

《論 説》

ウェブ検索サービスにおける法改正と フェアユースについての一考察

高 田 寛

- 一 はじめに
- 二 ウェブ検索に関する著作権法改正
- 三 フェアユース規定
 - （1）アメリカのフェアユース規定
 - （2）フェアユースの4つの要素
 - （3）フェアユースの適用
- 四 フェアユースに関するウェブ検索サービスの重要判例
 - （1）サムネイル画像
 - （2）キャッシュ表示—Field 判決
 - （3）Google ブック検索訴訟
- 五 フェアユース以外の論点—寄与侵害・代位侵害・DMCA
 - （1）寄与侵害・代位侵害
 - （2）Perfect 10判決—寄与侵害
 - （3）Parker 判決—寄与侵害・代位侵害
 - （4）デジタル・ミレニアム著作権法
- 六 日本版フェアユース導入の是非
 - （1）わが国とアメリカの著作権侵害の法理の相違
 - （2）日本版フェアユース導入の是非
- 七 結びにかえて

一 はじめに

2009年6月12日、参議院本会議で、改正著作権法が全会一致で可決・成立した。改正法は2010年1月1日より施行される。今回の法改正は平成の大改正とも言われ、今後の著作物の取扱について大きな影響を与えるものである。⁽¹⁾

今回の法改正では、法規制の強化として、違法配信されている音楽・映像を違法とは知りつつもダウンロードする行為を禁止する、いわゆる「ダウンロード違法化」や、海賊版 DVD の複製物を違法とは知りながらネットオークションに出品する行為は禁止された。

一方、著作物利用円滑化に対する措置としては、ストリーミング配信におけるキャッシュや、検索エンジンが行うコンテンツの複製など、必要と認められる限度において、権利者の許諾を要しないことが明文化された。⁽²⁾

なかでも、ウェブ検索サービスのための複製については、新たに「第47条の6」が新設され、必要と認められる限度において、送信可能化された著作物を記録媒体に記録し、さらにその記録を用いて、送信元識別符号(URL)と併せて自動公衆送信することができるとされた。今回の法改正で、わが国で10年以上議論が続けられてきたウェブ検索サービスのための複製及び公衆送信についての議論に、一定の解決を見ることができた。

しかしながら、ウェブ検索サービスのための複製を含む合法性については、依然としてフェアユース(fair use)導入の議論が続けられている。⁽³⁾特に、2009年5月12日に、文化庁長官の諮問機関で著作権の法体系にまつわる課題を検討する「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会」の第1回会合が開かれたが、そこでは「権利制限の一般規定」(一般的包括的権利制限規定、いわゆる「日本版フェアユース規定」)の導入の是非を中心に議論が進められこととなった。同委員会では、放送・通信のあり方への対応、ネット上の複数者による創作に係る課題、間接侵害についても議論される予定である。⁽⁴⁾

日本版フェアユース規定の導入については、賛否が大きく分かれている。推進派からは、現行の著作権法が想定していない新たな著作物の二次利用があったときに、法改正を待たずに日本版フェアユースの適用が可能になり、ネット上の新たなビジネスが日本国内でも育成できるとしている。一方、慎重派からは、アメリカのフェアユース規定のように判例の積み重ねでフェアユースの認められる範囲を形成するような法制度は、訴訟の少な

いわが国になじまない、あるいは、日本版フェアユース規定を盾に無許諾での二次利用がなし崩し的に増え、権利者の許諾権が弱体化するといった懸念の声が出ている。

この問題は、著作権者だけでなく、著作物の利用者、著作物に関連する事業を展開する企業に大きな影響を与える。特に、ネット関連の事業者にとっては今後のビジネス展開に関わる大きな法改正であるといえよう。

本稿では、こういった状況を踏まえ、はたして今回の法改正により問題は解決するのか、また日本版フェアユース規定の導入は必要なのか、さらに必要な場合はどのような規定なのか、ウェブ検索サービスの観点から検討を加えたい。

具体的に、ウェブ検索サービスに関わる今回の著作権法の改正を概観し（二）、アメリカのフェアユースについてとその要件について検証し（三）、アメリカにおけるフェアユースに関するウェブ検索サービスの重要判例を検討したい（四）。さらに、DMCA、アメリカの寄与侵害、代位侵害などのフェアユース以外の論点について整理し（五）、最後に、日本版フェアユース規定を導入するため立法政策の観点から、日本版フェアユース規定導入の是非について検討を加えたい（六）。

二 ウェブ検索に関する著作権法改正

2009年6月12日、著作権法改正案が、参議院本会議で全会一致で可決された。改正法は2010年1月1日より施行される。

ウェブ検索サービスに関する条文として、本改正法で、新たに第47条の6が新設された。改正の趣旨として、ウェブ検索サービスは、一定の社会基盤としての意義を有するとともに、その過程における著作物等の利用行為が権利者に与える不利益の程度は少ないと考えられることから、当該サービスを提供する目的のために必要と認められる限度において、権利者の許諾なく複製及び公衆送信を行うことができるようにするものである。

ウェブ検索サービス事業が、10年以上もの間、著作権法上適法か否かの議論が続けられてきたが、当該条文の新設により適法であることが明確にされた。これにより、情報大航海プロジェクトも法的かつ制度的担保を得ることができ、当該プロジェクト推進にも一段と拍車がかかるであろう。

しかしながら、新設された同法47条の6はかなり難解な条文である。以下、当該条文を紹介するとともに、その意味を吟味したい。

(送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製等)

第47条の6 公衆からの求めに応じ、送信可能化された情報に係る送信元識別符号(自動公衆送信の送信元を識別するための文字、番号、記号その他の符号をいう。以下この条において同じ。)を検索し、及びその結果を提供することを業として行う者(当該事業の一部を行う者を含み、送信可能化された情報の収集、整理及び提供を政令で定める基準に従って行う者に限る。)は、当該検索及びその結果の提供を行うために必要と認められる限度において、送信可能化された著作物(当該著作物に係る自動公衆送信について受信者を識別するための情報の入力を求めることその他の受信を制限するための手段が講じられている場合にあっては、当該自動公衆送信の受信について当該手段を講じた者の承諾を得た者に限る。)について、記録媒体への記録又は翻案(これにより創作した二次的著作物の記録を含む。)を行い、及び公衆からの求めに応じ、当該求めに関する送信可能化された情報に係る送信元識別符号の提供と併せて、当該記録媒体に記録された当該著作物の複製物(当該著作物に係る当該二次的著作物の複製物を含む。以下この条において「検索結果提供用記録」という。)のうち当該送信元識別符号に係るものを用いて自動公衆送信(送信可能化を含む。)を行うことができる。ただし、当該検索結果提供用記録に係る著作物に係る送信可能化が著作権を侵害するものであること(国外で行われた送信可能化にあっては、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものであること)を知ったときは、

その後は、当該検索結果提供用記録を用いた自動公衆送信（送信可能化を含む。）を行ってはならない。

対象となる著作物は、送信可能化された著作物であるが、当該著作物に係る自動公衆送信について受信者を識別するための情報の入力を求めることその他の受信を制限するための手段が講じられている場合にあっては、当該自動公衆送信の受信について当該手段を講じた者の承諾を得たものに限る。具体的には、SNS などのように、ID やパスワードを入力しないと閲覧できない会員制サイトや、ロボットテキストやロボット検索防止タグのように検索エンジンに収集されないような手段が講じられているウェブページである。つまり、これらのウェブページは対象となる著作物から除かれることになる。

複製及び公衆送信の主体については、公衆からの求めに応じ、送信可能化された情報に係る送信元識別符号を検索し、その結果を提供することを業として行う者である。これについては、当該事業の一部を行う者を含み、送信可能化された情報の収集、整理及び提供を政令で定める基準に従って行う者に限るとする。なお、送信元識別符号とはウェブページの所在情報⁽⁶⁾のことであり、具体的には URL である。

事業者についての政令で定める基準については、2009年8月現在、関係者間で調整中であるが、①専らプログラムにより不特定のウェブページを記録する方式によること、②検索エンジンに収集されないための標準的な方式が著作物に付されているときはこれを記録しないこと、③一度収集したウェブページが後に変更されているか、又は削除されている場合は、古い情報を記録し続けないこと、を予定している。

また、当該事業の一部を行う者とは、検索エンジンには、情報の収集のみを行う事業者と、そのデータを活用して検索結果のみを行う事業者とが分担・協力してサービス提供が行われている業務形態もあることから、これも対象とする趣旨である。

認められる対象行為等としては、①記録媒体への記録又は翻案、②公衆からの求めに応じた URL の提供と合わせて、当該 URL にかかわる①で記録された複製物（翻案物を含む。）の自動公衆送信を行うことである。ここでいう翻案とは、検索結果の提供に備えて、予め複数の蓄積された記録を組み合わせる加工・蓄積する場合を想定している。

当該検索及びその結果の提供を行うために必要と認められる限度については、明確な基準がないものの、例えば、元のウェブページに誘導することを目的とせず、専らウェブサイト情報そのものを提供するような場合は、必要と認められる限度を超えることになる。つまり、検索結果の表示につき、スニペット（検索対象のテキストの数行の抜粋）、サムネイル（オリジナルの画像ファイルのサイズを小さくし、解像度を落とした画像）、プレビュー（動画の数シーンを切り出し、2～3秒の間表示するもの）があるが、例えば、スニペットが必要以上に多く表示されたり、サムネイル画像の解像度が高く表示サイズが必要以上に大きかったり、またプレビュー時間が異常に長いような場合が考えられる。

また、いわゆるキャッシュが必要と認められる限度内かどうかについては、最終的には裁判所の判断であるが、当該キャッシュが、検索エンジン利用者が、自ら所望するウェブページか否かを判断する上で必要と認められれば、限度内といえよう。

但し、収集した著作物が、違法に送信可能化されたものであることを知ったときは、その後は、その収集した記録を用いた自動公衆送信を行ってはならない。禁止されるのは、あくまでその後の自動公衆送信、つまり当該著作物を用いた検索結果の提供であり、保存禁止や削除義務をも課すものではない。⁽⁷⁾

なお、関係条文としては、目的外使用の規定がある（49条1項1号、翻案につき49条2項4号）。また、但書に違反して複製物・翻案物を自動公衆送信した場合の目的外使用規定もある（49条1項6号、同2項5号）。また、隣接権には準用される（102条）が、専ら電子媒体での利用である

ため、出版権への準用はない。

このように、本条は、権利制限の個別の限定列挙規定のひとつであり、また、その内容は現行のウェブ検索サービスを合法化するものに過ぎない内容であり、ウェブ検索サービスから派生する新たなビジネスを創出するような内容とはなっていないと思われる。

三 フェアユース規定

ウェブ検索サービスについては、著作権法47条の6が新設されたものの、依然として日本版フェアユース規定の導入を求める声が強い。その最大の理由は、現行の著作権法が想定していない新たな著作物の二次利用の形態が出てきたときに、法改正を待たずに「権利制限の一般規定」を適用し、ネット関連の新たなビジネスがわが国内でも成立しやすくなるためである。

実際、ウェブ検索サービス事業は、Google、Yahoo!、MSNなどの外国勢が市場の大半を占め、ウェブ検索サービス事業がわが国で育たなかった。この原因がわが国著作権法だけにあるとは言えないが、わが国著作権法における著作権制限規定（著作権法30～49条）は、個別規定が限定列挙されたものであり、また、これら権利制限規定はあくまで権利保護という原則の例外として厳格に解釈すべきであるという伝統的通説から、わが国事業者に対して萎縮効果（chilling effect）をもたらしたことは否めないであろう。この意味において、新設された著作権法47条の6が、もっと早い時期に著作権制限規定のひとつとして導入されていれば、わが国のウェブ検索サービス事業も異なった展開を見せていたかもしれない。

今後も、ますます著作物の様々な新たな利用形態が出現し、権利の保護と利用の円滑化のバランスをいかに調整するかという問題は引き続き議論されるであろう。そのような状況の中、権利者の利益を不当に害しない範囲で利用の円滑化を図るためには、著作権法上の権利制限規定を見直すだけでなく、アメリカのフェアユース規定のような、権利制限の一般規定

をわが国著作権法に導入する検討も必要である。

しかしながら、アメリカのフェアユース規定をわが国著作権法にそのまま導入することには問題がある。なぜなら、アメリカのフェアユース規定は、一定の包括的な考慮要件を定めただけで、実際に権利制限に該当するかどうかは裁判所の判断に委ねるという形式をとっているからである。すなわち、アメリカのような判例法体系の国では、数多くの判例によってフェアユースの範囲を形成するが、わが国のように大陸法系の国では訴訟も少なく、短期間でその範囲を形成することは非常に困難である。

また、権利侵害が常態化している昨今、日本版フェアユース規定を拡大解釈し、そのため無許諾での著作物の二次利用が増え、権利者の利益を不当に害する事例が多発するであろうという懸念もある。

(1) アメリカのフェアユース規定

判例法主義の国では、一般的に、法の基本部分は制定法ではなく、過去の判例によって形成されたものであり、新しい法律問題が発生した場合には、基本的にその立論の基礎を過去の判例に求め、それを裁判所が解釈して解決を図る。アメリカにも著作権法は存在する⁽⁸⁾。しかしながら、アメリカは判例法主義の国であるので、立論の基礎を第一義的に判例に求める。

著作権法自体も、本質的にわが国のような大陸法系の国と異なるところがある。例えば、大陸法系諸国では、著作権の概念が「作者の権利」としてとらえられ、自然権的発想が強く現れるのに対し、判例法系の国の著作権は、著作権を人格権というよりも財産権としてとらえ産業政策的な性格が強い。すなわち、著作権は、著者に絶対の所有権を与える自然権ではなく、公衆の知的な豊かさのため技芸の発達や活動を促進する目的で存在する功利主義的な制度設計によるものである⁽⁹⁾。そのためか、わが国著作権法よりもアメリカの著作権法は、従来、著作者人格権の考え方が希薄であった。

また、アメリカ著作権法の特色としては、アメリカは連邦制をとってお

り、アメリカ合衆国憲法1条8節8項で、「著作者および発明者に、一定期間それぞれの著作および発明に対する独占権を保障することによって、学術および有益な技芸の進歩を促進すること。」とし、連邦議会に、一定の要件の下、著作権および特許に関する法を制定する権限を与えている。よって連邦著作権法の規定の範囲外のものについては、原則、州法が適用される。

アメリカ著作権法は、106条で排他的権利規定を定めている。すなわち、排他的権利として、①複製権、②翻案権、③頒布権、④実演権、⑤展示権、⑥デジタル送信実演権、を定めている。また、同法107条以下で、排他的権利の制限規定がおかれているが、同法107条が、包括的な著作権制限の一般規定であり、これがフェアユース規定である。また、108条以下は、詳細な個別の制限規定が定められている。

同法107条のフェアユース規定は、以下の通りである。⁽¹⁰⁾

第106条および第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために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（コピーまたはレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む。）は、著作権の侵害とはならない。著作物の使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）使用の目的および性質（使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使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使用の影響

上記の全ての要素を考慮してフェアユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。

107条は1976年の法改正によって成文化された。それ以前は、Folsom⁽¹¹⁾判決の先例に従い、下級審裁判所は、フェアユースの法理を適用していたようである。1976年のフェアユース導入の際に、連邦議会は、その立法趣旨として、107条がフェアユースの適用についてある種のガイドラインを提示することは認めつつも、技術的变化に応じて裁判所がフェアユースを適用することができる裁量をもっていないとてはならないとして、裁判所が事案ごとにフェアユース理論を自由に適用できなくてはならないこと、107条は裁判上形成された法理を再記述するものであって、変更、減縮、拡張するものではないことを明言したとされている。⁽¹²⁾

このようにフェアユースかどうかの判断は裁判官に任されているが、Leval 判事の論文“Toward a Fair Use Standard”⁽¹³⁾の中で、フェアユースに関する訴訟において判事が一貫した原則をもたず、むしろ個別のケースに直感的に対応してきたとして批判的な立場を示している。このことは、⁽¹⁴⁾フェアユースの範囲の基準が明確でなく、裁判官によってその解釈が異なったことを意味している。

(2) フェアユースの4つの要素

フェアユースの4つの要素は決定的な基準というわけではなく、衡量要素に留まる。また、これらの要素の全てが等しく重視されるということでもない。⁽¹⁵⁾

第1の要素である「使用の目的および性質」について、Leval は、著作権法がインセンティブを与えるべき創作的な活動として、変容的利用 (transformative use) を重視し、フェアユースに該当するかどうかは、行われた利用が変容的かどうか、また変容の程度がどのくらいかという問題に帰着するとしている。さらに Leval は、全ての知的な創作活動は、完全にオリジナルなものは存在せず、ある程度派生的であり、過度に広範囲な権利の保護は、創作の促進という目的をかえって抑制してしまうので、

フェアユースの法理は二次的な創作を保護するものとしている。⁽¹⁶⁾

107条でそのことを規定しているのが、第1の要素である。Levalは、利用は生産的でなくてはならず、もとの著作物とは異なる目的、異なる方法で利用しなくてはならず、二次的な利用において、新しい情報、新しい構造、新しい視点を創造するために変容され、素材として著作物が利用されるのであれば、フェアユースが適用されるとする。但し、利用が過度であり、他の要素が著作権者を支持するならば、フェアユースは正当化できない可能性があるとする。⁽¹⁷⁾

1984年のソニー・ベータマックス判決は、フェアユースの第1の要素である使用の目的および性質を、商業的使用（commercial use）であるか非営利的使用（nonprofit use）であるかに二分して論じられた。1991年の連邦最高裁プリティ・ウーマン判決は、これを発展させ、第1の要素である使用の目的および性質を、新しい表現、意味付けまたはメッセージで原創作物を改変して、新たな目的または異なる性質の新規物を付け加える使用方法である変容の利用であるか否かに大別した。そして、非変容の利用については、商業的使用であるか非営利的使用であるかを論じるアプローチが確立された。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

一方、第2の要素は、個人的な目的で著述される著作物よりも、出版・公表のために創作された著作物の方が、原著作物の著作権者の保護が重んじられなくてはならないというような著作物の性質に関するものであり、第3の要素は、例えば、利用者の量や重要性が増すほど、権利者の利益を害し、少ない場合はフェアユースの認定がされやすいという意味である。第1の要素との関わりについては、利用された素材の選択や量が、意図された正当化との関係で合理的であるかどうかを精査することが重要である。

第4の要素は、著作権が著作権者の固有の自然権ではないことを意味している。著作権の基礎にある功利主義の概念は、創作を奨励するために報酬を得る機会を約束するものであり、過度に著作権者のインセンティブを妨げる二次利用は、著作権の目的を弱体化させる。これを重視すれば、フェ

アユースが存続しなくなるおそれがあるとする。なお、Nation 判決⁽²¹⁾（Haper&Row 判決）では、最高裁は、第4の要素をフェアユースの唯一最も重要な要素として⁽²²⁾いる。

プリティ・ウーマン判決で、連邦最高裁は、変容的利用には原著物に対する代替効果がないのでその立証責任を原告の負担とし、非変容的利用に関しては、ソニー・ベータマックス判決どおり商業使用にはその立証責任⁽²³⁾を被告の負担、非営利的使用にはその立証責任を原告の負担とした。

このようにアメリカのフェアユースの法理は、著作権を自然権ではなく功利主義的な制度設計に基づくものであり、著作物の変容的利用と市場への影響を重視したものであるといえる。

（3）フェアユースの適用

条文上は、フェアユースの成立について、4つの要素を検討すべきことを規定しているが、これら4つの要素をどのように評価すべきか、また107条に規定する4つの判断要素以外の要素を考慮に入れるかを含めて、裁判所の判断に委ねている。しかし、4つの要素をどのように評価してフェアユースの成立を認定すべきかについて、連邦最高裁の判例の基準は、ほぼ定まっている。以下は、その概略である。

（1）使用の目的および性質については、著作物の使用方法が変容的利用であれば、フェアユースの推定を与え、著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響の立証責任を原告に課す。

著作物の使用方法が変容的利用でない場合は、非営利的使用にはフェアユースの推定を与え、著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響の立証責任を原告に課す。一方、商業使用にはフェアユースではないとの推定を与え、著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響の立証責任を原告に課す。

（2）著作権のある著作物の性質については、著作物が芸術的著作物か、

事実的著作物か、機能的著作物かを区別する。芸術的著作物は創作性のある要素が大きく、保護の範囲が広がるのであるが、事実的著作物や機能的著作物では、その中の事実やアイデアの要素は保護を受けないので保護を受ける範囲は狭くなり、フェアユースの成立する余地は大きくなる。

（３）著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性については、著作物を使用する量が少なく、かつ、使用が著作物の確信的部分に及ばない場合には、フェアユースの成立する余地が大きくなる

（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使用の影響については、被告による使用が原告の著作物の既存市場または潜在的市場を奪うものである場合には、フェアユースが成立しない。なお、著作物の潜在的市場は、未だ作成されていない二次的著作物の市場が含まれる。⁽²⁴⁾

すなわち、変容的利用または非営利的使用と認定されれば、原告が損害の立証に成功しない限りまたは使用の範囲が必要な限度を明らかに超えない限り、フェアユースの成立が認められる。他方、変容的利用でない商業使用と認定されれば、被告が原告の不存在を立証しない限り、フェアユース⁽²⁵⁾の成立が認められることはない。

四 フェアユースに関するウェブ検索サービスの重要判例

ここまで、フェアユースの一般的な法理について概観したが、ここではウェブ検索サービスのフェアユースに関する重要判例を検証したい。

（１）サムネイル画像

i) Kelly 判決

⁽²⁶⁾
Kelly 判決は、画像検索エンジンによる検索結果のサムネイル（thumbnail）画像表示が、検索・表示されたウェブサイトの著作権を侵害しない

とした判例である。

Arriba は画像検索エンジンを運営し、検索結果をサムネイル画像で表示した。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 のデータベースに自分の写真のサムネイル画像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。⁽²⁷⁾ それに対し、Arriba はフェアユースであると抗弁した事件である。

第 9 巡回控訴裁判所は、フェアユースの第 1 の要素である「使用の目的および性質」について、Kelly の画像の使用は営利的だが、過度に搾取的 (highly exploitative) である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。またサムネイル画像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が、Kelly 判決では、サムネイル画像がはるかに小さく、かつ解像度も低いので、写真としての芸術的表現というよりネット情報として、Kelly の画像とは全く別物としての機能を果たしているとした。

第 2 の要素である「著作権のある著作物の性質」については、同裁判所は、Kelly の作品に創造性が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過ぎないとした。

第 3 の要素である「著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性」については、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ので、その使用目的から合理的であるとした。

第 4 の要素である「著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響」については、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、変形された作品が市場に悪影響をもたらす可能性は少ないとし、原作に取って代わる作品は原作の市場を脅かすが、変容的使用であ

れば市場への影響はより不明確であるとした。

以上より、同裁判所はサムネイル画像表示の著作権侵害に関しては、Arriba のフェアユースを認めた。一審のカリフォルニア州中部地区連邦地裁は、サムネイル画像をクリックした際に表示されるフルサイズ画像の著作権侵害についても、サムネイル画像と区別せずに、フェアユースを認めた。⁽²⁸⁾しかし、控裁は、フルサイズ画像については、フェアユースにあたらないとして、地裁に破棄・差し戻す判決だったが、その後、手続き上の理由で、この判決を撤回した。また、この判決を先例として引用することも禁じた。⁽³⁰⁾

ii) Perfect 10判決

Perfect 10判決は画像検索エンジンによる検索結果の表示は、検索、表示されたウェブサイトの著作権を直接侵害はしないが、間接侵害のおそれはあるとした判例である。⁽³²⁾

アダルト誌を発行する Perfect 10は、ウェブサイトを開設していたが、契約者のみを対象とするサイトで、検索エンジンでは検索できないサイトであった。このため、問題になった画像は、第三者のウェブサイトからのものであった。

第9巡回控訴裁判所は、カリフォルニア中部地区連邦地裁の Amazon 訴訟と Google 訴訟を統合して同時に審理し単一の判決を下したが、内容は大半が Google に関するものであった。

Google の画像検索サービスは、サーバー上にサムネイル画像を一時保存（キャッシュ）するが、フルサイズ画像は保存しない。その代わりにフレーミングとよぶインライン・リンクを張ることによってアクセスを可能にしていた。このやり方に対し、地裁も控裁も、Google のサムネイル画像は直接侵害のおそれがあるが、フルサイズ画像へのリンクは直接侵害のおそれはないとした。よって、サムネイル画像に対するフェアユースの抗弁が焦点となった。この点について地裁と控裁の判断は異なる。

第1の要素である「使用の目的および性質」について、地裁は、サムネイル画像を無料でパソコン向けに提供する Google の使用が、Kelly 判決の Arriba に比べると変容的でないとして、Perfect 10の主張を認めた。また、著作権侵害の画像を掲載する第三者のウェブサイトが AdSense のパートナーだった場合、そこから広告収入を得る Google のサムネイル画像使用は、Arriba よりはるかに商業的であるとした。しかし、控裁は、Perfect 10の画像の使用は異なる目的であるとし、Google の変容的利用の性質がより重要であることにより地裁の判定を否定した。

第2の要素である「著作権のある著作物の性質」については、地裁も控裁も、画像がすでにネット上に公開されていることから、Perfect 10に若干有利に働くとした。

第3の要素である「著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性」については、地裁も控裁も、Kelly 判決同様、効果的な画像検索を達成するには全部のコピーが必要なので、どちらにも有利に働くとはしないとした。

第4の要素である「著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響」については、地裁はサムネイル画像が元のフルサイズ画像に代替するものではないが、Perfect 10の携帯電話向けサムネイル画像サービスの潜在市場を侵食するおそれがあるとしたが、控裁は、Google のユーザーが携帯電話向けのサムネイル画像をダウンロードした証拠を、地裁が把握していないので Perfect 10を有利とした地裁を否定し、どちらにも有利に働かないとした。

以上より、控裁は、地裁の下した仮差止め命令を覆した。この他、地裁はフルサイズ画像へのインライン・リンクングについて、Google の間接侵害を寄与侵害、代位侵害とも否認したが、控裁は寄与侵害については地裁の判定を覆し、代位侵害については地裁を支持した。これについては次節で検討する。

（２）キャッシュ表示—Field 判決

Field 判決は、検索エンジンが保存したキャッシュへのリンクは、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判例である。⁽³³⁾ここでは、キャッシュ・ページがフェアユースにあたるかどうか判断された。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、キーワードで検索できるようにしている。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。⁽³⁴⁾

キャッシュ・ページは Googlebot が最後にクロールした時点でのウェブページで、必ずしも最新のウェブページであるとは限らず、Google もその点をウェブページのヘッダーに明示していた。また、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くないウェブサイト運営者は、業界共通の除去方法があり、Google もそれを遵守し、除去要求を自動的にできるようにしていた。

第１の要素である「使用の目的および性質」について、ネバダ州連邦地方裁判所は、Google のキャッシュ表示は原告の著作物とは異なった、社会的に重要な目的に奉仕するものであり、単に元の著作物に代替しようとするものではないので、Google の複製や公衆送信は変形的なものということができるとした。具体的な理由は、以下の通りである。

- （１）Google のキャッシュ表示は、元のページにアクセスできない場合に、ネット上のユーザーがコンテンツにアクセスすることを可能とするものであって、元の著作物に代替するものではないこと。
- （２）キャッシュ表示により異なる時点における特定のウェブページの比較が可能となるところ、この機能は元のウェブページ単独では発揮することができないものであること。
- （３）キャッシュ表示は、ユーザーが検索した語にマーカーを付して表示することで、元のウェブページのどこにキーワードが表示されてい

るのか、どの程度検索に関連するページなのかということをユーザーが迅速に判断できるようにするものであるところ、元のウェブページにはそのような機能はない。

また、第9巡回控訴裁判所は、以下の点も付け加えた。

- (4) Google はキャッシュ表示を元のウェブページに代替するものではないようにするために、元のページへのリンクをキャッシュへのリンクよりも大きく表示するとともに、ユーザーがキャッシュ表示を選択した場合にも、それが Google のキャッシュに保存されていた元のスナップショットに過ぎないことを明示する注意書きが付されている。
- (5) 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。しかし、キャッシュ表示を希望しない場合には即座にそれを止める技術的手段が用意されているにもかかわらず、何億というウェブページの権利者がキャッシュ表示を止めないということは、Google のキャッシュ表示が自己のウェブページに代替するものではないと考えていることを示している。

以上の理由により、キャッシュ表示が高度に変形的であるので Google に有利に働くとした。ただし、変容的利用であるかどうかは、著作物の創作性であるとか、創造性などとは異なる尺度で判断されている。キャッシュ表示は、オリジナルのサイト・ページをそのまま保存しているに過ぎない。しかし、それにもかかわらず、本判決では、オリジナルとは異なる目的に奉仕するという理由で変容的利用が認められている点に注意すべきである。⁽³⁵⁾

第2の要素である「著作権のある著作物の性質」については、Field は自分の作品を意図的にネット上に公開し、自分のサイトが検索エンジンに牽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）が若干有利であることを裏

付けるに過ぎないとした。

第3の要素である「著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性」については、Google が Field の作品を全部コピーしたとはいえ、変形的使用、社会的に価値ある目的のための使用は全作品のコピーによってのみ達成されるので、使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とした。

第4の要素である「著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響」については、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とした。すなわち、Field の著作物の潜在的な市場に与える影響を示す証拠がない以上、強力にフェアユースを肯定する方向に働くとした。

以上から、フェアユースの4つの要素について、2つが Google、1つが Field に若干有利であるとしフェアユースを認定した。本判決のフェアユースの認定の特色は、第1の要素である「使用の目的および性質」と第4の要素である「著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響」を重視した点である。特に、第1の要素の変容の利用について、著作物の創作性や創造性という観点からではなく、オリジナルとは異なる目的、機能を持つという基準によって判断されている点が特徴的である。

この他に、同判決では、Field のキャッシュ・ページの表示の默示の合意、Field の禁反言、デジタル・ミレニアム著作権法 (DMCA) ⁽³⁶⁾ のセーフハーバー（免責）条項についても検討されたが、いずれも Google の抗弁を認めた結果となった。

（3）Google ブック検索訴訟

2008年10月28日、世界中の書籍について全文対象検索を目的とする

Google ブック検索に関する集団訴訟 (class action) が、ニューヨーク州南部地区地方裁判所で和解した。Google ブック検索とは、検索画面上にキーワードを入れると、そのキーワードを含むすべての書籍が検索できるものである。保護期間が切れていたり、必要な許諾を受けている書籍ならば全文表示が可能となる。そうでない書籍については、書誌情報やスニペット（数行の抜粋）が表示される。このように、世界中の書籍が検索でき全文が読めるようにするという壮大な計画である。⁽³⁷⁾

これに関し、2005年9月20日、米国作家協会 (The Author's Guild) と米国出版協会 (Association of American Publishers) は、著作権者の許諾を得ないで書籍をスキャンする行為はビジネス目的の複製であり著作権法違反として、Google を相手どり提訴した。⁽³⁸⁾ これに関しアメリカ議会図書館の議会調査サービス (Congressional Research Service/CRS) は、議会での審議用に、2005年に CRS レポートを作成した。この中で、アメリカ法部門の立法弁護士 (Legislative Attorney) が、Google ブック検索についてレポートしているが、フェアユースについて以下のように所見を述べている。

- (1) 第1要素である「使用の目的および性質」について、原典のスニペットを表示することは、著作権侵害のおそれもあるが、Google の表示方法は原典の価値を奪ったり、損なったりはしていない。
- (2) 第2の要素である「著作権のある著作物の性質」については、図書館プロジェクトは叙述的な作品も創造的な作品も包含しているが、創造的な作品は最高レベルの著作権保護を教授すべきである。
- (3) 第3の要素である「著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性」については、裁判所がどう見るかが重要である。Google が巨大データベース作成のために著作物全体を複製することは、フェアユースとはいえない。しかし、検索可能なテキストのほんの一部しか表示しないので、フェアユースに付随するデジタル複写と見るか、許しがたい侵害と見るかである。

（４）第４の要素である「著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響」については、Googleの主張が認められる可能性は高い。ブック検索サービスがなければ、世に知られていなかったような書物の市場を開拓する可能性があるし、テキストのサンプルを表示することによって本を購入するかどうかを決定できるからである。

（補注）本訴訟に関する和解は、2009年11月20日時点ではまだ成立していない。

五 フェアユース以外の論点—寄与侵害・代位侵害・DMCA

（１）寄与侵害・代位侵害

著作権の侵害には、アメリカでは直接侵害のほかに間接侵害がある。間接侵害はさらに寄与侵害（contributory infringement）と代位侵害（vicarious liability）に分けられる。いずれも直接侵害があったことを前提として、寄与侵害は侵害行為を助長または促進した責任であり、代位侵害は直接侵害者の侵害行為によって経済的利益を得た者が負う責任である。

アメリカ著作権法は、106条から121条に規定する排他的権利を侵害した者を著作権の侵害者と規定する（501条（a））。寄与侵害、代位侵害についてアメリカ著作権法で明示的な規定はないものの、判例法上、一定の要件の下で、直接の侵害者以外の者に対する侵害責任が肯定されている。

寄与侵害とは、直接の侵害行為を強いているか、知るに足る理由があるにもかかわらず、著作権侵害を教唆、誘発したり、侵害に実質的に寄与した者に責任を課す法理である。⁽³⁹⁾すなわち、①直接侵害が成立する場合に、②侵害行為があることを知りながら、③他人の侵害行為を惹起し、または重要な関与を行っていることが要件である。⁽⁴⁰⁾寄与侵害は、悪意で不法行為に加担した者は有責であるとする不法行為法にその根拠を有している。そのため、寄与侵害の成立には、侵害者の「侵害の認識」が必要である。

「侵害の認識」とは、実際に知っている場合（actual knowledge）に加えて、知っていると考えるのが合理的である場合（constructive knowledge、⁽⁴¹⁾擬制的認識）も含まれる。

一方、代位侵害とは、著作権侵害行為をコントロールする権利と能力があるとともに、侵害行為から経済的な利益を受けていることという2つの要件を充足する場合に責任を肯定する法理である。⁽⁴²⁾すなわち、①侵害行為を監督する権限と能力を有し、②侵害行為に対して直接の経済的利益を有する者に対して侵害行為を問う法理であり、使用者責任に関する一般的な法理にその根拠を有している。代位責任においては、侵害行為があることについての認識は必要ない。代位責任の根拠は、侵害者に対する監督責任を最大限行使して侵害状態を抑止すべきであったのにこれをしなかったという点に求められる。

代位侵害と寄与侵害は重疊的に成立し得る。いずれも、差止めによる救済が認められるという点で効果は同じである。⁽⁴³⁾

（２）Perfect 10判決—寄与侵害

Perfect 10の地裁判決では、サムネイル画像に関するフェアユースの4要素について検討が加えられたが、フルサイズ画像へのインライン・リンクについて、Googleの間接侵害を寄与侵害、代位侵害とも否認したが、控裁は寄与侵害を肯定し、代位侵害については地裁判決を覆した。

控裁は、寄与侵害に2つの類型があることを示した。すなわち、①侵害を助長する特定の行為が存在するケース、②実質的または商業的に重要な非侵害使用が可能でない製品については、その製品を頒布するケース、である。地裁は、Googleが侵害しているウェブサイトへのアクセスを促進する広告をしたわけでもなく、そうしたウェブサイトの売上増に貢献した訳でもないので、①の行為は存在しないとした。

しかし、控裁は、ウェブサイトが侵害コピーを全世界に配布すること、そして世界中の利用者が侵害情報にアクセスすることをGoogleが支援し

ている点是否定できないとして、①の存在を認めた。すなわち、Perfect 10の画像が検索エンジンでアクセス可能であることをGoogleが知っていて、Perfect 10の損害を食い止める措置があったにもかかわらず、その措置を講じなかったとしたら、Googleの寄与侵害を問えるとした。

代位侵害については、地裁は、Googleが第三者のサイトの侵害行為を管理する権限や能力を有していないとして、代位侵害を否認し、控裁もこれを支持した。⁽⁴⁴⁾

（３）Parker 判決—寄与侵害・代位侵害

Perker 判決では、⁽⁴⁵⁾検索エンジンがウェブページを複製して、一時的に保存（キャッシュ）することは検索・表示されるウェブサイトの著作権を侵害しないとした判例である。

Parker は作家で、ウェブサイトを持ち、作品をネット上に公開していた。Google を著作権侵害などで訴えた。Parker は11の主張を行ったが、Google の直接侵害、寄与侵害、代位侵害についても主張した。このうち、ペンシルベニア東部地区連邦地裁は、Google による Parker のウェブサイトのキャッシュおよび抜粋が直接侵害していないとした。

寄与侵害について、Parker は、①自分の著作権が第三者によって侵害された事実、②Google が第三者による侵害を承認し、援助した事実、を主張した。この点につき、地裁は、①については、Parker がどの作品が侵害されたかを特定していないとした。②については、Google に寄与侵害を問う前提として、Google が第三者の侵害行為を認知している必要があるが、地裁は、Parker がこの点について立証していないとして、Google の寄与侵害を否定した。

代位侵害については、Parker は、①Google が自分自身およびユーザーの侵害行為を管理・監督する権限と能力を持っていること、②Google が広告収入などの形でかなりの金銭的利益を受けていること、を主張した。これに対し地裁は、Parker が実際に侵害された特定の登録作品を示さな

かったこと、Google が監督する権限と能力のある第三者の特定の行為を示さなかったこと、また、Parker は Google が著作権のある素材を利用することによって、直接金銭的利益を得ていることも証明していないとして、Parker の主張を退けた。

（４）デジタル・ミレニアム著作権法

1998年、アメリカ議会は、著作権法を改正するデジタル・ミレニアム著作権法（DMCA）を制定した。同法は、来るべき膨大なコンテンツのデジタル化に対応するため、違法コピーを防ぐための装置や技術を回避して、コピー可能状態に戻す行為を禁止した法律である。

DMCA 第 II 編は、一般に「オンライン著作権侵害責任制限法」⁽⁴⁶⁾と呼ばれる。ここで、同法は、第三者の著作権を侵害する情報を媒介したプロバイダの著作権侵害責任を、一定の要件を満たした場合に免除した。ここでいうサービス・プロバイダとは、「ユーザーの選んだ素材を修正することなく、ユーザーの指定する場所間に、デジタル・オンライン通信の伝達、ルーティングまたは接続を提供する法主体（entity）」⁽⁴⁷⁾と定義している。これには、検索エンジン事業者のようなウェブサイトの運営業者も含まれる。

また DMCA は、U.S.C. 第17編「著作権」に、第 5 章「著作権侵害と賠償」⁽⁴⁸⁾を追加し、512条でプロバイダの著作権侵害が問題になる 4 つのケースについて免責要件を規定した。その 4 つのケースとは、①伝送サービス⁽⁴⁹⁾型、②キャッシュ型⁽⁵⁰⁾、③ホスティング型⁽⁵¹⁾、④検索・リンク型⁽⁵²⁾である。

伝送サービス型とは、他人の発信した情報をプロバイダがコンテンツを変更することなく伝送する場合であり、キャッシュ型とは、サイトやページなどの情報をプロバイダのシステムに一時的に蓄積する場合である。ホスティング型とは、掲示板、チャットルーム、ホスティング、サービスのよう、ユーザーの指示に従ってプロバイダのシステムに情報を蓄積する場合であり、検索・リンク型とは、検索エンジン、リンクのような情報検

索ツールを使用して、第三者の著作権を侵害するおそれのある情報を提供する場合である。ウェブ検索サービス事業者は、主に検索・リンク型に該当する。

このように512条ではプロバイダの事業形態を4つに分類しているが、同法は、これら共通の免責要件として2項目を規定している。1つは、プロバイダは適切な状況下で、著作権侵害常習者の契約を解除するポリシーを採択し、顧客に通知するとともにこれを実施しなければならないことである⁽⁵³⁾、もう1つは、プロバイダは著作権のある作品を認識し、保護する標準的な技術を採用しなければならないことである⁽⁵⁴⁾。

さらに、上記のホスティング型と検索・リンク型に対しては、次の要件が追加されている。すなわち、侵害行為をコントロールする権利と能力を有しているプロバイダは、侵害行為から直接利益を得ていないことであり⁽⁵⁵⁾、プロバイダが侵害行為について、ある程度以上の知識を持ち合わせていないことである⁽⁵⁶⁾。

これは、プロバイダが第三者による侵害行為に加担した場合に問われる二次侵害責任の要件である。DMCAはプロバイダへの侵害行為の通知の仕方、通知に対するプロバイダの答え方について明快なルールを定めることによって、それまでプロバイダが侵害行為の通知を受けた場合の対処の仕方について不明確だった点を解消した。この法定要件を満たさない通知だと、プロバイダが侵害行為についてある程度以上の知識を持っていたとみなせず、プロバイダを免責することになる⁽⁵⁷⁾。

なお、サービス・プロバイダが512条の免責を受けられなかったとしても、フェアユース等の他の抗弁を主張することは妨げられず、その場合、512条の成否は他の抗弁の判断に影響させるとされている⁽⁵⁸⁾。

Field 判決では、以下の3点が争われた。

(1) Google が「中間的かつ一時的に素材を蓄積」するものであるか否かが争われたが、裁判所は、Google のキャッシュはポスティングした個

人と、エンドユーザーの間に機能する素材の蓄積場所であるとともに、おおむね14日から20日の間、蓄積されるに過ぎないということを理由に、これを肯定した。

(2) 512条 (b) (1) (B) が、問題の素材をオンライン上で利用可能とした者から、その他の者に対して、当該他者の指示に従って、送信されることを要求しているところ、Field から、Field 以外の者である Google の要求で Googlebot に送信されるものである以上、Google のキャッシュはこの要件を充足する、と判断された。

(3) 512条 (b) (1) (C) が、「自動的で技術的なプロセス」によりウェブページの蓄積が行われていることと、「[元のサイト]からの素材に対するアクセスを要求するユーザーに対して、素材を利用可能とする目的」があることが要求されているところ、Google がこの2つの要件を満たすことには異論の余地はないとされた。

結論として、Field の、Google が512条 (b) のセーフハーバーを享受する適格性を欠く旨の略式判決を求める申立ては却下され、逆に Google の、自身が512条 (b) のセーフハーバーを享受する適格性がある旨の略式判決を求める申立てが⁽⁵⁹⁾された。

Parker 判決も Field 判決を踏襲し、システムキャッシュに関して、512条 (b) の免責条項の適用があることを確認している。

なお、検索サイトを直接規律する512条 (b) に関しては、ほとんどの事件で512条 (b) の主張を待つことなく責任が否定されているために、裁判例で扱われることが少ない。例外的に、Perfect10⁽⁶⁰⁾判決では512条 (c) に加えて同条 (d) の抗弁が争点となったが、多数のウェブサイトと提携する Adult Check システムを運営する被告 Cybernet Ventures のサイト内で、提携先の検索サイトのサービスも行われていたというケースであり、純粹の検索サイトが問題とされた事件ではない。結局、反復侵害者を解約する措置をとっているとは認められず、512条 (c) と (d) の免責が否定されている。

このように、アメリカでは、ウェブ検索サービスの法的問題を吟味するには、フェアユース以外の寄与侵害、代位侵害、DMCAの法的観点からも含味・検証しなければならないということがわかる。

六 日本版フェアユース導入の是非

（１）わが国とアメリカの著作権侵害の法理の相違

本節ではアメリカのフェアユースの法理を基に、日本版フェアユースの導入の是非を検討するが、その前にわが国とアメリカの基本的な法理の相違について検証してみたい。アメリカは、わが国と異なり判例法の国である。アメリカには豊富な裁判例の蓄積があり、検索サイトは直接侵害ではなく寄与侵害としての責任を負うという法理が有力である。

第一の相違点は、損害賠償責任に関し、故意または過失が要件となるか否かという点において、わが国とアメリカでは相違が見られる。

わが国著作権法では、故意または過失の有無を問うことなく、著作権の侵害行為に対し、差止め請求権を認めているが（著作権法112条）、損害賠償請求権の発生には侵害者の故意または過失は要求される（民法709条。著作権法114条）。一方、アメリカでは、著作権侵害者は、故意または過失のいかんを問わず、権利者に対して賠償責任を負うとされている（厳格責任）。侵害者に悪意（willfulness）がないということは法定の賠償額を与えるか否かということに影響を与えるに過ぎず、⁽⁶¹⁾実損害や侵害者利益の返還に関する責任を免れるわけではない。⁽⁶²⁾

他方で、直接、著作権侵害を働かない者であっても、著作権侵害であることを認識するか、認識するに足る理由があるにもかかわらず、著作権侵害を教唆したり、誘発したり、実質的に侵害に寄与した者は、寄与侵害者としての責任を負うとする。

このため、アメリカでは、著作権侵害に何らかの形で関与する行為について、故意または過失の有無を問うことなく賠償責任を負わせることが酷

だという価値判断が、問題の行為を直接侵害ではなく寄与侵害として構成しようとする傾向がある。⁽⁶³⁾

これに対して、わが国は、直接侵害であっても、損害賠償のところで故意または過失の有無を判断して損害賠償を認定することができる。ただし、故意または過失がなくても、権利者は侵害者に対し不当利得返還請求をなすことができるが（民法703条）、その場合の返還額は、侵害者の利益全額ではなく、利用に対する相当な対価に留まる。

以上の理由から、アメリカの検索サイトに対しては、直接侵害ではなく寄与侵害となるものが多いと思われる。すなわち、検索エンジンが寄与侵害と認定されても、キャッシュ表示、サムネイル表示による損害賠償額は、ほとんどないに等しいと思われる。

第二の相違点は、差止め請求権の対象となる行為の広狭の問題がある。

わが国の法の下では、不法行為が行われたというだけでは、差止請求は認められない。直接の著作権侵害に該当しなければ、差止請求権は認められない。また、著作権法は、特許法101条の間接侵害のような明文もないので、現実には、著作権侵害の教唆や幫助をなす共同不法行為に対しても、権利者にその差止請求権を発生させることは困難である。すなわち、差止請求をなす場合には、直接の著作権侵害行為を立証する必要がある。

一方、アメリカの差止命令（injunction）は、エクイティー（equity）に起源を有する法制度であり、将来の寄与侵害を防止するために、差止命令を発動することが可能となる。アメリカでは日本と異なり、差止請求を正当化するために、直接侵害の範囲を拡大しなければならないという必要性は薄い。

検索サイトは直接の著作権侵害行為を働いていないとして扱うアメリカの裁判例から受けるべき示唆は、故意、過失を問うことなく、検索サイトに対して損害賠償責任を認めるべきではないという価値判断である。そして、検索サイトは寄与侵害者として責任を負うことがあるとする Perfect 10判決（消極的であった原判決の判断を改める判決）から受けるべき示唆

は、著作権者からの警告等により侵害を認識するに至った場合には、検索サイトといえども侵害を抑止する一定の措置をとるべきであるという価値判断である。

日本法の下で不法行為というだけで、現実問題として差止めが認められにくいとすれば、検索サイトを共同不法行為者として捉えてしまうと、差止めを実現することが困難となる。⁽⁶⁴⁾

（２）日本版フェアユース導入の是非

日本版フェアユース導入の最大の理由は、現行の著作権法が想定していない新たな著作物の二次利用があったときに、法改正を待たずに日本版フェアユースの適用が可能になり、ネット上の新たなビジネスが日本国内でも育成できることにある。すなわち、近時の技術革新のスピードや変化の速い社会状況を考えれば、個別の限定列举方式のみでは適切に実態に即した権利制限を行うことは難しく、著作権法に定める枠組みが社会の著作物の利用実態やニーズと離れたものになってしまう懸念があることと、ネット上の写真・動画への映り込みやウェブページ印刷などの行為には、形式的には違法となるが、権利者の利益を実質的に害しているとは考えられず、また、社会通念上も違法とすべきとは考えられないものもあることなどが例として考えられる。⁽⁶⁵⁾

一方で、アメリカのフェアユース規定のように判例の積み重ねでフェアユースの認められる範囲を形成するような法制度は、訴訟の少ないわが国になじまない、あるいは、日本版フェアユース規定を盾に無許諾での二次利用がなし崩し的に増え、権利者の許諾権が弱体化するといった懸念がある。また、一般条項の導入により、これまで裁判例によって違法であるとされてきた行為が当然にすべて適法になるとの誤解等に基づいて違法行為が増加することが懸念され、訴訟コストの増加も含め権利者の負担が増加するのではないかと、法体系全体との関係や諸外国の法制との間でバランスを欠くことがないかなどの指摘もある。⁽⁶⁶⁾

これをネット上のウェブ検索サービスに限定して考えた場合、わが国でウェブ検索サービス事業が育たなかったという指摘がある。すなわち、わが国では、自然言語処理や画像ハンドリング処理で秀でた技術が蓄積されていたにもかかわらず、ウェブ検索サービス事業がわが国の著作権法に抵触するのではないかという危惧から、これら萎縮効果によりベンチャー企業でさえも二の足を踏んでしまい、近時の企業のコンプライアンス重視により、訴訟リスクをとってまでも新しい市場に積極的に参入しようとするベンチャー企業は少なく、わが国でビジネスとして成立しなかったのではないかという指摘である。⁽⁶⁷⁾⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾

このような背景のなか、2009年6月12日、改正著作権法が可決・成立し、ウェブ検索サービスに関する条文として、新たに第47条の6が新設された。その趣旨は、ウェブ検索サービスは、一定の社会基盤としての意義を有するとともに、その過程における著作物等の利用行為が権利者に与える不利益の程度は少ないと考えられることから、当該サービスを提供する目的のために必要と認められる限度において、権利者の許諾なく複製及び公衆送信を行うことができるようにするものである。

しかしながら、本稿第2節でも指摘したように、本条は、権利制限の個別の限定列挙のひとつであり、また、その内容は現行のウェブ検索サービスを合法化するものに過ぎない内容であり、ウェブ検索サービスから派生する新たなビジネスを創出するような内容とはなっていない。よって、新たなビジネスを積極的に創出し、関連事業を育成するためには、少なからず、日本版フェアユースのような一般的包括的権利制限規定が必要であると思われる。

問題は、日本版フェアユースの内容はどのようなものにすべきか、また、どのような形で導入するのか、さらに、日本版フェアユースの導入が、社会的にどのような影響を与えるかを十分に検討し検証を加えることである。

上述したように、アメリカのフェアユース規定は、判例の積み重ねでフェアユースの認められる範囲を形成するような法制度の上に成り立つ。も

とも、フェアユースという考え方は判例によって発展形成されたものであり、107条も、過去の判例を整理したもの⁽⁷⁰⁾に過ぎない。このことは、本稿第4節のアメリカの重要判例を見ても明らかである。

また、ウェブ検索サービス関連の法的問題へのフェアユースの適用は、本稿第5節でも指摘したように、それ自体で完結するものではなく、フェアユース以外の寄与侵害、代位侵害、DMCAなどの法的観点からも検証しなければならない。これは、アメリカのフェアユースに似たようなものを、日本版フェアユースとして単純に導入しただけでは、フェアユースの射程範囲外の法的論点が解決されなければ、ウェブ検索サービス関連の法的問題への対応は難しいことを意味する。さらに、本節（1）でも指摘したように、損害賠償に関して民法との整合性をとることも必要である。

以上より、アメリカのフェアユースに似た日本版フェアユースを、単純にウェブ検索サービス関連の法的問題に適用しただけでは混乱を招くおそれがあり、法秩序の維持から見ても、日本版フェアユースの導入は、かなり限定的なものにならざるを得ず、現行の個別的限定列举方式から逸脱した適用は避けるべきであろう。これは、法体系を異にする法制の違いであり、ドイツ、フランスのような大陸法系の国々では、権利制限規定が個別列举型であることと無関係ではない。また、アメリカと同じ判例法主義のイギリスでもアメリカ型のフェアユースの制度は導入されていない⁽⁷¹⁾。これは、フェアユースが著作権法の中でも、最も取り扱いが難しいことを暗に示唆しているといえよう。

日本版フェアユースの導入は、著作権法30条以下の個別列举方式の権利制限規定との関係が問題であるが、アメリカのようにフェアユースを主とはせず、日本版フェアユースは、あくまでも著作権法30条以下の権利制限規定を主とし、日本版フェアユースを従とするような、すなわち、個別列举方式の権利制限規定のひとつとして機能させるやり方が無難であると思われる。

例えば、個別列举方式の権利制限規定によってカバーされず、従来では

著作権の権利侵害になったものに、日本版フェアユースによってスクリーニングをかけるというやり方である。つまり、日本版フェアユースは、個別列挙方式の権利制限規定の延長上に位置し、日本版フェアユースとはいうものの、一般条項としての個別列挙方式の権利制限規定という位置づけである。このように考えると、個別列挙方式の権利制限規定の観点から日本版フェアユースの内容を検討せざるを得ないであろう。

七 結びにかえて

日本版フェアユースの導入は、著作権制限規定の範囲にとどまらず、著作権法全体に大きな影響を及ぼすものである。よって、その導入は慎重にならざるを得ず、安易な導入により、社会全体に混乱を招くことだけは絶対に避けなければならない。特に、ウェブ検索サービス関連事業は、国境を越えてサービスの提供が行われるので、各国の著作権法との整合性をとることも必要である。

アメリカ型のフェアユースを導入している国は、欧米諸国ではアメリカだけであり、他に、イスラエル、台湾等がフェアユースを導入しているに過ぎない。⁽⁷²⁾ イギリスでも、アメリカ型のフェアユースの導入が議論されたことがあったが、導入されなかったという経緯がある。このように、世界的に見ると、アメリカ型のフェアユースを導入している国は少なく、多くは個別限定列挙方式の権利制限規定を採用している国が多い。

このような中で、イギリスのフェアディーリング (fair dealing) の考え方は大いに示唆を含んでいると思われる。すなわち、フェアディーリングによる権利制限の対象となる目的は、研究及び私的学習 (29条)、批評、評論及び時事報道 (30条)、授業 (32条) に限られる。⁽⁷³⁾ これも、一種の個別限定列挙方式の権利制限規定としてとらえることができる。

しかしながら、これによって、日本版フェアユースの導入の懸念事項である、日本版フェアユース規定を盾に無許諾での二次利用がなし崩し的に

増え、権利者の許諾権が弱体化するかもしれないという問題が消えたわけではない。法改正が適時に行うことができないという現実がある以上、これを払拭するには、日本版フェアユースとは別に、著作権者や著作物の利用者が混乱しないように、日本版フェアユースの詳細なガイドラインを、タイムリーに出していくことも考えられる。

いずれにせよ、文化庁長官の文化審議会著作権分科会法制問題小委員会では、これらの問題が十分に議論されることになると思うが、多角的な検討がなされ現実的かつ有効的な結論が導き出されることを願って止まない。

なお、紙幅の関係から、日本版フェアユースの具体的な内容の吟味と、その機能の詳細な検証については、別の機会に譲りたい。

- (1) 文化庁ホームページ「平成21年通常国会 著作権法改正について」
(http://www.bunka.go.jp/chosakuken/21_houkaisei.html)
- (2) 文化庁ホームページ「著作権法の一部を改正する法律の概要」(http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/21_houkaisei_gaiyou.pdf)
- (3) 2008年11月に、内閣の知的財産戦略本部で、個別の限定列举方式による権利制限規定に加え、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、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）を導入することが適当であるとの報告がなされた（知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会「デジタル・ネット時代における知財制度のあり方について（報告）」（平成20年11月27日）(http://www.ipr.go.jp/e_material/diginet_houkoku.pdf)。)(大淵哲也「著作権の権利制限の一般条項（いわゆる日本版フェアユース）」法学教室 No.347（2009年）2頁）。また、日本弁護士連合会からは、2008年11月18日に「著作権法における一般的包括的権利制限規定の新設に関する意見書」が出された。
- (4) 文化庁ホームページ「文化審議会著作権分科会」(<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/index.html>)
- (5) 高田寛「情報大航海プロジェクトと検索エンジンの法的問題についての一考察」比較法制研究（国士舘大学）第31号（2008年）129～168頁。
- (6) 古物営業法10条2項に「古物商は……（略）……あらかじめ、当該古物に関する事項に係る自動公衆送信の送信元を識別するための文字、番号、記号その他の符号、競り売りをしようとする機関その他国家公安委員会規則で定

める事項を公安委員会に届けなければならない。」と送信元識別符号について規定されている。

- (7) 池村聡「平成21年著作権法改正の概要」法とコンピュータ学会小グループ研究会（第5回）資料（2009年）9～11頁。
- (8) Copyright Law of the United States, 17U.S.C. (<http://www.copyright.gov/title17/>)
- (9) 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作物の流通・契約システムの調査研究 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書」（平成21年3月）25頁。
- (10) 日本語訳に関しては、（社）著作権情報センター（CRIC）の和訳に拠った。
(http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america_c1a.html#107)
- (11) Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (CCD Mass.1841).
- (12) 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注（9）23頁。
- (13) Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV.L.REV. 1105, 1111 (1990).
- (14) 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注（9）24頁（注19）。
- (15) 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（1）一寄与侵害、間接侵害、フェアユース、引用等」（知的財産法政策学研究第16巻（2007）96頁。
- (16) 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注（9）25頁。
- (17) 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注（9）26頁。
- (18) Sony Corp. v. Universal City Studio, 464 U.S. 417 (1984).
- (19) Compbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).
- (20) 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』（太田出版、2004年）135～136頁。
- (21) Haper&Row, Pulishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 105 S.Ct. 2218 (1985).
- (22) 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注（9）27頁。
- (23) 山本・前掲注（20）137頁。
- (24) 山本・前掲注（20）138～139頁。
- (25) 山本・前掲注（20）139頁。
- (26) Kelly v. Arriba Soft Corp. 336 F.3d 811, 817-819 (9th Cir. 2003).
- (27) 城所岩生「検索エンジンと米国著作権法 [中一1]」国際商事法務 Vol.135, No.6 (2007年) 799頁。
- (28) Kelly v. Arriba Soft Corp., 77 F.Supp.2d 116 (C.D. Cal. 1999).

- (29) Kelly v. Arriba Soft Corp., 280 F.2d 934 (C.D. Cal. 2002).
- (30) 城所・前掲注 (27) 802頁 (注13)。
- (31) Perfect 10, Inc. v. Amazon com. Inc. U.S. App. LEXIS 11420 (9 th Cir. 2007).
- (32) 高田寛「検索エンジンの社会的影響と法的問題—Google を例に」産業能率大学紀要第29巻 1 号 (2008年) 72～74頁。
- (33) Field v. Google, Inc. 391 F.Supp.2d 181 (D.D.C., Sept.27, 2005); Field v. Google, Inc. 412 F. Supp. 2 d 1106, 1117-1123 (D.Nev.2006).
- (34) 高田・前掲注 (32) 69～70頁。
- (35) 田村・前掲注 (15) 101頁。
- (36) Digital Millennium Copyright Act
- (37) 高田寛「Web 検索サービスの法的諸問題」情報管理第52巻 5 号 (2009年) 268頁。
- (38) The Author's Guild v. Google Inc., No.05-8136 (S.D.N.Y. filed Sept.20, 2005).
- (39) 田村・前掲注 (15) 85頁。
- (40) 著作権法上の寄与侵害には、特許法における侵害の積極的誘引 (271条 (b)) と侵害に不可欠な物品の提供 (271条 (c)) の双方が含まれている。
- (41) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 (第 6 回) 議事録 [資料 4] (http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/0507901/004-3.html)
- (42) 田村・前掲注 (15) 87頁。
- (43) 前掲注 (41)。
- (44) 城所・前掲注 (27) 801～802頁。
- (45) Parker v. Google, Inc 422 F. Supp. 2 d 492 , 497-498 (E.D. Pa. 2006).
- (46) Online Copyright Infringement Liability Limitation.
- (47) 17 U.S.C. § 512 (k) (l) (a)).
- (48) Copyright Infringement and Remedies.
- (49) 17 U.S.C. § 512 (a).
- (50) 17 U.S.C. § 512 (b).
- (51) 17 U.S.C. § 512 (c).
- (52) 17 U.S.C. § 512 (d).
- (53) 17 U.S.C. § 512 (i) (1) (A).
- (54) 17 U.S.C. § 512 (i) (1) (B).
- (55) 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (B), (d) (2).
- (56) 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (A), (d) (1).

- (57) 高田・前掲注(32) 64～65頁；城所・前掲注(27) 605頁。
- (58) 田村・前掲注(15) 106頁。
- (59) 田村・前掲注(15) 112～113頁。
- (60) Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1175
-1182 (C.D. Cal. 2002).
- (61) 連邦著作権法504条(C)(2)、ただし、401条(d)、402条(d)。
- (62) 田村・前掲注(15) 115頁。
- (63) 田村・前掲注(15) 115頁。
- (64) 田村・前掲注(15) 114～118頁。
- (65) 大淵・前掲注(3) 2頁。
- (66) 大淵・前掲注(3) 2頁。
- (67) 高田・前掲注(32) 11頁。
- (68) 言葉を体系づけて機械処理することができるようにするためのオントロジ
ー技術は、企業や大学で進められてきたが、これらをウェブ検索サービス事
業に活かすことができなかった。ちなみに、自然言語処理技術では、京都大
学の研究水準は世界でトップクラスといわれている(高田・前掲注(5)
162頁(注12))。
- (69) わが国でウェブ検索サービスを提供している外国企業の多くは、わが国の
著作権法に抵触するのではないかというおそれから、検索エンジンの主なサ
ーバーを外国に設置していた。
- (70) 大淵・前掲注(3) 2頁。
- (71) イギリス著作権法では、権利制限規定は個別規定として定められている。
そのうち、特定の目的を有するフェアディール(公正利用)に該当すれ
ば著作権侵害とならない旨規定されているものがあるが、フェアディール
による権利制限の対象となる目的は限定されている(大淵・前掲注(3)
2～3頁)。
- (72) 各国の法制度については、著作権制度における権利制限規定に関する調査
研究会「著作物の流通・契約システムの調査研究 著作権制度における権利
制限規定に関する調査研究報告書」(平成21年3月)に詳しい。
- (73) 大淵・前掲注(3) 3頁。