

# 講演録

## 国際社会における日本の著作権法 ——クリエイタ指向アプローチの可能性——\*

立教大学法学部教授 上野 達弘\*

### I はじめに

上野でございます。本日は多数の方においでいただき、まことにありがとうございます。

この場でお話をさせていただくのは今日が2回目です。前回は2007年9月で、そのときのテーマは日本版フェア・ユースの可能性というものでした<sup>1</sup>。日本版フェア・ユースというキャッチフレーズを使いましたのは、そのときが初めてのことでしたが、このテーマがその後、現在に至るまで盛んに議論されてきたのは皆様もご存じのことかと思えます。

しかし、すぐに議論を喚起できたわけではありません。そういえば前回は私の講演を聞きに来てくださったある先生が、講演から1カ月か2カ月くらいしたころだったでしょうか、私に聞きました。「どうですか日本版フェア・ユース、その後反響はありましたか？」と。しかし、そのときの私は特に答えを持ちあわせていなかったのです。

ところがその後、日本版フェア・ユースをめぐる議論が急速に盛り上がりました。前回講演の翌年に公表された知的財産戦略本部『知的財産推進計画2008』（平成20年6月18日）で、この問題に関する検討が指示され、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会における検討を経て、昨年1月の文化審議会著作権分科会報告書（平成23年1月）に結実するに至ったのです。震災の影響で立法は遅れましたけれども、まもなく実



現する見込みと聞いております。

もちろん日本版フェア・ユースにつきましても、賛成の方も反対の方もおられるでしょうし、さまざまなご意見があることも承知しております。あのようなものが議論されて大いに迷惑した、という方も——もしかしら今日おいでの方の中にも——いらっしゃるかも知れません。

しかし、その賛否にかかわらず、現在我々が抱えている問題の所在を明らかにして、解決に向けて議論を喚起するという自体は意味のあることだと私は思っています。その意味では日本版フェア・ユースについても、そうした問題があることを直視して議論すべきだという私の主張それ自体は、もう十分に実現したといっても差し支えありません。

もちろん、私の主張が世の中を動かしたなど思っているわけではありません。その背景には、ほかなら

\*本稿は、2012年2月21日開催の著作権研究会での講演原稿に、講演者が加筆・修正を加えたものである。

## 目次

I	はじめに	2	(4) 検討	23	
II	外から見た日本著作権法の特徴	4	III	考察	26
1.	1. 創作者主義の修正と職務著作	4	1.	1. 日本法の問題点	26
(1)	(1) 問題の所在	4	(1)	(1) 大陸法著作権法のまとめ	26
(2)	(2) ヨーロッパ法	5	(2)	(2) 日本法における「著作者」	26
(3)	(3) アメリカ法	7	2.	2. 日本法の将来像	
(4)	(4) 日本法	7	—	— クリエイタ指向アプローチの可能性	26
(5)	(5) 検討	8	(1)	(1) 著作者の地位	26
2.	2. 著作権契約法の不在	12	(2)	(2) 権利制限&報酬請求権	28
(1)	(1) 問題の所在	12	3.	3. 日本法からの発信	28
(2)	(2) ドイツ法	12	(1)	(1) 国際社会における日本(法)のプレゼン	28
(3)	(3) 他のヨーロッパ法	15	—	— ス	28
(4)	(4) アメリカ法	15	(2)	(2) 発信型比較法学の試み：示唆獲得型から	
(5)	(5) 日本法	16	—	— 示唆発信型へ	29
(6)	(6) 検討	17	(3)	(3) ヨーロッパ大陸版フェア・ユースをめぐる	
3.	3. オール・オア・ナッシングな権利制限	18	—	— 動向	30
(1)	(1) 問題の所在	18	(4)	(4) 小括	30
(2)	(2) ドイツ法	20	IV	IV おわりに	31
(3)	(3) 日本法	23			

ぬ中山信弘先生が、それまで比較的消極的だったお考えを改められて、日本版フェア・ユースというものを強く推進されたことが社会を大きく動かした、そのことは私も自覚しているつもりです。社会的な影響力というものはそういうものなのです。

しかし、そのことを私が気にしているというわけではありません。問題点を明らかにして議論のきっかけをつくること自体に意味があると考えているからです。せっかく研究者でもありますから、実務をできるだけ実態に即して把握しながらも、同時にそこから一定の距離を保ち、国際的状况の中で、必要な立法論について、時には根本的な点にまで立ち入って議論を喚起するというのは、ある意味では一つの責務ではないかというふうに考えています。

そして、私はこのCRIC月例研究会を、自分にとって、そのような新しい問題提起を行う場として勝手に位置付けることにしました。

したがいまして、5年ぶりの登場となる本日のテーマも立法論です。新しい試みですので、十分詰り切れていないところもあるかと思いますが、本日おいでくださった皆様方には、その最初の聴衆となっていただきます。

ただ、あらかじめお断りしておかなければならないのは、今回の構想はすぐに実現するかどうかかわからないものだという事です。

もちろん、5年前の日本版フェア・ユースだって、発表した時点では実現可能性はほとんどないように見えたわけですから、予断はできません。しかし、今回

のテーマは日本法のかなり基本的な構造にかかわる問題です。そして、実務上おそらく高度に定着してしまっていることでもあります。さらには、早急に対応しなければならないというほどの緊急性があるわけでもなさそうです。

「中長期的課題」という言葉を最近の私は好んで使っているのですが、今日のテーマの中心部分はまさにこの表現がふさわしいものといえます。ですから仮に今回の構想が実現する日が来るとしても、ひょっとするとそれは私の生存中ではないかも知れません。

しかし皆さん、我々にとっていつの間にか自明の前提になっていることこそ、あまりにも当然すぎて見えなくなっていることがあるのではないのでしょうか。そのようなことは法律だけではなく、社会や生活の隅々に隠れているのではないのでしょうか。

例えば、我々日本人が、日常的にマスクをしたり、鼻水をすすったり、お辞儀をしたり、風邪予防のためにうがいをするとか、有給休暇が平均年9日程度しか消化されていない実態を仕方のないものと考えたり、クリスマスは恋人と過ごすロマンティックな時間だと考えたりするのも、日本の中ではごく当たり前のことですが、外から見れば奇異に映るものが少なくないようです。

もちろん、いくら外から見て特殊だとしても、直ちに問題だというわけではありません。それらが特殊であることを認識した上で、あえて実践しているものもありましょう。あるいは結果として、日本文化や日本社会に適合しているものもありましょう。

しかし、そのような客観的な評価や判断が可能になるためには、まず前提としてそれらの事象が、ほかとの比較において客観的にどう位置付けられるのかを知る必要があるはずです。

自分の家や職場しか知らずに“ここは居心地が良い”と言っているようでは、本当に居心地が良いのかどうか、どこがどのように良いのか悪いのか、客観的に判断することはできないはずだからです。

外国暮らしをすると日本の良さを再認識するものですが、逆のこともあります。例えば私は帰国してから、日本では地下鉄の移動中に携帯電話が使えないことに不便さを感じるようになってしまいました。諸外国では普通に駅間でも携帯電話が使えることが少なくないのに、日本では、東京のど真ん中でも地下に広大な圏外エリアがあるわけなのです。

もちろん、日本には特有の事情があるのかも知れませんが、我々はいつの間にか、地下鉄の移動中に携帯電話が使えないのは仕方のないことだと思いついてしまっているのではないのでしょうか。だから、日本人が外国に行ったときに、地下鉄で携帯電話が使えることに驚いてしまったりするわけです。

もっとも、日本でも東日本大震災をきっかけに、地下鉄トンネル内の携帯電話通信サービスを順次進めていくことが決まったようです。

するとこれが実現して5年も経てば、今度は逆に、“そういえば昔の地下鉄って移動中は携帯電話が使えなかったよね。よくあんな不便な状況を我慢できたものだ”と奇妙に感じられるようになっていたりするのではないのでしょうか。

インターネットが一般化していない20年前に、“インターネットがないから不便だ”と不満を感じた人はいないでしょう。むしろ、多くの人は当時の最新技術に満足していたのではないかと思います。

知らぬが仏ということも、ときには真理なのかも知れません。我々の中では自明の前提になって見えなくなっていることについて、啓蒙されないままにいるほうがかえって幸せということもあるかも知れません。しかし、我々が、あるべき社会や法制度を展望しようとするのであれば、そのような姿勢は望ましいものではないはずです。

そこで本日は、私がささやかながらヨーロッパに滞在しておりました中で感じたいくつかの点を素材といたしまして、日本の著作権法は、国際的にみてどのような特徴を持っているのか、その特徴によってどのような帰結をもたらしているのかについて検討し、将来のあるべき方向性を展望してみようというわけであり

## II 外から見た 日本著作権法の特徴

### 1. 創作者主義の修正と職務著作

#### (1) 問題の所在

さて、第一の点は、わが国著作権法の特徴を語る上では避けて通ることのできないこと、すなわち創作者主義の修正と職務著作についてです。

著作権法には創作者主義という原則があります。これは厳密に申しますと、以下の二つに分けられます<sup>2</sup>。一つ目に、事実行為としての創作行為を行った自然人(これを本日は「クリエイタ」と呼びます)のみが著作者であるということ(第1原則)。二つ目に、その著作者に著作者の権利が原始帰属することです(第2原則)。

ところが、日本の著作権法は職務著作制度を設けることによって創作者主義を修正しています。すなわち、著作権法15条1項は「法人その他使用者……の発意に基づきその法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物……で、その法人等が自己の著作の名義の下に公表するものの著作者は、その作成の時における契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする」と規定しています。

したがって、職務上の著作物については、同条に定められている一定の要件を満たす限り、事実行為としての創作行為を行った自然人クリエイタである従業員ではなく、使用者である法人等が著作者となるわけです。典型的には、新聞社に勤務する記者が書いた新聞記事で、記者個人の氏名が表示されないようなものがこれに当たります。

ここでは創作者主義の第1原則が修正されています。つまり、事実行為としての創作行為を行った自然人のみが著作者であるという原則が修正されているわけです。その結果、職務著作が成立する場合、自然人クリエイタである従業員は著作者の地位ないし立場を取得することができないことになり、それがために著作者の権利を取得することもできないことになります。

他方、ヨーロッパ大陸法系の著作権法におきましては、一般に創作者主義が貫徹されています。そこでは、著作者というのは事実行為としての創作行為を行った自然人クリエイタであり、著作者の権利はこのクリエイタに原始帰属する、というのが当然の前提になっています。

そのため、日本の著作権法というのは、「大陸法系諸国が腰を抜かすような」ものであるとか<sup>3</sup>、「極めて大胆な制度」であるとか<sup>4</sup>、「特異な性格」である<sup>5</sup>、

といったような指摘が、以前から斉藤 博先生によってなされてきたわけです。

### Episode 1

ところで、私が在外研究をしておりましたのは、ミュンヘンのマックス・プランク研究所というところです。大学ではありませんので、授業を聞くこともなければ、授業をすることもありません。

ただ、すぐ近くにルードヴィヒ・マクシミリアン大学ミュンヘン (Ludwig-Maximilians-Universität München)、いわゆるミュンヘン大学がありましたので、そこで一つだけ講義を聴講していました。ミヒヤエル・レーマン (Michael Lehmann) 先生の著作権法の講義がそれです。

あるときレーマン先生にメールをお送りして、講義を聴講させていただけないかとお願いいたしましたところ、「自分の講義はすべてフリーで公開している」と快く認めてくださいました。

たしか最初の授業だったかと思いますが、ご挨拶に行きました際、おもむろに言われました。「日本の著作権法、あれはアングロサクソンのだね。職務著作とかあるでしょ」というような趣旨だったように記憶しています。

レーマン先生は、紋谷暢男先生および崇俊先生親子など、日本人と親交が深いことでも知られており、日本法についてもよくご存じなのですね。だからこのようにおっしゃったわけです。

ただ、そのときの私は若干申し上げたいこともありました。たしかに日本の著作権法というのは、職務著作制度を持っているという点では英米法的ではあるけれども、基本構造は明らかにヨーロッパ大陸法がベースになっているし、著作者人格権や著作隣接権制度を有している点もヨーロッパ大陸法的であるからです。しかし、その際には詳しくお話できずに終わりました。

### Episode 2

またある日のこと、私はたまたまYouTubeで、ブリティッシュ・コロンビア大学のミラ・サンダラ・ラジャン (Mira T. Sundara Rajan) 先生がアメリカで講演しておられる映像に接しました<sup>6</sup>。ラジャン先生とは、2010年9月にウィーンで開かれたALAIでお会いしたことがありまして、その後この映像にたどり着いたのだと思います。

最近、『Moral Rights』（著作者人格権）というタイトルの書籍を出版されましたので<sup>7</sup>、この映像でもその出版の前にして著作者人格権をテーマに講演されているのですが、その中で行われた次のような趣旨の発言に耳を奪われました。

「世界中で極めて例外的な立法例として、日本の著作権法では会社が著作者として著作者人格権を持つことを認めている。これはおそらく日本的な会社文化 (corporate culture) を反映したものである。」

この講演も、この書籍も、世界のいろいろな国の著作者人格権を比較して研究するというものであり、特に日本に焦点を当てたわけではないのですが、日本の著作権法が極めて特殊なものとして取り上げられているということに、私はあらためてはっとしたのです。

もちろん、外国人から見た日本あるいは日本人のイメージというもの、ときには誤解に基づいていることもあります。日本では今もサムライやニンジャがいるといったような話を外国で耳にすることさえあるようです。

しかし、法人が著作者として著作者人格権を有するというのは誤解でも何でもなく、それが世界でもほぼ日本や韓国だけに見られる特殊な制度だということは、現実として受け止めなければならないようです。

## (2) ヨーロッパ法

### ① ドイツ法

そこで、外国法に目を向けてみることにしましょう。まずはドイツ法です<sup>8</sup>。

ドイツ著作権法は7条におきまして、著作者 (Urheber) とは、著作物の創作者 (der Schöpfer des Werkes) をいうと定義しています。そしてドイツ法上の創作者とは自然人のみを指します。この創作者主義 (Schöpferprinzip) が職務上の著作物についても妥当しています。したがって、従業者が職務上作成した著作物についても、あくまで事実行為として著作物を作成した自然人クリエイタが著作者であり、著作者の権利もその従業者に帰属することになります。

日本法に慣れ親しんだ多くの我々日本人は、この時点ですでに驚きや違和感を覚えるかも知れません。私も日本で、「ドイツって職務著作ないの?」と不思議がる声をよく聞きます。しかし、このように創作者主義が貫徹されているというのは、ヨーロッパではごく普通のことなのです。

しかもドイツにおいては、著作者の権利は譲渡できません (29条1項前段)。著作者人格権だけではなく、財産的利用権も譲渡できないのです。これは、ドイツ著作権法において明文で規定されているのです。といいますのも、ドイツ著作権法はいわゆる一元論 (monistische Theorie) に立脚しておりまして、著作者の権利というのは人格的権能と財産的権能が不可分に混成した権利だと考えられているからです<sup>9</sup>。

権利譲渡できませんので、著作者が他人に著作物を利用させる際にはどうするかと申しますと、一定の財

産的利用について他人に利用権 (Nutzungsrecht)<sup>10</sup>を許与する (einräumen) という形をとることになりません (29条2項、31条)。

この利用権は、排他的利用権または非排他的利用権として許与することができます。非排他的利用権は、単に著作物を利用できる権限にすぎませんけれども (31条2項)、排他的利用権は著作物を独占的に利用することができる権限です (同条3項)。この排他的利用権は、登録なしに排他性を有する権利を設定するものですから、日本法でいえば設定出版権 (79条以下) のようなものと考えてよろしいかと思われます。

さて、ドイツには日本のような職務著作制度がありませんので、職務上作成された著作物を使用者が利用するためには、従業者と契約して、利用権の許与を受ける必要があるということになります。職務上の著作物に関して、ドイツ法にも一応43条「雇用関係または職務関係における著作者」という規定がありますがけれども、これは単に利用権の許与に関する規定が原則として適用されると定めているだけでして、大した意味のない「空疎な規定」(nichtssagende Regelung) だとさえいわれております<sup>11</sup>。

そのため2002年の改正過程においても、当初の改正案では、「疑いのあるときには、使用者または雇用主が、その事業目的に必要とされる限りにおいて排他的利用権を取得する」というように43条を改める提案がありましたけれども、最終段階で排除されました。

このように職務上の著作物につきましても、その利用については当事者の契約に委ねられますが、労働契約等がありますので、使用者の事業目的等を考慮すれば、明示的または黙示的に、一定の排他的利用権が使用者に許与されていると解釈される場合が多いようです。

また別途、コンピュータ・プログラムについて (69b条)、そして映画の著作物については (89条)、一定の場合に許与を推定するような規定が置かれています。

このようなドイツ法について、私がドイツ留学をする前に抱いていた印象は、あまりポジティブなものではありませんでした。何しろ職務著作制度がなく創作者主義が貫徹されているわけですから、職務上作成された著作物であっても、従業者に財産権も人格権も帰属することになるわけです。そのようなことで事業活動に支障が生じないのか。しかも従業者の転職というものは、ドイツだと日本より多そうなのに大丈夫か。まして、一元論で著作権の譲渡もできないとなると、使用者の業務執行上あまりにも不便ではないのか。こうした問題をドイツはいったいどのようにクリアしているのか。そうしたことが大いに疑問だったといって

差し支えありません。

では、こういう状況はドイツ法だけなのでしょう。たしかに一元論を採用している国はドイツとオーストリアくらいようです。しかし、日本のような職務著作制度を持たず、創作者主義を貫徹しているというのは、ヨーロッパ大陸法ではごく普通のことなのです。

## ② フランス法

では、フランス法を少しだけ見てみましょう<sup>12</sup>。

フランス法においても創作者主義が貫徹されており、事実行為としての創作行為を行った自然人クリエイターが著作者で、その者に著作者の権利が原始帰属いたします (111-1条1項)。このことは、たとえ労働契約があっても原則変わらないとわざわざ規定されてもいます (同条3項前段)<sup>13</sup>。

ただ、例外とされているのが集合著作物 (L'œuvre collective) であります<sup>14</sup>。集合著作物というのは、例えば、百科事典、カタログ、広告、ポスター、新聞、雑誌のように、主導者の下で多数人の寄与が融合して作成されるものであります。これはフランス法特有の興味深い概念でありまして、私の印象では、職務著作と編集著作と共同著作を少しずつ合わせたもののようにも見えますし、あるいは著作隣接権の保護対象となるべきもののようにも見えます。

フランス法では、集合著作物は、それが主唱者の名前で公表される場合、主唱者である自然人または法人の所有とするものと規定されています (113-5条1項)。そして、同条2項は、この主導者に著作者の権利が帰属すると規定しております。この場合、さすがに主唱者が著作者になるというわけではないのですけれども、集合著作物については、著作者人格権も法人に帰属するということになるように読めるわけであります。

長塚真琴先生の研究によりますと、法人がその著作者人格権を行使することを認めた裁判例はフランスにもあるようです<sup>15</sup>。ただ、——じつはちょうど一昨日、現在フランス留学中の長塚先生とメールさせていただいていたのですが——この裁判例はやはり今でも孤立したものようです。長塚先生もご論文の中で、「フランスの集合著作物制度は、今までのところ、著作者人格権とはほとんど無縁のところでは運用されているとあってよいだろう」と書いておられます<sup>16</sup>。

このように一部の例外はあるものの、フランス法においても創作者主義は貫徹されており、職務上の著作物については原則として使用者と従業者との間で何らかの契約的な処理が必要になるというわけです。

## ③ 欧州著作権コード

さて、ここでもう一つ紹介したいものがあります。

それは、欧州著作権コード（European copyright code）というものです<sup>17</sup>。

欧州著作権コードは、ヨーロッパの学者たちによって構成されるThe Wittem Projectの共同研究の成果といたしまして、2010年4月26日付で公表されたものです。ヨーロッパ全体を視野に入れたモデルローといつてよいでしょう。

この欧州著作権コードはなかなか面白い内容を持っておりますので、じつは今度4月21日の著作権法学会でもこれに焦点を当てて報告させていただく予定になっております。この2-5条を見ますと、職務上の著作物については、原則として雇用主に財産権が移転したものとみなされるというふうになっています。また、2-6条によりますと、委託に基づく著作物も、当該委託目的実現の範囲で委託者が利用できるものと定められておりますので、利用許諾が推定されるようです。このように欧州著作権コードは、職務上の著作物について、明文の規定によって使用者に権利を与えようとしている点で、従来大陸法系著作権法からいたしますと、先進的とでもいいましょうか、あるいはモダンだといえるように思います。

この欧州著作権コードが先進的あるいは自由派であるということの表れは、ほかにも例えば、ヨーロッパ版フェア・ユースとでもいうべき権利制限の一般条項を持っていることや（5-5条）、著作者人格権である同一性保持権に名誉声望要件が課されていること（3-4条1項）、著作者人格権に関する不行使特約を認める規定があること（3-5条）、あるいは保護期間についてはさしあたり空欄にされており、その注釈では欧州における現行の保護期間（著作者の生存間プラス死後70年）を「長すぎる」（too long）と評していること<sup>18</sup>などにも見受けられます。

起草者のメンバーも、いつも刺激的なプレゼンテーションを展開されることで知られるアムステルダム大学のフーゲンホルツ（P. Bernt Hugenholtz）教授、マックス・プランク研究所の所長でもあるヒルティ（Reto M. Hilty）教授など、先進的自由派なタイプの方々ばかりです。ドイツ人もドライヤー（Thomas Dreier）教授が入っておられますが、どちらかというところ保守的でないタイプといって差し支えないでしょう。2011年2月にストラズブルで行われたシンポジウムでも、こうした先生たちが欧州著作権コードについて講演をされていました<sup>19</sup>。

しかし、私がここで強調したいのは、そのような先進的自由派なタイプの欧州著作権コードでありまして、創作者主義は貫徹されているということです。つまり、著作者の地位は自然人であるクリエイタから決して移動しない。そして著作者人格権も著作者たる自

然人クリエイタに常に帰属しているのです。ヨーロッパではこれが当然のことであるかのようです。

さて、ヨーロッパは以上にしまして、アメリカについても少し見てみたいと思います。

### (3) アメリカ法<sup>20</sup>

よく知られておりますように、アメリカ法には職務著作物（works made for hire）の規定があります。アメリカの職務著作物には二種類あります（101条）。

第一に、被用者がその職務の範囲内で作成する著作物、第二に、一定の場合における注文・委託による職務著作物です。つまり委託による著作物であっても、特定された9類型<sup>21</sup>において使用するために特に注文または委託を受けた著作物であれば、職務著作物になり得るというわけです<sup>22</sup>。

職務著作物になりますと、使用者等が著作者とみなされ、原則として著作権はその使用者等に帰属することになります（201条b項）。ただ、そこで使用者等に帰属するとされる権利は、あくまで財産権としての著作権に限られます。

アメリカ法は、視覚芸術著作物（101条の定義参照）に限っては、著作者人格権を一定の条件の下で与えておりますが（106A条）、職務著作物については同法にいう視覚芸術著作物には該当しないものと明文で規定しております（101条）。その結果、たとえ視覚芸術著作物に当たるような著作物でありましても、職務著作物である場合は、著作者人格権が与えられず、結果として誰も著作者人格権を有しない状態になるわけです。

### (4) 日本法

さて、ところ変わって日本法です。日本法においては、職務著作が成立する場合、使用者である会社が著作者の地位を取得し、著作権のみならず著作者人格権まで取得する一方で、自然人たる従業者には何らの権利も与えられないということになります。

他方、特許法においてはわが国でも発明者主義が貫徹されておまして、職務発明であっても、事実行為としての発明行為を行った従業者等が発明者であることに変わりはありません。

これに比べますと、わが国著作権法上の職務著作が成立する場合、従業者である自然人クリエイタは、著作者の権利を取得できないのみならず、著作者としての地位も否定されるわけなのです。この場合、使用者である法人等が著作者であり、しかも日本法にいう創作者でもあると解されます<sup>23</sup>。

他方、従業者は本来クリエイタであるにもかかわらず、この者に、著作権法は呼び名さえ与えていないのです。そこで本日は、職務著作が成立する場合の従業

者を含めて、事実行為として創作行為を行った自然人を「クリエイタ」と呼んでおります。

## (5) 検討

### ①大陸法の問題点

では、このことはどう考えるべきなのでしょう。まず日本法のみから見ますと、日本のような職務著作制度を持たないヨーロッパ大陸法というのは、少なくとも使用者にとって甚だ不便なものだという印象を持つのではないのでしょうか。

もちろん、使用者と従業者の間で契約することも可能ですが、当初想定されていた利用行為については契約によって利用許諾を得ていたとしても、その著作物を事後的に二次利用するという事になった場合、従業者であるクリエイタともう一度契約をすることが必要にならないのか、とか、従業者クリエイタに帰属し続けている著作者人格権が事後的に行使されて、使用者の事業遂行に支障が生じることはないのか、とか、退職した元従業員が後になって権利主張をするリスクはないのか、とか、使用者が当該著作物によって大きな収益を上げた場合、従業者クリエイタに何らの利益配分をしなくてもよいのか、といった問題が生じるのではないかと、人ごとながら心配になるわけです。実際のところ、そういった問題はヨーロッパでもよく議論されているようです。

私がミュンヘン滞在中の2010年3月19日にも、著作権・メディア法研究所 (Institut für Urheber- und Medienrecht) によるシンポジウムが行われました<sup>24</sup>。このシンポジウムは、チューリヒ大学名誉教授マンフレッド・レービンダー (Manfred Rehlinger) 先生の75歳の誕生日を記念するというものであります。レービンダー先生は大変な親日家でいらっしゃいまして、以前は毎年のように京都にいらっしゃって、私も何度かお会いしたことがございます。

このシンポジウムのテーマが「著作者の権利と労働関係——創作と労働関係の構造問題」というものでした。ここでも、やはり従業者に著作者の権利が帰属することを前提に、会社と従業者との契約や賃金協約 (Tarifvertrag)、さらには共通報酬規定 (gemeinsame Vergütungsregel) と呼ばれるものなどについて、いろいろと議論されていました<sup>25</sup>。

思い起こしてみますと、ドイツ法をめぐる文献の中にも、労働関係における著作者の権利について書かれたものですか、労働関係における著作者人格権の制限について書かれたものなど多数見受けられます。

こういう様子を日本法のみから見れば、“ほら従業者に著作者の権利なんか与えてしまうからこんな問題が起きてしまっているのではないか”と感じたりするの

ではないのでしょうか。

もちろん彼らに言わせれば、きちんと契約等によって処理するための議論が蓄積されているという答えが返ってくるのかも知れませんが、そういったことが議論にさえならずすむ日本の著作権法というのは、使用者にとって非常に便利なものだということができるわけです。

### ②わが国職務著作の帰結と正当化

では、わが国職務著作制度は望ましい制度なのでしょうか。職務上の著作物については創作者主義を修正して、自然人クリエイタに著作者の地位さえをも与えないというわが国職務著作の効果は正当化できるものなのでしょうか。

そうすると職務著作制度の趣旨が問題になります。これをめぐっては諸説あるのですが、さしあたり以下のような観点から、一定の効果が正当化されるものと考えられます<sup>26</sup>。

第一に、使用者の保護です。日本の職務著作制度は、著作者の権利を従業者に帰属させず、使用者に集中的に帰属させることによって、当該使用者の円滑な事業活動を確保しようとしたという点です。

第二に、第三者の保護です。日本の職務著作制度は、法人等の著作名義で公表される著作物について、著作者の権利を従業者に帰属させず、使用者に集中的に帰属させることによって、権利の所在を第三者にとって明確かつ便宜なものにし、法人等に許諾を得ればすむという便宜を通じて第三者による著作物の円滑な利用を促進しようとしたという点です。

ただ、以上のような説明は、排他的許諾権としての著作権を従業者に与えておくべきではないということの説明にはなるといたしましても、なぜ使用者である法人等に著作者の地位まで与えて、これに著作者人格権を帰属させなければいけないのかという点、それから、従業者に報酬請求権などの何らかの経済的補償をしなくてもよいのかという点<sup>27</sup>についての正当化には必ずしもなっていません。

立法の選択肢といたしましては、わが国職務著作のように、著作者の地位を使用者に与えるという方法だけではなく、例えば、著作者の地位は従業者に残したまま、使用者に著作権が移転することを法定する方法もありますし、排他的ないし非排他的な利用許諾を法定するといった方法もあります。

にもかかわらず、わが国職務著作は著作者の地位を使用者である法人等に与えたわけです。

このことによって必然的に引き起こされる決定的な帰結は次の二点です。つまり、著作者人格権を従業者に帰属させないこと、そしてその著作者人格権を使用

者に帰属させることです。

日本法に慣れ親しんだ我々は、もしかするとこのことに大きな疑問は感じなくなっているかも知れません。しかし、このような帰結は正当化できるものなのでしょうか。

(a) 著作者人格権を従業者に帰属させないこと

一点目に、著作者人格権を従業者に帰属させないことについてであります。この点については、さしあたり次のようにいことができます。著作者人格権というのは、特許法における発明者名誉権とは異なり、強力な権利として法定されておりますので、職務著作が成立した場合に著作者人格権が従業者のもとに残っていると、使用者あるいは第三者にとってみれば、著作物を利用する際に、その著作者人格権を行使されないように従業者から一定の同意を得ておく必要が生じかねません。そこで、これによって利用の促進が阻害されないように、著作者人格権を従業者に帰属させないほうがよいという説明であります。

しかし他方では、使用者の業務に従事する者が職務上作成した著作物だとはいえ、事実行為としての創作行為を行ったクリエイタから著作者人格権までを奪ってもよいのか、そのようなクリエイタの人格的利益を保護する仕組みを一切持たなくてよいのか、ということは問題になるはずで

す。この点に関して、例えば田村善之先生は次のように書いていらっしゃいます。

「職務上、法人等の指揮監督下で創作されるものは他の一般の著作物に比すれば愛着等の点で人格的利益の付着の度合いが相対的に低いと認められる場合も少なくないと推察され……、しかも、その著作物が個々の創作者名義ではなく法人等の名義で公表されるものは、当事者間の契約や就業規則、職務命令等により、従業者個人が人格的利益を主張しないことを予定されていると理解されることから、その著作者人格権までも奪う帰結を採用してもあながち酷ともいえない、と判断したのであろう。」<sup>28</sup>

このような観点からいたしますと、わが国職務著作が従業者に著作者人格権を与えていないことを正当化できるという考えもあるでしょう。

ただ、職務著作が成立する場面でありまして、著作者人格権は従業者に帰属させたままにしておいて、解釈論あるいは明文の規定によって従業者による著作者人格権の行使を制限することによって、使用者等による著作物利用に不当な支障が生じないようにすることは十分可能のように思います。実際のところ、ヨーロッパ大陸法ではそのように運用されているようです。

では、従業者に著作者人格権を与える積極的な理由

はあるのでしょうか。むしろ日本社会においては、従業者から権利を奪うことのほうが適格的なのでしょうか。もし適格的なのであれば、わが国職務著作の効果として、著作者人格権を従業者に帰属させないことは正当化されることになるかも知れません。

会社勤めを経験したこともなく、大学という極めて特殊な世界にいるこの私は、こうした問題について論評する立場にありません。しかし、会社の従業者には、著作者人格権のみならず著作権も、さらに報酬請求権も与えられないという日本法は、もしかすると、日本における集団主義的・平等主義的なメンタリティに適合するところがあるということも考えられます。

社会人類学者で女性初の東大教授となった中根千枝教授は、もはや古典ともいべき昭和42年の著書『タテ社会の人間関係』の中で、次のようなことを述べておられます。

「日本人が外に向かって（他人に対して）自分を社会的に位置づける場合、好んでするのは、資格よりも場を優先することである。記者であるとか、エンジニアであるということよりも、まず、A社、S社の者ということである。」<sup>29</sup>

たしかに欧米人に職業を聞くと、自分は機械エンジニアであるとかいう答えが返ってくることが多いのに対して、日本人は「〇〇電機に勤めています」という答えが多いのではないのでしょうか。その人が、当該会社の中で技術者として働いていようと、マーケティングの仕事をしていようと、一般事務職であろうと、どの会社に勤めているかということが重視されることが日本では多いというのはたしかのように思われます。もちろん、いわゆる日本人論や日本文化論をめぐるまは、その研究手法や比較対象、あるいは実証方法などをめぐって、常に論争が行われている世界であって、軽々に参照できないものであることは承知しているつもりであります。また、それは本日のテーマとは若干文脈が異なるのではないかというご意見もあろうかとは思いますが。

ただ、日本社会におきましては、どちらかというともまず会社ありきで、個人は会社の一員にすぎないものとして位置づけられる傾向があり、会社の中で個人の権利を主張するという発想は、少なくとも欧米に比べると馴染まないところがあるといえるのではないかと思われま

す。それは、“みんな我慢しているのだから自分も我慢して一緒にがんばる”という日本人の集団主義的メンタリティに通じるところがあるのかも知れません<sup>30</sup>。

もしそのように考えるとしたしますと、職務著作が成立する以上、従業者には著作者人格権のみならず著作権も、そして報酬請求権も与えられないというわが



国職務著作制度の帰結は、もしかしたら日本社会に適合しているということなのかも知れません。ですので、わが国職務著作制度の是非を論じるにあたっては、この点を検討する必要があるように思います。

ただ、特許法における職務発明との違いをどう説明するのかという問題は残ります。そして、それが本当にあるべき姿なのかどうかは別問題であります。

ですから、あるべき論としては、従業者に著作者人格権を与えるべきかどうか議論されてもよいのではないかと私は思います。もちろん、たとえ従業者に著作者人格権を与えたとしても、その行使が立法または解釈によって制約されるというのであれば、結論はそれほど大きく変わらないのかも知れません。しかし、事実行為としての創作行為を行ったクリエイタの人格的利益を保護する仕組みを一切持たなくてよいのかということについては、やはり検討が必要のように思うのです<sup>31</sup>。

#### (b) 著作者人格権を使用者に帰属させること

二点目に、法人等に著作者人格権を帰属させることについてです。冒頭にも触れましたように、これはほぼ日本や韓国だけに見られる特有の制度のようです。それは理由のあるものなのでしょうか。

実際のところ従来裁判例を見ますと、法人が著作者人格権に基づいて何らかの請求をするということは非常に多く、そして結論として法人による著作者人格権に基づく損害賠償請求を認容した裁判例は枚挙にいとまがありません<sup>32</sup>。たしかに、「原告出版社らはいずれも法人であり格別の精神的損害を被ったとは認められない」こと等を理由として、著作者人格権に基づく損害賠償請求を認めなかった裁判例もありますが<sup>33</sup>、あっさりこれを認容した裁判例のほうが多いです。

ちなみに、韓国にも日本法の影響で作られた職務著作制度があるということで<sup>34</sup>、先日、張 睿暎先生にうかがってみました。ちょうどアメリカ出張中だったのですが、昨日いただいたお返事によると、どうやら法人の著作者人格権に基づく請求というのは、韓国でも否定的に捉えられており、実際に請求を認めた裁判例は少ないようです。

もちろん、日本でも民法上の判例として、法人の名誉権侵害に関して「無形の損害」に対する金銭賠償を認めたものはあります<sup>35</sup>。そうするとこれに加えて、著作権法が法人に著作者人格権を与える必要性和許容性があるのか、これはやはり問題となるところであります。

この点について、起草者である加戸守行氏は、1996年に行われた著作権法学会で、起草当時を振り返って次のように発言されています。

「書く人は自分の創作能力を発揮しているけども会社になり代わって、その法人の人格というものを代理、代行した形で作品をつくっているんだろう。そんな感覚でおりました。……そういう感覚で著作者は当該法人等であるべきだろうという感覚が先にあって入ったと思ってます。……私の感覚としては人格権を、例えば従業員が行使するというよりも、やっぱり会社が人格権を持つべきではないのかということで、ちょっとユニークな創作だったんじゃないかと思いますが、少なくともあまり他の類例を参考にしたという書き方はなかったと思います。」<sup>36</sup>

「やっぱり」というのはなかなか難しい表現ではありますが、そこには感覺的・直感的に馴染むというような思いがあったのではないかと思います。

次に斉藤 博先生のご説明を見てみましょう。斉藤先生は、わが国職務著作というものが極めて例外的な制度だということを理由に、要件を厳格解釈すべきだというお立場ですが、そのような厳格な要件を満たした場合は、「自然人である被用者と使用者との間の一体性をも認めることができ、その結果、自然人以外の団体が著作者の地位を取得することもあながち背理とはいえない」と述べておられます<sup>37</sup>。

他方、著作者人格権というのは、まさに事実行為としての創作行為を行ったことを根拠として付与されているもののだと考えますと、著作者人格権はあくまで自然人クリエイタにこそ与えられるべき性質の権利であり、事実行為としての創作行為を行っているとはいえない法人等にこれを帰属させることは正当化できないという考え方もあり得るところです。

田村善之先生も、「著作者人格権に関しては、これを法人等に与える必要性は見出しがたい」とか、「同一性保持権を法人等に認める必要性は毛頭ない」とか、「法人等に行使させる意義が認められるのは、信用に関わる氏名表示権ぐらいであろう」と述べておられます<sup>38</sup>。

また、半田正夫先生も、「著作者と擬制するのはゆきすぎで、むしろ映画の場合と同様、法人等を著作権者とするだけで十分ではなかったかと考えられる」と書いておられます<sup>39</sup>。

大淵哲也先生も、「使用者（法人等）が従業者に『なり代わって』著作者人格権を行使するために当該著作者人格権が当該使用者に帰属しているという法律構成はやはり大いに無理があるように思われる」とか<sup>40</sup>、「創作者以外の者である使用者（法人等）に著作者人格権を与えることを正当化することは容易ではないように思われる」<sup>41</sup>と述べておられます。

潮海久雄先生も、「法人等に著作者人格権が帰属するわが国の職務著作制度は比較法的にも異常でありそ

れゆえ例外とされてきたが、今日では例外規定とはいえない実態に即して法人等の著作者人格権の削除を検討すべきである」と述べておられます<sup>42</sup>。

先ほどの長塚真琴先生も、「根本的理由は、侵害と闘うために著作財産権さえ原始的に付与されれば、企業のニーズは満たされるということではないだろうか。そして、このことは、日本においても同じではないだろうか。企業に著作者人格権を享有させるべき固有の事情が、日本社会にはあるだろうか」と述べておられます<sup>43</sup>。

そうしますと、会社が著作者人格権を持つということが日本社会に適合的かどうかということが問題となります。

といいますのは、もし仮に、ある制度が世界に例を見ない特殊なものであったとしても、直ちに悪いというわけではありません。それが結果として日本社会に適合するのであれば、そのことはこの制度を維持する理由になるからです。

そういえば日本では、クリスマスというのは恋人と過ごすロマンティックな時間だと考えられているようです。一昔前ほどではないかも知れませんが、イヴの夜は高級レストランも満席になったりします。したがって、独身者にとっては、イヴの夜に家族や同性の友人と過ごすというのは、できれば避けたいことだと考えられているようです。ですから、クリスマスが近づくと、恋人のいない寂しい者たちは「クリスマス中止のお知らせ」という虚構記事のようなものをネットにアップしたりするわけですが、あれも日本独特なのかも知れません。

ただ、クリスマスは恋人と過ごすものだという考えは、いつの間にか日本に定着してしまったわけですが、それは日本でもそれほど以前からあるものではないようです<sup>44</sup>。また、このことがこれほどまでに定着しているのは日本と韓国くらいだという話もあるようです。少なくとも欧米では、クリスマスは基本的に家族と自宅で過ごす時間だと考えられているようです。特に私が住んでいたミュンヘンなどはカトリックが強い保守的な街ですから、12月24日はお昼過ぎには街から人影が消え、まるでゴーストタウンのようになります<sup>45</sup>。

その意味では、日本のクリスマスの過ごし方というのは、外国から見れば、本来の意味や文化的背景を捨象して日本風にアレンジしたものとして奇異に映るかも知れません。それをもって、商業主義だとか表層的な受容だと批判することもできましょう。

しかし、その是非はともかくといたしましても、それが結果として日本社会に適合しているのであれば、これを維持する意味はそれなりにあるということには

なろうかと思われれます。

さて、冒頭にご紹介いたしましたラジャン先生は、その著書等において、日本の著作権法が法人に著作者人格権を認めていることは、欧米とは異なる極めて特殊な文化のおよび法的な環境において理解されるべきものであり、おそらく日本特有の会社文化を反映したものだとして述べておられます<sup>46</sup>。

その具体的な趣旨はなかなか理解が難しいところもあるのですが、どうやら日本では会社の名誉というのが非常に大切であって、会社の代表者は会社全体の名誉を守る責任を負う文化があるというご指摘のようです。

こうした日本の会社文化に対する理解が正しいのかどうか私にはよくわかりません。ただ、考えてみたら、なるほど日本の切腹というものは、家の存続を保つために自分自身や臣下の責任をとって行うものだとおられておりますので、それと同じように、会社全体の名誉は会社が代表して守る文化が日本にはあるのかも知れない、などいろいろと思案してみたわけですが、やはり結論が出るには至りませんでした。結局こうした分析は、法学の世界だけで簡単にできるものではないようです。ただ、法人に著作者人格権を帰属させている現行法を評価するためには、いずれそうした文化論的なことも検討せざるを得ないのではないかと私は思います。

もちろん、理屈はともかくといたしまして、現実問題として考えますと、もし法人に著作者人格権が帰属しないということになった場合、例えば、ときめきメモリアル事件——あれはゲーム会社がゲームの著作物に関して同一性保持権の侵害を理由とする損害賠償を請求して認容されたというものですけれども——、あのような事件において、会社が同様の請求を行うことはできないことになるかも知れません。したがって、結論としてそれでよいのかということが問題となるわけです。

ただ他方で、著作者人格権には存続期間の定めがありませんので、法人に帰属した著作者人格権は、その法人が存続する限り半永久的に存続することになります。著作者が自然人ですと、その著作者人格権は死亡とともに消滅すると解されておりまして、せいぜいその遺族等によって、一定の期間に限り死亡した著作者の人格的利益が保護されるにすぎません。これと比べると、法人が有する著作者人格権の保護というのは期間の観点からすれば厚いものといえるわけなのです。このことは、わが国現行著作権法の帰結として認識する必要があるでしょう。

しかも、職務著作に当たるような著作物は、最近ますます拡大していることにも留意する必要があります。

と申しますのも、現行法の立法当時、職務著作が適用されるものとして主として念頭に置かれていたものは、白書や会社のパンフレットといったものでした。これに対して、近時は、職務著作の適用範囲が拡大しつつあります。

例えば、職務著作の要件のうち「法人等の業務に従事する者」という解釈についても、かつては法人等と雇用関係にある従業員に限られるとする限定説が有力であったのに対して、派遣社員が含まれるとか、さらには雇用関係がなくても一定の指揮命令関係があれば含まれるといった非限定説の立場が有力になりつつあります<sup>47</sup>。

また、「その法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの」という要件につきましても、例えば、ある新聞記事に記者個人の氏名が表示してある場合であっても、それは単なる内部分担表示であるにすぎないとして、なお職務著作の成立を認める起草者の見解<sup>48</sup>が広く一般化しつつあるようにも見えます<sup>49</sup>。

さらに、条文の文言に反するといわれつつも、「公表するもの」という文言は、たとえ公表が予定されていない内部資料であっても、仮に公表するとすれば法人等の著作の名義で公表するようなものも含むとして広く解釈する見解が一般的です<sup>50</sup>。

このように、かつては著作権法の例外的存在といえたかも知れない職務著作制度が、いまや例外的とはいえず、むしろ多くの著作物が職務著作によって作成されている現状にあるのです。そのような現状においても、わが国職務著作制度の帰結はなお正当化できるかが問題となるわけであります。

### ③わが国職務著作制度のさらなる帰結

さて、このように職務著作制度の効果については、いくらでも議論できますし、そうした議論自体はこれまでも行われてきたことです。

しかし本日、私が問いたいのは、そうした職務著作制度の直接的効果それ自体の是非というより、むしろそれを超えた部分にあります。

といいますのは、わが国著作権法が職務上の著作物について何らかの制度を設けようというときに、その手法として、自然人クリエイタだけが著作者であるという創作者主義の第1原則を修正するという手法を選択してしまったことは、職務著作が成立する場面に影響を与えたのはもちろんのこと、それだけではなく、職務著作が成立する以外の場面についても、決定的な影響を与えたのではないかということなのです。

このことが如実に表れるのが、次の著作権契約法です。

## 2. 著作権契約法の不在

### (1) 問題の所在

#### *Episode 3*

ちょうど私がドイツに到着したころの2009年10月7日、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）が著作権契約法に関するある判決を下しました<sup>51</sup>。

この事件はジェニー・コルガン（Jenny Colgan）氏が創作した小説『Talking to Addison』のドイツ語訳が問題となったものです<sup>52</sup>。翻訳者と出版社は、その報酬について契約で明確に合意していたわけなのですが、この翻訳者は、後になって報酬の額が相当（angemessen）でなかったと主張して追加報酬を請求したところ、これが認められたというものです。すでに瑕疵のない契約をしていたわけですから、このような判決は契約自由の原則や契約の拘束力をその限りで制約するものだといえます。

しかし、ドイツ著作権法には、そのように著作者を保護するための契約法がいろいろと設けられています。著作権契約法に相当するものがほぼ皆無に等しい日本法の目からすると、今からご紹介するドイツ法のそれはおそらく奇異に映ることでしょう。しかし、本日私が申し上げたいのは、もしかすると特殊なのは日本法のほうかも知れないということなのです。

### (2) ドイツ法

では、ドイツにおける著作権契約法を概観しましょう。

著作権契約法に関する規定は、もともとドイツ著作権法の中にそれなりに存在したのですが、2002年改正——その名も「著作者および実演家の契約的地位の強化に関する法律」（Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern）というストレートなのですが——などによって、その規定は大きく修正・補充されました<sup>53</sup>。私がミュンヘンにいました間にも、著作権契約法に関するこうした改正後の状況をめぐるシンポジウムが行われていました<sup>54</sup>。

この改正法が、著作者および実演家の契約的地位を強化しようとした背景には、次のような考え方があるといわれています。つまり、いくら立法者が著作者や実演家に権利を与えても、契約自由や自由市場原理の名の下にそうした権利が奪われてしまえば、著作者および実演家を保護するという要請を実現できないという認識が高まってきたということです<sup>55</sup>。

この著作権契約法から、いくつかの規定に焦点を当てて検討してみましよう<sup>56</sup>。

## ① 相当な報酬の請求権

まずは、先ほど判例をご紹介いたしました32条についてです。改正された32条1項前段は、利用権の許与および著作物の利用許諾について、著作者は契約で合意された報酬の請求権を有するものと規定しています。これだけなら当たり前のことです。

ただ、その上で同項後段によれば、合意された報酬が相当 (angemessen) でない場合、著作者は、契約の相手方に対して著作者に相当な報酬を与えるように契約を変更する同意を求めると規定されています。

したがって、たとえ契約において瑕疵のない合意をした場合でも、合意された報酬が客観的に相当でないとされれば、著作者は契約の相手方に対して、相当な報酬を与えるように契約の変更を請求できるわけです。

これは形式的には契約改訂請求権ですけれども、実質的に見れば相当な報酬の支払いを請求できる権利を著作者に付与したものと理解できましょう。

そうすると、何をもち「相当」と判断するのが問題となります。32条2項後段で詳しく定められておりますけれども、ある報酬の額が、そこで許与された利用の方法や範囲あるいは期間等に照らして、通常かつ誠実に (üblicher- und redlicherweise) 給付されるべき報酬として相応しい額である場合、その報酬は相当なものと考えられます。

ただ、当事者が契約によって報酬について合意したとしても、著作者が、後になって相手方に対してこれと異なる報酬を請求できる権利を有するというのであれば、契約の相手方としては、最初から契約によってそのような事後的な主張ができないように合意させることが考えられます。

しかし、32条3項は、同条の規定に反する合意で著作者の不利益となるものは援用できないと規定しています。したがって、相当な報酬を受ける権利を契約によって著作者から奪うことはできないのです。このように、32条は著作者保護のために契約自由の原則を修正するものといえます。

この32条については、すでにいくつかの裁判例が登場しています。その一つが、翻訳者が受けるべき報酬の額をめぐる争われた先ほどのBGH判決です。

この事件で、翻訳者は当該翻訳物について、時間的に無制限で、内容的にも包括的な利用権を出版社に許与しました。その際に、報酬は頁単位で算定したものが合意されていました。つまり、翻訳した頁数に応じた報酬の一括払いということになります。

ところがその後、この翻訳者がこの報酬は相当ではなく、売上に応じた追加報酬を与えるように契約の変更を請求したわけです。

判決は、ある報酬がたとえ業界慣行に合致している (branchenüblich) としても直ちに相当であるとは限らず、それが不誠実 (unredlich) である場合は相当とはいえないとしました。

そして、誠実 (redlich) であるというのは、報酬が利用者の利益だけではなく、著作者の利益をも考慮している場合なのであって、一括払いの包括的な報酬というのは、利用者が著作物をいくら利用してもこれに比例して報酬が高くなることはありませんので、原則として相当とはいえないとしました。収益に応じた報酬こそ、著作権法の原則とされる利益分配原則 (Beteiligungsprinzip) に合致するとされたわけがあります。

その上で、本件事案において合意された報酬も相当なものとはいえないとして、この翻訳者は、実際の販売数に応じた追加的な報酬を請求できると判示したのであります。具体的には、販売部数が5000部を超えた部分に対して、ハードカバーについて小売価格の0.8%、ペーパーバックについて0.4%というのが相当な報酬額に当たるとしました。

この判決によって、ドイツ著作権法の下では、継続的な利用を内容とする契約については、報酬を一括払いで済ませることは基本的に認められなくなったと受け止められているようです。

たしかに、著作者が、自己の著作物に関して将来にわたる継続的な利用について他人に利用権を許与するというのは、当該著作物の保護期間満了までのすべての期間における利用行為について許与することになるわけであり、そうしますと、将来どのような利用がされるかわからない部分が残ることからいたしましても、これを当初の一括払いという方法によって、著作者への適正な報酬を確保することは困難だと考えられましょう。

もちろん、一括払いでも高額だという場合はあるでしょうが、たとえ高額であっても、事後的にそれが客観的に相当でなくなる可能性を完全に否定することはできないと考えられます。その意味では、相当な報酬というのは原則として比例報酬によるべきだという考え方は、理解できるようにも思われます。先ほどの判決も、一括払いによる報酬を内容とする契約が一切認められないとしているわけではないのですけれども、通常の場合は困難なものとして理解されているようです。

しかしながら、そうしますと、著作者にとっては、相当な報酬を与えられていない著作物利用契約についてはいつでも変更を請求できるというメリットがある反面、出版社などの利用者にとっては、報酬を含めたコストをあらかじめ計算することができないという不安定な地位に置かれてしまうこととなります。例えば、

出版社がある翻訳者を起用する場合、当初合意された安い報酬額だからその方と契約したのであって、それ以上の額であればもともとその方とは契約しなかったということだって考えられるのです。

そこで、ドイツ著作権法においては、予測可能性を担保する一つの方法として、共通報酬規定を設けることが定められています。つまり、著作者団体と利用者団体が定める共通報酬規定 (Gemeinsame Vergütungsregeln) に基づいて報酬が定められた場合、それは相当なものと考えられます (32条2項前段)。したがって、団体間で共通報酬規定を作成すれば、それに基づく額が相当ということになるわけです。ただ、現実にはその数はまだ非常に少ないようです<sup>57</sup>。

また労働協約によって (tarifvertraglich) 著作物利用に関する報酬が定められている場合も、著作者は32条に基づく請求ができないものと規定されています (32条4項)。労働協約の当事者は、協議を通してフェアな契約条件を自ら得ることができるからだと説明されています<sup>58</sup>。したがって、著作物の具体的な利用について有効な労働協約が締結されている関係にあれば、その当事者に限り、この請求はできないということになります。

このように見てまいりますと、団体間の共通報酬規定による場合などの例外はありますが、それ以外の場合、ドイツでは、著作物の利用契約によって著作者が受けるべき報酬は、契約相手方である利用者の収益に関与できるという意味で相当でなければならないとされているわけです。

これは、わが国特許法上の職務発明について、発明者たる従業者等が特許を受ける権利を使用者等に承継するなどしたときは、相当の対価の支払いを受ける権利を有するという特許法35条に似ているところがあります。しかし、職務発明があくまで使用者等と従業者等との関係にある場合に適用されるのに対しまして、ドイツ法32条は、そうした関係ではなく、むしろ自由な契約が可能な状況において報酬の相当性を担保するものだと位置づけることができます。

## ②ベストセラー条項

それからまた、ベストセラー条項と呼ばれる32a条の規定があります。先ほどの32条は報酬が相当ではなかった場合ですが、こちらの32a条のほうは合意された報酬が相当だった場合です。

報酬が相当なら問題ないようにも思えるのですが、たとえ契約時には相当だったとしても、その後著作物が大きな成功を収めたために、事後的に見たら、収益の大きさと報酬とが著しくアンバランスになるということがあります。このような場合、著作者は追加的に、

事後的に見て相当な利益分配を求めることができるのです。この規定が「ベストセラー条項」と呼ばれるのはそのためです。

例えば、映画『U・ボート』(原題: Das Boot) をめぐる訴訟があります<sup>59</sup>。この映画はもともとテレビシリーズとして制作されたもので、著作者の一人であるチーフカメラマンは1980年代に一定の報酬を受領しています。ところが、この作品は再編集された上で劇場公開されて大ヒットし、現在でもテレビ放映されたり、ディレクターズカット版DVDが販売されたりしております。これだけのロングセラーとなりますと、収益と報酬との間に著しいアンバランスが生じたということで、チーフカメラマンは追加的な報酬を受ける権利があるということになるわけです。

興味深いことに、この32a条の規定は、契約当時そうした事後的な成功を予見し得なかったという場合のみならず、たとえ契約当事者が事前に予見し得た、つまりそのような事態を考慮して報酬を定めることができたという場合であっても、適用されるものと定められています (32a条1項後段)。

このことからすれば、この32a条というのは、いわゆる事情変更の法理に基づく契約改訂といわれているものとも異なるものだということになりそうです。ドイツでは、これを事後における公正さの調整 (Fairnessausgleich ex post) を保障するものだと説明されています<sup>60</sup>。

しかも、著作者は、直接の契約関係に立つ相手方に対してのみならず、その相手方から利用権を譲り受けた第三者に対しても主張できることになっており、当該第三者が大きな収益を上げたのであれば、当該第三者は著作者に対して直接責任を負うものと規定されています (同条2項)。

こうなりますと、当初の契約でこの権利を放棄させよう、つまり将来いくら儲かったとしても最初の報酬以上は求めないということを著作者に同意させるということを考えるかも知れませんが、32a条3項前段は、この規定に基づく請求権はあらかじめ放棄することができないものと規定しています。

このように非常に強力な権利といえますが、例外がないわけではありませんで、共通報酬規定と労働協約という先ほど見たような場合は適用除外となります (同条4項)。

## ③未知の利用方法に関する契約と相当な報酬

それからもう一つ触れておきたいのは、未知の利用方法に関する契約です。

未知の利用方法による契約は、じつは2007年改正前のドイツ著作権法におきましては常に無効でありまし

た（改正前31条4項）<sup>61</sup>。これは、将来の技術について予測することは通常困難であるため、契約によって著作権者の権利が過剰に奪われてしまわないように、著作権者を保護するために設けられていたわけです<sup>62</sup>。

ただ、このような制度は、技術の発展によって生じた新たな利用方法を用いて過去の著作物を利用することを阻害しかねないものであり、それは著作権者の利益に反する場合もあり得るとも考えられました。

そこで、この31条4項の規定は2007年改正により削除されまして、代わりに追加されたのが31a条という規定です（2008年1月1日施行）。

この31a条1項前段によりますと、書面の方式によりさえすれば、未知の利用方法を含めて包括的な利用方法に関する契約も可能とされました。

ただ、そのようにして未知の利用方法に関する契約が締結されていた場合、実際に、契約の相手方が新たな利用方法をスタートするときには、著作権者は当該契約の相手方に対して、相当な報酬を求める権利を有すると規定されたわけなのです（32c条1項前段）。

#### ④まとめ

さて、このように見てまいりますと、一定の適用除外はありますけれども、ドイツ著作権法におきましては、著作権者が著作物の利用から相当な報酬を得ることができるように、いろいろな形で権利が与えられており、契約によってこれを奪うことができないように定められているということがわかります。このような立法は、著作権というものを交渉力において格差のある者とみて契約自由を導入するものと理解することができるように思われます。

そのような立法をまったく有しない我が国著作権法の目から見ますと、このドイツ法というのは、著作権者にずいぶん強い保護を与えている奇異な立法に映るかも知れません。そんなドイツ法に特殊な制度はわが国にとって参考にならない、という声も聞こえてきそうです。

では、こうした立法はドイツに特殊なものなのでしょうか。じつは他のヨーロッパ大陸法系諸国にも著作権者を保護する契約法規定は広く見られるのです。

### (3) 他のヨーロッパ法

#### ①フランス法

例えば、フランス法も著作権契約法は充実しております<sup>63</sup>。

フランス法によれば、まず権利を譲渡（cession）するためには書面による方式が求められます（131-3条1項）<sup>64</sup>。また、将来の著作物について包括的な権利譲渡を行う契約は無効とされます（131-1条）。

そして、著作権譲渡の報酬は、比例報酬原則によるものと規定されています（131-4条1項後段）。つまりフランスでは、権利譲渡の報酬は、一括払いでなく、実際に行われた利用行為によって得られた収益に比例して報酬を分配しなければならないということを、明文の規定をもって定めているわけです。一括払いで済ませるとするのは、それが事実上不可能な場合など、一定の例外（同条2項）においてしか認められていないのです<sup>65</sup>。

#### ②イタリア法

また、イタリア著作権法<sup>66</sup>におきましても、著作権の移転に関する書面による方式性（110条）、そして比例報酬原則（130条）などが定められております。

#### ③欧州著作権コード

さらに、欧州著作権コードにおきましても、著作権契約法にかかわる規定が見受けられます。欧州著作権コードは、先ほども申しましたように、著作物の円滑な利用促進を指向するという意味で、先進的自由派な方向性を持つものといえようかと思えますし、しかもこのコードは著作権法の中核的な部分だけに焦点を当て、極めてシンプルな条文となっているものです。

にもかかわらず、財産権の譲渡については書面による方式性が要求されています（2-3条4項）、権利譲渡においては、相当な割合の報酬（an adequate part of the remuneration）を受ける権利を有すると規定されています（2-3条3項）。さらには、ドイツ著作権法に見られる目的譲渡論<sup>67</sup>のような規定までもが、このコードに設けられています（2-4条）。つまり、著作権者が財産権の譲渡や排他的な利用許諾を行う契約において、その具体的内容が特定されていない場合、そうした権利付与の範囲は、権利付与において想定されていた目的にしたがって定まるものと規定されているわけです。これも著作権者を保護する規定といえます。

このように見てまいりますと、ヨーロッパ大陸法におきましては、著作権者を保護する著作権契約法が、ドイツだけではなく広く一般に設けられていることがわかります。

ただ、そうしますと、それはヨーロッパ大陸法に特有のものではないかとのご意見があるかも知れません。では、著作権者を保護する契約法というのは、ヨーロッパ大陸法に特有のものなのでしょうか。

#### (4) アメリカ法

じつは、アメリカ著作権法におきましても、いわゆる終了権制度（Termination of transfers and licenses granted by the author）というものが定められていま

す<sup>68</sup>。これは、一定の場合においてクリエイタである著作者を保護する契約法ということができます。

終了権とは、著作者が著作権譲渡や許諾といった権利付与を行った場合であっても、その35年後に当該著作者またはその遺族が当該権利付与を終了させ、著作権を取り戻すことができる権利です（203条等）。

これによって、著作者が契約によって他人に権利を付与した後、その著作物が大ヒットするなどして、当初合意された報酬に満足できなくなった場合、この著作者は35年後に終了権を行使するなどして、再契約の交渉機会を得ることができることとなります。

ただし、この終了権は職務著作に当たる場合には適用されないものと規定されています（203条a項等）。それでも、職務著作以外の場合については、アメリカでも終了権制度によって著作者が保護されているということは、過小評価できない意味を持っているのではないかと私は思います。

安藤和宏先生の最近の研究によりますと、アメリカ法上、終了権の行使が実際に可能になるのが2013年1月1日からだということで、録音物についてレコード会社とアーティストが締結した契約をめぐって、この終了権の行使が予想されると指摘しておられます<sup>69</sup>。

このように見てまいりますと、もちろん違いはあるにいたしましても、何らかの形で著作者を契約法により保護しようというのは、ヨーロッパ大陸法だけではなくアメリカ法においても見られるということがわかります。実際のところ、アメリカとドイツは、それぞれの立法過程において、お互いの制度を研究していたようです<sup>70</sup>。

## (5) 日本法

さて、日本です。日本の状況はまったく異なります。そもそも日本の著作権法には契約法的な規定がほとんどありません。出版権の設定契約に関して若干の契約法規定がありますが<sup>71</sup>、非常に限定的です。

日本法においては、著作権の譲渡も利用許諾も自由です。もちろん書面による必要もありません。

そして何より契約の対価に関する規制がまったくありません。したがって、ライセンス料や著作権譲渡の対価は当事者が自由に決定できます。その額がいかにか低くても、そして一括払いの買い取り契約であっても、さらには無料であっても、契約が無効になるわけではありません。著作者が事後的に追加的な報酬を請求することも予定されていません。

さらに当該著作物が思いがけずミリオンセラーになったとしても、いったん合意した報酬の変更を求めることは通常できません。

それどころか、わが国において著作権譲渡契約の解

釈が問題となった裁判例の中には、契約時に存在しなかった権利まで譲渡対象に含まれると判断されたものがあります。これは、厳密にいうと実演家またはレコード製作者の著作隣接権のケースですが、過去に権利の包括的な譲渡契約が締結されたという事例において、契約時（1989年）には、送信可能化権がまだ法定されていなかったにもかかわらず、送信可能化権も包括的譲渡契約の対象に含まれると判断された裁判例があるわけです<sup>72</sup>。

もちろん実務上は、事後的な利用で大きな収益が上がった場合は、何らかの分配をするといったような実態がある場合もあろうかとは思いますが、それが恩恵的なものでなく権利として認められているかどうかがこの問題であります。

このように、わが国著作権法には契約法がほぼ皆無なのですが、いわゆる特掲要件といわれるものだけがあります。

すなわち、著作権法61条2項によりますと、著作権譲渡契約において、二次的著作物の作成権（27条）およびその利用権（28条）が譲渡の目的として特掲されていないときは、これらの権利は譲渡人に留保されたものと推定すると規定されているのです。

つまり、「すべての著作権を譲渡する」という契約を締結したとしても、直ちにすべての著作権が譲渡されたと解釈されるわけではなく、27条の権利と28条の権利については、むしろ留保されたものと推定されるというわけです。

その趣旨をめぐっては諸説あるところなのですが、起草者によると、これは主として譲受人のほうが用意した契約フォームによって画一的に著作権を譲渡させられるケースを念頭に置いて、「経済的に弱者の地位にある著作権者側を保護する必要性」から、これらの権利は留保されたものと推定する規定を設けたと説明されています<sup>73</sup>。

しかし、この規定はあくまで推定規定にすぎません。そして、契約書にそれらの権利を特掲することは容易です。実際のところ、著作権譲渡契約書に、「甲は乙に著作権（著作権法27条の権利及び同法28条の権利を含む）を譲渡する」というような条項がよく見受けられるのはそのためです。このようにして、二次的な利用権を含めてすべての著作権を譲渡させることは、現実問題としては容易なことです。

しかも、この61条2項は近時その正当性自体が疑われています。

と申しますのも、この規定は著作権者に適用されるわけですが、著作権者が著作者であるとは限りません。また著作権者が自然人であるとも弱者であるとも限らないわけです。にもかかわらず、一律に権利の留保推

定を行うこの規定は画一的にすぎるから削除すべきだ  
という意見があります。かつて審議会の契約利用ワー  
キングチームでも検討され、報告書においては「当該  
規定は廃止の方向で検討すべき」とまとめられていま  
す<sup>74</sup>。

中山信弘先生もご著書の中で次のように述べておら  
れます。

「この規定は著作権者側が一方的に弱者であるとい  
うことを前提としなければ理解できないが、著作権者  
の全てが弱者というものではなく、むしろ極めて強力  
な著作権者も存在し、著作権者による優越的地位の濫  
用が問題となる場合すら存在する。」<sup>75</sup>

中山先生は、2006年の著作権法学会シンポジウムに  
おいて契約法が議論された際にも、次のように発言し  
ていらっしゃいます。

「著作権者の権利を譲渡する場合は、普通の売買と  
どこが違うのか。売手が強い場合もあれば、弱い場合  
もある。種々雑多ですね。著作権で言いますと、私は  
世界一の著作権者はマイクロソフト社だと思っています。  
これが弱者と言えますか。これに何らかの法的保護を  
与える必要がありますか。つまり、ゴッホはかわい  
そうだとか、そういう例はいくらでもあるんですけれ  
ども、純粋に財産権で考えた場合は、私は普通の民法  
における契約の解釈で十分であると思っています。  
……私は、著作物の全てを譲渡しても、それなりの対  
価を得ればそれはそれで構わないと思うんです。あら  
ゆる譲渡の場合そうですけども、土地を売った後、何  
年かしたら近くに駅ができて暴騰したとか、株を売っ  
た後暴落したとか、これは当たり前のことなんですね。  
売った後どうなるかなんていうのは、買った人の目利  
きにかかっているわけでして、その時合理的であれば  
構わないわけです。著作物だって、流行に乗って高値  
で譲渡されたが、時を経ずして暴落することもあり得  
ます。譲渡は、元来はそういうもんなんです。一方の  
当事者が弱い場合もあれば、強い場合もある。そうい  
うときに、著作物だけが特殊だというのは、余りにも  
おかしい議論ではないか。余りにも知財音痴的な発想  
ではないか、と思っています。」<sup>76</sup>

## (6) 検討

このようにわが国では、著作権を保護するような契  
約法を設けることに対してネガティブな考え方が有力  
です。つまり契約は自由に委ねるべきだというわけ  
です。

たしかに、中山先生もご指摘のように、日本では  
「著作者」というものに法人が含まれることになっ  
てしまっておりますため、法人を含めた著作者という  
ものが一般的に弱者であるとか、交渉力の格差があると

いうことはありません。したがって、日本法における  
現在の著作者概念を前提とする以上、日本法という著  
作者を一律に保護する契約法を導入することは困難で  
あり、適切でもないでしょう。

なるほど、ヨーロッパ大陸法にはさまざまな形で著  
作者を保護する規定があるわけですが、それはあくま  
で大陸法における著作者概念を前提としたものです。  
わが国では、大陸法とは異なる著作者概念を持って  
いるわけですから、前提の異なる日本法に、大陸法に  
おけるような著作権契約法をそのまま直輸入すること  
は、木に竹を接ぐようなものであり、不適切な立法で  
あるとのそしりを免れないでありましょう。

では、わが国著作権法は今のまま契約法を持つ必要  
はないのでしょうか。私が問いたいのはこのことです。

わが国における著作者概念が大陸法のそれと異なる  
のはたしかです。しかし、それは日本の職務著作制度  
が、創作者主義の第1原則を修正するという方法を採用  
してしまい、本来は自然人クリエイタのみを意味する  
はずであった著作者という概念を、法人をも含む一  
貫性のないものにしてしまったからにほかなりません。

先ほどマイクロソフト社の例が挙がっていましたよ  
うに、いわば強い法人が著作者である場合には、その  
法人を保護する契約法は必要ないでしょう。しかし、  
だからといって、著作者が自然人クリエイタである場  
合についても契約法の必要がないとは限らないはず  
です。

たとえ法人である著作者には契約法が不要だとして  
も、自然人クリエイタである著作者にはこれを保護す  
るための契約法が必要だということになる可能性はあ  
ります。もちろん分野によって事情は異なるのだらう  
とは思いますが、音楽業界における個人の作家と音楽  
出版者について契約法の必要性を主張する見解も見  
受けられます<sup>77</sup>。

そうであれば、日本法にいうところの著作者すべて  
について一律に契約法が設けられていない現状とい  
うのは、自然人クリエイタである著作者が、法人である  
著作者の“道連れ”になって、契約法の恩恵を被るこ  
とができていないということになるのではないかと私  
は思います。

このように、日本法が職務著作制度を設けるにあ  
たって、創作者主義の第1原則を修正してしまったこと  
は、単に職務著作が成立する際の従業者クリエイタの  
権利や立場を奪っただけではなく、職務著作が成立  
しない場面における自然人クリエイタにも間接的に影  
響を与えてしまったのではないのでしょうか。

この点、アメリカ法は、たしかに職務著作の成立範  
囲はそれなりに広いのですけれども、職務著作が成立  
しない自然人クリエイタについては終了権制度を持つ



ておりますので、その限りでは自然人クリエイタを保護しているといえます。

しかし、日本法にはそれ也没有ありません。つまり日本法は、ヨーロッパ大陸法ともアメリカ法とも異なり、自然人クリエイタを契約上保護する規定を何も持っていないわけでは

もちろん、たとえ自然人クリエイタの交渉力が弱くても、あえて契約法で保護する必要などなく、徹底的に契約自由に委ねておけばよいのだというのも一つの考え方でしょう。

よく『おかげ！たいやきくん』の例が挙げられますが、売れない時代に二束三文で権利を譲渡した作品が事後的に大ヒットしたとしても、そして、それが著作者の生涯にわたって、さらにはその死後、著作権の存続期間満了まで、ずっと他人に著作権が帰属することとなり、著作者自身には何の経済的分配もないというもの、そのような契約をしたのだから仕方がないではないかという考えもありましよう。

著作権の譲渡というのは考えてみたら重大事です。例えば、作曲家が自分の音楽著作物について他人に著作権を譲渡してしまうと、もはやその作曲家はその作品について著作権を持っていないわけですから、その作品を自分で公開演奏する際にも著作権者から許諾を得なければなりません。ライセンス料を支払って演奏し、いくら売れてもそのライセンス料は作曲家ではなく著作権者に帰属するという事態になります。しかし、このような事態もそのような契約をしたのだから仕方がない、当然だという考え方もありましよう。

そして、著作者と契約して著作物等を利用する立場の者にとっては、著作者を保護するような契約法がほぼ皆無である日本の著作権法は、まことに便利で都合の良いものだといえます。

しかし、ヨーロッパ大陸法にはもちろんのこと、アメリカ法においてさえも、契約自由が貫徹されているわけではなく、自然人クリエイタである著作者を保護する一定の契約法的規定を有していることは事実のようです。

そうしますと、日本の著作権法というのは国際的に見ると、事実行為としての創作行為を行った自然人クリエイタの立場や権利をないがしろにする傾向があるといえるのではないのでしょうか。

その是非をめぐってはいろいろとご意見があることかと思いますが、少なくとも日本の著作権法が国際社会においてこのような位置づけにあることを自覚すべきではないかと思ひます。その上で、日本法の妥当性を検証し、あるべき姿を模索すべきなのではないか、私が強調したいのはこのことです。

### 3. オール・オア・ナッシングな権利制限

#### (1) 問題の所在

さて、ここまでヨーロッパ大陸法を中心にクリエイタである著作者を保護する制度について見てきました。これをお聞きになって、ちょっと著作者が強く保護されすぎているのではないかという印象を持たれたかも知れませんが。

たしかに、一般論として見ますと、ヨーロッパ大陸法系諸国においては伝統的に著作者の権利が尊重されているといえるでしょう。

他方、最近わが国では、著作権が強すぎるために円滑な利用が阻害されているというような声が巷でよく聞かれるところです。そのような観点からすれば、わが国がヨーロッパ大陸法を参考にするのは時代遅れだと思う方もいらっしゃるかも知れませんが。

しかし、ヨーロッパ大陸法系の著作権法に対するそうしたイメージとは異なり、例えばドイツ著作権法におきましては、とても広範な権利制限規定が設けられていることはあまり知られていないように思ひます。結論から申しますと、ドイツでは、日本よりも広範な権利制限規定が設けられており、利用の便宜が図られているという印象を私は持っています。

そこで、ドイツ法のもう一つの側面である権利制限規定と報酬請求権について見てみたいと思ひます。

#### Episode 4

資料1は、Subitoというドイツの図書館の論文送信サービスであります<sup>78</sup>。インターネットを通じて注文しますと、図書館に収蔵されている書籍等に収録された論文につきまして、郵送、FAXまたはPDFファイルのメール送信を依頼できるようになっています。

私はドイツにいたときもこれを利用しておりましたが、今回ある書籍の中に私が書いた英語論文について依頼してみました。

ご覧のように基本料金4ユーロ、権利管理団体であるVG-Wordに報酬1,87ユーロ、そして付加価値税が0,13ユーロということで、全部で6ユーロとなっております。

Normaldienst（通常サービス）とEildienst（至急サービス）のうちNormalで依頼したのですが、依頼したのがドイツ時間の2012年2月8日9時21分、そしてPDFファイルがメールで到着したのが2012年2月8日9時48分です。まあ、ドイツ人は朝が早いというのはよくいわれているわけなのですけれども、随分迅速な対応ですよね。もちろんこういうプラクティスばかりではないのかも知れませんが、前回Normalで依頼したときにも翌日にはメールが届きましたので、私の経

## 資料 1

**Rechnungsadresse**  
 Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs und Steuerrecht  
 Herr Prof. Tatsuhiro Ueno  
 Marstallplatz 1  
 DE - 80539 München

Bemerkungen zum Dokument

**Lieferservice**  Normaldienst  Eildienst

**Statusmeldungen**  Nur Negative  Alle  Keine

**Lieferart**  
**elektronisch**  Alternative Lieferung per Post\*\*  
 Email (PDF) uenotatsuhiro@gmail.com

**konventionell**  
 Post  Fax +49 ( ) ( )

Grundpreis	4,00 €	Grundpreis	5,50 €
VGWort Tantieme	1,87 €	VGWort Tantieme	1,87 €
<b>Gesamt Netto</b>	<b>5,87 €</b>	<b>Gesamt Netto</b>	<b>7,37 €</b>
+ 7% MwSt. zu VGWort Tantieme	0,13 €	+ 7% MwSt. zu VGWort Tantieme	0,13 €
<b>Gesamt Brutto</b>	<b>6,00 €</b>	<b>Gesamt Brutto</b>	<b>7,50 €</b>

\*Preis pro Seite, wenn 20 Seiten der Originalvorlage überschritten sind  
 \*\* Preis für die Lieferung entspricht dann dem angegebenen Preis für den Postweg

Ja, ich stimme den **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** zu.

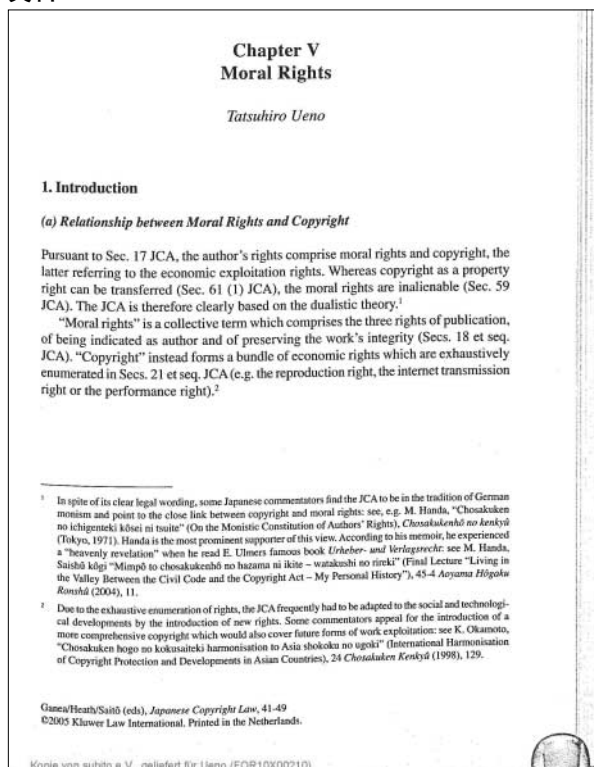
» sofort bestellen «

このような図書館サービスが、後ほど見ますようにドイツでは著作権法上可能です。これについて権利制限する代わりに報酬請求権の対象としているわけです。

これに対して日本では、図書館サービスとしては、利用者の求めに応じて複製物を一人につき一部提供するために複製し（31条1項1号）、これを利用者に譲渡することはできませんが（47条の9）、それにとどまります。譲渡ですから有体物である複製物を直接交付するか郵送することしか許されていません。

誤解のないように申しますが、日本の国会図書館の遠隔複製サービスは非常に便利なものであります<sup>79</sup>。インターネットで検索して簡単に複製郵送の依頼ができますので、私はずっと以前からかなりのヘビーユーザとして大いに愛用しています。海外宛にも郵送していただけますので、ドイツ滞在中も非常に重宝させてい

## 資料 2



験ではかなり速いです。

PDFファイルを開くとこのようになっております（資料2参照）。よく見ると親指が映っちゃっていますね。どうやら完全にマニュアルで作業されているようです。

いただきました。

しかし、FAXやメールで送信するということになりますと、それは譲渡ではなく、公衆送信権が及ぶということで、現在日本では許されておりませんし、行われておりません。このことは、かねてから審議会でも議論はされてきましたが、認められるには至っておりません。

また、図書館サービスといえば、例えば、マックス・プランク研究所の図書館では、図書館内のコピー機を使用する場合、紙媒体で出力することはもちろんできるのですが、紙は使わずにUSBメモリに保存して持って帰ることもできますし、あらかじめ登録しておいたメールアドレスにPDFファイルとして送信させることもできます。ペーパーレスにもなり、保存にも便利です。

他方、日本では、図書館利用者がコピー機をスキャナとして用いてUSBメモリでPDFファイルを持ち帰るのは現行法の下でも可能なのではないかと思うのですが、図書館利用者のメールアドレスにPDFファイルを送信できるサービスを提供した場合にどう評価されるかは微妙です。そこでは、誰が送信主体と認定されるか、そして当該図書館の利用者が日本法上の公衆——すなわち図書館にとっての不特定または多数の者——に該当するかが問題になりそうです。ロクラクII事件判決<sup>80</sup>など、最近の最高裁判決の考え方に従いますと、

図書館がその管理・支配下において複製可能な資料を提供している場合には、具体的な複製作業や送信作業は利用者がするものでありましても、図書館が複製や送信の主体と判断される可能性は否定できないようにも思われます。もちろん、図書館における複製については著作権法31条がありますので、いくら複製主体が図書館になっても同条によって許されることになりませんが、送信のほうは規定がありませんので、図書館が利用者という公衆に送信したと判断されれば公衆送信権の侵害となってしまいかねません<sup>81</sup>。

いずれにしましても、図書館サービスの実態はドイツと日本とで異なるようです。

もちろん、図書館による送信サービスをめぐりましては、わが国における出版ビジネスとの関係に配慮することが必要ですし、すでにさまざまな議論がなされてきたのも承知しております。ですから、日本ではそうしたサービスを認めないというのも一つのあり方といえるのかも知れません。

しかし、私が強調したいのは次のことです。日本では、図書館は来館者のためにいくら資料を複製しても著作権法上はまったくの自由で、著作者にも出版社にも報酬を支払う必要は一切ありません。コピー機について複製に関する補償金を課すという制度も、日本にはありません。

そして、図書館はネットを通じて注文を受けて複製物を郵送するサービスを展開していますが、これが郵送で行われている限り日本著作権法上はまったくの自由で、たとえ大量に郵送したとしても、海外宛に郵送したとしても、著作者にも出版社にも報酬は一切支払われません。利用者は図書館に複製と郵送にかかる実費を支払うだけです。

さらに図書館による貸出しについては、諸外国の立法例の中にはいわゆる公貸権が設けられており、報酬請求権の対象としているものがありますが、これについても日本では完全に自由です。ですから、図書館がいくら書籍を利用者に貸与しても、それが非営利かつ無料の貸与である限り著作権法上はまったくの自由であり（38条4項）、かつ著作者や出版社に報酬が支払われるということもありません。

他方、ドイツでは図書館によるこれらのサービスはすべて著作権者の許諾を得ずに行うことができるものの、それぞれについて著作者に報酬を支払う義務を負っています。

このように見てきますと、日本の著作権法は、オール・オア・ナッシング型の権利制限規定が多いというのが私の考えです。つまり、権利制限によって許される行為は完全に自由であり、報酬を支払う義務もありません。他方、権利制限の対象でない行為は完全に排

他権の対象となっているため、権利者の許諾がない限り行うことが許されないということになります。

その結果として、デジタル・ネットワークといった技術の発展によって便利なサービスがいろいろと可能になっていても、これに対応する権利制限規定が設けられていないために、社会がそうした技術発展の恩恵を被ることができないということになります。これは、権利者にとっても利用者にとっても理想的なあり方だといえるのでしょうか。

## (2) ドイツ法

では、ドイツ法における権利制限規定を見てみましょう。

### ① 図書館サービス

まずは図書館サービスについてです。もともとドイツ著作権法では、図書館サービスが一定の範囲で許されていました（53条2項4号a）。そのような中、コピー送付サービス事件に関する1999年のドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判決は、公共図書館であるハノーファー技術情報図書館が、外部の利用者の注文に応じて雑誌記事のコピーを有償で郵送またはFAX送信することは、この規定によって著作権侵害にならないと判示しました<sup>82</sup>。

ただ、判決はこのサービスを完全に自由としたわけではありませんが、図書館が郵送またはFAXサービスをする場合、著作者は図書館に対して報酬請求権を有するものと判示したのです。そのような明文の規定はないのですが、著作者は自己の著作物の経済的利用に関して可能な限り相当（angemessen）に利益分配を受けられるという著作権法全体の原則からすれば、図書館における公貸（無償貸出）について著作者に報酬請求権を与えている27条2項等の類推適用により、図書館は著作者——この訴訟では原告ではないので訴外人ということになりますが——に対して報酬を支払う義務があるとしたわけです。注目すべきは、報酬を支払う相手方が著作者だということです。

つまり、この事件の原告は出版社等の団体であり、著者からせいぜい排他的利用権の許与を受けているだけの者にすぎません。ですから、そういう原告による請求は棄却されたわけです。ドイツでは著作者の権利を譲渡できませんので、こういうことになります。

以上のようなこと背景には、著作者というのは自己の著作物の経済的利用から、可能な限り相当——今日は何度も出てきますが<sup>83</sup>——の分配を受けられるという著作権法の原則、すなわち利益分配原則（Beteiligungsprinzip）の考え方が見受けられるのです<sup>84</sup>。

先ほど見ました著作権契約法においても、著作者は相当な報酬を受ける権利を有すると考えられていたけれども、図書館サービスのように権利制限が問題となるような場面、つまり契約関係に立たない者との間でも、やはり利益分配原則が妥当しているということになります。

図書館による送信サービスにつきましては、その後、2007年改正により53a条が導入されまして、現在は明文の規定で、図書館による複写物郵送やファックス送信、さらにメール送信が許容されており（同条1項）、著作者に対して相当な報酬が支払われるものと規定されております（同条2項）<sup>85・86</sup>。

## ②私的・自己使用目的のための複製

また、私的・自己使用目的の複製を定めた53条についても触れておきたいと思います。この53条は、日本の著作権法でいいますと30条に近いといえませんが、非常に詳細で具体的なルールを定めています。

その中には、一定の条件を満たせば、複製作業を他人に行わせること、すなわち委託コピーを許容する明文の規定もあります。例えば、自分の学術的な使用のために必要な範囲であれば、営業目的でない限り委託コピーが許されるものと規定されています（53条2項柱書および同項1号）。また、私的使用目的の複製についても、電子化については無償でない限り他人に委託することができず、紙のコピーについては他人に複製作業を委託できるものと解されます（53条1項後段）。

単純な比較はできないのですが、日本では30条1項柱書で「その使用する者が複製することができる」と規定されておりますので、コピー業者に委託して行う複製というのは一律に許されないと解するのが通説です<sup>87</sup>。そのため、例えば、昔テレビ番組を録画したVHSのビデオカセットが残っているが、いまやVHSの再生機器を持っていないので、業者に持ち込んでDVDにダビングしてもらおうという、いわゆるメディア変換のための委託コピーも権利侵害になってしまうのではないかということが、2011年の審議会でも議論されたのです。

これに対して、ドイツ法は詳細なルールを設けて、一定の場合には委託コピーも適法としているわけです。その代わりに、53条1項～3項によって許容される複製一般について報酬請求権の対象としているのです。コピー機のメーカーはもちろん、コピーショップなどの機器提供者も報酬支払義務を負うものと解されています<sup>88</sup>。

つまりドイツでは、委託コピーのような便利なサービスを一律に禁じるのではなく、権利制限規定によ

て一定の範囲で許容する反面、報酬請求権の対象にすることによって著作者に経済的な分配をしているというわけです。

## ③私的複製に関する報酬請求権

ここで、私的複製に関する報酬請求権について、もう少し触れておきたいと思います。

### Episode 5

パリのオペラ座の隣にApple Store, Operaという、数あるアップルストアの中でもおそらく最もスタイリッシュなお店があります。私はここでiPod Touchを買いました。なぜこんなところまで買いに行ったのかと思われるかも知れませんが、どこで買っても同じ商品のですし、たまたま出かけた際にここで購入した次第です。資料3はそのときのレシートです。ご覧のように、本体価格230,63ユーロに加えて、私的複製のための報酬（Rémunération pour copie privée）として8,37ユーロと表示されています。

日本では、そもそもiPodは補償金制度の対象になっておりませんが、MD等の対象機器等の販売に際して、補償金額をレシートに表記するというような徴収の仕方をしている例を私は存じません。少なくとも形式的には、特定機器・記録媒体の購入者が支払義務を負っており（104条の4第1項）、メーカーは当該私的録音

### 資料3



録画補償金の支払の請求および受領に関して協力義務を負っているにすぎない（104条の5）という日本法においては、むしろこういう徴収方法が馴染むという気がしなくもありません。

さて、このようなレシートの存在はいろいろな意味に捉えることができそうです。おそらく立場によって印象が異なるのではないかと思います。

ただ、フランスだけではなくヨーロッパでは私的複製について広範な補償金制度が設けられています。といいますのも、ヨーロッパでは、情報社会指令<sup>89</sup>により、加盟国が私的複製について権利制限を設ける際には、技術的保護手段の適否を考慮しつつも、権利者が公正な補償を受けることが条件になるとされているからです（5条2項b号）。

ドイツでも、iPodのような携帯音楽プレーヤーはもちろんのこと、アナログの文献コピー機、パソコン、スキャナといった機器にも幅広く報酬支払義務が課されています。機器に対するこうした賦課金制度（Geräteabgabe）がドイツで導入されたのは1965年のことですが、2007年改正によってその内容が大きく変わっています<sup>90</sup>。その内容を少し見てみましょう。

#### (a) 対象となる機器等

まず、対象となる機器等はかねてからしばしば紛争の対象になってきましたが、今回の改正によって、典型的に私的・個人的使用目的の複製（53条1項～3項）に使用される機器・記憶媒体一般が広く対象となりました（54条1項）。結果として、文献コピー機、パソコン、スキャナ、FAX、プリンタ、MD、CD-R、DVD、iPodなどが対象となります。

私がドイツ滞在中の2010年8月30日、プリンタおよびプロッタも報酬支払義務の対象に含まれるとするドイツ連邦憲法裁判所の判決が出ました<sup>91</sup>。ドイツ連邦通常裁判所（BGH）は、2007年12月6日、これらのものが2007年改正前54a条1項に定める補償金支払義務の対象機器に該当しないとして原告の請求を棄却していたのですが<sup>92</sup>、連邦憲法裁判所はこれを破棄したというわけです。

プリンタで他人の著作物をコピーすることなんてあるのかという気もするわけですがけれども、コピーすることがあり得る以上、報酬額はかなり低いとしても、支払義務の対象にはなるということのようです。

#### (b) 額の決定

先ほども述べましたように、2007年改正によって支払義務の対象が一般化した代わりに、報酬の額については、実際の複製頻度等によって柔軟に決定されることになりました。今回の改正によって、支払義務の有

無の問題から額の相当性の問題に議論がシフトしたと評されているのは、そのためです<sup>93</sup>。

そして、この相当（angemessen）な報酬というものをめぐりましては、かつては著作権法の中に別表として金額が明示されていたのですが、今回の改正によって、その決定を当事者に委ねることになりました。その上で、団体間で紛争が生じた場合には、ドイツ特許商標庁にある仲裁所（Schiedsstelle）で紛争解決をすることになっております。

ドイツ特許商標庁はミュンヘンにありまして、私が滞在中の2010年12月9日にも、仲裁所長ポートマン（Jörg Portmann）氏の講演が開かれました<sup>94</sup>。この講演でも、さまざまな機器ごとに、実際に私的複製のために用いられる程度や技術的保護手段の適用など、諸事情を考慮して相当な報酬額を決定することを説明されていました。

#### (c) 支払義務の主体

この報酬の支払義務主体は、第一義的には対象機器等の製造者です（54条1項）。けれども、その輸入者や販売者も製造者とともに連帯債務者として責任を負います（54b条1項）。さらには、コピー機を備えている学校図書館やコピーショップなどのように一定の複製機器を備える運営者も支払義務を負います（54c条）。

#### ④小括

このように、ドイツ法においては、権利制限を広範に設ける反面、報酬請求権の対象としているものが多いようにみえます。

こうした権利制限に伴う報酬請求権というのは、ドイツだけではありません。先ほどの欧州著作権コードにおきましても、報酬支払義務を伴う権利制限と、報酬支払義務のない権利制限に区別されています。すなわち、前者には、組織内レポートのための記事利用や学術研究のための利用（5-2条2項）、あるいは自然人による私的複製や教育目的の利用（5-3条2項）が含まれ、後者にはバックアップコピーや偶然的な写り込み（5-1条）、時事的事件の報道、引用、パロディ等（5-2条1項）、障害者福祉利用等（5-3条1項）といったものが含まれています。つまり、権利制限の対象とする場合でも、さらに報酬支払義務を負わせるかどうかで区別しているわけです。

なおドイツでは、権利制限に伴う報酬請求権はあくまで自然人クリエイタである著作者本人に与えられています。そして、そうした権利制限に伴う報酬請求権は、あらかじめ放棄することができないものと規定されています（63a条1文）。

この背景には、やはり著作者というものは、その著

作物の経済的利用によって生じる利益から常に相当な分配を受ける権利があるという考え方が見受けられるのであります。

栗田昌裕先生の最近の研究によって明らかにされたところによりますと、少なくともドイツ連邦憲法裁判所によれば、排他権としての著作者の財産権を制限することは公共の利益による制約という観点から可能であるが、著作者への報酬請求権をも排除するためには、より高い公共の利益がなければ正当化できないと考えられているようです<sup>95</sup>。

### (3) 日本法

さて、日本です。日本の著作権法にも、権利制限をした上で補償金請求権を与えるという規定はもちろんあります。例えば、私的録音録画補償金制度（30条2項）もそうですし、教科書複製（33条2項）、教科用拡大図書等複製（33条の2第2項）、学校教育番組の放送等（34条2項）、営利目的による試験問題としての利用（36条2項）、視聴覚ライブラリー等における映画の貸与（38条5項）といったものがありますが、その範囲は非常に狭いものです。

また、私的録音録画補償金制度が平成4年改正によって導入され、そのときにはドイツ法なども参考にされたわけですが、内容は大きく異なります。

例えば、対象機器の範囲を比較しましても限定的です。つまり、日本の補償金制度の対象となるのは、複製は複製でもデジタル方式に限定されていますので（30条2項）、アナログの複製機器等は含まれません。したがって、カセットテープやVHSレコーダーは含まれません。文献コピー機も含まれません。

次に、日本の補償金制度は複製一般を対象とするものではなく、あくまで録音または録画に限定されていますので（30条2項）、デジタル方式の複製であっても、スキャナなどは含まれません。文献コピー機はこの意味でも対象となりません。

また、デジタル方式の録音または録画に用いることが可能な機器等でありましても、政令によって「主として」録音または録画の用に供するものに限定されていますので（著作権法施行令1条）、デジタル方式の録音録画に用いることが可能な機器でありましても、パソコンのような汎用機器は含まれません。

さらに、政令によって個別具体的に指定されなければ対象となりませんので（30条2項、著作権法施行令1条）、主としてデジタル方式の録音録画に用いられる機器等でありましても、iPodのようなハードディスク内蔵型録音機器等は現時点で補償金支払の対象に含まれていないわけです。

最近の裁判例では、アナログチューナー非搭載

DVD録画機器が政令における特定機器に該当するものではないとする判決も出ているところです<sup>96</sup>。

日本ではここ数年、この制度の是非をめぐって激しい議論が混迷を極めており、その存亡が危ぶまれてきているようです。

この制度の是非や、わが国の今後の方向性について、ここで論じることはできないのですが、私的複製に関する権利制限を設けているヨーロッパ諸国の補償金制度と比較すると、日本法のそれは極めて限定的だという点は認識されてしかるべきであるように思えます。

### (4) 検討

以上のように、日本の著作権法というのは、権利制限が比較的狭い代わりに、報酬請求権の対象も狭いように思えます。その結果どうなるかということ、完全に排他権の対象となるか、あるいは完全に自由で報酬支払義務もない、という二者択一になってしまうのであります。私が最近、審議会などで、オール・オア・ナッシング型と呼んでいるのはこのことです。

#### ①オール・オア・ナッシング型の問題点

では、こうしたオール・オア・ナッシング型の日本法は、権利者にとっても利用者にとってもハッピーなものといえるのでしょうか。そこには次のような問題があると考えられます。

第一に、ドイツでは権利制限&報酬請求権の規定があるために、これに当たれば利用者は一定の報酬支払義務を負うものの一定の利用行為を適法に行うことができるわけですが、日本では権利制限規定がないために権利者の許諾を得ない限りできないケースが少なくありません。

例えば、私的使用目的の複製作業を業者に委託するというのもこれに当たります。また、図書館が資料のコピーをメール送信するサービスというのもそうです。日本では、これについて権利制限規定がなく、かといって権利者の許諾を得るとすることも困難ですので、基本的にはそのようなサービスは行われず、社会はそうした便利なサービスを享受できないということになります。

第二に、日本では権利制限規定の適用によって完全に自由なのに対して、ドイツでは権利制限に伴う報酬請求権が課されているために、著作者は一定の報酬を受けられるということが少なくありません。

例えば、図書館による利用者のための複製や郵送もこれに当たります。また、図書館による本の無償貸与（公貸）というのもそうです。さらには、教育機関における複製、時事問題に関する論説の転載、あるいは公共目的でない非営利無料のコンサートなど、ちょっ

と細かいのですが、かなり多くのものがドイツでは権利制限&報酬請求権の対象になっているわけです。

他方、日本ですとこれらの行為は完全に自由です。図書館複製も、教育機関における複製も、その要件を満たす限り、それが結果として大規模になっても自由であり、補償金支払義務はなく、著作者にも著作権者にも何ら経済的分配はなされないわけです。

第三に、日本ではそもそも権利が定められていないために完全に自由だけれども、ドイツでは報酬請求権が定められているというパターンがあります。

例えば、美術著作物の原作品の転売について、ドイツでは追及権が定められております(26条)<sup>97</sup>。これも著作者に与えられた報酬請求権といえます。他方、日本ではこれについて報酬請求権さえ与えられていませんので、例えば、画家が所有権を手放した絵画が事後的に高値で取引されても、著作者には何らの経済的分配もされないわけです。

このように見てきますと、立法論的にみれば、オール・オア・ナッシング型ばかりではなく、ある行為を権利制限によって一定の範囲で許容する一方で、広く報酬請求権の対象にすることによって、権利者と利用者との利益調整を図るという手法は、将来における著作権法のあり方としてヒントになるのではないかと私は思っています。

もちろん、著作権は一律に報酬請求権化すべきだと考えているわけではありませんし、実際に、権利制限&報酬請求権の対象とするためには、個別的な事情を検討する必要があります。しかし、このようなやり方は、とりわけせっかく開発された新しい技術によって社会にとって便利なサービスが実現できる場合において、これを死滅させずに中間的な解決を図るという意味で、権利者にも利用者にも望ましい結果をもたらす場合があり得るのではないかと思います。

だとすれば日本も、権利制限&補償金請求権という範囲を現在よりも拡大することが、保護と利用の適切なバランスをとるものとして検討に値するのではないかと私は思います。

## ②権利制限&補償金請求権の問題点

ただ、権利制限&補償金請求権というやり方も問題がないわけではなく、いろいろと困難が伴うのはたしかです。

第一に、徴収の局面です。例えば、図書館による送信サービスのように具体的な利用状況の把握が可能なものについては、これに応じた報酬の徴収が可能ですけれども、他方、文献複写機に対する補償金制度のような場合は、実際の利用状況を把握することは通常困難です。その場合、報酬の徴収は具体的な利用状況に

厳密に応じたものではなく、どうしてもドンブリ勘定的にならざるを得ません。

第二に、分配の局面です。例えば、図書館による送信サービスのように具体的な利用状況の把握が可能なものについては、これに応じた報酬の分配が可能ですけれども、他方、ドンブリ勘定的に徴収したものについては、実際の利用状況に応じた分配をすることが困難です。

また、たとえ具体的な利用状況に応じて徴収した報酬であっても、これをすべての権利者に厳密に分配できるのかも課題となります。

そういえば、先ほど私はドイツの図書館サービスに自分の論文のメール送信を依頼しましたので、そのとき支払った著作権料4ユーロが自分に戻ってくるのかどうか、ちょっと気になるところです。ただ、あの書籍について、私はもともとオランダの会社である出版社と著作権を譲渡する契約をした記憶がありますので、そうだとすると私自身は何も言う権利がないかも知れない、とか、この図書館サービスはドイツ国内における利用なのだからドイツの著作権が問題になるところ、ドイツ法の下では著作権が譲渡できず、権利制限に伴う報酬もあくまで著作者に支払われるはずなので、やはり私に報酬を受ける権利はあることになるのか、など、ややこしい話になってまいります。

そして、徴収した報酬を正確かつ厳密に分配ということになりますと、極端な話、世界中の著作者等に送金する必要があります。もちろん管理団体間で処理できるところもあるでしょうが、例えば私のように団体に入っていない著作者もいるわけです。

このように見てまいりますと、ドイツ法における報酬請求権制度も、徴収および分配の実態については、立ち入った実態調査と検討が必要などころがあるように思います。

ただ、おそらく実際には、具体的な利用状況に応じた厳密かつ正確な分配は、困難な部分がどうしても残らざるを得ないのだらうと思います。

もちろん、ドイツ人というラテン系に比べると厳格なイメージがありますが、厳密さを追求するために過大なコストをかけるくらいならば大雑把で構わないという合理的な発想が、彼らにはあるように私は思います。

ご存じの方も多いと思いますが、ドイツでは地下鉄でも路面電車でも長距離電車でも、改札で切符をチェックいたしません(資料4参照)。もちろん、長距離電車の場合はさすがに車内で検札が来ますし、地下鉄でも2カ月に1回くらいは抜き打ちの検札に遭遇いたしますが、それだけです。

そうするとどういふメリットがあるかという、ほ

## 資料 4



とんどの地下鉄の駅には普段から駅員がいません。地下鉄の運転手は自分で車内アナウンスまで行って、ワンマンで運転しています。

ですから、ミュンヘンのような街でも地下鉄には終電というものがなくて、深夜でも細々と運行しています。これは人件費の問題だけでなく、社会的にも利便性が高いといえます。

そこでは、乗客がきちんと正しい運賃を支払っているかどうか全員をチェックすることよりも、そうした利便性を得られるほうがよいと、合理的に考えられているのではないかと私は思います。

他方、もしかすると世界でもっとも几帳面な国民性を持つ日本では、地下鉄の改札はもちろん切符をチェックしますし、新幹線になりますと、改札を入るときにも出るときにも、さらには乗車中も正しい座席に着席しているかチェックいたします。そのために過大なコストがかかっているかどうかは私にはわかりませんが、たとえそうだとでも厳密に行うことそれ自体が目的として一つの価値を持っているかのようです。

もちろん、ヨーロッパでも日本と同じように自動改札機が設置されている国はあります。また、日本社会にだって、あらゆることにどこまでも厳密さが追求されているわけではないでしょう。例えば、租税徴収のように、過大なコストをかけて100%の厳密さを追求するのではなく、それなりの合理性に基づく世界もあるのではないかと思います。それは日本の場合、正々堂々で行われるというよりは何かひっそりで行われているように見えます。

以上のように考えてまいりますと、もし日本法がオール・オア・ナッシング型を克服して権利制限&補償金請求権を拡大する場合には、そのために徴収・分配の問題が生じることに、あまり詳細にこだわらずにメンタリティというものもあわせて必要になってくるのかも知れません。

もし日本という国が、そのような緩やかなあり方と

いうものを合理性という名の下に正々堂々で行うことについて社会的合意が得られない社会なのだとすれば、そしてむしろオール・オア・ナッシング型を好む社会だとするならば、——それがあべき姿かどうかはともかくとしましても——それはそれで日本社会に適合しているということになるのかも知れません。

## ③ 自然人クリエイタの権利

さて、権利制限に伴う報酬請求権については、ドイツ法にもう一つ特徴的なことがあります。

つまり、ドイツ法における報酬請求権というのは、あくまで自然人クリエイタである著作者に帰属しています。したがって、著作者が他人に排他的な利用権を許与したといたしましても、報酬請求権はあくまで著作者が有しているということになります。したがって、第三者が権利制限の適用を受けて適法に利用行為を行った場合、これに伴って支払われる報酬は、利用権を許与された者ではなく、著作者であるクリエイタ本人に支払われることになるのです。

また、職務上の著作物についても、著作者は従業者であって、自然人クリエイタが著作者の地位を奪われることはありませんので、たとえ使用者との関係では従業者が排他的な利用権を許与しているとしたとしても、第三者が権利制限規定に基づく利用行為を行った場合は、著作者である従業者が当該第三者から報酬を受けることになります。

このようにドイツにおける権利制限に伴う著作者の報酬請求権というのは、ドイツ著作権法の大原則といわれる報酬保護あるいは利益分配原則の表れといえます<sup>98</sup>。

著作者の権利の総則を定めたドイツ著作権法11条の規定が2002年に改正された際にも、同条後段で、著作者の権利は、著作物の利用に関して相当なる報酬を保障することにも寄与すると明記されるに至りました。

これに対して日本では、権利制限に伴う補償金請求権もすべて著作権者に帰属しており、著作者に帰属するわけではありません。その意味では、日本法における補償金請求権というのは自然人クリエイタである著作者を保護するための権利とはいえません。だからといって、補償金請求権を著作者に与えるように変更しても問題は解決しません。日本では、そもそも職務著作制度によってクリエイタが著作者の地位を奪われているからです。

この点においても、日本の著作権法が著作者主義の第1原則を修正したことの影響が及んでいます。つまり、ドイツ法では自然人クリエイタに与えられている報酬請求権が、著作者概念が異なる日本では自然人クリエイタに与えられているわけではないという間接的



な影響をもたらしたように思われるのです。

とは申しまして、ドイツ法において権利制限に伴う報酬請求権を自然人クリエイタである著作者に与えるという利益分配原則の考え方は、いわゆる一元論を採用しているドイツ法においては適格的なものといえるかも知れませんが、その点は必ずしも一般的ではありません。したがって、こうした考え方をわが国が受け入れるべきかどうかについては、別途検討が必要となります。

## Ⅲ 考察

### 1. 日本法の問題点

#### (1) 大陸法著作権法のまとめ

さて、本日は諸外国の著作権法を見てまいりましたが、ヨーロッパ大陸法における著作権法は、さしあたり以下のようにまとめることができようかと思えます。つまり、ヨーロッパ大陸法系の著作権法は、創作者主義を貫徹し、事実行為として創作行為を行った自然人クリエイタのみを著作者とすること、そして、そのような意味での著作者を保護する契約法を設け、著作者には著作物の経済的利用に関して相当な報酬を受け権利を与えること、さらにとりわけドイツにおいては、著作者に権利制限に伴う相当な報酬を受け権利を付与していることであります。

#### (2) 日本法における「著作者」

日本の著作権法は、一見するとヨーロッパ大陸法系の構造を基礎としていますが、職務著作制度を設けることによって創作者主義の第1原則を修正しておりますので、その出発点からして決定的に異なっています。こうしてわが国の職務著作制度が、職務著作が成立する場面における従業者から著作者人格権を奪い、これを使用者である法人等に帰属させていることに対しては、これまでも批判が向けられてきました。

ただ、わが国の職務著作制度は、使用者や第三者の便宜という観点からすれば、これに大いに寄与するものといえます。したがって、職務著作が成立する場合に、従業者が著作者の権利を失い、使用者に著作者人格権を含む著作者の権利が帰属することについて、国民的な合意が得られるというのであれば、わが国の職務著作制度はそれなりに日本社会に適合した制度だということになるかと思えます。

しかし、たとえそうした職務著作制度の直接的な効果が承認されるといたしましても、創作者主義の第1

原則を修正してしまったことの影響は、職務著作が成立しない場合にも重大な影響を及ぼしたのではないかと思います。

つまり、先ほど見ましたように、ヨーロッパ大陸法系の著作権法には、創作者主義における意味での著作者が有する一貫した属性、つまり自然人クリエイタであることを根拠として、著作権契約法など、そうしたクリエイタを保護する制度がさまざまな形で設けられているわけです。

他方、日本の著作権法は創作者主義の第1原則を修正してしまったために、「著作者」という概念に自然人と法人という、社会的な立場も交渉力も異なる主体を一括して含むことになりました。

こうして著作者の属性が一貫性を失ったことによって、日本法においては「著作者」という属性を根拠とする諸制度を設けることができなくなってしまったのです。だからといって、アメリカ法における終了権のように、自然人クリエイタを対象とする契約法も日本法にはないわけです。

そのため日本法においては、職務著作が成立しない場面における自然人クリエイタを保護する規定が設けられないままとなっています。結果としてそうしたクリエイタが十分な保護を受けていないのではないかと私は思うのです。

### 2. 日本法の将来像——クリエイタ指向アプローチの可能性

#### (1) 著作者の地位

そこで私は本日、自然人クリエイタの権利や立場を見直すという方向性を提唱してみたいと思います。これをさしあたり、「クリエイタ指向アプローチ」と呼んでおきましょう。具体的には次のような方法が考えられます。

#### ①15条維持説

第一に、現行法15条を維持したまま、職務著作が成立する場合の著作者と、そうでない自然人クリエイタの場合とを区別して、これらに応じた規定を設ける方法が考えられます。

つまり、日本法の場合、著作者は著作者でも、自然人の場合もあれば法人の場合もありますので、自然人クリエイタである著作者についてのみ適用される規定（例えば契約法）を設けるということが考えられるのです。

また、職務著作が成立する場合の著作者についてのみ適用される著作者人格権の制限規定を設けるといったようなことも考えられます。

こうしたことによって、法人の著作者と自然人の著

作者を区別して、それぞれに応じた手当をするということになります。

この手法は、現行法15条を変更する必要がないため、その点では比較的实现可能性の高い方法だと考えられます。ただ、単一の法律用語である著作者という概念を二つに区別した制度を構築するというには、やはり困難が伴うものと考えられます。

## ②15条改正説

そこで、第二の方法として、わが国著作権法も創作者主義を貫徹するように現行法15条を改正することが考えられます。

創作者主義を貫徹しますと、ヨーロッパと同様に、著作者＝自然人クリエイタだということになります。その上で、職務上の著作物については、映画の著作物の権利帰属に関する現行法29条のように、財産権である著作権を使用者である法人等に法定帰属させるように措置するなどの手法が考えられます<sup>99</sup>。このとき、著作物の性質に応じて、権利の帰属を変えるという方法も考えられますが<sup>100</sup>、著作物の性質に応じた区別をあまり細かく明文で規定するのはなかなか難しいものがありそうです。

そして、創作者主義を貫徹することになりますと、職務著作が成立する場合でありましても、従業者に著作者人格権が帰属することになります。そこで、必要に応じて、職務著作が成立する場合における従業者の著作者人格権の行使を制限する規定を設けることが考えられます。

いずれにしましても、このように創作者主義を貫徹いたしますと、日本法においても著作者は常に自然人クリエイタだということになり、著作者という概念の属性は一貫性を持つことになります。

これによって、例えば、自然人クリエイタという意味での著作者を保護するための契約法を必要に応じて設けることが正当化されます。こういうことは、現行法における複合的な創作者概念を維持したままでは難しいのではないかと思います。

このように自然人クリエイタに焦点を当てる方向性は、インターネット時代における著作権法をめぐって激しく利害が対立している近時の立法論にとっても一つのヒントになるかも知れません。といいますのも、近時は、著作権の保護強化に反対する声が強まっているといわれているところではありますが、そのような主張の中には、企業や団体のための保護強化には反対するが、クリエイタのための保護強化には賛成するという風潮が見られることがあるようにも感じられるからです<sup>101</sup>。そのこと自体の是非はここではおくとしましても、そのような中、クリエイタに焦点を当てながら

著作物の保護と利用のバランスを図ることによって、著作権制度の再構築を図ろうとするクリエイタ指向アプローチは、今後の著作権制度をめぐる議論に新たな方向性をもたらす可能性があるのではないかと私は考えております。

もちろん、現行法15条を改正するというのは大変根本的な改正となります。現実問題としてそれはちょっと無理ではないかと思う方もいらっしゃるかも知れません。

しかし、職務著作制度を改正するという立法論それ自体は、個別的な形ではありましたが、かなり以前から学説の中に広く存在いたしました。なぜ何も変わらなかったのでしょうか。

わが国の職務著作制度は、ある意味では大変便利です。従業者クリエイタ以外にとっては、まことに都合の良い制度です。我々は、これまでずっと日本の職務著作制度に慣れ親しんできて、その便宜に安住し、これを積極的に見直すべきだという考えを真剣に取り上げてこなかったのではないのでしょうか。そして、従業者クリエイタのほうも、いつしかそれが当たり前のものと不満に思わなくなってきたのではないのでしょうか。そうして我々は、いつの間にか日本法の特殊性を感じなくなり、国際社会における日本法の客観的な位置づけを十分認識しなくなっているのではないのでしょうか。

そのように考えてまいりますと、国際社会におけるわが国著作権法の特殊性について、今一度自覚的になるならば、15条改正という、もしかすると現時点ではハードルが高いように感じられるかも知れない方向性は、必ずしも絵空事とはいえないと私は思っています。

そして、クリエイタに焦点を当てて著作権法の再構築を図ろうとするクリエイタ指向アプローチの方向性は、欧州著作権コードがヨーロッパ大陸法とイギリス法を含めたヨーロッパ法全体で目指そうとしている一つの姿とも共通する部分があるように思っています。

じつは、日本の著作権法の中にも、著作者ではなく、実演家についてはこれに近いものがあることを指摘できるように思います。つまり、著作権法上、実演家はあくまで自然人であり、職務実演という制度はないのです。したがって、実演家の権利は、実演家人格権も著作隣接権も、あくまで事実行為としての実演行為を行った自然人である実演家に原始帰属します。さらには、一定の報酬請求権や二次使用料請求権は実演家自身に付与されています。そして、その権利は、実演家を構成員とする指定団体によってのみ行使できるものと規定されています。

もちろん、現状の日本法には、例えば、実演家を保護するための契約法といったものがないので、実演家の保護は十分でないというご意見もあると思

ます。しかし、少なくとも自然人の実演家はその地位を奪われることはないという意味において、実演家主義とでもいべきものは貫徹されているように思われます。

## (2) 権利制限 & 報酬請求権

またもう一つの方向性として、従来の日本法に見られるオール・オア・ナッシング型を見直して、一定の条件の下で、著作権を制限する代わりに補償金請求権を与えることによって、保護と利用の調整を図るという方向性が考えられます。

もちろん、すべての場合に報酬請求権化すればよいというわけではもちろんありませんで、実際にはかなり個別的な検討を要するところでもあります。

しかし、排他権の対象となっているために現実に利用できない場面が少なくない反面、権利の対象となっていないといくら利用してもまったくの自由で報酬も支払われないというオール・オア・ナッシング型が少なくないわが国においては、結果として社会全体の不利益になっている場合があるように思われなくもありません。だとすれば、場合によっては、オール・オア・ナッシング型に代えて、権利制限&報酬請求権の対象にするほうが、著作者にも利用者にもプラスになる可能性はあり得るのではないかと私は思っております。

そうすると、具体的に権利制限&報酬請求権という手法を選択するための条件を検討することが、今後の課題になると思います。

## 3. 日本法からの発信

### (1) 国際社会における日本（法）のプレゼンス

さて、クリエイタ指向アプローチということに関しては以上なのですけれども、国際社会における日本の著作権法という本日のテーマに関しましては、なお申し上げたいことがあります。

といいますのは、ここまでは日本法学が、ヨーロッパを中心とする外国法を参照して、日本法をどう変えていくかということを語ってきました。

では我々は、外国から学ぶことばかりなのでしょうか。

たしかに、外国法やその議論に学ぶべき点はまだまだ多いです。例えば、ドイツ法一つとっても、日本とは比べものにならないくらいの議論や事例の蓄積があるといわざるを得ません。

一例を挙げますと、ドイツ著作権法のコンメンタールは、日本で出版されている逐条解説書よりも遙かに詳細なものが、10冊近く出版されています。公表されている関係裁判例の数も桁違いといってよいかと思

ます。研究書も多数出版されていて、非常に細かい個別具体的なテーマについて100年くらい前から文献が蓄積されています。ですから、日本で問題になっている論点に対応するドイツの議論や裁判例を調べるだけでも、簡単に日本で論文ができあがりそうです。

もちろん、ドイツではこう解されているから日本でもこう解されるべきだなどといった直輸入型の比較法学に対しては、かねてから強い批判がなされてきました。そこで、比較法学としては、直輸入ではなく、制定法の違いを超えて、両国の制度をメタレベルで分析した上で、日本法に対する示唆を獲得しようとしてきました。そうした比較法研究は、これまでも大きな成果を上げてきましたし、その意義は将来においても変わることがないと思います。

しかし、私がドイツ滞在中に感じたのは、ヨーロッパにおける議論を研究して、日本に帰って日本人に向けて日本語で論文を書いても、それは日本法学のためにはなっていない、ヨーロッパ人にとってみたら、彼らの法学への貢献にはまったくなっていないということです。そればかりか、日本人法学者が何を研究しているか何も見えないということになりかねません。

“西欧は押す文化、日本は引く文化”というのはいろいろな面に表れているともいわれておりますが<sup>102</sup>、控えめであることが美德とされることの多い日本では、法律学においても、発信することより受容することを得意としてきたのかも知れません。

もちろん、かなり以前から、英語を中心とする外国語で日本法に関する多数の文献が書かれてきましたし、日本の法令や判例を英訳するプロジェクトも大きな成果を上げてきました。これにより日本法の内容が外国人にアクセス可能になったことの意義は非常に大きなものがあると思っております。

また外国にも、日本法や日本に関心を持ってくださる外国人法学者が多数いらっしゃるのもたしかです。日本語で書かれた論文でさえ読めてしまう外国人研究者も少なくありません。

しかし近時、外国では、日本法あるいは日本に対する関心が、相対的に低下しつつあるように私は感じます。一例を挙げますと、ミュンヘンのマックス・プランク研究所には、かつて日本法研究部門があり、日本語が堪能で日本の知的財産法に詳しいドイツ人専任研究員が2名所属されていましたが、今はそのお二人とも同研究所にはおられません。

これは、近時のヨーロッパ法学においては、世界全体よりも、むしろヨーロッパ法のあり方を総体的に議論することに関心が高まっているという傾向の表れなのかも知れませんし、あるいは地域研究という手法一般に対する考え方がドイツで変化しているのかも知れ

ません。しかし、いずれにしても日本や日本法のプレゼンスは国際社会において低下しているといわざるを得ないように思われます。

ここで問題となるのは、論文を日本語で書くか英語で書くかという言語の点ではありません。つまり、たとえ英語やドイツ語で論文を書いても、それが“日本における〇〇問題”といった日本の状況を紹介するだけのテーマでは、外国において関心を持つ方は、日本でビジネスを展開しようと考えておられる方とか、日本法や日本学を研究している方など、ごく限られるのではないかと思います。

こういう比較は適切でないかも知れませんが、日本でもアジアの諸外国から来日した専門家の方によってよくカンントリーレポートなど開催されておりますけれども、我々日本人がそうしたイベントに行くかという、それらの国でビジネス展開を検討されている方ならばともかく、なかなか我々がそうしたイベントに足を運ぶことはないというのが正直なところではないでしょうか。

私が先ほど図書館による送信サービスに依頼したという論文も、『Japanese Copyright Law』<sup>103</sup>という日本の著作権法の概説書のような書籍に掲載されている一編です。こういう書籍は、日本語のままだと外国人には通常理解できない日本法を外から知ることができるようにするという点で非常に意義深いものだと思います。しかし、今の私には正直なところ、外国のどういふ方がこれを読むのだろうかという気持ちがなくありません。

私はほかにも、『Copyright Throughout the World』という世界各国の著作権法の概説を英語でまとめた、加除式で3巻にもなる書籍の中で、日本の著作権法の章を担当して、日本法の法令や判例について、70頁ちょっとということですからそれなりに詳しく紹介しているのですが<sup>104</sup>、これも実際に外国でどれほど参照されているのかなと思うところがあります。

外国で参照されないのであれば、いくら英語やドイツ語で書いて、外国で出版したところで、日本から諸外国に日本法を発信できているとはいえないでしょう。

そういえば2011年5月、マカオのIPセミナーというところでいわゆる間接侵害に関するシンポジウムが開かれました。私もお招きいただいて、日本におけるいわゆるカラオケ法理ですとか、まねきTV事件やロクラクⅡ事件といった、ちょうど出たばかりの最高裁判決について報告させていただきました<sup>105</sup>。こういう機会では各国からそれぞれ報告がなされますので、例えば、諸外国でもロクラクⅡ事件と似たようなサービスをめぐる訴訟があり、日本の最高裁判決と異なりユーザを複製主体と認定した判決が散見されるなど、なか

なか興味深い比較ができるのはたしかです。

しかし、例えばカラオケ法理のような日本法における解釈論というのは、あくまで日本法固有の事情で展開されたという側面がありまして、そうした前提を共有しない外国法にとっては必ずしも直接の参考にならないことが多いと感じられることが少なからずあります。ましてや、日本に事例や裁判例が乏しいテーマについては、紹介できるものさえ少ないのであります。

そういう意味では、諸外国の法律学にインパクトを与える形で日本法を発信するためには、日本の状況について英語で書いたからといって実現できるわけではなさそうです。少なくとも国際社会における日本や日本法のプレゼンスがかつてに比べると低下している現状においては、単に日本はこうなっていますという紹介をしても、それだけでは関心を持ってもらえないのが現実ではないかと思うわけです。

## (2) 発信型比較法学の試み：示唆獲得型から示唆発信型へ

では、諸外国の法学シーンに示唆とインパクトを与えるような形で日本法学から発信することはできないのでしょうか。

この点、さまざまな発信が考えられると思います。ただ、日本法の解釈論に関しましては、これを外国に発信しようと思っても、外国とは制定法の内容が異なることが多いわけですし、日本には研究や判例の蓄積も比較的乏しいところがありますから、日本法における解釈論を国際的に発信することは相対的には簡単ではないところがあります。

他方、立法論は発信しやすいところがあります。つまり、日本に存在する、あるいは検討中の制度の中に、外国に示唆を与えられるようなものがあれば、これを国際的に発信していくことが十分可能なのではないかと思うのです。

そうしますと、本日見たような日本法特有の制度、すなわち日本版職務著作制度や日本版私的録音録画補償金制度というものも、その候補になりましょう。例えば、ヨーロッパの皆さんに次のようにいってみるのはどうでしょう。“ヨーロッパ大陸法では、職務上作成された著作物について従業者が著作権も著作人人格権を持ってしまっているようですね。著作権はともかく、著作人人格権まで従業者に帰属してしまうなんて、皆さんきっとお困りのことでしょう。それに比べたら日本版職務著作制度は良いですよ。従業者にはいっさい権利が与えられないんですから。従業者の著作人人格権なんて、論点になることさえありませんよ”と。

このように言えるのであれば、日本版職務著作制度をヨーロッパ大陸法に発信することも考えられましょ

う。ただ、日本版職務著作制度というのはあまり自慢できるような代物ではないかも知れませんが、たとえ日本社会には適合するものであっても、ヨーロッパには適合するものではない可能性が高いです。それどころか場合によっては、憲法違反になるのではないかと考えられます。

### (3) ヨーロッパ大陸版フェア・ユースをめぐる動向

そうしますと、日本版フェア・ユースをめぐる議論をヨーロッパ法学へ発信するということが考えられます。

もちろん、日本でさえ日本版フェア・ユースというものをめぐって賛否両論があるのは承知しております。

しかし、日本版フェア・ユースというものが議論されることになった背景にある権利制限規定の厳格解釈による現実の不都合という問題は、私の見るところ諸外国にも出始めています。

例えば、ドイツでも、権利制限規定は限定列挙されたものであり、一般条項はありません。したがって、例えば、検索エンジンをどのように適法とするのかという問題が生じます。もちろん検索エンジンを対象とする権利制限を設ければよいのですが、現状はありませんし、EC指令上できるかどうかともわかりません。

そのような中、グーグル画像検索のサムネイル表示について訴訟が起きました。この事件に対して、裁判所は、検索エンジンサービスについて著作権侵害を否定するために、かなり苦労したように見えます。つまり、地裁は著作者の黙示の同意 (konkludente Einwilligung) があるとして請求棄却し<sup>106</sup>、高裁は権利濫用に当たるとして請求棄却し<sup>107</sup>、BGHは、黙示的許諾は否定しつつも、著作者による単なる同意 (schlichte Einwilligung) というものに基づく違法性 (Rechtswidrigkeit) の欠如という理由により請求棄却いたしました<sup>108</sup>。私もドイツ滞在中、受入研究者だったアドルフ・ディーツ (Adolf Dietz) 先生に、このBGHの論理はなかなか難しいですねと尋ねたら、ディーツ先生は、ドイツ人にとってもこれは難しい、とおっしゃっていました。実際のところ、この判決をめぐってはその後論争が絶えないようです。

もちろん、権利制限の一般条項などなくても、さまざまな解釈論によって対応できる可能性は十分にあるでしょう。ですけれども、例えば、日本の著作権法にも、20条2項4号という同一性保持権の適用除外を定める一般条項があるように、一般条項というものの自体があり得ないというわけではないはずですが。

だとすれば、ヨーロッパ大陸法系の著作権法にも、何らかの権利制限の一般条項 (ヨーロッパ大陸版フェア

ユース) を設けることを検討してみる意味はあるのではないかと考えたわけです。そして、もしそういう議論になれば、一応同じ大陸法系に属する日本においては、いわゆる日本版フェア・ユースをめぐる一歩先に議論が始められていましたので、ここ5年ほどの間に展開された検討の成果や立法提案というのは、彼らにも一定の示唆を与えるものになるのではないかと考えるのです。

そこで、ちょうど1年前の2011年2月22日に、ミュンヘンのマックス・プランク研究所でそのような研究報告をいたしました。その直後に発生した震災で立法が遅れたため、その研究成果の公表も遅れておりますが、いずれ論文にしたいと考えております<sup>109</sup>。

もちろん、彼らにとってみたら、そんな話は余計なお世話と感じられるかも知れません。また、ヨーロッパにはEU指令などが国とは異なる特有の事情もあります。実際のところ、私がこのアイデアを最初に示したときのドイツ人の反応は肯定的なものばかりではありませんでした。

しかし、本日詳しくお話する時間はないのですが、2010年以降、ヨーロッパでも権利制限の一般条項の議論が盛んになっているのです。EC Fair Use Legislationだとか“European fair use” doctrineといった言葉が文献の中にも普通に登場するようになりました。本日ご紹介した欧州著作権コードにも、著作権に関する個別的な制限規定 (5-1条~5-4条) の後に、受け皿規定のような一般条項 (5-5条) が置かれているのが注目されます。それは、コモンロー・スタイルの権利制限の一般条項システムとシビルロー・スタイルの権利制限の限定列挙システムを合体したものだとも説明されています<sup>110</sup>。

もちろん、実際に権利制限の一般条項を導入すべきかどうかについては、ヨーロッパにおいてもなお検討を要するところではありますが、いずれにしても世界が共通して抱えている問題があるときに、これに対する一つの解決案として、何らかの権利制限の一般条項を設けるという方法が検討されてしかるべきではないかと考えるわけであります。

そして、ヨーロッパがそのような検討を行うのであれば、日本では一歩先にこの問題を具体的に論じてきましたから、これまで日本で行われてきた議論の蓄積は、ヨーロッパ法学に対して示唆を与えるものとして発信できるものではないか、このことはあながち荒唐無稽な話ではないのではないかと私は考えるのであります。

### (4) 小括

法学というものは、ドメスティックな性質が強い学

問なのだろうと思います。特にわが国では、どうしても国内の業績が高く評価される傾向が強いようにも感じられます。しかし、今後はますます国際的な学术交流というものが進むことだろうと思います。最近、日本でも国際的な法学界で積極的に活躍される方が増えつつあるように思います。

## IV おわりに

本日は国際社会における日本の著作権法についてお話ししてまいりました。

ご紹介いたしましたいくつかの諸外国の制度は、わが国著作権法の観点から見ると、もしかすると奇異に感じられたかも知れません。

じつを申しますと私自身、ドイツに滞在するまでは、ヨーロッパ大陸法に日本のような職務著作制度がないことや、ドイツ法には一元論という変わった制度が採用されていることを、どちらかという不思議に感じていました。むしろ日本の著作権法のほうが精緻でよくできていると思っていたわけです。

もちろん今でも私は、日本の著作権法が精緻であるというのは誇れるところがあると確信しています。ただ、日本の著作権法を外から見ると、とりわけヨーロッパ大陸法の目から見ると、ヨーロッパ大陸法をベースとしながらも日本流にアレンジした結果、独特の姿になっているところがあるように思われます。

つまり、現在の日本の著作権法というのは、創作者主義の第1原則を修正してしまった直接および間接の効果として、事実行為としての創作行為を行った自然人クリエイタの権利や立場を、いろいろな点でおろそかにする傾向があるのではないかと私は思います。

そこで本日は、クリエイタ指向アプローチという方向性を提唱してみました。これは、自然人クリエイタの権利や立場を見直すことによって著作権制度の再構築を目指すものにほかなりません。

とは申しまして、職務著作制度がすっかり定着している日本の実務の側からすれば、私のいうクリエイタ指向アプローチなどというのは、今さら受け入れられるものではないと思われかも知れません。

しかし、日本の著作権法というのは、我々が長年親しんで、いつの間にかすっかり自明の前提になってしまっているだけであって、外から見ればじつはかなり特異なものになっている可能性があります。

もちろん、たとえ国際的に例のない特殊なものであっても、それが日本の社会や文化に適合している可能

性もあります。もしそうであるならば、これを維持することがむしろ正当化されるかも知れません。

しかし、そのような評価や判断が可能になるためには、前提として日本法が外国法との比較においてどのように位置づけられているのかを、客観的に明らかにすることが必要になるはずです。そうでなければ、我々の著作権法が本当に望ましいものなのかどうか判断できないはずだからです。

もちろん、井の中の蛙として幸せに暮らすこともできましよう。啓蒙されないまま自明の前提だと思い込んでくれていたほうが都合が良いとお考えの方もいらっしゃるかも知れません。しかし、我々があるべき社会や法制度を展望しようとするのであれば、そのような姿勢は望ましいものではないはずです。

そして、そうすることによってこそ日本法の長所を評価する可能性も開けるはずです。もし日本法に優れた点があるのであれば、同じ問題を共有している諸外国にこれを発信していくことが十分可能であり、これは世界にとっても有益なことといえましよう。

こうして国際社会における日本法の客観的な位置づけを明らかにした上で、諸外国にその成果と示唆を発信していくということが、わが国の法律学の一つのあり方になるのではないかと考えております。もちろん、現在の私はまだそのような任に堪える能力を備えていないのでありますけれども、理想として、そのようにありたいと思っていますところであります。

ただ、クリエイタ指向アプローチという方向性につきましては、本当にこれを実現するとなると現行著作権法の根幹にかかわる問題になります。そのように現行法を再構築するとなれば、大きな話にならざるを得ません。そのためには、さらに詰めなければならぬ点が無数にありますし、すでに定着した実務に混乱を与えないかどうかといった点もクリアする必要があります。

したがって、もし現実をネガティブにとらえるのであれば、クリエイタ指向アプローチのような改正は当面実現されないかも知れません。

しかし、これから数十年の間に、日本の著作権法が全面改正されるときが到来するとすれば、本日述べたようなクリエイタ指向アプローチというのは一つの有力な選択肢となり得るのではないかと、私は内心そう信じております。

もちろん、そんな日が来ることは永遠にないのかも知れません。けれども、もしいつかそんな日が来たら、そのときは皆さんと一緒に今日のことを思い出したいと思います。

ご清聴ありがとうございました。

- 1 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト560号2頁(2007年)参照。
- 2 さしあたり、上野達弘「大陸法から見たわが国『職務著作』著作権研究30号72頁以下(2004年)、鳥並良=上野達弘=横山久芳『著作権法入門』(有斐閣、2009年)68頁[上野執筆]参照。
- 3 齊藤博「変動する国際著作権界」法政理論23巻3・4号374頁(1991年)参照。
- 4 齊藤博『著作権法〔第3版〕』(有斐閣、2007年)130頁参照。
- 5 前掲注4・齊藤127頁注7、同「職務著作」齊藤博=牧野利秋編『裁判実務大系 第27巻 知的財産関係訴訟法』(青林書院、1997年)239頁参照。
- 6 *Mira T. Sundara Rajan*, *Moral Rights: The Future of Copyright Law?*, Lecture on August 20, 2009. <<http://www.youtube.com/watch?v=l5OT0AsFK6o>>
- 7 *Mira T. Sundara Rajan*, *Moral Rights: Principles, practice and new technology*. (Oxford university press, 2011).
- 8 ドイツ著作権法の日本語訳については、本山雅弘訳参照(<<http://www.cric.or.jp/gaikoku/germany/germany.html>>)
- 9 一元論の代表的論者であるウルマーは「幹」理論(バウムテオリー)により一元論を説明する。すなわち著作権者の権利を一本の幹にたとえ、そこから個々の権能である枝が伸びているとする。個々の権能(枝)は、二本の根、すなわち経済的利益と精神的利益のいずれか一方から、あるいはその両者からエネルギーを吸い上げる。著作権者の権利の個々の権能は、財産的利益および人格的利益の両者に資するものでありながら、著作権者の権利という一本の幹にまとめられている。このように、利益と権能において財産的性質と人格的性質が混在するという説明である(*Eugen Ulmer*, *Urheber- und Verlagsrecht*. 3. Aufl. 1980, S.116)。
- 10 本稿では、さしあたりNutzungsrechtを利用権と訳しておく。この点、前掲注8・本山訳は使用権という訳語を当てている。
- 11 *Manfred Rehbinder*, *Urheberrecht*, 16. Aufl. 2010, Rn.629.
- 12 フランス知的財産法典の日本語訳については、大山幸房訳参照(<<http://www.cric.or.jp/gaikoku/france/france.html>>)
- 13 ただ、ソフトウェアについては、それが従業員によって職務上作成されるなど一定の場合には、財産権が使用者に帰属し、使用者のみがそれらの権利を行使できると規定されている(113-9条)。
- 14 長塚真琴「フランスにおける集合著作物制度」著作権研究22号49頁(1996年)、同「ソフトウェアの職務著作に関するフランス法」『知的財産法の現代的課題』紋谷暢男教授還暦記念(発明協会、1998年)619頁、同「フランス法上の集合著作物をめぐる最近の展開」『市場経済と企業法』久保欣哉先生古稀記念(中央経済社、2000年)379頁、同「フランスにおける従業員・公務員と著作権者の権利」商学討究54巻1号281頁(2003年)、同「集合著作物との対比」著作権研究30号83頁(2004年)参照。
- 15 前掲注14・長塚「フランスにおける従業員・公務員と著作権者の権利」293頁に紹介されているイマージュ・イマージュ判決参照。
- 16 前掲注14・長塚「フランスにおける従業員・公務員と著作権者の権利」294頁参照。
- 17 <http://www.copyrightcode.eu/>
- 18 See footnote 40 of the code (See *supra* note 17).
- 19 CEIPI Conference “Constructing European Intellectual Property: Achievements and new perspectives” on February 24-25, 2011. <<http://www.ceipi.edu/index.php?id=9512&L=2>>
- 20 アメリカ著作権法の日本語訳については、山本隆司訳参照(<<http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america.html>>)
- 21 集合著作物の寄与物、映画その他の視聴覚著作物の一部分、翻訳、補足的著作物、編集著作物、教科書、試験問題、試験の解答資料、地図帳。
- 22 録音物をめぐる議論につき、さしあたり安藤和宏「アメリカ著作権法における職務著作制度の一考察—録音物の著作権者は誰か—」季刊企業と法創造22号145頁(2010年)参照。
- 23 文献においては、職務著作の成否にかかわらず、事実行為としての創作行為を行った自然人クリエイタを日本法上も「創作者」と呼ぶものもある(例えば、潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』[東大出版会、2005年]参照)。この用語法に従うならば、職務著作が成立する場合、使用者ではなく従業員が「創作者」と呼ばれることになる。しかし、著作権者を定義する著作権法2条1項2号の「創作する者」には自然人のみならず法人も含まれるというのが起草者の理解である(加戸守行『著作権法逐条講義〔五訂新版〕』[著作権情報センター、2006年]23頁参照)。また、著作権法19条3項は、氏名表示権との関係で著作者名の表示を省略できる場合として、「著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるとき」と規定しているところ、もし同項における「創作者」に使用者が含まれないと解してしまうと、「著作者が創作者であること」はあり得なくなってしまって適当でない。したがって、職務著作が成立する場合における従業員を創作者と呼ぶのは、法律用語としては妥当でないように思われる(詳しくは、前掲注2・上野74頁以下、上野達弘「著作者の認定」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系第22巻著作権関係訴訟法』[青林書院、2004年]218頁以下参照)。本稿において、事実行為としての創作行為を行った自然人を「クリエイタ」と呼んでいるのはそのためである。
- 24 <http://www.urheberrecht.org/events/20100319.php3>
- 25 このシンポジウムの模様はZUM誌に掲載されている(ZUM 2010.473ff)。
- 26 以下については、前掲注2・鳥並=上野=横山・84頁以下[上野執筆]参照。
- 27 このことは、特許法上の職務発明との比較においていっそう問題となる。職務著作と職務発明との比較については、紋谷暢男「職務上の創作に関する一考察」成蹊法学35号21頁(1992年)、同「職務著作—職務発明等他の職務上の創作との関連—」コピライト510号2頁(2003年)、高林龍「職務著作と職務発明」コピライト504号2頁(2003年)、上野達弘「職務著作・職務発明における従業員等」季刊企業と法創造2号149頁(2004年)等も参照。
- 28 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(有斐閣、2001年)377頁参照。
- 29 中根千枝『タテ社会の人間関係』(講談社、1967年)30頁参照。
- 30 このことは、日本では空港等の公共施設に個人名を付けることがほとんどないことも関係するかも知れない。諸外国では、シャルル・ド・ゴール空港(パリ)、ジョン・F・ケネディ空港(ニューヨーク)、フランツ・ヨーゼフ・シュトラウス空港(ミュンヘン)など少なからず散見されるが、日本で、空港に政治家等の名前を冠することに、我々は直感的な抵抗感を覚えるのではなかろうか。
- 31 例えば、リラックマというキャラクターは、デザイナーのコンドウアキ氏がサンエックス株式会社に在籍中に作成した

- ものであり、2003年に同氏が退社した後もその著作権は同社に帰属しているという (<http://www.akibako.jp/profile/>)。2011年、同キャラクターがいわゆるパチスロ化された際、同氏は「今回のリラックマのイメージとはかけ離れた場所での起用に、正直、作り手の私としましては驚きと戸惑いでいっぱいです。……これまでつくりあげてきたリラックマの世界観を大事に守っていただきたい」とコメントした (<http://www.akibako.jp/blog/2011/02/post-180.html>) (2011年2月18日)。もしこれが職務著作に当たるものだとするならば、同氏は著作者人格権(18～20条)もみなし著作者人格権侵害(113条6項)も主張できないことになるが、これでいいのか、というのがこの問題を考える上での一つの参考例となる。
- 32 東京高判平成7年5月16日知的裁集27巻2号285頁〔出る順宅建事件：控訴審〕(氏名表示権および同一性保持権侵害による損害額35万円)、東京地判平成11年6月25日〔中学生にもわかる著作権事件〕(同一性保持権侵害による損害額40万円)、東京地判平成11年8月30日判時1696号145頁〔ときまぎイマジネーション事件〕(同一性保持権侵害による損害額200万円)、最三小判平成13年2月13日民集55巻1号87頁〔ときめきメモリアル事件：上告審〕(同一性保持権侵害による損害額100万円)、東京高裁平成16年3月31日判時1864号158頁〔DEAD OR ALIVE 2事件：控訴審〕(同一性保持権侵害による損害額200万円)、東京高判平成16年11月29日〔聖教グラフ事件：控訴審〕(氏名表示権および同一性保持権侵害による損害額50万円)、東京地判平成19年4月12日〔創価学会写真事件〕(同一性保持権侵害による損害額5万円)、知財高判平成19年12月28日〔人材開発テキスト事件：控訴審〕(氏名表示権および同一性保持権侵害による損害額10万円)、東京地判平成20年4月18日〔ネットワーク基礎事件〕(氏名表示権および同一性保持権侵害による損害額50万円)、東京地判平成20年6月25日〔CCNP100%合格保証コース事件〕(氏名表示権侵害による損害額20万円+30万円)、東京地判平成22年7月8日〔入門漢方医学事件〕(同一性保持権侵害による損害額30万円)等参照。
- 33 東京地判平成10年10月29日判時1658号166頁〔SMAP大研究事件：第一審〕参照。
- 34 韓国著作権法9条前段〔業務上著作物の著作者〕は、「法人等の名義で公表される業務上著作物の著作者は、契約又は就労規則等に別段の定めのないときは、その法人等とする」と規定している(金亮完訳 [<http://www.cric.or.jp/gaikoku/skorea/skorea.html>] 参照)。
- 35 最判昭和39年1月28日民集18巻1号136頁参照。
- 36 著作権研究23号68頁(1997年)〔加戸守行発言〕参照。
- 37 前掲注5・斉藤「職務著作」241頁以下参照。
- 38 前掲注28・田村378頁以下参照。
- 39 半田正夫『著作権法概説〔第14版〕』(法学書院、2009年)64頁、前掲注12参照。
- 40 大淵哲也「著作者人格権の主体」著作権研究33号25頁(2008年)も参照。
- 41 前掲注40・大淵25頁以下参照。
- 42 前掲注23・潮海229頁参照。
- 43 前掲注14・長塚「フランスにおける従業員・公務員と著作者の権利」307頁以下参照。
- 44 クリスマスが恋人たちのものになったのは1983年からだとするものとして、堀井憲一郎『若者殺しの時代』(講談社、2006年)38頁以下参照。また、そこに同性の友人関係よりも異性ととの恋愛関係を重視・優先するするわが国の文化的傾向を見出すものとして、長谷正人=奥村隆編『コミュニケーションの社会学』(有斐閣、2009年)188頁以下〔小倉敏彦執筆〕参照。
- 45 上野達弘「ジャパニーズ・クリスマス」法学周辺40号88頁(立教法学会、2012年)参照。
- 46 See Rajan, *supra* note 7 at 185.
- 47 この点については、前掲注2・島並=上野=横山88頁以下〔上野執筆〕参照。
- 48 前掲注23・加戸146頁参照。
- 49 この点については、前掲注2・島並=上野=横山92頁以下〔上野執筆〕参照。
- 50 東京高判昭和60年12月4日判時1190号143頁〔新潟鉄工事件：控訴審〕、前掲注23・加戸146頁参照。
- 51 BGH Urteil v. 07.10.2009, GRUR 2009, 1148 - „Talking to Addison”.
- 52 なお、日本語訳は、ジェニー・コルガン=代田亜香子訳『幸せになるルームシェア』(アーティストハウス、2002年)として出版されている。
- 53 わが国における紹介として、三浦正広「著作者および実演家の契約上の地位の強化に関する法律」コピーライト498号42頁(2002年)参照。
- 54 ZUMシンポジウム(2009年12月4日)「著作権法32条以下の規定―成功/失敗したリフォーム?その中間決算―」(§§ 32ff. UrhG - Eine gelungene oder verfehlte Reform? : Eine Zwischenbilanz.)。その内容はZUM誌に掲載されている(ZUM 2010,89ff.)。
- 55 *Adolf Dietz*, Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers, IIC 2002, 832.
- 56 以下について詳しくは、著作権契約法委員会『著作権契約法現行コード』(著作権情報センター、2010年)105頁以下〔上野達弘執筆〕参照。
- 57 早稲田大学JASRAC公開講座シンポジウム「ドイツにおける著作権契約法」(2011年11月19日)におけるJan Bernd Nordemann教授の報告によると、当時において2件しか存在しないという。
- 58 BT-Drucks. 14/8058, S.19.
- 59 OLG München, Urteil v. 17.06.2010, GRUR-RR 2010,416 - „Das Boot”.
- 60 *Schricker/Loewenheim-Schricker*, Urheberrecht : Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 32a Rn.1.
- 61 わが国における紹介として、渡邊修「譲渡目的論序説」東北法学9号75頁以下(1988年)、駒田泰士「未知の利用方法と著作権の譲渡―譲渡目的論に関する最近のドイツ裁判例―」コピーライト468号17頁(2000年)も参照。
- 62 Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf, DB-Drucks. IV/270, zu § 31, S.56 (1962).
- 63 以下について、前掲注56・124頁以下〔長塚真琴執筆〕参照。
- 64 なお、フランス法では日本法にいう譲渡と利用許諾の区別がなく、条文上は「譲渡」(cession)だけが定められているため、その法的性質をめぐって議論がある(前掲注56・126頁〔長塚執筆〕参照)。
- 65 安藤和宏「アメリカ著作権法における終了権制度の一考察―著作者に契約のチャンスは2度必要か―」早稲田法学58巻2号82頁以下(2008年)は、これを「強制ロイヤリティー制度」と呼ぶ。
- 66 イタリア著作権法の日本語訳については、三浦正広訳参照(<http://www.cric.or.jp/gaikoku/italy/italy.html>)。
- 67 目的譲渡論(Zweckübertragungstheorie)は、ドイツ著作権法31条5項などに体现されている考え方である。詳しくは、渡邊修「譲渡目的論序説」東北法学9号37頁(1988年)、渡



- 遼 修「著作権契約の解釈」『知的財産と競争法の理論』F・K・バイヤー教授古稀記念日本版論文集（第一法規、1996年）328頁以下、前掲注56・114頁以下〔上野執筆〕参照。
- 68 前掲注65・安藤43頁参照。
- 69 前掲注22・安藤146頁参照。
- 70 前掲注65・安藤81頁以下は、「アメリカとドイツという英米法と大陸法の代表たる国同士が、交渉力の弱い著作者を不公平な契約から保護するために、お互いの法制度の採用を検討していたという事実は、大変興味深い」とする。
- 71 出版権の内容（80条）、出版の義務（81条）、著作物の修正増減（82条）、出版権の存続期間（83条）、出版権の消滅の請求（84条）等参照。
- 72 東京地判平成19年1月19日判時2003号111頁〔THE BOOM事件〕、東京地判平成19年4月27日〔HEAT WAVE事件〕参照。他方、東京高判平成15年8月7日〔快傑ライオン丸事件：控訴審〕は、「著作権法において、衛星放送が無線放送の中に入るとしても、そのことから、直ちに、本件契約が締結された昭和53年当時に行われていなかった衛星放送も、本件契約の対象とされていた、ということになるわけのものではない」とした上で、契約上の「放送権」に衛星放送権および有線放送権が含まれないとした。
- 73 前掲注23・加戸373頁以下参照。
- 74 『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 審議の経過』（平成17年8月25日）（[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/toushin/05090806/all.pdf](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/05090806/all.pdf)）46頁は、「あらゆる譲渡契約について、第61条第2項の推定規定が適用されるのは、適用範囲が広くなりすぎるため、適当ではないなどの理由から、当該規定は廃止の方向で検討すべきであるが、当該規定はあくまで推定規定であること、また廃止する場合には、懸賞小説募集のような約款による著作権譲渡契約について何らかの手当を行う必要があると考えられることから、現状においては、本規定のみを直ちに廃止するための法改正を行う必要性はない」とする。
- 75 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）322頁参照。
- 76 著作権研究32号98頁以下（2007年）〔中山信弘発言〕参照。
- 77 例えば、前掲注65・安藤84頁は、「ほとんどの場合、交渉力が弱い新人作家は、権利が二度と自分に復帰しない契約を甘受せざるを得ない。ロイヤリティーによる報酬を受け取っているのだから、不利な契約条件ではないという批判があるかも知れないが、ロイヤリティーのパーセンテージや計算方法は多種多様であり、一概にロイヤリティーによる報酬がフェアであるとは言い切れないであろう。……不利な取引上の立場にある著作者を救済する制度がない日本法の下では、多くの作家が製作者や音楽出版者のような仲介者に対して、強い不満を持っている。強い交渉力を持つ著作者の組合団体を持たない日本においては、まさに制定法による救済制度の実現を必要としているのではないだろうか」とする。また、高林龍＝安藤和宏「著作権保護の目的と将来像——クリエイターとコンテンツ事業者との関係に焦点を当てて——」高林龍編『著作権ビジネスの理論と実践』（成文堂、2010年）221頁以下も参照。
- 78 <http://www.subito-doc.de/>
- 79 <https://ndlopac.ndl.go.jp>
- 80 最一小判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクII事件：上告審〕参照。
- 81 もっとも、場合によっては、それが同一構内における送信（著作権法2条1項7号の2参照）として公衆送信でないと思われる場合もあり得るものと考えられる。
- 82 BGH Urteil v. 25.02.1999, GRUR 1999,707 - Kopienversand-dienst. 栗田昌裕「『著作権の制限』の判断構造（二・完）」民商法雑誌144巻2号182頁以下（2011年）、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究 報告書』（平成21年3月）92頁以下〔駒田泰土執筆〕も参照。
- 83 相当性（Angemessenheit）は、ドイツ著作権法においてますます重要な概念になりつつある。2012年3月22・23日にもLMU（ミュンヘン大学）において、INTERGU主催のコロキウム「著作権法における相当性」（Die Angemessenheit im Urheberrecht）が開催されている（[http://www6.rz.ruhr-unibochum.de:8205/imperia/md/content/riesenhuber/veranstaltungen/2012\\_intergu\\_plakat.pdf](http://www6.rz.ruhr-unibochum.de:8205/imperia/md/content/riesenhuber/veranstaltungen/2012_intergu_plakat.pdf)）。
- 84 前掲注82・栗田187頁は、本判決について、「類推適用によって制定法に規定のない補償請求権が著作者に認められたことのほかに、報酬保護の思想に相当する考え方が、条約法、憲法及び『著作権法を貫く法思想』として、実定法から基礎づけられていることが注目される」とする。
- 85 経緯について、本山雅弘「ドイツ著作権法改正（第二バスケット）〔後編〕」コピライト564号25頁以下（2008年）参照。
- 86 ただ、同条の規定は、詳細な要件とその解釈により、出版社によるオンライン送信サービスとの調整を図るなどしているため、ドイツにおける図書館サービスの具体的内容についてはなお立ち入った検討が必要である。
- 87 前掲注23・加戸227頁は、「コピー業者に複製を委託することになりますと、その複製の主体はコピー業者であって、本条にいうコピーを使用する者が複製することにはなりません」とする。これに対して、奥邨弘司「著作権法30条1項の『使用する者が複製することができる』の意義—複製業者に複製を依頼する場合についての再検討—」『知的財産権法と競争法の現代的展開』紋谷暢男教授古稀記念（発明協会、2006年）927頁は、一定の場合には、「コピー業者等による複製も使用者自身による複製と評価し、30条1項の適用を認めることとする」とする。詳しくは、上野達弘「(特集)電子出版をめぐる著作権法上の課題：総論」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『年報知的財産法2011』（日本評論社、2011年）213頁以下参照。
- 88 *Schricker/Loewenheim-Loewenheim, Urheberrecht: Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 54c Rn.9.
- 89 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22.6.2001, p.10.
- 90 本山雅弘「ドイツ著作権法改正（第二バスケット）〔前編〕」コピライト562号34頁以下（2008年）、本山雅弘「ドイツ著作権法改正にみる私的複製とその補償金制度の展開」最先端技術関連法研究7号33頁（2008年）参照。
- 91 BVerfG Urteil v. 30.08.2010, GRUR 2010, 999 - Drucker und Plotter.
- 92 BGH Urteil v. 6.12.2007, GRUR 2008, 245 - Drucker und Plotter. 紹介として、本山雅弘「私的複製に対する報酬義務とプリンター——2007年12月6日ドイツ最高裁判決——」コピライト575号29頁（2009年）参照。
- 93 前掲注90・本山「ドイツ著作権法改正（第二バスケット）〔前編〕」36頁参照。
- 94 *Jörg Portmann, Die Urheberrechtsreform - Zweiter und Dritter Korb*, am 9. Dezember 2010. ([http://www.grur.de/cms/upload/pdf/termine/Bayern/2010-12-09\\_GRUR\\_Vortrag\\_Portmann\\_Praesentation\\_online.pdf](http://www.grur.de/cms/upload/pdf/termine/Bayern/2010-12-09_GRUR_Vortrag_Portmann_Praesentation_online.pdf))
- 95 栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程—ドイツ

- における憲法判例と学説の展開を手がかりとして―(二・完)』民商法雑誌141巻1号86頁(2009年)、前掲注82・栗田217頁以下参照。
- 96 知財高判平成23年12月22日〔東芝事件：控訴審〕参照。
- 97 追及権については、さしあたり小川明子『文化のための追及権―日本人の知らない著作権』(集英社、2011年)、河島伸子「追及権をめぐる論争の再検討(1)(2・完)」知的財産法政策学研究21号89頁(2008年)・22号137頁(2009年)参照。
- 98 ドイツにおける報酬保護の思想に関しては、とりわけ前掲注95・栗田82頁以下等参照。
- 99 あわせて、職務著作に該当しない委託に基づいて作成された著作物についても、原則として、その目的に必要な範囲で利用許諾を推定ないし法定するということが考えられよう。
- 100 前掲注23・潮海208頁以下も参照。
- 101 例えば、津田大輔「著作者のインセンティブにはならない死蔵作品が増えて創作サイクルつぶす」(毎日新聞2006年9月23日朝刊)は、「音楽家や作家などの『著作権者』で構成される団体が欧米の保護期間が70年であることや、著作者の創作インセンティブ(意欲)を高めるといった理由で保護期間の延長を求めている。しかし……著作者本人が直接利益を得られない状況で『保護期間が延長が創作のインセンティブになる』と主張されても説得力に欠ける」とする(<http://thinkcopyright.org/mainichi060923-3.html>)。
- 102 西欧における押す文化(発信型)と日本における引く文化(受容型)については、扉、のこぎり、鉋、モップとほうき、フェンシングと日本刀などもよく例に出される(例えば、浜本隆志「押す文化と引く文化」同=柳原初樹『最新ドイツ事情を知るための50章』(明石書店、2009年)99頁以下参照)。
- 103 Peter Ganea / Christopher Heath / Hiroshi Saito (ed.), Japanese Copyright Law: Writings in Honour of Gerhard Schricker, (Kluwer, 2005).
- 104 Tatsuhiro Ueno, Chapter 22 (Japan) in: Silke von

- Lewinski (ed.) Copyright Throughout the World, (Thomson / West, loose-leaf from 2008).
- 105 Tatsuhiro Ueno, The position in Japan in: Christopher Heath / Anselm Kamperman Sanders (ed.), Consumers, Facilitators, and Intermediaries - IP Infringers or Innocent Bystanders? (in preparation).
- 106 LG Erfurt Urteil v. 15.03.2007, ZUM 2007, 566.
- 107 OLG Jena Urteil v. 27.02.2008, GRUR-RR 2008, 223.
- 108 BGH Urteil v. 29.04.2010, GRUR 2010,628 - Vorschaubilder. 潮海久雄「インターネットにおける著作権の個別制限規定(引用規定)の解釈論の限界と一般的制限規定(フェアユース)の導入について―Google サムネイルドイッ連邦最高裁判決を中心に―」筑波法政50号14頁以下(2011年)も参照。
- 109 Tatsuhiro Ueno, A general clause on copyright limitations: Recent discussions on a Japanese-style "fair use" clause (in preparation).
- 110 See footnote 48 of the code (See *supra* note 17).

※うえの・たつひろ：1994年京都大学法学部卒業。1999年同大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学。同年(財)国際高等研究所研究員。2001年成城大学法学部専任講師。2004年立教大学法学部助教授。2007年同大学法学部准教授。2010年～2011年マックス・プランク知的財産法および競争法研究所客員研究員。2011年～立教大学法学部教授。主な著書は、『著作権法入門』(共著、有斐閣、2009)、「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察―ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆―(一)(二・完)」民商法雑誌120巻4=5号748頁・6号925頁(1999年)など。

