

No. 129(2013/3)

## 平成24年著作権法改正について

弁護士 上沼紫野

### 1 改正法の概要

平成24年6月20日著作権法の改正法が成立し、同月27日平成24年法律第43号(以下「改正著作権法」)として公布された。改正著作権法は、以下を内容とする。

- ① いわゆる「写り込み」等に係る規定の整備
- ② 国立国会図書館による図書館資料の自動公衆送信に係る規定の整備
- ③ 公文書等の管理に関する法律等に基づく利用に係る規定の整備
- ④ 著作権等の技術的保護手段に係る規定の整備
- ⑤ いわゆる「違法ダウンロード」の刑事罰化に係る規定の整備

上記のうち、①から③については、著作物の利用の円滑化のために著作権を制限する規定であり、④及び⑤は、著作権の保護を強化する方向の規定である。

③から⑤については、平成24年10月1日より、その他については、平成25年1月1日より施行されている<sup>1</sup>。

本稿では、このうち、①及び⑤を取り上げることにする。

### 2 改正に至る経緯

ご存じのとおり、上記改正のうち、①から④については、平成23年1月付文化審議会著作権分科会報告書(「平成23年報告書」)を受けて、政府内で条文化作業が行われ、平成24年3月9日の閣議決定を経て同日国会に内閣提出法案として提出されたものである。⑤は、同年6月15日に衆議院文部科学委員会において内閣提出法案に対する質疑終了後、内閣提出法案に対する修正案という形で議員からの提案がなされたものであり、同日、同委員会及び衆議院本会議において、修正案も含めた形で可決され、同月19日に参議院文教科学委員会において質疑・参考人質疑が行われ、翌20日に、同委員会及び参議院本会議において可決されて成立したという経緯をたどっている。

<sup>1</sup> ⑤については、啓発を目的とした附則が定められており、かかる附則については公布日より施行されている。

後に詳述するが、改正著作権法について国会での審議は数時間であり<sup>2</sup>、文化審議会での十分な検討を経た①から④はともかく、⑤については、刑罰という重大な結果を伴う内容の改正につき、十分な議論がされたとは言いがたい状況で成立している。

### 3 いわゆる「写り込み」等に関する規定の整備について

#### (1) 平成 23 年報告における検討

本規定は、元来は、いわゆるフェアユースに関する議論を前提としたものである。日本の著作権法は、権利制限規定が個別に定められているため、各個別の権利制限規定に該当しない場合は、「写り込み」のような権利者の利益を不当に害するものではないような行為も形式的には違法となってしまうとの弊害があると従来から指摘されていた。

上記のような問題意識に加え、技術の発展に伴い、元来想定されていないような著作物の利用方法が可能になったにもかかわらず、相当する個別の権利制限規定がないという状況に対応するために、インターネット等を活用した著作物利用の円滑化を図るための措置としての権利制限規定の拡充などを盛り込んだ著作権法の改正法が平成 21 年に行われた。しかし、個別の権利制限による対応では、日々変化していく利用状況の変化に適時に対応することはできない。そこで、米国のフェアユース規定のような権利制限の一般規定の導入の検討が必要であるとの主張がなされるようになり<sup>3</sup>、知的財産戦略本部の 2009 年 6 月 24 日付知的財産推進計画 2009 において、「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009 年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる」こととされた。

これを受け、文化審議会著作権分科会において議論が行われたが、日本版フェアユース導入への慎重論なども強く主張された結果、よく知られているとおり、平成 23 年報告は、権利制限の一般規定として、以下の 3 つの類型を新たに設けることが適当としていた。

#### A 著作物の付随的利用

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じ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

#### B 適法利用の過程における著作物の利用

---

<sup>2</sup> 国会の議事録によれば、平成 24 年 6 月 15 日の文部科学委員会において内閣提出法案に対しておおよそ 2 時間の質疑が行われているが、その後提出された議員修正案については 1 名が討論を行ったのみである（内閣提出法案に関する質疑の中で、後に提出される予定の修正案について言及されている部分はある）。参議院においては、同月 19 日に文教科学委員会において全体質疑で 2 時間、その後、4 人の有識者に対する参考人質疑が 2 時間行われている。

<sup>3</sup> 「著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言」（フェアユース研究会編著、第一法規、2010 年）など

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

#### C 著作物の表現を享受しない利用

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

平成 23 年報告の上記 3 類型は、かかる規定がなくても従来からほぼ許容されると考えられていたものであり、この 3 類型が一般的権利制限規定として新設されてもその積極的効果あまり期待できず、包括的な権利制限規定というより、個別の権利制限規定にすぎないのではないかとの批判があった<sup>4</sup>。平成 23 年報告における 3 類型でさえ、このように対象が限定され過ぎではないかとの批判があったところ、後述のとおり、改正著作権法では、かかる類型が更に限定される規定となってしまう。

#### (2) 改正著作権法における規定

改正著作権法の 30 条の 2 が A 類型に相当するものであり、例えば、写真撮影などの際、背景に他の著作物が写り込んでしまっている場合、撮影した写真を複製等によって利用しても、写り込んでいる著作物に関する著作権を侵害したことにはならないとする規定である。要件として、(i)「写真の撮影、録音又は録画の方法によって著作物を創作する」場合であり、(ii)「分離することが困難であるため付随して対象となる・・・著作物」が、(iii)当該写真等著作物における軽微な構成部分」であり、(iv)「著作権者の利益を不当に害する」ものでないことが必要となる<sup>5</sup>。

本規定が創設される前の段階でも、このような写り込みの場合は、著作物としての実質的利用ではなく著作権侵害とはならない旨の指摘は従来からされていた(加戸守行「著作権法逐条解説 [五訂新版]」288 ページなど)。本規定が想定しているような状況は、このような解釈を前提に、具体的な権利侵害の存否については、個別具体的な事情に基づき最終的に裁判所に判断を委ねるアプローチでも解決できる。個別規定である権利制限規定はその規定が限定的であるが故に硬直的な運用がされがちであったという面を考

<sup>4</sup> かかる批判の存在を指摘するものとして、早稲田祐美子「著作権の包括的な権利制限の規定の導入についてー日本版フェアユース規定を巡る多様な見解も踏まえて(特集 著作権をめぐる最近の諸問題)」(自由と正義 2011 年 7 月号 54 頁) 等

<sup>5</sup> 要件を満たすか否かの判断を容易にするため、文化庁の HP 上にこれらの権利制限規定が適用される場合の具体例が記載されている。<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/utsurikomi.html>

なお、これは、以下の参議院文教科学委員会附帯決議に即したものとと言える。

6 付随対象著作物の利用に係る規定である第 30 条の 2、検討の過程における利用に係る規定である第 30 条の 3、技術の開発又は実用化のための試験のように供するための利用に係る規定である第 30 条の 4 及び情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用に係る規定である第 47 条の 9 については、関係者からその具体的な内容が条文からだけでは分かりにくいとの意見等があることを踏まえ、これらの規定の対象となる具体的な行為の内容を明示するなど、その趣旨及び内容の周知を図ること。

慮すれば、むしろ、従来のアプローチの方が柔軟でいいのではないかと個人的には思われる。

B 類型に該当するものが、改正著作権法の 30 条の 3 である。たとえば、商品の開発・販売の企画において、その商品等のイメージを明らかにするために、最終的な著作物の利用が決定される前段階の企画書やプレゼンテーション資料等において利用予定の著作物等が掲載されることがある。このような企画書やプレゼンテーション資料などに著作物を用いる行為が著作権侵害とならないことを規定するものである。最終的な利用段階では著作権者からの許諾を取得することになり、その準備行為の場合、著作物の利用は限定的な用途・範囲においてのみ行われることから権利者の利益を害するものではないと解されることが本権利制限の根拠である。要件としては、(i)著作権者の許諾・・・又は裁定を受けて著作物を利用しようとする」場合に、(ii)これらの利用についての検討の過程における利用に供することを目的と」して、(iii)「必要と認められる限度において」、(iv)著作権者の利益を不当に害する」ものでないことが必要となる。

改正著作権法では、平成 23 年報告の C 類型の一例にあたるものとして、30 条の 4（技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用）及び 47 条の 9（情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用）が規定されている。

30 条の 4 の要件は、(i)「著作物の利用に係る技術の開発又は実用化のための試験の用に供する場合」に、(ii)「必要と認められる限度」で行うことである。また、47 条の 9 の要件は、(i)「情報通信の技術を利用する方法により情報を提供する場合」に、(ii)「情報提供を円滑かつ効率的に行うための準備に必要な・・・情報処理を行う」ときに、(iii)「必要と認められる限度」で行うことである。例えば、バックエンドでのデータの高速処理などが想定されている。

### (3) 条文化に関する疑問点

上記条文から分かるとおり、これらの規定は、C 類型をそのまま条文化したのではなく、その範囲が極めて限定されたものとなっている。その理由は、C 類型は既存の個別権利制限規定を包摂するものであるが、既存の個別制限規定の延長線にあるもので、既存の規定で対応できない場合は当該個別規定の改正で対応すべきであり、そのような既存のものを含む包括的な規定を置くことは、明確性の原則等に照らして適当ではないとの指摘があったためとのことである<sup>6</sup>。

確かに、平成 21 年改正における 47 条の 5（送信の障害の防止等のための複製）、47 条の 6（送信可能化された情報の送信元識別符合の検索等のための複製等）等の規定も、著作物の表現を享受しない利用を権利制限として定めたものではあり、C 類型の一部は既に条文化されているものではある。しかしながら、個別の規定でカバーしきれない場合に備え、これらを包摂する形のいわゆるバスケット条項が置かれる

<sup>6</sup> 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」（コピライト 619 号 9 頁）。

ことは必ずしも珍しいものではない<sup>7</sup>。また、平成 23 年報告においても刑事罰との関係を考慮した場合 C 類型は明確性を欠くとの指摘は存在していたが、権利制限の一般規定という性質や、刑事責任が問われない領域を明確にする権利制限規定の場合には、明確性の原則との関係についてはある程度柔軟に解してもよいのではないかと意見が出されていたことも同報告において記載されていた。実際、犯罪が成立しない違法性阻却事由を規定する刑法 35 条ないし 37 条の規定が一般的・抽象的であることを考慮すれば、著作権法の権利制限規定において厳格に明確性を要求されるところの解釈には疑問を感じるころである。また、個別の権利制限規定の延長にあるものは個別の権利制限の改正で対応すべきとの考え方は、個別の権利制限規定の改正では適時に対応できないということを理由とする権利制限の一般規定の導入の目的にそぐわないのではないかとこの疑問も禁じ得ない。A 類型において述べたとおり、著作物の本質的利用か否かという視点からすれば、C 類型に該当するような場合は、個別の権利制限規定を待つまでもなく、著作権侵害を構成しないとの解釈を導きうるものであると考えるが、むしろ、そのような C 類型に関する個別規定の数を増加させていくことは、当該規定が形式的に適用され得る場面のみが適法であり、それ以外は違法であるとの印象を与えかねない。

さらに、著作権に関する普及啓発活動においては、「違法」となる行為をしないことに重点を置きがちであるため、権利侵害となる場合は詳細に説明するが、権利制限規定については、その個別規定という特性から多岐にわたりかつ複雑であることなどから、全ての規定を詳細に説明することはなかなか行われていない。このような現状を考えると、個別規定による対応は、国民が本来自由に行い得るはずの著作物の利用についての萎縮効果をもたらすという懸念も、杞憂とは言えないように思われる。

#### (4) 更なる課題

改正著作権法における権利制限規定は、平成 23 年報告より更に限定されたものとなっているが、平成 23 年報告の A 類型、B 類型、C 類型でも、権利者の許諾がなくても認められるべきであるような利用形態が全てカバーされているわけではない。A 類型や C 類型は、著作物としての本質的利用ではなく、これに相当する条文がなかったとしても著作権侵害ではないとの結論を導きうる可能性があることは前記のとおりであるが、B 類型は、著作物としての本質的利用として評価できるような利用形態を前提としている。著作物としての本質的利用として評価できるような利用形態であっても、例えば、かかる利用により実現される利益がかかる利用行為に許諾権を持つことによって得られる権利者の利益より大きい場合など、権利者の許諾なく行

---

<sup>7</sup> 著作権法 20 条 2 項 4 号も「前 3 号に掲げるもののほか」との文言はあるものの、「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」という包括的な規定が設けられている。国民の自由を制限する侵害行為を定める規定においてこのような包括的な規定が許されているのに、自由を拡張する方向の権利制限規定においては明確性の見地からこのような包括的な規定が認められない、という議論については、個人的には疑問を感じる。

い得るとされることが望ましいと思われるような利用方法は、既存の権利制限規定やB類型の場合以外にも存在しうる。特に、情報化が発達した現在においては、「情報」が「著作物」として提供される場合も多く<sup>8</sup>、いわゆる「知る権利」を実現するために著作物の利用を認めることが望ましいと思われる場面も多々ある。

例えば、現在、平成 23 年 3 月 11 日の東日本大震災の発生を受け、災害の記録と伝承の重要性に鑑み、総務省及び国立国会図書館が連携して、東日本大震災に関する記録・資料等をデジタルデータにより収集・保存・公開するための「東日本大震災アーカイブ」基盤構築プロジェクトが実施されている<sup>9</sup>。同プロジェクトにおいて収集の対象となる記録とは、写真、動画、手記等であり、著作物と認められるものが殆どであるため、著作権法上の問題点を整理することも同プロジェクトの課題の一つとしてあげられている。本プロジェクトの性質上、収集対象たる記録に関し、著作者等との連絡がとれないことも想定され、権利者からの許諾を前提とするスキームではなく、権利者からの許諾が得られないことを前提に検討せざるを得ない<sup>10</sup>。しかし、近頃のコンプライアンス重視の状況下において、権利者の許諾が得られないような記録を積極的に収集・利用するという方向にはなかなか進みづらいであろう。震災の記録に接することは、震災という情報を知る権利として尊重されるべきであり、かかる見地からは、記録の積極的な収集・利用が行われることが望ましい。もし、著作権がその障害として働いているとすれば、文化の発展に寄与することを目的とする著作権法の趣旨からしても残念なことである。

本プロジェクトのような場合も、このような記録の収集・利用を可能とするために個別に立法を行うなどの方法によって対処することも可能であるが、時間差はどうしても生じうる<sup>11</sup>。著作物の利用が必要となる事態を予め全て想定することはできないことを考えると、もう少し、柔軟な対応を可能とするような著作権法のあり方について、改正著作権法が施行後の現状においても、検討が必要であると思われる。

## 4 いわゆる「違法ダウンロード」の刑罰化について

### (1) 規定の内容

本規定は、119 条第 3 項として条文化されている。刑事罰の対象となるのは、録音・録画された有償著作物を、違法にアップロードされたサイトから、その事実を知らずながら、ダウンロードして録音・録画した行為であり、2 年以下の懲役、200 万円以下の罰金又はその併科という罰則が規定されている。

対象が録音・録画に限られており、書籍や漫画等は対象とならない点は、平成 21

<sup>8</sup> 例えば、送信可能化の定義に「情報」の入力、記録との語が出てくる（法 2 条 1 項 9 の 5 号）。

また、情報公開法令に基づく開示請求等との調整などの規定も著作権法中に存在しており（法 18 条 3 項など）、情報の利用が著作物の利用と重なることが想定されている。

<sup>9</sup> [http://www.soumu.go.jp/menu\\_seisaku/ictseisaku/ictriyou/02ryutsu02\\_03000092.html](http://www.soumu.go.jp/menu_seisaku/ictseisaku/ictriyou/02ryutsu02_03000092.html)

<sup>10</sup> 収集の対象たる記録も個人的なものである場合は未公表であることが想定されるため、裁定などの制度も利用できない。

<sup>11</sup> 特に、記録などは、時間の経過と共に散逸していくことを考慮すれば、かかる時間差を許容することが難しい面もあると思われる。

年改正と同様であるが、本規定の対象は、更に「有償で公衆に提供され、又は提示されているもの」に限定されている。具体的には、DVD等で販売されている映画等である。「その事実を知らず」というのは、違法なアップロードであることと、有償著作物であることの両方を知っていることを意味する。また、「録音・録画」が問題とされているから、単なる閲覧のみでは本条の違反とはならないとされている<sup>12</sup>。

## (2) 立法経緯に関する疑問

本規定の立法に関する経緯は、前記2で触れたとおりであり、十分な審議がされたとは言いがたい<sup>13</sup>。

それを別としても、本規定に関する立法事実の存否についても疑問が呈されている。平成21年改正において、私的使用複製であっても、違法著作物その事実を知らずダウンロードする行為を違法化する旨の規定が設けられたが（法30条1項3号）、その際、罰則は付さないこととされ、その後も文化審議会著作権分科会において刑罰化が必要との取りまとめはされていなかった。違法化する旨の規定が設けられてから2年であり、その認知の程度やその効果等の検証を行わないうちに、刑罰化という重大な効果を導入するだけの必要性があったかは疑問があるところである<sup>14</sup>。

なお、本規定の施行後、平成25年2月末に発表された統計では、平成25年3月時点でファイル共有ソフト利用者は前年から3～4割減少したものの、平成24年音楽配信売上高は、前年比25%減となっている<sup>15</sup>。

## (3) 立法内容の妥当性に関する疑問

罰則化という規定が妥当であったかという点についても、種々の疑問が呈されて

---

<sup>12</sup> 文化庁HPの「違法ダウンロードの刑事罰化についてのQ&A」に具体例が記載されている。

[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/download\\_qa/pdf/dl\\_qa\\_ver2.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/download_qa/pdf/dl_qa_ver2.pdf)

<sup>13</sup> 違法ダウンロードの刑罰化の修正案を含め、著作権法の改正案は、参議院の文教科学委員会においては全会一致で可決されたが、同委員会における質疑において反対又は懸念を示す方向で活発な質問をしていた議員は、採決の日において委員を辞任したとして交代となっている。

<sup>14</sup> 違法ダウンロードが民事的に違法化された後も、インターネット上の違法コンテンツの流通による被害が深刻であり、違法ファイル等の年間ダウンロード数を正規音楽配信の販売価格に換算すると6683億円に相当するとの23年3月付一般社団法人日本レコード協会の報告などが被害の実情を示すものとしてあげられるが（<http://www.riaj.or.jp/release/2011/pr110309.html> 参照）、平成24年6月19日参議院文教科学委員会において参考人として罰則化に反対の意見を述べた津田大介氏は、日本で最もCDが売れていた1998年時のCDの売上が6000億円であることなどをあげ、その調査自体にも疑問があることを指摘している。

また、同じく参考人として罰則化に賛成の意見を述べた岸博幸氏は、違法ダウンロード罰則化によりどのくらいの売上げが増加するかという試算は存在しない旨を述べており、罰則化という国民の自由に対する重大な制限を導入するに値するだけの利益が実現できるかどうかという具体的な検証はされていないことが分かる。

<sup>15</sup> <http://bizmash.jp/articles/41101.html> など

いる<sup>16</sup>。

まず、私的使用目的でのダウンロードという私的領域における行為に刑事罰を導入すること自体への疑問である。刑罰という形で、原則として自由であるべきはずの私的領域に対する行動の自由を制限することについては謙抑的であるべきであり、他の手段によって同じ目的が達成できるのであれば、そのような方法によるべきである<sup>17</sup>。

また、そもそも違法ダウンロードは、アップロードがあつて初めて行われるところ、許諾なく著作物をアップロードする行為自体は、現状でも罰則が付されているのであるから、適切な検挙を行えば効果が上げられるのではないかなどという指摘である。実際問題として、自動公衆送信または送信可能化の態様での著作権侵害については、プロバイダへの照会における通信の秘密との関係やログの保存期間など捜査上の問題などもあり、警察なども告訴をあまり受け付けたがらない傾向はあるかもしれない。ただ、アップロードの効果的な検挙が難しいとすれば、さらに、対象が増大するダウンロードの検挙などはましてや大変であるだろうことが予測され、法執行について疑問である。前記のとおり、私的使用目的でのダウンロードという私的領域における捜査が制限なく行われるような事態はとても歓迎できないが、執行があまり想定されていない罰則は、却って遵法意識を鈍化させるようなことにならないのかという疑問は残る。

また、本規定により、インターネット利用そのものに対する萎縮効果が生じることについて懸念も示されている。本規定は、違法にアップロードされた有償著作物をそれと知りながらダウンロードする行為を対象とするものであるが、ネット上に流通するコンテンツが適法なものか否か、また通常有償で提供されているものか否か等は現実問題として容易に判明しがたい面もあり、本来、問題がないようなコンテンツについての利用をも實際上制限することとなりかねないという懸念である。

この点、実際に、改正著作権法成立後、PTAなどで、違法ダウンロードの刑罰化に伴い、子どもには動画サイトを見ることは禁じた方がいいのではないかとの議論がされているのを耳にした。前記（1）で記載したとおり、視聴だけであれば、本規定の適用対象とはならないが、左クリック等でダウンロードできてしまう場合

---

<sup>16</sup> 日本弁護士会平成24年4月27日付「違法ダウンロードに対する刑事罰の導入に反対する会長声明」、福井健策「『ネットの自由』vs. 著作権 ～情報社会と文化のゆくえ～」(コピーライト621号5頁以下)等。

<sup>17</sup> このような指摘に鑑み、改正著作権法には、以下のような附則及び参議院での附帯決議が存在しているが、このような附則等が必要とされること自体、懸念の大きさを示していると言える。

・附則9条（運用上の配慮）

新法第119条の第3項の規定の運用に当たっては、インターネットによる情報の収集その他のインターネットを利用して行う行為が不当に制限されることのないよう配慮しなければならない。

・参議院文教科学委員会附帯決議

5 著作権法の運用に当たっては、犯罪構成要件に該当しない者が不当な不利益を被らないようにすることが肝要であり、とりわけ第119条第3項の規定の運用に当たっては、警察の捜査権の乱用やインターネットを利用した行為の不当な制限につながらないよう配慮すること。



もあるし、動画サイトの場合、違法なコンテンツが紛れ込んでいることは認識していることなどから、少しでも危ない行為はさせたくない、という気持ちになるのも理解できるが、萎縮効果に対する懸念は、ある程度は当たっていたということになるろう。

特に、前記3（4）で見たとおり、著作物と情報が極めて近接してきていることもあり、著作権の行使によって、情報の取得が制限されるようなことも生じかねない<sup>18</sup>。著作権が情報コントロール権として機能することのないよう、萎縮効果については十分な配慮が必要である。

#### （4）附則について

本規定については、附則10条が次のように規定している。

新法119条第3項及び附則第8条の規定<sup>19</sup>については、この法律の施行後1年を目途として、これらの規定の施行状況等を勘案し、検討が加えられ、その結果に基づいて必要な措置が講じられるものとする。

つまり、1年後の見直しが予定されているのであるから、見直しの際には、本規定の施行に伴うメリット・デメリットについての状況を十分調査した上で、充実した議論の上での検討がなされることを期待したい。

以上

---

<sup>18</sup> 国会中継の動画の動画サイトへの投稿が、著作隣接権者からの申立により削除されたことにつき、「知る権利」を理由とした批判などもされている。

<http://nlab.itmedia.co.jp/nl/articles/1303/12/news145.html> など

<sup>19</sup> 8条（関係事業者の措置）

有償著作物等を公衆に提供し、又は提示する事業者は、特定侵害行為を防止するための措置を講じるよう努めなければならない。