

《論説》

著作権の権利制限論と保護範囲論との相違に
関する一考察——「表現の自由」の抗弁を念頭においたドイツ
比較法的検討——

本 山 雅 弘

- 1 問題の所在
- 2 「無許諾・無償」制限と「無許諾・有償」制限の意味するところの違いは何か
- 3 「無許諾・無償」制限を正当化し得る「公益」とは何か
- 4 保護範囲論のもとで権利制約を正当化し得る対抗利益は何か
- 5 権利制限論と保護範囲論の相違は何か
- 6 保護範囲論を個別の保護範囲規定の解釈論として論ずることの意義
- 7 結語

1 問題の所在

「表現の自由」が他人の著作物の無断借用を意図する利用者側の利益として主張された場合、それは他人の著作物の無許諾利用の適法性を主張するものであり、著作権の効力に対する権利制約論にほかならない。他方、著作権法のサイドには、権利制約の枠組みとして、大別するならば、権利制限論と保護範囲論とがある。

この前者の権利制限論とは、著作権法上の明文の制限規定（30条～50条）を根拠として、権利効力の範囲を画そうとする考え方である。この権利制限論のなかにも、わが法との関係でいえば、補償金支払義務の有無に関して、「無許諾・有償」の権利制限と「無許諾・無償」の権利制限とがあり得る。

他方、後者の保護範囲論とは、わが法にはそれを直接の明文で根拠づける規定はないが、たとえば、権利のおよぶ範囲を保護対象（著作物）の創作性

の程度と相関させて、創作性の程度の低い場合には⁽¹⁾翻案権ないし同一性保持⁽²⁾権の存在を実質的に否定する解釈論に見出すことができる。あるいは、最判平成13・6・28民集55巻4号837頁「江差追分」事件が示した「表現上の本質的特徴の直接感得性」の基準の解釈をめぐる論争の渦中にある見解ともいえるが、他人の著作物の創作的表現の借用を認め得る場合にも、借用に際して付加された新たな創作的表現をも相関的・全体的に評価し、著作権の効力のおよぶ翻案を規範的に否定する解釈論にも見出すことができる⁽³⁾（いわゆる全体比較論）。それらはいずれも、解釈により、権利が内在的に備える保護範囲を明らかにして、その権利効力の範囲を画そうとする考え方であるといえる。

ところで、著作権の権利行使に対し「表現の自由」に基づく権利制約論が主張された場合、著作権法は、いったいいずれの権利制約の枠組みをもって、その主張に向き合いその当否を検討すべきなのであろうか。

ここで問題となるのは、このような権利制約メニューの間にはどのような相違点が存するものと考えればよいのかということである。その相違点の理解なくしては、権利制約論たる「表現の自由」が主張された場合に、解釈論にせよ立法論にせよ、その受け容れの当否を適切に考察できず、またその枠組みを適切に用意できないはずである。しかし、従来、この権利制約メニュー相互間の意味相違の有無あるいは相違の中身について、われわれは必ずしも十分な知見を得てこなかったように思われる。

こうした権利制約メニュー相互間の理論的関係の解明は、なにも「表現の自由」に基づく制約論によってのみ要請されるものではないはずである。すでに法が権利の制約枠組みとして権利制限論と保護範囲論との存在を認識した時点で、この両手法・メニューの意味内容の相違を明確にする契機があったというべきである。このような問題意識が共有されてこなかったのは、明文の制度として法律上に明記された権利制約論はわが国の場合権利制限論のみであり、その有償制限制度の創設時にもその固有の意義について意識的な⁽⁴⁾問題提起がなされず、また他方の権利制約論である保護範囲論は解釈論が導

いてきた考え方であって、その権利制限論との相違点が立法論議として論じられる機会がこれまでなかった（したがって、双方の相違点について体系的な整合性の点も含めて理論的な整理がなされる機会がなかった）という事情にも由来するかもしれない。しかし、権利制約の手法・メニューとしての保護範囲論の存在もすでに明確に認識されている以上、そのような状況の下で権利制約論たる「表現の自由」と著作権との関係を論ずるうえでは、権利制限論と保護範囲論とからなる権利制約メニューの理論的關係に対して、無関心ですますことはできないであろう。

無償制限と有償制限の相違が意味するところとは何か。その両制約メニューのもとで許容される利用利益（無許諾で許容される著作物利用行為が備える利益）には、その中身や性質の点で異なるところはあるのか。そして、権利制限論と保護範囲論との間には何か意味の相違を認めるべきであるのか、あるとすれば、それをどこに求めるべきなのか。

このような問題意識に促され、本稿では、まずは比較法的な知見の共有を目的として、ドイツ法における議論を考察することにする。ドイツでは、権利制限手法としての無償制限と有償制限の意味の相違を検討する憲法裁判所の判例や最高裁判例の蓄積が見られるところである。また、最近の学説には、保護範囲論と権利制限論との実質的な同質性を説く見解も見受けられるところである。わが国において権利制約メニューのそれぞれの意義を検討するためにも、このような先行知見をドイツ法に求めることは有益であろう。

以下には、無償制限と有償制限の意味するところの相違を探り（2）、無償制限を正当化し得る利益の中身の具体的把握に努め（3）、ついで、保護範囲論による権利制約を正当化し得る利益は何であるかを考察したうえで（4）、権利制約メニューとしての権利制約論と保護範囲論との相違点をさぐり（5）、最後に、わが法の解釈論への示唆を強く意識しつつ、保護範囲論の解釈論上の根拠（条文）のあり方に関して、ドイツ法の比較法的知見も参照しながら検討しようと思う（6）。

2 「無許諾・無償」制限と「無許諾・有償」制限の意味するところの違いは何か

権利制限論には、先にわが法の例を挙げて概略述べたように、権利の排他的効力を制限するとともに著作物利用に対する経済的対価の請求権をも制限する「無許諾・無償」の権利制限と、権利の排他的効力は制限しつつも経済的な対価請求権はなお権利者に留保させる「無許諾・有償」の権利制限とがある。わが法の権利制限制度に対応させるならば、たとえば、著作物の無許諾の引用利用を著作権者に対する補償金支払義務を伴わずに許容する32条1項の規定が、前者の無償制限制度であり、著作物の教科用図書への無許諾掲載を著作権者に対する補償金支払義務を定めつつ許容する33条1項・2項の規定が、後者の有償制限制度である。

では、いずれも無許諾で許容されるべき利用行為に対し、この無償制限制度と有償制限制度とのいずれかの適用を分ける基準は何か。いずれも無許諾で許容される利用者側の利用行為には、それを支える利用利益に関して、相違があるのであろうか。

この点に関して、ドイツの連邦憲法裁判所に現れた無償制限制度の違憲性を争う一連の裁判例、そして、憲法裁判所で示された考え方に即した理解をしめす近時の連邦通常裁判所（最高裁）の裁判例を紹介しよう。

(1) 連邦憲法裁判所1971年7月7日決定「教会および学校用途」⁽⁵⁾事件

まず、連邦憲法裁判所1971年7月7日決定「教会および学校用途」事件である。

事案は、ドイツ著作権法の権利制限規定である旧46条が公表著作物に関し教会用途なり学校の授業用途の編集物への収録と頒布とを無許諾・無償で許容していたところ、憲法異議申立人が、財産権を保障した基本法14条1項1文との抵触を理由に、この旧46条の違憲性を主張したというものである。憲法裁判所は排他権の制限に関しては合憲判断を示したが、作者の利用対価

請求の根拠である報酬請求権の制限に関しては違憲判断を示した。

まず排他的権利の制限に関して、裁判所はつぎのように述べる。

「一般公衆が重大な利益を持つのは、児童が現代に則した教育環境のもとでの精神修養に委ねられるということである。…こうした社会的課題の実現は、著作者がその著作物の編集物への収録を意のままに妨げ得るとしたならば、保証されないであろう。そのかぎりでは、こうした利用権の排除は、異議の対象とはなり得ない。」

ついで報酬請求権の制限に関して、裁判所はつぎのように述べる。

「報酬請求権の排除はあらゆる公益の考慮（Gemeinwohlerwägung）によって正当化され得るわけではない。とりわけ、著作権による保護著作物に対する妨げのないアクセスについての一般公衆の利益（Interesse der Allgemeinheit）だけでは、十分ではない。著作権法上の地位に関する制約の強度に鑑みるならば、そうした規定が憲法と矛盾しないためには、高度の公的な利益（ein gesteigertes öffentliches Interesse）が認められなければならない。」「そのような公益（Gemeinwohl）に関する根拠は、存在していない。」（下線は筆者）

すなわち、報酬請求権を伴う「無許諾・有償」制限とそれを伴わない「無許諾・無償」制限との両制度の選択基準として、一方における「著作物へのアクセス確保に関する一般公衆の利益」と他方における「高度の公的利益」ないし「公益」という程度の異なる利益の枠組みが示されたうえで、許容対象となる利用行為が前者の「一般公衆の利益」を備えるに止まる場合には排他的権利の制限のみが承認され、後者の「高度の公的利益」なり「公益」の具備まで認められる場合には排他的権利に加え報酬請求権の制限も承認されるというのである。具体的な事案に即して言い換えれば、学校の授業用途での他者の著作物の利用行為には、排他的権利を制限するに足る「児童教育の実践」という「一般公衆の利益」は認められるが、報酬請求権の制限をも正当化し得る「高度の公的利益」なり「公益」は認められないというのである。

なお、ドイツ著作権法は、この連邦最高裁の報酬請求権の欠缺に関する違憲判断にしたがい、1972年の改正において、無許諾で許容される学校の授業

用途等の編集物への収録と頒布とに関して、著作者の報酬請求権を定めた46条4項を新設している。

(2) 連邦憲法裁判所1978年10月25日決定「教会音楽」事件⁽⁶⁾

権利制限の無償制限か有償制限かの制度選択にあたり、許容対象となる利用行為の備える利益が単なる「一般公衆の利益」にとどまるかあるいは「高度の公益」にまでおよぶものかを吟味しようとする判断枠組みは、連邦憲法裁判所1978年10月25日決定「教会音楽」事件にも踏襲されている。

事案は、ドイツ著作権法の旧52条が、礼拝等の教会催しにおける演奏に関し、非営利・無料・無報酬の場合に、報酬請求権を伴わない演奏権の制限を定めていた（無許諾・無償の制限）ところ、当該制限規定が財産権を保障した基本法14条1項1文に抵触するとして、その違憲性を争う憲法訴訟である。憲法裁判所は、上記の「教会および学校用途」事件と同様に、排他権の制限に関しては合憲判断を示したが、報酬請求権の制限に関しては違憲判断を示した。

まず排他的権利の制限に関して、裁判所はつぎのように述べる。

「立法者は、基本法14条1項2文で自らに課された知的所有権の内容と制限とを規定するとの使命を全うするに際し、著作者の個人的利益のみを保障するのではなく、そうした個人的な権利と権限とに関して公共の福祉（Gemeinwohl）の利益において必要となる限界を引くことも、その課題とするのである。立法者は、創作的成果物の相当な利用に対して憲法上保障された請求権と保護に値する一般公衆の利益（Interessen der Allgemeinheit）とを、公正な調整と均衡を保った関係のもとに置かなければならないのである。」「これによれば、公衆再生を52条1項に規定する要件のもとで排他権から解くことは、報酬請求権の排除をも正当化し得るかどうかの問題を別とするならば、異議には当たらないのである。」（下線は筆者）

すなわち、排他権制限の正当化理由を「一般公衆の利益」に求めたうえで、その理屈が報酬請求権の制限の場合には当てはまらない旨を示唆するのである。

ついで報酬請求権の制限に関して、裁判所はつぎのように述べる。

「報酬請求権の排除は、いかなる公益の考慮によっても正当化され得るわけではない。著作権法上の利用権に対する制約の強さに鑑みるならば、そうした規定が憲法と矛盾しないためには、高度の公益（ein gesteigertes öffentliches Interesse）が存在しなければならない。…公益（Gemeinwohl）に関するそのような考慮によってのみ使用権の広範な排除は正当化されるので…ある。」「公益（Gemeinwohl）に関するそのような重要な理由は認められない。」（下線は筆者）

「報酬請求権の排除は、一般公衆の利益（Interesse der Allgemeinheit）で同時代の教会音楽に対する妨げのないアクセスに関するものによっても、理由づけることはできない。この観点は、同意権の一般的な排除によって十分に考慮されている。つまり、その観点は、著作者に報酬免除の公衆再生をも強要することを正当化しないのである。」（下線は筆者）

すなわち、排他権制限の理由となり得る「著作物へのアクセス」は報酬請求権の排除の理由となり得ず、それに代わる「高度の公益」が必要なことが示唆されている。

なお、ドイツ著作権法は、この連邦最高裁の報酬請求権の欠缺に関する判断にしたがい、1985年の改正において、無許諾演奏に対する著作者の報酬請求権を52条1項1文・同2項2文に新たに定めている。

(3) 連邦憲法裁判所1988年10月11日決定「刑務所」事件⁽⁷⁾

ついで紹介する裁判例は、やはり排他権制限を正当化し得る公益と報酬請求権制限を正当化し得る公益との異質性について述べた、連邦憲法裁判所1988年10月11日決定「刑務所」事件である。

事案はつぎのとおりである。すなわち、ヘッセン州が14の刑務所等を有するところ、当該施設内で、テレビ機器、録音・録画機器、テープレコーダー、レコード再生機および映像プロジェクターを備え置き、それらをもってGEMA（音楽著作権の管理団体）の管理楽曲を再生した。そこで、GEMAがヘッセン州に対し公衆再生に関する報酬として30.874,42マルクを請求した

ところ、同州は52条1項3文を根拠に報酬の支払いを拒絶した。同規定は、公表著作物の非営利・無料・無報酬の公衆演奏行為が、「収監者監護の催し」等の特定の場合には無許諾・無償で許容される旨を定めている。地方裁判所は、憲法裁判所に対し、52条1項3文が収監者監護との関係で報酬義務を免除することにつきその合憲性判断を要請したところ、憲法裁判所はその合憲判断を示した。

憲法裁判所は、排他権制限と報酬請求権制限との両者を支える正当化理由の相違について、つぎのように述べる。

「処分権（排他権：筆者注）に対する干渉は、利用権（報酬請求権：筆者注）の制約の場合と比較して、公益の根拠をもってより容易に正当化することが可能である。後者は、その干渉の強度のゆえに、高度の公的な利益（*eingestiegertes öffentliches Interesse*）によって初めて正当化され得る。…処分権の剥奪を超えて利用権の制約を正当化すべき公益については、高度の要求が設定されなければならない。」「…社会的な公益との関連性は、そのもとで収監者が生活を強いられる特殊な状況によって、補強される。」（下線は筆者）

すなわち、裁判所は、排他権を制限する公益よりも報酬請求権を制限する公益のほうが、より高度な公益であることを示唆するのである。つまり、無許諾・無償の権利制限を正当化するには、無許諾・有償の権利制限を正当化する場合よりも「高度の公益」を要するということである。

(4) 連邦通常裁判所2002年7月11日決定「⁽⁸⁾電子版プレス要約」事件

以上のように、権利制限に際して報酬請求権の要否を憲法の観点から検討した以上3件の憲法裁判所の判断は、その結論を問わず、いずれの事件でも、「無償」の権利制限と「有償」の権利制限とを、当該権利制限によって確保される「公益」の程度・性質によって明確に区別している。つまり、その「公益」が一般的な公衆利益かあるいは高度の公的利益かによって、妥当すべき権利制限制度が、それぞれ「有償」制限制度と「無償」制限制度とに区別されるのである。

このような「無償」制限と「有償」制限との双方の制限制度が前提とすべき対抗利益（著作物の無許諾利用によって確保される利益）に差異があるとの認識を前提として、特定の制限規定の解釈に臨もうとする事件が、連邦通商裁判所2002年7月11日判決「電子版プレス要約」事件である。

事案はつぎのようなものである。ドイツ著作権法49条1項は、新聞・情報誌の記事等を他の新聞・情報誌で複製・頒布等する行為に関し、無許諾・有償の権利制限を規定する。言語著作物の権利管理団体である被告（Wort）は、これまで、電子版のプレス要約にもこの49条の適用があるとの立場から、49条1項2文に基づく報酬請求権を電子版のプレス要約の利用者に対して行使してきた。他方で新聞社は、49条は電子版のプレス要約には適用されないとの立場に立つとともに、むしろこの種の権利は一般的に使用権許与に基づき新聞の出版社に帰属するとの見解を示した。被告が訴外第三者との間に電子版のプレス要約の提供に関する契約を締結したところ、新聞社の原告が、被告に対して差止めを請求した。

最高裁は、つぎのように述べ、電子版のプレス要約にも49条の適用があるとして、事件を原審に差し戻した。

「制限規定の例外的な拡張解釈の問題にあたって特に考慮すべきことは、制限の効果が著作者の利益に対しいかに作用するかということである。この点で、制限のうち、無償利用を可能とするものとの関係では、著作権の排他的権利が単に報酬請求権に格下げされる法定許諾の場合と比較して、異なる基準が決定的となり得る。加えて、このことが制限規定の解釈との関係で重要となるのは、制限の適用が、排他的権利の効果と比較して、例外的に著作者をより有利にする場合である。控訴裁判所はこのことを十分に考慮していない。」（下線は筆者）

最高裁は、制限規定である49条の拡張解釈により紙媒体のプレス要約のみならず電子版のそれにも当該制限規定を適用しようとする。その際、そうした拡張解釈が許されるか否かの検討にあたって、当該制限規定が「無償」制限か「有償」制限かに注目するのである。そして、最高裁の判示するところによれば、要するに、「無許諾・有償」の権利制限のほうが「無許諾・無償」

の権利制限に比べ、より広範囲の対抗利益を取り込み得るということであり、その結果として、報酬請求権付きの「無許諾・有償」の権利制限の場合のほうが、その適用場面の限界づけに際し、より柔軟な解釈を許すということを示唆している。

憲法裁判所が示してきた、「無償」制限と「有償」制限との双方の対抗利益の相違を、通常裁判所も受け入れ、それが制限規定の具体的な解釈論にも影響を与えているものと解されるのである。

3 「無許諾・無償」制限を正当化し得る「公益」とは何か

以上にみてきたように、ドイツ著作権法の権利制限制度において、「無償」制限を正当化し得る「公益」は「有償」制限を正当化するそれとは異なるものであった。では、「無償」制限を正当化し得る「公益」の中身を、より具体的に捉えることはできないであろうか。

ここで問おうとするのは「公益」の中身である。それは、その国ないし国民が共有する固有の社会的・文化的な背景事情によって規定されることも十分に想定され得よう。そのような留保を踏まえたうえで、極めて限られた資料にすぎないが、前出の憲法裁判所の裁判例や近時の憲法裁判所に現れた裁判例を通じて、その具体的な姿を探ってみよう。

(1) 前出憲法裁判所の事案からの示唆

(ア) 否定例

まず、抽象的には、当該「公益」の存在を否定した前出「教会および学校用途」事件および「教会音楽」事件で裁判所が明瞭に述べていたように、保護著作物への単なる「アクセスの確保」（「保護著作物に対する妨げのないアクセス」：「教会および学校用途」事件、「教会音楽に対する妨げのないアクセス」：「教会音楽」事件）という一般公衆の利益のみでは、「無償」制限を正当化し得る「公益」にはなり得ない。

より具体的には、同事件が示したように、児童教育の実施という公益を背景とする「授業用編集物への著作物の収録」は、当該「公益」には依然として至らない利益と解されている。学校の授業用途の編集物に著作物を収録することは、児童教育という公衆利益と評価され得ても、「無償」の権利制限を正当化し得るような「公益（Gemeinwohl）」とは評価され得ないのであった。

また、同じく否定例として、前出「教会音楽」事件が示した、「教会催しにおける非営利・無料の音楽演奏」を指摘し得る。すなわち同事件で裁判所は、「…催しが主催者の営利目的に資せず、かつ、参加者が無料で入場を許されるとの事情は、教会の分野においては、公益（Gemeinwohl）に関する事実関係の兆候とはならない。」と説いている。⁽⁹⁾

（イ）肯定例

つぎに肯定例としては、前出「刑務所」事件が示した、収監者のコミュニケーション確保や精神的健康のための音楽演奏を指摘し得る。裁判所は「社会的な公益との関連性は、そのもとで収監者が生活を強いられる特殊な状況によって、補強される。」と述べて、独房への収容、自由な生活と比べ異常に集約された労働・居住および自由空間、外界との制約されたコミュニケーションを強いられる収監者との関係で、そのコミュニケーションを確保し精神的健康を保持するための音楽演奏は、「無許諾・無償」の権利制限を正当化する「高度の公的な利益」になり得ると説いている。⁽¹⁰⁾

このように、前出「刑務所」事件には「無許諾・無償」制限を可能とする「公益」の一端を窺うことができるものの、その特殊性は一般的な類推を困難なものとする。そこで、いますこし、「表現の自由」とも接点を持ち得るような「公益」を示す事例として、憲法裁判所の「Germania 3」事件を挙げることができる。

（2）連邦憲法裁判所2000年6月29日決定「Germania 3」事件⁽¹¹⁾

事案の概要はつぎのとおりである。

異議申立人は脚本家ハイナー・ミュラーの未亡人らと、遺作「Germania 3 Gespenster am Toten Mann」の書籍版の出版者である。同脚本の1シーン（約18頁分）では、ベルトルト・ブレヒトの舞台作品の一部分（「Leben des Galilei」の1シーン（約2頁分）と「Coriolan」の複数シーン（約2頁分））がその相続人の許諾なく使用されている。この無許諾使用に対する原告ブレヒト側の請求はミュンヘンの控訴裁判所で認容され、出版者に対しては、「Germania 3 Gespenster am Toten Mann」の書籍の複製・頒布を禁止した。

控訴裁判所によれば、ブレヒトの表現の収録行為に対しては、著作権法51条の引用自由の適用はないなどというのである。控訴裁判所はつぎのように説いた。「引用が許されるのは、引用者の独自の検討のための証明資料として行われる場合に限られる。引用者は、引用自由を通じて、独自の描写のための補助手段として借用部分を使用する立場に置かれる。…確かに借用されたブレヒトの文章はシーンとして取り込まれているが、それはミュラーにとって独自の描写の手段として用いられているのであり、独自の叙述を解説しあるいは深化させるものとして用いられているわけではない。それゆえ、それは、著作権法51条2号が許容する…引用の限界を明らかに超えている」。

この控訴審判決に対して、異議申立人は、基本法5条1項および3項ならびに14条違反を主張した。控訴審判決は、基本法5条3項1文の芸術の自由の保障に抵触するというのである。ブレヒト作品を引用禁止とすることによって、「Massnahme 1956」の重要シーンが破壊されるというのである。この異議を受け憲法裁判所は控訴審判決を取り消し、事件を控訴審に差し戻した。憲法裁判所はその理由として、つぎのように述べている。

「基本法5条3項1文が要請する芸術に特殊な考察が求めることは、著作権法51条2号の解釈と適用にあたり、引用部分と引用者の思考および考察との内的な結びつきとを、単純な裏付け機能を超えて、芸術的表現および芸術的造形的手段（Mittel）としても認めることであり、それにより、この規定に、芸術的

著作物との関係で、他の非芸術的な言語著作物の場合よりも広い適用領域を与えることである。」（下線は筆者）

「著作権に対する些細な干渉が、顕著な経済的不利益の危険（例えば、段落の欠落。この点については参照：BGH GRUR 1959, 197, 200）を伴うことなく…芸術的展開の自由と対峙する場合には、著作権者の利用利益は、芸術的な取り組み（eine künstlerische Auseinandersetzung）のための使用利益との比較において、後退しなければならないのである。」（下線は筆者）

このように、「芸術の宿命」、あるいは、他者による芸術的取り組みを甘受すべき「芸術の特質」を根拠として、無許諾・無償の引用利用を認めたのが「Germania 3」事件である。もっとも、裁判所が、そうした無許諾・無償の引用利用を許容する条件として、「顕著な経済的不利益の危険が伴わないこと」に言及していることも注意すべきであろう。すなわち、前出の憲法裁判所の先例との整合的理解を試みるならば、基本法5条3項の「芸術の自由」に基礎を置く「芸術的取り組みの自由」なるものは、著作物に対する「顕著な経済的不利益の危険」をもたらさない限りにおいて、「無償」制限を正当化し得る「公益」すなわち「高度の公益」と解されることになる。

4 保護範囲論のもとで権利制約を正当化し得る 対抗利益は何か

以上の考察を通じ、ドイツの権利制限論のもとでは、それを構成する「無許諾・無償」制限と「無許諾・有償」制限との間で、権利制限を正当化し得る利用利益の程度・性質において相違があり、前者の「無償」制限を正当化し得る公益としては、後者のそれを正当化し得る単なる「一般公衆の利益」とは異なり、より「高度の公益」の存在を求められることがわかった。

では、もう一方の権利制約メニューである保護範囲論のもとでは、それを正当化し得る利用者側の利用利益として、いかなるものが承認されているのであろうか。

ここでドイツの保護範囲論を確認しよう。

それは、保護範囲を特に規定した明文規定を有さないわが国の場合とは異なり、著作権法上の明文の保護範囲規定に基づく解釈論である。すなわち、ドイツ著作権法24条1項は、保護範囲規定として、他人の著作物を使用する場面との関係で、その著作権の効力がおよばない「自由使用」ないし「拘束を離れた使用」について定めている。その一条前の23条1文が、他人の著作物の翻案物ないし改作物の利用に関して当該著作者の同意を要する旨を規定し、わが法の28条（二次的著作物の利用に関する原著作者の権利）が定めるところと同様に、改作物の利用に対してその原著作者がコントロールをなし得る旨を明らかにする。これに対し、24条1項によれば、他人の著作物の改作物であっても、当該改作物が他人の著作物（原作品）の拘束を離れた「自由使用」と評価される場合には、その原作品の著作権の効力を受けることなく、文字通り自由に利用することができる。⁽¹²⁾

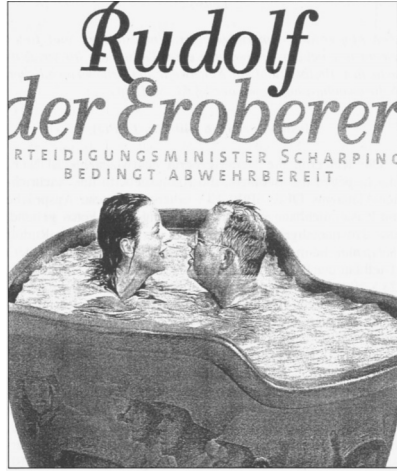
この保護範囲論、すなわち原著物からの拘束を離れた「自由使用」制度のもとで、「表現の自由」の場合がそうであるように他人の著作物の明瞭な借用が認められる場合において、権利効力の制約（著作権の効力がおよぶことが否定され当該利用行為が適法と判断されること）を正当化し得る典型的な事例が、いわゆるパロディである。

パロディとは、ドイツ法の理解によれば、他人の著作物ないしその主題の周辺領域に対する反主題的な取り組みを意味する。パロディの属性は Antithematik すなわち「反主題性」にあり、これがパロディ概念を構成する中心的基準である。⁽¹³⁾ そのような他人の著作物に対する反主題的・批判的な取り組みが認められる場合、当該パロディと借用された原著物との間には「内的距離（der innere Abstand）」が保たれているとして、「自由使用」該当性が認められる。

すなわち、たとえば、他人の写真（著作物）を借用した作品の批判対象が、借用対象の写真それ自体ではなく、その写真の被写体人物（時の連邦国防相）の振る舞い（行動）である場合には、そもそも当該作品にパロディ性は承認され得ず、したがって、24条1項の「自由使用」制度のもとでの無許諾利用



元の世界



パロディの許容が争われた作品（否定）

図 1

は認められない（ミュンヘン上級地方裁判所2003年1月30日判決「Scharping /Pilati 写真」事件⁽¹⁴⁾：図1参照）。

他方、他局テレビショーの58秒間のカットを借用し批判対象とするテレビ番組が、当該テレビショーのテーマを単に笑い物にするだけでなく風刺的に批判する場合（連邦通常裁判所2000年4月13日判決「Mattscheibe」事件⁽¹⁵⁾）、あるいは、連邦議会を象徴するワシのイラスト（著作物）を改変することが、当該著作物のテーマの周辺領域（連邦議会）に対する批判的取り組みを認め得る場合（連邦通常裁判所2003年3月20日判決「Gies ワシ」事件⁽¹⁶⁾：図2参照）には、いずれも、後続作品には借用部分に対する「内的距離」を認め得るから、それらは「自由使用」として許容される。これに対し、他局番組のインタビュー映像を自局番組で司会者のコメントを付して20秒間紹介しても、当該紹介部分に批判性・反主題性が無い場合には、借用部分との「内的距離」は認められず、したがってその「自由使用」該当性も否定される（連邦通常裁判所2007年12月20日判決「TV-Total」事件⁽¹⁷⁾）。



元の作品



パロディの許容が争われた作品（肯定）

図 2

以下に、参考までに、最高裁に現れた上記 3 事件の概要を示そう。

①連邦通常裁判所2000年4月13日判決「Mattscheibe」事件

〔事案の概要〕：あるテレビ番組に、膀胱強化剤の商品広告を兼ねてその価格当てをテレビショーにしたものがあり、そのショーの58秒間のカットをそのまま借用して批判対象とした「Mattscheibe」なる番組が、前者番組のパロディにあたるかが争われた事例。判旨は、テレビショーのテーマを、単に笑い物にするだけでなく風刺的に批判するものであるとして、これを許容。

〔判旨〕：「控訴裁判所が適切にも出発点としたことは、保護対象たる動画…に関する自由使用は、本件の場合のように、独立の著作物に変更なく借用されている場合にも認めることができるということである。このことは、とりわけ、たとえばパロディのみならず原作品に関係するサティアの場合…にそうであるように、後続作品が使用対象たる原作品を批判的に扱う場合にあてはまる。そのような場合においても重要なことは、後続作品が、原作品から借用したものに対して、その本質に照らし独立のものとみなされるに足る十分な内的距離（inneren Abstand）を保っていることである。そうした内的距離は、著作権保護の及ばない内容なり原作品の傾向に対する批判的取り組みによっても、与えられ得る。パ

ロディとしての目的設定それ自体が、拘束を受ける借用に対する許可証を与えるわけではない。しかし、控訴裁判所の見解とは異なり、その借用が、著作権法24条の要請を超え、『必要であったこと』が問われることはない。そのような基準は、著作権の保護対象たる独自創作的な作品の本質に合致しないであろう。というのも、当該作品の効果は投入された手段に常に依存するのであり、それゆえ、当該手段は具体的な独自個性的な創作との関係で、常に、その本来の意味において必要ともなるからである。」（下線は筆者）

②連邦通常裁判所2003年3月20日判決「Gies ワシ」事件

〔事案の概要〕：連邦議会本会議場の連邦シンボル「Gies ワシ」像を、ある週刊誌が、「放漫な国家」なる見出しの税制批判記事で翻案使用したことがパロディとして許容されるかが争われた事例である（図2参照）。判旨は、連邦議会を放漫国家の立法機関として風刺するために、Gies ワシの威厳ある気立ての良い印象が、貪欲で陰險な猛禽の印象に変貌しており、原作品のテーマの周辺領域に対する批判的取り組みを認め得るとして、パロディとカリカチュアのいずれにも該当する自由使用として許容した。

〔判旨〕：「自由使用のために被使用作品に対して必要となる距離（Abstand）は、あからさまな借用の場合においてすら、後続作品が、原作品から借用した独自個性的な特徴に対して明瞭な内的距離（inneren Abstand）を保ち、かつ、それゆえに、その本質に照らし、独立のもと見なされ得ることにより、与えられ得る。そのような場合においても、原作品の個性的特徴は後続作品のなかで「色あせている」と言うことができる。このことは、原作品それ自体が批判とユーモアに富んで、皮肉的な取り組みの対象とするパロディの場合に生じ得るが、その他の方法、例えば、原作品それ自体とは関係しないけれど原作品中に描写された対象に関係するカリカチュアの場合にも可能である。しかし、そのような、確実な借用によって性格づけられる自由使用が常に前提とすることは、後続作品が表面的な一致点にかかわらず、明瞭な（内的）距離で、一般には反主題的な扱いにおいて表現されるものを、保つことである。」「被告がFocusに表現したワシの場合には、この意味において、パロディとカリカチュアのいずれの手段にも仕える自由使用を認め得る。連邦議会を「放漫国家」の立法機関として風刺的に描写するために、連邦議会の象徴として著名なGies ワシのパロディ的な表現が利用されている。…重要なことは、威厳のある、むしろどこか緩慢であるけれど常に気立ての良い印

象のある Gies ワシの、…貪欲で陰險な猛禽で、…その点では原作品と共有するところのほとんどないものへの変貌である。その際に、カリカチュアの芸術的手段による批判的取り組みが、利用された作品それ自体ではなく、そのテーマ上の周辺領域に関係していることは、障害とはならない。」（下線は筆者）

③連邦通常裁判所2007年12月20日判決「TV-Total」事件

〔事案の概要〕：テレビ番組「TV-Total」のコーナー（全長1分45秒）で、他局テレビ番組の偶発的で滑稽な街角インタビュー映像を、司会役のコメント付きで20秒間紹介したことがパロディとして許容されるかが争われた事例。判旨は、当該紹介部分に批判性・反主題性は無いとして、パロディ性を否定した。

〔判旨〕：「…重要なことは、新たな著作物が、原作品から借用されたものに対して、それがその本質に照らして独立のものともみなされ得るに足る内的距離（inneren Abstand）を保つか否かである。この問題の検討に際し、本件のように、保護対象たる連続映像の無変更の借用に関する判断が問題となる場合には、より厳格な基準が持ち込まれる。このような事情のもとで、保護対象たる連続映像の自由使用が承認され得るのは、パロディやサティアの場合がそうであるように、後続作品が使用対象たる原作品に対して批判的に取り組んでいる場合である。」「上告の主張によれば、ここで問題となっている放送 TV-Total の部分は、使用対象たる『嗤嗟のインタビュー』を反主題的に取り扱うのであるから、放送 Landparty in Hüttenberg から借用したインタビューに対して、十分な内的距離（inneren Abstand）を保っているというのである。」「このような主張を以て上告に理由を認めることはできない。…控訴裁判所の判示によれば、進行役は、自らの…司会進行で問題のシーンを再生するにあたり、それを紹介した当該シーンの意図せぬ滑稽さへの注意を促したにすぎなかったのである。…示されたシーンは、進行役によって、いかなる方法によっても批判され、パロディ化されあるいは風刺されてはいないというのである。同シーンが印象を与えるのは、ただそこに内在する滑稽さによってなのであって、進行役のそれに対するリアクションによってではないというのである。このような事実のもとでは、無変更で借用された原作品と進行役によるその紹介との間に必要となる内的距離（inneren Abstand）を認めることはできない。」（下線は筆者）

このように、「表現の自由」の抗弁の場合にそうであるように、他人の著作

物の明瞭な借用が認められる場合、ドイツの権利制約メニューの一種である保護範囲論は、その権利侵害（裏側からいえば権利制約）の当否の判断基準として「内的距離」論を用いている。2010年の最高裁に現れた「Perlentaucher」事件判決は、書評の要約文に関して24条1項の「自由使用」該当性を吟味したものであるが、そこでも、最高裁は、24条1項の解釈論としての「内的距離」論がパロディ許容の法理として妥当する旨を判示している⁽¹⁸⁾。もっとも、この「内的距離」論はパロディに限定的な解釈論ではない。パロディ以外のその適用例として、続編作品が挙げられる。最高裁は、1999年の「Laraの娘」事件において、原作に対する続編の「自由使用」該当性を結論において否定したが、その「内的距離」論の適用可能性を認めている⁽¹⁹⁾。

いずれにせよ、24条1項の「内的距離」論によって著作権の保護範囲を制約し得る決定的ポイントとは、他人の著作物それ自体あるいはその特色・主題（テーマ）ないしその周辺領域に対する芸術的⁽²⁰⁾（批判的⁽²¹⁾、皮肉的⁽²²⁾、創作的⁽²³⁾）取り組みが存在することである。これを言い換えれば、ドイツの保護範囲論において、無許諾・無償の権利制約を正当化し得る利用者側の利用利益は、上記のような既存著作物に対する芸術的・批判的等の取り組みであることがわかる。

5 権利制限論と保護範囲論の相違は何か

（1）両論の同質性を説く見解

本稿でも権利制限論と保護範囲論とをともに権利制約メニューの種類として一括りにしているが、近時のドイツ法の議論には、両者の実質的な相違を否定する見解がある。すなわち、権利制限規定の厳格解釈に対する批判的立場から、権利制限論において著作権に対する「例外」という見方は妥当せず、権利制限論と保護範囲論とは実質的に同質であり、その差は、法技術⁽²⁴⁾（Rechtstechniken）の差にすぎないとの議論である（以下、これを便宜的に「技術的差異論」と称す。）。

権利制限論と保護範囲論からなる権利制約メニューの異同を考察しようと

するのが本稿の目的であるから、そのような本稿にとってこの技術的差異論は興味深い。その主張するところを、以下に若干引用し検討しよう。

「権利制限を、著作権がおよばない利用行為を明確にすることで、…著作権に具体的な内容を与えることを可能にする道具と解する場合、一方における…保護範囲と他方における権利制限とを区別することは、意味のあることには思われない。…それに応じて、著作権と権利制限とはひとつのコインの二面を構成する。⁽²⁵⁾」(下線は筆者)

「その労働の成果物について適切に関与し得る著作者の利益を認識する場合、その関連において忘れてならないことは、権利制限は決して無報酬を意味するわけではなく、自由化された利用に対して相当な報酬の支払を組み込むことが原則として立法者に留保されているということである。…ドイツ法では、…ほとんどの権利制限が報酬を組み込んでいる。…要するに、権利制限は、…著作者と利用者との間で適切な利益調整を行うための適当な道具を構成するのである。⁽²⁶⁾」(下線は筆者)

「このような考察の結果として明記すべきことは、相当なる報酬義務を伴う権利制限が数を増やすことにより、著作者の利益にとって有益になるということである。⁽²⁷⁾」(下線は筆者)

「将来において真剣に検討されるべきことは、創作的使用のための広い権利制限を導入しかつこの領域において禁止権を報酬請求権に変更ことである。その場合には、疑いなく、排他性の権利は著しく限定され、単純な盗用…つまりコピーを禁止する独占的な権利として構成されることになるであろう。…著作者は、それにより、第一市場のみを独占的にコントロールできるにすぎず、派生市場はコントロールできないこととなろう。そうした解決策は、間違いなく、排他性の原則に関する全く新たな考え方を必要とするであろう。しかし、この原則は目的のための手段にすぎない。その目的が、拡張された権利制限の体系によってより良く達成されるのであれば、それが著作権法の伝統にそぐわないという理由で拒否されるべきではない。⁽²⁸⁾」(下線は筆者)

その説くところは、要するに、視点を著作者の経済的報酬の取得の観点に置くならば、保護範囲とは著作者が経済的報酬を取得できる範囲に等しくなるところ、権利制限を報酬請求権を伴う制度と捉える場合には、権利の内容

（保護範囲）と権利制限との間に（経済的報酬取得の効果の点で）実質的な相違はないということである。その主張の第一の特色は、権利制限を権利者にとっての無報酬を意味するものと解さないこと、つまり「有償」制限のそれとして捉えていることであり、さらに第二の特色は、あくまでも著作者の取得利益がどうかという、権利者の視点に立った立論であるということである。

そうすると、この技術的差異論は、「無償」制限としての権利制限論と保護範囲論との関係ないしその同質性までも論じたものではないことがわかる。また、同論は権利制限論と保護範囲論との関係を論ずるものとはいえ、それを権利者の取得利益の観点から論じている。これに対して本稿は、いかなる利用利益が権利制限なり保護範囲による権利制約を正当化し得るかという、利用者の利用利益（制約を正当化し得る利益）の観点から、権利制限論と保護範囲論との関係を検討するものである。双方の考察は、その問題意識を異にしていることがわかる。

したがって、この技術的差異論が説かれるとはいえ、そもそも権利制約メニューを眺めるその観点が本稿とは異なるのである。同論は、権利制限を「有償」制限と捉えしかも権利者の経済的報酬を確保するという観点からみるならば、権利制限論と保護範囲論とは実質的に同質であると説くにすぎないのであろう。すると、そこから即座に、本稿の課題との関係で、権利制限論と保護範囲論との同質性が導かれる必然性はなさそうである。

では、権利制約を正当化し得る利用利益は何か、そこに権利制約メニュー間の相違はあるのかという観点から眺めるならば、これまでの考察を踏まえ、権利制限論と保護範囲論の相違の有無・内容はどのように整理できるであろうか。

（2）「無許諾・有償」制限と保護範囲論

まず「有償」制限と保護範囲論との相異である。

前者の「有償」制限は、「公益」のなかでも「著作物へのアクセス確保」

という比較的一般的な利益によっても権利制約を正当化し得る制限枠組みである。換言すれば、「有償」制限制度は、利用者側の対抗利益として、保護著作物に対する一般的なアクセス利益という公益が存在するにすぎない場合でも、それを受け容れる権利制約枠組みとして機能し得るということになる。

他方、後者の保護範囲論は、ドイツ著作権法24条1項の「内的距離」論にみるように、単なるアクセス確保というよりも、借用対象の著作物との内容的（反主體的、芸術的、批判的、皮肉的、創作的）な取り組みという要素が必要とされ、また、基本的には厳格な解釈を要する⁽²⁹⁾（権利の完全否定であるから当然であろうか）のであるから、「有償」制限の場合と比較して、より高度の対抗利益の存在が求められよう。換言すれば、他人の著作物の明瞭な借用が認められる場合において、保護範囲論は、「有償」制限制度の場合の一般的なアクセス利益より高度の利用者利益の存在があってはじめて、それを受け容れる権利制約枠組みとして機能し得るということになる。

(3) 「無許諾・無償」制限と保護範囲論

つぎに「無償」制限と保護範囲論との相異である。

上に考察してきたところによれば（もちろんそれは、とくに制限論との関係では、限られた裁判例の考察にすぎなかったが）、たとえば、引用による権利制限と「内的距離」論とを見比べると、いずれも、他者の既存作品との内容的な取り組み（「芸術的な取り組み」⁽³⁰⁾、「芸術的手段による批判的取り組み」⁽³¹⁾、「反主體的な扱い」⁽³²⁾、「批判的な取り組み」⁽³³⁾）を、権利制約を受容れ可能とする対抗利益と解する点に共通点が認められた。その点で、権利制約を正当化し得る利用利益という観点で、両制約メニューの間に相違はないようにもみえる。

しかし、他方で、権利制限論の場合には、それによって権利制約を正当化する際にも、権利者側の利益（不利益）に対する配慮を欠かしていなかった点も見逃すべきではないであろう。前出「Germania 3」事件でも、著作者

に「顕著な経済的不利益の危険が伴わないこと」が、「芸術的な取り組み」の存在を根拠に引用による権利制限を許容する条件となっていることは、すでに指摘した。

これに対し、保護範囲論の場合には、借用行為によって権利者側に生じる経済的不利益の多寡を配慮しようとする態度は、少なくとも明示的には、認められない。むしろ、前出「TV-Total」事件では、著作隣接権の保護対象である動画（Laufbilder：ドイツ著作権法95条）に対する自由使用の規定（24条）の準用に際して、被告（動画の無断使用者）が、著作隣接権の保護対象は、著作物における造形程度といった芸術的要素とは異なり、経済的要素なのであるから、それを借用対象とする自由使用の要件は著作物の場合と分けるべき旨を主張したのに対し、最高裁は、24条の自由使用の正当化根拠は文化的共有財産の豊穡化にあり権利者側の失われる利益の多寡の問題ではない旨を説いて、被告の主張を排斥している⁽³⁴⁾。

では、このような相違点をもたらす要因は何か。この辺のドイツ法の事情について、端的に述べた見解は管見の限りではみあたらない。とはいえ、権利制限論に固有の事情として、いわゆる3-Step-Test（ベルヌ条約9条2項、WIPO著作権条約10条等）は即座に想起されてよいであろう。すなわち権利制限論には、著作物の通常の利用を妨げず、著作者の正当な利益を不当に害しないかどうかという、同論に固有のロジックによる評価が伴う。他方の保護範囲論とは異なり、権利者側の失われる利益の多寡・性質の考慮こそが、そこでの吟味対象として重要である。

このような事情が、権利制約を正当化する理由において保護範囲論との相違点をもたらしていると解することも可能である。ドイツでは、「表現の豊穡化」という、必ずしも権利者側の被る不利益とは接点を有しない枠組みないし価値判断のなかにパロディ許容論が位置づけられている⁽³⁵⁾。その理論構成を、権利者側の経済的不利益への配慮を必然的に伴う「権利の制限論」ではなく、それを必ずしも伴わない「権利の保護範囲論」に求めていることと無関係ではないように思われるのである。

6 保護範囲論を個別の保護範囲規定の解釈論として論ずることの意義

(1) 保護範囲論の制定法上の根拠に関する問題

本稿は、わが国における権利制限論と保護範囲論の権利制約メニューのそれぞれの意義を検討するために、それに関する先行知見をドイツ法に求めることとしたものである。

ドイツ法から得られる知見に照らして、最後にここで指摘し得ることは、保護範囲論の解釈論としての存在のあり方、より具体的には、保護範囲論の制定法上の根拠に関する問題である。本稿の冒頭に述べたとおり、わが国においても、権利制約論のメニューとして、明文の権利制限規定の解釈としての権利制限論のほかに、保護範囲論があることはすでに知られている。そしてそれは、いわゆる全体比較論として、他人の著作物の明瞭な借用を認め得る場合にも、その借用行為を適法なものとする解釈論としても展開されている。問題は、その保護範囲論を導く制定法上の根拠を、具体的にはどの規定に求めるべきかという、いわば解釈の方法論に関する課題である。

ここで改めて、このわが国の保護範囲論をみてみよう。それは、27条の翻案概念の解釈をめぐる、最判平成13・6・28民集55巻4号837頁「江差追分」事件が示した「表現上の本質的特徴の直接感得性」の基準に依拠しつつ、他人の著作物の創作的表現の借用を認め得る場合にも、借用に際して付加された新たな創作的表現をも相関的・全体的に評価することにより、著作権の効力のおよぶ翻案を規範的に限界づけようとする考え方である⁽³⁶⁾。それは、あくまで27条の解釈論として展開されている。

しかし、27条が翻案権を定義しその侵害要件を定めた規定である以上、その同一の条文に関する解釈論として、その侵害要件論とともに保護範囲論が同居することは、そもそも原理的に困難であろう。というのも、侵害要件論と保護範囲論とは、考察の方法論のレベルからして（前者は表現の共通部分のみの認定、後者は表現の相違部分も含めた全体的認定）、また、論理的レ

ベルにおいても（前者は権利侵害の判断，後者は権利非侵害ないし違法性阻却の判断），議論として両立し難いからである。27条の解釈論として規範的な保護範囲を論ずる見解に対して，27条をあくまで侵害要件規定と解する見解から，「強弁の誹り」といった強い拒絶反応が示される⁽³⁷⁾のも，翻案権を規定して翻案権の侵害要件を定める27条の解釈論と保護範囲論とのそうした原理的な両立困難性あるいは論理的な矛盾を背景とするものと解されよう。

（2）わが国の保護対象論の28条シフト論

では，このような，わが国の保護範囲論をめぐる原理的・論理的に困難な状況を打開するためには，何が求められるであろうか。

ここで注目すべき規定は28条である。28条は，その規定ぶりからすでに明らかなおろ，そもそも，個別の権利を定義しその侵害要件を定めた侵害要件規定（21条ないし27条）とは異なっている。それは，二次的著作物の利用に関して，原著作者が有する権利の「種類」を定めるものにすぎない。つまり28条は，他の侵害要件規定と対照的に捉えるならば，原著作者の著作権が二次的著作物の利用について到達する範囲を「権利種類」の観点から定めた，権利の到達範囲規定と読むことができる。その規定趣旨は，個々の侵害要件の明示ではなく，原著作者の権利のおよぶ範囲を定めることにあると考えるのである。そうとすれば，翻案物（二次的著作物）の利用に関し，原著作者の権利の効力「範囲」を論ずる保護範囲論にあっても，その主戦場は，翻案権の侵害要件を定めた27条ではなく，原著作者の権利の到達範囲を定めた28条と考えるのが，むしろ合理的である。

ドイツ法が権利の保護範囲を明文で定めた24条1項の規定も，単独で存在しているわけではない。それは，その一か条前で，他の個別の権利の侵害要件規定（16条ないし22条）とは異なり権利の到達範囲を定めた23条1文と密接な関連を有している。学説・判例も，24条の意義を23条との関連でとらえるのが通例である。すなわち，学説では，他人の著作物の利用に関して当該著作物の事前同意を要する場合と要しない場合を定めたのが23条と24条であ

るとの、いわば両規定の一連托生的な捉え方がなされている⁽³⁹⁾。また、判例はしばしば、他人の著作物の借用を、23条1文により著作権行使の対象となる「不自由翻案 (eine unfreie Bearbeitung)」と24条1項により権利行使から解放される「自由使用 (eine freie Benutzung)」とを連続的に論じている⁽⁴⁰⁾。つまり、他人の著作物の借用という単一の事実が、違法評価される翻案使用と適法評価される自由使用との間で、連続的に把握されるのである。

そもそも、現行ドイツ法の立法過程において、明文の保護範囲規定は権利の到達範囲規定と相互補完的にセットで登場したとの経緯がある。1954年に公表の参事官草案 (Referentenentwurf) 16条は、「著作物の翻案物における著作者の権利」と題して、その1項で、原著作者の本質的特徴を認め得る翻案物の利用に原著作者の権利がおよぶ旨を定め、その2項で、「自由使用 (拘束を離れた使用)」の場合には原著作者の権利がおよばない旨を定めている⁽⁴¹⁾。すなわち、現行法の24条1項と23条1文とは、両者が相俟って一体的に権利の「範囲」関連規定を構成し、24条1項の解釈論としての保護範囲論も、23条1文の権利の到達範囲規定と論理的には密接な関連性を有していることがわかるのである。

すると、わが国の保護範囲論の議論を27条=侵害要件規定の解釈論から28条=到達範囲規定の解釈論へとシフトすることの合理性も、このような比較法的考察からも明らかとなる。そして、このことは、わが国の27条=侵害要件規定の解釈論としての保護範囲論が論争の渦中にあるのとは対照的に、ドイツの「範囲」関連規定 (23条1文、24条1項) の解釈論としての保護範囲論が判例・学説の通説的な見解となり⁽⁴²⁾、あるいは、24条1項に基づくパロディ許容論に対する批判的見解も、その保護範囲論を23条1項の解釈論から逸脱させていないこと⁽⁴³⁾に照らしてもわかるのである。

ところで、保護範囲論の解釈論を28条にシフトするとの本稿の見解は、保護範囲論の存在意義それ自体はこれを認めようとするものである。そして、同時に他方で、わが国の法文脈においても、ドイツ保護範囲論である「自由使用」論と似た議論の展開余地を認めるものである。もっとも、学説には、

ドイツの24条1項解釈論である「自由使用」論について、わが国への示唆ないし持ち込みを否定する見解もある⁽⁴⁴⁾。確かに、現状のわが国の保護範囲論のように、それを27条の侵害要件規定の解釈として論ずることには、すでに指摘したとおり、原理的な限界がある。しかし、それは、保護範囲論を展開すべき場所（根拠条文）に関する方法的な問題であって、その議論それ自体の当否ないし要否を左右する問題ではないのであろう。

権利「範囲」の画定問題という保護範囲論の議論の性質に照らし、その展開がなされるに相応しい場所を、わが法が権利の到達範囲に関する28条に備えているのであれば、その場において当該議論は展開され、より深化されるべきであろう。

（3）28条シフト論の合理性を支えるその他の事情

わが国の保護範囲論の議論場所を28条にシフトすることの合理性は、27条の解釈論が抱える原理的な困難性の解消にのみ見出されるわけではない。これに加え、つぎのような諸事情もその合理性を支え得るのであろう。

第一に指摘し得ることは、保護範囲論が解釈に際して検討すべき真の主題である。一般に利用者側から「表現の自由」が主張される際に推測されるように、他人の著作物の明瞭な借用が認められる場合、保護範囲論がその救済を目指すのは、その借用行為それ自体ではなく、その借用の結果生じた成果物の利用行為（複製、上演、演奏等）である。そうすると、保護範囲論が現実的に自らの課題となすべき局面は、借用行為それ自体に関する27条の適用場面ではなく、借用成果物の利用に関する28条の適用場面である。28条シフト論は保護範囲論が解釈に取り組むべき真の主題とも合致するのである。

第二に指摘し得ることは、保護範囲論が衡量すべき対抗利益の多様さである。保護範囲論が権利者の利益と比較衡量すべき借用者側の対抗利益・価値には、本稿で紹介したドイツ判例のパロディにおける「芸術的な取り組み」論にも窺われるように、とりわけ「表現の自由」が主張される場合には、多種多様な利益・価値が登場するものと推測される。これらの諸利益・価値に

対し27条の翻案概念の伸縮によって対応させ、翻案権侵害の存否を決することは、翻案概念にとって過重な負担となろう。これに対し、そうした諸価値・利益と権利者の利益との較量問題を28条の解釈論に委ねることとすれば、翻案概念それ自体をこれらの複雑な価値衡量の問題から解放し得ることになる。

第三に指摘し得ることは、権利制限論とは異なる権利制約メニューの確保である。学説には、27条の規範的な翻案概念の解釈論を否定して、許容されるべき借用行為は、専ら権利制限規定の解釈論・立法論として議論すべき旨を指摘する見解がある。この見解のもとでは、他人の著作物の明瞭借用が認められる場合における保護範囲論は、その存在場所を失うことを意味する。しかし、すでに本稿で考察したように、保護範囲論の存在意義は、権利制限論とは異なり、3-Step-Testの制約を受けず、権利者側の利益の多寡・性質を顧慮することなく利用者側の利用利益を優先させ得る解釈枠組みである点に認め得る可能性がある。そうとすれば、利用者側の利用利益に、著作権法の規律の観点からも、権利者側の利益の多寡・性質を顧慮するまでもなく優先させるべき利益が認め得る場合には、その利用利益を考慮する枠組みは保護範囲論のほか欠くことになろう。保護範囲論の解釈論を28条の解釈論にシフトするならば、そのような固有の意義を持つ保護範囲論を権利制限論とは別にわが国の著作権法内に備え置くことが可能になる。

(4) 既存の解釈論との整合性

このような、保護範囲論の議論場所を28条解釈論へシフトしようとする発想は、現時の解釈論の枠組みのなかでも、決して唐突なものとはいえない。現に、裁判例には、28条所定の権利に対して権利濫用の法理を適用することにより、二次的著作物の利用をめぐる原著作者と二次的著作作者との利害衝突を解決しようとする例が認められる。知財高判平成23・3・23判時2109号117頁「やわらかい生活脚本」事件がそれである。そこでは、明らかに、二次的著作物の利用をめぐる両創作者の利害衝突に際し、28条がその調整場所となり得る可能性が示されているといえる。これは、本稿が保護範囲論、す

なわち、原著作物の著作権が二次的著作物におよぶ範囲を考察しようとする議論を、28条の解釈論に求めるのと同様である。

同事件では、原著作者の28条所定の権利の行使が権利濫用にあたるかが争われたが、その濫用成否の判断に際しては、二次的著作物における両者の創作的寄与の程度を考慮に入れることも可能といえる。⁽⁴⁵⁾これを類推して考えるならば、たとえば、原著作物を基礎として作成されたパロディ等の作品において、その後者の新たな世界観の創出にパロディ等の作家の顕著な寄与が認められ、それが、当該パロディ等の作品の独立した経済的取引価値を決定づけているとするならば、その利用に対する原著作者の権利行使を濫用法理により遮断することも、理論的には可能であろう。要するに、保護範囲論を28条解釈論にシフトしようとする発想は、その先行的な解釈モデルを、現時の解釈論の枠組みの中にも見出すことができるということである。

もっとも、このような発想に対しては、無許諾翻案の場合、すなわち27条の権利の侵害がある場合に28条のもとで当該侵害物の利用を許し得るのかとの問題意識ないし反論も予想される。

しかし、現行法のもとであっても、27条の権利を侵害して作成された二次的著作物の利用行為が即座に28条の権利の侵害を意味するかは、明らかとは言えない。裁判例も、27条と28条を異なる請求権の根拠規定と解して、27条の権利侵害行為と28条の権利侵害行為とを異なるものと解している。東京地判平成15・12・26判時1847号95頁「どこまでもいこう」事件がそれである。学説にも、無許諾翻案物の利用に対する原著作者の権利行使に対しては、共有著作権の行使を調整する65条3項の類推適用により、当該権利行使の正当理由の有無の吟味を待って、はじめて28条の権利の侵害成否を判断しようとする見解がある。⁽⁴⁶⁾あるいは、このような見解を採らずとも、65条3項の類推を要するまでもなく、原著作者による当該（28条の）権利行使を、二次的著作物における原著作者と二次的著作者との双方の創作的寄与の程度を比較衡量することにより、その権利濫用性を評価する余地も残されている（前記注45参照）。

そもそも無許諾翻案物の利用が問題となる場面では、27条の翻案権侵害行為はすでに過去の行為となっており、当該行為に対する差止請求は実質的に意味を持たない。ただ、当該侵害行為に対する損害賠償請求のみが意味を持ち得る。そうとすれば、たとえば「表現の自由」の抗弁のもとに無許諾翻案物の利用の適否が争われる場面でも、過去に生じた翻案行為を27条の翻案権侵害行為としてその損害賠償についてはこれを認める一方で、当該翻案物の利用行為については、別途28条の保護範囲論の解釈としてその違法性の有無を吟味し、差止請求・損害賠償請求の可否を別個に検討することも可能であろう。そこでは、場合によっては、28条所定の権利は、実質的に、27条を迂回した報酬請求権と化すことにもなる。

このように、保護範囲論を28条の解釈論にシフトすることにより、27条の権利侵害と28条の権利侵害とを分割して考える発想は、権利者の利益に顧慮しつつその利用者側の利益にも配慮し得る点で、むしろ具体的事案の解決には相応しいものともいえよう。

7 結 語

本稿が提案するような、他者著作物の許容されるべき借用行為を28条解釈論としての保護範囲論において検討しようとする考え方は、これに専ら権利制限論⁽⁴⁷⁾で対応しようとする見解や、保護範囲論を可能とする根拠規定の存在をわが国の著作権法に認めない見解⁽⁴⁸⁾とは、異なるものといえる。

しかし、まず保護範囲論には、権利制限論とは異なり、3-Step-Testの制約を受けずに、著作物の利用者側の利益を考慮する余地が認められそうである。そして、その「余地」こそが、「表現の自由」という利用者側の利益なり価値を考慮する場所として、相応しいのかもしれない。財産権が保護対象とする経済的利益とは異なる価値によって支えられる「表現の自由」は、そもそも、財産権の制約原理である3-Step-Testの衡量枠組みに乗りにくいとも考えられるからである。

また他方で、保護範囲論を明文の根拠で基礎づけようとするならば、ドイ

ツ法24条の「自由使用」なり「拘束を離れた使用」の規定に倣い、わが国においてもこれと同様の規定の立法を要しよう。しかし、そのためには、本稿が考察を試みたような、権利制限論と保護範囲論との理論的相違点についての整理、そして、それに基づいた、「権利制限」制度とは異なる制度としての保護範囲規定の創設という、わが法がこれまで直視してこなかった課題について、国民的合意に熟するまでに検討を重ねなければならない。この作業はおそらく容易ではあるまい。そうとするならば、その将来の立法論の場で議論すべき論点を明確化するうえでも、まずは司法の場における解釈論として、現行法の28条を根拠とする保護範囲論を展開し、わが法体系の議論のなかで生き残り得る保護範囲論の中身を明らかにしていくことが要されよう。

- (1) 知財高判平成18・3・29「スマルゲット」事件は、「創作性の存在が肯定される場合でも、その写真における表現の独自性がどの程度のものであるかによって、創作性の程度に高度なものから微少なものまで大きな差異があることはいうまでもないから、著作物の保護の範囲、仕方等は、そうした差異に大きく依存するものというべきである。したがって、創作性が微少な場合には、当該写真をそのままコピーして利用したような場合にほぼ限定して複製権侵害を肯定するにとどめるべきものである。」と判示して、創作性の程度と相関して、翻案権侵害の余地が排除される旨を説く。
- (2) 東京高判平成13・8・9「学校設計図」事件は、「次に問題となるのは当該著作物の保護の範囲である。保護の範囲の広狭を検討するに当たって、本来は著作権法上の保護の対象とならない発想、すなわち、思想又は感情あるいは表現手法ないしアイデア自体の創作性が影響を及ぼすことがあることは、否定できないところである。一般的にいって、発想に卓越した創作性が存在する場合には、保護の範囲は広いものとなるであろうし、単に著作者の個性が表われているだけで、誰が行っても同じになるであろうといえるほどにありふれたものとはいえないといった程度の創作性しか認められない場合には、保護の範囲は狭いものとなり、ときにはいわゆるデッドコピーを許さないという程度にとどまることもあり得る。」と判示して、創作性の程度と相関して同一性保持権侵害の余地が排除される旨を説く。
- (3) 鳥並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2003年）32頁、高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2008年）18頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」『現代社会と著作権法』齊藤博先生御退職記念論集（2008年、弘文堂）295頁など。

- (4) 現行著作権法の昭和45年の立法時の当初から設けられた有償制限制度に33条2項の教科用図書掲載時の補償金支払義務があるが、その立案当事者の立法当時の解説にも、この有償制度の固有の意義、すなわち他の無償制限制度との趣旨の違いを説こうとする意図は認められない。参照、加戸守行『著作権法逐条講義』（1974年、著作権資料協会）160頁。
- (5) BVerfGE 31, 229, GRUR 1972, 481, 484-Kirchen- und Schulgebrauch.
- (6) BVerfGE 49, 382, GRUR 1980, 44-Kirchenmusik.
- (7) BVerfG GRUR 1989, 193, 196-Vollzugsanstalten
- (8) BGH GRUR 2002, 963-Elektronischer Pressespiegel.
- (9) BVerfGE 49, 382, GRUR 1980, 44-Kirchenmusik.
- (10) BVerfG GRUR 1989, 193, 196-Vollzugsanstalten.
- (11) BVerfG GRUR 2001, 149-Germania 3.
- (12) 条文の訳文としては、本山雅弘「外国著作権法令集（43）—ドイツ編—」（2010年、著作権情報センター）（<http://www.cric.or.jp/gaikoku/germany/germany.html>）参照。
- (13) Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1 Aufl., 1951, S.163; Hess, Urheberrechtsprobleme der Parodie, 1993, S.120.
- (14) OLG München ZUM 2003, 571-Scharping/Pilati-Foto.
- (15) BGH GRUR 2000, 703- Mattscheibe.
- (16) BGH GRUR 2003, 956-Gies-Adler.
- (17) BGH GRUR 2008, 693-TV-Total.
- (18) BGH GRUR 2010, 134, 137-Perlentaucher.
- (19) BGH GRUR 1999, 984-Laras Tochter.
- (20) BGH GRUR 2011, 134-Perlentaucher.
- (21) BGH GRUR 2000, 703- Mattscheibe; BGH GRUR 2008, 693-TV-Total.
- (22) BGH GRUR 2003, 956-Gies-Adler.
- (23) BGH GRUR 1999, 984-Laras Tochter.
- (24) Christophe Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte-Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts,in Hilty (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 143 (150f.)
- (25) Christophe Geiger, Irrtum: Schranken des Urheberrechts sind Ausnahmebestimmungen und sind restriktiv auszulegen, Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto M. Hilty, 2008, S.83.
- (26) Geiger, a.a.O., S.86.
- (27) Geiger, a.a.O., S.88.
- (28) Geiger, a.a.O., S.88f.
- (29) Schulze/Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 3.Aufl., 2008, § 24 Rdn.9.
- (30) 前出「Germania 3」事件。

- (31) 前出「Gies ワシ」事件。
- (32) 前出「Gies ワシ」事件。
- (33) 前出「TV-Total」事件。
- (34) BGH GRUR 2008, 693, 694f.-TV-Total.
- (35) 本山雅弘「ドイツ法におけるパロディ」著作権研究37号（2011年）56頁。
- (36) 島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2003年）32頁，高部真規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2008年）18頁，横山久芳「翻案権侵害の判断構造」『現代社会と著作権法』齊藤博先生御退職記念論集（2008年，弘文堂）295頁など。
- (37) 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年，有斐閣）60頁，駒田泰土「複製または翻案における全体比較論への疑問」齊藤博先生御退職記念『現代社会と著作権法』（2008年，弘文堂）318頁，同「表現の全体（まとめ）は部分についての翻案を否定しうるかー釣りゲータウン2事件知財高裁判決の検討」知的財産法政策学研究43号（2013年）132頁，上野達弘「ドイツ法における翻案一『本質的特徴の直接感得』論の再構成一」著作権研究34号（2008年）40頁，同「著作権法における侵害要件の再構成2」知的財産法政策学研究42号（2013年）71頁，前田哲男「翻案の判断における比較の対象と視点」著作権研究34号（2008年）76頁，高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ』片山英二先生還暦記念論文集（2010年，青林書院）350頁，同『標準著作権法』（2010年，有斐閣）84頁。
- (38) ドイツ法23条が他の複製権をはじめとする個別の権利を定めた規定（16条ないし22条）と意味するところが異なることは，その規定ぶりからして明らかであるが，排他的権利に関する「通則」を定めた15条が排他的権利の説明として，16条ないし22条に規定される権利を挙げるに過ぎず，23条にはそこで言及しないことから，窺い知ることができる。
- (39) Schricker/Loewenheim, UrheberR. Kommentar, 3.Aufl., 2006, § 24 Rdnr.1.
- (40) BGH GRUR 2003, 956, 957f.-Gies-Adler.
- (41) Referentenentwürfe zur Urheberrechtsreform, 1954, S.12.
- (42) Möhring-Nicolini, UrheberR. Kommentar, 2.Aufl. 2000 § 24 Rdnr.27は，この「内的距離」論を，ドグマとして説得力を備えた理由づけであるとの理解を示す。
- (43) 1992年のPlatho (Platho, Die Parodie: Eine “freie Bearbeitung” nach § 23 UrhG, GRUR 1992, 360, 362.) は23条の例外的な自由翻案論 (freie Bearbeitung) を展開し，2004年のBecker (Von Becker, Parodiefreiheit und Güterabwägung, Das “Gies Adler”- Urteil des BGH, GRUR 2004, 104.) は23条の目的論的制限論を展開する。
- (44) 上野・前掲著作権研究34号41頁・53頁。
- (45) 本山雅弘「判批」法学セミナー増刊速報判例解説11号（2012年）220頁。
- (46) 三村量一「共有著作権をめぐる諸問題」司法書士477号（2011年）12頁。

- (47) 上野・前掲著作権研究34号53頁。
- (48) 駒田・前掲知的財産法政策学研究43号128頁。