



Title	デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(4)
Author(s)	比良, 友佳理
Citation	知的財産法政策学研究, 48, 61-95
Issue Date	2016-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63183
Type	departmental bulletin paper
File Information	48_03.pdf



デジタル時代における著作権と表現の自由の 衝突に関する制度論的研究(4)

比 良 友佳理

目次 序

1. 研究の背景
2. 本研究の構成

第一章 著作権と表現の自由の関係性

1. 著作権法対修正一条をめぐる合衆国最高裁判決（以上、第45号）
2. 「表現の自由のエンジン」としての著作権
3. 表現の自由の保護法益
4. 表現の自由を制限する著作権の本質
5. 小括（以上、第46号）

第二章 デジタル時代の著作権と表現の自由—緊張関係の揺らぎ

1. 著作権制度と複製技術の進歩の関係
2. 近年の著作権立法をめぐる動き
3. 表現の自由の変貌
4. 小括（以上、第47号）

第三章 著作権に内在する調整原理による調整に対する批判的検討

1. 著作権に内在する調整原理で解決済みか？
2. アイディア・表現二分論による調整
3. 制限規定による調整
4. 著作権の存続期間による調整
5. 著作権法に内在する調整原理による解決の問題点（以上、本号）

第四章 著作権法に対する違憲審査基準

第五章 著作権と表現の自由の問題に対して司法と立法が果たすべき役割

第六章 著作権と表現の自由を論じる意義と残された課題

第三章 著作権に内在する調整原理による調整に対する批判的検討

1. 著作権に内在する調整原理で解決済みか？

それでは具体的に、どのようにして著作権と表現の自由という2つの権利を調整すべきなのであろうか。

この問題に関して米国の初期の議論は、アイディア・表現二分論やフェア・ユースといった理論ないしは仕組みを著作権法に内在する調整規定と捉え、言論の自由の根底にある利益を著作権が侵害することのないよう予め調整するという役割を果たすことに期待を寄せていた。しかしこうした手法は、各調整原理にそれぞれ限界がある上に、あくまでも著作権法という既存の条文の枠内での解決を志向しているという点で、制度論上も問題を抱えている。以下ではまず、米国で伝統的に支持されてきた、個別の調整原理の基本的な発想と限界点を概観した上で、そもそもなぜそれらに委ねることが適切でないかを論じる¹⁷¹。

2. アイディア・表現二分論による調整

著作権法に内在する調整原理として捉えられてきた概念の1つに、アイディア・表現二分論がある。この基本的発想は、著作権によって著作物の具体的な表現部分は排他権の対象となるが、他方でアイディア・表現二分論に基づき、著作物が伝達しようとする思想・アイディアそれ自体は独占できず、他者が自由に利用しうるものとして残され、他者にも同じ思想・

¹⁷¹ 各調整原理の基本的発想を説明するとともに、その限界を指摘する文献として、大日方信春「著作権と表現の自由の調整原理(一)(二・完)」熊本法学116号(2009年)1頁・118号(2009年)89頁、長谷部・前掲注(1)「Interactive憲法 憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要があるか？」34頁、同・前掲注(74)「表現の自由と著作権」3頁以下、バレント・前掲注(72)『言論の自由』293頁、小島立「著作権保護と表現の自由」南野森(編著)『ブリッジブック法学入門』(第2版・信山社・2013年)223-226頁。

アイディアを用いて表現を行う余地が与えられることになるという考え方である¹⁷²。アイディア・表現二分論が修正一条の権利との調整原理になりうるという考え方は、既に言及した、Nimmerによる1970年の記念碑的論文で打ち出された発想である。

アイディア・表現二分論は、著作権侵害の成否を決する上で最も基本的な考え方の1つとして、米国のみならず日本でも広く浸透している。アイディアのうち、一定の要件を満たすものについては、著作権法とは別途、特許庁等の各国の専門機関における審査・登録を経た上で特許法や実用新案法といった制度で保護が図られている。アイディアを著作権法の枠組みで保護すべきではない理由は、アイディアを保護する特許法や実用新案法に比べ、著作権法による規制は競業行為に留まらず私人の文化活動全般に広く及ぶものであるから、アイディアは自由利用ができることで著作権の保護に歯止めをかける必要があるという点に求められよう¹⁷³。日本では著作権法2条1項1号で「思想または感情を創作的に表現したもの」が保護を受けると定められており、これが、単に抽象的なアイディアに過ぎないものは保護対象から外れるということの条文上の根拠になっている¹⁷⁴。

それでは、具体的な事例において、アイディアと表現はどのように区別されているのか。まず、米国の裁判例を見てみよう。戯曲の著作権侵害の成否が争われ、表現とアイディアの区別について米国におけるリーディング・ケースとなっているNichols v. Universal Pictures Corp.事件の第2巡回控訴裁判所判決(Learned Hand判事)は、抽象化テスト(abstraction test)を確立した判決として有名である¹⁷⁵。抽象化テストとは、原告と被告の著作物の個々の要素について捨象していくと一般化されたパターンが導き出され、最終的にはタイトルやテーマなどのアイディアしか残らないところ、こうした一連の抽象化の作業において、具体的な表現部分と保護されない抽象的なアイディア部分のどのレベルにおいて原告と被告の著作物が共

¹⁷² Nimmer, *supra* note 59, at 1189-93.

¹⁷³ 田村・前掲注(34)『著作権法概説』18頁。

¹⁷⁴ TRIPS協定9条2項、WIPO著作権条約2条も参照。

¹⁷⁵ Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1931).

通しているかを探る判断手法をいう¹⁷⁶。

著作権侵害を否定する際にアイディア・表現二分論を用いた初期の裁判例の1つである *Baker v. Selden*¹⁷⁷は、原告と被告の簿記システムを比較するに当たり、簿記の技法自体を他の後発者が利用したり記述したりするのを著作権法が妨げないようにしなければならない以上、システムそれ自体、すなわち被告の著作物の背景にあるアイディアには著作権の保護が及ばないと判示した¹⁷⁸。これを受けてその後の裁判例では、アイディアの独占を防ぐという観点から、アイディアを何通りの形で表現しうるかが1つの判断手法とされた¹⁷⁹。つまり、あるアイディアを表す方法が複数存在する場合には、裁判所が比較的広い保護範囲を与えても、後発者も同じアイディアを別の形で表現する余地が残るのに対し、アイディアを表す方法が限られている場合に、特定の表現に広い独占権を与えてしまえば、1つの著作物にアイディア全体の独占を許してしまうということである。

我が国の裁判例においても、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分上告審〕が、「既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情、若しくはアイディア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有する

¹⁷⁶ この判断手法は「濾過テスト」と呼ばれることもあり、原告の著作物にまず着目して創作性のある部分を確定し、それが被告の著作物に再生されているかを検討する「二段階テスト」と区別されている。田村・前掲注(34)『著作権法概説』48頁。二段階テストに相当するテストとして、*Computer Associates International Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1984) が採用した *filtration test* がある。

¹⁷⁷ *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).

¹⁷⁸ *Id.* at 104-05.

¹⁷⁹ 事実に基づく著作物の場合、表現の範囲は狭いものとなると述べた *Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc.*, 736 F.2d 485 (9th Cir.), cert. denied, 469 U.S.1037 (1984)、著作権の保護範囲は表現がアイディアから離れるほど広がると述べた *Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir.), cert. denied, 459 U.S. 880 (1982)、特定のアイディアを表現する方法が限られている場合には、表現がアイディアに混ざり合い (*merged*)、当該表現は著作権で保護しえなくなるというマージ理論を打ち立てた *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675, 678-79 (1st Cir. 1967) 等を参照。

にすぎない場合には、翻案には当たらない」と判じ、類似性判断の一般的基準として、アイデア・表現二分論を用いている。そしてこの基本的な判断基準の下、裁判例は一貫して抽象的なアイデアと具体的な表現の区分に腐心してきた。例えば、いくらアイデアが独創的なものであっても、それがありふれた表現で表されている場合や、一旦アイデアが決定すればそれを表現する方法が限られてくるようなものについては保護が否定されている¹⁸⁰。また、紋切り型の文章¹⁸¹や、事実や情報をそのまま表しただけのもの¹⁸²もおおむね創作性が否定され、その保護範囲は極めて限定的

¹⁸⁰ 特定のアイデアをありふれた方法で表現しても著作権法の保護は否定される。技術的知見やアイデアをそのまま表現したものにとすぎないとして図表の著作物性が否定された東京地判平成17. 11. 17判時1949号95頁[ドレン滞留チャート]、マトリックス表に職場などにおける問題点を選んで記入したものについて、ありふれた表現であることを理由に創作性が否定された大阪地判平成22. 2. 18平成20年(ワ)172号[テーマ選定マトリックス]等を参照。同様に、アイデアが一旦決まれば、誰が表現しても同じものになるものは創作性が否定される(牽引表を設け色彩で分類した万年カレンダーにつき、大阪地判昭和59. 1. 26判タ536号442頁[万年カレンダー]、姓名判断の方法を示した図につき大阪地判平成14. 3. 12平成13年(ワ)12680号[ネームウォッチング])。

また、ホームページ上の掲示板に書き込まれた投稿文章の創作性が争われた東京地判平成14. 4. 15判時1792号129頁[ホテルジャンキーズ一審]、東京高判平成14. 10. 29平成14年(ネ)2887号[ホテルジャンキーズ二審]では、一部の投稿文章については創作性を肯定しつつも、文章が比較的短く、表現方法に創意工夫をする余地のないものやただ単に事実を説明、紹介したものであって、他の表現が想定できないもの、具体的な表現が極めてありふれたものについては創作性を否定している。

¹⁸¹ 雑誌の休廃刊を伝える挨拶文のデッドコピーが問題となった東京地判平成7. 12. 18知裁集27巻4号787頁[ラストメッセージin最終号]では、短い文章で定型的な表現を用いた文章については保護が否定されている一方、ある程度の長さがあり、独特の言い回しや工夫が施され、休廃刊を伝えるという枠に必ずしも囚われていないようなものについては保護が認められている。限られた分量で休廃刊となる旨伝えとなると、使用できる単語や言い回しが限られてくるので、紋切り型の表現が用いられている文章には保護が認められないということが分かる。

¹⁸² 例えば、学術論文は自然法則や学説を客観的な文体で簡潔に分かりやすく記述することが望まれるので、文章表現の語彙や言い回しに工夫を施すことが性質上難しく、結果として創作性を欠く表現にならざるをえない場合が多い。また、学術論

に解されている。

しかし、このアイディア・表現二分論が表現の自由との調整機能という役目を果たすのかという点に対しては、いくつかの問題点が既に指摘されている。第一の問題点は、アイディアと表現には明確な境界線が存在せず、両者を区分することが実際には困難であるという点である¹⁸³。

区分の困難性によってある種の混乱が生じた例として、米国の第9巡回控訴裁判所が一時期採用していた **total concept and feel** テストの登場が挙げられる。例えば、「I miss you already」等のありふれたメッセージがイラストに付されたグリーティングカードが問題となった **Roth Greeting Cards v. United Card Co.** で、第9巡回控訴裁判所は原告と被告の著作物とで **total concept and feel** が共通していることを理由に、著作権侵害を肯定した¹⁸⁴。そこで実質的同一であると指摘された部分は、著作物に描かれたキャラクター、それが醸し出す雰囲気 (**mood**)、特定のメッセージ、一定の雰囲気を

文の著作権侵害が争われる事案では、とりわけ自然法則や学説それ自体の独占を招来することのないよう注意を払わなくてはならないという要請もある。これらの点を加味すると、学術論文の場合は記述の中身、内容に共通点があるというだけではアイディアの共通に過ぎず(東京地判昭和57.12.10無体裁集15巻2号586頁[光学的縮小投影露光装置一審]、大阪地判平成16.11.4判時1898号117頁[インド人参薬理学的研究論文一審]、大阪高判平成17.4.28平成16年(ネ)3984号[インド人参薬理学的研究論文二審])、具体的な文章表現まで利用されてはじめて創作的表現の利用行為と評価しうる(東京地判平成21.11.27平成18年(ワ)2591号[ニューロレポート論文一審])。

また、新聞記事も実際にあった出来事を客観的な文体でそのまま表したものであるので、創作的表現とされる範囲は限定的である。例えば、ある程度の長さのまとまりを持った日刊新聞の新聞記事につき、要約し英訳した文章を配布目的で印刷する等の行為がなされていたという事案(東京地判平成6.2.18判時1486号110頁[コムライン・デイリーニュース])で、原告の新聞記事の主要な部分と同一内容であったという被告の利用態様が判断の決め手となっている。したがって、同じニュースを別の新聞社が記事にした結果、叙述の順番や語彙等に違いが生じているような場合にまで、保護の範囲が及ぶものではないと理解されている。

¹⁸³ Knowles and Palmieri, *Dissecting Krofft: An Expression of New Ideas in Copyright?*, 8 SAN FERN V.L. REV. 109, 124 (1980).

¹⁸⁴ *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).

伝えるイラストの組み合わせ、言葉の配置といった、極めて抽象的なものばかりであった¹⁸⁵。また、マクドナルド社による McDonaldland と題する広告キャンペーンが子供向け番組 H.R. Pufnstuf シリーズの著作権を侵害するかが争われた Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp. でも、具体的な表現が異なっていたにもかかわらず、両著作物の total concept and feel が共通しているとの理由で、実質的同一性を充足すると判断された¹⁸⁶。これらの判決はいずれも、著作物の total concept and feel の部分を著作権で保護しようとしたために、非常に抽象的な部分の類似性に基づいた著作権の主張を認めてしまっており、事実上ほとんどアイディアといったら良いレベルにおける類似であっても著作権侵害を肯定してしまいかねないという問題を抱えている。

以上のような問題のためか、total concept and feel テストは、第 9 巡回控訴裁判所においても定着することはなかったが¹⁸⁷、この裁判所における混乱こそが、アイディアと表現の明確な線引きがいかに困難かを如実に表しているといえるだろう¹⁸⁸。

¹⁸⁵ *Id.* at 1110.

¹⁸⁶ Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

¹⁸⁷ Krofft 事件とよく似た事案にもかかわらず著作権侵害を否定した例として、Aliotti v. R. Dakin & Co., 831 F.2d 898 (9th Cir. 1987). *See also*, Berkic v. Crichton, 761 F.2d 1289 (9th Cir.), *cert. denied*, 474 U.S. 826 (1985); Litchfield v. Spielberg, 736 F.2d 1352 (9th Cir. 1984), *cert. denied*, 470 U.S. 1052 (1985).

¹⁸⁸ なお、「印象」や「雰囲気」といった点に言及し、米国の total concept and feel テストに近い発想と受け取れなくもない説示を行う裁判例が、我が国にも存在する。壁画の類似性が争われた東京地八王子支判昭和62. 9. 18無体集19巻 3号334頁[館林市壁画]で裁判所は、2つの壁画に多数の相違点を見出すことができると認めつつも、「全体的に両壁画を比較対照して観察すれば、右相違点よりも類似性の方が強く印象付けられることは否定しがた」いことを理由に、類似性を肯定している。

また、傍論であるが、祇園祭を撮影した風景写真とそれに基づいて描かれた水彩画の類似性が争われた事例で、祇園祭における神官の差上げの直前の「厳肅な雰囲気」を創作的表現と認定し、その「厳肅な雰囲気」が被告水彩画中で増長されていることに着目して著作権侵害を肯定した東京地判平成20. 3. 13判時2033号102頁[八坂神社祇園祭ポスター]がある。比良友佳理「写真の著作物の保護範囲－写真に依

いずれにせよ、アイディア・表現二分論を掲げながらも *total concept and feel* テストという相容れない判断基準が登場している時点で、アイディアと表現の区分が困難であるということは明らかである。その意味で、二分論による調整は成功しているとはいいがたいだろう¹⁸⁹。Learned Hand 判事もある判決文の中で、著作権侵害の成否を決めるテストは曖昧なものにならざるをえず、その決定は必然的にアド・ホックなものになってしまうことを認めている¹⁹⁰。アイディアと表現がこのように渾然一体としているものだとすれば、裁判所の個々の事案における判断が場当たり的になってしまうのではないかという批判も傾聴に価する¹⁹¹。もちろん、アイディアと表現

拠して制作された水彩画が翻案権侵害に当たるとされた事例一」知的財産法政策学研究25号(2009年)136-137頁を参照。

同様に、女性キャラクターのイラストについて、原告のイラストが「独特の透明感のあるクールなタッチで、知的で好奇心がおう盛な若い独り暮らしの女性」、被告イラストが「比較的平凡なタッチで、柔和で優しく親しみやすい若い母親」を印象づけるものであると述べ、「特徴的な部分」が相当異なることを理由に著作権侵害を否定した大阪地判平成21. 3. 26判タ1313号231頁[マンション読本]もある。丁文杰「キャラクターの絵画的表現の保護範囲ーマンション読本事件一」知的財産法政策学研究30号(2010年)201頁を参照。

¹⁸⁹ Alfred C. Yen, *A First Amendment Perspective on the Idea/ Expression Dichotomy and Copyright in a Work's "Total Concept and Feel"*, 38 EMORY L.J. 393 (1989).

¹⁹⁰ *Peter Pan Fabrics, Inc. v. martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960). また、*Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121(2d Cir. 1930) においても、アイディアと表現の「境界線を固定できた者はこれまでもいなかったし、誰もできないだろう」と述べている。

¹⁹¹ 大日方・前掲注(171)「著作権と表現の自由の調整原理(一)」1頁。

著作権と表現の自由に深刻な対立が生じていないという論拠を説明することなく、こうした曖昧な二分論による調整に依存する裁判所の姿勢を強く批判するものとして、Rubinfeld, *supra* note 58, at 14; Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L.R. 1, 14 (2001).

William McGinty, *First Amendment Rights to Protected Expression: What are the Traditional Contours of Copyright Law*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 1099 (2008) は、*Three Boys Music Corp. v. Michael Bolton*, 212 F.3d 477 (9th Cir. 2000) を例に出してアイディアと表現の区別の困難性を指摘している。この判決は、愛が素晴らしいものであるというアイディアは著作権法では保護されず、誰もそのアイディアについて著作権を独

の間に有意な境界線を見出すことができないからといって、著作権が表現の自由の領域を侵食しているということを直ちに意味するわけではない。しかし、侵害と非侵害を分かち基準が曖昧であるがゆえに、他人の著作物を利用しようとする者が、予測困難性と訴訟費用という2つのリスクを負わなければならない、著作権は名誉毀損規制の場合と少なくとも同等かそれ以上の萎縮効果を有しているという問題があることは認めざるをえないように思われる¹⁹²。

第二の問題点は、たとえアイデアと表現を明確に区別でき、さらにその中で具体的な表現だけに保護を付与するようなことが法技術的に可能であったとしても、具体的な表現を借用することが新たな表現行為にとって欠かせないケースにおいてはなお、自由な表現行為の妨げになってしまうという点である¹⁹³。

そうした表現行為の例としてしばしば挙げられるのが、報道写真の利用やパロディである。ケネディ大統領暗殺を捉えた映像やベトナムのMy-Lai大虐殺を撮影した報道写真は、1つの写真や映像の著作物であるのと同時に、史実そのものが著作物に化体されているといえる。すると、当該写真や映像を複製する行為を禁止してしまった場合には、撮影者によって付加された表現と事実そのものが一体不可分のものとして存在しているために、それを保護するともはや表現だけの独占には留まらないこととなる¹⁹⁴。

占しえないとしつつも、R&Bの曲中の「Love is a Wonderful Thing」というフレーズについて著作権保護を認めたものである。これに対しMcGintyは、この説示によれば「Love is a Wonderful Thing」というフレーズを一語一句そのままの形で利用する場合は異論もあるだろうが著作権侵害となる可能性があり、かといって愛が素晴らしいものであるというアイデアを他の言葉で言い表すのは困難であって、「Love is a Great Thing」や「Love is a Marvelous Thing」ではアイデア(意味)が変わってしまうと述べ、アイデア・表現二分論では、他人の表現の自由を十分に保護されていないと述べる。*Id.* at 1113.

¹⁹² Yen, *supra* note 189, at 421-33.

¹⁹³ NETANEL, *supra* note 85, at 1099.

¹⁹⁴ バレント・前掲注(72)『言論の自由』293頁。See also, 4 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 19 E.03 [A] [2] (2005).

またパロディの場合は、原著物がどのようなものであるかが分かる範囲で表現を残しておくことでこそ、パロディとしての面白みが成立するという側面がある。作風やおおまかなストーリーなど、元となる著作物からアイディアだけ抽出して、そこからパロディを作ることも可能かもしれないが、むしろ多くのパロディ作品は、一定のまとまりを持ったシーンやセリフ、描写などの具体的な表現も利用して成り立っているのではないだろうが¹⁹⁵。この他、他人の思想・アイディアではなく具体的な表現方法そのものを効果的に批評したいという場合にも、他人の表現を借用することが、新たな表現行為の要となってくる^{196 197}。これらのようなケースでは、アイディア・表現二分論をいくら活用して保護対象に絞りをかけても限界があるといえるだろう。この点は、アイディア・表現二分論によって著作権と表現の自由の調整を図ることを提唱したNimmer本人も1970年の論文で既に限界として認めていたところである¹⁹⁸。

さらに第二の問題点とも関係するが、第三の問題点として、著作権では複製行為だけではなく翻案行為のような変容の利用も禁止行為の1つとして挙げられている点がある。我が国の著作権法は複製を禁止する21条に加え、27条で「著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、

¹⁹⁵ なお、米国ではパロディの成否を決めるテストの1つに、「想起テスト」というものがある。これは、パロディであることを理由に利用できる分量は、風刺の対象を想起させるのに必要な範囲といえるかを斟酌する考え方である。もっとも、合衆国最高裁は後述するCampbell事件判決において、パロディの対象となっているオリジナルの作品を想起するのに最小限の範囲で利用することまでは要求しない立場を採っている。「想起テスト」について詳しくは、松平光徳「アメリカ著作権法におけるパロディー法理の発展と展望」法律論叢71巻4・5合併号(1999年)217頁。

¹⁹⁶ バレント・前掲注(72)『言論の自由』293頁、長谷部・前掲注(74)「表現の自由と著作権」4-5頁。

¹⁹⁷ 例えば他人の書いた小説を批判するという場合、あらすじやストーリーといった抽象的な内容を批判対象とする場合には必ずしも具体的表現の借用を要しないが、特定の比喩表現や言い回しといったような、より具体的な表現を批評するような場合、どのような表現形式が小説内で用いられていたかを最も手っ取り早くかつ正確に第三者に伝えるには、思想・アイディアだけではなく表現の借用も必要となってくるだろう。

¹⁹⁸ Nimmer, *supra* note 59, at 1196-1200.

映画化し、その他翻案する」ことを法定の利用行為の1つとして掲げている。著作権者は自己が権利を有する著作物と類似の範囲内にある限り、どちらの条文によるにせよその複製行為を禁止できることは明らかであるから、複製権と翻案権の禁止範囲に明確な線引きを行おうとすることは実益がないが¹⁹⁹、問題は著作物を忠実に複製する行為以上のものが禁止権の範囲に入っているという点である。米国ではこの点に関し、利用が変容的であってもなお著作権侵害に問われうるということは、著作権による保護がもはやアイデアと表現のうち表現だけに留まっているとは言い切れないのではないかとということが指摘されており、アイデア・表現二分論の調整法理としての意義が消失していると批判されている²⁰⁰。

以上の問題点に加え、アイデア・表現二分論による調整は現在の技術状況とはそもそも相容れないという可能性がある。アイデア・表現二分論による調整という発想は前述した著作権法の第一の波の時代であればあるいは上手く機能していたのかもしれない。その時代、複製はコスト面、技術面から容易にできるものではなかったため、複製権を設け、アイデアの自由利用を認めておけば私人の行動の自由は十分に確保することができたからである²⁰¹。しかし第二の波の時代に入り、私人でも容易に複製ができるになると、「複製の自由」に配慮しなければならず、アイデアの自由利用だけでは私人の自由の確保は困難になった。したがって、歴史的観点から見ても、アイデア・表現二分論が調整原理として機能するという発想は複製技術が私人に普及する前のかかなり古典的な状況を前提としているといえ、その点からも限界が生じているといえる。

3. 制限規定による調整

内在する調整原理として次によく挙げられるのが、著作権の制限規定で

¹⁹⁹ 田村・前掲注(34)『著作権法概説』116-117頁。

²⁰⁰ NETANEL, *supra* note 85, at 303-04.

²⁰¹ 田村善之「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」同『市場・自由・知的財産』(有斐閣・2003年) 232頁。

ある²⁰²。この点に関し、我が国の調整規定は米国の構造と大きく異なっているので、両者を比較しながら、特に我が国の規定の特徴と問題点を浮き彫りにしていきたい。

我が国の著作権法は、米国のように一般的な文言で著作権の制限を認めるフェア・ユースのような規定を欠く。その代わり、主として著作権法30条以下で、著作権が及ぶ範囲が制限される場合を個別具体的に列挙している。これらの個別制限規定はその趣旨に鑑みて4つに大別することができる²⁰³。第一に、人間の行動の自由を過度に害することのないよう、著作権者に与える経済的影響が少ないと考えられる一定の行為につき著作権を制限する規定であり、私的複製(30条)や非営利貸与、非営利使用(38条)等がこれに分類される。第二に、利用の性質上、利用を許容したほうが望ましいという観点から設けられている制限規定があり、これには試験問題としての複製(36条)や点字による複製(37条)等が当てはまる。第三には、所有権等の有体物の帰属との関係で生じる問題を緩和させるための制限規定で、美術の著作物等の原作品の所有者による展示(45条)等がこれに分類される。第四は、著作物の利用を促進するという趣旨や、教育や報道等の公益を重視して設けられている制限規定で、図書館等における複製(31条)や時事の事件の報道(41条)等が該当する。

このような個別規定方式は、事前にどのような行為が著作権の制限の対象になるかが明らかにされているという点で、予測可能性が高く法的安定性に優れていると一般的にいわれる。その反面、裁判所で解釈を行いながら柔軟に運用をしていくという方策を採るには限界がある。例えば我が国の現在の制限規定は、パロディを直接に扱う規定を欠いており、引用(32条1項)や類似性の要件等の規定を活用して対処せざるをえない状況にある²⁰⁴。また、技術の変化や新しい利用態様の登場に対して議会でその都度

²⁰² Goldstein, *supra* note 60; L. Ray Patterson, *Free Speech, Copyright and Fair Use*, 40 VAND. L. REV. 1, 36-48 (1987); Denicola, *supra* note 66.

²⁰³ 田村・前掲注(34)『著作権法概説』195-196頁の分類による。

²⁰⁴ 最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁[パロディ第一次上告審]、東京地決平成13.12.19平成13年(ヨ)22103号[バターはどこへ溶けた?]、東京地判平成16.12.24平成15年(ワ)25535号[武蔵MUSASHI一審]、知財高判平成17.6.14判時1911号138

立法を行ってはいは後手に回ってしまい対応が遅れるという欠点もある。そうした新しい問題に対し、裁判所は解釈上の工夫を行い、既存の条文に柔軟性を持たせるべく取り計らっているのが現状である²⁰⁵。このような裁

頁[武蔵MUSASHI二審]を参照。

パロディについては近年、法制化に向けた動きが見られる。「文化審議会著作権分科会報告書(平成23年1月)」及び「知的財産推進計画2012」においてパロディが取り上げられ、さらに平成24年6月には著作権法におけるパロディの権利ルールを検討するパロディワーキングチームが設置された。その成果についてはパロディワーキングチーム報告書(http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/h25_03_parody_hokokusho.pdf)を参照。

²⁰⁵ 例えば、照明器具のカタログ中の写真に、室内に掲げられた掛け軸の書の著作物が写り込んだという事案で、東京地判平成11.10.27判時1701号157頁[雪月花一審]、東京高判平成14.2.18平成11年(ネ)5641号[雪月花二審]は、墨の濃淡やかすれ具合、運筆、筆の勢いといった点を原告の書の著作物における創作的表現とした上で、それらが被告の写真の中に再現されていないことを理由に、引用の成否に立ち入ることなく類似性を否定し、翻案権侵害には該当しないと判断した。ただし、書の著作物は字体を創作的に表現したというところに著作物性が認められるものであるため、元々保護範囲も狭いと考えられているという事情がある(田村・前掲注(34)『著作権法概説』96-98頁)。この判決はそうした書の著作物特有の事情を巧みに活用して写り込み問題に対処したと位置づけられるため、その射程は広くはないと考えられている。田村善之「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」ジュリスト1255号(2003年)127頁。

この他、バスの車体に描かれた絵が絵本の表紙等に用いられたという事案で、美術の原作品が屋外に恒常的に設置された場合にその自由利用を認める46条の規定が適用されたとした判決がある(東京地判平成13.7.25判時1758号137頁[はたらくじどうしゃ])。建物のように一定の場所に固定されているわけではないバスを「恒常的に設置されているもの」とであると判断するという、やや強引な解釈を行うことにより、写り込みの事案に対処した事例と位置づけることができる。村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究10号(2006年)247頁、田村・前掲注(147)「日本版フェア・ユース導入の意義とその限界」15-16頁も参照。

写り込み問題に関する文献としては、田村・前掲「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」127頁、上野・前掲注(147)「著作権法における権利制限規定の再検討ー日本版フェア・ユースの可能性ー」12頁、前田哲男「工業製品の外観などに利用された著作物の『写り込み』的な利用について」野村豊弘＝牧野利秋(編集代表)『現代社会と著作権法』(弘文堂・2008年)325頁、前田哲男＝中川

達也「いわゆる写り込み問題について」高林龍(編)『早稲田大学ロースクール著作権法特殊講義 3 著作権ビジネスの理論と実践Ⅱ』(成文堂・2011年)319頁を参照。

現在では、写り込みの問題に関して、平成24年著作権法改正により明文規定が設けられ、立法による対応がなされるに至っている(著作権法30条の2)。ただし、30条の2第1項が求める分離困難性の要件に照らすと、前掲[雪月花]と前掲[はたらくじどうしゃ]の事案は同条文によっても著作権侵害が否定されない可能性が高いことから、改正後もこれらの判決の意義は失われていないと述べるものとして、田村・前掲注(122)「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」53頁。ただし、前掲[雪月花]と前掲[はたらくじどうしゃ]はいずれも、不可避免的に著作物が写り込んだ事案というよりは、意図的に著作物を被写体として選んで写し込んだ事案であるため、その点を考慮する必要があるかもしれない。

また、絵画の鑑定書の裏面に原画の縮小カラーコピーを付す行為の是非が争われた知財高判平成22.10.13判時2092号136頁[美術鑑定書二審]は、著作権法32条1項の引用につき前掲[パロディ第一次上告審]が示し、従来の裁判例の多くが採っていた明瞭区分性と附従性という二要件に固執することなく、本件美術鑑定書を取り巻く諸事情(その目的が鑑定対象である絵画を特定し、かつ、鑑定書の偽造を防ぐためであって、添付の必要性・有用性が認められること、鑑定業務が適正に行われることは著作権者等の権利の保護を図ることにつながること、当該複製物が鑑定書と分離して利用に供されることや鑑定書が当該絵画と別に流通することも考え難いこと、著作権者が当該絵画の複製権を利用して経済的利益を得る機会が失われることも考え難いこと)を重視し、従来に比べかなり柔軟に同条文を解釈して引用が成立すると結論づけている(なお、その原審である東京地判平成22.5.19判時2092号142頁[美術鑑定書一審]は侵害を肯定している)。従来の裁判例の基準であれば引用が認められなかったであろう利用に対し、総合考慮という手法を用いることにより、結果としてフェア・ユースのような形で引用の規定を運用している点で注目される。鑑定書を作成するという1つの表現行為を、絵画の著作権に基づいて妨げることがないよう、引用の規定を柔軟に解した判決として一定の評価をすることができる。従来の裁判例の整理と本件の位置づけについて詳細に分析するものとして、平澤卓人「鑑定証書への絵画のコピーの添付と著作権法上の『引用』」知的財産法政策学研究43号(2013年)287頁。また、前掲[パロディ第一次上告審]が定立した引用に関する二要件に疑問を呈し、現行著作権法32条が定める「公正な慣行に合致」「引用の目的上、正統な範囲で行われる」という要件をより重視し、旧法下の「節録引用」の解釈である最判の示した二要件に過度に固執する必要性はない旨説く学説として、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(2000年)91-96

判所の努力は評価すべきものであるが、同時に、条文からあまりにも乖離した解釈論を展開したり、条文上の根拠を欠く要素を取り入れて柔軟性を持たせたりすることは、個別規定方式の本来の長所であるはずの予測可能性を低めてしまっている可能性がある²⁰⁶。利用者へ与える萎縮効果を最小

頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章(刊行委員代表)『著作権法と民法の現代的課題』(法学書院・2003年)310-332頁。

²⁰⁶ 外国人向け旅行パンフレットに、原告が製作した写真の絵葉書のセットがおもてなしプレゼントの1つである旨記載し、原告に無断で原告撮影にかかる写真絵葉書3枚を縮小(約1.5cm×約2.3cm大)し、若干重ねあわせて掲載・頒布したことにつき、極めて小さく縮小されている点及び一部が他の写真に隠れている点を理由に、被写体の属性や構図の一部を除けば、原告撮影にかかる写真の創作的表現を感得することが困難であるとして、複製権侵害を否定した横浜地判平成23.6.1平成22年(ワ)5673号[おもてなしプレゼント]という判決がある。

この判決の念頭には、書の著作物の写り込みについて複製権侵害を否定した前掲[雪月花一審]、前掲[雪月花二審]が置かれていたものと思われるが(渡部友一郎「ファッションショー部分映像放送事件～ファッションショーの著作物性が創作性及び直接感得性により否定されたケース～」コピーライト632号(2013年)38-39頁。もっとも、本判決を「妥当な結論を導く」ものとして好意的に評価している)、墨の濃淡やかすれ具合といった限られた部分のみが創作的表現とされる書の著作物とは異なり、写真の著作物の場合には一般に、構図や光の捉え方、シャッターチャンス、レンズ選択、焦点のあて方の工夫によって生じる表現が創作的表現とされる。裁判例を見ても、写真の著作物の利用が問題になった事案では原告の写真をそのまま転載した場合はもとより(知財高判平成18.3.29判タ1234号295頁[スメルゲット二審]、東京地判平成18.12.21平成18年(ワ)5007号[東京アウトサイダーズ一審]、知財高判平成19.5.31平成19年(ネ)10003号[東京アウトサイダーズ二審])、デッドコピーに限りなく近い形で写真をカラーで水彩画に描きこんだ場合(前掲[八坂神社祇園祭ポスター])にも著作権侵害が肯定されている(さらに、全く別の時間に別の場所で撮影されたすいか等を被写体とする写真について類似性を肯定した東京高判平成13.6.21判時1765号96頁[みずみずしいすいか二審]。ただし[みずみずしいすいか二審]判決に対する疑問点に関しては、比良・前掲注(188)「写真の著作物の保護範囲一写真に依拠して制作された水彩画が翻案権侵害に当たるとされた事例一」128-130頁。また、東京地判平成11.12.15判時1699号145頁[みずみずしいすいか一審]は類似性を否定している点に注意)。

[おもてなしギフト]判決は被告が原告著作物を縮小した点を重視しているが、過

限に留め、それによって表現の自由との調整を行うことが課題となっている以上、この点は再考の余地がありそうである。

他方、米国では108条から112条で掲げられている個別の制限規定に加え、フェア・ユースの規定があり、以下の四要素に基づき著作権が制限される場合がある²⁰⁷。フェア・ユースは、元々はジョージ・ワシントン初代大統領

去に絵画や画像の縮小コピーの著作権侵害の成否が問題となった事案では、上質のアート紙を用いたカタログに55mm×80mmに縮小して複製した東京地判平成1. 10. 6判時1323号140頁[レオナルド・フジタ展カタログ]はもとより、上質紙よりは画像が劣ると思われる新聞紙上にカラー印刷で61mm×30mmに絵画を縮小して掲載した東京地判平成10. 2. 20判時1643号176頁[バーンズ・コレクション]であっても複製権侵害が肯定されており、さらにフリーペーパー上に15mm×27mm×20mmとかなり縮小した画像を掲載した東京地判平成21. 11. 26平成20年(ワ)31480号[オークションカタログ]であっても複製権侵害が肯定されている。

また、写真の一部が隠れていることを理由に、構図についても一部を除いて創作的表現が感得できなくなったと本判決は述べているが、写真の一部がトリミングされただけでは侵害が否定されず(前掲[東京アウトサイダーズ二審])、同じ被写体を独自に撮影し、フレームへの収め方や配置、アングルなど複数の要素を変更して初めて構図が非類似とされるのが一般的な判断である(東京地判平成22. 12. 21平成21年(ワ)451号[廃墟写真一審]、知財高判平成23. 5. 10平成23年(ネ)10010号[廃墟写真二審])。これらと比べても、[おもてなしギフト]が複製権侵害を肯定するケースとしていかに特異なものであったかが分かるだろう。

したがって、これまでの絵画、写真の著作物の侵害成否の基準に則れば、本件は複製権侵害が認められるべき事例だったように思われる。書の著作物という特別な事情があった前掲[雪月花一審]、前掲[雪月花二審]で用いられた規範的解釈の手法を、写真の著作物の事例にそのまま応用してしまった結果、従来の写真、絵画の著作物の判例と齟齬をきたしている点で、柔軟な解釈が行き過ぎてしまった例といえるかもしれない。[雪月花]事件を担当した裁判長である飯村判事も、飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『2004年度 JASRAC 寄附講座 著作権制度概説および音楽著作権』(明治大学法科大学院・2006年)212頁において前掲[雪月花一審]、前掲[雪月花二審]のアプローチが絵画の場合には適用できないかもしれないと述べている。

²⁰⁷ フェア・ユースに関する主要裁判例を俯瞰する文献としては、田村・前掲注(147)「日本版フェア・ユース導入の意義とその限界」472-476頁、田村・前掲注(145)「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等一」96-99頁、山本隆司＝奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』(太田出版・

領の私信の利用が問題となった *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cass 342 (C.C.D. Mass. 1841)²⁰⁸を出発点として判例法理の中で発展してきたものであり、1976年の現行著作権法制定時に以下のように条文化された。

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

2010年）。

また、フェア・ユースの法理を紹介する邦語文献としては、ゴーマン＝ギンズバーグ・前掲注(12)『米国著作権法詳解(下)』637-775頁、アーサー・R・ミラー＝マイケル・H・デービス（藤野仁三（訳））『アメリカ知的財産法』（八潮社・2008年）232-246頁、エリック・J・シュワルツ（高林龍（監訳）・安藤和宏＝今村哲也（訳））『アメリカ著作権法とその実務』（雄松堂出版・2004年）291-307頁、山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』（第2版・太田出版・2008年）110-132頁、白鳥・前掲注(12)『アメリカ著作権法入門』209-233頁、曾我部健「著作権に関するフェアユースの法理」著作権研究20号（1993年）97頁、ジェーン・C・ギンズバーグ（斉藤博（訳））「アメリカにおけるフェア・ユース問題について」著作権研究26号（2000年）147頁、村井麻衣子「著作権市場の生成と *fair use*—*Texaco* 判決を端緒として—（一）（二・完）」知的財産法政策学研究 6 号（2005年）155頁・7号（2005年）139頁、フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（第一法規・2010年）等。

²⁰⁸ 山本＝奥邨・前掲注(207)『フェア・ユースの考え方』178頁も参照。

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²⁰⁹。

フェア・ユースは著作権と表現の自由を調整する原理として機能することが期待されているが、根本的な問題として、フェア・ユース該当性が個別の事案ごとに判断されるために、予測可能性が低く、利用者に与える萎縮効果が大きいということがしばしば指摘されている²¹⁰。

このように、我が国のような個別規定と米国のフェア・ユースとでは、根本的な枠組みに相違があり、それぞれ一長一短の性質を有していると考えられるが、いずれの枠組みであるにせよ、制限規定を調整原理として用いて、その中で表現の自由を考慮するという発想自体にはさほど批判は向けられていない。問題はむしろ、制限規定が適切に憲法上の表現の自由への配慮を払っているかという点である²¹¹。米国のフェア・ユースは、裁判所によって解釈されるどころ、それが本当に表現の自由を公正に扱っているのかについて吟味する必要があるといわれている²¹²。これは単に制限規定が設けられているというだけで安心すべきではなく、実際に表現の自由に配慮するという機能を十分に果たしているかを検討すべきということであろう。我が国の論者も、日本の権利制限規定は厳格すぎるために表現の自由に十分な配慮をなせていないが、かといって融通無碍なフェア・ユースを導入したとしても、事前の予測可能性が高まることはないだろうと

²⁰⁹ 条文の日本語訳は公益社団法人著作権情報センター「外国著作権法一覧(アメリカ編)」(山本隆司(訳))(<http://www.cric.or.jp/db/world/america.html>)による。

²¹⁰ Michael W. Carroll, *Fixing Fair Use*, 85 N.C. L. REV. 1087 (2007); Naomi Abe Voegtli, *Rethinking Derivative Right*, 63 BROOKLYN L. REV. 1213, 1266 (1997).

²¹¹ 長谷部・前掲注(74)「表現の自由と著作権」7-8頁も実際の裁判例で制度がどう運用されるかが重要であって、日本がフェア・ユースを仮に導入した場合、一般論としては表現の保護の自由につながると予想しつつも、予測可能性の保障という点では後退する側面があるとし、慎重な姿勢を見せている。

²¹² Jonathan Griffiths, *Copyright Law and Censorship: The Impact of the Human Rights Act 1998*, Ybk Copyright & Media L. 15-20 (1999); Eric Barendt, *Copyright and Free Speech Theory*, in COPYRIGHT AND FREE SPEECH 15 (J. Griffiths & U. Suthersanen eds., OUP 2005).

述べている²¹³。

そこで、フェア・ユースの実際の運用について、表現の自由への配慮という観点からごく簡単に検討してみよう。米国のフェア・ユースの近年の傾向として、特に2005年以降、フェア・ユースの第一要件である「使用の目的および性質」に関し、利用が変容的(transformative)なものであるか否かが重視されることが増加しているといわれている²¹⁴。その嚆矢となったのはCampbell v. Acuff- Rose Music, Inc.である。これは、映画「プリティーウーマン」の主題歌である原告の楽曲「Oh! Pretty Woman」の歌詞を変更しラップ調にアレンジした曲を創作した被告が、原告の許諾を得られずにCDアルバムとしてリリースしたところ、著作権侵害に基づいて原告が訴訟を提起したという事案である。この事件で合衆国最高裁は変容的利用を、単に元となる著作物の対象にとって代わるのみならず、「何らかの新しいものを加え、さらなる目的あるいは異なる特徴を伴い、元となる著作物を新たな表現や意味、メッセージによって作り変えるもの」と定義した²¹⁵。その上で最高裁は、変容的利用であるか否かをフェア・ユースの判断において重視すべきと主張していたLevalの論文²¹⁶を引用し、変容的利用であることはフェア・ユースの認定に必ず必要な条件ではないものの、変形的な著作物の創作によってこそ著作権の目的が達成されると説き、新たに作られた著作物が変容的利用であればあるほど、フェア・ユースを否定する方向に働く他の要素(商業性等²¹⁷)の重要性は減ると判じた。

²¹³ 阪本・前掲注(83)「小島報告へのコメント」95頁。

²¹⁴ Neil W. Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 715, 736-40 (2011). 邦語訳として、Neil W. Netanel (石新智規＝井上乾介＝山本タ子訳)「フェアユースを理解する(1)(2・完)」知的財産法政策学研究43～44号(2013～2014年)。

²¹⁵ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U. S. 569, 579 (1994).

²¹⁶ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

²¹⁷ 商業的利用(commercial use)か非商業的利用(nonprofit use)であるかをフェア・ユースの第一要素において判断し、商業的利用であればフェア・ユースに該当しないという推定の下、第四要素における市場に与える影響があると推定を働かせ、他方、非商業的利用であればフェア・ユース認定の推定と第四要素における市場に与える影響の不存在を推定するとしたSony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)も参照。

この変容的利用は、基本的にはフェア・ユースの第一要素に関する分析であるが、「フェア・ユースの全体の分析の基盤を形成する」と述べる裁判例もある一方²¹⁸、Beebeの実証分析によれば、Campbell最高裁判決でこのように変容的利用が強調されたものの、その後の下級審判決では地裁レベル、控訴裁判所レベルいずれにおいても変容的利用に全く言及しないものが数多く存在し、フェア・ユースの考慮要素として有する影響力は極めて限定的であるという²¹⁹。だがこれに対しNetanelは、Beebeが分析対象としていたのは2005年までの裁判例であるが、それ以降の2006年から2010年末までに下された裁判例を分析対象とした実証研究を行った結果、変容的利用がフェア・ユース成否の判断に占める重要性が増大しているとともに、著作物利用者側の勝訴率が高まっていることを明らかにした²²⁰。

それでは、どのような場合に変容的利用であると認められるのか。著名な例を挙げれば、ベストセラー小説「風とともに去りぬ (Gone With The Wind)」における奴隷制度や当時の南部の描写に対する批判を行う目的で執筆された同作品のパロディ「風はとわに去りぬ (The Wind Done Gone)」が著作権侵害に該当するかが争われた *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)²²¹では、原作品に批評を加える目的で原作品を利用することが不可欠であったとし変容的利用とフェア・ユース該当性が肯定されている²²²。

²¹⁸ On *Davis v. Gap, Inc.*, 246 F.3d 152, 174 (2d Cir. 2001).

²¹⁹ Barton Beebe (城所岩生(訳))「米国著作権法フェアユース判決(1978-2005年)の実証的研究(2・完)」知的財産法政策学研究22号(2009年)175-179頁。ただし、変容的利用であると認められた事案においてはほぼフェア・ユースの成立が肯定されるなど、影響力を持った判決においては、第一要素に留まらずフェア・ユース全体の結論に強い影響を与えているということも同時に指摘している。

²²⁰ Netanel・前掲注(214)「フェアユースを理解する(1)(2・完)」。

²²¹ 本件に関しては、山本隆司「パロディによる表現の自由と著作権の保護の限界」ジュリスト1215号(2002年)172頁、山本＝奥邨・前掲注(207)『フェア・ユースの考え方』27-29頁も参照。

²²² See also, *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prods.*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003); *Salinger v. Colting*, 641 F. Supp. 2d 250 (S.D.N.Y.2009).

この他、特にパロディについてフェア・ユースの成否とともに論じるものとして、

こうした変容的利用を重視する裁判所の傾向に対しては、表現の自由とのバランスという観点からは否定的な評価を下す見解がある。Campbell判決はパロディと風刺 (satire) を区別し、「パロディは自分の考えを述べるためにオリジナルをまねる必要がある…他方で風刺は自分の足で自立することができ…借用する場合には正当性を有することが必要になる」²²³と述べ、著作物の二次的な利用には何らかの新しいものを付け加えなければならないことを示唆したが、Bartholomew & Tehranianによると、これを受けた下級審は、パロディについては好意的に評価するものの、それ以外の変容的な利用に対してはフェア・ユースの成立の余地をわずかしき認めておらず、パロディと風刺の区分をCampbellが提唱したことによって、結果的にパロディ以外の表現行為が苦境に立たされているという²²⁴。Bartholomew & Tehranianはそのような例として猫の漫画キャラクターをO.J. シンプソン事件を風刺する上で利用する行為が、当該キャラクターに対するパロディとはいえず風刺に当たり、変容的利用該当性とフェア・ユース該当性いずれもが否定されたDr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.や²²⁵、子犬を抱える老夫婦の写真による有名なポストカードからインスピレーションを受け、一部を強調するなどの変化を付けつつ立体作品に利用した事案において、地裁は元の写真に対する批判やコメントを加えていないという理由で²²⁶、控訴裁判所も当該表現を行うに当たって被告は原告の著作物を用いる必要性がなかったという理由で²²⁷、それぞれフェア・ユースに該当しないと判断した例を挙げている²²⁸。

奥邨弘司「米国著作権法におけるParody」著作権研究37号(2011年)13頁。

²²³ Campbell, 510 U.S. 569, 580.

²²⁴ Mark Bartholomew and John Tehranian, *An Intersystemic View of Intellectual Property and Free Speech*, 81 Geo WASH. L. REV. 1, 15-16 (2013).

²²⁵ Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc., 109 F.3d 1394 (89th Cir. 1997).

²²⁶ Rogers v. Koons, 751 F. Supp. 474, 479 (S.D.N.Y. 1990).

²²⁷ Rogers v. Koons, 960 F.2d 301, 310 (2d Cir. 1992).

²²⁸ ただし、Campbell判決の判断枠組みに則りパロディと風刺を区分して風刺に当たるとしつつもフェア・ユースを肯定する例も現れている。Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

また同じく変容的利用に当たらない利用行為として、サンプリングやオリジナル作品からの引用といった新たな意見や批評を加えない「純粋なコピー (pure copying)」がある。純粋なコピーは時として、自己表現 (self-expression) や政治的手段として言論に説得力を持たせたり、さらには信仰にとって重要な意味を有していたりするなど、複数の社会的な価値に資するにもかかわらず、変容的利用を重視する傾向によって軽視されてしまっていると Tushnet は指摘している²²⁹。

このような、パロディ以外の変容的利用や、そもそも変容的利用に該当しない利用を著作権法上どう扱うべきかはそれ自体議論の分かれるところであろう。前者については、*Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.* のように批評の対象が利用する著作物ではなく社会の出来事等である際、利用する必然性が乏しい場合や著作権者に与える経済的な不利益が大きような場合にまで著作物が利用されてしまう不利益を著作権者が甘受するべきであるかは疑問の余地があるし、後者についてもあらゆる非変容的利用が広く“社会的価値”を理由に認められてしまつては、著作権が行使できる場面が極端に減つてしまい、権利が事実上形骸化するおそれがある。

しかしここでより重要な問題は、変容的利用か否かという基準が、著作権者の著作権と、著作物の利用者の表現の自由という2つの利益のバランスを正当に捉えきれているかという点ではないだろうか。Bartholomew & Tehranian や Tushnet が示唆するように、パロディと風刺の区分や変容的利用と非変容的利用の区分によってフェア・ユースに該当しないと分類される利用全てについて、本当に表現の自由の保障が十分であるか問い直す必要があるように思われる。

加えて、フェア・ユースの法理が幅広い解釈を受け入れることができるものであり、事案に応じた判断がなされること、そして適用に一貫性が欠けているということを考慮すれば、ある利用が本当に変容的利用に分類されフェア・ユースの適用を受けることができるのかを予測することは難しく、フェア・ユースが修正一条の価値を守ることができているかは疑わし

²²⁹ Tushnet, *supra* note 126, at 562-86.

いという見方もある²³⁰。予測可能性が低い一方、訴訟に費やす時間と費用を大きく高めてしまうフェア・ユースは、米国では時として「弁護士を雇う権利 (the right to hire a lawyer)」とまで揶揄されることすらある²³¹。予測可能性の低さと高額な訴訟費用が、特に個人のユーザーにとって大きな萎縮効果を与えるとすれば、フェア・ユースが本当に「著作権と表現の自由の調整原理」たりえているのか疑問を拭いきれない²³²。

さらに、第一要素に加え第四要素もフェア・ユースの成否を決する上で重視されているが、これに関し、たとえ著作権者の現在参入している市場を直接害するものでなくとも、著作物の利用者が事前に許諾を受けることが可能であった場合や、著作権者がもしかすると今後参入を望むかもしれない潜在的市場を利用が害しうる場合に第四要素の検討で不利に判断し、

²³⁰ NETANEL, *supra* note 85, at 62-66.

²³¹ ローレンス・レッシング (山形浩生＝守岡桜(訳))『FREE CULTURE いかに巨大メディアが法をつかって創造性や文化をコントロールするか』(翔泳社・2004年) 223頁、NETANEL, *supra* note 85, at 66.

²³² もっとも、近年では、複数の要素を考慮するため一見予測が困難に思われるフェア・ユースの判断にも、一定の傾向や特に重視される要素があるのではないかという観点から、フェア・ユースに関する裁判例の分析が進んでいるのも事実である。例として、Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Use*, 77 *FORDHAM L. REV.* 2537, 2621 (2009); Jonathan Griffiths, *Unsticking the Centre-Piece – The Liberation of European Copyright Law?*, 1 *JIPITEC* 87, 91-92 (2010) 等を参照。

特に、フェア・ユースが主張された裁判例を実証研究によって分析した Beebe は、裁判官が107条を検討する際に条文に列挙された四要素以外の要素を考慮することはほとんどなく、107条の適用がルーチン化されていること、及び、フェア・ユースに関する代表的な最高裁判決では下級審判決の逆転が目立つために、フェア・ユースの法理は予測可能性が低いと一般に指摘されているものの、実際にはフェア・ユース関連事件は、逆転率あるいは反対意見が付される率が一般事件と大きな差異があるわけではないことを明らかにしている。Barton Beebe (城所岩生(訳))「米国著作権法フェアユース判決 (1978-2005年) の実証的研究(1)」知財法政策学研究 21号 (2008年) 117頁・同・前掲注(219) 163頁。この分析が正しければ、これまでフェア・ユースの弱点とされてきた予測可能性の低さが実際にはそれほど深刻でもないということになるのかもしれない。

フェア・ユースの適用を否定する裁判例がある²³³。その立場を特に明確に示したのは前述の *Harper & Row* 判決である。この判決において最高裁は、第四要素がフェア・ユースの最も重要な要素であると述べ、合理的な著作権者であれば利用に同意していたであろう場合にフェア・ユースが適用されるという一般論を示し、著作権者とユーザーが利用許諾の締結を欲していたが、交渉に要するコストが高過ぎるために実現しなかった場合にフェア・ユースが成立すべきと述べた。しかも、そうした場合の中でも、潜在的市場のみならず派生的市場への影響も検討し、問題となっている利用が著作物の潜在的利用ないし派生的市場に悪影響を与える場合にのみ限定

²³³ NETANEL, *supra* note 85, at 64-65. See, *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 549-50 (1985); *Castle Rock Entertainment Inc. v. Carol Publishing Group*, 150 F.3d 132 (2d Cir. 1998) (TVドラマ「となりのサインフェルド」の登場人物やストーリーに関するトリビアクイズ本について、たとえドラマ制作者側がその市場に入る予定がなかったとしてもフェア・ユースは成立しないと判断した。本件については、作品の外部で作品の情報をファンが交換しあう *paratexts* に著作権がコントロールを及ぼすことの問題に関連づけ、本件も *paratexts* の一例として判決に反対する Dan L. Burk, *Copyright and Paratext in On-Line Gaming*, in *EMERGING ETHICAL ISSUES OF LIFE IN VIRTUAL WORLDS* 33 (Charles Wankel & Sean Malleck eds., 2010) も参照); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001) (MP3 ファイル交換ソフト Napster のユーザーが著作権のある音楽作品の「商業的利用」に没頭しているのは、通常であれば対価を支払って購入するものを無料で手に入れているからであると述べ、商業的利用目的と判断しフェア・ユースに不利に考慮した)。

市場とフェア・ユースの関係については、市場を通しては達成されないが社会的には望ましい取引を許容するための理論、すなわち「市場の失敗」を治癒するための理論としてフェア・ユースを捉え、①市場の失敗が存在し、②被告への利用の移転が社会的に望ましく、③フェア・ユースを認めても著作権者へのインセンティブが実質的に害されない、という三段階テストを充足する場合にフェア・ユースを認めるべきであるという理論を提唱した Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982) も参照。同論文については、村井・前掲注(207)「著作権市場の生成と fair use—Texaco 判決を端緒として—(一)(二・完)」知的財産法政策学研究 6 号 155頁・7 号139頁。

すると判示したのである²³⁴。Netanelはこの最高裁判決によって、フェア・ユースの第四要素については、ユーザー側が潜在的市場に損害を与えないことを立証する責任を負うこととなり、しかもそこで不存在を証明しなければならぬ損害というのは、著作権者がこれまで活用しようと思っていなかった派生的著作物の潜在的市場に与える損害という、極めて抽象的なものであると指摘し、訴訟になった場合の証明責任の重さがユーザーに大きな負担を課し自己検閲を生み出していると批判する²³⁵。

また、原告の請求の主眼が著作権の擁護にあるわけではないと思われるものであっても、フェア・ユースの成立が否定され、修正一条の権利よりも著作権の保護が優先される場合もある。実際にあったケースとして、隠居生活を送っていた小説家サリンジャーの未公表の手紙の抜粋を、彼の伝記の中で利用する行為について、被告側がフェア・ユースの抗弁を主張していたにもかかわらず差止請求が認容された例がある (*Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987))。この事件に関しては、サリンジャーの主張の主眼は自分のプライバシーを守りたいという点にあったはずである。しかしプライバシーの権利に関して米国では、違法に盗聴されたテープであっても会話内容が公衆の関心事である場合にはラジオ放送局の修正一条の権利が優先されると判じた *Bartnicki v. Copper*, 532 U.S. 514 (2001) という先例がある。この判例に照らせば本件のように単なる未公表の手紙の事例では、おそらくプライバシー権に基づく保護を求めることは困難だろう。このような背景のためであろうか、サリンジャーはその代わりとして著作権に基づく請求をなしたと考えられるが、そうであるからといって著作権者を勝訴させることは誤りであるという批判がある²³⁶。

こうした指摘を踏まえれば、著作権と表現の自由の緊張関係が生じる様々な事例において、米国の現在のフェア・ユースの運用が適切な調整原理としての機能を果たしているのかという点について、少なからず問

²³⁴ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 561 (1985).

²³⁵ NETANEL, *supra* note 85, at 64, 190.

²³⁶ バレント・前掲注(72)『言論の自由』306頁、Dianne L. Zimmerman, *Information as Speech, Information as Goods: Some Thoughts on Marketplaces and the Bill of Rights*, 33 WM. & MARY L. REV. 665, 670-72 (1991).

題を孕んでいる可能性がある。歴史的な順序を見ても、フェア・ユースが判例法理として発展した後に裁判所がフェア・ユースを「著作権法に内在する修正一条との調整原理」の1つという役割を見出したことに鑑みれば、制度の運用に当たって修正一条の権利の保障という観点が十分に盛り込まれているか、検討の余地が残っているように思われる。

フェア・ユースは裁判所が当事者の個別的な事情を汲み取り柔軟な解釈を行うことができるという点で優れた点を有しているが、その制度を我が国にただ導入したとしてもそれだけで表現の自由との問題が簡単に解決するわけではない。制度の導入よりも制度をいかに運用するかこそが重要であるというべきである。

4. 著作権の存続期間による調整

第三に、著作権の存続期間の定めが、表現の自由とのバランスを図る一つの調整手段として挙げられることがある²³⁷。Eldred 最高裁判決等に代表されるように、連邦最高裁は著作権法に内在する調整原理として位置づけているのはアイディア・表現二分論とフェア・ユースの2つの制度のみであるが、学説レベルにおいては有力な調整原理の1つとして考えられてきたことに鑑み、以下検討を加える。

有体物に対する所有権と、著作権をはじめとする知的財産権とで最も性質を異にする点の1つに、著作権の保護期間が一定期間に限られていることが挙げられる。これは、対象となっているその「物」が物理的に消滅しない限り有体物の所有権が基本的には永久に存続するのとは対照的な特徴であるといえよう。

文化は技術ほどではないにせよ、先人の業績の上に立脚して発展していく側面がある。絵画にせよ音楽にせよ小説にせよ、過去の傑作から触発され、新たな作品が作られてきたという例は枚挙にいとまがない。グリム童話をアニメーション映画化して成功したディズニー映画などもその好例であろう。そうである以上、一定期間経過後は誰もが自由に利用しうるパブリック・ドメインになると取り扱うことで、著作物の独占的な性質を和

²³⁷ Nimmer, *supra* note 59, at 1193.

らげ、新たな表現活動を促すことができるというのが存続期間の基本的な発想である。

しかしながら、著作権が永続の権利ではないことが後発者の表現の自由の保障に少なからず役立つとはいっても、問題はその存続期間がどれほどのものであるかである。我が国の規定では、著作権法50条2項で、著作権の保護期間は創作の時に始まり、原則として著作者の死後50年で消滅すると定められている。ただし映画の著作物に関しては、それまで公表後50年であったのが、2004年1月1日施行の改正法により公表後70年へと延長されている(54条1項)。

他方、米国では1998年に制定された著作権法保護期間延長法(CTEA)の合憲性が言論の自由を定める修正一条、及び著作権条項との関係での合憲性が争われたことがあるのは前述のとおりである(Eldred v. Ashcroft, 123 S. Ct. 769 (2003))。

しかし保護期間は、表現の自由との調整原理としていくつかの問題を抱えている。第一の問題点は、現状の保護期間の規定が、著作物の性質を問わず一律に同じ保護期間を与えていることに起因する。現在の国際的な条約の規定から少し離れて制度を検討すると、著作権の保護のあり方には、ベルヌ条約や我が国の現在の規定のように、無方式で創作の時から始まり、何らの更新の手続きも要しないという形の他にも、一定の方式を求めることで権利者に権利主張の意思を表示させるという形もありうる。例えば著作権表示(©マーク等)や登録制度、更新制度を活用し、保護の要件とするという選択肢がありえるだろう²³⁸。

²³⁸ 実際、米国は1988年のベルヌ条約執行法によって方式主義が撤廃されるまで、著作権表示(notice)などの方式が著作権保護の要件として求められていた。現在では、著作権表示がある場合には、賠償額算定において侵害者の善意の侵害に基づく抗弁が原則認められないという意味が残っているに留まり(401条(d)、402条(d))、仮に著作権表示を欠いたとしてもかつてのように著作権そのものが失われるということにはならない。

また、著作権局への登録は保護要件ではない(408条(a))。現行法下における著作権登録は、米国著作物に対する訴訟要件となっている(411条(a))ほか、米国を本国としない著作物に関しても、登録の発行日前に開始された侵害に対しては、法定損害賠償や弁護士費用の救済が原則として受けられず(412条)、また登録をしておけ

にもかかわらず、現在の規定によれば、著作権者が権利行使に無頓着であろうとも熱心であろうとも、保護期間は等しく原則著作者の死後50年となっている。保護期間に限りがあることでいつかはパブリックドメインに属するという点こそが、保護期間の定めが表現の自由との調整原理として働く所以であったことに鑑みると、積極的な権利行使を欲しない著作権者や、創作してある程度時間が経過し、著作物利用から対価を得ることが期待できなくなったようなものにまで一律に長期の保護を与えることは、著作権の2つの性質のうち、表現の自由を制約する性質を強めることはあっても、言論促進的性質を強めるとは考えにくい²³⁹。

特に著作権者が誰だか判然としない孤児著作物問題があるということを

は著作権の有効性についての一応の証拠となる(410条(c))という意味があるに過ぎない。

また、かつては更新登録が更新期間における保護の要件とされていたため、更新登録を行わない場合は最初の保護期間が満了すると保護が終了するという制度が採られていた。例えば、1790年著作権法の場合、最初の保護期間は著作物の発行から14年だが、更新すればさらに14年の保護が付与されるという具合である。詳しくは前掲注(23)を参照。1992年の法改正以降、更新制度は任意的な制度となっている(304条(a)(3)(b))。

²³⁹ 商業ベースで著作物を市場に送り込む多くの企業は、多くの場合収益が得られる期間のみ積極的に著作物を活用するが、発売から長期間が経過し利益が得られないと判断すると、利用をやめてしまう。そうした経緯で絶版となり、人々が事実上アクセス困難になっている著作物についてまで、保護を長期間与えることは、著作権者側にとってもユーザー側にとっても百害あって一利なしといえよう。著作権保護期間延長に伴うこうした問題に対処すべく、著作権の放棄を提唱するものとして、Victoria A. Grzelak, *Mickey Mouse & Sony Bono Go to Court: The Copyright Term Extension Act and its Effect on Current and Future Rights*, 2 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 95, 111 (2002)。

CTEAは絶版となった数えきれないほどの著作物が世間に出るのを妨げ、希少性の上昇からその価格を釣り上げてしまうのと引き換えに、ごく一部の非常に成功しているヒット作の著作権を保持するという意味で、「史上最大の横領」であると痛烈に批判するものとして、ボルドリン＝レヴァイン・前掲注(153)『〈反〉知的独占—特許と著作権の経済学』144-146頁。

念頭に置くと、無方式主義²⁴⁰を採用した上で、すべての著作物に一律の存続期間を付与しては、長期間の保護を与える意義に乏しい著作物についてまで、ユーザーに対する不利益を継続させるという弊害を生み出すことになる。そのような時には、孤児著作物を利用して新たな表現を作り出すというユーザー側の行為を優先させたほうが良い場合もあるのではないだろうか。

第二の問題点は、近年、保護期間延長運動が活発なために、表現の自由を守る安全弁となるには心許ないという点である²⁴¹。

日本では、2005年に文部科学省の文化審議会著作権分科会が「著作権法に関する今後の検討課題」において、著作権保護期間延長が検討課題の1つであることを表明し、それ以降、審議会で活発な議論が行われてきた²⁴²。保護期間延長の機運が高まった背景には、欧米諸国において保護期間が著作者の死後70年に延長されたという世界的な趨勢が挙げられる。さらに、日本の著作権は1971年の著作権法全面改正で、それまで著作者の死後38年であったのが死後50年に延長されたのを最後に、映画の著作物の保護期間を延長した2003年改正を除き、基本的な著作物の原則的な保護期間に変更されておらず、改正となれば実に約40年ぶりとなることも、議論の活性化に拍車をかけたものと思われる。審議会での議論は結局、2009年に文化審議会著作権分科会の過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会が、賛成・反対の意見に隔たりが大きく一致に至らなかったことを理由に、現時

²⁴⁰ ベルヌ条約5条2項を参照。

²⁴¹ 著作権の保護期間延長が創作活動にどれほどのインセンティブを与えることができるのかについては、近年、いくつかの実証研究が行われている。今西頼太＝大西宏一郎「著作財産権存続期間延長論－存続期間延長による映画著作物の収益性上昇効果の実証的考察－」知的財産法政策学研究37号(2012年)215頁、ポール・J・ヒールド(今村哲也＝宮川大介訳)「保護期間延長は社会厚生を高めたか：アメリカの場合」田中＝林(編)・前掲注(14)『著作権保護期間』111頁、田中辰雄「本のライフサイクルを考える」田中＝林(編)・前掲注(14)『著作権保護期間』58頁。

²⁴² 我が国における著作権保護期間延長の是非をめぐる議論に関しては、福井健策「著作権保護期間の延長問題－著作権という壮大な社会実験におとずれる転機－」知財研フォーラム75号(2008年)23頁、林紘一郎＝福井健策「保護期間延長問題の経緯と本質」田中＝林(編)・前掲注(14)『著作権保護期間』245頁以下。

点での保護期間延長を見送りつつ、今後も審議を継続する旨の報告書を取りまとめるに至っている²⁴³。

ところが、かねてより交渉が行われてきた環太平洋パートナーシップ (TPP) 協定が2015年10月15日に大筋合意に至り、翌2016年2月には日本を含む参加国12カ国が正式に署名した。条文案のテキストによると、著作物の保護期間は原則作者の死後少なくとも70年とするものとされている(18・63条)²⁴⁴。今後我が国も、国内法の現行ルールをTPPの条文に対応させる必要に迫られており、近い将来著作権の保護期間が延長される可能性が高まっている²⁴⁵。

このように、現段階のところで、日本の著作権法は延長を一応踏み留まっていたわけであるが、保護期間が限定されていることが表現の自由との関係にとつての調整原理であったことに鑑みると、改正の是非をめぐって議論が行われていること自体が、安全弁としての機能に少なからず揺らぎを与えているように思われる。またこの種の議論では、一度延長を行うと、再び元の水準まで短縮することが困難である点や、米国のように延長を繰り返す可能性がしばしば指摘されている。その背景には、多数の利害関係が複雑に絡みあっている上に、一旦生じた既得権益を奪う形の立法は政治的な困難を伴うことに留意する必要がある²⁴⁶。

ここで、保護期間が決定される政策形成過程に目を向けると、構造的な問題を見出すことができる。巨大マスメディア等、優良なコンテンツを抱える企業は著作権の保護期間延長に大きな利害関係を有するため、積極的に延長を求める運動を起こすのに対し、個人的に創作活動を行うクリエイター等の小規模な作者は、大規模に著作権ビジネスに手を出していない

²⁴³ 文化審議会著作権分科会報告書(平成21年1月)183頁以下 (http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2101.pdf)。

²⁴⁴ 内閣官房2015年1月7日発表のTPP協定の暫定仮訳 (http://www.cas.go.jp/jp/tpp/naiyou/tpp_zanteikariyaku.html) を参照。

²⁴⁵ TPP協定の著作権法に関する内容と国内法の改正項目を概観するものとして、上野達弘『TPP協定と著作権法』ジュリスト1488号(2016年)58頁。またTPPについては、前掲注(142)に掲げた文献も参照。

²⁴⁶ 中山信弘『著作権法』(第2版・有斐閣・2007年)448頁。

ために、保護期間延長にあまり関心を示さないことが少なくない。さらにいえば、そうした小規模な著作者としては、むしろ保護期間が短い方が、他人が創作した著作物をより早く二次的著作物を創作する際に利用することができる場合もある。また創作活動を行わない一般のユーザーの視点に立っても、保護期間満了後のパブリック・ドメインが増えるということは、それだけ自由に利用できる著作物が増えるので、保護期間延長には反対するインセンティブが働くだろう。しかし、政策過程論的に見ると、そういった者たちの声は保護期間延長を志向する前者の大企業らに比べ、組織化されていないために政策形成過程に伝わりづらいという問題があるのである²⁴⁷。

したがって、こうした少数派バイアスの問題が解消されるほどの構造的な変化が政策形成過程にもたらされない限り、今後も保護期間延長運動は推し進められる可能性がある。さらに現実問題として、誰もが納得する適切な保護期間というものが存在するのかは疑わしいものであるし、仮にそうしたものが数値として存在するとしても、それを見つけ出し提示するの

²⁴⁷ 田村・前掲注(115)「知的財産法政策学の試み」6頁、JESSICA LITMAN, *DIGITAL COPYRIGHT* 166-70 (2d ed, Prometheus 2006); Antonina Bakardijeva Engelbrekt (田村善之(訳))「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック(2・完)」知的財産法政策学研究23号(2009年)32頁以下、レッシング・前掲注(124)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』280-281頁。

米国著作権産業界のロビイング活動が立法に強い影響力を有している一方で、個人の著作者は組織化されづらいために立法プロセスに十分に関与できていないことを指摘するものとして、William F. Patry, *Copyright and the Legislative Process: A Personal Perspective*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 139, 145 (1996)、現在の政治システムでは分散された一般の人々の利益が不利に立たされる反面、企業等の集中的なロビイング活動は効果的に議会に影響を及ぼしうるという点については、Marc A. Hamilton, *Copyright Duration Extension and the Dark Heart of Copyright*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 655, 656 (1996); Merges, *supra* note 114, 2187, 2233-37 等。CTEA との関係につき、NETANEL, *supra* note 85, at 182-85.

公共選択論については、マンサー・オルソン(依田博=森脇俊雅(訳))『集合行為論』(新装版・ミネルヴァ書房・1996年)、少数派バイアスの問題については、NEIL K. KOMESAR, *IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY* (University of Chicago Press 1994)を参照。

には多くの困難を伴うであろう²⁴⁸。

以上のように、著作権の保護期間は内在的な限界を有しているだけでなく、規定自体に対する揺らぎが外部から加わっており、盤石な安全弁として機能するには非常に脆く危うい状態にあるといえよう。

第三の問題点は、より内在的なものである。報道や政治批判といった分野においては、情報の鮮度が高いうちに利用を行うことに意義があるという場合も少なくない。例えば、発売されたばかりの小説や映画を、報道において紹介したり、その内容に批判・感想を加えたりする際には、それらの著作物の保護期間が終了するまで待っている訳にはいかないだろう。保護期間が存続しているうちにそうした行為を行うとすれば、直接取り込む利用はせずに他の言葉で説明するといった方法も考えられなくはないが、それにも限界がある。

したがって、このような利用態様では、いくら著作権が一定期間に限られているとはいっても、当該著作物の保護期間が切れるまで待たなければいけないとなれば、利用者側の表現の自由は実質的に制約されてしまっているといえ、安全弁として不十分であることは否めない。

保護期間に限度があるという点は、最も根本的な安全弁でありながら、同時に単独では限界もあるのである。

²⁴⁸ それでは著作者へのインセンティブとユーザーの利益を図る上で適切な保護期間とはどのくらいのものであるのか。その答えを追求することは本稿の主題から逸れていく上、紙幅の都合もあるため、ここでは以下の主張を紹介するに留めたい。米国の著作権の保護期間が28年から著作者の死後60年に延長する立法が審議された際に出されたMacaulay's Speechによると、著作者の死後にまで保護期間を延長しても、それが著作者の利益には直接は伝わらない以上、延長の意義はさほど認められず、かえって保護期間が延長することにより著作権がさらに強い権利となれば、著作権を遵守する者が減るおそれがあること、さらに孤児著作物の場合には正確な保護期間が不明なまま、侵害が横行するだけではないかということが1841年の段階で指摘されていた。Thomas Babington Macaulay, *Speech Delivered in the House of Commons* (Feb. 5, 1841), in *FOUNDATIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY* 309-12 (Robert Merges & Jane Ginsburg eds., 2004).

5. 著作権法に内在する調整原理による解決の問題点

以上は内在する調整原理を個別に見たときのそれぞれの特徴と限界点であったが、こうした内在する調整原理による解決を目指すという思考方式それ自体について、以下の二点の問題が指摘できる。

第一に、これらの調整原理は、既に見てきたように、その起源からして、元々、表現の自由との対立を調整することを目的として設計された制度ではない。これらが調整原理として位置づけられるようになったのは、早くとも著作権と修正一条の関係性が学説において意識されるようになった1970年代以降のことである。そのためBauerは、修正一条の権利との調整を行う第一段階として内在する調整原理を用いつつも、それらは修正一条の問題に対応した適切なものではないため、言論の自由の権利への配慮が不足するとし、調整の第二段階として、外在的な追加の調整原理による処理を提唱している²⁴⁹。Bauerの提唱する観点のいくつかについてはフェア・ユースに吸収されるようにも思われるが、ともかく、元々制度目的として予定されていない表現の自由との権利調整という役割を、内在する調整原理に一举に担わせることに対する疑義は傾聴に値する。調整原理が存在するというだけで安心せず、それらの調整原理が十分に機能しているかを常に問う必要があるとともに、仮に何らかの不足が生じるのであれば、それを埋める手だてを追求しなければならないことは確かであろう。少なくとも、これらの調整原理が適用される際に表現の自由に言及すらしてい

²⁴⁹ Joseph P. Bauer, *Copyright and the First Amendment: Comrades, Combatants, or Uneasy Allies?*, 67 WASH. & LEE L. REV. 831, 876 (2010). 具体的には①利用の対象となる著作物が有名あるいは唯一無二のもので、それを用いる以外に表現を行うに当たって合理的な代替手段がない場合、②一定の派生的著作物やパロディ、③未公表著作物で権利者が当該著作物を活用する意思を有さない場合で、著作権制度を利用して当該著作物が日の目を見ないようにしている場合、④一度公表されたが絶版状態になったものの、著作権が存続していて利用の妨げになっている場合、といった、著作物利用者の表現を行う価値及び人々がそれを享受する価値という2つの公の利益に関わるにもかかわらず利用の同意が得られない場合には、これらの条件を満たしていないことの証明責任を著作権者側に負担させ、場合によっては裁判所が強制ライセンスを命じるべきであると提案する。

ない場合には、著作権と表現の自由の衝突が内在的に解決しているという考えには疑ってかかるべきであるといえる²⁵⁰。

第二の問題はよりメタのレベルに関わるものである。バレントは、言論の自由が著作権にどの程度及ぶのかという問題を、裁判所が著作権法の規定それ自体に委ねてしまつては、著作権保護の射程や言論の自由の射程について、立法府に最終判断を委ねることが正当であることが含意されてしまうと指摘している²⁵¹。そして、CTEAのように、立法府が権利者保護に熱心になるあまりに(あるいは権利者によるロビイングの結果として)著作権が拡大し、言論の自由が犠牲になるような場合には、裁判所はそうした立法を正当化する論拠について慎重に審査すべきとし、言論の自由と著作権の衡量を裁判所が行うべきであると主張する²⁵²。

つまり、著作権制度に調整原理が組み込まれていることを理由に2つの権利は調整済みと捉える考え方は、個別の調整原理が抱える限界について楽観視しすぎているだけでなく、そもそも議会にそうした判断機関としての役割を一举に背負わせることを暗黙のうちに前提としており、しかも議会がそうした役割を担うにはあまりに欠陥が多いという問題が存在するのである。

これと関連し、日本でも、市場、立法、司法、行政といった各制度の特性を踏まえた上で知的財産法の法解釈に反映させ、特に立法過程にバイアスがかかっている場合に、裁判所が制度趣旨に則した解釈を行い妥当な結論を導くという司法の役割に注目した解釈論が提唱されている²⁵³。こうした視点を踏まえれば、著作権と表現の自由の調整を考察するに当たっても、どの機関が判断主体となるべきかという制度論に立ち返った議論が求められるだろう。

したがって、調整原理として機能する複数の仕組みが著作権法に既に組み込まれているということは、直ちに著作権法が違憲審査を免れる根拠に

²⁵⁰ Yen, *supra* note 30, at 676.

²⁵¹ バレント・前掲注(72)『言論の自由』295頁。

²⁵² バレント・前掲注(72)『言論の自由』306-307頁。

²⁵³ 田村善之「知的財産法学の新たな潮流—プロセス思考の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号(2010年)28頁。

はならないというべきであり、立法と司法のどちらに2つの権利の調整を担わせるべきかという視点から、著作権法に対する違憲審査基準を検討する必要があるといえる。そして次章で見るように、著作権法は違憲審査を免れるどころか、複数の理由から、厳格な審査基準によって審査を受ける必要がある表現規制に位置づけられると考えられる。