



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	Googleイメージ検索に関するドイツ連邦通常裁判所判決：欧州の例外・制限規定に対するアプローチの「限界」を示す一例として
Author(s)	Leistner, Matthias; 小川, 明子//訳; 志賀, 典之//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 36, 57-90
Issue Date	2011-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48443
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ36_002.pdf



Google イメージ検索に関する ドイツ連邦通常裁判所判決 —欧州の例外・制限規定に対する アプローチの「限界」を示す一例として

Matthias LEISTNER*

小川 明子・志賀 典之(訳)

I はじめに

知財システムの調整方法の相違を論じることは、決して、学説や学問上の興味の対象にとどまらない。方法論の相違はむしろ、知識社会におけるデジタル情報の基盤整備にも影響を与える。なぜなら、〔権利の〕制限・例外の方法論が異なれば、それがもたらすウェブ上の新たなビジネスモデル発展の枠組みも実質的に異なったものとなるからである。本稿では、インターネット検索エンジンのイメージ検索機能についての〔欧州・米国という〕異なる法制度における評価を一例としてとり上げる。それは、制限・例外規定や(黙示の許諾や黙示の同意のような)契約法概念と、そして、知財法制的持続的形成がウェブ上の革新的で利便性の高い新たなサービスに与える甚大な影響との複雑な相互作用を顕著に表わす、話題性が高い一例である。これに基づいて、欧州法における著作権の例外規定の将来の

* 法学博士、LL.M (ケンブリッジ大学)、ボン大学教授 (民法・知的財産法・競争法)。ボン大学商法・経済法研究所所長。(訳者注：原文は、Matthias Leistner, The German Federal Supreme Court's Judgment on Google's Image Search – A Topical Example of the “Limitations” of the European Approach to Exceptions and Limitations, IIC 4/2011, 417)

ために、若干の仮説を述べたい。

さて、インターネット検索エンジンのサービスは、もはや「伝統的な」一般的なウェブ検索にとどまらない。検索エンジンは、ユーザが個々のインターネット上の特定のコンテンツの発見を補助すると同時に、極めて競争の激しいオンライン広告市場において、自社サービスをより魅力的にしていくなため、継続的な技術改良と新たなサーチオプションの導入を通じて、自社サービスを拡大する。これらの技術革新は、著作権に関する無数の問題を発生させている。その核心には、適切な例外規定の設計という問題がある。それを示す最近の事例が、新たに導入された *Google* ブック検索¹、及び、ユーザが個々の検索語句に関連するイメージを発見することを支援する、*Google* イメージ検索である。ユーザにとって、*Google* イメージ検索は、ウェブ上の情報基盤整備を改善する、有益な付加的サービスにすぎない。しかし、サムネイル形式でユーザに表示される画像の著作権者は、このような使用態様に対して複雑な態度を示す。その結果、*Google* イメージ検索は、激しい法律論争の火付け役となるのである。比較法的な見地からみれば、この論争は、多様な諸概念を、司法によっていかにして実際に適用するか、そして、それがインターネット上の著作物の新たな使用態様にどのような帰結をもたらすか、という問題であるとともに、著作権の例外規定の設計に対する様々な方法論的選択肢を示す一例である。

最近、ドイツ連邦通常(最高)裁判所 (Bundesgerichtshof: BGH) は、著作権侵害訴訟を提起した権利者の黙示の同意 (implied consent) があったことを理由として、*Google* のイメージ検索機能を肯定する2010年4月29日付の判決を出した²。この判決は、それ自体非常に興味深い。本判決は、この

〔イメージ検索〕機能と著作権との関係に関する世界初の最高裁判決だからである。機を同じくして米国の第9巡回控訴裁判所でも、ウェブ上のイメージ検索に関する二つの判決が出されている。このような状況から、極めて有益な比較法分析が可能になる³。

II イメージ検索機能の技術的特徴

一般に、「伝統的な」ウェブサイト検索では、サイトの内容とユーザの検索語句との関連性についての情報をユーザに与えるためには、検索結果にウェブサイトの要約を表示することで足りるが、イメージ検索の場合は、これでは十分ではない。画像とユーザの検索語句との関連性についての情報をユーザに与えるためには、ユーザは、検索結果として一必ずしも画質やサイズが完全でなくとも一画像の全体をみることができなければならない。そのために、検索エンジン運営者は、いわゆるクローラーを用いて、ウェブサイトの画像をスキャンする。その際、画像にはインデックスが付され、サイズが変更され、圧縮された上で保存される。原作品のこれらの小さなデジタル画像はサムネイルと呼ばれ、ユーザの検索に応じて検索結果中に表示される。サムネイル画像は、圧縮により、元の大きな画像に比して表示速度が格段に向上するという利点を有する。サムネイル画像は一般に、利便性とスピードの向上のため、検索エンジン運営者自身のサーバに保管される。

¹ Cf. Nimmer, (2006) *Computer und Recht International* (CRi), p. 1; Niiranen, (2006) CRi, p. 65; Schöwerling, (2005) *Medien und Recht – International Edition* (MR-Int), p. 129; Kubis, (2006) *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (ZUM), p. 370; Ott, (2007) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil* (GRUR Int.), p. 562; Hüttner, (2009) *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP), p. 422; Niemann, (2009) *Computer und Recht* (CR), p. 97 et seq.

² Federal Court of Justice, (2010) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (GRUR), p. 628 – *Vorschaubilder*. 地裁及び控訴審の先例としては、Erfurt District Court, (2007)

CR, p. 391; Court of Appeals for the Free State of Thuringia, (2008) CR, p. 390.

³ Cf. *Perfect 10, Inc. v. Google Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir., 2007); 以前に同様の理由付けを行ったものとして *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003). ドイツの地裁及び控訴審の例としてこのほか、cf. Hamburg District Court, (2004) CR, p. 855; Bielefeld District Court, (2006) CR, p. 350; Hamburg District Court, (2007) CR, p. 196; 最新例として、Hamburg District Court, (2009) CR, p. 47. Kleinemenke の評釈付き (p. 55 et seq.).

Ⅲ 利益の根本的衝突

かかる一連の法的問題が特に注目を集める理由は、次のような点一著作権法に基づく検索サービスの法的評価という実際にも経済的にも重要な問題は、比較法が示すように世界中で根源的に多様な回答が存在する、著作権の例外に関する基本的な問題を提起することなしには、満足のいく回答を得ることはできないということである。

経済的には、主要な問題はインターネット検索サービスをどのように判断するかという点である。このサービスは、〔使用された画像の〕著作権者〔の市場〕とは完全に別の市場において行われることから、その典型としては、画像の著作権者の払う犠牲の上で利益を実現するものではない。実際、インターネット検索エンジンの活動は主に二つの市場に集約される。インターネットユーザがコンテンツの検索を行う市場と、検索エンジンに企業が広告を出す（前者に関連した）市場である。これに対し、権利者の活動は通常、特定の内容を識別するための指標としての画像にではなく、画像本体のマーケティングに焦点を合わせたものである。さらに、検索エンジンは、検索を通じて発見された画像を掲載するウェブサイト追加的なトラフィックを生み出す。したがって、権利者は通常、検索機能によって収益を上げることさえある。このような背景に照らすと、利益の一般的分析という面に基づき、経済的にみて合理的な次のような結果が比較的明らかであるように思われ、それはまた、経済分析によっても支持される⁴。すなわち、検索エンジンは、一般的には著作権者によって著作物の利用には用いられえない市場で商業的に運営され、権利者のウェブサイトには一般的には望ましいとされる追加的なトラフィックをもたらす。それゆえ、検索エンジンの運営を妨げるような権利は、実際には妨害的な効果しか持たない。これは、検索エンジンのビジネスモデル全体へのチャレンジさえも意味するだろう。なぜなら、個別のライセンスを得るということは、生じる取引コストの面で全く非現実的といわざるをえないからである。だが、その一方で、著作者は一般的に、著作物から生じるすべての利益に対して適切に関与する者であるとされている。これは、著作物の通常の利用また

⁴ Cf. Berberich, (2005) *MultiMedia und Recht* (MMR), p. 145 et seqq.

は著作権者の正当な利益を不当に害する行為との抵触が問題となる場合においては、国際著作権法のスリーステップテストによって保証されている。

関係する諸利益を考量し、よい結果に到達するためには、責任ルールにのっとった補償制度と組み合わせた著作権の新たな制限規定が確立されるべきである。この折衷案は現行法の解釈論としては (*de lege lata*) 不可能であることから、一経済志向の議論に限った場合でもなお一検索エンジンが「著作物から」利益を生じているのかどうか、または、かかる著作物の利用が、権利者の「通常の」利用とは本質的に異なると評価されるかどうかという、問題提起がなされねばならない。検索エンジンは、原著作物を、電子リファレンスツールという新たな著作物に組み込むことによって、社会的便益を供給し、それによって、効率的な索引付けと相互参照を行うインターネット上の情報基盤整備という重大な公益をもたらす。したがって、権利者の有する、著作物の使用を妨げる権利が、これらの新しい著作物利用形態にまで拡大されるべきか否かが議論される必要がある。この議論は、権利者、ユーザ（例えば検索エンジン）、そして公衆の間の利益考量を含むものである。

Ⅳ 米国著作権法におけるイメージ検索

法的な観点からいえば、この利益考量は、米国著作権法のフェアユースの柔軟な概念下での直接的かつ明快な方法でのみ可能といえるかもしれない。米国の裁判所は最近、インターネット上のイメージ検索について何度か検討し、検索エンジンによる著作物の使用は、通常トランスフォーマティブユースであると繰り返し判断している⁵。裁判所はその理由として、画像が全く別のコンテキストに置かれたため、完全に新しい機能が付

⁵ この点に関する最新の判決として cf. *Perfect 10, Inc. v. Google Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir., 2007) 参照。以前に同様の理由付けを行った例に *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)。トランスフォーマティブユース概念を機能上の変化という状況に拡張した類似の事例として、cf. *Núñez v. Caribbean Int'l News Corp.*, 235 F.3d 18, at 22 et seq. (1st Cir., 2000)。

与されていることを挙げる一すなわち、検索エンジンは、画像を、一ユーザを情報源に導く「ポインタ」へと「変換」させる。そして、フェアユースの4要素をすべて検討した上で、検索結果における「ポインタ画像」としての原著作物の使用は、一般に、著作権者の持つフルサイズ画像の潜在市場に害を与えないことから、イメージ検索はフェアユースに該当するとした。フェアユースの抗弁が否定されるのは、特定の原著作物の利用の市場に、実質的かつ立証可能な形で害が及ぶ時に限られる。例えば、著作権者に使用の対価を支払うことなしに、ユーザが検索結果からサムネイル画像をダウンロードすることにより、携帯電話機で撮られた写真のような、低い解像度の画像の市場が害されることが立証されたような場合である⁶。実際には、このような原著作物市場への悪影響があるということが米国の法廷で立証されたことはない。

トランスフォーマティブユースの概念が、機能だけが異なる状況での著作物の使用にまで拡張されているかどうかは、明らかではない。特に、この要素と、一4要素の分析⁷に当たって、一般に、トランスフォーマティブユースとは別に検証され、考量される一著作物の潜在市場における使用効果の評価が、明らかに混淆されている。だがいずれにせよ、検索エンジンのイメージ検索機能による使用は、著作者及び著作権者による通常の著作物の使用 (use) 及び利用 (exploitation) とは利益相反するものではないと考えられる。なぜなら、ウェブ上の「通常の」画像使用は、検索エンジンにおける索引的使用を含まないからである。すでに述べたこのサービスの経済的背景に照らせば、著作権者の正当な利益が不当に害されないことも明らかである。したがって、米国裁判所によるフェアユースの広い解釈は、少なくとも、国際著作権法に導入されているスリーステップテスト違反を構成することはないと思われる—とはいえ、このような解釈はスリーステップテストの限界をテストするものではあるのだが—⁸。

ともあれ、米国の各控訴裁判所の判決が示すのは、柔軟性のあるフェア

ユースの概念が、インターネット上の新たな商業的利用の利益を守るため、著作権の将来的な制限に関して、自由で、方法論的に明快な利益考量を可能にしているということである。このような柔軟性の必要性は、それぞれの裁判所で明白に強調されてさえいる⁹。新たな技術によってもたらされる問題に対する、このような解決策の唯一の欠点を挙げるならば、判例法を基礎として、新しいビジネスモデルのための、真に信頼性のある法的枠組みを構築することには、ある程度時間がかかることがある。しかし、このような漸進的・個別的なアプローチは、(例えば、控訴審レベルで判例法の対立が生じている部分のような) 一定の問題領域を特定するために役立つともいえる。そして、技術発展の現実にはしばしば後れをとったり、新しいビジネスモデルと従来から著作権で保護される著作物の利用形態との間で、妥当な解決策を出しそびれていたりする制定法のいわゆる「安易な即決判決 (snap decisions)」から、著作権法の体系全体を保護しているのである。

V ドイツ著作権法のアプローチ

1. 制定法の枠組み

ドイツ著作権法、そして一般的に欧州各国の大陸法系著作権法制は、原則として、限定的で詳細に列挙された制定法の例外カタログを有している。前述のように柔軟で自由な一特に、経済的基準に強く根拠を求める一利益の考慮は、制限及び例外の枠組みにおいては、現状では不可能である。このような柔軟性のより低い制定法主義の法制度をとっている理由は、大陸著作権法制が、個々の著作者の利益と著作者人格権に焦点を当て、その結果、一般的に権利者に強い保護を与えるため、詳細かつ限定列挙的な例外のみを可能としていることにある¹⁰。

この違いは、イメージ検索のためのサムネイル画像の使用が、ドイツ著作権法 (*Urheberrechtsgesetz, UrhG*) 23条の翻案 (*Bearbeitung*) であるか、24

⁶ Cf. (否定された例として) *Perfect 10, Inc. v. Google Inc.* (*supra* note 5).

⁷ Goldstein, (2008) *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (IIC), p. 216 et seqq. による批判を参照。

⁸ 本件に関する別の意見として、Goldstein (*supra* note 7).

⁹ Cf. *Perfect 10, Inc. v. Google Inc.*, 508 F.3d 1146, at 1163 (9th Cir., 2007).

¹⁰ Cf. Leistner/Hansen, (2008) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (GRUR), p. 479, at 486 et seq.

条の自由利用 (*freie Benutzung*) であるかという問題を考えるときに顕著となる。ドイツ法では、単に経済的な機能を変更しただけで新しい精神的創作的部分 (*geistig-schöpferischen Bedeutungsgehalt*) が原著作物に同時に付加されなければ、自由利用であるとはされない¹¹。ゆえに、自由利用は、一例えばパロディの創作のように—それ自身が著作権で保護されることが可能となるような、新たな著作物の創作をもたらすものとなる。著作物を人格的精神的創作として保護対象とする大陸法系著作権法の基本原理の根本的な変更なしに、この基本的な出発点は動かせない。サムネイルは機械によって自動的に創作されるから、原著作物との間の大幅な芸術的距離を示すことはなく、人による (*personal*) 芸術的創作と考えられることはない¹²。サムネイルのような使用態様について考慮する際に、トランスフォーマティブな (自由) 利用は、ドイツ法の下では選択肢とはならなかった。

すると、この問題に関して、どのようにして、対立する利益に考慮しつつ、均整のとれた、かつ、経済的に合理的な結果が達成されるのか。これについては、未だ解答が与えられていなかった。ドイツ連邦通常裁判所の最終判断によりある程度明確な方針がもたらされるまで、この問題について、ドイツの学説及び判例法¹³では様々な方法が議論されていた。

2. 利用権の効力

学説において *Google* の責任を制限するために、*Google* イメージ検索の

状況下で原著作物の著作権の及ぶ直接使用 (*copyright relevant direct use*) が成立しないという提案がなされていたことは、言及に値しよう¹⁴。この見解によれば、検索エンジン運営者は、完全に技術的かつ自動的に生成された機能を、独立した経済的価値なしで提供しているとされる。したがって、仮にイメージ検索を通じて発見されたウェブサイトが、検索エンジンのロボットをブロックすることが技術的に不可能であるとすれば、この機能はむしろ、ウェブサイトが提供するサービスに起因するものといわねばならないということである。そうすると、イメージ検索は著作権の及ぶ著作物の直接使用には該当しない。まさに、リンクの使用についてのドイツ連邦通常裁判所の *Paperboy* 判決¹⁵のように、この学説は、他の状況下における著作物の使用を決定したいくつかのドイツ連邦通常裁判所判決¹⁶を基礎として、一刀両断の解決策を見出そうとしたものであった。

しかし、これらの見解はドイツ連邦通常裁判所のイメージ検索判決で、合理的な理由によって否定された¹⁷。[同判決によれば] 検索結果のサムネイル画像用に編集されるとき、原著作物は、検索エンジン運営者によって自らの目的のために使用されている。その理由は第一に、検索エンジン運営者が画像に対して技術的なコントロールを行っており、検索エンジン運営者自身のサービスに含まれる自身のサーバに、保存されて提供されるからである。第二に、サイズが変更された画像のリンクアンカーとして使用され、これにより検索結果の魅力と表現力が高められることは、明らかに、経済的価値と利便性について、検索エンジン運営者自身のサービスを最適

¹¹ 新たな創作であることという要件に関して、cf. Dreier/Schulze/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, 3rd edition (2008), § 24 para. 5 にさらに文献が紹介されている。

¹² Cf. Court of Appeals for the Free State of Thuringia, (2008) CR, p. 390, at 391; further Hamburg District Court, (2004) MMR, p. 558, at 561; in this respect backed by the Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 630 (para. 22) – *Vorschaubilder*. Cf. also Schrader/Rautenstrauch, (2007) *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht* (UFITA), p. 761, at 763, and Schack, (2008) MMR, p. 414, at 415.

¹³ 判例に関しては cf. *supra* note 2. 学説に関しては cf. Berberich, (2005) MMR, p. 145; Niemann, (2009) CR, p. 97; Ott, (2007) ZUM, p. 119; Ott, (2008) WRP, p. 393; Roggenkamp, (2007) *Kommunikation und Recht* (K&R), p. 328; Schrader/Rautenstrauch, (2007) UFITA, p. 761; Wimmers/Schulz, (2008) CR, p. 170.

¹⁴ Cf. Wimmers/Schulz, (2008) CR, p. 170, at 176 et seq.

¹⁵ Cf. Federal Court of Justice, (2003) GRUR, p. 958 – *Paperboy*.

¹⁶ Cf. Federal Court of Justice, (1997) GRUR, p. 459 – *CB-Infobank I*; Federal Court of Justice, (1997) GRUR, p. 464 et seq. – *CB-Infobank II*; Federal Court of Justice, (1999) GRUR, p. 707 – *Kopienversanddienst*; Federal Court of Justice, (1981) GRUR, p. 413 – *Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten*; Federal Court of Justice, (1988) GRUR, p. 206 – *Kabelfernsehen II*; Federal Court of Justice, (1994) GRUR, p. 45 – *Verteileranlagen*; Federal Court of Justice, (2000) GRUR, p. 699 – *Kabelweitersendung*; Federal Court of Justice, (2003) GRUR, p. 328 – *Sender Felsberg*.

¹⁷ See Court of Appeals for the Free State of Thuringia, (2008) CR, p. 390, at 392; Hamburg District Court, (2009) CR, p. 47.

化するという別個の経済目的を果たすことにつながるからである。したがって、原著作物の使用は、検索エンジン運営者の独立したサービスに帰せられるというべきであり、そのサービスは検索エンジン運営者のコントロールのもとで、自らの商業的利益において最適化されている。したがって著作権の及ぶ直接的使用であるというべきである。

結局、連邦通常裁判所は（前述の通り）¹⁸、サムネイル画像は複製権概念上の複製物に当たるとするべきであるとした¹⁹。サムネイル画像は、ドイツ著作権法24条に規定される自由利用を構成しないと、また（サイズを縮小した点について）23条における改変にすら当たらないとしている。だが、複製権侵害を構成するすべての行為が海外で行われていることを理由として、ドイツでは複製権侵害は成立しないものとされた。しかし、〔連邦通常裁判所によれば〕このような複製物のいかなる〔財産的〕利用にも、作者の許諾が必要とされる。特に、サムネイルをインターネット上で提供することは、著作権法19a条に規定される、公衆に提供する（making available to the public）行為であると考えられるべきであるとする²⁰。サイズ変更された画像がドイツのインターネットユーザに提供されることから、この行為はドイツにおいてなされたものであり、したがって、イメージ検索機能は、公衆に提供する権利を侵害するということになる。経済的権利に関するこの結果は、国際的な傾向²¹とも極めてよく合致するのである。

3. 適用可能な例外規定は？

a) 著作権法上の例外規定は？

ドイツ連邦通常裁判所は、侵害された利用権の判断に続いて、著作権法44a条以下の、適用される可能性のある著作権の例外規定を検討した。

サムネイルは、検索結果の照会のために恒常的に利用可能であり、また、この使用はそれ自体として、営利的な意義を持つものであることから、著

作権法44a条は適用されないとし²²、後者の理由から、同条の類推適用もまた拒絶されるとした²³。

サムネイル画像の使用については、ニュース放送のために使用する権利（著作権法49条）²⁴、及びカタログの説明のための使用の権利（著作権法58条）²⁵は適用されず、著作権法59条（公共の場所に設置された著作物の複製に関する例外規定）の類推適用によってもカバーされないとした²⁶。

機械で生成された検索結果リスト中の画像の表示には、著作権法51条2項に基づく引用の権利の適用のために必要な、学術的議論の性質も認められなかった。引用の権利については、2007年のドイツ著作権法改正のいわゆる「第二バスケット」の流れの中で、立法により慎重に拡大されたことから、類推適用を考慮する余地もある²⁷。しかし、その立法理由は、一例えば、基本的な性質を変えることなしに、引用の権利を、新たなマルチメディアへ柔軟に拡張するというようなものであるから一、使用された著作物を学術的に評価する性質を持たない使用行為に対する類推適用を明らかに除外している²⁸。結局、ドイツ連邦通常裁判所は、著作権法51条2項を類推適用する見解を採用しなかった。この点について、連邦通常裁判所は、目的論的根拠に加えて、著作権の例外を厳格に解釈するという原則の重要性を強調した。これらの一般的所見の射程については後述する（3b 参照）。

イメージ検索に関して行われてきた議論の中で、想定される別の解決策は、ドイツのいくつかの学説により著作権の（追加的）例外と目されている、

²² Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 630 (para. 24) – *Vorschaubilder*.

²³ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 630 (para. 24) – *Vorschaubilder*. この点、著作権の例外規定の厳格解釈の原則に関する連邦通常裁判所の検討に関しては、後掲 3b も参照。

²⁴ 検討として Niemann, (2009) CR p. 97, at 98 et seqq.

²⁵ 検討として Schrader/Rautenstrauch (2007) UFITA, p. 761, at 771 et seqq.

²⁶ See further Leistner/Stang, (2008) CR, p. 499, at 502.

²⁷ See Dreier, in: Blaurock/Bornkamm/Kirchberg (eds), *Festschrift für Achim Krämer* (2009), p. 225, at 234 et seq.; Dreier/Schulze/Dreier, (*supra* note 11) § 51 para. 24.

²⁸ See already Leistner/Stang, (2008) CR, p. 499, at 502.

¹⁸ See *supra* V 2.

¹⁹ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 629 (para. 16 et seq.) – *Vorschaubilder*.

²⁰ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 629 (para. 19 et seq.) – *Vorschaubilder*.

²¹ Cf. *Perfect 10, Inc. v. Google Inc.* (*supra* note 5). イメージ検索用のサムネイルを作成することは 展示権 (display right) の侵害であるとした。

著作権法12条2項の反対[解釈]の適用 (*e contrario*-application) であった²⁹。著作権法12条2項は、著作者は、未公表の著作物の内容を伝達する排他的な権利を有すると規定する。学説上の有力説と判例法によれば、ひとたび著作物または、その著作物の本質的内容もしくは説明が、著作者の同意のもと公表されたのであれば、この条文の反対解釈 (*argumentum e contrario*) として、何人もその著作物の内容を公衆に伝達または説明することは許されるとしている。たとえ内容の説明が、一般的に著作権者に留保された利用方法で行われたとしても、同様に許される³⁰。特に、サムネイル画像は原著作物の市場代替物としての相当性を大きく欠くことから、イメージ検索用サムネイルの使用における様々な法的利益は一ドイツの判例法において著作権法12条2項が重要性を増している—いわゆる抄録 (*abstract*) の問題領域と同視することが十分に可能であるとしていた³¹。

しかし、この規定によれば著作物の内容の説明は一潜在的ユーザがオリジナルの形式のままで、読んだり、聞いたり、関心を持ったりするニーズを失わせることなく—著作物について伝達する場合に限って許容される³²。

²⁹ Cf. Leistner/Stang, (2008) CR, p. 499, at 502 et seq.

³⁰ Cf. Schricker-Dietz, *Urheberrecht*, 3rd edition (2006), § 12 para. 29 (しかし、2010年の最新版では、Peukert はもはやこれを支持していない [cf. below note 36]); Rehinder, *Urheberrecht*, 15th edition (2008), para. 511; Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, 2nd edition (2000), para. 205; Loewenheim/Dietz, *Handbuch des Urheberrechts* (2003), § 16 para. 11; Erdmann, in: Keller/Plassmann/v.Falck (eds), *Festschrift für Wilfried Tilmann* (2003), p. 24, at 30 et seq.; Hackemann, (1982) GRUR, p. 262, at 267; Müsse, *Das Urheberpersönlichkeitsrecht* (1999), p. 147 et seq.; and Frankfurt District Court, (2007) MMR, p. 118; フランクフルト控訴裁判所の別の見解として Frankfurt Court of Appeals, (2008) GRUR, p. 249, at 251; Hamburg District Court, (2004) *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), p. 610, at 614 et seq.; Dreier/Schulze/Schulze, (*supra* note 11) § 12 para. 24; Wandtke/Bullinger/Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3rd edition (2009), § 12 para. 22; Mehrings, (1983) GRUR, p. 275, at 284.

³¹ Cf. recently Frankfurt Court of Appeals, (2008) GRUR, p. 249; 下級審の事例として cf. Frankfurt District Court, (2007) MMR, p. 118; さらに Frankfurt Court of Appeals, (2003) *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Rechtsprechungsdiens* (ZUM-RD), p. 353.

³² Cf. Frankfurt District Court, (2007) MMR, p. 118 は、Fromm/Nordemann/Hertin, *Urheberrecht*, 9th edition (1996), § 12 para. 14 に言及する。

Google のイメージ検索機能における画像は、原著作物の完全な複製であることから、結局は著作物全体の使用を許してしまうことになる。ドイツ連邦通常裁判所は、著作権法12条2項の反対解釈は、この状況には適用されないという結論をとった³³。さらに、この条文の体系上の位置と目的からすれば、反対解釈を行う正当性は、いずれにせよ疑わしいものであるとするほかない³⁴。

まとめとして：ウェブ上のイメージ検索機能に関して、現行の著作権法の制限・例外規定には、著作権保護下にある著作物に適用できるものはない。したがって、イメージ検索は、一般のインターネットユーザ、公衆、そして大多数の著作権者の利益に適う社会的に有用な機能であることに疑いはないものの、いかなる例外規定によっても正当化されえないことになる。現行の著作権例外規定を、新たな技術による使用態様やビジネスモデルのために（拡張解釈や類推を用いて）拡大することの難しさは、部分的には、著作権例外規定の厳格解釈の原則に起因するものである。以下、この点について検討する。

b) 著作権の例外規定の厳格解釈の原則？

著作権の例外規定の厳格解釈の一般（かつ伝統）的原則（principle）によれば、著作権の例外に関する規定は、厳格に解釈されなければならない。なぜならば、例外規定は、著作物の利用上の公正な分け前を保障するため与えられる著作権者の排他的な保護という、著作権法の一般原則の特例であるからだとされる³⁵。しかし、裁判所のとったこの伝統的なアプローチに対しては、学説上の批判が増えている³⁶。まさに、一般ルール（general

³³ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 630 (para. 23) – *Vorschaubilder*.

³⁴ See Leistner/Stang, (2008) CR, p. 499, at 503; the Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 630 (para. 23) – *Vorschaubilder* は、反対解釈の可否については回答しなかった。

³⁵ See Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 630 (para. 27) – *Vorschaubilder*.

³⁶ Cf., e.g., Dreier/Schulze/Dreier, Introduction to §§ 44a ff. para. 7; Geiger, (2004) GRUR Int., p. 815, at 819; Hilty, (2005) GRUR, p. 819, at 823 et seq.; Schricker/Loewenheim-

rule) に例外を設ける規定は厳格解釈すべきであるという原則 (principle) には、方法論の見地からの疑義が呈されている。このような規定に関する拡張解釈と類推適用の範囲は、比較的小さいものであるにしても、そもそも〔拡張解釈や類推という〕一般的な方法を制限したり、それどころか除外することには理由がない。先験的には (*a priori*)、一般原則 (a general principle) に対する例外規定は、厳格に解釈されるべきものでも、拡張的に解釈されるべきものでもない。最新の方法論研究によれば、例外規定は解釈の一般ルール (general rules) に基づいて解釈されなければならない³⁷。

このような背景に照らせば、ドイツ連邦通常裁判所が、再び著作権の例外規定の厳格解釈の原則 (principle) を強調していること³⁸は、それ以前の判決—一定の状況や使用態様に関して同原則の効力を弱めてきた—と比較すると、一見遺憾な「退行」であるかのように見える³⁹。しかし、本件判決を詳細に検討してみると、連邦通常裁判所は少なくとも、従前の判例法においてなされた〔事例ごとの〕注意深い差別化を図る以前に逆行することを意図していないことがわかる。したがって、技術進歩や利益—例えば著作権個人、事実上の権利者、それぞれのユーザ、そして、公衆全体の利益—の分析が要請する場合には、拡張解釈はおろか類推適用さえ、ドイツ著作権法のもとで、依然可能であろう⁴⁰。特に、このことは、著作権の

Schricker/Spindler, *Urheberrecht*, 4th edition (2010), § 51 para. 8 et seq. この議論に関して総括的には cf. Schricker/Loewenheim-Melichar, *Urheberrecht*, Vor §§ 44a ff. para. 18 et seq.; Stieper, *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts* (2009), p. 65 et seqq. 両文献にさらなる文献参照指示。

³⁷ Cf. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3rd edition (1995), p. 243; Leistner, (2010) GRUR, p. 987, at 988.

³⁸ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 630 (para. 27) – *Vorschaubilder*.

³⁹ すなわち、Federal Court of Justice, (2002) GRUR, p. 963, at 966 – *Elektronischer Pressespiegel*.

⁴⁰ したがって、著作権の例外規定の解釈に関しては、ドイツ連邦通常裁判所判決に比べて、最近の欧州司法裁判所の *Infopaq* 判決 (ECJ, C-5/08, ECR 2009, I-6569 – *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*) に一層問題が多いといえよう。この *Infopaq* 事件で欧州司法裁判所は、情報化社会指令における著作権の例外規定の解釈について「…この指令によって確立された一般原則を制限するような規定は、

例外規定の拡張解釈が、著作権個人にさらに利益を生じる場合には、妥当であろう。それは、当該使用に係る補償金が著作権集中管理団体によって著作権者に直接分配されるからである⁴¹。

しかし、本件判決では、連邦通常裁判所は、インターネットユーザが情報にアクセスする権利も、利害関係者の利益も、そのような拡張解釈を要請しうるものではないとした。特に、連邦通常裁判所は、これらの個々の規定の適用を超えた一般的な利益考量を行うことによって、詳細に列挙された例外規定の確立された体系が、損なわれることがあってはならないとする従来の連邦通常裁判所の判例法を支持した⁴²。しかし、特に注目すべきは、裁判所がそれに続いて、一黙示の同意の考慮という別の法的枠組みにおいてではあるが—そのような一般的な利益考量を実質的には推し進めたことである。

4. 黙示の許諾または黙示の同意

これまでの検討により、ドイツの司法が、インターネット検索エンジンの新たなイメージ検索機能によって現行の著作権の例外規定に課されている諸問題に、結局ほとんど対処していないという状況が示された。特

厳格に解釈されねばならないということに留意されるべきである」と判示した (see ECJ, C-5/08, ECR 2009, I-6569, at para. 56)。欧州司法裁判所によれば、「2001/29〔情報化社会〕指令 5 条 1 項に規定される例外は、指令によって確立された一般原則—すなわち、保護される著作物のいかなる複製のためにも権利者からの許諾を必要とするという原則—を制限するもの」に適用される (*Id.*, at para. 57)。著作権の例外規定の厳格解釈原則が「旧態然として」制約のない態様で繰り返されることは、欧州著作権法制の例外の領域の今後の発展に関して、実に問題が大きく制約的に働く。ゆえに、将来は可能な限り、欧州司法裁判所が先例との区別によって *Infopaq* 事件の判決理由を制限することが望ましい。少なくとも、例外規定の厳格解釈の原則に対して〔事例ごとの〕差別化を行うドイツ連邦通常裁判所の姿勢が欧州レベルで確立されるべきである。

⁴¹ See Federal Court of Justice, (2002) GRUR, p. 963, at 966 – *Elektronischer Pressespiegel*.

⁴² Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 630 (para. 27) – *Vorschaubilder* は、Federal Court of Justice, (2003) GRUR, p. 956, at 957 – *Gies-Adler* 事件判決に言及している。

に、類推による特定の例外規定の拡張は、制定法の枠組みを過剰に拡張すると考えられている。

このような諸問題を受けて、かかる状況下で公正かつ衡平な *現実的* 解決を達成する唯一の方法は、黙示の許諾 (licence) または同意 (consent) であると考えられ、この解決策は、連邦通常裁判所の判決以前に、学説及び判例法でも提案されていた⁴³。このアプローチは、インターネット上に画像を公開することが、一定の状況下では、イメージ検索サービスにその画像がとり込まれることに黙示的に同意し、それゆえサムネイルの作製にも同様に同意したとの推認に基づくものである。黙示の同意の範囲については、その根拠をドイツ民法における意思表示と法律行為の一般理論 (*Rechtsgeschäftslehre*) とするか、ドイツ著作権法における使用権の性質の原則 (*Zweckübertragungslehre: 譲渡目的論*) とするかにより、見解の相違がみられる。一般民事法によれば、インターネット上の技術的アクセス制限が付されていない著作物の公開に関して黙示の同意があったかどうかを判断するためには、かかる行為は客観的観察者の観点から解釈されねばならない。

基本的には、ドイツ連邦通常裁判所は、2010年4月29日の判決では、このアプローチに従った。裁判所は、純粋な黙示の許諾 (*license*) の成立を否定したが、イメージ検索機能をブロックする技術的手段を付さずに、インターネット上に画像を提供することは、この種の使用に対する黙示の同意 (*consent*) がなされたと認めるに足りると判断している⁴⁴。〔裁判所によれ

ば、〕信義則及びインターネット上での通常の使用に鑑みれば、インターネット上に全く制約を付さずに画像を公開することは、著作権者がイメージ検索に関する著作物の使用に同意したという推認を可能にする⁴⁵。客観的観点からすれば、一般に、ネット上に無料かつ制限を付さず素材を公開する理由は、このような素材を可能な限り広く提供しようとする点にある。その結果、イメージ検索によってかかる素材の検索を最適化することは、権利者のウェブサイトへの新たなアクセスを発生させることになるから、権利者の利益となる。このことは、少なくとも画像が *積極的に*、かつ *制約を付さずに* 公開されている場合には該当する。例えば、特に、検索エンジンがイメージ検索で著作物を使用することを妨げる技術的手段を設置するというような反対の意思表示が明白になされていない場合である。イメージ検索に対する技術的保護手段をとることは、簡単にできるから、このような状況のもとでは、権利者が技術的制約を何ら施していなかった場合には、客観的観察者は、通常のイメージ検索機能によるその素材の使用に、権利者の同意があったと推認することになり、したがって、かかる使用は違法にはならないとする。実務的な観点からすれば、イメージ検索の固有の状況に関しては、この黙示の同意の推認の個別的な前提条件がより詳細

schaubilder. 実際に、連邦通常裁判所はこの判決により、制約を付されずインターネット上で提供された一定の素材の使用に対する黙示の同意というツールを—従来すでに展開していた、近年の別の判決の判決理由を支持し—拡大した。この判決 (インターネット上で制約を付さず提供されたテキスト及び画像の私的使用のための複製に供せられるプリンターとプロッター〔図画出力機器〕に、報酬支払義務が存するかどうかに関するもの) の中で、連邦通常裁判所はすでに、一定の状況下では、インターネット上で制約なく提供された、著作権で保護される素材の複製に関して、黙示の同意が推認されるとしていた。この事例では、権利者はこれらの複製行為を認識していたはずであり、その著作物を保護する技術的手段をとることができた。したがって黙示の同意は、素材が制約を付されずネット上に提供されたという事実から導かれるとされた (cf. Federal Court of Justice, (2008) GRUR, p. 245, at 247 – *Drucker und Plotter*) .

⁴⁵ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 632 (para. 36) – *Vorschaubilder*; この傾向はその他の参考文献とともに cf. Leistner, (*supra* note 43).

⁴³ 一般的に cf. Leistner, Part B, ‘Urheber- und wettbewerbsrechtlicher Schutz der Website und rechtliche Beurteilung von Hyperlinks’, in: Bettinger/Leistner, *Werbung und Vertrieb im Internet* (2003), Teil 1 B, para. 73 et seqq., 76 et seq.; イメージ検索に関して cf. Hamburg District Court, (2004) MMR, p. 558, at 561 et seq.; Erfurt District Court, (2007) CR, p. 391; Court of Appeals for the Free State of Thuringia, (2008) CR, p. 390; Berberich, (2005) MMR, p. 145, at 147 et seq.; Berberich, (2007) CR, p. 393 et seq.; Gercke, (2005) MMR, p. 557, at 558; Leistner/Stang, (2008) CR, p. 499, at 504 et seq.; Ott, (2007) ZUM, p. 119, at 126 et seq.; Ott, (2008) K&R, p. 306, at 308; Schrader/Rautenstrauch, (2007) UFITA, p. 761, at 776 et seq.; Roggenkamp, (2007) K&R, p. 328 et seq.; Roggenkamp, jurisPR-ITR 14/2008 Comment 2, C; Schack, (2008) MMR, p. 414, at 415.

⁴⁴ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 631 et seq. (para. 33 et seqq.) – *Vor-*

に検討されるべきであったとはいえ、⁴⁶ この連邦通常裁判所のアプローチは賛同すべきものである⁴⁷。

しかし、ドイツ連邦通常裁判所は *Google* イメージ検索判決の中で、著作物をインターネット上で、制約を付さずアクセス可能にしたことを根拠に、典型的なインターネット使用態様に対する黙示の同意が推認されたとしたことよりも、さらに先へと重要な一步を踏み出した。このような黙示の同意 (consent) は、純粋な許諾 (license) の付与に相当するものではないにしても、技術的保護を付加することによってのみ成立が否定される。したがって、検索エンジンへの単なる個別の通知だけでは、黙示の同意を無効にするためには十分ではない。連邦通常裁判所は、「黙示の同意は制約なく提供された当該素材に気付いたインターネットユーザに向けられたものであるから、必要な技術的保護手段を付すことによってその素材が、イメージ検索のような検索技術の対象とならないことを、すべての関連するユーザに対し明示したときのみ成立を否定されうる」という点を強調している⁴⁸。このアプローチの経済的な根拠は、「著作権者にとっては、必要な技術的保護を付すことは容易かつコスト効率が高い一方で、検索エンジンにとっては、このサービスにより自動的に検索される素材が極めて膨大であることから、黙示の同意についての個別の告知あるいは留保に対処することは非常に費用がかかる」ことであると明確に表現されている⁴⁹。実際に、この考え方は、インターネット上での黙示の同意の成立を否定または制約する意思をどのように表示すればよいかという問題について、コストを最も回避する方法を適用したものといえる。

この結果は、一般民事法の観点から極めて注目に値する⁵⁰。第一に、黙示の同意は、原則として客観的な利益考量に基づいて推認される。第二に、個々人が同意を制約する、またはその成立を否定することを可能とする手

⁴⁶ See further Leistner/Stang, (2008) CR, p. 499, at 505 et seqq.

⁴⁷ Cf. Spindler, (2010) GRUR, p. 785, at 791.

⁴⁸ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 632 (para. 37) – *Vorschaubilder*.

⁴⁹ Cf. Spindler, (2010) GRUR, p. 785, at 790.

⁵⁰ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 632 (para. 39) – *Vorschaubilder*.

⁵¹ Cf. Spindler, (2010) GRUR, p. 785, at 789 et seqq.

段が、原則として経済的根拠に基づく特別なツールに限られる。この解決策は、実質的にノーティス・アンド・テイクダウン概念を基礎とするもので、欧州電子商取引指令の「法的責任」による解決よりもさらに進んだものである。つまり、著作権保護下にある素材が、検索エンジンにより使用されることにに関して導かれるこの解決策は、ネットの効率的かつ無料の基盤整備の利益に適っていることは疑いないとはいえ、この結論に達する論理展開は、明らかに問題を生じる⁵¹。インターネット上で、個人が意思表示を行う可能性を、コストを理由として特殊な技術的手段の設置に「狭める」方向で展開することは、少なくとも極めて慎重に扱われるべきであり、決して一般化されるべきではない。実際に、本件では黙示の同意という「ツール」に依拠することを、一時しのぎの解決策であると明確に示している。その理由は、ドイツ法における限定列举的な例外規定のカatalogが、より柔軟性のあるものとして、関係する利益の考量を可能とするものではないという事実にある。

ここから、いくつかの問題点とリスクが生じる。第一に、連邦通常裁判所によってとられた (唯一の考えうる) 解決策の主たる問題点は、黙示の同意という概念を用いると、イメージ検索機能のような使用を除外した例を、著作権者の公正な補償の請求権と組み合わせることができないことである⁵²。しかし、*Google* のサービスは画像を含むことでより魅力的になることを考慮し、これらの画像の消費〔的使用〕(及びその他の使用) が、その画像のソースであるウェブページをその後訪問することなしに、発生

⁵¹ Cf. Spindler, (2010) GRUR, p. 785, at 790.

⁵² この傾向を示すものとして、Dreier, I (2010) JIPITEC 50, para. 4. また、同様の傾向として Federal Court of Justice, (2008) GRUR, p. 245, at 247 – *Drucker und Plotter*. この事例は、インターネット上のデジタル原著作物の私的複製に対する報酬請求権が、一ネット上でその素材を提供した権利者による黙示の許諾が推認されることに基づき一否定されたものである。しかし、判決は、ドイツ連邦憲法裁判所によって、「公正な補償 (fair compensation)」の問題は、情報化社会指令 5 条 2 項の観点から決定されるべき問題であり、欧州司法裁判所に付託されるべきであるという理由により一破棄された (see German Federal Constitutional Court, (2010) GRUR, p. 999, at 1000 et seqq.)。「公正な補償」に関する最近の欧州法の状況について、cf. Judgement of 21 October 2010, C-467/08, OJ EU 2010/C 346/05 – *Padawan v. SGAE*.

することが非常に多いとするならば、この場合は、公正な報酬〔補償〕の請求権が正当化されることは疑いない。だが、個々の著作権者は、検索された素材が自動的に頒布されることから、このような使用を許諾することはできない。そこで、例えば現実には、著作権管理団体による公正な補償の請求にみられるような責任ルールが、このようなケースにおける公正な均衡をとることになるだろう。けれども、黙示の同意によって「白黒の区別」をはっきりつける解決策は、このような差別化を可能にするものではないと思われる⁵³。

しかし、ドイツ連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) の最近の決定が、この問題に別の手掛かりを与えている。同裁判所は、その決定において、インターネット上で提供された素材の複製のために使用することを理由としたプリンターとプロッター〔図画出力機器〕に課される一報酬支払義務に関する連邦通常裁判所の判決を破棄している⁵⁴。ドイツ連邦憲法裁判所のこの決定では、この問題は欧州情報化社会指令 4 条 2 項 a の「公正な補償 (fair compensation)」概念に関係するので、ゆえに、EU 機能条約 267 条に基づき、欧州司法裁判所に先行判断を求めるべきとされた⁵⁵。少なくとも、この事件について、なぜ欧州司法裁判所への問題付託が行われなかったか、その理由を説明すべきであった。しかし、この主たる論点はさておき、連邦憲法裁判所は、傍論において次のように強調している。「所有権に関する基本権 (ドイツ基本法 (Grundgesetz) 14 条) に鑑みれば、(イメージ検索判決におけるような) 使用の違法性を事実上排除するような、インターネット上の特定の使用態様への『非技術的な (untechnical)』黙示の同意〔の成立を認めること〕により、欧州情報化社会指令の概念における (集中管理される) 公正な補償としての一切の報酬請求までもが排除されるのではないかという懸念が生じる」⁵⁶。実際に、この見解は、次のよう

な妥協策—インターネット上の特定の使用態様が単なる黙示の (〔または〕事実上の) 同意によって適法となるものの、著作権法 54 条以下の公正な報酬の請求権を排除しないという妥協策—への可能性を開いているかのようと思われる。だが、この妥協策がドイツ連邦通常裁判所の今後の判決において、確立されることになるかどうかは明らかではない。さらに、黙示の同意の範囲が限定されたとしても、それによって公正な報酬に関する制定法上の規定自体の領域が拡大されることはない。したがって、このような解決策では、報酬請求権は制定法上の規定によってカバーされている使用 (私的複製等) のみに、認められることになるだろう。さらには、著作権法上、使用料支払義務を有する者は、特定の複製機器の製造者、輸入者、販売者と、特定の機関に限られている (著作権法 54 条参照)。その結果、現行の (そして将来ありうる) 黙示の同意による解決の範囲と、著作権管理団体による報酬の請求範囲は、明らかに、現時点では相互補完的なものではない。したがって、事実上の黙示の同意と (著作権管理団体による) 報酬請求を共存可能とする試みは、さらなる研究と (将来ありうる) 立法活動によって継続されるべきであるが、現時点では (著作権管理団体による) 報酬請求権は、インターネット上の情報集積者による典型的な二次的使用について、満足できるような解決をもたらすものではない。その理由は、単に、報酬請求権の関連条文が、このような使用態様をカバーしていないからである。

黙示の同意アプローチには、この中心的な「实际的」問題点がある。さらに、このアプローチの主要な方法論上の危険性については一すでにアウトラインを示しているが—一般民事法に拠った黙示の同意という「ツール」は、このような適用によって過剰に拡張されるということである。もし、インターネット上で各個人の意思表示が適切に行われる可能性が、裁判所によって、インターネット技術で設計された特定の技術的手段に限定されるのであれば、客観的な観点に基づく意思表示の解釈の根拠に圧力がかかることになるだろう⁵⁷。実際に、このアプローチの展開は極めて細心

⁵³ Cf. also Dreier, 1 (2010) JIPITEC 50, para. 4.

⁵⁴ German Federal Constitutional Court, (2010) GRUR, p. 999.

⁵⁵ See German Federal Constitutional Court, (2010) GRUR, p. 999, at 1000 et seq. 「公正な補償」に関する最近の欧州法の状況については、cf. European Court of Justice, C-467/08, OJ EU 2010/C 346/05 – *Padawan v. SGAE*.

⁵⁶ German Federal Constitutional Court, (2010) GRUR, p. 999, at 1002 (para. 66) は、

Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 632 (para. 33 et seq.) – *Vorschaubilder* に言及する。

⁵⁷ See Spindler, (2010) GRUR, p. 785, at 790 et seq.

の注意を払って行われるべきである。

結論として上述の内容から明らかになることは、限定列挙的な例外規定のカatalogという制約があるがために、ドイツの裁判所及び学説が、黙示の同意のように、一般民事法の概念を用いた事実上回避的な、一時しのぎの結論をとらざるをえないということである。著作権保護下にある素材を、イメージ検索機能のために使用するという点についていえば、第三者の素材に関して連邦通常裁判所の提案する解決策を詳細に検討すると、この「Catalogによる制約という」問題が、さらに明らかになる。

5. 第三者の素材の問題

何かが著作物を、*著作権者の現実の同意*を得ることなくネット上で自由に使用できるようにし、それをイメージ検索エンジンが使用するとき、第三者の素材の問題が生じる。このような場合には、黙示の同意のアプローチは成立しない。権利者がウェブ上でその後行われるイメージ検索に対して、同意を意味するような行為を何もしていないからである。

それゆえ、第三者の素材に関する事件では、ハンブルク地方裁判所は、黙示の同意、あるいはその他の一般民事法の概念に基づいて、被告側に有利な結果を見出すことは難しいとした⁵⁸。ドイツ連邦通常裁判所は、本件イメージ検索判決の傍論で、インターネットサービスプロバイダ〔以下ISP〕責任法 (ISP Liability Law) を根拠に、この種の事例の解決策を見出そうとしている。この点について連邦通常裁判所は、欧州司法裁判所の *Google France v Louis Vuitton* 判決⁵⁹を参照している。ドイツ連邦通常裁判所によれば、これは、欧州電子商取引指令14条—ISPとしての検索エンジンは、特定かつ明白な侵害が認識されている場合のみ、第三者による著作権侵害の責任を問われるとする—に基づくものである⁶⁰。しかし、このアプ

ローチには、いくつかの理由から、疑義が呈される⁶¹。第一に、欧州司法裁判所は、*Google France v Louis Vuitton* 事件において、欧州電子商取引指令14条を、*Google* の *AdWords* サービスに適用しているが、検索エンジン機能自体に本規定のいう「ホスト・プロバイダ」としての性質があるか否かについては全く不明瞭である。一見、このような障害は克服できるようにみえる。なぜなら、欧州司法裁判所はISPについて広い定義を示しており、また、ホスティングに関する条文は、イメージ検索機能にうまく適合するからである。しかし、第二に、欧州司法裁判所は、ISPセーフ・ハーバー・ルール (有怨規定) の適用のために、さらなる要件を確立している。すなわち、これらの規定の適用は、「(蓄積するデータの認識や管理 (control) が欠如していて、単に技術的、自動的、かつ受動的な行為であるという意味で) 中立的な」⁶² サービスを行うISPに限られるとする。確かに、(ドイツ連邦通常裁判所が強調するように) 欧州司法裁判所によれば、国内裁判所こそが「サービスが提供される事実上の諸条件を知るのに一番適した」場所であり、それゆえ、これらの要件に「[そのISP]によって果たされる役割が合致しているかどうかを評価しなければならないのは国内裁判所である」。だが、イメージ検索に関していえば、そのような「条件を満たす」という意味で *Google* が中立的なISPではないことは、事実を照らせば極めて明らかである⁶³。さらに、これは、連邦通常裁判所自身による本件イメージ検索事件判決からも明らかである。すなわち、本件判決 (における *Google* による侵害行為の評価に関する別の箇所) で、連邦通常裁判所は、*Google* がイメージ検索に関する技術的基盤整備を提供するだけでなく、ほかならぬ直接侵害を行っていたと判断した。すなわち「クローラーを使用して画像を検索した上で、それを自身のコンピュータ上にホスティングすることによって、インターネットユーザが使用できるように、侵害対象に係る管理 (control) を行っていたのである」⁶⁴。ISP自体が、その管理下

⁵⁸ Cf. Hamburg District Court, (2009) CR, p. 47 Kleinemenke (p. 55 et seq.) による判例評釈付き。

⁵⁹ European Court of Justice, Joined Cases C-236/08 to C-238/08, OJ EU 2010/C 134/02 – *Google France v. Louis Vuitton et al.*

⁶⁰ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 633 (para. 39) – *Vorschaubilder*.

⁶¹ 同様の見解として、Spindler, (2010) GRUR, p. 785, at 792.

⁶² European Court of Justice, Joined Cases C-236/08 to C-238/08, OJ EU 2010/C 134/02, at para. 114 – *Google France v. Louis Vuitton et al.*

⁶³ See Leistner/Stang, (2008) CR, p. 499, at 501; Spindler, (2010) GRUR, p. 785, at 792.

⁶⁴ Federal Court of Justice, (2010) GRUR, p. 628, at 629 (para. 20) – *Vorschaubilder*.

で著作物を使用可能にする〔公衆に提供する〕行為は、それ自体公衆提供の権利 (the right of making available) の直接侵害を構成する。したがって、そもそもイメージ検索は、〔欧州電子商取引指令14条における〕責任の問題ではないことになり、たとえこれが責任の問題であるという前提に立ったとしても一連邦通常裁判所が同判決の冒頭で、表示される画像を、Google が管理しているという見解を強調したことからすれば—イメージ検索に関して Google は中立的な ISP ではない。それゆえ、ISP 責任ルールのもと、第三者の素材の問題を解決しようとした連邦通常裁判所の傍論中の試みは、自己矛盾に陥っており、一般的な説得力はない⁶⁵。ついては、第三者の素材問題は現時点では未解決であるといわねばならない。

6. ドイツ法における状況の概括

結論をいえば、黙示の同意アプローチによって確立された、この一時しのぎの解決策は—イメージ検索機能による、ウェブの情報基盤整備にとって非常に重要な社会的便益を考慮に入れた上で—公正な利益考量に到達する唯一の方法として受け入れられるかもしれない。一方、第三者の素材に関する ISP 責任アプローチは、ドイツと欧州の現行法において可能な解釈の範囲を超え、また、制定法を拡張するものでもある。実際には、このアプローチは、欧州電子商取引指令にも、直近の欧州司法裁判所による判例法にも、準拠するものではない。だがこれは、ドイツ連邦通常裁判所によって生み出された弊害というよりは、むしろ、欧州大陸 (法諸国) の制限規定へのアプローチの限界—特に、極めて詳細で限定列挙的な例外規定のカタログの存続の限界—の兆候を示すものとみるべきである。

この状況をまとめると、ドイツ法においては、インターネット上のイメージ検索における、特定の著作物の使用に対する、著作権者の黙示の同意の推認は、厳格な要件とともに採用されれば、関係利益の衝突に対する持続可能な解決策であり、運用しやすい結果につながる。したがって、現行ドイツ法のもとでは、イメージ検索における使用に対しては、特定の例外規定の拡張解釈はほとんど望めないが、黙示の同意の推定という解決策が、現実的には有効である。しかし、この一時しのぎの解決策は、その方法論

⁶⁵ 同様の見解として cf. Spindler, (2010) GRUR, p. 785, at 792.

的な明晰さと範囲に関しては曖昧なままである。本来は、莫大な取引費用を生じる状況に対し、著作権の例外規定を効果的に設計するという課題には、著作権者の排他的財産権を慎重に制限し、インターネット上の効率的な基盤整備に対する公共の利益を確保することによって対処することが、おそらく最良であったであろう。だが結局、この問題は、完全に擬制的な「主観的」手段、すなわち、黙示の同意の推認を通じて解決されている。また、この黙示の同意アプローチは、第三者の素材が検索エンジンによって使用されるという状況をカバーするものではなく、この除外を著作権者による公正な報酬の請求権で補完することを許してもいない。

結局、これは、著作権の例外に関するドイツと欧州の法的状況を、真に「欧州」的な方法でいかにして改善することができるか、という問題を提起することになるのである。

VI 著作権の例外規定の柔軟な制度へのドイツ及び欧州のとるべき道

この問題に関しては、二つの主要な提案が出されている。学説において有力な意見は一バランスのとれた解釈の中でスリーステップテストに従うことを条件とし—大陸法的な列挙式カタログの形をとる例外規定と、「これに類する使用態様」という、慎重に設計された非限定的条項 (opening clause) とを組み合わせたという主張である⁶⁶。しかし、考慮要素に基づい

⁶⁶ 一般的な方向性については、the Institute for Information Law (IvIR), *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society* (2007) (available at http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf), p. 75 and *Executive Summary*, p. 7; Leistner, 'Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts', *Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht*, Nr. 167 (2008), p. 28 et seqq. (http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht4/Publikationen/ZEW_167_Leistner.pdf) からアクセス可; Hilty, 1 (2010) JIPITEC 83, para. 9 et seqq.; Metzger, 'Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair use“ oder enge Einzeltatbestände?', in: Leistner (ed), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums* (2010),

た純粋なフェアユース規定を欧州において採用することを提案する者もいる⁶⁷。後者のような、米国フェアユースモデルの修正版は、著作権人格権や基本権のような、欧州生粋の価値観を考慮した要素を、フェアユースの要素に追加できる可能性がある。

ヨーロッパへのフェアユースモデルの導入に懐疑的な意見は、しばしばフェアユースは予見不能性や法的安定性の欠如をもたらす曖昧な概念であるという認識に基づいている⁶⁸。しかし、その認識は間違っているかもしれない。実際、米国では、欧州と比べて相対的に多数の判決が、控訴審判決の「シグナルシステム」と結合し、判決理由・傍論・先例という発達した方法論が、裁判所の意思決定において、共通したいくつかのパターンを持つ、フェアユースの様々な類型に体系化された判例法の総体を形成してきた⁶⁹。このような方法論が、既存の先例に照らし、合理的に予測可能で確かなフェアユースの法体系につながることは明らかである。

一方、ヨーロッパで、欧州情報化社会指令によって達成されたはずの「ハーモナイゼーション」は、全くの虚構にすぎない⁷⁰。(任意の) 例外規定の列举のカatalogと周知のスリーステップテストの奇妙な組み合わせを持

つこの欧州指令は、まさに、加盟国で、法的安定性の欠如の増大⁷¹と、限定列举的な例外規定カatalogの「周辺」での代替ルートの探索という事態をもたらしている⁷²。実際に、ドイツ連邦通常裁判所によるイメージ検索事件判決は、列举的な例外規定カatalogに関する、一見「確からしい」状況が、額面通りに受けとることができないことを印象的に示す。欧州における著作権の実際の制限・例外規定に関する法的安定性の欠如の程度は、米国の状況に匹敵するといつてよい。しかも、欧州の状況には、米国の制度本来の柔軟性と透明性といった長所はない⁷³。

米国における考慮要素に基づくフェアユースのテストが、裁判所によって合理的に予見可能な判例法の総体へと発達してきたという事実も、法的安定性に関する懸念が過大である可能性があるという事実も否定できない。このような事実は、欧州の一部の論者をして、欧州の例外・制限規定体系の見直しとして、考慮要素に基づくフェアユース概念を提案するに至らしめた⁷⁴。しかし、フェアユースが、米国の裁判所の判例法において、適正に予見可能な概念へと発達してきたという事実から、非限定的な(open-ended) 考慮要素に基づく概念が、欧州の司法制度と方法論の枠組みの中で、比較的満足のいく方法で発達するという結論に達するかどうかという点については、疑問である⁷⁵。なぜなら、判例法制度の体系的発達、一定の制度的要素の存在、すなわち、控訴審レベルに到達する十分な数の判例と、判例法の発達した方法論を前提とするからである。これらの要素は、いくつかの理由から、欧州の制度においては、部分的に欠如している。第一に、(欧州) 司法裁判所への付託(現 EU 機能条約267条) という現在の制度上、欧州司法裁判所に達する EU の著作権法の解釈に関する判決数

p. 101, at 121 et seq.; Senftleben, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 46 et seqq.

⁶⁷ See Griffiths, 1 (2010) JIPITEC 87, para. 35; Hoeren, (2000) MMR, p. 3, at 5. Cf. also Senftleben, *Tijdschrift voor Auteurs-, Media & Informatierecht* (AMI), 1 (2009), p. 1, at 7, ただし、フェアユーステストの柔軟性に関する規範的制約は、スリーステップテストに基づくべきであるという条件が付されている。

⁶⁸ Cf. Janssens, 'The issue of exceptions', in: Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (2009), p. 317, at 337 et seq.; Schack, 'Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung', in: Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann (eds), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag* (2005), p. 511, at 513; Spindler, (2002) GRUR, p. 105, at 115; Leistner, 'Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts' (*supra* note 66), at 33 et seq.).

⁶⁹ Cf. Samuelson, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2540 et seqq. (2009).

⁷⁰ ハーモナイズの到達水準の俯瞰とその批判について、cf., e.g., Guibault, 1 (2010) JIPITEC 55, para. 22, et seqq., 48 et seqq.

⁷¹ オランダにおける状況のように。Cf. Senftleben, (2009) AMI, p. 1, at 2 et seqq.; Senftleben, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 15 et seqq.

⁷² Cf. Senftleben, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 21 et seqq., 加盟国の判例法からさらに他の例が紹介されている。

⁷³ Cf. Senftleben, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 37: 「最悪のシナリオ」。

⁷⁴ Griffiths, 1 (2010) JIPITEC 87, para. 34 et seq.

⁷⁵ Metzger (*supra* note 66), at 121 et seq. 結論において同旨。

が比較的限られてきたことが指摘されねばならない⁷⁶。第二に、裁判所が非常に積極的な役割を果たしている基本的自由権の領域は別にすると、欧州司法裁判所はこれまで、欧州共同体の第二次法 (secondary law) の解釈に際し一時には、事件の具体的事実に対する抽象的な概念またはテストの適用を加盟国の国内裁判所にゆだね—比較的「距離のある」控訴裁判所として活動してきたという点である。第三に、欧州司法裁判所の判例法には、成熟した方法論が備わっていないという点である。特に、(先例との) 区別という発達した概念が存在しない。むしろ、欧州司法裁判所の方法論は、大陸法的性格と英米法的性格の混淆を示している。原則として、欧州司法裁判所は、自身の既存の先例を判例法として受け入れているが、これらの判例中の既存の概念を、その後の判決と、継続的に区別することによって差別化してはいない。むしろ、既存の抽象的な概念が長きにわたり反復される傾向にあり、それは、少なくとも一定の分野においては、むしろ形式主義的な事件分析をもたらすものである。このような制度のもとでは、欧州司法裁判所が—米国式の非限定的なフェアユース条項を基礎として、体系的、予見可能で、したがって法的安定性を持った—純欧州的なフェアユース判例法の体系を発展させることが可能であるかは疑わしい。既存の例外規定のカタログと組み合わせた場合でも—フェアユースの概念が、多数の制定法上の例外規定のカタログと共存している米国のように—欧州司法裁判所が、考慮要素に基づくフェアユーステストを体系的な判例法の総体へと発達させられるとは考えられない。

実際に、著作権分野における欧州司法裁判所の最近の判例法は、各国の著作権制度の特殊性を十分考慮していないとして、多方面から批判されている。*Infopaq* 事件⁷⁷は、その最近の例である。すなわち、著作権による保護の (例外のない) 要件としての、「固有の精神的創作」という抽象概念は、欧州著作権法における保護要件のハーモナイゼーションに有効に寄与するものではない。部分的複製という概念は、ドイツ法の「自由利用」のよ

⁷⁶ 概観として cf. Leistner, 46 (2009) *Common Market Law Review* (CMLR), p. 847, at 856 et seqq.

⁷⁷ Cf. European Court of Justice, C-5/08, ECR 2009, I-6569 – *Infopaq v. DDF*; cf. also European Court of Justice, C-456/06, ECR 2008, I-2731 – *Peek & Cloppenburg v. Cassina*.

うな概念を認めるに十分ではない。そして、著作権の例外規定を狭く解釈するという原則は、目的論的方法の不適切な採用によって導かれており、欧州指令の均衡を失した解釈であるといえる⁷⁸。

もちろん、仮に、加盟国の裁判所から付託された質問に基づいて、欧州司法裁判所が非限定的な (open-ended) 欧州的フェアユース概念を定義するという課題に直面することがあれば、上述の制度的要素のうちいくつかが変わるという主張は考えられる。確かに、そのような事態になるとすれば、欧州司法裁判所に付託される事件の急激な増加をもたらすであろう。しかし、現在の状況では、欧州司法裁判所が、一わずかな評価要素に基づくフェアユースのような—中心的概念の定義について、有効に対応しうるかどうかは疑問である。むしろ現状では、増大する事件数が、欧州司法裁判所の処理能力を超えるであろうことは間違いない。確かに、このような展開は、一般的に歓迎される制度の発展と欧州司法裁判所の増強へとつながるかもしれない。しかし、また、考慮要素に基づくフェアユーステストという概念は、実質的に (多かれ少なかれ体系的な) 利益考量を要求するものであるから、欧州司法裁判所の行う限られた方法論とは相容れないように思われる。欧州司法裁判所の法的な根拠付けは、疑問の余地なく、従来、そして現在もなお、目的論的方法に基づいている。これが示唆するのは、権利が制限される一定の目的—新たな使用形態が例外とされるために必要な目的—を特定するような非限定型の条項を導入することが、欧州著作権法における、より自由度の高い例外規定の制度を設計する望ましい方法であるということである。実際に、このような制度設計は例外規定の様々な目的に焦点を当てることによって、欧州司法裁判所の特別な方法論を本来の意味で考慮することになる。これは、一著作権の例外規定の領域に関する欧州の判例法体系の発達のために—考慮要素に基づくフェアユーステストよりも適切な枠組みを設定すると考えられる。

要約すれば、非限定的な例外規定制度へと向かう真に欧州的な方法が必要なのである。この欧州的な解決策は、二つの法圏の長所を組み合わせたものとすべきである。すなわち (現行のカタログほど詳細ではなく、より

⁷⁸ Cf. これらの観点につき同旨のものに Griffiths, 1 (2010) JIPITEC 87, para. 6 et seq.; Metzger (*supra* note 66), at 110 et seqq., 115 et seqq.

柔軟に規定される) 列挙式の例外規定カタログは—表現の自由及び情報、社会、政治並びに文化的目的等のような—権利が制限される特定の使用類型(群)及び使用目的に従って体系化されるべきである。そして、明文上許される使用態様から外れるが、これらのカテゴリー及び目的に類するもので、スリーステップテストのバランスのとれた解釈を満たすその他の使用態様が、裁判所により許容されると定める非限定的規定を設けることにより、その体系に柔軟性を導入すべきである。このような規定は、欧州司法裁判所による実際の運用を保障するためには理想的であろう。なぜなら、権利が制限される使用に関する既存のカテゴリーと目的に言及されていることは、目的論的方法の適用のため信頼できる支点になるからである。したがって、このような体系が欧州(大陸)の法的伝統や、特に、欧州司法裁判所の既存の方法論及び論理展開の様式と相性がよいことは確かである。

実際に、このような着想の一例は、アカデミックな著作権法学の領域にすでに存在する。Wittem プロジェクト⁷⁹は、著作権の制限例外領域に関する前述の基本的な視点をとり込んだ「欧州著作権法草案(Draft European Copyright Code)」⁸⁰の起草を行うに至った。基本的には、この「欧州著作権法草案」は4つの主要な例外カテゴリーを設け、著作権に例外を導入するための4点の主要な合理的根拠を定めている⁸¹。それは、経済的に最小限の使用、表現と情報の自由を目的とした使用、社会・政治・文化的目的の促進のために許された使用、そして、競争促進のための使用である。これらの各例外は、さらに様々なサブカテゴリー—欧州情報化社会指令の現行の例外カタログからも多く借用している—に分類される。同時に、この主要目的と要件の体系化により—考慮要素に基づくテストに代えて—目的論的非限定的規定(*teleologic opening provision*)と呼ばれるものが考案されている。すなわち、「欧州著作権法草案」第5.5条によれば、「列挙され

ている使用に類するその他の使用は(…)、関連する制限規定の相当する要件に合致し、かつ、スリーステップテストに「反する使用でなければ、許容される」。この概念はまさに、既存の主要な例外類型及びそれらの目的との類似性を強調しており、考慮要素に基づくいかなるテストよりも、欧州司法裁判所による目的論的手法をよりよく補完するはずである。

欧州著作権法制の将来の改正に関し、例外・制限領域について有効な提案⁸²はなされている。しかし、いかなる提案であれ、欧州における政治的現実を適切に考慮に入れなければならない。特に、欧州委員会は、特殊分野ごとの措置—例えば、著作者不明著作物など—のような、特殊問題に関するより具体的な欧州指令⁸³—によって、欧州情報化社会指令を「覆す」ような提案を検討している可能性があるものの、現状では情報化社会指令の修正は特に現実的ではないように思われる。また、最も喫緊の課題—例えば、欧州の著作権の例外規定の硬直化した体系を、いかにして再び柔軟化するか—というように—に関しては、現行法の枠組みのもとで、どのような方法をとればこの目標に到達することが可能かという問題が提起される。

このような問題は、例外規定に関する欧州指令の解釈に関して欧州司法裁判所が果たす役割に帰せられる。すなわち、*Infopaq* 事件において示された著作権の例外規定の厳格解釈は、限定付け(qualifications)と「事例ごとの」差別化(differentiations)なしには原則となりえないということである。ドイツ連邦通常裁判所の判例法は、新規かつ予見不能の技術的發展への対応としてこれらの例外規定が必要な場合、そして、(著作権管理団体によって管理され、著作者に直接支払われる報酬請求権と組み合わせられるため) いわば例外規定が著作者側にとって有利な役割を有効に果たす場合

⁸² IvIR (the Institute for Information Law) による改正の提言についても参照のこと。*Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society* (2007) (available at http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf), at p. 65 et seq., ここでは、スリーステップテストに基づき、加盟国に追加的な制限規定を規定する余地を残した、相応の「非限定的規定」を提案しているが、このような余地は域内市場に顕著な影響を与えない範囲に限られることを条件としている。

⁸³ Cf. Hilty, 1 (2010) JIPITEC 83, para. 18.

⁷⁹ See <http://www.copyrightcode.eu/>.

⁸⁰ http://213.247.35.100/~copyright/Wittem_European_copyright_code_21%20april%202010.pdf または 1 (2010) JIPITEC123 (<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2622/wittem-group-european-copyright-code.pdf>) にてアクセス可。

⁸¹ Cf. Hilty, 1 (2010) JIPITEC 83, para. 10.

に、例外規定を狭く解釈する原則からの適用除外を許している。これは、明らかに例外規定の狭い解釈の原則を欧州レベルで将来差別化するモデルとなるはずである。実際に、*Infopaq* 判決はこの点で期待を抱かせるものではなく、今後の欧州司法裁判所の判決において、可能ならば修正されるか、少なくとも制限されるべきである⁸⁴。

VII 結論

以上の検討により、ドイツ（及び欧州）著作権法における制定法上の硬直的な例外規定カタログの下で、革新的な著作物の利用方法に対応することがいかに困難かということが、顕著に示されている。革新というものは、それがいかなるものであれ、法を深刻な方法論的問題に直面させることになる。特に、ドイツにみられるように、黙示の同意の推認を用いた代替的なルートの追求は、単なる一時しのぎの解決策をもたらすにすぎない。しかしこのような解決策は、具体的な事案には満足いく結果をもたらすものの、問題の核心に迫ることを不可能にする恐れがあり、さらには、一般民事法の特定の諸概念を過剰に拡大する傾向さえある。

とはいえ、欧州各国の他の裁判所にみられる、憂慮すべき最近の展開に比べれば、これらの「応急的」解決策は、むしろ望ましいものといえる。すなわち、オランダでは、最近の判例法で、個々の制定法の例外規定の適用に代わって（欧州情報化社会指令 5 条 5 項に規定される）一般的スリーステップテストが直接適用される傾向にあり、法的安定性が大幅な欠如をもたらしている⁸⁵。フランスでは、状況は異なるが、一裁判所は、現行制定法の例外規定をより狭く解釈するため、*追加的な条件*としてスリーステップテストを使用することが多く—⁸⁶同様に満足できる状況ではない。こ

⁸⁴ Cf. Metzger (*supra* note 66), at 118.

⁸⁵ Cf. Rechtbank Den Haag, Judgement of 25 June 2008, Case No. 246698, LJN BD5690. オランダにおける最近の判例法については、以下参照。Griffiths, (2009) *Intellectual Property Quarterly* (IPQ), p. 428, at 434; Senftleben, (2009) AMI, p. 1, at 2 et seqq.; Senftleben, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 15 et seqq.

⁸⁶ Cf. Cour de Cassation (1re ch. civ.), Judgement of 28 February 2006, (2006) IIC, p. 760,

のようなアプローチは、方法論の見地からは疑わしいものであるが⁸⁷、これには欧州司法裁判所が著作権の例外規定は狭く解釈するという原則を示した *Infopaq* 事件判決の影響がある程度みられる。仮にこのような原則が例外規定に関して（本稿では疑問視されるが）実際に存在するとしたならば、将来的な判決において、制限され、また事例ごとの差別化が図られるべきである。

付言すれば、新たな技術的發展に関して戦略上のより大きな自由裁量の余地を許すため、*欧州レベル*で例外規定カタログの慎重な「自由化 (opening)」が、妥当な立法論 (de lege ferenda) の方法として検討されるべきである⁸⁸。このような非限定的な規定は、特定の場合—既存の例外規定の主要なカテゴリーに類するもの及び特に、著作権の制限・例外規定を正当化する既存の *目的* に類するもの—に言及すべきである。これをもとに、新たな柔軟性のある例外規定が、慎重に定義された抽象的な法概念 (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) を使用した上で、国内法のレベルで導入されるべきである。

これに対して、極端に広い包括的規定の導入は、米国のフェアユース概念の流れに沿った法的評価の要素リストを提供するにすぎず、必ずしも、欧州レベルでは適切であるようには思われない。このような非常に広い米

Geigerによる評釈付き、(2006) IIC, p. 683. See also Griffiths, (2009) IPQ, p. 428, at 433 et seq.; Senftleben, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 21 et seqq.

⁸⁷ Cf. Metzger (*supra* note 66), at 114 et seq., 117 et seq.; Senftleben, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 20, 25.

⁸⁸ 同旨、cf. Institute for Information Law (IvIR) (*supra* note 66), at p. 65 et seq.; Hilty (et al.), Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy – Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2008 (http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/mpi_-_green_paper_on_copyright_in_the_knowledge_economy-def-1.pdf) にてアクセス可、at p. 10 et seq. は、より広く、技術的に中立な、カテゴリー別または使用目的別の制限規定の構築を主張する。例外・制限規定体系のより高い柔軟性をいち早く要求していたものとして、cf. Kur, ‘Funktionswandel von Schutzrechten’, in: Schricker/ Dreier/Kur (eds), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation* (2001), p. 23, at 49 et seq.

とを欧州司法裁判所に求めるが、その方法は欧州司法裁判所の判例法の従来の方法論を補完するために理想的であるとはいえない。欧州司法裁判所の現行の方法論は、英米法と大陸法の要素を混淆し、いわば目的論的方法が支配的な役割を果たしているという特徴を持つ。それゆえ、将来の関連事例に関しては、既存のカテゴリーと、著作権の例外の目的に言及する非限定的規定が、むしろ、欧州司法裁判所の判例法の現実と方法論的アプローチに一致するように思われる⁸⁹。

このような発想は、社会的便益を提供する基盤的なインターネットサービスによる新たな使用態様を可能とすると同時に、著作権者の権利や利益を不当に害しないような、より柔軟な法的枠組みを提供する可能性を持つ。このようにゆるやかに設計された例外規定は、最終的にスリーステップテストの法的枠組みと一致しなければならず、それゆえ、報酬支払義務によって補完されなければならない場合もある。理想的には、このような公正な報酬〔補償〕の請求権は一大陸法圏で発達した集中管理団体制度のように一著作権管理団体制度によって管理されるべきである。

⁸⁹ Cf. Leistner/Hansen, (2008) GRUR, p. 479, at 486 et seq. は欧州法における例外規定に関して、より開かれた柔軟性のある包括的規定の導入を支持し、一般的に例外規定カタログの明確化を主張する。欧州レベルでは明確に定義された非限定的規定、加盟国の国内法レベルの枠組み内では抽象的法概念の使用と慎重に結び付いた、より開かれたアプローチを主張する。see Leistner (*supra* note 66), p. 33 et seq. ; see also Leistner, 46 (2009) CMLR, p. 847, at 880 et seq. Cf. also v.Eechoud/Hugenholtz/v.Gompel /Guibault/Helberger (*supra* note 66), p. 128 et seq.; Institute for Information Law (IvIR) (*supra* note 66), at p. 65 et seq.