



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作物等の写り込みと些少な侵害に関する一考察 : アメリカ法における位置づけを手がかりとして
Author(s)	橋谷, 俊
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第12931号
Issue Date	2017-12-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k12931
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68136
Type	doctoral thesis
File Information	Shun_HASHIYA.pdf



学 位 論 文

著作物等の写り込みと些少な侵害に関する一考察：アメリカ法における位置づけを手がかりとして

橋 谷 俊

2017 年 9 月 28 日

—目 次—

序 章 問題の所在

- 第1節 「写り込み」の問題とは
- 第2節 本稿の課題
- 第3節 考察の進め方

第1章 我が国における従前の議論

- 第1節 著作権法30条の2（付随対象著作物の利用）の立法経緯
- 第2節 著作権法30条の2の要件論
- 第3節 写り込み関連の裁判例の展開

第2章 アメリカにおける著作物等の付随的な利用をめぐる議論状況

- 第1節 著作権侵害の積極的要件
- 第2節 抗弁—特にフェア・ユース（fair use）の法理とふたつの基礎理論
- 第3節 付随的な利用（incidental use）の三類型と判例法理の展開

第3章 日本法の解釈論—「付随的な利用の三類型」への対処可能性

- 第1節 第一類型：不可避的・偶発的な利用の処理
- 第2節 第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められる事案の処理
- 第3節 第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくい事案の処理

おわりに 本稿のまとめと今後の課題

序 章 問題の所在

第1節 「写り込み」の問題とは

テレビ番組や広告、雑誌などのコンテンツを制作する際、映像・写真の撮影行為にともなう、著作権法で保護される他人の著作物が、構図の中に背景的・点景的・不可避的・偶発的に写り込んでしまうことがある。あるいは撮影者・制作者の表現行為として、それらの要素をある種意図的に写し込むこともある。映像・写真における写り込みと、写り込んだ元の著作物の「創作的な表現」(後掲最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁[江差追分上告審])が共通していれば、類似性が肯定される。その結果、新たにコンテンツを制作する者や、過去に制作されたコンテンツを再利用する者は、他人の著作権を侵害する可能性に直面する。これがいわゆる「写り込み」の問題である¹。とりわけ、業としてコン

¹ 写り込みの問題に触れる我が国の論考・文献には、古いものとして、加戸守行『著作権法逐条講義』(1974年・著作権資料協会)185頁、近時のものとして、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(2001年・有斐閣)106頁注(4)、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号(2001年)32頁、作花文雄[判批]判例評論527号(2003年)44頁、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)127-128頁、斉藤博「著作権の制限又は例外に関する一考察(その1)」知財管理55巻9号(2005年)1193頁以下、山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』—引用、パロディを中心として—」コピーライト544号(2006年)8-9頁、田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト554号(2007年)2頁、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト560号(2007年)12頁、高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号(2007年)17-18頁、斉藤博ほか「シンポジウム『翻案』討論」著作権研究34号(2007年)110頁以下[上野達弘、高部眞規子、相山敬士、前田哲男、島並良発言]、作花文雄『著作権法 制度と政策〔第3版〕』(2008年・発明協会)195頁以下、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：斉藤博先生御退職記念論集』(2008年・弘文堂)325頁以下、飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号(2008年)126頁、フェアユース研究会編『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』(2010年・第一法規)34頁[上野達弘発表]および68頁[自由討議における各委員の発言]、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピーライト594号(2010年)14-20頁、野口祐子『デジタル時代の著作権』(2010年・ちくま新書)215頁および221頁以下、中山信弘ほか「座談会 著作権法は何をめざすのか—中山信弘先生を囲んで—」Law & Technology 51号(2011年)8頁以下、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『著作権ビジネスの理論と実践Ⅱ』(2011年・成文堂)319頁以下、高部眞規子『実務詳説 著作権法』(2012年・金融財政事情研究会)275頁以下、田村善之[判批]法律時報84巻4号(2012年)2頁注(6)、田村善之「デジタル時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』(2012年・弘文堂)411頁以下、内藤篤『エンタテインメント契約法〔第3版〕』(2012年・商事法務)234-235頁、日向央「改正著作権法の注意点—『写り込み』と『違法ダウンロード刑事罰化』」月刊民放2012年9月号(2012年)27頁以下、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(2012年)1頁、文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律(平成24年改正)について」コピー

テンツを制作・利用する企業等にとっては、このような写り込みの問題は、無視できない法的リスクとなる。

本稿が写り込みの問題を取り上げる理由は、第一に、この問題が新たなコンテンツの制作に際して現場を少なからず萎縮させていると見受けられるからである。第二に、この問題が再編集や素材の差し替えといった物理的な手直しが難しい過去のテレビ番組等の再利用をためらわせ、あきらめさせる要因にもなっており、実務上とても厄介な問題だからである。

たとえば具体的に次のような想定事例を考えてみる。

あるテレビ局が、過去に制作・放送したバラエティ番組を、ウェブサイトでオンデマンド配信（二次利用）しようとする。この行為は、有償・無償にかかわらず、無断で行うならば番組に関係する他人の著作権・著作隣接権（公の使用禁止権）に抵触することになる。それゆえ、関係する権利制限規定（著作権法 30 条以下の各規定）の適用可能性がなさそうであれば、関係する著作権者等から再使用の許諾を得る「権利処理」の作業が必要になると考えられる。すなわち、①他人の著作物に（著作物性の要件）、②依拠して作成・取得し

ライト 618 号（2012 年）16 頁以下、永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト 619 号（2012 年）7 頁以下、前田健「平成 24 年著作権法改正の概要」法学教室 387 号（2012 年）61 頁、小泉直樹ほか「鼎談 平成 24 年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト 1449 号（2013 年）13 頁以下、前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュリスト 1449 号（2013 年）30 頁以下、中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント 66 巻 1 号（2013 年）114 頁以下、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年・勁草書房）94 頁以下〔池村聡執筆〕、奥邨弘司「フェア・ユース再考 ～平成 24 年改正を理解するために～」コピライト 629 号（2013 年）17-20 頁、清水節「平成 24 年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』（2013 年・発明推進協会）424 頁以下、渡部友一郎〔判批〕コピライト 632 号（2013 年）39 頁、田村善之「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けてー」知的財産法政策学研究 44 号（2014 年）50 頁以下、中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）305 頁以下、岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（2015 年・発明推進協会）1076 頁以下、村尾治亮＝持田大輔「出版物に掲載する写真における写り込み」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015 年・日本評論社）151 頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 26～88 条〔第 2 版〕』（2015 年・勁草書房）180 頁以下〔小泉直樹執筆〕、高部真規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編集代表『知的財産・コンピューターと法ー野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016 年・商事法務）59 頁以下、梅田康宏＝中川達也『よくわかるテレビ番組制作の法律相談〔第 2 版〕』（2016 年・日本加除出版）68 頁以下および同 86 頁以下、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究 48 号（2016 年）329 頁、上野達弘「時事の事件の報道」外川英明ほか編「知的財産法のモルゲンロートー土肥一史先生古稀記念論文集」（2017 年・中央経済社）588 頁以下、前田健「著作権法の設計ー円滑な取引秩序形成の視点からー」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けてーコンテンツと著作権法の役割ー』（2017 年・信山社）100-101 頁注(48)などがある。

た（依拠性の要件）、③類似の範囲内にある、もしくは同一の著作物を（類似性の要件）、④著作権法で定められた行為（法定の利用行為：著作権法 21 条から 28 条、113 条）により著作権者に無断で利用すれば、当該利用行為が著作権の制限規定（著作権法 30 条以下）に該当しない限り、著作権侵害となるからである²。

そこで番組の内容を確認したところ、次のような内容だったとしよう。

- ・ タレントである出演者の部屋に飾られている著名キャラクターのぬいぐるみや、有名アイドルが写ったポスターが、比較的大きくはっきりと写っている。
- ・ 部屋にあるテレビの画面には、人気アイドルグループが熱唱している他局のバラエティ番組が写っている。
- ・ 繁華街のシーンでは、聞き覚えのある音楽、聞き覚えのない音楽が、入り混じってさまざまに聞こえている。
- ・ 公園で簡単なインタビューに応じてくれた一般の人もいる。周りには、恋人同士？と思われる人もいる。

この想定事例では、他人の著作物、実演、レコード、放送など、著作権法によって公の無断使用が禁止されているものが数多く明確に写り込み、あるいは放送目的に限定して録音・録画されていると見られる。このような番組について、創作的な表現の共通度合いから類似性を否定することによって、写り込みに関する権利処理は不要と判断して二次利用を進めることは、筆者にはいささかためられる。写り方の点で、照明器具のカタログに写し込まれた書の著作物の小さな写真からは筆の勢いといった元々の書のもつ創作的な表現が感得できないとして侵害を否定した後掲東京地判平成 11 年 10 月 27 日判時 1701 号 157 頁〔雪月花一審〕の事案とは、ずいぶん異なるように思われるからである。そもそも創作性（著作物性）³を否定することや、類似性⁴を否定して保護範囲から外すといった判断⁵は、それらの外延が必ずしも明確でなくグレーの部分がとても大きいことから、なかなか容易なことではない。また、編集前の映像素材はもちろん、映像素材の編集後に行うテロ

² 田村善之『著作権法概説〔第 2 版〕』（2001 年・有斐閣）46-47 頁、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成—『複製又は翻案』の問題性—（2・完）」知的財産法政策学研究 42 号（2013 年）72-77 頁参照。飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究 35 号（2008 年）113 頁も、上記学説とほぼ同様の判断枠組みを提示する。

³ 写真表現の創作性を判断した裁判例の傾向について、比良友佳理〔判批〕知的財産法政策学研究 25 号（2009 年）124 頁以下、文章（言語）表現について、渡部俊英〔判批〕知的財産法政策学研究 28 号（2010 年）229 頁以下参照。

⁴ 絵画的表現の類似性を判断した裁判例の傾向について、津幡笑〔判批〕知的財産法政策学研究 24 号（2009 年）105 頁以下、丁文杰〔判批〕知的財産法政策学研究 30 号（2010 年）247 頁以下、写真表現について、比良友佳理〔判批〕知的財産法政策学研究 25 号（2009 年）133 頁以下参照。

⁵ 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号（2015 年）23-24 頁参照。

ップの貼り付けや音声・音楽のミキシングといった作業がなされる前の番組素材（クリーンピクチャー、白素材）も残っていないとなると、再編集や楽曲・音源の差し替えといった物理的な手直しも難しそうだ。

さらに、映像に写り込んでいるのは、著作権法の問題となるものだけではない。一般の人々の顔や姿といった「肖像」も多数写っている。人はみだりに撮影・公表され、あるいは無断で商品化や広告利用されないこと—肖像にかかる権利—が判例⁶を通じて認められてきたところ、特にプライバシーに係る領域の写り込みについては、侵害／非侵害の分かれ目が未だ判然としないところがある。主な先行研究によれば、一般人の肖像の写り込みには原則として権利侵害は成立しないとする⁷。しかし、相対的に公益性が高いと思われる日々のニュース報道での肖像の写り込みとは異なり、コンテンツビジネスの実務では、肖像について権利処理が必要となる行為とそうでない行為の境界線が必ずしも明確とはいえないように思われる⁸。したがってコンテンツの制作者・利用者にとっては、一般人の肖像の写り込みも無視できない法リスクとして捉えざるを得ない⁹。昨今、人の顔にモザイク処理だらけのテレビ番組が散見されるのは、そのひとつの現れといえよう。

このように、写り込みには著作権と肖像にかかる権利の問題のふたつが併存する。そして、ある著作物がはっきりと明確に映っているような、類似性を否定できそうにない写り込みが存在するコンテンツを再利用するには、そのような写り込みを免責する権利制限規

⁶ ①最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁〔京都府学連〕（警察官による捜査行為としての学生デモ隊の無断写真撮影につき不法行為該当性を否定）、②最判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁〔FOCUS 法廷内写真・イラスト〕（手錠・腰縄姿をした刑事被告人の法廷内の様子を無断写真撮影しイラストで描写し公表した行為につき不法行為該当性を肯定）、③最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁〔ピンク・レディー〕（ダイエットに関する記事とともに人気アイドル「ピンク・レディー」が歌唱中等の写真を女性週刊誌に無断掲載する行為につき不法行為該当性を否定）。肖像の利用行為に関する法的権利性の承認をめぐる判例法理の展開について、中島基至「人格権の体系と展開（ピンク・レディー判決まで）」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（2015年・発明推進協会）1263頁、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究42号（2013年）317頁以下参照。

⁷ 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任〔増補改訂版〕』（1998年・判例時報社）265-267頁、田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（2003年・有斐閣）519頁、内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説〔第3版〕』（2014年・木鐸社）305-306頁、田村善之〔判批〕法律時報84巻4号（2012年）2頁注(6)参照。

⁸ 梅田康宏＝中川達也『よくわかるテレビ番組制作の法律相談〔第2版〕』（2016年・日本加除出版）78頁は、「その日のニュースだけで放送するような場合とは異なり、例えば番組のオープニング映像に用いて毎日のように放送したり、あるいはドラマのワンシーンに用いた上でDVD化して販売するような場合には、本人が受ける心理的不快感も大きくなってきますし、使用中止を求められた場合の影響が大きくなることもありますので、注意が必要でしょう。」とする。

⁹ 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『著作権ビジネスの理論と実践Ⅱ』（2011年・成文堂）348頁〔前田哲男講義〕は、「・・・肖像権の関係も、実は実務的には大きな悩みの種です。」とする。

定がこれまで存在していなかったため、原則として関係する権利者からあらためて許諾を得る、あるいは「権利」の有無はさて置き関係者にあらかじめ仁義を切る、あいさつをする¹⁰といった実務的な対応が必要と考えられてきた。しかし、その作業を完全に実施することは事実上不可能、またはきわめて困難であることが多い。その最大の理由は、権利処理の手間とコスト、すなわち取引費用がかかりすぎるからである¹¹。というのも、特に昔の著作物については、メタデータなどとも呼ばれる権利関係の記録が満足に残っておらず、許諾を得る相手（権利者）やあいさつをする相手（関係者）の所在・連絡先が分からない、あるいは探しようのないことが多いからである。近時、このような権利者不明の著作物は、「孤児著作物」（Orphan works）と呼ばれ、著作権法上の大きな問題のひとつとなっている¹²。同様に、写り込みの問題となる一般人の肖像の多くも、ほとんどが「孤児」といえるかもしれない。連絡の取りようがない一般人の肖像は、残念ながら権利処理は難しい。筆者の実務経験では、過去の番組の再使用をあきらめることとなる原因は、孤児著作物よりも孤児肖像のほうが多いように思う¹³。コンテンツに係る不明の権利者・関係者を探す手間とコスト、協議・交渉等を含む許諾を得るためのコストや、コンテンツの再使用によって背負い込む法的リスクが、コンテンツの再使用によって期待できる利益に見合いそうもない場合、取引費用が期待利益を上回ることから¹⁴、企業等が合理的に行動するならば、法的リスクを避けるために当該コンテンツの再使用は取りやめることになる。

第2節 本稿の課題

¹⁰ 内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説〔第3版〕』（2014年・木鐸社）251頁および386頁参照。関係者へあいさつをする／しないをどこで線引きするかの検討・判断は、実務上きわめて重要である。仁義を切ることやあいさつをすることは、広告業界だけでなく関係先からのクレームや関係先とのトラブルを嫌うテレビ業界でもしばしば見受けられる。

¹¹ テレビ番組の二次利用のための権利処理と取引費用の問題について、梶原均「NHK オンデマンドの1年」コピライト587号（2010年）31頁、福井健策『誰が「知」を独占するのか』（2014年・集英社新書）131頁以下参照。絵画の鑑定証書への絵画のコピーの添付行為と取引費用の問題について、平澤卓人〔判批〕知的財産法政策学研究43号（2013年）331頁参照。

¹² 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号（2010年）39-41頁参照。国際的な動向につき、菱沼剛『孤児著作物問題の研究—既存規範の動態的な分析と新規範の確立に向けての可能性—』（2011年・成文堂）参照。本稿では問題の指摘に止まる。

¹³ 福井健策『誰が「知」を独占するのか』（2014年・集英社新書）163頁は、「最後の、恐らくは最も厄介なオーファン問題は、権利者不明の肖像権問題です。」とする。

¹⁴ See 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, 1628 (1982). 村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（2）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究46号（2015年）104頁参照。

以上のような写り込みの問題を、著作権等を制限することによって立法的に解決するべく、平成 24 年（2012 年）著作権法改正（同年 6 月 20 日成立、同月 27 日公布。平成 24 年法律第 43 号）によって、著作権法 30 条の 2（付随対象著作物の利用）が新たに置かれ、平成 25 年（2013 年）1 月 1 日から施行されている。

しかしながらこの規定に対しては、次の第 1 章で詳しく見るとおり、『名も実も捨てた』フェアユース¹⁵といった厳しい概括評価もなされている。というのも、当初、立法過程において「権利制限の一般規定」を導入する趣旨で提言され、ある程度包括的な書きぶりだった文化庁での検討結果¹⁶における「A 類型」と比べて、著作権法 30 条の 2 では、結果としてずいぶん詳細な個別規定に変わってしまったからである。また、権利者側は、権利制限の一般規定を導入する検討などそもそも不要といった立場¹⁷であった。それゆえ、その検討に多大なコストと時間が投じられたにもかかわらず、一般的な権利制限規定を目指したはずの著作権法 30 条の 2 は、残念ながら立法早々、利用者・権利者いずれの側からも歓迎されない少し出来の悪い規定、と位置付けられてしまっているのかもしれない。

もっとも、著作権法 30 条の 2 の趣旨は、後に見ていくとおり、要するに付随的で軽微な写り込みは許す、ということである。そして、何が付随的で軽微なのかの判断は、裁判所に任せる、というものである。したがって実務的に重要なことは、いかなる場合に権利を制限すべきかをよく検討し、裁判所にこの規定をうまく使ってもらうこと、といえるだろう。

他方、特にプロによる公の利用行為においてリスクとなり得るコンテンツでの写り込みは、著作物だけでなく人の肖像もあることは先に述べた。つまり、写り込みは、実定法上の規定が存在しない「権利」の問題を含む、裾野の広い分野横断的な法律問題なのである。とはいえ、著作権法 30 条の 2 は、著作権と著作隣接権（著作権法 102 条 1 項で準用）の制限規定であるから、著作物や実演ではない人の肖像の写り込みに対して、その規律は及ばないと考えられる¹⁸。30 条の 2 の趣旨が、付随的で軽微な人の肖像の写り込みに対してどの程度まで類推できるのかということについて、上記のとおり実務的な観点から筆者はともに関心を持ってはいるが、本稿では著作物の写り込みに対処するための解釈論に絞って考察を進めることとしたい。

そして、写り込みは「付随的」や「軽微」といった言葉で言い表される程度問題と考えられるところ、なぜ写り込みをセーフにしなければならないのか、いかなる場合にセーフとすべきか、侵害／非侵害の分岐点はどのあたりに置かれるべきかを考察することを通じて、どのような法理や判断基準によって写り込みの問題を解決していくことができるのか

¹⁵ 中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）400 頁参照。

¹⁶ 文化庁文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成 23 年 1 月〕』（2011 年・文化庁ウェブサイト）44-45 頁参照。

¹⁷ 同上・37 頁参照。

¹⁸ 橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究 42 号（2013 年）322 頁注(144)参照。

を探ることが、本稿の課題である。

第3節 考察の進め方

本稿の基本的な問題意識は、写り込みの問題が、世の中に出てくる情報の豊富化・多様化の妨げにつながっているのではないかと、いうものである。さまざまなリスクやコンプライアンスを気にするあまり、コンテンツの制作現場やビジネスの現場での表現が萎縮し、コンテンツの再利用をためらい、あきらめるといったコンテンツを不必要に縮小させる弊害は、できる限り取り除いていく必要がある。他方で、軽微な写り込みや写し込みからも対価を得ようとか、それらをすべて禁止しようなどと念頭に置いて創作する者もほとんどいないように思われることから、軽微な写り込みや写し込みを侵害とすることは権利者にとっても特段不要と見て差し支えないのではないかと。そこで本稿では、権利者や対象者の市場へ実質的な悪影響を与えるものではないと考えられる、付随的で軽微な写り込みや写し込みと、それらが含まれるコンテンツの利用は、後発創作の自由の確保の観点から非侵害とされるべきである、という視点から考察を進めていく。

本稿は、アメリカ法を比較法の対象とする。主な考察の対象は、アメリカにおける著作物等の付随的な利用をめぐる事例と法理である。本稿がアメリカ法に着目する理由は、アメリカが、テレビ、映画、音楽、広告、出版といった世界のコンテンツ産業の中心地であり、写り込み関連のさまざまな事件が相応に存在し、原告・被告双方の諸事情を総合考慮して著作権侵害の可否を判断するフェア・ユースをはじめとする法理とその裁判例が豊富に蓄積しているからである。アメリカでの著作物等の付随的な利用をめぐる判例法理は、我が国の裁判所において今後どのような写り込みや、ある種意図的な写し込みといったものが「軽微」で「付随的」と判断されてもよさそうなものか、あるいはどのような場合だと「著作権者の利益を不当に害すること」となりそうかと、我が国での検討において参考となり得る幅広い材料を提供してくれるだろう。

考察の進め方は以下のとおりである。まず第1章では、我が国における写り込みをめぐる従前の議論を整理する。平成24年（2012年）に立法された著作権法30条の2の立法経緯と要件論を検討したうえで同規定の残されている課題を確認し、裁判例の展開を概観する。次いで第2章では、著作物の付随的な利用をめぐる先例が豊富なアメリカの事例での考慮要素を分析し、付随的な利用の類型化を試みる。第3章では、アメリカにおける議論から得られる示唆を踏まえて、我が国において著作物の写り込みの問題に対処し得る解釈論を探る。おわりに、本稿のまとめと今後の課題を提示する。

—細 目 次—

第1章 我が国における従前の議論

第1節 著作権法30条の2（付随対象著作物の利用）の立法経緯

1. はじめに
2. 著作権法30条の2（付随対象著作物の利用）
3. 知的財産戦略本部による一般規定導入の提言
4. 文化庁による「著作物の付随的な利用」の類型化（A類型）
5. 法案化での「明確性の原則」の重視と「A類型」からの変化
6. 立法直後からの問題提起

第2節 著作権法30条の2の要件論

1. はじめに
2. 第1要件について
3. 第2要件について
4. 第3および第4要件について
5. 立法前の写り込みへの遡及適用の有無

第3節 写り込み関連の裁判例の展開

1. はじめに
2. 「文化の範囲」の法理で処理した事例
3. 創作性／類似性の要件で処理した事例
4. 権利制限規定で処理した事例
5. 第1章のまとめ

第1章 我が国における従前の議論

第1節 著作権法30条の2（付随対象著作物の利用）の立法経緯

1. はじめに

本章では、我が国における写り込みをめぐる従前の議論を整理する。

まず、我が国における著作物等の写り込みをめぐる最も重要な議論の紹介として、平成25年（2013年）1月1日より施行されている著作権法30条の2（付随対象著作物の利用）を取り上げる。第1節では立法へ至る動きを確認し、著作物の付随的な利用を処理する一般規定を目指した文化庁の「A類型」からの変化を追う。第2節では同規定の要件論として立法直後から提起された興味深い議論を紹介する。

次に第3節では、30条の2の立法以前から存在する我が国における写り込み関連の裁判例の展開を概観する。写り込みの問題の対処には、権利制限＝抗弁だけではなく、実は著作物性や類似性の要件＝侵害判断のところで処理するという方策もあり、必要に迫られてきた裁判所は事案に即してさまざまな解釈論を展開し、侵害／非侵害双方の事例を実際に積み重ねてきたことを紹介する。

2. 著作権法30条の2（付随対象著作物の利用）

我が国において、写り込みを対象とする権利制限規定は平成24年（2012年）の著作権法改正によって30条の2（付随対象著作物の利用）が新設されるまでは存在しなかった。ゆえに、「創作的な表現」が共通していると見られる写り込みは、類似性が肯定されるということになり、権利制限規定の適用がなければ形式的であっても侵害に当たると解されてきた¹⁹。著作権法30条の2は、このような写り込みの問題を立法的に解決しようと置かれた規定である²⁰。

¹⁹ 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト560号（2007年）12頁参照。

²⁰ 平成25年1月1日施行（改正法附則第1条）。条文の解説として、文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成24年改正）について」コピライト618号（2012年）21頁以下、永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト619号（2012年）7頁以下、前田健「平成24年著作権法改正の概要」法学教室387号（2012年）61頁、前田哲男『「写り込み」等に係る規定の整備』ジュリスト1449号（2013年）30頁以下、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）94頁以下〔池村聡執筆〕、大須賀滋「制限規定(2)—平成24年改正」牧野利秋ほか編著『知的財産訴訟実務体系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年・青林書院）187頁以下など参照。

（付随対象著作物の利用）

第30条の2 写真の撮影、録音又は録画（以下この項において「写真の撮影等」という。）の方法によつて著作物を創作するに当たつて、当該著作物（以下この条において「写真等著作物」という。）に係る写真の撮影等の対象とする事物又は音から分離することが困難であるため付随して対象となる事物又は音に係る他の著作物（当該写真等著作物における軽微な構成部分となるものに限る。以下この条において「付随対象著作物」という。）は、当該創作に伴つて複製又は翻案することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該複製又は翻案の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

2 前項の規定により複製又は翻案された付随対象著作物は、同項に規定する写真等著作物の利用に伴つて利用することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

3. 知的財産戦略本部による一般規定導入の提言

著作権法を所管するのは文化庁であるが、上記の法改正に先立ち、内閣の知的財産戦略本部において、2009年に以下の決定²¹がなされていた。

「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる。」

知財戦略本部のデジタル・ネット時代における知財制度専門調査会は、2008年の報告書²²において、権利制限の一般規定の導入を提言する趣旨を、次のとおり明らかにしていた。

「現行の著作権法は、著作物の公正な利用を図るという観点から、個別具体の事例に沿って権利制限の規定を定めている。しかしながら、近年の技術革新のスピードや変化の速い社会状況を考えれば、個別の限定列举方式のみでは適切に実態を反映することは難しく、

²¹ 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2009〔2009年6月24日〕』（2009年・知的財産戦略本部ウェブサイト）3頁参照。

²² 知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会『デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）〔平成20年11月27日〕』（2008年・知的財産戦略本部ウェブサイト）10-11頁参照。

著作権法に定める枠組みが社会の著作物の利用実態やニーズと離れたものになってしまうという懸念がある。

例えば、情報通信技術を活用した新しい産業の創出という観点からは、現行の著作権法では個別の制限規定が想定していない新規分野への技術開発や事業活動に対して萎縮効果を及ぼしているという問題がある。この点については、本専門調査会のヒアリングにおいて、事業者から同旨の意見があったほか、権利制限の一般規定は著作物の利用のルールを事後に決するというものであって、それを導入することにより、創造的な事業への挑戦を促進すべきという意見もあった。

また、ネット上の写真・動画への写り込みやウェブページ印刷などの行為には、形式的には違法となるが、権利者の利益を実質的に害しているとは考えられず、また、社会通念上も違法とすべきとは考えられないものもある。

一方、本専門調査会のヒアリングでは、権利者からは、一般規定の導入により違法な利用行為が蔓延するのではないかと、また、司法の判断によってしか解決できないこととなる結果、権利者に更なる負担を強いることになるのではないかとという意見があった。

以上のことから、個別の限定列举方式による権利制限規定に加え、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当である。」

4. 文化庁による「著作物の付随的な利用」の類型化（A類型）

知的財産戦略本部の上記決定を受けて文化庁が検討した結果、『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成 23 年 1 月〕』において、相対的に抽象的な 3 つの行為類型による著作物の利用を「一定要件の下、権利制限の一般規定による権利制限の対象とすることが適当」との結論²³に至っていた。このうち写り込みは、「① 著作物の付随的な利用」として以下のように表現される行為類型（A 類型）として位置付けられていた。なるほど一見すればフェア・ユースの考慮要素のように見えなくもない、ある種包括的な書きぶりだった。

A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの

『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成 23 年 1 月〕』は、A 類型について次のように

²³ 文化庁文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成 23 年 1 月〕』（2011 年・文化庁ウェブサイト）44 頁参照。

説明していた。

「こうした著作物の利用は、その利用の程度が軽微であることに照らせば、権利者の利益を不当に害するものとはいえないと考えられるが、法を形式的に適用すれば、複製等の態様で著作物の利用が生じているといわざるを得ない。また、当該利用は、日常様々な行為に不可避免的、あるいは偶発的に付随するという側面もあり、予め権利者から許諾を得ることは多くの場合困難を伴い、さらには、全てにつき予め権利者から許諾を得ることは現実的であるとはいえない。このような類型の著作物の利用は、付随的なものであり、利用の程度が軽微であることを特徴とするものであることから、利用局面を特定の場合（例えば映像や写真を撮影するという場合）に限定した個別権利制限規定という形ではなく、権利制限の一般規定という形で、ある程度包括的な考慮要件を規定し、権利制限に該当するか否かにつき、裁判所の判断に委ねることがより適しているものと考えられる。」²⁴

さらに、「当該著作物の利用を認識しつつ行われる、いわゆる『写し込み』と呼ばれる利用態様がAの類型に含まれるのかという問題があるが、これについては、利用者が当該著作物を認識していることにより、該当可能性が減少するという側面は否定できず、個別具体的な事案によっては、該当しない場合もありうるものの、一律に該当可能性を否定するとはいえず、個別具体的な事案によっては、Aの類型に該当するものもありうると考えられる。なお、この点、Aの類型を、『写し込み』を含みうるものとして整理するか否かについては、慎重に検討すべきとの意見があった。」とも付言されている²⁵。

「A類型」の書きぶりもさることながら、この報告書で最も注目すべきところは、どのような写り込みであれば「付随的」や「軽微」と評価されるのか、意図的な「写し込み」を権利制限の対象とするのか否かといった判断を、裁判所に委ねることが適当と明言している点であるように思われる。

5. 法案化での「明確性の原則」の重視と「A類型」からの変化

しかしながら実際には、「A類型」とはかけ離れた条文が出来上がってしまった。「A類型」と30条の2とを見比べれば明らかであるが、30条の2には、審議会が答申した「A類型」には見られなかった「録音又は録画・・・の方法によつて著作物を創作するに当たつて」や「分離することが困難」といった言葉が加わったことによって、文化庁が法改正で本来目指していたはずの一般性・包括性は大幅に低下してしまったといわざるを得ない。

なぜこのような言葉が加えられ、答申とはかなり異なる形で法制化されたのだろうか。

²⁴ 文化庁文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会 報告書 [平成23年1月]』（2011年・文化庁ウェブサイト）45頁参照。

²⁵ 文化庁文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会 報告書 [平成23年1月]』（2011年・文化庁ウェブサイト）44頁注(62)参照。

文化庁の起草担当者によれば、審議会の報告を基にして文化庁が法改正の原案を作り、「内閣法制局や法務省をはじめとする関係省庁との調整」がなされた結果、具体的な法制化にあたっては罪刑法定主義における明確性の原則、すなわち「できる限り何が違法で何が違法でないのかを条文上明確にすべきという考え方」が相当重んじられた旨の説明²⁶がある。そして、文化庁での法改正の検討は、社会の変化に柔軟に対応するために、ある程度包括的な権利制限規定を著作権法の中に置けないのかということがそもそもの発想であったところ、日本の法体系の中では、明確性の原則を厳格に当てはめていかなければならないといった政府部内の議論が、結果として色濃く反映された規定ぶりになったというのである。

このような立法プロセスに対して、不透明であって、法案化の段階で文化庁での法改正の検討は完全に骨抜きにされ、趣旨そのものを実質的に変更する修正がなされたとの指摘²⁷がある。また、これに関連して、審議会には議事録が残っているため第三者が検証・批判も可能であるが、本改正に係る政府部内での法案化の過程や理由は不明であり、批判のしようもない。立法にあたって重要なのは透明性であり、それなくしてはまともな議論もできず、民主主義の根幹にもかかわる問題であるとの厳しい批判²⁸もある。さらに、権利制限の一般規定導入に係る問題として、内閣法制局や法務省について、「何か立法しようと思うと、立法事実は何か、困っていることを列挙しろと、困っていることだけを変えましようということになり、将来のことを見据えた立法というのは禁止に近いくらいの状態になっています。」との指摘²⁹も立法以前からなされていた。

「明確性の原則」に関していうならば、現行著作権法の諸規定が、果たして明確なものといえるのだろうか。どのような行為が違法でどのような行為が違法でないのか、現行法の抽象的な諸規定によれば、必ずしも明確とはいいいがたいように思われる³⁰。刑事罰との関係では、ある利用行為について権利根拠規定を侵害に導く方向で柔軟に解釈することは

²⁶ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト 619 号（2012 年）5-6 頁参照。

²⁷ 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（2012 年）4-5 頁〔横山久芳発言〕参照。

²⁸ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント 66 巻 1 号（2013 年）114 頁参照。

²⁹ 中山信弘ほか「座談会 著作権法は何をめざすのか—中山信弘先生を囲んで—」Law & Technology 51 号（2011 年）9 頁〔中山信弘発言〕参照。

³⁰ 田村善之「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—」知的財産法政策学研究 44 号（2014 年）116 頁以下参照。加戸守行ほか「（座談会）著作権法制 100 年と今後の課題」ジュリスト 1160 号（1999 年）18 頁〔中山信弘発言〕は、著作権法 10 条（著作物の例示）について、「・・・それが侵害の対象となるなど、刑法学者が聞いたら腰を抜かすような条文があります。」と指摘し、中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）661 頁は、「著作権は権利の発生、帰属主体、権利範囲が判然としないことが多く、また極めて多くの一般人が巻き込まれる可能性があり、なかんずく後述の違法ダウンロードの刑事罰化は多くの青少年を犯罪人に仕立て上げる可能性も大きく、この種の権利侵害に窃盗と同じ重罰を課すことには問題が多い。」とする。

許されないとしても³¹、反対に、犯罪の成立を否定するために存在する権利制限規定の条文に一般性を持たせることが、なぜ罪刑法定主義に基づく明確性の原則に抵触することになるのだろうか³²。同一性保持権の適用除外を定める一般規定とされる著作権法 20 条 2 項 4 号は、罪刑法定主義や明確性の原則に反するのだろうか³³。必要な権利制限規定の新設に「立法事実」を要求する政府部内には、包括的に権利を定める著作権法の構造を前提として、権利制限規定が果たす機能に対する消極的・否定的な見方が存在しているのかもしれない³⁴。

6. 立法直後からの問題提起

本稿にとってさらに衝撃的なことは、このような立法経過をたどった 30 条の 2 に対して、起草担当者が「・・・法律上は『権利制限の一般規定』という用語は入りませんでした。しかし、審議会で権利制限の一般規定として検討した内容が、このような形で法制化されたものであるといえるのではないか・・・ある程度包括的な規定になっているのではないか。さまざまな工夫・調整の結果ではありますが、いわゆる権利制限の一般規定の趣旨はある程度実現しているのではないか」といった見方³⁵を示し、第 2 節で見ていくとおり 30 条の 2 にかかる 4 つの要件の該当性に関して、各条文解説³⁶が、立法直後にもかかわらず柔軟に解釈・判断されていくべきであるとの考え方を示していたことである。すなわち、改正内容に対して立法早々異議を唱え、起草趣旨を可能な限り反映させようとする解釈論が、改正作業に従事した者から次々と提示されたのである。

このような状況からは、以下に見る各要件に係る各条文解説の立場を含め、権利制限規

³¹ 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究 35 号（2008 年）115-116 頁参照。

³² 罪刑法定主義に基づく明確性の原則の趣旨は、憲法 31 条に定める国民の自由の保障であることについて、山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』（2016 年・有斐閣）17 頁以下参照。

³³ 上野達弘「権利制限の一般規定―受け皿規定の意義と課題―」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて―コンテンツと著作権法の役割―』（2017 年・信山社）175-176 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門〔第 2 版〕』（2016 年・有斐閣）130 頁〔上野達弘執筆〕参照。

³⁴ 田村善之「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について―立法論において議論すべきことは何か―」知財研フォーラム 107 号（2016 年）11-13 頁参照。

³⁵ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト 619 号（2012 年）10-11 頁参照、

³⁶ 文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成 24 年改正）について」コピーライト 618 号（2012 年）21 頁以下、前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュリスト 1449 号（2013 年）30 頁以下、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年・勁草書房）98 頁以下〔池村聡執筆〕、文化庁「いわゆる『写り込み』等に係る規定の整備について（解説資料）（第 30 条の 2、第 30 条の 3、第 30 条の 4 及び第 47 条の 9 関係）」（文化庁ウェブサイト）参照。

定の解釈に対する基本姿勢を転換しようとする動きが見てとれるように思われる。すなわち、著作権法の権利制限規定は、著作権法の目的が「著作者等の権利の保護」を第一義とするものである以上、いわば例外規定として努めて厳格に解釈すべきであるという姿勢³⁷から、著作権法の目的は創作にインセンティブを与え著作物の豊富化を促すことによる「文化の発展」であり、著作権の内容は政策的にいかようにも制度設計し得るものであって、著作者の経済的利益と情報を利用する社会一般との調和を図る必要があるとの観点から権利制限規定を限定的に解釈しなければならない理由はないという姿勢³⁸への大きな転換である。文化庁にあって著作権法の改正作業に携わった担当者から立法早々、後に見ていくように柔軟な解釈の可能性が積極的に示唆されていることは、立法過程に鑑みれば厳格解釈ではもはや立ち行かないとの認識が表れているように本稿には感じられ、きわめて興味深い。

第2節 著作権法 30 条の 2 の要件論

1. はじめに

本節では、著作権法 30 条の 2 が定める、写り込みを非侵害とする場合の 4 つの要件に関して議論されていることを整理する。4 つの非侵害要件とは、条文上の並びで次のとおりである。

- ① 写真の撮影、録音又は録画の方法によって著作物を創作する場合であること
- ② 分離することが困難であるため付随して対象となること
- ③ 写り込みが軽微な構成部分であること
- ④ 著作権者の利益を不当に害しないこと

これらの要件に関して、それぞれ次のような議論が見られる。

³⁷ 齊藤博『概説 著作権法』（1980 年・一粒社）13-14 頁参照。加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（2013 年・著作権情報センター）16 頁からもそれが窺い知れる。

³⁸ 中山信弘『著作権法』（2007 年・有斐閣）241-242, 271-272 頁、作花文雄『著作権法 制度と政策〔第 3 版〕』（2008 年・発明協会）192 頁以下、田村善之「書評 中山信弘著『著作権法』」知的財産法政策学研究 24 号（2009 年）342 頁、田村善之「デジタル時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012 年・弘文堂）418-419 頁参照。このほか、厳格解釈の問題点を詳しく検討するものとして、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト 560 号（2007 年）3 頁以下、上野達弘「著作権法の柔軟性と明確性」中山信弘編集代表『知的財産・コンピューターと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016 年・商事法務）25 頁がある。

2. 第1要件について

第1要件は、30条の2が権利制限の対象とするものは写真の撮影、録音・録画の方法によって著作物を創作する場合における写り込みに限る、というものである。そこで直ちに想起されるものが、生放送における写り込みや手描きの写生での描き込みといったものが該当するかというものである。

まず、生放送での写り込みについては、結論の是非はさて置き、普通に条文を読めば、録音・録画を伴わないため適用外と解することになるのかもしれない³⁹。問題は、果たしてそれでよいのかどうかということである。これについて、生放送といっても、写真撮影やVTRの録音・録画と変わるところはないのだから、具体的な事案においては柔軟な解釈運用によって妥当な解決を図ることが望まれるとの見解⁴⁰や、写り込みはむしろ生放送において許容される必要性が高く、録画番組の場合よりも生放送によるほうが利用の程度は一般的にみて軽微（複製が伴わないという理由か）であるから拡張ないし類推適用の対象となり得るとの見解⁴¹が示されている。

また、写生やイラスト、CG等による描き込みについては、写真撮影、録音・録画いずれにも該当しないため適用外といわざるを得ないとする見解⁴²に対して、写真に撮ったものを描き起こすといった場合は2項によって利用できるのであるから、最初から1項の拡張ないし類推適用があり得るとする見解⁴³がある。

さらに第1要件に関して、固定カメラによる撮影における写り込みについて、そもそも創作性の要件が充足されないため適用外とも解されるところ、ここでの創作性の要件は、映画の盗撮行為中の付随的な広告等の写り込みを権利制限の適用外とする消極的な理由から設けられたものであり、実務では民法の一般原則の援用などにより適切な解決が可能とする指摘⁴⁴や、これを敷衍して、ここでの創作性要件は固定カメラによる撮影行為を積極的に権利制限の対象外とする趣旨ではないから、具体的な事案では柔軟な解釈運用による

³⁹ 日向央「改正著作権法の注意点—『写り込み』と『違法ダウンロード刑事罰化』」月刊民放（2012年）28頁、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（2014年・有斐閣）305-306頁参照。

⁴⁰ 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）99頁〔池村聡執筆〕参照。

⁴¹ 前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュリスト1449号（2013年）30頁、奥邨弘司「フェア・ユース再考 ～平成24年改正を理解するために～」コピーライト629号（2013年）19頁参照。

⁴² 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）99頁〔池村聡執筆〕参照。

⁴³ 前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュリスト1449号（2013年）30頁。上野達弘「平成24年著作権法改正における権利制限」（2013年8月19日開催北海道大学サマーセミナー資料）3頁は、この点につき池村聡弁護士の見解と同様「困難であろう」とする。

⁴⁴ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト619号（2012年）12頁参照。

妥当な解決を図るべきとする指摘⁴⁵、30条の2の趣旨は「新たな創作の自由を確保するというよりも、むしろ、付随対象著作物の利用の程度が質的・量的に軽微であり、著作権者に不利益を与えないことに強く着目して立法されたものである（23年報告書のA類型はその趣旨である）」から、メインの被写体を撮影等する行為が違法なものでないならば、利用する側の行為を著作物の創作に限定すべき理由はないとして、固定カメラで撮影するように創作性の要件を充たさない場合でも拡張ないし類推適用の対象となり得ると解すべきとする指摘⁴⁶、換言して、映画の盗撮といった全体の録画等の行為が違法である場合に写り込んだ付随対象著作物の複製、翻案が適法と判断されることはなく、そのような行為はただし書の要件にも該当することになるから、写り込みの対象を創作する場合に限定すべき理由が疑問との指摘⁴⁷がある。

3. 第2要件について

第2要件は「分離困難性」の要件とも呼ばれているようであり、文化庁での検討結果として、「A～Cとする類型の著作物の利用につき、これを一定要件の下、権利制限の一般規定による権利制限の対象とすることが適当である」との文化庁での検討結果である前記「A類型」から「30条の2」への立法にあたって加わった最大かつやっかいな変化と見られる。すなわち、A類型では単に「行為に伴い付随的に生ずる」と書かれていた部分が、30条の2では「分離することが困難であるため付随して対象となる」と書き加えられた格好となっている。一見すると、外そうと思えば外せる意図的・意識的・積極的な写し込みを権利制限の対象から除外することを企図したものではないかとも思われるところ、この分離困難性をめぐってもいろいろな議論がある。

文化庁ホームページ⁴⁸では、「本条の対象となる著作物の利用行為としては、以下のような例が考えられます。（ただし、本条の対象となるかどうかについては、最終的には、個別

⁴⁵ 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）100頁〔池村聡執筆〕参照。

⁴⁶ 前田哲男『「写り込み」等に係る規定の整備』ジュリスト1449号（2013年）31頁参照。

この点、上野達弘教授は、「たしかに、新たな創作行為を促進するという観点からは、著作物の創作が行われている場合に限って許容する考え方もあり得るが、著作物の創作がない場合でも、同条の類推適用により、侵害が否定されると解すべきであろう」として、前田哲男弁護士の見解に賛成している。上野達弘「平成24年著作権法改正における権利制限」（2013年8月19日開催北海道大学サマーセミナー資料）4頁参照。

⁴⁷ 清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』（2013年・発明推進協会）425頁参照。中山信弘『著作権法〔第2版〕』（2014年・有斐閣）307頁注(58)も同旨。

⁴⁸ 文化庁「いわゆる「写り込み」等に係る規定の整備について（解説資料）（第30条の2、第30条の3、第30条の4及び第47条の9関係）」（文化庁ホームページ）参照。

具体の事例に応じ、司法の場で判断されることになります。以下、他の条文の対象となる著作物の利用行為の例についても同様です。）」との説明に続いて、以下のような非侵害行為が例示されている。

- 写真を撮影したところ、本来意図した撮影対象だけでなく、背景に小さくポスターや絵画が写り込む場合
- 街角の風景をビデオ収録したところ、本来意図した収録対象だけでなく、ポスター、絵画や街中で流れていた音楽がたまたま録り込まれる場合
- 絵画が背景に小さく写り込んだ写真を、ブログに掲載する場合
- ポスター、絵画や街中で流れていた音楽がたまたま録り込まれた映像を、放送やインターネット送信する場合

「一方、以下のような著作物の利用行為は本条の対象とならず、原則として著作権者の許諾が必要となります。」として、以下のような侵害行為も例示されている。

- 本来の撮影対象として、ポスターや絵画を撮影した写真を、ブログに掲載する場合
- テレビドラマのセットとして、重要なシーンで視聴者に積極的に見せる意図をもって絵画を設置し、これをビデオ収録した映像を、放送やインターネット送信する場合
- 漫画のキャラクターの顧客吸引力を利用する態様で、写真の本来の撮影対象に付随して漫画のキャラクターが写り込んでいる写真をステッカー等として販売する場合

以上のような説明を踏まえたうえで、まず、分離することが困難か否かについて、起草担当者らは、物理的に困難かどうかではなく、社会通念に照らして判断されるべきものと考えているようである。すなわち、たとえばキャラクターが描かれた T シャツを着た者を撮影する際に、その撮影行為が家庭内で行われるような場合や、あるいはテレビ番組のロケ等として行われる撮影であったとしても、撮影する側が出演者の衣装として準備・用意するような場合でなければ、要するに私服であれば、わざわざその T シャツを物理的に脱がせる必要まではない、というのである。

他方、ドラマの小道具としてセットに絵画やぬいぐるみ等をわざわざ用いる場合、モデルや出演者に著作物が描かれた T シャツをわざわざ衣装として着せる場合など、家庭内ではない場において著作物を設置するなどして積極的な利用意図を持って利用する場合には、社会通念上分離困難とはいえないとする⁴⁹。

⁴⁹ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト 619 号 (2012 年) 12-13 頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタル別冊 平成 24 年改正解説』(2013 年・勁草書房) 100-102 頁 [池村聡執筆]、前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュ

もっとも、条文を素直に読むと、子どもにミッキーマウスの人形を抱かせて写真撮影するといった家庭内の行為も、そのように意図的にキャラクターを写し込んで撮影（複製）した写真を家庭内で飾っているだけであれば、著作権法 30 条（私的使用のための複製）により侵害とされることはないであろうが、意図的な写し込みのある写真を個人のブログやホームページに掲載するとすると、このような掲載は公の利用行為と解されるため、30 条の 2、30 条いずれも適用外となり、結論として妥当かどうかはともかく侵害に当たることになるのかもしれない^{50 51}。

また、“背景絵画を意識してピントを合わせること”について、「エンタメ業界にいう『写し込み』、つまり自分で持ち込んで撮影するような場合は分離することが困難であるとは当然にいえませんので、この要件を満たさないことになると思います。一方認識しつつ行う利用はどうかというと、『分離することが困難である』という要件を満たす場合もあると思います」との見解⁵²がある一方、「23 年報告書は、『当該著作物の利用を認識しつつ行われる』ものを『写し込み』と呼ばれる利用態様とし、これも個別具体的な事案によっては A 類型に該当するものがあり得るとしていた。改正法は、創作者が撮影等の時点で付随対象

リスト 1449 号（2013 年）31-32 頁参照。

もっとも、前田哲男弁護士は、『分離することが困難』であることは、結果として『付随して対象となる』場合の典型的な理由を示していると解される。権利が制限されるべき根拠の核心は、『付随して対象となる』ものにすぎないとの点であり、必ずしも「分離することが困難」とまではいえなくても、社会通念上、写真の撮影等に当たってあえて被写体から分離することまでは求められておらず、そのために本来の被写体に『付随して』撮影等の対象となる場合は、本条が拡張ないし類推適用されると解する。」とし、「もっとも、わざわざ意図して本来の被写体の近くにおいて撮影対象に含めるような場合には、『付随して対象となる』とはいえない場合が多いであろう。」とする。分離困難性を主たる要件として捉えていない点で、永山裕二・元著作権課長、池村聡弁護士とは異なる考えのようである。

⁵⁰ 清水節「平成 24 年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』（2013 年・発明推進協会）426 頁注(20)、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 26～88 条〔第 2 版〕』（2015 年・勁草書房）190 頁〔小泉直樹執筆〕参照。

⁵¹ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント 66 巻 1 号（2013 年）114 頁は、「常識的に考えれば、上記の例では、意図的にミッキーマウスを抱かせたのであるから分離は極めて容易であると思える。なぜ敢えて分離困難性などという要件をいれたのか、不思議である。今回の改正がなければ、ミッキーマウスを抱かせた例では、何らかの法テクニックを用いて違法ではないとすることも可能であったかもしれないが、『分離困難性』という要件が明示的に設けられたために、そのような解釈は困難となってしまったと考えられる。」として、本条を厳格解釈することによって引き起こされる問題の大きさを指摘している。また、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（2012 年）17 頁〔中山信弘発言〕は、「権利制限規定は、制限であるがゆえに厳格に解釈しなければならないというのが今の流れ」と前置きしつつ、「制限には制限の理由があつて、その理由に基づいた合理的な解釈は必要なのであり、制限であるがゆえに厳しく解釈しなければならないという法理はない」とする。

⁵² 小泉直樹ほか「鼎談 平成 24 年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト 1449 号（2013 年）15 頁〔池村聡発言〕参照。

著作物の存在を認識していないことを要件としておらず、上記の意味における『写し込み』も、当然に本条の対象となり得る（むしろそれが本条の対象となる場合の多くを占めるであろう）。なお、意図して本来の被写体の近くに置いて撮影対象に含めることは、上記の『写し込み』とは意味が異なることに留意する必要がある。」との見解⁵³がある。上記の各見解では「写し込み」の言葉の使い方に違い⁵⁴が見られるものの、背景の著作物に意識してピントを合わせる行為は非侵害であるが、著作物をわざわざ持ち込んで置いて撮ることは侵害に当たるとする点で両者の見解は共通しているようである⁵⁵。

他方、著作権法の解説書の最新版⁵⁶では、背景絵画の写り込みについて「平成 24 年の法改正により設けられた第 30 の 2 の付随対象著作物の利用についての権利制限の対象となる場合もございます」との説明を加えつつも、なお「その背景絵画を意識してピントをそちらに合わせるとすれば、話は別」との記述を維持していることから、ピントを合わせる意図的な写し込みは引き続き権利制限の対象とはならないとの認識を示している。

“写し込み”に関して議論されているもうひとつの例として、ディズニーランドでミッキーマウスと並んで撮った記念写真の扱いがある。すなわち、「ミッキーマウスも人物と同等又はそれ以上に重要な被写体であるのなら、ミッキーマウスは付随対象著作物とはいえず、本条の対象にはならない」との見解⁵⁷がある一方、「客から写真を撮られること（及びそれがブログ等に掲載されること）は当然に認識していると思われ、客からの要望があれば撮影に応じるのである以上、写り込みの事例に関しても本条によるまでもなく、権利者による許諾があるとは考えられないだろうか」との見解⁵⁸もある。

これらの見解に関して、「本条は、たとえばキャラクターがプリントされた T シャツを着た子供を撮影する場合のように、依拠性を否定することができない場合においても、社会通念上は分離困難であるとして複製権侵害にならないとして、『写り込み』の許容範囲を

⁵³ 前田哲男『「写り込み」等に係る規定の整備』ジュリスト 1449 号（2013 年）32 頁参照。

⁵⁴ 小泉直樹ほか「鼎談 平成 24 年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト 1449 号（2013 年）14-15 頁〔池村聡発言〕参照。

⁵⁵ 著作権法 41 条（時事の事件の報道のための利用）の該当性が争われた事例ではあるが、両見解に沿うような裁判例が、後掲札幌高判〔NHK ニュース風車写真二審〕であろう。この事案は、室内壁面にあった写真パネルを壁から外して全面を接写して使用したというものであったから、さすがに意識的にピントを合わせる写り込みにも該当しない意図的・積極的な著作物の利用と考えられる。また、ニュースでの利用であったとしても、当該写真はニュースが伝える事件の内容とは無関係であるから著作権法 41 条の適用対象外との判示もまっとうであり、写真の著作権者から事前に許諾を得て使用すべきだった、と位置付けられる事例と思われる。

⁵⁶ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（2013 年・著作権情報センター）319-320 頁参照。

⁵⁷ 前田哲男『「写り込み」等に係る規定の整備』ジュリスト 1449 号（2013 年）32 頁参照。

⁵⁸ 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年・勁草書房）102 頁注(17)〔池村聡執筆〕参照。

明確化し、拡大したものということができる。」との指摘⁵⁹や、「キャラクターが描かれたTシャツを着た子供を撮影する場合などは、当該キャラクターの著作権者による複製等の許諾が強く推認される事例である」との指摘⁶⁰、写り込みを非侵害とする実質的理由とその判断基準について「著作権者の側からみて、著作物が一般公衆の知覚できる状況で存在し、その結果、付随的な利用が生じ得るようなものであるか（写真の撮影等の対象の一部）、利用の目的が利用する側の著作物の性質に照らして社会的に是認されるものであるか（分離困難）」との指摘⁶¹がある。

4. 第3および第4要件について

第3および第4要件に関して文化庁ホームページ⁶²は、以下のような説明を行っている。

『当該写真等著作物における軽微な構成部分となるものに限る』とありますが、『軽微な構成部分』であるか否かは、著作物の種類等に照らし、個別の事案に応じて判断されるものであり、予め定量的な割合が決まっているものではありません。さらに、同項ただし書では、『著作権者の利益を不当に害することとなる場合はこの限りでない』とされており、著作権者の著作物の利用市場と衝突するか、あるいは将来における著作物の潜在的販路を阻害するかという観点等から、最終的には司法の場で個別具体的に判断されることとなります。」とする。

各条文解説⁶³でも、上記に対する特筆すべき議論は見られないようである。つまり、何が軽微か、どのような行為が著作権者の利益を不当に害するのかの判断は、裁判所に委ねられているという理解で一致していると思われる。

この点、『文化審議会著作権分科会 報告書 [平成23年1月]』等では「付属対象著作物が主たる対象に対して社会通念上軽微であるか否かを中心に判断しているところ、この軽微性の判断も容易ではないものの、分離の困難性に比較すれば客観的に判断できる要素が高いといえよう。」との規範的解釈の展開可能性を示唆する注目すべき指摘⁶⁴がある。

⁵⁹ 高林龍『標準著作権法〔第2版〕』（2013年・有斐閣）164頁参照。

⁶⁰ 清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』（2013年・発明推進協会）427頁参照。

⁶¹ 大須賀滋「制限規定(2)―平成24年改正」牧野利秋ほか編著『知的財産訴訟実務体系Ⅲ―著作権法、その他、全体問題』（2014年・青林書院）191頁参照。

⁶² 文化庁「いわゆる「写り込み」等に係る規定の整備について（解説資料）（第30条の2、第30条の3、第30条の4及び第47条の9関係）」（文化庁ウェブサイト）参照。

⁶³ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト619号（2012年）13-14頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）102-105頁〔池村聡執筆〕、前田哲男『「写り込み」等に係る規定の整備』ジュリスト1449号（2013年）33-34頁参照。

⁶⁴ 清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財

5. 立法前の写り込みへの遡及適用の有無

以上の議論を踏まえてもなお、本稿には疑問の残る点がある。過去に発生した写り込みに対して、果たして30条の2第1項の適用があるのかどうか、という点である。30条の2は2013年1月1日に施行された法律であるから、写り込みの生じた日が施行日前であったならば、改正附則1条により当該写り込みは30条の2第1項の適用を受けないと通常は解されるのかもしれない⁶⁵。このことは、改正附則4条（罰則の適用に関する経過措置）の文言からも導かれるように思われる（なお、30条の2について適用されるその他の経過措置は見当たらない）。

平成24年改正法附則

（罰則の適用に関する経過措置）

第四条 この法律（附則第一条第二号に掲げる規定については、当該規定）の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による。

上記の経過措置は、改正法施行前に罰則の対象であった行為が権利制限規定の改正により罰則の対象とならないものとなった場合であっても、施行前にした行為については、従前のおり罰則を適用する旨を定めるものとされる。しかしながら、上記附則について「本改正で設けられた権利制限規定のうち、いわゆる『写り込み』等に係る規定の整備として設けられた30条の2・・・については、いずれも確認的色彩が強いもの（すなわち、改正により権利侵害に当たらないことを明確化したもの）であると考えられる。かかる観点からいえば、上記各規定に関しては、本条が適用される場合は想定しがたい。」との解説⁶⁶がなされている。同様に、30条の2第1項の適否に関して、上記附則の解説と同様な立場から、「本項は、これまで適法であると考えられていた領域のうち、“コアな部分”につき適法であることを明確化したものであって、本項の要件を満たさないものが反対解釈により直ちに違法であるとは考えるべきではない。」との見解⁶⁷がある。

立国の発展へ』（2013年・発明推進協会）426頁参照。

⁶⁵ 村尾治亮＝持田大輔「出版物に掲載する写真における写り込み」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年・日本評論社）160頁参照。

⁶⁶ 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）207頁〔壹貫田剛史執筆〕参照。

⁶⁷ 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）100頁注(14)〔池村聡執筆〕参照。

第3節 写り込み関連の裁判例の展開

1. はじめに

後に第3章において我が国における解釈論の再検討を試みるにあたり、本節ではその準備的考察として、写り込み関連の裁判例の展開を振り返る。概括的に述べるならば、写り込みの問題を正面から扱う条文を欠くなか、著作物性や類似性の要件、あるいは関連する権利制限規定を活用して問題に対処してきたが限界もあった、といえるのかもしれない。先に詳しく見たとおり、我が国において写り込みを対象とする権利制限規定は、平成24年（2012年）著作権法改正によって30条の2（付随対象著作物の利用）が新設されるまでは存在しなかった。それゆえ、「創作的な表現」（後掲最判〔江差追分上告審〕）が共通していると見られる写り込みは、多寡は問わず侵害に当たるだろうと解さざるを得なかった⁶⁸。そして、著作権法30条の2には、文化庁A類型にはなかった分離困難性の要件が新たに付加されたことにより、後掲〔雪月花〕のような意図的な写し込み的利用の事案が、今後30条の2で処理できるかどうかの見解も分かれている状況である。

以下では、「文化の範囲」の法理で定型的に処理した事例、創作性／類似性の要件で規範的に処理した事例、関連する権利制限規定によって処理した事例の順に、我が国の判例法理の諸相を紹介する。

2. 「文化の範囲」の法理で処理した事例

いわゆるファストファッションブランドのファッションショーの様子を撮影した映像のなかに写り込んだモデルの化粧や髪形、衣装等の組み合わせについて、著作物を定義する著作権法2条1項1号の後半、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」すなわち文化の範囲⁶⁹にあるところの美術の著作物からは外れるものと解して、カテゴリーカルに著作物性を否定した事例が、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁〔激安ファストファッション二審〕⁷⁰である。

⁶⁸ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年・有斐閣）58-59頁、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト560号（2007年）12頁参照。

⁶⁹ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年・有斐閣）30-31頁参照。

⁷⁰ 評釈として、小泉直樹〔判批〕ジュリスト1475号（2014年）6頁、本山雅弘〔判批〕ジュリスト1479号（平成26年度重要判例解説・2015年）278頁、角田政芳〔判批〕DESIGNPROTECT106号（2015年）7頁、奥邨弘司〔判批〕判例論評678号（2015年）20頁、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究47号（2015年）367頁などがある。

〔激安ファストファッション二審〕において知財高裁が、モデルの化粧や髪形、衣装の

この事件は、被告 NHK の週刊報道番組が、ファッションショーの模様を撮影したビデオの一部を計 41 秒間、本編内で使用してテレビ放送した際に、ビデオに写り込んでいたファッションショーにおけるモデルの化粧や髪形、所作、背景映像といったものについて、著作権と著作隣接権⁷¹の侵害の当否が問題となったもので、事案は次のとおりである。イベント等の企画制作コンサルティング等を行う原告会社と、原告会社からイベントの企画運営等の業務委託を受けた原告 A は、平成 21 年（2009 年）6 月 6 日、いわゆるファストファッションのブランド「Forever 21」の衣装等を使用したファッションショーを開催した。訴外・株式会社 JFCC は、原告らの許諾を得て本件ファッションショーを収録し、自らが運営するファッション専門テレビチャンネル「fashion TV」において、収録した映像を放送した。被告 NHK は、同年 6 月 12 日、毎週放送のテレビ報道番組「特報首都圏 “激安” ファストファッション～グローバル企業が狙うニッポン～」を放送した。被告 NHK は訴外 JFCC より上記収録映像データの提供を受けて、上記番組内で上記収録映像の一部を、41 秒間使用した（部分使用⁷²した）。被告 NHK が部分使用した収録映像は、前半 10 秒間、後半 31 秒間のふたつの部分に分かれる。前半部分は 4 つの場面で、後半部分は 6 つの場面でそれぞれ構成されている。各場面の再生時間は約 2 秒間から 9 秒間で、化粧・髪型をセットして衣装・アクセサリーを着用したモデルが、歩いてポーズを取るなどの動作をする様子がそれぞれ写っていた。

第一審（東京地判平成 25 年 7 月 19 日判時 2238 号 99 頁〔激安ファストファッションー

組み合わせなどをいわゆる応用美術と捉えたうえで、「実用目的のための構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えた部分を把握できるものでもない」として美術著作物該当性を否定したことについて、設楽隆一「応用美術についての一考察—知財高裁ファッションショー事件を契機として」中山信弘編集代表『知的財産・コンピューターと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016 年・商事法務）275 頁、田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」コピライト 676 号（2017 年）2 頁以下のほか、上記の各引用文献を参照されたい。本稿では、〔激安ファストファッション二審〕を、特定の種類の創作物を著作権法の規律の外に置く文化の範囲の要件が機能した事例（田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号（2015 年）35 頁参照）と理解しつつ、写り込みの議論の文脈で検討するため、応用美術の論点には詳しく立ち入らないこととする。

⁷¹ 第一審、控訴審ともに、モデルのポーズ・動作の振り付けが著作物でない以上、振り付けの演出やモデルのポーズ・動作は著作物を演ずることに当たらず実演には当たらない。また、ファッションショー全体は、「著作物を演じないが芸能的な性質を有するもの」（著作権法 2 条 1 項 3 号括弧書き）にも当たらないとして実演該当性を否定し、著作隣接権侵害を否定した。実演該当性に関する判旨、実演家の権利を保護する正当化根拠の分析は、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究 48 号（2016 年）376 頁以下を参照されたい。

⁷² 放送制作の実務では、他社が過去に制作した映画やテレビ番組その他映像ソフト等の一部を、自社の番組等に挿入して（インサートして）使用することがよくある。放送業界においてこのような使用態様は「VTR の部分使用」などと呼ばれたりする。本稿でも他人の映像等の一部を自分の映像へ挿入して使うことを「部分使用」と呼ぶことにする。梅田康宏＝中川達也『よくわかるテレビ番組制作の法律相談〔第 2 版〕』（2016 年・日本加除出版）214 頁以下（テレビ番組）および 218 頁以下（劇場用映画）参照。

審)⁷³は、被告番組が部分使用した収録映像に写ったモデルの化粧や髪型、衣装等の組み合わせ、振り付けなどは要するにありふれたものとして創作性を認めず、仮に創作性が認められるとしても、映像からはその細部を看取することができないため創作的表現は感得できないとして類似性を否定していた。細部がよく写っていないとして類似性を否定して処理するアプローチは、後掲東京地判平成 11 年 10 月 27 日判時 1701 号 157 頁〔雪月花一審〕と似ている。著作権法 30 条の 2 の施行日は平成 25 年（2013 年）1 月 1 日（平成 24 年改正法附則 1 条）であり、先に見たとおり遡及適用の規定もないと見られることから⁷⁴、30 条の 2 に基づく抗弁は困難であったと見られる。また第一審は、モデルの化粧や髪型、衣装等の組み合わせが一般的なもの でなければ、著作物性が認められる可能性があるとして読み取れる説示でもあった。これを敷衍して考えると、映像に写っていたものが、たとえば一見して目に飛び込んでくるような奇抜で独創的な化粧・髪形であったとしたら、ありふれたものとして創作性を否定することは難しかったのかもしれない⁷⁵。あるいは映像に写った化粧や髪型、背景映像が、その細部がよく分かるかたちで大きくはっきりと写っていたならば、後掲の侵害事例の存在を踏まえると類似性を否定して非侵害の結論を導くことは難しかったのかもしれない（写真的表現の事案について、東京地判〔合格！行政書士 南無刺青観世音〕、知財高判〔CT は魔法のナイフ二審〕、東京地判〔週刊ホンダ CB750FOUR 一審〕、知財高判〔大熱狂！！プロ野球カード二審〕、絵画的表現の事案について、東京地判〔山の民家〕、同〔日本の城の基礎知識〕、同〔八坂神社祇園祭ポスター〕参照）。

これに対して控訴審は、第一審の判旨に見られる上記のようなある種の脆弱性を克服し得る判旨を展開した。モデルの化粧や髪型、衣装等の組み合わせについて、知財高裁は一步踏み込んで、著作物として保護する必要のない美的創作物と解することによって、著作権による保護の可能性を定型的に断ち切った。この判旨によれば、利用が意図的であろうが、写り方が大きかろうが、見た目が奇抜であろうが、100 パーセント著作権侵害とはならない⁷⁶。著作物性を否定して定型的に処理できれば、相対的に必ずしも外延が明確とはいえないためより難しいと思われる類否判断は不要となる。〔激安ファストファッション二審〕は、著作物性の要件のなかでも特に文化の範囲の要件が、写ったものによっては意図的な写し込みを含めてより類型的に事案を処理し得る力強い法理であることを再認識させる画期的な事例といえるだろう。

ではなぜ、著作権法は、著作物として保護する創作物を文化の範囲にあるものに限定す

⁷³ 評釈として、渡部友一郎〔判批〕コピライト 632 号（2013 年）32 頁、角田政芳〔判批〕AIPPI 58 巻 12 号（2013 年）2 頁、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究 48 号（2016 年）329 頁などがある。

⁷⁴ 村尾治亮＝持田大輔「出版物に掲載する写真における写り込み」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015 年・日本評論社）160 頁参照。

⁷⁵ 小泉直樹〔判批〕ジュリスト 1475 号（2014 年）7 頁参照。

⁷⁶ 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択一統・日本の著作権法のリフォーム論一」著作権研究 42 号（2015 年）23 頁参照。

るとともに、特定の種類の創作物すなわち実用品は文化の範囲の埒外にあるものとして著作権による保護を与えないのだろうか。それは、実用品の創作の自由度が実用的な側面によって技術的に制約されていること、ゆえに産業の発達（意匠法1条）を促すには権利者以外の後発創作や競業の自由にも配慮する必要があることから、禁止権の及ぶ期間が著作権よりも短く範囲も狭い意匠制度と不正競争防止法2条1項3号のデッドコピー規制によって創作のインセンティブを与えれば足りるとした政策的な判断があるからだろう⁷⁷。化粧や髪形については、知的財産権によって特定の者に独占させることにより創作のインセンティブを与えるとしたら、公衆による日常的な利用に支障をきたし、社会に与える弊害が大きすぎるため、知的財産法による保護は不要というべきであるが、文化の発展（著作権法1条）に資する創作物に対しては、著作権によって創作のインセンティブを与えるとする政策的な判断も一方で存在する。したがって、文化の範囲の要件を使って処理し得る写り込みは、あくまで著作権によって創作のインセンティブを与える必要のない特定の種類の創作物に限られることから、この法理の射程はそう広くはないともいえる。ゆえに、文化の範囲のなかにある通常の著作物の付随的な利用は、次に見ていく創作性ないし類似性の要件あるいは権利制限規定による処理を考えていくことになる。

3. 創作性／類似性の要件で処理した事例

著作権侵害の可否を判断する手法には、先に見たとおり原告著作物が著作権の保護を受ける「文化の範囲」にある著作物かどうかを定型的に判断する手法のほかに、①原告著作物の創作性を判断したうえで、被疑侵害著作物において原告著作物の創作的な表現と認められる部分が再生されているか否かを判断する「二段階テスト」と、②原告著作物と被疑侵害著作物に共通する部分を先に取り出したうえで、その共通部分が創作的な表現と認められるか否かを判断する「濾過テスト」のふたつがあるとされる⁷⁸。

このふたつのテストのプロセスは違うといえは違うが、原告著作物の創作的な表現が被疑侵害著作物において再生されているか否かが侵害の可否の最終的な決め手になるとすると、二段階テストといっても結局は濾過テストと同じことを吟味していることになる。ある写り込みの事案が「文化の範囲」の法理を使って処理できるかどうかは、写ったものや写り方を問わず事案を定型的に処理できるかどうかという論点にかかわるため、本稿での考察にとってきわめて重要である。他方、ある写り込みの事案を創作性の要件（二段階テ

⁷⁷ 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択一統・日本の著作権法のリフォーム論一」著作権研究42号（2015年）35頁、田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」コピーライト676号（2017年）20頁参照。

⁷⁸ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年・有斐閣）48頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ―著作権法、その他、全体問題』（2014年・青林書院）95-96頁参照。

スト)で処理したか、あるいは類似性の要件(濾過テスト)で処理したのかということは、要するに原告・被告で創作的な表現が共通しているか否かに焦点を当てたという点で、本稿にはほとんど同じことのように思われることから、以下ではひとまとめに見ていくことにする。

非侵害事例

まず、「書」の意識的な利用について類似性の要件を使って処理した、写り込みの先例的事例である雪月花事件を挙げねばなるまい。被疑侵害著作物であるカタログにおいて写り込んだ原告著作物の書について、写り方が小さすぎて書の持つ創作的な表現が再生されていないとして類似性を否定して非侵害と帰結した東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁[雪月花一審]⁷⁹、東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁[雪月花二審]⁸⁰である。被告の照明器具カタログに写し込まれた書の著作物について、写った書の文字の大きさが最大8ミリだったことから、第一審は、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いといった毛筆書の特徴的部分と原作品とは実質的に同一とはいえないとして類似性を否定した。この判旨は控訴審でもほぼ維持された。裁判所は、被告カタログにおいて原告作品の書は比較的鮮明に印刷されてはいるが、原作品の50分の1のサイズに縮小されており、墨の濃淡と潤渇等の表現形式までが再現されているとはいえないとして侵害を否定した。

⁷⁹ 評釈として、岡崎洋[判批]著作権判例百選〔第3版〕(2001年)128頁などがある。

写り込みの事例ではなくかつ傍論ではあるが、肖像写真をトレースした人物画を掲載した「絵ビラ」について、[雪月花一審]とほぼ同様の判断枠組みで類似性を否定した事例として、東京地判平成15年2月26日判時1826号117頁[創価学会写真ビラ一審]がある。原告創価学会の池田大作名誉会長の肖像写真をトレースして描いた人物画を、公明党を批判する「絵ビラ」に単色で掲載して配布したことについて、原告写真が鮮明に写し出している被写体の顔の表情や輪郭、被写体が着用している勲章の形状の細部まで、被告人物画では捨象されて正確に描出されておらず、人物画で描かれている服装も写真とは異なっているなどとして類似性を否定した。もっとも、この事件は「写真ビラ」における肖像写真の利用について、著作権法32条所定の引用該当性が否定されたため、侵害と帰結した事例である。写真ビラ全体の約15パーセントを占める縦約17.5センチ×横約12センチの大きさに原告写真を掲載し、原告創価学会等を揶揄する吹き出しを付け加えていること等の原告写真の掲載態様から、裁判所は、写真ビラについて「批判等の目的との関係で、社会通念に照らして正当な範囲内の利用であると解することはできず、また、このような態様で引用して利用することが公正な慣行に合致すると解することもできない。」として、32条に基づく抗弁を否定した。控訴審(東京高判平成16年11月29日平15(ネ)1464号[創価学会写真ビラ二審])も同旨により写真ビラの32条引用該当性を否定し、被告絵ビラの類似性を否定した。この点につき、大西勝滋「引用の要件」清水節＝岡本岳編著『Q&A 著作権の知識100問』(2013年・日本加除出版)287頁以下参照。

⁸⁰ 評釈として、作花文雄[判批]判例評論527号(2003年)39頁、大野聖二[判批]著作権判例百選〔第5版〕(2016年)112頁がある。

〔雪月花一審〕の裁判長として事件を担当した飯村敏明判事（当時）は、「書に特有の性質だけで結論を導いたわけではなく、このような利用形態まで阻止しなければならない著作権者の利益と、このような利用形態を禁止した場合の一般人の不都合のバランスを考慮したと考えるべきだと思います。・・・どちらの結論が、現代の社会の一般的な良識に照らして、より妥当なのかは、結論を導く際に、常に考慮されているとって差し支えないと思います。」⁸¹と述べ、利益衡量が展開されたことを示唆している。

次に、ごく小さな写真の写し込みをめぐる侵害を否定した比較的近時の事例として、横浜地判平成 23 年 6 月 1 日平 23（ワ）5673 号〔おもてなしプレゼント〕がある。事案は、JR の販売する外国人観光客向け割引乗車券を使用して新潟県村上市を訪れた外国人観光客に対して、「おもてなしプレゼント」として無償配布された原告作成の写真絵はがきセット 3 葉について、約 1.5 センチ×2.3 センチ大のサイズの縮小画像が上記割引乗車券の販売宣伝用パンフレットに無断掲載された、というものである。被告パンフレットには縮小画像 3 点のうち 1 点は全面が写り、もう 1 点は約半分、他の 1 点は約 4 分の 1 が写っていた。裁判所は、掲載された画像がきわめて小さく、うち 2 枚については一部しか見えないため、被写体の属性や構図の一部を除けば、原作品の創作的表現を感得することは著しく困難として侵害を否定した。

関連して、写り込みの事案ではなく、かつ傍論であるが、コラージュ看板での写真の使用について複製禁止権侵害を認めつつ翻案禁止権侵害を否定したという注目すべき近時の事例に、東京地判平成 26 年 5 月 27 日平 25（ワ）13369 号〔猫の写真看板〕がある。この事件はあくまで以下のとおり著作者人格権侵害も認めた侵害事例ではあるが、翻案該当性を否定した傍論部分が本稿の考察にとっての重要な関心事であることから、本稿では特に非侵害事例として把握する。

原告写真家の撮影した猫の写真 156 点（いずれも原告写真集に掲載された写真で、現物が 90 点、等倍または拡大／縮小されたコピーが 66 点）を、被告が猫の顔の部分を中心に切り取ったうえに猫の目の部分をくり抜く加工を施し、これらを多数並べたコラージュ看板として百貨店内に設置したことについて、裁判所は、複製禁止権と著作者人格権（同一性保持権と氏名表示権）侵害を認める一方⁸²、被告による原告写真の加工は、いずれも定

⁸¹ 飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『2004 年度 JASRAC 寄附講座講義録 著作権制度概説および音楽著作権』（2006 年・明治大学法科大学院 知的財産と法リサーチセンター）212-213 頁参照。

⁸² 原告は、著作権の行使につき受け取るべき金銭の額に相当する額（著作権法 114 条 3 項）につき、原告写真を看板等に使用する場合の使用料一点あたり 10 万円の 5 倍である 50 万円を主張したところ、裁判所は、原告写真は多数の猫の顔写真を用いたコラージュ看板を作成するために素材として使用されたものであり、個々の原告写真が一個の作品として使用されるものでなく、看板の設置期間も約 2 か月間だったこと等を総合考慮して、一点につき 1 万円、複製禁止権侵害の損害額は 66 万円（1 万円×66 枚）とした。一方、著作者人格権侵害について、被告による原告写真の改変行為は嗜虐的とも解し得るもので原告の意に大きく反し、原告の精神的損害は甚大として、慰謝料にかかる原告の主張 3000 万円に対

型的で単純なものであって翻案にはあらず、また、原告写真は被告コラージュ看板で使用されている数百枚に及ぶ写真全体のごく一部であって被告コラージュ看板を構成する素材のひとつにすぎないことから、「本件看板に接する者が、原告写真の表現上の本質的な特徴・・・を直接感得することができるといえないと解すべきである。」と説示して翻案禁止権侵害を否定した。つまり、事案との関係では、原告写真集のデッドコピーについて複製禁止権侵害を認めたにもかかわらず、被告コラージュ看板全体において原告写真がどこで使用されているのかが分からないと見るべきであるとして翻案禁止権侵害を否定した。この判旨は要するに「既存の著作物が別の著作物の中の一部に取り込まれた場合に、新たに思想又は感情を創作的に表現されたものが加わったことによって、同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的特徴を直接感得することができないほど色あせた状態」⁸³になったと解して類似性を否定した事例と見受けられる。この東京地判〔猫の写真看板〕と前掲横浜地判〔おもてなしプレゼント〕は、意図的な写し込みの利用をどの法理で処理すべきか、という法理の役割分担を考えるにあたっての重要な議論⁸⁴に直接関係しているため、第3章で詳しく検討する。

一方、映画のシーンに写った社交ダンスのステップ（2歩以上の足の運び方の組合せのこと）について、ありふれたものとして創作性を否定した事例として、東京地判平成24年2月28日平20（ワ）9300号〔Shall we ダンス?〕⁸⁵がある。被告映画「Shall we ダン

して200万円が相当であるとした。

なお、事実によれば、被告が原告写真のコピーを使用したことについて、被告は複製権禁止権侵害の成立を争わなかったとのことであるから、請求を認諾しているに等しい事案とも見られるが、もしかしたら翻案該当性を否定した同じ理由によって複製禁止権も非侵害となった事案だったのかもしれない。

⁸³ 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2007）18頁参照。

⁸⁴ 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2007）17-18頁、高部眞規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編集代表『知的財産・コンピューターと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年・商事法務）59頁以下、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘＝牧野利秋編集代表『現代社会と著作権法 斉藤博先生御退職記念論集』（2008年・弘文堂）294頁以下、田村善之「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—」知的財産法政策学研究44号（2014年）50-51頁注(55)、田村善之〔判批〕知的財産法政策学研究41号（2013年）118-120頁参照。

⁸⁵ 評釈として、上田大輔〔判批〕コピーライト615号（2012年）35頁、蘆立順美〔判批〕新・判例解説 Watch 13号（2013年）215頁、酒井麻千子〔判批〕著作権研究40号（2013年）214頁、升本喜郎「エンタテインメント訴訟における極私的『戦略論』『戦術論』—訴訟代理人としての主張・立証の方針と工夫、そして苦悩—」コピーライト645号（2015年）11頁以下、青木大也〔判批〕著作権判例百選〔第5版〕（2016年）14頁などがある。

被告映画「Shall we ダンス?」は、平成8年（1996年）1月27日の劇場公開後、同年9月頃にレンタルビデオ化、平成9年1月頃にセルビデオ化、レーザーディスク化はセルビデオの少し前の平成8年12月頃、平成9年3月には日本テレビ系列において地上波全国ネットで放送され、以後繰り返しリピート放送もなされ、機内上映やバス社内での上映、BS／CS放送、ビデオ・オン・デマンド（VOD）配信といったさまざまな二次利用に供され

ス？」の出演者でもある原告振り付け師が考案・指導した社交ダンスのステップについて、裁判所は、原告の振り付けが、教科書にある基本的なステップや競技会等で広く一般的に使用されているステップを組み合わせで適宜アレンジが加えられて流れのあるダンスとして作られたものであって、いずれもありふれた動き、あるいは社交ダンスの振り付けとしての独創性が認められるほどの顕著な特徴があるとはいえないとして創作性を否定した。この事件では、原告のステップの創作性は被告映画に実際に映っている部分だけが判断の対象とされたところ、要するに原告著作物（ステップ）の創作的な表現が被疑侵害著作物（映画）において再生されていないとして著作権侵害を否定した事例であるから、類似性を否定したこととほとんど変わらないように思われる。

このほか、傍論ではあるが、被告時代劇映画のシーンに写った主人公の着用する着流し類かむり、長袴といった衣装、さらには奉行所のお白洲、悪党の屋敷の建物や塀に囲まれた内庭といったセットなどについて、原告時代劇映画の類似部分と対比したうえで「創作性ある表現の類似とはいえない」などとして類似性を否定した事例に、東京地判平成 26 年 4 月 30 日平 24（ワ）964 号〔名奉行金さん本案〕⁸⁶がある。

てきており、現在も二次利用されている。被告角川書店は、上記二次利用に際して原告振り付け師の許諾を求めたことはなく、原告に対して二次利用の使用料を支払ったこともなかったところ、原告が社交ダンスの振り付けの著作権を根拠に、セルおよびレンタルビデオとテレビ放送についての二次使用料合計約 5276 万円の支払いを求めて、平成 20 年 4 月に提訴したという事件である。

⁸⁶ 評釈として、田村善之〔判批〕IP マネジメントレビュー15 号（2014 年）4 頁、同 16 号（2015 年）4 頁などがある。

もっともこの事件は、俳優・松方弘樹が物語の主人公である遊び人・金さん／北町奉行・遠山金四郎を長年演じた原告東映のテレビ時代劇シリーズ「名奉行遠山の金さん」を、松方弘樹が同じ主人公を演じてほぼそっくりにリメイクした被告時代劇映画の一部を使用した被告パチンコ機「CR 松方弘樹の名奉行金さん」の遊戯中に再生される映像について、立ち回りとお白洲のシーンで金さん／北町奉行が悪党に対して啖呵を切りながら片肌を脱いで桜吹雪の入れ墨を見せつけるお決まりのクライマックスシーンにおける創作的な表現の共通性を一部認めて著作権侵害と帰結したものである。本件に至る経緯は、以下のとおり少々複雑である。

本件に先立って出された抗告審（知財高決平成 24 年 3 月 16 日判時 2152 号 112 頁〔名奉行金さん抗告審〕）は、原告・被告の映像部分全体を対比して、俳優の演技、人物の背景、衣装、カメラワークが共通するとしうえて、原告の映像部分には映画著作者の個性が現れているとして創作性を認めた。そして、被告の映像部分は原告の映像部分の「表現上の本質的特徴を直接感得させるもの」で両者は「酷似」しているとして、侵害を肯定した原決定（東京地決平成 23 年 12 月 2 日平 23（モ）40024 号）を維持していた。

また、本件の原告東映と被告サンセイは、商標権をめぐる審決取消請求訴訟を争っていた。知財高判平成 23 年 2 月 28 日平 22（行ケ）10152 号〔名奉行金さん〕は、「遊戯用器具」（パチンコ機等）を指定商品とする原告（本件被告サンセイ）商標「名奉行金さん」は、歴史上の人物である「遠山金四郎」及び時代劇等で演じられる「名奉行として知られている遠山金四郎」との観念を生じる点において、被告（本件原告東映）商標「遠山の金さん」に類似することから商品の出所につき誤認混同のおそれを生じさせるとして原告（本件被告サンセイ）の請求を棄却した（平成 24 年 2 月 9 日上告棄却）。また、知財高判平成

侵害事例

書籍の表紙における入れ墨の写り込みについて著作者人格権侵害を認めた比較的近時の事例として、東京地判平成 23 年 7 月 29 日平 21 (ワ) 31755 号〔合格！行政書士 南無刺青観世音一審〕⁸⁷、知財高判平成 24 年 1 月 31 日平 23 (ネ) 10052 号〔合格！行政書士

26 年 3 月 26 日判時 2239 号 104 頁〔名奉行金さん〕は、被告（本件原告東映）商標「遠山の金さん」は、商標法 4 条 1 項 7 号にいう「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」には該当しないとして原告（本件被告サンセイ）の請求を棄却していた。

本案では原告東映の商標権侵害が主な争点となった。被告サンセイが「CR 松方弘樹の名奉行金さん」という標章を被告パチンコ機に付して販売したことについて、裁判所は、被告標章が商標的に使用（商標法 2 条 3 項 1 号、2 号）されていることは明らかであって、原告商標「遠山の金さん」と上記被告標章は、外観及び称呼においては類似しないが、「歴史上の人物である遠山金四郎」、時代劇等で演じられる「名奉行として知られている遠山金四郎」という観念を生じる点において同一または類似であり、商品の出所につき誤認混同のおそれを生じさせるというべきであるとして商標権侵害を認めた。本稿の課題は、著作物の写り込みをめぐる問題を検討することであるため、商標権をめぐる論点には立ち入らないこととする。

さらに、名奉行金さん事件には、本案も著作権侵害を肯定した、主人公が悪党に桜吹雪を見せつけるクライマックスシーンの映像表現に関して、そもそも原告東映が著作権を主張できるのかという問題もあるが、上記のとおり本稿の課題とは直接関係しない論点であるため立ち入らないこととする。商標権をめぐる論点とあわせて、詳しくは田村善之〔判批〕IP マネジメントレビュー 15 号（2014 年）4 頁、同 16 号（2015 年）4 頁を参照されたい。

⁸⁷ 岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（2015 年・発明推進協会）1065 頁参照。同 1076-1077 頁は、〔合格！行政書士 南無刺青観世音〕の事案に関連して、アメリカの被告映画「The Hang Over Part II」の出演者の顔に描かれた、プロボクサーのマイク・タイソンの顔に施された入れ墨（本物）を模した図案について、ミズーリ州東部地区連邦地方裁判所が原告入れ墨師による仮差止め請求を却下したという事例を紹介しつつ、プロボクサーの顔に施された入れ墨が惹起した著作権問題に対する一般的考察として、「これを我が国の著作権法の問題として考えると、タトゥーをプロボクサーの顔面に施した以上、ボクサーの顔写真が雑誌に掲載されたり、ボクシングの試合のテレビ放送にボクサーの顔が映り、その結果、ボクサーの顔面上のタトゥーが雑誌やテレビに写る（映る）ことは当然に予想されたことであるから、タトゥーアーティストとの間で明示の合意をしなかったとしても、その範囲での利用は黙示的に許諾されていたと解することができよう。」と指摘する。

ちなみに上記のミズーリ州東部地区連邦地方裁判所の事例の決定書では、理由が述べられていない（*See Whitmill v. Warner Bros. Entertainment Inc.*, 11-cv-00752 (E.D. Mo. April 28, 2011).）。以下の解説記事によれば、タイソンの顔の入れ墨が著作物であり、被告映画会社による無断使用を認めつつ、入れ墨を模した図案は、映画のストーリーラインにおいて重要な意味を与えられていないこと、被告映画会社は、映画の宣伝や公開準備にすでに数百万ドルを投じていること、さらには、映画を見たいという公衆の欲求や、差し止めによって当事者ではない映画館主やディストリビューターといった者へ与える影響も衡量されたようである。Travis Burchart, *The Hangover II Must Go On: Tattoo Artist Denied Injunction in*

南無刺青観世音二審] がある。被告の左ふともも部分に入っている十一面観音立像の入れ墨を撮影した写真画像を、被告が加工して自著の表紙カバー等に使用したことについて、裁判所は、原告の彫った入れ墨には仏像の輪郭線の筋彫りや描線の墨入れ、ぼかしの墨入れ等墨の濃淡によって独特の立体感が表現されているとして創作性を肯定したうえで、被告書籍の表紙カバー等に使用された写真画像は、陰影が反転し、セピア色の単色に変更されているものの、原告入れ墨に見られる創作的表現が再現されているなどとして、氏名表示権と同一性保持権の侵害を認めた。

さらに、写り込みの事案ではないが、構図の中心に大きく原告著作物の創作的表現を見て取ることができる被疑侵害著作物について類似性を肯定して侵害と帰結した最近の事例として、知財高判平成 27 年 6 月 24 日平 26 (ネ) 10004 号 [大熱狂!! プロ野球カード二審]⁸⁸がある。プロ野球選手の実名と写真が掲載された選手カードを集めてチームを編成、強化して対戦するという仕組みと個々の選手カードからなる原告 SNS ゲームに似た被告 SNS ゲームについて、裁判所は、中島選手とダルビッシュ選手の原告・被告のカードは選手写真のポーズ、配置、多色刷りで選手写真を拡大した二重表示部分の存在、部位や位置関係、背景の炎、放射線状の閃光の描き方という具体的な創作的表現が同一ないし共通しているとして類似性を肯定した。一方、坂本選手の被告カードについて、選手写真のポーズは原告カードと同じであるが、選手写真を拡大した二重表示になっている点と背景が放射線状の閃光になっている点は原告カードとは異なるとして類似性を否定した。また、今江選手のカードについて、原告・被告のカードでは選手写真のポーズが異なるとして類似性を否定した。同様に、構図の中心に大きく原告著作物の創作的表現を見て取ることができる被疑侵害著作物について類似性を認めた事例として、写真的表現に関して知財高判平成 24 年 4 月 25 日判時 2151 号 102 頁 [CT は魔法のナイフ二審]、東京地判平成 25 年 7 月 19 日平 23 (ワ) 785 号 [週刊ホンダ CB750FOUR 一審]、絵画的表現に関して東京地判平成 4 年 11 月 25 日知裁集 24 巻 3 号 854 頁 [山の民家]、東京地判平成 6 年 4 月 25 日判時 1509 号 130 頁 [日本の城の基礎知識]、東京地判平成 20 年 3 月 13 日判時 2033 号 102 頁 [八坂神社祇園祭ポスター] などがある⁸⁹。

Mike Tyson/Tattoo Copyright Suit against Warner Brothers - See more at: <http://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/intellectual-property/b/copyright-trademark-law-blog/archive/2011/05/27/the-hangover-ii-must-go-on-tattoo-artist-denied-injunction-in-mike-tyson-tattoo-copyright-suit-against-warner-brothers.aspx> (accessed Jul. 21, 2017).

⁸⁸ 上村哲史 [判批] 著作権研究 42 号 (2015 年) 161 頁、今井弘晃「最近の著作権裁判例について」コピライト 659 号 (2016 年) 14 頁以下参照。

⁸⁹ 詳しくは、橋谷俊 [判批] 知的財産法政策学研究 48 号 (2016 年) 331 頁以下参照。より詳細は、絵画的表現の類似性について、津幡笑 [判批] 知的財産法政策学研究 24 号 (2009 年) 105 頁以下、丁文杰 [判批] 知的財産法政策学研究 30 号 (2010 年) 247 頁以下、写真表現について、比良友佳理 [判批] 知的財産法政策学研究 25 号 (2009 年) 133 頁以下参照。

4. 権利制限規定で処理した事例

原告著作物の創作的な表現が、被疑侵害著作物において再現されていると認めざるを得ないような写り込みは、権利制限規定の適用がなければ著作権侵害に当たると考えることになる⁹⁰。そこで、そのような写り込み関連の事案を権利制限規定で処理した事例はというと、数は少ないがあるにはある。

まず、明らかに類似性が肯定されるような大きい写り方の事案について、権利制限規定を適用して非侵害と帰結した有名な事例が、東京地判平成 13 年 7 月 25 日判時 1758 号 137 頁〔はたらくじどうしゃ〕⁹¹である。市バスの車体に大きく描かれた絵画を撮影した写真を、幼児向けの書籍の表紙と中身に使用したことについて、裁判所は、バスに描かれた絵画を屋外に恒常的に設置されているものと解して、著作権法 46 条（公開の美術の著作物等の利用）により侵害を否定した。

前掲東京地判〔雪月花一審〕と同じく裁判長を務めた飯村敏明判事（当時）は〔はたらくじどうしゃ〕について、著作権法 46 条には、第三者の自由利用を柱書で定め、著作権者を保護すべき場合を例外として各号で書き分けるという他の権利制限規定にはない特徴・構造があり、立法経緯を踏まえると、「入念に検討した上で規定された規定とはいえない。したがって、・・・著作権法は、法 46 条に関する限り、総じて、第三者の行動の自由を尊重していると判断できよう。」⁹²と指摘。そして、「表紙については、見解が分かれる余地はあると思います。」⁹³と認めつつも、「専ら」「屋外の場所」「恒常的」「設置」といった文言を広く解釈していると述べている⁹⁴。論者からは、問題となった行為が 46 条柱書きに該当することを（やや強引ながら）認めることで 46 条 4 号に舞台を移し、同号の「専ら」と

⁹⁰ 田村・上野・飯村・前掲注(2)参照。

⁹¹ 評釈として、村井麻衣子〔判批〕知的財産法政策学研究 10 号（2006 年）247 頁、小島立〔判批〕著作権判例百選〔第 5 版〕（2016 年）162 頁などがある。

⁹² 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究 35 号（2008 年）122 頁参照。

⁹³ 飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『2004 年度 JASRAC 寄附講座講義録 著作権制度概説および音楽著作権』（2006 年・明治大学法科大学院 知的財産と法リサーチセンター）216 頁参照。

⁹⁴ 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究 35 号（2008 年）122-123 頁参照。

この点、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 頁は、約 3×7 センチのサイズのバスの写真について「少なくとも内部の頁に、小さく本件バスの写真を掲げることについては、映り込み類似の問題としてこれを許容してもよいのではなかろうか。」とする一方、同注(21) は表紙に掲載された約 8×14 センチのサイズのバスの写真について、「本件絵画は、本件表紙の中心に据えられ、もっとも見る者の目を惹くように見受けられる（本件バスの写真が表紙に掲載されることになった主たる理由もそこにあるのではなかろうか）。かりにこの観察が正しいとすると、被告は本件絵画の美的な価値を少なからず利用していることになるから、この種の行為に著作権を及ぼさないことには創作活動のインセンティブの確保に支障をきたしかねないように思われる。」と指摘する。

いう要件解釈の問題として一般条項的に利益衡量を行うことを可能としたものという指摘⁹⁵や、[はたらくじどうしゃ]における被告書籍が、あくまでも幼児教育的観点から監修され、美術作品を鑑賞する目的で作成されたものではない点に鑑みると、著作権者への経済的不利益は過大とまではいえず説示は妥当との指摘⁹⁶がなされている。

テレビニュースにおける写り込み関連の事案を、権利制限規定によって処理した事例もある。大阪地判平成5年3月23日判時1464号139頁[山口組五代目継承式]⁹⁷が有名である。平成元年(1989年)10月4日放送の被告TBSのニュース番組「筑紫哲也ニュース23」が、その日3年半ぶりとなった大阪府警による山口組の一斉摘発を伝える約7分間のニュースのなかで、同年7月20日に行われた山口組五代目組長の継承式の模様を収録・編集して制作された全体尺約1時間27分間の記録ビデオ映画を約4分間、無断で部分使用した。番組の中でキャスターらは、VTRを見せながら継承式について感想を述べ解説を加えつつ、当該ビデオの複製物が全国の系列組織へ配布されたことを伝えていた。裁判所は、部分使用の目的が、山口組の一連の事件・動向を実際の映像・音声を用いて視聴者に伝えるところにあったこと、部分使用した約4分間の尺は全体尺約1時間27分間の5パーセント弱だったことなどを認めて、著作権法41条(時事の事件の報道のための利用)所定の報道の目的上正当な範囲内の利用であるとして侵害を否定した。また、被告TBSが番組内で「山口組製作のVTRより」というクレジットスーパーを打っていたことについて、著作権法48条1項所定の出所明示を行っていたものと認めた。

もっともこの判旨に対しては、VTRに収録されている継承式それ自体は、被告TBSのテレビニュースより約2か月半前に行われたものであるから、これを時事の事件と捉えることは難しく、VTRの内容を伝えるにしても、ごく簡単に紹介する程度に利用すれば足り、約4分間も放送することは、むしろ継承式自体の解説を目的とするものであるから、報道の目的上正当な範囲を超えていると考えられなくもないとしつつも、暴力団の動向を伝えるニュースでの使用という事案との関係から、「正当な範囲内」について緩やかに判断したものとの指摘⁹⁸がある。一方、継承式のビデオが作成され全国の末端組織へ配布されたという事件が最近生じたものと捉えて「時事の事件」に当たると判断したものとの指摘して、著作権法41条の要求する時事性を広く解する学説⁹⁹もある。

⁹⁵ 村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究10号(2006年)258-259頁参照。

⁹⁶ 小島立[判批]著作権判例百選〔第5版〕(2016年)163頁参照。

⁹⁷ 評釈として、茶園成樹[判批]メディア判例百選(2005年)200頁、堀部政男[判批]著作権判例百選〔第2版〕(1994年)160頁、原秋彦[判批]著作権判例百選〔第3版〕(2001年)160頁がある。

⁹⁸ 茶園成樹[判批]メディア判例百選(2005年)201頁参照。

⁹⁹ 上野達弘「時事の事件の報道」外川英明ほか編「知的財産法のモルゲンロートー土肥一史先生古稀記念論文集」(2017年・中央経済社)592頁参照。中山信弘『著作権法〔第2版〕』(2014年・有斐閣)355-356頁は、報道目的利用が公益に資することと原告著作物の市場にほとんど影響しないことから時事性を広く解すべきとする。三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト594号(2010年)6頁は、「中山先生よりも

他方、テレビニュースでの写真著作物の使用について、著作権法 41 条該当性を明確に否定した比較的近時の事例に、札幌高判平成 23 年 11 月 18 日平 22（ネ）596 号〔NHK ニュース風車写真二審〕がある。風力発電に関する 200 億円の投資ファンドを設立した東京の会社のオフィスを被告 NHK が取材した際、オフィスに掲示されていた風力発電用風車の写真パネル 2 点の全部を、その会社の社長の許可を得て、壁から外してテレビカメラで接写して画面全体に撮り切って全国ニュースで放送したという事案について、裁判所は、ファンドの立ち上げという事件と無断使用した写真とは無関係であるとして、著作権法 41 条該当性を否定して侵害を肯定した原審（札幌地判平成 22 年 11 月 10 日平 21（ワ）3924 号〔NHK ニュース風車写真一審〕）を容認した（平成 25 年 3 月 27 日上告棄却）。

6. 第 1 章のまとめ

第 1 節では、著作権法 30 条の 2 の立法経緯を振り返った。権利制限の一般規定の導入を目指す旨の知的財産戦略本部の決定に沿って、文化庁において検討がなされた結果、「著作物の付随的利用」を権利制限の一般規定の対象とする案（A 類型）がまとめられた。しかし、法案化に進んだ政府部内での検討において、罪刑法定主義に基づく「明確性の原則」が相当重んじられた結果、文化庁案の A 類型には見られなかった要件が加えられたとされる¹⁰⁰。相対的に抽象的な内容だった文化庁案の A 類型と、4 つの要件からなる 30 条の 2 とを見比べると、権利制限の対象となる行為は結果として相当狭められたように見える。もっともこの条文は、A 類型で想定している利用というものは個別規定で対応できるのだから一般規定の導入は不要であり、したがって立法事実がないとか、一般規定を導入する場合でも著作物は権利者から許諾を得て利用するのが大原則であり、これをないがしろにしない厳格な要件の設定が必要とか、一般規定があると逆に刑事罰の適用に支障をきたし得る、といった権利制限の一般規定の導入に反対する意見が多数を占めた著作権分科会での議論¹⁰¹が色濃く反映されてできあがったもの、と見ることもできるのかもしれない。

もっと柔軟な立場」とし、「個人的には、年報も『時事の報道』と認めてあげたいという気持ちなのですが、少なくとも月刊誌が時事の報道に当たらないという人は実務家にはいないと思います。」とする。

¹⁰⁰ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト 619 号（2012 年）5-6 頁参照。

¹⁰¹ 文化庁文化審議会著作権分科会第 31 回（2010 年 5 月 21 日）、第 32 回（2010 年 12 月 13 日）、第 33 回（2011 年 1 月 25 日）の各議事録を参照。この点、『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成 23 年 1 月〕』の最終ページの「おわりに」（117 頁）において、一般規定の導入に反対する意見を反映した次のような記述が見られる。

「なお、立法措置を講ずるに当たっては、関係者から出された懸念事項につき、十分に留意する必要があることはいうまでもない。特に権利制限の一般規定に関しては、これまで長い間個別制限規定により一定の利用秩序が形成されてきた我が国の著作権法に、権利

第2節では、30条の2の要件論をめぐる議論を紹介した。上記のような立法結果に対して、起草担当者からは、文化庁A類型の起草趣旨を貫徹する試みとでもいうべき30条の2の解釈論が、立法直後から提示された。とりわけ、A類型では単に「行為に伴い付随的に生ずる」と書かれていた部分が、30条の2では「分離することが困難であるため付随して対象となる」と書き加えられたことによって生まれた分離困難性の要件をめぐる指摘が注目される。起草担当者らは、子どもにキャラクター人形を抱かせてスナップ写真を撮影し、ブログに掲載するといった行為は物理的に困難かどうかではなく、A類型に見られた文言である「社会通念」に照らして判断されるべきと指摘する¹⁰²。つまり、キャラクターTシャツにしても、子どもが抱いたぬいぐるみにしても、ミッキーマウスとの記念撮影にしても、一般人による家族内での撮影行為や私的な撮影行為であれば、わざわざTシャツを脱いだり、子どもからぬいぐるみを取り上げたり、せつかくの記念撮影を控えたりする必要があるとまでは社会通念上考えられていないと説明する。しかしこの点、「分離することが困難」の文言を文理解釈すれば、家庭内での意図的な写し込み行為も侵害となり得る（だから扱いに困る）との有力な学説¹⁰³も存在する。裁判例はというと、傍論ではあるが、30条の2の適否についてはじめて言及したものと思われる最近の事例に、大阪地判平成27年9月10日判時2320号124頁〔フラねこ〕¹⁰⁴がある。判示によれば、裁判所は、被告イラスト画の掲載された紙やポスターを持って写真を撮ることを、30条の2第1項にいう「分

制限の一般規定という新たな制度を導入するものであることから、導入により実質的に権利保護に欠ける制度になることのないよう、あるいは利用秩序に混乱が生じないよう、明確性の原則やスリーステップテスト等に十分に留意することが求められる。さらには、同様の観点から、立法措置を講じた後も、その趣旨や内容、特に権利制限の一般規定によっても権利者の利益を不当に害するような著作物の利用行為が権利制限の対象となるものではないこと等につき十分な周知を図ることや、適宜運用状況につき検証を行うこと等が強く求められるところである。」

当然といえば当然であるが、上記も文化庁の正式な見解表明としてA類型の法案化に大きく影響したことだろう。

¹⁰² 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト619号（2012年）12-13頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）100-102頁〔池村聡執筆〕、前田哲男「『写り込み』等に係る規定の整備」ジュリスト1449号（2013年）31-32頁参照。

¹⁰³ 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（2012年）14頁〔中山信弘発言〕および同16頁〔横山久芳発言〕、清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』（2013年・発明推進協会）426頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 26～88条〔第2版〕』（2015年・勁草書房）180頁以下〔小泉直樹執筆〕参照。

¹⁰⁴ 原告のホームページに掲載されていた猫のイラストの頭部を切り取ってフラダンスの衣装等を組み合わせて被告イラストを作成し、被告イベントのキャラクター画として被告が無断使用したという事件で、被告の娘が被告イラスト画の掲載された紙を持っている様子を写した写真や、被告イラスト画を使用したイベントポスターの写った写真をブログに掲載したことについて、裁判所は、被告による写真のブログ掲載は被告イラスト画の「宣伝を目的」とするものであるから、30条の2第2項によって許容されないと説示した。

離することが困難」な利用と解しているようにも見えるが、判然としない。

そこで、第3節で概観した写り込み関連の裁判例の展開を踏まえて、立法結果である30条の2の要件論として残されている問題を整理しておく、やはりそれは意図的な写し込み的利用の取り扱いといえるのかもしれない。前記のとおり、起草趣旨に立ち返って社会通念から考えれば、30条の2の分離困難性ないし付随性の要件は緩やかに解することが可能との指摘がある一方、条文は、分離が容易であればどこせばよいといっているからである。『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成23年1月〕』は、A類型に「写し込み」が含まれるか否かについて、事案によっては含まれる場合もあれば含まれない場合もあるとまとめていた¹⁰⁵。このような写し込み的利用の取り扱いについて念頭に置かれ、我が国での写り込みをめぐる議論を巻き起こし、30条の2の要件論にも大きな影響を与えている事例が、前掲〔雪月花〕である¹⁰⁶。この事件は、「書」をよそから持ってきてわざわざ置いたわけではないが、撮影現場となったモデルルームの床の間に「書」が置かれていたため、そのままセットの小道具として使うことにして、商品写真の背景として意図的に写り込ませたという事案であった。裁判所は、被告カタログからは墨の濃淡やかすれ具合といった原告毛筆書の創作的表現が見て取れないとして類似性を否定した。

では、“意識的な写り込ませ”事案について、分離困難性の要件が課された30条の2を使って侵害を否定できるのかというと、上記のとおり論者からは〔雪月花〕の事案を念頭に、意図的・意識的な写し込みを30条の2によって非侵害とすることは困難との有力な指摘がなされている¹⁰⁷。これに対して30条の2の起草担当者からは、〔雪月花〕は「そもそ

¹⁰⁵ 『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成23年1月〕』44頁注(62)参照。

¹⁰⁶ 大須賀滋「権利制限規定(2)―平成24年改正」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ―著作権法、その他、全体問題』(2014年・青林書院)189頁は、〔雪月花〕と著作権法30条の2との関係について、「この事案は、そもそも複製に当たらないとされたのであるから、写り込みが複製に当たる場合に、それを適法とみることができるかどうかという改正法30条の2の論点が生じる以前の問題として解決されたことになる。しかし、この事案を契機としていわゆる写り込みの問題が大きく意識されるようになったという点において、大きな影響力をもつ判断であったということができよう。」とする。田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(2001年・有斐閣)106頁注(4)は、〔雪月花一審〕について、「写真撮影の際に付随的に背景に紛れ込んだ著作物の取扱いという点で大変興味深い事件であるが、判旨は明示的にはそうした考慮を入れていない。」とする。

¹⁰⁷ 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(2012年)14頁〔中山信弘発言〕および同16頁〔横山久芳発言〕、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 26～88条〔第2版〕』(2015年・勁草書房)180頁以下〔小泉直樹執筆〕参照。清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』(2013年・発明推進協会)426頁は、平成22年(2010年)4月の文化庁著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」での「具体的事案により権利制限の対象となり得るとされた利用者が当該著作物の利用を認識しつつ行われる『写し込み』は、本条の権利制限の対象から除外される可能性が高い。」との記載に触れ、同426頁注(20)において、「筆者が写し込みを対象と含めることが困難と解するのは、通常の文言解釈の結果であり、権利制限規定であることを理由に特に改正著作権法

も複製該当性を否定しているのであるから、本条の適用を検討するまでもないはずである。」と反論し、引き続き侵害判断による処理が妥当と指摘する¹⁰⁸。一方、[雪月花]の事案は「著作権法30条の2によれば、付随対象著作物の利用として著作権侵害にならないものと解される。」との30条の2の柔軟な解釈による処理の可能性を示唆する注目すべき指摘¹⁰⁹もある。[雪月花一審]は、飯村敏明裁判長（当時）の説明するとおり、そもそも著作物の付随的な利用を処理する権利制限規定が存在していなかったために、著作権者の保護と第三者の行動の自由との調整を図る必要性から、裁判所が「複製」を規範的に解釈することによって類似性を否定して非侵害の結論を導いた事例であった¹¹⁰。一方、30条の2の立法以前から、背景的なあるいは付随的な著作物の利用行為のすべてを、[雪月花]で裁判所が展開したような規範的な解釈によって解決できるとは限らないことも指摘¹¹¹されていた。論者によれば、[雪月花]の事案となった書の著作物というのはもともと保護範囲が狭く、裁判所は墨の濃淡やかすれ具合といった毛筆書の特徴的部分に着目して類似性の有無を判断したところ、写ったものが書ではなく構図そのものに創作性が現れる絵画や写真などが事案となる場合には、[雪月花]の判例法理で処理することは難しいと見られるからである¹¹²。

このように、著作権法30条の2の適否が正面から問題となった事例が未だ現れていないなか、条文に定める非侵害要件のひとつである分離困難性を、起草趣旨に立ち返って柔軟に解釈しようという議論が提起されている一方、その指針は確立されていないようである。そして、意図的・意識的な写し込みを含めた広い意味での写り込みの問題は、30条の2によって必ずしもすべてが解決されるわけではないと見られることから、引き続き存在し続けるといわざるを得ないだろう。ゆえに類似性の規範的解釈によれば、30条の2の要件論にかかわらず、写り方が不鮮明あるいはごく小さいといった写し込みを、被疑侵害著作物の主観的意図を勘案することなく処理し得る余地があるといえるだろう¹¹³。

30条の2第1項を厳格に解釈したわけではない。」とする。

¹⁰⁸ 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）103頁注(21)〔池村聡執筆〕参照。

¹⁰⁹ 岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記論文集』（2015年・発明推進協会）1077頁注(23)参照。

¹¹⁰ 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号（2008年）126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年）95頁、半田正夫ほか「シンポジウム『著作物の引用』討論」著作権研究26号（1999年）144-145頁〔飯村敏明発言〕、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（2014年・有斐閣）250頁注(11)、清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』（2013年・発明推進協会）416頁注(11)参照。

¹¹¹ 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討 ―日本版フェア・ユースの可能性―」コピーライト560号（2007年）12頁参照。

¹¹² 田村善之「著作権法の政策形成と将来像」著作権研究39号（2012年）126-127頁参照。

¹¹³ 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討 ―日本版フェア・ユースの可能性―」コピーライト560号（2007年）20頁参照。三村量一「マスメディアによる著作物の利用

さて、我が国の写り込みの裁判例は、上記のとおり前掲東京地判〔雪月花一審〕を嚆矢として、創作性／類似性の要件解釈による処理を積み重ねつつ、事案によっては関連する権利制限規定も柔軟に活用して問題に対処してきた。そのようななか現れたのが、前掲知財高判〔激安ファストファッション二審〕である。裁判所は、ファッションショーの模様を撮影した映像に写り込んだモデルの化粧や髪形などを、「文化の範囲」の法理を使って、著作権で保護されるべき美術著作物から類型的に除外して処理するという画期的な判旨を展開した。この事例は、著作権によって保護すべきものとそうでないものとをより明確に線引きしたものであり、特定の類型の創作物の写り込みを定型的に処理し得る判例法理として、これから重宝されることだろう¹¹⁴。

また、法理としての切れ味は「文化の範囲」ほどではないのかもしれないが、映画のシーンに写った社交ダンスのステップを「ありふれたもの」と解して、著作権で保護すべきものとそうでないものとを同様に線引きした前掲東京地判〔Shall we ダンス?〕も、写り込みをめぐる比較的近時の重要事例として把握しておきたい。重要な点は、なぜ裁判所は「ありふれたもの」の創作性を否定するのかという理由であるところ、あちらこちらに存在し、誰にでもなし得るありふれた表現に対して著作権による保護をもしも認めるとしたら、後発創作や他者による行動の自由を著しく制限することになり、文化の発展を阻害するからという趣旨の説明¹¹⁵が支配的と見られる。この判例法理により、映像や写真に写り込んだものがありふれた表現であれば、創作性ないし最終的には類似性の解釈によって侵害は否定される可能性が高いと理解しておいてよいと思われる。

さらに、市バスの車体に描かれた絵画を撮影した写真を幼児向け書籍の表紙と中身に使用したことについて、著作権法 46 条（公開の美術の著作物等の利用）を一般条項的に広く解釈して処理した前掲東京地判〔はたらくじどうしゃ〕も、30 条の 2 との関係では特筆す

と著作権法」コピライト 594 号（2010 年）15-16 頁は、『写り込み』であろうが『写り込ませ』であろうが、見えないものは見えない。何の字であることはわかるけれども、それ以上は分からない、『趣』か『遊』かがやっとわかるくらいである、ということであれば、『写り込み』か『写し込ませ』かという点は関係ないということになるわけです。」とし、絵画であれば他の作品と区別できる程度、漫画のキャラクターであれば何のキャラクターなのか区別がつく程度の利用であれば、〔雪月花〕の射程が及ぶ旨を指摘する。

¹¹⁴ 田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」コピライト 676 号（2017 年）13-14 頁、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究 47 号（2015 年）403 頁参照。

¹¹⁵ 田村善之『著作権法概説〔第 2 版〕』（2001 年・有斐閣）16 頁、中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）74 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門〔第 2 版〕』（2016 年・有斐閣）28 頁〔横山久芳執筆〕、蘆立順美〔判批〕新・判例解説 Watch 13 号（2013 年）216 頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 著作権関係訴訟法』（2004 年・青林書院）136 頁、大鷹一郎「著作物性(1)」牧野利秋ほか編著『知的財産訴訟実務体系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014 年・青林書院）6 頁、東海林保「著作物性」高部眞規子編『裁判実務シリーズ 8 著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』（2015 年・商事法務）35-36 頁参照。

べき重要事例と思われる。というのも、[はたらくじどうしゃ] が処理した事案は、分離困難性と軽微性の要件が課された 30 条の 2、あるいは [雪月花] の判例法理のいずれによってもいささか処理が難しいと見られるからである。もっとも、被告書籍の本文 14 頁に掲載された約 3×7 センチのサイズの写真の掲載を非侵害とした判例法理は今後も類似事案を処理し得るとしても、表紙の中心にほぼ全面に掲載された約 8×14 センチのサイズの写真の処理は、いささか無理があったようにも思われる¹¹⁶。とはいえ、30 条の 2 の立法以前に、事案に即した権利制限規定を一般条項的に広く解釈することによって、必ずしも小さくはない明瞭な写り方だった意図的な利用の事案をいささか無理してでも処理した [はたらくじどうしゃ] は、類似性を規範的に解釈することによって、軽微ではあるものの意識的な写し込みの事案を処理した [雪月花] と同様に、30 条の 2 に課された分離困難性や軽微性の要件との関係で、その実務的な意義は今後も失われることはないと見てよいだろう¹¹⁷。

以上のように我が国の裁判例には、文化の範囲や類似性の要件、41 条や 46 条といった権利制限規定を駆使したものがあって、多数の法理がさまざまに入り乱れていると見られるところ、写り込みや写し込みの問題はどうやら 30 条の 2 だけで解決しそうにない。他方で、この問題に過不足なく対処していくにあたり、どのような事案でどのような法理を活用して、どのような場合であればセーフになるのかが、我が国の従前の議論からはまだ分かりにくい状況にある。

そこで次の第 2 章では、テレビや映画、雑誌、広告などのコンテンツの制作や利用の分野で多数の事例の蓄積があって、さまざまな法理が存在しているアメリカ法の考察を通じて、我が国の問題を包括的に検討するための示唆を得ることとしたい。

¹¹⁶ 田村善之「デジタル時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012 年・弘文堂）413 頁参照。

¹¹⁷ 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けてー」知的財産法政策学研究 44 号（2014 年）52 頁参照。

—細 目 次—

第2章 アメリカにおける著作物等の付随的な利用をめぐる議論状況

序 論

第1節 著作権侵害の積極的要件

1. 著作権侵害の要件論
2. 実質的類似性の法理
3. de minimis の法理

第2節 抗弁—特にフェア・ユース (fair use) の法理とふたつの基礎理論

1. はじめに
2. 著作権法 107 条のフェア・ユース規定
3. 市場の失敗としてのフェア・ユース
4. 変容的利用とフェア・ユース

第3節 付随的な利用 (incidental use) の三類型と判例法理の展開

1. はじめに
2. 第一類型：不可避的・偶発的な利用
 - ・小括
3. 第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるもの
 - ・第2巡回区の事例
 - ・第6巡回区の事例
 - ・小括
4. 第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくいもの
 - 1) 市場を奪うことはなさそうと判断されたもの
 - ・伝記の構成
 - ・訃報の構成
 - ・批評・論評の展開
 - ・番組オープニング映像でのコラージュ
 - ・背景的なパロディ
 - ・小括
 - 2) 市場を奪うことになりそうと判断されたもの
 - ・伝記の皮を被ったグッズ

- ・ニュースの皮を被ったエンタメ
- ・ニュース供給市場の占奪
- ・広告の装飾演出
- ・小括

5. 第2章のまとめ—付随的な利用 (incidental use) の三類型と法理の関係

第2章 アメリカにおける著作物等の付随的な利用をめぐる議論状況

序 論

本章では、アメリカにおける著作物等の付随的な利用と侵害の当否との関係进行分析する。本稿の主な関心事は、実務的な観点から、豊富な先例があるアメリカでは意図的な写し込みの扱いを含めどのような事案がセーフ（非侵害）とされ、あるいはアウト（侵害）になっているのか、侵害／非侵害の判断はどのような理由によるのか、というものだからである。

そこで第1節では、付随的な利用をめぐる著作権侵害の積極的要件としての「コピー」の有無が、どのように判断されるのかを概観する。第2節では、原告の請求を成り立たせるに十分な（actionable）コピーがあったとされた場合、次に問題となる積極的抗弁としてのフェア・ユースをめぐる議論を概観する。侵害の要件論と抗弁との関係をおおまかに理解することは、付随的な利用と侵害の当否との関係を理解するための前提知識として必要となるものである。そして第3節では、放送、映画、雑誌、広告などでの著作物の写り込み・写し込み—付随的な利用（incidental use）が問題となったさまざまな事例を、①不可避的・偶発的な利用、②意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるものと③認められにくいものの3つに分類。それぞれ写り方が小さいもの、すなわち依拠する部分が小さいものから大きいものという流れで、利用の程度の違いに対する侵害の当否という観点から、事案と結論を上記の三類型に整理していく¹¹⁸。

アメリカにおける写り込み関連の事案とその判断に関する全体的な傾向を、先取りして述べるならば、アメリカではおもしろいことに、非意図的・不可避的・偶発的な「写り込み」の事例よりも、むしろ意図的・積極的な目的を持って使う「写し込み」の事例が多い。しかも意図的な「写し込み」であるからとって、必ずしも侵害が肯定されているわけではないところが大変興味深い。

以下では、具体的な事例を見ていく前に、アメリカ著作権法における著作権侵害の一般的な要件論と、コピーの有無を量的・質的に判断することによって侵害の有無を決する重要な法理—実質的類似性と de minimis を確認していく。

第1節 著作権侵害の積極的要件

¹¹⁸ この分析枠組みは、田村善之「写り込みと著作権」第59回放送法務研究会（平成21年3月9日）講演録（2009年・未刊行）25頁以下を参考にしている。また本稿は、写り込みの問題の総論的な先行研究である小嶋崇弘「著作物の付随的利用—英米法との比較を中心に—」（2008年・北海道大学修士論文・未刊行）も参考にしている。

1. 著作権侵害の要件論

アメリカ著作権法では、著作権者の有する5つの排他的権利が106条において定められている。すなわち、著作権者は、①著作物のコピー、②派生的著作物の作成、③著作物の頒布、④公の無形的な利用、⑤公の展示の5つの利用行為について、他人による無断利用を禁止できることになっている¹¹⁹。

他人による無断利用など106条に定める利用行為によって著作権を侵害された著作権者は、著作権をあらかじめ著作権局へ登録(411条)していれば、被疑侵害者に対して侵害訴訟を提起できる(501条)¹²⁰。原告として著作権侵害訴訟を提起する著作権者は、被疑侵害者である被告の著作権侵害行為を立証しなければならない。すなわち、著作権侵害訴訟において原告は次の2点の証明責任を負う。①侵害のあったことを主張する著作物に直接関係する排他的権利の保有、②問題の排他的権利に対する一応証明された(prima facie case)¹²¹侵害。いったん原告によって著作権侵害が一応証明されると、被告が侵害に対する反証責任を負い、著作権法107条から121条に定める権利制限が、積極的抗弁として機能する¹²²。

写り込みは、「コピー」との関係が主な問題になるところ、この「コピー」(copying)とは専門用語かつ包括的な用語で、原告の排他権が侵害されているということの最終判断を左右するふたつの基本的な論点があることをあらわすものである¹²³。被告による原告楽曲の盗作が争われた[Arnstein v. Porter]で第2巡回区連邦控訴裁判所¹²⁴は、複製に関して、①被告が原告著作物を実際にコピーしたこと、②そのコピー(立証されると仮定して)が

¹¹⁹ ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーク共編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解—原著第6版—(下)』(2003年・信山社)437-438参照。

¹²⁰ もっとも、アメリカを本国としない外国の著作物については、登録が訴訟提起の前提条件とされていないことにつき、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーク共編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解—原著第6版—(上)』(2003年・信山社)431-435頁参照。

¹²¹ 一応の証明(prima facie case)について、浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第2版〕』(2008年・弘文堂)132頁、奥邨弘司「フェア・ユース再考～平成24年改正を理解するために～」コピーライト629号(2013年)15頁参照。

¹²² See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 427-428, 487 (6th ed., LexisNexis 2014).

¹²³ See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 428 (6th ed., LexisNexis 2014). 同n. 4によれば、『「コピー」』という語は、不適切な名称である。複製、派生的著作物の作成、それに公の利用についての権利でさえも、さまざまなかたちでコピーにかかわる。しかし『「コピー」』という語は、違法な頒布や公の展示にも及ぶ。これらは日常用語として使用しているかもしれないコピーという行為ではほとんどない。(The term “copying” is a misnomer. The reproduction, adaptation, and even performance rights involve copying in one way or another. But the term “copying” covers unlawful distribution and display as well, which are hardly acts of copying as one might use term in ordinary language.) とする。このように、アメリカの「コピー」は、我が国でいう「複製」を含み、さらには他人の著作物に依拠して利用することまで意味する場合もある多義的な概念、といえそうである。

¹²⁴ See *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 468 (2d Cir. 1946).

違法な利用 (improper appropriation) を構成する程度に至ったことの 2 点を、原告の立証すべき事項と判示した。①については、被告が原告著作物にアクセスしたことの立証が求められる。これは、被告が原告著作物に触れたことはもちろん、原告著作物に触れる合理的な機会があったこと一状況証拠 (circumstantial evidence) もアクセスの立証として認められ得るとする¹²⁵。もっとも、[*Arnstein v. Porter*] によれば、原告著作物と被疑侵害著作物との間に類似性がまったくなければ、アクセスに関する最大限の状況証拠があっても、コピーの立証には十分とされない。また、アクセスと類似性の証拠があれば、事実認定者は、その類似性がコピーを立証するのに十分かどうかを判断しなければならない。さらに、アクセスの証拠がなければ、原告著作物と被疑侵害著作物が独立して同じ結果に至った可能性を排除できるほどにきわめて著しい (so striking) 類似でなければならない旨を説示していた¹²⁶。なお、ここでいう類似性とは、アクセスの有無、要するに依拠 (copying) の証拠となる類似性 (probative similarity) であって、違法な利用 (improper appropriation) を構成する実質的類似性を証明するための類似性とは異なる点で注意を要する¹²⁷。[*Arnstein v. Porter*] は、被告楽曲にある原告楽曲との類似の程度では、被告が原告楽曲にアクセスしたとは推認できないため、原審におけるアクセスと類似性の関係の事実認定に不備があるとして差し戻した (その後陪審審理により被告勝訴)¹²⁸。そして、次に見るとおり②までが立証されると、侵害の存在が一応証明された (prima facie case) ことになる¹²⁹。

2. 実質的類似性の法理

①被告による原告著作物のコピーが立証されても、そのコピーが②違法な利用 (improper appropriation)、すなわち請求を成り立たせるに十分な (actionable) というためには、被疑侵害著作物が原告著作物と実質的に類似していなければならない¹³⁰。実質的に類似していること (substantial similarity) とは、被告著作物においてコピーされた部分が、質的・量的に原告著作物の重要な部分であることとされる¹³¹。楽曲の盗作問題に関して前掲第 2 巡回区 [Arnstein v. Porter] によれば、法的に保護される原告の利益とは、ミュージシャンとしての評判ではなく、一般大衆が原告の楽曲をよいと認めることから生まれる経済的な報酬

¹²⁵ See Melville B. Nimmer and David Nimmer, 4 *Nimmer on Copyright* § 13.02 [C] (Matthew Bender, Rev. Ed. 2013) [hereinafter *Nimmer on Copyright*].

¹²⁶ See *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 468 (2d Cir. 1946).

¹²⁷ See Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* 542-543 (6th ed., Aspen Law & Business 2012).

¹²⁸ ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ共編 (内藤篤訳) 『米国著作権法詳解—原著第 6 版— (下)』 (2003 年・信山社) 445-449 参照。

¹²⁹ See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 488 (6th ed., LexisNexis 2014).

¹³⁰ See 4 *Nimmer on Copyright* § 13.03 [A].

¹³¹ See 4 *Nimmer on Copyright* § 13.03 [A][2][a].

に対する潜在的利益なのであるから、被告が原告著作物からそれを不正に奪ったかどうかの判断は事実認定の問題であり、専門家ではなく音楽を楽しむ一般大衆がそのように認識できるかどうかによるものとされた¹³²。専門家ではなく一般大衆に判断させるのは、著作権の排他性を市場のレベルで担保することに意味があるからとされる¹³³。実際に市場で被疑侵害著作物が原告著作物に代替するかどうかは、一般大衆のほうがより正しく見極められると裁判所は考えたのだろう。

もっとも、これに対しては、主にソフトウェアにおける実質的類似性の判断を念頭に、アイデア、アイデアに必然的に付随するもの、事実、作業の方法、機能的な要素、ありふれたもの、実用的なデザインの要素、必然的に決まる要素といったものは著作権では保護されないため除外される事実を理解し、どのようなものがどちらのカテゴリーに入るのか陪審が自力で見分けることはありそうにない。被告の関与したコピーが、実際に法的に許容され得るアイデアや著作権で保護されない要素のコピーなのか、著作権で保護される表現を違法に利用したものかどうか見分けることは、専門家による詳細な分析がなければ難しいといった旨の批判¹³⁴がある。

実質的類似性を写り込みの問題から見ると、要するに被告著作物に写り込んだあるいは写し込んだ部分が、質的・量的に原告著作物の重要な部分を構成するものといえるかどうかということが論点となる。したがって、類似している部分がごく僅か (slight) であるか、取るに足らない (trivial) といった場合は、このようなコピーは実質的であるとはいえないため、非侵害であることは明らかとされる¹³⁵。言い換えると、コピーが侵害のレベルに達するためには、著作権で保護されるべき表現を de minimis (些少な) 量以上、含んでいなければならない¹³⁶。

3. de minimis の法理

de minimis とは、ラテン語の "de minimis non curat lex"、英語では "the law does not concern itself with trifles" という法諺¹³⁷に由来する一般法理で、著作権法にも存在している（後掲第

¹³² See *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 473 (2d Cir. 1946).

¹³³ 奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論～米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討～」*Law & Technology* 66 号 (2015 年) 27 頁参照。村井麻衣子〔判批〕著作権研究 42 号 (2016 年) 194 頁は、これを「権利者の市場への影響の重視」とする。

¹³⁴ See Mark A. Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 J. Copyright Soc'y 719, 737-740 (2010).

¹³⁵ See 4 *Nimmer on Copyright* § 13.03 [A].

¹³⁶ See Mark A. Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 J. Copyright Soc'y 719, 720 (2010).

¹³⁷ 伊藤正己『プライバシーの権利』(1963 年・岩波書店) 111 頁は、「法は些事に関与せず」と訳する。武市春男『イギリスの法律格言』(1968 年・国元書房) 66 頁は、「法は些事に頓

2 巡回区 [Ringgold v. Black Entertainment TV]¹³⁸。この法理の目的は、裁判所が些少な侵害事件であふれかえることを防ぐことにあり¹³⁹、要するに形式的には権利侵害に該当するような行為であっても、裁判で取り上げるに値しない些少なものは許すというものである。

たとえば、ミニカーのブリスターカード（プラスチックのケースの台紙として機能して商品を包装する紙で、商品の宣伝文句やイラスト等が記載されているもの）のデザインの過程で、被告が原告のおもちゃのイラストを、制作中のカードにレイアウトしてデザインを検討したことについて、そのカードは実際に商品として一度も使用されなかった単なる控えにすぎないため、このような使用は de minimis であるとして原告による著作権侵害の主張を退けたという 1982 年の第 2 巡回区連邦控訴裁判所判決 [Knickerbocker Toy Co. v. Azrak-Hamway Int'l, Inc.]¹⁴⁰がある。このブリスターカードのように、非実質的で形式的な著作権侵害というのは、「答える必要のまったくない問題」¹⁴¹であるとされる（後掲第 2 巡回区 [Ringgold v. Black Entertainment TV]¹⁴²）。

著作権侵害事件における de minimis の法理の多くは、後に見ていくとおり、判決文に「de minimis」という言葉が現れているかどうかはさておき、実質的類似性に欠ける些少なコピーを de minimis として処理する、あるいはフェア・ユース該当性の考慮要素（第 3 要素。

着せず」と訳し、法の一般原則として、法が保護せず、もしくは禁止・嫌忌するものと紹介している。また、守屋善輝『英米法諺』（1973 年・日本比較法研究所）20 頁は、「法は、瑣事にわずらわされない」と訳する。その趣旨は、「善良な裁判官は、訴訟から訴訟が生じないように、訴訟を解決する。訴訟に終熄があることは、国家にとって大切である。」（A good judge disposes of cases once for all in order that lawsuit may not arise out of another; and it is in the public interest that decision should be final.）ことにあり、「善良な裁判官は、正義に従って裁判する。そして、厳格な普通法よりも、衡平法を優先させる。」（A good judge decides according to justis and right, and prefers equity to strict law.）との法諺をあわせて紹介している（同 140-141 頁参照）。de minimis の法理は、些細な肖像の写り込みの事案に対しても適用されることにつき、伊藤・同上 111-113 頁参照および近時の学説として See Roberta Rosenthal Kwall, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis*, 70 Ind. L.J. 47, 96 (1994).

¹³⁸ See *Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70, 74 (2d Cir. 1997).

¹³⁹ See Mark A. Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 J. Copyright Soc'y 719, 720 (2010).

¹⁴⁰ See *Knickerbocker Toy Co. v. Azrak-Hamway Int'l, Inc.*, 668 F.2d 699 (2d Cir. 1982).

この事件で「開示」（disclosure）によって原告が被告から入手したブリスターカードの話というのは第 3 の訴訟原因で、第 1 の争点はミニカー商品自体におけるコピーの有無であった。コルベットのミニカーを格納する透明なプラスチック製のケースをバンドで手首に装着する子ども用のおもちゃで、ボタンを押すとケースが開いて、スロープからバネの力でミニカーを走り出させることのできる原告商品（Wrist Racers）に類似した被告商品（Shooters）について、原審はコピーがまったく無かったと単純に判断したのではなく、事実問題としてこのふたつのおもちゃのデザイナーらは、コルベットの異なるモデルのデザインにそれぞれ依拠しているとして実質的類似性を否定したのであるから、原審の判断に誤りはないとした。

¹⁴¹ See Pierre N. Leval, *Nimmer Lecture: Fair Use Rescued*, 44 U.C.L.A. L. Rev. 1449, 1457 (1997).

¹⁴² See *Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70, 74 (2d Cir. 1997).

後掲)のひとつとして用いられているようであり、適用のされ方に厳密さは見受けられない。実際、*de minimis* と実質的類似性、*de minimis* とフェア・ユースはそれぞれ、包含関係にあるようだ。では実質的類似性の要素を満たし、フェア・ユースの抗弁も認められないときでも、*de minimis* の抗弁によって独自に著作権侵害を否定し得るのかというと、それは難しそうだ。論者によれば、圧倒的に多くの裁判例によれば、*de minimis* の抗弁は、実質的類似性やフェア・ユースの判断における役割に大方限られるだろうとする指摘¹⁴³、量的にはもちろん、コピーについての質的な考慮をしないで裁判所が *de minimis* を適用することはないとする指摘¹⁴⁴、[*Knickerbocker Toy Co. v. Azrak-Hamway Int'l, Inc.*] のブリストカードについて、実際に商品に使用して販売し、被告がロイヤルティを得ていた場合、形式的な侵害への適用として裁判所が *de minimis* の抗弁を採用することはあまりしそうにないといった指摘¹⁴⁵がある。

実際に *de minimis* と実質的類似性の包含関係が現れていると見られる写り込みの代表的な事例が、1997 年の第 2 巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] ¹⁴⁶である。ポスターをテレビドラマのセットとして使用し、ピントは完全ではないものの約 27 秒間大きく明瞭に映し出されたという事案について、*de minimis* とフェア・ユースのいずれも否定した。第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、著作権法において *de minimis* の法理が、前記のとおり①形式的な侵害を問題にしないこと、②量的に実質的類似性のしきい・限界 (threshold) から外れることを意味すること、③フェア・ユースの抗弁に関して考慮されること、という 3 つの文脈で用いられている¹⁴⁷との抽象論を展開したうえで、ポスターの内容がはっきりと視認できる写り方は量・質ともに *de minimis* ではないとした。

この判決に対して、実質的類似性の分析におけるひとつの基本原則は、取り込まれた原告著作物の量に焦点を当てることであって、被告著作物においてコピーされた表現が目立っていることに焦点を当てることではないとの理解のもと、[*Ringgold v. Black Entertainment TV*] の考慮した、被疑侵害著作物が原告著作物を映し出した時間の長さや映し出した相対的な大きさ一見て分かること (observability) —は、コピーによってどれだけ損害が生じたのかという問題に主に関連するもので、本来、コピーがあったかどうかの考慮要素ではまったくないことから、[*Ringgold v. Black Entertainment TV*] は、実質的類似性の分析において *de minimis* かどうか—生じた損害の量—を判断しており、理論的な明快さに欠けるとの批判¹⁴⁸がある。

¹⁴³ See 2 Nimmer on Copyright § 8.01 [G].

¹⁴⁴ See Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* 550 (6th ed., Aspen Law & Business 2012).

¹⁴⁵ See Julie D. Cromer, *Harry Potter and The Three-Second Crime: Are We Vanishing the De Minimis Defense From Copyright Law?*, 36 N.M. L. Rev. 261, 267 (2006).

¹⁴⁶ See *Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997).

¹⁴⁷ See *Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70, 74-76 (2d Cir. 1997).

¹⁴⁸ See Andrew Inesi, *A Theory of De Minimis and A Proposal For Its Application in Copyright*, 21 Berkeley Tech. L.J. 945, 962-966 (2006).

また、上記のように *de minimis* の法理が実質的類似性の有無の判断と関連付けられていることについて、今や実質的類似性の分析では、総じて原告著作物のコピーされた部分の量的、質的な重要性の両方について、より手の込んだ分析を必要とし、量的なテストはケースバイケースで判断されるために予測が困難。そのうえ、取り込まれた量が、量的にわずかであっても、その部分が質的に原告著作物の核心を構成していると裁判所が判断するならば、*de minimis* の法理の射程から外れることもあるとして、他の先行作品の一部を取り込んで新たな創作を行うドキュメンタリーや、ミュージック・サンプリング¹⁴⁹といった漸進的な（cumulative）後発創作の自由の確保を重視する立場から見れば、*de minimis* の法理はきわめて頼りないと評する論者¹⁵⁰もいる。

第2節 抗弁—特にフェア・ユース（fair use）の法理とふたつの基礎理論

1. はじめに

ある著作物の付随的な利用について、原告の請求を成り立たせるに十分な（actionable）コピーがあったとされた場合、著作権侵害の存在が一応証明された（*prima facie case*）ことになり、被告は著作権侵害に対する反証責任を負う¹⁵¹。そこで被告には、著作権法 107 条に基づくフェア・ユースの積極的抗弁によって侵害を否定するという防御手段が用意されている。

アメリカには、写り込みの事案をフェア・ユースの法理で処理した事例が豊富にある。

¹⁴⁹ 被告映画のサウンドトラックであるラップ・ミュージックのレコードに、原告のレコードに収録されたイントロ部分のソロギターのリフを 2 秒間、キーを変えるなどして使用（サンプリング）したことについて、第 6 巡回区連邦控訴裁判所は、著作権法 114 条(b)によれば、他人と同じリフを新たにレコーディングして使用することは自由なのであるから、他人のレコードを無断でサンプリングしたならばそれは著作権侵害であり、*de minimis* と実質的類似性のいずれの分析も不要とした（*See Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792, 799-805 (6th Cir. 2005).）。同判決が提起したミュージック・サンプリングにおける侵害／非侵害の判断基準をめぐる議論については、実務的観点からの専門的な先行研究があり、写り込みの問題とは直接かかわらないことから、本稿では立ち入らないこととする。著作隣接権制度を持たないアメリカ著作権法の下では、サウンド・レコーディングは著作隣接権ではなく、著作権の保護対象となることを含め詳細は、安藤和宏「アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟に関する一考察(1) —Newton 判決と Bridgeport 判決が与える影響—」知的財産法政策学研究 22 号（2009 年）205 頁以下および同(2・完) 知的財産法政策学研究 23 号（2009 年）237 頁以下を参照されたい。

¹⁵⁰ *See* Peter S. Menell and Ben Depoorter, *Using Fee Shifting to Promote Fair Use and Fair Licensing*, 102 Calif. L. Rev. 53, 63-64 (2014).

¹⁵¹ *See* Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 427-428, 487 (6th ed., LexisNexis 2014).

我が国の写り込みの問題において今後、いかなる場合に著作権を制限すべきか¹⁵²を考えるにあたり、フェア・ユースの抗弁が認められた事案だけでなく、認められなかった事案—侵害とされた事案—も数多くあるからこそ、侵害／非侵害のおよその分岐点を具体的に示してくれているアメリカ著作権法のフェア・ユースをめぐる議論を参酌する価値は、決して低くはないように思われる。

そこで本節では、第3節での具体的な事案と結論との関係の理解に必要な範囲で、フェア・ユースをめぐる議論において避けては通れないふたつの連邦最高裁判決と、フェア・ユースの位置づけに関する重要なふたつの基礎理論を確認していく。

2. 著作権法 107 条のフェア・ユース規定

原告・被告双方のさまざまな事情を総合衡量して著作権侵害の可否を判断するフェア・ユースの法理は、我が国の著作権法には見られないアメリカ著作権法の大きな特徴である。

フェア・ユースの法理は、1841 年のマサチューセッツ地区連邦巡回裁判所の判決 [*Folson v. Marsh*]¹⁵³における Story 判事の説示がその起源とされ、同説示は社会における漸進的な創作活動と表現の自由を促進するために、著作権法にとっての最も重要な安全弁のひとつとなる基盤を与えたとされる¹⁵⁴。もっとも、[*Folson v. Marsh*] において Story 判事は、フェア・ユースの分析を実際に行ったわけではなく、原告著作物の市場に与える影響を最も重視して、被告書籍における原告書籍の抜粋利用が違法な利用 (improper appropriation) に

¹⁵² 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32 号 (2010 年) 21 頁参照。

¹⁵³ See *Folson v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, (C.C.D. Mass. 1841).

原告書籍は 12 巻約 7000 頁。被告書籍 866 頁中 353 頁が原告書籍からの抜粋で、被告抜粋部分の 353 頁中 319 頁がワシントンの手紙で、うち 64 頁分が公の書簡、255 頁分が私信であった。裁判所は、原告が出版したアメリカ合衆国初代大統領ジョージ・ワシントンの伝記に掲載したワシントンの手紙をデッドコピー的に抜粋した被告書籍 (同じくワシントンの伝記) に関して、被告書籍は原告書籍の重要な部分の単なる抜粋であって、原告書籍の価値に代替するものであるから、結論としてそのようなコピーは原告の許諾がなければ侵害になると判示した。

マサチューセッツ地区連邦巡回裁判所は、1789 年の裁判所法で創設され 1911 年に廃止された連邦裁判所であり、現在の連邦控訴裁判所とは異なる。合衆国地方裁判所裁判官と巡回してきた最高裁判所裁判官により構成され、合衆国地方裁判所からの上訴と広範な第一審管轄権を有した。田中英夫『英米法総論 下』(1980 年・東京大学出版会) 392 頁、小山貞夫『研究社 英米法律語辞典』(2010 年・研究社) 参照。

¹⁵⁴ See Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* 609 (6th ed., Aspen Law & Business 2012).

もっとも、Neil W. Netanel (石新智規＝井上乾介＝山本夕子訳)「フェアユースを理解する (1)」知的財産法政策学研究 43 号 (2013 年) 8 頁によれば、フェア・ユース自体の起源は、1710 年のイギリスコモン・ロー及び衡平法裁判所において争われた公平な要約に関する事件であったという。

あたるかどうか、つまり、今でいうところの実質的類似性の分析を専ら行っていた¹⁵⁵。論者によれば、その後も 110 年間はフェア・ユースの分析において [Folsom v. Marsh] が引用されることはほとんどなかったが、1955 年以降フェア・ユースの事例として引用されるようになったという¹⁵⁶。そしてこの間、1984 年に後掲最判 [Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.] が反対意見の脚注において、翌 1985 年に後掲最判 [Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises] が多数意見の本文で、それぞれ [Folsom v. Marsh] をフェア・ユースの法理として引用したことを経て、1994 年の後掲最判 [Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.] が、[Folsom v. Marsh] を最も重要な (the key) アメリカのフェア・ユースの先例として引用したことによって、フェア・ユースの法理の起源という見方が固まった旨を指摘する¹⁵⁷。

フェア・ユースの法理は、著作権者の排他的な権利に対する最も重要かつ広く確立した制限のひとつとして存在してきたところ¹⁵⁸、1976 年に連邦議会によってアメリカ著作権法 107 条¹⁵⁹として成文化された。その規定は次のとおりである。

「106 条にかかわらず、著作権の成立している著作物の fair use は、著作権侵害にあたらない。fair use には、批評、論評、ニュース報道、教育（教室内における複数のコピー作成を含む）、学術、研究等の目的のための、コピーないしフォノレコードによる複製、その他 106 条に規定する方法による複製行為を含む。ある著作物における既存著作物の使用がフェア・ユースにあたるか否かの判断にあたっては、以下の要素が考慮されるべきである。

- (1) 使用の目的と性質（その使用が商業的なものか非営利の教育的なものかという点を含む）
- (2) 利用された著作物の性質
- (3) 全体として利用された著作物に占める、利用部分の量と実質
- (4) 使用が、使用された著作物の潜在的市場あるいは価値に与える影響」¹⁶⁰

¹⁵⁵ See R. Anthony Reese, *The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses*, in *Intellectual Property Stories* 288-289 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss eds.; New York: Foundation Press, 2006).

¹⁵⁶ See R. Antonty Resee, *The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses*, in *Intellectual Property Stories* 289-291 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss eds.; New York: Foundation Press, 2006).

¹⁵⁷ See R. Antonty Resee, *The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses*, in *Intellectual Property Stories* 291-293 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss eds.; New York: Foundation Press, 2006).

¹⁵⁸ See H.R.Rpt. 94-1476 at 65 (Sep. 3, 1976).

¹⁵⁹ See 17 U.S.C.S. § 107 (1976).

¹⁶⁰ この 107 条の和訳は、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)」知的財産法政策学研究 6 号 (2005 年) 160 頁による。村井論文では「fair use」を原語のままとしている。我が国での議論では「フェア・ユース」ないし「フェアユース」とのカタカナ表記も多く見られることから、本稿では「フェア・ユース」と表記する。

ちなみに「de minimis」を訳してみるならば、「些少侵害」といえるのかもしれないが、

フェア・ユース規定は、原告によって一応証明された（*prima facie case*）著作権侵害の主張に対する被告の積極的抗弁として用いられる。フェア・ユースに該当するとされた行為は、著作権が制限され、著作物の利用者は著作権者に許諾を求めたり、使用料を支払う必要はない¹⁶¹。107 条前文の掲げる 6 つの利用目的には、論者によれば次の 3 つの主要な原理（*policies*）が根底にあるとする。①後発創作者と公衆が自由に言論・表現する利益（*free speech and expression interests of subsequent authors and the public*）、②創作活動の継続的な進歩（*the ongoing progress of authorship*）、③学問（*learning*）、の 3 つを促進することであるという¹⁶²。著作権法の厳格な適用は、著作権法が促進しようとする創作そのものを抑制してしまうこともあるため、フェア・ユースは裁判所が著作権法を厳格に適用することを避けられるようにしているとし、研究者や他の創作者がフェア・ユースを行えば、社会に便益をもたらすとする¹⁶³。というのも、もし研究者が先行著作物のフェア・フェアユースを差し控えると、自らの創作活動が苦しくなるだけでなく、研究者が寄与する知識を公衆から奪うことになる。換言すれば、研究者による創作は、あらゆる者が恩恵を受ける外部利益（*external benefits*）を生み出す¹⁶⁴。それゆえ、著作権法 107 条に定めるフェア・ユースに有利な 6 つの使用のうちの 5 つ—批評、論評、ニュース報道、学術、研究—が、創作活動と知識の創造の継続的な進歩を直接促進するということは、驚くべきことでないとする¹⁶⁵。そして、前文に続く 4 つの考慮要素は、例示であってこれらに限られない（*nonexclusive*）¹⁶⁶。ある著作物の利用行為がフェア・ユースに該当するかどうかは、これらの以外の要素とあわせて目的や態様等の諸事情を総合的に衡量してケースバイケースで判断される¹⁶⁷。

de minimis の法理は前述のとおり著作権侵害事件においては複数の異なる文脈として用いられていること、フェア・ユースの法理に比べて、我が国ではまだあまり議論されていないことなどから、安易に訳語を与えることはせず、本稿では原語のまま「*de minimis*」と表記する。原語と訳語の関係について、田中英夫『英米法のことば』（1986 年・有斐閣）2 頁参照。

¹⁶¹ 村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（1）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 45 号（2014 年）122 頁、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究 報告書〔平成 21 年 3 月〕』（2009 年・文化庁ウェブサイト）21 頁〔村井麻衣子担当〕参照。

¹⁶² See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2544 (2009).

¹⁶³ See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2569 (2009).

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ See *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 549 (1985).

¹⁶⁷ 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32 号（2010 年）22 頁、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究 35 号（2008 年）13-14 頁参照。前掲の各学説のほか、フェア・ユースに関するまとめた先行研究として、蘆立順美『データベース保護制度論—著作権法による創作投資保護および新規立法論の展開—』（2004 年・信山社）75 頁以下、フェアユース研究会編『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（2010 年・第一法規）、奥邨弘司「フェア・ユース再考～平成 24 年改

具体的には、市場の失敗がありそうなことや、著作物の利用は必ずライセンスを受けなければならないとの主張に関する原告の原理的な理由づけ、表現の自由に対する萎縮効果、イノベーションに対する萎縮効果、ネットワーク効果の影響力、被告による利用がその活動分野において妥当なもので慣行に沿ったものであったかどうか、その著作物がどれくらい古いのか、流通価値に加えて利用が公正であることさえも、実際に裁判所は考慮しているという¹⁶⁸。これが権利制限の一般規定¹⁶⁹といわれる所以である。

3. 市場の失敗としてのフェア・ユース

では、上記の4つの考慮要素から、どういった場合にフェア・ユースが認められるのだろうか。これを説明する基礎理論のひとつが、Gordon 教授の提唱する「市場の失敗としてのフェア・ユース」¹⁷⁰である。すなわち、①市場が失敗している、つまり著作物の利用において利用者と著作権者との取引が、次に示す理由により困難あるいは非効率的であって、②利用者に著作物の利用を許すことが社会的に望ましく、③それを認めたところで著作権者の創作と著作物の普及に対するインセンティブを実質的に害しないという場合に、フェア・ユースが認められるべきであるとする考え方である¹⁷¹。

取引が困難または非効率的となる場合の典型として、取引費用がかさむことによる市場の障壁を挙げる。たとえば家庭内における私的複製では、一般の利用者（私人）が権利者から必要な許諾を得ることは煩雑であり高くつく反面、無断で私的複製を行う拡散した多

正を理解するために～」コピライト 629 号（2013 年）2 頁、石新智規「フェアユース再考—TPP による日本の著作権法の変容を契機として—」知財管理 66 号（2016 年）243 頁などがある。

¹⁶⁸ See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham L. Rev.* 2537, 2540-2541 (2009).

¹⁶⁹ 知的財産戦略本部『知的財産推進計画 2 0 0 9 [2009 年 6 月 24 日]』（2009 年・知的財産戦略本部ウェブサイト）3 頁は、「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定」とする。

また、文化庁文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会 報告書 [平成 23 年 1 月]』（2011 年・文化庁ウェブサイト）26 頁は、「米国著作権法第 1 0 7 条のいわゆるフェアユース規定に代表される、一定の包括的な考慮要件を定めた上で、権利制限に該当するかどうかは裁判所の判断に委ねるという方式の権利制限規定（以下「権利制限の一般規定」という。）とする。

¹⁷⁰ See 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).

¹⁷¹ See 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, 1614 (1982). 村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (2) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 46 号（2015 年）97 頁以下、同理論の総合的な解説として、田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号（2016 年）27-28 頁参照。

数の私人に対して、権利者が権利行使するためのコストは権利者における期待利益を上回ると見られるため、取引が成立しないとする¹⁷²。このように取引が困難なことによって行われていると見られる私的複製について、フェア・ユースと認めた著名な連邦最高裁判決が、[*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*] ¹⁷³である。「ベータマックス事件」としても知られる本件において、原告映画会社ユニバーサルは、ベータマックス VTR の一般購入者が、放送されたテレビ番組を家庭内で録画する行為は著作権侵害に該当するから、同 VTR を製造販売する被告ソニーは著作権の寄与侵害者であると主張した¹⁷⁴。

アメリカ著作権法には、一般の利用者による私的複製を非侵害（セーフ）とする日本の著作権法 30 条（私的使用のための複製）¹⁷⁵のような規定がなかったところ、連邦最高裁はフェア・ユース規定によってテレビ番組の家庭内私的録画を非侵害とした。自分の都合のよい時間に後からテレビ番組を視聴する（タイム・シフティング視聴する）ために行う家庭内でのビデオ録画（VTR の使用）は、公衆が放送されたテレビ番組へ自由にアクセスすることを広げ、社会的な便益を生むものであるから、著作物をまるごと全部コピーする場合であってもフェア・ユースに該当するとの地裁の判断を支持した¹⁷⁶。そして、原告はタイム・シフティング視聴が原告著作物の潜在的な市場や価値に対する小さくない損害（nonminimal harm）を与える可能性のあることを立証しなかったのであるから、ベータマックス VTR は実質的に非侵害の使用（substantial noninfringing uses）が可能であるとして、ソニーの寄与侵害者該当性を否定したのである¹⁷⁷。

原審の第 9 巡回区連邦控訴裁判所¹⁷⁸は、タイム・シフティング視聴のためのコピーは単に著作物を利用する著作物の本来的な使用（intrinsic use）であって、自分が次の創作を行うために先行著作物を使用する生産的な使用（productive use）ではないとして、フェア・ユース該当性を否定していた。しかし、連邦最高裁は 5 対 4 の僅差でこれを棄却。行われたコピーが、①特に transformative（変容的）要素がなくとも（質的に）、そして②丸ごとコピーであっても（量的に）、非営利な私的使用の目的があればセーフになる、というフェ

¹⁷² See 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, 1628 (1982). 村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (2) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 46 号（2015 年）104 頁参照。

¹⁷³ See *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). 全訳として、黒川徳太郎訳『「ベータマックス」事件に関する合衆国最高裁判所の判決」著作権シリーズ 71（1984 年・著作権資料協会）がある。

¹⁷⁴ ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ共編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解—原著第 6 版—（下）』（2003 年・信山社）699 頁参照。

¹⁷⁵ 我が国において、テレビ番組を自宅のハードディスクレコーダーで録画する、レンタル CD をコピーして自分の iPhone にダビングする、といったことが著作権侵害にならないのは、私的使用のための複製の自由を認める著作権法 30 条が存在するからである。

¹⁷⁶ See *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 454-455 (1984).

¹⁷⁷ See *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 456 (1984).

¹⁷⁸ See *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp.*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

ア・ユースの新たな法理を打ち立てた点で、[*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*] は大変重要な意義があるといえるだろう¹⁷⁹。

取引費用が期待利益を上回るという市場の障壁にくわえて、Gordon 教授によれば、市場の失敗としてのフェア・ユースが認められる、次のような場合があるとする¹⁸⁰。まず、教育、学問、研究目的での利用である。これらのように重要な外部利益（external benefits）を生じさせることが明らかな利用の場合、社会的に望ましい取引を促進するために市場が必ずしも機能するわけでないからであるという。また、公衆の知識や政治的な議論、公衆衛生などに寄与する利用—公益に資する利用も、容易に金銭化できない社会的利益が関係するとして、市場の失敗としてのフェア・ユースが認められる場合であると指摘する。さらに、批評、論評、風刺、パロディといった目的での利用も、フェア・ユースの認められるべきことを市場の失敗の存在から説明できるという。これらの利用は、著作権者にとって不利益の生じる言論・表現となり得るものであるところ、権利者は対価を得るためではなく、普及させたくない動機（Anti-Dissemination Motive）により、排他権を用いて利用許諾しない場合、すなわち利用者が利用許諾を得られず取引が困難な場合があるから、これらの利用にフェア・ユースを認めなければ、公衆の欲する自由な情報の流れが危機に瀕するとする。

4. 変容的利用とフェア・ユース

どのような場合にフェア・ユースが認められるのか、市場の失敗理論ともに双璧をなす基礎理論が、Leval 判事が提唱した変容的利用の理論である。この理論は、被疑侵害著作物における原告著作物の利用が、変容的（transformative）であるか否かに最も重きを置いて、フェア・ユースの当否を判断するというものである。変容的であるということは、生産的かつ原告著作物とは異なる態様で、あるいは異なる目的で取り込んだものを利用しなければならず、原告著作物を単に媒体変換・再発行（republish）するにすぎないものは変容的ではないとする。そして、フェア・ユースの第1考慮要素は、特定の引用が、知識を前進させ、芸術（the art）を進歩させる変容的な利用であるか、あるいは他人の創作を単に媒体変換してフリーライドするものかどうかを、慎重に吟味することを要求しており、第一考慮要素に基づく正当化事由の有無は、フェア・ユースの抗弁にとって不可欠で、著作権者にインセンティブや対価を与えることに焦点をしばる他の考慮要素よりも、重んじ

¹⁷⁹ 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32 号（2010 年）24 頁参照。

¹⁸⁰ See 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, 1630-1635 (1982). 村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (2) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 46 号（2015 年）105-108 頁参照。

られなければならないと論じた¹⁸¹。変容的利用の理論は、前掲最判 [*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*] と並んで、フェア・ユースの法理に関する最も重要な連邦最高裁判決 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] ¹⁸²において採用された¹⁸³。

この事件は、歌手 Roy Orbison が 1964 年に発表した楽曲「Oh! Pretty Woman」を揶揄して、ヒップホップグループ「2 Live Crew」がヒップホップ風の楽曲「Pretty Woman」を発表したという事案で、「プリティウーマン事件」としても知られる。

連邦最高裁は、2 Live Crew による「Pretty Woman」はパロディ¹⁸⁴であり、元の作品を新たな表現、意味またはメッセージで変更して、それ以上の目的または別の性格を持つ何か新しいものを付加している点、すなわち変容的 (transformative) であること (第 1 要素) を最も重視し、新しい作品がより変容的であればあるほど、フェア・ユースの認定に対して不利に傾かせるであろう営利主義 (commercialism) のような他の要素の重要性は薄れると説示した¹⁸⁵。そして、先に営利的使用がフェア・ユースの認定に不利になることを傍論で述べていた最判 [*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*] と、第 4 要素を最も重視して営利的な使用はフェア・ユースには当たらないと説示していた最判 [*Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*] ¹⁸⁶に従って、「2 Live Crew」による「Pretty Woman」はパロディといっても商業的であり (第 4 要素)、元の楽曲の質的に核心の部分を使用した

¹⁸¹ See Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111, 1116 (1990).

¹⁸² See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

全訳として、フェアユース研究会「プリティウーマン事件米国最高裁判決」同編『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』(2010 年・第一法規) CD-ROM 所収参考判例がある。

¹⁸³ Neil W. Netanel (石新智規＝井上乾介＝山本夕子訳)「フェアユースを理解する (1)」知的財産法政策学研究 43 号 (2013 年) 15 頁参照。

¹⁸⁴ 同最判の判旨を含め詳しくは、奥邨弘司「米国著作権法における Parody」著作権研究 (2010 年) 13 頁参照。

¹⁸⁵ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

¹⁸⁶ See *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

ウォーターゲート事件で辞任したリチャード・ニクソン元大統領の恩赦に関して述べている、ジェラルド・フォード元大統領の未公表回顧録原稿 (20 万字) の一部 (300 字) をスクープした被告出版社の雑誌記事が、フェア・ユースに該当するとした原審 (*Harper & Row, Publr., Inc. v. Nation Enters.*, 723 F.2d 195 (2d Cir. 1983)) を覆してフェア・ユースを否定、著作権侵害を認めたという事件。原告出版社は、フォード元大統領から執筆前に回顧録の書籍出版に関する許諾と、書籍出版の前に抜粋記事として掲載することの独占的なサブライセンス権を得ていた。また原告は訴外出版社・タイムに対して、ニクソン元大統領の恩赦に関する記事掲載のライセンスを与えていた。

連邦最高裁は、被告出版社によるスクープ記事掲載は、①原告出版社と訴外タイム社による雑誌掲載にとって代わる意図・目的があり (第 1 要素)、②原告がこの回顧録を最初に公表・発行する権利を侵害し (第 2 要素)、③被告記事全体 2,250 字の約 13% にもなり (第 3 要素)、④結果、タイム社による記事掲載は取りやめとなってタイム社から原告へのライセンス料の半額 12,500 ドルは支払われなかった (第 4 要素) ことを衡量して、フェア・ユースを否定していた。

(第3要素)としてフェア・ユースを否定していた原審¹⁸⁷を、破棄差し戻したのである。

先の最判 [*Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*] は、フェア・ユースの考慮要素のうち、第4要素が、疑いなく単独での最も重要な要素であると説示していたところ¹⁸⁸、最判 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] は、営利的な利用であっても、変容的な利用であれば、フェア・ユースが認められ得るとの法理を新たに打ち立てた点で、大変重要な意義があるといえるだろう¹⁸⁹。

第3節 付随的な利用 (incidental use) の三類型と判例法理の展開

1. はじめに

前記のとおり、一般に被疑侵害著作物においてコピーされた原告著作物の部分が、質的・量的に重要な部分ではない場合、すなわち *de minimis* である場合、そのコピーは実質的類似性が否定される結果、著作権侵害があったことにはならない¹⁹⁰。一方、被疑侵害著

¹⁸⁷ See *Acuff-Rose Music v. Campbell*, 972 F.2d 1429 (6th Cir. 1992).

¹⁸⁸ See *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985).

¹⁸⁹ 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32 号 (2010 年) 25 頁参照。

連邦著作権法 107 条としてフェア・ユースが成文化され発効した 1978 年 1 月 1 日から 2005 年末までの 28 年間に出生されたフェア・ユースに関する裁判例 306 件の統計的に調査した Beebe 教授の実証実験によれば、1994 年の最判 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] 以降 2005 年までの 119 件のフェア・ユースについての意見のうち、41.2%は変容性にまったく触れていないことから、フェア・ユースの判断において変容的利用の有無を最重視するとした [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] の影響は、我々が期待するには程遠いと分析していた (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)」知的財産法政策学研究 22 号 (2009 年) 175 頁参照)。

一方、Beebe 教授の実証実験を受けて Netanel 教授が行った、2006 年から 2010 年の間のフェア・ユースをめぐる裁判例の実証研究が示したところによると、変容的という用語を明示的に用いてないものを含め、すべての法廷意見全体の 87.2%が変容的利用の理論を採用しており、同理論はフェア・ユースの法理の形成に圧倒的な影響を与えていると分析する (Neil W. Netanel (石新智規=井上乾介=山本夕子訳)「フェアユースを理解する (1)」知的財産法政策学研究 43 号 (2013 年) 32-33 頁参照)。また、Netanel 教授によれば、最判 [*Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*] によって、営利的と思われるいかなる利用もフェア・ユースとみなされることは全くあり得ないものとなっていたところ、第一考慮要素としての変容的利用を最重要視した最判 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] によって、フェア・ユースの法理は大幅に軌道修正されたとする (Neil W. Netanel (石新智規=井上乾介=山本夕子訳)「フェアユースを理解する (1)」知的財産法政策学研究 43 号 (2013 年) 11-13 頁参照)。上記の実証研究の総合分析として、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (3) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 47 号 (2016 年) 135 頁以下参照。

¹⁹⁰ See 2 *Nimmer on Copyright* § 8.01 [G]. この場合、著作権侵害が存在しないためフェア・

作物において原告著作物の実質的類似性が認められるような、すなわち *de minimis* を超える無断コピーがあった場合、一応証明された (*prima facie case*) 侵害の存在が認められることになるが、被告は防御として著作権法 107 条に基づくフェア・ユースの積極的抗弁が可能である¹⁹¹。著作物等の付随的な利用をめぐる事例においても、以下に見ていくとおり実質的類似性 (*de minimis*) ないしフェア・ユースの問題として侵害の当否が判断されている。論者によれば、付随的な利用にはフェア・ユースの分析が不要とされるべき *de minimis* である利用もあるかもしれないが、フェア・ユースの分析にふさわしいものもあるとされる¹⁹²。

アメリカでは付随的な利用に関係する法理がいささか錯綜しているようにも見受けられるところ、第 3 章で日本法における解釈論の検討を控えた本章での重要な課題は、アメリカの付随的な利用をめぐる事案の考慮要素を把握することである。本稿にとって大事なことは、どの法理が使われているかというより、むしろどのような事案が侵害とされ、あるいは非侵害とされているかであるから、法理の名前にあまり囚われる必要はない。

そこで本節では、主に映画やテレビ、広告、書籍での新たな創作活動に伴う著作物等の写り込みや写し込み—付随的な利用 (*incidental use*) とこれに関連するさまざまな事案を、次の 3 つに分類する。

- ・第一類型：不可避的・偶発的な利用
- ・第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるもの
- ・第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくいもの

そして、この三類型で裁判所がそれぞれどのような事実に着目して侵害／非侵害を具体的に線引きしているのかを検討し、事案の類型と程度をふまえて、その付随的な利用が著作権侵害を免責される／されない理由を分析していく¹⁹³。

ユースの検討には進まないことについて、奥邨弘司「フェア・ユース再考 ～平成 24 年改正を理解するために～」コピライト 629 号 (2013 年) 15 頁および 29 頁参照。

¹⁹¹ See 4 Nimmer on Copyright § 13.03 [B] n. 118; See also 4 Nimmer on Copyright § 13.05.

たとえば、*de minimis* を超えるコピーがパロディであったことからフェア・ユースが認められた事例として、1980 年の第 2 巡回区 [*Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*] がある。テレビネットワークの被告 NBC の深夜コメディ番組「Saturday Night Live」で、ニューヨーク市の観光プロモーションのために作曲された原告楽曲「I Love New York」を揶揄する歌詞の楽曲「I Love Sodom」を、原曲と同じメロディで NBC のレギュラー出演者が三度コーラスしたところを被告 NBC が放送した。第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、「I Love New York」の歌詞部分のメロディは原曲の核心であるところ、被告の「I Love Sodom」が原曲の「I Love New York」部分のメロディを取ってきたことは容易に認識できるため、このような利用は単なる *de minimis* をはるかに超える実質的な利用であり著作権侵害のレベルに至っているが、「I Love Sodom」はパロディであって原曲の価値に影響を与えておらず、被告は人々に原曲を思い出させる必要以上に原曲を使用していないとしてフェア・ユースを肯定した原審 (*Elsmere Music, Inc. v. NBC*, 482 F. Supp. 741 (S.D.N.Y. 1980)) を是認した (*Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 623 F.2d 252 (2d Cir 1980))。

¹⁹² See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2576 (2009).

¹⁹³ 合衆国憲法第 1 修正に基づく表現の自由と、同第 1 編第 8 条第 8 項の特許・著作権条

2. 第一類型：不可避的・偶発的な利用

ニュースなどある出来事を伝える際に、その取材現場で不可避的に入り込んでくるさまざまな著作物の付随的な利用というのは、必要な報道の目的上必要な限度を超えなければ侵害にはならないことを示した代表的な事例に、1978 年の [*Italian Book Corp. v. ABC*] ¹⁹⁴がある。

被告テレビ局 ABC のニュース番組が、マンハッタンのリトル・イタリーでのお祭りで出くわしたパレードの様子を取材した際、原告出版社が著作権を管理するイタリアの楽曲「Dove sta Zaza」を、山車 (float) に乗ったバンドが演奏している模様の一部が入り込んだ。被告 ABC は、このニュース素材を記者のリポートがかぶった形で約 1 分間のニュースとしてその夜にテレビ放送した。ニューヨーク州南部地区連邦地裁は、被告は現場の様子を撮影したのであって、音楽が入り込んだのは完全に偶発的 (wholly fortuitous) かつ報道の目的に付随的 (incidental) であり、原告楽曲の商業的使用とは競合しないとして、フェア・ユースを認めた。

また、量の問題として報道に必要な範囲を超えなければ侵害とはならないであろうことを示した事例として、1970 年の [*Man v. Warner Bros., Inc.*] ¹⁹⁵もある。プロのミュージシャンである原告が 1969 年の Wood Stock Festival に出演し、公衆の関心事であったイベントで何があったかを伝えるドキュメンタリー映画「Woodstock」のカットのひとつとして、原告の演奏¹⁹⁶を撮影した映像素材を 45 秒間、原告に無断で被告映画会社が使用したことに

項 (知的財産条項) に基づく著作権法との緊張関係についての原理的な考察を展開する先行研究として、比良友佳理「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 (1)-(5)」知的財産法政策学研究会 45-49 号 (2014-2017) がある。筆者は、写り込みの問題が萎縮効果も生じさせているとみており (序章第 1 節参照)、これは言論・表現の自由にもかかわる問題と考えている (前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—』(2017 年・信山社) 100-101 頁注 48 参照)。しかし、本稿の課題は、著作権法に内在する調整原理としてのさまざまな法理をどのように柔軟に活用して我が国における写り込みの問題へ対処していくべきかに焦点を絞って検討することであるため、憲法問題としての議論には立ち入らないこととする。

¹⁹⁴ See *Italian Book Corp. v. ABC*, 458 F. Supp. 65 (S.D.N.Y. 1978).

¹⁹⁵ See *Man v. Warner Bros., Inc.*, 317 F. Supp. 50 (S.D.N.Y. 1970).

¹⁹⁶ この事件で原告は、ニューヨーク州市民権法 51 条に基づくプライバシー権侵害 (内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説 [第 3 版]』(2014 年・木鐸社) 499 頁以下参照。) を主張した。現在、生の音楽実演 (live musical performances: 音楽著作物の未固定の歌唱演奏) の無断固定や固定物からの無断コピー等は、1994 年の TRIPs 協定の義務を履行するために設けられた著作権法 1101 条によって禁止され、かつ同条(d)により連邦著作権法が州法を専占 (後掲注(207)参照) しないこと (生の音楽実演に対する保護は、連邦著作権法と州法による保護が並存していること) について、ポール・エドワード・ゲラー＝メルビル・B・

ついて、ニューヨーク州南部地区連邦地裁は、プロの芸能人である原告は自らの意思でこのイベントに出演したのであるからこのイベントの出演部分がプライバシー権によって保護されることはなく、原告の演奏部分である 45 秒間の付随的な利用 (incidental use) は、完全に de minimis であるとして原告の暫定的差止め請求を棄却した。

このほか、事実認定次第では判断の分かれ得る微妙な事案と見られるが、競技会場で流れる楽曲を含んだスポーツ大会のケーブルテレビ放送に対する著作権侵害との原告の申立てを退けた事例として、1991 年の [Coleman v. ESPN, Inc.] ¹⁹⁷がある。原告は音楽著作権管理団体 ASCAP¹⁹⁸会員で、被告はスポーツ専門ケーブルチャンネル ESPN である。原告は、全部ではなくとも多くの被告の番組が ASCAP のライセンスを受けずに原告楽曲を非劇場的 (non-dramatic) ¹⁹⁹に放送使用していると主張。スケートの国際大会や NCAA のバスケットボール大会といったスポーツ競技の放送で、楽曲が流れた時間はそれぞれ 35 秒からほぼ 4 分間、楽曲の全部が流れた事例もいくつかあったとした。これに先立ち ASCAP は被告に対して、交渉によって合理的なライセンス料を決めて裁判所の同意判決 (consent decree) ²⁰⁰を得る法的手続き (rate court) ²⁰¹の場に付くよう文書で強く促していたが、被告は、自分で使う楽曲は個別に許諾を得ているなどとして、ASCAP から楽曲の使用許諾を得る必要はいささかもないと拒否した。また被告は、侵害があったと主張された 12 曲のうち 5 曲は、スポーツ大会の最中に会場で発生してやかましく聞こえる現場音だとした。被告は、このような会場での現場音は自分でコントロールしているものではなく、生のスポーツ大会を伝えるにあたり単に付随的に入り込んでいるだけで単に偶発的に写り込んだにすぎないため、このような使用は非侵害になると主張した。さらに被告は、選手がいつもの伴奏として使う背景音楽は、被告の番組に不可欠でないから著作権侵害とすることはできないと主張した。選手の競技を解説する際に解説者は音楽を気にすることなく常に話をし、リプレイ解説では伴奏音楽なしで放送するからだという。ニューヨーク州南部地区連邦地裁は、

ニマー編／エリック・J・シュワルツ著（高林龍翻訳監修／安藤和宏＝今村哲也訳）『英和対訳 アメリカ著作権法とその実務』（2004 年・雄松堂出版）13-15 頁および 363-365 頁参照。

¹⁹⁷ See *Coleman v. ESPN, Inc.*, 764 F. Supp. 290 (S.D.N.Y. 1991).

¹⁹⁸ The American Society of Composers, Authors and Publishers, <http://www.ascap.com/> (accessed Sept. 6, 2016).

¹⁹⁹ ミュージカルやオペラなど演劇的に楽曲を使用することを禁止する権利を「グランド（演劇的）」ライツといい、著作権者が自らライセンスするのに対して、ASCAP がライセンスするのは「スモール」ライツと呼ばれる演劇的ではない使用に対してのみであることについて、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ共編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解—原著第 6 版—（下）』（2003 年・信山社）604 頁および 3 *Nimmer on Copyright* § 10.10 [E][2] 参照。日本での実務について、内藤篤『エンタテインメント契約法〔第 3 版〕』（2012 年・商事法務）385-386 頁参照。

²⁰⁰ See 2 *Nimmer on Copyright* § 8.19 [A].

²⁰¹ See 2 *Nimmer on Copyright* § 8.19 [C][1].

次のとおり説示して著作権侵害の訴えにかかる原告によるサマリ・ジャッジメント²⁰²の申立てを却下した。被告が原告楽曲を公に利用（perform）したことに疑いはない。ケーブルネットワークによる送信や、個々の受信契約者に送信する地域のケーブルテレビ会社へのチャンネル供給は、著作権法 101 条(1)に定める生の演奏（live public performance）とは別に、著作権法 101 条(2)に定める公の無形的利用（public performance）を構成する。また、自発的な現場音であるからとして被告が特定の楽曲を意図せず放送したかどうかということは、意図が著作権侵害の要素ではないから重要でないとした。そして、フェア・ユースの該当性について裁判所は、まず、主要な問題は、被告がフェア・ユースの抗弁に関して挙げているあらゆる事実であるとした。そして、フェア・ユースとは、法律と事実が混じり合った問題であり、サマリ・ジャッジメントには適さない事実集約的な審理（a fact-intensive inquiry ill-suited for summary judgment）を要求するとしたうえで、記録によれば、申立てにおいて原告が主張している個々の著作権侵害が実質的（substantial）か、また、被告による個々の利用すべてが原告楽曲の潜在的な市場や価値を損ないそうなものかどうかといった、著作権侵害の訴えにかかる原告によるサマリ・ジャッジメントの申立てを妨げる、未解決の事実問題があるとした。

さらに、プロフットボールリーグ NFL チーム「Baltimore Ravens」の選手の経歴などを伝える3本の被告ドキュメンタリーへの Ravens の旧チームロゴの不可避的な写り込みについて、付随的な利用（incidental use）としてフェア・ユースを認めた第4巡回区の比較的近時の事例として、2013年の [*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*] がある。問題となった Ravens の旧チームロゴとは、原告が1995年に Ravens の新しいチームロゴとしてデザインして提案した原告ロゴに著しく類似するデザインで作成されたものだった。Ravens は1996年から98年の3シーズン、それをチームロゴとして使用したのちにこの使用を取り止め、以降別のチームロゴを使用している。まず4分間のドキュメンタリー2本について、1本目は1996年の Ravens のドラフト選手とチームへの影響を紹介する内容で、選手、ジャーナリストなどのインタビューやドラフト当日からの映像や試合映像で構成され、ヘルメットに付いている旧チームロゴが映ったのは2回でそれぞれ1秒に満たず、ほんのわずかに映っていたというものだった。2本目はひとりのドラフト選手を取り上げてインタビューなどにより紹介する内容で、選手のヘルメットに付いている旧チームロゴがほんの1秒ほど見えたという写り方だった。3本目は24分間のドキュメンタリーで有名選手の経歴を振り返るという内容だった。キャンプ中の選手の様子を伝える約2分間の部分で8秒間、選手のヘルメットに付いている旧チームロゴが視認できた。この他ふたつの部分で選手が

²⁰² サマリ・ジャッジメント（summary judgement）とは、トライアル前の段階であっても、重要な事実に関する真正の争点（genuine issue of material fact）がない場合には、トライアルの事実認定を行う必要もなく、当事者の申立てに基づき、裁判所が法的判断をするだけで終結判決を下すことができることについて、浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第2版〕』（2008年・弘文堂）95頁参照。

タックルをする様子を伝える際、旧チームロゴが部分的に 1 秒弱見えたという内容だった。そして、これら 3 本のドキュメンタリーを被告 NFL が制作して放送およびインターネット配信したという事案であった。第 4 巡回区連邦控訴裁判所²⁰³は、付随的（incidental）な利用としてフェア・ユースを認めていた 2012 年の原審²⁰⁴を是認した。まず、被告ドキュメンタリーは、旧チームロゴを歴史的な記録として使用し、過去のドラフト選手や Ravens の歴史上の主な出来事、選手の経歴を伝えており、旧チームロゴの持つ元々の目的—Ravens や選手を象徴すること²⁰⁵—とは使用目的が異なる変容的な（transformative）使用であるとした。潜在的な市場への影響について、このようなつかの間の使用（the transient and fleeting use）かつ事実に（factual）であって内容表現的（expressive, content）ではない使用は、映像内では単独での使用とは異なる目的を果たすことから、新たな変容的な使用がもともとの原告ロゴのいかなる市場にも取って代わることはありそうもないとして、フェア・ユースを認めた。

一方、報道目的の認められない利用は侵害となることが分かる事例が、1987 年の [Schumann v. Albuquerque Corp.] である。被告民放ラジオ局が楽曲使用料を支払わなかったために ASCAP が被告ラジオ局とのライセンス契約を解約終了させた後、被告ラジオ局が地域の予定を知らせる際の背景音楽として、また、イベントでのバンドによる楽曲演奏の様子を伝える現場からの中継放送として、ASCAP 管理楽曲の全部を無断で放送した。ニューメキシコ地区連邦地方裁判所²⁰⁶は、被告は民放として利益を得る目的で放送しているところ、被告ラジオ番組は前掲 [Italian Book Corp. v. ABC] のようなニュース番組でもなく、特にバンドの演奏を全部中継した放送にはエンタテインメント価値があり、権利者の排他的な公の利用権に直接競合するなどとしてフェア・ユースを否定した。

このほか、著作権法による保護を受けない実演²⁰⁷の全部利用について、パブリシティ権

²⁰³ See *Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*, 737 F.3d 932 (4th Cir. 2013).

²⁰⁴ See *Bouchat v. NFL Props. LLC*, 910 F. Supp. 2d 798 (D. Md. 2012).

²⁰⁵ See *Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*, 619 F.3d 301, 309 (4th Cir. 2010).

Ravens のシーズン中の活躍を紹介するハイライト映画のイントロ部分などで、旧チームロゴを大きく何度も繰り返し使用したことについて、チームや選手のシンボルという旧チームロゴの有する本来目的と同じ目的での非変容的な使用であって、マーチャンダイジングの製造業者らへ同ロゴを多数ライセンスしており、原告ロゴの潜在的な市場に悪影響を与えたとしてフェア・ユースを否定した 2010 年の関連事例（後掲）。

²⁰⁶ See *Schumann v. Albuquerque Corp.*, 664 F. Supp. 473 (D.N.M. 1987).

²⁰⁷ [Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.] が保護した「パブリシティ権」の中身というのは要するに、未固定の実演の無断固定およびその無断放送を禁止する権利、つまり日本法でいうところの著作隣接権（実演家の権利）であった。アメリカ著作権法には、実演家の権利を保護する著作隣接権制度がなく、パブリシティ権による保護が著作隣接権による保護に代替していることについて、アラン・ラットマン＝ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ共編（中山信弘監修／内藤篤訳）『1990 年代米国著作権法詳解（下）』（1992 年・信山社）745 頁参照。

また、アメリカにおけるパブリシティ権の保護は、連邦著作権法が州法に優越する「専占」（preemption）を定める連邦著作権法 301 条の対象外とされていることから、州法が担

侵害を肯定した 1977 年の連邦最高裁判決 [*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*]²⁰⁸ もある。オハイオ州の地域イベント「The Geauga County Fair」で行われた原告芸人による「人間砲弾」(human cannonball)の実演の様子のすべてを、原告から撮るなどと言われていたにもかかわらず、被告の地元テレビ局が原告に無断で撮影。原告芸人が大砲に入って発射されるまでを撮影した約 15 秒間の VTR に、ぜひ生で見るべしといった旨の好意的なコメントを付し、夜のニュースとして放送した。連邦最高裁は、パブリシティの権利を保護することは、「単に実演家はその芸に投資した時間と労力に報いるというのみの根拠によるものではない。・・・芸人にとって、公衆の興味にあったパフォーマンスを生み出すのに必要な自己投資をする経済的なインセンティブとなるのである。」²⁰⁹と説示して、本件では被告が原告のパフォーマンス(実演)をニュースとして取り上げたものに違いないが、通常は利用対価が支払われるべき実演を被告は原告に無断で全部利用したのであるから、被告による言論の自由の抗弁(合衆国憲法第 1 修正および第 14 修正²¹⁰)を認めた原審²¹¹を、

っていることについて、会沢恒「アメリカ著作権法と連邦法の専占」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』(2008 年・有斐閣) 409 頁以下、茶園成樹＝小泉直樹訳「アメリカ不正競争法リスティメント試訳(六・完)」民商法雑誌 112 号 3 号(1995 年) 121-122 頁、内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説〔第 3 版〕』(2014 年・木鐸社) 131-133 参照。

反対に、映画に固定された実演、すなわち実演家の同意を得て有体物に一旦固定された映像実演を、出演者である実演家が州法上のパブリシティの権利に基づいてコントロールすることは、連邦著作権法によって専占されるためできないものとみられる。たとえば 1996 年のカリフォルニア州の事件、*Fleet v. CBS*, 50 Cal. App. 4th 1911 (Cal. App. 1996) において、映画に出演した原告俳優が、当該映画の独占的配給権を持つ被告 CBS に対して、被告による原告の氏名や映画における実演等の使用に関する原告への対価の支払いが不十分であるとして、カリフォルニア州民法 3344 条に定めるパブリシティ権の侵害を主張して救済を求めた。これに対してカリフォルニア州中間上訴裁判所(Court of Appeal of California)は、映画における個々の実演は、有体物に固定された著作物として著作権で保護されるとし、役者が映画における肖像の保護を求める場合、それが単独の固定された実演に含まれるものとしたら、役者にできることは、その著作権を映画の著作権者から取り返すことだけであると説示した。さらに、原告がカリフォルニア州民法 3344 条に基づいて主張していることは、連邦著作権法に規定する著作物の複製と頒布の禁止のみであるから、これは連邦著作権法に規定する排他的権利と相当であるとして、連邦著作権法によって専占されたとした。カリフォルニア州民法 3344 条について、内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説〔第 3 版〕』(2014 年・木鐸社) 501 頁以下参照。

このほか、原告プロレスラーによるプロレスの試合を収録した DVD における原告のプロレスのパフォーマンス(実演)について、原告による実際のレスリングのパフォーマンスには著作権は一切ないが、レスリングの試合の録画物は連邦著作権法の保護対象であるため、原告による州法に基づくパブリシティ権侵害の主張は、連邦著作権法によって専占されたとした近時の事例 *Somerson v. McMahon*, 956 F. Supp. 2d 1345 (N.D. Ga. 2012) もある。

²⁰⁸ See *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

²⁰⁹ アラン・ラットマン＝ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ共編(中山信弘監修／内藤篤訳)『1990 年代米国著作権法詳解(下)』(1992 年・信山社) 748 頁参照。

²¹⁰ 第 14 修正が、連邦の定めるデュー・プロセスの原則と相当の保護に抵触する行為を州が行うことを明示的に禁じ、かつ、第 14 修正のデュー・プロセス条項が、権利章典(Bill of Rights)に定める連邦の原則と抵触する行為を州がなすことを言外に禁じていることに

5 対 4 のきわどい判断で破棄し、原告によるパブリシティ権侵害の主張を認めた。

小括

以上のような不可避的・偶発的な利用について侵害の当否の決め手となる要素とは、利用の本当の目的がどこにあるのか、という点であるように思われる。お祭りのパレードの現場の様子を伝える 1 分間の記者リポートの背景で、現場にいたバンドの演奏の一部が聞こえていたという事案について、前掲 [*Italian Book Corp. v. ABC*] は侵害を否定した。このような報道目的を伴った不可避的・偶発的な利用が、なぜ免責されなければならないのだろうか。他の類型と比べると大きく影響している要因として、報道現場では通常どのような著作物等が入り込んでくるのか事前には分からないことが多いからといえるだろう。実際に [*Italian Book Corp. v. ABC*] では、パレードでバンドが原告楽曲を演奏することを被告 ABC の従業員は事前にまったく知らなかったという²¹²。だとすると、そのような偶発的な利用をもし事前に防ごうとするならば、極端に言えば取材を取り止めるほかなく、報道機関に取材するなというのもいささか難しい話のように思われる。前掲第 4 巡回区 [*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*] から分かるように、スポーツの試合を映像取材する際には選手のユニフォームなどに付いているロゴマーク等が不可避的に VTR に写り込むということも、同じ話のように思われる。これらのようなニュースに伴う不可避的な利用から、何か積極的にライセンス料を得ることを期待して原告の創作行為が行われるということもありないだろう。つまり、不可避的な報道目的利用は、原告の市場にさほど影響を与えそうにないことから、これを免責しても差し支えないと考えられているのではないか。このような不可避的・偶発的な使用は、後に第三類型としてみていく、原告の本来的な市場を奪うような事案（1992 年のロサンゼルス暴動事件現場を空撮した原告映像素材の核心部分を、被告ケーブルテレビ局のニュース番組が繰り返し放送した第 9 巡回区 [*Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*] など）とは異なる、と整理できる。

もっとも、前掲最判 [*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*] の説示するように、報道目的が認められるとしても、取材対象を全部見せて視聴者を満足させるエンタメ効果も実際に認められるような利用であったならば、原告著作物（実演）に代替してしまうことに変わらないことから、やはりそれは侵害に振れるという規範の存在もうかがえる。最判 [*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*] に関して、パブリシティ権は著作権に最も近

ついて、Julie E. Cohen et al., *Copyright in a Global Information Economy* 707 (3d ed., Aspen Law & Business 2010) 参照。要するに、第 1 修正の定める言論の自由の制限の禁止が、第 14 修正の定めるデュー・プロセスの原則によって州にも適用される。

²¹¹ See *Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co.*, 351 N.E.2d 454 (Ohio 1976).

²¹² See *Italian Book Corp. v. ABC*, 458 F. Supp. 65, 68 (S.D.N.Y. 1978).

く類似する無体財産権 (intangible property rights) と見るのが適当であり、著作権法のフェア・ユースの分析が、言論の自由との衝突の分析における利益衡量のひとつとして、パブリシティ権との衝突が実質的かどうかを分析するのに役立つという観点から、フェア・ユース該当性を分析した学説²¹³がある。これによれば、人間砲弾の放送には報道目的が認められるため第1要素こそ被告に有利であるが、保護の対象は原告 Zacchini が生活の糧を得るために行ったその実演だったこと (第2要素)、わずか15秒間の長さであるが、映像は発射前の準備ではなく砲弾から原告が発射されているところを映しており、観衆が原告のパフォーマンに引き寄せられるまさにその部分 (the very thing) であったのだから、質的に重要な利用であったこと (第3要素)、映像は観衆がそれを見るためにやってくるまさにその部分を映しており、被告の放送は原告の実演と同じ機能を果たしている。もしも被告の放送が免責されるならば、他のすべてのテレビ局も同じことをするであろうから、原告に与えた潜在的な損害は甚大 (第4要素) として、[Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.] はフェア・ユースに該当しない事案であることが明らかであると指摘する²¹⁴。

このようにニュース目的だったとしても、あえて全部を見せることによって実質的にエンタメ効果が発生しているような場合には、通常はそこからライセンス料が得られるものと著作者・著作権者が期待する利用にほとんど代替してしまい、市場を奪うことになる判断されるのだろう。なお、前掲 [Schumann v. Albuquerque Corp.] のような、不可避免的なニュース利用の皮を被った明らかなエンタメ目的利用は、上記のような正当化根拠を欠き、原告の市場と直接競合するものとして侵害とされる可能性が高い、と把握しておく。

3. 第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるもの

第二類型は、テレビ、映画、広告の背景的なセットや小道具、背景音楽として、他人の著作物を意図的に使用したという事案である。もっとも、その著作物を主に使用したというよりはむしろ、使用した著作物には代替性があつた、すなわち、使用するものはどうしてもこれではなければならなかった、といった質的な必要性がさして認められないような使われ方である。このような事案では、写り方の程度問題として、大きくない、小さい、短い、長くない、邪魔されてよく見えない、よく聞こえない、ピントがあっていないといった場合には侵害が否定されるようである。

²¹³ See Pamela Samuelson, *Reviving Zacchini: Analyzing First Amendment Defenses in Right of Publicity and Copyright Cases*, 57 TUL. L. REV. 836, 837-839 (1983).

²¹⁴ See Pamela Samuelson, *Reviving Zacchini: Analyzing First Amendment Defenses in Right of Publicity and Copyright Cases*, 57 TUL. L. REV. 836, 919-922 (1983).

第2 巡回区の事例

第2 巡回区には相対的に事例の蓄積が見られる。子ども向けテレビ番組の生放送で指人形を小道具として使用したことにつき非侵害とした初期の事例に、1965 年の [*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] がある。被告 CBS の子ども向けテレビ番組「The Captain Kangaroo Show」の中で、出演者の演技とフォークダンス音楽の演奏に伴って、原告が著作権を有するブタなどの指人形を小道具として操演使用し、約 35 秒間、指人形が生放送に映し出されたという事案であった。ニューヨーク州南部地区連邦地裁²¹⁵は、まず被告による使用が指人形のコピーに当たるかどうかについて、被告は確かに正規品を購入して番組内で使用しており指人形を製造販売したわけでもなく、生放送でつかの間映し出すことや生放送のテレビ画面をフィルムで撮って記録することは、その指人形とは全く異なるため、指人形のコピーには当たらないとした。そのうえで、放送での使用が侵害に当たると仮定したとしても、フェア・ユースに当たるとした。すなわち指人形は無断使用禁止などの条件が何も付されずに誰にでも売られていたこと、フェア・ユースの考慮要素でおそらく最も重要なのは原告著作物の販売を邪魔しそうかどうかであるところ、被告番組での使用は指人形の市場を害するものでなく、むしろ販売を促進するであろうこと、指人形が番組の主要な呼び物ではなく出演者の演じるキャラクターの動作に従属的かつ付随的 (subordinate and incidental) な使用であること、著作権を侵害する意図も見出し得ないなどとして、フェア・ユースを認めた。

上記 [*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] に類似の事案を同様の判断枠組みで非侵害とした 1994 年の事例に、[*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*] がある²¹⁶。原告によるアートワークであるテディベアがデザインされた、赤ちゃんをあやすためのいわゆるベッドメリーが、被告映画「Immediate Family」のなかの子ども部屋のセットの一部として無断使用された。複数シーンでそれぞれ 2 秒から 21 秒間、メリーだけが遠くに写ってアートワークがかろうじて視認できるシーンもあれば、アップで映るシーンもあり、映った時間は合計 1 分 36 秒だった。ニューヨーク州南部地区連邦地裁は、まず、原告のアートワークがデザインされた真正品のベッドメリーを映画のセットのひとつとして使用したことについて、原告アートワークに対する需要に取って代わることを意図してもおらず、被告映画には原告アートワークに対する興味関心を減じさせる効果もないとし、1 回あたりの露出はわずか数秒間で、映画の中に写っているだけであり、機械的な複製 (mechanical copy) ではなく、つかの間で非永続的な (fleeting and impermanent) 使用にすぎないことなどから、被告による使用は著作権侵害行為を目的とするコピーではないとした。このように被告映画における実質的類似性を否定したうえで裁判所は、潜在的な市場への影響こそ最も重要なフェア・ユースの考慮要素であると説示しつつ、よしんばコピーに該当したとしても、

²¹⁵ See *Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 245 F. Supp. 587 (S.D.N.Y. 1965).

²¹⁶ See *Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*, 862 F. Supp. 1044 (S.D.N.Y. 1994).

このような映画での使用は原告アートワークや商品化されたベッドメリーの代わりにはならないため原告の市場を害するものではない。原告は被告映画の使用により実際に被害を受けていることも何ら示しておらず、むしろ被告映画による使用は間接的に原告の利益となり得るものであるなどとした。そして、被告映画での原告アートワークの使用には、商業目的で映画を作る以外の目的は何もないが、原告アートワークを映画の広告宣伝には使用しておらず、直接的に競合しない。被告映画では原告アートワークの全体がはっきりと利用されてはいるものの、1回につきほんの数秒、あわせて96秒に満たない間、視認できるにすぎないなどとして、フェア・ユースを認めた²¹⁷。

このほか、映画のセットや小道具としての写し込み的使用をめぐる主要な事例として、ピントは完全に合っていなかったものの画面の中心に大きく明瞭に映ったため侵害となった1997年の前掲 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] と、片や写り方がわずかで不明瞭だったことから非侵害となった1998年の [*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*]、2008年の [*Gottlieb Dev. LLC v. Paramount Pictures Corp.*] の3つを挙げることができる。

1997年の第2巡回区連邦控訴裁判所判決 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] の事案は次のとおりである。日曜学校における黒人のピクニックをモチーフにした、原告の手になるキルトを複製したポスターが、中産階級の黒人家庭の生活を描くホームコメディテレビドラマシリーズの中で、教会の壁に掲示される形でドラマセットの背景として使用された。番組の実尺23分間のうち、1回あたり約2秒から4秒強、計9回で合計26.75秒間、原告ポスターのほぼ全面、少なくとも80%がピントは完全ではないものの視聴者が明瞭に視認できるような形で、画面の真ん中に映し出された。判示によれば、構図の中心に大きくはっきりと映ったポスターからは、壁に掛かるものが黒人の大人と子どものグループが池の前にいる様子を描いた美術作品であるということが見て取れて、平面に描かれた人物と色彩から *Grandma Moses* 風の作品であることがよく分かるというのである²¹⁸。裁判所は、特に4-5秒間が明瞭に、合わせて約27秒間映ったことは量的に見て *de minimis* コピーではないとした。また、質的にも、ポスターの内容がよく分かる写り方だったことから、創作的表現について原告の請求を成り立たせるに十分なコピー (*actionable copy of protected expression*) のしきい・限界 (*threshold*) に満たない *de minimis* であるとの被告の主張を退けた。実質的類似性の肯定に続いてフェア・ユースの分析では、被告が原告ポスターを使用した理由は、原告キルトの主な創作目的であった装飾にほかならず、原告ポスターの購

²¹⁷ [*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] と [*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*] でのフェア・ユースの分析は傍論 (*dictum*) であることについて、*See Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70, 73, 80 n. 8 (2d Cir. 1997). また、4 *Nimmer on Copyright* § 13.05 は、1978年以前、「フェア・ユース」という語は、類似性が実質的ではないということを用いるために用いられていた可能性がきわめて高かったとする。よって、特に1965年の [*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] でのフェア・ユースの分析は、先例としての意味はほとんどなさそうである。

²¹⁸ *See Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70, 76-77 (2d Cir. 1997).

入者が自宅を装飾するために使用するよう、被告はドラマのセットとして原告ポスターを飾ってまさに視聴者を引き付けるために使用したのであるから、全く変容的ではないとした。さらに、潜在的市場への影響に関して、問題は、当該コピーの対価が支払われるべきかどうかであり、逸失利益としてのライセンス料収入が得られていないことは決定的ではないところ、原審²¹⁹は本来原告が証明する必要のない事実である被告ドラマでのポスターの利用が原告ポスターの販売に悪影響をほとんど与えていないということなどに依拠して第4要素が被告に有利と判断していることから、考慮すべき「伝統的、合理的、あるいは開発されそうな市場」²²⁰（後掲第2巡回区 [*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*] を引用）への影響が証明されておらず、事実認定に基づく法的判断に誤りがあるとして、破棄差し戻した。

他方、[*Ringgold v. Black Entertainment TV*] の翌年、[*Ringgold v. Black Entertainment TV*] と同じ判断基準（ただし担当判事は異なる）によって [Ringgold v. Black Entertainment TV] とは対照的に非侵害と判断された事例が、1998 年の [*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*] である。被告映画「Seven」のセットの一部として、1 分 30 秒間のシーンでプロの写真家である原告の写真 10 点がそれぞれ 1 秒から 6 秒間、計 35.6 秒間にわたって無断使用されたという事案であった。第2巡回区連邦控訴裁判所²²¹は、映り込んだ原告の写真が画の重要部分ではまったくなかったこと、ピントが外れており、暗く、遠く離れて不明瞭かつ非常に短い時間しか映っていなかったこと、役者の動きによって見えたり見えなかったりしたこと、利用態様は *de minimis* であって複製は実質的ではないとして著作権侵害を否定し、フェア・ユースの可否の判断は不要とした。

そして、被告映画「What Women Want」（邦題：ハート・オブ・ウーマン）のセットとして原告会社がそのデザインに著作権を有するピンボールマシンが無断使用されたという事案について非侵害とした 2008 年の事例が [*Gottlieb Dev. LLC v. Paramount Pictures Corp.*] である。ニューヨーク州南部地区連邦地裁²²²は、映画の全体尺が 2 時間強のうち原告のピンボールマシンが写るシーンの尺は約 3 分半、しかも途切れ途切れ数秒間ずつ、出演者やその他セットに邪魔されながらの背景的な写り方でピントもあっておらず、ピンボールのデザインの全部はよく見えず、脚本のト書きにも役割が何も書かれていないし、場面におけるスポーティーな背景のテーマに合った道具として制作スタッフが選んだものではあるけれども、たくさんある道具のひとつでしかないとして、このような写り方は *de minimis* であるとした。

²¹⁹ See *Ringgold v. Black Entertainment TV*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 13778 (S.D.N.Y. 1996).

²²⁰ See *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913, 930 (2d Cir. 1994).

²²¹ See *Sandoval v. New Line Cinema Corp.*, 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).

²²² See *Gottlieb Dev. LLC v. Paramount Pictures Corp.*, 590 F. Supp. 2d 625 (S.D.N.Y. 2008).

第6巡回区の事例

テレビ番組の背景音楽やテレビCMの小道具として使用する意図的な写し込みであっても、その写り方がわずかなものや不鮮明だったような事案が非侵害となる結論は、他の巡回区でも変わらないようである。

1998年の [*Higgins v. Detroit Educ. TV Found.*] は次のような事案である。被告公共放送PBSは、原告楽曲「Under the Gun」(3分35秒)を、10代の子ども向け教育テレビ番組(27分46秒)内のコーナー(5分)のオープニングで16秒、エンディングで20秒、計36秒間(楽曲全体の16%)にわたって背景音楽として使用し、同番組のビデオテープを販売した。被告PBSは番組制作時に、著作権法118条に基づく非商業的な公共テレビ放送での楽曲使用の強制許諾²²³にかかる法定(statutory)のライセンス料を支払う用意があると伝えたが、原告に拒否され訴訟となった。ミシガン州東部地区連邦地裁²²⁴は、次のように判示してフェア・ユースを認めた。被告番組はストリートギャングに関わりを持たないことや違法な薬物を使用しないよう10代の子どもを教育する目的で制作された。原告の弁護士へ1本販売した以外、計41本のビデオ販売は教育目的使用に限定したものであり、被告は何も利益を得ていない。よって被告番組での原告楽曲の使用は、非営利かつ教育目的である。本件は原告が依拠した、被告テレビ番組内で原告の創作目的と同じ装飾のために被告テレビ番組内で原告ポスターを使用した前掲第2巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] とは異なり、教育目的のために背景的にわずかに使用したにすぎない変容的な(transformative)使用である。オープニングで使用した部分の楽曲はナレーションや会話で歌詞がほとんど聞き取れないこと、エンディング部分は歌詞をまったく使用しておらずエレキギターの音がわずかに聞こえる程度であり、原告楽曲の最も重要な(the heart)部分を使用していないこと、使用した量が楽曲全体の16%の使用だったことなどから、質・量ともに重要な使用ではない。さらに、被告のビデオテープは、教育目的で教育機関に対して計41本販売されたにすぎず、子ども向けテレビ番組で指人形の小道具として使用した前掲 [*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*]、映画のセットとしてベッドメリーを使用した前掲 [*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*]、お祭りの現場で演奏された楽曲の一部をニュースで使った前掲 [*Italian Book Corp. v. ABC*] と同様、原告著作物に代替するようなコピーではなく原告の潜在的市場に対して何の影響も与えていない。このように判示して、本件は原告が依拠した、被告コピー店が営利を図る目的で論文を数十万部もコピーしてライセンス料を支払うことなく販売したことについてフェア・ユースを否定した1996年の第6巡回区連邦控訴裁判所判決 [*Princeton Univ. Press v. Mich. Document Servs.*] ²²⁵とは事案が異なる

²²³ ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーク共編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解—原著第6版—(下)』(2003年・信山社)632-633頁参照。

²²⁴ See *Higgins v. Detroit Educ. TV Found.*, 4 F. Supp. 2d 701 (E.D. Mich. 1998).

²²⁵ See *Princeton Univ. Press v. Mich. Document Servs.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996).

とした。

また、歯科の椅子に座っている男性を配した 30 秒のテレビコマーシャルで、原告の歯科用イラスト 2 点(矯正器具と歯根管のイラスト)が無断使用されたという事案について、2003 年の [*Gordon v. Nextel Communs.*] で第 6 巡回区連邦控訴裁判所²²⁶は、請求を成り立たせるに十分なコピー (actionable copying) にかかる de minimis のしきい・限界を超えた場合にのみ、フェア・ユースの抗弁を検討するとした前掲第 2 巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] に従うとしたうえで、次のように説示して実質的類似性を否定し、フェア・ユースの当否を分析することなく非侵害とした。まず、矯正器具のイラストは一度もピン트가合っておらず、遠くの背景として見えるにすぎないため、actionable copying の水準を超えないことが明らかである。次に、歯根管のイラストの使用はより厳密な問題を提起するが、de minimis である。被疑侵害著作物のコマーシャルの関連部分をビデオで確認したところ、被告による歯根管のイラストの使用は量的なしきい・限界 (the quantitative threshold) に満たない。原告著作物が「明らかに視認できた」(clearly visible) [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] の事案とは対照的に、被告コマーシャルでの歯根管のイラストの使用から主に強く受ける印象 (the primarly impact) は、root canal (歯根管) という語によってもたらされるものであるところ、その語は著作権で保護されない。歯根管のイラスト自体から最初に強く受ける印象は、きわめて短い (very brief)。原告のイラストはいずれもほんの一瞬見えるものの、ピン트가そもそも合っていないため、被告による使用はいずれも de minimis というべきである。このように述べて、フェア・ユースの抗弁は取り上げる必要がないとした。

小括

他人の著作物の意図的な利用ではあるものの、使った著作物に代替性が認められるといった事案に対する侵害／非侵害の判断に際して、第 2 巡回区、第 6 巡回区にある裁判所が重視している要素は、写り方、現れ方がどれくらい小さいか、少ないか、という実際の程度なのではないかと思われる。前掲第 2 巡回区 [*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*] や前掲 [*Gottlieb Dev. LLC v. Paramount Pictures Corp.*] では、映画のなかで背景的に使用された写真やピンボールマシンについて、映ってはいるがよく見えなかったことから de minimis であるとした。同様に、前掲第 6 巡回区 [*Gordon v. Nextel Communs.*] でも、広告の背景で使用されたイラストについて、ピン트가あっていなかったことから de minimis であるとした。教育番組での背景音楽としての使用を非侵害とした前掲 [*Higgins v. Detroit Educ. TV Found.*] では、オープニングの 16 秒間ではナレーションにかぶって歌詞がよく聞こえず、

²²⁶ See *Gordon v. Nextel Communs.*, 345 F.3d 922 (6th Cir. 2003).

エンディングの 20 秒間ではエレキギターのメロディ部分だけがわずかに聞こえるという現れ方について、質・量ともに実質的な使用ではないと判断した²²⁷。このように写り方がごくわずかとか、ピントがあっていないとか、鮮明ではないといった場合にはいずれも非侵害と判断されており、裁判例の大勢を占める。

ではなぜ、上記のようなわずかな程度の写り込みを、裁判所は侵害に問わないのだろうか。それは、いわゆるアンチ・コモンズ問題を取り除き、新たな創作を促そうとしているからではないだろうか。一般に、映画やテレビ番組、広告といった創作活動では、自らの創作に伴って結果として他人の著作物を使用することが多い。使用した著作物のすべてについて権利者から許諾を得なければならないとしたら、権利処理すべき対象が多くなりすぎる結果、それにてこずることになるため、肝心の新たな創作とその利用に支障をきたしてしまう、という厄介なアンチ・コモンズ問題が生じる。すなわち、きわめて多くの権利者が関係することにより、ある許諾 (a transfer) にかかる合意についての取引費用が高くなりすぎて必要な契約ができないために、協議がまとまらないことが起こり得る (a bargaining failure can occur due to the sheer number of rights-holders, so that the transaction costs of agreeing to a transfer become too high for deals to be made.) という問題である²²⁸。

この議論をふまえて、上記の各非侵害事例における事案と結論との関係を見ると、ある創作に関係する権利者が多くなりすぎるせいで取引費用が高くなりすぎるという弊害を排除して新たな創作を促すために、協議にかかる費用に比してその使用にかかる価値が相対的に低いと見られる些細な de minimis ユースであれば、裁判所は権利処理を求めることもなければ侵害に問うこともない²²⁹、という規範の存在がうかがえる。

しかしながら、ある使用について、対価の支払いを期待して創作したと見られるようなものまで侵害を否定してしまうと、創作のインセンティブが損なわれてしまうことになるのかもしれない²³⁰。前掲第 2 巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] は、ポスターを構

²²⁷ この事例は、被告の主張がフェア・ユースだけだったことから、フェア・ユースの事例となったが、事案との関係では de minimis の事例のように思われる。非営利の教育目的だったという事実が、抗弁をさらに強いものにしたようだ。

²²⁸ See Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 Colum. J.L. & Arts 617, 624 n. 29 (2008); マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーグ (和久井理子訳) 「特許はイノベーションを妨げるか? —生物医学研究におけるアンチコモンズ—」知財管理 51 巻 10 号 (2001 年) 1652 頁以下、林紘一郎編著『著作権の法と経済学』(2006 年・勁草書房) 18-19 頁 [林紘一郎執筆] 参照。このほか特許制度をめぐるアンチ・コモンズ問題の詳しい紹介として、李ナリ (Nari Lee) 「知的財産権研究の方法論としての法と経済学—特許法を例として」神戸法学雑誌 62 巻 3・4 号 (2013 年) 225 頁以下、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (2)」知的財産法政策学研究 36 号 (2011 年) 165-166 頁、Nari LEE (田村善之＝立花市子訳) 「標準化技術に関する特許とアンチ・コモンズの悲劇」知的財産法政策学研究 11 号 (2006 年) 105 頁以下参照。

²²⁹ See Dan L. Burk, *The Mereology of Digital Copyright*, 18 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 711, 718-719 (2008).

²³⁰ William M. LANDES & Richard A. POSNER (山根崇邦訳) 「著作権の考え方」知的財産

図の中心に据えて内容が分かるように大きく映したことについて、*de minimis* ではないとした。そして、使用目的がポスターの創作目的と同じ「装飾」だったことから、ポスターを装飾目的で使用するについて原告がライセンス料を得ているという現実が存在する市場、つまり同じ市場への悪影響を考慮して、フェア・ユースも否定した。この分析は、企業の研究所における科学雑誌の無断コピーについて、権利者団体へ通常支払われるべきライセンス料が支払われておらず、既存の市場に悪影響を与えているとしてフェア・ユースを否定した 1994 年の第 2 巡回区連邦控訴裁判所判決 [*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*] ²³¹を踏まえたものと見られる²³²。

法政策学研究 10 号(2006 年)23, 28-29 頁、Wendy J. GORDON(田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究 11 号(2006 年)8 頁参照。

²³¹ See *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

被告石油会社 *Texaco* の研究所が、原告出版社の出版する科学雑誌に掲載された論文や記事などを丸ごと無断コピーして、400-500 名ほどの研究員に回覧し、研究員がコピーしていたという事案について、著作権クリアランスセンター (Copyright Clearance Center) によって雑誌のコピーについての許諾を得ることと対価としてのライセンス料(ロイヤルティ)の支払いが可能となっているにもかかわらず、被告がそうしなかったことは、既に存在する実効的な市場に悪影響を与えたとしてフェア・ユースを否定した。被告は、原告著作物の利用に対して原告がライセンス料を要求できるか否かがフェア・ユースとして論証されるべき事項であって、「著作物の潜在的市場あるいは価値に与える影響」を評価する際、原告がライセンス料を得ることができることを前提するのは、論証すべき事項を結論として先取りする循環論法である旨主張した。これに対して裁判所は、その点を認めつつも、著作権者がロイヤルティを要求できることは著作権法 106 条によって認められており、争いようなことである。もっとも、フェア・ユースの分析において潜在的なライセンス料収入へのあらゆる影響が考慮されるわけではなく、現実が存在する市場における潜在的なライセンス料収入を考慮することが適当であるとして、「欠陥のある循環論法となるのは、支払いのことができることがフェア・ユース否定の決定的な要素になる場合のみである。」(The vice of circular reasoning arises only if the availability of payment is conclusive against fair use.) と説示した(同 929-931 頁参照)。詳しくは、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (2) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 46 号(2015 年)119 頁以下、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ共編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解—原著第 6 版—(下)』(2003 年・信山社)725-745 頁参照。

²³² [*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*] と [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] の意見 (opinion) は、同じ Newman 判事によるものである。この点、現実のライセンス市場があることをもって「潜在的市場」を考慮し、それが変容的な利用でもなければフェア・ユースを否定するという第 2 巡回区連邦控訴裁判所が展開してきた上記の判例法理によれば、著作権者の利益とは簡単に比較できない研究や教育、報道といった外部利益 (external benefits) が認められるような利用に対して、フェア・ユースが認められなくなってしまうといった旨の批判がある。See Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49-50 (1997). 詳しい分析は、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (4) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 48 号(2016 年)99-106 頁、蘆立順美『データベース保護制度論—著作権法による創作投資保護および新規立法論の展開—』(2004 年・信山社)88-90 頁参照。Loren 教授と同旨の指摘として、See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2620 (2009).

後に第三類型として整理するとおり、使用する著作物に代替性がない、つまりこの著作物を使うことが確かに必要だという積極的な意図のある場合には、利用者もそれを分かっており、中でも先行創作とは異なる新たな使用目的が伴わないような利用となれば原告の市場と競合することになるのだから、権利者から許諾を得るための交渉を利用者に強いても酷とはいえないだろう。しかし、先に第二類型として分類したとおり、使用する著作物は必ずしもこれでなくとも構わないという代替性の認められる消極的な利用の事案は、例外を除けば背景的で小さい、映っている時間が短い、不鮮明でよく見えない、よく聞こえないといった程度に止まっている。このように些細な写り方についてまで権利処理を強いるならば、アンチ・コモンズ問題の弊害のほうが大きくなりそうである一方、代替性があるからといって、大きく長く映ってよく見える、よく聞こえるといった現れ方まで許容してしまうと、創作のインセンティブが損なわれてしまう。使用する著作物に代替性のある付随的な利用は、以上のような観点から実際の写り方の程度に応じて侵害／非侵害が判断されているように思われる。このことは、ドラマ・映画・広告のセットについて同じ基準により侵害の可否を分けた、侵害事例の第2巡回区[*Ringgold v. Black Entertainment TV*]、非侵害事例の第2巡回区[*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*]と第6巡回区[*Gordon v. Nextel Communs.*]が対照的に示している。とりわけ[*Ringgold v. Black Entertainment TV*]は、写り込みの数少ないかつ例外的な侵害事例であり、後に見るとおり付随的な利用をめぐるさまざまな侵害／非侵害事例の双方で巡回区を越えてたびたび引用されていることから、写り込みでの侵害／非侵害の分岐点を定める判例法理の形成に大きく影響しているといえるだろう。

ところで、前掲[*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*]は子ども向けテレビ番組で小道具として使われた指人形について、前掲[*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*]は映画のセットとして使われたベッドメリーについて、前掲の非侵害事案とは異なり、映っているものがよく見えなかったというわけでは必ずしもなかったようである。にもかかわらず、いずれも映し出された時間がごく短く、正規品を買って小道具として少し使っただけなのだから原告著作物に取って代わるような使用ではないとして実質的類似性を否定した。このことから、ひょっとしたら原告の請求を成り立たせるに十分なコピー (actionable copying) のしきい・限界 (threshold) に上がるか上がらないかの限界事例だったと見るべきなのかもしれない²³³。

²³³ 当時はこのような使用がコピーに当たるかどうか明らかではなかったようであり、展示禁止権も存在しなかったということを考え合わせると、現行法における類似事案の取り扱いが変わってくるのかもしれない。アラン・ラットマン＝ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ共編(中山信弘監修／内藤篤訳)『1990年代米国著作権法詳解(下)』(1992年・信山社)552頁参照。See also R. Anthony Reese, *The Public Display Right: The Copyright Act's Neglected Solution to the Controversy over RAM Copies*, 2001 U. Ill. L. Rev. 83, 93 n. 36 (2001).

指人形のような動いていない著作物を公に見せることを禁止する公の展示権(著作権法

4. 第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくいもの

第三類型は、新たに制作する映画、テレビ、広告、書籍などにおいて、別の映画やテレビ番組の映像の一部を挿入して使用する、あるいは写真やポスターの画像を掲載して使うなど、使用するものの内容に相応の意味を認めてそれを積極的に使用する必要性があるというものである。すなわち、どれでもよいというわけではなく、何らかの理由があつてわざわざ使用した、といった積極的に著作物を利用する意図や理由が認められる事案の類型である。先に見た第二類型のように代わりになるものがあればそれはそれで構わない、といったような事案ではなく、第一類型のようにやむを得ず写り込んでしまったという事案でもない。

とりわけ第三類型のような使用態様は、我が国のコンテンツ業界における標準的な尺度からすれば、すべからく権利処理が必要なものと捉えられがちのようにも思われる。ところがアメリカでは以下に見ていくとおり、著作物の付随的（*incidental*）な利用にかかわるフェア・ユースの問題として議論²³⁴されている。結論を先に述べると、この第三類型は、使用する部分が必ずしも小さくなくても、批評・論評、ニュース報道といった新たな目的、新たな表現に伴う「変容的な利用」（*transformative use*）であるならば、原告の潜在的な市場を奪うことはなさそうと判断される結果、侵害が否定されやすい傾向にある。他方、新たな使用目的や表現が加わることなく、単に原告著作物の創作目的と同じ目的で使用するものだったり、変容的であったとしても質的・量的にみて“使いすぎ”だったりするものは、いずれも原告の潜在的な市場を奪う可能性が高くなるため、侵害と判断される傾向にある。このように第三類型は、究極的には市場に与える影響度の大小により二分される。

以下では、著作物の付随的な利用における侵害／非侵害のおよその分岐点を、市場に与える影響を判断する決め手となる使用目的や質的・量的な使い方の観点から探っていく。アメリカの豊富な事例は、写り込みの問題において、いかなる場合になぜ著作権を制限すべきか²³⁵を考えるにあたり、付随性や軽微性を考慮するうえでとても興味深い検討材料を与えてくれる。

106 条(5)および 101 条) は、1976 年著作権法によって導入された。Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 391-392 n. 479 (6th ed., LexisNexis 2014) によれば、「セットの一部として美術著作物を使用するテレビ番組は、公の利用権（the performance right）を侵害しないだろうが、使用する著作物が実質的類似性の水準を満たす程度の時間、視認できるならば公の展示権（the display right）を十分侵害し得るだろう。」とする。

²³⁴ See 4 *Nimmer on Copyright* § 13.05 [D][3][a]; Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham L. Rev.* 2537, 2570-2576 (2009); James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 *Yale L.J.* 882, 903-906 (2007).

²³⁵ 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32 号（2010 年）21 頁参照。

1) 市場を奪うことはなさそうと判断されたもの

伝記の構成

サムネイル、といっても割と大きな画像の使用について非侵害とした 2006 年の第 2 巡回区連邦控訴裁判所判決 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] は、異なる目的での利用事例の模範 (an exemplar)²³⁶として注目される。ロックバンド「The Grateful Dead」のいわゆる伝記本(2000 点を超える画像が掲載された全 480 頁の豪華本)において、Grateful Dead が過去に出演したコンサートのポスターやチケットの画像 7 点が、最大で横約 7.6cm × 縦約 11cm のサイズで、元のポスターの 20 分の 1 に縮小されて、画像の大きさがページの大きさの 8 分の 1 を超えないかたちで、Grateful Dead が出演したコンサートなど 30 年間の活動の歴史に関する時系列の記事とともに、無許諾で掲載された。無許諾というのは、原告と被告のライセンス料交渉がまとまらなかったからであった。裁判所²³⁷は、被告書籍によるフェア・ユースを認めた原審²³⁸を、次のように容認した。まず、被告書籍での原告画像の伝記的な使用目的・態様について、元のポスターやチケットが有している創作目的—美的表現と宣伝—とは異なるから変容的 (transformative) であって、原告ポスターと同じ装飾目的でドラマのセットとして使用したとして非変容的とされた前掲第 2 巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] とは異なる。原告画像はコンサートに関する歴史的所産としてのポスター等を被告書籍の読者が認識できる最小限度の大きさに縮小されたものであり、利益を得る目的で使用されたのではない。被告は原告画像を書籍の広告宣伝にも使用せず、被告書籍が有する商業的な伝記の価値に対して原告画像はわざと (by design) 付随的 (incidental) に使用されているとした。そして、研究所における雑誌論文等の全部コピーの回し読みとその孫コピーにライセンス料が支払われなかったことについて、既存のライセンス市場への悪影響を認めた前掲第 2 巡回区 [*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*] とは異なり、原告がライセンス料を得ている市場とは、使用する画像や過去の出来事の背景に関する考察や編集行為をほとんど伴わずに原告画像をページの全面に使うことや、大きくはっきりとよく見えるように使うことに対してである。原告は被告書籍による変容的な画像の使用から得られるライセンス料収入の重大な損失に関する直接の証拠を示していないなどとして、原告の潜在的な市場への影響も認めなかった。

一方、第 9 巡回区でも、連邦控訴裁判所²³⁹が「本件はなぜフェア・ユースの法理が存在

²³⁶ See Pamela Samuelson, *Possible Futures of Fair Use*, 90 Wash. L. Rev. 815, 826 (2015).

²³⁷ See *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

²³⁸ See *Bill Graham Archives, LLC v. Dorling Kindersley Ltd.*, 386 F. Supp. 2d 324 (S.D.N.Y. 2005).

²³⁹ See *Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*, 709 F.3d 1273 (9th Cir. 2013).

するのにかに関するひとつの好例である」と説示して、ミュージカルにおけるテレビ番組の映像素材の伝記的な使用について非侵害とした 2013 年の事例 [*Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*] がある。1960 年代に世界的にたいへん人気のあったアメリカのロックバンド「The Four Seasons」(バンド) の活動の足跡を伝える被告ミュージカル「Jersey Boys」(ミュージカル) において、1966 年にバンドを紹介したテレビ番組「The Ed Sullivan Show」(番組) から抜粋した 7 秒間の VTR が、原告に無断で劇中上映されたという事案について、裁判所はフェア・ユースを認めた原審²⁴⁰を以下のとおり容認した。ミュージカルにおける番組の劇中使用について、このバンドが Ed Sullivan によって選ばれて番組で演奏したことは、このバンドがアメリカの音楽シーンで長く名を馳せたことの証であり、それを伝記的に使用することは変容的である(前掲第 2 巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*]、後掲第 9 巡回区 [*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] を引用)。また、7 秒間の使用部分について、Ed Sullivan が観客の前でこれから演奏しようというバンドを単に紹介している部分であるから、そもそも著作物であるかどうかとも怪しく、質的に重要であると認めることは困難である。Ed Sullivan のカリスマ的魅力こそ原告が保護を求めるものであるが、カリスマは著作権で保護されない。そして、二次的使用であるミュージカルは、元の番組に取って代わって元の番組の派生的使用の機会を奪うものではない。なぜならミュージカルの舞台において 7 秒間の映像素材を一度見せただけで、ミュージカルのビデオテープや DVD も作成されていないからである。したがって、ミュージカルでの映像素材の使用は、原告のビジネスモデルに対してなんら理由のある脅威を与えることなく、被告の創作を前進させるものであるとした。

人々によく知られる人物の生涯を紹介するドキュメンタリーを制作する際、その人物が活躍する様子をとらえた映像や写真の一部を使用することは、ごく一般的に行われている。見る人の記憶を呼び覚まし、あるいはその人物像を分かりやすく伝えるために必要だからである(後掲第 9 巡回区 [*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] 参照)²⁴¹。伝記として取り上げる人物が関係する原告映画の一部を、被告ドキュメンタリーで使用したことについて、使用の目的、使用した部分の中身と時間から原告著作物に取って代わるものではないとして非侵害としたニューヨーク州南部地区の事例に、1996 年の [*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*] と 2001 年の [*Hofheinz v. A&E TV Networks*] がある。

1996 年の [*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*] は、Muhammed Ali の生涯を紹介する 94 分間の被告ドキュメンタリー「Ali -- The Whole Story」が、Ali 対 George Foreman の歴史的なボクシング世界タイトルマッチをテーマとする 84 分間の原告ドキュメンタリー映画「When We Were Kings」から、試合映像を含まない練習等の様子をとらえた映像を 9 カットから 14 カット引き、短いカットで 41 秒間、長いカットで 1-2 分間に編集し、合計 3 分間を超えない尺で取り込んだ(部分使用した)という事案であった。ニューヨーク

²⁴⁰ See *Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*, 782 F. Supp. 2d 898 (C.D. Cal. 2010).

²⁴¹ See *Elvis Presley Enters. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 629 (9th Cir. 2003).

州南部地区連邦地裁²⁴²は、被告 **Muhammed Ali** の人物像は公衆のもっともな関心事であり、問題とされたひとつひとつの素材の長さは3秒未満でとても少なく短いもので、原告映画（世界戦）と被告番組（伝記）はテーマも内容も全く異なるものである。また、被告番組が過去の出来事を伝える映像素材として原告映像を41秒間から2分間使用したことは、被告番組の94分間の全体尺に関してあまりに少なく、短く、小さく（too few, too short, and too small in relation to the whole）、使用部分は原告映画の中心（the focus）では決してない。よって、原告映画の市場にはまったく影響を与えそうにない。原告映画の劇場公開（上映）の1週間前に被告番組が放送されることが原告映画の市場に影響を与えるかどうかは分析の要素とはならないなどとして、フェア・ユースを認めた。裁判所は変容的（transformative）という言葉こそ用いていないが、事案との関係から変容的な利用の事例といえるだろう。

2001年の [*Hofheinz v. A&E TV Networks*] では、アメリカの俳優 **Peter Graves** の生涯を伝える約44分間のドキュメンタリーで、**Graves** が主役を演じたモンスター映画のトレーラー（予告編）から約20秒間映像を引いて部分使用した。ニューヨーク州南部地区連邦地裁²⁴³は、トレーラーの部分使用は、原告映画の創作的表現（creative expression）を再現するためのものではなく **Graves** の出演シーンの単なる断片（just snippets）であって、映画ビジネスの初期における **Graves** の業績を視聴者が分かるようにするという変容的（transformative）な目的があり、前掲 [*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*] と同じであるとした。また、20秒間という使用尺は元の原告映画の1%にも満たず、視聴者に対して **Graves** が出演した映画であることを伝える目的しかないとした。

訃報の構成

社会的な関心事を伝えるという点で、伝記とは目的が重なり合っているものとして、訃報での使用がある。2001年の [*Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*] では、テレビネットワークの被告 **CNN**、**ABC**、**CBS** が、アメリカの俳優 **Robert Mitchum** の死亡を伝える訃報ニュースにおいて、**Mitchum** の代表的な出演映画を6秒から22秒間を抜粋し、音声にはニュースコメントをかぶせて映像のみを放送した。原告は、被告らが訃報ニュースで原告映画を使用するだろうと予想して、被告の放送をテレビの前で10時間以上チェックしていたという。被告らは原告から5000ドルないし1万ドルのライセンス料の支払いを請求されたが、被告らはこのような訃報での使用はもとよりフェア・ユースであると判断して放送した。ニューヨーク州南部地区連邦地裁²⁴⁴は、映画の部分使用は、**Mitchum** の死亡をニュー

²⁴² See *Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*, 935 F. Supp. 490 (S.D.N.Y. 1996).

²⁴³ See *Hofheinz v. A&E TV Networks*, 146 F. Supp. 2d 442 (S.D.N.Y. 2001).

類似事例として、See *Hofheinz v. Amc Prods.*, 147 F. Supp. 2d 127 (E.D.N.Y. 2001).

²⁴⁴ See *Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 25687 (S.D.N.Y. 2001).

ス報道（news reporting）することに関連して行われたものであって、著作権法 107 条に規定された目的のひとつのために行われたものであるから、被告らの使用はフェア・ユースを強く推定させる。訃報での使用には、視聴者に Mitchum の死を伝え、Mitchum が芸術に与えた衝撃を分かるようにするという完全に新たな目的と性質が加わっているため変容的（transformative）であるとした（前掲 [Hofheinz v. A&E TV Networks] を引用）。部分使用した尺は元の映画（108 分間）の 1%にも満たずこのような使用は de minimis であり、使用した部分も元の映画の核心（the heart）ではないとした。そして、被告らによる訃報を目的とする変容的な使用は、原告映画の市場を損なうにはあまりに少なく、短く、小さい（前掲 [Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.] を引用）などとして、フェア・ユースを認めた。

批評・論評の展開

ドキュメンタリーや報道情報番組で議論を展開するために、関連する映画を部分使用したことについて、使用時間が短く、核心部分でもなかったとしてフェア・ユースを認めた事例に、2001 年の [Hofheinz v. Amc Prods.] と 2005 年の [Wade Williams Distrib., Inc. v. ABC] がある。

2001 年の [Hofheinz v. Amc Prods.] は、ライセンス拒絶と暫定的差止め請求がからんだ事例である。モンスター映画を多数製作した映画会社 American International Pictures (AIP) のアメリカの映画産業に与えたインパクトを伝えるドキュメンタリー番組を企画した被告番組制作会社は、原告が著作権を有する複数の映画や、AIP の製作責任者であった原告の亡夫 Nicholson の未公表写真等をドキュメンタリー番組で使用し番組を劇場上映するライセンスを原告から得た。ところが完成した番組を試写（視聴）した原告は、被告が予定していたアカデミー賞エントリーのための劇場上映開始の 2 日前になって、劇場上映には同意していないと通告。被告はそのまま宣伝と劇場上映を行ったところ、原告が暫定的差止め命令（preliminary injunction）を申し立てたといういささか筋の悪い事案である。ニューヨーク州東部地区連邦地裁²⁴⁵は、原告映画はもともと娯楽のためのものであるのに対して、被告ドキュメンタリー番組における原告映画等の部分使用には AIP が映画産業に与えた影響を視聴者に伝えるドキュメンタリーとしての新たな目的が加わっており、変容的（transformative）であるとした。また、番組で部分使用した各映画は 10 秒から 54 秒、番組の宣伝で使用した映画の部分使用も 14.87 秒、映画の宣伝ポスターの映像が 21.33 秒、映画に出てくるモンスターの模型映像が 43.77 秒、未公表写真の映像が 37.43 秒であったことについて、このような使用は de minimis であるとした。部分使用した部分を質的に見

²⁴⁵ See *Hofheinz v. Amc Prods.*, 147 F. Supp. 2d 127 (E.D.N.Y. 2001).

でも、元の映画作品の核心 (the heart) を抜いているわけではなく、ドキュメンタリーを構成するのに必要な範囲を超えてはいないとした。そして、潜在的な市場に対する影響について、被告による使用がフェア・ユースとみなされるならば、原告の作品をライセンスする価値が減ってしまうとの原告の主張を、フェア・ユースの抗弁を骨抜きにする (eviscerate) ものとしてはっきりと否定した。裁判所は、本件のようにある特定の状況において、著作権全体の目的一より多くの著作物を創作することを前進させるならば、法はフェア・ユースの庇護を求める著作権侵害者 (copyright infringer) に対して、著作権者からライセンスを得ることを要求しないのであり、フェア・ユースのポイントはまさにそこであるとした。さらに、裁判所は、被告ドキュメンタリー番組には 40 万米ドルを超える制作費と 18 ヶ月を超える制作期間が費やされた上に、エントリーしているアカデミー賞の最終選考中でもあり、原告の主張を認めて被告番組の使用が差止められるとなると、被告番組に投じられた商業的な投資に対して取り返しのつかない損害を与えることになるのは明白として、エクイティ²⁴⁶のバランスは原告に与しないため、原告による暫定的差止め命令 (preliminary injunction) は否定されなければならないとした。

2005 年の [Wade Williams Distrib., Inc. v. ABC] では、被告テレビネットワーク ABC の朝の報道情報番組「Good Morning America」のコーナーにおいて、宇宙にまつわる過去の主な出来事やエイリアンとの遭遇を描いた映画を話題として取り上げて番組の MC と編集長が議論した際、3 本の原告映画を計 24 秒間、部分使用した。ニューヨーク州南部地区連邦地裁²⁴⁷は、被告番組では出演者が、これまで原告映画がどのようにエイリアンとの遭遇を描いているのかについて批評・論評しており、変容的 (transformative) な使用であるとした。部分使用した尺は、原告映画の全体尺 71 分に対して 3 秒、84 分に対して 12 秒、77 分に対して 9 秒ときわめて短く、しかも出演者のコメントによって VTR の音声はほとんど聞こえなかっただけでなく、使用した部分が映画の核心部分であると認めた陪審員は誰もいなかったとした²⁴⁸。

²⁴⁶ エクイティ (equity) とは、コモン・ロー (common law) に基づく金銭賠償による救済では不十分な場合に、特定の物の引渡しや特定の行為の禁止を裁判所が命ずる特定の救済を与える英米法の基本体系であることについて、田中英夫『英米法総論 下』(1980 年・東京大学出版会) 538 頁、557 頁、伊藤正己＝木下毅『アメリカ法入門 [第 5 版]』(2012 年・日本論評社) 103 頁以下参照。

²⁴⁷ See *Wade Williams Distrib., Inc. v. ABC*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 5730 (S.D.N.Y. 2005).

²⁴⁸ 類似事例として、2001 年の [*Hofheinz v. Discovery Communs., Inc.*] がある。エイリアンの出現と政府による隠蔽問題を取り上げた約 1 時間の被告ドキュメンタリーにおいて、原告映画のトレーラーからそれぞれ 8 秒、8 秒、32 秒の 3 カット計 48 秒分が抜粋され部分使用されたことについて、ニューヨーク州南部地区連邦地裁は、被告の使用にはエイリアンの出現に関する政府による隠蔽の特定、映画におけるエイリアン出現場面での特殊効果の使い方の紹介、サイエンスフィクション映画の昔と今の対比、といった異なる 3 つの目的があり、エイリアンの出現についての論評を補強する変容的な目的がある。使用尺も原告映画の 1% にすぎずほんのわずかで断片的であり、核心 (the heart) を使用していないとした。See *Hofheinz v. Discovery Communs., Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 14752 (S.D.N.Y. 2001).

一方、映画における楽曲の一部使用について、核心部分の使用ではあったが、楽曲の持つ思想の批判に必要だったとして、前掲最判 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] の判例法理を非パロディ事案へ適用してフェア・ユースを認めたとされる事例がある²⁴⁹。2008 年の [*Lennon v. Premise Media Corp., L.P.*] である。いわゆるインテリジェント・デザイン（創造説²⁵⁰）と進化論の論争に関する被告映画「Expelled」において、原告が著作権を有する楽曲 John Lennon「Imagine」が、字幕による歌詞 10 語（Nothing to kill or die for/And no religion too.）の表示とともに 15 秒間使用された。ニューヨーク州南部地区連邦地裁²⁵¹は、映画は営利目的で作られたが、被告が原告楽曲を使用した目的は、楽曲の非宗教的なユートピア思想を批判することであり、資料映像を用いた批判は暗喩的ではあるが変容的（transformative）であるとした。また、被告映画では批評に必要な部分のみを使用している一方、楽曲 Imagine の核心（the heart）を使用しているところ、パロディに対して行った前掲最判 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] の分析は批評・論評目的のコピーにも等しく適用されることから、量的・質的いずれも被告による原告楽曲のコピーは相当であるとした。そして、原告は潜在的な市場への影響について、楽曲 Imagine の無断使用が広く行われるようになってしまったら、楽曲をライセンスする市場が損なわれるだろうと主張した。しかし裁判所は、前掲第 2 巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] と同様、問題となっているのは変容的な利用にかかる市場であって、原告楽曲を 15 秒間、変容的な目的で被告に利用させることが原告楽曲の通常の使用をライセンスする市場を奪うということを示す証拠を原告は何も提示していないとしてフェア・ユースを認め、原告による暫定的差止め命令（preliminary injunction）の申し立てを認めなかった²⁵²。

このほか、宗教の偽善を批判することをテーマとする楽曲「East Jesus Nowhere」を演奏する世界的パンクロックバンドの被告「Green Day」のライブコンサートでのステージ演出のために、苦悩に満ちて叫んでいる男の顔を全面に描いた原告ポスター「Scream Icon」を撮影した画像へ顔の中心を覆うように赤色のスプレーで十文字を大きく書き加えて合成画像を作成し、4 分間の同楽曲の演奏中にステージ上で映写する背景映像として使用したことについて、フェア・ユースを認めた原審²⁵³を是認した比較的近時の事例がある。2013 年の第 9 巡回区 [*Seltzer v. Green Day, Inc.*] である。第 9 巡回区連邦控訴裁判所²⁵⁴は次の点を重視した。被告背景映像には、宗教の持つ暴力性を批判するという元の原告ポスターには

²⁴⁹ See 4 Nimmer on Copyright § 13.05 [A][3] n. 210.5.

²⁵⁰ ダーウィンの進化論を否定し、聖書の記述に基づいた神による天地創造を主張する説。『広辞苑〔第 6 版〕』参照。

²⁵¹ See *Lennon v. Premise Media Corp., L.P.*, 556 F. Supp. 2d 310 (S.D.N.Y. 2008).

²⁵² 矢野敏樹「米国著作権法におけるパロディとフェア・ユース/差止め請求—パロディに関する裁判例と、小説の続編出版が問題とされた最近の事例から—」日本大学知財ジャーナル 4 号（2011 年）42 頁注(25)は、本件は後掲最判 [*eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*]（後掲注(276)参照）が直接妥当するとは捉えていないことを紹介する。

²⁵³ See *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 92393 (C.D. Cal. 2011).

²⁵⁴ See *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170 (9th Cir. 2013).

ない新たな意味とメッセージが加わっており、変容的である。前掲第9巡回区 [*Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*] で部分使用されたテレビ番組「The Ed Sullivan Show」のように、原告ポスターを意味的に分けて部分使用することはできない。被告が全部を使用したのは新たな表現、意味づけやメッセージを成し遂げるために必要だったからである。被告背景映像の使用は商業的ではあるが、被告のアーティストグッズ、アルバム、宣伝物などには原告ポスターの合成画像は一度も使用されたことはなく、3時間のツアーのステージの中の1曲でのみ使用された。被告による以上の使用が、原告ポスターの主な市場に取って代わるという合理的な状況はどこにもない。裁判所は以上のように判示して非侵害と帰結したが、本稿は後に述べるとおり、まさに背景での利用だったとはいえ、この第9巡回区 [*Seltzer v. Green Day, Inc.*] の事案をフェア・ユースと理解するには、関連裁判例との比較からいささか違和感があるため、かなり例外的な限界事例と把握している。

番組オープニング映像でのコラージュ

ニュース番組のオープニング映像のために、原告ニュース素材を数秒間コラージュして背景的に使用したことについて、核心部分を使用しておらず関連する市場にまったく影響を与えそうにないとしてフェア・ユースを認めた事例に、2002年の第9巡回区 [*L.A. News Serv. v. CBS Broad., Inc.*] がある。問題となった原告ニュース素材とは、1992年のロサンゼルス暴動事件の現場でトラック運転手が襲撃されている様子を原告がヘリで空撮した映像であった。同事件の訴外被疑者の裁判を伝える被告ニュース番組「Prime Time Justice」の冒頭、原告ニュース素材からトラック運転手の頭にレンガを投げつける男を映した部分の映像を抜き出し、同番組のオープニング映像でモンタージュして使用し、2秒間、時計が一回りする映像の背景映像として放送した。第9巡回区連邦控訴裁判所²⁵⁵は、モンタージュを制作することには、単なるリピート放送を超えた創作性の要素が合理的に認められ、元のニュース価値を超える目的に資する変容的な使用であるとした²⁵⁶。

²⁵⁵ See *L.A. News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002).

²⁵⁶ この事件では、放送を告知するための予告編 (teaser) において、男がレンガを投げつける映像を3秒間部分使用して放送したことも、あわせて問題となった。裁判所は、予告編での使用はほとんど変容的ではない (less transformative) としつつも、被告のニュースは、襲撃事件そのものではなく被疑者の裁判であるから原告ニュース素材のニュース価値と直接競合せず、同じ原告ニュース素材の著作権を完全に侵害した後掲第9巡回区 [*Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*] (ケーブルテレビのニュースが原告ニュース素材の核心部分の繰り返し放送) や、同 [*L.A. News Serv. v. Reuters Tv Int'l*] (通信社が原告ニュース素材を無断で国際配信) とは区別できるとした。潜在的な市場への影響についても、使用時間は3秒間で、原告ニュース素材の核心 (the heart) とはいえない部分であったことから、遠慮のない剽窃事案 (a case of unrestrained piracy) とは異なるなどとして、大きな影響を認めなかった。

類似事例として、2004 年の第 2 巡回区 [*Kane v. Comedy Ptnrs*] もある。被告全米ケーブルチャンネル「Comedy Network」の情報バラエティ番組「The Daily Show」のコーナー企画「Public Excess」のオープニング映像のなかで、元ストリッパーの原告自身が出演・制作してパブリック・アクセス（ローカルコミュニティチャンネル）で放送中の番組「The Sandy Kane Blew Comedy Show」から、ほとんど裸で歌って踊るシーンを 2 秒間無断で部分使用して、他の VTR とコラージュして毎回放送し²⁵⁷、被告番組の番宣スポットでも使用したことについて、第 2 巡回区連邦控訴裁判所²⁵⁸は、被告による使用態様はパロディとはいえないが、パブリック・アクセス番組としての原告番組の質を嘲笑的に批判する目的があり、原告の歌声は聞こえず、原告番組の需要を吸い取る影響はほとんどないとしてフェア・ユースを認めた原審²⁵⁹を容認した。

背景的なパロディ

背景的な利用にパロディの意味が込められていたことからフェア・ユースと判断された事案もある。映画の登場人物である黒人と白人を対置して描写するために映画の小道具として原告絵画を使用したことにはパロディ目的が認められる一方、被告映画での使用は原告絵画に取って代わるものではないとしてフェア・ユースを認めた 1997 年の事例に、[*Jackson v. Warner Bros.*] がある。被告映画「Made In America」の中のリビングルームのセットの一部に、アフリカで若者が大人になるための通過儀礼を描いた原告絵画 2 点が小道具として飾られ、ふたつのシーンで 60 秒間背景的に写し出された。原告は、黒人の Whoopi Goldberg が主演して黒人の文化を取り上げた被告映画について、被告が文化を利己的に利用している（culturally exploitive）と考えて、仮に被告から映画での絵画の使用ライセンスを求められても断つだろうと主張していた。ミシガン州東部地区連邦地裁²⁶⁰は、被告映画では一方の絵画は数秒間、役者の演技近くで見ることができたが、他方を含め一度もピントは合っておらず、原告絵画を物理的に使用したものの、被告は原告絵画を利用して利益を得ようとしていたわけではなく、映画の売り上げを伸ばすために利用したわけでもないため、このようなわずかな使用は重要でないとした。さらに、裁判所は原告の市場

²⁵⁷ The Daily Show with Jon Stewart, Public Excess -Entertainment's Kings And Queens, Clip1/19/1999, <http://www.cc.com/video-clips/24txa6/the-daily-show-with-jon-stewart-public-excess---entertainment-s-kings-and-queens> (accessed Jun. 21, 2017).

²⁵⁸ See *Kane v. Comedy Ptnrs*, 98 Fed. Appx. 73 (2d Cir. 2004).

²⁵⁹ See *Kane v. Comedy Partners*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 18513 (S.D.N.Y. 2003).

ちなみに被告番組の本編でも、原告番組のテーマ曲「I Love Dick」を原告がほとんど裸で踊りながら歌っているシーンが 6 秒間使用されたが、原告はこの部分についての著作権侵害を主張しなかった。6 秒間の使用部分ではほとんど歌声は聞こえなかった。

²⁶⁰ See *Jackson v. Warner Bros.*, 993 F. Supp. 585 (E.D. Mich. 1997).

への影響を吟味するにあたって、被告映画では人種の問題をコメディの方法で取り扱っており、仮に被告映画において原告作品がいたるところで使用されたとしても、原告作品の利益性や人気には影響を与えそうになく、被告は著作権法において認められ得る損害を主張していないとした。

同じく背景的なパロディの事例として、原告が作成し著作権を有する女優 Farrah Fawcett の姿を映したポスターを、被告雑誌の購読を募る 1 ページ広告のセットの一部として使用したことについて非侵害とした、1986 年の第 6 巡回区 [*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*] がある。裁判所²⁶¹は次のように判示して、フェア・ユースを否定した原審を破棄差し戻した。すなわち、被告の行為が原告ポスターにおける原告の投資に対する経済的な見返りを決して減らさないと認める一方、広告の営利目的はフェア・ユース否定に決定的 (conclusive) であって、原告ポスターの使用について原告の同意が得られなかったであろうことを知っていた被告がフェア・ユースの抗弁の恩恵を享受すべきでないとした原審の判断は誤りである。被告広告の第 1 目的は営利ではあるが、10 代の少年が自分の部屋にいるという設定で、少年の後方にセットの一部として原告ポスターがほぼ切手サイズの大きさに縮小されて映っていた。被告広告では、「Save This Child From The Seventies.」(70 年代からこの子を救ってください。) との見出しを付して、主演 John Travolta が踊るシーンを写した映画「Saturday Night Fever」のポスターや「Jaws」とのタイトルの 5 冊の書籍とともに原告ポスターが背景的に使用されていた。この被告広告の第 2 の目的とは、70 年代文化を風刺する (parody) ものである。被告による切手サイズによるポスターの利用の目的は、パロディの対象を人々に思い起こさせるためだったことであり、原告ポスターの潜在的市場には何も影響を与えていないとした。

小括

先行創作を使用する何らかの意図があり、使うものに代替性の認められない事案において、諸事情の比較衡量として裁判所がまず重視するのは、その使用意図、目的である。上記の事案では、伝記や訃報の構成、批評・論評の展開、番組オープニング映像でのコラージュ、背景的なパロディといった目的があった。そして、被告の上記使用目的がいずれも原告の元の創作目的とは異なる新たなものだったことから、違う目的に資する生産的な (productive)²⁶² 使用と認められ、抗弁を強めている。前掲第 2 巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] の原告ポスターはイベントの告知、前掲第 9 巡回区 [*Sofa Entm't*,

²⁶¹ See *Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*, 787 F.2d 592 (6th Cir. 1986).

²⁶² 以下本稿では、先行創作へ社会的に価値のある創作的要素を付加する後発創作という意味で、「生産的」(productive) と「変容的」(transformative) を特に区別せずに用いる。See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 498 (6th ed., LexisNexis 2014).

Inc. v. Dodger Prods.】の原告テレビ番組「The Ed Sullivan Show」はエンタメが創作目的だったのに対して、被告は伝記という別の新たな目的で使用了、という違いである。その他の事例も同様に、濃淡の差はあれ、先行創作とは別の新たな使用目的が認められている。

ではなぜ裁判所は、後発創作における生産的な目的の有無やその度合を重視するのだろうか。それは、生産的な使用が社会における著作物の豊富化という「社会的な便益」²⁶³をもたらすことにつながるため、生産的な目的のある使用はなるべく許容してやることで、新たな後発創作を積極的に促していく必要があると考えているからではないだろうか。生産的な利用をめぐる前掲事例のなかには、ライセンス交渉がまとまらなかった第2巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*]、訃報での使用を待ってましたとばかりに高額のリценズ料を請求した [*Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*]、上映直前にライセンスを撤回して暫定的差止め請求を申し立てた [*Hofheinz v. Amc Prods.*]、黒人文化の滑稽な扱い方が気に入らないとして仮に被告からライセンスを求められても断つだろうと主張した [*Jackson v. Warner Bros.*] など、訴訟に至る事情として取引費用が特に問題となったものがあつた。生産的な目的の認められる後発創作に対して、このような取引費用の負担を過剰に強いるならば、新しい作品の創作を阻害する効果が強くなりすぎる²⁶⁴ということも考慮して、裁判所は事案を見ているように思われる。

侵害の当否を分ける決め手となっているもうひとつの事実は、質的・量的な使い方である。たとえば第9巡回区 [*Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*] では「The Ed Sullivan Show」に出演したバンドの演奏ではないシーンを7秒間劇中使用したことや、前掲 [*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*] では Muhammed Ali の被告伝記ドキュメンタリーで使ったのは原告映画の世界タイトルマッチ以外の部分だけで、1カットあたり数秒間、合計3分間を超えなかったことなど、使用した時間がごく短く、元の著作物の核心ではなかったといった事実も、裁判所による衡量ではとても重視されている。これは、前掲最判 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] の判例法理によって「許容されるコピーの程度は使用の目的と性質によって変わる」²⁶⁵とされるところ、裁判所は、実際の使い方を見て「コピーの目的との関係で合理的かどうか」²⁶⁶を判断し、さらに「元の著作物や潜在的にライセンスされる派生的著作物の市場に代替するか」²⁶⁷を判断するからだろう。したがって、後発創作が、先行創作とは別の新たな生産的な目的のために、先行創作たる映画やテレビ番組の核心ではない部分を10秒未満使用するとか、あるいはポスターや写真といった先行創作であればそれを縮小して載せるといった使い方であれば、これまで見てきた事例に照らすと、潜在

²⁶³ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

²⁶⁴ William M. LANDES & Richard A. POSNER (山根崇邦訳)「著作権の考え方」知的財産法政策学研究10号(2006年)45-46頁参照。

²⁶⁵ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 586-587 (1994).

²⁶⁶ See *id.* at 586.

²⁶⁷ See *id.* at 587.

的な市場には影響しないと判断される結果²⁶⁸、抗弁が成功する可能性があると思われる。さらに、パロディ（前掲第6巡回区 [*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*]）や先行創作の基底をなす思想・表現の批判（前掲 [*Lennon v. Premise Media Corp., L.P.*]）といった相対的により強い意図、目的に基づいていれば、たとえ核心部分を使っていたとしても、それは、先行創作とは全く異なる目的での使用であって、先行創作の市場とは異なるから悪影響を与えることがないと思われるため、抗弁が弱くなることはなさそうである²⁶⁹。第6巡回区 [*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*] は、広告での使用とはいえ、表現に込められた風刺と、背景的に写ったポスターの大きさが切手サイズだったことから原告の市場への影響がないことをより重視して、全員一致でフェア・ユースと認めた。そもそもパロディの場合、前掲最判 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] の判例法理により、変容的な度合が大きければ背景的な使用である必要はないが、第6巡回区 [*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*] は、変容的な度合との相関で背景的な使用という事情も考慮されることを示した興味深い事例といえる。

このように考えると、楽曲のキービジュアル用に原告ポスターの全面に赤い十文字を書き加えて合成画像を作成し、ステージの背景として大きく映写して使用したという前掲第9巡回区 [*Seltzer v. Green Day, Inc.*] は、フェア・ユースと認められたものの、メインストリームからかなり外れる例外事例といえるかもしれない。というのも、前掲第2巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] のように原告ポスターを縮小して使用するどころか、被告背景映像ではコンサートの大規模な演出として原告ポスターの全部を拡大映写して使用した。また、前掲 [*Lennon v. Premise Media Corp., L.P.*] では原告楽曲の思想を批判するために原告楽曲の歌詞の核心部分を使用したのに対して、 [*Seltzer v. Green Day, Inc.*] における被告背景映像の批判の対象は宗教の持つ暴力性であり、ロサンゼルス若者文化などを象徴する目的の原告ポスターとは、そもそも関係がなかったからである。第9巡回区連邦控訴裁判所は、非変容的な事例として後掲第9巡回区 [*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] や前掲第2巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] などを引用し、変容的な事例として前掲第2巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] や、サンダルを履いた女性のふくらはぎの映った部分を用いた被告コラージュ絵画²⁷⁰が原告写真の創作目的とは鋭く異なるとして変容性を認めた第2巡回区連邦控訴裁判所判決 [*Blanch v. Koons*]²⁷¹などに依拠して判旨を展開。原告ポスターに込められたメッセージと被告背景映像に込

²⁶⁸ See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 508 (6th ed., LexisNexis 2014).

²⁶⁹ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 591 (1994). 奥邨弘司「米国著作権法における Parody」著作権研究（2010年）28頁参照。

²⁷⁰ See Jeff Koons, *Niagara*, <https://www.guggenheim.org/artwork/10734> (accessed Jun. 23, 2017).

²⁷¹ See *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2d Cir. 2006).

ファッション誌に掲載された原告写真からサンダルを履いた女性の足のふくらはぎ部分をくりぬいて、他の女性の足3組やアイスクリーム、ドーナツなどとコラージュした被告絵画について、被告は、マスコミによって作り上げられる社会や美について論評するための

められたメッセージは異なるとして変容性を認めた。しかし、本稿には、パックロックバンドである被告の楽曲「East Jesus Nowhere」のイメージを伝えるキービジュアルのベースとして、苦悩に満ちて叫んでいる男の顔を描いた原告ポスターのビジュアルがたまたまよかったため、仕上げて赤い十文字を激しく書き加えて使った、という単なる非生産的の使用のように思えてならない。これはどちらかというと、被告アパレル広告での装飾演出として、際立って独創的なデザインのメガネ型装飾品をモデルに着用させて使用したことについてフェア・ユースを否定した後掲第2巡回区 [*Davis v. Gap, Inc.*] や、上院議員時代のオバマ前合衆国大統領を撮影した原告肖像写真を画像処理して抽象化し、「HOPE」という語を加えてオバマ陣営の大統領選挙ポスターとして作成・使用され、ニューヨーク州南部地区連邦地裁での和解に至った被告ポスター²⁷²といった、単なる広告使用の事案のような気がする。このように使用目的との関係から考えると、ステージ上の大規模なセットとしてドラムセットの背景で大きく映写するという [*Seltzer v. Green Day, Inc.*] での使い方²⁷³は質的・量的に見て、フェア・ユースとしての限度を超えてしまっているようにも思える。

では、裁判所がこの事案をフェア・ユースと判断した決め手は何だったのか。それは、被告がアーティストグッズや宣伝物などには原告ポスターの上記合成画像を一切使用せず、使用したのはステージでの「East Jesus Nowhere」の演奏中だけだった、という事実だった。つまり裁判所は、被告による使用が原告著作物の主な市場を奪うことはないと判断して、フェア・ユースを認めたものとみられる。

2) 市場を奪うことになりそうと判断されたもの

伝記の皮を被ったグッズ

伝記といっても目的上必要以上の使用ともなれば、原告著作物の市場に悪影響を与えて

素材 (as fodder for his commentary on the social and aesthetic consequences of mass media) として原告写真を必要な部分だけを使用しており、原告写真の創作目的とは鋭く異なるから変容的であって、被告の使用が原告の市場へ何も悪影響を与えていないとしてフェア・ユースを認めた原審 (*Blanch v. Koons*, 396 F. Supp. 2d 476 (S.D.N.Y. Nov. 1, 2005)) を是認した事例。Neil W. Netanel (石新智規＝井上乾介＝山本夕子訳)「フェアユースを理解する (2・完)」知的財産法政策学研究 44 号 (2014 年) 163 頁以下は、上記 [*Blanch v. Koons*] を、[*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] に引き続いて、被告の表現目的が原告の創作目的とは異なっていることをより重視した指導的事例と位置付けている。

²⁷² See William W. Fisher III et al, *Reflections on the hope poster case*, 25 Harv. J. Law & Tec 243, 267, 327 (2012), <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v25/25HarvJLTech243.pdf> (accessed Jun. 23, 2017); See also Barack Obama Artwork Case Settled, BBC News (Jan. 12, 2011, 12:55 PM), <http://www.bbc.com/news/entertainment-arts-12170620> (accessed Jun. 22, 2017).

²⁷³ YouTube ではユーザーによって投稿されたと思われる実際のステージ映像を見ることができる。高さ数メートルはあろうかと思われる巨大な被告背景映像が見て取れる。

しまうため、正当化根拠が減じられてフェア・ユースが否定されることになる²⁷⁴。Elvis Presley の生涯を取り上げた被告ドキュメンタリービデオ作品「The Definitive Elvis」において、原告が著作権を有する Presley の映画やテレビ番組を短いもので数秒間、長いもので1分間超、写真や音楽を含めて原告の許諾を得ずに全編にわたって繰り返し数えきれないほど多く使用し、本編の全体尺16時間のうち少なくとも5-10%を原告のVTRや写真などで構成した、というある意味分かりやすい“使いすぎ”事案について、フェア・ユースを否定した2003年の第9巡回区 [Elvis Presley Enters. v. Passport Video] がある。第9巡回区連邦控訴裁判所²⁷⁵は、次のように指摘した。被告ドキュメンタリーは伝記ではあるが明らかに商業的なものであるところ、伝記を制作するには解説のために Presley の出演した最も有名なテレビ番組を使用することは不可欠だろう。その際、Presley の足跡を説明するためにVTRを数秒間使用してナレーションやインタビューを加えるといった使い方は変容的であるが（被告ドキュメンタリーでの原告映画の部分使用についてフェア・ユースを認めた1996年の前掲 [Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.] と2001年の前掲 [Hofheinz v. A&E TV Networks] を引用）、被告ドキュメンタリーでの使用目的は、伝記のための解説ではなく、本質的に娯楽である。Presley の出演番組である「The Steve Allen Show」での楽曲「Hound Dog」の歌唱をほとんどすべて途切れなく1分以上使用しているのは特に問題で、伝記として許容される目的を超えている。VTRを繰り返し何度も使用し、しかも最も有名な楽曲の最も親しまれている歌唱部分—原告著作物の最も価値のある部分（the heart）を抜き出している。そのうえ被告は、被告ドキュメンタリーの中に Presley の出演したテレビ番組素材が含まれていることを「Every Film and Television Appearance is represented」（映画とテレビの全出演シーンを収録）と宣伝して、ビデオボックスを販売した。原告は、そのような映像素材の使用に対して通常ライセンス料を課しているところ、被告の映像使用の中には原告著作物と同じ娯楽目的を果たしている非変容的（non-transformative）なものもあり、原告のライセンス市場に影響を与えそうであるなどとして、フェア・ユースを否定して暫定的差止め命令（preliminary injunction）²⁷⁶を下した原審を容認した。

²⁷⁴ See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2570, 2574 (2009); Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 509 (6th ed., LexisNexis 2014).

²⁷⁵ See *Elvis Presley Enters. v. Passport Video*, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003).

²⁷⁶ 飛行機を整備するための作業台の設計図をめぐる2011年の著作権侵害事件において第9巡回区連邦控訴裁判所は、第9巡回区が長年則ってきた、一応証明された（prima facie case）侵害の存在のありそうなことを原告が証明すれば回復不能の損害が推定されるとの判例法理は、2006年の最判 *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006) によって否定されており、仮差止めを命じた原審が依拠した *Elvis Presley Enters. v. Passport Video*, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003) はもはや有効ではなく、同最判の判例法理により原告は回復不能の損害を立証しなければならないとして原審の仮差止め命令を取消して差し戻した（See *Flexible Lifeline Sys. v. Precision Lift, Inc.*, 654 F.3d 989, 993-995 (9th Cir. 2011).）。第9巡回区は同最判が仮差止め命令の事案にも等しく適用されるとの立場を取っている（See *id.* at 996）。

上記最判 [*eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*] の打ち立てた判例法理とは、特許権侵害訴訟における終局的差止め命令（permanent injunction）の発給にあたって、①原告が回復不可

同様に、明らかなグッズ利用と見るべき類似事例として、プロフットボールリーグ NFL チーム「Baltimore Ravens」の活躍を紹介する被告映画における旧チームロゴの映り方（見せ方）は度が過ぎるとしてフェア・ユースを否定した、2010 年の第 4 巡回区 [*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*] がある。問題となった旧チームロゴとは、選手の経歴を伝えるドキュメンタリーでの不可避免的な小さい写り込みをフェア・ユースで処理した前掲 2013 年第 4 巡回区 [*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*] と同じものである。本件 2010 年事件の事案は、被告 Ravens のシーズン中の活躍を紹介するハイライト映画の中で、選手のヘルメットに付いている旧チームロゴが主として（primarily）映ったカットを使用し、イントロ映像で旧チームロゴを顕著に（prominently）表示するなどして映画を制作して宣伝し、同じく被告の NFL がウェブサイトにおいてそのハイライト映画を 50 ドルで一般販売したというものである。第 4 巡回区連邦控訴裁判所²⁷⁷は、原告が著作権を有するもとのロゴ（原告ロゴ）を無断コピーして作成された被告の旧チームロゴの目的は、Ravens や選手を象徴することであるところ、被告ハイライト映画での旧チームロゴの使用目的は被告チームロゴ自体の目的と同じ象徴であり、旧チームロゴの著作権問題についてのコメントは一度もないことから、変容的な目的は一切ないとした。また、変容的な目的がないのにロゴの全部を使用している。そして、本件被告映画の目的は娯楽であって一般への販売は営利的な利用であるとしつつ、被告 NFL は多数の製造業者らへ旧チームロゴの使用許諾（ライセンス）を与えていた事実があったことから、旧チームロゴのもととなった原告ロゴの潜在的な市場に対して実質的に悪影響を与えたとして判断を一転、過去の出来事を扱う文脈での付随的な使用であるとしてフェア・ユースを認めていた 2008 年の原審²⁷⁸を破棄差し戻した。

ニュースの皮を被ったエンタメ

能な損害を被っていること、②原告にとって、金銭賠償等のコモン・ロー上の救済が、損害の補償として十分でないこと、③原告と被告の不利益（hardships）のバランスを衡量した結果、差止めが必要とされること、④終局的差止めによって公益が害されることがないこと、というエクイティに基づく伝統的な 4 要件テストを満たす必要があるというものである。小島立 [判批] アメリカ法判例百選（2012 年）234-235 頁参照。同最判の仮差止め命令への適用可能性について、矢野敏樹「米国著作権法におけるパロディとフェア・ユース/差止め請求—パロディに関する裁判例と、小説の続編出版が問題とされた最近の事例から—」日本大学知財ジャーナル 4 号（2011 年）42-43 頁は、肯定的に分析する。矢野・同上 38 頁以下は、前掲最判 [*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*] に関する分析も詳しい。アメリカにおける差止めは、コモン・ローに基づく金銭賠償では不十分な不利益をエクイティに基づいて救済する制度であることにつき、田中英夫『英米法総論 下』（1980 年・東京大学出版会）557 頁、562 頁以下、伊藤正己＝木下毅『アメリカ法入門 [第 5 版]』（2012 年・日本論評社）106 頁以下参照。

²⁷⁷ See *Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*, 619 F.3d 301 (4th Cir. 2010).

²⁷⁸ See *Bouchat v. Balt. Ravens Ltd. P'ship*, 587 F. Supp. 2d 686 (D. Md. 2008).

訃報であっても、量的・質的に必要以上の使用、しかも不誠実な態様の存在により侵害に振れることが分かる事例に、1980年の第2巡回区 [*Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] がある。テレビネットワークの被告 CBS は、1977年12月25日に亡くなった俳優 Charlie Chaplin の30分間の回顧録番組において、Chaplin の監督映画6作品より55秒間から3分45秒間をそれぞれ抜粋して無断で部分使用した。被告 CBS は Chaplin の亡くなる数年前から作品の部分使用ライセンスを原告に何度も申し込んだが断られていた。原告自ら Chaplin の回顧録映画の決定版「The Gentleman Tramp」を制作していたからで、原告は逆に被告に対して原告制作の上記決定版の使用ライセンスを打診したが被告は断った。被告はパブリック・ドメインとなっている作品で構成した素材も事前に準備していたがそちらを使わず、著作権が存続している作品で構成した素材を放送した。ニューヨーク州南部地区連邦地裁²⁷⁹は、Chaplin のことは世間によく知られており、訃報での作品使用はパブリック・ドメインとなったものでも報道目的を十分に達せられるとした。被告の使用は量的に少ないものもあったとしても、陪審は被告が Chaplin の各映画のベストシーンを抜いていることを合理的に認めており、質的に十分な使用だとした。そして、被告は自ら回顧録映画を制作した原告からライセンスを断られたのに、訴外 NBC から定時ニュース用との使用条件のある編集済み素材を入手し、それを基に著作権の存続している Chaplin 作品をあえて使用して原告の決定版映画と同じ目的の回顧録番組を放送したことについて、陪審は不誠実 (bad faith) な態様を認めている。被告が Chaplin の特番で目覚ましい視聴率を稼いだことは、自らの営利と評判のために原告の権利を無視したとの推論 (inference) ²⁸⁰に至るなどとして、フェア・ユースを否定した。

同様に、特集ニュースの VTR において演出を図る目的で、以前から関心を持っていた他局ラジオ番組のオープニングテーマ曲を収録して編集し、その全部を無断使用したことについてフェア・ユースを否定したものとして、2001年の [*Byrne v. British Broad. Corp.*] がある。北アイルランドへの拳銃の密輸事件に対する FBI の捜査を取り上げた被告 BBC の20分間の特集ニュースの VTR において、ニューヨークにあるアイルランド系訴外ラジオ局のラジオ番組として使用されていた原告楽曲であるオープニングテーマ曲を、VTR の構成の転換と進行を分かりやすく視聴者へ見せるために、ニューヨークの空の映像とシンクロさせる演出を加えるなどして無断使用した。VTR で使用した同テーマ曲の音源は、ニューヨークロケで訴外ラジオ局のオンエアをスタジオで収録したもので、VTR での使用時間はラジオ番組のオープニングでの使用時間と同じ50秒間全部であった。ニューヨーク州南

²⁷⁹ See *Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F. Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1980), *aff'd*, 672 F.2d 1095 (2d Cir. 1982).

²⁸⁰ 証拠法において、証明された甲という事実から乙という別の事実を導きだすこと。わが国でいう「事実上の推定」に近い。田中英夫編集代表『英米法辞典』参照。

部地区連邦地裁²⁸¹は、被告 BBC が訴外ラジオ局を取材した目的である、FBI の捜査に対してアイルランド系アメリカメディアがどのような反応を示しているかを伝えるために原告楽曲はまったく必要なく、ニュースというより娯楽性を持たせるために使用したのは明らかである。被告 BBC の担当プロデューサーは原告楽曲が同ラジオ番組のオープニングテーマ曲であることを事前によく承知してロケで収録したのであるから、完全に偶発的な現場音の写り込みであった前掲 [*Italian Book Corp. v. ABC*] とは事案を異にするとした。また、被告も認めるとおりラジオ番組の原告楽曲部分 50 秒間の全部利用は *de minimis* を超えており、演出のために利用する意図をもって収録したことが窺い知れるところ、放送事業者による音楽著作物の無断コピーがまかり通るならば、放送事業者は音源を購入したりライセンスを受けたりする必要がなくなり、音楽著作物の市場が小さくなるとした。

ニュース供給市場の占奪

次の第 9 巡回区のふたつの事件は、明らかに市場を奪った事案と見られる。1992 年のロサンゼルス暴動事件現場を空撮した原告ニュース素材を、被告ケーブルテレビ局のニュース番組が繰り返し放送し、被告通信社が無断で国際配信したことについて、いずれも本来的に同じ報道目的での非変容的な使用であり、原告ニュース素材の市場を明らかに奪うものとしてフェア・ユースを否定した事例が、1997 年の [*Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*] と 1998 年の [*L.A. News Serv. v. Reuters Tv Int'l*] である。

まず [*Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*] では、被告ケーブルテレビチャンネルが、原告ニュース素材のコピーを入手して、30 秒間に編集した映像素材に自社のロゴをスーパーして繰り返し何度もニュースで放送して使用した。第 9 巡回区連邦控訴裁判所²⁸²は、原告・被告ともにニュースを取材・供給する仕事を行っているところ、被告ニュースにおける原告ニュース素材の使用は、原告がその映像素材を使用する目的と同じであり、報道目的があっても変容的とはいえないとした。また、4 分 40 秒間の原告ニュース素材のうち、被告はニュースとしての核心 (the heart) 部分の 30 秒間を使用したのであって、質的・量的ともに十分な使用であるとした。空撮取材には費用もかかるところ、もしこのような行為がより広く行われるとしたら、原告の創作インセンティブに対して悪影響を及ぼすことは疑いないだろうとして、フェア・ユースを認めていた原審を破棄差し戻した。

さらに、原告ニュース素材を被告通信社が無断で国際配信した [*L.A. News Serv. v. Reuters Tv Int'l*] でもフェア・ユースが否定された。原告は、原告ニュース素材をニュース素材として訴外テレビネットワーク NBC へライセンスした。訴外 NBC は朝の報道情報番組で原

²⁸¹ See *Byrne v. BBC*, 132 F. Supp. 2d 229 (S.D.N.Y. 2001).

²⁸² See *Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119 (9th Cir. 1997), *cert. denied*, 522 U.S. 823 (1997).

告ニュース素材を放送するのと同時に、ニュース素材の交換協定に基づき、ニューヨークにある被告 Reuters の合弁会社へ原告ニュース素材を伝送した。被告 Reuters の合弁会社は原告ニュース素材を欧州・アフリカでの放送に供するためにコピーして、訴外ヨーロッパ放送連合(EBU)のニューヨークオフィスへ伝送し、訴外 EBU はロンドンにある被告 Reuter の衛星設備経由で原告ニュース素材を各報道機関へ配信した。第 9 巡回区連邦控訴裁判所²⁸³は、被告 Reuters による原告ニュース素材のコピーとその伝送は報道目的ではあるが、解説、編集、コメントを加えていないため、あまり変容的ではないとした。原告ニュース素材の内容は事実情報に他ならないが、被告がコピー・配信した原告ニュース素材は、尺としてはわずかであるものの、訴外 NBC が編集した原告ニュース素材の核心部分であり十分な使用である。原告・被告共に映像・音声によるニュース供給を業としており、被告から原告ニュース素材を購入した各報道機関は、原告から同じ映像素材を買う必要がなくなるとして、フェア・ユースを否定していた原審を是認した。

広告の装飾演出

最後に、衣料品広告の演出として、メガネのようにかけて使う装飾品²⁸⁴を使用したことについてフェア・ユースを否定した 2001 年の第 2 巡回区 [*Davis v. Gap, Inc.*] を取り上げる。原告の宝飾デザインによるメガネ型の装飾品を着用したモデルを構図の中心に配した、世界的アパレル小売業者の被告 Gap の広告写真が、原告に無断でさまざまな雑誌に掲載され、ニューヨーク等でのバスの車体や待合所で掲出された。原告の申し立てにかかる装飾品とは、眉の位置にある水平の棒から吊り下げられた、やや凸状の光沢のある円形の金属板で、針を刺したような小さい多数の穴が開けられているというものである。原告は 1997 年にそのデザインについて著作権登録を行っている。被告の広告を見た原告は、被告に対して原告との取引を何度か電話や手紙で打診したが、被告は断った²⁸⁵。第 2 巡回区連邦控訴裁判所の Leval 判事²⁸⁶は、まず、原告デザインの装飾品は際立って風変わりであり、広告を見る人の視線は原告のデザインに強く引き付けられる。その上、広告が与える印象は、ポーズを取るモデルは頭からつま先まで、原告装飾品を含めて被告 Gap の商品に身を包んでいるというものであるから、被告による原告デザインの装飾品の利用の仕方は、*de minimis* コピーとはいえないとした。続いてフェア・ユースの分析では、被告広告は、原告デザインの装飾品の広告として原告が広告主となってもおかしくないようなデザインで

²⁸³ See *L.A. News Serv. v. Reuters Tv Int'l*, 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998), *cert. denied*, 525 U.S. 1141 (1999).

²⁸⁴ この装飾品が著作物（非実用品）と評価されていることについて、山本隆司＝奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』（2010 年・太田出版）295 頁〔奥邨弘司執筆〕参照。

²⁸⁵ See *Davis v. Gap, Inc.*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 5689, 1682 (S.D.N.Y. 1999).

²⁸⁶ See *Davis v. Gap, Inc.*, 246 F.3d 152 (2d Cir. 2001).

あって、まったく変容的ではなく、被告 Gap の広告に原告デザインのメガネを真正面に据えて著しく目立たせており (centered and prominently featured)、被告は自らの広告のために原告デザインをタダで使用するによって、原告がその使用に対して請求することのできた通常の価格の支払いを被告は回避して原告の市場を害したとして被告の抗弁を認めなかった。

小括

上記のように、市場を奪うことになりそうな事案での抗弁は、ことごとく失敗している。質的・量的に使いすぎが明らかな非変容的な使用事例を、付随的 (incidental) な利用の文脈に位置づけて検討することにはいささかためらいもある。しかし、先に見た生産的な (productive) 目的のある事例を相対化し、使用の目的、質的・量的な使い方から原告の市場に与える影響を考慮した結果として示される侵害／非侵害の分岐点の相場を見定めるためには必要な作業と思われる。

上記事例における被告の使用目的とは、伝記の皮を被ったグッズ、ニュースの皮を被ったエンタメ、ニュース供給市場の占奪、広告の装飾演出といったものであった。これらはいずれも、先行創作とは違う目的に資する別の新たな目的 (生産的な目的) のないものである。この類型で裁判所が最も重視している事実は、質的・量的な使い方と見られる。なぜなら使用目的が生産的なものではないとしたら、質的・量的な使い方こそ、侵害／非侵害の判断において決め手となる、原告の市場への悪影響の有無を見極める直接的な判断材料になるはずからである²⁸⁷。

使いすぎ事案のなかでも注目すべき事例が、第 9 巡回区 [*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] だろう。というのも、[*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] は、テレビ番組の部分使用に関して、ナレーションや解説を加えて数秒間使用しているところは確かに変容的であると一方、短いからといって数えきれないほど多く使用することは許されないと説く。最も有名な楽曲の歌唱シーンの核心部分を 1 分超えて使用するような使い方はもちろん、ワンカットあたり 10 秒から 30 秒になる部分使用の多くは、伝記として許容される程度を超えているとも述べる。このように同判決は、使い方に即して侵害／非侵害の分岐点を具体的に示しているからである。この判例法理は、前掲第 2 巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*]²⁸⁸、前掲第 4 巡回区 2013 年 [*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*]²⁸⁹ によって承認的に引用され、非侵害とされたその他の伝記的使用の事例である前掲 [*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*] (試合以外の VTR をワンカットあたり 3 秒

²⁸⁷ See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 508 (6th ed., LexisNexis 2014).

²⁸⁸ See *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 601 (2d Cir. 2006).

²⁸⁹ See *Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*, 737 F.3d 932, 940 (4th Cir. 2013).

未満)や、前掲 [*Hofheinz v. A&E TV Networks*] (トレーラーから 20 秒) の使い方とも整合している。よって、[*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] は伝記といった歴史的な文脈での批評・論評に伴う、映画やテレビ番組の使い方の許容範囲に関するひとつの目安となっているように思われる。

訃報についても伝記と同じことがいえそうである。核心ではない部分を 6 秒から 22 秒間ニュースコメントを加えて映像のみ使用したことについて非侵害とされた前掲 [*Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*] と比べると、前掲第 2 巡回区 [*Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] の侵害とされる理由がよく分かる。

[*Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] は、あらかじめ用意しておいた Chaplin 出演のパブリック・ドメイン作品で構成した予定稿 VTR を使わずに、訴外 NBC より入手した定時ニュース限定素材からわざわざパブリック・ドメインではない作品 6 本を切り出して 1 分弱から 4 分弱使用した。これについて裁判所は被告の不誠実な (bad faith) 態様を認めている。このように報道の目的上必要とされる範囲を超えた使い方もさることながら、不法な行為 (wrongful conduct) に従事した場合、抗弁はさらに認められにくいようである²⁹⁰。

VTR における NFL チーム Ravens の旧チームロゴの使い方、現れ方が問題となった第 4 巡回区のふたつの対照事例 [*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*] から、付随的な利用にかかる侵害／非侵害のおよその分岐点を窺うことができる。2013 年の事件では、選手の紹介を目的としたドキュメンタリーでの同ロゴの写り込みが不可避的かつ数秒間とごく短かったこと、同ロゴをその創作目的であるシンボルとして使っていなかったことなどが考慮されフェア・ユースとされた。他方、2010 年の事件では、Ravens の活躍を紹介するハイライト映画で同ロゴの全部をチームのシンボルとして大きく目立つように使い、多数の製造業者らに同ロゴのライセンスを与えていたというのであるから、被告ハイライト映画とは、被告 NFL と Ravens によるライセンスビジネスのためのプロモーションビデオだったのだろうとも推測する。第 4 巡回区連邦控訴裁判所がこの事案について、装飾のためのポスターをドラマのセットの装飾として使用した前掲第 2 巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] や、装飾品をモデルが着用して衣料の広告の装飾として使用した前掲第 2 巡回区 [*Davis v. Gap, Inc.*] と同じような非変容的な使用であって、新たな伝記目的のあった前掲第 2 巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] のように変容的な使用ではないと対比している点が興味深い。

広告の装飾演出としての装飾品の使用についてフェア・ユースを否定した前掲第 2 巡回区 [*Davis v. Gap, Inc.*] からは、たとえば前掲第 6 巡回区 [*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*] のような、背景として切手サイズに小さく写ったポスターに込められた風刺、といった抗弁を強めるような事実は、何も見えてこなかった。

²⁹⁰ See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2558 (2009).

5. 第2章のまとめ—付随的な利用 (incidental use) の三類型と法理の関係

さて、本稿の主な関心事は、我が国には見られないアメリカの豊富な事例では、意図的な写し込み的使用を含めてどのような事案であればセーフ（非侵害）になり、あるいはアウト（侵害）になっているのか、事案の何を重視して裁判所は侵害／非侵害を線引きしているのか、どのような理由づけによるのか、というものである。

そこで、本章では、アメリカにおいて付随的な利用 (incidental use) の問題として議論されている大小さまざまな事例を、次の3つに分類した。第一類型として不可避免的な利用、第二類型として意図的ではあるが原告著作物に代替性のある利用、第三類型として意図的であって代替性のない利用の3つである。このような見立ては、一見、手前勝手な類型論に見えるかもしれない。しかし、それぞれの類型で個々の事案を処理している法理にも着目すると、各類型で重視される要素と法理の対応関係と、事案を処理する法理の役割分担のようなものが、次のように浮かび上がってくる。

第一類型では、後発創作の本当の目的は何だったかという点が、侵害の可否を判断する決め手になっている。非侵害とされた不可避免的・偶発的な写り込みの典型例が、お祭りのパレードの現場の様子を伝える記者リポートの背景で、現場にいたバンドの演奏の一部が聞こえていたという1978年の前掲 [*Italian Book Corp. v. ABC*] である。他方、ニュースでの現場リポートであっても、ハイライトを含めて実演の全部を見せたという1977年の前掲最判 [*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*] が対照的である。ニュース取材の目的上、不可避免的に見える、聞こえる程度に写り込んでくるものはある意味仕方のないところ、写り方が *de minimis* のしきい・限界 (threshold) を超えるようなものは、著作権法の構造上、一応証明された (*prima facie case*) 侵害となる結果、フェア・ユースの問題として議論される。もっとも、全部ではなく一部が背景的に写り込むような不可避免的・偶発的な利用は、特に屋外で行われる後発創作ではまさに不可避免的に起こり得るものだから仕方がない利用といえる一方、このような背景的な利用を許容したところで、原告の市場を奪うことにはならないと考えられるため、フェア・ユースの分析として、限度を超えないかぎり侵害が否定される。

第二類型では、写り方や聞こえ方がどうだったかといった実際の現れ方の程度が、判断の決め手となっている。映画の小道具としての写真の写り方がわずかで暗く不明瞭だった1998年の前掲第2巡回区 [*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*] と、ドラマのセットとして使ったポスターがピントは完全でなかったものの構図の中心に大きく明瞭に写った1997年の前掲第2巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] が、対照をなしている。写り方がわずかで不明瞭といったものは、コピーの程度が *de minimis* にとどまるため、請求を成り立たせるに十分な (actionable) コピーには至らないという裁判所の見方は一貫している。

第二類型で侵害を否定された写り方は、ほぼすべて、**actionable** なコピーには至っておらず、**de minimis** にとどまっていた。このような不完全なコピーは、そもそも取り上げるに値しないため侵害に問われない。さらにいえば、写り方の程度として創作的な表現が一瞬はつきりと見て取れたとしても、原告の市場を奪うようなものでなければ同様にコピーは否定される（1994 年の前掲 [*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*]）。実質的類似性の要件には、問題として取り上げるべき **actionable** コピーの範囲を **de minimis** という可動レバーで調整することによって、このような些細な事案を規範的に処理するという機能があるように思われる。

第三類型では、前のふたつの類型と法理の対応関係を総合するかのごとく、後発創作の目的と使い方の程度の両方が重視されている。1996 年の前掲 [*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*] で Muhammed Ali の生涯を紹介する被告伝記ドキュメンタリーが使用したのは、George Foreman との伝説の世界タイトルマッチではない練習等の様子をとらえた映像を 1 カット数秒間、合計 3 分間を超えなかったのに対し、2003 年の前掲第 9 巡回区 [*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] では、Elvis Presley の被告伝記ドキュメンタリーが、映画やテレビの出演シーンを数えきれないほど多く使用するとともに、最も有名な楽曲の最も有名な歌唱シーンも 1 分以上使用して、まさに Presley の決定版ビデオボックスとして宣伝して販売した。このように第三類型も第一類型と同様に、まず、後発創作での利用目的を見極める。伝記の皮を被ったグッズ、ニュースの皮を被ったエンタメといった先行創作と同じ利用目的の類型は、違う目的に資する新たな別の生産的な（**productive**）使用とはいえないため、原告の市場を奪うことになるかと判断され、冒頭から抗弁の力を失う。一方、後発創作が先行創作とは異なる新たな別の目的で使用している事案では、使用目的との関係を反映してか、使い方を見ても、映像なら数秒間、画像なら縮小して、といった量的に少なく小さい使い方に止まっている。質的に見ても、すべての事案で核心部分は使用していない。違う目的に資する生産的な使用目的があり、質的・量的に見て軽微な使い方に止まっている事案は、意図的な利用であったとしても市場を奪うことはなさそうと必然的に判断されているようである。以上のような第三類型の生産的かつ軽微な使用は、外部利益（**external benefits**）をもたらすと考えられることから、むしろ積極的に許容し、社会における後発創作の豊富化を促していくべきであるという規範が存在し、フェア・ユースの法理がその重要な機能を担っているように思われる。

なお、本章では十分に触れることができなかったが、上記の三類型とは別に著作物性の要件を使って定型的に処理する方策もあることを指摘しておきたい。すなわち広告の装飾演出としての装飾品の使用についてフェア・ユースを否定した前掲第 2 巡回区 [*Davis v. Gap, Inc.*] の事案からは、小道具として身に着けたものが非実用品の装飾品（著作物）ではなく、装飾的要素が機能から分離できない実用品だったならば、著作権法 101 条の絵画的・図形的・彫刻的著作物の定義から外れることになる結果、著作権侵害が一応証明（**prima facie case**）されないものとして、定型的に処理し得ることも示唆されるからである。

装飾品の写り込みに関連する非侵害事例として、1991 年の第 9 巡回区 [*Pasillas v. McDonald's Corp.*] がある。被告マクドナルドの販促キャンペーン「Mac Tonight」のテレビ CM で使用した、三日月型の立体物の中央に人の顔を配した形状の頭にかぶる白色のマスク (a man-in-the-moon mask) について、第 9 巡回区連邦控訴裁判所²⁹¹は、著作権登録されていた原告のゴム製 man-in-the-moon マスクとは額、眉、鼻、口などの形が異なり、被告マスクには原告マスクにはないサングラスや耳があるなど両者は全く似ていないとともに、そもそも原告の主張は著作権で保護されないアイディアの類似を指摘するものにすぎないところ、仮に被告マスクが原告マスクとほとんど同一 (virtually identical) ならば著作権侵害となるがそうでもないなどとして実質的類似性を否定した原審²⁹²を是認した。この事件で被告マクドナルドは、原告マスクに著作権があること、原告マスクにアクセスしたことを認めていたことから、原告マスクの著作物性は争点にならなかったようである²⁹³。

一方、写り込みの事例ではないが、このようなマスクの著作物性が争点となったものとして、1990 年の第 3 巡回区 [*Masquerade Novelty, Inc. v. Unique Indus.*] がある。原告マスクの形とほとんど同一 (virtually identical) と原告が主張する、子どもが着用するゾウの鼻、オウムのかちばし、ブタの鼻の形をした被告マスクについて、原審²⁹⁴は、マスクとして子どもの鼻を覆う機能以外になく、鼻のデザインはマスクとしての機能に決定づけられており、著作権の保護を受けない実用品であるから、アメリカ著作権法 101 条の絵画的・図形的・彫刻的著作物には当たらないとして著作権侵害の訴えにかかる原告によるサマリ・ジャッジメントの申立てを却下した。原審の判旨は、ハロウィン用のコスチュームについて著作権法 101 条に定義を置く絵画的・図形的・彫刻的著作物の該当性を否定した 1989 年の第 2 巡回区連邦控訴裁判所の事例²⁹⁵に依拠したものであった。しかしながら、1990 年に第 3 巡回区連邦控訴裁判所²⁹⁶は原審の判旨を否定。動物の鼻をかたどった原告マスクのデザインは、見た人を笑わせることを意図しており実用品ではまったくないことから、彫刻的著作物として著作権の保護を受けるとして原審を破棄差し戻した。

このほか本稿の関心事案として、上記のハロウィン用のコスチュームのほかにもたとえば、高校のダンス・パーティー用のドレスについて、装飾的要素を物理的にも観念的にも衣服の機能からは分離できないとして著作物性を否定した 2012 年の第 2 巡回区連邦控訴裁判所の事例²⁹⁷がある。もっとも最近、チアリーディングのユニフォームの形状とデザイン

²⁹¹ See *Pasillas v. McDonald's Corp.*, 927 F.2d 440 (9th Cir. 1991).

²⁹² See *Pasillas v. McDonald's Corp.*, 1989 U.S. Dist. LEXIS 13961 (C.D. Cal. 1989).

²⁹³ See *Pasillas v. McDonald's Corp.*, 927 F.2d 440, 442 (9th Cir. 1991)..

²⁹⁴ See *Masquerade Novelty, Inc. v. Unique Industries, Inc.*, 1990 U.S. Dist. LEXIS 556 (E.D. Pa. 1990).

²⁹⁵ See *Whimsicality, Inc. v. Rubie's Costume Co.*, 891 F.2d 452 (2d Cir. 1989).

²⁹⁶ See *Masquerade Novelty, Inc. v. Unique Indus.*, 912 F.2d 663 (3d Cir. 1990).

²⁹⁷ See *Jovani Fashion, Ltd. v. Fiesta Fashions*, 500 Fed. Appx. 42 (2d Cir. 2012), *cert. denied*, 568 U.S. 1230 (2013).

について、連邦最高裁が著作物性を認めている²⁹⁸。

著作物性が争点となった上記の事例はいずれも、著作権法 101 条の絵画的・図形的・彫刻的著作物の定義規定の解釈問題である。この規定は「実用品のデザインは、実用品の実用的な側面から、別個に特定されることができ、かつ独立に存在することができる、絵画的、図形的、または彫刻的特徴を組み入れているなら、またその限りにおいて、本章で定義される、絵画的、図形的、または彫刻的著作物とみなされる」と定義して、著作権によって保護される実用品（応用美術）と保護されないもの（工業デザイン）を区分する（線引きする）「分離テスト」と呼ばれる機能を果たしているとされる²⁹⁹。

応用美術の問題は本稿にとって直接の関心事ではないためこれ以上は立ち入らないが、上記のようにアメリカでは著作権法 101 条の絵画的・図形的・彫刻的著作物の定義により、機能から分離できない実用品のデザインは、基本的に著作権としての保護を受けないものと解される。このことから、著作物の定義規定は、著作物として保護する必要のないものを除外する役割を担っていると見ることができ、フェア・ユースや実質的類似性と比べて射程は広くはないものの、上記の三類型にかかわらず特定の創作物の付随的な利用を定型的に処理する法理として機能するものといえるだろう。

²⁹⁸ 田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」コピライト 676 号（2017 年）21 頁以下参照。

²⁹⁹ 奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」渋谷達紀＝竹中俊子＝高林龍編『知財年報 2009』（2009 年・商事法務）244-245 頁および 247 頁以下参照。See also Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 123 (6th ed., LexisNexis 2014).

—細 目 次—

第3章 日本法の解釈論—「付随的な利用の三類型」への対処可能性

序 論

第1節 第一類型：不可避的・偶発的な利用の処理

1. 典型事例
2. 許容範囲
3. 41条と30条の2による役割分担
4. 30条の2の類推解釈の必要性

第2節 第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められる事案の処理

1. 典型事例
2. 許容範囲
3. 30条の2と類似性の要件による役割分担
4. 類似性の要件による限界と32条による“敗者復活戦”の当否
5. 30条の2第2項の趣旨と機能

第3節 第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくい事案の処理

1. 典型事例
2. 伝記についての32条による終局的処理の可能性
3. 訃報についての41条による本来的処理の可能性
4. 個別制限規定群の総合活用による利益衡量の必要性

第3章 日本法の解釈論—「付随的な利用の三類型」への対処可能性

序 論

本章では、前章で考察したアメリカにおける付随的な利用の三類型で重視される要素と法理との対応関係、事案を処理する法理の役割分担を念頭に置いて、我が国での写り込みの問題を処理し得る解釈論を総合的に再検討し、本稿の考察を総括する。

第1章で概観したように、我が国の写り込み関連の裁判例は、写り込みを正面から扱う条文を欠くなか、著作物性、類似性、関連する権利制限といった既存の法理を駆使することによって、やや苦しい解釈を強いられながらもさまざまな事案に対処してきた。本稿では、写り方の程度と侵害の当否との関係を相対化して把握するために、少し視野を広げて裁判例を整理してみたが、それでも数は上記のとおり十数件にとどまる。一方、従前の裁判例で問題となったものを含めさまざまな写り込みの問題へ、幅を持って対処するべく立法された著作権法30条の2からは、知財戦略本部や文化庁A類型が目指したはずの一般性が結果として失われてしまっている。

では、写り込みをめぐって我が国でいま何が問題となっているのかということをおもてて考えてみると、それは法理の役割分担なのかもしれない。写り込み関連の事案には上記のとおりさまざまなものがあるところ、30条の2や関連する他の権利制限規定、さらには著作物性、類似性といった法理を使ってどのように対処し得るのか、という論点である。我が国ではそもそも写り込みの事例の蓄積が乏しいこと、事案の筋を見て柔軟に利益衡量し得るフェア・ユースのような一般規定もなかったことから、いたしかたなかったように思われるが、さまざまな事案との関係からそれぞれの法理がどのように役割分担して写り込みの問題を総合的に処理するかという視点からの議論は、一部の先行研究³⁰⁰のほかには特段なされてきていなかったように思われる。

そこで、本章ではそれぞれの法理の守備範囲を踏まえた役割分担という視点から、写り込みをめぐり日本法の解釈論を総合的に再検討してみることにしたい。この考察を進めるにあたって参考となるのが、前章のアメリカ法の考察から浮かび上がった付随的な利用の類型論である。すなわちテレビ、映画、出版、広告といった幅広い分野での写り込み関連事案の豊富な蓄積、侵害に問うべきコピーを規範的に判断する実質的類似性と *de minimis* の法理、原告・被告の利益だけでなく外部利益も考慮して侵害の当否を判断するフェア・ユースの法理を持ち合わせているアメリカ法が、このあたりであれば非侵害として処理し

³⁰⁰ 田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト554号(2007年)6頁以下、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト560号(2007年)19頁以下、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト594号(2010年)2頁、高部真規子『実務詳説 著作権法』(2012年・金融財政事情研究会)275頁以下、奥邨弘司「フェア・ユース再考 ～平成24年改正を理解するために～」コピライト629号(2013年)17頁以下参照。

得る“落ち着きどころ”と見ている事案の三類型—第一類型：不可避的・偶発的な利用、第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるもの、第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくいもの—である。この付随的な利用の類型論を参酌する理由は、豊富な事例に基づいて、それぞれの類型で重視される事案の要素と法理の対応関係と、事案を処理する法理の役割分担のあり方を教えてくれているからである。

三類型への対処可能性の検討に入る前に、この序論では、事案類型を問わず定型的な処理が可能な著作物性の要件による対処可能性を確認しておく。先に見たとおり、広告の装飾演出としての装飾品の使用についてフェア・ユースを否定した 2001 年の前掲第 2 巡回区 [Davis v. Gap, Inc.]³⁰¹の事案からは、小道具として身に着けたものが非実用品の装飾品(著作物)ではなく、装飾的要素が機能から分離できない実用品だったとしたら、アメリカ著作権法 101 条の絵画的・図形的・彫刻的著作物の定義から外れることになる結果、著作権侵害が一応証明 (prima facie case) されないものとして、著作物性の要件により類否判断以前の問題として定型的に処理し得ることを確認した。

そして、日本法のもとでこの理を判示したのが、前掲知財高判[激安ファストファッション二審]である。この判例法理によれば、写ったものが「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」(2 条 1 項 1 号後半)すなわち文化の範囲³⁰²から外れる創作物であれば、事案類型を問わず、著作物性を定型的に否定して完全に処理し得ると考えられる。つまり、[激安ファストファッション二審]の判例法理は、前掲第 6 巡回区 [Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.]の広告セットの背景的な小道具として“切手サイズ”で写し込まれた“Farrah Fawcett のポスター”を処理することは難しいが、第 2 巡回区 [Davis v. Gap, Inc.]の広告でモデルが身に着けて写し込んだ小道具が、装飾品ではなく仮に実用品だったとしたらと問題設定する場合、日本法のもとでも同様に完全な処理を担い得ると解される。

以上を踏まえて以下では、アメリカ法での付随的な利用の三類型を、現在の日本法のもとでどのように過不足なく処理できそうか、非侵害とされる理由を確認しつつその対処可能性を検討する。

第 1 節 第一類型：不可避的・偶発的な利用の処理

1. 典型事例

第一類型とは、他人の著作物を意識的・意図的に取り込むのではなく、任意の場所で撮影する際に、すでにそこに設置されているものや撮影者の意図とは無関係に見聞きされる

³⁰¹ See Davis v. Gap, Inc., 246 F.3d 152 (2d Cir. 2001).

³⁰² 田村善之『著作権法概説 [第 2 版]』(2001 年・有斐閣) 30-31 頁参照。

ものが、まさに不可避的・偶発的に入り込んでくるという事案類型である。典型的にはニュースの現場からある出来事を伝える際に、その取材現場にある著作物等を付随的に撮影・収録して利用したり生中継したりする、といったものである。

アメリカの代表事例である 1978 年の前掲 [*Italian Book Corp. v. ABC*] ³⁰³は、お祭りのパレードの現場の様子を伝える約 1 分間の記者リポートの背景で、現場にいたバンドの演奏の一部が聞こえていたことについて、被告は現場の様子を撮影したのであって演奏が入り込んだのは完全に偶発的かつ報道の目的に付随的であり、原告楽曲の商業的使用とは競合しないとしてフェア・ユースを認めた。

我が国でもこのような事案は、「当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物」の利用として、著作権法 41 条（時事的事件の報道のための利用）による処理の対象となるように思われる³⁰⁴。前掲札幌高判 [NHK ニュース風車写真二審] は、風力発電に関する投資ファンドの設立を伝えるテレビニュースにおいて、取材先のオフィスの壁に掛かっていた風車の写真パネルを取りはずして全面を接写して使用したことについて、ニュースの内容と接写した写真は無関係であり、当該写真は事件を構成する著作物でもなければ事件の過程で見聞きされるものでもないとして 41 条に基づく抗弁を否定した侵害事例であったが、この事案とそれを処理する法理との関係から示唆されることは、たとえばそのオフィスに掲示されている写真パネルが、室内を撮影した際に構図の中へ背景的に入り込んでしまうことは、不可避的・偶発的な利用そのものと考えられる。後に述べるとおりそれがニュースの取材に伴うものであれば 41 条、報道ではない他の目的による撮影であれば 30 条の 2 の処理対象と解されることから、撮影・利用にあたって許諾を得る必要はなく、構図の中に写り込まないようにとカメラアングルを工夫したりわざわざ壁から写真パネルを外したりする必要も特にないと考えられる。

2. 許容範囲

このような不可避的・偶発的な利用を侵害に問うべきではない理由は、ニュースの現場ではどのような著作物等が見聞きされるのか事前によく分からない場合も多いところ、特に速報性が求められることから、限られた時間のなかでそのような利用についてまで事前

³⁰³ See *Italian Book Corp. v. ABC*, 458 F. Supp. 65 (S.D.N.Y. 1978).

³⁰⁴ 田村善之『著作権法概説〔第 2 版〕』（2001 年・有斐閣）250 頁参照。パメラ・サミュエルソン（石新智規訳）「著作権の例外と制限に対する原則に則ったアプローチ」高林龍＝三村量一＝上野達弘編『年報知的財産法 2015-2016』（2015 年・日本評論社）26 頁は、「テレビ局が、パレードを報道することのみを目的として、ある音楽を演奏するバンドのビデオ撮影をする場合、少なくともアメリカ法の下では、これはおそらくフェアユースで侵害にならないということになりますし、恐らく日本法の下でも、付随的写りこみの例外ということで侵害にはならないでしょう。」とする。

にすべて権利処理しなければならないとしたら負担が大きすぎることに、特に報道目的利用には国民の知る権利を実現するというきわめて重要な外部利益が認められること、反面、侵害に問わなくても差し支えない理由としては、権利者が対価を回収しようと予定している市場とは通常競合しないため権利者に対して与える経済的影響がごく小さいこと、著作者は一般にそのような不可避的・偶発的な利用にかかる市場を特に当てにして創作しているわけではないことなどが考えられる³⁰⁵。これらの正当化理由は、日米で特に大きな違いはないように思われる。

もっとも不可避的・偶発的な利用だからといって、現場で見聞きされる著作物等の全部を利用することまでアメリカ法は許容しているのかというと、そうでもない。上記のとおり権利者の市場へ与える影響を衡量して、限度を超えるものとされている。原告芸人がいったん断ったにもかかわらず、イベントでの「人間砲弾」の実演の全部を無断で放送したことについて、1977年の前掲最判 [*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*]³⁰⁶は、被告による実演の放送は原告がイベントで実演を見せることに取って代わっているとして言論の自由の抗弁³⁰⁷を認めずパブリシティ権侵害を認めた。

このような全部利用の事案を日本法の問題として考えてみると、たとえば盗難にあった絵画や盗作された疑いのあるポスターといった「事件を構成」する著作物が実際にどのようなものだったのか、その絵画なりポスターなりを見せて特定するといった特段の必要性でもない限り、日本法においても一般に全部利用というのは著作権者の市場に悪影響を与える（著作権者の利益を不当に害する）おそれが強いと考えられることから、「報道の目的上正当な範囲内」からは外れるものと考えざるを得ないように思われる³⁰⁸。写り込みの事案ではないがこの理を判示した最近の裁判例に、東京地判平成28年12月15日平28(ワ)11697号「講演会ライブ配信」がある。保守系市民団体メンバーの原告による約3時間の講演会の内容のすべてをスマホで撮影し、その映像・音声に揶揄的なコメントを付してツイキャスでライブ配信したことについて、裁判所は、原告の講演自体は著作権法41条にいう「時事的事件」には当たらず、被告による約3時間の原告講演の全部利用は、同条によって許される「報道の目的上正当な範囲内」において「当該事件の報道に伴って利用する」

³⁰⁵ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年・有斐閣）250-251頁、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（2014年・有斐閣）355-356頁、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト594号（2010年）4-5頁、上野達弘「時事的事件の報道」外川英明ほか編「知的財産法のモルゲンロート—土肥一史先生古稀記念論文集」（2017年・中央経済社）588頁参照。

³⁰⁶ See *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

³⁰⁷ 前掲注(210)参照。

³⁰⁸ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年・有斐閣）250頁、上野達弘「時事的事件の報道」外川英明ほか編「知的財産法のモルゲンロート—土肥一史先生古稀記念論文集」（2017年・中央経済社）600-601頁、日本法から見た前掲最判 [*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*] について、内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説〔第3版〕』（2014年・木鐸社）410-412頁参照。

ものにも当たらないとして被告の抗弁を否定した。

3. 41 条と 30 条の 2 による役割分担

日本法のもとで不可避的・偶発的な利用を処理していくにあたり、法理の役割分担の観点から踏まえておくべきことは、著作権法 41 条と 30 条の 2 の守備範囲の違いではないかと思われる。著作権法 41 条はベルヌ条約 10 条の 2 第 2 項を受けたもので³⁰⁹、現行著作権法の施行時（昭和 46 年（1973 年）1 月 1 日）より存在する。特に写り込みを処理するために置かれた規定ではないが、著作権法 30 条の 2 にあるような分離困難性を要件としていないため、趣旨である報道目的を具備していれば、不可避的・偶発的な利用だけでなく、意図的・意識的な利用も支障なく処理し得ると解される（むしろ 41 条はその趣旨から考えると、特に報道の目的を達成するために必要であるからこそ意図的・意識的な利用を含めて広く自由としているものと解される）。一方、国民の知る権利を実現するという趣旨に立ち返って「時事的事件」の要件は緩やかに広く解し得るとしても³¹⁰、41 条の守備範囲はその目的上「報道」に限られてくる³¹¹。写り込みの事案ではないが、報道に名を借りた非報道目的利用での 41 条に基づく抗弁は否定されている³¹²。

そこで、エンタテインメントや教育といった必ずしも報道目的を伴わない後発創作における不可避的・偶発的な利用を 41 条に代わって処理し得るのが、写り込み全般を処理するために置かれた 30 条の 2 ということになる。第 1 章で検討したとおり、30 条の 2 は 41 条

³⁰⁹ 野村義男『放送と著作権』（1964 年・日本放送出版協会）221-222 頁、伊藤正己ほか「新著作権法セミナー 第 8 回—著作権の制限（つづき）—」ジュリスト 475 号 167 頁以下、田村善之『著作権法概説〔第 2 版〕』（2001 年・有斐閣）250 頁参照。

³¹⁰ 中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）355-356 頁、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト 594 号（2010 年）4 頁以下参照。

³¹¹ 上野達弘「時事的事件の報道」外川英明ほか編「知的財産法のモルゲンロート—土肥一史先生古稀記念論文集」（2017 年・中央経済社）592 頁以下参照。

³¹² たとえば、報道に名を借りた美術展の宣伝について抗弁を否定した事例に、東京地判平成 10 年 2 月 20 日知裁集 30 卷 1 号 33 頁〔バーンズ・コレクション〕がある。読売新聞社主催の展覧会「バーンズ・コレクション展」が開催されることを報じる記事中で、出品予定のピカソの絵画を掲載することは著作権法 41 条に該当して自由に報道利用できるが、その後、前売り券の販売開始を告げ、販売場所等を記載した告知文中に絵画を掲載することは、主催者からの挨拶文、宣伝記事でしかなく、時事的事件の報道には当たらないとされた。

また、報道に名を借りたヌード写真の掲載について抗弁を否定した事例に、東京地判平成 13 年 11 月 8 日平 12（ワ）2023 号〔いちげんさん〕がある。週刊現代が、女優・鈴木保奈美がヌードになって出演している映画の 3 シーンを具体的に臨場感あふれる文章で記載し、ラブシーンで全裸になる場面などを撮影した写真を掲載したことは、読者の性的好奇心を刺激して週刊誌の購買意欲を掻き立てているだけであり、映画において女優がヌードになっているということが、時事的事件の報道に当たらないのは明らかとされた。

のような特定の目的を要件としていないからである。さらに、30 条の 2 が、「著作物の付随的な利用」を処理対象とする「A 類型」として当初立案された一般規定ではなく、第 1 要件として撮影・録音・録画の方法（機械的複製）によって著作物を創作する場合に発生する機械的・不可避的なものに処理対象を絞り、さらに第 2 要件として分離が困難であるため付随して対象となる場合に発生するものに絞りをかけた個別規定となったことから考えると、果たしてそれでよいのかはさておき、この規定が処理しようとしている事案とは、まさにこの第一類型である不可避的・偶発的な利用なのではないかとも思われる。したがって、第一類型を処理する規定はこれまで報道目的に限定した 41 条しかなかったところ、今後は目的限定的ではない 30 条の 2 が処理の中心を担うことができるといえるだろう。

4. 30 条の 2 の類推解釈の必要性

では、考えられる不可避的・偶発的な利用のすべてを 30 条の 2 によって処理できるのかというと、それには次のとおり第 1 要件の類推解釈が必要と見られる。というのも、特に機械的複製の方法によるとの第 1 要件を文理解釈するならば、本来処理の必要性が最も高いと思われる生放送やライブ配信での不可避的・偶発的な利用に対処できないということになりそうだからである³¹³。この点、生放送やライブ配信での不可避的・偶発的な利用など企業内複製と同じであって、これまで条文がなくとも権利者は特に問題としてこなかったものであるから今後も表立って問題とはならないとの見方³¹⁴もあるのかもしれない。

しかし、生放送ではないテレビ番組や映画では明文で許容される不可避的・偶発的な利用が、録音・録画を伴わない生放送やライブ配信となれば許容されないという合理的な理由はどこにもない³¹⁵。さらにいえば、もはや 30 条の 2 の立法当時から時代が変わり、今やプロのみならず、4K 撮影が可能なスマホと 4G ネットワークを使って、ツイキャスや LINE LIVE、Instagram Live といった複数の SNS プラットフォームで誰もが普通に動画のライブ配信を行っている世の中である。機械的複製を伴わないと見られる上記のライブ配信で必ず発生する屋内外の看板やポスターといった他人の著作物の不可避的・偶発的な写り込みを、もし 30 条の 2 が処理できないとしたら、青少年を含む一般人による無数の著作権侵害行為が発生し、それを放置することになる。これでは著作権法における条文と一般の理解との乖離が一層拡大し、著作権法の実効性がますます失われることになるため、弊害

³¹³ 中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）305-306 頁参照。

³¹⁴ このようなお目こぼしが「寛容的利用」として著作権秩序のなかに実際に存在していると見られることについて、田村善之「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—」知的財産法政策学研究 44 号（2014 年）76 頁以下参照。

³¹⁵ 前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュリスト 1449 号（2013 年）30 頁参照。

がきわめて大きいと言わなければならない³¹⁶。したがってこの問題はやはり、すでに論者が指摘³¹⁷しているように 30 条の 2 の類推解釈による対処が必要である。

第 2 節 第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められる事案の処理

1. 典型事例

第二類型とは、テレビ、映画、広告などの背景的なセットや小道具として、他人の著作物を意図的に使用したという事案類型である。もっとも、その著作物を主に使用したというよりは、むしろ使用した著作物には代替性があったというものである。すなわち、使用するものはどうしてもこれではならなかった、といった質的な必要性がさして認められないような消極的使用、と本稿では整理している。

アメリカ法の考察を振り返ると、この類型では 1 件の例外事例(前掲第 2 巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*])を除いて、邪魔されてよく見えない、ピントがあっていない、小さいといった程度の写り方の非侵害事例で占められている。具体的には、映画の小道具として背景的に使用した写真について、ピントが外れており暗くてよく見えなかったという 1998 年の前掲第 2 巡回区 [*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*]³¹⁸や、テレビ CM の小道具として背景的に使用した歯科用イラストについて、こちらもピントが合っておらず遠くの背景として見えるにすぎなかったという 2003 年の前掲第 6 巡回区 [*Gordon v. Nextel Communs.*]³¹⁹といった事案がこの類型を代表している。いずれの巡回区も、このようにピントが合っていないとかよく見えないといった写り方は *de minimis* であって、請求を成り立たせるに十分な (*actionable*) コピーとはいえないとして実質的類似性を否定している。

これらの典型事例の共通点は、まず、分離しようと思えば使わなければよかったという意味で、いずれも物理的にどけられる意図的な写し込みの利用であったこと。次に、とはいえ、被疑侵害著作物にとってそもそも利用した原告著作物の中身にさしたる重要性はなく、代わりになる他のものがあればそれはそれで別に構わないという意味で代替性があったことによるためか、写り方がいずれも背景的で不鮮明だったことである。そして、このような事案の処理として使われた法理が、いずれも実質的類似性であったという以上の 3 点である。実質的類似性の法理によれば、あくまで写り方が大きい小さいか、はっきり

³¹⁶ 田村善之「法教育と著作権法」ジュリスト 1404 号 (2010 年) 39 頁以下、野口祐子『デジタル時代の著作権』(2010 年・ちくま新書) 75 頁および 87 頁以下参照。

³¹⁷ 前田哲男「『写り込み』等に係る規定の整備」ジュリスト 1449 号 (2013 年) 30 頁、奥邨弘司「フェア・ユース再考 ～平成 24 年改正を理解するために～」コピーライト 629 号 (2013 年) 19 頁、中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』(2014 年・有斐閣) 306 頁参照。

³¹⁸ See *Sandoval v. New Line Cinema Corp.*, 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).

³¹⁹ See *Gordon v. Nextel Communs.*, 345 F.3d 922 (6th Cir. 2003).

と見えるのかよく見えないのかということに焦点を絞って事案を処理するため、営利的かどうかといった利用の意図や目的は、侵害判断を左右しない。

2. 許容範囲

日本法のもとでも第二類型を侵害に問うべきではない理由を整理しておく、このような些細な利用までもが侵害に問われるとしたら、権利処理すべき対象が増えすぎることになり取引費用が大幅に増え、後発創作だけでなく一般の著作物の利用にも大きな支障を来すおそれがあるからといえるだろう³²⁰。そこで著作権法は、そのような弊害をあらかじめ防ぐために、類似性の要件によって些細な利用についての侵害を門前払い的に否定しているものと考えられる。

反対に、写り方が大きく鮮明に構図の中心を占めるといった、明らかに些細とはいえない利用についても些細な利用と同様に侵害を否定してしまえば、創作のインセンティブが損なわれ、著作権者の利益を不当に害することになってしまう。ゆえに、特に侵害を否定すべき別の利益衡量事情のない限り、些細ではない利用に対しては基本的に著作権者の禁止権を及ぼして権利処理の対象とし、著作権者にライセンス料を得る交渉の機会を認めてやる必要がある、というのが著作権法の趣旨であろう³²¹。

3. 30条の2と類似性の要件による役割分担

さて、以下では第二類型に対処するための法理の役割分担を具体的に考えてみる。まず、我が国で写り込み全般を処理するために置かれた30条の2を使って、意識的・意図的な利用である第二類型を処理することは可能かということ、残念ながらそれは難しそうだ。第1章で確認したとおり我が国の有力説からは、前掲「雪月花」の事案を念頭に、30条の2には分離困難性の要件があるため意図的・意識的な写し込み的利用を30条の2によって処理することは困難との指摘³²²がなされているところである。また、具体的に前掲第2巡回区

³²⁰ 福井健策『誰が「知」を独占するのか』（2014年・集英社新書）131頁以下、林紘一郎編著『著作権の法と経済学』（2006年・勁草書房）18-19頁〔林紘一郎執筆〕参照。

³²¹ 著作権法の趣旨と類似性の要件の関係について、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年・有斐閣）61-63頁参照。

³²² 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（2012年）14頁〔中山信弘発言〕および同16頁〔横山久芳発言〕、清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』（2013年・発明推進協会）426頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 26～88条〔第2版〕』（2015年・勁草書房）180頁以下〔小泉直樹執筆〕参照。

〔*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*〕の事案について論者からは、映画のセットであるから原告作品を置くか置かないかを撮影者が十分にコントロールできる以上、30条の2の分離困難性をクリアすることは難しく、〔雪月花〕の論理で処理しなければ日本では侵害となる旨の指摘³²³もなされているところである。

では〔雪月花〕の判例法理だけで第二類型を処理できるのかというと、それも荷が勝つのかかもしれない³²⁴。というのも〔雪月花〕が実際に処理したものは、保護範囲の狭い「書」だったからである³²⁵。事案を振り返ると、問題となった「書」はよそから持ってきてわざわざ置いたわけではないが、モデルルームの床の間に飾られていたため、商品写真撮影用の小道具としてそのまま使うことにして、商品写真の背景として意図的に写り込ませたというものであった。また、撮影現場に飾ってあったものをそのまま小道具として使ったにすぎないため中身に重要性はなく、代わりになる他のものでもよかったと見受けられる。裁判所が使った法理も類似性の要件だった。ここまでの事案と法理の対応関係は、上記の第2巡回区〔*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*〕や前掲第6巡回区〔*Gordon v. Nextel Communs.*〕と〔雪月花〕はほぼ同じものと見られる。もっともアメリカ法が処理した写し込みは、それぞれ写真とイラストであったから、書の写し込みを処理した〔雪月花〕の判例法理だけで第二類型を完全に処理し得るのかというと、本稿にはいささか自信がない。

そこで、さまざま種類の著作物の意図的な写し込みの利用である第二類型を、日本法のもとで過不足なく対処し得る判例法理として視野に入ってくるのが、改変した写真を多数使用して作成したコラージュ看板について、使用した写真の複製禁止権侵害を認めつつ翻案該当性を否定した前掲東京地判〔猫の写真看板〕である。先に見たとおりこの事件は、要するに「既存の著作物が別の著作物の中の一部に取り込まれた場合に、新たに思想又は感情を創作的に表現されたものが加わったことによって、同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的特徴を直接感得することができないほど色あせた状態」³²⁶になったと解して類似性を否定した事例ということになる。そしてこのアプローチは、被疑侵害著作物において原告著作物の創作的表現が見て取れたとしても、被疑侵害著作物のなかでごくわずかな部分にすぎない場合、最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分上告審〕³²⁷の説示の前半部分である「本質的な特徴を直接感得」を規範的に

³²³ 奥邨弘司「フェア・ユース再考 ～平成24年改正を理解するために～」コピライト 629号（2013年）19頁参照。

³²⁴ 奥邨弘司「フェア・ユース再考 ～平成24年改正を理解するために～」コピライト 629号（2013年）18-19頁参照。

³²⁵ 田村善之「著作権法の政策形成と将来像」著作権研究 39号（2012年）126-127頁参照。

³²⁶ 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究 34号（2007）18頁参照。

³²⁷ 民謡・江差追分のルーツに迫る被告NHK制作のドキュメンタリー番組の冒頭部分のナレーションと、江差追分に関する原告ノンフィクション小説のプロローグについて、最高裁は、①かつてニシン漁で栄えた頃の賑わいはないと江差町の紹介部分は一般的知見に属する「ありふれた事実」であり、表現それ自体ではない部分が同一にすぎない。②今の江差町が最も賑わうのが江差追分全国大会の時期との原告の認識自体は、著作権法上保護

解釈して翻案の該当性を判断すること（表現上の本質的な特徴の直接感得説）³²⁸によって著作権侵害を否定しようとするものであることから³²⁹、30条の2はもとより「雪月花」でも処理し切れないと見られる第二類型を処理し得る判例法理として期待できるのである。

写り込みの事例ではないが、同じアプローチによって携帯ゲームの類似性を否定した近時の有名な非侵害事例が、知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁[釣りゲータウン2二審]³³⁰である。共に携帯向けゲーム大手の原告GREEと被告DeNAが配信する魚釣りゲームにおいて、魚を引き寄せる動作を行う画面（魚の引き寄せ画面）の内容と変化、海・川の釣り場を選ぶ画面や釣果を確認して魚拓をとる画面などユーザーがゲームを行う際に必ずたどる画面（主要画面）の選択・配列、各主要画面での素材の選択・配列等の類似性が争われた。

知財高裁は、魚の引き寄せ画面について侵害を肯定した原審（東京地判平成24年2月23日平21（ワ）34012号[釣りゲータウン2一審]）の結論を否定。主要画面の選択・配列や各主要画面での素材の選択・配列と共に、原告・被告ゲームに共通する点は、アイディアに属するものやありふれた表現であるとして非侵害と帰結した。まず、魚の引き寄せ画面について、原告が被疑侵害部分として特定・主張する被告ゲームの部分以外の部分、たと

されるべき表現ではない。③原告と同じ認識のもとに表現された被告ナレーションは、原告プロローグと具体的な表現が異なる。④被告ナレーションは原告プロローグと同じ順序だが、原告プロローグの記述順序自体は独創的ではなく、表現上の創作性が認められない部分が同一にすぎない。⑤被告ナレーションは原告プロローグより格段に短いなどとして侵害を否定した。田村善之〔判批〕法学協会雑誌 119 巻 7 号（2002 年）214 頁、高部眞規子〔判解〕『最高裁判所判例解説 民事篇 平成 13 年度（下）』（2004 年・法曹会）549 頁参照。

³²⁸ 中平健「翻案権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 著作権関係訴訟法』（2004 年・青林書院）342 頁以下、高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究 34 号（2007）16 頁以下、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘＝牧野利秋編集代表『現代社会と著作権法 斉藤博先生御退職記念論集』（2008 年・弘文堂）294 頁以下、大須賀滋「翻案権侵害の主張立証」論究ジュリスト 2 号（2012 年）256 頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014 年・青林書院）91 頁以下、大須賀滋「著作権侵害訴訟総論」高部眞規子編『裁判実務シリーズ 8 著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』（2015 年・商事法務）7 頁以下、中島基至「著作権侵害」高部眞規子編『裁判実務シリーズ 8 著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』（2015 年・商事法務）104 頁以下、高部眞規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編集代表『知的財産・コンピューターと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016 年・商事法務）43 頁参照。

³²⁹ 高部眞規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編集代表『知的財産・コンピューターと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016 年・商事法務）59 頁以下参照。

³³⁰ 評釈として、田村善之〔判批〕知的財産法政策学研究 41 号（2013 年）79 頁・同 42 号（2013 年）89 頁、小泉直樹〔判批〕ジュリスト 1446 号（2012 年）6 頁、横山久芳〔判批〕ジュリスト 1453 号（平成 24 年度重要判例解説・2013 年）267 頁、駒田泰土〔判批〕知的財産法政策学研究 43 号（2013 年）109 頁、横山久芳〔判批〕著作権判例百選〔第 5 版〕（2016 年）122 頁などがある。

例えば「魚の引き寄せ画面の冒頭の、同心円が現れる前に魚影が右から左へ移動し、更に画面奥に移動する等の画面」や「中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、『必殺金縛り』、『確変』及び『一本釣りモード』などの表示がアニメーションとして表示される画面」を含めた、魚の引き寄せ画面全体を対比することによって、被告ゲームの魚の引き寄せ画面に接する者が、その全体から受ける印象を異にするから、原告ゲームの表現上の本質的な特徴を直接感得できないと判断している。次に、主要画面の選択・配列や各主要画面での素材の選択・配列の共通性に関して、アイディアの範疇またはありふれた表現として非侵害とする理由付けにおいて、原告ゲームと被告ゲームとの共通点それ自体がアイディアや創作性のないものにとどまる場合であっても、「アイデア等の組合せ」が被告「作品」の中で「重要な役割」を担っていれば、原告作品の本質的な特徴を直接感得できるものとして翻案と認められ得る旨の一般論を述べている。つまり、[釣りゲータウン2二審]においては、主要画面の選択・配列や各主要画面での素材の選択・配列に係る「アイデア等の組合せ」は、被告「作品」において「重要な役割」を担っていないと判断されたことから、本質的特徴の直接感得性が否定されたものと見られる。

この判例法理から第二類型をながめると、[雪月花]の書に限らず、第2巡回区 [*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*] の写真や第6巡回区 [*Gordon v. Nextel Communs.*] のイラストといった、写りが小さくとも構図を視認し得ることで創作的表現が再生されていることを完全に否定し切れない意図的な写し込みであっても、映画やドラマなどの被疑侵害著作物のなかでごくわずかに写っているにすぎないものであれば、本質的な特徴を直接感得できないと類似／非類似を規範的に解することによって、幅広く対処し得るのではないかと思われる。

そこで、あらためてアメリカの第二類型と法理との関係を振り返ると、写ったものは要するに何でもよかったという消極的な使用目的が反映しているからか、不鮮明な写り方の事案でほぼ占められているところ、アメリカ法では*de minimis*と実質的類似性の法理がその処理を担っている。*de minimis*と実質的類似性の法理は、写り方の質・量だけを客観的に評価して相対的にシンプルに類似・非類似を判断していると見受けられ、フェア・ユースのように諸事情の利益衡量は行わない。それゆえ*de minimis*と実質的類似性の法理は、処理可能な事案の範囲がフェア・ユースの法理と比べて構造上狭く限られているともいえる。これは、写り込みを処理する方策としての侵害判断の本質的な限界ともいえる一方、さまざまな利益衡量が必要な事案は権利制限で処理すればよい、という類型論に基づく法理の役割分担による対処可能性を強く示唆するものである。そして、以上のような類型論に基づく法理の役割分担による対処可能性は、日米の判例法理で大きな違いはないように思われるのである。

したがって言い換えると、表現上の本質的な特徴の直接感得説に基づく判例法理は、利用者の主観的意図の有無や利用目的にかかわらず、写り方・現れ方が些細な程度と判断で

きるものは侵害に問わないというものであるから、非意図的な写り込みはもちろん、意識的な写し込みにも幅広く対処し得る。つまり、意図的な利用であっても些細な程度であれば非類似として割り切って処理し得るところが、我が国で第二類型に対応する法理としてぴったりなのである。もっとも、次の第3節で詳しく紹介するとおり、この判例法理を用いて利用者の主観的意図の有無や利用目的といった諸事情の利益衡量を行うことに対して、論者からは、理論的に未完成であり、予測可能性・法的安定性に欠け、実益に乏しいといった旨の批判³³¹がある。

しかしながら、この判例法理がアメリカ法の *de minimis* と実質的類似性の法理と同様に、被疑侵害著作物における原告著作物の写り方を見比べて、その質・量だけを客観的に評価して相対的にシンプルに類似・非類似を判断して第二類型を処理する役割を担う限り、論者による上記の批判は妥当しないだろう。次節の第三類型での考察で述べるとおり、むしろ上記の批判は、法理の役割分担から外れるような使われ方に対する指摘なのではないかと思われる。また、本稿の考察によれば、表現上の本質的な特徴の直接感得説に基づく判例法理は、日本法のもとで第二類型に対処し得るおそらく唯一の方策なのではないかとも思われることから、現実的に第二類型に対処する解釈論としての実益が、確かに認められるように思われる。

したがって本稿は、30条の2でも「雪月花」でもなく、表現上の本質的な特徴の直接感得説に立脚した知財高判「釣りゲータウン2二審」や東京地判「猫の写真看板」の判例法理に、我が国での第二類型の包括的な対処を委ねることにしたい。

4. 類似性の要件による限界と32条による“敗者復活戦”の当否

とはいえ、類似性の要件による処理は、同時にその限界もはっきりしている。書にしても写真にしても構図の中心に大きくはっきりと写っていたならば、類似性を否定して非侵害の結論を導くことはさすがに難しいと見られるからである³³²。写り込みの事案ではないが最近の事例でも、構図の全面が類似している SNS ゲーム用プロ野球カードについて類似性が肯定されている（前掲知財高判「大熱狂！！プロ野球カード二審」）。アメリカの第二類型でも同様に、例外的な侵害事例ではあるが他の巡回区にも影響を与えているため重要判例と位置づけられる 1997 年の前掲第 2 巡回区 *Ringgold v. Black Entertainment TV*³³³が、

³³¹ 田村善之「判批」知的財産法政策学研究 41 号（2013 年）118-120 頁参照。

³³² 島並良「二次創作と創作性」著作権研究 28 号（2001 年）32 頁、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、作花文雄「判批」判例評論 527 号（2003 年）44 頁、飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究 35 号（2008 年）126 頁参照。

³³³ See *Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997).

この理を説明している。テレビドラマのセットとして使用したポスターのほぼ全面が、ピントは完全ではないものの、構図の中心に大きく写し出されて視聴者が明瞭に視認できたという事案について、第2巡回区連邦控訴裁判所は *de minimis* であるコピーとはいえないとして実質的類似性を肯定している（次いで抗弁としてのフェア・ユースも否定）。このように大きくはっきり視認できる写り方について（実質的）類似性を否定することは、日米いずれの判例法理によっても困難と見られる。ゆえに類似性が明らかに肯定される事案となれば、当初から侵害判断ではなく抗弁の当否が問題の焦点となり、権利制限規定による処理を考えることになるというのが日米共通の判例法理のように思われる。

では第2巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] の事案は、日本法のもとでは30条の2によって処理できるのだろうか。論者によれば、ドラマのセットであるポスターは外そうと思えば外せることから分離困難性の要件をクリアすることは難しく、30条の2による処理は難しいとの指摘³³⁴がある。となれば、“敗者復活戦”として関連規定である32条（引用）による救済的处理が可能かという論点が浮上する。この問題は以下のように考えられる。

32条は日本法の権利制限規定のなかで比較的に一般的な条項と見られる一方、写り込み一般を処理するための30条の2は、文化庁A類型には見られなかった要件が特に加わったことにより、処理できる事案の幅が明らかに狭くなってしまった。そのため、ある事案が30条の2では処理できない場合、32条を使うことはできないのかということが議論となり得る。しかし著作権法には、非侵害となるべき要件を積極的に書き込んだ特則である30条の2があり、その近くに相対的に一般的な条項である32条がある、という枠組みになっている。このような枠組みのもと、特則である30条の2の要件に該当しないからといって、相対的に一般的な条項の32条ならば救えるとしてただちに救ってしまうと、特定の類型を念頭に置いた非侵害要件を具備する30条の2が一体何のために置かれた特則なのかが分からなくなってしまうといえる。ゆえにオーソドックスな法律解釈としては、このような敗者復活的な解釈を採らないのではないと思われる。

このため、30条の2で救えそうにない第2巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] の事案を、敗者復活戦として32条のテストにかけてもよいのかどうかは、30条の2の射程の問題に帰着するといえる。つまり、30条の2が [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] のような事案を念頭に置いているかどうかによる。念頭に置いていれば30条の2のテストで終結し、念頭に置いていなければそれを逆手にとって32条による敗者復活戦もあり得るのかもしれない。そこでこの点に関する議論を振り返ると、30条の2の起草担当者らは、分離困難性の要件について、物理的に困難かどうかではなく、趣旨に立ち返って社会通念上判断すべきと解している。すなわち、キャラクターTシャツを着た者を撮影する際に、それが私服であれば、わざわざそのTシャツを物理的に脱がせる必要まではないという。

³³⁴ 奥邨弘司「フェア・ユース再考 ～平成24年改正を理解するために～」コピライト629号（2013年）19頁参照。

他方、ドラマの小道具としてセットに絵画やぬいぐるみ等をよそから持ってきてわざわざ用いる場合、モデルや出演者に著作物が描かれた T シャツをわざわざ衣装として着せる場合など、家庭内ではない場において著作物を設置するなどして積極的な利用意図を持って利用する場合には、社会通念上分離困難とはいえないとする³³⁵。この議論からすると、30 条の 2 はこのような事案類型を念頭に置いているものと解される。ゆえにこの立場から [Ringgold v. Black Entertainment TV] の事案を見ると、やはり分離困難とはいえない。さらにこの事案は、上記のようにどけようと思えばどけられることに加えて（分離困難ではないという事情）、構図の中心に大きく明瞭に写し出して使っていることから（軽微ではない事情）、侵害を否定する方向に解釈することは、かなり難しいように思われる。したがって、この事案は専ら 30 条の 2 の解釈により「侵害」との積極的な判断が出てテストは終結し、32 条による敗者復活戦はない、ということで片付きそうである。

5. 30 条の 2 第 2 項の趣旨と機能

ここで、30 条の 2 第 2 項の趣旨と機能について考えておきたい。これまでの考察から、30 条の 2 第 1 項において侵害／非侵害を判断する最大の焦点と思われる分離困難性を判断する時点は、「創作に当たって」の文言から、創作時、すなわち撮影等の時点と解される³³⁶。

³³⁵ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト 619 号（2012 年）12-13 頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年・勁草書房）100-102 頁〔池村聡執筆〕、前田哲男「『写り込み』等に係る規定の整備」ジュリスト 1449 号（2013 年）31-32 頁参照。

³³⁶ 文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律（平成 24 年改正）について」コピライト 618 号（2012 年）22 頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年・勁草書房）101 頁〔池村聡執筆〕、高林龍『標準著作権法〔第 2 版〕』（2013 年・有斐閣）164 頁参照。

この論点に関して、平成 27 年司法試験論文式試験選択科目〔知的財産法〕の第 2 問（著作権法）において、映画製作会社 Y のドキュメンタリー映画のために定点撮影された素材フィルムに、約 3 分間たまたま映り込んでいた能舞台での「薪能」について、幻想的な描写になっていたことから、当該薪能の振り付け師 Z に無断で、薪能が映っていたフィルムの部分を、映画製作会社 Y が別企画の映画の 1 シーンとして使用した、という事案の「設問 2」が出題された。この設問 2 における著作権法 30 条の 2 の適用の可否に関して、法務省「平成 27 年司法試験の採点実感等に関する意見（知的財産法）」（法務省ホームページ）は、「同法第 30 条の 2 の適用を検討する際、同条第 1 項の定める分離困難性について、本件能映像を Y が本件映画の 1 シーンに使用する時点で分離可能であることを理由としてこれを否定する答案が散見された。しかし、規定の文言から明らかなように、分離困難性は、X が本件能を複製又は翻案した時点について問題となるものである。」と指摘し、分離困難性を判断するのは撮影時との考えを示している。

また、上記設問事案の 32 条引用該当性について、田村善之＝中山一郎「知的財産法 論文式試験の解説」法学セミナー編集部編『司法試験の問題と解説 2015』（2015 年・日本評論社）246 頁〔田村善之執筆〕は、「引用に関しては、写り込みの事例についてまで 32 条

また、この要件から 30 条の 2 は、後発創作における写り込みの処理を主として念頭に置いているものと解される。

後発創作における軽微な写り込みが非侵害とされるべき主な理由をあらためて考えてみると、「撮影、録音又は録画の方法」によるとの要件に鑑みれば、写真、映画等の撮影において技術的に不可避免的な写り込み（機械的複製）が発生、これらについて著作権侵害を否定しないことには、創作活動等に支障を来すおそれが大きいため、ということがいえるだろう³³⁷。また、利用時ではなく創作時（撮影時）に著作権が制限される理由は、技術的に不可避である反面、権利者に与える影響が些細であること³³⁸、さらに、このような写り込みの問題を取材・制作現場で意識するあまり、“構図からどけなければ、はずさなければ”などと少なからず萎縮効果がもたらされるとしたら、後発創作が不必要に縮小してしまうため、闊達で多様な「文化の発展」が妨げられるおそれがある、というところにも求められるのかもしれない³³⁹。

他方、ある写り込みが 30 条の 2 第 1 項の分離困難性テストをクリアして「付随対象著作物」となったならば、以降、その写り込みは無制限に自由利用できるようになるのかと

を活用することは 30 条の 2 の規定の意義を失わせるおそれがあるほか、そもそも上記のように、本件能の表現に依存することを目的とする本件能映像にあっては、本件能が主たる著作物になっており、正当な範囲内の引用とはいえないと考えられる。」と否定的である。法務省「平成 27 年司法試験の採点実感等に関する意見（知的財産法）」（法務省ホームページ）も、「本件能映像に写り込んだ本件能を本件映画に利用することについては、それが公正な慣行に合致し、利用の目的上正当な範囲内といえる場合があるか慎重に検討することが求められよう。」と消極的である。

³³⁷ 田村善之「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—」知的財産法政策学研究 44 号（2014 年）118-119 頁注(202)は、「写り込みとして侵害を否定すべき行為類型には、著作権法をめぐる技術的な環境変化に対応して 2 種類のもものが存在する」と指摘し、まず「旧来型の写り込み」として、写真、映画等の撮影において発生する技術的に不可避免的な写り込みを挙げる。次に「新しいタイプの写り込み」を挙げ、複製技術に加えて、送受信技術が普及し情報通信網が整備されたことにより、誰もが公に送信できるようになったために、私的領域と公的領域が渾然一体化して分ちがなくなってきたこと—著作権法の第三の波（田村善之『著作権法概説〔第 2 版〕』（2001 年・有斐閣）193-194 頁参照）—によって、たとえば他人の著作物が写り込んでいると見られる私的な写真を自分のブログに掲載するといった場合など、著作権の足かせが窮屈に感じられるようになったことを背景とする「新しいタイプの写り込み」に対しては、私人の行動の自由を確保する必要があるという点に、写り込みを非侵害とすべき積極的理由を求める。

³³⁸ 田村・同上 124 頁注(217)は、このような旧来型の写り込みは「取引が困難」であるため、すなわち、市場が失敗していることを理由として著作権を制限すべき例として位置づけている。

³³⁹ ゆえに、本稿は次節の第三類型の考察の最後で述べるとおり、前掲第 6 巡回区 [*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*] の事案について、写り方が背景的で大きさも切手サイズとごく軽微であることと、原告の市場にまったく影響を与えないことから、物理的には小道具として背景的に写し込んだ意図的な利用とはいえ、やはりこの程度のものは社会通念上分離困難と規範的に解することで、30 条の 2 によって非侵害との結論を得たい。

いうと、そうではないだろう。たとえば、ある写り込みの一部分だけを抽出、拡大等して単独で利用するといったことが、もしも 30 条の 2 第 2 項によって何でも自由にできるとするならば、権利者に与える不利益が大きすぎると考えられるからである。すなわち、法定の利用行為と権利制限規定という枠組みから著作権等の侵害／非侵害を個々の利用行為の場面で判断することによって、創作・投資のインセンティブと人の行動の自由とのバランスを図り、「文化の発展」を促すという著作権法の趣旨に反することになるからである。

そこで、機械的複製に伴う不可避的・付随的な写り込みは、撮影時に非侵害としておいたほうが新たな創作活動を円滑にするとともに、広く人の行動の自由にも資すると認められるからこそ 30 条の 2 第 1 項はそうのように規定していると見られる。一方で許容限度を超えるような事後的・二次的な写り込みの利用—いわば目的外利用を、他の権利制限規定と同様、個々の利用時に捕捉して禁止するとともに、利用者の視点から付随的なものに止まる著作物の利用はより広く許すのが第 2 項の趣旨であり、裁判所による規範的な解釈が可能と見られる文言にはその機能が備わっているように思われる。その意味で、著作権法 30 条の 2 が許容する写り込みの範囲は、第 1 項と第 2 項とで変わりはないと見るべきであり、写り込みにかかる侵害／非侵害は、撮影時と個々の利用時の 2 段階でテストされるという構造になっているのだろう。

以上の考察のとおり、日本法のもとでの第二類型の処理は、明示的に分離困難性を要件とする 30 条の 2 を広げて使うというよりも、むしろ写り方の程度次第では、30 条の 2 に加えられた分離困難性の要件を実際的に緩めるような効果・実益が期待できる、類似性の要件を活用した前掲知財高判〔釣りゲータウン 2 二審〕や前掲東京地判〔猫の写真看板〕の判例法理によってうまく対処していくほうが、法理の役割分担の観点からもより現実的なのではないと思われる。

第 3 節 第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくい事案の処理

1. 典型事例

第三類型は、後発創作である映画、テレビ、広告、書籍などにおいて、先行創作である映画やテレビ番組の映像の一部を挿入する、あるいは写真やポスターの画像を掲載するなど、使用する先行創作の内容に相応の意味を認めてそれを積極的に使用する必要性があったので使ったという事案類型である。第二類型のように代わりになるものがあればそれはそれで構わない、といったような事案ではなく、第一類型のようにやむを得ず写り込んでしまったという事案でもない。このような事案類型は、我が国の従前の議論からすると、「写り込み」というよりも、むしろ「引用」に位置づけられているのかもしれない。

アメリカ法での第三類型の処理は、前章で考察したとおりすべてフェア・ユースの問題

として議論されている³⁴⁰。侵害の当否の決め手となっているのが、後発創作による使用目的と使い方の程度である。先行創作とは異なる批評・論評、報道といった外部利益 (external benefits) をもたらすような目的で、質的・量的な使い方から見て先行創作の市場を奪うことはなさそうな事案は、おおむね非侵害とされている。その代表事例として、2006 年の前掲第 2 巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*]³⁴¹が挙げられる。被疑侵害著作物は、人気ロックバンド「The Grateful Dead」が過去に出演したコンサートのポスターやチケット 7 点を 20 分の 1 のサイズに縮小した最大でも約 8×11 センチの大きさの画像を、書籍のページの 8 分の 1 を超えないかたちで掲載した、30 年間にわたるバンドの足跡を時系列で紹介する全 480 頁の伝記本である。被告は原告とのライセンス交渉がまとまらなかったため、画像を無断で掲載して出版した。第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、前掲第 2 巡回区 [*Ringgold v. Black Entertainment TV*] でドラマのセットとして使用されたポスターの使用目的が先行創作と同じ装飾目的だったのに対して、本件書籍に掲載されたポスター画像の使用目的は伝記であって、もとのポスターの宣伝目的とは異なることを重視した。また、ポスター画像のサイズは読者が認識できる最小限度にわざと縮小されており、伝記の目的に付随的 (incidental) であって利益を得る目的で使用しているのではなく、書籍の宣伝にも画像を使用していないことにも着目。原告がライセンス料を得ている市場とは、画像をページの全面に使うといった大きくはっきりとよく見せる使用についてであり、原告は被告書籍のような変容的な (transformative) 使用から得られるライセンス料収入の重大な損失に関する直接の証拠を示していないなどとして、フェア・ユースを認めた。

反対に、後発創作の使用目的が先行創作とは異なるものであったとしても、質的・量的に明らかな“使いすぎ”というべき先行創作の市場を奪うような事案は、すべて侵害とされている。その象徴事例が、2003 年の前掲第 9 巡回区 [*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*]³⁴²である。被疑侵害著作物は、Elvis Presley が生前出演した映画やテレビ番組における最も人気のある楽曲の歌唱シーンの核心部分をほとんどすべて途切れなく、長いものは 1 分を超えて、短いものは数えきれないほど多く全編にわたって繰り返し編集して使用した、Presley の生涯を紹介する 16 時間のドキュメンタリー作品である。被告はこれを「映画とテレビの全出演シーンを収録」などと宣伝してビデオボックス商品として販売した。第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、Presley の伝記を制作するためには出演した最も有名なテレビ番組を使用することは不可欠であり、その足跡を紹介するために解説やインタビューを加えて出演シーンを数秒間使用することは伝記の目的として認められるとする一方、短いからといって数えきれないほど多く使用することはもちろん、最も人気のある楽曲の歌唱シーンの核心部分を 1 分以上使用することは伝記として認められる限度を超えているとした。

³⁴⁰ See 4 Nimmer on Copyright § 13.05 [D][3][a]; Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2570-2576 (2009); James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 Yale L.J. 882, 903-906 (2007).

³⁴¹ See *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

³⁴² See *Elvis Presley Enters. v. Passport Video*, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003).

また、被告の使用目的は、伝記のための解説ではなく本質的に娯楽であると断じ、原告は通常このような映像素材の使用に対してライセンス料を課しているため、原告の潜在的な市場に影響を与えそうであるなどとして、フェア・ユースを否定した。

2. 伝記についての 32 条による終局的処理の可能性

日本法にはアメリカ法のフェア・ユースに相当する一般規定はないことから、フェア・ユースの判断枠組みがそのまま使えるわけではない。しかし、侵害の当否を判断する際の決め手となっている事案の要素は何かという点は、日本法のもとで事案との関係を考えるうえでも重要な参考になるように思われる。

そこで、第三類型の代表的な非侵害事例と見られる第 2 巡回区 [*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] のような伝記本での縮小画像の使用を、日本法のもとではどの法理を使って処理できるのかを考えてみる。まず、類似性を否定して処理できるのかというと、かなり難しいかもしれない。ポスターが 20 分の 1 のサイズに縮小されたとはいえ、印刷が鮮明と思われる豪華本に載った約 8×11 センチのサイズの画像ともなれば、もとのポスターの創作的な表現は十分に見て取れるものと考えられるからである。次に、30 条の 2 で処理できるのかを考えてみると、この事案は第一要件のいう撮影・録音・録画の方法にはよらないので、30 条の 2 が念頭に置いている事案とはいえないだろう。では 41 条はというと、長期におよぶ裁判報道における事案の解説といった場合³⁴³とロックバンドの 30 周年記念という本件の事案とを公益性の観点から比較すると、前者はまだ時事性の要件を広く解して「時事的事件」と見ることは許されそうだとすると、後者の事情までを 41 条で救ってよいのかというと、いささか無理があるように思われる。となると、論者も示唆³⁴⁴するように、この事案は次のとおり 32 条（引用）による終局的な処理の可能性を考えることになる。

著作権法 32 条は適法引用の要件として、①「引用して利用すること」、②「公正な慣行に合致すること」、③「引用の目的上正当な範囲内であること」の 3 つを定めている。32 条（引用）の要件論をめぐっては 1980 年（昭和 55 年）の前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の説示に基づく明瞭区別性と附従性の二要件に従うとする判例法理³⁴⁵が長らく支配的

³⁴³ 三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト 594 号（2010 年）7-8 頁参照。

³⁴⁴ 山本隆司＝奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』（2010 年・太田出版）195 頁〔奥邨弘司執筆〕参照。

³⁴⁵ 先例的事例である東京高判昭和 60 年 10 月 17 日無体集 17 卷 3 号 462 頁〔藤田嗣治絵画複製二審〕について、高部眞規子〔判批〕著作権判例百選〔第 5 版〕146 頁参照。二要件説を採る裁判例について、横山久芳「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—』

だったところ、適法引用の要件は上記二要件に必ずしもこだわらず 32 条の条文に即して解釈すべきとの学説³⁴⁶が示されて以来、有力説³⁴⁷が支持するだけでなく裁判例³⁴⁸もこれに追随する傾向にあるようである³⁴⁹。本稿は 32 条（引用）の要件論を直接の検討課題としているわけではないため、近時有力となっている上記学説・裁判例に従って以下の考察を進めることとする。

（2017 年・信山社）339 頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（5）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 46 号（2017 年）94 頁以下参照。

³⁴⁶ 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 年）91 頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題—半田正夫先生古希記念論集』（2003 年・法学書院）307 頁参照。

³⁴⁷ 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）133 頁および 135 頁、中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）324 頁、高部眞規子〔判批〕著作権判例百選〔第 5 版〕（2016 年）147 頁参照。

³⁴⁸ 侵害肯定例ではあるが、東京地判平成 13 年 6 月 1 日判時 1757 号 138 頁〔絶対音感一審〕、東京高判平成 14 年 4 月 11 日平 13（ネ）3677 他〔絶対音感二審〕、前掲東京地判〔創価学会写真ビラ一審〕、前掲東京高判〔創価学会写真ビラ二審〕、東京地判平成 23 年 2 月 9 日平 21（ワ）25767 号・36771 号〔都議会議員写真ビラ〕。もっとも、原審を棄却した侵害否定例として、知財高判平成 22 年 10 月 13 日判時 2092 号 135 頁〔美術鑑定書二審〕が登場し、同じ者を被告とする類似事案で、東京地判平成 26 年 5 月 30 日平 22（ワ）27449 号〔美術鑑定書Ⅱ〕が追随。

他方、原告創価学会の池田大作名誉会長が被写体となっている原告写真を無断で被告ウェブサイトに掲載して同名誉会長を揶揄する内容のコメントを掲載したことについて、東京地判平成 19 年 4 月 12 日平 18（ワ）15024 号〔創価学会写真ウェブ掲載〕は、①公正な慣行に合致すること、②引用の目的上正当な範囲内であることとの 2 要件に加えて、③健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様、④引用すべき必要性ないし必然性、⑤一部を採録するか縮小して表示、との要件を加えて被告による 32 条引用の抗弁を否定したことにつき、平澤卓人〔判批〕知的財産法政策学研究 17 号（2007 年）183 頁、大鷹一郎〔判批〕著作権判例百選〔第 4 版〕（2009 年）124 頁参照。

³⁴⁹ 大鷹一郎「絵画の鑑定書と引用」清水節＝岡本岳編著『Q&A 著作権の知識 100 問』（2013 年・日本加除出版）295 頁は、引用をめぐる裁判例について「著作権法 32 条 1 項後段が定める『公正な慣行に合致』し、『引用の目的上正当な範囲内』かどうかの審理判断を行うという点においては、方向性が一致しているといえる。」とする。大西勝滋「引用の要件」清水節＝岡本岳編『Q&A 著作権の知識 100 問』（2013 年・日本加除出版）289-290 頁も同旨。

大須賀滋「権利制限規定（2）—平成 24 年改正」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014 年・青林書院）177 頁以下も、適法引用の要件について著作権法 32 条 1 項の文言に即して解釈する近時の有力説および裁判例の傾向を、肯定的に分析・紹介する。

菊池絵理「著作権侵害を阻却する事由」高部眞規子編『著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』（2015 年・商事法務）146 頁は、著作権法 32 条 1 項にいう「公正な慣行に合致」と「目的上正当な範囲内」の 2 要件該当性について、「引用の目的、被引用著作物及び引用作品の種類や性質、利用の方法や態様、被引用著作物の権利者に与える影響の有無及び程度等の諸要素を総合考慮して判断していくのが相当と考えられる。」とし、「『目的上正当な範囲内』であるか否かについては、量的及び質的な観点から検討されるであろうし、被引用著作物の市場への影響等も検討されるものと考えられる。」とする。

では、想定事例である [Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.] の事案を、32 条によって処理できるかどうか考えてみる。

第一に「引用して利用する」とは「複製」行為と同じ行為とされる³⁵⁰。印刷物に画像を掲載して使用する行為は、いずれも「複製」（著作権法 2 条 1 項 15 号）に当たると解される（前掲最判 [パロディ第一次上告審]）。

第二に「公正な慣行に合致する」かどうかについて、この公正な慣行の要件については、公正な慣行がある場合にはそれに合致することを要する旨を示しているにすぎず、表現の自由の観点から、公正な慣行がない分野では引用を制限する方向には働かないと解すべきとの指摘³⁵¹がある。裁判例ではたとえば、被告書籍において原告の翻訳を掲載するにあたり翻訳者である原告の氏名表示をしていなかったこと（東京高判平成 14 年 4 月 11 日平 13（ネ）3677 他 [絶対音感二審]）、公明党、創価学会および同名誉会長を批判する写真ビラに全体の 15 パーセントを占める大きさで同名誉会長の肖像写真を掲載して批判する文言を多数掲載すること（前掲東京地判 [創価学会写真ビラ一審]）は、公正な慣行に合致しないとされた。この点、[Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.] の伝記本が出所明示をしたのかどうかは事案から分からないため何ともいえないが、原告著作物のポスターに付されているクレジットがあれば、掲載する画像の脇に小さく転記しておけば済むように思われる（著作権法 48 条 2 項）³⁵²。掲載された画像のサイズについていえば、最大で約 8 × 11 センチと割と大き目ではあるものの、書籍のページサイズの 8 分の 1（12.5 パーセント）を超えておらず、読者が認識できる「最小限度」に縮小されているとのことからすれば³⁵³、第二要件も満たし得るのではないかと（明瞭区分性と附従性も満たし得ると解される）。

第三に「引用の目的上正当な範囲内であること」の要件は、著作権法 41 条と同じである。41 条には 32 条 1 項の確認的意味を有するという側面があるとされ³⁵⁴、32 条において一番重要な要件とされる³⁵⁵。[Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.] の伝記本は、バンドの 30 年間の足跡を紹介することを目的として、解説記事とともにバンドが過去実際に出演したライブコンサートのポスターやチケットの画像を引用して使用した。これは 32 条にいう「批評」ないし「研究」する文脈で縮小画像を使用したのであるから、引用の目的上正当な範囲内の使用と解して差し支えないのではないかと。

以上のことから、[Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.] の事案は、日本法のも

³⁵⁰ 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 年）94-95 頁参照。

³⁵¹ 田村善之『著作権法概説 [第 2 版]』（2001 年・有斐閣）241 頁参照。

³⁵² 加戸守行『著作権法逐条講義 [六訂新版]』（2013 年・著作権情報センター）384 頁参照。

³⁵³ 山本隆司＝奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』（2010 年・太田出版）195 頁 [奥邨弘司執筆] 参照。

³⁵⁴ 田村善之『著作権法概説 [第 2 版]』（2001 年・有斐閣）251 頁参照。

³⁵⁵ 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 年）96 頁参照。

とでも、32 条による総合的な利益衡量による終局的処理が可能な範囲にあるものと見られる。

3. 訃報についての 41 条による本来的处理の可能性

関連して、[*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*] のような伝記は、上記のとおり時事性の要件を広く解したとしても 41 条による処理はいささか難しいと見られる一方、訃報は 41 条の本来的な役割として処理できそうなことを確認しておきたい。

俳優の死去を伝えるニュースで生前出演した映画なりドラマなりの出演シーンの VTR にニュースコメントを加えて 20 秒前後部分使用したという 2001 年の前掲 [*Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*] ³⁵⁶の事案は、日本法では 41 条による処理を考えることになると思われる³⁵⁷。世間の耳目を集めた人物の訃報ニュースは日常的に行われているところ、代表作の映画なりドラマなりの核心部分ではない出演部分を 10 秒前後部分使用したところで、第一類型での正当化理由と同様に、著作権者が対価を回収しようとしている市場とは直接競合せず、権利者の利益を不当に害することはないと考えられるからである。

[*Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*] の事案について、ニューヨーク州南部地区連邦地裁は、訃報には報道目的が認められ、もとの映画の核心部分を使用しておらず使用尺ももとの映画の 1 パーセントにも満たないとして、フェア・ユースを認めた。

もっとも、訃報であったとしても、前掲第 9 巡回区 [*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] が説示するとおり、物故者の出演シーンの核心というべき価値のある部分を 1 分を超えて繰り返し使用するといった使い方は、日本法のもとでも原告の市場に与える影響が大きすぎる（著作権者の利益を不当に害する）と解されることは同じであることから、41 条の「報道の目的上正当な範囲内」とは認められないだろう³⁵⁸。

4. 個別制限規定群の総合活用による利益衡量の必要性

ところで、アメリカの第三類型の事案にはさまざまなものがあつたところ、第 2 巡回区

³⁵⁶ *Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 25687 (S.D.N.Y. 2001).

³⁵⁷ 中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）355 頁、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト 594 号（2010 年）8-9 頁参照。

³⁵⁸ 上野達弘「時事的事件の報道」外川英明ほか編「知的財産法のモルゲンロート—土肥一史先生古稀記念論文集」（2017 年・中央経済社）601 頁参照。なお、第 9 巡回区 [*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*] の事案について、山本隆司＝奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』（2010 年・太田出版）187-188 頁〔山本隆司執筆〕は、二要件説から 32 条引用該当性を否定的に解している。

[*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*]のような割と大き目の縮小画像だけでなく、女優 Farrah Fawcett の姿を映したポスターが広告のセットとして使用され、1 ページの広告のなかで“切手サイズ”に縮小されて背景的に掲載されたことについて、非侵害とした事例もあった。1986 年の第 6 巡回区 [*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*] ³⁵⁹である。第 6 巡回区連邦控訴裁判所は、被告広告の第 1 の目的は営利であることに間違いはないが、第 2 の目的として 70 年代文化の風刺がある。被告は風刺の対象を人々に思い起こさせるためにこのポスターを使用したのであって、写ったポスターは広告のごくわずかな一部分にすぎず、原告ポスターの潜在的市場には何も影響を与えていないとしてフェア・ユースを認めた。

では日本法のもとで、どの法理を使ってこのような事案を処理し得るだろうか。この問題には、第二類型と第三類型にまたがる法理の役割分担にかかわる重要な議論がある。“ごく小さいがよく見える”といった写り方での創作的表現の捉え方と、事案の処理を受け持つ法理との関係である。日本法のもとでこの問題を象徴する事例が、前掲横浜地判「おもてなしプレゼント」と見られる。[おもてなしプレゼント]をこの第三類型で議論する理由は、被告販促パンフに掲載された原告写真絵はがきの縮小画像が、観光客へのプレゼント品である写真絵はがき自体を特定して紹介するためのものだったからである。つまり、前掲「雪月花」での「書」のように、他に代わりになるものがあれば他のものでも別に構わないという意味での代替性はなく、その目的上、被告販促パンフに掲載する画像は必ず原告写真絵はがきである必要があったという事案である。したがって、本稿の類型論から見ると、[おもてなしプレゼント]の事案は、[雪月花]と異なりこの第三類型に整理される。

さらに「おもてなしプレゼント」の事案と判旨を振り返ると、切手サイズより一回り小さく縮小されて被告パンフレットに掲載された原告絵はがきの画像 3 点のうち 1 点は全面が写っており、「被写体の属性や構図の一部」が見て取れたようである。裁判所は、形式的には写真の著作物の増製に該当するとしても、実質的には複製に該当しないということをも理由に著作権侵害を否定した。つまり、写り込んだ絵はがきの被写体の属性に加えて構図の一部が見て取れてもなお著作権侵害を否定している。事案との関係でその判旨を理解するならば、創作的表現が再生されているところがあるにもかかわらず、類似性を否定した事例ということになる。つまり「おもてなしプレゼント」は、事案と結論を異にするが、表現上の本質的な特徴の直接感得説によって複製該当性を認めつつも翻案該当性を否定した前掲東京地判「猫の写真看板」と同じアプローチを採ったものといえる。

先に第二タイプの検討で少し触れたが、学説では被疑侵害著作物におけるこのような創作的表現の捉え方をめぐって論争が展開されている。すなわち、「本質的な特徴を直接感得」に着目して前掲最判「江差追分上告審」の説示を解釈するいわゆる全体比較論³⁶⁰とも呼ばれる表現上の本質的な特徴の直接感得説に対して、論者からは次のような批判がある。①被疑侵害著作物の部分を特定する手法が示されておらず、裁判規範として通用させるには

³⁵⁹ See *Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*, 787 F.2d 592 (6th Cir. 1986).

³⁶⁰ 前掲注(328)参照。

理論的に未完成である。②外延が不明確な「まとまりのある著作物」や「作品」での比較によって侵害の当否を判断するとなると、著作物の類似性という形で著作権の保護範囲を予測することが不可能になり、法的安定性を著しく害する。③写り込みやパロディについて侵害を否定する方向に斟酌するためには、やはり利用の経緯や必然性、著作権者に与える不利益など諸事情を総合衡量することも必要であり、このような諸事情は類似性の比較判断では汲み切れないものであり実益に乏しいといった指摘³⁶¹である。その背景的理解として、[江差追分上告審]における「本質的な特徴を直接感得」という文言は、「最判昭和55.3.28 民集 34 卷 3 号 244 頁 [パロディ第一次上告審]」³⁶²の説示を・・・踏襲したものであるが、厳密には、・・・同一性保持権侵害に係るもので・・・しかない。そのうえ、その文言は、下手をすると、原著作物の創作的な表現ではない部分やアイディアと目すべきところと共通するに過ぎない場合にも、『本質的な特徴を直接感得しうる』・・・ということと、侵害が肯定されかねないという問題点を内包していた。」との指摘³⁶³もなされていた。

このほか、「たとえ既存の著作物の創作的表現が『認識可能』のまま残っているとしても、広義の『色あせている』という場合であれば、それはまったく『独立の著作物』であり、そもそも既存の著作物を利用しているとは言えないのだから自由なのである、というような解釈はやや強弁の誹りを免れないように思われる。・・・少なくともドイツ法における『自由利用』のような規定を持たないわが国において、ドイツ法における『色あせている』論を採り入れて、たとえ既存の著作物の創作的表現が認識可能ではあっても規範的に見て『直接感得できない』場合には権利侵害に当たらないと考えることは疑問が残るところである」との指摘³⁶⁴がある。

これらの批判に対して、最高裁調査官として前掲最判 [江差追分上告審] を担当した高部眞規子判事からは、「部分的にみると原告著作物の創作的表現が再生されていても、もう少し広いまとまりの中で著作権侵害が否定される場合があるのか、・・・被告の主張に応じて、原告が主張する以外の部分を、判断の対象とし得る場合があるという趣旨であって、常に『全体を比較する』というわけではないので、まず、『全体比較論』というネーミング自体、誤解を招くように思われる。」との反論³⁶⁵がある。同旨の反論として、「裁判例の中には『作品としての表現』を全体的に比較して類似性判断を行っているものもあるが、それは、原告の類似性の主張が『作品としての表現』全体に関わるものであったため、『作品

³⁶¹ 田村善之 [判批] 知的財産法政策学研究 41 号 (2013 年) 114-120 頁参照。

³⁶² 田村善之 [判批] 著作権判例百選 [第 2 版] (1994 年) 140 頁参照。

³⁶³ 田村善之 [判批] 法学協会雑誌 119 卷 7 号 (2002 年) 218 頁参照。もっとも、同 226 頁注(1)は、「『本質的な特徴』の絞り次第では、創作的表現の再生基準と整合的に読むこともできなくはない。」とする。

³⁶⁴ 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成 (2・完) —『複製又は翻案』の問題性—」知的財産法政策学研究 42 号 (2013 年) 71-72 頁参照。

³⁶⁵ 高部眞規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編集代表『知的財産・コンピューターと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』(2016 年・商事法務) 54 頁参照。

としての表現』全体を一つのまとまりと捉えて類似性判断を行うことが適切であったからであって、原告の類似性の主張と無関係に『作品としての表現』全体の異同を問題とするものではないというべきである。」とする学説³⁶⁶もある。

また高部判事は、本稿の課題でもある些細な利用と著作権侵害の当否という問題を裁判所が判断するにあたり、「創作的表現の共通性一元説に立つと、創作的表現が再生されている以上、著作権侵害であるということになり、江差迫分事件最高裁判決の判決要旨1に掲げた要件を充足しないことになる。また、背景的な取込みにみられるような些細な利用の場合に、処理に窮することになる³⁶⁷。・・・著作物の一部のみが再生されている場合に、その余の部分をも判断の対象にするか否かは、前記のとおり、部分的に再生しているといえる場合に原告著作物と被告作品の全体を評価して、侵害を否定する余地を残すかどうかにある。そのような見地からいうと、全体比較を否定する駒田准教授の見解は、引用や著作権法41条等、権利制限規定やさらには、実質的違法性がないとか権利濫用を用いて侵害を否定すればよいというのであって、結論としては、一部のみの再生でも、著作権侵害の責任は否定すべき場合を認めているものと解される。そうすると、複製権侵害・翻案権侵害という請求原因のレベルで判断するか、引用や権利制限・権利濫用等の抗弁のレベルで判断するかの違いということになり、結論は変わらない。」とも指摘³⁶⁸する。さらに、取込み(写り込み)が問題となる事案では「一般的なフェアユースの規定を欠く状況の下で、必ずしも適切な抗弁が見当たらない場合もあるように思われる。・・・写り込みやパロディーなどについて議論の結果、結局『フェアユース』の法理に相当する一般条項を定めなかった我が国の現行著作権法においては、制限規定で全ての事案を妥当な解決に導くことは困難である。」と述べ、裁判所から見た立法的対応の不備を厳しく指摘³⁶⁹するのである。

表現上の本質的な特徴の直接感得説と、その問題点を指摘する学説のいずれが妥当なの

³⁶⁶ 横山久芳「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実 法科大学院要件事実教育研究所報第14号』(2016年・日本評論社)121頁注(18)参照。

³⁶⁷ 島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号(2001年)32頁参照。

³⁶⁸ 高部眞規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編集代表『知的財産・コンピューターと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』(2016年・商事法務)59頁参照。

³⁶⁹ 高部・同上59-60頁参照。過去にも高部判事は、斉藤博ほか「シンポジウム『翻案』討論」著作権研究34号(2007年)112頁[高部眞規子発言]で、「限界はあると思います。でも、立法論を言ってもなかなか立法してもらえないときには、いろいろ解釈していくしかありません。現行法で使える道具が幾つか限られている中で、『本質的な特徴の同一性の維持』は、1つの使える道具にできるかなということなんです。」と述べていた。

この点に関して、清水節・知財高裁所長判事は、最近の論考において、「裁判例の解説の範囲を超えることであるが、筆者としては、アメリカ合衆国のフェアユース規定とは異なる形であっても、著作権法において、何らかの一般的な著作権の制限規定を検討すべきではないかと考えている。」との見解を表明している。清水節「応用美術に関する裁判例について—『TRIPP TRAPP事件』以降の裁判例を中心として—」外川英明ほか編「知的財産法のモルゲンロート—土肥一史先生古稀記念論文集」(2017年・中央経済社)627頁注(18)参照。

かを論じることは本稿の課題ではないため、各学説の紹介に止める。思うに、複製や翻案をめぐる事件において、前掲「パロディ第一次上告審」と「江差追分上告審」というふたつの最高裁判決が存在することから、裁判所には両最判に整合的な判示が求められるのだろう³⁷⁰。もっとも、本稿にはそのことよりもむしろ、高部判事による上記の指摘から、侵害判断はもっと柔軟になし得る必要があるという実務上のニーズに基づく強い迫力が伝わってくる。裁判所が写り込みの問題を処理するにあたって直面している限界が、著作権法30条の2の立法後も実はほとんど変わっていないということを示唆するものだからである。高部判事の指摘は、写り込みの問題をどのように処理できるか、処理すべきかを検討課題とする本稿にとって、やはりそうだったか、と重く受け止めざるを得ない。創作的表現の捉え方をめぐる論争には、いずれの立場、説明の仕方にも一長一短があるように見受けられる一方、裁判所が実際に写り込みの問題を処理する際、抗弁でうまくいかないとしたら、侵害判断で処理するほかないではないか、と考えているところに、写り込みの問題の難しさが現れているように思われる。

しかしながら、本稿は以下の観点から、第三類型「おもてなしプレゼント」の事案は類似性の要件によって処理するのではなく、法理の役割分担の観点から基本的に権利制限規定で処理すべきと考える³⁷¹。実際に写り込みや写し込みの問題の多くは、利用意図の有無

³⁷⁰ 飯村敏明「著作物の利用（改変態様）の可否に関する判断要素について」コピライト616号（2012年）4頁は、前掲最判「パロディ第一次上告審」について「モンタージュ最高裁判決は、翻案権侵害が争われた事案ではなく、旧法下での同一性保持権侵害が争われた事案ですが、同判決は、事実上、翻案権侵害における判断基準として機能していた状況がありましたので、同判決との整合性に配慮する必要がありました。」とする。また、「江差追分上告審」について、「その論理付けの手法からみて、『言語の著作物の翻案』に限定したものではない点は明らかです。・・・そして、同判決が、『言語の著作物の翻案』ではなく翻案一般について述べたとしますと、その判断手法（ロジック）及び判断基準の拠って立つ前提はモンタージュ最高裁判決と大きく相違しておりますので、同判決のロジックや判断基準は実質的に変更されていると見ることができます（もっとも、この点は両判決が矛盾していることを述べている趣旨ではありません。）」とし、同12頁は、「江差追分上告審」が「形式的にはモンタージュ最高裁判決の判断基準に準拠する旨を述べています。」とする。この点、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（2014年・有斐閣）151頁注(10)も、「江差追分上告審」における説示の前半部分である言語著作物の翻案の定義について、「二次的著作物の一般論として通用すると考えられており、その後の翻案事件に決定的影響を与えている。」とする。最高裁判決の裁判実務へ与える影響がきわめて大きいことについて、大村敦志＝道垣内弘人＝森田宏樹＝山本敬三『民法研究ハンドブック』（2000年・有斐閣）140-141頁、中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（2009年・有斐閣）10頁以下〔中野次雄執筆〕、田中豊『法律文書作成の基本』（2011年・日本論評社）52頁、高林龍『知的財産に携わる人のための 標準 民事手続法』（2012年・発明推進協会）188頁参照。

³⁷¹ もっとも、被疑侵害著作物が「おもてなしプレゼント」のようなA4版1枚？のパンフレットと、十数頁あるカタログ、数十頁、数百頁ある書籍とでは、わずかに2センチ前後に縮小された写真画像1点が需要者の目に止まる可能性というのは、実際には大きく異なるように思われる。上記のように頁数が多いなど付加部分が相対的に大きい被疑侵害著作物の利用であれば、すべての需要者が完全に認識できる利用ではない（＝必ずしもよく見

や利用の目的・経緯、原告の市場に与える影響といった諸事情を考慮して処理する必要があると思われるところ³⁷²、豊富な事例の蓄積があるアメリカの判例法理を本稿が考察したところによれば、積極的な使用目的との関係で必然的に写り方の程度がより大きく、当事者の利益だけでなく公益との衡量も必要な事案に分類される第一類型と第三類型では、フェア・ユースの法理が諸事情を汲む重要な役割を担っている。すなわち、抗弁の問題として主観的な利益衡量を行って事案を処理している。

そして、先に前節において第二類型の考察でも触れたとおり、以上のような類型論に基づく法理の役割分担による対処可能性は、日米の判例法理でそう大きな違いはないように思われるのである。したがって、我が国で第二類型の処理を担い得るおそらく唯一の方策と見立てた、前掲最判〔江差追分上告審〕に基づく表現上の本質的な特徴の直接感得説に立脚した判例法理（前掲知財高判〔釣りゲータウン2二審〕、前掲東京地判〔猫の写真看板〕）は、アメリカの *de minimis* と実質的類似性の法理が果たしている役割と同じく、侵害に問うべき類似を規範的・客観的に判断する役割に徹するべきであり、さまざまな主観的利益衡量が必要な第三類型の処理には用いるべきでない、というのが法理の役割分担を提唱する本稿の理解である。もっともこのような見方には、いずれにせよ日本法にはアメリカ法のフェア・ユースのような一般規定がないのであって、個別権利制限では諸事情を考慮することなどできない（だから請求原因としての侵害判断で処理すべき）との指摘があるかもしれない。しかし、日本法にも30条の2、32条、41条、46条といった相対的に広い解釈の余地があり、相互補完的に役割分担が可能な関係にあると見られる写り込み関連の個別制限規定群がある。ゆえに我が国においても、写り方の程度に加えて使用目的や市場に与える影響、外部利益などの諸事情の考慮がとりわけ必要な事案（第一・第三類型）の処理は、請求原因としての侵害判断ではなく、基本的にこれらの個別制限規定群の総合的解釈によって担っていくべきと考えられる。

そこで、まず〔おもてなしプレゼント〕のような意図的な写し込み的利用の事案は、類似性の要件を使わないとしたら、どの権利制限規定で処理するのがよいのかを考えてみる。この事案も前掲第2巡回区〔*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*〕と同様、縮小画像の掲載であって撮影・録音・録画によるものではないことから、そもそも30条の2が受け持つべき事案とは考えられていないと見受けられる。代わりに、プレゼント品である写真絵はがきを特定して他の「おもてなしプレゼント」といっしょに紹介するという積極的

えるわけではない）として、類似性を否定して処理することもあり得るのかもしれない。この点、横山久芳「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実 法科大学院要件事実教育研究所報第14号』（2016年・日本評論社）27頁は、「著作物というのは、需要者が見て鑑賞するものですから、表現上の創作性ある要素が利用されていても、需要者の目から見たとき類似しないものを侵害とする必要はないと思います。」とする。

³⁷² 田村善之〔判批〕知的財産法政策学研究41号（2013年）118-119頁参照。

な利用の意図と必要性³⁷³、A4 版 1 枚？のパンフレットにおける切手より小さいサイズの縮小画像の掲載という事案との関係に着目すれば、32 条³⁷⁴あるいはひょっとしたら、2009 年（平成 21 年）著作権法改正で新設された 47 条の 2（美術の著作物等の譲渡等の申し出に伴う複製等）³⁷⁵ならば、[おもてなしプレゼント] の事案はより確実に処理できるのかもしれない。

そのうえで、写り方のサイズが[おもてなしプレゼント]と似ている第 6 巡回区[Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.] の事案を、日本法のもとではどのように処理するかという問いに立ち戻る。この事案は、広告のセットの小道具としてポスターを背景的に設置して意図的に写し込んだ「撮影」の方法によることから、30 条の 2 が処理を受け持つことを念頭に置いていると見られる利用態様といえる。この点が[おもてなしプレゼント]との事案とは異なる。どちらかという、カタログ写真の背景に小道具として書を写し込んだ[雪月花]のほうに近い事案ともいえるが、第 6 巡回区[Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.]で写し込んだポスターには“風刺”³⁷⁶という積極的な使用目的があることから、[雪月花]の書のように使ったものは何でもよかったという第二類型ではなく、[おもてなしプレゼント]と同様使ったものに代替性のない第三類型に位置づけられる事案である。言うなれば[雪月花]と[おもてなしプレゼント]の事情を合わせ持つ、たいへん興味深い事例である。そこで 30 条の 2 によって処理できるかを考えてみると、広告のセットの小道具として使った意図的な写し込みの利用であるから、物理的には分離困難とはいえない。しかし、この事案の処理にあたっては、わずか切手サイズにまで縮小された背景的で軽微な使い方（第 3

³⁷³ 事実認定によれば、観光客に無償配布されたプレゼント品である原告写真絵はがき 3 枚 1 組計 7 セットは、原告が委託販売していたものを計 3500 円で正規に購入したものであるから、著作権法 26 条の 2 第 2 項 1 号により原告の譲渡禁止権を害することなく自由に配付できる。

³⁷⁴ 田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理 56 巻 9 号（2006 年）1312-1313 頁参照。

³⁷⁵ 中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年・有斐閣）371-372 頁参照。

ちなみに、47 条の 2 の文言が「美術の著作物又は写真の著作物の原作品又は複製物」となっていることから、音楽 CD や DVD ビデオ、書籍などを譲渡する際に、ジャケットや表紙のサムネイルをウェブサイトやカタログへ掲載できることが 47 条の 2 によって許され得るかという議論があると思われる。論者によれば、ジャケットや表紙の多くは美術または写真の著作物と解し得ることや取引の安全を図る趣旨からも、47 条の 2 はそのように広げて使うものであり、同条所定の要件を満たす態様によるならば使用は許され得ることについて、池村聡『著作権法コンメンタール別冊 平成 21 年改正解説』（2010 年・勁草書房）63-64 頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 26～88 条〔第 2 版〕』（2015 年・勁草書房）487-488 頁以下〔上野達弘執筆〕参照。

³⁷⁶ この目的からは、パロディの事案と捉えなおして 32 条の問題として処理し得るかという論点が浮かび上がるが、本稿では立ち入らないこととする。さしあたり 32 条によるパロディの対処可能性は、横山久芳「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—』（2017 年・信山社）337 頁を参照されたい。

要件)、原告の市場に与える影響はまったくない(第4要件)といった事情をより重視して、利益衡量する必要があるとも考えられる。本稿としては、社会通念上分離困難であると規範的に認め得る境界線上の事案として、30条の2の解釈により非侵害の結論を望みたい。

おわりに 本稿のまとめと今後の課題

本稿は、我が国における写り込みの問題に過不足なく対処し得る解釈論を探ることを課題とした。そして、著作権法 30 条の 2 の立法経緯と要件論、既存の法理を駆使して写り込み関連の問題に対処してきた我が国の裁判例の展開を概観したあと、世界のコンテンツ産業の中心であり豊富な事例の蓄積を有するアメリカ法を比較法の対象として、著作物等の付随的な利用をめぐる議論を考察した。前提となっている問題意識とは、不可避的・偶発的な写り込みはもとより、意識的・意図的な写し込みであってもイコール侵害という方向を突き詰めてしまうと、社会における表現が不必要に縮小してしまうため、それは避けるべきであるというものである。本稿には、軽微な程度の写り込み・写し込みからすべて対価を得よう、すべて禁止しようなどと期待して創作する料簡が狭い著作者はほとんどいないように思われることから、権利者・利用者いずれの人の主観を責めるのではなく、報道、批評、研究といった特に外部利益に資する後発創作をいかに促すか、という視点に立って考察を進めた。

まず、本稿の主要な課題である比較法研究で明らかになったことを振り返ると、アメリカでの付随的な利用をめぐる事例には、①不可避的・付随的な利用、②意図的ではあるが原告著作物に代替性がある利用、③意図的かつ代替性のない利用という 3 つの行為類型(三類型)があると思われる。各類型で重視されている事案の要素は、①利用の真の目的、②写り方の程度、③利用の真の目的と写り方の程度の両方、と見られる。

そして、付随的な利用の三類型を処理するふたつの法理が、実質的類似性とフェア・ユースである。まず、実質的類似性の法理は、被疑侵害著作物におけるコピーについて、請求原因の問題として侵害の有無を見極めるもので、原告の請求を成り立たせるに十分な (actionable) コピーかどうかを判断する。当該コピーが *de minimis* を超えるものであれば *actionable* と判断され、侵害が一応証明される (*prima face case*)。次いで、フェア・ユースの法理は、*actionable* と判断されて侵害が一応証明されたコピーについて、抗弁の問題として正当化されるべき事情の有無を吟味して利益衡量し、一応証明された侵害を否定して免責し得るかどうかを判断するものである。

では上記の三類型に対するふたつの法理の適用関係はというと、必ずしも一対一ではなく入り組んでいるが、おおむね次の傾向が認められる。第一類型と第三類型では、事案の性質上、被疑侵害著作物における原告著作物の写り方が相対的にはっきりと大きいものが多いことから、必然的にコピーの程度が *de minimis* のしきい・限界 (threshold) を超える結果、フェア・ユースの問題として処理されている。裁判所は、原告著作物とは異なる、外部利益を生む利用目的があるか、しかしながらその利用が原告の市場を奪ってはいないかといった事情を主に考慮して、侵害の可否を判断している。一方、第二類型では、使用された著作物について、どうしてもそれではなければならないというわけではなく、何か代わ

りになる他のものがあればそれでも別に構わないという意味での代替性が認められることを反映してか、例外を除いてそもそも写り方がわずかで不鮮明といった事案で占められている。裁判所は、このような写り方は *de minimis*、すなわち取るに足らない些細なものにすぎず、著作権侵害として取り上げるべきではないと規範的に捉えて、利用が意図的であることや他の諸事情を特に考慮することなく、専ら写り方の程度に着目して実質的類似性を否定することによって処理している。

このように、アメリカ法では大小さまざまな付随的な利用の事案を処理するにあたって、第一類型と第三類型のように利益衡量が必要な事案はフェア・ユースで、第二類型のように写り方の程度だけを見て処理できる事案は実質的類似性で、といった具合に各類型で重視される事案の要素に応じてふたつの法理がおおまかに役割分担していることを分析した。これが本稿での比較法研究の成果である。

以上を踏まえて日本法の議論に立ち戻ると、写り込みといっても要するに著作権問題のひとつである。よって、日本でもアメリカと同様、事案を請求原因の問題として処理するか、あるいは抗弁の問題に移して処理するかという枠組みに変わりはない。しかし大きく異なるのは、アメリカ法にはフェア・ユース規定があるため、先に見たとおり付随的な利用の多くが同規定のもとで処理されてきたのに対し、日本法にはフェア・ユース規定に相当する一般規定がなく、個別の権利制限規定でも処理し切れそうにないといった消極的な理由から、我が国では主に類似性の要件を使って写り込みの事案の多くが实际的に処理されてきたという点である。

さらに振り返ると、写り込みの問題への全般的対処を目的に検討された文化庁A類型は、文言から導かれる分離困難性の要件が加えられた著作権法30条の2に姿を変えて立法された。ある写り込みや写し込みが30条の2にいう分離困難かどうかは、起草趣旨に立ち返って社会通念上分離困難と考えるのか、あるいはあくまで文言どおりに、物理的にどけられるものは分離困難と考えないのか、論者の見立ても分かれている。前者のように解していれば、意図的な写し込み的利用も今後は30条の2で処理すべき問題として議論することとなる。他方、後者のように解さざるを得ないならば、意図的な写し込み的利用は30条の2で処理することが難しいという話になる。本稿の考察によれば、そこに何かあることが分かっているながら構わずに写すこと（誰かが置いたものを写すこと）はまだしも、特にわざわざ何かをそこに置いて写すこと（自分で置いて写すこと）は、後者のように解さざるを得ないように思われる。

そこで今、我が国において写り込みの問題への対処にあたって求められる視点が、法理の役割分担なのである。本稿は、さまざまな写り込みの事案で重視される要素と、既存の法理の守備範囲を踏まえた役割分担という視点から、写り込みをめぐる日本法の解釈論を総合的に再検討した。この考察を進めるにあたって参酌した議論が、事例が豊富なアメリカ法の考察から浮かび上がった三類型、すなわち非侵害として処理し得る“落ち着いたところ”としての付随的な利用の類型論である。この付随的な利用の三類型を現在の日本法の

もとでどのように過不足なく処理できそうかという問題視点のもと、非侵害とされる理由を確認しつつその対処可能性を検討した。その結果、日本法のもとでの事案と法理の主な対応関係は、以下のとおり第一類型が 41 条と 30 条の 2、第二類型が類似性の要件、第三類型が 32 条、と整理できるように思われる。

第一類型は、まさに不可避的・偶発的に見聞きされるものが非意図的に入り込んでくるような事案類型で、30 条の 2 が一義的に念頭に置いているものと見られる。これまで第一類型を処理し得るのは 41 条しかなかったところ、報道目的のないものでも今後は 30 条の 2 を使って処理することができる。もっとも、30 条の 2 が処理対象とする写り込みは条文上、撮影・録音・録画の方法によるものに限定されていることから、驚くべきことに機械的複製が伴わない生放送やライブ配信での写り込みは処理できないように見える。しかし、今や誰でもスマホでライブ配信している世の中であり、生放送やライブ配信を処理対象から除外する合理的な理由はどこにもないことから、類推解釈による対処が必要であると強く指摘しておきたい。

第二類型は、意図的な写し込みではあるが使ったものは代わりが利くためか結果として写り方がよく見えないとか不鮮明とかいう程度に止まっている事案類型である。アメリカ法のもとでこのような利用は、*de minimis* に止まるものとして実質的類似性が否定されているところ、我が国でも同様に、利用の意図は問題にしない類似性の要件を使って第二類型は処理することになる。さらに、第二類型には写真や絵画といった写り方が小さくとも構図が見て取れるならば創作的表現の再生を否定し切れない写し込みもあると見られることから、被疑侵害著作物のなかでの写り方がごく小さければイコール創作的表現も相対的に見てとれないと規範的に解して類似性を否定し得る判例法理が活躍するだろう。そして、我が国で唯一その役割を担い得るのは、前掲最判〔江差追分上告審〕に基づく表現上の本質的な特徴の直接感得説に立脚した前掲知財高判〔釣りゲータウン 2 二審〕や前掲東京地判〔猫の写真看板〕の判例法理と見られる。

第三類型は、第二類型と同じ意図的な利用である一方、使ったものの内容に重要な意味があるため代わりの利かない点で、第二類型とは異なる事案類型である。相対的により複雑な第三類型の問題の処理には、とりわけ利用意図の有無や利用の目的・経緯、原告の市場に与える影響といった諸事情を考慮する必要があるところ、アメリカ法ではフェア・ユースの法理がその役割を担っている。事案との関係に着目すれば、第三類型の処理にさまざまな利益衡量が必要なことは日本法のもとでも何ら変わることはない。したがって一般規定を持たない日本法のもとでも、利益衡量が必要な第三類型の処理を担うべきは、類似性の要件ではなく、30 条の 2、32 条、41 条、46 条といった写り込み関連の個別制限規定群であるというのが、アメリカ法の比較法研究から示唆を得て法理の役割分担の観点から我が国における写り込みの問題に過不足なく対処し得る解釈論を再検討してきた本稿の結論である。

もっとも本稿は、アメリカ法における著作物の付随的な利用をめぐる議論を手がかりと

して、我が国での写り込みにかかる著作権問題の一端を検討したにすぎない。前掲東京地判〔猫の写真看板〕や前掲東京地判〔合格！行政書士 南無刺青観世音一審〕の示すとおり、写り込みでは著作者人格権侵害も問題となり得るが、本稿では特に考察していない。

人格権をめぐる問題といえば、写り込みにはパブリシティ権やプライバシー権の問題が併存しているが、本稿では扱わなかった。著作者人格権にしてもパブリシティ権にしてもプライバシー権にしても、同じ人格権に根拠を置くものの要保護性の程度を考えるに当たっては、著作権のように“通常の市場”からというよりはむしろ、権利の性質上、別途の考慮が必要になってくるのかもしれない。一方、現場で創作活動に勤しむクリエイターにとって、構図に写り込んでくるものは著作物も人の容姿も同じともいえる。ゆえに本稿で考察した付随的な利用の類型論を応用して、写り込みと人格権の問題を議論する余地はあるように思われる。これらの点は、同じく本稿では立ち入らなかった写り込みとパロディの問題とあわせて、今後の検討課題としたい。