

# カナダ著作権法における「利用者の権利」としての 著作権制限規定

福岡大学法学部准教授

谷川 和幸

TANIKAWA Kazuyuki

- I はじめに——お目こぼしの権利制限観からの脱却をめざして
- II カナダ著作権法の発展
- III 若干の検討
- IV わが国への示唆

## I はじめに——お目こぼしの権利制限観からの脱却をめざして

わが国の著作権法は30条以下の「著作権の制限」に関する諸規定を有しており、これによって著作権の効力が及ぶ範囲を制限している。もっともこれらの諸規定はその対象が限定的であったり、要件が厳格であったりする上、各規定から漏れる利用行為を救済する「受け皿」規定が存在しないこともあり、柔軟性に欠けることがかねてより指摘されてきた<sup>1)</sup>。そこで米国著作権法のフェア・ユース規定を参考にした「日本版フェア・ユース」規定の創設が提唱され、平成24年改正<sup>2)</sup>を経て、平成30年改正<sup>3)</sup>によってかなりの程度柔軟に適用しうる個別規定が導入されるに至った。しかし、これらの法改正によって従来指摘されてきた課題がすべて解決したわけではない。とりわけ、自炊代行事件によって明らかとなった私的複製規定(30条1項)の適用範囲の狭さや、原作者

物の市場に対する影響が小さいと考えられるパロディその他の二次創作を許容する規定が存在しないこと<sup>4)</sup>等が残された課題となっている。

ここでは自炊代行事件<sup>5)</sup>が提起した課題を確認しておこう。同事件では、利用者から書籍の送付を受けて当該書籍を裁断し、スキャナで読み取って電子データ化し、当該電子データを利用者に納品するという方法で行われるいわゆる「自炊代行」業について、複製権侵害の成否が争点となった。30条1項柱書によれば、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ことを目的とするときは、同項各号に掲げる場合を除き、「その使用する者が」著作物を複製することが認められている。したがって、利用者自身が自己の個人的な使用を目的として自らスキャン(複製行為)を行う場合には同項により複製権侵害とならない。ところが本件では利用者本人に代わって自炊代行業者がスキャン作業を行っている。そのため、同項の適用が認められるかが争われることとなった。

知財高裁は30条1項の趣旨に触れつつ、次のように判示して、同項の適用を認めず、自炊代行業者のスキャン行為は複製権侵害に当たると判断した(下線は引用者)。

1) 議論状況について、上野達弘「権利制限の一般規定——受け皿規定の意義と課題」中山信弘・金子敏哉編著『しなやかな著作権制度に向けて』(信山社、2017年)141頁を参照。

2) 著作権法の一部を改正する法律(平成24年法律第43号)。付随対象著作物の利用(30条の2)、検討の過程における利用(30条の3)、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(30条の4。平成30年改正により30条の4第1号に移動)、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(47条の9。平成30年改正により47条の5に統合)等の規定が整備された。

3) 著作権法の一部を改正する法律(平成30年法律第30

号)。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(30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(47条の4)、電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微利用等(47条の5)等の規定が整備された。

4) 横山久芳「引用既定の解釈のあり方とパロディについて」中山・金子編著・前掲注1)337頁。

5) 東京地判平成25年9月30日判時2212号86頁、知財高判平成26年10月22日判時2246号92頁〔第1事件〕及び東京地判平成25年10月30日裁判所HP〔第2事件〕。

「著作権法 30 条 1 項は、個人の私的な領域における活動の自由を保障する必要性があり、また閉鎖的な私的領域内での零細な利用にとどまるのであれば、著作権者への経済的打撃が少ないことなどに鑑みて規定されたものである。そのため、同条項の要件として……複製行為の主体について『その使用する者が複製する』との限定を付すことによって、個人的又は家庭内のような閉鎖的な私的領域における零細な複製のみを許容し、私的複製の過程に外部の者が介入することを排除し、私的複製の量を抑制するとの趣旨・目的を実現しようとしたものと解される。」そうすると、自炊代行サービスを提供して業者が複製をすることは「私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、複製の量が增大し、私的複製の量を抑制するとの同条項の趣旨・目的が損なわれ、著作権者が実質的な不利益を被るおそれがあるから、『その使用する者が複製する』との要件を充足しないと解すべきである。」

ここで裁判所は、30 条 1 項の趣旨として「個人の私的な領域における活動の自由」の保障の必要性を挙げつつも、そのような私的複製が許容されるのはそれが零細な利用にとどまり、権利者への経済的打撃が少ないからだとして説明している。そして、外部の複製代行業者が介入することで複製の量が增大し、「著作権者が実質的な不利益を被るおそれがある」ので、そのような利用は同項によって許容されていない、と結論付ける。ここでは明らかに、利用者の活動の自由の保障よりも著作権者の経済的利益の保護の方が優先されている。すなわち、私的複製が許容されるのはそれが零細であるために著作権者の経済的利益にそれほど打撃を与えないからであって、いわばお目こぼしされているのだと裁判所は考えているのである。利

用者の活動の自由と言ってみても、それは所詮、著作権者の経済的利益を大きく害しない範囲で、お目こぼし的に認められるものにすぎない<sup>6)</sup>。

このように、著作権者の利益を大きく損なわない範囲でのみ無断利用を許容するという考え方を以下では「著作権者中心主義」と呼ぶことにしよう。著作権者中心主義のもとでは、問題となっている利用行為が著作権者にどのような経済的不利益をもたらすかが査定され、その多寡によって当該利用行為の許容性が判断される。その結果として一定の利用行為が許容されることになるとしても、それは当該行為に積極的な価値が認められたからではなく、敢えて著作権を行使させなくてもないと判断されたことの反射的・消極的な帰結であるに過ぎない。自炊代行事件で裁判所は「個人の私的な領域における活動の自由」に触れていたが、これも、著作権者中心主義のもとでは、それ自体に積極的な価値があるのではなく、あくまでも零細であって敢えて権利行使を認めるまでもない領域について消極的に認められたお目こぼし的自由にすぎない。

同判決が提起した課題とは、このようなお目こぼし的権利制限観からの脱却の必要性である<sup>7)</sup>。すなわち、30 条 1 項によって私的複製が許容される利用者側の利益を単なる反射的・消極的な利益と位置づけるのではなく、それ自体に積極的な価値を見出し、著作権との間で対等な利益衡量を図る必要性があるのではないかという問題意識である<sup>8)</sup>。同判決に向けられた田村善之の次の指摘はこの問題意識を的確に表現している<sup>9)</sup>。「30 条 1 項に私人の自由を確保するという積極的な意義を認める場合には、同項は単に零細な例外的利用に対するお目こぼしを施すものではなく、利用者の自由という立派な利益を（も）保護する規定で

6) 著作権者人格権に関するものであるが、パロディ・モンタージュ事件第 1 次上告審判決（最判昭和 55 年 3 月 28 日民集 34 卷 3 号 244 頁）の環補足意見が、パロディ表現には「原写真の著作者の著作者人格権、特にいわゆる同一性保持権との関連における宿命的な限界がある」と述べ、著作権者人格権を侵害しない限度でパロディを認めようとする点にも、同様の発想を見て取ることができる。

7) 谷川和幸「原判決判批」L&T64 号（2014 年）72 頁（「[30 条 1 項の趣旨を] どのように積極的にとらえ直していけるかが今後の学界の課題である」との指摘）。

8) 30 条 1 項の趣旨の再検討に着手する論稿として、島並良「私的複製制度の理論的基礎(1)」著作権研究 40 号（2013 年）29 頁。同項において衡量されるべき利益は書籍の所有者の所有権又は情報へのアクセス権であるという観点からの再検討として、平嶋竜太「[自炊] 代行事件を契機にみる著作権法における消尽法理の不完全性について」野村豊弘先生古稀記念論文集「知的財産・コンピュータと法」（商事法務、2016 年）195 頁。

9) 田村善之「判批」IP マネジメントレビュー 17 号（2015 年）42 頁。

あるということになるから、ひとり権利者側の利益のみを強調する解釈態度が許されることにはならず、それと対抗する利益としての私人の自由との衡量という観点が視野に入ってくることになる。」

わが国の著作権法学が今後、この課題をさらに直視し、お目こぼしの権利制限観から脱却し、公共の利益等の対抗する利益との衡量という考え方を推し進めていく際には、カナダの経験が有用な示唆を与えてくれるかもしれない。

カナダにはかつて——と言っても1990年のことであるが——著作権者中心主義を明言した最高裁判決が存在していた（Bishop判決）。そのような考え方のもとでは著作権の効力範囲を制限的に解釈しようとはされず、その帰結として利用者側の利益は十分に保護されていなかった。ところが21世紀になって状況は一変する。2002年の最高裁判決（Théberge判決）では著作権者の利益の保護ばかりではなく、その権利の制限についても重視してバランスを取る必要があることが強調された。2004年の最高裁判決（CCH判決）はこの考えを推し進め、権利制限は「利用者の権利（user's right）」であるとまで述べるに至った。さらにカナダ最高裁は2012年7月12日に著作権法に関わる5件の事件について同日に判決を下した。そのうち2件が権利制限規定の解釈に関わるものであるが、いずれもCCH判決の考えを踏襲し、権利制限規定を拡張的に解釈・適用するものであった。

このような一連の最高裁判決を経て、カナダ著作権制度は完全に著作権者中心主義から脱却し、いまや「利用者の権利」として権利制限規定を拡張的に解釈するに至っている。その経緯を学び、変化の理由を探ることは、上記課題に取り組むわが国の著作権法学にとって一つの導きとなり得よう。

## II カナダ著作権法の発展

### 1 過去（1990年）

カナダ最高裁のかつての著作権者中心主義をよく表しているのが、1990年のBishop判決<sup>10)</sup>である。原告Bishopはある楽曲を作詞作曲した音楽家であり、自己の著作権のうち楽曲の実演を放送する行為に関する部分を権利者団体CAPACに委託していた。被告Stevensは歌手であり、放送局である被告Télé-Métropoleと共同で、原告楽曲を実演した録音物を作成した。この録音物は放送のためだけに用いられたもので、また放送行為に関してはCAPACに利用料が支払われている。この状況のもとで原告は、録音物の作成行為については許諾を与えていないとして、複製権侵害を理由に損害賠償の請求を行った<sup>11)</sup>。

最高裁は、放送の前段階として行われた一時的記録（ephemeral recordings）であっても複製権の対象となり、また原告がCAPACに委託した権利に複製権は含まれていないことから、被告らの録音行為は複製権の侵害に当たると判断した。

その理由について、法廷意見を執筆したMcLachlin判事はまず「本件の問題は、新しい技術の導入によって、1920年代に最初の著作権法が起草された際に起草者たちが考慮していなかったような状況が生まれていることによって生じた」として、立法当時の社会状況とその後の技術の変化というおなじみの問題に言及する。被告らは一時的記録の有用性やそれが国内外で一般的であることを根拠に、複製権の対象から除外するような解釈（具体的には複製権を規定する3条1(d)の「レコード」に一時的記録は含まれないとする縮小解釈）を行うよう主張したが、判事は、条文の解釈は常に文言の通常の意味から出発しなければならないこと、どのくらいの期間であれば「一時的」と言えるのかに関する定め<sup>12)</sup>がなければ著作権法が保

10) Bishop v. Stevens, [1990] 2 SCR 467.

11) つまりベルヌ条約11条の2(3)第2文の「放送機関が自己の手段により自己の放送のために行う一時的記録」が問題となっているが、カナダはベルヌ条約ブラッセル改正条約に加盟しておらず、この点について国内法を整備していなかったため、この一時的記録が放送の許諾に含まれるのか、放送権とは別個

に複製権の対象となるのかが明らかでない状況にあった。なおわが国では44条1項により放送の許諾に含まれる。カナダでもその後1997年改正で30.8条として規定されるに至った。

12) わが国では44条3項本文により6か月と定められている。

護しようとした著作権者の利益が保護されないという濫用を招くこと、その期間を定めるという政策問題は裁判所の権限を超えており、立法の権限であることなどを根拠に、この主張を受け容れなかった。判事は、複製権と放送権との峻別は著作権法の目的に照らして驚くに当たらないとして、1934年の判決<sup>13)</sup>から次の一節を引用する。「1911年著作権法は、ある単一の目的のために制定された。それはすなわち、文学、演劇又は音楽を問わず、あらゆる種類の著作物の著作権者の利益 (benefit of authors) のためである。」そしてこれに続けて、実演は繰り返し単発的に行われるので著作権者はそのたびごとに許諾の可否を決定してコントロールすることができるが、録音物がいったん作成されると長期にわたって利用可能となるうえ容易に複製可能であるので、この点で両権利を区別してコントロールの可否を別個に決定させなければならないのだと述べている。

このように同判決では、著作権法の単一の目的が著作者 (著作権者) の利益の保護であるとする先例を引用したうえ、複製権の行使を認めるべき実質的理由を述べ、他方で縮小解釈の主張は退けて、複製権の行使が認められている。自炊代行事案件判決と同様の著作権者中心主義を見て取ることができよう<sup>14)</sup>。

## 2 変化の兆し (2002年)

このような解釈態度に変化の兆しが見えはじめたのが、2002年のThéberge判決<sup>15)</sup>である。同事件では原告画家Thébergeの許諾に基づいてその絵画を印刷した紙のポスターが販売されたところ、市場で適法にそのポスターを購入した被告がインク移し替え技術と呼ばれる特殊な技法を用いて、紙のポスター上のインク層だけを紙から分離し、そのままキャンバスに貼り付けて、あたかも初めからキャンバスに絵が描かれたかのような外

形を作出して転売した行為につき、このようなインク層の移し替えが「複製」に該当するのかが争点となった。

7名中4名という僅差の多数意見において、当該行為は「複製」に該当しないと判断された。法廷意見を執筆したBinnie判事は著作権 (経済的利益) と著作者人格権 (人格的利益) との区別を強調する。判事によれば本件のような事後的利用について本来適用されるべきなのは著作者人格権であるところ、著作権、具体的には複製権の解釈として本件を侵害とするのは「バランスを著作権者にきわめて有利に傾け、紙のポスターを購入した被告の所有権を十分に承認しないこととなる。」このバランスについて判事が述べる次のくぐり、その後の判例で繰り返し引用されることとなる。「著作権法は通常、技芸と知能の創作物を奨励し普及させることについての公共の利益を促進することと、創作者に対して適正な報奨を得させること (あるいは、より正確には、生み出された利益が創作者以外の者に割り当てられるのを防ぐこと) との間のバランスを示している。」「これら及びその他の公共政策目的の間の適正なバランスは、創作者の権利を承認することだけで達成されるのではなく、その制限的な性質にも十分に重きを置かなければならない。」「著作権その他の知的財産の権利者による過剰なコントロールは、パブリック・ドメインが取り入れられ、創造的なイノベーションを飾り立てる可能性を、社会全体にとって長期間にわたって不当に制限するかもしれない。」「このことは著作権侵害に対する例外を列挙した著作権法29条から32.2条に反映されている。」

判事は、本件の中心的課題は原告の著作権と被告の所有権との対立であると整理し、本件の移し替え行為を「複製」とは認めないことで (具体的には「複製」とは複製物の数の増加を意味すると解釈することで)、所有権に軍配を上げた。その結論について

13) Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co., [1934] 1 Ch. 121.

14) 1996年の下級審判決もまた、著作権者中心主義をよく表している (Michelin v. Caw, [1997] 2 FC 306. 大林啓吾「カナダにおける表現の自由と著作権」尚美学園大学総合政策研究紀要13号 (2007年) 13頁参照。ここではパロディがフェア・ディーリングのうちの「批判 (criticism)」に当たるかが

争われたが、判事は著作権法の目的が著作者の保護であることに言及してこの解釈を否定した。

15) Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34. 詳細は谷川和幸「複製物に物理的加工を施して販売する行為に著作権は及ぶか(1)」福岡大学法学論叢61巻4号 (2017年) 1120頁以下。

ては批判もあり得るところであるが<sup>16)</sup>、ここで重要なのは判事が上記のようなバランスを明言した点である。とりわけ、著作権法が体现するバランスの確保のためには著作権の制限に重きを置くことが必要である旨を指摘した点において、著作権者中心主義からの脱却の兆しが見られる。一時的記録が有用かつ一般的であるということ以上に利用者側の固有の利益が認められにくかった Bishop 事件の事案とは異なり、本件では複製物を購入した被告の所有権という明確な対抗利益が存在していたことが裁判所をしてバランス論を意識させることとなったのだと考えられよう。そしてこの方向性はすぐ後の最高裁判決によってさらに推し進められることとなる。

### 3 「利用者の権利」の登場（2004年）

#### (1) フェア・ディーリング

その最高裁判決に触れる前に、カナダ著作権法における著作権の制限規定について簡単に確認しておこう。カナダ著作権法は29条から32.2条までで著作権の制限を規定している（この間には枝番号が付された多くの個別規定が並んでいる）。その冒頭の29条から29.2条がフェア・ディーリングの規定である<sup>17)</sup>。2012年改正前の29条の規定は次の通りである<sup>18)</sup>。「研究（research）又は私的調査（private study）の目的で行われる公正な使用（fair dealing）は著作権の侵害とはならない。」

米国著作権法107条のフェア・ユース規定との一番の違いは、目的が列挙されている点にある。米国法とは異なり、これらの目的のいずれかに該当しなければ（第1要件）、その先の公正要件（第2要件）の判断に進むことができない。つまり目的の要件を厳格に解釈すれば、それだけ入り口の段階でフェア・ディーリングから外れる事案が増え、逆に目的の要件を拡張的に解釈すれば、それだけ

公正要件の判断に進める事案が増えることとなる。

#### (2) CCH 判決

このフェア・ディーリング規定における第1要件の「研究」の解釈が争われたのが2004年のCCH判決<sup>19)</sup>である。原告CCHは法律関係文献の出版社であり著作権者である。被告はGreat Library（以下「本件図書館」と呼ぶ）という法律文献の調査研究用の図書館を運営しており、法曹や研究者からの申込みに応じて、文献を複製して郵送するサービスを提供していた。本件図書館のスタッフが利用者からの申込みに応じて行う文献複製、すなわち複製行為について、フェア・ディーリングの適用が認められるかが争点である。

一審判決<sup>20)</sup>（1999年）はBishop判決を引用して著作権法の目的が著作者の利益の保護であるとしたうえで、「フェア・ディーリングの例外は厳格に解釈されなければならない」と明言した。その結果、本件図書館のスタッフによる複製は、（申し込んだ利用者にとっては研究目的であるとしても）スタッフ自身の研究目的ではないことを理由に、フェア・ディーリングの適用は認められないとされた。これに対し控訴審判決<sup>21)</sup>（2002年）では2か月前に出されたばかりのThéberge判決がさっそく引用され、「本件で裁判所が直面し、あるいは著作権法が一般的に直面する課題とは、この二つの目的〔創作者への報奨と公共の利益の確保〕を達成するための公正で妥当な均衡を探究することである」と述べられた。そのうえで、権利制限規定を狭く解釈しなければならないわけではないこと、過度に制限的な解釈は著作権者の利益と正当な公共の利益との調和を図るという著作権法の要請と整合しないこと、裁判所は文脈に応じた目的解釈という通常解釈手法を採用すべきことが確認され、本件図書館のスタッフによる複製は利用者の研究目的のために行われることから、「研

16) 本件とはほぼ同様の事実関係の事案で複製該当性を肯定した欧州司法裁判所の先決判決として Art & Allposters International BV v Stichting Pictoright (Case C-419/13) がある。その他の類似事案も含めて、概要は谷川和幸「著作権法における消尽の原則の例外」NBL1124号（2018年）73頁を参照。

17) 29.1条は批判又は批評を、29.2条は報道を対象としている。これらが29条と別に規定されているのは、これらの場合には出所表示が要件とされているためである。

18) 2012年改正により教育、パロディ及び風刺が追加された。

19) CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13.

20) CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2000] 2 FC 451.

21) CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2002] 4 FC 213, 2002 FCA 187.

究」目的の要件が満たされると解釈された。

最高裁も全員一致で「研究」要件の非制限的な解釈を支持した。法廷意見を執筆した McLachlin 判事はまず Théberge 判決を引用し、著作権法には二面的な目的すなわち公共の利益の促進と創作者への適正な報奨の確保という目的があることを確認し、「著作権法の解釈に当たっては、裁判所はこれら二つの目的の間の妥当なバランスを維持するよう努めなければならない」と述べる。そのうえでフェア・ディーリングの位置づけについて、次のような注目すべき判示を行った。「フェア・ディーリングの例外は、単なる抗弁 (defence) というよりも、おそらくより適切には、著作権法の不可欠の部分として理解されるであろう。」「フェア・ディーリングの例外は、著作権法に規定されたその他の権利制限と同様に、利用者の権利 (user's right) である。著作権者の権利と利用者の利益との間の適切なバランスを維持するため、フェア・ディーリングの例外規定は制限的に解釈されてはならない。」そこで、「利用者の権利が不当に制限されないことを確保するため、29条の『研究』には広範で寛大な解釈が与えられなければならない。」

ここにおいて「利用者の権利」が著作権法解釈の重要な要素として登場することとなった。

#### 4 「五部作」(2012年)

2012年7月12日、最高裁は同日に5件の著作権関係事件の判決を下した<sup>22)</sup>。それまでの著作権関係事件の最高裁判決は数年に1件の頻度だったというから<sup>23)</sup>、量的にも注目されるが、量と共にその先進的な内容も注目された。これらはまとめて「五部作 (Pentalogy)」と呼ばれている<sup>24)</sup>。そのうちフェア・ディーリングに関わるのは③

SOCAN 判決と④ CCLA 判決の2件であるが、後者では専ら第2要件 (公正要件) が問題となっているため、ここでは第1要件 (目的要件) の解釈が問題となった SOCAN 判決を紹介するにとどめる。

SOCAN 判決で問題となったのは、iTunes Store などの音楽配信サイトで楽曲を購入しようとする消費者のために30秒から90秒程度の試聴をストリーミング配信で提供する行為について、フェア・ディーリングの適用があるかどうか (「研究」目的に該当するかどうか) であった。Abella 判事が執筆した法廷意見は、これまで見てきたカナダ著作権法の展開を総括するような内容である。すなわち、「Théberge 判決は、著作物の市場での利用方法をコントロールする著作者・著作権者の排他的権利を重視していたかつての著作者中心主義 (author-centric view) (Bishop 判決参照) からの脱却を示している。この、かつての枠組みのもとでは、著作権制度から公衆が受け取る便益は単なる『私的権利の幸運な副産物』に過ぎなかった。Théberge 判決はそれに代わって、著作権が公共の利益を促進するために果たしている役割の重要性に注意を向け、芸術的作品が普及することが頑丈で文化的な知的パブリック・ドメインの発展にとって重要であることを強調した。Vaver 教授が指摘するように、この目的を達成するため、保護とアクセスの繊細なバランスが求められる。CCH 判決は著作権法の公共の利益という目的を前進させるために利用者の権利が必要不可欠な要素であることを承認した。保護とアクセスの適正なバランスを達成するために著作権法が採用したツールの一つがフェア・ディーリングの概念である。これは、この規定がなければ著作権の侵害になってしまうような行為を利用者が行うことを許

22) ① Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, [2012] 2 SCR 231, 2012 SCC 34.

② Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, [2012] 2 SCR 283, 2012 SCC 35.

③ Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, [2012] 2 SCR 326, 2012 SCC 36.

④ Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), [2012] 2 SCR 345, 2012 SCC 37.

⑤ Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada, [2012] 2 SCR 376, 2012 SCC 38.

23) Myra J. Tawfik, "The Supreme Court of Canada and the Fair Dealing Trilogy: Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law." *Alta. L. Rev.* 51 (2013): 191.

24) Michael Geist (ed.), *THE COPYRIGHT PENTAGONY: HOW THE SUPREME COURT OF CANADA SHOOK THE FOUNDATIONS OF CANADIAN COPYRIGHT* (University of Ottawa Press, 2013).

容するものである。これらの利益の適正なバランスを保つため、フェア・ディーリング規定は『制限的に解釈されてはならない』。

もっとも本件で問題となった試聴行為には、典型的な「研究」行為とは異なり、それによって何か新たな価値や表現を生み出すという面があまりない（アメリカのフェア・ユースにおいて重視されると言われる transformative 目的の欠落）。そこで原告権利者団体はこのような利用は「研究」に当たらないと主張したが、判事は上記の総括に続けて次のように判示した。確かにフェア・ディーリング規定の重要な目的は利用者の創造的な活動を助けることにあるが、これは創造的な活動でなければ「研究」に値しないということの意味しない。創造的活動に限定する解釈は、「著作物の普及もまた法の目的の一つであるという事実、言い換えると、創造性の有無を問わず、普及もまた公共の利益であるという事実を無視することになってしまう」。消費者の試聴は、どの楽曲を購入するかを特定するための研究目的で行われる。「この購入によって音楽著作物が普及し、創作者へ利益が支払われることになり、この両者はいずれも著作権法が促進しようとした帰結である」。以上より、試聴の提供は「研究」目的を充足するものとされた。

その結果、原告が述べる事情（創造性がないこと）は第2要件の公正性判断の中で考慮されることになる。入り口段階の第1要件で門前払いとするのではなく、比較的容易に第2要件の判断に進ませ、その中で具体的な事情を衡量しようというのがカナダ最高裁がここまで示してきた方針だと言えよう。

## 5 現 在

Théberge 判決が先鞭をつけ、CCH 判決が確立し、SOCAN 判決が総括した「公共の利益」「利用者の権利」重視の傾向は、現在では確固た

る地位を築いたと言えるだろう。最高裁は2015年のSODRAC 判決<sup>25)</sup>でも、Bishop 判決が示していた著作権者中心主義からの転向を再確認している。

下級審では、2017年のバンクーバー水族館事件<sup>26)</sup>が注目される。この事件では原告バンクーバー水族館におけるイルカやクジラの不当な扱いについて動物愛護の観点から批判する内容のドキュメンタリー映像を被告が制作し、YouTube等で公開していたところ、同映像中に水族館の公式サイトやブログに掲載された写真、公式YouTubeチャンネルに投稿された映像等の一部が素材として含まれていたことから、原告が著作権侵害を理由として当該映像の公開の停止を求める仮差止め (interlocutory injunction) を申し立てた。原判決<sup>27)</sup>は原告に回復しがたい損害が生じることを認め、当該映像のうち原告サイト等から無断利用された素材を含む部分 (全15か所) について削除を命じた。

しかし控訴審ではこの判断が取り消された。裁判所 (Bennett 判事) は、先例を引いて仮差止めが認められるための3要件として、①本案で審理されるべき重要事項を含むか、②原告の回復しがたい損害、③仮差止めを肯定又は否定した場合にどちらの当事者により大きな苦痛が生じるかというバランス、を挙げる。第1要件との関係ではフェア・ディーリングが認められるか否かが本案で審理されるべき重要事項であるとされた。そこでは「Théberge 判決を契機に著作権法はかなりの変化を受けた。Bishop 判決において明らかであったような著作者・著作権者の保護と報奨を重視する立場から、『著作権を、それを通して表現の創作と普及を促進するメカニズムとして捉える理解』<sup>28)</sup>へと変化したのである」「フェア・ディーリングは単なる抗弁ではなく著作権法における重要な部分であると考えられる (CCH 判決参照)。それはより適切には、利用者の権利として特徴づ

25) Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc., [2015] 3 SCR 615, 2015 SCC 57.

26) Vancouver Aquarium Marine Science Centre v. Charbonneau, 2017 BCCA 395. なおこれと対比して検討されるべきわが国の事件として、知財高判平成30年8月23日裁判所 HP

(平成30年(ネ)第10023号) [沖繩うりずんの雨]がある (ただし無断利用された映像の権利者が批評の対象相手ではないという点で事案を異にしている)。

27) Vancouver Aquarium Marine Science Centre v. Charbonneau, 2016 BCSC 625.

けられるものである」と述べられた。第2要件との関係では原判決による回復しがたい損害の認定は証拠に基づかないものであることが指摘された。最後に第3要件との関係ではカナダ人憲章2条(b)の表現の自由を考慮することが求められるとされた。「本件の当事者は明らかに憲章2条(b)の活動に従事している。被告は、捕らわれのクジラという社会的・政治的イシューに関する会話に寄与するドキュメンタリーを創作した。本件は非典型的な著作権事件である。すなわち本件で差止めを認めることは、原告水族館に対する批判を部分的に黙らせることになり、コミュニティにとって重大な利害のある話題に関する公的な議論を潜在的に抑制してしまうことになる。」「本件映像は、クジラを捕えておくべきかという問題に関する公的な対話・議論の一環である。それゆえ表現の自由という憲章上の価値の方が差止めを認めることに比較して重要である。」

仮差止めの第3要件の中での判断とはいえ、著作権事件において被告側の表現の自由の価値の重要性が考慮されたことは画期的である<sup>29)</sup>。もっとも、第1要件の中で触れられているフェア・ディールングすなわち「利用者の権利」と、この表現の自由との関係については、明確にはされていない。一つのあり得る理解は、「利用者の権利」概念は著作権法の二面的な目的から導かれる著作権に内在する限界である一方で、表現の自由は著作権との衡量がまだ済んでいない外部の異質な利益であるという整理であるが(いわゆる適用違憲の類型ということになるか。判事が本件を非典型的な事案と捉えるのはこの見方を示唆しているのかもしれない)、第三者の表現規制の側面を有する著作権法において第三者の表現の自由との衡量がまったく済んでいないとは考えにくい。むしろ29.1条が「批判又は批評」についてフェア・ディールングを認めていることは、まさに第三者の表現の自由

との衡量を志向するものであり、第三者の表現の自由は「利用者の権利」の一内容に他ならないと整理するのが素直なように思われる。このように同判決は、これまでもっぱら著作権法の解釈論の中で発展してきた「利用者の権利」概念が、憲章上の基本権との結び付きを得て議論される契機となる可能性を秘めており、更なる議論の深化が期待される。

### III 若干の検討

#### 1 変化の要因

さて、以上のようなカナダ著作権法における著作権者中心主義からの脱却の経緯を確認したことで当然生じる疑問は、わずか10年余りの間に生じたこの変化がどのような要因によるものなのかという点である。これについてはカナダの研究者による分析が行われており<sup>30)</sup>、著作権制度に対する国民の意識の高まりの影響が指摘されている。

基底にあるのは、1990年代後半から各国で行われてきた、インターネット時代の著作権制度に関する議論である。国際レベルではWIPO著作権条約(1996年)、各国レベルではアメリカのDMCA(1998年)、ヨーロッパの情報社会指令(2001年)などがいずれもこの時期に成立している<sup>31)</sup>。カナダでも2000年頃から、WIPO著作権条約の批准を目指して著作権法の改正議論が始まった。2001年の改正提案に対しては、700通を超える国民からの意見が寄せられた。教育機関、図書館などの大規模利用者に加え、在野の技術者からも技術的保護手段の回避禁止条項に対して多数の懸念の声が届けられたという<sup>32)</sup>。その後も改正提案が出るたびに大規模な反対論が生じるなどしてなかなか立法に進まなかった。学界からも、利用者の利益に配慮した制度が望ましいという主張がなされ、改正提案にも次第に利用者の利益に

28) 出典として Graham Reynolds, "The Limits of Statutory Interpretation: Towards Explicit Engagement, by the Supreme Court of Canada, with the Charter Right to Freedom of Expression in the Context of Copyright" (2016) 41:2 Queen's LJ 455 at 466 が引用されている。

29) これ以前の状況については大林・前掲注14)を参照。

30) Michael Geist, "The Canadian Copyright Story: How

Canada Improbably Became the World Leader on Users' Rights in Copyright Law." in Okediji, Ruth L. (ed.), COPYRIGHT LAW IN AN AGE OF LIMITATIONS AND EXCEPTIONS (Cambridge University Press, 2017) at 169.

31) 同じ頃、わが国では公衆送信権の整備(1997年。平成9年法律第86号)と技術的保護手段の回避の禁止の導入(1999年。平成11年法律第77号)が行われた。

配慮した規定が増えていった（パロディやメディアシフトなど）。2009年の意見募集には8000件以上の意見が届くに至った。その背景には、Facebook、Twitterなど、SNSを活用した国民的議論の高まりがあったと言われている。そのような経緯を経て2012年6月によりやく改正法（Copyright Modernization Act）が成立し、7月の「五部作」判決の後、11月から施行された。その内容については、全世界で最もユーザーフレンドリーな著作権法、という評価もなされている<sup>33)</sup>。

改正提案に対する世間の声が直接に最高裁を動かしたとは考えづらいものの、インターネット時代を迎える中で著作権法の存在意義が再検討され、利用者が創作のエコシステムの中で無視しえない重要な存在を占めていることが意識されるようになったという大きな時代の流れがこの変化の要因と言えよう<sup>34)</sup>。

## 2 「利用者の権利」の内実

次に生じる疑問は、仮に利用者の地位が重要だとしても、「利用者の権利」という概念を持ち出す必然性はあったのかという点である。というのも、確かにCCH判決において「利用者の権利」概念は「研究」という文言の広範な解釈を導く過程で登場しているものの、同じ結論はこの概念を経由しなくても導けたように思われるからである。既にThéberge判決が指摘していた著作権法の目的の二面性、そのうちの公共の利益の促進という点を強調することでも、十分に同じ議論を展開できたはずである。実際、CCH判決もSOCAN判決も、「利用者の権利」の内実に触れるところが

ない。そこでは「利用者の権利」は公共の利益の単なる言い換えとして用いられているに過ぎない。つまり「利用者の権利」概念は、「著作者・著作権者の権利」対「利用者の権利」という分かりやすい対立構造を描き出すためのレトリックに過ぎず、それ自体として内実を伴った概念ではないのではないか、という疑問が生じるのである。

確かに「利用者の権利」という言い回しには強いメッセージ性があり、その後の司法解釈や立法の方向性を牽引する力を持っている。しかし他方で、「権利 (right)」という概念にはそれ自体固有の長年にわたる議論が付着しており、それを安易にこの文脈に持ち込むことで却って議論を混乱させるおそれは否定できない<sup>35)</sup>。カナダにおいても、権利者対利用者という単純な対立構造に図式化することの危険性が指摘されている<sup>36)</sup>。

重要なのは、「利用者の権利」概念の内実をより実質的に考察していくことであろう<sup>37)</sup>。例えばパロディは「表現の自由」に、教育目的利用は「教育を受ける権利」といったように、「利用者の権利」を馴染みのある権利・利益に解体・分解していく作業である。その結果、「利用者の権利」は我々のよく知っている権利・利益の集合体であって<sup>38)</sup>、それ自体には固有の内容は残らないとされるかもしれない。もっとも、そうした動きの中で注目されるのは、伝統的な有体物所有権を拡張し、無体物であるコンテンツについての利用者の保有の利益、いわゆるコンテンツ・オーナーシップを「利用者の権利」の一部として位置づける可能性である<sup>39)</sup>。これは我々がいまだよく知らない概念である。このような新たな概念を引き出

32) これには、ロシア人プログラマーでセキュリティ研究者のDmitry Sklyarov氏が、2001年にラスベガスで行われたDEF CONにおいて暗号技術の欠陥についてプレゼンテーションを行ったところ、DMCA違反であるとしてその会場でFBIに逮捕された事件が技術者に与えた衝撃が影響している。

33) Michael Geist, *supra* note 30, at 173.

34) Niva Elkin-Koren, "Copyright in a Digital Ecosystem: A User-Rights Approach." in COPYRIGHT LAW IN AN AGE OF LIMITATIONS AND EXCEPTIONS, *supra* note 30, at 132.

35) わが国の例で言えば、図書館における複製（31条）を図書館に対して求める積極的な権利が利用者に認められるわけではないとした東京地判平成7年4月28日判時1531号129頁及び東京高判平成7年11月8日知的裁集27巻4号778頁〔多

摩市立図書館〕について、「利用者の権利」という概念を導入した途端にそのような積極的な権利が導かれることになるのか、といった問題が生じよう。

36) Carys J. Craig, "Globalizing User Rights-Talk: On Copyright Limits and Rhetorical Risks", 33 Am. U. Int'l L. Rev. 1 (2017).

37) 山口いつ子「表現の自由と著作権——AI時代の『ユーザーライツ』概念とそのチェック機能」論究ジュリスト25号（2018年）61頁。

38) それは要するに「人権」ということかもしれない。張睿暎「著作物ユーザに権利はあるか——新しい著作権法フレームとしての人権」『知財年報2009』（商事法務、2009年）294頁。

すための源泉としての意義が「利用者の権利」概念には残されていることを予感させる。

#### IV わが国への示唆

カナダ著作権法が著作権者中心主義から脱却するためには、著作権法が有する目的の二面性、すなわち権利の保護による適正な報奨の確保と並ぶ、著作物の創作・普及による公共の利益の促進という観点が見出される必要があった。そして（「利用者の権利」というラベルを貼るべきかどうかは別として）著作権の制限規定という著作権法にとって不可欠な部分がこの公共の利益を体現するものとして著作権制度において重要な地位を占めていることが確認され、このことから、権利制限規定は制限的に解釈されてはならず、むしろ広範で寛大な解釈が求められるという解釈指針が導かれたのであった。このような変化の背景には、インターネット時代——すなわち著作物の創作と普及に関する従来のエコシステムがすっかり変わってしまった時代——において、利用者の行為が占める位置づけにポジティブな評価が与えられるようになったこと、また国民の当事者意識が高まり、政策形成に関与するようになったことが指摘しうる。

このようなカナダの経験に基づき、お目こぼしの権利制限観からの脱却というわが国の課題について次のように考えることができる。

まず著作権法の目的の二面性という観点は、「これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り」と述べるわが国著作権法1条に既に埋め込まれており、裁判所によってその意義を見出されるのを待っている。かつて最高裁は中古ゲーム事件<sup>40)</sup>において「著作権法による著作権者の権利の保護は、社会公共の利

益との調和の下において実現されなければならないところ、」「仮に、著作物又はその複製物について譲渡を行う都度著作権者の許諾を要するというになれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、著作物又はその複製物の円滑な流通が妨げられて、かえって著作権者自身の利益を害することになるおそれがあり、ひいては『著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与する』（著作権法1条）という著作権法の目的にも反することにな」と述べた。もっともこの事件では権利制限規定の解釈が問題となったのではなく、「商品の自由な流通」という経済システムの維持、あるいは購入者の所有権といった、著作権にとって外在的な利益との間での調整が問題となっている<sup>41)</sup>。権利制限規定の解釈に際して最高裁が著作権法の目的を正面から論じた事件は見当たらない<sup>42)</sup>。

これに対し近時の下級審が権利制限規定の柔軟な適用に積極的な傾向を見せていることはつとに指摘されている通りである<sup>43)</sup>。例えば「はたらくじどうしゃ」事件<sup>44)</sup>では、一般人の行動の自由の確保等の46条の趣旨に言及したうえで、同条柱書の「恒常的に設置」等の文言について拡張的な解釈が行われた。ここには、権利制限規定は「厳格に解釈されなければならない」（CCH事件一審判決）といった著作権者中心主義の考えは見られない。さらに同条4号の「専ら」要件において実質的な公正性の判断が行われている。目的要件（第1要件）を広範・寛大に解釈し、実質的な評価はその後の公正要件（第2要件）の中で行うというCCH判決と同様の枠組みが実現されている。美術鑑定書事件<sup>45)</sup>の32条1項の解釈についても同様の指摘をすることができる。

このような下級審判決の傾向にもかかわらず、

39) コンテンツ・オーナーシップについては奥邨弘司「序章 クラウド・コンピューティングとは何か」小泉直樹ほか『クラウド時代の著作権法』（勁草書房、2013年）1頁及び谷川和幸「コンテンツ・オーナーシップと著作権法（前編）」福岡大学法学論叢63巻1号39頁（2018年）を参照。平嶋・前掲注8）もコンテンツ・オーナーシップという用語こそ用いていないものの、そこで念頭に置かれている利益はこれと同質のもののように見える。

40) 最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁。

41) 最高裁が1条のうち「これらの文化的所産の公正な利

用」に留意しつつ」の部分を用いていないのも、本件が（著作権に内在する）公正な利用の範囲が問題となった事例でないことを反映しているであろう。

42) 最判平成12年9月7日民集54巻7号2481頁〔ゴナU〕は印刷用書体の著作物性について判示する中で1条に触れている。

43) 上野・前掲注1）参照。

44) 東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁。

45) 知財高判平成22年10月13日判時2092号136頁。

自炊代行事件で30条1項の制限的な適用がなされたのはなぜだろうか。それは46条や32条1項と30条1項とでは規定ぶりが異なるためだと思われる。すなわち、フェア・ユースにせよフェア・ディールにせよ、どこかの段階で公正性の判断を行わなければならないところ、46条4号の「専ら」や32条1項後段の「公正」「正当」のような規範的要件として利用しうる文言が30条1項には見当たらないのである。自炊代行事件における著作権者側の利益を考えるうえで最も重要なポイントは、スキャンに利用された書籍について少なくとも1回は利得の機会が保障されていたことであると考えられ<sup>46)</sup>、これは言い換えれば自炊代行業者がコンテンツライブラリ化することの防止ということであるが<sup>47)</sup>、このことは裁断済み書籍の廃棄によって担保されることになる。この担保の実効性如何が公正性の判断の重要な要素になると思われるが、しかし30条1項にはそもそも公正性の判断のために活用しうる文言が存在していなかったため、実質的な利益衡量の枠組みに乗せることができなかったのである。

そうすると問題は裁判所の消極的態度ということではなく、そもそもの条文の文言の非開放性にある。カナダ法の展開から示唆されているのは、各権利制限規定の目的要件を制限的に解釈することで門前払いするのではなく、そこは広範・寛大に解釈しておいて、その後に行われる公正性判断を主戦場とするという制度設計こそが、わが国著作権法1条にも謳われる著作権法の目的の二面性に適合的だということである。この観点からは、平成30年改正で導入された諸規定の開放性は高く評価されるべきものである。それと同時に、学界に課された使命は、各権利制限規定において考

慮されている（あるいはされるべき）「利用者の権利」の内実をより一層明らかにすることで、裁判所における非制限的な解釈の基礎を提供していくことである。

最後に、国際条約の動向にも触れておきたい。従来より国際条約には著作権者中心主義に基づいた規定が置かれてきた。例えば著作権の制限に関していわゆるスリー・ステップ・テストを定めるTRIPS協定13条は「加盟国は、排他的権利の制限又は例外を著作物の通常の利用を妨げず、かつ、権利者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定する。」と規定し、著作権者の「正当な利益」に触れる一方で、利用者側の利用の利益について触れるところがない<sup>48)</sup>。この傾向が最近変化の兆しを見せている。それが2013年に採択され2016年に効力が発生した、いわゆるマラケシュ条約である<sup>49)</sup>。同条約の前文には「文学的及び美術的著作物の創作を促進し、及びその創作に報酬を与えるものとして著作権の保護が重要であること並びに視覚障害者その他の印刷物の判読に障害のある者を含む全ての者が地域社会の文化的な生活に参加し、芸術を享受し、並びに科学の進歩及びその利益を共有するための機会を増大させることが重要であることを強調し」、「著作者の権利の効果的な保護と一層広範な公共の利益（特に、教育、研究及び情報の利用）との間の均衡を保つ必要があること並びにそのような均衡が視覚障害者その他の印刷物の判読に障害のある者のために著作物を利用する効果的な及び適時の機会を促進しなければならないことを認め」、「スリー・ステップ・テストの重要性及び柔軟性を再確認し」等の表現が見られる。ここでは著作権の保護の重要性ばかりでなく、利用者側の利益である「公共の

46) 平嶋・前掲注8)も、「対価を支払うことで」(206頁)「購入という形で所有権を獲得された書籍」(208頁)について「元の書籍が廃棄されることによって著作物自体は1コピー分だけが存するという状態が維持されているのであれば」(209頁)という条件付きでの議論を行っている。相山敬士「消尽を巡る状況」飯村敏明先生退官記念論文集『現代知的財産法 実務と課題』(発明推進協会, 2015年)1237頁も同様。

47) 岡田斗司夫・福井健策『なんでコンテンツにカネを払うのさ?』(阪急コミュニケーションズ, 2011年)33-38頁。デジタル消尽の文脈におけるコンテンツライブラリ化の懸念については、谷川和幸「デジタルコンテンツの中古販売と消尽の

原則——欧米の近時の動向」同志社大学知的財産法研究会『知的財産法の挑戦』(弘文堂, 2013年)446頁。実際に映画についてコンテンツライブラリ化が生じていた事案として、Disney Enterprises, Inc. v. VidAngel, Inc., 2017 WL 3623286 (9th Cir. 2017)を参照。

48) WIPO著作権条約10条や複製権の制限に関するベルヌ条約9条(2)も同様の規定である。

49) 正式な邦題は「盲人、視覚障害者その他の印刷物の判読に障害のある者が発行された著作物を利用する機会を促進するためのマラケシュ条約」(平成30年条約第10号)。

利益」との間の均衡を保つ必要性が指摘されている。同条約は視覚障害者等の著作物へのアクセス機会の保障という限られた場面に関するものではあるが、従来の著作権者中心主義とは一線を画す考え方に基づいていることは明らかであり、公共の利益の保障のためにスリー・ステップ・テストが柔軟に適用されうることが確認されていることもあわせて、著作権の制限規定の位置づけについて再考を迫る重要な意義を有している。わが国の今後の立法に際しても参照されるべき考え方である。