

インターネットにおける著作権の個別制限規定 (引用規定)の解釈論の限界と一般的制限規定 (フェアユース)の導入について

—Google サムネイルドイツ連邦最高裁判決を中心に—

潮海 久雄

I 問題の所在

Google のサムネイル (Thumbnail) が著作権侵害にあたるかについて、アメリカの裁判例は、フェアユース規定を適用した¹。これに対して、同じ Google のサムネイルについて、ドイツの連邦最高裁 (BGH) が、2010年4月9日に判決を下した。結論はアメリカの判決と同様に侵害を否定したものの、ドイツ著作権法はアメリカ法と異なりフェアユース規定を有しないため、引用規定のような著作権の個別制限規定をサムネイルの事例に拡張適用できるかが問題となり、その法律構成、根拠づけ、背景となる視点に注目が集まっている。その法律構成は、引用規定の拡張適用を採用せず (Rdnr. 25-27)、著作者の同意があり違法でない、という著作権法外の一般的法理によっている。

ドイツ著作権法においては、わが国著作権法と同様に、もともと権利制限規定は例外規定であり限定適用されるべきと考えられていた。ところが、2000年代に入り、著作権の個別制限規定を類推する裁判例も現れはじめた。また、ドイツの学説では、引用規定を拡張適用すべきとするものも存在した。その中で、本連邦最高裁 (BGH) 判決は、引用規定のサムネイルの事例への拡張適用を明確に否定した。ドイツの学説も、引用規定の拡張解釈を主張するものや、この判決が著作権の一般的

1 事案について、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題 (1) (2) (3・完) — 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16号73頁、17号79頁、18号31頁 (2007)。法的問題および政策論について、拙稿「サーチエンジンにおける著作権侵害主体・フェアユースの法理の変容 — notice および Google Book Search Project における opt-out 制度を中心に」筑波法政46号21頁 (2009年)。

制限規定の導入を示唆していると評価するものもある。したがって、通常の「引用の目的」の語義や本来の趣旨と異なる文脈で引用規定を拡張することはどのような限界があるのか、また、どのような視点で著作権の制限を論じるべきか、ひいては一般的制限規定（フェアユース）の立法論が議論される。

以上の議論は、わが国における引用規定の著作権の個別制限規定の解釈論の限界と、現在問題となっている権利制限の一般規定の立法論にも参考となろう。わが国では、引用の著作権制限規定（32条1項）を条文に即して解釈すべきとする飯村判事の考え方が提唱され、また、これにそって、「引用」を直接定義しない裁判例がいくつか存在し、さらに近年〔美術鑑定書控訴審〕判決は、著作権者が利益を得る機会が失われるかを考慮し、引用する側が著作物である必要はないとする。

しかしながら、引用規定がインターネットにおける利用で問題となったわが国の事例は、ネットオークションでの鑑定の事例²（但し、訴えは取り下げ）のみで、わが国では乏しい。また、サーチエンジンでのサムネイル等については、平成21年法律第53号の改正による47条の6（情報検索サービスのための複製）により立法で解決済みと考えられており、わが国で近時だされた、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する報告書」（2010年12月）の立法論においても検討されていない。また、これまでのわが国の学説は、引用規定を拡張適用する解釈論に力を注いできたものの、デジタルやインターネットでの新たな利用行為が問題となった裁判例が存在しないため、その際考えられるべき視点・考慮要素、および解釈論の限界についてはふれていない。したがって、ドイツ法における近時の議論はわが国の解釈論、立法論にとっても示唆するところが大きいと考えられる。

本稿は、ドイツ法下のインターネットでのサーチエンジンのうちサムネイルに関する裁判例と学説を中心に検討し、著作権の個別制限規定の解釈の限界、視点、ひいては権利制限の一般規定の立法論に光をあてようとするものである。

II ドイツの裁判例

1 サムネイル判決以前

個別の著作権制限規定（UrhG44a 条）も立法者の利益考量の結果であるため、個

2 田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号1307頁（2006）。

別の権利制限規定を厳格に解すべきであり、類推適用しないことを原則とする裁判例が大半であった（BGH, GRUR 1968, 607 (608)– Kandinsky I; GRUR 1983, 28 (29)– Presseberichterstattung und Kunstwerk wiedergabe II; GRUR 1997, 459 (463)– CB-infobank I; GRUR 2001, 51 (52)– Parfumflakon; GRUR 2002, 605– Verhüllter Reichstag）。

この原則は、情報化社会についての EU ディレクティブ³が、著作権制限規定を限定列挙しているため、しばらく維持されるように考えられていた。たとえば、一時複製、一時蓄積の規定については、欧州の立法者が認識しているため、なおさら、別の文脈であるサムネイルの事例への類推適用が難しい。この点について、2009年の欧州裁判所の Infopaq 判決⁴は、新聞記事から11字を抜き出す行為は、もしそれが著作者の知的創作の表現である場合には複製にあたりと判示した。その上で、EU の情報化社会ディレクティブ 5 条 1 項の一時複製の例外については厳格に判断し、一時複製による著作権の制限は、技術プロセスの完了に必要な期間に限定され、かつ、一時複製の削除が自動的になされる必要があるとした。ドイツ法下の引用規定もこの EU ディレクティブを受けて、1998年に、より一般化された規定に改正された。したがって、サーチエンジンでの検索リストに表示されるサムネイルについて、欧州の立法者が予想していたかも問題となりうる。

2 Elektronischer Presspiegel 判決

もっとも、ドイツの裁判例の中には、個別の権利制限規定を広く解釈する考え方の萌芽もみられる。2002年のBGHの Verhüllter Reichstag は、一般論として、権利制限規定を狭く解釈すべきと述べているが、むしろ、著作者が著作物の商業的利益に関与すべきという法理の方を強調し、著作権の権利制限規定は著作者と第三者の利益考量の結果であると判示している。BGH-Filmzitat—1987 GRUR 362, 363は、権利制限規定を狭く解釈すべきとする一般論を述べながらも、例外的な場合には引用規定を類推適用できると判示した（43分の長さの文書に5分程度の映画資料を採用したことが許容されると判示した）。

さらに、2002年のBGHの Elektronischer Presspiegel は、著作権管理団体が雑誌

3 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

4 ECJ C-5/08 Infopaq Internationa A/S v. Danske dagblades Froening, (judgment of 16.7.2009).

記事の報酬請求権を有するかについて出版社と争った事例で、1960年代からの技術発達を考慮に入れるべきという理由から、紙を念頭においた UrhG49条の規定を電子出版に類推適用している。

このようなドイツの裁判例の中で、BGH は、サーチエンジンの検索リストにおけるサムネイルが引用にあたるかについて判示した（以下サムネイル BGH 判決と略する）。結果として、引用規定の拡大解釈が否定され、著作権法外の一般法理により侵害が否定された。

3 サムネイル BGH 判決

（1）経緯

事案は、原告が自己のサイトにアップロードした芸術作品の画像が、Google の検索結果に、縮小されたサムネイルの形で表示され蓄積されたことが、画像の複製、アクセス、翻案にあたるとして、その差止を請求したものである。

控訴審裁判所（OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223- Thumbnails）は、結論として侵害を否定した。控訴裁判所は、次のとおりいったん著作権侵害を認めた。検索結果にサムネイルをリストする行為は、著作物をアクセス可能にする権利の侵害かは不確定であるが、無形の利用行為にあたり⁵、かつ、一時複製、私的複製、引用（UrhG51条1項）（引用目的がないため）などの著作権の個別制限規定には該当しない。その上で、自己の著作物にアクセスされることに興味を示しながらサーチエンジンの通常のサムネイル表示を非難することは矛盾しているとして、原告の著作権に基づく差止請求権の主張を濫用にあたる（BGB242条）（Rdnr. 4）と判示した。

（2）連邦裁判所（BGH）判決⁶

BGH は、控訴審判決と同様に、結論として、無形の利用行為の侵害にあたらな
いとされた。まず、Google のようなサーチエンジンが、インターネット上におかれた芸術作品物の画像を検索結果のサムネイル⁷としてリストしたことは、公衆にア

5 ドイツ法では、わが国のように支分権を限定列举するのではなく、財産権（Verwertungsrecht）の総則規定である15条で、無形的利用（1項）と有形的利用（2項）に分けて、一般的な財産権の形で規定している。

6 BGH vom 29.4.2010, GRUR 2010, 628- Vorschaubilder.

7 オリジナルより小さく縮小され、元の著作物である画像へのリンクがはってある。検索結果のサムネイルは、検索を早めるためにアメリカのサーバーに蓄積されていた。

アクセス可能となり、また、サムネイルを蓄積したことによって、著作物へのアクセスを可能にする権利（das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung（UrhG §19a））の侵害行為であると認定した。また、BGHは、控訴審と同様に、原告が、明示ないし黙示の利用許諾をせず、また、物権的な処分に必要な、法律行為上の表示（“rechtsgeschäftliche Erklärung”）もしていないと判示した。

しかし、BGHは、以下の点で控訴審と異なる法律構成を採用し、またよりふみこんだ判示をおこなった。当該侵害行為は原告から同意を得ているため、違法とはいえない（Rdnr. 34）。なぜなら、原告の一連の行為（サーチエンジンが原告のサイトにアクセスできるようにし、かつ、検索リストに表示されるのを防止するための技術的手段をとらなかったこと）は、Googleの画像検索結果において自己の著作物が表示されることに対する同意と解釈されるからである（Rdnr. 36）。BGHは、サイトの所有者がサイトの内容やイメージを守るための可能な技術を知っておくべきであったと判示した。

また、BGHは、控訴審と同様に、引用の規定は適用されないとしたが、その理由について以下のように判示した。まず、引用する側が著作物である必要があるかはともかく、引用の目的がある場合のみUrhG51条は適用される（Rdnr. 25）。そして、UrhG51条は、利用される他人の著作物と引用する者自身の考え方の内的なむすびつきを要求し、引用は、引用する者の独自の表現に関する引用箇所として、精神的な議論（Auseinandersetzung）を容易にすることに資する必要がある（Rdnr. 26）。本件著作物はサムネイルを作成する側の著作物との議論に用いられることなしに自動的に検索リストに挿入され、サムネイルは検索により発見された画像の証拠にすぎない。したがって、2007年に改正されたUrhG51条もサムネイルには適用されない（Rdnr. 27）。

この中で、BGHは、著作権制限規定を狭く解釈し、著作者の利用の利益を考慮すべきとする従来の裁判例（GRUR 2002, 605 – Verhüllter Reichstag; GRUR 1999, 325 – Elektronische Pressearchive）の法理を参照している。つまり、引用目的を超えたUrhG51条の拡大解釈は、技術進歩や著作権制限についての利害関係人の利益や情報の流通等を考慮しても許されない。著作権および著作権の制限規定を超えた一般的な利益考量は許されないとしている（Rdnr. 27）。

以上のように、BGHは、引用規定をはじめとする著作権の個別制限規定を拡大適用ないし類推適用できないとし、さらに、明示ないし黙示（konkulent）による利

用権の許諾や利用権の譲渡も否定している (Rdnr. 29f.)。他方で、控訴審と異なり、著作物へのアクセスを可能にする権利 (das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (UrhG §19a)) 侵害は、被告の利用行為を原告が同意しているため、違法ではないとした (Rdnr. 33)。そこでは、原審のように、目的譲渡理論を考慮した一般の法律行為の原則により同意が認められる場合だけでなく、本件のように、原告の行為態様および客観的な表明からサーチエンジンによる自己の著作物の利用に同意したことが読み取れる場合もあるとしている。

BGH は、さらに原審の以下の判示を正当として引用している。サムネイルの画像表示は通常おこなわれており、かつ、以前にアクセスされやすいように行動したことは後のサムネイルに対する差止請求と矛盾するか、または、サーチエンジンが最適化する際に、画像検索されたくない著作権者はブロックするだろうという信頼を呼び起こす。この原審の判示から、技術的保護手段をそなえずに、サーチエンジンによりアクセスさせていた著作権者の行為態様と、著作物の画像が画像検索の通常の範囲内で利用が許される旨の同意をえたと、被告 (Google) の観点から客観的に理解できるとしている。そして、表示の受け手の観点からみた客観的表示内容が重要であるため、どの個別の利用行為がサーチエンジンによる通常の画像検索と結びつくかを著作権者が認識したかと無関係に、サムネイルによる表示に著作権者は同意したと判示した (Rdnr. 36)。また、サムネイルでの再生に同意しないことをサーチエンジンに表明するだけでは、公衆への意思表示にすぎず、かつ、サムネイルによる利用を認識しながら技術的保護手段により保護していないため、同意の撤回としては不十分である (Rdnr. 37)。

さらに、BGH は、Google が原告の著作権を侵害したものをサムネイルで再現することによって侵害行為を指示した責任を問題とし、BGH の Internet-Versteigerung I 等の事例を引用して、サーチエンジンの運営者の責任は明確な権利侵害が指摘された場合に限定されるとした⁸。その上で、このような責任制限は、サービスプロバイダーの責任制限を定める電子商取引ディレクティブ14条1項 (E-Commerce Directive 2000/31) から導かれうる (Rdnr. 39)。具体的には、純技術上、自動的に情報を受動する場合で、蓄積された情報の違法性を認識していない場合には責任を負わず、その違法性を認識してはじめて責任を負う (Rdnr. 39)。その上で、欧州裁

8 詳細は、拙稿「著作権侵害の責任主体に関するわが国判例法理の比較法上の位置づけ—テレビ視聴サービスの事例を中心に—」知財管理57巻3号363-364頁 (2007) 参照。

判所（ECJ）の最近の AdWords 判決（Google France/Louis Vuitton（23 March 2010, C-236/08-C-238/08, para. 14, 119））を参照し、サーチエンジンの運営者は、蓄積したデータの不法な性質を知って、速やかに削除しない場合のみ責任を負う、と判示した。

Ⅲ ドイツの学説

1 著作権制限規定の厳格解釈の原則と緩和

学説は、Elektronischer Pressespiegel 判決以前は、一般に、著作権の個別制限規定は例外ゆえ厳格に適用すべきとしていた⁹。もっとも、近年は、著作権法は著作物を利用する公衆の利益を考慮せず、著作権の個別制限規定の類推適用も認めないが⁸、Elektronischer Presspiegel 判決にならって、新しい技術発展を立法者が予測していた場合や、例外的に著作権者の排他権を制限する方が望ましい場合（特に創作者ではなく雑誌出版社などの第一次利用者の利益が問題になる場合）には著作権の権利制限規定は適用が可能とする考え方もある¹⁰。

これに対して、例外規定の厳格な解釈という法原則は一般民事法の方法論ではみあたらず（Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3 Aufl. 1995, S.175, 243）、個別の権利制限規定の適用が限定されるのは、例外規定だからではない。立法時にない技術発達による著作物の新たな利用が問題となった場合には、著作者に利益に關与する機会を与えるべきという理由のみを考慮するのではなく、情報の利用について特別の公益がある場合には個別の権利制限規定の広い解釈や類推規定が可能となると主張する Dreier 教授の見解が近年注目される¹¹。さらにふみこんで、著作権の保護や排他権の付与の方が例外であり、正当化が必要であるとする学説もある¹²。

9 Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, §45, Rdnr.2 (2 Aufl. 2000); Fromm/Nordemann, Urheberrecht, vor §45, Rdnr.3 (10 Aufl. 2008).

10 Meilichar, in: Schricker, Urheberrecht (4 Aufl. 2010), vor §44a ff.Rdnr.20f.

11 Dreier, in: Dreier/Shulze, Urheberrechtsgesetz (3 Aufl. 2008), vor §44a ff.Rdnr.7.

12 Hoeren, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, 1997 GRUR 870; Hilty, Vergütungssystem und Schrankenregelungen, 2005 GRUR 819, 823, 824.

2 サムネイル判決の評価

（1）諸論

サムネイルBGH判決について、ドイツの著作権法学者が評釈・論文の形で意見を述べている。このような権利制限の裁判例が増加したのは、いたるところで著作物の複製がおこなわれ、かつ、著作物への公のアクセスを可能にする権利（UrhG19a条）などの新しい支分権が設定され、かつ、検索者がサーチエンジンを検索するだけで複製物等が自動的に生成し、公衆へのアクセスの権利の侵害が成立するからであろう（BGH, Rdnr. 19）。サムネイルBGH判決は、結果として、自己の著作物をインターネット上にアップロードすると、明示に複製を禁止したとしても公衆にアクセスされることを甘受すべきことになり、それを防止するには、適切な技術的保護手段をそなえる必要がある、というインターネット特有の規範を提示した意義を有する。そこでは以下の問題点が議論されている。

（2）引用の拡大解釈

サーチエンジンは、インターネットにおける情報の洪水の中で特定の内容を見つけたことを可能にするという公益を有するため、サーチエンジンの活動の一部が社会的に適切なものとして、著作権を制限する必要がある。他方、引用規定は、他人の思想にふれて相互に議論することを支援し、学術的文化的発展に資する趣旨であるため、この引用規定がサーチエンジンの行為に適用ないし拡大適用されるかが問題となる。とりわけ、サムネイルは、小さい形であれ画像全体の再現であり、また引用する側（サーチエンジン）は著作物を作成していない。

情報化社会のEUディレクティブを受けて¹³、ドイツ著作権法は、引用に関する規定（UrhG51条）を改正し、以前は具体的に3つの場合のみを挙げていたのに対して、一般的な規定を前段に挿入した。すなわち、「引用の目的で公表された著作物の複製、頒布公の再生は、その利用が引用の目的によって正当化される限り許される。とりわけ以下の場合には許容される。一 個々の著作物を、その発行後、独立した学術の著作物の中に、内容を説明するために、収録する場合。二 著作物の部分を、その公表後、独立した言語の著作物の中で引用する場合。三 発行された音楽の著作物の個々の部分を、独立した音楽の著作物の中で引用する場合」と規定した¹⁴。

13 ドイツでは、Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BGBl. I S. 2513 (26.10.2007)。新しい51条は2008年1月1日から施行される。

前述のように、ドイツの裁判例は、一時的な複製行為についての個別の著作権制限規定（UrhG44a 条）も立法者の利益考量の結果であるため、原則として類推適用しない（II 1、2 参照）。原審判決の評釈も、サムネイルの事例に引用の権利（Zitatsrecht）の拡大を可能とするものの、画像検索の事例に引用規定を適用することを否定している¹⁵。

これに対して、Dreier 教授¹⁶は、情報技術の発達を背景に、引用目的を超えた UrhG §51 条の拡大解釈を主張した。その論拠は、デジタル化により他人の著作物との議論よりもその収集に重点が移り、また、他人の著作物を参照するための他の利用行為も適法とされていること、議論（Auseinandersetzung）という要素はないとしても、インターネット上の情報の海から情報を探索し、容易にアクセスできるようにするという公益に資し、ひいては情報の利用の自由という基本法上の要請（Grundgesetz 5 条 1 項 1 号）に貢献する点である。

もっとも、BGH 判決はこの見解を正面から否定している。BGH 判決は、サーチエンジンにより発見された画像の証明では、「引用目的」を認定するには不十分としている（Rdnr. 27）。新しく一般条項化した引用の規定においても、「引用目的」が決定的で、原則として自己の著作物に他人の著作物を取りこむことが「引用」にあたり、議論・説明・取り組み（Auseinandersetzung）や参照（典拠）という側面および引用する側の意見・思想を重視し、サムネイルにはこれらの要素が欠けているからであろう。そもそも、引用規定を一般条項化した改正の趣旨も、引用の自由を根本的に拡大する趣旨ではなく、単に従来個別に掲げられていた著作物以外の、マルチメディア著作物などの著作物にも広げて適用する趣旨にすぎず¹⁷、この趣旨は、特に、新しい技術的条件から立法された規定（一時複製に関する 44a 条）においても維持される必要がある。BGH 判決は、このような立法趣旨を無視して引用規定の一般条項の部分を広大解釈することはゆるされないことを強調している。

とりわけ、サムネイルは、他の著作物を説明や議論や参照の対象とするために作

14 「公正な慣行」の要件は、ベルヌ条約 10 条 1 項によりすでにドイツ法でも妥当していると
する。

15 Leistner/Stang CR 2008, 499, 502.

16 Thomas Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., §51 Rdnr.24; Ders, Thumbnails als Zitate ? in: Festschr. für. Krämer, S.225 (234ff.)

17 Begründung der Regierung Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Dr 16/1828, S.25.

成されるのではなく、ユーザーがより容易にオリジナルのサイトみつけだし、後にユーザー自身が分析するために、検索結果の内容を証明する目的で作成される（BGH, Rdnr. 27）。もし、サムネイルにも引用の目的を認めると、自己の研究や分析の目的で他人の著作物を複製する場合も容易に引用規定が拡大適用されうる。

これと関連して、ドイツ法の通説は引用する著作物は独立の著作物でなければならないとしている¹⁸。サムネイルをとりこんだ検索リスト自体は著作物ではない。この点について、BGH 判決は判断を避けている（BGH, Rdnr. 25）。

（3）利益考量

Spindler 教授の近年の論文¹⁹は、BGH 判決が、黙示の同意（konkludenten Einwilligungen）の法律構成の中で、著作権者と、サーチエンジンなどの情報伝達媒体の必要性および情報を検索する公衆の間で利益考量をおこなっている点に着目している。つまり、BGH 判決を、権利帰属を明らかにし技術的に権利処理して損害を回避する最安価損害回避者が誰か²⁰という視点から利益考量していると評価し、著作権者は技術的保護手段を採用しうるが、被告（サーチエンジン）による大量の画像の権利処理は困難としている。そして、BGH 判決は、著作権者と検索エンジン間の単なる利益考量を超えたこのようなコストと利用についての要素を、硬直的な著作権制限規定の判断においてではなく、「意思表示が著作権者の行動と矛盾していないか」、および、「どのような保護手段を誰に負担させるべきか」という同意の判断枠組み（Rdnr. 37）の中で判断しており、フェアユースにおける考慮要素に近いと評価している。もっとも、誰もがインターネット上で容易に自己の著作物を宣伝できること、また、技術的保護手段を簡単にインストールできるならば、著作権者がコストを負うべきであるが、著作権者が必ずしもアクセス回避のための技術知識や装置を有するわけではないため、この判示を一般化できないとしている²¹。

18 もっとも、Dreier, *supra* note 16, S.234ff. は、新しい引用規定ではこの要件は不要としている。

19 Spindler, *Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht — Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“*, GRUR 2010, 785.

20 Calabresi, *The Cost of Accidents*, 1970, pp.136-138. Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, *Capital* 8, para.2.11.

21 Spindler, *supra* note 19, S.790f.

（４）明文でかかれぬ法理による解決—同意の法律構成

たしかに、不法行為の同意と同様に、著作財産権の侵害も同意により排除される。BGHは、同意の法律構成により、権利許諾の際に法律関係の変更を基礎付ける法律効果に向けた意思が必要とする難点を回避した（BGH, Rdnr. 35）。

しかし、Spindlerは、BGH判決が、引用規定（UrhG51条）という明文の著作権制限規定を類推ないし拡張せず、同意という明文に書かれていない法理で制限したことを批判する。つまり、サーチエンジンのように自動化しているときに黙示の許諾を前提としてよいか疑問である。また、BGHがサーチエンジンの自動化と著作物の利用を区別しているのは（BGH, Rdnr. 31）、目的譲渡理論（UrhG31条5項）など疑わしいときには黙示の利用許諾がないという法理が背景にあるが、この点は黙示の同意と矛盾しうる、と指摘している。

Götting教授²²も、同意による解決について以下のように批判する。BGH判決の核心は、侵害の違法性が純然たる同意により排除された点にある。しかし、著作権者は、Googleのクローラーによるアクセスに同意していないとはっきり明言している。意思表示が同意の核心を形成し、それによって同意を表明するのにもかわらず、本件ではそのような意思表示が存在しない。BGHは同意の概念を客観化しすぎて、主観的意思の要件を放棄している。著作権者が矛盾した行動をしたことを認め、欠けた同意は無視する、控訴審の構成の方が理解できる。つまり、名目上は要件であるが実質上は存在しない意図よりも行為態様が強調されるべきであるとする。

このような学説が批判があるにせよ、BGH判決で重要なのは、著作権者がサーチエンジンの検索に対して防御しないままにインターネット上に公開しているという客観的な行為態様であるため、サーチエンジンによる利用行為を著作権者が覚悟していたか、また反対の意思表示をしたかは問題とならない（BGH, Rdnr. 36）。

（５）プロバイダの責任制限規定の援用

Spindler教授²³は、EUの電子商取引ディレクティブ²⁴14条1項のプロバイダ責任

22 Götting, LMK 2010, 309481.

23 Spindler, supra note 19, S.792

24 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), O.J.L 178, 17/07/2000 p.1-16.

制限はサーチエンジンを想定しておらず、BGH 判決がこれを本件に援用したのは前提が異なると批判する。特に、BGH 判決が引用した ECJ の Adword 判決の事案は、広告主の要請に応じてプロバイダがデータを蓄積し、第三者からのアクセスを認めたのに対して、本件のサーチエンジンの行為は、画像を検索に基づいて独立に蓄積した自己独自の行為である。また、プロバイダの責任制限規定は損害賠償責任の制限であり、差止請求権の制限ではないにもかかわらず、本件に援用している点でも状況が異なる。

（6）一般的制限条項について

Spindler 教授は、著作権の一般制限条項の導入を示唆しているのに対して、Götting 教授は、一般的制限条項は、基本法14条（財産権の保障）で保護された著作権の侵害の明確性に反し、また、フェアユースという英米法の体系と大陸法の伝統の接合は困難としている。

3 引用と類似する著作物利用行為とのバランス

UrhG51条の類推適用ないし拡張適用を主張する Dreier 教授の前記学説²⁵は、引用と機能的に類似する著作物の利用に関する裁判例とのバランスを議論している。

2009年の Infopaq 欧州裁判所判決²⁶は、情報化社会ディレクティブ5条1項の一時複製の例外については厳格に判断し、技術プロセスの完了に必要な期間に限定され、かつ、一時複製の削除が自動的になされる必要があるとした。これと比較すると、サムネイルは存続しているため、より侵害とされやすいと考えられる。

もっとも、サムネイルは、技術上の中間生産物で、利用者がサーチエンジンによってもとの情報にアクセスすることを可能にし、情報の自由利用に資する点で、他人の音楽やテキストの単なる編集物と異なるとする²⁷。

また、他のものを参照するための著作物の利用態様としては²⁸、アナログでは脚注や要約が問題となりうるが、元のオリジナルを借用しない限り、著作権法上は許されている。また、デジタルでは、インターネット上のさまざまな利用行為、とりわけハイパーリンクおよびテキストの要約との平仄が問題となる。サムネイルも検

25 Dreier, supra note 16.

26 前掲注（4）参照。

27 Dreier, supra note 16, S.238.

28 Dreier, supra note 16, S.238.

索を早くしアクセスできるようにすることが目的である点ではこれらの利用行為と近接する。Paperboy 判決²⁹は、ハイパーリンクについては著作物を複製していないとして、また、テキストの要約については著作物性が認められないとして、いずれの利用行為についても著作権侵害を否定している。

さらに、サムネイルは、脚注・要約、ハイパーリンク、テキストの要約などの利用行為と異なり、著作物の画像全体を表示しているため、Paperboy 判決の論理によって侵害を否定することはできない。しかし、引用の際に著作物である画像全体を表示する必要性があることから正当化される余地があるとしている³⁰。

IV わが国への示唆

1 緒論

Ⅲで検討したBGH判決は、Googleのサムネイルについての事例であるが、著作権の個別制限規定の厳格解釈を維持してきたドイツ著作権法に大きな影響を与えている。そこで、ドイツ法における議論を参照しつつ、わが国の考え方を整理し、サムネイルの事例について、47条の6（情報検索サービスのための複製等）の規定が存在しないと仮定した場合、わが国の引用規定等にはどのような解釈が可能で、その限界は何か、どのような示唆が得られるかを検討する。

2 解釈論

（1）複製

わが国では、写りこみの〔雪月花〕判決³¹は、被告のものの中に著作物の本質的部分を感得できなければ「複製」にあたらぬとして「複製」概念を限定解釈する考え方を提示した。〔雪月花〕判決は、商品カタログにたまたまうつりこんだ書でばやけており、鑑賞にあたいしないと判示していた。

しかし、〔雪月花〕は書の事例であり、絵画や画像の事例ではなかった。サムネイルもそれ自体で鑑賞にあたいしないものもあるが、絵画などの画像に近くそれだけで本質的部分を感得できると解釈されることが多いと考えられる。当該サムネ

29 BGH GRUR 2003, 958.

30 Dreier, supra note 16, S.239.

31 東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁。

ルが、元のオリジナルを判別できないほどぼやけていれば、元のオリジナルにアクセスしやすいようにするサムネイルとしての機能を果たさないからである。

（2）引用

本稿で問題となっているサムネイルは、32条にいう「報道、批評、研究その他の引用の目的上」「正当な範囲内」でおこなわれるものが問題となる。

32条の立法趣旨は、報道等の目的とする著作物の引用は、一般に広くおこなわれており、公正な慣行に合致し、かつ目的上正当な範囲にとどまる限り、作者の権利を不当に害することはないと考えられるので、その限度で適法なものとした³²。また、引用といえるためには、引用する自己の著作物が主たるものであり、引用される他人の著作物が従たるものでなければならない³³。さらに引用は、自己の著作物中に他人の著作物を引用することで、他人の著作物のみをもって一の編集著作物を作成することまで含むものではない³⁴。また、引用の目的を「学術、批評、報道、または教育の目的」に限定することが検討されたが、これらの目的のみでは不十分で目的限定は困難なため、引用目的を限定していない³⁵。

わが国の従来の裁判例は、旧法下において、パロディ最高裁判決³⁶が、カラー写真をカットして白黒としてタイヤの写真と合成してモンタージュ写真を作成した事案において、①引用して利用する側の著作物と引用されて利用される側の著作物が明瞭に区別して認識でき（明瞭区別性）、かつ、②両著作物の間に引用する側が主、引用される側が従の関係（附従性）、という2つの要件を要求した。いくつかの下級審裁判例も基本的にこの2要件によっていた³⁷。これによれば、サムネイルは明らかに「引用」にあたらぬ。

また、引用する側が著作物である必要とするのが、上記のとおり、立法趣旨であり、また、これまでの裁判例であった。その趣旨は、新たな著作物の創作を奨励しようとする趣旨である³⁸。この考え方によってもサムネイルは「引用」に該当しな

32 法案コメンタール35-1。

33 加戸守行「著作権法逐条講義」（五訂新版・2006年）244頁。

34 法案コメンタール35-3。

35 法案コメンタール35-9。

36 最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ第1次上告審〕

37 東京高判昭和60年10月17日無体裁集17巻3号462頁〔藤田嗣絵画複製事件〕。東京地判平成11年8月31日判時1702号145頁〔ゴーマニズム宣言一審〕。東京地判平成10年2月20日知的裁集30巻1号33頁〔バーンズ・コレクション展〕ほか多数。

い。

これに対して、飯村判事は、これらの2要件は意味がなく、「引用の目的」、「公正な慣行」など規定の文言に即して解釈すべきことを提唱した³⁹。

さらに、近時の〔美術鑑定書控訴審〕⁴⁰判決は、引用としての利用にあたるかの判断の際、著作物の利用目的のほか、方法や態様、利用される著作物の種類や性質、著作物の著作権者に及ぶ影響の有無・程度などを総合考慮する、という一般論を述べた。具体的には以下のように認定している。引用の目的について、鑑定のための複製を添付することは、絵画を特定し、鑑定書の偽造を防ぐことにある。コピー部分のみが分離して流通・利用される可能性は小さいため、複製の添付は方法・態様とみても合理的な範囲内であり、また、著作権者の経済的利益を得る機会が失われないとして、これらを総合考慮して、32条を適用している。

しかしながら、このように諸要素を総合考慮する立場は、従来の裁判例の引用の2要件への批判に集中し、またインターネットのサムネイルなどの事例があらわれていない時期に主張されているため、「引用の目的」を定義する必要がなかった。したがって、サムネイルも「引用」とされる余地がある⁴¹。とりわけ、検索エンジンがおこなうインターネット上の多様な利用行為のほとんどが、「引用の目的」と解釈される可能性があり、引用規定が容易に権利の制限の一般規定となりうる。

この点で上述のドイツ法の議論は参考となるであろう。すなわち、ドイツの議論では、主従関係や明瞭区別性など、引用する側と引用される著作物の関係に着目して、引用規定の拡張解釈を防止するのではなく、「引用の目的」によって限定している。つまり、サムネイルは、本来の趣旨である議論や批評のための引用ではなく、公衆による検索を容易にする目的であるとして引用規定の拡張解釈を防止している。

ではわが国の引用規定の拡張解釈は立法趣旨との関係で可能だろうか。わが国の引用の規定はドイツ法（1998年以前）の規定と比べると、引用の目的、公正な慣行など一般的要件である。しかし、ドイツ法の1998年改正後の引用の規定は、イン

38 前掲〔バーンズ・コレクション展〕参照。

39 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号94頁（2000年）。他に、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』（半田正夫古稀・2003年・法学書院）310頁。

40 知財高判平成22年10月13日（平成22年（ネ）第10052号）。

41 もっとも、サムネイルの部分が分離して利用される可能性はある。

ターネットを想定したEUの情報化社会ディレクティブを導入して国内法化されたにもかかわらず、サムネイルBGH判決は引用規定の拡大適用を否定した。この点からすると、昭和45年法で規定されたわが国の引用規定は、インターネットでの利用行為を全く想定していないため、サムネイルへの拡大適用は否定される方向になろう。

2 一般的制限規定（フェアユース）の必要性

（1）個別制限規定との関係

著作権の個別制限規定は、その要件をみたさない行為は著作権侵害であり、そこで利益考量はつきており、仮に一般的制限規定を立法したとしても、もはや一般的制限規定により制限されないとする考え方がある⁴²。この考え方は、立法者意思として、著作権者と利用者間の利益考量は個別の制限規定において立法された要件の線でつきているという考え方を前提としており、個別制限規定の類推規定は、立法者がインターネットのことを想定している以上、類推できないという考え方と親近性を有する。

しかし、インターネット上の利用行為は前述のとおり多様化しており、立法者が想定しない行為は次々と生じるのであって、個別制限規定で利益考量がつきているという静的な考え方だと、個別制限規定を規定するほど著作権侵害の範囲が拡大すると誤解されかねない。また、「引用の目的」の解釈を広げれば、個別の権利制限規定も一般的権利制限規定に大きく近づくため、上記の考え方を採用することは難しい。なによりも、インターネットなどにおいてさまざまな著作物の利用行為があらわれており、利益状況が時々刻々と変化しているため、個別の著作権制限条項において利益考量が尽きているという静的な考え方は採用できない。たとえば、サムネイルBGH判決では、誰に技術的保護手段を要求すべきかが重要であるが（Ⅲ2（4））、これは技術環境や経済状況によって利益考量の結果が変わることを如実に示している。

（2）引用規定の一般的要件の解釈の経験

飯村判事の裁判例〔絶対音感一審〕は、従来の裁判例の2要件のように「引用」

42 鳥並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号90頁、103頁。

の定義づけをおこなっていない。むしろ、「引用の目的」、「公正な慣行」などの各規範的な要件について、仔細に当該事案の事情を考慮しており、フェアユースの規定の解釈手法に近い。また、鑑定書等に引用規定を適用すべきとした近時の〔美術鑑定書控訴審〕も、「引用」の定義をしておらず、著作者の利益が害されていないので侵害とならないと判示しており、フェアユースの規定の解釈手法に近い。したがって、わが国の裁判例も、一般的制限条項に近い規定の解釈を既に経験していると考えられる。

（３）一般的制限規定と個別制限規定の補完適用

これまでのわが国の議論は、著作権の一般制限規定を導入すると権利制限の範囲が広がることを当然の前提と考えていた。しかしながら、これは個別制限規定の解釈を静的なものとしてとらえているため、前述のとおり、引用の規定などの個別制限規定を、厳密な意味での引用目的以外の行為に拡張適用すれば、権利制限の範囲は著作権の一般制限規定を立法化して厳格解釈した場合よりも広くなりうる。このような観点からも、一般的制限規定と個別制限規定全体で、権利制限の適切な範囲を考えることが重要である⁴³。

たとえば、諸要素を総合考慮した〔絶対音感一審〕は、〔絶対音感控訴審〕と同じ結論で引用を否定しているものの、「引用の目的上正当な範囲内」かについては侵害の範囲を広く認めている。つまり、一般条項に近い解釈をした一審の方が、従来の２要件で解釈した控訴審よりも侵害の範囲が広がっている。この裁判例からわかることは、これまでのわが国の議論は一般的制限規定をもうけると権利制限の範囲がアприオリに広がることを前提としているが、一般的制限規定を個別制限規定とそれに類するものに限定し、かつ、個別制限規定も一般的制限規定が立法されたとして厳格に解釈すれば、一般的制限規定と個別制限規定の全体としてみれば、個別の制限規定（引用規定）の拡張適用よりも、その権利制限の範囲は狭くなる可能性すらある。たとえば、同一性保持権の制限（20条２項４号）も一般条項であるが、個別の制限条項と同等の場合でなければならないとする東京高判平成３年12月19日判時1422号123頁〔法政大学論文控訴審〕等の裁判例の立場によれば、その制限の範囲は狭くなるのであり、文言の法形式が一般条項であっても解釈によ

43 拙稿・前掲注（１）筑波法政46号21頁、49-52頁（2009年）。

てはその制限の範囲は狭くなりうる。

つまり、問題とすべきは、法律の文言の規定の仕方や権利制限の範囲が広いか狭いかではない。ドイツ法での知見にもみられるとおり、著作権の個別制限規定での制限事由だけでなく、あらゆる利用行為について、技術環境を踏まえたコスト負担などを考慮した上での、適切な利益考量すべき場面が急増している。とりわけ、インターネットやデジタル化に伴い、著作物の利用行為が多様化し、適法な使用行為と著作権侵害にあたる利用行為の区別が付かなくなっている状況ではこのことがいえる。

（４）引用規定および支分権の一般条項化

前述のとおり、引用規定は、引用や引用目的を定義しなければ、十分一般条項であり、「引用の目的」や「公正な慣行」などの一般条項を解釈した裁判例はすでに多数あり、一般条項だから法的安定性を欠くというのは説得力がないと考えられる。とりわけ、デジタル化されたものやネット上の行為は多種多様なものを含み「複製権」や「公衆送信権」自体も十分一般条項であり、一般的制限規定と同様の機能を営んでおり、予測可能性はすでに小さい。最判平成23年1月18日〔まねきTV最判〕の定義によれば、送信可能化権は公衆送信の準備段階も含む広範囲のものである⁴⁴。このように著作権の支分権が、実質上一般条項化し、権利範囲が拡大していることの反面として、著作権の制限規定も一般条項を設けなければ、著作物の利用の範囲を適正なものとすることができないであろう。また、著作権法が業界法でなく日常生活にも適用され、個人も創作者および利用者として関わってきているにもかかわらず、立法過程に関与できない私人にとっては著作権の個別制限規定は立法されない点で、個別制限規定は不公平であり、かつ複雑となっている⁴⁵。この観点からすると、一般的制限規定を導入しなければ、引用規定の利害関係者のみが利益を得るという不当な結果になっており、かといって、引用規定を拡張適用すると文言を離れた予測可能性のない解釈となりうる。

44 この公衆送信権の以上の問題点について、拙稿「著作権侵害の責任主体—不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から」『現代社会と著作権』（2008年・弘文堂）216頁。

45 野口祐子『デジタル時代の著作権』（ちくま新書・2010年）206-210頁。

（５）同意等の法理との比較

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する報告書」（2010年12月）4-5頁では、裁判例では権利濫用や同意等の法理で解決されているため、著作権制限の一般規定は不要としている。たしかにこれら裁判例にあらわれている利用行為は例外的場合であるとされるものの、インターネット上ではサムネイル、ハイパーリンク、テキストの要約などの利用行為は決して例外的な利用態様ではなく、しかもわが国の裁判例では現れていないものである。もしこれらのインターネット上の行為が裁判例に現れれば、著作権の一般的制限規定のないわが国では、BGH判決のように、著作者が同意を明確に否定する表示をしていたとしても、裁判所では、同意や黙示の合意ありとされたり、権利濫用により侵害が否定される場面がむしろ原則となると考えられる。上述のサムネイルBGH判決は、同意の法律構成の中で、誰にどのようなコスト負担させることが望ましいかを考慮しているものの、これらの著作権法外の法理による解決では、我が国では必ずしも利益考量の過程や他の場合とのバランスは示されない。また、検索エンジンが著作権を侵害しているサイトを収集する場合には黙示の同意の構成では完全に免責とならない。あるいは、私的使用のための複製や引用規定などの著作権の個別制限規定を拡張適用ないし類推適用する可能性もあるものの、各規定の文言・趣旨からみて限界がある。著作者にとっても、このような実質的なコスト負担の視点や利益考量の過程が示されない、あるいは、規定の文言・趣旨を超えた類推適用による解決よりも、著作権制限の一般規定において、利用目的、効果、著作権者の潜在的市場などの点について主張・立証を尽くす方が納得できると考えられる。

（６）その他の問題点

なお、前述の報告書は、訴訟のできない個人の著作権者が侵害されたままになるという点が指摘されている。しかし、訴訟のできない個人はフェアユースが立法してもしなくても訴えられないままで、貧しい個人が訴訟できないのは著作権法の問題ではなく訴訟一般の問題である。フェアユース規定と個別制限規定を全体として見れば、フェアユース規定を導入したからといって必ずしも侵害不成立の範囲が大幅に広がるわけではないと考えられる。

V 結論

検索エンジンのサムネイルはインターネットにおける著作物の利用形態の一部にすぎないが、サムネイルのBGH判決を契機として、著作権の制限規定の解釈・立法について、ドイツの裁判例、学説は、大きな転換期を迎えたとされている。

サムネイルのBGH判決については、サムネイルを拒絶する著作権者の表示があるにもかかわらず、黙示の同意と法律構成することに対して学説の批判があった。また、著作権者が技術的保護手段をそなえた場合のみ同意がなくサムネイルが著作権侵害にあたるというBGH判決の判示は、著作権侵害の判断の際になされる利益考量の均衡点も静的なものではなく、技術環境や経済状況をふまえたコストを誰が負担するかにより変化していくことを明らかにしている。

ドイツの裁判例、学説とわが国の裁判例、学説を比較検討した結果、著作権の個別の制限規定である引用規定の拡大解釈とその限界、一般条項の導入の必要性和合理性について、以下の点が明らかになったと思われる。

著作権の個別制限規定のうち、文言が抽象的で一般条項に近いとされる引用規定すらも個別制限規定の類推適用には限界があること、すでにわが国の裁判例も引用規定について、一般条項における諸要素を勘案する経験をつんでいること、著作権の一般制限規定（フェアユース）を導入したからといって、個別の権利制限規定とあわせて考えると、必ずしも著作権制限の範囲が広がるわけではないことが明らかになった。むしろ、インターネット上のさまざまな利用行為に関わる利益状況—技術的保護手段が容易かなどの技術環境によって変わりうる—が変化しているにもかかわらず、著作権の支分権は一般規定のままであり、あらゆる著作物の多様な利用について権利制限の一般規定（フェアユース）による適切な利益考量の機会がもうけられることの必要性が高くなっていると考えられる。

（ビジネス科学研究科教授）