

# 漫画カットの引用における「改変」の可否：同一性保持権侵害の判断

—小林よしのりの著作権訴訟に見る「政治的意見の表明」と「批評の自由」—



鳥羽 みさを

## 目次

1. はじめに
2. 事案の概要
3. 裁判の経過
4. 同一性保持権を巡る最近の判例・学説の動向
5. カット37の表現と裁判所の判断
6. ドイツの利益衡量理論からの高裁判決に対する評価
7. デジタル技術と著作権
8. 本件訴訟の背景
9. おわりに

.....

### 1. はじめに

漫画家小林よしのりは、様々な社会問題や思想問題を漫画で取り上げ幅広い層の注目を集めてきたが、1997年に、彼の漫画手法の変化に対する批評として上杉聡により書かれた「脱ゴーマニズム宣言」が出版されると、著作権侵害を主たる原因として訴訟を提起し出版の差止等によりこの批評を封じようと試みた。自己の漫画カットが許可なく引用されていること、及び、その中の5カットに変更が加えられたことが主たる理由であった。漫画カットの引用の可否というこれまでに裁判で争われたことのない論点を含む訴訟であったため、この訴訟も幅広い注目を集めた。第一審は、原告の請求をすべて退けたが、控訴審は、同一性保持権の侵害を一部認め、原告の差止請求を認容し、一審判決を覆した。被告は最高裁に上告受理を申し立てたが、2002年4月、上告不受理の決定がなされた。

本論考においては、第一審と控訴審とで判断が分かれたが、最高裁での上告受理理由が認められなかった「引用における同一性保持権侵害」を中心に考えてみたい。

また、自己の作品に対する批評を著作権を根拠に封じ込めようとした人気漫画家の思考の背景にある政治的問題と「批評の自由」について、米国で著作権保護期間延長法の合憲性に疑問を投げかけた「Creative

Commons」の議論を参考に考えてみたい。

### 2. 事案の概要

原告は、「小林よしのり」のペンネームで活動する漫画家であり、「ゴーマニズム宣言」「新ゴーマニズム宣言」「新ゴーマニズム宣言脱正義論」（以下、原告作品という。）<sup>(1)</sup>の著者である。被告らは、それぞれ、原告の作品を批判する内容の書籍「脱ゴーマニズム宣言」（以下、被告書籍という。）<sup>(2)</sup>の著者、発行者、発行人として、被告書籍を出版、販売した。被告書籍には、原告作品の中から、57カットが原告に無断で採録され、採録された一部のコマには、人物の両目部分を黒い目隠しで覆う等の変更が加えられていた。そこで、原告は被告らに対し、①カットの採録は複製権の侵害である、②カットに加えられた変更は同一性保持権侵害である、③被告書籍は、表題等が原告書籍に類似しその出版等は不正競争行為に該当する、と主張して著作権法及び不正競争防止法に基づき、被告書籍の出版、発行、販売、頒布の差止め及び損害賠償を求めた<sup>(3)</sup>。

尚、カットに加えられた5箇所の変更とは、人物の両目を覆う目隠しが3件(カット4, 53, 54)、手書き文字等の加筆(カット27)、そして、連続するカットの一つの配置変更(カット37)である<sup>(4)</sup>。

### 3. 裁判の経過

#### (1) 東京地裁での争点と裁判所の判断

東京地裁での主要な争点は、①原告カットの被告書籍への採録は、著作権法32条1項にいう「引用」に当たるか、②原告カットの被告による変更は、同一性保持権を侵害するか、③被告書籍表題や副題に原告作品の表題及び原告のペンネームを使用していることが、不正競争行為に当たるか、であった。判決は、これらの争点のいずれについても否定して、原告の差止請求及び損害賠償請求を棄却した<sup>(5)</sup>。

### (i) 地裁判決の内容

地裁判決は、第一の争点である「適法な引用の要件について」の判断に先立って、原告及び被告それぞれの書籍の特徴を特定している<sup>(6)</sup>。原告書籍は、創作した漫画を中心に関連するインタビュー記事、対談録、鼎談録、論説その他によって構成され、一話単位で章が構成され、その中で絵を連ね会話文を書き加えるなどして各章ごとに又は複数の章をひとまとまりとして完結する物語形式がとられていることを認定している。被告書籍は、「はじめに」「本文」「あとがき」により構成され、本文は、「脱ゴーマニズム宣言」と「慰安婦攻撃の舞台裏」の二つに分かれ、原告カットが採録されているのは、前半の「脱ゴーマニズム宣言」の中であり、いずれも原告書籍の漫画の部分に含まれているものであることを認定している。この認定に基づいて、それぞれのカットの被告書籍への採録と記述内容との関係を特定し、各原告カットは、カット中の絵部分の批評か又は原告カット中に示される主張に対する批評の目的で採録されていることを認定し、更に「あとがき」に解説された引用の趣旨とを総合して、原告カットの採録は、批評の目的でなされたものであることを認定している。その上で、適法な引用の要件として、明瞭区別性と付随性について検討を加えている。

このように、引用が適法であることを前提として、原画漫画の変更について、カット4、27、37、53、54のそれぞれについて、原画と採録状況を特定した上で、同一性保持権の侵害について、著作権法20条1項にいう「改変」に当たるかどうかを判断し、「改変」に当たると判断される場合には、それが著作権法20条2項4号の「やむを得ないと認められる改変」に当たるかどうかについて判断している。

### (ii) 漫画カットの改変の内容

ここで改めて、5件の改変の内容を見てみたい。

(a) カット4は、第2章「凶器を手にしたよしりん」<sup>(7)</sup>と題された中にあり、被告書籍の著者は、小林よしのりが、人物をことさら醜く描くことで、読者に自己のその人物に対するイメージを刷り込んでいると分析し、例として二人の人物描写のカットを引用している。その内の一人は公人であると考えられることから、目隠しはされていない。もう一方の人物に目隠しがされており<sup>(8)</sup>、これが「意に反した改変」であるとして、原告は同一性保持権の侵害を主張した。

(b) カット53及び54は、カット4と同様、人物の両目に目隠しを施したものである。「おわりに—小林よしのりは復活できるか」と題された終章で、原告が事実を歪曲して描いている例として、被告も同席した実際の場면을登場人物と共に描いたコマを引用した<sup>(9)</sup>。

(c) カット27は、第9章「よしりん殺人未遂事件は、でっちあげか?」と題された章で、被告書籍著者は、小林よしのりが「慰安婦」が「軍」により強制連行された証拠がないことを理由に事実とは認められないと書いているのに対して、原告がオウム真理教により殺されなかった事件についても、証拠はないので、これは事実ではないと言えるのかと、両事件の関係をなぞらえるために、引用したコマに手書きで引用線や文字を書き入れて示したものである<sup>(10)</sup>。

(d) カット37は、第14章「慰安所をつくったのはダーレダ!?!」と題された章の冒頭に、小林よしのりの事実歪曲の実例として、三つのカットからなるコマが引用されたが、左の一カットを一段下げて採録したものである<sup>(11)</sup>。

### (iii) 東京地裁の各変更についての判断

地裁判決は、第二の争点である同一性保持権侵害について、先ず「原画漫画の変更」として、原カットに加えられた変更の事実を認定している<sup>(12)</sup>。

カット4が、原カットを縮小し、描かれている人物の両目部分に黒い目隠しをしていること、カット採録頁及び次頁に同カットに関する記述とともに、「(肖像権保護のため目隠しは引用者による。以下の目隠しも同じ)」と記載されていること、カット27は、原カットを縮小し、「業者」「強制連行」「軍」の各語を丸で囲んで欄外に向かってそれぞれ線を引いた先に「新実」、「殺人未遂」及び「麻原」と記入し、被告書籍中、カットが採録された前頁に、「これを次の私が書き入れた手書き文字のようにするとわかりやすい。」との記述があること。カット37は、原カットを縮小し、左の一カットを中のカットの下に配置し直していること、カット53は、原カットをほぼ等倍のまま、下から五分の三程度の部分について、描かれた三人の人物のうち右二人の両目部分に目隠しを施していること、カット54は、原カットを、ほぼ等倍のまま、描かれた人物の両目部分に目隠しをしていること、を事実として認定している。

これに続いて、同一性保持権侵害の有無について検討する、として、著作権法20条1項及び、同法20条2

項4号を適用条文として、上記カットの変更が20条1項の「改変」に当たるかどうかを判断し、「改変」に当たるものについて、20条2項4号の「やむを得ないと認められる改変」に当たるかどうかについて判断している<sup>(13)</sup>。

即ち、地裁判決は、著作権法20条1項にいう「改変」について、条文の文言以上の踏み込んだ解説はしていない。

カット4については、目隠しは「改変」に当たる、として、「カット中の人物は、同人がこれを見れば不快に感じる程度に醜く描写されているものと認められ、これをそのまま引用したのでは、同人の人格的利益たる名誉感情を侵害するおそれが高いと考えられる。このような場合、原著作物に相当な改変を施すことを許容しなければ、当該著作物を引用する際に、引用者において右第三者の人格的利益を侵害するという危険を強いることとなり、さもなければ、当該著作物の引用を断念せざるをえない。著作物の適正な利用の確保を目的とする著作権法20条2項の趣旨に鑑みると、右のような場合に相当な方法で改変を施すことは著作権法20条2項4号にいう「やむを得ないと認められる改変」に当たると解するのが相当である、とする。

カット27については、加筆に関わらず原内容を完全に認識することができ、また被告書籍記述とともにカット27を見れば、加筆が被告によるものであることは明らかであり、加筆部分を原告著作物の一部と誤解するおそれはない。そうすると、カット27における原カットへの加筆は、著作権法20条1項にいう「改変」ということはできないと、「改変」には当たらないと判断した。

カット37について、これが原カットの配置を変更したことは、著作権法20条1項にいう「改変」に当たる。しかし、配置が変更されたとしても各コマを読む順序に変更が生じる可能性はない。また、採録された場所が第14章の導入部分であり、原カットをそのままのコマ割りで引用するために縮小すると小さな文字で書かれた台詞部分が判読しにくくなるものと認められる。従って、以上の事実によると、右改変は著作権法20条2項4号にいう「やむを得ないと認められる改変」に当たるといふべきである、としている。

#### (iv) 地裁判決の評釈

地裁判決に対しては、いくつかの評釈が発表されて

いるが、同一性保持権の侵害判断については、「人物への目隠し」に対する評価をめぐって評価するもの<sup>(14)</sup>と疑問を呈するもの<sup>(15)</sup>に大きく二つに分かれている。また、カット27の加筆を「改変」と認定しなかった点に対しては、「改変」と判断すべきであったとの異論が出されている<sup>(16)</sup>。配置の変更については、「コマ位置という漫画家の重要な表現事項を改変しなくても引用できたのではないかという異論もある<sup>(17)</sup>が、これに対して、「コマ位置を変更せずに採録することが可能であるとしても、その実行を怠ったこと即同一性保持権侵害という結論が導かれるわけではなく、著作者の利益と利用者の利益との比較衡量によって侵害の成否が判断されるべきである」との意見が出されている<sup>(18)</sup>。

「改変」については、「通常、名誉感情を害さないと思料される変更」は「改変」に該当しないと解釈することを提唱する意見もある<sup>(19)</sup>が、現行の条文の文言からそのような限定的な解釈がなされた例はないようである。しかし、カット27が「改変」には当たらないとする判断の理由として「原内容を完全に認識することができ、加筆であることは明らかである」とすることは、「改変」の内容を外形的な態様により限定するものである。このような限定的な解釈は、「やむを得ない改変」であるか否かの判断の困難性を回避するために行われているように思われる。

## (2) 東京高裁での争点と裁判所の判断

### (i) 判決の要旨

原告は、一審判決を不服として控訴した<sup>(20)</sup>が、東京高裁判決は、上記①③の争点については原審の判断を維持しつつ、②の同一性保持権に関わる一部のカットについて異なる判断を示した。即ち、原判決別紙採録状況<sup>(30)</sup>に示される漫画のカットを含む被控訴人(被告)書籍を出版、発行、販売、頒布してはならない、として、カット27については、同一性保持権の侵害を認め、金20万円の賠償金の支払いを被告各自に命じたのである<sup>(21)</sup>。

### (ii) 高裁判決の改変に対する判断

引用の適法性について、高裁判決は、控訴人の主張を悉く失当として退けた。又、控訴人が、同一性保持権侵害については、引用の場合に「やむを得ない改変」かどうかの認定にはより一層慎重な吟味が必要であると主張したのに対しても、著作権法20条2項4号の

「やむを得ない改変」か否かについて、引用とそれ以外の場合を特別に区別しなければならない理由はない、と控訴人の主張を退けた。判決は、「引用は、新しい文化活動をしようとする者と著作権者との調整として、著作物の利用を許諾した規定であって、著作物の利用が許されているという点において、著作物の利用が許されている他の場合と異なるものではない。」と判示している<sup>(22)</sup>。具体的には、カット4、27、53、54について、控訴人の更なる主張を退け、地裁判決の判断を肯定した。高裁判決が、地裁判決と異なる判断を示したのは、カット37についてである。

### (iii) カット 37 に関する判断

カット37において、原カットの配置が著作権法20条1項の「改変」に当たることを認定した後に、被控訴人が「改変に当たらない」又は「やむを得ない改変」に当たると主張した議論を悉く否定し、「改変」と認定し、この「改変」は、被控訴人書籍のレイアウトの都合を不当に重視して、原カットにおける控訴人の表現を不当に軽視したものというほかなく、被控訴人らの主張に係る著作物の性質、引用の目的及び態様を前提としても、カット37の右改変を著作権法20条2項4号の「やむを得ない改変」に当たるとすることはできない、とした<sup>(23)</sup>。

### (iv) 上告受理申立

被控訴人は、高裁判決を不服として2000年4月上告受理を申し立てたが、2002年4月、申立に対し不受理の決定が出され、高裁判決は確定した。

## 4. 同一性保持権を巡る最近の判例・学説の動向

### (1) 著作権法20条についての伝統的解釈—厳格解釈

著作権法20条1項は、「著作者は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けないものとする」と定め、著作者人格権の一つである同一性保持権を定める。これは、「著作物が著作者の人格の具現化されたものであることから、著作物に具現化された著作者の思想・感情の表現の完全性あるいは全一性を保つ必要があるという趣旨から出たものであり」と同時に、文化的所産である著作物を第三者が変更することを阻止し、同一性を保持する要請にある。そして、「その意に反して」改変を受けないというのは、同一

性保持権が働く判断尺度を著作者にある程度委ねるという考え方による、とされる<sup>(24)</sup>。一定の場合にはこの適用が除外されるが、これを定める著作権法20条2項は、その適用が極めて厳格に制限されてきた。とりわけ、4号の一般条項は厳格に解されて来た。

### (2) 近時の学説

これに対して、近時、著作権法20条2項4号を一般条項として、著作者と著作物の利用者との利益の衡量を図ることにより、この条項の適用を求める論議がなされている。例えば、上野達弘氏は、「ドイツ著作権法における「利益衡量」からの示唆」という副題の下に「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察」を発表されている<sup>(25)</sup>。氏は、従来の通説・判例が厳格解釈を徹底して来た理由を、立法過程に端を発し信奉されつづけた解釈であると分析している。即ち、一般条項として4号の除外規定を入れることに危惧を感じた著作者側の反対の中で同号を維持するために、政府委員から強調されたのが厳格解釈の原則であり、これが守られて来たという。しかし、厳格解釈を堅持して同号の適用を制限し続けたために、同項以外の法律構成により、あるいは、法律構成を明示することなく1項の適用が除外される例が展開されている状況を問題として、「同一性保持権の侵害判断を著作者と利用者との調整ととらえた上で、2項4号を活用するなどの同項内部の法律構成に定位することを主張」されている。

### (3) 近時学説からの高裁判評

氏は、自身のこのような立場を基に本件の高裁判決について、「本判決は、まさにこのような新しい裁判例の流れの最先端に位置するものである」として、高く評価しておられる。氏いわく、「本判決は5カットの改変のうち、3カットについて20条2項4号を適用して同一性保持権の侵害を否定する一方で、1カットについては原判決を変更して同号の適用を否定したのである。こうした判断は、さまざまな事情を具体的に考慮したすえに下されている。本判決の意義として注目をうながしたいのはこの点に他ならない。同号を適用するためには、いったいどのような要素がどのように考察されるべきなのか。この問題に対して有益な材料を提供するものと評価できるからである。」としている<sup>(26)</sup>。また、「コマ配置変更」についての高裁判決は、

正当化できるとして、その理由を、十分に代替的な掲載方法があったこと、改変の目的が極めて薄弱であること、そして、改変された部分が連続したコマに関わり、改変の程度が大きいことを挙げている<sup>(27)</sup>。

改めて、カット37に焦点をあてて地裁、高裁の判決を分析してみたい。

## 5. カット37の表現と裁判所の判断

### (1) カット37に関する地裁の判断

地裁判決は、カット37が原カットの配置を変更したことを著作権法20条1項の「改変」に当たるとした上で、配置変更は、「各コマを読む順序に変更が生じる可能性はないものと認められる」とし、他方、「被告書籍の本文部分「脱ゴーマニズム宣言」中の「14 慰安所を作ったのはダーレダ?!」の章の冒頭は、見出しの表示の後の「ここで、元「慰安婦」の人たちが漫奴隷と較べてどうだったか、もういちど検討してみよう」という導入部で始められており、右見出しの表示及び導入部の後に、原カットをそのままのコマ割り引用するために縮小すると、小さな文字で書かれた台詞部分が判読しにくくなるものと認められる」ことを理由に、「やむを得ないと認められる改変」に当たるとした<sup>(28)</sup>。

### (2) カット37に関する高裁の判断

高裁は、地裁のこの判断が被控訴人のレイアウトの都合を不当に重視し、控訴人の表現を不当に軽視したものであるとして、この部分の判決を覆した。即ち、三つのカットから成る一コマの中、左のカットを一段下にずらしたことが、原カットの「表現」を変更し、これはやむを得ない改変には当たらないと高裁は判断した。そこで、カット37に「表現」されていたのは何なのかを先ず見てみたい。

カット37の原カットは、「新ゴーマニズム宣言」第30章の冒頭にある<sup>(29)</sup>。水平に並べた三つのカットの最も右には、「武漢兵站」という慰安係長の手記を読むと慰安所の実態が見えてくる」という著者の導入文と見られる吹き出しに続いて、著者が「慰安所の実態」であると考えられる場面が漫画で描かれている。漫画に重ねて書かれた文章は、「漢口に入城した売春業者は、朝鮮人の女たちをまったくの奴隷状態で酷使収奪したので、漢口兵站の監督下に置き内地人の女同様借金制度に切り替えた」というものである。この文章には主語

がない。その左のカットには「軍人が業者に押印させているらしい場面」が描かれ、それに重ねて「前借金は平均6~7千円だったので、1ヵ月4~5百円稼がせるようにし、一年半位で借金を返し、それ以上働けば、貯金もできて内地に帰れるよう指導した」という説明がある。左のカットは、著者の自画像と思しき人物像が描かれ、「日本軍はそれまで奴隷状態だった慰安婦にむしろ人権を与える方向に管理している」とのセリフが吹き出しから発せられている。つまり、この三つのカットで表されているのは、右の二カットで「武漢兵站」という手記の一部分を取り出し漫画化し、これに対して第三のカットで、「日本軍はそれまで奴隷状態に置かれていた慰安婦にむしろ人権を与える方向に管理がされていた」という著者の解釈を付け加えたものである。従って、著者の自画像が人差し指を60度の方向に指し示しているのは、具体的な物ではなく、右の二つのカットに表現された「武漢兵站」という第三者の著作を著者が一部漫画に翻案し引用したものである。従って、著者の主張を表す左のカットを右のカットの真横に並べるか、あるいは下に置くかによって、その意味するところに全く変化はない。意味に変化がないことは、高裁判決も認めるところである。

高裁判決は、第一、二コマがそれぞれ異なった場面が描かれていることから、二つのコマであると認定し、第三のコマが指差しているのは、「同じコマを指差しているとしても、そのコマのどの部分を、どの方向から指差しているかということ自体が控訴人書籍における表現なのであるから、」「意味が同じものとして理解できるとしても、カット37が原カットにおける表現を改変したものであり、表現の微妙な部分まで同じといえるものでないことは明らか」であるとした<sup>(30)</sup>。被控訴人が、配置の変更は、原カットの意味を変更するものでなく、配置を変更することなく採録するためには更に縮小するか、レイアウトの変更が必要になるが、更に縮小すれば、文字が読みにくくなり、レイアウトの変更も、章の構成上不可能であり、いずれの方法も取り得ないとして、「やむを得ない変更」であるとの主張は、被告書籍のレイアウトの都合を過重に重視し、原告の権利を不当に軽視したものと判断したのである。つまり、高裁判決は左のカットが下に動かされたことにより、「表現の微妙な部分」に変化が生じ、これが改変に当たるとしたのである。

### (3) 高裁判決に対する疑問

高裁判決がいう「表現」とは、何を意味しているのか。「表現」という言葉により原告により描かれた漫画そのもの、出版により固定された「表現」そのものを具体的に指し示すことになるのであれば、「改変」について極めて厳格な基準が取られているといわざるを得ない。外観的には、カット27の「改変」の方がカット37の配置の変更より重大であると思われ、カット27が「変更」には当たらないと判断され得るのであれば、37カットも、「改変」には当たらないと認定することも可能であったように思われる。3コマのそれぞれを個別に引用することも可能なのだから。

カット27については、加筆を「控訴人著作物のうちの該当箇所を特定、強調するために被控訴人が書き込んだものであると明確に認識できることは明らかである以上、読者は控訴人の著作物としては加筆部分が存在しない表現、即ち原カットと同じ表現として認識する<sup>(31)</sup>、としているのに比較して、判断の姿勢にぶれがあるように思える。加筆は、それが手書きの文字であっても、改変と見るのが普通なのではないか。それを敢えて、改変はないとしたのは、「やむを得ない改変」か否かの判断を回避するためであったのではないか。

## 6. ドイツの利益衡量理論からの高裁判決に対する評価

### (1) 上野氏分析のドイツ利益衡量理論

上野達弘氏は、上述の論文の中で、ドイツ著作権法の14条が「著作物に関する自己の正当なる精神的または人格的利益を害するおそれのあるものを禁止する権利を有する」と定める改変禁止権が、「正当な」という一般条項的な文言を持つことから、これが利益衡量を導く引き金となっている、として利益衡量において考慮される具体的要素を分析している<sup>(32)</sup>。それによれば、著作者の利益をはかる評価基準としては、侵害行為の態様、著作物の性質、著作者の性質を挙げ、利用者の利益をはかる評価基準としては、利用者の有する権利、著作物の性質を挙げている。即ち、著作者の側からは、侵害の程度、著作物の創作性の程度、著作者の芸術家としての地位の高さ等が考慮されるのに対して、利用者側では、著作物利用権を有しているのか、又は「学校教育のための複製」「引用」「私的複製」等の自由利用権者であるかが考慮される。そして、利用者に一定

の自由利用が認められる場合には、改変は許されやすい、とされる<sup>(33)</sup>。

### (2) 高裁判決の評価

このドイツでの利益衡量のはかり方を参考にして、高裁判決を見てみると、カット37について展開されている議論は、「侵害の態様」に関するものに限定されているかに見える。「コマの配置の変更」という事実の周辺をどのように詳細に議論してみても、それは侵害の態様という一つの要素の分析でしかなく、そこから著作者と利用者の利益衡量が可能であるとは思われない。

従って、この高裁判決が上野氏が提唱する利益衡量のために有益な先例を提供しているとは思われない。

また、高裁判決は、「学術論文における改行」が改変と認められたことを挙げている<sup>(34)</sup>が、学術論文における改行と本件におけるカット37の配置の変更は似て異なるものである。言葉でつづられる学術論文と漫画とは異なる表現形式を持つ著作物であり、先例として適当であるとは思われない。

著作者と利用者の利益の衡量をするのであれば、被控訴人の引用が適法であると認められる時点で、差止めを認めることにより被控訴人及び「表現の自由」が蒙る不利益と、控訴人が配置変更により蒙る精神的な被害とを衡量する必要があったのではないか。つまり、侵害の態様に加えて、著作物の創作性の程度と、著作者の芸術家としての地位の高さ等が検討される必要があったのである。著作物の創作性の程度をカット37について見れば、上述のように第三者の著作を引用して自己の歴史的事実についての見解を表明するものであり、「漫画」として創造性の程度が極めて高いとは思われない。また、著作者が芸術家として高い評価を得ているとも思えない。これに対して、著作物を引用により利用した被控訴人は、自由利用者であり、「著作物の性質」は、原告の政治的思想の表現としての漫画手法に対する批評の書である。また「利用の目的」は、原告の漫画手法の分析のための引用である。これらの要素を衡量すれば、どちらの利益に針が傾くかは明らかであると考えるのは筆者だけであろうか。特に、この同一性保持権侵害を認めて差止請求が認められたことは、両者のバランスとして適当であったのかは大いに疑問であると思われる。

### (3) パロディとしての「脱ゴーマニズム宣言」

被告書籍は、著者が自ら説明しているように、歴史研究を正業とする著者が、漫画と漫画家に対して「異種格闘技に参加する思いで」書かれた批評の書である<sup>(35)</sup>。想定された読者は、小林よしのりの漫画を読むであろう若者たちである。本の前半は、小林よしのりの「ゴーマニズム宣言」を手本に、数頁からなる章を連ねて構成され、章の最後には小林のきめのセリフ「ごうまにかまして、よかですか？」をもじった「ごうまにかまして、かめへんやろか？」のセリフで結論が導かれている。つまり、この批評の書はパロディの手法を随所にちりばめている。カット37の配置の変更も、意図せずに、歴史事実歪曲のセリフ「日本軍はそれまで奴隷状態だった慰安婦にむしろ人権を与える方向に管理している」の愚かしさをくっきりと浮かび上がらせる効果をもたらしているとも言える<sup>(36)</sup>。漫画の地平で格闘技を挑んだ著者にとって、原告のカットの「引用」は、批評のための欠くべからざる「対象」であったと同時に、単なる「引用」を超えて、パロディとしての批評の書を構成する素材として、拡大され、配置し直され、また、加筆が行われたのだと考えることもできる。控訴審判決の評釈の中には、カット4、53、54の「目隠し」を、視覚的著作物を視覚的手法で批評する一つの積極的手法であると解釈する見解がある<sup>(37)</sup>。確かに、似顔絵に付された目隠しには、相手に対する好悪の感情を忠実に反映させた小林の似顔絵に対する批評の効果があるように思える。因みに、控訴人著者は、控訴審判決を「勝利」として読者に伝え、被控訴人を「ドロボー」と評した。この表現に対しては、名誉毀損による損害賠償請求等訴訟が攻守所を変えて争われ、控訴審で名誉毀損が認められ、250万円の賠償金と謝罪広告が小林よしのりと小学館に対して命じられた<sup>(38)</sup>。

上野氏によれば、ドイツ法の下では、パロディについての特別の規定はないが、芸術の自由に関する特別の保護を受け、パロディ自体が新たな独立の著作物であれば、自由利用に基づき許容される以上、それともなう改変についても改変禁止権によって禁止できないとするのが判例・通説である、とされる<sup>(39)</sup>。

上野氏が、「20条2項の厳格解釈に再検討をせまる」ためにドイツ著作権法における利益衡量理論を紹介されながら、結果として本件について厳格解釈に帰着されたのは奇妙としかいいようがない。しかし、デジタ

ル技術の発展による「複製」の容易性、改変の容易性を背景に、同一性保持権の問題を、著作者と著作物の利用者との利益の調整という構図で捉え直すことを提唱している論文の趣旨には合理性があると思われる。

## 7. デジタル技術と著作権

### (1) デジタル技術と同一性保持権

デジタル技術の発展は、コンピュータ上の創作を可能にし、著作物の改変はより容易に広範に行われる環境をもたらした。誰もが「出版者」「制作者」になれる時代が到来したのである<sup>(40)</sup>。デジタル著作物には、オリジナルとコピーの差異がなく、インターネット上の操作は「複製」が基本となる。更に、インターネットを通じた情報送信は、インターアクティブな操作を可能とし、素材の改変の機会は個人にまで広がっている。このような中で、著作者に認められる同一性保持権の規定の改正論議が活発化しているという<sup>(41)</sup>。これに対して、著作者人格権は先ずは人権の体系の中でどのような位置にあるのか、そして著作権法制の中でどのような位置にあるのか両面からのアプローチが必要であることが提唱されている<sup>(42)</sup>。また、著作物の無断改変の危険性が増大することに対する保護の確保と、他人の著作物の利用行為による自己実現の奨励の両者への目配りの必要があることも説かれている<sup>(43)</sup>。米国では、サイバー法学者であるローレンス・レッシングが、IT技術と著作権の問題をより根源的に問い直す議論を展開している<sup>(44)</sup>。氏は、2002年9月から半年間客員教授として日本に滞在し、同年11月には、「The Creative Commons」と題する講演を行っている<sup>(45)</sup>。文化の発展にとって最も大切なのは「独立した、適度に規律ある、批評の場(independent, well-regulated criticism)」であるが、米国の昨今の状況は、この批評の場がなくなりつつあり、米国文化は弱体化に瀕しているという危機的な認識を、米国の著作権法の歴史を概観しつつ論じている。

### (2) 米国における著作権法の改正

氏によれば、自由と民主主義の国と自負するアメリカ合衆国においても、このような批評の場が確立されたのはさほど昔のことではない。合衆国憲法第一修正が「報道の自由」を規定した後でも、政府批判者が法律により処罰される時代があり、その法律が憲法に適

合していないと認識されたのは、20世紀に入ってからである。また、批評は批評記事によってのみ行われるものではない。新たな異なる、時に逸脱した批判的な作品の創作を通じて行われる。しかし、文化的産物に対する経済的、法的規制の変更、特に著作権法の変更によって、批評の場が危機に瀕しているというのが、氏の認識である。最も端的な事実、著作権の保護期間の相次ぐ延長である。著作権法が米国で発生した当時、その保護期間は、14年で、一回の更新が認められていた。最初の100年間で期間の延長は一回のみであったが、最近の40年間では、11回も延長が行われている。そして、1998年のソニー・ボノ法<sup>(46)</sup>は、20年の延長を行い、著作権の保護期間は、著作者の死後70年まで延長された。法人著作にあつては95年である。また、期間を延長しただけでなく、この法律は、更新制度をなくすことにより、すべての著作物に最長の保護期間を与えるものとなった。

また、著作権の保護範囲も拡大されており、最も重要な変更は派生的著作物についての解釈を拡大することにより、翻訳や翻案、要約にも著作権が及ぶようになった。マーガレット・ミッチェルの「風と共に去りぬ」<sup>(47)</sup>はよく知られた名作だが、この物語を黒人奴隷の視点から語った「過ぎ去った風」の作者アリス・ランドール<sup>(48)</sup>は、マーガレット・ミッチェル財団から訴訟を受けた。マーガレット・ミッチェルの著作権は1992年に消滅するはずであったが、ソニー・ボノ法により、2031年まで延長された。侵害を認めた一審の見解は、控訴審で覆されたが、アリス・ランドールと同程度に既存の作品に接近する著作者は、同じような危険に直面することになる。

### (3) テクノロジーの変化

著作権法の変化以上に重要な変化は、技術の変化である。著作権法は複製を規制するが、これまでは、すべての著作権対象物の使用は複製を通じて行われるわけではなかった。しかし、インターネットで創作物を移動させるとき、そこでは複製が行われ、デジタル化された創作物のネットワーク上での使用は、一見、著作権規制の対象となる。この些細な事実が、インターネット以前には不可能であった、著作物の使用の規制を可能にした。著作権法に内包されていた著作権の制限は、法と、技術の変化によって回避されることになっ

たのである。

### (4) 著作権所有者の集中

法と技術の変化の背景には、市場の変化がある。著作権による規制の増大には、著作権所有者の集中の進行という事実がある。たった五つの会社が音楽販売を牛耳り、全米のラジオ局の50%以上を四つの会社がコントロールしている。そして、映画やテレビも同様である。つまり、法と技術の変化と著作権の集中により、これまでの歴史には見られない一握りの会社が文化に対する規制を行うという現象が起こっているのである。その結果、自由な使用に供される共有資源 Creative Commons は萎縮の一途をたどっている。

### (5) 日本の状況

氏は講演の中で、日本における漫画文化の隆盛に興味を示し、その背景には、「コミケ」の存在があるのではないかと推測分析された<sup>(49)</sup>。「コミケ」とは同人コミック誌の見本市である<sup>(50)</sup>。「パロディを掲載している同人誌の許可はどうやって取るの？」と聞くと、それに対する標準的な答は「フェア・ユースだと思いません」というものであったと<sup>(51)</sup>。日本の「フェア・ユース」についての詳しい知識はないが、少なくともアメリカとはちがうと。漫画家、みなもと太郎は、「漫画家にとってパロディを描くこと、有名な作品を題材にすること、あるいは自分の作品を誰かにマネされることは、ごくごく自然な当たり前のこととしてあった」と書く<sup>(52)</sup>。「盗作まがいのものを描くことは禁じられていなかったし、そういう行為は作家として当然の欲求の発露としてあった」。有名作家の作品をマネることにより、それを越えた作品を作ることができる。「マネをする権利を奪われることを何としても阻止したい」と。「しかし、そうした環境は近年、急速に失われてきている」。マネが許され、お互いに電話一本で許可を取り合う牧歌的な時代は終わりつつあるようだが、ローレンス・レッシングが感じ取ったのは、いまだコミケに残存するパロディを許す自由な雰囲気であったのかも知れない。

## 8. 本件訴訟の背景

歴史研究を正業とする本件被告が「パロディ」という形で原告の漫画に対する批評を書かざるを得なかつ

たのは、テーマとなった「慰安婦」問題が被害者にとっては未だ満足いく解決を見ていないことが、一つの理由である<sup>(53)</sup>。元「慰安婦」を原告とする訴訟は日本の裁判所に10件提起されている<sup>(54)</sup>が、請求はすべて棄却されている。

そんな中で、加害国、被害国の女性達を中心に国際的な女性のネットワークにより2000年12月に実現された「日本軍性奴隷制を裁く女性国際戦犯法廷」(以下、「法廷」)<sup>(55)</sup>は、ラッセル・アインシュタイン法廷に続く民衆法廷として国際的な注目を浴びた<sup>(56)</sup>。「法廷」は、被害者の声に依拠してジェンダーの視点から第二次世界大戦当時の国際法を解釈し直すことにより連合国により開かれた極東軍事裁判の継続としてこの裁判が裁くことのなかった戦争時の女性に対する暴力を裁きの対象とし、不処罰の歴史を断つ試みを成功させたのである<sup>(57)</sup>。一年後の2001年12月にオランダのハーグで出された最終判決<sup>(58)</sup>は、国際刑事法、国際人道法の集大成された知識の結実として歴史的、思想的な役割を果たしたと共に、日本軍性奴隷制の犠牲となりながら、生き延び、打ち砕かれた人生を建て直し、恐れと恥をしのんで世界中に自らの体験を語り、証言した女性達の名を銘記し称えることにより被害者に一つの救済を与えたのである<sup>(59)</sup>。

## 9. おわりに

本件高裁判決に対する評釈がこれを追認するものに片寄り<sup>(60)</sup>なかで、ジェンダーの視点から見直すと、今までとは異なる景色が見えるということを理解して頂きたく筆を執った。家族法に関連する事件、セクシャルハラスメント事件等において、日本の裁判所の判決が、ジェンダー偏向から自由でないことは既にフェミニストの分析の対象となっている<sup>(61)</sup>。また、日弁連の両性の平等に関する委員会報告書も「司法における性差別」の存在を指摘している<sup>(62)</sup>。著作権という知的財産権の分野でも事件によっては、ジェンダーの視点で分析し直すことにより問題の所在を明らかにする一助になるという一例としてお読み頂きたい。「ジェンダー法学が切り拓く地平」は未踏の分野であり、「掛け値なしに面白い」のである<sup>(63)</sup>。

## 注

- (1) 「ゴーマニズム宣言」は双葉社、「新ゴーマニズム宣言」は小学館、「新ゴーマニズム脱正義論」は、幻燈舎からそれぞれ発行
- (2) 上杉聰(1997)「脱ゴーマニズム宣言」東方出版
- (3) 東京地裁平成9(ワ)27869号事件
- (4) 末尾に資料として被告書籍(初版)に採録され改変が問題となった五つのカットと、カット37については、最高裁決定後の被告書籍新装改訂版(2002)から1.5倍程度に拡大したものも引用。
- (5) 東京地裁平成11年8月31日判決、判時1702号145頁
- (6) 前掲注(5)、151頁
- (7) 「よしりん」は、小林よしのりの愛称
- (8) 前掲注(2)15頁、末尾資料参照
- (9) 前掲注(2)94-95頁、末尾資料参照
- (10) 前掲注(2)46頁、末尾資料参照
- (11) 前掲注(2)64頁、末尾資料参照
- (12) 前掲注(5)155頁
- (13) 前掲注(5)156頁
- (14) 村井麻衣子(2000)北大法学51巻3号1133-1172頁
- (15) 和田光史(1999)CIPICジャーナル94号67頁
- (16) 前掲注(14)、村井、1151頁。この村井論文は、後掲注(25)上野論文が参照されている。
- (17) 大江修子(1999)コピライト11、32頁
- (18) 前掲注(14)村井、1150頁
- (19) 田村善之(2001)「著作権法概説」第二版、有斐閣、451頁
- (20) 東京高裁平成11年(ネ)4783号事件
- (21) 東京高裁平成12年4月25日判決、判時1724号、124頁
- (22) 前掲注(21)、131頁
- (23) 前掲注(21)、132頁
- (24) 加戸守行(1991)「著作権法逐条講義」新版社団法人著作権資料協会、137頁
- (25) 上野達弘(1999)「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察」民商法雑誌120巻4号748-779頁、5号925-969頁
- (26) 上野達弘(2002)「82漫画の引用」別冊ジュリスト著作権法判例百選、有斐閣、166頁
- (27) 上野達弘(2001)「漫画の引用と改変」知財管理51巻9号1479頁
- (28) 前掲注(5)、156頁
- (29) 上杉聰(2002)「脱ゴーマニズム宣言」新装改訂版、64頁で縮小して引用、末尾資料で拡大して引用
- (30) 前掲注(21)、133頁
- (31) 前掲注(21)、132頁
- (32) 前掲注(25)、930頁
- (33) 前掲注(25)、942頁
- (34) 前掲注(21)、132頁
- (35) 前掲注(2)、6頁
- (36) 女性史・社会運動史研究の鈴木裕子は、「自由主義史観」は時代遅れな男権主義であると書く。(1997)「戦争責任とジェンダー」未来社、64頁

- (37) 岡邦俊 (2000) 「JCA ジャーナル」47巻, 6号, 42頁
- (38) 平成12年(ワ)第18782号「謝罪文掲載等請求事件」
- (39) 前掲注(25), 943頁
- (40) トム・ノール (2003) 「バーチャルな世界での知的財産権新たなパラダイムが不可欠」日経コミュニケーションズ 2月3日号180頁
- (41) 井上由里子 (1994) 「著作物の改変と同一性保持権」ジュリスト No.1057有斐閣 65-70頁
- (42) 斎藤博 (1997) 「著作者人格権の理論的課題」民商, 815-837頁
- (43) 小泉直樹 (1997) 「著作者人格権」民商, 584-614頁
- (44) Lawrence Lessig, professor, Stanford University, サイバー法, 憲法の専門, The future of Ideas (2001), Random House は, 「コモンズ」と題されて日本語訳されている。山形浩生訳(2002) 翔泳社。また, 自己のウェブサイトにて数々の情報を公開している (<http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/>)
- (45) 以下は, 当日配布された英文資料 Laurence Lessig, The Creative Commons, 5th BLC Public Lecture, University of Tokyo, Faculty of Law, Business Law Center, November 28, 2002から筆者の翻訳による紹介。
- (46) 正式名称は, Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Sonny Bono は法案提出者の名前。この法律が憲法違反であるとして Eric Eldred が原告となり訴訟が提起され話題になったが, 最高裁は請求を棄却した。 <http://eldred.cc/> 参照。判決を肯定する立場から Journal of the Japanese Group AIPPI Vol.48 No.5, (2003), pp. 348-345
- (47) Mitchell, Margaret (1936), Gone with the Wind, 日本でも数多くの訳書がある。映画化されたことでも有名。
- (48) Randall, Alice (2002), The Wind Done Gone, Houghton Millfin (2001), amazon.co.jp の From Publishers Weekly によると, この本の発行予定日の一ヵ月前, アトランタ連邦地裁はこの物語が明らかな著作権侵害であると判断した。しかし, この物語は, ミッチェルの世界に題材を得ているが, 鋭い社会観察に基づき, 想像力豊かな言葉で語られた, 形と声においては異なる, ミッチェルの大河小説の横に並ぶ, 生き生きとした想像力にあふれた物語である, と紹介されている。
- (49) 前掲注(45)の資料には触れられていないが, 講演中に言及された。
- (50) 「マンガと著作権—パロディと引用と同人誌と— (2001) 青林工藝社, 155頁
- (51) ローレンス・レッシング他討論(2003)「ネットワークの中立性が知的財産を生み出す」中央公論, 2月号, 258-267頁
- (52) みなもと太郎 (2002) 「お楽しみはまだまだつづくのじゃ」 「デジタル著作権」第8章, デジタル著作権を考える会, Soft Bank Publishing, 319頁, 315頁
- (53) 吉見義明 (1995) 「従軍慰安婦」岩波新書 384, 「あとがき」参照
- (54) 平成13年(ネ)3775号, 平成14年(ネ)2621号他
- (55) 山下泰子 (2003) 「女性差別撤廃条約後の国際人権の展開」ジュリスト特集ジェンダーと法, No.1237, 31-47頁
- (56) 「女性国際戦犯法廷の全記録 [I][II]」 (2002) VAWW-NET Japan 編, 緑風出版, [II] 164頁, 「法廷」のメディアコーディネーターによれば, 海外からは95社200名, 国内は45社105名の取材陣が取材した。日本のメディアはしかし, この「法廷」と判決を十分に報道していない。2001年1月30日にNHK教育テレビで放映された「戦争をどう裁くか」シリーズ第2回「問われる戦時性暴力」は, 放映直前の他からの圧力により番組内容が改変されたとして, 取材に応じたバウネットジャパンが信頼利益の侵害, 説明義務違反を理由に損害賠償請求の訴訟を起している (東京地裁平成13年(ワ)15454号)。
- (57) 内海愛子「第4章女性国際戦犯法廷は何を再審したか」前掲注(56)「全記録[II]」
- (58) 判決全文の訳文は, 前掲注(56)「全記録[II]」105頁, 原文はバウネットジャパン事務局で入手可能ウェブページ <http://www1.jca.apc.org/waww-net-japan/english/> 参照
- (59) 阿部浩己 (2002) 「女性国際戦犯法廷が映し創り出したもの」前掲注(56)「全記録[I]」306頁
- (60) 前掲注(27)上野の他に, 和田光史 (2001) CIPIC ジャーナル 101号42頁; 前田哲男 (2001) 判例評論 508号 31判時 1743号 193頁
- (61) 福島瑞穂 (1997) 「裁判の女性学」有斐閣
- (62) 「司法における性差別—司法改革にジェンダーの視点を」日本弁護士連合会両性の平等に関する委員会・2001年度シンポジウム実行委員会 (2002) 明石書店, 尚, ジェンダーとは, 社会的・文化的に形成された性差を意味する。 <http://www.niben.or.jp/gender> 参照
- (63) 寺尾美子 (2003) 「ジェンダー法学が切り拓く地平」前掲注(55)ジュリスト, 11頁。

カット 4



【新ゴーマニズム宣言スペシャル・脱正義論】78頁より

カット 27



新奥  
殺人未遂  
麻原



殺人未遂

【新ゴーマニズム宣言第32章】より

カット 37



日本軍はそれまで慰安婦に与える方向に管理している



【新ゴーマニズム宣言第30章】より

カット 53



【新ゴーマニズム宣言第37章】より

カット 54



【新ゴーマニズム宣言第37章】より

カット 37 改訂版



【新ゴーマニズム宣言第30章】より

\* 最高裁判決を受けて原典のコマ配置どおりに改訂

(原稿受領 2003. 6. 30)

(変更原稿受領 2003. 9. 29)