

著作権法 35 条 1 項ただし書きの「不当に害すること」の判断

齋藤 崇^(*)

授業における他人の著作物の利用については、著作権法 35 条 1 項が適用されることによって無許諾利用が可能となる。しかし、35 条 1 項によって無許諾利用が可能でも、その文言の各要件のうち、そのただし書きにおいて「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」と規定されており、制限がかけられている。そうすると、35 条 1 項ただし書きの「不当に害すること」の判断について、どのような前提のもとに判断されるべきであり、その判断基準をどのように考えていくのかは、35 条 1 項の解釈・運用のあり方に資するものであると考えられる。そこで、本稿では、立案担当者、学説および運用指針の見解ならびに平成 30 年改正の動向などに鑑みて、35 条 1 項ただし書きの解釈を中心に、「不当に害すること」の判断基準について考察する。

- I. はじめに
- II. 著作権法 35 条 1 項の構造
- III. 著作権法 35 条 1 項ただし書きの解釈指針
 - 1. 現行法の立案担当者
 - 2. 学説
 - 3. 運用指針で示されている事例
 - 4. 考察
 - (1) 「不当に害すること」の判断
 - (2) 著作物の小部分の利用と全部・大部分の利用の場合
 - (3) 著作物の品質等の場合
 - (4) 著作物の保存化の場合
 - (5) 著作物の複製物の部数の場合
- IV. 著作権法 35 条 1 項ただし書きと著作権法平成 30 年改正
 - 1. 授業目的公衆送信補償金制度の創設
 - 2. 学説
 - 3. 考察
- V. おわりに

I. はじめに

大学等の教育機関では、教養的・専門的な授業内容

が、教員から学生等に対して展開されている。授業においては、授業資料として他人の著作物を複製し、配布することも一般的に行われているし、現在ではインターネットを用いて授業資料や授業動画をアップロードして配信すること、つまり、公衆送信も行われるようになっている。

たとえば、授業において、時事的な話題に触れてもらい、より一層の教育効果を狙うため、新聞記事などを用いて授業を行うこともあるが、これは新聞記事という著作物、しかも通常は他人の著作物を利用する行為である。そうすると、当該著作物を利用するためには、原則として著作権者の許諾が必要となる。

とはいえども、授業におけるほとんどの場面では、著作権者の許諾を得ることはされていないであろうが、そうであっても、通常は著作権侵害とはならないと判断されることになる。というのも、授業において他人の著作物を利用する行為は、著作権の制限規定のうち、著作権法 35 条⁽¹⁾（以下「35 条」という。なお、条文については、別途表記しない限り、著作権法の条文を示す。）によって著作権が制限されるからである。したがって、授業における他人の著作物の利用については、35 条 1 項が適用されることによって無許諾利用が可能になっている。

35 条は、旧法にはなかったものであり、昭和 45 年

(*) 日本大学法学部助教

(1) 35 条をめぐる文献としては、今村哲也「著作権法 35 条の著作権制限規定の現代的課題—著作物の自由利用とライセンス・スキームとの制度的調整のあり方」小泉直樹・田村善之編「中山信弘先生古稀記念論文集 はばたき——21 世紀の知的財産法」(弘文堂、2015 年)643～659 頁、井上由里子「教育 ICT 化推進と著作権の権利制限—著作権法 35 条改正について」Law and Technology No.81(2018 年)1～8 頁、今村哲也「著作権法第 35 条に関する法改正について——国会での審議内容を踏まえて」NBL No.1154(2019 年)62～68 頁、唐津真美「オンライン授業と著作権」コピライト NO.723 Vol.61(2021 年)2～21 頁、今村哲也「教育現場における著作物利用と著作権」コピライト NO.726 Vol.61(2021 年)2～33 頁などがある。

に制定された現行法において創設されたものである⁽²⁾。また、平成15年改正によって、「教育を担当する者」だけでなく、「授業を受ける者」も主体として追加されており、ほかに授業の同時中継の公衆送信についても認められるようになった⁽³⁾。さらに、平成30年改正によって、授業目的公衆送信補償金制度が創設されている⁽⁴⁾。

しかし、35条1項によって無許諾利用が可能であるといっても、その文言中、「その必要と認められる限度」であると規定されており、さらに、そのただし書きにおいて「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」と規定されている。そうすると、授業における他人の著作物の利用について、かりに「その必要と認められる限度」であったとしても、35条1項ただし書きの規定により、さらなる制限がかけられることになる。

ただ、上記のように、35条1項ただし書きは抽象度が高い規定であり、さまざまな要素を考慮して判断する必要があるため⁽⁵⁾、その判断は難しい。

そこで、一般社団法人授業目的公衆送信補償金等管理協会(略称は「SARTRAS」といい、以下「SARTRAS」という。)から、「改正著作権法第35条運用指針(令和3(2021)年度版)」⁽⁶⁾(以下「運用指針」という。)が公開されている。運用指針はガイドラインとしての役割を果たすものであり、教育現場で想定される他人の著作物の利用行為について、さまざまな具体例があげられたうえで解説されており、教育関係者にとってもわかりやすいものとなっている。

ところで、35条1項ただし書き該当性の判断においては、「不当に害すること」が要求されている。この「不当に害すること」を判断するにあたっては、後述するように、結局のところは「…著作権者の著作物利用市場と衝突するかどうかでありまして、学校等の教育機関で複製行為が行われることによって、現実に市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作

物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断すること」と⁽⁷⁾となり、最終的にはこのように判断することになる。

しかし、35条1項ただし書きの「不当に害すること」の判断について、上記の判断方法はもちろんであるが、そもそものような前提のもとに判断されるべきであり、その判断基準をどのように考えていくのかは、35条1項の解釈・運用のあり方に資するものであると考えられる。

そこで、本稿では、立案担当者、学説および運用指針の見解ならびに平成30年改正の動向などに鑑みて、35条1項ただし書きの解釈を中心に、その「不当に害すること」の判断基準について考察する。

Ⅱ. 著作権法 35 条 1 項の構造

35条1項では、「学校その他の教育機関(営利を目的として設置されているものを除く。))において教育を担当する者及び授業を受ける者は、その授業の過程における利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、公表された著作物を複製し、若しくは公衆送信(自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。以下この条において同じ。)を行い、又は公表された著作物であつて公衆送信されるものを受信装置を用いて公に伝達することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」と規定されている。したがって、授業において他人の著作物を利用する場合には、35条1項の各要件を満たす限り、著作権が制限されることになるため、無許諾で複製・公衆送信・公衆伝達を行うことができるようになる。

その立法趣旨は、「第1項は、学校等の教育機関における著作物利用の実態と必要性とに鑑み、教育機関において教育担当職員及び授業を受ける者がその授業

(2) このあたりの経緯については、半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタル 2 第2版[26条～88条]』(勁草書房、2015年)291～292頁[茶園成樹]を参照。

(3) このあたりの経緯については、加戸守行『著作権法逐条講義 六訂新版』(著作権情報センター、平成25年)280～286頁、半田ほか・前掲註(2)292～293頁[茶園成樹]を参照。

(4) このあたりの経緯については、文化庁「授業目的公衆送信補償金制度の概要」(令和2年12月)6頁を参照。(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/pdf/92728101_03.pdf) (最終アクセス日:2022年1月17日。以下、本稿におけるインターネットURLへの最終アクセス日は、これと同じであることを付言しておく。)

(5) この点については、井上・前掲註(1)4頁を参照。同文獻同頁では、「…この要件は抽象度が高く、解釈の幅が大きい。」と述べられている。

(6) 著作物の教育利用に関する関係者フォーラム「改正著作権法第35条運用指針(令和3(2021)年度版)」(2020年12月)(https://sartras.or.jp/wp-content/uploads/unyoshishin_20201221.pdf)

(7) 加戸・前掲註(3)283頁。

の過程における使用に供する目的で行う必要限度内の著作物の利用を、各種の観点からする著作権者の経済的利益と衝突しない場合には認めることとしたものであります。」⁽⁸⁾と説明されている。ほかには、「教育は、人格の完成を目指し、平和で民主的な国家および社会の形成者として必要な資質を備えた心身ともに健康な国民を育成するという使命がある(教基1条参照)。本条は、このような教育の使命を実現するに際しての著作物利用の必要性に鑑み、学校その他の教育機関における複製等につき著作権の制限を定めるものである。」⁽⁹⁾という見解もある。

つまり、著作権の制限規定のうち、35条1項が果たす役割は、教育目的という「公益的理由に基づく制限」⁽¹⁰⁾であろう。学校等の教育機関における教材の作成や利用の便宜を図り、円滑な教育の実施を可能とするためのものである⁽¹¹⁾。授業のたびに事前に著作権者の許諾を必要としなければならないとすると(もちろん、原則としてはそうであっても)、著作権者の許諾の回答が遅くなったり、さらには許諾不可となってしまう等、場合によっては、授業そのものを行うことができなくなってしまうおそれがあるからである。

このように、35条1項が教育現場において果たす役割は大きいものであり、35条1項があるからこそ、大学等の教育機関における授業が成り立っているといっても過言ではないように思われる。

ただし、前述のとおり、35条1項にはただし書きが規定されており、その解釈・運用には制限がかけられている。これを踏まえないと、35条1項が適用されず、たとえ授業という教育目的であったとしても、著作権侵害になってしまうおそれがあることには注意が必要である。

それでは、次に、この35条1項ただし書きの解釈・運用について述べていく。

Ⅲ. 著作権法 35 条 1 項ただし書の解釈指針

1. 現行法の立案担当者

さて、35条1項ただし書きの解釈指針については、

現行法の立案担当者によって次のように説明されている。

「本条による複製には厳しい限定がありまして、ただし書で著作権者の利益を不当に害する場合には複製できないこととされています。どういう場合が著作権者の利益を不当に害するかといいますと、第1に、利用しようとする著作物の種類によって判断いたします。例えば、美術鑑賞用に絵画を複製するということは認められませんし、あるいは国語の教材として小説・童話・詩集などをまるまる複製するという使い方も許されません。また、一般に入手し難い原書を使う必要があるからといって、その論文の相当部分をコピーする場合も、著作権者の利益を不当に害することになりましょう。

複製限定の第2の判断基準が、利用しようとする著作物の本来の用途であります。例えば、市販のワークブックやドリルあるいは教育用ソフトのように教育の過程における利用を目的として作成された補助教材を1部購入して、生徒に多数複製して配布するということは認められません。

第3の判断基準が複製の部数ですけれども、これも全校生徒に配るための部数になると問題がありますし、大学教授の講義の受講者が300人いるから学生用にそれだけの部数を印刷するということも認められません。

第4の判断基準が複製の態様であります。例えば、活版印刷にするとかあるいは製本するなど、複製物を市販あるいは永久保存に耐えるような形で作るということは許されません。ガリ版とかりコピーなどに限られるということでもあります。また、経済的価値の高いビデオテープの増製のような録画のケースについては、極めて厳しい必要用条件が要求されることになりましょう。

結局、帰するところは、著作権者の著作物利用市場と衝突するかどうかでありまして、学校等の教育機関で複製行為が行われることによって、現実に市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断するということになります。この観点からすれば、本条の規定による複製物は、授業の過程における反復使用を必要とする場合を除き、使用後は廃棄処分の措置をとることが望

(8) 加戸・前掲註(3)280～281頁。

(9) 半田ほか・前掲註(2)290頁〔茶園成樹〕。

(10) 田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣, 2001年)231頁。同文献同頁では、「公益的理由に基づく制限」として、35条が含まれている。

(11) 島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法入門〔第3版〕』(有斐閣, 2021年)198頁。

ましく、特に、校内放送時間帯の関係でテレビ番組をビデオ撮りしたような場合に、これをそのまま校内の視聴覚ライブラリーに保存しておくなどは、必要な限界を超えるものといわざるを得ません。』⁽¹²⁾

上記の見解に鑑みると、35条1項ただし書きを解釈するには、「…現実には市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断するということ」⁽¹³⁾になり、その場合には、第1から第4までの各判断基準を考慮する必要がある⁽¹⁴⁾。この点については、運用指針でも同様に述べられている⁽¹⁵⁾。

したがって、これが35条1項ただし書きのベースとなる考え方であり、授業において他人の著作物の無許諾利用が可能であっても、そのことによって著作権者に不利益を生じさせるおそれがある場合には、35条1項が著作権の制限規定として創設された趣旨に悖ることになってしまうのである。

2. 学説

次に、35条1項ただし書きに関する学説について紹介する。

「…このような一般的な規定が設けられているのは、本項が対象とする学校その他の教育機関における複製の態様は多種多様であり、著作権者の利益を不当に害することとなる場合があり得るが、そのような場合を、より明確な要件を設けることによって著作権制限の範囲に含まれないようにすることが困難であるためと思われる。前述したように、ベルヌ条約10条(2)は授業用の利用が「公正な慣行に合致する」ことを要件としており、「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」の除外は、この要件に対応するものである。』⁽¹⁶⁾

「著作権者の利益だけを考えれば、若干の利益を害するかもしれないが、「不当に」害するか否かが問題なのであり、著作権者だけではなく、教育という観点からの総合的な考慮により判断すべきである。

著作権者の利益を不当に害する典型的な例として、教師が市販の学習用ドリルを一部購入して生徒に配布

するために複製する行為や、授業で用いるコンピュータ・プログラムを生徒の使用端末に複製する行為等を挙げることができよう。それに対して生徒が学芸会で歌った曲を教育目的で録音する場合は著作権者の利益を不当に害する場合は殆どないであろう。複製の質も問題となり、例えば絵画を通常の複写機で複製すれば合法であるとしても、鑑賞に堪え得るような立派な印刷をすれば違法になることもあり得る。要は全ての事情を勘案し、著作権者の市場における顕在的あるいは潜在的利益を不当に害するか否かという判断になる。』⁽¹⁷⁾

「考え方としては、当該複製により著作物の複製物の売上げに与える影響が小さければ、未だ著作権者を不当に害するものとはいえない、ということになる。ある程度の不利益は、教育の重要性に鑑み著作権を制限した本条に織り込み済みのはずですらある。35条但書きは文言上、当該著作物の種類、用途ならびにその複製の部数、態様を斟酌することを要求している。

第一に、複製の頁数、あるいは、市販されている複製物の単位に比した当該複製の割合を問題とすべきである。複製を受け取った者が、当該部分だけの入手を目的として原本全体を購入するとは考えられない程度の量に止まる場合であれば、定型的に35条を援用することが許されると解すべきである。生徒にそれ以上の需要があるのであれば、いずれにせよ原本を購入すると考えられるからである。

第二に、複製される著作物の性質やその利用状況も問題とすべきである。

大半の生徒が(将来も含めて)原本に接することがないと推察される文献(ex. 独語の原書)は、相当頁数、複製しても問題ないと考えられる。教材として提供しても、原本の購入者層を害することにはならないからである。同様に、絶版で復刻が見込まれない場合にも、原本の購入者層を害さないの、相当頁数の複製が認められよう。この場合、市販されている複製物を購入するという代替措置が採れないから、複製の必要性が高くなるということにも留意する必要がある(ただし、いずれの場合にも、必要な限度という歯止めが掛かることに注意)。なお、復刻見込みなしとしても、複製

(12) 加戸・前掲註(3)282～283頁。

(13) 加戸・前掲註(3)283頁。

(14) 加戸・前掲註(3)283頁を参照。

(15) 運用指針・前掲註(6)9～10頁を参照。

(16) 半田ほか・前掲註(2)298頁〔茶園成樹〕。なお、渋谷達紀『著作権法』(中央経済社、2013年)272頁では、「小さな一般条項」と述べられている。

(17) 中山信弘『著作権法(第3版)』(有斐閣、2020年)417～418頁。

は古本市場に影響を与える余地があるが、古本が売れても著作権者には対価が還流しないのであるから、この点は考えなくてもよい。この他、音楽の教育をなす過程で、到達度を明確に認識させるために生徒の演奏を録音する行為は、複製物の市場に与える影響がないと考えられるので、定型的に楽曲全体を複製することが許されると解される。

他方で、ワークブックやドリル、教育用ソフトのように、教育の過程において用いられることを予定して市販されているものは、本条による複製を簡単に認めると著作権者が対価の還流を予定している市場を直接、侵食することになるので、かなり厳しい基準で臨む必要がある(加戸・前掲 245～246 頁)⁽¹⁸⁾。もちろん、黒板を用いたり、独自にプリントを作成する際に市販の問題集を参考にする場合には、アイデアの抽出として類似性が否定され、制限規定を待つまでもなく、著作権と抵触しない場合がある。

第三に複製の質も問題となる。絵画等に関しては、鑑賞に耐えうる程度のものを複製することは原則として許されない。白黒コピーでは伝わらない美的表現を伝達することが重要な場合はあろうが、少人数の授業であれば画集等を掲示、回覧すれば足りるので、複製をなす必要はない。大人数の場合には、カラーによる複製を認める必要が生じようが、その場合にも回収して廃棄しない限り、「複製の態様」において著作権者の利益を不当に害することになりうる(加戸・前掲 246 頁参照)⁽¹⁹⁾。

第四に複製の部数も問題となろう。もっとも、教育担任者の要件であるとか、必要と認められる限度という要件のところで、ある程度、部数の問題に関する配慮はなされているので、絶対数が多いからといって直ちに本条に該当しないという必要はないであろう。たとえば、書籍のうち 1～2 頁を複製し資料として配布したり、絵画の複製で鑑賞に耐ええない白黒のコピーを配布する等の行為は、数百人の受講生(大学の法学

部の授業を想起されたい)を相手にしたとしても、未だ著作権者の利益を不当に害することにはならないと解すべきであろう(しかし、加戸・前掲 246 頁)⁽²⁰⁾。⁽²¹⁾

「…資料[筆者註：学校用教材として提供されている録音物・録音録画物]を購入する代替となるような複製物を作って利用するのであれば、著作権者の利益を不当に害することになる。レンタル用として頒布されたビデオ、DVD の映画の著作物は、その複製物をその都度レンタルすることにより、無形的に利用することが想定されている種類のものといえるので、それらの資料の貸与を受ける代替となるような複製物を作ることは、著作物の種類と用途に照らして、複製することが著作権者の利益を不当に害することになると考えられる。」⁽²²⁾

上記の学説に鑑みると、一般条項⁽²³⁾としての性質を有する 35 条 1 項ただし書き該当性を判断する際には、単に著作権者の利益を害するかどうかで判断するのではないことがうかがえる。

すなわち、かりに、授業における他人の著作物の無許諾利用に伴うある程度の不利益がそこに内在していたとしても、当該不利益は前提になっているものであると解される⁽²⁴⁾。

したがって、大学等の教育機関の授業における他人の著作物の利用では、当該著作物が無許諾利用されることによって、著作権者への不利益そのものが生じていることに留意する必要はあるが、それを踏まえたうえで、35 条 1 項ただし書きの「不当に害すること」をどのように捉えるかが重要になってくる。

さらに、ある著作物の市販物の購入や貸与が前提とされているものの代替となるかたちで複製物を作成することは、やはり著作権者の利益を「不当に害すること」となると解されることとなり⁽²⁵⁾、これは 35 条 1 項

(18) 加戸・前掲註(3)283 頁。ちなみに、引用した田村・前掲註(10)237～238 頁においては、加戸守行『著作権法逐条講義 三訂新版』(著作権情報センター、平成 12 年)の該当頁になるため、現在の加戸・前掲註(3)の該当頁も併せて表記した。

(19) 加戸・前掲註(3)283 頁。ちなみに、引用した田村・前掲註(10)237～238 頁においては、加戸守行『著作権法逐条講義 三訂新版』(著作権情報センター、平成 12 年)の該当頁になるため、現在の加戸・前掲註(3)の該当頁も併せて表記した。

(20) 加戸・前掲註(3)283 頁。ちなみに、引用した田村・前掲註(10)237～238 頁においては、加戸守行『著作権法逐条講義 三訂新版』(著作権情報センター、平成 12 年)の該当頁になるため、現在の加戸・前掲註(3)の該当頁も併せて表記した。

(21) 田村・前掲註(10)237～238 頁。なお、この見解を紹介するにあたり、小倉秀夫・金井重彦編『著作権法コンメンタル(改訂版)Ⅱ』(第一法規、2020 年)147～148 頁(石井藤次郎)を参考にした。

(22) 上野達弘編『教育現場と研究者のための著作権ガイド』(有斐閣、2021 年)62 頁(今村哲也)。なお、同文献同頁の引用部分の(筆者註)とした部分は、同文献同頁において記載されているものであることを付言しておく。

(23) 半田ほか・前掲註(2)298 頁(茶園成樹)、渋谷・前掲註(16)272 頁を参照。

(24) 中山・前掲註(17)417～418 頁、田村・前掲註(10)237 頁を参照。

(25) 上野編・前掲註(22)62 頁(今村哲也)を参照。

ただし書きに該当する典型例であるといえよう。というのも、このような場合、著作権者が被る不利益の程度が大きくなってしまふものであるからである。

3. 運用指針で示されている事例

冒頭で述べたとおり、現在、SARTRASによって、35条に関する運用指針が公開されている。この運用指針では、もちろん35条1項ただし書きについて言及されており、その考え方が示されているが、「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」の利用態様の事例も示されている⁽²⁶⁾。

——著作権者の利益を

不当に害する可能性が高い例——⁽²⁷⁾

- ・文書作成ソフト、表計算ソフト、PDF編集ソフトなどのアプリケーションソフトを授業の中で使用するために複製すること
- ・授業の中ではそのものを扱わないが、学生が読んでおいた方が参考になると思われる文献を全部複製して提供すること
- ・授業を担当する教員等及び当該授業の履修者等の合計数を明らかに超える数を対象として複製や公衆送信を行うこと
- ・授業の中で回ごとに同じ著作物の異なる部分を利用することで、結果としてその授業での利用量が小部分ではなくなること
- ・授業を行う上で、教員等や履修者等が通常購入し、提供の契約をし、又は貸与を受けて利用する教科書や、一人一人が演習のために直接記入する問題集等の資料(教員等が履修者等に対して購入を指示したものを含む。)に掲載された著作物について、それらが掲載されている資料の購入等の代替となるような態様で複製や公衆送信を行うこと(ただし、履修者全員が購入していることが確認されている場合であって、問題の解説等を行う目的で付加的に複製等を行うことは許容される余地がある。)
- ・美術、写真等であって、必要と認められる範囲で全

部の利用が認められている著作物を、市販の商品の売上に影響を与えるような品質で複製したり製本したりして提供すること

- ・授業のために利用するかどうか明確でないまま素材集を作成するような目的で、組織的に著作物をサーバへストック(データベース化)すること
- ・MOOCs(大規模公開オンライン講義、誰でもアクセスできる)のような態様で、著作物を用いた教材を公衆送信すること

上記の運用指針の事例に鑑みると、授業における他人の著作物の利用について、その全部・大部分の利用であったり、当該著作物の購入の代替となったり、市販品の売上に影響を与えるような高品質のものとしたり、組織的にデータベース化したり等することは、著作権者の利益を不当に害することとなるとされる⁽²⁸⁾。

もっとも、運用指針においては、全部・大部分の利用が可能な場合も示されている⁽²⁹⁾。たとえば、著作物の種類に鑑みて、「俳句、短歌、詩等の独立した短文の言語の著作物」や「新聞に掲載された記事等の言語の著作物」などは、その「全部を複製又は公衆送信しても著作権者等の利益を不当に害することとはならない可能性が高い例」としてあげられている⁽³⁰⁾。これらは、現時点において、運用指針策定の関係者間で共通認識が得られたものであると解される⁽³¹⁾。

したがって、運用指針において示されている上記の事例は、最終的には、現行法の立案担当者の「…現実には市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断すること」⁽³²⁾という見解に該当してしまうものであり、その典型例であるといえよう。

4. 考察

(1) 「不当に害すること」の判断

これまでみてきたように、授業における他人の著作物の無許諾利用について、ある程度の不利益は前提になっているが⁽³³⁾、それが「不当に害する」ものか否かが

(26) なお、本稿では、教育機関の例として大学を基軸にしているため、運用指針で紹介する部分も「高等教育」についてであることを付言しておく。もっとも、「初等・中等教育」でも、その基本的な考え方は変わらないであろう。

(27) 運用指針・前掲註(6)19頁。

(28) 運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(29) 運用指針・前掲註(6)17頁を参照。

(30) 運用指針・前掲註(6)17頁を参照。

(31) 運用指針・前掲註(6)の表紙を参照。

(32) 加戸・前掲註(3)283頁。

(33) 中山・前掲註(17)417頁、田村・前掲註(10)237頁を参照。

問題となる⁽³⁴⁾。また、「…現実には市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断するということ」⁽³⁵⁾という見解、「…全ての事情を勘案し、著作権者の市場における顕在的あるいは潜在的利益を不当に害するか否かという判断になろう。」⁽³⁶⁾という見解、「…当該複製により著作物の複製物の売上げに与える影響が小さければ、未だ著作権者を不当に害するものとはいえない」⁽³⁷⁾という見解があるように、これらの見解を踏まえると、授業において当該著作物が利用されるなかで、当該著作物の売上を阻害するおそれがある場合には、著作権者の利益を「不当に害すること」となってくる。

すなわち、著作物について、その全部・大部分の利用であったり⁽³⁸⁾、ワークブックやドリルなどのように、通常は教員も履修者も全員が購入することが予定されているものを一部のみ購入し、購入の代替となるように複製して配布したり⁽³⁹⁾、美術作品などの場合にそれをオリジナルのものと同等程度のものにしたり⁽⁴⁰⁾、市販や永久保存に耐えることが可能なようにしたり⁽⁴¹⁾、組織的にデータベース化したり⁽⁴²⁾、通常貸与されるものの代替となるように複製したり⁽⁴³⁾等することは、まさに著作権者の利益を不当に害することそのものにほかならないと解されることになろう。

したがって、授業における著作物の利用においては、さまざまな個別のケースが想定されることになり、そのような利用態様のいかんによって、最終的に著作物の売上を阻害するおそれがあるか否かにつながってくるということになる。

このようにみえてくると、さまざまな個別のケースがあるにしても、35条1項ただし書きの「不当に害すること」ということについて解釈・運用していく際の要諦は、著作物の「代替性」への影響の程度である、と考えられる。さらに、これは、すべての個別のケースにおける共通項として一元化して考えることができよう。

というのも、ある著作物について「代替性」が生じることによって、35条1項の解釈・運用において通常想定されている利用態様から外れた利用態様になってしまう(しまった)場合、著作権者の得られるはずの利益(はずだった利益)が損なわれてしまうおそれがあるからである。

くわえて、著作物の「代替性」への影響の程度には高低⁽⁴⁴⁾があるといえるが、これは、35条1項ただし書きの「不当に害すること」となるか否かを判断するものであり、35条1項ただし書き以外の各要件を満たすことを前提としつつ、著作物の「代替性」への影響の程度が高い場合には35条1項ただし書きに該当し(無許諾利用不可)、反対に低い場合には該当しない(無許諾利用可)ことを意味する。

以下、著作物の「代替性」への影響の程度、という観点から、いくつかの場合に分けてみていくことにする。

(2) 著作物の小部分の利用と全部・大部分の利用の場合

授業における他人の著作物の利用にあたっては、原則としてその小部分の利用しか認められていない⁽⁴⁵⁾。これは、当該著作物の小部分であれば、著作物の「代替性」への影響の程度が低く評価されるからである。

これに対して、当該著作物の全部・大部分の利用の場合、たとえ授業に必要であるとはいえども、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることになってしまうことになる。

もっとも、運用指針では、俳句や新聞記事などは、その全部・大部分の利用が可能である著作物として示されている⁽⁴⁶⁾。たとえば、運用指針の例にあげられている俳句や新聞記事などは、それら自体を利用することはもちろん可能であり、それら自体も著作物である。

上記についてどのように考えるかであるが、これらの著作物が本来掲載されている専門書や新聞そのもの

(34) 中山・前掲註(17)417頁を参照。

(35) 加戸・前掲註(3)283頁。

(36) 中山・前掲註(17)418頁。

(37) 田村・前掲註(10)237頁。

(38) 加戸・前掲註(3)283頁、運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(39) 加戸・前掲註(3)283頁、中山・前掲註(17)417～418頁、運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(40) 加戸・前掲註(3)283頁、中山・前掲註(17)417～418頁、田村・前掲註(10)238頁、運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(41) 加戸・前掲註(3)283頁を参照。

(42) 運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(43) 上野編・前掲註(22)62頁[今村哲也]を参照。

(44) ちなみに、「高低」としているのは、運用指針において「不当に害する可能性が高い(低い)」と述べられているところを参考にした。この点については、運用指針・前掲註(6)9頁などを参照。

(45) この点については、たとえば、加戸・前掲註(3)283頁、今村(2021)・前掲註(1)22～23頁、運用指針・前掲註(6)19頁を参照。また、上野編・前掲註(22)62～63頁[今村哲也]も参照。

(46) 運用指針・前掲註(6)17頁を参照。

など、その全体からみたときには、これらの著作物自体は小部分の扱いになるといえよう⁽⁴⁷⁾。それゆえ、結果的には著作物の「代替性」への影響の程度は低く評価されることになると考えられる。したがって、これらの著作物については、結果的にその全部・大部分の利用が可能になっているという捉え方もできるように思われる。

ちなみに、たとえば、新聞や雑誌などに掲載されているコラムや連載記事などのように、当初は単発的な利用であったとしても、授業のたびに継続的に利用することになる場合には、結果的には大部分の利用になってしまうことになり、新聞や雑誌などを購入する必要がなくなってしまうおそれがあるため、著作権者の利益を不当に害する可能性が高いといえよう⁽⁴⁸⁾。

この点についても、前述の著作物の全部・大部分の利用が可能な場合と同じように考えることができ、小部分の利用として扱われる場合、著作物の「代替性」への影響の程度が低く評価されることとなるが、上記のような利用態様の場合、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることになってしまうからである。

(3) 著作物の品質等の場合

その一方で、写真や絵画など、主として鑑賞を目的とするような著作物(なお、写真は写真の著作物(10条1項8号)に該当し、絵画は美術の著作物(10条1項4号)に該当する。)の場合、その全部・大部分を利用しても、35条1項ただし書きに該当しない可能性が高いものであると解されている⁽⁴⁹⁾。

とはいえども、たとえば、美術鑑賞に耐えうるような複製を行うことは認められないとも解されている⁽⁵⁰⁾。このような場合、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されてしまうからである。

ただし、現在では、技術自体がますます進歩しており、とりわけデジタルの場合、デジタルからデジタル

のまま写真の画像などを利用するに際しては、ほとんどオリジナルのものと変わらないような品質の場合であろう。この場合、かりに通常の利用態様であったとしても、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されるおそれがある。

そのために、たとえば、「利用する側としては、例えば、画像のクオリティを、授業の教材としては十分だけれど商品としては質が低いような程度の画素数に調整するなどの工夫が必要と思われます。」⁽⁵¹⁾という見解もあるように、このような対応をすることで、著作物の「代替性」への影響の程度を低く評価することもできるのではないかと考えられる。

(4) 著作物の保存化の場合

また、著作物を市販や永久保存に耐えることが可能なようにしておくことも、35条1項ただし書きに該当すると解されている⁽⁵²⁾。著作物のいわゆるライブラリー化などは、35条1項ただし書きに該当することになるし⁽⁵³⁾、著作物を組織的にデータベース化することも、同様である⁽⁵⁴⁾。この点について、たとえば、テレビ番組のライブラリー化について、「テレビ番組は放送後にアーカイブ化されて、有料あるいは無料のコンテンツとしてテレビ局から配信される場合があります。ライブラリー化は「著作権者の利益を不当に害すること」になる可能性があります。」⁽⁵⁵⁾という見解、ストリーミングとダウンロードの違いに着目し、「生徒の端末にデータが保存されるダウンロード形式ではなく、各端末にデータが残らないストリーミング配信である必要があります。端末にデータが残ると「著作権者の利益を不当に害すること」になります。」⁽⁵⁶⁾という見解もある。

ただし、運用指針では、「自らの記録として保存しておくための教員等または履修者等による複製」については、授業の過程における行為としてあげられてい

(47) なお、この点に関して、35条ではなく引用(32条1項)に関する見解ではあるが、前田哲男「引用」の抗弁について」コピライト NO.679 Vol.57(2017年)16頁では、「俳句・短歌のように、通常は作品集として一般に販売される場合には、一つの俳句・短歌がまるごと引用利用されても、作品集がまるごと引用されるのであれば、不利益①は生じにくいと思います。」と述べられており、その「不利益①」については、同文献15頁において「…著作権者がほかから得ている収入が、引用利用によって減少するという意味での不利益です。」と述べられている。

(48) 上野編・前掲註(22)69頁[今村哲也]を参照。

(49) 運用指針・前掲註(6)17頁を参照。

(50) 中山・前掲註(17)418頁、田村・前掲註(10)238頁を参照。

(51) 唐津・前掲註(1)17頁。

(52) 加戸・前掲註(3)283頁を参照。

(53) 加戸・前掲註(3)283頁を参照。

(54) 運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(55) 宮武久佳・大塚大『著作権ハンドブック 先生、勝手にコピーしちゃダメ』(東京書籍、2021年)94頁。ちなみに、同文献同頁で想定されている事例は、テレビ番組を録画してクラウド・サーバ上でライブラリー化する旨の可否についてである。

(56) 宮武ほか・前掲註(51)88頁。ちなみに、同文献同頁で想定されている事例は、音楽に合わせた踊りを教えるため、楽曲の全部をストリーミング配信する旨の可否である。また、同文献86～87頁、95頁も参照。

る⁽⁵⁷⁾。そうすると、この見解との整合性をどのように考えるかについても、検討が必要になってくる。

この点については、前述のとおり、まず、著作物の小部分の利用である限り、著作物の「代替性」への影響の程度が低く評価されることとなる。そうすると、このような場合に著作物の保存化を行うことについては、著作物の「代替性」への影響の程度が低いままであると解されることになる。したがって、この場合、著作物の保存化についても、著作物の「代替性」への影響の程度は、依然として低いままであると考えられる。

その一方で、著作物の全部・大部分の利用が可能な場合を除き、前述のとおり、通常、著作物の全部・大部分の利用については、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることとなる。そうすると、このような場合、そもそもの著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることから、著作物の保存化についても、同様になると解される。

また、前述のとおり、当初は著作物の小部分のみの利用でも、著作物の利用に継続性をもたせてしまい、結果的に大部分の利用になってしまう場合には、著作権者の利益を不当に害する可能性が高くなってしまうことになる⁽⁵⁸⁾。そうすると、そのような前提があることから、このような場合に著作物の保存化がされることについても、やはり著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることになると考えられる。ちなみに、運用指針では、「複製の態様」に照らして著作権者等の利益を不当に害する場合の例としては、そのために仮に全部の複製が認められるようなケースであっても、市販あるいは長期間保存できるように製本するような態様で複製すること考えられます。」⁽⁵⁹⁾という見解もある。

したがって、著作物の保存化という行為自体は、著作物の「代替性」そのものを生じさせる行為であり、通常は著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されるものではあるといえるが、その前提として、著作物の小部分の利用である場合には、著作物の「代替性」への影響の程度は低く評価されているため、著作物の保存

化についても、同様に捉えることができると考えられる。また、その反対の場合も同様に捉えることができると考えられる。

(5) 著作物の複製物の部数の場合

さらに、複製物の部数については、一見すると、著作物の「代替性」への影響の程度による判断には馴染まないようにみえるが、これについても、この判断に適合させることができると考えられる。

すなわち、授業の履修者数の多少(数名のほどの場合もあれば、数百名の場合もあろう。)はあるが、原則としてそれを最大公約数とする限り⁽⁶⁰⁾、著作物の「代替性」への影響の程度は依然として低いままであると考えられる。この点については、前述のとおり、「…大学教授の講義の受講者が300人いるから学生用にそれだけの部数を印刷するということも認められません。」⁽⁶¹⁾という見解に対し、「…教育担任者の要件であるとか、必要と認められる限度という要件のところで、ある程度、部数の問題に関する配慮はなされているので、絶対数が多いからといって直ちに本条に該当しないという必要はないであろう。たとえば、書籍のうち1～2頁を複製し資料として配布したり、絵画の複製で鑑賞に耐ええない白黒のコピーを配布する等の行為は、数百人の受講生(大学の法学部の授業を想起されたい)を相手にしたとしても、未だ著作権者の利益を不当に害することにはならないと解すべきであろう…。」⁽⁶²⁾という見解がある。

それゆえ、著作物の小部分の利用である限り、その時点で著作物の「代替性」への影響の程度は低くなっており、授業の履修者数については、その分は必要に迫られることになるため、本来的に予定されているものとして、著作物の「代替性」に包含されているものと捉えるべきである⁽⁶³⁾。

これに対して、履修者数を超えるような場合、それは本来的には予定されているものではないため、たとえば著作物の小部分の利用であるとして、その段階で著作物の「代替性」への影響の程度が低く評価されていた

(57) 運用指針・前掲註(6)7頁を参照。

(58) 上野編・前掲註(22)69頁[今村哲也]を参照。

(59) 運用指針・前掲註(6)18頁。

(60) 加戸・前掲註(3)282頁では、「…複製することができる著作物の分量及び複製部数は、必要と認められる限度内でなければなりません。つまり、実際に授業の対象となる必要部分の複製であって、部数も担任クラスや自分のクラスの児童生徒数を限度とするということであります。」と述べられている。ただし、同文献283頁では、35条1項ただし書きによって、300人の部数は認められない旨述べられている点には注意が必要である。ちなみに、もう一つの考え方として、運用指針では、授業のクラスサイズ単位を超えているかどうかで判断される旨述べられているため、運用指針・前掲註(6)18頁も参照。

(61) 加戸・前掲註(3)283頁。

(62) 田村・前掲註(10)238頁。

(63) この点については、田村・前掲註(10)238頁より示唆を得ているため、同文献同頁も参照。

としても、履修者数を超える部分については、元々、本来的に予定されていた「代替性」に包含されていないことになる。

したがって、履修者数を超えるような場合には、その部分については、著作物の「代替性」への影響の程度は高く評価されることになってしまうであろう。本来的に予定されていないものであり、それにまで著作物の「代替性」を生じさせてしまうからである。

Ⅳ. 著作権法 35 条 1 項ただし書きと著作権法平成 30 年改正

1. 授業目的公衆送信補償金制度の創設

ところで、現在では、授業における他人の著作物の利用について公衆送信も行われるようになってきている旨について冒頭において触れたが、これは、平成 30 年改正によって全面的に可能になったものである⁽⁶⁴⁾。ちなみに、改正前の 35 条 2 項⁽⁶⁵⁾でも「遠隔合同授業のための公衆送信」（平成 30 年改正によって可能になった公衆送信と区別する意味として、以下「従前の公衆送信」という。）については、無許諾かつ無償で可能となっていた⁽⁶⁶⁾。

平成 30 年改正は、「ICT を活用した教育を推進するため、著作物の利用円滑化と著作権者の利益保護とのバランスをとった制度」⁽⁶⁷⁾であり、「補償金を一括で支払うことにより、著作物を無許諾利用できる範囲が拡大」⁽⁶⁸⁾したものであると説明されている。

この改正により、改正前の 35 条 2 項の適用を受けられなかった、「遠隔合同授業のための公衆送信」以外の「その他すべての公衆送信」も可能になった⁽⁶⁹⁾。授業において可能になった公衆送信の態様としては、「対

面授業の予習・復習用の資料をメールで送信」すること、「対面授業で使用する資料を外部サーバ経由で送信」すること、「オンデマンド授業で講義映像や資料を送信」すること、「スタジオ型のリアルタイム配信授業」を行うこと等があげられている⁽⁷⁰⁾。

また、平成 30 年改正では、すべての公衆送信に加えて、授業における公衆伝達も可能になった。授業における公衆伝達の態様としては、「授業内容に関係するネット上の動画を授業中に受信し、教室に設置されたディスプレイ等で履修者等に視聴させる。」⁽⁷¹⁾ことがあげられている。

このように、35 条が改正されたことにより、従前の複製や従前の公衆送信のみにとどまらない幅広い授業展開ができるようになってきているが、その一方で、授業において他人の著作物を公衆送信する際には、従前とは異なる点が追加されている。それは、「授業目的公衆送信補償金制度」（以下「補償金制度」という。）の存在である。したがって、新たな公衆送信については、無許諾かつ有償で可能となっているのである。

また、平成 30 年改正後の 35 条 2 項では、「前項の規定により公衆送信を行う場合には、同項の教育機関を設置する者は、相当な額の補償金を著作権者に支払わなければならない。」と規定されている。したがって、たとえ同じ授業内容であっても、公衆送信の利用部分がある場合、著作権者への補償金の支払義務が課せられている。というのも、公衆送信（授業の場合には、主としてインターネット送信であろう。）は、その広がり範囲に制約がないため、複製と比べた場合、著作権者へ与える不利益が大きいからである⁽⁷²⁾。なお、複製についても、本来は有償であるところ、教育現場の混乱を避けるため、引き続き、無償を継続するとされている⁽⁷³⁾。

(64) 本筋からは外れるが、とりわけ令和 2(2020)年度は、新型コロナウイルス感染症拡大の影響に伴い、各大学等では全面的にオンライン授業が実施されてきた。その折に、この 35 条の平成 30 年改正がもたらした恩恵は、きわめて大きいものであったといえよう。もし 35 条の平成 30 年改正がなければ、オンライン授業そのものを実施することができない状況がしばらく続き、大学等の運営そのものにも影響を及ぼしていたであろう。筆者にとって、オンライン授業はもちろんのこと、急遽運用され始めた平成 30 年改正後の 35 条についても、まさに青天の霹靂ともいふべきものであった。

(65) 改正前の 35 条 2 項では、「公表された著作物については、前項の教育機関における授業の過程において、当該授業を直接受ける者に対して当該著作物をその原作品若しくは複製物を提供し、若しくは提示して利用する場合又は当該著作物を第三十八条第一項の規定により上演し、演奏し、上映し、若しくは口述して利用する場合には、当該授業が行われる場所以外の場所において当該授業を同時に受ける者に対して公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能性を含む。）を行うことができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該公衆送信の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」と規定されていた。

(66) 文化庁・前掲註(4)1 頁を参照。

(67) 文化庁・前掲註(4)1 頁。

(68) 文化庁・前掲註(4)1 頁。

(69) 文化庁・前掲註(4)1 頁を参照。

(70) 文化庁・前掲註(4)1 頁。

(71) 運用指針・前掲註(6)9 頁。

(72) 文化庁(4)3 頁の表を参照。

(73) 文化庁(4)3 頁の表を参照。

実のところ、補償金制度創設をめぐる議論は、一筋縄ではいかないようであった。まず、利害関係の対立より、教育関係団体と権利者団体の意見が真っ向から二分していた⁽⁷⁴⁾。また、その議論を踏まえた文化審議会における検討結果においても、「今日の複製機器等の普及状況を踏まえると、教育機関における著作物利用は、複製・公衆送信のいずれも著作権者に軽微とは言えない不利益を及ぼしており、諸外国の状況を見ても、複製・公衆送信のいずれも補償の必要性が認められる。」⁽⁷⁵⁾との前提はあった。とはいえども、「しかし、現在無償で行える行為を補償金の対象とした場合、教育現場の混乱を招きかねない。」⁽⁷⁶⁾との判断のもと、「このため、今回の制度改革では、教育機関における手続き的負担を軽減しつつ(支払窓口の一元化等)、新たに権利制限の対象とする公衆送信のみを補償金の対象とすることが適当。(現在無償で行える行為の取扱いは将来の課題。)」⁽⁷⁷⁾と決定されたうえで、補償金制度が創設されることとなった。

さらに、補償金制度創設をめぐる規制改革推進会議における議論では、規制改革推進会議投資等WGにおける意見と文部科学省の考えが示されていたが⁽⁷⁸⁾、なかでも、文部科学省の考えとして「制度上の差異は残るが、権利者・教育関係者の意見を聴いてとりまとめたものであり、権利者の利益の保護と利用の円滑化のバランスに配慮する観点から、最も望ましいバランスの取れたものとする。」⁽⁷⁹⁾との見解が示されている。

すなわち、複製であろうと公衆送信であろうと、無償か有償かの決定にあたっては、結局のところ教育関係団体と権利者団体の両当事者の意見が踏まえられたものであり、新たな公衆送信のみが補償金の対象とされたのは、上記の文部科学省の考え⁽⁸⁰⁾にもあるように、それが最も望ましいものとして判断された結果であろう。

さて、補償金制度というくらいであるから、補償金

額も定められている。補償金額については、教育関係団体や権利者団体の裁量で決定されているのではなく、その額については、「授業目的公衆送信補償金規程」⁽⁸¹⁾で定められている。また、補償金請求権の行使は、文化庁の指定管理団体である SARTRAS のみが行うことができ、SARTRAS が教育機関の設置の代表者から意見聴取を行ったうえで補償金額が決定され、その後、SARTRAS は文化庁に補償金額の申請を行い、文化庁長官から文化審議会に諮問がなされ、補償金額が認可されることになっている(104条の13)⁽⁸²⁾。

このように、補償金制度が創設され、その額についても定められているわけであるが、補償金額が認可制になっている所以については、次のように説明されている。

「今般の補償金制度の導入を含む権利制限規定の整備は、権利者の正当な利益の保護に留意しつつ学校等における著作物の公衆送信の円滑化を図るという法改正の趣旨を実現する観点から制度の整備と運用を行っていくことが重要であり、補償金の額の決定にあたっては、当該額が法改正の趣旨に照らして適正な料金体系及び水準のものとなるようにする必要があることから、本条において、補償金の額の決定に係る手続等について規定することとした。具体的には、今般の補償金制度においては、補償金請求権は私人の財産的権利に係るものであることから、後述するとおり、両当事者の意見が補償金の額の決定に適切に反映されることを原則としつつ、中立性・専門性を担保しつつ、認可制によることとした。」⁽⁸³⁾

上記に鑑みると、現在定められている補償金額は、「…権利者の正当な利益の保護に留意しつつ学校等における著作物の公衆送信の円滑化を図るという法改正の趣旨を実現する」⁽⁸⁴⁾ということに適合したものであり、さらに、そもそもの前提として、教育関係団体と

(74) 文化庁「著作権法の一部を改正する法律 概要説明資料」(平成30年法律第30号)13頁を参照。(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_02.pdf)

(75) 文化庁・前掲註(74)13頁。

(76) 文化庁・前掲註(74)13頁。

(77) 文化庁・前掲註(74)13頁。

(78) 文化庁・前掲註(74)16頁を参照。

(79) 文化庁・前掲註(74)16頁。

(80) 文化庁・前掲註(74)16頁を参照。

(81) 一般社団法人授業目的公衆送信補償金等管理協会「授業目的公衆送信補償金規程 令和2年12月18日認可」を参照。(https://sartras.or.jp/wp-content/uploads/hoshokinkitei.pdf)

(82) 文化庁・前掲註(4)8頁の表を参照。

(83) 文化庁著作権課「著作権法の一部を改正する法律(平成30年改正)について」コピライト NO.692 Vol.58(2018年)42～43頁。

(84) 文化庁著作権課・前掲註(83)43頁。

権利者団体が、「これなら妥当な額であろう。」というかたちで、お互いに納得したうえで定められたものであると捉えるのが自然であろう。なお、公衆伝達についても補償金制度の対象外であるが、これについては「…公の伝達は、公衆送信と異なり上映や演奏等と同様に非営利・無償の場合について権利制限が認められている行為類型に属するものであり、権利者に与える不利益は公衆送信と比べても相対的に小さく軽微であると評価できることから、補償金請求権の対象とはしないこととした。」⁽⁸⁵⁾と説明されている。

上記を踏まえると、授業において、他人の著作物の公衆送信全般の無許諾利用が認められることになった代わりに、新たな公衆送信に伴う不利益は、補償金制度によって担保されていることになるといえよう⁽⁸⁶⁾。

したがって、授業における他人の著作物の利用にあたっては、この補償金制度のもと、現在では、従前の複製や従前の公衆送信と同等に新たな公衆送信が可能になっていると考えることもできよう。

さて、本稿が対象としているのは、あくまでも35条1項ただし書きの「不当に害すること」の判断に関するものであることは、前述のとおりであり、それについての考察はすでに述べたところである。

にもかかわらず、補償金制度について採り上げたのは、後述する学説において、35条1項ただし書きとの関係における見解が分かれているからである。

そこで、前述の考察を踏まえつつ、以下の学説の見解を踏まえたうえで、上記の点についても併せて考察する。

2. 学説

それでは、35条1項ただし書きと補償金制度の関係をめぐる学説について紹介する。

「一般論として、著作物の本来的市場と衝突を生じ、権利制限規定の目的に照らしても権利者に与える打撃が看過できない程度に至っている場合にただし書該当

性が適用されるが、補償金が支払われる公衆送信については、補償金制度の趣旨に鑑み、無償利用が許容される複製の場合に比べて、ただし書該当性の認められる範囲は狭くなるというべきだろう。」⁽⁸⁷⁾

「しかし、35条1項の「ただし書」は、個々の授業の過程における利用についての要件であって、社会総体としての利用に係る要件ではない。むしろ、上記の制度創設趣旨を踏まえれば、個々の授業の過程における利用は、「著作権者の利益を不当に害」さないものであるとしても(35条1項)、社会総体としてみれば「著作権者の利益を不当に害」することとなると考えられることから、補償金制度(35条2項)が創設されたといえることができる。

したがって、法解釈としては、35条2項の補償金制度の存在によって、35条1項の権利制限の適用範囲の広狭が決定づけられるものとはいえないと考えられる。」⁽⁸⁸⁾

上記の2つの見解が示されているが、前者の見解⁽⁸⁹⁾は、補償金制度が35条1項ただし書きに影響を及ぼす旨の内容であり、後者の見解⁽⁹⁰⁾は、それとは反対の旨の内容であることがうかがえる。

なお、「改正法の「但し書き」該当性の有無は、補償金制度の補足する範囲とライセンスで補わなければならない範囲とを区別するという意味で、極めて重要な要件となる。」⁽⁹¹⁾と述べたうえで、前者の見解⁽⁹²⁾に対して、「そのように解するとしても、公衆送信の態様によっては、但し書きに該当することで、補償金制度の枠外となる利用も生じるだろう。」⁽⁹³⁾という見解もある。

補償金制度が創設された経緯に鑑みれば、35条1項ただし書きと補償金の支払義務の規定である35条2項は、それらが相関関係にあるものではないと考えられる⁽⁹⁴⁾。

もっとも、35条2項は、35条1項が適用されるこ

(85) 文化庁著作権課・前掲註(83)31頁。

(86) この点については、白鳥綱重「授業目的公衆送信補償金制度——改正著作権法第35条の施行を受けて——」横浜法学29巻1号(2020年)160～161頁も参考になるため、同文献同頁も参照。

(87) 井上・前掲註(1)5頁。

(88) 白鳥・前掲註(86)161頁。ちなみに、同文献の引用部分の見解は、同文献160頁において、井上・前掲註(1)の5頁の見解が引用されており、それに対する見解として述べられているものであることを、一応、付言しておく。

(89) 井上・前掲註(1)5頁。

(90) 白鳥・前掲註(86)161頁。

(91) 今村(2019)・前掲註(1)66頁。

(92) 井上・前掲註(1)5頁。

(93) 今村(2019)・前掲註(1)66頁。

(94) 白鳥・前掲註(86)161頁を参照。

とで無許諾利用が可能になっている公衆送信という文言のみには影響を及ぼしていると解されよう。補償金制度によって、複製と公衆送信には同等性があると考えられるからである。

3. 考察

平成30年改正によって、授業における他人の著作物の利用にあたっては、従前の複製や従前の公衆送信だけでなく、その他公衆送信全般(新たな公衆送信)および公衆伝達が適法に認められるようになっている。もっとも、この新たな公衆送信を行うにあたっては、補償金の支払義務が生じる(35条2項)。

たとえ授業における利用とはいえども、一般的に複製と公衆送信では、そもそもの利用態様自体が異なっていることになるが、ここで生じる公衆送信に伴う不利益(その広がり範囲に制約がないことであろう⁽⁹⁵⁾)に対しては、補償金制度によって担保されている⁽⁹⁶⁾。

それゆえ、前述のとおり、35条2項は、35条1項が適用されることで無許諾利用が可能になっている公衆送信という文言のみには影響を及ぼしていると解されよう。これは、その利用態様の違いから生じる間隙を埋めるものであり、この意味において、補償金制度によって、複製と公衆送信には同等性があると考えられるからである。

また、補償金制度によって、35条1項ただし書き該当性の範囲が変わってくるかどうかについては、学説の見解も二分している。

すでに述べた考察からみる場合、かりに、前者の見解⁽⁹⁷⁾のように、補償金制度が35条1項ただし書きに影響を及ぼす旨として解するのであれば、これまで述べてきた35条1項ただし書きの「不当に害すること」の判断、すなわち、著作物の「代替性」への影響の程度についても及んでくることになると考えられるし、反対に後者の見解⁽⁹⁸⁾のように解するのであれば、及んでこないことになると考えられる。

確かに、複製の場合にはない補償金制度が公衆送信

の場合にはあるため、「…補償金が支払われる公衆送信については、補償金制度の趣旨に鑑み、無償利用が許容される複製の場合に比べて、ただし書該当性の認められる範囲は狭くなるというべきだろう。」⁽⁹⁹⁾という見解も傾聴に値する。

これに対して、「…個々の授業の過程における利用は、「著作権者の利益を不当に害」さないものであるとしても(35条1項)、社会総体としてみれば「著作権者の利益を不当に害」することとなると考えられることから、補償金制度(35条2項)が創設されたということが出来る。」⁽¹⁰⁰⁾、「したがって、法解釈としては、35条2項の補償金制度の存在によって、35条1項の権利制限の適用範囲の広狭が決定づけられるものとはいえないと考えられる。」⁽¹⁰¹⁾という見解があることも看過することはできない。

これまで述べてきたことに鑑みると、補償金制度はもちろん、そのことに伴う利用態様が複製であろうと公衆送信であろうと、35条1項ただし書きには何ら影響を及ぼすことはないと考えられる⁽¹⁰²⁾。前述のとおり、補償金制度が創設された経緯に鑑みれば、35条1項ただし書きと補償金の支払義務の規定である35条2項は、それらが相関関係にあるものではないと考えられるからである⁽¹⁰³⁾。したがって、この点については、後者の見解⁽¹⁰⁴⁾が妥当すると解される。

上記を踏まえると、著作物の「代替性」への影響の程度という観点からみた場合でも、補償金制度をもって、さらに複製や公衆送信という利用態様の違いをもってしても、これらを理由とした著作物の「代替性」への影響の程度について変わるところがないことも、当然のことであると考えられる⁽¹⁰⁵⁾。

したがって、これらの理由があったとしても、著作物の「代替性」への影響の程度については、すでに述べた考察のとおりと考えていけば足りることとなろう。

(95) 文化庁・前掲註(4)3頁の表を参照。

(96) この点については、白鳥・前掲註(86)160～161頁も参考になるため、同文献同頁も参照。

(97) 井上・前掲註(1)5頁。

(98) 白鳥・前掲註(86)161頁。

(99) 井上・前掲註(1)5頁。

(100) 白鳥・前掲註(86)161頁。

(101) 白鳥・前掲註(86)161頁。

(102) 白鳥・前掲註(86)161頁を参照。

(103) 白鳥・前掲註(86)161頁を参照。

(104) 白鳥・前掲註(86)161頁を参照。

(105) この点については、白鳥・前掲註(86)161頁より示唆を得ているため、同文献同頁も参照。

V. おわりに

本稿では、立案担当者、学説および運用指針の見解ならびに平成30年改正の動向などに鑑みて、35条1項ただし書きの解釈を中心に、その「不当に害すること」の判断基準について考察した。

これまで論じてきたように、その考え方については、著作物の「代替性」への影響の程度から判断することが肝要であり、この考え方は、すべての個別のケースにおける共通項として一元化して考えることができると考えられる。

くわえて、この考え方については、補償金制度の存在をもってしても、複製や公衆送信という利用態様の違いをもってしても、変わるところはないとも考えられるのである⁽¹⁰⁶⁾。

本稿の内容が、35条1項ただし書きについて解釈・運用していく際の見解の一つとして、35条1項をめぐる議論に資するものになれば幸いである。

(106) この点については、白鳥・前掲註(86)161頁より示唆を得ているため、同文献同頁も参照。