

# 著作権と表現の自由の調整原理（一）

大日方信春

芸術は他の芸術への影響のなかで「生きている」のであり、芸術家の思想の有形の残余として存在するのではない。<sup>1</sup>

はじめに

第一章 「思想／表現二分法」

第一節 M.Nimmerの功績と課題

第二節 表現の形式

第三節 保護されるもの／保護されないもの

第四節 小括（以上、本号）

第二章 「フェア・ユースの法理」

おわりに

## はじめに

一 不法行為の判定をうける表現行為のことを *tortious speech* という。<sup>2)</sup> プライヴァシーを侵害する表現、名誉を毀損する表現、肖像権を侵害する表現などは、この類型に属する表現行為である。憲法学は、これらの表現行為について、その対立法益との調整法を、これまでに随分と分析してきている。換言すると、これらの表現行為を規制する法理論や判例法理は、憲法上の問題とされてきたのである。

ある表現行為を不法行為であると判定する法理論のどこに憲法上の問題が潜んでいるのであろうか。本稿は、*tortious speech* の憲法上の問題につき引用する *E. Baker* と共有している。

「言論に向けられた (*directed*) 法令には、たとえば、ある人に他の人の言論を本質的に支配する権能を与える法令などには、より大きな憲法上の疑義が含まれている。この種の法令は、ある人が選択しようとしている本質的には言論に、他の人の所有権または個人的利益を設定しようとするものである。この問題領域は、たとえば、名誉毀損やプライバシーという文脈で、名誉が毀損されたという者、または、プライバシー保護を求める者が、他の者の言論選択に制限を課す権利を主張するように、不法行為法による修正一条の限界として構成できる」<sup>3)</sup>

昭和四五年制定（法律第四八号）の著作権法は、著作者にその手による「創作的表現」から演繹された支分権を「専有」させ（二二条ないし二八条）、また、著作権者に著作物の利用許諾権を付与している（六三条一項）。「著作権もまた、ある人に他の人の言論に限界を画する法的権能を付与している」<sup>4)</sup>のである。著作権も *tortious speech*

の問題領域にあるといえよう。

二 著作権法は表現行為を制約している。「それは、あなたが記述すること、描くこと、みんなの前で演じること、その他あなたがしたいと思う表現行為 (communicating) を制約している」<sup>(5)</sup>。ところが、なぜかそこからは「言論制約のフリーバー」<sup>(6)</sup>が感じられなく、M. Lemly と E. Volokh はその理由を詳細に検討し、以下の一二点を指摘している。(それぞれについて Lemly & Volokh は批判的見解を表明しているが、ここでは措く)。<sup>(7)</sup>

- (1) 著作権法は財産権を保護していると思われている。それは表現の自由の法理の枠組にないのだ。第一、表現の自由だって、表現行為のために他人の不動産に無断で立ち入ることを許してはいない。<sup>(8)</sup>
- (2) 著作権法は多くの場合に民事訴訟によりエンフォースされている。政府による言論規制の枠組で語られることは少ない。<sup>(9)</sup>
- (3) 著作権法は表現内容に中立的な規制である。
- (4) 著作権に関する問題は、その典型例において、政治的言論と関係がない。
- (5) 著作権法は表現の自由の価値を高めている。「著作権それ自体が自由な表現の動力源 (engine) なのである」<sup>(10)</sup>。
- (6) 合衆国憲法一条八節八項は、著作物に対する独占的権利を著作者に保障する法律の制定を、合衆国議会に要請している。<sup>(11)</sup> 著作権法の制定は憲法上の指示 (constitutional directive) に連邦議会が従ったものである。<sup>(12)</sup>
- (7) 思想 (idea) の伝播の誘因を提供するという著作権法の目的は、憲法上重要な価値をもつといわれている。それを「やむにやまれぬ」(compelling) との術語で表す<sup>(13)</sup>とする者<sup>(14)</sup>もいる。
- (8) 裁判所はときに著作権侵害は「回復不可能な損害」を発生させると判示している。<sup>(15)</sup>
- (9) 思想 (idea) は他の方法でも表現できる。著作権法は、思想や事実 (facts) ではなく、ある表現の形式

(modes of expression) それ自体の使用を制限しているのである。

(10) 著作権法は公衆が言論に触れる機会を奪うものではない。「そこで問題とされているのは誰が発表するかということだけである」<sup>15)</sup>。

(11) 映画や書籍での公表に対する injunctions は、新聞や実演に対するそれに比して、時機に過敏になる必要がない。

(12) 著作権の問題は、伝統的に言論の自由の問題とはされてこなかった。

Lemley & Volokh が指摘した理由などにより、著作権法が憲法問題を提起しているとして真摯に検討する試みは、長らく行われてこなかったように思われる。torious speech の枠組に適合的なこの問題は、憲法理論の枠組でも分析されなければならない諸問題を提起しているように思われる。

本稿は、著作権論と憲法理論の両法理を架橋する試みでもある。

三 ある判決に対する補足意見で Brennan 裁判官は、以下のようにいう。

「著作権法は言論の自由を制約するものではない。なぜなら著作権は表現の形体 (form of expression) のみを保護しており、表現された思想 (ideas expressed) を保護するものではないのだから」<sup>16)</sup>。

Brennan 裁判官の言明をうけて合衆国最高裁は「著作権法は保護される表現と保護されない思想や事実を区別している」といった後、以下のようにいう。

「学問と論評のための自由はフェア・ユースにより与えられている」<sup>18)</sup>。

両引用部分の基になっている法理論は、ともに判例法理の集積のなかで生成されたものである<sup>19)</sup>。前者の法理論を「思想／表現二分法」(idea-expression dichotomy) と、後者のそれを「フェア・ユースの法理」(fair use

doctrine) とする。

彼の国の最高裁判決は、ある表現行為が tortious speech であるか、即ち、著作権を侵害するか否かについて、表現の自由との関係で、以下の判定方法を提示したものとしてみ読み解くことができる。それは、

(1) 他者の表現を使用することとそれに内在する思想を使用することを区別し、前者の場合には不法行為に該当し、後者の場合は表現の自由により保護される。

(2) 公正な使用形態とその他の使用形態を区別し、前者の使用形態は表現の自由により保護される。

ところで合衆国の連邦著作権法は、両法理の規定をもつ<sup>(20)</sup>。著作権と表現の自由という両法益の調整を行うこの二つの規定を、後世の合衆国最高裁は「著作権法に」内蔵されている修正一条との調整法」(Built-in First Amendment accommodations)と呼んでゐる。<sup>(21)</sup>この二つの理論が法定されていることをもって「著作権は修正一条に基づく正当性の疑いを無条件に免除されている」というのは、確かに「言ふ過ぎ」(spoke too broadly)であったであろう。<sup>(22)</sup>ただ、それでもこれら二つの理論が法定されているということは、著作権法から「言論制約のフリーバー」をかき消すには十分であった。そのことは裁判所の視線がこの二法理の正当性そのものには向かっていないことに看取されよう。

本稿の関心は「思想／表現二分法」および「フェア・ユースの法理」という著作権法に内在する表現の自由との調整原理が、著作権と表現の自由という両法益を調整する正当な法理論として成立しうるか否かにある。以下、第一章では「思想／表現二分法」について論述する。「フェア・ユースの法理」については、章を改めて、詳述することにしよう。

# 第一章 「思想／表現二分法」

## 第一節 M. Nimmer の功績と課題

### 1 tortious speech 論の分析枠組

一 憲法学の通説的理解は、tortious speech により侵害されるとされてきた保護法益（プライバシー権、名誉権、肖像権など）を、憲法一三条から導き出してきている。そこにはそれらの私権の淵源を憲法上の規定に求めることで、当該諸権益を憲法上の権益であるとする思考法がある。この通説的見解によるならば、tortious speech の問題は、表現の自由の主体である私人Aと、たとえば名誉権の主体である私人Bとの間での、すなわち憲法上の権益に関する私人間での法的紛争へと還元される。tortious speech に関する当該分析枠組のもとでは、この法的紛争は「等価的利益衡量」で、その解決が説かれる傾向にあったとされる。<sup>24)</sup>

ただこの分析枠組は適切ではない。

二 自由は法なくして存在しない。自由な言論も、それを規整する (regulate) 法なくしては存在しえない。市民社会における言論市場も、それが法による制度化を経て、はじめて自由な言論市場となり得るのである。ここで制度化された法益が表現の自由であり、名誉権・プライバシー権であろう。自由な社会の基盤を提供するこの法

を、維持し運営するのは国家の役割である。憲法学の役割は、この国家行為の適正性を判定することにある。

この本稿の視点からすれば tortious speech を分析する枠組は以下のようになる。<sup>25)</sup>

(1) tortious speech を制限する法益が法的保護に値するか。

(2) 当該法益と表現の自由との調整にあたって、国家は、一般性・抽象性・普遍性の要請を満たした議会制定法(法律) によっているか。「法律の留保」の要請を満たしているか。

(3) その法律は憲法上の正当な基礎をもっているか。「公共の福祉」の観点をもつか。

ここで tortious speech を分析する憲法学の視点からは、とくに②および③が重要である。なぜなら、ポイントは、プライバシーや名誉を保護する憲法上の根拠条文を探究することではないからである。tortious speech 論の分析は「表現の自由を規制する国家行為が、憲法上の正当な基礎をもっているか否か」<sup>26)</sup>に向かわなければならぬのである。<sup>27)</sup>

三 本稿が関心を寄せている著作権法は、著作者と著作物利用者の両権益を調整しようとした国家行為である。著作者の著作権と利用者の表現の自由という相対する権益を、国家が法律を通して調整しようというのである。ここに憲法上の問題がある。本稿は、著作権と表現の自由の問題を tortious speech 論の枠組で捉えようとするものである。

本稿のこの視点からすれば、著作権による表現規制の問題は、以下の観点から分析されなければならない。

(1) 著作権は法的保護に値する権益か。著作権を保護する理由はなにか。

(2) 著作権と表現の自由を調整するにあたり、国家は、一般的・抽象的議会法形式によっているか。また当該法律は、表現規制法令に求められる形式的要件を満たしているか。

(3) その法律は表現の自由を規制する正当な理由によるものか。また表現行為を自由にすることの意義を汲むものになっているか。

憲法理論との関係でとくに重要になるのは(2)および(3)の視点であると思われる。<sup>28)</sup>

わが国の著作権法は、思想または感情の創作的表現(二条一項一号)に利用規制を課している。ここで問われなければならないのは、著作権法上「保護される表現」、換言すると、表現の自由が「保護されない表現」の外延が何処にあるか、という問題である。これは上記(2)の課題と関係している。また、著作権法の制約にもかかわらず表現の自由の要請がまさる表現行為の類型は何か、当該表現行為の存在に著作権法が適切な配慮を示しているかという問題もある。これは上記(3)の課題と関係している。この二つの課題を煎じ詰めていえば、著作権をみる憲法学的視点は、①表現行為による著作権侵害の成立要件、②著作権侵害の違法性阻却事由、この二点を探究することに向けられなければならない。

これは憲法学が分析すべき tortious speech 論の一般的分析枠組から演繹された視点である。

## 2 一九七〇年の M. Nimmer 論文の影響

著作権と表現の自由の関係を分析する本稿の視点と同様の議論枠組でこの関係を探究した論者がいる。M. Nimmer (Melvill B. Nimmer) である。

一 合衆国最高裁は、二〇〇三年の判決のなかで、以下のようにいう。

「連邦議会は著作権保護の伝統的概略を変更してはいない。「したがって」修正一条の審査は不必要である」。<sup>29)</sup>

この「著作権保護の伝統的概略」(traditional contours)とは、著作権法に修正一条との調整法が内蔵されて

いる) (Built-in First Amendment accommodations) と、著作権を制限する「伝統的修正一条保護手段」(traditional First Amendment safeguards) が規定されていることを指している。この関心は、著作権法に内蔵されている著作権と表現の自由を調整する法理論にある。

「著作権と表現の自由を調整する法理論」。合衆国最高裁にこう評価された法理論が先述した(一はじめに三)つぎの二つの法理である。

- (1) 著作権法により保護されるのは、著作物の表現 (expression) であり、事実 (fact) や思想 (idea) ではないとする「思想／表現二分法」(idea-expression dichotomy)。
- (2) 著作物の利用目的やその性質に照らして「公正である」と評価できる著作物利用について、著作権の効力を否定する「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine)。

この「思想／表現二分法」および「フェア・ユースの法理」の意義について、合衆国最高裁の裁判書では、以下のように述べられている。

「思想／表現二分法は、修正一条と著作権法の間での定義的衡量 (definitional balance) である。それは、著作物の表現 (author's expression) をなお保護する一方で、事実 (facts) の自由なコミュニケーションを許容しつづる<sup>(9)</sup>」。

「フェア・ユース」という抗弁は、著作権のある著作物に含まれている事実や思想 (facts and ideas) ばかりでなく、ある種の状況下では表現それ自体 (expression itself) の使用も一般に (the public) 許容している<sup>(10)</sup>。著作権の保護が表現の自由との関係で問われたときに彼の国の裁判所がよく使うこの二分法は「元を辿れば、一九七〇年代に、Nimmer が、憲法学の『定義付け衡量論 (definitional balancing)』を著作権法の正当化根拠に

応用したことに端を発するものであ「る」<sup>32</sup>。

二 Nimmer が一九七〇年に発表した論文「著作権は言論やプレス of 自由を保障する修正一条に反しないのか？」<sup>33</sup>は、彼が他の表現規制の文脈で展開していた「定義的衡量テスト」(definitional balancing) の手法を、<sup>34</sup> 著作権と表現の自由の分析に適用しようとした先進的試みと評価できる。そこには著作権と表現の自由の問題について「常にバイオニア的役割りを果たそうとする」<sup>35</sup> 論者の手による堅実な理論構成が施されていた。

「定義的衡量テスト」とは、一言でいうと、憲法上「保護される表現」と「保護されない表現」の境界を定式化しようとする試みである。このテストは、ときに「ある表現が一般的にもつ利益(価値)と、それに対立する利益(保護法益)の本質部分をあらかじめ衡量して……「憲法上」「保護されない表現」という範疇を求める理論」<sup>36</sup>と紹介され、ときにその意義として「個別的文脈の如何を問わず一定の範疇に属する表現は絶対に保護されなければならないとするもの」<sup>37</sup>であると理解されてきている。

さて、Nimmer がこの定義的衡量テストを著作権の問題に適用するとき留意しなければならないとしたことがある。彼の口に語ってもらおう。

「仮に定義的衡量アプローチが著作権の範囲に適用されるとしても、著作権法のもとで禁止される言論と、その法律にもかかわらず、修正一条の命令により削減できない言論との線引が必要になる」<sup>38</sup>。

Nimmer によれば、著作権法で使用が禁止される言論(表現)と、法律の規定にもかかわらず、表現の自由の要請により著作権侵害とならない言論(表現)とを、峻別することが必要となる。この点は重要なので丁寧に換言しておく、つぎのようになる。著作権法にいう「表現」(expression) の「フェア・ユース」には該当しない使用行為だけを、憲法は著作権法による表現制限として許しているのである。<sup>39</sup> ここでまず注視されるべきなのが、本

章の関心である「思想／表現二分法」、より具体的には、著作権法で無断使用が禁止される「表現」とはなにか、という点である。

3 「思想／表現二分法」と著作権を保護すべき「表現」

一 合衆国議会は、一七九〇年五月三十一日に、連邦著作権法 (The Copyright Act of 1790) を制定している。この法律は、著作権が保護される物 (copyrighted medium) を「地図、海図および書籍」(map, chart, book and books) に限定していた。ただこの限定された copyright medium は、一八〇二年の改正における新聞、雑誌等の印刷物の追加に端を発し、一八三一年に楽曲、一八五六年に演劇著作物、一八六五年に写真、一八七〇年には絵画、図画、彫刻、美術的な作品のためのモデルないしデザイン……というように、次つぎに拡張されていった。

また一七九〇年法でのいわゆる支分権は、「印刷、増刷、出版および販売」に限定されていた。これも演劇著作物が copyright medium に追加された一八五六年に上演権 (right of public performance) が加えられたのを皮切りに、一八九七年には楽曲の実演権 (right of public performance) が追加されるというように、以下、陸續と拡張されている。

このような copyright medium および支分権の拡張傾向は、反面で、表現行為の自由度を相対化することでもあった。ただそのなかでも一貫して守られた表現の自由保護理論がある。それが「思想／表現二分法」である。でも、そこでいう思想と表現は、截然と区別できるのであろうか。

二 合衆国著作権法に「思想／表現二分法」が法定されたのは、一九七六年の法改正においてのことである。そこでは以下のように規定されている。

## 【17 U.S.C. § 102 (b) 著作権の対象：総論】

「いかなる場合にも、著作者のオリジナルな著作物についての著作権の保護は、つぎのものが著作物に記述、説明、図解、または、具体化されている形式にかかわらず、思想、手順、プロセス、システム、操作方法、原則、または、発見までには及ばない」。

一八八九年の合衆国最高裁判決は「思想／表現二分法」の黎明を告げる典型的判例としてよく引照されることがある。簿記システムを解説した書籍の著作権が争われたこの事例で、合衆国最高裁は、以下のように述べた。

「たとえ著作権が認められている書物ではあっても、その書物に書かれた技術の記載は、当該技術自体に対する独占的権利の根拠とはなり得ない」<sup>(11)</sup>。

技術の記載それ自体 (expression) と記載された技術そのもの (idea, system) を区別するこの裁判書からは、著作権法で保護される「表現」と保護されない「思想」とが明確に区別できるといふ立論の成立を想起させる。

三 後述するように、往時の芸術観の影響を受けて当時の法理論は、idea 概念を限定的にとらえていた。それによれば「思想」(idea) とは無形の表出されざるコンセプト (intangible unexpressed concept) であり、それは著作者・作者の心のなかだけにあるとされていた。この idea 概念は「思想／表現」の区分に大きく影響していたようである。「著作権は著作者が思想を表現するために選んだ言葉の特定の配列だけを保護するものであった」<sup>(12)</sup>。ところがこの定式化はいまでは崩壊している。

著作権法の保護対象は、著作者の「思想」(idea) そのものではなく「思想の表現」(expression of idea) である。ところが、著作権法の保護対象である「表現」概念について、明確にはされてこなかった。実は、著作権法の保護対象は、著作者が発した文言と同一の逐語的文言 (exact words) に、現在では限定されていない。そこには、

著作権法で「保護すべき表現」と「保護すべきではない表現」とを区別する、規範的判断が介入しているのである。本節で取り上げたNimmer論文も、彼の法理論を敷衍してきた合衆国の諸判例も、なにが保護されるべき表現であるのかについて、なにも語ってきいていない。この点については節を改めて論述することにする(第三節)。その前に、著作権法が保護する「表現形式」(form of expression)について、詳述する必要がある。

## 第二節 表現の形式

著作権がおよぶ「表現」(expression)は、逐語的表現(exact expression)に限定されていない。本節の考察はここに焦点をあてている。

### 1 複製概念から

一 複製とは「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に複製すること」をいう(著作権法二条一項一五号)。この複製概念を巡っては二つの見解がある。この定義規定をできうる限り厳格に理解しようとする「厳格説」と、著作権法の他の条文と平仄のあうように理解しようとする「ゆるやか説」である。

厳格説によれば、複製とは、原著作物を「有形的に複製すること」に限られる。この説によれば、複製とは、いわゆるデッドコピーに限定されることになる。ここでは僅かな改変でもそれは翻案として理解され、創作性のない改変であっても、それが複製に含まれることはない。<sup>13)</sup>

これに対し、原著作物の有形的複製という複製概念を相対化して理解するのがゆるやか説の眼目である。この説によれば、創作性のない改変はなお複製の範囲に置かれ、改変に創作性が認められてはじめて翻案として理解され

ることになる。<sup>44)</sup>

両説の法的効果としての相違は、創作性のない改変を、翻案とするかお複製に留め置くかにある。この点については、創作性のない改変は、著作権法上の保護客体でないこと、したがって、現行著作権法は創作性のない改変に関する法規定をもたないこと、厳格説のように「翻案」のなかに創作性のない改変まで含めてしまうことは理論の精度を落とす原因となることなどに鑑みれば、創作性のない改変という中間概念を設けて論じる実益に欠けると思われる。ゆるやか説が妥当であろう。

複製概念に関するゆるやか説によれば「翻案」とは「創作性のある改変」のことである。<sup>45)</sup>

二 原著物を「翻案することにより創作した著作物」のことを二次的著作物という(二条一項一―一号)。上述しているように「翻案」を創作性のある改変のことと理解したので、二次的著作物にも創作性が認められることになる。<sup>46)</sup> 二次的著作物も著作権法の保護客体である。換言すると、二次的著作物の著作者にも、当該著作物に関する著作権が認められる。

では二次的著作物のもとになっている原著物の著作者は、彼の著作物から派生した著作物である二次的著作物との間では、どのような法関係に立つのであろうか。

著作権法二八条は、以下のようである。

「二次的著作物の原著物の著作者は、当該二次的著作物の利用に関し、この款に規定する権利で当該二次的著作物の著作者が有するものと同一の種類の権利を専有する」。

ここで二次的著作物には、当該二次的著作物と原著物の著作者との著作権が「併存」<sup>48)</sup>していることがわかる。<sup>49)</sup> ここでの疑問は、二次的著作物について、なぜ原著作者の著作権まで保護されるのか、という点である。その謎解

きは原著作物の翻案が二次的著作物であるというときの、「翻案」の捉え方にある。多くの著作権法概説書には以下のような記述を見ることが出来る。「翻案とは……原著作物の内面的な表現を維持しつつ、外面的な表現を変更することを指す」<sup>(50)</sup>、「既存の著作物の内面形式は維持しながら、外面形式を大幅に変更することをいう」<sup>(51)</sup>。著作物の表現の「外面的形式」／「内面的形式」とはなにか。

## 2 表現の外面的形式／内面的形式

一 わたしの研究室の机の上にある書籍は、高名なA先生の著書である。A先生の手によるものであるが、この有体物にはわたしの所有権が及んでいる。

ところでこの書籍は、A先生の「著作物としての表現」を有形化したものともいえる。その著作物としての表現は、A先生の思想および感情が外部に表出されたものである。この非物質的な存在にわたしの所有権は及ばない。では、A先生の所有権は及ぶのであろうか。

著作物としての表現は、著作物の「内容」とそれを外部に表出するためにとられた「形式」に、概念上区別できる。この概念上の区別に最初に気づいたのがJ・フィヒテであった<sup>(52)</sup>。彼は、一七九一年に物した「書物再版の不当性の証明」の中で、制作者の Begriff が定められている Form を、制作者の所有に帰す議論を展開している<sup>(53)</sup>。

著作・作品 (Werk) のなかに制作者に固有のものと、そうでないものが存在していることを認識させたフィヒテの功績は大きいといえよう<sup>(54)</sup>。ただ、彼の議論は、著作物としての表現を「形式」と「内容」にあまりにも単純に分けてしまったところに欠点があったと批判されている<sup>(55)</sup>。フィヒテに投げかけられた批判の要諦を、半田正夫は、以下のように要約している。

「フィヒテのごとく著作物の外部的な『形式』だけが保護されると解するならば、たとえ著作物の同一性が認められる場合であっても、多少順序・配列を変え異なる『形式』を使用するかぎり、それぞれ別個の著作物として保護しなければならない」<sup>56)</sup>。

これでは著作物という概念は、著作権法の保護客体として、無価値に帰すだろう。なぜなら、これでは先述した「創作性のない改変」を新規著作物として、または少なくとも二次的著作物の産出とみなしていることになるからである。

二 表現を「形式」と「内容」に区分する理論は、表現形式をさらに「外面的形式」と「内面的形式」に区分する理論の礎をなしている。

表現の「外面的形式」とは、ある論者によれば、それは「著作者の思想を文字、言語、色、音等の他人によって知覚されうる媒介物を通して客観的存在たらしめる外部的構成」<sup>57)</sup>のことである。これは、通常の用語として「表現」と呼んでいる、外部に現れた客観視できる構成のことである。

表現の「内面的形式」とは、同じ論者によれば、それは「『外面的形式』に対応して著作者の内心に一定の秩序をもって形成される思想の体系」<sup>58)</sup>のこととされている。別の論者は「外面的表現の背後にある表現の流れ、あるいは表現のための詳細な構成」<sup>59)</sup>との表現で、「著作物の思想感情の体系」<sup>60)</sup>を指すこの概念を説明している。

「表現形式を外面的形式と内面的形式に区分したところで、重要な一言を述べよう。著作権法で保護される「表現」(expression)は、外面的形式に限定されていない。

著作権法で保護されるのは、外面的表現形式と、その保護に必要な範囲における内面的表現形式である。<sup>61)</sup> 創作的な外面的表現に対する法的保護を全うするためには、外面的表現の背後にある表現の流れ、あるいは表現のため

の詳細な構成をも保護する必要が認められている」のである。この理解によれば、さきほど少し議論した二次的著作物は、内面的表現形式を維持しつつ外面的表現形式のみを変更したものといえる。<sup>(63)</sup>

一三 ではそろそろ、なぜ二次的著作物には、その著作者の著作権とともに、原著作者の著作権が併存するのかについて探究してみよう。

著作権法は、著作者に翻案権を認めている(二七条)。これは、著作物に翻案行為を認めるか否かについて、当該著作物の著作者に決定権を付与していることを意味している。なぜ法はこのような規定をもっているのだろうか。翻案行為を著作者がコントロールしてよいのはどのような理由からであろうか。

この問題について、野一色 勲は、以下のような解法を提示している。

「翻案権を著作者の権利の一つとして掲げ、翻案行為を著作権のコントロールに服せしめる理由は、外面的表現に対して創作的改変が加えられても直ちに新たな著作物が作られることにはならず、原著著作物の表現が残留しているからである」。<sup>(64)</sup>

この見解を下敷きに、二次的著作物に関する著作権の併存状況を説明すれば、つぎのようになる。まず二次的著作物の著作者に当該著作物に対する著作権が認められることに疑義はなからう。二次的著作物も創作的表現行為であり、そこには著作権の保護客体の要件といえる創作性が具備されているからである。では二次的著作物に対する原著作者の著作権はどうか。上記引用の見解によれば、原著著作物の表現が残留していることを理由に、原著著作物の著作者にも二次的著作物についての著作権が認められることになる。<sup>(65)</sup>

本節冒頭では複製概念についての二つの理解を検討した。そこでは原著著作物を word-for-word, line-for-line に複製することだけでなく、原著著作物に創作性のない改変を加えることも複製の範囲に留め置かれることを確認した。

また創作性のある改変を翻案とすることもすでに論述している。複製は原著作物の有形的再製であり、翻案には原著作物の表現の残留を見ることができるといふ理由で、原著作物の著作権が認められていた。ではどの段階になると、原著作物の著作権者のコントロールから離れるのであろうか。それは「新著作物」が生成されたときである。翻案から新著作物生成の漸次的移行 (gradation) を、先述の野一色は、以下のように表現している。

「改変や増減修正の創作性の度合が大きくなるにつれ、表現における原著作物の残留の度合は薄くなり、表現に原著作物の残留が無くなった段階で新著作物が生まれることになる」。<sup>66)</sup>

翻案か、それとも、別著作物か。この境界線は奈辺にあるのであろうか。

### 3 先行著作物と後続著作物との関係 翻案それとも別著作物？

一 後続著作物が先行著作物の翻案であると判定されれば、先行著作物が原著作物の地位を獲得し、後続著作物は原著作物の著作権者のコントロールをうける(二七条)。

平成六年三月二三日に東京地裁は「ぼくのスカート」事件と称される事案に判決を下している。<sup>67)</sup>原告の著した脚本と被告のTVドラマの脚本の類似性が争われた本件の裁判書のなかで「翻案」概念を詳述している部分を引用してみよう。

「『翻案』とは、翻訳、編曲、変形、脚色又は映画化と同じように、いずれか一方の作品に接したとき、接した当該作品のストーリーやメロディ等の基本的な内容と、他方の作品のそれとの同一性に思い至る程度に当該著作物の基本的な内容が同一であることを要するといふべきであり、また、本件のようなドラマやその脚本において、主題、ストーリー、作品の性格等の基本的な内容が類似することを要する」。

本件で東京地裁は、両作品の設定を抽象化して示せば、両作品に接する者においては、いずれか一方に触れたとき他方の存在を想起する場合があるかもしれないしながらも、「単に抽象化された設定が同一ないし類似であったり、単に、一方の作品に接したときに他方の作品の存在を思い浮かべうるといった程度では、翻案したものとすることはできない」として、後続著作物が先行著作物の翻案であるか否かの判定基準として、二つの要件があることを示唆していると思われる。第一の要件が両作品の「内容の同一類似性」である。第二の要件が「原著物特定可能性」である。<sup>(68)</sup>

ところでこの翻案性判定基準の二要件に該当するか否かは、とどのつまり、「平均人の感性または悟性」<sup>(69)</sup>を基準に判断されると思われる。原著物特定<sup>(70)</sup>の成否は、作品内容の同一類似性の有無に多くを負っていると思われるが、先行著作物と後続著作物との同一類似性の有無という相対的概念を、客観性が擬制されているとはいえず「平均人の感性または悟性」という相対的基準で判定することに、どれだけ合理性が期待できるのであろうか。

「ぼくのスカート」事件で争われたのはTVドラマなどの脚本についてであった。翻案か、それとも、別著作物であるかの判定は、また著作物の性格を勘案しながら探究されなければならない。上記東京地裁の裁判書は、先行著作物と後続著作物の関係が翻案と別著作物を色分けるグラデーションの奈辺にあるのかを判定する基準を、幾ばくかでも示していると言えるのであろうか。

二 同様の思考法は合衆国においても見ることができる。戯曲 *Abie's Irish Rose* の著者が劇映画 *The Cohens and the Kellys* の制作会社を相手取って、当該映画は自己の著作物を無断で借用したものと (taken from it) であると訴えた事案<sup>(71)</sup>で、第二巡回区連邦控訴裁判所は、有名な以下の裁判書を提示している。

「どの著作物でもそうだが、とくに演劇については、付随的なものをつぎつぎに取り除いていくと、高度の一般

性をもつ多くのパターンが見つかるであろう。最後にはその演劇がどのようなものかという非常に高度に一般化された言明しか残らないかもしれない。場合によってはタイトルだけになるかもしれない。しかし、一連のこの抽象化過程において、それらはもはや保護されないという地点が存在している。さもなければ、劇作家は、彼の表現 (expression) を除いて、彼の権利が及ぶはずのない『思想』(ideas) の使用を妨害できることになつてしまふ<sup>(72)</sup>。

L.Hand 裁判官の「思想の表現」部分を探究するこの試みを、後世は「抽象化テスト」(abstractions test) と呼んでいる。

Hand 裁判官は、同裁判書のなかで、著作権の客体は「逐語的テキストに限定されない」ことを明示している。なぜなら「さもなければ僅かな変更で剽窃者は「著作権侵害を」のがれられる」からである<sup>(73)</sup>。

著作権の客体が逐語的な表現に限定されないとしても、そこに思想それ自体は含まれていない。そうであるならばどこかに法上保護されない「思想それ自体」と保護される「思想の表現」を分かつ境界線があることになる。

Hand 裁判官は「その境界線を確定できた人は誰もいない<sup>(74)</sup>」としながらも、原作品全体の抽象化の過程において「もはや保護されないという地点」(where they are no longer protected) があるというのである。

さて「保護されないもの」と「保護されるもの」の境界線が両者間のグラデーションの奈辺にあるのかを求める Hand 裁判官の試みの成否は、どのように評価すべきであろうか。ある論者は、「思想／表現」の境界線を求めた Hand 裁判官の試みについて、皮肉なことだが、以下のようにいう。「Hand 裁判官が Nichols 判決で明らかにしたことは、ここまでする思想でここからが表現であると正確に断定できるいかなる点も存在しないということである<sup>(75)</sup>」。

「思想／表現」の境界線を求めようとした Hand 裁判官の試みは、結局は、両概念を定義することの困難性に

絡め取られて、不首尾に終わってしまったと思われる。後に Hand 裁判官が「抽象化テスト」について以下のよう  
 うに心情を吐露していることもよく紹介されている。「権利侵害をめぐるそのテストは、必然的に曖昧となり……  
 判定はそのためにも不可避免的にアド・ホックなものにならざるを得なかつた」<sup>(76)</sup>。

三 この他にも言語による著作物のパラダイムでは、ZChafee の「パターン・テスト」(pattern test) も、「  
 思想／表現」の境界線を求める試みとしてよく知られている<sup>(77)</sup>。彼は「著作者の思想と彼が書き記した正確な形式  
 (precise form)」との間のどこかにその線が存在していることは疑いない<sup>(78)</sup>との言明に続けて、以下のようにいう。

「著作権の」保護は、出来事の因果的連鎖 (sequence) や登場人物たちのやり取りの展開などといった……著  
 作物の「パターン」(pattern) まで含まれている」<sup>(79)</sup>。

著作物の思想をコピーすることは許されているのであり、登場人物やシチュエーションについての若干の類似性  
 は避けられない。そうならば、著作物の思想とそれに付随する characters and situation は、思想のパターンで  
 あり、それらのコピーも許容される。Chafee のパターン・テストの着想は、このことを定式化することにあつた  
 と思われる。

ただここでもこのパターンの外延を求める規準は依然として明らかにされていない。これでは、基本的思想の表  
 現のためにはもはや必須なものとは考えられない部分がグラデーションの奈辺からはじまるのか、判定不能である。  
 本項では翻案／別著作物の境界線を求める試みを瞥見してきた。この問題の発生因は、著作権がおよぶ「表現」  
 が逐語的表現に限定されていないことにある。先行著作物の表現がどの程度の残留を見せれば、後続著作物は翻案  
 とされ、どの程度の霧散をもってそれは別著作物となるのか。この問題を解決するためには、どうしても「思想／  
 表現」の境界線の在処を探究しなければならないようである。

### 第三節 保護されるもの／保護されないもの

「思想／表現二分法」は、著作権法により「保護されるもの」を「表現」(expression)とよび「保護されないもの」を「思想」(idea)とよぶ、純理論的な構造を内含している。この線引きの客観性の有無を判定するのが本節の課題である。

#### 1 総説

思想それ自体を著作権法は保護していない。著作権法の保護客体たるためには、思想が具体的な表現の形式を備えたものとなっていないなければならない。先述しているように、著作権法理論は、法上保護される表現を「外面的表現」に限定していない。表現を「外面的形式」と「内面的形式」に概念上区別し、前者ばかりでなく後者の残留をも、著作権保護の契機として認めてきている。二次的著作物に著作権が併存するのは、この理屈に拠っていた。

ところが、著作権が「保護されない思想／保護される表現」という区別について、中山信弘は以下のように評している。いわく「一見美しい分類のように見えるが、所詮は言葉の遊びにすぎず、思想と表現の線引きの判断基準としてはほとんど機能しない<sup>(81)</sup>」。この線引きは、要は「保護すべきでない領域を思想とし、保護すべき領域を表現と結論づけている」だけで、著作権保護の有無を判断する基準としては「余りに茫漠とすぎている」のである<sup>(82)</sup>。「思想／表現」の線引きに客観性が失われたのはいつからなのだろう。それはなにに基因しているのであるか。たしか著作権に関する初期の合衆国判例は、翻訳<sup>(83)</sup>ですら、新規著作物と同視していたはずである。換言すれば、翻訳は原著物の著作権者にコントロールされなかったのである。そこでは法上「保護されるもの」は客観的であつ

た。つまり「正確な一字一句の再生」(exact word-for-word or line-for-line reproduction)<sup>(84)</sup>のみが禁止されていたのである。

ところで、著作権法上保護されないもの、すなわち「思想」がなんであるのかを探究するところもあつた。ところがそのサブ・カテゴリーの保護適格性 (protectability) をめぐる裁判所の混乱や、そのあまりにも場当たりの判定から、なにご法上保護されない思想であるのかをめぐる探究に生産性はないと思われる。

そこで、ここでは著作権法で保護される表現形式を探究する視点で、「思想／表現」の間に客観的判定基準がなくなつた経緯を分析することからはじめようと思う。さらに法上「保護される表現」に客観的外延なきとき、では「保護すべき表現」の定式についてはどう構成すればよいのかを探究していく。

## 2 「思想／表現」境界線の混乱原因

1 R.Libott は「思想／表現」境界線が不分明になつた原因をつぎの二要素が同時に発生したことに見ている。<sup>(85)</sup>  
それは、

(1) もとの著作物の文字通りの意味では複製ではないものまで権利侵害に含めるという方法で、著作権の客体の範囲を拡大したこと。Libott によれば、これは後述するような、芸術観の変容に遠因があるようである。

(2) 増え続ける非言語の著作物の変種を法適用の範囲に追加していること。産業革命以降、言語著作物の派生的産物の市場が生成され拡張されている。

以下、それぞれ論究してみよう。

1 Libott は、「思想／表現」境界線の溶解が、芸術観の変容に基因しているという(右記①)。

一八世紀から一九世紀初期の段階までは、なにが優れた芸術作品 (good art) または優れた文学作品 (good literature) であるかについての客観的基準があったとされている。その当時においては、芸術はすべて実在 (reality) の模造 (imitation) であると考えられていた。そこでは「優れた作品」であるか否かも、制作者が普遍的真理 (universal truths) や自然 (nature) をいかに正確に模倣しているかによりはかられていた。<sup>66)</sup>

このような芸術観のもとでは、作者の創作行為が有形化した作品そのものが、芸術そのものであると理解されたことであろう。そこでは作者の創作的表現の外延は容易に判別可能である。表現の「外面的形式」が作者の創作行為のすべてとなるからである。著作者の創作的表現を保護するという著作権法の文脈に引き寄せれば、芸術観についての古典的見解 (classical view) のもとでは、著作権の保護客体は「表出されたそのもの」 (exact expression) に限定されることになる。

ところがこの芸術観は、一九世紀以降、ロマン主義 (Romanticism) の強い抵抗にあう。芸術観におけるロマン派の見解の特徴は、芸術を、感情や個性を反映させた作者の自己表現として捉えたところにある。<sup>67)</sup>

このような芸術観は、芸術の成否を、原対象 (original object) との関係ではかすることはしない。芸術を感性の発露とするこの思考法では、作者の創作行為を、その「外面的形式」に限定することはできない。なぜならロマン主義は芸術を有形の客観的形象として捉えることはしないからである。ここでは創作的表現はその「表出されたものそのもの」に限定されないで、著作権の保護客体も、それに応じた変容を求められることになる。

芸術観の変容は、著作権の保護客体を「表出されたものそのもの」に限定しない思考法を生成したといえよう。外面的表現形式だけでなく内面的表現形式まで「保護される表現」であると理解する表現の二層化論をそこに見ることが出来る。「思想／表現」境界線の溶解現象がこうして発生したのである。

三 「思想／表現」のなかにある境界線の溶解現象は「保護適格性のある著作物のカテゴリが拡張され、著作権者に与えられた権利の範囲も拡大されていく」潮流と呼応している (Lipott が指摘した<sup>(88)</sup>②について)。

ある論者は「著作権法の歴史は、著作物の範囲の拡張の歴史であったともいえよう」という。このことは合衆国の著作権法の歴史にも当てはまりそうである。合衆国議会の著作権法改正史を追うなかで、このことを探究してみよう。

1 合衆国では一九〇九年の法改正まで、著作権のある著作物 (copyrighted works) の異なる媒体 (different medium) への変形 (transformation) について、実に限定的な制限しか施していなかったといえる。<sup>(89)</sup>

連邦著作権法は一七九〇年に制定されている。その法律は「地図、海図、書籍」の著作者のみに、当該著作物の「印刷、重刷、出版、販売」の権利だけを付与していた。<sup>(90)</sup>

著作権が保護される著作物のカテゴリに一八〇二年法は新聞・雑誌等 (prints) を含めている。但し、その著作者に与えられた権利は、一七九〇年法で規定されていた「印刷、重刷、出版、販売」に限定されたままであった。<sup>(91)</sup>

一八三一年法は、楽曲 (musical compositions) を著作権の客体にくわえている。<sup>(92)</sup>しかし、それでもその著作者にまだ実演に対する独占権は付与されていない。著作者に付与された権利は「印刷、重刷、出版、販売」のままであった。

少なくとも一八世紀中は隆盛であった古典的芸術観の思潮のなかで、当時はまだ、著作者の思想 (idea) は、特定の外面的形式や様式のなかだけで表出されていると考えられていたのであろう。著作権法は、著作者の思想が表出されているその形式や様式の複製 (copying) だけを禁じていれば、十分だったのである。こういった法の意識は、著作者に付与する権利を「印刷、重刷、出版、販売」に限定していたことに、明確に見て取れるであろう。

但し、一九世紀も中盤となると、著作権法のなかにも、芸術観についての Romanticism の影響が見受けられるようになる。一八五六年に、連邦議会は、著作権保持者の権利の性質を、徐々に拡張しはじめている。<sup>94</sup>

2 一八五六年の法改正で、連邦議会は、著作権の客体に演劇の構成内容 (dramatic composition) を含めている。当該法律は、演劇著作物の著作権者にその「実演、上演、再演に対する独占権」を与えると同時に、「何れかの舞台や公共の場で実演された、上演された、再演されたことを理由とする訴訟手続」を規定していた。<sup>95</sup> 但し、他の著作物の著作権者に与えられている権利は、依然として限定されたままであった。したがって、ある書籍のドラマ化や翻訳は、なお、著作権を侵害するものではなかった。

一八七〇年には、絵画、図画、彫刻などの美術的作品が、著作権の新しい客体に加えられている。しかも著作権者には著作物に対する「印刷、重刷、出版、完全な複製、制作、仕上げ、販売」の独占権が与えられた。また演劇著作物の実演・再演については、「著作物をドラマ化するか、また、翻案するか」「決定する」権利を、著作者に留保させる」規定を置いた。<sup>96</sup>

一八三一年に著作権の客体になった楽曲については、一八九七年の法改正で、その実演権まで保護対象に含められている(楽曲の実演はここに来て、著作権者のコントロールに服するようになったのである)。<sup>97</sup>

上記したことから、一九世紀末までには、物理的形体 (physical format) の正確な複製 (literal copying) の範囲を超えて、著作権のコントロールが及ぶようになっていたことが解るであろう。但し、その範囲は限定的だった(表現物を制作すること (executing) や仕上げる)こと (finishing)、また、実演すること (public performance) に限定されていた)。ところが一九〇九年法で連邦議会は、著作物の異媒体間での変形に対するより完全なる独占権を、著作権者に付与している。<sup>98</sup>

3 一九〇九年法は、著作権で保護された著作物 (copyrighted works) を異なる形態 (formats) に変形する  
 ことに対する排他的権利 (exclusive right) を著作権者に付与している。つまりたとえば、言語の著作物 (literary works) のドラマ化や翻訳、あるいは「それらにいずれかの他の翻案をする」こと (to make any other version thereof) まで、著作権者のコントロールに服することになる。同様に、営利・非営利を問わず演劇作品の実演、音楽作品や非演劇作品の営利の実演も、著作権者の許諾を要することになった。<sup>(88)</sup>

さらに一九〇九年法の §1(c) には、以下のような規定がある。楽曲の著作権をもつ者は「いかなる記譜システムを用いたとしても、それ「楽曲」や主旋律を編曲すること、また、いかなる録音形式に拠ろうとも、著作者が録音しようとした思想 (thought) やそれを解釈して演じたり複製したりすること……」について排他的権利を有する。<sup>(89)</sup>

上述したことから一九〇九年法は、著作権がその表現物の概念を構成している諸要素 (conceptual elements) まで著作権の客体になるとの思考法に彩られていることが覚知できる。そこでは表現の基本をなしている諸要素を異なる媒体 (medium) や様式 (format) に変形 (translation) することまで、著作権を侵害するものと評価されることになる。<sup>(90)</sup> したがって Collins の以下のような要約は正鵠を得ているといえよう。著作権の客体が文字どおりの表現 (literal expression) に限定されていた往時に成立していた、思想 (ideas) は著作権の客体ではないという著作権の原則は、時代遅れで退化した (obsolete) といえる。新しい法律からは、ドラマ化、翻訳、または、要約に反対する権利を著作権者に与えたことで、事実上、思想の使用を防止する効果が生成されている。<sup>(91)</sup>

映画、レコード、ラジオ、TVその他の映像・音声送信技術や視聴覚収録技術の発達、および、それと並行して変転していくそれらを取り巻く商業手法や商慣行に対応しようと、連邦議会は必死に著作権法制を洗練しようとし

ていく。ところが、そこに顔をみせはじめた著作権保護の目的と手段の転倒に絡め取られるように、著作権と表現の自由をめぐる法理論は、混乱の状況下にその身を置くことになってしまった。

4 一九七六年法は、「著作権で保護された著作物に拠って派生的著作物を作成する (prepare) 権利」を著作権者に独占させている。このことはとくに銘記されなければならない。「派生的著作物」(derivative work)とは「たとえば、翻訳、編曲、要約など、ひとつ以上の既存の著作物をもとに作成された著作物のことで、改作、変形、翻案その他の方法で作られた著作物の形式」<sup>(8)</sup>のことである。

現在では異媒体間で著作物が derivative されている。創作的表現は「作品を伝える乗り物」<sup>(9)</sup>を変えながら、表現市場内を縦横無尽に行き来している。この状況を踏まえた著作権保護の考え方が、一九七六年法では、一般化されているといえよう。すなわち「近年の法により、著作権で保護された表現について誰かがその意味をとり (take) それを異なる媒体に変形したとしても、それが著作権で保護された (先行) 著作物と本質的に類似している (substantially similar) と見なされたいつでも、著作権が侵害されたことになる」<sup>(10)</sup>。

「思想／表現二分法」は、表現されたもの (expression) がその媒体を変えながら表現市場を往来する現況に、対応可能な法理論であろうか。

四 Libott は芸術観の変容と著作権の客体 (copyright work) の拡張に、「思想／表現」の境界が溶解した原因を見取っていた。「もとの著作物 (original work) からとった形式 (form) からコンセプト (concept) に注意が移ってから、思想／表現概念の瓦解 (breakdown) は不可避だったのである」<sup>(11)</sup>。これが彼の結論である。

「思想／表現」の境界線は溶解している。では著作権法で「保護されるもの」と「保護されないもの」とを区別しようとする理論は、もはやなんの規準も定立できない空論なのであろうか。

3 「表現の選択の幅」論

一 つぎのことを確認しておこう。

著作権法で「保護されるもの」を「表現」(expression)と「保護されないもの」を「思想」(idea)とよぶ「思想／表現二分法」は、著作権の客体を特定するための道具的理論である。ここで探究されるべきは、なにご著作権法の客体であるのかという点である。著作権法で「保護されないもの」を探究することは、上述したように生産的でもなければ、それを網羅的に記述することも不可能であろう。では著作権法が「保護するもの」とはなにか。著作権法は、創作的表現を保護客体としている。ここでいう「表現」の形式について、それが外形的なものにとどまらないことについては、すでに論述している。では「創作性」とはなにか。本稿は、残された紙幅を、創作性概念の探究に当てようと思う。

二 従来から、著作物は人の「精神的創作物」である、とされてきた。著作物は、作者の人格的価値を表象するもの、と捉えられていたのである。そのことは、著作物に「思想又は感情を創作的に表現したもの」との定義を与えている著作権法にも見て取れる(二条一項一号)。そこにいう「創作的」とは、一般には、創作者の個性や独創性の現れとして捉えられている。だから「例えば富士山自体は事実であり、何人も富士山を表現することの独占はできないが、富士山を描いた絵は事実そのものではなく、事実である富士山の描き方に画家の思想・感情が注入され、その結果、具体的な絵という表現物に思想・感情が現れているため著作物たりうる」<sup>(8)</sup>のである。

これまでは、創作者と著作物の結び付きが極めて強い著作権法制度が、設定され運用されてきたといえよう。ここでは著作物の創作性に人格的要素が求められていた。ところが、この理論構造に変化が生じてきている。

わが国の著作権法は、昭和六〇年に、ある決定的な方向転換を示している。<sup>(10)</sup>同年のコンピュータ・プログラムおよび翌六一年のデータベースを著作権の客体に含めた法改正は「人格的要素という意味での創作性の程度が低いもの」<sup>(11)</sup>まで著作権法の客体、すなわち創作的表現に含めようとするものであった。ここでは「創作性を個性の発露」<sup>(12)</sup>と見る創作性観が希薄化しているといえるであろう。

創作性概念に新基軸を提示しようとして、ある論者は、著作物の多様化状況をうけて新たな統一の創作性概念を模索している。新たな創作性概念を見てみよう。<sup>(13)</sup>

「著作権法の目的は文化の発展にあるが（一条）……著作権法の構造から、文化の発展とは思想・感情の表現である情報の豊富化にある……。情報の豊富化が著作権法の目的であるとするならば、その趣旨に従い、創作性概念を、思想・感情の流出物としての個性ではなく、『表現の選択の幅』と捉えるべきであろう。即ちある作品に著作権を付与しても、なお他の者には創作を行う余地が残されている場合に、創作性があると考えべきである」<sup>(14)</sup>。これを要約するなら、他の者に同じことを表現する余地が残されている場合には、当該著作物に著作権を保護してもよいことであろう。<sup>(15)</sup>創作性を「表現の選択の幅」と捉えて、この「幅」がある場合には、著作権法の客体として認めるというのである。「選択の幅」のあるものなら、たとえ著作権者に独占的利用権を付与したとしても、その表現（expression）で伝えようとしたことは別の表現（other expression）で伝えることができるのだから、表現市場における「情報の豊富化」への弊害はないというのであろう。

三 「創作性」を「表現の選択の幅」と再構成するこの議論は、「創作性」という日本語に附着している意味内容を想起するなら、若干の違和感を覚えずにはおかない。ただ、著作権法が保護するもの<sup>(16)</sup>「表現」（expression）を客観化しようとするその試みは、これから確実に洗練され受け継がれていくものと思われる。<sup>(17)</sup>この思考法の当否

を判定する準備は本稿にはない。したがって、ここでは若干の疑問点を付記しておくに留める。<sup>16)</sup>

創作性概念を上述のように転換したとしても、やはりある特定の「表現」(同じ意味を表すために「選択の幅」のある表現)の無断利用は禁止されることになる。すなわち、そこでは表現の形式とその内容とは、なお峻別されていることになる。ところが、この区分論は、はたして成立させてよいものであるか。表現された内容は、その表現形式と密接な関連性をもちながら、その受領者のもとを訪れてはいまいか。L. Kutzはつぎのようにいう。

「著作物の形式と内容を明確に分離することはできない。話し方は話した内容ときちんと分離することなどできないのである。言語の著作物で使用された言葉を変えれば、そこで言われた内容の意味あいまで変えてしまうであろう」<sup>17)</sup>。

「完全なる同義語は、すべてのセンテンスで相互交換可能性を示す」<sup>18)</sup>といわれることがある。ところが表現行為の効果は、表出者と受領者という実存間での相互作用のなかに現れるものである。ここでは感性の作用を受けるであろう。同意語(synonymous words)の有効性も、そのなかで計られなければならない。表現形式を変えれば、Kutzのいうように、その意味内容まで変わってしまわないであろうか。

改めて、新創作性論に戻ると、それは「表現の選択の幅」を条件として、ある表現の独占を是認している。ところが、同じ意味を表す表現(同意語)があるとしても、それが同じ表現効果をもたらすとは限らないように思われる。表現効果に関心をもたない表現者はいないであろう。表現の自由という憲法理論は、表出者がどのような表現の形式を用いて表現行為に従事するかについてまで、自由に選択できるとする法理論ではなかったか。

## 第四節 小括

一 1 比較的近年まで、著作権法が表現行為を制約していると理解されることは少なかつたように思う。その原因を Lemly & Volokh は一二項目にわたって詳述していた(はじめに二参照)。

ところが著作権法は、何を言ったかによって、法律上の責任を負わず (liable) ものである。それは表現されたことそれ自体を、権利侵害の要因 (element of the offense) と理解している。本稿は、この点を注視して、著作権保護を表現の自由論の重要な論点として構成しようとして試みてきた。冒頭で展開した tortious speech 論は、著作権保護を、憲法学の伝統的分析枠組で論述するための準備作業である(はじめに「参照」)。

2 合衆国最高裁は、著作権と表現の自由とが対立したとき「思想／表現二分法」(idea-expression dichotomy) と「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine) を拠り所にして、合憲判断を導いてきている。<sup>(10)</sup> この二分法が著作権法に法定されていることをもって、著作権と表現の自由との両権益は、立法段階において既に衡量済みであると言いたいのであろう。ではそれらの「修正一条との調整法」は、表現の自由を保護しようとして憲法学に より探究されてきた理論的要請を満たしているであろうか。

3 国家は、表現の自由と著作権という両法益を、議会制定法でもって利益調整している。著作権法である。tortious speech 論の枠組みで著作権法を見ると、そこでとくに探究されなければならないのは、以下の二点に収斂されるであろう。

- (1) どのような表現行為が不法行為(著作権侵害行為)となるのか。著作権侵害の成立要件として法定されていることが、表現規制法令に求められる形式的要件を満たしているか。

(2) 著作権法は、著作権を制限する規定や違法性阻却事由などを法定することにより、表現の自由が憲法上の重要な法益であることに十分な配慮を示しているか。

本稿では、「思想／表現二分法」について(1)の要請を、「フェア・ユースの法理」について(2)の要請を、それぞれ適切に満たしているかとくに注視している。

二 上述したように、合衆国最高裁は「思想／表現二分法」および「フェア・ユースの法理」が著作権法に定められていることをもって、著作権と表現の自由の両権益は立法段階で調整済み、との姿勢を示している。この思考法の淵源にあるのが、M.Nimmerが一九七〇年に発表した論文である。そこで彼は、著作権と表現の自由という両権益を定義的衡量 (definitional balancing) したその果実が、上記の二法理であると述べたのである。また彼は表現の自由の憲法上の価値に配慮して、「フェア・ユース」に該当しない表現の利用形態のみが、著作権法で禁止された表現行為であると明記することを忘れなかった。

著作者の利益に配慮し著作権保護の意義を説くと同時に、表現の自由の価値も重要視したNimmerの論文は、以後の合衆国の裁判所において、絶大なる信頼を集めたといえよう。なぜなら、学界における批判的評価とは打って変わって、裁判所の判決のなかで、上記二法理の成立そのものを疑問視する見解は、管見によれば、あまり表明されていないようであるから。

ところが、この二法理は、表現の自由を規制する法令に対する憲法上の疑義を回避するための理論として、適切に設えられているであろうか。二法理自体の正当性を探究する試みを、合衆国裁判所は、これまでお座なりにしてきていないであろうか。

本稿第一章は、「思想／表現二分法」について、その理論自体の正当性を探究している。その際の本稿の視線は、

当該法理論が憲法上「保護される表現」と「保護されない表現」の明確な区分を提示できているか、この点に注がれている。

三 著作権は、ある要件を具有する表現を、その客体としている。ただ、これは「逐語的表現」(exact expression)に限定されてはいない。

J・フィヒテは、著作権の客体である創作的表現を、その内容と形式に区別する視点をわれわれにもたらしした。彼の着想の眼目は、著作・作品のなかで、著作者の所有を認める部分とそうではない部分とを、区別することにあつた。フィヒテのこの発想が、創作的表現の外面的形式は著作者の所有を認めるけれども、その内容については、万人の共有に帰するべきであるという二分論となつて結実したことは、容易に想像できる。表現を内容と形式に単純に区分するフィヒテの議論には、多くの批判が寄せられたようである。それでも、彼の議論は、創作的表現の形式を、その外面的形式とさらに内面的形式に区分する理論の呼び水となつていえる。

創作的表現を外面的形式と内面的形式に区分する立論の有意性は何処に在ろうか。それは、この理論を下敷きにすれば、表現の外面的形式に僅かな変更を施しただけの「創作性のない改変」に、著作権の客体性を否定する法理論が生成できることにある。このことは裏を返せば、この「創作性のない改変」はなお複製の範囲に留め置かれるので、それは原著作物の著作権にコントロールされることになる。外面／内面区分論の有意性は、原著作物の外面的形式は勿論のこと、その内面的形式の残留をもつて、後続著作物を二次的著作物と認定する法理論を生成したことにもある。原著作物から派生して表出されたこの二次的著作物には、原著作物の表現が残留しているので、原著作物の著作者と二次的著作物の著作者の著作権が併存することになる。

ところがこの議論は、「思想」と「表現」の間に明確な境界を画定することが不可能であることを、逆に想起さ

せないであろうか。中山信弘は、著作権法で保護される表現と保護されない思想との線引きは、要するに、著作権を保護すべき表現とはなにかを画定する規範的線引きである、という<sup>(4)</sup>。表現を外面的形式／内面的形式に区分し、後者まで著作権の客体に含める通説的理解は、中山の言い方でいえば、創作的表現の内面的形式まで著作権法で保護すべき表現の内延に包摂させたことになる。このような立論は、どうして生成されてきたのであろうか。

四 本稿は、表現を外面／内面の二形式に区分する立論の成立背景を、一九世紀末から二〇世紀はじめにかけて見られた芸術観の変容に求めている。

芸術観についての古典的見解 (classical view) からロマン主義 (Romanticism) へ変容は、「思想／表現」の境界画定作業にとつて決定的ともいえる影響を与えた。

それまでの芸術性は、事物の理や聖書の一場面を正確に描写できているか否かで判定されていた。みな原対象 (original object) をいかに正確に描写するかに腐心していたのであり、聴衆にモチーフをいかに正確に想起させるかで、作品の成否が計られていたのである。そこでは作者の内面にとどまる「思想」と、その外的有形化である「表現」との間には、明確な区別が可能であったといえるのではなからうか。著作権の対象が、作品の評価対象である「表出されたものそのもの」 (exact expression) に限定されていたとしても、それで十分だったのである。ところが一九世紀以降のロマン主義の芸術観は、芸術性を原対象の正確な描写とは捉えなかつたのである。そこでは作品の外形的形象は、なによりも、作者の内面的心情の発露であると理解されている。その影響は、芸術性の評価対象が作品から感受される作者の感性・心情にまで拡大されることになって現れたといえよう。こうなると、著作権の対象を作品の「表出されたものそのもの」に限定する理論では、作品の財産的価値の保護も、作者のさらなる創作の誘因を呼ぶことも、ままならない。表現の「外面的形式」に限定されていた著作権の客体は、表現の

「内面的形式」にまで拡張されていったのである。

ところで、著作者の思想または感情それ自体は、著作権の客体ではない。ではこの思想感情それ自体と、この具體的形象である表現の内面的形式との境界は、奈辺にあるのであろうか。この境界確知の困難性を認識させたのが、「ぼくのスカート」事件の東京地裁による翻案定義であり、Nichols事件での Hand 裁判官の抽象化テストであり、Chafee のパターン・テストであった。「思想／表現」の境界を求める試みから派生した「内面的表現／思想感情それ自体」の境界を求める試みは、まるで循環小数の値を永遠に書き続けるかのようである。

芸術観におけるロマン主義を契機に、「思想／表現二分法」は、「死にぎわの」<sup>(2)</sup>(moribund) 法理論に追いやられてしまったといえよう。

五 本稿のはじめから述べているように、著作権は表現の自由を制限する法概念である。この二つの權益を調整するために制定されたのが、著作権法であるといえよう。その著作権法に、著作権と表現の自由の両權益を定義的衡量した帰結が内蔵されているというなら、当該調整原理は、表現規制の文脈で伝統的に確立されてきた憲法理論の要請を満たさなければならない。

では第一章で論述してきた「思想／表現二分法」(idea-expression dichotomy) についてはどうであらうか。

憲法学は、表現行為に抑制効果をもつ法規制を忌避してきた。それは表現行為を抑制することが、表現内容に対する正当な干渉や発揮されるはずだった表現行為の有効性を減殺する効果を生むからである。ひるがえって「思想／表現二分法」を見てみよう。ここでは著作権の客体である「表現」は使用規制されるものの、その範疇に含まれない素材 (material) については、自由使用が認められていた。先行著作物に影響をうけた場合でも、その表現形式の外面的形式および内面的形式の残存が認められない場合には、後続著作物は新著作物としての地位を獲

得るとされている。ところで著作権の客体である「表現」について、換言すると、著作権法で使用規制される「表現」について、その概念は確定的に提示できたであろうか。本稿では、著作権法により「保護される表現」は不確定要素に苛まれ、当該概念を定式化することはできないことを論述してきた。「思想／表現二分法」という *elastic rule* は、表現規制を正当化する論拠にできないであろう。

「思想／表現二分法」は、もともと著作権の客体を記述するための説明の法理だったのではなからうか。それならば、著作権法で保護されるもの／保護されないものを説明する一般的スタンダードとしては成立するが、あるマテリアル(素材)がどちらのカテゴリなのかを決定するルールとはなりえないであろう。

もつとも、「思想／表現二分法」を単独で分析し、この法理論が伸縮性に富む性質をもつことを論証したとしても、これだけでは著作権法の憲法上の正当性を判定することはできないであろう。なぜなら、憲法は、創作的表現の「公正な使用」に該当しない表現行為を、法律でもって制約することはなお許容していると考えられるからである。(つれが、*tortious speech* 論の要諦である)。

著作権で保護された著作物の公正な使用形態とは、どのような状況を指して述べられている術語であろうか。次章では、「フェア・ユースの法理」(*fair use doctrine*) について詳論しよう。

(注)

(一) Joseph Kosuth, *Art After Philosophy, I and II*, in *IDEA ART* 70, 82 (Gregory Battcock ed., F.P. Dutton & Co., Inc., 1973)

(二) *tortious speech* との概念については、必ずしも *see* David A. Anderson, *Tortious Speech*, 47 *WASH. & LEE L.*

REV. 71 (1990).

(e) C. Edwin Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, 55 VAND. L. REV. 891, 892 (2002).註  
(f) *Ibid.*, at 893.(g) Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L. J. 147, 165-166 (1998).(h) *Ibid.*, at 182.(i) *See Ibid.*, at 182-197.(j) *See Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Scoreboard Posters, Inc.*, 600 F. 2d 1184, 1188 (5th Cir. 1979). *See also* Huddgens v. NLRB, 424 U.S. 507 (1976).(k) *See New York Times Co. v. United States*, 403 U. S. 713, 731 fn. 1 (1971) (White, J. concurring) (著作権とプライバシー的公正法上のエンFORCEMENT (private judicial enforcement) は、統治に関する問題 (government affairs) の情報公開禁止を求めて政府が訴訟を提起する場合と比べれば、同程度の修正一条上の危険を生ずるわけではない)。<sup>45)</sup>

(l) Harper &amp; Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc., 471 U. S. 539, 558 (1985).

(m) *See* U. S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.(n) *See Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods., Inc.*, 902 F.2d 829, 649 (11th Cir. 1990); *see also* Harper & Row, 471 U.S., at 558.(o) Lemley & Volokh, *supra* note 5, at 191. (具体的引用先は明記されず)。<sup>46)</sup>

- (14) *See, e. g.*, Cadence Design Systems, Inc. v. Avant! Corp., 125 F.3d 824, 826-827 (9th Cir. 1997).
- (15) *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562, 573 (1977).
- (16) *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 726 (1971) (Brennan J., concurring).
- (17) *Harper & Row*, 471 U.S., at 560.
- (18) *Ibid.*
- (19) 「思想／表現二分法」については、たとえば「著作権は『思想の市場』を規制するものではない。なぜなら、著作権は表現を保護するだけである」として Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp., 562 F. 2d 1157, 1170 (9th Cir. 1977) を参照。  
また「フェア・ユースの法理」については、たとえば「修正一条で保護された価値と著作権法で保護された価値との抵触は、これまでフェア・ユースの法理により解決されてきている」とした *Wainwright Securities, Inc. v. Wall St. Transcript Corp.*, 558 F.2d 91 (2nd Cir. 1977) を参照。
- (20) *See* 17 U. S. C. §102 (b) & 17 U. S. C. §107.
- (21) *Eldred v. Ashcroft*, 537 U. S. 186, 219 (2003).
- (22) *Eldred v. Reno*, 239 F. 2d 372, 375 (D. C. Cir. 2001).
- (23) *Eldred*, 537 U. S., at 221.
- (24) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、一九九三年）二五一頁。
- (25) 阪本・前掲書（註24）二四九―二五〇頁を本稿の視点からパラフレーズした。
- (26) 同書二五一頁。著作権をめぐる憲法学の分析枠組については、拙稿「著作権をみる憲法学の視点について」熊本法学一

一四号一頁以下(二〇〇八年)も参照されたい。

(27) 公務員に対する名誉毀損について「現実の悪意ルール」(actual malice rule)を提示した *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) は、本稿の tortious speech 論の分析枠組に適合的な事例である。

本件で合衆国最高裁は、ある言論が名誉毀損となる言論 (defamatory speech) であったとしても、それが公職にある者 (public official) に向けられたものであるときには、以下のことを当該言論の違法性を主張する側が立証しなければならぬとした。それは、当該言論の表出者がその言論内容を虚偽であると知っていたか、または虚偽であるか否かということを無謀にも無視して公表したということである。原告側が当該要件の立証に失敗すれば、上記言論は、名誉毀損となる言論であったとしても、修正一条により保護されるというのである。これが「現実の悪意ルール」の要諦である。

本件において合衆国最高裁は、ある言論を不法行為として制約することが憲法上正当な基礎をもつか、と理論構成している。tortious speech の分析枠組がここに顕現している。

(28) 著作権がいかなる権益であるのか、また、著作権保護はなにを目的としているのか、ひとことで言うと、著作権がいかなる concept の下にあるかということとは、非常に興味深いものである。この点については、著作権という concept を proprietary concept と regulatory concept の対比を用いて検討している L. Patterson の議論を導きの糸として、他日「再検討を期した」<sup>25</sup>。See, L. Ray Patterson, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, 40 VAND. L. REV. 1, 2-13 (1987).

(29) Eldred, 537 U. S., at 221.

(30) Harper & Row, 471 U.S., at 566.

(31) Eldred, 537 U. S., at 219.

(32) 横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察——アメリカの CTEA 憲法訴訟を素材として——」

- 学智院大学法学会雑誌三九卷二号一九、三七頁(二〇〇四年)。
- (33) Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180 (1970).
- (34) See Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time : First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935 (1968).
- (35) Nimmer 論文を紹介する岡部浩一[1974-1]「アメリカ法一三四」一三五頁参照。
- (36) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、一九九五年)二八頁。
- (37) 佐藤幸治『憲法』(第三版、青林書院、一九九五年)五一四頁。
- (38) Nimmer, *supra* note 33, at 1185.
- (39) 横山・前掲論文(註32)三八頁参照。
- (40) Baker v. Selden, 101 U. S. 99 (1889).
- (41) *Ibid.*, at 105.
- (42) Amy B. Cohen, *Copyright Law and the Myth of Objectivity : The Idea-Expression Dichotomy and the Inevitability of Artistic Value Judgments*, 66 IND. L. J. 175, 201 (1990).
- (43) 野一色 勲「同一性保持権と財産権」紋谷暢男教授還暦記念『知的財産権法の現代的課題』(発明協会、一九九八年)六四六頁参照。
- (44) 同論文六四七頁参照。
- (45) 著作権法二七条は著作者に翻案権を与えている。この条文の文言上は翻案に創作性が求められてはいない。ただ、本文

で論じたように、「翻案とは創作性のある改変のことを指す」と理解した方が、著作権法の他の条文理解との関係で平仄があうと思われる。野一色・前掲論文(註43)六四八頁も「現行法及び判例はゆるやか説に属している」と評価している。

(46) もっとも、二次的著作物の著作者とその利用者との間での紛争が少ないためか、原著作物にどの程度の創作性が付加されると二次的著作物の生成をみるのかについては、不分明である。島並良「二次創作と創作性」著作権研究二八号(二〇〇一年)二八、三四頁参照。

(47) 二次的著作物は、原著作物から派生した(derivative)著作物なので、「派生的著作物」(derivative work)と呼ばれることもある。野一色・前掲論文(註43)六五二頁参照。

(48) 中山信弘『著作権法』(有斐閣、二〇〇七年)一三二頁。原著作物と二次的著作物とは別個の著作物である。二次的著作物が共同著作物(一条二項二二号)に該当しないことは言うまでもなからう。

(49) この点については、一連の「キャンディ・キャンディ事件」で確認されている。東京地判平一一・二・二五判時一六七三号六六頁、その控訴審である東京高判平一一・三・三〇判時一七二六号、さらにその上告審である最一判平一三・一〇・二五日判時一七六七号一一五頁参照。

原著作者が二次的著作物の著作者と同じ内容の権利をもつように読める二八条の規定(原著作者が二次的著作物の著作者と「同一の種類の権利を専有する」)について、中山信弘は、「原著作物の著作者が二次的著作物に関して権利行使できる範囲は、原著作物の表現が感得できる範囲と考えるべきである」として、原著作者の権利の範囲を限定する見解を表明している。中山・前掲書(註48)一三四頁。

(50) 同書一三〇頁。

(51) 半田正夫『著作権法概説』(第一三版、法学書院、二〇〇七年)九六頁。

- (52) Johann Gottlieb Fichte, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, in: Reinhard Lauth und Hans Jacob (Hg.), *Werke*, Bd.1 (1964), S.409. この点を指摘している半田・前掲書(註51)七五頁以下も参照。
- (53) Bbd. S 418ff.
- (54) フィヒテのInhalt/Form区分論がヘーゲルやショーペンハウアーの理論に受け継がれていることを指摘している、Heinrich Hubmann (Manfred Rehbinder (Hg.)), *Urheber- und Verlagsrecht*, 7.Aufl. (1991), S14-15を参照。Hubmannは、フィヒテの理論が後のJKohlerの無体財産権論にも影響しているとしている。これらの点を指摘している、河中一學「著作者人格権について——カントの論考を中心として」成田頼明先生横浜国立大学退官記念『国際化時代の行政と法』(松田保彦他編集代表、良書普及会、一九九三年)八七九、九三三—九二四頁も参照。
- (55) 半田・前掲書(註51)七五頁。
- (56) 同書七五—七六頁。半田正夫はフィヒテの議論に対する批判を二点に要約している。そのうちの一点については本文で指摘した通りである。もう一点については本稿の関心の枠外なので割愛した。
- (57) 半田・前掲書(註51)七六—七七頁。
- (58) 同書七七頁。
- (59) 野一色・前掲論文(註43)六五一頁。
- (60) 中山・前掲書(註48)四八頁。
- (61) 野一色・前掲論文(註43)六五二頁参照。
- (62) 同論文同頁。
- (63) 中山・前掲書(註48)四八頁。

(64) 野一色・前掲論文(註43) 六五一頁。

(65) 二次的著作物に関する「重疊的な権利関係」が情報の流通にとって阻害要因として働くことについて、鳥並・前掲論文(註46) 三〇—三二頁参照。

(66) 野一色・前掲論文(註43) 六五一頁。

(67) 東京地裁平成六年三月二三日民事第二九部判決(判例時報一五一七号)。

(68) 言語著作物等の翻案の有無を判定する要件を定式化する洪谷達紀「翻案の概念」民商法雑誌二三七卷一号(二〇〇七年)一、一八一—一九頁参照。

洪谷論文は、言語の著作物における翻案行為について、平成一三年六月二八日の最高裁第一小法廷判決(江差追分事件上告審判決、民集五五卷四号八三七頁)が、従来の定義(「ぼくのスカート事件」などにおけるそれ)を以下のように変更していると指摘している。いわく「言語の著作物における翻案とは、既存の著作物の『表現上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』(民集五五卷四号八四〇頁)をいう」(同論文一四頁)。

ここにいう、表現上の特徴の直接感得性について、洪谷は、従来の定義でいうところの「作品の内容の同一類似性」要件の「置き換え」(二五頁)であると評価している。そうであるなら、翻案行為が該当性判断についての基準としては、従来のものと近時のそれとで、決定的な違いはないといえそうである。

最高裁による翻案概念の再構成は、言語等による著作物(洪谷はこれを「悟性により認識される著作物」という)と美術や写真、音楽の著作物(彼はこれを「感性により認識される著作物」と呼んでいる)で異なっていた翻案概念に、統一

的理解を構成する狙いがあつたようである。渋谷論文の要諦は、最高裁の試みが翻案の概念を分析する「理論的研究の障害」(二六頁)となつていると主張するものであるが、これ以上の深入りはここでは自重しなければならない。

- (69) 同論文五頁。
- (70) 作品の内容とは、言語の著作物の翻案に関する従来の判例によれば、作品の筋書きや構成のことである(同論文一五頁)。
- (71) *Nichols v. Universal Pictures Co.*, 45 F. 2d 119 (2nd Cir. 1930).
- (72) *Ibid.*, at 121.
- (73) *Ibid.*
- (74) *Ibid.*
- (75) Cohen, *supra* note 42, at 220.
- (76) *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960).
- (77) See *Zechariah Chafee, Jr., Reflections on the Law of Copyright*, 45 *COLUM. L. REV.* 503 (1945).
- (78) *Ibid.*, at 513.
- (79) *Ibid.*
- (80) 同様の指摘を Cohen, *supra* note 42, at 220, fn 188<sup>2)</sup>参照。
- (81) 中山・前掲書(註48)四八頁。
- (82) 同書・四七頁。
- (83) See *Stowe v. Thomas*, 23 F. Cas. 201 (C.C.E.D. Pa. 1853).
- (84) *Robert Yale Libott, Round the Prickly Pear : The Idea-Expression Fallacy in a Mass Communications World*, 14

説 UCLA L. REV. 735, 743 (1967).

(58) See *Ibid.*

論 (59) See Cohen, *supra* note 42, at 184-186, 198-199.

(60) See *Ibid.*, at 186-187.

(61) *Ibid.*, at 204.

(62) 中山信弘「著作権法の動向」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務、一九九五年）八七三、八七四頁。

(63) Cohen, *supra* note 42, at 201, fn 106.

(64) Act of May 31, 1790, ch. 15, 1 Stat. 124 (repealed 1831).

(65) See Act of Apr. 29, 1802, ch. 36, § 2, 2 Stat. 171.

(66) See Act of Feb. 3, 1831, ch. 16, § 1, 4 Stat. 436.

(67) See Cohen, *supra* note 42, at 204.

(68) Act of Aug. 18, 1856, ch. 169, 11 Stat. 138.

(69) Act of July 8, 1870, ch. 230, § 86, 16 Stat. 198, 212.

(70) Act of Jan. 6, 1897, ch. 4, 29 Stat. 481 (amending Title 60, ch. 3, § 4966 of the Revised Statutes).

(71) See Cohen, *supra* note 42, at 204, fn. 110.

(72) Act of Mar. 4, 1909, ch. 320, § 1 (b), 35 Stat. 1175.

(73) *Ibid.*, at § 1 (d), (e).

- (101) Act of Mar. 4, 1909, ch.320, § 1 (b), 35 Stat. 1075.
- (102) See Cohen *supra* note 42, at 204, fn. 111.
- (103) See Charles B. Collins, *Some Obsolete Doctrines of the Law of Copyright*, 1 S. CAL. L. REV. 127, 139 (1928).
- (104) 17 U. S. C. § 101 (1988).
- (105) 宮武久佳『知的財産と創造性』(みすず書房、二〇〇七年) 八六頁。ここでは、古代ギリシアやローマの英雄物語については吟遊詩人が、『平家物語』については琵琶法師が、それぞれの「作品を伝える乗り物」とされている。
- (106) Cohen, *supra* note 42, at 204, fn. 111.
- (107) Liboff, *supra* note 84, at 749.
- (108) 中山・前掲書(註48) 三七頁。
- (109) 中山・前掲論文(註89) 八七四―八七五頁参照。
- (110) 潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』(東京大学出版会、二〇〇五年) 二〇二頁。
- (111) 中山・前掲書(註48) 五一頁。
- (112) 著作権法学会は二〇〇一年に「創作性」と題するシンポジウムを実施している。このシンポジウムの模様は、著作権研究二八号(二〇〇一年)でReviewできる。パネリストの報告をうけて行われた討論において、この新創作性概念の提唱者は、著作権法のなかにプログラムやデータ・ベースという異質なものが挿入された昭和六〇年を「エポック」としてとらえ、著作権法における創作性を統一的に把握するために、この発想が出てきたという(同四三頁の中山発言参照)。
- (113) 中山・前掲書(註48) 五二―五三頁。

また「情報の豊富化」との関係はさておくとしても、同様の思考法は、合衆国においても見受けられる。以下の言説を

参照されたい。

「表現上の類似性は、創作されたものの性質上、類似性の発生が避けがたい限度において、権利侵害には該当しない」(Gund, Inc. v. Smile International Inc., 691 F. Supp. 642, 645 (E. D. N. Y. 1988)).

「思想 (idea) やそれを叙述するとき必然的にあるいは共通に使用される要素 (elements) は、そのことを理由として、著作権性がないと考えられる。基本的思想の選択により必然的に決定されるものではなく、芸術家の個々の選択が表されている描写 (detail) が、著作権で保護できるものと考えなければならぬ」(Cohen, *supra* note 42, at 219)。

(114) 中山信弘「著作権法における思想・感情」特許研究三三三号(二〇〇二年)五頁以下には、いくつかの例を用いて、このことが説明されている。

たとえば、著作権法一〇条二項は、事実の伝達にすぎない雑報や時事の報道の著作物該当性を否定している。これは「雑報・時事の報道については、誰が書いても同じようなものにならざるを得ず、選択の幅が狭いという観点から創作性が否定される結果、著作物性が否定される」からである(同論文九頁)。

また「地球は回っている」という自然法則自体の表現には著作物性が否定されるが、「自然法則を説明した文章でも、その表現自体に個性が現れていれば、換言するならば、他の者が同じ自然法則を他の文章で表現できる選択肢を残しているならば、著作物たりうる」としている(同論文一〇頁)。

(115) 事実やデータなどの編集物の著作物性(著作権客体性)を分析する、横山久芳「編集著作物に関する基礎的考察——職業別電話帳は果たして著作物なのか?——」コピーライト四七五号二頁以下(二〇〇〇年)、同「編集著作物概念の現代的意義——『創作性』の判断構造の検討を中心として——」著作権研究三〇号一三九頁以下(二〇〇三年)参照。上述の論文は、編集著作物の著作権保護対象は、編集物という具体的な著作物ではなく、編集者の編集方法や編集体系であるという、

興味深い見解を表明するものである。この見解は、事実やデータ等を選択・配列する一種のアイデアを保護客体に含めるものであり、著作権の保護客体に関する既存の見解（アイデアは著作権の客体ではない）に、理論のさらなるソフィステイクートを求めるものともなっている。

- (116) 先述した著作権法学会のシンポジウム（註112）のなかで、小泉直樹は、「著作権は相対的独占権ですから、本来、既存のものと同じ表現であっても、独自創作される限り保護してよいことになるはずです」としたあと、中山信弘の新創作性概念（「表現の選択の幅」論）についての批判とも受け取れる報告を展開している。それは以下のように要約できる。中山理論によると言論市場での表現の豊富化、多様化が著作権保護の目的となる。そうすると、独自創作されたものであっても、既存の表現と同じものについては、創作性を否定することになる。これは著作権法の前提と合致しないのではないか。小泉直樹「機能的著作物の創作性」著作権研究二八号（二〇〇一年）一二一、一八頁参照。

- (117) Leslie A. Kurtz, *Speaking to the Ghost: Idea and Expression in Copyright*, 47 U. MIAM L. REV. 1221, 1228 (1993).
- (118) WILLIAM P. ALSTON, *PHILOSOPHY OF LANGUAGE* 44 (Prentice-Hall, Inc., 1964).
- (119) See Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L. J. 1, 26 (2002). See also, Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 776-784 (2001).
- (120) See e.g., Harper & Raw, 471 U. S., at 556, 560; Eldred, 537 U. S., at 219-221.
- (121) 中山・前掲書（註48）四八頁。
- (122) Libbott, *supra* note 84, at 772.