本日は教材 103 ページからです。103 ページの一番上には、公の使用行為と書いてあります。前回、法定の利用行為をやって、著作物の利用については、複製禁止プラス公の利用禁止というのが 21 条から 28 条の束です、というお話をしました。21 条については公私の区別はありませんが、22 条から 28 条までは、すべて公の利用行為に関する規定です。

このように、公私の別を問わない複製禁止、プラス公の利用禁止というのが、著作権侵害になるための最後の要件だということでした。本日は公の使用行為ということで、主にインターネット関係のお話になります。

インターネットというのは皆さんご自宅でも楽しく利用していると思いますし、自分のホームページを持っている人もいるでしょうし、最近では、ホームページよりもっと手軽なブログというのもあります。このように、私的な趣味、あるいは家庭の範囲と、公の範囲の区別がつきにくくなってきましたというお話をするために、インターネットに関するお話を、公の使用行為のところに入っています。

複製の問題を別にすれば、22 条から 28 条については原則として公の利用だけを侵害としていて、私的利用は非侵害にしているというのが著作権法の建前です。すでにお話をしましたが、どうして公の場合だけ禁止をするのかというと、1 つは、相対的にはモニタリング、つまり権利者の監視が容易なので、権利の実効性が高いという理由からです。

もう 1 つは、公になされるという場合、主催者はたいていその公の利用行為を聞きに来る人から対価を多少なりとも徴収することが通常ですので、主催者はその分の一部を著作権者に還元させてもいいのではないか、あるいは、著作物の利用でそれだけお金を集める魅力や価値があるのであれば、それは著作権者に帰属させるべきなのではないかというのが、公の使用行為に利用を限っている理由です。

ところが、10 年ぐらい前までは何とかその区別でうまくいっていた、あるいは何とか説明が成り立っていたのですが、ここ 10 年で、もうこのような説明がうまくいかなくなっているというのが、現代的な著作権法の問題です。

インターネットのお話の前に、まず、コンピュータ・プログラムの使用行為のお話をします。CD や DVD にプリントされているプログラム、例えばオフィスや一太郎、あるいは三国志のようなプログラムを購入してきて、皆さんが自宅のコンピュータに移送して楽しむという例を想定してください。コンピュータ・プログラムについては、違法複製品、すなわち海賊版を作るのが非常に容易ですので、取得時に悪意、すなわちそれが海賊版あるいは違法コピーだということを知っていれば、業としての使用が禁止されるという特別な条文があります。ただし、これは複製禁止権の補完的な意味がありますので、それほど強い意味がある条文ではありません。

問題はたくさんありますが、よく問題だと言われているのは、シュリンク・ラップ・ライセンスあるいは、クリック・オン・ライセンスと呼ばれるものです。これはどのようなことかといいますと、プログラムをインストールする際、最初にプログラム使用のための契約書が画面に表示されます。非常に長いので、ほとんどの人は読んだことがないと思いますが、いろいろなことが書いてあります。

許諾なくコピーしてはいけない、業務に利用する場合は連絡をすること、ライセンスは CD1 枚について 1 コンピュータだけだといったことが書いてあるようですが、ほとんどの人は読みません。ですが、そこには同意すると同意しないという選択があって、同意しないにすると、インストールできずにそこで終わってしまうのです。同意する、をクリックして、次に、を押すと、インストールを開始することができます。契約法的に言うとそれらはプログラム使用の条件ですので、同意するにマークをしてクリックをすると、その契約をみな

さんが承諾したということなので、その契約に縛られて、違法行為があれば契約違反ということで処理をされるというのが、法律的な言い方になります。

ですが、昔は、あるいは今でもあるかもしれませんが、シュリンク・ラップ・ライセンスというのがありました。コンピュータのプログラムを買ってくると、通常は CD とは異なり、箱に入って売っています。当時のコンピュータ・プログラムのライセンスは、箱を買ってきて開けると、中の契約書に、箱を開けた場合はこの契約書を承諾したものとみなすと書いてあるのですね。詐欺みたいでしょう？

お店で箱を開けたら店員に怒られますよね。ですから、購入時に契約を確認できません。中を確認してみたら、箱を開けた人はこの契約に縛られますと勝手に書いてあるのです。

買うときに確認できないのはひどいということで、プログラムの箱の方に契約の大事なところだけ書いてあることもありました。最近では、そのようなシュリンク・ラップ・ライセンスは、かなり減っています。

問題は、そのソフトを買うときに契約の内容を確認できないということです。たくさん売られるソフトについては、著作者あるいは会社が需要者人一人一人に対して契約を結ぶことはやはりコストが掛かって難しいといえます。ですから、買うときに契約の内容を確認してもらい、買うかどうかを選択できるのであれば、この契約に従いたくない人は買わなければいいということになります。そのため、最近では箱の方に内容を書いてありますので、その契約の内容を確認して買った以上は契約責任が発生するのではないかと言われています。

最近ではインターネット上でダウンロードしてきて使うソフトがたくさんあります。その場合は、クリックで同意するか同意しないかを選択できます。ですから、ダウンロードする前に選択ができる、契約書の内容を詳しく読めるということで、むしろ箱で売っているようなプログラムより、契約法という観点からはしっかりしているということも言えそうです。

ただ、契約の内容についてさらに進んだ問題があります。使う人のうち、99%は契約を読まないと思います。私も読んだことはありません。よほど興味を持っている人ぐらいしか読まないと思います。

例えば著作権法で例外として、著作権者の許諾を得なくても自由にできる行為がいくつかあります。例えば、30 条により私的複製は基本的には非侵害です。

ところが、制定法では著作権違反ではないと書いてあることを、契約で引っ繰り返すことがあります。基本的に強行規定に反しない限り、契約は自由ですので、意思の合致があれば、拘束する効力が発生します。この契約の効果を利用して、著作権法で非侵害だと言われているところに契約責任をかぶせてしまおうという契約がされることがあります。

簡単に言えば、例えば 30 条により私的複製は自由にできるのですが、クリック・オンの内容、あるいはソフトの箱に、私的複製はこれを禁止すると書いてあるわけです。

契約法だけを考えますと、私的複製を禁止すると書いてあるが、私的複製を禁止されたくない人はそれに同意しなければ契約の効果は発生じないのであるから、同意しない、つまり買わなければいいではないかと思われます。

著作権法 30 条で私的複製は著作権を侵害しませんと書いてあるにもかかわらず、私的複製をした人に対しても、著作権侵害ではなく契約責任を追及するということが、狙いです。

ただ、本当にそれでいいのかという問題があります。私的利用のほかに、一方にはバックアップやリバース・エンジニアリングという個別対応があります。

著作権法では、コンピュータ・プログラムのバックアップについては別の例外規定があります。その CD

を他人に譲渡したら、バックアップを解かなくてはなりませんし、もちろんバックアップとして大量に複製できるようにはなっていませんので、かなり厳しい例外規定です。

あるいはリバース・エンジニアリングがあります。リバース・エンジニアリングというのは、プログラム解析行為です。

あるいは、お友達にソフトを貸すことは認められていますので、そこで私的複製をしていただくことは問題ありません。皆さんが友達に CD を貸しても著作権侵害にならないのと同じです。

このような著作権法で認められているはずの行為を、契約で禁止する、オーバーライドすることを、ソフトメーカーが狙っていることがあります。

しかし、これは本当にいいのかという問題があります。例えば、田村善之『知的財産法』の裏に、学生であってもコピーを禁止すると小さい字で書いてあるとします。本当にそれでいいのかというと、この一文に効果があると考える人はあまりいませんね。

確かに字面だけ追えば、買ったということはその条件を承諾したことになるというと、理屈の上ではそうかもしれませんが、だまされたような気がします。そのような感覚というのは、私は間違っていないと思います。そのようなごく自然な感情としての違和感を、特に、弁護士になる人は大事にしていただきたいです。

著作権法 30 条で私的複製は自由であると書いてあります。著作権というものに対しての例外規定だととらえるのが通常ですが、そのようにとらえると、確かに契約で覆すことが自由なのかもしれません。けれども、逆に 30 条の知的複製自由ということに積極的な意味を見いだすとすると、強行規定に準ずるような法規であると解釈することもできないわけではありません。

家庭の中で、個人的に趣味的な範囲でやる行為について、いちいち著作権法を気にしなくてはいけないとしますと、わずらわしいですよね。コストばかり掛かっているわけです。

ですから、この 30 条の規定を、私的領域には著作権法という財産権は踏み込めないのだという範囲を定めた条文と解釈すると、この私的複製禁止のライセンスは強行規定に反しているので無効だと解釈する余地があるのです。

この問題は、北大の曽野裕夫先生が書いた論文の中で指摘されています。例えば、メーカーと消費者の間に、主に我々のような一私人が家庭で利用するようなソフトウエアについて私的複製を禁止しますというライセンスがあったとしても、私的領域に踏み込むことを許さないという 30 条を半ば強行規定と解釈して、民法 90 条で意思表示の合意があっても無効だと解釈して、私的複製を自由にするという見解が示されています。

他方で、企業が使うプログラムなどは、事前にソフトウエアのメーカーとそれを利用する企業の間で契約を重ねる時間があるはずです。やはり金額もかなり大きくなりますし、契約には慎重になると思いますので、お互いに相談をする時間というのがあるはずです。

その上で、契約を練り上げて双方が合意したのであれば、それは当然著作権法 30 条も基本的には関係ありませんし、著作権法のほかの条文を考慮した上でお互いが合意をしているということですので、契約の効果を認めてもいいのではないかというように、分けて考えるという見解がここで示されております。

要するに、ソフトウエアメーカーが自分の都合のいいように勝手に決めたルールに我々が従う意義なんて、少しもないではありませんか。したがって、私はこの見解に賛成という立場です。

進めていきます。次に、インターネットの著作権です。皆さんはホームページでもいいし、ブログでもいいですので、自分がインターネット・ワールドの中で発信をするスペースを持っていると想像してください。

その場合、皆さんはここで言うクライアントに当たるわけです。ホームページやブログを見てくれる人がユーザーです。もちろん、ユーザーもクライアントと入れ替わったりしているわけです。プロバイダーというのがホームページとかブログのスペースを提供している業者です。

他人の著作物をホームページやブログに書かれる場合にどのような問題があるかといいますと、まずクライアント、すなわちページを持っている人が、インターネットに流す目的でファイルを作成し、複製したり、サーバーで送信、アップロードする行為はどのように評価されるでしょうか。基本的にインターネットの世界というのは公の世界です。最近では、インターネット・ワールドの公私の区別が付かなくなってブログが炎上したりするわけですが、インターネットに流す目的がある以上、これは私的領域の複製とは言えないので、ファイル作成、すなわち複製の時点で、すでに複製権の侵害、あるいは修正を加えれば翻案権の侵害に該当いたします。

さらに、サーバーへ送信するということは、自分のローカルのパソコンの中にあるファイルを、インターネット上で閲覧可能にするという意味で送信可能化を行うということです。アップロードする時点で送信可能化権――すなわち、公衆送信権侵害に該当いたします。

教材には、さらに、プロバイダーなどがホームページを公衆送信した時点で、公衆送信権侵害の共同不法行為責任を負うと書いてありますが、最近ではもうこのようなことはなく、皆さんが直接プロバイダーが用意しているサーバーへアップロードすることができますので、基本的にはプロバイダーも、公衆送信のスペースを提供したという意味で共同不法行為責任を負うと言った方がいいのかもしれません。

昔はタイムラグがあったのです。ホームページも、プロバイダーの用意しているサーバーにアップロードしたからといって直ちにインターネットで流れるわけではなく、サーバーがもう 1 台のサーバーを介してインターネットにアップロードする場合は、1 日 2 回というような制限がありました。今はほとんどないと思いますし、ブログは書けばその場でアップロードされると思いますから、「さらにプロバイダーなどのホームページを公衆送信した時点で」、ということは、今ではかなり少ないということです。

次も同様です。教材にある「ファイルを受け取ったプロバイダーなどがサーバーにアップロードする行為」というのも、最近ではむしろプロバイダーは著作権侵害をするスペースを与えたという言い方の方がいいのかもしれません。そうだとしますと、著作権を守るためにはプロバイダー等に対する請求を認めるべきだと考えられています。

それはどうしてかといいますと、やはりこれも侵害行為とか著作物の利用行為が集中しているところに著作権者の請求を認めるべきだという考えです。前回お話ししたように、昔は紙のコピー機が会社に 1 台しかなかった時代がありましたので、その 1 台だけ見張っていれば著作権侵害が起こる場面はかなり防げました。それと発想は同じです。

著作権侵害が集中する場面というのがプロバイダーのサーバーです。本当は、違法複製を行っているのはそれぞれのクライアント、要するにホームページを作っている皆さんですが、個々人に請求を認めても、まず著作権者としては、その著作権侵害をしている人がどこにいるか分かりませんし、個人レベルでの著作権侵害は高が知れていますから、損害賠償請求をしても 1 万円程度となり、結局訴訟費用のためにコスト倒れになって訴訟は実際にはできないといったことがあります。

ですから、著作権侵害が集中しているところに対して権利行使を認めるというのは、発想としては優れています。侵害抑止のコストが掛かりませんし、権利行使のコストも掛かりません。プロバイダー業者としては、サーバーを立てているだけで、コピーしてアップロードする人が悪いのだろうということになるのですが。

ここでは、問題を差止請求と損害賠償請求に分けて考えるべきだということがよく言われます。

ここで言う差止請求というのは、具体的に言えば、著作権侵害に掛かるファイルをサーバーから削除するという意味です。差止請求は作為と不作為の両方とも求めることができるので、著作権侵害を構成しているものを削除するのが差止めであり、損害賠償請求というのは、それが複製されたことで得られた対価を取るという意味です。

損害賠償請求の方は、本来の条文である民法 709 条が故意過失を要求していますから、調整ができます。プロバイダーは、巨大なサーバーを持っていて、そこにアップロードされるファイルというのはもう何百万、何千万、へたをすると何億ですので、それらファイル一個一個を確認することなんかできませんから、過失であるというように調整をすることも可能です。

他方、差止請求というのは、現在から将来に関する請求ですので、昔の行為は不問です。ですから、権利侵害だということが判明した時点で、そのファイルを削除すればいいだけだということになります。プロバイダーの方からすると、差止請求の方は簡単です。裁判所に侵害だと言われたら、そのファイルを削除すればよく、削除すれば、お金は一銭も払う必要はないわけです。

差止請求というのは、差止請求に従わないと、間接強制という制度により、かなり高いお金を取られるという構造を持っていますので、差止請求に素直に従えば、基本的にはお金は掛かりません。特にファイルを削除する行為にもほとんどコストが掛かりません。損害賠償の場合は、時効の問題はありますが、著作権侵害が継続的に行われているとすると、損害がどんどん積み重なっていきますので、場合によってはとても高いお金を請求されることがあります。ですからプロバイダーとしては、冷静に考えると本当は損害賠償の方が怖いはずで、差止請求の方はそれほど怖くないのです。

基本的にインターネットプロバイダーというのは、我々とインターネット・ワールドをつなぐ重要なつなぎ役です。プロバイダー事業が発達しなかったら、我々はこれほど気軽にインターネットを利用できるようになりました。しかし、インターネット上では、著作権に限らず、人格権、パブリシティ権、場合によっては商標権侵害が起こったり、不正競争防止法などの商品等表示の問題ーダイリュージョンやポリューションも起こっています。

ですから、そのような権利侵害の場になっているところだけどうにか処理をしなければいけないということでできたのが、2001 年のプロバイダー責任制限法です。これは特別法で、対象は著作権法だけではありません。人格権や名誉権やパブリシティ権も全て含まれます。

この法律をプロバイダー責任法と呼ぶ人がいますが、そのような略し方は正確ではありません。逆です。プロバイダーの責任を軽減している法律です。免責している法律なので、プロバイダー責任制限法です。プロバイダー責任法ですと、プロバイダーに責任をかぶせる法律だと勘違いされてしまいます。

このプロバイダー責任制限法は、プロバイダーが損害償責任を追及されるときの特則が書いてあります。すごく読みにくい条文ですが、条文はそれほど多くありません。プロバイダー責任制限法が扱っているのは、1 つはプロバイダーと権利者の問題の処理、もう 1 つがプロバイダーと発信者の方の権利処理です。発信者というのは被疑侵害者、すなわち侵害をしているかもしれない人です。

この法は、基本的にプロバイダーが、権利侵害の情報の流通を知っている、要するに、権利侵害に掛かるファイルがアップされているということを認識しているか、認識しているに足りる相当の理由がある場合のみに損害賠償責任を限定しています。すなわち、権利侵害が起こっていることを知らなければ、損害賠償請求は受けずに、免責されるという意味です。こちらが対権利者のお話です。

対発信者の方は、権利者からクレーム、すなわち権利侵害をしているだろうという指摘を受けたら、プロバイダーは、発信者＝被疑侵害者、すなわち侵害しているかもしれない人に削除するから何か申し開きをしてくださいということを問い合わせ、7 日以内に不同意の申し入れを受け取らなかった場合、すなわち発信者の方が削除することに同意いたしませんということがない限り、そのファイルを削除しても発信者からの責任は追及されないということです。

どうして発信者が問題になるかと言うと、発信者とプロバイダーの間で契約関係が成立している可能性があるからです。つまり、プロバイダーは、例えば掲示板のような 1 つのスペースを提供しているわけですから、発信者に対しては、プロバイダーが勝手に削除しませんということが掲示板利用の約款のところに書いてある可能性があります。ですから、その場合に、同意がなく勝手に削除しているということはその契約に違反するということなので、損害賠償の問題を調整しなければいけないために、責任を免除しているわけです。

通常は、対権利者の方が問題になります。法律を作ったときは、対発信者の契約責任の方もかなり慎重に検討されたようですが、今では、主に対権利者に関して重要な事を決めた法律だと考えられています。

損害賠償請求については、このプロバイダー責任制限法のおかげで、あるいは過失の調整もあるために、かなりプロバイダーの責任は軽減されています。差止請求、削除要請については、著作権の問題であれば著作権法で、名誉の問題であれば、不法行為法と判例法の問題にというように、まだそれぞれの法律に委ねられています。

このように、皆さんの私的行為が、実際に著作権侵害の問題とダイレクトにぶつかり始めているというのが最近の流れです。それはどうしてかというと、権利者の権利の主張が強くなったという意味ではなく、むしろ外部的な効果に由来していると言われています。それが、立法論として教材に書いてある、著作権法の第 1 の波、第 2 の波、第 3 の波と言うものです。これは田村先生の用語です。

最初の第 1 の波というのは、著作権制度ができたころの話です。つまり、活版印刷という技術が普及するに従って、コピーをすることが徐々に営業として成り立つようになってきました。その場合には出版業者を保護してあげないと、フリーライドが生じるために、先行投資が回収できず、誰もそのような印刷技術を発表しないということになってしまいます。そこで、権利を与えて印刷技術を普及させようというところに著作権法の狙いがあったわけです。

それから何百年かたちまして、今度は印刷技術だけではなく、複製一般が非常に容易になってきました。これはひとえに技術の発達です。特にコンピューターに代表されるような、あるいは OA 機器に代表されるような、複製技術、複製機器の発達です。著作権それ自体が発達したわけでもありませんし、著作物の内容が素晴らしくなったわけでもないのです。あくまで外部的な影響です。

つまり、印刷も複製の 1 つですが、昔は複製をできる人が限られていた、あるいは技術が限られていた、あるいは機械が非常に高価だったということでした。しかし、現在では、10 円払えば誰でもコピーができる、あるいは、CD のコピーが 10 分ぐらいでできるようになりました。昔は専門の機械や専門の技術がなければできなかったことです。家庭内までこの複製技術が非常に発達して、簡単に複製ができるようになりましたと。ここで、著作権もいろいろ考えてやらなければいけないということで、前回お話した貸与権や、私的録音録画補償金請求権などができたのです。

でも、実は、著作権法はこの第 2 の波には完全に対応し切れていないと言われています。対応し切れ

ないうちに、第 3 の波ということでインターネット技術の普及がおこりました。第 3 の波は、複製だけではなくて、送信行為が誰でも簡単にできるようになったということです。昔は、我々私人は、マスコミから情報を受け取るだけ、すなわち読んだり買ったりするだけでした。ところが、今では、我々は誰でも簡単に情報を発信することができます。ホームページやブログを持っている人はもちろんそうですし、2 ちゃんねるに皆さんが意見を書き込むのも、十分発信行為です。世界中に発信しているわけです。日本語を読めるかどうかを別にすれば、世界中に発信しているわけです。

現在は携帯電話からでも、皆さんは今、この場から、世界に向けて発信行為ができるようになっているのです。大げさだと思うかもしれませんが、全く大げさではありません。実際に今、ブログ上の著作権侵害やホームページ上の著作権侵害がとてもたくさん起こっていますよね。

誰でも世界中に向けて公衆送信ができるようになったので、複製だけ禁止しておいてあとは公の利用だけ禁止するという、著作権の基礎が、完全に時代に対応しなくなっています。複製禁止というのは、複製ができる人の数が限られていたので、そこだけ監視しておけばよいという発想であり、公というのは、基本的には人をたくさん集めて行う行為なので見つけるのも簡単であり、かつお金もたくさん集まってくるという前提でした。けれども、ブログは基本的にはお金が集まらないでしょう？　ただですよね。また、皆さん一人一人やっているわけですので、どこで侵害しているのか発見することもかなり難しいのです。

本名でブログをやっている人というのは芸能人ぐらいで、皆さんブログをやっているときは基本的には本名を隠していると思います。それでは、侵害者がどこにいるのか全く分からないということになっています。やはり、複製禁止プラス公の使用禁止という著作権法のベースが、完全に時代にマッチしなくなっているといえます。著作権法というのは、本当は作り直す必要があると思います。

皆さんが家庭で CD をコピーするとき、これは大丈夫なのかなと思うこと自体が、本当はよくないことなのです。私的領域に財産権が勝手に踏み込んでいいとは私は思いません。むしろ、そのような行為は気軽にできるのだけれど、実は少しだけお金が上乗せされているというように、皆さんが権利を気にしないで自由に行動をすることができ、かつ、きちんと著作権者にも対価を還元しているというようなシステムを作るのが、本当は今大事なのではないかと言われています。

104 ページにいきまして、著作権侵害等の主張に対する防御方法の話に入りたいと思います。防御方法というのは、要するに利用者側の抗弁のお話です。今までは権利者側の権利主張の話をしていましたが、次は抗弁のお話です。

著作権法の抗弁、防御方法、侵害にならない方法等の条文は、何度も出てきていますが、30 条が代表例で、30 条から 50 条が、この利用者側の防御方法です。著作権法は、21 条から 28 条までが権利者側の権利の束、30 条から 50 条が利用者側の抗弁、すなわち例外の規定です。

日本の著作権法の特徴は、このように 30 条から 50 条まであるように、例外規定が非常に多いです。どうして例外規定が多いかというと、総括的な例外規定、包括的な制限規定がないからです。

つまり、個別の行為一個一個を規定している限定立法です。著作権が制限される場合というのを、限定的に定める立法になっています。

これは、立法の考え方の違いです。アメリカなどでは包括的な、フェアユースの条項というのがあります。アメリカはこの包括的条項プラス個別条項ですが、包括的条項として、例えば著作権者に営業上の損害を与えない著作物の利用行為はこれを非侵害とするという一文を書いて、あとは判例の発達に委ねる、あるいは個別に考えていくという立法のやり方です。これに対し、著作権を制限した方がよさそうな行為を想

像して、一個一個、条項を立てていくやり方があるわけです。日本は、後者を採ったということです。

最初が私的複製です。もう何度も説明している30条です。私的利用の場合は、権利者に与える影響は微々たるものであり、権利行使を認めたとしても、コストばかり掛かって、実際には権利として機能しないだろうということで、私的範囲での複製は非侵害にしているということはもうすでにお話をしました。

30 条が例外とすれば、30 条にはさらに例外の例外が多く設けられています。例えば、公衆の使用に供されている自動複製機器を用いて複製する場合には私的複製に該当しません。例えば TSUTAYA にダビング装置が備えてあって、その店でまずビデオを借り、すぐ横に備えてあるダビング装置で、借りたビデオを一番上に入れて、2 番目に生のテープを入れると、10 分ぐらいしてダビングができるというようなマシンです。DVD も同じです。そのような場合は公衆の使用に供されていますし、自動複製です。そのようなものを用いて複製する場合は私的複製には該当しません。

公衆の使用に供されていない複製機器であれば問題ありません。ですから、皆さんの家庭にあるパソコンは、通常は公衆の使用には供されていませんから、家庭のパソコンでやる分には非侵害だということです。

では、コンビニや生協に置いてあるコピー機はどうなのかというと、あれらは公衆の使用に供されていますね。かつ、自動複製機器ではありませんか。では、私的複製に当たらないのかというと、付則 5 条の 2 というのがあり、なぜか紙については非侵害になっています。

ですから、付則の 5 条 2 というのは、例外の例外の、そのまた例外です。30 条が例外、30 条 1 項 1 号が例外の例外、付則 5 条 2 が例外の例外の例外です。条文の構造をしっかり理解してください。このように、当分の間となっていますが、紙のコピー機は非侵害になります。ですから、コンビニに行くと確かに紙のコピー機は置いてあるけれども、DVD のコピー機はありませんね。

では次に引用の方にいきます。引用の条文は 32 条 1 項です。ある著作物を引用で使う分には非侵害だという条文です。日本の著作権法の著作権の制限規定、例外規定というのは、実はこの私的複製と引用ぐらいしか、使い道があまりないと言われています。あとは、例えばテストを作るときには著作権者の許諾は要らないとか、点字を作るときとか、あるいは新聞報道のときのことや、非常に細かい条文が多いです。いろいろな場面に適用できそうな条文は、実はこの30条と32条しかありません。これが問題だと言われています。個別の規定に当てるのはいいけれども、使い勝手が悪すぎるというのが、最近の問題です。

引用の発想というのは、ある著作物を作ろうと思う場合には、すでに成された著作物をある程度利用して創作される場合が多いということを考慮しています。例えば書評がありますね。あるいは漫画を批評することもあります。批評目的、あるいは研究目的で他人の著作物を利用したいと思うときがあるわけです。私も前々回に、スラムダンクのコピーを配りました。スラムダンクでシュートをしている場面やパスをしている場面を皆さんに説明するときに、あの絵を使わないで説明することができるかというと、使わないで説明することはほぼ不可能です。絵の著作物の類似性を評価しているわけなので、実際に絵を見せて皆さんに説明をしないと無理です。

私の講義というのは、1 つの著作物です。私はスラムダンクの著作者に許諾を求めていません。皆さんに配布をしましたから公衆に向けて頒布をしたわけですが、では私は著作権侵害なのかというと、やはりおかしいですよね。

このように、何か新しい著作物を創作するときには、他人の著作物を利用しなければ、著作自体ができないという場合があり得ます。ですから、それが一切合切だめだということになると、やはり新しい著作物が

作られなくなってしまい、結局、著作物が豊富にならないということなので、例外を定めたわけです。これが 32 条です。

ただ、引用というのは、許諾が要らない、お金も払わなくていいということですので、何でもかんでも引用だと言うと著作権が形骸化してしまいますから、ある程度条文に縛りを掛けています。32 条は、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、引用の目的上正当な範囲で行われるものでなければならないと定めていますので、この範囲で行う著作物の利用は引用となり、32 条により非侵害になるわけです。

イメージが難しい場合は、私がスラムダンクのコピーを配った場面を想定してください。あれは引用です。私が講義という著作物を創作する場合に、あの絵がなければ皆さんに説明ができません。ですから必要ですね。引用の目的と正当な範囲になるということですので、私はスラムダンクの著作権者にお金を払っていませんが、非侵害ということです。

この引用については、パロディ第一次上告審という有名な最高裁判決があります（最判昭和 55.3.28 民集 34 巻 3 号 244 頁）。教科書の 446 ページに写真があります。例えば、このように田村先生が写真を載せる行為も引用です。この写真を撮ったカメラマンが著作権を持っているはずですが、カメラマンには無許諾のはずですが、これは引用です。これがなければ、パロディの事件を説明できないでしょう？　このような例が引用です。

446 ページの写真は、左側の写真が先に撮られ、左側の写真を右側の写真が引用したということです。左側の写真は、普通のスキーのシュプールを描いてきたところを撮った写真ですが、要するに右側の写真というのは、この写真にタイヤを付加したわけです。マッド・アマノという人がこのパロディ写真を作りました。当然、このマッド・アマノは、左側の写真の著作権者に許諾は取っていないわけです。

一応これはパロディ、すなわち批評目的らしいです。環境を破壊してスキー場を作った人々を、このタイヤがごろごろっと転げ落ちて踏みつぶすということで、環境破壊をしているスキーヤーを皮肉ったものだというような説明がなされるのですが、それを信じている人はあまりいません。面白いだろうということです。実際この CM は面白いですね。このようなセンスは、私は非常に素晴らしいと思います。

これが引用に当たるとすると、マッド・アマノは非侵害になります。引用ではないと言われると侵害になるわけです。最高裁は、ここで引用と言うためには 2 つの要件が必要ですと言っています。確かに、32 条はかなり包括的な規定ですので、条文だけでは具体的な基準としては難しいということなのかもしれません。

最高裁は、明瞭区別性と付従性という 2 つの性質があれば、32 条に該当しますといいました。明瞭区別性とは、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができるということ、付従性、あるいは主従性は、著作物の間で引用する方が主、引用されるほうが従という性質です。

実際には、最高裁は、これは引用に当たらないと言いました。ですから、この写真で説明すれば、右側の写真が主、左側の写真が従であるという関係がある必要があるとしました。もう 1 つは、左側の写真が右側の写真のどこに使われているのか、はっきり区別できなくてはいけないという基準を立てたのです。これははっきり区別できないでしょうね。はっきり区別できたら、パロディになりませんから。それで、これは引用の要件を満たしていないという結論に至ったということです。

ですが、この明瞭区別性と付従性について、本当にこれでうまくいくのかどうかというのが、現在の議論の対象です。特にパロディでは、この明瞭区別性が、類型的に認められにくいといえます。パロディという

のは、区別できればパロディになりませんよね。このようなパロディのような類型を、教材では取り込み目的型と書いてあります。誰かの著作物を取り込んで利用する場合は、やはり明瞭区別性を要求することが難しいといえます。

このマッド・アマノの写真を見ても、この 2 つの写真を並べれば、使っているというのは分かりますが、右側の写真だけ見ても区別できないでしょう？　普通は右側の写真しか見ませんから、右側の写真だけ見て区別するというのは無理です。ですから、このような、取り込み型、パロディ型というのは、明瞭区別性を認めることがかなり難しいと言われています。

ただし、このパロディというのは、例えば政治目的など、言論の自由や表現の自由を保障するときに使わざるを得ない場面があると言われています。例えば、どの新聞にも、政治欄に必ず風刺の漫画が一こま載っていますよね。あれは新聞社の伝統だと思いますが、例えば政治を批判する、茶化すような漫画があります。

あのような漫画を描くときにも逐一著作権侵害だと言われてしまうと、言論の自由を保障することが難しくなってしまうので、そのような表現をする場合は、多少引用の基準を緩めて考える必要もあるのではないかという指摘もあります。ですが、パロディでも純粋に面白がってやる場合はそこまで自由を認める必要もない気がいたしますので、その分著作権者を守ってもいいのかもしれません。

このようなパロディは、実は現在の著作権法では非常に非侵害にしにくい類型だと言われています。ただ、このマッド・アマノの写真は、私はとしては非侵害にしたい気がします。面白いじゃないですか。

一般に皆さんがパロディと言うものはもっと広いと思います。例えば著作権が発生していないようなありふれた表現でも、作品の中では特徴的な言葉があります。私は、「先生、バスケがしたいんです」、というのは、著作物性はないと思いますが、ほかのバスケット漫画でそのせりふが出ると、明らかにスラムダンクのパロディだなと皆さん思うでしょう。でも、そのパロディというのは、ここで言うパロディではありません。

著作物性がなければ、そもそも引用に当たらなくても非侵害です。ですから、逐一、引用に当たるか、明瞭区別性があるかと考える必要はないわけです。

ここは気を付けてほしいところです。最近のアニメの作品、あるいはドラマでも、昔のドラマの名言などをパロディ的に使っている場合がよくあります。『踊る大捜査線』は、パロディが盛りだくさんです。パロディはだめでオマージュはいい、オマージュはリスペクトしているからいい、といったよく分からない分類があるようですが、著作権法的に言うと、著作物性がない場合は、引用は自由です。著作物性がある場合は、引用に当たるかどうかという区別になります。そもそも著作物性がないのであれば、引用に当たろうが当たるまいが非侵害で、利用は自由です。

他方、批評・研究目的の引用の場合は、最高裁の明瞭区別性と付従性というのは一応うまく機能するのではないかと言われています。私が前回スラムダンクの絵を配ったのも批評・研究の目的に当たります。スラムダンクのコピーを配ったことは、私の講義とは明瞭に区別されています。私があの絵を描いたとは誰も思わないでしょう。資料として配っていて、講義は口述の形式でしているわけですから、区別はできています。あのときの講義は、スラムダンクの絵を鑑賞する授業ではなく、それを使って私が著作権法の説明をしたということなので、私の講義が主、あの漫画が従と言うことができると思います。

ですから、批評・研究目的で他人の著作物を使う場合は、明瞭区別性と付従性はうまく機能するだろうと言われています。

現在では、著作物の利用の仕方というのも多種多様です。多種多様であるということは基本的には非

常にいいことだと思いますが、多種多様になっておりますので、最高裁判決も、研究・批評目的ではうまくいくけれども、ほかの類型の引用の仕方ではうまく切り分けられないのではないかと言われていて、ここも今、著作権法が動いている、すなわち非常に盛んに研究されている分野の 1 つです。

ただ、批評・研究目的だったら何でもいいのかというと、もちろんそんなことはありません。教材にあるレオナール・フジタ事件は、レオナール・フジタという人の画集を許可なく出したという事案です（東京高判昭和 60.10.17 無体集 17 巻 3 号 462 頁［レオナール・フジタ絵画複製控訴審］）。画集の下の方に少し絵の説明が書いてあって、絵は大きく載っています。

画集ではなくて、日本の絵画集ですから、レオナール・フジタの絵だけではないのですが、その一部に無許諾でこの藤田画伯の絵が載っていたのです。印刷の画質もつやつやしていて、画集として利用することもできそうな感じです。ですから、明瞭に区別しておいて、あとは少し何かコメントしていてもすべて非侵害かというと、もちろんそんなことはないわけです。

インターネットのホームページに音楽を無許諾で載せることを考えても、インターネットのホームページの音楽なので、区別されていますね。音楽は BGM として使っているだけなので、ホームページの方が主であると言ってしまうと、完全に分かれていますから明瞭な区別もできていて、音楽は自由に利用できるのではないかと言えそうです。では、何を利用しても非侵害なのかというと、やはりそんなことはないわけです。

ですから今、批評・研究目的でも、複製技術を利用して簡単に皆さんが著作物を利用できるようになったので、明瞭区別性と付従性が、批評・研究目的でも少しずつうまくいかなくなっているとも言われています。

次に『ゴーマニズム宣言』の事件を取り上げます（東京地判平成 11.8.31 判時 1702 号 145 頁［脱ゴーマニズム宣言一審］、東京高判平成 12.4.25 判時 1724 号 124 頁［同控訴審］）。教材の 135 ページの資料の方にあります。『ゴーマニズム宣言』というのは小林よしのりの言論主張型漫画です。いわゆる非常に右寄りの主張をする人なので、やはり左の人からたたかれるわけです。教材 135 ページのカットに載っているのは、その小林よしのりの『ゴーマニズム宣言』の漫画を批評する本です。

例えば、右から 2 番目、「2―③ 被告書籍 46 ページより」という漫画には、手書きの文字で書き込みがあります。このように『ゴーマニズム宣言』のコピーを張って、さらにそこに書き込みをして、『ゴーマニズム宣言』の批判をしている本です。

この『ゴーマニズム宣言』の事件では、明瞭に区別されていて、付従性もあると判断されました。つまり、小林よしのりの漫画は区別されていて、そこに手書きの文字で書き込みをしているので、区別はできるということです。この後は小林よしのりの姿勢を批判する文章がたくさん付いていますから、そちらの文章の方が主であるので、付従性も満たしています。よって、引用については非侵害だという判決が出ています。

さきほども言いましたように、最近はこの最高裁の 2 要件がうまくいかなくなっていると言われていて、裁判の方でも新しい基準が模索されております。私は引用の必要性だけでいいような気もしています。

教材 106 ページ「(2) 著作権の存続期間」のお話をしようと思います。これもすでに出てきているお話ですが、基本的には著作者の死後 50 年、すなわち著作者の余命プラス 50 年です。非常に長いですね。80 年や 90 年になる著作物も、決して珍しくはありません。

著作者が死んだ日からきっかり 50 年後ということではなく、著作者が死亡した次の 1 月 1 日から、50 年

のカウントスタートです。厳密に言うと、50 年プラスアルファがあります。ですから、利用者としては、著作者が何年何月何日に死亡したまで覚える必要はなく、何年に死亡したかを知っていればいいのです。

余命プラス 50 年だとすると、ほぼ同世代の人は利用することができないことになります。法人名義の場合は、原則、公表後 50 年です。法人は死ぬということが基本的にはなく、永遠に生き続ける法人もありますので、法人の解散後 50 年とかはできないわけです。ですから、公表後 50 年に切っています。ですから、余命プラスの余命の部分がないので、法人名義だと、一般に自然人名義の著作物よりも著作権の存続期間が短くなってしまいます。映画の場合は、その短くなってしまうということをおもんばかって、70 年になっています。

存続期間が切れた後はコピーが自由です。前もお話ししましたが、100 円ショップに 500 円で昔の名画がずらっと並んでいます。あれらは違法映画ではなく、切れたものをプリントしているだけです。

特許の場合は出願後 20 年ですので、特許法との比較ということで説明をしたいと思います。著作権は余命プラス 50 年ですので非常に長く、特許の少なくとも 2.5 倍、あるいは 3 倍から 4 倍になることもあります。これだけ長く保護されると、私は長すぎだと思います。死後 10 年ぐらいでいいと思います。

積極的理由としては、技術や文化が積み重ねで発展するので、一定期間以降は自由とするとあります。対価回収のチャンス、機会を与える制度ですので、制度的に見ると、先行投資さえ回収させてしまえば、もうそこで存続期間は終わりと言ってもいいわけです。つまり、制度論から言えば、もうけさせる必要まではなく、とんとんになればそれでいいはずだという発想です。

ですが、発明や著作にいくらお金を掛けたということは計れませんし、お金を掛けた人が長く権利を享受できるとすると、やはりおかしなことになるので、ここは法律というルールの明確性の方を優先して、20 年や 50 年で切っていくのです。

次に消極的理由、すなわち、著作権を永久権にしない理由です。著作者というのは自分がオリジナルだと主張しますが、そうは言っても、初めから何の勉強もせずに著作物を作れたわけではありません。修業時代にいろいろな著作物に触れて、そこでその人の著作物観が作られます。例えば、いろいろな音楽を聴いて初めて、今までの音楽の上に上乗せするような形で作曲をしたり、絵でも同じで、画法などがありますし、流行もきっとあるでしょう。いろいろな画家から影響を受けて、自分の絵というものを創っていくというのが普通だと思います。自分の作ったものはオリジナルだと言っても、やはり昔の人の寄与を受や影響を受けています。

昔の人から影響を受けたのであれば、自分も後進のために影響を与える、後進のために自分の著作物もいつかは利用自由となるようにしなければいけないのではないかと考えられます。先人へお金を払って自分の画法を磨いたわけではありませんよね。勉強時代は基本的に、その著作者にお金を払うということはないはずです。ですから、そこはある種のフリーライドがあるわけです。フリーライドがあって、自分もいっぱしの著作者になったわけなので、これからはあなたも、これから出てくる人のためにフリーライドをされる立場になりなさいというのが、権利を一定期間に区切っている意味です。

創作法制には、必ずそのような側面がありますから、必ず存続期間があります。商標や不正競争防止法 2 条 1 項 1 号のように、標識法には基本的にはありません。積み重ねの要素がないからです。積み重ねの要素がある創作法では、権利の期間が必ず決まっています。

問題になるのは、どうして著作権の方が長いのかということです。著作権と特許の対比は、文化と技術の話です。技術というのは、ある程度 1 つの方向に向かって発展していくわけです。ですから、特許権とい

うのは、産業の発達のために必要ですが、1 つの方向に権利があると、ほかのライバルから見ると障害になりやすいのです。

文化の場合は、さまざまな方向に発展していきますので、そもそも方向というのがないのかもしれません。ですので、ある著作物を回避する形で、ほかの方法で著作物を作るということが、特許に比べれば簡単です。ゆえに、障害になりにくく、障害になりにくいということは、多少権利の期間が長くても、文化の発展にはそれほど制約をしないという意味です。

もう 1 つは、やはり同じような技術の分野の性格ですが、発明というのは、その発明者がいなくても、技術が進歩していく以上、誰かが発明しただろうといえます。その発明者がいるおかげで利用が可能になったのは10年ぐらい早くなったかもしれないけれども、もしその人がいなくても、10年たてば誰かがやっていただろうというものが、発明です。1 つの方向に向かって進化していきますので、いつかは誰かがやるだろうと言われているのです。

ところが、著作物というのは、1 つの方向に向かって進化していくものではありませんので、その人がいなかったらこの著作物はできなかっただろうというものが、発明に比べれば多いと言われています。ベートーベンもそうです。創作者の個性が、著作権の方が強く反映されるだろうということは、その人がいなかったら、もしかしたらこの先ずっとできなかったかもしれないということなので、その人に権利を帰属させる期間が長くても問題ないはずだという説明になります。これが、著作権の存続期間を特許と比べての説明になります。

ただ、この説明がうまくいかないのは、コンピュータ・プログラムです。日本ではプログラムそれ自体は著作権法で保護されますが、今言った説明はコンピュータ・プログラムに当てはまらないのです。どちらかというとコンピュータ・プログラムは技術に近いものですので、そのプログラマーがいなくても、いつかは誰かがやっていただろうということがあるはずです。本当は、やはりコンピュータ・プログラムというのは、もう少し権利の期間を短くするべきではないのかといえます。国際条約関係がありますが、そのような問題があると言われています。