

「二次創作物」とフェアユースの法理

村田 創大

(前田研究会 4年)

- I 序 論
- II 「二次創作物」を取り巻く法的関係
 - 1 「二次創作物」の定義
 - 2 現在の著作権法規定における二次創作物の法的問題
 - 3 パロディと二次的著作物の関係性
- III フェアユースとフェアディーリングについて
 - 1 フェアユースの成立とその性質
 - 2 フェアディーリングの成立とその性質
- IV 米国判例から見るフェアユース法理の運用のあり方
 - 1 Beebe と Netanel の研究
 - 2 二つの理論——市場中心パラダイムと変容の利用パラダイム
 - 3 フェアユースの法理の運用に残存する不確定性
- V フェアディーリングの法理
 - 1 イギリスのフェアディーリングの法理
 - 2 カナダのフェアディーリングの法理
- VI 国内法へのフェアユースの法理の導入の可能性と示唆
 - 1 フェアユースの法理下における国内での具体的な事例の検討
 - 2 フェアユースの法理の導入の検討と限界

I 序 論

2017年2月24日、株式会社任天堂が東京地裁に訴訟を提起した。東京に本社を置く「マリカー」という名の企業が任天堂社の人気ゲーム「マリオカート」のキャラクター等を模したとされる衣装やカートを同社に無許諾で利用者に貸与し、公

道を走らせていることに対する不正競争行為や著作権侵害行為の差し止めを求め、という内容だ¹⁾。訴訟提起にも関わらず、マリカー社はサービスを停止しておらず、都内では同社のサービスによるカートの走行が未だ目撃されている²⁾。任天堂や「マリオカート」の絶大な知名度や公道を複数台のカートが走ることの人気や話題性などから「マリカー事件」として大きな注目を集めているこの訴訟は、2017年12月時点ではその決着を見ておらず、今後の動向が注視されている。

このような著作物から二次的に派生したコンテンツに関する事件からは、アニメやゲームの内容からストーリーやキャラクター等を使用して全く新たな作品を描いた「同人誌」、またそれらの衣装などを模した衣装を着用して楽しむ「コスプレ」など多様な表現態様からなる「二次創作文化」が想起される。かつては限られた層を取り込むのみだったこれらの文化は、現在では大規模イベントが国内外で開催されるなど、一つの巨大コンテンツとして成長を遂げている。また、インターネット上においてはあらゆるコンテンツを利用した創作物が日々アップロードされており、「二次創作文化」は無限大に近い広がりを見せている³⁾。例えば、矢野経済研究所によれば日本国内でのコスプレの市場は435億円、同人誌の市場は757億円（いずれも2016年度）にまで達しており、自作のコスプレ衣装など関連市場まで含めるとそれ以上になると考えられる（後述するが、「マリカー事件」で論争となっているサービスもこのような市場の対象となると考えられるだろう⁴⁾。また、2015年に政府答弁書において、同人誌等の二次的著作物はクールジャパン戦略における「関連商品販売などへの波及効果」を持つコンテンツに該当し得ると考えられるとされた事実⁵⁾は、日本でのさらなる「二次創作文化」の発展を後押しするだろう。

しかし、この「二次創作文化」自体はとても不安定な地盤の上に存在している。まず、多くの同人誌などのいわゆる二次創作物は原著作者の許諾を得ることなく制作・販売されているが、これは複製権、翻案権などの著作権の侵害にあたる。それにもかかわらず、二次創作文化が大きな規制を受けずに現在の規模にまで広がった理由としては、著作権侵害規定の大部分は親告罪であり、また多くの二次創作物へのライセンスには大きな費用を要すること、二次創作物の持つ宣伝効果や原著作者自身が二次創作文化を肯定していることなどから、二次創作作品のほとんどは「黙認」という対応がされているということがある⁶⁾。だが、権利者の訴えがあれば当然許諾を得ていないものに対して著作権侵害が認められ得る。例えば、1999年には株式会社コナミが発売していたゲームのキャラクターを無断で

使用しビデオ作品を販売していた被告に著作権侵害が認められ、損害賠償の支払いが命じられた⁷⁾。また、2005年には人気漫画「ドラえもん」の最終回を同人誌として制作し、販売した作者に対して著作権者である小学館が著作権侵害を通告し在庫処分などの処置がなされるというような事件も存在する⁸⁾。二次創作文化に衝撃を与えた事件の一つが2000年代後半から起こった著作権侵害の非親告罪化に向けた動きである。2007年に知的財産戦略本部知的創造サイクル専門調査会が提出した知的創造サイクルの推進方策（案）や2011年の日米経済調和対話やTPP（環太平洋経済パートナーシップ協定）のアメリカ側の要求項目により、著作権侵害の非親告罪化に関する議論がなされた。結果として非親告罪化の実現には至らなかったが、作家側からも非親告罪化による二次創作文化の委縮を心配する声上がる等の影響を与えた⁹⁾。さらに、同人誌のダウンロード販売のように頒布形態が多様化してきたことから¹⁰⁾、両者の市場での競合の可能性が高まり再びグレーゾーンの議論が生じる可能性が出てきた。以上のように、現在の法規定の中で作り上げられた「二次創作文化」の裏にはグレーな形のまま残された著作権上の問題が残っており、大きく発展してはいるものの確実な保障のない極めて不安定な状況に置かれている。

この問題を解決し得る一つの手段が、「フェアユースの法理の導入」だと近年日本国内で議論されている。フェアユースとは主に英米法体系の国家で取り入れられている著作権制限規程の一つである。この規定は、著作物の利用が一定の基準を満たした場合、著作権者の許諾や契約が存在しない場合でも著作権侵害が否定されるという著作権侵害の主張に対する抗弁事由の一態様である。現在ではアメリカや韓国、イスラエル等の国家で採用されており、特にアメリカでのフェアユースの法理は、IT企業など新興産業の発展に不可欠な資本金としての役割があるとして注目されている¹¹⁾。また、フェアユースの発祥地と言われているイギリスではフェアユースよりも制限的な法理であるフェアディール（公正利用）の法理が採用されており、カナダを始め多数の国々で取り入れられている。国内の著作権法では著作権制限は個別的な規定で整備されているが、デジタル技術やインターネットの発展を契機とした著作物の使用を伴う新しい産業やコンテンツの利用形態の出現を受け、それらに迅速に対応するための手段としてフェアユース法理の採用が議論されるようになった¹²⁾。2008年には「デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会」において、いわゆる日本版フェアユース規定の導入方針が決定され、2009年に報告書が取りまとめられた。しかし、2012年の著作

権法改正では著作権法30条の2などの個別的な制限規程の導入に留まるものとなった。その後も文化審議会著作権分科会での議論を始めとして産業界など多方面から「柔軟な権利制限規定」という名のフェアユースの法理に類似した制度の導入検討がなされたものの、いずれにも大きな動きは見られていない。

本稿では、第Ⅱ章においていわゆる二次創作物の著作権法における問題点を明らかにする。第Ⅲ章ではフェアユースおよびフェアディーリングの法理に関して記述し、第Ⅳ章では本来不確定で予見不可能なものとされていたフェアユースの法理について、アメリカでの法理の運用のあり方について近時の研究を用いて述べていく。第Ⅴ章ではイギリスとカナダを例に挙げフェアディーリングの法理の運用について述べる。第Ⅶ章では第Ⅱ章で参照した事例についてフェアユースの法理下での取り扱いを検討すると共に、「二次創作物」に焦点を当てた一般的な著作権制限の法理の日本法への導入の可能性を問う。

Ⅱ 「二次創作物」を取り巻く法的関係

1 「二次創作物」の定義

そもそも「二次創作物」とはどのようなものなのか。著作権法2条の11では、「二次的著作物」という用語の定義がなされており、「著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案することにより創作した著作物をいう」としており、「翻訳」「編曲」「変形」「翻案」の四つの形態を取るとされる¹³⁾。一方「二次創作」とは田川隆博氏によれば「原作となったまんが、アニメ、ゲーム、ライトノベルなどからキャラクターを借り、それをまったく別の物語に作り直した同人誌や同人ゲームを作ったり、フィギュアやポスター、カードなどを作ったりすること」であるとされる¹⁴⁾。この定義によれば、「二次創作物」という言葉は「二次的著作物」という概念に包摂されると考えられるだろう¹⁵⁾。本稿ではこの定義に従い、「同人誌」や「コスプレ」等の原著物に基づく派生的な二次的著作物を「二次創作物」と呼称することにする。

2 現在の著作権法規定における二次創作物の法的問題

現在では二次創作物について著作権法上どのような問題が考えられるだろうか。ここでは、二次創作物の枠内からはやや外れるかもしれないが第Ⅰ章の冒頭で触れた「マリカー事件」を取り上げ、分析を試みる。

第一に、マリカー社は無許諾でゲームのキャラクターの衣装やキャラクターが使用する車両を模したものを複製している¹⁶⁾。この衣装の制作に関して

(1) マリカー社自身が制作した

(2) 他の業者にマリカー社が政策を委託した

という二つのケースを想定することができるだろう¹⁷⁾。まず(1)だが、マリカー社の複製は無許諾かつ私的利用の範囲を明らかに超えており、著作権法21条で定める複製権の侵害にあたると思われる。また、コスプレ衣装の元となるキャラクターが人間の形状を取っていない場合(動物やロボットの形態を取るキャラクターであるなど)、利用が翻案にあたると思われるため¹⁸⁾、著作権法27条で定める翻案権の侵害にあたる可能性もある¹⁹⁾。一方(2)は複製の主体は委託を受けた業者となるが、著作権法28条を考慮すると製作を委託された業者が許諾を受けている場合、また受けていない場合においても原著作者である任天堂の権利を(1)の場合と同様に侵害していることになると思われる²⁰⁾。

また、同社は複製した衣装をサービスの利用者に有償で貸与している。これは著作権法26条の3で定められる貸与権の侵害にも該当する。さらに、コスプレやカートで公道を走ることも著作権の侵害となる可能性がある。もし公道を走る、という行為が不特定の者に対して上演を行っているものだと考えられれば、著作権法22条で定める上演権の侵害にあたると思われる²¹⁾。

また、マリカー社の例を離れた個人によるコスプレ衣装の利用形態について検討する。個人的なコスプレ衣装の製作や利用は、それが私的利用の範囲に収まるとされた場合は著作権侵害とは認められない²²⁾。だが、コスプレ衣装を着たモデルの写真をインターネット上にアップロードする、また何らかの形態で販売・頒布を行う場合、前者は著作権法23条に規定する公衆送信権²³⁾、後者は同法26条の2に規定する譲渡権の侵害だと考えられる。

最後に、コスプレと並び二次創作物の中でも大きな位置を占める同人誌²⁴⁾についても触れておきたい²⁵⁾。二次創作物としての同人誌は原著作物の世界観やキャラクターなどを使用して全く別個の内容を構成している、著作権法27条で定められた翻案権、同20条での同一性保持権、同28条での二次的著作物の利用に関する原著作者の権利等を侵害していると考えられる。

3 パロディと二次的著作物の関係性

二次創作物と並び立つ概念として、パロディがある。

パロディとは、広辞苑によれば「文学作品の一形式。よく知られた文学作品の文体や韻律を模し、内容を変えて滑稽化・諷刺化した文学。日本の替え歌・狂歌などもこの類。また、広く絵画・写真などを題材としたものにもいう。」²⁶⁾と定義されており、古くから現在まで文学の表現技法のひとつとしての位置を占めている。しかし、国内著作権法ではパロディについての明示的な制限規定はおかれておらず²⁷⁾、また過去の判例にもパロディについて具体的な定義づけをしたものは存在しないとされている²⁸⁾。日本国内でのパロディの法的取り扱いについての議論はフェアユースの法理の導入に関する議論と共になされるようになり、平成22年の著作権法学会のシンポジウムや平成23年1月の文化審議会著作権分科会の報告書などでテーマとして扱われるようになった²⁹⁾。平成25年6月に法制問題小委員会パロディワーキングチームが提出した報告書では漫画を原著物とする「二次創作作品」について一定の記述がなされており、パロディの中の一形態として取り扱われている³⁰⁾。

先述したように、二次創作物とは「原作となったまんが、アニメ、ゲーム、ライトノベルなどからキャラクターを借り、それをまったく別の物語に作り直した同人誌や同人ゲームを作ったり、フィギュアやポスター、カードなどを作ったりすること」である一方、パロディとは「よく知られた文学作品の文体や韻律を模し、内容を変えて滑稽化・諷刺化した」創作物であり、加えてアメリカでのCampbell事件判決での定義を参照するならば「先行する作品に、少なくとも部分的に、コメントするような新しい作品を創作するために、その先行する著者の作品の要素をいくらか使用しているもの」とされる。先述したパロディワーキングチームによる報告書では「二次創作作品」はパロディの概念に包摂されているというような表現がなされていたが、定義だけでなく実態においても両者は性質を異にするものと言えらる。例えば二次創作物は第I章で挙げたコナミ社の著作物に関連する事例、また「ドラえもん」に関する事件のように、原著物の設定やストーリーやキャラクター等固有の世界観を基礎に、発展や創作を経て表現されるものが多い³¹⁾。一方、パロディは「文体や韻律を模」すものと定義されるが、これらの二次創作物はその定義の枠内には収まらず、原著物に依拠しつつもそこから発展した、ある種の独自性の上に成り立つ創作物であると言えよう³²⁾。例えば国内のパロディについての判決として代表的なパロディモンタージュ事件、また「チーズはどこへ消えた？」事件のように、原著物の外観上の構図や文体、デザインなどに依拠して創作される性質が強い。このような差

異から、本稿では二次創作物とパロディの適切な峻別が行われるべきだと主張し、その上で今後の論については両者を区別した上で二次創作物の扱いを中心に論を進めていくことにする。

Ⅲ フェアユースとフェアディーリングについて

現在まで議論されてきたフェアユースの法理、及びフェアディーリングの法理はこの問題を解決し得るのだろうか。本格的なフェアユースに関する考察に入る前に、この章ではフェアユース、並びにフェアディーリングの性質とその成立過程について明らかにする。

1 フェアユースの成立とその性質

フェアユースとは、著作物の利用が一定の基準を満たしているものである場合、例えば著作権者の許諾が無い使用であってもその利用は著作権の侵害には当たらなくなる、という著作権侵害の主張に対する抗弁事由の一つであり、「フェアユースの法理」と呼ばれることが多い。世界で最初にフェアユースの法理が確立したのはアメリカの *Folsom v. Marsh* (1841年) における Story 判事の法廷意見だとされている³³⁾。この裁判では被告である *Bela Marsh* がジョージ・ワシントンの伝記を出版するにあたり、*Jared Sparks* が著したワシントンの伝記やそこに付された書簡から無断で抜粋したとして権利関係者である *Charles Folsom* が訴えを起こしたものである。法廷意見において Story 判事は当該事例の著作物の利用が公正なものであるか判断するための基準として「行われた編集行為の性質及び目的」「使用された素材の性質及び価値」「その使用が原著物の販売を害し、利益を減少させまたは目標とする市場において取ってかわる程度」という3つの要素を判断しなければならないとした³⁴⁾。1976年にフェアユースの法理が成文化されるまで、このような考え方は「司法上構成された理論」として存在するにすぎなかった³⁵⁾。1976年のアメリカにおける著作権法改正においてフェアユースの法理は107条に規定されている。この条文では、フェアユースが成立し得る利用形態をいくつか例示した上で、フェアユースの成否に関して考慮される4つの要素を挙げている。条文は以下の通り規定する。

「第106条および第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、

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

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

上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない³⁶⁾。」

先述した Story 判事の3要素のうち「行われた編集行為の性質及び目的」は第一要素に、「使用された素材の性質及び価値」は第二・第三要素に、「その使用が原著物の販売を害し、利益を減少させまたは目標とする市場において取ってかわる程度」は第四要素に受け継がれていることがわかる。また、未発行の著作物に関する規定は1992年の改正によるもので、Harper & Row v. Nation Enterprise (1985年)を始めとして著作物が未発行であることを第二要素に当てはめ、決定的事実とした上でフェアユース否認の判決を下した判例が増加したことから追加された³⁷⁾。このような形式のフェアユースの法理はイスラエル（2007年）や韓国（2011年）等の国で採用され、同様の規定として採用されている³⁸⁾。

2 フェアディーリングの成立とその性質

一方、フェアディーリングの法理もまた、著作物の使用において一定の基準に合致する時著作権を制限する法理である。だが、フェアユースが包括的な著作権制限の条件を示しているのに対して、フェアディーリングの法理は権利制限を主張し得る利用態様を個別的に列挙した上で、そこでの著作権制限の条件が定められており、利用態様に当てはまらない利用は権利制限を主張し得ない、という大

きな違いがある。

フェアディーリングの法理はフェアユース以前のイギリスにおいてその源流を發している。1710年、イギリスで「書物その他の書かれた物」を対象として著作権を保護するための³⁹⁾アン法が成立した。アン法2条では「fair dealing (公正な利用)」という語の使用が確認でき、私的目的での利用に関する例外規定を定めている。この時点では、著作権者の許可を得ていない利用に関する制限規定は存在しなかったが、1740年、ある書籍を再編集・要約して出版したことに対して著作権の侵害を主張した *Gyles v Wilcox* の裁判における Hardwicke 大法官の法廷意見の中で、「書籍がもっともらしく短縮されたに過ぎない場合は、それらの書籍は、確かに議会の法律の意味の範囲内であるが(中略)しかし、これは、人々が本物のそして公平な要約を制限するように拡大されてはならない。なぜなら、要約は、偉大な特性をもった、新しい書籍と呼ぶこともできるからである」⁴⁰⁾ という、後のフェアディーリング及びフェアユースの法理に発展する内容が主張されている。その後の1911年の著作権法改正では2条1項において「私的学習、学術研究、批評、評論、新聞記事の要約」に関して著作権侵害を否定すると定めたが、条文中で定めた範囲外の利用については制限的な解釈が取られている⁴¹⁾。1988年、著作権・意匠・特許法29条及び30条においてフェアディーリングの法理についての条文が定められ、私的学習・非営利の研究、批評・評論・現在の情勢に関する報道に関する著作物の使用や複製、パロディ・風刺のための利用については著作権侵害が否定されると定められた。フェアディーリングの法理はイギリス以外にもイギリスの旧植民地国を主とした国々で採用されているが、その内容は「フェアディーリング」という名称でありつつも、様々な運用のされ方がなされている⁴²⁾。

Ⅳ 米国判例から見るフェアユース法理の運用のあり方

著作物の二次的利用に一般的な広い可能性を与えるフェアユースの法理はしかし、世界では現在9カ国が「fair use」という文言を含む包括的な権利制限規定を導入するに留まり⁴³⁾、フェアディーリングの38カ国⁴⁴⁾と比較すると少数派にとどまっている。また、我が国や、既にフェアディーリングを導入しているオーストラリアにおいてもフェアユースの法理の導入に関しては長期間に渡る議論の結果、導入には至っていない。その原因の中でも大きなものとして考えられるのが

フェアユースの法理の周辺に渦巻く「不確定さ」や「予見不可能さ」といったものであろう。例えば国内では2016年に日本新聞協会など7団体が連名で『『柔軟な権利制限規定』についての私たちの意見』という声明を発表しており、その中で「悪質な侵害行為も適法になったと誤解する『居直り侵害者』『思い込み侵害者』が増加すると予想」されるとして、一般的な権利制限ではなく個別具体的な権利制限条項の立法による対応を求めた⁴⁵⁾。また、オーストラリアのフェアユース導入に対しては米映画協会 (MPAA) がフェアユースの法理の不確定性や市場への影響への不安をアメリカ政府に対して訴えている⁴⁶⁾。また、多くの論者がフェアユースの不確定性について批評を加えている⁴⁷⁾。

だが、近年の研究や判例の積み重ねにより、今まで「絶望的に予見不可能で不確定なもの」⁴⁸⁾と考えられてきたフェアユースの法理の運用のされ方に一定の論理が見出されている。本章では、そういった近年の研究者の成果や歴史的に重要かつ有力であると考えられるアメリカ国内の判例を基に、フェアユースの法理の運用の歴史的な変遷や重要判例におけるフェアユースについての判断について述べ、フェアユースの法理の運用の方向性について解き明かしていきたいと思う。

1 Beebe と Netanel の研究

はじめに、Barton Beebe の研究を参照することにする。Beebe は1978年から2005年まで公表されているすべての連邦裁判所法廷意見のデータを収集・分析し、米国著作権法107条で定められたフェアユースの要素のうちどれが有力な基準となり得るかを調査した。Beebe の研究によれば、裁判においてはフェアユースの第一要素（使用の目的および性質）と第四要素（著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響）がフェアユースの成立に関して最も重要だとしている。具体的には、第一要素に合致するとされた判例の90%でフェアユースが成立していたのに対し、合致しないとされた判例の95%がフェアユースを否定している。また、第四要素に関して合致すると判断された判例の95%がフェアユースの成立を支持、逆に合致しないとされた判例の99%以上（1つの判例を除く）がフェアユースを否定した。このように過去の判例ではフェアユースの法理の第一要素と第四要素がその成立を左右する主たる基準とされていたことがわかる。

それでは具体的なフェアユースの運用について検討する。まず、Neil Netanel によれば、フェアユースの法理の運用のされ方は歴史的に二つの理論に大別される。一つは過去に主に用いられてきた「市場中心パラダイム」、もう一方は1995

年の Campbell 事件判決で確立し、2005年以降主流となった「変容的利用パラダイム」である⁴⁹⁾。

2 二つの理論——市場中心パラダイムと変容的利用パラダイム

最初に市場中心パラダイムについて検討していく。市場中心パラダイムは1985年の Harper & Row v. Nation Enterprises という未公開の自伝の引用に関する訴訟において採用された、主にフェアユースの第四要素を軸として判断を行う理論である。この理論は Wendy Gordon 教授の Fair Use as Market Failure: A Structural Analysis of the Betamax Casa and its Predecessors という論文を起源としており⁵⁰⁾、本論文で Gordon 教授は高額なライセンス料が公共の著作物の利用の障壁となる場合、及びフェアユースを認めることが著作権者の不利益を上回る公共の利益を生じさせる場合のみフェアユースを認めるべきだという考えを示しており⁵¹⁾、判決において引用された。また、同判決は「全ての商業的な著作物の利用はアンフェアな独占的権利の利用である」⁵²⁾とした、テレビ番組のタイムシフト視聴のフェアユースの是非について争った Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. の推定を引用した他、著作物の利用が商業的利用であるかの判断として「著作物の利用の唯一の動機が金銭的利益を取得することにあるか否かではなく、利用者が通常の対価を支払うことなく著作物の利用から利益を得る立場にあるか否か」であると判示した⁵³⁾。こうして、著作物の利用が合理的だと考えられ、ライセンス料の支払いといった手段が難しいと考えられる場合にフェアユースを認める市場中心主義パラダイムが成立した。

一方変容的利用パラダイムとは、1994年の Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. で採用された、著作物の利用が「変容的」かどうかを論点とする理論であり、Pierre Leval 判事の Toward a Fair Use Standard という論文から引き出された⁵⁴⁾。この論文で Leval 判事は著作物の正当な利用は「変容的」でなければならないとし、著作物の利用の正当性はその利用が「新しい情報、新しい美的価値、新しい洞察及び理解を作り出すことにより原著物を変容させている」かどうかを基準だとしている⁵⁵⁾。連邦裁判所はまず「フェアユースの四つの要素はその全てを考慮して決定しなければならない」としたうえで Leval 判事の論文を引用し、「新しい作品が単なる元の著作物の代わりとなるものであるのか、あるいは新たな目的や性質を付加し、新しい表現、意味、メッセージを持たせることで原著物を変容させるものなのかどうかを判断することが中心的な問いだ」とし、また「新

しい創作物が変容的であるほど、(第一要素以外の)他の条件は重要ではなくなる」と述べている⁵⁶⁾。

だが、変容的利用パラダイムは Campbell 判決以降すぐに定着したわけではない。Beebe の研究では、Campbell 判決後も多くの判決はこれを無視し、Harper&Row 判決で採られたフェアユースの第四要素を軸とする判断を続けてきたとされる⁵⁷⁾。だが、2005年の記録までを扱った Beebe の研究以後のフェアユースに関する判決の統計を取った Neil Netanel によれば、2006年から2010年までの間に変容的利用パラダイムは法廷において支配的なものになっている。Netanel が参照した79の法廷意見のうち、「地方裁判所の法廷意見の85.5%と控訴審裁判所の法廷意見のうち1つを除いた全てにあたる93.5%」(総合して87.2%)が被告の著作物の利用について変容的か否かを争点として検討した⁵⁸⁾。対照的に、1995年から2005年までの法定意見では変容的利用法理の採用は70%台に留まっている。また、Netanel は Campbell 判決以降の法定意見が、明示的に「変容的」という語が使われているとは限らず、「変容的」という語を使用していなくとも Leval 判事が論文中で示した内容を使用するなどの方法で間接的に変容的利用法理に従っている事実を指摘し⁵⁹⁾、Beebe の研究内容を補足している。そして、Beebe の研究も引用しつつ、変容的利用パラダイムに言及していない法廷意見の数が1995年から2000年間の39.13%から2006年から2010年の間に28.21%まで下落していることを示し、変容的利用法理の支配性を補強している⁶⁰⁾。このように、現在フェアユースの成否を問う上で有力な基準は第一要素を中心とした変容的利用パラダイムである。これは先に述べたように、第一要素が他の要素全てを凌ぐ決定的基準となるのではなく、変容的かどうかの判定が以降の要素について判定の厳格さの程度を左右することになる、ということである。

次に、変容的利用パラダイムについてより詳細に検討する。変容的利用パラダイムとは、Campbell 判決により決定づけられた、ある利用が「新たな目的又は異なる性質を持った何か新しいものを付加し、新しい表現、意味、又はメッセージによって先行作品を変容させる」という性質を持つかどうかを論点とするものだが、この内容それ自体は様々に解釈されやすく、不確定性の要因となりやすい。また、フェアユースの第一要素以外の要素、特に第四要素との関係も重要である。ここからは主にこの二つの側面からフェアユースの法理の運用のされ方を明らかにしていきたい。

まず変容的利用パラダイムの定義の解釈の問題だが、Netanel はこの点につい

て二つの解釈を提示している。一つは原作品を変容させたり、新たな表現を加えたりすることで原作品の「表現内容を変容させる」利用であり、例えば小説や脚本の続編を制作すること、他の楽曲の一片を組み込むなどした楽曲を制作することを例示している⁶¹⁾。もう一つは原作品の「意味又はメッセージを変容させる」利用であり、芸術作品や新聞紙上での批評のために他の著作物を利用することを挙げている⁶²⁾。研究者達の統計では、裁判所は著作物の利用において原著物が持つ表現目的とは異なる、新たな目的が付加されていることをフェアユースの判断における重要な要素としてきた⁶³⁾。1995年から2010年までの変容的利用の定義に言及した82の法定意見のうち、原著物とは異なる表現目的を持たない著作物の利用を変容的であるとみなしたものは3つにとどまった⁶⁴⁾。また、Peter Letterese & Assocs., Inc. v. World Inst. of Scientology Enters., Int'l¹では、著作物を異なるフォーマットや媒体に移す場合、そこに異なる表現目的がない場合は変容的利用とされることはないと判示された一方、2006年から2010年までの近年の変容的利用を肯定した法廷意見のうち25%が、原著物の全体を改変することなく複製したことに對して異なる表現目的が存在する場合には変容的利用が成立する、としている。ただし、異なる表現目的の中でも「商業広告又は販売促進活動のための作品の利用」は変容的利用だと認められてきてはいない⁶⁵⁾。Netanelによれば2006年から2010年までで11の商業的な利用に関する訴訟が存在し、2つを除き全てが当該利用は変容的ではないとされた⁶⁶⁾。

また、フェアユースの第四要素である「著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響」との関連も検討しておきたい。変容的利用の程度に関する第一要素の判断は、同様に影響力を持つ第四要素の判断にどのような影響力を持つのだろうか。有力な判例の一つである Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd. では、被告が著名なロックバンドの自伝を出版する際に、原告の著作物であるコンサートポスターやチケットの画像のサムネイルを複製し掲載したことで訴訟となった⁶⁷⁾。実際には両者は画像の使用に関してライセンスの交渉を行っていたが、合意に至っていなかったにも関わらず被告が画像を使用したことに関して、裁判所はこの使用について市場への害悪を認めなかった⁶⁸⁾。裁判所は「(利用が変容的である場合は) 市場において実際に原著物の代替物になるものであってもフェアユースを否定するためには十分でなく、また第四要素はフェアユースを支持しないものになるとは言えない」「(原告による著作物の利用は) 元々の表現目的とは変容的 (と云い得るほど) に異なっており、このような場合、著作権者は単に、『パ

ロディ、ニュース報道(中略)その他の自らの創作物の変容的な利用のために市場を開拓したり、それらの利用のためにライセンスしたりすることにより』第三者がフェアユースの市場に参入することを禁止することはできない」と判示した⁶⁹⁾。また、Perfect10 v. Amazon では原告の著作物は商業的性質を持つものではあるものの、被告の利用は「非常に変容的かつ社会的に有益な性質を有している」としてフェアユースを成立させており、変容的利用の判断に対して市場への害悪の評価を著しく制限した⁷⁰⁾。以上より、フェアユースの法理における第四要素は著作権者が著作物の利用に関する市場について第三者を排除できるか否かの判断として使用されていると考えられる。

3 フェアユースの法理の運用に残存する不確定性

以上がフェアユースの運用のあり方における基本的な傾向であるが、全ての不確定性に関する不安が払拭し、判断への確実な筋道を作り得るわけではない。その一例が *Calkins v. PLAY BOY* である。この事件は、後にモデルになった少女の卒業アルバム写真が、モデルの写真をと共に *PLAYBOY* 誌に複製され掲載されたとして、当該写真を撮影した写真家が訴えを起こした事件である⁷¹⁾。裁判所は被告の陳述書や証言を基に、卒業アルバムの写真は「生徒やその家族への贈り物」である一方、雑誌への掲載は「モデルに人格を与え、情報を提供して読者を楽しませる」ための目的がある、としてフェアユースの成立を肯定した⁷²⁾。だが、仮に陳述書や証言によって *PLAYBOY* 誌の表現目的が「生い立ちを伝えるための情報提供」だとされ、原告の創作目的も同様の目的を持つとされていた場合、フェアユースは否定されることになる。このようなフェアユースの成否の判断についての陳述書や証言への依拠は、被告側に有利な証拠の作成へと繋がってしまう恐れがあると考えられる⁷³⁾。

V フェアディーリングの法理

この章ではイギリスとカナダというフェアディーリングの法理を採用する代表的な国家について、その規程や運用について分析する。先述の通り、フェアディーリングの法理は権利制限を主張し得る利用態様を個別的に列挙し、著作権制限の条件が定める規定のあり方である。また、利用態様に当てはまらない利用は権利制限を主張し得ない。以上のような差異があること、フェアユースの法理

の導入の検討の際にフェアディーリングの規定に関しては、参考として表層のみ触れられるに留まっていることなどから、ここでフェアディーリングの法理についてさらに踏み込んだ検討を行う。

1 イギリスのフェアディーリングの法理

先述したように、イギリスはフェアディーリング、及びフェアユースの源流となったアン法や Hardwicke 大法官の法廷意見が生まれた国である。イギリスでは1988年英国著作権法にて28条から30条まででフェアディーリングの対象となる態様を定め、そこで個々の利用に関するフェアディーリング成立のための要件を定めている⁷⁴⁾。

しかし、法文で定められた要件が厳格に運用されてきたわけではなく、アメリカのフェアユースと同様法廷での解釈がフェアディーリングの法理の運用を形作ってきた。例えば29条により定められた「私的学習と研究」では、商業的な利用でないことが著作権制限のための条件となっているが、Her Majesty's Stationery Office & Ordnance Survey v. Green Amps Ltd. では、企業の研究活動は商業的であると認められるか否かが争点となった（判決では商業性が認められた⁷⁵⁾。EUによる著作権指令では、「研究の商業性は研究活動自体の内容で評価されるべきであり、当該組織構造や出資のされ方は決定的な要素とはなり得ない」とされている⁷⁶⁾。

今日のイギリスにおけるフェアディーリングのあり方を形作ったとされる判例に Hubbard v. Vosper がある。この事件は被告が著した宗教に関する書籍の中に原告の著作物からの大量の引用が含まれていたことに対する訴訟である⁷⁷⁾。判決において Denning 判事はフェアディーリングの成否を確実な尺度で図ることはできず、全ての事実関係を総合して判断しなければならないとしつつも、まずは原著作物の使用の数や程度を考慮し、次にその使用の性質や目的、そして最後に原著作物の使用が当該著作物に占める割合を考慮すべきだと判示した⁷⁸⁾。また、Giuseppina D'Agostino によれば、この頃から明文化されてはいないものの、裁判においてフェアディーリングの成否を分けるいくつかの要素が出現したとされる。例えば未公開の著作物を使用した場合、原著作物の使用により利益を得ていた場合、市場において代替性が認められた場合や著作物の利用における代替可能性（D'Agostino は「書かれた言葉が原著作物を構成している写真と同じくらいの効果を持つ場合」と表現している）がある場合などである⁷⁹⁾。しかし、その後の2001年の

Ashdown v. Telegraph Group Ltd. において、フェアディーリングの成否を決する新たな基準が作られることになる。この事件は政治家であった Paddy Ashdown の出版前の日記が Telegraph 紙によって引用されたことについての訴訟である⁸⁰⁾。この裁判においては、HughLaddie らの研究によるフェアディーリングの法理についての3つの要素を順位づけた基準、すなわち

- 1 市場における代替性（代替性があるとされた場合、ほとんどの場合著作権は制限されない）
- 2 原著作物が出版されているか又は公にされているか否か（公にされていない場合、著作権は制限されない。不正な方法による利用の場合、その動機が問題となる）
- 3 引用の程度（原著作物の大部分の複製であっても、許容され得る）

を順に考量していく、というテストが適用された⁸¹⁾。この裁判では表現の自由に関して論争があったが⁸²⁾、裁判所は表現の自由が問題となる場合は政治的安定性など他の基準を優先して考量しなければならないと述べつつ、最終的には原告の著作物利用の市場への影響を優先した判決を下した⁸³⁾。この裁判以後、法改正等によりフェアディーリングが適用される著作物の使用態様は拡大されているものの、未だに Ashdown 裁判のテストがフェアディーリングの法理の適用の判断において採用され続けている⁸⁴⁾。

また、パロディに関する規定についても触れる。イギリスにはパロディに関する規定は存在せず、法第16条第3項(a)や批評・評論に関するフェアディーリングの法理の解釈などがパロディに関する訴訟で使用されてきた。2014年、法改正により著作権・意匠・特許法30条Aで「パロディ・風刺・パステイーシュに関する規程」が導入された。この規定について特徴的な点は、他の利用態様に関する規程に見られるような使用に関する条件付けが一切設定されていないことである。これは、多くのパロディ作品はほとんどの場合出典を伴わないという実務的な側面があると考えられている⁸⁵⁾。また同条2項では規定により定める著作物の使用が契約等で阻害されている場合、その内容を無効にするという内容が定められており、パロディ作者の利益に重きを置いているものだと言えるだろう。規程導入後の判例では原著作物と著しい差異があることが必要だとされたほか、パロディ作品について原著作物の作者又は権利者の明示を必要としないことが示さ

れた⁸⁶⁾。

2 カナダのフェアディーリングの法理

カナダもイギリスと同様にフェアディーリングの法理を採用している国家である。1921年のカナダ著作権法において、イギリスの1911年著作権法と同様の内容が採用されてから、現在まで三度の改正を経ている。現在はカナダ著作権法29条にてフェアディーリングの法理について定められ、研究、私的学習、批判、評論、報道、教育及びパロディ・風刺に関する利用について規定がなされている。

カナダにおいてフェアディーリングの法理の適用は比較的狭い範囲で行われていたとされているが⁸⁷⁾、2004年の *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* はその運用を大きく変えるきっかけとなった事例である⁸⁸⁾。この事件は学生や研究者に対する法律に関する記事や法文をコピーするサービスを提供していた非営利団体を、出版社が著作権の侵害だとして提訴した事件である⁸⁹⁾。この事件に関する判示ではカナダ史上初めて「著作物の使用者の権利」に言及がなされたとされている⁹⁰⁾ ほか、「著作権者と著作物の使用者の利益の適切な均衡を保つためには、フェアディーリングの法理は厳格に解釈されてはならない」と判示された⁹¹⁾。この事例で裁判所はフェアディーリングの法理についてイギリスの *Hubbard v. Vosper* の判決文を引用しつつ、その利用の公正さを決定づける6つの基準を判示した。その要素は

- 1 使用の目的
- 2 使用の性質
- 3 使用の量
- 4 代替性
- 5 原著作物の性質（非公開の著作物を引用した場合、フェアディーリング成立の可能性は著しく低くなる）
- 6 原著作物との市場の競合

というものである。また、「研究」という文言の解釈についても「使用者の権利が不当に制限されないことを保証するためにも、広範でリベラルな解釈が与えられなければならない」とし、フェアディーリングに該当する研究活動が、非商業的、また私的利用に留まらないことを判示した⁹²⁾。

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada での六つの基準は、その後の裁判においても継承されている。2017年7月の Canadian Copyright Licensing Agency v York University では York University が作成した著作物の公正利用のガイドライン事態の内容の適格性が争われたが⁹³⁾、連邦高等裁判所はまず CCH の裁判での公正さに関する判断は著作物の利用が許可されているか認識した後に行われるべきものであり⁹⁴⁾、また6つの基準にはそれぞれ二つずつのより具体的な分析が内包されていることを判示した⁹⁵⁾。

VI 国内法へのフェアユースの法理の導入の可能性と示唆

本章では国内での具体的な事例に関してフェアユースの法理下で裁判が行われたと仮定し、著作権が制限され得るかどうかが考察を行う（基本的にアメリカ法のフェアユースの法理の規程及び運用の基準を用いる）。そして、今後の国内法において二次創作物に関する一般的な著作権制限規定導入の可能性について検討する⁹⁶⁾。

1 フェアユースの法理下における国内での具体的な事例の検討

フェアユースの法理が国内で採用されていた場合、国内での具体的事例についての判決はどのようになるのだろうか⁹⁷⁾。

(1) ときめきメモリアル事件

二次創作物が訴訟の対象として扱われた判例の一つであるときめきメモリアル事件について検討を行う。

この事件はコナミ社が製作しているパソコン用ゲーム『ときめきメモリアル』の続編を創作し、アニメーションとして販売した者に対して訴訟が提起され、複製権や翻案権等の侵害を理由として賠償が命じられた事件である⁹⁸⁾。

この事件は二次創作物の多くを占める形の創作物について訴訟が提起された事件であるが、この判例に対して参照できる判例としては *Salinger v. Colting* が考えられる。この事件は原告である *Salinger* が執筆した著名な小説『ライ麦畑でつかまえて』について、続編を創作した被告を訴えたというものである⁹⁹⁾。被告は自身の作品を原著物の作者 (*Salinger*) が執筆をやめてしまったことについてのパロディ的な論評であり、批判だと主張したが、裁判所は原作者への批評を目的とする作品であるなら変容性が認められるもの「(被告の自身の作品に対

する「愛された古典の続編」だという公の場での発言などから）利用は十分に変容的とは言えない」と判示した¹⁰⁰。この判例を参照するならば、ときめきメモリアル事件における被告のゲーム作品の利用は当該ゲームの続編としての性質を持つものであり¹⁰¹、判例と類似した性質及び目的での利用である。それゆえ、フェアユースの法理下でも元々の判決と逆の結論を導き出すことはできないだろう。これは原著作物の続編とは言わずとも、それを基にした創作である同人誌も同様だろう。ただ、Netanel はファンフィクション¹⁰² やデジタルサンプリング等についてもフェアユースを認める必要があるとし、「非常に創作的な表現内容の改変」について裁判所の判断がなされていないとしている¹⁰³。この Netanel の指摘はインターネット上に様々なコンテンツを無許可で利用した創作物が氾濫する現在において示唆的である。

(2) マリカー事件

上記の事件は、フォーマットは異なるものの原著作物の延長として新たな内容の創作物を提示した例であった。結果的には著作権制限の適用は難しいと考えられるものの、Netanel の意見のように「創作性」についての基準を示す等しなければ創作行為を必要以上に制限してしまう恐れもある。では冒頭で触れたマリカー事件のように、原著作物の複製を含む新たな創作での利用はどのように評価されるだろうか。未だ係争中ではあるが、本稿の第 I 章及び第 II 章で触れたマリカー事件について検討を行う。

まずこの事件がフェアユースの法理によって裁かれた場合、先述のフェアユース成立の是非は 4 つの基準によって判断されるが、この判断に際して参考となる判例は Warner Brothers Entertainment, Inc. v. RDR Books だろう。この事件は「ハリー・ポッター」シリーズについての百科事典を作成した RDR に対し当該シリーズの権利者及び作者が訴訟を提起したものである¹⁰⁴。連邦地方裁判所は原著作物を「娯楽及び美術的な役割」を持つとした一方、被告の著作物を「(原著作物の)ガイドブック」としての役割を担うと判示し、フェアユースの第一要素に関して変容的であるとした¹⁰⁵。しかし、問題となったのは当該シリーズの原著作物そのものではなく原著作物の作者自身が著した当該シリーズの副読本であった。裁判所は当該副読本について「(娯楽の目的と共に)ガイドブック」としての役割を認めることができるということ、また、被告は当該副読本から合理的だと考えられる範囲を逸脱して、当該シリーズに特徴的な表現の大幅な複製を行っているこ

とという2点から、被告の利用は変容性が低いとし、第一要素及び第三要素に関してフェアユースの成立を否定した¹⁰⁶⁾。

翻ってマリカー事件における著作物の利用はどうだろうか。元々マリカー社のサービスはその形態から任天堂の人気ゲーム「マリオカート」をコスプレや車両によって具体的な形にしたものである、と考えられるが¹⁰⁷⁾、仮に裁判所が任天堂のゲームの表現目的を

(1) 単純な娯楽の提供

(2) カーレースによって勝敗を競うという内容の娯楽の提供

というパターンで分けたとしよう。(1)の場合、マリカー社のサービスが任天堂と同様に単純に娯楽を提供するための役割を持つと判断された場合、利用の変容性は認められないだろう。一方(2)の場合、マリカー社のサービスはカーレースの性質を持たず、「ゲームの世界観の一部を現実世界において感得させる娯楽の提供」だと判断された場合は変容性の認定は大きく変わってくるだろう。しかし仮に変容性が認められたとしても、衣装や車両に関する使用はどうか評価されるだろうか。仮に同サービスで使用される衣装が原著作物の大幅な複製だとされれば、第一要素での評価と合わせてフェアユースの成立は否定されると考えられる。

2 フェアユースの法理の導入の検討と限界

以上のようないわゆる二次創作文化に関して、著作権法上の問題を解決する著作権制限の一般規程を設けることは可能だろうか。

先に検証したように、アメリカのようなフェアユースの法理の変容的利用パラダイムでは二次創作物について権利侵害を阻却できないと考えられる。これはNetanelの証言のように変容的利用パラダイムに関して確たる基準が存在しないこと、また二次創作物の性質上そこで使用される原著作物の変容を一概に評価することには限界があることが理由だ。

だが、フェアユースの法理はLeval判事によれば「新しい情報、新しい美的価値、新しい洞察及び理解を作り出す」作品のために存在するのである¹⁰⁸⁾。この証言から考えれば、二次創作物(またNetanelの言ういわゆるファンフィクション作品)に対しても一定の保護がなされるべきだと言えよう。それゆえ、国内法への適用を考慮する上では変容性の基準についてある程度引き下げを行い、かつ具体的な基準を示す必要がある¹⁰⁹⁾。ただ、二次創作物が取り得る表現の多様さ(例えば「ドラえもん事件」のように、同人誌として漫画としての形を取り得るものから、映

像作品やフィギュア、キーホルダーなど表現形態は多岐に渡っている) から、一概にどの程度の表現が許容されるのか基準を置くことには限界があると思われる¹¹⁰⁾。仮に二次創作物の表現の方法や翻案・変容の程度を考慮するならば、

- ①企業や権利者によるガイドラインや規約による解決を求める
- ②非営利的な二次創作物に関して一律に許可を行う規定を導入する¹¹¹⁾
- ③イギリスのパロディに関するフェアディーリングの法理のように、二次創作物作者の利益を重んじて変容性に関しては条件を取り扱う

という可能性が考えられる。だが、②のような方法では「非営利」という基準の設定に際して権利者、二次創作物の作者の両者の権利を不当に制限してしまう可能性を内包していると考えられる。また、③のような条件づけを行うと、例えばマリカー事件のような悪質とも評価できるような著作物の利用に関しても著作権制限がなされ、権利者の不利益や著作権法からの解決のためのアプローチの限定となる恐れがある。仮に③のような規定が置かれた場合には、市場の競合等の経済的な方向からの規制や他分野の法律からの規定をより強めるべきである。一方①については近年の著作権の非親告罪化の可能性などの影響からガイドラインを置く企業や権利者が存在するなど¹¹²⁾、業界による自律のあり方を求め、促進する仕組み作りも求められるだろう。ただ、例えばニトロプラス社による二次利用のガイドラインにおいても、その二次創作物が「創造的である」という条件付けがなされるのみであり¹¹³⁾、変容性、創造性に具体的基準を求めることには限界があると言える。

一方原作品との市場の峻別については、イギリスで *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.* 以降採用された三段階のテストは市場の区別についての一つのヒントになるだろう。この基準では著作物の使用に関して市場における代替性、作品の公開性、引用の程度という三段階の基準が置かれており、変容の程度ではなくあくまで原作者と利用者（本稿の場合では原作者と二次創作者）との間の利害調整に主眼が置かれていると考えられるため、二次創作物の市場の競合については一定の解決をもたらすかもしれない¹¹⁴⁾。第一段階の市場における代替性に関して、首相の国会答弁において原作とは市場を別にするとされたが、近年の二次創作物の販売形態の多様化や高度化などを鑑みるにケースバイケースの判断が行われるべきだと考える。原著作物の権利者の利益の保護や二次創作物の名を借りた悪質

な著作物の利用の防止、健全な創作市場の発展などの観点から、参考にすることが可能だと考えられる。

以上から、表現の内容や形態を含む一般的な二次創作物に関する規定を検討するならば、まずは企業や権利者によるガイドラインや規約に解決を委ねた後に、その範囲で解決できない例に関しては原著物との市場の競合などに関しての一定の基準によって解決する、という形での規定が望ましいと思われる¹¹⁵⁾。

ここまで「二次創作」という文化について著作権法及びフェアユース、フェアディーリングの法理の運用との関係から論を進めてきたが、「二次創作文化」に関して学術的に十分な考察やパロディとの峻別等が進められていないこと、また実際には業界での慣行や「黙認」という形での文化の形成が行われてきたことやそれに関係する業界内部の反発等から、法的な観点からの議論については未だ十分な環境が整っていないと感じられる。古来より日本には「本歌取り」のように他者の創作物の模倣をして発展してきた文化も存在しており、またいわゆる「二次創作文化」が国を超えて発展しつつある現代だからこそ、その文化の基盤を保障する制度や手続が整備されることを願う。

- 1) BUSINESS LAWYERS「任天堂がマリカーに損害賠償などを求める訴訟、著作権侵害は認められるか?」(2017/3/15) <https://business.bengo4.com/category5/article166> 最終閲覧日:2017年12月28日
- 2) インターネット上ではマリカー社のサービスを利用して公道を走行する利用者の姿が数多く投稿されている。
- 3) 池村聡「『二次創作』文化を巡るアレコレ:二次創作と著作権の曖昧な関係」京女法学 第11号(2017) 1-6頁。
- 4) 矢野経済研究所「『オタク』市場に関する調査を実施」(2017)
- 5) 内閣衆質一八九第一三四号「衆議院議員井坂信彦君提出二次的著作物に関する質問に対する答弁書」(2015年3月24日)
- 6) 前掲注3)、7-8頁。
- 7) 東京地裁民事第29部 平成10年(ワ)第15575号 著作権侵害差止等請求訴訟事件
- 8) 『『ドラえもん最終話』無断掲載で謝罪』読売新聞 東京朝刊、2007年6月7日、33頁。
- 9) 非親告罪化の動きを受けて漫画家の赤松健氏が二次創作利用黙認のためのライセンスマークの採用などを提案したことから、コモンズフィアによる「同人マーク・ライセンス」の開発がなされた。前掲注3)、13頁も参照。
- 10) 前掲注4) 中では、例えば同人誌のダウンロード販売の高まりを指摘している

など確実に市場において一定の地位を持ちつつあると言える。

- 11) Peter Decherney (城所岩生・城所晴美訳)『グローバル化するフェアユース』(2015) 3頁。
- 12) 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2016』(2016)
- 13) 半田正夫『著作権法概説 16版』(2015)
- 14) 田川隆博「オタク分析の方向性」名古屋文理大学紀要 第9号(2009)75頁。前掲注13)や岡村久道「著作権法」(2010)等の文献ではこのような表現に関する言及は存在せず、あくまで「二次的著作物」という語の定義を示すのみだった。
- 15) 多くの場合無許諾で作成された同人誌等の「二次創作物」には著作権が認められ得るのかという点については、翻案権等の著作権侵害の問題があるものの著作権は付与されるというのが通説である(作花文雄『詳解 著作権法(第3版)』(2004)など)。
- 16) 前掲注1)。
- 17) マリカー社の衣装の取り扱いの事実については詳細な情報を得ることができなかったため、考えられる中でも可能性が高いと思われる二つの態様を示す。
- 18) 平成13年の「江差差分事件」判決文(最高裁判所第一小法廷判決平成13年6月28日 民集55巻4号837頁)によれば、翻案とは「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的な表現形式を変更して新たな著作物を創作する行為」と定義されている。本来ならば人間の形状ではないキャラクターを、コスプレ衣装として製作することは「本質的な特徴」を容容させていることになると考えられる。キャラクターの著作物性については「サザエさん事件」(東京地裁昭和46年(ワ)151号昭和51年5月26日判決)等も参照のこと。
- 19) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会パロディワーキングチーム「パロディワーキングチーム 報告書」(2013) 2頁。
- 20) 前掲注2)も参照のこと。
- 21) 1988年3月15日の最高裁判所判決も参照のこと(カラオケ法理)。
- 22) 例えば自作したコスプレ衣装を自宅等限定された範囲で楽しむ場合は著作権法30条に基づき違法性は阻却されるが、公共の場所でコスプレ衣装の利用を行う場合に私的利用の範囲から逸脱するかどうかの問題となり得る可能性は残存する。
- 23) ただし、限定された少数の者のみでクラウド等のサーバーにおいて共有する利用形態に関してはこの限りではなく、判断については著作権分科会等での議論されるところである(文化審議会著作権分科会著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会「クラウドサービス等と著作権に関する報告書」(2015)など)
- 24) 市場規模はコスプレ衣装に関する市場の2倍以上の売り上げである795億円にも達している。前掲注4)。
- 25) ここでは、特定の著作物から派生したものではなく全くのオリジナルの作品として個人が製作・出版した作品、及び許諾を得ている、原著物の利用に付されたガイドラインに則っているなどの例外を除く。

- 26) 新村出編『広辞苑〔第6版〕』(2008年) 2310頁。
- 27) 前掲注18)。
- 28) 青木大也「著作権法におけるパロディの取扱い」ジュリスト1449号 (2012) 55頁。
- 29) 伊藤真「具体的事例から見る日本におけるパロディ問題」*パテント Vol.66* (2013) 4頁。
- 30) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会パロディワーキングチーム「パロディワーキングチーム 報告書」(2013) 23、24頁。
- 31) 二次創作物としての同人誌に関する詳細な記述のある文献を見つけることはできなかったが、前掲注3)の2頁にあるようなコスプレや同人誌に関する記述は、いわゆる二次創作文化の片鱗を見せるものである。
- 32) 実際には二次創作物の中には多種多様な表現形態の作品が存在し、それらを個別的に検討していくことは不可能である。それゆえ、二次創作物の中にもパロディと同様の表現形態を取るものが存在する可能性は否定できないが、本稿についてはあくまで前掲注の田川氏の定義に則って考察を進めることにする。
- 33) Neil Weinstock 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」8頁。
- 34) 山本隆司、奥邨弘司「フェア・ユースの考え方」(2010) 24頁。
- 35) YOON, So-young “The History and Current Status on fair Use of Copyrighted Work”
- 36) 前掲注33)、7-8頁。
- 37) 山本、奥邨・前掲注34) 25頁。
- 38) Jonathan Band, Jonathan Geraci “The Fair Use/Fair Dealing Handbook”, p.1.
- 39) 三菱UFJリサーチ & コンサルティング編「著作物等の保護と利用円滑化方策に関する調査研究—諸外国の著作物等の保護期間について—」(2008)
- 40) 松川実「英米知的財産権法制資料〔公平な要約〕*The Jurisprudence of Anglo-American Intellectual Property Law* [fair abridgement] : *Gyles v Wilcox*, *Barrow, and Nutt* (1740), *Atkyns, J.T.*, *Chancery Reports*, 3Vols. (London: E. and R.Brooke, 1794), 2: 141; *Burnet v Chetwood* (1721), 2 Mer.441; *Pope v Curl* (1741), 2 Atk.342; *Tonson v Walker* (1752), 3 Swans 672; 36 E.R. 1017; *Duke of Queensberry v Shebbeare* (1758), 2Eden, 329」(青山法学論集)
- 41) 前掲注37)、23頁。
- 42) 前掲注37)。
- 43) 同上。
- 44) 同上。
- 45) 岡田裕介以下七名「『柔軟な権利制限規定』についての私たちの意見」一般社団法人日本レコード協会 (2016)
- 46) ERNEST, “MPAA Warns Australia Not to ‘Mess’ With Fair Use and Geo-Blocking”, *Torrentfreak*, 2017/11/7 (最終閲覧日: 2017年12月4日)
- 47) 例えばカナダはフェアディーリングの法理の採用国であるものの、Barry

Sookman と Dan Glover はフェアユースは「気まぐれ」なものだとして採用するべきではないと論じている。Barry Sookman & Dan Glover “More Fickle than Fair: Why Canada Should not Adopt a Fair Use Regime”、前掲注33)、4頁。

- 48) 前掲注33)、2頁。
- 49) 前掲注33)。
- 50) 前掲注33)、30頁。
- 51) Wendy J. Gordon, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessor” (1982) p.1614
- 52) Sony Corp. v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984) Page 464 U. S. 451
- 53) Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985) Page 471 U. S. 562
- 54) 前掲注33)、15頁。
- 55) 前掲注33)、16頁。
- 56) 同上。
- 57) 前掲注33)、13頁。
- 58) 前掲注33)、33頁。
- 59) 前掲注33)、33-34頁。
- 60) 前掲注33)、35頁。
- 61) 前掲注33)、142頁。
- 62) 同上。
- 63) 前掲注33)、143頁。
- 64) 前掲注33)、144頁。
- 65) ただし、Netanel は比較広告における競争相手の製品の展示やその品質の評価のための信頼のおけるソースからの引用はこの場合には当たらないとしている。前掲注32)、147頁。
- 66) 前掲注33)、146頁。
- 67) Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006)
- 68) 同上。
- 69) 前掲注33)、161-163頁。
- 70) Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701, 2007 U.S.、前掲注32)、166頁。
- 71) 前掲注33)、148、149頁。
- 72) 同上。
- 73) 同上。
- 74) 個別的な態様については本稿2章を参照のこと。要件に関しては、例えば批評・評論・現在の情勢に関する報道に関する利用(30条)の場合、著作物が公にされていること、使用が公正なものであること、引用の範囲が目的に関して合理的であること、出典が明らかにされていること(特定の理由で不可能でない限り)が設定されている。その他の利用態様の要件に関しては各条文を参照のこと。
- 75) 5RB, “Full Case Review (Her Majesty’s Stationery Office & Ordnance Survey v Green Amps Ltd)” (2007/11/5) <http://www.5rb.com/case/her-majestys->

- stationery-office-ordnance-survey-v-green-amps-ltd/ (最終閲覧日: 2017年12月11日)
- 76) Derclaye, Estelle, “European Intellectual Property Review” (2008)
 - 77) Hubbard and another v. Vosper and another (1971)
 - 78) Giuseppina D’Agostino, “Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use”, p.342.
 - 79) D’Agostinoによれば、これらの基準や条件は法廷において形作られてきたとされる。個々の条件や具体的な基準については本稿では言及を控えることにする。
 - 80) Ashdown v Telegraph Group Ltd, [2001] EWCA Civ 1142; [2001] 4 All ER 666; [2001] 3 WLR 1368
 - 81) この3つの要素を順に考量し、その全てを満たした場合初めて著作権の侵害が制限される。前掲注78)、343頁。
 - 82) Amanda Pang, “Copyright: A critical review of the ‘fair dealing’ defence” (2017), Linked In, <https://www.linkedin.com/pulse/copyright-critical-review-fair-dealing-umbrella-defence-amanda-pang> (最終閲覧日: 2018年1月5日)
 - 83) 前掲注77)、344頁。
 - 84) Amanda Pang, “Copyright: A critical review of the ‘fair dealing’ defence” (2017), Linked In, <https://www.linkedin.com/pulse/copyright-critical-review-fair-dealing-umbrella-defence-amanda-pang> (最終閲覧日: 2018年1月5日)
 - 85) Jonathan Griffiths, “Fair dealing after Deckmyn - the United Kingdom’s defence for caricature, parody or pastiche”, *Research Handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment* (Edward Elgar, 2017) p. 4.
 - 86) JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber), Case C-201/13. Preliminary ruling. Retrieved 23 April 2015.
 - 87) Lesley Ellen Harris, “COMPARING FAIR DEALING AND FAIR USE” (2006)
 - 88) 前掲注78)、315頁。
 - 89) CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, at para 39.
 - 90) 前掲注89)。
 - 91) 前掲注90)、at para 48.
 - 92) 前掲注90)、at para 51.
 - 93) Canadian Copyright Licensing Agency v York University par.1
 - 94) 前掲注52) par.255-257
 - 95) 前掲注52) par.266-341までの間で示されている。
 - 96) ここでは変容的利用パラダイムによる運用、また実際の判例に従って考察を進める。
 - 97) 国内で導入が議論されてきたのは主にフェアユースの法理であること、フェアディーリングの法理の適用についてはイギリスとカナダ間での差異を考慮しなくてはならないことや紙幅の問題から、ここではフェアユースの法理に限定して仮

定を行う。

- 98) 前掲注7)。
- 99) *Salinger v. Colting*, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010)
- 100) 前掲注33)、169-170頁。
- 101) 前掲注7)。
- 102) ファンフィクション (fan fiction) とは、既存の人物や作品を題材にして創作された小説等を指す言葉であり、原作者の許可を得て作成されていないものを指す。本稿における「二次創作物」や一般的な同人誌等と類似した意味を持つとされているが、その定義については明確にはされていない。
- 103) 前掲注33)、177頁。
- 104) *Warner Bros. Entertainment, Inc. and J. K. Rowling v. RDR Books*, 575 F.Supp.2d 513 (SDNY 2008)
- 105) 前掲注33)、170頁。
- 106) 前掲注33)、171頁。
- 107) 前掲注1)。
- 108) 前掲注55)。
- 109) 英米法と違い成文法主義を取る国内法では、一定の基準が明確に示されていないと訴訟が多発する恐れがある。しかし、本法においても条文の解釈により著作権に関して広範な裁定がなされてきた事実や、具体的な文言での設定の難しさ(どのような表現を以て変容的、又は創造的だとするか、等)を鑑みると実現には課題がある。条文の解釈に関する判例は「はたらくじどうしゃ事件」(東京地裁：平成13年(ワ)56号)、「雪月花事件」(東京高裁：平成11年(ネ)第5641号)を参照のこと。
- 110) 表現形態ごとに個別的に基準を設定することも可能であるが、従来の著作権法における規程の態様と同様になる、新しい表現態様が出てきた場合に遅れを取るなどの点から効果は薄いであろう。
- 111) 例えばゲーム製作等を行っているニトロプラス社は「非営利的な活動」として「売上予定額が小規模(10万円以下)」(及び「販売数量の総累計数が200個以内であること」)であることを自社のガイドラインで規定している。「ニトロプラス/ニトロプラス キラル作品および公式サイト素材利用について」<https://www.nitroplus.co.jp/license/>(最終閲覧日：2017年12月29日)
- 112) 前掲注9)のように二次創作物に関する利用を認めていくための施策はより普及していくべきであろう。また、二次創作物への権利者や企業によるガイドラインの代表的な例としては、ニトロプラス社によるもの等がある。前掲注111)。
- 113) 前掲注112)。
- 114) *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.* で採用されたこれらのテストは、表現の自由よりも市場における競合や利益性などあくまで現実的な利害関係を重視する判断であった。Giuseppina D'Agostino, "Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use", p.344.

- 115) このような規定の導入を達成するためには、著作権法2条の11における「二次的著作物」の項目に「二次創作物」や「パロディ」のような定義を追加して円滑な運用を図ること、また権利者等によるガイドラインの設定を促進することなどの手立ても必要になると考えられる。