

著作権法30条の2の一部改正の提案

鈴木康平*

Proposal for Partial Revision of Article 30-2 of Japanese Copyright Act

Kohei SUZUKI

抄録

平成24年に著作権法が一部改正され、写り込みについての制限規定を定めた著作権法30条の2が新設された。本稿では30条の2に関する課題を明らかにし、課題を解決するための改正案を提示した。30条の2の解釈にあたっては、条文の文言にとらわれずに広く解釈する学説が有力であり、立法担当者も概ね同様の立場をとっている。しかし、条文の文言を厳格に解釈すると本来許容されるべき著作物の付随的利用が妨げられる恐れは否定出来ない。また、明文化された要件により、著作権法に詳しくない者が著作物の利用を萎縮してしまう恐れもある。したがって、30条の2には改正が必要であるという結論に至った。提示した改正案では社会通念上軽微であるかという点と、著作権者の利益を不当に害さないかという点に絞って著作物の付随的利用であるかを判断する。軽微性の判断に関しては消去可能性テスト・置換可能性テストを基準のひとつとして採用することを提案している。改正案には明確性の原則や法的安定性に関する批判が予想されるが、現行法にも曖昧な要件はあることに加えて、改正案は他の法律と比べても特段曖昧な表現を使っているものではないため、改正案は必ずしも明確性の原則に反しているわけではなく、法的安定性を損なうものではないと考える。

Abstract

Article 30-2 of the Japanese Copyright Act about minor shot object in photos was established by Copyright Act revision of 2012. This article studied legal issues of Article 30-2, and showed an amendment proposal to solve these issues. Many theories and law makers interpret it flexibly without sticking to the letter of the law. However, the incidental use of copyrighted works which should be permitted might be undermined when the letter of the law was interpreted strictly. In addition, due to lack of foreseeability, people unfamiliar with Copyright Act might stop using copyrighted works. Therefore, the author reached the conclusion that Article 30-2 need revision. In the amendment proposal, the author showed two criteria for the incidental use of copyrighted works; (1) whether the use of copyrighted works is minor under common sense and (2) whether the use of copyrighted works unfairly harms the benefit of the copyright holder. The author suggested that one of the criteria of the minor use of copyrighted works should adopt an erasability test and/or a substitution potential test. Criticisms about the doctrine of certainty and the legal stability are expected for the amendment proposal. However, the existing law already has the vague requirements. The amendment proposal does not suggest more ambiguous expression than other laws.

* 筑波大学大学院図書館情報メディア研究科博士前期課程
Master's Program
Graduate School of Library, Information and Media Studies
University of Tsukuba

1. はじめに

著作権法30条の2（以下、著作権法の条文を参照する際には、引用などの場合を除き、法律名を省略する。）は、いわゆる「写り込み」に係る規定を定めたものであり、平成24年の著作権法の一部改正で新たに設けられたものである。

写り込みは著作物の付随的利用の典型例とされている。著作物の付随的利用とは、「その著作物の利用を主たる目的とししない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」と解されている¹。そして、写り込みは、「写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映像を公衆送信等するといった利用」行為とされている²。

著作物の写り込みは著作権者の利益を害するとは考えられないものの、形式的には著作権侵害となってしまうという状況があった。例えば、テーマパークでキャラクターの着ぐるみと共に撮影した写真や、キャラクターがプリントされたTシャツを着た人が写っている写真、ぬいぐるみを抱いた子どもを撮影した写真、街の様子を撮影した際に映画のポスターが写り込んでしまった写真等は、個人でプリントアウトして楽しむような利用であれば30条の私的使用のための複製に該当するため著作権侵害にならないが、その写真をインターネット上などで公開した場合、21条の複製権や、23条の公衆送信権の侵害となり得るという問題があった。

そのような問題も含めて、「近年のデジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、著作物等の利用態様が多様化しているとともに、著作物等の違法利用・違法流通が広がっていることから、著作物等の利用の円滑化を図りつつ、著作権等の適切な保護を図るため」、平成24年改正が行われた³。この法改正によって、いわゆる「写り込み」に係る規定を定めた30条の2が新設されたのは前述の通りである。

しかし、30条の2が適用されるには多くの明示された要件を満たす必要があり、条文の解釈によっては30条の2が制定される前よりも写り込みが厳しく制限される可能性もある。そこで、本稿では、30条の2について法解釈論を展開し、その課題を明らかにするとともに、課題を解決するための法改正を提案した。

2. 改正の経緯

30条の2（以下、「本条」という。）は権利制限の一般規定、いわゆる日本版フェア・ユースの導入が検討された結果、立法されたものである。フェア・ユースとは米国著作権法107条に定められる著作権の一般制限規定であり、裁判所がフェアな利用であると判断したものについて、著作権を制限するものである⁴。日本版フェア・ユースの導入については、デジタル技術や通信技術の発達による新たなネットビジネスの登場や従来想定されていなかったコンテンツの利用形態の登場を受けて、個別権利制限規定による対応では著作権者の利益を不当に害しない場合であっても形式的に違法となってしまう状況を踏まえて、デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会において検討された結果、日本版フェア・ユースを導入すべきであるとの要請がなされた⁵。報告書の要請を受け、内閣に設置された知的財産戦略本部が決定した知的財産推進計画2009でも日本版フェア・ユースの導入が言及された⁶。平成21年3月には著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会により、文化審議会著作権分科会で検討を行うための基礎的な資料が整備された報告書がまとめられた⁷。そして、平成21年5月から著作権分科会で権利制限の一般規程について検討が開始された。検討が進められる過程で権利制限の一般規定ワーキングチームが設置され、平成22年1月に報告書がまとめられた⁸。報告内容をもとに更に検討が重ねられ、平成23年1月に文化審議会著作権分科会報告書がとりまとめられた。

報告書では、著作権の権利制限の一般規定、いわゆる日本版フェア・ユースの類型として、3つの類型を示し、それらの種類の著作物の利用につき、権利制限の一般規定による権利制限の対象とすることが適当であるとされた。3つの種類のうち写り込みを含む著作物の付随的利用について言及したものはA類型と呼ばれている。A類型は、「A その著作物の利用を主たる目的とししない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」とされており、典型例として「写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映像を公衆送信等するといった利用」が想定されている⁹。

報告書に基づき文化庁が改正法の原案を作成、内閣法制局へ提出され審査を受け、第180回国会で平成24年

6月20日に「著作権法の一部を改正する法律（平成24年法律第43号）」として成立、同年6月27日に公布、翌年1月1日から施行された。本条はこの改正により新たに設けられたものであり、A類型を原型として立法されたものといえる。なお、文化庁が提出した改正法原案と国会に提出された改正法案には著しい相違があるが、修正経緯および理由は不明であり、そのことを批判するものがある¹⁰。

以上のように、本条は最終的には個別制限規定として設けられたが、日本版フェア・ユースあるいは権利制限の一般規定を設けるという目的から設けられたものであり、本条を解釈する際にもその事情を考慮しなければならない。

3. 条文解釈

はじめに、本条の全文を以下に示す。

（付随対象著作物の利用）

30条の2

写真の撮影、録音又は録画（以下この項において「写真の撮影等」という。）の方法によつて著作物を創作するに当たつて、当該著作物（以下この条において「写真等著作物」という。）に係る写真の撮影等の対象とする事物又は音から分離することが困難であるため付随して対象となる事物又は音に係る他の著作物（当該写真等著作物における軽微な構成部分となるものに限る。以下この条において「付随対象著作物」という。）は、当該創作に伴つて複製又は翻案することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該複製又は翻案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 前項の規定により複製又は翻案された付随対象著作物は、同項に規定する写真等著作物の利用に伴つて利用することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該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。

本条の適用にあたっては、①撮影等の方法によって（撮影等の要件）、②著作物を創作するに当たって生じる写り込みであり（著作物の創作の要件）、③写り込んだ著作物を分離することが困難であり（分離困難性の要件）、④写り込んだ著作物は写真等著作物の軽微な構成部分であり（軽微性の要件）、⑤著作権者の利益を不当に害するものではない（著作権者への影響の要件）の各

要件を満たす必要があることを条文から読み取ることができる。本章では各要件に関して解説・学説を簡単にまとめ、考察を行う¹¹。

3.1 撮影等の要件

本条は撮影等の方法によって創作された著作物を対象とする。撮影等以外の方法で創作された著作物、例えば模写については、立法担当者は撮影等に該当しないため適用されないとするが、実際には他の権利制限の利用や默示的許諾、権利濫用の法理による解決があり得る旨述べる¹²。学説上も1項の要件を満たす写真を元に描く場合には本条2項により翻案利用に伴って付随対象著作物を描くことが可能であること、著作権者の利益が写真の場合と比較して格段に強く害されるともいえないこと、この要件は写り込みが生じる典型的な場面を想定したものであることを理由に、他の要件を満たせば、拡張ないし類推適用の対象になり得ると解するものがある¹³。

また、立法担当者は生放送や生配信に関しても録音・録画を伴わないため、本条の適用を否定しているが、実際には撮影等と異なるところはないため、具体的な事案においては柔軟な解釈運用による解決が望まれる、と述べている¹⁴。

3.2 著作物の創作の要件

本要件によって適用対象外となるものとして、著作物の創作に当たらないような場合、例えば、定点撮影のような何の創造性も加えられないような場合が想定されている¹⁵。

著作物に該当しないものを除外した理由として、映画の盗撮行為といった違法行為に付随して写り込む場合も本条の対象となると不合理な結果となるためと説明されている¹⁶。もっとも、本要件を付したのは、違法行為に付随する写り込みを排除する趣旨であって、定点撮影のような場合を積極的に対象から除外する趣旨ではなく、柔軟な解釈による解決を立法担当者も望んでいる¹⁷。

学説も文言上は本要件を満たさないとしても柔軟な解釈を行うことで本条を適用すべきとする¹⁸。ただし、厳格に解釈すると違法になると指摘するものもある¹⁹。

3.3 分離困難性の要件

写真等著作物から分離することが困難であるとは、「ある著作物（「写真等著作物」）を創作する際に、創作時の状況に照らして、付随して対象となった他の著作物

（「付随対象著作物」）を除いて創作することが、社会通念上困難であると客観的に認められることをいう」とされている²⁰。

立法担当者は、分離困難性は社会通念に照らして判断されるものであり、物理的に困難か否かを基準にするものではないとする²¹。学説上も、現在の技術水準からみて物理的に分離することが困難であることが要件であると考え、その要件を充足しない場合がほとんどになってしまうと指摘するものがある²²。

立法担当者は社会通念に照らして分離困難性を満たす例として、キャラクターがプリントされたTシャツを着た子どもを撮影する場合、壁に絵画が飾ってある部屋で撮影する場合を挙げる²³。それに対し、分離困難性の要件が設けられたために、キャラクターのぬいぐるみを抱いた子どもの写真を撮影し（この行為は30条が適用されることが多いと想定している）、Web上で公開した場合には本条2項が適用されず送信可能化権侵害となり得ると指摘する学説がある²⁴。

いわゆる「写し込み」と呼ばれる場合に関して、立法担当者は写真等に写ってしまうことを認識しつつ行われた撮影のような場合には本条の適用対象となり得るが、エンタメ業界等で自ら小道具を用意して撮影するような場合には分離困難性を満たさないため、本条の対象とはならないとする²⁵。また、雑誌の表紙でモデルがキャラクターのTシャツを着ている場合が本条の対象外の例として挙げられているが、雑誌の場合にはTシャツに描かれているキャラクターの価値を利用して販売を促進しようとする意図があることから、たまたま写り込んだ場合とは状況が異なると述べられている²⁶。

また、分離が困難かどうかを社会通念上という基準に加えて、軽微性との相関関係も踏まえて判断することを提案する学説がある。その提案では、軽微であればあるほど、そのような軽微なものを分離することは他の要素に係わらず困難であると判断する。そして、軽微でない場合はそもそも分離が困難に関わらず本条は適用されないのだから、分離困難性と軽微性を関連づけることで処理ができるのではないかと提案している²⁷。

3.4 軽微性の要件

軽微性については、「著作物の種類等に照らし、個別の事案に応じて判断されるものであり、予め定量的な割合が決まっているものではない」とされている²⁸。定量的な割合が決まっていなくても、立法担当者、学説共に写真等著作物に占める写り込んだ著作物の割合も重要な判断要素の一つになっている²⁹。一方、写

り込んだ著作物の割合が大きいとしても焦点が合っていないようなものは軽微となり得るとし、写り込みの態様も重要であることを指摘する学説もある³⁰。

また、軽微性の判断にあたっては本条が設けられる以前から、写り込んだ著作物を消去または他の著作物に置き換えた場合に著作権者に影響を与えるかという消去可能性テスト・置換可能性テストを行うことが提案されていた³¹。消去可能性テストをクリアしたものは、写り込んでいてもいなくとも写真等著作物それ自体に影響をあたえるものではないといえるため、著作物の実質的利用はないと判断できるとされている³²。置換可能性テストに関しては、写り込んだ著作物の代わりになり得る同種の著作物の場合、その視覚的效果等の利用が必要とされているとみることできるが、一方、写り込んだ著作物を非著作物に置き換えても影響が生じないのであれば、写り込んだ著作物の実質的な利用はないといえるため、「非著作物」と置換してテストを行う場合には有益であるとされている³³。

3.5 著作権者への影響の要件

ただし書の要件により、付随対象著作物として認められたとしても、その種類や用途、複製、翻案、その利用の態様に照らして著作権者の利益を不当に害するものは本条の適用対象にならない。この要件は1項、2項ともにただし書として設けられている。

立法担当者は、本要件は「安全弁」として置かれたものであり、撮影等の後の利用行為について定めた2項はともかく、撮影等の時点を権利制限の対象とする1項で適用される例がどれほどあるかは疑問を呈している³⁴。

以上から、1項ただし書に関して、付随対象著作物として認められながらも、財産的利益の侵害が成立するような場合は考えにくい。また、人格的利益に関しては著作者人格権でカバーできるため、1項ただし書に該当する場合は想定しにくい³⁵。

2項ただし書に関しては、「翻案や公衆への提示・提供を含む全ての利用を許容するものであり、また2項による利用段階での付随性・軽微性を改めようとは要求していないから、1項に比べるとただし書の適用場面が広いであろう」と考えられている³⁶。また、1項で厳格に要件を絞り込んでいるのであるから2項ただし書に該当する場合は考えにくいと述べるものもある³⁷。

3.6 考察

①撮影等の要件、②著作物の創作の要件、③分離困難性の要件、④軽微性の要件、⑤著作権者への影響の要

件について解説・学説を整理してきた。ここで各要件について考察し、本条の課題を明らかにする。

まず、①撮影等の要件については、撮影等に比べて、模写などの場合には他人の著作物を取り込むことを回避することが容易であると考えられるが、写真と模写では一般に写真のほうが模写と比べて著作物がはっきりと写り込んでいると予想される。それにも関わらず、写真の場合には適法となり、模写の場合には違法となるのは不合理である。また、生放送や生配信は録音、録画と違い、撮影後に動画を編集して提供するということができない。したがって、編集によって権利侵害のおそれのある著作物を取り除くことができる録音、録画に比べて、写り込みによる著作物の付随的利用を避ける事が難しい生放送や生配信においては著作物の写り込みが許容されないという結果になってしまう。そのような状況を考えれば、むしろ生放送や生配信にこそ本条の適用が期待されていると考えることができ、生放送や生配信にも本条が適用されるべきである。しかし、条文の文言上は適用が否定されることになる。また、本条の元となったといわれるA類型は、著作物の付随的な利用を広く認める趣旨であって、写真や動画への写り込みはその典型例として挙げられているものだった。撮影等に限定することで本来著作物の付随的な利用として許容されるべき写り込み以外の利用行為が本条の適用外となってしまった。したがって、①撮影等の要件は不要である。

②著作物の創作の要件については、本要件により除外される可能性がある対象として定点撮影が挙げられているが、定点観測のような場合にこそ写り込みが問題となることが少なくないと考えられる。そのような場合に本条が適用されないとすれば、そもそもの目的である著作物等の利用の円滑化が阻害されるおそれがある。本来許容されるべきものにまで本条を適用するには著作物の範囲を広くすることが考えられるが、本条の適用対象とするためだけに無闇に著作物の範囲を広くすることは著作権法そのものに大きな影響を与えうるものであるから適切ではない。したがって、②著作物の創作の要件は不要である。

③分離困難性の要件については、写真撮影の際に着ているキャラクターのTシャツが写り込み場合にはTシャツを脱がせるまでは求められないことはまだしも、キャラクターのぬいぐるみを抱いた子供の写真を撮影する場合にはぬいぐるみを撮影対象から外すことは容易なのだから、分離困難性を満たすとは言い難い。柔軟な解釈が望まれていることが解説・学説から読み取ることができるが、分離困難性の基準を広げすぎることは明文化

された要件を無視することになりかねない。また、実際にそのような運用がなされるかは定かでない。したがって、③分離困難性の要件は不要である。

④軽微性の要件については、軽微であるか否かの判断にあたっては、付随対象著作物の写真等著作物全体からみた割合、レイアウトなどが判断要素になり得る。しかし、その判断はケースバイケースで判断されるべきものであり、割合がいくらであれば軽微であるとみなすといった規定を設けることは適切ではない。しかし、基準が全くないのは事前に自身の利用行為が侵害か否かを判断するには不便である。そこで、軽微であるか否かの判断にあたっては、消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアするものであるかを判断基準のひとつとして採用し、ある程度の予測可能性を確保することが望ましい。

⑤著作権者への影響の要件については、本条1項の要件を満たすものであれば著作権者の利益を不当に害するものとなることは考えにくい。特に1項は撮影等の際の複製・翻案のみを対象とするものであり、著作権者の利益を害する複製・翻案とはどのようなものか想定できない。一方、2項は利用行為全般を対象とするものであるから、本要件に当てはまることも考えられる。したがって、⑤著作権者への影響の要件は本条1項には不要である。

学説においても、①撮影等の要件、②著作物の創作の要件、③分離困難性の要件の3つの要件に関して、技術的に不可避な写り込みについて、技術的な側面から、創作活動に支障をきたすことを防ぐために著作権を制限するという類型（旧来型の写り込み）のみを念頭に置いたものであり、これらの要件について柔軟な解釈を展開するものは、インターネットによって著作物の利用範囲が拡大した結果、私人の行動の自由を確保するために著作権を制限するという類型（新しいタイプの写り込み）を視野に入れたものであると指摘するものがある³⁸。平成24年改正は後者の類型を念頭に行われたものであると考えられるが、条文の文言上の要件からは著作物の利用の円滑化が図られているとはいえず、改正の目的が達成されているとはいえない。

本条については、当初の立法目的に近づけるために柔軟な解釈が提唱されているが、裁判所が明文規定の要件に当てはまらない行為を合法とするか、と懸念を示すものもある³⁹。さらに、解釈上は立法趣旨等から広く写り込みが許容される可能性が示されているとしても、著作権法に詳しくない者が学説や立法趣旨まで調査することは考えにくい。自身の行為が著作権侵害か否かを判断

するにあたって、立法趣旨等を参照せずに条文の文言からのみ判断をするならば、立法趣旨等を考慮した解釈上は本条の対象となる可能性があったものだとしても、そこまで読み取ることができず、予見可能性が乏しいために著作物の利用を萎縮してしまうことが予想される。そうすると、改正の目的であった著作物の利用の円滑化が阻害されるおそれがある。

以上から、1項には④軽微性の要件、2項には⑤著作権者への影響の要件のみを残せば、著作物の付随的な利用を広く認める趣旨で立法された本条の目的を達成するには十分であり、その他の要件はむしろ立法の趣旨を損ないかねないものだったのではないかと考える⁴⁰。本条の要件に対しては、柔軟な解釈が提唱されており、立法担当者も条文の文言にとらわれない柔軟な解釈を求めている⁴¹。しかし、明文化された具体的要件の解釈には限界があることや、改正の目的である著作物の利用の円滑化を図るためには著作権法に詳しくない者に萎縮効果を与えないことも重要であり、したがって、解釈論による解決ではなく、本条の改正による解決が望ましいと考える。

4. 条文の一部改正の提案

平成24年改正の目的が著作物の利用の円滑化であったのに対して、本条の適用には多くの要件を満たす必要があり、さらにそれらの要件の一部は、文言からは許容されるべき写り込みまでも対象外としうるものだった。学説・立法担当者は文言にとらわれない柔軟な解釈により、許容されるべき写り込みを適用対象にすることを示していた。本稿でも柔軟な解釈を試みたが、文言からあまりに離れた解釈には限界があることや、著作物の付随的な利用が写り込みに限定されてしまっていること、著作権法に詳しくない者は予見可能性が乏しいために著作物の利用を萎縮するおそれがあることを指摘することができ、解釈による解決には限界があることが明らかになった。

したがって、本稿では広く著作物の付随的な利用が認められることを目的とした条文の一部改正を提案する。以下に改正案を提示する。なお、改正案には本条(以下、「現行法」という。)と異なる部分に下線を引いた。

【改正案】

(付随対象著作物の利用)

30条の2

その著作物の利用を主たる目的としない他の行為（以下

この条において「被付随的利用行為」という。）に伴い付随的に生ずる利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できる著作物（以下この条において「付随対象著作物」という。）は、当該利用行為に伴って複製又は翻案することができる。

2 前項の規定により複製又は翻案された付随対象著作物は、被付随的利用行為に伴って利用することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該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。

本改正案は、平成23年1月に文化審議会著作権分科会報告書で示されたA類型「A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」⁴²を1項に反映したものである。

現行法の元となったA類型はその対象を写り込みに限定したものではなかったことから、対象を写り込みに限定しうる撮影等の要件は削除した。著作物の創作の要件も、著作物の創作に当たらない行為に付随する著作物の利用を排除するものであり、排除しないためには無闇に著作物の範囲を広くするおそれがあるため削除した。分離困難性の要件に関しても軽微性の要件で許容される付随的な利用であるか判断できると考えられるため削除した。また、現行法1項ただし書に定められていた著作権者への影響の要件は、社会通念上軽微であると判断された著作物の利用に対して適用される状況があるとは考えにくいので削除した。2項は一部文言を1項に合わせて修正したことを除き、現行法のままとしている。

本改正案における適用の要件は、①被付随的な利用行為に伴い付随的に生ずる利用であること、②利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できること（軽微性）の2つである。また、改正案2項には現行法と同様のただし書が設けられており、著作権者の利益を不当に害さないことが要求される。以下、各要件について説明する。

4.1 改正案の要件

①被付随的な利用行為に伴い付随的に生ずる利用であることを要求する要件は、現行法で求められている写真の撮影等によって創作される著作物であることに適用対象を限定しない。したがって、模写や生放送、固定カメラによる撮影等にも改正案は適用される。また、撮影等

以外の著作物の付随的利用にも適用される。

軽微性の要件を充足するか判断するにあたっては、消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアするものであるかを基準のひとつとして採用すべきである。各テストをクリアする具体的基準は事例に応じて異なるものと考えられるが、裁判例の蓄積によってある程度の基準が構築されると考える。ただし、過去の裁判例に過度にとらわれることは避けなければならない。消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアするものであれば、前例がなくとも改正案の適用対象としなければならない。また、消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアしないものであっても、社会通念に照らして軽微な利用と考えられるものは改正案を適用すべきである。消去可能性テスト・置換可能性テストはあくまで軽微性の判断基準のひとつであり、それらのテストにとらわれて許容されるべき著作物の付随的利用が妨げられては改正案を提示した意味がない。消去可能性テスト・置換可能性テストに該当する要件を改正案の文言に盛り込まなかったのはそのためである。

改正案には現行法にある分離困難性の要件は含まれない。そのため、現行法では分離困難性の要件のために適用対象外となり得る場合にも、条文の文言を広く解釈することなく適用対象となり得る。具体的には、キャラクターがプリントされたTシャツを着た子どもを撮影する場合に、Tシャツが写真のメインとなっているようなものでなければ、無地のTシャツに置き換えても写真の印象が変わることはないであろうから、消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアするものであり、軽微性の要件を満たすため改正案1項の適用対象となる。また、テーマパークでキャラクターの着ぐるみと撮影する場合には、そのキャラクターの着ぐるみであることが重要であろうから、消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアすることはできない。しかし、テーマパークが写真の撮影を禁止しておらず、キャラクターの着ぐるみも撮影を拒否していないのであれば、社会通念上撮影が許容されていると判断できるため、軽微性を満たし、改正案1項の適用対象となる⁴³。それらの写真をウェブ上にアップロードして公開した場合も著作権者の利益を不当に害するとは考えられず、2項の要件を満たすと考えられるため、改正案が適用される。

自ら小道具を用意して撮影するような「写し込み」についても分離困難性の要件が含まれないことにより、改正案の要件を満たせば適用対象になる。例えば、映画の撮影で部屋の中でのシーンを撮影するときに、著作権のある写真を部屋の壁にインテリアとして貼った場合で

も、その写真が大きくはっきり写っているなど、明らかに使用した写真である必要があると認められる態様での利用でないのであれば、消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアし、著作権者の利益を不当に害するとは考えられないため、改正案の適用対象になると考えられる⁴⁴。

改正案2項では「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」とただし書で定めている。現行法においては1項にも含まれていたが、改正案1項には含まれていない。これは社会通念上軽微であると判断された著作物の利用に対して適用される状況があるとは考えにくく、1項はあくまで被付随的利用行為の瞬間に伴う複製・翻案を許容するものであるため、著作権者に与える不利益が大きくないと考えるためである。一方、2項は利用行為全般を許容するものであり、たとえ1項の要件を満たすものであっても、著作権者の利益を害する場合がないとはいえない。そのため、2項にはただし書を設けることを提案している。

4.2 予想される批判とそれに対する反論

本改正案に対しては、「社会通念上軽微」といった表現が明確性の原則に反しており、法的安定性が損なわれるという批判が考えられる。

しかし、現行法の「分離することが困難」「軽微な構成部分」といった表現も曖昧であり、解釈の幅があることや、運用する際には社会通念に照らして判断されることが解説・学説から読み取ることができることから、現行法も法的安定性が高いとはいえない。

著作物の付随的な利用を認めようとするあまり、著作物性を認めるべきではないものにまで著作物性を認めたり、分離することが困難である状況に幅を持たせたりすると、条文上の文言と解釈とが乖離するおそれがある。分離困難性に関する解釈は現行法のみ解釈として運用することも可能だが、著作物性に関する解釈は著作権法全体に影響をおよぼすものであり、無理な解釈を採用することは避けなければならない。他方、無理な解釈を避け、現行法の要件を厳格に当てはめようとすると、本来許容されるべき著作物の付随的な利用まで阻害することになりかねない。

以上を考慮すると、要件を簡略化し、著作物の付随的な利用を広く認める余地を残した要件を採用することが立法経緯に沿ったものであると考えられる。

また、現行法の元となったA類型が示された文化審議会著作権分科会報告書においても「付随的」「軽微」といった表現に明確性の原則から問題があるという意

見に対して、「権利制限の一般規定という性質に照らせば、明確性の原則との関係について、ある程度柔軟に解してもよいのではないかと意見や、現行著作権法や他の法律でもこの程度の表現は用いられており、特段問題はないのではないかと意見が出された」とある⁴⁵。また、違法性阻却事由を定める刑法35条⁴⁶が抽象的な規定で足りるとされているのと同様に、限定された範囲での制限規定とする必要はない旨述べる学説もある⁴⁷。以上から、A類型の表現が他の法律と比べて特段曖昧なわけではないことが読み取れる。改正案はA類型の表現を採用するものであり、改正案も他の法律と比べて特段曖昧な表現を採用しているわけではないといえる。

以上から、改正案は必ずしも明確性の原則に反しているとはいえず、法的安定性を損なうものではないといえよう。

また、1項が複製・翻案の利用に止めずにあらゆる利用行為を対象とし、さらにただし書を設けて、2項を削除したほうが元のA類型に近くなるのではないかといった意見も考えられる。しかし、1項と2項を統合した場合、被付随の利用行為への萎縮効果が1項と2項を分けた場合と比べて大きくなることが考えられる。1項はただし書を設けずに複製・翻案の利用に止めることで、被付随の利用行為時の複製・翻案であれば軽微性のみ配慮すればよく、著作権者の利益への影響まで考慮せずに被付随の利用行為を行うことができる。したがって、1項と2項を分けることで、統合した場合よりも被付随の利用行為への萎縮効果が小さいと考えられる。

また、著作物の付随的な利用を広く認める上ではフェア・ユース規定のような一般的な制限規定を導入することも考えられる。しかし、平成24年改正においてフェア・ユースの導入が見送られたことから考えて、一般的な制限規定としてのフェア・ユースが導入されるにはまだ時間が必要と考えられる。したがって、将来的にフェア・ユースを導入するかを検討していく必要はあるものの、現行法の課題を迅速に解決し、著作物の利用の円滑化を実現するためには、A類型と現行法をベースとした改正案を採用することが望ましい。もっとも、本改正案は運用次第では広く著作物の利用が認められるようになることも想定できるため、フェア・ユース導入までの過渡的措置というわけではなく、実質的なフェア・ユースとしての役割を担うものになることも期待できる。

5. おわりに

本稿では、写真等に写り込んだ著作物等の取扱いを定めた30条の2について検討した。平成24年改正が元々は日本版フェア・ユース導入の議論からはじまったものであることを受け、文言にとらわれずに広く解釈する立場をとるものが有力であり、立法担当者の解説からも30条の2の元となった文化審議会著作権分科会報告書で示されたA類型に近づけようという意図がみられた。しかし、文言を厳格に解釈すると本来許容されるべき著作物の付随的利用が妨げられるおそれは否定出来ない。また、多くの明文化された要件により、著作権法に詳しくない者が著作物の利用を萎縮してしまうことも考えられる。

以上から、本稿では30条の2の改正案を提示した。改正案は社会通念上軽微であると評価できるかという点と、著作権者の利益を不当に害さないかという点に絞って著作物の利用が許容される付随的利用であるかを判断することを提案した。軽微性の判断には消去可能性テスト・置換可能性テストを基準のひとつとして採用した。また、改正案2項には著作権者の利益を不当に害する場合は適用対象外となる旨の要件をただし書として加えた。

現時点では想定できない著作物の利用についても、付随的利用と判断できるものであれば著作権侵害を問わないことを定めた規定でなければ急速に発展するデジタル技術や通信技術に対応することはできない。想定できない著作物の利用まで含めて厳格に定めることは不可能であり、現時点での著作物の利用のみでなく、将来にわたっての著作物の利用についての制限規定を考える場合には、明確性の原則や法的安定性に過度にとらわれることのないようにしなければならない。

注・文献

- ¹ 文化審議会著作権分科会・文化審議会著作権分科会報告書。文化庁、2011、p.44. http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf, (参照 2015-03-05)。
- ² 文化審議会著作権分科会・前掲注(1) p.44.
- ³ 文化庁長官官房著作権課。解説 著作権法の一部を改正する法律(平成24年改正)について。コピーライト、2012、vol. 52, no. 618, p.16.
- ⁴ 米国著作権法107条に定められる著作権の権利制限の一般規定。フェア・ユースの認定は裁判所によってさ

れるものであり、107条に定められている4つの判断要素を中心に総合的に判断して決せられる。なお、本稿で対象とする著作物の付随的利用（写り込み）の場合にはフェア・ユースではなく「些事に法は介入せず」（*de minimis non curat lex*）という法諺に基づく *de minimis* 法理によってその解決が図られているとされる（山本隆司編著、フェア・ユースの考え方、太田出版、2010、p. 277、〔山本隆司〕.）。

⁵ デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会、デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）、首相官邸ホームページ、2008、p.11、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf>、（参照 2015-03-05）。フェア・ユースを導入すべき理由の一つとして写り込みの問題も挙げられている。

⁶ 知的財産戦略本部、知的財産推進計画2009、首相官邸ホームページ、2009、p.3・22、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf>、（参照 2015-03-05）。

⁷ 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会、著作物の流通・契約システムの調査研究 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究 報告書、文化庁、2009、p.6-7、〔上野達弘〕、http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/houkokusho_090601.pdf、（参照 2015-03-05）。

この報告書でも写り込みが41条の時事の事件の報道のための利用に該当せず、形式的には権利侵害となってしまうことが指摘されている。

⁸ 権利制限一般規定ワーキングチーム、権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書、文化庁、2010、http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri_houkokusho.pdf、（参照 2015-03-05）。

⁹ 文化審議会著作権分科会・前掲注（1）p. 44。
A 類型のほか、適法利用の過程における著作物の利用（B 類型。CD への録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製や、キャラクター商品の企画に際し、社内会議資料や著作権者に許諾を得るために必要となる企画書等における複製が例に挙げられている）、著作物の表現を享受しない利用（C 類型。技術開発・検証のための素材としての利用や、ネットワーク上で複製等を不可避免的に伴うサービス開発・提供行為が例に挙げられている）が日本版フェア・ユースの類型として挙げられている。

¹⁰ 日本弁護士連合会、平成24年著作権法改正（平成24年法律第43号）における法令審査過程に関する意見書、

日本弁護士連合会、2013、http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2013/opinion_130620_2.pdf、（参照 2015-03-05）。

意見書では、文化庁及び内閣法制局へ開示請求を行い開示された資料からは検討の具体的過程、重要な修正理由が不明であることが指摘されている。

¹¹ 本条に関する解説・学説の整理、考察については、鈴木康平、写り込みに関する法的課題－著作権法30条の2を中心に－、日本知財学会誌、2014、vol. 10、no. 3、p.55-70。も参照されたい。

¹² 池村聡、壹貫田剛史、著作権法コンメンタール 別冊 平成24年改正解説、勁草書房、2013、p.99、〔池村聡〕。

¹³ 前田哲男、「写り込み」等に係る規定の整備、ジュリスト、2013、no. 1449、p.30-31。

¹⁴ 池村ほか・前掲注（12）p.99、〔池村聡〕。

前田・前掲注（13）p.30。も拡張ないし類推適用の対象になり得ると述べる。

¹⁵ 田村善之、日本の著作権法のリフォーム論 ―デジタル化時代・インターネット時代の「構造的課題」の克服に向けて―、知的財産法政策学研究、2014、vol. 44、p.117。は、「店舗内や街中の防犯カメラの一部には撤去を必要とするものが出てきてしまうことになりそうである」と述べる。

¹⁶ 永山裕二、著作権行政をめぐる最新の動向について、コピーライト、2012、vol. 52、no. 619、p.12。

¹⁷ 池村ほか・前掲注（12）p.99-100、〔池村聡〕。

¹⁸ 清水節、「平成24年著作権法改正について」、竹田稔先生傘寿記念『知財立国の発展へ』、中山信弘ほか編、発明推進協会、2013、p.425、前田・前掲注（13）p.31。

¹⁹ 小倉秀夫、金井重彦編著、著作権法コンメンタール、レクシスネクシス・ジャパン、2013、p.586、〔金井重彦〕。

²⁰ 文化庁長官官房著作権課・前掲注（3）p.22。

²¹ 池村ほか・前掲注（12）p.100、〔池村聡〕。

池村は私見として、本要件を過度に厳格に解釈するのではなく、柔軟な解釈で妥当な結論を導くべきではないかという旨述べる。

²² 清水・前掲注（18）p.426。

²³ 池村ほか・前掲注（14）p.100-101、〔池村聡〕。

²⁴ 中山信弘、著作権法、第2版、有斐閣、2014、p.307-308。

中山はTシャツとぬいぐるみの場合で実質的な差異があるのか疑問を呈し、利用形態や損害等から総合

的に判断することが妥当とする。中山は本条2項が適用されないと述べているが、分離困難性の要件からその結論を導いており、そもそも本条1項が適用されないことを前提にしていると推測できる。

- ²⁵ 池村ほか・前掲注(12) p.108-109, [池村聡]. 前田・前掲注(13) p.31-32. も、意図を持って写し込んだ場合には対象とはならない場合が多いだろうとする。
- ²⁶ 永山・前掲注(16) p.12. は、付随的利用の権利制限規定があるドイツの判例でも雑誌の表紙への掲載については付随的利用に該当しないと判断されているとする。
- ²⁷ 明治大学知的財産法政策研究所. 平成24年著作権法改正の評価と課題. パネルディスカッション議事録. 明治大学知的財産法政策研究所, 2012, p.21, [奥邨発言], http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/20120804/20120804sympo.pdf, (参照 2015-03-05).
- ²⁸ 文化庁長官官房著作権課・前掲注(3) p.22.
- ²⁹ 池村ほか・前掲注(12) p.103, [池村聡]. は、「写真に絵画が写り込んだといった「静止画×静止画」の事案においては、写真全体の面積に占める写り込んだ絵画の面積の割合が重要な判断要素になろう」と述べ、小倉ほか・前掲注(19) p.584, [金井重里]. は、「割合は問わないが半分とかを占めれば付随的とは一般的にはいえないであろう」と述べる。
- ³⁰ 中山・前掲注(24) p.305. 前田・前掲注(13) p.33 も同旨。
- ³¹ 前田哲男. “工業製品の外観などに利用された著作物の「写り込み」的な利用について”. 齊藤博先生御退職記念論集『現代社会と著作権法』. 野村豊弘, 牧野利秋ほか編. 弘文堂, 2008, p.339.
- ³² 前田・前掲注(31) p.340.
- ³³ 前田・前掲注(31) p.340.
- ³⁴ 池村ほか・前掲注(12) p.105-106, [池村聡]. 永山・前掲注(16) p.13. も、1項ただし書は、「確認的に置いたという性格が強い」と述べる。
- ³⁵ 前田・前掲注(13) p.34. も、「1項の本文の要件を満たしながら、なおただし書に該当するのはどういう場合なのかは、具体的には想定しがたいが、念のためにただし書が置かれたものと理解できる」と述べる。
- ³⁶ 前田・前掲注(13) p.34.
- ³⁷ 小倉ほか・前掲注(19) p.586, [金井重里]. は、著作権者の利益を不当に害する場合にフェア・ユース

の議論があったため、米国著作権法のフェア・ユースの条件の一つである「著作権のある著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響」の条件が紛れ込んだのだろう、と述べる。

- ³⁸ 田村・前掲注(15) p.118-119.
- ³⁹ 中山・前掲注(24) p.400.
- ⁴⁰ 清水・前掲注(18) p.426-427. は、「付属対象著作物の軽微性に加えて、分離の困難性というより不明確な基準が必要であるか疑問である。……今回の規定では要件が厳しすぎ、実効性に欠けるように思われる」と述べる。
- ⁴¹ 田村・前掲注(15) p.117-119. は、本条の元となったA類型時点で示されていなかった①撮影等の要件、②著作物の創作の要件、③分離困難性の要件に対する起草過程関与者の解釈からは、文言を厳格に解釈するのではなく、むしろ柔軟に、あるいは無視するような解釈をすることも辞さない態度が伺えることを指摘し、極めて注目に値すると述べる。
- ⁴² 文化審議会著作権分科会・前掲注(1) p.44.
- ⁴³ 黙示の許諾を得ていたとも考えられる。
- ⁴⁴ 現行法の制定前にも、「書」が照明器具のカタログに写り込んだことが著作権侵害であるか争われた事例(東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁[雪月花事件])において、写り込みの態様から書の本質的特徴が読み取れないとして著作権侵害が否定されている。また、映画に写真が写し込まれたことが著作権侵害か争われた米国の事例 *Sandoval v. New Line Cinema Corp.* 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998) でも、写し込まれた時間がわずかであること、写真にピントが合っていなかったことなどの写し込みの態様から *de minimis* 法理により著作権侵害が否定されている。
- ⁴⁵ 文化審議会著作権分科会・前掲注(1) p.45. また、中山・前掲注(24) p.400. は、「もし著作権法に罪刑法定主義を厳格適用するならば、著作権法の立法が刑法の原理に縛られることになり、柔軟性が失われることになる」と指摘し、著作権法が罪刑法定主義を厳格に適用していない例として、著作権侵害の対象である著作物の定義を定めた2条1項を挙げている。
- ⁴⁶ 刑法35条「法令又は正当な業務による行為は、罰しない。」
- ⁴⁷ 田村・前掲注(15) p.116-117.

(平成27年3月23日受付)

(平成27年6月2日採録)