

# 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(4) —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 (以上 第46号)

第3章 変容的利用の理論 (以上 第47号)

第4章 市場の失敗理論をめぐる新たな動向

1. 外部利益による市場の失敗 —Lorenによる市場の失敗理論の再定義—
  - 1-1. Lorenの問題意識 —著作権制度の歴史的な展開とフェア・ユースの意義—
  - 1-2. ライセンス料を損失とみなすことの問題点
    - 1-2-1. 循環論法
    - 1-2-2. 慣習の確立による権利の拡大
    - 1-2-3. フェア・ユース (Fair Use) のFared Use (料金を課された利用) 化
    - 1-2-4. 著作権の公益性の軽視
  - 1-3. 外部性による市場の失敗の重要性
2. 非金銭的価値を重視した市場の失敗の分類論 —Gordonによる市場の失敗理論の修正—
  - 2-1. 市場の失敗の分類論
    - 2-1-1. 「免責 (excuse)」と「正当化 (justification)」
    - 2-1-2. 取引費用の減少とフェア・ユース
    - 2-1-3. 今後における「市場の失敗」の意義
  - 2-2. Gordonの立場の変化
    - 2-2-1. 第三のテスト (実質的損害) の修正
    - 2-2-2. ライセンスシステムの評価
    - 2-2-3. 外部性による市場の失敗について
- 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—

1. 変容的利用の理論の台頭と市場の失敗理論に残された意義
2. 非変容的利用における非金銭的価値の重要性に関する議論
  - 2-1. 表現の自由
    - 2-1-1. ロックの但書きと表現の自由
    - 2-1-2. コミュニティの共有資源としての知的財産
  - 2-2. 民主主義
  - 2-3. 人間の行動の自由 (以上 本号)

## 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4章 市場の失敗理論をめぐる新たな動向

Gordonにより提唱された市場の失敗理論は、Texaco判決によって、ライセンスシステムの発展による市場の成立を理由にフェア・ユースを否定するという形で採用された。しかし、Lorenは、ライセンスシステムによって著作権者と利用者との間の市場の失敗が治癒されても、研究目的の著作物利用による外部性の市場の失敗は依然として存在すると指摘し、市場の失敗理論を支持しつつも、Texaco判決は理論を誤って適用したと批判した。さらにGordon自身、市場の失敗理論がフェア・ユースを制限するための理論としてとらえられるようになったことを遺憾として、フェア・ユースを肯定する機能が市場の失敗理論にあることを強調し、それを明確にするために、市場の失敗のカテゴリーを分類するという市場の失敗理論の修正理論を提示した。この市場の失敗理論の修正理論においては、著作権者の経済的利益を重視していた当初の市場の失敗理論に比べ、非金銭的利益や利用者の利益が重視されており、Gordonの立場の変化をみることができる。

この章では、フェア・ユースを肯定する方向、あるいは、非金銭的利益を重視する方向への市場の失敗理論の変容を明らかにするために、外部性による市場の失敗を強調するLorenの議論と、Gordonによる市場の失敗理論の修正理論を紹介する。

## 1. 外部利益による市場の失敗 —Lorenによる市場の失敗理論の再定義—

Texaco判決は、フェア・ユースを規定する107条が考慮要素として定める第四の要素（利用が著作物の潜在的市場あるいは価値へ与える影響）の検討において、特定の許諾を得ていない利用が、実効的な市場あるいは利用に対する支払いの方法が存在しないときに、「より公正である」と考えられるべきであり、他方、そのような許諾を得ていない利用が、実効的な市場あるいは利用に対する支払いの方法が存在するときに、「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として、ライセンス料の損失を実質的損害として考慮した<sup>332</sup>。すなわち、市場を通じてのライセンス購入を可能とするライセンスシステムが用意されている限り、著作権者へのライセンス収入の損害が発生しているとし、結論としてフェア・ユースを否定した。このことからTexaco判決は、市場の成立を理由にフェア・ユースを否定したとして、市場の失敗理論を採用した判決とみなされてきた<sup>333</sup>。

これに対し、Lorenは、Texaco判決が市場の失敗理論を誤って適用したとして批判した。Lorenは、Texaco判決が著作権者と利用者との高い取引費用による市場の失敗のみに着目し、それがライセンスシステムにより治癒されるとしてフェア・ユースを否定したとし、しかしながら、教育・研究目的の著作物利用における外部性による市場の失敗は、ライセンスシステムによっても治癒されないことを指摘した。そして、著作権法の目的を達成するためには、外部性による市場の失敗が存在するときにもフェア・ユースを認めるべきことを主張した<sup>334</sup>。

以下では、著作権法の歴史的展開を踏まえたLorenの問題意識を紹介し

---

<sup>332</sup> American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-31 (2d Cir. N.Y. 1994).

<sup>333</sup> 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>>.

<sup>334</sup> Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1 (1997).

たうえて、ライセンス料の損失を著作権者の経済的損害とみなすことについて Loren が指摘した問題点や、外部性による市場の失敗の重要性を指摘する内容を紹介する<sup>335</sup>。

### 1-1. Loren の問題意識 — 著作権制度の歴史的な展開とフェア・ユースの意義 —

Loren は、市場の失敗理論の誤った適用として Texaco 判決を批判するにあたり、フェア・ユースや著作権法そのものの歴史的起源をたどっている。1790年に制定された米国における最初の著作権法は、単に複製品の印刷や出版、販売に対する権利しか与えておらず、保護期間も最大で28年と現在に比べ短かったため、著作権者の権利と利用者の権利とのバランスが図られていたという。しかし、その後の著作権法の改正により、著作権はより広く、「複製」一般を制限する権利へ拡大され、また、存続期間が劇的に延長されてきた。現在、著作権は、著作物全体の模倣品の印刷・販売に及ぶだけでなく、それが販売されるかにかかわらず著作物の一部分の複製や、公の実演、公衆への提示、派生的著作物の作成などにまで及ぶようになった<sup>336</sup>。

著作権法において著作権の範囲が拡大するに伴い、フェア・ユースの果たす役割も変化してきたと Loren は論じている。フェア・ユースの法理を確立したとされる Folsom 判決<sup>337</sup>のもとでは、フェア・ユースではないということを実証することで侵害が認められ、フェア・ユースはむしろ著作権を拡張するものとして機能していたという。しかし、著作権者に広範な権利が与えられている現在においては、著作権の独占が広範になり過ぎることを防ぐために機能しており、憲法上の要請である知識や学問の促進を著作権が抑制しないことをまさに保障しているのが、フェア・ユースである

---

<sup>335</sup> 邦語文献における Loren の議論の紹介として、蘆立順美「アメリカ著作権法における技術的保護手段の回避規制と Fair Use 理論」法学66巻5号(2002年)508-509頁、同『データベース保護制度論—著作権法による創作投資保護および新規立法の展開—』(信山社・2004年)89-90頁等。

<sup>336</sup> Loren, *supra* note 334, at 16-18.

<sup>337</sup> Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

とする。Lorenは、いくら誇張してもし過ぎることはないとして、フェア・ユースの重要性を強調している<sup>338</sup>。

そして、著作権法の目的である知識や学問の発展にとって重要であるにもかかわらず、裁判所が金銭的問題に焦点を当て、変容的利用を重視してきたために軽視されてきたものが、教育や研究に関わる著作物の利用であり、外部性による市場の失敗の類型であるという。Lorenは、107条の四要素のうち、金銭的問題に焦点を当てている第一の要素（商業的利用）と第四の要素（市場への影響）において裁判所が金銭的な問題を強調しており、このことがフェア・ユースの分析を著作権者に有利にゆがめてきたとする。また、フェア・ユースの分析では、問題となった利用が変容的利用か非変容的利用かに分類され、非変容的利用は冷遇されているが、教育目的の著作物利用など、変容的ではないが生産的な利用（productive use）が存在するとして、変容的利用か否かよりも、知識や学問の発展を促進する可能性があるかに焦点が当てられるべきであると論じている<sup>339</sup>。

## 1-2. ライセンス料を損失とみなすことの問題点

このように、Lorenは裁判所が金銭的問題や変容的利用か否かを強調してきたことを問題点として指摘したうえで、より深刻な問題として、料金の徴収を行うライセンスシステムが存在する場合に、裁判所がライセンス料を著作権者の経済的損害の証拠とみなすようになったことをあげている<sup>340</sup>。その批判の対象となった判決の一つが、ライセンスシステムの存在を考慮し、企業の研究者による資料の複製についてフェア・ユースの成立を否定したTexaco判決である<sup>341</sup>。以下では、Lorenが指摘したTexaco判決

---

<sup>338</sup> Loren, *supra* note 334, at 15-22.

<sup>339</sup> *Id.* at 27-33.

<sup>340</sup> *Id.* at 32.

<sup>341</sup> *Texaco*, 60 F.3d 913. Lorenは、Michigan Document Services判決 (Princeton Univ. Press v. Michigan Document Sercs., 99 F.3d 1381 (6th Cir. Mich. 1996)) に対しても、教育という広い外部利益を有する利用をフェア・ユースと認めなかった判決として、Texaco判決に対するものと同趣旨の批判を展開している。Michigan Document Services事件は、大学の講義で用いるコース・パック (coursepack: 著作物の抄録をまと

の問題点のうち、そのいくつかを紹介する。

### 1-2-1. 循環論法

Lorenは、ライセンス料を著作権者の損害とすることは循環論法であるとして、次のように批判する。

「逸失」許諾料が実質的損害の証明であるとするのは、問題となっている利用がフェア・ユースではない、それゆえ、著作権者はそのような利用にライセンス料を課すことが許される、という法的結論を前提としている。もし著作権者がライセンスシステムを「批評、コメント、報道、教育、学術、研究のための料金を徴収する部署」と名付けるならば、フェア・ユースをコントロールしようという意図が明らかになるだろう。著作物の利用がフェア・ユースであれば料金は課されないのであるから、フェア・ユースの判断においてライセンス料を「損失」として考慮することは適切ではない<sup>342</sup>。

Texaco事件において裁判所は、「循環論法の欠点は、支払方法の利用可能性がフェア・ユースを否定するものとして決定的である場合にのみ生じる」と判示した<sup>343</sup>。しかし、裁判所は、これまでフェア・ユースの判断において金銭の問題に焦点を当て、第四の要素が最も重要な要素であると繰り返し述べてきた。第四の要素を判断するための循環的な推論を認めてしまうと、往々にして循環論法がフェア・ユースの結論を規定する結果になってしまうだろう<sup>344</sup>。

---

めた教材。教授が素材を選択し、コピー・ショップが印刷・目次作成・製本等を行う)を作成するコピーショップのうち、Ann Arbor地域において唯一著作権者にライセンス料を支払っていなかったMDS (Michigan Document Services) に対し、出版社が著作権侵害訴訟を提起した事案である。地裁は故意の著作権侵害を認めたが(855 F. Supp. 905 (E.D. Mich. 1994))、控訴審で三人の裁判官団がこれを覆し、全員法廷で再審理されたものがこの判決である。フェア・ユースの成立を否定した判断については原判決を支持したが、損害賠償については、故意侵害を認めた原判決を破棄し、分割判決 (separate judgement) のため差し戻した。

<sup>342</sup> Loren, *supra* note 334, at 38-39.

<sup>343</sup> *Texaco*, 60 F.3d 913, 931.

<sup>344</sup> Loren, *supra* note 334, at 41.

## 1-2-2. 慣習の確立による権利の拡大

Loren は、ライセンス料の支払いが慣習化されることにより、フェア・ユースの範囲が縮小し、著作権の範囲が拡大するおそれを次のように指摘している。

最高裁は、フェア・ユースの第四の要素（市場への影響）の検討において、利用者が慣習的対価を支払うことなしに著作物の利用から利益を得るかどうかの問題である旨を判示した<sup>345</sup>。利用者の大部分が特定の利用に対し対価を支払い始めるに至った場合、それは慣習となる。業界の著作権者が、対価を支払う初めての者となることも多い。例えば、出版業界においては、新しい著作物に以前出版された著作物からの抜粋を収録する際、互いに許諾を得て対価を支払うことが一般的になったという。このように許諾の権利と義務を有するとする実務が「慣習」となり、出版者にライセンスのための部署を生み出した<sup>346</sup>。

いったん、ライセンスのための部署や収益が確立されると、それらはフェア・ユースにおいて重要な要素となり、フェア・ユースの権利を失わせ、それに対応して著作権者の権利を拡大させる帰結をもたらす。著作権者から要求される対価を支払わなかった者は、慣習的対価を支払わなかったとみなされる<sup>347</sup>。

最初のテスト・ケースが重要であり、事実上、最初に勝訴した者が、フェア・ユースの範囲を決定することになる。利用者の多くは、訴えられることをおそれ、経済力のある著作権者に訴えられたときには和解を選好するであろう。しかしその結果は、当事者だけでなく、同じように著作物を利用する多くの利用者の権利に影響を与えることになる<sup>348</sup>。

以上のように Loren は、権利者がライセンス料の支払いの慣習を打ち立てることで、フェア・ユースの範囲を狭め、著作権の範囲を拡大することが可能になること、すなわち、経済力を持った権利者が法のあり方を規定してしまうことになるという問題点を指摘した。

---

<sup>345</sup> Quoting Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 562 (1985).

<sup>346</sup> Loren, *supra* note 334, at 41.

<sup>347</sup> *Id.* at 41-42.

<sup>348</sup> *Id.* at 43.

### 1-2-3. フェア・ユース (Fair Use) の Fared Use (料金を課された利用) 化

Loren はまた、歴史的に著作権者が権利の拡張を志向してきたことを指摘しつつ、著作権者が興味を持っている市場における利用についてライセンスシステムの存在を市場の証明として認めてしまうと、著作権者がフェア・ユースの範囲を決定しうることになるとして、このことは、著作権者がフェア・ユースを消滅させ、その代わりに「fared use (料金の課された利用)」を生み出すことを可能とすることになるだろうと述べている<sup>349</sup>。

### 1-2-4. 著作権の公益的性質の軽視

Loren は、著作権者の報酬のための効率的な市場が存在しない利用のみをフェア・ユースと認めることは、著作権法の公益的な性質を軽視するものであるとの批判をしている。

著作権法の第一目的は、作者の労力に報いることではなく、「科学及び有益な技芸の発展を促進すること」である。著作権者以外の者が、著作物に具現化されている著述の内容や労力を利用する権利を有することは、著作権の本質であり、憲法的要請でもあるという。もっとも、著作権者への報酬が著作権法の目的に寄与しないというわけではなく、フェア・ユースの分析において極めて重要なポイントとされるべきではないということであるという。著作権者への報酬と、フェア・ユースの公益（著作物へのアクセス、情報の流通、多様な利用を通じた学問の発展）のバランスが、慎重にとられるべきであると Loren は主張している<sup>350</sup>。

### 1-3. 外部性による市場の失敗の重要性

ここまでみたように、Loren は、ライセンス料を損害として考慮してフェア・ユースを否定した Texaco 判決を批判し、教育・研究目的など、外部性を有する著作物利用についてフェア・ユースを認める必要性を強調した。

---

<sup>349</sup> *Id.* at 46-47. Fared Useについては、Tom W. Bell, *Fair Use v. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 557 (1998)、邦語文献では、小島立「デジタル環境における情報取引」知的財産法政策学研究11号(2006年)177-178頁等を参照。

<sup>350</sup> Loren, *supra* note 334, at 48.

Lorenは、フェア・ユースの分析において外部性による市場の失敗を重視すべき理由や、しかしながらこれまで裁判所がこのタイプの市場の失敗に十分配慮してこなかった理由について、以下のように論じている。

フェア・ユースを定める107条は、批評、コメント、報道、教育（教室での複数のコピーを含む）、学術、あるいは研究といった目的でなされる公正な利用は著作権侵害ではないとしており、一般的に最もフェア・ユースと認定されるべき種類の利用を列挙したものとされている<sup>351</sup>。これらの利用は、批評・コメント・報道を作成した個人、あるいは教育・学問・研究を行った個人の利益をはるかに超えた外部的な利益を提供するものである。このような外部的な社会的利益は、著作権者と利用者との取引に内部化することが不可能であるが、まさに著作権法によって促進されることを憲法が要請している利益である。Lorenは、重要な外部利益が内部化できないことによる市場の失敗は、フェア・ユースにより救済されるべきであると主張した<sup>352</sup>。

このような外部性による市場の失敗は、ライセンスシステムによっては治癒されない。確かに、ライセンスシステムが存在するにもかかわらず、著作物の利用者がそのシステムを利用しなかった場合、故意に市場を迂回したようにみえるかもしれない。しかし、利用によって生じる外部利益を内部化することは不可能であるため、市場は完全には機能しておらず、市場に任せられると、外部利益を生み出す利用が、社会的に望ましいレベルよりも過小にしか行われなくなってしまう<sup>353</sup>。

そしてLorenは、裁判所が外部利益に十分に配慮してこなかった理由として、損害や利益を分析する際に訴訟の当事者以外をみないことや、公益を定義することが難しいこと、拡散的な外部利益の金銭的価値を評価することが難しいことをあげる。また、107条の第一の要素である「利用の目的及び性質」において、裁判所は、特に非変容的な利用が問題となる場合に、利用が商業的な性質を有するか否かに焦点を当てるため、非変容的な

---

<sup>351</sup> Quoting *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 577-78 (U.S. 1994).

<sup>352</sup> Loren, *supra* note 334, at 49-50.

<sup>353</sup> *Id.* at 53.

利用について重要な外部利益が見落とされがちであると指摘している<sup>354</sup>。

Lorenはまた、あらゆる著作物の利用が、外部利益を有しうることについても言及している。そのことにより全ての著作物利用がフェア・ユースとなってしまうことは認められないことから、裁判所は外部利益の評価に消極的なものかもしれない。外部利益の評価や認識が困難であるのに対し、特にライセンスシステムの存在が考慮される場合の著作権者の損失は具体的である。しかしLorenは、金銭的な損失に焦点を当てることは、フェア・ユースの分析を著作権者に有利にゆがめてしまうとする。裁判所は公益に最も資するルールが何であるかに焦点を当てるべきであり、問題となっている利用が許容されることで社会的利益が増進するか、あるいは、著作権者の許諾を要求することで創作のインセンティブに寄与するかを問うべきであって、107条が掲げる外部利益を有する利用のリストを重視すべきであると、Lorenは述べている<sup>355</sup>。

以上のようにLorenは、外部性による市場の失敗が、フェア・ユースに関係する最も重要なタイプの市場の失敗であり、特に研究、学術、教育のコンテキストにおける非変容的な利用が当てはまると指摘した<sup>356</sup>。

## 2. 非金銭的価値を重視した市場の失敗の分類論 —Gordonによる市場の失敗理論の修正—

Texaco 判決<sup>357</sup>が市場の失敗理論を採用したものとして評価されたように、Gordonの提唱した市場の失敗理論<sup>358</sup>については、著作権者と利用者との間の高い取引費用を救済するものとしてフェア・ユースをとらえ、また、著作権者と利用者との間の取引が可能となる場合に、フェア・ユースの成立

---

<sup>354</sup> *Id.* at 53-54.

<sup>355</sup> *Id.* at 54-56.

<sup>356</sup> *Id.* at 57-58.

<sup>357</sup> *Texaco*, 60 F.3d 913.

<sup>358</sup> 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 (1982).

を否定する理論ととらえるのが趨勢となった<sup>359</sup>。

しかし、後に Gordon は、市場の失敗理論がフェア・ユースの制限的な適用を意図するものではなかったと述べた。Gordon は、Sony 事件の控訴審判決<sup>360</sup>が消費者によるそのままのコピーのような非変容的利用をフェア・ユースの適用範囲から除外したことへの批判から、フェア・ユースがもっと広い範囲をカバーするものであることを示す原理的説明として提示したものが市場の失敗理論であったとして、教育のための複製行為から生み出される重要な利益としての「正の外部性」ゆえに市場が失敗している場合、あるいは、パロディや批評のような敵対的な著作物利用について、ライセンスを得られないことによる市場の失敗が存在する場合には、受動的・消費的な利用や非創造的な利用であってもフェア・ユースに含まれるべきことを主張するものであったとしている<sup>361</sup>。

そして、Gordon は、その含意を明確にする方法で理論を洗練させ、問題を解決するものとして、市場の失敗を二つのカテゴリーに分ける市場の失敗の分類論を提示した<sup>362</sup>。以下では、この Gordon により修正された市場の失敗の分類論を紹介したうえで、当初提唱された市場の失敗理論と比較し、Gordon の立場の変化を明らかにする。

## 2-1. 市場の失敗の分類論

### 2-1-1. 「免責 (excuse)」と「正当化 (justification)」

Gordon は、市場の失敗アプローチの「退化」に寄与した一つの要因は、直解主義であったであろうとする。すなわち、「市場の失敗」という言葉

<sup>359</sup> Glynn S. Lunney, *Fair Use and Market Failure: Sony Revisited*, 82 B.U. L. REV. 975 (2002); Bell, *supra* note 349, 584 n.129; Robert P. Merges, *The End of Friction? Property Rights and Contract in the "Newtonian" World of On-Line Commerce*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 115, 130-34 (1997).

<sup>360</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

<sup>361</sup> Wendy J. Gordon, *The "Market Failure" and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031, 1031-35 (2002).

<sup>362</sup> Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, in *THE COMMODIFICATION OF INFORMATION* 149 (Neil Netanel & Niva Elkin-Koren eds., 2002).

が、取引の完全な失敗を内包しうるので、おそらく、取引費用の障害により出会うことのできない権利者と利用者というイメージを呼び起こすのであろうと述べる。しかし、「市場の失敗」は、単に実際に市場の失敗が生じることを表すだけではなく、市場システムが、私的そして社会的な経済的厚生を調整しえない場合も含むとする<sup>363</sup>。

さらに現実の市場のシステムが非経済的な社会的目標を達成することに失敗しうることを含め、この言葉をより広く用いようと試みることにより、問題を複雑化させたかもしれないとして、Gordonは、その含意を明確にする方法で理論を洗練させ、問題を解決するために、市場の失敗を二つのカテゴリーに分けることを提案した<sup>364</sup>。

第一のカテゴリーは、完全市場条件が欠けているために、経済的基準が適切に妥当しない「市場の機能不全」の場合であり、完全競争が生じることを妨げる「技術的失敗」に属する。この失敗は、例えば、賦与効果、権利者と利用者との高い取引費用、利用者が生み出す社会的利益を内部化することを妨げる取引費用、戦略的行動などの存在から生じるだろう。技術的市場の失敗のカテゴリーは、多くの経済学者が用いる「市場の失敗」の概念と一致する<sup>365</sup>。

しかし、他にも、市場をして、資源を配分するための社会的に満足していく制度として機能するように期待することを許さない一連の事情が存在するとする。その第二のカテゴリーは、例えば言論の自由の問題が関わる場合など、市場の基準が妥当しない「本来的な市場の制限」であり、市場の基準そのものが、紛争を解決するための完全に適した基準を提供できない場合である<sup>366</sup>。

さらに、これらの種類の市場の失敗の違いが、「免責 (excuse)」と「正当化 (justification)」という区別を利用することにより解明されるとする<sup>367</sup>。

前者の技術的市場の失敗のカテゴリーを示すために用いられるのが、

---

<sup>363</sup> Gordon, *supra* note 361, at 1035.

<sup>364</sup> Gordon, *supra* note 362 at 183-84; Gordon, *supra* note 358, at 1035-38.

<sup>365</sup> Gordon, *supra* note 361, at 1037.

<sup>366</sup> Gordon, *supra* note 362, at 150.

<sup>367</sup> *Id.* at 152-57; Gordon, *supra* note 361, at 1037-39.

「免責 (excuse)」という言葉である。許諾と支払いがないことは、特別な状況のために免除されるが、その目的は依然として、経済的厚生を促進である<sup>368</sup>。市場の失敗が存在するという条件付きで認められる抗弁ということになる<sup>369</sup>。

対照的に、非経済的基準の重要性から市場に頼ることができない後者のカテゴリーを称するために、「正当化 (justification)」という言葉を使っている。「正当化」ケースは、被告が許諾を得ないこと、対価を支払わないことを、他者が真似をしたとしても、それに対して我々が反対しないような場合である。例えば、言論の自由という観点からは、聖像破壊主義者に彼らが嘲笑している実体からの許可を得ることを要求することは、望ましくないだろう。批判対象から許可を得ることなく聖像破壊主義者が言論できることが望ましい。もしそうであるならば、聖像破壊主義者が許諾を得ていないことは、正当化される。この場合、市場の基準が本来的に不適切であるため、仮に市場が完全に機能していたとしても、その利用の正当性が認められるべきである<sup>370</sup>。

<sup>368</sup> Gordon, *supra* note 361, at 1037-38.

<sup>369</sup> Gordon, *supra* note 362, at 150.

<sup>370</sup> *Id.* at 152. Gordonは、免責と正当化の観点からみる場合に、不法行為は、以下の三つの要素から分析されるべきであると述べている。(1) (関係する当事者の資源を利用する) 被告の行為、(2) 被告が許諾を求めなかったこと、(3) 被告が対価を支払っていないこと。その分析は、下記のように要約されている (*Id.* at 158-62, 170)。

	正当化の可能性： 市場の利用における 「本来的制限」	免責の可能性： 市場における 「機能不全」	免責・正当化不適用： 被告敗訴
許諾なし	市場の基準が適用されるべきではない、あるいは、金銭が厚生を測るための適切な基準ではない	市場の基準や金銭的基準が、適切に適用できるものの、市場が機能していない	市場の基準も金銭的基準も適切であり市場が機能している、あるいは、他の考慮要素により裁判所が権利者の財産権を尊重する

## 2-1-2. 取引費用の減少とフェア・ユース

Gordonは、「免責」のケースは、制度的あるいは技術的变化に応じてフェア・ユースが消滅するべきであるが、「正当化」ケースの場合、環境の変化は、フェア・ユースの利用可能性を変化させないと論じている<sup>371</sup>。

権利者と利用者の高い取引費用を前提とするフェア・ユースのケースにおいては、社会の集約、技術的装置、あるいは他の理由によるかを問わず、もし取引費用が減じられる変化が生じれば、フェア・ユースの利用可能性を減じさせるという結論になるべきである。市場の条件によっては取引が行われることを難しくするが、市場が本来望ましいものであるのだから、権利者と利用者が出会うことのできる地位に立ったとき、市場に戻るべき理由が備わることになる。市場に依拠することは、完全に著作権を強制することを意味する。すなわち、「免責」ケースの多くにおいては、フェア・ユースを排除する方向へ事実を変更させることが可能である<sup>372</sup>。

しかし、このことは、「正当化」ケースには妥当しない。なぜならば、非経済的な基準による判断を、市場が適切に扱うことのできるものへ変化

対価の支払いなし	対価を支払う実行可能性があっても、被告が対価を支払うことが規範的に誤っている	市場の不成立により、被告が対価を支払うことが困難である	市場の基準が適切であり市場が機能している、あるいは、他の理由により(例:公正性)対価を支払うことが望ましい
行為態様	被告の行為が望ましいものである。ただし、許諾あるいは支払いが必要とされるかを評価する必要があるが残っている	望ましくない行為であるが、それ自体の価値以外の理由で免責される[Gordonはこれに該当しうるものとして、他人の著作物をキャンペーンに引用するネオナチの例をあげている]	損害を受ける者が同意しているかあるいは対価を受けているかにかかわらず、行為が禁止されるべきである[Gordonはこの問題を、不可譲性(inalienability)の問題に関わると述べている]

<sup>371</sup> *Id.* at 153.

<sup>372</sup> *Id.* at 184-85.

させることができるような事実的变化をみることは難しいからである<sup>373</sup>。

他方で、Gordonは、免責ケースであっても、その多くが非経済的規範の要素を含んでいることを指摘し、市場の機能不全が治癒可能であっても、免責ケースが消滅するほどに誇張するべきでないことも指摘している。インターネットや集約的社會が取引費用を減少させるということに関する議論においては、著作権者と潜在的ライセンスを引き離す取引コストの障害以外の要素が前提とされ、それらの他の要素のいくつかは、家庭内複製に関連するということが強調されるべきであるとする。司法あるいは立法が著作権侵害の責任を個別の家庭内の利用者に課すことに消極的である背景には、プライバシーの保護や、コミュニティの感覚の維持への要請のような、他の理由があるだろうと述べている<sup>374</sup>。

また、他者の言葉やイメージを再現する歴史学者、批評家、学者が生み出す「外部的利益」が問題になるような場合も、学者の生み出す利益を内部化できないことによる「免責」ともみることができるが、公衆の議論を促進するような金銭化できない利益が関わっているために「正当化」としてみることもできるとする<sup>375</sup>。

このように、市場の機能不全は治癒可能とは限らず、多くの外部性は、技術的そして制度的変化により影響を受けないだろうとし、さらに、多くの「免責」ケースは、正当化の問題と絡み合っているとして、Gordonは問題の複雑さを指摘するとともに、取引費用の減少がフェア・ユースを否定するという結論とすぐに結びつくわけではないことを示している<sup>376</sup>。

### 2-1-3. 今後における「市場の失敗」の意義

Gordonは、「市場の失敗」の二分論を提示することで、特に「正当化」とするケースで市場が規範とするような経済的基準が妥当しない領域があることを認めている。ただし、そのうえでも、「市場」をめぐる議論が無意味になるとはしていない。

---

<sup>373</sup> *Id.* at 185.

<sup>374</sup> *Id.* at 185-86.

<sup>375</sup> *Id.* at 186-87.

<sup>376</sup> *Id.* at 187.

「免除」あるいは「正当化」のいずれの場合も、権利者から許諾を得ていないこと、そして対価を支払っていないことは、確固として望ましいこととなりうるものであり、これらの条件を明らかにすることは、知的財産法学が向き合うべき大きな課題の一つであるとする。そして、その解明のために、様々な学問領域からの検討が有用であることを示唆する。例えば、基礎科学の領域における研究<sup>377</sup>、芸術（特に文学）に関わる研究<sup>378</sup>、情報経済学の領域の研究<sup>379</sup>、組織経済学（特にコンピュータ・ソフトウェアへの適用）の領域における研究<sup>380</sup>などにおいて、金銭的市場からではなく、情報や著作物の自由な流通から個人や社会が利益を得る領域や方法が提示されていることを指摘する<sup>381</sup>。

そして、今後、「市場」ではなく「コモンズ (commons)」が、このような領域を解明するためのより適した分析のツールとなりうるとしながらも、それまでのところ、比較的よく知られたその機能と美しさを持つモデルである「市場モデル」から分析を行うことが有益であり、今後の分析の過程において、市場の失敗は中心的な構成原理であり続けると述べている<sup>382</sup>。

---

<sup>377</sup> Quoting Arti Kaur Rai, *Regulating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science*, 94 NW. U. L. REV. 77 (1999); Rebecca Eisenberg, *Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use*, 56 U. CHI. L. REV. 1017 (1989); Rebecca Eisenberg, *Proprietary Rights and the Norms of Science in Biotechnology Research*, 97 YALE L.J. 177 (1987).

<sup>378</sup> Quoting LEWIS HYDE, *GIFT: IMAGINATION AND THE EROTIC LIFE OF PROPERTY* (1979, 1980, 1983).

<sup>379</sup> Quoting Thomas Mandeville, *An Information Economics Perspective on Innovation*, 25 INT'L J. SOC. ECON. 357 (1988) *reprinted in* INTELLECTUAL PROPERTY: THE INTERNATIONAL LIBRARY OF ESSAYS IN LAW AND LEGAL THEORY, Second Series 41 (Peter Drahos ed., 1999).

<sup>380</sup> Quoting Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or Linux and The Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. (2002).

<sup>381</sup> Gordon, *supra* note 361, at 1038-39.

<sup>382</sup> *Id.* at 1039.

## 2-2. Gordonの立場の変化

以上にみたように、市場の失敗理論の修正理論において、Gordonは、非金銭的価値や利用者の利益を重視し、フェア・ユースを肯定する市場の失敗理論の機能を強調している。しかし、市場の失敗理論の提唱時から、Gordonの立場が一貫したものであったとは限らない。最初に提示した市場の失敗理論においては、権利者の利益を重視している記述が見受けられる。これに対し、後の論文では、様々な側面において、金銭的利益から非金銭的利益へ、あるいは、著作権者の利益の重視から、利用者の利益の重視へのシフトをみることができ<sup>383</sup>。

以下では、Gordonの立場の変化に着目して、当初提唱された市場の失敗理論と後の修正理論との比較を行う。

### 2-2-1. 第三のテスト（実質的損害）の修正

Gordonは、市場の失敗理論を提唱した際、フェア・ユースを適用するための三つのテストとして、(1)市場の失敗が存在すること、(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こと、(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ことをあげ、この3つのテストを満たす場合にフェア・ユースが適用されるべきであると論じた<sup>384</sup>。ここでは、第三のテストとして、著作権者に実質的な損害を与えないことを要求し、また、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して、利用者に市場を通じた取引を促す必要性があることや、新たな市場における追加的な報酬が著作者にとってのインセンティブとなりうることを指摘していた<sup>385</sup>。

---

<sup>383</sup> 田村善之「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方」同『市場・自由・知的財産』(有斐閣・2003年)226頁注18)。Netanelも、市場の失敗を提唱した論文と後で紹介する表現の自由に関する論文とを比較し、Gordonが非金銭的利益を重視する方向や権利者の権利を必ずしも重視しない方向へシフトしてきたと指摘する(Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 286, note 8 (1996))。

<sup>384</sup> Gordon, *supra* note 358.

<sup>385</sup> *Id.* at 1618-22.

しかし、この第三のテストについて、後にGordonは、このような広範で厳しい要件を課したのは間違いであったと述べた<sup>386</sup>。第三のテストは、経済的な側面に焦点を当てるものであるが、「正当化」のケースは、そもそも経済的価値が適切な基準といえない場合であり、免責と正当化の区別は、原告への実質的損害が、全てのケースにおいてフェア・ユースを排除するわけではないということを明らかにするものであるとしている。すなわち、「正当化」のケースにおいては、他の目的のために著作権者への損害が許容される余地があることを示唆している<sup>387</sup>。また、支払い意欲により測られるような経済的価値の最大化は、唯一の基準ではない、あるいはフェア・ユースにとって重要であるべきではないとも述べており<sup>388</sup>、経済的な基準を重視する立場から非金銭的価値を重視する方向へのシフトをみることができる。

## 2-2-2. ライセンスシステムの評価

市場の失敗理論の提唱時、Gordonは、ライセンスシステムについて積極的な評価をしていたと考えられる。Williams & Wilkins判決<sup>389</sup>の分析において、Gordonは判決のアプローチを評価しつつも、ライセンス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た。ライセンスシステムにより、取引費用が耐えられるレベルまで減少すれば、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可能性があったと論じている<sup>390</sup>。

当初の論文において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

---

<sup>386</sup> Gordon, *supra* note 361, at 1031-32.

<sup>387</sup> Gordon, *supra* note 362, at 183-84.

<sup>388</sup> Gordon, *supra* note 361, at 1034-35.

<sup>389</sup> Williams & Wilkins Co. v. United States, 203 Ct. Cl. 74; 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973).

<sup>390</sup> Gordon, *supra* note 358, at 1647-52.

ンセンティヴおよび創作のパターンに重大な影響を与えうるというのである<sup>391</sup>。このような記述からは、権利者の利益を重視し、ライセンスシステムの発展により、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ようにもみえる。

これに対し、市場の失敗理論の修正理論においては、取引費用が減じられたとしても、「正当化」ケースにおいては、フェア・ユースが否定されるべきではなく、免責ケースでさえも、非経済的規範の要素が関係することが多いために、単純に市場の失敗の治癒によってフェア・ユースを否定できないことを指摘している<sup>392</sup>。したがって、もし取引費用を減少させるインターネット取引が実現されたとしても、フェア・ユースが消え去るわけではないとし、仮に著作権者と利用者間の取引費用が解消されたとしても、正の外部性あるいは賦与効果 (endowment effects)<sup>393</sup>による市場の失敗の形式が残存すると指摘している<sup>394</sup>。

このようにみると、ライセンスシステムなどによって取引費用が低減されることによる市場の失敗の治癒への肯定的な評価は、理論の提唱時よりも弱まっているようにみえる。

### 2-2-3. 外部性による市場の失敗について

Gordonは、市場の失敗理論の提唱時からすでに、外部性による市場の失敗、そして非金銭的利益による市場の失敗について言及していた。しかしながら、外部利益の存在だけではフェア・ユースを正当化しないとして、市場に頼る社会的コストが受け容れられないほど高いかどうかを調査すべきというシグナルとなりうると位置づける程度にとどまっている。また、

---

<sup>391</sup> *Id.* at 1651-52.

<sup>392</sup> Gordon, *supra* note 362, at 184-87.

<sup>393</sup> 賦与効果とは、人は財産が自分の手元にあるとき(その財産を「賦与」されているときに)、その財産をより高く評価する傾向があることとされる。なお、当事者が保有している資産がその行動に影響を及ぼすことは、資産効果 (wealth effect) とされる (スティーブ・ン・シャベル (田中亘=飯田高・訳) 『法と経済学』 (日本経済新聞出版社・2010年) 119-120頁、120頁注36)。

<sup>394</sup> Gordon, *supra* note 361, at 1034.

非金銭的利益に関する市場の失敗についても、著作権法を収入再配分の装置として、価値最大化の外観のもとに、貧しいけれども価値のある利用者を援助するための税を著作権者に課すことにならないよう気をつけなくてはならないと述べている<sup>395</sup>。

これに対し、市場の失敗の修正理論においては、非金銭的利益が関わるような経済的基準が妥当しないケースにおいて、フェア・ユースを肯定すべきことが強調されており、外部性が伴う著作物利用についても、単に利益の内部化が難しいだけではなく、非金銭的利益が関わることも多いことを指摘している<sup>396</sup>。このようにみると、Gordonは、外部性や非金銭的な利益が関わる著作物の利用について、フェア・ユースを認めることに消極的であった立場から、よりフェア・ユースの適用を肯定する方向へ変化していると考えられる。

## 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—

現在、裁判例におけるフェア・ユースの適用においては、変容的(transformative)な利用かどうか重視される傾向にあり<sup>397</sup>、変容的利用の理論が台頭している。本章では、市場の失敗理論と変容的利用の理論の関係について検討を行い、市場の失敗理論に残された意義を明らかにする。

---

<sup>395</sup> Gordon, *supra* note 358, at 1630-32.

<sup>396</sup> Gordon, *supra* note 362, at 186.

<sup>397</sup> 例えば、変容的利用としてフェア・ユースが肯定された代表的な事例として、*Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. Cal. 2003) (検索サイトでのサムネイル表示についてフェア・ユースを肯定)、*Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701 (9th Cir. Cal. 2007) (検索サイトのサムネイル表示について、フェア・ユースを否定した地裁判決 (*Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006)) を覆した)、*Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. N.Y. 2006) (風刺目的での写真の複製についてフェア・ユースを肯定)、*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. N.Y. 2014) (書籍の電子化による全文検索等についてフェア・ユースを肯定)、*Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir. N.Y. 2015) (書籍の電子化による全文検索と一部表示についてフェア・ユースを肯定) 等がある。

## 1. 変容的利用の理論の台頭と市場の失敗理論に残された意義

Gordonの市場の失敗理論<sup>398</sup>を起源とする市場中心パラダイムは、Netanelの分析<sup>399</sup>によれば、1985年のHarper & Row判決<sup>400</sup>で採用されてから、約20年にわたり支配的な地位を占めてきた。しかし、その後、市場の失敗理論は衰退し、今日のフェアユース法理は、Leval判事<sup>401</sup>やCampbell判決<sup>402</sup>によって確立された変容的利用法理により圧倒的に支配されているとして、これを「変容的利用パラダイムの勝利 (triumphant)」と呼んでいる<sup>403</sup>。

では、市場の失敗理論はもはやフェア・ユースにおける判断基準とはならず、変容的利用の理論のみでフェア・ユースが判断されるべきであるといえるのか。

Netanelは、Gordonの市場の失敗理論における主張を、被告が重い立証責任(高い取引コストが著作権のライセンスにとって克服できない障害であること、およびフェア・ユースを認めることにより著作権者に対して引き起こされる損害に比し、それを上回る公共の利益に寄与する利用であること)を果たした場合に限り、フェア・ユースを肯定するものであると位置づけている。また、市場中心パラダイムのもとでは、フェア・ユースの分析において第四の要素が重視されるために、潜在的なライセンス市場を含めた市場への悪影響を示すことでフェア・ユースが否定されうること示し、合理的な著作権者であれば被告の利用を承諾するであろうがライセンスのための交渉のコストが禁止的に高い場合のみ、フェア・ユースが肯定されうるとして、市場の失敗理論がフェア・ユースを否定する方向に

<sup>398</sup> Gordon, *supra* note 358.

<sup>399</sup> Neil Weinstock Netanel, *Making Sense Of Fair Use*, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 715 (2011); UCLA School of Law Research Paper No. 11-20 <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1874778> (Neil Weinstock Netanel (石新智規=井上乾介=山本夕子・訳)「フェアユースを理解する(1)(2・完)」知的財産法政策学研究43号(2013年)1-44頁・44号(2014年)141-182頁)。

<sup>400</sup> Harper & Row, *Publrs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539 (U.S. 1985).

<sup>401</sup> Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

<sup>402</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569.

<sup>403</sup> Netanel・前掲注399) (1)29-32頁。

機能することを強調する<sup>404</sup>。

確かに、**Texaco** 判決は、市場の失敗理論をまさにフェア・ユースを否定するために適用した<sup>405</sup>。また、**Gordon** も、市場の失敗理論の提唱時には、外部性による市場の失敗のケースについてフェア・ユース適用に消極的な姿勢を示すなど、必ずしも「フェア・ユースを積極的に肯定するための理論」として市場の失敗理論を提唱したわけではないように見受けられる<sup>406</sup>。

しかし、後に **Gordon** は市場の失敗理論の修正論において、市場の失敗理論を提唱した際、**Sony** 事件<sup>407</sup>で問題となった家庭内のテレビ番組の録画のような非変容の利用にフェア・ユースを認めるべきことを示す意図があったと強調し、市場の失敗理論がフェア・ユースの制限的な適用を意図するものではなく、むしろ非変容の利用をもフェア・ユースの適用範囲に含めるべきことを主張する理論であると述べて、市場の失敗の分類論を提示した<sup>408</sup>。このことにより、市場の失敗理論における非変容の利用にフェア・ユースを肯定する機能に焦点が当てられた、あるいは市場の失敗理論によりフェア・ユースが適用されるべき領域が拡張されたともみることができる。

**Netanel** も、変容的利用の理論が台頭する現在において、いかなる場合に変容的でない利用がフェア・ユースになりうるかという問題が、未解決のまま残されていることに言及している<sup>409</sup>。**Netanel** の分析によれば、裁判所は、**Campbell** 最高裁判決と **Sony** 最高裁判決を引用しながら、変容的利用が、フェアユースの判断をするために必ずしも必要な要件ではないとくり返し述べてきたという<sup>410</sup>。**Campbell** 最高裁判決は、107条に掲げられている教室での利用のための複製を例としてあげ、変容的利用であることがフ

---

<sup>404</sup> **Netanel**・前掲注399) (1)29-32頁。

<sup>405</sup> *Texaco*, 60 F.3d 91.

<sup>406</sup> **Gordon**, *supra* note 358.

<sup>407</sup> *Sony*, 659 F.2d 963; *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (U.S. 1984).

<sup>408</sup> **Gordon**, *supra* note 361; **Gordon**, *supra* note 362.

<sup>409</sup> **Netanel**・前掲注399) (2・完)175-177頁。

<sup>410</sup> *Quoting Sarl Louis Feraud Int'l v. Viewfinder, Inc.*, 627 F. Supp. 2d 123 (S.D.N.Y. 2008).

フェア・ユースの認定に必ずしも要求されるわけではないことを述べている。また、家庭内で視聴するために行われる個人によるテレビ番組の録画をフェア・ユースと判断したSony最高裁判決<sup>411</sup>を引用した<sup>412</sup>。

すなわち、Netanelの分析においても、裁判所による変容的利用法理の採用は、変容的利用ではないカテゴリーがフェア・ユースに存在しうることがを排除していない。例えばNetanelは、アナログ技術を用いた個人による「タイム・シフティング」目的の録画がフェア・ユースに該当するとしたSony最高裁判決の判断が、他の私的複製の類型、例えば、インターネットからのダウンロードや、個人が購入した著作物を別のデジタル・プラットフォームやデバイスへ転送することにまで及ぶか否か、あるいはいかなる場合に及ぶかという問題について、裁判例が依然として答えていないと述べている<sup>413</sup>。Netanelが指摘するこの私的複製の類型や、Campbell判決が指摘した教室での利用のための複製等は、まさに市場の失敗理論やその後の関連する議論においてフェア・ユース該当性が議論されてきたカテゴリーであるといえる。

Netanelが「衰退した」とする「市場中心パラダイム」とは、あくまで著作権者の経済的利益（第四の要素）を重視し、そのなかに新たなライセンス市場を含めるような考え方、あるいは、取引費用の減少を理由としてフェア・ユースを否定するために用いられる市場の失敗理論であるように思われる。いかなる場合にフェア・ユースを肯定すべきかについて示唆を与えうる市場の失敗理論は、変容的利用の理論が重要な地位を占めるようになった現在においても、必要とされる理論ではないだろうか。

このように考えると、フェア・ユースへの変容的利用のアプローチと、市場の失敗理論（特にフェア・ユースを肯定するための市場の失敗理論）に基づくアプローチは、競合しどちらかのみが採用されるべきパラダイムではなく、フェア・ユースが認められるべきか否か、すなわち、どのような著作物利用に著作権が及び、どのような領域に自由利用が認められることが望ましいかという基準を提示しうるパラダイムとして、両立しうるも

---

<sup>411</sup> *Sony*, 464 U.S. 417.

<sup>412</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569, 579.

<sup>413</sup> Netanel・前掲注399) (2・完) 176頁。

のと考えられる。変容的利用の理論および市場の失敗理論により、著作物の自由利用が認められるべき領域を明らかにするとともに、その自由をいかに確保するかを検討することが、今後の重要な課題となるように思われる。

## 2. 非変容的利用における非金銭的価値の重要性に関する議論

では、変容的利用の理論によっては代替できない、市場の失敗理論の意義とはどのようなものか。市場の失敗理論を再定義した Loren の議論によって、教育・研究目的等の社会的に広く利益を与える著作物利用について、外部性による市場の失敗としてフェア・ユースが肯定されるべき必要性が明らかになった<sup>414</sup>。さらに、Gordon の市場の失敗理論の修正による分類論においては、金銭化できない重要な価値が関わる場合には、取引費用の多寡にかかわらず、著作物利用を認めるべき場合があることが強調されている<sup>415</sup>。市場の失敗理論の意義をより明確にするためには、この「金銭化できない重要な価値」というのがいかなるものであるかが、明らかにされる必要があるだろう。

Gordon は他の論文で、ジョン・ロックの所有権論におけるロック的但書きが、著作物の自由利用による表現の自由を確保する役割を果たすものであるとの主張を発表している<sup>416</sup>。他の論者によっても非金銭的な価値を重視する議論は様々に展開されており、法と経済学の枠組みを取り入れながら、さらに効率性以外の価値も考慮することで、「良き生」「良き社会」のためにフェア・ユースを再構成しようとする議論や<sup>417</sup>、民主主義という価

---

<sup>414</sup> Loren, *supra* note 334.

<sup>415</sup> Gordon, *supra* note 361; Gordon, *supra* note 362.

<sup>416</sup> Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533 (1993).

<sup>417</sup> William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659 (1993). Fisher は、現在の社会を、より魅力ある公正な社会へ導くためのユートピアンのビジョンを提示し、それを導くためにフェア・ユースの再構成をするべきであると主張する。Fisher がいうには、「良き生 (the good life)」とは、自己決定、コミッ

値を重視して著作権法の解釈を行おうとするもの<sup>418</sup>、私人の行動の自由を確保する重要性を説くものなど<sup>419</sup>、様々な議論が展開されている。

これらの議論は、必ずしも非変容的な利用のみを念頭においたものではない。しかし、例えば、Gordonの論じる表現の自由は、既存の著作物をもとにした新たな創作としての表現の自由だけではなく、世の中に存在する著作物に接する自由が確保されること自体が、表現の自由の基礎となることを示唆している。また、民主主義と著作権法の関わりにおいては、著作物という形で存在する情報へアクセスする重要性が説かれ、著作権法の歴史的な展開を踏まえた議論においては、私人による活動に対しても著作権法が及びうるようになった現代において、私人の行動の自由として著作物

---

トメント、適度の危険、意味のある仕事の生であり、そのような人生を可能な限り完全に実現することを社会のメンバーに可能あるいは奨励するように資源を配分する社会が、ユートピア社会であるとする。そして、現在の裁判所に対する批判と経済的アプローチの議論から、ユートピアンビジョンの達成に向けたフェア・ユースのケースを判断するための実際的な手法を提案している。そこにおいてFisherは、まず、著作権者に権利を留保し金銭的インセンティブを与えることで保護される利益が、それに伴う独占的損失の最大値を上回る利用を公正(fair)、それを下回る利用を不公正(unfair)とすべきとする。その際、このような経済的分析によって促進される現在の消費者の嗜好の満足を最大化することを目指すだけではなく、「良き生」のための目的を認識すべきであり、特に、能動的な活動を促進するための変容的利用(transformative uses)、教育の促進(education)、多様性の促進(diversity)、創作者が修正しようと考えている著作物の無許諾の利用からの保護(protecting the creative process)、知的創作物へのアクセスの平等化(equalizing public access)といった事柄を考慮すべきであるとする。

<sup>418</sup> 民主主義の役割を強調するものとして、本文で紹介するElkin-Korenの他、Netanelによる民主主義パラダイムがある(Netanel, *supra* note 383)。著作権が本質的には市場において存在することを強調しながらも、著作権の第一義的な目的が、分配的な効率性ではなく、民主主義文化のサポートにあるとして、著作権の創造的機能(創作的表現のためのインセンティブの付与)・構造的機能(文化的序列に頼らない創作的活動等)を支援するための民主主義パラダイムを主張する。

<sup>419</sup> その他、例えばHamilton, *The TRIPs Agreement: Imperialistic, Outdated, and Over-protective*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 613 (1996)は、オン・ライン空間における「自由利用領域(free use zone)」の必要性を論じている。

を利用する自由領域を確保する必要性が高まっていることが指摘されるなど、非変容の利用における非金銭的価値の重要性が示されていると考えられる。

そこで以下では、文化へのアクセスを含めた表現の自由を論じる Gordon の議論、民主主義から著作権法のあり方への示唆を提示する Elkin-Koren の議論、著作権法をめぐる歴史的な変化を踏まえ、私人の行動の自由を確保する必要性を指摘する Litman の議論を紹介することで、非変容的利用の意義に関わる非金銭的価値の一端を明らかにする。

## 2-1. 表現の自由

### 2-1-1. ロック的但書きと表現の自由

Gordon は、ジョン・ロックの所有権論から導き出される知的財産の自然権論において、ロック的但書きが、著作物の自由利用による表現の自由を確保する機能を果たすものであると主張する論文も発表している。そこでは、「財産権 (property)」の名のもとに知的財産保護が表現の自由よりも優先されてきたという問題点を指摘しつつ、しかしながら、自然権論はむしろ財産権に対する制限を内在すると説明し、そのような制限を示すものとして、ロック的但書きの機能をとらえている<sup>420</sup>。

ロックの自然法によれば、共有地から対象物を占有した場合、自らの労力をそれに結合させれば、対象物を奪うことはその労力をも奪うことになるので、「無害の原則 (no-harm principle)」により、労働を付着させた者はその対象物に対して財産権 (property) を有することになる。Gordon は、無形的創作物の場合も同様であるとし、新しい創作物を創造した者に、複製に対する権利が与えられるべきであるとする (労働者の権利)。一方で、新しい創作をなすためには、必ず先人により創造されたものにアクセスする必要がある (公衆の権利)。そして、このようなお互いの利益が衝突する場合、「十分に、そして同じようにたつぷりと残されている (enough and as good [be] left)」というロック的但書きから、他者の創造する平等な可能性を害さない場合、あるいは既存の文化的基盤や科学的遺産を描写する平等な能力に害を与えない場合にも、創作者が自己のオリジナルの作品に

---

<sup>420</sup> Gordon, *supra* note 416.

財産権を持つべきである、という結論を導き出す<sup>421</sup>。

Gordonは、新しい知的創作物が創造されたとき、それが以前には存在しなかったものであったとしても、それにアクセスすることの必要性を説く。すなわち、Gordonが述べるには、知的創作物は、相互依存の世界において、いったん公になると、世界を変える。一つしか文化が存在しない状況においては、その文化に寄与しようとするのであれば、その文化のツールを用いる必要がある。そのため、一度創作者が知的創作物を公衆に示し、その創作物が文化や出来事の流にに影響を与えると、新しい創作物へアクセスすることが必須となるのである。もし変化の動因である創造物を用いることを禁止されるならば、かつてのパブリックドメインは、もはや価値を減じられた共有物に過ぎない。したがって、先の創造者と後の創造者の間の世代間の平等を保証するものとして、但書きが機能するというのである<sup>422</sup>。

このように述べてGordonは、但書きによる表現の自由の保護を以下のように要約した。①但書きはすでに創作されたものであってパブリックドメインであるものを利用する自由を守る。何物といえども、「十分かつ同じようにたっぷり」と残されていない限り、パブリックドメインから取り去られてはならない。②新しい創作がパブリックドメインの価値を減じさせるとき、人々がかつてと同様の水準の豊かさの状態になる程度まで、新しい創作を利用する特権を但書きは人々に与える。とりわけ、このことは、中心的な文化の発展が全ての人に利用可能であるよう開かれていなくて

---

<sup>421</sup> *Id.* at 1544-49.

<sup>422</sup> *Id.* at 1555-57. この論文におけるGordonの主張に対し、森村進『ロック所有論の再生』(弘文堂・1997年)259-260頁は、Gordonの具体的な結論にはおおむね賛成であるが、それらの結論を導き出すためにロック的但書きに訴えかけることには疑問があるとする。著作権はロックの自然権的所有権として容易には正当化されず、むしろ、功利主義的考慮によって政策的に認められている権利としてとらえるべきであり、ロック的但書きに訴えかけなくても、自然権論に内在する自己所有権によって著作権を制約できるとする。また、Gordonが一般的な「表現」の自由でなく、「自己表現」の自由に訴えかけていることにも納得できないとし、客観的な事実や真理や他人の意見をその通りのものとして述べる自由も認められなければならないとしている。

はならないことを意味する。③但書きは、もし創作者が専有することを求めなかったならば、有していたであろうのと同じ種類の創作の自由を人々に与える。この原則の一つの適用として、人は先行の創作者がいなくても発見していたであろうものを利用する自由を有する。この原則の拡張的な適用として、人はあたかも先の創作者が存在しなかったかのように柔軟に自由に現実を扱う自由を有する<sup>423</sup>。

以上のように、ロック的但書きから表現の自由を論じる Gordon の議論では、既存の著作物を利用した新たな創作を行うという意味での能動的な表現の自由だけではなく、文化や知的創造物へのアクセスやその利用を保障すること自体が表現の自由の基礎になるという、より広い意味での表現の自由を確保する必要性が説かれている<sup>424 425</sup>。

## 2-1-2. コミュニティの共有資源としての知的財産

Gordon は、知的財産の将来において「ギフトと相互依存」という考え方が示唆的であるとも論じている<sup>426</sup>。芸術評論家である Lewis Hyde による著書『The Gift』では、芸術のプロセスにおいて、先人の作品の表現から受け取る「感謝の念」が、それに報いようとの気持ちを生むことにより、新たな創造性を育成する触媒として作用するとされている。そして、感謝を妨げうるものとして、金銭の支払いと計算の念があげられている<sup>427</sup>。

Gordon は、共同体における構成員の間に相互依存関係があることや、共同体形成にとって知的財産が重要な資源であることを指摘し、過度の支払請求が、全てのものに対して対価を支払ったという「非依存」の幻想を抱

---

<sup>423</sup> Gordon, *supra* note 416, at 1572.

<sup>424</sup> 著作権と表現の自由についての邦語文献として、大日方信春『著作権と憲法理論』（信山社・2011年）、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（1）～（3）」知的財産法政策学研究45号（2014年）79-104頁・46号（2015年）69-94頁・47号（2015年）97-118頁等を参照。

<sup>425</sup> 表現の自由の概念の拡大について、比良・前掲注424）（3）112-117頁等参照。

<sup>426</sup> Wendy J. Gordon（田辺英幸・訳）「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号（2006年）38-39頁。

<sup>427</sup> Hyde, *supra* note 378（ルイス・ハイド（井上美沙子＝林ひろみ・訳）『ギフト エロスの交易』（法政大学出版局・2002年））。

かせることや、感謝の念を浸食するおそれを生じさせることに対する懸念を示している<sup>428</sup>。また、先にも紹介したように、Gordonは、司法あるいは立法が著作権侵害の責任を個別の家庭内の利用者に課すことに消極的である背景の一つには、コミュニティの感覚の維持への要請などの理由があるのではないかと論じている<sup>429</sup>。

このような指摘は、金銭的な報酬が創作のインセンティブとなることを前提とする現在の知的財産権制度に対して根本的な疑義を投げかけるとともに、我々の社会のような構成員が相互に依存しているコミュニティにとって、知的財産が共同の財産であり、それらを自由に利用できることが、コミュニティの感覚の維持や新たな創作にとって重要である可能性を示唆するものであると考えられる。

## 2-2. 民主主義

Elkin-Korenは、サイバースペースにおける著作権法の未来が、民主主義にとって決定的であるとする。サイバースペースは、知識の生産や伝播を変化させる可能性や、社会や文化構造を変化させる可能性を有しており、情報へのアクセス可能性を高めることで、より分散化された非階層的な社会的対話を容易にするが、一方で、集権化され厳密にモニターされる排他的な社会的対話の構造をサポートすることもある。したがって、サイバー・スペースにおける情報の流通を規定する法としての著作権法は、民主主義原理により基礎づけられるべきであり、非集権化に寄与し、知識の生産における参加を促進するように修正されるべきであると論じている<sup>430</sup>。

<sup>428</sup> Gordon・前掲注426)38-39頁。

<sup>429</sup> Gordon, *supra* note 362, at 185-86.

<sup>430</sup> Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215 (1996). デジタル技術の利点として、情報を処理したり修正することが容易であるという柔軟性や、インタラクティブ性により、利用者が著作物に働きかけることを可能とすることをあげている。また、ネットワークコミュニケーションは、様々な参加者がお互いに直接コミュニケーションを行うことを可能とし、また、地位・性・人種・国籍等の視覚的な目印を排除するため、利用者間の違いが平等化され、権力の不平等が減少させられると述べる (*Id.* at 236, 252-53)。

このように著作権法にとっての民主主義の重要性を強調したうえで、Elkin-Korenは、ライセンスの利用可能性の拡大によってフェア・ユースを制限することが、民主主義にとっても問題となりうることを指摘する<sup>431</sup>。

ライセンスが利用できないときにのみ、フェア・ユースの適用を認めるアプローチをとる場合には、デジタルネットワークのもとでライセンスの利用可能性が広がるにつれ、著作物の利用へのコントロールが拡大することになる。この場合、著作権法は、著作権者の著作物の利用をコントロールする権利を補完することになる。さらに、著作物の利用をモニターする可能性が加われば、フェア・ユースの廃止にさえつながりうる。Elkin-Korenは、フェア・ユース理論が憲法適合的に解釈されるべきであり、ライセンスの取引可能性は肯定的基準としてのみ用いられるべき、すなわち、ライセンスを不可能か困難である場合にフェア・ユースの認定を支持するという方向にのみ考慮されるべきであると論じている<sup>432</sup>。

さらに、社会的対話や政治的参加の観点からは、利用者が著作物を利用できないことや、著作物に作用できないことは、完全な著作権によるライセンスへの依存に加え、危険なことであるとする。すなわち、著作権者がライセンスを与える権利を有しているということは、ライセンスを完全に否定する権利もまた有しているということになる。この場合、パロディのような利用に対して許諾がなされないというだけでなく、経済的あるいは政治的権力を維持することを目的として、権利者が特定の利用へのライセンスを拒絶するおそれがある。そして、この問題は、民主主義や資源配分、言論の自由などの問題ともつながっていると指摘している<sup>433</sup>。

Elkin-Korenは、サイバースペースがパブリック・ドメインに対する脅威を引き起こす可能性に注意を喚起しつつ、パブリック・ドメインを豊かにするという著作権法の究極の目的に配慮してフェア・ユースを解釈する必要性を示している<sup>434</sup>。

---

<sup>431</sup> *Id.* at 289-94.

<sup>432</sup> *Id.* at 293-94.

<sup>433</sup> *Id.* at 294.

<sup>434</sup> *Id.* at 294.

### 2-3. 人間の行動の自由

Litmanは、歴史的な変化の過程で、著作権法が時代にうまく適合できなくなってきたことを指摘し、私人のあらゆる行為に著作権が抵触しようようになった現状において、利用者の著作物を利用する権利を確保することの重要性を強調する<sup>435</sup>。

Litmanによれば、20世紀から21世紀の変わり目において、米国著作権法は技術的で、矛盾が多く、理解するのが難しかったが、多くの人あるいはものに適用される法ではなかった。書籍や地図、絵画、彫刻、写真の作者や出版社、印刷業者などであれば、その業務に著作権法が関係していたが、書店、音楽レコード販売者、音楽家、学者や、一般消費者などは、著作権の問題を気にする必要はなかった<sup>436</sup>。

その90年後、著作権法はいつそう複雑で理解するのが困難なものとなった。さらに問題なのは、あらゆる人のあらゆる行為に抵触するようになってしまったことであるとLitmanは指摘する。著作権法にかかわらず技術は発展し、著作権侵害を構成しうる複製や送信など多数の行為が日常的な業務に取り込まれてしまった。ほとんどの人々が、もはや著作権に触れることなく一時たりとも過ごすことはできない<sup>437</sup>。

米国著作権法はこれまでも、必ずしもシンプルなものではなく、また、私的な使用や非商業的な使用に対して明示的に免責してはいなかったが、仮に著作権の範囲が包括的であったとしても、個々の消費者に権利をエンフォースすることは実効的ではなく、一般的に著作権法がそのようなものであると考えられているように、私人の私的な行為や商業的ではない行為に及ぶものではなかった<sup>438</sup>。しかし、通常の利用と考えられてきた著作物

---

<sup>435</sup> Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29 (1994). Litmanは、この論文において、個人による通常の読む、見る、聴くといった著作物の利用行為が著作権を侵害しない旨を法が明確に規定すべきであると主張している (*Id.* at 40)。

<sup>436</sup> *Id.* at 34.

<sup>437</sup> *Id.* at 34-35.

<sup>438</sup> 一般的に複製に対する権利が著作権の基本的な権利とされてきたことに対し、Litmanは、歴史的な意味以上のものはないと指摘する。すなわち、かつて印刷機は

の利用が紛れもない海賊行為であり、国民経済を弱体化させているとの著作権者による主張や、産業によるロビー活動、学術的分析、政府の動向を受け、十分な議論や問題意識が共有されないままに、著作物へのあらゆるアクセスが著作権者によりコントロールされるようになるおそれがあるとして、Litmanは注意を喚起している<sup>439</sup>。

---

高価であり、誰もが複製をなしうるわけではなかったため、複製行為は監視が容易であり、侵害のベンチマークとして有用であった。複製行為に権利を及ぼしたとしても、實際上、規制が及ぶのは商業的行為のみであり、著作物を購入したり、読んだり、見たり、聴いたり、使用する公衆の機会を奪うことにはならなかった。しかし、現代においては、デジタルメディアの著作物を読んだり、見たり、聴いたり、それらから学んだり、共有したり、改良したり、究極的には再利用するためには、電子的な複製をすることが避けられない。デジタル技術が発展した時代において、複製はもはや侵害の基準として適切ではないと、Litmanは主張する。また、著作権の権利範囲や保護期間が拡大されてきたことにも言及している (Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19, 33-37 (1996))。

同様に、複製自体を規制すべきではなく、経済的インセンティブに直結する利用を規制すべきとの主張として、ローレンス・レッシング『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(翔泳社・2010年) 256-259頁。複製技術やインターネットの発達により、著作権法が私的領域に過度に介入するようになった問題を論じる「第三の波」論として、田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同・編『情報・秩序・ネットワーク』(北海道大学図書刊行会・1999年) 208-209頁、同「インターネットと著作権－著作権と第三の波－」アメリカ法 1999-2号 (2000年) 211-214頁、同「効率性、自由、多様性」北大法学論集53巻4号 (2002年) 1034-1036頁、同「デジタル化時代の著作権制度－著作権制度をめぐる法と政策－」知的財産法政策学研究23号 (2009年) 15-28頁、同「日本の著作権法のリフォーム論－デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて－」知的財産法政策学研究44号 (2014年) 64-76頁等。その他、比良・前掲注 424) (3) 101-102頁注126)・106頁注139)で紹介されている、Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535 (2004) (技術的進展が実質的に著作権の範囲の拡大をもたらしたことを指摘し、表現の自由等の観点から複製行為の意義について論じている)の議論や、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (6・完)－厳格解釈から柔軟な解釈へ－」知的財産法政策学研究45号 (2014年) 136-148頁の議論等も参照。

<sup>439</sup> Litman *supra* note 435, at 35-37.

このようなLitmanの主張の背景には、1990年代の米国において、クリントン政権のもと、情報スーパーハイウェイ構想が推進され、著作権を強化する政策が進められていたことがあった。1995年には、全米情報基盤(NII)における知的財産権の問題を調査分析したホワイトペーパー『知的所有権および全米情報基盤』<sup>440</sup>が公表された。その内容は、産業界の要請を受けて、著作権者の権利強化に重点をおくものであり、コンピュータの画面に表示する時のRAM(Random Access Memory:読み書き可能な記憶装置)への一時的な蓄積が複製にあたるとして、電子出版物のブラウジングが複製権の侵害に該当するとの見解も示されていた<sup>441</sup>。Litmanが“*The Exclusive Right to Read*”と題する論文において批判の対象としたのはこのホワイトペーパーの草案(グリーンペーパー)<sup>442</sup>であり、これまでは著作権が及ばなかった「読んだり、見たり、聴いたり」する行為までもが著作権の範囲に取り込まれることに懸念を示し、本来著作権法が想定していた事態ではないと指摘している<sup>443</sup>。

---

<sup>440</sup> BRUCE A. LEHMAN & RONALD H. BROWN, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (1995) <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>> (ワーキング・グループ座長:ブルース・A・レーマン商務省次官兼特許商標庁長官=情報基盤タスク・フォース議長:ロナルド・H・ブラウン商務省長官(山本隆司・訳)『米国ホワイトペーパー(1995年9月)知的所有権および全米情報基盤 知的所有権作業部会報告』(著作権情報センター・1995年))。

<sup>441</sup> 米国ホワイトペーパー・前掲注440)52-54頁、平野晋『電子商取引とサイバー法』(NTT出版・1999年)49-55・72-74頁。

<sup>442</sup> BRUCE A. LEHMAN & RONALD H. BROWN, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE (1994) (作業部会座長:ブルース・A・レーマン(Bruce A Lehman)=情報基盤タスク・フォース議長:ロナルド・H・ブラウン(大楽光江・訳)『米国グリーンペーパー(1994年7月)知的所有権と全米情報基盤 知的所有権作業部会報告の予備草案』(著作権情報センター・1995年))。

<sup>443</sup> Litman, *supra* note 435, at 40-41. その後のホワイトペーパーの内容を踏まえたLitmanの議論については、Litman, *supra* note 438を参照。また、後の論文では、ユーザーの権原の強化を含む著作権制度のリフォーム論(①著作権法の簡素化、②クリエイターの権原の強化、③ユーザーの権原の強化、④媒介業者等の仲介の排除)を提案している(Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, 96 IOWA L. REV. 1 (2010) (Jessica

Litmanが指摘するように、デジタル技術やインターネットの発展に伴い、著作権法は、歴史上これまでにないほどに、個人の私的な行為を規制する法となっている<sup>444</sup>。そのことに加え、そもそも知的財産は有体物に対する権利と異なり、物理的には自由になしうる人の行動を法的・人工的に制約する権利であるにもかかわらず、知的財産に「財産権」というラベルが貼られたり、「無体物に対する権利」あるいは「情報に対する権利」と呼ばれることにより、このことが忘れられがちであることについても懸念が示されている<sup>445</sup>。著作権が他者の自由に対する過度な制約とならないよう、私人の行動の自由を確保するという観点を踏まえて、著作権法のあり方を検討することが重要であると考えられる<sup>446</sup>。

〈謝辞〉

本研究はJSPS 科研費JP25780082の助成を受けたものです。

---

Litman (比良友佳理・訳)「真の著作権リフォーム(1)(2・完)」知的財産法政策学研究38号(2012年)179-221頁・39号(2012年)17-55頁)。

<sup>444</sup> 比良・前掲注424)(3)97-106頁。

<sup>445</sup> Gordon・前掲注426)3-7頁、田村善之『『知的財産』はいかなる意味において『財産』か—『知的創作物』という発想の陥穽』吉田克己=片山直也・編『財の多様化と民法学』(商事法務・2014年)329-334頁。

<sup>446</sup> 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年)1-4頁。また、自己所有権(自己の活動や身体に対する自由権)がロック所有論の根幹にある発想であるところから、同意なしに身体や自由を侵害するような権利は認められないという帰結が導かれる(森村・前掲注422)254頁)。