

試験実施後の試験問題の保存と著作権の制限規定

齋藤 崇^(*)

大学等では、入学試験をはじめとして、学期末試験など、さまざまな試験が実施されており、当該試験においては、著作権の制限規定である36条1項が適用されることがある。ところで、試験実施後に試験問題を保存する行為には、印刷された紙媒体の試験問題のまま棚などで保存する行為だけでなく、PDFのようなデジタルデータとして保存する行為もあり得よう。すなわち、デジタルデータとしてオンライン・ストレージ上などに保存しておき、次年度の作問のために作問者・関係者がオンライン上で共有することもありうる。しかし、36条1項の条文上、試験実施後の取り扱いについては想定されていないようにみえる。そこで、本稿では、試験実施後の試験問題の保存、とくにデジタルデータとして保存し、作問者・関係者で共有する行為について、36条1項の射程に関する考察を行う。また、36条1項だけでなく、試験問題に係るその他の著作権の制限規定からみた考察も併せて行う。

(目 次)

- I. はじめに
- II. 試験問題としての複製等(著作権法36条1項)
 - 1. 著作権法36条1項の概要
 - 2. 「目的上必要と認められる限度」に関する解釈
 - 3. 「ただし書き」に関する解釈
- III. 著作権法36条1項の射程に関する考察
- IV. 試験問題に係るその他の著作権の制限規定
 - 1. 引用(著作権法32条1項)
 - 2. 学校その他の教育機関における複製等(著作権法35条1項)
- V. おわりに

I. はじめに

大学等では、入学試験をはじめとして、学期末試験など、さまざまな試験が実施されている。

いわゆる試験に該当するものは、とりわけ入学試験は、試験本番までその問題の内容自体、通常はその作問者・関係者しか知らないことが多い。もっとも、他人が執筆した論文・英文・新聞記事などの著作物を用いる場合、原則としてそれらの著作物の著作権者の許諾を得る必要がある。しかし、著作権者の許諾を得るということは、どのような問題が出題されるのかということが、少なくとも当該著作権者には知られてしまうことになり、その内容が外部に漏えいしてしまいか

ねない。

このような事態に対応するため、他人の著作物を試験問題として利用する場合には、著作権の制限規定である36条1項(なお、本稿において示す条文は、すべて著作権法の条文を指す。)が適用されることによって、当該著作物については無許諾利用が認められている。

ところで、試験を実施するために、試験問題自体は紙媒体にて印刷物を作成し、受験者に配布することがほとんどであろうが、その保存にあたっては、印刷された紙媒体の試験問題のまま棚などで保存する行為だけでなく、PDFのようなデジタルデータとして保存する行為もあり得よう。すなわち、コロナ禍の現状も相俟って、デジタル化・ネットワーク化が進んでいる現在では、たとえば、試験問題をPDF化し、デジタルデータとしてオンライン・ストレージ上などに保存しておき、次年度の作問のために作問者・関係者がオンライン上で共有することもありうるからである。デジタル化・ネットワーク化が進んでいる現在では、印刷された試験問題を棚などに保存し、その印刷物のまま作問者・関係者の閲覧に供するよりも、PDFのようなデジタルデータとして閲覧に供することができるほうが、利便性が高いと思われる。

しかし、試験実施後に試験問題をデジタルデータとして保存する行為が、36条1項の適用対象となるかどうかについては必ずしも明らかではなく、条文上はその適用対象とはならないようにもみえる。

そのゆえんとして、36条1項は、あくまでも試験

(*) 日本大学法学部助教

問題の秘密性にウェイトを置いているという点や⁽¹⁾、試験で出題された問題を集めて過去問題集を作成したり、ホームページ上に掲載したりするような場合には、36条1項が適用されず、著作権者の許諾を得る必要があるという点もあげられる⁽²⁾。

とはいえ、試験実施後の試験問題の利用態様としては、上記の后者⁽³⁾のような利用態様が一般的に想定されているが、そうとはいいたい内部利用の場合にまで、36条1項の射程を厳格に限定する必要があるかといわれれば、疑問が生じよう。後述のように、36条1項が適用され作問された試験問題について、試験実施後にその残部が許容されるのであれば⁽⁴⁾、PDFのようなデジタルデータとして保存しておく行為も許容されるのではないかと考えられるからである⁽⁵⁾。

そこで、本稿では、試験実施後の試験問題の保存、とくにデジタルデータとして保存し、作問者・関係者で共有する行為について、36条1項の射程に関する考察を行う。また、36条1項だけでなく、試験問題に係るその他の著作権の制限規定からみた考察も併せて行う。

Ⅱ. 試験問題としての複製等(著作権法 36条1項)

1. 著作権法 36条1項の概要

著作権の制限規定のうち、36条1項では、「公表された著作物については、入学試験その他の学識技能に関する試験又は検定の目的上必要と認められる限度において、当該試験又は検定の問題として複製し、又は公衆送信(放送又は有線放送を除き、自動公衆送信の場合にあつては送信可能化を含む。次項において同じ。)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。」と規定されている。つまり、試験・検定のための利用であれば、他人の著作物の無許諾利用(複製・公衆送信)が認められている。

まず、著作権の制限規定の1つとして、36条が創設された経緯について紹介する。その経緯については、次のように説明されている。

「旧法には、本条に相当する規定はなく、現行著作権法で新設された規定である。もっとも、旧法下でも試験問題として著作物を複製することは、一般に著作権者の許諾を得ずに行われていたようである⁽⁶⁾。』⁽⁷⁾

また、平成15年の著作権法改正によって、36条1項が適用される利用態様として、複製に加えて公衆送信が追加された⁽⁸⁾。その経緯については、次のように説明されている。

「改正前の著作権法第36条では、入学試験等の試験や検定の問題として利用することが必要な場合について、既存の著作物を例外的に無許諾で「複製」「譲渡」できることとされている。

しかしながら、遠隔教育等の場合において、インターネット等を使用して試験を行うことが可能となり、このような場合には、既存の著作物を「公衆送信」することが必要となってきた。

インターネット等を使用したこのような試験においても、印刷物による試験と同様に、試験の公正を確保するためには、問題として利用する著作物の権利者に事前に連絡して許諾を得ることが、不適切である場合が多い。

このため、試験問題としてインターネット等で公衆送信する場合についても、既存の著作物を例外的に無許諾で利用できることとしたものである。』⁽⁹⁾

(1) 中山信弘『著作権法[第3版]』(有斐閣, 2020年)420頁を参照。ちなみに、同文献同頁では、「ただ秘密性の要求と市場への影響のいずれの要素を重視するかによって、侵害の判断基準が異なってくるであろう。」と述べられており、その点に関する検討を踏まえたうえで、同文献同頁では、「しかし入試問題等を特別に扱う理由はやはり秘密保持の必要性にあると考えるほうが著作権法体系全体と整合的であろう。」と述べられている。

(2) 加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』(著作権情報センター, 令和3年)329頁を参照。

(3) 加戸・前掲註(2)329頁を参照。

(4) 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)154頁[横山久芳]を参照。

(5) 本稿では、あくまでも、36条1項のもとでこのような利用行為が可能かどうかについて検討を行う。そのため、別途、著作権者の許諾を得るような場合には、本稿の内容とは無関係のものとなる。

(6) 小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタル』(レクシスネクシス・ジャパン, 平成25年)673頁[金井重彦]。なお、本引用文献は、本稿で引用した半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタル 第2版[26条～88条]』(勁草書房, 2015年)303頁[九石拓也]において引用されているものであるため、併せて記述した。

(7) 半田ほか・前掲註(6)303頁[九石拓也]。

(8) 半田ほか・前掲註(6)303頁[九石拓也]を参照。

(9) 文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律について」コピライト No.508 Vol.43(2003年)26頁。なお、本文献を引用するにあたっては、半田ほか・前掲註(6)303頁[九石拓也]を参考にした。

次に、36条自体の立法趣旨について紹介する。現行法の立案担当者によると、その立法趣旨については、次のように説明されている。

「本条は、試験問題としての著作物の複製又は公衆送信について事前に著作権者の許諾を得るものとするのが実際上困難であり社会的実情に適応しないことと、試験問題としての利用が著作物の通常の利用と衝突しないことなどの理由から、入学試験等の試験・検定の問題として著作物を目的上必要な限度において複製又は公衆送信することを認めるとともに、営利を目的とする場合には使用料相当額の補償金の支払を要することとしたものであります。」⁽¹⁰⁾

前述のように、他人の著作物を利用するにあたっては、原則として無許諾利用は認められていないため、事前に著作権者の許諾を得る必要があるが、とくに試験問題の場合は当該許諾を得るために著作権者に通知をしてしまうと、外部への試験問題の漏えいにつながるおそれがある。一般的に著作物の利用許諾を得るためには、当該著作物について、何に(利用先の媒体は何か等)・どれくらい(分量等)・どのように(複製や公衆送信等)利用するか等の利用目的を明らかにしておく必要があるといえるからである。

しかし、前述のように、36条1項は、試験問題の秘密性にウェイトを置いているとされている⁽¹¹⁾。そのため、上記の原則を貫徹させてしまうと、その趣旨が没却されかねない。したがって、36条1項は、試験問題の特性を踏まえた重要な役割を果たしていることがうかがえよう。

また、他人の著作物が試験問題に利用される場合、その利用部分は当該著作物の一部分であることが多いであろう。とすれば、前述のように、著作物の通常の利用と衝突するものではないため⁽¹²⁾、試験問題に利用されたからといって、たとえば、当該著作物の売上が阻害される等は生じ得ないと考えるのが自然であろう⁽¹³⁾。

以上のように、36条1項自体が、入学試験をはじめとして、学期末試験などを実施することが多い大学等においては、重要な著作権の制限規定の1つとして位置づけられているといえよう⁽¹⁴⁾。

さて、36条1項が試験問題の秘密性にウェイトを置いている⁽¹⁵⁾、という点については何ら疑いの余地はないが、本稿が着目しているのは、前述のように、試験実施後の試験問題の保存、とくにデジタルデータとしての保存である。36条1項のもので、この行為がどこまで許容されるのか、ということである。

以下において、まずは36条1項の文言について検討を行うこととしたい。

2. 「目的上必要と認められる限度」に関する解釈

36条1項によって、他人の著作物を試験問題として無許諾利用することができるが、36条1項には、「目的上必要と認められる限度」という文言が存在し、無許諾利用には制限がかけられている。

この文言の意味するところは、他人の著作物を試験問題として利用する際の分量(全部・一部)に関するものようであるが⁽¹⁶⁾、他方で、複製部数なども含まれると解されており⁽¹⁷⁾、とくに後者の見解は、次のように説明されている。

「複製の数量については、印刷物など頒布を目的とする複製物については教育を担当する者から試験または検定を受ける者の人数の和を限度とする⁽¹⁸⁾という厳格説もあるが、試験実施に必要な部数(採点者控用や落丁・乱丁が生じたときのための予備を受験申込者数に加えた部数)と解すべきであろう。映画やレコード、録音物など、教室やグループ単位で無形的に再生され、試験または検定を受ける者への物としての配布を予定しない著作物については、試験または検定を実施する部屋・グループの収容数にモニター室の分の和が限度ということになる。

予備校等で模擬試験を実施した後に同試験の解説を

(10) 加戸・前掲註(2)328頁。

(11) 中山・前掲註(1)420頁を参照。

(12) 加戸・前掲註(2)328頁を参照。

(13) この点に関して、中山・前掲註(1)420頁では、「試験問題として利用されたとしても、当該著作物の顕在的・潜在的市場に悪影響を与えることは考えられない。」と述べられている。

(14) 大学等における教育の場面では、35条の「学校その他教育機関における複製等」なども、重要な著作権の制限規定として位置づけられる。

(15) 中山・前掲註(1)420頁を参照。

(16) 半田ほか・前掲註(6)309頁〔九石拓也〕を参照。

(17) 小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール(改訂版)Ⅱ』(第一法規、2020年)155～156頁〔金井重彦＝芝口祥史〕を参照。

(18) 金井重彦＝小倉秀夫編『著作権法コンメンタール 上』(東京布井出版、2000年)435～436頁〔桑野雄一郎〕。なお、本引用文献は、本稿で引用した小倉ほか・前掲註(17)155頁〔金井重彦＝芝口祥史〕において引用されているものであるため、併せて記述した。

行うことがあり、その際に試験問題となった著作物も複製等されることがあるが、このような利用は少なくとも本条に該当するものとは解されない(ただし、解説に必要な限度での利用であれば、引用(32条)に該当する余地がある)。(19)

このように、36条1項の「目的上必要と認められる限度」に関する解釈としては、単に試験問題に利用することができる他人の著作物自体の分量だけでなく、それが利用された試験問題自体の数量まで含めたものとして解することができる(20)。もっとも、これは当然のことかもしれないが、そこまで含めうるのかどうかについては条文上は明らかではないため、そもそも試験問題を多数数印刷すること自体が違法ではないか、との誤解も生じさせかねないと思われる。

ところで、実際の試験において、各教室の受験者数分の印刷しか行わないことは、通常あり得ない。冊数が不足しないようにしておく等、不測の事態に備えて、必ず多めに印刷されているからである。

したがって、前述のように、試験では、「…試験実施に必要な部数(採点者控用や落丁・乱丁が生じたときのための予備を受験申込者数に加えた部数)」(21)として印刷を行うため、ほとんどの場合において試験問題の残部が発生することになる。この試験問題の残部の取り扱いについては、36条1項のもとでどのように考えることができるのであろうか。

まず、1つ目の考え方としては、前述のような厳格説(22)と呼ばれる考え方である。この厳格説では、試験問題自体の数量は、教育担当者と受験者の分のみまでとされている(23)。つまり、予備分までは許容されていないことになる(24)。

この考え方に鑑みると、試験問題の残部の発生を徹底的に抑制しようとするもののようにも思われる。そのことから、かりに残部が発生した場合、試験実施後にはその廃棄等が求められると推測される。そのゆえんとしては、試験実施のために本当に必要とされる数量として、その予備分までも含んだ数量を印刷する

ことが「目的上必要と認められる限度」に適合するものではないと考えられるため(25)、試験実施後に発生する残部についても、「目的上必要と認められる限度」とはいえないものとなるからである。

次に、2つ目の考え方としては、36条1項が適用されて作問された試験問題については、その残部の譲渡までも許容されるとする考え方である(26)。この考え方によれば、たとえば、入学試験の過去問の残部を受験希望者や出版社に配布する場合には、著作権者の許諾を得る必要はないと解されている(27)。この点に関しては、次のように説明されている。

「著作者は、譲渡権(26条の2)を有している。譲渡権とは、著作物の原作品または複製物の譲渡により公衆に提供する権利である。ただし、36条1項の適用を受けて作成された著作物の複製物の譲渡については、譲渡権の制限が認められている(47条の7参照)。入学試験のために著作物を複製等することが認められても、試験問題の複製物を受験者に譲渡できなければ、入試を実施することができず、複製権の制限を認めた趣旨が没却されるため、複製権とともに譲渡権の制限も認められているのである。

36条1項の趣旨が入試の適正な実施を可能とすることにあるとすると、入試の実施を目的とした複製物の譲渡についてのみ、譲渡権を制限すれば足りるように思われるが、著作権法は、36条1項の適用を受けて作成された複製物の譲渡について、譲渡の目的を限定することなく譲渡権の制限を認めている。ゆえに、入試の実施のために作成された複製物を、入試の実施以外の目的で譲渡した場合にも、譲渡権が制限され、著作権者の許諾を要しないことになる。例えば、学校が入試の実施後に過去問の残部を出版社や受験希望者に配布することも許されることになろう。

もっとも、入試のための著作物の複製は、入試の目的上必要と認められる限度で行わなければならないから、当初から過去問の残部配布を念頭に置いて、入試問題を大量に印刷したような場合は、36条1項およ

(19) 小倉ほか・前掲註(17)155～156頁[金井重彦=芝口祥史]。

(20) 小倉ほか・前掲註(17)155～156頁[金井重彦=芝口祥史]を参照。

(21) 小倉ほか・前掲註(17)155頁[金井重彦=芝口祥史]。

(22) 小倉ほか・前掲註(17)155頁[金井重彦=芝口祥史]において引用されている、金井ほか・前掲註(18)435～436頁[桑野雄一郎]を参照。

(23) 小倉ほか・前掲註(17)155頁[金井重彦=芝口祥史]において引用されている、金井ほか・前掲註(18)435～436頁[桑野雄一郎]を参照。

(24) この点に関しては、小倉ほか・前掲註(17)155頁[金井重彦=芝口祥史]より示唆を得ている。

(25) この点に関しては、小倉ほか・前掲註(17)155頁[金井重彦=芝口祥史]より示唆を得ている。

(26) 上野・前掲註(4)154頁[横山久芳]を参照。

(27) 上野・前掲註(4)154頁[横山久芳]を参照。

び47条の7の適用はなく、複製権および譲渡権の侵害が成立することに注意する必要がある。」⁽²⁸⁾

このように、試験実施後には試験問題の残部が発生することとなるが、当該残部については、「目的上必要と認められる限度」に適合するものとして、36条1項のもとで許容されるものであるといえよう⁽²⁹⁾。さらに、譲渡権の制限(47条の7)との関係から、その譲渡の目的を限定することなく、当該残部を公衆に譲渡することまでも許容されるものであることがうかがえよう⁽³⁰⁾。

そうすると、当該残部について、試験問題に利用された著作物の著作権者や作問者・関係者ではない者にまで配布することもできるということは、そのこと自体は、36条1項の射程から外れた利用行為ではないといえよう。とすれば、試験実施後の試験問題の利用行為としては、前述のような試験で出題された問題を集めて過去問題集を作成したり、ホームページ上に掲載したりするという著作権者の許諾を得ることが必要となる利用行為が通常想定されているが⁽³¹⁾、他方で、残部の配布という行為自体は、これらとはそもそも異なるものである、ということをも裏づけるものになると考えられる。

したがって、上記に鑑みると、試験問題の保存に際しても、その残部を印刷物のまま保存しておくこと自体が、36条1項の「目的上必要と認められる限度」に適合した結果として許容されるものであると考えられる。また、前述のように、当該残部についても譲渡権の制限(47条の7)によって、しかも譲渡の目的を限定することなく公衆に譲渡することが認められているのであれば⁽³²⁾、その前段階として大学等の内部の作問者・関係者の閲覧のために供することも、やはり問題のない行為であると考えられる。

このようにみえてくると、本稿に係る問題は、試験実施後の残部による共有と試験問題のデジタルデータ化による共有を同視しうるかどうか、ということになる。

3. 「ただし書き」に関する解釈

36条1項には、本稿がとくに着目している「目的上

必要と認められる限度」の文言だけでなく、「ただし書き」の規定が存在している。36条1項ただし書きでは、「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。」と規定されている。

現行法の立案担当者によると、このただし書きの解釈については、次のように説明されている。

「なお、著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、本項の適用はありませんが、そのような場合に該当するかどうかは、公衆送信される著作物の「種類」「用途」や、公衆送信の「態様」によって判断されることとなります。

まず、公衆送信される著作物の「種類」「用途」については、例えば、英語のヒアリング試験用のテープなど、各試験会場でそれぞれ購入することを前提として販売されているものを一本だけ購入してインターネット等により送信するような場合が該当します。また、公衆送信の「態様」については、IDやパスワード等の配布等によって特定の受験者を限定することなく、試験と称して不特定の者も閲覧できる(誰でも回答者として参加できる)ような形で、インターネット等により送信するような場合が該当します。なお、このただし書きの規定は、「公衆送信」について規定された際に新たに設けられたものであり、試験問題として「複製」する場合については、この規定の適用は想定していません。」⁽³³⁾

つまり、36条1項ただし書きは、公衆送信のみを対象としており、複製は対象外とされているが、そのゆえんは次のようにも説明されている。

「複製の場合と異なり、公衆送信に関して特にかかる限定が付されたのは、従来認められてきた印刷物等による試験での利用では、その性質上著作権者の利益に影響を及ぼすことが典型的に想定されないのに対し、公衆送信による試験での利用の場合、その後の複製が容易であるなど情報の拡散のおそれが特に高いためである。」⁽³⁴⁾

(28) 上野・前掲註(4)154頁[横山久芳]。

(29) この点に関しては、上野・前掲註(4)154頁[横山久芳]より示唆を得ている。

(30) 上野・前掲註(4)154頁[横山久芳]を参照。

(31) 加戸・前掲註(2)329頁を参照。

(32) 上野・前掲註(4)154頁[横山久芳]を参照。

(33) 加戸・前掲註(2)329頁。

(34) 半田ほか・前掲註(6)310頁[九石拓也]。

このように、36条1項のもとでは、そのただし書きにおいて、公衆送信のみに制限がかけられているが、複製との違いも踏まえると、このような制限がかけられているゆえんも理解することができる。

ともあれ、36条1項のもとでは、他人の著作物の試験問題として複製し、配布する行為だけでなく、たとえば、Webテストとして実施するための公衆送信も行うことができるようになってきている。

そうすると、少なくとも試験本番の前段階の作問時には、作問者・関係者が、たとえば、オンライン・ストレージ上などで試験問題を共有することも、すなわち、公衆送信を行うことも認められることになると解される。

しかし、誰もがアクセスすることができるということはそもそも予定されていないため、実際の試験本番と同様に、前述のように、IDやパスワード等を付しておく必要はあるといえる⁽³⁵⁾。そのようなアクセス制限をかけなければ、ただし書きに該当するものと判断され、著作権者の利益を不当に害することとなる。

もっとも、上記に鑑みても、印刷物のままの残部と異なり、試験実施後のオンライン・ストレージ上などへの保存までも対象としうるものかどうかは、まだ定かではない。それゆえ、公衆送信に伴う試験実施後の保存については、まだ検討する余地が残されていると思われるため、この点に関して次において考察を行う。

Ⅲ. 著作権法 36 条 1 項の射程に関する考察

以上のように、36条1項の規定に鑑みたとき、試験問題の保存については、その解釈上、どこまで許容されうると考えることができるのであろうか。

まず、36条1項の文言中、「目的上必要と認められる限度」の解釈に関する考察を行う。

この文言は、単に試験問題として利用される著作物の分量(全部・一部)だけでなく、それをを用いた試験問題自体の数量も含むと解されている⁽³⁶⁾。つまり、その

ことも試験のために必要なものであるからこそ、「目的上必要と認められる限度」に適合するものとして許容されるのである。また、36条1項が試験問題の秘密性にウェイトを置いているとされていることから⁽³⁷⁾、試験実施前の作問段階の行為も当然に含まれるものであると解される。

次に、36条1項が適用されて作問された試験問題の取り扱いに関する考察を行う。

前述のように、36条1項が適用された場合、そこには試験問題自体の数量も含むと解されるわけであるが⁽³⁸⁾、実際上、受験者・作問者・関係者の人数分のみの部数に限り印刷を行うということではなく、通常はその残部が発生することとなる。

前述のように、この残部の取り扱いについては、(もっとも、1つは推測になってしまうが)2つの考え方をとることができると考えられる。

1つの考え方として、36条1項の「目的上必要と認められる限度」の解釈にあたっては、教育担当者と受験者の分のみに限られるというものである⁽³⁹⁾。この考え方のもとでは、前述のように、予備分までは許容されていないことになる⁽⁴⁰⁾。また、試験実施のために本当に必要とされる数量として、その予備分までも含んだ数量を印刷することは、「目的上必要と認められる限度」に適合するものとはいえず⁽⁴¹⁾、それゆえ、試験実施後に発生する残部についても、「目的上必要と認められる限度」とはいえないものとなる。したがって、この考え方のもとでは、試験問題の残部の発生自体をも徹底的に抑制しようとしているものとも思われることから、試験実施後に発生した残部については、「目的上必要と認められる限度」からは外れたものになってしまうといえるため、その廃棄等が求められるのであるとみることもできよう。

他方で、もう1つの考え方として、36条1項が適用されて作問された試験問題については、その残部の譲渡までも許容されるとする考え方がある⁽⁴²⁾。前述のように、この考え方によれば、たとえば、入学試験の過去問の残部を受験希望者や出版社に配布する場合に

(35) 加戸・前掲註(2)329頁を参照。

(36) 小倉ほか・前掲註(17)155～156頁〔金井重彦＝芝口祥史〕を参照。

(37) 中山・前掲註(1)420頁を参照。

(38) 小倉ほか・前掲註(17)155～156頁〔金井重彦＝芝口祥史〕を参照。

(39) 金井ほか・前掲註(18)435～436頁〔桑野雄一郎〕を参照。なお、本文献は、小倉ほか・前掲註(17)155頁〔金井重彦＝芝口祥史〕において引用されているものであるため、併せて記述した。

(40) この点に関しては、小倉ほか・前掲註(17)155頁〔金井重彦＝芝口祥史〕より示唆を得ている。

(41) この点に関しては、小倉ほか・前掲註(17)155頁〔金井重彦＝芝口祥史〕より示唆を得ている。

(42) 上野・前掲註(4)154頁〔横山久芳〕を参照。

は、著作権者の許諾を得る必要はないと解されている⁽⁴³⁾。この行為が許容される背景には、譲渡権の制限(47条の7)によって、しかも譲渡の目的を限定することなく公衆への譲渡が認められていることがあげられる⁽⁴⁴⁾。

結局のところ、前述のような試験で出題された問題を集めて過去問題集を作成したり、ホームページ上に掲載したりする利用行為⁽⁴⁵⁾と比較して、36条1項が適用された試験問題の残部については、それらとは似て非なるものとして位置づけられるものであると考えられるため、当該残部を作成者・関係者で共有することも、36条1項の射程内であるということになる。

とすれば、残部の取り扱いに対する36条1項の射程に関して、上記のように解することができるのであれば、そもそも外部への配布を予定していない試験問題のデジタルデータについても、次のような点から36条1項の射程内に係るものとして許容されうると考えることができるのではない。

すなわち、印刷物のままの試験問題の残部が許容され、作成者・関係者で共有することもできると解される以上、それをPDFのようなデジタルデータとしてオンライン・ストレージなどで保存し、たとえば、次年度の作問のために作成者・関係者がオンライン・ストレージ上で共有すること、いわば公衆送信によって共有することも、やはり「目的上必要と認められる限度」に適合するものとして捉えることができるように考えられる。

前述のように、36条1項の立法趣旨というのは、事前に著作権者の許諾を得ることが實際上困難であり、それが社会的実情に適應しないこと、また、試験問題としての著作物の利用は、通常の著作物の利用とは衝突しないことにその要諦がある⁽⁴⁶⁾。確かに、試験問題の秘密性にウェイトを置いているとされているが⁽⁴⁷⁾、試験問題として利用すること自体も、通常の著作物の利用と衝突するものではないという点も看過することはできない⁽⁴⁸⁾。

そうすると、たとえば、次年度の作問のために保存し、共有することが必要である、という目的がある場

合が「目的上必要と認められる限度」に適合するものであると考えられるゆえんとしては、確かに出題した後であれば、その問題自体は秘密性を脱しているものの、それを参考にしたり、関連したりする問題を作問しようとするのであれば、その後の作問自体には、再度、秘密性が要求されることになると考えられるからである。

ただし、試験実施後に試験問題をデジタルデータとしてオンライン・ストレージ上で共有する場合、そこにアクセスすることができるのは、作成者・関係者のみであるようにするため、アクセス制限をかけておく必要はあろう。たとえ次年度の作問のため、オンライン・ストレージ上で保存して共有することが「目的上必要と認められる限度」に適合するものであっても、36条1項ただし書きによって、公衆送信にはさらに制限がかけられているからである。もっとも、このただし書きの規定をもってしても、印刷物のままの残部の保存ではないデジタルデータによってオンライン・ストレージ上で保存する行為自体については、著作権者の利益を不当に害するものになるとはいえないように思われる。

したがって、試験問題を試験実施後にデジタルデータとしてオンライン・ストレージなどで保存しておく、それを作成者・関係者で共有することも、36条1項の射程内で行うことができる行為であると解することもできよう。

さて、本稿が設定した主たる課題についての見解は以上のとおりであるが、試験実施後の保存については、何も36条1項だけでなく、ほかの著作権の制限規定にも関係してくるために、併せてその考察も行っておく。

IV. 試験問題に係るその他の著作権の制限規定

1. 引用(著作権法32条1項)

試験問題に他人の著作物を利用する場合、それが引用(32条1項)に該当することもありうると考えられ

(43) 上野・前掲註(4)154頁[横山久芳]を参照。

(44) 上野・前掲註(4)154頁[横山久芳]を参照。

(45) 加戸・前掲註(2)329頁を参照。

(46) 加戸・前掲註(2)328頁を参照。

(47) 中山・前掲註(1)420頁を参照。

(48) 加戸・前掲註(2)328頁を参照。ちなみに、中山・前掲註(1)420頁では、「ただ秘密性の要求と市場への影響のいずれの要素を重視するかによって、侵害の判断基準が異なってくるであろう。」と述べられており、その点に関する検討を踏まえたうえで、同文献同頁では、「しかし入試問題等を特別に扱う理由はやはり秘密保持の必要性にあると考えるほうが著作権法体系全体と整合的であろう。」と述べられている。

る⁽⁴⁹⁾。

32条1項では、「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、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内で行なわれるものでなければならない。」と規定されている。

「引用して利用することができる」との書きぶりから、その利用態様に制限はなく、複製・口述・放送等のすべての利用態様による利用が可能である⁽⁵⁰⁾。そのため、他人の著作物を引用した場合、それが適法引用である限り、たとえば、自己が執筆した論文について、それを大学等のウェブサイトで公開するために、自分自身が公衆送信の許諾を行うことができる。

そうすると、他人の著作物を試験問題に引用した場合、引用された著作物についても、試験実施後に保存しておき、作問者・関係者で共有する行為も可能であるということになる。

適法引用として認められるためには、一般的に次のような点、すなわち、①他人の著作物を引用する必然性があること、②かぎ括弧をつけるなど、自分の著作物と引用部分とが区別されていること、③自分の著作物と引用する著作物との主従関係が明確であること(自分の著作物が主体)、④出所の明示がなされていること(48条)に注意する必要があるとされている⁽⁵¹⁾。

ただし、試験という枠組みにおいて適法引用の要件を満たすことは、実際にはやや困難性を伴うものであると考えられる。というのも、上記の各要件のうち、③いわゆる主従関係の要件を満たすことができるかどうか課題となるからである⁽⁵²⁾。

この主従関係の要件については、引用して利用する側が主(メイン)であり、引用されて利用される側は従(サブ)でなければならないとされている⁽⁵³⁾。また、「…引用された著作物が引用先の著作物の中に吸収されていることが必要で、引用文が本文よりも高い存在価値を持ってはならないということになりましょう。」⁽⁵⁴⁾

ともいわれている。

試験問題に他人の著作物を利用する場合、その多くは、当該著作物を設問のための素材として取り扱うことになるだろうが、この場合のメインの要素というのは、当該著作物ということになってしまうため、主従関係が逆転してしまうことによって、この時点で主従関係の要件を満たさなくなる⁽⁵⁵⁾。

もっとも、この主従関係の要件さえ満たすことができれば、ほかの要件を満たすことはさほど難しくないと考えられる。

したがって、適法引用として成立する限り、前述のように、その利用態様には制限がないため⁽⁵⁶⁾、引用として試験を実施することができ、さらに、その試験実施後にその印刷物やオンライン・ストレージなどで作問者・関係者で共有することも、引用後の利用態様を踏まえれば、問題なく行うことができるといえる。

ちなみに、たとえば、入学試験の場合は一般的に職務著作が成立しうる⁽⁵⁷⁾。そのため、この場合にも、引用のもとで入学試験の試験実施後に試験問題を保存し、作問者・関係者で共有することが問題なく行うことができるという点には、注意が必要であろう。

2. 学校その他の教育機関における複製等(著作権法35条1項)

たとえば、大学等の学期末試験のような試験であれば、授業の過程におけるものとして、35条1項が適用される⁽⁵⁸⁾。

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

(49) 星野由雅「著作権法に基づく著作物の入学試験への利用に関する一考察」長崎大学 大学教育イノベーションセンター紀要 第6号(2015年)5～6頁を参照。

(50) 中山・前掲註(1)398頁を参照。

(51) 文化庁ウェブサイト「著作物が自由に使える場合」。なお、このウェブサイトにおいては、最三小判昭和55・3・28民集34巻3号244頁(パロディ・モニター・ジュ写真事件最高裁判決)が参照されている。(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/seidokaisetsu/gaiyo/chosakubutsu_jiyu.html)

(52) この点に関しては、星野・前掲註(49)5～6頁が参考になる。

(53) 上野・前掲註(4)160頁[谷川和幸]。

(54) 加戸・前掲註(2)303頁。

(55) この点に関しては、星野・前掲註(49)5～6頁が参考になる。

(56) 中山・前掲註(2)398頁を参照。

(57) 上野・前掲註(4)155頁[横山久芳]、同文献184～185頁[谷川和幸]を参照。

(58) この点に関して、加戸・前掲註(2)328頁では、「なお、学校等の教育機関における学期末試験などの定期考査の場合も一応本条〔筆者註：36条1項〕に該当しますが、授業の過程における試験実施と概念すれば第35条の教育機関における複製にも該当いたします。」と説明されている。

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。

試験と35条1項の関係においては、「授業の過程」における利用に供する目的かどうかが重要な要素であると考えられる⁽⁵⁹⁾。この授業の過程というのが、どの範囲までを意味しているのかについては、次の見解がある。

「例えば、大学の授業であれば、授業の期間のみならず、試験、成績発表、単位認定などの評価業務の期間が終了するまでは、大学としては「学校その他の教育機関の責任において、その管理下で教育を担任する者が学習者に対して実施する教育活動」（『運用指針』）がなされている期間といえるであろう。」⁽⁶⁰⁾

また、履修者等による予習・復習のほか、①送信された著作物の履修者等による複製、②授業用資料作成のための準備段階や授業後の事後検討における教員等による複製、③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も、授業の過程に含まれているとされている⁽⁶¹⁾。

このように、一言に授業の過程といっても、各回の授業だけでなく、その前後の段階も含まれることになる。そのため、大学等において授業の過程の間で試験を行う場合には、35条1項も適用されることになり、必ずしも36条1項である必要はない⁽⁶²⁾。ちなみに、この点に関しては、改正前の36条1項を踏まえたものであるが、「なお、校内における一斉の学力試験など大量複製をなす必要がある場合には、36条の試験における複製を援用する方がよい。35条但書きのような限定がないからである。」⁽⁶³⁾という見解もある。

上記のように、授業の過程自体にはかなり幅がもたせられているが、この授業の過程の終了後には、試験問題の取り扱いはどうなるであろうか。この点に関し

ては、参考になるとと思われる次の見解がある。

「教員がある学期の授業の過程において利用するために作成した教材を、自分だけがアクセスできるクラウド上のサーバーに保管している場合、学期が過ぎた後でも、そのクラウド上のサーバーにおいて不特定または多数の者に対して送信可能化の状態になっている場合でなければ、複製物の目的外使用(49条1項1号)に該当しない。したがって、引き続き、クラウド上のサーバーに保存しておくことができる。授業の過程が含まれる学期が終了したからといって、すぐに教材をクラウド上のサーバーから削除する必要はない。

担当予定の授業の準備のために、自分だけがアクセスできるクラウド上のサーバーに保管しておくことも、授業の過程での利用に供する目的があるといえる。」⁽⁶⁴⁾

このように、上記に鑑みると、授業の過程である授業期間中に試験を実施するために、その当日まで自己のオンライン・ストレージ上などに試験問題を保存しておき、実施日に試験を行うこと、また、成績評価の時まで保存しておくことができることに加えて、とりわけ教員の場合には、試験実施後に当該試験問題を次年度の担当授業まで保存しておくことも許容されることになるといえよう⁽⁶⁵⁾。

ただし、たとえ上記のことが許容されとしても、教員や学生等は、試験実施後に試験問題を個人的に保存し続けることはできるものの、授業の過程の終了後にはオンライン・ストレージ上などで共有し続けることは認められないことになろう⁽⁶⁶⁾。

なお、オムニバス形式の授業の場合においては、次のような見解がある。

「共有に類似した場面であるが、共同で1つの授業の各回を担当する複数の教員がいるオムニバス形式の授業において、1つのサーバー上に授業の過程で利用する教材(例えば新聞記事)をアップロードする(各回

(59) この点に関しては、加戸・前掲註(2)328頁を参照。

(60) 上野・前掲註(4)55頁[今村哲也]。

(61) 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)7頁。(https://sartras.or.jp/wp-content/uploads/unyoshishin_20201221.pdf)

(62) この点に関しては、加戸・前掲註(2)328頁を参照。

(63) 田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣, 2001年)238頁。ただし、この見解は、改正前の36条1項についてのものである。

(64) 上野・前掲註(4)56頁[今村哲也]。

(65) この点に関しては、上野・前掲註(4)55～56頁[今村哲也]より示唆を得ている。

(66) この点に関しては、上野・前掲註(4)55～56頁[今村哲也]、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲註(61)7頁より示唆を得ている。

の教材が教員間で共有できる状態になっている)のは、1つの授業の一連の過程であるとするれば、その授業の過程において利用するものといえるであろう。』⁽⁶⁷⁾

このように、上記に鑑みると、オムニバス形式の授業において試験を実施するにあたっては、授業の過程における利用を目的とするものである限り、各教員は、オンライン・ストレージ上などで試験問題を共有することができることになり、さらに、試験実施後に当該試験問題を次年度のオムニバス形式の授業のために当該授業を担当する各教員が保存しておくことについては、35条1項によって許容されることになると考えられる⁽⁶⁸⁾。

ちなみに、大学等の授業においても、試験という枠組みであれば36条1項が適用されることになるが⁽⁶⁹⁾、35条1項の場合は、とくに「授業の過程」という要件が足枷になると思われることから、35条1項よりも必要な要件が少ない36条1項のほうが、その適用によって許容される幅が広く、実際には妥当な判断になることも多いであろう⁽⁷⁰⁾。

V. おわりに

本稿では、試験実施後の試験問題の保存、とくにデジタルデータとして保存し、作問者・関係者で共有する行為に焦点をあて、36条1項の射程に関する考察を行った。また、36条1項だけでなく、試験問題に係るその他の著作権の制限規定からみた考察も併せて行った。

試験問題を試験実施後にデジタルデータとしてオンライン・ストレージ上などに保存する行為、および、そのデジタルデータを作問者・関係者で共有する行為も、36条1項の射程内で行うことができる行為であると解することができよう、ということが、本稿における要諦である。

(67) 上野・前掲註(4)53頁[今村哲也]。

(68) この点に関しては、上野・前掲註(4)53、55～56頁[今村哲也]、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲註(61)7頁より示唆を得ている。

(69) この点に関しては、加戸・前掲註(2)328頁を参照。

(70) この点に関しては、田村・前掲註(63)238頁より示唆を得ている。なお、上野・前掲註(4)82頁[今村哲也]では、「なお、初等中等教育における国語の科目のように、学力評価の試験の対象となる単元の教科書に掲載されている文章(著作物)の一部が、定期テストにそのまま利用されることが当然に予想されるような場合には、35条1項の適用はあるものの、36条の適用がない場合もあるので、注意を要する。」とも述べられている。