

# わが国の文化・経済の発展を阻害する 著作権法 20 条（同一性保持権）の制限解釈について

－法学分野の著作における創作性の厳格基準の必要性－（Ver.3）

On Restrictive Interpretation of Article 20 (right to maintain identity) of the Copyright  
Act of Japan as an Obstacle to the Development of Culture & Economy of Japan  
--The Need for Strict Standards for Judging Creativity in Legal Works-- (Ver. 3)

2019 年 9 月 19 日

吉備国際大学大学院（通信制）知的財産学研究所  
特任教授 加賀山 茂

## 目次

わが国の文化・経済の発展を阻害する 著作権法 20 条（同一性保持権）の制限解釈について .....	1
－法学分野の著作における創作性の厳格基準の必要性－（Ver.3） .....	1
はじめに .....	3
1. 経営を成功に導いた法の典型例（米国著作権法上のフェアユース） .....	3
2. 経営を失敗に導いた法の典型例（同一性保持権等の著作者人格権） .....	5
3. 法と経営における法の位置づけ（経営基盤としての法） .....	6
I 問題の所在 －「同一性保持権」の過剰保護の弊害－ .....	7
1. 条約の趣旨を変質させている著作権法第 20 条（同一性保持権） .....	7
2. わが国の著作権法第 20 条（同一性保持権）の弊害 .....	8
3. 適切な引用と同一性保持権の板挟みに苦しむ研究者たち .....	9
II 具体例によるわが国の著作権法の問題点の指摘 .....	10
III わが国の「同一性保持権」の異常性 .....	11
1. 世界基準としてのベルヌ条約パリ改正条約第 6 条の 2 第 1 項 .....	11
2. わが国の著作権法第 20 条（同一性保持権）の特異性 .....	11
3. 著作権法第 20 条の立法の合理性を疑う見解 .....	11
IV 迷走する裁判所の判断 .....	12
1. 客観的に同一でも「意に反する」改変に同一性保持権侵害を認める裁判例 .....	12

2. 創作的表現を損なわない改変には同一性保持権の侵害を認めない裁判例.....	13
3. 改変について、黙示の同意又は添削事実たる慣習の存在を認定する裁判例 .....	13
V 問題解決のための模索.....	13
1. 著作権法第 20 条の解釈に客観性を補う方法.....	13
2. 著作権法第 20 条の適用を一般条項によって制限する方法 .....	14
3. 法学分野の著作の創作性の判断を厳格化し、引用の自由を確保する方法.....	15
(1) 著作権法の視点から見た他の学問分野とは異なる法学分野の特色 .....	15
(2) 法律分野における著作物の創作性の判断基準を厳格化する必要性 .....	16
(3) 法学分野において創作性を厳格化することによる学問の発展への期待 .....	16
VI 結論.....	16
おわりに.....	17
参考文献.....	17

## はじめに

法と経営研究にとって、法学と経営学との協力関係は不可欠であるが、ある程度の緊張関係もまた必要である。お互いの立場から、忌憚のない相互批判を行うことこそが、学際的な学問の発展を促進するからである。

今回は、経営の視点を重視した法制度を有しているため、起業文化が発展している米国等の諸外国と、経営の視点を誤った法律家によって誤った方向を突き進んでいるわが国の著作権法、特に、世界一の「同一性保持権」という著作者を過剰に保護する制度を誇示するわが国の著作権制度が、いかに産業の発展を阻害し、かつ、文化の発展の桎梏となっているのかを法学の視点から反省を込めて明らかにすることを試みる。この作業が、法と経営のよりよい関係を構築するための契機となれば幸いである。

## 1. 経営を成功に導いた法の典型例（米国著作権法上のフェアユース）

現在における経営上の成功例として、GAF A（Google, Amazon.com, Facebook, Apple Inc.）を挙げることができる。しかし、これらの企業を成功に導いた原因の一つが、以下に示す**米国著作権法第 107 条**の「フェアユース (fair use)」という法律上の制度であることは、意外と知られていない。

**米国著作権法 第 107 条**〔フェアユース（公正使用）〕

**第 106 条**〔著作権のある著作物に対する排他的権利〕及び**第 106A 条**〔一定の著作者の氏名表示および同一性保持の権利〕の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授(教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む)、研究または調査等を目的とする著作権のある著作の**フェアユース**(コピーまたはレコードへの複製その他第 106 条に定める手段による使用を含む)は、**著作権の侵害とならない**。

著作物の使用がフェアユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 使用の目的および性質(使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む)
- (2) 著作権のある〔被利用〕著作の性質
- (3) 著作権のある〔被利用〕著作全体との関連における利用された部分の量および実質性
- (4) 著作権のある〔被利用〕著作の潜在的市場又は価値に対する利用の影響

上記のすべての要素を考慮してフェアユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、フェアユースの認定を妨げない。

この米国の著作権法上のフェアユースが、上記の GAF A の発展に決定的な寄与をした点については、非常に説得的な文章があるので、少し長くなるが、あえて、そのまま引用することにしたい（[城所・フェアユース（2016）3-4 頁]、なお、〔 〕内は、読者の便宜のため、筆者が追加している。）

〔フェアユースとは何か〕フェアユースは、利用目的が公正〔フェア〕であれば、著作権者の許諾なしにその著作物の利用を認める米国著作権法の規定〔米国著作権法第 107 条〕である。

〔検索サービスに必須のフェアユース〕グーグルは、創業のきっかけを作ったウェブ検索サービスでもフェアユースの恩恵を受けた。著作権法は、著作物の利用に対して著作権の許諾を必要とする（オプトイン〔opt in：許諾を受けるには個別の許可が必要〕）を原則としている。しかし、フェアユース規定をバックに、グーグルなど米国の検索エンジンは、著作権者が検索対象にしてもらいたくなければ、簡単に外せる（オプトアウトする〔opt out：権利者が不許可にしなければそのことを明示する〕）方法を用意した。それによって、オプトアウトしない〔不許可を明示しない〕ホームページも検索対象にしたのである。

〔フェアユースの一般規定がない日本の検索エンジンの敗北〕日本でも検索エンジンの技術は同時期に誕生したが〔インフォシーク、goo など〕、フェアユース規定がないため、検索対象にすることを許諾を得た（オプトインした）ホームページのみを対象にした。一方、米国勢は、日本の著作権法の適用を免れるため、日本国外にサーバーを置いて日本にもサービスを提供した。この結果、日本の検索サービスは、検索結果通知情報の網羅性で米国勢に遅れをとって、日本市場まで席卷されてしまった。

〔なお、今回の著作権法改正によって、第 30 条の 4（著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用）が新設され、一定の要件の下で部分的なフェアユースの規定が制定されたが、依然として包括規定でなく、著作者の権利を保護するただし書が存在するという不十分なものである上に、あまりにも遅きに失したため、わが国の IT 産業が遅れを取り戻す効用に繋がるかどうかについては疑問視されている〕。

〔起業に必須のフェアユースを認めない日本の衰退〕グーグル、フェイスブックなど、起業後、短期間にグローバル市場を制覇した米 IT 企業が、シリコンバレーから次々と生まれる理由として、シリコンバレーの起業インフラが整っていることがあげられる。起業インフラの一つが、「ベンチャー企業の資本金」とも呼ばれるフェアユースである。このため、シリコンバレーに学んでイノベーションを促進しようと、今世紀に入ってフェアユースを導入する国〔1992 年：台湾、1994 年：ニュージーランド、1997 年：フィリピン、2003 年：スリランカ、2004 年：シンガポール、2006 年：オーストラリア、2007 年：イスラエル、2011 年：韓国、2012 年：マレーシア〕が急増している。

以上は、[城所・フェアユースは経済を救う（2016）]の「はしがき」からの引用に過ぎない

い。わが国の産業が起業インフラに適した法制度であるフェアユースの一般規定をかたくなに拒絶した理由とその悲惨な結果を詳しく知るためには、上記の図書の第 1 章（イノベーションを育むフェアユース）[城所・フェアユースは経済を救う（2016）15-45 頁]を参照するとよい。

## 2. 経営を失敗に導いた法の典型例（同一性保持権等の著作者人格権）

すでに、[城所・フェアユースは経済を救う（2016）3-4 頁]に依拠して述べたように、強力な著作者保護規定と共に、利用者のための柔軟なフェアユースを併せ持つ米国著作権法をはじめ、それに倣ってフェアユースを採用する諸外国に対して、わが国の IT 企業は、苦戦を強いられている。

それにも増して、わが国の起業文化を妨げているのが、諸外国に例を見ない、しかも、ベルヌ条約パリ改正条約に反して、著作者の保護を極端に進めている著作権法第 20 条（同一性保持権）の存在であり、この条文を、著作権を有する著作とは別の著作であるパロディ作品にまで拡大適用した最高裁の判決（モンタージュ写真上告審判決：[最三判昭 55・3・28 民集 34 卷 3 号 244 頁](#)）の存在である。この最高裁判決は、文化の発展の観点から、わが国の伝統的な文化である「本歌取り」にも言及しつつ、パロディ作品を保護しようとした東京高裁の名判決（[控訴審判決（東京高判昭 51・5・19）](#)）を破棄したものであり、許される引用の要件として、以下のような、世界に例を見ない独自の要件を定立するに至っている。

〔著作権法上の〕引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識ことができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない。

更に、引用される側の著作物の著作者人格権〔同一性保持権を含む〕を侵害するような態様とする引用は許されないことが明らかである〔から〕、他人の許諾なくして〔他人の著作を〕利用することが許されるのは、他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させないような態様においてこれを利用する場合に限られる。

これでは、日本の伝統的な文化である本歌取りとか、川柳とか、批判的精神を鼓舞するパロディとかは、すべて、著作権法に違反することになってしまう。つまり、上記の最高裁判決は、著作権者至上主義を極端にまで推し進め、わが国の文化の発展を阻害する判決の出発点となったといわなければならない。

わが国の最高裁は、この判決の後も、著作権法第 1 条に規定された利用者の「文化的所産

の公正な利用に留意」すべきことを無視し、著作権侵害の主体を拡張する一連の判決（カラオケ経営者の責任肯定判決（クラブ・キャッツアイ事件（[最三判昭 63・3・15 民集 42 卷 3 号 199 頁](#)））、ロクラクⅡ事件（[最一判平 23・1・20 民集 65 卷 1 号 399 頁](#)））、まねき TV 事件（[最一判平 23・1・18 民集 65 卷 1 号 121 頁](#)））を通じて、ネット時代に対応した起業の目を摘み取り続けている（詳細については、「イノベーションを阻む日本の最高裁」、および、「ネット時代に対応できない最高裁」[城所・フェアユースは経済を救う(2016)28-34 頁]参照)。

さらに、わが国の検察は、先進的な技術の開発者を逮捕することを通じて、わが国の先端技術の開発の目を摘み取っている（詳細については、「『10 年に一度の傑作』を葬り去った検察」[城所・フェアユースは経済を救う(2016) 34-45 頁]参照)。

ここまで文化の発展に対する阻害要因（著作権法 20 条（同一性保持権）、最高裁判決（[最三判昭 55・3・26 民集 34 卷 3 号 244 頁](#)）（モンタージュ写真上告審判決））がその典型例、検察の行き過ぎた捜査・起訴（「権利者等からの被告人への警告、社会一般のファイル共有ソフト提供者に対する表立った警鐘もない段階で、法執行機関が捜査に着手し、告訴を得て強制捜査に臨み、著作権侵害をまん延させる目的での提供という前提での起訴に当たったことは、…性急に過ぎたとの感を否めない」[最三判平 23・12・19 刑集 65 卷 9 号 1380 頁](#)））がそろったのでは、今後も、わが国の起業文化が発展する可能性は低いといわざるを得ない。

### 3. 法と経営における法の位置づけ（経営基盤としての法）

ハリウッド映画に代表される著作権収入が外貨の稼ぎ手となっている米国が、わが国に対して著作権強化を迫ってくるのは当然の成り行きである。しかし、米国は、他国に対して著作権強化を要求する一方で、自国の著作権法には、フェアユース（米国著作権法 107 条）の規定を用意して、GAF A（Google, Amazon.com, Facebook, Apple Inc.）に代表される起業文化を手厚く保護している。

わが国は、米国の著作権強化の要求を素直に受け入れて著作権強化に努めてきたが、わが国は、米国のようなフェアユースの一般規定を持たないため、日本版 GAF A は、まさに、夢物語となっており、起業文化は、米国に比較すると停滞の域を脱していない。

しかも、わが国の著作権貿易収支は、年々赤字記録を更新しているという[城所・フェアユースは経済を救う(2016) 5-6 頁]。これでは、何のための著作権強化なのか、意味不明である。

この状況を反映して、起業を目指す若い世代の経営者からは、従来から言い続けられてきた「法律がイノベーションを志向する経営の桎梏となっている」との批判が噴出している。

確かに、わが国の著作権法が起業文化の発展を阻害していることは事実である。しかし、同じ著作権法であるはずの米国やその他の多くの諸外国の著作権法は、フェアユースという、いわゆる「ベンチャー企業の資本金」を用意して、起業に対するインフラを整備していることも、また事実である。

つまり、法律自体が産業の発展や起業を阻害しているのではなく、著作者だけを優遇し、利用者の権利を阻害している、すなわち、両者のバランスの取れていないわが国の個別の法律（著作権法）が、起業に対する阻害要因となっているのである。

確かに、インターネットが発展する以前であれば、わが国の著作権法のように、特権階級であった著作者を第一に保護することが文化の発展に寄与したことは認めなければならない。しかし、すべての国民が著作者となる可能性を実現しているインターネット時代においては、一方で、著作者を特権者扱いし、他方で、フェアユースの一般規定を有しないために、利用者の権利が極端に制限されているわが国の著作権法が時代に適合していないことは明らかである。さらには、それに輪をかけて著作者第一主義を採用している判例、および、司法での運用が、今の時代に適合していないことも明らかである。

本稿は、著作権法を改正するための根本的な理念は、別稿に譲ることにするが、著作権法を改正する準備段階として、わが国の著作権法が、いかに、起業文化を阻害しているのか、法律家として、現行著作権法に対して、どのように向き合うべきかを、一法律家の立場から、しかし、法の観点に偏ることなく、経営の考え方を考慮し、法と経営の観点から考察することにする。

## I 問題の所在 — 「同一性保持権」の過剰保護の弊害 —

### 1. 条約の趣旨を変質させている著作権法第 20 条(同一性保持権)

わが国の著作権法は、諸外国と同様に、すべての著作者に放棄できない著作者人格権として、「同一性保持権」（著作権法第 20 条）を与えている（わが国の同一性保持権の立法の経緯については、[上野・ドイツおよび日本の同一性保持権（2002）581-591 頁]参照）。

しかし、わが国の著作権法第 20 条（同一性保持権）の規定は、世界基準とされるベルヌ条約パリ改正条約 6 条の 2 第 1 項が、同一性保持権の成立範囲を「名望を害するおそれのある改変」という客観的基準によって厳しく限定しているのとは異なり、同一性保持権侵害の判断基準を、著作者の「意に反して」いるかどうかという、著作者の主観的で恣意的な判断に委ねるという致命的な欠陥を有している。

その結果として、著作者が、その著作自体を改変していない場合でも、他人の著作に対して、「その意に反して」、自らの著作又はその題号が変更、または、切除、その他の改変がなされていると判断するならば、著作権法上は、著作者は、著作権法 112 条に基づいて、他人の著作の差止めを請求することができることになっている（著作そのものに改変が加えられたわけではない事案に関する最三判平 13・2・13 民集 55 卷 1 号 87 頁（ときめきメモリアル事件）([http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/268/052268\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/268/052268_hanrei.pdf)), [島並他・著作権法入門（2009）131-132 頁]参照）。

また、著作権法第 20 条（同一性保持権）は、著作自体、または、上記のように別の装置

によって著作自体の機能が改変されるばかりでなく、全く別の著作（パロディ作品）によって批判的に引用された場合にも適用されている。特に、[最三判昭 55・3・26 民集 34 卷 3 号 244 頁](#)（モンタージュ写真上告審判決）は、「Y のした本件写真〔モンタージュ写真〕の利用は、X が本件写真の著作者として保有する本件写真についての同一性保持権を侵害する改変である」と判断している。このため、著作権法第 20 条（同一性保持権）は、基本的人権である表現の自由（憲法 21 条）を奪うおそれがあるとして、その正当性が大いに議論されている（パロディ作品に対して著作権法違反を認めた最高裁判決に対する根本的な批判については、[城所・フェアユースは経済を救う（2016）62-91 頁]参照）。

ここでの問題は、ベルヌ条約パリ改正条約に従って、著作者の同一性保持権を客観的な要件によって厳しく制限している諸外国とは異なり、わが国においては、著作者の「同一性保持権」が客観的に判断されるのではなく、著作者の恣意的な“こだわり”による判断、すなわち、著作者が「意に反して」と判断すると、たとえ、「客観的には同一性が保持されている」場合であっても、著作者は、他人の著作物の差止請求（著作権法第 112 条）、その他人に対する損害賠償請求又は不当利得の返還請求（著作権法第 113 条～118 条）ができるばかりでなく、その他人に対して刑事告訴を行うことができる（著作権法第 119 条第 2 項第 1 号：5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金に処し又はこれを併科する）という点にある。

## 2. わが国の著作権法第 20 条（同一性保持権）の弊害

わが国の著作者の同一性保持権が、諸外国の制度と異なって、いかに著作者を過剰に保護しているかを示す典型例は、東京高判平 3・12・19 知的裁集 23 卷 3 号 823 頁（法政大学懸賞論文事件）([http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/748/014748\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/748/014748_hanrei.pdf)) である。

この事件では、法政大学が、学内懸賞論文で優秀賞とした同大学学生の論文を、同学生の承諾を得ないで雑誌『法政』に掲載するに際して、目次等を削除したこと、句読点について「,」を「・」に変更したこと、振り仮名について、「現われ」を「現れ」と変更したり、「表われ」を「表れ」と変更したり、「決して」を「決まって」と変更したりしたことが同一性保持権（著作権法第 20 条）の侵害となるかが争われた。

第一審では、目次の削除、あとがきの日付および一文の削除、付録の削除、引用文言の削除を同一性保持権の侵害と認める一方で、句読点とか振り仮名とかの変更については、同一性保持権の侵害を否定した。しかし、控訴審は、句読点の削除・変更までも同一性保持権の侵害と判断したのである。

ベルヌ条約パリ改正条約に忠実に立法している諸外国の場合には、このような改変は、「著作者の名望を害するおそれのある改変」とは認められないため、同一性保持権の侵害と認められる可能性はない。しかも、上記のような句読点の変更は、わが国の著作権法の下で

も、思想・感情の創作的表現という観点からも同一性に変更を加えるものではないとして、同一性保持権の侵害を否定することも可能であった（東京地判平 18・3・31 判タ 1274 号 255 頁（教科書準拠国語テスト事件）参照）。または、「本質的特徴に関わらない部分に関するもので、軽微な変更にとどまる」（知財高裁平 27・10・6（平成 27 年（ネ）10064 号））（[http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/363/085363\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/363/085363_hanrei.pdf)）として、同一性保持権侵害に当たらないとすることも可能であった。しかし、本件においては、上記の変更が、著作権法第 20 条の著作者の「意に反して」行われていることから、本条が文言通りに解釈されて、同一性保持権の侵害が認められ、著作者の損害賠償請求が認められたのである。

著作者が有する著作の差止請求権は、一方で著作者の権利を厚く保護するものであるが、他方で、他人の表現の自由を阻害するものであり、結果として、著作権法の目的である「文化の発展に寄与する」（著作権法第 1 条）のとは反対に、文化の発展を阻害する要因となっているばかりでなく、憲法上の最も重要な権利の一つであるとされている表現の自由（憲法第 21 条）をも阻害する要因となっている点に留意しなければならない（〔中山・著作権法（2014）498 頁〕）。

### 3. 適切な引用と同一性保持権の板挟みに苦しむ研究者たち

わが国の著作権法は、同一性保持権については、条約の厳しい制約を大きく緩和する一方で、著作の引用に関しては、条約の厳しい条件をそのまま受け入れている。

このため、先行研究を引用して論文を執筆しようとする研究者は、一方で、著作者の「意に反して」著作の変更を禁じているわが国独自の著作権法第 20 条（同一性保持権）に基づいて、引用すべき句読点を含めて一言一句を正確に複製して引用しなければならないことになる。他方で、著作の引用は、「公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲で行わなければならない」（著作権法第 32 条）。この規定によって、同一性保持権を尊重し、一切の省略をせず、長々と引用を行うと、著作権法第 32 条に違反することになり、著作権法違反として、差止請求（著作権法第 112 条）、または、損害賠償請求若しくは不当利得返還請求（著作権法 113 条～118 条）、さらには罰則（著作権法第 119 条 1 項：10 年以下の懲役若しくは 1,000 万円以下の罰金に処す）まで受けることになる。

このように、わが国の著作者は、著作権法第 20 条によって、一見、諸外国に比べて過剰といえるほどの保護を受けているように見える。しかし、実は、著作者の過剰な保護は、直ちに、著作者自らの災厄として跳ね返ってきており、自らの表現の自由が奪われているのである。

すなわち、著作をするにあたって他人の著作を引用しようとして、例えば、1 頁以上にわたって正確に複製（コピー）して引用しようとする、著作権法第 32 条の「公正な慣行に合致するもの」ではないとして、著作権違反の制裁を受けることになる。そうかといって、

反対に、引用の対象となる著作を客観的に要約したり、一部を取り出したりして引用すると、引用した著作の著作者から、著作権法第 20 条（同一性保持権）の侵害、すなわち、「意に反して」著作を改変（変更又は切除その他の改変）したとして、差止請求（著作権法第 112 条）、または、損害賠償請求若しくは不当利得返還請求（著作権法 113 条～118 条）、さらには罰則（著作権法第 119 条 1 項：5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金に処す）まで受けることになる。つまり、学術論文を作成することが、あたかも詰将棋で攻められているかのように、同一性保持権侵害（著作権法第 20 条）と著作財産権侵害（著作権法第 32 条）という二重の危険に身をさらすことになるというジレンマに陥っているのである（この点に関しては、[中山・著作権法（2014）516 頁]参照）。

このような結果は、「文化の発展に寄与する」という著作権法の目的が、著作権法 20 条と 32 条との間の緊張関係によって阻害されていることを意味している。

このような不幸な事態がどうして生じたのか、どのような問題が生じているのか、その点を具体的に示した上で、このような不幸な状態を克服するにはどのような解決をすべきなのか、以下において詳しく論じることにする。

## Ⅱ 具体例によるわが国の著作権法の問題点の指摘

以上の問題点を具体例で説明すると、以下の通りである。

X が A という著作を公表しているとする。その後、Y が B という著作において、X の A を引用して公表しようとしたとする。

もしも、Y が X の著作 A の著作を引用するに際して、X の同一性保持権（著作権法第 20 条）を尊重して、著作の内容を切除又は改変することなく、長々と引用（コピペ）したとしよう。そうすると、それは、著作権法 32 条（引用）の正当な範囲の引用とは認められず、著作権法第 32 条に違反するため、X によって Y の著作 B が差止めされることになる。

これとは反対に、Y が X の著作 B を引用するに際して、著作権法第 32 条（引用）を尊重して、引用箇所を短くしたり、要約したりして引用したとする。そうすると、今度は、著作権法 20 条（同一性保持権）によって、「著作者の意に反して」著作の「切除その他の改変」をしたということになり、Y の著作 B は、X によって差し止めされることになる。

したがって、Y としては、X の判断次第で著作物を引用できなくなってしまい、学問的に不十分な著作となってしまうため、文化の発展に寄与できないというおそれが生じる。

このような不都合な結果が生じるのは、わが国の著作権法第 20 条（同一性保持権）が、著作者を過剰に保護し、著作権法の目的としての文化の発展への寄与（著作権法第 1 条）を自ら破壊しているからである。

### Ⅲ わが国の「同一性保持権」の異常性

#### 1. 世界基準としてのベルヌ条約パリ改正条約第6条の2第1項

ベルヌ条約パリ改正条約6条の2第1項は、同一性保持権の成立範囲について、「名望を害するおそれのある改変」に限定している。

#### 2. わが国の著作権法第20条（同一性保持権）の特異性

世界基準とされるベルヌ条約パリ改正条約においては、著作者に与えられる同一性保持権は、第1に、他人の行為によって著作者の「名望を害するおそれがある」場合に限定されるほか、第2に、著作者の著作の「同一性が客観的に改変されている」場合に限定されている。

ところが、わが国は、上記条約に加入し、かつ、以後の改正条約にもすべて加入しているにもかかわらず、このような客観的な限定要件をすべて捨てて、著作者の「意に反して」行われるすべての改変（単に無断改変をしたことだけで足り、公表することも要件となっていないため、解釈上は、複製物を私的に改変しただけでも、同一性保持権を侵害したことになる）を同一性保持権の侵害として、著作者に差止請求権（著作権法第112条）、損害賠償請求権等（著作権法第114条～118条）を認めるだけでなく、刑罰規定（著作権法第119条第2項第1号：5年以下の懲役又は500万円以下の罰金）まで設けることによって、著作者を過剰に保護している。

#### 3. 著作権法第20条の立法の合理性を疑う見解

このような著作者の過剰な保護は、わが国が加入しているベルヌ条約パリ改正条約が著作者の名望を害するおそれのある改変だけを禁じているのとは根本的に異なり、同条約の趣旨から遠く変容した、「著作者の“こだわり”の保護」という、世界に類を見ない異常な規定となっている（この点を鋭く指摘するものとして、[岡村・著作権法（2014）321-322頁]、[中山・著作権法（2014）495-496頁]参照）。

著作権法第20条（同一性保持権）は、以上のように、世界的に見ても特異な規定であり、その立法的合理性は、以下の3点で疑われている[岡村・著作権法（2014）321-322頁]。

第1に、著作権法第20条が規定する同一性保持権は、侵害の要件に公表が含まれていないため、例えば、「購入した書籍に書き込みをすること」も、著作権法第20条の同一性保持権の侵害行為として罰せられることになるが、これは、もはや、常軌を逸している。

第2に、人格権、例えば、名誉権、プライバシー権等の侵害については、公表、または、公表のおそれが侵害要件とされている。これに対して、著作権法第20条の侵害要件には、

先に述べたように、公表の要件は含まれていない。同じ人格権であるにもかかわらず、著作者人格権だけに公表要件をはずす必要性があるのか、ということについては、合理的な説明をすることはできない。

第3に、このような著作者の恣意的判断だけに依拠した「著者の意思に反する改変」という要件が満たされるだけで、著作を利用する人々に対する差止請求、損害賠償請求、さらには、重い罰則を科することができるとなると、表現の自由が大きく制限されるおそれが生じる。

このような点を考慮するならば、著作権法20条は、ベルヌ条約パリ改正条約の条文に立ち返って、客観的な要件に基づく規定へと改正すべきことが明らかである。

## IV 迷走する裁判所の判断

### 1. 客観的に同一でも「意に反する」改変に同一性保持権侵害を認

#### める裁判例

東京高判平3・12・19知的裁集23巻3号823頁（法政大学懸賞論文事件）

([http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/748/014748\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/748/014748_hanrei.pdf)) は、以下のよう  
に判示している。

1. 著作権法20条1項は、著作者は、その著作物及び題号について同一性を保持する権利を有するとして、いわゆる同一性保持権を規定しているものであるが、同項にいうところの、著作物及び題号についてのその意に反する「変更、切除その他の改変」とは、著作者の意に反して、著作物の外面的表現形式に増減変更を加えられないことを意味するものと解するのが相当であるところ、かかる見地からみると、被控訴人の前記各行為〔原稿の「・」を「,」に校正した行為など〕が本件論文の外面的表現形式に増減変更を加えたものであることは、明らかというべきである。

2. 本件論文は大学における学生の研究論文であり、利用の目的において、教科用の図書の場合と同様に前記のような改変を行わなければ、大学における教育目的の達成に支障が生ずるものとは解し難いし、また、前記のような性格の論文において、他の論文との表記の統一がいかなる理由で要請されるのかも明確ではない。そうすると、被控訴人の主張するところからは、かような著作物の利用の目的及び態様に照らし、本件論文の掲載に当たって、前記の著作権者の同意を得ない改変の必要性が例外的に許容されている1号及び2号の場合と同程度に存したものと解することは到底困難というべきであるから、かかる改変が著作権法20条2項3号の「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしてやむを得ないと認められる改変」に当たるとすることはできない。そして、このことは、仮に、前記のような改変により、当該部分の実質的意味内容を害するものではないとしても、同一性保

持権が外面的表現形式に係るものであることからすると、何ら異なるところではないといふべきである。

## 2. 創作的表現を損なわない改変には同一性保持権の侵害を認め

### ない裁判例

東京地判平18・3・31判タ1274号255頁(教科書準拠国語テスト事件)(平成15(ワ)29709)は、教科書準拠教材(国語テスト教材)を作成するに際して、著作物に傍線や波線を付加したり字体を太字に変更したりする等のことは、文字によって表された思想又は感情の創作的表現の同一性を損なわせるものではないから、そもそも改変に当たらないと判示している([http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/862/032862\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/862/032862_hanrei.pdf))。

## 3. 改変について、黙示の同意又は添削事実たる慣習の存在を認定

### する裁判例

東京地判平9・8・29判時1616号148頁(俳句添削事件第一審判決)は、Xの俳句雑誌に投稿した俳句である「波の爪砂をつまんで桜貝」、「井戸水からメロンの網目がたぐらるる」、「みのうえに蓑虫銀糸の雨も編む」を、選者であるYが、それぞれ「砂浜に波が爪たて桜貝」、「井戸水からメロンの網がたぐらるる」、「蓑虫の蓑は銀糸の雨も編む」と添削(改変)した上で入選句として選定し、雑誌に改変した俳句がXの句として掲載され全国に販売された事案について、「前記のような俳句の添削指導の慣行や実情を容易に知り得る立場にあったXとしては、ことさら添削を拒絶する意思を明示することなく、Y<sub>1</sub>を選者と指定して、本件各俳句を投稿したことにより、Xは、Y<sub>1</sub>による本件各俳句の添削及びY<sub>2</sub>会社による添削後の俳句の本件雑誌への掲載について、少なくとも黙示的に承諾を与えていた」と判示している(<http://www.translan.com/jucc/precedent-1997-08-29b.html>)。

上記の控訴審判決である東京高判平10・8・4判時1667号131頁(俳句添削事件第二審判決)は、第一審判決が認定していた「黙示の同意」の存在は否定したが、投稿俳句を添削した上で雑誌に掲載することができるとする「事実たる慣習」が存在するとして、一審判決を維持している。

## V 問題解決のための模索

### 1. 著作権法第20条の解釈に客観性を補う方法

引用元のXの著作AとAを引用したYの著作Bを比較する場合に、AとBとを単純に

比較して「変更、切除その他の改変」を認定してしまうと、法政大学懸賞論文事件（東京高判平3・12・19知的裁集23巻3号823頁）の場合のように、句読点とか振り仮名の違いだけで、同一性保持権の侵害となるという結果に陥ってしまう。

そこで、著作Aと著作Bとを比較する場合に、著作Aのうち、著作権の定義である「創作的表現」の部分をピックアップする、または、著作Aから「創作的表現」とは無関係の部分を除外した上で、著作Aのその部分と著作Bとを比較することにする方法が考えられる。

このような方法を採用すると、確かに、わが国の著作権法第20条の欠陥をある程度修正することができる。

また、学説の中には、制度の趣旨に立ちかえて、「この権利は、作者の精神的・人格的利益の保護のために承認を受けた権利であるから、厳密に言えば著作物の改変に当たる場合であっても、それが作者の精神的・人格的利益を害しない程度のものであるときは、同一性保持権の侵害とはならないと解すべきである」[半田・著作権法概説(2015)132頁]とするものもある。

しかし、著作の中でどの部分が創作的部分であり、どの部分が創作的でない部分であるのかを特定することは、そう簡単なことではないし、作者が「意に反して精神的・人格的利益を害された」と主張している場合には、裁判官が、法律の条文に忠実に、著作Aと著作Bを比較した上で、著作Bによって著作Aが改変された部分が作者Xの「意に反して」いるかどうかを認定するという方法を禁止することはできない（[中山・著作権法(2014)504頁]）。

そうすると、著作権法第20条を客観的に解釈するという方法は、おのずと限界を有することになる。

## 2. 著作権法第20条の適用を一般条項によって制限する方法

Yによって引用されたXの著作AとYの著作Bとを比較し、著作Bによって著作Aが改変された部分を、句読点、振り仮名等を含めて特定した上で、その改変が作者Xの「意に反して」いる場合であっても、その改変が著作権に目的である「文化の発展に寄与している」場合であって、作者Xの請求が信義則上許されないとか、権利の濫用に当たるとして、XのYに対する請求を棄却することも考えられる（[島並他・著作権法入門(2009)130頁]参照）。

東京地判平8・2・28知的裁集28巻1号54頁（漫画修正事件（「連載漫画『やっぱりブスが好き』無断改変事件」とも、「皇室パロディ漫画事件」とも呼ばれている）

[http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/812/013812\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/812/013812_hanrei.pdf)）においては、「自ら事前に2回にわたり、皇族の似顔絵や皇族を連想させるセリフ等の表現を用いないことを合意しておきながら、締切りを大幅に経過し、製版業者への原面持込期限の差し迫った日の夕刻になって、ようやく本件原面を渡し、長時間にわたる修正の要求、説得を拒否し、〔出

版社 Y の) 編集長 (A) を他に取りうる手段がない状態に追い込んだ人気漫画家 [X] が、このように重大な自己の懈怠、背信行為を棚に上げて、編集長 A がやむを得ず行った本件原画の改変 [修正液とサインペンを使って原画を修正] 及び改変後の掲載をとらえて、著作権及び著作者人格権の侵害等の理由で本件請求をすることは、権利の濫用であって許されない。」と判示している。本件は、著作の引用ではなく、著作自体の改変による出版事件であり、引用が問題となっている場合よりもはるかに同一性保持権の本質が問われる事件である。裁判所は、編集者が漫画家の絵柄、セリフ等を改変することは同一性保持権を侵害すると認定しつつも、本件の事情の下ではやむなく行ったといえるため、そのような事情の下では漫画家の請求は権利の濫用として許されないと判断している。

しかし、このような一般条項による解決方法は、事案ごとに異なる考慮をしなければならず、結論を事前の予測することが困難であるため (東京地判昭 55・9・17 判時 975 号 3 頁 (地のさざめごと事件) では、権利濫用の主張が否定されている)、本稿で主として問題としている先行研究を引用する研究者にとっては、同一性保持権侵害の判断基準としては、あまり参考にならないという問題を抱えることになる。

著作権法第 20 条 (同一性保持権) の例外規定の中の「やむを得ない改変」(著作権法第 20 条 2 項第 4 号) を弾力的に適用しようとする考え方もあるが ([高林・標準著作権法 (2013) 237 頁]), この規定が、「小さい一般条項」としての性質を有している以上、同様の問題を抱えることになる ([中山・著作権法 (2014) 517-518 頁])。

### 3. 法学分野の著作の創作性の判断を厳格化し、引用の自由を確保

#### する方法

##### (1) 著作権法の視点から見た他の学問分野とは異なる法学分野の特色

法学分野の著作は、他の分野には見られない特色がある。それは、そこで頻繁に引用されている法令、判例に著作権自体が存在しない (著作権法第 13 条) という点である。

例えば、法令は、総務省の電子政府窓口 (e-Gov) を通じて、すべての人が、すべての法令 (憲法、法律、政令、規則) を検索することができ、それらの全文を閲覧できる ([https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws\\_search/lsg0100/](https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0100/))。

判例も、最高裁判所のホームページを通じて、最高裁、および、下級審の裁判例を閲覧できる ([http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/search1?reload=1](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search1?reload=1))。ただし、行政庁としての政府が e-Gov によってすべての法令を HTML および XML で提供しているのと比較すると、司法を統括すべき最高裁判所は、すべての判例データを公開することをせず、一部だけを公開するという政策判断を行っている。これは、裁判は公開とするという憲法 82 条 (裁判の公開) の解釈上疑義を生じており、行政がすべての法令を公開しているのに比して、司法は、国民に対するサービスを怠っているように思われる。

いずれにせよ、国民のすべてが利用できるように、法令・判例には、著作権自体が存在しないとされており、このことによって、すべての国民は、法令・判例を自由に利用できる権利を享受している。

先に紹介した法政大学懸賞論文事件（東京高判平3・12・19知的裁集23巻3号823頁）では、裁判所が、著作の句読点とか振り仮名にまで「同一性保持権」を認めたため、通常の著作を引用する場合には、句読点や振り仮名まで同一性を保つ必要が生じるなどという不便が生じている。

しかし、法令とか判例を引用する場合には、それらには、そもそも、著作権が存在しないのであるから、そのような不便は生じない。法令が文語・カタカナ書きであった時代でも、それを口語化して利用することも自由であったし、判例の誤った表記を勝手に変えて引用しても何の問題も生じないのである。

### **(2) 法律分野における著作物の創作性の判断基準を厳格化する必要性**

このように考えると、法令と判例を主な資料として論じられる法律分野の著作については、その元資料に著作権が存在しないのであるから、著作権で保護される創作性(著作権法第2条第1項)の要件を、他の分野の著作とは異なり、厳格に判断すべきだということになる。なぜなら、著作権法が、国民の便宜を図るため、法令・判例等に著作権を付与していないにも関わらず、それらの意味を考察するために利用する法令・判例についての「創作性」の乏しい解説書にも著作権を与えてしまうと、せっかく、著作権法が、法令・判例等に著作権を認めていない趣旨が生かされないことになってしまうからである。

したがって、法学分野における著作については、著作権法第13条の趣旨を生かすために、その著作に著作権を認めるかどうか、ひいては、それらの著作を引用するに際して、句読点や振り仮名まで、同一性を保持する必要があるかどうかを判断するに際しては、厳格な判断基準に従って判断すべきである。

### **(3) 法学分野において創作性を厳格化することによる学問の発展への期待**

このようにして、法学分野の著作について、著作権による保護を与える基準である「創作性」の要件の判断を厳格化することは、著作権法がその目的としている「文化の発展に寄与する」ことになる。なぜなら、すべての国民が法令・判例だけでなく、それを通説に従って解説している文献を自由に利用できることを通じて、法律に関する文化が飛躍的に向上することが期待できるからである。

そればかりか、そのような考え方によって法学関係の著作の著作者人格権を制限することは、著作権法の行き過ぎた著作者人格権による厳しい罰則を恐れて、表現の自由に対する委縮効果が生じている現状を打開し、憲法が定めている国民の表現の自由（憲法21条）を実現することにも寄与することになると思われる。

## **VI 結論**

他の学問分野の著作とは異なり、法学分野における著作については、著作権法第13条(権

利の目的とならない著作物)によって、法令にも判例にも著作権が認められないことを考慮して、法令又は判例に大きく依存して作成された著作物には、「創作性」の判断を厳しく課し、安易に著作権を認めないという解釈がとられるべきである。

先の具体例で説明すると、YがXの著作Aを引用した著作Bを公表しようとした場合に、Xの著作Aが、もしも、法令又は判例等(著作権法第13条)と内容を同じくする場合には、XのYに対する著作権侵害に基づく請求を棄却すべきことになる。なぜなら、XのYに対する権利侵害の判断において、Xの著作Aの内容が、著作権の存在しない法令又は判例等と同様であるため、Xの著作Aは、「思想又は感情を創作的に表現したもの」(著作権法第2条第1号)とはいえないとして、著作権性を否定すべきだからである。

このように解しないと、著作権法第13条(権利の目的とならない著作物)によって法令又は判例等には著作権がないため、すべての人は、法令又は判例等を自由に引用できるのにもかかわらず、法令又は判例等に依存した、内容が法令又は判例等と変わらない著作は、著作権法上の保護を受け、著作権法20条(同一性保持権)によって他人が引用できない事態が生じることになり、結果として、著作権法の目的である文化の発展が阻害されることになるからである。

## おわりに

[中山・著作権法(2014)502頁]によれば、わが国の著作権法における著作者人格権は、世界一強いとされている。しかし、著作者人格権を世界一にまで強めることは、同時に、著作物の円滑な利用・流通が阻害され、ひいては著作者や著作権者にとっても経済的損失となる危険性もあるため、このように世界で突出した著作者人格権を維持し続けることによって、世界のコンテンツ市場で優位を保つことができるのか疑問が投げかけられている(詳細については、[城所・フェアユースは経済を救う(2016)], [中山=金子・しなやかな制度(2017)]参照)。

このような問題を根本的に解決するためには、著作権法から、著作者を過剰に保護している著作者人格権(著作権法第18条～第20条)を削除し、かつ、表現の自由(憲法21条)を阻害し、かつ、著作権法の目的である文化の発展に寄与することに反している著作者の差止請求権(著作権法第112条)を削除することが望ましいと、私は考えている。

しかし、この点は、立法的解決を必要とするため、ここでは、この点を論じることを差し控えることにする(なお、立法論については、私は、別途考察を行っているので、加賀山茂「著作権法革命－著作者第一主義から著作利用者第一主義へのパラダイム転換－」(<http://cyberlawschool.jp/kagayama/RevolutionOfCopyrightLaw.pdf>)を参照していただきたい)。

## 参考文献

[上野・ドイツおよび日本の同一性保持権(2002)]

上野達弘「著作者人格権の生成と発展ードイツおよび日本における同一性保持権を中心にー」『知的財産法の系譜（小野昌延先生古希記念論文集）』青林書院（2002/8/19）567-592頁

[岡・著作物を楽しむ自由（2016）]

岡邦俊『著作物を楽しむ自由のためにー最高裁著作権判例を超えてー』勁草書房（2016/6/20）

[岡村・著作権法（2014）]

岡村久道『著作権法』〔第3版〕民事法研究会（2014/9）

[加戸・著作権法逐条講義（2013）]

加戸守行『著作権法逐条講義』〔6訂新版〕著作権情報センター（2013/8）

[城所・フェアユースは経済を救う（2016）]

城所岩生『フェアユースは経済を救うーデジタル覇権戦争に負けない著作権法』インプレス（2016/12/6）

[小泉他編・著作権判例百選（2016）]

小泉=田村=駒田=上野編『著作権判例百選』〔第5版〕有斐閣（2016/12/13）

[島並他・著作権法入門（2009）]

島並良=上野達弘=横山久芳『著作権法入門』有斐閣（2009/10/29）

[高林・標準著作権法（2013）]

高林龍『標準 著作権法』〔第2版〕有斐閣（2013/12/16）

[茶園・著作権法（2014）]

茶園成樹『著作権法』有斐閣（2014/04/12）

[中山・著作権法（2014）]

中山信弘『著作権法』〔第2版〕有斐閣（2014/10/27）

[中山=金子・しなやかな制度（2017）]

中山信弘=金子俊哉『しなやかな著作権制度に向けてーコンテンツと知的財産法の役割ー』信山社（2017）

[半田・著作権法概説（2015）]

半田正夫『著作権法概説』〔第16版〕法学書院（2015）