HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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 : 日本著作権法の制限規定への示唆 [全文の要約]
Author(s)	村井, 麻衣子
Citation	北海道大学. 博士(法学) 乙第6903号
Issue Date	2014-03-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/55410
Type	theses (doctoral - abstract of entire text)
Note	この博士論文全文の閲覧方法については、以下のサイトをご参照ください。
Note(URL)	https://www.lib.hokudai.ac.jp/dissertations/copy-guides/
File Information	Maiko_Murai_summary.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

博士（法学）　　村井 麻衣子

学 位 論 文 題 名

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
－日本著作権法の制限規定への示唆－

学 位 論 文 内 容 の 要 約

序

著作権法をめぐる環境は、複製技術やインターネットの発達により、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。米国著作権法には、著作権制限規定の一般条項であるフェア・ユースが存在し、日本でも、著作権法をとりまく環境の変化に対応すべく、いわゆる日本版フェア・ユースの導入が検討されたものの、平成 24 年著作権法改正においては実質的に個別規定の追加にとどまり、著作権制限の一般規定の導入は失敗に終わった。本論文では、米国著作権法のフェア・ユースに大きな影響を与えてきた二つの理論である、「変容的利用の理論」と「市場の失敗理論」をめぐる議論から示唆を得て、歴史的・技術的環境が変化するなかで、著作権制限の一般条項を欠く日本著作権法において、今後、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った。

第 1 部では、米国著作権法のフェア・ユースに関する議論を紹介した。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 3 章で市場の失敗理論をめぐるその後の動向を紹介したうえで、第 4 章では、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した。

第 2 部では、米国著作権法のフェア・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した。第 1 章において、いわゆる日本版フェア・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）への示唆を検討した。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。アメリカ著作権法 107 条は、批評、解説、ニュース報道、教育、研究または調査等を目的とする著作物のフェア・ユースは、著作権の侵害とならない旨を定め、著作物の利用がフェア・ユースとなるか否かを判断する際に考慮すべき要素として、(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、(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を挙げている（17 U.S.C. § 107)。

フェア・ユースはケース・バイ・ケースの判断がなされるため、その不明確性や予測可能性の低さに対し批判がなされてきた。これに対し、フェア・ユースに規範性を見いだし、予測可能性を高めようと試みるフェア・ユース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が、Gordon の「市場の失敗理論」であり、もう一つが、Leval 判事による「変容的利用（transformative use）の理論」である。

第 2 章　市場の失敗理論

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

Gordon によるフェア・ユースの市場の失敗理論の提唱後、この理論を採用したと評価される Texaco 判決が現れた。Texaco 判決は、市場を通じてのライセンス購入を可能とする複製許諾システムが用意されている限り、許諾のない複製行為は、著作権者へのライセンス収入の損害を発生させるとし、結論としてフェア・ユースを否定した（American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913（2nd Cir. 1994)）。

第 3 章　変容的利用の理論

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 は、著作権法の目的を創作へのインセンティヴを付与することであるととらえたうえで、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ている。著作権法がインセンティヴ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ている。したがって、変容的利用を考慮要素とする第一の要素（利用の目的と性質）を重視するとともに、他の要素においても変容的利用への配慮がなされるべきことを示唆している（Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105（1990））。

この Leval の見解は、後に、パロディという変容的な利用であることを重視し、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 Campbell 事件最高裁判決に大きな影響を与えたとされる（Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 464 U.S. 569, 114 S.Ct. 1164（1994））。

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、市場の成立を理由にフェア・ユースの成立を否定するという形で採用されたとされる。しかし、この Texaco 判決に対し、Loren は、研究・教育目的のような外部性を有する利用については依然として市場の失敗が存在すると指摘し、市場の失敗理論を支持しつつも、判決は理論を誤って適用したと批判して、外部性による市場の失敗を強調する「市場の失敗理論の再定義」を試みている（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））。

さらに Gordon 自身、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、市場の失敗理論にフェア・ユースを肯定する機能があることを強調し、それを明確にするために、取引費用が減じたとしてもフェア・ユースを否定するべきではない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、非金銭的利益の重視、あるいは、著作権者の利益だけでなく利用者の利益を重視するという Gordon の立場の変化をみることができる（Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, THE COMMODIFICATION OF INFORMATION 149（Neil Netanel & Niva Elkin-Koren eds., 2002）; Wency J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L. REV. 1533（1933））。

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－

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。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示唆した（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）「合衆国著作権法

フェアユース判決（1985-2005 年）の実証的研究(1)、(2)」知的財産法政策学研究 21 号（2008 年）117-169 頁、22 号（2009 年）163-199 頁))。これに対し、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 判決以来、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 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（Neil Weinstock Netanel, *Making Sense Of Fair Use,* 15 LEWIS & CLARK L. Rev. 715（2011）（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)」知的財産法政策学研究 43 号（2013 年）1-44 頁、44 号掲載予定))。

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全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。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、人間の行動の自由といった非金銭的価値を重視する議論が示唆的である。

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

日本著作権法には、フェア・ユースのような権利制限の一般条項は存在してこなかったが、近年、著作権制度をめぐる環境の変化に柔軟に対応し、著作物の利用の円滑化を図る必要があるとして、権利制限の一般規定の導入への検討が開始された。しかし、平成 24 年改正は、実質的に権利制限の個別規定の追加にとどまり、日本版フェア・ユースの導入は失敗に終わったとされる。

規範の形式に関するルールとスタンダードの観点からは、フェア・ユースのような権利制限の一般規定に対し、立法のゆがみを是正する機能が期待されるところ、日本版フェア・ユースの導入が失敗した現状においては、日本版フェア・ユースによる解決が目指されていた「著作権制度をめぐる環境の変化への柔軟な対応」、「著作物の利用の円滑化」といった課題にどのように対応していくかが当面の課題となる。

第 2 章　引用　－変容的利用の理論からの示唆－

まず、フェア・ユースの変容的利用の理論から、日本著作権法における引用（32 条）への示唆を検討した。32 条の引用は、比較的抽象的な文言が用いられている規定であり、柔軟な解釈の余地がある。特に、近時出された美術鑑定書事件知財高裁判決（知財高判平成 22 年 10 月 13 日判時 2092 号 135 頁）は、美術鑑定書に絵画のカラーコピーを添付する行為について引用の成立を認めており、引用規定の柔軟な解釈を可能とするとともに、米国における変容的利用の理論と同様に、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許容した判決として注目される。日本版フェア・ユースの導入が失敗に終わった現在においては、引用規定の柔軟な解釈により、司法による立法のバイアスの矯正が行われることが期待される。

第 3 章　私的複製　－市場の失敗理論からの示唆－

フェア・ユースの市場の失敗理論をめぐる議論からは、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が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、企業内複製や業者により提供されるサービスを介した著作物利用を含め、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られる。

一方で、創作のインセンティヴ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。その方法としては、技術や契約による個別の利用段階での課金という方策も考えられるものの、課金による抑止効果に鑑みると、著作物利用を行うための機器・媒体やシステム提供といった、著作物利用の前段階において課金を行い､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が注目される。

結びに代えて

以上のように、本論文では、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、歴史的・技術的環境が変化するなかで、フェア・ユースのような著作権制限の一般条項を欠く日本著作権法の課題にいかに対応すべきかという問題意識のもと、引用や私的複製に関する解釈論・立法論の望ましい方向性を検討した。

しかしながら、著作権の制限規定の柔軟な解釈という手法には、限界があることも指摘されているとともに、特に立法論に関しては、著作権法の変革への現実的な課題として、立法のバイアスの問題が存在する。ただ、この点については、近時、立法のバイアスへの問題意識が高まっていることや、表現の自由などの著作権法と憲法との交錯領域の研究がなされるようになっていることから、今後、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、制度の改革が実現することが期待される。