

フェア・ユースにおける市場の失敗理論と 変容的利用の理論(2)

—日本著作権法の制限規定に対する示唆—

村井麻衣子

序

第1部 米国法

第1章 フェア・ユース (以上 第45号)

第2章 市場の失敗理論

1. Gordonによるフェア・ユースの市場の失敗理論
 - 1-1. フェア・ユースをめぐる課題と経済分析の意義
 - 1-2. 著作権法における市場の意義
 - 1-3. フェア・ユース適用のための三段階テスト
 - 1-3-1. 第一のテスト
 - 1-3-2. 第二のテスト
 - 1-3-3. 第三のテスト
 - 1-4. フェア・ユースの代替案 —ライアビリティ・ルールの可否—
 - 1-5. 伝統的なフェア・ユースをめぐる議論と市場アプローチ
 - 1-5-1. 市場の障壁 —新技術と取引費用—
 - 1-5-2. 外部性、非金銭的な利益、非商業的な活動
 - 1-5-3. 普及させたくない動機 (Anti-Dissemination Motive)
 - 1-6. 裁判例の分析
 - 1-6-1. Williams & Wilkins 判決
 - 1-6-2. Sony 控訴審判決
2. 市場の失敗理論の裁判例への影響
 - 2-1. Williams & Wilkins 判決
 - 2-1-1. 事実の概要
 - 2-1-1-1. NIH 図書館の複写実務
 - 2-1-1-2. NLM 図書館の複写実務
 - 2-1-2. Court of Claims の多数意見
 - 2-1-2-1. フェア・ユースを認める核心的理由
 - 2-1-2-2. 実質的損害としてのライセンス料の主張に対して

- 2-1-3. Cowen 主判事の反対意見
 - 2-1-3-1. 複製のフェア・ユース非該当性
 - 2-1-3-2. 裁判所の役割と当事者間取引の可能性
 - 2-1-3-3. 差止めによる情報の流通阻害のおそれについて
 - 2-2. Copyright Clearance Center の設立と発展
 - 2-2-1. 設立の経緯
 - 2-2-2. 著作権処理の方法
 - 2-2-3. CCC の発展
 - 2-3. Texaco 判決
 - 2-3-1. 事実の概要
 - 2-3-2. 多数意見
 - 2-3-2-1. 争点の本質
 - 2-3-2-2. 第一の要素（利用の目的と性質）
 - 2-3-2-2-1. 第一の要素の結論
 - 2-3-2-2-2. 商業的利用に関する Texaco の主張について
 - 2-3-2-2-3. 変容的利用に関する Texaco の主張について
 - 2-3-2-2-4. 合理的・慣習的実務に関する Texaco の主張について
 - 2-3-2-3. 第二の要素（利用された著作物の性質）
 - 2-3-2-4. 第三の要素（利用された部分の分量と実質）
 - 2-3-2-5. 第四の要素（著作物の潜在的市場あるいは価値への影響）
 - 2-3-2-5-1. 学問的な雑誌論文
 - 2-3-2-5-2. 追加的雑誌予約購読・バックナンバーの販売
 - 2-3-2-5-3. 許諾料収入
 - 2-3-2-5-4. 第四の要素の結論
 - 2-3-2-6. 総合評価
 - 2-3-3. Jacobs 判事の反対意見
 - 2-3-3-1. 結論
 - 2-3-3-2. 利用の目的と性質
 - 2-3-3-3. 潜在的市場あるいは価値への影響
 - 2-3-3-3-1. 予約購読および販売
 - 2-3-3-3-2. 許諾料収入
 - 2-3-3-3-3. 第四の要素の結論
 - 2-3-3-4. 衡平法上の考慮要素（以上 本号）
 - 第 3 章 変容的利用の理論
 - 第 4 章 市場の失敗理論をめぐる新たな動向
 - 第 5 章 市場の失敗理論と変容的利用の理論の関係
 - 市場の失敗理論に残された意義—
 - 第 2 部 日本著作権法への示唆
 - 第 1 章 日本版フェア・ユース
 - 第 2 章 引用 —変容的利用の理論からの示唆—
 - 第 3 章 私的複製 —市場の失敗理論からの示唆—
- 結びに代えて

第1部 米国法

第2章 市場の失敗理論

本章では、Gordonにより提唱されたフェア・ユースの市場の失敗理論の内容を紹介したうえで、市場の失敗理論が影響を与えたとされる裁判例の変遷を概観する。

1. Gordonによるフェア・ユースの市場の失敗理論

Gordonは、フェア・ユース理論とその制定法の構造のあいまいさが、一貫性と予見可能性をもたらすことを困難にしているという問題意識のもと、経済的な分析により、フェア・ユースの基本的な原則を解明しようと試みた。そして、フェア・ユースを、市場を通しては達成されないが社会的には望ましい取引を許容するための理論、すなわち市場の失敗を治癒するための理論として捉え、(1)市場の失敗が存在する、(2)被告への利用の移転(利用を許すこと)が社会的に望ましい、(3)フェア・ユースを認めることで著作権者のインセンティブが実質的に害されない、という経済学的分析に基づくフェア・ユース適用のための三段階テストを提唱した⁹¹。

以下では、Gordonのフェア・ユースの三段階テストや、後で紹介する議論に関連する外部性・金銭化不可能な利益による市場の失敗に関する部分を中心に、フェア・ユースの市場の失敗理論の概要を紹介する。

1-1. フェア・ユースをめぐる課題と経済分析の意義

Gordonは、著作権法の目的が、著作者に報酬を得る手段を与えることで、

⁹¹ Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1601, 1614 (1982). 邦語文献での市場の失敗理論の紹介や関連する議論として、小泉直樹『アメリカ著作権制度—原理と政策』(弘文堂・1996年)18-22頁、平澤卓人「鑑定証書への絵画のコピーの添付と著作権法上の『引用』」知的財産法政策学研究43号(2013年)331-336頁等。

創作のためのインセンティブを設定することであり、究極の目的は著作者に報酬を与えることではなく、文化と学問の発展および普及であるとする。そして、多くの場合、著作者へのインセンティブと文化の普及という目的は対立しないが、緊張関係が生じたとき、著作者の著作物をコントロールする権利が、文化の普及における公益を損なってしまうおそれから保護するために進化してきた著作権法の理論の一つが、フェア・ユースであるという⁹²。

このフェア・ユースは、「著作権法の中で最も困難なもの」と呼ばれるほどであり⁹³、裁判例においても突然の予測できない変化の過程をたどってきた。制定法には4つの要素が示されているが、Gordonによれば、各要素にどの程度のウェイトがおかれるべきか、いかなる追加的要素が考慮されるべきか、あるいはある要素がフェア・ユースの認定の必須条件であるのかは明らかではないという問題がある。フェア・ユース理論とその制定法の構造のあいまいさが、一貫性と予見可能性に到達することを困難にしているというのである⁹⁴。

Gordonは、著作権制度の経済的な分析により、フェア・ユースの伝統的な要素やその他の考慮要素の適用における、首尾一貫したアプローチを提供しようとしている⁹⁵。

1-2. 著作権法における市場の意義

Gordonは、次のように著作権に関する市場の機能を述べたうえで、なぜ市場の失敗の存否がフェア・ユースの判断基準の出発点となりうるかを説明している。

Gordonによれば、著作権法と特許法は、知的財産に権利を創設し、創造に対して金銭的なインセンティブを与えることにより、科学や有用な技芸の発展を促進している。知的財産法は、非競争性や非排他性を特徴とする

⁹² *Id.* at 1602.

⁹³ *Universal City Studios v. Sony Corp. of America*, 659 F.2d 963, 969 (9th Cir. 1981) (quoting *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661 (2d Cir. 1939)).

⁹⁴ Gordon, *supra* note 91, at 1602-04.

⁹⁵ *Id.* at 1604.

公共財的な性質から生じる「市場の失敗」を治癒するものと位置づけられるのである。公共財の問題は、課税などによる政府の介入によっても対応可能であるが、民主主義のもとでは、表現の自由を確保するために政府のコントロールからの自由が不可欠であり、知的な領域において非集権的で多様な創作がなされることが求められる。そこで、公共財の問題を解決するために、著作物の特定の利用をコントロールする権利を法的に著作者に与えるという手段がとられるという⁹⁶。

すなわち、著作権法により知的財産の市場が機能することが可能となるのであり、著作権法は、財産権を創設し、取引費用を低減し、情報を提示し、エンフォースメントのメカニズムを組み込むという4つの方法で、合意による市場が機能することを促進している⁹⁷。

しかしながら、Gordonは、著作権市場が常に適切に機能しているわけではないことを指摘する。取引費用が極めて高額であったり、対価を支払わない者に対するエンフォースメントがほぼ実現不可能であったり、あるいは他の市場の欠陥によって望ましい合意的取引に至らないことがある。そのようなケースは、強制ライセンスのような規定を設けることによっても解決可能であるが、多くのケースにとって包括的に過ぎるとしている⁹⁸。

結論として、Gordonによれば、フェア・ユースは利用者が市場を介さないことを裁判所が是認するものであるために、市場の欠陥が存在するために裁判所が社会便益の分析をせざるをえない状況であるか否かが、フェア・ユースの判断の出発点として有用となるのである⁹⁹。

1-3. フェア・ユース適用のための三段階テスト

Gordonは、(1)市場の失敗が存在する、(2)被告への利用の移転が社会的に望ましい、(3)フェア・ユースを認めることが著作権者のインセンティブへの実質的な害を引き起こさない、という3つのテストの条件を満たす場合に、フェア・ユースが認められるべきであるとする、フェア・ユース

⁹⁶ *Id.* at 1610-12.

⁹⁷ *Id.* at 1612-13.

⁹⁸ *Id.* at 1613-14.

⁹⁹ *Id.* at 1614.

の三段階テストを提唱した¹⁰⁰。第1のテストは、十分な理由なしに市場の迂回を認めないための要件であり、第2のテストは、利用を認めることが社会的な利益になることを保障するための、第3のテストは、フェア・ユースを認めることでインセンティブが弱められないためのテストである¹⁰¹。以下、三段階テストの内容を紹介する¹⁰²。

1-3-1. 第一のテスト

第一のテストは、市場の失敗が存在することである。Gordonによれば、利用に関する取引の市場が存在する場合、被告による著作物の利用が創作者への損害よりも高い社会的価値をもたらすのであれば、自発的に利用移転の取引が行われるはずである。このような場合は、裁判所の判断よりも、当事者の相互合意の方が、信頼できる価値最大化の指標となりうる¹⁰³。

したがって、十分な理由なしに市場の迂回を認めないために、望ましい資源利用の合意的取引が自然発生的に起こらない場合、あるいはどのように資源配分がなされるべきかという基準を提供するという市場の機能が損なわれている場合のみ、著作権者から市場の権利を奪うことを経済的に正当化しうるとされている¹⁰⁴。

¹⁰⁰ ただし、後で紹介するように、著作権者への実質的損害が存在しないという第三のテストに関して、Gordonは、このようにフェア・ユースを制限する広範な厳しい要件を課したことは誤りであったとして、市場の失敗理論の修正を試みている (Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, in *THE COMMODIFICATION OF INFORMATION* 149, 183-84 (Neil Netanel & Niva Elkin-Koren eds., 2002) [hereinafter Gordon, *Excuse and Justification*]; Wendy J. Gordon, *The “Market Failure” and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031, 1031-32 (2002))。

¹⁰¹ Gordon, *supra* note 91, at 1614.

¹⁰² なお、Gordonは、立証責任の分配についても言及している。まず、被告が市場の失敗の存在と自らの利用の社会的利益を証明すべきであり、もし被告がこの責任を果たし、損害が生じるか否かという点に重大な疑念が生じたならば、原告が損害の証明をしなくてはならないと述べている (*Id.* at 1624-27)。

¹⁰³ *Id.* at 1614-15.

¹⁰⁴ *Id.* at 1615.

1-3-2. 第二のテスト

第二のテストは、被告への利用の移転（利用を許すこと）が社会的に望ましいことである。ここにおいて、裁判所は、利用が被告の手にあるのと著作権者の手にあるのでは、どちらが社会的に価値があるのかを判断しなくてはならないとされている。「市場の失敗」が治癒されたとして、著作権者が要求する価格が、利用者が申し出る価格よりも低ければ、利用者への移転が社会的価値を増加させることになる¹⁰⁵。

1-3-3. 第三のテスト

第三のテストは、第一・第二の条件を満たしたうえで、利用を許すことが著作権者に実質的な損害を与えないことである。インセンティブと拡布の利益の適切なバランスを維持するために、フェア・ユースを認めるには、インセンティブを弱める実質的な損害が存在しない必要があるというのである¹⁰⁶。

Gordonは、この点に関し、市場が完全に失敗している場合と、中間的に失敗している場合の区別を提唱している。

そのうち、完全な市場の失敗が存在する場合とは、著作権者のコントロールを拒絶することが唯一の著作物の利用を許す方法となる場合であるとされる。著作権者はそうでなければ受けるであろう報酬を奪われることもないのでインセンティブが弱められることもない。したがって、最初の二つのテストを満たすことで、フェア・ユースが正当化される¹⁰⁷。

しかし、市場が全ての望ましい交換をもたらすわけではないが、いくらかの取引は可能であるというような、中間的な市場の失敗も存在する。この場合、侵害を認めると望ましい取引が妨げられる可能性がある反面、フェア・ユースを肯定すると、フェア・ユースが認められなければ購入したであろう利用者にとってはフェア・ユースが代替してしまうため、インセンティブが弱められる可能性があることが指摘されている。Gordonは、この矛盾を解決するために、フェア・ユースを認めることで著作権者へのイ

¹⁰⁵ *Id.* at 1615.

¹⁰⁶ *Id.* at 1618.

¹⁰⁷ *Id.* at 1618.

ンセンティブに実質的な損害が生じないことを要求した¹⁰⁸。

特に肝要なことは、考慮されるべき損害には、まだ生じていなくても将来生じるであろうものも含まれるとされていることである。例えば、特定の著作物利用の許諾を得るための取引費用が、ある時点では法外に高かったとしても、許諾を購入するプロセスを簡素化させるための権利処理システムができれば、市場が機能できるようになる¹⁰⁹。

この点は、新しい技術に関して特に重要であるとされる。市場のメカニズムは発展するのに時間がかかるからである。利用の初期段階では、利用者が利用の許諾を得るためのコスト等の取引費用が、当事者が取引から期待できるいかなる利益をも超え、ゆえに、利用者が許諾なしに利用を行う慣習が発展する可能性がある。利用者に市場を通すよう促すためには、著作権侵害を肯定する判断が必要となる¹¹⁰。

Gordonはこの点に関し、新しい技術による著作物の追加的価値が著作権者の収益に反映されないと、創作に不十分な資源しか流れないことになるかもしれないことを指摘する。追加的な報酬は、創作の方向を望ましい方に変化させる可能性があり、このような反応を刺激することは、著作権法の基本的な目的であるというのである¹¹¹。

1-4. フェア・ユースの代替案 —ライアビリティ・ルールの可否—

ところで、Gordonは、市場を指向する他のアプローチとして、差止めを認めず金銭賠償のみを認めるという選択肢（ライアビリティ・ルール）がありうることを示唆しているが、裁判所がそのような扱いをすることに對しては慎重であるべきとの姿勢を示している¹¹²。

¹⁰⁸ *Id.* at 1618-19.

¹⁰⁹ *Id.* at 1620-21.

¹¹⁰ *Id.* at 1621.

¹¹¹ *Id.* at 1621-22.

¹¹² Gordonは、後の論文においても、裁判所において差止めを否定し金銭賠償のみを認めることについて、慎重な見解を示している。Gordonは、差止めを拒絶しつつ、合理的な補償を与えるという形での救済は、判事が「市場を創設する」と同等であり、あるいは、司法による強制ライセンスともみることができると指摘する。

Gordonも、市場の失敗が存在するときにエンフォースメントを損害賠償や利益の償還、合理的なロイヤリティに限定することは、利用者から著作者への利益の移転のメカニズムを提供すると同時に著作物の利用を許すという利点があることを認めている¹¹³。しかし、客観的に決定された「対価」は、著作権者にとって自ら決めた対価に比して満足いくものではなく、社会的目的にとっての価値の指標としても必ずしも適切ではないという。また、著作権法は伝統的に、強制ライセンスを立法の問題としてきたことが指摘される。結論として、フェア・ユースの伝統や司法プロセスの本来的な限界からは、裁判所が金銭的救済や制限的差止めにより市場システムを侵食することには慎重であるべきであり、当事者や議会による当事者の経済的な関係の再構成が望ましいとされる¹¹⁴。

1-5. 伝統的なフェア・ユースをめぐる議論と市場アプローチ

Gordonは、これまでの伝統的なフェア・ユースの要素にも市場アプローチが反映されていると論じており、裁判所が完全に市場アプローチを取り入れれば、伝統的な要素をより効果的かつ一貫したものとして用いることができるようになる述べている。以下では、伝統的なフェア・ユースの

そして、このライアビリティ・ルールが、著作物の伝播を促進する一方で同時にインセンティブを保全するという折衷案の長所を持つことから、非常に魅力的であるとしながらも、差止めが認められない場合には安易な著作権の範囲の拡張につながりうるという危惧から、その適用には慎重であるべきであると指摘するとともに、金銭的救済の強調が創作的な作品の質を低下させる可能性についても言及している (Gordon, *Excuse and Justification*, *supra* note 100, at 188-91)。

なお、その後、2006年には、特許に関するeBay事件最高裁判決が、エクイティ(衡平法)の原則に照らし、差止めが認められるためには、特許権者が一定の要件を満たすことを立証する必要があると判示し、差止めの制限的な適用を示唆している (eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006))。eBay事件最高裁判決の著作権侵害訴訟への影響を含め、差止めの制限的な適用の問題の詳細については、矢野敏樹「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」日本大学法学部知財ジャーナル4号(2011年)37-49頁等を参照。

¹¹³ *Id.* at 1623.

¹¹⁴ *Id.* at 1623-24, 1627.

議論を市場アプローチから分析した部分から、市場の障壁としての新技術と取引費用に関する議論、外部性や非金銭的な利益による市場の失敗の分析、著作権者の反普及の動機に関する分析を紹介する。

1-5-1. 市場の障壁 —新技術と取引費用—

Gordonは、市場の障壁の顕著なものとして、取引費用をあげる。取引を締結しエンフォースするコストが、取引から得られる期待利益より低い限りは、市場が形成されるが、取引費用が期待利益を上回るならば、取引は起こらないからである¹¹⁵。

新しい技術は、高い取引費用を引き起こし、個々の研究者による利用や家庭での利用が問題になる場合、期待利益は低い。Gordonによれば、このことが、著作物の複製の「私的な (personal)」「個別的な (individual)」という性質がなぜフェア・ユースと関連してきたのかや、「家庭での利用」が著作権法の範囲となぜ関係してきたのかを説明するという¹¹⁶。例えば、コピー機やテープ・レコーダーのような新しい技術の場合、個々の利用者にとっては、期待される利益は小さく、また、技術が新規であるために市場がまだ形成されていなければ許諾を得ることは煩雑で高くつく反面、著作権者にとっても、拡散した個人にエンフォースするコストは、期待される利益を上回るだろう¹¹⁷。このような場合、著作権がエンフォースされると、取引費用のために価値を最大化する利用が妨げられる可能性があり、極端な場合、権利がエンフォースされるために利用が起こらなければ、結局、著作権者は収益を得ることができず、新しい技術の便益を社会が享受できないことになりかねない。したがって、新しい技術はフェア・ユースが認められる要因になりうるということになる¹¹⁸。

しかし、Gordonは、組織的で集中的な複製がなされる場合、許諾を得ることができる可能性から、フェア・ユースが否定されることもありうることに留意すべきであるとする。重要なのは、利用の技術的性質ではなく、

¹¹⁵ *Id.* at 1628.

¹¹⁶ *Id.* at 1628.

¹¹⁷ *Id.* at 1628-29.

¹¹⁸ *Id.* at 1629.

市場が存在しないことおよび市場が形成される見込みであるというのである¹¹⁹。

1-5-2. 外部性、非金銭的な利益、非商業的な活動

Gordonによれば、市場の限界の分析は、学術などの特定の利用がフェア・ユースの伝統において特別な地位を占めていたことをも解明しうる。利用の契約を締結する当事者の費用と便益は、しばしば社会的な費用便益とは異なるため、社会的利益の増大につながる取引が行われない可能性があるからである¹²⁰。

例えば、ケネディ暗殺の調査委員会に対する批評は、批判本を購入せずに公衆の議論から知識を得た人に外部利益が生じるなどして、批判本からの収入以上の公の利益を示すであろう。同様に、教育や学問も、重要な「外部利益」を生み出しうる¹²¹。この場合、利用者は社会的に実現する利益を織り込んで許諾を得ることができないため、社会的に望ましい取引を促進するメカニズムとして市場に頼ることはできない。このことだけでは、フェア・ユースを正当化しないが、市場に頼る社会的コストが、受け入れがたいほど高いかどうかを裁判所が吟味すべきという指標になりうるというのが、Gordonの主張である。107条が、フェア・ユースを認めうる利用として、教育・学問・研究のような潜在的に正の外部性を示す利用を列挙していることは、この観点から説明できるというのである¹²²。

107条はまた、「利用の目的および性質（利用が商業的の性質か非営利的、教育的目的かを含む）」を考慮するよう裁判所に指示しているが、Gordonによれば、被告が営利目的を持たない場合、利用する著作物に対価を支払う意思あるいは能力によって、その利用により供される公益を正しく測定できるとは限らないから、このような要素を考慮することにも一理あるという。ただし、Gordonは、非営利組織も完全な市場プロセスの参加メンバーになりうる反面、逆に、商業的利用も市場の失敗に直面しうることを銘記

¹¹⁹ *Id.* at 1629.

¹²⁰ *Id.* at 1630.

¹²¹ *Id.* at 1630.

¹²² *Id.* at 1630-31.

すべきとしている¹²³。

さらに、Gordonは、容易に金銭化できない社会的利益が関係する場合も、市場に頼ることができない状況が生じうる理由の一つにあげる。利用が、公衆の知識や、政治的な議論、公衆衛生などに寄与する場合、その寄与の社会的価値を金銭換算することは困難かもしれない。被告の利益が修正一条の表現の自由の利益に関わる場合も、「価格」をつけることはやっかいである。修正一条の問題が関係するとき、フェア・ユースが認められることが提案されてきたのは、この理由により説明できるという¹²⁴。

以上に述べたような外部利益、非商業的利用、金銭化不可能な価値が関わる全てのケースにおいて、市場に頼ることができない理由が存在するが、Gordonは、特にここで、完全競争の条件が失敗しているという意味での伝統的な市場の失敗ではなく、経済的「価値」の基準自体が損なわれているという裁判所の認識が問題となっていることに注意を喚起する。結論として、著作権法を収入再配分的手段として拡張して用いるべきではないという観点に鑑み、公益に寄与するところが大きく著作権者に与える損害が少ない場合以外は、価値最大化の外観のもとに、支払い能力はないが価値ある利用を行う者に助成を行うために著作権者に税を課することがないよう、裁判所は配慮すべきであるとしている¹²⁵。

このように、市場の失敗理論を提唱した時点において、すでにGordonは外部性や非金銭的な利益による市場の失敗の存在を指摘していたが、これらのケースにおけるフェア・ユースの適用については、必ずしも積極的な立場を示していなかったと考えられる。

1-5-3. 普及させたくない動機 (Anti-Dissemination Motive)

批評 (criticism)・論評 (comment) といった著作権者が許諾することを嫌うかもしれない利用や、パロディ (burlesques)・風刺 (satires) などの著作物の利用も、市場の失敗の一つの類型である。著作権者は、たとえ対価が提示されたとしても、批評やパロディ、その他自分に不利益が生じる

¹²³ *Id.* at 1631.

¹²⁴ *Id.* at 1631-32.

¹²⁵ *Id.* at 1632.

ような著作物の利用に許諾を与えそうにない。ゆえにこのようなケースは、著作権者の普及させたくない動機により、合意的な市場でのライセンスが不可能になり、情報の自由な流通が危うくなるため、フェア・ユースを認める強い論拠となると Gordon は主張する¹²⁶。

ただし、Gordon は、ライセンスへの拒絶が常にフェア・ユースを正当化するわけではないと付言している。特定の情報を公に知られないようにするためなど、著作権の目的とは無関係な欲求から著作権者がライセンスを拒否していることを証明できる場合のみ、市場の失敗が認定されるべきであるというのである¹²⁷。

この観点で特に注目に値するのが、商業的な利用に関するその分析である。Gordon によれば、ある著作物の魅力や表現力に依存して商業的な風刺を行う場合、著作物を利用しようとする者は利用の対価を支払う可能性があり、著作物の権利者も風刺的な利用に伴う損失を対価で埋め合わせることが期待できれば、取引が締結される可能性がある。このように市場取引が起これる場合、著作権者が風刺の内容を歪曲するように市場支配力を利用する危険がない限り、裁判所はフェア・ユースを認めるべきではないという¹²⁸。

Gordon のこのような分析のもとでは、従来からフェア・ユースの考慮要素とされてきた利用の商業性や実質性は、市場取引が行われうるかという点に関連しており、重要であるということになる。利用が商業的であるほど、そして利用される著作物と競合するほど、その利用の量がいかなるものであったとしても、その利用の影響は大きなものとなり、そして広範に利用されるほど、期待される利益、すなわち取引へのインセンティブが大

¹²⁶ *Id.* at 1632-33. 批評、風刺、その他潜在的に敵対的な利用にフェア・ユースを認めると、オリジナルの著作物を創作するインセンティブを削ぐとの議論に対しては、実際にこれらが著作権者の収入を減らすとしても、著作権の目的は消費者の需要を満足させる著作物の生産の促進であり、著作物の欠点が明らかにされて需要が減少することは適切なことであることから、消費者が財に対する正確な情報を有する場合にのみ市場が社会的な厚生を増進させることができるという意味でも、批評には価値がある、と反論している (*Id.* at 1633-34)。

¹²⁷ *Id.* at 1634.

¹²⁸ *Id.* at 1635.

きくなるというのである。結論として、理論的には著作権者に普及させたくない動機が存在するとしても、市場取引が行われる可能性があるか、著作権者自身が利用したいと考えている領域の利用であるのであれば、フェア・ユースは否定されるべきであるとしている¹²⁹。

1-6. 裁判例の分析

Gordonは、ケース・スタディとしてWilliams & Wilkins判決¹³⁰とSony控訴審判決¹³¹の分析を行い、Williams & Wilkins判決について、黙示的に市場アプローチを採用したと評価しつつも、その判断には疑問を提示し、Sony控訴審判決は市場アプローチを拒絶したとして批判している¹³²。

1-6-1. Williams & Wilkins判決

Gordonは、Williams & Wilkins判決の分析を行い、判決のアプローチについては評価しつつも、特に複製許諾システムによる損害を考慮しなかった点については批判的な見解を示している。

後に詳しく紹介するように、Williams & Wilkins事件において、Court of Claimsは、医療図書館における利用者向けの資料の複製について、フェア・ユースを認めた。

¹²⁹ *Id.* at 1635.

¹³⁰ Williams & Wilkins Co. v. United States, 203 Ct. Cl. 74, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973).

¹³¹ Universal City Studios v. Sony Corp. of Am., 659 F.2d 963 (9th Cir. Cal. 1981). 家庭用ビデオテープ・レコーダー (VTR) のメーカーであるSonyらが、テレビ番組の家庭内録画について、著作権の寄与侵害 (著作権侵害であることを認識するか、認識しうべきであるにもかかわらず、著作権侵害を教唆・誘発したり、物質的に侵害に寄与したものに責任を課す法理) の責任を負うかが争われた事案である。地裁 (Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of Am., 480 F. Supp. 429 (C.D. Cal. 1979)) は、タイムシフティング目的の家庭内録画がフェア・ユースにあたると判示したが、Gordonが検討の対象とした控訴審は、フェア・ユースを否定しSonyの責任を認めた。この控訴審判決は、フェア・ユースを認定した最高裁の5:4の判決 (Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (U.S. 1984)) で覆された。

なお、Sony事件やその他アメリカ合衆国における家庭内録音録画をめぐる事件や立法については、辻田芳幸「アメリカにおける情報の自由流通とコピー・ライター米国著作権法と家庭内録音録画」企業法研究12号 (2000年) 193-230頁等を参照。

¹³² Gordon, *supra* note 91, at 1646-57.

ア・ユースの成立を認める判断を下した。Gordonが指摘するには、Williams & Wilkins判決は、もし複写が行われなくなれば、複写により可能となる価値ある医療的利用のための十分な市場が形成されないことになると考え、雑誌の利用可能性を問題としたけれども、これは有料の複写市場が発展しないときだけ問題となるはずである。そして、対一の取引が唯一の選択肢ではないとして、Williams & Wilkins事件における反対意見のCowen主判事も述べるように、複製許諾システムの設立などにより、取引費用が耐えられるレベルまで減少され、その結果原告は対価を得ることができ、被告は著作物の利用を行うことができるという状況がもたらされる可能性があったことを強調している¹³³。

さらに、仮定されるロイヤリティ収入の損失によって原告の損害を測定することは、原告がロイヤリティに対する権利を持っていると必然的に仮定するものであるとしたWilliams & Wilkins事件の多数意見に対しても、反論を展開した。

Gordonは、フェア・ユースへの経済的アプローチは、著作権者が通常、制定法で保護されているカテゴリーの範囲内の著作物の実質的な利用全てに関し、収益を受ける権利を有するという前提からスタートすると明言している。侵害の認定の後で成立しうる市場において報酬を得ることができるならば、それらの存在・不存在は、著作権者のインセンティブおよび創作のパターンに重大な影響を与えうる。このような潜在的収入の考慮を否定することは、多くの原告に耐えがたい負担を負わせることであり、フェア・ユースを認めた後に生じるかもしれない実質的損害を証明することを不可能にさせるとした¹³⁴。

このように、市場の失敗理論を提唱したこの論文において、Gordonは、複写に関する集中処理機関の発展により、市場が成立しうる状態になった場合には、フェア・ユースを否定すべきことを示唆していたと思われるが、後で紹介するように、市場の失敗理論の修正理論においては、取引費用の低減により市場が成立するとしてもフェア・ユースを否定すべきでな

¹³³ *Id.* at 1648-49.

¹³⁴ *Id.* at 1651-52.

い領域が存在すると論じている¹³⁵。

1-6-2. Sony控訴審判決

Sony控訴審判決に対して、Gordonは以下のように述べ、家庭内録画のような許諾を得ることが困難な著作物の利用について、市場の失敗のケースとしてフェア・ユースを認めるべき可能性があることを示唆している。

テレビ番組の家庭内録画が著作権侵害にあたるか争われたSony事件において、第9巡回控訴裁判所は、生産的な二次的著作者を保護するのがフェア・ユースであって、家庭内録画のような通常の利用、あるいは「本来的な (intrinsic)」利用を保護するものではないという立場を示した。確かに、ほとんどの市場は通常の消費者のために用意されているものである。また、通常の消費に対し二次的創作者の利用の方が社会に利益を与えることが多く、インセンティブを損なう可能性も少ない¹³⁶。

しかし、Gordonは、二次的著作者であろうと、通常の利用者であろうと、市場の失敗に直面している利用者は、フェア・ユースの対象となるべきであることを強調する。利用者がテレビ番組の録画のために著作権者から許諾を得るには、禁止的に取引費用が高く、家庭内録画を禁止するにしても、エンフォースすることは不可能である。このような強制できない取引は、典型的な市場の失敗の類型の一つである、というのである¹³⁷。

このような市場の失敗は、録画機器やビデオテープに価格を上乗せし、ロイヤリティの收受や配分を集中処理することで、治癒することが可能であるが、Gordonによれば、重要なのは、そのような市場の治癒が進展するか、それらが実行可能であるか、そしてそれに到達するために裁判所がどのような役割を果たすべきかということであるという。したがって、もし市場の治癒が責任の認定により達成可能であり、フェア・ユースを認めることが、潜在的市場からの実質的な収入を権利者から奪うのであれば、実質的損害のテストを満たさないため、フェア・ユースは適切ではないとする。しかし、もし裁判所が市場の治癒が実行可能でないと判断するのであ

¹³⁵ Gordon, *Excuse and Justification*, *supra* note 100, at 184-87.

¹³⁶ Gordon, *supra* note 91, at 1652-53.

¹³⁷ *Id.* at 1654-55.

れば、大衆のアクセスが極度に増加することによる「便益」と「損害」とを比較衡量する。バランスが被告に有利であり、被告に有利な判断が実質的に原告のインセンティブを害しないのであれば、フェア・ユースが認められるべきであり、そうでなければ、責任が認められるべきであると結んでいる¹³⁸。

2. 市場の失敗理論の裁判例への影響

Gordonによるフェア・ユースの市場の失敗理論の提唱後、この理論を採用したと評価される¹³⁹ *Texaco*判決が現れた¹⁴⁰。この事件では、*Texaco*という企業の研究者による雑誌論文の複製が問題となった。*Texaco*は著作権の集中処理機関であるCCC (Copyright Clearance Center)のライセンスに加入していたが、報告の複製数が少ないとして訴えられたのである。判決は、市場を通じてのライセンス購入を可能とする複製許諾システムが用意されている限り、許諾のない複製行為は、著作権者へのライセンス収入の損害を発生させるとし、結論としてフェア・ユースを否定した。

一方、*Texaco*判決が出される以前、CCCがまだ設立されいなかった頃に、医療系図書館での資料の複製が問題となった *Williams & Wilkins* 事件においては、複製のためのライセンスをしようとしているという著作権者の主張が退けられ、許諾料収入が損害として考慮されずに、フェア・ユースが認められていたということは、すでにGordonの議論を紹介する際に一瞥したとおりである。

以下では、*Williams & Wilkins*判決と*Texaco*判決を詳しく紹介することで、

¹³⁸ *Id.* at 1655-57.

¹³⁹ Nicole B. Casarez, *Deconstructing the Fair Use Doctrine: The Cost of Personal and Workplace Copying After American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 6 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 641, 647 (1996); Georgia Harper, *Coursepacks and Fair Use: Issues Raised by the Michigan Document Services Case*, <<http://copyright.lib.utexas.edu/michigan.html>>; Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1, 33 (1997).

¹⁴⁰ *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. N.Y. 1994).

複製許諾システム（CCC）の設立という形での市場の成立が、フェア・ユースの成否に影響を与えた様子を概観する。

2-1. Williams & Wilkins 判決¹⁴¹

Williams & Wilkins 事件は、医療系図書館における複写サービスに対し、医学書や雑誌の出版社である Williams & Wilkins が著作権侵害を訴えた事案である。Court of Claims の事実審裁判官は著作権侵害を認めたが、全裁判官による審理においては 4 対 3 で辛くもフェア・ユースが認められて図書館側が勝訴した。その後、同事件の上告審である連邦最高裁においては、裁判官の賛否が同数であったため、特に意見が付されることなく Court of Claims の原判決が確定している¹⁴²。なお、問題となった図書館における複写については、この事件の後に立法された著作権法108条によって、一定の要件のもとで複製が認められるようになっている¹⁴³。

以下では、フェア・ユースの判断におけるライセンス料の考慮に焦点を当てつつ、Williams & Wilkins 事件の概要を紹介する。

¹⁴¹ *Williams & Wilkins*, 487 F.2d 1345. アラン・ラットマン=ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ・編(内藤篤・訳)『1990年代米国著作権法詳解』(信山社・1991年)(下)668-669頁に紹介がある。

¹⁴² *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 420 U.S. 376 (U.S. 1975).

¹⁴³ ラットマンほか・編・前掲注141)667頁。108条は、直接または間接の商業的利益を目的とせず行われることなどを条件として、図書館および文書資料館による複製を認めている。108条に関して詳しくは、ラットマンほか・編・前掲注141)669-673頁、ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ・編(内藤篤・訳)『米国著作権法詳解—原著第6版—』(信山社・2003年)(下)746-750頁、三菱UFJリサーチ&コンサルティング・編『著作物等の保護と利用円滑化方策に関する調査研究「諸外国の著作物等の保護期間について」報告書』(2008年)93-94頁[横山久芳執筆部分]等を参照。なお、デジタル技術の発展に伴って108条の改正を検討する動きがあり、「第108条研究会(The Section 108 Study Group)」の2008年報告書では、(1)博物館も108条の適用対象にすること、(2)適用対象施設の要件を課すこと、(3)108条の行為のアウトソーシングを可能とすること等が提言されている(南亮一「欧米における図書館活動に係る著作権法改正の動向」カレントアウェアネス322号(2014年)24頁)。

2-1-1. 事実の概要

2-1-1-1. NIH図書館の複写実務

政府の主要な医療研究組織である大学・協会・学会複合体NIH (National Institutes of Health : 米国国立衛生研究所) は、主にNIH職員 (12,000人、そのうち科学者が4,000人) が利用する技術図書館を有している。訴訟で問題となった四冊の雑誌を、図書館は二部ずつ購読していた。原則として、一冊は図書館の閲覧室におかれ、一冊はNIH職員に回覧された。NIH研究員による雑誌へのアクセスの要求は、内部的な購読部数では満たされなかった。したがって、その運営に不可欠なものとして、図書館は研究スタッフのために複製サービスを行った。研究員は、リクエストすれば図書館の蔵書にあるどの雑誌からも論文のコピーを得ることができる。複製は図書館に返還されず、多くの場合、研究者はそれらを将来的に参照するために私的にファイルしている¹⁴⁴。

NIH図書館のポリシーでは、原則、一つのリクエストに対し雑誌論文のコピーを一部のみ作成し、各リクエストを約40から50ページに制限していた。けれども、長い論文については、アシスタントチーフの承認のもとに例外が許されてきた。また、原則、複製のリクエストは、一つの雑誌刊行物から一つの論文だけに制限されているが、実質的に雑誌全体が複写されない限り、この原則の例外は日常的に許されていた¹⁴⁵。

1970年、図書館の複製予算は86,000ドルであり、図書館は85,744の雑誌論文の複製を求めるリクエストに応え、それは約930,000ページにのぼった。平均して、雑誌論文の長さは10ページであるので、1970年において、図書館は約93,000の論文のコピーを作成したことになる¹⁴⁶。

2-1-1-2. NLM図書館の複写実務

NLM (National Library of Medicine : 米国国立医学図書館) は、「医療の発展及び人民の健康のために重要な科学的情報あるいは他の情報の拡布及び交換を助けること」を目的とした、世界の医療文献のリポジトリであ

¹⁴⁴ *Williams & Wilkins*, 487 F.2d 1345, at 1347-48.

¹⁴⁵ *Id.* at 1348.

¹⁴⁶ *Id.* at 1348.

り、「図書館の図書館」としての役割を果たしている。その運営の一環として、NLMは、いわゆる「相互図書貸出し」プログラムにおいて、他の図書館や研究・教育指向の（公的および私的）企業と協力していた。リクエストにより、NLMはそれらの企業に限られた機関本や他の資料を貸出しする。雑誌の場合、通常は雑誌論文の複製の形式をとり、無料で提供される¹⁴⁷。

NLMのポリシーとして、「広く利用可能なリスト」と呼ばれるものに含まれている104の雑誌からの論文のリクエストをする者は、「広く利用可能なリスト」のコピーや、リストにあげられている雑誌を所蔵しているであろう地方医療図書館の名前を示される。また、1968年には、一つの雑誌号から一つ以下、雑誌巻から三つ以下の論文のコピーに限るというポリシーが採用された¹⁴⁸。

1968年、NLMは相互貸借に対する約127,000のリクエストを受けた。多くは、他の図書館あるいは政府機関からだったが、約12%のリクエストは、私的機関あるいは営利的機関、特に製薬会社からのものであった¹⁴⁹。

2-1-2. Court of Claimsの多数意見

2-1-2-1. フェア・ユースを認める核心的理由

本法廷の多数意見は、問題となっている利用が「フェア」とされるべきであると結論する。評価の核心となるのは以下のような点である。第一に、原告は、NIHやNLMのこうしたプラクティスにより実質的な損害が生じたということ、あるいは生ずるであろうということを立証していないし、また、そう信じるのが適当とも思われない。第二に、もしもこのプラクティスを侵害と断じれば、医療および医療研究は被害を被ることになると確信する。第三に、科学の利益を出版社（および著作者）の利益と調和させるという問題は、基本的には立法府による解決ないしガイダンスが必要な領域であり、これが未だなされていない以上、連邦議会の行動がもうすぐなされようというこの時期に、科学と医療に対して害を及ぼすリスクを

¹⁴⁷ *Id.* at 1348.

¹⁴⁸ *Id.* at 1349.

¹⁴⁹ *Id.* at 1349.

課すべきではない¹⁵⁰。

2-1-2-2. 実質的損害としてのライセンス料の主張に対して

実質的損害の立証に関し、原告は、図書館が行ってきた複製を続けるために合理的なロイヤリティの支払いでライセンスをしようとしているという。しかし、原告が損害を受けているという証拠がないうえ、原告が実行可能なライセンスシステムを有しているのか、何らかの十分なプログラム・計画が立法なしに創設されうるのか、という二重の疑念が存在する。1909年法がこの分野において強制ライセンスを提供していない以上、裁判所ができるのは、複製が侵害であると判断することだけであり、ライセンスするか行為を禁止するかは著作権者に委ねられる。ライセンスシステムは、著作権者にとって純粋に自由意思であるものであり、1909年法のもとでは、著作権者が望まないときにこのようなシステムを設けるよう命じることは完全に司法権限を越えている。「フェア・ユース」の判断を著作権者のライセンスの意図に依拠させ、著作権者が合理的なレートでライセンスする意思があるときに(ロイヤリティの支払いのない)複製を「フェア・ユース」でないと判示し、著作権者が全ての許諾を拒絶する(あるいは法外な料金を課すことを望む)ならば「フェア・ユース」であるとするのは、同じく裁判所が現在できることの範囲外であると考え¹⁵¹。

これは現在、優れて連邦議会(立法)に任された問題である。すなわち、複製の許される程度、強制許諾の問題、著作権者への支払い(それがあるとして)の問題、これらの対価を集めるシステム(一括払い、集中処理方式等)、科学的ないし教育的需要について特別な扱いをするかといった選択については、経済的、社会的および政策的なファクターが関与するのであり、立法府の判断に任せるのがはるかに賢明である¹⁵²。

¹⁵⁰ *Id.* at 1353-54. ラットマンほか・編・前掲注141)668頁。

¹⁵¹ *Id.* at 1360. ラットマンほか・編・前掲注141)669頁。

¹⁵² *Id.* at 1360. ラットマンほか・編・前掲注141)669頁。

2-1-3. Cowen 主判事の反対意見¹⁵³

2-1-3-1. 複製のフェア・ユース非該当性

これは、学者による研究のための複製のケースでも、教師による教室で配布するための複製でもない。また、医者や科学者が論文を執筆する過程で著作物の一部を引用するケースでもなく、古い原稿や雑誌を情報の保全のために図書館が複製するケースでもない。審理すべきは、あまりに規模が莫大であるため多数の小さな出版社の出版に悪影響を与えるような、被告による著作物の大規模な機械的複製および頒布である¹⁵⁴。

ここで問題となっているのが、オリジナルの論文のそのままの複写であることは明らかである。すなわち、それらはオリジナルの代用を意図されたものであり、オリジナルの論文と同じ目的を果たす。これはまさに大規模な複製の本質であり、それだけで、フェア・ユースの抗弁をくじくものである¹⁵⁵。

2-1-3-2. 裁判所の役割と当事者間取引の可能性

著作権者に許諾システムを設立するよう命じる権限が裁判所にないという多数意見には賛成できるが、図書館に包括的な免責を与えることで、議会の役割を負うことについても、同様に権限がないと思われる。しかし、それほど困難なく、著作権侵害として著作権者に支払われるべき正当な補償の額を決めることはできる。その判断がなされれば、原告への合理的なロイヤリティを支払って被告による複製を継続するための当事者間の協定が導かれるだろう¹⁵⁶。

2-1-3-3. 差止めによる情報の流通阻害のおそれについて

被告の法廷の友は、原告に有利な判断が、非政府系の図書館に対する差止めを求める先例になって、図書館の複製を通じた技術および科学情報の

¹⁵³ Kunzig 判事がこの反対意見に加わり、Nichols 判事もこれに賛成する反対意見を書いている (*Id.* at 1386-89)。

¹⁵⁴ *Id.* at 1364.

¹⁵⁵ *Id.* at 1366.

¹⁵⁶ *Id.* at 1372.

自由な流通を妨げるのではないかとおそれている。しかし、このおそれは正当化できないように思われる。原告は複製の差止めを求めてはいない。むしろ、合理的なロイヤリティを求めている。わずかな論文へアクセスするために雑誌全体を購読することは、ユーザーにとって経済合理的ではない。原告のライセンス計画は、合理的な料金の支払いによって複製の継続を可能にすることで、全ての関係者に利益をもたらすものである¹⁵⁷。

2-2. Copyright Clearance Centerの設立と発展

Williams & Wilkins判決が出された後、Copyright Clearance Center (CCC) という、文献複写を許諾するための著作権の集中管理機構が創設された。このCCCの存在が、後のTexaco判決で大きな意味を持つようになってくる。

2-2-1. 設立の経緯

1975年、合衆国著作権法の改正作業を進めていた上院の司法委員会は、その審議報告の中で、「新著作権法で許容される範囲を超えて、図書館等で複写業務を行う場合には、その著作権処理を適正に行える集中的なシステムを作ることが望ましい」旨の勧告を行った¹⁵⁸。この勧告を受け、著作権者および出版社の団体が、利用者である図書館や情報センターとも話し合い、1977年、著作物利用者から使用料を徴収する機関であるCopyright Clearance Center (CCC) を設立し、1976年著作権法施行と同時に業務を開始した¹⁵⁹。CCCは民間の非営利法人であって、著作権の集中的管理につい

¹⁵⁷ *Id.* at 1378-79.

¹⁵⁸ 文化庁『著作権の集中処理に関する調査研究協力者会議中間まとめ—複写問題—(昭和59年4月)』<http://www.cric.or.jp/db/report/s59_4/s59_4_main.html#1_2> 10頁。その他CCCを紹介する邦語文献として、藤田節子「米国新著作権法の下における集中的権利処理機構(Copyright Clearance Center)について(その1)」ドクメンテーション研究29巻12号(1979年)533-537頁、同「米国新著作権法の下における集中的権利処理機構(Copyright Clearance Center)について(その2)」ドクメンテーション研究30巻2号(1980年)67-74頁、宇津芳枝「アメリカの著作権とCopyright Clearance Center(CCC)」薬学図書館37巻1号(1992年)38-43頁等。

¹⁵⁹ 文化庁・前掲注158)10頁。

て特別な法律の規制を受けてはいない¹⁶⁰。

2-2-2. 著作権処理の方法

CCCは、通常、著作者から権利の譲渡を受けて著作権を有している出版者から権利の委託を受け、著作物利用者から使用料を徴収して出版者に分配する¹⁶¹。その手順は以下のようになっている。

出版者は、その社名・出版物名・その出版物に掲載された著作物の使用料金を登録する。CCCに登録した出版者は、刊行する出版物の巻頭または発行人欄の近くに、使用料を支払えば複写を許諾するという内容の文章とともに所定の使用料コードを印刷する¹⁶²。

著作物利用者は、その機関名・担当者名等を登録し、CCCに登録されている出版物に掲載されている論文等の複写に関し、通常各月毎に複写実績の報告を行い、その報告に基づいて使用料を支払う（Transactional Reporting System：複製毎のライセンス）。1983年からは、複写物の需要の多い企業等の団体向けに、包括的な使用料支払制度が導入され、この方法を選択すると、当該企業等で行われる一定期間（90日）の複写実績から算出された年間使用料を支払えばよく、複写実績を報告する事務的負担が軽減される（Annual Authorization Service：包括ライセンス）¹⁶³。

CCCが徴収した使用料は、管理手数料を差し引かれた後、著作物利用者から報告された複写実績に基づき、複写頻度に応じて出版者に配分される¹⁶⁴。

2-2-3. CCCの発展

次に紹介するTexaco事件において、企業の科学研究者が行う科学雑誌記事の複製が、出版社の許諾料収入に実質的損害を与えており、著作権侵害にあたるとの判決が出されたことで、その事件を静観してきた潜在的ライセンスラーもCCCと契約するに至り、今ではかなりの数の企業が包括ライ

¹⁶⁰ 文化庁・前掲注158)11頁、PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT (1998) §5.2.3.

¹⁶¹ 文化庁・前掲注158)11-13頁、GOLDSTEIN, *supra* note 160, §5.2.3.

¹⁶² 文化庁・前掲注158)11-12頁、GOLDSTEIN, *supra* note 160, §5.2.3.

¹⁶³ 文化庁・前掲注158)11-12頁、GOLDSTEIN, *supra* note 160, §5.2.3.

¹⁶⁴ 文化庁・前掲注158)13頁、GOLDSTEIN, *supra* note 160, §5.2.3.

センスに合意している。1999年8月のCCC加入者への通知によると、CCCは1993年のロイヤリティの支払いが、前年比約3倍の1,700万ドルを超えると見積もっており、ライセンスで利用可能なCCCライブラリーは、86の海外・国内出版社により出版される150万の雑誌・書籍・ニュースレターから構成されている¹⁶⁵。

なお、最近の統計では、CCCが2013年度に著作権者に支払った料金は1億8,800万ドルであり、2012年度に比べて5%増加したとされる。CCCがこの10年間で徴収し、支払った著作権使用料は、14億ドルにのぼるとい¹⁶⁶。

2-3. Texaco判決¹⁶⁷

1985年、CCCのTransactional Reporting Service(複製毎のライセンス)に加入しているTexacoに対し、実質的に複製の数を少なく報告していたとして、出版社から著作権侵害訴訟が提起された。その事案は、NLMやNIHのようにTexacoも雇用者の利用のため雑誌論文をコピーしており、複製の利用者が研究者であったこと、出版社が論文の著作者に対価を支払っていなかったこと、問題となった著作物はしばしばフェア・ユースが認められる科学的・事実的著作物であったこと等、出版社側が敗訴したWilliams & Wilkins事件判決との共通点が多くあった。しかし、Williams & Wilkins事件と異なり、NIHやNLMは研究機関あるいは図書館であったがTexacoは営利企業であること、そして、ライセンスにおけるロイヤリティ収入が失われた証明としてCCCの許諾料をあげられること、という有利な事情が出版社側にあった¹⁶⁸。

その結果、地裁はTexacoによる複製がフェア・ユースに該当せず著作権を侵害するものであると判断し、フェア・ユースに関する中間上訴(interlocutory appeal)の控訴審において第二巡回控訴裁判所も、フェア・

¹⁶⁵ PAUL GOLDSTEIN, COPYTIGHT'S HIGHWAY 223 (1994).

¹⁶⁶ 「米コピーライト・クリアランス・センター(CCC)が2013年度に著作権者に支払った料金は1億8,800万ドルと公表」カレントアウェアネス-R(2013年10月30日)<<http://current.ndl.go.jp/node/24706>>。

¹⁶⁷ *Texaco*, 60 F.3d 913. ゴーマンほか・編・前掲注143)725-745頁に紹介がある。

¹⁶⁸ GOLDSTEIN, *supra* note 165, at 221-22.

ユースでないと判断して原判決を維持した（この事件は、控訴審判決の後和解が成立したようである¹⁶⁹⁾。

2-3-1. 事実の概要

America Geophysical Unionから複数の科学・技術雑誌の出版社は、主に石油産業における商業的功績を向上させるために新しい製品や技術の科学的研究を行っている企業Texacoに対し、Texacoが雇っている400から500人の研究科学者による雑誌論文の複写が著作権侵害になるとして、集団訴訟を提起した。Texacoは、複製行為が著作権法107条のフェア・ユースにあたると主張した。

当事者らは、複製実施状況の調査の費用を節約するため、無作為にBeacon研究施設の科学技術者Chickeringを代表として選出し、事実審理で考慮すべき事柄として彼のファイルから雑誌Catalysisの八つの特定の論文の複製物を選択した。

Texacoは、Beacon施設における研究活動を支援するため、多数の科学・技術雑誌を予約購読し、それらの資料を相当の大きさの図書館に保存している。Beacon施設においてCatalysisは1988年以降、3冊（それ以前は1冊、あるいは2冊）予約購読されている。

Beacon研究施設の科学技術者であるChickeringは、Catalysisの原本が彼の所に回覧されてきたときや、他の論文の参照を見たときにそれらの論文について知り、必要になったときに利用できるように彼のファイルに複写物を保管した。

¹⁶⁹ 1995年5月、被告による裁量上告の申立てと全員法廷での再審理の申立ての結果を待っている間に、当事者が和解を発表した。Texacoは侵害を認めなかったものの、7桁の和解金と過去の分のCCCへのライセンス料の支払いに同意し、さらに先の5年間、年間包括ライセンスをCCCと結ぶことになったとのことである (William Patry, *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.: Copyright and Corporate Photocopying*, 61 BROOKLYN L. REV. 429, 451)。

2-3-2. 多数意見

2-3-2-1. 争点の本質

本件で取り扱うのは、科学論文の複製がフェア・ユースにあたるかという広範な問題、あるいは自己の研究に従事する研究者による論文の複製がフェア・ユースにあたるかというわずかに限定された問題ではなく、Chickeringの例に代表されるような、400から500人の科学者によるTexacoの制度的(institutional)・組織的(systematic)な複製がフェア・ユースにあたるかという問題である¹⁷⁰。

2-3-2-2. 第一の要素(利用の目的と性質)

2-3-2-2-1. 第一の要素の結論

複製された八つの論文のうち、六つについてChickeringは図書館から雑誌が回覧されてきたときにそれらの論文について知り、参照したい度に図書館へ行かなくても利用できるようにする「個人的な利便」のために複製した。他の二つの論文に関しても、回覧されたかは明らかでないものの、Chickeringの研究室の蔵書へ追加する目的であったことは明らかである。これらのChickeringが行った八つの論文のコピーは、Texacoが追加的に雑誌を購入することなく、科学者に各論文の自分用のコピーを与えることを主な目的とする、「記録保管(archival)」目的の複製といえるだろう。記録保管的な複製が全てフェア・ユースにあたらないというわけではないが、この事案においては、Chickeringの研究室の棚におかれることになる複製物を作成することが、対価の支払いを避け、利用可能な複製物を増やすための複製を研究者に促す組織的プロセスの一部であるので、第一の要素はTexacoに不利に傾く¹⁷¹。

2-3-2-2-2. 商業的利用に関するTexacoの主張について

Texacoが商業的利益のための研究を行っている営利企業であるという事実を地裁が不当に強調したとTexacoは主張する。確かに、複製の商業的動機を過度に強調すると、あまりに制限的にフェア・ユースを解釈するこ

¹⁷⁰ *Texaco*, 60 F.3d 913, at 916.

¹⁷¹ *Id.* at 918-20.

とになってしまうが、他の要素とともに、著作物の利用から得た価値を裁判所は考慮すべきであり、（広く公衆に与えられる利益を排除するがゆえに）二次的利用者が受ける私的な経済的報酬が大きくなるほど、利用は公正であると認められにくくなる¹⁷²。

Texacoの複製は、Chickeringの研究の促進に役立っており、広く公益に資するかもしれない目的を有していた。しかし、その複製によりTexacoは少なくとも間接的な経済的利益を得ているのに、複製の対価を著作権者に支払うことを避けるのがなぜフェアであるのか明らかでない¹⁷³。

2-3-2-2-3. 変容的利用に関するTexacoの主張について

フェア・ユースにあたるために利用が変容的あるいは生産的でなくてはならないという見解を最高裁が否定したようであるにもかかわらず（『生産的 (productive)』利用と『非生産的 (unproductive)』利用との区別は、[利益の] バランスを測る助けになるけれども、完全な決定要因とはなりえない¹⁷⁴）、利用が「変容的 (transformative)」であるかという点を地裁が不当に強調したとTexacoは主張する¹⁷⁵。けれども、「変容的利用」という概念は、二次的利用により生み出された価値や、そのような価値が生み出される方法を評価するものであり、第一の要素の調査に適している。二次的利用が単に非変容的な複製を含む程度においては、原作品と同じ本来的目的のために用いられることが多いので、フェア・ユースの認定について限定的な正当性しか与えられない。逆に、二次的利用が何か新しいものを付け加え、さらなる目的や性質の違いを有するほど、生み出される価値は原作品に本来備えられた価値を超え、科学や技芸を促進するという著作権法の目的を促進する¹⁷⁶。

Texacoは、複写により実験室において扱いやすい形に論文を変換させたことが変容的利用にあたりと主張するが、単に原著作物である無体の論文

¹⁷² *Id.* at 921-22.

¹⁷³ *Id.* at 922.

¹⁷⁴ Quoting *Sony*, 464 U.S., at 455 n.40.

¹⁷⁵ *Texaco*, 60 F.3d 913, at 920.

¹⁷⁶ *Id.* at 923.

が具体化されている有形の対象物を変化させたにすぎない。ただし、技術的には変容的利用ではないにしても、通常の形態とは異なる形式への、原著物である雑誌論文の変換から生じる独立的価値を見落とすべきではない。そのような利益にもかかわらず本件では、複製の顕著な記録保存目的が、複製者に不利に第一の要素を傾ける¹⁷⁷。

2-3-2-2-4. 合理的・慣習的実務に関する Texaco の主張について

Texaco が行った種類の複製は広く行われており、長い間合理的で慣行的なものと考えられてきたので、第一の要素において有利であると Texaco は主張する¹⁷⁸。後で第四の要素について検討する複製の許諾契約の出現以前にこの議論に正当性があったとしても、地裁が述べるように「Williams & Wilkins 事件が判断された1973年に複製行為が『合理的』とされた範囲で、複製ライセンスが存在しなかった以前にそれが正当化された理由により、それは『合理的』ではなくなる」¹⁷⁹ので、現在この議論に実質はない¹⁸⁰。

2-3-2-3. 第二の要素（利用された著作物の性質）

複製された八つの論文は創作的ではあるものの、支配的に事実的性質を有しているので、第二の要素は Texaco に有利である。なお、論文的事実的な性質に加え、研究を行う科学者にとって価値があるのは、論文における創作性のある部分というより、主にアイデアや事実そのものである¹⁸¹。

2-3-2-4. 第三の要素（利用された部分の分量と実質）

論文全体の複製に焦点を当てるのではなく、雑誌刊行物のわずかな部分を複製したにすぎないことを考慮すべきであるとの Texaco の主張は、特に Catalysis が定期刊行物としてのみ販売されていることから、一見興味深い。

¹⁷⁷ *Id.* at 923-24.

¹⁷⁸ *Id.* at 920.

¹⁷⁹ Quoting *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 802 F. Supp. 1, 25 (S.D.N.Y. 1992).

¹⁸⁰ *Texaco*, 60 F.3d 913, at 924.

¹⁸¹ *Texaco*, 60 F.3d 913, at 925 & n.11.

しかし、Catalysisの八つの論文のそれぞれは、別々に著述され、別個の「著作物 (original work of authorship)」を構成している。各論文は独立して著作権の保護を享受し、それは著者から出版社へと移転している。侵害が主張されているのは各論文に存在する著作権であって、出版社の編集により各雑誌に存在しうる別の著作権ではない¹⁸²。

Texacoは著作物全体を複製しており、このことはフェア・ユースの認定を妨げないが、第三の要素は出版社に有利に評価される¹⁸³。

また、第三の要素は二次的利用が原著物の需要を著しく損なうかを決定するための代用的な役割を果たすにすぎないというTexacoの主張については配慮すべきであるが、利用された著作物の量と実質性に焦点を当てることで、「複製の目的との関係で合理的であるか」を考慮に加えた利用の目的や性質について知ることができるので、フェア・ユースの解釈を進めるさらなる目的を果たすものとする。本件では、著作物全体を複製したという事実が、複製の支配的な目的が個人的な蔵書を構築することであったという見解を補強する¹⁸⁴。

2-3-2-5. 第四の要素（著作物の潜在的市場あるいは価値への影響）

2-3-2-5-1. 学問的な雑誌論文

雑誌刊行物には、伝統的市場やそれによって定義づけられた価値が存在するが、個別的な雑誌論文には、伝統的市場も明確な価値も存在しない。したがって、第四の要素の分析は、市場において定まったあるいは交渉される価格を有する著作物が複製される場合に比べ、単純ではない¹⁸⁵。

他の言語著作物の創作者と同じように、雑誌論文の著作者も、自己の著作の複製物を個人的に販売するのではなく、出版社に自己の権利を譲渡する。しかし、学問的な科学論文といった特定分野においては、出版が著作者にとって職業的昇進あるいは名声への手段であるため（学問的環境において価値のあるものは職業的昇進や大学の終身在職権に影響を与える「評

¹⁸² *Id.* at 925-26.

¹⁸³ *Id.* at 926.

¹⁸⁴ *Id.* at 926.

¹⁸⁵ *Id.* at 927.

価」であり、利益は金銭で評価できない)、出版社からの見返りが、単に出版されることのみであることもしばしばである。結局、著作権保護により与えられる独占の特権やそれからの潜在的な金銭的報酬は、著作者が論文を執筆することへの動機を直接には提供せず、むしろ、出版社に雑誌を製作する動機を与える。その雑誌は論文が頒布されるための方法を提供するのであり、著作者の動機に寄与するのは、このような頒布への見込みである¹⁸⁶。

2-3-2-5-2. 追加的雑誌予約購読・バックナンバーの販売

一般的に、複合著作物(雑誌)の市場性への影響は、個別的著作物(論文)の市場あるいは価値への効果と直接的に関係しているので、個別的著作物を含む複合著作物の市場性への影響の調査は、個別著作物の潜在的市場あるいは価値への影響を図る手段として有益である。けれども、学問的な科学論文については、(1)論文が雑誌への投稿を求められることなく付託され、(2)出版社は論文の出版や著作権の取得について著作者に報酬を支払っておらず、また、(3)出版社が新しい複合著作物に特定の論文を再掲載しようとしていたことを示す証拠はないので、複合著作物の市場性における影響が、個別的著作物の市場あるいは価値への影響と明らかには関係していない¹⁸⁷。

Texacoが行ったような複製が広く行われれば雑誌の市場性を害するという証拠も、広く行われたとしても実質的にはほとんど影響を与えないという証拠も、両当事者から示されていない。よって、追加的雑誌購読とバックナンバーの販売に関する証拠は、第四の要素がどちらかの当事者を強力に支持することはなく、雑誌予約購読のわずかな損害が、第四の要素をわずかに出版社に有利に傾けるにすぎない¹⁸⁸。

2-3-2-5-3. 許諾料収入

地裁は、もしTexacoの複製がフェア・ユースとして許されなければ、

¹⁸⁶ *Id.* at 927.

¹⁸⁷ *Id.* at 928.

¹⁸⁸ *Id.* at 928-29.

Texacoは(1) (出版社に使用料を支払う) ドキュメント・デリバリー・サービスから論文を得るか、(2)出版社と直接に複製許諾について交渉するであろう、また、(3)CCCから複写許諾を得るであろうから、出版社の収入はかなり増えるとした。これに対してTexacoは、出版社が複製の許諾料を受け取る権利を有することを当然のことと決めてかかっているが、出版社が許諾料を請求できるかどうかは、まさにフェア・ユースの審理が答えるべき問題であると主張する¹⁸⁹。

一般的には、著作権者に著作物を利用する他者に許諾料を要求する権利があり(106条)、第四の要素で潜在的許諾収入の影響が考慮されることには、議論の余地がない。しかし、全ての潜在的許諾収入への影響が考慮されるわけではなく、伝統的、合理的、あるいは開発されそうな市場のみが考慮されるべきである¹⁹⁰。

出版社は個別論文の直接販売や配布のための従来の市場を証明していないが、主にCCCによって、利用者が自分用の複製物を作成するための許諾を得る実効的な市場を生み出している。Texaco自身もCCCに許諾料を支払っていたことが明らかとなっている。許諾を得ていない特定の利用が、実効的な市場または利用への支払い方法が存在するときに、「より公正である」と考えられ、実効的な市場または利用への支払い方法が存在しないときに、「より不公正である」と考えられることは、理にかなっている。循環論法の欠点は、支払い手段の存在がフェア・ユースにとって決定的である場合のみ生じる¹⁹¹。

2-3-2-5-4. 第四の要素の結論

主に許諾収入の損失のため、そしてわずかには予約購読収入の損失のため、出版社は著作物の価値への実質的損害を証明したとして、第四の要素は出版社に有利と結論づける¹⁹²。

¹⁸⁹ *Id.* at 929.

¹⁹⁰ *Id.* at 929-30.

¹⁹¹ *Id.* at 930-31.

¹⁹² *Id.* at 931.

2-3-2-6. 総合評価

重要な第一と第四の要素を含む成文法上の四つの要素のうち、三つが出版社に有利であると結論する。Texaco がなした *Journal of Catalysis* からの八つの論文の複製はフェア・ユースに該当しないとの地裁の結論に賛成する¹⁹³。

2-3-3. Jacobs 判事の反対意見

2-3-3-1. 結論

事件の事実によると、実験室におけるものであろうと、個人的ファイルの一部としてであろうと、科学者自身の利用のための雑誌論文全体の複製に関するフェア・ユースの問題が示されている。多数意見、特に、第二の要素と第三の要素の結論に概ね賛成するが、第一の要素と第四の要素、衡平法上の考慮要素、著作権法全体の目的に照らし、Chickering による記事の複製は、フェア・ユースにあたると結論づける¹⁹⁴。

2-3-3-2. 利用の目的と性質

Chickering による複製の直接の目的は、科学における彼の研究を容易にするためという、広く公衆の便宜に資するかもしれない目的であったとの多数意見に賛成する¹⁹⁵。

Chickering は *Catalysis* の論文の一部を公表された彼の研究で用いてはいないし、実験または調査を行う過程で直接的に複製する必要があったわけではない。それでも、他の研究者が何を考え何をなしているかを知るための複製の過程を研究と呼ぶことができる。なぜなら、科学的方法論とは、先行研究を用いて研究を行う科学者達による、計画的な共同作業の動的過程である。情報交換の組織化が効率的に行われるほど、よりスケールが大きく集約的に科学が発展するのであり、現代における効率的な科学情報の伝達方法は、定期刊行物による情報の拡布であると考えられるからであ

¹⁹³ *Id.* at 931.

¹⁹⁴ *Id.* at 932.

¹⁹⁵ *Id.* at 932.

る¹⁹⁶。

多数意見はChickeringが複製した論文をファイルしたきり利用しなかったことを強調するけれども、この事実の重要な意味は、論文が再販売されたり小売りに出されなかったということであり、このことは目的および性質において複製が商業的でないということを強める¹⁹⁷。

多数意見は、複製が「組織的 (systematic)」、「制度的 (institutional)」であったと随所で強調しており、本件におけるような複製と、制度的体制外における個々の研究者による雑誌論文の複製とを区別している。しかし、Chickeringが働いていた制度的環境は彼のなした複製の性質を変えないし、同じ組織において複数人が同じことをしているからといって組織的になるわけではなく、個人科学者による自己の研究に有用な論文の選択は組織的複製ではない。まず、今日研究は大部分が制度的な試みであり、多数意見の制度的組織への着目が射程の制限にはならない。また、多数意見は回覧リストの使用を問題としているが、論文を複製するという決定が個別の科学者によりなされたという決定的な問題を無視している。雑誌の回覧は組織的であろうとなかろうと複製ではない。一度Texacoが出版社から予約購読冊子を受け取れば、多くの科学者が見られるように雑誌を企業内で回覧することは自由である¹⁹⁸。

2-3-3-3. 潜在的市場あるいは価値への影響

2-3-3-3-1. 予約購読および販売

個々の論文の価値への損害あるいは予約購読やバックナンバーの伝統的市場への損害を指摘できないとする多数意見に賛成する¹⁹⁹。

企業の予約購読には通常の予約購読料金の倍額を請求しているCatalysisの出版社にとって、Texacoの多数の科学者にCatalysisが回覧されたことは驚くことではない。出版社は、科学者が必要とするものを引用し、私的

¹⁹⁶ *Id.* at 933-34.

¹⁹⁷ *Id.* at 935.

¹⁹⁸ *Id.* at 935-36.

¹⁹⁹ *Id.* at 936.

な利用のための複製を決定することを当然と思わなくてはならない²⁰⁰。

2-3-3-2. 許諾料収入

著作物の二次的利用による潜在的市場あるいは価値への影響を評価する場合、伝統的、合理的、または開拓されそうな市場における潜在的許諾収入のみが審理されるべきであるとする多数意見に賛成する。この見解は、CCCライセンスを利用できるということが、フェア・ユースとはほとんど関係ないものであるという結論を支持するものである。CCC計画は、伝統的でも合理的でもない。複製許諾についての通常の市場は存在しないし、そのようなものが存在すべきであるという出版社間の同意もないので、第四の要素はTexacoに有利と考える²⁰¹。

多数意見は、ライセンスを得ていない雑誌論文の複製が侵害であると判示したが、(a)Texacoのような組織が予約購読している雑誌の30%しかCCCのライセンスでカバーされていないし、(b)CCCに加入している出版物の全てがCCCのライセンスによりカバーされているわけではなく、(c)CCCでカバーしている出版物の全てに著作権が取得されているわけでもない²⁰²。

Transactional Reporting Service (複製毎のライセンス)のもとでは、利用者は複製する度に著作権調査を行う義務を負う。まず、雑誌出版社がCCCに加入しているかを定めるため、名簿を調べなくてはならない。もしCCCのメンバーであれば、その出版物がCCC契約によりカバーされているかを調べなくてはならない。そして、何とかして、その論文について出版社が実際に著作権を有しているかを調べなくてはならない。なぜなら、政府の後援による研究である等の理由で、著作権が問題とならないような論文もたくさんあるからである。どの論文が著作権でカバーされているかを知るのほとんど不可能であり、専門家でさえこのような判断に困難を覚えるのであるから、このライセンス計画は、知的財産弁護士を各複製機に配置することを要求するようなものである。そして、論文がCCCでカバーされ

²⁰⁰ *Id.* at 936.

²⁰¹ *Id.* at 936-37.

²⁰² *Id.* at 937.

ている場合、複製者は、日付、出版物の名称、出版社、論文の題名と著作者、複製した頁数を記録しなくてはならない²⁰³。

取引費用だけを考えても、利用者は包括的ライセンスを強要されることになる。しかし、もし許諾料の市場を考慮しなくてもフェア・ユースの要素のうち三つが出版社に有利であるならば、包括的ライセンスはTexacoに安全な避難所を提供するわけではない。個々の出版社は、この判決の多数意見により与えられた著作権を保持することも、別の条件で別のライセンスを結ぶ交渉をすることも、抜き刷りを販売することも、ライセンスを全く拒絶することも自由である。各出版社のライセンスする権利が、CCCに加入しているか否かに依存させられない限り、完全な市場の失敗が始まる。何千もの科学出版社が存在する以上、利用者が許諾料についておびただし数の出版社と個別に交渉することはできないからである²⁰⁴。

CCCは機能的でないし、市場も存在しない。たとえCCCが機能的である、あるいは機能的になるとしても、CCCの包括的ライセンスを持つものが、CCCのメンバーでないところから出版された雑誌論文の複製について免責されることはなく、そのような論文について「公正な使用のための実効的な市場あるいは方法」は存在しないことになる。出版社がライセンスしていない雑誌について、利用者は(a)どの出版物がこの範囲にあるのかを調べ、手書きで複製するか、タイプで打つか、部分的に複写するか、あるいは(b)この判決の多数意見によるフェア・ユース理論を機能しないものとして無視するだろう。どちらの選択も科学研究に奉仕しないし、著作権を尊重するものでもない。慣習的方法、すなわち著作権者が意図する方法で雑誌が利用される場合、知的財産弁護士等でなくては果たせないような負担を利用者が負うべきではない²⁰⁵。

2-3-3-3. 第四の要素の結論

第四の要素は決定的にTexacoに有利である。なぜなら、雑誌予約購読や販売からの出版収入の損害は、容易に評価できるものでないからである。

²⁰³ *Id.* at 937.

²⁰⁴ *Id.* at 937.

²⁰⁵ *Id.* at 938-39.

また、出版社は二倍の予約購読料を請求することで、企業から追加的な収入を得ているし、ライセンス市場も実現されていないからである²⁰⁶。

2-3-3-4. 衡平法上の考慮要素

フェア・ユース理論は「衡平法上の合理性のルール」²⁰⁷である。107条の四つの要素のリストは完全でも排他的でもない。衡平法上のルールの目的は、「法が促進することになっている創作を抑制するような場合に、著作権法の硬直的な適用を避けること」²⁰⁸である²⁰⁹。

著作物の合理的な利用を禁止すると、後続の著作者が先行作品を改良することが抑制されてしまう。フェア・ユース理論は、著作者が作品を公衆の利用に開放する場合における合理的かつ慣習的な利用への著作者の黙示の同意を基礎に持つものである²¹⁰。

創作者のフェア・ユースへの期待に関する唯一の証拠は、著作、考え、名声を広めるために、著作権を放棄したという事実である。出版社は著作者の論文を出版する対価を著作者に支払っていない。著作者は、名誉、地位、財産、終身在職権 (tenure) を得るために出版するのであり、直接的な金銭的利益を望んではいない。すなわち、著作権制度が科学論文の印刷出版と拡布に関する十分な収入を保証する限り、著作権収入のレベルは、著作権法が促進しようとしている創作行為を著作者に行わせるインセンティブとは無関係である²¹¹。

CCCのライセンス料は、確かに著作権者である出版社にとって有益であるが、この追加的な収入が科学的創作を促進するかということは議論されてこなかった。Kapitzaによると、「雑誌の数は10から15年毎に倍になり、

²⁰⁶ *Id.* at 939.

²⁰⁷ Quoting *Sony*, 464 U.S. 417, 448 & n.31.

²⁰⁸ Quoting *Harper & Row, Publs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 550 n.3 (U.S. 1985) (quoting *Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Cos.*, 521 F.2d 57, 60 (2d Cir. 1980)).

²⁰⁹ *Texaco*, 60 F.3d 913, at 939.

²¹⁰ *Id.* at 939.

²¹¹ *Id.* at 939-40.

今では20,000という数に達している」²¹²。このように、販売や予約購読により雑誌数は指数的に増加しており、現時点では雑誌出版に適したインセンティブが公正な報酬を保証していることを示している²¹³。

科学者のような著作者は、使用料よりも、自己の著作物の広い普及に関心を持っている。多数意見の判示は、科学者が雑誌論文を調べたり、保存したり、利用するための費用、時間、労力を増加させ、著作者が出版から得ようとする唯一の報酬を減少させることになるだろう²¹⁴。

著作権法の目的とするところは、著作権者への経済的利益の最大化を保証することではなく、著作者に公正な報酬を確保する一方、著作物を利用して創作することを許容することで、競合する利益のバランスをとることである。Chickeringの複製は創作活動の一端であるので、彼による自己の研究調査を補助するための論文の複製は、フェア・ユースにあたりと結論する²¹⁵。

²¹² Quoting PETER L. KAPITZA, EXPERIMENT, THEORY, PRACTICE 174 (1980).

²¹³ *Texaco*, 60 F.3d 913, at 940.

²¹⁴ *Id.* at 940-41.

²¹⁵ *Id.* at 941.