

# 他人の著作物の利用に関する著作権法上の諸問題

古 沢 博

## Ⅰ ま え が き

すべての著作物は、多かれ少かれ、先人の文化的遺産に負っている。実際問題として、他人の著作物の影響を全く受けず、これを全く利用することなしに、独自に創作された著作物は全く存在しない、と云っても過言ではない。この場合、他人の著作物の利用がその著作物に対する著作権の侵害となるかどうかの問題は、實際上、非常にしばしば生じ、著作権制度の創設以来、回避することが許されなかった、古くして根本的な問題である。しかしながら、かかる日常しばしば生じる問題について、いかに考え、解決すべきかという実際的な基準ないし指標に関しては、従来、我が国においては、説かれることが少かった。

本稿は、上記の問題について、若干の検討を加えようとするものであるが、この問題の前提として、利用される著作物が著作権により保護されていなければ、著作権侵害はあり得ないから、第一には、利用される著作物が著作権により保護されるものであるかどうか、及びその著作物中のどの部分が著作権により保護され、どの部分が保護されないかが、問題となる。これは、従来、著作物の本質論として論じられてきた問題であり、その解明には、著作物を構成する個々の要素、著作の過程についての検討を必要とするとともに、学問的著作物など、特別の著作物については、特別な検討を必要とするであろう。次に、第二の問題として、他人の著作物の利用が、利用される著作物の複製等著作権の権利内容を構成する利用となるのは、どのような場合であるのか、又、逆に、他人の著作物の利用が、著作権の侵害とならないのは、

どのような場合であるか、が重要である。これは、同時に、著作権の効力の及ぶ範囲の問題であり、西ドイツの現行著作権法第24条の規定する意味での「自由利用」の問題でもある。第三の問題は、他人の著作物の利用が、いかなる場合に、著作権法第30条以下の著作権の制限規定により適法化されるか、という問題である。

以上の問題は、著作権法における最も基礎的かつ根本的な問題であるにも拘らず、我が国の著作権法学界においては、公表されている範囲内においては、充分な解明がなされているとは考えられない。あるいは、著作権法学者にとっては、極めて当然のこととして、触れられることが少ないのかも知れない。しかし、少くとも、実際に創作活動を行う作家、これらの作家と密接な関係を持つ著作権管理団体、及び作家の創作活動につき報道する新聞はじめマスコミ関係者の間では、前記の問題に関して、甚だしい困難が感じられている如くであり、又、そのため、種々のトラブルや混乱が生じているように思われる<sup>1) 2)</sup>。

本稿は、以上に述べた、他人の著作物の利用と著作権侵害の問題について、論点を整理し、実際問題の解決にも役立つことを旨としながら、多少の実例にも触れ、再検討ないし復習をしようとするものである。なお、前記の第三の問題については、紙数の関係もあり、日常しばしば問題が生じて重要であると思われる「引用」の問題に限定して論ずることとし、本稿の扱う諸問題に関連して興味のある最近の実例として、いわゆるモンタージュ写真による著作権侵害事件<sup>3)</sup>について若干の論評を加えることとする。

1) 例えば、小畑真一「創作と偽作についての著作権法上および文芸上の考察」著作権研究8号(1976年)39頁以下参照。この論文は同氏が日本文芸家協会及び日本文芸著作権保護同盟の著作権事務担当者としてかわりあいを持った「無断引用問題」あるいは「無断借用問題」に関する10件の実例について触れている。同氏は、日本文芸著作権保護同盟の前事務局長であり、著作権法の専門家ではないが、問題解決の困難性について詳しく述べている。

2) 伊藤信男、著作権事件100話(昭和51年)参照。

3) 東京高裁昭和51年5月19日判決、無体財産権関係民事・行政裁判例集8巻1号200頁以下。なお、この事件の第1審判決については、東京地裁昭和47年11月20日判決、前記裁判例集4巻2号619頁以下参照。

## 2 著作権により保護されるもの

- 1 著作権の対象となり、これにより保護されるものは、いうまでもなく、著作物である。この著作物については、現行著作権法第2条第1項第1号は、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」と定義し、同法第10条第1項は、著作物に該当するものの例を摘示するとともに、同条第2項は、「事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道は、前項第1号に掲げる著作物に該当しない。」と規定している。そのほか、同法第13条は、著作物ではあるが、著作権の目的となることのできないものについて規定している。

現行著作権法のこれらの規定から、「事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道」が著作物（正確には、言語の著作物）に該当しないことは明らかであるが、この規定は、同法第10条第1項の著作物の例示を受けて、同項第1号の著作物に該当しないものを例示したにすぎず、他に著作物でないものが存在しない旨を意味するものではない<sup>4)</sup>。

ところで、上記の「事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道」の意味するものは、だれが、いつ、どこで、何を、どのようにして、したかを伝えるにすぎない短信とか、人事異動や死亡記事のように、事実を忠実、簡潔に伝達し、だれが書いても同一になると思われる記事であり、通常の新聞記事で、新聞記者の個性のにじみ出ているようなものは含まれない<sup>5)</sup>。これらが著作物に該当しないのは、これらが、単なる事実自体の表現（伝達）にすぎず、思想、感情の表現ではないからである。

4) 現行著作権法第10条第2項は、創設以来のベルヌ条約の対応規定を受けて、文言は異なるが、旧著作権法以来、規定されているものである（新著作権法セミナー、第2回、ジュリスト№468、137頁）。なお、我が国が現在加盟しているベルヌ条約のパリ改正条約では、対応規定は、第2条第8項となっている。

5) 加戸守行、著作権法逐条講義（1974）73、74頁。半田正夫、著作権法概説（1974年）95頁。なお、東京地裁昭和47年10月11日判決、無体財産関係民事・行政裁判例集4巻2号554頁参照。

## 2 著作物の本質

著作権の保護を受ける著作物は、既に述べたとおり、「思想又は感情を創作的に表現したもの」でなければならないが、保護著作物中のすべての構成要素が著作権の対象となり、これにより保護されるものでないことは、もちろんである。著作権の保護の対象は、著作権法第2条第1項第1号の定義から明らかなとおり、創作的に表現された思想又は感情であり、換言すれば、著作者の思想又は感情のうち、个性的特徴の顕現されたものである。これ以外のものは、たとえ、保護著作物中に含まれていても、その部分に著作権が及ぶわけではなく、何人も自由に利用し得るものである。この著作権により保護されるものと保護されないものの区別は、著作物の本質論として、古くから論じられているところである。

- (1) 著作物の本質に関しては、先ず第一に、著作物を「形式」と「内容」とに峻別し、前者は著作権により保護されるが、後者は保護されず、他の著作者による新しい表現に、自由に利用し得る、という伝統的な見解について検討する必要がある。

ドイツの哲学者フィヒテは、形式 (Form) と素材 (Stoff) についての哲学的な区別と関連して、精神的創作物としてのBuchを、「形式」 (Form) と「内容」 (Inhalt) とに区別し、著作物の思想は、その公表とともに自由になるが、思想の「形式」は著作者に留保される、と述べた<sup>6)</sup>。このような認識から、その後のドイツ法学において、著作物はその「形式」においてのみ保護される、という一般理論が構築され<sup>7)</sup>、この理論は、さらに、コーラーらの学者により、保護される著作物の「形式」には、著作物の「外面的形式」 (äußere Form) だけではなく、「内面的形式」 (innere Form) も含まれるとされ<sup>8)</sup>、我が国における二次的著作物に該当する「改作」 (Bearbeitung) にも

---

6), 7) Eugen Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht (1960) S. 105 (以下、特に断らない限り、これをUlmerとして引用する)。

8) Ulmer, a. a. O. S. 106 .

原著作物の著作権が及ぶように発展させられた。

我が国においても、ドイツの学説の影響を受け、これと同様の見解が一般的であり<sup>9)</sup>、これらの学説は、

- (イ) 「著作物は思想感情の或る形式に於ける外部的表白に外ならぬ」が、「思想感情の表白の手段たる外部的形式そのものを以て直に著作物なりと謂ふことはできない。又他方に於てその表白の内容たる思想、感情そのものに付き権利の成立を認むべきでないことも亦勿論である。」「その外的表白の所謂内面的形式 *innere Form*」「即ち表白者が自己の精神生活に於て得たる部分的材料を、一定の精神的労作に依り整理統一したその体系又は過程が保護されるのである<sup>10)</sup>。」
- (ロ) 文書演述の如き著作物に付ては、(一)言語の排列順序というような外部的形式と、(二)其の形式に適應して、著作者独特の精神作用によって整頓せられた内容の体系(内面的形式)と、(三)其の内容の体系を構成する個々の部分(部分的内容)との3つに分つて考えることができるが、(三)の部分的内容については著作者の専有が許されず、この点では、著作権は内容(思想)を保護するものではない。保護されるのは、(一)と(二)である<sup>11)</sup>。
- (ハ) 「著作権の本質は、著作物の単なる外形に存するのではない。然し乍ら、又、単なる抽象的な創意、単なる小説の構想の如きものは、之亦、各人の自由に利用し得る所であつて、独立の著作物と云うを

---

9) 榛村専一、著作権法概論(昭和8年)63, 64頁。末川博「著作権の本質」(民法に於ける特殊問題の研究 第1巻所収)(大正14年)119, 120頁。阿部浩二「著作権の基礎構造一序説一」(現代私法の諸問題下巻(昭和34年)所収), 644, 645頁。  
なお、勝本正晃、日本著作権法(昭和15年)89頁及び、城戸芳彦、著作権法研究(昭和18年)53頁も、實質的に同旨と思われる。

10) 榛村、前掲、63, 64頁。

11) 末川、前掲、119, 120頁。

得ない。著作物の本質は、その中間に存するのであって、創意が、文学、音楽其他の媒介によって具体的に表現せられる際に於ける具体的意味内容に存するのである<sup>12)</sup>。」

- (二) 「著作物の本質は其の外形にあらず、又其の外形と遊離したる著作者の抽象的思想感情にも存しない。」「著作物の本質は、其の著作物に於て外形と結合して具体化されたる、著作者の思想感情ということを得る。」著作物の素材（人の思想感情の外に存在する純客観的事実）、主題（素材が著作者により価値づけられたもの）、構想（主題化した素材の取り扱い方）の如き其の著作物に於ける抽象的内容をなすものは、其の著作物の本質を為すものではない<sup>13)</sup>。

などと説く。

- (2) ところが、近時にいたり、著作権による保護資格の基準を、「形式」と「内容」との区別に求め、前者のみが保護されるとする従来の学説を批判し、前記の区別に代り、著作物の構成要素を、著作者の個人的特徴を顕現する要素と、文化的共有財産（Gemeingut）とに区別し、前者に著作物の本質が存するとする見解が現れるに至った<sup>14)</sup>。

たしかに、著作物を構成する各要素について仔細に検討するとき、「形式」と「内容」とを峻別し、これを基準とする従来の学説には、疑問が多い。従来の学説における「内面的形式」は、その具体的内容が明確ではないが、著作者独特の精神作用によって整頓された内容の体系<sup>15)</sup>であるとされているから、それは、「内容」と極めて密接な関係を持つものである。両者の区別は、相対的なものにすぎず、両者を

---

12) 勝本、前掲、89頁。

13) 城戸、前掲、49—53頁。

14) Ulmer, a. a. O. S. 106 ff.; Heinrich Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. (1974), S. 30 ff.; 我が国においては、半田正夫、著作権法概説（昭和49年）79—81頁。

15) 末川、前掲、119, 120頁。

質的に区別することは、殆んど不可能である。又、特に音楽、詩(Lyrik)や抽象的な造形美術等に関して明らかなように、これらにおいては、形式の附与自体が1つの精神的行為であって、「内容」と「形式」とは、不可分な一体を構成しているようにも思われる<sup>16)</sup>。更に、「外面的形式」として「内面的形式」の一定の言語の排列順序により表現されたものも、そのすべてに著作権が及ぶわけではなく、自然、歴史、文学的又は芸術的伝承等により所与として与えられる素材や対象等、いわゆる「共有財産」(Gemeingut)<sup>17)</sup>自体に関するものには及ばない。

このように考えると、「形式」と「内容」とは、従来論じられてきたように、異質のものとして明確に区別することは不可能である。従来の学説が「形式」のみが保護されるとしたのは、一方では、思想及び学問の自由についての認識を基礎としながら、他方では、著作者の個性は、その「形式」においてのみ存すると考えたからに外ならない<sup>18)</sup>。しかし、著作者の個性は、「形式」のみならず、後述するように、著作物の母体ともいえる「内容」中にも認められると考えるべきであるから、従来の学説における「形式」と「内容」の峻別は無意味といわざるを得ない。この区別に代って、著作物中の個性的特徴部分と文学的、芸術的共有財産(Gemeingut)とを区別する見解が登場し<sup>19)</sup>、著作物を構成する各部分について、換言すれば、著作物の「外面的形式」、「内面的形式」及び「内容」のそれぞれについて、著作者の個性的特徴が認められるかどうか、著作権による保護資格の有無の判定基準とされるべきであるとされたのである<sup>20)21)</sup>。

---

16)Ulmer, a.a. O. S. 106 ff.

17)Ulmer. a.a. O. S. 105 .

18)Ulmer, a.a. O. S. 105 ; 半田、前掲、80頁。

19)Ulmer, a.a. O. S. 108 ; Hubmann, a.a. O. S. 33 ; 半田、前掲、80, 81頁。

20)半田、前掲、81頁。

以上のような理由により、筆者も、著作者の思想又は感情の個性的特徴の顕現を著作物の本質と解する近時の学説に左祖するものであるが、かかる著作物の本質論だけでは、實際上生起する諸問題の解決について、すぐに役に立つとは思われない。最終的には、著作物のどの部分が著作権により保護され、どの部分が保護されず、何人も自由に利用できるかが、個々の著作物について判定されなければならないものであるが、次に、著作物の各構成要素について分析を試みることにする。

### 3 著作物の構成要素の検討

- (1) 著作物のいかなる部分に、著作者の個性的特徴が顕現するか、又、著作物中のいかなる部分が個性的であり得ないか、について検討する前に、人間の著作活動がいかなる過程を経て行なわれるかについて<sup>21)</sup>、概観するのが適当であろう。

著作者は、著作活動にあたり、著作活動へのインスピレーション及び素材等を、第1には、自己をとりまく自然及び社会から、第2には、先人により客観的に表現されて、歴史的に受け継がれてきた文化的遺産から得ている。著作者は、これらを自己の内面に受け入れ、又これらを契機として、著作活動を行なう。もっとも、これらを受け入れるためには、それを受け入れるのに必要な能力が予め用意されていることが必要であるが、この能力も、同様に、彼をとりまく自然的、社会的、歴史的環境を通じて形成される。ところで、著作者は、著作活動に際し、彼自身の内面的精神活動により、外部から受け入れたものを整理し、体系化し、さらに、これに彼自身のものを附加して、外部に

---

21) ドイツにおいて、著作物の言語形式の利用だけでなく、その「内容」の上演によっても、著作権侵害となり得る旨を判示した最初の判例として、有名な、アルト・ハイデルベルク＝ユング・ハイデルベルク事件 (KG, 23, Juni, 1926, in GRUR 1926 S. 441 ff.) この判決をはじめとして、各国の主要判例について、大見鈴次、著作権侵害に関する比較法的実証的研究 (昭和47年) は、詳細に紹介している。

22) 阿部、前掲、640頁以下及び末川、前掲、108頁以下参照。



表現するが、そもそも、外部から受け入れるものに対して、どのように反応し、これをどのようなものとして受け入れるか自体も、作者の能力その他の精神内容により同一ではない。そして、上記のような、外部からの素材の受容、それに対する内面的な処理（整理、体系化、自己自身のものの附加）及びその外部的表現等に、作者の個性が顕現され、かかる作者の個性的特徴が、著作権による保護を受ける資格を与えるのであり、反対に、著作物中かかる個性的特徴を持たない部分、即ち、単に外部から受け入れただけの部分は、著作権の保護を与えられないのである。

- (2) そこで、次に、著作物を構成する個々の要素について具体的に検討を加えるが、その前に、前述の著作の過程を、別の視点から考えてみよう。作者は、既に述べたとおり、著作活動にあたり、自己の外部から、さまざまな素材を受け入れる。次いで、作者は、この素材を自己の内面的な精神活動により解釈し、評価を加え、これに意味を与える。これにより、素材は著作物の主題（テーマ）となる<sup>23)</sup>。著作の次の段階は、上記の主題（テーマ）について、これをどのように扱うかの構想を定めることである。即ち、主題（テーマ）をどのような形式により表現するか、その主要な筋、場面、登場人物をどうするか等が定められる<sup>24)</sup>。そして、作者は、これらの素材、主題（テーマ）、構想等を整理、統一、発展させることにより、具体的な思想、感情の体系を完成させ、これを外部に表現するのである<sup>25)</sup>。

上記の3つの要素のうち、素材は、作者の外に存在するものであり<sup>26)</sup>、これ自体には、作者の個性的特徴は存在し得ない。これに反して、主題（テーマ）、構想は、作者の主観により個別化されたも

---

23) 城戸，前掲，50，51頁。

24) 城戸，前掲，51頁。

25) 城戸，前掲，52頁。

26) 城戸，前掲，49頁。

のであり、そこに著作者の個性的特徴が存し得るのである。

しかしながら、これまでの論述において意識的に触れなかったことであるが、著作者の個性的特徴を顕現するもののすべてが、著作権による保護を受けられるわけでないことは、いうまでもない。それでは、著作者の個性的特徴がどのように（いかなる態様で、どの程度に）顕現されている場合に、はじめて著作権の保護を受けられるのであろうか。これは、著作権ないし著作権制度の存在理由とも関連する最も重要かつ困難な問題である。これに関しては、小説等の筋 (Fabel, plot) あるいはアイディアの保護等に関連して、項を改めてさらに具体的に触れる予定であるが、著作者の個性的特徴が、相当具体的かつ詳細に展開された思想感情の中に認められるときに、はじめて著作権の保護を受ける資格が生ずるということができよう。もし、そうでなく、抽象的あるいは単純な思想感情に対し著作権の保護を与えることは、他の著作者の独立の創作活動に対する大きな障害となり、文化の普及発展を妨げ、著作権法第1条の目的と合致しないからである。

### (3) 個々の構成要素について

#### (イ) 素材

この素材は、著作者の外に存在し、著作者に対し、外的自然あるいは社会的、歴史的な所与として与えられ、著作者により受容され、創作へのインスピレーション及びそのための材料を与える。自然は、画家、造形美術家に対し、その線、色彩、形態が、材料及びモデルを提供し、学者に対し、研究、発見の対象となり、作家は、これから、自然の情緒及び感銘を受ける。さらに、人間の生活は、創作のための多くの主題の基礎となる<sup>27)</sup>。以上をさらに具体的に挙げると、歴史的事実、時事の出来事、人物、自然の風物、人間の生活において経験する肉親の愛、友情、恋愛、生、病、老、死等の社会的事実、科学者の発見する宇宙の原理、自然の法則、事物の性質、哲学上の原理、道徳上

---

27) Hubmann, a. a. S. 30.

の規範等がこれに含まれる<sup>28)</sup>。これらのものは、それ自体においては、著作者の主観、個性とは、何らかかわりを持たず、たとえ、それが保護著作物中に含まれていても、著作権による保護を受けるものではなく、何人もこれを自由に利用し得る。

さらに、法律上の理論その他学問上の理論、学説も、それ自体においては、自由に利用し得る素材となり得る。これは、他から受継されたものに限らず、保護著作物中において公表された新しい理論、学説についても同様である。その自由な利用可能性は、学問の研究及び精神的討議に不可欠であるからである<sup>29)</sup>。

以上の自由に利用し得る素材を、文化的「共有財産」(Gemeingut)と総括し得よう。

次に、1つの実例を挙げてみよう。歴史的事実自体には著作権の保護は与えられないことはもちろんであるが、「歴史書」あるいは「歴史的記録」のすべてが、著作権の対象外であるということはできない。かつて、小説家綱淵謙錠氏は、同氏著作の小説「怯(きょう)」による「無断借用」問題に関して、同小説により無断借用されたとされた森莊巳池著の「私残記は、文学作品ではない。大村治五平という人が子孫に残した『私残記』という記録があり、その現代文訳と解説と原文との3編から構成された、いわば歴史書なのである。」「私は、森氏の『私残記』のうち、大村治五平の原文および南部藩の判決文は歴史的事実なるがゆえに森氏の著作性の入っていない、したがって著作権の対象とはならないものとして、これを自由に利用できる性質のものだと考えたのである<sup>30)</sup>。」(アンダーラインは筆者が付した)と述べているが、このような理解が誤りであることは、明らかである

---

28) 城戸，前掲，50頁。

29) Ulmer, a.a. O. S. 223，

30) 綱淵謙錠「“無断借用”事件と私の言い分」中央公論昭和49年3月号222—225頁。  
なお、この事件については、小畑，前掲論文43，66頁も触れている。

う<sup>31)</sup> <sup>32)</sup>。又、自然科学上のデータ自体が著作権の対象となり得ないことは、いうまでもないが、これについては、有吉佐和子著「複合汚染」に関する事件が興味を引こう<sup>33)</sup>。

(ロ) 主題

素材は、著作者に受け入れられ、その主観、個性により価値づけられる。ある歴史的事実（例えば赤穂浪士の討入）という素材に対し、人は、その主観により、或いは壮挙と感じ、或いは愚挙と感じ、この主題にもとづいて、著作が行なわれる。この段階においては、既に著作者の個性が顕現される。しかし、それは、未だ、極めてばく然とした、抽象的なものにすぎず、著作権による保護が与えられるべきものではない。

(ハ) 構想<sup>34)</sup> (Plan)

ここで構想というのは、前述の主題をどのように扱うかに関する構

---

31) 小畑、前掲論文43頁は、この事件は、文芸家協会理事会が検討し、著作権侵害とは認められない旨発表した旨述べている。文芸家協会理事会がそのような結論をだした事実及びその理由については、つまびらかにしないが、筆者は、偶然の機会にこの問題を検討したことがあった。私の個人的印象によると、大村治五平の原文及び森氏の現代文訳と綱淵氏の小説との比較においては、後者は、その有する小説としてのすぐれた特徴にも拘らず、前者に対し二次的著作物としての関係に立つと思われた。従って、この事件においては、大村治五平の原文の著作権が存在しているとすると、綱淵氏の小説「怯（きょう）」は、許諾なしに二次的著作物を作成したものとして、著作権侵害となるわけである。ちなみに、大村治五平の死亡したのは文化10年であり、その原文が発行されたのは、大村治五平の死後である昭和18年である。この点について、鈴木敏夫氏は、アーネスト・サトーの著作物の例を引いて、大村治五平の原文の著作権は、現在も存続しているとされたように記憶している。アーネスト・サトーの著作物の保護期間に関する同氏の見解については、同氏、実学著作権、上巻（1976年）143頁参照。もし、大村治五平の原文に著作権が存続しておらず、公有となっているならば、これに基いて森氏の現代文訳と同内容のものが作成されても、これには、森氏の著作権は及ばない。

32) 歴史的事実に関しては、丹羽文雄著「蓮如」についても問題とされたことがある。これについては、小畑、前掲論文及び伊藤、著作権事件100話、568頁以下参照。

33) 伊藤、前掲、603頁以下及び小畑、前掲、参照。

34) 本文の、素材、主題、構想の分類は、城戸、前掲、49—52頁に従ったものである。

想である。これには、主題化された素材を、いかなる形式で表現するか(小説にするか、脚本にするか、絵画、彫刻にするかなど)、又その内容をどうするかであり、例えば、登場人物、出来事、エピソード、事件の発展等を含む筋(Fabel, plot)等も含まれる。

従来の学説は、この構想に該当するものについて、著作権の保護が及ぶことを否定する<sup>35)</sup>。その理由とするところは、これが抽象的内容をなすものにすぎず、具体的意味内容をなすものではない、というにある。

この構想に含まれるものの多くが具体的意味内容を持たない抽象的なものであること、従って、著作権の対象となり得ないことについては、同意し得るところである。しかしながら、このことが、すべての構想に適用し得るかどうかは、疑問である。例えば、小説や脚本の「筋」(Fabel, plot)について考えるとき、著作権による保護の本質を、既に述べた如く、形式及び内容を問わず、著作者の個性的特徴を顕現するものの保護と考える以上、かかる個性的特徴は、著作物の内容にも、従って、その「筋」にも顕現し得るものであるから、その「筋」が、かかる個性的特徴をそなえ、具体的に展開された内容を持つ限り、著作権による保護の対象としても何ら差支えない<sup>36)</sup>。これにより他の著作者の創作活動の余地を著しく狭めて、文化の発展に大きな支障をきたすということもないであろう。問題は、その具体性をどの点に認めるかにある。以下、項を改めて述べる。

#### 4 「筋」(Fabel, plot)の保護適格について

ここで「筋」というのは、小説、戯曲等において、登場人物の性格、行為

---

35) 例えば、城戸、前掲、52頁。勝本、前掲、89頁。

36) ドイツにおいては、多くの学説及び判例の認めるところである。Ulmer, a. a. O. S. 107, 114, 115 ; Hubmann, a. a. O. S. 33; Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 2. Aufl. (1970) S. 65; アメリカにおいては、Melville B. Nimmer, Nimmer on Copyright (1967), P. 620 et seq..

の発展、出来事の継起等からなる作品の構想であり、「内容」の1部である。

これについて、「形式」と「内容」とを峻別する従来の学説は、この「筋」が抽象的内容をなすものにすぎないことを理由として、これを著作権による保護の対象から除外する。確かに、歴史、伝承又は文学的伝統などの、既存のストーリーは公有であり、保護を受け得ない文化的共有財産である。又、「筋」が抽象的アイディアにとどまる限り、これに著作権による保護を認めることは、当該アイディアを、本来何人にも開放されるべき素材の倉庫から除外し、文化及び思想の進歩を妨げることとなるから、これにつき著作権の保護を与えることは、許されるべきでない。しかしながら、これと区別されるべきは、著作者の精神から発し、しかも、相当程度具体的内容を持った「筋」である。小説や戯曲の「筋」といっても、これをどのように把握するかにより、抽象的なものから具体的なものまで、さまざまなものが考えられる。この問題に関しては、形式的には、「形式」－「内容」峻別説の如く、「アイディア」(idea)又は「単なるアイディア」(mere idea)と「アイディアの表現」(expression of idea)とを区別し、著作権による保護は前者には及ばず、後者のみが保護されるとしながらも、両者の間に引かれるべき境界線は、一方の極端にある表現形式そのものと、他の極端にある最も抽象化された段階、即ち、当該作品が何に関するものであるかを示す題号などとの中間に引かれるべきであるとし、具体的に両者の間の境界を見出そうとする、アメリカの判例や学説の傾向は、非常に实际的であって、興味深いものがある。

この線引きの問題について、かつて、Hand 判事は、次のように述べている。

「いかなる著作物にも、特に戯曲の場合には、出来事をだんだん取り去るにつれて、段々と一般性を増していく非常に多くのパターンが同様によく適合する。その最後のものは、その戯曲が何に関するものであるかについての、最も一般的な陳述のみであって、時には、その題号だけであるかもしれない。しかし、この一連の抽象化の中に、もはやこれから先は保護されないという

1点がある。なぜなら、そうでなければ、劇作家は、表現を離れては本来彼の権利の及ばないアイデアを、他人に利用させないことができることになるからである。これまで誰もその境界を確定することはできなかったし、又、決してできるものではない<sup>37)</sup>。』

境界確定のためのこの基準は、抽象化テスト (abstractions test) ともいわれ、問題の本質及びその困難性を生き生きと叙述するものであるが、抽象化のどの段階から保護されなくなるかの難問に対し具体的な解答を示すものではない。この難問に、より具体的な解答を与えようとしたのが、Chafee教授である。同教授によれば、この境界線は、作者のアイデアと彼が書いた形式そのものの中間にあり、著作権の保護は、彼の著作物の「パターン」に及ぶ。例えば、ある戯曲中のアイルランド人とユダヤ人との結婚のアイデアは、他の著作物中に借用することが可能であり、このテーマをとり上げる場合、人物と状況の類以は不可避であるが、これは、未だ著作権侵害にはならない。他方、戯曲のパターン、即ち、出来事の継起と登場人物の相互交錯の発展は、場面をおって、模倣されてはならず、パターンがこのように対応するときは、対話のすべての語が変えられていても、著作権侵害となる<sup>38)</sup>。

Nimmer教授は、以上の所説を検討した上、この両者を結合し、実質的同一性(substantial similarity) 決定のために働くパターンは、対話、些細な出来事、場合によっては、舞台装置(setting)を省略した、ある程度抽象的ではあるが、出来事の継起及び主要登場人物の相互交錯の表現を含むのに充分な程度に具体的なパターンであるとする<sup>39)</sup>。この叙述は、著作権侵害の1つの要件とされる「実質的同一性」に関してなされているが、どの程度具体的な「筋」に著作権の保護が及ぶかという問題についても、同様に考えることができる。

---

37) Nichols v. Universal Pictures Co. Inc., 45 F. 2d 119, 121 (2d Cir. 1930),

38) Zechariah Chafee, Reflections on the Law of Copyright, 45 Col. L. Rev. 503, 513, 514 (1945).

39) Nimmer, supra p. 623.

さらに、Nimmer教授によれば、そのパターン・テストの実例として、ブロードウェイで上演され、又映画化された有名な「ウェストサイド物語」とシェークスピアの「ロメオとジュリエット」（ただし、シェークスピアの著作物が公有となっていないものと仮定）とが比較され、両者は、対話、舞台装置や登場人物、話の運び、アクションの多くに異なる点があるが、上記のパターン・テストを適用すると、両者は、単なる「基本的アイディア」(basic idea)のみではなく、本質的な出来事の継起及び登場人物の相互交錯の点においても、共通である。下記の13点は、同一でない細部や重要な話のいくつかが省略されている点において、ある程度抽象的であるが、本質的な出来事の継起及び人物の相互交錯を示すのに十分な程度に具体的であり、このパターンが両者に共通であるから、両者は、実質的の同一性がある<sup>40)</sup>、とされる。上記の13点は、次のとおりである。

1. 少年と少女が敵対的なグループのメンバーである。
2. 彼らは、ダンス・パーティで会う。
3. 彼らは、夜のバルコニー（火災避難口）の場で、愛を告白する。
4. 彼女には、他に許婚者がいる。
5. 少年と少女は、結婚の誓いをする。
6. 敵対グループの遭遇の際、少女のいとこ（兄弟）が少年の親友を殺す。
7. これは、少年が、暴力を避けるために、親友の手をとめようとしたために、起きた。
8. 報復のため、少年は、少女のいとこ（兄弟）を殺す。
9. その結果、少年は亡命する（身をかくす）。
10. 隠棲している少年のもとへ、彼が少女に会うための計画を説明する手紙が送られる。
11. その手紙は、少年に届かない。
12. 少年は少女が死んだという、誤った知らせを受けとる。

---

40) Id. pp. 624—626.



13. 悲しみのあまり、少年は自殺する（又は、殺されるまになる）。

「筋」について著作権による保護を否定する「形式」－「内容」峻別説における、著作物の「内面的形式」がどの程度の具体的内容を持つのかについて、筆者にはよく理解できないのであるが、この論者は、前記の13点からなる「筋」をもって、未だ抽象的な構想であって、著作権の保護の及ぶ余地はない、と解するのであろうか。

私見によれば、著作物の内容、とくに小説、戯曲の「筋」も、著作者の精神から発し、しかも、ある程度抽象的であるとしても、少なくとも前記13点に示されたような、相当程度具体的内容を持ち、この点において個性的特徴を示すものには、著作権による保護を与えてよいと思われる。かかる程度の具体性を持った個性的特徴の顕現に対し著作権を与えても、他の著作者の創作の余地を不当に狭めることにならないと考えられるし、反対に、これに対し保護を否定することは、わずかな程度の改作により著作権によるコントロールを免れることを可能とし、いたずらに、剽窃者を喜ばせる結果となり、かくしては、創作性のある著作物を保護し、文化の発展をはかろうとする著作権法の目的にも反しよう。

#### 5 学問的著作物について<sup>41)</sup>

学問的著作物は、その性質上、著作権による保護に関し、他の一般の著作物と異った面を有している。この学問的著作物については、既に述べたような、著作者自身の精神から発し、その個性的特徴を顕現する部分とその他の部分とを区別するだけでは、充分とはいえない。このジャンルにおいては、新しい知識、研究結果、アイディア及び理論、学説も又、討議と将来の研究のために、自由でなければならない。その意味において、前述した文化的共有財産の範囲は、他の著作物の場合と比較して、より広く認められることになる。しかしながら、この場合においても、著作権による保護を受けるのは、

---

41) Ulmer, a.a. O. S. 108 ; Hubmann, a.a.O. S. 34; Ulmer, Copyright Protection of Scientific Works with special Reference to Computer Programs, 2 IIC 56, 67.

「形式」のみであって、「内容」は、すべて自由に利用し得るとの結論になるわけではない。観念の豊富さ、例証の豊かさ、引用及び問題の解決方法の多様さなどに著作者の個性が現われ、これらが保護され得るのである。

### 3 著作物の自由利用 (freie Benutzung)

- 1 既に述べた如く、すべての著作は、多かれ少なかれ、先人の文化的遺産である著作物を利用しているものといえることができる。文化の進歩は、精神的創造者が他人の業績を基礎とすることにより、はじめて達成可能となる。この他人の著作物を自己の著作物に利用する場合として、3つの態様がある。第一は、後者（利用する者の著作物）が前者（利用される著作物）の複製物と認められる場合であり、第二は、後者が、前者に対し、その二次的著作物（著作権法第2条第1項第11号）の關係に立つ場合であり、第三は、後者が前者に従属しない独立の著作物となる場合である。第一の場合と第二の場合には、利用する著作物は、全面的か部分的かの差異はあっても、利用される著作物に従属し、その著作権によるコントロールを受ける。これに反して、第三の場合には、他人の著作物が利用されてはいるものの、その利用の結果、新しい本質の中核と新しい独自の特徴を持った新著作物、即ち、利用された著作物から完全に独立した新創作物が作り出されるのである。そして、この第三の場合には、利用される他人の著作物は、自己の独立の創作物への刺激として用いられるにすぎない<sup>42)</sup>。この第三の態様の他人の著作物の利用が、いわゆる「自由利用」(freie Benutzung)である。西ドイツの1965年の著作権法が、その以前の著作権法の規定を引き継ぎ、その第24条において、「他人の著作物の自由利用によって作成された独立の著作物は、利用された著作物の著作者の同意を得ないで、これを公表し、及び利用することができる。」と規定しているところである。この「自由利用」の概念は、同じく他の著作物を利用しながら、これに

---

42) Fromm/Nordemann, a.a. O. S. 129.

従属する著作物である「改作」(Bearbeitung)との違いを明確にすることにより、一層よく理解し得るものである。「自由利用」においては、利用される著作物の個性的特徴は、後の創作への刺激となっているのみである。これに対し、「改作」においては、原著物の個性的特徴が新著作物に受け継がれ、これに新たな個性的特徴が附加的に刻印されるにすぎないのである。このように、「自由利用」においては、利用される著作物の個性的特徴が背後に退き、新たに創作された著作物の個性的特徴に対して色あせることとなり、又このような場合にのみ「自由利用」は存在し得るのである<sup>43)</sup>。

2 我が国の著作権法には、前記の「自由利用」に該当する規定はない。そして、この「自由利用」なる語は、しばしば、著作権者の有する著作権の権利内容を制限し、著作物の利用の自由を認める場合の総称として用いられている。しかし、この意味の「自由利用」は、本稿でいう「自由利用」とは異質のものである<sup>44)</sup>。

本稿において、この「自由利用」について触れるのは、「自由利用」が、特定の条件下に、本来及ぶべき著作権の権利内容が制限され、利用が自由となる場合と異なり、著作物の本質、従って、又、著作権の効力の及ぶ範囲、ひいては、著作権による保護の本質と密接に関連する重要な問題であるからであり、第二には、さきに挙げたいわゆるモンタージュ写真事件とも関連するからである。即ち、この「自由利用」に関しては、同事件の当事者も主張しておらず、従って、裁判所も、第1、2審を通じて、何らの判断をしていない(第2審の判決中には、「自由利用」なる語は散見されるが、その意味は、本稿で用いているのと異なる)が、私見によれば、後に述べる如く、同事件のモンタージュ写真による他人の写真の利用は、「引用」というに値しないものであり、その利用が適法とされるとするな

---

43) Hubmann, a. a. O. S. 166, 167.

44) 満田重昭「著作物の『自由利用』について」工業所有権法研究50号(1976年)1, 3頁。

らば、この「自由利用」を根拠とするほかはなく、本来、最終的には、この「自由利用」の成否により勝敗が決せられるべきであったと思うからである<sup>45)</sup>。

- 3 西ドイツの1965年の著作権法の定める「自由利用」は、既に見たように、利用される著作物にとらわれず、これに従属しない自由な精神活動による利用であり、その結果、新たに作成される著作物においては、利用される著作物の個性的特徴は背後に退き、新たに創作された著作物の個性的特徴に対して色あせている (verblaßen) のである。著作権による著作物の保護の基礎が、既に述べたとおり、著作者の個性的特徴の顕現の保護にあるとした場合、上記のような「自由利用」に対し、利用される著作物を保護しなければならない必要性は大きくないといわざるを得ない。このような態様により利用される著作物に対する著作権者の排他的利用権と、かかる他人の著作物の利用により期待し得る文化の進歩という利益との比較衡量をするとき、かかる「自由利用」に対して、著作権の保護は及ばないと解しても、著作権による著作物の保護の本質に反するものではないであろう。
- 4 以上のとおり、西ドイツ著作権法第24条の「自由利用」の規定は、著作権による著作物の保護、即ち、著作権制度の本質に由来するものといことができる。従って、かかる規定の存しない我が国の著作権法においても、同様の法理が適用されて差支えないと思われる<sup>46)</sup>。

このことは、我が国の現行著作権法の規定の構造からも、結論し得るところである。我が著作権法においては、西ドイツ著作権法第15条の規定と異なり、著作権に含まれる権利は、第17条第1項により限定されており、有形的複製に関して認められているのは、複製権と二次的著作物に関する権利のみである。従って、これらに該当しない著作物の利用は、西ドイツ著作権法第24条のような規定をまつまでもなく、本来自由であるとい

---

45) 満田、前掲は、同事件の控訴審の判決後、その判決理由に接しないまま、「自由利用」との関連で、同判決について論じている。

46) 満田、前掲、7頁参照。

うことになる。しかしながら、問題は、他人の著作物の複製及び二次的著作物の作成の場合と、それに該当しない「自由利用」との間に引かれるべき境界線をどこに引くべきかであり、この解決のために、この「自由利用」の本質の解明が役立ち得るのである。

- 5 「自由利用」は、既に述べた如く、他人の著作物の利用の結果、新たな著作物が作成され、その新著作物においては、利用される著作物の個性的特徴が背後に退き、新著作物の個性的特徴に対して色あせている (verblaßen) 場合である。この比較は、一般的にいえば、利用される著作物と新著作物との両者の個性的特徴を、全体的に観察してなさるべきものである。その際、新著作物の文化的進歩(新著作物と利用される著作物の個性的特徴の比較における進歩)が基準となり、新著作物の文化的価値に疑いがないときは、逆の場合より、利用者に有利に作用する。利用される著作物の特徴が強ければ強いほど、新著作物の中に強く認められることになり、その中に新たな個性的特徴を刻印させることが少ない。他人の著作物利用の目的が、文化的目的の追求ではなく、商業的利益追求にあるときは、「自由利用」は一般に否定される。利用される著作物の量は、それ自体において、あまり意味がなく<sup>47)</sup>、新著作物が持つ個性的特徴と利用される著作物の有するそれとにつき、質的な全体判断がなされるべきである。

いわゆるパロディが「自由利用」に該当するかどうかは、抽象的基準としては他の一般の利用の場合と同様であるが、新著作物の個性的特徴とその独立性の程度により<sup>48)</sup>、一律に判断できることではない。

- 6 そこで、前述のモンタージュ写真事件の事案について考えてみよう。控訴人のモンタージュ写真(以下、モンタージュ写真という)は、利用された被控訴人の写真(以下、原写真という)のパロディである。そして、モ

---

47) Hubmann, a.a. O. S. 167. なお, Fromm/Nordemann a.a. O. S. 129, 130; Ulmer, a.a. O. S. 224 参照。

48) Hubmann, a.a. O. S. 168; Ulmer, a.a. O. S. 224. なお, Fromm/Nordemann, a.a. O. S. 130 は、パロディは、常に「自由利用」であるとしている。

ンタージュ写真は、量的には、その素材の大部分として、原写真の一部（しかも、その主要部分）を、そのままの形で利用しており、雪山の景観、美観に関する原写真の特徴は、モンタージュ写真にも引き継がれてはいる<sup>49)</sup>。しかしながら、「これに巨大なタイヤの映像を組み合わせることによって一挙に虚構の世界が出現し、そのため、（原）写真に表現された思想、感情自体が風刺、揶揄の対象に転換されてしまっている<sup>50)</sup>（ただし、前述の如く、利用された原写真の思想、感情自体の意味内容が改変されたわけではない）。このように組み合わせられて作られたモンタージュ写真と原写真の利用された部分とを、対比するとき、新著作物であるモンタージュ写真の著作者が附加した部分は、量的には小部分ではあるが、その個性的特徴は著しく強く、又、その個性的特徴は、原写真のそれとは全く異った種類に属しており、かつ、全体としてのモンタージュ写真の示す思想、感情は、原写真の示す思想、感情とは全く別個のものとなっている。即ち、モンタージュ写真においては、原写真から利用されている部分は、量的には大部分であるが、質的にみた場合、もはや、それは、モンタージュ写真における風刺、揶揄の対象となっているにすぎない。モンタージュ写真においては、利用された原写真の個性的特徴は、もはや、その非本質的部分でしかない。

以上のように考えると、モンタージュ写真においては、原写真の主要部分がモンタージュ写真の大部分として、そのままの形で利用されているけれども、又、その故に、多少の疑問を感じるが、原写真の持つ個性的特徴

---

49) 訴訟当事者の主張との関係もあるが、同事件では、第1審判決も、控訴審判決も、いずれも、モンタージュ写真においては、利用された原写真の思想、感情が改変されていると解している。しかし、このような理解は正しくない。雪山の景観の特徴自体は、依然として保持されている。これが保持されているからこそ、これに組み合わされたタイヤが意味を持つのである。この点については、松井正道「著作権法における適法引用と著作者人格権—パロディ写真判決に即して—」判例タイムズ、338号42、44頁参照。

50) 注（3）の東京高裁の判決理由。

は、質的にみる限り、新著作物であるモンタージュ写真における非本質的なものとなって背後に退き、新著作物の強い個性的特徴に対し色あせたということができないであろうか。筆者は、東京高裁の前記控訴審判決に対しては、後記のとおり、適法な「引用」であることを理由として著作権侵害を認めなかった点においては、その理由に賛成し得ないが、本件の事案からみる限り、その結論には、多少の疑問を感じながらも、賛成するものである<sup>51)</sup>。

#### 4 引用について

- 1 これまでにおいては、先ず第一に、著作物のうち、著作権により保護されるものは何かについて検討し、次に、かかる保護適格を有するものであっても、利用の態様等によっては、著作権の効力が及ばない場合も存すること（自由利用）を検討してきた。本稿における次の課題は、本来著作権の効力が及ぶべき場合であるのに拘らず、特定の要件の存する場合に、この著作権による支配権能を制限して、著作物の利用を許す、いわゆる著作

---

51) 注(3)の東京高裁の判決に対しては、非常に多くの論述がなされている。控訴審判決に賛成し、又は、これに近い見解として、水田耕一「モンタージュ写真判決における「著作物」の本質」（無体財産権と現代ビジネスⅠ所収）250頁以下。満田、前掲がある。その他の見解は殆んど、控訴審判決に批判的、あるいは、第1審判決に賛成するものである。阿部浩二「モンタージュ写真の著作権侵害が否定された事例」判例時報 835号(判例評論216号26頁以下)。半田正夫「著作権をめぐる最近の判例について」ジュリスト618号109頁以下。松井正道「著作権法における適法引用と著作者人格権—パロディ写真判決に即して—」判例タイムズ338号42頁以下。齊藤博「合成写真と著作権法」法政理論9巻1号148頁以下。伊藤信男「二つの“画期的”な著作権裁判の経過と問題点」コピーライト84号2頁以下。同、著作権事件100話、578頁以下。和田新「モンタージュ写真訴訟事件—高裁の判決について」著作権研究8号（1976年）77頁以下。千野直邦「「モンタージュ」写真判決シンポジウムの記録」著作権研究8号170頁以下。中山信弘「他人の写真を用いたモンタージュ写真に著作権侵害を認めた事例」ジュリスト614号131頁以下。宇井正一「モンタージュ写真につき偽作を認定した事例」判例評論175号27頁以下。久々湊伸一「合成写真の適法性」著作権研究6号31頁以下。鈴木敏夫、実学著作権、上巻（1976年）63頁以下。

権の制限規定に関する問題である。これは、現行著作権法の第30条から第47条まで、旧著作権法の第30条に規定されているところであり、その内容は、多岐にわたる。本稿では、そのうち最もしばしば問題を生ずる問題でありながら、なお多くの未解明の点を残している「引用」についてのみ、しかも、引用とは何かという問題にのみ限定し検討を行なうこととする。

- 2 現行著作権法第32条第1項は、「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。」と規定し、又、旧著作権法第30条第1項は、「既ニ発行シタル著作物ヲ左ノ方法ニ依リ複製スルハ偽作ト看做サス」と規定し、その第二号には、「自己ノ著作物中ニ正当ノ範囲内ニ於テ節録引用スルコト」との規定があった。なお、出所の明示については、現行法第48条第1項第1号は、「複製又は利用の態様に応じ合理的と認められる方法及び程度により、明示しなければならない。」とし、旧法第30条第2項は、単に「其ノ出所ヲ明示スルコトヲ要ス」と規定していた。

以上の引用に関する現行法及び旧法の規定は、旧法における「節録引用」の点及び出所の明示の程度、態様についての新、旧法の文言上の差異は存するものの、基本的には同一内容とみて、差支えないと思われる。

- 3 ところで、第一に、そもそも、「引用」とは、いかなることなのであろうか。不思議なことに、これまで我が国においては、正面からこれらを論じたものは、あまり見当たらない。そして、そのためか、一般の著作権実務家あるいは作家などの間に、さまざまな誤解が生じているようである。

このような状況のもとに、前述のモンタージュ写真事件の第一審及び控訴審判決がなされ、「引用」とは何かについて考えなおす機会が与えられたのである。

「引用」の定義は、現行法においても、旧法においても、与えられていないが、その文言からして、「他の著作物を引いてきて、自己の著作物中に用いること」であり、他の著作物中に創作的に表現された思想又は感情



を、原作のまま<sup>52)</sup>、自己の著作物中に利用すること（モンタージュ写真事件の第1審判決の見解）である。同事件の控訴審判決は、「その引用の結果、原著作物の思想、感情が改変されるような場合を排除する趣旨まで含むものと解することはできない。」としているが、「引用」の本質に照らして、全く誤った解釈という外はない。法は、引用に際して、前述のようにその出所を明示することを要求しているが、原著作物の思想、感情が改変されているような「引用」を認めながら、その出所の明示を要求するなどは、全くナンセンスである。又、現行法第32条第1項の例示する引用の目的からも、上記の見解が支持され得るであろう。

次に、同様に、引用に際しては、その出所の明示が要求されていること及び現行法第32条第1項の例示する引用の目的等からみて、「引用」といえるためには、引用される部分が、自己の著作にかかるとはならず、他人の著作にかかるとはなるものであることが、何らかの形で認識できる必要がある。その方法として最も明確なのは、言語の著作物についていえば、引用部分を括弧で区別することであるが、なんらかの方法で、引用部分が自己の著作部分と区別できれば足りる。しかし、少なくとも、この要件だけは充足されなければならない。この要件を欠くものは、そもそも、「引用」と呼ぶに値しないだけでなく、他人の著作部分を、自己の著作名義を以て示すものであるから、まさに剽窃というべきである<sup>53)</sup>。この場合、引用者の行為は、単に出所の明示を怠ったに止まるものでなく、違法な複製行為

---

52) 城戸、前掲、236頁。なお、Fromm/Nordemann, a.a. O. S. 212は、西ドイツ著作権法第51条の引用についても、この様に解している。

53) Ulmer, a.a. O. S. 240; Fromm/Nordemann, a.a. O. S. 134, 212. これらは、出所明示のない引用は剽窃であるとしている。なお、加戸、前掲、154頁は、引用対象著作物が引用されているのかどうか判然としない利用方法は、公正な慣行に合致しない旨述べているが、この問題は、「引用」の概念自体の問題であろう。

に該当する<sup>54)</sup>。

上記の点について、前述のモンタージュ写真事件においては、モンタージュ写真には、著作者として、その作者であるマツド・アマノのみが表示され、「引用部分」の区別がなく、しかも、その氏名表示とともに©表示もしているのである。他の著作物のかかる利用は、到底「引用」の概念に含まれないといわなければならない。

さらに、「引用」が適法になされるためには、引用する著作物が独立して存在する著作物であることを要する。この点については、西ドイツ著作権法第51条におけるような明文の規定はないが、旧法においては、「自己ノ著作物中ニ」とあること及び「引用」の性質及び目的上、そのように解すべきである<sup>55)</sup>。

この場合、引用する著作物が独立の著作物であるためには、引用部分が除去されても、引用する著作物が、なお独立の創作物たり得るものでなければならない。又、他人の著作物から多くの部分を寄せ集め、自分の本質的な著作と認められるものがない場合には、引用する著作物の独立性は存在しない<sup>56)</sup>。

ところが、前述のモンタージュ写真についてみると、それから「引用」部分を取り去ると、残りは、タイヤだけであり、これだけでは、特別の思想、感情を表現するものというを得ないから、モンタージュ写真における原写真の利用は、この点においても、「引用」というに値しないものといわざるを得ない。

- 4 前述のモンタージュ写真事件においては、第1審判決も控訴審判決も、当事者の主張に従って、「引用」の問題を主たる争点として、これについて

---

54) 他人の著作物を盗用したと非難された作家達は、それは「引用」であると弁解することが多い。しかし、その多くは、本文の意味において「引用」というに値しないものである。小畑、前掲論文。伊藤信男、著作権事件100話、第93話、568頁以下参照。

55) 蓼優美、条解著作権法（昭和36年）、255頁。

56) Fromm/Nordemann, a. a. O. S. 212, 213.

て判断し、第1審判決は、モンタージュ写真による原写真の利用を「引用」に当らずとし、控訴審判決は、適法な引用になると判断しているが、この控訴審判決の「引用」に関する解釈ないし理解は、上記のとおり、全く誤っており、賛成できないところである。

## 5 結論

著作物の本質は、著作者の個性的特徴の顕現にあり、著作権により保護されるのは、著作物中のかかる個性的特徴の顕現された部分である。従来の形式（内面的形式を含む）と内容を峻別し、著作権により保護されるのは、「形式」だけであり、「内容」は保護されないとする伝統的見解には疑問がある。「内容」とくに、小説や戯曲の「筋」(Fabel, plot)については、出来事の継起、登場人物の相互交錯等のパターンにおいて相当程度に具体性を持ち、かつ、著作者の精神活動により創作されたものについては、著作権による保護を与えることが可能である。

著作物、従って、著作権による保護の本質と関連して、西ドイツ著作権法第24条の「自由利用」が考慮に価する。これは、文化の進歩の利益と著作者に与えられた排他権との比較衡量のもとにその境界が決せられるべき重要な問題であり、著作権により保護される範囲の内在的制限の問題でもある。我が国の著作権法には明文の規定はないが、その本質上、同様の法理の適用があると考えられる。

著作権の制限規定の1つである「引用」とは何かについては、従来論ぜられることが少なかったが、「引用」というに価するには、他人の著作物を(1)自己の独立の著作物中に、(2)自己の著作部分と区別し得るような形式により、(3)原作のまま、利用する場合でなければならない。

いわゆるモンタージュ写真事件におけるモンタージュ写真による原写真の利用は、「引用」というに価せず、同事件の控訴審判決の「引用」に関する理由は誤りである。しかし、同事件の事案に即して考えると、前述の「自由利用」として、モンタージュ写真による原写真の利用を適法とする

独 協 法 学

余地があると思われ、疑問はあるが、同事件の控訴審判決の結論には賛成する。

なお、本稿の問題に関連して、パロディの著作権法上の位置づけ及びいわゆる公正使用（fair use）の問題についての検討も必要となるが、これについては、別の機会にゆずる。

（昭和52年10月22日）