

## フェアユース再考

——TPPによる日本の著作権法の変容を契機として——

石 新 智 規\*

**抄 録** TPP（環太平洋パートナーシップ協定）合意により、日本の著作権法が変容を迫られている。TPPにおいて著作権に関し合意された内容は、著作権保護を強化する方向で米国著作権法を取り込むものようである。見落してならないのは、米国著作権法には、個別的権利制限規定に加えてフェアユース規定（107条）が存在し、それによって、著作権保護と著作物の利用の適正かつ微妙なバランスが維持されていることである。さらに、フェアユース規定の存在及び裁判所によるその運用が新たな著作物の利用を促すテクノロジーの発展を後押しし、米国におけるIT産業の繁栄を支えてきた側面もある。我が国も、TPP合意に基づき（米国のように）著作権保護を強化するのであれば、それを契機として、保護に傾きすぎず、著作物の利用とのバランスを柔軟に図るために、米国型の一般的な権利制限規定を導入することを再考すべきではないだろうか。

本稿は、米国フェアユース規定の現状を概観し、日本における一般的な権利制限規定導入の再考を提言するものである。

### 目 次

1. はじめに
2. フェアユースの基礎
  2. 1 米国著作権法107条
  2. 2 各要素の内容
  2. 3 107条制定の経緯
3. フェアユース判例法の展開
  3. 1 第4要素重視の裁判例
  3. 2 第4要素と「市場の失敗論」
  3. 3 Campbell判決における変容的利用法理の採用
4. 変容的利用法理の定着
  4. 1 Campbell判決後の裁判例の動向
  4. 2 変容的利用法理に対する批判
5. 日本への一般的な権利制限導入
  5. 1 フェアユースに対する批判
  5. 2 一般的な権利制限規定の必要性
  5. 3 一般的な権利制限規定の許容性
6. おわりに

### 1. はじめに

2015年10月5日、TPP（環太平洋パートナーシップ）協定（以下、「TPP」という。）交渉が大筋合意に達した。交渉分野は多岐にわたるが、本稿とのかかわりで重要なのは著作権法に関する合意内容である。公開された合意文書によれば、日本著作権法の見直しを迫る可能性のある主な論点は、①著作権保護期間の延長、②著作権侵害の非親告罪化、③法定損害賠償制度の導入、④技術的保護手段である<sup>1)</sup>。

現在文化庁において詳細な検討が行われているところであるが、その内容は、さながら米国著作権法をTPP加盟国に対し輸出する様相であり、TPP加盟国における米国著作権法の受容とも言えよう。注目すべきは、TPPの内容が著作権の保護を強化するものばかりであるという点

\* 弁護士 Tomoki ISHIARA

である。TPP交渉中からこうした強化一辺倒への流れに強い批判があったが、その懸念が現実のものとなった。本稿は保護強化の必要を否定するものではないが（筆者は米国型の法定損害賠償制度の導入に賛成）、保護の強化に対して利用とのバランスの必要を改めて説くものである。本稿では米国フェアユース規定の内容及び現状を概観し、TPPによる日本の著作権法の変容を契機として、日本に一般的権利制限規定を導入することを提言する。

## 2. フェアユースの基礎

### 2.1 米国著作権法107条

米国著作権法107条は次のような規定である。「第106条及び第106A条の規定（筆者注、著作権の支分権規定）にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、授業（教室における利用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究又は調査等を目的とする、複製物、レコードへの複製又は同条に定められるその他の手段による利用を含む著作物のフェアユース（公正利用）は、著作権の侵害とならない。

特定の場合に著作物の利用がフェアユースとなるか否かを決定する際に考慮すべき要素は、以下を含むものとする。

- (1) 利用の目的及び性質（当該利用が商業性を有するか否か、又は非営利的な教育目的か否かを含む）
- (2) 著作物の性質
- (3) 著作物全体との関連において利用された部分の量及び重要性
- (4) 著作物の潜在的市場又は価値に対する当該利用の影響

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る場合、作品が未発行であるという事実それ自体は、フェアユースの認定を妨げないものとする。」

具体的事案の下、裁判所が上記各要素を最低限踏まえ、問題とされる著作物の利用行為を「公正（フェア）」と評価する場合、著作権法上、明文規定により当該行為を著作権の例外又は制限に該当する行為とする定めがなくとも、当該著作物の利用行為は法律上許容されることになる。

個別・具体的な態様を要件として定めず、抽象的に判断要素のみを例示的に定め、その弾力的な適用によって著作権の例外又は制限を事例ごとに認めるもので、一般的な権利制限規定と言われることもある。

### 2.2 各要素の内容

では107条に定められる判断要素は如何なるものか。まず第1要素は「利用の目的及び性質」である。ここでは、問題とされる著作物の利用行為が商業性（営利目的）を有しているか又は非営利の教育目的を有しているか、を問うこととされている。一般的に、営利目的のある場合よりもそのような目的がない場合の方がフェアユースとされる場合が多くなる。この第1要素は、現在ではフェアユースの成否を決定づける要素となっており、その点は後に詳述する。

第2要素は「著作物の性質」である。ここでは利用される著作物がノンフィクションかフィクションか、又は発表済の作品か、未発表の作品か、といった要素が検討される。通常ノンフィクションの作品は、著作権で保護されない事実の報道に近づくため、フィクションの作品に比べてフェアユースが肯定される方向で斟酌されやすい。また未発表よりも発表済の作品の方がフェアユースが肯定されやすい。

第3要素は「利用された部分の量及び重要性」である。すなわち利用される著作物が全部なのか、一部なのか、又は利用する表現が当該著作物の「核心的部分」に該当する部分なのか、それとも「周縁的部分」に過ぎない部分なのか

問われる。一般的には、著作物を全部利用したり、著作物の核心部分を利用する行為はフェアユースとは評価されにくく、一部利用又は周縁部利用についてはフェアユースが肯定されやすいと言えよう。

第4要素は「著作物の潜在的市場又は価値に対する当該利用の影響」である。すなわち、問題とされる利用行為が著作権者に与える経済的な影響を考慮するものである。一般的には、著作権者に何らかの経済的影響を与え、その利益を損なう態様についてはフェアユースが認められにくいと言える。但し第1要素の意義の変化と連動し、第4要素の意義も変化している。この点も後述する。

なお、上記各要素が裁判所によって総合考慮され、フェアユースとして許容されるかどうか判断されるが、各要素をどのように評価するのか、そもそも各要素の重要度に違いがあるのかといった点は、法文上全く明確ではなく、裁判所の裁量に委ねられる。そして後述のとおり、その判断は歴史的に大きく揺れてきた。

## 2. 3 107条制定の経緯

フェアユース規定の起源については諸説あるものの、一般的には、1840年のFolsom事件控訴審判決<sup>2)</sup>がその起源であるとされる。この事件は、米初代大統領ジョージ・ワシントンの私信等無許諾でその伝記に利用した行為について著作権侵害の成否が問われた事案である。同事件においてJoseph Story判事が、「我々はしばしば、この種の問題を判断する際、行われた抜粋の性質と目的、利用される著作物の量と価値、そしてその利用がどの程度オリジナルの著作物の販売に損害を与え、利益を減じ、あるいは当該著作物に取って替わる可能性があるのかをみななくてはならない」と判示したことにフェアユースの起源がある<sup>3)</sup>。フェアユースは裁判所によって創造された法であり、フェアユース

がコモンロー（判例法）の国に特有の法理であると言われる所以である。

但し、現在のフェアユースは、制定法たる米国著作権法107条に定められた条文が解釈適用・運用されているものであることを忘れてはならない。107条は、1909年米国著作権法が全面改正された1976年法（現行著作権法）の制定過程で（その検討は1950年代に始まっている）、過去のフェアユース判例の集積を検討し、重要な判断要素を抽出した結果を制定法に盛り込んだものである。Alan Latmanは、1976年法改正作業の中でフェアユース判例法の分析を担当し<sup>4)</sup>、1958年その研究結果を発表した。Latmanは、これまでの裁判例でフェアユースの成否が問題となった八つの場面（①付随的利用、②批評・評論、③パロディ・風刺、④学術作品・編集物、⑤私的利用、⑥ニュース報道、⑦裁判上の利用、⑧非営利・政府目的のための利用）を検討した。米国はその研究を踏まえ、1976年法制定にあたりフェアユースの判断において検討されるべき4要件を定め、それまでの判例法を法律の明文規定とした。この改正はフェアユースの制立範囲を制限するものでも拡張するものでもなく<sup>5)</sup>、裁判所に対して一般的な指針を提供することを意図したものであった。フェアユースに明確な法律上の根拠を与え、裁判所による法創造を手助けするものであったと言えよう。

## 3. フェアユース判例法の展開

### 3. 1 第4要素重視の裁判例

#### (1) Sony判決（ベータマックス事件）<sup>6)</sup>

1976年法で立法上明確な位置づけを与えられたフェアユース規定について米国連邦最高裁が初めてその解釈を示したのは、家庭において後で視聴するためにビデオ録画を行う行為（タイム・シフティング）をフェアユースであると認めたSony事件連邦最高裁判決においてである。

同事件は、家庭用録画ビデオデッキ（ベータマックス）を販売するSonyが購入者によるテレビ録画（著作権の直接侵害行為）を幫助するものだとして、Universal（映画会社）が寄与侵害等を理由にSonyを提訴した事案である。

第9巡回区控訴裁判所はUniversalの主張を認めたが、連邦最高裁は5対4の僅差で購入者によるテレビ番組の録画をフェアユースと判断しSonyの寄与侵害を否定した。同判決における107条の各要素の判断は以下のとおりである。

- ・第1要素：購入者のテレビ番組の録画は非商業目的である（フェアユース肯定（○））。
- ・第2要素：テレビ番組（放送波で無償で提供されていることが考慮され、フェアユースを否定するものとは評価されていない（△））。
- ・第3要素：番組全部（同上（△））。
- ・第4要素：タイムシフトにより人々がテレビ番組を視聴する機会が増えることは公益に資するものと評価する一方、テレビ番組をオンタイムで見る視聴者の数が減少するというUniversalの主張は推測に過ぎないとして、潜在的市場に対する経済的な悪影響は立証されていないと判断（フェアユース肯定（○））。

日本（著作権法30条）とは異なり、家庭内における著作物の複製を認める個別的制限規定がない米国で、Sony判決は購入者のビデオ録画をフェアユースと認めた画期的な判決であったが、それにとどまらず同判決には重要な判示が含まれていた。それは第1要素の判断である。同判決は、上記の第1要素について評価する際、「もしもベータマックスが商業目的又は営利目的で利用されていたとすれば、そのような利用はアンフェアと推定されるだろう」<sup>7)</sup>と述べた。Sony判決では、個人の録画は非営利目的であるとされたため、この判示は結論を導く上で必要ではなかったが、最高裁はあえて判断を示した。この判断がきっかけとなり、利用行為が営利目的を有している場合には、他の要素（特に

第4要素）の判断をさて置き、アンフェアとの推定が働くという判断枠組が生まれた。

さらに、利用行為の営利性の有無がフェアユースの成否を決定づけることになったのは、1984年のHarper & Row事件連邦最高裁判決である。

## (2) Harper & Row判決<sup>8)</sup>

Harper & Row社が出版を予定していた、フォード元大統領の未発表の回顧録をNation誌が入手し、自社のスクープ記事として一部を無断で紙面に掲載した。Harper & Row社は、Nation誌の掲載によって、回顧録の発表前にその一部を掲載する許諾を与えていたTime誌から契約を解除され、Time誌から得られるはずであったライセンス料相当額の損害を受けたとしてNation誌を提訴した。Nation誌は、公人である元大統領の未発表手稿のニュース価値を重視し、表現の自由・報道の自由の価値に鑑み、無許諾の発行はフェアユースであると主張した。

第1審では著作権侵害であると判断されたが、第2巡回区控訴裁判所（多数意見）は、Nation誌の利用を報道目的と解した上、利用された著作物が歴史的事実に関する叙述で、著作権の保護の対象ではない「事実」が多いこと、元の原稿が2,250 wordsなのに対してNation誌の記事が300 wordsであり、市場への影響も小さいことなどを理由として、フェアユースであると判断した。

しかし、連邦最高裁はこの判断を破棄し、Nation誌による著作権侵害を肯定した。同判決における各要素の評価は以下のとおりである。

- ・第1要素：当該出版は営利目的であるとした（フェアユースに否定的（×））。さらに、当該回顧録が間もなく発刊されることを知って先んじて発表したことを、誠実な態度（good faith）ではないとしてフェアユースを否定する方向に斟酌している。

- ・第2要素：未発表の作品であることはフェアユースを否定する方向に決定的な要素とした（×）。
- ・第3要素：Nation誌が回顧録の中から非常に重要な部分をそのまま利用していることを重視し、物理的な量が限定的であるとしても、フェアユースに否定的な評価をした（×）。
- ・第4要素：Nation誌が利用した「フォード元大統領の語りそのもの」は、Harper & Row社がまさにTimes誌に利用許諾していた部分であり、市場において競合するものとして、フェアユースに否定的な評価をした（×）。

法廷意見は、潜在的な市場に対する悪影響という第4要素が、全ての要素の中で「唯一のもっとも重要なフェアユースの要素であることは疑いがない」と述べ、さらに、「フェアユースは、適切に適用されるなら、原著作物の市場を実質的に損なわないような他者の複製行為に限定される」、「さらに重要なことは、フェアユースを否定する際に必要とされるのは、問題とされる利用が広がったと仮定したら、当該著作物の潜在的な市場に悪影響を及ぼすだろうと言えることを示すことだけである」と言及した。

二つの重要な連邦最高裁の判断により、①営利目的の利用についてはフェアユースではないことが推定され、②第4要素がもっとも重要な要素で、かつ反復的な利用行為が権利者に潜在的な悪影響を与えるとさえいえばフェアユースが否定される、第4要素（著作権者への経済的な影響）を中心に据えたフェアユースの判断枠組みが確立した。

### 3. 2 第4要素と「市場の失敗論」

上記判例に見られる第4要素重視の解釈の背景には、フェアユースを「市場の失敗」を治癒するものとする考えがある。著作物の利用は市場に任せられるべきであり、経済的な影響が何らかの形で著作権者に及ぶ場合には、原則とし

て、その利用の可否は市場における自由な契約に委ねられ、フェアユースが成立しないとする考え方である。

要するに、「市場の失敗」論とは、市場が上手く機能しない場合に限り、フェアユースとして著作物の無許諾・無償の利用を正当化する理論である。この市場の失敗論は、Wendy Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural Analysis of the Betamax Case and its Predecessors<sup>9)</sup>にその起源がある。事実、第4要素が最も重要だとしたHarper & Row判決の多数意見では同論文が引用されている。

市場の失敗論によれば、①利用許諾のために要する極めて高い取引コストが著作権の利用許諾に克服できない障害を生むこと、そして②当該利用をフェアユースとして認めることにより著作権者に対して引き起こされる害悪を上回るはっきりとした公共の利益があることを証明する責任を被告が果たした場合に限り、フェアユースが認められる<sup>10)</sup>。

こうした理論に支えられて、第4要素を重視する最高裁によるフェアユースの解釈に、多くの下級審裁判例が従うことになった<sup>11)</sup>。

### 3. 3 Campbell判決における変容的利用法理の採用

しかし1990年代に入り、こうした第4要素重視の傾向を覆す判決が生まれた。プリティーマン事件としても知られる、Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.事件である。

#### (1) 事案の概要

本件は、ラップ歌手2 Live Crewがロックバラード「Oh Pretty Woman」の楽曲・歌詞を利用して、原曲の内容をパロディ化するラップ音楽を作曲したことに起因する。2 Live Crewは、パロディ化にあたり著作権者に事前に曲と録音を送付し、利用許諾料を支払うことを申し

出て交渉を行ったが、最終的にライセンスを受けることを断念した経緯があった。本件では、パロディ作品は販売され、明らかに営利目的に基づくものであったため、第4要素を重視するフェアユース理論からすれば、フェアユースが否定されても不思議ではなかった。

## (2) 法廷意見

Campbell判決は、それまでのフェアユース判断とは異なる判断枠組みを提示した。すなわち、当該利用行為が営利性を有しているからアンフェアであると推定するSony判決と第4要素が一番重要であるとしたHarper & Row判決には従わず、判断の中心を第4要素から第1要素へと移行させた。その結果、それまでの判断枠組み（営利目的利用＝アンフェア）に従った第6巡回区控訴裁判所がフェアユースを否定した判断を破棄し、審理を差し戻した。

すなわち連邦最高裁は、「(フェアユースの) 中心的な目的は、…新しい作品が単に元の創作の『目的物に取って代わる』だけのものなのか否か、そうではなく新たな目的又は異なる性質を持った何か新しいものを付加し、新しい表現、意味、又はメッセージによって先行作品（原作品）を変容させるものか否かを判断することである。それは換言すると、新しい作品が『変容的』(transformative) であるか否かとその程度を問うている」<sup>12)</sup>と判断した。そして「新しい作品が変容的であればあるほど、フェアユースの判断に否定的に働く可能性のある商業性のような他の要素の重要性は低下する」<sup>13)</sup>との見解を示した。

さらに同判決が、パロディの持つ原作品に対する痛烈な批判の力ゆえに原作品の市場を浸食する可能性を認識しつつ、そのような害悪は第4要素においてフェアユースに否定的に評価される悪影響ではないとしたことは注目すべきである。

連邦最高裁は、フェアユースが否定される第4要素における経済的な悪影響とは、原著物の二次的著作物たるラップ音楽に「代替する」性格のものに限られ、変容的な利用（パロディ）の持つ批判的効果ゆえの悪影響（売上減少）は許容する姿勢を明らかにしたのである。

## (3) Leval論文の影響

Campbell判決におけるフェアユースの解釈は、それ以前の連邦最高裁判決とは大きくその枠組みが違う。その転換に大きな影響を与えたのが、現在第2巡回区控訴裁判所裁判官であるPierre Leval（2015年10月、Google Books事件控訴審判決<sup>14)</sup>を書いた裁判官でもある）が1990年に書いた論文<sup>15)</sup>である。

Levalはその論文において、同論文以前のフェアユース判断の多くが個々の事案における担当裁判官の直感的なものであると批判し、著作権法の目的に立ち戻り、フェアユース分析における中心的な問いは被告の利用が「変容的」か否かであるとした。Levalは言う。「(フェアユースが) 正当化されるか否かの問いに対する答えは、問題とされる利用が変容的か否か、どの程度変容的か、にある。利用は生産的なものでなくてはならず、原著物とは異なる態様又は目的で当該著作物を取り込まなければならない。原著物を単に再包装又は再発行した利用は、この(変容)テストをパスしないだろう。そのような利用は、Story判事の言葉を借りれば、原著物に「代替する」ものである。他方、二次的な利用が原著物に価値を付加するものであれば—もし、取り込まれる対象が生素材として用いられ、それが変容して、新しい情報、新しい美感、新しい洞察・理解が創作されるのであれば—それこそが、フェアユース法理が社会の豊かさのために守ろうとする活動である」<sup>16)</sup>と。

Campbell判決はLeval論文を複数個所で引用

し、前出の規範も同論文とほぼ同じ内容であり、強い影響を受けた結果であることが明白である。

## 4. 変容的利用法理の定着

### 4. 1 Campbell判決後の裁判例の動向<sup>17)</sup>

1995年にCampbell判決が打ちたてた新たな基準は、最高裁の判示であったにもかかわらず、それまでの第4要素を重視するSony判決・Harper & Row判決の強い影響に加え、Campbell判決がSony判決・Harper & Row判決を明示的に否定しなかったため、下級審に浸透するには時間は要した。これは、Neil Netanelの実証的な研究（表1）に基づく評価である<sup>18)</sup>。

Netanelによれば、「2005年以降、変容的利用パラダイムがフェアユースの判例法を支配する<sup>19)</sup>ようになり、市場中心パラダイム（筆者注、第4要素を重視する判断枠組）は、ほとんど歴史の一頁へと後退した。今日、フェアユースについての裁判所の判断にとって鍵となる問いは、（仮に許諾を求められたならば）著作権者が合理的に利用に同意したか否かではなく、当該著作物が創作された表現目的と異なる目的で被告が著作物を利用したか否かである<sup>20)</sup>。「当該利用が変容的（利用）目的である場合、問われるべきは被告がその目的のために合理的な範囲を超えて複製したか否か<sup>21)</sup>である。そして、利用が変容的であり、被告が変容的（利用）目的に照らして過度に複製していない場合、当該利用

はフェアユースと認められる可能性が高い」。

### 4. 2 変容的利用法理に対する批判<sup>24)</sup>

#### (1) 適用範囲が不当に拡大し、第4要素を形骸化させているという批判<sup>25), 26)</sup>

近時、圧倒的に支配的な傾向になっている変容的利用法理に対しては批判もある。前述のごとく、変容性及び変容目的に必要な（量的）範囲での利用であると認められると、フェアユースが肯定されるのが現在の変容的利用法理だが、パロディ事案であったCampbell判決の射程を超えて、同法理が独り歩きし不当に拡大しているとの批判である。その代表的論者の一人、Jane Ginsburg<sup>27)</sup>は、Carious判決<sup>28)</sup>が「二次的な利用が変容的であればあるほど、変容した著作物の利用が原著作物の市場に多大な損害を与え、又は破壊してしまうとしても、原著作物を代替する利用であるとは評価されにくくなる」としたことを紹介し、Carious判決のような判示は、法文上四つの要素の評価を一要素にすぎない変容性の議論の延長上に置き、結果的にその他の要素の比重を低下させているとし、「利用の『変容的』な性格がその他の全ての要素を一掃し、フェアユース法理の裁判所による適用は、法文から外れるだけでなく、『変容性』は裁判官の目にどう見えるか次第になるので、以前よりも、フェアユースをはっきりしない予測不可能なものとしている」と批判する<sup>29), 30)</sup>。

また原著作物の市場と競合しないとしても、

表1 破棄されなかった地方裁判所の仮差止、非陪審審理、両当事者による事実審理省略判決の申立てにおける変容的利用法理の状況<sup>22), 23)</sup>

	1995 -2000	2001 -2005	2006 -2010
裁判所が変容性を検討する割合	70.45%	77.27%	95.83%
利用が変容的であると認定する割合	22.72%	31.81%	50.00%
裁判所が変容性を検討した場合に被告が勝訴する割合	32.14%	47.06%	60.87%
裁判所が利用は変容的であると判断した場合に被告が勝訴する割合	88.89%	100%	100%
全体的な被告の勝訴率	22.73%	40.91%	58.33%

変容後の著作物が潜在的な二次的著作物の市場で競合し得ることを裁判所が見落とす可能性に対する懸念も指摘される。例えばGinsburgは、変容的利用としてフェアユースを認めたHathiTrust事件の第2巡回区控訴裁判所が、書籍の全文検索を可能にするGoogle Booksの目的が書籍の目的とは異なり変容していることを認定し、書籍の市場と代替しないと結論づけた結果、Google Booksに対して著作者がライセンスする機会を喪失したという損害の主張をあっさり退けていることを指摘し、変容性肯定から第4要素の害悪なしとの結論へと直結する傾向を批判する<sup>31)</sup>。

これに対しLevalは、仮にそのような批判にさらされるような判断を下級審が行っているのであれば、それは下級審のCampbell判決の誤った解釈又は当事者の誤った主張によるものであって、Campbell判決への批判にはならないと反論している<sup>32)</sup>。Levalによれば、Campbell判決は第1要素を重要な要素として目的の変容を強調するが、同時に第4要素における著作権者の利益を犠牲にするものではない。このことは、第4要素に関する、「二次的な利用が変容的である場合、少なくとも原著作物の市場代替物と確かに言えるものではなく、市場への害悪は簡単には推認されない。実際のところ、純粋で簡単なパロディについては新たな作品が第4要素の下で認識される形で、つまり原著作物に代替する形で、原著作物の市場に影響を与えることはほとんどないだろう」との同判決の慎重な判示からも明らかであるとLevalは反論する。また、二次的著作物と変容後の著作物が市場において競合しないかという点について検討を要することをCampbell判決も認識していたからこそ、「ラップ音楽」という二次的著作物の市場に対する影響の審理が不十分であるとして、審理を差し戻したと指摘する。

確かに、変容的利用法理の採用ということで

注目される判決であるが、同判決は、第4要素に関し、「ラップ音楽という二次的著作物の市場に焦点を当てることは正しい問いである(Harper & Row判決を引用)。二次的著作物の利用許諾は、原著作物の創作に対する重要な経済的インセンティブを与えるものであるから、二次的著作物の市場に対する実質的な悪影響の証拠があれば、フェアユースに否定的に評価されることになろう(「著作権者は二次的著作物に対する権利を有する」と定める著作権法106条2項を引用)。もちろん、私達が注目する『二次的著作物への悪影響』は、上記に論述したとおり市場代替物となるという悪影響に限られる」と、慎重に認定している。Levalの反論は正当であろう。

## (2) 予測可能性についての批判

変容的利用法理は、どのような場合に変容したと評価できるのかが不明確であるとの批判がある。Levalは、はっきりとした明示的な線引きができるなら望ましいだろうが、実際に複雑な事実関係に単純な基準を適用すると、かえって不都合な結論ともなり得るため、変容的利用法理が内包する不明確さは許容できる範囲のものであり、明確な基準が必ずしもよいものではないという。

また、Leval自身の裁判官としての感触としても、予測可能性が低いとの批判は当たらず、逆にほとんどのケースは合理的に予測可能な結論に至っているという。

この点は、Levalが指摘するように、近時のフェアユース判例を検討しても、予測不可能で全く驚くような結論が出ているという事実はないように思われる。少なくとも現時点で、予測できないような不当な結論となったフェアユース裁判例というものが具体的に指摘されていないことは銘記されてもよいだろう<sup>33)</sup>。

## 5. 日本への一般的権利制限導入

### 5.1 フェアユースに対する批判

#### (1) 予測可能性

フェアユースに関して、米国において長く指摘されているのは、フェアユースは予測可能性が低いという批判である。これは、以前日本での導入が議論された際に日本の権利者団体からも指摘された問題点でもある<sup>34)</sup>。しかし、近年米国において、フェアユースが合理的に予測可能なものであるとの実証的な研究がすでに複数発表されている<sup>35)、36)</sup>。また、民間においてフェアユースの実践基準が設けられて運用されるなど、一定の規範作りのための努力が行われている<sup>37)、38)</sup>。この点は、日本でもガイドライン等の運用がすでに見られる領域もあり、フェアユースの運用についても同様の対応で、一定の予測可能性を担保することは可能であろう<sup>39)</sup>。

フェアユース規定が有する「裁判所による法創造機能」を積極的に評価する以上、ある程度の不明確さはやむを得ず、その不明確さと引き換えに、制度導入によるメリットがどの程度あるのか、という利益考量的問題のように思われる。そもそも、応用美術の保護範囲<sup>40)</sup>、翻案の成立範囲<sup>41)</sup>、引用の成立範囲<sup>42)</sup>など、現行著作権法下でも予測可能性が高いとは言えない領域は存在しており<sup>43)</sup>、予測可能性の点は決定的な理由とは言えない<sup>44)</sup>。

#### (2) 大陸法系と英米法系の相違

また、フェアユースはコモンローの国である米国の特有の文化の中で育まれてきたもので、大陸法系の日本にはなじまないとの批判もある。この点については、大陸法と英米法の違いを著作権法についてのみ強調する根拠が乏しいように思われる。他の法領域では一般条項がすでに存在しているし、大陸法よりも英米法の影

響が強い法領域もある。憲法や刑事訴訟法などは分かりやすい好例であろう。憲法も刑事訴訟法も明らかに米国法の強い影響のもとで作られたものであるが、制定後、わが国の社会・文化を背景に日本的特色を持った法になっている。

フェアユース規定は裁判官による法創造機能を認めるもので、担い手である裁判官がどのように扱うかに大きく依拠する面が強く、米国と同じように機能しない可能性もある。例えば、仮に我が国に107条と同じ規定があると仮定して、Google Books事件のような事案において、日本の裁判官がフェアユースと判断するかは微妙かもしれない。しかし、法体系の違いは、他の法領域の実際と比較しても克服できない問題ではない<sup>45)、46)</sup>。むしろ運用・実務において日本的特色が出ることは歓迎すべきことでもあろう。

なお、フェアユースのような一般条項を日本の裁判官は運用することができないとの懸念もあるかもしれないが、後述する引用規定（著作権法32条）の弾力的な解釈を見ても、それも杞憂にすぎないように思われる。

### 5.2 一般的権利制限規定の必要性

技術が急速に変化する時代においては、個別的な権利制限規定に比べ、一般的な権利制限はより柔軟に時代のニーズに対応することができる。我が国において、検索エンジンの合法化（個別的権利制限規定の創設）に10年以上の時間を要したことは記憶に新しい。

また、GoogleがGoogle Booksのサービス提供の蔵書全文スキャン（複製）を米国でのみ行ったのは、米国に著作権法107条があったからである。実際に、現時点で米国ではGoogleの行為はフェアユースとして許容され、日本では行えない無許諾全文スキャン行為及び検索に対するスニペット表示（ページの一部のみを表示）というサービスの提供が可能になっている。

近時、全米のテレビ放送・ラジオ放送番組の

全録画・データベース化・検索サービスを提供するTVEyes<sup>47)</sup>という、日本では許諾なく行えないサービスも生まれているが、こうしたビジネスも107条の存在に依拠して開始される。

フェアユースは、米国における技術革新と著作権とのバランスを維持し、新しいビジネスを可能ならしめる役割を果たし、シリコンバレーの繁栄を法的な側面から援助したとの指摘もある<sup>48)</sup>。

一般的に、立法には時間を要する。迅速な対応が要求される場合に、裁判所における解決を優先させることが必要な場面もある。そこに日米の相違はないだろう。少なくとも今後、検索エンジンの時のように、合法という明確な根拠はないが、新たな技術によって提供されるサービスが登場しないとは限らない。そのような事態に対し立法が間に合わない場合に、裁判所が具体的な事件を通じて、その可否を判断できる道具を用意しておく必要がある。

米国ではGoogleが107条に依拠して開始したGoogle Booksサービスを巡る訴訟、その後の和解交渉を経て、その動向が社会的な関心事になった。その結果、その動きに呼応して著作権局が大量電子化をめぐる法制度の在り方について研究し、現在、拡張的集中許諾制度の採用を提案するに至るなど、フェアユース規定が立法事実（新たな制度の必要性）を掘り起こすという積極的な意義もある<sup>49)</sup>。なお、Harper & Row判決において、未発行の作品の利用が第2要素においてフェアユースに否定的な評価を受けたことは前述したが、同判決後「未発表であること」を理由にフェアユースを否定する下級審が続いたため、米議会は著作権法107条を改正し、未発行であること自体でフェアユースが否定されないことを明確にした。現在の107条に、「作品が未発行であるという事実それ自体は、フェアユースの認定を妨げないものとする」とあるのはそのためである。このように、個別事例の

集積をみて立法府が裁判所の判断を正す法改正をすることもあり得ると思われる。

### 5.3 一般的権利制限規定の許容性

#### (1) 美術鑑定書事件における知財高裁の判示

近時、日本の裁判所にフェアユースを運用することができる例証になっているように思われる裁判例が出た。知財高裁平成22年10月23日（美術鑑定書事件）判決<sup>50)</sup>、<sup>51)</sup>である。

本件は、東京美術鑑定倶楽部が、美術品の鑑定証書を作成する際、鑑定証書の裏面に鑑定対象の絵画の縮小カラーコピーを添付していた運用につき、当該縮小カラーコピーについて絵画の著作権侵害が問われた事件である。

知財高裁は、引用（著作権法32条）としてそのようなコピーの添付を認めた。引用の成否の判断基準に関する判示は、特に注目に値するものである。知財高裁は、「公表された著作物は、公正な慣行に合致し、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で引用して利用することができる」と規定されているところ（同法32条1項）、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、引用して利用する方法や態様が公正な慣行に合致したものであり、かつ、引用の目的との関係で正当な範囲内、すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要であり、著作権法の上記目的をも念頭に置くと、引用としての利用に当たるか否かの判断においては、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない。」と判示した。

知財高裁は、著作権法32条の要件である「公正な慣行」と「引用の目的に照らす正当な範囲」の2要件によって引用の成否を判断しているが、実際の基準として機能している要素は、①他人の著作物を利用する側の利用の目的、②そ

の方法や態様、③利用される著作物の種類や性質、④当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度である。

ここで知財高裁が挙げた四つの要件は、米国著作権法107条に列挙された要素と非常に類似している。知財高裁は、これらの要素を「公正な慣行」、「正当な目的」を判断する際の要素としたが、それは法文上全く明らかでない。にも関わらず、知財高裁はこれらの要素を自ら定立し、あてはめ、正当な結論を導いている。

フェアユース規定とほぼ同じといえる具体的な要素を裁判所が自ら定立し、あてはめていることから、仮にフェアユース規定のような規定が存在しても、日本の裁判所は十分運用していけることが窺えるように思われる。

## (2) 引用規定の拡張の限界

上記知財高裁判決以前より、引用規定をフェアユース規定の類似する規定として柔軟に運用することを提言する見解も有力に主張されている<sup>52)</sup>。一般的権利制限規定がないため、暫定的な対応としてはやむを得ないかもしれないが、そもそも著作権法32条には「公正な慣行」が要件として掲げられており、全く新たな利用形態については「慣行」が観念できない以上、32条ではその要請には対応できないというべきではないだろうか。あえて「公正な慣行」に合致することを要件として求めた立法者意思にも反するように思われる。

そして、仮にそのような場合には「公正な慣行」要件を緩和ないし無視してよいということになれば、「正当な目的の範囲か否か」という要件しか残らず、あまりに指針が少なすぎるように思われる。四つの要素に基づき権利制限を認めるフェアユース規定以上に大胆な規定ともなりかねない<sup>53)</sup>。

なるほど、本件の美術鑑定書における利用を適法とした結論については多数の支持を得られ

るように思われる。しかし、現行法32条が創設されたときに想定されていた「引用」ではないものにまで引用規定を拡張することは、裁判所の判断による適用範囲の拡張を意味する。筆者は、明文規定がなくても著作権法1条などを根拠に裁判所が権利制限を認めてよい場合があると考えているが、日本の著作権実務では、フェアユースは制定法上の根拠がないとして一般に否定されている<sup>54)</sup>。

そうであれば、本件に象徴されるように裁判所が柔軟に権利制限を認める必要性を正面から認め、その際に裁判所が何を基準に判断すべきかを国会が明確にし制定法上の根拠を与える方が、フェアユースを制定法上の根拠がないと否定する一方で、「正当な目的」の解釈の拡大を裁判所任せにするよりも、制定法として望ましい姿勢である。

## 6. おわりに

本稿は、TPPによる日本の著作権法の変容を契機として、著作物の円滑な利用のバランスを図るために一般的権利制限の導入を再考すべきと考えるものだが、導入に際しては、フェアユース規定を支える米国の司法制度や社会背景(EFF (Electronic Frontier Foundation), Public KnowledgeなどNPOの存在<sup>55)</sup>など)が日本とは大きく異なることについて十分に意識しなければならない。フェアユース判例法が米国で長い歴史を経て形成されてきたことを理由にフェアユース慎重論を唱える齊藤博教授の指摘は重要である。

まず米国には、法定損害賠償制度<sup>56)</sup>があり、著作権侵害の態様に応じて裁判官の裁量で賠償額を増減することができるだけでなく、判例上、フェアユースが微妙な差で否定されるような事例では裁判官の裁量で差止請求を制限し、ロイヤルティ相当額のみを損害として認容するということが可能であると解されている<sup>57)</sup>。そのよ

うな制度のバランスの中にフェアユースが位置づけられている。フェアユース導入においては、侵害に対する救済手段の彼我の相違も十分に意識する必要がある。

また、日米では裁判官の置かれた環境が大きく異なることにも目を向けるべきである。米国では、日本とは異なり、最高裁での口頭弁論で裁判官と代理人の間に実際に質疑がなされるだけでなく<sup>58)</sup>、裁判所が依拠した文献が、Leval論文のように判決に具体的に明示されることも稀なことではない。控訴審においてさえ反対・補足意見が付されるなど意見の多様性が確保されている。こうした制度によって、日本とは異なり、個別事件における一つの判断により、法規範の射程がある程度形成され、予測可能性を担保しているように思われる。

さらに、裁判官に対し重要な法律上の論点について在野の立場から意見を提出できるAmicus Brief (アミカスブリーフ)の制度がある。限られた当事者間で、一定の事実関係をもとに争われる個別事件において、アミカスブリーフは、裁判所に対し、当該事案に限られない他の利害関係や、さまざまな角度からの法律上の解釈論を含む、多様な情報・視点を提供することを可能にする。アミカスブリーフは、各業界団体のほか、前述したEFFなどのNPOや法学者が提出することが多い。司法省や著作権局など政府が意見書を提出することもある。より広い視野で裁判所が判断する環境が日本以上に整っていることは確かである。

以上のような法制度・法文化の中で裁判官が作り上げてきたものがフェアユース判例法であり、そのような背景を持たない日本<sup>59)</sup>が107条に似た条項を設けたとしても、それだけで直ちに同様の運用が行われることはないだろう。法制定後の運用は、フェアユース規定をめぐりどのような訴訟が起き、当事者がどのような主張をし、それに対して日本の裁判所がどのような

判断をするかにかかっている。日本社会がこの制度をどのように受容し、育んでいくかが試される。

TPP合意に基づく著作権法改正の議論が高まる中で、この論点が改めて検討され、一般的権利制限規定が導入されることを期待したい<sup>60)</sup>。

## 注 記

- 1) 文化庁文化審議会著作権分働会法制・基本問題小委員会第6回(2015年11月4日)配布資料2「TPP協定に定められている著作権法整備に関わる事項の概要について」
- 2) *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 349 (C.C.D. Mass. 1841)(No. 4,901). Story判事のこの判示は、Campbell判決においても引用されている。
- 3) 村井麻衣子「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 -」(知的財産法政策学研究第45号124頁以下)。同論文は現在も連載中であるが、本稿は同論文に多くの示唆を得ている。なお、フェアユースの起源は、さらに1710年の英国裁判例にまで遡るとの説もある。Matthew Sag, *The Pre-History of Fair Use*, 76 *Brook. L. Rev.* 1371 (2011)
- 4) Alan Latman, *Copyright Law Revision Studies*, Study No. 14 FAIR USE OF COPYRIGHTED WORKS (March 1958)
- 5) H.R. REP. NO. 94-1476, at 66 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5680. 107条の創設に関し、議会は、「現在のフェアユース法理を明確にするために言い換えたものであり、いかなる点においても、それを変更したり、狭めたり、拡張することを意図するものではない」とする。
- 6) *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)
- 7) Pierre N. Leval, *Fair Use in the Digital Age: Reflections on the Fair Use Doctrine in Copyright Law* (2015/11) <http://www.pijip.org/judgeleval/>は、このような判断は不要であったと批判する。
- 8) *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539 (1985)
- 9) Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure:*

- A Structural Analysis of the Betamax Case and its Predecessors, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982)
- 10) Gordonの市場の失敗論については、小泉直樹「アメリカ著作権制度－原理と政策」18頁以下（1996年、弘文堂）、村井麻衣子「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－」（知的財産法政策学研究第46号97頁以下）。
- 11) 例えば、American Geography Union v. Texaco, Inc. 60 F. 3d 913 (2d Cir. 1995)。企業内の研究者による（企業で購読されていた）雑誌の記事の複製行為についてフェアユースの成否が問われた事案において、第2巡回区控訴裁判所は、Texaco側のフェアユースの主張を否定した。個々の記事についての市場が存在せず、その利用が雑誌それ自体の売り上げにどれだけ不利益を及ぼすのか立証されなかったが、第2巡回区控訴裁判所は、第4要素において、CCC（コピーライトクリアランスセンター）で包括的なライセンスを受け、又は個々の記事の著作権者からライセンスを受けることが可能であり、無許諾利用を認めれば、そうしたライセンス収入が減少する可能性があることを第4要素における市場への悪影響と評価した。
- こうした考え方は、ある行為がフェアユースか否か（対価を支払う必要があるのか否か）を判断する以前に、一定の対価を支払う仕組が用意されている場合に、それに従わなければ経済的損失があるとして、当該行為の性質等を問わずフェアユースを否定するもので、市場が機能している以上フェアユースを認めない立場に親和性のある思考である。前掲注10) 村井、119頁以下で詳述されている。
- 12) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, at 579, Folsom v. Marsh, 9F. at. 342, 348 (C.C.D Mass.1841) (No.4,901)
- 13) Id.
- 14) Authors Guild., et al.,v. Google, Inc. (2d Cir. 2015)（グーグルによる大学図書館の書籍の全文スキャン・検索に対するスニペット表示の提供サービスについて、変容・フェアユースを肯定した下級審の判断を是認）
- 15) Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990)
- 16) Id, at 1112
- 17) 紙面の都合で具体的な内容については触れないが、変容的利用法理に基づき裁判所がフェアユースの成否を検討した事例を紹介する。Bill Graham Arch. v. Dorling Kindersley (2006)（被告書籍に原告のポスターのサムネイル画像を挿入した事例で、変容を肯定）、Blanch v. Koons (2006)（パロディではなく風刺的利用について変容を肯定）、Perfect10 v. Amazon (2007)（サムネイル画像について、変容を肯定）、Warner Brothers v. RDR Books A.V (2008)（ファンによるハリポッターレキシコン（事典）の制作について目的の変容は認めたが、原作から利用した量が変容目的に必要な範囲を超えているとしてフェアユースは否定）、Vanderhye v. iParadigms (2009)（学生のレポートの全文を複製・データベース化する盗作検知サービスについて、目的の変容・フェアユースを肯定）、Salinger v. Colting (2010)（「ライ麦畑でつかまえて」の続編の創作は批評的側面が少なく変容を否定）、The Authors Guild, Inc., et al., v. Hathitrust, et al., (2012)（グーグル及び大学図書館による書籍の全文スキャン・検索サービスについて、変容を肯定）など。
- 18) Neil W. Netanel, Making Sense of Fair Use, 15, Lewis & Clark Law Review 715 (2011), 全文翻訳として、石新智規＝井上乾介＝山本夕子「フェアユースを理解する」、知的財産法政策学研究43号（2013）、同44号（2014年）。
- 19) 但し、全てのフェアユースを変容的利用法理だけで説明しようとする立場が支配的なわけではない。例えば、Pamela Samuelson, Possible Futures of Fair Use, 90 Wash. L. Rev. 815, 855 (2015) は、変容的利用法理における変容性の強調により、変容がない利用についてフェアユースが認められにくくなる懸念を問題点として挙げ、変容のない形態のフェアユースを明確に位置付けることが必要であることを課題として指摘する。
- 20) 前掲注18), 知的財産法政策学研究44号172頁(2014)
- 21) 同上, 173頁
- 22) 同上, 155頁より抜粋。
- 23) 但し、Netanelは、被告勝訴率の上昇の一因として変容的利用法理を挙げるに留めている。前掲注20), 155頁
- 24) Pierre N. Leval, Campbell As Fair Use Blueprint?, 90 Wash. L. Rev. 597 (2015)
- 25) Jane C. Ginsburg, Letter from the US: Exclusive

- Rights, Exceptions, and Uncertain Compliance with International Norms – Part II (Fair Use), *Revue Internationale du Droit d’Auteur* (forthcoming Jan. 2015) (manuscript at 4-22)
- 26) 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～」コピライト629号14頁(2013)は、「最近transformativeという概念がどんどん拡大してきているような気がしています。Transformativeという概念が一種のマジックワードになって、何でも包含してしまっている」と指摘する。
- 27) Jane C. Ginsburg, *Fair Use for Free, or Permitted-But Paid?*, *Berkeley Technology Journal* Vol.29, Issue 3 (2014) Ginsburgは、フェアユースがオールオアナッシングである点を問題とし、二次利用について、後行者による新たな創作を伴う行為(パロディなど)と、創作を伴わない新しい形態での再配布(Google Booksなど)を区別し、後者について、許容されるが対価は支払われるべきとする。
- 28) *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694 (2d Cir. 2013) (フォトコラージュについて変容を肯定) なお、特にパロディについて考察した近時の論考として、福井健策=中川隆太郎「ビジネスにおけるパロディ利用の現在地」*知財管理*Vol. 64 No. 8 1167頁以下(2014)を参照。
- 29) 前掲注25), at 21
- 30) *Kienitz v. Sconnie Nation*, 766 F. 3d 756 (7th Cir. 2014) もGinsburgと同旨の批判。同判決は、パロディTシャツについてフェアユースと認められた下級審を是認したが、変容的利用法理に依拠している点を批判し、同法理が4要素を変容の有無という単一基準に変えてしまい、法文上の根拠を欠き、また、変容した結果と二次的著作物の境界が不明確で著作権者の権利を侵食すると指摘する。なお、Google Books事件の上告受理申立書15頁(2015年12月31日)は、この批判を理由の一つに援用している。上告受理の可能性は低いが、Campbell事件において最高裁が上告受理をしたときも驚きを持って受け止められた。Campbell判決から20年が経過し、現在の米連邦最高裁(Campbell判決時も最高裁判事だったのは、Scalia, Kennedy, Thomas, Ginsburg)が改めてフェアユースを取り上げるのか注目される。
- 31) 前掲注25), at 10-11
- 32) 前掲注25), at 605
- 33) William Patry, *How to Fix Copyright*, Oxford University Press, at 217 (2011) フェアユース規定の批判者が具体的に不当なケースを挙げず、裁判所によって勝手な制限が許容されるかのような主張をするのは、「アメリカの裁判所は狂っている」と主張するのとはほぼ同旨と皮肉る。また、フェアユースへの批判は、モラルパニック(ある時点の社会秩序への脅威とみなされた特定のグループに対して発せられる多数派グループから表出される激しい感情)であり、デジタル時代に著作権法を対応させることで既得権益を奪われる脅威に対する感情的反発の表れであるとすると(at 211-212)。
- 34) 社団法人日本文藝家協会ほか、「『権利制限の一般規定』導入に関する意見書」(2010年1月20日)は、「この規定が、国民一人ひとりにかかわってくる重要な問題であるにもかかわらず、予見可能性、法的安定性が乏しい」と指摘する。
- 35) 前掲注18)の他、Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham L. Rev.* 2537, 2537 (2009) Samuelsonは過去のフェアユース判例を分析し、それを政策目的群(policy cluster)と呼ぶ五つのカテゴリーに分け、同一の政策目的群において以前に出た裁判例の観点から分析すれば、その利用がフェアであると判断されるか否かを予見することは一般的に可能であると主張する。
- 36) Pamela Samuelson「著作権の例外と制限に対する原則に則ったアプローチ」高林龍+三村量一+上野達弘=編「年報知的財産法2015-2016」24頁(2015)、日本評論社
- 37) 民間作成のフェアユースプラクティスガイドライン(<http://www.cmsimpact.org/fair-use>)参照。
- 38) 米著作権局はフェアユース裁判例の事例検索が容易にできるインデックスをオンラインで提供している。
- 39) プロバイダー責任制限法ガイドライン、電子商取引及び情報財取引等に関する準則など参照。
- 40) 知財高裁平成27年4月14日平成26年(ネ)第10063号(Tripp Trapp事件)
- 41) 知財高裁平成24年(ネ)第10027号(釣りゲーム事件)
- 42) 東京高判平成11年(ネ)第4783号(脱ゴーマニズム宣言事件)、その他、時として、引用の成否の

- 判断が容易なものではないことについて、北村行夫＝雪丸真吾，引用・転載の実務と著作権法（第3版）176頁（2014）中央経済社も参照。
- 43) 平成23年1月文化審議会著作権分科会報告書48頁。権利制限の一般的な制限条項を検討した同報告書は，一般的な制限規定の必要な類型として3類型を挙げ，特に，著作物の表現を享受しない利用（C類型）として「著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして，当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用」を挙げる。射程を絞り込む苦心は理解されるべきだが，あまり具体的な要件を付加すると，一般条項がもつ柔軟性を阻害する。
- 44) 米著作権局は，「フェアユースが予測可能である，安定しているという論にまだ疑問の余地なしとしない」との見解を明確にしており，大量電子化を安定的にかつ広く可能にするために立法的な解決（拡大集中許諾制度）が必要であるとす。US Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization Report (2015), at 76. なお，著作権局の提案は，同制度がフェアユースの運用に影響しない旨の条項を設けることが含まれているにもかかわらず，パイロットプログラムに対するパブリックコメントでは，フェアユースとして許容される範囲が浸食されることへ強い懸念が表明されている（米著作権局HP）。
- 45) 梶山敬士「著作権論」77頁（2009）日本評論社フェアユース反対論の雄である齊藤博教授の「判例の積み重ねの中フェアユースの法理が帰納的に編み出され，その法理がさらに判例により練り上げられる手法は，制定法に重きを置く我が国のような法律思潮にはなじみ難いものであろう」（齊藤博「著作権法（第3版）」224頁（2003）有斐閣）との見解は，「一般条項がないから判例でフェアユースは認められない」，「判例の集積がないからフェアユースは認められない」という循環に陥ると批判する。その後，齊藤教授は，フェアユースの導入に反対するものの，一般的な権利制限の導入には賛成の立場を表明するに至った。齊藤博「著作権法概論」160-161頁（2014）勁草書房は，「このところの権利の制限をめぐる立法や訴訟を考えると，筆者としては，今，包括規定の可否を問われれば，その必要性を認め，肯定的な答えをせざるをえない」と述べる。
- 46) 北村行夫「原点から考えるオンライン出版」237頁（2012）太田出版は，「（フェアユースを）立法府中心の国家制度の設計をしている日本に持ち込むことは，木に竹を接ぐような結果になりかねないのではないか。その意味で，制度的，原理的な疑問があります。」と批判する。こうした制度観とは対照的に，司法を活用するという視点からフェアユース導入を提唱されるのが田村善之教授である。田村善之「デジタル時代の著作権法制度－法と政策－」知的財産法政策学研究23号22頁（2009）
- 47) Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc., 43 F. Supp. 3d 379 (S.D.N.Y. 2014). メディアモニタリングサービス提供事業者TVEyesは，1日24時間，週7日，1,400以上のテレビ・ラジオ局のコンテンツを全部複製し，利用者に対して，キーワード検索や日時検索に基づき，放送内容の文字情報，短いビデオクリップ等を提供する。但し，データベース内のデータは最長で放送後32日以上は保存されず，利用者のアクセスに時的制限がある。利用者は，ビデオクリップをTVEyesのサーバ内でパーソナルアーカイブを作ること（これにより32日経過後も視聴できる），自らのPC等へダウンロードすることに加え，クリップを編集することや第三者へ提供することが可能である。Fox Newsは，このサービスが著作権を侵害するとして訴訟を提起した。ニューヨーク連邦地方裁判所は，変容的利用法理に基づき，検索を可能にするために報道番組を複製すること，ビデオクリップ・スニペットを利用者に提供することをフェアユースと判断したが，その他の機能については，証拠が不十分であるとして判断を留保した。2015年8月25日，留保していた他のサービスに関し，アーカイブ化することは，検索・スニペット表示サービスと一体のものとしてフェアユースと認めたが，ダウンロード機能や日時で検索できる機能などについて，フェアユースではないと判断した（Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc., No. 13 Civ. 5315 (AKH) (S.D.N.Y. Aug. 25, 2015)）。
- 48) Fred von Lohmann, Fair Use as Innovative Polity, 23 Berkeley Tech. L.J. 829 (2008)
- 49) Peter S. Menell, Knowledge Accessibility and Preservation Policy for the Digital Age, 44

Huston. L. Rev. 1013, 1060 (2007) は、DVDが再生される際に、コンテンツの内容からヌード・暴力・罵倒などをスキップするフィルタリング機能を提供するClearPlayが、その合法性の確認を求めた確認訴訟を紹介する。訴訟係属中に、議会が2005年にFamily Movie Act of 2005を成立させた結果、ClearPlayは合法的なサービスであることが明確にされた。フェアユース規定に依拠した民間の新たなサービスの合法性が裁判所で争点として顕在化し、議会が積極的にその解決に踏み込んだ好例である。

50) 知財高裁平成22年(ネ)第10052号

51) 詳細な判例評釈として、平澤卓人「鑑定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第43号287頁(2013)。

52) 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号91頁以下(2000)、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』310頁以下(2003)法学書院、田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト554号13頁(2007年)。これに対し、「その他の目的」を厳格に捉える見解として、前掲注42)、北村=雪丸194頁及び前掲注45)、齊藤・概論130頁。

53) 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論」知的財産法政策学研究第44号54頁注62(2014)は、「少なくとも新たな利用形態の場合には、公正な要件の存在を要求すべきではないだろう。文言解釈としては、本要件は『公正な慣行』がかりにあればそれに合致することを要求しているだけである、と読めば足りる」と指摘する。

54) 東京高判平成6年10月27日判時1524号118頁

55) 野口祐子「著作権法分野におけるNPOの役割」著作権研究39号、98頁以下(2014)

56) 17 U.S. Code § 504(c)

57) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, at 578, footnote 10は、微妙な判断でフェアユースではないと判断されるようなケースでは、仮に侵害であるとしても、自動的な差止が妥当でない場合があることを指摘し、表現の自由への委縮効果に対し配慮している。

58) 例えば、Campbell事件の口頭弁論(1993年11月9日)でのやりとり及びRehnquist長官による判決言渡(1994年3月7日)は、以下のサイトで実際に聞くことができる。<<https://www.oyez.org/cases/1993/92-1292>>

59) 中山信弘「日本における著作権の制限規定と著作権法の理念」(前掲注36)高林=三村=上野32-33頁)は、「フェアユース規定を導入することは、我が国の著作権法に新風を送り込むということを意味する」と指摘する。

60) 岩倉正和「フェアユース規定導入の比較法的再検討-現状最新の世界各国法制の動向について-」中山信弘先生古稀記念論文集「はばたき-21世紀の知的財産法」608頁(2015)弘文堂は、各国制度を詳細に検討したうえ、「ひとり我が国においてアメリカ流の包括的フェアユース規定の導入の再検討を改めて行うことを拒否する理由はないのではないか」と主張する。

脱稿後、米連邦最高裁Antonin Scalia判事の訃報に接した。

(原稿受領日 2015年12月16日)