

パロディにみる表現の自由と著作権の相克

Parody as a Problem of Freedom of Speech

飯野 守*

Mamoru IINO

Abstract

While the very purpose of the copy right law is to promote the development of culture, a tension between copyright and Freedom of Speech has been often argued. In terms of this tension, parody is a most disputable area of expression. Parodies can be recognized as a kind of creative works, but it is often the case that they potentially infringe copyrights of others, as they necessarily utilizes copyrighted works of others.

This article discusses leading cases in Japan that treat parody attempts, and clarifies the problems of Japanese case law. Specifically, it points out that parody has been treated as if plagiarism or counterfeites in Japanese case law, although parody is recognized as a form of comment or criticism on an existing work.

1. はじめに一著作権保護の目的管見

本稿はパロディと著作権という問題をめぐって争われた二つの著名事件を素材として、表現行為としてのパロディにつき、著作権法上どのような問題が存するかを探ろうとするものである。この検討に入る前に、まず著作権について管見を述べておきたい。

著作権は、新たに創作的な活動の成果を挙げた者にその（著作物の）独占的利用を許し、もって経済的利益を回収させることに重要な意義がある権利である。わが国の著作権法は、このような見地から、個人（や法人）に自己の生み出した著作物についての独占的権利を付与する。そして、著作権法は著作者のこのような権利を

保護し新たな著作へのインセンティブ（incentive、創作を促す動機付け）を与えることにより、究極には文化の発展に寄与することを目的として制定されている¹。

このインセンティブについては、例えばアメリカ連邦最高裁判所のある判決は次のように言っている。

「自己の表現の使用〔権〕を取引する権利を確立することで、著作権はアイデアを創造し普及するための経済上のインセンティブを提供する」²

このように、著作権はいわば文化の創造的発展を支える重要な権利と位置づけられている。そこで、わが国の著作権法も著作権に財産権として強い保護を与え、その侵害に対しては法文上差止め請求を認めるだけでなく、一定の違反行為に対しては刑事罰を科することができるほ

*文教大学情報学部准教授

¹ 著作権法1条参照。

² Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 558(1985).事件は、フォード元大統領の自叙伝の草稿がある雑誌編集者の手に渡り、草稿から約300語の引用をした記事が雑誌に掲載されてしまったというもの。この記事は権利者の許諾を得て掲載されたものではなく、また、独占的ライセンスを得ていた別の雑誌がアブストラクトを掲載する以前に刊行されたものだった。以上の事情の下で、上記約300語の引用がフェア・ユースに当たるか否かが争われた。

どの強い保護を与えている。そして、著作権の保護期間は著作者の死後も一定の期間存続が認められている。

ただ、ここで注意しなければならないのは、他方で、我々が新たな著作（著作物）を生み出すためには、先達の様々な著作を様々な利用しなければならず、その利用が的確におこなわれることが必要であるということである。このことは「巨人の肩の上の小人は巨人自身より遠くを見ることができる」という比喻で説明されることが多い³。そこで、文化の発展のためには、上述のような意味で著作権が保護されるとともに、その利用もまた図られなければならない。著作権法がその1条（目的規定）で、「これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ」権利保護を図るとしているのは、「文化の発展」のためには「公正な利用」ということが必要であることを認めるものであるとすることができる。

著作権法はこのように、「文化の発展に寄与する」という大きな目的のために、一方で著作権を手厚く保護し、他方では一定の条件を満たした場合に公正な利用を認めるという、一種の難しい課題を提示している。

この課題に応えるものとして著作権法上用意されているのは、一般に著作権の時間的・公共的限界として語られる著作権の限界である。引用（法32条）や教育機関における複製（法35条）に代表されるこれらの限界は、「文化の発展に寄与」するために著作物の一定の自由利用を認めようとするものである。

さて、以上のような著作権制度であるが、これを新しい作品を生み出す表現者の側に立って見たとき、どのような問題が指摘できるだろうか。

例えば、ある者が新しい著作を創作するために既存の著作物を利用しようとする、その利用の仕方如何によっては、著作権や著作者人格権に基づく損害賠償や差止め、場合によっては刑事罰を科せられる可能性があるのである。これがいわゆる剽窃や贋作といった、創作的表現物としての価値をほぼ欠くと評価されざるを得ない作品の場合であれば問題は少ないかもしれない。このような場合には原著物の流通が認められてさえいれば、文化の発展が阻害されることはないからである。

そうすると、問題なのは文芸作品のように創作性が主張される作品が著作権侵害を理由に損害賠償を命じられたり差止めを命じられたりする場合である⁴。このような場合には、文化の発展に寄与することを目的として保障される権利である著作権が新たな創作的表現行為と対立することになる。そして、このような表現行為と既存作品の保護との対立関係が最も先鋭に現れる場面がパロディであると言えよう。

本稿は、以上のような認識から、「パロディ」という表現領域の著作権法上の取り扱いについて検討することを目的とする。以下、続く第2章では、パロディに関する問題点の整理と著名事件であるいわゆる「パロディ写真事件」の再検討を行い、第3章では比較的最近の事例である「バターはどこへ溶けた」事件を取り上げ、「小括」においてこれらの裁判例を手掛かりとして、若干の私見を明らかにすることとする。

なお、本稿では日本の判例を主として取り上げることとし、本稿のテーマを論じるにあたり参考とされることの多いアメリカの判例については、別途稿を改めて検討することとしたい。

3 “A dwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself.” (Zechariah Chafee, *Reflections on the Law of Copyright*, 45 Colum L. Rev. 503, 511(1945)) 本稿の守備範囲からは離れるが、この言葉についての興味深い考察として、「シャルルのベルナルへの遙かなる旅」(http://homepage2.nifty.com/delphica/cahier/shoulder1.html) (最終アクセス2008/01/30) 参照。

4 例えば、後述する「バターはどこへ溶けた」事件（後掲注19）や、私的な手紙の引用が問題となった「剣と寒紅」事件（東京地裁平成11年10月18日判決（判時1697号141頁）、東京高裁平成12年5月23日判決（判時1725号165頁）、最高裁第一小法廷平成12年11月9日判決（判例集等未搭載）、拙稿「故人の著作物に著作権が主張されるときー『剣と寒紅』事件のことなど」文藝論叢39号26頁以下（文教大学女子短期大学現代文化学科・2003年）参照。）など。

2. パロディにみる著作権の論点

a. 表現行為としてのパロディの特色

パロディは先行する既存作品（原著作物）を基に風刺などを加えてこれを作り替え、新たな作品としたものである。この場合に、原著作物について利用の許諾が得られているのであれば良いが、パロディの性質上許諾なしに利用されることが殆どと言えらる。そこで、このような利用が著作権法上どのように取り扱われるかが問題となる。わが国では、判例上、著作権法との関わりでパロディについて明確な定義が確立しているとは言いが、パロディ作品はパロディであることを根拠として他人の著作物を許諾なしに利用しようとするのであるから、少なくとも次のような要素が求められると考える必要があるのではないだろうか。

1. 既存の作品（原著作物）を利用して、新たな作品を創作的に生み出すこと、2. その作品は当該既存作品に対する批判・論評ないし風刺の意図を持つことである。要するに、パロディ作品はそれ自体は創作的な作品でありながら、批判・論評・風刺することを意図して原著作物を利用するものである⁵。このため、利用された原著作物の作者（原著作人）にとっては極めて刺激的であり、しばしばその利益と衝突することになる。それは、原著作人の財産的利益との衝突（いわゆる剽窃問題ないしは翻案権の侵害）であったり、人格的利益との衝突（同一性保持権や公表権の侵害）であったりする。

以上のように考えたとき、パロディは著作権と表現の自由の相克という問題を考える上で、恰好の領域であると言することができるのである。

b. パロディ写真事件再考

上述のような視点からみたとき、我が国でパロディ表現と著作権保護との関わりが初めて最高裁まで争われたいわゆるパロディ写真事件は出発点としてやや特異であったと言えることができるかもしれない。

事件は次のようなものだった。原告（被控訴人、上告人）は著名な山岳写真家で、自ら撮影して著作権を取得したカラー写真（以下、「本件写真」とする）を、自己の氏名を表示しないで、昭和43年度用広告カレンダーに複製掲載した。被告（控訴人、被上告人）は、このカレンダー写真の一部を切り取り複製して、そこに広告写真から複製したスノータイヤの写真を合成して、白黒写真（以下、「本件モンタージュ写真」とする）を作成し写真集などで発表した。

原告側の主張は、i. 被告は本件写真を無断で盗用し改竄して偽作したうえで、原告の氏名を表示せず公表した、そして、ii. この侵害行為により本件写真の制作意図は破壊され、また侮辱されたのであり、今後の撮影活動にも支障をきたすことから甚大な損害が生じることになる、とするものである。

これに対し被告側は、i. 本件モンタージュ写真はいわゆるモンタージュ写真であって、他人の写真を素材としているが「原写真の思想、感情の表現とは別個の思想、感情を表現する原写真とは別の新たな著作物」であるから偽作ではない、ii. 本件モンタージュ写真の意図は自動車公害の現況を風刺的に批評したものであり、原告の本件写真の制作意図を破壊したり侮辱したりしたものではない、iii. 本件モンタージュ写真は「スキーシュプールがタイヤのわだちに似ていることを指摘することにより、本件写真の美術的評価を批判するとの意図」を持つもので、このため本件写真を引用したものであり、

⁵ アメリカで、パロディによる著作権侵害が争われた著名事件である、Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)は、著作権法の目的上、パロディの定義の要点は「少なくとも部分的にはその作者の作品について論評を加えるような新しい作品を創作するため、先行する著者の作品（composition）のいくつかの要素を利用すること」としている（at 580）。

正当な範囲で行われた引用であって出所の明示も要しない、と主張した⁶。

一審の東京地方裁判所は、本件モンタージュ写真による本件写真の利用は剽窃であり、引用にはあたらないとしてこれを著作権侵害と認め、被告に対し50万円の支払いと全国紙への謝罪広告の掲載を命じた⁷。これに対し、控訴審である東京高裁は、本件モンタージュ写真を「パロディ」と認め、次のような論理で著作権侵害にあたらないとした。

i. 本件モンタージュ写真は本件写真のパロディであって、独立した著作物であり、また、剽窃ではない。

ii. 本件モンタージュ写真による本件写真の利用は「節録引用」(旧著作権法30条1項第2)に該当する。

iii. 本件モンタージュ写真の作成に本件写真の一部を引用することは目的上必要であり、かつ、引用の方法も「社会的に受け容れられているフォト・モンタージュの技法」によるもので「自由利用」として(「正当な範囲」を越えないものとして)許される。

iv. 本件モンタージュ写真作成にあたり本件写真が一部改変された点についても、他人が自己の思想、感情を表現するために原著物を利用する場合には、表現の自由が尊重されるべきであるから、「引用する程度、態様は自己の著作の目的から見て必要かつ妥当であれば足り」その結果原著物の一部が改変されたとしても、

原著者は受忍すべきだから、同一性保持権を侵害するとして、「正当な範囲」を逸脱するという考えは成立しない。

v. カレンダー掲載の本件写真には氏名が表示されていなかったのであり、著作者名を調査してまで表示する必要はないと解されるので、出所を明示せずに利用することが許されていた。

vi. 以上により本件モンタージュ写真は偽作ではない。

判決は以上のように判断した⁸。ここで、これら i から vi の判断内容のうち、注目すべき点について触れておきたい。

第一に、判決は上記の i のように本件モンタージュ写真をパロディとして独立の著作物と認めるのだが、その際次のような説明を行っている。

すなわち、本件モンタージュ写真には雪山の景観がそのまま利用されているが「これに巨大なタイヤの映像を組み合わせることによって、一挙に虚構の世界が出現し、そのため、本件写真に表現された思想、感情自体が風刺、揶揄の対象に転換されてしまっていることが看取されるが(傍点筆者)、それは「自動車タイヤの映像の選択と配置」によるものであり、ここに「創作力」を見いだすことができるため、本件モンタージュ写真はパロディとして独立した著作物と認められるものとしたのである。

判決は続けて、「たとえ原著物の表現形式を取りこんでいても、それが原著物の思想、感情を批判、風刺、揶揄する等まったく異なる意

⁶ 以上は、東京地判昭和47年11月20日判時689号57頁、59～61頁から。これらの論点は控訴審でも基本的に踏襲されている。

⁷ 一審判決の判断は次のようにべもないものである。

i. 「いわゆるモンタージュ写真が…一つの芸術形式として認められているということと、…〔本件〕のいわゆるモンタージュ写真が原告の本件写真の著作権を侵害しているかどうかということとは全く別個の問題」であり、本件モンタージュ写真は「本件写真の右寄り上部にタイヤを配置しただけのものであって、」このように他人の著作物の「一部または全部を取り込んで公表することは、いわゆる剽窃であって、他人の著作権を侵害する…」そして、このことは本件モンタージュ写真が「本件写真とは別個の表象、思想、感情を与えるものであるかどうかということとは全く別個の問題である。」ii. 被告は本件写真の美術的評価を批判する意図で本件写真を引用したもので、著作権侵害にあたらないと主張するが、「原作の思想感情を改変して自己の著作物の中に取り入れ、これを自己の著作物とすることは…すでに改作であって、引用ではない…。…みずから原作を改変破壊しておきながら、それが原作に対する批評であるから、右の改変は原著権者の承諾を得なくても著作権を侵害することにならないというのがときは、それ自体許されない…。」(東京地判(前掲注6)、61～62頁)

⁸ 東京高判昭和51年5月19日判時815号20頁、24～27頁。

図のもとに行われ、しかも、作品上客観的にその意図が認められる場合には」(傍点筆者) 剽窃にはあたらないとする⁹。

このように、上述の i の判断にあたって「創作力」(≡創作性) という語が使われている点は重要である。判決はこのキーワードを用いてパロディを独立した著作と認め、とりあえず「剽窃」という呪縛から切り離そうとしたものと思われる。この点は評価されて良い。ただ、判決は続けて「表現形式を取り込む」ことも創作の意図の下に行われるときは許されるとしているのだが、著作権法の目的がそもそも「著作物」(≡創作的表現物) に含まれる表現そのものの保護にあることを考えたとき、このような論理を著作権法との関わりで整合性あるものとして説明できるのかについては、疑問とせざるを得ないのである¹⁰。

第二に、判決は ii. の「節録引用」を「他人の著作物の一部を省いて残部を原作のまま自己の著作目的に適合する形式において引用すること」と定義したうえで、「原著物の思想、感情が改変されるような場合を排除する趣旨まで含むものと解することはできない」とし、さらに、iii. の「正当ノ範囲」の判断にあたって、「正当ノ範囲」とは「目的上引用を必要とし、かつ、それが客観的にも正当視される程度の意味」と解したうえで、控訴人が本件写真に「疑似ユートピア思想」を感じたため、「本件写真を批判し、かつ、世相を風刺することを意図する本件モニタージュ写真」を作成する目的上、引用を必要としたものとして必要性を認め、また、その方法も「フォト・モニタージュの技法に従い、客観的にも正当視される程度においてなされて

いる」として「自由利用」としてこれを認めている。そして、iv. の改変(現行著作権法では、同一性保持権侵害の問題となる)に関しても、「他人が」「自己の思想、感情を自由に表現せんとして原著物を利用する場合について考える」ならば、憲法21条1項の規定の要請から表現の自由が尊重されるべきであるとし、他人が自己の著作物を利用し、自由な形式で表現することを犠牲にしてまで、同一性保持権を保障すべきとする合理的根拠は見出すことはできないと説明している¹¹。

このような論理のうち、東京高裁が同一性保持権の判断に限ってではあるが、表現の自由に言及し、かつ「自由な形式で表現することの犠牲において、原著物の同一性保持権を保障すべき合理的な根拠を見出すことはできない」とした点は極めて重要である。これは自己の思想・感情の創作的表現の自由(表現の自由)の優位を認め、人格的利益を内容とする同一性保持権との間で、比較衡量を試みたものと評価できる。表現の自由と著作権が保護する利益との間でこのような衡量が成り立ち、かつ、表現の自由の優位が認めらるのであれば、パロディ表現を著作権法上認知する大きな手がかりとなる可能性があると言えるかもしれない。

30年近く前のこの東京高裁のこれらの判断内容は、全体として、「芸術的価値が相対的に低い」と評価されがちなパロディを独立した著作と認め、さらに表現の自由の尊重を説いて表現(の自由)と著作権保護との調整を図ろうとする画期的な試みだったと言えるだろう。

けれども、残念ながら本件は「引用」の成否が争われた事例であり、高裁判決の注目すべき

⁹ 同判決、24～5頁。「剽窃」は判決によれば、「他人の詩歌、文章その他の著作物に表現された思想、感情をそのまま自己の作品に移行させる意図のもとに、その表現形式を自己の著作物に取りこむ場合に起る問題」とされる(24頁)。

¹⁰ 「外面的形式」と「内面的形式」を分け「内面的形式」に重点を置く立場から、「内面的形式」の相違を指摘して、高裁判決の判断のうち著作物性を認めた部分を正当と評する見解もあるが、このように説明する論者も、高裁判決が本件モニタージュ写真を本件写真の引用と認め、さらに同一性保持権の侵害にあたらないとした点については否定的である(半田正夫「著作権をめぐる最近の判例について」ジュリスト618号109頁、112～4頁、半田正夫『著作権法概説』[13版]〔法学書院・2007年〕75～8頁も参照)。

¹¹ 以上は、東京高判(前掲注8)25～6頁による。

試みを活かすためには、本件モンタージュ写真が「引用」にあたることを著作権法に則して説明しなければならなかった。すでに述べたように、判決はここで、本件モンタージュ写真による本件写真の利用につき、批判・風刺の目的であるとして「必要」性を認め、フォトモンタージュの技法によるものだから「客観的に正当視される程度」であるとして、これらを「自由利用」にあたるものと説明したうえ、さらに、「引用」に際して行われた改変についても引用の程度・態様が著作の目的からみて「必要かつ妥当」な場合には、原著作権者において受忍すべきであると説明していった。これらの判断は、引用に関する具体的判断として、余りにも控訴人側の主張に与しすぎていると言え、ここにも高裁判決の大きな弱点があった¹²。

c. パロディ写真事件最高裁判決

以上のような高裁判決に対し、最高裁判所は次のような判断を行った。

先ず引用について、最高裁は、紹介、論評その他の目的で「自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録すること」という定義を示したうえで、次のようにその認められる要件を明らかにしている。

すなわち、著作物の利用が引用と認められるためには「引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる」ことが必要であるとともに、さらに、「著作権者人格権を侵害するような態様とする引用は許されない」としたのである¹³。この要件は旧著作権法の「節録引用」に関するものだが、現在も「引用」概念の中心をなしている。

最高裁は、以上を前提として、さらに次のように述べている。

i. 「本件写真の本質的な特徴は、本件写真部分が本件モンタージュ写真のなかに一体的に取り込み利用されている状態においてもそれ自体を直接感得しうるものであることが明らかであるから、被上告人のした前記のような本件写真の利用は、上告人が本件写真の著作者として保有する本件写真についての同一性保持権を侵害する改変であるといわなければならない。」

ii. 「本件モンタージュ写真に取り込み利用されている本件写真部分は、本件モンタージュ写真の表現形式上前説示のように従たるものとして引用されているということはできないから、本件写真が本件モンタージュ写真中に法三〇条一項第二にいう意味で引用されているということもできないものである。そして、このことは〔中略〕本件モンタージュ写真作成の目的が本件写真を批判し世相を風刺することにあつたためその作成には本件写真の一部を引用することが必要であり、かつ、本件モンタージュ写真は、美術上の表現形式として今日社会的に受けいられているフォト・モンタージュの技法に従ったものである、との事実によっても動かされるものではない。」

iii. 「自己の著作物を創作するにあたり、他人の著作物を素材として利用することは勿論許されないことではないが、右他人の許諾なくして利用をすることが許されるのは、他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させないような態様においてこれを利用する場合に限られる…。」¹⁴

最高裁判所は以上の判断を加えて、本件モンタージュ写真に本件写真を利用したことは著作権者人格権（同一性保持権）の侵害にあたるとして、本件モンタージュ写真の作成が著作権を侵

¹² 著作権の制限規定が「利益調整の規定」として存在しているという前提から、「X〔被控訴人〕側の事情について考慮を払わなかった判旨には不満が残る」とする、半田「著作権をめぐる最近の判例について」（前掲注10）114頁を参照。

¹³ 最三小判昭和55年3月28日判時967号45頁、47頁。

¹⁴ 同判決47～8頁。

害するものではないとした原審の判断を破棄し、事件を高裁に差し戻した。

判決に補足意見を付した環裁判官も、本件のように「フォト・モンタージュの技法」により作成される「パロディ写真」には「原写真の著作者の著作者人格権、特にいわゆる同一性保持権との関連における宿命的な限界がある」と考えるほかない」と述べ、さらに「明文上の根拠なくして本件写真の著作者である上告人の著作者人格権を否定する結果となる解釈を採ることは、前述した実定法令の所期する調和を破るもので」として、暗に高裁判決の手法を批判したうえで、さらに本件写真の表現形式を模した写真を被上告人自ら撮影するなどの方法が考えられることを例として挙げ、「このように解しても、本件において被上告人の意図するようなパロディとしての表現の途が全く閉ざされるものとは考えられない」としている¹⁵。

以上のように、最高裁は本件モンタージュ写真による本件写真の利用について非常に厳しい判断を加えた。

けれども、本件の事実を見る限りでは上記判断にやむを得ない点があると見ざるを得ないと言えそうである。

前述のように、作者は、カレンダーから山岳写真を切り取りコピーしたうえで、それに、広告から切り取ったタイヤの写真を貼り付けた。自動車公害を批判するという意図は一応の説得力を持つものの、原著作物を批判する意図、ないしは原著作物を利用する必然性は十分に説明されていないといわざるを得ないであろう（写真家である原著作者は自動車公害を隠蔽する「疑似ユートピア思想」をメッセージとして伝えようとしたものだろうか。むしろ「美しい風景写真」を撮影したに過ぎないのではないだろうか。）。

既存の作品を基にして新たに創作的に作品を生み出すことは、一般的には著作権の本来の目的に適うことである。しかし、既存の作品を単に利用して自分の作品を生み出すことが無条件で許されるとしてしまえば、著作権の制度は崩壊する。原著作物を批判ないし論評する意図がなければ、原著作物を利用する必然性はないのであり、さらに、これを十分に新しい表現形式に置き換えているのであれば、新しい作品を生み出したことにはならないのである。

以上のように、本件に限って言うならば、本件のような利用を認めてしまえば、それはたまたま利用されてしまった著作物の著作者に一方的に忍従を求めるという不当な結果を招くことになるだろう。パロディ写真事件は、既存の著作物の単なる利用と創作的な意図から必要とされる利用との相違という原理的な問題を含む事件だったと思われるのではない。

ともあれ、この事件は一つの未解決の問題を顕在化させることにもなった。それは要するに、パロディについて、現行著作権法にはこれをカテゴリーとして認める発想が含まれていないために、他に選択肢がないなかで、「引用」という主張がなされざるを得なかったという点である。

主従の関係など、最高裁の言う「引用」の要件を満たせば、パロディが「引用」と評価される可能性も皆無ではないかもしれないが、すべてのパロディが「引用」という形で救済されるとは考えにくい。そうすると、「引用」に該当するという幸運に恵まれた作品を除けば、生み出された作品がパロディであろうが、手法がフォトモンタージュであろうが、また、目的が原作品を批判する目的であろうが、他人の著作物の「表現形式上の本質的特徴をそれ自体として直接感得させ」るような利用の仕方は許されない旨を、最高裁は確認したという点が、パロディ写

¹⁵ 同判決48頁。

真事件で最高裁が残したものと言える¹⁶。

3. 「バターはどこへ溶けた」事件にみる論点

a. 「バターはどこへ溶けた」事件

比較的最近の「バターはどこへ溶けた」事件（以下、「バター」事件とする）は、我が国の裁判所に於けるパロディに対する理解の現在における水準を示すものとなっている。債務者側は本件作品がパロディであることを主張し、原著物が提示するテーゼに対するアンチテーゼを打ち立てたものであり、原著物を風刺し批判したものであるとして、表現の自由の行使として出版が許されるべきことを主張した。

「バター」事件で問題があるとされたのは全体の中の15か所であった。これらについてはいずれも原著物との類似性があることは確かに指摘できるとしても、類似した表現が使われているのは本件作品全体からすると極く僅かな部分であり、この点は前述のパロディ写真事件と著しく異なる点である。また、本件作品は原著物と似た表現を含み、かつ、章立てや設定、場面展開などが似せて作られているものの、両者の間では作品としての全体のテーマ、登場人物の性格と役割、ストーリーの展開がすべて異なっている。

それでは、以下に、「バター」事件の東京地裁の判断を少し詳しく見てみることにする。

原著物である『チーズはどこへ消えた?』（以下、『チーズ』とする）は医学博士、心理学者、ハーバード・ビジネス・スクールの名誉会員といった肩書きを持つスペンサー・ジョンソンの作品であり、わが国では扶桑社（債権者）

が出版権を獲得し平成12年11月に刊行された。内容は、主人公である二匹のネズミと二人の小人が、人生で追求めるもの（チーズ）を求めて行動するというものである。ストーリーは、「変わらなければ破滅することになる」（40頁）という言葉に象徴されるように、「状況の急激な変化にいかに対応すべきかを説く」（見返し）ものとなっている¹⁷。『チーズ』は発売一年で350万部（2002年出版指標年報による）もの発行部数を誇るベストセラーとなった。

これに対し、『バターはどこへ溶けた?』（以下、『バター』とする）は、平成13年4月に債務者出版社により刊行されたものだが、内容は、変化に対応するキツネと動こうとしないネコを対比させ、さらにはネコの中でもキツネの行動にならって行動しようとする個体（ミケ）と流れに身をまかせて全く行動しない個体（タマ）を設定するストーリーである。そして、結局何も行動しないネコ（タマ）が安定した生活を手に入れるというのである。『『向上』や『前進』のために、どれだけ大切なものをなくしたことか!』（78頁）という言葉に象徴されるように、「状況の急激な変化にうろたえず自分らしく生きるためのヒント」（見返し）を提供し、変化に対応することの愚かしさを説く¹⁸。

『バター』はこのように、ベストセラー本とほぼ正反対の主張をする本であったが、その装丁、版型、本文の構成、表現のスタイルなどが『チーズ』と似せて作られていた。この点を見るといわゆる便乗本の一冊と言えなくもない。けれども、上述のように両書のストーリーに見られる主張はほぼ正反対であり、この点からは原著物を風刺ないしは論評するパロディの一つの手法を採用しているものと評価可能である。

¹⁶ 福井健策『著作権とは何か』（集英社新書・2005年）151頁以下参照。福井は、本件パロディ写真について「白川作品〔本件写真〕を利用する必然性が果たしてあったのだろうか。単に『雪山にシュプールを描いているスキーヤー』の写真があればよかったのではないか、という印象が拭えません。」と指摘する（165頁）。他方でパロディ写真事件最高裁判決については、「『ほとんどのパロディは、引用ではない。だから現行法ではそれを許す規定はなくて、大半は無断複製か無断翻案と評価されるほかないのだ』という立場が最高裁によって示された」と評する（153頁）。

¹⁷ スペンサー・ジョンソン著、門田美鈴訳『チーズはどこへ消えた?』（扶桑社・2000年）による。

¹⁸ ディーン・リップルウッド『バターはどこへ溶けた?』（道出版・2001年）による。

これに対し、『チーズ』の翻案権を有する翻訳者と出版権及び編集著作権を有する扶桑社（ともに債権者）が『バター』の発行等の差止めの仮処分を申請したのが本件である。

債権者の主張は多岐にわたる。その主なものは i. 『バター』は『チーズ』と、全体が三部構成である点が共通するうえ、設定等も共通する部分があり、また、登場人物の構成・数が類似し、さらに、探し続けたものを探していた場所に見つけたという設定が共通するもので、債務者らは「本件著作物の表現形式上の本質的な特徴を直接感得できるような内容の」書籍を制作出版して、翻案権を侵害した、また、ii. 本体カバーの表紙に表示されている英文・和文の題名等の構成がほぼ同一で、配置、カラー、色調等も酷似しており、さらに、装丁イラストの全体の色調が類似しており、また、版型とページ数が同一であるなどにより編集著作権を侵害しているというものであった。

これに対し債務者側は、i. 『チーズ』と『バター』はテーマを異にしているのであって、部分的に似た言葉があり出発点が共通していたとしても、「本質的な構成部分は異なる」、ii. 『チーズ』と『バター』の間に設定や登場人物等の類似性が認められるのは、パロディの性質上、類似の状況から話を始める必要から生じたためであり、「登場人物の性格やその作品における位置づけは、両者で全く異なる。そして、その結果として、チーズ探しやバター探しが始まってから、登場人物が抱く感想や得る教訓その他の反応についても異なっている」のであって、特に「ミケ〔新しいバターを探すために行動したキツネに共感し、自らもバターを探す旅に出る〕に対する批判的姿勢を通じて、本件著作物〔『チーズ』〕が声高に叫び立てるテーゼに対するアン

チテーゼを定立」しており、以上により、「〔『バター』〕は、パロディーとして本件著作物を風刺し、批判したものであって、表現の自由の一つの行使態様として債務者らが〔『バター』〕を出版することは許されるというべき」であること、などを主張した¹⁹。

東京地方裁判所はこれに対し、概ね次のような判断を示した。

まず、翻案権の侵害の有無についてだが、東京地裁は、翻案とは、「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為」を言い「思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には翻案に当たらない」との翻案の定義を示した上で²⁰、さらに、『チーズ』が英文の原著作物の二次的著作物（翻訳）にあたることから、「二次的著作物の著作権は、二次的著作物において新たに付与された創作的部分のみについて生じ、原著作物と共通する部分には生じないと解するのが相当」との原則を示し²¹、以上の前提に立って著作権の侵害の有無は「債務者書籍の具体的な表現から」〔本件著作物の〕創作的な表現部分の本質的な特徴を感得できるかどうかにより判断するとの立場を示した。

東京地裁は、以上の原則に基づき具体的検討を行った。同地裁決定は、『バター』の表現のうち、『チーズ』の創作的表現部分に対応する15か所の表現部分が、『チーズ』の各表現部分に類似し、その表現上の本質的な特徴を直接感得する

¹⁹ 以上は、東京地決平成13年12月19日1～6頁による（引用は<<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf>>から）。なお、依拠性について債権者側は、「二匹目のどじょう」などの記述から『バター』が『チーズ』の存在を前提として、これに依拠して出版されたことは明らかであると主張している。

²⁰ 同決定6頁（第一小判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔いわゆる「北の波濤」事件〕、840頁を引用）。

²¹ 同頁（第一小判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁〔いわゆる「ポパイ・ネクタイ」事件〕、2722頁を引用）。

ことができるものであるとして翻案にあたり、さらに、依拠性も認めて、結局『バター』がこれら具体的な表現部分において『チーズ』の翻案権を侵害するものであることを認めた²²。

東京地裁決定は次に、本件著作物がパロディであり、許される表現行為と言えるかという点についても判断を加えている。決定は「先行する著作物の表現形式を真似て、その内容を風刺したり、おもしろおかしく批評することが、文学作品の形式の一つであるパロディとして確立している」ことを認めたとうえで、さらに、「パロディは、もとになる著作物の内容を踏まえて、これを批判等するものであるから、もとになる著作物を離れては成立し得ないものであり、内容的にも読者をしてもとになる著作物の思想感情を想起させるものである。」と述べている。しかし、決定はその直後に、パロディが許されているとしても「そこには自ずから限界があり、パロディの表現によりもとの著作物についての著作権を侵害することは許されないというべき」とするのである。

決定は以上の前提に立って『バター』について、「本件著作物〔『チーズ』〕を前提にして、そ

の説くところを批判し、風刺するもの」として、これがパロディであることは認めたものの、結局『チーズ』の「具体的な記述をそのままあるいはささいな変更を加えて引き写した記述を少なからず含むものであって、表現として許される限界を超えるもの」と判断した²³。

東京地裁決定は以上の判断に加えて、表現の自由の行使の態様の一つとして、『バター』の出版が許されるとする債務者側の主張について、表現の自由といえども「他者の著作権との関係での制約を免れることはでき」ないと述べ、著作権を侵害することなく『チーズ』の内容を風刺・批判することもできたのだから、このように解したとしても「不当にパロディの表現をする自由を制限するものではない」として、これを退けた²⁴。

裁判所は、出版社の出版権、および、編集著作権の侵害については、それぞれ『バター』が『チーズ』の複製物そのものではないこと、および、編集著作物としての創作性が認められないことを理由に認めなかったものの、上述の判断に基づき翻訳者による『バター』の販売等の差止めを認めた。

²² 翻案と認められたのは、例えば次のような表現である（〔チ〕は『チーズはどこへ消えた』、〔バ〕は『バターはどこへ溶けた』の表現）。

〔チ〕「『確かにね』ネイサンも言った。」(13頁)

〔バ〕「『たしかにね』健二もいった。」(17頁)

〔チ〕「それで、たちまち物事がうまくいくようになったんだ、仕事でも生活でも。」(15頁)

〔バ〕「それからは、たちまち物事がうまくいくようになったんだ。仕事でも生活でも」(19頁)

〔チ〕「ヘムとホーも初めは毎朝、チーズ・ステーションCに急ぎ、新しい美味なごちそうに舌つづみを打った。」(22頁)

〔バ〕「タマとミケもはじめのうちは毎朝、池のほとりのペンションに急ぎ、久々にありついたごちそうに舌鼓を打った。」(28頁)

〔チ〕「どのみちチーズがある場所も行く道もわかっているのだ。」(23頁)

〔バ〕「どのみちバターのある場所も行き方もわかっているのだし、」(28頁)

〔チ〕「彼らのところにはまだチーズがあるのだろうかと思った。彼らも厳しい事態になって、あてもなく迷路を走りまわっているのかもしれない。でも、それもやがては好転するに違いない。」(34頁)

〔バ〕「彼らのところにはまだバターがあるのだろうか。はたまた、彼らもきびしい事態になって、あてもなく森を走りまわっているのだろうか。でも、それもやがてはうまくいくにちがいない」(46頁)

〔チ〕「ホーは、勤勉に働いても成果があがるとは限らないことがわかってきた。」(36頁)

〔バ〕「ミケは、ただがむしゃらに動きまわっても成果があがるとはかぎらないことがわかった。」(48頁)

いずれも、具体的な言い回しが極めて類似しており、『チーズ』に依拠することなしに『バター』の表現が生まれたとは言い難いと思われる。そうすると、これらの部分に限れば、『バター』は『チーズ』の翻案権を侵害したとする判断は十分に合理性があると言える。しかし、それはあくまでもこれらの部分についてであって、これらの部分は『バター』全体の数%に過ぎないのである。

²³ 東京地決（前掲注19）9～10頁。

²⁴ 同判決10頁。

なお、同時に判断が示された不正競争防止法に基づく申立においては、裁判所は、『チーズ』と『バター』の書名・装丁の商品等表示としての類似性を否定している²⁵。

b. 「バター」事件東京地裁決定への疑問

ここで、以上のような東京地裁決定に対するいくつかの疑問点について整理しておきたい。

東京地裁による以上のような判断は、全体の中でわずか15か所の類似部分があることを理由として出版そのものの差止めを認めたものである点が先ず指摘されなければならない²⁶。ただ、この点を論じるに当たっては、裁判所がわざわざ次のように述べている点に留意することが必要であろう。

すなわち、本件著作物は元々が外国で出版されている著作物の翻案（翻訳本）であることから、東京地裁は、翻案権を侵害するか否かの判断に当たって、前述のように「二次的著作物の著作権は、二次的著作物において新たに付与された創作的部分についてのみ生じ、原著物と共通する部分には生じない」としていた。要するに『バター』による著作権侵害の有無は翻訳書たる『チーズ』において「新たに付与された創作的な表現部分の本質的な特徴」を『バター』の具体的表現から感得できるかどうかにより判

断されるものとされたのである²⁷。この前提から、『チーズ』の場面設定や登場人物の構成・数、行動などの多くが原著物（原著）に由来するもので『チーズ』において新たに付与された創作的部分に当たらないとされた。東京地裁はこのように、まず翻訳前の原著物（原著）に由来する部分を選び分け、翻訳によって新たに加えられた創作的な表現部分（おそらくは、日本語としての翻訳に見られる創作的表現部分）についてのみ『バター』と比べるという手法を取っている。

だが、このように考えると東京地裁の決定にはかえって大きな問題が潜んでいるように思える。すなわち、東京地裁決定の言うように、翻案作品のオリジナル部分は翻案により新たに創作的性が加えられた部分にのみあるとすれば、楽曲のごく一部、あるいは、文学作品のごく一部のみについてオリジナル性が認められることになり、後続作品の類似性は、そのわずかな部分についてのみ評価されることになる。「バター」事件では、量的に見て全体のわずか数%程度を占めるに過ぎない表現部分の類似性が、『チーズ』の「創作的な表現部分の本質的な特徴を感得できる」ものとされたのである。しかも、これらの表現は「ありふれた表現」とまでは言えないものの、極めて日常的な表現に近いものであった²⁸。

²⁵ 東京地決平成13年12月19日決定（<<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/>>による）

²⁶ この15箇所を質的に評価することは難しいが、少なくとも量的には約25行、『バター』全体のわずか数%に過ぎない。例えば、東京高裁が楽曲の編曲権侵害を認めた例では、東京高裁は、「ごく形式的、機械的な対比手法として」と断った上で、音の高さの一致する程度を数量的に比較して、約72%の音が原曲と高さで一致すると判断しており、これを「看過することのできない一つの事情」としている（東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁【いわゆる「どこまでも行こう」事件】16頁）ことから見ても、類似部分が全体の中でどの程度の比重を占めるかについての判断は必要なのではなからうかという疑問があるのである。

²⁷ 東京地決（前掲注19）6頁。前掲注21参照。

²⁸ この部分が多く批判に曝されている点であろう。例えば、主に事実認定の誤りを指摘する論者は、裁判所が類似性を認定した箇所のうち9か所については、訳出に創作的性が認められないか、あるいは、個性的な訳出部分との類似性が認められないことを指摘したうえで、残る5か所についても、「小説の表現上の本質的特徴」は「ストーリーや情景とこれを構成する具体的表現」にあり「1フレーズのみ利用ではその小説の思想（アイデア）を利用し得るにとどまり、小説のストーリーや情景を利用し得ることはない」などとして判決の判断を批判する。また、仮に原著物の著作権者が権利主張したとしても、「原著物の『表現上の本質的特徴』は、ストーリーや情景とこれを構成する具体的表現にあると考えるが、前述の14カ所（ママ）のみではこのような『表現上の本質的特徴』を直接感得することはできない。」としうえて、『チーズ』と『バター』は、「アイデアにおいて類似性はあるが、表現においても類似性があるとは言いがたいように思う。」としている（Takashi B. Yamamoto, <<http://www.itlaw.jp/cheese.pdf>> 3～4頁から（最終アクセス2008/01/30））。

そして、疑問はこれだけに止まらない。東京地裁が原著作物（原著）に由来するとした、『チーズ』の場面設定や登場人物の構成・数、行動は、本来「思想、感情若しくはアイデア」に属するものであり、元々著作権保護の対象にならない部分なのではないかという点である（注28参照）。仮に翻訳者ではなく原文の著作者が訴えを起こしたとすると、東京地裁はどのような判断をしたのだろうか。東京地裁が原著に由来するとした上記の「場面設定や登場人物の構成・数、行動」についての判断如何では、パロディ（後続作品）において原著作物（先行作品）を利用できる範囲そのものが更に狭められてしまう恐れもある。

ただ、本件は仮処分手続という制約の下になされた判断である。より慎重な手続である本訴が提起されなかったことは惜しまれる点である。

次に第二に、より根本的な問題は、東京地裁決定が「文学作品の形式の一つであるパロディ」が確立していることを認め、「もとなる著作物を離れて成立し得ない」こと、および「もとなる著作物の思想感情を想起させるもの」というその性格を認めたとうえで、「そこには自ずから限界があ[る]」として、結局、パロディであろうと著作権侵害は許されないとしている点にある。ここからは、表現行為としてのパロディについての配慮を読み取ることができないのである²⁹。

端的に言うなら、「バター」事件東京地裁決定は、要するに i. 翻案の定義を再確認した上で、『バター』中に『チーズ』の「表現上の本質的特徴を感得できる」部分が存在するとし、ii. 債務者書籍がパロディであり、パロディは「もとなる著作物を離れては成立し得ない」ことを認めたとうえで、『チーズ』の具体的記述を引き写した記述を少なからず含む『バター』は、表現として許される限界を超えているとしたもので

あり、さらには、iii. 表現の自由といえども著作権の関係で制約を免れないのであり、著作権侵害をすることなく著作することもできたのだから、このように解しても表現の自由の不当な制限ではない、としているものである。

これは、表現行為としてのパロディは許されるが、それは著作権法上の限界を超えない範囲でであると言い、パロディを通常の翻案権侵害ないし剽窃や贋作と何ら変わらない基準で取り扱い、なおかつこのように解しても表現の自由の不当な制限とはならないと言っているに等しい。ここには、新たな創作的表現物としてのパロディに対する配慮は殆ど見られないと言って良いだろう。

結局、「バター」事件決定はパロディ、延いては創作的表現物についての著作権法の限界を鮮明に示す好例と言えよう。

3. 小括

ここで、以上に紹介した二つの事例を基に、パロディに関するわが国の著作権法上の取り扱いの現状と問題点を次のように整理しておきたい。

①パロディは原著作の批判ないしは論評として評価可能である。この点はわが国の裁判上も認められていると言って良い。そうすると、そこにあるものは表現行為であり、判断をしなければならぬのは表現の保障により確保される利益と著作権保障により得られる利益との対立図式でなければならないことになる。

②しかるに、わが国の現状では、パロディを典型的に取り扱う条文もそのための判断基準も確立していない。従って、これが著作権侵害にあたらぬとする判断を引き出すためには、現行の著作権法の枠内で、a. 時間的ないしは公共的限界に該当するため、許諾なしに著作物を利

²⁹ 同旨の指摘として、岡邦俊「続・著作権の事件簿（42）／言語の著作物についてパロディの成否を論じた『チーズはどこへ消えた?』事件（下）」（JCAジャーナル・49巻5号）43頁以下を参照。

用しても著作権侵害にあたらないと主張するか、あるいは、b. 複製権、翻案権、公衆送信権、並びに、同一性保持権、公表権など、考えられる著作権侵害の類型にそもそも該当しないと主張するか、のどちらかの道以外にほぼ選択の余地はないことになる。このうちa. の時間的限界については保護期間が経過していることが認められれば良いのだが³⁰、公共的限界に関しては、「引用」以外の規定の適用可能性は低く、また、「引用」と認められて救済される例は稀と思われる³¹。

③他方でb. については翻案権の侵害（あるいは同一性保持権の侵害）が問題の中心となると思われる。「バター」事件の東京地裁決定が示した著作権侵害の有無の判断基準は『バター』の具体的表現から『チーズ』の「創作的表現部分の本質的な特徴を感得できるかどうか」であった。この基準は、翻案権侵害を判断する基準としては確立していると言って良い。けれども、既存の著作物を利用することをその前提とするパロディの性格を考えたとき、この基準はどうしてもパロディに不利に働くことになる。『バター』事件の東京地裁決定が、表現の自由といえども「他者の著作権との関係での制約を免れることはでき」ないと述べて、著作権侵害を簡単に認めてしまったことに見られるように、この基準はパロディが持つ創作的表現物としての価値と原著物の著作者の利益を衡量する発想を含むものではないためである³²。

④結局現状では、パロディは剽窃ないしは贋作のような典型的著作権侵害と何ら変わらない取り扱いを受けており、そこから一步も出ていないと言える³³。冒頭でも述べた通り、剽窃ないし贋作は原著物の全部ないし一部を許諾なしに利用したり故意に似せて複製したりするものであるから、新たな創作的表現物としての価値を原理上はほたくと言って良いのであって、このことから通常は表現行為に対しては許されない刑事罰や出版・公表そのものの差止めまでが許されることの説明は可能である。

翻ってパロディ作品のうち、少なくともを原著物に対する批判ないし論評と認められ、かつ、原著物を利用する必要性があると認められるものについては、そこに創作的表現物としての価値が含まれていることが考慮に入れなければならないだろう。この価値を尊重することは、表現の自由保障の見地から必要なことであるが、著作権法の究極の目的である文化の発展にも貢献しうるものである。

現行の著作権法上のパロディの取り扱いにはこの視点が見られないのである。実際に、『バター』事件における東京地裁決定から予測可能なように、現行の著作権法を文字通りに適用してしまうと、パロディはおろか、原著物から着想を得た作品まで、そこに断片的にであれ原著物に類似した表現が使われている場合には、存在の余地がなくなるということにさえなりかねない。

³⁰ 例えば、鳥獣戯画や江戸時代の浮世絵のパロディであればほぼ問題ないと言えるだろう。他方で近代以降の作家の作品の場合には、著作権法60条（著作者が存しなくなった後における著作者の人格的利益の保護）が適用される可能性も皆無ではない。

³¹ パロディ写真事件最高裁判決が示した「引用」の要件を参照（前掲注13）。法文上はさらに出所（出典）を明示する義務もあり（法48条）、また、引用した著作物に改変を加えようとする場合には「やむを得ないと認められる改変」に該当するものでなければならない（法20条2項4号）。パロディ作品がこれらの要件を満たすことはかなり困難である。

³² 東京地決（前掲注19）10頁参照。パロディ写真事件の最高裁判決も、許諾なしに他人の著作物を素材として利用できるのは、「他人の著作物における表現形式上の本質的特徴をそれ自体として直接感得させないような態様」における利用の場合に限られるとしているが（最三小判（前掲注13）47頁）、このように限られた条件の下でパロディが成立するものか疑問とせざるを得ない。

³³ たとえば、『デジタル音楽の行方』を書いたクゼックは次のように指摘する。

「我々が見たところ、今日の著作権法は、他の誰かの作品の文字通りの複製を配布することと、先行作品の一部を基に新しい作品を作り出すために他人の作品を足場にするをはっきり区別していない。」（デビッド・クゼック著『デジタル音楽の行方』（翔泳社・2005年）73頁）

以上の問題点を改めるためには、結局、パロディ作品を一個の創作的表現物として取り扱い、そこに表現物としての価値を認め、他の価値との衡量を行う道を探ること（これはパロディ写真事件で東京高裁が試みたことであるが）が求められると言わざるを得ないのである。

本稿はわが国のパロディの現状を振り返ったものである。多くの論者が参考とするアメリカにおけるCampbell事件連邦最高裁判決³⁴などの著名判決についての検討は別稿に譲ることにした。

(2008年1月31日脱稿)

³⁴ 前掲注5。