（剽窃度合い）を判定した。Turnitin は、高校・大学に対して学生の論文をアーカイブするオプションを提供していた。このオプションを選択すると Turnitin は学生の提出した論文を保存して、以後学生の提出する論文のオリジナル性を判定する際のデータベースとしていた。

原告は 4 人の高校生で、2 人がバージニア州、2 人がアリゾナ州のいずれも同じ高校に通っていた。両校とも Turnitin サービスに加入し、アーカイブのオプションも選択していた。論文の単位を得るためには、Turnitin のウェブサイト論文を提出することを学生に義務づけ、それに従わない場合には論文を評価しなかった。

4 人のうち 3 人の高校生が Turnitin に学校から提供されたパスワードを用いて論文を提出したが、論文をアーカイブされることには反対の意思表示をしていた。ところが、両校ともアーカイブのオプションを選択していたため、Turnitin は提出論文をアーカイブした。原告は Turnitin が自分たちの許諾なしに論文をアーカイブしたと主張して、iParadigms 社を訴えた。iParadigms 社はフェアユースに該当すると主張した。

2009 年、バージニア州リッチモンドの第 4 控裁は以下のような判決を下した。

(1)利用の目的および性質

iParadigms 社による学生の論文の利用は、表現内容とは全く関係ない、盗作を検出して防止する目的のため、変容的利用なので、フェアユースに有利である。

(2)原作品の性質

原作品が創造的であればあるほど侵害が認められやすい。第 4 控裁は、学生の論文に創作性があることは確かだが、他の学生の論文との類似性を比較するためのデータベースとして利用している、言い換えれば、創作的な側面を利用しているわけではないので、フェアユースに有利とも不利ともいえない（中立である）。

(3)利用された部分の量および質

論文の表現部分を利用しているのではなく、表現部分とは全く関係ない単なる比較のために利用されているので、たとえ全文を複製したとしても、中立である。

(4)原作品の潜在的市場に与える影響

原告全員が証拠開示での証言で、彼らの論文を他の学生に販売する計画がないと証言したことから、Turnitin が学生たちの論文の市場を奪ったり、論文の価値を害したりすることがないので、フェアユースに有利である。

以上、(1),(4)がフェアユースに有利、(2),(3)は中立なので、総合判定でフェアユースが認められた¹⁶。

3. 改正著作権法の柔軟な権利制限規定

3.1 鳥瞰図

図表 2 は、「柔軟な権利制限規定」を提言した知財戦略 2016 のもとになった知的財産戦略本部次世代知財システム検討委員会報告書（2016 年 4 月）からの抜粋である。今回の改正で実現したのは、一番右の「著作物の表現を享受しない利用」なので、今回の改正の特

¹⁶ *A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC*, 562 F.3d 630 (4th Cir.2009).

徴および米国のフェアユースとの相違が一目でわかる。

図表 2

【権利制限の柔軟性の選択肢】

著作権の 権利制限が 正当化される 主な視点	総合 考慮型	一定の柔軟性ある 権利制限規定(例)	
	米・フェア ユース型	受け皿規定 (※1)	著作物の表現を 享受しない利用 (C類型)(※2)
①利用行為の目的や社会的要請	総合考慮	総合考慮	総合考慮
②利用行為の性質・態様		「第○条から○条までの規定に掲げる行為のほか、…やむを得ないと認められる場合」	「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」
③民間での取引の成立可能性		総合考慮	総合考慮

※1 既存の権利制限の対象となっている行為と同等と評価しうる利用についての受け皿規定

※2 著作物のデータの利用の特徴である「著作物の表現を享受しない」態様に注目して権利制限を設けるとの考え方

出所：知的財産戦略本部次世代知財システム検討委員会報告書（2016年4月）

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2016/jisedai_tizai/hokokusho.pdf

改正法は現行法の個別権利制限規定を統合しつつ、柔軟な権利制限規定を3つの条文に落とし込んだ。以下、それらの条文を紹介するとともに解釈上生ずる疑問を提起する。条文は長いが、ポイントを把握すれば本稿の目的は達せられるので、文化庁の説明資料にある「条文の骨子」を紹介する¹⁷。

3.2 第30条の4

著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用（新30条の4）

【条文の骨子】

著作物は、次に掲げる場合その他の当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、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場合はこの限りでない。

- ① 著作物利用に係る技術開発・実用化の試験
- ② 情報解析
- ③ ①②のほか、人の知覚による認識を伴わない利用

¹⁷ http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/51/pdf/r1406118_08.pdf

この規定によって可能になるサービスの具体例として、リバース・エンジニアリングがあげられている。図表 1 および上記 2.2 のとおり、米国でフェアユースが認められてから 26 年経過してやっと合法化されるわけである。

ただし書きの「著作権者の利益を不当に害するような場合」は米国でもフェアユースは認められないが、柱書の「著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない」という縛りについては、イノベーションを阻害するおそれがあり、国会審議でも複数の議員から質問された。

2018 年 5 月 17 日の参議院文教科学委員会で小野田紀美議員（自民党）は、「主たる目的が享受でなければ、享受を伴ったとしても適法か？」と質問。これに対して、中岡司文化庁次長は、「第 30 の 4 は、享受の目的がないことを権利制限の要件としているため、主たる目的が享受のほかにあつたとしても、同時に享受の目的もあるような場合には同条の適用はない。」と回答したので、享受の目的が少しでもあれば違法ということになる¹⁸。

この解釈はイノベーションを阻害するおそれはないだろうか？将来どんなイノベーションが起こるかは予測できないため、具体例をあげることは難しいが、イノベーションに直接関係しない分野で、裁判で争われている事例があるので紹介する。

昨年 2 月、JASRAC は音楽教室から使用料を徴収する方針を発表。音楽教室側は「音楽教育を守る会」を結成し、6 月には JASRAC に請求権がないとする訴えを起こした。現在係争中のこの訴訟の詳細については別稿に譲るが¹⁹、ここでは 3 つある争点のうち享受目的に関係する 2 つの争点について簡単に紹介する。

1 つ目は「公衆に聞かせる目的の演奏」について著作権者の承諾なしに公に演奏できないとする演奏権（著作権法第 22 条）についての主張。音楽教育を守る会は「教師の演奏、生徒の演奏いずれも『聞かせることを目的とした』演奏ではない」と主張するが、JASRAC は「音楽教室の生徒の演奏も、自分や先生に聞かせるもので、演奏権は働く」と反論する。文化庁の見解によると主たる目的が練習のための演奏でも、聞かせる目的が少しでもあれば 30 条の 4 の柔軟な権利制限規定は適用されないことになる。

30 条の 4 ただし書きは「著作権者の利益を不当に害する場合はこの限りではない」として、権利者の利益を不当に害するような利用については適用しないとしている。これに関連する訴訟での 2 つ目の争点が、著作権法の目的の解釈をめぐる争いである。

著作権法第 1 条は「文化的所産の公正な利用に留意しつつ著作権の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とする」と定めている。音楽教育を守る会は「音楽教室から著作権料を徴収することは音楽文化の発展をさまたげる」と主張しているが、JASRAC は「著作権者にお金（使用料）を回すことこそ音楽文化を発展させる。」と反論。ここでも両者の主張は真っ向から対立している。

JASRAC の主張するとおり、著作権者に使用料を回すことが音楽文化の発展に必要であることは疑いの余地はない。しかし、音楽教室は使用する教材すなわち楽譜の制作時に JASRAC に複製についての申請を行っており、発表会での演奏に対しても著作権使用料を支払っている。JASRAC が音楽教室での練習のための演奏から使用料を徴収できなくても、著作権者の利益を不当に害するとはいえないのではないか？ 今回の JASRAC の徴収方針に対して、使用料を受け取る立場の著名なミュージシャン達も反対している事実も

¹⁸ 平成 30 年 5 月 17 日 第 196 回国会「参議院文教科学委員会議事録」第 9 号 2 ページ。

<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/196/0061/19605170061009.pdf>

¹⁹ 卷末参考文献 城所岩生（2018）および城所岩生『音楽教室 vs JASRAC、ガチンコ訴訟の行方』@DIME <https://dime.jp/genre/583813/>、『改正著作権法の影響は出るのか？音楽教室 vs JASRAC 訴訟問題』@DIME <https://dime.jp/genre/583821/>

これを裏付けている。

仮に裁判所が音楽教室のレッスン生徒の演奏にも 22 条の演奏権が及ぶとする JASRAC の主張を認めた場合、音楽教育を守る会は新 30 の 4 の権利制限規定により JASRAC の請求権が及ばないと主張する可能性は十分ある。その際、音楽教室は上記のとおり、著作権者の対価回収の機会を損なっているわけでもないので、ただし書きの著作権者の利益を不当に害するケースには該当しない。

問題は新 30 の 4 の柱書にある享受目的で、文化庁見解のとおり、主たる目的が享受の他にあったとしても同時に享受の目的があるような場合には同条の適用はないとすると、音楽教育を守る会の主張は認められないおそれがある。上記のとおり、本件はイノベーションに係る訴訟ではない。しかし、こうした厳しい解釈ではイノベーションを創出するために設けられた柔軟な権利制限規定が、逆にイノベーションを阻害することになりはしないか？

上記 2 のとおり、フェアユースを判定する際、米国の裁判所が重視する第 1 要素は、「利用の目的および性質（利用が商業性を有するか・・・を含む）」と規定しているようにカッコ内に「利用が商業性を有するか」という文言が入っている。にもかかわらず、米国の裁判所は変容の利用、すなわち商用目的でも利用目的が変わっていれば許諾なしの利用を認める解釈によって、その後のイノベーションに柔軟に対応してきた。

新 30 の 4 の「享受目的」という表現は抽象的なので、国会審議でも最も質問が集中した文言の一つとなった。2018 年 5 月 17 日の参議院文教科学委員会で佐々木さやか議員（公明党）は具体例をあげて、「こういう場合は享受目的といえるのか？」と質問した。このため、中岡司文化庁次長は「最終的には司法判断になるが、」と断った上で、回答するケースもあった²⁰。このように司法判断に頼らざるを得ない部分があるのであれば、最初から厳しい解釈で縛らずに司法判断に任せた方が、今後のイノベーションにも柔軟に対応できるはずである。せっかくの柔軟な権利制限規定が、仏作って魂入れずにならないためにもそうした柔軟な姿勢が望まれる。

3.2.2 現行法で適法なことまで違法にしてしまわないのか？

現行法 47 条の 7 は「電子計算機による情報解析のための複製等」について概略次のように定める。

「著作物は、電子計算機による情報解析を行うことを目的とする場合には、必要と認められる限度において、記録媒体への記録又は翻案を行うことができる。」

これが新 30 条の 4 の「②情報解析」に吸収された。同条の柱書は上記のとおり、「著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用」にかざっている。また、ただし書きで「著作権者の利益を不当に害する場合」には適用されない。

この点について、2018 年 4 月 11 日の衆議院文部科学委員会で櫻井周議員（立憲民主党・市民クラブ）が以下の質問をした。

改正前の 47 条の 7 から新しい 30 条の 4 第 2 号へ条文が移動しておりますが、従前に実施できたことは改正後も全て実施可能という解釈でよろしいでしょうか。

具体的に申し上げますと、条文移動に伴いまして、柱書きのところに享受という要件、それから著作権者の利益を不当に害するという要件が追加されたようにも読めるわ

²⁰ 前掲注 18、6 ページ。

けでございますが、これは要件が追加されたというわけではない、このような解釈でよろしいでしょうか。

これに対し、中岡司文化庁次長は次のように答えた²¹。

現行 47 条の 7 は、コンピューターによる情報解析のために著作物を複製するという場面を想定した規定でございまして、規定が整備された時点におきまして、著作権者の利益を不当に害することとなる事態が生じることが通常想定されなかったことで、あえてそのようなただし書きを置くことはしておりませんでした。

他方、新第 30 条の 4 でございますけれども、「著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合」を幅広く権利制限の対象とするものでございまして、特定の利用場面を離れまして、非常に柔軟性の高い規定へと見直しを行ったものでございます。

このような規定の大幅な柔軟化に伴いまして、現在想定できない行為も含めまして、さまざまな行為が本条の対象となることとなったことで、さきに御説明申し上げました条約上の要請を踏まえまして、本条では、権利者の正当な利益の適切な保護を図るためにただし書きをこの際書いたということでございます。

もっとも、現行 47 条の 7 により適法に行うことが想定されていた行為につきましては、著作権者の利益を不当に害するものでないと考えておりまして、今回の改正後におきまして引き続き許諾なく行えるものと考えております。

このように現行法で適法なことまで違法にしてしまう改正ではない。

3.3 第 47 条の 4

電子計算機における著作物の利用に付随する利用等（新 47 条の 4）

【条文の骨子】

<Ⅰ. キャッシュ等関係>

著作物は、次に掲げる場合その他これらと同様に当該著作物の電子計算機における利用を円滑又は効率的に行うために当該利用に付随する利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、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場合はこの限りでない。

- ① 電子計算機におけるキャッシュのための複製
- ② サーバー管理者による送信障害防止等のための複製
- ③ ネットワークでの情報提供準備に必要な情報処理のための複製等

<Ⅱ. バックアップ等関係>

著作物は、次に掲げる場合その他これらと同様に当該著作物の電子計算機における利用を行うことができる状態の維持・回復を目的とする場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。

²¹ 平成 30 年 4 月 11 日 第 196 回国会「衆議院文部科学委員会議事録」第 6 号 18 ページ。

ただし、著作権者の利益を不当に害する場合はこの限りでない。

- ① 複製機器の保守・修理のための一時的複製
- ② 複製機器の交換のための一時的複製
- ③ サーバーの滅失等に備えたバックアップのため複製

現行法の関連規定を統合しつつ、より包括的な規定とした。

3.4 第 47 条の 5

新たな知見・情報を創出する電子計算機による情報処理の結果提供に付随する
軽微利用等（新 47 条の 5）

【条文の骨子】

著作物は、電子計算機を用いた情報処理により新たな知見又は情報を創出する次に掲げる行為を行う者（政令で定める基準に従う者に限る。）は、必要と認められる限度において、当該情報処理の結果の提供に付随して、いずれの方法によるかを問わず、軽微な利用を行うことができる。

ただし、著作権者の利益を不当に害する場合はこの限りでない。

- ① 所在検索サービス（＝求める情報を特定するための情報や、その所在に関する情報を検索する行為）
- ② 情報解析サービス（＝大量の情報を構成する要素を抽出し解析する行為）
- ③ ①②のほか、電子計算機による情報処理により新たな知見・情報を創出する行為であって国民生活の利便性向上に寄与するものとして政令で定めるもの

①の所在検索サービスの具体例として上記 2.5 の書籍検索サービスおよび 2.6 の番組検索サービスがあげられている。また、②の情報解析サービスの具体例として上記 2.7 の論文剽窃検証サービスがあげられている。いずれも「軽微な利用」と「著作権者の利益を不当に害しない利用」にかぎられている。軽微であるか判断する際の考慮要素として、条文は柱書で「公衆提供提示著作物のうちその利用に供される部分の占める割合、その利用に供される部分の割合、その利用に供される際の表示の精度その他の要素」を掲げている。

上記 2.5.1 のとおり、米国でフェアユースが認められた Google Books の場合、利用に供される部分の占める割合は最大 16 パーセントに上るが、こうした利用が日本で軽微と認定されるかは疑問である。

しかも、量的な制限以外の制約もある。2018 年 5 月 17 日の参議院文教科学委員会で小野田紀美議員（自民党）は、「この軽微利用というのは、利用する量の多い少ないの軽微なのか、権利者の不利益が軽微であれば該当なのか」と質問した。これに対し、中岡司文化庁次長は次のように答えた²²。

軽微性につきましては、・・・その利用に供される部分の占める割合、その利用に供される部分の量、その利用に供される際の表示の精度などの外形的な要素に照らしまして、著作物の利用の範囲が軽微であるかを基準として判断されることを念頭に置いて規定をしております。したがって、軽微性の判断に当たりましては、御質問のような権利者の不利益の程度が軽微であるかといった要素や利用の目的に公共性がある

²² 前掲注 18、1 ページ。

るかといった要素を見るものではございません。

利用目的の公共性は考慮されないとしているが、上記 2.5 のとおり、Google Books 判決ではサービスの公共性がフェアユース認定の決め手になった。こうした判決も追い風となって Google Books のサービスは、すでに国会図書館のサービスを凌駕している。Google Books で筆者の名前を検索すると、国会図書館の蔵書検索データベース NDL-OPAC で検索した場合の数十倍の件数がヒットする。NDL-OPAC は書籍の中のキーワードしか拾わないが、Google Books は書籍の全文を検索するので、この差が生じるわけで、日本語の書籍ですら、母国語の国立図書館よりもアメリカの一民間企業の電子図書館の方が網羅的に探してくれるのである。

こうした状況から、Google Books より制限されたサービスしか提供できない改正後の規定によって、先行する Google に対抗して書籍検索サービスを提供する事業者は現れないおそれがある。ウェブ検索サービスでも日本は個別権利制限規定を設けて合法化した(図表 1 参照)、時すでに遅しで、その後も日本勢のシェアは増えるどころ減ってしまった苦い経験がある²³。

③の「①②のほか、電子計算機による情報処理により新たな知見・情報を創出する行為であって国民生活の利便性向上に寄与するものとして政令で定めるもの」については、期待がかかる。上記 2 のとおり、米国の裁判所がフェアユースを認める際に最も重視するのが、変容的利用、すなわち別目的の利用であるが、改正法でこの変容的利用に近いのが、「新たな知見・情報を創出する行為」だからである。

この規定に対しても国会審議で複数の議員から質問が出された。2018 年 5 月 17 日の参議院文教科学委員会で佐々木さやか議員(公明党)は次の質問をした²⁴。

この規定を設ける趣旨というのがやはりこのイノベーションの促進というところにあるのであれば、権利の保護ということはもちろんですけども、それと同時に、迅速性、的確性というものも確保していく必要があると思います。

具体的にはその審議会などで議論をしていくんだろうという御説明でしたけれども、そこで、審議会場で、権利の保護と、そして迅速性、的確性ということをしつかり確保していかなければならないわけでありますので、例えばこの審議会のメンバーにも、対立利益となる権利者側と利用者側というものをバランスよくメンバーになっていただいてしっかりと議論がされるようにする必要があると思いますけれども、こういった点についてはどのようにお考えでしょうか。

これに対して中岡司文化庁次長は以下の回答をした²⁵。

この制定手続につきましては、関係者からのニーズを踏まえまして、関係する事業者、権利者等の意見を伺いつつ、文化審議会ですばやくに検討を行って、検討がまとまったものから順次その政令を制定していきたいというふうに考えております。

そのために、法案が成立した後に、速やかに IT 関連産業を含む関係業界等のニーズの募集を行って、政令制定に向けた検討を進めてまいりたいと考えております²⁶。そ

²³ 前掲注 5、22 ページ。

²⁴ 前掲注 18、6 ページ。

²⁵ 前掲注 18、7 ページ。

²⁶ 文化庁は 2018 年 7 月 11 日からニーズを募集し、8 月 10 日に締め切った。

の際には、検討の過程で権利者及び利用者の意見のバランスの取れた形で適切に反映されるようにということで、検討体制について工夫しながら迅速に対応していくというのが重要ではないかと考えております。

③後段の「国民生活の利便性向上に寄与するもの」も米国では Google Books 判決に見られるとおり、公共性が高いサービスはフェアユースが認められる可能性が高い。

こうしたサービスでも政令による指定を待たなければ提供できないことに対して、三宅伸吾参議院議員（自民党）は「時代錯誤と断ぜざるを得ない」と酷評する²⁷。

妥当な条文としては、「(前略) 国民生活の利便性の向上に寄与するもの」だけで十分であり、「政令で定めるもの」は不要である。政府の条文案によれば、政令に盛り込まれるまでは、国民生活に寄与する付加価値あるサービスであっても権利制限の対象とならず、無断複製は違法（＝技術革新をいかしたワクワクする新サービスは法令違反）となる。

今後、生まれる技術革新をいかしたワクワクする新サービスで、Google Books のように公共性が高くアメリカではフェアユースが認められそうなサービスでも、日本では法律や政令の改正を待たなければ提供できないようだと、先行する米国勢に日本市場まで席卷されてしまういつもの悪循環は断ち切れない。

三宅議員の指摘するように「政令による指定」は無いのがベストだが、改正法に盛り込まれてしまったので、こうした悪循環を最小限に食い止めるためにも迅速かつ適切な対応が望まれる。

4. 10 年先取りするどころか 10 年後追いつく法改正で AI・IoT 時代に対応できるのか？

4.1 失速した日本版フェアユース

改正法で可能になる新サービスは図表 1 のとおり、直近の書籍検索サービスでも 5 年前、最も古いリバース・エンジニアリングに至っては、26 年前にアメリカでフェアユースが認められている²⁸。こうした後追いの対症療法的対応に終わらざるを得ない理由の一つに法改正の手法の問題がある。「知的財産推進計画 2016」の提案を受けて、「柔軟性のある権利制限規定」について検討した文化庁は、広く国民から著作物利用の現在・将来のニーズを募集（企業等、個人から 112 件のニーズ提出）した結果などをもとに 2017 年 4 月に報告書をまとめた。しかし、こうした対症療法的ニーズ積み上げ方式では、現時点で把握されていないニーズには対応できず、急速に進展するデジタル化・ネットワーク化に追いつけな

<http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/1406974.html>

²⁷ 三宅伸吾『国政報告⑨』（2018 年 3 月 25 日）、21 ページ 脚注 14。

²⁸ 対応遅れの影響は著作権法の分野だけにとどまらない。サイバー戦争の脅威が増す中、サイバーセキュリティの面から国の安全保障にも影響を及ぼしかねないような改正が、四半世紀にわたって放置されていたわけで、立法不作為の責任は重い。

いことはこの 10 年の歴史が証明している。

知的財産戦略本部は「知的財産推進計画 2008」で「包括的な権利制限規定」の導入、「知的財産推進計画 2009」でも「権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）」導入の検討を提案した。フェアユースは公正な利用であれば著作権者の許諾を得ずに著作物の利用を認める米著作権法の規定である。文化庁はこの時も関係者から収集したニーズ募集にもとづいて検討した結果、実現した 2012 年の著作権法改正は、従来の改正でも追加されてきた個別の権利制限規定と変わらない 4 つの条文を盛り込むだけの尻すぼまりの改正に終わってしまった。

4.2 論文剽窃検出サービス

今回はイノベーションの創出を促進するため、ある程度抽象的に定めた規定が設けられた。しかし、基本的に現在把握されているニーズに対応することを前提としているため、把握されていないニーズに対応できる保障はまったくない。

たとえば、今回ニーズが寄せられ改正で認められるようになる「論文剽窃検出サービス」。これは論文の内容を他の論文から盗んだり、コピー&ペーストしたりしていないかチェックするためのサービスで、2014 年の小保方事件をきっかけに脚光を浴びたが、2008 年に日本版フェアユースが提案されたときにはニーズとして把握されていなかったサービスである。

アメリカでは学生の許諾を得ずに提出論文をデータベース化して、コピー論文をチェックできるようにしたサービスをめぐる訴訟でフェアユースが認められた（前記 2.7 参照）。このため、サービスを提供する Turnitin 社は現在、7 億 3400 万件の学生レポート、1 億 6500 万件の雑誌論文と学術論文をデータベース化している（図表 3 参照）。

図表 3 のとおり、日本のアंक社もコピーペルナーとよばれるサービスを提供しているが、データベース化するには権利者の許諾を得ると明言している。

同社が、2014 年 11 月 19 日に開催された文化審議会著作権分科会の小委員会に提出した資料に以下の記述がある²⁹。

将来、弊社のデータベースに論文を保管してチェック対象とする場合は、論文データ・著作権を管理している企業・機関と契約を結んだ後に、契約範囲内の論文データを自社 DB に保管し、チェック対象とする予定です。

フェアユースのない日本ではこうした対応にならざるを得ないが、データベース化できないと、先輩の論文のコピーなどをチェックできず、論文剽窃検出サービスとしては不完全に終わってしまう。小保方事件発生後、日本の教育・研究機関が米社のサービスに走ったのも当然である。

日本が個別権利制限規定を設けてサービスを合法化した時点では、フェアユースをバックにサービスを提供していた米国勢に日本市場まで席卷されてしまった点で、ウェブ検索サービスの二の舞を演じたことになる（図表 1 参照）。

²⁹ http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hogoriyo/h26_08/pdf/shiryo_1.pdf

図表 3

論文剽窃検証サービスの日米比較

ターンイットイン社

コピペルナー

株式会社アンク

世界で約1万の研究機関が採用*1	採用実績	「600校の学校に、また260の企業・官公庁・団体等」
年300万円と80万円の2コース*1	価格	9500円の廉価版から6万円台まで*1
Webページ：620億 雑誌論文と学術論文：1.65億(契約) 学生レポート：7.34億(無許諾)	データベース	「インターネット上のWebページやユーザー所有の文書ファイルと比較」 「契約範囲内の論文データを自社DBに保管し、チェック対象とする予定」

*1 毎日新聞「論文コピペ、検知システム導入進む 3800万本の文献網羅」(2014.3.22夕刊より)

80～300万円×1万機関
＝約80～300億円

(参考)
事業規模の比較

9500円～7万円×860機関
＝約800～6,000万円

【国内の主な導入機関】

東京大、京都大、大阪大、名古屋大、東北大、九州大、広島大、筑波大、早稲田大、慶応大、静岡大、千葉大、金沢大学、熊本大、…
産総研、理研、国立環境研、…

(参考) 米ターンイットイン事件 (2009年)

学生の提出したレポートを許諾なく蓄積し、その後に提出されたレポートのコピペを判定するシステムの適法性が争われた事件。フェアユースと判断された。

※学生レポートに関するフェアユース判決が、その後の雑誌論文・学術論文の合理的な金額での契約締結を促進した可能性あり。

今回の改正は「知的財産推進計画 2016」が「柔軟な権利制限規定」を提案したのが、きっかけとなっている。この提案は知的財産戦略本部検証・評価・企画委員会次世代知財システム検討委員会が、2016年4月にまとめた報告書にもとづいている。

検証・評価・企画委員会が2018年4月2日に開催した産業財産権分野会合（第5回）で、改正法の説明を受けた喜連川優委員（国立情報学研究所長・東大教授は以下のようにコメントした³⁰。

今後ますます大きな技術の変革がなされる中で、戦略として一番重要なことのひとつは、やはりスピードという視点を入れておくことが重要と感じます。このスピードという視点は、見る範囲においては、エクस्पlicitに書かれていないように思われます。間違っていたら済みません。

スピードというのは、別の表現をすると、時間をかけたらできるということです。例えば今回著作権の御説明をいただいたわけですが、著作権の議論の時に私が申し上げましたのは、日本は世界で一番フェークペーパーが多い。これを直すためには、とにかくにもコピペしているかどうかを調べる時にオプトインをしていただかなくても、論文を勝手に利用されて頂き、剽窃であるかどうかをチェックする。このことに対する著作物の提供というのは、誰が考えてもそれはノーとは言わないと思うわけですが、この制限規定の導入に非常に時間がかかりました。

この時間がたった結果、何が起こったかといいますと、ある会社が非常に強くなりまして、その会社はほぼ全ての国際会議と連携して、そのソフトウェアで国際会議に出た論文をチェックすることを義務づけるようになった。それと同時にそこに出た国際会議の論文は全部その会社に流れるようになりました。したがって、ある意味で言いますと、もう完全にそのゲームは終わってしまいました。

つまり、これはゆっくりと、きっちりすることはやろうと思えば、誰でも出来るの

³⁰ https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2018/sangyou/dai5/gijiroku.pdf

ですけれども、世界の市場が早い動きの中で我が国も速く動きがないと、到底立ち行かないということをより強く認識していくべきではないかなという気がしております。つまりスピードが肝です。

「日本は世界で一番フェイクペーパーが多い」ということは論文剽窃検証サービスのニーズも高かったが、フェアユースのない日本ではそうしたニーズに応えられる企業はなく、小保方事件発生時に喜連川教授のいう「ある会社」、すなわち上記 2.7 の Turnitin 社のサービスに走らざるを得なかった。同時にこうした「誰が考えてもノーと言わない」ような利用でも、権利制限規定が設けられるまでは違法になってしまうところに個別権利制限規定方式の限界がある。

4.3 書籍検索サービス

論文剽窃検出サービス同様、前回改正時にニーズとして把握されていなかったが、今回の改正で認められるサービスに書籍検索サービスがある。書籍の中に存在する単語などの情報を検索できるサービスだが、Google は出版社や図書館から提供してもらった書籍をデジタル化し、全文を検索して、利用者の興味にあった書籍を見つけ出す、Google Books とよばれるサービスを提供している。Google Books も訴訟の洗礼を浴びたが、上記 2.5 のとおり、フェアユースが認められた。

この Google Books で筆者の名前を検索すると、国立国会図書館（以下、「国会図書館」）の蔵書検索データベース NDL-OPAC で検索した場合の数十倍の件数がヒットする。NDL-OPAC は単独執筆本が中心だが、Google Books は、共著はもちろん筆者の本を紹介してくれた他の著者の本まで探してくれる。NDL-OPAC は書籍の中のキーワードしか拾わないが、Google Books は書籍の全文を検索するので、この差が生じるわけで、日本語の書籍ですら日本の国会図書館よりもアメリカの一民間企業の電子図書館の方が網羅的に探してくれるのである。

喜連川教授は論文剽窃検出サービスについて、「すでにゲームは終わってしまった」と指摘するが、書籍検索サービスもすでにゲームオーバーの可能性は高い。3.4 のとおり、改正法でも Google Books と同じようなサービスまで認められるかは疑問だし、仮に認められても、今さら巨人 Google に立ち向かう日本企業が現れるかも疑問だからである。

喜連川教授は続ける。

このような細かい改正にエネルギーを注ぐのではなく、新情報財の委員会の際にも議論になりましたようなフェアユースという概念を、スピードの観点で真剣に考えるべきではないかと感じます。我が国は、何を戦略とするのかという時、スピードという観点を真剣に考えていく必要があるのではないかと思います。繰り返しになりますが、ゆっくりと完成度の高いものをつくるゲームは成立しない時代になっており、もはや過去のやり方にとらわれていては時代遅れになることは過去複数回痛い目にあっていることから明らかです。

過去複数回痛い目にあっているとしているのは、ウェブ検索サービス（画像検索サービス、文書検索サービス）でも、合法化した時点ですでに米国勢に日本市場まで席卷されてしまっていたことをさしている（図表 1 参照）。知的財産推進計画 2008・2009 での提案を受けて日本版フェアユースを検討したが、ニーズ積み上げ方式を採用したため、検討時

点でニーズとして把握されていなかった論文剽窃検出サービスや書籍検索サービスに対応できず米企業の日本市場まで制圧されてしまった。

こうした悪循環を断つには 10 年先取りする改正をしなければならないにもかかわらず、今回の改正も 10 年後追いする改正に終わってしまった。もちろん今回の改正で新設された柔軟な権利制限規定によってカバーされる新技術・新サービスは当然ある。しかし、図表 2 のとおり、改正で可能になった利用は著作物の表現を享受しない利用にかぎられる。柔軟性の点ではこうした縛りのない米国型フェアユースには及ばない。今後、著作物の表現を享受するような新たなニーズに対応する新技術・新サービスが生まれる可能性は十分ある。その時にフェアユースをバックに先行する米国勢に日本市場まで席卷されてしまった苦い経験を繰り返すことになる。改正法で AI・IoT 時代に対応できる保証は残念ながら無いといえる。

5. 政府立法の限界

こうした後追いの対症療法的法改正を繰り返さざるを得ない理由の一つに、法改正手続きの問題がある。政府立法³¹は、著作権法の場合、文化審議会著作権分科会の了承が必要である。図表 4 で著作権を扱う文化審議会著作権分科会の委員構成を、特許、商標、意匠、営業秘密など著作権以外の知的財産権を扱う経済産業省の産業構造審議会知的財産分科会と比較した。各種団体委員の割合が知的財産分科会の 4 分の 1（21 人中 5 人）に対し、著作権分科会は半数以上（29 人中 16 人）を占めていることが分かる。その 16 人中、全国消費者団体連絡会と日本図書館協会を除く 14 人は権利者団体が占めている。

図表 4 知財関連審議会の委員構成

	文化審議会著作権分科会 (2018 年 6 月時点)	産業構造審議会知的財産 分科会 (2018 年 6 月時点)
大学教授	9 人	5 人
弁護士・弁理士	4 人	4 人
公的機関		2 人
マスコミ	1 人	1 人
民間企業		8 人
各種団体	15 人	3 人
合計	29 人	23 人

特許、商標、意匠、営業秘密など著作権以外の知的財産権を扱う経済産業省の産業構造審議会知的財産分科会のメンバー構成と比較すると、各種団体委員の割合が知的財産分科会の 8 分の 1（23 人中 3 人）に対し、著作権分科会は半数以上（29 人中 15 人）を占めていることが分かる。その 15 人中、全国消費者団体連絡会と日本図書館協会を除く 13 人は権利者団体で、これにマスコミの NHK を加えると約半数の 14 人が権利者の利益代表である。

³¹ 政府立法は政府が閣議決定して法案を国会に提出するため、正式には閣法とよぶようだが、本稿では後記 6. で言及する議員立法との対比が明確になるよう政府立法で統一する。

こうした審議会でフェアユースのような包括的権利制限規定に対して、委員のコンセンサスを得るのは難しい。現に知的財産推進計画 2008・2009 での提案を受けて、文化庁での検討を経て実現した 2012 年の著作権法改正は、従来の改正でも追加されてきた個別の権利制限規定と変わらない 4 つの条文を盛り込むだけの改正に終わってしまった。

このため、10 年以内に再検討する必要性が生じ、知的財産推進計画 2016 で柔軟性のある権利制限規定の検討が提案された。それから 2 年かけて実現した今回の改正は、三つの柔軟性のある権利制限規定が盛り込まれた点で前進といえる。しかし、イノベーションを取り巻く環境変化のスピードは加速する一方である。2018 年 6 月 15 日に閣議決定された「統合イノベーション戦略」は、「世界で破壊的イノベーションが進展し、ゲームの構造が一変、過去の延長線上の政策では世界に勝てず」と指摘する³²。破壊的イノベーションによって現時点で把握されていないニーズが出現する可能性も当然高まる。

その時に今回の柔軟性のある権利制限規定ではカバーできないが、アメリカではフェアユースにあたるニーズが生まれる可能性は十分あり（図表 2 参照）、いち早くサービスを提供した米企業に日本市場まで制圧されてしまう「いつか来た道」を歩むおそれは否定できない。デジタル時代にアナログの対応を繰り返す政府立法の限界でもある。

こうした問題の解決策として、筆者は文化審議会著作権分科会の委員を中立委員だけに絞る提案をしている³³。

6. 議員立法への期待

6.1 自民党の提言

政府立法は閣議決定を経て、国会に提案されるが、閣議決定の前には自民党の了承を得る必要がある。今回の改正は自民党内でも議論を呼んだ。赤池まさあき参議院議員（自民党）はブログ「著作権法改正 技術革新のための柔軟な規定へ」で、自民党内で 3 回にわたった会議で激論となったと指摘している³⁴。

激論となった理由は、山本一太参議院議員（自民党）がブログ「文化庁の著作権法改正案の内容に異議あり!!～前進どころか後退した『柔軟な権利制限』の規定（怒）」で指摘しているとおり自民党の提言をまったく反映してないため³⁵。自由民主党政務調査会が 2016 年 4 月に発表した「地方創生とイノベーション創出のための知的財産戦略提言～第 4 次産業革命とグローバル化の中で～」と題する提言の中に以下の記述がある³⁶。

5. デジタル・ネットワーク化に対応した知財システムの構築

（新たな著作権システムの構築）

・デジタル・ネットワーク化の進展などの環境変化に対応した著作物の利活用を促進する観点から、権利の適切な保護とのバランスを考慮しつつ、柔軟な権利制限規定を導入する。柔軟な権利制限規定としては、例えば、報道、研究、教育、福祉、イノベーションの創出など、目的を限定的に列挙すること等により明確性を確保するととも

³² http://www8.cao.go.jp/cstp/tougosenryaku/tougo_gaiyo.pdf

³³ 前掲注 5、230-231 ページ。

<https://www.chosakukengenki.tk/2018/01/201819.html>。でも提案した。

³⁴ <https://ameblo.jp/akaike-masaaki/entry-12355827934.html>

³⁵ <https://ameblo.jp/ichita-y/entry-12350692641.html>

³⁶ http://jimin.ncss.nifty.com/pdf/news/policy/132110_1.pdf

に、著作権者の利益を不当に害さないよう対応する。

・柔軟な権利制限規定について予見可能性を高めるため、国や関係機関が連携しつつ、ガイドラインの策定など法の適切な運用のための方策を講じる。

(途中略)

・著作物の利用が個々の消費者まで広がっていることに鑑み、「消費者利益への配慮」という視点を明確にする。

提言のタイトルにもなっている「イノベーション創出」にとって欠かせないのがフェアユース規定である。アメリカではフェアユースはベンチャー企業の資本金とよばれているようにシリコンバレーのIT企業の躍進に貢献した。英国のCameron首相も2010年に著作権法改革を命じた際、Googleの創業者がフェアユースのない英国で起業するつもりはなかったと語った事実を紹介した。そのGoogleに代表されるフェアユース関連産業がアメリカ経済を牽引している。

アメリカのGDPは2010年から2014年までの間に16.5%増えているが（図表6参照）、フェアユース産業は図表5のとおり、売上、輸出ともそれを上回る20%台の伸びを示している。

図表5 フェアユース関連産業のアメリカ経済への貢献

分析結果
アメリカのフェアユース産業は
■ アメリカ経済の16%を占める。
■ 2014年の売上は5.6兆ドル（633兆円）で2010年の4.6兆ドル（520兆円）に比べて22%増えた。
■ 4年間に100万人の雇用を増やし、雇用者の8人に1人にあたる1800万人を雇用している。
■ 4年間に生産性を年率3.2%向上させた。
■ 4年間に輸出を21%伸ばし、2014年には3680億円（42兆円）に達した。

出所：米国コンピュータ通信産業連盟『米国経済におけるフェアユース—フェアユース関連産業の経済的貢献』（<http://www.ccianet.org/wp-content/uploads/2017/06/Fair-Use-in-the-U.S.-Economy-2017.pdf>）

この間の日米のGDP伸び率を比較すると、日本はなんと14.9%減。円安が進行したことも影響しているが、円ベースで見ても4年間で2.7%しか増えてない。

図表6 日米のGDP伸び率比較

	2010年	2014年	伸び率
アメリカ（ドル）	14兆9644億ドル	17兆4276億ドル	16.5%
日本（ドル）	5兆7001億ドル	4兆8487億ドル	▲14.9%
日本（円）	500.4兆円	513.7兆円	2.7%

このようにフェアユース関連産業が経済を牽引する米国にならって、フェアユースを導入する国が今世紀に入って急増している。図表7のとおり、導入国はいずれも日本より高い経済成長率を誇っている。

図表7 フェアユース導入国のGDP成長率

導入年	国名	GDP成長率 (2017年)
1976年	米国	2.27%
1992年	台湾	2.79%
1997年	フィリピン	6.67%
2003年	スリランカ	3.11%
2004年	シンガポール	3.62%
2007年	イスラエル	3.32%
2011年	韓国	3.09%
2012年	マレーシア	5.90%
未導入	日本	1.71%

出所：「世界経済のネタ帳」 http://ecodb.net/ranking/imf_ngdp_rpc.html

自民党の提言が、「イノベーションの創出」だけでなく「消費者利益への配慮」も取り上げている点は注目に値する。図表4のとおり、文化審議会著作権分科会は権利者の利益代表委員が約半数を占めるのに対し、消費者の利益代表委員はたった1人である。こうした委員会のコンセンサスを得なければならない政府立法による改正で、消費者利益に配慮するような意見が採用されるとは考え難い。

1 億総クリエイター時代といわれるように、インターネットの普及によって、誰でも創作でき、誰でも簡単に作品を公表できるようになった。また、誰もが著作物を創作する際に他人の著作権を侵害するおそれが出てきた。同時に自分の著作物の著作権を他人に侵害されるおそれも増した。このように誰でも著作権侵害の加害者あるいは被害者になるおそれが出てきた時代に、消費者の利益が反映されないような著作権法では時代錯誤の法律になってしまう。

6.2 三宅伸吾参議院議員のフェアユース導入論

自民党内での議論については、三宅伸吾参議院議員が詳しく報告している³⁷。

2018年2月2日、党の知財戦略調査会・文部科学部会で著作権法改正案を審議しました。私はイノベーションを促進する法案としては極めて不十分だと指摘、修正すべきだと述べました。山本一太、阿達雅志・両議員らも法案への異論を強く訴え、再度、審議することになりました。

インターネットや人工知能といった分野を中心に近年、技術革新が大変なスピードで進んでいます。私はかねて、日本の著作権法の改正作業が技術環境の変化に追いついていないと考えています。そのため、技術進歩を生かした著作物の利活用促進、関連産業の発展に向け、著作権法の改正による「フェアユース制度」の導入が必要だと訴え続けてきました。同制度の内容については後述します。

この後、「フェアユース規定の導入を」という見出しに続いて、「多くの皆さまにご理解

³⁷ 前掲注27、17ページ。

いただきたく、少し長くなりますが、雑誌への寄稿文の該当部分を引用します」として、『Board Room Review』（一般社団法人日本取締役協会）2018 年 3 月号掲載の【経済成長へ、企業家と政府の役割】の項の引用が続き、最後に以下の記述がある³⁸。

私はフェアユース規定を我が国の著作権法にも導入するべきだと、かねて確信しており、実現に向け、当選以来、取り組んでいる。

政府は 2018 年通常国会で著作権法改正案の国会提出を予定しているが、その法律案は時代錯誤と断ぜざるを得ない（この後の脚注で三宅議員は時代錯誤の実例を紹介している。前記 3.4 参照）。我が国の経済界のなかでも、フェアユース規定の必要性への認識が広がってきたほか、党内でも同志が増えてきた。

政府側が、権利者団体の代表者ばかりでほぼ構成された審議会で調整がついた範囲でしか、著作権ルールを見直せないのであれば、国益にかなう方向に原案を修正するのがロー・メーカーの責務である。憲法は「財産権は、これを侵してはならない」と規定する一方で、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」とする。著作権も財産権の一つである。

米国の裁判所はリバース・エンジニアリング判決（2.2 参照）や Google Books 判決（2.5 参照）で公共の福祉の観点からフェアユースを認めた。一方、30 条の 4 の軽微性の判定にあたって、文化庁は利用目的の公共性は考慮されないとしている（3.2 参照）。確かに今回設けられた柔軟な権利制限規定も米国型フェアユースには及ばない（図表 2 参照）。しかし、三宅議員の指摘するとおり、「財産権は公共に福祉に適合するように法律で定められる」との憲法の規定に従えば、利用目的の公共性を全く考慮しないのも問題ではないのか？

三宅議員は続ける。

経済ルールは所与のものではない。社会に貢献しようという企業人や法律家は、政治へのロビイング活動を通じ、歴史に耐える法改正を促すべきだろう。また先に説明したように、ときには「正面突破戦略」などを通じ、自ら創り出すものだ。フェアユース規定の導入は「ルールを創る」という発想を日本社会に根付かせることの起爆剤となる。

どうして、いつも後追い、小出し、周回遅れの法整備になるのか、このままでは日本は沈むばかりだ-----。

車の自動走行、AI（人工知能）、ネット関連のコンテンツ産業分野などで世界の最先端の状況を目の当たりにしている企業人から、こうした声を何度、聞いたことだろうか。そろそろ終わりにしなければならない。

三宅議員は国政報告での改正案についての説明を以下のように結ぶ³⁹。

2018 年 2 月 16 日、自民党の文部科学部会・知的財産戦略調査会などの合同会議で著作権法見直しへの条文案を再審査しました。条文案を読んでいないと思われる方を含む多くの議員が改正案に賛成の意見表明。私はイノベーションを機動的に取り込む姿勢が同案には極めて不十分であり、改めて断固反対との意見を述べました。

³⁸ 前掲注 27、21 ページ。

³⁹ 前掲注 27、22 ページ。

「鉛のプールの中を歩いていたようでした。しかし、焦らず、怯まず、諦めず。この心境は変わりません」-----。長年、産業政策分野でご指導をいただいている有識者がかって、ふと漏らした言葉です。上記の政策はスピード感をもって実現しなければ、我が国経済の地盤沈下は止まりません。必ず実現させます。

6.3 阿達雅志参議院議員のコメント

このように自民党内でも異論が多かったが、部会の多数決で了承された改正案は、閣議決定を経て国会に提案され、衆参両院で可決された。自民党知財戦略調査会コンテンツ小委員会の事務局長をつとめる阿達雅志参議院議員は、改正法成立時にフェイスブックに以下の投稿をした⁴⁰。

自民党知財戦略調査会コンテンツ小委員会で事務局長として関わってきた著作権法改正案が成立しました。この内容では知財の活用、イノベーションが十分進まないということで大幅修正を求めましたが、一步でも早く前進させるべきということで自民党内の議論で文化庁原案通りで決まったものです。その後の文化庁との議論、国会質疑で半歩前進程度にはなりました。参考人質疑で、経団連が「著作権を活用した新しいサービスは海外でうまくいったら日本に持ってくればよい」と日本発のイノベーションを進める気がないような意見を表明したのは驚きでした。

「その後の文化庁との議論、国会質疑で半歩前進程度にはなった」としているように、上記3のような国会質疑での答弁や附帯決議を引き出した。附帯決議では衆参両院とも「著作権制度の適切な見直しを進めること」を決議している⁴¹。阿達議員は最後に経団連委員のコメントを紹介しているが、筆者も委員会審議のネット中継を視聴していて、経団連代表の発言には驚いた。「日本は米国型フェアユースがないから新しいビジネスができないという企業には、アメリカでやって逆輸入すればいいじゃないかと伝えている」と日本経済の空洞化を促進しかねないような答弁をした⁴²。

このように自民党は対症療法的対応に追われる文化庁よりは、イノベーションに前向きである。今回の改正で衆参両院とも「著作権制度の適切な見直しを進めること」という附帯決議を付けたことでもあり、政府立法による見直しが進まないようであれば議員立法による見直しも視野に入れるべきである。

日本はAI開発では資金面、技術面、人材面で、米国だけでなく米国を激しく追い上げる中国にも遅れをとっている。それに法制度面のハンデまで加わっては、破壊的イノベーションの時代に置いて行かれるばかりである。政府立法に10年後追いする改正しか望めないのであれば、10年先取りするような改正は議員立法に期待するほかない。前記三宅議員の「上記の政策はスピード感をもって実現しなければ、我が国経済の地盤沈下は止まりません。必ず実現させます。」との決意表明に期待したい。

⁴⁰ <https://www.facebook.com/masashi.adachi.50>

⁴¹ 衆議院

http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_rchome.nsf/html/rchome/Futai/monka2FF88AD49B164BB04925826E0029907C.htm

参議院 http://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/ketsugi/196/f068_051701.pdf

⁴² 平成30年5月15日 第196国会参議院文教科学委員会会議録第8号8ページ
<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/196/0061/19605150061008.pdf>

参考文献

- Barton Beebe (2008) *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. Pa. L. Rev. 549 (2008)、城所岩生訳 (2008 - 2009) 「合衆国著作権法フェアユース判決 (1978-2005 年) の実証的研究 (1)(2)」『知的財産法政策学研究』21 号 - 22 号。
- Peter Decherney (2014) *Fair Use Goes Global*, Critical Studies in Media Communication Vol.31:2 (2014) pp.146-152、城所岩生・晴美訳 (2015) 「グローバル化するフェアユース」『GLOCOM Review』<http://www.glocom.ac.jp/news/811>.
- Neil Weinstock Netanel (2011) *Making Sense of Fair Use*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 715 (2011) 石新智規・井上 乾介・山本夕子訳 (2013 - 2014) 「フェアユースを理解する(1)(2)」『知的財産法政策学研究』43 号- 44 号。
- 石新智規 (2016) 「フェアユース再考 : TPP による日本の著作権法の変容を契機として」『知財管理』2016 年 3 月号。
- 岩倉正和 (2015) 「フェアユース規定導入の比較法的再検討」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。
- 上野達弘 (2017) 「権利制限の一般規定」中山信弘, 金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて : コンテンツと著作権法の役割』信山社。
- 城所岩生 (2009 - 2010) 「検索エンジンとフェアユース」『月刊 IM』2009 年 5 月号から 10 月号まで 6 回にわたり連載。
- 城所岩生 (2016) 『フェアユースは経済を救うーデジタル覇権戦争に負けない著作権法』インプレス R&D。
- 城所岩生 (2018) 『JASRAC と著作権、これでいいのかー強硬路線に 100 万人が異議』ポエムピース。
- 絹川真哉 (2018) 「著作権法におけるルール対スタンダード : フェアユースの法と経済学」『Journal of global media studies』22 号。
- 潮海久雄 (2017) 「大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大」中山信弘, 金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて : コンテンツと著作権法の役割』信山社。
- 島並良 (2017) 「著作権法におけるルールとスタンダード・再論」中山信弘, 金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて : コンテンツと著作権法の役割』信山社。
- 田中辰雄 (2017) 「フェアユースの是非」中山信弘, 金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて : コンテンツと著作権法の役割』信山社。
- フェアユース研究会 (委員長 : 泉 克幸、委員 : 上野達弘、梶山敬士ほか) (2010) 『著作権・フェアユースの最新動向ー法改正への提言』第一法規。
- 村井麻衣子 (2014 - 2018) 「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ー日本著作権法の制限規定に対する示唆 (1) - (6)」『知的財産法政策学研究』45 号 - 50 号 (連載中)。
- 山本隆司・奥邨弘司 (2010) 『フェアユースの考え方』太田出版。