

授業における著作物の翻案等利用の制度設計に関する試論

齋藤 崇^(*)

大学等の授業利用の場面では、著作権の制限規定のうち、35条1項のほか、38条1項も適用される。しかし、問題は、他人の著作物をそのまま利用する場合ではなく、翻案等を行ったうえで利用する場合である。というのも、35条1項の適用が認められる場合には、その著作物について翻案等利用も許されているが(47条の6第1項1号)、他方で、38条1項には47条の6においてそういう規定が存在せず、原作のままの利用しか許されていないからである。かりに法の解釈・適用上、それが許されないとする場合、大学等の教育現場における実態と乖離し、円滑に教育活動を行うことができなくなるおそれがある。そこで、本稿では、大学等の授業利用の場面において、他人の著作物について、35条1項および47条の6第1項1号の適用によって翻案等行為を行った際に、そこで創作された二次的著作物の38条1項の適用による利用を可能とするための制度設計に関する考察を行う。

† 目次 †

- I. はじめに
- II. 授業利用に関する著作権法35条1項の解釈・適用
 1. 著作権法35条1項の立法趣旨
 2. 著作権法35条1項による利用態様
- III. 授業利用に関する著作権法38条1項の解釈・適用
 1. 著作権法38条1項の立法趣旨
 2. 著作権法38条1項による利用態様
 3. 著作権法38条1項と著作権法35条1項の関係
- IV. 考察
- V. おわりに

I. はじめに

大学等の非営利の教育機関(以下「大学等」という)では、日々、大量の著作物が利用されている。その利用方法については、著作権者の利用許諾を得て利用する場合もあるが、その多くは、著作権の制限規定(権利制限規定)の適用に基づく適法な無許諾利用の場合

が多いであろう。

著作権の制限規定のうち、著作権法⁽¹⁾35条1項は、他人が著作権を有する著作物(以下「他人の著作物」という)について、その授業利用を行う場合には、無許諾の複製・公衆送信・公衆伝達⁽²⁾を可能とする規定である⁽³⁾。

とはいえ、35条1項が可能とする無許諾利用は、その文言上、複製・公衆送信・公衆伝達を行うことができるにとどまっている。したがって、35条1項のみでは、いわずもがな、その他の利用行為(たとえば、上演・演奏・上映・口述の行為など)を行うことはできない。

そこで、大学等の授業利用の場面においては、別の著作権の制限規定として、著作権法38条1項が適用されることがある⁽⁴⁾。38条1項は、他人の著作物について、非営利・無料・無報酬の場合には、無許諾の公への上演・演奏・上映・口述を可能とする規定である。

しかし、問題は、他人の著作物をそのまま利用する場合ではなく、翻訳・編曲・変形・翻案(以下「翻案等」という)を行ったうえで利用する場合である⁽⁵⁾。というのも、35条1項の適用が認められる場合には、その著作物について翻案等利用も許されているが(47条の6第1項1号)、他方で、38条1項には47条の6

(*) 日本大学法学部 准教授

(1) 本稿では、著作権法の各条文について、以下、単に条文番号のみを示すこととする。

(2) 35条1項が可能とする無許諾利用のうち、公衆送信および公衆伝達については、平成30年一部改正により導入された利用行為である。そのため、平成30年一部改正前には原則として許されていない利用行為であった。

(3) 筆者は、35条1項に関する論考について、齋藤崇「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」日本大学知財ジャーナル Vol.15(2022年)37～50頁、齋藤崇「著作権法35条1項における「授業」の概念とその範囲」日本大学知財ジャーナル Vol.17(2024年)15～27頁を執筆してきた。

(4) たとえば、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)346頁、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)42頁[今村哲也]、作花文雄「詳解 著作権法(第6版)」(ぎょうせい、2022年)391～392頁を参照。

(5) なお、本稿の関心事項は、著作権の制限規定に係る翻案等利用に関する問題にとどまることを付言しておく。

においてそういう規定が存在せず、原作のままの利用しか許されていないからである⁽⁶⁾。

そうすると、大学等の授業利用の場面においては、文理解釈による法の解釈・適用の観点からみると、次のように少し困ったことが生じるおそれがある。

† 大学等における授業利用の一場面に係る問題 †⁽⁷⁾

他人の著作物である記事・論文などについて、授業利用として、教員はこれらの著作物を複製し、学生に配付し、その翻訳・要約をさせる行為(翻案等)や、他人の著作物である記事・論文などについて、授業利用として、教員がこれらの著作物を翻訳・要約(翻案等)したうえで複製し、学生等に配付する行為などは、35条1項および47条の6第1項1号により行うことができる。

しかし、その後、学生が翻訳・要約した記事・論文など(二次的著作物)のうち、優れたものをピックアップし、それをプロジェクタによってスクリーンに映し出し、他の学生にも見せる行為(上映)や、教員が自身で記事・論文などを翻訳・要約して作成した授業資料(二次的著作物)について、同様にプロジェクタによってスクリーンに映し出し、学生等に見せる行為(上映)などには、その原著物である他人の著作物との関係においては、38条1項が適用されず、許されないことになってしまう。

このように、35条1項および38条1項の文理解釈上はそう解するほかない一方で、このような想定事例

は、大学等の授業利用形態としては、おそらくは一般的に広く行われていると考えられる。とすれば、かりに法の解釈・適用上、このような利用行為が許されないとする場合、大学等の教育現場における実態と乖離し、円滑に教育活動を行うことができなくなるおそれがある⁽⁸⁾。

そこで、本稿では、大学等の授業利用の場面において、他人の著作物について、35条1項および47条の6第1項1号の適用によって翻案等行為を行った際に、そこで創作された二次的著作物の38条1項の適用による利用を可能とするための制度設計に関する考察を行う⁽⁹⁾。

II. 授業利用に関する著作権法35条1項の解釈・適用

1. 著作権法35条1項の立法趣旨⁽¹⁰⁾

まず、35条1項の立法趣旨について紹介し、その立法・存在意義についてみていくこととする。

† 加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』†⁽¹¹⁾

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を担当する者及び授業を受ける者がその授業の過程における利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認めることとしたものであります。

- (6) この点について、加戸・前掲注(4)346頁は、「…本項の規定による利用の場合は、第47条の6の翻訳・編曲・翻案等の規定は適用されないということでありまして、したがって、非営利上演等として利用が認められるのは、原作のままの利用だけであります。…小説を脚色して演出する場合には、原作者から第27条の翻案権の許諾を得る必要があります。また、音楽の著作物、特に軽音楽のたぐいになりますと、原作品のままではなく、相当程度にアレンジして演奏することがございますが、場合によっては、第27条の編曲権が問題となることも考えられます。…建前として、本項の場合には、翻訳・編曲・翻案等の二次的な利用が認められていないことにご注意いただきたいと思っております。」とする。
- (7) 本事例を作成するにあたり、田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001年)201頁、半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール 2第2版[26条～88条]』(勁草書房、2015年)356～357頁(本山雅弘)、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)5～6、21～22頁(https://sartras.or.jp/wp-content/uploads/unyoshishin_20201221)、加戸・前掲注(4)50、219～220、319～327、342～346、426頁、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]、165～166頁[谷川和幸]、作花・前掲注(4)391～392頁、高林龍『標準 著作権法[第5版]』(有斐閣、2022年)192～193頁、小泉直樹・茶園成樹・蘆立順美・井関涼子・上野達弘・愛知靖之・奥邨弘司・小島立・宮脇正晴・横山久芳『条解 著作権法』(弘文堂、2023(令和5)年)454～468頁[奥邨弘司]、477～480頁[茶園成樹]、中山信弘『著作権法[第4版]』(有斐閣、2023年)449頁より着想を得ている。なお、本事例では、「要約」についても翻案等に含まれるとしているが、この点について、加戸・前掲注(4)50頁は、「長い文章を短くダイジェストする行為」を二次的著作物の翻案の例とし、同文献219頁は、「ダイジェストの形で翻案権が働くときには、論文等の学術的著作物も対象となります。」とし、同文献220頁は、「ダイジェスト(要約)という形である程度の長さの著作物を短く縮めるという行為は翻案に該当します」とする。
- (8) もっとも、本稿の問題意識に関する裁判例や教育現場の声などはとくにない。そのため、このような想定事例は、教育現場ではとくに問題とされずに実務として運用されてきたのかもしれない。しかし、本稿の問題意識は、実務的な観点よりも法律論の観点からみるときの制度設計に問題がある点に帰趨する。くわえて、本稿の問題意識には、教育現場における無用な侵害訴訟の可能性を排除しようとする点についても含まれる。
- (9) 本稿の問題意識に関する着想は、注(7)に示した各文献の該当頁の記述によるところが大きい。なお、大学等の授業利用(とくに音楽)に関して、35条1項および38条1項の両方の観点から検討する文献として、新井恵美「学校における音楽利用と著作権—著作権法35条1項、38条1項を中心に—」宇都宮大学教育学部紀要第65号(平成27年(2015))137～141頁がある。
- (10) 35条1項の立法趣旨については、筆者のこれまでの論考においても紹介しているが、改めて紹介し、確認しておく。
- (11) 加戸・前掲注(4)321頁。

†半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール2
第2版[26条～88条]』†⁽¹²⁾

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。

†小泉直樹・茶園成樹・蘆立順美・井関涼子・上野達弘・愛知靖之・奥邨弘司・小島立・宮脇正晴・横山久芳『条解 著作権法』†⁽¹³⁾

本条は、学校などの非営利の教育機関で行われる教育の公益性に鑑み、教育活動に関連して必要となる著作物の利用行為のうち、他の権利制限規定によっては適法化されないものを中心として、その利用を適法化するものである…。

これらの立法趣旨に係る説明に鑑みると、35条1項の立法・存在意義というのは、そもそも教育というのは、単なる私益にとどまらない公益の概念を含むものとして社会にとって必要不可欠なものであり、実際に教育活動を行う大学等においては、他人の著作物を利用することが必要不可欠になることから、35条1項は著作権の制限規定として存在しているのである、とも解されよう⁽¹⁴⁾。

したがって、35条1項は、教育という公益的側面⁽¹⁵⁾から、さらには国家的・社会的要請⁽¹⁶⁾によって存在しているものであると解することができよう。

2. 著作権法35条1項による利用態様

前述のように、35条1項は、他人の著作物について、大学等の授業利用の場面において適用されるものであり、その利用態様として複製・公衆送信・公衆伝達を行うことを可能とする。もっとも、その利用態様は、何も原作のままの利用のみに限られるものではない。というのも、35条1項の文言上は原作のままの利用しか読み取ることができないところ、著作権の制限規

定に係る「翻訳、翻案等による利用」として存在する47条の6の規定も適用されるからである。

47条の6は、その第1項1号において、35条1項については「翻訳・編曲・変形・翻案」による利用も許される旨規定する。したがって、35条1項が適用される場合には、他人の著作物について、原作のままの利用(複製・公衆送信・公衆伝達)のほか、その二次的著作物による利用(翻訳・編曲・変形・翻案)を行うことも許されることになる。

さて、この47条の6の立法趣旨に関しては、次のように説明されている。

†加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』†⁽¹⁷⁾

本条は、第30条から第47条の5までの著作権制限規定によって著作物の利用が認められる場合において、それぞれの権利制限規定の趣旨に応じて、著作物を翻訳・編曲・変形又は翻案して利用することを認めたものであります。

†小倉秀夫・金井重彦編『著作権法コンメンタール(改訂版)Ⅱ』†⁽¹⁸⁾

30条ないし47条に定める方法での著作物の利用においては、その趣旨等から、当該著作物に一定の創作性を加えたうえでの利用をも著作権者の許諾なしに自由に利用できることとしたほうがよいものも少なくない。このため、特定の利用方法については、一定の創作性を加えたうえでも自由利用することを可能とすることにしたのが本条である。

これらの立法趣旨に係る説明に鑑みると、47条の6の立法・存在意義というのは、30条以下の各著作権の制限規定が規定する利用行為を原則としながらも、特定の利用行為については、その著作権の制限規定の趣旨・性質なども考慮したうえでその翻案等利用も許容しようとするところにある、とも解されよう⁽¹⁹⁾。

また、この47条の6第1項による二次的著作物については、47条の6第2項において、「第1項各号の規定により原著物を利用することができる場合には、第1項の規定を受けて創作された二次的著作物に關す

(12) 半田ほか編・前掲注(7)290頁[茶園成樹]。

(13) 小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]。

(14) この点については、半田ほか編・前掲注(7)290頁[茶園成樹]、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]より着想を得ている。

(15) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]より着想を得ている。

(16) この点については、半田ほか編・前掲注(7)290頁[茶園成樹]より着想を得ている。

(17) 加戸・前掲注(4)423頁。

(18) 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)364頁[小倉秀夫]。

(19) この点については、加戸・前掲注(4)423頁、小倉ほか編・前掲注(18)364頁[小倉秀夫]より着想を得ている。

る原著者の権利(第28条に規定する権利)も、第1項各号に掲げる各個別の権利制限規定における対象著作物とみなして、制限されることが規定されて]いる⁽²⁰⁾。

そこで、35条1項が適用される大学等の授業利用の場面において、二次的著作物の創作に該当する行為について考えてみると、およそ次のような行為が想定される。

† 授業利用に伴う他人の著作物に係る二次的著作物の創作例†⁽²¹⁾

- ・ 外国語の原書の一部分を複製し、日本語に翻訳する行為
- ・ 記事・論文などを翻訳・要約し、それをもとに授業資料としてスライド・レジュメなどの作成を行う行為

何気なしにあげてみたものの、これらの行為については、大学等の授業利用の場面においては、よく行われていることではなかろうか。原作のままの利用にとどまらず、授業内容によってはむしろ二次的著作物の創作行為のほうが多いことでさえありうる。そうすると、授業利用の場面とはいえ、実際に利用する教員・学生等が自覚しているかどうかにかかわらず、意外なほど授業と二次的著作物の関係は深いものがあるといえよう。

ところで、35条1項および47条の6第1項1号が適用され、翻案等により二次的著作物を創作したとしても、これらの規定によりその二次的著作物との関係において行うことができる行為は、あくまでも35条1項が規定する複製・公衆送信・公衆伝達の行為に限られている。

そうすると、大学等の授業利用における二次的著作物については、およそ次のような行為が許されることになる。

† 二次的著作物としての授業利用例†⁽²²⁾

- ・ 記事・論文などを翻訳・要約し、学生等に配付する行為
- ・ 記事・論文などを複製し、学生等に配付し、翻訳・要約させたのち、その模範解答となるようなものをピックアップして複製し、再度、学生等に配付する行為
- ・ 記事・論文などを翻訳・要約し、クラウド・サーバなどのインターネットを利用して学生等に配信する行為
- ・ 記事・論文などを翻訳・要約し、スライド・レジュメなどに貼りつけて授業資料を作成し、その授業資料をクラウド・サーバなどのインターネットを利用して学生等に配信し、またはその授業資料を用いてオンライン授業を行う行為

再度、何気なしにあげてみたものの、これらの行為についても、大学等の授業利用の場面においては、やはりよく行われていることではなかろうか。

いずれにしても、これらの行為は、35条1項および47条の6第1項1号が適用されることにより、複製・公衆送信・公衆伝達のカテゴリーで行うことができるものである。

しかし、大学等の授業利用という場面において適用される著作権の制限規定というのは、何も35条1項に限られるものではなく、前述のように38条1項も適用されることもある⁽²³⁾。まさに、これが次なる論点である。というのも、38条1項の利用態様としては、上演・演奏・上映・口述の行為のみであることにも起因するからである。

ちなみに、旧法から現行法に改正されるにあたって35条が制定されたが⁽²⁴⁾、35条にいわゆる無形複製(演奏・上映など)を規定しなかった理由⁽²⁵⁾については、次のようにいわれている。

(20) 加戸・前掲注(4)426頁。

(21) 本事例を作成するにあたり、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)5～6、21～22頁、加戸・前掲注(4)50、219～220、319～327、424頁より着想を得ている。なお、本事例でも、「要約」についても翻案等に含まれるとしているが、この点について、加戸・前掲注(4)50頁は、「長い文章を短くダイジェストする行為」を二次的著作物の翻案の例とし、同文献219頁は、「ダイジェストの形で翻案権が働くときには、論文等の学術的著作物も対象となります。」とし、同文献220頁は、「ダイジェスト(要約)という形である程度の長さの著作物を短く縮めるという行為は翻案に該当します」とする。

(22) 本事例を作成するにあたり、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)5～6、21～23頁、加戸・前掲注(4)50、219～220、319～327、424頁より着想を得ている。なお、本事例でも、「要約」についても翻案等に含まれるとしているが、この点について、加戸・前掲注(4)50頁は、「長い文章を短くダイジェストする行為」を二次的著作物の翻案の例とし、同文献219頁は、「ダイジェストの形で翻案権が働くときには、論文等の学術的著作物も対象となります。」とし、同文献220頁は、「ダイジェスト(要約)という形である程度の長さの著作物を短く縮めるという行為は翻案に該当します」とする。

(23) たとえば、加戸・前掲注(4)346頁、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]、作花・前掲注(4)391～392頁を参照。

(24) このあたりの改正経緯については、半田ほか編・前掲注(7)291～293頁[茶園成樹]を参照。

(25) 伊藤正己・菊井康郎・佐野文一郎・野村義男・山本桂一「新著作権法セミナー」ジュリストNo.474(1971年)127頁。

■無形複製は三八条で

野村 ここでいっていることは、有形複製だけです。教室の中で歌をうたったり、映画を見せたり、そういうことは自由であるとか自由でないとかという条文はないのですが、その点は……。

佐野 それは一般に三八条の「営利を目的としな
い上演等」のほうで読めるということですよ。

野村 三八条でいくのか、あるいは演奏とか上演
というのは、公の何とかなるかどうかなるから
か。

佐野 パブリック・パフォーマンスにならないと
いう議論はあり得るでしょうが、そっちのほうは
ちょっとあぶないですね。

野村 あぶない。何か教室かだけのことにしぼっ
て考えると、有形複製も無形複製も書いておいた
ほうが良いという気がするのです。無形複製のほうは、
収入を得ない、純益をあげない興行ならいいのだと
いう条文のほうに持っていくのは、やや離れている
ような気がするのです。だから文部当局として教育
に御熱心であれば、一緒に考えて書いておいたほう
がよくなかったか。

■無形複製を規定することの難しさ

佐野 その辺をかりに書くと、パブリックかパブ
リックでないかの判断の基準をどうしても示さな
ければならないことになるし、イギリス法がやって
いるように、先生と生徒だけでなければいけない、
聴衆に親が入ってもいいとかその辺の議論が出て
きてしまうので、それよりはやはり三八条でほかの
ものと一緒に扱えば、かりにパブリックになっても
教えるわけだし、パブリックにならないものはも
と問題にならないということになります。

伊藤 これも解釈の基準としては、なるべくしぼ
ろうというような解釈なんですよ。

佐野 著作権の制限の規定全部についてそうです。
疑わしければ狭く解してくれということですよ。

この発言に鑑みると、35条に有形複製も無形複製

も規定しておいたほうがよいとする見解(野村義男発
言)がある一方で、あえて35条には規定せず、38条1
項を適用することができるとする見解(佐野文一郎発
言)があったようである⁽²⁷⁾。とすれば、よりその判断
を行いやすい方策として授業利用の場面においては、
38条1項にその根拠を求めようとしていたことがう
かがえよう。

なお、現行法の立法において、もし無形複製の規定
についても35条に規定されていたとしたならば、本
稿の問題意識に関する論点は生じ得なかったと考えら
れる。かりに35条1項に無形複製を許容する規定が
あれば、すでに47条の6(かつては43条)により翻案
等利用が許されていることからいえるように、翻案
等利用も含むものとして扱われていたと考えられる
からである。

Ⅲ. 授業利用に関する著作権法38条1項の解釈・適用

1. 著作権法38条1項の立法趣旨

まず、38条1項の立法趣旨について紹介し、その
立法・存在意義についてみていくこととする。

†半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール2
第2版[26条～88条]』(38条全体について)†⁽²⁸⁾

…本条の一般法的な特色は、その権利制限の趣旨
が、著作物利用に関する特定の当事者に限定された
社会的目的や保護対象の特殊性に対する配慮にでは
なく、より一般的な公益的な利用利益なり公共の福
祉の確保に求め得ることに起因している。すなわち
本条の趣旨は、著作物の利用に係る伝統的な慣習や
公共の福祉といった一般的公益と、著作物の利用独
占に関する著作者の私益との間の緊張・衝突関係を、
特定の要件事実(利用態様の特色)が充足する場面で、
権利の効力を制約して、当該公益を優先させるとい
う方法で調整する点にある。換言するならば、その
ような、著作者の私益に優越すべき公益を認め得る
著作物利用の場面を規定しているのが、本条という
ことになる。

(26) 伊藤ほか・前掲注(25)127頁。

(27) 伊藤ほか・前掲注(25)127頁を参照。

(28) 半田ほか編・前掲注(7)339頁(本山雅弘)。

†半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール2
第2版[26条～88条]』(38条1項について)†⁽²⁹⁾

本項は、公表された著作物に関し、上演等の無形の利用行為をめぐる公益を、著作者の私益に優先して保護するものである。例えば、学校の学芸会での学童による演劇披露や、教室での教師による詩歌の朗読なり教育用ビデオの上映、あるいは、外国元首の来日時における自衛隊による歓迎楽曲の演奏が行われる場合、そのことにより、学童の情操教育・創造性教育に効果が期待され、あるいは、わが国のより良い外交関係の構築への寄与が期待される。そこには、教育や外交上の公益を認めることができる。そこで、公表された著作物の上演等の利用態様に関して、営利を目的とせず、視聴者から入場料等の対価が徴収されず、かつ、利用行為の主体である実演家なり口述者に報酬が支払われないとの要件を設けることにより、そうした公益的な利用場面を抽出し、無許諾・無償の上演等の行為(上演、演奏、上映または口述)を許容してその公益を確保しようとするのが1項である。

†小倉秀夫・金井重彦編『著作権法コンメンタール(改訂版)Ⅱ』†⁽³⁰⁾

本条は、一定の著作物の利用については営利を目的とせず、かつ、聴衆等から料金を受けない場合には、著作権者の許諾を得ることを要しない旨を規定したものである。これは、教育機関や地域での教育文化活動が円滑になされるようにする必要があり、また、非営利かつ無料で行われるならば、通常大規模なものではなく、また、頻繁に行われることもないから、著作権者に大きな不利益を与えないと考えられたためである。

これらの立法趣旨に係る説明に鑑みると、38条1項の立法・存在意義というのは、「著作者の私益に優越すべき公益を認め得る著作物利用の場面を規定している」⁽³¹⁾という見解があるように、著作物の利用に係る利益において著作者・著作権者の私益と著作物の利用者の公益を比較し、その公益的側面から著作物の利

用を優先することにより、その観点から著作物の利用を認めようとするところにある、とも解されよう⁽³²⁾。

したがって、38条1項は、何かしらの限定された利用場面ではなく、より一般的な公益的側面に起因する点において存在しているものであると解することができよう⁽³³⁾。とすれば、38条1項が適用される利用場面というのは、基本的にはかなり公益性の程度が高い場面であるということがうかがえよう。

2. 著作権法 38 条 1 項による利用態様

前述のように、38条1項は、他人の著作物について、非営利・無料・無報酬の要件を満たす場合、その利用態様として公への上演・演奏・上映・口述を行うことを可能とする。ただし、38条1項によっては複製についてはもちろん、公衆送信についても行うことはできない。

さて、38条1項が適用される行為については、およそ次のような行為があるとされている。

†38条1項が適用される著作物の利用行為の想定例†⁽³⁴⁾

- ・上演：学校の学芸会
- ・演奏：同好の士の野外音楽会・消防庁音楽隊の入場行進演奏
- ・上映：映画コンクールの試写会
- ・口述：教室における教科書朗読

他方で、実際の授業利用の場面では、およそ次のような利用も(ある意味において当然のごとく)行われていることも多いのではなかろうか。

†大学等の授業における翻案等利用の上演等の想定例†⁽³⁵⁾

- ・上演：演劇系の授業において小説の内容を脚色して演じる行為
- ・演奏：クラシック音楽をジャズ・ロック風にアレンジ(編曲)して演奏する行為
- ・上映：記事・論文などを翻訳・要約したものをプロジェクタによってスクリーンに投影する行為
- ・口述：日本語の小説を英訳して音読する行為

(29) 半田ほか編・前掲注(7)339～340頁[本山雅弘]。

(30) 小倉ほか編・前掲注(18)177～178頁[古田利雄]。

(31) 半田ほか編・前掲注(7)339頁[本山雅弘]。

(32) この点については、半田ほか編・前掲注(7)339～340頁[本山雅弘]より着想を得ている。

(33) 半田ほか編・前掲注(7)339頁[本山雅弘]を参照。

(34) 加戸・前掲注(4)346頁。

(35) 本事例を作成するにあたり、半田ほか編・前掲注(7)356～357頁[本山雅弘]、加戸・前掲注(4)346頁、高林・前掲注(7)193頁、中山・前掲注(7)449頁より着想を得ている。

しかし、38条1項の上演・演奏・上映・口述の行為は、その翻案等利用について47条の6において規定されていないことから、いずれも原作のままの利用しか許されていない⁽³⁶⁾。それゆえ、対面授業において、38条1項によらずして翻案等利用を行おうとする場合には、少なくとも対面授業に係る困難性の1つになるおそれがある。

他方で、(逆に不都合な感じは否めないが)オンライン授業の場合には、公衆送信を行うことができるため、35条1項をそのままストレートに適用し、利用することができる⁽³⁷⁾。

このようにみえてくると、オンライン授業よりも対面授業のほうが、実のところ法的には許される行為が制限され、その範囲が狭まっているという見方にもなってしまう。

話を戻して、38条1項が上演・演奏・上映・口述の行為について、そもそも原作のままの利用にとどめた背景に関しては、次のように説明されている。

†加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』†⁽³⁸⁾

第38条第1項については、非営利目的であっても原則のままの利用行為だけに限定しなければ条約上問題があることから…本条(筆者注:47条の6)では規定されておられません。

このように、38条1項の利用態様が原作のままの利用のみである背景には、条約上の問題があるとされている⁽³⁹⁾。

この条約はベルヌ条約であるところ、そのブラッセル改正会議におけるいわゆる小留保が関係している点⁽⁴⁰⁾についても、看過することはできないと考えられる。

さて、ベルヌ条約におけるこの小留保の意義に関しては、次のように説明されている。

†半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール 第2版[26条～88条]』(小留保の意義について)†⁽⁴¹⁾

公益保護の観点から権利濫用の懸念に発する上演権・演奏権に対する制約なり制限規定導入をめぐる議論は、ローマ改正会議に始まりブラッセル改正会議での討議の結果、国内法での個別対応の可能性を示唆する小留保に結実したわけである。この小留保は、表面的には、上演権・演奏権に対する明文の制限規定の不承認の結果にほかならないが、その不承認の事実には、ベルヌ条約の積極的な意図を読み込もうとするのであれば、それは小留保の意図を見誤ることになる。小留保の意義、それは、公益保護の観点から、上演権・演奏権の排他性を否定しそれを単なる債権的な報酬請求権等と構成すべきとの発想、あるいは、排他性を承認しても権利の中身を制約しようとの発想は、著作物の利用をめぐる各国に固有の伝統的習慣と切り離して論ずることはできないものであるから、そうした発想を条約の統一的ルールとして一般化することは困難と考える点にある。著作物の上演と演奏をめぐるさまざまな伝統的習慣を背景に、さまざまな様相を呈する各国の公益について、その保護を定型的に規範化することは条約に馴染まないとの消極的意図が、小留保の意味するところである。

したがって、小留保を国内法に表現し直した権利制限の規定が、国内の伝統的習慣に根差した公益保護の要請に合致するものである限り、たとえベルヌ条約が明文の権利制限の規定をもたないとしても、その国内法規定はベルヌ条約に抵触しないと解すべきである。言い方を換えれば、国内法の制限規定が、著作者の私益に優越すべき公益を認め得る範囲を超えて権利制限の効果を及ぼすような解釈を許すとなれば、そうした規定と解釈とは、ベルヌ条約と適合しないこととなる。

(36) この点について、加戸・前掲注(4)346頁は、「…本項の規定による利用の場合は、第47条の6の翻訳・編曲・翻案等の規定は適用されないということでありまして、したがって、非営利上演等として利用が認められるのは、原作のままの利用だけであります。…小説を脚色して演出する場合には、原作者から第27条の翻案権の許諾を得る必要があります。また、音楽の著作物、特に軽音楽のたぐいになりますと、原作品のままではなく、相当程度にアレンジして演奏することがございますが、場合によっては、第27条の編曲権が問題となることも考えられます。…建前として、本項の場合には、翻訳・編曲・翻案等の二次的な利用が認められていないことにご注意いただきたいと思っております。」

(37) もちろん、35条1項を利用した公衆送信であるので、35条2項により補償金の支払い義務が生じる(授業目的公衆送信補償金制度)。

(38) 加戸・前掲注(7)426頁。

(39) 加戸・前掲注(7)426頁を参照。

(40) 半田ほか編・前掲注(7)345、350～352頁(本山雅弘)を参照。

(41) 半田ほか編・前掲注(7)351～352頁(本山雅弘)。

ここで、以上を総じて、小留保に結実したベルヌ条約の議論から解釈論上の示唆を得るならば、次のように整理することができる。①上演権・演奏権に対する制約論は公益保護の要請に由来する。②公益保護の要請は権利の性質論にも及び得るほどの強い要請である。③したがって、ベルヌ条約が同権利を排他的権利と構成しているとしても、国内法の解釈として公益保護を根拠とする権利の内在的制約論を説くことは、ベルヌ条約の観点とも矛盾しない。④とはいえ、公益を基礎とする制約であるだけに承認されるべき制約内容は自ずと限定されている。⑤公益を根拠とする権利の内在的制約論は、上演権・演奏権のみならず、放送権・放送の伝達権、口述権、録音物の演奏権それに上映権にも妥当し得る。⑥したがって、これらの権利の制限に関する国内法の規定は、著作者の私益に優越すべき公益を基礎とする限りで、限定的に設けられかつ厳格に解釈されるべきである。

この小留保に関する見解に鑑みると、ベルヌ条約の解釈論における小留保の意義は、著作者・著作権者の私益よりも公益が優先されるような場合には小留保の考え方に合致するものとして、ベルヌ条約の解釈に適合しうるものであると捉えることができるところにある、とも解されよう⁽⁴²⁾。

もっとも、その際には、その解釈論自体も限定的かつ厳格に解釈される必要があるし⁽⁴³⁾、実のところ、そもそも翻案等利用については確認されていないこと⁽⁴⁴⁾に鑑みても、いまだ議論・検討すべき余地があるように思われる。

話を戻して、38条1項に係る翻案等利用に関しては、学説上、次のような見解がある。

†半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール2 第2版[26条～88条]』†⁽⁴⁵⁾

…本条で自由利用が許容されるのは、著作物の原作のままの利用である。著作権法43条(筆者注：現47条の6)の各号によれば、著作物を翻案したうえ

で利用する行為は、本条の自由利用の対象とされていない。例えば、学校の学芸会で学童が原作小説を脚色して上演する場合など、著作物を翻案したうえでの利用は許容されるものではない。この点につき、翻案について原作利用と同様の自由を許さない合理的理由の存在を疑問視する見解もある⁽⁴⁶⁾。ここで、吟味すべきことは、翻案利用についてまでも、無許諾・無償という著作権の全否定を正当化し得るような、著作者の私益に優越すべき公益の存在である。例えば、学芸会における学童の翻案作業が、原作小説の深い理解とそれを基礎とするさらなる創造行為の発揮において、情操・創造性教育の促進等の観点から社会的に重要な公益を備えるものと認め得る場合であれば、当該翻案行為を促すためにも、その翻案後の自由な利用行為を許容すべきとする考え方はあり得よう。もっとも、そのような制度を具体化するに際しては、自由翻案を許容する公益的な利用場面を導く要件をいかに構成すべきか、そして、権利制限の手法を無許諾・無償と無許諾・有償のいずれかにすべきかの検討も要されよう。

†作花文雄『詳解 著作権法(第6版)』†⁽⁴⁷⁾

…著作者人格権については別途の問題があるとしても、本条の利用において、原作のままの利用に限定し、例外が許されないとするだけの合理的な理由が何であるのか疑問なしとしない。翻案等を許容すれば条約との抵触問題があるなどの所見もあるが(加戸・逐条講義6訂333頁、同7訂426頁)、制度設計としては問題がある。上演、演奏など無形的利用の権利制限については、ベルヌ条約上明文で規定されておらず、「小留保(minor reservations)」として許容されることが1948年のブラッセル改正会議で確認されているが、翻案利用については確認されていない。当該著作物の利用実態に照らし、権利者の利益を害さないと認め得るものについて、過度に自己抑制して法制を現実離れのものにしないようにする必要がある。

(42) この点については、半田ほか編・前掲注(7)351～352頁(本山雅弘)より着想を得ている。

(43) 半田ほか編・前掲注(7)351～352頁(本山雅弘)を参照。

(44) 作花・前掲注(4)392頁を参照。

(45) 半田ほか編・前掲注(7)356～357頁(本山雅弘)。

(46) 作花文雄『詳解 著作権法(第4版)』(ぎょうせい、2010年)367頁、田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001年)205頁。なお、これらの文献は、本稿が引用する半田ほか編・前掲注(7)356頁(本山雅弘)において引用されているものであるため、併せて表記しておく。

(47) 作花・前掲注(4)392頁。

† 田村善之『著作権法概説 第2版』†⁽⁴⁸⁾

38条1項に該当するとしても、そのままの形で使用することができるだけで、翻案をなすことはできない(43条参照)(筆者注:現47条の6)。その趣旨、分明ならざるものがあるが、小説や漫画の舞台化や映画化等、未開拓の市場に最初に手を着ける機会を著作権者に保障したというところにもでも求めるしかないであろう。そうだとすると、長い演劇の一部をカットして上演する場合など、同じジャンル内で翻案される分には、特に咎め立てをすることもないと解されることになる(著作者人格権の問題は別途考えなければならない)。

† 中山信弘『著作権法〔第4版〕』†⁽⁴⁹⁾

翻訳・翻案利用を認めている47条の6各号には、38条は掲げられていないので、文理解釈からすれば、38条により認められる利用とは、著作物をそのままの形で利用する場合であり、翻案利用は認められないことになる。しかし、現実には学校の公開学芸会においては、子供である実演者に応じて簡易化したり⁽⁵⁰⁾、時間の都合で一部省略したりすることは日常的行われていることであり、そのような場合に翻案を認めないのは余りにも問題が大きすぎる⁽⁵¹⁾。

† 高林龍『標準 著作権法〔第5版〕』†⁽⁵²⁾

たとえば学園祭などで演奏や上演を行う場合に、長時間の演劇を短縮したり、あるいは演じるに際してアレンジ等を加えたり、楽章を省略して演奏することなどが許容されるか否かが問題になる場合がある。しかし、無形の複製に際して表現の改変等を伴う場合であってもその過程に創作性が認められない場合には、上演や演奏に含まれることは前述のとおりであるから、脚本を単純に短縮化したり圧縮して上演する行為や、楽章を省略して演奏することは本条1項によって許容されると解される…。また、実演家が演じるに際して行われる演技上の工夫にとどまる範囲内であれば、これは新たな創作と評価さ

れるものではなく、演劇の著作物の伝達行為として上演に含まれると解することができるだろう。

これらの学説の見解に鑑みると、38条1項に係る翻案等利用については、必ずしもそのことを否定しているわけではなく、翻案等利用の可能性を模索したり、その議論や検討の余地を残したりしていることがうかがえよう。

したがって、38条1項の利用態様に関する解釈論というのは、すでに一義的かつ硬直的に定まっているものであるともいいきれないであろう。もっとも、その解釈論を検討するにあたっては、38条1項において原作以外の翻案等利用を許容しうだけの積極的な理由が必要になると考えられる。

3. 著作権法38条1項と著作権法35条1項の関係

そもそも、著作権の制限規定は、そのいずれか1つでも適用することができれば、無許諾利用が許されることになるが、その著作権の制限規定どうしには優劣関係はなく、したがって、同一の場面においては複数の著作権の制限規定が適用されることもある⁽⁵³⁾。

もっとも、それは著作権の制限規定が適用可能な利用場面によって異なることから、大学等の授業利用の場面においては、38条1項および35条1項は、その両方が段階的に適用されることもある⁽⁵⁴⁾。

† 38条1項および35条1項の段階的な適用例†⁽⁵⁵⁾

…保存した動画をスクリーンに上映する場合、35条で複製権に関する権利制限の適用を受け、次に38条1項…に基づき上映権や演奏権の権利制限の適用を受けるという具合に、複数の制限規定の段階的な適用を受けるという理解によって適法に行いうる。

とはいえ、大学等の授業利用の場面においては、35条1項とはそもそも適用要件が異なる38条1項が適

(48) 田村・前掲注(7)205頁。

(49) 中山・前掲注(7)449頁。

(50) この点について、中山・前掲注(7)449頁は、その注釈181において、「例えば学年に応じて難易度を下げる行為。」をあげている。そのまま引用した都合上、併せて表記しておく。

(51) この点について、中山・前掲注(7)449頁は、その注釈182において、田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣,2001年)205頁をあげている。そのまま引用した都合上、併せて表記しておく。

(52) 高林・前掲注(7)193頁。

(53) 上野編・前掲注(4)165頁[谷川和幸]を参照。

(54) たとえば、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]、同文献165頁[谷川和幸]を参照。

(55) 上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]。

用されないということも当然ありうるし、その逆も然りであろう。

ところで、38条1項および35条1項の2つの著作権の制限規定は、絶対的に独立したものかといえば、必ずしもそうとはいえないように考えられる。というのも、35条自体については、38条1項の影響を受けているといえるからである。この点については、平成15年一部改正時に導入された、いわゆる遠隔合同授業のための公衆送信の規定にみることができる。

平成15年一部改正より、35条にその2項として導入された遠隔合同授業のための公衆送信の規定は、次のとおりである。

† 35条2項(平成15年一部改正時・平成30年一部改正前) †

(学校その他の教育機関における複製等)

第三十五条 (略)

2 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、当該授業を受ける者に対して当該著作物とその原作品若しくは当該複製物を提供し、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、送信可能化を含む。)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。(筆者注：下線は筆者による)

このように、平成15年一部改正時の規定に鑑みると、38条1項の規定が可能とする行為については、遠隔合同授業という場面に限られるものの、35条自体にも影響していることがみえてくるといえよう。

また、平成15年一部改正において、前述のように35条2項の規定を導入した経緯に関しては、次のように説明されている。

† 加戸守行『著作権法逐条講義 六訂新版』†⁽⁵⁶⁾

第2項は、「主会場」での授業が「副会場」(公衆)に同時中継(公衆送信)されている場合に、主会場で用いられている教材を、例外的に権利者の許諾を得ずに、副会場向けに「送信」できる旨を定めたものであります。

本項は、平成15年の法改正により新たに規定されたものでありますが、改正前の著作権法第35条では、授業での教材としての使用を目的として例外的に無許諾で著作物を利用できる場合の利用態様は、「複製」と「譲渡」に限定されていました。しかしながら、様々な情報通信技術を活用した教育活動が種々の教育機関によって展開されつつあり、例えば、大学・学校等の「遠隔授業」や「合同授業」等での授業の中継等において、離れた場所の学習者等(公衆)に対して、主会場で複製・配布・提示等された教材などを、衛星通信・インターネット等により送信することが必要とされるようになっていました。このため、営利を目的としない教育機関で、「主会場」での授業が「副会場」(公衆)向けに同時中継(公衆送信)されている場合に、主会場で用いられている教材を、例外的に権利者の許諾を得ずに、副会場向けに公衆送信できることとしたものであります。

このように、平成15年一部改正時の35条2項は、情報通信技術(ICT)の発達により、大学等の授業形態が1つの教室内で展開されることにとどまらない、さまざまなかたちで展開されていることに対応した規定であることがうかがえよう⁽⁵⁷⁾。したがって、(むろん憶測の域を出ないが)実際に授業が実施されている場所とそこから離れている場所であったとしても、そこに同時性(リアルタイム性)⁽⁵⁸⁾があり、そのカテゴリ内で実施されている限り、教室内というリアルな場で実施されているものと同じものとしてみなすこととした規定のように解することもできそうではあろう⁽⁵⁹⁾。

さて、平成30年一部改正後の35条1項は、その利用行為として公衆送信を行うことも可能とするが、35条1項を利用して公衆送信を行う場合、35条2項に

(56) 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)284頁。

(57) この点については、加戸・前掲注(56)284頁より着想を得ている。

(58) たとえば、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)21～22頁は、「許諾不要、無償で著作物を利用できると考えられる例」の公衆送信として、「リアルタイム遠隔合同授業」の例を記載する。この記載は、遠隔合同授業にリアルタイム性があることを示すものであると考えられる。また、文化庁長官官房著作権課「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)29頁は、平成15年一部改正時の35条2項の条件の1つとして、「生で中継される授業を受信地点で「同時」に受ける者への送信であること」とする。

(59) この点については、加戸・前掲注(56)284頁、加戸・前掲注(4)326～327頁より着想を得ている。

より著作権者に対して補償金の支払い義務が生じる(授業目的公衆送信補償金制度)。

他方で、授業目的公衆送信補償金制度の適用可否は、公衆送信を行った場合に限られるので、いくつかの場合ではそもそも補償金の支払い義務が生じないこともある。たとえば、次のような場合があげられる。

† 授業目的公衆送信補償金制度とは無関係の行為例†⁽⁶⁰⁾

- ・ 対面授業において、記事・論文などを複製し、学生等に教室内でその複製物(印刷物)を配付する行為(複製・譲渡)
- ・ 対面授業において、動画共有サイトにアクセスし、学生等に教室内で見せるためにその動画をスクリーンに映し出して見せる行為(公衆伝達)⁽⁶¹⁾
- ・ 対面授業において、そこで使用した授業資料・講義映像を遠隔合同授業等(同時中継)で他の会場に送信する行為(いわゆる遠隔合同授業)⁽⁶²⁾

このように、公衆送信に該当しなければ、原則として補償金の支払い義務は生じないことになるが、遠隔合同授業の場合には少々事情が異なる。というのも、遠隔合同授業の場合、一方の教室等において学生等を目の前にして直接行われる授業の様子について、他方の教室等(その形態に限定はなく、自宅で授業を受ける場合も含む)に向けて同時に配信するという公衆送信も伴っているからである⁽⁶³⁾。

もっとも、遠隔合同授業に該当する場合には、たとえ公衆送信を伴う行為が行われたとしても、35条3項により補償金の支払い義務が生じない。

† 35条3項(平成30年一部改正後)†

(学校その他の教育機関における複製等)

第三十五条 (略)

3 前項の規定は、公表された著作物について、第一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おいて、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を行うときには、適用しない。(筆者注：下線は筆者による)

遠隔合同授業の場合において、補償金の支払い義務が生じない理由に関しては、次のように説明されている。

† 加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』†⁽⁶⁴⁾

第3項は、遠隔会議システム等を利用して、離れた学校の学級同士を同時中継で繋いで行いうわゆる「遠隔合同授業」において、当該授業のために用いられている教材を、互いの教室(公衆)向けに送信する場合(同時授業公衆送信)は、前項の補償金(授業目的公衆送信補償金)の対象にならない旨を定めています。同時授業公衆送信は、平成15年の法改正により、それまで「複製」と「譲渡」(第47条の7)のみが権利制限の対象であったところに加えられたものですが、平成30年の法改正にあたり、それまで無償で行えることとなっていたこれらの行為(複製、譲渡、同時授業送信)を補償金の対象とした場合、長期間にわたって社会に定着していた法規範に変更が加えられることにより法的安定性が損なわれ、教育現場の混乱を招きかねないとして、補償金の対象から除外することとされました。

以上を収斂してみると、遠隔合同授業というのは、たとえ公衆送信を伴う場合であっても、教室内というリアルな場において行われる対面授業と同等の扱いにするために、38条1項が規定する上演・演奏・上映・口述の行為についても、対面授業として行われるものと同じものとみなして扱うこととしたと解することもできそうではあろう⁽⁶⁵⁾。

したがって、38条1項および35条1項はその適用される場面が異なることから、授業においてはその両

(60) 本事例を作成するにあたり、全体としては、文化庁「授業目的公衆送信補償金制度の概要」(文化庁、令和2年)1頁(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/pdf/92728101_03.pdf)、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)5～6、21～23頁、加戸・前掲注(4)322頁、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]より着想を得ている。なお、2つ目および3つ目については、事例として個別に引用したため、それぞれ注(61)および(62)を参照。

(61) 本事例については、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]を参照。

(62) 本事例については、文化庁・前掲注(60)1頁を参照。

(63) 加戸・前掲注(4)326～327頁を参照。

(64) 加戸・前掲注(4)326頁。

(65) この点については、加戸・前掲注(56)284頁、加戸・前掲注(4)326～327頁より着想を得ている。

方が段階的に適用されることがあるが⁽⁶⁶⁾、他方では、遠隔合同授業の場合のように適用されることもあることに鑑みると、35条1項の規定に対して38条1項の規定は、大学等の授業利用という場面に通底するかたちでその影響を及ぼしているともみることができよう。

このようにみえてくると、38条1項および35条1項は、とりわけ大学等の授業利用という場面においては、それぞれが完全に別々のものとして無関係であるとはいえない、とも考えられなくはないのではなかろうか。

IV. 考察

さて、これまで述べてきたことを踏まえると、35条1項および38条1項は、大学等の授業利用の場面においては、これらの規定をどのように考えることができるのであろうか。すなわち、大学等の授業利用の場面においては、他人の著作物について、38条1項の適用により、その翻案等利用が許容されるのかどうか、である。

そこで、以下、大学等の授業利用の場面における著作権法35条1項および38条1項の制度設計に関する試論について検討する。

まず、35条1項および38条1項ともに、その公益性(35条1項の場合は、教育の側面からみるとき⁽⁶⁷⁾／38条1項の場合は、著作者・著作権者の私益に優先すべき公益という、より一般的な側面からみるとき⁽⁶⁸⁾)が重視されていることにより、これらの規定は存在しているといえよう。

大学等の授業利用の場面では、教育の側面によりその公益性の程度は高いものになろうし⁽⁶⁹⁾、この点については、教育基本法1条⁽⁷⁰⁾の規定が謳っていることからもうかがい知ることができよう⁽⁷¹⁾。

さて、35条1項では、原作のままの利用だけでなく、すでに翻案等利用も許容されていることから(47条の6第1項1号)、35条1項自体を改めて検討する必要はない。

問題は、前述のように、大学等の授業利用の場面においては、35条1項では翻案等利用が許容されることになるにもかかわらず、38条1項では原作のままの利用しか許されていないことにある⁽⁷²⁾。もっとも、教育現場の実態を鑑みると、法的には許容されるかどうかにかかわらず、大学等の授業利用の場面においては、このような利用行為は割と一般的に(しかもとくに意識することなく)行われているものと推測されよう。そのため、もしそれが絶対的に許されなかった場合、その利用にあたっては、35条1項および38条1項がそれぞれ可能とする範囲にとどまるものにせざるを得なくなり、二次的著作物としての授業利用の側面からは円滑な教育活動に支障をきたすおそれもあり得よう。

それでは、このような問題を検討するにあたっては、35条1項および38条1項についてどのように考えていくことができるのであろうか。

確かに35条1項および38条1項は、同じ利用場面において適用されることもあるし、いずれか一方のみが適用されることもあるため⁽⁷³⁾、この前提をもとにするならば、そもそもその適用要件が異なることに加えて、本来的な適用場面をも異にしうる35条1項および38条1項が互いに直接影響しあっているとはいえない。

しかし、前述のように、平成15年一部改正時には35条のその2項において遠隔合同授業のための公衆送信の規定が導入され、そこでは38条1項が規定する上演・演奏・上映・口述の行為については、たとえ

(66) たとえば、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]、同文献165頁[谷川和幸]を参照。

(67) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]を参照。

(68) この点については、半田ほか編・前掲注(7)339頁[本山雅弘]を参照。

(69) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]より着想を得ている。

(70) 教育基本法1条は、「教育の目的」として「教育は、人格の完成を目指し、平和で民主的な国家及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の育成を期して行われなければならない。」と規定する。

(71) この点については、半田ほか編・前掲注(7)290頁[茶園成樹]より着想を得ている。

(72) この点について、加戸・前掲注(4)346頁は、「…本項の規定による利用の場合は、第47条の6の翻訳・編曲・翻案等の規定は適用されないということでありまして、したがって、非営利上演等として利用が認められるのは、原作のままの利用だけであります。…小説を脚色して演出する場合には、原作者から第27条の翻案権の許諾を得る必要があります。また、音楽の著作物、特に軽音楽のたぐいになりますと、原作品のままではなく、相当程度にアレンジして演奏することがございますが、場合によっては、第27条の編曲権が問題となることも考えられます。…建前として、本項の場合には、翻訳・編曲・翻案等の二次的な利用が認められていないことにご注意いただきたいと思っております。」とする。

(73) 上野編・前掲注(4)165頁[谷川和幸]を参照。

その手段(利用態様)は別としてもその同時性(リアルタイム性)⁽⁷⁴⁾を重視する観点から35条2項に取り入れられていたといえそうであるし、平成30年一部改正後の規定としては、遠隔合同授業について規定する35条3項においては、38条1項が規定する上演・演奏・上映・口述の行為の場合についても、授業目的公衆送信補償金制度の対象外であるとされている⁽⁷⁵⁾。

したがって、遠隔合同授業の場合に限られるものの、35条1項の規定に対して38条1項の規定は、前述のように、大学等の授業利用という場面に通底するかたちでその影響を及ぼしているともみることができよう。このことから、大学等の授業利用の場面における平成30年一部改正前の35条2項の考え方や平成30年一部改正後の35条1項・3項の考え方については、38条1項との関係からしてみても、必ずしも無関係であるとはいえないとも思われる。

また、38条1項に係る翻案等利用に関して、学説は、「…翻案利用についてまでも、無許諾・無償という著作権の全否定を正当化し得るような、著作者の私益に優越すべき公益の存在である。例えば、学芸会における学童の翻案作業が、原作小説の深い理解とそれを基礎とするさらなる創造行為の発揮において、情操・創造性教育の促進等の観点から社会的に重要な公益を備えるものと認め得る場合であれば、当該翻案行為を促すためにも、その翻案後の自由な利用行為を許容すべきとする考え方はあり得よう。もっとも、そのような制度を具体化するに際しては、自由翻案を許容する公益的な利用場面を導く要件をいかに構成すべきか、そして、権利制限の手法を無許諾・無償と無許諾・有償のいずれかにすべきかの検討も要されよう。」⁽⁷⁶⁾という見解を示す。

この学説の見解に鑑みると、38条1項の適用場面において翻案等利用を行うことが公益性につながるものであれば、その翻案等利用は、38条1項においても許容されうる可能性が残されていると考えられる⁽⁷⁷⁾。もっとも、この学説の見解は、(むろん憶測の域は出ないが)その翻案等利用について公益性がある

場合を念頭に置いて、ストレートに38条1項の適用可否を検討することを想定した見解であると推察されよう。

くわえて、この学説の見解は、このような制度設計を行うにあたって、「自由翻案を許容する公益的な利用場面を導く要件をいかに構成すべきか、そして、権利制限の手法を無許諾・無償と無許諾・有償のいずれかにすべきかの検討」⁽⁷⁸⁾を必要とする旨指摘する。

そこで、そのための制度設計については、35条1項は、授業利用の場面において適用されるという、すなわち、教育という公益性の高い場面⁽⁷⁹⁾の利用を規定していることを踏まえて、その35条1項の適用場面のなかで行われるものである限り、38条1項においてもその翻案等利用を許容しうるだけの余地もありうるのではないかと考えられる。たとえそのように解したとしても、教育という公益性の高い場面⁽⁸⁰⁾において、しかも38条1項のみをストレートに適用するのではなく、先に(または同時に)35条1項が適用されるような場面であれば、その公益性の程度はより一層高いものになろう。

したがって、35条1項が適用され、さらに翻案等利用されたものについては、35条1項に内在する公益性を援用することにより、38条1項に対して大学等の授業利用の場面における翻案等利用を許容しうるような制度設計を行うというのも、あながちできないわけでもない、とも思料されよう。

また、前述のように、ベルヌ条約の小留保との関係においては、学説は、「小留保を国内法に表現し直した権利制限の規定が、国内の伝統的習慣に根差した公益保護の要請に合致するものである限り、たとえベルヌ条約が明文の権利制限の規定をもたないとしても、その国内法規定はベルヌ条約に抵触しないと解すべきである。言い方を換えれば、国内法の制限規定が、著作者の私益に優越すべき公益を認め得る範囲を超えて権利制限の効果を及ぼすような解釈を許すとすれば、そうした規定と解釈とは、ベルヌ条約と適合しないこととなる。」⁽⁸¹⁾という見解を示す。

(74) たとえば、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)21～22頁は、「許諾不要、無償で著作物を利用できると考えられる例」の公衆送信として、「リアルタイム遠隔合同授業」の例を記載する。この記載は、遠隔合同授業にリアルタイム性があることを示すものと考えられる。また、文化庁長官官房著作権課・前掲注(58)29頁は、平成15年一部改正時の35条2項の条件の1つとして、「生で中継される授業を受信地点で「同時」に受ける者への送信であること」とする。

(75) この点については、加戸・前掲注(56)284頁、加戸・前掲注(4)326～327頁より着想を得ている。

(76) 半田ほか編・前掲注(7)356～357頁(本山雅弘)。

(77) この点については、半田ほか編・前掲注(7)356～357頁(本山雅弘)より着想を得ている。

(78) 半田ほか編・前掲注(7)357頁(本山雅弘)。

(79) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁(奥邨弘司)より着想を得ている。

(80) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁(奥邨弘司)より着想を得ている。

(81) 半田ほか編・前掲注(7)351～352頁(本山雅弘)。

このことにも鑑みると、35条1項の適用による翻案等利用に加えて、それにより創作された二次的著作物について38条1項の適用により利用することは、まさに大学等の授業利用の場面における教育という公益上⁽⁸²⁾の要請であるといえるのではなからうか。

くわえて、別の学説は、「上演、演奏など無形的利用の権利制限については、ベルヌ条約上明文で規定されておらず、「小留保(minor reservations)」として許容されることが1948年のブラッセル改正会議で確認されているが、翻案利用については確認されていない。当該著作物の利用実態に照らし、権利者の利益を害さないと認め得るものについて、過度に自己抑制して法制を現実離れのものにしないようにする必要がある。」⁽⁸³⁾という見解を示す。

この学説の見解は、ベルヌ条約との整合性を踏まえながらも、38条1項をめぐるきわめて現実的な問題に言及するものとして傾聴に値しよう。とくに大学等の授業利用の場面においては、その利用態様・実態と乖離しないようにする必要があると思われる。

ただし、ベルヌ条約の小留保に関して学説が指摘するように、「国内法の制限規定が、著作者の私益に優越すべき公益を認め得る範囲を超えて権利制限の効果を及ぼすような解釈を許すとすれば、そうした規定と解釈とは、ベルヌ条約と適合しない」⁽⁸⁴⁾わけである。そのため、その範囲をみだりに拡張・類推すべきものではないものの、35条1項の適用のもとに限定し、38条1項による翻案等利用が許容されうる、というような制度設計であれば、大学等の授業利用の場面に限るものであり、教育という公益性⁽⁸⁵⁾の観点内在しているといえることから、ベルヌ条約との関係においても特段の問題は生じ得ない、とも思料されよう。

ちなみに、この制度設計は、あくまでも対面授業の場合のみに限定されるものであり、オンライン授業については、35条1項がそのままストレートに適用されることから、関係がない。そのため、38条1項に

係る翻案等利用に関して、学説が指摘する「権利制限の手法を無許諾・無償と無許諾・有償のいずれかにすべきかの検討」⁽⁸⁶⁾については、この制度設計が、35条1項の適用のもとによる対面授業の場合のみに限定されるものであるということをも前提とするのであれば、「無許諾・無償」であっても問題ないと考えられよう。

V. おわりに

本稿では、大学等の授業利用の場面において、他人の著作物について、35条1項および47条の6第1項1号の適用によって翻案等行為を行った際に、そこで創作された二次的著作物の38条1項の適用による利用を可能とするための制度設計に関する試論について検討を行った⁽⁸⁷⁾。

同じ大学等の授業利用の場面とはいえども、そこで適用される著作権の制限規定の根拠規定が異なることについては問題なしとはいえないこと⁽⁸⁸⁾を前提としながらも、大学等の授業利用の場面という、すなわち、教育という公益的な場面⁽⁸⁹⁾であれば、38条1項の解釈・適用のあり方としては、35条1項に影響を受けるような制度設計にすることも可能なのではなからうか、とも思料されよう⁽⁹⁰⁾。

最後に、たとえ35条に無形複製を設けなかったこと⁽⁹¹⁾はやむを得なしとしても、38条1項に係る翻案等利用については、学界からもその必要性が要請されていると思われるし⁽⁹²⁾、(むろん憶測の域を出ないが)実際の教育現場からであれば、その必要性はより大なるものとして要請されるのではないかとも思われる。

(82) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁(奥邨弘司)より着想を得ている。

(83) 作花・前掲注(4)392頁。

(84) 半田ほか編・前掲注(7)351～352頁(本山雅弘)。

(85) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁(奥邨弘司)より着想を得ている。

(86) 半田ほか編・前掲注(7)357頁(本山雅弘)。

(87) 繰り返しになるが、本稿の問題意識に関する着想は、注(7)に示した各文献の該当頁の記述によるところが大きい。

(88) この点については、伊藤ほか・前掲注(25)127頁の[野村義男発言]および[佐野文一郎発言]より着想を得ている。

(89) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁(奥邨弘司)より着想を得ている。

(90) なお、実際の制度設計の試案としては、かりにこのような規定を導入するのであれば、47条の6第1項1号あたりに38条1項を追加することが最も一般的な案にならう。ただし、ベルヌ条約との関係があることから、そこにカッコ書き等で「35条1項に係るものに限る。」というような限定的な要件を追加しておく必要があると思われる。

(91) この点については、伊藤ほか・前掲注(25)127頁の[野村義男発言]および[佐野文一郎発言]を参照。

(92) たとえば、半田ほか・前掲注(7)356～357頁(本山雅弘)、作花・前掲注(4)392頁、中山・前掲注(7)449頁を参照。