



公共空間設置著作物の利用に関する法的規律

津田, 敦司

(Citation)

神戸法學雑誌, 73(1):21-135

(Issue Date)

2023-06-30

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/0100482607>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100482607>



神戸法学雑誌第七十三巻第一号二〇二三年六月

公共空間設置著作物の利用に関する法的規律

津 田 敦 司

第1章 序論

われわれの日常は、著作物に取り囲まれている。はじめに、その日常の一風景を想像してみよう。

ある日、私は街に散歩に出かけた。ビルの外壁に大規模イベントのポスターが貼られていたのでスマートフォンで写真に撮った（写真①）。ポスターには、そのイベントのキャラクターが大きく描かれていた。百貨店の前にライオンの像が設置されていたので、これも写真に撮った（写真②）。街路に面したガラス張りのレストランに著名な子供用椅子が置かれていたので、その椅子を写真に撮った（写真③）。しばらく歩くと、大規模イベントのキャラクターが大きく描かれた路線バスが通りかかったので、これも写真に撮った（写真④）。これらの4枚の写真は、私のスマートフォンに保存されている。しかし、著作権法の定めにより、私は、写真②を除く3枚の写真を、ソーシャルメディア⁽¹⁾を介して他者とシェアすることができない。

私が撮影したポスター（写真①）は美術の著作物の複製物である。私が撮影したライオンの像（写真②）は美術の著作物の原作品である。私が撮影した子

(1) ソーシャルメディアにも多種多様なものがあるが、ここではさしあたり、公開設定（いわゆる「鍵なし」）のTwitterやInstagramを想定する。

供用椅子（写真③）は、かの有名なトリップトラップである。トリップトラップは知的財産高等裁判所によって著作物であると判断されており、レストランに置かれたトリップトラップは、美術の著作物の複製物である。バスの車体に描かれた絵（写真④）については、これに関連する著名な裁判例がある。横浜市内を走る路線バスの車体に描かれた絵画の写真を児童用書籍に掲載して販売したことにつき、当該絵画は美術の著作物の原作品であるとして著作権法46条柱書を適用し、著作権を侵害するものでないと判示したものである⁽²⁾。しかし、この裁判例の事案のバスは、その車体に直接絵画が描かれたものであり、それゆえバスに描かれた絵画は「美術の著作物の原作品」であったが、現在、市中を走行する、絵画やイラスト等を描かれたバスは、原則としていわゆるラッピングバスである。ラッピングバスは、まず車体に表示する画像をコンピュータ上で作成し、次にその画像を巨大なシートに印刷し、最後にこのシートをバスの車体に貼り付けることによって完成する。つまり、ラッピングバスに描かれた絵画やイラスト等は、美術の著作物の原作品ではなく複製物なのである。

私が撮影した4枚の写真には、そのいずれにもメインの被写体として著作物が写されており、つまり、これら4枚の写真は被写体である著作物の複製物または二次的著作物である。その撮影は著作物の複製または翻案であり、私が個人的に撮影したとしても、著作権法30条1項柱書または47条の6第1項第1号により、被写体となった著作物の著作権者の有する著作権を侵害しない。しかし、ソーシャルメディアを介してこれらの写真を他者とシェアしようとする、4枚の写真は、それが可能なものと不可能なものに分かれる。その違いは、後に詳述するように46条柱書の適用の可否により生ずる。

簡潔に述べると、写真②は美術の著作物の原作品を撮影したものであるから、46条柱書が適用され、原則として自由利用が可能であり、ソーシャルメディアを介してこれらの写真を他者とシェアすることができる。しかし、写真①、

(2) 知財高判平成27年4月14日判時2267号91頁〔TRIPP TRAPP事件〕。

(3) 東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁〔はたらくじどうしゃ事件〕（以下「はたらくじどうしゃ事件判決」という。）。

③、④の被写体は美術の著作物の複製物であるから、46条柱書は適用されない。よって、私が、写真①、③、④をソーシャルメディアを介して他者とシェアすることを目論見、そのサーバーにアップロードすると、各写真の被写体となった著作物の著作権者が有する公衆送信権（送信可能化権）を侵害することになる。

都市の街路には美術の著作物があふれている。それは誰でも見ることができる。街を歩くと、否が応でも数多くの美術の著作物が目に飛び込んでくる。スマートフォンの普及により、誰でも街路に溢れる美術の著作物の写真を容易に撮ることができるようになった。しかし、その写真の利用は著作権法により厳しく制限されている。近時の改正でその適用範囲が拡大した著作権法30条の2も、著作物をメインの被写体として撮影した場合には適用されない。いわゆる寛容の利用⁽⁴⁾により、一般消費者が著作権侵害の責任を問われることは殆どないのが現状ではあるが、とはいえ、街で撮影した著作物を、ソーシャルメディアを介して他者とシェアした場合、著作権法を形式的に適用すると著作権侵害となり得ることも多い。はたして、このような著作権法は妥当なものなのであろうか。著作権法は、一般消費者による著作物の日常的な利用に厳しすぎるのではないか。この素朴な疑問が本論文の基礎となった問題意識である。

本論文では、以上の問題意識を起点に、公共空間に設置された著作物の利用に関する法的規律について考察する。

著作権法46条が、公共空間に設置された著作物の利用に関する権利制限規定であることから、同条の検討を中心に据え、デジタル化、ネットワーク化の進

-
- (4) 寛容の利用とは、形式的には著作権侵害に該当し得るが、著作権者によって寛容されている著作物の利用行為をいう（*See Tim Wu, Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L.&ARTS 617, 619 (2008)）。寛容の利用は、過剰・過少規制の多い著作権法を墨守することの弊害を緩和する役割を果たしていると指摘される（前田健「著作権法の設計——円滑な取引秩序形成の視点から——」中山信弘＝金子敏哉編集『しなやかな著作権制度に向けて——コンテンツと著作権法の役割——』81頁、113頁（信山社、2017））。

展に伴い著作物の享受形態が変容していることを前提に、同条がこれに適切に対応できているかという問題（本論文の冒頭に記した写真の例は、この問題がまさに現実化したものである。）をも検討の対象とする。

46条に関しては、現行著作権法制定から現在に至るまで実質的な改正が一度としてなされておらず、改正の議論すら行われていない。同条は、学説においてもまた実務においても、これまであまり着目されてこなかった。裁判例において同条を正面から取り上げたものは、はたらくじどうしゃ事件判決が唯一の例である。学界においても同条について特に論じたものは、同判決の評釈として著された諸論文やコンメンタール等を除くとそれほど多くない。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

本論文は、デジタル化、ネットワーク化の進展により、ますますその意義を強める著作権法46条の趣旨を分析して、その独自の、孤高ともいえる意義を明

- (5) 平成11年著作権法改正において46条の2号ないし4号が改正されたが、譲渡権の創設に伴いこれに即した文言へと改めたものであり、実質的な改正ではない。
- (6) 村井麻衣子「アクセス可能な著作物に対する公衆の利用の自由—はたらくじどうしゃ事件—」知的財産法政策学研究10号247頁（2006）は、一般的な判例評釈の域を超え、46条に対する深い洞察を示すものである。
- (7) 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号109頁（2008）（なお、飯村は、はたらくじどうしゃ事件の裁判長を務めた。）、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト594号2頁（2010）、前田哲男「複合的な性格を持つ著作物について」牧野利秋傘寿『知的財産法—法理と提言』976頁（青林書院、2013）、茶園成樹「風景の自由の著作権制限」阪大法学72巻1号414〔1〕頁（2022）など。茶園論文は、おそらく46条を主題とする初めての公刊論文である。
- (8) 46条を、応用美術の著作物に類推適用することを主張するものとして、金子敏哉「出版における美術的作品の利用 応用美術の著作物性、46条の類推を中心に」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』163頁、172-173頁（日本評論社、2015）（以下、金子「出版」という。）、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）101頁、114頁（以下、金子「応用美術」という。）。両論文は、46条を、その趣旨に鑑み、応用美術の著作物に類推適用しようとする極めて意欲的なものであるが、46条の趣旨については、はたらくじどうしゃ事件判決や先行業績を参照するととどまる。後掲注159）も参照。

らかにするとともに、問題点を指摘し、より適切で、かつ、時代の変化にも対応した条文への改正を提案するものである。

第2章 デジタル化、ネットワーク化の進展に伴う著作物の享受形態の変容

第1節 消費者像の転換～コミュニケーション的消費

現行著作権法は、昭和45年に成立した（昭和45年5月6日法律第48号）。その後、同法は、デジタル化、ネットワーク化の進展に対して、漸次的な法改正により対応してきたが⁽⁹⁾、しかし、基本的な構造は現行法制定当時のものが維持されており、デジタル化、ネットワーク化の進展に適切に対応しているとは言い難い。

デジタル化、ネットワーク化の進展に著作権法が十分に対応できていない例として、著作権法が採用する公私二分論⁽¹⁰⁾を挙げる。まず、公私二分論を説明する。

-
- (9) 吉田大輔「著作権制度における今日的課題」ジュリ1333号102頁、102頁（2007）は、「昭和59年（1984年）以降は、著作物等を巡る環境が急速にデジタル化、ネットワーク化の方向へ推移していくことへの対応を目的とした改正が繰り返されている。」とする。
- (10) 著作権法における公私二分論の存在を指摘ないし示唆するものとして、島並良「著作権法における消費者の地位」根岸哲古希『競争法の理論と課題——独占禁止法・知的財産法の最前線』737頁、739-742頁（有斐閣、2013）、前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究40号179頁、182頁（2012）、田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」ジュリ1057号55頁、56-57頁（1994）〔同『機能的知的財産法の理論』183頁（信山社、1996）所収〕、渋谷達紀『著作権法』122-124頁（中央経済社、2013）、岡村久道『著作権法〔第5版〕』140頁（民事法研究会、2020）。また、田村善之は、インターネット時代の到来（第1の波である印刷技術の普及、第2の波である複製技術の普及に次ぐ第3の波）により著作権法における公と私の枠組みが機能しなくなっていることを指摘する（田村善之「インターネットと著作権——著作権法の第三の波——」アメリカ法1999-2号202頁、213-214頁（2000）（以下、田村「第三の波」という。）、同「自由の領域の確保」法

著作権法において、支分権のうち複製権（21条）と翻訳権、翻案権等（27条）を除く全てが、条文上、「公に」や「公衆」という限定（公衆要件）を付されており、「公」をその対象とし「私」を対象としないとする区分けを採用している。また、支分権の定めだけを見ると「公」に限定されない複製権（21条）と翻訳権、翻案権等（27条）についても、私的使用のために当該支分権の対象たる法定利用行為を行うことを認める権利制限規定（30条1項柱書、47条の6第1項1号）が存在し、その効果として、支分権が、非「私」つまり「公」のみを対象とすることが導かれる。つまり、条文上は一見すると公衆要件が付されていないように思われる21条と27条に関しても、21条については30条1項と、27条については47条の6第1項1号と、それぞれ一体として観察すると、結局、「公」のみが支分権の対象となり「私」は対象としないとする区分けを見出すことができる⁽¹¹⁾。

以上のとおり、著作権法は、支分権に関する各条に定める行為（法定利用行為）に関し、原則として、これを公的に行う権利のみを著作権者に専有させ、これを私的に行うことは自由とする（著作権者の権利が及ばない）という建前を採っているのである。これを整理したものが下の表である（下線部は公衆要件を示す。なお、各条文については括弧書等を適宜省略して記載した。）。

教238号105頁、107-108頁（2000）、同『著作権法概説〔第2版〕』193頁（有斐閣、2001）（以下、田村『概説第2版』という。）、同「効率性・多様性・自由——インターネット時代の著作権制度のあり方——」日本法哲学会編『情報社会の秩序問題 法哲学年報2001』38頁、44-45頁（2002）〔田村善之『市場・自由・知的財産』219頁（有斐閣、2004）所収〕、同「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリ1255号124頁、128-129頁（2003）（以下、田村「技術環境」という。）、同「日本の著作権法のリフォーム論」知的財産法政策学研究44号25頁、69-72頁（2014）。後掲注15）も参照。）。

- (11) この点に関し、島並は、私的要件と公衆要件は、ほぼ裏腹な関係に立つと指摘する（島並・前掲注10）741頁）。なお、中山信弘『著作権法〔第3版〕』292頁注3（有斐閣、2020）は、「30条では「私的使用の目的の複製」が例外的に合法とされているが、「公に」とは異なった概念である。」と述べており、複製権については公私二分論の埒外に置くものと解される。

	条文	支分権	条文の文言	対象	公衆要件による限定の有無	権利制限規定
提示行為	22条	上演権及び演奏権	⁽¹²⁾ <u>公に</u> 上演し、又は演奏する	著作物	あり	
	22条の2	上映権	<u>公に</u> 上映する	著作物	あり	
	23条1項	公衆送信権	⁽¹³⁾ <u>公衆送信</u> を行う	著作物	あり	
	23条2項	公衆伝達権	受信装置を用いて <u>公に</u> 伝達する	公衆送信される著作物	あり	
	24条	口述権	<u>公に</u> 口述する	言語の著作物	あり	
	25条	展示権	原作品により <u>公に</u> 展示する	美術の著作物又は未発行の写真の著作物	あり	
提供行為	26条	頒布権	複製物により ⁽¹⁴⁾ <u>頒布</u> する	映画の著作物	あり	
	26条の2	譲渡権	原作品又は複製物の譲渡により <u>公衆に</u> 提供する	著作物（映画の著作物を除く）	あり	
	26条の3	貸与権	複製物の貸与により <u>公衆に</u> 提供する	著作物（映画の著作物を除く）	あり	

(12) 「公に」とは「公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として」との意味である(22条)。

(13) 「公衆送信」とは「公衆によつて直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信…を行うこと」(2条1項7号の2)をいうから、公衆という要素を内在する。

(14) 「頒布」とは「複製物を公衆に譲渡し、又は貸与すること」(2条1項19号)をいうから、公衆という要素を内在する。

準備的 行為	21条	複製権	複製する	著作物	なし	私的使用の ための複製 (30条1項 柱書)
	27条	翻訳権、翻 案権等	翻訳し、編曲し、 若しくは変形し、又は脚色し、 映画化し、その他翻案する	著作物	なし	私的使用の ための翻案 等(47条の6 第1項1号)

以上のとおり、著作権法は公私二分論を採用し、原則として「公」に対して著作権を及ぼし「私」に対して著作権を及ぼさないという建前をとっている。要するに、著作権法は、著作権者に対し、私的な範囲を超える提示行為及び提供行為並びにその準備的行為たる複製行為及び翻案行為に対する独占権を付与し、かかる独占権に基づく許諾について対価を収受する機会を付与することをもって、創作への誘因とするのである。

このような公私二分論は、著作物の享受が原則としてごく狭い範囲でなされることを前提としている。これは、現行著作権法が制定された当時（1970年）における著作物の享受の一般的形態を前提とするものであり、それから半世紀以上が経過し、デジタル化、ネットワーク化が進展したことにより、著作権法の採用する公私二分論と著作物の享受の実態との間に大きな齟齬が発生するようになった。⁽¹⁵⁾

著作権法において「私的」とは「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内」（30条1項）をいい、その範囲内にあるというためには「グルー

(15) 田村は、インターネット時代の到来により「複製技術に加えて送受信技術が普及し情報通信網が整備されたことにより、誰もが公に送信することができるようになったために、私的領域と公的領域が渾然一体化して分かちがなくなってきたのである。」と指摘する（田村「第三の波」・前掲注10）213頁）。これは、Facebook（2004年開始）もTwitter（2006年開始）も存在しなかった1999年における指摘であり、慧眼というほかない。

プのメンバー相互間に強い個人的結合関係のあることが必要」とされ「典型的には、社内の同好会とかサークルのように10人程度が一つの趣味なり活動なりを目的として集まっている限定されたごく少数のグループということ」とされる。⁽¹⁶⁾

つまり、著作権法は、個人的に(1人で)なされる享受に加え、家庭内における享受、家庭に準ずる強い個人的結合関係のある複数人の間における享受については、これを「私的」な享受とし、これに対しては著作権を及ぼさないという建前をとっているのである。ここにいう「家庭内における享受」と「家庭に準ずる強い個人的結合関係のある複数人の間における享受」とは、複数人が共同して行う享受であるから、共同享受である。この共同享受は、コミュニケーションの一態様であり、コミュニケーション的消費といえることができる。コミュニケーション的消費は、デジタル化、ネットワーク化が進展する以前は、原則として、「家庭内」や「社内の同好会」など、要するに直接会うことができる範囲内に限られていた。しかし、デジタル化、ネットワーク化の進展により遠隔地間におけるコミュニケーション的消費が可能となり、直接会わずとも（場合によっては一度も直接会ったことがない相手との間でも）インターネットを介してコミュニケーション的消費を行うことが可能となった。それにより、共同享受は「私」の範囲を超え、「公」にも及び得るものとなった。

コミュニケーション的消費は、著作物の享受として例外的なものではなく、むしろごく一般的な享受の形態である。デジタル化、ネットワーク化が進展する以前においても、例えば、複数人が、一緒に映画や絵を観て意見を述べ合ったり、本を読んだ感想を交換したりすることはあった。この点に関し、Liuは、「著作物は個人の消費財であるだけでなく、社会的な方法で消費される社会的な財でもある。つまり、多くの著作物を意味のあるものとして理解し解釈するために、ときには、その著作物について他者とコミュニケーションをとること、

(16) 加戸守行『著作権法逐条講義』237-238頁（著作権情報センター、七訂新版、2021）。

すなわち、視点を共有し、議論し、そして異議を唱えることが必要な場合がある。確かにたった一人で消費できる作品もあるが、多くの作品は社会的消費に向いている。著作物に関してコミュニケーションをとることで、その著作物に対する理解が深まり、より多くのものを得ることができる。⁽¹⁷⁾と述べる。

このような著作物のコミュニケーション的消費は、デジタル化、ネットワーク化が進展する以前から行われて来たものではあるが、それは、電話や手紙で著作物に関する意見を交換し合うような例外的な場合を除き、原則としてネットワークを介さないものであった。すなわち、デジタル化、ネットワーク化の進展する以前のコミュニケーション的消費は、原則として、「公」に及ばない「私」の範囲にとどまるものであった。

しかし、現在、われわれは、例えばソーシャルメディアを介して、遠くにいる他者との間で著作物に関する感想を述べ合うことができるようになった。本論文の冒頭に述べたような、街で見かけた著作物をソーシャルメディアを介して遠くの他者と共有することも、現在では技術的には可能になった。つまり、デジタル化、ネットワーク化の進展により、コミュニケーション的消費の範囲は「私」から「公」へと拡大したのである。

この点に関し、島並良は、「かつての消費者は、一人だけで作品を鑑賞するか、あるいはごく限られた家族や友人の間でのみ、つまり私的な関係で作品に関する感想を共有してきた。…しかし現在では、自己のブログやネットショップの作品欄に付されたコメント欄、さらにはツイッターやフェイスブックなどのSNSを介して、見知らぬ消費者同士の意見交換と議論が可能となった。このようなソーシャルな交流は、作品への理解に非権威的な新しい視点を提供し、好評であれ悪評であれ消費者間での作品への意見形成（共感）を促す。そして、このような交流的消費（communicative consumption）とも呼ばれる新しい作品享受のあり方は必然的に、作品そのものの伝達と共有の手段をも根本的に変化

(17) Joseph P. Liu, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, 44 B.C. L.REV. 397, 412 (2003)

させた。」と述べた上で、映像の動画投稿サイトへのアップロード等の事例を引き、そこに商業的なサービスが介在することはむしろ前提であることを指摘し、「現行法は、それら商業性や公衆性を梃子に、消費者による交流的消費を通じた享受の機会を奪っているのである⁽¹⁸⁾」と述べる。これは、現行著作権法に対する的を射た批判である。

われわれは、デジタル化、ネットワーク化の進展に伴い、ソーシャルメディアという交流手段を獲得したことによって、会ったこともない他者とコミュニケーションをとることができるようになった。著作物に関しても、ソーシャルメディアを介して意見交換し、その理解を深めることができるようになった。コミュニケーション的消費の範囲は「私」から「公」へと拡大した。しかし、「私」の範囲を超えて「公」の範囲に属す他者との間で著作物をシェアし、コミュニケーションをとろうとすると、それは、多くの場合、公私二分論を採用する著作権法により阻まれることになる。著作権者の許諾を得ずして、ソーシャルメディアを介して著作物を共有することは、原則として公衆送信権を侵害することになる。著作権法は、コミュニケーション的消費に対する大きな障害となり得るのである。

第2節 デジタル写真の共有によるコミュニケーション

デジタル化、ネットワーク化の進展によって、近年見られるようになった著作物の共同享受またはコミュニケーション的消費の典型が、デジタル写真の共有によるコミュニケーションである。

写真に関するデジタル化、ネットワーク化には、2つの重要な契機が存在した。

第1の契機は、銀塩写真（アナログ写真）からデジタル写真への移行である。これは、1994年ごろの出来事である。これ以前からデジタルカメラは存在したが、同年、カシオ計算機が、背面の液晶パネルを世界で最初に採用した液晶デ

(18) 島並・前掲注10) 745頁。

デジタルカメラ QV-10⁽¹⁹⁾を発売し、デジタルカメラの普及が進んだ。これにより写真はデジタル化され、その複製、送信が容易になり、また複製による劣化がなくなった。

第2の契機は、カメラ機能付き携帯電話の登場である。これは、2000年ころの出来事である。同年、シャープが、カメラ付き携帯電話 J-SH04⁽²⁰⁾を発売し、カメラ付き携帯電話が広く普及するきっかけとなった。これにより撮影された写真（デジタル写真）を撮影した機器自体において即座に外部に送信できるようになり、同時的な写真の共有が可能になった。

上記の2つの契機を経た現在における写真をめぐる状況について、アーリとラスンの言を引こう。

「写真はいまや大量に撮られ、コンピュータ、携帯電話、インターネット上、とくに交流サイトで消費され、流布するようになった。そこには、リアルタイム化への移行、共同参画、距離を問わないネットワーク上の交友関係を反映して、画像のデジタル化、メディア融合、新しい集团的交遊の表現形式が見られ

(19) QV-10は、2012年9月11日、国立科学博物館により重要科学技術史資料に登録された（登録番号第00113号）。その選定理由は「世界で初めてカラー液晶モニターを搭載し、一般向けに発売されたデジタルカメラである。画像の画素数は25万画素で、機能を最小限に絞り、既存の部品を流用してコスト低減を図り、当時としては破格の65,000円で販売された。価格はもとより、その携帯性と、撮った画像をその場で確認できる操作性から、爆発的ヒット商品となり、デジタルカメラが普及するきっかけとなった。国際的に見て日本の科学技術発展の独自性を示すものであるとともに、銀塩からデジタルへと、カメラ文化の転換点を担った重要な事象を示すものとして貴重である。」である（<http://sts.kahaku.go.jp/material/2012pdf/no113.pdf>、2023年2月26日最終閲覧）。

(20) J-SH04も、2014年9月2日、国立科学博物館により重要科学技術史資料に登録された（登録番号第00168号）。その選定理由は「業界をリードしたカメラ搭載携帯電話。新開発のレンズ一体型1/7型11万画素C-MOSイメージセンサの搭載により、撮影した写真をそのまま携帯電話網を通じたメールで送信できた。携帯キャリアのJ-Phoneから発売され「写メール」と言う言葉が普及した。現在では当たり前になっているカメラ付き携帯電話のさきがけとなった。」である（<http://sts.kahaku.go.jp/material/2014pdf/no168.pdf>、2023年2月26日最終閲覧）。

る。」⁽²¹⁾

写真の消費のリアルタイム化は、上記の第2の契機、すなわちカメラ機能付き携帯電話の登場によってこの世界に出現した現象である。現在では、街路で見かけた著作物をカメラ機能付き携帯電話で撮影した者は、その写真を、即座に、遠隔地にいる他者へと送信することができる。それによって、われわれは、遠隔地にいる他者との間で、視覚的な経験をリアルタイムで共有することができる。アーリとラースンによるなら「デジタル化とインターネット化は、写真がより速くより安く旅をするということを意味する」⁽²²⁾のである。

しかし、写真の消費のリアルタイム化は、先にみたとおり、その写真の被写体が著作物である場合、当該著作物の著作権者が有する公衆送信権を侵害しかねない。写真を撮り、それを狭い範囲内で享受するだけであれば、公衆送信に該当せず、公衆送信権を侵害するものではないが、デジタル化、ネットワーク化の進展の恩恵を受け、インターネットを介して他者と交流的に享受しようとする、公衆送信権を侵害しかねないことになる。われわれは、ときに、著作権という壁によりインターネットを介した写真の共有のリアルタイム化を自制せざるを得ないのである。著作権は、デジタル化、ネットワーク化の進展によって可能となった写真の共有のリアルタイム化の大きな障害となっているのではないだろうか。

もっとも、著作権法は複雑な法であり、上記のような簡潔な検討のみで済ませてはならない。インターネットを介した写真の共有は、ときに許され（著作権を侵害しない）、ときに許されない（著作権を侵害する）。かかる現行著作権法の規律を、次章で、詳しく検討する。もっとも、本論文は、公共空間における著作物の利用について考察するものであるから、公共空間において著作物を撮影した写真に限定して、考察を進めることとする。

(21) ジョン・アーリ＝ヨナス・ラースン（加太宏邦訳）『観光のまなざし〔増補改訂版〕』281-282頁（法政大学出版局、2014）。

(22) アーリ＝ラースン（加太訳）・前掲注21）286頁。

第3章 公共空間に設置された著作物の利用に関する法的規律の現状

第1節 問題

前章の最後で、著作権は、デジタル化、ネットワーク化の進展によって可能となった写真の共有のリアルタイム化の大きな障害となっているのではないだろうか、との疑問を示した。かかる疑問は、本論文の問題意識に即しているなら、街路その他の公共空間に設置された著作物を写真に撮影し、その写真を、ソーシャルメディアを介して他者と共有することは著作権により制限されるのか、という問題へと置換される。そこで、次に、現行著作権法に即してこの問題を検討する。

街路その他の公共空間に設置された著作物を利用することは、著作権を侵害し得るのか。ここでは、本論文冒頭で挙げた4つの写真を例に、これらの写真をソーシャルメディア（公開設定（いわゆる「鍵なし」）のTwitterやInstagram）を介して他者と共有することが、被写体となった著作物の著作権者が有する著作権を侵害し得るのかについて、具体的に検討する。検討対象の写真は、以下の4つである。

写真①：大規模イベントのキャラクターが大きく描かれたポスターを写した写真

写真②：百貨店の前に設置されたライオンの像を写した写真

写真③：街路に面したガラス張りのレストランに置かれた子供用椅子を写した写真

写真④：大規模イベントのキャラクターが大きく描かれた路線バスの車体を写した写真

写真①から④の各被写体のいずれについても著作物性が肯定されることは、第1章において述べた。いずれの写真も、被写体である著作物が、メインの被写体として、写真全体に大写しにされたものである。

第2節 支分権

まず、支分権について検討する。

公共空間に設置された著作物を写真に撮る行為は、複製（21条）または翻案（27条）に該当し得る。その写真が、被写体である著作物を単に有形的に複製するだけのものであれば、その写真撮影行為は複製であるが、被写体である著作物に依拠しつつも新たに創作性のある表現が付与されたのであれば、それは翻案である⁽²³⁾。

写真①ないし④は、スマートフォンのカメラ機能を使用し、オートフォーカスで撮影したものである。写真の著作物の創作性は極めて緩やかに認められる傾向にあり⁽²⁴⁾、スマートフォンで撮影された写真であっても同様である⁽²⁵⁾。よって、写真②ないし④については、写真撮影行為により新たに創作性のある表現が付与されたといえ、翻案に該当する。しかし、写真①については、撮影対象はポスターという平面的な作品であり、正面から撮影する以外に撮影位置を選択する余地がなく、また、仮に何らかの技術的な配慮がなされたとしても、それは被写体のポスターをできるだけ忠実に再現するためにされるものであって、独自に何かを付け加えるものでないから、写真撮影行為によって新たな創作性のある表現が付与されたということとはできない⁽²⁶⁾。

以上のとおり、写真①の撮影は複製に、写真②ないし④の撮影は翻案に、それぞれ該当し、複製権（21条）または翻案権（27条）を侵害し得ることになる。

さらに、写真①ないし④を、ソーシャルメディアを介して他者と共有することは、公衆送信（2条1項7号の2）に該当し得る。もっとも、ソーシャルメディアには、多種多様なものが存在する。ここでは、成原慧⁽²⁷⁾の分類に倣い、ソー

(23) 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差迫分事件〕参照。

(24) 作花文雄『詳解著作権法〔第6版〕』94頁（ぎょうせい、2022）、池村聡「写真の著作物性をめぐる実務上の諸問題」IPジャーナル16号4頁、7頁（2021）。

(25) 東京地判平成31年2月28日（LEX/DB 文献番号25570101）。

(26) 東京地判平成10年11月30日知的裁集30巻4号956頁〔版画写真事件〕参照。

(27) 成原慧「ソーシャルメディアのアーキテクチャと表現の自由」国立国会図書館調査及び立法考査局『ソーシャルメディアの動向と課題—科学技術に関する調

シャルメディアを、公開性の強弱によって3つに分類する。

第1の類型は、公開性が強いオープンなソーシャルメディアである。閲覧者は限定されておらず、インターネット上において誰でもアクセスできる。公開設定（いわゆる「鍵なし」）のTwitter、Instagram、Facebookがこれに該当する。オープンなソーシャルメディアは、一般的なブログと同様の無条件、無限定の公開性を有する。

第2の類型は、中間的なソーシャルメディアである。閲覧者は限定されており、限られた者しかアクセスすることはできないが、しかし、閲覧者が特定少数に限定されているとまではいえない。いわゆる「鍵あり」⁽²⁸⁾のTwitterやInstagram、投稿の共有範囲を「友達」に設定したFacebookがこれに該当する。

第3の類型は、公開性が弱いクローズドなソーシャルメディアである。TwitterのDM、Facebookのメッセージ、LINEにおける2者間または少数者間のトークがこれに該当する。Facebookの投稿についても、その共有範囲を特定少数の友達に限定したものは、これに該当するといえるであろう。クローズドなソーシャルメディアは、電子メールの代替手段のような、受信者を限定したものである。

公衆送信とは、公衆によって直接受信されることを目的として送信を行うことをいい（2条1項7号の2）、送信可能化を含む（23条1項）。送信可能化とは自動公衆送信し得るようにすることをいう（2条1項9号の5）。また、著作権法において、公衆は、特定かつ多数の者を含む（2条5項）。

第1の類型（オープン）は、不特定かつ多数の者に対する送信であるから、公衆送信に該当する。

第2の類型（中間的）は、特定かつ多数の者に対する送信であるから、これ

『プロジェクト2019報告書』45頁、48頁（2020）。

(28) Twitterでは、承認したユーザーに限って投稿を公開（共有）するよう設定することができる。かかる設定を行ったユーザーのアカウント名の横に鍵のアイコンが付されることから、当該設定を行うことを「鍵をかける」、当該設定を行ったアカウントを「鍵アカウント」「鍵垢」などと呼称するようになった。

も公衆送信に該当する。

第3の類型(クローズド)は、特定かつ少数の者に対する送信であるから、これは公衆送信に該当しない。⁽²⁹⁾

よって、ソーシャルメディアを介して写真①ないし④を送信することは、特定利用者間におけるメッセージの送受信を主目的とする、メールの代替手段のようなクローズドなもの(第3の類型)を除き、公衆送信に該当し、それぞれの写真の被写体である著作物の著作権者が有する公衆送信権(23条1項)を侵害し得る。

以上のとおり、公共空間に設置された著作物を写真に撮り、その写真を、ソーシャルメディアを介して他者と共有する行為は、原則として、被写体となった著作物の著作権者が有する支分権(複製権、翻案権及び公衆送信権)を侵害し得る行為であるといえる。

第3節 権利制限規定

次に、権利制限規定の適用について検討する。適用され得る権利制限規定は、30条の2、32条1項及び46条である。以下、順に検討する。

1 30条の2(付随対象著作物の利用)

30条の2は、複製伝達行為を行うに当たり、付随して対象となる事物又は音に係る著作物(付随対象著作物)は、正当な範囲内において利用することがで

(29) なお、特定かつ少数の者に対する写真(データ)の送信であっても、送信されたデータが蓄積されるサーバーが公衆用設置自動複製機器(著作権法30条1項1号)に該当すると解すると(私見では消極に解す)、当該サーバーへの蓄積が、被写体である著作物の著作権者の有する複製権を侵害するものと解される可能性がある。詳細については、三菱UFJリサーチ&コンサルティング「クラウドコンピューティングと著作権に関する調査研究報告書」13-14頁(2011)、奥邨弘司「ロッカーサービスと著作権——日米裁判例を踏まえたMYUTA事件判決再考」高林龍ほか編『年報知的財産法2012』11頁、18-19頁(日本評論社、2012)、同「クラウド・サービスと著作権」L&T68号25頁、28-29頁(2015)等を参照。

きる、と定める。

付随対象著作物は、30条2第1項の条文上、「当該作成伝達物において当該著作物が軽微な構成部分となる場合における当該著作物に限る」とされ、立法時の文化庁の説明では「メインの被写体（例：子供）に付随して対象となるもの（例：ぬいぐるみ）」に係る著作物とされる⁽³⁰⁾。つまり、30条の2は、あくまでも、軽微性をその要件とする付随対象著作物としての利用を対象とするものであり、メインの被写体としての利用は対象外である。写真①ないし④には、著作物がメインの被写体として大写しにされており、30条の2が適用される余地はない。

付随対象著作物の利用に関する30条の2は、平成24年著作権法改正により新設された条文であるが、新設時における文化庁の説明では「本来の撮影対象として、ポスターや絵画を撮影した写真を、ブログに掲載する場合」は「本条の対象とならず、原則として著作権者の許諾が必要となります。」とされていた⁽³¹⁾。

30条の2は、令和2年に大きく改正されている。しかし、付随対象著作物の要件である軽微性は、同改正により見直されておらず、その文言も、改正前は「軽微な構成部分となるものに限る」、改正後は「軽微な構成部分となる場合における当該著作物に限る」と、ほぼ同一である。また、令和2年改正の基礎となった文化審議会著作権分科会の報告書⁽³²⁾は、30条の2の軽微性の要件につき「この

(30) 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案 御説明資料」28頁（2020）（https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/r02_hokaisei/pdf/92359601_02.pdf、2023年2月26日最終閲覧）。同資料では「子供にぬいぐるみを抱かせて撮影する場合」が想定されている（27頁）。

(31) 文化庁「いわゆる「写り込み」等に係る規定の整備について（解説資料）」（2012）（<https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/utsurikomi.html>、2023年2月26日最終閲覧）。

(32) 文化審議会著作権分科会「写り込みに係る権利制限規定の拡充に関する報告書」8-9頁（令和2年2月20日）（https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/92074601_01.pdf、2023年2月26日最終閲覧）。

要件は、著作権者にとって保護すべきマーケットと競合する可能性が想定しづらい（したがって権利者の利益を不当に害しない）ことを担保するために課されているものである。」との理解を前提に、軽微な構成部分といえるか否かが条文上必ずしも明らかでないことを指摘した上で「軽微な構成部分といえるか否かが上記のような総合的な考慮によるものであることを明確化し、利用者の判断に資する」ことを目的として、条文において、考慮要素を複数例示した上で、これが限定列挙できない旨を明らかとすることが適当であると述べる。

つまり、30条の2の令和2年改正は、軽微性の要件に関しては、これを維持した上で、その考慮要素を条文上明らかにすることを目的とした改正であり、先に参照した、本来の撮影対象としてポスターや絵画を撮影した写真をブログに掲載する場合は30条の2の対象とならず原則として著作権者の許諾が必要となる旨の、平成24年改正時における文化庁の見解は、令和2年改正後においても引き続き妥当するものと思われる。

写真①ないし④は、いずれも既存の著作物をまさにメインの被写体として撮影したものであり、作成伝達物（写真）において、当該著作物（被写体）は「軽微な構成部分」に該当しない。

よって、写真①ないし④に関し、30条の2第1項は適用されない。

2 32条1項（引用）

32条1項は、公表された著作物は引用して利用できると定める。その要件は、i 利用されるものが公表された著作物であること（公表要件）、ii 当該著作物の利用が引用に該当すること（引用要件）、iii 当該引用が公正な慣行に合致すること（公正慣行要件）、iv 当該引用が、報道、批判、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものであること（正当範囲要件）の4つ

(33) 令和2年改正の立法担当者も「従来どおり、当該著作物が「作品全体の「軽微な構成部分」となるものであることを要件として維持しつつ」と述べる（松田政行編『著作権法コンメンタル別冊 平成30年・令和2年改正解説』216頁（勁草書房、2022）〔大野雅史〕）。

である⁽³⁴⁾。そして、iiの「引用」に該当するためには、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区分して認識することができること（要件ii-1（明瞭区分性））、引用する著作物と引用される著作物との間に、引用する側が主、引用される側が従の関係にあること（要件ii-2（主従関係性））が必要である⁽³⁵⁾。

著作物を、メインの被写体として撮影された写真は、当該被写体を主とするものであり、要件ii-2を満たさず、「引用」に該当しない⁽³⁶⁾。

よって、写真①ないし④に関し、32条1項は適用されない。

3 46条（公開の美術の著作物等の利用）

46条柱書は、公開の美術の著作物等の自由利用を定める。その要件は、建築の著作物に関するものを除くと、i 美術の著作物であること、ii 原作品が所定の場所（街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所）に恒常的に設置されていること、iii 1号ないし4号に該当しないこと、の3つである。

要件iについては、写真①ないし④の被写体となった著作物は、いずれも美術の著作物であるから、要件を充たす。

要件iiiについては、著作物の写真を撮影し、ソーシャルメディアを介して他者

(34) 島並良ほか『著作権法入門〔第3版〕』192頁（有斐閣、2021）〔島並良〕、東京地判令和3年4月14日判時2516号98頁。

(35) 最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ事件第1次上告審判決〕。なお、本最判は、旧著作権法30条1項2号に関する判断であるが、引用の概念は現行法下においても妥当すると解される（東京地判令和3年4月14日前掲注34）。

(36) 村井・前掲注6）258頁注20も、「パロディ事件の最高裁判決（最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁〔パロディ事件第1次上告審〕）で示されて以降、裁判例において引用の成否の基準として用いられてきた「明瞭区別性」と「附従性」の要件を前提とすると、例えば屋外の著作物を写真に写すときに、画面の大半を占めるように大きく撮影するような場合は、附従性の要件を満たさないと判断される可能性が高いように思われる。」と述べる。

と共有する行為は、1号ないし4号のいずれにも該当しないから、要件を充たす。

問題は、要件iiであるが、この要件は、原作品であること（要件ii-1）と屋外の場所に恒常的に設置されていること（要件ii-2）という2つに分解される。

まず、要件ii-1について個別に確認する。

写真①については、その被写体であるポスターは、美術の著作物の複製物であるから、この要件を充たさない。

写真②については、その被写体であるライオンの像は、美術の著作物の原作品であるから、この要件を充たす。

写真③については、その被写体である子供用椅子トリップトラップは、美術の著作物の複製物であるから、この要件を充たさない。

写真④については、その被写体である、バスの車体に描かれた大規模イベントのキャラクターの絵は、バスの車体に直接描かれたものではなく、予め印刷されたシートをいわゆるラッピングバスの方法により貼り付けたものであり、美術の著作物の複製物であるから、この要件を充たさない。

以上のとおり、写真①、③、④については、その被写体が美術の著作物の原作品ではなく複製物であることから、要件ii-1を充たさない。これらと異なり、写真②については、その被写体は美術の著作物の原作品であるから、要件ii-1を充たす。

次に、要件ii-2について個別に確認する。改めて、写真①ないし④の被写体の設置場所を確認する。

写真①（被写体：ポスター）：ビルの外壁

写真②（被写体：ライオン像）：百貨店の前

写真③（被写体：トリップトラップ）：街路に面したガラス張りのレストラン内

写真④（被写体：バスの車体に描かれたキャラクターの絵）：公道上

写真①については、その被写体の設置場所であるビルの外壁は、46条が引用する同法45条所定の「建造物の外壁」に該当し、この要件を充たす。

写真②については、その被写体の設置場所である百貨店の前は、「一般公衆に開放されている屋外の場所」または「一般公衆の見やすい屋外の場所」であ

り、被写体であるライオン像はそこに固定されているのであるから、この要件を充たす。

写真③については、その被写体である子供用椅子の設置場所はレストランの内部であるが、そのレストランは、街路に面した部分が全面ガラス張りになっている。街路からみてガラス越しに置かれた椅子は、ショー・ウィンドウに置かれた椅子と同視し得る。そこで、まず、ショー・ウィンドウについて検討する。ショー・ウィンドウが一般公衆の見やすい屋外の場所に該当するかにについて、立法担当者は、ショー・ウィンドウは一般公衆の見やすい屋外の場所に該当しないとするが、疑問である。学説では、ショー・ウィンドウは、一般公衆の見やすい屋外の場所に該当するとする見解が有力である。⁽³⁷⁾ショー・ウィンドウは、構造的に建造物の外壁の一部分を構成し、建造物の外部を通行する一般公衆に見せることを目的として設けられたものであるから、その構造からしても、また目的からしても、一般公衆の見やすい屋外の場所に該当すると考えるのが相当である。これを前提とすると、全面ガラス張りという構造は、ショー・ウィンドウと同様、建造物の外部を通行する一般公衆に見せることをも目的として（少なくとも、それを当然の前提として）設けられたものであるから、子供用椅子が置かれた場所は、一般公衆の見やすい屋外の場所に該当すると考える。

また、写真③については、「恒常的に設置」といえるか否かも問題となる。この点について、立法担当者は、「恒常的に設置」とは、容易に分離することができない状態で台座に固定する場合などをいい、時季によって作品の掛け替えができるような場合は該当しないとするが、疑問である。⁽³⁸⁾学説では、「恒常的に設

(37) 加戸・前掲注16) 385-386頁。なお、加戸守行氏を現行著作権法の「立法担当者」と呼ぶことの妥当性につき、後掲注155)を参照。

(38) 田村『概説第2版』・前掲注10) 208頁、作花・前掲注24) 414頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタル2 [26条～88条]』454-455頁（勁草書房、第2版、2015）〔前田哲男〕、茶園・前掲注7) 402 [13]頁、渋谷・前掲注10) 366頁。

(39) 加戸・前掲注16) 386頁。

置」という要件に必ずしも固定を読み込む必要もなく、柔軟な解釈をして、ある程度長期にわたり設置されていれば足りるとする説や、夜間屋内に取り込む等されても一定期間反復継続して屋外に露出される場合には恒常的設置と評価してよいとする説も⁽⁴¹⁾主張されている。はたらくじどうしゃ事件判決も、これらの説と同様、「恒常的に設置する」とは、社会通念上、ある程度の長期にわたり継続して、不特定多数の者の観覧に供する状態に置くことを指すと解するのが相当である」と判示する。以上から、一時的にではなく、ある程度の期間設置され、街並みの一部や街路の構成要素とみなされるようになっていれば「恒常的に設置」に該当すると考えるべきである。写真③の被写体である子供用椅子は、必要に応じて（乳幼児が来店した場合に）店内を移動させ、通常の大人

(40) 中山・前掲注11) 451-452頁。

(41) 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号53頁、58頁（2011）。

(42) これに関連して、私見では、著作物の原作品が街路等に設置される期間が数日であったとしても、その数日間の設置が長年にわたり反復継続的になされる場合には「恒常的に設置」該当性を認めてよいのではないかと考える。例えば、年に1回開催される祭事の期間中、数日間、街路に設置される著作物の原作品があり、その祭事が数十年以上にわたって継続して実施されるような場合には、その著作物の原作品は、いわば街の風物詩として、街路という風景の構成要素となっていると解される。このような著作物の原作品は、毎年設置期間のみに注目すれば「恒常的に設置」ということはできないであろう。しかし、その設置が、極めて長い期間にわたり反復継続的になされていることに鑑みると、「恒常的に設置」に該当するか、あるいはこれに準ずるものとして、46条柱書を直接適用または類推適用して、公衆の自由利用を認めるべきであると考え。具体的に、京都市中心部で毎年7月に開催される祇園祭を例に挙げると、祭りのハイライトとして四条通や河原町通等を巡行する山鉦は、巡行の1週間ほど前に組み立てられ（鉦建て、山建てという。）、1週間程度、街路に置かれ（室町通や新町通等の路上に設置される。）、その後巡行される。山鉦の路上設置の期間は短期間であるが、かかる設置が数百年以上にわたり反復継続されてきたことに鑑みると、山鉦については46条柱書を直接適用または類推適用すべきであると考え（もっとも、多くの山鉦については、保護期間が満了しているとも思われる。）。

用の椅子と交換して使用されるものであり、レストランの床面に固定されたものではないが、はたらくじどうしゃ事件判決がいうように、恒常的に設置とは、社会通念上、ある程度の長期にわたり継続して、不特定多数の者の観覧に供する状態に置くことを指すと解するのが相当であるところ、レストラン内で使用されるトリップトラップは、ある程度の長期にわたり継続して、ガラスの外側の街路を通行する不特定多数の者の観覧に供する状態に置かれているのであるから、「恒常的に設置」の要件を充たすというべきである。よって、写真③については、この要件を充たす。

写真④については、その被写体であるキャラクターの絵は、バスに描かれ固定されているものの、そのバス自体はどこかに固定されるものではなく、毎日、定められた路線を走行しており、それゆえ「恒常的に設置」という文言から離れているとも思えるところである。しかし、はたらくじどうしゃ事件判決は、前述のとおり、絵画が描かれた路線バス（横浜市営バス）につき著作権法46条柱書の適用が争点となった事案において、恒常的に設置するとは、社会通念上、ある程度の長期にわたり継続して、不特定多数の者の観覧に供する状態に置くことを指すと解するのが相当であるとした上で、当該路線バスは、特定のイベントのためにごく短期間のみ運行されるのではなく、他の一般の市営バスと全く同様に継続的に運行されているのであるから、画家が、公道を定期的に運行することが予定された市営バスの車体に絵画を描いたことは、美術の著作物を恒常的に設置したというべきである、と結論づけた。同判決の論理及び理由づけは妥当であり、同判決の事案と同様、写真④については、この要件を充たす。

以上を整理する。

要件 i（美術の著作物であること）と iii（1号ないし4号に該当しないこと）については、写真①ないし④のいずれも充たす。

要件 ii - 1（原作品であること）については、写真①、③、④は充たさず、写真②のみが充たす。

要件 ii - 2（所定の場所に恒常的に設置されていること）については、写真①ないし④のいずれも充たす。

以上から、46条柱書の要件を充たすのは写真②のみであることが導かれる。写真①、③、④は、その被写体が、美術の著作物の原作品ではなく複製物であることから、46条柱書の要件を充たさない。

第4節 小括

ここまで、公共空間に設置された著作物を写真に撮り、その写真を、ソーシャルメディアを介して他者と共有する行為に関する現行著作権法の規律を、写真①ないし④に即して具体的に確認した。その結果、写真②のみ著作権を侵害せず、①、③、④は著作権を侵害し得るものであることが明らかとなった。

この違いが生じる原因は、著作権法46条の存在に求められる。同条柱書は、屋外恒常設置された美術の著作物と建築の著作物に関し、一定の例外的な場合(1号ないし4号に掲げる場合)を除き自由利用を認める権利制限規定であるが、同条は、美術の著作物に関し、その対象を原作品に限定している。それゆえ、屋外恒常設置された美術の著作物(正確には、当該著作物が化体した有体物)を撮影し、その写真を利用する場合、被写体がその原作品である場合(写真②)には、同条柱書が適用され、原則として自由利用が可能となるが、しかし、被写体がその複製物である場合(写真①、③、④)には、同条柱書は適用されない。その結果、被写体である著作物の著作権者の有する著作権が及ぶこととなり、無断利用は著作権侵害を構成する。

46条柱書の効果は、2つの意味で、非常に大きい。

第1の意味は、対象とされる著作物の種類が、美術の著作物と建築の著作物であることに基づく。「美術の著作物」とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであり、かつ、空間や物の形状、模様又は色彩の全て又は一部を創出し又は利用することによる人の視覚を通じた美的価値を表現したもの⁽⁴³⁾」とされ、そ

(43) 東京地判平成12年3月31日判時1715号71頁〔テレホンカード磁気テープ事件〕。これに対し、島並ほか・前掲注34)41頁〔横山久芳〕は、作品の芸術的価値は美術の著作物性に影響を及ぼさないとする。

の範囲は極めて広く、⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾ 視覚的な創作的表現の全般をいうものである。このような美術の著作物をその対象とするものであるから、46条柱書の対象は極めて広範に及ぶ。

第2の意味は、利用の態様に制限がないことである。それは、条文の文言を引用するなら「次に掲げる場合を除き、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。」というものであり、要するに、1号ないし4号に掲げられたごく限られた例外を除き、自由に利用することができるというものである。ここに「いずれの方法によるかを問わず」という文言が置かれていること、つまり利用の態様に何らの制限がないことは特筆すべきである。というものの、当該文言は、現在では相当数の権利制限規定⁽⁴⁶⁾において見られるようになったが、現行著作権法の制定当初は、46条柱書と、政治上の演説等の利用を定める40条（現行40条1項）の2箇条にのみ見られる文言であった。また、「いずれの方法によるかを問わず」という文言を置く権利制限規定の多くには目的による限定が付されており、目的による限定なく、かつ「いずれの方法によるかを問わず」利用できると定めるものは、現時点においても、30条の2第1項、同条2項、40条1項と、この46条のみである。つまり、46条は、その効果として広範な態様

(44) 中山・前掲注11) 101頁。

(45) なお、作家等の肉筆原稿が美術の著作物に該当するか否かについて、学説上争いがある。島並良「写真の著作物の理論的構造」IPジャーナル16号16頁、18頁注9（2021）は、原稿や書作品は言語の著作物の原作品であるが、時に視覚的鑑賞の対象にもなるから美術の著作物の原作品の側面も併せ持つとする。これに対し、渋谷・前掲注10) 34頁は、作家の肉筆原稿などには、そこに表現上の思想感情が盛り込まれているわけではないから、言語の著作物の有形的固定物にすぎないとする。肉筆の文字は、人の個性が表れ、創作的な表現となり得るものであるから、肉筆原稿の「美術の著作物」該当性を一概に否定することは疑問である。

(46) 現行法の権利制限規定では、30条の2第1項、同条第2項、30条の3、30条の4、33条の2第1項、40条1項、46条、47条の4第1項、同条第2項、47条の5第1項に見られる。制定当初から存在する40条と46条とを除くと、いずれも、枝番が付された新しい条文である。

の利用の自由を認め、現行著作権法の制定当初から存在する、重要な権利制限規定であるといえる。

このように、46条柱書は、著作物の利用者にとって、非常に有益で重要な規定であるが、美術の著作物についてその適用を受けるためには利用の対象を原作品に限定しなければならない。この限定は果たして妥当なものであろうか。

なお、実は、わが国著作権法46条と同様の規定は、多くの国の著作権法に見られるものである。ベルヌ条約には同様の規定はみられないが、例えば、EUの情報社会指令⁽⁴⁷⁾にも同様の規定が置かれている。5条3項(h)号には、権利制限規定の1つとして、「公共の場所に恒久的に設置された建築物作品または彫刻作品のような作品の使用」との定めが置かれている。⁽⁴⁸⁾ここでは、権利制限の対象は原作品に限定されておらず、この点はわが国著作権法46条と異なる。

また、46条が、その対象を原作品に限定していることは、創作活動のデジタル化が急速な進展する昨今の状況を前提とすると、同条の適用場面の著しい減少を意味する。というのも、デジタル創作活動においては原作品が存在しないからである。原作品とは何かという議論は別の機会に譲るが、創作行為との整合性や客観性の点から、原作品とは、著作物がその完成と同時に固定された有体物とするのが相当である。⁽⁴⁹⁾著作物の完成後に固定された有体物は、原作品ではなく複製物となる。デジタル写真を例に考えると、これは、一般的に「①撮影（メモリーに保存）→②プリント」という手順で作成される。②は、通常、機械的にプリンタで印刷されるだけであり、そこでは創作性は発揮されない。よって、①において著作物が完成することになるが、この①の時点において有体物は作成されない。つまり、著作物の創作と同時に固定された有体物は存在せず、デジタル写真において原作品は存在しない。デジタル絵画においても同

(47) 夏井高人「情報化指令 2001/29/EC [参考訳]」法と情報雑誌 2 巻 11 号 21 頁 (2017)。

(48) 3 項本文により、構成国は、当該制限を定めることができるとされるが、かかる制限を定めることは義務とはされていない。

(49) 島並・前掲注 45) 18 頁。

様であり、「①ドローソフトで描画しメモリーに保存→②プリント」という一般的な手順のうち、②においては創作性は発揮されず、①において完成することになるが、この①の時点において有体物は作成されず、ゆえに原作品は存在しない。このように、デジタル創作活動により創作された著作物には原作品が存在しない⁽⁵⁰⁾。それゆえ、将来、公共空間に設置された著作物の有体物の殆どが、原作品ではなく複製物となる時代が、そう遠くない将来に到来することも予想される。かかる時代においては、美術の著作物に関し原作品のみをその対象とする46条の適用の場面は著しく減少することとなる。デジタル化の進展は、46条の存在意義を、その根底から揺るがしかねないのである。このような状況において、同条がその対象を原作品に限定することには合理性が存するのであるうか。

われわれは、かかる46条について、考察を加えなければならぬ。

第4章 著作権法46条の立法過程

第1節 著作権制度審議会答申

著作権法46条に関する考察の初めに、その立法過程を振り返る。

現行著作権法は、1966年の著作権制度審議会の答申に基づき立法化された。答申のうち46条として立法された事項に係る部分を引用する。⁽⁵¹⁾

(50) 鳥並・前掲注45) 19頁、愛知靖之ほか『知的財産法』226頁（有斐閣、2018）〔金子敏哉〕。なお、応用美術の著作物に関しては、原作品を不存在とする説が有力であると思われる。例えば、高林龍は、応用美術の著作物について原作品は観念でせず、展示権は認められないと明言する（高林龍『標準著作権法〔第5版〕』142頁（有斐閣、2022））。また、渋谷達紀も、応用美術は展示権の保護を受けないと述べており、応用美術の著作物について原作品は存在しないとの立場であると解される（渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ 著作権法・意匠法〔第2版〕』138頁（有斐閣、2007））。

(51) 著作権制度審議会「著作権制度審議会答申」文化庁監修『著作権法百年史 資料編』29頁、38頁（著作権情報センター、2000）。

十一 公衆に開放された場所に恒常的に置かれている美術の著作物の使用
公道、公園その他公衆に広く開放されている場所に恒常的に置かれている美術の著作物は、複製し、および放送することができるものとする。

ただし、建築物の模倣建築、彫刻による複製および著作物が置かれている場所と同様な場所に恒常的に置くための複製は、認められないものとする。

上記答申に関し、同年7月15日に作成された「答申説明書」の記載は次のとおりである。⁽⁵²⁾

十一 公衆に開放された場所に恒常的に置かれている美術の著作物の使用
公園あるいは公道に面している場所等広く公衆に開放された場所に恒常的におかれている建築物、彫刻等の美術の著作物を、写真によって複製し、または放送すること等が著作権を侵害するものであるとはいいがたいことは、常識的には当然のことであり、社会慣行上も容認されているところである。

そこで、このことについては、このような美術の著作物を背景として付随的に利用する場合に限らず、絵はがき等として複製し、映画的に複製・上映し、あるいはテレビ放送すること等当該美術の著作物自体を意図的に利用する場合も含めて、著作権者の許諾を要しないものとするのが適当である。

しかしながら、建築物の模倣建築、彫刻の彫刻による複製および著作物が置かれている場所と同様な場所に恒常的に置くための複製までを自由とすることは、著作権者の利益をいちじるしく害する結果となるので、認めないこととした。

(52) 著作権制度審議会「著作権制度審議会答申説明書」文化庁監修・前掲注51) 46頁、66頁。

なお、公開の場所に建てられている句碑、歌碑等を絵はがき、拓本等により、書の著作物または文芸の著作物を複製することについては、書または文芸の著作物の著作権の許諾を要しないものとする。

以上のとおり、審議会の答申では、公衆に開放された場所に恒常的に置かれている美術の著作物に関し、これを原則的に自由利用とする旨が記されているが、そこでは、原作品の限定も、屋外の限定も、いずれも何ら記載がない。実は、46条にみられる原作品と屋外という2つの限定は、答申から現行法制定までの間に著作権課における条文案の作成、修正の過程で付加されたものなのである。

紙幅の関係からここでその詳細を述べることは控えるが、「原作品」と「屋外」に関する各変遷を、以下、簡単に確認する。⁽⁵³⁾

第2節 「原作品」に関する変遷

「原作品」に関する変遷は、以下のとおりである。

- ・ 答申（1966年4月）：「公道、公園その他公衆に広く開放されている場所に恒常的に置かれている美術の著作物は」⁽⁵⁴⁾
- ・ 著作権課草案（1966年9月）：「美術の著作物は、街路、公園その他公衆に開放されている場所にその原作品が恒常的に設置されている場合には」⁽⁵⁵⁾

(53) この他に、写真の著作物に関する変遷もみられる。答申（1966年4月）では「写真の著作物」が対象に含まれず、著作権課草案（同年9月）においても同様であったが、文化局試案（同年10月）において「写真の著作物」が対象として追加された。しかし、第3次案（1968年1月）において、対象から再び除外された。

(54) 著作権制度審議会・前掲注51）38頁。

(55) 文部省著作権課『著作権法の全部を改正する法律案（著作権課草案）（昭四一・九）』（1966）（著作権情報センター資料室所蔵）。なお、第42条である。

- ・文化局試案(1966年10月):「美術の著作物又は写真の著作物は、その美術の著作物の原作品又はその写真の著作物の作品が街路、公園その他公衆に開放されている場所に恒常的に設置されている場合には」⁽⁵⁶⁾

以上のとおり、答申(1966年4月)においては、単に「美術の著作物」とされたところ、著作権課試案(同年9月)や文化局試案(同年10月)において、その「原作品」に限定されるようになり、以降、これが維持され、1970年2月、第63回国会(招集日は1970年1月14日、会期終了日は同年5月13日)に提出された著作権法案でも維持され(同年4月28日に成立)、現行法に導入された。かかる限定が付された理由は、文化庁にも資料が保存されておらず、⁽⁵⁷⁾明らかでないが、前記文化局試案に関し、同局において作成された「試案コンメンタール」において、「本条によって複製等の認められるのは、美術の著作物の原作品または写真の著作物の作品が街路、公園その他公衆に開放されている場所に恒常的に設置されている場合でなければならない。美術の著作物または写真の著作物の複製物が公衆に開放されている場所に恒常的に設置されていても、それによって本条による複製等が認められるものではない。著作権者が美術の著作物の原作品および未公表の写真の著作物の作品を公衆に開放されている場所に恒常的に設置することを認めたこと(このような設置については、常に著作権者の許諾を要する(第二十六条、第四十六条。))は、原則としてその作品の利用を公衆に開放したものとして取扱いうるが、その複製物をこうした場所に恒常的に設置することについては、複製の許諾を与えた以上は、著作権者の権利

(56) 文部省文化局「著作権及び隣接権に関する法律草案(文部省文化局試案)」ジュリ362号118頁、121頁(1967)。なお、第47条である。

(57) 本論文の執筆過程において、文化庁に対し、行政機関情報公開法9条2項に基づき、「文部省文化局が昭和41年10月22日に公表した「著作権および隣接権に関する法律草案」(いわゆる文化局試案)に関し、第四十七条(公開の美術の著作物等の利用)の起案のために作成された文書」の開示請求を行ったところ、「請求文書は、文化庁では保有をしていません。」との理由から不開示とされた(3受文庁172号、令和3年5月6日)。

は及ばないし、また、複製の許諾を与えるに際して、このような場所への設置を認めたとしても、そのことをもって、著作物自体の利用までを公衆に開放する趣旨とはいいいがたいからである。⁽⁵⁸⁾」と記載されていることから推測すると、著作権課内部の検討において、原作品にのみ及ぶ展示権との調整の観点から、⁽⁵⁹⁾原作品に限定することとしたと思われる。

なお、建築の著作物については、1968年5月の法案で、⁽⁶⁰⁾建築の著作物が美術の著作物から分離独立したことに伴い、美術の著作物と並んで建築の著作物が46条の対象として定められるようになった。これ以前から、美術の著作物については原作品という限定が付されていたが、建築の著作物については原作品という限定は付されず複製物をも含むこととされた。しかし、同法案の趣旨説明にはその理由について何ら記載がなく、限定が付されなかった理由は明らかでない。この点、美術の著作物に関し、展示権との調整の観点から原作品という限定が付されたという上記仮説をもとに推測するなら、建築の著作物については展示権が及ばず、それゆえ調整の必要がなく、原作品による限定を置かなかったのではないと思われる。

第3節 「屋外」に関する変遷

「屋外」に関する変遷は、以下のとおりである。

- ・ 答申（1966年4月）：「公道、公園その他公衆に広く開放されている場所に恒常的に置かれている美術の著作物は」⁽⁶¹⁾

(58) 現行著作権法制定時の検討過程に関する調査研究委員会『著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）コンメンタール』343頁（著作権情報センター、2021）。

(59) この点については第5章第2節において述べる。

(60) 文部省『昭和四十三年五月 著作権法案資料』（1968）（著作権情報センター資料室所蔵）。

(61) 著作権制度審議会・前掲注51）38頁。

- ・著作権課草案（1966年9月）：「美術の著作物は、街路、公園その他公衆に開放されている場所にその原作品が恒常的に設置されている場合には」⁽⁶²⁾
- ・文化局試案（1966年10月）：「美術の著作物又は写真の著作物は、その美術の著作物の原作品又はその写真の著作物の作品が街路、公園その他公衆に開放されている場所に恒常的に設置されている場合には」⁽⁶³⁾
- ・第3次案（1968年1月）：「美術の著作物は、その原作品が街路、公園その他公衆に開放されている屋外の場所に恒常的に設置されている場合には」〔傍線部引用者〕⁽⁶⁴⁾

第3次案において「屋外」要件が付されるようになった理由は明らかでない。第3次案には逐条解説が付されておらず、その後作成された1968年5月の法案⁽⁶⁵⁾には逐条解説が付されているものの、屋外要件が追加された理由は記載されていないからである。

第4節 小括

以上のとおり、著作権制度審議会の答申から、第63回国会で成立した現行著作権法に至るまで、最終的に46条として立法されることになる公開の美術の著作物等の利用に関する規定は、相当に変遷していることが認められる。46条における「原作品」要件と「屋外」要件は、ともに、答申においては予定されていなかったにもかかわらず、著作権課における条文案の作成、修正の過程で付

(62) 文部省著作権課・前掲注55)。なお、第42条である。

(63) 文部省文化局・前掲注56) 121頁。なお、第47条である。

(64) 文部省文化局『昭和四十三年一月 著作権法の全部を改正する法律案（第三次案）』（1968）（著作権情報センター資料室所蔵）。

(65) 文部省『昭和四十三年五月 著作権法案資料』（1968）（著作権情報センター資料室所蔵）。

加されたものなのである。

第5章 著作権法46条の趣旨目的

第1節 著作権法46条の2つの特徴

本章においては、46条の趣旨目的について、詳しく分析し、考察を加えることとする。同条を分析すると、2つの特徴を見出すことができる。

第1の特徴は、46条柱書の対象となる著作物に関する要件の設定である。46条は、権利制限規定であり、一定の要件を充たす場合に、一定の効果（権利制限）を発生させる規定であるところ、同条柱書の効果は、「いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」こと、つまり自由利用である。この自由利用という効果を発生させるため、条文上、「美術の著作物でその原作品が前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されている」こと、又は「建築の著作物」であることが要求される。「前条第二項に規定する屋外の場所」とは、45条2項にいう「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」である。すなわち、当該要件は、以下のように整理される。

- ・美術の著作物で、その原作品が、街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所に恒常的に設置されていること
- ・建築の著作物であること

なお、美術の著作物に関して要求される「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所に恒常的に設置されていること」（以下「屋外恒常設置」という。）という要件は、建築の著作物については要求されない。これは、建築の著作物が、通常、屋外恒常設置されるものであり、その特性からして当然である。

以上のとおり、46条は、自由利用という効果の発生のため、美術の著作物に関し、屋外恒常設置という要件を課している。この要件は、25条及び45条との

連関において理解する必要がある。これが第1の特徴である。かかる第1の特徴について、後記第2節で検討する。

第2の特徴は、効果の面に関するものである。すなわち、46条は、1号から4号までに掲げる場合を除き、自由利用を可とする。ここでは、自由利用と可とする場合と、自由利用を可としない場合との区分けがなされている。これは、著作権と、その対抗利益とを調整しようとするものである。ここでは、46条に特有の対抗利益が設定されており、その対抗利益と著作権との調整もまた、46条に特有のものである。これが第2の特徴である。かかる第2の特徴については、後記第3節で検討する。

第2節 一回判断原則

1 著作権法25条、45条、46条の連関構造

46条は、25条及び45条と密接に関連しており、かかる2つの条文との連関構造をなしている。以下、その構造を説明する。

著作物の展示行為について、その原則を定めるのが、25条である。そこでは、美術の著作物と未発行の写真の著作物に関し、その原作品を公に展示する権利は著作者が専有すると定められている。

25条の例外を定めるのが、45条1項である。そこでは、原作品の所有者またはその同意を得た者は、原作品を公に展示できると定められている。展示権の対象たる美術の著作物と写真の著作物について、原作品の所有者等は、展示権者の許諾なく自由に、当該原作品を公に展示できる。

しかし、45条1項には、同条2項という例外が存在する。いわば例外の例外である。美術の著作物に関しては、原作品の所有者またはその同意を得た者であっても、屋外恒常設置はできないとされる。その結果、美術の著作物の原作品の屋外恒常設置については、原則に立ち返り、展示権（25条）が及ぶことになる。美術の著作物の原作品の屋外恒常設置の可否は、原作品の所有者ではなく、展示権者が判断することになるのである。

45条2項に定める屋外恒常設置の効果を定めるのが、46条である。46条は、

屋外恒常設置された美術の著作物の原作品（及び建築の著作物）につき、原則として自由利用を可とする⁽⁶⁶⁾。

以上のとおり、46条は、25条（展示の原則）、45条1項（展示の例外）、同条2項（展示の例外の例外。展示の態様の1つである屋外恒常設置に関し、原則に立ち返る）との連関において理解される必要がある。

これは要するに、46条柱書による自由利用という効果の発生要件たる「屋外恒常設置」という状態へ移行させることを判断する権限を、25条により、著作権者（展示権者）に専有させることで、著作権者に対し、その権利行使の機会（判断機会と対価回収の機会）とを与えるものである。美術の著作物の著作権者は、その美術の著作物につき、46条柱書により自由利用に供することを拒否するのであれば、25条に基づき、屋外恒常設置を拒否すればよい。また、46条柱書により自由利用に供することに關する一定の対価を回収したいのであれば、25条に基づき屋外恒常設置を許諾するにあたり、当該許諾契約において、自ら望む対価を設定すればよいのである。

46条は、以上のとおり、25条、45条との連関において理解されるべきものである。

2 一回判断原則の意味

上で確認したとおり、46条は、25条、45条との連関において理解されるべきであり、46条柱書が、その効果たる自由利用の要件として、「屋外恒常設置」を定めたことの意味は、著作権者に一定の判断（自由利用に供することを許諾するか拒否するか）と対価回収の機会を一度付与し、しかし、その一度の判断

(66) 48条1項3号によって、46条の規定により著作物を利用する場合において、その出所を明示する慣行があるときには、著作物の出所を、その複製また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。同条の規定により創作された二次的著作物を利用する場合における原著物の出所の明示についても同様である（48条3項1号）。また、47条の7によって、46条の規定の適用を受けて作成された複製物の譲渡により公衆に提供することも許される。

の機会（＝判断の基準時）において許諾の判断を下した以上、自由利用を甘受しなければならず、対価回収の機会も喪失するというものである。これは、著作権者に一回限りの権利行使の機会を付与し、しかし、一度権利行使した以上、もう後戻りは許されない（他者による利用を甘受しなければならず、対価回収の機会も二度とない）という原則である。この原則を、一回判断原則と名付ける。

一回判断原則は、46条に特有の原則ではない。これと類似の原則ないし規律は、著作権法のその他の条文にも見られるものである。それは、消尽であり、⁽⁶⁷⁾ワンチャンス主義である。

消尽とは、著作権者が著作物の原作品または複製物を譲渡した場合、当該原作品または複製物を再譲渡する行為について、譲渡権の効力はもはや及ばないとする法理である（著作権法26条の2第2項参照）。⁽⁶⁸⁾その根拠は、①著作権法による著作権者の権利の保護は社会公共の利益との調和の下において実現されなければならないこと、②市場における著作物の原作品または複製物の円滑な流通の確保、③著作権者の二重の利得の防止（著作権者は、著作物の原作品また

(67) 46条と消尽法理との関連性については、前田健と愛知靖之が指摘するところである。前田・前掲注4）は、権利制限を置くことが望ましい場合として、①経済的利用がないことによる権利制限、②取引費用のため成立しない利用許諾を代替するものとしての権利制限、③「消尽」としての権利制限の3つの場合を指摘できるとしたうえで（95頁）、このうち③につき、取引を総体として見た時に、その著作物の利用についての対価を著作権者はすでに得ており、その利用については許諾済みとみなせる場合に、自由使用が認められるべき場合があるとし、その例として、30条、38条とともに、46条を挙げる（102頁）。また、愛知靖之「譲渡以外の行為と著作権の消尽」著作権研究45号4頁、9頁（2018）は、46条は、完全に消尽法理と重なるわけではないものの、その理論を同条の規定趣旨の少なくとも一部に内包した権利制限規定と位置づけることができよう、と述べる。

(68) 最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト事件〕。なお、本最判において「著作物又はその複製物を譲渡する場合」と述べられているが、無体物である著作物を譲渡することはできないから、この部分は「著作物の原作品又はその複製物を譲渡する場合」と解すべきである。

はその複製物を自ら譲渡するに当たって譲渡代金を取得し、またはその利用を許諾するに当たって使用料を取得することができるのであるから、その代償を確保する機会は保障されている。)に求められる。

消尽の根拠として挙げられる上記3つの点は、いずれも、46条における一回判断原則にも妥当するものである。①に関し、屋外恒常設置された著作物に関する著作権者の権利の保護が、社会公共の利益の調和の下において実現されなければならないことは自明の理である。②に関し、有体物の流通と、著作物の利用とをパラレルに考えるなら、利用の円滑化を、一回判断原則の根拠として導くことができよう。③に関し、著作権者は、屋外恒常設置を許諾するにあたり所定の対価を取得することができるのであるから、その対価を確保する機会は保障されている。

ワンチャンス主義(著作権法91条2項、92条2項2号、92条の2第2項、95条の2第2項参照)とは、著作隣接権に関し、排他権行使の機会を情報の最初の利用段階に限定し、2度目以降の利用に対しては権利行使を許さないという考え方である⁽⁶⁹⁾。例えば、実演家は、自らの実演を映画著作物に録音・録画することを一度許諾すれば、当該映画著作物のDVD化など、その実演をさらに映画として録音・録画する行為には、その録音権・録画権は及ばない(91条2項)。実演家は、録音・録画を許諾する一度の機会(ワンチャンス)において、それ以降の利用行為を想定し、それをも含めた対価を回収しておくべきなのである。ワンチャンス主義は、ローマ条約上の実演家の権利の性格を説明するために、日本の立法関係者が便宜上使用した言葉であるとされ、その根拠は、権利関係が錯綜し、利用・流通の阻害要因となることを防止すること、要するに利用の円

(69) 愛知ほか・前掲注50) 275頁〔愛知靖之〕。

(70) 文化庁内著作権法令研究会監修『新版 著作権法事典』409頁(出版ニュース社、1999)、東京高判平成14年10月17日(LEX/DB文献番号28080040)。なお、加戸・前掲注16) 640頁は、実演家等保護条約が採る「一旦許諾を与えて実演を録音・録画すれば、その同じ目的のために録音・録画物を増製することについては実演家の権利が働かない主義」を「ワン・チャンス主義」と呼ぶ。

滑化に求められる。⁽⁷¹⁾

46条における一回判断原則も、著作権者に、一定の判断（46条柱書による自由利用に供することを許諾するか拒否するか）と対価回収の機会を、ただ一回だけ付与し、そこで許諾の判断を下した以上、その後の自由利用を甘受しなければならず、対価回収の機会も喪失するというものである。権利者の判断機会が一度のみ認められ、その機会にその後の利用をも想定して対価を回収すべきとされることは、著作隣接権に関するワンチャンス主義と共通するものである。また、ワンチャンス主義の結果として実現される利用の円滑化もまた、一回判断原則においても妥当するものである。

以上のとおり、一回判断原則は、権利者に一定の判断と対価回収の機会を一回だけ与え、しかし、そこでひとたび判断すれば、権利者は、それ以降（判断の基準時以降）当該判断に拘束され、権利行使の機会を剥奪されるという点において、また、社会公共の利益との調和、利用の円滑化という点においても、消尽やワンチャンス主義と通底するものである。

3 一回判断原則の不徹底

一回判断原則は、展示権者に一回の判断の機会を付与することで著作権者の判断機会と対価回収の機会とを確保し、しかし、その一回の機会を唯一の判断の機会とすることで、利用の円滑化をも図るものである。

かかる一回判断原則に鑑みると、46条柱書により自由利用の対象となる美術の著作物の原作品は、展示権者が、25条及び45条2項によって展示権者に保障された判断機会において、屋外恒常設置を許諾した結果として、屋外恒常設置されたもの、つまり適法設置物に限られることになるはずである。しかし、46条の定めは、そうはなっていない。同条柱書には、適法設置物に限る、または、違法設置物を除く、というような趣旨の文言を置いていない。同条柱書は「美

(71) 中山・前掲注11) 666頁、愛知ほか・前掲注50) 275頁〔愛知靖之〕、愛知・前掲注67) 9頁、島並ほか・前掲注34) 222頁注7〔横山久芳〕。

術の著作物でその原作品が前条第2項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されているもの」と定めるのみであり、この文言を素直に読むと、展示権者の許諾なく違法に設置されたものであっても、その対象に含まれると解釈し得る。

さらに、46条は、その直後に置かれた47条との対比から、違法設置物を含むことを含意しているとさえ解釈し得る。47条は、美術の著作物等の展示に伴う複製を認める権利制限規定であるが、その第1項は「美術の著作物又は写真の著作物の原作品により、第25条に規定する権利を害することなく、これらの著作物を公に展示する者」と定める。ここでは「第25条に規定する権利を害することなく」との一節が挿入されており、違法展示物を除外することが明文で示されている。46条には、このような一節は挿入されていない。そうすると、46条は、47条との対比から、違法設置物をもその適用対象に含むと解釈せざるを得ない。

この点は、学説において見解が分かれるところである。46条は違法設置物をその対象に含むとする学説が多数であると思われるが、しかし、条文の趣旨から違法設置物を含まないとする学説もある⁽⁷²⁾。たしかに一回判断原則からすると、価値判断としては違法設置物を含まないとすべきであり、そのように解釈することが妥当であると思われるが、しかし、文理解釈としても、また上述した47条との対比からも、46条は違法設置物をその対象に含むと考えざるを得ない。

以上のとおり、46条は、展示権者の許諾なくして屋外恒常設置された美術の著作物の原作品、つまり違法設置物をもその適用対象とするものであると解釈され、この点において、一回判断原則が貫徹されていない。一回判断原則が同条にとって重要な原則であることに鑑みれば、違法設置物を対象外とすべきで

(72) 渋谷・前掲注10) 368頁、半田＝松田編・前掲注38) 457頁〔前田哲男〕、小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタル<改訂版>Ⅱ』264頁（第一法規、2020）〔小倉秀夫〕、茶園成樹編『著作権法 第3版』199-200頁〔茶園成樹〕（有斐閣、2021）、金子「出版」・前掲注8) 173頁注58、金子「応用美術」・前掲注8) 114頁注65。

(73) 島並ほか・前掲注34) 205頁注142〔島並良〕。

あり、この点を明確に定めない現行法の条文には問題が存すると考える。

4 諸外国の規定

46条と同様の規定は、諸外国の著作権法においても広く見られる。ここでは、ドイツと英国の著作権法の規定を確認する。⁽⁷⁴⁾

(1) ドイツ⁽⁷⁵⁾

ドイツ著作権法59条（公共の場所における著作物）⁽⁷⁶⁾は、わが国著作権法46条と同様の定めであり、1項で「公共の道路、街路又は広場に恒常的に設置されている著作物を、絵画若しくはグラフィック・アートの方法により、写真により、又は映画により複製し、頒布し、又は公衆に再生することは、許される。建築の著作物の場合においては、その外観にのみ、この権限が及ぶものとする。」と定め、2項で「この複製は、建築の著作物として行うことはできない。」と定める。1項は、わが国著作権法46条柱書に、2項は、同条2号に、それぞれ対応するものであるが、わが国著作権法46条との顕著な違いとして、その対象を単に「著作物」とし、原作品に限定しない点を挙げることができる。

ドイツ著作権法において、展示権の対象は、未公表の造形美術の著作物の原作品若しくは複製物または未公表の写真の著作物の原作品若しくは複製物とされる⁽⁷⁷⁾（18条）。未公表であれば複製物にも展示権が及ぶ一方で、原作品であっ

(74) わが国著作権法46条と同様の定めが、EU情報社会指令にも存在することは、先に第3章第4節において述べた。

(75) 著作権情報センターウェブサイト、外国著作権法「ドイツ編」（本山雅弘訳、2020年1月一部修正）（<https://www.cric.or.jp/db/world/germany.html>、2023年2月26日最終閲覧）参照。

(76) ドイツ著作権法59条が定める利用者の自由は「Panoramafreiheit（パノラマの自由、風景の自由）」と呼ばれる。ドイツ著作権法59条との比較を通じてわが国著作権法46条を論じたものとして、茶園・前掲注7）。

(77) わが国著作権法の展示権およびその制限の規定はドイツ著作権法を模範にしているとされ、法制度一般の基本および著作権法の諸原理の相違からいくつかの

ても公表されたものには展示権は及ばないのである。

かかる18条により、未公表の原作品または複製物については、展示権行使時点を一回判断の基準時とする一回判断原則の存在が認められるが、それでは、公表される（された）原作品または複製物についてはどうであろうか。

まず、原作品については、公表前の第三者に対する譲渡段階で、屋外恒常設置の可否を判断することができる。ドイツ著作権法も、公表権の定めを置いており、著作者は、その著作物の公表の可否及びその方法を決定する権利を有するとされる（12条1項）。また、ドイツにおいても、わが国と同様、造形美術の著作物の原作品の所有者は、これを公衆に展示する権限を有し、これは当該著作物が未公表である場合においても同様であるが（44条2項本文）、しかし、著作者が原作品の譲渡の際に明示的にこれを排除していたときは、この限りでないとされる（同項但書）。著作権者は、原作品を第三者に譲渡するにあたり、屋外恒常設置（これは公衆への展示の一態様である。）を拒むのであれば、譲渡契約において屋外恒常設置を明示的に排除すればよいのである。つまり、原作品については、第三者に対して当該原作品を譲渡するにあたり（なお、ドイツ法においては、原作品を取引に供することは頒布権（17条1項）の対象である。）、屋外恒常設置を想定して、契約においてこれを禁止するか、または所定の対価を回収すればよいのである。

次に、複製物についてであるが、無論、ドイツ著作権法においても複製権の定めがあるから（16条1項）、複製を許諾する段階で、複製後の屋外恒常設置を想定して、所定の対価を回収するか、契約において屋外恒常設置を禁止すればよいのである。⁽⁷⁸⁾

以上を踏まえて、ドイツ著作権法による一回判断原則を整理する。

相違は認められるが、その機能はほぼ同一であるとされる（半田＝松田編・前掲注38）442-443頁〔久々湊伸一〕）。

- (78) 契約で屋外恒常設置を禁止したとしても当該禁止の効力が契約外の第三者に及ばないことからすると、ここでの一回判断の機会は、対価回収に主眼を置くものといえる。

未公表の著作物の原作品・複製物については、展示権による一回判断の機会が与えられている。公表済の著作物の原作品・複製物には、展示権は及ばず、展示権による一回判断の機会は与えられていないが、原作品については、公表前の譲渡の段階で、公表権による一回判断の機会が与えられている。また、複製物については、複製権による一回判断の機会が与えられている。

要するに、ドイツ著作権法は、未公表であるか公表済であるかを問わず、また、原作品であるか複製物であるかを問わず、いずれの場合においても、一回判断原則を適用し、著作権者または著作者に、一回判断の機会を付与しているのである。

(2) 英国⁽⁷⁹⁾

英国著作権法62条（公開されているある種の美術の著作物の表現）は、わが国著作権法46条と同様の定めであり、1項で、(a) 建築物と (b) 公開の場所または公衆に開放されている構内に恒常的に設置されている彫刻、建築物のためのひな形及び美術工芸の著作物に適用されることを定めた上で、2項で、これらの著作物の著作権は、次に掲げる行為によっては侵害されないとして、(a) その著作物を表現する図画の著作物を作成すること、(b) その著作物の写真または映画を作成すること、(c) その著作物の視覚的影像の放送を行うこと、という3つの行為を掲げる。1項が要件を、2項が効果を定めるものであるが、わが国著作権法46条との顕著な違いとして、その対象を原作品に限定しない点と、恒常設置の場所として公衆に開放されている構内をもその範囲に含める点を挙げることができる。

英国著作権法には、展示権の定めがない。ゆえに、著作物の原作品または複製物を展示することは、侵害の対象となる行為ではない。⁽⁸⁰⁾しかし、英国法にお

(79) 著作権情報センターウェブサイト、外国著作権法「英国編」（大山幸房＝今村哲也訳、2016年3月）(<https://www.cric.or.jp/db/world/england.html>、2023年2月26日最終閲覧) 参照。

(80) M.F. フリント＝C.D. ソーン（高橋典博訳）『イギリス著作権法』440頁（木鐸

いても、わが国やドイツの著作権法と同様、一回判断原則は適用される。

まず、複製物については、複製権（17条）が存在し、複製権による一回判断の機会が与えられている。次に、原作品については、配布権（18条）の対象に、複製物の配布のみならず原作品の配布も含むとされる（同条4項）ことから、配布権による一回判断の機会が与えられている。

すなわち、英国においては、著作物の原作品または複製物が、公開の場所等に恒常的に設置されることにより自由利用に供されることを拒否するか、または対価の回収を望むのであれば、原作品については配布の許諾の段階で、複製物については複製の許諾の段階で、それぞれ、当該場所等に恒常的に設置されることを想定して、配布または複製自体を拒否するか、あるいは契約において公開の場所等に恒常的に設置されることを禁止するか、所定の対価を回収すればよいのである。

以上のとおり、わが国やドイツの著作権法と同様、英国の著作権法においても、一回判断原則が適用され、著作権者または著作者に、一回判断の機会を付与しているのである。

（3） 小括

以上のとおり、一回判断の基準時をどこに設定するかは、各国の著作権法において、支分権の内容が異なることに応じて、それぞれ異なる。しかし、一回判断原則が適用されることは共通である。一回判断原則は、著作権者の利益の保護のために著作権者に判断と対価回収の機会を与えるとともに、その一回の機会を唯一の判断の機会とすることで利用の円滑化をも図るものであるから、その機会が確実に確保されるのであれば、その時点はいつであってもよいといえる。

第3節 著作権法46条における対抗利益～「一般人の行動の自由」とは何か

46条の第2の特徴は、著作権と対抗利益との調整である。同条の文言を再確

認すると、柱書において要件（美術の著作物に関する屋外恒常設置）と効果（原則自由利用）を定めるとともに、効果の例外として、1号から4号を定める。ここでは、効果につき、自由利用を不可とする場合（1号から4号までに掲げるいずれかの場合に該当する場合）と、自由利用を可とする場合（1号から4号までに掲げるいずれの場合にも該当しない場合）とが区分けされている。この区分けは、前者の場合には著作権を尊重し、後者の場合には対抗利益を尊重するものといえる。

それでは、46条において著作権の対抗利益とされるものは、誰の、どのような利益なのであろうか。次に、この点を検討する。

1 裁判例

46条の趣旨について判断した裁判例は、はたらくじどうしゃ事件判決が最初のものであり、それ以降も存在せず、⁽⁸¹⁾ 唯一の例である。⁽⁸²⁾

同判決から、46条の趣旨を判示した部分を抜粋する。

「法46条柱書は、美術の著作物で「その原作品が街路、公園その他の一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」に「恒常的に設置されているもの」は、所定の場合を除き、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる旨を規定し、屋外の場所に恒常的に設置された美術の著作物について、一定の例外事由に当たらない限り公衆に

(81) 本判決の匿名解説（判タ1067号297頁、298頁（2001））、大江修子「判批」コピライト2001年11月号21頁、22頁（2001）、田中孝一「判批」判タ1096号156頁、156頁（2002）、石村智「講演録 最近の著作権判例について」コピライト2002年2月号2頁、12頁、14頁（2002）、村井・前掲注6）251頁。

(82) 東京地判平成26年3月26日（LEX/DB 文献番号25567956）において、著作権法46条柱書の趣旨は同法19条3項の考慮要素となり得るか（同項の適用の可否を判断するに際して、46条柱書の趣旨を原告の氏名表示が不必要であるという事情として勘案することができるか）という点が争点となったが（判決では、考慮要素となり得ず、勘案できないとされた。）、46条柱書の趣旨自体は争点となっておらず、これに対する裁判所の判断も示されていない。

よる自由利用を認めている。同規定の趣旨は、美術の著作物の原作品が、不特定多数の者が自由に見ることができるような屋外の場所に恒常的に設置された場合、仮に、当該著作物の利用に対して著作権に基づく権利主張を何らの制限なく認めることになると、一般人の行動の自由を過度に抑制することになって好ましくないこと、このような場合には、一般人による自由利用を許すのが社会的慣行に合致していること、さらに、多くは著作者の意思にも沿うと解して差し支えないこと等の点を総合考慮して、屋外の場所に恒常的に設置された美術の著作物については、一般人による利用を原則的に自由としたものといえる。」

同判決は、46条の趣旨につき、①不特定多数の者が自由に見ることができるような屋外の場所における一般人の行動の自由の保護、②一般人による自由利用を許す社会的慣行との合致、③多くは著作者の意思にも沿うと解して差し支えないことという3つの要素を指摘し、それらを総合考慮して、屋外の場所に恒常的に設置された美術の著作物については、一般人による利用を原則的に自由としたもの、との解釈を示したものである。

2 学説等

次に、46条の趣旨に関する学説等を確認する。

(1) 立法過程（立法担当者）

すでに確認したとおり、はたらくじどうしゃ事件判決は、46条の趣旨につき、①一般人の行動の自由の保護、②社会的慣行との合致、③著作者の意思への合致という3つの要素を示した。しかし、立法段階では、①については言及されていない。

先に、46条の立法過程において作成された答申説明書（1966年7月）や試案コンメンタール（同年10月）を参照した。その記載を再確認する。

まず、答申説明書においては、「常識的には当然のことであり、社会慣行上も

容認されているところ⁽⁸³⁾とのみ記載されている。これは、上記3要素のうち②のみを挙げるものである。

また、試案コンメンタールにおいては、「当該著作物の設置者の意思および社会慣行からして容認される⁽⁸⁴⁾ところである」と記載されている。これは、上記3要素のうち②と③とを挙げるものである。もっとも、厳密にいうと、③について「著作者」ではなく「設置者」とするところが異なっている。

なお、立法担当者も「その設置者の意思及び社会的慣行を考慮して⁽⁸⁵⁾」と述べ、試案コンメンタールと同様、②と③とを挙げる（①には言及しない⁽⁸⁶⁾）。③について「著作者」ではなく「設置者」である点も、試案コンメンタールと同一である。

(2) 学説

学説においては、はたらくじどうしゃ事件判決を援用して、上記3要素（①一般人の行動の自由、②社会的慣行、③著作者の意思）を全て挙げるものが多⁽⁸⁶⁾い。

もっとも、上記3要素のうち①の要素しか挙げないものもある⁽⁸⁷⁾。また、①の要素に言及しつつ、先に「一回判断原則」と名付けた原則に触れるものもある⁽⁸⁸⁾。

(83) 著作権制度審議会・前掲注52) 66頁。

(84) 現行法制定過程調査研究委・前掲注58) 342頁。

(85) 加戸・前掲注16) 387頁。

(86) 小泉直樹『特許法・著作権法〔第3版〕』195頁（有斐閣、2022）、半田＝松田編・前掲注38) 444頁〔前田哲男〕、茶園編・前掲注72) 199頁〔茶園成樹〕、岡村・前掲注10) 264頁、小倉＝金井編著・前掲注72) 264頁〔小倉秀夫〕、小島立「判批」小泉直樹ほか編『著作権判例百選（第5版）』162頁、163頁（2016）。

(87) 中山・前掲注11) 453頁、駒田泰土ほか『知的財産法Ⅱ 著作権法』133頁（有斐閣、2016）〔潮海久雄〕、吉田広志「判批」小泉直樹ほか編『著作権判例百選（第6版）』154頁、154頁（2019）、茶園成樹＝上野達弘編著『デザイン保護法』130頁（勁草書房、2022）〔中川隆太郎〕。

(88) 島並ほか・前掲注34) 205頁〔島並良〕（一回判断原則に関し「最初の恒常設置可否決定の時点で著作権者には対価確保の機会が保障されている」と述べ

その他、学説には、建築の著作物や屋外恒常設置された美術の著作物が「特定の地域・場所を象徴する存在になりやすく、その地域・場所のイメージを表現するために当該著作物を利用する必要がある（東京の観光案内マップに西郷隆盛像のイラストを掲載する場合や、六本木を舞台とする漫画で街の雰囲気を表現するために六本木ヒルズを描く場合等）」⁽⁸⁹⁾とするものや、「特定の場所を示すための記号として意図的に利用する必要性が高いこともある（たとえば、東京の渋谷を舞台にしたドラマを撮影する際に、そこが渋谷であることをわかりやすく示すためにハチ公像を撮影するなど）」⁽⁹⁰⁾とするものもある。これらは、屋外恒常設置された著作物が、ある種のランドマークとなり得ることを指摘するものであり、注目に値する。

この他、アクセス可能性に言及するものもある。屋外恒常設置された著作物に対する一般人のアクセス可能性を前提として、そのような著作物の利用が著作権侵害を構成するとなると、一般人（公衆）の行動の自由に対する過度の制約となりかねないため、広く自由利用とすべきである、とするものである。⁽⁹¹⁾

る。）、愛知ほか・前掲注 50）251 頁〔愛知靖之〕（ただし「一般人」ではなく「公衆」とする。また、一回判断原則に関し「著作権者は、屋外恒常設置を許諾する段階で、その後の利用も視野に入れた対価獲得機会が保障されている」と述べる。なお、愛知が、46 条の趣旨の一部に消尽法理が内包されると述べることにつき、前掲注 67）を参照。）、田村『概説第 2 版』・前掲注 10）208 頁（ただし「一般人」ではなく「公衆」とする。また、一回判断原則に関し「著作権者は、美術品については、屋外に設置することを認めないか（25 条、45 条 2 項）、多額の対価を要求すればよい」と述べる。）。

(89) 半田＝松田編・前掲注 38）445 頁〔前田哲男〕。

(90) 志田陽子＝比良友佳理『あたらしい表現活動と法』223 頁（武蔵野美術大学出版局、2018）。

(91) 田村「技術環境」・前掲注 10）127 頁、田村『概説第 2 版』・前掲注 10）208 頁、愛知ほか・前掲注 50）251 頁〔愛知靖之〕、志田＝比良・前掲注 90）223 頁、村井・前掲注 6）256 頁、横山久芳「著作権の制限（1）」法教 341 号 135 頁、138 頁注 10（2009）、横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 62 巻 6 号 48 頁、51 頁（2009）。なお、はたらくじどうしゃ事件判決以前の学説には、屋外恒常設置を「社会大衆への著作物の奉納と考えられる」とするものがある（東季

以上のとおり、学説は、少なくとも46条が、「一般人の行動の自由」を保護するものであるとする点において一致している。

(3) 小括

46条の趣旨は、一般人の行動の自由を保護するものである。この点は、裁判例、学説において一致するところである。立法担当者は、設置者の意思及び社会的慣行への合致のみをその趣旨とし、一般人の行動の自由に言及しないが、現在、これを支持する学説は見当たらない。

3 「一般人の行動の自由」の尊重

先に確認したとおり、はたらくじどうしゃ事件判決は、46条の趣旨につき、①一般人の行動の自由の保護、②社会的慣行との合致、③著作者の意思との合致という3つの要素を示した。これら3つの要素は、全て、46条の根拠となるべきものであるが、それぞれ、どのように位置づけられるであろうか。

ここで参照すべきは、平成29年4月の文化審議会著作権分科会報告書⁽⁹²⁾による権利制限規定の3層の分類である。これは、著作権法の権利制限規定を、第1層（著作物の本来の利用に該当せず、権利者の利益を通常害しないと評価できる行為類型）、第2層（著作物の本来の利用には該当せず、権利者に及び得る不利益が軽微な行為類型）、第3層（公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為類型）の3層に分類したものである。46条が権利制限の対象とする著作物の利用行為は、著作物の本来の利用に該当するものであるから、同条は、第1層にも第2層にも該当せず、第3層に該当する。そして、第3層の権利制限規定は、文化の発展等の公益的政策目的の実現のため、著作権者の利益と権利者の利益との調整が求められる行為類型であるから、46条の根拠の中心

彦監修『全訂・著作権法』191頁（学陽書房、全訂2版、1996）〔久々湊伸一〕。

(92) 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」38-39頁（平成29年4月）(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf、2023年2月26日最終閲覧)。

には、何らかの公益的政策目的が存することになる。そうすると、上記①ないし③の各根拠のうち、公益的政策目的といえるものこそが、46条の中心的根拠となることになる。これを前提に、以下、上記①ないし③の各要素を具体的に確認する。

①の「一般人の行動の自由」は、公益的政策目的に該当するものである。当該自由が保護する一般人の行動が著作権法の定める法定利用行為に該当する場合、仮に46条柱書が存在しないとすると、支分権が制限されないこととなる結果、これを自由になし得ないことになる。つまり、「一般人の行動の自由」は、46条柱書によって初めて保護される自由であり、かかる自由を積極的に保護することは、公益的政策目的そのものである。

②の「社会的慣行」とは、要するに、現在の社会を観察して、屋外に恒常設置された美術の著作物の利用行為が自由になされているという現状にあることを見出すとともに、かかる現状を承認するだけのものであり、これ自体に積極的な意味はない。ここで必要なのは、かかる「社会的慣行」の背後にあるものが何かを想像し、特定することである。そして、かかる社会慣行の背後に存在するものを想像すると、それは、①の「一般人の行動の自由」において他にない。つまり、つねにすでに、一般人が、屋外に恒常設置された美術の著作物を利用する自由というものが社会的に承認されており、だからこそ、これを利用することが、この社会において広く行われており、それを慣行と評価することができるのである。このように考えると、②の「社会的慣行」とは、つまり、①の「一般人の行動の自由」の存在を前提として、当該自由が社会的に広く承認されていることを示すものにほかならず、つまり、②の重要性の程度は、①よりも低いといわざるをえない。もっとも、社会的慣行との合致が公益的政策目的に該当しないかという点、一概に否定することはできないであろうが、しかし、意味合いとしては消極的なものにとどまり、①と比較するとその重要性は低い。

③の「著作者の意思」とは、一般人の行動（美術の著作物の利用）によって著作者の利益が害されることを、著作者自身が容認しているというものである。

これは、自らが著作権を有する美術の著作物の原作品につき、その屋外恒常設置を許した以上、その自由利用を甘受することを著作者自身が引き受けているというものであり、要するに一回判断原則の存在を示唆するものにすぎず、①と比較するとその重要性は低い。

以上にに基づき、①ないし③の各根拠を評価すると、①が、最も重要な、公益的政策目的に該当する積極的根拠であるということになる。

もっとも、はたらくじどうしゃ事件の事案の被告は出版社であり、「一般公衆」ではない。そうすると、出版社による屋外恒常設置された美術の著作物の利用に関し、「一般人の行動の自由」を説くことは、ややミスリーディングではないかとの疑問も生ずる。しかし、かかる疑問は適切ではない。おそらく、はたらくじどうしゃ事件判決がいう「一般人の行動の自由」とは、その中心に、街路の通行人や公園の利用者などの「一般公衆」の行動の自由があり、しかしその自由の保護範囲はそれに限られない広範なものであり、企業その他の団体による屋外恒常設置された美術の著作物の利用の自由も、「一般人の行動の自由」に含まれるものと理解される。

無論、一般公衆による利用と、企業による利用とでは、類型的にみて、著作物の市場に対する影響が異なる。しかし、かかる著作物の市場への影響に関しては、1号ないし4号の存在により適切に対応されるものであるから、「一般人の行動の自由」の主体に、一般公衆のみならず企業をも含めることは正当である。⁽⁹³⁾

4 「一般人の行動の自由」とは何か

ここまでの議論によって、46条は、一般人の行動の自由の保護をその目的とする規定であることが明らかとなった。それでは、この「一般人の行動の自由」とは、いったい何であろうか。

(93) 憲法に定める国民の権利の条項が、性質上可能な限り、法人にも適用されるものとして、最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁〔八幡製鉄事件〕。

ここにいう一般人の「行動」とは、つまり、屋外恒常設置された著作物の利用行為である。それは、著作物をそのまま利用する場合には複製物の提供・提示であり、著作物を改変して創作的要素を付加して利用する場合には二次的著作物の提供・提示であるが、その態様をより微細に観察すると、前者は、すなわち、視覚的に捉えた美術の著作物をそのまま利用することであるから、要するに、視覚的経験の伝達である。また、後者は、すなわち、既存の美術の著作物を原著物とする二次的著作物の提供・提示であるから、要するに、二次的著作物の創作とその提供・提示である。後者は、思想・感情の表現及び伝達であり、これが憲法21条1項に定める表現の自由により保護されることは明らかであろう。前者は、単なる視覚的経験の伝達にすぎないものではあるが、これもまた、表現の自由の保護範囲に属し、表現の自由によって保護されるものである。なぜなら、表現の自由という「表現」とは、人の内面的精神的活動を外部に（他者に対して）公表する精神活動であるところ、それは単に思想・心情の発表に限定されず、思想・心情・意見・知識・事実・感情など個人⁽⁹⁴⁾の精神活動にかかわる一切のものの伝達に関する活動を意味するからである。

ところで、本論文冒頭において、デジタル化、ネットワーク化の進展に伴うコミュニケーション行為の変容について述べたが、ソーシャルメディアを介したコミュニケーション行為もまた、表現の自由によって保護されるものである。芦部信喜が、かつて「その〔引用者注：表現の〕伝達手段は、情報化社会

(94) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔増補版〕』240頁（有斐閣、2000）参照。芦部は、表現の自由を支える価値として、自己実現の価値と自己統治の価値とを挙げる（同書253頁）。このうち、コミュニケーション行為と主として関係するのは前者である。自己実現の価値は、表現の自由が、諸個人が自己を発展させ、実現させるうえで不可欠であることに基づく（奥平康弘『表現の自由Ⅰ』97頁（有斐閣、1983））。人は、社会的な存在であり、他者とコミュニケーションを行うことによって、自己を発展させ、実現する。かかるコミュニケーション行為を保護するのが表現の自由なのである。なお、奥平は、表現の自由は、本質的には、個人主義的な要請にもとづいているものでもある、と述べる（同書2-3頁）。

の進展とともに多種多様なものとなり、各種通信手段など一切のものを含む。⁽⁹⁵⁾」と述べたとおり、表現の自由により保護される表現の伝達手段は、時代の変遷により推移しており、デジタル化、ネットワーク化の進展により新たに誕生した伝達手段によるコミュニケーション的表現の自由もまた、表現の自由として保護されるものである。判例にも、補足意見ではあるが、表現の自由と、ソーシャルメディアを介したコミュニケーションとの関係について判示したものがある。それは、「現役裁判官が、ツイッターにせよ何にせよ、SNSその他の表現手段によってその思うところを表現することは、憲法の保障する表現の自由によって保護されるべきであることは、いうまでもない。⁽⁹⁶⁾」と述べたものであり、裁判官のTwitter使用に関する事案ではあるが、当該補足意見は、ソーシャルメディアを介したコミュニケーションが、憲法の保障する表現の自由によって保護されることを、当然の前提としてしていると解釈される。⁽⁹⁷⁾

以上のとおり、はたらくじどうしゃ事件判決によって示され、その後、学説においても一致するところとなった、46条が保護する「一般人の行動の自由」とは、憲法21条1項に定める表現の自由の保護範囲に属し、その一内容として保護されるコミュニケーションの自由（屋外恒常設置された著作物を利用して行うコミュニケーションの自由）なのである。

5 表現の自由の規制立法としての著作権法46条

ところで、表現の自由の規制立法の合憲性は、利益衡量の手法により判断される。⁽⁹⁸⁾このことはまさに、46条の性質を示すものである。同条は、柱書において、「次に掲げる場合を除き、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。」と定める。これは、「次に掲げる場合」すなわち1号ないし4号に

(95) 芦部・前掲注94) 240頁。

(96) 最大決平成30年10月17日民集72巻5号890頁〔岡口裁判官懲戒申立事件〕の裁判官山本庸幸、林景一、宮崎裕子の補足意見。

(97) 成原・前掲注27) 54頁。

(98) 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁〔よど号事件新聞記事抹消事件〕。

掲げる場合には、一般人の行動の自由すなわち表現の自由（コミュニケーションの自由）を制限して著作権を尊重し、それ以外の場合には、著作権を制限して一般人の行動の自由を尊重することを示している。このような区分けによって、46条は、表現の自由（コミュニケーションの自由）が著作権によって規制される範囲を合理的に画定しているのである。

46条の文言をみると、その表現の自由に対する規制は抑制的であり、総体として、表現の自由を、著作権よりも尊重するものであるといえる。その理由を以下に述べる。

著作権の目的は、著作物の一定の利用行為を著作権者に独占させ、第三者に対し当該行為に許諾することで対価の回収の機会を与え、創作へのインセンティブを付与することにより、文化の発展を図ることにある（著作権法1条）。このような著作権の目的は正当であり、その目的からすると、表現の自由によって保護される行為の影響が著作物の市場に及ぶ場合には、それを許すことは創作へのインセンティブを低下させることになるため、当該行為に対する制限が許されれるとも思われる。

これを前提に、例えば、美術の著作物の複製物の市場に関する制限を想定すると、美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、またはその複製物を販売することは、創作へのインセンティブを低下させることとなり、認められないこととなると思われる。そうすると、46条の各号のいずれかに「美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する場合」との定めが置かれることになるはずである。

しかし、このような場合について規定した4号の条文はこれとは異なる。実際の4号の条文は「専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する場合」である。先に示した想定条文と比較すると、冒頭に「専ら」という限定が付されている点で相違する。「専ら」という限定が付されることによって、例えば、美術の著作物の複製にあたり、販売の目的があったとしても、それとともに別の目的があれば（少なくとも、当該別の目的が販売の目的に優越するものであれば）、4号に該当しないこととなる。現に、

はたらくじどうしゃ事件判決は、原告が著作権を有する絵（原告作品）を描いた路線バスの写真を掲載した書籍（被告書籍）について、「被告書籍は、幼児向けに、写真を用いて、町を走る各種自動車を解説する目的で作られた」ことなどの事情から、「原告作品が描かれた本件バスの写真を被告書籍に掲載し、これを販売することは、「専ら」美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する行為には、該当しないというべきである」（専らに付された鉤括弧も判決のとおり）と結論づけた。

ここからも明かなように、46条は、著作権者の利益が侵害されたときであっても、その侵害が軽微な場合には、著作権よりも表現の自由を尊重するのである。このような価値判断は、立法段階から意図されたものである。自由利用から除外される例外について、答申説明書（1966年7月）では「著作権者の利益をいちじるしく害する結果となるので、認めないこととした。」⁽⁹⁹⁾と、また試案コンメンタール（同年10月）でも「これらを認めることは、本来保護すべき著作権者の権利を全部奪うことになり、著作権者の利益をいちじるしく害することとなるので認めないこととした。」⁽¹⁰⁰⁾と、それぞれ述べられている。これらの説明において、「著作権者の利益を害する」ではなく「著作権者の利益をいちじるしく害する」とされていること、つまり「いちじるしく」という要素が追加されていることに注目すべきである。

田村善之は、はたらくじどうしゃ事件判決につき、原告がバスの車体に描いた絵画が、被告の出版した書籍の表紙の中心に据えられていることを挙げ、「もっとも見る者の目を惹くように見受けられる」と評価したうえで、「かりにこの観察が正しいとすると、被告は本件絵画の美的な価値を少なからず利用していることになるから、この種の行為に著作権を及ぼさないことには創作活動のインセンティブの確保に支障をきたしかねないと思われる。」⁽¹⁰¹⁾と指摘する。46条は、創作活動のインセンティブの確保に支障をきたしかねず、著作権

(99) 著作権制度審議会・前掲注52) 67頁。

(100) 現行法制定過程調査研究委・前掲注58) 344頁。

(101) 田村「技術環境」・前掲注10) 127頁注21。

者の利益を害する場合であっても、それが著作権者の利益を著しく害するものでない場合には、対抗利益である表現の自由を尊重し、著作権を制限するものであるから、この指摘は正しい。

なお、はたらくじどうしゃ事件判決の担当裁判長であった飯村敏明は、上述した4号の「専ら」という文言の存在に加え、1号ないし3号が特殊な場合のみを自由利用の例外と定めていることをも理由として、46条は、利用者が、利益を図る目的・商業的な目的を有してさえすれば、直ちに利用が許されないという趣旨ではないとし、「著作権法は、法46条に関する限り、総じて、第三者の行動の自由を尊重していると判断できよう。」と述べる。⁽¹⁰²⁾これは、46条の趣旨を正当に評価するものである。

以上を踏まえると、著作権者の利益に対する侵害の程度と、著作権と表現の自由の調整との関係は、以下のよう⁽¹⁰³⁾に整理される。

- ①著作権者の利益が侵害されない場合 → 著作権<表現の自由
- ②著作権者の利益が侵害されるが、著しい侵害ではない場合
→ 著作権<表現の自由
- ③著作権者の利益が著しく侵害される場合 → 著作権>表現の自由

46条が、著作権者の利益が侵害されない場合のみならず、著作権者の利益

(102) 飯村・前掲注7) 121頁。

(103) 淵麻依子は、はたらくじどうしゃ事件判決の判批において、46条4号について「著作権者への経済的打撃が大きい場合について自由利用が許されないとする」ものであると述べる（淵麻依子「判批」宍戸常寿編著『新・判例ハンドブック情報法』118頁、118頁（日本評論社、2018））。この表現に倣うなら、①の「著作権者の利益が侵害されない場合」は「著作権者への経済的打撃がない場合」に、②の「著作権者の利益が侵害されるが、著しい侵害ではない場合」は「著作権者への経済的打撃が小さい場合」に、③の「著作権者の利益が著しく侵害される場合」は「著作権者への経済的打撃が大きい場合」に、それぞれ言い換えることができる。

が侵害されるものの著しい侵害ではない場合までも、著作権を制限することから、同条は、少なくとも同条の定める条件下においては、著作権よりも表現の自由（コミュニケーションの自由）をより尊重するものであるといえる。

第4節 公共空間とは何か

1 著作権法46条の空間的適用範囲の意味

ここまでの議論から、46条が、少なくとも同条の定める一定の要件の下においては、表現の自由（コミュニケーションの自由）を著作権よりも尊重することが明らかとなった。

しかし、一般論として、表現の自由（コミュニケーションの自由）と著作権とは、いずれか一方が他方に優越するものではない。それでは、どうして、46条は、このような価値判断を行っているのか。その根拠は、同条の適用される範囲、すなわちその適用対象たる空間に求められる。つまり、46条の適用される空間には、それ以外の空間とは異なる独自の意味があり、それゆえ、同条は、表現の自由（コミュニケーションの自由）を、著作権よりも尊重するのである。次なる課題は、その空間の意味を明らかにすることである。

著作権46条は、柱書において「美術の著作物でその原作品が前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されているもの」と定めるところ、ここにいう「前条第二項に規定する屋外の場所」とは、45条2項に定める「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」である。

46条が、表現の自由（コミュニケーションの自由）を、著作権よりも尊重することの理由は、同条が「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」のみに限って適用されるから、つまり、これらの場所を空間的適用範囲とするからである。⁽¹⁰⁴⁾

(104) なお、建築の著作物に関しては、場所的な限定は付されていない。ゆえに、文言を形式的に解釈すると、建物の外部のみならず、内部についても適用されることになるが、これは妥当な解釈とは言い難い。なぜなら、46条は、美術の著

それでは、「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」とは、いかなる場所であろうか。その特質を探ることが、次なる課題である。なぜなら、その場所の性質が明らかとなれば、その性質ゆえ、その場所が特別扱いされる理由が明らかとなり、46条の趣旨が、より一層明確に理解されるからである。

公共性という語は、①国家に関する公的な (official)、②特定の誰かにではなく全ての人々に関係する共通の (common)、③誰に対しても開かれている (open) という3つの意味を有するとされる。⁽¹⁰⁵⁾ これらの3つの意味は、それぞれ、要素であり、要件ではない。つまり、何らかの事物が、これらの3つの意味のうち1つでも満たせば、濃淡はあるものの、公共性という性質を帯びることになる。

46条が参照する45条2項が、その適用対象として定める2つの「場所」、すなわち「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所」と「建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」とは、「一般公衆に」という文言

作物に関し、その適用対象を公共空間という場所に限定した上で、そこでの著作物の利用について定めるものであり、つまり、公共空間という範囲を設定したうえで、その範囲内において、著作権とその対抗利益とを調整する規定であるといえる。かかる同条の趣旨は、建築の著作物にも当然に及ぶと考えられ、すると、同条における「建築の著作物」とは、その公共空間におけるその現れ、つまり建築物の外部に限定されることになる。建築物の内部は、原則として（駅や空港のターミナルのような、誰でも立ち入ることのできる巨大な建築物を除き）、私的な空間であり、公共空間ではない（後に述べる公共空間の性質に即して述べると、建築物の内部には、原則として、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性といった性質はない。）。ゆえに、同条柱書による自由利用の対象から除外されると考える。半田＝松田編・前掲注38）460頁〔前田哲男〕も、「本条による自由利用の対象となるのは、建築の著作物の外観であり、建築の著作物の内部を撮影等することが本条による自由利用の対象となるわけではないと考える。」と述べる。なお、先に第5章第2節4（1）でみたとおり、ドイツ著作権法59条1項は、建築の著作物に関してはその外観のみが対象となることを明示する。

(105) 齋藤純一『公共性』viii-ix頁（岩波書店、2000）。

から②の意味（common）で公共的であり、「開放されている」「見やすい」という文言から③の意味（open）で公共的であるといえる。なお、「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所」も「建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」も、いずれも国家に関する場所ではなく、①の意味（official）での公共性を有さない。

以上から、46条の対象たる場所が、全ての人々に関係する共通の（common）、及び、誰に対しても開かれている（open）という意味において公共的な空間、すなわち公共空間であることが導かれる。

公共空間という語は、公共哲学等の分野において、ユルゲン・ハーバーマスのいう「公共圏」、すなわちパブリックな言説空間、公共的な議論の場などの意味で、つまり仮想的な空間の意味で用いられることもある。むしろ、そのような比喩的な意味で用いられることの方が多い。しかし、本論文では、あくまでも物理的な空間の意味で用いる。⁽¹⁰⁶⁾ というのも、46条が引用する45条2項がその適用対象として定める「場所」とは、比喩的な意味ではなく文字どおりの「場所」、つまり現実に存在する物理的な空間であるからである。

以下、46条の適用対象たる物理的な公共空間の性質を検討する。

はじめに結論を記すと、公共空間には、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性という4つの性質があると考ええる。これらの性質は、公共空間ではない空間、つまり私的な空間にはない、公共空間に特有のものである。いずれの性質も、公共空間の公共性、すなわち common であることと open であることから導かれる。以下、それぞれの性質について詳しく述べる。

(106) 瀧川裕英は、「公共圏論における「空間」とは、仕切られた一定の場所・圏域という意味での「物理空間」ではなく、一定のコミュニケーションが流通しているという意味での「コミュニケーション空間」である。」と述べる（瀧川裕英「公開性としての公共性——情報公開と説明責任の理論的意義——」日本法哲学会編『＜公私＞の再編成 法哲学年報2000』23頁、30頁（2001））。本論文において検討の対象とする「公共空間」は、瀧川論文にいうところの「コミュニケーション空間」ではなく「物理空間」である。

2 公共空間の性質その1：不可避性

(1) 不可避性とは何か

公共空間の第1の性質は、不可避性である。

私的な空間であれば、そこに立ち入らないことで、その空間を見ずに済ませられる。しかし、公共空間はこれとは異なる。この社会で生きていくなかで、例えば街路を通行せずにはどこへも移動できないように、公共空間への立ち入りは必須である。公共空間とは、避けては通れない空間、避けては生きられない空間である。

公共空間は、その周辺に生活する者にとっては生活に密接した通行や利用の場所であり、そうでない者にとってもその地域を訪問した際に通行し利用する場所である。そして、公共空間を通行し利用するためには、その場所を視覚的に捉え、認識しなければならない（通常、目を閉じていては歩くことすらできない）。つまり、公共空間は、そこに存在する者、そこに立ち入った者にとって、その視界に不可避的に入ってくるものであり、認識せざるを得ないものである。公共空間は、決して避け得ないものとして、われわれの視界に入り込む。公共空間のこの性質、すなわち、避けようなく、強制的に、比喩的にいうなら暴力的に、われわれの視界に飛び込み、われわれの視覚的経験となる性質を、不可避性と名付ける。

公共空間の不可避性は、さまざまな形で現れ、現実化する。また、公共空間は、その不可避性ゆえ、放置すれば紛争の場となりかねないため、これを制御するための法も存在する。以下、これらについて、具体的にみることにする。

(2) 景観紛争

公共空間の不可避性の現れの1つが、景観紛争である。

景観紛争とは、景観をめぐる紛争であり、多くの場合、すでに存在する景観の改変を行おうとする者と、これを拒絶する者との間で発生する。

景観は、空間が「景」として「観」られたものであり、公共空間は、その周辺で生活する者、そこを通行する者、訪問する者らにとって、景観として立ち

現れる。景観が、これを観る者にとって良いものであると評価される場合、公共空間の不可避性は、肯定的な意味を有する。しかし、人の好悪の基準は多様であるから、ある景観を良いものと評価するか悪いものと評価するかは、観る者によって異なり人それぞれである⁽¹⁰⁷⁾。ある者が、ある景観を良好であると感じたとしても、別の者がその景観を悪いものであると感じることもある。後者にとって、公共空間の不可避性は否定的な意味を有することになる。景観紛争は、この公共空間の不可避性の否定的な側面によって生じるものである。

景観紛争に関する訴訟として最も著名なものが、いわゆる「国立マンション訴訟」と呼ばれる一連の訴訟である⁽¹⁰⁸⁾。これは、東京都国立市における高層マンションの建設に関して提起されたものであり、住民らが事業者に対して提起した民事訴訟（建築物撤去等請求事件⁽¹⁰⁹⁾）と、住民らが東京都に対して提起した行政訴訟（建築物除却命令等請求事件⁽¹¹⁰⁾）などが含まれる。

このうち民事訴訟は、すでに存在する景観を肯定的に評価する住民らが、新たに高層マンションを建設し、景観を（住民らにとって悪いと評価するものへと）改変しようとする事業者に対し、高層マンションの上層階部分（高さ 20

(107) この点に関し、東京高判平成 16 年 10 月 27 日判時 1877 号 40 頁〔国立マンション訴訟民事訴訟控訴審判決〕は、「景観は、当該地域の自然、歴史、文化、人々の生活等と密接な関係があり、景観の良否についての判断は、個々人によって異なる優れて主観的で多様性のあるものであ[る]」や「良好な景観とされるものは存在するが、景観についての個々人の評価は、上述したとおり極めて多様であり、かつ、主観的であることを免れない性質のものである。」などと判示する。

(108) 一連の訴訟（民事保全事件を含む。）の概要については、民事訴訟最高裁判決（最判平成 18 年 3 月 30 日民集 60 巻 3 号 948 頁）の調査官解説の「関連事件」の項目を参照（高橋譲「判解」最判解民事篇平成 18 年度（上）425 頁、453-455 頁（2009））。

(109) 東京地判平成 14 年 12 月 18 日判時 1829 号 36 頁、東京高判平成 16 年 10 月 27 日前掲注 107)、最判平成 18 年 3 月 30 日前掲注 108)。

(110) 東京地判平成 13 年 12 月 4 日判時 1791 号 3 頁、東京高判平成 14 年 6 月 7 日判時 1815 号 75 頁。

メートルを超える部分)の撤去等を求めたものである⁽¹¹¹⁾。また、行政訴訟は、民事訴訟に先立って提起されたものであるが、住民らが、東京都に対し、高層マンションの上層階部分の是正命令(上層階の建築禁止、除却命令)を発しないことの違法確認及び是正命令の発令等を求めたものである⁽¹¹²⁾。

当該マンションが計画どおり建設された場合、公共空間の不可避性ゆえ、当該マンションは、住民らにとっての景観の一部を構成することとなり、住民らは、(住民らが考えるところの)良好な景観を喪失することになる。それゆえ、住民らは、かかる良好な景観の喪失を防ぐため、民事訴訟や行政訴訟を提起したのである。

このうち民事訴訟の最高裁判決は、「都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合には、客観的価値を有する」としたうえで、東京都景観条例や景観法の規定等を参照し、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益(以下「景観利益」という。)は、法律上保護に値するものと解するのが相当である。」と判示した。ここにいう、「良好な景観に近接する地域内に居住」する者が「その恵沢を日常的に享受」することは、公共空間の不可避性の肯定的な効果である。公共空間の不可避性ゆえに、住民らは、公共空間の現れである景

(111) 第1審判決は上層階部分の撤去の請求等を認容したが、控訴審判決は被告敗訴部分を取り消して原告の請求を全て棄却し、上告審判決も上告を棄却した。

(112) 第1審判決は是正命令を発しないことの違法性の確認を求める部分に限り訴えの適法性を認めてその請求を認容したが(その余については却下)、控訴審判決は、原告の訴えは全て不適法であるとして却下する判断を示した。

(113) 最判平成18年3月30日前掲注108)。なお、本最判は、極めてシンプルに、景観利益が法的保護に値することを導いたが、民事訴訟と行政訴訟の各第1審判決は、これと異なり、公共空間の利用者の相互的な努力を基礎として、景観利益の法的保護を導いている。これは、公共空間の第3の性質である共通基盤性に関連するものであり、後に詳述する。

観について密接な利害を有することとなり、また、住民らが享受する利益は、景観利益として、法律上の保護に値するものとなり得るのである。⁽¹¹⁴⁾

-
- (114) 最判平成18年3月30日前掲注108)が、景観を享受する利益は法律上保護されるものである旨判示したように、景観訴訟で争点となるのは、類型的に、景観を利用する利益ではなく景観を享受する利益である。その理由を、以下に述べる。本最判が「民法上の不法行為は、私法上の権利が侵害された場合だけではなく、法律上保護される利益が侵害された場合にも成立し得るものである（民法709条）」と判示したとおり、不法行為に基づく損害賠償を請求する者は、「法律上保護される利益が侵害された」こと、すなわち、何らかの被侵害利益の存在を主張立証すればそれで足りる。景観紛争における被侵害利益は景観利益であるが、かかる景観利益の内容として、景観享受利益と、景観利用利益のいずれを選択すべきかを考えると、後者の方が前者よりも主張立証のハードルが高い。というのも、利用は享受よりも積極的な行為であり、被侵害利益として景観利用利益を選択した場合、何をどのように利用するかを具体的に主張立証する必要があるからである。さらに、原告が多数に上る場合、その利用の態様は一様ではなく、個別的な主張立証が必要ともなる。以上のように、被侵害利益としての景観利用利益は景観享受利益よりも主張立証のハードルが高く、訴訟戦略上取えて景観利用利益を選択する意義に乏しい。その結果、景観紛争においては、被侵害利益として、景観利用利益ではなく、よりハードルの低い景観享受利益が選択されることになる。この傾向は、民事訴訟に限らず、行政訴訟においても同様である。例えば、建築確認の取消訴訟は、建築確認が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行政事件訴訟法3条2項）であることから、同項にいう「処分の取消しの訴え」（取消訴訟）に該当する。そして、取消訴訟の原告適格は、当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り認められる（同法9条1項）。すなわち、取消訴訟を提起するに当たっては「法律上の利益」の存在が訴訟要件となるところ、かかる「法律上の利益」として景観利益を想定する場合、その具体的内容として考え得る景観享受利益と景観利用利益とを比較すると、後者が前者と比較して主張立証のハードルがより高いことは、民事訴訟と同様である。以上のとおり、一連の国立マンション訴訟をはじめとする景観訴訟においては、いわば訴訟戦略的な観点から、被侵害利益として景観利用利益ではなく、より主張立証が容易な景観享受利益が選択される傾向にあり、その結果、景観利用利益は、景観訴訟の争点となることはなく、裁判所による審理の対象ともならず、これに関する裁判例の蓄積もなされないことになる。

(3) ヤノベケンジの「サン・チャイルド」

公共空間の不可避性の現れの例として、福島市において、ヤノベケンジの「サン・チャイルド」⁽¹¹⁵⁾を巡って発生した出来事を挙げるができる。

サン・チャイルドは、ヤノベケンジが2011年に制作した、高さ6.2メートル、重さ800キロの、巨大な子供の像である。黄色い防護服のようなスーツを着て、左手にヘルメットを、右手に太陽を模した金属像を持ち、眼は上方を向いている。サン・チャイルドは、福島市長の意向によって、2018年8月3日、福島市中心部の教育文化施設（こむこむ館）の前（街路に面した屋外の場所）に設置されたが、その直後から、「防護服が必要なほど汚染された地域だったと誤解される」「新たな風評被害につながる」などの苦情が寄せられるようになった。福島市が、その設置場所であるこむこむ館においてアンケートを実施したところ、110件の回答のうち、像の存続希望が22件、移設を含む撤去希望が75件との結果となり、福島市は、同月28日、展示の取りやめを表明し、翌9月中旬、撤去された。

この出来事は、公共空間の不可避性により、美術の著作物を強制的に見させられた人々が、強い不快感を抱き、反発し、当該美術の著作物の撤去にまで至った事例である。

ところで、サン・チャイルドが屋外に展示される以前から、こむこむ館と同じく福島市中心部に位置する福島県立美術館の常設展において、10分の1スケールのサン・チャイルド⁽¹¹⁶⁾が展示されていた。美術手帖の前掲記事によると、これに対して批判が寄せられたことはなかったとのことである。これは、公共空間の不可避性を如実に示すものである。美術館の内部は、積極的にそこに入館することを意欲しないと入れず、見られない場所、つまり不可避性のない場

(115) 「福島「少年像」撤去の教訓」読売新聞朝刊東京本社版2018年10月4日、21面、美術手帖NEWS/HEADLINE「福島に設置のヤノベケンジ《サン・チャイルド》が撤去へ。時期と収蔵先などは未定」2018年8月30日 (<https://bijutsutecho.com/magazine/news/headline/18353>、2023年2月26日最終閲覧)。

(116) 美術手帖・前掲注115)

所である。しかし、サン・チャイルドが設置された場所は、これとは異なる。そこ（こむこむ館前）は、街路に面しており、積極的にサン・チャイルドを見ることを意欲せずとも、さらにいうなら、それを見たくなくとも、街路を通行することによって不可避免的に観てしまう場所であり、つまりは、不可避性を有する公共空間である。サン・チャイルドに対する強い反発は、公共空間の不可避性ゆえに生じたものなのである。

(4) 女性裸体像

公共空間に設置された美術の著作物の典型例が人物彫刻であり、わが国において、その多くは女性像である。それは、見る者に、強い嫌悪感を与えることがある。

公共空間に設置された女性像を分析したのが、若桑みどりである。若桑は、その著書『イメージの歴史』において、1人の女子学生の、公共空間に設置された女性裸体像が「見るからにイヤらしく」「尻の穴まで」見えそうで恥ずかしいという感想に触れたことを契機として、東京都23区内に設置された女性像を分析し、批判した⁽¹¹⁷⁾。若桑は、特徴的な女性像を抽出し、5つのパターンに分類する⁽¹¹⁸⁾。以下の5つである。

- ① 超ミニスカートで下着が見える像…「少女像に多い。というよりは少女像はおおよそこのパターンで製作されている。少女への性的視線の存在をあらためて認識させるイメージである」とされる。
- ② 物思いに沈む座像…「これは女性特有のセンチメント、情感を強調する。また裸体であることを恥じるかのように身体を隠している」とされる。
- ③ 腰をひねり蛇状のムーヴマンによって女性性を強調する像
- ④ 身体が透けて見える薄い衣類をつけ、風になびかせる像

(117) 若桑みどり『イメージの歴史』399-426頁（筑摩書房、2012）。

(118) 若桑・前掲注117) 422-423頁。

⑤ 母子像

若桑は、以上のような分類をもとに、東京の公共空間に建つ公共彫刻は圧倒的に女性、それもヌードであるという事実を見出す。そして、この事実は、東京という都市のモニュメントが男性の支配的な視線によって創られているということを意味すると指摘する。若桑がいうには、東京の公共空間に女性裸体像が多いことは、男性が、注文主(施主)・制作者・享受者として、公共彫刻の生産と消費の主体であることであることに基づくという。すなわち、女性は、公共彫刻の施主である行政及び企業の中枢を掌握しておらず、したがって施主ではあり得ない。また、女性は、施主またはその制作上の助言機関である審議会その他の委員にも過半数を占めていない。さらに、制作者はその大部分が男性である。つまり、これらの公共彫刻製造のシステムは女性を生産過程から排除している⁽¹¹⁹⁾のである。

この若桑の指摘は、重要である。公共空間は、その不可避性ゆえ、そこに居る者の視覚的経験を、強制的、不可避的に構成する。しかし、ある公共空間が、特定の層の意向に沿って構成されているとするなら、そこから不可避的に与えられる視覚的経験は、その層の意向を充たし、その層に享受させるための恣意的なものにならざるを得ない。

若桑は言う。「女性をその過程から排除して生産された女性像は、男性の視線によって支配されており、他者の視線を顧慮していないことが明らかになった。女性像の大部分を占める裸像、部分着衣像は男性の性的視線によって享受されることを予定して創造されたのである。しかし、問題はそればかりではない。そこには働く女性、知的な女性、個性的な女性像は一人も存在しなかった。」⁽¹²⁰⁾

女性裸体像は、わが国の公共空間内に数多く設置されており、それを目にすることがあまりに日常的すぎるがゆえに、通行人から注目されることも殆どな

(119) 若桑・前掲注117) 424頁。

(120) 若桑・前掲注117) 425頁。

い。女性裸体像は、先に述べたサン・チャイルドのように、市民から反発を受け、撤去されることも殆どない。しかし、ひとたび、それがそこにあることの根拠に気付けば、それは見る者に、強い嫌悪感を抱かせることになる。

公共空間に設置された女性裸体像もまた、実は、公共空間の不可避性の否定的な側面を示すもののなのである。

(5) 男性武装像

上で確認した東京都内の公共空間に設置された女性裸体像は、若桑によると、全て、戦後に立てられたものであり、それらは、それ以前にその場所に設置されていた公共彫刻（明治初期以降に建てられた男性武装像）が、戦後、軍国主義的な思想を示していたという理由で除去され、その代わりに設置されたものだという。この事実は、戦前の為政者が、公共空間の不可避性を、積極的に利用したことを意味する。

公共空間に設置された銅像は、象徴的意味として、公衆に対する教化的意味合いを有する⁽¹²²⁾。公共空間は、不特定多数の人が利用する空間であり、それゆえ、公共空間に、教化的意味合いを有する銅像を設置することにより、広く、その教化的意味を普及させることができる。これは、公共空間の不可避性ゆえ、公共空間に設置された銅像を強制的、不可避的に見させることによって、それが有するメッセージを、人々の意識に浸透させるものである。

わが国で最初に設置された、実在の人物の西洋式銅像は、1890年（明治23年）の亀井茲監像⁽¹²³⁾（島根県津和野町嘉楽園）であるが、その3年後、1893年（明治26年）に設置されたものが、今なお現存する、東京の靖国神社内の大村益次郎

(121) 若桑・前掲注117) 425頁。なお、千葉慶「帝都の銅像—理念と現実」美術フォーラム21第18号65頁、68頁（2008）は、男性武装像により男性英雄を言祝ぐことと、女性裸体像により女性ヌードを言祝ぐことは、ともに男性中心主義的思考であり、そこに連続性があることを見逃すべきではないと指摘する。

(122) 平瀬礼太『彫刻と戦争の近代』123頁（吉川弘文館、2013）。

(123) 亀井茲監は津和野藩の最後の藩主である。

像である⁽¹²⁴⁾。その後も国民に対する教化的意味合いから、公共空間に数多くの銅像が設置された。第二次世界大戦の開戦後、戦時体制強化のため、金属類回収令に基づき多くの銅像が金属として供出されたが⁽¹²⁵⁾、国民崇敬の中心となる銅像は、供出の対象外として存置されるものとされ、上記の大村益次郎像のほか、楠木正成像、東郷平八郎像、乃木希典像などが存置された⁽¹²⁶⁾。これについて、平瀬礼太は、「存置の選定基準は芸術的観点ではなく、戦時体制強化の文脈に重点が置かれているのは明らかである。」と指摘する⁽¹²⁷⁾。

以上のとおり、明治初期以降、第二次世界大戦の終戦まで、わが国の公共空間に数多く設置された男性武装像は、その当時の国家が、公共空間の不可避性を利用して、国民を教化しようとしたことを示すものであり、これもまた、公共空間の不可避性の現れの1つである。

(6) 屋外広告物法

公共空間の不可避性を利用しようとする者は、国家だけではない。企業等の私人もまた、広告や宣伝等の目的から、公共空間の不可避性を利用する。公共空間に広告物を設置すれば、その不可避性ゆえに、不特定多数の人に認知され、記憶され、それは、商品や役務の売上拡大に資するからである。しかし、公共空間に、何ら制限なく広告物を設置することを許すと、それはときに、見る者に嫌悪感や不快感を呼び起こすことになる。そこで、公共空間に設置された広告物に対する規制の必要性が生じる。かかる必要性に基づき制定されたのが、

(124) 松尾豊『パブリックアートの展開と到達点』38頁（水曜社、2015）。

(125) 東京の渋谷駅前に設置されていたハチ公像（初代）も供出された（溝口元「忠犬ハチ公、軍用動物と戦時体制——動物文化史の視点から」科学史研究 57 巻 285号49頁、54頁（2018））。ハチ公像に限らず、公共空間に設置された多くの銅像が供出されたことは、人々が景観の一部を喪失したことを意味する。なお、現在渋谷駅前に設置されている像は、1948年に設置された2代目である（同論文54頁）。

(126) 平瀬・前掲注122）125頁。

(127) 平瀬・前掲注122）125頁。

屋外広告物法である。屋外広告物法は、不可避性という性質を有し、放置すれば紛争の場となりかねない公共空間を制御するために設けられた法であると評価される（ただし、後述するように、同法にはこれ以外の目的も存する。）。

屋外広告物法は、広告物規制を、都道府県及び指定都市の事務として、その条例に基づいて行わせることとし、条例を制定する場合の基準となる事項を定めるものである。なお、同法の制定（1949年）前の旧法である広告物取締法は、直接、すなわち国の事務として、広告物の規制を定めていた。

屋外広告物法には2つの目的が定められている（同法1条）。第1の目的は、良好な景観の形成及び風致の維持である。第2の目的は、公衆に対する危害の防止であり、これは要するに、地震時、台風時等における広告物の安全性の確保という趣旨である。このうち第1の目的が、公共空間の不可避性に関わるものである。

屋外広告法1条に定める「良好な景観の軽視及び風致の維持」という目的（第1の目的）の趣旨は、「〔引用者注：広告物を〕なされるがままに放置しておけば、経済活動の論理等によって広告物がそこらじゅうに無秩序な状態で氾濫しかねない。そうなれば都市の景観や自然の風致をそこなうこととなるので、周囲の景観と調和した適正な広告物の表示が要請される」⁽¹²⁸⁾ ことにあるとされる。これはまさに、同法が、不可避性という性質を有する公共空間を制御することを目的とするものであることを示すものである。

屋外広告物法は、2条1項で、同法が規制の対象とする「屋外広告物」の定義を定める。それによると、屋外広告物とは「常時又は一定の期間継続して屋外で公衆に表示されるものであつて、看板、立看板、はり紙及びはり札並びに広告塔、広告板、建物その他の工作物等に掲出され、又は表示されたもの並びにこれらに類するものをいう」とされる。同項の定める要件は、以下の4つに分析できる。

(128) 国土交通省都市局公園緑地・景観課監修『屋外広告の知識 第5次改訂版 法令編』2頁（ぎょうせい、2019）。

- ① 常時又は一定の期間継続して表示されるものであること。
- ② 屋外で表示されるものであること。
- ③ 公衆に表示されるものであること。
- ④ 看板、立看板、はり紙及びはり札並びに広告塔、広告板、建物その他の工作物等に掲出され、又は表示されたもの及びこれらに類するものであること。

ここでは、目的に関する要件は定められておらず、営利的な商業広告に限らず、非営利的なものであっても、上記4要件を充たしてさえいれば、「屋外広告物」に該当することになる。ゆえに、例えば、建築物の外壁に絵画を一定期間継続して掲示した場合、それは、屋外広告物に該当することになる。⁽¹²⁹⁾なお、要件④の定めから、屋外広告物が極めて幅広い概念であることが認められ、屋外広告法の規制対象の広範さがうかがわれるところである。

以上のとおり、屋外広告物法は、不可避性という性質を有する公共空間を制御するために設けられた法であるところ、その規制は、営利非営利を問わず極めて広範な対象に及ぶものである。

(7) 景観法

景観法もまた、屋外広告物法と同じく、不可避性という性質を有する公共空間を制御するために設けられた法である。

先に述べたとおり、公共空間の視覚的な現れであるところの景観は、人により、良いと評価されることもあれば、悪いと評価されることもあり、また、これを良いと評価する人にとっては、その景観を他者によって改変されることに対し、強い拒否感を抱くことになり、場合によっては、景観紛争が発生することになる。

景観法は、良好な景観の形成を促進すること等を目的とする法律である（同法1条）。同法は、地方自治体（景観行政団体）において、景観計画を定めるこ

(129) 国交省公園緑地課監修・前掲注128) 13頁。

とができるものとし（8条1項）、これを定めた場合、当該景観計画の区域内において、同法に基づく各種の措置を講ずることができるとする。景観計画においては、「良好な景観の形成のための行為の制限に関する事項」を定めることとされ（8条2項2号）、その事項の1つが景観形成基準（同条4項2号）である。景観形成基準には、建築物または工作物の形態または色彩その他の意匠（形態意匠）、建築物または工作物の高さ、壁面位置、敷地面積の最低限度などが含まれる。

このように、景観法は、建築物や工作物の形態や色彩についても規制を及ぼすことで、公共空間の視覚的現れである景観を、一定の範囲内において制御し、それにより、景観を一定の（良好な）方向に誘導しようとしているのである。かかる景観法は、公共空間の不可避性を前提として、かかる性質を有する公共空間を制御しようとする法であると評価される。

（8） 小括

公共空間は、そこに生活する者、そこを訪れる者、そこを通行する者の視界に、強制的に、避けようなく、不可避的に入り込むものである。それゆえ、人は、公共空間を認識せざるを得ず、公共空間は、不可避的に、人々の視覚的経験の構成物となる。

公共空間の視覚的な現れが景観であるところ、どのような景観を良好であると評価するかは人それぞれであり、それゆえ、公共空間を改変しようとする行為に関し、景観紛争が発生する。また、ヤノベケンジのサン・チャイルドや女性裸体像に見られるように、公共空間に設置された美術の著作物は、その不可避性ゆえ、それを見る者に強い嫌悪感や違和感を発生させることがある。公共空間の不可避性は、公衆に対する教化や広告に用いられることもあり、それは、戦前の男性武装像や、広告物において顕著である。また、公共空間は、その不可避性ゆえ、一定の範囲内で制御される必要があり、かかる必要性に基づく設けられた法として、屋外広告物法と景観法を挙げることができる。

これらの例において明らかなとおり、公共空間は不可避性という性質を有し

ており、これは、46条においても大きく影響している。

先に確認したとおり、学説の中には、46条の趣旨として、アクセス可能性に言及するものもある。⁽¹³⁰⁾ 公共空間に設置された美術の著作物は、一般人にとってアクセス可能であり、それゆえ自由利用に供されるべきである、とするものである。しかし、この見解は適切ではないと考える。

アクセス可能とは、アクセスする可能性を有するということであるから、その可能性を現実化させず、アクセスしないで済ませることもできる。つまり、アクセス可能性は、アクセス回避可能性をも含むのである。しかし、公共空間に設置された美術の著作物は、公共空間の不可避性ゆえ、アクセス回避不可能であり、アクセスせざるを得ないものである。それは、アクセス回避不可能であり、アクセスを望まない場合であっても必然的にアクセスさせられ、強制的に、視覚的に経験させられるものである。それこそが、まさに、公共空間の性質であり、そこに設置された美術の著作物のもつ性質、つまり不可避性なのである。

3 公共空間の性質その2：曝露性

(1) 曝露性とは何か

公共空間は、私的に管理された空間ではない。それゆえ、公共空間には、誰もが立ち入ることができる。つまり、公共空間においては、つねに、誰かから見られ得ることになる。ハンナ・アレントが『人間の条件』において、「公に現れるものはすべて、万人によって見られ、聞かれ、可能な限り最も広く公示される」⁽¹³¹⁾と述べたとおり、公共空間は、そしてそこに置かれた事物は、つねに、誰かの視線に曝され、誰かの視界に入ることを避けられない。公共空間のこの性質を、曝露性⁽¹³²⁾と名付ける。先に、公共空間の、そこに存在する者の視界に、強制的、不可避的に入り込む性質を不可避性と名づけた。公共空間の曝露性は、

(130) 前掲注91)に挙げた各文献を参照。

(131) ハンナ・アレント(志水速雄訳)『人間の条件』75頁(筑摩書房、1994)。

(132) 曝(さらす)露である。暴(あばく)露ではない。

この不可避性と表裏一体の関係にある。

公共空間は、その曝露性ゆえ、公共空間に置かれた物のみならず、公共空間に立ち入った者に対して、他者の視線に曝されることを甘受することを求める。人は、人格的利益として、肖像権やプライバシーを有するが、公共空間の曝露性ゆえ、これらの利益の要保護性は公共空間において低下する⁽¹³³⁾。

以下、公共空間における肖像権及びプライバシーについて判示した裁判例を概観する。

(2) 肖像権⁽¹³⁴⁾

肖像権は、法律の明文で定められた権利ではないが、最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁〔京都府学連事件〕は、憲法13条を根拠に、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有する」と判示した。ただし、かかる判示の直前に「これを肖像権と称するかどうかは別として」との留保が付されており、厳密にいうと肖像権を正面から肯定したものではないが、学説においては、実質的に肖像権を認めたものであると理解されている⁽¹³⁵⁾。なお、判例は、下記の法廷内撮影事件最判も含め、一貫して「肖像権」を明示してこれを正面から認めることを避けていると解する⁽¹³⁶⁾。

(133) 最判昭和63年12月20日集民155号377頁の伊藤補足意見は、「プライバシーは公共の場所においてはその保護が希薄とならざるをえず、受忍すべき範囲が広くなることを免れない。…人が公共の場所にいる限りは、プライバシーの利益は、全く失われるわけではないがきわめて制約されるものになる。」と述べる。

(134) 裁判例の選択にあたっては、デジタルアーカイブ学会「肖像権ガイドライン～自主的な公開判断の指針～」(2021)の別紙「検討裁判例一覧」を参考にした。

(135) 田宮裕「捜査における肖像権とその限界——最高裁判例の意義——」判タ243号14頁、14頁(1970)。

(136) なお、最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁〔ピンク・レディー事件〕は、「人の氏名、肖像等…は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される」と判示した。本最判の担当調査官は、本最判を、「肖像権」という権利を正面か

最判平成 17 年 11 月 10 日民集 59 卷 9 号 2428 頁〔法廷内撮影事件〕

写真週刊誌のカメラマンが、刑事事件の法廷において、被告人を、裁判所の許可を得ることなく、被告人に無断で撮影して写真週刊誌に掲載した事案である。

本最判は、前記京都府学連事件最判を参照して「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する」として、肖像権が人格的利益であるとの前提に立ったうえで「ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである。」と判示した。

これは、肖像権侵害について、人格的利益の侵害が社会生活受忍の限度を超えない場合には適法となり、超える場合には違法となる、との判断枠組み（受忍限度論）を採用した上で、かかる判断を、①被撮影者の社会的地位、②撮影された被撮影者の活動内容、③撮影の場所、④撮影の目的、⑤撮影の態様、⑥撮影の必要性等の要素を総合考慮するという手法をとったものである。

上記 6 つの判断要素のうち、公共空間との関係において重要なのは、③の撮影の場所である。この点に関し、本最判の調査官解説は、③の撮影の場所を、②の活動内容（の性質）とともに「写真撮影の違法性を決する上で重要な考慮要素である」としたうえで、「撮影の場所としては、公共の場所であるかどうかの問題となろう。一般私人の活動であっても、公園等の公共の場所で行われた行事に参加したような場合には、写真撮影は、原則として違法性を欠くものと思われる。」と述べる。⁽¹³⁷⁾「違法性を欠く」というのは、要するに、撮影が自由に

ら認めるものと位置づける（中島基至「判解」最判解民事篇平成 24 年度（上）18 頁、27 頁（2015））。もっとも、本最判においても「肖像権」という語は用いられていない。

(137) 太田晃詳「判解」最判解民事篇平成 17 年度（下）773 頁、793 頁（2008）。

許されるということである。

判例は、公共空間においては、写真撮影に関し、肖像権の要保護性が原則として消失すると考えているものと理解される。

岡山地判平成3年9月3日判時1408号107頁

写真週刊誌のカメラマンが、当時社会的注目を浴びていた事件に関与したとされる不動産鑑定士が路上を歩行する姿を撮影し、写真週刊誌に掲載された事案である。不動産鑑定士が、出版社に対し、名誉毀損及び肖像権侵害を理由として損害賠償等を請求した（棄却）。

本判決は、「公道を歩行中の原告を撮影したものであ」ることを、違法性を欠く事情の1つとして挙げた。

東京地判平成17年9月27日判時1917号101頁

胸部に大きく赤い文字で「SEX」というデザインが施された衣類を着て銀座の路上を歩く原告を、ファッション協会が原告に無断で大写しに撮影し、これをウェブサイトに掲載した事案である。被撮影者が、同協会に対し、肖像権侵害を理由として、損害賠償を請求した（一部認容）。

本判決は、写真が大写しであることや「SEX」というデザインに着目し、被写体となった原告に強い心理的負担を覚えさせるものであるとして、肖像権侵害を肯定した。

本判決は、前記法廷内撮影事件最判が挙げた6つの考慮要素のうち、③撮影の場所以外の要素を重視して違法性を肯定したものであると評価される。同最判は、公共空間における写真撮影は「原則として」違法性を欠くとしたものであるところ、本件は、その原則を外れ、例外に属するものである。

東京地判平成19年8月27日判タ1282号233頁

テレビ局のカメラマンが、保釈され東京拘置所から出所する被告人を撮影した事案である。元被告人（1審判決で無罪）が、テレビ局に対し、名誉毀損及

び肖像権侵害を理由として損害賠償を請求した（一部認容）。

本判決は、前記法廷内撮影事件最判と同様の規範を定立した上で、撮影場所に関し「撮影者は東京拘置所の敷地外の公道にビデオカメラ及びライトを構え、東京拘置所の敷地内から同敷地外の公道へと向かい、その公道上でタクシーに乗る原告を撮影したものである」と認定した上で、総合考慮の結果として、社会生活上受忍すべき限度を超えて肖像権を侵害するものとは評価できないとした。

本判決は、撮影が公共空間においてなされたという事実を、肖像権の侵害に関し、消極方向に働く事実（肖像権の要保護性を低下させる事実）として考慮したものである。

以上のとおり、肖像権に関する一連の裁判例から、肖像権に関し、公共空間においてその要保護性が低下するとの傾向を読み取ることができる。

なお、デジタルアーカイブ学会が公表した肖像権ガイドラインにおいて、前記法廷内撮影事件最判にいう「人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるか」に関する判断基準の客観化（数値化）が試みられているが、そこでは、撮影の場所が「公共の場（例：道路、公園）」であることが、公開に適する方向に考慮される要素とされている。⁽¹³⁸⁾

また、エンタテインメント法実務を解説した文献においても、肖像権侵害の判断に関し、撮影の場所が私的空間（家庭内、病院内等）であることが肖像権侵害を肯定する要素として、撮影の場所が公的空間（道路等）であることが肖像権侵害を否定する要素として、それぞれ挙げられている。⁽¹³⁹⁾

これらは、上記の一連の裁判例から読み取ることのできる、公共空間において肖像権の要保護性が低下するとの傾向を客観化したものである。

(138) デジタルアーカイブ学会・前掲注134) 5頁。

(139) 骨董通り法律事務所編『エンタテインメント法実務』339-340頁（弘文堂、2021）〔岡本健太郎〕。

(3) プライバシー

プライバシーも、法律の明文で認められた権利ではないが、裁判例は「プライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解される」とする⁽¹⁴⁰⁾。そして、プライバシー侵害に判断手法について、判例は、「プライバシーの侵害については、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立する」とする⁽¹⁴¹⁾。

まず、不法行為法上のプライバシーに関しては、以下のような裁判例がある。

東京地判平成2年5月22日判時1357号93頁

本判決は、肖像権とプライバシーの交錯する事案であり、写真週刊誌のカメラマンが、大手消費者金融会社の社長を、同人が入院していた病院の廊下で撮影し、その写真が同誌に掲載された事案である。会社と社長とが、出版社と編集長とに対し、肖像権及びプライバシーの侵害を理由として、損害賠償等を請求した（一部認容）。

本判決は、「肖像権ないしプライバシーを侵害したかどうか問題が生じる」としたうえで、写真の撮影と頒布の違法性について判断した。本判決は、まず「写真の撮影・頒布が違法となるかどうかは、それによる肖像権ないしプライバシーの侵害の程度がどの位か、撮影対象事項とその者の社会的活動との関係がどの程度か、その写真撮影の場所・態様がどのようなものであるか、その写真が当該表現行為に必要不可欠なものであるかどうか等を併せ考慮し、肖像権及びプライバシー保護の必要性和表現の自由保護の必要性和を比較衡量して、その侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものであるかどうかを判断してこれを決すべきである。」との規範を立て、具体的判断において、規範において考慮要素の1つと

(140) 東京地判昭和39年9月28日判時385号12頁〔宴のあと事件〕。

(141) 最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁〔長良川事件報道訴訟〕。

して挙げられた写真撮影の場所に関し「病院の中は、患者が医師に身体を預け、秘密ないしプライバシーの細部まで晒して、その診療を受ける場所」であると認定し、この事実を社会生活受忍の限度を超えるかどうかにつき積極的な事実（侵害を肯定する方向に働く事実）として考慮した。

なお、本件で、被告は、病院の廊下は一般公衆の目に触れる場所であると主張したが、本判決は、「病院の廊下は、当該病院の診療に必要不可欠な建物内の一スペースである。そこでの通行は、診療行為その他の病院の業務を実施または患者とその関係者の利便を図るという範囲内を限度として予定されているにすぎない。」と判示して、かかる主張を排斥した。病院の廊下は、本判決がいうとおり、診療のための空間であり、一般公衆に広く開放された公共空間ではない。本判決は、撮影の場所が公共空間でないことを、侵害を肯定する方向に働く事実として考慮したが、仮に、撮影の場所が公共空間であれば、侵害を否定する方向に働く事実として考慮したのではないと思われる。

名古屋高判平成17年3月30日（LEX/DB文献番号28100926）

コンビニエンスストアの防犯カメラの映像が、捜査機関に提供された事案である。防犯カメラで撮影され、その映像を捜査機関に提供された原告が、コンビニエンスストアを経営する被告に対し、肖像権やプライバシー権を侵害されたとして損害賠償を求め、原審は棄却し、原告が控訴（控訴棄却）。

本判決は、「客の側についていえば、コンビニエンスストア内で客がとる通常の行動は商品を選んで購入することとそれに付随する行動であって、さほど秘密性の高いものとはいえないし、店員が配備され不特定多数の客が出入りするコンビニエンスストアにおいては個々の客の容貌や行動は既に人目に触れる状態に置かれているのであるから、そのような場所での肖像権やプライバシー権の保護が住居等の個人的領域における肖像権やプライバシー権の保護よりも相対的に薄くなることもやむを得ない」と判示した。

本判決は、コンビニエンスストア内の空間が、「不特定多数の客が出入りする」「個々の客の容貌や行動は既に人目に触れる状態に置かれている」空間で

あることを理由に、その空間において、肖像権及びプライバシーの要保護性が低下することを、明示的に認めたものである。

東京地判平成21年5月11日判時2055号85頁

近隣住民間の紛争である。被告が、被告自宅にテレビカメラを設置し、撮影された映像をインターネット上で公開したことに関し、当該映像にその自宅の私道部分等が含まれていた原告が、プライバシーを侵害するものとして、テレビカメラの撤去等を求めた事案である（一部認容）。

本判決は、テレビカメラで撮影された原告自宅の私道部分は、原告宅の敷地ではないもの、原告らが自宅から外出する際には必ず通る部分であって、いわば自宅の延長空間として原告らの日常生活に密着した空間であるから、原告らは、本件私道部分においても、その敷地内におけるのと同様にプライバシーの保護を受けることができる、と判示した。本判決は、その前提として、「道路は、公道であれ、私道であれ、一般の人目に触れる空間であるから、一般的には、居宅や敷地内などのように、プライバシーの保護の要請が高い空間であるとはいえない」と述べた。本判決は、一般論として、公共空間におけるプライバシーの要保護性が低いことを前提としつつ、しかし、本件では、公共空間であっても自宅の延長空間と評価できる空間に限っては、例外的に、自宅に準ずる空間として、プライバシーの保護の要請が高い空間となる、としたものである。

福岡地判平成23年3月16日（LEX/DB 文献番号 25443268）〔ストリートビュー事件第1審判決〕

グーグル・ストリートビューによって自宅ベランダに干してあった洗濯物が撮影され、インターネット上で発信されたことによってプライバシー等を侵害されたと主張する原告が、グーグル日本法人に対し、損害賠償を求めた事案である（棄却）。

本判決は、被告の行為は、原告の受忍限度の範囲内にとどまり、原告のプライバシー権が侵害されたということとはできないとしたが、「(洗濯物が) 公道上

を通行する者からは目視できるものである」ことを、受忍限度の範囲内にとどまることの1要素として考慮した。

福岡高判平成24年7月13日判時2234号44頁〔ストリートビュー事件控訴審判決〕

前掲ストリートビュー事件第1審判決の控訴審判決である。

本判決は、「一般に公道において写真・画像を撮影する際には、周囲の様々な物が写ってしまうため、私的事項が写真・画像に写り込むことも十分あり得るところであるが、そのことも一定程度は社会的に容認されていると解される。」と述べ、これを、受忍限度の範囲内であるという結論を導くための1つの事情として用いている。

次に、憲法上のプライバシーに関しては、以下のような裁判例がある。

最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁〔パチンコ店ビデオ撮影事件〕

捜査機関が、公道上及びパチンコ店店内において被疑者をビデオ撮影した行為が、捜査活動として適法か否かが問題となった事案である。

本最決は、「公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。」としたうえで、ビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきであると結論づけた。

本最決は、公道上及び不特定多数の客が出入りするパチンコ店の店内について、その性質を「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体を受忍せざるを得ない場所」であると特定したうえで、そのような場所におけるビデオ撮影行為を適法としたものである。なお、本最決の調査官解説は、「パチンコ店内は、全く自由に人が往来する公道上とは若干異なるとはいえるものの、不特

定多数の者が出入りし、自分の姿が見られるという意味では被撮影者側からすれば公道上とさほど違いはない⁽¹⁴²⁾とする。

本最決は、公共空間について、他者から容ぼう等を観察されることを受忍せざるを得ない場所であり、それゆえ、そこでは写真撮影を受忍せざるを得ないとの理解に基づくものである。

なお、本最決の判批において、本最決が、公道及びパチンコ店内を「人が他人から容ぼう等を観察されること自体を受忍せざるを得ない場所」であると述べたことに関し、「不特定多数人が出入りする場所ではプライバシーの要保護性は低下するという理解に近⁽¹⁴³⁾」いとするものがある。

大阪地判平成6年4月27日判時1515号116頁

大阪府内の警察署が、管轄区域内の交差点等にテレビカメラを設置し、原告らがその撤去を求めた事案である（一部認容）。

本判決は、憲法13条は、個人の尊厳を保障する上で必要不可欠な人格的利益を広く保障し、その一環として、人格的利益の一環として、他人がみだりに個人に関する一定領域の事柄についての情報を取得することを許さず、また、他人が自己の知っている個人の一定領域に関する事柄をみだりに第三者へ公表し利用することを許さず、もって人格的自律ないし私生活上の平穏を維持するという利益が尊重されるべきであるとして、かかる利益を「プライバシーの利益」と定義したうえで、「プライバシーの利益は…他人がみだりに個人に関する情報を取得すること等を許さないことによってもたらされる人格的利益であるから、道路や公園などの公開された場所では、居宅内などの閉鎖空間における無防備な状態とは異なり、誰に見られるかもわからない状態に身を委ねることを前提として、人はその状況に応じて振る舞うなど、自ら発信すべき情報をコントロールできるから、その意味では、その存在自体を見られることにより影

(142) 鹿野伸二「判解」最判解刑事篇平成20年度289頁、310頁（2011）。

(143) 緑大輔「判批」速報判例解説〔3〕（法セミ増刊）213頁、215頁（2008）。

響されるプライバシーは縮小されているといえる。」とした。ただし、「公道においても、通常は、偶然かつ一過性の視線にさらされるだけであり、特別の事情もないのに、継続的に監視されたり、尾行されることを予測して行動しているものではないのであって、その意味で、人は一歩外に出ると全てのプライバシーを放棄したと考えるのは相当でない。」とも述べ、最後に「人が公共の場所にいる場合は、プライバシーの利益はきわめて制約されたものにならざるを得ないが、公共の場所にいるという一事によってプライバシーの利益が全く失われると解するのは相当でなく、もとより当該個人が一切のプライバシーの利益を放棄しているとみなすこともできない。」と述べた。

本判決から、公共空間において、プライバシーの要保護性は、消失することはないにせよ、低下するものであるとの理解が読み取れる。

以上のとおり、プライバシーに関して判断した一連の裁判例から、プライバシーに関しても、公共空間においてその要保護性が低下するとの傾向を読み取ることができる。

(4) 小括

以上で概観したとおり、裁判例は、肖像権に関してもプライバシーに関しても同様の傾向を示している。すなわち、肖像権またはプライバシーを侵害し得る写真が撮影された場所が公共空間であることを、肖像権またはプライバシー侵害の認定にとって消極的な要素として考慮する傾向が見られる。写真撮影の場所が公共空間であるという事実は、被写体に関する権利である肖像権やプライバシーの要保護性を低下させるものなのである。

公共空間の曝露性は、公共空間に存在する被写体に関する権利の要保護性の低下をもたらす。そして、被写体に関する権利には、肖像権やプライバシーのような人格的な権利のみならず、著作権のような財産的な権利をも存在するのであるから、ここから、公共空間に存在する著作物に関する著作権の要保護性の低下が導かれる。

4 公共空間の性質その3：共通基盤性

(1) 共通基盤性とは何か

公共空間は、人々の経験の場であり、日常生活その他の行動の基盤として、日々の生活や経験と密接に結び付く。無論、私的な空間も生活や経験の基盤であることに変わりはない。しかし、同じ生活や経験の基盤とはいえ、公共空間と私的な空間とは明らかに異なる。その違いは、私的な空間が特定の人々の生活や経験の基盤であるのに対し、公共空間が不特定の人々の生活や経験の基盤であることである。

公共空間が、不特定の人々の生活や経験の基盤となることは、公共空間の、特定の誰かにではなく全ての人々に関係する共通のものである（common）という本質と、誰に対しても開かれている（open）という本質に由来するものである。公共空間は、誰に対しても開かれており、多様な、不特定の人々がそこに立ち入ることができる。それゆえ、公共空間は、多様な、不特定の人々を包摂し、それらの人々にとっての生活や経験の基盤、共通の基盤となるのである。公共空間のこの性質を、共通基盤性と名付ける。

公共空間の共通基盤性は、景観法の理念の1つとなり、また、裁判例においても示されているものである。

(2) 景観法

景観法2条は、その1項ないし5項において、同法の基本理念を定めるところ、1項は、「良好な景観は、美しく風格のある国土の形成と潤いのある豊かな生活環境の創造に不可欠なものであることにかんがみ、国民共通の資産として、現在及び将来の国民がその恵沢を享受できるよう、その整備及び保全が図られなければならない。」と定める。これは、公共空間の共同基盤性を示すものである。公共空間は、多様な、不特定の人々の生活や経験の共通の基盤（＝生活環境）であり、かかる共通の基盤たる公共空間については、多くの人々（＝現在及び将来の国民）がそこから恵沢を享受し、利益を得るものであるから、景観法に基づき、良好な状態を整備し保全しなければならないのである。同項は、

文字どおり公共空間または景観が「共通の資産」であることを定めるものではないにせよ、公衆が公共空間または景観から得る利益が、法的に保護されるものであることを示したものと⁽¹⁴⁴⁾して、極めて重要である（前述のとおり、国立マンション訴訟民事訴訟最高裁判決⁽¹⁴⁴⁾は、同項を引用するなどして、景観利益が法律上保護に値するものと判示した。）。

（3） 国立マンション訴訟

ところで、公共空間の共通基盤性、すなわち、公共空間が、多様な、不特定の人々にとっての生活や経験の共通の基盤となるという性質は、公共空間の利用者に対し、相互的な受忍や自制を求めることとなる。

この点は、国立マンション訴訟の行政訴訟と民事訴訟の各第1審判決が判示するところである。以下に引用する。

まず、行政訴訟第1審判決は、以下の⁽¹⁴⁵⁾ように判示した。

「景観は、景観を構成する空間を現に利用している者全員が遵守して初めてその維持が可能になるのであって、景観には、景観を構成する空間利用者の共同意識に強く依存せざるを得ないという特質がある。…本件地区のうち高さ制限地区の地権者は…大学通りの景観を構成する空間の利用者であり、このような景観に関して…高さ規制を守り、自らの財産権制限を受忍することによって…具体的な景観に対する利益を享受するという互換的利害関係を有していること、一人でも規制に反する者がいると、景観は容易に破壊されてしまうために、規制を受ける者が景観を維持する意欲を失い、景観破壊が促進される結果を生じ易く、規制を受ける者の景観に対する利益を十分に保護しなければ景観の維持という公益目的の達成自体が困難になるというべきである」

「地権者らは、70年以上にわたり、公法上の規制の有無にかかわらず自己の所有権の行使に一定の制約を課し、相互の自制と努力により大学通り及びその

(144) 最判平成18年3月30日前掲注108)。

(145) 東京地判平成13年12月4日前掲注110)。

周辺の良好な景観を保持してきたものであり、今日、大学通りがこれほどまでに有名になり、その景観が高く評価されるとともに、一般の市民や歩行者らの心を和ませるものとなったのも、結局、これら周辺地権者らの不断的努力の成果によるものである。」

また、民事訴訟第1審判決も、⁽¹⁴⁶⁾以下のように判示した。

「都市景観による付加価値は…特定の地域内の地権者らが、地権者相互の十分な理解と結束及び自己犠牲を伴う長期間の継続的な努力によって自ら作り出し、自らこれを楽しむところにその特殊性がある。そして、このような都市景観による付加価値を維持するためには、当該地域内の地権者全員が前記の基準を遵守する必要がある、仮に、地権者らのうち1人でもその基準を逸脱した建築物を建築して自己の利益を追求する土地利用に走ったならば、それまで統一的に構成されてきた当該景観は直ちに破壊され、他の全ての地権者らの前記の付加価値が奪われかねないという関係にあるから、当該地域内の地権者らは、自らの財産権の自由な行使を自制する負担を負う反面、他の地権者らに対して、同様の負担を求めることができなくてはならない。」

上記両判決が判示する、景観を楽しむための地権者の努力（受忍、自己犠牲、自制）は、公共空間の共通基盤性に基づくものである。すなわち、公共空間が、程度の差こそあれ、その空間の利用者の協力や犠牲によって維持されているのは、公共空間を、争いなく共同で利用し、互いに（各々が、それぞれ）そこから利益を楽しむためである。それは、公共空間が、自分だけの基盤ではなく他者にとっての基盤でもあること、つまり、共同的な、共通の基盤であることに基づく。人々は、公共空間の利用にあたり、その共通基盤性に基づき、互いに譲歩し、権利の行使を自制し、その維持に努めているのである。この点で、自分だけの基盤である私的な空間とは大きく異なる。

ところで、上記両判決は、ともに地権者のみに焦点を当てている。すなわち、

(146) 東京地判平成14年12月18日前掲注109)。

行政訴訟第1審判決は、地権者のみを「法的に保護される主体」とし、民事訴訟第1審判決は、地権者のみを「法律上の利益」の主体とする。このことからすると、両判決が想定する公共空間に関する法律上の利益主体は、地権者に限定されると解せられる。これは、狭小にすぎるとはいただろうか。というのも、公共空間を利用し、そこに利害を有する者は、地権者に限られないからである。しかし、角松生史によると、両判決において、地権者は、自らの利害だけでなく、生活空間の変容により影響を及ぼされた不特定多数者の利害を代表して、その保全を訴訟上主張する資格を事実上認められたものであり、裁判所は、ここで、地権者以外の利益をも考慮に入れているとされる。⁽¹⁴⁷⁾これを前提とすると、上記両判決は、地権者に限られない公共空間の利用者の利益を、法的保護に値するものとして認めたものと理解される。その論理構成は、先に確認した民事訴訟最高裁判決のシンプルな理由付けとは異なる。すなわち、両判決は、公共空間の利用者の相互的な努力を媒介として、あるいはこれを基礎として、景観利益の法的保護を導いたものである。公共空間の利用者は、公共空間が、自分のみならず他者にとっても生活や経験の基盤であることを理解し、自らの権利の行使を自制するなど、犠牲を伴う努力を払っている。公共空間の利用者が、当該公共空間の視覚的現れであるところの景観に関して有する利益が法的保護に値するものとなるのは、かかる利用者の相互的な努力（受忍、自己犠牲、自制）⁽¹⁴⁸⁾に基づくものなのである。⁽¹⁴⁹⁾

(147) もっとも、それ以外の原告らについては、地権者らの景観利益を反射的に享受するに止まるとされたものの、「大学通りの景観の維持に対する事実上の尽力と貢献はさておき」との留保が付されている。

(148) 角松生史「景観保護と司法判断——国立市マンション事件民事控訴審判決」矢作弘＝小泉秀樹編著『成長主義を超えて——大都市はいま』257頁、274頁注8(2005)。

(149) 吉田克己は景観紛争を、既存景観享受型（すでに存在している景観を享受する権利としての景観権が問題となる類型）と共同形成景観享受型（自分たちが作り上げてきた景観を享受する権利としての景観権が問題となる類型）に分類し（国立マンション訴訟は後者に分類される）、法的保護に値する景観利益の核心

公共空間は、多様な、不特定の人々の生活や経験の共通の基盤であり、それゆえ、その空間を利用する人々は、適切な公共空間を維持しようと努力し、互いに自制する。その結果として形成されるのが、その人々にとって良好とされる景観である。景観利益は、公共空間の共通基盤性を背景とする利用者の相互的な努力を基礎として、法的保護に値するものとなる。

以上のとおり、景観利益の法的保護の根拠となる利用者の相互的な努力は、公共空間の共通基盤性に基づくものである。

5 公共空間の性質その4：自己維持性

ここまで、公共空間の性質を、3つ論じた。不可避性、曝露性、共通基盤性である。これらはいずれも、人々が、**common**（特定の誰かにではなく全ての人々に関係する共通の）であることと **open**（誰に対しても開かれている）であることをその本質とする公共空間に現実的に立ち入り、そこで生活し、そこを利用することから生じるものであり、つまり、公共空間と人々との関係性から生じる性質である。

次に論じる公共空間の性質は、これらとは少し異なり、公共空間の「公共性」（**common** であることと **open** であること）という本質から導かれる、ある意味で自己言及的な性質である。

ここで参照するのは、瀧川裕英の議論である。⁽¹⁵⁰⁾ 瀧川は、カントやアレントの議論を引いて、公開性こそが公共性の中核的理念であり、公共性を徹底的に公開性として捉えるべきであると主張する。瀧川は、公共圏を、コミュニケーションの公開性によって規定する。コミュニケーションが公開されている場合に成立するのが公共圏である（他方、コミュニケーションが集団内部で閉鎖されている場合に成立するのが親密圏である。）。そして、公共性を公開性として捉え

は、住民の相互拘束であると述べる（吉田克己「判批」判タ 1120 号 67 頁、69 頁）。吉田がいう「住民の相互拘束」は、本論文でいう「利用者の相互的な努力」と重なるものである。

(150) 瀧川・前掲注106) 31-38頁。

る理論からすれば、公共的なものだから情報公開するのではなく、情報公開によって初めて公共性が生まれたと考えねばならない、と述べる。瀧川は、公開性としての公共性により、様々な公開制度が創出されてきたことを指摘し、司法の公共性を確保するための裁判の公開、立法の公共性を確保するための議会の公開をその例として挙げる。

確かに、司法や立法の公共性は、決してアプリアリなものではない。司法や立法は、公開されることによって、公共的な制度として成立し、維持されるものであるといえるだろう。そして、仮に、司法や立法が公開されなければ、その公共性は担保されず、コミュニケーションはその集団内部で閉鎖されることになる。そのとき、裁判所や議会は、公共性を喪失し、もはや公共空間といえず、私的空間へと成り下がってしまうであろう。

以上は、仮想的な空間である公共圏（コミュニケーション空間）に関する議論であるが、これと同様の議論が、物理的な公共空間についても妥当すると思われる。すなわち、司法が、公開され、人々によるその自由な利用が保障され、さらには、現に人々によってそれが自由に利用されることによって、その公共性を維持するのと同様に、物理的な公共空間は、それが公開され、人々によるその自由な利用が保障され、現に人々によって自由に利用されるからこそ、公共空間であり続けるのである。仮に、ある公共空間が、公開されず、人々によるその自由な利用が禁止されることとなれば、その空間は、公共性を喪失し、もはや公共空間ではなくなる。つまり、公共空間は、公衆によるその自由な利用が保障され、公衆の自由な利用に供されることによって、自らの公共性を維持し、公共空間であり続けるのである。このような公共空間の性質を、自己維持性と名付ける。

公共空間の自己維持性は、公共空間が、自らが有する公共性、すなわち、特定の誰かにではなく全ての人々に関係する共通のものであること（common）と、誰に対しても開かれていること（open）とを維持しようとする性質、すなわち、commonであり続けようとし、openであり続けようとする性質をいうものである。

公共空間が公共空間であり続けることは、先に共通基盤性に関して述べたとおり、公共空間が多様な人々に開かれ、包摂することを意味する。ゆえに、例えば、ある公共空間の管理者が、そこから一部の人々を排除しようとする場合、公共空間の自己維持性は、**open**であり続けようとする側面において、その排除を制限し、禁止する方向に働く。この意味で、自己維持性は、公共空間の管理者に対し、**open**であることを求め、**open**であり続けよと命令する行為規範として機能する。また、公共空間は、先に確認したとおり、その不可避性ゆえ様々な人々の利害対立の場ともなり得るが、公共空間が**common**であり続けるためには、かかる利害は公正に調整されなければならない。公共空間における利害が不公正に調整され、一部の人々の利益のみが尊重されるようになったとき、その空間はもはや**common**ではなくなり、公共性を喪失したといわねばならないからである。この意味で、公共空間の自己維持性は、公正性をも包含する概念であるといえる。

公共空間が、公共的な空間の謂いであることからすると、公共空間の公共性とは、単なる分析的な判断、すなわち自明のものと解されるかも知れない。しかし、公共空間の公共性は自明のものではなく、公共空間を自由に利用できることは当然のことではない。かつて、わが国には、治安維持法（明治33年法律第36号）があり、その16条は、以下のように定めていた。

「第十六条 街頭其ノ他公衆ノ自由ニ交通スルコトヲ得ル場所ニ於テ文書、図画、詩歌ノ掲示、頒布、朗読若ハ放吟又ハ言語形容其ノ他ノ作為ヲ為シ其ノ状況安寧秩序ヲ紊シ若ハ風俗ヲ害スルノ虞アリト認ムルトキハ警察官ニ於テ禁止ヲ命スルコトヲ得」

治安維持法の下では、公共空間に著作物を設置し、これを利用することは、厳しい規制の下に置かれていた。このような歴史的事実を鑑みれば、公共空間において、著作物を自由に設置し利用すること、すなわち公共空間における著作物を利用したコミュニケーションが、当該公共空間の公共性を維持するために不可欠なものであることが理解されるであろう。

公共空間においては、その自己維持性ゆえに、すなわち、公共空間が公共空

間であり続けるため、表現の自由の保障の必要性が、それ以外の空間と比較して、より一層高まるのである。⁽¹⁵²⁾

6 小括

以上のとおり、公共空間は、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性という4つの性質を有する空間である。公共空間においては、これらの性質ゆえ、それ以外の空間と比較して、より一層、表現の自由を保障する必要性が存するのである。46条が、公共空間という場所に限定して、表現の自由の⁽¹⁵³⁾一内容たるコミュニケーションの自由の保護のために著作権を制限するのは、かかる公共空間の性質に由来するものなのである。

(151) 表現の自由は、表現する自由（表現の送り手の自由）のみならず、表現をうけとる自由（表現の受け手の自由）をも含むものである（奥平・前掲注94）8-10頁参照。奥平は、表現の自由の憲法的保障は、送り手と受け手の相関関係の両方に支配していると述べたうえで、世界人権宣言19条の「情報と思想を求め、受け且つ伝える権利」とボン基本法5条1項の「一般に入手しうる情報源から妨げられることなく知る権利」とを挙げ、日本国憲法がこれと同様の明文の規定をもたないことが、受け手の自由を否定する解釈の根拠になってはならない、と述べる。）。公共空間に美術の著作物を設置することの自由のみならず、設置された美術の著作物の利用の自由をも保障されることで、初めて、公共性が維持されているといえる。もっとも、設置された美術の著作物の利用は、その態様によっては、著作権者の利益を侵害し得るものではあるが、この点は、46条においては1号ないし4号の存在により合理的に調整されている。

(152) 公共空間の自己維持性は、公共空間の利用者に対し、公共空間の公共性の維持を求めるものと理解することもできる。この理解に立つと、公共空間の自己維持性は、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。」と定める憲法12条前段と通底するものであるといえる。

(153) 本論文では、46条の趣旨について、はたらくじどうしゃ事件判決を基礎として検討し、同条が著作権の対抗利益として保障する利益は、コミュニケーションの自由であると特定した。しかし、同条が、これにとどまらず、それ以外の利益をも保護することをその趣旨とすることや、これ以外の価値判断に基づくことも考えられるが、この点については今後の課題としたい。

第6章 著作権法46条の問題点とその解決

第1節 著作権法46条の問題点

1 総論

46条は、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性という4つの性質を有する公共空間をその空間的適用範囲と定め、それゆえ、そこにおけるコミュニケーションの自由の保護のために、著作権を制限する。同条は、利用行為によって著作権者の利益が侵害されない場合のみならず、著作権者の利益が侵害される場合であっても、それが著しい侵害ではない場合には、利用者のコミュニケーションの自由を尊重し、公共空間に恒常設置された美術の著作物の自由利用を許すものである。また、著作権者の利益の保護（判断機会と対価回収機会の確保）や利用の円滑化のため、一回判断原則を採用し、そもそも同条柱書による自由利用を許さない（または自由利用につき対価を得たいとする）著作権者に対しては、屋外恒常設置という同条の適用要件たる状態への移行の判断の機会を与えることで、拒否権（または対価回収機会）を付与している。

以上のような46条の趣旨に立ち返ってみると、3つの点で、同条の文言が、同条が本来保護しようとする行為を必要かつ十分に保護し得るものとなっているか、疑問を抱かざるを得ない。以下、これまでの議論を前提に、46条の3つの問題点を指摘する。

2 問題点1：複製物が対象外であること

第1の問題点は、同条柱書が、美術の著作物に関し、原作品のみをその対象とし複製物を対象から除外していることである（問題点①）。この点は、次に述べる3つの理由から問題であると考ええる。

理由の第1は、同条が本来的に保護しようとする利用行為を十分に保護できていないことである（問題点①-1）。同条が、著作権の対抗利益として定める表現の自由（コミュニケーションの自由）によって保護される行為、すなわち、公共空間に設置された著作物を利用した他者とのコミュニケーション行為は、

その利用対象が美術の著作物の原作品であることもあれば、その複製物であることも、ともにあり得る。原作品についてのみ一般人の行動の自由を保護し、複製物について保護しないことは、一貫性に欠けるものである。同条が、美術の著作物に関し、その対象となる有体物を原作品に限定し、複製物を除外する理由は一回判断原則に求められるから、複製物についても一回判断原則が適用できるのであれば複製物を除外する理由はない。

理由の第2は、デジタル創作行為の普及に伴う原作品の消滅という事態に対応できないことである（問題点①－2）。デジタル創作の隆盛により、例えば、従前は手作りの作品が設置されていた場所に、デジタル創作作品が設置されるようになる。デジタル創作においては原作品は存在しないから、これは、屋外恒常設置される有体物が、原作品から複製物へと置き換わることを意味する。デジタル化の進展により、デジタル創作が今後益々一般化すれば、屋外恒常設置される美術の著作物の有体物の殆どが複製物となることが当然に予想される。これは、美術の著作物に関し、46条の適用機会の消滅を意味する。

理由の第3は、デジタル化、ネットワーク化の進展に伴う著作物の享受形態の変容に対応できていないことである（問題点①－3）。デジタル化、ネットワーク化の進展に伴い一般人の行動も変容し、ソーシャルメディアを介したコミュニケーション的消費が日常化し、屋外恒常設置著作物の利用機会も増大した。しかし、46条は、美術の著作物に関し、その適用対象を原作品に限定しており、一般人の行動の自由たる表現の自由（コミュニケーションの自由）を実効的に保護できていない。

以上のとおり、46条柱書が、美術の著作物の原作品のみをその対象とし、その複製物を対象から除外していることは、上記3つの理由から問題である。

3 問題点2：屋外のみが対象であること

第2の問題点は、同条柱書が、空間的適用範囲に関し、屋外のみをその対象とし屋内を対象から完全に除外していることである（問題点②）。

46条は、公共空間をその空間的適用範囲とし、そこに恒常設置された著作物

を利用して行う表現の自由（コミュニケーションの自由）を保護するものである。そして、かかる公共空間は、全ての人々に関係する共通の（common）という意味、及び、誰に対しても開かれている（open）という意味において公共的な空間であり、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性という4つの性質を有する空間である。しかし、公共空間は、屋外の空間に限られるものではない。

例えば、多くの人々が行き交う駅は、公共空間の典型であると考えている。むしろ、駅が公共空間でないという、多くの人々が違和感を抱くのではないだろうか。学説には、駅や空港のコンコースも屋外の公開の場所と解すべきであるとして、同条の空間的適用範囲を、駅や空港のコンコースへと拡張することを提案するものがある⁽¹⁵⁴⁾。また、現行著作権法の立法段階において作成された法案資料において、駅の構内等も条文の趣旨からして屋外と解すべきであるとの解釈が示されている。具体的には、第61回国会（招集日は1968年12月27日、会期終了日は1969年8月5日）提出法案に関する法案資料と推測される資料において、「問 「一般公衆に開放されている屋外の場所」とは」に続けて、「答 一般公衆が誰でも入ることができる屋外の場所である。人が看守し、そこに入るについて入場料を徴収する場所であっても、入場料さえ支払えば誰でも入れることをたてまえとする場所は、一般公衆に開放されている場所に該当する。したがって、西洋美術館の外庭は、一般公衆に開放されている屋外の場所に該当する。「屋外」というのは家屋の外ということであり、百貨店の建物の内は屋内であるが、屋上は屋外である。屋外かどうかは、通常は屋根があるかどうかで区別されるが、屋根がある場合であっても、地下道、地下広場は屋外であり、

(154) 渋谷・前掲注10) 366頁。この点に関し、前田哲男は「屋根および外壁で覆われた場所を「屋外」というには無理があろう。」と述べて渋谷の見解を批判する（半田＝松田編・前掲注38) 454頁注14〔前田哲男〕）。なお、早稲田祐美子は、駅のコンコースは一般公衆に開放されているものの建造物の内部であって屋外とはいえ46条の適用は難しいが、コンコースの構造や一般公衆への開放状況から46条の類推適用が検討され得るとする（早稲田祐美子「Q&A 著作権相談から 壁画の利用」コピライト701号82頁（2019））。

駅の構内等も本条の趣旨からして屋外と解すべきものである。⁽¹⁵⁵⁾と記載されて

- (155) 文部省『著作権法改正・著作権法案資料』前半85-86頁(著作権情報センター資料室所蔵、見返しに「44.2.26」と手書きされている。)。なお、当該資料における西洋美術館の外庭に関する記述は、試案コンメンタールが、西洋美術館の前庭は「外から見ようと思えば見える」が「入場料が徴収されるような場所」であるから「公衆に開放された場所」には該当しないとする(現行法制定過程調査研究委・前掲注58)343-344頁)のと正反対の解釈を示すものである。西洋美術館の前庭という具体例を挙げて、これが「一般公衆に開放されている屋外の場所」に該当しないという説明は、加戸・前掲注16)386頁にも見られるものである。これは立法担当者において解釈の変更が存在したことを窺わせるものである。加戸・前掲注16)の奥付によると、加戸守行氏は、1966年4月から1968年7月まで、著作権課課長補佐として著作権法全面改正作業に従事したとされる(その後、1970年7月、著作権課長として同課に復帰した。)。これを立法過程、とりわけ法案の修正過程にあてはめると、加戸氏は、答申(1966年4月20日)と同時期に現行著作権法の立法に関与するようになり(加戸守行「人権としての著作権」著作権研究40号3頁、7頁(2013)に「[著作権課の課長補佐に]着任早々当時昭和41年4月に4年間の著作権審議会の検討を経て著作権審議会の答申が出ました。」とある。)、それから1968年5月の法案(文部省・前掲注60)参照。))までは立法過程に関与したが、同年7月に離任し、第61回国会提出法案(1969年4月18日)以降については、可決成立した第63回国会提出法案(1970年2月)を含め、関与していないことになる。以上の事実を前提とすると、立法過程における「一般公衆に開放されている屋外の場所」に関する解釈の変更は、立法担当者の中で主導的地位にある人物が、加戸守行氏から別の人物に代わったことによって生じたものであると推認される。現在、学界においても実務においても、現行著作権法の立法担当者の解釈を参照する場合、加戸・前掲注16)を用いる傾向にある。本論文もその例に漏れず、立法担当者の解釈として同書を幾度となく参照した。しかし、上に示したとおり、「屋外」に関し、同書が示す解釈と本資料が示す解釈が真っ向から対立するという事実は、このような「加戸逐条イコール立法担当者の解釈」とでもいふべき傾向の妥当性に疑念を抱かせるものである。また、試案コンメンタールは、著作権情報センターや東京大学に所蔵され、訴訟においても援用されており(東京地判令和2年2月28日判時2519号95頁[音楽教室事件第1審])、さらに2021年3月に著作権情報センターより出版され(現行法制定過程調査研究委・前掲注58))、今後、広く参照されることが予想される。しかし、試案コンメンタールは、最終的な法案とは相当に異なる文部省文化局試案(1966年10月)に関する

いる。もっとも、これらの解釈に対しては、屋根や外壁で覆われた場所を「屋外」と呼ぶことには無理があろうとする反対説も存在する。たしかに、駅や空港のコンコースは建物の内部に存在するから、反対説のいうとおり、これらを「屋外の公開の場所」に含めることは、文理解釈に反するものである。よって、この点は、問題であるというほかない。

上に挙げた駅の例からも明らかとなおり、公共空間は屋外の場所に限られるものではない。しかし、46条は、その空間的適用範囲を、文言上「屋外の場所」に限定しており、この点は問題であるといわざるを得ない。

4 問題点3：違法設置物が対象外でないこと

第3の問題点は、第5章第2節3において指摘したとおり、46条において、一回判断原則が貫徹されておらず、違法設置物が対象外とされていないことである（問題点③）。一回判断原則は、著作権者に、46条柱書適用に関する判断と対価回収の機会を与えることでその利益を確保し、しかし、その機会を唯一の機会とすることで、利用の円滑化をも図るものであった。かかる一回判断原則に鑑みると、46条柱書により自由利用の対象となる美術の著作物の原作品は、展示権者の許諾に基づき屋外恒常設置されたもの、つまり適法設置物に限られることになるはずである。しかし、46条には、違法設置物を含まない旨の定めがなく、それに続く47条においてその旨の定めが置かれていることとの対比から、46条は、違法設置物をもその適用対象に含むと解釈せざるを得ない。この点は、46条における一回判断原則の不徹底を示すものであり、問題である。

コンメンタールであり、現行著作権法成立時点における立法担当者の解釈を知るための資料としては、試案コンメンタールよりもむしろ本資料が適しているというべきではないだろうか。なお、少なくとも現在では、西洋美術館の前庭には入場料を支払わずとも自由に立ち入り、そこに設置されたロダンの「考える人」や「地獄の門」などの彫刻を観ることができる。開館時間以外は閉鎖されるものの、前庭を囲む柵には透過性のある金属製の柵が採用されており、開館時間以外であっても、敷地の外部から、前庭に設置された彫刻を自由に観ることができる。

第2節 問題点の解決策その1：類推適用

以上で示した46条の3つの問題点（①複製物が対象外であること、②屋外のみが対象であること、③違法設置物が対象外でないこと）に関しては、解釈、特に類推適用によってこれを解決しようとする学説も見られるところである。問題点③に関する学説については、すでに第5章第2節3において確認したので、以下、順に、問題点①と②に関する学説を確認する。

1 複製物に関する類推適用

美術の著作物の複製物に関し、まず、複製物の屋外恒常設置を著作権者が承諾（承認、容認、了承、黙認を含む。）⁽¹⁵⁶⁾ していれば、46条の類推適用を認めるべきとする学説がある。これは個別的な承認を根拠として類推適用を認めるものであるが、それよりも踏み込んで、類型的にみて複製物の屋外恒常設置が著作権者の意思に基づく場合がほとんどである場合には、46条を拡張ないし類推適用すべきとする学説もある⁽¹⁵⁷⁾。具体的には、屋外広告看板として複製することを著作権者が許諾した場合などには、屋外恒常設置に適した態様で複製することを著作権者が許諾しているため、複製物の屋外恒常設置が著作権者の意思に基づく場合がほとんどであると類型的にいえ、そのような場合には、46条を拡張ないし類推適用すべきとするものである。また、さらに踏み込んで、美術の

(156) 「承諾」を理由とするものとして、茶園・前掲注7) 404 [11] 頁、茶園編・前掲注72) 200 頁〔茶園成樹〕。「承諾ないし容認」を理由とするものとして、小倉＝金井編著・前掲注72) 265 頁〔小倉秀夫〕。小倉は、具体的な場合として「街路からガラス越しに中が見えるショーウィンドウ内に原作品を置くことを著作権者が承認した場合や、一般車両のボディにキャラクター画像をプリントすることを著作権者が許諾した場合等」を挙げる（271 頁注3）。「了承」を理由とするものとして、村井・前掲注6) 258 頁。「黙認」を理由とするものとして、中山・前掲注11) 454 頁。また、渋谷・前掲注10) 368 頁は、その設置が展示権者の意思によるものであるときは、条理上の公正利用行為として著作権は制限される、とする。

(157) 半田＝松田編・前掲注38) 472-473 頁〔前田哲男〕。

著作物の複製物の利用に対し、46条を類推適用し、原作品と平仄を合わせるべきとの学説もある。⁽¹⁵⁸⁾⁽¹⁵⁹⁾

以上のとおり、46条の問題点①（複製物が対象から除外されていること）に関し、これを克服すべく、同条を美術の著作物の複製物に類推適用ないし拡張適用すべしとする学説もあり、むしろこれが学説の趨勢ともいえるところであるが、しかし、条文の直接適用ではなく、法的安定性に欠ける点は否めない。また、そもそも、46条が、その条文において「原作品」と限定する以上、これ

(158) 愛知ほか・前掲注50) 252頁〔愛知靖之〕。ただし、自説として主張するのではなく、いわば第三者的な視点から「美術の著作物の複製物の利用に対しても46条を類推適用し、原作品と平仄を合わせるべきとの見解も有力となっている」と述べるものである。

(159) 46条の類推適用に関し注目すべきは、金子の見解である（金子「出版」・前掲注8) 172-173頁、金子「応用美術」・前掲注8) 114頁）。金子は、46条の趣旨を、美術の著作物の原作品が不特定多数の者がアクセス可能な屋外の場所に恒常的に設置されている場合、著作権の行使を広く認めると一般人の行動の自由を過度に制約することになって好ましくないこと、そしてこのような場合に自由な利用を認めることは、社会的慣行や著作権者等の通常の意志にも合致するものであることであること（以上は、はたらくじどうしゃ事件判決の判示するところと同旨である。）と特定したうえで、応用美術作品が著作権者の意志のもとで量産され広く流通に置かれた場合、当該作品の利用についての一般人の行動の自由の制約のおそれや、実用品のデザインについての社会的慣行、そして流通に置いた著作権者の意志に照らせば、46条の類推適用を認める十分な根拠があるといえるとして、「自動車・衣類・家具・家電等の応用美術品につき仮に著作物性が認められる場合も、著作権者の意志に基づき応用美術作品が量産され、市場に広く流通に置かれた場合、46条を類推適用し、1～3号に準じる場合（当該応用美術作品の競合品を増製し、またはその増製物の譲渡により公衆に提供する場合）と4号に該当する場合を除き、いずれの方法によるかを問わず利用することができる、と解すべきである」（金子「出版」・前掲注8) 172頁）と主張する。これは、本論文において特定した46条の理解（一回判断原則、公共空間における一般人の行動の自由の尊重）に沿うものであり、極めて妥当な見解である。なお、森本晃生は、応用美術の複製物一般についてではないものの、応用美術の複製物が公開の場所に恒常的に設置されている場合には、46条が類推適用されるべきであるとする（森本・前掲注41) 58頁）。

を複製物にも類推適用することは、文理解釈に反するものであり、躊躇を覚えるところである。結局のところ、問題点①を解決するためには、法改正によることが望ましいと考える。

2 屋内の場所に関する類推適用

学説には、駅や空港のコンコースも46条にいう「屋外の公開の場所」と解すべきであるとして、同条の空間的適用範囲を、駅や空港のコンコースへと拡張することを主張するものがある。⁽¹⁶⁰⁾さらに、公衆が自由に出入りできるような場所には、46条を直接適用または類推適用すべきとする学説もある。⁽¹⁶¹⁾

はたらくじどうしゃ事件判決も、この点に関し、「同条〔引用者注：45条〕所定の「一般公衆に開放されている屋外の場所」又は「一般公衆の見やすい屋外の場所」とは、不特定多数の者が見ようとすれば自由に見ることができる広く開放された場所を指すと解するのが相当である。」と判示し、「屋外の」という文言に固執せず、柔軟な解釈を示している。なお、同判決の事案は、屋外を走行する路線バスの車体に描かれた絵画が問題となったものであり、上記引用箇所において「不特定多数の者が見ようとすれば自由に見ることができる広く開放された場所を指すと解するのが相当である。」ではなく、「不特定多数の者が見ようとすれば自由に見ることができる広く開放された屋外の場所を指すと解するのが相当である。」と判示したとしても、結論を導くうえでは何ら問題がなかったと思われる。それにも関わらず、「屋外の」という語を敢えて排除して「広く開放された場所」という柔軟な解釈を示したのは、46条の趣旨に鑑み、公共空間全体を46条の空間的適用範囲とすべきことを示したものと解される。

学説にも、同判決を明示的に引用ないし参照しないものの、同判決と同様、「一般公衆の見やすい屋外の場所」とは、不特定多数の者が見ようとすれば自由に見ることができる広く開放された場所⁽¹⁶²⁾をいう、とするものもある。

(160) 渋谷・前掲注10) 366頁、早稲田・前掲注154) 82頁。

(161) 中山・前掲注11) 453頁。

(162) 小泉・前掲86) 195頁。

以上のとおり、学説や裁判例において、「屋外の場合」という文言に固執せず、一定の屋内の場所についても、46条柱書きを直接適用または類推適用すべきとするものも存在する。これは、公共空間が屋外に限られず、一定の屋内の場所もまた公共空間であることからすると、妥当なものである。しかし、条文において「屋外の場合」と定める以上、これを屋内の場所に適用することは、文理解釈に反するものであり、躊躇を覚えるところである。

問題点②を解決するためにも、前記の問題点①と同様、法改正によることが望ましいと考える。

第3節 問題点の解決策その2：法改正

以上で述べたとおり、本論文によって明らかとなった46条の3つの問題点（①複製物が対象外であること、②屋外のみが対象であること、③違法設置物が対象外でないこと）を解決するためには、類推適用、拡張適用その他の解釈によることよりも、法改正によることが望ましいと考える。そこで、46条の文言を、以下の文言へと改正することを提案する（下線部が改正箇所）。なお、本条の文言と平仄を合わせるため、45条2項も改正することとなるので、併せて提示する。

（美術の著作物等の原作品の所有者による展示）

第四十五条 美術の著作物若しくは写真の著作物の原作品の所有者又はその同意を得た者は、これらの著作物をその原作品により公に展示することができる。

2 前項の規定は、美術の著作物の原作品を街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場合（これに準ずる屋内の場所を含む。以下この項及び次条において同じ。）又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場合に恒常的に設置する場合には、適用しない。

(公開の美術の著作物等の利用)

第四十六条 美術の著作物でその原作品が第二十五条に規定する権利を害することなく前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されているもの若しくは第二十一条に規定する権利を害することなく複製されたその複製物が前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されているもの又は建築の著作物は、次に掲げる場合を除き、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。

- 一 彫刻を増製し、又はその増製物の譲渡により公衆に提供する場合
- 二 建築の著作物を建築により複製し、又はその複製物の譲渡により公衆に提供する場合
- 三 前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置するために複製する場合
- 四 専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する場合

本改正案の要点は3つである。第1は、美術の著作物に関し、原作品のみならず複製物を対象に加えることである。第2は、違法に設置された原作品（違法設置物）と違法に複製された複製物（違法複製物）とを対象から除外することである。第3は、屋外に準じる屋内の場所を対象に加えることである。

第3の点については、適用範囲の開放性の観点から、ルールではなくスタンダードによることとした。⁽¹⁶³⁾その理由を、以下に述べる。

公共空間とは、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性という性質を有する空間をいい、かかる性質と、屋外であることとは直接的に関係するも

(163) ルールとスタンダードについては、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35号 90頁、91-99頁（2008）、同「著作権法におけるルールとスタンダード・再論——フェアユース規定の導入に向けて——」中山＝金子編・前掲注4）703頁、704-706頁、前田・前掲注4）108-114頁を参照。

のではない。すなわち、特定の誰かにではなく全ての人々に関係する共通で (common)、誰に対しても開かれていて (open)、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性を有する空間であれば、その空間は、屋内であると屋外であるとかかわらず、公共空間である。よって、かかる性質を有する空間に恒常設置された美術の著作物については、46条柱書による原則自由利用を認めるべきである。このような理由から、一定の屋内の場所を、同条柱書の対象として追加することとした。しかし、屋内のどのような場所を、屋外の街路や公園と同様の公共空間として特定するかという問いは、容易に解答を導き得るものではない。

例えば、百貨店の店内の通路は、公共空間といえるであろうか。誰でも立ち入ることのできる空間であり、ある意味では公共性を帯びた空間であるといえなくもないが、しかし、空間の閉鎖性という点では屋外の街路とは明らかに異なっており、また、百貨店が有する施設管理権の及ぶ空間でもあるから、不可避性や曝露性という性質の点で、屋外の街路とはその程度を明らかに異にするというべきである。そうすると、百貨店の店内の通路を「公共空間」ということは難しいということになる。それでは、百貨店ではなく、大規模ショッピングモールの吹き抜けの通路はどうであろうか。空間の閉鎖性という点では百貨店よりは開放的であるが、しかし、ショッピングモール運営者の有する施設管理権の及ぶ空間である点では百貨店と同様である。つまり、不可避性や曝露性の程度は、百貨店よりは高いと思われるが、しかし、屋外の街路や公園と比べると低いとも思える。大規模ショッピングモールの吹き抜けの通路は、百貨店の通路と屋外の街路との中間的な程度にあるといえよう。

百貨店もショッピングモールも、ともに施設管理権の及ぶ空間であることから、仮に、公共空間を、「施設管理権の及ばない空間」と定義したとすると、屋外の公園であっても施設管理権は及ぶので、こんどは公園が除外されてしまうことになる。

以上のとおり、公共空間が必ずしも「屋外」に限られないということは明らかであるものの、しかし、46条の空間的適用範囲たる公共空間として、屋内の

どのような場所を特定するか、一義的な基準を設けることは難しい。

価値判断としては、屋外の場所に限らず、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性といった性質において、46条の適用対象である屋外の場所に準ずるといえる屋内の場所をも、46条の適用範囲とすべきであると考えるが、しかし、前述のとおり、その基準を明確に定めることは容易ではない。

また、建築技術は年々進歩しており、将来的に、どのような場所が、公共空間として登場するかは予測困難である。将来、現時点で想定不可能な建築物が築造され、それが公共空間として使用された場合であっても、ルールではなくスタンダードを採用することで、裁判所による柔軟な対応が可能となり、当該建築物の内部に恒常設置された美術の著作物を自由利用の対象とすることができる。

以上を踏まえ、ルールではなくスタンダードとして、屋外の場所に、「これに準ずる屋内の場所を含む。」という文言を追加することが最も適切であると考えた次第である。

第4節 改正案の正当化

1 本改正案が正当であること

本改正案によって、46条の3つの問題点は全て解決される。

まず、美術の著作物に関し、原作品のみならず複製物を対象に加える。その結果、46条は、表現の自由による公共空間内に設置された美術の著作物の利用行為の保護という、その趣旨により合致した条文となる（問題点①-1の解決）。デジタル創作行為の普及に伴う原作品の消滅という事態にも対応できる（問題点①-2の解決）。デジタル化、ネットワーク化の進展に伴うソーシャルメディアを介したコミュニケーション的消費を実効的に保護することもできる（問題点①-3の解決）。以上から、問題点①が解決される。

加えて、原作品に関し「第二十五条に規定する権利を害することなく」との文言を置くことで違法設置物を対象外とし、併せて、複製物に関し「第二十一条に規定する権利を害することなく」との文言を置くことで違法複製物を対象

外とする。前者によって、原作品につき違法展示物が除外されて展示権による一回判断の機会が確保され、後者によって、複製物につき違法複製物が除外されて複製権による一回判断の機会が確保される。その結果、一回判断原則が貫徹され、問題点②が解決される。

さらに、屋外の場所に関し、「これに準ずる屋内の場所を含む」との文言を追加することで、屋外に限らず、公共空間である一定の屋内の場所をも、その空間的適用範囲に含むことが明示され、問題点③が解決される。

以上のとおり、本改正案によって、46条の3つの問題点はいずれも解決される。

一回判断原則は、本改正案によっても維持される。

複製物に関し、一回判断原則は、複製権に基づく許諾により維持される。原作品について展示許諾の段階で判断機会（対価回収の機会、46条柱書適用を拒絶する機会）が確保されているのと同様、複製物について複製許諾の段階で判断機会（対価回収機会、46条柱書適用を拒絶する機会）が確保されているのであるから、複製物に関する一回判断原則は、現行法の枠内において、すでに成立している。46条柱書が原作品に限定しているのは、一回判断原則を展示権にのみ着目して条文化したからであった。しかし、複製権に着目すれば、複製物についても一回判断原則は、現行法の枠内においてすでに成立している。よって、本改正案による改正後の46条においても、一回判断原則は、原作品に関しては展示権によって、複製物に関しては複製権によって、それぞれ成立し、維持される。

無論、本改正案によって、46条柱書の対象が、美術の著作物の複製物に拡大されることで、著作権者の利益が害されとの批判も予想されるところである。

しかし、まず、屋外恒常設置という要件の存在により、46条柱書の対象となる複製物の種類は典型的に限定される。というのも、複製物は有体物であるから、物理的な限界があり、屋外恒常設置に適さない複製物も多く存在する。例えば、一般的な紙は雨に濡れて破れるから屋外恒常設置には不向きである。ショー・

ウィンドウの中に設置したとしても、太陽光で退色するから、やはり屋外恒常設置には向かない。結局、屋外恒常設置され得る複製物は、類型的に限定される。それは、例えば、看板、ポスター、ラッピング・バス、一部の応用美術作品などである。これらの美術の著作物の複製物については、複製許諾の時点で、当然に、複製後の使用態様として屋外恒常設置が予想されるのであり、本改正案による法改正後においては、複製権者は、屋外恒常設置の効果（改正後46条柱書による自由利用）をも予想し、これを前提とした対価を回収すればよいし、これを拒むのであれば、複製を許諾しないか、契約において屋外恒常設置を禁止する条項を入れればよい。以上から、本改正案によって、著作権者の利益が害されることは想定しがたい。

また、そもそも、46条の趣旨は、仮に著作権者の利益が害されたとしても、それが著しく害される場合、つまり著しい不利益が発生する場合でなければ、表現の自由の一内容であるコミュニケーションの自由の重要性に鑑み、これを許容する、というものである。この点は、すでに確認したとおり、答申、試案⁽¹⁶⁵⁾の段階から現行法に至るまで、一貫して維持されている。そして、著作権者の利益が著しく害される場合については、1号ないし4号により自由利用の対象外とされているのであり、この点に関する利害の調整はすでに済んでいる。

以上のとおり、本改正案によっても、複製権に基づく一回判断原則の存在により著作権者の判断と対価回収の機会は保障されており、屋外恒常設置される美術の著作物が類型的に限られることからして著作権者の利益が害されることは想定しがたく、また、仮に、著作権者に不利益が及び得るとしても、その不利益は、著しい不利益が発生する場合を自由利用の対象外とする1号ないし4

(164) もっとも、当該契約における複製許諾に基づき作成された複製物が転々流通し、契約外の第三者が当該複製物を屋外恒常設置することは、当該契約によっては禁止し得ない。そこで、当該契約においては、屋外恒常設置の禁止よりも、契約外の第三者による屋外恒常設置がなされる可能性を見据えて、所定の対価の回収を図ることに主眼を置くこととなろう。

(165) 著作権制度審議会・前掲注52) 67頁。

(166) 現行法制定過程調査研究委・前掲注58) 344頁。

号の存在によって、現行法においても許容される程度の軽微なものに限られるのであるから、本改正案によって著作権者の利益が害されるとの批判は正当ではない。

2 45条2項に関する補足

46条の文言と平仄を合わせるという理由から、45条2項も併せて改正する必要がある。45条2項を改正せず、現行法の文言のまま存置すると、屋外の場所に準ずる屋内の場所に恒常設置された美術の著作物の原作品には45条2項ではなく同条1項が適用されることになり、そうすると、当該原作品に関し、展示権者に一回判断の機会が保障されず、一回判断原則が維持されないことになるからである。ゆえに、46条の改正と併せて、45条2項を改正する必要がある。

もっとも、本改正によって、著作権者と所有者との調整が変動することとなる。すなわち、現行法では、美術の著作物の原作品の所有者等（所有者またはその同意を得た者）は、屋外恒常設置以外の公の展示は展示権者の許諾なくして自由になし得るが、屋外恒常設置に限り展示権者の許諾を要する（自由になし得ない）という切り分けとなっているところ、改正後は、屋外（これに準ずる屋内を含む）恒常設置以外の公の展示は展示権者の許諾なくして自由になし得るが、屋外（これに準ずる屋内を含む）恒常設置に限り展示権者の許諾を要する（自由になし得ない）という切り分けへと変更される。その結果として、所有者等は、「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所に準ずる屋内の場所」と「建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所に準ずる屋内の場所」における原作品の恒常設置に関し、現行法ではこれを自由になし得たにもかかわらず、改正後はこれを自由になし得ない（展示権者の許諾を要する）こととなる。

しかし、美術の著作物の原作品の所有者が公の展示によって対価を得るのは、典型的には、美術館や博物館における公の展示（及びそのための貸出）によってであるところ、美術館や博物館の構内は、屋内の場所ではあるが、「街路、公園その他一般公衆に開放されている屋外に準ずる場所」であるともいえ

ず、かつ、「建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所に準ずる場所」であるともいえない。よって、美術館や博物館における公の展示は、改正の前後を問わず、所有者等において、展示権者の許諾なくして自由になし得るものであり、本改正案によって、所有者がその利益を侵害されることは殆どない。

また、立法担当者が「〔引用者注：第45条〕第2項は、第46条の規定によって原作品が屋外の場所に恒常的に設置されている美術の著作物について大幅な利用が許容されることに鑑み、著作権者の利益確保の観点から、美術の原作品を屋外の場所に恒常的に設置する行為には展示権が及ぶこととしております。」⁽¹⁶⁷⁾や「本項が屋外設置作品の大幅自由利用を前提とした条項でありまして」と述べるように、そもそも45条2項は、46条の存在を前提とし、著作権者の利益確保の観点から一回判断原則を適用する目的のために設けられた規定であり、所有者等に固有の利益を付与する定めではないと考えることもできる。

なお、現行法上、屋外の場所であるか否かが問題になる例として、第3章第3節3で検討したショー・ウィンドウがある。本改正案による改正後、ショー・ウィンドウは、「建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」に準ずる場所として、46条柱書が適用されるとともに、45条2項の適用により、そこに美術の著作物の原作品を恒常的に設置するためには、展示権者の許諾を要することとなる⁽¹⁶⁸⁾。これは、権限の所在を明確化し、権利処理と利用の円滑化をもたらすものである。

以上のとおり、本改正案による45条2項の改正は適切なものである。

(167) 加戸・前掲注16) 385頁。

(168) 作花は、ショー・ウィンドウを「一般公衆の見やすい場所」と捉えたうえで、著作権者には、ショー・ウィンドウへの作品の設置の際に展示権の行使が認められるべきではないかと述べる（作花・前掲注24）414頁注1）。これは、46条と45条2項との連関構造を前提に、適切な権利処理を図ることを主張するものであるが、本改正案による改正後は、ショー・ウィンドウへの作品の設置には、原作品の所有者ではなく展示権者の許諾を要することが明確化し、このような権利処理が一般化することが予想される。

第7章 結論

第1節 結論

本論文の結論を示す。

著作権法46条は、25条、45条との関連構造において成立する一回判断原則をその特徴とし、かつ、同条の適用範囲である公共空間の、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性という4つの性質に鑑み、公共空間に恒常設置された著作物に関し、表現の自由の一内容として保障されるコミュニケーションの自由を保護するための権利制限規定である。

しかし、その条文をみると、美術の著作物に関し、原作品のみを適用対象とすることを定めており、複製物は、46条柱書による自由利用の対象から除外されている。かかる複製物の除外は、同条が著作権の対抗利益として定める表現の自由（コミュニケーションの自由）の保護の点で不十分であること、デジタル創作行為の普及に伴う原作品の消滅という事態に対応できていないこと、デジタル化、ネットワーク化の進展に伴う著作物の享受形態の変容に対応できていないことという3つの理由から問題である。

また、一回判断原則を貫徹するであれば、46条柱書の対象は、著作権者の一回判断の結果として屋外恒常設置された著作物の有体物に限られるべきところ、同条柱書の文言は、違法設置物を含むと解されるものとなっており、この点も問題である。

さらに、公共空間は、不可避性、曝露性、共通基盤性、自己維持性という性質を有する空間であるところ、これは屋外に限られず、一定の屋内の場所もまた公共空間である。しかし、同条柱書は、その空間的適用範囲を「屋外の場所」に限定しており、この点も問題である。

以上の3つの問題点を解決するためには法改正によることが望ましい。よって、46条柱書において、美術の著作物の複製物をその対象として加えるとともに、違法に設置された原作品と違法に複製された複製物とを除外する文言を加え、さらに、屋外の場所に準ずる屋内の場所をもその空間的適用範囲とする旨

の改正を行うことを提案する。

第2節 補論

1 残る課題

本論文では、著作権法 46 条の検討を中心に据えたため、《物理的な》公共空間に恒常設置された《美術の》著作物に焦点を当てた。そのため、これ以外の著作物に関する検討は、今後の課題として残る形となった。以下、①物理的な公共空間に恒常設置された《美術以外の》著作物と②《物理的ではない》公共空間に恒常設置された美術の著作物について、序論的な見解を述べる。

2 美術以外の著作物

まず、①物理的な公共空間に恒常設置された《美術以外の》著作物について述べる。

46条は、公共空間に恒常設置された著作物に関する著作権と表現の自由の調整規定であるところ、かかる調整の必要性は、美術の著作物以外の著作物についても、美術の著作物と同様に認め得る。そこで、美術の著作物以外の著作物についても、美術の著作物と同様、一回判断原則が妥当する限りにおいて、原則として(46条各号と同様の例外的な場合を除き)、公共空間に恒常設置された著作物の原作品(適法設置物のみ)及び複製物(適法複製物のみ)に関し、公衆の自由利用を認めるべきであると考ええる。なお、この点に関し、著作権制度審議会第2小委員会審議結果報告において「句碑等の場合のように、美術的著作物と一体となっている文学的著作物がある場合には、その文学的著作物の著作権も、美術的著作物と一体として利用される限りは、美術的著作物の著作権と同様な制限に服するものとするのが適当である。⁽¹⁶⁹⁾」とされ、また著作権制度審議会の答申説明書においても「公開の場所に建てられている句碑、歌碑等を

(169) 著作権制度審議会「各小委員会結果報告第2小委員会」文化庁監修・前掲注51) 151頁、165頁。

絵はがき、拓本等により、書の著作物または文芸の著作物を複製することについては、書または文芸の著作物の著作権の許諾を要しないものと考え⁽¹⁷⁰⁾る。」とされたこと、すなわち現行著作権法の制定過程において、46条の趣旨が一定の言語の著作物に及ぶべきとされたことは参考となる。

3 物理的ではない公共空間

(1) インターネット空間

次に、②《物理的ではない》公共空間に恒常設置された美術の著作物について述べる。

46条の適用範囲は物理的な公共空間であるが、非・物理的な空間すなわち仮想空間のなかにも公共空間と称されるものがある。その最たるものがインターネット空間（またはサイバー空間。情報システムや情報通信ネットワーク等により構成され、多種多様の情報が流通するインターネットを通じて提供される⁽¹⁷¹⁾仮想的な空間⁽¹⁷²⁾）である。かかるインターネット空間に恒常設置された美術の著作物に、46条と同様の自由利用を認めるべきであろうか。私見では、認めるべきでないと考える。

インターネット空間は、われわれの日常生活において最早不可欠なものとなり、その重要性は物理的な公共空間と比肩するものともいえる。多数者に頻繁にアクセスされるウェブサイトは、ある意味では、曝露性、不可避性、共通基盤性を帯び、一定の公共性を有するともいえよう。しかし、インターネット空間において、実際に何らかの物理的な広がりが存在するわけではなく、アクセス者の感覚に空間として認識されるわけでもない。インターネット空間にいう

(170) 著作権制度審議会・前掲注52) 67頁。

(171) 情報セキュリティ戦略会議「サイバーセキュリティ戦略」4頁（2013）参照。

(172) 吉田純『インターネット空間の社会学——情報ネットワーク社会と公共圏』51頁（世界思想社、2000）、総務省「国民のための情報セキュリティサイト：一般利用者の対策」（https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/cybersecurity/kokumin/enduser/enduser.html、2023年2月26日最終閲覧）等を参照。

「空間」とは、無数ともいえるウェブサイトの総体を、広がりをもつ空間に喩えたものであり、言論空間や心理学用語としての生活空間における「空間」と同じく、比喩にすぎない。また、インターネット空間はウェブサイトから構成されているところ、構成要素たる各サイトは、増設、消去、改変が容易であり、安定性を欠くものであって、自己維持性の点で物理的な公共空間に著しく劣る。すなわち、インターネット空間は、第1にあくまでも比喩的な空間に過ぎない、第2に自己維持性の点で物理的な公共空間に著しく劣る、という2つの理由から、これを物理的な公共空間と同視することはできず、46条の適用範囲をインターネット空間に拡張することは、その前提を欠く。それゆえ、インターネット空間に恒常設置された⁽¹⁷³⁾著作物に関し、46条と同様の公衆の自由利用を認めるべきでないと考える。

(2) VR空間

VR（バーチャルリアリティ）空間（またはメタバース。VR技術によって体験される仮想的な空間）も、インターネット空間と同様、仮想空間と称されるものである。このVR空間に、46条の適用範囲を拡張することは肯定され得るであろうか。⁽¹⁷⁴⁾

先に、仮想空間の1つであるインターネット空間について46条の拡張を否定したが、その2つの理由の第1は、インターネット空間にいう「空間」が比喩にすぎず、同空間がアクセス者の感覚に空間として認識されるものでもないからというものであった。しかし、VR空間にいう「空間」は比喩ではなく、アクセス者に空間として認識されるものであり、46条の適用範囲をVR空間にまで

(173) 「インターネット空間に設置された」とは、実際には、当該著作物に関するデータがインターネットに接続されたサーバーにアップロードされたか、または、当該データがアップロードされたサーバーがインターネットに接続されたという意味である（著作権法2条1項9号の5参照）。

(174) VRについては46条の他、47条の5第3号その他の権利制限規定の適用も考え得るところであるが、ここでは46条に絞って検討する。

拡張することは、将来においては不可能ではないと考える。

VRは、3次元の空間性（コンピュータの生成する人工環境が人間にとって自然な3次元空間を構成していること）、実時間の相互作用性（人間がそのなかで、環境との実時間の相互作用をしながら自由に行動できること）、自己投影性（その環境と使用している人間とがシームレスになっていて環境に入り込んだ状態が造られていること）の3要素から構成される。⁽¹⁷⁵⁾ また、メタバースは、3次元のシミュレーション空間（環境）を持つこと、自己投影性のためのオブジェクト（アバタ）が存在すること、複数のアバタが同一の3次元空間を共有することができること、空間内にオブジェクト（アイテム）を創造することができることという4つ条件により定義される。⁽¹⁷⁶⁾ すなわち、VR空間もメタバースも3次元の人工的空間であり、これらにおける「空間」は、比喩的な意味はなく、ディスプレイによって人間に知覚される人工的な空間という意味である。よって、インターネット空間について46条の適用範囲の拡張を否定した2つの理由のうちの第1のものは、VR空間には当てはまらない。⁽¹⁷⁷⁾

もっとも、上記2つの拡張否定の理由のうちの第2のものは、VR空間にも当てはまる。VR空間は、インターネット空間と同様、増設、消去、改変が容易であり、安定性を欠くものであって、自己維持性の点で物理的な公共空間に著しく劣る。さらに、現時点において、VR空間は、われわれの日常生活において必要不可欠なものとは程遠く、いかなるVR空間も、未だ、曝露性、不可避性、共通基盤性の各点において、物理的な公共空間とは明らかに異なる。

すなわち、VR空間については、第1に自己維持性の点で物理的な公共空間に著しく劣る、第2に日常生活に不可欠なものとは程遠く曝露性、不可避性、共通基盤性の各点において物理的な公共空間とは明らかに異なる、という2つの

(175) 館暲ほか監修『バーチャルリアリティ学』5-6頁（コロナ社、2011）〔館暲〕。

(176) この条件は、共通基盤性を基礎づけるものであると考える。

(177) 館暲ほか監修・前掲注175) 251頁〔三淵啓自〕。

(178) VRの基本的構成要素の第1は、出力システムすなわちディスプレイである（館暲ほか監修・前掲注175) 11頁〔廣瀬通孝〕。

理由から、現時点においては、これを物理的な公共空間と同視することはできず、46条の適用範囲をVR空間に拡張することはできない。

しかし、将来において、VR空間を物理的な公共空間と同視すべき時代が到来することは、必ずしも否定されない。わが国の第5期科学技術基本計画において、目指すべき未来社会の姿として提唱された Society5.0 は、サイバー空間（仮想空間）とフィジカル空間（現実空間）を高度に融合させたシステムによって開かれる社会であると定義される。⁽¹⁷⁹⁾ かかる Society5.0 が実現すれば、多くの人のアクセスに開かれ、安定的かつ恒常的に運営される VR 空間は、われわれの生活と密接不可分に結合した必要不可欠なものとして曝露性や不可避性を有し、共通基盤性をも有することになろう。

ここで重要なのは、当該 VR 空間が安定的かつ恒常的に運営されるべきことが、法によって担保されることである。VR 空間は、その設営者が任意に制御でき、空間を拡張することも縮小することも、さらには廃止することも、設営者が自由になし得る。⁽¹⁸⁰⁾ この点は、VR 空間の長所ではあるが、空間としての安定性に欠けることは否めない。物理的な公共空間については、そもそも人が任意に空間を拡張したり縮小したりすることができず、さらに、物理的な公共空間を公共空間たらしめる（自己維持性を担保する）ための法制度も用意されている。例えば、都市公園法は、都市公園の管理者に対し、都市公園を廃止することを厳しく制限しており（同法 16 条）、廃止される都市公園に変わるべき都市公園が設置される場合（同条 2 号）と都市公園が借地でその貸借契約が終了した場合（同条 3 号）を除いては、「公益上特別の必要がある場合」（同条 1 号）に限り、その廃止が許される。仮に、将来、一定の VR 空間について、その変更や廃止が法によって厳しく制限される時代が到来すれば、当該 VR 空間は、物理的な公共空間と同等の自己維持性を有すると評価することもできよう。

将来、以上のような条件が満たされるようになると、それは、一定の VR 空

(179) 「科学技術基本計画」11 頁（平成 28 年 1 月 22 日閣議決定）。

(180) 利用者との契約によって設営者の行為が制限され、設営者による空間の縮小等が債務不履行を構成することはあり得る。

間が、物理的な公共空間と同様の公共性を帯びることを意味する。そうすると、この公共性を帯びたVR空間すなわち「公共的VR空間」においても、物理的な公共空間と同様、表現の自由（コミュニケーションの自由）が保障されるべきであると判断されることになり、46条の前提となる事実と同様の立法事実が生起する。このような前提のもとでは、「公共的VR空間」内に恒常設置された著作物についても、46条柱書の効果を及ぼし、同条各号に掲げられたような例外的な場合を除き、公衆の自由利用を認めるべきことになるであろう。

ただし、公共的VR空間内に恒常設置された美術の著作物に関する公衆の自由利用をどこまで認めるか、すなわち、その自由利用を、VR空間内での利用に限定すべきか、それとも限定すべきでないか（物理的な空間における自由利用まで許すべきか）については、なおも検討すべき課題として残る。現時点では、VR空間はあくまでも仮想的な空間として、物理的な空間とは独立して存在しており、公共的VR空間内に設置された著作物の自由利用は、VR空間内での利用に限定すべきであると考ええる。しかし、Society5.0がさらに進化し、物理的な空間とVR空間とが完全に融合する時代が到来すれば、自由利用の範囲をVR空間内に限定すべき理由は消失することになる。

以上のとおり、将来、Society5.0が実現して物理的な空間とVR空間とが高度に融合し、46条の適用範囲について、その適用範囲を物理的な公共空間に限定すべき理由はない、と判断される時代が到来することも考えられる。その状況下では、公共的VR空間内に恒常設置された美術の著作物（厳密にはその影像）に同条柱書が適用され、自由利用に供されることになる。⁽¹⁸¹⁾

(181) 現実空間とVR空間との融合が深化すると、有体物であることの意味が低下し、または無くなり、有体物であることを要件とする原作品概念が変更を迫られ（原作品から「有体物」という要素が消失する）、展示権が把握する行為が大きく変容する可能性もある。これに関連して、桑野雄一郎「メタバースと著作権（下）」特許ニュース15675号1頁、3-4頁（2022）は、メタバースにおける美術の著作物の擬似的な展示はあくまでも「展示」ではなく「公衆送信」であるから45条の適用がないことを確認した上で、デジタルアートについては画面上に映し出すことこそが「展示」に他ならないのではないかと疑問を示し、

以上のような、物理的な空間とVR空間との融合の46条への影響は、柱書の適用範囲の拡張に限られない。柱書の適用範囲が拡張されるのであれば、1号から4号までの例外規定の適用範囲も、それと平仄を合わせる形で同様に拡張されるべきこととなる。というのも、空間融合は、現実世界内における行為とVR空間内における行為との同視を導くところ、46条の柱書による権利制限の対象行為がVR空間内における行為へと拡張されるなら、例外規定の対象行為も同様に拡張される必要があるからである。その結果、1号ないし4号について、どのような解釈が導かれるかを、以下に述べる。

第1に、物理的な空間の公園に恒常設置された彫刻を、公共的VR空間内に設置可能な「アイテム」として複製し、無償で配布することは、1号の「彫刻を増製」に該当し、同号により禁止されることになる。

第2に、物理的な空間に築造された建築の著作物を、公共的VR空間内に建築物として設置することは、2号の「建築により複製」に該当し、同号により禁止されることになる。

第3に、物理的な空間の街路に面した壁に恒常設置された壁画を、公共的VR空間内の街路に面した壁に恒常設置することは、3号の「前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置」に該当し、同号により禁止されることになる。

第4に、物理的な空間の公園に恒常設置された彫刻を、VR空間内に設置可能な「アイテム」として複製し、販売することは、すでに現行法においても4号の「美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売」に該当し、同号により禁止されると解する。⁽¹⁸²⁾

NFTを用いた一点物のデジタルアートについては「上映」を「展示」と捉え（桑野は、著作権法上「展示」の定義規定は存在しないので美術の著作物の種類に対応した利用方法を柔軟に「展示」と捉えることが可能であるとする。）、擬似所有者がこれを画面に映し出すなどにより鑑賞に供させる行為について（明記されていないがおそらく45条1項を適用して）著作権侵害の成立を否定すべきではないか、と述べる。

(182) 岡本健太郎「メタバースにおける現実の再現とその権利問題」アド・スタディーズ81号33頁、34頁(2022)は、美術の著作物といえる建築物をメタバース

以上のとおり、物理的な空間とVR空間との融合は、46条に関し、柱書の適用範囲のみならず、例外規定の適用範囲の拡張をも生じさせることになる。

物理的な空間とVR空間との融合は遠い未来の話であると思われるが、物理的な空間（実環境）とVR空間との中間に位置付けられるAR（拡張現実⁽¹⁸³⁾）が物理的な空間と融合する日は、それほど遠い将来の話ではないのかも知れない。将来のある時点において、多くの人が、ARグラスを掛けて日常生活を送るようになり、かつ、物理的な空間に実在する特定の場所を特定の角度を見るARグラス使用者の視界に、共通して、例外なく、同じ像（重畳物）が見えるようになると仮定する。その場合、ARグラス使用者にとっての視覚像は、物理的な空間（実環境）にAR環境が重畳的に現れたものとなる。例えば、物理的な空間の街路に面した無地の壁に、AR環境で壁画の影像が重ねられる場合、ARグラス使用者にとっては、その壁は、無地の壁ではなく、壁画が設置された壁として認識される。そこでは、当該壁画の影像は、物理的な空間の無地の壁に設置された壁画と、すなわち公共空間に恒常的に設置された美術の著作物と同視し得るとの判断も可能となると思われる。その場合、当該壁画の影像を、46条柱書による自由利用の対象とすべきであるとの判断も一定の合理性を有することとなるであろう。

以上

（本論文は、神戸大学法学研究科に2021年7月10日に提出した博士学位論文の一部を加筆修正したものである。）

ス上のアイテムなど販売目的で利用する場合には著作権者の承諾が必要となり得る、とする。

- (183) AR（拡張現実）は、現実環境にVR環境の情報を重畳して提示することで現実世界にVR環境の持つ機能を与えたものである（館璋ほか監修・前掲注175）138頁〔広田光一〕。広田は、複合現実感という指標をもとに、実環境→拡張現実（AR）→拡張AR（AV）→VR環境というスペクトルの存在を指摘する（同頁）。