

# 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(1) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—

村井麻衣子

## 序

1. 問題の背景 —著作権法をめぐる歴史的・技術的变化—
2. 日本版フェア・ユース導入の失敗
3. 米国著作権法フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論
4. 本稿の目的と構成

## 第1部 米国法

### 第1章 フェア・ユース

1. 米国法体系
2. 排他的権利と制限規定
  - 2-1. 複製権・翻案権とその制限
  - 2-2. 頒布権とその制限
  - 2-3. 実演権とその制限
  - 2-4. 展示権とその制限
3. フェア・ユース
  - 3-1. 107条
  - 3-2. 沿革
  - 3-3. フェア・ユースの四要素と関連裁判例の概観
    - 3-3-1. フェア・ユースに関する最高裁判決
    - 3-3-2. 四要素の概観
  - 3-4. フェア・ユースへの批判と統一的な基準の提示への試み

(以上 本号)

- 第2章 市場の失敗理論
  - 第3章 変容の利用の理論
  - 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の利用の理論の関係
    - －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 －変容の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

## 序

### 1. 問題の背景 －著作権法をめぐる歴史的・技術的变化－

著作権法は、その制度の誕生当初においては、印刷・出版業者やレコード出版者など、業として著作物を利用する者を規律する、業法的なものに過ぎなかった。しかし、複製技術の発展に伴い、私人のレベルで容易に著作物の複製行為が可能となったことで、複製禁止権等の著作権の保護の実効性が問題となるとともに、著作権の規律が私的領域に踏み込むことが問題となった。さらに、デジタル技術やインターネットの普及は、著作権保護の実効性の問題や私的領域への介入をいっそう深刻なものとしている<sup>1</sup>。

このような著作権制度の歴史的変遷は、「著作権法の第三の波論」として論じられている。第三の波論においては、著作権制度の成立を促した印刷技術の普及（16世紀～）を第一の波とし、第二の波である複製技術の普及（20世紀半ば～）が、著作権を私人の活動を規制する権利に変容させたこと、インターネットの普及（20世紀末）という第三の波により、複製禁止権と並ぶ公の利用行為規制までもが、私人の活動と抵触するようになって

---

<sup>1</sup> Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19, 36-37 (1996); 中山信弘「著作権制度の俯瞰と課題」ジュリスト1461号(2013年)81頁等。

たことが指摘されている<sup>2</sup>。

すなわち、印刷技術の発達に伴って登場した著作権法は<sup>3</sup>（第一の波）、複製をなすために相当の投資を必要とし、複製をすることができる者が限られていたその時代においては、複製禁止権を中心に公の使用行為を規制することでうまく機能していた。しかし、20世紀後半から複製技術の普及が進み、誰もが容易に録音・録画・複写等を行いうるようになったため（第二の波）、複製禁止権はその実効性を確保することが困難になるとともに、私人の自由に対する過剰な制約となりつつある。さらに、インターネット時代の到来により、複製技術に加えて送受信技術が普及し、情報通信網が整備され、誰もが公に送信することができるようになった（第三の波）。その結果、私的領域と公的領域が一体化して分かちがたくなったため、「公の」利用行為に対する規制という枠組みまでもが、私人の自由への過度の介入を防ぐために機能しなくなったとされるのである。

## 2. 日本版フェア・ユース導入の失敗

このように著作権法をめぐる環境は、制度誕生当初に比べ大きく変容しており、現代の状況に応じ、著作権の実効性を確保するとともに、著作物利用の自由領域を守るための著作権制度の新たなあり方が模索されている。

権利の実効性を確保するために、日本著作権法においても、いくつかの試みがなされてきた。複製者数・複製数が飛躍的に増大し、複製禁止権中心主義の実効性が問われるようになった第二の波に対しては、公の貸与禁

---

<sup>2</sup> 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頁等。

<sup>3</sup> 白田秀彰『コピーライトの史的展開』（信山社・1998年）。

止権（26条の3）<sup>4</sup>や複製機器・媒体に対する課金制度（私的録音録画補償金制度（30条2項、102条1項））の導入などの対応がなされてきた。さらに、コピー管理技術やアクセス管理技術に対する法的な支援（30条1項、120条の2第1号、113条3項2号、同3号等）は、公の使用行為規制の土台をも揺るがす第三の波対策という意味合いもあると指摘されている<sup>5</sup>。

一方で、私的領域への過度な介入を防ぐ方策として十分といえるかという点には疑問もあるものの、著作権の制限規定もたびたびの法改正により追加されてきた。2007年改正では、パソコンや携帯電話を保守・修理する際の一時的保存（2007年改正当時は47条の3、2009年改正後は47条の4）、2009年改正では、検索サイトの複製（47条の6）、美術の著作物等のオークションのための複製（47条の2）、情報解析のための複製（47条の7）、キャッシング（47条の5）やコンピュータにおける著作物の利用のための複製（48条の8）に関して、著作権の制限規定が新設された。

しかしながら、このような個別的な規定によって著作権法を取り巻く環境の変化へ対応するには限界がある。そのため、著作権制度のあり方そのものを変革すべきであるという、著作権制度のパラダイム転換の必要性<sup>6</sup>やリフォーム論<sup>7</sup>も唱えられているが、著作権の保護水準等については、

---

<sup>4</sup> 貸与権は、1980年代初頭のレンタル・レコード店の隆盛が契機となり、公衆に貸与する行為を権利範囲内とするために、1984年著作権法改正により新設された（26条の3）。

<sup>5</sup> 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号（2003年）129-130頁。

<sup>6</sup> 田村善之『著作権法概説』（第2版・有斐閣・2003年）193-194頁等。

<sup>7</sup> デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—報告書』（2008年）、「特集 著作権制度のリフォーム」（茶園成樹「著作権制度のリフォームについて」、椛山敬士「フェアユースの立法論」、蘆立順美「著作権法上の権利処理にかかわる問題—デジタル・コンテンツの流通促進に関する議論との関係—」、福井健策「著作権保護期間の延長問題—著作権という壮大な社会実験におとずれる転機—」、島並良「著作権の間接侵害をめぐる立法のあり方」）知財研フォーラム75号（2008年）2-31頁、椛山敬士「現行著作権法の主要課題と『著作権リフォーム』論—弁護士の視点から」コピライト568号（2008年）2-20頁、パメラ・サミュエルソンおよびCPPメ

ベルヌ条約<sup>8</sup>、TRIPs 協定<sup>9</sup>等の国際条約によって定められているため、著作権制度の根本的なあり方を変更することは容易ではない<sup>10</sup>。

このような状況において、日本で著作権法をめぐる環境の変化に対応するために提唱されたのが、いわゆる日本版フェア・ユースの導入である。2008年には、知的財産戦略本部の報告において、「現行の著作権法は、個別具体の事例に沿って権利制限の規定を定めているため、これら規定に該当しない行為については、たとえ権利者の利益を不当に害しないものであっても形式的には違法となってしまう」という問題意識のもと、「技術の進歩や新たなビジネスモデルの出現に柔軟に対応できる法制度とするため」、「個別の限定列挙方式による権利制限規定に加え、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当である」との方向性が示された<sup>11</sup>。その後の「権利制限規定の一般規定ワーキングチーム」による検討<sup>12</sup>では、その審議の途中段階で公表された

ンバー（石新智規＝橋本有加・訳）「著作権の原則プロジェクト：リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会『コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究－コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから－報告書』（2011年）<[http://www.dcaj.or.jp/project/report/pdf/2010/dc\\_10\\_02.pdf](http://www.dcaj.or.jp/project/report/pdf/2010/dc_10_02.pdf)> 57-123頁、Jessica Litman 「著作権リフォームが目指すべきもの」アメリカ法2012-1号（2012年）149-156頁、Jessica 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、田村善之「日本の著作権法のリフォーム論－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）25頁等。

<sup>8</sup> 文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（WIPO（黒川徳太郎・訳）『ベルヌ条約逐条解説』（著作権資料協会・1979年）等参照）。

<sup>9</sup> 知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（尾島明『逐条解説 TRIPs 協定』（日本機械輸出組合・1999年）等参照）。

<sup>10</sup> 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号（2013年）106-107頁、同・前掲注1）84頁等。

<sup>11</sup> 知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会『デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）（平成20年11月27日）』<<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf>> 8・11頁。

<sup>12</sup> 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 権利制限の一般規定ワーキングチ

「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」<sup>13</sup>において、AからCの三つの類型の利用行為（A：著作物の付随的な利用、B：適法利用の過程における著作物の利用、C：著作物の表現を享受しない利用）を権利制限の対象とする権利制限の一般規定を導入することが適当であるとの方向性が示された。このワーキングチームの報告書を叩き台とした法制問題小委員会による議論においても、権利者側の懸念に配慮しつつ、利用の円滑化を図るためには、当面AからCの類型の利用行為を対象とする権利制限の一般規定を導入することが適当であるとの結論が支持された<sup>14</sup>。

しかしながら、日本版フェア・ユースの導入が盛り込まれたはずの平成24年改正は、中間まとめで示されたA～C類型よりもさらに狭くなり、①付随対象著作物の利用（30条の2）、②検討の過程における利用（30条の3）、③技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用（30条の4）、④情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用（47条の9）の新設という、実質的に個別の著作権制限規定の追加にとどまったことから、権利制限の一般条項の導入は失敗に終わったとされる<sup>15</sup>。

以上のような現状においては、フェア・ユースのような権利制限の一般条項を欠く現在の日本著作権法のもとで、日本版フェア・ユース導入により解決が期待されていた課題をいかにクリアしていくか、あるいは、著作権法を取り巻く環境の変化への対応として、どのような制度のあり方が望まれるかについての検討が求められていると考えられる。

---

ーム『権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書（平成22年1月）』<[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri\\_houkokusho.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri_houkokusho.pdf)>。

<sup>13</sup> 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 権利制限の一般規定に関する中間まとめ（平成22年4月）』<[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/kenriseigen\\_matome\\_2204.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/kenriseigen_matome_2204.pdf)>。

<sup>14</sup> 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23年1月）』<[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi\\_hokokusho\\_2301\\_ver02.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf)>。

<sup>15</sup> 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&T 57号（2012年）1-24頁。

### 3. 米国著作権法フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論

日本著作権法が歴史的・技術的変化にいかに対応すべきかを検討するに際して、示唆を提供すると考えられるのが、米国著作権法における著作権制限の一般条項であるフェア・ユースをめぐる議論や裁判例である<sup>16</sup>。フェア・ユースは一般条項であるが故に、具体の事案においてケース・バイ・ケースの判断がなされてきたが、予測可能性を導くようなフェア・ユースの原理を解明しようと、様々な議論が展開されてきた。そのなかで、本稿

---

<sup>16</sup> フェア・ユースに関する邦語文献として、フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向－法改正への提言』(第一法規・2010年)、山本隆司＝奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』(太田出版・2010年)、曾我部健「著作権法に関するフェアユースの法理」著作権研究20号(1994年)97-117頁、豊田彰「フェア・ユース－新しいコミュニケーションの開拓－」政経研究29巻2号(1992年)245-261頁、Kendrew H. Colron(三宅正夫＝森岡道朗・訳)「著作権侵害に対するパロディの例外による『公正な使用(fair use)』についての合衆国最高裁判所の規範(Ⅰ)」AIPPI 39巻12号(1994年)714-722頁、同「(Ⅱ)」AIPPI 40巻1号(1995年)36-43頁、古城春実「パロディと著作物のフェア・ユース」法律のひろば50巻8号(1997年)49-53頁、Stephen B. Maebius(大塚康徳・訳)「公正使用(フェア・ユース)の新しい解釈 リバース・エンジニアリングによる著作権プログラムへのアクセス」AIPPI 9巻5号(1994年)239-247頁、相山敬士「フェアユースと教育利用」『著作権法と民法の現代的課題－半田正夫先生古稀記念論集－』(法学書院・2003年)293-306頁、高橋弘海『『私的複製』とフェアユース』英米法学50号(2011年)23-35頁、平成23年度著作権委員会第一部会『『フェアユース』に関する米国判例』パテント65巻12号(2012年)84-93頁、サン・ジョジョン「フェアユース－A Tale of Two Cities(二都物語)」高林龍＝三村量一＝竹中俊子・編『現代知的財産法講座 3』(日本評論社・2012年)417-438頁、フレデリック・ポロー・デュリアン「ドラゴンと白鯨－スリーステップテストとフェア・ユース」高林＝三村＝竹中・編・前掲439-462頁、家本真実「アプロプリエーション・アート(appropriation art)におけるフェア・ユース: Cariou v. Prince, 784 F. Supp. 2d 337 (S.D.N.Y. 2011)を中心に」撰南法学46号(2013年)29-92頁、山本順一「時代に見合った図書館サービスの充実とフェア・ユースの法理」専門図書館257号(2013年)16-23頁、末吉互「日本版フェア・ユース再論」情報管理55巻10号(2012年)767-770頁、奥邨弘司「フェア・ユース再考～平成24年改正を理解するために～」コピーライト2013年9月号(2013年)2-30頁等。

が着目するのは、フェア・ユースの判例法に大きな影響を与えてきた「市場の失敗理論」と「変容的利用の理論」である。

フェア・ユースの市場の失敗理論は、1982年にGordonが提唱した理論であり、フェア・ユースの経済的な分析によりフェア・ユースを市場の失敗を治癒するためのものと位置づけ、フェア・ユース適用の要件の一つとして「市場の失敗」を要求するものである<sup>17</sup>。この「フェア・ユースの市場の失敗理論」は広く知られるところとなり、複製許諾システムという形で市場が成立しうることを理由としてフェア・ユースを否定したことから、市場の失敗理論を採用したとされるTexaco判決も登場した<sup>18</sup>。

一方、フェア・ユースの変容的利用の理論は、判事としてフェア・ユースに関わる事件も担当してきたLevalにより提唱された理論である。1990年に発表した“*Toward a Fair Use Standard*”と題する論文においてLevalは、著作権法の目的を創作へのインセンティブを付与することであるとらえたうえで、その目的に基づいた統一的なフェア・ユースの原則の提示を試みた。そして、著作権法がインセンティブを与えるべき創作的な活動として、変容的利用（transformative use）を重視し、フェア・ユースにより利用が正当化されるかという問題は、行われた利用が変容的かどうか、そして変容の程度がどのくらいかという問題に帰着すると論じた<sup>19</sup>。このLevalの変容的利用の理論は、パロディが変容的利用としてフェア・ユースに該当する旨を示唆したCampbell事件の最高裁判決<sup>20</sup>により採用された。

また、近時行われているフェア・ユースの実証的な研究においては、裁判例の統計的なデータを用いて、フェア・ユースの理論が裁判例にどのような影響を与えているかという分析がなされている。Barton Beebeは、1978年から2005年までに判例集に掲載された裁判所の意見を統計的に分析し、変容的利用に関するCampbell事件最高裁判決の影響は限定的である旨を

---

<sup>17</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).

<sup>18</sup> *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. N.Y. 1994).

<sup>19</sup> Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

<sup>20</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (U.S. 1994).

示唆した<sup>21</sup>。これに対し、Neil Netanelは、Beebeや他の実証研究を引き合いに出しつつ、2005年以降のデータをもとに、変容的利用の理論の裁判例への影響の大きさを指摘している。Netanelの分析によれば、Gordonが提唱した「市場中心パラダイム (market-centered paradigm)」は、1985年のHarper & Row 最高裁判決<sup>22</sup>以来、約20年にわたり支配的な地位を占めてきたものの、その後、1994年のCampbell 最高裁判決で採用された「変容的利用パラダム」が、特に2005年以降、フェア・ユース法理を圧倒的に支配するようになったという<sup>23</sup>。

しかし、変容的利用の理論が台頭していることを指摘しつつ、変容的利用のみでフェア・ユースとされるべき利用をすべてカバーすることはできないことは、Netanel自身も認めている<sup>24</sup>。例えば、私的領域でなされる非変容的利用・消費的利用などについては、市場の失敗理論がよく妥当すると考えられる。このような非変容的利用・消費的利用が認められるべき理論的な根拠や意義については、市場の失敗理論をめぐる議論や、表現の自由や民主主義といった非金銭的価値を重視する議論が示唆的である。

#### 4. 本稿の目的と構成

以上のように、本稿では、歴史的・技術的な状況の変化により、著作権法が過度に私的領域に介入しうる法制度となっていることを問題意識としてみたらうえて、フェア・ユースのような権利制限の一般条項を欠く現在の日本著作権法において、歴史的・技術的環境の変化への対応として、

---

<sup>21</sup> Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. PA. L. REV. 549 (2008) (Barton Beebe (城所岩生・訳)「米国著作権法フェアユース判決(1978-2005年)の実証的研究(1)(2・完)」知的財産法政策学研究21号(2008年)117-169頁・22号(2009年)163-199頁)。

<sup>22</sup> Harper & Row, *Publrs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539 (U.S. 1985).

<sup>23</sup> Neil Weinstock Netanel, *Making Sense Of Fair Use*, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 715 (2011) <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>24</sup> Netanel・前掲注23) (2) 175-177頁。

どのような制度のあり方が望まれるかについて検討を行う。より具体的には、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、現代において求められる著作物利用の自由領域を明らかにしたうえで、そのような自由領域と創作のインセンティブの確保を両立しうる著作権制度のあり方を模索し、著作権制度の将来像について一つの可能性を提示することを目的とする。

本稿の構成は、以下のようになっている。

第1部において、米国著作権法におけるフェア・ユースに関する議論を紹介し、第2部において、それらのフェア・ユースをめぐる議論が日本著作権法へどのような示唆を提示しうるのかを考察する。

第1部では、第1章においてフェア・ユースを概観したうえで、第2章において市場の失敗理論を、第3章において変容的利用の理論を紹介し、第4章で市場の失敗理論をめぐるその後の動向を紹介する。第5章では、市場の失敗理論と変容的利用の理論の関係として、変容的利用の理論が台頭するなかで、市場の失敗理論に残された意義を明らかにする。

第2部では、第1章において、日本版フェア・ユースの導入が失敗に終わった現在における日本著作権法の課題を確認したうえで、第2章で変容的利用の理論から引用(32条)への示唆を、第3章で市場の失敗理論から私的複製(30条)や私的利用を容易にするサービスのあり方(間接侵害の問題)への示唆を検討する。引用は、従来、既存の著作物をもとにして新たな創作行為を行うための利用として理解されてきており、変容的利用の理論と深く関連すると考えられ、私的複製は、私的領域での複写・録音・録画等、消費的な著作物の利用が念頭におかれることが多く、主に市場の失敗理論の議論と関連すると考えられるからである。

## 第1部 米国法

### 第1章 フェア・ユース

フェア・ユースは、米国著作権法における著作権の制限規定の一般条項である。そこでまず、本章では、米国法体系や米国著作権法の定める著作権の内容と権利制限規定、および権利制限規定として定められているフェ

ア・ユースについて概観する。

そのうえで、第2章以下において、フェア・ユースの適用基準を提示する理論として、いずれも裁判例に影響を与えた重要な理論である、フェア・ユースの「市場の失敗理論」と「変容的利用 (transformative use) の理論」に焦点を当てる。まず、1982年に発表されたGordonの「フェア・ユースの市場の失敗理論 (Fair Use as Market Failure)」<sup>25</sup>と、同理論が影響を与えた裁判例の変化について、Williams & Wilkins 判決<sup>26</sup>から Texaco 判決<sup>27</sup>への変遷を中心に紹介する。次に、1990年に発表された Leval の「フェア・ユースの判断基準 (Toward A Fair Use Standard)」<sup>28</sup>と、同理論が影響を与えたとされる Campbell 最高裁判決<sup>29</sup>、そして同法理の判例法への影響等を含めてフェア・ユースを実証的に分析した研究<sup>30</sup>を併せて紹介する。そして、市場の失敗理論のその後の動向として、Loren による市場の失敗理論の再定義の議論<sup>31</sup>と、Gordon 自身による市場の失敗の修正理論<sup>32</sup>を紹介する。最後に、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加え、Netanel が「変容的利用の理論の勝利」<sup>33</sup>と呼ぶ現在において、市場の失敗理論に残された意義を明らかにする。

---

<sup>25</sup> Gordon, *supra* note 17.

<sup>26</sup> Williams & Wilkins Co. v. United States, 203 Ct. Cl. 74 (Ct. Cl. 1973).

<sup>27</sup> *Texaco*, 60 F.3d 913.

<sup>28</sup> Leval, *supra* note 19.

<sup>29</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569.

<sup>30</sup> Beebe, *supra* note 21; Netanel, *supra* note 23.

<sup>31</sup> Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTEL. PROP. L. 1 (1997).

<sup>32</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); Wendy J. Gordon, *The “Market Failure” and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031 (2002).

<sup>33</sup> Netanel・前掲注23) (2) 32頁。

## 1. 米国法体系

ローマ法の伝統を承継していることや成文法主義などを特色とする大陸法系に対し、米国法は、判例法主義を特徴とする英米法系に属する<sup>34</sup>。判例法主義においては、法の基本部分の大部分が制定法ではなく判例法によって規律され、新しい法律問題を判断するにあたっては、その立論の基礎をまず従来の判例に求め、それを解釈することで解決しようとする傾向が強い。著作権法もそうであるように、英米にも数多くの制定法が存在するが、英米の法律家が新しい問題に直面したときに、まずよりどころとしようとするのは、通例、判例であるとされる<sup>35</sup>。

著作権法についても、それぞれの法体系に応じた特色があるといわれており、大陸法系諸国においては、著作権の概念が「作者の権利」としてとらえられ、自然権的発想が強く現れているのに対し、英米法系における著作権は、財産的側面に重点がおかれ、より産業政策的な性格が強いといわれる<sup>36</sup>。このためか、米国著作権法においては、従来、著作者人格権(moral

---

<sup>34</sup> 判例法はコモン・ロー (common law) とも呼ばれるが、判例法という意味でのコモン・ローは、さらに歴史的法源としてのコモン・ローと、コモン・ロー上の救済手段では不十分な場合に救済を与える目的で発生してきたエクイティ (衡平法) に対する対概念としてのコモン・ローとに区別される。実体法上の権利の救済手段として、コモン・ロー上の救済手段としては金銭賠償 (damages)、エクイティ上の救済手段としては特定履行や差止命令 (injunction) が認められてきた。フェア・ユースは、エクイティ起源であるともいわれ (107条立法の際の下院報告書 (H.R. Rep. No. 94-1476 (1976)) には、“the doctrine is an equitable rule of reason”, “balancing the equities” といった記述がある)、エクイティの特徴としては補充性や裁判所による裁量の大きさなどがあげられるが、いずれにしても、裁判所が事件毎に下した判断から引き出される規範という意味での判例法 (コモン・ロー) であることには変わらない (田中英夫『英米法総論 上・下』(東京大学出版会・1980年) (上) 10-16頁、伊藤正己＝木下毅『アメリカ法入門』(第5版・日本評論社・2012年) 103-109頁、樋口範雄『はじめてのアメリカ法』(有斐閣・2010年) 140-156頁等参照)。

<sup>35</sup> 田中・前掲注34) (上) 15-16頁・(下) 475-509頁。

<sup>36</sup> 白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社・2004年) 36-37頁、小泉直樹『アメリカ著作権制度—原理と政策』(弘文堂・1996年) 3-4頁・5頁注10)等参照。米国では、合衆国憲法1条8節8項における特許・著作権条項において、「科学 (Science)

rights) が完全な形では採用されていなかったが<sup>37</sup>、1989年に著作者人格権の保護を要求するベルヌ条約に加盟したことの影響を受けて、1990年に成立した視覚芸術の著作者の権利に関する法律 (VARA : Visual Artists Rights Act) により、視覚芸術著作物 (works of visual art) という限られた範囲ではあるが、その著作者に、原作品についての氏名表示権 (the right of attribution) および同一性保持権 (the right of integrity) が認められた (106 A条(C)(3))<sup>38</sup>。

また、米国は、連邦制をとっており、連邦と州の権限の分配は合衆国憲法により定められている。連邦法は、憲法による授權の範囲を超えることができず、それ以外の権限は州に留保される。合衆国憲法1条8節8項は、連邦議会に対し、限定した期間、著作者と発明者に対し独占権を付与することを認めており、著作権および特許権に関する法を制定する権限を与えている。したがって、有形の表現媒体に固定された著作物に対する保護は、連邦著作権法によって専占されるが、固定性の要件<sup>39</sup>を満たさない未固定

および有用な技芸 (useful Arts) の進歩を促進すること」が特許権や著作権を定める目的として掲げられており、著作権制度の理論的根拠が産業政策論 (インセンティヴ論) に基づいたものであることは明らかであるとされる (山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』(第2版・太田出版・2008年)9-10頁)。

<sup>37</sup> 連邦著作権法においては、明確な形で著作者人格権が規定されていなかったものの、州法や連邦法によって類似の保護が与えられることがあり、また、州芸術保存法によっても一定の保護がなされてきた(マーシャル・A・リーファー(牧野和夫・監訳)『アメリカ著作権法』(レクシスネクシス・ジャパン・2008年)507-511頁)。

<sup>38</sup> 米国著作権法における著作者人格権や、視覚芸術の著作者の権利に関する法律 (VARA) について詳しくは、河島伸子「著作者人格権の不行使特約—法と経済学における分析」知的財産法政策学研究29号(2010年)205-246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—(下)』(信山社・2003年)553-571頁、山口裕博『芸術と法』(尚学社・2001年)252-351頁、リーファー・前掲注37)511-521等参照。

<sup>39</sup> 米国著作権法において、著作権による保護は、現在知られているまたは将来開発される有形的表現媒体であって、直接にまたは機械もしくは装置を使用して著作物を覚知し、複製しまたは伝達することができるものに固定された、著作者が作成した創作的な著作物に及ぶと規定されており(102条(a))、ここから創作性 (originality) や固定性 (fixation) といった要件が導き出される。

の著作物（口頭での演説や即興演奏など）などの保護については、州の著作権法が関与してくる可能性があるとする<sup>40</sup>。

## 2. 排他的権利と制限規定<sup>41</sup>

米国著作権法は、106条において著作権者に与えられる排他的権利の内容として、①複製権、②翻案権、③頒布権、④実演権、⑤展示権、⑥デジタル送信実演権を定め、107条以下において、排他的権利の権利制限規定を定めるという構造をとっている。107条に包括的な著作権制限の一般条項としてのフェア・ユース規定がおかれているが、それとは別に、108条以下に、詳細な個別の制限規定もおかれている。

以下、まず著作権者の排他的権利とフェア・ユース以外の制限規定について概観する。なお、108条は、図書館資料の複製についてフェア・ユースの成否が問題となった *Williams & Wilkins* 判決<sup>42</sup>をきっかけに、フェア・ユースとは別に設けられた規定であり、一定の条件の下で、図書館もしくは文書館等が、著作物のコピーまたはレコードを一部複製または頒布することを認めている。図書館の免責の条件として、①複製または頒布が直接的にも間接的にも商業的利益を目的としないこと、②図書館の蔵書が公衆に開放されているか、図書館と関係のある研究者のみならず専門分野において研究を行うその他の者にも利用が許されていること、③著作物の複製

---

<sup>40</sup> 山本・前掲注36)13-14頁、リーファー・前掲注37)753-791頁。

<sup>41</sup> 以下、主に、リーファー・前掲注37)407-581頁、山本・前掲注36)80-132頁、白鳥・前掲注36)143-233頁、エリック・J. シュワルツ（高林龍・監修、安藤和宏＝今村哲也・訳）『アメリカ著作権法とその実務』（雄松堂出版・2004年）272-329頁、アーサー・R・ミラー＝マイケル・H・デービス（藤野仁三・訳）『アメリカ知的財産権法』（八朔社・2008年）211-246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）92-96頁〔横山久執筆部分〕<[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/gaikoku\\_hogokikan.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/gaikoku_hogokikan.pdf)> による。

<sup>42</sup> *Williams & Wilkins*, 203 Ct. Cl. 74 aff'd by an equally divided Court (Mr. Justice Blackmun not participating), 420 U.S. 376 (U.S. 1975).

または頒布において著作権表示が含まれること等が必要である<sup>43</sup>。

## 2-1. 複製権・翻案権とその制限

複製権は、最も基本的な排他的権利とされる。著作権者は、他人がコピーやレコードの形で著作物を複製することを排除することができる（106条）<sup>44</sup>。コピーとは、現在知られている方法または将来開発される方法によって著作物を固定した有体物（レコードを除く）であって、これにより当該著作物を直接または機械もしくは装置を使用して覚知し、複製または伝達することができるものをいうと定義されている。また、コピーには著作物を最初に固定した有体物（レコードを除く）が含まれる（101条）。

翻案権は、派生的著作物（*derivative works*）を作成する権利として定められている（106条）。派生的著作物については、翻訳、編曲、脚色、小説化、映画化、録音、美術複製、抄録、要約、またはその他著作物を改作し、変形しもしくは翻案した形式のように、一以上の既存の著作物を基礎とする著作物と定義されている（101条）。

複製権・翻案権に関する制限規定としては、放送のための一時的固定（112条）、実用品における写真・絵画・彫刻作品の複製（113条）、録音物に対する排他権の制限（114条）、コンピュータプログラムの複製物の所有者による利用・資料保存目的の複製・翻案（117条）、建築著作物に対する排他権の制限（120条）、特定の非営利団体・政府機関が行う視覚障害者等のための点字・音声等の形式による複製・頒布（121条）、家庭内録音に対する複製権の制限（1008条）がある。また、録音物の製作のための非演劇的な音楽著作物の利用については、強制許諾制度が定められている（115条）。

<sup>43</sup> フェア・ユース（107条）と108条の関係等について、詳しくは、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（下）』（信山社・1991年）669-671頁等参照。また、1998年の著作権延長法（CTEA：Copyright Term Extension Act, ソニー・ボノ法）による保護期間の延長に伴う108条の拡充について、三菱UFJリサーチ&コンサルティング・前掲注41）93-94頁【横山執筆部分】を参照。

<sup>44</sup> 米国著作権法条文の訳については、以下、山本隆司＝増田雅子・訳「外国著作権法令集 アメリカ編」（著作権情報センター・2000年）<<http://www.cric.or.jp/db/world/america.html>> による。

## 2-2. 頒布権とその制限

頒布権は、著作権のある著作物のコピーまたはレコードを、販売その他の所有権の移転または貸与によって公衆に頒布する権利として定められており（106条）、販売、貸与等により、公衆に対する著作物の最初の流通を支配する権利とされている<sup>45</sup>。

頒布権に関する制限規定として、適法複製物の頒布（ファースト・セール・ドクトリン）（109条(a)）がある。これにより、著作物がいったん適法に販売・譲渡等されると、頒布権が消尽し、その後、著作権者の許諾なく、当該コピーまたはレコードを売却・処分等することができる。ただし、録音物とコンピュータプログラムの著作物の商業的な貸与については例外が定められている（109条(b)）。

## 2-3. 実演権とその制限

言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに映画その他の視聴覚著作物については、著作権のある著作物を公に実演する権利として実演権が認められている（106条）<sup>46</sup>。著作物の実演については、直接または何らかの装置もしくはプロセスを使用して、著作物を朗読、表現、演奏、

---

<sup>45</sup> なお、米国著作権法には、日本著作権法における「公衆送信権」のような概念は存在せず、インターネット上の送信等は実演権侵害、もしくは送信先で複製物が作成されるような場合は頒布権侵害として対処されている（山本・前掲注36）16頁）。詳しくは、頒布権について、松川実「オンライン配信と消尽：アメリカ、ドイツ、日本の法比較的研究」青山法学論集49巻2号（2007年）8-11頁、実演権について、安藤和宏「米国著作権法における『公の実演』概念に関する一考察」企業と法創造4巻4号（2008年）308頁等参照。

<sup>46</sup> 実演権、展示権は、公の実演や展示に限定される。著作物の「公の」実演または展示については、以下のように定義されている（101条）。

- (1) 公衆に開かれた場所または家族および知人の通常の集まりの範囲を超えた相当多数の者が集まる場所において、著作物を実演または展示すること。
- (2) 著作物の実演または展示を、何らかの装置またはプロセスを用いて、第(1)項に定める場所または公衆に送信または伝達すること（実演または展示を受信できる公衆の構成員がこれを同一の場所で受信するか離れた場所で受信するかを問わず、また、同時に受信するか異時に受信するかを問わない）。

舞踊または上演することをいい、映画その他の視聴覚著作物の場合には、映像を連続して見せること、または映像に伴う音声を聞かせることと定義されている(101条)。

また、録音物(sound recordings)については、1995年に立法化されたデジタル実演権法(DPRSRA: The Digital Performance Right in Sound Recordings Act)により、別途、著作権のある著作物をデジタル音声送信により公に実演する権利が認められている(106条)。

実演権に関する制限として、非営利教育機関において教師または生徒が教室で行う著作物の実演(110条(1))、政府機関または非営利教育機関が通常の教育活動の一環として行う非演劇的な言語著作物または非演劇的な音楽著作物の送信(110条(2))、礼拝所等で礼拝中に行われる非演劇的な言語著作物、非演劇的な音楽著作物、宗教的な演劇的な音楽著作物の実演(110条(3))、送信以外の方法による非演劇的な著作物の非営利実演(110条(4))、通常の家内受信装置で著作物の実演または展示の送信を受信して公衆に伝達する行為(110条(5)(A))、一般公衆が受信することを意図した非演劇的な音楽著作物の実演または展示の送信を受信して公衆に伝達する行為(110条(5)(B))、政府機関または非営利の農業・園芸団体による農業・園芸の品評会における非演劇的な音楽著作物の実演(110条(6))、録音物または再生装置の小売店による販促活動の一環として行われる非演劇的な音楽著作物の実演(110条(7))、政府機関、非商業的教育放送局、ラジオ副送信事業者、有線送信事業者による視聴覚障害者のための非商業的送信(110条(8))、ラジオ副送信事業者による視覚障害者のための演劇的な言語著作物の送信(110条(9))、非営利の退役軍人会または友愛団体が社交行事の過程として行う非演劇的な言語著作物または非演劇的な音楽著作物の実演(110条(10))、放送局が送信した信号をホテル・アパート等の施設内に中継して行う個人的居所への二次的送信(111条)がある。また、ケーブルシステムのための強制的な使用許諾(111条)、家庭での個人的視聴のための衛星再送信についての法定使用許諾(119条)、地方市場内における衛星放送による再送信についての法定使用許諾(122条)、ジュークボックス(コイン式レコード演奏機)の自発的交渉による使用許諾(116条)、公共放送機関による非商業的な教育放送のための非演劇的な音楽の著作物ならびに絵画、図形および彫刻の著作物の利用のための強制許諾制度(118

条)が定められている。

## 2-4. 展示権とその制限

言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに絵画、図形または彫刻の著作物（映画その他の視聴覚著作物の個々の映像を含む）については、著作権のある著作物を公に展示する権利として、展示権が定められている（106条）。

展示権に関する制限規定としては、適法に作成された複製物についての所有者による展示（109条(c)）がある。また、110条や111条による実演権に対する制限規定の多くが、展示権に対しても適用される。

## 3. フェア・ユース

### 3-1. 107条<sup>47</sup>

アメリカ著作権法107条は、著作権制限の一般条項として、以下のようにフェア・ユース（fair use：公正使用）を定めている。フェア・ユースに該当する行為については、著作権が制限され、利用者は著作権者に許諾を求めたり、使用料を支払ったりすることなく、著作物を利用することができる。

第106条および第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース（コピーまたはレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む）は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 使用の目的および性質（使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む）。
- (2) 著作権のある著作物の性質。

---

<sup>47</sup> 17 U.S.C. §107. 訳文については、山本＝増田・前掲44)参照。

- (3) 著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性。
- (4) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響。

上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない<sup>48</sup>。

### 3-2. 沿革

フェア・ユースの歴史的起源をさかのぼると、英国における判例法における“fair abridgment”（公正な要約）の理論に始まるとされている<sup>49</sup>。裁判所は、翻訳や要約をそれ自体保護に値するものであり、オリジナルの著

---

<sup>48</sup> Harper & Row 最高裁判決 (*Harper & Row*, 471 U.S. 539) が、未発行著作物であることを重視してフェア・ユースの成立を否定した結果、その後の裁判例において、未発行著作物であることがフェア・ユースを認めない理由として強調されたことなどから、著作物が未発行であることによりフェア・ユースが妨げられない旨が107条に追記された（リーファー・前掲注37）682-683頁、山本＝奥邨・前掲注16）26頁〔山本執筆部分〕等）。

<sup>49</sup> 英国では、1911年著作権法において、fair abridgment理論をもとにフェア・ディーリング（fair dealing）の規定が設けられ、私的学習、研究、批評、評論、新聞の要約を目的として著作物を公正に利用することが著作権侵害とならない旨が定められた。このように著作物の利用目的が限定されている英国のフェア・ディーリングは、目的の限定がない米国のフェア・ユースとは全く異なった性質のものとして発展してきた。現在は1988年著作権法によって、非商業的研究や私的学習（29条）、批評・論評、時事の報道（30条）を目的とする著作物の利用についてフェア・ディーリングが定められている。英国のフェア・ディーリングについて詳しくは、横山久芳『英米法における権利制限』著作権研究35号（2008年）23-37頁、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会『著作物の流通・契約システムの調査研究 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究 報告書（平成21年3月）』（三菱UFJリサーチ&コンサルティング・2009年）74-75頁〔山本隆司執筆部分〕、マイケル・F・フリント＝クライブ・D・ソーン（内藤篤・監修、高橋典博・訳）『イギリス著作権法』（木鐸社・1999年）142-145頁、ティナ・ハート＝リンダ・ファッツァーニ＝サイモン・クラーク（牧野和夫・監修、早川良子・訳）『イギリス知的財産法』（雄松堂出版・2007年）267-266頁等参照。

著作物の著作権者の同意を必要としない、新しい著作物であるとみなしていた。公正な要約を許容することで、原著物を利用した新たなオリジナルの著作物が生み出され、科学の発展を促進し、それによって公衆の利益に資することになるというのである<sup>50</sup>。もっとも、英国の *fair abridgment* 理論は、米国の裁判所において完全に受け入れられたわけではなく、制限すべき先例として扱う判決もあった<sup>51</sup>。

米国において、フェア・ユースの原則を確立した裁判例は、*Folsom* 事件控訴審判決であったとされる<sup>52</sup>。*Folsom* 事件では、全12巻7,000頁に及ぶジョージ・ワシントンの伝記（1巻が伝記、そのほか11巻はワシントンの私的および公的書簡、教書（messages）、他の公的決議等で構成されている）から、353頁を複製して、2巻からなるワシントンの伝記に用いた行為が問題となった。被告が複製したのは主に書簡の部分であり、被告書籍のうち複製した部分が3分の1を超えていた。裁判所は、「公平で誠実な要約（*fair and bona fide abridgment*）」であれば著作権侵害に当たらない旨を示唆したが、被告の利用した分量が多く、被告書籍の重要な価値を構成していることから、著作権侵害の成立を認めており、侵害を否定した事例ではない。しかし *Story* 判事の述べた「要するに、我々はしばしば、この種の問題を

---

<sup>50</sup> WILLIAM F. PATRY, *THE FAIR USE PRIVILEGE IN COPYRIGHT LAW* 6-7 (2d ed. 1995); *Gyles v. Wilcox*, 26 Eng. Rep. 489 (Ch. 1740).

<sup>51</sup> *Gray v. Russell*, 10 F. Cas. 1035, 1038 (C.C.D. Mass. 1839) (Gray 判決の邦語訳として、松川実「英米知的財産権法関連判決集: *Sawin v. Guild*, 21 F. Cas. 554 (C.C.D. Mass. 1813); *Gray v. Russell*, 1 Story 11, 10 F. Cas. 1035 (C.C. Mass. 1839)」青山法学論集53巻2号(2011年)152-164頁がある)。誠実な要約 (*bona fide abridgment*) であれば著作権侵害とならない旨を示唆しつつ、要約 (*abridgment*) はオリジナルの著作物の侵害 (*piracy*) ではないとする理論は、多くの制限をつけて受け入れられなければならないと述べている。

<sup>52</sup> *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (1841) (*Folsom* 判決の邦語訳として、松川実「英米知的財産権法関連判決集: *Folsom v. Marsh*, 9F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)」青山法学論集52巻4号(2011年)231-252頁がある)。ただし、*Folsom* 判決においては、「フェア・ユース (*fair use*)」という言葉は用いられていない。フェア・ユースという言葉を用いたのは、*Lawrence v. Dana*, 15 F. Cas. 26 (C.C.D. Mass. 1869) であるとされる。

決定する際に、なされた抜粋 (selection) の性質と目的、利用された著作物の量と価値、および利用がオリジナルの著作物の販売に損害を与え、あるいは利益を減じ、あるいは目的に取って代わる程度をみなくてはならない」という説示が、現在の107条が定めるフェア・ユースの四要素の起源になったとされる。

当時の最初の米国著作権法においては、著作権者に著作物の「印刷 (printing)、増刷 (reprinting)、出版 (publishing) および販売 (vending)」についての権利しか与えられていなかったため、裁判所によって作り出されたフェア・ユース理論は、実際には、著作権者に与えられた権利の拡大を生み出したとされる。すなわち、ある著作物をもとに新たな著作物が創作された場合、それが逐語的な「印刷」ではないにもかかわらず、フェア・ユースであると認定されなければ、著作権者はその出版を差し止めることが認められた。換言すれば、特定の出版が「フェア・ユース」ではないということを証明することによって、他の点では排他権の範囲内ではない利用をも、著作権者は禁止することができたのである。このコンテキストにおいて、特定の著作物利用がフェア・ユースではなく侵害であるとの結論は、著作物を転載することに匹敵するほどに、オリジナルの著作物を多量に利用したという結論と同等であったと指摘されている<sup>53</sup>。

1790年に成立した米国での最初の著作権法は、その後、1802年、1831年、1870年に改正がなされる。そして、1909年著作権法改正において、それまで美術の著作物にのみ認められていた「複製」に対する新たな排他権が定められた<sup>54</sup>。フェア・ユースは、そのときまでの法改正においては条文化されなかったが、Folsom判決におけるStory判事の先例に従い、下級審裁判所は、フェア・ユース理論の適用を続け、著作権の排他権に多くの権利が加えられるにつれて、より頻繁にフェア・ユースが主張されるようになった。フェア・ユースの果たす役割は、当初の著作権者の利益を拡大させ

<sup>53</sup> Loren, *supra* note 31, at 13-23.

<sup>54</sup> 1909年法は、これまでの著作権法に大きな変更が加えられたことから、米国著作権法の「ターニング・ポイント」、「分水嶺となる法 (watershed statute)」とも表現されている (L. RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USERS' RIGHTS 77-78 (1991))。

るものとは大きく変わり、著作権の独占が広範になりすぎることで、科学および学問の促進という憲法上の要請や修正第1条の表現の自由と著作権とが対立することを防ぐための機能を果たすようになっていった。そして、その後の1976年法107条における条文化へとつながっていくことになる<sup>55</sup>。

1976年著作権法におけるフェア・ユースの立法の際、連邦議会は、その立法趣旨として、107条がフェア・ユースの適用についてのある種のガイドラインを提示するものであることは認めつつも、技術的变化に応じて裁判所がフェア・ユースを適用することができる裁量をもっていなくてはならないとして、裁判所が事案毎にフェア・ユース理論を自由に適用できなくてはならないこと、107条は、裁判上形成された法理を再記述するものであって、変更、減縮、拡張するものではないことを明言した<sup>56</sup>。

### 3-3. フェア・ユースの四要素と関連裁判例の概観

#### 3-3-1. フェア・ユースに関する最高裁判決

1976年著作権法において107条にフェア・ユースが規定されて以降、米国ではフェア・ユースに関し、Sony事件、Harper & Row事件、Stewart事件、Campbell事件の四つの最高裁判決が出されている<sup>57</sup>。

Sony事件では、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<sup>58</sup>の責任を負うかが争われた。1984年に出された最高裁判決<sup>59</sup>は、Sonyの責任

---

<sup>55</sup> Loren, *supra* note 31, at 18-22.

<sup>56</sup> H.R. Rep. No. 94-1476 (1976) (ゴーマン=ギンズバーグ・前掲注38)637-639頁参照)。

<sup>57</sup> 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注49)45頁 [奥邸弘司執筆部分]。

<sup>58</sup> 寄与侵害 (contributory infringement) の法理とは、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である。寄与侵害について詳しくは、リーファー・前掲注37)604-619頁、山本・前掲注36)230-239頁、白鳥・前掲注36)192-194頁等参照。

<sup>59</sup> Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 464 U.S. 417 (1984).

を肯定した控訴審判決<sup>60</sup>を5:4で覆し、フェア・ユースの成立を認めた。

Harper & Row 事件は、本人と契約したうえで出版が予定されていた元フォード大統領の回顧録について、その一部の記事の雑誌への掲載が準備されていたところ、Nation誌がこの記事を「スクープ」したため、未発表の原稿からの引用がどこまで許されるかが問題となった事案である。1985年に出された最高裁判決<sup>61</sup>は、未公表の原稿からの抜粋はフェア・ユースに該当しない旨を判示し、フェア・ユースを認めた控訴審判決<sup>62</sup>を破棄、差し戻した。

Stewart 事件は、映画「裏窓」の原作者が映画化権を制作会社に譲渡し、著作権を更新<sup>63</sup>したうえで映画化権を譲渡することも約していたところ、更新前に原作者が亡くなり、更新後の権利を譲り受けた Abend が、映画の再公開について著作権侵害を訴えた事件である。原作者による更新期間に関する契約の有効性が否定されたため、映画の再公開等がフェア・ユースに該当するかが問題となった。最高裁は、創造的な小説の商業的な利用という古典的な不正利用のケースであるとして、フェア・ユース該当性を否定する判断を示した<sup>64</sup>。

Campbell 事件では、映画「プリティ・ウーマン」の主題歌から 2 Live Crew が作曲したパロディ曲について、フェア・ユースが成立するかが問題となった。1994年、最高裁は、パロディの変容的性質に着目すべき旨を示唆し、パロディ曲の商業的性質を重視してフェア・ユースを否定した控訴審判決<sup>65</sup>を、覆して差し戻した<sup>66</sup>。

これらの四つの最高裁判決のうち、Sony 判決や Harper & Row 判決、Campbell 判決は、フェア・ユースに関する後の下級審裁判例に大きな影響

<sup>60</sup> Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

<sup>61</sup> Harper & Row, 471 U.S. 539.

<sup>62</sup> Harper & Row, Publishers v. Nation Enters., 723 F.2d 195 (2d Cir. N.Y. 1983).

<sup>63</sup> 米国著作権法における更新登録制度（1978年より前に発行された著作物について適用される）については、山本・前掲注36)162-164頁、リーファー・前掲注37)332-349頁、白鳥・前掲注36)174-176頁等参照。

<sup>64</sup> Stewart v. Abend, 495 U.S. 207 (1990).

<sup>65</sup> Acuff-Rose Music v. Campbell, 972 F.2d 1429 (6th Cir. Tenn. 1992).

<sup>66</sup> Campbell, 510 U.S. 569.

を与えており、なかでも Campbell 判決は、現在、フェア・ユースに関する判例法の支配的地位にある重要な最高裁判決とされている<sup>67</sup>。以下では、関連する最高裁判決の説示に簡潔に触れながら、フェア・ユースの四要素を概観する<sup>68</sup>。

### 3-3-2. 四要素の概観

第一の要素（使用の目的と性質）では、問題となった使用が「商業的使用（commercial use）」であればフェア・ユースの成立に否定的に働き、「非商業的利用（nonprofit use）」であればフェア・ユースの成立に肯定的に働く。また、その利用が新しい著作物を生み出すような「生産的利用（productive use）」、もしくは、元の著作物をその本来の目的や方法と異なる態様で利用する「変容的利用（transformative use）」であればフェア・ユースが認められやすく、内容・目的等の変容を伴わない「非変容的利用」であれば、フェア・ユースが認められにくい<sup>69</sup>。

ただし、いずれも決定的な要素ではない。Campbell 最高裁判決は、パロディの商業的性質よりも変容的性質に着目すべき旨を示唆して、フェア・ユースを否定した控訴審判決を覆して差し戻した<sup>70</sup>。一方、Sony 事件で問題となったのは、テレビ番組の家庭内録画という著作物全部のそのままの複製という非変容的利用であったものの、最高裁判所はその非商業的性質を重視し、タイムシフティング目的の家庭内録画であるとしてフェア・ユースを認めた<sup>71</sup>。

第二の要素（利用された著作物の性質）では、フィクションやファンタジーなどに比べ、著作物が事実的作品であれば、その流通の必要性からフ

---

<sup>67</sup> Netanel・前掲注23) (1) 32-44頁、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注49) 63頁 [奥邨執筆部分]。

<sup>68</sup> 四要素のより詳細な概観については、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注49) 52-59頁 [奥邨執筆部分]、横山・前掲注49) 15-23頁、山本＝奥邨・前掲注16) 30-35頁 [山本執筆部分] 等参照。

<sup>69</sup> 変容的利用（transformative use）について詳しくは、後で紹介する Leval 論文（Leval, *supra* note 19）や関連する裁判例・議論を参照。

<sup>70</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569.

<sup>71</sup> *Sony*, 464 U.S. 417.

フェア・ユースは認められやすくなる<sup>72</sup>。

第三の要素（利用された部分の量と実質）では、利用された著作物からの利用部分が少ないほどフェア・ユースの成立は認められやすい方向へ傾くが、分量が少なくとも利用部分が著作物の核心的部分であれば、フェア・ユースは認められにくくなる。ただし、Sony事件のように、著作物全部の複製であってもフェア・ユースが認められることもある。

第四の要素（経済的影響）は、四つの要素のうち最も重要とされてきた要素である<sup>73</sup>。また、第一の要素における商業的性質か否か等の他の要素との関連性を有する要素でもある。Sony判決は、著作物のすべての商業的利用は、不正な利用と推定されるが、非商業的な利用であれば、その利用が損害を与えるものであるか、もしくは広範囲に行われれば著作物の潜在的な市場に悪影響を与えることの証明を必要とするとした。そして、その際、必ずしも実際の損害を証明する必要はなく、将来的な損害が実質的な蓋然性をもつことが証明されれば足りるとしたうえで、意図された利用が商業的な利益を目的としていればこのような蓋然性が推定されるが、非商業的目的のためであれば、権利者がその蓋然性を立証する責任を負うとした<sup>74</sup>。Harper & Row判決は、Sony判決を引用しつつ、問題になっている利用が広く行われるならば著作物の潜在的な市場に悪影響をもたらすであろうことが立証されれば、フェア・ユースを否定するに足りるとしたうえで、その検討の際には、オリジナルの著作物への影響だけではなく、派生著作物の市場への影響も考慮すべきことを示した<sup>75</sup>。さらに、Campbell判決は、Sony判決が示した市場の損害の推定は、オリジナルの著作物を単純に複製するケースを前提としているとし、パロディのような変容的な利用の場合には、市場での代替性が減少するため、市場への損害も容易に推定されないとした<sup>76</sup>。

---

<sup>72</sup> *Harper & Row*, 471 U.S. 539, at 563.

<sup>73</sup> *Nimmer* § 13.05 [A]; *Harper & Row*, 471 U.S. 539, at 566.

<sup>74</sup> *Sony*, 464 U.S. 417, at 451.

<sup>75</sup> *Harper & Row*, 471 U.S. 539, at 568.

<sup>76</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569, at 591.

### 3-4. フェア・ユースへの批判と統一的な基準の提示への試み

著作権法自体、しばしば「難解な法」であるといわれることに加え、フェア・ユース理論は、「著作権法全体において最も困難なもの」、「とらえどころのない理論」ともいわれる<sup>77</sup>。裁判所は、フェアユース法理について「定義することを事実上許さないほど柔軟である」と述べたり<sup>78</sup>、フェアユースのケース・バイ・ケースの分析がラフ・ジャスティスの帰結をもたらすと指摘してきた<sup>79 80</sup>。

このフェア・ユースの曖昧さは、様々な論者によっても批判されてきた。David Nimmerは、フェア・ユースの包括的な研究において、「結局、フェア・ユースの判断において四つの要素に依拠することは、しばしばおとぎ話以外の何ものでもないようにみえる」と結んでいる<sup>81</sup>。Netanelは、フェア・ユースの性質からいって、特定の事案の特定の利用がフェア・ユースの特権を享受できるものとみなされるか否かを予見することは、極めて困難であると述べた<sup>82 83</sup>。Fisherも、これまでの裁判例が提示したフェア・ユース判断のための考慮要素の規範的な基礎が統一されていないことによって、フェア・ユースの適用範囲が不明確となっていると批判した<sup>84</sup>。Posnerは、著作権保護期間の延長に伴う問題を解決するために、フェア・ユース理論の広範な適用を提案するなかで、フェア・ユース法理が非常に漠然としていることを問題としている。例えば、書籍、あるいはDVDやVHSにおいて、許諾無しで複製されることができないとする著作権の警告は、フェア・ユースの否定につながり、これを軽視する利用者は、フェア・

---

<sup>77</sup> リーファー・前掲注37)673頁、Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc., 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1939).

<sup>78</sup> Princeton Univ. Press v. Mich. Document Servs., Inc., 99 F.3d 1381, 1392 (6th Cir. 1996) (quoting Time Inc. v. Bernard Geis Assocs., 293 F. Supp. 130, 144 (S.D.N.Y. 1968)).

<sup>79</sup> Henley v. DeVore, 733 F. Supp. 2d 1144, 1163 (C.D. Cal. 2010).

<sup>80</sup> 以上の裁判例の紹介について、Netanel・前掲注23) (1) 3頁参照。

<sup>81</sup> David Nimmer, “*Fairest of Them All*” and other Fairy Tales of Fair Use, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 263, 287 (2003) <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol66/iss1/10>>.

<sup>82</sup> NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT’S PARADOX 66 (2008).

<sup>83</sup> 以上の学説の紹介について、Netanel・前掲注23) (1) 2-3頁参照。

<sup>84</sup> William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659 (1993).

ユース法理が曖昧であるために危険を冒さなくてはならないと述べる<sup>85</sup>。

このようなフェア・ユース理論の曖昧さ、結果の予測可能性の低さが、訴訟を控えることにつながっていると考えられているとともに<sup>86</sup>、この理論の実効性が問題とされてきた<sup>87</sup>。法の一線の曖昧さが、その一線を越えたときの高額の損害賠償と結びつくと、実質的にはフェア・ユースの範囲

<sup>85</sup> このことから、Posnerは、特定の種類の利用に包括的な保護が与えられるような、より明確でカテゴリカルなアプローチを指向しており、著作権者が合理的な著作権通知をしない場合は、古い著作物をコピーすることができるという類型を提案している (Richard A. Posner, *Eldred and Fair Use*, 1 THE ECONOMISTS' VOICE 1 (2004) <<http://www.bepress.com/ev/vol1/iss1/art3>>; William F. Patry & Richard A. Posner, *Fair Use and Statutory Reform in the Wake of Eldred*, 92 CALIF. L. REV. 1639 (2004))。

<sup>86</sup> Beebe・前掲注21) (2) 138頁。権利者側は訴訟前に積極的に警告書を活用する訴訟戦略をとることがあり、訴訟費用が高額であることとあいまって、フェア・ユース等の抗弁の主張を断念させているのではないかとの指摘もある。MARJOIRE HEINS & TRICIA BECKLES, *WILL FAIR USE SURVIVE? FREE EXPRESSION IN THE AGE OF COPYRIGHT CONTROL* (2005) <<http://www.fepproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf>> も、侵害のおそれのある行為の停止を要求する警告の言論抑圧効果について言及していることを指摘し、また、最小のものを除いてあらゆる引用について許諾を受け料金を払わなければならないという考えが、芸術と文化の業界で広く浸透しているともしている。

<sup>87</sup> ただし、このようにフェア・ユースの不明確さや予測可能性の欠如を批判する見解は多々存在するものの、フェア・ユースが判例法として成立してきたという歴史的経緯、あるいは著作権法の目的や表現の自由(憲法修正第1条)を確保するために必要であるとの理解からか、フェア・ユースの存在そのものを否定する見解や廃止論等は一般的には見受けられず、うまく機能しているかは別として、著作権法において著作権による独占とのバランスをとるためにフェア・ユースが不可欠であるとの共通認識があるように思われる。例えば、フェア・ユースは「著作権法の必要不可欠な部分であり、それを遵守することは、その法の目的を達成するために不可欠である」と述べられている (Michael G. Anderson & Paul F. Brown, *The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law*, 24 LOY. U. CHI. L.J. 143, 153 (1993))。横山・前掲注49) 40頁も、フェア・ユースの適用範囲を限定すべきであるという議論はほとんどみられず、むしろ逆に、著作権法の不可欠の構成要素として、その活用が積極的に試みられているとしている。

はほとんどないとの指摘さえある<sup>88</sup>。

このようにフェア・ユースの曖昧さや予測可能性のなさに対して批判がなされてきた一方で、フェア・ユース理論に何らかの規範性を見だし、予測可能性を高めようと試みる分析も行われてきた。そのような分析により示されたフェア・ユースの判断基準として代表的なものの一つは、Gordonの「市場の失敗理論」であり、もう一つは、Leval判事による「変容的利用 (transformative use) の理論」である。Gordonは、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とらえ、(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、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<sup>89</sup>。Levalは、変容的利用 (transformative use) を重視し、フェア・ユースにより利用が正当化されるかという問題は、行われた利用が変容的かどうか、そして変化の程度がどのくらいかという問題に帰着すると論じた<sup>90</sup>。

いずれも、米国の判例に大きな影響を与えた理論であるとされており、フェア・ユース理論にとって、この二つのアプローチは軸をなすものと考えられる。以下、第2章から、各理論および理論に関連する裁判例・議論をみていく。

---

<sup>88</sup> Lessigは、フェア・ユースの権利を守る米国の司法制度(費用、訴訟進行、判決内容)の不備を批判し、フェア・ユースは、創造する権利を守るために弁護士を雇う権利があるというだけとまで述べている。故意侵害であるとして高額な賠償額が要求され、侵害の申立てに対する弁護にも多額の費用を要する現実において、事実上、「法」としてのフェア・ユースよりも、出版者・映画配給会社・新聞社等による規制の方が機能していると主張している(ローレンス・レッシグ(山形浩生=守岡桜・訳)『FREE CULTURE』(翔泳社・2004年)121-126・220-224頁)。NetanelはこのようなLessigの見解を「フェアユースの致命的な一貫性のなさに照らし、その特権とはつまるところ『弁護士を雇う権利』に要約される」とまとめている(Netanel・前掲注23)(1)3頁)。

<sup>89</sup> Gordon, *supra* note 17.

<sup>90</sup> Leval, *supra* note 19.