

「日本版フェア・ユース」の可能性¹

立教大学法学部 上野達弘

1 問題の所在

(1) 前提

著作権制限規定（著30～49条）：個別規定の限定列挙 & 厳格解釈

(2) 問題点

- ・ 現実面：形式的にみれば権利侵害が常態化 [例] 企業内複製、写り込み
- ・ 理論面：著作者の優先的保護 → 著作物の保護と利用の調整

(3) 解決の方向性

- ・ 解釈論：その可能性と問題点
[例] 拡大解釈²、類推適用、権利濫用、黙示的許諾、本質的特徴の直接感得論³
- ・ 立法論：個別規定の改正 / 一般条項の創設

2 検討

(1) 「日本版フェア・ユース」の可能性

- ・ 受け皿規定としての一般条項
[例] 著49条の2「第30条から前条までの規定に掲げる行為のほか……」
- ・ 考慮要素の明示
[例] 「[著作物の性質並びにその利用の目的及び態様……]に照らし[やむを得ない/必要/正当]と認められる場合は、その著作物を利用することができる。
[ただし、当該著作物の性質並びにその利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。]」

(2) その後の議論

- ・ 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年10月）⁴
- ・ 著作権法学会シンポジウム（2008年5月24日）⁵
- ・ 『知的財産推進計画2008』（2008年6月18日）86頁⁶

¹ 詳しくは、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェア・ユースの可能性——」コピライト560号2頁（2007年）参照（2007年9月19日講演録）。

² 東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁〔市バス車体絵画事件〕、東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁〔「血液型と性格」事件〕参照。

³ 東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔「雪月花」事件：控訴審〕参照。

⁴ 「結論的には、現段階においては^マフェアユースを正面から採用することは困難であるように思える」（309頁）とする一方で、「中間的な処置として、民法770条（離婚原因）の規定のように、まず権利の制限事由を列挙し、そのあとに一般規定を設ける（いわゆる小さな一般条項）ことも考えられる」とされる（311頁注143参照）。

⁵ 著作権研究35号（2008年・近刊）掲載予定。

⁶ 「デジタル・ネット時代に対応したコンテンツ産業の振興を図るため……、包括的な権利制限規定の導入も含めて新たな技術進歩や利用形態等に柔軟に対応し得る知財制度の在り方……等について早急に検討を行い、2

3 課 題

- (1) 条約適合性： スリー・ステップ・テスト⁷
- (2) 不明確性と正当性
- (3) 適用範囲： 防御的(消極的) / 攻撃的(積極的)
- (4) 現実的効果： 国民性、著作権制度の役割と限界

008年度中に結論を得る。」

⁷ 例えば、著作権に関する世界知的所有権機関条約(WCT)10条1項は「締約国は、著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しない特別な場合には、この条約に基づいて文学的及び美術的著作物の著作者に与えられる権利の制限又は例外を国内法令において定めることができる」とする。

著作権法における権利制限規定の再検討

—— 日本版フェア・ユースの可能性 ——

上野 達弘

著作権情報センター著作権研究会

(2007年9月19日)

講演録

コピーライト560号(2008年12月号)2頁所収

(社団法人著作権情報センター刊)

講演録

著作権法における権利制限規定の再検討*

日本版フェア・ユースの可能性

立教大学法学部准教授 上野 達弘



はじめに

ただいまご紹介にあずかりました上野達弘でございます。本日は私のような者にこのような機会をいただきまして、まことにありがとうございます。

本日のタイトルは「著作権法における権利制限規定の再検討」とさせていただきます。そして「日本版フェア・ユースの可能性」という副題を入れましたのは、少しでもキャッチーに聞こえるように試みたつもりでありました。

ところが、このようなテーマですと内容がわかりに

くいのか、「今日はいったいどのような話をされるのでしょうか？」という問い合わせもあったようです。また、あまりにもアカデミックな話 といえは聞こえはいいですけども、単なる著作権オタクな話になってしまいますと、本日のような場にはそぐわないのではないかとも思いました。

いったいお客様は来ていただけるのだろうか、という不安は、本日こちらに到着するまで私の中で続いておりました。しかしながら、予想に反して非常にたくさんの方においでいただき、驚くとともに、心より感謝申し上げる次第でございます。

さてそれでは、私が本日こうしたテーマを選ぶに至りました背景について、まずはお話をさせていただきたいと思います。

本日の講演のお話をいただきましたとき、私は最初引用についてお話をしようと考えました。引用は私も数年前から関心を持ってきたテーマだったからであります¹。つまり、引用に関する著作権法32条1項の規定は、以前からかなり厳格に解釈をされてきたわけですが、それはそもそも文言に合致しないのではないか、しかも理論的根拠がないのではないかと、私は考えてきたわけであります。

学者というのはいろいろなタイプがあるのだと思いますが、本来あるべき姿といたしましては、たとえだれひとり自分の説を受け入れてくれなくても、論理の導くところに従ってどこまでもいこう、というスタンスで主張を展開するものなのではないかと思えます。ところが、どうも私は気が弱いのか、あるいは寂しが

* 本稿は、2007年9月19日開催の著作権研究会での講演の原稿に、講演者が加筆・修正を加えたものである。

目次

| | | | |
|---------------------|----|-------------------|----|
| はじめに | 2 | (1) 拡大解釈・類推解釈 | 19 |
| ・ 問題の所在 | 4 | (2) 本質的特徴の直接感得論 | 20 |
| ・ 従来の議論 | 5 | (3) 黙示的許諾 | 20 |
| 1. 著作権制限規定の厳格解釈 | 5 | (4) 権利濫用 | 20 |
| 2. 著作者人格権制限規定の厳格解釈 | 5 | (5) その他 | 21 |
| ・ 厳格解釈の問題性 | 6 | 2. 立法論 | 22 |
| 1. 理論的問題 | 6 | (1) 個別規定の改正 | 22 |
| 2. 現実的問題 | 7 | (2) 一般条項の創設 | 23 |
| (1) 著作権の制限規定について | 7 | 3. 権利制限の総論 | 25 |
| (2) 著作者人格権の制限規定について | 18 | ・ おわりに | 25 |
| ・ 解決の方向性 | 19 | 1. まとめ | 25 |
| 1. 解釈論 | 19 | 2. 権利制限をめぐる議論の重要性 | 26 |

り屋なのかよくわかりませんが、論理と歩みをとみにするだけでは落ち着いたタイプと申しましょうか、自分の主張が実務によって採用しやすいものなのかどうかあらかじめ気になってしまうタイプなのではないかと自認しております。

その意味では、引用に関する先のような主張も、実務の空気を読みながら自説を展開したところがありますので、比較的通りがよかったのかも知れません。そこで、この考え方のさらなる具体的展開をこの場で試みさせていただければと、最初は考えたわけでございます。

ところが、本年（2007年）3月に開催されたこの研究会で、北海道大学の田村善之教授がまさに引用をテーマにご講演をされました²。そこでは「近時の学説」として、私の見解も取り上げていただいております。それ自体はもちろん大変ありがたいことなのですが、本日の研究会で私がまた引用についてお話すことになると、私のほうが二番煎じになってしまうことになったわけです。

それどころか、田村先生は具体的な当てはめにおいて、かなり踏み込んだ立場を示しておられます。例えば、自己の所有する絵画をネットオークションに出品する際にその絵画を写真に撮って掲載するという行為も、適法な引用として著作権法32条1項が適用される余地が大いにいと述べておられます³。

こうしたケースは、たしかに私も同項の適用が問題となるケースの一つとして検討されるべきだと考えておりました。しかし、私のように同項の柔軟解釈を主張してきた者でさえ、このようなケースに同項を適用して本当にいいのだろうか、最終的な立場決定に躊躇するところがあるわけですが、田村先生はあっという間に先に進んでしまわれたわけでございます。

こうなりますと、今さら私がこの場で引用についてお話をいたしましても、インパクトは全くないのでは

ないかと考えたわけです。別にインパクトのために研究をしているわけではないのですが、さて何を話せばいいのだろうかと悩んでしまうことになったわけであり。しかし今にして思いますと、こうした悩みというのは自分にとって、むしろよかったのではないかと考えております。

と申しますのも、こうした悩みを通じて、これまで私が拙いながらも研究してまいりましたいくつかの個別的なテーマが、実は権利制限一般の問題として一貫するのではないかと考えるようになったからであります。

そもそも著作権の制限規定が抱えている問題は、引用に限らず多数ございます。特にわれわれの場合、商売柄ロースクールなどで著作権法全体を教えなければならないのですが、権利制限規定のところは細かい規定が多数ありますから大変です。これをまともにやるとうんざりするくらい時間がかかります。

しかし、権利制限規定というのは一応すべて司法試験の出題範囲に含まれていますのでとにかくやらないといけません。ですので、各規定の要件を、さしあたり起草者の見解を出発点に解説していくこととなります。しかし、起草者の考えをそっくりそのまま鵜呑みにしますと、それらの権利制限規定は大変厳格に解釈されていることにすぐ気が付きます。起草者の考えに従って制限規定を厳格に読めば読むほど、実際の社会においては、これも侵害、あれも侵害という結論になってしまいます。そのため本当にこれでいいのかと首をかしげざるを得ないことが少なからずあるわけでございます。

例えば、著作権法30条1項に、私的複製を自由とする規定があります。しかし、起草者によりますと、私的複製が許されるといっても、それはその複製があくまで「閉鎖的な範囲内の零細な利用」ととどまることが前提となるのだとされます。そのため、例えば「家

庭にビデオ・ライブラリーを作りテレビ番組等を録画して多数の映像パッケージを備える行為」は「度を過ぎた行為」であり、許容される行為とは「到底いえない」と述べられています⁴。したがって、このような行為は同項に該当せず複製権侵害になるという結論になります。そうすると、近時は例えば大容量のハードディスクレコーダーが一般化しておりますが、起草者の見解に従うと、それが家庭用でありましてもその使用は複製権侵害になりかねないということになります。

これはごく一例にすぎません。このように、権利制限規定が限定列挙されたものであり、それが従来の通説によってしばしば厳格解釈されてきたために生じている問題というのは、著作権の制限規定一般に共通することなのではないかと考えるようになってまいりました。

また、私は引用について研究する以前から同一性保持権についても研究していたのですが、そのときに考えてきたこととつながってきました。すなわち、同一性保持権も以前から極めて強力な権利と解されてまいりました。そのため、その制限規定である20条2項は、たしかに一応定められてはいるのですが、実際には極めて厳格に解釈されてきました。とりわけ「やむを得ないと認められる改変」を許容する同項4号の規定はことさら厳格に解釈されてきました。そのため著作者の意に反する改変が少しでもあれば、基本的に同一性保持権の侵害となると解されてきたわけです。しかし、私自身はそのような厳格解釈にはそもそも十分な根拠がないと考えまして、結論として、同項4号の一般条項を柔軟に解釈適用すべきではないかという見解を示してきたわけでありました。

これは、著作権ではなく著作者人格権というものに関して、やはり権利制限規定の厳格解釈の再検討を主張するものと位置付けることができます。その意味では、著作権のみならず著作者人格権についても、同じようなことを私は考えてきたのだと思います。

そこで、本日の研究会におきましては、著作者の権利一般（著作権および著作者人格権）に関する権利制限の一般論を取り上げてこれをトータルに再検討してみたいと考えた次第であります。

この検討においては解釈論のみならず、立法論も問題になります。すなわち、わが国著作権法にはアメリカ法におけるようなフェア・ユースの規定がありません。そこで、わが国著作権法においても、フェア・ユース規定あるいは何らかの一般条項を設けるべきかどうかという点も改めて検討したいと考えております。

以上が、本日お話をさせていただく内容の概要でございます。

．問題の所在

さて、それでは問題の所在に入ってまいります。

わが国著作権法は、著作者の権利を定めた上で、その権利を制限する規定をさまざまな形で設けております⁵。すなわち著作権の制限規定としては、著作権法30条から49条までの規定がございます。これらの規定は、50条の規定によって、あくまで著作権の制限規定であり、直接に著作者人格権には影響を及ぼさないこととなります。そのかわり著作者人格権には個別の規定の中に権利を実質的に制限する規定が設けられております（18条2項～4項、19条2・3項、20条2項）。

こうした権利制限規定は、著作権法が著作者の権利を保護しながらも、著作物の公正な利用を妨げないようにするために設けられていると考えられます。例えば、私的使用目的の複製（30条1項）や図書館における複製（31条）は、複製ではあるけれども複製権の対象にならないということになります。

もっとも、30条以下に多数ございます著作権制限規定は、例示規定ではなく、個別規定が限定列挙されたものであります。つまり、アメリカ著作権法107条に定められているフェア・ユース規定のような一般条項は存在しないわけです。ドイツ著作権法にも「自由利用」という規定（24条）があり、これもある意味では権利の限界を一般的に定めた規定といえますが⁶、このような規定も日本法にはないわけでありました。

そのため、わが国著作権法におきましては、限定列挙された制限規定に該当しない限り、さしあたり著作権侵害に当たることになります。しかも、従来の通説・判例によれば、権利制限規定というものは権利を制限する「例外的」な規定であるという理解の下、これが厳格に（つまり狭く）解釈されてきました。

こうなりますと、限定列挙された制限規定の要件を厳格に満たさない限り、その規定は適用されず、結果として著作権法上は権利侵害となってしまいます。例えば、パロディにおいて他人の著作物を利用するという場合、その創作的表現が残ってしまっている以上、ひとまず著作権の侵害と解さざるを得ないこととなります。

同様のことは著作者人格権にも当てはまります。著作者人格権についても、これを一般的に制限するような規定はありません。たしかに、個別の著作者人格権には、それぞれその権利を制限するような規定が設けられておりますが、従来の通説・判例によれば、そうした規定は厳格に解釈すべきだとされてきました。

例えば、同一性保持権の制限規定である20条2項4号などは、裁判例においてほとんど適用されてこなか

ったのであります。これに従うと、先ほどのパロディについては、著作権侵害のみならず著作者人格権侵害にもなってしまうこととなります。

このように、わが国著作権法においては著作者の権利を制限する規定が限定列挙されており、しかも従来通説・判例によるとそれが厳格解釈されてきたために、これに該当しない場合は著作権法上権利侵害になってしまうということになります。

ところが、このように権利制限規定の厳格解釈を貫くと、さまざまな具体的ケースにおいて結論として不都合ではないかと思われるケースが少なからずあるように思われます。もちろん実際に裁判になれば、既存の制限規定を拡大解釈するとか、類推適用するとか、あるいは権利濫用であるとか、黙示的許諾があるとか、さまざまな法律構成によって侵害が否定されることも少なくないだろうと思います。

しかし、明文の規定および通説に従えば権利侵害になってしまうという以上、その萎縮効果は、はかり知れないものがあるのではないかと思います。また、法的判断を求められた法律家にとりまして、「厳密にいったら侵害と言わざるを得ない」という法的アドバイスをいつまでも続けるということは、望ましいこととはいえないように思います。

では、そうした問題に対して、解釈論としてどのように対処すべきなのでありましょうか。そして、解釈論で対応しがたい問題があるとすれば、どういう立法論的な対応があり得るか。これが、本日の課題であります。

・ 従来の議論

そこでまず、従来の議論において、権利制限規定がどのように厳格解釈されてきたか、そしてその理由を探ってまいりたいと思います。

1 著作権制限規定の厳格解釈

まず著作権の制限規定についてであります。従来の通説・判例においては、著作権の制限規定というものは「著作者保護を第一義とする」という著作権法の大原則に対する「例外」なのであるから、これは一律に厳格解釈すべきだという考え方が一般的でありました。最も典型的な例として、ここで齊藤博教授の古いほうの教科書から引用したいと思います。

ちなみに今朝、たまたま齊藤先生からお電話を頂戴

いたしまして、その際、「じつは今日の午後CRICで研究報告するんですよ。先生のご著書からも引用させていただきます」と申し上げましたところ、先生は「それはどうもありがとうございます」と言われました。まさかこのような形で引用されるとはお考えになっておられなかったかも知れませんが、いずれにしても、齊藤先生は次のようにお書きになっておられます。

「法が公正な利用に留意するよう求めるとしても、これはあくまでも権利の保護を第一としつつも、例外的に、一定の限られた場合に権利を制限しようとするわけである。……したがって、30条をはじめとする権利を制限する諸規定を解釈・適用するに際しても、これらが『例外的に』定められていることをつねに考えなければならない。すなわち、これら制限規定の解釈・適用は努めて厳格になされなければならない」というわけでありませう⁷。

2 著作者人格権制限規定の厳格解釈

このような厳格解釈は、著作者人格権についても同様であります。すなわち、著作者人格権の制限規定についても、これを「例外」と見て厳格解釈する見解が従来の通説・判例であります。その典型は同一性保持権の制限規定である20条2項にあらわれております。

すなわち、従来の通説・判例は同項を厳格に解釈し、同項に基づく適用除外は例外的な場合にのみ認められると解してきました。例えば、起草者は、「(20条2項は)第1項に規定する同一性保持権が及ばないものとして、真にやむを得ないと認められる改変を必要最小限度において許容しようとするものであります。その意味におきまして、本項各号の規定は、極めて厳格に解釈運用されるべきでありまして、拡大解釈されることのないよう注意を要するところでございます」と述べております⁸。

そして、とりわけ同条2項4号は「前3号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」という一般条項であり、その適用範囲があいまいであるとされたために、これは特に厳格に解釈適用すべきものと徹底されてまいりました⁹。齊藤教授も、「多義的な不確定な表現が含まれているだけに、その解釈、適用に際しては十分に慎重でなければなるまい。そもそも20条2項3号《現4号 引用者注》が著作者の同一性保持権をやむをえず制限する例外的規定であるという認識に立てば、同号に基づいて同一性保持権を大幅に制限するなどできないことである」と述べていたのであります¹⁰。

厳格解釈の問題性

以上のように、従来の通説・判例によれば、著作権法における権利制限規定は厳格に解釈すべきとされてまいりました。しかし、こうした考え方を貫くことは、理論的にも実際的にも検討の余地があるのではないかと考えられます。

1 理論的問題

まずは、理論的問題であります。従来の通説・判例が権利制限規定を厳格解釈すべきとしてきた理由は、権利制限規定が「著作者保護を第一義とする」という著作権法の大原則に対する「例外」であるから、これは一律に厳格解釈すべきだという考え方であったのではないかと思います。

たしかに「例外は厳格に解すべし」という考えはそのとおりかも知れませんが¹¹。しかし、そのことを根拠に著作権法上の権利制限規定を厳格解釈するためには、その前提として、権利制限規定というものがあくまで「例外」であるということが承認されなければなりません。

なるほど、従来の通説に従えば、権利を保護することが「原則」であり、その制限（つまり「公正な利用」の確保）というのは「例外」であるという考え方が当然のようにとられてきたものと理解できます。

今一度、斉藤先生の古いほうの教科書から引用しますと以下のとおりです。

「文化的所産の公正な利用の確保を考える際、権利の保護が公正な利用かと対比して考えることは妥当ではない。たしかに、著作権法1条が『文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り』と規定しているところから、一見すると著作物の公正な利用と著作者等の権利の保護が並列的に考えられ、あるいは、公正な利用に留意することが著作者等の権利を保護する前提になっているかのようにも考えられるが、決してそのようなものではなく、著作者等の権利の保護こそ著作権法が最も優先する目的なのである。……法が公正な利用に留意するよう求めるとしても、これはあくまでも権利の保護を第一としつつも、例外的に、一定の限られた場合に権利を制限しようとするわけである。……したがって、30条をはじめとする権利を制限する諸規定を解釈・適用するに際しても、これらが『例外的に』定められていることをつねに考えなければならない」というふうに述べておられます¹²。

同様の考えは20条2項4号（現行法制定時3号）の

立法過程にもうかがうことができます。この4号は「やむを得ない」改変は認めるという一般条項であります。したがって、この規定が拡大解釈されますと著作者人格権自体が骨抜きにされかねない、そういう危惧が立法過程からありました。こうした危惧にさいなまれた著作者側は、同号のような規定を導入することそれ自体に強く反対いたしました¹³。当時、斉藤教授もこの規定を導入することについて反対したお一人であります。すなわち、斉藤教授は、この規定について「著作物の利用面にウェイトを置きすぎた規定といわざるをえない」とし¹⁴、「不確定概念の意味内容が次第に拡大され著作者人格権が大幅に制限されてくる可能性がないわけではないからである。……権利を制限するが如き規定が包括性を有するということは問題の存するところであろう」と、このように批判的見解を述べておられたわけでございます¹⁵。

こうした批判に対して、政府委員側は、そうした規定はあくまで限定的に解するのだという説明をいたしました¹⁶、あるいは1条[目的]の解釈にからめて、著作権法というものはあくまで「著作者の保護を第一義とする」のだと、強調し続けたりいたしました。具体的に申しますと、当時の文化庁次長である安達健二氏は、同条に「公正な利用に留意」するという文言が含まれていることが著作者の保護に不十分であるという批判に対して、同条の「公正な利用に留意しつつ、」という文言のうち、最後の「、」を挿入したことをもって、著作者等の権利の保護を図ることが第一義であり、「公正な利用」は二次的であることを明示したのだと、こういう説明を行った場面が少なからず見受けられます¹⁷。

「、」を入れたことによって実際どれほど変わるのかなという気も私はするわけですが、こうした説明の結果、著作者側の反対運動は終息したといわれております¹⁸。

このように見てまいりますと、権利制限規定の厳格解釈の背景にあるのは、著作権法の目的として、あくまで「著作者の保護を第一義とする」のが大原則だととらえ、著作者の利益というものを利用者の利益に対してあらかじめ優越的地位に置くという考え方であったものと考えられます。このような考え方は立法過程から根強く信奉され、現在までに著作権法のさまざまな解釈に影響を与えてきたように思われます。

このように、著作者の「保護」というものが著作物の「公正な利用」に対して優先するという考えをとるのであれば、たしかに権利制限規定は「例外」であるということになります。だとすれば、そのような例外規定は厳格に解釈すべきといえましょう。

しかしながら、このような考え方は妥当なのでありましようか。

たしかに、一昔前のわが国におきましては、現在と比較いたしますと、著作権法が社会的にそれほど定着していなかったと考えられます。したがって、著作権保護を第一義とするというような基本的立場は、現実的には妥当であったのかも知れません。

しかし、いまや当時と比べると著作権法も定着してきたのではないのでしょうか。さらに、デジタルあるいはネットワークといった技術の発展および普及によって、従来であれば特定の企業（例えば放送局や出版社など）しか行うことができなかった著作物の利用行為（例えば複製や放送）が、現在であれば一般の個人でも技術的にはできるような時代であります。例えば、DVDを作成したりネットで著作物を公衆送信したりということが、個人でも容易にできるようになったわけです。そのため「技術的」には個人でもできるようになった行為が、著作権法によって「法的」には禁止されるという状態が生じています。その意味では、現代は「いかにして作者の権利を保護するか」ということだけが著作権法の課題なのではなく、逆に「過剰な権利保護による弊害を除去する」ということも著作権法の課題になっていると思います¹⁹。

このような状況にありまして、作者の権利保護と利用者の自由確保のバランスを図ることが重要となっております。近時の議論におきまして、著作物の保護と利用のバランスという視点が強調されるようになってきているように思います。

そして、私見によりますと、作者の権利および利用者の権利はともに憲法上の基本権に由来するということができると思います。そして、両者の基本権は明示的な調整規範なく衝突しております。そこで、この衝突を調整する原理間衡量の役割を担うのが、私法である著作権法とその解釈であると理解できるように思うわけであります。その意味では、作者の権利と利用者の権利は、どちらか一方があらかじめ優越的地位に立つという関係にはないと考えられます²⁰。

こうして作者と利用者との調整を行うことが著作権法の目的であるととらえる立場からいたしますと、そもそも著作権法の目的は「著作権保護を第一義とする」点にあるというような考え方をア prioriに前提にすることはできません。だといいたしますと、わが国において長きにわたって信奉され続けてきたように思われる作者の優先的保護という考え方も、また見直しが求められてしかるべきであるように思います。これが、私自身がかねてから主張している基本的な立場であります。

2 現実的問題

次に、現実的問題です。権利制限規定の厳格解釈を貫くことが、現実的に見て不都合ないし不適切ではないかと考えられる余地のあるケースを多数もたらしめていることについて述べてまいりたいと存じます。

(1) 著作権の制限規定について

まずは、著作権の制限規定についてであります。著作権の制限規定を厳格に解した場合に生じ得る問題は多数あります。そこで、従来の議論で挙げられてきた例も含めて²¹、その一部をここで取り上げたいと思います。

著作権法30条関係

第一に、著作権法30条関係であります。これは私的複製の規定であります。同条1項によりますと、「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること……を目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる」と規定されております。ですから私的な複製行為というのは本項により許されるのですが、「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること」（すなわち「私的使用」）という要件が一体どのような範囲までをいうのが、しばしば問題にされてまいりました。

(a) 社内複製

この点、従来の通説・判例によると、企業などの団体内部で使用するために複製が行われる場合は、複製の規模等にかかわらず私的使用に含まれないと解するのが一般的であります。起草者は、「会社等における内部的利用のための複製行為は、よく問題になりますけれども、著作権法上の『家庭内に準ずる限られた範囲内』での使用には該当いたしません」とはっきり述べております²²。実際のところ、従来の裁判例においても「企業その他の団体において、内部的に業務上利用するために著作物を複製する行為」は私的複製に当たらないとしたものがございます²³。

もっとも、私は前から不思議に思っているのですが、起草者は、30条1項における「その使用する者が」という文言について、次のようにも述べています。つまり、「その使用する者」というのは、私的使用する者が自らコピー機を使ってコピーをするというような場合のみならず、「使用者の手足として、その支配下にある者に具体的複製行為を行わせることは許されます」と述べられているのですが、その例として、起草者は、「例えば、会社の社長が秘書にコピーをとってもらおうというのは、社長がコピーをとっているという法律上の評価をするわけであります」というケー

スを挙げております²⁴。これは、同項があたかも会社においても適用があるかのような記述に読めます。これは筆または口がすべったのかも知れません。いずれにしてもこういう見解に従えば、会社内で新聞記事や書籍をコピーすることには同項が適用されず、著作権者の許諾が必要ということになります。実際のところ、社団法人日本複写権センター²⁵等による集中管理や、権利者による個別的な権利処理によって²⁶、社内複製について包括的な許諾が与えられているという例は少なくないようです。

とは申しまして、社内を厳密に見てまいりますと、許諾が与えられていない複製というものも多数行われているのではないかと思います。著作権法上の「複製」というのは「有形的に再製すること」(2条1項15号)でありますから、例えば他社のウェブサイトを実アウトしたり、ハードディスクに保存したりすることも、社内における複製でありますから、形式的には複製権の対象となります。また、田村教授の挙げる例で申しますと、「既に部署で購入済みの書籍から現在の企画に関する部分だけをコピーして1冊のファイルにまとめる」行為や²⁷、「部署で購入済みの書籍につき遠方の会議に出席している部長からの問い合わせに答えるためにファックスで関連頁を送る行為」²⁸なども同様です。

そうしますと、企業などの団体内部で使用する場合は常に30条1項の要件を満たさないという解釈も、検討の余地があるかも知れないということになります。実際のところ、田村教授は、企業内複製について同項の類推適用あるいは権利濫用での処理を検討しておられます²⁹。たしかに、他社のウェブサイトを実アウトすることは複製権の対象になるかも知れないけれども、他社はウェブサイトを開いているという以上、そのウェブサイトが第三者によって複製されることについて黙示的に許諾していると解釈できる場合もありましょう³⁰。ただ、これも田村教授が指摘しておられますように³¹、当該他社のサイトが他人の著作物を無断で利用している場合、その点につき当該他社には許諾権限がありませんので、黙示の許諾論だけでは解決できないということになります。

(b) ビデオ・ライブラリー

さらに、30条1項に関しては、冒頭に触れましたように、ビデオ・ライブラリーの件も問題になります。起草者によりますと、同項の趣旨は「閉鎖的な範囲内の零細な利用を認めることにある」ととらえられます³²。そのため、たとえ私的使用目的であっても、複製の分量が「零細」でなくなれば違法になるということになります。起草者は次のように述べます。「個人的使用のためであるからといって家庭にビデオ・ライブラリーを作りテレビ番組等を録画して多数の映像パ

ッケージを備える行為が認められるかといいますと、ベルヌ条約上許容されるケースとしての『著作物の通常の利用を妨げず、かつ、作者の正当な利益を不当に害しないこと』という条件を充足しているとは到底いえないという問題が出てまいりましょう。本条の立法趣旨が閉鎖的な範囲内の零細な利用を認めることにあることからすれば、度を過ぎた行為は本条の許容する限りではないと厳格に解すべきであります」というわけであります^{33 34}。

しかし、このような見解に従いますと、たとえ個人的鑑賞する目的であっても、家庭用のハードディスクレコーダーで大量のテレビ番組を録画して保存する行為は複製権侵害になってしまうこととなります。

以上のように考えますと、どうやら起草者は権利制限規定をその文言以上に厳格に解釈してきたのではないかとさえ思われるわけでございます。

以上が30条関係であります。

著作権法31条関係

第二に、31条(図書館複製)を検討したいと思います。

同条は、「図書、記録その他の資料を公衆の利用に供することを目的とする図書館その他の施設で政令で定めるもの(……図書館等……)においては、次に掲げる場合には、その営利を目的としない事業として、図書館等の図書、記録その他の資料……を用いて著作物を複製することができる」と規定しております。

(a) 著作物の「一部分」

この規定をめぐるさまざまな問題がありますが、ここでは同条1号(「図書館等の利用者の求めに応じ、その調査研究の用に供するために、公表された著作物の一部分(発行後相当期間を経過した定期行物に掲載された個々の著作物にあつては、その全部)の複製物を一人につき一部提供する場合」)を取り上げたいと思います。

ここで「著作物の一部分」とは、起草者によれば、「少なくとも著作物全体の半分以下であることを要します」とされています³⁵。したがって、「定期行物」(同号括弧書き)は別として、例えば小説や論文の一部である数ページだけを複製することは許されますが、全体の半分以上を複製することはできないと解されております。このことは、項目毎に著者が明示されている百科事典のように、複数の著作物からなる書籍の場合でも、個々の項目がそれぞれ「一つの著作物」と評価できるため、個々の項目の全部を複製することはできないと解されております³⁶。

ところで現在、国立国会図書館は、インターネット経由で文献の複写および郵送を依頼できるサービスを提供しています³⁷。例えば、雑誌に掲載された論文を

指定して郵送していただくこともできるので、私などはこのサービスを大変重宝しております。ところが、あるとき私は急いで読みたい論文がありまして、いつものようにインターネット経由で申込をいたしました。それはある書籍に掲載された数ページの論文で、高部眞規子判事が書かれたものでありました。ところが、このときは国会図書館からファックスがきました。ご希望の論文は論文集に掲載されており、この論文集は定期行物ではないから、論文全体はコピーできないというのです。たしかに、この論文は論文集という書籍のごく一部ではあるけれども、ここに収録された個々の論文もそれ自体で「一つの著作物」であるから、その全部を複製することはできない、その論文の半分以下しか複製できない、というわけです。そこで、「もし論文全体の複写を希望するなら著作権者にサインをもらってきてください」と、そういうファックスだったわけです。親切なことに「高部眞規子氏は東京地裁の裁判官と思われます」とまで書かれておりました。私も高部先生とは面識がございますので、お目にかかったときに高部先生からサインを頂戴してもいいわけですが、そのようなご面倒をおかけするくらいならということで、結局別のかたちでコピーすることにいたしました。

ただ、そうすると、このような論文集に掲載された論文の場合、31条1号が適用される限り、図書館では論文の半分以下しかコピーできないということになってしまいます。

そうすると、例えば「判例百選」というのがありますよね。あれは見開き2ページで一つの著作物であるといえます。そして、判例百選は別冊ジュリストですから「定期行物」ではありません。そうすると、判例百選に掲載された論文を図書館でコピーしようとするときに、「著作物全体の半分以下」しかコピーできないということになると、見開き2ページのうちどちらか1ページしかコピーできないことになってしまうのではないかと思います。

このように、「一部分」というのは「著作物全体の半分以下」と解釈されてきましたため、起草者によると、「絵画等の美術の著作物や写真の著作物のように著作物としての不可分性を有するものについては、その一部分の複製では意味をなさないばかりか、同一性保持権侵害の問題を惹起しかねませんので、實際上複製の対象となることはまずあり得ないと考えられます」とまで述べられております³⁸。

これ自体どうなのかという気もするのですが、もしこのような考え方に従いますと、さらに次のような問題も生じてまいります。例えば、調査研究のために小説の一部分（数ページ）を図書館でコピーしようとしたところ、そのページの中にたまたま1枚の挿絵が含

まれていたという場合、小説をコピーする際に、挿絵という美術の著作物の「全体」がこれに写り込んでしまうこととなります。そのため、形式的に見ると、このようなコピーは図書館では許されないということになります。そこで、厳密にいうと当該挿絵の部分を紙か何かで遮蔽して複写しなければいけないということになります。

しかし、これは極めて煩雑な作業であります。しかも、例えば俳句集のような書籍の場合、その1ページをコピーいたしますと複数の著作物の「全部」が多数含まれてしまいます。ここで一つの俳句が一つの著作物だといえますと、その「一部分」すなわち「半分以下」だけをコピーすることになりますが、そうすると上の句か下の句のどちらかをコピーすることしかできないこととなります。上の句だけをコピーして家に帰るのは、全く意味のないことではないかと思えます。

また、辞書や辞典についても、項目ごとに独立して単独の著作物と評価できることが多いと思えますので、そうなりますと各項目の半分以下しかコピーできないこととなります。しかし、項目の半分以下をコピーしても「調査研究」にならないことが多いのではないかと思います。

じつはここでは、何をもって「一つの著作物」ととらえるのかという著作物の「単位」あるいは「個数」という難問が関係しているのですが³⁹、この場で詳しく触れることはできません。いずれにいたしましても、起草者の見解に従えば、以上のような解釈になってしまうのではないかと思います。こうした結論にはどうも違和感が残ります。

しかも、図書館における複製については31条が適用されますが、図書館から本をいったん借り出して外のコンビニでコピーすれば30条1項が適用されますので、私的使用目的がある限り、書籍全部を複製したって、基本的には自由だということになります⁴⁰。

これはどうも問題があるということで、図書館団体5団体と権利者団体6団体が「図書館における著作物の利用に関する当事者協議会」として検討を行った結果、「複製物の写り込みに関するガイドライン」（平成18年1月1日）が定められております。これによりますと、「図書館が利用者の求めに応じて複製機器による紙面への複製を行う際には、著作権法第31条第1号に基づき、著作物の一部分のみ（以下「複製対象」という。）の複製を行うが、同一紙面（原則として1頁を単位とする）上に複製された複製対象以外の部分（写り込み）については、権利者の理解を得て、遮蔽等の手段により複製の範囲から除外することを要しないものとする」というように定められております⁴¹。

また、このガイドラインのQ&Aを見ますと⁴²、「1ページ内に複数の著作物が掲載されている場合」には、

「個々の著作物を遮蔽して複写することが困難な場合には、そのまま複写して構いません」とも述べられています。したがって、辞書や俳句集を1ページコピーすることは許されることになるわけでありましょう。

しかし、このガイドラインはあくまで著作物の「一部分」しかコピーできないという原則を前提にしていますから、判例百選の見開き2ページを図書館でコピーすることは依然としてできないのではないかと思います⁴³。

そこで、以上のような問題について何らかの対応をすべきかどうかの問題となるわけでございます。

(b) ウェブ・アーカイブ

31条に関しましては、もう一つ、ウェブ・アーカイブについても問題となります。

権利制限規定は限定列挙と解されていますから、同条の規定によって複製することが許されるのは、1号から3号までの規定に該当する場合のみということになります。そうすると、例えば「図書館資料の保存のため必要がある場合」(2号)には複製することができますが、例えば世界中に存在するウェブサイトをアーカイブすることは許されないということになります。

現在、国立国会図書館では「インターネット情報選択的蓄積事業」として「WARP」(Web ARchiving Project)なる事業が展開されておりますが⁴⁴、これはウェブサイトを収集することについて事前に許諾を求めているようです⁴⁵。

他方、アメリカにはInternet Archiveが運営する「Wayback Machine」というウェブ・アーカイブがあります⁴⁶。ここでは、1996年以降のさまざまな時点における世界中のウェブサイトが、そのまま保存されております。例えば、私自身が過去に開設していたウェブサイトなども1998年以降さまざまな時点の状況を見ることができます。このウェブ・アーカイブは個人的には大変便利なものであると思います。

ところが、フェア・ユース規定のないわが国で同様のウェブ・アーカイブを行いますと、複製権侵害や公衆送信権侵害になってしまうのではないかと思います。

(c) 公衆送信

また、31条をめぐるまは、公衆送信の問題もあります。といいますのは、同条はあくまでも「複製することができる」という条文にすぎません。そのため、利用者に対しても、ほかの図書館に対しても、コピーしたものを郵送することはできても、ファックスやメールによって送信することはできないものと解されてきました。そのためこの点は以前から改正が議論されています⁴⁷。

とくにインターネットアーカイブに関しては、公衆送信の問題が生じます。国会図書館では、所蔵する明治および大正期刊行図書の全文を「近代デジタルライ

ブラリー」としてネット公開しており⁴⁸、これは大変有意義なことだと思います。ただ、保護期間の経過によって、著作権の消滅したものであれば自由でありますが、そうでなければ権利者の許諾を得る必要がありますし、権利者不明等の場合は裁定(67条)を受ける必要があることとなります。

その意味では、「青空文庫」という民間ボランティアによるアーカイブもありますが⁴⁹、これはそもそも31条にいう「図書館等」に該当しないばかりか、複製のみならず公衆送信を行うものでありますので、同条に該当せず、著作権が存続しているものについては、やはり許諾を得るか、文化庁長官の裁定が必要となります。

とはいえ、以上のようなウェブ・アーカイブが社会的に有用であることはたしかだと思われまので、もし権利制限規定が厳格にすぎるといのであれば、必要に応じて何らかの立法的な検討がなされてもいいのではないかと思います。

以上が31条についてです。

著作権法32条関係

第三に、引用に関する32条であります⁵⁰。

同条1項によりますと、「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない」と規定されております。ここでは「利用することができる」という文言になっておりますので、複製のみならず、口述や上映、あるいは公衆送信など、基本的にすべての「利用」行為が許されることとなります。その意味で、他の制限規定と比べてその効果が大きいわけです。

(a) 二要件説

もっとも、従来通説・判例はその要件として二要件(明瞭区別性・主従関係)を要求してまいりました。これは、最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ=モンタージュ事件:第一次上告審〕に由来するものです。すなわち、明瞭区別性(引用側と被引用側が明瞭に区別されていること)、主従関係(引用側が主、被引用側が従の関係にあること)であります。その後の裁判例も基本的にはこの二要件説を受け継いでおりました。

さらに、従来議論においては、この二要件にさらなる要件を追加する見解が見られます⁵¹。例えば、引用の範囲が「必要最低限」であることを要求する見解や⁵²、引用の「必然性」・「必要性」を要求する見解も少なからずございます⁵³。

もっとも、このように引用の「必然性」・「必要性」や、引用の範囲が「必要最低限」であることを要求す

ということになりますと、その適用範囲は限定的になってまいります。例えば、インターネット上のブログなどで、時事問題（例えば9.11のテロ事件）について何らかの意見を書くというときに、新聞社のサイトに掲載されている写真（例えば炎上するWTCの写真）を無断で載せるというような場合であります。このとき、この写真の著作物を直接に批評しているような場合は32条1項の引用に当たるのでしょうかけれども、多くの場合には、その写真の著作物を批評しているというよりは、そこに写っているテロという事件について論評していると考えられます。そのため、引用する側と引用される側の間に直接の批評関係がなく、また、このような写真を掲載する「必要性」・「必然性」もないことから、許されないことになるのではないかと思います。

(b) 引用要件の再構成

たしかに、このケースのような場合は権利侵害になってもいいのかも知れませんが、引用をめくりましては、最近さまざまな解釈論が見られるようになっております。

というのも、32条1項の文言は「必要な範囲内」ではなく、「正当な範囲内」となっているわけでありますから、従来の見解が「必要最低限」や「必然性」を要求するというのは、同項の文言以上に制限規定を厳格に解釈してきたということになるのではないかと思います。

そもそも二要件説というのは、現行法ではなく旧法時代につくられたものでありまして、現行法との文言には大きな乖離があります。そのようなことから、二要件説は再構成されるべきではないかと私などは考えております⁵⁴。実際のところ、最近の裁判例の中には、同項の文言に立ち返って判断を示すものが少なくありません⁵⁵。

さて、こうして同項の文言に立ち返るならば、次のような例も許される可能性が出てくるのではないかと思います。

例えば、CDに収録された音楽や演奏を批評する目的でウェブサイトに文章を書くとき、そのCDのジャケット写真を掲載するというような場合であります。ここで批評の対象となっているのは音楽著作物であって、ジャケット写真ではありません。ジャケットというのは音楽とは別の美術の著作物あるいは写真の著作物であると考えられますので、そのジャケット写真と文章との間に直接の批評関係というのはないわけです。ですけれども、ジャケット写真を載せて、そのCDに収録されている音楽や演奏を批評するというの是一般によく見られることであります。もちろん、よく見られるからいいではないかというわけではないのですけれども、こうした利用は「公正な慣行に合致」し、

「正当な範囲内で行われるもの」といえる場合があるのではないかと思うわけであります。

(c) パロディ

また、32条1項の文言に立ち返りますと、その適用範囲はいわゆる「批評型」の引用（すなわち引用側がかならず言語による表現であり、かつ明瞭区別性が要求されるもの）だけにとどまらない可能性が開けます。つまり、パロディなどのいわゆる「取込型」の引用（明瞭区別性を満たさないもの）や、言語以外の表現が引用側となる引用が、同項に基づいて許される可能性を生じさせることになるわけであります。

田村教授などは、一定のパロディについては同項の適用可能性を認めておられます。すなわち、「引用する側の著作物の表現の目的上、他の代替措置によることができないという必然性があること、必要最小限の引用に止まっていること、そして、著作権者に与える経済的な不利益が僅少なものに止まること、という三つの要件を満足すれば、取込型の引用を認める余地があると解すべきであろう」とされるわけであります⁵⁶。

パロディに関しましては、アメリカではフェア・ユースとして認められることがありますし、フランスには明文の規定があります（知的財産法典112の5条4項）。また、ドイツでも著作権法24条（自由利用）によって対処しているわけです⁵⁷。これに対して、わが国著作権法にはパロディに関する適当な規定がないために、仮にパロディについて権利侵害を否定しようとすると、どうしても32条を活用した解釈を強いられることになってしまうのかも知れません。

(d) ネットオークション

さらに、冒頭にも触れましたように、ネットオークションも問題になります。

例えば、自分が所有している絵画をネットオークションで競売にかけるとした場合、その絵画を写真撮影してこれを掲載するのが普通です。ただ、絵画を所有してしましても、その絵画について著作権を持っているということは稀でしょうから、このようなことをすれば他人の著作物を無断で公衆送信することになってしまいます。そして、これはサイトで絵画を批評等しているわけではありませんから、32条1項を従来どおり厳格解釈しますと、こうした行為は同項の適用を受けず、結果として公衆送信権の侵害になってしまうわけであります。

しかし、絵を競売にかけようというときに、その絵の画像を掲載できなければ、サイトを見た人は、いったいどういう絵が出品されているのかわからないわけです。

そこで、田村教授はネットオークションのサイト上に競売にかけられる絵画のサムネイル画像を掲載する行為については、同項の適法引用に当たるとして、これを

許容する解釈論を示しておられます⁵⁸。

もちろん、このような行為にまで同項を適用すべきかどうかについては見解の分かれるところであろうかと思えます。しかし、そうせざるを得ない事情があるということも確かかと思われます。

著作権法41条

第四に、41条についてです。同条は、「写真、映画、放送その他の方法によつて時事の事件を報道する場合には、当該事件を構成し、又は当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物は、報道の目的上正当な範囲内において、複製し、及び当該事件の報道に伴つて利用することができる」と規定されております。

例えば、美術館から絵が盗まれたという事件があったときに、それを報道するに際して、当該絵画（「当該事件を構成」する著作物）を放送したり、新聞に写真を掲載したりすることができるほか、盗難にあった美術館内を撮影する際に盗難された絵画以外の著作物（「当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物」）を放送することも許されることとなります⁵⁹。

このように時事の事件を報道する場合には、その事件を構成する著作物や、関連して登場する著作物を利用することが、報道の目的上必要でありますので、本条の規定によってこれが認められるわけであります。

もっとも、従来の議論においては、この規定における「時事の事件を報道する場合」というのは、当該事件が「ニュース性」を有するものであることが必要であるとされ、過去の記録的な価値を有するにすぎないという場合は除かれると解されています⁶⁰。例えば、美術館の常設展示物を、とくに事件もないのに撮影・放送するといったことは、この規定の適用を受けないということになります。

ただ、そのように解しますと、いわゆる写り込みの問題が生じます。例えば、テレビ番組でインタビューを行う際、その人物の背後の壁に掛かっている美術作品が映りこんでしまうという場合であります。この美術作品は同条における「当該事件を構成し、又は当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物」ではないわけです。そうすると、同条に該当せず、美術作品を無断で放送したということが放送権侵害になってしまうのではないかということになります。

しかし、こうした背景的な利用というものは、形式的にみればたしかに著作物の放送に当たりますが、付随的な利用にすぎず、その美術作品自体を意図的に利用する目的はないと考えられます。そこで、このような行為は許されるべきだという見解があります。実際のところ、起草者自身も「応接間での有名人のインタビューに際しその人の背景に絵画作品が架かっている

とすると、テレビ番組あるいは写真の中にそれが必然的に入ってくる」というケースについて、「主要な被写体の背景に何か絵らしき物が写っているという程度のもは、著作物の実質的利用というには足りず、著作権がそもそも働かないジャンルのものであります」とか、「バックにちょっと出てくる程度の目立たない存在のものについては、そもそも著作物を利用している実態はないと考えられるわけであります」などと述べています⁶¹。

ここで起草者が示している「著作物を利用している実態はない」とか「実質的利用というには足り」ないといった理屈は、法律構成が全く不明なのでありますが、とにかく結論として権利侵害を否定したいという気持ちのあらわれなのだと思います。

ところが他方で、起草者は「その背景絵画を意識してピントをそちらに合わせるとすれば、話は別であります」などとも述べてしております⁶²。

そうすると、このような見解の背景にある価値判断というかバランス感覚は何なのだろうか、そこにいったいどのような考慮が働いているのであろうか、そのことが大いに気になるわけであります。そうであれば、そうした価値判断があることを率直に認めた上で、その具体的内容を明らかにしていく必要があるのではなからうかと考えるわけでございます。

また、背景的利用ということに関しましては、従来の裁判例におきましても、「雪月花」という書が照明器具のカタログに掲載した写真の背景に写り込んでしまったという事件があります（東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔「書と照明器具カタログ事件」：控訴審〕）。

これも照明器具カタログに原告の書が写っていることは確かなのですが、しかしそれは大変小さいものでありますし、また背景的なものにすぎないわけであります。

これについて、判決は、本件書が有する「創作的な表現部分」すなわち例えば「墨色の冴えと変化、筆の勢いといった美的要素を直接感得することは困難である」という理由で権利侵害を否定しております。

外国法においては、こうした背景的利用について権利侵害を否定する明文の規定を有する立法例も見られます⁶³。しかし、わが国にはそういう条文がないために、形式的には著作権侵害となってしまうわけであり、そこで、先ほどの判決はいわゆる本質的特徴の直接感得論によって権利侵害を否定したわけですが、背景的利用が問題になるケースのすべてがこのような解釈論で解決できるとは限らないように思われます。その意味では、なお検討の必要があると思えます。

著作権法43条

第五に、43条についてです。

著作権法には30条以下にさまざまな権利制限規定があり、そうした規定によって、ある著作物について一定の利用行為（例えば複製）を行うことが許されることとなります。このように制限規定によって著作物の利用が許されるような場合、その著作物をそのままの形で利用するだけでなく、翻訳や翻案等により二次的著作物を作成したり、そのようにしてできた二次的著作物を利用したりする必要性があり得ます。

そこで43条は、権利制限規定によって許される行為のうち一定のものについては、著作物をそのまま利用するというだけでなく、翻訳や翻案等といった方法により利用することを認めているのであります。

具体的には、例えば他人の著作物を自宅で私的複製する際（30条1項）には、43条1号により、翻訳、編曲、変形または翻案の方法によりこれを複製することができます。また、他人の著作物を引用する際（32条1項）には、43条2号により、翻訳の方法によりこれを引用することができるわけです。

しかし、権利制限規定は限定列举だといえますと、43条を反対解釈することになりますので、ここに挙がっていない行為は、この規定によっては許されないということになります。

(a) 非営利演奏における編曲

例えば、非営利かつ無料の演奏は38条1項によって許されますので、学園祭で無料コンサートをする際に他人の著作物を公に演奏することは許されるわけですが、この38条1項という条文は、43条において言及されておられません。そのため、学園祭で他人の音楽著作物を非営利かつ無料で演奏する際には「編曲」してはいけないということになります。実際のところ起草者もそのような見解を述べています⁶⁴。

もっとも、著作権法上は、既存の著作物に対して新たな創作的表現による変更を加えればそれだけで「編曲」になってしまいますので、現実問題としては、一切「編曲」を加えずに演奏しようと思っても、なかなか容易でないようにも思われます。

そのためもありましてか、起草者自身が述べているものをよく読みますと、「音楽の著作物、特に軽音楽のたぐいになりますと、原作品のままではなく、相当程度にアレンジして演奏することがございますが、場合によっては、第27条の編曲権が問題となることも考えられます」などという述べ方をしております⁶⁵。「場合によっては……問題となる」という言い方をしているということは、音楽著作物の非営利演奏に関しては、むしろ原則として権利侵害が否定されるという解釈を示しているようにも読めます。おそらく結論はこれでいいと思うのでありますが、ここでも起草者は法律構



成を全く示していないわけであります。

(b) 要約引用

また、43条に関しましては、要約引用の問題もあります。

すなわち、引用は32条1項によって許されるのですが、この規定が適用される場合は43条2号によって「翻訳」することが許されております。しかし、この43条2号は「翻訳」を掲げるのみであり、1号と比較いたしますと、「編曲」「変形」「翻案」が掲げられておりません。そのため、他人の著作物を「翻訳」して引用することはできるけれども、「翻案」とりわけ「要約」して引用することはできないということになるのではないかというわけであります。これが要約引用の議論であります⁶⁶。

実際のところ、起草者によれば、引用の際には翻訳が許されるだけであり、要約して引用すること（ダイジェスト引用）は認められないものと述べられております⁶⁷。

もっとも、他人の著作物を要約して引用することは、現実には広く行われているのではないかと思います。そのため要約引用を認めるべきであるとする学説も少なからずあります。

裁判例におきまして、結論として「同条2号には、翻案の一態様である要約によって利用する場合を含むものと解するのが相当である」と述べて要約引用を認めたものがあります（東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁〔「血液型と性格」事件〕）。

ただ、こうした解釈は43条の文言からすると苦しいところがありますので、要約引用は同条によっては許されないとしながらも、長い文章を非常に短く圧縮したというような要約であれば、もとの著作物の創作的表現は残っていないという理由で、権利侵害を否定する見解もあります⁶⁸。

たしかに、「『血液型と性格』事件」であれば、こう

した解釈論で解決可能だったのかも知れませんが、要約引用が問題になるケースのすべてをこの解釈論で処理できるとは限らないのではないかと思います。したがって、この点はなお検討の余地があるのではないかと思います。

(c) 複製をともしない私的翻案

さて、このあたりまでは教科書的な論点でもあるのですが、若干マニアックな論点にも触れさせていただきますと、複製をともしない私的翻案というのも問題になります。

すなわち、43条1号には30条1項が掲げられておりますから、私的複製にともしなう翻訳、翻案等は許されることとなります。例えば、ドイツ語の本を日本語に翻訳しながら日本語訳をノートに記述するというのは、私的複製にともしなう翻訳ですから許されます。

しかし、ここで30条1項および43条1号が適用されるのは、あくまでノートに記述するという「複製」が行われているからです。これに対して、私的領域における行為ではあっても、複製をともしなわずに翻訳することもできます。例えば、ドイツ語の本を日本語に訳しながら読み上げるという行為です。その場合、複製という行為は行われていませんので私的複製にもならないわけです。そうしますと、30条1項は適用されませんので、したがって43条1号も適用されないということになります。残るのは単なる「翻訳」という行為だけです。この翻訳という行為については権利制限規定がありませんので、そして著作権者の許諾を得ていないので、結果として権利侵害になってしまうのではないかと思います。

具体的に申しますと、ドイツ語の本を自分の部屋で和訳しながらノートに書くというのは、30条1項の私的複製にともしなう翻訳と評価できますので、43条1号によって許されます。しかし他方、ドイツ語の本を自分の部屋で和訳しながらノートに書かずにペラペラと口に出して読み上げたというような場合、実際にこんなことがあるのかどうかわかりませんが、翻訳権侵害になってしまうのではないかと思います。

あるいは、他人の楽曲を自分の部屋で編曲しながら演奏したという場合も同様です。これは現実にもよくあります。ここでは複製が行われていないのですが編曲という行為は行われています。ですので、編曲権侵害となってしまうのではないかと思います⁶⁹。

なぜこうなるのかと申しますと、これはわが国著作権法の構造の特殊性によるところがあるように思います。わが国著作権法におきましては、21条から26条の3というのが原著作物のまま利用することに関する支分権のセットになっており、これに対して、27条と28条というのは特殊です。すなわち、27条という

のが二次的著作物を作成する行為、そして28条は作成された二次的著作物を利用する権利なのです。

こういう権利構造は比較法的に見ても特徴的なものであります。私自身は体系的に優れていると考えているわけですが、このような構造にしてしまったために、そして権利制限規定が厳格解釈されてきたこととも相まって、先のような不都合と思われる事態が生じているということは否定できないのではないかと思います。

もちろんこのようなことは、私のようなオタク著作権法学者だけが好む議論にすぎないのかも知れません。実際に訴訟になれば、いくら何でも自宅で編曲して演奏する行為が編曲権侵害に当たると判断されることはないのも確かだろうと思います。

しかし、権利制限規定を厳格解釈するという以上、解釈論としては何らかの法律構成によって権利侵害を否定しなければならぬわけでありますから、やはり問題は残るのではないかと思うわけであります。

著作権法45・46条関係

第六に、45・46条であります。46条は、「美術の著作物でその原作品が前条第2項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されているもの又は建築の著作物は、次に掲げる場合を除き、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」と規定されています。

例えば、公園に設置されている彫刻とか外壁に描かれた絵は「屋外の場所に恒常的に設置されているもの」に当たりますので、これをデジタルカメラで撮影してネットに掲載するといったような行為も許されることとなります。

ここで「恒常的に設置されている」というのは、起草者によると「常時継続して公衆の観覧に供するような状態におくこと」とされています⁷⁰。そして、「恒常的に設置」というくらいですから、ある程度地面に固定されている状態をイメージするのが通常であります。

ところが、従来裁判例においては、絵が描かれた路線バスが写真撮影され、これが絵本に掲載されたという事案で、絵画が路線バスの車体に描かれたということをもって、美術の著作物の原作品が「恒常的に設置されているもの」に該当すると判示したものがあります（東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁〔市バスの車体事件〕）。

すなわち、判決は、46条の趣旨に立ち返った上で、「前記の趣旨に照らすならば、同条所定の『恒常的に設置する』とは、社会通念上、ある程度の長期にわたり継続して、不特定多数の者の観覧に供する状態に置くことを指すと解するのが相当である。原告作品が車体に描かれた本件バスは、特定のイベントのために、ごく短期間のみ運行されるのではなく、他の一般の市営バスと全く同様に、継続的に運行されているのであ

るから、原告が、公道を定期的に運行することが予定された市営バスの車体に原告作品を描いたことは、正に、美術の著作物を『恒常的に設置した』というべきである」として、侵害を否定したのであります。

ここで判決が『恒常的に設置した』というべきである」と述べているということは、46条を「適用」したものであって「類推適用」したのではないということになるかと思えます。そのため、このような解釈は同条の文言からして苦しいのではないかという見方もあろうかと思えます。ただ、ここで論議すべき問題として重要なのは、「恒常的に設置」という文言に合致するかどうかではなく、この事件で裁判官（飯村敏明裁判長）がどのような価値判断あるいは政策的思考で結論的に権利侵害を否定すべきと考えるに至ったか、という点なのではないかと思えます。そのような判断の背景にある思考を客観的に明らかにしていく作業が、今後のあるべき解釈論あるいは立法論を検討するにあたって重要なのではないかと考える次第であります。

著作権法49条関係

第七に、49条であります。権利制限規定の中には「複製できる」という規定が多くあります。そうすると、「複製できる」のはいいのですが、そのようにして作成された複製物が後に残ることになります。ただ、そうした権利制限規定は一定の目的に限って複製することを認めたにすぎないため、この権利制限規定によって作成された複製物が、事後的に当初の目的を超えて使用されることには問題があります。そこで、同条は目的外使用を定めているわけでございます。

例えば、同条1項1号というのは、目的外で「これらの規定の適用を受けて作成された著作物の複製物を頒布し、又は当該複製物によつて当該著作物を公衆に提示した者」は、それがなされた時点で改めて複製を行ったものとみなし、これに改めて著作権を及ぼすことになっております。

例えば、当初は私的に聞く目的で市販のCDから音楽著作物を複製したMDを、後で不要になったからといってネットオークションに出品するなどして、公衆（不特定または多数の者）に譲渡した場合、これが「複製物」の「頒布」に当たりますので、それが有償であるか無償であるかにかかわらず、目的外使用としてその時点で複製を行ったことになり、複製権侵害となるのであります。

ただ、同号の規定は「複製物によつて当該著作物を公衆に提示した者」というのも掲げています。これは録音物を再生して公に聴かせるというのがその典型なのですが、起草者は、例えば、私的複製した楽譜を演奏者が見ながら公に演奏する行為も「複製物によつて

当該著作物を公衆に提示」することに含まれるとも述べています⁷¹。

そうすると、例えば、個人的に楽しむために私的にコピーしていた楽譜を見ながら非営利無料のコンサートで演奏したという場合、これは複製権侵害になるということになります⁷²。そのため、楽譜をコピーでしか持っていないという演奏者は、ステージに上るときだけは暗譜して演奏しなければならないということになります。これは少し厳しいのではないかということもあり、これに疑問を呈する見解もあります⁷³。

いずれにいたしましても、録音物を公に再生するというのが「当該複製物によつて当該著作物を公衆に提示」することの典型であるという以上、テレビ番組を私的録画したビデオを、非営利無料の上映会のために使うと、これも複製権侵害になります。

細かい話になるのですが、例えばテレビ番組を私的録画したビデオを学校の授業で上映したという場合は、同号にいう「当該複製物によつて当該著作物を公衆に提示」したことになります。したがって、目的外使用があるということになり、この時点で複製したと擬制されることになります。しかし、学校その他の教育機関において教育を担任する者は、「その授業の過程における使用に供することを目的とする場合には、必要と認められる限度において、公表された著作物を複製することができる」という35条1項の規定があります。ここでは「複製することができる」と規定されていますので、先ほど擬制された複製行為に同項が適用されることになります。つまり、たとえ目的外使用がなされて複製が擬制されても、その複製行為にもう一度権利制限規定が適用されれば、複製権侵害が否定されるわけです（二段階適用）⁷⁴。

しかし他方、私的録画したビデオで非営利無料の上映会をすることについては、たしかに38条1項という規定はあるのですが、この規定は「上映」を許容するものにすぎませんので、目的外使用によって擬制された「複製」行為は残ってしまい、これは複製権侵害だということになります。

これを突き詰めると、例えば同項に基づいて「名盤レコードを聴く」という非営利無料のコンサートを開催しようとしたところ、会場に行ってみると、レコードを再生する機械が故障していて、たまたま私的にダビングしていたMDがあったので、これを使って再生したという場合でも、これは目的外使用に当たり、複製権侵害になってしまうということになります。

いずれの場合も、非営利無料のコンサートをするという点においては共通するのですが、私的複製された録音物を使うのか、そうでないのかによって逆の結論になります。そのため、例えば何らかの映画がテレビで放映されても、これを録画して非営利無料の上映会

をすることはできず、DVDが発売されるまで待たなければならないということになります。

たしかに今のようなケースは、こういう解釈でいいのかも知れません⁷⁵。ただ、例えば、昔付き合っていた彼女から以前もらった名画のカラーコピーが、最近になって押し入れの中から見付かったとします。これはなかなかいい絵だ、みんなにも見てもらいたいと考えて、研究室の扉に貼っておいたという場合、これは他人によって私的複製された美術の著作物の複製物について、事後的に「当該複製物によつて当該著作物を公衆に提示した」こととなりますので、複製権侵害となります。もっとも、そもそも美術の著作物に関する展示権というのは「原作品」により展示する行為にしか及びません(25条)。したがって、美術の著作物の「複製物」を展示する行為はもとと著作権の及ぶような行為ではないのです。しかも、複製権を侵害する行為によって作成された複製物を頒布することは著作権侵害とみなされますが(113条1項2号)、公衆に提示する行為は侵害とみなされておられません。そうすると、権利制限規定の適用を受けて適法に作成された美術の著作物の複製物を後になって展示する行為は複製権侵害となってしまう一方、違法に作成された美術の著作物の複製物を展示する場合は適法になってしまうのではないかと思います。

そのため、49条1項における「当該複製物によつて著作物を公衆に提示した」について、「複製物を公衆に見せる行為のように、そもそも著作権の禁止権の範囲外の行為をなしたとしても、本条にいう『公衆に提示』する行為には該当しないと解される」とする見解もあります⁷⁶。

以上のように目的外使用についても、検討すべき問題があるかと思えます。

その他

さて、権利制限規定をめぐる問題はほかにも多数あります。

(a) 記念写真のネット掲載

例えばディズニーランドに行って、ミッキーマウスとツーショットで写真を撮ったとします。その写真を「ディズニーランドに行ってきました」とかかって自分のウェブサイトやブログに掲載すると、ミッキーマウスという著作物を無断で公衆送信したことになります。このとき、もちろんミッキーマウスの著作権が存続しているという前提ですが、これについても適当な権利制限規定がありませんから著作権侵害になってしまうのではないかというわけであります。

たしかに、現行著作権法においては権利制限規定が多数定められているのですが、公衆送信権については権利制限規定が少ないのです。したがって、いくら個

人が開設している非営利無料のウェブサイトでありましても、他人の著作物を無断でネットに掲載したというだけで公衆送信権の侵害になってしまいます。したがって、先ほどのミッキーマウスのツーショット写真についても、黙示的許諾があるとか⁷⁷、32条1項の引用に当たるとか、そういった解釈論を検討するほかにいいことになりません。

(b) 検索エンジン

また、検索エンジンについても問題となります。検索エンジンでは、データベースを作成するために、インターネット上に存在するウェブサイトをクロールによって収集し、これをいったん複製しているようです。また、ユーザからの検索に応じて、ウェブサイトへのリンクを提供するとともに、場合によってはウェブサイトの要約やサムネイル画像を表示することによってこれを公衆送信しています。さらには、キャッシュという形で、すでに削除されてしまった過去のウェブサイトを保存し、これを公衆送信している場合もあります。

こうした検索エンジンやキャッシュというものが有用なものであることは明らかであります。前記(b)で見た「Wayback Machine」のように、定期的にウェブサイトを保存しているアーカイブもあります。

しかし形式的に見ますと、こうした行為は複製および公衆送信という利用行為に当たります。現行法上は適当な制限規定がありませんので、検索エンジンは複製権および公衆送信権の侵害になってしまうのではないかということが問題となっております。実際のところ、すでにアメリカ^{78 79}やドイツ⁸⁰などにおきましてはGoogleをめぐる訴訟が展開されているところであります。そこで、この問題はわが国の『知的財産推進計画2007』でも指摘されておりまして⁸¹、著作権分科会法制問題小委員会デジタル対応ワーキングチームによる検討の中間報告がまもなく公表される予定であります⁸²。

今後この点に関する立法的対応が実現するかどうかはわかりませんが、仮に現状のわが国で検索エンジンについて訴訟になった場合どうなるかと考えますと、まずは黙示的許諾論によって権利侵害を否定できる場合があるかと思えます。すなわち、ウェブサイトを開設している者にとっては、自己のウェブサイトがクロールによって複製されとか、検索エンジンによって一部が公衆送信されるというのは想定の内だとも考えられます。そして、やろうと思えば「robot.txt」ファイルによって、検索エンジンによるクロールを拒否することも可能だという事情もあります。そのような観点から、複製や公衆送信について黙示的許諾があるといえる場合も少なくないものと思えます。

もっとも、そのウェブサイトが他人の著作物を無断で掲載しているというような場合(例えば、市販され

ている漫画を無断でスキャンして掲載している場合など) そのウェブサイト開設者は他人の著作物について許諾権限がありませんので、このようなウェブサイトが検索エンジンによって複製等されることについて、著作権者の黙示的許諾はないということになります⁸³。このように、黙示的許諾論だけで解決できるわけではないということでもあります。

(c) 研究目的

また、わが国の権利制限規定には研究にかかわるものが少ないのではないかと思います。例えば、著作権法30条1項なども、複製の目的が研究であるのか趣味であるのかは考慮しておりません。

ちなみに私などは、実際の著作権訴訟で問題になった現物を、あくまで研究のためにコレクションしております。その中には、結果として著作権侵害と判断された著作物もありますが、研究にとっては現物に接することが大変重要であります。こうしたものは、一般に入手できるものもありますが、オークションで入手したり、インターネットからダウンロードしたりして入手することもあります。

例えば、「地獄のタクシー事件」(ないし「先生、僕ですよ事件」と呼ばれる裁判例(東京地判平成10年6月29日判時1667号137頁)に関して、被告のテレビドラマは、結果として著作権侵害が否定されたものではありませんが、DVDとして市販されることもなく、私はこれをずっと見ることができずにおりました。ところが最近になって、これがとある動画投稿サイトにアップロードされているのを発見しまして、これを私的複製としてダウンロードしたことがございます。研究のためにはやはりあの映像を見る必要があると強く感じました。もちろん、動画投稿サイトに他人の著作物等を無断でアップロードすることは明らかに違法でありますから、これを正当化することはできませんが、そのような動画を研究目的でダウンロードすることは、私的複製として許されていいのではないかと思います。もちろん現行法上、ダウンロードは30条1項によって許されるものと解されますが、現在、審議会(文化審議会著作権分科会私的録音録画小委員会)では、違法サイトからのダウンロードなど、違法録音録画物や違法サイトからの録音録画について、情を知っている等の条件の下に私的複製(30条1項)の適用範囲から除外するという改正案が検討されております。もしこのような改正が実現してしまいますと、例えば、いわゆる「記念樹(どこまでも行こう)事件」控訴審判決(東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁)で、被告楽曲『記念樹』は最終的に著作権侵害が肯定されておりますので、この被告楽曲を研究のために複製すると、違法であることを知っておりますので、30条1項が適用されないということになるのではないかと思います。

ます。つまり、いくら研究目的であるといっても結果として複製権侵害になってしまいかねないわけであり

ます。たしかに、違法録音録画物や違法サイトからの録音録画について、同項の適用範囲から除外するという立法提案は、違法サイトからのダウンロードの抑止など、それなりの意義があるのかも知れません。しかし、もしそういう改正を行うのであれば、併せて研究目的による利用行為を一定の場合に免責するような何らかの規定を置くということも検討すべきではないかと思

います。研究関係でいいますと、コロンビア大学ロースクールの図書館が「Music Plagiarism Project」というサイトを開いております⁸⁴。これは、音楽著作物に関する訴訟で問題となった楽曲の比較サイトで、過去100年以上にわたる音楽著作権関係訴訟における原告・被告の楽曲が、音楽ファイルや映像ファイル、あるいは楽譜ファイルの形でアップロードされております。例えば、『Pretty Woman』のパロディが問題になった有名な事件⁸⁵についても、原告および被告の音楽ファイルや歌詞が掲載されていますし、原告については楽譜やビデオクリップまで掲載されています。ほかに、『オペラ座の怪人』のテーマ曲が訴えられた事件や⁸⁶、『Saturday Night Fever』のテーマ曲『How Deep Is Your Love』が訴えられた事件など、われわれ日本人が視聴しても理解しやすい事件も少なからず紹介されています⁸⁷。これはアメリカにおける音楽著作物の類似性判断を研究する上で非常に有用なウェブサイトであると思います。

ただ、このようなウェブサイトを開設すること自体が著作権侵害にならないのかという気もやはりするわけです。しかし、このウェブサイトのコンサルタントとして名を連ねておられるJane Ginsburg教授によりますと、このウェブサイトに掲載されている音楽ファイル等は、音質が必ずしも良くないことや長さが短いことなどから、市場におけるCD等の売りに上げに影響を及ぼすものではないこと、あるいはこのウェブサイトが研究・教育を目的としていることなどから、結論としてフェア・ユースに該当するものと考えておられるようです。

他方、もし全く同じウェブサイトを日本で開設した場合、いくら研究目的だといいますが、公衆送信権侵害になってしまう可能性が高いのではないかと思います。もちろん、こうしたウェブサイトを結論として許容すべきかどうかは見解の分かれるところであろうとは思いますが、その是非はひとまず置くとしても、現行法のままでは難しいということでもあります。

以上、縷々述べてまいりましたが、著作権制限規定

が限定列举であり、しかもそれが厳格解釈されてきたことによって生じる問題については、さしあたり以上とさせていただきますと思います。

(2) 著作者人格権の制限規定について

次に、著作者人格権の厳格解釈について述べたいと思います。とりわけ同一性保持権であります⁸⁸。

従来の通説・判例によりますと、同一性保持権の適用除外を定めている20条2項は「例外」規定として徹底的に厳格解釈されてまいりました。とくに同項4号の規定は事実上凍結されてきたに等しいように思います。同号の適用される具体例として起草者によって挙げられているものは、例えば色刷り出版の際に色彩が完全には出ない場合、演奏技術が未熟なために演奏が不完全になった場合、テレビ放送の際に画面の四隅がカットされる場合（このようなことは今時ほとんどないと思いますが）など、きわめて限定的なものにとどまります。

判例も、ごく最近に至るまで4号の規定を適用した経験が全くありませんでした。結局のところ、同号を明示的に適用する判例は平成5年までなかったといつてよからうと思います。

このように通説・判例によりますと、同条2項、とりわけ同項4号は「きわめて厳格」に解釈されてきました。したがって、著作者の意に反する何らかの改変があれば、即同一性保持権の侵害になると考えられてまいりました。

しかし、実際には改変即侵害というような硬直的な解釈は貫徹できておりません。

例えば、翻訳権を譲り受けたあとで、この翻訳権に基づいて他人の小説を翻訳したら、著作者から同一性保持権侵害で訴えられるかという、さすがに、それはないだろうというふうにいわれてまいりました。購入した書籍に自室で書き込みをする行為も同様です。こうした行為は、形式的には著作物の改変があると言わざるを得ませんが、結論として、それが常に同一性保持権の侵害になると解されてきたわけではありません。

つまり、同項の適用を回避したとしても、同一性保持権の侵害を否定する必要は、依然としてあったということでもあります。そこで通説・判例は、同項は使わないのだけれども、いわば「不文の適用除外」として、さまざまな解釈論を展開してきました。

例えば、起草者によれば、著作権者たる著作者の許諾を得て行われる「原作の本質に触れない……翻訳・編曲・翻案等」というものは、「同一性保持権の内容とはしない」と述べています⁸⁹。

また、パロディというのも著作物の改変をとまいませんが、これについても起草者は、一定の場合には

「同一性保持権の問題は生じません」と述べています⁹⁰。

そこでは、「明文の規定は存しないが解釈上の問題として、そう解すべきであるということでもあります」と述べられております⁹¹。また、「著作物の原作品の破棄等」も「法律上は……同一性保持権の問題ではありません」とされます⁹²。

このように、起草者によれば、さまざまな改変について結論として同一性保持権の侵害が否定されています。しかしながら、その法律構成は明らかにされていないのであります。

また、著作物を私的に改変するというのも、形式的に見れば20条1項における著作物の改変と言わざるを得ないと思いますが、従来の議論においては結論として同一性保持権の侵害を否定する解釈が一般的であります⁹³。

また、裁判例においても「不文の適用除外」は数多く見られます。例えば、「スウィートホーム事件」の第一審判決（東京地判平成7年7月31日知的裁集27巻3号520頁）は、映画をテレビ放送する際のコマーシャルによる中断について、「民間放送での長時間の映画放送にあたっては、避けられないものであって、これをもって、被告伊丹プロが本件映画の改変を行ったとみることはできない」と述べて侵害を否定しております。コマーシャルによる中断というのは形式的に見ると著作物の改変なのですが、判決は結論として同一性保持権の侵害を否定したわけです。

さらに、改変はあるとしながらも黙示の同意を認定して、同一性保持権の侵害を否定した裁判例もあります。いわゆる「俳句の添削事件」の第一審判決（東京地判平成9年8月29日判時1616号148頁）であります。これは原告によって投稿された俳句を改変して雑誌に掲載した行為が問題になった事案で、判決は、著作者が「少なくとも黙示的に承諾を与えていたもの」と認定した上で、「被告が本件各俳句を改変した行為は同一性保持権の侵害にあたらない」と判示したのであります。

さらに、「やっぱりブスが好き事件」（東京地判平成8年2月23日判時1561号123頁）は、原告が著作した漫画を改変して雑誌に掲載したことが問題となった事案であります。判決は、原告の同一性保持権の主張が権利濫用であり、民法1条3項に基づき許されないものと判示しております。

また、先ほどの「俳句の添削事件」の控訴審判決（東京高判平成10年8月4日）におきましては、俳句を添削した上で掲載することができるという「事実たる慣習」を民法92条に基づいて認定することによって、同一性保持権の侵害を否定しております。

このように、著作権法20条2項の厳格解釈を主張したところで、やはり同一性保持権の侵害を否定しなけ

ればならない場面というのがあるわけでありまして、同項に基づかない不文の適用除外が広範に展開されてきたのではないかと思います。同項4号の適用を避けると、結局、不文の適用除外という不明確な法律構成に基づくことになりますから、結果としてアドホックな侵害判断をもたらしてしまったのではないかと思います。

そこで、どのような場合に同一性保持権の侵害になるのかという判断基準を可能な限り明確にするために、法律構成として同条における侵害判断をできるだけ活用すべきではないかということを私は主張してまいりました。とりわけ同条2項4号は「著作物の性質」や「利用の目的及び態様」という考慮要素を掲げる一般条項的な規定でありますので、同号の厳格解釈を見直して、著作者と利用者との調整を行うためにこれを活用することを議論したほうがいいのではないかと述べてきた次第であります。実際のところ、最近の裁判例あるいは学説の中には、同号の厳格解釈をとらないものも増えてきたように思います。

・ 解決の方向性

以上、見てまいりましたように、著作者の権利（著作権および著作者人格権）について、著作権法は権利制限規定を設けてはいるけれども、それは基本的に限定列挙されたものであります。しかも、起草者および従来の伝統的通説は、そうした権利制限規定を、しばしばその文言以上に厳格に解釈してきました。その結果、形式的に見れば権利侵害と言わざるを得ないケースを多数生み出してきたわけであります。

しかしながら、冒頭にも述べましたように、著作権法というものが単に著作者の権利保護を可能な限り最大化することのみを目的とするものではなく、著作物の保護と利用とを調整することを目的とするものだと理解するのであれば、限定列挙された権利制限規定に該当しないという形式的な理由だけで権利侵害を肯定して事足りりとするのは十分でないと言わざるを得ないものと考えます。

では、この問題をいかに解決すべきかということになります。以下では、あり得べき解釈論について検討した後、立法論についても若干触れることにいたします。

1 解釈論

まずは解釈論です。あるケースについて権利侵害を肯定してしまうことが、結論としてどうも不都合であると考えるのであれば、これについて権利侵害を否定する何らかの解釈論を展開する必要があります。実際のところ、先ほど見てまいりましたように、従来の議論におきましても、そのような解釈論がさまざまに見られるわけであります。そこでまず、そうした解釈論を整理しておきたいと思えます。

(1) 拡大解釈・類推解釈

第一に、既存の権利制限規定の拡大解釈あるいは類推適用であります。

まず、拡大解釈といえそうなものは先ほどの「市バスの車体事件」(前記 .2(1) 参照)であります。すなわち、市バスの車体に描かれた絵について、判決は、46条にいう「恒常的に設置されているもの」に当たると判断したわけであります。

また、要約引用を43条に基づき許容した「血液型と性格事件」(前記 .2(1) (b)参照)も同様です。

これらの判決は、形式的な文言解釈によれば必ずしも権利制限規定に該当するとはいえないケースについて、規定の趣旨に遡ってそれらの規定を適用したものであり、これは拡大解釈といつていいように思われます。

また、このようにある権利制限規定をその趣旨に遡って広く適用することが許されるのであれば、これを類推適用する解釈論も可能なのではないかと考えられます。

従来の裁判例におきましては、著作権の制限規定を類推適用した例は見当たらないように思いますが、著作者人格権である同一性保持権については、傍論ながら、「建築物」の増築等に関する20条2項2号の規定を「庭園」に類推適用した例があります(東京地決平成15年6月11日判時1840号106頁〔ノグチ・ルーム事件〕)。

また、学説におきましても、ベルヌ条約等の国際条約におけるスリー・ステップ・テストを国内法の解釈において考慮して、権利制限規定を類推適用することは許されるとする見解があります⁹⁴。

こうした拡大解釈や類推適用が、権利侵害を否定する解釈論の一つに数えられます。ただ、考えてみますと、権利制限規定の厳格解釈を放棄するだけでもかなりの効果があるのではないかと思います。つまり、従来の通説(とりわけ起草者)は、権利制限規定をその文言以上に厳格解釈してきたように思われますので、それらの規定をとりあえず文言どおりに解釈するとい

うのが有効な解釈論の一つになろうかと思えます。

例えば、引用に関する32条1項にしても、従来の議論においては二要件説であるとか、あるいは引用の「必然性」が必要だともいわれてまいりましたが、そうではなく、さしあたり同項の文言どおり、「正当な範囲」と「公正な慣行に合致」に従って解釈するほうが妥当な解決を導くことができるのではないかと考えております。

また、私的複製に関する30条1項につきましても、起草者によれば、自宅にホーム・ライブラリーを作るのは同項に当たらず複製権侵害となるかのように述べられておりますが、同項の文言は「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること……を目的とするときは」となっているのですから、この文言からすれば、私的使用を目的とする限りにおいては、たとえ複製の規模が大きくなって同項の適用が否定されるものではないはずであります。

以上のように、権利制限規定を文言以上に厳格解釈するのをやめて文言どおり解釈するというのも、権利侵害を否定するための解釈論の一つだということになります。

(2) 本質的特徴の直接感得論

第二に、本質的特徴の直接感得論があります。

これは、たとえ他人の著作物の創作的表現を無断で使っているといたしましても、当該他人の著作物の「本質的特徴を直接感得」できないから、他人の著作物を利用しているとはいえないという理由で、権利侵害を否定するという解釈論であります。

従来の裁判例におきましても、「書と照明器具カタログ事件」(前記 2.(1) 参照)がこれに位置付けられます。

さらに、最近の議論におきましては、この本質的特徴の直接感得論を活用して、パロディについても許容すべきとする見解もあります⁹⁵。つまり、パロディにおいては、他人の著作物の創作的表現が知覚可能な形で残ってしまうことが少ないわけですが、その場合でも、規範的に見れば「本質的特徴を直接感得」できないというふうになってしまつて、権利侵害を否定するという解釈論であります⁹⁶。

こうした、いわば広義の本質的特徴の直接感得論は、たしかに侵害判断の調整に役立ってきた側面もあるかと思えます。もっとも、「書と照明器具カタログ事件」では書が問題となったケースでありましたので、その創作性は、字体や書体ではなく「筆の勢い」といった要素にしか存在しないといえました。そのため、書が縮小されればもはやその「美的要素を直接感得することが困難である」といいやすかったのかも知れません。しかし、これがもし絵画であった場合どうかと

考えますと、同じようにいえるかが問題となります。

また、仮に被告があの手を意識的にカタログに写り込ませたというような事情があったという場合でありましても、判決の立場に従いますと、当該書が縮小されて「美的要素を直接感得することが困難である」以上、権利侵害を否定せざるを得ないこととなります。しかし、起草者が「その背景絵画を意識してピントをそちらに合わせるとすれば、話は別であります」と述べていることから⁹⁷、結論として権利侵害が否定されていいのかがどうか、検討の余地があるように思われます。

さらに、書が縮小されており「美的要素を直接感得することが困難である」という以上、たとえ本件カタログに掲載された書の部分だけを切り取ってキーホルダーをつくるか、携帯電話の待受画面として配信するといったことをしても、権利侵害が否定されることにはなりますが、それでいいのかが問題になろうかと思えます。

このように見てまいりますと、本質的特徴が直接感得できないという理由で権利侵害を否定してしまうと、たとえこれを利用する者の主観的意図がどのようなものであっても、また、権利者に与える経済的影響がどのようなものであっても、権利侵害が否定されることにはなります。

そのような意味で、広義の本質的特徴の直接感得論は、たしかに妥当な判断を導くことができるケースもあるのですが、逆に、波及効果の大きい解釈論であります。少なくともこの解釈論だけですべてをカバーすることはできないように思うわけでございます。

(3) 黙示的許諾

第三に、黙示的許諾であります。従来の裁判例におきましても、著作者人格権である同一性保持権についてはありますが、著作者が俳句の改変について黙示的に承諾していたと推認できるとして同一性保持権の侵害を否定したのがあります(前掲・東京地判平成9年8月29日〔俳句の添削事件：第一審〕⁹⁸)。

また、ウェブサイトを開設している者は、検索エンジンが自己のウェブサイトをクロールして複製および公衆送信することについて黙示的に許諾しているものと解釈できる場合もあるかと思えます。もっとも、先ほども述べましたとおり、クロールされることをウェブサイト上で明示的に反対している場合や、他人の著作物を無断で掲載している違法ウェブサイトの場合については、黙示的許諾論だけでは解決できず、なお検討の余地が残るところであります。

(4) 権利濫用

第四に、権利濫用もあります。従来の裁判例におい

て、著作権に関して権利濫用を理由として侵害を否定した裁判例はないように思いますが、著作者人格権である同一性保持権については、権利濫用によって侵害を否定したのがあります（前掲・東京地判平成8年2月23日〔やっぱりブスが好き事件〕）。

たしかに、商標法に関する裁判例におきましては、権利濫用によって商標権侵害を否定したものが多数ございます。しかし、少なくとも著作権法に関する限り、裁判所はあまり権利濫用論を認めたがらないのかも知れません。

（5）その他

おおむね以上のとおりであります。それ以外にも以下のような解釈論があり得ます。

解釈論上のフェア・ユースの抗弁

例えば、ある行為が個別の権利制限規定に該当しない場合であっても、一定の場合には公正な利用ないしフェア・ユースであるとして結論として権利侵害を否定する見解も見られます⁹⁹。

実際のところ、いわゆる「パロディ＝モンタージュ事件」の控訴審判決（東京高判昭和51年5月19日無体裁集8巻1号200頁）は、「本件モンタージュ写真の作成は、他人の著作物のいわゆる『自由利用』（フェア・ユース）として、許諾さるべきものと考えられる」と判示しております。

もっとも、この判決は学説上「袋だたき」あるいは「一斉攻撃」に遭ったとさえいわれており、その後、最高裁によってひっくり返されることとなります（最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁）。そして、その後の裁判例におきまして、解釈論上のフェア・ユースの抗弁というのは認められないものと解されております¹⁰⁰。

たしかに、わが国著作権法には権利制限規定として個別規定しかありません。そして、それらの個別規定は基本的に厳密に要件効果を明示したものであります。したがって、それらの個別規定は原則として反対解釈されるものと解されます。そのような状況において、明文の規定なく「フェア・ユースの抗弁」を正面から認めるとするのはやはり妥当でないものと考えられます。

利用行為に当たらないとする解釈論

次に、一定の行為について、著作権の内容となる利用行為を行っているとはいえないと評価することによって権利侵害を否定する解釈論もあります。例えば、いわゆるRAM（ランダム・アクセス・メモリ）への一時的蓄積は著作権法上の「複製」に当たらないとした判決（東京地判平成12年5月16日判時1751号128頁〔スターデジオ事件〕）がこれに位置付けられます。

そもそも「複製」に当たらないのですから、複製権の侵害になることもないというわけであります。

また、いわゆる「スウィートホーム事件」の第一審判決（東京地判平成7年7月31日）が、映画をテレビ放送する際のコマーシャルによる中断について、「本件映画の改変を行ったとみることはできない」と述べて侵害を否定しているのも同様であります。

すなわち、結論として権利侵害を否定する点は同じなのでありますが、その理由付けとして、そもそも権利の対象となる行為をしていないと解釈する方法であります。

もっとも、著作物の権利の対象となる行為に当たらないと言ってしまうと、その行為には全く権利が及ばないこととなります。その意味では、これも大きな波及効果が生じる可能性がありますので、その点は検討を要するところかと思えます。

権利の対象にならないとする解釈論

さらには、そもそも権利の対象にならないという理由で権利侵害を否定する解釈論もあります。

例えば、13条に「権利の目的となることができない著作物」として、例えば「法令」（1号）とか「裁判所の判決」（3号）といったものが挙げられているわけですが、ここでいう「法令」には、制定法のみならず、立法過程において政府が作成した法案も含まれるというのが起草者の解釈であります¹⁰¹。つまり、著作物ではあっても著作権法上の権利の対象にならないということになります。

他方、裁判例におきましては、パソコン通信PC-VANのOLT（オンライン会話サービス）における会話文について、「本件通信記録は、OLTを利用して交わされた会話文であって、その内容は日常の会話と特段異なると認められる点がなく、文芸、学術の範囲に属するものとは到底認められない」と判示して著作物性を否定したのがあります（東京地判平成9年12月22日判時1637号66頁〔PC-VAN事件〕）。

この判決は、会話文とはいえ文章でありながら「文芸……の範囲」に属さないという理由で著作物性を否定しており、それ自体は特異な解釈として批判されるべきものであります¹⁰²。しかし、この判決がそのような判断を行った背景には、こうした書き込みのようなものをコピーすることは許されるべきだという価値判断がまずあり、その理由付けとして著作物性を否定するという解釈論が採用されたという可能性も否定できません¹⁰³。そうだとすると、これもやはり権利侵害を否定するための解釈論の一つということになるわけがあります。

もっとも、著作物性を否定するという解釈論は、それを保護客体から排除するということとなりますので、

どのような利用を行おうとも、著作権者の権利による保護は一切与えられないということになります。そのため、そのような結論になってよいかどうかは個別的に検討する必要があります。

2 立法論

以上、いろいろと見てまいりましたように、これまではさまざまな解釈論によって問題に対応してきたわけでありませぬ。こうした解釈論は今後も意義を失うものではありません。たしかに、それぞれの解釈論には限界もありますが、ケースに応じて解釈論を使い分ければある程度は対応可能なのではないかという気もいたします。

しかしながら、著作権法を形式的に適用すれば権利侵害になってしまうように読めるけれども、実際に訴訟になれば権利侵害が否定されるだろうから大丈夫だというような状態、つまりどのような法律構成が採用されるかは明らかでないけれども、とにかく何らかの法律構成によって権利侵害が否定されるだろう、というような状態は、あまり望ましいものとは思われませぬ。そもそも、どの法律構成が採用されるかわからないということは、そこでどのような事情が考慮されるのか事前に明らかになることがないということの意味をいたします。その結果、裁判所においても場当たり的でアドホックな判断が示されるおそれが払拭できないのではないかと思います。

また、ある行為についていくら解釈論を駆使しても権利侵害を否定することは難しいが、価値判断として当該行為を積極的に支援したいという場合があるかも知れませぬ。例えば、パロディや検索エンジン、あるいは先ほどのコロンビア・ロースクールのようなウェブサイトや、「Wayback Machine」のようなウェブサイトのアーカイブなどでありませぬ。もし、そうした行為が積極的に支援されるべきであるとするならば、立法的対応によって権利侵害を否定する必要があるということになります。

そこで、次に立法論を検討してみたいと思います。立法論といたしましては、以下のように、個別規定の改正と一般条項の創設が含まれます。それでは以下、順に見てまいります。

(1) 個別規定の改正

まずは、個別規定の改正であります。著作権法の権利制限規定は、かねてから新しい技術発展に対応するなどの理由により、さまざまに改正されたり、新たに規定が設けられたりしてきたことはいまでもありません。

たしかに、こうした個別規定の見直しによる対応は、権利侵害が否定されるべき一定の定型的な行為について要件を明示することにより明確な判断基準を獲得することができるというメリットがあります。その意味では、今後も、ある定型的行為について結論として権利侵害を否定すべきだというコンセンサスがとれるのであれば、その都度、積極的に個別的な権利制限規定を整備していく必要があります。

こうした権利制限規定の見直しというのは、排他権を完全に否定するという方向だけではありません。例えば、著作権は制限するものの補償金支払義務を課すことにより、補償金請求権は残すといった方法もあります。例えば、現行法36条においても、公表された著作物を試験問題として複製することは複製権の侵害になりませぬが、営利を目的としてこれを行う場合は「通常の使用料の額に相当する額の補償金を著作権者に支払わなければならない」と定められているところであります（同条2項）。

このように、個別規定の見直しを行うという立法論は、権利侵害を否定する方向が中心になりますけれども、そもそも個別規定の見直しというのは、作者と利用者とのどこで調整するかという問題でありますので、厳密に申しますと逆の方向もあります。すなわち、現行法では支分権が及ばないと解される行為ではあるけれども、結論的に見ると、何らかの形で権利を及ぼすべきではないかとされる行為もあろうかと思ひます。

例えば、ウェブサイトにおけるハイパーリンクの問題があります。もちろん、単に他のウェブサイトのURLを提供しているだけのような通常のリンクであれば、著作権法上の問題が生じないという結論でいいのだと思ひますけれども、インラインリンクやイメージリンクなどと呼ばれるリンクにおいては、別の場所にある他人の画像だけを自分のウェブサイトそのまま表示させることができます。この場合も、リンクという手法が用いられていることは確かでありませぬが、外形的には、他人の画像を複製して掲載しているのと全く変わりありませんので、このような場合に著作権法上の権利が全く及ばないという結論でいいかが問題となります。学説の中には、「あたかも自己のホームページの一部であるかの如く装う形で他人のホームページにリンクを張る行為」について、公衆送信の主体と解釈する見解もござひます¹⁰⁴。

また、漫画喫茶で漫画本を閲覧可能な形で陳列するという行為は貸与権の対象にならないと解されませぬ¹⁰⁵。これに対して、同じ漫画喫茶でも、ゲームソフトについては上映権の対象になるということで、実際に団体を通じて許諾が与えられているようす¹⁰⁶。そうすると、漫画喫茶で漫画本を閲覧可能な形で陳列する行為に著作権法上の権利が全く及ばない状態がいいのかと

という問題があるかと思えます。

以上のように、著作権法上の権利が及ばない行為について、もし何らかの形で権利を及ぼすべきであるというコンセンサスがとれるのであれば、例えば、みなし侵害規定（113条）の改正などによって実質的な権利範囲に含めるということが検討されてしかるべきだと思います。

以上のように、立法的な対応としては、個別規定の改正というものが重要であることは確かであります。では、こうした個別的な対応だけですべてのケースを適切に解決できるのでしょうか。

もちろん、個別の権利制限規定の見直しについては、これまで審議会等で不断の努力が続けられており、こうした作業は今後も意義を失うものではありません。しかし、個別規定の見直しというものは、どうしても技術や社会の変化に対して後追的になってしまうことが避けられません。

また、最近の改正を見てもわかりますように、新たに設けられた権利制限規定の中には、きわめて複雑かつ詳細な要件が定められた条文があります。例えば、平成18年改正によって、携帯電話等の記録媒体内蔵複製機器の保守・修理等を行う際におけるバックアップのための一時的複製を許容する47条の3という規定が設けられました。けれども、この規定は基本的に「保守又は修理を行う場合」と定められており、「所有者の嗜好による新製品への買換えや、劣化等を理由にした買換え等の場合」には適用されないものと解されており¹⁰⁷。このように権利制限規定の改正が個別化の道を進みますと、それだけ反対解釈が誘発されることとなります。

もちろん、個別規定だけですべてのケースに対応できるというのであれば、常に明確な判断が得られて望ましいといえましょう。しかし、いくら審議会等による個別規定の見直しが機敏に行われたといたしましても、一連の個別規定だけで適切に解決し尽くすことのできない問題というのが、やはりあるのではないかと思います。

そのような観点からは、個別規定だけではなく、権利を制限する何らかの一般条項を設けるという立法論も併せて検討されていいのではないかと思うわけがあります。

（2）一般条項の創設

さて、ここで権利制限の一般条項と申しますと、ただちに想起されますのが、アメリカにおけるフェア・ユース規定を日本法にも導入すべきだという立法論があります。たしかに、アメリカ法と同じようなフェア・ユース規定を日本法にも設けるべきだという主張は以前から見られます¹⁰⁸。

もっとも、アメリカのようなフェア・ユース規定を日本法に設けることについては反対意見も少なくありません¹⁰⁹。例えば、斉藤教授は「判例の積み重ねのなかでフェアユースの法理が帰納的に編み出され、その法理がさらに判例により練り上げられる手法は、制定法に重きを置くわが国のような法律思潮にはなじみ難いものであろう」と述べておられます¹¹⁰。

たしかに、規定手法の観点からいたしまして、アメリカ著作権法107条と同様に、わが国著作権法30条という条文の前に、権利制限の一般条項を置くということに対しては抵抗が強いのではないかと思います。

本来これは単に条文の位置だけの問題なのかも知れないのですが、権利制限規定の冒頭に一般条項を置くという手法を採用した場合、一見すると、著作権というものは一般的に制限されるのが大原則であるかのように見える可能性があるというのが、そうした抵抗の背景にあるのかも知れません。

そこで、もしわが国に権利制限の一般条項を置くことといたしましても、30条から49条という権利制限規定の最後に 例え49条の2というような形で そこまでの個別規定によってカバーできなかった行為についての「受け皿規定」として、一般条項を置くという立法論はわが国でもあり得る話なのではないかと考えております。

具体的には、まだ詰められてはいないのでありますが、例えば49条の2として、「第30条から前条までの規定に掲げる行為のほか、……に照らし正当〔やむを得ない〕と認められる場合は、その著作物を利用することができる」というような規定が考えられます。もちろん、その後に但書を付けて、「ただし、……に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない」とすることも考えられます。

このような規定は「受け皿規定」ないし「小さな一般条項」と呼ばれておりまして、多数の個別規定によってカバーできない行為ではあるが、個別規定が定めている行為と同等のものについて拾う規定として機能することになります。逆に申しますと、すでに設けられている多数の個別規定は、その一般条項の具体的なあらわれだということになります。

もっとも、著作権の制限規定についてはこれまで一般条項が存在しなかったことから、こうした立法論に対して突飛な印象をもたれる方がおられるかも知れません。

しかし、このような規定手法自体は、実は現行著作権法においてもすでに同一性保持権の適用除外に関する20条2項に見られます。つまり、20条2項という規定は、同一性保持権の侵害とならない改変として、まず1号から3号まで3つの個別規定を挙げています。すなわち、教科書への掲載等における用字または用語

の変更（1号）、建築物の増改築等（2号）、コンピュータ・プログラムのデバッグやバージョンアップ（3号）であります。こうした個別規定の後、受け皿規定として「前3号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」（4号）と定めています。この4号は、たしかに「やむを得ない」という文言が用いられてはおりますが、それが一般条項としての受け皿規定であることに異論はないと思います。

このような規定手法、すなわちソフトな一般条項とハードな個別規定をセットで設けるという手法は、一般条項がもたらす具体的妥当性と、個別規定がもたらす法的安定性を兼ね備えた判断構造を提供するものでありまして、とりわけ著作物のような無体物に関する侵害判断として有効に機能するのではないかと考えます。

しかも、同号は、一般条項であると同時に、「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らし...」というように考慮すべき要素をあらかじめ明示しております。これは、オープンな一般条項の柔軟性を基本的に維持しながらも、その適用に一定の縛りがかかるものであります¹¹¹。

このように、一般条項を設けるといたしましても、権利制限規定の冒頭ではなく、個別規定の最後に受け皿条項として一般条項を設けるとともに、そこで「...に照らし」というような形で考慮要素を明示するのであれば、これはわが国においても現実的なものとして検討に値するのではないかと考えております¹¹²。私が「日本版フェア・ユース」と申し上げているのはこのことであります。

もちろん、一般条項を設けるということになりましても、一体どういう内容のものを設けるかということとは当然問題となります。例えば「著作物の公正な利用は許される」というような、単純にオープンな規定を置くことはもちろん許されません。少なくとも「.....に照らし」というような形で考慮要素を明示することになります。

では具体的に、どのような考慮要素が明示されるべきかということについては今後の課題とせざるを得ません。ただ、方向性としては、現行著作権法にも散見される「著作物の性質」や「利用の目的及び態様」といった考慮要素のほか、フェア・ユース¹¹³やスリー・ステップ・テスト¹¹⁴において考慮されている事情が参考になるかと思えます。

また、日本版フェア・ユース規定としての一般条項を設けるといたしましても、条約上の義務として、それがスリー・ステップ・テストに合致していることも必要となります¹¹⁵。その結果、著作物の通常の利用を妨げないこと（第2要件）や、著作物の正当な利益を

不当に害しないこと（第3要件）が必要となりますので、一般条項としての権利制限規定を設ける際には、例えば、「著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない」といった但書や、「.....の場合は、通常の使用料の額に相当する額の補償金を著作権者に支払わなければならない」といった規定を併せて盛り込むことも考えられます。また、一般条項ということになりますと、第1要件である「特別の場合」（certain special cases）に合致するかどうか特に問題となりますが、この点については今後の課題とさせていただきます。

もっとも、以上のような主張に対しては、一般条項を設けると侵害判断が不明確になってしまうという反論がなされるかも知れません。

しかしながら、現在のわが国著作権法が権利制限規定を限定列挙しているといいたしましても、すでに近時の裁判例においては、先に見たようなさまざまな解釈論によりいわば「不文の権利制限」というべきものが数多く行われているわけでありますから、侵害判断はすでに明確でないというべきではないかと思えます。つまり、結論として許されるべきとされる行為については、権利濫用ですとか、黙示的許諾ですとか、あるいは本質的特徴の直接感得論とか、そういったばらばらの法律構成によって権利侵害を否定すべきかどうか判断されているわけであります。その意味におきましては、むしろ現状のほうが、権利侵害に当たるかどうかを判断する際に、一体どのような事情がどのように考慮されるのかについて、あらかじめ何の指針も与えられていないのではないかと思います。このような状況では、個別の判断がアドホックになるおそれもあります。

そうであるとするならば、一体どのような事情がどのように考慮されるべきかを明示する一般条項を設けた上で、その適用が妥当かどうかという形で論じるほうが、それぞれの判断が正当化されたものになり、かつ可能な限り予測可能性を高めることができるのではないかと考える次第であります。

そして、個別規定が一般条項の具体化であるとするならば、ある具体的な行為に対して定型的に一般条項を適用することが承認されれば、新たな個別規定を追加することが許されることとなります¹¹⁶。したがって、個別規定を見直していくという作業が意義を失うことはありません。

もちろん、いくら考慮要素を明示したところで、一般条項である以上、不明確な部分は残ります。しかしながら、ここで強調したいのは、不明確なルールがただちに悪いわけではないということです。もちろん、明確なルールは予測可能性を高める意味で望ましいものではありません。しかし、明確なルールのみでカヴァ

一しきれない問題がどうしても残るからこそ、法律には一般条項が存在するのであります。例えば、民法90条や709条も同様であります。こうした一般条項は、ある意味では不明確だからこそ意義があるわけであり

ます。もちろん、現行法制定時であれば、あるいは従来の通説に従うならば、権利を制限するという「例外」規定が一般条項だというのはとんでもない、というように批判されることになろうかと思いますが、そのような考え方が根拠を有しないことは先ほど述べたとおりであります。

3 権利制限の総論

以上のように、立法論として何らかの規定を設ける際には、当然のことながら、そもそも論として、いったいどのような行為について権利制限をすべきなのかということが問題になります。

同様に、解釈論を展開する際にも、どのような行為について権利制限を否定すべきかが問題になります。つまり、ある行為について結論として権利侵害を否定すべきだとされるとき、どのような理由で権利侵害を否定すべきだと判断されているのか、そのことを客観的に明らかにすることが重要であります。たしかに、表向きは何らかの法律構成が示されているかも知れませんが、本音の問題として、その判断の背景にどのような考慮が働いているのが問題となるわけであり

ます。例えば、起草者は「著作権法の規定上は著作権侵害になるようなものであっても、社会的実態から見れば認めてもいいようなものがあり得ますし、逆に著作権法上は利用が可能ですが、著作権法の基本精神からみればどうかと思うものもあり得ますし、それは、どこかで線を引かざるを得なかったことの当然の帰結として出てくるわけでございます」と述べておられます¹¹⁷、解釈論としても、結論として権利侵害を否定すべき場合があるというのはよくわかります。しかし、「社会的実態から見れば認めてもいいようなもの」なるものが、いったいどのような考慮に基づくものなのか、そして、それがどのように正当化できるかは明らかではありません。これを分析することが重要なのであります。

従来の裁判例におきましても、先ほど見た「書と照明器具カタログ事件」や「市バス車体事件」のように、何らかの解釈論によって権利侵害を否定したものがあります。これらの判決は、表向きは、本質的特徴の直接感得論や46条といった法律構成を採用しておりますが、結論として権利侵害が否定されるべきだという判

断が一体どのような考慮に基づいてなされたのか、その背景にあるいわば価値判断それ自体を分析することが重要なのではないかと考えるわけであり

ます。こうした検討が、権利制限をめぐる解釈論を展開するためにも、また具体的な立法論を検討するためにも、有益な作業といえるのではないかと思います。

ちなみに、来年(2008年)5月24日に著作権法学会が開かれることになっておりますが、先日の理事会で、「権利制限」をテーマにシンポジウムを行うことに決まりました。これは、権利制限をめぐる近時の議論を受けてのことです。現在、パネリストの構成をしていますが、比較法の観点からの検討に加えて、実務とりわけ裁判官の観点からのご報告もいただくつもりであります。予定といたしましては、先ほどの「書と照明器具カタログ事件」の第一審判決や「市バス車体事件」の判決をお書きになった飯村敏明判事にご登壇いただき、可能であればこうした判決の背景にどのような考慮があったのかということを含めてお話をうかがう機会を設けることができると考えております。

. おわりに

1 まとめ

それでは最後にまとめておきます。

わが国著作権法における権利制限規定は、限定列挙されたものであり、しかもそれが厳格解釈されてまいりました。そのため、さまざまなケースにおいて、形式的に見れば権利侵害となってしまうことが少なくありません。

そのような厳格解釈の背景には、著作権法の目的は著作者の保護を第一義とするという考え方があります。しかしながら、著作権法は、単に著作者の保護を優先的に図る点にのみ目的があるのではなく、著作者と利用者との調整を図ることを目的とする法律だと考えるのであれば、権利保護が「原則」で権利制限が「例外」だということにはならないはずであります。

実際のところ、近時の判例・学説におきましては、形式的に見れば権利侵害となってしまうような行為でありましても、結論として権利侵害を否定すべきと考えられるものについて、さまざまな解釈論(権利制限規定の拡大解釈・類推適用、黙示的許諾、権利濫用、本質的特徴の直接感得論等)によって解決を図ってまいりました。しかし、そうした不文の権利制限という

べきものは、法律構成および判断基準を不明確にしまったのではないかと思います。

そこで、著作権の制限規定に「受け皿規定」として、何らかの一般条項を設けることが立法論として検討されてもいいのではないかと考えます。このような一般条項を設けることは、権利侵害を否定するための明文の規定を与えるという形式的なメリットだけをもたらすものではありません。すなわち、権利侵害を否定する際にどのような事情がどのように考慮されるべきかという考慮要素をあらかじめ一般条項において明示するとともに、そのような一般条項の具体化としての個別規定についてもこれを見直す作業を継続することにより、具体的妥当性と法的安定性の両方をバランスよく獲得することにつながるのではないかと考えるわけでございます。まとめといたしましては以上であります。

2 権利制限をめぐる議論の重要性

最後に、権利制限をめぐる議論の今日的な重要性について補足的に述べておきたいことがございます。

と申しますのも、権利制限の問題は、近時、著作権法が抱えているさまざまな問題を解決する上で重要な役割を果たすのではないかと考えるからであります。著作権法に関する最近の課題といたしましては、もちろん多数ありますが、例えば保護期間の延長問題にしても、私的録音録画補償金制度の問題にしても、従来とは比較にならないほど、一般人ないしエンドユーザーを議論に巻き込んでいることが特徴的であります。

これは、従来であれば、一部の主体、すなわち出版社や放送局といった企業しか技術的に行うことのできなかった著作物の利用行為が、インターネットを中心とする技術の発展によって一般人にも広く普及したことに原因があります。従来はそもそもできなかった行為が、技術的にはだれにでも可能になったにもかかわらず、著作権法的には禁止されるということになりますので、一般人にとっては、著作権の存在によって自己の行為自由がむしろ制約されたということになるわけであります。

その結果、著作権というものが重要であることは理解しながらも、これに対する反感のようなものが強まっているように感じられることが少なくありません。

例えば、保護期間の延長問題をめぐりましても同様であります。なるほど、著作権の存続期間が延長されますと、著作権による一般人の行為自由に対する制約が時間的に延びることになります。そのため、他人の著作物を利用した二次創作やパロディが制約されてしまうということを理由に、保護期間の延長に反対する

声が聞かれます。

たしかにそのとおりであります。二次創作やパロディの自由を確保すべきだということであれば、それは保護期間の長短の問題ではなく、本来は著作権という存在それ自体の問題のほうであります。

もちろん、保護期間の延長によって、著作権の存在による影響が時間的に長くなるわけですが、それは程度問題にすぎません。現行法においても、著作権というのは、著作物の創作時に発生し、その後、著作者の生存間およびその死後50年間にわたって存続するというわけですから、現状でも著作権の存続期間は100年近いことがしばしばあるわけでありまして。もし著作権による行為自由の制約が過剰なのだとすれば、それは保護期間が死後50年であろうと70年であろうと存在する問題のほうであります。

その意味では、二次創作やパロディの自由を確保すべきであるというのであれば、保護期間について議論するよりも、著作権存続期間中の自由を確保することのほうが、ずっとメリットが大きいのではないかと思います。

このように、保護期間の問題を議論するに際しましても、保護期間延長の可否それ自体だけではなく、権利制限規定を再検討することも視野に入れるべきではないかと考えております。したがって、仮に保護期間を延長することになりましても、例えばパロディや二次創作について、その自由を本当に確保すべきだということであれば、一定の要件の下で権利侵害を否定する個別規定を設けるとか、あるいは何らかの一般条項を設けるとかいったことも、併せて検討すべきなのではないかと思います。

著作権法をめぐる他のさまざまな問題につきましても同じようにいえることが少なからずあるように思います。権利制限というのは、まさに著作者と利用者との調整そのものであり、その適切な調整が文化の発展をもたらすのであります。あらためてこの問題の重要性を強調して私の報告は以上とさせていただきます。

ご清聴ありがとうございました。

- 1 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』半田正夫先生古稀記念論集（法学書院、2003年）307頁参照。
- 2 田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト554号2頁（2007年）参照。
- 3 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年）参照。
- 4 加戸守行『著作権法逐条講義（五訂新版）』（著作権情報センター、2006年）225頁参照。
- 5 なお、著作権法上の権利としては著作隣接権についても問題となるところであるが、本稿ではさしあたり著作者の権利

- について論じる。
- 6 上野達弘「ドイツ法における翻案」著作権研究34号（2007年・近刊）参照。
 - 7 齊藤博『概説著作権法（第三版）』（一粒社、1994年）14頁以下参照。
 - 8 加戸・前掲注4）173頁参照。
 - 9 上野達弘「著作物の改変と著作人格権をめぐる一考察—ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆（一）（二・完）」民商法雑誌120巻4・5号755頁注2（1999年）に掲げられた文献を参照。
 - 10 齊藤・前掲注7）106頁参照。
 - 11 服部高宏「原則と例外 法教義学の一側面」山下正男編『法的思考の研究』（京都大学人文科学研究所、1993年）119頁も参照。
 - 12 齊藤・前掲注7）13頁以下参照。
 - 13 著作者側の反対運動の様態として、齊藤博「新著作権法と人格権の保護」著作権研究4号85頁以下（1971年）参照。
 - 14 齊藤・前掲注13）86頁参照。
 - 15 齊藤・前掲注13）99頁参照。
 - 16 例えば、昭和45年3月27日の衆議院文教委員会著作権法案審査小委員会において、和田新参考人が、画家が描いた絵が絵本出版において編集部によって無断改変された例を挙げて、著作権法20条2項3号（現4号）の削除を要望したことに対して、安達健二政府委員は「まず、この2項3号に当たるような具体的な例で申しますと、たとえば絵を写真によって複製した場合に、どうしても色彩が変わる場合がございます。あるいは劇場用映画のテレビ放送によりまして、画面の性質上四すみ切れる場合とか、あるいはコマーシャルを入れる。コマーシャルを入れるということ、興がそがれる、著作者の人格権を害されるのではないかというような主張があるかもしれない。しかしながら、そういう場合は、著作物の性質、あるいは利用目的、態様に照らしてやむを得ない改変といわざるを得ないのじゃないか、こういうようなことから、そういうセービングクローズを入れたということをごさいます、ただいま和田さんのあげられましたようなものは、もう明らかに人格権の侵害でございまして、こういうところに該当するとは全然考えられないものでございまして」と述べている（『第63回国会衆議院文教委員会著作権法案審査小委員会議録』3号〔昭和45年3月27日〕20頁参照）。
 - 17 例えば『第六一回国会衆議院文教委員会議録』21号（昭和44年6月6日）10頁参照。
 - 18 小畑真一「著作者人格権および一般的人格権についての実質的一考察」著作権研究16号39頁（1989年）参照。
 - 19 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号128頁以下（2003年）も、インターネットの普及を「第3の波」ととらえた上で、立法論および解釈論による対応の必要性を論じている。
 - 20 以上のような考え方につき、上野・前掲注9）民商法雑誌120巻6号959頁以下参照。
 - 21 すでに、田村・前掲注19）126頁以下、前田哲男「著作権法30条とスリーステップ・テスト」渋谷達紀・竹中俊子・高林龍編『知財年報I.P. Annual Report 2005』（商事法務、2005年）266頁などがさまざま具体例を挙げており、ここでも参考にさせていただいた。
 - 22 加戸・前掲注4）226頁参照。
 - 23 東京地判昭和52年7月22日無体裁集9巻2号534頁〔舞台装置設計図事件〕は、「企業その他の団体において、内部的に業務上利用するために著作物を複製する行為は、その目的が個人的な使用にあるとはいえず、かつ家庭内に準ずる限られた範囲内における使用にあたるとはいえないから、同条所定の私的使用には該当しないと解するのが相当である」とした上で、被告会社における内部的利用のために設計図の複製をしたことを複製権侵害と認めた。
 - 24 加戸・前掲注4）227頁参照。
 - 25 <http://www.jrrc.or.jp/>
 - 26 例えば、日本経済新聞社では、同社が発行する新聞等の記事について第三者の会社内部で継続的に複製することについて定期契約を締結しているようである（<http://www.nikkei.co.jp/privacy/shinsei.html>）。
 - 27 田村・前掲注19）130頁以下参照。
 - 28 田村善之『著作権法概説（第2版）』（有斐閣、2001年）200頁参照。
 - 29 田村・前掲注（28）200頁参照。
 - 30 経済産業省『電子商取引及び情報財取引等に関する準則』（平成19年3月）（<http://www.meti.go.jp/press/20070330011/denshishoutori3.pdf>）216頁以下参照。
 - 31 田村・前掲注19）131頁参照。
 - 32 加戸・前掲注4）225頁参照。
 - 33 加戸・前掲注4）225頁参照。
 - 34 また、近時、山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」『知的財産権法と競争法の現代的展開』紋谷暢男先生古稀記念（発明協会、2006年）893頁以下も、「テレビ放送を放送終了後も繰り返し鑑賞するために録画」という「ライブラリー作成のための複製は、新たな鑑賞の機会を生み出すものである」から、「これに対して権利制限を及ぼすことは、『当該著作物の通常の利用を妨げない』というスリー・ステップ・テストの第二要件を満たさないと考える」と述べている。
 - 35 加戸・前掲注4）239頁参照。
 - 36 東京高判平成7年11月8日知的裁集27巻4号778頁〔図書館複製（土木工学事典）事件：控訴審〕（第一審〔東京地判平成7年4月28日判時1531号129頁〕引用部分）は、『土木工学事典』（全822頁）中の1項目（7ページ分）が、各項目ごとにとまった内容を有しているものとうかがわれ、かつ著作者が明示されていることなどから、「本件複写請求部分は、著作物の全部に当たるものであって、『著作物の一部分』の複製物の提供を認める著作権法31条1号の規定に当たらないものというほかはなく、その全部の複写を求めた原告の申込みに対し承諾しなかった被告の行為に違法性はない」と判断した。
 - 37 <http://opac.ndl.go.jp/>
 - 38 加戸・前掲注4）239頁参照。
 - 39 駒田泰士「著作物と作品概念との異同について」知的財産法政策学研究11号145頁（2006年）（http://www.juris.hokudai.ac.jp/coe/pressinfo/journal/vol_11/11_7.pdf）参照。
 - 40 さらに、31条1号はあくまで「調査研究の用に供する」ことが要件となるため、従来の通説によれば「観賞用」や「趣味や娯楽」を目的とする場合は認められないと解されている（加戸・前掲注4）238頁、齊藤・前掲注7）176頁参照）が、30条1項にはそのような限定がない。
 - 41 <http://www.jla.or.jp/fukusya/uturikomi.pdf>
 - 42 <http://www.jla.or.jp/fukusya/q&a.pdf>
 - 43 また、仮に団体によって何らかのガイドラインが定められたとしても、例えば判例百選に掲載された論文については、個々の著者が著作権を持っていると考えられるため、厳密に言うところ、そうした著作物については団体間の協議によって許諾が与えられたと言い切れないという問題もあろう。
 - 44 <http://warp.ndl.go.jp/>
 - 45 http://warp.ndl.go.jp/WARP_Intro.html

- 46 <http://web.archive.org/>
- 47 さしあたり、『文化審議会著作権分科会報告書』(平成18年1月12日)における、「図書館等においてファクシミリ、電子メール等を利用して、著作物の複製物を送付することについて」(http://www.cric.or.jp/houkoku/h18_1b/h18_1b.html)等を参照。
- 48 <http://kindai.ndl.go.jp/>
- 49 <http://www.aozora.gr.jp/>
- 50 以下については、上野・前掲注1)307頁以下も参照。また、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91頁(1999年)も参照。
- 51 詳しくは、上野・前掲注1)312頁以下参照。
- 52 斉藤・前掲注7)180頁、田村・前掲注28)244、260頁等参照。
- 53 斉藤博『著作権法(第3版)』(有斐閣、2007年)242頁、加戸・前掲注4)244頁、作花文雄『詳解著作権法(第3版)』(ぎょうせい、2004年)335頁等参照。
- 54 上野・前掲注1)25頁以下参照。
- 55 東京地判平成13年6月13日判時1757号138頁〔「絶対音感」事件：第一審〕、東京高判平成14年4月11日〔同・控訴審〕、東京地判平成15年2月26日判時1826号117頁〔聖教グラフ事件：第一審〕、東京高判平成16年11月29日〔同・控訴審〕等参照。
- 56 田村・前掲注28)243頁参照(福井健策「著作権法の将来像 パロディ及びアプロプリエーション」渋谷達紀・竹中俊子・高林龍編『知財年報I.P. Annual Report 2005』〔商事法務、2005年〕255頁も参照)。もっとも、田村教授によっても、例えばアメリカの「プリティ・ウーマン事件」で問題になったようなパロディについては日本法の下でも認められるべきでないといわれる(田村・前掲注2)15頁参照)。
- 57 上野・前掲注6)参照。
- 58 田村・前掲注3)1307頁、田村・前掲注2)15頁以下参照。そして、同一性保持権との関係でも、これにともなう著作物の一部掲載は20条1項の「改変」に当たらないとするか、20条2項4号により許されるものとしている(田村・前掲注3)1315頁以下)。
- 59 裁判例として、東京地判平成10年2月20日判時1643号176頁〔バーズ・コレクション事件〕における讀賣新聞平成4年12月2日付1面記事参照。
- 60 加戸・前掲注4)286頁参照。
- 61 加戸・前掲注4)288頁参照。
- 62 加戸・前掲注4)288頁参照。
- 63 ドイツ著作権法57条〔重要でない付随的著作物(Unwesentliches Beiwerk)〕、イギリス著作権法31条〔著作物の付随的挿入(Incidental inclusion copyright material)〕参照。
- 64 加戸・前掲注4)274頁は、「なお、ここでご注意いただきたいのは、本項の規定による利用の場合は、第43条の翻訳・編曲・翻案等の規定は適用されないということでありまして、したがって、非営利上演等として利用が認められるのは、原作のままでの利用だけであります」とする。
- 65 加戸・前掲注4)274頁参照。
- 66 議論状況につき、上野・前掲注(1)318頁注26参照。
- 67 加戸・前掲注4)245頁は、「本項の規定によって引用が認められる場合には、第43条第2号の規定によって著作物を翻訳して引用することができます。ただし、同条第1号の場合とは異なり、翻案して引用することを認めておりませんから、ダイジェスト引用はできず、著作権が及ばない程度の要旨引用にとどまると解されます」とする。
- 68 田村・前掲注28)246頁以下参照。また、加戸・前掲注4)245頁のいう「要旨引用」も同旨といえよう。
- 69 渋谷達紀『知的財産法講義(初版)』(有斐閣、2004年)91頁は、「たとえば深夜、密室で他人の楽曲を編曲するような行為も、形式的には翻案権の対象となる」と述べており、この問題に対する認識がうかがえる(もっとも、同書の第二版〔2007年〕155頁以下では若干後退しているように読める)。
- 70 加戸・前掲注4)305頁参照。
- 71 加戸・前掲注4)326頁参照。
- 72 加戸・前掲注4)326頁参照。
- 73 田村・前掲注28)202頁参照。
- 74 加戸・前掲注4)324頁も参照。
- 75 田村・前掲注28)203頁も「私的複製により作成されたソフトを用いて上映する場合には、対価還流の機会が著作権者に一度も与えられていないことに留意する必要がある」として、複製権侵害を肯定している。
- 76 田村・前掲注28)202頁参照。
- 77 経済産業省・前掲注30)213頁以下も参照。
- 78 Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811(9th Cir. 2003); Field v. Google, Inc., 412 F.Supp.2d 1106(D.Nev. 2006); Perfect 10. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701(9th Cir. 2007).
- 79 作花文雄「Googleの検索システムをめぐる法的紛争と制度上の課題(前編)(後編)」コピライト555号27頁・556号28頁(2007年)、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(1) 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(2007年)参照。
- 80 Landgericht Erfurt, Urteil v. 15.3.2007 - Az.: 3 O 1108/05.
- 81 『知的財産推進計画2007』(2007年5月31日)21頁「情報化時代におけるネット検索サービスが、国民生活の利便性の向上のみならず、産業政策や文化政策上重要であることにかんがみ、ネット上での検索サービス等に伴うサーバーへの複製・編集等や検索結果の表示に関する著作権法上の課題を明確にし、所要の法整備の検討を行い、2007年度中に結論を得る。」
- 82 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成19年度・中間まとめ』(平成19年10月12日)45頁以下参照。
- 83 田村・前掲注(19)131頁参照。
- 84 <http://www.columbia.edu/ccnmtl/projects/law/library/introduction.html>
- 85 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S.569, 114 S.Ct. 1164(1994).
- 86 Repp v. Webber, 132 F.3d 882(2d Cir. 1997).
- 87 Selle v. Gibb, 741 F.2d 896(7th Cir. 1984).
- 88 以下については、上野・前掲注9)民商法雑誌120巻4・5号757頁以下参照。
- 89 加戸・前掲注4)172頁参照。
- 90 加戸・前掲注4)172頁参照。
- 91 加戸・前掲注4)173頁参照。
- 92 加戸・前掲注4)173頁参照。
- 93 加戸・前掲注4)173頁は、「本項が予定している改変行為は、……修正加筆された形で世の中に出されること」と述べる。
- 94 前田・前掲注21)266頁は、「30条以下に列記されている各権利制限条項の定める場合に『準じる』場合であって、スリーステップ・テストに照らして何ら問題がないと認められる利用については、各権利制限条項を拡張しないし類推解釈することが許されるとすべき場合があるように思われる」とする。

- 95 こうした点については、平成19年度著作権法学会シンポジウムにおける議論を参照（著作権研究34号掲載予定）。
- 96 ドイツにおいては、パロディに関して、他人の著作物が新たな著作物においてなお認識可能な形で残っていても、借用された既存の著作物の個性的な特徴が新たな著作物に対して「色あせている」といえる場合には「自由利用」（ドイツ著作権法24条）に当たると解されている（上野・前掲注6参照）。
- 97 加戸・前掲注4 288頁参照。
- 98 もっとも、同事件の控訴審判決（東京高判平成10年8月4日判時1667号131頁）は、「添削をした上掲載することができるといういわゆる事実たる慣習があった」という理由で同一性保持権の侵害を否定している。
- 99 中山信弘『ソフトウェアの法的保護（新版）』（有斐閣、1988年）131頁（リヴァース・エンジニアリングのための複製について「アメリカのフェアユース（公正使用）の規定に準じて、著作権を侵害するものではないと解すべきである」とする）阿部浩二「日本著作権法とフェア・ユースの理論」コピライト482号18頁（2001年）相澤英孝＝西村ときわ法律事務所編著『知的財産法概説（第2版）』（弘文堂、2006年）173頁〔斎藤玄太執筆〕、梶山敬士「フェアユースと教育利用」『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古稀記念論集（法学書院、2003年）299頁等参照。
- 100 東京地判平成7年12月18日判時1567号126頁（「ラストメッセージin最終号」事件）、東京高判平成6年10月27日知的裁集26巻3号1151頁〔ウォール・ストリート・ジャーナル事件：控訴審〕参照。
- 101 加戸・前掲注4 137頁参照。
- 102 田村・前掲注28 31頁注1も同旨。
- 103 田村・前掲注19 126頁は、判旨の「背景には、著作権が足枷となって被告の行為を違法視すべきではないという衡量があると考えるのは、うがちすぎだろうか」とする。
- 104 田村・前掲注28 187頁参照。
- 105 反対意見として、作花・前掲注53 284頁以下参照。
- 106 日本複合カフェ協会（<http://www.jcca.ne.jp/>）参照。
- 107 文化庁著作権課による解説（http://www.bunkago.jp/1tyosaku/chosakukenhou_kaisei_4_q8.html）参照。
- 108 相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」『知的財産法の理論と現代的課題』中山信弘先生還暦記念論文集（弘文堂、2005年）348頁、梶山・前掲注99 300頁以下等参照。
- 109 斉藤・前掲注53 224頁、斉藤博「著作権の制限又は例外に関する一考察」知財管理55巻9号1193頁・10号1355頁（2005年）前田・前掲注21 257頁等参照。
- 110 斉藤・前掲注53 224頁参照。
- 111 その法解釈論的意味については、いわゆる動的システム論との関係も含めて、上野・前掲注9 民商法雑誌120巻6号966頁注245も参照。動的システム論については、山本敬三「民法における動的システム論の検討 法的評価の構造と方法に関する序章的考察」法学論叢138巻1・2・3号208頁（1995年）大久保邦彦「動的体系論と原理理論の関係に関する一考察」神戸学院法学31巻2号541頁（2001年）参照。
- 112 講演後、中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）に接したところ、同311頁は、フェア・ユースの導入に反対しながらも、「中間的な処置として、民法770条（離婚原因）の規定のように、まず権利の制限事由を列挙し、そのあとに一般規定を設ける（いわゆる小さな一般条項）ことも考えられる」と述べている（注143）。
- 113 アメリカ著作権法におけるフェア・ユースをめぐる最近の議論については、さしあたり、田村・前掲注19 124頁以下、村井麻衣子「著作権市場の生成とfair use Texaco判決を端緒として（1）（2完）」知的財産法政策学研究6号155頁・7号139頁（2005年）等参照。
- 114 スリー・ステップ・テストについては、Martin R. F. Senteleben, Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, 2004も参照。
- 115 アメリカ著作権法におけるフェア・ユース規定がスリー・ステップ・テストに適合していると解するものとして、さしあたり、ジェーン・ギンズパーク「アメリカにおけるフェアユース問題について」著作権研究26号163頁（1999年）参照。他方、その適合性に対する疑問も見られる（議論状況については、さしあたり、Senteleben, *supra* note 114, pp.162参照）。
- 116 実際のところ、同一性保持権に関しても、20条2項3号は昭和60年改正により追加された規定であり、それまでは現在の4号が3号であった。
- 117 加戸・前掲注4 224頁参照。

