

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(9・完) —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
- 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— (以上 第48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— (以上 第49号)
- 第3章 私的複製 —市場の失敗理論からの示唆—
 - 1. 私的複製に関連する近時の動向 (以上 第50号)
 - 2. 私的な領域での著作物の利用に関する著作権法の規律のあり方
 - 2-1. 私的な領域での著作物の利用に関する著作権法の規律のあり方
 - 2-2. 自由領域の拡張 —私的複製(30条)について— (以上 第51号)
 - 2-3. 権利者への間接的な対価還流 (以上 第54号)

結びに代えて

- 1. フェア・ユースをめぐる議論からの示唆
- 2. 平成30年著作権法改正 —柔軟な権利制限規定の導入—
 - 2-1. いわゆる「三つの層」論
 - 2-2. 権利制限規定の立法をめぐる今後の課題
- 3. 望ましい著作権法の実現に向けて (以上 本号)

結びに代えて

1. フェア・ユースをめぐる議論からの示唆

本稿では、米国著作権法のフェア・ユースをめぐる議論から示唆を得て、日本著作権法のあり方について検討を行った。

まず、フェア・ユースの理論として、米国においては、変容的利用の理論が台頭するとともに、変容的利用とされる範囲が、既存の著作物を用いた新たな著作物の創作による変容的利用だけではなく、もとの著作物が創作された目的とは異なる目的で著作物が利用される場合にも拡大されている。日本著作権法においても、引用（32条）は比較的抽象的な文言が用いられている規定であり、新たな著作物の創作において既存の著作物を利用することにとどまらず、もとの著作物の目的と異なる目的での著作物の利用を可能とするような柔軟な解釈を行いうる余地がある。

次に、米国の判例法においては衰退したともされるフェア・ユースの市場の失敗理論をめぐる議論からも、変容的利用の理論のみでは説明できない、主に非変容的利用・消費的利用における非金銭的価値の重要性を示すものとして、日本著作権法における私的複製（30条）や著作物の私的利用に関わるサービスの問題への示唆を得ることができる。表現の自由、民主主義、人間の行動の自由など、重要な非金銭的な価値に関わる著作物利用は許容される必要性が高いことから、日本著作権法において私的複製を縮減する近時の法改正は問題があり⁶⁵⁶、企業内複製や業者により提供される

⁶⁵⁶ 本稿で紹介した平成21年（2009年）、平成24年（2012年）著作権法改正によるダウンロード違法化・刑事罰化の後、さらに「漫画村」などにおけるインターネット上の海賊版による被害への対策として、令和2年（2020年）著作権法改正により、ダウンロード違法化の対象範囲の拡大が行われた（侵害コンテンツへのリンク情報等を集約してユーザーを侵害コンテンツに誘導する「リーチサイト」や「リーチアプリ」の規制も新設された）。違法にアップロードされた著作物のダウンロード規制の対象は、これまで音楽や映像に限定されていたが、著作物全般（漫画・書籍・論文・コンピュータプログラムなど）に拡大され（30条1項4号、2項等）、私的複製により適法となる範囲がさらに縮減されたことになる。なお、あわせて写り込みに係る権利制限規定の対象範囲が拡大され（30条の2）、一定の写り込み（スクリーンショット

サービスを利用しての著作物利用を含め、より広く私的・零細的領域における著作物利用の自由領域が確保されるべきと考える。一方で、創作のインセンティブを確保するためには、私的領域における著作物利用からも、権利者に対価が還流することが必要となる可能性がある。その方法としては、契約等により個別に直接的に対価を徴収したり、技術的に私的な著作物利用をコントロールするよりも、私的録音録画補償金制度でとられているような著作物利用を行うための機器・媒体への課金や、著作物を利用するシステムやサービスの提供に際して料金を徴収する方法により、著作物利用の前段階において間接的に著作物利用の対価を権利者に還流させるという方策の方が、著作物利用の抑止効果を低いものととめる可能性がある点で望ましいように思われる。

2. 平成30年著作権法改正 —柔軟な権利制限規定の導入—

平成30年（2018年）著作権法改正⁶⁵⁷において、デジタル化・ネットワーク化の進展に対応するべく、柔軟な権利制限規定が整備され、従来の関連する権利制限規定を整理・統合しつつ、人工知能（AI）の開発のための学

を行う際に、違法にアップロードされた画像が写り込む場合など）を規制対象から外すという措置がとられた（文化庁「令和2年通常国会 著作権法改正について」〈https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/r02_hokaisei/〉、茶園成樹「侵害コンテンツのダウンロード違法化の範囲拡大」ジュリスト1549号（2020年）24頁以下、同「海賊版対策と令和2年著作権法改正—リーチサイト規制と侵害コンテンツのダウンロード違法化」高林龍＝三村量一＝上野達弘・編『年報知的財産法2020-2021』（日本評論社・2021年）21頁以下、前田健「侵害コンテンツのダウンロード違法化」法律時報92巻8号（2020年）84頁以下、谷川和幸「リーチサイト規制」法律時報92巻8号（2020年）91頁以下、成原慧「海賊版対策のための著作権法改正及び関連する取組の意義と課題—情報法の視点から」法律時報92巻8号（2020年）92頁以下、西貝吉晃「令和2年著作権法改正の刑罰的検討」法律時報92巻8号（2020年）77頁以下、小島立「新法解説 令和2年著作権法改正における『侵害コンテンツのダウンロード違法化』について」法学教室482号（2020年）56頁以下、城所岩生「侵害コンテンツのダウンロード違法化」月刊IM2021年5・6月号25頁以下等参照）。

⁶⁵⁷ 平成30年5月25日に平成30年法律第30号として公布され、平成31年1月1日から施行された「著作権法の一部を改正する法律」による。

習用データとして著作物をデータベースに記録する行為など、著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用（いわゆる「非享受利用」。30条の4）、ネットワークを通じた情報通信の処理の高速化を行うためにキャッシュを作成する行為など、電子計算機における著作物の利用に付随する利用等（47条の4）、書籍検索サービスや論文剽窃検証サービスにおける著作物の利用など、電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微利用等（47条の5）について、柔軟性のある権利制限規定が設けられた^{658 659 660}。

⁶⁵⁸ 文化庁「著作権法の一部を改正する法律（平成30年法律第30号）について」〈https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/〉、文化庁長官官房著作権課「平成30年著作権法改正の概要」L&T81号（2018年）47頁以下、文化庁著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成30年改正）について」コピライト692号（2018年）22頁以下、澤田将史「著作権法の一部を改正する法律（平成30年改正）の概要」知財ぶりずむ193号（2018年）1頁以下、上野達弘「平成30年著作権法改正について」高林龍＝三村量一＝上野達弘・編『年報知的財産法2018-2019』（日本評論社・2018年）1頁以下、秋山卓也「柔軟な権利制限規定の整備（平成30年著作権法改正）」ジュリスト1525号（2018年）38頁以下、今村哲也「新法解説 平成30年著作権法改正の概要」法学教室458号（2018年）57頁以下、前田健「柔軟な権利制限規定の設計思想と著作権者の利益の意義」同志社大学知的財産法研究会・編『知的財産法の挑戦Ⅱ』（弘文堂・2020年）224頁以下、加戸守行＝土肥一史＝上野達弘＝奥邨弘司＝秋山卓也＝松田政行＝吉田大輔「座談会 平成30年改正著作権法施行に伴う柔軟な権利制限規定による著作物の利用拡大とこれからの課題（上）（中）（下）」NBL1143号（2019年）4頁以下／1144号（2019年）36頁以下／1145号（2019年）31頁以下、岩坪哲「平成30年著作権法改正『柔軟な権利制限規定』」パテント73巻8号（別冊23号）（2020年）75頁以下、川人顕「社会の変化に対応した著作権法の改正－柔軟な権利制限規定の整備を中心とした国会論議－」立法と調査403号（2018年）18頁以下、池村聡『柔軟な権利制限規定』と実務への影響 Business Law Journal 126号（2018年）20頁以下、著作権委員会「平成30年著作権法改正について」知財管理69巻1号（2019年）98頁以下、同「平成30年著作権法改正が実務に与える影響の考察」知財管理69巻2号（2019年）178頁以下、城所岩生「2018年改正著作権法はAI・IoT時代に対応できるのか?（第1回）2018年度改正による柔軟な権利制限（1）～（3）」月刊IM2019年5月号29頁以下／6月号29頁以下／7・8月号23頁以下、殿村桂司＝大島日向「AI・データの利活用と著作権法上の『柔軟な権利制限規定』の活用」NBL1175号（2020年）42頁以下、佐竹勝一＝中井宏行＝岩本牧子＝中川勝吾＝佐々木香織「平成30年改正著作権法におけ

る『柔軟な権利制限規定』の適用場面」パテント74巻1号(2021年)102頁以下、松田政行「柔軟な権利制限規定によるパラダイムの転換・実務検討・書籍検索サービスの著作物の利用ガイドライン」コピーライト718号(2021年)2頁以下等参照。

また、柔軟な権利制限規定のガイドライン(文化庁による基本的な考え方を示した資料)として、文化庁著作権課『デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方(令和元年10月24日)』<https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_17.pdf>。

⁶⁵⁹ 本改正に先立って、文化庁による「著作物等の利用円滑化のためのニーズの募集」や、社会調査を含む調査研究(青山社中株式会社『著作権法における権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響等に関する調査研究 報告書(平成29年3月)』<https://www.bunka.go.jp/tokei_hakusho_shuppan/tokeichosa/chosakuken/pdf/h29_ken-riseigenkitei_hokokusho.pdf>)がなされており(田村善之=秋山卓也=高部眞規子=中山信弘=成原慧=福井健策「著作権法50年を振り返って」論究ジュリスト34号(2020年)13頁[秋山発言部分]等参照)、前田・前掲注658)225頁は、専門的知見を踏まえたエビデンスベースな政策形成が図られたことは、特筆に値すると述べている。

城所岩生・編、中山信弘ほか・著『これでいいのか! 2018年著作権法改正』(インプレスR&D・2019年)38頁[島並良執筆部分]、島並良「権利制限制度の歩みと展望」論究ジュリスト34号(2020年)69頁は、規範を柔軟化するという目的と、具体的な権利制限ニーズを探るという手段がマッチしていなかったと述べる(著作権を制限すべき行為についての議論がなされれば、個別の制限規定を設けることができるはずであり、一般的な制限規定を導入する必要はないという循環論法に陥りがちになると注意を喚起する、田村善之「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号(2016年)11頁も参照。これに対し、著作権法に定める枠組みが社会の著作物利用の実態やニーズと離れたものとなるべきではなく、どのようなもの(写り込み、パロディ、研究等)についてどのような要件のもとで権利制限を肯定すべきか(あるいは肯定すべきでないか)という内容についてある程度の共通認識があってこそ、これを実現するための手法として個別列举型と一般条項型のいずれが妥当であるかについて適切な判断が可能となると主張するものとして、大淵哲也「著作権の権利制限の一般条項(いわゆる日本版フェアユース)」法学教室347号(2009年)2-3頁)。

⁶⁶⁰ 衆議院文部科学委員会及び参議院文教科学委員会における採決にあたり付された附帯決議(平成三〇年四月一三日、平成三〇年五月一七日)において「柔軟な権利制限規定の導入に当たっては、現行法において権利制限の対象として想定されてい

2-1. いわゆる「三つの層」論

平成30年著作権法改正に向けた権利制限規定のあり方についての議論においては、フェア・ユースのような一般的・包括的な権利制限規定は望ましくないとされた。その理由としては、①一般的・包括的な権利制限規定の創設による「公正な利用」の促進効果はそれほど期待できない一方で、「不公正な利用」を助長する可能性が高まるという負の影響が予測されること、②立法府と司法府の役割分担のあり方との関係においても、公益に関する政策決定や政治的対立のある事項も含め多くを司法府の判断に委ねることとなり、民主的正統性の観点から必ずしも望ましいとは言い難いこと、③刑罰法規に求められる明確性の原則との関係でも疑義が残ること、④我が国においては、米国と同程度に積極的に訴訟を提起して判例法の形成を促進するような土壌にはなく、また、当該状況を政策的に作り出していくことも容易ではなく、司法による規範形成の実現可能性が限定的であるという現状にも留意する必要があることなどが挙げられている⁶⁶¹。

た行為については引き続き権利制限の対象とする」との立法趣旨が述べられており、この改正により既存の権利制限規定が縮減されることはないと考えられている(上野・前掲注658)27頁、城所・編・前掲注659)31頁[上野達弘執筆部分]等)。

⁶⁶¹ 文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会報告書(平成29年4月)』
<https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf> 38頁。

島並・前掲注659)68-69頁は、ルール(具体的規範)とスタンダード(抽象的規範)の選択は、規範定立の時期と場所にのみ関わるに過ぎないのに、一般条項の有無が権利制限の範囲そのものを左右するものであるという誤解が十分には解消されなかったと述べる。上野達弘「権利制限の一般規定―受け皿規定の意義と課題―」中山信弘=金子敏哉・編『しなやかな著作権制度に向けて―コンテンツと著作権法の役割』(信山社・2017年)168-180頁も参照。また、田中辰雄「フェアユースの是非―クリエイターの意見―」中山=金子・編・前掲557頁以下は、クリエイターの多くがフェア・ユースの導入に賛成しているにもかかわらず、審議会の議論は市場の失敗の存在を踏まえていないためにフェア・ユースを否定すると批判している。

なお、柔軟な権利制限規定導入後も、フェア・ユースの必要性を説くものとして、城所・編・前掲注659)50頁[椛山敬士執筆部分]、同58-59頁[潮海久雄執筆部分](支分権に該当する行為が原則すべて違法であるという現行日本著作権法の初期設定を異常であるとし、フェア・ユースを前提とした初期設定でバランスをとるべきと

そのうえで、日本においては、明確性と柔軟性の適切なバランスを備えた複数の規定の組み合わせによる「多層的」な対応を行うことが適当であるとされ、権利者に及びうる不利益の度合い等に応じて、著作物の利用を以下のような三つの「層」に分類する考えが提示された。

- ① 著作物の本来的利用には該当せず、権利者の利益を通常害さないと評価できる行為類型（第1層）
- ② 著作物の本来的利用には該当せず、権利者に及びうる不利益が軽微なものにとどまる行為類型（第2層）
- ③ 著作物の本来的利用を伴う場合も含むが、公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為類型（第3層）

そして、権利者に及びうる不利益の度合いが相対的に低い第1層、第2層において、権利者の利益を通常害さない第1層に「柔軟性の高い規定」を、権利者に及びうる不利益が軽微なものにとどまる第2層に「相当程度柔軟性のある規定」を設けるという位置づけがなされた⁶⁶²。

従来、一般的・包括的な権利制限規定を設けることについては、権利者に与える影響が懸念されてきたことから、このような多層的な分類を行うことにより、典型的に権利者に影響を与えない（与える可能性が小さい）利用形態を対象とすることで、権利者に与える影響の程度に応じて権利制限規定に柔軟性を与えることに成功したとみることができる。このような意味において、三つの層論とは、著作権が及ばない（及ぶべきではない）領域を特定する一般理論というよりは⁶⁶³、権利者の利益に大きな影響を与

述べる。潮海久雄「大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大—著作権法（個別制限規定）の没落と自生的規範の勃興—」中山＝金子・編・前掲183頁以下も参照）、同94頁〔城所執筆部分〕、城所・前掲注658）7・8月号25頁（受け皿方式の日本版フェア・ユースを提案）等がある。

⁶⁶² 前掲・注661）文化審議会著作権分科会報告書38-56頁。

⁶⁶³ 田村善之「ポスト2018年改正下における日本の著作権法の中長期的課題—統一・日本の著作権法のリフォーム論—」L&T90号（2021年）3頁以下は、三つの層論を著作権が及ばない領域を特定する一般理論として完成させるために補うべき観点について論じている。

えない利用態様であることを理由に柔軟性のある制限規定の導入が可能な領域を類型化するための理論とみることができ、そうであるならばその理論的な位置づけは、フェア・ユースにおいて利用が許されるべき類型を統一的に説明しようとする変容的利用の理論や市場の失敗理論とは異なるものと考えられる。

2-2. 権利制限規定の立法をめぐる今後の課題

このような三つの層論のもと、平成30年改正において第1層、第2層に導入された柔軟な権利制限規定については、パロディを除き、フェア・ユースにおいて変容的利用（トランスフォーマティブ・ユース）とされる範囲をおおよそカバーするものであるともされ⁶⁶⁴、とりわけコンピュータやネットワークでの情報処理に関わる著作権法上の課題などは、この改正によりかなり解消されることが期待された^{665 666}。しかし、著作物の本来的な

⁶⁶⁴ 加戸ほか・前掲注658) (上) 9頁 [秋山発言部分]。松田政行＝山本純＝山崎貴啓＝中川文憲＝亀井正博＝堀江康明＝三瓶徹＝川名弘志＝遠藤信一郎＝太佐種一＝小木曾稔＝奥邨弘司＝澤田将史「柔軟な権利制限規定に関する産業界座談会 柔軟な権利制限規定の活用により期待される新たなサービスとイノベーション」コピライト703号(2019年)63頁 [奥邨発言部分] も参照。

⁶⁶⁵ 例えば、城所・編・前掲注659)21-22頁 [中山信弘執筆部分] (課題を指摘しつつ、コンピュータ関連についてフェア・ユースに近い規定が成立した点は好ましいと述べている)、中山信弘『著作権法』(第3版・有斐閣・2020年)352・501頁(デジタル化に伴う諸問題についてはかなりの問題が解消された、デジタルに関してはフェア・ユース規定を導入したに近い条文となったとする)、田村ほか・前掲注659)14-15頁(コンピュータ、ネット関連についてフェア・ユースがほぼ実現したとする [中山・成原発言部分]、ニュー・ビジネスに関してはフェア・ユースに近い条文ができたとする [田村発言部分])、田村・前掲注663)2頁(ニュー・ビジネス一般条項でも評しうる規定と述べる)、松田ほか・前掲注664)11頁 [奥邨発言部分] (今後の技術の進歩やビジネスの変化に柔軟に対応できるようになったと述べる)等参照。

⁶⁶⁶ ただし、第2層において相当程度柔軟性のある規定として軽微利用等を定めた47条の5について、所在検索サービス(同条1項1号)、論文剽窃検証サービス(同条1項2号)等以外にも、本条の趣旨が妥当する新たなニーズが発生した場合、政令で定めることにより当該ニーズに係る行為を権利制限の対象として追加することができることとし(同条1項3号)、立法よりは迅速かつ柔軟に対処しうる政令指

利用に関わる領域であり、権利者の利益に影響を与えうる第3層については柔軟な権利制限規定導入の対象とされていない。

市場の失敗理論は、変容的利用の理論ではカバーされない、著作物もとの目的と同様に用いるような非変容的・消費的な著作物の利用に関して、教育・研究目的などの外部性を有する著作物利用や、表現の自由、民主主義、行動の自由といった重要な非金銭的価値に関わる著作物利用を許容すべき必要性を示すものであり、特に柔軟な権利制限規定が導入されなかった第3層に関わる理論であると考えられる。第3層においては柔軟な権利制限規定が設けられなかったことから、第3層に位置づけられる「本来的な」著作物利用⁶⁶⁷について、いかに権利制限規定を制度設計していくかが今後の課題となろう⁶⁶⁸。「本来的利用」に関わるものであるとされる以

定を活用することで柔軟性をもたせたとされるが、政令は国会を通過しないだけで、通常の立法とほぼ同じ組織で制定されることから、若干迅速な対応が可能になるに過ぎず、フェア・ユースのような意味での柔軟性もたらされるわけではないとの指摘がある。改正後、政令指定による追加もなされていない(田村善之「著作権の制限の近時の動向」第二東京弁護士会報告資料(2021年5月17日))。城所・編・前掲注(659)82頁[城所岩生執筆部分]も、文化庁が2018年7月から1ヶ月間ニーズを募集したものの、提出されたニーズに対する政令の指定を見送ったことについて(「改正著作権法第47条の5第1項第3号に基づく政令のニーズに関する審議の経過」〈https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h30_06/pdf/r1411529_10.pdf〉、文化庁著作権課「御提出いただいた改正著作権法第47条の5第1項第3号に基づく政令のニーズに関する取扱いについて」〈https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h30_06/pdf/r1411529_09.pdf〉参照)、イノベーション促進のために作った条文が時代錯誤のものになりかねないと批判する。

⁶⁶⁷ 著作物の本来的利用について、前掲注(661)文化審議会著作権分科会報告書45頁は、「著作物の本来的利用とは著作物の本来的市場と競合する利用行為を指し、著作物の本来的市場とは、著作物を(その本来的用途に沿って)作品として享受させることを目的として公衆に提供又は提示することに係る市場を言うものとする」、「『非本来的市場』としては、著作物の部分的利用等に係るライセンス市場等を念頭においている」と説明している。

⁶⁶⁸ 第3層は「公益的」政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為類型と位置づけられているが、「文化の発展等の公益的政策」とも説明されていることから(前掲注(661)文化審議会著作権分科会報告書39・53頁)、ここでいう公益とは、例

上、権利者の利益保護を重視した制度設計が求められると考えられるが⁶⁶⁹、第3層についても、柔軟性をもった規定を設ける可能性は排除されていないことや⁶⁷⁰、非金銭的な価値や外部性を有する著作物利用に重要な意義が

えば研究・教育目的の利用等に限られず、著作権法の最終的な目的にかなう利用を広く含めうると考えられる。

⁶⁶⁹ 第3層においては、「権利制限が正当化されるためには、権利者に及び得る不利益に優先して実現すべき社会的利益の存在が説明される必要があり、さらに、権利制限が認められる範囲や条件の決定は、実現すべき社会的利益の性質や内容を踏まえ、これと権利者に及び得る不利益との比較考量を経て行われる必要がある」と説明されている(前掲注661)文化審議会著作権分科会報告書53頁)。

この第3層への位置づけによる影響は、その後の法改正にすでにみることができるようになる。図書館に関する制限規定である31条については、インターネットを通じた利用者への図書館資料の提供を一定の範囲で可能とする令和3年著作権法改正が2021年5月に成立したが、図書館に関する制限規定は三つの層論において第3層に位置づけられており(文化庁「著作権法の一部を改正する法律 概要説明資料」〈https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_02.pdf〉6頁)、31条の改正に向けた検討においては、31条1項において調査・研究目的での図書館資料のインターネットを通じた送信サービスを可能とする場合、補償金制度の導入が前提とされ、図書館資料の利用が「本来の」用途であるとして、包括的な料金体系ではなく、個別の送信ごとに補償金を徴収する料金体系とすることで、権利者への損害の填補を十分に行おうとするなど、著作物の本来の利用であることに基づいた権利者への配慮が示されているとみることができる(文化審議会著作権分科会「図書館関係の権利制限規定の見直し(デジタル・ネットワーク対応)に関する報告書(令和3年2月3日)」〈https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/92818201_03.pdf〉)。

⁶⁷⁰ 「第3層に該当する各権利制限規定に確保されるべき柔軟性の度合いは、実現しようとする社会的利益の性質や内容に応じて決定されるものであるから、各規定の趣旨に応じて、柔軟性の高いものが馴染む場合もあれば、個別具体的に要件を定めた方がより望ましい場合もあることに留意が必要である」として、柔軟性をもった規定を設ける余地を残している(前掲注661)文化審議会著作権分科会報告書53頁)。

前田・前掲注658)232・245頁は、パロディなど表現の自由を保障するための柔軟な権利制限規定を設けるべきと主張する。田村・前掲注663)7頁は、(フェア・ユースの導入が難しければ)零細の利用にかかる小一般条項が必要であると述べている。田村ほか・前掲注659)28頁[秋山発言部分]は、零細な利用や個人的な表現のための小さなフェア・ユースを模索することを提案している。

あることに十分留意しつつ⁶⁷¹、具体的な制度のあり方を検討していくことが望まれる⁶⁷²。

3. 望ましい著作権法の実現に向けて

以上のように本稿では、米国著作権法のフェア・ユースをめぐる議論から示唆を得て、主に著作権の制限規定を中心に著作権制度のあり方について検討を行ってきた。政策形成過程のバイアスの問題を前提とすると、利用者の利益をも十分に反映した著作権法が実現することは難しいように

⁶⁷¹ 城所・編・前掲注659)86頁[城所岩生執筆部分]は、フェア・ユースでカバーされているが、柔軟な権利制限規定がカバーしていない問題として、パロディだけではなく、知る権利や情報の自由流通という重要な公益に関わる問題が存在することを示唆している。

⁶⁷² 著作物利用を可能とする制度のあり方については、権利制限規定だけではなく、他の手法とあわせて、例えば、補償金付権利制限規定、権利の集中管理と補償金付権利制限規定との組合せ、拡大集中許諾制度、裁定制度等が比較検討されているところ(知的財産戦略本部 構想委員会 コンテンツ小委員会 デジタル時代における著作権制度・関連政策の在り方検討タスクフォース「中間とりまとめ(令和3年3月)」〈http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kousou/digital_kentou_tf/pdf/tyukan_torimatome.pdf〉。上野達弘「著作権法における権利の在り方～制度論のメニュー～」コピーライト650号(2015年)2頁以下、田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号(2015年)22頁以下、前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の観点から—」中山=金子・編・前掲注661)81頁以下、同「著作権法の設計思想」著作権研究44号(2017年)118頁以下等も参照)、その検討においてもフェア・ユースをめぐる理論は示唆を提示しうる。例えば、田村・前掲注663)5-6頁は、市場の失敗の典型例として、①アンチ・コモنز型(権利者や利用者が多数のため取引が困難な場合。例えば、雑誌記事のDVD化などが含まれる)、②批評型(権利者が特異的に利用を拒否する場合)、③公益型(研究教育その他外部性が高い利用の場合)を挙げたうえで、市場の失敗理論においては、市場が失敗していても、利用を認めると創作のインセンティブが過度に阻害される場合、著作権を制限すべきではないとしているが、その場合も市場が失敗していることに変わりはないとして、市場の失敗の要因に応じ、例えば、③外部性による市場の失敗のケースでは、報酬請求権化したうえで、低廉な補償金を課すという方策が可能であり、①アンチ・コモنز型では、集中処理などの対策が必要となると分析している。

も思われるが、それでも、このようなバイアスの存在や、是正が必要なことは、近時、認識されるようになってきている。平成24年著作権法改正における日本版フェア・ユースの矮小化や、ダウンロードの違法化や刑事罰化、違法ダウンロードの範囲の拡張などに関しては、その立法プロセスの問題点を指摘する声も多い⁶⁷³。

著作権法は、国家の国際的競争力にも関わるようなコンテンツ産業などのビジネスに関わる側面がある一方で、表現の自由、文化へのアクセスなど、個人レベルの活動にも深く関わっている。著作権法の私的領域への介入が高まるにつれ、そのことが問題とされてきたが、著作物の利用者ないしは権利者としての私人の著作権法への関心が高まることで、多様な権利者・利用者が立法へ関与していくことが期待できる可能性もある。社会一般における著作権法への関心や問題意識が高まれば、権利者側・利用者側双方の意見を含めた社会全体の民意を反映した著作権制度のあり方が模索され、社会にとって望ましい著作権法のあり方が実現されていくことが期待できる⁶⁷⁴。

<謝辞>

本研究はJSPS 科研費17K03500、18H05216及び21K01266の助成を受けたものです。

⁶⁷³ 例えば、山田奨治『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』（人文書院・2011年）、同『日本の著作権はなぜもっと厳しくなるのか』（人文書院・2016年）、中山信弘＝松田政行＝岩倉正和＝横山久芳＝相澤英孝「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」L&T57号（2012年）3-5頁〔中山・松田・岩倉・横山発言部分〕、城所・編・前掲注659）18-19頁〔三宅伸吾執筆部分〕、同21頁〔中山信弘執筆部分〕、同86-87頁〔城所岩生執筆部分〕等。池村聡「著作権法改正に見る立法過程」IP マネジメントレビュー 8号（2013年）12頁以下も参照。その他、政策形成過程の分析として、京俊介『著作権法改正の政治学：戦略的相互作用と政策帰結』（木鐸社・2011年）も参照。

⁶⁷⁴ 近年の政策形成過程の変化についての指摘として、田村ほか・前掲注659）15-19・26-29頁〔田村・成原・福井・秋山・中山発言部分〕等。