HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日本版フェア・ユース導入の意義と限界
Author(s)	田村, 善之
Citation	知的財産法政策学研究, 32, 1-44
Issue Date	2010-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45705
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ32_001.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

巻頭論文

日本版フェア・ユース導入の意義と限界

田　村　善　之

Ⅰ　序

近時、日本では著作権法の条文の中に、著作権を一般的に制限する条項を導入するか否かということが争点となっています。

しかし、このいわゆる日本版フェア・ユース[1]に向けた立法への動きは決して楽観視できるようなものではなく、先般、公表された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」[2]著作権審議会のフェア・ユースに関する委員会の報告は、A類型として付随的利用[3]（ex. 写り込み）、B類型として著作物の利用の達成に合理的に必要となる利用[4]（ex. 1　漫画のキャラクターの商品化の企画段階における企画書等において著作権者に商品化の許諾を求めに行くか否かを決定す

---

[1] 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討－日本版フェア・ユースの可能性－」コピライト560号（2007年）。

[2] 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」http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_05/pdf/sanko_ver02.pdf.

[3]「Aの類型」:「その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」と定義されている（文化審議会/前掲注(2)17〜18頁）。

[4]「Bの類型」:「適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」であり、「（ⅰ）著作権者の許諾に基づく利用」、「（ⅱ）個別権利制限規定に基づく利用」に分かれるとされている（文化審議会/前掲注(2)19頁）。

るための複製、ex. 2　著作権の制限の対象となる非営利演奏の際に、複数枚の CD を入れ換える煩雑さを回避するために複数の CD から 1 枚の CD に楽曲を編集してまとめるための複製)、C類型として研究開発等の分野や情報の複製や送信等を不可避的に伴う情報ネットワーク産業の分野等、技術的に不可避的な複製であって著作物の表現の享受を目的としていない利用[5]という 3 つの類型を掲げるに止まります。これらの類型を用いて、現実に世の中で日々生起している日常的な些細な利用 (ex. ファックス、メール、出張時の携帯用の文書の複写 etc.)[6]を包含することには相当の困難が伴います。創作的な利用のための利用についても技術的に不可避ではないものが落ちるほか (ex. パロディ)、リバース・エンジニアリングに伴う複製ですらC類型に入るのか否かについて消極的な態度を委員会の議論から看取することができます[7]。他方で、かかる限定が付された条項を、著作権の制限の一般的な条項と称することはできないのではないか、という意見も聴こえてきます。

そこで、本報告では、この問題に関する分析の視角を得るために、近時の著作権法の動向を紹介したうえで、いかなる場合に著作権が制限されると考えるのか、個別条項ではなく一般条項（フェア・ユース）で処理すべき場合はいかなる場合か、ということを明らかにしていこうと思います。そして、最後にかりにフェア・ユースが導入されたとしても、解決が困難な課題があることを指摘して結びに代えることにいたします。

[5]「Cの類型」:「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」。具体例として、「研究開発の過程で複製等が不可欠な各種の技術開発行為や、特にネットワーク上で複製等を不可避的に伴う情報ネットワーク産業におけるサービス開発・提供行為等」が掲げられている（文化審議会/前掲注(2)20〜21頁)。

[6] このうち、中間まとめでは、わずかに「企業内での出版物等の複製のうち、複製対象の著作物の複製物を適法に取得・所持している場合における極めて少部数の複製」について著作権の制限を検討すべきであるという意見があった、と記すに止まる（文化審議会/前掲注(2)24頁)。

[7]「第31回文化審議会著作権分科会における主な議論の概要」http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_06/pdf/shiryo_1.pdf.

Ⅱ　日本の著作権法の動向

1．日本の著作権法の特徴

日本の著作権法の特徴としましては、まず、著作権によって規制される行為が、著作権の範囲として細かく規定されている点が挙げられます。

もともとこれは TRIPS 協定を順守しているものですが、さらにインターネット関係に関しては、1996年に成立した WIPO 著作権条約、および WIPO 著作隣接権条約（２つ合わせて WIPO インターネット条約と呼ばれる）に対応するものです。著作権の権利範囲は、この WIPO のインターネット条約に対応するものとして規定されています。

他方で、著作権の制限規定も、権利範囲以上に細かく規定されているところが特徴的です。細かくなっている理由の一端は、著作権制限規定に関して米国のフェア・ユースのような著作権を一般的に制限する条項がないため、さまざまな立法対応を迫られているというところにあります。そのような中で、相対的には一般的に著作権を制限する条項として、後でご紹介する引用（32条１項）や、私的複製（30条１項）があるに止まります。

個別の制限規定はかなり細かく規定されているとは言いましても、日常生活において我々一般人がまさか著作権は及ばないだろうと通常は考えるようなところに関して、これらを非侵害にする規定がありません。

たとえば、私的複製を制限する規定として30条がありますが、一般的な解釈では企業内複製は同条に該当する私的複製に当たらないと言われています。そのような中で、ファックス、インターネットのウェブサイトにあるものをメールに貼り付けるといった、日常的に頻繁に行われている行為に対して著作権を制限する条文がありません。

確かにインターネットのウェブサイトに関しては、通常、さまざまな形である程度利用されることについて、ウェブに載せた人が黙示の許諾をしていると見ることができます。けれども、中には権利者の許諾を得ていない侵害の著作物などもインターネット上にアップされているため、そのようなものをコピー＆ペーストするときにはどうなるか分かりません。また、ネットに出ているわけではないメールに関するコピー＆ペーストなども、条文通りであれば侵害になってしまいますが、これはかなり一般の感覚と

ずれているのではないかと思います。

すなわち、ここに挙げたいくつかの例のように、現実の条文上の著作権法と、一般に想定されている著作権法の間には、かなりの乖離があるということを指摘することができるかと思います[8]。

そうは言っても立法の方も手をこまねいているわけではありません。1990年代にTRIPS協定やWIPOインターネット条約に対応するために著作権法のさまざまな立法が行われて以降、特に最近では、むしろ権利の制限規定に目が向けられています。フェア・ユースを導入するか否かという議論も高まっていることを受けて、制限規定の方にもいろいろな拡充がなされているところです。

２．近時の法改正

(1) 著作権を強化する方向の改正

そのような中での近時の法改正の特徴としては、権利範囲を強化する方向の改正よりは、むしろ今まであった制限の一部を取り外すという形での改正が注目されるところです。実際どの程度ビジネスに影響があるかはともかくとして、日常生活に形式的には大きな影響があるものとしては、昨年の法改正を挙げることができるかと思います。

それは、インターネットから著作権を侵害して公衆送信されているコンテンツを悪意で、すなわち侵害になることを知って録音・録画する行為に関しては、それが私的使用目的であったとしても、それがゆえに著作権が制限されることはないとする改正です（2009年改正30条１項３号）。ダウンロードとは、具体的には複製一般ではなく、録音・録画ですから、文書の複製に関しては、まだ今後の検討課題とされています。ともあれ、録音・録画という形でのダウンロードに関して、従来、私的使用目的である場合には、放任されていたわけですけれども、この2009年の改正で、このような条件が備わった場合には、著作権の制限外とされています。

ただ、違法性の意識の低さなどを考えまして、刑事罰は科されず、あくまで民事上の責任だけが定められています。

[8] 田村善之「法教育と著作権法－政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト1404号39頁（2010年）。

(2) 著作権の制限を新設する改正

他方で、このような制限規定を縮減するような形の改正は少なく、むしろ制限規定が新設されたものも少なくないということは銘記すべきかと思われます。

2007年の改正では、かなりピンポイントで、記録媒体を内蔵した機器、たとえばパソコンや携帯電話を保守・修理する際に修理業者が、その媒体に複製された著作物を一時的に保存する行為に対して著作権を制限する規定が設けられました（2007年改正当時：47条の３→2009年改正：47条の４）。

たとえば、有料のコンテンツには、コピープロテクションがかかっているものがあり、ユーザーからは、ハードウエアが壊れるたびにもう一度お金を払ってダウンロードをしなければいけないのはいかがなものかという意見がありました。あるいは、そもそもコピープロテクションがかかっていないものについても、長年の使用によって蓄積したものを、そのまま移して保存したいと考えるわけです。

しかし、私的な複製はもちろんできるわけですけれども、その私的な複製の主体ではない修理業者が、はたして私的複製の手足としてできるのかということには疑義があり、あるいは、そもそもパソコンのユーザーが業務で使っている場合には私的複製に該当しないといったさまざまな問題があるという状況でした[9]。

これに対して、2007年改正で新たに制限規定が設けられ、このような行為に対しては著作権が制限されるということが明定されるに至ったわけです。そして2009年改正では、フェア・ユースの議論の高まりを鎮めるかのような形で、制限規定に関する多くの法改正がなされています。時間の都合上、細目には立ち入れませんが、全体を俯瞰しておきましょう。

第１に、検索サイトが検索のためにウェブのデータを取り込んだり表示する場合の複製に関する制限規定が新設されました（47条の６）。

[9] 田村善之「デジタル機器の保守･修理･買換えと保存されたファイルの複製の可否」知財管理55巻11号（2005年）。

検索サイトは、主に検索用のロボットと呼ばれるコンピュータ・プログラムを使ってさまざまなサイトに出掛けていき、それを自社のデータベース用のコンピュータに取り込み、それをデータベースのプログラムが自動的に解析して検索結果を表示するわけですが、そこではさまざまな複製が行われています。たとえば、まず自社の管理するデータベースに取り込むところで複製が行われていますし、さらにはスニペットと呼ばれる簡略表示もなされています。そのような形での複製や公衆送信について、従来は何も条文がないところで十何年も事業がなされてきたのです[10]。

これに対する日本の検索サイトの予防策としては、日本だと何が起こるか分からないからということで、カナダ等の外国にサーバーを置いて、そこで行っているから適用法規は日本法ではないという建前で運用するところもありました。しかし、サーバーがカナダにあれば本当にカナダ法が適用されるのかということは大いに議論しなければいけない問題でして、知的財産法の属地主義というものがアプリオリに存在すると考えている方は別として、国際私法の方では、日本語で日本人向けに送信されているのであれば、適用法規はむしろ日本法だというのが多数を占める理解ではないかと思います。裁判例では、ファイルローグ判決（東京高判平成17.3.31平成16(ネ)405［ファイルローグ］等）も、カナダにサーバーがあった事件ですが、あまり気にせず日本法を適用しています。したがって、従来、検索サイトの複製が違法だったのかということが大変気になるところですが、ともかくようやく2009年改正で制限規定が新設された結果、明らかに非侵害になったわけです。

第２に、これもとうの昔から行われている行為ですけれども、美術の著作物や写真の著作物をネット上で販売等する場合におけるサムネイル表示等（47条の２）です。オークション・サイト等では、むしろ普通にサムネイルが表示されているところですが、そのようなサムネイルの表示について、美術の著作物と写真の著作物についてのサムネイル表示等が明示的に認められるに至っております。これについても引用に当たるか否かで議論があり、私は引用に当たるという論文を書いていますが[11]、少数説ですので今回の立法になったわけです。

ただ、立法はどうしても制限的にできていて、対象となる美術の著作物と写真の著作物にいったいどのようなものが入るのか、よく分からないところがありますが、一部とはいえ美術の著作物の複製物の譲渡の申出が含まれているとして、レコードのジャケットが入るとか、書籍の表紙も入るというように解釈していかないことには、現実に即した改正ということにはならないでしょう。

第３に、情報解析ツールを用いて網羅的にデータを研究する際の複製（47条の７）です。たとえば日本語の文法解析といったさまざまな言語の解析や、あるいはある作家の作品について贋作かどうかという解析、あるいは日常用語の日常的な会話の研究など、いろいろな形でさまざまなウェブにあるデータや、あるいはウェブではなくとも書籍のデータを全部複写して解析する研究などが念頭に置かれています。日本法の下では、そこでの複製行為は、研究目的とはいえ、私的複製目的がない限りは、従来の条文をそのまま読むと違法に見えます。それについて今回救済する規定ができました。

第４に、キャッシング（47条の５）です。これも大変驚くべき事態で、インターネットが普及した当初の十何年前から指摘されていた問題です。キャッシングはいくつかありますが、たとえば、大きな企業や大学の自社あるいは自組織の構内で、短期間のうちに複数のところから同じサイトにアクセスがあった場合には、そのコンピュータに負荷をかけないために、数分前あるいは１時間くらい前に取り込まれたものを表示するような形でのキャッシングというものが行われています。それから皆さんのパソコン内でも、設定次第ですが、短期間のうちに同じものにアクセスするときには、バックアップを取っていたものを移すということもあります。そもそも通信が途絶したときのためにバックアップが取られることもあります。

このような回線の効率的な運用等に役立っているキャッシングがもし

[10] 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)～(3・完)－寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等－」知的財産法政策学研究16～18号（2007年）。

[11] 田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像掲載と著作権法」知財管理56巻９号（2006年）。

違法となると大変なことになるということが昔から指摘されていましたが、条文が置かれていませんでした。今回フェア・ユースの高まりの中で一挙に制限規定が新設された中で、そのうちの１つとしてついにキャッシングを非侵害にする条文が入りました。

第５に、コンピュータを利用する際に不可避的に生じる複製（47条の８）です。これは、キャッシングも少し関係しますが、昔から議論がある一時的複製に関係するところです。たとえば、コンピュータ・プログラムを利用する際には通常、インストールすることが必要であり、一時的にプログラム、あるいは画像等をコンピュータに複製することが行われています。また一時的ではなく、電源を切った後もバックアップが残る場合もあるということで、一時的複製およびそれより広い範囲で、コンピュータを利用する際にキャッシング以外にもさまざまな形で生じる複製というものがあります。

そのような問題は、プログラムの著作権法の改正が議論となった時点から言われており、1985年著作権法改正でプログラムが入ったときに取り残された問題だったのですが、ついに今回、2009年改正で、つまり、ようやく24年を経て入りました。

(3) 改正が見送られたもの

このように、いろいろな理由がありまして改正が進んだわけですが、それでもやはり決着がつかなかったものもいくつかあります。

まず、私的録音録画補償金制度の対象の見直しです。私的録音録画補償金については、昔と異なり現在のようにコピー回数の制限がある中で、二重取りになっているのではないかという問題がありますが、関係者間での議論が現在整っていないということで、補償金制度の見直しは今回は図られませんでした。

またこれも1985年改正のときからの積み残しで、リバースエンジニアリングを許容する規定の新設です。コンピュータ・プログラムは、だいたいオブジェクトコードで0/1まで解析することができます。そもそも、頒布されているプログラムの穴が開いているかどうかで電流のオンオフを確かめることで、010100という形で二進法のオブジェクトコードまでは簡単に分かるわけです。しかし、そこからさらにコンピュータ・プログラムに

関して互換性を確保するため、あるいは改良するためには、ソースコードと呼ばれているプログラム言語にまで戻す必要がありますが、戻す際にさまざまな試行錯誤をして一部変えてみるという形で実験していく必要があるため、その実験過程で多数の複製が生じます。これは皆さんどこでもやっておられることですけれども、それについて許容する条文は日本にはないため、プログラムに関する著作権導入当初からどうするのだと言われて20年以上が経ちます。しかし、今回に至っても、この導入は議論されたものの、やはり見送られました。

(4) 評価

このような近時の特徴を大きく見ていくと、特に米国の著作権法については、政治的な動因があり、その政治的な動きの影響を直接的に受けているという評価がなされます[12]。そのことは、日本にもかなりの程度当てはまるように思います。また米国の動きというのは、米国に止まらずWIPOやTRIPSの条約を介して、日本にも直接影響を及ぼしてきますので、直接妥当するところもあります。

具体的には著作権を強化する方向の改正というのは、TRIPSやWIPOの各条約に対応するものでして、そのほとんどが米国でも日本でも、より非常に広く送信可能化や公衆送信という形で包括的に権利を創設する一般的なものになります。その背後には多国籍企業のロビイングがあります。

他方で、日本でも米国でも、制限規定の方は、特定の行為に絞って、あるいは対象が絞られる形で、ピンポイントに免責を与えることを企図するものが多いのです。実は、全部とは言いませんが、大半の規定の背後には、そのような制限規定を必要とする特定の利益団体が存在します。

具体的には、最近の日本の2007年の改正では、現状を把握して問題があるという資料を作るといったところで、携帯電話の会社が積極的に動きました。

続いて2009年改正では、当然、検索サイトやオークション・サイトの運営会社等がかなり長い時間をかけていろいろな資料を集めて、立法に働き

[12] JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT, 35-69, 144-145, 192-194 (Prometheus Books, 2001).

掛けているわけです。

企業が経済合理的に行動するのは当たり前のことです。しかも、ロビイングというと悪いイメージがあるかもしれませんが、別に買収とか賄賂を提供するとかいうものだけではなく、より広く立法に必要な情報を提供するという行動まで含む概念としてここでは使っています。そのような形で、立法過程に情報を提供する行為自体は決して悪いことではないのですが、他方で、後で申し上げますように、このようなロビイングがなされることがないユーザーの利益のようなものは、一向に著作権法の改正に反映されるという気配がありません。その結果、著作権法の条文と一般意識のずれはなかなか解消しないという問題は未解決のまま残されています。

３．裁判例の動向

(1) 全体の傾向

フェア・ユースがあれば、当然、司法に大きな期待が寄せられるわけですが、フェア・ユースがない状況でも、裁判例はどのように動いているのかということが気になるところです。

これから著作権の制限に関する裁判例をご紹介していきますが、簡単に言うと一枚岩ではありません。

１つの方向としては、技術的な環境が変化する状況に対応するときに、任せておけという感じで自信を持って新たな対応を自分でする場合です。そのときの対応の方向にも、権利を強める方向の対応と、権利を弱める方向の対応の両方があり得ます。

強める方向の対応として、立法が遅れているなら任せておけという形で、新たな規制を解釈で創設することをもいとわない裁判官の方達もいらっしゃいます。他方で、同じ方でも、著作権の制限規定に対して制限的な態度を取る法律の条文の構造をそのまま体現する場合もあります。

伝統的な司法の在り方からみると、この２つの方向性は正しいものと映るのではないかと思います。つまり、立法の形において、著作権の権利を守る方向では、公衆送信など一般的な形で定められており、他方で制限の方は、一般条項がなく、かつ、特に最近の法改正では、ピンポイントで細かく規定されています。そのような条文の構造であることと、そして伝統

的な司法・裁判像では、立法という領域に関して民主主義が働いている以上は、立法の過程に民主的な正統性があることを前提にして行動するためです。すなわち、司法での新たな法形成が、基本的には立法の方向性に沿ったものを体現すると考えると、おそらくこの２つの特徴が、立法の構造を反映しており、これ自体は伝統的な司法の在り方として、むしろ正しいと考えられてきたものではないかと思います。

この考え方ですと著作権制限規定の拡大に対しても慎重な態度になります。学者でも、著作権の制限規定というのは例外なのだから厳格にということがあり、実際の裁判所もそういった態度を取ることがあります。

しかし、このような態度は伝統的な司法としては正しいのかもしれませんが、現在のように政策形成過程にバイアスがかかっている状況では、私は批判的です。特に、有体物に関する所有権などと異なり、融通無碍につくることができるとともに、国際的にも権利を及ぼすことができる知的財産権は、多大な金銭的利益が還元されるので、ロビイングが激しく行われます。そのような状況下で民主的な正統性がはたして備わっているのかということに関する疑問のようなものを持った方がよいのではないかと思っているわけです。

実際、裁判官の中には、そのようにお考えの方もいらっしゃるようです。後でご紹介しますように、権利の拡張には謙抑的で立法を待つ反面、著作権を制限する方向の解釈に関しては、既存の制限規定を存分に活用し、その類推をいとわない裁判官もいらっしゃいます。そのため、現在、裁判所の傾向というのは2つに分かれているということになります。

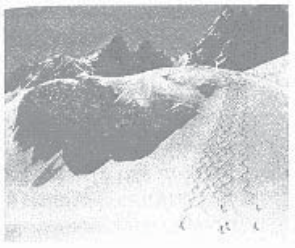
(2) 引用

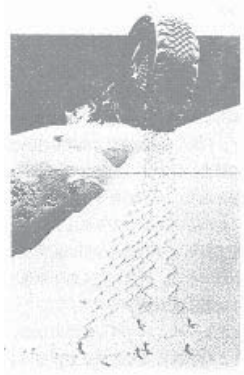
著作権法32条１項の引用[13]については、有名なパロディ事件最高裁判決(最判昭和55.3.28民集34巻３号244頁[パロディ第１次上告審])[14]があります。そこでは、引用する著作物と引用される著作物が明瞭に区別されてい

[13] 参照、田村善之「著作権法32条１項の『引用』法理の現代的意義」コピライト554号２～17頁 (2007年)、同/前掲注(10)。

[14] 田村善之[判批] 斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』(第２版・1994年・有斐閣)。

なくてはいけない、そして前者が主、後者が従とされる関係でなければいけないという、2つの要件が必要である旨が説かれました。





この事件の原告の白川氏のスキーの写真は、スキーヤーがシュプールを描いている写真で、大変な労作です。少し考えただけでも、まず自分が登っていかなくてはいけないわけですし、スキーヤーも多数連れて行っていると思われますから、相当なお金がかかっているわけです。

それに対して被告のマッド・アマノ氏は、大変有名なパロディストです。このパロディは、シュプールとタイヤのわだちがよく似ていることに着目した面白いものだと思いますが、労力の観点から言ったらかなり節約ができています。白川氏の写真にタイヤの写真を貼って出来上がりです。ただ取合わせが面白いと思っただけではないかと思うのですが、訴訟の過程では、白川氏の写真がAIU社という保険会社のポスターにも使われているということで、それを風刺するための自動車公害を表すパロディだったという議論がなされました。

控訴審では非侵害になったのですが、最高裁でひっくり返りました。1970年より前の事件で、1980年にこの判決が出され、しかも高裁に差戻しになり、その後2度目の上告審判決（最判昭和61.5.30民集40巻4号725頁［パロディ第2次上告審］）があり[15]、それがまた差戻判決でしたので、最終的には1987年に和解になっています。ですからこれは旧法下の判決です。

[15] 田村善之［判批］法学協会雑誌106巻3号（1989年）。

明瞭区別性と附従性という2要件を示し、この事件では明瞭に区別していないし、附従性を満たしていないだろうとして違法にした本判決は、あくまでも旧法下の節録引用という条文に対する解釈を示したものだということになります。

そこで、最近では、この点に着目して、この最高裁判決はあくまでも旧法の解釈を示したものに過ぎず、条文を異にする現行法の下では、むしろ条文の文言に忠実に、正当な目的の範囲内か否かということによって適法引用の成否を決める旨を説く判決がいくつか出ています（東京地判平成13.6.1判時1757号138頁［絶対音感］、東京高判平成14.4.11平成13（ネ）3677他［同2審］、東京地判平成15.2.26判時1826号117頁［創価学会写真ビラ］、東京高判平成16.11.29平成15（ネ）1464［同2審］）。学説でもこうした裁判例の動向を歓迎する見解も有力に唱えられています[16]。

他方で、あくまでも明瞭区別性と附従性の2要件を堅持する裁判例もあり（東京地判平成16.3.11判時1893号131頁［「ファンブック」2ちゃんねる］）、さらには、2要件に加えて、健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様であって、引用すべき必要性ないし必然性があり、しかも鑑賞となり得ない程度に縮小しなければならないという、極めて厳しい5要件説の判決も出ています（東京地判平成19.4.12平成18（ワ）15024［創価学会写真ウェブ掲載］）[17]。

この創価学会写真ウェブ掲載という事件は、創価学会会長の池田大作氏のガウンをまとっている写真を切り取って、そこに「西洋かぶれの出来そこない」等の吹出しを付けたという事案です。これが健全な社会通念に反するということで侵害になったわけですが、むしろ池田大作氏の名誉感情の問題、あるいは著作権者ではなく著作者の人格権の問題なのであって、財産権の制限規定の引用に持ち込むのは、筋がおかしいのではないかとは思うのですが、ともあれ、厳しい5要件論というものが出ているところです。

[16] 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91～96頁（2000年）、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』（半田正夫古稀・2003年・法学書院）。

[17] 平澤卓人［判批］知的財産法政策学研究17号（2007年）。

以上のように、引用については、自由主義的に解釈し得る裁判体と、従来型の判例法理通りの裁判体、さらに厳しい裁判体とに分かれています。

(3) 写り込み

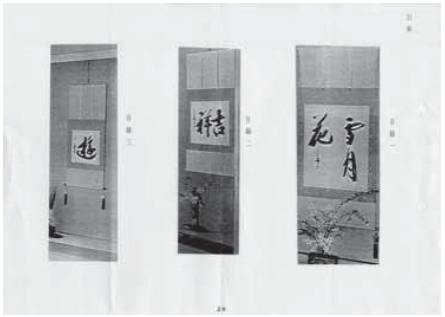
次に最近話題になることが多い写り込み[18]です。これは、写真や映画等に他人の著作物等が付随的ないし不可避的に写り込んでしまっている場合の処理の問題です。

これも実は、機械的複写の技術の問題です。一般的に小説に何かつい書き込んでしまっても、あるいは絵画の場合も、写り込みとは言われません。写真や映画のように機械的に何でも入ってきてしまうときの処理の問題として言われるわけで、ある意味では技術と法の齟齬の問題だと言うことができます。

日本の著作権法においては、わずかに美術の原作品が屋外に恒常的に設置された場合に、その自由利用を認める規定があるに止まります。大変なことに、たとえば街で見かける大きな看板や広告等は、複製であって美術の原作品ではないことの方が多いものですから、あれらが写り込んだ場合には、本来は消さなくてはいけないのかということが問題になります。全部モザイクをかけている放送を見たことがありますが、何だか分からなくなってしまいます。

そのような中で、写り込みに対処する判決がいくつか出ています。雪月花として有名な判決は、照明器具のカタログに、室内に掲げられた掛け軸に記された書の著作物が写り込んでいたという事件で、書家が訴えたというケースです（東京地判平成11.10.27判時1701号157頁[雪月花]、東京高判平成14.2.18平成11(ネ)5641[同２審]）。

[18] 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127～128頁（2003年）。



裁判所はこれが書の事件だったということを利用し、事案に即した判決を出します[19]。書体というのは独占に値しないものですから、書は権利範囲が狭いと考えられています。書は著作物であると言われていますが、それは具体的には墨の濃淡や、かすれ具合等に個性が認められるからだと言われているわけです。

それをうまく利用し、これは写真で写しているけど、大変小さく写っているので、大事な墨のかすれ具合や濃淡が写っておらず、本質的特徴が再生されていないという言い方をしまして、そもそも複製に該当しないとし、一般に類似性と言われている要件を否定したのです。

これが書ではなく、自由に描かれている絵画だと、構図自体に著作物性がある場合がありますから、そのときはこの法理では非侵害にならなかったかもしれません。

写り込みのケースについてもう１件、はたらくじどうしゃ事件というものがあります(東京地判平成13.7.25判時1758号137頁[はたらくじどうしゃ])[20]。これは横浜市の市営バスに用いられていたバスの車体に掲げられた絵について、この絵が写り込みと言えるかどうかが問題になりました。まず表紙に用いられており、また、この本の中ではバス以外にもいろいろ

[19] 飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『著作権制度概説および音楽著作権』(2006年・明治大学法科大学院) 212頁。

[20] 村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究10号（2006年）。

な自動車が紹介されているのですが、その自動車の中の一部にこのバスが入っていたというケースです。

判例時報1758号142頁より

このようなケースで裁判所は無理をして、美術の原作品が屋外に恒常的に設置された場合にその自由利用を認める46条の規定を適用しました。

バスというのは動いていますから、恒常的に設置されているとは言えません。この46条の趣旨は、通常の理解では、そこにあるものを動かせないから仕方がなく写り込むものを許容するのであって、バスのように動くものはいなくなってから写せばよいのではないかと思います。

しかし判決は、町の中のどこかにはあるという理由で、「恒常的に」という要件を満たすとし、非侵害にしました。表紙ではなく、本の中の写真については、私であれば引用で著作権の侵害を否定します。ただ、引用あるいは46条のどちらにせよ、この表紙まで非侵害にする必要はなかったのではないでしょうか。これは明らかにこのバスの絵がきれいであることを利用しており、フリーライドもかなり甚だしいところがあります。これを非侵害にしなくても、表紙くらいの許諾は求めに行けばよく、断られれば違う絵を使えばよいように思います。

以上のように、写り込みについては、多少なりとも無理をしながら非侵害にする判決があったということをご紹介いたしました。

(4) 差止請求の制限

裁判例の紹介の最後に、差止請求権の制限のお話をします。最近、特許の方で、有名なeBay連邦最高裁判決(eBay Inc. v. Merc Exchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006))[21]が米国で出まして、大変話題になっている話です。損害賠償が認められる場合でも、特許権の差止請求は自動的には発生しない、ゆえに損害賠償がある場合でも、差止めが否定されることもあり得るのだとした判決です。

この判決は、injunction(差止命令)はequity(衡平法)の法理であり、common lawの法理であるdamages(損害賠償)による救済がまず先にあって、しかし、侵害が継続する場合、何度も損害賠償をすることが衡平、すなわちequityの観点から不当だと考えるときに、差止めが認められるという、米国法特有の構造[22]を直接反映したものです。日本法の発想は、先に差止請求権がある排他権があって、それを侵害されたから損害が生じるというものであるため、日本には直接は持ち込めないものですが、しかし、その綱領として同じ権利を扱っている以上は、非常に参考になる判決が出ています。

その結果、日本でも、特にリサーチツール問題や標準化、アンチコモンズの問題等を中心に、差止めが制限される場合があるのではないかということが、立法論、解釈論を含めて真剣に検討されているところです。そして、それに関係する動向として、日本でも裁判例に若干動きがあるということをご紹介しようと思います。

まずは伝統的な裁判例をご紹介します。有名な脱ゴーマニズム判決です(東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[脱ゴーマニズム宣言])[23]。

『ゴーマニズム宣言』という小林よしのり氏によって書かれた有名な書

[21] 玉井克哉「特許権はどこまで『権利』かー権利侵害の差止めに関するアメリカ特許法の新判例をめぐってー」パテント59巻9号(2006年)。

[22] 田村善之『知的財産権と損害賠償』(新版・2004年・弘文堂) 155頁。

[23] 村井麻衣子[判批]北大法学論集51巻3号(2000年)。

籍があります。いろいろな政治的主張をなさっているので、それを上杉氏という方が批判をして批判本を作りました。批判本を書くときに、単に文章で小林氏の説を引いて批判したのではなく、小林氏の使っている絵もそのまま写して批判をしたため、引用に該当するかどうかが争われた事件です。

しかし、絵は大変に表現豊かですから、その表現豊かな絵の言わんとしていることを批判するためには、やはり絵を引かざるを得ないときもあり、文章で引く必要はないだろうと思っています。このような考え方を、原審裁判所、控訴審裁判所も採用し、基本的には非侵害になっているのですが、控訴審で1カ所だけ侵害が認められたところがあります。それも少し不思議なところで侵害を認められまして、著作権ではなく著作者人格権の方で、同一性保持権の侵害を認められたところがあります。

問題となったのは、2つのコマの横にあった小林氏のキャラのコマです。日本軍は、それまで奴隷状態だった慰安婦に、むしろ人権を与える方向に管理していると、小林氏が指をさしています。もともとの配置では、その指をさしているのが、2コマ目であることが明らかでした。ところが、これを批判本のある章の先頭ページに持ってきたところ、そこにチャプターのコーナーがある結果、3つコマを並べることが困難になったので、ページの都合上、1コマを切り取って下に配置したのです。

そうしたところ、指をさしているところが違うということで、同一性保持権侵害が肯定されました。確かに厳しく言うと、そうなるかもしれません。

問題は、たった1ページの1コマの移動について、判決は、慰謝料としての20万円の損害賠償だけではなく、書籍全体の出版、発行、販売、頒布の差止めを認めていることです。1カ所でも負けると全部負けてしまうということは、ごく一般的に、特許権においても著作権においても通常の理解です。

ただ、本当にこれでよいのでしょうか。販売、頒布の差止めを認めてしまうと、すでに印刷済みの書籍も廃棄しなくてはならなくなります。私は、侵害の程度にもよりますが、この事件は、損害賠償の20万円だけでよいのではないか、あるいは将来的な付加訂正や、訂正広告くらいでよかったのではないかとも思います。

そのようなことを考えていたところ、最近、大変注目すべき判決が出ています。

写真で見る首里城事件というものでして、写真集全体がB5版95頁、掲載写真点数177点のうちの1点で、最終頁に掲載された9点のうちの1点であり、縦4cm、横5cm程度と頁全体の大きさに比して極小さい写真のみが著作権を侵害していたという事案です（那覇地判平成20.9.24平成19(ワ)347[写真で見る首里城])。

説示としては、まず損害の額が軽微であること(認容賠償額は、著作権法114条3項に基づいて2万5000円、氏名表示権侵害を理由に慰謝料10万円)、また、被告の方はすでに多額の投資をして発行済みの写真集の販売ができなくなることを理由に差止請求を棄却しました。

侵害のおそれがないという理由で差止請求を棄却した判決はこれまでも存在していましたが、そのような理由付けによることなく、初めて損害賠償を認めつつ差止請求を棄却した判決が出ています(もっとも、増刷はされていないために、さらに出版される可能性は小さいとも付言しています)。

特に重要なのが、損害の額の軽微さと、関係特殊的投資です。埋没費用という言い方もしますが、当該出版の関係に特殊的な投資で、この出版ができなくなると無駄になる投資のことを、経済学で関係特殊的投資と言います。当該本の出版を認めないと、無駄になる投資というのは保護する必要があるということを明確に理解している裁判例です。

ただ、この裁判例はいろいろな意味でよく考えられています。本件はそもそも旧版に掲載された写真の再掲載の事案であって、しかも職務著作の理解に関する誤解が絡んでおり、就職前に撮影されたために職務著作が成立しないとされ、その結果侵害が認められた写真についても出版社の方では職務著作に基づく著作物であると誤解していたという経緯も斟酌しています。このような経緯を斟酌することは重要で、これを斟酌しないと、要するに多額の投資をすれば差止めを逃れるのではないかという誤解を生みかねません。ある意味で、投資の原因を探求する必要があるように思います。

ともあれ、この判決は、投資がなされていて、他方、損害の額が軽微であるという事情を斟酌して、差止めを棄却したという意味では、画期的な

判決ではないかと思います。

もっとも、このような取扱いが今後、裁判例の趨勢を占めるのかというと、まだまだハードルは大きいのかもしれません。そのことを示す判決が、最近話題になった事件で、神奈川県の知事が侵害の責任を問われたケースです（東京地判平成22.1.29平成20(ワ)1586[破点荒力]）。被告は、その資料の大半を、原告の書籍『箱根富士屋ホテル物語』に依拠しているのではないかと思われるような本を出版しているケースでした。

この種のケースで、著作権侵害を否定しつつ、果敢に不法行為を認めた裁判例としては、通勤大学法律コース事件（東京地判平成17.5.17判時1950号147頁[通勤大学法律コース]、知財高判平成18.3.15平成17(ネ)10095等[同2審]）[24]がありますが、一般的には著作権侵害が否定されれば、別途、一般不法行為も成立しないというのが通常の扱いですし[25]、本判決でも著作権侵害の成否に焦点が当てられています。しかし、裁判所は、下記の一点を除き、著作権侵害を否定しています。史実を語る本ですから、いくらフリーライドしたところで、保護範囲は狭いと言わざるを得ないということなのでしょう。

ところがこの判決で面白かったのは、まず原告書籍の「正造が結婚したのは、最初から孝子というより富士屋ホテルだったのかもしれない」という文章だけで著作物であることを認め、そのうえで被告書籍の「彼は、富士屋ホテルと結婚したようなものだったのかもしれない」という文章が著作権侵害になっているとして、わずか2行の文章について侵害を肯定したところです。

あるいは、この判決は事案全体を見て、事件の筋に鑑みて大岡裁きをしたのではないかと思いますが、一般論を言えば、この2行の文章についてこの程度の違いで侵害になるのであれば、世の中の多くのものが侵害になってしまいます。したがって、この2行に関して著作権侵害を肯定するという理由付けを用いたこと自体、本判決には疑問を覚えざるを得ないところがあります。実際、控訴審の知財高判平成22.7.14平成22(ネ)10017他[破点荒力2審]は、この2行の部分についても著作権侵害を否定し、原判決を取り消しています。

もっとも、本講演との関係では、侵害を肯定したのはこの2行だけで、あとは非侵害であるという状況下で、さらにこの判決が、悩みなく被告書籍全体の印刷、発行、頒布の停止を認容するという、その意味で伝統的な裁判実務に従った判断を下しているところの方が重要です。事案の処理としては、那覇地裁の写真で見る首里城事件の立場でも、筋の悪さ、つまり侵害行為に至った経緯に鑑み、差止めを認めてもよいケースかもしれませんが、とにかくその種の悩みを見せることなく、従前の裁判例同様、自動的に差止めを認めている点が特徴的な判決です。

以上が裁判例の動向です。

Ⅲ　いかなる場合に著作権を制限すべきか？

続いて、個別条項による制限か、フェア・ユースのような一般条項による制限か、そのいずれが望ましいかということを議論する前に、その前提として、個別条項か一般条項のいずれでいくのかを問わず、そもそも、いかなる場合に著作権を制限すべきかということに関して、何か指針はあるのかという話をしたいと思います。その際に参考になるのは米国著作権法におけるフェア・ユースに関する市場の失敗理論です。その理論を理解するためには、まずは米国におけるフェア・ユースとはどういうものなのかということについて大づかみにでも把握しておく必要がありますので、まずはそちらからお話していきましょう。

1．米国著作権法におけるフェア・ユースの法理

米国のフェア・ユースの法理[26]は、判例によって発達したものです。特に条文がないところで、判例法理によって発展してきました。それが、現在の著作権法である1976年の現行法制定の時に、それまでの判例法理を条

[24] 山根崇邦[判批]知的財産法政策学研究18号（2007年）。

[25] 田村善之「知的財産権と不法行為」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）。

[26] 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21～22号（2008～2009年）。

文化した方がよいだろうということで条文に高められたものが、現在の米国著作権法107条に定めるフェア・ユースの法理です。

そこでは4つの主たる考慮要素が掲げられています。1つは利用する側の「利用の目的と性質」です。研究であるとか報道とかそういった公の目的ですと、そういった点が考慮される。必ずしも公の目的でなくてもよいのですが、そういったものは考慮するということです。

他方で、「利用される著作物の性質」、権利者の方、著作権を主張している方の著作物の性質も勘案します。一般的にはニュースのような事実的な報道ですと、フェア・ユースが認められやすいと言われていますし、他方で小説とか映画のような、比較的独創性の高いものですと、フェア・ユースが認められにくいというように言われてはいます。ただし、後から述べますように、決定的ではありません。

3番目の要素として、「利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値」というものが考慮要素として挙げられています。たとえば200ページある本のうちの100ページも利用されると、侵害になりやすいのですが、2ページくらいだったらそうではないかもしれないということです。少なければ少ないほどフェア・ユースが認められやすいということです。ただ、これも後述しますように決定的なものとはされていません。

4番目の考慮要素は、裁判例ではこれこそが主たる考慮要因だと言われるものですが、「利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響」等ということでして、利用された著作物がフェア・ユースされなければ、こういった利用態様があっただろう、このくらい売れただろうというものが、フェア・ユースされることによって、どのくらい経済的な不利益が著作権者に生じているか、これが最も決定的な要因であると裁判例では言われています。

この4つの要素が主たる考慮要素ではありますが、これは条文上、限定列挙ではありません。これら以外の要素も合わせて総合的に衡量してフェア・ユースが認められるということでして、判例法理で生成されたものだけあって、大変種々雑多な考慮要素が必要となります。

裁判例では、ほとんどの著作権侵害訴訟でフェア・ユースの抗弁が出されますので、割合的としては認められないことの方が大半なのですが、そ

うは言っても絶対数としては非常に多数のフェア・ユースを認める判決が集積しています。

後で日本法の解釈をする際にも少し参考になりますので、有名な最高裁判決を3つほど紹介しておきます。1つ目が、SONYのベータマックス訴訟として知られる大変有名なケースです(Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984))。米国では私的複製を明確にセーフとする条文がありません。そういった環境下で、SONYの発売するベータのビデオデッキが、家庭内での大量の映画の複製を誘発しているということで、機械自体は著作権を侵害していませんが、著作権者、映画会社の主張では、SONYは著作権侵害行為を誘発する機械を売っているではないかということで、侵害訴訟が提起されました。下級審段階では一旦は侵害とする判決も出たという大変厳しいケースでした。このケースは最高裁まで行ったのですが、5対4の1票差で家庭内での行為をフェア・ユースだと認めました。

このケースでは、まだビデオテープが高かった時代でして、アンケート調査をしたところ約8割がタイムシフティングのために録画していました。タイムシフティングというのはライブラリー目的ではありません。映画を録画したらずっと取っておくのではなくて、今日は出かけるから見られないとか、忙しいから後で見ようとか、そういった形で、その時間帯に見られないので一旦タイムシフティング、つまり後で見るために録っておいて、その後、実際に自分で視聴したらそれを消すといった行為の方が多かったようです。今ではそうではない気もしますが、当時はそうであったということで、少なくともタイムシフティングの目的であれば、それはフェア・ユースになるという言い方をしたのです。もしかしたら他に侵害になる目的があるかもしれないけれども、タイムシフティングの目的ではフェア・ユースだとなると、かなりの数がフェア・ユースだということになりますから、これは適法に使える用途が非常に多い、実質的に適法に使われる用途がある機械だということになります。

世の中のさまざまな複製機器は、必ず一定割合では侵害にも使われるわけです。一定割合で侵害に使われるからといって、複製機器等の製造販売を止めるわけにはいかないわけでして、実質的にある程度フェア・ユース、セーフの目的に使われるのであれば、そういった機械の販売を止めるわけ

にはいかないということになりまして、ベータマックスがセーフになりました。

このケースで分かったことは、著作物全体の複製でもフェア・ユースになり得るということです。法理としては非常に重要です。

つまり、1976年の制定法には第3の要素で、著作物全体に占める利用された部分の割合が大事だと書いてあるのです。そうすると、いくらタイムシフティング目的とは言え、映画を最初から最後まで全部録画するというのは、これはフェア・ユースに当たらないのではないかという議論ができるわけです。しかし、この判決は、決してそれは決定的ではない、タイムシフティングの時には、特に3番目の要件よりは4番目の要件の方が重要だ、ライブラリー目的でなければ、著作権者や映画会社に与える影響はそう大きくはないというように言い、完全なコピーであってもフェア・ユースになり得るということを認めました。

また、今のは量的な問題ですが、もう1点は質的な問題です。従来この判決の前までは、トランスフォーマティブ・ユースと言いまして、変形的な利用、あるいは創作的な利用ほどフェア・ユースが認められやすく、他方でそのままの複製は基本的には認められないと言われていたのです。ところがこのケースは私的複製で、タイムシフティング目的ではありますが、そのままの完全なコピーでもフェア・ユースに当たり得るということを最高裁として確認したという意味もあります。この2点において、大変重要な判決でした。録画に限らず大きな射程を持つ判決だったと言えます。

2番目はCampbell v. Acuff-Rose Music, Inc.というこれも大変有名なケースです（Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 464 U.S. 569 (1994)）。これはPretty Womanという映画の主題歌にもなった楽曲を揶揄してパロディストが書き換えたというケースです。そのパロディストは、一旦は著作権者に許諾を求めに行って断られたけれども、勝算があってやっぱり自分は出したいということでパロディとなる楽曲を発売しました。

これも大変ハードなケースです。先ほどのSONYのケースでは2つの関門がありました。簡単に言えば、完全にコピーしているということと、変形的利用ではなかったということの2つです。それに対してこちらの方は、パロディ目的で変形的利用です。その点はフェア・ユースに有利なのですが、フェア・ユースにとってやや不利だったのは、営利目的だったというところです。SONYのケースでは、SONYは営利ですが、ユーザーの方は私的な目的だったのです。私的な目的であれば許すべきかなということになるのですが、パロディとはいえ、営利目的ですとどうなるか分からない。しかし、最高裁はこれもセーフとしました。非常に面白おかしく歌ってはいるけれども、ある特定の思想を持っている原作を揶揄する、そういった原作に対するパロディ目的が認められないわけではないということで、こういったものは変形的利用として認めるべきであるし、だとすれば営利であっても必ずしもだめだというわけにはいかないというように論じて、これもセーフになりました。

SONYの判決とこの判決は非常に重要なのですが、この判決の結果、さらに営利目的であっても変形的利用であれば認められる可能性があるということが明らかになりました。現在では今言ったような事情で条文よりは幾分広がりつつあります。

最後になりますが、もう1つフェア・ユースの重要な判決があります。それがNIH（National Institutes of Health，国立衛生研究所）の事件でして、Williams & Willkins事件と呼ばれているものです（Williams & Willkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345 (Ct.Cl. 1973), aff'd by an equally divided Court, 420 U.S. 376 (1975)）。どのような事件かと言いますと、NIHでは、研究者や他の図書館の求めに応じて、医学の雑誌論文などを複写するというサービスを行っていました。この行為が著作権を侵害するかどうかということが問題となったケースです。

下級審ではフェア・ユースに当たり得るとした判決が出たのですが、最高裁では意見が五分五分に分かれました。同数に分かれた結果、最高裁としては特別の説示をすることなく、原審がそのまま残りました。日本では考え難い処理の仕方ですが、結果的にセーフになった原審が残ったという判決です。一応最高裁まで行ったけれども、最高裁は判断を示さなかったというケースです。

このケースは、最高裁が判断を示さなかったせいもありまして、最近、下級審でこれに反するかのような判決が出ています。これも米国では非常に話題になったケースなのですが、日本で言えば高等裁判所に当たる第二巡回控訴裁判所が下した、American Geophysical Union v. Texaco Inc.判決です（American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-932 (2d

Cir. 1994))[27]。大変有名な石油会社 Texaco の社内研究所の研究者が、論文が掲載されている雑誌を 1 冊買いまして、それがワゴンに入れられて研究所の各部屋を回っていき、どんどんコピーされていったというケースです。Williams & Willkins 事件の下級審の判断ですとこれはセーフになりますが、このケースでは侵害とされました。

決め手になったのは当該雑誌を発行している出版社が、集中処理機関（コピーライト・クリアランス・センター）を通じたライセンス供与の用意をなしていた点です。これが Williams & Willkins 事件の時代にはほとんどなかったのです。今では文献複写に関する集中処理機関がいくつか米国にはあるようですが、そのうちの 1 つに American Geophysical Union が実際に提供していたということを斟酌して、要するに裁判所によれば、そちらで低廉なお金を払えば簡単にライセンスを得ることができるのだからそちらをしなさいと言ったということです。逆にこういった市場ができると、低廉かもしれないけれども、とにかくこういうコピーライト・クリアランス・センターがあるにもかかわらず、本件でフェア・ユースを認めてしまうと、第 4 の要素、先ほどお話しした、決定的と言われた著作権者に与える経済的な不利益があるではないかということなのです。これがもしコピーライト・クリアランス・センターがなければ、普通はなかなか電話をして、「今からコピーをしますからお願いします」と著作権者にお金を払う人はいないわけでして、普通は勝手に複写してしまうでしょうから、こういった判断にはならないのでしょうが、コピーライト・クリアランス・センターがあるということが、逆に著作権を強める方向に斟酌されたというケースです。

２．市場の失敗の矯正としてのフェア・ユース

著作権制度の積極的な根拠に関しては自然権とインセンティヴ論の争いがあり、私自身は、積極的な根拠をインセンティヴ論に、消極的な根拠を自然権に求める二元論を採用していますが（よくインセンティヴ一元論

[27] 村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use－Texaco 判決を端緒として－(1)～(2・完)」知的財産法政策学研究 6 ～ 7 号（2005年）参照。

と勘違いされることが多いのですが）[28]、その話をすると、また別の講演を用意しても語り尽くせるものではないので、ここでは、ともあれ著作権制度の積極的な根拠を、文化の発展のために道具主義的に与えられた権利であると理解する立場を前提としてみましょう。かりにそうだとすると、著作権とは、フリー・ライダー問題が発生し、著作物の創作に対する投資が過少となることを防ぐため、排他権を人工的に設定し、市場を利用して、著作権者の対価の還流と著作物の利用の促進を図る制度であるということになります。そうだとすると、そこでは、市場における取引が可能であることが前提とされているのではないか、というように考えることができそうです。

この点に着目して、フェア・ユースの位置付けについて極めて示唆的な議論を展開したのが、SONY ベータマックス事件が争われていた最中に発表された Wendy J. Gordon 先生の Fair Use as Market Failure という論文です[29]。

この論文は、フェア・ユースの法理を、市場の失敗の矯正と位置付ける考え方を提唱しました。市場が失敗している場合にフェア・ユースでそれが治癒し、経済学的に市場の失敗がなくなると主張するものではなく、単に著作物の利用について利用者と著作権者の取引が困難という意味で市場が失敗している場合に、その取引が困難であるという事態を解消し、著作権の効力を否定するためにフェア・ユースが活用されるのだという趣旨の議論です。

具体的には、そのような意味で①市場が失敗しているが、②著作権者から利用者に当該利用を行う権利を移転することが社会的に望ましく、そのようにしても③著作権者の創作と著作物の普及に対するインセンティヴ

[28] 田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号掲載予定。簡便には、同『知的財産法』（第 5 版・2010年・有斐閣）7 ～ 9 頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号 1 ～ 4 頁（2008年）、同『著作権法概説』（第 2 版・2001年・有斐閣）6 ～ 7 頁。

[29] 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). 参照、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論とその修正」知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』（2008年・雄松堂出版）。

を不相当に害するものではない場合に、フェア・ユースを肯定すべきであるというのです。

この市場の失敗理論の下でフェア・ユースを肯定すべき例としては、前述した裁判例を例に取れば、零細な利用が大量に行われるために取引が困難な事例（Sony 判決）、著作者自身の効用と社会的な効用が乖離しているために、社会的には利用させることが望ましいものであるにもかかわらず、著作権者がそれを拒んでしまうことが起こるパロディの事例（Pretty Woman判決）、あるいは研究教育目的等の利用のように外部効果が高い利用であって、直接の利用者（ex. 研究者）が著作権者から要求されるライセンス料に見合う効用を得ることができないとしても、なお公益目的でその利用を認めた方がよい場合（Texaco 判決に対する批判的な立場）などを掲げることができます。

さらに、日本の文脈でも近時、議論される例で、市場の失敗理論の下でフェア・ユースが肯定される可能性がある例としては、たとえば、著作物の利用に対する評価を決定する過程における著作物の利用（ex. 試訳をなして目処が立ってから権利者と交渉、BGM と画像とのマッチングを確認してから権利者と交渉）を挙げることもできるでしょう。ここでは、著作権者に支払ってもよい対価を決めるために著作物の利用が必要とされているところ、そこに著作権が働いてしまったのでは、取引が困難となるからです。また、付随的利用や写り込みなども、複製技術の発展により不可避的に著作物が利用されるために、取引が困難な例と位置付けることができそうです。

３．Fair Use vs. Fared Use

Gordon 先生の枠組みでは、かりに市場が失敗しており、著作物の利用を認めることが（静態的には）社会的に望ましい場合であっても、それが著作権者のインセンティヴを過度に損なうという（動態的な）問題を引き起こす場合には、フェア・ユースは否定されることになります。

もっとも、著作権制度の誕生を促した16世紀の複製技術の登場（著作権法の第１の波）から、20世紀後半に複製技術が私人に普及し（著作権法の第２の波）、さらに21世紀のインターネット時代を迎えて公衆送信までも

が私人に普及する（著作権法の第３の波）という技術的、社会的な環境の変化の中で、著作権法の枠組み自体が変容を迫られています。著作権法の第３の波[30]という私のこの考え方をここで包括的に議論する余裕はありませんが、市場の失敗理論との関係では、大量複製、大量公衆送信が可能となった時代に個別処理を志向する著作権法の原則（＝Property Rules）が適合しなくなっているということを指摘することができます。

たとえば、雑誌 DVD やデジタル・アーカイブを考えていただければ、デジタル技術を活用したこれらのサービスは、紙媒体につきまとう物理的なスペースの問題を解消するとともに、検索を容易とする夢のような技術ですが、著作権の処理のところで、大量に著作権を処理することが困難であるためにつまずいてしまいます（アンチ・コモンズ問題）。

この場合、著作物の利用を認めることが、かりにインセンティヴに支障を来すとすると、フェア・ユースは困難かもしれない。他方で、アンチ・コモンズ問題が残る。それではどうしたらよいのかというと、１つの解決策が、差止めを否定し、金銭的救済に止めるというものです（Property Rules から Liability Rules[31]への転換）。フェア・ユースのように一切、救済を否定するのではなく、差止めはないが、報酬請求権は認めるという、このような中間的な処理は、Fared Use と表現されることもあります[32]。もっとも、金銭的救済に止めたところで、損害賠償額の高騰化を招く Royalty Stacking と呼ばれるアンチ・コモンズ問題の一種は発生しますし、後述する孤児著作物のように、そもそも金銭的救済を認める必要がない場合も絡むので、問題はそれほど単純ではありません。

---

[30] 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』（1999年・北海道大学出版）207〜209頁、簡便には、同・前掲注（28）知的財産法418〜419頁。

[31] Property Rules と Liability Rules に関する古典的な著作として、グイド・カラブレイジィ＝A・ダグラス・メラムド（松浦以津子訳）「所有権法ルール、損害賠償法ルール、不可譲な権原ルール：大聖堂の一考察」松浦好治編『不法行為法の新世界』（1994年・木鐸社）。

[32] Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use ?*, 76 N. CAROLINA L. REV. 557 (1998).

４．評価

ここまで紹介した市場の失敗理論は、すでに米国著作権法の中に著作権を一般的に制限するフェア・ユース条項があることを前提に、その運用の在り方を解明しようとするものです。しかも、その際には、同理論が呈示する著作権を制限すべき場合について、それがなぜ個別の制限条項を立法するのではなく、フェア・ユース条項を活用すべきであるのかという問題設定はしていません。

したがって、市場の失敗理論は、著作権を制限すべき場合はいかなる場合であるのかということに関する、１つの、しかし、極めて有力な指針を与えてくれますが、他方で、今日本で問題となっている個別の制限条項の立法で対処すべきなのか、あるいは一般的な制限条項を置くべきであるのかということに関しては、市場の失敗理論とはまた別の議論が必要です。

Ⅳ　個別の制限条項ではなく一般的な制限条項(フェア・ユース)で処理すべき場合はいかなる場合か？

１．問題の枠組みの設定の仕方－立法と司法の役割分担－

それでは、個別の制限条項で対処するのか、それともフェア・ユースのような一般条項を用いるべきなのかということに関する議論を検討していきましょう。

まず、よくあるタイプの議論として、フェア・ユースのような一般条項を導入するためには、そもそも一般条項の下でどのような行為が制限されることになるのかということを見極めるべきだということが言われることがあります[33]。

もちろん、フェア・ユースによってどのような類の行為が免責されるのか、さらに言えばこの法理によって日本の著作権法をどのような方向に持っていきたいのかということに関する議論が必要であるということは否

[33] 大渕哲也「著作権の制限の一般条項（いわゆる日本版フェア・ユース)」法学教室347号３頁（2009年)。

めません（もっとも、後述するようにこうした実体的な側面に完全に合意が得られずともフェア・ユースを導入すべきであるということを正当化することは可能であり、むしろその方が望ましい場合があります)。

もっとも、こうした議論には両刃の剣といった側面があります。それは、この種の議論を過度に押し進めてしまうと、結論が先取りされることになりかねないからです。つまり、制限すべき行為について議論をなさなければならない、そしてそうした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る、したがって、わざわざ著作権を一般的に制限するフェア・ユースなど導入する必要はない、という循環論法に陥りがちです。

しかし、フェア・ユースないし著作権を一般的に制限する規定を導入する意義の本当のところを理解するためには、この法理が、著作権を制限する基準の具体化の作業を立法から司法に移行させる機能を有する法理であり、ゆえに問題は単純に実体的にどのような行為に対して著作権を制限すべきなのかということばかりでなく、むしろ、そのような決定をなす権限を立法と司法のいずれに与えるべきであるのかという、立法と司法の役割分担であるという視点、換言すれば、法実現過程や法政策形成過程のプロセスという視点を持つ必要があるように思います。このような立法、司法の役割分担という視点に着目した議論として、日本では以下に述べる３つのものが主張されています。

２．個別制限規定までのタイムラグの解消

その１つ目は、立法に必然的に伴う時間的な経過の間の利用行為に着目する議論です。政策形成過程に最終的には反映されるような利益、たとえばそれなりに大きな企業の利益であっても、立法の実現には時間を要します。検索サイトにおける複製等が例証するように、従来著作権法が予想もしていなかった技術が現れ、それに基づくビジネス・モデルが展開する中で、法改正が実現するまでの間、著作権侵害という足かせを企業に嵌めておいたままでよいのかということが問題とされています[34]。そこでは、新

[34] 城所岩生「国家戦略の視点でフェアユース導入議論を」http://www.nikkeidigitalcore.jp/archives/2009/10/post_209.html.

興ビジネスに携わる企業は、著作権侵害のリスクをあえて負担しなければなりません。そのような負担は一般的な著作権の制限規定を導入している国の企業が負わないものであるかもしれないとすれば、新しいビジネスにおける日本企業の国際競争力を削がないようにするという配慮も必要であるとまで言われることもあります[35]。

これもまた立法の実現までの間の過程に着目している点で、プロセスという視点を持ち合わせたフェア・ユース擁護論と言えます。しかも、政策形成過程のステーク・ホルダーを敵に廻しているわけではなく、さらに国際競争力まで持ち出されてしまっては、最も立法過程が受け入れやすい理論であると言えるのかもしれません。

実際、2007年のハードディスクのメンテナンスや修理の際の複製に関する改正は、比較的早期に改正が導入されたものであるとは思いますが、それでもこの問題が一般的に認知されるようになってから数えても５～６年を要したのではないでしょうか。2009年の改正でようやく認められたキャッシングなどはインターネットに登場したときから現実になされており、その必要性が指摘されていたにもかかわらず、改正の実現まで15年を要しています。リバース・エンジニアリングに至っては、25年以上も前から必然的に複製を伴うものであり、改正の必要性が叫ばれていたにもかかわらず、未だに議論を続けています。

したがって、こうした指摘は要を得ており、またこれから紹介する他の根拠(特に政策形成過程のバイアス論)は、文化庁も(自らバイアスがあるなどと認める必要がない点で)相対的に採用しやすい理屈であると言えるでしょう。もっとも、こうした新興ビジネスにとっての必要性にのみ焦点を当てた議論は、焦点が絞られている分、論理的な弱点もあります。つまり、新興ビジネスのロビイングにより、あるいは議論が著作権の制限一般に及ぶことを避けようとする動力が政策形成過程に働くため、いわば戦略的にこれら新興ビジネスのニーズに即した個別の制限規定が導入されることにより（実際、因果関係は不明ですが、特にフェア・ユースの導入の必要性が叫ばれる中、2009年に個別の制限条項が多数導入されています)、一般的な著作権の制限条項を導入しようとする論拠が失われがちです。著

[35] 中山信弘「著作権法改正の潮流」コピライト578号13～14頁（2009年)。

作権の一般的な制限条項が関わっているのは新興ビジネスばかりでなく、著作物のユーザー一般であることに鑑みると、こうした問題の枠組みでは語り尽くせないものがフェア・ユース導入論にあることを銘記する必要があります。

３．ルール（個別の制限規定）とスタンダード（フェア・ユース）の区別という視点からの議論

立法と司法の役割分担というプロセスの視点からフェア・ユースの意義を明らかにする試みの２つ目のものが、法と経済学におけるルールとスタンダードの区別に関する議論を用いるものです。

その議論では、個別の制限規定でルールとして規定する手法と、フェア・ユースのような一般条項によってスタンダードな基準だけを決めておいてその具体化は司法に委ねる手法のどちらの方が効率的かという視点を設定します[36]。そして、たとえば紛争類型が多いようなものは、立法で事前にきちんとしたルールとして規律した方が効率的となるだろう。その反面、稀にしか生じない紛争について、わざわざ立法でルールを定立するコストをかける意味に乏しいとすれば、スタンダードで司法の場で事後的に解決した方が望ましいかもしれない、というように考えていきます。こうした議論を中核に置いて、そのうえで、事前に定めたルールがどの程度、当事者の行動に影響を与えるのかといった視点を加味して調整していくというものです[37]。

この理論は、立法と司法の役割分担を包括的に捉えており、極めて有力なものと言えます。しかし、著作権制度のように特に政策形成過程のバイアスが生じやすいところでは、ルール・メイキングの効率性よりも、そうしたバイアスに対する配慮の方が大切であるようにも思えます。たとえば、この理論の分類でいきますと、ファックスやメールのコピー&ペーストな

[36] 後述する政策形成過程のバイアス問題も取り込んでおり、単線的なものではないが、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号（2009年)。

[37] 知財に直接言及するものではないが、詳細は、森田果「最密接関係地法－国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト1345号（2007年）を参照。

ど日常的な零細的利用については大量に行われているのだから個別条項の立法の方が効率的だという帰結が得られることになりそうですが、政策形成過程のバイアスという視点を入れると、そうも言ってはいられないということになります。

４．政策形成過程のバイアスの是正のためのフェア・ユース

もう１つ、立法と司法の役割分担というプロセスに着目した議論は、私が推奨しているもので、著作権法に関する政策形成過程のバイアスを是正するために司法を活用するという観点から、フェア・ユースを擁護する理論です。

これは、公共選択論の集合行為の問題に関わります[38]。利益が広汎に拡散しており、たとえば著作物の私的なユーザーのように利益に関わる集団が大きくなればなるほど、組織化するコストとフリー・ライダー問題（ここでいうフリー・ライダー問題は私的創作のフリー・ライダー問題ではなく、他者が政治的に動いてくれるだろうから私は何もしないぞという形でのフリー・ライダー問題ですが）が生じる結果、奇特な方でもない限りは（実際にはそのような運動を起こす奇特な方はいらっしゃるのですが）一般的にはなかなか政治的に動かないという問題がありますので、集団が大きくなればなるほど、そして利益が拡散していればいるほど、集団内の個人は集団の利益になる行動に参加することには関心を抱かなくなるという問題があります。

その結果、少数派バイアス[39]の問題が起きます。つまり、多数の者に広範に拡散している利益ほど、政策形成過程に反映されることが少なくなる。他方で、少数の者に集中している利益ほど、レント・シーキング活動ということになりますが、ロビイング活動等を大々的に行いますので、政策形成過程に反映されるということになります。

[38] マンサー・オルソン（依田博＝森脇俊雅訳）『集合行為論』（新装版・1996年）１～79・142～216頁。

[39] Neil K. Komesar, Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy, 53-97 (University of Chicago Press, 1994).

もちろん、少数の者に集中している利益が十分に大きくて、その総量が多数の者に拡散している利益の総量より大きいのであれば、民主的な在り方としてもそれほど悪い―少数者の保護の問題は残りますが―というほどではないかもしれません。しかしながら、往々にして少数の者に集中した利益は社会全体から見ると、それほど大きな利益ではなく、多数の者に拡散した利益の方が社会全体から見るとより大きな利益であるにもかかわらず、少数派の利益の方が政策形成過程に優先されることが多い、これがバイアスだということになります。

勘違いされては困るのですが、組織化して集中された利益を追求する人達が悪い人達であると言っているわけではないのです。単にそれぞれが自分の利益に適った行動をすると、結果的に全体が歪んでくる、だからこそ悲劇だ、バイアスだとなるということです。

他方で、ときとして、声を上げない者の利益が反映されないのはその者の自己責任の問題でしかない、という議論を見かけることもありますが、これもまた正鵠を射ていません。ここに示したような構造的な限界があることの認識を欠いているからです。

以上のように、ルール形成の場として立法だけを考えると、少数派バイアスがかかる結果、多数の者に拡散したユーザーの利益は反映されないという限界が構造的に存在することになります。著作権法の条文と著作権に対する一般の理解に埋めがたいギャップがあるのは、こうした構造的な限界に起因していると考えられます。

このような少数派バイアスの問題を念頭に置いた場合には、著作権のように法政策形成過程にバイアスがかかりがちな制度においては、ルールとスタンダードの区別にも別の意味を認めるべきではないかと考えられます。

ルールによる立法には、次のような弱点があります。ルールの場合には、ロビイングの攻撃目標が明確だということがあります。したがって、定められようとするルールに対して、権利者側に有利な方向に定めようとする圧力を誘うかもしれません。その結果、できあがったルール、たとえば個別具体の著作権の制限規定は、社会全般の厚生から見ると、著作権保護の水準としては高過ぎるものになってしまうかもしれません。

それに対して、スタンダードであれば、明確な攻撃目標にはならないかもしれません。スタンダードを採用した場合には、それぞれ内心で考える

ことは違っていますが、これなら許せるかなという感じで大きな枠組みについて合意を取り付けておくことができるかもしれません。著作権の制限規定に関しても、フェア・ユースのスタンダードで、ロビイングをかわして、大ざっぱに合意を取り付けておくことができるかもしれません。その場合、スタンダードはいったいどういう意味なのかというその具体化は、少なくとも日本では、ロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねることができます。このような政策形成過程の少数派バイアスを矯正し、著作権法の条文と一般の著作権に対する理解とのギャップを埋める手段としての意味をフェア・ユースに認めるべきであるということになります[40]。

５．小括

以上、立法と司法の役割分担という視点からフェア・ユースを論じる議論を3つほど紹介しました。さらに、最近では、法が私人に浸透していく過程にまで視野を広げ、行動経済学の知見の下、禁止権のルールが原則とされ、制限規定が例外として個別列挙された場合の利用に対する威嚇効果を分析すべきことをも強調し、相対的には開放されたスタンダード型の制限規定の導入を示唆する見解も提唱されています[41]。

肝要なことは、ことがこうしたプロセスの統御の問題に関わっているということも意識して、問題を論じるべきであるということです。

[40] 田村善之「デジタル化時代の著作権制度－著作権をめぐる法と政策－」知的財産法政策学研究23号21～23頁（2009年）、Antonina Bakardjieva Engelbrekt（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（2・完）」知的財産法政策学研究23号42頁（2009年）。

[41] Matthias Leistner（川田篤訳）「著作権における経済学的調査の寄与－現状の調査と学際的な理論の描写」知的財産法政策学研究29号26～30・39～40頁（2010年）。

６．Fair Use vs. Tolerated Use[42]

ところで、著作権法の条文と一般の著作権の認識がかけ離れている例として私が先に挙げた各種の日常的な零細的利用の事例は、実際には発見されなかったり、あるいは権利者のお目こぼしがあったりするために、現実には訴訟に至ることはほとんどありません。それがゆえに、現実には、フェア・ユースのような一般条項の導入を図らずとも、大半の人がこのような「著作権侵害」行為に勤しんでいます。この場合、実際には訴追されないという現実により、前述したバイアスに対する矯正が働いていると評価することができます。

たとえば、先にも指摘したように、インターネットの初期の時代から、検索サイトはデータベース作成のための検索ロボットを使ったウェブページの取込みと、検索結果におけるスニペット表示をなしていましたが、こうした行為がフェア・ユース規定を持たない日本の著作権法下で適法とされる明文が導入されたのはようやく2009年改正47条の６の成立を待たなければならず、この改正の実現に至るまでには、検索サイト業者等の長年のロビイング活動等がなされていたわけです。これに対して、改正作業時の文化庁長官官房著作権課長の方は、「権利者がこのことを問題にしたことはほとんどないにもかかわらず」、「日本の著作権法のことをよくご存じない一部の学者さんや弁護士さん」が「大騒ぎ」し、あるいは「経済産業省」から要望があったため、改正に踏み切ったと明言されています[43]。

ここでは、著作権法の条文ばかりでなく、ほとんどの権利者が権利を行使しないという状態で保持されているものまでもが「日本の著作権法」に

[42] Tolerated Use については、Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617 (2008)。もっとも、米国著作権法においてフェア・ユースの法理が認められていることを前提にした論文であり、どちらかというと、フェア・ユースとは認めがたいかもしれないが、それでもなお著作権者が戦略的な理由等により権利行使を控えている行為の取扱いに力点が置かれている点で、本稿の以下の叙述とは文脈を異にするところがある。

[43] 山下和茂「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト583号６～７頁（2009年）。

含められているようです。少なくとも起草担当者の一人が、こうした条文から離れた一般に浸透している著作権法に対する理解を実効的な「著作権法」として認識していることは、現実に訴訟を提起されないことによる著作権法の条文の文言のバイアスの矯正という考え方が認められているという意味で極めて興味深い発言と言えるでしょう。

しかし、権利行使や訴訟提起に至らずとも、条文に書かれているということ自体、明示的にコストになります。さもなければ「大騒ぎ」などしないはずです。何か別の目的（ex. たとえば鑑定業務の独占）が絡んだ場合には、それ自体としては些細な著作物の利用に対する訴訟提起がなされることもあり得ることを考えると（ex. 鑑定書に付された原画の縮小カラー・コピーに対して、複製権侵害を理由とする著作権侵害訴訟を提起する[44]）、なおさらその必要性を感じます。

したがって、本当に権利者が「大騒ぎ」しない行為を許容すべきであるならば、過度のコンプライアンスを誘発することを避けるために、著作権が制限される旨を明らかにしておくべきでしょう。そして、逐一、個別立法などしていられないというのであれば、それこそフェア・ユースの条項の出番でしょう。

まこ、逆に、このような放任が蔓延すると、どうせ著作権法の条文は実効的な著作権からは懸け離れており無意味であるという理解が浸透し、過度に条文違反を誘発する結果、著作権法は守らなくてよいという風潮を生み、本来、保護すべき場合にも保護されなくなるということにもなりかねません。著作権法の条文と一般の著作権に対する理解の乖離という問題を考える場合にはこのようなことまで思いを巡らせていた方がよいのかもしれません。

[44] この種の行為に対して著作権侵害を肯定した、東京地判平成22.5.19平成20(ワ)31609[鑑定証書添付縮小カラー・コピー]にヒントを得て作成した仮設例。

Ⅴ　フェア・ユースによる対処に限界がある課題は何か？[45]

1．問題の所在

以上のように、本講演では、政策形成過程のバイアスの問題を解消するために、日本の著作権法にもフェア・ユースを導入すべきである旨を提唱しましたが、最後に、フェア・ユースを導入してもなお政策形成過程のバイアスの問題をすべて解決することは困難であり、他の方策をも合わせ検討しなければならないことを指摘したいと思います。それは、特にデジタル化時代の著作権法が直面している課題、特に孤児著作物との関係です。

2．著作権法制度にとってのデジタル化時代到来の意味

デジタル化時代、インターネット時代が著作権法に与える影響に関しましては先にも述べましたが、第1には、他人の著作物の利用の機会が増えたことが挙げられます。ゆえに、利用の自由を確保する必要も高くなっているだろうと言えます。

他方で、もう1つ大事な視点があるのではないでしょうか。それは、第2に、実際に利用される著作物も増えているということです。インターネットの到来の前、世の中で実際に利用されている著作物というのは、基本的には営利で販売されているものでした。営利で著作物を頒布することに関して、それなりにコストがかかった時代ですから、それなりにもうけている著作物だけが一般的に普及していって、それを利用することができた時代です。

ところが現在は、非常に安価なコストでインターネット上にアップロードでき、皆が自由に利用できるため、営利で利用されているものだけではなく、私人の著作物も次々にアップロードされています。昔の雑誌の写真や記事、あるいは昔のテレビ放送番組等も、いろいろなところでアップロ

[45] 田村/前掲注(40)、Yoshiyuki Tamura, *Rethinking Copyright Institution for the Digital Age*, 1 W.I.P.O.J. 63-74 (2009)（田村善之(比良友佳理訳)「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法掲載予定)。

ードされています。

その結果、昔から著作権者は多様ではありますが、現実に利用されている著作権者も多様になりました。すなわち、一昔前であれば、著作権侵害の紛争について議論をするときには、企業で創作される著作物で、しかも現に営利で利用されているものだけを念頭に置けば十分でした。ところが現在では、個人の私的な著作物や、それだけではなく企業で創作されたかもしれないけれども、現在では企業が全く営利に使っていないような著作物等も、すべて利用できる時代になりました。

そうすると何が問題かと言いますと、昔と異なり、利用される著作物の中で著作権処理のコストに見合う著作物の割合が低下しているということです。著作権処理の方は、未だに旧態依然としていて、電話をかけたり手紙を書いたりしなければなりません。メールアドレスが分かればメールをしますが、そもそも電話をかける場所も分からないし、著作者が亡くなっているときなどは、著作権者が誰か分からないという状況です。このように著作権処理のコストは従来とほとんど変わっていない状況において、利用される著作物の中で、著作権処理のコストに見合うベネフィットを得ている著作物の割合も飛躍的に低下しました。

その結果、権利者の意向の分化が生じています。プロテクションの技術等を活用して、あくまでも権利を行使していこうとするメジャーの営利の著作物の著作権者と、権利行使に一切無関心な私人です。あるいは、著作権の保護期間は死後50年と長いですから、著作権はまだ残っているのだけれど、著作権者が亡くなっている場合や、自分に権利があることを知らない場合もあります。このように権利者の所在が不明になっている著作物のことを孤児著作物（Orphan Works）と呼びます。

大事なことは、これらのうち権利行使を望む権利者には、経済的余裕がありますから、ロビイングを行いますので、その意向が政策形成過程に反映されます。権利行使に無関心な権利者は、そもそも権利処理すらしない人達ですから、ロビイングをするわけがないので、こちらの方の意見は反映されません。

つまりインターネット時代前でしたら、権利者の方は、一枚岩のところがあり、ユーザーの方の利益だけが反映されないことが問題でしたが、今や権利者も分化し、権利者の方でも、著作権はどうでもよく、むしろユーザー側に立つこともあるから弱くてよいと思っているような無関心型の権利者の意向も反映されないということで、分化がさらに進んでいます。孤児著作物の問題はその象徴的な例と言えます。

ローレンス・レッシグ先生が主導した活動の１つに、クリエイティブ・コモンズがあります[46]。この活動は、実体的に権利を自由にしようというだけではなく、その著作権者が当該著作物に関する著作権の在り方を選択し、それを表示する方策を用意することにより、実は政策形成過程になかなか反映されにくい個別の権利者の意向をダイレクトに権利に反映させようとする、すなわち政策形成過程のゆがみを克服しようとする活動であると理解することができます[47]。

ただ、クリエイティブ・コモンズはあくまでも任意なので、著作権者の方がイニシアチブを取ってクリエイティブ・コモンズを表示する必要があります。ところが、政策形成過程に無関心な著作権者の多くは、クリエイティブ・コモンズにも無関心です。孤児著作物の著作権者は、そもそも権利を持っているかどうかさえ知りません。

３．フェア・ユースの限界

この問題の解決策としてフェア・ユースに過度の期待を寄せることはできないと思います。

フェア・ユースは、最終的には司法という事後的な判断によって具体的な規律となるものであり、そのためにどうしても限界があります。よく言われることは、事後的な判断であり、しかも個別的な判断であるために、大量に発生する問題の解決に対しては非効率的です。

特に、一切、権利行使する意図がない孤児著作物問題の解決としてフェア・ユースに頼るとすると、それは、逐一、利用の際に孤児著作物であるか否かを判断し、場合によっては司法判断を受けなければならないことを意味します。しかし、それだけのコストを孤児著作物の問題の解決にかけ

[46] ローレンス・レッシグ（山形浩生訳）『コモンズ』（2002年・翔泳社）参照。

[47] 田村善之「知的財産法学の新たな潮流－プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号27～28頁（2010年）。

ることが果たして望ましい方策なのかという疑問が生じます。

現在の著作権法は、こうした権利者の権利をも含めていったん著作権が存在するとしておいて、その権利処理をなす作業を利用者側に課す構造となっていますが、事後的な規制に過ぎないフェア・ユースの活用による権利処理も、結局は、権利をいったん措定してから処理をするという点でこの構造の枠を出るものではありません。しかし、孤児著作物の著作権者は権利行使をする意図が一切ないか、あるいはそもそも権利を持っているという自覚すらない権利者達です。そのような者のためにいったん権利が存在すると措定する意味はいったいどこにあるのだろう、それによって守られる利益とは何なのだろう、という疑問を禁じ得ません。

より一般化して言うと、事後的な司法判断に依拠するフェア・ユースは少数派バイアスの矯正策としては有効であっても、それを超えたガヴァナンス構造の変革には馴染まないということになります。孤児著作物の問題は、逐一フェア・ユースで処理するばかりではない、もっと根本的なところで変革せざるを得ないと思います。

４．Default Rules の変更

私はこういった状況下では、デフォルトを変更すべきだと思います。つまり政策形成下でアクションを取ることが困難な側に法制度を合わせて、政策形成下でアクションを取れる側に政策形成を動かすようにさせるということです。現在は逆で、著作権を弱めてもいいと思っている人の方が何か言わなくてはいけない制度になっています。

昔、米国には存続期間の更新登録制度という制度があり、当初は14年、その後28年になりますが、それ以上に権利期間を更新するためには登録が必要であり、更新登録をしないと権利が無になってしまうという時代がありました。

現在、７割から８割以上の著作物が、存続期間経過前に孤児著作物になってしまっています。そのような状況下であれば、孤児著作物ではないという人の方に手を挙げさせる方がよく、それで誰も困らないのではないか

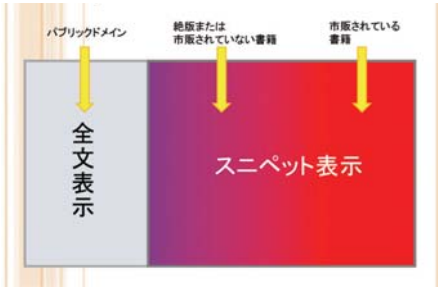
と思います[48]。

ただし、政策形成過程にバイアスがある以上、この立法の実現は困難であることは率直に認めざるを得ません。

その関係で着目されるのが、Google ブックス和解案の試みです[49]。

Google ブックスは、現在では、クラスアクションでの和解案に関する手続きが進行していますが、和解案が成立しないとすると、Google ブックスのサービスはパブリックドメインは全文表示、絶版または市販されていない書籍、および市販されている書籍はスニペット表示（ごく一部の表示）を提供するというものです。日本法の下でも、私の立場では、引用ということで非侵害にすることが可能であると考えます。

Google ブックス検索・和解前の状況



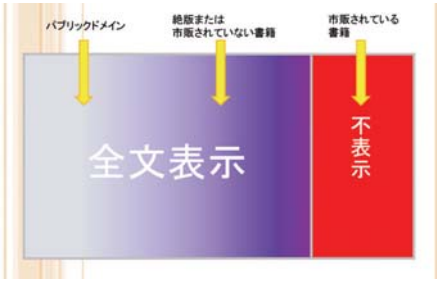
これが、クラスアクションでの和解案が成立すると、サービスは、パブリックドメイン、および絶版または市販されていない書籍について、デフォルトが全文表示に変わります。著作権者が、そもそも和解に参加しないという形でクラスアクションに参加せずに異議を唱えるか、クラスアクションによる和解に服することを前提にしたうえで、その手続きの中で異議を述べると、この全文表示が取り消されます。市販されている書籍は、不表示であり、スニペットもしません。

---

[48] 参照、ローレンス・レッシグ(山形浩生訳)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(2010年・翔泳社) 249～254頁。

[49] 田村善之「Google Books 和解案の光と影」NBL925号 (2010年)。

Google ブックス検索・和解後の状況



注目していただきたいのは、絶版または市販されていない書籍のデフォルトが全文表示に変わっているというところです。実は和解案の最大のターゲットは、孤児著作物についてのデフォルトの変更なのです。通常、このようなことは立法でなければできません。米国では、それをクラスアクションという和解の形で行っているところが特徴的です。

クラスアクションという手続きのルールのはずが、実体法を事実上変更している。すなわち、立法過程と条約交渉過程を迂回しているわけです。これを著作権の立法過程、政策形成過程の閉塞を打破する私的秩序形成として理解するのか、そのようなことを一企業が実施することは病的であると捉えるか、という問題があります。

私は、本来はこのような Private Odering(私的秩序形成)は病的なものなのでしょうが、政策形成過程が閉塞している以上、次善の策という意味合いはあると思います。もっとも、それを営利企業がなしているところ、おそらくは自然独占になるでしょうから、何らかの統御が必要になるでしょう。

[付記] 本稿は、2010年 7 月23日に第一法規株式会社 9 階ホールにおいて開催された SOFTIC セミナー「著作権・フェアユースの最新動向－法改正への提言」(財団法人ソフトウェア情報センター主催)における筆者の講演用の原稿、および、2010年 8 月29日に北海道大学で開催された国際ワークショップ “Fair Use Doctrine: Cons and Pros of its Introduction into the Japanese Copyright Law”(北海道大学グローバル COE「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」主催)における筆者の講演用の原稿(英語)を下敷きに、当日は時間の関係で割愛した部分を含めて公表することにしたものである。関係各位に謝意を表したい。