

# 最近の著作権をめぐる法律問題

～解釈論の限界 立法の必要性・不要性～

会員・弁護士・弁理士 **金井 重彦**



## 1. はじめに

金井です。準備不足で申し訳ないのですが、最近の著作権を巡る法律問題として、「解釈論の限界と、立法の必要性・不要性」という題でお話しさせて頂きたいと思います。ところで、丁度今日<sup>(1)</sup>、著作権法改正の閣議決定がなされたようでして、今日、これから取り上げようとする所は、改正として今回は全部見送りになっているようです。このレジメに記載しました著作物の創作性、保護期間延長、フェアユース、リバースエンジニアリング、それから非親告罪化の是非というあたりの問題点です。

現在、フェアユースが一番議論が多いところですし、保護期間延長の問題も非常にホットな問題なんですけれども、どちらも今回の法改正には入らないようです。

保護期間については、いまのところ、日本では、原則著作者の死後50年ということになっています。また、無名・変名の場合は公表後50年、映画の著作物については公表後70年、というふうになっております。これらは著作権法51条、52条、それから53条、54条という順序で保護期間の規定として定められております。それに対して、この原則50年という期間を70年に延長しようという議論がありまして、これに対し日本弁護士連合会として意見書を出しておりますが、一応反対の意見になっています。これについては賛否両論ありますので、期間の延長の問題については、また後で詳しく触れることとします。

フェアユースについては、これを著作権法に盛り込むべきではないかという議論が最近多く出て来ています。

最後に著作権罰則の問題としての非親告罪化、これも議論になったのですが、これに対してもやはり日本弁理士連合会（以下、「日弁連」といいます。）で反対の意見書を出しております。

## 2. 著作物の創作性

さて、第一の著作物の創作性の問題についてですが、一番解釈として難しいところで、どういうふうに考えたらよいかというのが非常に難しいところです。創作性については、システムサイエンス事件<sup>(2)</sup>において、著作物性の有無については創作性の程度を問題とするというように、程度問題で判断するという形で判決が出たのですが、その後、創作性の程度の是非は問わないという考え方が主流になって来ております。EUでも、創作性の程度を問わないという指令<sup>(3)</sup>が出ており、日本のシステムサイエンス事件は東京高裁の決定ですが、この事件の時には、ドイツの判例に倣って創作性を否定する方向で問題にしています。ですが、現在ドイツ法でも、創作性の程度は問わないということになっているので、創作性の程度は問わないという考え方が主流になります。

ところが、創作性の程度を全然問わないで著作権が論じられるかということ、非常に難しい問題がありまして、その後の判決でも、例えば建築の著作物などの場合については、創作性の程度の高いものでないから駄目だという判決<sup>(4)</sup>が続いているわけです。

創作性の程度の問題というのは、学説上はあまり議論されていませんけれども、例えば建築の著作物の場合にはどうなるのかとか、そういう問題が出てきます。例えばコピーしたプログラムについては創作性の程度を問わないにしても、建築の著作物について創作性の程度を問わないで、どんなものでもいいのかということ、それは難しい問題になってくる訳です。

そのためこの辺については、創作性の程度の問題ではなくて、アイデアと表現の一致とか、あるいは融合理論と言われるアイデアと表現が一致してしまうというような場合、それからアイデアの凡庸な表現、こういったものについては、創作性を認めないという

考え方があります。これらは四つぐらいの類型に分けて、基本的にはアイデアと表現の分離論が一番中心になりますけれども、その他にアイデアの凡庸な表現、すなわち誰でも同じようなものが出来てしまうと、誰がやっても普通に考えれば誰でもそういう創作になってしまうというようなものについては、創作性を否定してもいいんじゃないか、あるいは著作権の保護を与えないでもいいんじゃないかという考え方があります。これがアメリカの考え方です。それから、日本で近時有力になっているのは、選択の幅理論といわれる理論で<sup>5)</sup>、これは中山先生が唱えておられる理論です。これは要するに、表現の選択の幅が広いか狭いかによって決めるというものです。選択の幅が狭いものについては保護を与えない、つまり誰がやっても同じになってしまうものは保護しないという考え方です。

だから、そういう意味では融合理論とか、あるいはアイデアの陳腐な表現について、著作権の保護を与えないという考え方とは、また一寸違った論旨にはなります。ただ、アプローチは違うけれども、結論・結果においては、ほぼ同じような結果が出て来るという感じがします。ただ、この選択の幅理論で説明出来ないもの、例えばアイデアの陳腐な表現の場合ですが、選択の幅は沢山あるけれども、まともな人がまともな作業すればこういう表現にならざるを得ないという場合に、どうするのかという問題があります。この場合、選択の幅はあるけれども、表現が余りに一般的なものでどうするのかという問題です。例えばラストメッセージ・イン・最終号事件<sup>6)</sup>などの事件です。これは、陳腐な表現ということで説明出来るということになると思います。

ところで、判例上創作性の程度というのは、あまり一般の著作物では言わなくなっておりますけれども、先述のように建築の著作物とかの場合については、例えば通産省のグッドデザインマークを貰ったプレハブとか規格住宅というようなものの場合に、創作性の程度の問題で、著作物性が蹴られている事例<sup>7)</sup>があります。そういった意味からも、創作性の程度の問題は未だに解釈上重要な問題であるかと思えます。注文住宅、あるいは注文住宅ではなくてプレハブ住宅の場合でも、デザインにアイデアを凝らしてそれなりに創作性があるように見えても、それでも創作性の程度が低いというようなことがあります。それから、応用美術などの場合についても、創作性の程度を問題に

して、ある程度創作性の高いものについてだけ著作物性が認められる、つまり、鑑賞に耐えるようなものについてだけ著作物性が認められると言われております<sup>8)</sup>。

ですから結局、一般の著作物では、余り創作性の高低を議論してないようで、美術工芸品とか、建築の著作物とか各論の細かい枝葉のところに行くと、結局創作性の高さを要求しているというのが実態で、そこが解釈で難しいところとなります。選択の幅で考えた場合でも、非常に優れた形のプレハブ住宅とか、規格住宅でも、選択の幅は多分あると思われれます。意匠の凝らし方という点でも色々な選択の余地があると思うのですけれども、そういう場合についてでも色々議論があるということで、この辺は解釈で一番難しい問題とか、難問中の難問になるのではないかというふうに思います。現在、選択の幅で考えるという考え方が一番有力かと思えますけれども、未だ各論的な問題について検証が済んでいないということで、各論的には、解決されるべき問題が残っているのではないかと思われれます。

### 3. 保護期間の延長の問題

次に保護期間の延長の問題ですけれども、保護期間の延長の問題については、今かなり熱い議論が戦わされております。世界標準とかEUが70年に統一されていることから世界的な調和の問題として、70年というのが、立法論として議論されています。

これについては、日弁連では反対の意見書を提出しております。何故反対かということ、著作権の保護期間という問題は、深さと広さがある問題です。また、外国の本によると、言論の自由と私的財産の保護の問題の両方に懸かる問題、すなわちこの二つの問題の調整にかかわる問題であると言われております。

保護期間の延長問題の深みという意味では、そもそも著作権が自然権なのかそれとも後国家的な権利なのかという議論がありまして、自然権説に立てば、所有権の永久のような永久著作権という議論が出てくるわけです。基本的な発想としてこの自然権的な発想というのがありますが、一般的にはあまり通用していません。一般的な考え方というのは、法定された財産権という考え方で、制度設計された財産権という考え方で、自然権ではなく、制度設計された財産権という考え方では、保護期間も設計の中に入ってくるということで、後はどういうふうに制度設計するか、すなわち

それを何年にするかという問題になってきます。

ところで、この期間の延長問題については、世界標準が何故70年になったかという問題があります。日本では、アメリカからの映画の保護期間の延長要請が日米間の話し合いでも出てきたことから<sup>(9)</sup>、要するにアメリカがミッキーマウスの著作権を残すために保護期間の延長を要請したというような議論がありますが、発端はどうもヨーロッパで<sup>(10)</sup>、EUが70年に統一したので、ヨーロッパが70年に統一してしまうと、アメリカが不利になる訳なので、これに合わせてアメリカが延長したというのがどうも真相のようです。それでは、何故ヨーロッパ、EUが70年に統一したかという、結局EUの中で統一するために、著作権の保護期間として、当時EU各国の中で長い方だったドイツの70年というのに合せたに過ぎないということのようです<sup>(11)</sup>。著作権の保護期間というのは、延長する分には比較的抵抗が少ない。特に権利者にとっては抵抗が少ない。それに対して、短縮するという議論になると、既得財産権を犯すみたいな問題になってしまいますから、非常に難しいということで、一番長い方に合わせたというのが真相だというような報告がなされています<sup>(12)</sup>。ドイツに合わせて70年ということになったわけです。ただ、70年より長い国も確かヨーロッパになかったわけではありません<sup>(13)</sup>。EUではないですけれども、アフリカには180年とかという国もあります<sup>(14)</sup>。色々な考え方、立法があるようです。

何年が正しいかという議論というのは実は非常に難しい問題です。著作権の場合には、保護期間を過ぎればパブリックドメインとなって、誰でもが自由に使える状態になってしまいます。そういう意味では公共の財産になる訳です。そうすると、要するに著作権という私的財産権を拡張すれば、結局公共のものがそれだけ制限されることになるというような図式になるわけで、著作権の保護期間の延長というのはこの公共の財産を削る形になるという意味で、「創作者」対「公共」みたいな形の図式も描けることになります。一方、保護期間延長の反対の論拠というのは幾つかあるのですが、保護期間の延長をして実際に権利者が得をするかしないかという点で、これに関連して、朝日新聞社の丹治さんという方が実際に本の発行状況を調べています<sup>(15)</sup>。その調査によれば、死後50年経って発行されている本というのは、実際には非常に少ないが死後50年過ぎて著作権の権利関係処理問題がなく

なったということで、復刊されているとか、公開されているものがあるということです。例えば青空文庫<sup>(16)</sup>のように、パブリックドメインになった著作物をネットで公開して読めるようにしている運動がありますけれども、これはみんな50年過ぎたものでやっているわけです。このように、存続期間が切れたので、日の目を見ているという例も沢山ある訳です。今度の改正法案の中に、著作権者不明の場合の裁定手続きが入っているようですけれども、死後50年でなくても40年とか30年も経ちますと、例えば作家が中年から初老になってから書いたものがある場合には、相続人はだいたい孫かひ孫になっています。そうすると、その時点での著作権者は孫かひ孫になるってわけですから、これを出版しようとするとき非常に技術的にも困難があるということです。その場合、著作権者不明の場合の裁定手続きというのがあるにしても、更には法を改正するにしても、それなりの調査を尽くした上でやらなければならないと思われまので、そういう意味で、非常に権利処理が難しくなってしまうという問題があります。一般論として言えるかどうか分かりませんが、死後10年、20年、30年経つと、本というのは読まれなくなっていますし、発行されなくなってきました。実証的な研究が勁草書房から「著作権保護期間」というそのものずばりの本で出ているんですけども、その中に載っているさっき述べた丹治論文、田中辰雄論文<sup>(17)</sup>で実証的に研究されております。

そのため、保護期間延長論者は経済問題だけでなく、著者に対する「敬意」の問題があるんだというようなことをいいます。しかし、死後50年経ったならば、そもそも発行する人がなくなってしまうというのが実情ではないかと思われまので、敬意を払うも払わないも問題にならないのではないかと思います。これを更に70年に延ばすと、まさに著作権者はひ孫の代に移るわけですから人数も膨大になります。著作権者の調査が出来ない場合の裁定手続きというのが今度出来るにしても、それなりに手間・暇が掛かりますし、著作権を相続したことが判っている人の中で明確に反対をする人がいると、その著作物を発行することが非常に難しくなるということがあります。実際、著作権を相続した著作権者の甥とか姪というような人の中に強硬な意見を言う人がいて、例えば小説を翻案したいというような場合に、その著作権者の甥御さんとか姪御さんの反対で出来なくて、死後50年

経って初めて戯曲化できたとか、そういう事例があるようです。それがひ孫になった場合に人数も多いですし、全員の承諾を取って回るというのも難しいです。私の経験でも、本の復刻で、著者の死後50年以上経っていると思われるのですけれども、著作権者を捜すのに非常に苦労して、結局捜せなかった例があります。実際に本の復刻の企画でも、そういう関係で、できないというような事例もあります。著作権者に対する尊敬とか敬意とかいうような問題だけではなくて、実際に本が読まれることが著作者に対する評価とすれば、出版が困難になるというのはよくないということになります。

また、70年に延長すると、創造のサイクルというか、本の発行が、今まで以上に非常に難しくなるというだけではありません。それに加えて、著作権の場合には、著作物が何回も何回も再生してくるということがあります。例えば有名なのが、シェークスピアの「ロミオとジュリエット」が「ウエストサイドストーリー」等になったとか、あるいは引用の問題とも絡んでくるんですけれども、日本の和歌では伝統的に他人の和歌を自分の和歌の中に詠み込んで、それで本歌取りするという形の詠み方があります。それから、翻案という意味で、他人の著作物を他の人が色々利用していくというのがあります。これが著作権の保護期間が70年になってしまうと、幾らなんでも古くなり過ぎて、なかなか再生産がなされなくなるというか、創作のサイクルが狂ってしまうのではないかとということで、その辺のところの一つの問題となります。

そういう意味で、EUが保護期間を70年にしたこと、これから色々な著作物の刊行が盛んになるかどうかというのは、70年経ってみないと判らないということです。ただ、一度期間を延ばしてしまったら、これは社会実験として、70年間かかる社会実験をやらなきゃならないということになります。そしてその結果が出る頃には、私達はほぼ確実に生きていないでしょうから、社会実験をやるのには慎重にやるべきではないかという意見があります。最新のニュースによりますと、この保護期間を70年にするのが世界標準であるという理由で、韓国では近いうちに70年に延長するようです。日本で立法を見送った部分が、大体全部韓国で今回改正する形になっているようです。このように、保護期間延長については、権利者の権利と公共の利益、それから創作のサイクルというような点

が問題ということで、かなり制度設計の根幹に関わる問題なので、慎重の上にも慎重を期して議論するよ

#### 4. フェアユースの問題

##### (1) はじめに

それでは、次の問題に移ります。フェアユースの問題ですが、これは権利制限の一般的・包括的規制という言い方で議論されておりますけれども、今度の改正法案の中には入らないようです。

フェアユースの必要論・不要論と言いますが、必要論というのは、違法か適法か判らない、例えば後で述べますが、写り込みの問題とかリバースエンジニアリングの問題について色々苦労して説明している部分について、フェアユースを立法化してしまった方がいいのではないかと議論です。

不要論というか反対論というのは、要するに日本の法律が著作権を定めて、そこに権利制限規定ということで私的利用のための複製とかそういう個別・具体的な制限・列挙方式を採ってきたという法体系のあり方を考えた時に、法体系の全く違うフェアユースという、アメリカで発展した理論を日本の中に持ち込むと、制度的に混乱するのではないかと議論を挙げています。それから、もう一つ反対論として強いのは、フェアユースということになると、アメリカでも沢山の判例や議論があって難しく、解りにくいとか予測困難になってくるという問題があります。

この点について、フェアユースかフェアユースでないかというのがはっきりしないことから、むしろ裁判リスクが増えるため、そういう意味では裁判のリスクを抱えることになるような形の規定の仕方、あるいは規定そのものがよくないんじゃないかという議論になります。権利制限規定が限定列挙の場合には、これはOKですとはっきり書いてあるわけですから、そういう意味では進み易い状態です。フェアユースの場合については、フェアユースの中にも色々なパターンがあって、色々な議論がありますけれども、結局やってみて、それでは訴えられたらフェアユースを主張するという、そういう構造になるので、むしろ裁判リスクが増える可能性があるということです。しかし、だからといって権利制限規定の限定列挙の中にリバースエンジニアリングや、写り込みの場合加えて行こうと

いう議論はあまり無くて、とにかくフェアユースは裁判リスクが増加するからあまりいい理論ではないと言われてきているようです。

法体系の整合性ということは先程言いましたように、権利制限規定の限定列举か、フェアユースという一般的・包括的な規定で全部カバーしてしまうかという、法体系の違いということです。この両者をどうやって結びつけるかという問題が出て来ます。それから細かい意見ですが、フェアユースを取り入れるのであれば、フェアユースに入るものについては限定列举から外すのかという議論があります。そういう意味では法体系、特に二つの違うものを組み合わせる場合に、その辺をどう調整するかというのが議論として大きく出てくるわけです<sup>(18)</sup>。

フェアユースについては、色々な研究会等が何か立上っている様ですし、シンポジウムとかフォーラムみたいなものも活発に活動しておりまして、非常に面白い。面白いというのは今一番熱く議論されている部分の一つじゃないかというふうに思います。ところで、フェアユースがどういう場合に必要になるかという、要するに、すれすれの場合とか、それから、法規定はないけれども行ってもよいのではないと言われるような場合です。今日はその中で、写り込みの問題と、それからリバーエンジニアリングの問題について述べたいと思います。

## (2) 写り込みと公開美術問題

写り込みの問題については、これは実際に映画の製作とか、そういうことをやってる人達は非常にナーバスになっている問題です。一番典型的なのが、舞浜辺りでロケをやったら、必ずシンデレラ城が写り込んでしまうと思うんですけども、シンデレラ城が写り込んでいる映画を見た事がある人はいないと思います。これは強烈に抗議が来るので、裁判になっているとかになってないとかじゃなくて、抗議が激しいのでやられてない、舞浜でのロケはできないというのが定説になっているという説明がなされたりすることがあります。真偽のほどは判りません。ただ、そういわれているということ。ディズニーランドの外観が写っている写り込みの映画というものは、まずないと思います。

それはそうとして、このような写り込みの問題について、法的にどういう風に処置するかという問題があ

ります。シンデレラ城の場合には、建築の著作物であると考えられますので、著作権法46条で建築の著作物として、「いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。」となっているはずですが。しかしその上で、このシンデレラ城の建築されている場所が公共の場所と言えるかどうかという問題があります。舞浜の駅から見えたりするんですけども、一応囲い込まれて入場料を取っている訳ですから、公共の場所と言えるかどうか問題があります。囲い込まれた中で写真に撮るのは、私的な領域での写真になります。それでは、塀の外というか、囲い込まれている外からの写り込み問題はどうかというのは、必ずしも単純に、建築の著作物だから良いんだという風には言えないと思います。他に幾つか、クレームが付くので有名な建物というのがあって、そういう問題のないロケ地を選択するだけの職業の人も実際におります。これは日本だけじゃなくて、外国でもやっぱり建築物等が写り込むと、特に教会なんか写り込んでしまったりすると、非常に強いクレームがつくというので有名な教会があります。そのため、あの教会の近くはロケ地として使えないというのがあります。

ところで、写り込みについて幾つか判例として面白い限界事例が出ています。一つが「はたらく自動車事件<sup>(19)</sup>」というもので、絵本の中の見開き1ページに、イラストをペイントしたバスの写真を使ったというものです。これは、恐らく「はたらく自動車」、現物を見ていないんですけども、消防車とかバスとかそんなものを色々写している、そういう絵本だと思います。その中に神奈川のバス会社のイラストがペイントされた自動車が掲載されているということで、絵を描いた人がこれについて著作権侵害、それから氏名表示がされてないということで氏名表示権侵害ということで、訴訟が起こしたという事件です。この判決の理由としては、臨時で描かれたのではなくて、ずっと描かれたままで、しばらく走っていたということから、一時的なものではないし、動くけれども公開されているということで、原告の請求を棄却した判決です。そうすると氏名表示権侵害もどうなるのかと言いますと、これも撥ねられています。理由づけは非常に苦しいと言えます。そもそも著作権法46条で考えられているのは、公園に設置されている銅像とか、そんなものを考えているわけです。これを動いている物の場合に、どう解釈するかというのは難しい問題です。それから、これ

は一時的なものじゃなくて、かなり長期間運行されているからというのを理由づけにしているんですけれども、そうすると、短いイベントのためにペイントした場合にはどうするかという問題が生じます。今あんまりやりませんが、一時、飛行機の機体なんかペイント（ラッピング）したりするのがありますし、特に何かのイベント期間中だけそういうペイントをするというのがありますが、ああいうのをイラストレーターが描いたならば、やっぱりそれもどうなるのかという問題があります。バスの場合には良くて飛行機は駄目ということにはならないでしょうけれども、期間が短い時にはどうなるのかという問題は、最後まで残ってしまうということです。

それから、写り込みの問題でもう一つ面白い判例があります。当事者にとっては大変な問題でしょうけれども。「雪月花事件<sup>(20)</sup>」という事件があります。これは東京高裁まで行きまして、控訴棄却しておりますけれども、非常に苦しい理由づけになっております。この事件の概要というのは、確か照明器具のカタログ集か何かですが、そのカタログ集に照明器具がメインとして写っていて、その照明器具の写ってる後ろに床の間があって、その床の間に「雪月花」という、そういう文字を書いた掛け軸が掛かっていた、という事案です。照明器具屋さんのカタログですからと思いますけれども、商品は照明器具なんですから、江戸時代の書でも掛けておけばよかったんですけれども、現存している現役の書家の書の掛け軸を掛けていたわけです。しかも、それが照明器具の後にはっきり写り込んでいるカタログ写真の事案です。写真を見てみないと判らないですけれども、照明器具は恐らくは和風の照明器具なんでしょう。恐らくそれなりの雰囲気を出す為に、床の間を全部写り込ませなければ商品の広告として効果が少ないと考えたのでしょう。まあ、「雪月花」という文言はいいですよ。「雪月花」という文言だと、冬だと如何にも季節に合っていますし、夏だったら夏で逆に季節の逆を掛けるとい掛けるという掛け方で、涼し気にもみえるというので、一年中通して掛けられるいい文句の掛け軸だと思うんですけれども、これが写り込んでいたということです。原審の地裁の判決<sup>(21)</sup>はこれについて、その著作物の本質的部分を直感できないということで、要するに写り込んでいるだけであって、書の創作的な表現部分が再現されているかを基準として判断されるべきである所、所謂カタログにはその書家

の作品部分が、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い等、その書家の作品における特徴的部分が実質的に同一であると確知しうる程度に再現されているということは出来ず、その書家の作品の複製ということは出来ない、という議論で逃げました。これについては高裁の方でも支持されまして、限定された範囲でしか再現されていないので、美的要素が直感的に感得出来ないから複製ではないと言ったんです。しかしはっきり文字が読めるほど写り込んでいるわけで、複製は複製だろうという気がします。そうすると、ピンボケ写真ならば複製権侵害にはならない、ということと同じ議論になる訳で、まして掛け軸の書を、写真で墨の濃淡とかかすれ具合、更にはその勢いを再現するといったら、その作品だけを、超アップで、プロのカメラマンが撮る場合でなければ複製ではないということになってしまいます。墨一色であれ、書道の本、いい本だと墨の濃淡までちゃんと出るように印刷しているのがあります。そこまで精密でない限り複製と言えないのか、ということになります。しかし、判決もそこまで言うつもりはないわけで、恐らく写り込みの問題を現行法の中でどういうふうに解決するかということで、複製ではないという理論を採ったに過ぎないのだと思います。ただ、複製ではないというのに、はっきり写っていないから複製ではないと言ったことから、ピントがぼけてたらどうするかとか、そういう問題が生じてしまったと言えます。しかし、ピントのぼけた写真であれば、何をやっても複製権侵害にはならないのかということ、それはそうは言わないと思います。ピントが甘いとか、そういう写真だってやっぱり複製になってしまう、ということで、この辺の所が非常に難しいということになります。

それから、著作物以外の写り込みでは、建築物の場合で公開された所に建っている建築物の場合についてはいいですけれども、圍繞されているというか、塀で囲まれている建物の写り込みなんかの場合については、先程言いましたように、シンデレラ城問題みたいな問題が出てくるわけです。建築物については、聞いた話なんではっきり知らないですけれども、著作権なんかないので写すんだったら写しても構わないはずだけれども、写すのに許諾がいるといわれる有名な所があるそうです。文化財なんですけれども、写すと抗議されて大変だという所もあるそうです。それから庭園の場合でも、そもそも建築の著作物に入るかどうかと

いう議論がありますが、入るとした場合でも、公園なんかの場合にはいいですけども、やはりこれも囲われた庭なんかの場合については、これも写り込んでしまうとまずいことになっちゃうわけです。しかし、高台から撮ったならば写ってしまうという場合もあるわけです。そういう場合はどうするかという問題もあります。一応、公開の美術の問題で大部分はカバー出来るように見えますけれども、実際には「はたらく自動車事件」のように動き回るのはどうするかという問題もありますし、写り込みの問題で、書だとか絵なんかの本当に著作物性がある著作物が写り込んだらどうするかという問題があります。

この写り込みの問題について、ドイツの著作権法57条には、付随的に著作物が利用されている場合については複製権侵害にはならないという権利制限規程がありますが、そういう制限的に規定を設けるという立法的な手当もできなくはないんでしょうけれども、いまのところ、一般的・包括的規程を設ければ、想像できない新しい利用形態が出てきた場合にも、何とかなるのではないかという議論になっています。日本の場合には、こういう写り込みについて、ドイツ法に倣って制限規定を立法するという議論はありません。

次に、著作物でない場合に、今度は物パブリシティが問題になって来ます。パブリシティ権としての顧客吸引力を利用しているということで、パブリシティ権の主張というのが考えられます。物パブリシティ権の主張として、例えば東京ドームなんか、東京ドームの形で東京ドーム饅頭等というような物はあまり作ってほしくないというような話を聞いたことがあります。

人のパブリシティ権の問題、人の顧客吸引力については判例<sup>(22)</sup>として固まっているわけですし、物のパブリシティについては保護されないというように、これもほぼ考え方として一般的に固まっている<sup>(23)</sup>と思うんですけども、それでも、物パブリシティの主張というのが、事実上ですが裁判外で主張されて、特に強硬に主張する相手にはトラブルを恐れて利用しないという問題があるようです。

それはそれとして、立法的解決の必要性ということで、物パブリシティは別として、一般条項で行くのか個別制限規程をどんどん増やして行こうという方向に行くかという問題に、もう一回ぐるっと回って戻って来るということになるようです。

### (3) リバースエンジニアリングの問題

次の問題が、リバースエンジニアリングの問題なんですけれども、まず、文学なんかの場合にもリバースエンジニアリングするらしいです。リバースエンジニアリングという言い方はおかしいですけども、有名な作家が若い頃、作家になりたいと思って大先生の所へいったらば、有名な小説を何十回写しなさいと、書き写してみなさいと、そうすると文章が巧くなると、言われたと言うんです。確かにそういうのはあるんですけども、個人的に自分で練習のために書き写すんだったならば、そもそも私的利用のための複製ですから問題にはなりません。問題になってきたのは、コンピュータープログラムが著作権法の中に取り込まれてからです。著作権法は、元々が技術的なものを含まない権利だったわけですけども、法改正になって、コンピュータープログラムが著作権法の中に取り込まれて、基本的に現在でも著作権で保護されるという方向で来ていると思います。特許法の場合であれば技術法なので、リバースエンジニアリング出来るのですけれども<sup>(24)</sup>、著作権法の場合はリバースエンジニアリングを許容する規程はありません。そのため、リバースエンジニアリングしてはいけないのかという問題が出て来るわけです。これも個別立法でコンピュータープログラムをリバースエンジニアリングしてもいいというようにするかどうかという問題がありますけれども、これも、リバースエンジニアリングという一般的・包括的規程を入れてしまえば、結局同じリバースエンジニアリングでも、盗作の為のリバースエンジニアリングではなくて、新しいプログラムを作るために他人のプログラムを解析するということについては、認められる可能性が出てくるわけです。しかし現行法では曖昧、曖昧というか特に認める規程がないという状態です。そのため、こういう問題について、どういうふうに対応するかという問題が出て来ます。

### (4) 罪刑法定主義とフェアユースの関係

次に罪刑法定主義とフェアユースの関係なんですけれども、フェアユースに対する反対意見として、そんなものを入れると罪刑法定主義に反するのではないかという意見があります。要するに構成要件の修正形式として考えれば、罪刑法定主義違反と考えられるということになるのですが、これは構成要件の明確性の問題をどうするかという問題になります。

これに対する解答としては、恐らく一般的に用意されているのは、リバースエンジニアリングを違法性阻却事由と考えればいいんじゃないかという答えではないかと思います。構成要件の修正形式だと考えると、難しい問題が出て来ます。

もう一つ別の問題になりますが、著作権侵害の罰則が、複製権侵害の場合、懲役10年以下なんですね。かなり重罪です。その重罪の規程の構成要件だから不明確だと余計大変だということで、違法性阻却事由と解すればいいということですが、今度は違法性阻却事由とすれば、構成要件が違法類型だと考えれば、形式的には違法だけれども、一般的・包括的規程で違法性が阻却されるというふうを考えて、それで通るのかということが問題となります。そうすると、今度はまた構成要件の問題に戻ってきちゃうんで、構成要件を逆に明確化しろということになって、どういう場合がフェアユースかを明確にしろということになります。そうすると、フェアユースを具体的に規定することが出来るのかという問題になってくるわけですが、包括的規程ですから、まさに明確に規定出来ないという所がジレンマになってしまうということです。

もう一寸付け加えて言いますと、複製権侵害が懲役10年以下というのは、一寸重きに失するんじゃないかという感想を多くの人が持つのではないかと思うんですけども、何故10年になったかというのはよく判らないのです。他の知財法に定められた罰則が、みんな10年になっているから、著作権も10年に合わせたということのようです。これは罰則の重さの問題なのですが、複製権侵害というのは実際には非常に頻繁に行われているように思われます。それが10年以下という重い刑でいいのかということです。懲役10年以下というと窃盗が思い浮かびます。著作権泥棒だから10年という考え方でしょうけれども、それでいいのかという問題です。しかし、何の議論もなしに懲役10年以下というのが、他の知財法と平仄を合わせるという理由で通ってしまっていることについて、問題があるのではないかなと思います。一寸著作権の特性を見失っているのではないかと思います。知財法といっても、特許権と著作権ではやっぱりだいぶ違うわけで、特許権を侵害する場合と、それから著作物を複製したという場合とでは、うまく説明できませんが、感覚的に非常に違うんじゃないかというのが私の感想です。これは、罰則の上限を上げてしまったのが問題

ではないかというのが、私の考え方です。

それから、フェアユースを採用した場合に、著作者人格権をどうするのかという問題があります。フェアユースで、複製権侵害とかそういう問題からは救われたとしても、先程の「はたらく自動車事件」でも氏名表示権侵害が問題になっているわけで、氏名表示権とかそういうものについてはフェアユースとの関係でどうするのかというのが、また問題になってくるわけです。フェアユースは、財産権に対する一般的・包括的規程という風に一般には議論されている訳で、人格権の問題を置き去りにして議論すると、フェアユースで複製権としてはセーフとなっても、人格権侵害に当たりますというおかしな議論が出てくるということになります。その点についてそんなのは当たり前じゃないのか、人格権にも被ってくるんだという風にする人もいますし、そうではなくて、曖昧な答えをする人もいますし、人によって全部意見が違うようです。けれども、結局フェアユースによって適法化されるとする場合には、人格権には及ばないと言うのであれば、結局フェアユースの意味がないということになるんですね。この辺も含めて議論を深めないで、いけないんじゃないだろうかということです。

## 5. 非親告罪化の問題

次に、非親告罪化の是非ということをお話します。これも立法化されそうだったのですが、日弁連として反対意見を申し入れた事項です。著作権の場合と他の知的財産権の場合とを同じに扱って良いのかという問題があります。

例えば、著作権の場合だと翻案権などが入っていて、表現の本質的部分を直感出来るか出来ないかとか、そういう問題があるわけですが、これを検察官の判断、あるいは警察官が判断して検挙出来るのかどうか疑問です。単純露骨な複製権侵害だったならば、ある程度は判るでしょうけれども、著作権の中には翻案権とか変形利用権とかの二次利用権まであるわけで、そうするとそれについてそもそも犯罪を覚知することが困難ではないかと思われます。元々親告罪になっていた理由というのは、香城敏磨さんの注解特別刑法(青林書院新社)第4巻「著作権法」の中で、それは被害者の親告を待つのが一番犯罪を確知し易いからであるということが書いてあります。

それでは、非親告罪化しようという理由は何かとい



うと、これも他の知財法が全部非親告罪になっているからという理由なんです。しかし、特許権侵害を非親告罪化しても、実際には刑事裁判になるというのは大体は権利者の告訴があつてのことだろうと思います。まして翻案権まで含んでいて、その原著作物の表現の本質的部分を直感出来るかあるいは出来ないかという問題ですので、誰がそんなことをみるのかというと、それはなかなか警察官や検察官には出来ないと思います。技術的に同じ技術を使っているというのは、これは客観的に見れば分かるということがあるんでしょうけれども、翻案みたいに非常に漠然とした部分なんかについては、まず絶対分からないというか、人によって見方が違ってくると思います。それから、複製権だって、複製されて頒布されているというようなことも大体気が付くのは権利者ですから、権利者の告訴を待って取り締まっても全く問題はないのではないかとということです。

非親告罪化の問題点として、ここから先は日弁連の意見書では通らなかつたんですけれども、非親告罪化した場合には、新設されるかもしれない共謀罪との関係についても意見を求められて議論しました。弁護士などは非常に危機感を持ってしまいます。例えば、相談者からこれこれのものが他人の著作権侵害にならないかと尋ねられて、侵害にならないと思うと答えた場合に、もう答えただけで共謀罪になってしまうというような問題が出てくるので、その辺の所も問題にならないかと言ったんですが、それは関係ないという風に言われてしまいました。けれど、私は朝日新聞のインタビューでこれは関係すると言って、それが活字になっています<sup>(25)</sup>ので、ひょっとして間違つたことを言ったかもしれないと、一寸心配しております。

ただ、いまのところ、親告罪化の動きは止んでいるようです。それから、保護期間延長問題も、今回の閣議決定では見送られているみたいです。この辺の、保護期間延長、フェアユース、それから非親告罪化は韓国の改正案では全部入っています。日本で議論されていたのを、多分、韓国側では法案化するのに大分参考にして、そのまま韓国が活かしたということではないでしょうか。日本の方では、かなり今回は大きな改正を考えているのですが、そういう議論の多い部分というか、一番反対論がある所は全部素通りしているということになりそうです。保護期間延長、それから非親告罪化、フェアユースの規程を新設して欲しいという

点、これら3点とも、日弁連の知的財産制度委員会という日弁連として文化庁に意見を申し入れしております。反対意見も意見書を出しております。ホームページ<sup>(26)</sup>で公開されていますので、是非ご覧になって下さい。自賛するみたいですが、保護期間延長問題についての反対の意見書などは、論点が全部整理されていると思いますので、レジメとしては一番いいレジメになると思います。

## 6. 違法サイトからのダウンロードの違法化の問題

大体以上で、他には、違法サイトからのダウンロードを違法化するという議論がありまして、これは、著作権を侵害している違法サイトからダウンロードした場合、ダウンロードした人も処罰することにしたいというものです。結局、違法音楽サイトから音楽をダウンロードする人がいて、ダウンロードされてしまうとレコードが売れないということで、業界団体から非常に要望が強いところです。

ただ、ダウンロードしたかしないかというのは、先程の非親告罪化の問題と同じなんですけれども、どういう風にしてそれを捜査するのかということで、結局違法サイトにアクセスした人をアクセス解析して、割り出して、その人にたどり着くというような捜査をしなければならぬと思われまふ。けれども、そもそも個人のパソコンの中にダウンロードするというのは私的複製じゃないかという考え方がありますし、私的複製ではないとしても、家庭内というか、人のプライベートな部分に入って来るということになるので、それをどう取り締まるのか、取り締まること自体がいいのか悪いのかという非常に難しい問題となります。レコードの売上が下がっているということで、それは違法サイトからのダウンロードが多いからだというのはそうかもしれないし、実際そういう違法サイトがあるのかも知れないですけれども、元を絶つというなら判りますが、そのダウンロードについてまで罰するというのは行き過ぎではないかと思うのです。違法サイトを運営して勝手に送信しているというのであれば、公衆送信権違反で十分処罰出来るわけですから、今度は、エンドのユーザーまで犯罪者にするというのは、一寸行き過ぎではないかという気がします。

権利者側では、実効性がなくてもいいと、捜査が難しいのは判っているという前提で、違法サイトからのダウンロードを違法化することによって何人かを検挙

することで、一罰百戒で皆がやらなくなるからいいんじゃないかというのが、恐らく本音の議論であると思います。

私としては、犠牲者をなくしたいという風に思います。違法な行為をやっている人に、検挙されて気の毒というのも変かもしれませんが、一罰百戒で、その他99人は処罰を免れるというような、そういう図式になるような立法の形式が本当にいいのか、と思います。ここは議論のある所ですけれども、ダウンロード自体の処罰までは今回の改正の中には入っていないようです。今日閣議決定の内容を見たばかりで全部読んでないので判りませんが、違法とするとはいえませんが、今回のところ罰則は付いていません。

## 7. 終わりに

これまで、声の大きい権利者団体の要求というのは割合法改正として通り易かったんですけれども、今回はそういう意味では、著作権に対するみんなの関心が高まってきましたし、新聞などでも著作権問題を取り上げてくれるようになったので、そういうところでの意見の盛り上がりでも、割合立法に影響を与えられるようになってきたといえます。弁護士会として意見をいうということも、あながち意味がないとはいえないと思います。今まで、日弁連に何か意見を求められた場合に、例えば特許法とか商標法とか、色々照会があった場合に、知的財産制度委員会として答えているんですけれども、積極的に警鐘を鳴らすというようなことはあまりやって来なかったと思います。特に著作権ではそういうことはやっていなかったんですけれども、それを、ある程度でもやるようになったということです。少しは役に立ったかなという気がしています。特に弁護士会も法曹として、解釈論だけではなくて立法についても提言していかないと、弁護士会を無視してドンドン立法されてしまうというようなことがありますので、そういう意味でも、法律家の集団として意見書を出すということはいいことではないかと思えます。理想的にはリステートメントを作る位の実力があるのが一番いいんでしょうけれども、そこまでは行かなくとも、特別に論点となっている点については、ある程度実務家としての意見が集約出来るものであれば意見を出すというのが、これからやってく方向ではないかという気がしております。ただ、一般的・包括的規程なんかの場合については、弁護士も特に色々な立

場がありますので、若干意見の取りまとめが難しかったという感想があります。

まとめますと、保護期間延長は技術的な問題というべきもので、権利者側にとっては長くなった方がいいということですが、あんまり権利者の得になっていないという実証的な研究の結果が出ております。70年前の演歌を聞く人なんか、まずいないのではないのでしょうか。寿命が50年もないものを、それを70年に延ばす必要はないんじゃないかということです。

それからフェアユースについては、刑事法とも絡んだり色々難しい問題があるけれども、あんまり難しい理由づけをして、それで複製権ではないというよりは、むしろ一般的・包括的規程で救った方がいいのではないかと思います。著作権の場合には利用形態がどんどん変化していきますので、それに対応するのに、個別的な限定列挙主義というようなので追いつかないことになろうかと思えます。裁判が増えるからよくないといわれるんですが、弁護士会としてはいいにくいかもしれませんが、著作権の場合、賠償額の総額が少ないので、財産権として多少のことだったら抗議文を嚴重に送るという形で終わってしまって、全部が全部訴訟になって、訴訟で混乱するというのは、あまりないのではないかと思います。そもそも事件数自体は増えないでしょう。こういう規程を設けたとしても、それで著作権紛争が激増するというようなことは、実務家感覚的には想像出来ません。それから写り込みですが、写り込んでいたといっても、ブランドイメージを守るために非常に神経質になっているところは別として、大抵の所では、写真の端っこの方に何か自分が書いた絵が写り込んでいたとしても、画家が嚴重抗議を申し込むだとか何とかするかといいますと、申し込まない人の方がずっと多いように思います。ただ、フェアユースについては、議論がまだ色々ある、本当に沢山論点があるはずで、そもそもアメリカのフェアユースの類型がどうのこうのという議論以前に、例えば人格権との関係とか、刑事罰との関係とか、そういったところをきちんと比較法的にだけではなくて、ごくごく当たり前に日本の法律の体系の中で問題になる所を、もう一寸きちっと洗い直して議論しないと、地に足が着いた議論にならないし、上滑りになってしまうのではないかなという感想をもっています。

## 注

(1)平成21年3月10日

- (2) 東京高裁平成元年6月20日決定・判時1322号138頁。  
詳しくは、拙稿本件判例評釈・著作権研究20号165頁以下
- (3) コンピュータ・プログラムに関する1991年5月14日閣僚理事会指令
- (4) 福島地裁平成3年4月9日決定知裁集23巻1号228頁，大阪地裁平成15年10月30日判決・判時1861号110頁。いずれも高い創作性を要求している。前者では、「建築芸術と見られるもの」を要求し，後者は、「建築家，設計者の思想又は感情といった文化的精神性を感得せしめるような芸術性ないし美術性を備えた場合，すなわち，いわゆる建築芸術といい得るような創作性」が必要とする。
- (5) 中山信弘『著作権法』52頁以下，同「創作性についての基本的考え方」著作権研究28号2頁以下
- (6) 東京地裁平成7年12月18日判決・知裁集27巻4号787頁
- (7) 前掲註4・大阪地裁判決
- (8) 神戸地裁姫路支部昭和54年7月9日判決・無体集11巻2号371頁
- (9) 2003年以降，合衆国政府は「年次要望書」を通じ保護期間延長を要求している。
- (10) EU1993年10月29日「著作権と一部関連する権利の保護期間の調和に関する理事会指令」が，加盟各国に著作権保護期間延長を義務付けた。
- (11) 酒井麻千子「EU・アメリカはなぜ保護期間を延長したか」田中辰雄・林紘一郎編著『著作権保護期間』所収167頁
- (12) 酒井・前掲論文167頁註22
- (13) スペインの改正前法
- (14) ギニアは80年。
- (15) 丹治吉順「本の減び方：保護期間中に書籍が消えていく過程と仕組み」前掲『著作権保護期間』29頁以下
- (16) 著作権が消滅した文学作品を収集・公開しているインターネット上の電子図書館
- (17) 前掲註15，田中辰雄「本のライフサイクルを考える」前掲『著作権保護期間』58頁以下
- (18) イスラエル，台湾の著作権法では，日本のような権利制限規定を設けていますが，そこに一般条項としてフェアユースに該当する規定を新たに加えていますので，立法的に不可能ではないといえます。
- (19) 東京地裁平成13年7月25日判時1758号37頁
- (20) 原審東京地裁平成11年10月27日判時1701号157頁，同控訴審東京高裁平成14年2月18日判時1786号136頁
- (21) 東京地裁平成11年10月27日判時1701号157頁
- (22) 東京高裁平成3年9月26日判時1400号3頁 [おニャン子クラブ事件]。もっとも，理論的には解明されるべき問題点が多い。
- (23) 最高裁第2小法廷平成16年2月13日判決民集58巻2号311頁
- (24) 特許法69条1項，実用新案法26条，半導体回路の回路配置に関する法律12条2項は，リバースエンジニアリングを明文で認めている。これに対し，著作権法には，これを権利制限として認める規定はない。
- (25) 朝日新聞2007年5月26日朝刊「著作権が『脅威』となる日」
- (26) <http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/index.html>

(原稿受領 2009. 6. 9)