

目 次

第 1 部 総論

第 1 章 文化創出におけるパブリックドメインの役割

- ……………ブラニスラヴ・ハズハ（翻訳：津幡 笑） 3
——オープンソースソフトウェアとマッシュアップの事例
- I はじめに 3
- II 著作権法に関する伝統的な見解の限界 4
- 1 インセンティブから必要となる環境づくりへ 4 / 2 文化生産の妨げ 6 /
- III オープンな生産形態とプロプライエタリな生産形態 7
- 1 オープンソースソフトウェア 8 / 2 クリエイティブ・コモンズとオープンアクセス 23 / 3 著作権の例外と技術進歩 25
- IV 結論 29

第 2 章 著作権法による自由 ……………上野達弘 31

- I はじめに 31
- II 3つの最高裁判決 32
- 1 北朝鮮事件 32 / 2 船橋市西図書館事件 33 / 3 ピンク・レディー事件 35
- III 考 察 36
- 1 問題の所在 36 / 2 「著作物」か否か 36
- IV おわりに 41

第 3 章 フランスにおける著作権と表現の自由の

- 「公正なバランス」の探求 ……………比良友佳理 43
——Klasen 事件・カルメル派修道女の対話事件を中心に

- I はじめに 43
- II 従来判例 44
- III Klasen 対 Malka 事件破毀院判決（2015 年 5 月 15 日） 47

1 事件の概要	47	／2 欧州人権裁判所 Ashby 事件判決との関係	49	／3 “フランス版フェア・ユース”の導入?	52
IV カルメル派修道女の対話事件破毀院判決 (2017年6月22日)	57				
V Klasen 事件差戻控訴院判決 (2018年3月16日ヴェルサイユ控訴院)	60				
1 判決の概要	60	／2 破毀院のアプローチの射程の限定	62	／3 「公正なバランス」の検討に対する消極的姿勢	63
		／4 「必要性」の意味の逆転	65	／5 代替可能性と著作物の知名度	69
		／6 アプロプリエーション・アートと事前の許諾	73		
		／7 侵害回復措置と比例性原則	74	／8 小括	75
VI カルメル派修道女の対話差戻控訴院判決 (2018年11月30日ヴェルサイユ控訴院)	75				
1 判決の概要	75	／2 演出の自由	76	／3 「公正なバランス」の要件論確立の回避	78
		／4 著作物の精神の変質	79	／5 小括	80
VII おわりに	81				

第4章 ダウンロード違法化拡大になぜ反対しなければ

ならなかったのか? ……………田村善之	83
——インターネット時代の著作権法における寛容の利用の意義	

I はじめに	83				
II 改正の経緯	83				
1 従前の関連法の状況	83	／2 2019年改正挫折までの経緯	84	／3 2020年改正成立までの経緯	87
III なぜ反対しなければならなかったのか?	89				
1 有体物に対する権利との違い	89	／2 著作権法にとってのインターネット時代到来の意味	90	／3 少数派バイアス	92
		／4 著作権法の条文と一般の著作権に対する意識の乖離	93	／5 寛容の利用による(暫定的な)均衡	94
		／6 寛容の利用による均衡の脆弱性	95	／7 ダウンロード違法化を広汎に拡大することの問題点	96
IV 改正法の解釈上の課題	97				

第2部 著作物性

第5章 著作権法上のアイデアに関する一考察 ……金子敏哉 103

—アイデア・表現二分論におけるアイデア二分論の試み

I はじめに 103

II アイデア・表現二分論を巡る議論状況 104

- 1 アイデアにつき著作権法上の保護を否定する理由 104 /2 アイデア・表現二分論の判断基準・考慮要素 106 /3 アイデアの独創性と表現の創作性 107

III アイデア・表現二分論におけるアイデア二分論 110

- 1 技術的思想と画風 110 /2 アイデア二分論についての試論 111 /3 アイデア二分論の意義と問題点 115

IV おわりに 117

第6章 香りと味の標章性・著作物性再考 ……駒田泰土 119

—欧州の判決例等を手がかりに

I はじめに 119

II 香り・味の標章性 120

- 1 Sieckmann 事件判決 120 /2 Eli Lilly 事件審決 122 /3 Eden SARL 事件判決 123 /4 指令及び規則の改正 124

III 味の著作物性 125

- 1 Levora 事件判決 125 /2 Levora 事件判決をめぐる諸議論 129

IV 考察 137

- 1 なぜ香りや味は度外視されてきたか 137 /2 状況の変化 138 /3 特許制度は有効か 140 /4 やはり香りや味に特定性はないのか 140 /5 わが国の著作権法の解釈 143 /6 わが国の不競法の解釈 145

V おわりに 146

第3部 著作権の保護範囲

第7章 著作権の保護範囲 ……田村善之 151

I 序 151

II	類似性要件の位置付け	151
1	著作権侵害を肯定するための積極的な要件	151
2	複製あるいはそのままの利用と二次的著作物の利用を区別する実益	151
3	依拠の要件の位置付け	154
4	「法定の利用行為」という表記	154
5	結論：著作権侵害の成立要件	155
III	類似性の判断基準	155
1	序	155
2	外面的形式+内面的形式基準	156
3	内容および形式の覚知基準	157
4	本質的特徴の直接感得性基準	157
5	創作的表現の共通性基準+濾過テスト	160
6	〔江差追分〕最判——創作的表現の共通性基準+濾過テストの採用	164
7	〔江差追分〕最判後の裁判例の傾向	167
8	本質的特徴の直接感得性独自基準説の採否	168
9	〔キャンディ・キャンディ〕最判による攪乱	173
10	著作権の根拠論との関係	176
IV	類似性要件の判断手法	177
1	序	177
2	類似性要件の判断の目標	179
3	心がけるべきこと：アイディアと表現の区別	180
4	陥りがちな誤り	181
5	補論	184

第4部 著作権の制限

第8章 柔軟な権利制限規定の設計思想と著作権者の利益の意義

.....前田 健 193

I	はじめに	193
II	柔軟な権利制限規定にみる「著作権者の利益」	194
1	3層構造の権利制限規定	194
2	第1層の権利制限：30条の4と47条の4の趣旨	195
3	第2層の権利制限：47条の5の趣旨	196
4	著作権者に保護された利益とは	197
III	「柔軟な権利制限規定」の柔軟性	198
1	第1層から第3層の柔軟性	198
2	柔軟性の多様性と明確性との両立	198
3	今後の権利制限規定の設計に向けた柔軟性のメニュー	200
IV	条文の解釈	202
1	「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」の解釈	202
2	30条の4の解釈	204
3	47条の4の解釈	208
4	47条の5の解釈	211
V	おわりに	216

I	はじめに	269
1	問題意識	269 / 2 本稿の構成 273
II	著作権法における補償金制度	273
1	裁定による著作物の利用に係る補償金	273 / 2 教育目的の利用に係る補償金 276 / 3 私的録音録画補償金 278 / 4 図書館による公衆送信に係る補償金 279 / 5 放送同時配信等に係る補償金 280
III	補償金スキームのメカニズム	280
1	公益アプローチ	281 / 2 ロビイング・アプローチ 281
IV	補償金スキームの役割と課題	283
1	補完的役割を果たす利益配分モデルとして	283 / 2 補償金スキームの直面する課題 285
V	おわりに	287

第12章 美術鑑定書判決以降における引用の裁判例に関する 総合的研究……………平澤卓人 289

I	はじめに	289
II	裁判例の判断枠組みによる分類と集計	291
III	32条1項の適用を否定する要件毎の集計	294
IV	「目的上正当な範囲内」要件の考慮要素	295
V	「公正な慣行に合致」の要件について	299
VI	総合考慮説について	302
VII	新二要件説について	304
1	裁判例の概要	304 / 2 新二要件説の問題点 305
VIII	各要件の判断方法についての検討	308
1	引用の目的	308 / 2 目的上正当な範囲内 312 / 3 公正な慣行に合致 317 / 4 公表された 318
IX	おわりに	322

第13章 Google v. Oracle 事件合衆国最高裁判決……………奥邨弘司 323 ——Java API を実現するプログラムのフェア・ユースについて

I	事案の概要	323
1	事実関係	323 / 2 訴訟経緯 327

II 判旨 327

- 1 総論 328 /2 フェア・ユースの4要素の検討 328 /3 結論 332 /4 反対意見 333

III 検討 334

- 1 意義 334 /2 フェア・ユースの成否について 335 /3 まとめにかえて 340

第14章 欧州におけるデジタル消尽の行方 ……………奥邨弘司 347

——Tom Kabinet 事件 CJEU 判決を踏まえて

I はじめに 347

II 検討の前提 347

- 1 消尽についての整理 348 /2 デジタル消尽の類型 349 /3 usedSoft 事件 CJEU 判決 (C-128/11) 351

III Tom Kabinet 事件 357

- 1 事実関係 357 /2 判旨 358 /3 検討 361

IV まとめにかえて 364

- 1 日本法への示唆 364 /2 パブリックドメインとの関係 366

第15章 著作権，パロディ，パブリック・ドメイン

……………クリストフ・ラーデマッハ（翻訳：森 綾香） 369

——ドイツ及び日本著作権法に対する文化的影響の検討

I 背景——パロディとは何か？ 369

II ドイツ著作権法におけるパロディ（2016年以前） 370

- 1 ドイツ著作権法24条による自由利用 371 /2 Disney 判決による指針及びその適用 371 /3 Asterix 判決及び後続裁判例 373 /4 引用としてのパロディ？ 376

III 「欧州の」なパロディの例外 377

- 1 Deckmyn v. Vandersteen 事件の背景 378 /2 CJEU 先決裁定 379 /3 ドイツにおける Deckmyn 判決の受容 380 /4 ドイツ著作権法における「欧州の」なパロディの例外規定の実装 383

IV 日本法におけるパロディ 383

- 1 パロディの憲法的根拠？ 384 /2 引用の例外規定 386 /3 パロディと著作権法改正 391 /4 「日本のパロディ」と西洋型著作権法の調整 392

索引

初出一覽

執筆者・翻譯者紹介

第4章

ダウンロード違法化拡大になぜ反対しなければならなかったのか？ ——インターネット時代の著作権法における寛容的利用の意義

田村善之

I はじめに

2019年から2020年にかけて、著作権を侵害してネットにアップされた著作物については、録音や録画に限らず、全ての著作物について私的複製目的であってもダウンロードを違法化しようとする動きがあったが、それに対して反対運動が巻き起こり、結果的に2020年に実現した法改正にあっては著作権の制限が外される場面をかなりの程度、刈り込むことにつながった。後述するように、筆者はこの反対運動に深く関与したが、その理由は、ダウンロードの一律違法化により寛容的利用が過度に萎縮する事態を防ぎたいということにあった。

II 改正の経緯

1 従前の関連法の状況

まず、今回の改正前の状況について確認しておこう⁽¹⁾。

著作権法は2009年改正により私的録音録画の違法化を実現した。従前は、私的使用目的の複製に対しては著作権が制限されていたところ、この改正によ

(1) 小島立「令和2年著作権法改正における『侵害コンテンツのダウンロード違法化』について」法教482号(2020)58-59頁、京俊介「著作権法をめぐる国内政治の政治学的分析——違法複製ファイルへのアクセスに関する法整備をめぐる政治過程の比較分析」田村善之=山根崇邦編著『知財のフロンティア2』(勁草書房、2021)224-226頁の俯瞰を参照。

り、著作権を侵害して自動公衆送信されている著作物を悪意で録音録画する行為に関しては、それが私的使用目的であったとしても、それがゆえに著作権が制限されることがなくなった（2009年改正30条1項3号）。当初は民事規制に止まっていたが（2009年改正119条1項括弧書き）、2012年には、有償で公衆に提供等されている著作物に係る録音録画については、刑事罰の対象とされることとなった（2012年改正119条3項）。

2 2019年改正挫折までの経緯

2019年に企図された改正は、かかる録音録画に関する規制を、複製行為一般に拡大しようとするものであった。それまでは音声や動画をダウンロードするでなければ侵害にならなかったところ、この改正が実現された場合には広く静止画や文章など著作物全般の複製が規律されることになる。その主たる動機は、インターネットにおける漫画の海賊版対策にあった⁽²⁾。2018年に知的財産戦略本部に設置された「インターネット上の海賊版対策に関する検討会議（タスクフォース）」において海賊版サイトに対するブロッキングという抜本的な対策の導入が憲法の通信の秘密と抵触するという反対論により頓挫する中で、サイト・ブロッキング以外の施策が優先されることとなり、2018年10月30日に行われた知的財産戦略本部「検証・評価・企画委員会 コンテンツ分野会合」において配布された「中間とりまとめ（案）」は、著作権を侵害する静止画のダウンロードの違法化の検討を直ちに行うことが適当である旨を提言している⁽³⁾。

かくして舞台は、筆者も委員として参加する文化庁・文化審議会著作権分科会・法制・基本問題小委員会に移行することとなった。中間まとめに対するパブリックコメントの手続きを経て⁽⁴⁾、2019年1月25日に行われた法制・基本問題小委員会においては、事務局から「小委員会報告書（案）」が提示された。この提案は、民事規制について違法性を見誤った場合にも違法にならない

(2) 以下の経緯につき、参照、川崎祥子「著作権法改正案の提出見送りに至る経緯——インターネット上の海賊版対策をめぐって」立法と調査411号（2019）83-84頁、京・前掲注（1）226-228頁。

(3) 「〔別添〕中間とりまとめ（案）（第9回会合修正反映版）」（https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2019/contents/dai1/siryou1-2.pdf）。

(4) この間の経緯については、参照、小島立『『ダウンロード違法化の対象範囲の見直し』についての議論を振り返る』情報法制研究6号（2019）23-25頁。

という主観的な要件で限定するという紋りはかけられたものの、広範な規制を認めるものであった。しかし、録音・録画と異なり、文書・画像の場合には一挙手一投足でできることが多く、著作権を侵害するものがダウンロードする文書等の一部に混入していることも多いから、(録音・録画ですら広汎な規制は疑問であるところ)人々の利用を過度に萎縮させることのないようにするためには、(かりに規制を拡大せざるをえないとしても)主観的な要件による紋りでは足りず、相応の限定を施す必要があるというべきである。実際、報告書(案)に対しては、生貝直人=小島立=鈴木将文=田村善之=前田健「報告書(案)に対する意見書」⁽⁵⁾が提出され、反対を表明した。委員会の席上でも先送りを求める意見が相次いだ⁽⁶⁾、主査から報告書(案)の修正については主査預か

(5) 生貝直人=小島立=鈴木将文=田村善之=前田健「報告書(案)に対する意見書」(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h30_08/pdf/r1413427_09.pdf)。)

(6) 筆者は同会合には参加できなかったので、前注に掲げた意見書に加えて、田村善之「ダウンロード違法化・刑事罰化の拡大に対する意見」(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h30_08/pdf/r1413427_03.pdf)を提出している。本稿に連なる筆者の懸念が端的に反映されているので、その骨子の部分を転載しておく。

「①現在、規制の対象となっている録音・録画に比して、今回規制の拡大が提案されている録音録画以外のダウンロードの対象となる著作物は、その作成が相対的に容易であるために著作権者も多様であり、必ずしも強力な保護を欲するわけではない者の割合が飛躍的に高いと思われる。その反面、②録音・録画以外のダウンロードは、相対的に対象の容量が質的に小さいことが多いために容易にかつ大量に行われており、また他の内容物が混載されているウェブページやpdfファイル等を一括してダウンロードすることも少なくなく、ゆえにこれを規制する場合にはユーザーに与える影響は深刻なものとなる。以上の①、②の問題点があることに鑑みると、対象物や行為について何らの限定もなく、規制を一般化する場合には、保護の必要性もない権利について無闇にユーザーの行為を萎縮させかねないという問題があると考ええる。

このような課題に対して、主観的な要件で絞るという対策は、結局、問題の著作物が紛れ込んでいることを認識してしまえば、その著作物の部分のみを外すことが困難である場合にはウェブページ全体やpdfファイル全体のダウンロードを諦めざるを得ないことを意味するが、そこまでして権利を保護する必要性のある著作物ばかりでないものが保護の対象となっている場合には、必要性もないところ過剰な規制を行うものであることに変わりはないように思われる。むしろ、今回、規制の拡大が要望されている著作権者が有償著作物等に止まることを考えれば、立法事実として保護の必要性があることを否認しないものに対象を限定した規制となるよう、民事規制、刑事規制を通じて、少なくとも『有償著作物等』に保護の対象を限定することが必要であると考える。」

じつは、筆者は、海賊版対策としては、実効性に劣るうえ、後述する寛容の利用を萎縮させかねない私的ダウンロード規制よりは、海賊サイトに対するブロッキングや2020年改正で実現したリーチサイト規制のほうが望ましいと考えている。しかし、ダウンロード違法化拡大に全面的に反対であるとか、さらには録音録画を含めて縮小ないし撤廃すべきであるという見解を主張した場合には、折衷案であれば賛同することが見込まれる委員の多くを味方に取り込むことに失敗

りとした旨の発言があり、主査の責任において報告書を取りまとめることとされた⁽⁷⁾。

かくして法制・基本問題小委員会を通過した提案は、2019年2月13日付けの親委員会である著作権分科会において審議されることとなる。席上には、小委員会で反対に回った委員からの意見が提出され⁽⁸⁾、筆者や井上由里子委員等から強い反対論が唱えられたほか、委員の間でも賛否があったが、結局、原案どおりとされた⁽⁹⁾。

しかし、所轄官庁が作成した法案が最終的に閣議決定されるまでには、与党内での立法に向けたプロセスという関門があり、実際にはここを通過しない限り、法案が国会に提出されることはない⁽¹⁰⁾。小島立准教授（当時）が中心となって自民党の国会議員に対する働きかけがなされるとともに⁽¹¹⁾、並行して、

し、文化庁の当初提案に対する抵抗勢力を醸成することが困難となる。そこで、改正作業に関わるところでは政治的に妥協し、拡大自体は容認するが、要件を限定すべきであるという立場を貫いた。

(7) 参照、「議事内容」(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h30_08/)。

(8) 生貝直人＝井上由里子＝今村哲也＝奥邨弘司＝小島立＝鈴木将文＝田村善之＝前田健「報告書（案）修正の方向についての共同意見」（平成31年1月30日）(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/53/pdf/r1413733_10.pdf)。

その骨子は、刑事罰について、「原作のまま」「著作権者の得ることが見込まれる利益が不当に害される場合」等の要件により保護が必要な著作物に対象を限定するとともに、反復継続などの要件により悪質な行為のみを罰則の対象とすることを選択肢として検討すべきであり、民事についても、刑事罰と同様の限定を有力な選択肢として検討すべきであるというものであった。

(9) 参照、「議事内容」(<http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/53/index.html>)、「文化審議会著作権分科会報告書」（特に、76-79頁）(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/r1390054_02.pdf)。

(10) 参照、別所直哉『ビジネスパーソンのための法律を変える教科書』（ディスカヴァー・トゥエンティワン、2017）64-65頁、同「知的財産権法に関するプロセスと課題」田村＝山根編著・前掲注（1）167-169頁、中島誠『立法学 序論・立法過程論〔第4版〕』（法律文化社、2020）90-98頁。

(11) 参照、小島・前掲注（4）28-32頁。そこに記されている小島立准教授による働きかけがなければ、文化庁の提案に対して疑義を抱く国会議員が相当数に上るということにはならなかったのではないと思われる。他方、自民党の内部で、こうした運動に同調する機運が高まらなければ、省庁が提案した法案の提出を見送るということにもならなかったこともたしかである。その後には、とりわけ保護を求めているはずの漫画家協会が反対の立場に回り（参照、藤本由香里『ダウンロード違法化範囲拡大』問題をめぐって」前掲975号（2019）149-150、152-153頁）、2019年夏に予定されている参議院選挙にマイナスの影響が生じかねないという懸念が存在した（文化庁が漫画家協会へのヒアリングを行っていないことが問題視されたこととともに、参照、古屋圭司「違法ダウンロード規制見送り 危うかった法案審査」正論571号（2019）89-91頁）。かつて著作権法は票にならない low salience の分野であり、ゆえに利益集団の積極的なロビイングに比して、政治家が政策決定に影響を及ぼすような関心を持ちにくいことが指摘されて

民間でも文化庁案に対する反対の意見を表明する動きが喧しくなる中で⁽¹²⁾、自民党内にも反対意見に同調する議員が現れ、与党内プロセスはにわかに荒れ模様となった。

2019年2月22日の自民党内の文部科学部会・知的財産戦略調査会合同会議は文化庁改正素案を了承したが、2019年3月1日の総務会は改正案了承を先送りした。その結果、2019年3月6日の文部科学部会・知的財産戦略調査会合同役員会においては、反対論を唱える筆者や、ここまでの広汎な規制は求めていないとする赤松健氏（日本漫画家協会）を含む6名に対するヒアリングが実施され、最終的に2019年3月13日に文部科学部会・知的財産戦略調査会合同役員会において、法案提出見送りを文化庁に求めることが決定された⁽¹³⁾。

ここにおいてついに2019年改正への動きは頓挫することになったのである。

3 2020年改正成立までの経緯

文化庁は2020年改正を目指して、ダウンロード違法化拡大に関する議論を仕切り直すことにした。審議会における議論を再開するのではなく、新たに「侵害コンテンツのダウンロード違法化の制度設計等に関する検討会」⁽¹⁴⁾（通

いた（京俊介『著作権法改正の政治学——戦略的相互作用と政策帰結』（木鐸社、2011）5-8、234-238頁、同「著作権法の立法過程分析——政治学の視点から」著作権研究39号（2014）67-68頁）。しかし、インターネット時代においては、インターネットのユーザーの「世論」が甚大な票に影響する可能性を有しており、ダウンロード違法化のようにネット・ユーザーの自由を制限する課題は、票に結びつく high salience な政策 이슈 となりうる（京・前掲著作権法改正の政治学238頁にいうところの「何らかのショック」に相当するが、もっとも、京・前掲注（1）234-238頁は、Googleトレンドの分析を交えつつ、high salience 化したと判断するのは時期尚早とする）。

(12) たとえば、2019年2月19日付けの『『ダウンロード違法化の対象範囲の見直し』に関する緊急声明』（呼びかけ人：高倉成男＝中山信弘＝金子敏哉）（http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/sc1464/20190219seimei.pdf）は、規制の対象を、「原作のまま」著作権者の利益が不当に害される場合に限る」との要件により限定することを提唱している。また、2019年2月27日付けの日本漫画家協会『『ダウンロード違法化の対象範囲見直し』に関する声明』（<https://nihonmanga-kakyokai.or.jp/archives/3032>）は、「民事的規制及び刑事罰のいずれについても 1. くり返し複製する『反復』行為を対象とすること、（刑事罰のみ） 2. 原作マンガ等を原作のまま、まるごと複製する行為を対象とすること、 3. 権利者の利益が不当に害される場合に限定すること。」を提言している。

その他の動きについては、川崎・前掲注（2）86-87頁、藤本・前掲注（11）149-153頁、小島・前掲注（4）32頁を参照。

(13) 川崎・前掲注（2）88頁、藤本・前掲注（11）153頁、小島・前掲注（4）31-33頁、前田健「侵害コンテンツのダウンロード違法化」法時92巻8号（2020）85頁を参照。

(14) <https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/kondankaito/shingaikontentsu/>。

称、「有識者検討会」を立ち上げ、2019年11月から集中的に審理を開催することになり⁽¹⁵⁾、筆者も委員として参加した。

この検討会の第一回席上で文化庁が提示した案は、反対論を踏まえ、前年度と異なり、当初から、いくつかの重要な限定を盛り込んだものであった⁽¹⁶⁾。第一に、一定の写り込み（スクリーンショットを行う際に、違法にアップロードされた画像が写り込む場合など）を規制対象から外す⁽¹⁷⁾、第二に、侵害の態様が軽微なもの（e.g. 漫画の1コマなど）のダウンロードを規制対象から外す、とされたのである。また、文化庁が選択肢として掲げた他の限定のうち、第三に、二次的著作物の著作権を侵害して自動公衆送信されているもののダウンロードを規制対象から外すという方策⁽¹⁸⁾については、早い段階から委員の間で導入することに対してコンセンサスが得られた⁽¹⁹⁾。

最大の争点となったのは、「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」という類の一般条項的な要件を設けるかということであった⁽²⁰⁾。コンセンサスが得られた限定のみでは、結局、権利者が保護を欲していない著作物のダウンロードが著作権侵害になることは避けられない。ここは譲ることのできない一線であり、前田哲男構成員から「著作権者の利益を不当に害しないと認められる特別な事情がある場合を除く」という形で、著作権を制限するほうが立証

(15) ここに至るまでの経緯につき、参照、小島・前掲注(1) 60頁、前田・前掲注(13) 85頁。

(16) 「侵害コンテンツのダウンロード違法化等に係る制度設計・論点(案)」(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/kondankaito/shingaikontentsu/01/pdf/r1422992_10.pdf)。

(17) 写り込みに関する30条の2の改正で対処することとされ、実際に2020年改正で実現した。

(18) 原著物の著作権の侵害とはしないという意味である。他方、二次的著作物の著作権の侵害にはなる。二次的著作物の著作権者本人が原著物の著作権を侵害してアップロードしている場合などに特に実益がある規律である。

(19) ただし、筆者ほかの提案により翻訳物については規制対象から外さないことという再限定を付すことも了解された。以上につき、参照、「議事内容」(<https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/kondankaito/shingaikontentsu/02/>)、「議事内容」(<https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/kondankaito/shingaikontentsu/03/>)。

(20) この種のフェア・ユースのような一般条項的な要件を導入すべきことは、2019年改正に向けた動きに反対する各種提言が主張していたことであったことにつき、前述注(12)を参照。賛同するものとして、亀井源太郎「刑事法研究者から見た海賊版サイト対策を巡る動き」L&T 87号(2020) 75頁、壇俊光「海賊版サイト対策に関する実務的な問題点」L&T 87号(2020) 77頁。逆に、2018年改正で、著作権を一般的に制限するフェア・ユース条項が導入されていたのであれば、今回の改正でここまで騒ぐ必要はなかったという声も、文化庁の提案に対する反対論者からよく聴かれたところである（小島立「著作権法の政策形成およびルール形成が抱える課題について——一般条項型の権利制限規定のあり方に焦点を当てて」田村=山根編著・前掲注(1) 192-193頁も参照）。

することを要するという解釈を促すような文言ではいかがかという妥協案が持ち出され、筆者も多数派工作の観点から賛同したが⁽²¹⁾、結局、僅差で採択には至らなかった⁽²²⁾。もっとも相当に強い異論があったことは最終的にとりまとめにおいても配慮され⁽²³⁾、それが続く自民党内での手続きにおける再逆転につながるることとなる⁽²⁴⁾。

自民党内では、「知的財産戦略調査会デジタル社会実現に向けての知財活用小委員会」において議論がなされ、「著作権者の利益を不当に害しないと認められる特別な事情がある場合」を除く、という限定が付されることとなり⁽²⁵⁾、その線で法案化が進められ⁽²⁶⁾、2020年改正として結実するに至った⁽²⁷⁾。

III なぜ反対しなければならなかったのか？

1 有体物に対する権利との違い

ダウンロード違法化拡大の是非をめぐる議論の過程では、他人の土地に侵入してはいけないのと同様に、他人の著作物を無断で利用してはいけないのは当然のことなのだから、ダウンロードを違法化するのは極めて当たり前のことであるといった類の議論が提出されることもあった⁽²⁸⁾。

(21) 参照、前掲注(19)「議事内容」。

(22) 参照、前掲注(19)「議事内容」。

(23) 参照、『『侵害コンテンツのダウンロード違法化の制度設計等に関する検討会』における議論のまとめ』2、6頁 (https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/kondankaito/shingai_kontentsu/pdf/91997502_01.pdf)。

(24) 筆者は、有識者検討会が進行中の段階で、自民党内ではこの種の一般条項を入れるべきであるという意見が優勢であり、異論が強かったことをとりまとめの中に反映してもらえれば、与党内プロセスで逆転できる、という感触を得ていた。

(25) 「海賊版対策のための著作権法改正に関する申し入れ」(<https://taroyamada.jp/wp-content/uploads/2020/02/b17d2f98173896398bc727feb8728131.pdf>)。

(26) 以上につき、参照、小島・前掲注(1)61頁、文化庁著作権課「著作権法及びプログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律の一部を改正する法律(令和2年著作権法改正)について〔前編〕」コピライト716号(2020)69頁。

(27) かくして成立した改正法の条文の内容に関しては、文化庁が法案説明のために作成した極めて分かりやすい図解を参照されたい(文化庁「著作権法及びプログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律の一部を改正する法律(説明資料)」19-21頁 (https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/r02_hokaisei/pdf/92359601_02.pdf))。

(28) たとえば、2019年2月13日の著作権分科会における大淵哲也委員発言(「我々には散歩をする自由があって、街の中、公園、道路などは散歩できるのですが、他人の私有地に入り込んで