

# 米国著作権法におけるパロディとフェア・ユース/差止め請求 —パロディに関する裁判例と、小説の続編出版が問題とされた最近の事例から—

矢野 敏樹<sup>(\*)</sup>

米国著作権法においてパロディが許されるかは、当該表現がフェア・ユースに該当するかどうかにより決せられる。その判断の実際について代表的裁判例を紹介しつつ考察を加えた。

またフェア・ユースが成立しない場合でも、差止めを認めないことで問題とされるパロディを社会に現出させ、権利者保護は損害賠償により図られるべき事案もあるとの考えも有力である。近時米国では、特許法の分野だけでなく著作権法の分野においても、権利者による差止め請求権の行使について従来の取扱いを改め、権利侵害認定に基づく差止め請求権の自動的付与に歯止めをかけようとする動きが顕著である。この新たな動きは、パロディ事案において注目すべき裁判例(「ライ麦畑でつかまえて」続編出版事件)を生み出した。そこで本稿では、パロディとフェア・ユースが論点となったこの事案に着目し、その判断の要旨を紹介すると共に若干の考察を加えた。

## I はじめに

J.D. サリンジャー作「ライ麦畑でつかまえて」は、1951年に出版された小説である。同小説は、全寮制学校を成績不良で退学処分となった十代の主人公ホールデン・コールフィールドが、実家に帰る途中でマンハッタン内を放浪する様を描いている。下品な言葉遣いやアルコール、性について言及する表現が批判される一方、主人公の言動が若者を中心に広く受け入れられ、20世紀における最も重要な作品の一つとも評されている。他方、作者のサリンジャー氏(2010年1月逝去)は隠遁生活が続け、私生活は謎に包まれた存在であった。また同氏は「ライ麦畑でつかまえて」の舞台化や映画化を頑なに拒み続けたという。

近時米国で話題を呼んだ「ライ麦畑でつかまえて」続編出版事件は、同作品の主人公の60年後を描いた小説が原作品の著作権を侵害するものかどうか争われた事件である。被告となった続編の作者らはフェア・ユース等を抗弁として主張したが、2009(平成21)年7月1日、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所(U.S. District Court for the Southern District of New York, 以下「S.D.N.Y.」という)は、米国内での出版等の暫定的差止めを求める原告らの申立を認めた<sup>(1)</sup>。ただし、その後の2010(平成22)年4月30日、地裁の判断は第2巡回区連邦控訴裁判所により取り消されている<sup>(2)</sup>。

本稿は、フェア・ユースとパロディの関係、著作権侵害事件と差止め請求の関係等の重要論点を多く含んでいる「ライ麦畑でつかまえて」続編出版事件を機縁として、過去の関連事件や学説を紹介し、若干の検討を加えようとするものである。なお本稿は、東京弁護士会法律研究部知的財産権法部における平成22年5月11日の研究発表及び日本大学法学部国際知的財産研究所知的財産研究会第2回例会における同年7月14日の講演を基にしており、掲載している情報は原則として上記講演の年月日までのものである。また特に言及がない限り連邦レベルの法律問題を扱っており、判決等の紹介においては適宜意識し省略している部分がある。なお本稿の内容は筆者個人の見解を示すに過ぎず、所属する組織団体の見解とは無関係であることを念のため申し添えたい。

## II 米国におけるフェア・ユースの位置づけ等

### 1

米国著作権法107条にあるフェア・ユース規定は以下のとおりである<sup>(3)</sup>。

第106条および第106条A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

(\*) 校友、弁護士

(1) Salinger v. Colting, 641 F.Supp.2d 250(S.D.N.Y. 2009).

(2) Salinger v. Colting, 607F.3d 68(2d Cir. 2010).

(3) 社団法人著作権情報センター(CRIC)ホームページ「外国著作権法令集—アメリカ編(山本隆司・増田雅子訳)」より。

ア・ユース(コピーまたはレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む)は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

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

上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作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。

## 2

紙幅の都合からフェア・ユース規定の由来等の詳細は省きたい。本稿との関係では、フェア・ユースは訴訟審理において積極的抗弁(affirmative defense)に位置付けられること、一般的にフェア・ユースはアイデア・表現二分論(idea-expression dichotomy)と共に、著作権と憲法修正1条(言論の自由)の調整原理として組み込まれている(“built-in First Amendment accommodations”とか“built-in free speech safeguards”等と言われる)とされ、こうした伝統的枠組みに変更が加えられるのでない限り、著作権法と修正1条との関係について検討する必要はないと考えられていることを指摘しておきたい<sup>(4)</sup>。

## Ⅲ プリティ・ウーマン事件(1994年) 前後の米国最高裁判例や学説

### 1 リヴァル判事の論文について

フェア・ユースに関する著名な最高裁判例としては、ソニー・ベータマックス事件(1984年)<sup>(5)</sup>やハーパー&ロウ事件(1985年)<sup>(6)</sup>がある。これらの事件の解説は既に多く発表されているので省略する。ここでは、

多くの裁判例があるにもかかわらず、フェア・ユースの一貫した考え方が確立されていないため、裁判の結論の予測も困難であるとの指摘がなされていたことに注目する。そして、そうした認識のもとに、過去の裁判例とも整合するフェア・ユースの指針を示そうとしたリヴァル(Pierre N. Leval)判事による「フェア・ユースの標準化を目指して(Toward a Fair Use Standard)」と題する論文<sup>(7)</sup>が大きな役割を果たしたことを強調したい。この論文の詳細も紙幅の関係から省略せざるを得ないが、判事は同論文で、合衆国憲法1条8節8項の規定(「連邦議会は、次の権限を有する…著作者及び発明者に対し、それぞれの著作及び発見に対する排他的な権利を一定期間保障することにより、科学及び有用な芸術の進歩を促進すること」<sup>(8)</sup>)に立ち戻ることを主張した。そして著作権制度の目的が、限られた期間著作物の独占的な排他的利用を認めることで創造的知的活動を促し、それによって社会を豊かにしようとするものであることに遡って考えれば、フェア・ユース規定に列挙されている各要素において重視すべき事項も明らかになるとの考えを示した。その上で、第1要素(使用の目的及び性質)においては当該利用行為が変形的(transformative)といえるかどうか、第2の要素(著作物の性質)においては創作者が公衆と著作物をシェアしようとしていたかどうか、第3の要素(使用された部分の量及び実質性)においては素材の選択と分量が変形的利用という正当化理由に比して合理的であるかどうか、第4の要素(潜在的市場又は価値に対する使用の影響)においては二次利用行為が実質的にオリジナルの代替物として機能し創造のインセンティブが失われるような場合かどうか、に着目すべきである等とした。

更にリヴァル判事が著作権侵害に基づく差止め請求について言及したことも重要である。すなわち、前記論文で判事は「フェア・ユースが認められない場合に常に差止め請求が認容されると考えるべきではない」旨を主張し、二次利用に基づく著作物に対する公衆の強い利害関係が存在すること、著作権者の利益は損害賠償請求によって守られ得ることを示した。そして差

(4) 近年、著作権に関する立法について内容中立規制に関する審査基準を適用すべきとの意見もある。これは政治システムの欠陥によって特定の業界の利益が優先され、言論活動に不合理な負担が課されていないかどうかを裁判所が確認する必要があるとの問題意識に基づく。Neil Weinstock Netanel, Copyright's Paradox (2008) at 174. また、今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察—その規制類型と審査基準について—」季刊企業と法創造(早稲田大学21世紀COE「企業法制と法創造」総合研究所, 2004年)81頁以下。

(5) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417 (1984).

(6) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

(7) Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990). リヴァル判事は、この論文執筆当時 S.D.N.Y. 裁判官であり、その後1993年に第2巡回区控訴裁判所判事に任命されている。

(8) 松井茂記「アメリカ憲法入門第6版」350頁(有斐閣, 2008年)より。

止めを求める原告には差止めが認められなければ回復し難い損害を被ること及び損害賠償では救済方法として不適切であることを示すことが要求されるべきであること、「回復し難い損害」の吟味は著作権法の目的に照らしてなされるべきであり、仮に原告の名声が二次利用作品の出版により傷つけられるとしても、著作権侵害に基づく差止めが正当化されるものではないことを主張した<sup>(9)</sup>。

## 2 プリティ・ウーマン事件判決(1994年)について

先のリヴァル判事の論文に影響を受けた重要な最高裁判例としてプリティ・ウーマン事件<sup>(10)</sup>がある。この事件では、著名な楽曲の商業的パロディがフェア・ユースとなり得るかが争点とされた。

この著名な判例についても、既に多くの論評が公開されているので詳細は省略することとしたい。最高裁の判断をごく簡潔に紹介すると、フェア・ユースの第1要素(使用の目的及び性格)においては新たな作品が変形的と言えるかどうか、どの程度そう言えるかが問われることが示された。そして変形的であればあるほど商業性といったフェア・ユースの成立を妨げる他の要素の重要性は低くなるとされた。またパロディは風刺(satire)と異なり、その目的を達するためにはオリジナルを真似る必要があること、ホームズ判事の過去の判例における言葉「法律について訓練を受けただけの者の判断によって作品の価値を最終的に決めることは危険である」を引用し<sup>(11)</sup>、パロディの出来が良いかどうかは考慮されるべきではないこと等を指摘したことも注目される。またパロディは良く知られた表現をコピーするのが通例であるため、第2要素(著作権のある著作物の性質)はパロディ案件の解決にはあまり役立たないことが示された。また第3要素(使用された部分の量及び実質性)について、パロディにおいて

オリジナルの特徴的な部分を用いることは不可避的であり、どの程度原作品から取り出すことが必要かどうかは、当該パロディが作られた目的や性格によるとされた。最後に第4要素(潜在的市場又は価値に対する影響)については、二次利用が変形的といえる場合市場代替性は少なくとも確定的ではなく、また考え得る派生的使用に関する市場はオリジナルの作者が一般的に開発し又は他者にライセンスするであろう市場を指すところ、創作者が自らの作品を批判したり風刺の対象とする作品にライセンスすることが考えにくいことから、批判的な使用はオリジナルの可能的な市場の中核には存在しないことが指摘された。また最高裁は、この事件でリヴァル判事の論文や著作権法502条(a)がmay規定であることその他過去の裁判例を引用し、差止め請求につき、判決文の脚注10において「パロディがフェア・ユースに該当しない場合に自動的に差止め請求を認容することは著作権法の目的を達成するにあたり常に適切な手段であるとは限らない」旨を示し、裁判所はこのことに留意することになろうとした。

## 3 プリティ・ウーマン事件判決後

プリティ・ウーマン事件最高裁判決において第1要素における変形的利用の考え方が採用された影響は大きく、実務的には第1要素における変形的利用の主張立証に成功するかがフェア・ユースの成否の鍵を握ると捉えられている。変形的利用の有無が争点となった事件は非常に多い<sup>(12)</sup>。またパロディとの関係では、商業的パロディであってもフェア・ユースが成立することの他、批評の対象が原作品に対するものであることが必要と示唆された点も重要である。すなわちフェア・ユースは著作権者の犠牲のもとに社会一般の批判を行うことまで認めるものではなく、社会風刺の場合には基本的にフェア・ユースは成立しないと解される<sup>(13)</sup>。ここで「基本的に」というのは、強い正当化要

(9) 差止めに関するリヴァル判事の考えは、著作権法の目的それ自身が抑圧的な差止めに対する警戒を要請する点に注意。また同判事は、後の論文(*Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use*, 13 Cardozo Arts & Ent. L. J. 19(1994))で自説は差止めなしの強制許諾制度が妥当であるとするものではないことを明らかにしている。すなわち真意は、裁判所が事例毎にふさわしい救済措置をとるべきことを主張することにあるとする。

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

(11) *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239(1903)からの引用。

(12) 近年のS.D.N.Y.における裁判例をあげると、楽曲「イマジン」がドキュメンタリー映画(知的設計論者への学問的迫害を問題提起する映画“Expelled”)で利用されたことがフェア・ユースにあたるかが問題とされたイマジン事件(*Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp.2d 310(S.D.N.Y.2008))及び小説「ハリー・ポッター」シリーズの用語を集めた語彙集及び副読本の出版がフェア・ユースにあたるかが問題とされたハリー・ポッター語彙集事件(*Warner Bros. Entertainment Inc. v. RDR Books*, 575 F. Supp.2d 513(S.D.N.Y.2008))がある。前者は変形的利用が認められ原告らの暫定的差止めの申立が退けられた(州地裁で録音物に関する権利侵害も主張されたが認められず、2008年10月に全請求が取り下げられた)。後者は語彙集の変形的利用価値は認められたものの、原作品から必要以上に逐語的複製が行われ一貫して変形的とは言えないとしてフェア・ユースの抗弁が否定され、出版差止めと法定損害賠償の支払いが命じられた(2009年1月には内容を改めた“The Lexicon”が出版された)。

(13) 山本隆司「アメリカ著作権法の基礎知識第2版」132頁(太田出版、2008年)とここで紹介されているDr. Seuss事件(*Dr. Seuss Enterprises LP v. Penguin Books*, 53 PTCJ 488(9th Cir. 1997))参照。

素あるいは原作品への批評と社会批判が混在しているような場合、フェア・ユースの成立が認められるともし解されるような判例もあるためである<sup>(14)</sup>。

なおフェア・ユースに関する学説の提唱も盛んであり、例えば免責(excuse)と正当化(justification)の理論<sup>(15)</sup>、狭義のパロディ・サティア(satire)・バーレスク(burlesque)に分類する考え<sup>(16)</sup>等多様であるが、ここでは詳しく触れない<sup>(17)</sup>。

## IV 「風と共に去りぬ」事件(2001年)<sup>(18)</sup>

### 1

後に詳しく見る「ライ麦畑でつかまえて」続編出版事件との関係で特に重要なのが、ミッチェル作「風と共に去りぬ」のパロディ版の著作権侵害が問題となった事件である。事案の概要は、作家ランドールが「風と共に去りぬ(Gone with the Wind)」(以下「GWTW」という)のパロディ版小説「風は去っていった(The Wind Done Gone)」(以下「TWDG」という)を著し、南北戦争時代の米国南部の奴隷制度について批判をしたというものである。具体的には、GWTWの主人公スカレットの父親が、奴隷のマミーに産ませた混血の子供が存在したとの設定をもとに、TWDGの前半で原作品の表現やキャラクター、プロットを取り入れつつ物語を進めた。これに対し、サン・トラスト(ミッチェル・トラストの受託者で本件の原告)がパロディ版の出版社(Houghton Mifflin)を被告として著作権侵害等を理由に訴訟提起し、暫定的差止め命令等を申し立てたものである。

### 2

上記申立に対し、地裁は暫定的差止めの申立を認めたと、第11巡回区連邦控訴裁判所はこれを破棄し差し戻した。控訴審裁判所のフェア・ユースに関する判断について簡潔に紹介すると以下のとおりである。

#### (1) 第1要素(使用の目的及び性質)

TWDGの商業性はフェア・ユースの認定に不利に作用するが、同書がGWTWの著作権ある要素を高度に変形的に用いたことで、その商業性はかなりの程度薄らぐ。…ランドールの目的は、ロマンチックに理想化された南北戦争中及び戦争後の南部の描写を破壊することであった。…ランドールはミッチェルの設定とキャラクターを直に参照しているが、彼女はGWTWに対し一般的な攻撃を加えるために必要だからそうしたのである。…ランドールが単に何か新規なものを考え出す苦勞を避けるためにパロディ版を執筆したと考えることは困難である。ランドールがGWTWの著作権ある要素に大きく依存することなく、同書を格別に批判することができたとは思われない。

#### (2) 第2要素(著作権のある著作物の性質)

GWTWは疑いなく小説として最高度の保護を受ける著作物である。しかしこのことはパロディ事案においては小さな比重しか持たない。

#### (3) 第3要素(使用された部分の量及び実質性)

TWDGは、GWTWの最も有名な言い回しを用いているが、完全に新しい意味合いをそれらに与えている。例えばGWTWの最後の数行には「明日になったら彼を取り戻す方法を考えよう。明日は別の日なのだ」とあるが、TWDGでは「もう決して明日のない者達のために、彼らの安息のために心から祈りを捧げる」とあ

(14) 例えば Jeff Koons に関する一連の事件のうち *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006) では、雑誌広告に掲載された女性の足の写真を絵画の一部に取り込んだことが問題となったが、第2巡回区控訴裁判所は Koons による「写真が掲載された雑誌が体现している文化的態度についてコメントしている」旨の説明に理解を示し、当該絵画を風刺(satire)に分類するのが適切であるとしつつ変形的利用を認めてフェア・ユースの成立を認めた。これに先立つ *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir.1992) では、Koons が複数の子犬を抱いた男女が写っている写真カードをもとに彫像を制作したことが著作権侵害となるかが争われ、Koons は「商品とメディアによるイメージの大量生産は社会の質を低下させるとの批評である」旨主張した。しかしパロディと風刺の区別を重視した裁判所はフェア・ユースの成立を否定した。ただ *Rogers* 事件は *プリティ・ウーマン* 事件最高裁判決以前の判断であり、今日では変形的利用が認められた可能性もあるであろう。これらの案件を風刺と見つつ利用行為に強い正当化理由がある事例とみるべきか、原作品への批判と社会批判双方が混在しているパロディの一種又は類似の範疇のものとするべきか議論の余地があると思われる。

(15) Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Transaction Costs Have Always Been Only Part of the Story*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A. 149 (2003). Gordon 教授は 1982 年に著した論文(*Fair Use As Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Batamax Case and Its Predecessors*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982))において「市場の失敗」論に基づく議論を展開したが、2003 年の上記論文において自説を発展させている。その際金銭的尺度で測ることのできない価値の存在が現実の取引に影響を与える実情を踏まえて法理論を構築すべきことを強調している点が興味深い。

(16) William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, at 147-165 (2003). ただし三分類は明示されているわけではなく筆者が文脈によって整理した分類である。同書では、狭義のパロディにおいて著作者が個人的利益を因るために高額の許諾料を提示する等して批判を封じ込めようとするときには、市場における解決が困難になることを指摘している。これに対し原作品を社会一般へのコメントの道具として用いるサティアではフェア・ユースを認める要請はなく、バーレスクの場合は原作品の代替品かどうか重視されるとする。

(17) 「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究 報告書」(三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社、平成21年3月)にフェア・ユースに関する米国の学説の状況が簡潔にまとめられている。

(18) *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir.2001).

る。…類似のキャラクターの描写等の細かい設定は、恐らくパロディ目的に必須のものではないであろう…TWDGは原作品の詳細な人物設定、すなわちメラニー(パロディ版ではメアリー)が瘦せた胸をしていること、マミーが象のような容姿と描かれ彼女がスカーレット(パロディ版ではアザー)の細いウエストを自慢に思っていること…等を明らかに利用している。しかし、判断せねばならないのはこうした利用がフェアかどうかである。その際、文学的な関連性の判断は高度に主観的な分析であり、司法判断になじまないことが想起される。キャンベル事件(プリティ・ウーマン事件)で最高裁は、パロディストに対し、オリジナルを想起するに最小限の範囲で利用するようには要求しなかった…(パロディ版における)利用が単に他の著作物を思い起こさせる程度以上だったからといって、必ずしも侵害となるとはいえない。

#### (4) 第4要素(潜在的市場又は価値に対する使用の影響)

原告は、TWDGが、正規にライセンスされた派生的著作物の需要にとって代わる恐れがあることについて僅かな証拠しか提出しておらず、この点についてサン・トラストの立証は不十分である。

### 3 検討

「風と共に去りぬ」事件は最終的には和解により解決した<sup>(19)</sup>。しかし上記控訴審の判断は小説のパロディ版におけるフェア・ユースにつき詳細に判断した点で重要であるので、若干の考察を加えたい。控訴審裁判所は「ランドールはオリジナル版の表現に高度に依存することなしに、これを効果的に批判することはできなかった」旨を判示し、パロディストを擁護した。この点については、パロディ版の作者がその目的を達するため効果的な言論活動を行うには、オリジナルのストーリー展開等をあえて詳しくなぞり、表現を大幅に借用する必然性がある場合があり、そうした場合にはこれを正当なものとして認める必要があると判断したと考えることができよう。こうした前提に基づき本件の事実関係を解釈すれば、パロディにおける利用の範囲や分量についても広く許容することになりやすいであろう。現に控訴審は、例えば黒人奴隷が双子の白人兄弟へのプレゼントとして与えられるといった批判対

象であることが明らかなエピソードだけでなく、その双子がゲティスバーグで戦死するという部分や、その他の特定の人種観とは関係のない場面の再現も許される範囲内としている。

推測するに、こうした裁判所の判断の背景には、批判の対象となるGWTWが聖書の次に多く読まれているほど(この事実は裁判所も認定している)広く公衆に浸透した圧倒的存在であること、こうした文学上のアイコンが示すステレオタイプ的人種観に対し、単に学術論文を発表して反論する程度では歯が立たず、より広く公衆に反論をアピールするための言論を行うには、パロディストが戦略的にオリジナルに可能な限り似せたものを作る必要がある、という価値判断があると思われる。とりわけGWTWにおいては、それが示す人種観について、米国では1930年代後半から長年にわたって議論の対象とされてきた経緯がある<sup>(20)</sup>。このことからランドールの借用行為の正当化の主張が法律家の立場からも了解可能であり、パロディが社会的文脈において持つ価値が裁判所としても理解しやすかったのではないと思われる。

このように考えると、実務的には、パロディの主張をする場合その目的を明確に主張し、目的達成のためにオリジナルの著作物を利用しなければならない必然性について十分に主張立証を尽くさねばならないことになろう。その場合、パロディが社会に与える意義を論理的且つ明快に説明できるという点も實際上重要となる。またそうした主張の説得力は、すぐれて個別の事案における特有の事情が左右すると思われる。そして、パロディスト側が正当化理由を十分合理的に説明できず、またオリジナルへの批判以外にも社会風刺の道具としてパロディ化するという目的が混在しているとか、オリジナル版への批判というより寧ろ作者の創作姿勢に対する文学評論的コメントを行うことが主であるといった場合、フェア・ユースによるパロディ正当化の難度は上がることになるとと思われる。

## V 著作権侵害と差止め請求の自動的付与に関するその後の動き

次に、パロディにおけるフェア・ユースの問題と深く関連すると考えられる差止めの可否について、近時

(19) ミッチェル家が長年にわたり支援してきたアトランタの黒人学校に対し、被告出版社が貢献することを条件に、原告が被告書籍の出版を認める旨の裁判外和解が成立した模様である。The Associated Press, *Settlement reached over 'Wind Done Gone'*, Oct. 2, 2005, <http://www.freedomforum.org/templates/document.asp?documentID=16230>

(20) 青木富貴子「風と共に去りぬのアメリカ」—南部と人種問題—121頁以下(岩波新書、1996年)。

の動向を簡単に確認することとしたい。

## 1 eBay 事件最高裁判決(2006年)<sup>(21)</sup>

前記のとおりプリティ・ウーマン事件判決は、その脚注10において差止めが常に最善の救済方法とは限らないことを示唆した。その後最高裁は、フリーランスの記者らが雑誌等に提供した記事をデータベース化した行為の著作権侵害が問題となったニューヨーク・タイムズ事件(2001年)<sup>(22)</sup>において、著作権侵害を認めた控訴審の略式判決を維持しつつ、なおプリティ・ウーマン事件判決脚注10等を引用の上、適切な救済方法が金銭支払いにより図られ得ることを示唆し、当該案件における具体的救済方法は地裁での議論に委ねられるべき問題であるとした。

これら一連の著作権侵害事件において最高裁が示した差止め命令に対する慎重な姿勢を参照しつつ、特許権侵害訴訟における終局的差止め命令(permanent injunction)について伝統的な衡平法上の要件を吟味すべきとしたのがeBay判決である。最高裁の判断の要点を説明すると、従前、連邦巡回区控訴裁判所における一般化した取扱いは、有効な特許権の侵害が認められる場合は原則として差止めを認めるというものであった。しかしeBay判決で最高裁はこうした差止めの自動的付与の扱いを拒絶し、特許権侵害訴訟であっても一般民事事件における衡平法上の要件が適用されるべきであるとした。その要件とは①原告が回復し難い損害を被ること、②金銭賠償のような普通法上の救済手段では当該損害の補償に不十分であること、③原告及び被告双方が被る不利益の比較衡量の結果、衡平法上の救済手段が正当化されること、④終局的差止め命令によって公益が害されないこと、である。

## 2 eBay判決がその後の著作権侵害事件に与えた影響と近時の動向

eBay判決は特許権侵害訴訟における終局的差止め命令に関する判例である。このことから、(1)eBay判決の射程が著作権侵害事件にも及ぶものか、また

(2)暫定的差止め命令事案にも及ぶものかどうか、が問題となった。

### (1) eBay判決の著作権侵害事件への適用

eBay判決がプリティ・ウーマン事件判決等を引用していることからすると、その射程が著作権事件に及ぶかが問題になるというのは奇異にも思える。しかしeBay判決で引用されたのは脚注10や古い著作権判例であり傍論的な部分の引用に過ぎないとも言える。こうしたこともあって、プリティ・ウーマン事件判決脚注10は、実務上無視されたに等しい状況にあるとも実は指摘されていた<sup>(23)</sup>。また著作権侵害事件において、侵害が認められれば権利者の回復し難い損害が推定され、ほぼ自動的に差止め命令が出されてきたとの実務上の取り扱いが、やはり長い間存在した。こうした事情からeBay判決後も、幾つかの裁判所において同判決は著作権侵害事件には適用されないとの「混乱」が生じている状況にある<sup>(24)(25)</sup>。しかし、両権利の排他性という共通項を考えるとeBay判決の理が著作権侵害事件に適用されないと考えることは合理的でなく、特許権と著作権の差止め規定の制定法上の類似性からも、寧ろ両事件を区別していないと捉えるのが自然であると解される。

### (2) eBay判決の暫定的差止め命令への適用

eBay判決は終局的差止め命令に関する事案であったため、暫定的差止め命令の事案で先例たり得るかは明らかでないとも言える。しかし、eBay判決以前より最高裁は一般的に暫定的差止め命令においても伝統的な衡平法上の要件を考慮すべきであるとしていた<sup>(26)</sup>。更に近時、Winter事件(2008年)<sup>(27)</sup>において最高裁は暫定的差止め命令においても伝統的衡平法上の要件を考慮することを改めて明らかにした。Winter事件は知的財産権訴訟ではなく、海軍による敵潜水艦探知のためのソナーを用いた訓練が海洋哺乳類に悪影響を与えるとして自然保護団体により西海岸地域での演習の差止めが申し立てられた事案である。この事件で最高裁は、条件付で暫定的差止めを認めた控訴審の判断を覆し、原告は、①本案勝訴の可能性があること、②暫

(21) eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 126 S. Ct. 1837 (2006).

(22) New York Times Company, Inc. v. Tasini, 533 U.S. 483, 121 S.Ct. 2381 (2001).

(23) Richard Danny, *Copyright Injunctions and Fair Use: Enter eBay- Four-Factor Fatigue or Four-Factor Freedom?*, 55 J.Copyright Soc'y U.S.A. 449 at 456 (Summer 2008).

(24) Eleanor M. Lackman, *Factoring in the Public Interest: The Impact of eBay on Injunctive Relief in Copyright Cases*, NYSBA Bright Ideas, Winter 2009, Vol 18, No.3.

(25) 例えば前記脚注で紹介したイマジン事件やハリー・ポッター語彙集事件の裁判所は、eBay判決が直接妥当するとは捉えていない。

(26) *Amoco Production Co v. Gambell*, 480 U.S. 531 (1987). この事件はアラスカ原住民の組織が、石油掘削事業が法律に定める手続を遵守しないまま進められているとして、事業会社らを相手に暫定的差止めを申し立てた事件である。この事件で最高裁は控訴審の暫定的差止めを認めるとの判断を取り消している。

(27) *Winter v. National Resources Defense Council* 129 S.Ct. 365 (2008).

定的差止めがなければ原告が回復し難い損害を被る可能性(likely)があること、③衡平法上のバランスが原告側に有利に働くこと、④差止めが公衆の利益に反しないこと、を示さねばならないとした。この Winter 判決の影響により、著作権侵害事件においても裁判所は原告が衡平法上の要件を満たすことを示さない限り、差止めを認めないとの傾向に移りつつあるように見える<sup>(28)</sup>。また Winter 判決が示した要件のうち①の本案勝訴の可能性以外は、eBay 判決が示した要件と実質的に重なるため、暫定的差止め命令においても衡平法上の要件を吟味する必要があるとの方向で固まるのではないかと思われる。

(3)

また一連の差止めに関する最高裁判決の下で「権利侵害があれば回復し難い損害が生じると推定する」旨の推定則が今後も維持されるかどうか重要な問題である。特に暫定的差止め命令においてこうした推定則を用いると、言論の自由との関係で問題があるとの強い批判もある<sup>(29)</sup>。この点 Winter 判決で最高裁は回復し難い損害の見込み(possibility)が示されただけで暫定的差止め命令を発するという従来の取扱いは妥当でないともしている。よって今後は終局的であると暫定的であるとを問わず、上記推定則が働かないとされることがあり得る点に留意すべきである<sup>(30)</sup>。

## VI 「ライ麦畑でつかまえて」続編出版事件

これまでフェア・ユースの適用におけるパロディの扱いと著作権侵害事件における差止め請求の扱いについて概観してきた。これを踏まえ、次に「ライ麦畑でつかまえて」(以下「ライ麦」と略す)続編出版事件を紹介することとしたい。

1

本事件の原告はサリンジャーと同人が設立したトラ

ストであり、被告は続編を執筆したコルティングとウインドアップワード・パブリッシャー他3名である。

事実関係の概略は以下のとおりである。コルティングは J.D. カリフォルニアのペンネームを用い無許諾で「60年後：ライ麦畑を通り抜けて(60 years later: Coming through the Rye)」(以下「60年後」と略す)を執筆し、米国で出版しようとした。訴状によると、サリンジャーは「60年後」の出版計画を知り、2009年5月以降出版社に対し出版取りやめを繰り返して要請したが、出版社は応じず、「60年後」はまず英国アマゾン等を通じ購入可能な状態に置かれた。続いて米国アマゾンも「60年後」の同年9月以降の販売予約を開始した。そこで、2009年6月、サリンジャーは著作権を管理するトラストと連名でコルティングらを相手方として著作権侵害及び普通法上の不正競争行為を主張して S.D.N.Y. に訴訟提起し、「60年後」の米国内における暫定的及び終局的な出版、配布、販売等の差止め及び損害賠償を求める等した。被告らは「60年後」と「ライ麦」の間には実質的類似性はないこと、また「60年後」はパロディでありフェア・ユースが成立すること等を主張して争っている。

2

「60年後」の内容に関し、裁判所の判断を理解する意味でごく簡単な説明をしておきたい。この本の裏表紙には「J.D. サリンジャーと彼の最も著名なキャラクターとの関係に関する小説的考察」との文言が付されている(但し訴訟記録によれば当該文言は米国内の販売に限って付され、当初は「『ライ麦』の続編」と記載されていたとのことである)。冒頭には「J.D. サリンジャー、考え得る限りの途方もない嘘つき(the most terrific liar you ever saw in your life<sup>(31)</sup>)に捧げる」と記載されている。物語は「60年後」の主人公コールフィールドの現在の姿であるらしき76歳のミスターCが、老人ホームと思われる施設の一室で目覚める場面で幕を開ける。その直後、何者かの独白「私は彼を蘇らせるこ

(28) Pamela Samuelson and Krzysztof Bebenek, *Why Plaintiffs Should Have to Prove Irreparable Harm in Copyright Preliminary Injunction Cases*, *Journal of Law & Policy for the Information Society*, Vol. 5, 2009; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1495343. available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1495343> は、特許権及び著作権関連事件における殆どの裁判例が終局的及び暫定的差止め命令の審理において eBay 判決の示唆を認識しているが、幾つかの裁判所は著作権事案における同判決の妥当性に納得していないとする。

(29) Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J.147 (1998) はそうした観点から書かれた著名な論文である。

(30) 例えばオープンソース・ソフトウェアのライセンス条件が著作権使用を許可する際の制約条件にあたるかどうか争点となった *Jacobsen v. Katzer* 事件(535F.3d 1373 (Fed Cir. 2008))の差戻し後の裁判では(609 F.Supp 2d 925, 937-938 (N.D.Cal. 2009)), Winter 判決を引用の上「今日では本案勝訴の可能性を示しただけで原告に回復し難い損害の推定が与えられることはない」とし、暫定的差止めの申立が否定された。なお Samuelson 教授らは、前掲論文において「回復し難い損害」の例として、権利者のライセンス戦略が阻害される場合、限定された期間流通する著作物の場合、侵害者と主張されている者の支払い困難等を挙げる。また高度に変形的に利用された場合には市場被害は想定しにくいことも指摘している。

(31) この表現は「ライ麦」で主人公が自身を表す言葉として用いたものである。

とにした」とのイタリック表記の記述が続く。この告白は小説全般にわたり挿入されており、読者にはこの者がミスターCの生みの親(作者)であることが認識される。彼は自ら創りだしたキャラクターであり財産(property)であるミスターCと当初良い関係を保っていたが、やがてその存在を重荷に感じるようになったと告白する。そして現在はキャラクターをもっと早くに殺してしまうべきだったと考えており、その目的のためミスターCを蘇らせ、キャラクターとの関係に何らかの決着をつけようとしていることが読者にも伝わる。物語の前半から中盤は、施設を抜け出しマンハッタンに向かったミスターCが、そこで旧友と会う等するが、作者の意思によってトラックに轢かれそうになる等の危険な目にも遭う。またミスターCが自分を施設に送った息子に対する感情をうまく表現できずに悩む様子も描かれる。やがてミスターCは「60年後」には登場しなかった新たな女性と行動を共にし、作者はキャラクターの自発的行動に戸惑いを告白する。物語の終盤、ミスターCはニューハンプシャー州コーニッシュに向かう(この地はサリンジャーが隠遁生活を送った地として有名)。そこでミスターCは、あるきっかけからサリンジャーその人を訪ねて面会することとなる。そして書齋で妹のフィービーや旧友ストロレイターを始めとするキャラクターの名前が書き込まれたファイルを目にする…。

### 3 地裁における判断の概要

2009年7月1日、S.D.N.Y.のDeborah A. Batts裁判官は、原告らの暫定的差止め命令の申立を認めた(地裁の判断はサリンジャー氏が亡くなる前に出されている)。その判断の概要は以下のとおりである。

#### (1)

原告が「ライ麦」の有効な著作権を有していること、コールフィールドのキャラクターは十分輪郭づけされていることから、著作権侵害の主張が可能である。また被告のオリジナルへのアクセスがあったことも認められ、「60年後」と「ライ麦」の間には実質的類似性が認められる。

#### (2)

フェア・ユースの成否については下記のとおり否定される。

##### ① 使用の目的及び性質

「60年後」は「ライ麦」又はコールフィールドに対する批評・批判とは認められない。被告らは主人公が信念を曲げずいんちきな人物でいたくないとの思いでい

たことで、最終的にいかにその精神的成長が妨げられたかを描くことに重点を置いたと主張する。しかし、そうしたことは「ライ麦」において既に試みられている。また被告コルティングは、本件訴訟が提起されるまで「60年後」がパロディであるとの主張はしていなかった。寧ろ彼自身は、メディアの取材に対し、「60年後」は「ライ麦」の批判でもパロディでもなく、オマージュであり続編であることを明らかにしていた。

「60年後」はサリンジャーその人に対するパロディということもできない。パロディが成立するには作品に対する批判・批評であることを要する。被告らがサリンジャーの隠遁生活と、知的財産に対し強いコントロールを及ぼそうとする彼の性質に対する批判をするためにサリンジャーをキャラクターとして用いたことは、サリンジャーその人とその風変わりな言行に対するコメントに過ぎない。

「60年後」は「ライ麦」及びコールフィールドの変形的利用ということとはできない。「60年後」はコールフィールドのナイーブさや孤独感、未成熟へのコメントと恐らく言えるであろうが、それらは「ライ麦」において既に十分行われている。

「60年後」はサリンジャーのキャラクターを変形的に利用したということもできない。サリンジャーをキャラクターとして登場させ、彼に対する批判をすることは、変形的な価値をある程度は有していよう。しかし、被告らは「ライ麦」に対するのではなくその作者に対する批判・批評をしているに過ぎない。更に被告コルティングはサリンジャーに対する批判をすることが主目的だったと主張しているが、そのような批評目的について当初主張していなかったことから信用できない。更にサリンジャーが登場するのは277頁のうち僅か40頁に過ぎない。変形的要素は一貫しておらず、「ライ麦」の要素を多く借用していることから、変形的な性質は消失してしまっている。

##### ② 著作権のある著作物の性質

「ライ麦」が著作権保護の核心である創造的な表現であることは疑問がなく、この要件はフェア・ユースの主張に不利に働く。

##### ③ 使用された部分の量及び実質性

被告らは、その主張にかかるサリンジャー及び彼の行動と態度への批判という変形目的に必要な範囲を超えて、実質的にも文体的にも「ライ麦」から借用している。最も顕著なのは被告らがコールフィールドをミスターCと名付け「60年後」の主人公とし、類似又は同一の考え方、性質及び人格を付与したことである。作



品自体ではなく、その作者に対する批評を行うことはパロディ目的とは言えず、被告コルティングが同じ主人公を用い、詳細にわたりオリジナルを再現する必要はなかった。被告らには、サリンジャーが批評又は冷やかしの対象であることを効果的に想起させるに必要な範囲を超えて、サリンジャーの著作権ある作品を利用する権利はない。

#### ④ 潜在的市場又は価値に対する使用の影響

「60年後」及び類似の作品が広く流布されると、何が真の続編か副読本かについて混乱が生じ、又は新規さやマスコミを通じた宣伝の価値が損なわれ、「ライ麦」の続編又は他の派生的著作物の市場が損害を受けるであろう。サリンジャーは続編等の出版に関心を示していないが、著作権者は考えを変える権利があり、よって派生的著作物を売る機会の保護を受ける資格がある。この考え方は憲法にも合致する。なぜなら続編を生産しない権利が保障されることでオリジナル作品を創造するインセンティブが促進される場合もあるからである。例えば作者の芸術的ビジョンが、生み出したキャラクターの物語のある部分や局面を読者の多様な想像に委ねることを意図している場合、又は読者に事後何が起きたかを自由に想像して話し合ってもらいたいと希望していた場合、これはまさに当てはまるであろう。

#### (3) 暫定的差止めについて

被告らは eBay 最高裁判決を引用し、著作権侵害の一応の証明により回復し難い損害を推定することはできないとするが、同判決は特許権侵害訴訟における回復し難い損害の推定に関するものに過ぎない。本件で eBay 判決は適用されない。

## 4 地裁の判断の検討

### (1) 実質的類似性について

我が国ではキャラクターは、思想または感情を創作的に表現したものではないから、著作物となりえず独立の保護対象となることはないとされる<sup>(32)</sup>。これに対し、本件判断では「ライ麦」の文字的キャラクター(ミス

ターC)を用いたことが著作権侵害の理由であるかのように示され、我が国法に基づき考えると少し違和感がある。この点につき、米国においてもアイデア・表現二分論は妥当する。しかし他方で具体的表現そのものでなくとも、物語の進め方、情景設定、登場人物等も表現の要素として保護され得る<sup>(33)</sup><sup>(34)</sup>。そして理論上は、①キャラクターが表現の要素として十分輪郭づけられているか、②被告側の表現が原告キャラクターを要素とする表現と実質的に類似するかが問題となる。ただ実際には、キャラクターに著作物性があるかという判断と実質的類似性があるかの判断が混同する恐れもある。つまり、一たびキャラクターが十分に輪郭づけられていると判断されると、そのキャラクターを用いた被告の作品が原告の著作権を侵害するとの判断が一足とびに導かれる恐れがある<sup>(35)</sup><sup>(36)</sup>。この危険性を指摘する意見もあり<sup>(37)</sup>、被告もこの点を争ったのであるが、ここでは問題点を指摘するに止める。

### (2) フェア・ユースについて

被告書籍はパロディであり原作品及びサリンジャー氏の態度に対する批評であるとの被告の主張につき、裁判官が後付けのもので信用できないとした点は実質的に重要であろう。過去の裁判例に照らしても、パロディ化する必然性をどれだけ理論的に説明できるかが重要であることは前記のとおりである。

ただし「60年後」が批評の価値を有するかについての判断は微妙である。原作品のコールフィールドは、権威に盲従せず偽善者を見抜く能力があるが、他方で自分の進むべき道を見つけれず、ライ麦畑で遊んでいる子供たちを見守り、彼らが崖から落ちそうになったら助けてやるような人(Catcher)でありたいと妹に語る人物である。「60年後」のミスターCは、十代の頃の思いから抜け出せず、社会において居場所を見つけられなかった男の末路であるとも読める。そう描くことで、原作品のキャラクターは、実は現在に至るも支持を得る程の人物ではなかったと批評していると言えなくもないのではないか。その他「60年後」に登場す

(32) 加戸守行「著作権法逐条講義五訂新版」180頁((社)著作権情報センター、平成18年)。

(33) Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119(2d Cir. 1930). この事件のHand判事が示した基準が十分な輪郭づけテスト(distinctly delineated test)は今日まで参照されている。

(34) Warner Brothers Pictures v. Columbia Broadcasting System, 216F.2d 945(9th Cir. 1954). この事件ではキャラクターが物語を進める駒に過ぎない場合、著作権の保護は及ばないとされた(story being told test と呼ばれる)。

(35) GS Schienke, *The Spawn of Learned Hand-A Reexamination of Copyright Protection and Fictional Characters: How Distinctly Delineated Must the Story Be Told?*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev.63 at 68(2005).

(36) Jasimina Zecevic, *Distinctly Delineated Fictional Characters That Constitute The Story Being Told: Who Are They And Do They Deserve Independent Copyright Protection?*, 8 VAND. J. ENT. L. & PRAC, 365(2006). 先例で示された輪郭づけテスト等はアイデアに過ぎないものを除外する機能を有するが、これは実質的類似性の判断の一部に解消されるべきこと、キャラクター名の使用は商標法等による保護が妥当し得ると主張する。

(37) 控訴後提出された法廷意見書のうち、PUBLIC CITIZEN, INC.によるもの等。

る旧友、認知症になった妹とミスターCの関係が持ち得る文学的意味合いは、被告らが提出している供述書で詳しく解説されている<sup>(38)</sup>。

また被告書籍はサリンジャーの自らの知的財産管理の姿勢に対する批評とも言えなくもない。「60年後」の結末は、サリンジャーは自ら生み出したキャラクターは自らの血肉であると認識するに至り、ミスターCを殺すことをあきらめる。ミスターCは最後に息子と再会するが、息子とうまく語り合えるかという心配が杞憂であったことを悟る。こうした場面はサリンジャーが殺そうとしたキャラクターは実は彼自身の投影であり、同氏はキャラクターを完全な管理下に置こうとしたことでかえって苦しんだのではないか、との主張とも受け取れるのではなかろうか。すなわち、キャラクターは作者にとり息子のようなものだったとしても、自ら生んだという理由で管理し好きに殺すことすら許されるのか。映画化等を認めて著作物を解放し、別の観点から光を当てることで有益な著作の活用がなされ得たのではないかという問題提起とも受け取れる、と解することは穿ち過ぎであろうか。仮にそう言えるとしたら、本件は原作品への批評と作者の姿勢への一般的批評とが混在しており、第2巡回区の先例に照らし変形的利用を認めることも可能であった、と言えるかもしれない<sup>(39)</sup>。

ただし、「60年後」は前記「風と共に去りぬ」事件に比し、原作品の表現を利用して批評をせねばならなかったとの必然性に欠けることは否定できない。サリンジャー氏の頑なな姿勢は良く知られた事実であり、パロディ化せずとも同氏への批判はできたと思われる。そうすると本件は商業目的パロディの正当化について理由づけが乏しい事案だったと言えると思われる。実際、訴訟記録上 Batts 裁判官は「60年後」が原作品への批評であると認識することが「風と共に去りぬ」事件に比し難しい旨を述べている。また Batts 裁判官自身はパロディに特に厳しい人ではなく、現に本判断の直前の2009年3月にはパロディ案件でフェア・ユースの成立を認めている。すなわち、アニメ番組の主人公が、経済的に成功するにはユダヤ人であることが有利であるとの考えから、番組内で「星に願いを」の替え歌

(“I Need a Jew”)を唄う場面の著作権侵害が問題とされた事案<sup>(40)</sup>につき、同裁判官は、カテゴリーカルな人種観は星に願いをかけるように幼稚で単純であるとの批評と理解できるとして、変形的利用であると認めフェア・ユースの成立を認めている。その際「番組制作者らがパロディ曲録音前にディズニー氏の反ユダヤ思想に対する批判を組み合わせることでパロディ版の批評的価値を際立たせようとした」旨を示す証拠があることを指摘している点は興味深い。やはり何故パロディが必要とされたかを文脈上合理的に説明できるという点が実務的に重要であり、「60年後」においては被告らにこの点についての認識と説明が足りなかった面はあると言わざるを得ない。

最後に市場被害の点に関する地裁の判断について、第一に続編が広く流布されることで真の続編の新奇さや宣伝効果が失われ得るとした点につき、過度の露出(overexposure)により著作権者が損害を被るとの考えはあり得るかもしれないが、本件で原告側がその点について具体的な立証活動を行った上での判断かという点に疑問がある<sup>(41)</sup>。第二に、見方によっては本来オリジナルを批判する市場というのは原作品の作者が開拓する市場の中核でないと指摘したプリティ・ウーマン事件との整合性が問題となり得、更に公共の利益に合致する限り適切な利益衡量の下社会にとって有用な表現を現出させるべきとの米国著作権法の考え方と整合するかも問題になり得ると思われる。

### (3) 暫定的差止めに関する判断

地裁が著作権侵害訴訟に eBay 判決が適用されないと読める判断をしたことについては、前記のとおり著作権と特許権の性質の類似性や制定法上の類似性に照らし、妥当性に疑問がある。特にプリティ・ウーマン事件で最高裁が引用したホームズ判事の言葉(前述)や、「風と共に去りぬ」事件で裁判所が「文学上の判断は高度に主観的である」旨指摘したことに照らすと、裁判所が暫定的差止めを認めることで、公衆が「60年後」を様々な観点から観賞する機会が奪われることについての配慮が必要だったと思われる。

(38) 訴訟資料について <http://www.fkkslaw.com/jdsalinger.asp> 参照。

(39) American Library Association から提出の控訴後法廷意見書は変形的利用が認められ得るとしている。

(40) *Bourne Co. v. Twenty Century Fox Film Corp.*, 602 F.Supp. 2d 499 (S.D.N.Y. 2009).

(41) Dennis S. Karjala, *Harry Potter, Tanya Grotter, and Copyright Derivative work*, 38 Ariz. St. L.J. 17 (2006) は、キャラクターに関する過去の裁判例を詳細に検討した上で、提言の一つとして、裁判所は侵害認定を慎重に行うべきであり、overexposure については、それによる将来の損害発生の実現的可能性を権利者が示した場合にのみ差止めを認めるべきであるとし、更に著作者の死後は差止めは認められるべきではないとしている。

## Ⅶ 「ライ麦」続編出版事件の控訴審の判断の概要と若干の検討

### 1

第2巡回区控訴裁判所はサリンジャー氏の死後に訴訟承継手続が行われた後、2010年4月30日、地裁の暫定的差止めに関する判断を取り消し、差し戻した(3名の合議体裁判官全員一致)。その概要は以下の通りである。

#### (1)

当裁判所においては、原告の本案勝訴の可能性を認定することで、ほとんど全ての著作権事案において差止めを発令してきた。…我々は今回 eBay 判決が著作権侵害が主張される事案における暫定的差止め命令の判断にあたり等しく適用されるものであることを示す。eBay 判決のテキストや論理は何ら当該判決が特許事案に限定されたものとはしていない。…またつい最近の Winter 判決でも示された通り、eBay 判決は終局的差止め命令に比べ容易に暫定的差止め命令を発令することを許したわけでもない。eBay 判決は暫定的差止め命令に関する伝統的な衡平法上の要件テストを示した過去の最高裁判例(Amoco 判決)についても参照し、Winter 事件において最高裁は eBay 判決で示した要件を暫定的差止め命令において現に適用している。

#### (2)

第一に、原告は本案での勝訴の可能性又は本案審理を行うに値する十分に深刻な争点の存在により訴訟提起に合理的理由があり利益衡量のバランスが決定的に原告に傾くものであることを示さねばならない。第二に、原告が差止めなしでは回復し難い損害を被るであろうこと(likely)を示した場合のみ裁判所は差止め命令を発令できる。裁判所は原告が回復し難い損害を被るであろうとの推定やカテゴリーカル又は一般的なルールを適用してはならない。第三に、裁判所は原告と被告が被る不利益のバランスを考慮せねばならず、衡量が原告に有利に働く場合のみ差止め命令を発するこ

とになる。最後に、裁判所は差止めを認めることで公衆の利益が害されることがない事を確認せねばならない。

#### (3)

地裁は4要件のうち1つ(本案勝訴の可能性)しか考慮しなかったのであるから、これを取り消し差し戻す。…(控訴審裁判所は)概して地裁が示した理由に基づき、実質的類似性に関する地裁の判断が適切と認める。被告らによるフェア・ユースの主張につき、我々は被告らとその主張に成功するとは考えず、この点につき地裁に賛成する。フェア・ユースの第一要素(利用の目的と性質)に関する地裁の判断は、被告コルティングの主張に信頼性がないということに基づくが、明らかな誤りであるとは思われない…。

## 2 控訴審の判断の検討

第2巡回区控訴裁判所が、これまでの同裁判所における暫定的差止めに関する考え方が、eBay 事件及び Winter 事件に関する最高裁の判断によって改められることとなったことを明示で認めた意義は大きい<sup>(42)</sup>。これまで eBay 判決の論理が著作権侵害訴訟にもあてはまるのか、また暫定的差止め命令にも適用されるのかにつき、混乱が生じている実情があったことは前記のとおりであるが、今回の控訴審の判断により収束していくことが期待される。著作権侵害訴訟において、差止め命令が自動的に付与される又はカテゴリーカルなルールに基づき発令されるという考え方は一般的でなくなりつつあるということは言えるであろう<sup>(43)</sup>。また、控訴審は今回の判断で、本案勝訴の可能性の吟味にあたり、著作権侵害訴訟でフェア・ユースの主張が筋道だつてなされた場合、訴訟の行方の予測が困難であることを特に認識すべきであるとしている。また回復し難い損害の要件と原告・被告間の利益衡量は関連していること、すなわち原告側には著作権保有者としての財産的利益だけでなく第一修正に基づく「話さない自由」があること、これに対し被告側にも原告の著作権

(42) 控訴審が「本案勝訴の可能性」の代替的要件として示している「本案審理を行うに値する十分に深刻な争点の存在」に関する要件(serious question standard と呼ばれる)は、Winter 事件で最高裁が示した要件には入っていないが、少なくとも第2巡回区においては本案勝訴の可能性を見積もるためのテストとして Winter 後も有効であるとされている。Citigroup Global Mkts., Inc. v. VCG Special Opportunities Master Fund Ltd., 598 F.3d 30(2d Cir 2010)。

(43) 本件控訴審が示した暫定的差止めに関するルールが商標事案にも当てはまるとした裁判例も出始めている。例えば Rebecca Tushnet, *Salinger applies to trademark cases, district court rules People's United Bank v. PeoplesBank*, 2010 WL 2521069(D. Conn.), June 28, 2010, <http://tushnet.blogspot.com/2010/06/salinger-applies-to-trademark-cases.html>. 参照。なお、サリンジャー事件控訴審の判断で示されたルールが商標権事案にも適用されるであろうことから、差止めを求める場合には立証上の注意が必要であることを指摘しつつ、なお商標権保護の憲法上の根拠が特許権及び著作権と異なること、また保護の趣旨がグッドウィルの保護と消費者の信頼保護にあること等を理由に、本案勝訴の可能性が示される事案では、実際問題として権利者の回復し難い損害も殆ど全ての場合に認められるであろうとし、商標権侵害事案においてはサリンジャー控訴審後も差止め案件についての結論は事実上これまでと変わらないであろうと指摘する実務家もいる(Robert N. Potter & Andrew I. Gerber, *Distinction Without Difference? The impact of Salinger on Preliminary Injunctions in Trademark Cases in the Second Circuit*, NYSBA Bright Ideas, Fall 2010, Vol 19, No.2.)。

を侵害しない限り保護されるべき財産的利益がある他、第一修正に基づく自己表現の自由があることを念頭に置くべきであるとし、著作権侵害を認めたからといって回復し難い損害を単純に推定することを厳に戒めている。更に、差止めにより公衆が不利益を被る可能性について、表現の自由の観点からは重大であり、且つ公衆の利害は訴訟当事者が有する言論の自由とは区別されるものであるとしている。また終局的な本案審理を経ない差止め命令発令は、第一修正により保護される言論を禁ずる恐れがあることを指摘した上で、なお幾つかの事例においてはフェア・ユースの筋道立った主張がされず、明らかに他者の著作権を侵害するものであろうから、そうした事案では第一修正の価値は事実上存在しないと述べている。このように、今回の控訴審の判断は、暫定的差止めを本件で認めることが違憲の疑いがあるとまでは言わないものの、原告のみならず被告側の、更には公衆が自由な言論活動から得る利益をも考慮すべきであることを指摘している点が注目される。

なお、本件の被告のフェア・ユースの主張について、控訴審は認められないであろうことを示唆しており、本件では控訴審でもフェア・ユースの成立は否定的に解されることとなった。小説におけるフェア・ユースの主張はなかなか難しいことが改めて認識される。

## VIII 終わりに

一連の裁判例を分析すると、オリジナルへの批評の価値が見出し難く、純粋な続編小説である場合、フェア・ユースの成立を主張するには相当の困難が伴うと言える。批評の価値を持つ続編出版だとしても、そう

した出版の必要性について、裁判所が納得するような合理的な説明ができる必要があることは前記のとおりである。現実には、創作活動は特段の理論的根拠なく行われる衝動的な面もあろうし、パロディ等の作者が自らの作品の存在意義について巧く説明できないこともあろう。しかし法律的に見た場合、理論的な説明が必要である。他方、米国では差止め請求の当否につき慎重な判断を行うことで公益とのバランスを図ろうとの動きがあることも重要であり、今後も裁判例を注視する必要がある。

小説の続編出版については米国以外でも事例があるが<sup>(44)</sup>、我が国では小説の続編出版は著作権侵害にはあたらないとするのが一般的であろう<sup>(45)</sup>。またパロディについては現在の我が国の判例の下では成立を認めるのが著しく困難とされる<sup>(46)</sup>。

しかし、我が国でも将来パロディに関し深刻な紛争が起きる可能性が皆無ではないし、立法的対処も含めた検討の余地もあろう<sup>(47)</sup>。その場合、個々の裁判官のパロディの存在意義に関する価値判断の不当な介入を避けるために、差止めが認められる場合を制限するというアプローチも一考には値しよう。しかしそれと同時に、著作人格権を含むオリジナルの著作者の権利保護をいかに図っていくべきか、均衡のとれた結論とは何か等について、広く議論していく必要がある。筆者も微力ながら、今後も我が国著作権法上の重要な課題として考えていきたいと思う。最後に、発表と本稿執筆の機会を与えてくださった日本大学法学部の金井重彦先生、東京弁護士会の川田篤先生に感謝しつつ、本稿を終えることとしたい。

(追記) 本稿脱稿後、「ライ麦畑でつかまえて」続編出

(44) フランスでは「レ・ミゼラブル」の続編出版事件が起きている (James Mackenzie, *French court allows "Les Miserables" sequel*, Dec 19, 2008, <http://uk.reuters.com/article/idUKTRE4BI6FV20081219>). またドイツでは「ドクトル・ジバゴ」の続編出版事件というものがある (Eleanor Robinson, *Once Upon a Time... a Happy Ending For the Unauthorized Sequel?*, 4 New Zealand PGLeJ (2006) available at <http://www.nzpostgraduatelawjournal.auckland.ac.nz/CurrentIssue.html>). 「レ・ミゼラブル」続編事件はユーゴーの子孫により著作人格権侵害が主張された事案であるが、破棄院での判断を経た後、2008年12月に控訴院で続編出版が認められたとのことである。「ドクトル・ジバゴ」続編事件については1999年に連邦通常裁判所で著作権侵害が認められた事件とのことである。

(45) 我が国著作権法の下では小説の続編出版は著作権侵害にあたらないとするものとして田村善之「著作権法概説第2版」71頁(有斐閣, 2001年)。なお早稲田祐美子「続編と著作権」コピライト11月号(2009年)44頁、福井健策「著作権とは何か—文化と創造のゆくえ」48頁以下(集英社新書, 2005年)も参照。反対に小説等の続編出版が著作権侵害に当たり得ることを主張するものとして、橋本英史「著作権(複製権、翻案権)侵害の判断について(下)」判例時報1596号(1997年)26頁。分岐点の一つの要素としては、全体比較論によるか又は創作的表現の類似性を厳格に考えるかがあると思われる(学説の分類については横山久芳「翻案権侵害の判断構造」及び駒田泰土「複製または翻案における全体比較論への疑問」を参照。いずれも「斎藤博先生御退職記念論集—現代社会と著作権法」(弘文堂, 平成20年)所収)。

(46) パロディ・モンタージュ事件最高裁判決(最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁)が示した基準(その表現形式上の本質的特徴を感得させないような態様において利用する行為)について、斎藤博「著作権法第3版」213頁(有斐閣, 2007年)は「パロディをそのように把握するとすれば、その作成は容易ではなく、1世紀のうち数えるほどの作成にとどまろう」としている。ただし、パロディ・モンタージュ事件については本来の意味におけるパロディと言える事件なのかは問題があるとの指摘もされている(中山信弘「著作権法」313頁(有斐閣, 2007年))。

(47) 現在議論されている著作権法における権利制限の一般規定の創設に関し、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」(平成22年4月)23頁によれば、パロディは、将来必要に応じ別途検討するものとされたようである。

版事件について、2010年12月の初めに和解が成立したとの報に接した<sup>(48)</sup>。和解内容の詳細は明らかではないが、報道によれば、米国とカナダにおける「60年後」の出版禁止、その他の地域における販促活動においてサリンジャーや「ライ麦」への言及をしてはならないこと、等を内容とするようである。この種の事案が最終的に和解によって解決することは予想されたことではあるが、本件は、フェア・ユースとパロディとの関係だけでなく、差止め請求のあり方についても問いを投げかけたという意味で、重要な事件であったと思われる。

---

(48) コルティングの代理人を勤める法律事務所のHP ([http://www.fkkslaw.com/press\\_stories.asp?pageID=1](http://www.fkkslaw.com/press_stories.asp?pageID=1), 2011年1月12日の項) 及びそのリンク先 (<http://www.thelocal.se/31392/20110112/>) 参照。

