

# 表現の自由と著作権

## パロディ表現物に関する憲法学的検討

西 森 菜 津 美

(法学専攻 シビック・ガバナンス・コース)

- 第1章 はじめに
- 第2章 パロディとの関係で問題となる著作権の憲法上の位置づけ
  - 第1節 同一性保持権の検討
  - 第2節 複製権，翻案権の検討
- 第3章 憲法21条1項により保障されるパロディの範囲
  - 第1節 パロディに関する判例
  - 第2節 表現物としてのパロディ
  - 第3節 憲法21条1項により保障が及ばないパロディとは
    - (1) 名誉毀損的パロディ表現
    - (2) わいせつ的パロディ表現
- 第4章 パロディ表現の保障と著作権との調整
  - 第1節 表現内容規制か内容中立規制かによる区別
  - 第2節 表現内容規制に該当する場合
  - 第3節 内容中立規制に該当する場合
- 第5章 私 見
- 第6章 おわりに

## 第1章 はじめに

著作権法は、著作者など一定の者に、その著作者人格権、著作権等を侵害する者、又は侵害する恐れのある者に対して「その侵害の停止又は予防を請求すること」を認めており(112条1項)、これは差止請求権を認めたものと解される。そして、同条項の文言からは、差止めが認められる要件としては、著作権侵害のみと解される。しかし、その差止めの対象物は、

著作権侵害をしているといえども、ある人の「表現物」である。

特に、パロディという表現形式は対象となった他者の著作物が感得されて初めて効果を生ずるものであり、他人の著作物を利用せざるを得ない。また、パロディは他者の著作物を揶揄したり、風刺したりすることが多いので、著作者はパロディとしての利用を許諾しないことが多く、著作権を侵害する可能性が非常に高い。

この点、著作権侵害を引き起こすパロディ著作物の存在を認めない考え方もあるだろう<sup>1)</sup>。

しかし、憲法21条1項の表現の自由で保障されている「表現」とは、「人の内心における精神作用を、方法の如何を問わず、外部に公表する精神活動の自由」<sup>2)</sup>を意味するとされ、これは、思想・信条の発表だけでなく、「思想・信条・意見・知識・事実・感情など個人の精神活動にかかわる一切のものの伝達に関する活動」<sup>3)</sup>を意味するとされている。そして、この「表現」には、刑罰法規に触れる可能性のある性表現や名誉毀損的表現も含まれる<sup>4)</sup>とされるため、刑罰法規に触れる可能性のある表現ですら表現の自由の問題になり得ると考えるならば、他人の著作権を侵害する「表現」も当然に表現の自由の問題になり得るはずである。

また、他人の著作物を基に創作するパロディという表現形式は、モダニストの「知」のあらわれであり、批評の道具であるといわれてきたジャンル<sup>5)</sup>であり、「正面切って生真面目に批判を加えるのではなく、笑いに託して物事の本質を突く、というパロディの文化は、成熟した文化において欠くべからざるものであろう」<sup>6)</sup>と考えられる。

このようなことから、著作権法では、「引用」規定(著作権法32条1項、48条1項1号)の柔軟解釈<sup>7)</sup>や「複製」、「翻案」概念の限定解釈<sup>8)</sup>、20条2項4号の柔軟解釈<sup>9)</sup>など著作権法の解釈による保護が考えられているが、このような調整機構を最大限活用してもまだ十分でないと考えられる<sup>10)</sup>。

そこで、以下では、著作権法112条1項の著作権侵害による差止めは合憲なのか、憲法21条1項で保障されている表現の自由をパロディ著作物の

著作権侵害に対する抗弁として提出しえないかを憲法学の立場から考察する。

しかし、わが国ではこの問題の検討はあまりなされず<sup>11)</sup>、憲法学の立場から著作権について述べられている文献も少ない<sup>12)</sup>。

そこで、パロディ著作物を作る際に著作権法上問題となる権利は憲法の何条によって保障されるかを考察する。そして、パロディについての判例を見て、判例がパロディについてどのように考えているかを検討した後、判例の問題点を指摘し、パロディとして保障され得る表現の範囲を考える。さらに、その権利に基づく差止めが表現が表現の内容に対する規制なのか、表現方法に対する規制なのかを場合分けして、それぞれの審査基準を考慮し、最後に著作権法112条1項による差止めの合憲性を考える。

なお、本稿では、著作権という言葉を使用する場合、著作者人格権と著作財産権の双方を含んだ概念を指す。

## 第2章 パロディとの関係で問題となる著作権の 憲法上の位置づけ

パロディ表現との関係で問題となる著作権法上の権利は、同一性保持権、翻案権、複製権である。そこで、これらの権利と表現の自由との関係を明らかにするために、これらの権利は憲法何条によって保障されるのかを検討する。なお、複製権、翻案権は第2節でまとめて論じているが、これは、著作権法において同一性保持権は著作者人格権として規定されているのに対し、翻案権、複製権は、著作財産権として分けて規定されているのに配慮したものである。しかし、両者がともに保護の対象とする著作物は、経済的に利用しうる独立の取引財であると同時に、それ自身の中に著作者の個性を内包するものであるから、著作権行使の際には人格的利益を満足させようという考慮が働いているのは当然であろうし、逆に、著作者人格権の行使もまた財産的利益に左右されることも十分考えられる<sup>13)</sup>ので、両者

には保護利益の点である程度の交錯が認められ、著作財産権は、財産的利益しか有さず、著作者人格権は人格的利益しか有していないとは言えないと考える。

## 第1節 同一性保持権の検討

同一性保持権は「著作物及びその題号」について他人が著作者の意に反して勝手に変更、削除その他の改変をすることを禁止する権利(著作権法20条1項)である。全一性維持権、原状維持権ともいう。

同一性保持権侵害の要件は、著作者の「意に反して」ということと「改変」することである。

まず、「意に反して」とは、文言を素直に解釈すれば、著作者の主観的意図に反する改変を保護していると解される。つまり、著作者の純主観的な好みや感情が如何なるものであっても、それに反する場合は「意に反」とするともいえる。

それに対して、精神的・人格的利益を害しないときは侵害とはならないとする説<sup>14)</sup>、「意に反して」という語の意味を客観的に捉え著作物を通じて忤度される名誉心や自尊心であるとする説<sup>15)</sup>、その分野の著作者から見て、常識的に判断する説<sup>16)</sup>もある。

しかし、文理的にも、113条6項に「名誉又は声望を害する方法」による著作物の利用行為は著作者人格権侵害とみなすと規定されていること、死後の人格権については「著作者の意を害しないと認められる場合は」保護されないと規定されていること(60条ただし書)、さらに、実演家の同一性保持権については「名誉又は声望を害する」改変は侵害になると規定されていること(90条の3第1項)から立法者は明らかにそれらの文言を使い分けしている<sup>17)</sup>と考えられる。

そこで、20条1項は主観的意図を保護している<sup>18)</sup>という結論が導かれると考える。

次に、「改変」については、質的に劣る方向に変容させられる場合はも

とより<sup>19)</sup>そのような劣化が特に認められないとしても、表現に有意な変更が加えられる以上は、同一性保持権侵害が成立する<sup>20)</sup>。また、元の著作物の創作的表現が残存しない程度にまで改変が進んだ場合は、もはや別個独立の著作物となり、同一性保持権の埒外の問題となる<sup>21)</sup>。

この権利が著作権法上保障される趣旨は、「著作物が無断で改変される場合には、その創作した著作物が自己の意に沿わない表現を有することになり、著作者は精神的苦痛を受ける」<sup>22)</sup>とされる点にある。

さらに、著作物は社会全体の文化的所産としての側面をも有しており、文化の発展という側面からも同一性を保持する要請がある<sup>23)</sup>ので、文化財保護機能もある。

では、このような同一性保持権は果たして憲法何条を根拠に保障されているのだろうか。

同一性保持権は、著作者の意に反して改変されたこと自体が著作者の人格を傷つけるという認識の下に立法されて<sup>24)</sup>いることから、憲法13条を根拠に導かれる人格権の一種として保障されるとも考えられる<sup>25)</sup>。しかし、「意に反して」の要件は、判例上、憲法13条の幸福追求権により保障されているとされる名誉権と異なり、著作者の主観によって侵害か否かを判断する点から、人格権の一種として保障されるか否かは別途検討する必要がある。

この点、各人の人格に本質的な生命、身体、健康のほか、名誉、プライバシー、自由および生活等に関する諸利益は、広く人格権と呼ばれ、私法上の権利として古くから認められてきた<sup>26)</sup>。人格権は、上記の諸利益のそれぞれについて個別に用いられる場合と、諸利益を総称する概念として用いられる場合がある。後者はドイツで言われる一般的人格権にあたるものである<sup>27)</sup>が、わが国では一般的人格権を認める見解はそれほど有力ではない<sup>28)</sup>。

わが国では幸福追求権の性格について、個別的基本権を包括する権利であるが、その内容はあらゆる生活領域に関する行為の自由であると解する

一般的行為自由説と、個別的な基本権を包括する基本権ではあるが、その内容(構成要件)を限定し、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体と解する人格的利益説がある<sup>29)</sup>。しかし、一般的行為自由説は「一般的自由の内容(構成要件)がそれ自体では無制限である」<sup>30)</sup>こと、憲法はそもそも全くの恣意を保障するものとはいえず、幸福追求権は、単純な反射的利益から区別されるところの、憲法上列挙された個別的な基本権と少なくとも同等の内実をもつ人格的利益にかかわる権利と解すべきではないか<sup>31)</sup>と考えられるので、人格的利益説が妥当と考える。

このように人格的利益説を前提とし、仮に人格権を総称して憲法13条を根拠とする一般的人格権だと解すると、例えば、それから派生する憲法上の保護を受ける人格的自律権ないし自己決定権も、広汎な範囲に及んでゆく可能性がある。また、個人の人格的生存に不可欠な利益を保障するという人格的利益説の考え方に矛盾する<sup>32)</sup>。

したがって、我が国では一般的人格権が保障され得ない以上、同一性保持権が憲法13条を根拠に保障される人格権の一種であるか否かは、個人の人格的生存に不可欠な利益であるかという観点から考えていかなばならない。そして、その具体的な判断基準は、「長期間国民生活に基本的なものであったという歴史的な正統性、多数の国民がしばしば行使し若しくは行使できるという普遍性、他人の基本権を侵害する恐れがない(若しくはきわめて少ない)という公共性、といういくつかの要素を考慮」<sup>33)</sup>すべきと考える。

では、幸福追求権により保障が及ぶとされる個別の権利による同一性保持権の保障は考えられないだろうか。

まず、同一性保持権は、著作者の改変されたくないという主観的意図によって、同一性保持権侵害か否かを判断するので、著作者の自己決定の表れとも考えられ、憲法13条で保障される自己決定権の一内容として保障が及ぶのではないかと考えられる。

この点、自己決定権の性格・内容は幸福追求権を「一般的行為自由説」

の立場でとらえるか、「人格的利益説」でとらえるかによって大きく異なるが、上記で述べたように、人格的利益説が妥当と考えるので、その意味は限定的にとらえなければならない<sup>34)</sup>。そのことを踏まえ、自己決定権とは、人格的生存に不可欠な利益に関わる一定の個人的事項について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利を意味する<sup>35)</sup>とする。

このように解すると、同一性保持権が自己決定権の一内容として保障されるかどうかを判断するにあたっては、それが長期間国民生活に基本的なものであったという歴史的正当性、多数の国民がしばしば行使し、若しくは行使できるという普遍性、他人の基本権を侵害する恐れがない（若しくは極めて少ない）という公共性、といういくつかの要素を考慮して検討しなければならない。

これについては、著作者の意に反する改変を認めないということは、長期間国民生活に基本的なものであったとは言い難く、他人の基本権である表現の自由を侵害する恐れがあるので、同一性保持権全体を憲法13条により保障される自己決定権として保障されると解するのは困難であろう。ただし、著作者の人格が客観的に明確に表出されている部分の変更、例えば、エッセイなどの本人と思われる登場人物の性格を変更する場合などには自己決定権の一内容としての保障を与えてもよいのではないかと考える。

また、同一性保持権侵害の中には、原著作物を使用し、著作者を非難、中傷し、著作者の名誉権の侵害にあたるようなものも含まれる<sup>36)</sup>。名誉は人格的自律として人間の存在の根幹にかかわるものであり<sup>37)</sup>、人格的価値そのものにかかわるもの<sup>38)</sup>といえるので、同一性保持権には、憲法13条で保障される名誉権といえる部分が存在する。

そして、名誉権では保障が及ばない部分に関しても、憲法29条1項で保障される財産権が「物権、債権、無体財産権、公法上の権利などを含む、財産的価値を有するすべての権利をいう」<sup>39)</sup>ことから、憲法29条1項により保障されると考える<sup>40)</sup>。

以上から、同一性保持権は、憲法13条と29条1項を根拠に保障されると考える。そして、13条で保障が及ぶ部分と29条1項の保障が及ぶ部分の関係については、29条1項で保障が及ぶ範囲の中に13条で保障される部分があり、両者に重なり合う部分があると考えられる。

## 第2節 翻案権、複製権の検討

まず、著作権者は、自己が著作権を有する著作物、もしくは、自己が著作権を有する著作物に依拠して作成された類似の著作物を他人が複製することを禁止することができる<sup>41)</sup>(著作権法21条, 28条)権利を有しており、これを複製権という。

ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件によれば、「複製」とは「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいう」とされている<sup>42)</sup>。この事件は広い複製概念が採用されていた旧法下の事件であるが、ここで述べられていることは現行法においてもほぼ妥当する<sup>43)</sup>。よって、複製権侵害の要件は「依拠」と「既存の著作物の内容・形式の覚知」(「類似性」と言い換えることもできる)である。なお、「類似性」とは表現上の本質的特徴を直接感得できるかという基準で判断される<sup>44)</sup>。

一方、著作権法27条は、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(二次的著作物 著作権法2条1項11号)を作る際に及ぶ権利を規定している。そして、「翻案」とは、既存の著作物の基本的な筋や構成といった原著物の思想・感情の流れ、すなわちいわゆる内面形式を維持しながら具体的な表現である外面形式を変えることである<sup>45)</sup>とされてきた。しかし、近年の裁判例においては、原著物の本質的特徴を感得し得るものであるかという観点を中心とするものが増えてきている<sup>46)</sup>。なお、複製と翻案との違いは創作性の有無であるとされている<sup>47)</sup>。

そして、著作権法上規定されているこれらの権利は、私法上の権利とし

て財産的価値を持つものとされていることから、憲法29条1項により保障されると考える。

### 第3章 憲法21条1項で保障されるパロディの範囲

前章では著作権について述べてきたが、次に、パロディ著作物について判例を検討し、著作権法上のパロディ著作物の扱いや表現の自由と著作権との調整を日本の裁判所はどのように考えているのか検討した上で、判例の問題点を指摘する。そして、パロディは「表現物」であることから、憲法21条1項で保障が及ぶと考えるが、どのような内容のパロディ表現にも憲法上の保障が及ぶのかが問題となる。そこで、まずパロディとして保障が及ぶ範囲、すなわちパロディの定義を考察した上で、保障が及ばないものがあるかを考察する。

#### 第1節 パロディに関する日本の判例

日本でパロディとしての表現形式が最初に問題となった判例は「パロディ写真事件」である<sup>48)</sup>。これは、写真の原著作者（以下Aとする）の作成した山岳写真を二次的著作作者（以下Bとする）がトリミングして、これにスノータイヤを配置しパロディの表現形式の一種とも言えるモンタージュ手法により合成写真を作成したので、Aは著作財産権及び著作者人格権侵害を理由にBに損害賠償及び謝罪広告を求めた事案であり、最高裁に二度上告された。

まず、第一審<sup>49)</sup>は、「芸術形式として認められ得るということ、又は認められている」ことと著作権侵害とは「全く別個の問題」であるとして、「みずから原作を改変破壊しておきながら、それが原作に対する批評であるから……原著作者の承諾を得なくても著作権を侵害することにならない」というときは、それ自体許されないと述べている。

これに対し、差戻し前の控訴審<sup>50)</sup>は、「本件モンタージュ写真は本件写

真のパロディというべきものであって、その素材に引用された本件写真から独立したパロディであると認めるのが相当」と述べ、「たとえ原著物の表現形式をとりこんでいても、それが原著物の思想、感情を批判、風刺、揶揄するなどまったく異なる意図のもとに行われ、しかも作品上主観的にその意図が認められる場合には……原著物の存在を前提とするものの、それとは独立したパロディの領域に属するもの」と述べている。そして、Bは「本件写真を批判し、かつ世相を風刺することを意図する本件モンタージュ写真を自己の著作物として作成する目的上、本件写真の一部の引用を必要としたものであることが明らかであると同時に、その引用の方法も、今日では美術上の表現形式として社会的にも受け入れられているフォト・モンタージュの技法に従い、客観的にも正当視される程度においてなされているということが出来るから、本件モンタージュ写真の作成は、他人の著作物のいわゆる『自由利用』(フェア・ユース)として許諾されるべきもの」として、パロディに該当するならば、フェア・ユースとして許諾されるとした点から、第一審と全く異なった評価を下した。さらに、「他人が自己の著作物において自己の思想、感情を自由に表現せんとして原著物を利用する場合について考えるならば、その表現の自由が尊重されるべきことは憲法二一条第一項の規定の要請するところであるから、原著物の他人による自由使用を許諾するため著作権の公共的限界を設けるについては、他人が自己の著作物中において原著物を引用し、これに対して抱く思想、感情を自由な形式で表現することの犠牲において、現著作物の同一性保持権を保障すべき合理的根拠を見出すことはできない」として、憲法21条1項が同一性保持権侵害の抗弁として成り立つことを示した。

しかし、差戻し前の上告審<sup>51)</sup>は「引用される側の著作物の著作人人格権を侵害するような態様とする引用は許さず、また、引用の要件に該当するものとはいえないとし、このことは「本件モンタージュ写真作成の目的が本件写真を批判し世相を風刺することにあつたためその作成には本件写真の一部を引用することが必要であり、かつ本件モンタージュ写真は、美

術上の表現形式として今日社会的に受けいれられているフォト・モンタージュの技法に従つたものであるとの事実によつても動かされるものではない」と差戻し前の控訴審とは反対の意見を述べ、「自己の著作物を創作するにあたり、他人の著作物を素材として利用することは勿論許されないことではないが、他人の許諾なくして利用されることが許されるのは、他人の著作物における表現形式の本質的な」特徴をそれ自体として直接感得させないような態様においてこれを利用する場合に限られる」とした。

そして、差戻し後の控訴審<sup>52)</sup>は「すでに公表された著名な著作物をもじり、その内容とは異なる内容のものとしてこれを茶化あるいは風刺する著作物としてパロディと称される作品の分野が社会的に存在することが認められ、また、……全く異質の写真の映像を組合わせて新たな写真を製作することにより、原写真に託された製作意図とは異なるものを表現する方法として、社会的にフォト・モンタージュと称される写真制作の技法が存在すること、本件モンタージュ写真がこの技法によつて製作されたものであつて、控訴人の意図は、本件写真の表現する美観そのものを風刺するとともに自動車公害に悩む現代社会を風刺するパロディとするつもりであつたことが認められる」としながら、「著作物について著作者人格権が認められるゆえんは、著作物が思想感情の創作的表白であつて、著作者の知的、かつ、精神的活動の所産として著作者の人格の化体ともいふべき性格を帯有するものであることを尊重し、これを保護しようとするところにあるものであるから、他人の著作物を利用してパロディを製作しようとする場合、その表現形式上必然的に原著作物の要部を取込み利用するとともに、その内外両面にわたる表現形式に何らかの改変を加える必要があることは承認せざるをえないところであるが、これを無制限に許容することは、明文の根拠なしに原著作物の著作者人格権を否定する結果を招来し、とうてい容認しがたいところであつて、パロディなる文芸作品分野の存在意義を肯認するとしても、原著作物の著作者人格権ことに同一性保持権との関連において、これを保護するほうの趣旨を減損しない程度においてなすべき旨の

法律上の限界がある」としてBの「主観的意図はともかく」本件モニタージュ写真は違法とした。また、差戻し後の上告審<sup>53)</sup>は「たとえ、本件モニタージュ写真がパロディと評価されうるとしても」、Aが「著作者として有する同一性保持権を侵害する改変である」としている。

以上から、著作権法上の解釈として憲法21条1項により保障が及ぶと解するパロディすべてを著作権法上許容することは相当困難であろう<sup>54)</sup>。しかし、著作権法の解釈からパロディを許容できずとも、憲法21条1項を著作権侵害に対する抗弁として提出できるのではないだろうか<sup>55)</sup>。差戻し前の控訴審は憲法21条1項との関係について述べたものの、それ以外の判決では、一切述べられていない。

この点について言及したのが、パロディとしての表現形式が正面から争われた「チーズはどこへ消えた」事件<sup>56)</sup>である。これは、翻訳書物である「チーズはどこへ消えた？」の思想を批判的にパロディとして論じた「バターはどこへ溶けた？」に対して「チーズはどこへ消えた？」の訳者と翻訳書を出版した出版社が翻案権等侵害による差止めを争った事案である。ここで、東京地裁はパロディについて「一般に、先行する著作物の表現形式を真似て、その内容を風刺したり、おもしろおかしく批評することが文学の形式の一つであるパロディとして確立している。パロディは、元になる著作物の内容を踏まえて、これを批判等するものであるから、元になる著作物を離れて成立しないものであり、内容的にも読者をしてもとになる著作物の思想感情を想起させるのである」としてパロディの性質を理解しながらも、パロディ著作物と表現の自由との関係について、「パロディという表現形式が文学において許されているといっても、そこには必ずから限界があり、パロディの表現によりもとの著作物についての著作権を侵害することは許されないというべきである。……債務者らは、憲法で保障されている表現の自由の一つの行使態様として債務者らが債務者書籍を出版することは許される旨主張する。しかし、表現の自由といえども公共の福祉との関係、本件でいえば、他者の著作権との関係での制約を免れること

はできず、しかも債務者らとしては債権者の著作権を侵害することなく本件著作物の内容を風刺、批判する著作物を著作することもできたのであるから、上記のように解したとしても不当にパロディの表現をする自由を制約するものではない。」と述べた。

上記判例が述べた「表現の自由といえども公共の福祉との関係……での制約を免れることはでき」ないことは、第1に、表現の自由と他の基本的人権との区別がなされておらず、表現の自由が特に重要な権利であるという立場は取られていないこと、第2に、憲法の保障する基本的人権はすべて公共の福祉に服するという論理が適用されていること、第3に、「公共の福祉」の具体的内容が明らかにされていない上、公共の福祉のために禁止がどれほど必要なのかについても触れられていないこと<sup>57)</sup>から1940年代の最高裁と同様に単純な「公共の福祉」論に依っている印象は否めない<sup>58)</sup>。しかし、現在は最高裁ですら、表現の自由を他の基本的人権とは区別して、特に重要な権利であるとする立場を採るようになってきている<sup>59)</sup>。そして、「公共の福祉」に関する学説においても、現在では、「公共の福祉」とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理である<sup>60)</sup>とする内在的制約説が通説的地位を占めており、近年では、さらにその内容を具体化しようとする動きをみせている。

このような判例や学説の流れにもかかわらず、「チーズはどこへ消えた？」事件決定は抽象的な「公共の福祉」による制約として、その具体的内容を明らかにしていないので、説得力のない議論といわざるをえない。また、私権としての「他者の著作権」がなぜ「公共の福祉」を構成するのか<sup>61)</sup>明らかでない。

以上で見てきたように、判例はパロディという表現形式を契機として表出した表現の自由と著作権との調整については大雑把な検討しか加えていない。そこで、以下ではパロディと著作権との調整について考察していくうえで、まず、パロディは憲法21条1項により保障されるということを根拠付けていく。

## 第2節 表現物としてのパロディ

パロディの意義とは、芸術としてのパロディは、「原作品それ自体がもっている微妙な欠陥を鋭く攻撃することによって、ユーモラスな効果を生じさせる、より高度な創作的感性ないし技術が要求される。その意味で、パロディは他の表現手法とは区別される独自の創作的・芸術的価値を有する伝統的表現手法として重視されてきた。他方、パロディは、聴衆を笑わせると同時に啓発させる、いわば『教訓を含んだエンターテインメント』といわれ、パロディには娯楽的要素とともにターゲットを攻撃する批判的ないし批評的要素が含まれる場合も多い。その意味でパロディは原作品の持つ偽善や気取りを露呈させることによって、文芸批判、社会批判(風刺)を行い、大衆文化の発展に重要な役割を演じてきた<sup>62)</sup>」といえる。

さらに、憲法で保障が及ぶ表現の自由とは「人の内心作用における精神作用を方法の如何を問わず、外部に公表する精神活動の自由」<sup>63)</sup>を指し、芸術上の表現活動もここにいう「表現の自由」に含まれる<sup>64)</sup>ならば、芸術上の価値を持つパロディもまた、憲法21条1項により保障されている「表現」に含まれると解する。

そこで本稿においては、パロディとは「著名な作家・作品の思想や作風や文体をもじり、内容をつくりかえ、風刺化・滑稽化した作品」<sup>65)</sup>という日本語大辞典による定義を参考にし、現在においては、もじられる作品は必ずしも著名な作家、作品のものとは限られない<sup>66)</sup>ので、「分野の如何にかかわらず、ある作品を用いることにより、その原作品を感知させながら全く別の意図のもとに風刺、滑稽化、諧謔化、教訓化した表現物」<sup>67)</sup>をいうものとする。

## 第3節 憲法21条1項の保障が及ばないパロディとは

前節で述べたように、パロディ著作物は「表現」されたものといえるので、憲法21条1項で保障が及ぶといえる。しかし、「表現行為というもの

が、本来、他者とのかわりを前提にしたものである以上、表現の自由が、他人の権利・利益との関係で一定の制約を受ける場合があることは否定できない。すなわち、表現の自由も、常に絶対的な保障を受けるというものではなく、それじたいに内在する制約の存在は承認されなければならない<sup>68)</sup>。では、どのような表現が21条1項の保障が及ばないのであろうか。

パロディ著作物の中には、名誉毀損表現やわいせつ表現を行う中でパロディという表現形式を使用するものも存在する。その場合には、従来から議論されている表現の自由と名誉毀損的表現、わいせつ的表現との問題と同じ構造であると考えられる。よって、表現の自由と名誉毀損的表現、わいせつ的表現の議論を考察しながら、名誉毀損的パロディ表現、わいせつ的パロディ表現を考察していく。

#### (1) 名誉毀損的パロディ表現

名誉は、プライバシーや生命・身体等に関する利益と並んで、個人の自律的な生存に不可欠な利益として憲法13条により保障される権利とされてきた<sup>69)</sup>。このように解すると、特定の表現行為がある人の名誉を現実に侵害するものであったならば、それに対してなんらかの規制を加えることは人権における内在的制約として、憲法上許容されるものとしなければならない。よって、名誉毀損的言論が刑法上処罰の対象とされ（刑法二三〇条）、また、名誉・プライバシーを侵害する言論が民法上の不法行為責任を問われる（民法七一〇、七二三条）こととなっても、それをもってただちに表現の自由に対する不当な制約ということとはできない<sup>70)</sup>。しかし、人の名誉を侵害する言論はすべて禁圧すべきだと言いきってしまうことは、時の権力を批判する表現活動を抑圧する手段として使用される恐れがあることや権力批判の機会を失うことになりかねず、個人の利益につながらない。そこで、名誉毀損的表現を定義し、それに該当しないものは表現の自由の保障が及ぶとした上で、さらに、政治的・社会的に重要な問題（公共性のある問題）についての責任ある言論は制約されないよう表現の自由と名誉権の調整をし、可能な限り表現の自由の保障を及ぼしていくべきとし

なければならない<sup>71)</sup>。

そこで、名誉が侵害された(名誉毀損)というためには、刑法230条の名誉毀損罪の構成要件に「公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損したものは、その事実の有無にかかわらず」となっており、親告罪(刑法232条1項)であることから個人的法益に関する罪ということができるので、文書または、口頭による人の名誉の毀損行為、すなわち、「正常な思考を持った人々」(通常人)が判断して人の社会的評価をもたらすと考える無礼もしくは有害なメッセージが存在すること、そのメッセージは「公表」されたもの、すなわち、第三者に伝達されたものであること、被害者が「特定」されていること<sup>72)</sup>が必要と考える。

しかし、このような要件に該当するものすべてを「名誉毀損」として処罰の対象とすることは、時の権力を批判する表現活動を抑圧する手段として使用される恐れがあることや権力批判の機会を失うことになりかねず、個人の利益につながらず、表現の自由の保障の趣旨にも反する。そこで、政治的・社会的に重要な問題(公共性のある問題)についての責任ある言論は制約されないよう刑法230条の2の規定が設けられた。これは、名誉毀損罪に該当しても、その行為が「公共の利害に関する事実」であり、その「目的が専ら公益を図ることにあつたと認める場合」には、「真実であることの証明があつたとき」は罰しないとするものである。まず、「公共の利害に関する事実」とは公衆の批判にさらすことが公益の福利増進に役立つと認められる事実をいい、公共性に役立つと認められるものであれば、私人の私生活上の行状の、公共の利害に関する事実となり得る<sup>73)</sup>。また、「真実であることの証明」については、「真実であることの証明がない場合行為者が真実であることを誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らして相当の理由がある時は」名誉毀損罪は成立しないとされている<sup>74)</sup>。

そして、表現の自由への制約が大きいとされる事前差止めについては「その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでな

いことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」<sup>75)</sup>に差止めは可能とされている。このような名誉毀損的表現をめぐる議論は名誉毀損的なパロディ表現にも該当すると考える。

## (2) わいせつ表現のパロディ表現

わいせつ表現とは、刑法の定めるわいせつ文書の頒布・販売・陳列（175条）との関係で問題となる表現行為を言う。わいせつ表現は刑法によって規制されているので、長らく憲法で保障された表現の範囲に属さないと考えられてきた。しかし、わいせつ表現を包括的に表現の自由の範囲外だと考え、わいせつ概念をもっぱら刑法の次元で論議するにとどまると、わいせつか否かを認定する基準は多かれ、少なかれそれに固有の不明確性を伴うので、本来憲法上保障されるべき表現まで憲法の保障の外に置かれてしまう恐れがある<sup>76)</sup>。そこで、どのような表現まで表現の自由の保障が及ぶのかを判断するためにわいせつ表現の規制の根拠が問題になる。まず、わいせつ文書取締りの理由は、そこで、性犯罪などの増大といった直接的・具体的実害を伴うことや性道徳、性秩序維持のための規制が許される<sup>77)</sup>ことが考えられる。しかし、性犯罪の増大については経験的、科学的に実証されているわけではないので、表現の自由を規制する理由とはならない。そこで、性道徳ないし、性的秩序の維持という価値や利益との衡量を図りながら、表現の自由の価値を重視し、「わいせつ」の定義を絞ることが必要と考える。

この点、判例は、わいせつ文書とは「徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義概念に反するもの」<sup>78)</sup>としてきた。この定義は、文書が「芸術作品」であることとは次元を全く異にする問題であり、作者の主観的意図によっても影響されるものではないとして、わいせつ概念の相対性を認めず、しかも、わいせつ性の判断は、「社会通念」によるが、それが、いかなるものであるかの判断は裁判官に委ねられており、社会通念は変化するものではあるけれども、「超ゆべからざる限界としていずれの社会においても認められ、また一般

的に守られている規範」として「性行為の非公然の原則」が存在すると説き、刑法175条は、「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持する」という「公共の福祉」のための制限であって合憲であるとしている。

このような立場をとれば、「わいせつ概念も、わいせつの表現が禁止される理由も、包括的で内容が不確定なものであるから、わいせつ文書であるか否かが、表現の自由を厚く保障する憲法といわば切り離された形で、裁判官の主観的判断により抽象的に(具体的な危険とかかわりなく)決められる恐れが強くなる」<sup>79)</sup>とされる。

そこで、性表現をより密接に憲法21条と関連付けて論じることが必要とされるようになってきた。その点で注目されるのは「四畳半襖の下張事件」<sup>80)</sup>である。この事件において最高裁は、わいせつ性の判断にあたっては、性に関する露骨で詳細な描写の程度とその手法、その文書に全体に占める手法、その文書全体に占める比重、文書に表現された思想等との関連性、文書の構成や展開、芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、文書全体を見て主として読者の好色的興味に訴えるものと認められるか否かなどの諸事情を総合し、その時代の「社会通念」に照らし、「徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」と定義した。この判決は、わいせつ性の判断にあたって考慮すべき六つの要素を挙げ、わいせつ概念の三要素をできる限り、客観化し、わかりやすくしたものであるので、一定の評価ができる。

そこで、わいせつ的パロディ表現もこの定義に該当すれば、表現の自由の保障が及ばないと解する。

#### 第4章 パロディ表現の保障と著作権との調整

上記で述べたもの以外がパロディ表現として21条1項によって保障されるとした場合でも、第2章で述べたように、著作権法の各権利は憲法13条の幸福追求権としてあるいは29条1項の財産権として保障されるので、表

現の自由と幸福追求権あるいは財産権との調整が必要となる。そこで、これらの調整の仕方として表現内容規制であるか内容中立規制であるかによって審査基準が変化するのではないかと考え、以下その点について考察する。

### 第1節 表現内容規制か内容中立規制かによる区別

パロディ表現に対する制約については、それが表現（言論）をその伝達するメッセージを理由として制限する<sup>81)</sup>内容規制か表現をそれが伝達するメッセージの内容や伝達効とは関係なしに（つまり、表現内容には中立的な立場で）表現を制限する規制<sup>82)</sup>（表現内容中立規制）かによって区別して違憲審査基準を考えるのが適当と考える。

なぜなら、表現の自由とは、第一に、個人の人格的尊厳そのものにかかわる人権としての意義付けを与えられる。つまり、精神的・知的な存在である人間にとって、言いたいことを言うというのは、その本性ともいうべきことであり、また、自己の精神的活動の所産を外部に表明し、あるいは人のそれをうけとることによって、人格的な発展を遂げることができるのである<sup>83)</sup>。この意味で表現の自由は個人の自己実現に仕える。第二に、「ひとの考えることのうちには、当然、誤りもありうるが、それは、他人の考えに接することによって是正されうるものである。そのようなところから、各人が自己の意見を自由に表明しあうことによって、それぞれ「真理」を発見することができるのであり、また、その結果として、社会全体としても、正しい結論に到達することができる」<sup>84)</sup>（思想の自由市場）<sup>85)</sup>という社会効用を有している。第三に、国民主権原理にたつ政治的民主主義にとって、主権者である国民が自由に意見を表明しあい討論をすることによって、政策決定に参加することが、市民の自己統治に不可欠な役割を果たし、同時に政治権力の側にとっては、それは自らの正当化の源泉としての意味を持つことになる<sup>86)</sup>ので、表現の自由は民主主義政治のプロセスにおいても基礎付けられる（民主主義プロセス論）。さらには、表

現の自由は、権力に対する反対が、暴力や革命にまで発展しないようにする社会の安全弁としての機能を果たし、権力の安定に資する<sup>87)</sup>87という4つの機能を有する。そして、国家による表現内容に対する規制は、「特定の政治思想や宗教を政府が抑圧するなど、権限濫用の危険がより大き」<sup>88)</sup>88く、不当な動機に基づく規制である可能性が高いこと、政府が一定の表現を虚偽であるとか、価値のないものとか、あるいは危険だとして制約しようとする場合、表現者と表現の受け手が思想の自由市場の中で表現に判断を加える機会が奪われるため、政府による恣意的な制約の危険性がとりわけ高い<sup>89)</sup>89という伝達効果に基づく規制であること、「現在広く支持されている通念への批判や挑戦を遮断し、それを維持する働きをすることとなり、思想の自由市場の正常な働きを歪める危険性が大きい」<sup>90)</sup>90という公共的歪曲機能を有している。以上の4点を理由として表現内容に対する規制は表現内容中立規制よりも厳格に審査する必要があると考える。

## 第2節 表現内容規制に該当する場合

上記で述べたように、表現内容に関する規制は、表現の自由の保障に及ぼす影響がきわめて重大であるから、原則として許されず、その種の規制立法の合憲性は厳格に審査される<sup>91)</sup>91。具体的には、第3章第2節で述べた21条1項から保障されないとされるパロディ表現以外のものには、一般に厳格審査 (strict scrutiny) の基準と呼ばれる「やむにやまれぬ (高度に重要な、必要不可欠な、という意味) 公共的利益」(compelling public interest) の基準によって判断される<sup>92)</sup>92。やむにやまれぬ公共利益とは、「立法目的がやむにやまれぬ必要不可欠な公共利益」であること、立法目的達成手段がその公共的利益のみ具体化するように「厳密に定められている」(narrowly tailored) ことという二つの要件の充足を求める基準である。そして、「やむにやまれぬ公共利益」の判断にあたっては、たとえば、「犯罪者が自己の犯罪から利益を得ないこと、犠牲者が犯罪者から補償を受けること」を確保するとか、「歴史的に差別されてきた団体のメンバー

が自己の希望に従って平和的に生存する」権利を保障する93など公共的利益（公共目的）の重要性が最高度に大きいものでなければならず、「厳密に定められていること」の判断は、立法目的を達成するために是非とも必要な最小限度のものでなければならないという極めて厳格な意味に解されている。具体的には、規制権力（政府）の側に当該法律は公共的利益を実際に促進させるものであるという証明責任があること、当該法律が過大規制でないこと、過小規制でないこと、規制手段が言論に対して最も制限的でない選択肢（least restrictive alternative）であることすなわち、立法目的である公共的利益を達成するであろう他のより言論制限的でない手段の利用が不可能であることが必要である<sup>94</sup>。

### 第3節 表現内容中立規制に該当する場合

表現内容中立規制、いわゆる表現の時・所・方法の規制に関しては当該表現行為と「害悪」との関連性が比較的明白であることも少なくなく、表現の内容そのものとは無関係の規制であるから、権力による思想弾圧といった危険はなさそうに見える<sup>95</sup>。よって、表現内容に対する場合とは異なり、その合憲性については、比較的容易に判断してもよさそうである。しかし、表現内容中立規制に関しても実際の規制のあり方によっては、特定の表現内容（とくに特定の政治的主張）を抑圧するために利用されることもある<sup>96</sup>。そこで、より制限的でない他の選びうる手段（less restrictive alternatives）の基準を用いて合憲性の判断を行うことが適切であると考える。この基準はアメリカの憲法判例で非常に多く用いられてきたもので、その特色は、国家権力が、特に精神的自由を間接的に規制する場合、すなわち自由の内容に直接かわりのない実質的で正当な利益を追求する場合に、主として用いられる。規制目的（立法目的）について「十分に重要な利益」の存在を証明することができ、規制権力側（国家権力）に権利・自由に対して一定の制約を加える正当な理由はあるが、規制手段（立法目的達成手段）が広汎であって、そういう広汎な手段をとる実

質的利益が果たして認められるかどうか、裁判所が種々の利益を衡量して決定する場合に用いられる。なお、規制手段が広汎でも、目的と手段との間に合理的な関連性がない場合、あるいは、規制手段があまりにも広汎にすぎ、当然により制限的でない手段が明白であるような場合には、この基準は適用されない。上にいう衡量は、規制を受ける権利、自由の側により大きな比重が置かれたうえで行われ、国家権力に規制手段の正当性(つまり、より制限的でない他の選ぶうる手段が利用できないこと)を証明する責任が負われる。以上の衡量の結果立法の意図する利益が個人の権利・自由に対してより厳しくない他の選ぶうる手段によっても達成することができる場合には、当該広汎な規制立法は違憲とされる<sup>97)</sup>。もっとも、この基準は、立法目的の正当性と他のより制限的でない他の選ぶうる手段の利用可能性の双方を厳格に審査するよう運用されなければならない。そうでないと、立法府の判断を広く認める合理性の基準とほぼ同じに帰してしまう恐れが生じる。

## 第5章 私 見

以上の議論を踏まえ、実際に憲法21条1項により保障されている表現の自由と著作権との調整が必要と思われる著作権法112条1項についての合憲性を検討する。まず、著作権法112条1項による差止請求が認められるためには、他者の表現が著作権侵害と評価されることが必要である。そして、侵害といえるためには、原著作物もしくは原著作物に依拠して作成された原著作物と類似の範囲内にある著作物に、行為者が依拠して、著作権法21条から27条、113条1項、2項に規定される行為が行われることが必要であると解される。パロディ表現の場合、著作権侵害とされる可能性があるものは、同一性保持権(著作権法20条1項)、翻案権(27条)、複製権(21条、28条)である。そこで、それぞれの権利侵害について112条1項による差止めが合憲と言えるかどうかを検討する。

まず、同一性保持権から検討すると、第2章第1節で述べたように、侵害となるには、「著作者の意に反する改変」でなければならず、「意に反して」とは著作者の主観によって判断されると解する。このように解するならば、同一性保持権侵害にならずにパロディ著作物を作成するには、原著作者の同意を必要とする。しかし、パロディの多くは、原著作者あるいは社会への風刺、滑稽化、諧謔化等を目的として原著物を使用するため、原著作者の使用の許諾は通常なされない。そのため、原著作者の許可を得ようとする、パロディ著作物の当初の目的である内容が原著作者により歪められる恐れがある。そして、このように同一性保持権が原著作者の主観によって左右されるとされている以上、裁判所は、原著作者が同一性保持権侵害だと主張した場合は、その他の差止めを認める要件に該当すると、裁判所は差止めを認める判決を下さねばならなくなる。そうだとすると、原著作者がパロディ著作物の「内容」によって「意に反して」か否かを判断し、その判断を裁判所が「追認」し、差止めを認めることになってしまい、裁判所は表現「内容」に対する制約の手助けをしていると言えよう。表現内容に対する規制は表現の自由に対して極めて重大な影響を与えるので、厳格に判断しなければならないが、その判断を下すのは、公正と言われている裁判所ではなく、私人であるために恣意的な判断が下される恐れは大きいと考える。

そこで、同一性保持権に関しては、表現内容に対する規制ととらえ直して、合憲性を「やむにやまれぬ（高度に重要な、必要不可欠な、という意味）公共的利益」（compelling public interest）の基準で判断するのが適当と考える。まず、著作権法の目的は著作権法1条に示されているように「文化の発展に寄与すること」であるが、これは「立法目的がやむにやまれぬ必要不可欠な公共利益」であることとは言い難く、立法目的達成手段がその公共的利益のみ具体化するように「厳密に定められている」（narrowlytailored）とも言い難い。よって、同一性保持権に基づく112条1項による差止めは原著作者に回復困難な差し迫った危険がある場合など限定

的に許容しなければ違憲と考える。

次に、翻案権、複製権侵害を認める要件については、第2章第2節で述べたように、形式的な要件のみで、表現物の内容にまで踏み込んだものではないので、内容中立規制として、より制限的でない他の選びうる手段の基準 (less restrictive alternatives) を用いる。

この基準をあてはめてみると、立法目的は著作権法1条に示されているように「文化の発展に寄与すること」であるから、目的は正当といえる。そうだとすると、必ずしも自然権とは言えない権利である著作権を保護し、文化の発展に寄与するために、規制手段として差止めを認めることが著作権法上の目的を達成するためにより制限的でない他の手段が存在しないといえるかどうかは疑わしい。第2章第2節で述べたように、複製権、翻案権は憲法29条1項から保障される財産権と解するなら、財産権上の損害はその後の損害賠償で回復するからである。よって、112条1項に基づく差止め請求については複製権、翻案権を根拠とする場合も違憲と考える。

もっとも、112条1項の条文自体が違憲というわけではない。表現の自由との調整が問題とならないパロディ著作物以外の著作物については文化の発展に寄与するという著作権法の目的からも、差止めを認める必要があるだろう。そして、第3章第3節で述べたように憲法上表現の自由の保障が及ばないとされている名誉毀損的表現、わいせつ的表現に該当するならば、これらの表現に対しては差止めを許容する必要があるだろう。よって、その場合に限定した解釈をして著作権法112条1項を解釈し、適用すべきと考える。

## 第6章 お わ り に

本稿ではパロディ表現の差止めについてのみ合憲性を検討したが、著作権法は、他にも著作権侵害とされた者に対して刑罰を与えること(同119条以下)も許容している。さらに、営利的表現に対して、表現の自由の保障

が直接は及ぶのかという点などいくつかの点においてまだまだ検討の余地があるが、論点を指摘するに留める。また、本稿では、パロディ表現物から表現の自由と著作権の調整を考察したが、著作権による保護期間延長や著作権法上の権利制限規定の問題も表現の自由と著作権の調整の問題が生じるであろうと考える。今まで著作権は憲法上の、特に表現の自由の問題としてあまり考えられてこなかったが、インターネットが普及し、誰もが表現者となり得る現代社会においては、著作権法も表現の自由の問題として捉え、研究していく時期にきているのではないだろうか。

最近、著作権法などの知的財産権の重要性がクローズアップされているが、本稿が著作権と表現の自由との調整の議論としてこれから始まるであろう大議論の1つの問題提起となれば幸いである。

- 1) 斉藤教授は、「わが国の場合、パロディのセンスはさほど期待できず、かえって他人の著作物へのただ乗り口実を与えるようなことになるのであれば、パロディに関連して権利を制限する規定を設ける必要はあるまい」、「派生的著作物としてパロディを容認できるかどうかは、多分に、その国の精神風土、文化面の意識、美的センスに依存するから」などと書き、日本でパロディ著作物の保障をすることには懐疑的である。斉藤博『著作権法 [第3版]』（有斐閣、2007年）214頁。
- 2) 佐藤幸治『憲法 [第三版]』（青林書院、1995年）513頁。
- 3) 芦部信喜『憲法学 人権各論(1) [増補版]』（有斐閣、2000年）240頁。
- 4) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 [第4版]』（岩波書店、2007年）178頁参照。
- 5) リンダ・ハッチオン 辻麻子訳『パロディの理論』（未来社、1993年）6頁。
- 6) 井上由里子「著作物の改変と同一性保持権」ジュリ1057号（1994年）69頁。
- 7) 代表的なものとして、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号（2000年）91～96頁、三山裕三「引用に関する著作権の制限（第32条）権利制限委員会『著作権法の権利制限規定をめぐる諸問題』（著作権情報センター、2004年）61～70頁、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋・飯村敏明・三村量一・末吉互・大野聖二編『知的財産法の理論と実務 第4巻（著作権法・意匠法）』（新日本法規出版、2007年）262～275頁など参照。
- 8) 中山代志子「著作物に権利制限規定を巡る著作権と言論の衝突 チーズはどこへ消えた事件（東京地裁平成13年12月19日決定）を題材として」明治学院大学法科大学院ローレビュー1巻1号（2004年）11、12頁参照。
- 9) 佐藤薫「著作権法第20条第2項第4号の解釈と表現の自由権 パロディを中心として」著作権研究17号（1990年）134～136頁に詳しい。
- 10) 長谷部教授は「著作権を設定する立法府が予め組み込んだ調整機構を最大限活用して合

憲限定解釈をしたとしても、それでも憲法上の表現の自由が侵害されるという可能性を否定するのは無理」だとしている。長谷部恭男『Interactive 憲法』(有斐閣, 2006年) 181頁。

- 11) 長谷部教授はこの点について長谷部・前掲注10) 175～181頁で問題提起を行っている。
- 12) 佐藤・前掲注2) 525頁では個人的法益の具体例として著作権を挙げ、野中俊彦「第六章」野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 [第4版]』(有斐閣, 2006年) 265頁では、人格権の具体例として挙げている。また、数少ない資料として、山口いづ子「表現の自由と著作権」相沢英孝・大淵哲也・小泉直樹・田村善之編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』(弘文堂, 2005年) 365頁～385頁などがある。
- 13) 半田正夫『著作権法概説 [第13版]』(法学書院 2007年) 145頁, 作花文雄『詳解著作権法 [第3版]』(ぎょうせい, 2004年) 241頁参照。
- 14) 半田・前掲注13) 122頁参照。
- 15) 野一色勲「同一性保持権と財産権」紋谷暢男教授還暦記念論文集刊行会編『知的財産法の現代的課題』(発明協会, 1998年) 678, 679頁参照。
- 16) 作花・前掲注13) 241頁参照。
- 17) 中山信弘『著作権法』(有斐閣, 2007年) 392頁参照。
- 18) 中山・前掲注17) 392頁。なお、東京地判平成11年3月26日判時1694号142頁(Dolphin Blue 事件)では、「著作権法二〇条一項にいう著作物」についてのその意に反する「変更、切除その他の改変」とは、著作者の意に反して著作物の表現を変更することを意味するものと解されるから、被告らが本件写真の上下又は左右を一部切除して本件雑誌に掲載したことは、その切除箇所が極めてわずかであるなど著作者の人格的利益を害することがないと認められる場合を除き、原則として同一性保持権の侵害に当たる」と述べている。
- 19) 東京地八王子支判昭和62年9月18日無体例集19巻3号334頁参照。
- 20) 田村善之『著作権法概説 [第2版]』(有斐閣, 2001年) 435頁。
- 21) 田村・前掲注20) 436頁。なお、パロディに対して「既存の原作をパロディ化したり、もじったことが一見して明白であり、かつ誰にもふざげ茶化したものとして受け取られ、原作者の意を害しないと認められる場合については」同一性保持権の問題とならず、「二次的著作物を通じて原作品がこんなものであるかという誤解を抱かせる恐れがあるような場合については」同一性保持権が働くという見解もある。加戸守行『著作権法逐条講義 [五訂新版]』(著作権情報センター, 2006年) 172, 173頁。
- 22) 田村・前掲注20) 433頁。
- 23) 作花・前掲注13) 239頁。
- 24) 中山・前掲注17) 384頁。
- 25) 斉藤・前掲注1) 143～147頁, 斉藤博『人格権法の研究』(一粒社, 1979年) 232頁参照。なお、憲法学の資料として野中・中村・高橋・高見前掲注12) 265頁で、人格権の具体例として著作権を挙げているが、著作権についての詳細な検討はされてないように思われる。
- 26) 芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣, 1994年) 359頁。
- 27) ドイツでは、基本法1条・2条を根拠に一般的人格権が確立され、この権利は著作者人格権をも含んでいるとされる。佐藤・前掲注2) 451頁参照。ちなみにドイツの同一性保持

権も著作権者の主観的意思により左右される。松田政行『同一性保持権の研究』（有斐閣、2006年）61頁参照。

- 28) 大阪高判昭和50年11月27日（大阪空港公害訴訟第二審判決）判時797号36頁など一般的人格権をとったと解することのできる若干の下級審判決はあるが、「最高裁が人格権という言葉で何を表現しようとしているかは必ずしも明らかではない。西ドイツの一般的人格権と共通する面もあるが、いまのところはっきりとしたことはいえない」状況にある。五十嵐清・『人格権論』（一粒社、1989年）8、9頁。また、加藤和夫も「生命、身体、名誉のほかに、いかなる人格的利益につきかかる差止請求権が認められるかは、今後の課題である」とし、「その意味では、西ドイツのように、一般的人格権が認められたものとはいえない」としている。加藤和夫・『北方ジャーナル差止国賠事件最高裁大法廷判決』ジュリ867号（1986年）58頁。
- 29) その他にも幸福追求権を個別基本権とは区別された基本権の深奥に位置する根源的な人格の核心にかかわる独自の権利とする人格核心説等がある。芦部・前掲注26）342頁、佐藤・前掲注2）445～447頁参照。
- 30) 芦部・前掲注26）343頁。
- 31) 佐藤・前掲注2）447頁。
- 32) 芦部・前掲注26）360頁参照。
- 33) 芦部・前掲注26）348頁。
- 34) 芦部・前掲注26）392頁。
- 35) 佐藤・前掲注2）459頁。なお、我が国では自己決定権を真正面から認めた判例は存在しない。芦部・前掲注4）122頁参照。
- 36) 松田・前掲注27）75頁の図2参照。
- 37) 佐藤・前掲注2）451頁。
- 38) 辻村みよ子『憲法[第2版]』（日本評論社、2004年）194頁。最高裁も「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法七〇条）又は名誉回復のための処分（同法七二三条）を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当」とし、「名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益」であると述べており、「人格権としての個人の名誉の保護（憲法一三条）」として名誉権を認めている。北方ジャーナル事件（最判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）。
- 39) 佐藤・前掲注2）565頁。
- 40) 田村教授は、「同一性保持権も、著作者の名声が毀損されることを防ぐことに奉仕するが、出版者、興行者等が利用する際になした変更に対して行使される場合には、著作者の財産的利益に関わるものと考えたほうが自然である」としている。田村・前掲注20）405頁。
- 41) 田村・前掲注20）116頁。
- 42) ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件（最判昭和53年9月7日判時906号38頁）。

- 43) 小酒禮「既存の著作物を知らないでこれと同一性のある作品を作成したものと著作権侵害の責任」最高裁判所判例解説民事篇(法曹会, 1978年)53巻414頁。
- 44) 江差追分事件(最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁)。
- 45) 作花・前掲注13)115頁。なお、内面的表現形式維持の観点から判示されたと思われるものとしてNHK大河ドラマ・春の波濤事件(名古屋地判平成6年7月24日判タ971号229~256頁)。
- 46) 言語著作物についての判例として江差追分事件(最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁)。この最高裁判決に準じてコルチャック先生舞台上演事件(大阪高判平成14年6月19日判タ1118号238~260頁)、どこまでも行こう事件(東京高判平成14年9月6日判時1794号3~28頁)など。
- 47) 中山・前掲注17)211頁参照。
- 48) この事件は第一審, 第一次控訴審, 第一次上告審, 第二次控訴審, 第二次上告審と五回審議された。
- 49) 第一審(東京地判昭和47年11月20日無体例集4巻2号)。
- 50) 差戻し前の控訴審(東京高判昭和51年5月19日無体例集8巻1号200頁)。
- 51) 差戻し前の上告審(最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁)。
- 52) 差戻し後の控訴審(東京高判昭和58年2月23日無体例集1号71頁)。
- 53) 差戻し後の上告審(最判昭和61年5月30日民集40巻4号725頁)。
- 54) 引用規定による保護や著作権法20条2~4号の解釈による保護が考えられるが、不十分であると考ええる。佐藤・前掲注9)111~144頁, 山本隆司「パロディによる表現の自由と著作権の保護の限界」ジュリ1215号(2002年)172~174頁など参照。
- 55) この点, 作花教授は「基本的枠組みとして, 諸利益の比較衡量をした上で, 著作権法の各条項が制定されているわけであるから, 相当の合理的な説明なくして憲法21条の表現の自由に基づく権利の制約を説くことは合理性を欠けると思われる。……(第一次上告審の判決は)法律論としては, 論理展開に無理があることは否めない」としている。作花文雄『著作権法[第2版]』(ぎょうせい, 2002年)373, 374頁。しかし, この考え方には全く賛同できない。なぜなら, 憲法は法律より上位の規範であり, 法律はそもそも憲法に違背してはならないとされるからである。
- 56) 東京地決平成13年12月19日(判例集未登載)。
- 57) 市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社, 2003年)283頁。
- 58) 食糧緊急措置令11条の合憲性が問題となった事件では「新憲法の保障する言論の自由は, 旧憲法の下において, 日本臣民が『法律ノ範囲内ニ於テ』有した言論の自由とは異なり, 立法によっても妄りに制限されないものであることは言うまでもない。しかしながら国民はまた, 新憲法が国民に保障する基本的人権を濫用してはならないのであって, 常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負うのである(憲法12条)。それ故, 新憲法下における言論の自由といえども, 国民の無制約な恣意のままに許されるものではなく, 常に公共の福祉によって調整されなければならぬのである。」と判示して, 食糧緊急措置令11条に基づいて処罰することは, 憲法21条の条規に反するものではない。」としている。最大判昭24・5・18刑集3巻6号839頁。また, 戸別訪問禁止の合憲性が争われた事件(最大

判昭 25・9・27 刑集 4 卷 9 号 1799 頁）では、「選挙運動としての戸別訪問には種々の弊害を伴うので衆議院議員選挙法 98 条……等は、これを禁止している。その結果として言論の自由が幾分制限せられることもあり得よう。……しかし、憲法 21 条は絶対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存することは、これを容認するものと思うべきであるから、選挙の公正を期するために戸別訪問を禁止した結果として、言論自由の制限をもたらし得ることがあっても、これ等の禁止規定を……憲法に違反するものということとはできない。」として合憲と判断している。その他、文書図画の頒布・掲示を制限する公職選挙法 142 条、143 条、146 条の合憲性が争われた最大判昭 30・4・6 刑集 9 卷 4 号 819 頁、選挙に関し報道および評論を掲載する新聞紙・雑誌の頒布を「通常の方法」に限定する公職選挙法 148 条 2 項の合憲性が争われた最大判昭 30・2・16 刑集 9 卷 2 号 305 頁、事前運動を禁止する公職選挙法 129 条の合憲性が争われた最大判昭 44・4・23 刑集 23 卷 4 号 235 頁等参照。市川・前掲注 57）283 頁。

- 59) 東京都公安条例事件（最大判昭 35・7・20 刑集 14 卷 9 号 1243 頁）では、「そもそも憲法 21 条の規定する集会、結社および言論、出版その他一切の表現の自由が、侵すことのできない永久の権利すなわち基本的人権に属し、その完全なる保障が民主政治の基本原則の一つであること、とくにこれが民主主義を全体主義から区別する最も重要な特徴をなすことは、多言を要しない。」と判示しており、猿払事件（最大判昭 49・11・6 刑集 28 卷 9 号 393 頁）では「憲法 21 条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によってもみだりに制限することができないものである。」と判示している。
- 60) 芦部・前掲注 4）98 頁。
- 61) 岡邦俊「続・著作権の事件簿（43）言語の著作物についてパロディの成否を論じた「チーズはどこへ消えた」事件（下）東京地裁平成 13 年 12 月 19 日決定」JCA ジャーナル 49 卷 5 号（2002 年）44 頁。
- 62) 松平光徳「アメリカ著作権法におけるパロディの法理の発展と展望」法律論叢 71 卷 4，5 合併号（1992 年）208 頁。
- 63) 佐藤・前掲注 2）513 頁。
- 64) 最判昭和 45 年 4 月 24 日（刑集 24 卷 4 号 153 頁）参照。
- 65) 梅沢忠夫・金田一春彦・阪倉篤義・日野原重明監修『日本語大辞典〔第二版〕』（講談社、1995 年）1772 頁のパロディの定義参照。
- 66) 佐藤・前掲注 9）121 頁参照。
- 67) 佐藤・前掲注 9）121 頁、「既存の作品の文体や語句、韻律などの特徴を模して、全く別の意図のもとに滑稽や風刺、諧謔、教訓などを目的として作り変えた文学などの作品。もじり」とパロディを定義づけた『精選版日本国語大辞典第三巻』（小学館、2006 年）169 頁参照。
- 68) 浦部法穂「第 21 条〔集会・結社・表現の自由、通信の秘密〕樋口陽一・佐藤幸治・中村睦夫・浦部法穂『注解法律学全集 2 憲法〔第 21 条～第 40 条〕』（青林書院、1997 年）5 頁。
- 69) 芦部・前掲注 3）346 頁、佐藤・前掲注 2）451 頁、浦部法穂『新版 憲法学教室』（日

本評論社, 1994年) 194頁など参照。

- 70) 浦部・前掲注69) 194頁。
- 71) この点, 判例も夕刊和歌山時事事件判決(最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁)で名誉毀損の表現を憲法21条の表現の自由の問題として捉える姿勢を初めて示すとともに, それと「人格権としての名誉の保護との調和」を目指す解釈を試みている。
- 72) 芦部・前掲注3) 348頁。
- 73) 月刊ペン事件(最判昭和56年4月16日刑集35巻3号84頁)。
- 74) 前掲注71) 夕刊和歌山時事事件最高裁判決。
- 75) 前掲注38) 北方ジャーナル事件最高裁判決。
- 76) 芦部・前掲注3) 325頁。
- 77) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣, 2005年) 183頁, チャタレイ事件(最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁), ふたりのラブジュース事件(大阪高判昭和54年3月8日判時923号137頁)参照。
- 78) 前掲注77) チャタレイ事件最高裁判決参照。
- 79) 芦部・前掲注3) 326頁。
- 80) 最判昭和55年11月28日(刑集34巻6号433頁)。
- 81) 芦部・前掲注3) 403頁。
- 82) 芦部・前掲注26) 230頁。
- 83) 浦部・前掲注68) 8, 9頁参照。
- 84) 浦部・前掲注68) 9頁。
- 85) この点については, アメリカの連邦最高裁ホームズ裁判官の「思想の自由市場論」として展開され, アメリカにおける表現の自由の優越的地位の理論の発展に, 大きな影響を与えた。
- 86) 浦部・前掲注68) 9頁参照。
- 87) 浦部・前掲注68) 10頁参照。
- 88) 長谷部恭男『新法学ライブラリ=2 憲法〔第3版〕』(新世社, 2004年) 210頁。
- 89) 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』(有斐閣, 2007年) 448頁参照。
- 90) 長谷部・前掲注88) 210頁。
- 91) 芦部・前掲注26) 230頁。
- 92) 芦部・前掲注3) 411頁参照。
- 93) 芦部・前掲注3) 411頁。
- 94) 芦部・前掲注3) 412頁参照。なお, の least restrictive alternative は芦部前掲注3) 412頁では「最も制限的でない他の選ぶ手段」と訳されている。
- 95) 浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』(日本評論社, 2006年) 170頁参照。
- 96) 浦部・前掲注95) 170頁参照。
- 97) 芦部・前掲注26) 233, 244頁参照。