

UGC に配慮した著作権リフォームの提案
—表現の自由の観点から—

筑波大学

図書館情報メディア研究科

2013 年 3 月

高橋 由亮

目次

第1章	はじめに	1
第2章	UGCの類型と法的な扱い	2
第3章	著作権法と表現の自由	5
第1節	米国著作権法と表現の自由の調整原理	5
1.	Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises	6
2.	Eldred v. Ashcroft	7
第2節	アイデア・事実／表現形式二分法	10
第3節	フェア・ユースの法理	14
1.	合衆国著作権法におけるフェア・ユースの法理	14
2.	Harper & Row 事件におけるフェア・ユース判断	15
3.	フェア・ユースが抱える問題点	17
第4節	裁判所が果たす役割	18
第5節	小括	19
第4章	現行法の枠内での解決	20
第1節	著作権法32条(引用)による解決	20
第2節	黙示の許諾による解決	21
第3節	小括	22
第5章	リフォーム論の検討	23
第1節	日本における二次創作・パロディとUGCをめぐる状況	23
第2節	著作権法リフォーム案の検討	24
1.	Litmanによる提案	24
2.	Samuelsonらによる提案	26
第3節	パロディ規定	29
1.	諸外国におけるパロディの扱われ方	30
・アメリカ		30
・イギリス		33
・フランス		35
・ドイツ		37
2.	日本に適應したパロディ規定	39
第4節	一般制限規定の導入	43
第5節	小括	44
第6章	おわりに	45
	謝辞	47
	参考文献	48

第1章 はじめに

近時、デジタル技術はますますの発展をとげており、以前より低コストで著作物の創作や複製、改変を行うことができるようになった。また、ネットワーク技術も併せて発展することで、コストフリーで情報を伝播することが可能となり、「一億総出版者時代」¹と言われるような状況にある。そのような中で特徴的なのが、出版社やレコード会社などが制作を主導する従来型の著作物とは異なる、ユーザーによって作られ、動画共有サイトや画像共有サイトにアップロードされたコンテンツである、UGC (User Generated Content、ユーザー生成コンテンツ)²と呼ばれる著作物である。

UGCの中には、既存の著作物を利用して、新たな創作を行うことで生み出されたものがしばしば見られる。しかし、以下で見るように、現在の著作権法はこのような創作や利用の態様に対応しておらず、自由な創作が妨げられている状態にあるといえるのではないだろうか。

そこで本論文では、UGCの創作や利用の態様に注目し、表現の自由についての問題点を検討することで、著作権法の目的である「文化の発展に寄与」するような、新たな著作権制度について提案を行うことにする。

¹ 中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007) 4頁

² UGCが扱われるサイトには、著名なものでWikipediaやYouTube、ニコニコ動画、pixivなどが挙げられる。なお、ほぼ同義の語として、CGM(Consumer Generated Media)という語も使われている。

第2章 UGCの種類と法的な扱い

UGCとは、様々なタイプの著作物を含む概念である。そこで本章では、続く章においてUGCを題材にして検討を行うのに先立って、UGCが著作権法上どのように扱われるのか、そしてどのようなUGCについて検討を加えればよいのかを明らかにする。

UGCは法的にはどのように扱われるのであろうか。まず、UGCはオリジナルに創作する「一次創作」によって生まれる「一次創作物」と、既存著作物を利用した新たな創作活動¹である「二次創作」の成果である「二次創作物」に大別することができる。一次創作については、自由に創作ができる一方で、二次創作については、創作をする際に原著作物の著作権の侵害に当たる可能性があるため、自由に創作ができるとはいえない。そこで、本論文では、UGCの中でも二次創作に注目していくことにする。

では、二次創作物は著作権法上、どのような扱いを受けるのであろうか。この点を分析するにあたっては、二次創作で新たに創作性²が付与されているか否か、およびUGCに原著作物の創作性が残存するか否かに注目することで、三者に分類する。そして、その三者は法的にはそれぞれ異なる扱いを受けることとなる。以下がその三者とその法的評価である。

①新たに付与された創作性がなく、原著作物の創作性のみが残存している場合

二次創作によって新たな創作性が付与されず、その結果、原著作物の創作性のみが残存しているような二次創作物の場合、二次創作者は新たな権利を得ることなく、原作者のみが権利を持つこととなる。そのため、二次創作によりこのような作品を創作・発表した場合、原著作(権)者の権利を侵害することになる。この類型に該当するUGCには、既存の音楽をただつなぎ合わせた動画などが挙げられる³。

¹ 「二次創作」という語は、明確な定義がない語であるが、ここでは島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号(2001)28頁における定義による。

² 「創作性」概念がどのようなものであるかは諸説ある。例としては、「他人の著作物と異なるものを作成した」(田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001)12頁)、「作者の個性が著作物の中に何らかの形で表れて」いる(半田正夫『著作権法概説 第13版』(法学書院、2007)73頁)、「表現の選択の幅」(中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007)53頁)などが挙げられる。

³ このような動画は、動画共有サイト上では「作業用BGM」といわれている。なお、このような編集物の場合、その素材の選択または配列に創作性が認められる可能性もある(編集著作物、12条1項)。

(参考1) いわゆる「擬人化」の例



《原著作物》⁴



《二次創作物（擬人化）》⁵

右のイラストは、左に示したポケモンが、人だったらどのような姿かを表現したものである。リボンの色など、原著作物のポケモンのアイデアを用いていることは分かるが、ポケモンの姿形など、原著作物の創作性は右の絵からは感得できず、残存していないといえる。

②二次創作により新たな創作性が付与された一方、原著作物の創作性も残存している場合

二次創作によって原著作物にはない新たな創作性が付与された一方で、原著作物の創作性も未だ残存しているような二次創作物の場合、その著作物は二次的著作物とされ、当該二次的著作物に原著作者の権利が及んだ上で、さらに原著作者と二次創作者（二次的著作物の著作者）は、同一の種類の特権を有することになる（著作権法28条）。そのため、本類型に該当するUGCも同様に、創作・発表した場合には、制限規定に該当しない限り原著作(権)者の権利を侵害することになる。この類型には、二次創作によって生み出されたほとんどのUGCが当てはまると思われる。

③二次創作により新たな創作性が付与され、原著作物の創作性が残存していない場合

二次創作によって原著作物にはない新たな創作性が付与され、原著作物の創作性が失われて残存していない二次創作物の場合（原著作物のアイデアのみを利用している場合も含まれる）、その著作物は二次創作者のみが権利を持つことになる。そのため、先の類型①および類型②と異なり、原著作物にかかる権利を侵害することはない。この類型に当てはまるUGCには、小説の設定のみを利用したイラストや、いわゆる「擬

⁴ 「ジュカイン - Yahoo!きっずポケモン」〈<http://pokemon.kids.yahoo.co.jp/zukan/detail/254.html>〉

⁵ 「6月嫁 | ほまれ」〈http://www.pixiv.net/member_illust.php?illust_id=27678543&mode=medium〉

人化」イラストなどが挙げられるだろう。(→参考1)

これら3つの種類のうち、①の種類については新たな情報を何ら生み出しておらず、海賊的複製とほぼ同視できる。そのため、保護をする価値は低いと言える。また、③の種類については、法的には、既存著作物を利用しない一般的な創作と同様である。そのため、現状に加えて何らかの保護を行う必要性はない。その一方で②の種類について現行法の下では、原作者の許諾がない場合には原作者の著作権を侵害することとなり、賠償請求や差止めを受ける可能性がある。しかし、これは既存の著作物を利用することで可能になる表現が制限されていると捉えることもでき、二次創作による表現活動が自由に行えるという二次創作を行う者の「表現の自由」に抵触する可能性がある。

そこで、以下では、②の種類に注目して検討を行うことで、現行の著作権法の問題点を明らかにする。

第3章 著作権法と表現の自由

著作権で保護されたある表現が存在するとき、その表現を他者が利用した場合¹、その行為は著作権を侵害していることになる。この場合、後続利用者は自身が表出したいと考えている表現を禁止されているといえ、憲法に規定される表現の自由を侵害されるともいえる。特に、UGCのような著作物については、先行する著作物の表現を利用する場合も多く、そのような問題が起こりやすいとも考えられる。そこで本章では、特にアメリカ合衆国における著作権と表現の自由との関係性についての議論をみていくことにする。

第1節 米国著作権法と表現の自由の調整原理

著作権が設定されることによって、表現は表出者に管理されることになり、他者の自由利用は禁止される。そのため、著作権法の制定は、憲法に規定される表現の自由を侵害する国家行為であると評価されてしまう²。しかし、従来その点についてはわが国においても、そして合衆国においても軽視されてきたという³。その理由の1つとしては、合衆国では「アイデア・事実／表現形式二分法」(idea/expression dichotomy)、そして「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine)という2つの法理によって、著作権法と表現の自由を定めた合衆国憲法修正1条⁴がすでに調整されている⁵といわれてきたことにある。そこで、まずは合衆国最高裁がその2つの法理について見解を示した重要な判例である Harper & Row 事件、Eldred 事件を見ていくことにする。

¹ ただし、後続著作者による先行著作物へのアクセスがない場合や、両者が独立して創作された場合には、著作権侵害にはあたらない。(依拠の要件については田村善之『知的財産法 第5版』(2010、有斐閣) 440頁、田村善之『著作権法概説 第2版』(2001、有斐閣) 50頁など参照。)

² 大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社、2011) 20頁、92頁参照

³ 同 26頁

⁴ 合衆国憲法修正1条「連邦議会は、国教を樹立し、または宗教上の行為を自由に行うことを禁止する法律、言論または出版の自由を制限する法律、ならびに人民が平穏に集会する権利、および苦情の処理を求めて政府に対し請願する権利を侵害する法律を制定してはならない。」邦訳は、樋口陽一＝吉田善明編『解説 世界憲法集 改訂版』(三省堂、1991) 49頁〔野坂泰司〕による。

⁵ 後述する Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003) では、この2つの規定を”built-in First Amendment accommodations” (内蔵された修正1条との調整法) と呼んでいる。

1. Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises⁶

前述したように、合衆国においては従来、著作権法に「アイディア・事実／表現形式二分法」と「フェア・ユースの法理」が定められていることによって著作権法の修正 1 条上の問題はすでに調整済みであるとされてきた。この考え方を裁判において表明した事件の一つに、以下で説明する 1985 年の Harper & Row 事件がある。

・事件の概要

原告出版社は、フォード元大統領と回顧録の出版に関する契約を締結した。この録には、「いままで公表されていない重要な素材」(significant hitherto unpublished material) が含まれていた。また、本契約には、回顧録を書籍の形で出版する権利に加えて、ファースト・シリアル・ライツ (first serial rights) として知られている、出版前に抜粋記事の掲載を許諾することができる権利が含まれていた。

回顧録が完成に近づいた 2 年後、原告は Time 誌と、出版前の抜粋記事の掲載についての契約交渉を行った。その結果、Time 誌は 25000 ドルを支払うことで合意し、半分の 12500 ドルを前金で、残りの 12500 ドルを出版時に支払うことになり、Time 誌は回顧録の抜粋を掲載する権利を得た。この契約については独占性が重要視されていたため、Harper & Row 社は原稿の秘密性の保持に気を付けており、Time 社は抜粋のリリース前に内容が公開された場合には、2 回目の支払いについて再交渉する権利を留保していた。

Time の記事が発表される予定の 2、3 週間前、政治評論誌 The Nation の編集者 Victor Navasky のもとに、身元を隠した者によって、フォードの回顧録の原稿の一部が持ち込まれた。Navasky は、自身が原稿を持っていることは許可を得ていない行為であり、すぐに「出所」(source) に返すべきことは知っていた。しかし、「とてもホットなニュース・ストーリー」(a real hot news story) と自身が信じる点について、この原稿のみからの引用、言い換え、事実などから手早く記事にした。この際、Navasky は、独自の論評、調査、批評を行わなかった。これは、「フォードの本に先んじて出版する」([publishing] in advance of publication of the Ford book.) ことで「ニュースにする」(make news) ためには、スピードが重要だったからである。この、2250 語からなる記事は、1979 年 4 月 3 日に The Nation 誌において発表され、その結果、Time は記事掲載を中止し、後金の 12500 ドルの支払いを拒否した。

本件は、原告 Harper & Row 社が、被告 Nation 社に対し、不法利用、契約への不法介

⁶ Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises 471 U.S. 539 (1985)

本裁判については、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ (内藤篤訳) 『米国著作権法詳解 — 原著第 6 版— (下)』(信山社、2003) 658 頁および、大日方・前掲注(2) 129 頁参照。

入、著作権法違反を理由としてニューヨーク南部地区連邦地方裁判所に提起したものである。

本件最高裁判決の中では、著作権法と修正 1 条の関係について次のように述べられている。「修正 1 条については、すでに著作権法が、著作権によって保護される表現と保護されない事実やアイデアを区別している点、および学問と論評の自由がフェア・ユースの法理によって伝統的に与えられている点に盛り込まれており、有名人を著作権の例外とするようにフェア・ユースの法理を拡張することが、法的に認められているとはいえない。」⁷

また、「(著作権法の) 立案者は著作権法を、自由な表現のエンジンにしようとしていたことを忘れてはならない」⁸と述べ、著作権法は、表現の利用に対し市場性のある権利を創設することで、アイデアを創造し、広めることに経済的なインセンティブを与えていると説明している。そこからは、著作権法の制定によって、表現の自由をただ制限するだけでなく、反対に自由な表現を生み出していると裁判所が考えていることがうかがい知れる。

2. Eldred v. Ashcroft⁹

・事件の概要

まず、アメリカ合衆国憲法 1 条 8 節 8 項¹⁰には、「著作権・特許条項 (The Copyright and Patent Clause)」と呼ばれる次のような規定がある。

著作権法 1 条 8 節 8 項

著作者および発明者に対し、一定の期間その著作および発明に関する独占の権利を確保することにより、学術および技芸の進歩を促進すること。¹¹

そして 1998 年、合衆国議会は著作権保護期間延長法 (Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998 : 以下「CTEA」)¹²を制定した。これにより、1976 年著作権法の下では著作者の死後 50 年まで存続していた著作権が、死後 70 年まで存続するようになった。

原告 (控訴人、上告人) Eric Eldred は、パブリックドメインとなった著作物を用いてサ

⁷ 471 U.S. at 560

⁸ *Id.* at 558 括弧内は筆者による

⁹ Eldred v. Ashcroft 537 U.S. 186 (2003) 本裁判については、大日方・前掲注(2) 161 頁以降、およびマーシャル・A・リーファー (牧野和夫監訳) 『アメリカ著作権法』(雄松堂出版、2008) 326 頁参照。

¹⁰ U.S. CONST., Art. I, § 8, cl. 8.

¹¹ 樋口ほか・前掲注(4) 43 頁〔野坂泰司〕

¹² 17 U.S.C. § 302

ービスを行っていたが、CTEA の制定によって、適法に配信できたはずの著作物が利用できなくなったとし、CTEA が合衆国憲法 1 条 8 節 8 項および修正 1 条に違反しているという宣言判決 (declaratory judgment) ¹³を求めて提訴した。一審において、コロンビア地区連邦地方裁判所は原告の主張を棄却し、二審でもコロンビア特別区連邦控訴裁判所は控訴を棄却した。連邦最高裁は、移送命令書を受理し、その後、①連邦議会は、著作権条項の下で既存著作物の著作権保護期間を事後法で延長する権限を有しているという、連邦控訴裁の解釈は正しいか、②既存のおよび将来の著作権の保護期間を延長する法律は、修正 1 条にもとづく憲法上の疑義を無条件に免除されているか、この 2 つの論点にその内容を限定し、これらが最高裁での主な争点となった¹⁴。

・判旨

7 対 2 で上告を棄却した。2 つの論点に対する Ginsburg 判事による法廷意見は次の通りである。

①著作権条項との関係

まず裁判所は、著作権条項について、本条項は連邦議会に対して著作権保護のために「一定の期間」を定め、現在そして未来のすべての著作権者に対して等しい水準と期間を確保する権限を付与していることを判示した¹⁵。

そして原告は、「一定の (limited)」という文言から、期間に関する規定について、一度設定されると永久に「固定される (fixed)」もしくは「変更できない (inalterable)」という指令がなされていると主張しているが、本条項が立案された時においても単語の意味は現在と変わらなく¹⁶、歴史を見ても既存の著作権と将来の著作権の両者に保護期間の延長を行っている¹⁷ため、すでに存在する著作権の保護期間を延長することは、著作権条項の下で連邦議会に付与された権限を逸脱しているという原告の主張を認めなかった¹⁸。

¹³ 宣言判決法 (28 U.S.C. § 2201-§ 2202) に基づく判決である。「原告がその権利について不安・懸念をもつときに、権利関係、法的地位を宣言することにより紛争の終結を目指してなされる制定法上の remedy (救済)。…宣言された事項については、当事者間で通常の判決と同様の拘束力をもつ。」(田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991) 233 頁) 行政訴訟における宣言判決については、嘉藤亮「アメリカ行政訴訟における宣言判決訴訟 (一)」早稲田政治公法研究 90 号 (2009) 1 頁および嘉藤亮「アメリカ行政訴訟における宣言判決訴訟 (二・完)」早稲田政治公法研究 91 号 (2009) 61 頁を参照。

¹⁴ 537 U.S. at 198 および、大日方・前掲注(2) 166 頁参照

¹⁵ *Id.* at 199

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.* at 200

¹⁸ *Id.* at 204

また、CTEA の制定によって、EU において、アメリカ人の著作物が EU 加盟国国民の著作物と同等の保護を受けられたり¹⁹、著作権者が著作物の復元と公布に対して投資が予測されたり²⁰するなどのインセンティブがあることから、裁判所は CTEA を合理的な法令であるとした²¹。その上で、CTEA に関する議会の決定や政策判断について、後知恵で批判することはできず、やはり CTEA は、著作権条項の下で付与された議会の権限を容認しがたいほどこに行使したものではないと判示した²²。

② 修正 1 条との関係

原告は、先の主張とは別に、CTEA は修正 1 条の下での高度な司法審査を欠いている内容中立規制であると主張したが、裁判所は厳格審査を求める原告の申し立てを却下した²³。

その理由として裁判所はまず、著作権条項と修正 1 条は近い時期に制定され²⁴、このことから、憲法の起草者は、著作権による限定された独占権は表現の自由と矛盾しないと考えていたといえる²⁵²⁶ことを挙げている。そしてもうひとつ、著作権法には内蔵された修正 1 条との調整法を含んでいる²⁷ことも理由に挙げている。

ここでいう調整法の一つは、アイデアと表現を区別して、後者のみを著作権保護の対象としている²⁸こと（アイデア・事実／表現形式二分法）であり、それにより著作権で保護された作品に含まれる全てのアイデアや理論、事実が、公表されると即座に公衆の利用が可能になるとしている²⁹。もう一つの調整法はフェア・ユースの抗弁である。裁判所は、この法理によって特定の状況においてはアイデアや事実だけでなく、表現の使用も可能

¹⁹ *Id.* at 205

²⁰ *Id.* at 206

²¹ *Id.* at 208

²² *Id.*

²³ *Id.* at 218

²⁴ 著作権条項は 1788 年、修正 1 条は 1791 年に制定されている。

²⁵ 537 U.S. at 219

²⁶ 矛盾が無いことの実例として、ここでは Harper & Row 事件 (471 U.S. at 558) でも述べられている、著作権法が自由な表現のエンジンであるという論が示され、著作権法の制定が表現の自由を促進している旨が述べられている。

²⁷ 537 U.S. at 219

²⁸ 17 U.S.C. § 102 (b) 「いかなる場合にも、著作権者が作成した創作的な著作物に対する著作権による保護は、着想、手順、プロセス、方式、操作方法、概念、原理または発見(これらが著作物において記述され、説明され、描写され、または収録される形式の如何を問わない)には及ばない。」邦訳は、CRIC の外国著作権法令集 (山本隆司訳) 〈<http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america.html>〉による。以下アメリカ著作権法については同様。

²⁹ 537 U.S. at 219

であるとし、学術よび論評だけでなく、パロディにさえ自由利用を認めているとしている³⁰。

また CTEA は、図書館および公文書館におけるコピーに関する権利制限³¹や、小規模事業者のラジオやテレビの音楽に関する権利制限³²など、修正 1 条に関する伝統的なセーフガードを補足する³³ものであるといえるとした。

以上のことから、本件のように連邦議会が著作権保護の伝統的な外形を変更していないような場合には、修正 1 条に基づく審査は不要であるとした³⁴。

このように、最高裁が、「アイデア・事実／表現形式二分法」と「フェア・ユースの法理」の 2 つの法理によって、修正 1 条に関する問題はすでに解決済みであると考えている点、そして、それ故に表現の自由（言論の自由）のために、現状以上にフェア・ユースの法理を拡張する必要はないと考えている点が見て取れる³⁵。

では、この 2 つの法理によって、表現の自由に関する問題は果たして解決されているといえるのだろうか。次節では、その点について検討を行う。

第 2 節 アイデア・事実／表現形式二分法

Harper & Row 事件では、「アイデア・事実／表現形式二分法」について、以下のよう

³⁰ *Id.*

³¹ 17 U.S.C. § 108 (h) (1) 「本条において、発行著作物に対する著作権の保護期間の最後の 20 年間に、図書館または文書資料館(図書館または文書資料館として機能する非営利的教育機関を含む)は、相当な調査に基づいて第(2)節(A)(B)(C)に定める条件に該当しないと判断した場合には、保存、学問または研究のために、かかる著作物またはその一部のコピーまたはレコードをファクシミリまたはデジタル形式にて複製、頒布、展示または実演することができる。」

³² 17 U.S.C. § 110 「第 106 条の規定にかかわらず、以下の行為は著作権の侵害とならない。」
(5) (B) 「一般公衆が受信することを意図した非演劇的音楽著作物の実演または展示を収録する送信または再送信を行う施設 による伝達であって、ラジオもしくはテレビの放送局として連邦通信委員会の免許を受けた局または視聴覚送信についてはケーブル・システムもしくは衛星通信事業者が発信したもの。ただし、以下の条件を満たす場合に限り。」…以下に続く条件については省略した。

³³ これらの規定は、CTEA によって追加された権利制限規定であることから、裁判所はこのように述べている。

³⁴ 537 U.S. at 221

³⁵ なお、2011 年に出された Golan 事件判決 (Golan v. Holder, 131 S. Ct. 1600 (2011)) でも 2 つの法理によって、修正 1 条との調整が行われていると判示されており、同様の考え方を裁判所が維持し続けていることがわかる。

「アイデア・事実／表現形式二分法は、修正 1 条と著作権法の間での定義的衡量 (definitional balancing) である。それは、著作者の表現 (author's expression) をなお保護する一方で、事実 (facts) の自由なコミュニケーションを許容している」。³⁶

また Eldred 事件においても、著作権法に内蔵された修正 1 条との調整法がいまだ規定されており、修正 1 条に関する伝統的なセーフガードが補足された場合には修正 1 条上の審査は不要であるとしている³⁷。

このように、合衆国の裁判においては、著作権法に表現の自由と著作権とを調整する伝統的構造が内包されている場合、著作権保護が表現の自由に当たるとしても修正 1 条上の審査は不要であると考えられている³⁸。そしてここから、「表現の自由を保護することとそれに対立する著作権を保護することとの間で著作権法は予め価値衡量を施していたのだとする合衆国裁判所の思考法が看取でき」³⁹とあり、このような思考法は、表現の自由の限界を探るときに用いられる、定義づけ衡量 (定義的衡量テスト) の手法を用いていると言われている⁴⁰。

定義付け衡量とは、「定義の段階ですでに規制の正当化理由と憲法上の権利・利益との衡量が行われていると解して、行為規範の定義に該当するものだけを限定的に規制しようとする手法」⁴¹などと説明される考え方であり、「わいせつ」や「煽動」、「名誉毀損」などの行為類型などにおいても用いられている⁴²。そして、アイデア・事実／表現形式二分法およびフェア・ユースの法理を用いてこの定義付け衡量の手法を著作権法に応用すると、「憲法は、著作者の創作意欲を喚起し文化的発展の促進という公共的価値を実現するために、議会に対し著作権法を制定する権能を付与している。このことから、憲法は、著作権制度の下で、一般国民の著作物の利用行為が制限されることを当然に予定しているといえる。ただし、一般国民の著作物の利用行為を制約するといっても、過剰な制約は国民の表現活動に多大な支障をもたらし、かえって文化の停滞を招くことになるから、著作権の規制対

³⁶ 471 U.S. at 556 (quoting Harper & Row, Publishers v. Nation Enters., 723 F.2d 195, 203 (2d Cir. 1983)) 邦訳は、大日方・前掲注(2) 98 頁による。

³⁷ 本論文 10 頁 よび大日方・前掲注(2) 43 頁

³⁸ 大日方・前掲注(2) 44 頁

³⁹ 同書同頁

⁴⁰ 同書同頁

⁴¹ 辻村みよ子『憲法 第 3 版』(日本評論社、2008) 230 頁。定義づけ衡量については、芦部信喜『憲法 第 4 版』(岩波書店、2007) 178 頁における説明において、「性表現について言えば、わいせつ文書の罪の保護法益…との衡量をはかりながら、表現の自由の価値に比重をおいてわいせつ文書の定義を厳格にしぼり、それによって表現内容の規制をできるだけ限定しようとする考え方」と述べられており、表現規制の対象を定義する段階において、表現の自由を重視してその規制対象をできるだけ小さい範囲に限定することが強調されている。大日方・前掲注(2) 44 頁も参照。

⁴² 長谷部恭男「表現の自由と著作権」コピライト 616 号 3 頁

象は厳格に特定されなければならない」⁴³ことになり、それ故に、(アイディアではない)表現の、フェア・ユースに該当しない利用行為だけを、憲法は表現規制として許している⁴⁴と説明される。

しかし、定義的衡量テストにおいて、アイディア・事実／表現形式二分法を用いることについては、以下のようなさまざまな批判がなされている。

まずなされている批判が、アイディア・事実と表現形式とを客観的に区別できるのだろうかというものである。多くの学説では、表現を「外面的形式」と「内面的形式」に分け、「内面的形式」の内部にある内容が著作権法で保護されないアイディアや事実であるとしている⁴⁵。しかし、この説に対しては「所詮は言葉の遊びにすぎず、思想と表現の線引きの判断基準としてはほとんど機能しない」⁴⁶という批判がなされており、「思想と表現の間に明確な線引きをすることはできず、その判断には種々の価値的要素・規範的要素が入り込まざるを得ない」⁴⁷と言われている。このように、保護される表現の概念を確定的に提示できない「アイディア・事実／表現形式二分法」は、「著作権法により保護されるもの／保護されないものを説明する一般的スタンダードとしては成立するが、あるマテリアル(素材)がどちらのカテゴリなのかを決定するルール(法準則)とはなりえない」⁴⁸ため、表現規制を正当化する論拠にできないであろうとされている。

似たような批判に、アイディア・事実と表現形式の区分は、保護される表現と保護されない表現の言い換えであるというものもある。「価値的要素・規範的要素から判断して、保護すべきでない領域を思想とし、保護すべき領域を表現としている」⁴⁹とも言われているように、「個別の事案ごとにアドホックなバラncシングで答えを決めているだけ」⁵⁰であり、「結論を基礎付けているはずの理屈と、結論との距離が近すぎる」⁵¹という問題も指摘されている。

⁴³ 横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察 ——アメリカのCTEA 憲法訴訟を素材として——」学習院大学法学会雑誌 39 巻 2 号 (2004) 38 頁

⁴⁴ 同書同頁、および大日方・前掲注(2) 99 頁参照

⁴⁵ 中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007) 48 頁。このような表現を「外面的形式」と「内面的形式」に分ける考え方は、翻案を説明する際によく用いられる。この考え方を採る例としては、翻案を「既存の著作物の基本的な筋や構成といった原著作物の思想・感情の流れ、すなわちいわゆる内面形式を維持しながら、具体的な表現である外面形式を変えることである」と説明する、作花文雄「詳解 著作権法(第4版)」(ぎょうせい、2010) などに見られる。

⁴⁶ 中山・前掲注(45) 48 頁

⁴⁷ 同 47 頁

⁴⁸ 大日方・前掲注(2) 126 頁

⁴⁹ 中山・前掲注(45) 47 頁

⁵⁰ 長谷部・前掲注(42) 6 頁

⁵¹ 同書同頁

次の批判は、ニュース報道やパロディ表現の保護に不十分なのではないか、というものである。アメリカ合衆国最高裁による判決⁵²で示されているように、「パロディであるからにはパロディとわかる程度には元の作品は再現する必要がある」⁵³といえる。そのため、「パロディに関する限りは、思想と表現の区分という道具立てだけでは、十分に表現活動を保護していない」⁵⁴と考えられる。また、ニュース報道についても問題が生じる。その例として挙げられるのがイングランドのコート・オブ・アピール（民事の控訴裁判所）における Ashdown 事件判決⁵⁵である。この事件は、政治家の密談を記録したメモを新聞社が無断で紙面に掲載した事案において、メモの作者である原告政治家が被告新聞社を訴えた事件である。本件は著作権侵害が認定された判決ではあるが、裁判所は、fair dealing⁵⁶の解釈に当たって、「表現の自由」（ヨーロッパ人権条約 10 条⁵⁷）の価値を考慮した上で、このような事案において著作権の行使が制限されることがあると述べており、ニュース報道においても、「アイディア・事実／表現形式二分法」だけでは足りない場面が存在することが見て取れる⁵⁸。

最後に、著作権法で規制するのは「表現形式」だけであり、アイディア・事実が依然として自由に利用できることをもって、表現の自由を制約していないといつてよいのだろうか、という疑問も呈されている。「後続表現者の表現行為の効果は、その表現の内容だけでなく、それを表出しようとした方法・形式に大きく依存する」⁵⁹ことから、表現の自由を「表現主体による表出内容だけでなく、表出手段まで含めた表現行為の全体を、それを一体として国家介入から防御しようという法理論」⁶⁰と理解できる。この理解のように「表出内容の有効性は表出手段と切り離してはかれないならば、手段を規制することは内容を規制したわけではないといったとしても、それはまさに表現行為に対する規制を正当化する理

52 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) 本事件の詳細については後述。

53 長谷部・前掲注(42) 4 頁

54 同 5 頁

55 Ashdown v. Telegraph Group Ltd (2001) EWCA Civ 1142, (2002) Ch 149 (61). 本事件については 5 章も参照。

56 イギリス著作権法 30 条 1 項「当該著作物若しくは他の著作物又は著作物の実演の批評又は評論を目的とする著作物の公正利用は、十分な出所明示を伴うこと及びその著作物が公衆に提供されていることを条件として、その著作物のいずれの著作権をも侵害しない。」邦訳は、CRIC の外国著作権法令集（大山幸房訳）〈<http://www.cric.or.jp/gaikoku/england/england.html>〉による。

57 ヨーロッパ人権条約 10 条 1 項「すべての者は、表現の自由についての権利を有する。この権利には、公の機関による干渉を受けることなく、かつ、国境とのかかわりなく、意見を持つ自由並びに情報及び考えを受け及び伝える自由を含む。…」(邦訳は、田畑茂二郎ほか編『国際人権条約・宣言集』(東信堂、1990) 295 頁による。)

58 長谷部・前掲注(42) 6 頁

59 大日方・前掲注(2) 126 頁

60 同 121 頁

屈にしかない」⁶¹という批判もなされている。

第3節 フェア・ユースの法理

1. 合衆国著作権法におけるフェア・ユースの法理

合衆国最高裁が修正1条上の問題を解決しているとしたもう一つの理由が、合衆国著作権法にフェア・ユースの法理が規定されていることである。

本法理は、はじめ判例法理として生成され、1976年法改正によって合衆国著作権法107条に以下のように明文規定がなされることとなった。

「第106条および第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授(教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む)、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース(コピーまたはレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む)は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 使用の目的および性質(使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む)
- (2) 著作権のある著作物の性質。
- (3) 著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性。
- (4) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響。

上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。」⁶²

本条項は、判例法の内容をそのまま明文化したものであるため、「フェアユースの抗弁は、正確な定義づけに逆らい続け、著作権法の究極の目的を弱体化させる場合に侵害を認めるという場当たり的な条理の原則に留まっている」⁶³ともいわれており、本概念の明確な定義

⁶¹ 同書同頁

⁶² 17 U.S.C. §107 邦訳は、CRICの外国著作権法令集(山本隆司訳)
(<http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america.html>)による。

⁶³ マーシャル・前掲注(9) 672頁

はない状態にある。

フェア・ユース条項が扱われた事案として重要な判決の一つに、先述の Harper & Row 事件が挙げられる。本事件を通して、実際にどのようにフェア・ユース該当性が判断されるかを次で確認する。

2. Harper & Row 事件におけるフェア・ユース判断

本件最高裁判決において、米国著作権法 107 条においてフェア・ユースを判断する際に考慮すべき要素として挙げられている 4 つのファクターについて、次のように判断を行っている。

(1) 著作権利用の目的

高裁で認定したように、本件利用はニュース報道目的であるとしたうえで、107 条の第 1 文に挙げられた利用形態について、「このリストは排他的なものではなく、逆に当リストに挙げられた利用が『公正な』利用であるとの推定がはたらくわけではない」⁶⁴とし、その上で「107 条第 1 文がいう利用が具体的な事件でフェア・ユースに当たるかは、第 2 文で述べられたことを含めた、決定力のあるファクターの適用いかんにかかっている」⁶⁵という上院報告書を引用している。

また、ニュース報道の目的は商業目的ではないという Nation 社による主張を退け、本件利用が商業的利用であることはフェア・ユースの認定に否定的要素としてはたらくとしている。

(2) 著作物の性質

本件で扱われた回顧録である“A Time to Heal”は、未発行の歴史的な叙述または自伝というふうに分類することができる。そして著作権法はフィクションやファンタジーと比較して事実に基づいた著作物を伝える必要性が高いという認識のもとにあるとする。

しかし、Nation は、著者の個性的な表現を引用して有名人の主観的な描写を構成しており、そのような「著作物の最も表現的な部分に焦点を当てた利用は、事実の伝達に必要な程度を越えている」⁶⁶と判断している。

また、著作物が未発行であるということが、本ファクターの判断に際して決定的に重要なことであるとしており、未発行の著作物についてはフェア・ユースの成立範囲が狭くな

⁶⁴ 471 U.S. at 561

⁶⁵ Senate Report No.94-473 at 62 (1975)

⁶⁶ 471 U.S. at 564

るとした。ただしこの点については、のちの著作権法改正において 107 条に「上記のすべての要素（筆者注：107 条に挙げられた 4 つのファクターを指す）を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。」⁶⁷という文言が追加され、その後の判決においては重要視されなくなった⁶⁸。

(3) 利用された著作物の量および実質的価値

「法の文言が示すように、侵害作品を見た上で、たとえそれが些細なものであったとしても、利用は許されない」⁶⁹、「侵害作品の相当な量が逐語的な複製という事実が示されれば、原作者と剽窃者にとって、複製された部分が質的に価値があるものだという証拠となる」⁷⁰と述べた上で、本件における引用の量や引用された表現の価値を考慮し、本件における利用はごく僅かであったという控訴審の判断を否定した。

(4) 市場に与える影響

本判決では、フェア・ユースの判断においては本ファクターが最も重要な要素であると述べている。その上で、原告が後金である 12500 ドルの支払いを Time 社から拒否された点について著作権侵害による実害の証拠であると認め、被告がその点について反駁できていないとしている。

また、フェア・ユースを否定するためには、「問題になった使用が仮に『広く行われていたら、著作物の潜在的な市場に悪影響をもたらす』⁷¹ことさえ示せばよい」⁷²と述べ、被告が行った利用は、原告が Time 社にライセンスしようとしていた利用態様と同じであり、未発表状態の抜粋に対して存在する市場のシェアを巡る、直接的な競争行為であるとした。

以上の 4 ファクターの検討を行った上で、Ford 回顧録の利用についてフェア・ユース該当性を否定した。

⁶⁷ 17 U.S.C. §107 邦訳は、CRIC の外国著作権法令集（山本隆司訳）
〈<http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america.html>〉による。

⁶⁸ Harper & Row 判決後のフェア・ユースにおける未公開の性質に関する判決および、107 条改正に至る経緯については、マーシャル・前掲注(9) 683 頁、およびロバート・前掲注(6) 675 頁参照

⁶⁹ *Id.* at 565

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451 (1984)（強調は引用者）

⁷² 471 U.S. at 568

このように、フェア・ユースの判断においては、107 条に挙げられた 4 つのファクターを考慮した上で判断を下している。

3. フェア・ユースが抱える問題点

Harper & Row 事件などでも述べられているように、フェア・ユースの法理の存在が修正 1 条に規定される表現の自由との関係を調整していると言われている。では、そこに問題は無いのであろうか。ある論者は、この点について数点指摘している。

まず指摘されている問題点は、フェア・ユースの法理が非常に曖昧である⁷³という点である。107 条では、フェア・ユース該当性を判断する際に考慮される 4 つのファクターを規定しているが、Harper & Row 事件において、「107 条においては、特定の利用が公正とされるかどうかはケースバイケースの判断を必要としており、法は 4 つの非排他的な考慮すべきファクターを規定している」⁷⁴と述べていることから分かります。裁判において考慮されるファクターは、法に定められた 4 つのファクターに限られたものではないということがわかる。また、4 つのファクターのどれを重要視するか定見がない⁷⁵ともいわれ、これらのように判例に一貫性が見られないことから、「著作物利用者は、著作権者による訴訟提起の危険にさらされている」⁷⁶といえ、表現の萎縮などの可能性が考えられる。

ただし、フェア・ユースの法理は、個別的権利制限規定しかなかったアメリカ著作権法に、一般規定として追補されたものであり、その点に注目して、「もともとフェア・ユース規定はなかったという状態を想起するなら、それでも権利制限の一般規定を法定したら、それは表現の自由にとって有意なことであったと評価することができるはずである」⁷⁷といった肯定的な評価もある点は注目に値する。

二点目に指摘されているのは、フェア・ユースの法理が表現内容に基づく法理論であるという問題点である⁷⁸。これは、裁判所が第 1 ファクターを特定するに当たって、しばしば公益の有無を考慮している点、フェア・ユースの法理が教育目的またはニュース報道目的でのコピーに特に寛容である点に表れているという。この点についても、「言論の内容により表出行為の適否を判定する権限を国家機関に与えるような法理論は、はたして憲法理論

⁷³ Rebecca Tushnet, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common With Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B. C. L. REV. 1, 24 (2000)

⁷⁴ 471 U.S. at 549 (emphasis added)

⁷⁵ 大日方・前掲注(2) 146 頁 参照

⁷⁶ 同 147 頁

⁷⁷ 同書同頁

⁷⁸ 同 148 頁

に適合的なものであろうか」⁷⁹と疑問が出されている。

次の批判は、第1ファクターにある。Harper & Row における O’Conner 裁判官の法廷意見によると、第1ファクターの判定に当たっては善意 (good faith) または公正なやり方 (fair dealing) という「被告の行為の適切さ (propriety)」⁸⁰も重要な要素となっていたという⁸¹。この点は、「表現行為とは区別される別次元の行態により、表現行為の適法性を判定する法理論」⁸²となり、表現の自由を保護する法理論として理に適っているかが問題である。

最後の批判は、Harper & Row 事件のように事実的なものと内省的なものとの区別を持たない、もしくは区別困難な表現物について、このような状況下でフェア・ユースが否定されると、著作権客体性を欠く情報まで著作権者にコントロールされることがあり、フェア・ユースの法理はこのような事態に対処できない、というものである⁸³。

フェア・ユースの法理が表現の自由に配慮した一般制限規定として法定されたことにより、規定がない場合と比べアメリカ著作権法はより表現の自由に配慮した法制度となったといえる⁸⁴ため、フェア・ユースの法理については一定の評価はあるものの、やはり著作権法と修正1条の調整法として問題があるといわれている。

第4節 裁判所が果たす役割

著作権法と表現の自由の問題については、そのほかにも問題が指摘されている。それは、裁判所が果たす役割についてである。Eldred 事件の法廷意見では、議会の決定や政策的判断について、裁判所が口を出す立場にはない旨を裁判所が述べている⁸⁵。確かに、著作権の延長は、国家の経済政策と密接に絡んだ問題であり、裁判所の司法審査に馴染みにくい⁸⁶ともいわれる。しかし、「立法過程における効果的な歯止めを期待できないということに鑑み

79 同 149 頁

80 Harper & Row, 471 U.S., at 562 (quoting 3 Nimmer § 13.05 [A], at 13-72)

81 大日方・前掲注(2)

82 同 156 頁

83 同書同頁参照

84 同 157 頁

85 537 U.S. 186, 208

86 横山久芳「ミッキーマウス訴訟がもたらしたもの ——著作権保護期間延長立法の合憲性」 ジュリ 1244号 (2003) 271 頁

れば、…立法府の広範な裁量に委ねることは許されなく」、CTEA の制定が繰り返され、表現の自由の侵害が拡大するという「悪循環に歯止めを掛けることができるのは、やはり裁判所しかない」⁸⁷ため、「今一步踏み込んだ司法審査を行い、人権保障の最後の砦としての役割を積極的に果たすべきではなかったか」⁸⁸、と述べる論者や「裁判所は、著作権制度の改廃が『政治問題』に属するということを理由として、著作権制度に対する適正な司法審査を拒絶してはならない。模試裁判所が自らの任務を放棄し、全てを議会に一任するようなことになれば、我々は議会の暴走を食いとめる手立てを失い、憲法における表現の自由の理念も画餅に帰するであろう」と述べる論者もあり、本判決が政策判断の是非に踏み込まなかった点に対し、批判が多い。裁判所が担うべき役割は、政策形成過程におけるバイアスの解消⁸⁹などの点も指摘されており、今後裁判所が表現の自由に関する問題について、どのような判断を下していくのか、注視する必要があるだろう。

第5節 小括

本章では、著作権法と表現の自由との問題について、アメリカにおける議論を中心として確認をした。すると、従来、アメリカ著作権法にはアイデア・事実／表現形式二分法とフェア・ユースの法理が存在し、それによって表現の自由の問題は解決済みとされてきたが、この理論には問題があることがあることが垣間見えた。

では、わが国ではどうであろうか⁹⁰。わが国の著作権法には、アイデア・事実／表現形式二分法については法定されている⁹¹が、フェア・ユースの法理については存在せず、制限規定は個別限定列挙方式を採用している。フェア・ユースのような一般規定には、いくつかの問題があるとはいえ、一般規定を欠くわが国の著作権法は、表現の自由との関係でより問題が生じやすいといえるのではないだろうか。

87 同 272 頁

88 同書同頁

89 田村善之「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1 号 (2010) 28 頁 政策形成過程におけるバイアスと裁判所の役割については、5 章で詳述する。

90 日本国憲法 21 条「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。」日本では、この 21 条において表現の自由を保障している。

91 著作権法 2 条 1 項には、著作物の定義として「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」とある。ここに「創作的に表現した」という要件があることから、日本法においてもアイデア・事実／表現形式二分法が採用されていることがわかる。

第4章 現行法の枠内での解決

前章で著作権法と表現の自由の関係を確認したところ、現行の著作権法、特に一般規定を持たないわが国においては問題があることがわかった。では、その問題点を現行法の解釈によって解決することはできないのであろうか。本章では、そのいくつかの可能性について検討する。

第1節 著作権法32条（引用）による解決

著作権法32条には、権利制限規定の一つとして、引用して利用できることが認められている。では、二次創作のように他の著作物を取り込んで利用する場合について、その利用を引用とみなし、適法利用とすることはできないであろうか。

32条1項では、適法引用の要件として、「公正な慣行」および「正当な範囲内」という二つの要件を定めている一方、判例では従来、適法引用の基準として「明瞭区別性」と「主従関係」という二つの要件を用いて判断してきた¹。この判例に基づく要件の下では、二次創作のように他の著作物を取り込んで利用する場合、明瞭区別性の要件を満たすことは著しく困難といえるため、取込型引用ではおよそ自由利用が認められない²といわれている。

しかし、近年では、当該最高裁判決の判断基準を維持することが社会状況にマッチしていなければ、その射程を狭く解するべきであるという論³や、32条1項にもともと規定された「公正な慣行」および「正当な範囲内」という2要件に立ち返り、引用の要件を再構成する論⁴も登場してきている。この論によれば、32条1項の文言に立ち返ることで、引用側が言語の著作物であり、明瞭区別性が要求される「批評型」の引用だけでなく、パロディ等、明瞭区別性を満たさない「取込型」の引用や、言語以外の著作物が引用側となる引用

¹ モンタージュ写真事件第1次上告審（最判昭55・3・28判時967号45頁）によって示された基準であり、その後の判決においても踏襲されている。（この点について、中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007）258頁参照）

² 田村善之『著作権法概説 第2版』（有斐閣、2001）242頁参照。ただし、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号（1999）93頁では、「他人の著作物（引用された著作物）が自己の著作物の中に完全に融合されて、明瞭な区別すらできない場合には、他人の著作物を変容した度合が大きすぎて、複製権侵害ないし翻案権侵害にすら当たらない場合もあり得る」と述べられており、従来の要件に基づいた場合においても二次創作が適法引用に当たる可能性が示されている。

³ 飯村・前掲注(2)93頁

⁴ 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫先生古稀記念論集『著作権法と民法の現代的課題』（法学書院、2003）307頁参照

が認められる余地があるという⁵。ただしその一方で、同論文内では、明瞭区別性を満たさない引用が「公正な慣行に合致する」場合が存在するか⁶、言語以外による表現が 32 条 1 項の目的を有する場合が存在するか、本要件とは別個に著作権者人格権についてどうクリアするかという問題が生じるとも指摘されている⁷。

また、近年、裁判例においても、鑑定証書に対象の絵画の縮小カラーコピーを添付する行為について、著作権者等の権利保護に資する行為であり、かつ、必要な行為である反面、著作権者の経済的利益が損なわれないことを理由に、引用の目的上「正当な範囲内」であるとして当該行為を適法引用とした判決⁸が登場した。しかし、二次創作については、「著作権者等の権利保護に資する行為」とはいえず、射程外と考えられる。

また、そもそも二次創作を引用とみなすことは、通常想起される「引用」の概念からかけ離れてしまい、一般概念からかけ離れた法の適用が許容されるのかが問題になると考えられるため、引用によって二次創作上の問題を解決するのは困難といえる。

第 2 節 黙示の許諾による解決

もうひとつ考えられる解決法が、「黙示の許諾」の法理を活用するというものである。黙示の許諾とは、明示的に許諾の意思を表示していなくとも、著作権者が当然に予想できる利用などについては、許諾があったと見なすという考え方であり、著作権法関連の裁判例においても、著作権者人格権についての事例ではあるが黙示の許諾を認めたものがある⁹。

二次創作が盛んに行われている動画や画像共有サイトに投稿した場合、著作権者である投稿者が、当該サイトで自身の著作物が二次創作に利用されていることが当然に予想できると考えられるため、本法理を用いることにより、二次創作について黙示の許諾があったとみなすことができる可能性がある。

しかし、明文規定がない点、裁判例もあまりみられなく実効性が不明である点、二次創

⁵ 同論文 329 頁参照。また、横山久芳「著作権法 ——『パロディ』から考える著作権法入門」法教 380 号 (2012) においても、「パロディについては『引用』の規定をもう少し柔軟に適用する余地を認めてよい」という考えが示されている。

⁶ ただしこの点に関しては、表現の自由との関係で、新しい表現形態であるパロディのような公正な慣行がない分野では引用を制限する方向にははたらかないと解する見解 (田村・前掲注(2) 241 頁) や、パロディの作成は社会的に認知された行為であるため、公正な慣行に合致し、引用の目的としても正当であるとする見解 (渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ〔第 2 版〕』(有斐閣、2007) 156 頁) もある。

⁷ 上野・前掲注(4) 329 頁参照

⁸ 「美術鑑定書事件控訴審」知財高判平 22・10・13 判時 2092 号 135 頁

⁹ 知財高判平 18・10・19 平成 18 年 (ネ) 第 10027 号〔判例集未登載〕

作一般に適用することは難しく、あくまで場面が限定されてしまう点などを考慮すると、黙示の許諾をもって二次創作に関する問題が解決できるとは言いがたい。

第3節 小括

本章では、現行法の枠内でも可能な解決について、引用による解決と黙示の許諾による解決について検討したが、どちらも完全な解決には至らないという結論がでた。なお、ここでは触れなかった、権利濫用（民法1条3項¹⁰）による解決のアイデアもあるが、著作権に設定された排他権の行使が果たしてその権利の目的を逸脱するものとみなせるかには疑問があり、問題の解決はできないと思われる。

ここまで、著作権法には表現の自由との問題があること、および、その問題を現行法下において解決することは難しいことを示してきた。そこで次章では、その問題を解決するために、著作権法をどのような制度設計すべきかについて考察する。

¹⁰ 民法1条3項「権利の濫用は、これを許さない」

第5章 リフォーム論の検討

本章では、ここまで見てきたことを踏まえた上で、今後の著作権法をどのような形にしていけばよいか、つまり著作権法リフォームについて考察をしていく。本章では、まず UGC や二次創作の現状を概観した上で、現状にあわせた著作権法リフォームの検討を行う。

第1節 日本における二次創作・パロディと UGC をめぐる状況

日本において、二次創作はどのように行われ、UGC を巡る状況はどのようになっているのであろうか。

日本では、古来より二次創作と呼べる創作が行われてきた。その代表的なものが「本歌取り」¹や「狂歌」²である。これらの表現形態はパロディの一種として説明される³こともある。この「パロディ」については、定義は定まっていないものの、多く見られる特徴としては原作品を想起させる必要があり、原作品等を批評し、茶化したり揶揄したりするものが多く、ユーモアや滑稽さを有するなど説明されており⁴、辞書においても「風刺・滑稽を感じさせるように作り変えた」⁵と説明されるように、批評する目的や、滑稽さを有していることが特徴とされていることが多い。しかし、例えば本歌取りにおいては、そのねらいが「本歌の想起させるイメージを自作歌に描写する情景の背景にし、情趣表現を複雑微妙にしようとするところにあった」⁶と説明されるように、わが国のパロディや二次創作については、批評や滑稽さを常に有しているとはいいがたいといえる。

そして現代のわが国をみると、二次創作は同人誌や UGC といった形で行われるようになっており、それらがパロディの一例として捉えられることも多い。例えば、パロディの例

1 「和歌の表現方法の一首。有名な古歌の一部を用いて新しい歌を作ることをいう。』『大日本百科事典 ジャポニカ 20』(小学館、新版、1980) 571 頁〔藤平春男執筆部分〕

2 「古来の和歌の形式のなかに和歌にふさわしくない反古典的な機知や滑稽を詠みこむもの。』『大日本百科事典 ジャポニカ 7』(小学館、新版、1980) 14 頁〔浜田義一郎執筆部分〕

3 中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007) では、パロディの項目において、本歌取り・替え歌・川柳・狂歌等をわが国における慣習として挙げている

4 青木大也「著作権法におけるパロディの取扱い」ジュリ 1449 号 (2013) 55 頁

5 松村明編『大辞林 第三版』(三省堂、2007) 2083 頁には「パロディー」について、「既成の著名な作品また他人の文体・韻律などの特色を一見してわかるように残したまま、全く違った内容を表現して、風刺・滑稽を感じさせるように作り変えた文学作品。…また広く、演劇・音楽・美術・映像などの作品にもいう」という説明がなされている。

6 前掲注(1)『ジャポニカ 20』571 頁〔藤平春男執筆部分〕

として動画共有サイトの動画や同人誌を挙げる文献⁷があり、文化庁による「海外における著作物のパロディの取扱いに関する調査研究 報告書」においても、パロディの例としてコミックマーケットの同人誌に触れている⁸。しかし、コミックマーケットにおいて頒布されている同人誌の多くは、自身の作品に対する好意を二次創作によって表現した、いわゆるファンアートであると思われる⁹。また、UGCを扱っている動画サイトや画像サイトにおいても、批評や滑稽を表現する目的のパロディは決して多くはないように思われる¹⁰。かつての本歌取りの例や、現代の同人誌やUGCの例を見るに、わが国における二次創作の目的は多岐に渡り、それに伴って「パロディ」が指す表現手法の範囲は原義以上に拡大し、批評や滑稽を目的にしたものだけでなく、様々な二次創作を含んだ概念となっているといえる。そこで、このようなわが国の二次創作・UGCの現状、および日本におけるパロディ概念を念頭に置いた上で、著作権法リフォームの可能性について論じていく。

第2節 著作権法リフォーム案の検討

著作権法リフォームの議論は近年盛んになったばかりであり、特に国内においてはまだまだ提案がほとんどなされていない状態にある。そこでアメリカにおける議論ではあるが、リフォーム論について注目されている2人の論者の提案について、先で述べたわが国の現状と適合するかどうかを検討する。

1. Litmanによる提案

Jessica Litmanは、著作権法リフォームについてある提案を行っている¹¹。その提案とは、著作権法は簡略化、正当性、著作権者とユーザーの権原を強化することを目指し、単一の排他権として再構成する、そしてその単一の著作権とは、商業的利用をコントロールする

⁷ 青木・前掲注(4) 55頁には「我が国でパロディといえば…最近では動画共有サイト等でのパロディ動画や同人誌等も注目されうる」という記述がある。

⁸ 三菱UFJリサーチ&コンサルティング編「海外における著作物のパロディの取り扱いに関する調査研究報告書」(以下「パロディ報告書」)(2012) 103頁〔上野達弘執筆部分〕

⁹ コミックマーケットでは、自身のサークルが扱っているジャンルを、出展申し込み時に申告することになっている。そして、マンガの二次創作を扱ったサークルについては、FCというジャンル名(もしくは、その下位ジャンルとして原作品名)で申告することになる。ここで、このFCとは「ファンサークル」の略である。ここには、コミックマーケットに出展するサークルは作品のファンであり、頒布される同人誌はファンアートの一種であるという、主催であるコミックマーケット準備会の考えが含意されていると思われる。

¹⁰ 画像共有サイトに比べ、動画共有サイトにおいては滑稽を目的としたものも多いと思われる。

¹¹ Jessica Litman(比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム(1)」知的財産法政策学研究 38号(2012) 179頁および、同「真の著作権リフォーム(2・完)」知的財産法政策学研究 39号(2012) 17頁

権利とすべきであるというものである¹²。そしてその根拠と効果については、「非商業的利用は、商業的活用を通じて著作権者が収入を得る機会を過度に害することなく、著作物の利用を奨励することによって著作権の利益を促進」¹³できることから、「クリエイターに重要な経済的権利を与えつつ、同時に著作権の核となる目標を促進する形で著作物を利用し、著作物に触れ合うユーザーの自由を保持することができる」¹⁴ことを挙げている。また同時に、より慎重な代替案として、著作権を単一の排他権とはせずとも「複製、翻案、頒布、公の利用に対するコントロール等の支分権に関して、商業的利用を具現するが、それを超えることはないという定義を与え」¹⁵、「著作権の排他権が及ぶ範囲を、著作物の商業的利用の中核部に位置する利用に対するコントロールとして定め、非商業的で非搾取的な利用は自由にしておくという形」¹⁶をとるという案も示している。これらの案に共通するのは、著作権を商業的な利用に対するコントロール権とすべきであるという点である。

では、著作権を商業的な利用に限るというこの提案は、先にみたような日本の状況にも適合するであろうか。動画共有サイトや画像共有サイトで公開されている UGC は、基本的には商業的な利益を目的としていないといえる。その前提に立つと、権利範囲を商業的な利用に限った著作権法の下では、二次創作による UGC の創作における原著作物の利用に、制限は及ばず、自由な創作ができるようになると考えられ、UGC における表現の自由に関する問題は、一定の解決が可能であろう。

しかし、問題も残される。その一つは、商業的利用の認定に困難が生じる点である。例えば、わが国において、同人誌即売会などで同人誌を頒布する場合には一定の対価を受け取ることが多い。これによって収益を得ている者もいるだろうが、印刷にかかった費用などの同人誌を制作する際のコストを回収している者や、そもそも収益が赤字の者もいるであろう。では、作品を譲渡する際に対価を受け取る場合にはすべて商業的利用と扱うべきなのであるか、それとも、二次的な利用によって利益を上げた場合のみを商業的利用と扱うべきなのであるか。もし前者の判断基準を用いると、わが国における同人誌の頒布の状態を見るに、わが国の二次創作環境とは適合しないと思われ、また後者の判断基準を用いると、商業的利用の認定が複雑化し、困難が生じるであろう。

また、二次創作物を商業利用する場合である。この場合、当然に原作者のコントロールが、二次創作物に及ぶことになるが、特定の場合には商業的な二次創作物に対しても原

¹² Litman・前掲注(11)「リフォーム (2・完)」36-37 頁および 37 頁の注(196)

¹³ 同 38 頁

¹⁴ 同 39 頁

¹⁵ 同 40 頁

¹⁶ 同書同頁

著作者のコントロールを及ぼすべきでない場面が存在するだろう。その主たる例がパロディである。パロディが原作品を茶化したり揶揄したりといった性質をもった場合には、許諾をとるのが難しい¹⁷といわれる一方で、後述する Campbell 事件¹⁸のように、そのようなパロディが商業利用される場合がある。UGC として公開された著作物が、のちに商業利用される場合も多くあり¹⁹、その点を踏まえると、同事件でパロディを認容する判決が出されたように、表現の自由の観点からは商業的利用についても一定の場合に著作物の自由利用が認められるよう、特別な規定が必要ではないだろうか。

2. Samuelson らによる提案

Pamela Samuelson と Copyright Principle Project (CPP) のメンバーらは、著作権リフォーム論に関する報告書²⁰の中で、様々な提案をしている。その中でも、次の2つの提案がわが国における著作権リフォームにおいても参考になろう。

一つ目の提案は、「提案# 1 著作権法は、だれがどの著作物について著作権を有しているのかに関し、よりよい情報が入手できるように、著作権者に対し、彼らの著作物を登録するように促すべきである。」²¹というものである。現在の著作権法が採用している「無方式主義」²²の下では、著作物の権利関係を調べるのが難しく²³、また、収益を生まず、著作者の経済的利益に繋がらない著作物にまで著作権による長期間の保護を与えてしまい、価値がある可能性のある新しい作品に利用することに支障をきたしている²⁴。そこでこの提案では、著作権登録にインセンティブを与え、登録を促すことで、登録作品へのユーザーへのアクセスを容易にし、登録されていない作品については侵害の結果を軽減すべきであるとしている²⁵。そして、非登録著作物については、商業的な損害を生むデッドコピーやほぼデッドコピーに近い複製に対してのみ著作権法によって保護され、ブログ、YouTube のビ

¹⁷ 青木・前掲注(4) 55 頁

¹⁸ Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994)

¹⁹ たとえば、動画サイトで公開されたなど、「【初音ミク】みくみくにしてあげる♪【してやんよ】」〈<http://www.nicovideo.jp/watch/sm1097445>〉など、その後商業流通した UGC は多くある。

²⁰ Pamela Samuelson and Members of The CPP+, The Copyright Principles Project: Directions for Reform, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175 (2010) 全文翻訳は 財団法人デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究 —コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから— 報告書」(以下「コンテンツ報告書」)(2010) 57 頁以下〔石新智規、橋本有加訳〕〈http://www.dcaj.org/project/report/pdf/2010/dc_10_02.pdf〉による。

²¹ Samuelson et al, supra note20, at 1198 (邦訳は「コンテンツ報告書」78 頁)

²² 「コンテンツ報告書」における訳では「不方式主義」となっているが、一般的には「無方式主義」といわれることが多いため、こちらの用語を用いている。

²³ Samuelson et al, supra note20, at 1198 (邦訳は「コンテンツ報告書」79 頁)

²⁴ Id. at 1198-1199 (邦訳は同 79 頁)

²⁵ Id. at 1200 (邦訳は同 80 頁)

参考 1



【鏡音レン】誰でもいいから付き合いたい【オリジナル】²⁹



ミク「誰でもいいから付き合いたいと言ってる奴とは付き合いたくない」³⁰

これらはどちらも同じ動画共有サイトで公開された UGC であり、左の原著作物の楽曲をアレンジし、映像を利用して制作されたのが右の動画である。

参考 2



ゲーム「THE IDOLM@STER」³¹



PSB×アイドルマスター「BABY P」iM@S オールスター³²

一方こちらは、左の原作品であるゲーム内の映像を切り貼りし、既存の音楽に合わせてあたかもプロモーションビデオ風に制作されたのが右の UGC 動画である。

デオ、Flickr²⁶の写真、Twitter のストリームなど、UGC が登録されなければ、非商業的な再利用（二次創作）が可能であるとする²⁷。一方、著作権登録がなされれば、利用者はより簡単に著作権者を見つけることができるはずだという²⁸。

では、この提案を導入することで、わが国における著作権と表現の自由の問題は解決するであろうか。提案にもあったように、二次創作による UGC については原著作物も UGC であるものがある（例：参考 1）。そのような場合においては自由利用が認められる可能性も高く、一定の効果はありそうである。しかし、一方では UGC の中には商業著作物を原著作物とする物も多く（例：参考 2）、二次創作による同人誌などはほとんどが商業著作物を

²⁶ 写真共有サイトのひとつ。

²⁷ *Id.*（邦訳は同 81 頁）

²⁸ *Id.* at 1200-1201（邦訳は同 80 頁）

²⁹ <http://www.nicovideo.jp/watch/sm19480546>

³⁰ <http://www.nicovideo.jp/watch/sm19824378>

³¹ http://www.idolmaster.jp/imas/download/images/wallpaper/imas360g_800.jpg

³² <http://www.nicovideo.jp/watch/sm2291247>

原著作物としている。商業著作物は当然に著作権登録すると考えられ、したがって多くの二次創作は依然として制限されたままであるといえる。それ以外のパロディ等においても商用著作物を対象とすることはあり、そうした際においても表現の自由の観点から自由利用を認めるべき場面はあるように思われる。そのため、この提案のみではまだ表現の自由の問題が解決したとはいえないであろう。

もう一つの提案は、「提案# 6 商業的利用又は商業的な効果は、排他的権利が侵害されているか否かを検討する際に考慮されるべきである」³⁴というものである。提案の前提として、現行法下においては、著作権侵害者と思われる者に対する訴訟を、その費用や結果の不確実性の問題から著作権者がためらうことがしばしばある一方で、権利者が過剰な権利主張を行うことで、非侵害となるであろう利用を萎縮させている現状を指摘しており、著作権法の改正によってこのような著作権者と公衆の利用のバランスを正すべきだという³⁵。そして、そのためには著作権者の排他的権利を洗練し、著作権法は商業上の損害を考慮に入れるべきであるとした上で、2つのアプローチを提案している³⁶。

一つのアプローチは先述の Litman の提案と同じように、「著作権者の排他的権利を商業上の頒布又は商業上の拡布を権利の要素となるように再定義する」³⁷というものである。そしてもう一つのアプローチが、「著作物を全部又は実質的に全部を利用する場合とごく一部を利用する場合とを、後者の利用が著作権者に商業上の損害を及ぼす可能性及び利用者が社会的に生産的な行為に従事している可能性がそれぞれ異なることからその扱いを異ならせる」³⁸というものである。具体的には、著作物の全部または実質的に全部の無許諾利用は著作権者の利益を害する高い蓋然性を持つと考えられる一方、著作物の一部の利用は著作権者に損害を与える可能性が低く、利用者による創作的な寄与を生む可能性が高いため、「著作物の全部又は実質的に全部といえる程度までに至らない無許諾利用に関しては、著作権法は、著作者に対し、その排他的権利の侵害を立証するために商業上の損害を証明することを要求するべき」³⁹としている。

このアプローチは、日本法においてもある程度有効に機能すると思われる。UGC 等の二次創作においては、キャラクターなど著作物の一部を利用することがほとんどであるといえるため、商業上の損害を与えない限りは原著作物の自由利用が広く認められ、表現の自

³³ <http://www.nicovideo.jp/watch/sm19824378>

³⁴ Samuelson et al, *supra* note20, at 1209 (邦訳は「コンテンツ報告書」89頁)

³⁵ *Id.* at 1210 (邦訳は同90頁)

³⁶ *Id.* (邦訳は同書同頁)

³⁷ *Id.* at 1211 (邦訳は同書同頁)

³⁸ *Id.* at 1210 (邦訳は同書同頁)

³⁹ *Id.* at 1211 (邦訳は同書同頁)

由との衝突も多くの場合において回避が可能であるように思われる。しかし、パロディなどの場合、原作品を想起させる必要があるため⁴⁰、場合によっては原作品の全部分を利用し、そこに独自の創作性の要素を足すこともあろう。そのような場合において、果たして自由利用が認められる余地がなくてよいのか、疑問が残る⁴¹。

ここまでリフォーム論に関する提案をいくつか見てきた。その中でも著作権を整理し、商業的利用に対する排他権に限定したり、著作物の一部利用についてはその排他権を狭めたりするという提案は、わが国にとっても、表現の自由や UGC、二次創作の観点からみると一定の効果は得られそうである。しかし、それらの提案を導入したとしても、特定の場合には未だ表現が制限されたままである。3章において、「後続表現者の表現行為の効果は、その表現の内容だけでなく、それを表出しようとした方法・形式に大きく依存する」⁴²ことから、表現の自由を「表現主体による表出内容だけではなく、表出手段まで含めた表現行為の全体を、それを一体として国家介入から防御しようという法理論」⁴³であるという指摘を示したが、これを踏まえるならば、パロディ等、二次創作でなければその効果を発揮できない表現に対しては、特別な保護が必要ではないだろうか⁴⁴。そこで、次節ではパロディ規定の導入について検討する。

第3節 パロディ規定

では、わが国にはどのようなパロディ規定が適しているであろうか。国内においてパロ

40 青木・前掲注(4) 55 頁

41 この点について、Samuelson et al, supra note20, at 1210 (邦訳は「コンテンツ報告書」90 頁) では、本アプローチを取った場合でも、依然としてフェア・ユースの抗弁は可能であると説明されている。フェア・ユースの抗弁が可能であれば、著作権法においてパロディ等が認容される可能性があるが、一般制限規定をもたないわが国においては、原著作物の全体を利用した二次創作は認容される可能性はほとんどないといえる。

42 大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社、2011) 126 頁

43 同 121 頁

44 作花文雄『著作権法 制度と政策 第3版』(発明協会、2008) 533 頁では、パロディと表現の自由について、「基本的枠組みとして、諸利益の比較衡量をした上で、著作権法の各条項が制定されており、相当の合理的な説明なくして憲法第 21 条の表現の自由に基づく権利の制約を説くことは、やや無理がある」と述べている。しかし第 3 章で示したように、著作権と表現の自由に関する諸利益の比較衡量は不十分であるといえるため、表現の自由を根拠として著作権の制限をおこなうことは許容されるであろう。

ディの定義や著作権とのかかわりについてほとんど分析が存在しない⁴⁵ともいわれる一方で、諸外国においては裁判例も多く、学説による議論も盛んである。そこで、以下では各国の著作権法におけるパロディの扱われ方を概観することで、わが国のパロディ規定の検討を行っていく。

1. 諸外国におけるパロディの扱われ方⁴⁶

アメリカ

アメリカ著作権法において、パロディはフェア・ユースを定めた 107 条の下で一定の範囲保護されている⁴⁷。

そして、アメリカにおいて、現状のパロディ概念を確立したと判決であるとされている⁴⁸のが、以下で説明する Campbell 事件最高裁判決⁴⁹である。

本件は、被告・上訴人であるラップグループである 2 Live Crew のメンバーが、原告・被上訴人が著作権を有する楽曲“Oh! Pretty Woman”の歌詞を変更し、楽曲にアレンジを加えてパロディ楽曲を創作し、当該楽曲を収録した CD アルバムをリリースしたことが著作権侵害に問われた事案である。地裁はフェア・ユースを認め、非侵害としたが、控訴裁ではフェア・ユースを認めず、著作権侵害とされた。本件では、以下のようにフェア・ユースの 4 要素について判断を行い、控訴審の判断を破棄し、控訴審に差し戻した。

・第 1 ファクター：著作権利用の目的

第 1 ファクターの判断について、最高裁は、新しい作品が transformative か、それがどの程度を問うことが重要であるという⁵⁰。ここで transformative とは、「最初の作品を新しい表現や、意味、もしくは主張を伴って変化させることで、さらなる目的や

45 小泉直樹ほか「鼎談／平成 24 年度著作権法改正と今後の展望」ジュリ 1449 号 (2013) 24 頁〔小泉発言〕

46 アメリカ、イギリス、フランスにおけるパロディの扱われ方については、財田寛子「米・仏・英における著作権法上のパロディの保護」コピライト 611 号 19 頁も参照。

47 三菱 UFJ リサーチ&コンサルティング編「海外における著作物のパロディの取り扱いに関する調査研究報告書」(以下「パロディ報告書」)(2012) 4 頁〔野口祐子執筆部分〕参照
(http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/chosakuken_toriatsukai.pdf)

48 奥邨弘司「米国著作権法における Parody」著作権研究 37 号 (2010) 13 頁

49 Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994) 本事件については、奥邨・前掲注(48) 15 頁、「パロディ報告書」 6 頁〔野口祐子執筆部分〕および、ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ(内藤篤訳)『米国著作権法詳解 一原著第 6 版—(下)』(信山社、2003) 639 頁参照

50 510 U.S. at 579

異なる性格を伴い、なにか新しいものを付け加えているのか」⁵¹を指すとしている。

その上で、パロディについて、「先行作品に光を与えることによって、そして、その過程で、新しい作品を生み出すことによって、parody は社会的な価値を提供できる」⁵²とし、パロディを他の論評 (comment) や批評 (criticism) と同様のフェア・ユースの対象となると位置づけた⁵³。その上で、パロディの「定義の要点、そして既存の資料から引用することについての parodist の主張の核心は、先行する著者の作品に、少なくとも部分的に論評するような新しい作品を創造するために、先行する著者の作品のいくつかの要素を使用することにある」⁵⁴としてパロディは transformative な価値を持ち得るとした。

ただし、パロディが transformative な価値を持つとしても、常にフェア・ユースが成立するわけではなく、他の利用と同じように、全てのファクターを考慮してケースバイケースで判断する必要があるとも述べている⁵⁵。

その上で、本件作品には、原作品への論評・批評がされており、パロディの要素があると判断されている⁵⁶。なお、ここでは本件作品が上品でないことはフェア・ユースの判断に無関係であること⁵⁷、および商業性・非営利性は決定的な判断要素ではなく、判断要素の一つに過ぎないこと⁵⁸も判示している。

・第2ファクター：著作物の性質

原作品は意図された著作権保護の核心部分に属すると認めることができ、このような作品が複製された場合、フェア・ユースの立証は難しくなる。しかし、本件では、パロディというものがほとんどの場合、よく知られた、表現に富む作品を複製するものであるため、本要素の判断に重要性がないと判示した⁵⁹。

・第3ファクター：利用された著作物の量および実質的価値

まず、最高裁はこの要素の判断には、使用された素材の量だけでなく、質や重要性

⁵¹ *Id.* 訳文は奥邨・前掲注(49)15頁による。

⁵² *Id.* 訳文も同じ。

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.* at 58 訳文は奥邨・前掲注(49)16頁による。

⁵⁵ *Id.* at 581

⁵⁶ *Id.* at 581-582

⁵⁷ *Id.* at 582

⁵⁸ *Id.* at 585

⁵⁹ *Id.* at 586

などを考慮することが必要であると述べている⁶⁰。しかし、「パロディが特定の原作品を標的にするとき、少なくともその批判的なウィットの対象となっている原作品を十分認識できる程度に、『想起』させることができなければならない」⁶¹ため、パロディストは、聴衆が知っていると思われる、原作品の独特な、もしくは記憶に残る部分を引用する必要があるとする。その必要な部分を超えて引用した場合、どこまで合理的といえるかは、最も重要な目的や性質がどの程度パロディのためであるか、そして原作品の市場において、どの程度代替物になり得るのかによって判断されることになる⁶²。

これを踏まえ、最高裁は、本件作品の歌詞は原作品から必要な部分だけが取り込まれ、曲については、transformative 性、市場代替性を考慮し、差し戻して判断すべきとした。

・第4ファクター：市場に与える影響

控訴裁では、Sony 事件最高裁判決において示された、商業的利益のための利用の場合には市場に与える害を推定するという基準を用いて、本ファクターをフェア・ユースに不利と判断した。

しかし、最高裁は、後続の利用が transformative な場合、市場代替性は少なくとも確かなものではなく、市場に与える害も簡単には推定できないと述べ、⁶³本基準が適さないとした。そして、パロディ作品と原作品は、通常異なる市場的役割を果たすとして、市場代替性を否定した⁶⁴。

また、パロディの場合においては、批評的な活動にライセンスを行う可能性は低いことを理由に、他人へのライセンスなどが考慮すべき派生的利用の市場からは除外されることを述べた⁶⁵一方で、本件作品はパロディ作品であるとともにラップミュージックであり、パロディでないラップについての派生的な市場への影響についての証拠がないため、控訴裁に差し戻した⁶⁶。

⁶⁰ *Id.* at 587 なお、この点について、判決文では Harper & Row 事件における第3ファクターの判断を例に出している。

⁶¹ *Id.* at 588

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.* at 591

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* at 592

⁶⁶ *Id.*

本判決からは、パロディについて、その目的が批評であること、パロディが批評する対象には利用される著作物が含まれること、この2点が求められていることがわかる⁶⁷。ただ、パロディのこのような捉え方については、「真に批評的な parody であったとしても、批評は滑稽さを伴った風刺という形式で達成されるため、何をどのように批評しているのかを判断するのが、場合によっては難しいものとなろう」⁶⁸と、判断の難しさも指摘されている。

イギリス

イギリスでは、学説および判例において、以下の3点の議論がある⁶⁹。

- ① 実質的部分の利用の有無
- ② 批評又は論評のための fair dealing の適用
- ③ 公益を根拠とした制限の適用

そこで以下では、この3点の議論を簡単にまとめていく。

① 実質的部分の利用の有無

従来の裁判例においては、原作品の実質的部分の利用の有無によってパロディの問題を検討しており⁷⁰、学説上も同様の指摘がなされていた⁷¹。1999年に出版された概説書にも、パロディの項目においてはこの点の記載のみがなされている⁷²ことから、かつての通説であったことがうかがえる。ただし、判断が困難であるという指摘や、実質的部分の利用の有無について、かつてはパロディに好意的だったものが近時では否定的になり⁷³、この考え方をういて侵害を否定するのはある程度困難になったという指摘⁷⁴がある。

② fair dealing の適用

イギリス著作権法30条1項には、fair dealing と呼ばれる権利制限規定が定められている。

⁶⁷ 奥邨・前掲注(49) 19頁

⁶⁸ 同 20頁

⁶⁹ 「パロディ報告書」33頁〔青木大也執筆部分〕

⁷⁰ 同 36頁〔青木大也執筆部分〕

⁷¹ Ellen Gredley & Spyros Maniatis, 'Parody: A Fatal Attraction? Part 1: The Nature of Parody and Its Treatment in Copyright' [1997] EIPR 339, 341. を参照した「パロディ報告書」35頁〔青木大也執筆部分〕参照

⁷² マイケル・F・フリント（高橋典博訳）「イギリス著作権法」（木鐸社、1999）133頁参照

⁷³ 「パロディ報告書」35頁〔青木大也執筆部分〕

⁷⁴ Michael Spence, 'Intellectual Property and the Problem of Parody' (1998) 114 LQR 594, 596. を参照した「パロディ報告書」36頁〔青木大也執筆部分〕参照。

イギリス著作権法 30 条 1 項⁷⁵

当該著作物若しくは他の著作物又は著作物の実演の批評又は評論を目的とする著作物の公正利用は、十分な出所明示を伴うこと及びその著作物が公衆に提供されていることを条件として、その著作物のいずれの著作権をも侵害しない。

本条は、批評または論評目的の公正利用 (fair dealing) については著作権を侵害しない旨を定めたものであり、イギリスにおいては本条を用いてパロディについて認めようとする立場も存在する⁷⁶。しかし、公正利用の目的が批評または論評に限定されている点⁷⁷、批評又は論評の対象が何らかの作品に限られる点⁷⁸、fair の要件について明確な定義がない点⁷⁹、出所表示義務がある点⁸⁰などに問題が指摘されている。

③ 公益を根拠とした制限の適用

イギリス著作権法には、以下のような規定がある。

イギリス著作権法 171 条 3 項⁸¹

公益その他を根拠として、この部のどの規定も、全ての著作権の執行を阻止するまたは制限する法規に影響を与えない。

Ashdown 事件控訴院判決では、『Human Rights Act 1998 が施行された現在、表現の自由の権利が、(CDPA) 1988 年法によって認められる権利よりも勝るといふ稀なケースにおいては、表現の自由の権利を実効あらしめることに明確な公益が存在する』と言及し、そのような場面では、171 条 3 項により公益による (金銭的賠償も不

⁷⁵ 邦訳は、CRIC の外国著作権法令集 (大山幸房訳) [〈http://www.cric.or.jp/gaikoku/england/england.html〉](http://www.cric.or.jp/gaikoku/england/england.html) による。

⁷⁶ 「パロディ報告書」36 頁〔青木大也執筆部分〕

⁷⁷ 同 37 頁〔青木大也執筆部分〕参照。ただし、この点については、Williamson Music 事件の傍論において、許容される余地があると指摘されている (*Williamson Music Ltd v Pearson Partnership Ltd* [1987] FSR 97 (Ch). を引用した 同書同頁〔青木大也執筆部分〕参照)。

⁷⁸ *Ashdown v Telegraph Group Ltd* [2001] EWCA Civ 1142, [2002] Ch 149 [61]. を参照した同書同頁〔青木大也執筆部分〕参照。

⁷⁹ 同 38 頁〔青木大也執筆部分〕

⁸⁰ Bently & Sherman (n72 above) 213; *Copinger & Skone James on Copyright* (n85 above) para. 9-46. を参照した同書同頁〔青木大也執筆部分〕参照

⁸¹ 本条項のみ邦訳は筆者が行った。なお、本条項にいう「この部」とは、「著作権」の部である。

要の) 防御が認められると指摘している」⁸²という。ただし、この点については、「Ashdown 事件は報道機関やその情報の受け手である公衆の利益が検討された事例であって、パロディに関する議論においても、同様にパロディストの表現の自由等を保護するものとして機能するのか、検討の余地があろう」⁸³ともいわれている。

フランス

フランス法には、以下のようなパロディに関する条項が存在する。

122 の 5 条⁸⁴

著作物が公表された場合には、著作者は、次の各号に掲げることを禁止することができない。

…

(4) もじり、模作及び風刺画。ただし、当該分野のきまりを考慮する。

なお、「もじり、模作、及び風刺画」については、原文では“La parodie, le pastiche et la caricature”となっており、パロディ等を指していることがわかる。

そして、フランスでは、パロディ創作は憲法的価値を有する利益であるとされ、非常に強い正当化理由を有しているとされている⁸⁵。

では、どのような場合に本条項によって、著作権が制限されるのであろうか。本条で認められるパロディとはどのようなものかを考えるに当たっては、目的ないし意図の基準についての主観的側面と、混同のおそれの基準についての客観的側面に分けて語られることが多いという⁸⁶。

まず、主観的側面をみると、パロディの目的と利用態様について、「公衆を笑わせる目的で、原作品に改変を加えて利用すること」⁸⁷や、「『風刺的なもの (une quelconque satire) を必ずしも意味しない』」であり、要するに『歪曲 (travestissement) 又は転覆 (subversion)』、そして『パロディ化される著作物から距離をとる (distanciation)』作業⁸⁸などと説明さ

⁸² Ashdown (n84 above) [58] を参照した「パロディ報告書」39頁〔青木大也執筆部分〕

⁸³ 「パロディ報告書」同頁〔青木大也執筆部分〕

⁸⁴ 邦訳は、CRIC の外国著作権法令集 (大山幸房訳) (<http://www.cric.or.jp/gaikoku/france/france.html>) による。

⁸⁵ 「パロディ報告書」47頁〔駒田泰士執筆部分〕

⁸⁶ 同48頁〔駒田泰士執筆部分〕

⁸⁷ 長塚真琴「フランス著作権法におけるパロディ」著作権研究37号(2010)61頁

⁸⁸ A. Lucas / H. J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006 を参照した「パロディ報告書」54頁〔駒田泰士執筆部分〕

れており、この笑わせる目的、つまり humour の存在が強調されている⁸⁹ようである。この「笑わせる」という点については、一般論としてではあるが「オリジナル作品が提示するテーマからは対角線上にあるような、あるいは近頃の俗語でいえば『斜め上』にあるような、予期せぬ形で逆をつくような、そうした表現がされる場合に笑いを生むことが多い」と説明されており、フランスの裁判所もこのような観点から humour の認定を行っているという⁹⁰。ただし、裁判例では、笑いとは無縁のものにもパロディを肯定している例もある⁹¹ようである。

次に客観的側面をみると、フランスでは多くの裁判例において、「パロディ作品はオリジナルと市場において競争しないように、十分にそれと一線を画するものでなければならぬ」⁹²としている。同じように学説においても、「原作品との混同のおそれがないこと」⁹³をパロディの要件としている。この要件については、「公衆が改変物を見てオリジナル作品だと勘違いするという場合」だけでなく、「オリジナル作品の著作者が当該改変物を創作したであろうと公衆に思わせる」場合も含むとされている⁹⁴。そしてその判断においては、原作品と比較して表現が大きく異なるか、原作品が有名であるか（有名であるほどパロディが作りやすい）、パロディであることの表示が適切か、といった点を重視しているようである⁹⁵。なお、この客観的側面は、オリジナル作品の著作者が専有すべき財産的利益への配慮に基づいているといえる。つまり、当該要素を備えるパロディは、原作品の通常の利用を妨げず、その著作者の正当な利益を不当に害することにもならないため、オリジナル作品の潜在的市場を脅かさないために、問題にならないのである⁹⁶。

また、「当該分野のきまり」という 122 の 5 条の文言からは、「原作品やその著作者を中傷しないこと」というもう一つの要件が取り出されている⁹⁷。この要件は、悪意丸出しの風

89 「パロディ報告書」49頁〔駒田泰士執筆部分〕

90 同書同頁〔駒田泰士執筆部分〕

91 同 50 頁〔駒田泰士執筆部分〕ここでは、「枯葉」事件（CA Paris, 1^{re} ch., 11 mai 1993, RIDA 3/1993, p. 340; RTD com. 1993, p. 510, obs. crit. Françon.）を取り上げている。

92 同書同頁〔駒田泰士執筆部分〕

93 この要件を採用した判決例について、「パロディ報告書」51頁〔駒田泰士執筆部分〕では、先の「枯葉」事件控訴審判決と Douces Transes 事件破毀院判決（Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1988, préc (n. 11).）を参照している。

94 「パロディ報告書」56頁〔駒田泰士執筆部分〕

95 Pollaud-Dulian, F., *Le droit d'auteur*, Economica, 2005 n° 827 を参照した長塚・前掲注(87) 64 頁参照

96 「パロディ報告書」56頁〔駒田泰士執筆部分〕

97 長塚・前掲注(87) 64 頁では、この文言について「原作品との混同のおそれがないこと」および「原作品やその著作者を中傷しないこと」という 2 つに分けて説明する論者が多いことが述べられている。ただし、こちらの説明に拠った場合でも、パロディ概念を主観的／客観的側面の 2 つにわけた場合と同様のパロディの成立要件となる。

刺やひどい猥褻などのような、原作品のファンがそれを嫌いになり、ファンを離れさせるような態様での利用については、「笑わせる目的」を達成しないと考えられることによる⁹⁸。そのため、単にパロディが特定の者に対して無礼を働く内容である場合はかまわないとされている⁹⁹。

以上がフランス法におけるパロディを巡る状況であり、端的にまとめると、「ユモリスティックな意図に出た、先行作品に依拠し、しかしそれと混同するおそれのない著作物」¹⁰⁰といえる。

ドイツ

ドイツ著作権法には、パロディに関する特別な規定は存在しない。そこでまず、ドイツにおける法的概念としてのパロディを確認すると、批判や滑稽さといった効果が備わり、原作品との関連性、原作品の認識可能性が必要と解されている¹⁰¹。また、批判の対象も、「原作品の主題ないしその周辺領域に限定され」¹⁰²ており、このことは「反主題性 (Antithematik)」と呼ばれている。

また、パロディはひとつの芸術形式とみなされており、ドイツ基本法5条3項「芸術の自由」の保護を享受し¹⁰³、同時にパロディ許容論の正当化根拠となっている¹⁰⁴。なお、「芸術の自由」には芸術作品の創作活動だけでなく、わが国では「表現の自由」のもとで理解される、芸術作品の発表の自由も含まれていると解されている¹⁰⁵。

では、パロディに関する規定を欠くドイツにおいてどのようにパロディは許容されているのだろうか。通説では以下のドイツ著作権法24条の規定から、パロディ許容論が導かれている。

第24条¹⁰⁶

⁹⁸ 同65頁参照

⁹⁹ Douces Transes 事件破毀院判決を参照した「パロディ報告書」52頁〔駒田泰士執筆部分〕参照

¹⁰⁰ 「パロディ報告書」59頁〔駒田泰士執筆部分〕

¹⁰¹ Hess, Urheberrechtsprobleme der Parodie, 1993, SS. 104, 113, 115.を参照した本山雅弘「ドイツ法におけるパロディ」著作権研究37号(2010)42頁参照

¹⁰² Hess, a. a. O., S. 104. を参照した本山・前掲注(101)43頁

¹⁰³ 「パロディ報告書」62頁〔本山雅弘執筆部分〕参照

¹⁰⁴ Z.B., Platho, Die Parodie: Eine "freie Bearbeitung" nach §23UrhG GRUR 1992, 360,362; von Becker, Parodiefreiheit und Güterabwägung, Das „Gies Adler“- Urteil des BGH, GRUR 2004, S.104, 108. を参照した「パロディ報告書」62頁〔本山雅弘執筆部分〕参照

¹⁰⁵ Mephist 事件 (BVerfG GRUR 1971,461,463-Mephisto.) を参照した「パロディ報告書」62頁〔本山雅弘執筆部分〕参照

¹⁰⁶ 邦訳は、CRICの外国著作権法令集(本山雅弘訳)

(<http://www.cric.or.jp/gaikoku/germany/germany.html>)による。以下、ドイツ法については同様。

(1) 独立の著作物で、他人の著作物の拘束を離れた使用において作成されているものは、使用された著作物の著作者の同意を得ることなく、公表し、及び利用することができる。

この 24 条は著作権の制限規定ではなく、著作権が及ぶ翻案行為の内容を定めた 23 条と合わさって、翻案に関する著作権の保護範囲と限界を定めている規定とされ¹⁰⁷、本条では他人の著作物の使用のうち「自由使用」と評価されるものについては著作権の効力が及ばない旨が規定されている。そこで、パロディに関する問題は、その利用が自由使用に当たるかという問題に置き換えられる¹⁰⁸。そして、近時の判例・学説では、ある利用が自由利用にあたるかどうかについて、「内的距離 (der innere Abstand)」という概念を用いて判断している¹⁰⁹。この概念は、パロディについて「パロディ作品と原作品との間に、パロディを原作品の存在にもかかわらず独立の作品とみなすに足りるだけの内的距離が確保されているならば、原作品の著作権の効力はもはやおよばないものと評価しようとの考え方」¹¹⁰と説明される。なお、この内的距離論は、従来から 24 条の「自由使用」の判断に用いられてきた「色あせ(Verblässen)」基準¹¹¹を拡張し、「内的距離」が保たれた状態を広義の「色あせ」状態とみなすことで、自由利用を認めている¹¹²。

なお、この 24 条は、著作権の制限を定めた規定ではなく、著作権の保護範囲を示した規定ではあるのだが、「広く権利侵害を否定するためのツールとして、類似性判断やフェア・ユースなどといった侵害判断一般を不分明なかたちで包摂するものといえる」¹¹³ともいわれている。

また、ドイツ著作権 51 条¹¹⁴には、引用の自由が定められている。この 51 条によってパ

¹⁰⁷ 本山・前掲注(101) 47 頁参照

¹⁰⁸ 同 48 頁参照

¹⁰⁹ 同論文同頁参照

¹¹⁰ 同論文同頁 なお、この論文では、この点について Gies ワシ事件 (BGH GRUR 2003, 956-Gies-Adler.) および TV- Total 事件 (BGH GRUR 2008, 693-TV-Total.) を参照している。

¹¹¹ 「色あせ」の判断については、「利用された著作物の個性 (individualität) の程度と新たに創作された著作物の個性の程度が考慮されなければならない」といい、「既存の著作物の個性が顕著であればあるほど、その個性は新たに創作される著作物に対して色あせにくくなる。逆に、新たな著作物の個性が強ければ強いほど、既存の著作物の個性は色あせやすくなる」といわれている。(Schricker-Loewenheim, Urheberrecht Kommentar, 3 Aufl. 2006, §24 Rn.10 およびそこに掲げられた文献を参照している、上野達弘「ドイツ法における翻案 —— 『本質的特徴の直接感得』論の再構成——」著作権研究 34 号 (2007) 31 頁による。

¹¹² 本山・前掲注(101) 51 頁以降 および 上野・前掲注(111) 32 頁参照

¹¹³ 上野・前掲注(111) 35 頁

¹¹⁴ ドイツ著作権法 51 条「公表された著作物を、引用を目的として複製し、頒布し、又は公衆に再生することは、使用がその範囲において個別の目的により正当なものと認められるときは、許される。この引用は、とりわけつぎに掲げる場合に許される。…」

ロディを許容する可能性についても論じられているのだが、原作品を変更するパロディの性質が62条¹¹⁵に存在する変更禁止の規定と衝突する点、および、出所明示を欠くにもかかわらず原作品に気づくからこそパロディが活きるという点が63条¹¹⁶に規定される出所表示と衝突する点から、消極的に解されている¹¹⁷。

ドイツ著作権法には、14条¹¹⁸において歪曲禁止規定(著作者人格権)が存在するのだが、この規定によってパロディ許容論が制約されるとは考えられていない¹¹⁹。その理由としては、原作品の改変禁止権を支える基本法1条1項「人間の尊厳」および2条1項「人格の自由」と、パロディ側の自由使用を支える5条1項「意見表明の自由」および同3項の「芸術の自由」という憲法価値の衝突が、14条の利益衡量に際してパロディ固有の基準を正当化する点¹²⁰、および自由利用を定めた24条と歪曲禁止を定めた14条は同じ節に属するため、矛盾を生じる解釈はあり得ないと考えられる点¹²¹が挙げられている。

2. 日本に適応したパロディ規定

ここまで各国におけるパロディの扱われ方を概観した。それでは、わが国に適したパロディ規定はどのようなものであろうか。

まず、条文についてであるが、これについてはフランスのように「パロディを認める」といったように、パロディを認容する旨のみを述べたパロディ規定が適していると考えられる¹²²。その上で、パロディについては、特定の要件に該当した場合には常にパロディに該当する／該当しないと判断するのではなく、フェア・ユース該当性の判断と同様に様々な要素を総合的に考慮して判断をすべきであろう。諸外国においても明確なパロディの要件

115 ドイツ著作権法62条(1)「この節(筆者注:第6節「著作権の制限」44a条~63a条を指す)の規定に基づき著作物を使用することが許されるものと認められるときは、その著作物に変更を加えてはならない。…」

116 ドイツ著作権法64条(1)「著作物又は著作物の一部が、第45条第1項、第45a条から第48条まで、第50条、第51条、第53条第2項第1文第1号及び第3項第1号、第58条並びに第59条の場合において複製されるときは、常にその出典を明示するものとする。…」

117 Hess, a. a. O., SS. 141, 142.を参照した本山・前掲注() 49頁

118 ドイツ著作権法14条「著作者は、その著作物の歪曲その他の毀損で、著作物に関する自らの正当な精神的又は個人的な利益を危うくすると評価されるものを、禁止する権利を有する。」

119 本山・前掲注(101) 49頁

120 Hess, a. a. O., S. 165.を参照した本山・前掲注(101) 49頁参照

121 Hess, a. a. O., S. 165f.を参照した本山・前掲注(101) 50頁参照

122 中山信弘ほか「《座談会》改正著作権法と著作権法の課題」Law & Technology 57号(2010)12頁〔中山発言〕においても、「おそらくパロディを法律で定義して、ここからがよいパロディ、ここからが悪いパロディなどという線引きは多分できないし、すべきでもないと思います。仮に立法するにしても、おそらくフランスみたいにパロディはいいですよという法律になると思うのです」と指摘されている。

を定めている国はなく、認容すべきパロディの要件を定立することは難しいと考えられる。

また、著作権に関する政策形成過程には、分散され組織化されていない者の利益は反映されにくいというバイアスがある¹²³といわれている。これは、政策形成過程においては組織化されやすい利益が反映されやすい一方、経済合理的に行動する限り、人は活動するほどの便益がなければロビイングしない¹²⁴ため、組織化されにくい利益は反映されにくいというものである¹²⁵。そのため、著作権法の場面では、ユーザーの利益は反映されにくい傾向にあるといえ、一方で知的財産制度は人工的かつ自由に制度設計できるため、ロビイングの利益が大きく、権利者が政策形成過程に深く関わることで、権利が社会的に望ましいレベル以上に拡大するといったことが生じる¹²⁶。そこで、このバイアスを解消するために、スタンダード（一般条項）の性質を有する条案にすることが提案されている¹²⁷。ルール（個別の制限規定）による立法の場合、ロビイングの攻撃目標は明確であり、一般の人々の利益やその他分散したものの利益の保護に弱いという欠点があり、一方スタンダードは大まかな合意を取り付けることが容易であり、その解釈についてはロビイング耐性のある司法に委ねることができるという¹²⁸。つまり、司法がバイアスを矯正する役割を担うべきであるというのである。そうであるならばパロディ条項についても、一般条項、スタンダードに近い性質を持たせることで、権利者のロビイングにも耐え、少数派バイアスを解消することになるのではないだろうか。

ただし、パロディの目的については条文の中に明文規定をすべきであろうと考えられる。諸外国のパロディ概念を見ると、パロディを批評目的と捉えているアメリカやドイツ、fair dealing の要件に批評・論評目的であることが規定されているイギリス、（近時の判例では例外もあるが）humour の要素を強調されるフランスなど、各国とも特定の目的を持った二次創作をパロディと呼んでいると思われ、また原義においてもそのような目的であることが示されている。しかし、わが国においては先に説明したとおり、パロディと呼ばれる二次創作の目的は批評や滑稽に限っておらず、文化や伝統を考慮するとそのような目的に限

¹²³ 田村善之「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1号（2010）28頁以下、田村善之「知的財産法政策学の成果と課題 —多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望—」新世代法政策学研究 1号（2009）10頁以下、田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた —美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報 63巻5号（2011）13頁以下、田村善之「著作権に対する一般的な制限条項（フェア・ユース）導入論の意義と限界」Nextcom 5号（2011）6頁以下など参照

¹²⁴ 集合的行為か個人個人ばらばらの行動か、その選択における両者のコストとベネフィットについて、森田果「Perfume と AKB48 の違いに関する一考察 ——グループと法——」新世代法政策学研究 14号（2012）29頁以下参照

¹²⁵ 田村・前掲注(123) アメリカ法 28頁

¹²⁶ 田村・前掲注(123) 法曹時報 16-17頁

¹²⁷ 田村・前掲注(123) アメリカ法 30頁

¹²⁸ 同 30-31頁

るのは不適當に思われる¹²⁹。そこで、「パロディの目的は批評や滑稽に限らない」もしくは「その目的は限定されない」などといった文言を付すことで、わが国のパロディ概念に沿った条文にすべきであろう。

では、裁判所はどのような観点からパロディ該当性を判断すればよいのであろうか。判断要素の一つとして考えられるのは、経済的観点である。この点について、イギリスで公表されたあるコンサルテーション¹³⁰ではパロディの原作品の売りに与える影響によって、パロディの範囲を限定することが提案されている¹³¹。また、この限定手法は、フランスにおける「混同するおそれ」と「中傷」の基準も内包しているといえる。つまり「混同のおそれ」や「中傷」があった場合には、原作品の売りが下がると考えられるため、これらの場合には、パロディが認容される可能性が低くなるであろう。アメリカにおけるフェア・ユースの判断にも第4ファクターとして「市場に与える影響」を考慮要素に含んでいることからみても、各国の法制度ともある程度適合すると思われる。

パロディの正当化根拠を情報の豊富化に求めるならば、アメリカにおけるフェア・ユースの判断でも考慮されているような transformative 性（変容性）の要素が考慮に値するのではないだろうか。transformative 性とは、先にもみたように「最初の作品を新しい表現や、意味、もしくは主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、なにか新しいものを付け加えているのか」¹³²を指すものであり、つまりパロディによって新たな情報が生み出されるならば、それを保護しようということになる。Harper & Row 事件で述べられたように、著作権法を自由な表現のエンジン¹³³と見るならば、新たな情報を生み出すパロディは保護されることになろう。

そして最後に、表現の自由を根拠としてパロディが許容されるとする場合、利用された作品の代替可能性を考慮要素に含めるべきであろう。つまり、パロディ作品において、利用された作品が重要な要素となっており、他の表現と代替できない場合にパロディを認容

¹²⁹ 青木・前掲注(4) 59頁では、フランス法（「パロディ報告書」48頁〔駒田泰士執筆部分〕）やドイツ法（「パロディ報告書」73頁〔本山雅弘執筆部分〕）を例に出し、パロディが伝統的な利用行為であることをもってパロディを許容する論拠となることが示されている。伝統的な利用行為であることを論拠にするならば、パロディ規定を設ける際には、パロディを語義どおりの概念と捉えるのではなく、わが国の伝統に従った概念として捉えるべきであろう。

¹³⁰ UK IPO, *Consultation on Copyright* (2011) (<http://www.ipo.gov.uk/consult-2011-copyright.pdf>) このコンサルテーションについては、「パロディ報告書」43頁〔青木大也執筆部分〕も参照

¹³¹ *Id.* at 87

¹³² 510 U.S. at 579 訳文は奥邨・前掲注(49)15頁による。

¹³³ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539, 558 (1985)

すべきではなかろうか¹³⁴。繰り返しになるが、表現の自由を「表現主体による表出内容だけではなく、表出手段まで含めた表現行為の全体を、それを一体として国家介入から防御しようという法理論」¹³⁵、や「私が、なぜ、いつ、どこで、誰に対して、どんな方法で表出するかを選択に及ばなければならない」¹³⁶とする理解のもとに立つならば、アイデア・事実／表現形式二分法によって、表現内容が規制されていないことをもって表現の自由との問題が解決されたということとはできない。したがって、表現の自由の観点からは、パロディを用いるといった表出手段の選択の自由も保障されるべきであろう。

しかし、パロディを一律に認めてしまうと、翻案権がその意味をなさなくなってしまう可能性がある。そこで、表現をする際に他の表現ではなく、パロディという表出手段を採用の必要性がある場合（パロディという形式を用いることで生み出される表現行為の効果が重要である場合）にはパロディを認容すべきであろうと考える。

以上のように、わが国におけるパロディ規定については、パロディを許容する旨、およびパロディの目的は批評や滑稽を示すことに限らない旨を条文で述べるべきであろう。その上で、あるパロディが認容されるかどうかは、特に表現の自由の観点からは利用された作品の代替可能性を、その他原作品の売り上げに与える影響や、transformative 性などの考慮要素によって判断するのが適当と思われる。

なお、パロディ規定の創設によって、現行法下においては（ある種グレーな状態として）利用できていたものが、違法行為であることが明らかになることにより利用が不可能になるという主張もある¹³⁷。しかし、パロディの大部分は現行法下においても違法行為である。そのため、民事責任については、提訴されたならば民事上の責任を負い、黙認されている限り自由利用が可能であるため、現状と変化はない。刑事罰についても現行法と同じように親告罪である限り、原作者の訴えがなければ（違法行為であるとはいえ）表現が可能であるため、現在と状況は変わらないといえる。また仮に将来、非親告罪化した場合にはパロディを認容する規定がなければ現行法下と異なり表現が大きく制限されることになることが考えられるため、パロディ規定の創設がもつ意味は大きいと言えよう。

なお一部には、立法上パロディを特殊なジャンルの二次的著作物と認めることについて、「パロディをそうしてまで認めなければならないものなのかどうか、苦慮するところであ

¹³⁴ 田村善之『著作権法概説 第2版』（有斐閣、2001）243頁では、取込型引用についての要件のうちのひとつではあるが、「引用する側の著作権の表現の目的上、他の代替措置によることができないという必然性があること」という要件を示している。

¹³⁵ 同 121頁

¹³⁶ 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、1995）23頁

¹³⁷ 小泉ほか・前掲注(45) 24頁〔小泉発言〕では、許容されるパロディに線引きがなされると、それ以外の違法行為が白日の下にさらされるため、条文を作らずそっとしておいてほしいという声があると述べられている。

る」¹³⁸といったように、パロディ規定の創設について懐疑的な論も存在する。この論者は、「派生的著作物としてのパロディを容認できるかどうかは、多分に、その国の精神風土、文化面の意識、美的センスに依存するからである」¹³⁹とした上で、「わが国の精神風土、文化風土の中にその種のパロディを置いてみたとき、果たしてパロディが独立のジャンルの著作物として育ちうるのか否か不安が残る」¹⁴⁰と説く。しかし、第1節でみたように、わが国においても伝統的にパロディが行われており、わが国の文化風土においてもパロディが根付いているといえるのではなからうか。そうであるならば、このような指摘はあまり正鵠を得ていないように思われる。

第4節 一般制限規定の導入

前節で検討したパロディ規定を導入することで、著作権法と表現の自由に関する問題はかなりの場面において解決されると思われる。しかし、予想されなかったような新たな、しかし利用が許されるべき利用態様が生まれるなど、パロディ規定による保護の対象とならず、未だ利用が制限されてしまう場面が生じることは十分想定される。そこで、一般制限規定についても導入すべきであろうと考えられる。一般制限規定には予測可能性が低いなど問題点もあるとはいえ、表現の自由の保護について一定の評価はなされている¹⁴¹。その判断要素をどのようなものにすればよいか、詳細な検討は省略するが、排他権を現在より狭めたり、パロディ規定を設けたりしても保護しきれなかった利用態様について、一般制限規定の存在は、表現の自由の保護、そして公正な利用を認めるセーフガードとして機能すると思われる。

本論文で提案したパロディ条項は、一般規定の性質をもつ条文構造であるため、さらに一般制限規定を設けることに疑問があるかもしれない。しかし、パロディに対し特別の保護を与えていることを条文から明らかにすること、創作者のパロディに対する萎縮を解消する点で効果的であろう。

¹³⁸ 齊藤博『著作権法 第3版』(有斐閣、2007) 214頁

¹³⁹ 同書同頁

¹⁴⁰ 同書同頁の注(2)

¹⁴¹ 大日方・前掲注(42) 156頁

第5節 小括

本章では、著作権法と表現の自由との間に存在する問題の解決を図るための、著作権法リフォームの可能性について検討を行った。アメリカにおいては、著作権を商業的利用に対する排他権に限定するなどといったリフォームが提案されている。そのようなリフォームによって、確かに特定の場合においては表現の自由との問題は解決されると思われるものの、パロディ等の保護には未だ不十分なのではないかと思われる。そこで、著作権法にパロディ規定を導入することを提案した。

わが国で行われている本歌取りなどに代表される古来よりのパロディ、そしてUGCや同人誌において行われているパロディ・二次創作を見ていくと、わが国におけるパロディとは、批評、滑稽を目的としたものではなく、様々な二次創作を指す概念であるといえる。その点で、諸外国パロディ規定をそのまま導入するのではなく、わが国のパロディ概念に合わせた規定を導入すべきであるといえよう。また、政策形成過程においては、ユーザーの利益が反映されにくいという少数派のバイアスがある。そこで、そのバイアスを解消するため、要件を細かく決めるのではなく、裁判所による判断を重視した条文にすべからうと考えられる。

したがって、条文については「パロディは認める。ただし、パロディの目的には批評・滑稽以外も含まれる」といったように、パロディを認める旨、およびパロディの目的が原義から拡張されている旨を示すべきであろう。その上で、パロディ該当性の判断に際しては、利用された作品の代替可能性、原作品の売り上げに与える影響、transformative 性などを総合的に考慮して判断すべきであると提案する。

それに加え、表現の自由の保護、そして公正な利用を認めるセーフガードとして、一般条項の創設も重要であろう。

第6章 おわりに

本論文では、著作権法と表現の自由の間に存在している問題について、UGC、そのなかでも二次的著作物に注目しつつ検討し、その上で、問題を解決する著作権リフォームについて提案を行った。

著作権法と表現の自由の関係については、アメリカ合衆国では「アイデア・事実／表現形式二分法」と「フェア・ユースの法理」の2つの法理によって調整済みであるとされてきたために、今日まで盛んな議論はあまり行われていなかったようである。しかし、「アイデア・事実／表現形式二分法」については、アイデアと表現を客観的に区別できるのか、ニュース報道やパロディ表現の保護に不十分ではないか、などといった批判があり、「フェア・ユースの法理」についても一定の評価はあるものの、曖昧である、表現内容に基づく規制であるといった批判が同様になされていた。このように、著作権と表現の自由を調整しているとされた2つの法理には問題があり、著作権と表現の自由の問題は2法理によって完全に解決されたとはいえないだろう。そして、フェア・ユースのような一般規定を持たないわが国では、その問題はより大きなものとなっていると思われる。

そこで、「引用」や「黙示の許諾」など、現行法において解決する道を探ったが、やはり難しいと思われる。そこで、著作権法を新たな形にする、いわゆるリフォームによる解決を検討することにした。

まず、アメリカ合衆国で提案されている、2人の論者のリフォーム論を検討した。2人のアイデアは、「著作権の排他権を商業的利用に関するものに限る」、「著作権登録にインセンティブを与える（著作権登録がなされない著作物に対してはその排他権を限定する）」、「著作物の一部の利用に対する排他権の行使の際には、商業上の損害の証明を要求する」といったものであった。これらのアイデアは、著作権法と表現の自由の問題についても、一定程度の解決をみることはできそうである。しかし、一方では特定の二次創作やパロディについては、未だ表現の自由が制限されているままである。そのような創作を可能にし、表現の自由の問題を解決するため、著作権法にパロディ規定、そしてセーフガードとして、一般条項を創設すべきであるとの結論に至った。

パロディの定義は非常に難しく、また、著作権政策の形成過程において存在する少数派のバイアスを解消するために、パロディ規定の条文では、細かな要件を持たず、パロディを認める旨のみを示すべきであろう。また、わが国のパロディ概念をみると、諸外国とは異なり、批評や滑稽の要素をもたない、二次創作一般にまでその範囲を広げているように思われる。そこで、わが国におけるパロディ規定は、パロディの目的には批評・滑稽以外

も含まれる旨を明記すべきである。

そして、パロディ該当性の判断においては、表現の自由、情報の豊富化などの観点から考えるに、利用された作品の代替可能性、原作品の売りに与える影響、transformative性などを総合的に考慮して判断すべきであろう。

本研究では、わが国のパロディが諸外国における概念や、そしてもともとの語義における概念以上に拡大していることを指摘し、表現の自由に配慮した、パロディ規定の提案をすることができた。しかし、パロディ規定については、法的な面からのアプローチに比べ、文化的な面からのアプローチが未だ不足しているようにも思われる。

著作権法と表現の自由に関する問題は、まだ注目され始めたばかりであり、今後、新たな議論が次々現れてくるであろう。また、パロディについても、文化庁文化審議会著作権分科会にパロディワーキングチームが昨年発足したこともあり、これからさまざまな議論が起こると思われる。これらの議論について今後も注視していく必要があるだろう。

謝辞

本論文を作成するにあたっては、村井麻衣子先生から熱心でありつつもきめ細やかなご指導を賜りました。研究が行き詰まった際にいただいた、私の思いを汲んだアドバイスによって、研究の道筋がみえ、本研究を最後まで遣り遂げることができたといっても過言ではありません。心よりの感謝を申し上げます。

また、要所要所で適切なアドバイスをしていただいた松縄正登先生にも、深い感謝を申し上げます。

最後になりますが、時に重要な示唆を与えてくれた村井ゼミおよび松縄ゼミの皆さんや研究科の皆さん、友人たち、そして長年支えて下さった家族に心より感謝申し上げます。

参考文献

- ・中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007)
- ・島並良「二次創作と創作性」著作権研究 28号(2001)
- ・田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001)
- ・半田正夫『著作権法概説 第13版』(法学書院、2007)
- ・田村善之『知的財産法 第5版』(2010、有斐閣)
- ・大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社、2011)
- ・樋口陽一=吉田善明編『解説 世界憲法集 改訂版』(三省堂、1991)
- ・ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ(内藤篤訳)『米国著作権法詳解 一原著 第6版—(下)』(信山社、2003)
- ・マーシャル・A・リーファー(牧野和夫監訳)『アメリカ著作権法』(雄松堂出版、2008)
- ・田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991)
- ・嘉藤亮「アメリカ行政訴訟における宣言判決訴訟(一)」早稲田政治公法研究 90号(2009) 1頁
- ・嘉藤亮「アメリカ行政訴訟における宣言判決訴訟(二・完)」早稲田政治公法研究 91号(2009) 61頁
- ・辻村みよ子『憲法 第3版』(日本評論社、2008)
- ・芦部信喜『憲法 第4版』(岩波書店、2007)
- ・長谷部恭男「表現の自由と著作権」コピーライト 616号
- ・横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察 ——アメリカの CTEA 憲法訴訟を素材として——」学習院大学法学会雑誌 39巻2号(2004) 19頁
- ・作花文雄「詳解 著作権法(第4版)」(ぎょうせい、2010)
- ・田畑茂二郎ほか編『国際人権条約・宣言集』(東信堂、1990)
- ・Senate Report No.94-473
- ・Rebecca Tushnet, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common With Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B. C. L. Rev. 1, 24 (2000)
- ・横山久芳「ミッキーマウス訴訟がもたらしたもの ——著作権保護期間延長立法の合憲性」ジュリ 1244号(2003) 268頁
- ・田村善之「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1号(2010) 21頁
- ・飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26号(1999) 23頁
- ・上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫先生古稀記念論集『著作権法と民法の現代的課題』(法学書院、2003) 307頁

- ・横山久芳「著作権法 ——『パロディ』から考える著作権法入門」法教 380 号 (2012) 27 頁
- ・渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ〔第2版〕』(有斐閣、2007)
- ・『大日本百科事典 ジャポニカ 20』(小学館、新版、1980)
- ・『大日本百科事典 ジャポニカ 7』(小学館、新版、1980)
- ・青木大也「著作権法におけるパロディの取扱い」ジュリ 1449 号 (2013) 55 頁
- ・松村明編『大辞林 第三版』(三省堂、2007)
- ・三菱 UFJ リサーチ&コンサルティング編「海外における著作物のパロディの取り扱いに関する調査研究報告書」(以下「パロディ報告書」)(2012)
- ・Jessica Litman (比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム (1)」知的財産法政策学研究 38 号 (2012) 179 頁
- ・Jessica Litman (比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム (2・完)」知的財産法政策学研究 39 号 (2012) 17 頁
- ・Pamela Samuelson and Members of The CPP+, The Copyright Principles Project: Directions for Reform, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175 (2010)
- ・財団法人デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究 —コンテンツをめぐる法的環境のこの 10 年とこれから— 報告書」
- ・作花文雄『著作権法 制度と政策 第3版』(発明協会、2008)
- ・小泉直樹ほか「鼎談／平成 24 年度著作権法改正と今後の展望」ジュリ 1449 号 (2013) 12 頁
- ・財田寛子「米・仏・英における著作権法上のパロディの保護」コピーライト 611 号 19 頁
- ・奥邨弘司「米国著作権法における Parody」著作権研究 37 号 (2010) 13 頁
- ・マイケル・F・フロント (高橋典博訳)「イギリス著作権法」(木鐸社、1999)
- ・長塚真琴「フランス著作権法におけるパロディ」著作権研究 37 号 (2010) 60 頁
- ・本山雅弘「ドイツ法におけるパロディ」著作権研究 37 号 (2010) 42 頁
- ・上野達弘「ドイツ法における翻案 ——『本質的特徴の直接感得』論の再構成——」著作権研究 34 号 (2007) 28 頁
- ・中山信弘ほか「《座談会》改正著作権法と著作権法の課題」Law & Technology 57 号 (2010) 1 頁
- ・田村善之「知的財産法政策学の成果と課題 —多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望—」新世代法政策学研究 1 号 (2009) 1 頁

- ・田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた —美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報 63 卷 5 号 (2011) 1 頁
- ・田村善之「著作権に対する一般的な制限条項 (フェア・ユース) 導入論の意義と限界」Nextcom 5 号 (2011)
- ・森田果「Perfume と AKB48 の違いに関する一考察 ——グループと法——」新世代法政策学研究 14 号 (2012) 25 頁
- ・UK IPO, *Consultation on Copyright* (2011)
- ・阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、1995)
- ・斉藤博『著作権法 第 3 版』(有斐閣、2007)
- ・小泉直樹「表現の自由、パロディ、著作権」ジュリ 1395 号 (2010) 149 頁

・外国著作権法令集イギリス編 (大山幸房訳)

<http://www.cric.or.jp/gaikoku/england/england.html>

・外国著作権法令集フランス編 (大山幸房訳)

<http://www.cric.or.jp/gaikoku/france/france.html>

・外国著作権法令集ドイツ編 (本山雅弘訳)

<http://www.cric.or.jp/gaikoku/germany/germany.html>

・外国著作権法令集アメリカ編 (山本隆司訳)

<http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america.html>

(以上 2013/01/16 最終閲覧)

参照裁判例

- ・Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises 471 U.S. 539 (1985)
- ・Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)
- ・Golan v. Holder, 131 S. Ct. 1600 (2011)
- ・Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)
- ・Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451 (1984)
- ・「美術鑑定書事件控訴審」知財高判平 22・10・13 判時 2092 号 135 頁
- ・知財高判平 18・10・19 平成 18 年 (ネ) 第 10027 号 [判例集未登載]

その他参考資料

- ・ Nintendo/Creatures Inc./GAME FREAK inc. 「ジュカイン - Yahoo!きっずポケモン」
<http://pokemon.kids.yahoo.co.jp/zukan/detail/254.html>
- ・ ほまれ 「6月嫁」
http://www.pixiv.net/member_illust.php?illust_id=27678543&mode=medium
- ・ 卓球少年 「【鏡音レン】誰でもいいから付き合いたい【オリジナル】」
<http://www.nicovideo.jp/watch/sm19480546>
- ・ にとぼん 「ミク『誰でもいいから付き合いたいとか言ってる奴とは付き合いたくない』」
<http://www.nicovideo.jp/watch/sm19824378>
- ・ バンダイナムコゲームス 「THE IDOLM@STER オリジナル壁紙」
http://www.idolmaster.jp/imas/download/images/wallpaper/imas360g_800.jpg
- ・ しーな P 「PSB×アイドルマスター「BABY P」iM@S オールスター」
<http://www.nicovideo.jp/watch/sm2291247>

(以上 2013/01/16 最終閲覧)