

著作権の制限とフェアユースについて



学習院大学法学部教授 横山 久芳

1. はじめに

著作権は、著作物の利用に関する排他的独占権であり、著作権法は著作権の対象となる著作物の利用行為を法定している（21条～28条）。しかし法定された利用行為を行った場合でも、著作権の制限規定（30条～47条の4）に該当する場合には、著作権侵害は成立しない。

著作権法は、著作者の保護と著作物の公正な利用とのバランスを図ることで、文化の発展に寄与することを目的としたものである（1条）。著作権法は、著作物の複製や公の演奏・上演など、著作権者が経済的利益を獲得する契機となる重要な利用行為を定型的に著作権の対象とし、著作権者の保護を図っているが、法定の利用行為が行われた場合でも、利用の目的、態様によっては、著作権の行使を認めることが妥当でない場合もある。例えば、他人の著作物を批評するためにその表現を引用することはよくあることであるが、引用のために他人の著作物を複製する行為に常に複製権の効力が及ぶとなると、引用の度に著作権者の許諾が必要となり煩瑣であるし、また著作権者から許諾を得られない場合もあるため、正常な批評・言論活動が妨げられるおそれがある。そこで、引用が批評等の目的で適切かつ妥当な範囲で行われる限り、著作権者の許諾なく自由に引用をなし得るものとすべきである。同様に、大学等の教育機関で教授が授業の過程で説明の材料として他人の著作物の複製物を資料として配布するという場合も、事前に著作権者の許諾を要するとすれば、円滑な教育活動の妨げとなることから、教育機関における授業の過程で使用することを目的として著作物を複製する行為も、それが適切な範囲で行われる限りは、著作権者の許諾なく自由になし得るものとすべきであろう。このような観点から、著作権法は、法定の利用行為が行われた場合でも、一定の事情の下で、著作権が制限されることを認め、その内容を30条以下で具体的に規定している。例えば、引用による利用

は32条1項により、教育機関における授業の過程で使用するための複製は35条1項により、一定の条件の下で、著作権者の許諾なく、適法に行うことができる。

現行著作権法が定める制限規定には多様なものがあり、その制定理由も、学校教育活動の円滑化、福祉の充実、表現の自由の確保、公益性の高い業務の円滑な遂行、所有者等の他の権利者との調整など様々であるが、いずれも、著作物の保護と公正な利用の確保という著作権法の目的（1条）から、関係当事者の利益調整を行う規定とみることができる。すなわち、著作権の保護は、著作者に創作のインセンティブを付与し文化の発展に寄与すると著作権法の目的を達成するために不可欠なものであるが、著作権の過剰な保護は、著作物の円滑な利用の妨げとなり、社会公共の利益に反し、文化の発展を阻害する要因となる。そこで、著作権法は、著作権者の保護と著作物の自由な利用による利益（社会一般の利益）を衡量し、後者を優先させるべき場合に、権利制限を認めることとしたものである。このように、30条以下の制限規定は、21条以下の著作権の種類を定める規定と相俟って、著作権者と著作物の利用者（社会一般）の利益の調整を図りつつ、著作権の効力範囲を画するための重要な規定である。わが国のみならず、諸外国の法制においても、内容に違いはあるものの、同趣旨の制限規定が設けられている⁽¹⁾。

もっとも、一口に、権利制限規定といっても、その規定のあり方には、著作権が制限されるべき場合を個別具体的に限定列挙していくという方式と、個別具体的な制限規定とは別に、「著作物の公正な利用は著作権を侵害しない」とする一般条項を設ける方式とが存在する。わが国の著作権法は前者の方式を採用し、アメリカの著作権法は後者の方式を採用する。前者の方式では、著作権の制限が認められるか否かは専ら条文に列挙された制限事由に該当するか否かによって決定

されることとなり、条文上の制限事由に該当しない場合に、裁判所が独自の判断で著作権の制限を認めるということは原則として許されないことになる⁽²⁾。これに対し、後者の方式では、立法上規定された制限事由に該当しない場合であっても、裁判所が「公正な利用」と認めた場合には、著作権の制限が認められることになる。我が国の著作権法が個別規定の限定列举という方式を採用した理由としては、著作権の制限規定が著作権の効力範囲を画する基準となるものであることから、事前に立法によりその内容を明確に特定しておくことが望ましいこと、及び、著作権の制限を認めるべきか否かは関係当事者の政策的な利害調整が必要となる問題であるため、裁判所よりも立法府の判断にゆだねることが適切であること、などが考えられる。

しかし、近年では、我が国においても、アメリカ法に倣って、フェアユースの規定を導入すべきであるという立法論が盛んに主張されるようになってきている。その背景には、次のような事情が存在する。

第一に、立法は完全なものではないから、個別の制限規定に該当しない利用行為であっても、社会的に公正な利用行為として認知され得るものは存在するのであり、法定の制限事由に該当しない利用行為を全て形式的に侵害とすることは社会常識に反した不合理な結果を招くことになる。従来、我が国においては、個別の制限規定が不十分であることが明らかとなった場合には、その都度、立法による解決が試みられてきたが、デジタル技術や情報通信技術の発達に伴い、著作物の利用形態が急速に多様化している現在では、立法の欠けつが明らかとなった場合においても、迅速な立法的対応を適切に行うことは次第に困難になりつつある。そのような状況下では、裁判所が、妥当な紛争解決のために、立法上の制限規定の枠を超えて、権利制限の可否を判断する必要性は以前にも増して増えてきている。

第二に、確かに、著作権の制限を認めるべきか否かは政策的な利害調整を含む問題であるため、権利制限立法の基本的な枠組みは立法府が決定すべきと考えられるが、権利制限が問題となる事例の中には、例えば、パロディのように、著作物の利用形態が極めて多様であって、事前に立法過程で適切な利害調整を行うことが困難なものや、問題となる利用行為の属する分野の技術革新のスピードが速く、現在の技術状況を前提に立法化しても、すぐに立法が陳腐化してしまうため、

事前に立法によるルールを措定することが適当でないものも存在する。このような場合には、立法によって権利制限に関するルールを細かく規定するよりも、むしろ裁判所が個別事案の諸事情を考慮して紛争当事者の利害を調整しつつ侵害判断を行った方が妥当な紛争解決がもたらされるといえる⁽³⁾。

こうしたことから、近年、我が国においても、現在の個別的制限規定と併置する形で、アメリカ法におけるフェアユースのような権利制限の一般条項を導入すべきであるという見解が有力になりつつある⁽⁴⁾。こうした状況を踏まえて、本稿では、権利制限をめぐる従来の裁判例・学説の考え方及びアメリカ法におけるフェアユースの概要を紹介しつつ、権利制限規定としてフェアユースを導入することの意義及びその留意点について若干の検討を行うこととしたい。

2. 従来の裁判例・学説の状況

(1) 問題の所在

現在の我が国の著作権法は、著作権の制限事由を条文上限定列举するという方式を採用している。それゆえ、法定の制限事由に該当しない場合に、裁判所が個別事案ごとに利益衡量を行い、著作権の制限を認めるということは原則として許されないこととなる。わが国の侵害訴訟においても、個別の制限規定に関する主張とは別に、フェアユースの抗弁（「被告の利用行為はフェアユースであるから、著作権の制限を認めるべきである」という抗弁）が主張されることはあるが、裁判例・通説は、我が国の著作権法がフェアユースを法定せず、個別規定によって権利の制限を認めるというスタンスを採用している以上、現行法の解釈として、フェアユースの抗弁を認めることは困難としている⁽⁵⁾。

もっとも、著作権の保護も社会公共の利益との調和の下で実現されるべきものであるから、社会的に「公正」と考えられる行為について、条文の文理上適切な制限規定が存しないというだけで、形式的に著作権の侵害とすることは望ましいことではない。そこで、近時の裁判例・学説では、文理上適切な制限規定が存在しない場合にも、著作権の保護範囲を限定的に解釈したり、制限規定を拡張ないし類推的に解釈するなどによって、フェアユース的な利用行為を非侵害とするための努力が試みられている⁽⁶⁾。以下では、その具体例を紹介するとともに、そうした解釈論的手法の限界に

についてもみておくこととしたい。

(2) 解釈論的手法の具体例

①保護範囲論

〔雪月花事件⁽⁷⁾〕では、被告が照明器具の広告宣伝用カタログの制作のために和室を借り受け、照明器具を配して写真撮影を行ったところ、たまたま、背景に掛け軸として掲げられていた原告の書が写り込んでしまい、被告制作に係るカタログに当該書が複製されたため、原告が著作権侵害を主張したという事案で、裁判所は、カタログに複製された書のサイズが原物に比して極めて小さいという点を捉え、当該カタログに当該書の創作的表現が再生されているとはいえないとして侵害を否定した。

この事件のポイントは、被告が原告の著作物を第三者に鑑賞させる態様で積極的に利用しているわけではなく、被告の著作物の背景に原告著作物が付随的に取り込まれているにすぎないという点である（以下、このような態様での利用を付随的利用と呼ぶ）。外国の法制度には、このような他人の著作物の付随的利用に関して特別の制限規定を設けているものもあるが（イギリス法31条・ドイツ法57条）、我が国にはこの種の制限規定がないため、被告の利用態様が付随的利用であるという理由で権利を制限することはできない。しかし、我が国の著作権法の下でも、上記事案のような付随的な利用のケースにおいて、形式的に著作権の侵害を認めることは妥当でないと考えられる。そうした中で、裁判所は、書の著作権の保護範囲を限定的に解釈することによって、非侵害との結論を導いたものである。

もとより、著作権は思想又は感情の創作的な表現を保護する権利であり（2条1項1号）、著作権の保護は原著物の表現上の創작성が再現されている場合に及ぶものであって、思想・感情やアイデア、事実等、表現上の創작성にかかわらない部分が共通しているだけで侵害となることはない。もっとも、原・被告作品を対比した場合に、両者の類似している要素が表現上の創작성に関する部分か、思想・感情やアイデア、事実等の表現上の創작성にかかわらない部分にすぎないのかは必ずしも明瞭ではないため、著作権の保護が及ぶ範囲は、結局は、著作権者の保護と著作物の利用による利益（社会的公益的利益）を比較衡量し、規範的に決定されることとなる⁽⁸⁾。この点、書はもともと存在する文字の形（書体）を前提に表現されるものであ

り、書体はパブリックドメインとして特定人に独占させるべきものではないため、書を著作物として保護する場合も、その著作権の効力が同一の書体を利用する行為にまで及ばないように、書の保護範囲を厳格に解釈すべきであるという要請が存在する。上記の裁判例は、こうした要請が存在することを踏まえて、原告の書の著作権の具体的な保護範囲をかなり限定的に解釈することによって、被告による原告書の付随的利用行為を非侵害とする結論を導いたものである⁽⁹⁾。このように権利範囲を限定的に解釈するという手法は、フェアユースのない我が国において妥当な結論を導くための有力な解釈論的手法の一つとなり得るものである⁽¹⁰⁾。

しかしこうした手法にはやはり限界がある。第一に、上記事案では、問題となった著作物が「書」であり、「書」についてはもともと著作権の保護範囲を厳格に解釈すべきという要請があったため、上記裁判例が原告の書の保護範囲を限定的に解釈したこともそのような要請に應えるものとして正当化することが可能であったが、絵画等の芸術作品の場合、一般に著作権の保護範囲は広く解釈されているから、上記事案と同様の付随的利用の事案であっても、その著作権の保護範囲を限定的に解釈することで非侵害との帰結を導くことは困難である。第二に、我が国の判例・通説によれば、著作権の保護範囲は問題となる著作物の表現上の創작성が再現されているか否かという観点から画一的に決定されることとなるから⁽¹¹⁾、付随的利用の事案で非侵害との帰結を導くために著作権の保護範囲を限定的に解釈すると、そのような特別な事情が存在しない一般の事案においても、同様の限定的な保護範囲を措定すべきこととなり、一般的な保護範囲の解釈に歪みが生じ、かえって不合理な結果を招くことがある。以上の点から、権利範囲の限定解釈は、フェアユース的な利用を適法とする一つの手法とはなり得るものの、そうした手法が妥当する場面はやはり限定されていると言わざるを得ない。

②制限規定の柔軟解釈

裁判例では、条文の文理解釈として、適切な制限規定が存在しない場合に、制限規定の各要件を拡張ないし類推的に解釈することによって、権利の制限を認める事案が存在する。

(1) 〔バス車体絵画事件⁽¹²⁾〕は、原告が車体に絵を描いたバスの写真が被告の絵本（幼児向けに写真を用いて多種類の自動車を解説したもの）の

表紙と本文に挿入されたため、原告が著作権侵害を主張したという事案である。裁判所は、原告が公道を定期的に運行することが予定された市営バスの車体に作品を描いたことは、美術の著作物を屋外に恒常的に設置したことに当たるとして、46条を適用し、権利侵害を否定した。46条は、美術の著作物等で屋外に恒常的に設置されたものについて権利制限を認める規定であり、市営バスのように自由に移動する対象物に描かれた絵を「恒常的に設置されたもの」と捉えることは、文言解釈上多少無理があることは否めないが、裁判所は、46条の趣旨が屋外に恒常的に設置され、その結果、公衆が自由にアクセスできる著作物について一般人の行動の自由という観点から広く自由利用を認めようとする点にあり、その趣旨からすれば、46条の適用対象を不動産や一定の場所に固着されたものに限定する必要はないとしている。同裁判例は、公衆が自由にアクセスできる著作物は広く自由利用とすべきであるという価値判断に立脚し、46条をやや拡張的に適用したものとみることができる⁽¹³⁾。

- (2) 「血液型と性格事件⁽¹⁴⁾」は、他人の著作物を要約して引用することが許されるかが争われた事件である。著作権法は他人の著作物を引用して利用することを一定の条件の下に認めているが(32条1項)、32条はもともと著作物の表現をそのままの形で引用することを想定した条文であり、「要約」のように著作物の表現を変更して利用することが許されるかは、別途、43条に規定が設けられている。43条は、各制限規定の適用がある場合に、翻案等、著作物を二次的に利用することが許されるかを規定した条文である。同条によれば、引用(32条1項)の場合には、「翻訳」による利用のみが可能とされているから、同条の文理解釈からすると、要約(「翻案」の一種である)による引用は認められないということになりそうである⁽¹⁵⁾。これに対して、上記の裁判例は、原著物を広い範囲で引用する必要のある場合には、原文をそのまま長々と引用するよりも、原文の趣旨に忠実な要約による引用を認めたほうが著作権者の権利を侵害する程度が小さく、かつより適切な

引用をなし得ることがあるとし、要約引用を認める実際上の必要性があることを指摘した上で、43条につき、同条は、各制限規定に関し二次の利用を認めるべき典型例を規定しているにすぎず、引用に関して要約による利用を一切認めないとする趣旨とは解されないとして、要約引用を適法と解している⁽¹⁶⁾。上記の裁判例は、要約引用を認めるべきという社会的要請及び被告の要約による利用の態様・程度がフェアユース的なものであることを考慮して、43条を拡張ないし類推的に解釈することで、妥当な結論を導いたものと評価できる。

- (3) 著作権法は、引用による利用につき、一定の場合に権利制限を認めているが(32条1項)、最高裁⁽¹⁷⁾は、引用に関して、「引用というためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ(=明瞭区別性)、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない(=付従性)」と判示した。従来は、この判例法理に従い、引用の成立要件として明瞭区別性と付従性の二要件が必要であるとされていたため、例えばパロディのようにおよそ明瞭区別性・付従性を認めることが困難なものは引用の規定を適用することができないものとされてきた⁽¹⁸⁾。しかし、近時の裁判例、学説は、上記判例法理が必ずしも条文に根拠を有しないものであることから、判例法理の二要件に拘泥することなく、条文の要件に即して、引用の成否を検討すべきであるという主張が有力となっている⁽¹⁹⁾。すなわち、二要件を充足しない場合であっても、「公表された著作物であること」「公正な慣行に合致すること」「引用の目的上正当な範囲内に属すること」という要件を満たせば、適法引用の成立を認めてよいと解するのである。このように、判例法理における二要件を要求しないとすれば、引用の規定(32条1項)は様々なタイプの利用行為に適用することが可能となり、同規定を介してフェアユース的な利用行為を広く非侵害とすることが可能となろう。例えば、パロディのような利用形態に関しても、それが原著物を批評等する

ことを目的として社会的に相当な方法、態様で原著物を利用するものである限り、引用による権利制限を認めることが可能となろう。また、学説の一部では、ネットオークションにおける対象商品の画像の掲載や、検索サイトにおける検索結果の表示等の事案についても、その態様・程度等が著作権者に過度の不利益をもたらすものでない限り、引用により適法と解すべきと主張するものもある⁽²⁰⁾。確かに、引用の規定は、もともと要件の抽象度が高く、各要件における裁判所の解釈の幅が相対的に広いため、他の制限規定に比べると、フェアユース的な衡量を盛り込んだ解釈を行い易いと考えられる。こうした解釈の方向性を進めていけば、フェアユース規定のない我が国においても、引用の規定を事実上のフェアユース条項として活用することが可能となるであろう。

以上、(1)～(3)の例の検討にみられるように、現行法の制限規定の拡張ないし類推的な解釈は、フェアユース的な利用行為を非侵害とするための有力な解釈手法の一つといえる。この点、従来の学説においては、著作権の財産権的性格を強調し、制限規定が著作権者の財産権を制約する“例外的”なものであることから、制限規定の各要件の解釈は厳格に行われるべきであるという主張がなされることもあったが、著作権の制限規定は、「文化の発展」という著作権法の目的に沿うように、著作権者と著作物の利用者（社会一般）の利益とを調整するために設けられているものであるから、制限規定は常に厳格に解釈しなければならないというのではなく、各規定の立法趣旨に即して合目的的に解釈されるべきものであり、その意味で、上記裁判例・学説のように、必要に応じて、個別規定を拡張ないし類推的に解釈するという方向性は妥当なものといえる⁽²¹⁾。とりわけ、立法府が立法時に想定していない種類の利用行為が問題となる場合には、現行の制限規定が当該種類の利用行為に対応しているわけではない以上、各個別規定の要件を充足しないことを理由として、形式的に著作権侵害とすることはかえって不合理な帰結を招くことが多い。このような場合には、裁判所は、既存の制限規定の立法趣旨に立ち返って、その立法趣旨が妥当する限り、制限規定の拡張ないし類推解釈の手法により、妥当な解決を導くように努力する必要があるといえる。その意味で、

著作物の利用の多様化が進む現代においては、今後、ますます、個別規定の拡張ないし類推解釈の必要性が強まってくるものと考えられる⁽²²⁾。

しかし、このような拡張ないし類推解釈という手法も、やはり現行規定の解釈論である以上、そこにはおのずと限界がある。すなわち、現行規定の拡張ないし類推解釈が許されるとしても、現行法がフェアユースを採用せず、個別規定によって権利制限を行うというスタンスを採用している以上、裁判所の拡張ないし類推解釈によって個別規定の立法趣旨が軽々とオーバーライドされるようなことがあってはならない。立法府が特定の種類の利用行為につき、関係当事者の利害調整の結果として、所定の要件を定めた上で権利を制限していることが明らかとなっている場合に、裁判所が要件を充足しない当該種類の利用行為に関して拡張ないし類推解釈による権利制限を認めることは、たとえ裁判所が「公正な」利用と考える場合であっても、立法趣旨に反し妥当でないであろう。このような拡張ないし類推解釈を認めると、個別の制限規定の存在意義そのものが失われることになりかねない。

この点、既にみたように、近時の裁判例・学説では、引用の規定（32条1項）を柔軟に解釈しようとする傾向が存在するが、引用に関する制限規定は、もともと「引用」という方式で他人の著作物を利用する場合に権利の制限を認めるものであるから、「引用」とはおおよそ異なる利用形態で著作物が利用されている場合には、同条を拡張ないし類推適用することは困難であると考えられる（そのように解さなければ、同条が「引用」を要件とした意味がなくなる）。もともと、著作権法が「引用」に限って権利制限を認めた趣旨は、「引用」のように、他人の著作物を紹介、参照、批評等する目的でその表現を利用するという場合には、一般の複製や翻案の事例に比べて、他人の著作物の表現を利用する必要性が高く、また、他人の著作物の表現の利用を認めないと適切な批評・言論活動が行えないことが少なくないからと解される⁽²³⁾。このことからすれば、他人の著作物を自己の創作した表現によって紹介、参照、批評等する目的でその表現を利用したと評価できない場合には、やはり引用の規定による権利制限を認めることは困難であろう⁽²⁴⁾。

このように、既存の制限規定の拡張ないし類推解釈の手法を取るとしても、現行法の立法趣旨をオーバーライドすることができない以上、そこにはおのずと限

界が生じる。こうした場合に無理なく妥当な解決を導くためには、やはり、フェアユースのような一般条項が必要となってくる。現在、フェアユースの導入論が有力に主張されているのも、こうした解釈論上の限界が認識されるようになったからである。

ところで、こうしたフェアユースの導入に向けた立法のモデルとしてしばしば参照されるのが、アメリカ法である。アメリカでは、古くから、一般条項に基づく権利制限を認めてきたのであり、その豊富な議論の蓄積は、今後の我が国の立法論を考える上でも貴重な示唆を提供するであろう。以下では、アメリカ法におけるフェアユース規定の概要を紹介する⁽²⁵⁾。

3. アメリカ法

(1) フェアユース条項の位置付け

アメリカ法の最大の特徴は、著作物の公正な利用は著作権を侵害しないという一般条項が存在することである。具体的には、著作権法 107 条において、次のような規定が置かれている。

「106 条の規定に関わらず、著作物の公正な利用 (fair use) は、批評、論評、報道、報告、教育 (教室内での使用のための多数の複製を含む)、学問、研究を目的として、複製物、録音物又はこの節に規定するその他の媒体へ複製することによる利用を含めて、著作権を侵害しないものとする。特定の事案における著作物の使用が公正か否かの判断において、考慮されるべき要素には、以下のものが含まれる。

- (1) 利用の目的、性質。そのような利用が商業的性質を有するか、非営利の教育目的によるものかといった点を含む
- (2) 利用された著作物の性質
- (3) 利用された著作物全体との関係における利用された部分の量と質
- (4) 利用行為が著作物の潜在的市場や価値に与える影響」

もっとも、アメリカ著作権法の権利制限規定はフェアユース条項だけで成り立っているわけではないことには留意する必要がある。アメリカ著作権法は、107 条において、フェアユースを規定し、それに続けて、108 条以下に、個別的な制限規定を設けている。これら個別的な制限規定は、我が国のものと比較しても遜色ないほどに具体的かつ詳細を極めたものである。ただし、アメリカ法と我が国の著作権法とでは、個別的

制限規定の法的位置付けが異なっている。アメリカ法では、個別的な制限規定に該当しない場合でも、フェアユース条項の適用を認め得るため、我が国の裁判例・学説のように、個別的制限規定を拡張ないし類推的に解釈する必要がなく、個別規定の適用範囲は限定されている。これに対し、我が国の著作権法では、フェアユース条項がなく、個別規定の集合体として権利制限が体系化されているため、上述したように、フェアユースの理念を実質的に実現すべく、個々の制限規定の拡張ないし類推的な解釈が行われており、その適用範囲は相対的に広い。

(2) フェアユースのカテゴリカルな定義づけの否定

フェアユースの定義は、条文はもとより、これまでの裁判例においても明確にされていない。107 条は、フェアユースの例として、批評、論評、報道、教育目的の利用を掲げるが、これはあくまで例示であって、目的規定に該当しないものでもフェアユースの成立が認められるし、逆に、目的規定に該当する利用行為であっても、フェアユースの成立が否定されることがある。フェアユースについての統一的でかつ明確な判断基準は存在せず、裁判所が個別事案ごとにアドホックな利益衡量を行うことによって、フェアユースの成否が決定されることとなる。そのため、同種の利用行為について裁判例ごとに結論が正反対となることもしばしば生じるのであり、当事者が事前にフェアユースの成否を予測することは極めて困難である。ここに、フェアユースがアメリカ著作権法上“最も厄介な問題 (the most troublesome problem)”と呼ばれる所以がある⁽²⁶⁾。

もっとも、このようなフェアユースの問題点は、同時にフェアユースの利点とも解されている。すなわち、フェアユースに関し、立法ないし判例上特定の画一的な概念ないし基準が採用されることなく、個別事案ごとのケースバイケースの判断枠組みが維持されているがゆえに、裁判所は、個別事案の特殊事情を考慮して妥当な判断を追求することができるのであり、立法ないし先例において想定されていなかった新たな問題が生じた場合にも、立法ないし先例に拘束されることなく、柔軟な対応をなし得ることになる。アメリカ法において、立法ないし判例上、フェアユースの定義づけが巧妙に回避されてきたのも、このようなフェアユースの利点を保持するためとすることができる⁽²⁷⁾。

(3) 法定の考慮要素

もっとも、アメリカ法では、フェアユースの定義は

存しないものの、フェアユースの判断において考慮すべき要素が四つ列挙されている。具体的には、(1) 利用の目的、性質（そのような利用が商業的性質を有するか、非営利の教育目的によるものかといった点を含む）(2) 利用された著作物の性質、(3) 利用された著作物全体との関係における利用された部分の量と質、(4) 利用行為が著作物の潜在的市場や価値に与える影響、である。これらの要素は、著作権者の保護と著作物の利用による利益（社会公共の利益）とを客観的に衡量するために一般に考慮されるべきものといえる。これらはあくまで考慮要素にすぎないから、裁判所がこれら四つの考慮要素以外の事情を斟酌してフェアユースの成否を判断することは可能であるが⁽²⁸⁾、ほとんどの裁判例では、これら四つの考慮要素に基づいてフェアユースの判断を行っている。以下、各考慮要素の内容について簡単に検討しておくことにしよう。

①著作物の利用の目的・性質（purpose and character of the use）

第一の要素は、「著作物の利用の目的・性質」である。「著作物の利用の目的・性質」としては、問題となる著作物の利用行為が第一に「変形的利用（transformative use）」か否か、第二に「商業的利用（commercial use）」であるか否かということが主に検討されることになる。

まず、「変形的利用」についてであるが、「変形的利用」とは、元の著作物をその通常の目的や方法と異なる形で利用し、元の著作物にはない新たな付加価値を社会にもたらす利用行為をいう⁽²⁹⁾。「変形的利用」は、著作権者によって一般に行われる著作物の利用の場合とは異なる新たな利用価値を社会にもたらす点で、“学問・技芸の発展”という著作権法の目的⁽³⁰⁾に寄与する行為であり、他方、「変形的利用」は、原著作物の通常の利用形態とは異なる利用行為であるから、著作権者による著作物の利用（原著作物の出版等）と市場で競合する可能性が低く、著作権者に及ぼす不利益も小さいものと定型的に考えられる。それゆえ、問題となる利用行為が「変形的利用」である場合には、第一要素につきフェアユースの成立に有利に働く。例えば、パロディは「変形的利用」の典型例である。パロディは、原著作物を風刺・揶揄する目的で原著作物を利用するものであり、原著作物の通常の利用（原著作物の出版等）では知り得ない原著作物の新たな側面を社会に開示するという積極的な意義を有するとともに、原著作

物の通常の利用との競合性も乏しいため、パロディにおける利用であることは第一要素に有利に働くこととされる⁽³¹⁾。もっとも、「変形的利用」とは、パロディのように、原著作物を物理的に変形して新たな表現価値をもたらす行為に限られるわけではなく、原著作物の通常の利用形態との競合性が乏しく、原著作物の通常の利用形態では実現し得ない新たな付加価値をもたらす利用行為を広く包摂する概念として理解されている⁽³²⁾。近時の裁判例では、検索サイトにおける検索結果表示なども、「変形的利用」の一種として、フェアユース条項の適用が認められている⁽³³⁾。

次に、「商業的利用」についてであるが、第1要素において「商業的利用」か否かの点を検討すべきことは条文上明記されている。すなわち、問題となる利用行為が「商業的利用」である場合にはフェアユースの成立に不利に働き、教育・研究等の「非商業的利用」である場合には、フェアユースの成立に有利に働くことになる⁽³⁴⁾。問題となる利用行為が商業的利用である場合には原著作物の通常の利用形態と競合する可能性が大きく、著作権の制限を認めると、著作権者の不利益が大きくなる一方、問題となる利用行為が「非商業的利用」である場合には、原著作物の通常の利用形態と競合する可能性が小さく、著作権の制限を認めても、著作権者が被る不利益は軽微であると定型的に考えられるからである。例えば、判例では、テレビ番組をタイムシフティング（時間をずらして視聴すること）の目的で私的複製する行為につき、非商業的利用であることを主たる理由としてフェアユースの成立が認められている⁽³⁵⁾。

もっとも、変形的利用の場合には、利用行為が商業的なものであっても、第一要素をフェアユースの成立に不利に考慮すべきではないものとされる⁽³⁶⁾。既述の通り、変形的利用とは、本来的に原著作物の通常の利用形態との競合性が乏しい利用行為であるため、かりに変形的利用行為が商業目的に基づくものであったとしても、著作権者に及ぼす経済的不利益は小さいと考えられる。変形的利用によって新たな価値が社会にもたらされることに鑑みれば、利用行為の商業性を理由としてフェアユースの適用範囲を狭めることは望ましくないということになろう。

②利用された著作物の性質（nature of the copyrighted work）

第二の要素は、「利用された著作物の性質」である。

「利用された著作物の性質」としては、利用された著作物の種類及び公表の有無が主に問題となる。

現在の著作権法は、小説等の芸術作品から、学術雑誌等の事実作品、プログラム等の機能作品まで様々な作品を保護しているが、著作権法が創作的表現を保護する体系であることに鑑みると⁽³⁷⁾、現在の著作権法の保護の中心は創作性の高い芸術作品にあり、芸術作品は、その他の作品に比べて著作権法上相対的に強い保護を与えられるべきである。このことから、利用された著作物が芸術作品である場合には、フェアユースの成立に不利に働くものとされる。一方、事実作品や機能作品はその性質上、表現の創作性が乏しいため、芸術作品に比べると、相対的に弱い保護で十分と考えられる上⁽³⁸⁾、事実作品、機能作品は、学問や技術の発展等の見地から、芸術作品に比べて、その複製等を広く認める必要があることから、利用された著作物が事実作品、機能作品である場合には、フェアユースの成立に有利に働くものとされる。裁判例では、プログラムの著作物についてリバースエンジニアリング目的の複製は、当該プログラムのアイデアを抽出して利用する場合に不可欠な行為であるとして、第2要素をフェアユースに有利に斟酌している⁽³⁹⁾。もっとも、これはあくまで一般的な傾向をいうものであって、例えば、パロディのように、芸術作品を利用する必要性が高い表現分野においては、芸術作品を利用したということが第2要素に関して直ちにフェアユースの成立に不利になるものではないということが指摘されている⁽⁴⁰⁾。

次に、利用される著作物が未公表である場合には、第2要素につきフェアユースの成立に不利に働く。著作権者にとって、作品を公表するかしないか、公表するとしてどの時期にどの態様で公表するかは自己の経済的利益に関わる重要な問題であることから、一般的に、著作物の利用による利益よりも、著作権者の作品の公表に関する決定権をより重視すべきと考えられるからである⁽⁴¹⁾。とりわけ、著作権者が、問題となる利用行為の直前に原著物を公表することを予定していた場合には、著作権者を出し抜く形で問題となる利用行為が行われることになり、著作権者の不利益が大きくなるため、フェアユースの成立を認めることは困難とされる⁽⁴²⁾。ところで、かつての下級審裁判例の中には、利用された著作物が未公表であるという事実をフェアユースの成立に不利に考慮するというにとど

まらず、未公表著作物が利用された場合には原則としてフェアユースを否定すべきであると判断するものが存在した⁽⁴³⁾。しかし、著作物が未公表であるということから直ちにフェアユースの成立が否定されるとなると、歴史書や伝記の出版等、未公表の資料を多く利用する表現活動に多大な支障を来すことになる。そこで、1992年の改正において、107条に、「作品が未公表であることは、ここで掲げられた考慮要素を斟酌して判断されたものである限り、それ自体としてフェアユースの認定を妨げではない」という一文が置かれることとなった。これは、著作物が未公表であるという事実はフェアユースの成立を否定するための一重要ではあるが一考慮要素の一つにすぎないことを明らかにしたものである⁽⁴⁴⁾。

③利用された著作物全体との関係における利用された部分の量と質 (amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole)

第三の要素は、「利用された著作物全体との関係における利用された部分の量と質」である。具体的には、利用された部分が原著物の全体量との比較において多ければ多いほど、フェアユースの成立に不利に作用し、また、利用された部分が原著物の中で質的にみて重要な部分であればあるほど、フェアユースの成立に不利に作用する⁽⁴⁵⁾。被利用部分が多くなればなるほど、また、質的にみて重要な部分であればあるほど、それに比例して、問題となる利用行為が原著物の通常の利用行為に代替する可能性が強まり、著作権者に及ぼす経済的な不利益が大きくなると考えられるからである⁽⁴⁶⁾。

ただし、原著物の利用割合が質的、量的に多い場合（極端には原著物の全部が利用されている場合）でも、原著物の利用が「変形的利用」である場合には、第3要素は、フェアユースの判断においてさほど重視されないものとされる。裁判例では、リバースエンジニアリング目的でのプログラムの複製やパロディの事案において、原著物の質的、量的割合が大きいにもかかわらず、第3要素を重視せずに、フェアユースの成立が認められている⁽⁴⁷⁾。既述の通り、「変形的利用」は、本来的に、著作物の通常の利用形態と競合する可能性の乏しい利用行為であり、原著物の利用割合が大きくとも、著作権者に及ぼす不利益が小さいものと考えられるため、変形的利用がもたらす社会的価値に

注目すれば、原著作物の利用割合が大きいことを理由にフェアユースの成立を限定的に捉えることは適当ではないと解されているのであろう。

④利用行為が著作物の潜在的市場や価値に与える影響 (the effect of the use upon the potential market for, or value of, the copyrighted work)

第四の要素は、「利用行為が著作物の潜在的市場や価値に与える影響」である。著作権は、著作者に著作物の利用から生じる利益を独占させ、創作のインセンティブを付与するものであるが、第三者の利用が著作権者による著作物の通常の利用行為と市場において競合し、著作権者の経済的利益を減少させる場合には、著作権者に創作のインセンティブを付与することが困難となるため、利用行為が著作物の潜在的市場や価値に与える影響が大きくなればなるほど、フェアユースの成立に不利に作用することになる⁽⁴⁸⁾。このように、第四要素は、問題となる利用行為が著作権者の創作のインセンティブにどのような影響を及ぼすかを直接的に問うものであるから、裁判例では、しばしばフェアユースの判断において最も重要な要素として取り扱われている⁽⁴⁹⁾。

もっとも、フェアユースの最終的な目的は、著作権者の保護と著作物の利用による利益(社会公共の利益)とのバランスを図ることにあるから、問題となる著作物の利用行為によって著作権者に実質的な不利益が生じているとしても、当該利用行為によって著作権者が被る不利益を上回る利益が認められるならば、フェアユースの成立を肯定すべきである⁽⁵⁰⁾。したがって、第四要素における著作権者に生じる経済的影響の度合いは、問題となる利用行為により実現される利益内容と相関的に考慮されなければならない。被告の利用に正当な利益がほとんど認められないのであれば、著作権者に生じる不利益がわずかであっても、フェアユースの成立が否定されることもあろう。逆に、著作権者に実質的な不利益が生じる場合であっても、被告の利用が重大な社会的、公益的意義を有するような場合には、フェアユースの成立が肯定されることになる⁽⁵¹⁾。

第四要素の判断では、当該事案における被告の利用行為が著作権者にもたらす直接の不利益だけでなく、裁判所が被告の行為を適法とすることで、今後、被告の利用と同種の利用行為が社会に広く波及した場合に著作権者が受ける仮定的な不利益も総合的に考慮されることになる⁽⁵²⁾。また、著作権者が自ら著作物を利

用して得られる利益のみならず、他者の利用行為にライセンスを付与することで得られるであろう利益も考慮される⁽⁵³⁾。裁判例の中には、企業の研究者が企業内で雑誌論文の複製を行うことが著作権侵害を構成するかが争われた事案において、市場を通じてのライセンス取引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料収入の損害を発生させるとして、フェアユースの成立を否定したものがある⁽⁵⁴⁾。

(4) アメリカ法におけるフェアユースの展開

アメリカ法におけるフェアユース条項は、条文上の考慮要素を手がかりとして、裁判所の独自の判断により運用が行われている。フェアユースの成否をめぐる裁判例及び学説の蓄積は豊富であり、それらを通じて、個々の考慮要素の意義や検討内容も次第に明らかになってきている。ただし、個々の事案において、それらの考慮要素のどの点に重点を置き、又は、それらの考慮要素をどのように組み合わせるフェアユースの成否を判断すべきかは、個別事案ごとの裁判所の判断に委ねられることとなる。これまで連邦最高裁は、しばしばフェアユースの判断につき一定のルールを設定してその判断の明確化を図ろうと試みてきたが、興味深いことに、そうしたルールは後の裁判例によって巧妙にオーバーライドされている。

現行法(1976年法)制定時には、107条の冒頭に、フェアユースの例示として報道、批評、論評などが掲げられていたため、フェアユースの判断においては、被告の利用が「生産的 (productive)」なものであるかどうか重視されるべきであり、元の著作物をその本来の目的に従って利用する行為は原則としてフェアユースの対象とならないとする考え方が有力であった⁽⁵⁵⁾。しかし、最高裁は、「生産的」か否かはフェアユースの考慮要素の一つであるから、非生産的な利用であることが直ちにフェアユースを否定する理由とはならないとし、むしろ、フェアユースの判断においては、利用行為が「商業的」であるか否かが重要であり、「商業的」であれば不公正と推定され、「非商業的」であれば公正と推定されると判示した。しかし、その後、パロディの著作権侵害が問題となった Campbell 事件において、控訴審が Sony 事件判決に従い、被告の利用が「商業的」であることを主たる理由としてフェアユースの成立を否定したことに対して、最高裁は、「商業的」かどうかは考慮要素の一つにすぎず、むしろ「変

形的 (transformative)」か否かを中心にフェアユースを検討すべきであり、「変形的」であればあるほど、「商業性」などその他の要素は重要ではなくなるとする判断を示した。その後、裁判例では、Campbell 事件判決に従い、「変形的利用」か否かに重点を置いてフェアユースの判断が行われることになる。この「変形的利用」の概念がパロディのような物理的な変形を伴う利用（新たな創作価値をもたらす利用）に限定して理解されるのであれば、フェアユースの適用範囲は限定されたものとなるが、その後の裁判例では、「変形的利用」は、物理的な変形を伴う利用に限らず、原著作物の通常の利用形態と異なる新たな価値を生み出す利用行為を広く包摂するものとして理解されているために、様々なタイプの利用行為につき、その利用行為によってもたらされる社会的便益とその利用行為によって生じる著作権者の不利益とを衡量しつつ、柔軟にフェアユースの適否が判断されるようになってきている。

このように、アメリカ法におけるフェアユースは、明快なルール志向の裁判例が登場してきた場合には、そのルールの射程を限定ないしはオーバーライドする裁判例が登場するという形で振り子のような展開を続けており、そうした営みの中で、フェアユースをケースバイケースの利益衡量モデルとする理念が一貫して貫かれているといえる。このことは、フェアユースの運用における個々の裁判所の裁量が極めて広いことを意味しており、侵害判断の予測可能性は欠如するものの、技術の発展による新たな著作物の利用形態が登場した場合にも、個別の裁判所が妥当な紛争解決のために柔軟な対応をなし得ることを保障するものといえる。

4. 最後に

現在、我が国では、現行の個別制限規定を存置しつつ、新たにフェアユース条項を導入する方向で検討が進められている。フェアユース規定を導入する場合には、現行法の個別規定を廃し、フェアユース規定に一本化するということも考えられなくはないが、権利制限が問題となる事例の中には、政策的な判断を要するため裁判所の判断に馴染みにくく、立法による解決を図ることが望ましいものもあり、こうした場合には、立法府が個別規定を創設的に設けることには実質的な意義が存在する。また、多くの裁判例でフェアユースと判断された利用行為については、侵害判断の

予測可能性・透明性を高めるという意味で、立法府が確認的に個別規定を設けることにも一定の合理性があるだろう。したがって、我が国の著作権法にフェアユースを導入する場合にも、現在の個別規定を存置することが望ましいであろう（フェアユース規定の導入に伴い、個別規定の見直し・追加を行うことは別途あり得るであろう）。

このように、個別規定を存置しつつ、フェアユースを導入するという場合には、個別規定とフェアユース規定との関係をどのように捉えるか、すなわち、フェアユースの体系的な位置付けが重要な問題となる。これによって、フェアユースに対する裁判所のアプローチの仕方も異なってくるものと考えられる。

一つの考え方としては、アメリカ法のように、フェアユースを権利制限の体系の中心に据え、個別規定をフェアユースの補完的な規定と捉えるというものがある。すなわち、権利制限の可否は、原則として裁判所のイニシアティブによって決定することとし、立法府は、判例法を確認・修正する必要性が生じた場合にその都度補完的に立法措置を講じていくというものである。裁判所は、個別規定を尊重する必要があるが、個別規定の枠外で、権利制限の可否について自由な判断を行うことが可能であり、場合によっては、個別規定をオーバーライドすることも許されることとなろう（個別規定に掲げられた要件を満たさない場合でも、当該事案の特殊性を考慮してフェアユースを認定することは可能であろう）。著作権法を取り巻く環境の変化が激しい現代においては、適切かつ迅速な制限規定の立法化が困難な場合も少なくないため、裁判所がフェアユース条項を積極的に活用して事案を解決するということにも合理性はあるが、他方、従来、個別規定の集合体として権利制限の体系を構築してきた我が国の法制に馴染むのか⁽⁵⁶⁾、また、裁判所のイニシアティブによって権利制限を決定するという場合に政策的な利害調整を要する様々な問題に関して、裁判所にどの程度積極的な判断を求めることが可能となるのか、といった点を検討する必要があるだろう。

これに対し、もう一つの考え方としては、先の考え方とは逆に、個別規定を権利制限の体系の中心に据え、フェアユースを個別規定の補完的な規定と捉えるというものがある。すなわち、権利制限の可否は原則として立法府のイニシアティブによって決定することとし、裁判所は、立法府の定める個別規定の解釈を第

一義的には行うべきであるが、立法府の判断に欠けつが生じている場合には、個別規定の立法目的を損なわない範囲で、独自に権利制限の可否を判断することができるというものである。このように、フェアユースを個別規定の補完と位置づけると、アメリカ法におけるフェアユース条項に比して、その適用範囲はある程度限定されたものとなるであろう。そのため、このような補完的なフェアユース条項では、時代や環境の変化に応じて妥当な解決を図るというフェアユース条項の立法趣旨を損なうことになるのではないかという懸念も生じ得るが、個別規定を中心に権利制限規定を構築する場合でも、個別規定の柔軟化を図ることによって、妥当な紛争解決という理念をある程度実現することは可能である⁽⁵⁷⁾。すなわち、権利制限が問題となる事例の中には、立法府によるルールの設定が望ましいものと、裁判所による個別の判断に委ねることが望ましいものとが存在しているが、個別規定の立法化の段階で、両者を区別し、前者については、現行法と同様に詳細なルールを定め、後者については、個別規定の要件を現行法のように詳細に規定せず、その枠組みだけを定めることで、個別規定における裁判所の解釈の幅を広げつつ⁽⁵⁸⁾、立法時に想定していない事態が生じた場合の受け皿としてフェアユースを活用するというものである。既にみたように、現行法が個別規定の集合体として権利制限規定を構築していること、そうした中で、これまで裁判例・学説が個別規定の拡張ないし類推解釈によって、個別規定の射程を広げることによって妥当な解決を図ろうと腐心してきたことに鑑みれば、今後も、個別規定を権利制限の中心に据えつつ、補完的にフェアユースの導入を図るということは現実的な対応策であるとも考えられよう。

いずれにせよ、フェアユースをめぐる立法論は、フェアユースの規定を導入すれば済むという単純な問題ではない。フェアユースを導入した場合に、既存の制限規定と並んでフェアユース条項をうまく機能させていくためには、上記に述べたフェアユース条項の体系的な位置付け等、今後、より一層の理論的検討が必要になるであろう。

※本稿は、筆者が平成20年7月23日に行った東京弁護士会知的財産権法部判例等検討小委員会における報告を基に作成したものである。

注

- (1) 著作権に関する国際条約においては、権利制限に関して「スリーステップテスト」と呼ばれる基準が設けられている。これによれば、締約国は、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②著作者の正当な利益を害しない、③特別な場合には、権利の制限又は例外を国内法令に基づいて定めることができる（ベルヌ条約9条2項、TRIPs協定13条参照）。「スリーステップテスト」は、各締約国の規定する権利制限立法によって著作権者が過度の不利益を被ることのないように配慮したものである。我が国の著作権法は、この「スリーステップテスト」の基準に沿う形で立法化されている。
- (2) もっとも、法定の制限事由に該当しない場合でも、黙示の許諾や権利の濫用等の一般法理に基づいて著作権の行使が否定されるということはある。ここで述べているのは、そのような一般法理が妥当しない場合に、裁判所が、個別事案において著作権の制限規定の枠外で著作権者の利益と著作物の利用による利益（社会公共の利益）との比較衡量によって権利行使の可否を決するということは認められないということである。
- (3) 制限規定の一般条項化の意義を多様な角度から検討する文献として、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号90頁〔2008年度版〕（2008年）参照。
- (4) 例えば、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」コピーライト560号23頁（2007年）参照。なお、政府の知的財産戦略本部は、日本版フェアユースの導入を盛り込んだ報告書を作成、公表している（「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）」（知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財専門調査会・平成20年11月27日）8頁以下参照）。
- (5) 裁判例として、東京地判昭和59年8月31日判時1127号138頁〔藤田嗣治事件第一審〕、東京高判平成6年10月27日判時1524号118頁〔The Wall Street Journal 事件控訴審〕、東京地判平成7年12月18日判時1567号126頁〔ラストメッセージ in 最終号事件〕、名古屋地判平成15年2月7日判時1840号126頁〔社交ダンス教室事件〕、東京地判平成15年2月26日判時1826号117頁〔創価学会肖像写真事件第一審〕、東京高判平成平成16年11月29日平成15年（ネ）1464号〔同事件控訴審〕、学説として、加戸守行『著作権法逐条講義〔五訂新版〕』223頁（著作権情報センター・

- 2006年), 田村善之『著作権法(第2版)』197頁(有斐閣・2001年)など参照。
- (6) 近時の裁判例・学説におけるこうした解釈論的手法を詳細に検討する文献として, 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126頁(2003年), 上野・前掲注4)2頁など参照。
- (7) 東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁, 東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁参照。
- (8) 東京高判平成12年9月19日判時1745号128頁〔舞台装置事件控訴審〕は, 著作権の保護範囲につき, 著作権が特許権等と比して, 権利取得のための厳密な手続も権利範囲を公示する制度もなく, 新規性, 進歩性といった要件も存せず, わずかな創作性で長期間対世的な効力を有する独占権を取得できるものであることから, 「不可避となる公益あるいは第三者の利益との調整の観点から, おのずと著作権の保護範囲は限定されたものとならざるを得(ず, 著作権)による保護は, それにふさわしいものに対してそれにふさわしい範囲においてのみ認められるべきことになる」とし, 著作権の保護範囲が公益との調整の観点から規範的に決定されるべきものであることを示唆している。
- (9) 田村・前掲注6)127頁参照。
- (10) 我が国と同様, 権利制限の一般条項が存しないドイツでは, 「他人の著作物の自由利用(Freie Benutzung)」によって創作された独立の著作物(24条)の公表及び利用を非侵害とする規定が存在する(ドイツ著作権法24条)。これは, かりに被利用著作物の表現上の創作性が利用側の著作物に残存しているとしても, 利用側の著作物の高度の創作性ゆえに被利用著作物の創作性が「色褪せた(verblassen)」場合には侵害としないというものであり, 著作権の保護と利用の自由とのバランスを考慮しつつ, 規範的に著作権の保護範囲を決定する手法の一例とみることができる。ドイツの自由利用の規定に関する詳細な検討として, 上野達弘「ドイツ法における翻案—『本質的特徴の直接感得』論の再構成—」著作権研究34号〔2007年度版〕28頁(2008年)を参照。
- (11) 最判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁〔ワン・レイニー・ナイト in トーキョー事件〕は, 著作物の複製を「既存の著作物に依拠し, その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製すること」と定義している。また, 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分事件上告審〕は, 著作物の翻案を「既存の著作物に依拠し, かつ, その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ, 具体的表現に修正, 増減, 変更等を加えて, 新たに思想又は感情を創作的に表現することにより, これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう」と定義している。
- (12) 東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁。
- (13) なお, 田村・前掲注6)127頁以下は, 46条の目的を, 屋外に恒常的に設置され, 迂回が困難なものの利用行為に権利行使を認めないことにありと捉え, 自由に移動するバスに描かれた絵画については, 46条の適用を認めることは困難であるとしつつ, かりに著作権を制限する一般条項が存在すると仮定した場合, 利益衡量の問題として, 上記裁判例のように非侵害の結論を導くこともあり得るとしている。
- (14) 東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁。
- (15) 要約引用を否定する見解として, 加戸守行『著作権法逐条講義〔5訂新版〕』245頁(著作権情報センター・2006年), 田村・前掲注5)246頁, 斉藤博『著作権法(第3版)』242頁(有斐閣・2007年), 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ(第2版)』264頁(有斐閣・2007年)など参照。
- (16) 上記裁判例同様, 要約引用を肯定するものとして, 作花文雄『詳解著作権法(第3版)』337頁(ぎょうせい・2004年), 中山信弘『著作権法』264頁(有斐閣・2007年), 茶園成樹「『引用』の要件について」コピーライト565号16頁(2008年)など参照。
- (17) 最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ事件上告審〕。もっとも, 上記最高裁判決は旧法下の判例であり, かつ同一性保持権侵害が争われた事案に関するものであって, 引用に関する上記説示は, 厳密には傍論であることに注意する必要がある。
- (18) 上記最高裁判決後の下級審裁判例として, 東京地判昭和59年8月31日・前掲注5), 東京高判昭和60年10月17日無体集17巻3号462頁〔藤田嗣治事件控訴審〕, 東京地判昭和61年4月28日無体集18巻1号112頁〔豊後の石風呂事件〕, 東京地判平成12年2月29日判時1715号76頁〔中田英寿事件第一審〕, 東京高判平成12年12月25日判時1745号130頁〔同事件控訴審〕など参照。
- (19) 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(2000年), 上野達弘「引用をめぐ

- る要件論の再構成」半田正夫先生古稀記念『著作権法と民法の現代的課題』310頁以下（法学書院・2003年）を参照。裁判例においても、二要件に言及することなく、引用の成否を判断するものが登場している（東京地判平成13年6月13日判時1757号138頁〔絶対音感事件第一審〕、東京地判平成15年2月26日・前掲注5）参照。
- (20) 田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号1312頁以下（2006年）、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（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18巻34頁以下（2007年）参照。
- (21) 高林龍「著作権の制限」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系22著作権関係訴訟法』421頁（青林書院・2004年）、作花・前掲注16）311頁、上野・前掲注4）6頁、中山・前掲注16）241頁など参照。
- (22) 権利制限の問題ではないが、ゲームソフトの中古品の販売に関して、最高裁は、公衆に提示することを目的としない家庭用テレビゲーム機に用いられる映画の著作物の複製物の譲渡に関し、頒布権が消尽することを認めた（最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト（大阪）事件上告審〕）。これも、立法時に想定されていなかった新たな問題に対して、裁判所が現行法の文理を超えて妥当な解釈を試みた例ということができる。
- (23) 川原健司「引用の適法要件」東京大学法科大学院ローレビューvol.159頁（2006年）、茶園・前掲注16）13頁、横山久芳「著作権の制限（1）」法学教室341号147頁注50）など参照。
- (24) 茶園・前掲注16）14頁、横山・前掲注23）144頁など参照。なお、パロディのように引用類似の機能を有する利用形態については、32条1項の類推適用を認める余地がある（詳しくは、横山・前掲注23）115頁参照）。
- (25) なお、アメリカ法におけるフェアユースの詳細な検討としては、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号〔2008年度版〕（2008年）参照。
- (26) *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, at p.662 (2nd Cir. 1939) .
- (27) *John Schulman, Fair Use and the Reivision of the Copyright Act*, 53 Iowa L. Rev, 832, at p.838 (1968).
- (28) その他の考慮要素としては、被告が著作物を利用するために不正な手段を用いていないか等、被告の主観的行為態様の悪性が問題とされている（*Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F. Supp. 130, at p.146 (S.D.N.Y.1968) ; *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 503F. Supp. 1137, at p.1146 (S.D.N.Y.1980) ; *Fisher v. Dees.*, 794 F. 2d. 432, at p.436ff (9th Cir. 1986) ; *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc*, 975 F.2d 832, at p.843 (Fed. Cir. 1992) ; *Field v. Google, Inc.*, 412 F. Supp. 2d 1106, at p.1122 (D. Nev. 2006)）。
- (29) *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S.569, at p. 579 ff (1994) は、フェアユースの第1要素の判断においては「変形的利用」か否かを中心的に検討すべきであるとし、「変形的利用」の定義付けを行っている。このCampbell事件判決の考え方は、Leval判事の見解の影響を受けたものである（*Pierre N. Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, at p.1111 (1990) 参照）。
- (30) 合衆国憲法1条8項8号は、「連邦議会は、著作者及び発明家に対し、一定期間、彼らの著作物及び発明に排他権を付与することによって、学問、技芸の発展を促進する権能を有する」と規定する。
- (31) *Campbell v. Acuff-Rose*, supra note 29, at p.579 .
- (32) *Jeremy Kudon, Form over Function : Expanding the Transformative Use Test for Fair Use*, 80 B.U.L. Rev.579, at p.606 ff. (2000) .
- (33) 近時、検索サイトにおける検索結果表示（キャッシュ表示、サムネイル表示など）が元のページの素材の著作権を侵害するとして提訴されるケースが生じているが、裁判例では、検索サイトにおける素材の複製等は、ネット上での情報検索を効率的かつ容易に行わせることを目的としたものであり、機能的にみれば、原著物の本来的な利用の目的と異なる目的で利用するものということができるとして、検索サイトにおける素材の複製等も「変形的利用」に当たると判断したものがあ（*Field v. Google, Inc.*, supra note 28 , at p.1118 ; *Kelly v. Ariba Soft Corporation*, 336 F.3d 811, at p.818 (9th Cir. 2003) ; *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc./Google, Inc.*, 487 F.3d 701, at p.721 (9th Cir. 2007)）。これらの判決の詳細な検討については、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（1）－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号73頁（2007年）を参照。
- (34) *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, at p.451 (1984) ; *Harper & Row v.*

- Nation Enterprises, 471 U.S. 539, at p.562 (1985). Sony 事件最高裁判決は、被告の利用が商業的利用であることは不公正であることを推測させ、非商業的利用であることは公正性を推測させるとしている。この考え方は、Harper 事件最高裁判決においても踏襲された。
- (35) Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., supra note 34.
- (36) Campbell v. Acuff-Rose, supra note 29, at p.579. 判決は、変形の度合いが大きければ大きいほど、第一要素の判断において商業性などその他の要素を考慮する必要がなくなるとしている。
- (37) アメリカ法においても、著作物の保護要件として創作性が必要であるということは合衆国憲法上の要請とされ、創作性がないものはいかに多大な投資の下に作成されたものであっても著作権による保護を受けることはできないものとされている (Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991) 参照)。
- (38) Leval, supra note 29, at p.1117 は、事実作品や機能作品のように創作性が低いものが著作権法で保護されるのは、必ずしもこれらの作品を積極的に保護すべきだからというわけではなく、裁判所が著作権の保護の有無を決する際に作品の創作性の高低を判断することは困難かつ妥当でないという消極的な理由によるものである、と指摘している。
- (39) Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, at p.1526 (9th Cir. 1992) ; Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc, 975 F.2d 832, at p.843 (Fed.Cir.1992) .
- (40) Campbell v. Acuff-Rose, supra note 29, at p.586.
- (41) Harper & Row v. Nation Enterprises, supra note 34, at p.553ff.
- (42) Id. at p.563.
- (43) Salinger v. Random House, 811 F.2d 90, at 97 (2nd Cir. 1987) ; New Era Publications Internationale v. Henry Holt & Co., 873 F.2d 576, at 583 (2nd Cir. 1989) .
- (44) H. R. Rep. No.836, 102d Cong., 2nd See.9 (1992) .
- (45) Harper 事件最高裁判決は、被告が原告の自叙伝の中からわずか 300 字程度の文章を利用したという事案において、被告が利用した部分が原告作品の最も興味深く関心と呼ぶ部分 (the heart of the book) であることを理由にフェアユースの成立に不利に働くことと判断している (supra note 34, at p.564ff)。
- (46) Leval, supra note 29, at p.1122.
- (47) 例え、Sega Enterprises Ltd v. Accolade, Inc., supra note 39, at p.1526 は、リバースエンジニアリングを目的として原告のプログラム全体を複製する行為について、第三要素が被告に不利に働くことを認めつつも、被告の行為は原告の販売する製品との互換性を維持した競合品を製作するために必要不可欠なものであるから、第三要素以外の点では被告に圧倒的に有利であるとして、フェアユースの成立を認めている。また、Campbell v. Acuff-Rose, supra note 29, at p. 588 は、第三要素の検討では、被告の利用行為の目的及び性質も考慮すべきであり、被告の作品が原作品の正当なパロディである場合には、その目的に必要な範囲で原作品の利用がなされる限り、原作品の利用の割合が大きい場合でも、第三要素が被告に不利に働くことと解すべきではないとしている。
- (48) Leval, supra note 29, at p.1124.
- (49) Harper 事件最高裁判決は、第四要素が“唯一の最も重要なフェアユースの要素 (the single most important element of fair use)”であると述べている (supra note 34, at p. 566)。
- (50) Leval, supra note 29, at p.1124.
- (51) MCA, Inc. v. Wilson, 677 F.2d. 180, at p.183 (2nd Cir. 1981) は、被告による利用が著作権者の期待利益に及ぼす影響が少なければ少ないほど、フェアユースを正当化するために証明されるべき公的な利益は少ないものであってもよい、としている。
- (52) Sony Corporation of America v. Universal City Studios, supra note 34, at p.451 ; Campbell v. Acuff-Rose, supra note 29 , at 590.
- (53) Harper 事件最高裁判決は、被告の利用時点で原告作品が未だ公表されていなかったものの、原告が第三者に原告作品のライセンスを付与し、ライセンス料を受取る予定であったところ、被告の利用により第三者からのライセンス収入を得ることができなくなったという場合に、このようなライセンス料収入の減少も第四要素において考慮し得るものとしている (supra note 34, at p.567)。
- (54) American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, at p.929ff (2nd Cir.1994) .ただし、このような解釈に対しては批判も強い。同判決の批判的な検討として、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— (一) (二・完)」知的財産法政策学研究 6 巻 139 頁・7 巻 155 頁 (2005 年) を参照。

- (55) Sony 事件の控訴審判決は、放送番組のタイムシフティング目的の私的複製が「生産的」でないことを主たる理由としてフェアユースの成立を否定している (Sony Corporation of America v. Universal City Studio, Inc., 659 F.2d 963, at p.970 (9th Cir. 1981))。また、Sony 事件の最高裁反対意見は、控訴審判決の判断を支持している (supra note 34, at p.475)。
- (56) このような観点から、フェアユースの導入に慎重な態度を示すものとして、曾我部健「著作権に関するフェア・ユースの法理」著作権研究 30 号 [1993 年版] 114 頁以下 (1994 年)、齊藤・前掲注 15) 224 頁参照。
- (57) ドイツ法の立法論として、こうした方向性を説くものとして、Achim Foester, Fair Use. Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes. 2008, S.211ff. Mohr Siebeck Tuebingen を参照。

- (58) この種の立法例として、イギリス法におけるフェア・ディーリング (fair dealing) がある。具体的には、① 非商業的研究又は私的学習を目的とした利用 (29 条)、② 批評、論評を目的とした利用 (30 条 1 項)、③ 時事の記事の報道を目的とした利用 (30 条 2 項) に関し、利用行為がフェアである場合に権利の制限を認めるというものである。イギリス法のフェア・ディーリングは、あらゆる目的の利用行為に権利の制限を認めるものではなく、①～③の目的を有する利用行為に限り権利の制限を認める点で、アメリカ法のフェアユースのような包括的な一般条項とは異なっているが、他方、各規定の要件が抽象化されているために、権利制限の可否の判断における裁判所の解釈の幅がその他の個別的制限規定に比して広がっている。詳細は、横山・前掲注 25) 参照。

(原稿受領 2009. 4. 9)

