

《論 説》

著作物の商業的利用とフェア・ユース法理  
——「利用の目的および性格」の解釈を中心として——

三 浦 正 広

はじめに

- I 著作物の商業的利用とフェア・ユース法理
  - 1 著作物の利用における商業的性質
  - 2 著作権法107条1号の立法経緯
- II 「利用の目的および性格」と商業的利用の関係-判例の分析
  - 1 変容的利用と商業的性質
  - 2 営利企業による利用
  - 3 非営利団体による利用
  - 4 批評およびニュース報道のための利用
    - (1) 著作権法107条柱書によるフェア・ユースの推定
    - (2) 批評のための利用
    - (3) ニュース報道のための利用
- III 日本法における著作物の営利的利用とフェア・ユース法理
  - 1 著作権の制限規定と著作物の営利的利用
  - 2 フェア・ユース規定としての著作権の制限規定
    - (1) 私的使用のための複製と著作物の営利的利用
    - (2) その他の権利制限規定
    - (3) フェア・ユース法理が主張された裁判例
    - (4) テレビ番組録画配信サービス
    - (5) 「自炊」による電子書籍化
  - 3 裁判例におけるフェア・ユース法理の適用可能性
  - 4 著作物の営利的利用と著作者人格権
  - 5 著作権法改正による著作権の制限の一般規定の導入について
    - (1) 権利制限の一般規定導入の経緯
    - (2) 追加される権利制限規定の内容

むすびにかえて

## はじめに

わが国著作権法の権利制限規定が、基本的には営利目的のための著作物の利用には適用されない場合が多いことと比較して、アメリカ合衆国著作権法における著作権の制限規定であるフェア・ユース規定（fair use：アメリカ著作権法107条）は、著作物の利用が商業目的のための利用の場合にも適用されるようになっている。しかし、フェア・ユース法理の歴史をみても明らかのように、アメリカ著作権法が、必ずしも商業目的のための利用に対して、積極的にフェア・ユース法理の適用を認めていたわけではない。たしかに、Sony 事件、Harper & Row 事件および Campbell 事件において、連邦最高裁が、著作権法107条1号の「著作物の目的および性格」の文言の解釈との関係において、その商業性について解釈し、他の考慮要素とのバランスを衡ったうえで、商業目的のための利用がフェア・ユースの否定の根拠とはならないことを明確にした。そして、これらの最高裁判決の影響を受けて、著作物の利用が商業目的であってもフェア・ユース法理が適用されるとした多数の下級審判決が見受けられる。

しかし、フェア・ユースの判例法理形成の歴史、現行著作権法の制定過程における議論、および現行規定の解釈をみても、著作物の利用における商業性を許容するのはあくまで例外であって、フェア・ユース法理の原則といえないことは明らかである。

著作権法107条は、その柱書（preamble）において、「批評、解説、ニュース報道、教育（教室における利用のための複数の複製を含む）、学術または研究等の目的のための、…著作物の公正な利用は、著作権侵害とはならない」と規定し、フェア・ユースが認められる利用の目的について例示している。そのうえで、それぞれの利用に応じて考慮されるべき4つの要素を掲げている。本来、この4つの考慮要素の重要性の順位はなく、また、すべての要素に該当しなくても、それぞれのケースに応じて、各要素

の妥当性、適合性が吟味され、フェア・ユースに該当するか否かが総合的に判断されることになる。

このアメリカ著作権法におけるフェア・ユース規定の解釈については、4つの考慮要素にばかり注目されがちであるが、107条柱書に規定されている「批評、解説、ニュース報道、教育（教室における利用のための複数の複製を含む）、学術または研究等」の利用の目的との関係を踏まえなければならない。この柱書における利用の目的は「例示」であるとはいえ、フェア・ユース法理の発展の歴史を踏まえて成文化されたものであるので、107条の解釈に際して尊重されなければならないはずであるが、その重要性を軽視する判例もみられ、見解は分かれている。

権利者と利用者の利益バランスを衡ることを目的とするフェア・ユース法理は、著作物の商業的利用について、時代や社会の遷り変わり、情報技術の発展を踏まえつつ、その「利用の目的および性格」に対する社会的許容性を決定づけるものであり、社会状況と利用態様の関係を映し出す鏡のような役割を果たしているといえる。

本稿は、以上のような問題意識にもとづき、アメリカ著作権法におけるフェア・ユース規定が、著作物の商業的利用との関係においてどのようにバランスを衡っているかを分析することで、わが国の著作権の制限規定の解釈に際しての示唆を得ることを試みようとするものである。そこで、アメリカ著作権法のフェア・ユース規定のなかで、著作物の商業的利用がどのように位置づけられているかについて、判例や立法経緯などを踏まえて検討し、さらに、具体的な判例理論について分析を加えうえて、時代の推移、社会の進展、さらには情報技術の発展に合わせて進化を続けるフェア・ユース法理を通して、わが国の著作権の制限規定と著作物の営利的利用の関係のあり方について検討したいと考える。

## I 著作物の商業的利用とフェア・ユース法理

### 1 著作物の利用における商業的性質

著作権法107条におけるフェア・ユース法理に関する4つの考慮要素のうち、著作物の利用における商業的性質については、第1要素の「著作物の利用が商業的性質を有するか、または非営利の教育目的を含む、利用の目的および性格」の解釈がフェア・ユースの認定に際して重要となる。<sup>(1)</sup>

1976年現行著作権法により成文化される以前の、判例理論としてのフェア・ユース法理について、裁判例は、「一般に、フェア・ユース法理は、著作物が批評、解説目的のために、または学問的、教育的価値のある学術的著作物において利用される場合に限定される<sup>(2)</sup>」というような認識を示していた。1841年のFolsom v. Marsh判決を起源とするフェア・ユース法理は、批評や引用のための利用が公正な利用といえるか否かという議論において形成されてきたものである。そのような歴史的な経緯をみても明らかのように、フェア・ユース法理は、学術あるいは教育目的のための利用に限定されており、基本的には商業的利用には馴染まないものであると考えられていた。<sup>(3)</sup>

ところが、後述するように、現行著作権法においてフェア・ユース法理を成文化した107条の第1要素のなかに、「商業的性質」に言及する文言が挿入されたことにより、その解釈において「商業的性質」を許容する余地を生じさせることとなった。

しかしその後においても、第1要素の解釈について、とりわけ107条柱書との関係について、判例はさまざまな見解を示している。たとえば、107条柱書と4つの考慮要素の関係が議論された1983年のPacific & Southern Co. v. Duncan判決において、連邦地裁は、著作権法107条は、著作物の利用を1号～4号に規定しているガイドラインに当てはめたくえて、そのような利用がフェア・ユースにあたるか否かについて判断することを要求しているわけではなく、フェア・ユースの目的は、柱書にあるように「批評、解説、ニュース報道、教育…、学術または調査研究等の目的のため」の利用の場合に限定されていると解した。すなわち、フェア・ユースにあたるか否かを決定するに際しては、著作物の利用が著作権法107条柱

書に例示されている目的に合致している場合に限定して、各考慮要素について分析的に検討すべきであるという判断を示したが、控訴審は、地裁判決の判断を批判し、107条柱書は単にフェア・ユースが認められる目的を例示しているわけではなく、各考慮要素のもとで認められる目的を例示しているにすぎないと判示した。<sup>(5)</sup>

その後、フェア・ユース法理に関するランドマーク・ケースといえる連邦最高裁の Sony 判決、Harper & Row 判決および Campbell 判決が、第1要素の解釈を緩和し、商業的利用を許容しうる新たな価値基準を設けて、著作物の利用が商業的性質を有する場合においてフェア・ユース法理の適用を認めて以降、判例は、躊躇することなく、むしろ積極的に、この第1要素を緩和して、著作物の利用が商業性を有するものであってもフェア・ユースを認定するようになったといえる。すなわち、著作物の利用が商業的性質を有する場合であっても、それが生産的利用（productive use）あるいは変容的利用（transformative use）であると認められるときは、利用の商業的性質の重要性は低くなり、フェア・ユースの認定に有利にはたらくこととなった。<sup>(9)</sup>

## 2 著作権法107条1号の立法経緯

フェア・ユース法理が成文化されることとなる現行1976年著作権法の改正作業初期の1963年に著作権局（the Copyright Office）が作成した第1草案には、第1要素は「利用の目的および性格（the purpose and character of the use）」とだけあり、利用における商業的性質や、目的や性格に関する特定の側面について言及する文言は存在しなかった。<sup>(10)</sup>そして、その後13年にわたって連邦議会に提出された法案はすべて、著作権局の第1草案そのままの規定か、あるいは、考慮要素について一切言及せず、ただ単に「著作物のフェア・ユースは、著作権侵害とはならない」とする規定があるにすぎなかった。<sup>(11)</sup>

1976年3月3日の改正法案の段階において、非営利の教育目的のための

利用について全面的な除外を求める教育者たちのロビー活動を静めるために、著作権法107条第1号に関する司法委員会小委員会により、「著作物の利用が商業的性質を有するか、または非営利の教育目的を含む (including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes)」という文言が付加されることになった。この第1要素の既定の文言に対する従属条項の付加は、フェア・ユース法理の実質に影響を与えるものではなく、そのような利用こそがフェアであると認識する利益団体の機嫌をとることを意図したものであった。非営利の教育者に対する政治的なジェスチャーとして意図された表面的な修正は、第1要素全体の性質の解説についても、また、商業的利用が不利な取り扱いを受けるとする議会の判断にも誤解されるという大きな皮肉となっていると評価<sup>(12)</sup>されている。

その後の1976年司法委員会報告書は、小委員会の修正に見識を与えている。すなわち、委員会は、「利用の目的および性格」という考慮されるべき第1要素を修正し、「著作物の利用が商業的性質を有するか、または非営利の教育目的を含む」という考慮要素を明示した。この修正は、著作物の教育的利用が非営利目的に限定して解釈されることを意図したのではない。現行法におけるように、行為の商業的または非営利的性質は、フェア・ユースの認定について決定的であるとはいえないが、他の要素とのバランスを衡ることが必要であると認識<sup>(13)</sup>されることとなる。

報告書は、利用の状況に焦点を当てるといよりはむしろ利用の態様について検討することを裁判所に期待している。まったく無関係ということではないが、利用の状況と性質は必ずしも一致するものではない<sup>(14)</sup>。営利企業が非商業的利用を行なう場合もあれば、非営利団体が商業的に著作物を利用する場合もありうる<sup>(15)</sup>。

Campbell 判決において、107条1号の文言の分析により同じ結論に達した。1976年3月の修正を「従属条項」とし、「利用の目的および性格」を「主文」とした。107条1号は、商業的利用に言及する従属条項につい

て「含む」という文言を用い、主文は「目的および性格」について幅広く調査するように規定している。第1要素の主文を補完する「商業的性質」という文言の文脈は、利用の商業的または非営利による教育的要素が、より一般的で広範囲な目的や性質のひとつの側面にすぎないということを示すものである。それはいずれかに重点を置くものであるが、そうした傾向は文脈を多様化させることになる。<sup>(16)</sup>あるいは、第2巡回裁判所が述べたように、『商業的性質』と『非営利の教育目的』の区別は、利用の目的や性格である基準の判断に含まれている例示にすぎない。<sup>(17)</sup>

これらの判決は、良識と議会の意思の両方を適切に認識するものである。13年にわたる改正法案の歴史において、107条1号は、単に「利用の目的および性格」と規定されていた。最後に付加された「著作物の利用が商業的性質を有するか、または非営利の教育目的を含む」という文言は、商業性の有無について徹底して検討することに焦点を合わせることを意図したのではなく、「利用の目的および性格」という要素の本来の趣旨を評価するにあたって考慮すべき利用の類型を例示することを控えめに意図したものにすぎないものと評価される。<sup>(18)</sup>

Sony 判決において、スティーブン裁判官は、「著作物の商業的利用はすべて、著作権者の独占権の不正な利用であると推定される」と述べた。<sup>(19)</sup>このような強い表現にもかかわらず、裁判所が、主張や立証の負担を移転するという技術的な意味における本来の推定を確立することを意図していなかったということは、文言上および歴史的な文脈から明らかである。Sony 判決のその他の記述からは、意図されていたものは技術的な推定ということではなく、利用の商業的性質がフェア・ユースのバランスにおいて考慮されるべきであるという認識であるにすぎないということがわかる。最初の部分で、裁判所は、「この側面の利用については他の要素とのバランスを衡る必要があるとする1976年の司法委員会報告書の記述を引用し、決定的ではないけれども、第1要素は、フェア・ユースの認定にあたり、『行為の商業的または非営利的性質』に比重を置くことを要求している」

と述べている。<sup>(20)</sup> Sony 判決のアプローチは、推定システムの確立の意図を明確にしていない。裁判所は、フェア・ユースの一般的な定義づけは不可能であり、個々のケースにおける事実との関係において決められなければならないとする報告書の記述を引用し、エクイティ法理としてのフェア・ユース法理の性質を強調している。その意見には、上院の司法委員会も「フェア・ユースの厳格で明確なアプローチを回避した」ことが記されていた。<sup>(21)</sup>

著作権法107条のフェア・ユース規定の制定経緯、また、これまでのフェア・ユース法理の適用事例をみても明らかなように、著作権の制限に関するこの107の規定は、その柱書および4つの考慮要素は、フェア・ユースの成立要件として機能しているのではなく、フェア・ユースか否かを判断するための解釈準則として機能しているにすぎない。柱書の該当性や各要素の個別的な分析結果は、フェア・ユースであるか否かの結論を導き出すための手段ではなく、その結論を正当化する根拠として利用されていることになる。社会状況の変化や技術革新に対応できるように解釈の余地を残すように制定されたフェア・ユース法理は、権利者と利用者の利益バランスを衡ることを目的とするものではなく、著作物が生み出される社会と、その社会における利用態様とのバランスをとることに重点が置かれた法理であると考えるのが妥当である。

## II 「利用の目的および性格」と商業的性質の関係

### —判例の分析

#### 1 変容的利用と商業的性質

著作物の複製による利用について、わが国の著作権法解釈論における著作権の制限という文脈のなかで考えた場合、著作物の「商業的利用」は、「私的利用」とは相容れない概念であり、著作権者の許諾なしに著作物を複製して商業的に利用する行為は、明らかに「私的使用のための複製」(日本著作権法30条1項)にはあらず、著作権侵害を構成する。

アメリカ著作権法には、こうしたわが国のような規定が存在しないために、著作物の複製が私的目的か否かということを考慮する必要はなく、著作権が制限されるかどうかについては、フェア・ユースといえるか否かという議論がなされることになるが、フェア・ユース成立のための第1要素である「利用の目的および性格」の分析において、商業的性質を有する場合であってもフェア・ユースが認められるということに比重を置いて考えた場合、著作権の制限に歯止めがかからなくなるおそれが出てくる。しかしそれは杞憂であって、著作物の商業的利用についてフェア・ユースが認められるのはあくまで例外的な場合であり、連邦最高裁がフェア・ユースの認定にあたって商業的性質を是認したとしても、それはごく限られた場合であるにすぎないことがわかる。

従来の学説および判例の解釈論によると、「利用の目的および性格」との関係においてフェア・ユースであるというためには、著作物の利用が「生産的利用 (productive use)」であるか「変容的利用 (transformative use)」であるか、さらに、学術および有用な技芸の発展を促進するという憲法上の目的に適うものである必要がある（アメリカ合衆国憲法1条8節8項）。そして、著作物の利用が「変容的」であるというためには、基本的にはいわゆるデッド・コピーではなく、著作物の改変を行なう際に新たな創作性を付加する場合である必要があると解されている。さらに、その後にはこの「変容的」という概念が拡大解釈されるようになる。すなわち、著作物の本質的な部分を単に複製する場合であり、表現の表層的な部分を変更したり、すり替えたりするような場合は変容的であるとはいわないが、先行する著作物に新たな創作性を付加する行為を行なう場合だけではなく、後述するように、新たな表現、意義やメッセージを付加することにより、先行の著作物とは目的や性質が異なる新たな何かが付加される場合、あるいは、先行の著作物とは異なる方法や目的で利用する場合もが変容的であると解されるようになる。たとえば、後述するように、テレビ番組におけるニュース映像のクリッピングによる利用は、ニュース報道を

目的とした利用ではなく、それが番組の宣伝を目的とするものであっても、その宣伝的な利用の商業的性質が高いほど変容的であると解され、商業目的であるかどうかは重要ではなくなる。

## 2 営利企業による利用

営利企業による著作物の利用がフェア・ユースであると認められるか否かについて、新しい製品や技術の開発を目的とした調査研究のために行なう雑誌記事の複製といえども、それを営利企業が行なう場合には商業的利用にあたるとしてフェア・ユースを認めなかった事例がある一方で、企業名称の商標登録に際して、混同を回避するために同一の名称を使用している企業の名称をその調査報告書のなかで複製して利用したケースにおいて、そのような利用は商業目的による利用とはいえないとして、フェア・ユースを認めた事例がある。

① Lucent Information Management, Inc. v. Lucent Technologies, Inc., 5 F. Supp. 2d 238 (D. Del. 1998).

原告 X は、ペンシルヴェニア州にあるコンピュータ文書管理システム会社 Lucent Information Management, Inc.、被告 Y は、デラウェア州にある情報システム関連の商品およびサービス提供会社 Lucent Technologies, Inc. であり、本件は、標章 LUCENT の商標登録をめぐる著作権侵害、商標権侵害および不正競争法違反等に関する事例<sup>(22)</sup>である。

Y の依頼を受けた調査会社 A は、企業が利用している LUCENT という標章の混同の可能性の問題に関する調査を行なう際に、X からの文書のなかで用いられている文字ときわめて類似した文字を使用した。その後、X はその文字を連邦著作権局に登録した。A が調査報告書のなかで使用したのは、X が著作権を有する文字であった。

第 1 要素について、「著作物のすべての商業的利用はフェアではないと推定される」と述べた連邦最高裁判所の判決、および、Y による X の映画の著作物の複製は、商業目的で利用したわけではなく、訴訟手続におけ

る証拠として利用したにすぎないとして、フェア・ユースを認定した第9巡回裁判所の判決等を引用し、さらに、「商業的利用は、第1要素の唯一の要素」であり、「利用が非営利的であるという単なる事実は、著作権侵害の認定を妨げるものではない」と判示した Campbell 判決を引用して、本判決は、調査報告書における利用は、訴訟の準備資料として利用したにすぎず、商業目的による利用であるとはいえないから、第1要素はフェア・ユースの認定に有利にはたらくと判示した。

本件で問題となっている著作物は文字であり、それは伝達手段であるにすぎないから、創作性や独創性は重要ではない。したがって、第2要素はフェア・ユースの認定に有利にはたらく。しかし、Aによる調査報告書のなかで、Xの著作物である文字の全体が、若干の変更を加えて利用されたものであるので、第3要素はフェア・ユースの認定に不利となる。

さらに、第4要素の著作物の潜在的市場価値について、X著作物の潜在的市場は存在せず、Yは、X著作物を調査のために利用したにすぎないから、第4要素はフェア・ユースの認定に不利にはたらく。最終的に、Yの行為はフェア・ユースに該当するとして、Xの著作権侵害にもとづく請求を棄却した。

② American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

原告(X)であるアメリカ地球物理学組合および82の科学技術雑誌出版者は、被告らによる雑誌記事の複写は著作権を侵害するとして集団訴訟を提起したところ、被告のうちTexacoは、雑誌記事の複写はフェア・ユースにあたりと反論した。

被告Texaco(Y)は、400名ないし500名の研究員を雇用し、石油産業における業績向上に向けた新しい製品や技術の開発に関する科学的調査を行なうにあたり、月刊学術誌(「Journal of Catalysis」)を購読し、Yの研究員Aは、将来における調査研究のための資料として複写した記事をファイルしておいた。すなわち、営利企業における調査研究を目的として、

その構成員である個人の研究員が職務において雑誌記事を複写し、その複製物をライブラリーとして保存しておく行為がフェア・ユースといえるかどうか<sup>(23)</sup>が議論の争点である。

連邦地裁は、Yによる雑誌記事の複写は、単に機械的に著作物を複写するだけであり、その研究における利用は商業的利益を目的としているにすぎないから、Yの複製は変容的利用であるとはいえず、また非商業的利用にもあたらないとし、「利用」行為自体は調査研究を目的とするものではあるが、利用者は商業的性質を有する営利企業であるなどと述べて、Yによる複写がフェア・ユースを構成しないと判示した。

控訴審（第2巡回裁判所）も、原判決を認容し、Yによる雑誌記事の複写はフェア・ユースには当たらないと判示した。とくに第1要素に関する著作物の商業的利用について、Yが営利企業であることが、フェア・ユースの認定に無関係であるとは考えないとの立場から、二次的な利用者が得る個人的な経済的利益が大きいほど、第1要素は著作権者に有利にはたらし、フェア・ユースが認められる可能性は少なくなる、Yによる著作物の二次的利用が「商業的利用」としての性質を有する場合は、フェア・ユースの抗弁は認められない、また、最高裁のCampbell判決が示すように、第1要素の分析において重要な「変容的利用」概念は、フェア・ユースの認定に絶対に必要というわけではないが、Yの複写は単に無形的な著作物である記事を有形的な対象として変形しているにすぎず、その複製行為は著作物の変容的利用であるとはいえないなどと判示し、他の要素と合わせて総合的に考慮し、結論としてフェア・ユースを否定した。

営利企業による著作物の利用は、商業的性質を有すると推定される可能性が高くなると考えられるが、営利企業による利用であるからという理由で、短絡的に商業的性質を有するということではなく、営利企業による利用であっても、その利用の商業的性質が弱いと認められるときは、フェア・ユースにあたりとされる場合もありうるということになる。

### 3 非営利団体による利用

営利企業による著作物の利用が、必ずしも商業的性質を有するとはいえないのと同様に、非営利団体による利用であるからといって、それが商業的性質を有していないということにはならない。その利用の性格はそれぞれのケースごとに判断されることになり、非営利団体による利用であっても、商業的性質を有すると認められるときは、フェア・ユースにはあたらないということになる。

被告の非営利団体が、非営利の教育目的のために発行する雑誌に、原告の文書が許諾なしに掲載された事案において、非営利団体であるという事実は、商業的であるという認定を妨げるものではなく、被告による原告著作物の利用は商業的性質を有するものであるとしてフェア・ユースを否定した事例、被告である宗教団体が、原告書籍を無断で複製して利用した事案において、被告による原告書籍の利用は明らかに営利を目的とするものであり、間接的ながら金銭的利益を得ているとして、フェア・ユースを否定した事例、および被告である非営利教育団体が、その発行する雑誌に掲載されている原告の写真が無断でCD-ROM化した事案において、非営利の教育団体とはいえ、CD-ROMの販売は明らかに営利を目的とするものであるからフェア・ユースにはあたらないとした事例、さらに、行政機関におけるソフトウェアの複製は、販売目的で行なわれるものではないが、それを反復して利用する行為は商業的性質を有するものであり、行政機関による利用であっても商業的利用にあたるとしてフェア・ユースを否定した事例について紹介することとする。

① *Lish v. Harper's Magazine Foundation*, 807 F. Supp. 1090 (S.D. N.Y. 1992).

原告 X は、出版業界では有名な論者であり、ミニマリズムに関する前衛的な作家であり、出版社の編集者を務め、また、文章創作教室の講師も務めていた。X のクラスは、プライバシーが保持されたなかで行なわれ

ており、受講者に対して、厳格な秘密性を遵守させていた。ところが、X がクラスの受講者に宛てた文書が、被告 Y が発行する雑誌「ハーパーズ・マガジン (Harper's Magazine)」の記事のなかで、X の許諾なしに掲載された。Y 雑誌記事において、編集された X 文書を公表することが、フェア・ユースを構成するかどうかは本件の著作権に関する主要な争点である。<sup>(24)</sup>

判決は、次のように述べて、Y による X 文書の利用はフェア・ユースにあたらないと認定している。Y は、非営利団体であるから、Y による X 著作物の利用は、非営利の教育目的のための利用であると主張しているが、Y が非営利団体であるという事実は、「商業的利用」の認定を妨げるものではない。Y による X 文書の利用は、「商業的性質」を有するものであり、第 1 要素については X に有利にはたらく。

フェア・ユースの範囲は、未公表著作物についてはより狭いものとなる。素材の未公表部分を利用する場合は、フェア・ユースの第 2 要素は、Y に有利に適用される。また、Y がその雑誌記事において、X 文書のおよそ 52% を利用したことなどから、第 3 要素は X に有利にはたらく。<sup>(25)</sup>

さらに、判決は Harper & Row 判決を引用して、第 4 要素がもっとも重要な要素であるとしたうえで、Y は、第 4 要素における潜在的市場または価値に与える利用の影響について、X が立証しなければならないにもかかわらず、X は、現在または将来における損害について何ら証明することができなかったことで、第 4 要素は Y に有利にはたらく、結論として、判決は、Y による X 文書の公表は、フェア・ユースにあたらないと判示した。

② Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc., 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000).

宗教団体 (原告 X: Worldwide Church of God) の創設者 (1934 年設立) であり、指導的な役割を果たしてきた A は 1984 年から 85 年にかけて「Mystery of the Age」(X 書籍) を執筆し、X 名義で出版した。1986 年

に92歳でAが死亡したその2年後、著作権者であるXは、離婚や再婚に関する教会の立場などが変わり、Aの見解が時代遅れになった部分やXの教義に反する部分があることなどを理由にX書籍の頒布を中止した。

一方で、Xに所属していたBとCは、1989年に新たな宗教団体（被告Y：Philadelphia Church of God）を設立したが、その宗教上の教義はAの教義に厳格に随うものであり、Yの洗礼を受けるために、また、Yが宗教上の儀式や教育を行なううえで、X書籍は重要な役割を果たしていた。そこで、Yが、Xの許諾を得ることなく、X書籍を複製して利用していたことについて、XがYに対して著作権侵害を主張した事案である<sup>(26)</sup>。

Yは、YによるX書籍の利用は、あくまで宗教的な目的のためであって、商業的な性質を有するものでも営利を目的とするものでもないから、フェア・ユースにあたりと主張したが、控訴裁判所（第9巡回裁判所）は、「商業的または非営利の教育目的というのは、第1要素における利用の目的および性格を検討するための1つの要素にすぎない」とする連邦最高裁判決を引用し、出版が商業的な性質を有するという事実はフェア・ユースの認定にとって不利にはたらくが、商業的な利用ではないということはアンフェアであるという推定を否定するにすぎず、金銭的利益を得ていることだけを尺度として営利を目的としていると判断するわけにはいかない、YによるX書籍の利用は明らかに営利を目的とするものであり、Yは、X書籍を複製することそれ自体によって金銭的利益を得ているわけではないが、それを頒布し利用することによって、その構成員が増加したという意味において宗教団体として利益を得たということができるのであるから、第1要素はフェア・ユースの認定には不利にはたらくと判断した<sup>(28)</sup>。

第2、第3要素もYにとって不利であり、第4要素は悪くても中立であるとし、結論として、YによるX書籍の利用はフェア・ユースにはあたらないと判示した。

③ Greenberg v. National Geographic Soc., 244 F.3d 1267 (11th Cir.

2001).

被告である世界的な非営利教育団体ナショナルジオグラフィック協会 (National Geographic Society : Y) が発行する「ナショナル・ジオグラフィック・マガジン (National Geographic Magazine)」のバックナンバーを CD-ROM 化するに際して、その雑誌に掲載されていた原告である写真家 Greenberg (X) の写真が、無断で CD-ROM 化されて利用された事案において、著作権法201条 (c) 項 (集合著作物への寄与物) の解釈をめぐって著作権の帰属が争点となるとともに、Y による X 写真の利用がフェア・ユースといえるかが争われた<sup>(30)</sup>。

第11巡回裁判所は、次のように判示した。雑誌に掲載された写真を CD-ROM に収録するに際し、写真をモーフィング技術によって映像化し、それに音声を加えるような利用は、明らかに著作物の変容の利用にあたり、著作権法107条におけるフェアな利用を逸脱するものである。本件 CD-ROM は、教育を目的とした商品であるが、書店やインターネットを通じて市販されているだけではなく、Y は、非営利の教育団体であるが、本件 CD-ROM を販売しているその系列団体は非営利団体ではなく、営利企業である。すなわち、本件 CD-ROM の販売は明らかに営利を目的とするものであるから、フェア・ユースにはあたらない。

④ Wall Data Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dept., 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006).

原告であるウォール・データ (Wall Data : X) は、ソフトウェアを開発、販売する会社であり、X が開発したソフトウェア商品 RUMBA Office および RUMBA Mainframe は、いずれもある OS を利用しているパソコンを用いて、異なる OS を利用しているコンピュータに記憶されたデータにアクセスすることを可能にするソフトである。

被告であるロサンゼルス郡保安官事務所 (Los Angeles County Sheriff's Department : Y) は、Y 事務所における当該ソフトウェア商品の利用について、X との間で利用許諾契約を締結した。ところが、Y 事

務所のパソコン台数より多くの X ソフトがインストールされたことを知った X が、債務不履行の主張とともに、著作権侵害を主張した事案において、Y は、積極的抗弁（affirmative defense）としてフェア・ユースの抗弁を主張した。

第 9 巡回裁判所は、まず、Y の利用がフェア・ユースであるかどうかを決定するには、4 つの考慮要素を比較衡量しなければならないとする立場から、フェア・ユースの抗弁は認められないという結論に達する。まず第 1 要素について、ソフトウェアの複製は変容的ではないし、その複製が販売目的で行なわれたものではないとしても、ソフトを反復して利用する場合は、その利用は商業的性質を有するものと解され、Y が X と競争関係のない行政機関であったとしても、Y による利用は商業的利用にあたると判示した。<sup>(31)</sup><sup>(32)</sup><sup>(33)</sup>

#### 4 批評およびニュース報道のための利用

##### （1）著作権法107条柱書によるフェア・ユースの推定

前述したように、従来フェア・ユースの適用が認められるのは、著作権法107条柱書に例示されている利用目的に限定されていたと考えることができるが、1976年法によりフェア・ユース規定が成文化され、柱書における著作物の利用目的に加えて、4 つの考慮要素が明文化されることとなった。例示はあくまで例示であるにすぎないから、例示されている利用目的に限定されるものではないとする見解が増幅され、例示の意味合いが希薄になる一方で、4 つの考慮要素の解釈が重要な意味を有するようになってきたといえる。例示されていない目的のための利用であっても、4 つの考慮要素の解釈によってはフェア・ユースが認められる場合があるのに対して、例示されている目的あるいはそれに類似する目的のための利用であれば、とりあえずフェア・ユースに該当するという推定がはたらくものと解されるようになる。すなわち、批評やニュース報道等の目的のための利用であれば、フェア・ユースであるという推定がはたらくものの、批評、二

ユース報道とはいっても、その実態が営利を目的とするものであったり、娯楽を目的とするものであったりするような場合は、当然のことながら、そのような推定は覆されることになる。

## (2) 批評のための利用

ある著作物に対する批評や解説が、文芸的あるいは学術的に行なわれるのではなく、娯楽目的のために利用されるケースが少なくない。第1要素における著作物の利用の目的および性格について判断するに際して、フェア・ユースの抗弁を主張する当事者は、著作権法107条柱書に例示されている批評または解説のための利用であることを強調するが、利用の実態は、娯楽雑誌への掲載や娯楽番組における利用など、娯楽的利用 (entertainment use) であると認められる場合がある。

ここでは、被告書籍が原告書籍を批判する目的で、その一部のインタビュー記事を引用して利用した事案において、被告書籍が営利を目的としているという事実はフェア・ユースの認定を妨げるものではなく、原告書籍は報道的な性質を有するものであるとして、フェア・ユースを認めた事例、ドキュメンタリーや伝記による利用は、著作権法107条柱書に例示されている目的と同様のカテゴリーに含まれると解され、また、先行する著作物とは異なる方法や目的で利用する場合は変容的利用であると解してフェア・ユースを認めた事例、娯楽番組の映画批評のなかで、映画の一部分が数秒間放送された事案において、その映像の利用は娯楽的なものではなく、批評のための利用であるといえるとしてフェア・ユースを認めた事例等について紹介する。

① Maxtone-Graham v. Burtchaell, 631 F. Supp. 1432 (S.D. N.Y. 1986).

この事件は、妊娠中絶の賛否をめぐる議論に関する書籍における引用に関する事件である。カトリック教の牧師であり、ノートルダム大学の神学教授である被告 James Burtchaell (Y) は、妊娠中絶について公開された報告書を批判することを目的とした本のなかで、原告 X が、望まない

妊娠を経験した17人の女性に対して行なった37,000語から成るインタビュー記事のうちおよそ7,000語を引用した。

第1審は、修正1条を根拠とする表現の自由の主張について、Harper & Row 判決における連邦最高裁が示した狭い解釈を採用し、未発行著作物からの引用の場合、修正1条はフェア・ユースの抗弁を肯定する根拠とはならないとしたうえで、フェア・ユース法理の4つの要素について個別的な検討を加えた。

まず第1要素の利用の目的および性格について、Y書籍の出版者が営利を目的としていたという事実は、フェア・ユースの認定を妨げるものではない。第2要素の著作物の性質について、X著作物は報道的な性質を有するものであり、著作権法上はニュース報道と同様の保護が与えられる、そして、Y書籍において厳格ではないがフェアに利用された。第3要素について、Y書籍に引用された分量は、X書籍全体の4.3%である。市場への影響に関する第4要素について、X著作物は批評のないインタビュー記事の編集物であり、Y書籍は、X書籍を分析して批評を加えたものであるから、両著作物はそれぞれ異なる機能を果たすものであると認定し、第4要素はYにとって有利であるとし、結論として、フェア・ユースを認めた。<sup>(34)</sup>

控訴審において、Xは、Yの引用には句読点などの形式的な小さなミスにとどまらず、内容の改変に関する重大な誤りがあることを主張したが、引用に関する誤りは、第1要素の利用の目的および性格との関係において、フェア・ユースの認定に影響をあたえるものではないとし、また、Yの利用における商業的性質は、程度の問題であって絶対的な基準ではないとして、原判決を支持してフェア・ユースの抗弁を認容した。<sup>(35)</sup>

② Arica Institute, Inc. v. Palmer, 761 F. Supp. 1056 (S.D.N.Y. 1991).

禅、ヨガなどの宗教的修行を通して精神的な鍛錬を目的として、非営利の教育機関である原告アリカ研究所（Arica Institute：X）が行なっている伝統的なトレーニング方法を批判した被告である心理学者 Palmer

(Y) が出版した書籍において、X のトレーニング・マニュアルが引用された事案において、Y による X 書籍の利用がフェア・ユースにあたるかどうか争われた。

第 1 審は、著作権侵害が主張されている部分の多くは、著作権による保護の対象とならない理論、アイデア、短いフレーズであると判示し、そのうえで X 著作物の表現が複製されている部分について、4 つの考慮要素を分析的に検討した。

第 1 要素について、Y の書籍は、営利を目的とするものではあるけれども、批評、評価、学術および研究に資するものであることは疑いが無い。第 2 要素については、X 著作物はほとんどが未発行であるから X に有利であるが、第 3 要素については、Y が利用した量は 46 冊ある X 著作物のうちごくわずかな部分でしかないので Y に有利にはたらく、そして第 4 要素についても、X 著作物の市場は会員に限定されており、X 著作物は市販されているものではないので、市場に影響を与えるものとはいえないとして、フェア・ユースにあたると判示した。<sup>(36)</sup>

控訴審も原判決を支持し、フェア・ユースの認定にとってもっとも重要な要素は第 4 要素であるという前提に立ち、Y 書籍における X 著作物の表現の複製が潜在的市場に与える影響はわずかであるにすぎないと判示して、最終的にフェア・ユースを認めた。<sup>(37)</sup>

③ Hofheinz v. Discovery Communications, Inc., 2001 WL 1111970 (S.D. N.Y. 2001).

原告 Hofheinz (X) が著作権を有する 3 つのホラー映画の予告編のクリッピング映像を、被告 Discovery Communications, Inc. (Y) が運営するケーブル・テレビ放送における「エイリアン」をテーマとした番組のなかで、数十秒間にわたって、X の許諾なしに放送したという事案である。<sup>(38)</sup>

著作物の利用の目的が、著作権法 107 条柱書に例示されている「批評、解説、ニュース報道、教育…、学術または研究等の目的」に該当する場合、

利用態様が変容的であれば、フェア・ユースの推定がはたらく<sup>(39)</sup>。また、この例示に含まれない場合であっても、ドキュメンタリーや伝記については、107条柱書のカテゴリーに含まれ、その利用はフェア・ユースにあたる<sup>(40)</sup>とする推定がはたらく。単なるエンタテインメントやファンタジーは、107条柱書のカテゴリーに含まれる種類のものとはいえないが、107条は、娯楽的なものとそうでないものとを区別していない。Yは、当該映画の共通テーマや政治的な文脈を踏まえてドキュメンタリー様式の番組において、映画のクリップを利用したものである。

107条の解釈で重要なことは、著作物を変容させることを目的として利用しているかどうかであるとする Campbell 判決を引用したうえで、著作物の本質的な部分を複製したり、表現し直したり、すり替えたりするような利用方法は変容的とはいえないが、先行する著作物とは異なる方法や目的<sup>(41)</sup>で利用する場合は変容的であるといえる。

そして、Yによる本件映画のクリッピングによる利用の目的は多様であり、そのような利用は変容的であるといえる。著作物が変容的である場合、「商業的」であるかどうかはそれほど重要ではなく、また、二次的な<sup>(42)</sup>利用が商業的であるという事実にもそれほど重点を置く必要はない<sup>(43)</sup>。したがって、Yの動機の営利性は、フェア・ユースの第1要素の分析を変更するものではなく、第1要素は、Yに非常に有利にはたらく。

第2要素は、わずかにXにとって有利であるが、第3要素および第4要素は、Yに有利であると認定し、結論として、Yによるフェア・ユースの主張を是認した。

④ Chicago Bd. of Educ. v. Substance, Inc., 354 F.3d 624 (7th Cir. 2003).

原告であるシカゴ教育委員会（Chicago Board of Education: X）が実施する学力テストは、X自らが作成したもので市販されるものではなく、また、作成コストの削減などの理由により、試験問題を再使用することができるように公表されていなかった。被告である高校教諭（Y）は、

教育委員会が作成する学力テストの問題が悪問であることを明らかにするために、自らが編集発行する新聞紙上に、その学力テストの問題を公表した。Yは、テストの無許諾の複製および公表はフェア・ユースにあたり、著作権侵害にはならないと主張した。公表することが予定されていない未発行の著作物であっても、著作権の保護を受けることは可能である<sup>(44)</sup>。

訴訟において、Yは、学力テストの公表は批評目的でなされたものであるとして、表現の自由を根拠とした議論を展開したが、積極的抗弁としてのフェア・ユースの主張にあたって、十分な証明責任を果たさなかったことなどの理由により、控訴裁判所（第7巡回裁判所）は、Yによる学力テストの公表は、フェア・ユースとはいえないと判示した<sup>(45)</sup>。

⑤ *Wade Williams Distribution, Inc. v. American Broadcasting Co., Inc.*, 2005 WL 774275, at 9 (S.D. N.Y. 2005).

ABC（被告Y: American Broadcasting Co., Inc.）は、その配信するテレビ番組「グッド・モーニング・アメリカ（Good Morning America）」のなかの映画評論コーナーにおいて、原告X（Wade Williams Distribution, Inc.）が著作権を有する映画の一部分を放映した行為が、フェア・ユースにあたるか否かが争われた<sup>(46)</sup>。エイリアンをテーマとしたSF映画を紹介し、それを批評するコーナーのなかで、当該番組のエンターテインメント担当の編集者が、Xが著作権を有する3つの映画の映像の一部分をそれぞれ数秒間にわたって放映した。

裁判所は、Campbell判決を引用し、まず第1要素について、著作物の利用が「変容的」であるかどうか、「商業的」であるか、または営利を目的とするものであるかどうかということ、さらに、フェア・ユースであるためには、著作物の利用が「生産的」であるか「変容的」であるか、さらに学術および有用な技芸の発展を促進するという憲法上の目的にかなうものでなければならないと述べたうえで、「変容的利用はフェア・ユースの認定に絶対的に必要というわけではないが、著作物が変容的であるほど、商業性などの要素の重要性は低下し、フェア・ユースの認定に不利となり、

新たな表現、意義あるいはメッセージを付加することにより、先行の著作物とは目的や性格が異なる新しい何かが付加されるとき、その利用は変容的なものとなる」と述べたうえで、当該番組の映画評論コーナーは、20世紀のSF映画に対する批評を取り上げて、それを支持するための例として、X著作物である映画を利用したのであり、当時の映画製作者がエイリアンをいかに描写したかについて、変容的に解説し批評するものである。

著作権法107条柱書は、批評、解説のための著作物の利用は、フェア・ユースに該当する場合として例示している。Xによる本件著作物の利用は、娯楽的なものではなく、本件映画を批評するために変容的に利用したのであるから、第1要素がYにとって有利であることは明らかである。

第2要素は、かろうじてXに有利にはたらし、第3要素および第4要素はYにとって有利であると判断したが、最終的には、Xによる本件著作物の利用はフェア・ユースにあたりと認定した。

### （3）ニュース報道のための利用

新聞やテレビなどのマス・メディアによる著作物の「ニュース報道」のための利用は、その公共的性質から著作権が制限される場合があることは否定できない。著作権法によって保護される著作権者の財産的利益より、言論の自由、報道の自由によってもたらされる社会的、公共的な利益が優越していると考えられているからである。しかし、マス・メディアによる著作物の利用がすべて「ニュース報道」に該当するわけではなく、その利用実態は営利性を目的としている場合が少なくない。書籍や雑誌への掲載、テレビ放送等による利用が、必ずしもニュース報道による利用に該当しないことはいうまでもない。

ここでは、社会心理学者の研究成果の被告雑誌への掲載は報道目的とはいえ、純粋な商業的利用にあたりとして、フェア・ユースを否定した事例、およびニュース報道のために撮影された原告の映像が、被告番組のなかでクリッピング映像により利用された事案において、被告による利用はニュース報道のための利用ではなく、番組の宣伝を目的とした利用という

意味で商業的性質を有するものであるとして、フェア・ユースを否定した事例について紹介する。

① *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981).

原告である社会心理学者 Rubin (X) は、その学位論文「ロマンティック・ラブの社会心理学」において、X の理論にもとづく恋愛感情を測定するための26の質問から成る「ラブ・スケール (love scale)」「ライキング・スケール (liking scale)」を発表した。その数年後、被告ボストン・マガジン社 (Boston Magazine : Y) は、Y が発行する雑誌の「愛のテスト」と題する特集記事のなかで、他の社会心理学者の研究成果の紹介とともに、X のスケールを一言一句そのまま掲載したという事案である<sup>(47)</sup>。学術論文における学問的成果そのものは著作権の対象とはならないが、その表現形式が著作権の保護を受けることはいうまでもない。

第1巡回裁判所は、雑誌への掲載が必ずしも報道目的ではなく、研究成果を社会に知らしめることを目的として利用するにすぎない場合は、107条における「ニュース報道」を目的とした利用に該当するとはいえず、しかも、Y による X 著作物の利用は、純粹に商業的な利用にあたるから、フェア・ユースとはいえないと判示した<sup>(48)</sup>。

② *Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting, Inc.*, 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002).

この事件は、ニュース報道のために撮影された映像が無許諾でテレビ放送された事案において、フェア・ユースが問題となった事例である。

ロドニー・キング事件における無罪評決に端を発して、1992年4月に発生したいわゆる「ロス暴動」の際に、Los Angeles News Service (原告 X) のヘリコプターが、交差点で信号待ちをしていたトラック運転手レジナルド・デニーが暴徒と化した黒人らにトラックの運転席から引きずり出されて暴行を受けるようすを空撮した (殴打事件)。そして、被告 CBS およびその系列のコート・テレビジョン・ネットワークス (Court Television Networks : Court TV) が、その映像のうち、黒人らがデニーの頭

部にコンクリート・ブロックを投げ落とすシーンを、その番組「Prime Time Justice」において刑事裁判を報道するためのプロモーション映像として放送したことが、フェア・ユースといえるかどうか争われた。

第9巡回裁判所は、次のように判示した。<sup>(49)</sup> ニュース映像を編集して放送するという利用方法は、フェア・ユースが認められるような変容的な利用であるとはいえない場合が多い。ところが、Y番組におけるXのニュース映像のクリッピングによる利用は、殴打事件のニュース報道を目的としたものではなく、殴打事件の裁判に関する番組の宣伝を目的としたものであり、単なるニュース報道のための利用ではなく、むしろ番組を宣伝することを目的として利用したという意味において商業的な性質を有するものである。しかし、クリッピング映像の挿入による宣伝的な利用の商業性が高いほど変容的なものとなり、商業目的であるかどうかは重要ではなくなる。とくに、この編集された番組のオープニング映像は、番組を宣伝することを意図したものであり、商業目的の意義を低下させるほどに変容的な利用であったとえいる。ニュース価値があるのは、殴打事件についての報道ではなく、その事件の裁判についての報道であるので、YとXは、直接的な競争関係にあるわけではない。したがって、第1要素はフェア・ユースの認定にわずかに有利にはたらく。

第2要素は明らかにフェア・ユースに有利であり、第3要素は中立的である。第4要素はフェア・ユースに有利にはたらくと認定し、結論として、Yによるニュース映像の利用はフェア・ユースにあたりと判示した。

### Ⅲ 日本法における著作物の営利的利用と フェア・ユース法理

#### 1 著作権の制限規定と著作物の営利的利用

著作権法は、保護対象となる著作物の著作者に排他的独占権を認める一方で、著作物の利用を保護する趣旨から、著作権の効力を制限している。

著作権の保護が及ばないこととする方法には、①保護の対象物から除外する、②権利の対象となる行為から除外する、③保護期間の満了によって除外する、④権利制限規定によって除外するなどの方法が考えられる。<sup>(50)</sup>

世界主要国の著作権法をみると、著作権の制限の規定の仕方には大きく2つの方法がある。わが国やドイツ、フランスなどの大陸法諸国のように制限規定を個別的、限定的に規定する方法と、イギリスやアメリカのように公正な利用に関する一般条項を規定する方法とが考えられる。

前述したように、アメリカ合衆国著作権法は、著作権の制限に関する一般条項としてフェア・ユース（fair use: 公正な利用）法理を規定している。このフェア・ユース法理は、新しいメディアや利用形態の出現、表現の自由やパロディなど、著作権法の解釈論では限界が認められるような事例において、その威力を最大限に発揮するといえる。<sup>(51)</sup>確かに、法的安定性を考えると、不安定な側面があることは否定できないが、具体的な紛争解決の手段であるということとどまらず、著作権法ドグマに囚われない新たな解釈方法論や価値感を認識させる契機となりうるものである。

これに対して、わが国の著作権法は30条～49条に個別的な著作権の制限規定を置いている。著作権法第2章第5款の「著作権の制限」は、①著作物利用の性質からして著作権が及ぶものとするのが妥当でないもの、②公益上の理由から著作権を制限することが必要と認められるもの、③他の権利との調整のため著作権を制限する必要があるもの、④社会慣行として行なわれており著作権を制限しても著作権者の経済的利益を不当に害しないと認められるものなど、各条項の立法趣旨は異なっているが、文化的遺産の公正な利用という点を配慮したものであるとされている。<sup>(52)</sup>

## 2 フェア・ユース規定としての著作権の制限規定

### (1) 私的使用のための複製と著作物の営利的利用

#### (a) 立法経緯

わが国の著作権法30条～49条に規定されている著作権の制限規定は、著

著作物の種類や性質、利用の目的や態様により、合理的に整理、分類され、営利的利用が許容される場合と許容されない場合とが、きわめて巧妙にバランスよく区別されていると評価することができる。たとえば著作権法30条の私的使用のための複製、31条の図書館における複製、38条の営利を目的としない利用等については、営利性が厳格に排除されている。

複製技術、情報伝達技術の発達、高度化とともに、著作物そのもの、およびその利用による経済的価値が飛躍的に増大している。それによる著作物の利用形態の多様化とともに、権利侵害の機会も増加している。著作権者と利用者の利益バランスを衡するためには、著作物の営利的利用の機会が増加するのに比例して、著作権の制限の範囲を立法によりコントロールする必要がある。

かつて旧著作権法は、「器械的又ハ化学的方法ニ依ラスシテ複製スルコト」は著作権侵害とはならないと規定し（旧著作権法30条1号）、筆写による複製だけを認めていたにすぎなかったが、法改正が議論された当時には、複写装置の発達、普及と複製技術の進歩を考慮すると、それでは実情に合わないということで、昭和45年（1970年）に制定された現行著作権法は、「著作権の目的となっている著作物…は、個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること…を目的とするときは、…その使用する者が複製することができる」と規定し（著作権法30条1項）、営利を目的とせず、私的な利用であれば、複製手段を問わず自由利用を認めることとした。この規定には営利性を排除する直接的な表現はみられないが、「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において」という文言が、営利的利用と相反するものと解されている。

1980年代以降の情報社会の急速な高度化とともに、私的複製の範囲が徐々に縮減される。著作権法の改正により、レンタルビデオ店の店頭に設置された自動複製機器（高速ダビング機）を用いたビデオテープのダビングは、私的使用を目的とする場合であっても、著作権法30条1項から除外され（昭和59年改正）、次に、インターネット上を行き交うデジタル著作

物に組み込まれている技術的保護手段を回避することによって行なわれる複製が除外され（平成11年改正）、さらに、違法複製物であることを知って行なうダウンロードが私的複製の範囲から除外されることとなった（平成21年改正）。自動複製機器による複製および技術的保護手段の回避について営利性が認められる場合には刑事罰が規定されている<sup>(53)</sup>（著作権法119条2項2号、120条の2第2号）。

また、MD や CD-R など、特定のデジタル方式の機器・記録媒体を用いて録音・録画を行なう場合は、私的使用を目的とする場合であっても、相当な額の補償金を著作権者に支払わなければならない（平成4年改正、私的録音録画補償金制度、著作権法30条2項）。

(b) 情報技術の発達にともなう権利制限の縮小（著作権保護の強化）

(ア) 自動複製機器による複製

私的使用のための複製にあたらぬ場合として、公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器を用いて複製する場合がある（著作権法30条1項1号<sup>(54)</sup>。「自動複製機器」とは、「複製の機能を有し、これに関する装置の全部又は主要な部分が自動化されている機器」をいい（著作権法30条1項かっこ書き）、複写機器、録音・録画機器などがこれに該当することになる。この規定は、昭和59年（1984年）の著作権法改正によって設けられた規定であり、当時レンタルビデオの普及にともない、その店頭に設置された有料の高速ダビング機を対象としたものである。営利を目的として、自動複製機器を著作物の複製に使用させた者は、5年以下の懲役または500万円以下の罰金に処せられる（著作権法119条2項2号参照）。ここでは、営利性が厳格に排除されている。

後述するように、書籍や雑誌をスキャナーで読み込んで電子データ化する「自炊」と呼ばれる行為についても、利用者自身が行なうのではなく、代行業者が営利を目的として行なう場合は、「その使用する者」が複製しなければならないという著作権法30条1項の要件を充たさず、私的使用のための複製には当たらないと解される。

（イ）技術的保護手段の回避

著作物のデジタル化が、その複製を容易にし、ネットワーク上での流通を可能にする一方で、IT 革命に伴うこのようなデジタル環境の急激な変化は、著作権法制度に大きな変革を迫ることになった。そのような状況のなかで、私的使用のための複製に関する規定についても見直しを余儀なくされ、技術的保護手段の回避に関する規定が設けられることとなった。

著作物に電子信号として記録されている技術的保護手段の回避により可能となった複製を、その事実を知りながら行なう場合は、私的使用のための複製にはあたらないこととした（著作権法30条1項2号<sup>(55)</sup>）。そして、「業として公衆からの求めに応じて技術的保護手段の回避を行った者」は、5年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金に処せられることになっている（著作権法120条の2第2号）。営利を目的とする場合は、刑事罰が科せられている。

（ウ）違法複製物のダウンロード

インターネット上には、音楽、画像、映像、ゲームソフト、プログラムなどさまざまなデジタル・コンテンツが流れているが、Google や YouTube のようなプロバイダーを経由するものもあれば、WinMX や Winny など匿名性の高いファイル共有ソフトを通じて利用される場合もある。しかし、これらのコンテンツは、著作物として一定の要件のもとで著作権法によって保護されている。従来は、違法なものをダウンロードする場合であっても、個人的に利用する場合は「私的使用のための複製」として適法であるとされていた。

ネット上の著作物が適法なものか違法なものかは、それが明示されていないわけではないので、ダウンロードしようとする者は必ずしも違法な複製物であることを知ってダウンロードするわけではないが、平成21年著作権法改正により、違法であること知って行なうダウンロードは「私的使用のための複製」にあらず、違法ということになった（著作権法30条1項3号）。「私的使用」の範囲が縮減されたことになる。利用方法に営利性がな

い場合であるが、著作権者の財産的利益を不当に害することとなる場合に分類することができる。

#### (エ) 映画盗撮防止法の制定

ビデオカメラによって盗撮された映画が、インターネット上にアップロードされるという権利侵害の実態を踏まえて、平成19年5月、映画文化の振興および映画産業の健全な発展を目的とした「映画の盗撮の防止に関する法律（映画盗撮防止法）」<sup>(56)</sup>が制定された。これにより、映画館における映画の盗撮は、たとえ私的使用のための複製であっても、著作権法30条1項の規定は適用されず、著作権侵害として構成されることとなった。なお、盗撮を行なった者には罰則規定が適用されることになっている（著作権法<sup>(57)</sup>119条1項参照）。

「私的使用のための複製」を制限する例外規定は、営利性を排除するものと、著作権者の利益を不当に害することとなる場合とに区別されており、著作物の営利的利用との関係において、利用の営利性は厳格に排除されているといえる。

#### (2) その他の権利制限規定

著作権法30条の私的使用のための複製に関する規定の他の規定を概観すると、まず、著作権法31条において複製の主体とされている図書館は、公共図書館や大学図書館等の公共性を有する図書館を前提としたうえで、条文上も「その営利を目的としない事業として」という文言を用いて、営利性を除外している。さらに、38条1項の営利を目的としない上演、演奏、上映、口述による利用については、「営利を目的とせず、かつ、聴衆又は観衆から料金を受けない場合」という明確な文言により営利性を認めていない。

他方、著作権の制限規定のなかにも、営利的利用をむしろ肯定的に許容している場合も数多くみられる。たとえば、著作権法33条の教科用図書への掲載や、34条の学校教育番組の放送等による利用については、教育を目

的とする営利的利用を前提として、著作権者に補償金を支払うことが必要とされ、また、35条の学校等における複製や、36条の試験問題としての複製等の利用については、営利を目的とする場合に限定して、著作権者に補償金を支払うことが義務づけられている。

時事の事件の報道のための利用について規定する著作権法41条において、著作物の新聞記事への利用が、報道記事において利用されている場合には41条が適用され、その範囲内において当該著作物の自由な利用が認められるが、報道的な性格の認められない宣伝記事における営利的利用については、41条の適用は認められないとした裁判例がある。<sup>(58)</sup>

そのほか、46条の公開の美術の著作物および建築の著作物については、「いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」と規定しておきながら、それらの複製物を「販売を目的として複製」する場合を除外している規定がみられる。<sup>(59)</sup>

その他の制限規定については、とくに営利性に関する文言はみられず、営利性または非営利性の区別はないと考えてよいと思われる。たとえば、著作権法32条の引用については、「公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない」とする要件のなかで、利用の目的が例示されているものの、必ずしも営利的利用を排除するものでないことは合理性がある。また、「いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」として営利性を問わない場合（著作権法40条、46条）や、営利性の有無にかかわらず、「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」を除外している場合（著作権法35条2項、36条1項、42条1項）がある。

以上のように、著作権の制限規定は、著作物の種類、利用の目的や態様を踏まえて、営利性を認めるものと認めないもの、著作権者の利益を不当に害するか否かを基準として、きめ細かに規定されており、著作権者と利用者の利益バランスがきわめて合理的に調整されていると評価することが

できる。

### (3) フェア・ユース法理が主張された裁判例

わが国の著作権法には、アメリカ著作権法のようなフェア・ユースに関する規定は存在しないが、裁判例において、著作権侵害の主張に対する抗弁として、フェア・ユース法理が主張された事例がある。著作権法の目的として、「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与すること」と規定する著作権法1条の「公正な利用」を根拠としてフェア・ユースを主張するケース、および「公正な利用」の要件に加えて、教育目的のための利用や、ニュース報道のための利用であることを併せてフェア・ユースを構成すると主張するケースがみられる。

#### ① 藤田嗣治絵画複製事件

『原色現代日本の美術』(全18巻)の第7巻(本件書籍)において、藤田嗣治の絵画12点(本件絵画)の複製物が、著作権者である夫人の許諾なしに掲載されていた。本件書籍は、前半の図版部分(全体の頁の6割)と後半の本文部分(全体の頁の4割)とからなり、図版部分には鑑賞図版として絵画のカラー図版が、本文部分には美術史論文「近代洋画の展開」(T論文)と年表などが掲載されている。そして、T論文のなかの補足図版として本件絵画が掲載されていた。<sup>(60)</sup>

Yは、著作権が公正な利用との調和において存在するという著作権法1条の法思想は、その根底において、英米法における「フェア・ディール」「フェア・ユース」法理と共通するものであり、わが国の著作権法は、そのような法思想を具体化した自由利用に関する個別的规定を30条以下に規定しているが、千変万化の態様において発生する著作権事象のすべてを適切妥当に規律することには限界があり、フェア・ユース法理のような一般規定を導入する必要が生ずると主張した。そして、Yは、近代日本の美術史を体系的に編纂することに公共的意義があるだけでなく、本件絵画は公共文化財的な性格を有するものであり、また、Yが掲載の許諾

を求めたにもかかわらず、Xが拒否したことの不当性などを勘案すると、本件絵画の複製はフェア・ユースにもとづく適法なものであると抗弁した。

しかし、東京地判昭和59年8月31日は、「本件書籍が、明治以降の日本の美術を集大成し、これを体系的に編さんした『原色現代日本の美術』全18巻中の第7巻として、その出版が文化的意義を有することは、当裁判所も否定するものではない。しかしながら、文化的意義を有する出版であるということから直ちに、著作権者の複製権を無視し、その許諾なくして複製ができるという結論が生ずるということができないのは当然であり、このような主張が現行法上認められないことについては、あえて説明を要しない」と述べるにとどまり、結果的にフェア・ユースの抗弁を否定した<sup>(61)</sup>。

## ② ウォール・ストリート・ジャーナル事件

米国の日刊新聞「THE WALL STREET JOURNAL（ウォール・ストリート・ジャーナル）」を発行する債権者Xが、日本において「全記事抄訳サービス」と称して、その記事の抄訳（Y文書）を作成して頒布する債務者Yに対し、X新聞について有する編集著作権を侵害するものとして、その作成および頒布差止めの仮処分を認容した仮処分決定の取消しを求めた仮処分異議事件において、Xが、将来においても反復継続して発行される蓋然性が高いX新聞の編集著作権侵害を主張したのに対し、Yは、現に存在せず、将来発行される著作物の差止請求を認容する理由がないことを主張するとともに、Y文書におけるX新聞記事の抄訳による利用は、公正利用として許容される旨を次のように主張した。

著作権法1条は、著作権法の目的として「文化的所産の公正な利用に留意しつつ」と規定し、また30条以下において、教育目的その他異なる文化、社会的な価値がある場合に、一定の条件下で定型的に著作権が制限されることを規定しているので、これらの規定を合わせ考えれば、我が国においてもフェア・ユース（公正利用）の法理が認められるべきである。本件について具体的に分析検討すると、① 本件での使用目的は、日本人読者が債権者の報道するニュースへのアクセスを可能にするため、要旨又はそれ

以下の情報を記載することにあるから、商業性はあるけれども、公共的意義もあるのである、② X新聞は、ニュース報道を主目的とした新聞であるから、民主社会においては、公共的使命を帯びたものであり、情報の自由流通という重大な要請を有している、③ X新聞と Y文書を比較すると、Y文書は X新聞の僅か1.2パーセントしか使用しておらず、量的に僅少である、④ X新聞は、日本人読者にとっては、よほどの語学力と時間がなければ読みこなすことは不可能とってよいが、Y文書により、X新聞の記事の検索が短時間で可能となり、これがより身近なものとなるから、購入者はむしろ増えると考えられ、市場へのマイナス影響はない、と述べて、Y文書が少なくともフェア・ユース（公正利用）として許容される。

これに対して、東京地決平成5年8月30日は、「一般的に公正利用の法理が認められるかどうかはともかく、本件は、YにおいてX新聞を無断利用してY文書を作成し、これを1か月3万円余の会費、又は100字当たり1000円の料金等の商業ベースで、多数の会員に頒布しているものであり、新聞の個性を形づくる重要な編集著作権を侵害するYのこのような行為が公正利用として許容されることは、到底ありえない」と判示して、フェア・ユース法理の適用をあっさり否定した<sup>(62)</sup>。

そして、控訴審の東京高判平成6年10月27日も、本件事案においてフェア・ユース法理の適用を否定するが、その理由をやや詳細に述べている。

「著作権法1条は、著作権法の目的につき、『これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作権者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とする。』と定め、同法30条以下には、それぞれの立法趣旨に基づく、著作権の制限に関する規定が設けられているところ、これらの規定から直ちに、わが国においても、一般的に公正利用（フェアユース）の法理が認められるとするのは相当でなく、著作権に対する公正利用の制限は、著作権者の利益と公共の必要性という、対立する利害の調整の上に成立するものであるから、これが適用されるためには、その要件が明確に規定されていることが必要であると解するのが相当であって、か

かる規定の存しないわが国の法制下においては、一般的な公正利用の法理を認めることはできない。

なお、念のため付言するに、フェアユースに基づく著作権の制限を規定しているアメリカ合衆国著作権法107条は、著作物の使用がフェアユースとなるかどうかを判断するについて、① 使用の目的及び性格（使用が商業性を有するか非営利の教育的な目的であるかという点を含む）、② 著作権のある著作物の性質、③ 著作物全体の関係における使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使用の及ぼす影響、という要素を考慮すべきであると規定しているところ…、Yは、右のような判断指針の適用を前提として、本件につき公正利用の法理が認められるべきであるとするのであるが、右のような指針に基づいて判断したとしても、Y文書のX新聞の利用が営利を目的とするものであることは否定できないこと、Y文書はX新聞に比べると量的には非常に少ないものとなっているが、Y文書の各記述はX新聞の記事等により伝達しようとしている情報の核心的事項を表現しているものであって、単にX新聞の報道するニュースへのアクセスを可能にするといった程度のもではなく、Y文書によれば、特定の日付けのX新聞がどのような出来事を取り上げているかの概要を知ることができること、Yは、…Y文書を講読すれば、わざわざX新聞を講読しなくとも同新聞の掲載記事の内容が把握できるとも受け取れる宣伝広告をしていること、Yが、今後も引き続きY文書を作成・頒布することにより、X新聞の購読者がY文書の講読に切り替えたり、あるいは、X新聞の潜在的講読予定者がY文書を講読したりすることが考えられることなどからすると、X新聞がニュース報道を主目的とした新聞であること、Y文書にもそれなりの有用性があることを考慮しても、Y文書が公正利用に当たるものということとはできない<sup>(63)</sup>と判示して、フェア・ユース法理の適用を否定している。

### ③「ラストメッセージ in 最終号」事件

雑誌が休刊や廃刊となるときに、その最終号に掲載される編集部や編集

長から読者宛に書かれた挨拶文（本件記事）等を編集した Y 書籍『ラストメッセージ in 最終号』について、原告 X による複製権侵害の主張に対し、Y は、著作権法において、アメリカ合衆国著作権法107条に規定されているフェア・ユースに関する一般条項をもたないわが国においてもフェア・ユースの法理が適用されるべきであると主張した。

東京地判平成7年12月18日は、「我が国の著作権法は、…文化の発展という最終目的を達成するためには、著作者等の権利の保護を図るのみではなく、著作物の公正利用に留意する必要があるという当然の事理を認識した上で、著作者等の権利という私権と社会、他人による著作物の公正な利用という公益との調整のため、30条ないし49条に著作権が制限される場合やそのための要件を具体的かつ詳細に定め、それ以上に『フェア・ユース』の法理に相当する一般条項を定めなかったのである…。そして、著作権法の成立後今日までの社会状況の変化を考慮しても、Y 書籍における本件記事の利用について、実定法の根拠のないまま Y 主張の『フェア・ユース』の法理を適用することこそが正当であるとするような事情は認められない…」と判示して、Y によるフェア・ユースの抗弁を斥けた。<sup>(64)</sup>

もちろん、アメリカ著作権法におけるフェア・ユース法理が、わが国の著作権法の解釈論として直接適用されることはないが、その法思想自体は共通しているものと認識することができよう。「文化の発展に寄与する」ためには、「公正な利用に留意しつつ」著作物の利用を促進させることが必要不可欠だからである（著作権法1条参照）。

#### ④ 国語問題集事件

小学校の国語教科書に掲載されている著作物を、出版社（被告 Y）が、国語ドリルや中学入試用問題集に複製して出版した事案について、複製権侵害であるとの原告 X の主張に対し、Y は、「米国著作権法107条は、フェア・ユース（いわゆる公正利用）の場合には著作権の侵害にはならないという一般条項を設けているが、フェア・ユースの法理は、一般条項を欠くわが国においても法の一般原則として適用されるべきである。何故なら、

同法30条以下のいずれかの制限規定に該当しなくても、総合的見地からその利用を容認してもよい場合が存在するからである」と主張し、学習教材への本件著作物の利用は教育目的の利用であり、引用またはフェア・ユースにあたるとして反論した。

このようなYの主張に対し、東京地判平成16年5月28日は、「仮に、我が国においてフェア・ユースの法理を適用ないし類推適用すべき場合があるとしても、本件各教材が一般書店で販売されている家庭用学習教材であり、復習用のドリルないし中学受験用問題集であることに照らせば、Y主張の要件のうち少なくとも使用の目的及び性格という要件を欠き、本件は、フェア・ユースの法理を適用ないし類推適用すべき場合に当たらない」と判示して、フェア・ユース法理の適用ないし類推適用を否定した。<sup>(65)</sup>

#### （４）テレビ番組録画配信サービス

著作物の利用について、営利性を厳格に排除してきた「私的使用のための複製」の解釈も、情報技術の発展がもたらす新しい環境のもとで大きく揺らぎ始める。「選撮見録」「録画ネット」「まねきTV」「ロクラクⅡ」などの一連のテレビ番組の録画配信サービスにおいて、それぞれのサービスにおける複製または送信行為の主体、権利侵害の主体、「私的使用」の範囲について、下級審の各裁判所の判断も分かれていた。

##### ① 選撮見録事件

集合住宅用のハードディスクビデオレコーダーシステム「選撮見録」（よりどりみどり）は、テレビチューナーと録画用ハードディスクを備えたサーバーで構成され、住民は各戸に設置されたビューワーおよびそのコントローラーを用いて、共用部分に設置されたサーバーにテレビ番組の録画予約の指示を与えると、1週間分の録画が可能となり、いつでもそれを見ることができるというものである。放送事業者Xらが、「選撮見録」の販売業者Yに対し、著作隣接権（複製権、送信可能化権）を侵害するとして、使用・販売の差止めおよび廃棄を求めた事案について、大阪高判平成19年6月14日は、「現実の複製、公衆送信・送信可能化行為をしない者で

あっても、その過程を管理・支配し、かつ、これによって利益を受けている等の場合には、その者も、複製行為、公衆送信・送信可能化行為を直接に行う者と同視することができ、その結果、複製行為、公衆送信・送信可能化行為の主体と評価し得るものと解される」と述べたうえで、「Yは、Y商品の実用的な使用のために必要となるEPG〔電子番組表〕を継続的に供給するなどにより、使用者による違法な複製行為等の維持・継続に関与し、これによって利益を受けているものであるから、自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、規範的な意味において、独立して著作権、著作隣接権の侵害主体となると認めるのが相当である」と判示して、本件システムの違法性を認めた。<sup>(66)</sup>

## ② 録画ネット事件

放送事業者Xは、「録画ネット」という名称のサービスを営むYに対し、放送の複製の停止を求める仮処分を申し立てた。海外において日本国内の放送番組を視聴することを目的とする「録画ネット」は、利用者に販売したテレビチューナー付きのパソコンをY事務所内にまとめて設置し、各利用者がインターネットを通じてテレビパソコンを操作してテレビ放送を録画予約し、録画されたファイルを海外の自宅等のパソコンに転送できる環境を提供するサービスである。

知財高決平成17年11月15日は、「利用者は、本件サービスを利用する場合、手元にあるパソコンから、Yが運営する本件サイトにアクセスし、そこで認証を受けなければ、割り当てられたテレビパソコンにアクセスすることができず、アクセスした後も、本件サイト上で指示説明された手順に従って、番組の録画や録画データのダウンロードを行うものであり、Yは、利用者からの問い合わせに対し個別に回答するなどのサポートを行っている、というのである。これらの事情によれば、Yが相手方の放送に係る本件放送についての複製行為を管理していることは明らかである」と述べて、Yの抗告を棄却した。<sup>(67)</sup>

## ③ まねきTV事件

「ロケーションフリーテレビ」（ソニー製）の構成機器であるベースステーションを用い、専用モニターまたはパソコンを有する利用者が、インターネット回線を通じてテレビ番組の視聴を可能にするサービス「まねきTV」について、放送事業者 X らが、本件サービスを提供する Y に対し、送信可能化権および公衆送信権の侵害にもとづく差止めを求めた。<sup>(68)</sup>

東京地判平成20年6月20日は、ベースステーションにおける送信主体は利用者であると認定するとともに、ベースステーションは、1対1の送信をする機能を有するにすぎず、不特定または特定多数の者に対して送信する機能を有するものではないとして、Yによる送信可能化権および公衆送信権侵害を否定した。<sup>(69)</sup> 控訴審の知財高判平成20年12月15日も、第1審とほぼ同様に、「ベースステーションは、あらかじめ設定された単一の機器宛てに送信するという1対1の送信を行う機能を有するにすぎず、自動公衆送信装置とはいえない」と判示して、送信可能化権および公衆送信権の侵害を否定している。<sup>(70)</sup>

ところが、最判平成23年1月18日は、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置は、これがあらかじめ設定された単一の機器宛てに送信する機能しか有しない場合であっても、当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たる」と述べたうえで、利用者がベースステーションを所有しているとしても、それを事務所に設置し、管理しているのは Y であるから、送信の主体は Y であり、送信に関する Y の行為は、送信可能化および公衆送信に当たる」と判示して、原判決を破棄し、知財高裁に差し戻した。<sup>(71)</sup>

#### ④ ロクラクⅡ事件

被告 Y が提供するサービス「ロクラクⅡビデオデッキレンタル」は、国内で放送されるテレビ番組を録画し、それを海外に送信して視聴できるようにするシステムである。このサービスの利用者は、Y から貸与また

は譲渡されたハードディスクレコーダー子機を操作することにより、国内でYが管理支配している親機に録画されたテレビ番組を、子機を通じて海外で視聴することができるようになる。これについて、著作権および著作隣接権を有する放送事業者Xらが、複製権侵害にもとづく差止めを請求した。

第1審の東京地判平成20年5月28日は、親機を管理支配しているYが複製行為を管理支配し、それによって利益を得ているのであるから、複製行為の主体はYであるとして、テレビ番組の差止請求を認容した。<sup>(72)</sup>ところが、控訴審の知財高判平成21年1月27日は、「本件サービスにおいても、利用者における適法な私的利用のための環境条件等の提供を図るものであるから、かかるサービスを利用する者が増大・累積したからといって本来適法な行為が違法に転化する余地はなく、もとよりこれによりXらの正当な利益が侵害されるものでもない。」と判示し、複製行為の主体がYであると認められないとして第1審判決を取り消した。<sup>(73)</sup>

しかし、最高裁は、「サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分である」と判示して、原判決を破棄し、知財高裁に差し戻している。<sup>(74)</sup>

立法趣旨やこれまでの法改正の経緯をみても明らかなように、著作物の利用における営利性を厳格に排除してきた「私的使用のための複製」（著作権法30条1項）の趣旨に照らすならば、直接であれ間接であれ、営利的な手段を通じて行なわれる複製や公衆送信は、「私的使用」とはいえず、「私的使用」のための手段を提供する行為を行なう者が複製または公衆送信の主体となりうるといえよう。

### （５）「自炊」による電子書籍化

Kindle や iPad などのデジタル情報端末の登場により、書籍の電子化が進んでいる。書籍や雑誌をスキャナーで読み込んで電子データ化する行為は、「自炊」と呼ばれている。これは、利用者自身が行なうからこそ「自炊」と言われるのであろうが、最近は「自炊」を代行するサービス業者が急増している。代行業者は、本を裁断して、ページを切り離し、1 ページずつスキャナーで読み込んで PDF ファイル化するという一連の作業を、低料金で請け負う。この「自炊」行為は、著作権法上の複製行為に当たる。

「自炊」も、録音や録画の場合と同様に、「私的使用」を目的とするものであれば、著作権が制限され、利用者はこれを行なうことができるが、著作権法上の「私的使用のための複製」（著作権法30条1項）に該当するためには、「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用する」場合だけでなく、「その使用する者」が複製しなければならない。本来の「自炊」であれば、少なくとも現行法の解釈からすると許容されるであろうが、「使用する者」自身が行なうのではなく、営利を目的した代行業者が行なう場合は、明らかにこの要件を充たさず、私的使用のための複製には当たらないと解される。

しかし、この「私的使用のための複製」に関する規定は、複製技術の発達とともにたび重なる改正が行なわれており、今回の「自炊」の問題に関しても近い将来何らかの解決策が必要になると思われる。<sup>(75)</sup>

前述したように、書籍の電子データ化の問題のほかにも、「録画ネット」「まねき TV」「ロクラクⅡ」などの一連のテレビ番組の録画配信サービスにおいて、それぞれのシステムにおける使用者とシステム提供者との複製行為に対する関与の程度の違いが「私的使用」であるか否かの判断基準となっており、裁判所の判断は分かれて<sup>(76)</sup>いる。

著作権法30条について、立法や判例の動向をみると、制定趣旨や例外規定であることを踏まえて、厳格に解釈されているといえるが、テレビ番組の録画配信サービス・システムの違法性が争われた「ロクラクⅡ」事件の

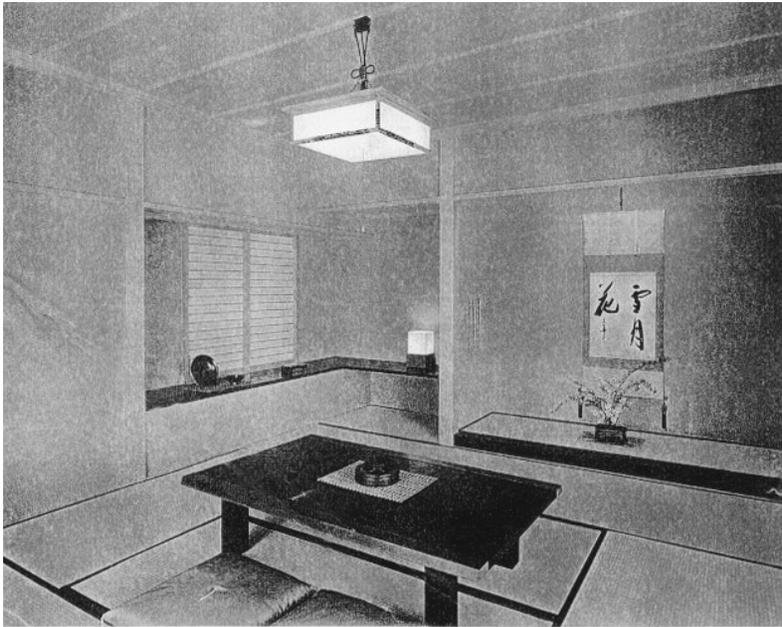
知財高判平成21年1月27日が、「我が国と海外との交流が飛躍的に拡大し、国内で放送されたテレビ番組の視聴に対する需要が急増する中、デジタル技術の飛躍的進展とインターネット環境の急速な整備により従来技術の上記のような制約を克服して、海外にいながら我が国で放送されるテレビ番組の視聴が時間的にも経済的にも著しく容易になったものである。そして、技術の飛躍的進展に伴い、新たな商品開発やサービスが創生され、より利便性の高い製品が需用者の間に普及し、家電製品としての地位を確立していく過程を辿ることは技術革新の歴史を振り返れば明らかなどころである<sup>(77)</sup>。」と述べて、当該システムが著作権侵害とはならないと判示したように、放送事業者の著作権および著作隣接権よりも、「私的使用」の範囲を拡大して、利用者の便宜を図る見解も有力に主張されるところである。

### 3 裁判例におけるフェア・ユース法理の適用可能性

ここでは、裁判例のなかで、著作物の利用についてフェア・ユース法理が適用されるべきであると議論されている雪月花事件、および「はたらくじどうしゃ」事件を、営利目的のための利用の観点から取り上げて、考察を加えることとする。

#### ① 雪月花事件

X 著作の書「雪月花」が床の間の掛け軸として配置されたモデルハウスの和室のようすを撮影した写真が、照明器具メーカーの宣伝用カタログに掲載されたことについて、X が複製権侵害を主張した事案において、東京地判平成11年10月27日は、「複製というためには、原著作物に依拠して作成されたものが、原著作物の内容及び形式の特徴的部分を、一般人に覚知させるに足りるものであることを要するのはいうまでもなく、この点は、写真技術を用いて複製された場合であっても何ら変わることはない。…書について、その複製がされたか否かを判断するに当たっては、…書の創作的な表現部分が再現されているかを基準としてすべきである。…Y 各カタログ中の X 各作品部分は、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い等の



カタログ写真

原告各作品における特徴的部分が実質的に同一であると覚知し得る程度に再現されているということとはできないから、X各作品の複製物であるということとはできない<sup>(78)</sup>と判示して、複製権侵害を否定した。

「雪月花」事件では、著作物そのものの利用を目的としたのではなく、著作物が背景として付随的に利用されている場合、すなわち、いわゆる「写り込み」の場合に、フェア・ユース法理の適用を認めて、自由利用を許容すべきであるという議論がある。

時事の事件の報道のための利用について規定している著作権法41条は、時事の事件を報道するに際して、「当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物」について、報道の目的上正当な範囲内であれば利用できることを規定している。この41条が想定しているのは、事件のテレビ報道に際してたまたま著作物が背景として映し出されたような場合である。

ニュース報道の目的のために、著作物が付随的に利用された場合は自由利用が認められてしかるべきであると考えるが、この雪月花事件の場合は、媒体が照明器具の宣伝用パンフレットであり、営利を目的とするものであることは疑いがなく、しかも、付随的に利用する場合であっても、あくまで背景として故意に利用しているのであるから、著作権法41条が想定している場合とは明らかに異なる。付随的利用とはいえ、それが営利目的で利用されている場合は、フェア・ユース法理が適用される場面であるとはいえないと考える。

## ②「はたらくじどうしゃ」事件

この「はたらくじどうしゃ」事件は、雪月花事件と同様に、フェア・ユース法理の適用を認めて、書籍への写真複製による掲載を許容すべき事例であるとして議論されている。しかし、これまでみてきたように、アメリカ著作権法におけるフェア・ユース法理および日本法における制限規定を解釈するならば、本件はフェア・ユース法理が認められる事例ではないし、また、わが国の制限規定によっても自由利用が認められるような事例であるとはいえない。

本件は、路線バスの車体に描かれた、イラスト画家の絵画作品（X 作品）が、著作権法46条における屋外の場所に恒常的に設置されている美術の著作物に該当するかどうか、そして、その写真を、幼児向け書籍『まちははしる-はたらくじどうしゃ』（Y 書籍）に掲載して販売したことが、46条4号に該当するかが争われた事案である。著作権法46条4号は、屋外に恒常的に設置されている美術の著作物の原作品を、写真により複製して、絵はがきやポスターとして販売する場合のように、「専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、またはその複製物を販売する場合」は、自由利用ができないことを規定している。フェア・ユース法理との関係において、事実関係として注意すべき点は、Y 書籍が幼児向けの教育目的の書籍であること、および X 作品が描かれたバスが、バスの一例として紹介されているにとどまらず、Y 書籍の表紙絵としても利用されている



『はたらくじどうしゃ』表紙（永岡書店、1999年）

ことである。

このような事実関係のもとで東京地判平成13年7月25日は、「X 作品が車体に描かれた本件バスは、市営バスとして、一般公衆に開放されている屋外の場所である公道を運行するのであるから、X 作品もまた、『一般公衆に開放されている屋外の場所』又は『一般公衆の見やすい屋外の場所』にあるというべき」であり、また、「特定のイベントのために、ごく短期間のみ運行されるのではなく、他の一般の市営バスと全く同様に、継続的に運行されているのであるから、X 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 X 作品を描いたことは、正に、美術の著作物を『恒常的に設置した』というべきである」。

そして、判決は、Y 書籍が、幼児教育の観点から監修されていることなどの事情を総合すると、「X 作品が描かれた本件バスの写真を Y 書籍に掲載し、これを販売することは、『専ら』美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する行為には、該当しない」と



「いろいろなバス」(『はたらくじどうしゃ』13、14頁)

(79)  
結論づけた。

バスの車体に描かれた絵画作品は、屋外の場所に恒常的に設置されているものと解してよいと思われるが、幼児教育を目的とする書籍への利用は、たとえそれが部分的な利用であっても、営利を目的としている以上は、この第4号に該当すると考えてよいと思われる。

Y書籍の出版は営利を目的とするものであるといえるが、幼児向けの絵本であることから、教育的性質を有するとともに、教育目的に資するものであるといえる。Y書籍は全体で46頁あり、「パトロールカー」、「きゅうきゅうしゃ」など、23種類の「はたらくじどうしゃ」がカラー写真によって紹介されている。そのなかの「いろいろなバス」の項目で、用途が異なる3種類のバスの1台として本件バスが掲載されている(写真左上)。しかも、それだけではなく、Y書籍の表紙にも利用されていた。幼稚園バス、路線バス、高速バスなど、バスの用途の種類を紹介するものである。あえて車体に絵が描かれたバスをここで取り上げて、その写真を掲載する必然性は高くはない。むしろ車体に絵が描かれていることで人目を引き、それがY書籍への掲載目的あるといえる。このバスの写真が表紙に利用されていることが、このことを裏づけるものであるといえよう。

教育目的のための利用であるからといって、自由利用を認めるべきではない。著作権法33条、34条、36条等の規定が、教育目的による著作物の利用の場合について、権利制限による自由利用を認めているが、著作権者に対する補償金の支払いを要件としていることとのバランスを考えると、本判決の結論は妥当とはいえない。ましてや、X作品が描かれたバスの写真を掲載する必然性や、本文だけではなく、Y書籍の表紙絵としても利用されている点は、著作権法46条4号の解釈において考慮されるべきである。

#### 4 著作物の営利的利用と著作者人格権

前述したように、アメリカ著作権法におけるフェア・ユース法理において、著作物の利用の目的や性質が商業的であるか否かは、絶対的な判断要素ではなく、著作権法107条の規定にしたがい、他の考慮要素と合わせて総合的にその適否が判断されることに加え、財産権としての著作権の制限規定であるフェア・ユース法理は、少なくとも法文上は著作者人格権が制限される場合にも適用されうることになっている。<sup>(80)</sup> 情報技術の発達にともなう著作物の利用形態の多様化に対してきわめて柔軟に対応することができるように設計されているといえる。

これに対して、わが国の著作権法における著作権の制限規定は、著作物の種類、利用の方法や態様に応じて詳細に規定されており、営利的利用が認められるか否かについても、それぞれの条項のなかで個別的に規定されることになる。

著作物の利用が営利的であるか否かは、直接的に著作者人格権に影響を与えるものではなく、また、著作権の制限規定にもとづく利用の場合も、「著作者人格権に影響を及ぼすものと解釈してはならない」ことになっている<sup>(81)</sup>（著作権法50条）。しかし、たとえば同一性保持権の例外規定の内容は、実質的に著作権の制限規定により著作者人格権が制限を受ける場合と同様の効果を生じさせるものであり、同一性保持権は、著作権の制限規定

による制限を受けるまでもなく、著作物の態様に対応した、権利自体の内在的な制限を内包しているといえる。著作権法20条2項に規定されている同一性保持権の制限は、基本的には著作権の制限規定と趣旨を同じくするものや、あるいはそれを拡大したり、補充したりするものであり、著作権の制限規定が著作者人格権に適用された場合と同様の効果を生じさせるものである。著作権の制限規定は、著作者人格権には適用がないという立場をとりながら、著作権法は、著作権の制限規定が適用される場合と同様の効果あるいは類似の効果を生じさせる制限を同一性保持権について規定しているということになる。

したがって、営利的利用であるか否かにかかわらず、著作権の制限規定にもとづく利用は、著作者人格権の例外規定を通じて、著作者人格権に間接的に影響を及ぼすこととなる。

また、著作権の制限規定のなかには、教育目的のための営利的利用については、著作物の自由利用を認める一方で、著作者に対する通知を要求している規定がみられる。たとえば、教科書への掲載の際には、著作物の改変を伴うことが少なくなく、同一性保持権侵害の可能性があることから、著作物を教科書に掲載する者（教科書出版社）は、著作権者に補償金を支払うとともに、その旨を著作者に通知しなければならない（著作権法33条2項）、また、学校向けの放送番組・有線放送番組において、公表された著作物を、学校教育の目的上必要と認められる範囲で放送・有線放送等により利用する者は、やはり著作権者に補償金を支払うことに加えて、その旨を著作者に通知しなければならないことになっている（著作権法34条2項）。「著作者人格権に影響を及ぼすものと解釈してはならない」と規定しながらも、営利性が関係しうる場合においては、制限規定のなかで著作者の人格的利益に配慮する規定が設けられ、実質的に著作者人格権の保護が図られているといえる。

## 5 著作権法改正による著作権の制限の一般規定の導入について

（１）権利制限の一般規定導入の経緯

本稿で紹介したように、わが国の裁判において、フェア・ユース法理のような著作権制限の一般規定の適用、導入を求める主張がなされることが少なくない。それらの見解と軌を一にするものとはいえないが、近年、権利制限の一般規定の導入を目的とする著作権法の改正作業が行なわれているところである。<sup>(82)</sup>このような著作権法改正の動きは、2008年（平成20年）3月に知的財産戦略本部に設置された「デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会」において検討が行なわれことから始まり、その報告書では、「権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当」とする報告がなされた。<sup>(83)</sup>これを受けて、文化庁では、文化審議会著作権分科会において、権利制限の一般規定の問題を検討するに当たっての課題を整理するために「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会」を設置し、2009年（平成21年）3月に報告書がまとめられた。<sup>(84)</sup>その後、著作権分科会法制問題小委員会において、有識者団体や関係団体からのヒアリングや、ワーキングチームにおける議論を経て、具体的な著作権法改正へ向けた報告書がとりまとめられた。<sup>(85)</sup>

（２）追加される権利制限規定の内容

その「文化審議会著作権分科会 報告書」（平成23年1月）によると、著作権の権利制限の一般規定の内容、「A 著作物の付随的な利用」「B 適法利用の過程における著作物の利用」および「C 著作物の表現を享受しない利用」の3つの類型に限定されている。

「A 著作物の付随的な利用」とは、「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」であり、「写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映

像を公衆送信等するといった利用（いわゆる「写り込み」と呼ばれる利用）」の場合が典型的な例として挙げられている。

「B 適法利用の過程における著作物の利用」とは、「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、この類型の具体的な例としては、「(a) CD への録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製や、漫画のキャラクターの商品化を企画するに際し、社内会議用の資料や著作権者に許諾を得るための申込みに当たって必要となる企画書、提案書等における当該漫画の複製」と、「(b) 33条1項に基づく教科書への掲載に関し、企画会議用の資料や初稿原稿等その他教科書の企画・作成過程等での複製や、38条1項に基づく非営利無料の音楽演奏に際し、進行や会場設備の都合上、楽曲毎にCDを入れ換えて再生（演奏）することが困難なやむを得ない事情がある場合に、あらかじめ複数枚のCDから再生（演奏）する楽曲を演奏順に編集して一枚のCDに複製すること」等が挙げられ、さらに、この類型における「適法な著作物の利用」は、著作権者の許諾にもとづく利用と、個別権利制限規定にもとづく利用とに分類されるとする。

さらに、「C 著作物の表現を享受しない利用」とは、「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」であるとされる。そして、この類型に該当しうる場合として、映画や音楽の再生に関する技術の開発や、当該技術の検証のために必要な限度で映画や音楽の複製を行なうといった場合で、当該複製により作成された複製物が、あくまで技術開発・検証のための素材として利用されるに留まり、表現の知覚が伴わない場合や、技術開発・検証の過程で当該映画等の上映等（表現の知覚）が行なわれる場合であっても、当該上映等が、あくまで技術開発・検証を目的として行われるものであり、その態様等に照らして当該映画等の表現を享受することに向けられたものとは評価されない場合が

想定されている。

今回の改正法案作成のための議論は、著作権の権利制限の一般規定の導入を目的として検討されたものではあるが、これら3つの類型をみるかぎり、権利制限の「一般規定」の導入とはいい難い。国会における法案審議が遅れ、まだ具体的な条文案が公表されているわけではないが、现阶段では、著作権の権利制限に関する3つ個別規定が新たに追加されるにとどまるものであるといえる。権利制限の一般規定は、著作権の制限の拡大ということではなく、著作物の利用実態と、現行法の制限規定との齟齬を埋め合わせることを目的として導入されるべきである。この報告書によると、これら3つの類型については、各類型において想定されている利用が営利であるか非営利であるかは問わない<sup>(86)</sup>ということのようであるが、その場合、現行法の制限規定とのバランスや整合性を考慮することも必要となろう。

### むすびにかえて

本稿で概観したように、アメリカ著作権法におけるフェア・ユース法理は、1841年の *Folsom v. Marsh* 事件をリーディング・ケースとする判例法理として形成され、1976年の現行著作権法制定に際して成文化されるにいたる。判例理論の蓄積によって成文化され、理論が成熟すると同時に、複製や情報伝達などの技術の発展にともなう著作物の存在形態や利用態様の多様化に適合しうるように、解釈も徐々に拡大してきたといえる。とりわけ著作物の商業的利用に対して、かつては厳格な態度をとっていたが、高度経済社会の進展、巨大消費社会の出現に合わせて緩和されるようになる。すなわち、当初は批評のための引用や解説などのように、学術的な利用や教育目的による利用についてフェア・ユースが認められるにすぎず、利用の目的について商業的性質が入り込む余地はなかった。しかしその後、成文化されるに際して、著作権法107条柱書に利用の目的を例示するだけでなく、第1要素の文言において「利用の目的および性格」に加えて、

「著作物の利用が商業的性質を有するか、または非営利の教育目的かを含む」という文言が付け加えられたことで、商業的利用が許容され、1985年 Sony 判決を初めとする一連の連邦最高裁判決以降、フェア・ユース法理における商業的利用のハードルは一気に取り払われることとなるが、第1要素において商業的利用を認める一方で、第4要素における「著作物の潜在的市場または価値に関する利用の影響」という文言の解釈において、著作権者に与える経済的不利益との関係に歯止めをかけるようになる。時代や社会の変遷、複製、情報伝達技術の発展に合わせて解釈の余地が残るように制定されたフェア・ユース法理は、学説による批判を受け、紆余曲折を経ながらも、柔軟かつ万能な法理論として確立されてきたといえる。

一方、わが国著作権法の制限規定は、それぞれの規定のなかで、営利性を排除するものとししないもの、補償金の支払いを義務づけているもの、そして、著作権者の利益を不当に害することとなる場合とを明確に区別しており、時代や社会の進展に合わせて自由自在に対応することができるフェア・ユース法理と比較すると融通はきかないものの、フェア・ユース法理が辿ってきた道程をすでに十分に反映しているものと評価することも可能であると思われる。わが国著作権法の権利制限規定は、フェア・ユース法理のような一般規定ではなく、適用範囲が限定された個別規定ではありながら、著作物の種類、利用の目的や態様を踏まえて、その営利性や著作権者の利益を不当に害するか否かを基準として、きめ細かに規定されており、著作権者と利用者の利益バランスがきわめて合理的に調整されていると評価することができよう。著作権の制限規定に関する著作権法改正作業が進行中であるが、一般規定の導入であれ個別規定の追加であれ、個別の問題点を埋め合わせて問題を解決するような方法ではなく、将来の動向を見据えた大局的な視座からの検討が必要であると考えられる。

- (1) アメリカ合衆国著作権法第107条 排他的権利の制限：フェア・ユース  
第106条および第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報

道、教育（教室における利用のための複数の複製を含む）、学術または調査研究等の目的のための、複製またはレコードへの複製、あるいは第106条に規定されているその他の手段による利用を含む、著作物のフェア・ユースは、著作権の侵害とはならない。特定の場合における著作物の利用がフェア・ユースであるかを判断する場合に、考慮されるべき要素には次のものが含まれる。

（1）著作物の利用が商業的性質を有するか、または非営利の教育目的かを含む、利用の目的および性格

（2）著作物の性質

（3）著作物全体との関連における利用された部分の量および実質性

（4）著作物の潜在的市場または価値に関する利用の影響

上記のすべての要素を考慮して認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、フェア・ユースの認定を妨げるものではない。

（2） *See e.g., Rosemont Enterprises, Inc. v. Random, Inc.*, 256 F. Supp. 55, 66 (S.D. N.Y. 1966).

（3） *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (No. 4,901) (CC Mass. 1841). アメリカ合衆国初代大統領ジョージ・ワシントンの手紙、演説、教書などの公私にわたる文書に、著者が解説をつけて編集した全12巻から成る「ジョージ・ワシントン著作集」のなかから選択された文書が、伝記「自伝ワシントンの生涯」(全2巻)において抜粋され、利用された事案において、判決は「批評者が、公正で合理的な批評のためにその部分を利用することを意図している場合、オリジナル著作物からの公正な引用はフェアであることは疑いが無い。他方、批評者が批評のためではなく、オリジナル著作物に代えて、それを代用しているにすぎず、著作物のもっとも重要な部分を引用する場合、そのような利用は著作権侵害とみなされる」と判示し、伝記における批評のための引用がフェア・ユースにあたることを認定した。

（4） *Pacific & Southern Co. v. Duncan*, 572 F. Supp. 1186 (N.D. Ga. 1983).

（5） *Pacific & Southern Co. v. Duncan*, 744 F.2d 1490 (11th Cir. 1984).

（6） *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S.417 (1984). 原告ソニーが開発したビデオテープ・レコーダ（VTR：ベータマックス）により、家庭内でテレビ番組を録画することが著作権侵害にあたるかどうか争われ、タイム・シフティングのための録画はフェア・ユースにあたるか否かが議論された。最高裁は、VTR がもたらす社会的利益を高く評価し、著作権者の90%はタイム・シフティングを許諾していること、被告は、タイム・シフティングによる市場への影響や損害について立証することができなかったことなどを理由に、タイム・シフティングによる録画はフェア・ユースにあたる

と認定した。

- (7) Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985). 当時のフォード前大統領の回想録の出版について、その出版権を有していたハーバー&ロウ社は、タイム社と独占掲載契約を交わし、契約時に12500ドルを受領し、掲載時に12500ドルの受領を約束した。回想録の発行直前、雑誌「Nation」が、約20万語で構成されている回想録のなかから300語を利用して、2250語からなる雑誌記事を掲載した。タイム社は契約を解除して12500ドルの支払いを中止した。被告ネイション社による回想録の内容を公表する記事が、ニュース報道によるフェア・ユースにあたる否かが争われた。最高裁は、被告によって利用された部分は20万語のうちわずか300語にすぎないが、それが回想録のなかの核心的な部分に相当し、また、それは当該記事全体の13%にすぎないが、従来知られていなかった事実の公表が読者に大きな影響を与えていること、被告による著作物の利用が営利目的であること、回想録の原稿が不正に入手されたものであることなどを理由にフェア・ユースを否定した。
- (8) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 568 (1994). Roy Orbisonのロック・バラード「Oh, Pretty Woman」と、ラップミュージックグループである2 Live Crewのパロディ曲「Pretty Woman」について、音楽の著作物のパロディによる利用がフェア・ユースにあたるか否かが争われた。最高裁は、著作物の利用における商業的性質の有無はフェア・ユースの認定にとってひとつの判断要素にすぎず、商業的性質を有するからといって直ちにフェア・ユースにあたらぬということとはできない、また、パロディは原著物の風刺や批判を目的とするものであり、そのために原著物の核心的な部分が利用され、あるいは、相当な部分において「変容の利用」がなされたとしても、フェア・ユースの認定の妨げとはならないと判示して、フェア・ユースを認めた。
- (9) アメリカのフェア・ユース法理について紹介するわが国の文献として、三木茂「アメリカ著作権法上のフェアユースドクトリン(1)」コピライト271号2頁(1983年)、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20号97頁(1993年)、山本隆司「米国著作権法の特質」(講演録)コピライト409号2頁(1995年)、阿部浩二「日本著作権法とフェア・ユースの理論」(講演録)コピライト482号2頁(2001年)、奥邨弘司・山本隆司『フェア・ユースの考え方』(太田出版、2010年)その他の文献として、デイビッド・A・ワインスティン(山本隆司訳)『アメリカ著作権法』(商事法務研究会、1990年)、ジェーン・ギンズバーグ「アメリカにおけるフェアユース問題について」著作権研究26号147頁(1999年)など参照。

- (10) *See* Copyright Law Revision Part 3 : Preliminary Draft For Revised U.S. Copyright Law and Discussions and Comments on the Draft 6, § 6 (1964).
- (11) 以下に述べるように、著作権法107条1号の立法経緯については、Patry on Copyright, § 10:15.において、評価を交えた解説がなされている。
- (12) Patry on Copyright, § 10:15.
- (13) H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2 d Sess. 66 (1976); Patry on Copyright, § 10:15.
- (14) *See* American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 921-22 (2 d Cir. 1994).
- (15) *See* Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 568, 584 (1994); *see also* Wall Data Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dept., 447 F.3d 769, 779 (9 th Cir. 2006); Chicago Bd. of Educ. v. Substance, Inc., 354 F.3d 624 (7 th Cir. 2003); Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting, Inc., 305 F.3d 924, 939 (9 th Cir. 2002); Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc., 227 F.3d 1110, 1116-17 (9 th Cir. 2000); Lucent Information Management, Inc. v. Lucent Technologies, Inc., 5 F. Supp. 2 d 238, 242 (D. Del. 1998) *aff'd*, 186 F.3d 311 (3 d Cir. 1999); Marobie-Fl, Inc. v. National Ass'n of Fire and Equipment Distributors and Northwest Nexus, Inc., 983 F. Supp. 1167, 1175 (N.D. Ill. 1997); Television Digest, Inc. v. U.S. Telephone Ass'n, 841 F. Supp. 5 (D.D.C. 1993); Lish v. Harper's Magazine Foundation, 807 F. Supp. 1090, 1101 (S.D. N. Y. 1992); Patry on Copyright, § 10:15.
- (16) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 568, 584-585.
- (17) Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp., 724 F.2d 1044, 1049 (2 d Cir. 1983).
- (18) Patry on Copyright, § 10:15.
- (19) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451.
- (20) 464 U.S. 417, 448-449 (quoting H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2 d Sess. 66 (1976)).
- (21) 464 U.S. at 448-449 (quoting H.R. Rep. No. 1476, at 65 to 66).
- (22) Lucent Information Management, Inc. v. Lucent Technologies, Inc., 5 F. Supp. 2 d 238 (D. Del. 1998); *aff'd*, 186 F.3d 311 (3 d Cir. 1999).
- (23) American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2 d Cir. 1994).

- (24) *Lish v. Harper's Magazine Foundation*, 807 F. Supp. 1090 (S.D. N.Y. 1992).
- (25) *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539 (1985).
- (26) *Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc.*, 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000).
- (27) *Campbell*, 510 U.S. 568, 584.
- (28) *Weissmann v. Freeman*, 868 F.2d 1313, 1324 (2d Cir.1989).
- (29) *Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc.*, 227 F.3d 1110, 1118 (9th Cir. 2000).
- (30) *Greenberg v. National Geographic Soc.*, 244 F.3d 1267 (11th Cir. 2001); 488 F. 3d 1331 (11th Cir. 2007); 497 F. 3d 1213 (11th Cir. 2007).
- (31) *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prod.*, 353 F.3d 792, 800 (9th Cir. 2003); *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1399-1404 (9th Cir.1997).
- (32) *Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc.*, 227 F.3d 1110, 1118 (9th Cir.2000). 無許諾複製ソフトを反復利用する行為は、適法な複製ソフトを購入する費用をかけなくてすむという意味において商業的利用にあたとされる。See also *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir.2001).
- (33) *Wall Data Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dept.*, 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006).
- (34) *Maxtone-Graham v. Burtchaell*, 631 F. Supp. 1432 (S.D. N.Y. 1986).
- (35) *Maxtone-Graham v. Burtchaell*, 803 F.2d 1253 (2d Cir. 1986).
- (36) *Arica Institute, Inc. v. Palmer*, 761 F. Supp. 1056 (S.D.N.Y. 1991).
- (37) *Arica Institute, Inc. v. Palmer*, 970 F.2d 1067 (2d Cir. 1992).
- (38) *Hofheinz v. Discovery Communications, Inc.*, 2001 WL 1111970 (S.D. N.Y. 2001).
- (39) *New Era Publications Int'l ApS v. Carol Pub. Group*, 904 F.2d 152 (2d Cir.1990). (quoted by *Hofheinz* (fn.38)).
- (40) *Monster Communications, Inc. v. Turner Broadcasting System*, 935 F.Supp. 490 (D.N.Y.1996). (quoted by *Hofheinz* (fn.38)).
- (41) *Leval, Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990). (quoted by *Hofheinz* (fn.38)).
- (42) *Davis v. The Gap, Inc.*, 246 F.3d 152, 174 (2d Cir.2001) (quoting *Campbell*, 510 U.S. at 579). (quoted by *Hofheinz* (fn.38)).
- (43) *Castle Rock Entertainment v. Carol Publ'g Group*, 150 F.3d 132, 140.

(quoted by *Hofheinz* (fn.38)).

- (44) *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 94-97 (2d Cir.1987); see 17 U.S.C. §§ 104 (a), 301 (a); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 548, 105 S.Ct. 2218, 85 L.Ed.2d 588 (1985).
- (45) *Chicago Bd. of Educ. v. Substance, Inc.*, 354 F.3d 624 (7th Cir. 2003).
- (46) *Wade Williams Distribution, Inc. v. American Broadcasting Co., Inc.*, 2005 WL 774275, at 9 (S.D. N.Y. 2005).
- (47) *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981).
- (48) See *Rubin v. Brooks/Cole Pub. Co.*, 836 F. Supp. 909 (D. Mass. 1993).
- (49) *Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting, Inc.*, 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002).
- (50) 加戸守行『著作権法逐条講義（五訂新版）』（著作権情報センター、2005年）222頁
- (51) もっともアメリカ著作権法においても、107条のフェア・ユース規定の一般条項だけで著作権を制限しているわけではない。1976年の現行著作権法制定に際し、排他的権利の制限規定として、107条のフェア・ユースを規定するとともに、その次の108条（図書館および文書資料館による複製）から122条（衛星通信事業者によるローカル市場内の二次送信）まで、15か条にわたってきわめて詳細な規定が置かれている。
- (52) 加戸・前掲書（註50）222頁
- (53) この著作権法30条1項の規定にもとづいて作成された著作物の複製物を私的使用の目的以外の目的のために使用した場合は複製権の侵害となる（著作権法49条1項）。電子ファイル交換サービス「ファイルログ」において、音楽著作物をMP3形式に複製した電子ファイルを送信可能化する行為が、著作権法49条1項1号に該当するか否かについて、東京地決平成14年4月11日は、「利用者が、当初から公衆に送信する目的で、音楽CDをMP3形式のファイルへ変換した場合には、法30条1項の規定の解釈から当然に、また、…当初は、私的使用目的で複製した場合であっても、公衆が当該MP3ファイルを受信して音楽を再生できるような状態にした場合には、当該複製物により当該著作物を公衆に提示したもとして、法49条1項1号の規定により、複製権侵害を構成する」と判示している（東京地決平成14年4月11日〔ファイルログ事件〕判時1780号25頁、判タ1092号110頁。
- (54) この自動複製機器には、当然のことながらコンビニエンスストアやコピーショップなどに設置されているコイン式複写機なども含まれるが、この法改正と同時に、権利の集中管理体制が整備されていないことなどを理由として、

著作権法附則 5 条の 2 において経過措置に関する規定が設けられ、専ら文書・図画の複製に供する機器、すなわち複写機器は、当分の間、適用除外となっている。

- (55) この私的使用のための複製を制限する技術的保護手段の回避に関する規定は、平成11年（1999年）の著作権法改正（法律77号）によって設けられた規定であり、WIPO 著作権条約11条および WIPO 実演・レコード条約18条を受けて整備された規定である。この規定と同時に、平成11年の著作権法改正では、WIPO 著作権条約12条および WIPO 実演・レコード条約19条を受けて、権利管理情報の保護に関する規定が設けられている（著作権法 2 条 1 項 21号、113条 3 項、119条 1 項参照）。
- (56) 平成19年（2007年）5月30日（法律65号）公布、8月30日施行
- (57) ただし、刑事罰が科されるのは、映画が日本国内において最初に上映された日から 8 か月以内に盗撮を行なった場合に限定されている（映画盗撮防止法 4 条 2 項）。
- (58) 東京地判平成10年 2 月 20 日〔バーンズ・コレクション展事件〕判時1643号 176頁参照。
- (59) 著作物の複製物の利用に関する例ではないが、所有権の客体である有体物の影像の営利的利用については物のパブリシティ権の問題として議論される（高知地判昭和59年10月29日〔長尾鶏事件〕判タ559号291頁、東京地判平成14年 7 月 3 日〔かえで写真事件〕判時1793号128頁など参照）。
- (60) 東京地判昭和59年 8 月 31 日〔藤田嗣治絵画複製事件〕無体集16巻 2 号547頁は、パロディ写真事件最高裁判決が示した引用する側の著作物と引用される側の著作物との「主従関係」について、「本件絵画は、補足図版として他の補足図版と特に区別されることなく掲載されており、したがって、…T 論文に従たる関係にあるとすることはできず、T 論文と本件絵画は、それぞれ独立して存在する意義を有し、あえていえば、両者は対等であるというほかはない」として、本件書籍への本件絵画の複製物の掲載は引用に該当しないと判示している。
- (61) なお、第 2 審では、Y（控訴人）は、フェア・ユースの主張はしていない（東京高判昭和60年10月17日無体集17巻 3 号462頁、判時1176号33頁、判タ569号38頁）。
- (62) 東京地決平成 5 年 8 月 30 日〔ウォール・ストリート・ジャーナル事件〕知財集25巻 2 号380頁
- (63) 東京高判平成 6 年10月27日〔ウォール・ストリート・ジャーナル事件（第 2 審）〕知財集26巻 3 号1151頁、判時1524号118頁
- (64) 東京地判平成 7 年12月18日〔「ラストメッセージ in 最終号」事件〕知財集

27巻4号787頁、判時1567号126頁、判タ916号216頁。そして判決は、「Y書籍は、休刊又は廃刊された雑誌の最終号の表紙、出版元等や編集長等から読者宛の記事、イラスト等の素材を編集した編集物であるところ、編集物の素材として他人の著作物を採録する行為は引用に該当する余地はない」と判示した。

- (65) 東京地判平成16年5月28日〔国語問題集事件〕判時1869号79頁、判タ1195号225頁。さらに判決は、「試験又は検定の公正な実施のために、その問題としていかなる著作物を利用するかということ自体を秘密にする必要性があり、そのために当該著作物の複製についてあらかじめ著作権者から許諾を受けることが困難である試験又は検定の問題でない限り、著作権法36条1項所定の『試験又は検定の問題』ということとはできない」と判示して、試験問題の二次的な利用を認めなかった。
- (66) 大阪高判平成19年6月14日〔選撮見録事件〕判時1991号122頁（原審：大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁、判タ1229号105頁）
- (67) 知財高決平成17年11月15日〔録画ネット事件〕判例集未登載（原審：東京地決平成17年5月31日判例集未登載）
- (68) 送信可能化行為の差止めを求める仮処分命令申立て事件について、東京高決平成18年8月4日〔まねきTV事件〕判時1945号95頁、判タ1181号163頁、知財高決平成18年12月22日判例集未登載。
- (69) 東京地判平成20年6月20日〔まねきTV事件〕判例集未登載
- (70) 知財高判平成20年12月15日〔まねきTV事件〕判時2038号110頁
- (71) 最判平成23年1月18日〔まねきTV事件〕判時2103号124頁、判タ1342号105頁
- (72) 東京地判平成20年5月28日〔ロクラクⅡ事件〕判時2029号125頁、判タ1289号234頁。なお、差戻審の知財高判平成24年1月31日（平成23年<sup>(※)</sup>第10009号）は、原判決を取消して、Xらの差止請求を認容し、損害賠償請求を一部認容した。
- (73) 知財高判平成21年1月27日〔ロクラクⅡ事件〕判例集未登載
- (74) 最判平成23年1月20日〔ロクラクⅡ事件〕判時2103号128頁、判タ1342号100頁。なお、差戻審の知財高判平成24年1月31日（平成23年<sup>(※)</sup>第10011号）は、Yの控訴を棄却して、Xらの差止請求を認容し、損害賠償請求を一部認容した。
- (75) 書籍を電子化することができるのは、著作権者の許諾がある場合や、国立国会図書館が行っているように、著作権の保護期間が満了して、著作物が公有となっている場合のほか、著作権の制限規定である著作権法31条2項にもとづき、書籍が絶版となっている場合や、書籍の滅失・損傷を回避する場

合などに認められているにすぎない。アメリカ合衆国では、Googleが行なっているように、学術や文化の発展を目的とし、公益性が高く、フェア・ユースに該当すると認められる場合である必要がある。

- (76) 前節「(4) テレビ番組録画配信サービス」参照。
- (77) 知財高判平成21年1月27日判例集未登載
- (78) 東京地判平成11年10月27日〔雪月花事件〕判時1701号157頁、判タ1018号254頁
- (79) 東京地判平成13年7月25日〔はたらくじどうしゃ事件〕判時1758号137頁、判タ1067号297頁
- (80) 著作者人格権とフェア・ユース法理との関係については、拙稿・三浦正広「同一性保持権とフェア・ユース法理—著作者人格権に対する著作権制限規定の適用可能性—」青山法学論集51巻1・2合併号387頁（2009年）参照。
- (81) この著作権法50条の規定は、30条～49条の規定はあくまで著作権の制限規定であって、著作者人格権を制限する規定ではないということを念のために規定した、注意的な規定であるとされている（加戸・前掲書（註50）330頁）。
- (82) 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—」（講演録）コピーライト2007年12月号参照。
- (83) 「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）」（2008年（平成20年）11月27日、知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会）。その後も、知的財産推進計画2009が、「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる。」としている（平成21年6月24日知的財産戦略本部決定）。さらに、知的財産推進計画2010（平成22年5月21日知的財産戦略本部決定）においても、「これまでの検討結果を踏まえ、2010年度中に法制度整備のための具体的な案をまとめ、導入のための必要な措置を早急に講ずる。」とされている。
- (84) 「著作物の流通・契約システムの調査研究『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究』報告書」文化庁委託事業（委託先：三菱UFJリサーチ&コンサルティング）、（2009年（平成21年）3月）
- (85) 「文化審議会著作権分科会報告書」（2011年（平成23年）1月）
- (86) 権利制限の一般規定を条文化する際の「要件」に関する留意事項として、次のような見解が示されている。「なお、利用行為の非営利性を要件とすべきか否かも問題となるが、営利性については、各類型の要件の該当性や上記追加要件の該当性を判断するに当たって一考慮要素として考えることも可能

であること、A から C の類型はいずれも企業の営利活動に伴って行われる事例も多く想定されるため、非営利性を独立の要件とした場合、権利制限の範囲が不当に狭くなり、事案によっては不合理な結論が生じる可能性があること等から、条文上、非営利性を独立した要件とする必要はないものと考えられる。」前掲（註85）「文化審議会著作権分科会報告書」53頁。