

著作権と表現の自由の調整原理（二・完）

大日方信春

「巨人の肩に立つ小人は巨人よりも遠くが見える」。

はじめに

第一章 「思想／表現二分法」

第一節 M.Nimmerの功績と課題

第二節 表現の形式

第三節 保護されるもの／保護されないもの

第四節 小括（以上、一一六号）

第二章 「フェア・ユースの法理」（以下、本号）

第一節 著作権設定の意義

第二節 著作権者と著作物利用者の権益調整

第三節 フェア・ユースの法理

第四節 批判的指摘

第五節 小括

おわりに

第二章 「フェア・ユースの法理」

第一節 著作権設定の意義

一 財 (goods) は、一般的には、特定の消費者が消費すれば、他者がそれを消費することはできない。このとき、この財の消費は競合している。このような財の性質は、消費者を特定し当該人からの対価の支払いを可能にするので、また、対価の支払いなき者への財の供与の排除も可能にしている。

これに対して、消費の競合性もなく、その排他性もない財のことを「公共財」(public goods) という。それは、ある人の消費が他者の消費量を減少させることのない、また、ひとたび供与されたなら誰もその消費から排除できない性質をもつ財のことである。公共財のもつ非競合性・非排他性という性質は、財の生産者が供給費用を回収しようとする、その意欲を減退させる。なぜなら財の消費者の特定が不可能または著しく困難なため、供給費用の回

収コストが回収しようとした費用そのものを上回ってしまうことが予想されるからである。したがってこのような財は、国や地方公共団体が公的費用でもってその供給を配慮すべき財であると考えられてきた。警察、消防、国防などが、この公共財の代表例として紹介されている。⁽²⁾

市場における財の交換が、直接その交換に参加していない経済主体に、無意識的に与えている影響のことを「外部効果」(externality)という。この外部効果が第三者に便益をもたらしているとき、それを「正の外部効果」(beneficial externality)といふ、ある種の損害を与えているとき「負の外部効果」(negative externality)という。⁽¹⁾ 右記した公共財には、消費における正の外部効果が存在しているとされている。

二 近代資本主義社会の成熟は、典型的にはその成立に起因するサーヴィス産業の台頭によって、情報の経済的価値を高めたといえよう。資本主義社会の進展は、情報の財としての性質を際立たせる要因となったのである。

ところで、資本主義社会の黎明期まで「財」といえば、物質とエネルギーであった。産業社会の進展は、物質とエネルギーという有限の財の争奪過程からの果実であったといえよう。この産業社会をとりまく状況は、情報環境がコンピュータ化された後、大きく変容してきている。情報が社会発展の駆動輪の役割を果たすようになったのである。

電子化された情報は、物質やエネルギーという財がもつ希少性という拘束から逃れている。⁽¹⁾ さらに、情報は、先述した公共財としての性質をもつともいわれている。⁽⁵⁾ 「法と経済学」の知見から表現の自由論を分析した論者は、その理由をつぎのように述べる。

「この情報という財は、公共財の性質をもっている。なぜなら、同一の情報を同時に使用することができ、なおかつ、情報が直接の取引相手以外に伝播することを防止することは、事実上不可能（たとえば取引相手が情報を漏

示しないか監視するために膨大な費用がかかる」だからである」。⁶⁾

表現行為は、表現の表出者と受領者との間で行われる、情報のやり取りである構成であるであろう。ここで情報授受のフォーラムとして「言論市場」を想起してみよう。情報が公共財ならば、その非競争性・非排他性という性質から、情報は市場で過少生産されるであろう。なぜなら、情報の消費に排他性がないままでは、経済合理的な情報の消費者なら、消費の対価を支払おうとはしないであろうから。そのことは、財を生産しようとする者の生産意欲を減退させずにはおかないであろう。費用を他者の支払いに任せようとするフリー・ライダー (free rider) を発生させるであろう。自分の支出にただ乗りされたくない消費者なら、むしろ自らの需要選好を正直には表示しないことが合理的となる（できるだけ他者の支出に依存したいから）。消費者間に生じた疑心は、やがて供給者に伝わり、財は一般に過少生産されることになる。「すなわち、情報は社会的に必要とされる量以下でしか生産されない」。⁷⁾

財の過少供給という市場の失敗。この困難を解消するためには、国家を通じて公共財を供給することが適切となる。⁸⁾ なぜなら、国家は徴税権という費用回収権限をもつからである。国家の役割の一つとして公共財の提供を上げたある憲法学者は、つぎのようにいう。

「多数人のイニシアティヴにつきまとう社会的協調の困難（フリー・ライダーの発生による公共財の過少生産）を解決するためには、国家を通じて公共財を供給することが適切となる。供給の費用は、すべての人から公平にかつ強制的に徴収され、供給の範囲や量は、民主的な手続を通して決定される」。⁹⁾

言論市場における情報の過少供給を解消するために国家が寄与してきたこと。その一つとして、著作権の制度化がある。¹⁰⁾

三 ここまで情報という財には、生産者の生産意欲を減退させる公共財的性質が備わっていることを述べてきた。これは情報のもつ「正の外部効果」を合理的経済主体ならただで得ようとすることははずだからである。そこで言論市場に供給される情報財を増やすためには、経済学の言葉を借りるなら、国家には正の外部効果の内部化を保障することが求められることになる。著作権法は、情報について外部効果の内部化を図ることで、言論市場における情報の適正な供給を促すための法制度である、⁽¹¹⁾ といえよう。

合衆国憲法一条八節八項は、合衆国議会に、著作権法の制定権限を付与している。「連邦議会はつぎの権限を有する」との柱書につづいて、つぎのようにいう。「著作者に対し一定の期間その著作物に関する排他的権利を確保することにより、学術の進歩を促進すること」⁽¹²⁾ (煩瑣を防ぐため「著作権条項」だけ引用した)。この憲法規定をうけ、また英国アン法典 (Statute of Anne, 8 Anne C. 19 (1710)) を継受するかたちで一七九〇年五月三十一日に、連邦著作権法 (1 Stat. 124) が成立している。情報を供給者の管理下に置こうとした彼の国の現行の法制度を瞥見してみよう。

1 連邦著作権法は、著作権における排他的権利 (exclusive right) として、以下の権利を規定している⁽¹³⁾ (17 U.S.C. § 106)。

「一〇七条ないし一二二条に従い、著作権者は、本条のもとで、以下のことを行うまたは許諾する排他的権利をもつ。

- (1) 著作権のある著作物をコピーまたはフォノレコードに複製すること。
- (2) 著作権のある著作物をもとに派生的著作物を作成すること。

(3) 著作権のある著作物のコピーまたはフォノレコードを、販売その他の譲渡方法で、あるいは貸与、賃貸または貸出の方法で、公けに頒布すること。

(4) 言語、音楽、演劇または舞踏の著作物、パントマイム、映画およびその他の視聴覚著作物について、著作権のある著作物を公けに実演すること。

(5) 言語、音楽、演劇または舞踏の著作物、パントマイムおよび絵画、図画または彫刻の著作物について、そこには映画その他の視聴覚著作物の個々の映像も含まれている、「これらについて」著作権のある著作物を公けに展示すること。

(6) 録音について、デジタル・オーディオ送信を用いて、著作権のある著作物を公けに実演すること⁽¹¹⁾」

2 合衆国議会は、一九八九年のベルヌ条約締結を契機として、一九九〇年に「著作者人格権」(moral rights of authors) に関する規定を連邦著作権法に追加している。本稿の行論に必要な部分だけ、抄録してみよう (17 U.S.C. § 106A)。

「(a) 氏名表示権と同一性保持権。一〇七条に従って、一〇六条に規定されている排他的権利とは別に、視覚芸術著作物の著作者は、

(1) つぎの権利を有する。

(A) 当該著作物の著作者であることを主張すること。および、

(B) みずからが制作していない視覚芸術著作物の著作者として、氏名を使用されないこと。

(2) みずからの名誉または声望が損なわれる恐れがあるように、著作物に変更、切除その他の改変をされた場

合には、その視覚芸術著作物の著作者として氏名を使用されない権利を有する。

(3) 一一三条 (d) に規定されている限定に従って、つぎの権利を有する。

(A) みずからの名譽または声望を損なう恐れがあるように著作物を故意に変更、切除その他の改変をされないこと。視覚芸術著作物の故意の変更、切除その他の改変は、この権利を侵害する行為とみなす。

(B) 名声が認められた著作物を破損されないこと。故意または重大な過失による当該著作物の破損は、この権利を侵害する行為とみなす。

(b) 権利の範囲と行使。著作者が著作権者ではない場合でも、視覚芸術著作物の著作者は、(a)項が当該著作物に付与した権利をもつ。視覚芸術の共同著作物の著作者は、(a)項が当該著作物に付与した権利の共有者となる。(以下、省略。)¹⁶⁾

3 連邦著作権法は、右記した諸権利の執行を確保するために、つぎのような規定をもつ。ここも必要な部分だけ抄録しておくでしょう。

【権利の侵害】 (17 U.S.C. § 501)

〔a〕 一〇六条ないし一二二条に規定された著作権者の排他的権利または一〇六条A(a)に規定された著作者の権利に損傷を与えた者および六〇二条に反してコピーまたはフォノレコードを合衆国内に輸入した者は、その事情しだい、著作権または著作者の権利を侵害する者となる。本章において(五〇六条を除く。)著作権という場合には、一〇六条A(a)の諸権利を含むものとする。(以下、省略。)

(b) 著作権における排他的権利の法的所有者および受益者は、四一条の要件に従って、みずからがその所有者であった間になされた具体的な権利侵害に関して、訴訟を提起することができる。(以下、省略。)¹⁷⁾

※ (17 U.S.C. § 602 (a)) 「(1)輸入 本法の下での著作権者の同意を得ることなく、合衆国外で取得したコピーまたはフォノレコードを国内へ輸入することは、一〇六条に規定された当該著作物についての頒布権の侵害にあたり、五〇一条における訴訟の対象となる。(以下、省略。)」。

【差止め】 (17 U.S.C. § 502)

「(a) 本章のもとで生じた民事訴訟の管轄権をもつ裁判所は、二八編一四九八条に従って、それが著作権侵害を防止または抑止するために合理的であると思われるときには、暫定的または終局的差止め命令を発給することができる。

(以下、省略。)」。

【損害賠償】 (17 U.S.C. § 504)

「(a) 総則 本法に他の定めなき限り、著作権侵害者は、つぎのいずれかについて責任を負う。

- (1) (b)項に規定されているところの、著作権者が受けた実損害および侵害者の追加的利益。または、
- (2) (c)項に規定されているところの、法定損害賠償。

(b) 実損害および利益 著作権者は、著作権侵害行為から受けた実損害および権利侵害行為から侵害者が得た利益のうち実損害の算定において考慮されなかったものについて、その損害賠償を受けることができる。権利侵

害者の利益を確定するために、著作権者が立証すべきことは、侵害者の総収入で足りる。ここから控除すべき諸費用および被侵害著作物以外のものに起因した利得部分については、侵害者が立証すべきものとする。

(c) 法定損害賠償

(1) 本項(2)の場合を除いて、著作権者は、終局判決前のいかなる時点においても、実損害および利益の賠償に代えて、一人の侵害者が個別にあるいは二人以上の侵害者が連帯しまたは個別に責任を負うどのひとつの著作物についてでも、係争中のすべての損害について、七五〇ドル以上三〇、〇〇〇ドル以下の範囲で裁判所が適正であると考える額により、法定損害賠償を得ることができる。(以下、略。)

(2) 権利侵害が故意になされたことを著作権者が立証し裁判所もそれを認定した場合には、裁判所は法定損害賠償の額を一五〇、〇〇〇ドルを超えない範囲で引き上げることができる。(以下、省略。)

四 伝統的経済学は、市場における商品の価格のことを情報といってきた。この情報が発見者、創造者により他者にも認識できる表現に加工されたとき、情報は情報財になる。情報財を創造・生産するためには、経済資源の投入を必要とする。情報は経済財である。⁽¹⁸⁾

ある書籍は、この情報財の特質を、つぎのよう⁽¹⁹⁾にいう。

- ① 一つの媒体から別の媒体への記録または複製が容易に可能であること。
 - ② 複製を行うのに元の財の生産に投入されたほどの資源量は必要としないこと。
 - ③ 複製の価値は元の財と比較して差がないこと。
- 有体物とは異なり、情報財には経済学でいうところの消費に排他性がない。情報財は専有され得ない性質をもつ

ていたのである。ところが、国家による著作権法制の設定は、情報の私物化 (privatization) を可能にした。それは、情報を供給者の管理下に置く効果をもたらしている。⁽²⁰⁾ したがって情報の商品化 (commodification) が可能になったのである。

著作権の制度化が可能にした情報の商品化は、市井の人びとの（とくに広い意味でのアーティストの）創作活動を誘因する奇貨となった。それぞれの創作行為の生成物には、著作権の客体性が認められることで、表出主体の管理下に置かれることになったのである。このことは、表現を法上まるで有体物のように扱っている。表現に管理能力がもたらされたのである。

表現に管理能力をもたらした著作権の制度化は、転じて、表現の自由にとって奇禍をもたらすものとなっているであろうか。この点について、著作権法制に精通している人ならば、その心配はないと回答するであろう。なぜなら、著作権法には、著作権の客体を限定する規定、また、著作権を制限する規定など、言論市場における情報管理を相対化する装置がすでに用意されているのだから。

第二節 著作権者と著作物利用者の権益調整

一 諸国の著作権法を瞥見すると、著作者の権利として一般的には二種類の権利群が規定されている。一方が財産権的性質を有するとされる「著作権（狭義）」、他方が人格権的性質を有するとされる「著作人格権」である。⁽²¹⁾ さきに抄録した連邦著作権法も二つの権益を規定し分けている (see 17 U.S.C. § 106 & § 106A)。⁽²²⁾

本節は、言論市場での情報財の交換を規整している著作権法の規定についての論述にあてられている。より詳しくいうと、前節では情報の供出者に情報の商品化 (commodification)、言論の私物化 (privatization) を可能に

した法規定について詳述したので、本節はそれを相対化する法規定に注目している。そこでひとまずは、著作権者の権利と総称される二つの権益のうち、講学上、狭義の著作権にカテゴライズされる諸権利群と、それらを限定または制限する連邦著作権法上の規定にspot lightをあてることにする。⁽¹³⁾

連邦著作権法一〇六条をみると、著作権者に付与された財産権的著作権の基本的内容として、つぎの五つもの⁽¹⁴⁾があげられている。それは、「複製権 reproduction right」(17 U.S.C. § 106 (1))⁽¹⁵⁾「翻案権 adaptation right」(§ 106 (2))⁽¹⁶⁾「頒布権 distribution right」(§ 106 (3))⁽¹⁷⁾「実演権 public performance right」(§ 106 (4), (6))⁽¹⁸⁾「展示権 public display right」(§ 106 (5))⁽¹⁹⁾の五つである。

二 連邦著作権法は「著作権の保護要件 (requirements) と保護範囲 (subject matters) を規定すること」で、著作権の客体性を限定 (limitation) している。

1 連邦著作権法一〇二条(a)は「柱書で著作権の保護要件を、つづき八項目にわたり著作権の保護対象の範囲を例示している (17 U.S.C. § 102 (a))

「本法の定めるところに従い、著作権は、有形の表現媒体 (tangible medium of expression) に固定された (fixed) オリジナルな (original) 著作物に宿る。ここに表現媒体とは「現在知られている、あるいは将来開発されるあらゆるもので、直接にまたは機器その他の考案の助けを借りて、著作物が感得でき、複製でき、あるいはその他伝達されうるような、すべてのものをいう。著作物にはつぎのものが含まれる。

- (1) 言語の著作物 (literary works)
- (2) 音楽の著作物 (musical works) づれに伴う歌詞も含まれる。
- (3) 演劇の著作物 (dramatic works) づれに伴う音楽も含まれる。

- (4) パントマイム及びダンスの振り付け (works)
- (5) 絵画、図画及び彫刻の著作物 (pictorial, graphic, choreographic works)
- (6) 映画その他の視聴覚著作物 (motion pictures and other audiovisual works)
- (7) 録音物 (sound recordings)
- (8) 建築の著作物 (architectural works)

右記の一〇二条(a)では、著作権の保護要件として、大まかには二つの要件「オリジナル性」(originality)と「固定性」(fixation)が要求されていることがわかる。日本法との関係で注視しておくべきなのはオリジナル性の要件の方であるので、ここに若干の詳述を試みておこう。⁽²¹⁾

2 合衆国最高裁判所は、一九九一年のある有名な判決で、一〇二条(a)にいう「オリジナル性」について、以下のようになっている。

「著作権の必要要件 (sine qua non) は「オリジナル性」である。——著作権法で使われている「オリジナル」という言葉は、著作者の(他人の作品をコピーしたものでないという意味で)独自の創作 (independent creation) であり、かつ、少なくとも最小限の創作性 (creativity) があることを意味している。——必要とされる創作性の水準は、極めて低いものでよく、ほんの僅かで十分である。——「オリジナル性」は新規性を意味するものでもない。仮に他者の著作物と符合する著作物を作成したとしても、それがコピーでなければ、オリジナルであるといえる」。

右引用からもわかるように、合衆国最高裁は、「オリジナル性」に二つの意味が含まれていると解析している。それは「独自の創作」と「最低限の創作性」という意味である。それと同時に、電話帳に掲載される「氏名、町の

名前、電話番号といった情報」は「事実」(facts)に該当し、その著作物性を否定するなかで、合衆国最高裁は、この著作権の客体に必要とされる「オリジナル性」の要件は合衆国憲法から導かれる要件であるとしている。

事実自体の著作権性を否定したこの判決は、第一章で述べた(そして左で確認する)法理論とともに、言論市場における情報管理を相対化する法理論を提示したものであると評価できるであろう。⁽³⁶⁾

3 第一章で論述したように、連邦著作権法一〇二条(b)は、「思想／表現二分法」(idea-expression dichotomy)を規定しているとされている。確認のために、条文を記載しておく。

「いかなる場合においても、オリジナルな原作 (authorship) についての著作権の保護は、アイディア、手続き、プロセス、システム、操作方法、コンセプト、法則ないし発見にまで及ぶものではない。このことは、これらがいかなる形式で記述され、説明され、図解され、あるいは実体化されているかを問わない」(17 U.S.C. § 102 (b))。

著作権理論にいう「思想／表現二分法」の眼目は、著作権法で保護すべきであるのは「具象化されている思想」であって、「抽象的な段階にとどまっている思想」ではないことを示すことにあった。それは表出主体の内心に存する「思想」が外部の知覚可能な「表現」となるまでの gradation の何処かに、著作権の客体性の有無を図る一点が存在することを想起しながら説かれていた。もちろんこの点を明示する基準を提示することは、事案に即して考えたとしても、多くの論者が指摘してきたように困難な作業であった。この二分論は、著作権の客体性の成否を決定する準則(ルール)ではなく、著作権の客体を限定する一般的基準(スタンダード)に留まると理解されるべきであろう。⁽³⁷⁾

それでも著作権理論における「思想／表現二分法」は、言論市場における情報管理を相対化する法理論であると

評価できるであろう。なぜなら、それはなお「思想」であるとされたエレメントは情報供与者のコントロールを離れる、という独占回避理論を提示しているからである。⁽²⁸⁾ そうであるからこそ、著作権という排他的権利が著作権者に設定された後でも、言論市場での「思想の交換」は、なお公衆 (public) に開かれていると言えるのである。

4 本稿冒頭に示しているように、不法行為の判定をうける表現行為のことを tortious speech という。⁽²⁹⁾ 憲法学は、プライバシーを侵害する表現、名誉を毀損する表現、肖像権を侵害する表現などについて、従来からこの理論枠組で捉えてきている。本稿は、著作権を侵害する表現も、tortious speech のカテゴリで捉えられるべきであると、論述を進めてきた。

著作権と表現の自由の問題を右記した枠組で捉えるなら、憲法学にとって重要になるのはつぎの視点であった。⁽³⁰⁾

(1) 表現行為による著作権侵害の成立要件はなにか。これは「表現の自由が保護されない表現」に関わる問題であり、換言すると、著作権の客体または範囲の問題であった (本節 2・3 で述べたのはこれである)。

(2) 著作権侵害の違法性阻却事由はなにか。下記するように、これは著作権の制限に関する問題である。

三 現行の連邦著作権法には、著作権の行使に一般的な制限を課す規定と、特定の行使態様を掲げて具体的に権利制限を課す規定という、二つの種類の権利制限規定がある。前者が第一〇七条に規定された fair use 規定、後者が第一〇八条から第一一二条までに掲げられた exempted use 規定という免責規定である。

1 「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine) とは、著作権のある著作物を著作権者の許諾なしに利用した場合でも、著作物の当該利用行為が、その利用目的、著作物の性格、著作物の商品価値に与える影響などを考慮して、著作物の公正な利用であるといえる場合には、著作権侵害にはならないとする法理論である。一九七六年の法改正ではじめて成文化されたこの法理は、一九世紀半ば以降の判例集積のなかで生成されてきた法理論でもある。

この判例集積は、一八四一年の *Folsom v. Marsh*, 9 Fed.Cas. 342 (C.C.D.Mass. 1841) をもって嚆矢とする。⁽¹¹⁾ 本件でのストーリー裁判官の言説は、現行法における four factors (後述) のうち、「市場における影響」に着目したものであると評価されている。⁽¹²⁾ ジョージ・ワシントンの私信からの引用をめぐる事件において、ストーリーは以下のようにいつている。

「論評者は、もとの作品から大幅に引用をすることができる。ただし、彼の引用が本当に公正かつ合理的な批評を目的としたものであれば、という条件ではあるが。一方で、もしも論評者がもとの作品の一番大事な部分を、批評の目的ではなく、もとの作品にとって代わる目的で引用し、論評文でもとの作品に代替してしまったとすれば、このような利用態様は法律上海賊行為となるのである」。⁽¹³⁾

言論市場における代替性の程度を重視し、被引用著作物の市場価値に傾倒していた感のある初期の判例の見解に対して、二〇世紀も半ばになると、「被引用著作物の性格」が注目されるようになっていく。ケネディ大統領暗殺の背景を探る書籍の執筆過程において、同事件を扱った映画の一部を「つつさり借用 (stolen surreptitiously)」⁽¹⁴⁾ し書籍に掲載した行為の違法性が問われた *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968) では、ケネディ大統領暗殺に関する完全な情報をもつとどう public interest の存在が、フェア・ユースを認定した判決の結論を導くために重要な factor となっていた。⁽¹⁵⁾

先述したように、17 U.S.C. § 107 は、既存の判例法理を実定化したものであるといえるであろう。このことは立法過程における下院報告書からも看取できる。いわく「法案は判例法上のフェア・ユースの法理の目的および一般的な適用範囲を是認したものであり、とくに急速な技術革新の見られるこの期間において、法律に規定すること、この法理論をフリーズする意向を示したのではない」。⁽¹⁶⁾

「フェア・ユースの法理」については、第三節で詳述するので、ここではひとまず措いておく。ただ、以下の点を指摘しておく。

Gerald R. Ford 元大統領による未発表回顧録を無断で利用したことの違法性が争われた事案⁽¹⁷⁾で、合衆国最高裁判所は、著作物のフェアな利用が違法行為とされない理由について、「学術および技芸の進歩を促進する」という憲法の基本方針から演繹可能な必然的法原理であるとの見解を提示している⁽¹⁸⁾。これは、仮にこの法原理なかりせば、先行著作物の内容を進歩・改良する後続者の行為が禁止されることになり、それは右記基本方針の遂行を不可能ならしめることであるというのであろう。

さらに同じ事件において、法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、つぎのように言って、「フェア・ユースの法理」を基礎づけようとしている。

「フェア・ユースの法理は、著作者が彼の著作物を公衆の消費にさざげたとき、『合理的で通例に従った』(reasonable and customary) 利用は許しているという、著作者の暗黙の同意に基づいている」⁽¹⁹⁾。

O'Connor は、「表現する」という営為に、行為者のフェア・ユースの同意を見出している。彼女は、表現行為の属性を根拠に、著作者にフェア・ユースに対する受忍義務を求めたのである。

2 連邦著作権法は、著作権に対する一般的制限規定であるフェア・ユース条項の他に、個別的制限規定を置いている。詳述する必要はないので、概要だけ適示しておく。

(一) 著作権者のもつ複製権、翻案権、頒布権、実演権、展示権（これらのものは前述したように 17 U.S.C. § 106 に規定されている。）は、それぞれ例外規定のもとに置かれている。

連邦著作権法一一〇条は、非営利的教育機関での実演・展示行為について、著作権者の実演権・展示権を侵害す

るものではないとしている (17 U.S.C. § 110 (1) & (2))。この規定により、ほとんどの学校では、著作権者の許諾なく音楽を奏することができ、演劇著作物を上演することもできる。宗教上の、あるいは、慈善目的での著作物の実演・展示にも、実演権・展示権の保護は及ばない (17 U.S.C. § 110 (3) & (4))。

また、「家庭用受信装置」を通して著作物の実演または展示の上演をしても、視聴について代金を徴収せず、大型スクリーンなどを用いて再送信しないことを条件に、実演権・展示権の制限に服することはない (17 U.S.C. § 110 (5) A)。小規模店舗における BGM としてのラジオ放送等の利用も、著作権者の許諾を必要としない著作物利用の一形態である (17 U.S.C. § 110 (5) B)。

これらの規定は、著作権のある著作物について、著作権者の許諾を必要としない利用形態を規定することで、著作権という排他的権利を制限するものとして読み解くことができるであろう。

(二) 連邦著作権法は、ある局面においては、強制許諾 (compulsory license) の制度を設定して、著作権の排他的権利性を相対化している。強制許諾制とは、一定額の使用料 (royalty) を支払えば、著作権者の個別的許諾を得ることなく、適法に著作権のある著作物を利用できるという制度である¹⁶⁾。

たとえば、第一一五条は、非演劇的な音楽著作物のレコードを作成し頒布することについて、強制許諾制度を設けている。TV番組のCATVでの再送信については第一一条が、衛星を利用しての再送信については第一一九条が、それぞれ強制許諾制を設けている。また第一一八条は、非営利的放送での著作物利用について、一定の範囲で著作権者に強制許諾を受け入れるように求めている。

フォノレコードについての強制許諾制の起源は、一九〇九年法にある。一九七六年法の制定は、強制許諾制度の適用を、他の著作物利用形態にも広げるものであった。

著作権のある著作物を強制許諾のもとに置くことは、それだけ著作権者の排他的権利を相対化することになる。ここにも著作権法が著作物利用者の便益に配慮した一面を垣間見ることができる。

(三) 連邦著作権法一〇九条(a)は、第一文で、つぎのようになっている。「第一〇六条(3)の規定にかかわらず、本編に基づき適法に作成された特定のコピーもしくはレコードの所有者またはかかる所有者の許諾を得た者は、著作権者の許諾なく、当該コピーまたはレコードを売却しその他の占有を処分することができる」(17 U.S.C. § 109 (a))。著作権者は著作物について頒布権を有しているが(一〇六条(3))、この複製物を一度販売してしまえば、著作権者は当該複製物の頒布についてコントロールできなくなると定めるこの法理論を、「ファースト・セール・ドクトリン」(first sale doctrine) という。著作物の頒布権は、複製物の最初の販売で消尽する、というのである。⁽¹¹⁾

この法理論は、連邦著作権法一〇六条(5)に規定された展示権についても妥当する。第一〇九条(c)は、以下のようになっている。「第一〇六条(5)の規定にかかわらず、著作物の適法なコピーの所有者(又は所有者の許諾を得た者)は、著作権者の許可を得ることなく、当該コピーを、コピーがある場所にいる観衆に対して、一回につき一つの映像に限って映写又は直接展示することができる」。

著作権は、無体物についての権利である。だから著作権者には、著作物の複製物についての有体物の権利とは別に、著作権法上、頒布権、実演権、展示権といった権利が保護されているのである。しかし連邦著作権法は、著作権者が適法な複製物をひとたび譲渡した場合には、「ファースト・セール・ドクトリン」の下で、法上の権利が一定程度の範囲で消尽するとしている。ある論者はこの法理論について「著作権という無体物の権利が一定限度で有体物の法理に取り込まれた形になっている」と評価している。⁽¹²⁾

(四) 連邦著作権法一〇八条は、図書館や文書館における著作権のある著作物の複製及び頒布を、一定の範囲で許

容している (17 U.S.C. § 108)。著作物の無許諾複製・頒布を認めるこの規定は、著作権者の複製権・頒布権を一部制限する規定として読み解くことができる。

また第一一二条は、放送のための一時的固定 (ephemeral fixation) について、著作権者の複製権を制限する旨、規定している (17 U.S.C. § 112)。さらに第一一四条は、録音物についての複製権を制限している。同条項によれば、録音物に対する複製権は、当該録音物を増製 (加工することを含む) に限定されている。同じ音を同時に固定する行為や模倣は、複製権に基づくコントロールが及ばない (17 U.S.C. § 114 (b))。

3 さてここで、連邦著作権法一〇七条と一〇八条以下の関係について、少し考えてみよう。

著作権法上の権利の制限方法には二つの方法があるといわれている。ひとつが英米法にみられる「フェア・ユース」という形で一般的制限規定を設ける手法、他方は大陸法にみられる個別的制限規定を列挙する手法である。いままで検討してきた合衆国の著作権法のような例は前者に、ドイツ法やその系譜に属するとされている日本法のような例は後者であると、一般には言われている。ただこの二類型化には「必ずしも当を得ていない」⁽¹⁵⁾との批判もある。その論者は、'fair use' 'fair reading' という法理論で説かれているような一般的制限規定をもつ英米の近時の著作権法をみると、個別的制限規定を列挙する大陸法のものよりも、より多様な著作権制限規定を個別具体的に列挙していることをとらえて、こう述べている。この見解の当否については、ここでは措くが、著作権法上の権利の制限方法として、一般的制限規定と個別的制限規定があり、いま検討している合衆国の著作権法一〇七条と一〇八条以下の関係は、まさに一般的制限規定 (一〇七条) と個別的制限規定 (一〇八条以下) の関係にあることをここで指摘しておく。

ではその関係であるが、ここで筆者は、憲法上の価値のなかでも表現の自由をとくに重要視している合衆国の憲

法理論を注視してみようと思う。表現の自由に重きをおく法思想は、一九三七年の *Cardozo* 裁判官のつぎの認識に例証されるところであろう。いわく、言論を保護することは「基本的」自由の一部である。なぜなら「われわれは歴史的にも、政治的にも、そして法的にも」、「思想や言論の自由」を「他のほとんどすべての形態の自由の欠くことのできない条件」(the indispensable condition of nearly every other form of freedom) として理解してきているからである。⁽⁴¹⁾

連邦著作権法は、著作物についての排他的権利を、著作者に付与するものであった。ところが、この権利を法定することは、同時に、憲法上「他のほとんどすべての形態の自由の欠くことのできない条件」と評価される表現の自由の制約にもあたる。ここにおいて両権益の調整が要請される。ここで著作権を制限する法上の規定をみると、それには一般的制限規定と個別的制限規定とがある。その内容をみると、一般的規定の内容には抽象性があり、個別的規定の内容は具体的であるといえよう。表現の自由を重視する思考法からすれば、当該自由に個別具体的に対応した個別的規定以上に、その価値に一般的に配慮したフェア・ユースの規定が重要であると思われる。なぜなら、許される行為態様を事前に想定した規定では、自由の価値を本来的に保護することできないと思われるからである。連邦著作権法の権利制限規定を振り返ると、それは第一〇八条以下で、個別的行為態様を事前に想定して著作権を制限していた。これは合衆国議会が、とくにその行為態様の意義を政策的に判断して規定したものであると推測できる。また第一〇七条(フェア・ユース規定)は、それまでの判例法理の集積を一九七六年法が法定したものであり、それは表現の自由と著作権という両権益の均衡点の模索を、議会が裁判所の裁量的判断に委ねることを意思表示した規定であると解することができるであろう。⁽⁴⁵⁾

右記したことから、表現の自由にとっては、フェア・ユース規定の解釈適用手法が重要になることがわかるであ

ろう。いよいよフェア・ユース条項の内実を詳述する段階に来了。

第三節 フェア・ユースの法理

一 「修正一条で保護されている利益と著作権に関する法令が保護している利益との矛盾は、フェア・ユースの法理の適用によりこれまで解決されてきている」¹⁶⁾。

右は、連邦著作権法にフェア・ユース条項が法定されて間もない一九七七年の、第二巡回区連邦控訴裁判所による言明である。ここまで適宜指摘してきたように、判例法理として生成されてきたフェア・ユースの法理は、一九七六年の法改正により、連邦著作権法に明文で規定されるにいたっている。まずは連邦著作権法一〇七条(フェア・ユース条項)の確認からはじめよう。17 U.S.C. § 107は、つぎのように規定している。

「一〇六条及び一〇六条Aにかかわらず、著作権のある著作物のフェア・ユースは、著作権侵害にはあたらない。フェア・ユースには、批評、論評、ニュース報道、教授(教室内使用のための複数のコピー作成を含む)、学術、研究等の目的のための、コピーないしフォノレコードによる複製、その他の上記規定の方法による複製行為を含む。ある著作物における既存著作物の利用がフェア・ユースにあたるか否かの判断にあたっては、つぎの要素が考慮されるべきである。

- (1) 利用の目的と特徴。これには、その利用が商業的なものか非営利の教育的なものかといった考察も含まれる。
- (2) 利用された著作物の性質。
- (3) 利用された著作物の全体の中に占める、利用部分の量と実質。

(4) 利用が、利用された著作物の潜在的な市場ないし価値に与える影響。

著作物が未公表であるということ、そのこと自体は、仮にその認定が前記諸要素すべての検討の下でなされているれば、フェア・ユースの認定を禁ずるものではない。(1988 ed. And Supp. IV)」

合衆国の裁判所は、一九七六年法以前の段階でも、フェア・ユース概念に何度も言及してきている。しかしその概念の定義には成功してきていない。この点について、下院報告書^(iv)は、つぎのような評価を下している。「実際のところ、「フェア・ユースの法理」は衡平法 (equity) 上の合理性の原則に根ざしたものであるから、一般的に適用できるような定義というのは不可能なのである」。それでも裁判所が継続的な裁判実践の中で生成してきた「衡平のバランスをとる規格 (balance)」は、右記四要素に還元できるという。さらに同報告書は、第一〇七条について、これは著作物利用がフェア・ユースに該当するか否か判定するための「ある種のガイドライン」であるとすると、この言説の意図するところは、なにかフェア・ユースにあたるかということについては、具体的な事案において、制定法上の要件ごとの個別的な検討を経て、総合的に判定されなければならないということである。本稿が第一〇七条をさきに「議会が裁判所の裁量的判断に委ねることを意思表示した規定」であるとしたのも、下院報告書を参照したからである。

では合衆国裁判所は、「フェア・ユースの法理」の法定後、同条項をどのように理解し、具体的事案にどのように適用してきたのであろうか。それは、著作権と自由な言論の価値に折り合いをつけるものとして、適正な裁判実践であったと評価できるものであろうか。以下、事案に即して論述していこう。

ただ、フェア・ユース条項の解釈適用が争われた事例は、枚挙に暇がないほどある。ここでは、右記四要素を検討する上で最小限参照されるべき二つの事案を取り上げ、四要素の理解に資するにとどめざるを得ない。その二つ

の事案とは、フォード元大統領による未発表回顧録を無断で利用したと違法性が問われたHarper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985) 及び“*Oh, Pretty Woman*” (映画「トリティ・ウーマン」の主題歌)のパロディに関する事案であるCampbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)である。いずれも事実の概要を紹介した後、争われた著作物の利用行為がフェア・ユースに該当するか否か判定する際に用いられた四要素の検討を中心に行論を進めていく。⁽¹⁸⁾

二 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).⁽¹⁹⁾

1 【事実】大統領退任後まもない一九七七年二月、Gerald R. Fordは、原告(被控訴人、上告人)Harper & Row 社及びReader's Digest社との間で、これから執筆にとりかかる回顧録(“*A Time to Heal: The Autobiography of Gerald R. Ford*”)の出版に関する契約を結んだ。この契約には、フォード元大統領の回顧録を書籍として出版する権利とともに、出版前のこの回顧録からの抜粋記事(excerpts)を掲載することについての許諾権が含まれていた。この権利はfirst serial rightと称されていた。ちなみに、この回顧録には、ウォーターゲート事件に関する「いままで公表されていない重要な事柄」⁽²⁰⁾も含まれていた。

その二年後、回顧録の完成が間近に迫っていた時期に、原告は、出版前のフォード回顧録から抜粋された記事の掲載について、週刊誌Time社(訴外)との間で交渉をしていた。この交渉の結果、Time社はフォードがニクソンを恩赦する場面から七、五〇〇字の抜粋を二五、〇〇〇ドルで掲載する権利を得て、その支払いについては、一、二、五〇〇ドルを前金で、残りの一二、五〇〇ドルを抜粋記事掲載時に支払うことになった。ただTime社は、仮に抜粋記事を發表する前に回顧録の内容が漏れてしまったときには、後金の支払額については再交渉する権利を留保していた。

Timeの記事が発表される予定になっていた¹¹、三週間前に、The Nation誌の編集者 Victor Navaskyのもとに、身元を秘匿した者により、フォード回顧録の原稿の一部が持ち込まれた。Navaskyは、この原稿を自身が保持していることは無許諾の保持にあたるので、この原稿をこの「出所」(source)に返却すべきであることはわかっていたという¹²。ただ彼は a real hot news story であると思われる部分について、この原稿のみからの引用や言い換え (paraphrases)、事実などから手早く記事に仕立ててもいる。ここに彼の論評や調査したことなどは加えられていない。それは「フォード本に先んじて発表する」ことにより「ニュースにする」ためには、なによりもスピードが重要であつたからだという¹³。

Nation社(被告、控訴人、被上告人)発行の雑誌に掲載された¹⁴、二五〇字からなる記事(“The Ford Memoirs – Behind the Nixon Pardon”)は、一九七九年四月三日に発表されている。Nation社のこの記事により、Time社は、自誌への記事掲載を取りやめ、原告への後金¹⁵、五〇〇ドルの支払いも拒否している。

本件は、一九七六年法のフェア・ユース条項(17 U.S.C. § 107)が、public figureの未発表原稿からの引用をどこまで許すか、という点について争われている。第一審(ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所)は、Nation誌の引用を、連邦著作権法一〇六条一項ないし三項(17 U.S.C. § 106 (1) [複製権]・(2) [派生著作物の許諾権]・(3) [first publicationの権利])に違反するとの判断を示している。控訴審(第二巡回区連邦控訴裁判所)は、原告勝訴の地裁判決を一部覆し、結論としてNation誌の記事はフェア・ユースにあたると判示した。¹⁶ Harper & Row社らの上告をうけた合衆国最高裁判所(O'Connor裁判官執筆の法廷意見¹⁷)は、結論としてNationの記事は著作権侵害行為であると認定する中で、その行論の過程でフェア・ユース条項の4 factorsについて、つぎのような検討を行っている。

2 (一) 【第一ファクター】著作物利用の目的

控訴審が正當に認定したように、Nation誌の著作物利用は、ニュース報道の目的での利用であるといえる。但し、そうであったとしても、当該利用が當然に「フェアな」利用であるとの推定はたらくわけではない。「起草者たちは、フェア・ユースが推定されるカテゴリを作ろうとした、特定の利益集団の圧力を阻止しようとした。そのことは、case by caseの分析が求められる積極的抗弁 (affirmative defense) 規定を構築させたことに表れている」⁽⁵⁵⁾。したがって「第一〇七条の第一文がいう利用行為が具体的事案でフェア・ユースであるか否かの判定は、第二文に述べられていることを含めた決定力あるファクターの適用いかんにかかっている」⁽⁵⁶⁾のである。

Nation誌の著作物利用が商業的利用であることは、当該利用形態がフェア・ユースであることについて、否定的要素としてはたらく。合衆国最高裁は別の事案でも「著作権のある素材の商業的利用は、すべて、著作権者に帰属する排他的特権のアン・フェアな利用であるとの一応の推定はたらく」と⁽⁵⁷⁾いつている。Nation社は、ニュース報道の目的は商業的なものではない、という。しかしそうは言えない。営利／非営利の区別に肝腎なことは、当該利用の目的がただ一つ金銭的利得にあるか否かではない。そうではなく、利用者が著作権ある素材を利用したことからの利益を、通常の費用を支払うことなく得ているか否かにある⁽⁵⁸⁾。

(二) 【第二ファクター】著作物の性質

“A Time to Heal”は、歴史的叙述または自伝という性格を有する未発表の著作物である。著作権法は、フィクションやファンタジーと比べて、事実にもとづいた著作物を広める必要性が高いという認識のもとにある⁽⁵⁹⁾。但し、「事実にもとづいた著作物のなかにも、〔その記述が〕事実の部分と想像の部分との比重に濃淡がみられる」⁽⁶⁰⁾。

本件で争われているフォード回顧録からの引用のなかには、事実の伝達に必要な限りでの引用といえる部分もた

しかにある。たとえば、フォードがホワイトハウス・テープを評して smoking gun といった部分を Nation 誌は引用しているが、これなどは、表現されているアイデアとその表現とが不可分のものであり、事実の伝達に必要な限度での引用といえるであろう。しかし Nation は、著者フォードの個性的な表現 (author's individualized expression) を引用して、public figures の主観的な叙述や描写を構成している。この手のものは、著作物の特徴的表現を引用しているので、事実の伝達に必要な範囲の引用を超えているといえる。

さらに、未発行 (unpublished) であったということは、著作物の「性質」にとつて決定的に重要なことである。「未発行著作物についてのフェア・ユースの範囲は相対的に狭い」⁽⁶¹⁾。発行済著作物からならば、そこからニュース価値のあるものを相当量引用した場合でも、フェア・ユースに該当する場合があるかもしれない。しかし、公表前に著作者がもつ著作物の first public appearance をコントロールする権利は、その著作物を公表前に利用してニュース価値のあるものを取り出すことよりも、より重要な価値をもっているのである。「first publication の権利には、出版するか否かだけでなく、いつ、どこで、そしてどのような形体でそれを最初に公表するのかが選択することまで、含まれているのである」⁽⁶²⁾。

(三) 【第三ファクター】利用された著作物の量および実質

連邦地裁は「Nation 社はその本 [A Time to Heal] の本質的で重要な部分を取り出している」⁽⁶³⁾と認定している。これに対して、連邦控訴裁は、Nation 社の行為の質的評価についての地裁の判断を破棄している。しかし、これは控訴審での判断が誤っている。

盗んだところが、著作物でいかに些細なところであるかを示しても、責任を免れるわけではない。Hand 裁判官は、説得力ある言葉で、つぎのようにいう。「盗作者は、自分の作品がどれだけ盗作でない部分をもっているかを

示すことで、自らの悪行を逃れることはできない⁽⁶⁵⁾。また逆に、侵害作品 (infringing work) の重要なところが逐語の複製で構成されているなら、そのことは複製された material の質的価値が高いことの証である。

本件では、未発行原稿から直接引用された部分は、侵害作品 (Nation の記事) の少なくとも一三%を占めている⁽⁶⁵⁾。また Nation の記事は、未発行原稿からの引用を中心に、それを dramatic な focal point として構成されたものであった。引用部分の表現としての価値および侵害作品におけるそれらの重要な役割に鑑みると、[Nation] 誌は、フォードのオリジナルな言葉を、ごく僅か、実際にはごく微量しか利用していない⁽⁶⁶⁾とする控訴審の判断には同意できない。

(四) 【第四ファクター】市場への影響

第四ファクター「利用された著作物の潜在的な市場ないし価値に与える影響」は、フェア・ユースの判定にあたって、もつとも重要な要素である。

本件においては、Nation の記事が出されたことにより、Time がフォード回顧録について予定していた連載を取りやめたため、Harper & Row 社らは、後金とされていた二二、五〇〇ドルの支払いを拒否されている。これは Nation の著作権侵害行為からの直接的影響であると認定できる。「著作権侵害の事件でこれほど明白な実害の証拠があるのも珍しいことである」⁽⁶⁷⁾。原告側は実際の損害について、一応の立証を尽くしている。これに対して、被告側は、それを反駁できていない。

また、フェア・ユースを否定するためには、著作物の問題とされている利用行為が「仮に広く行われたなら、著作権のある著作物の潜在的な市場に悪影響がもたらされる」ということを立証するだけでよい。本件で問題となつた Nation の記事の事実の部分は、未発表のフォードの原稿にあるニクソンに対する恩赦の章から抜き出されたも

のである。そしてこの抜粋部分は、Nationの記事のなかで、ニクソンの恩赦に対する特別なエピソードとして使われている。ここはまさに原告が「Time社にライセンスしようとしていた利用形態である。また、Nation誌の記事が未発表原稿の丸写し（verbatim quotes）であるということは、それはフォードが語っていることでありNationのものではないことを、読者にわからせている。上院報告書はつぎのようである。

「特別な例外を除いて……著作権のある著作物の典型的な市場における代用となる使用は、権利を侵害していると普通は推測されるであろう」⁽⁸⁾。

「フェア・ユースの法理」が、仮に著作権者の同意なく未発表原稿からの引用を広範に認める理論なら、first serialization rights が市場において成立する（marketability）に対する潜在的な損害を実際にもたらすことになるであろう。

3 【結論】連邦最高裁は、右記したように四つのファクターを検討して、未発表のフォード回顧録を利用したことについて、フェア・ユース該当性を否定している。著作権侵害者はみな、著作権のある著作物について、自らの行為が公衆のアクセスを増加させたとの理屈をいうことはできる。⁽⁹⁾しかし、このような、未発行の、著作権の成立している public figures の表現に対して、無制限のアクセスを認めるような「強制許諾」的なものを裁判で義務づけることについては、連邦議会の意図するところではなく、またわれわれとしても何の正当化理由も見出せない。

三 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).⁽¹⁰⁾

1 【事実】R. Orbison の W. Dees は、一九六四年にロック・バラード“*Oh, Pretty Woman*”を制作し、それを Acuff-Rose Music, Inc. に譲渡した。Acuff-Rose Music 社は、この楽曲を著作権登録している。

上告人の L. R. Campbell、C. Wongwon、M. Ross、D. Hobbs は、2 Live Crew というラップ・グループのメンバーである。一九八九年に、Campbell は「Pretty Woman」と題する楽曲の作詞をしている。これは「コミカルなリコを用いて、原曲をあやけること」を意図しているものである⁽⁷¹⁾。

一九八九年七月五日、2 Live Crew のレージャーは Acuff-Rose 社に対して、以下の内容を文書で通知している。それは、① 2 Live Crew が「Oh, Pretty Woman」のパロディを作ったこと、② 原曲の ownership と authorship が Acuff-Rose、Dees、Orbison にあることの credit を表示すること、③ 上記楽曲のパロディを制作したことについての使用料を支払う用意があること、これらである。そこには、2 Live Crew 作成の歌詞と楽曲の録音が同封されていた。

これを受け取った Acuff-Rose 社は、代理人を通して、つぎのように右記申出を拒否している。「わたしどもは「The 2 Live Crew」の成功を存じております。ただ、「Oh, Pretty Woman」のパロディ使用について、許可することはできません⁽⁷²⁾」。

こういう通知を受けたにもかかわらず、一九八九年六月から七月にかけての時期に、「As Clean As They Wanna Be」と題するアルバムの中の一曲として、2 Live Crew は「Pretty Woman」をリリースした。このアルバムには「Pretty Woman」の authors として Orbison と Dees の名が、その publisher として Acuff-Rose 社が、それぞれ表示されていた。

このレコードが約二五万枚売り上げられた一年後になって、Acuff-Rose Music 社は、2 Live Crew のレコードを販売した Luke Skywalker Records 社の著作権法違反を訴えて、連邦地方裁判所に訴訟を提起した。連邦地裁では 2 Live Crew の行為が「フェア・ユース」であるとされ、連邦控裁⁽⁷³⁾では本件楽曲の「あからさな営利目

的性は……このパロディがフェア・ユースとなる妨げとなっている」と判示し、逆に右記行為が Acuff-Rose 社らの著作権を侵害すると判定している。

2 Live Crew のメンバーによる上告をうけた合衆国最高裁判所は、まず「パロディを理由とするフェア・ユースが認定されなければ、2 Live Crew の楽曲は、一九七六年著作権法の 17 U.S.C. § 106 の下で、Acuff-Rose の権利を侵害することについては争いがない」と宣明したあと、原審の判断を破棄差し戻しする判決のなかで、フェア・ユース条項の 4 factors について、つぎのような検討を行っている。⁽⁷⁶⁾

2 (一) 【第一ファクター】著作物利用の目的

フェア・ユースの法理の黎明を告げた Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342 (No. 4901) (CCD Mass. 1841) でストーリー裁判官は、この法理による判定法のエッセンスを、つぎのようにいつている。「抜粋されたところの性質や目的、使用された materials の量や価値、その使用が販売に損害を与える程度、原作が得られるはずだった利益の減少、その代用品となっているかどうか」。⁽⁷⁷⁾ ストーリー裁判官は、これらを見よ、というのであろう。一九七六年法は、彼の見解を反映したものであり、「フェア・ユースの法理」は、その法が制定されるまづ、judge-made doctrine として存在していたといえよう。いまここで問うている第一ファクターは、ストーリー裁判官のいう「抜粋されたところの性質や目的」を敷衍したものである。

ここで問われるべきなのは、ストーリー裁判官の言葉を借りれば、後続著作物が原著作物との関係で単にもとの作品の「目的にとって代わる」(supersede[s] the objects)ものであるのか、そうではなく、別の目的や異なる性質のなにか新しいものを付加して、新しい表現、意味、趣意を示すものに変えるものであるのか、この点である。換言すれば、後続著作物が「変容的」(transformative)であるのか否か、仮に「変容的」として、それはどの

程度そうなのか。ここで問われているのはこの点である。⁽⁸¹⁾ 原著作物を transformative していることは、フェア・ユースであることの不可欠の要件ではない。⁽⁸²⁾ しかし、「学術や技艺を進歩させるという著作権の目的は、transformative な著作物の創作を助成することである」。⁽⁸³⁾ また「新しい著作物の transformative 性が高まれば、フェア・ユースの認定にマイナスになるような、たとえば営利的というような、factors の重要性が低下していく」。⁽⁸⁴⁾

パロディには、transformative value があるといえるであろう。このことは、被上告人 Acuff-Rose 社も否定していない。「表面的おかしみの少ない批評という形体と同じく、パロディは、先行する作品に焦点をあて、新しい創作物をつくり出す過程において、社会的価値を提供することができる。したがって、当法廷も、パロディを他のコメントや批評と同じく、第一〇七条に規定されたフェア・ユースとなりうると判示してきた多くの裁判所と一致する見解をいだいている」。⁽⁸⁵⁾

ある辞書を引くと parody はつぎのように説明されている。「作者の特徴的な作風や作品の滑稽味をまねた文学や芸術作品」。⁽⁸⁶⁾ また別の辞書にはつぎのようにある。「作者たちの思想やフレーズの特徴的な調子でおかしさ (ridiculous) が表せるように模倣した」⁽⁸⁷⁾ もの。著作権法の目的と辞書的定義の要点を考慮するなら、著作権侵害を問わないパロディであるためには、先行著作者の composition のある要素を利用して新しい創作物を生成しており、少なくともその一部分は、先行著作者の著作物に関する comments となっている必要がある。⁽⁸⁸⁾ これに対して、後続作品が原作品の内容や様子についての批判的意味をもたないものとなっている場合もある。たとえば、注目を集めるためだけに、あるいは、新奇なものを作るわずらわしさを逃れるためだけに、後続作品が先行著作物を利用しているようなこともある。このとき他者の作品を借りることについて fairness を主張したとしても、そのことの説得力は (仮に皆無ではないとしても) 大きく減退されることであろう。その際に、たとえば営利性が

あるとかいったフェア・ユース判定の他の factors が、頭を擡げてくるのである。⁽⁸⁾

ところで上告人は、パロディとしての利用はフェアであるとの推定をうける、と主張している。しかしその主張には、法律上の根拠も、事実上の根拠もない。それは、ニュース報道がフェアの推定をうけるわけではないことと同じである。⁽⁹⁾「パロディストがその犠牲者より有利に扱われるという法上の示唆はどこにもない」⁽¹⁰⁾のである。したがってパロディも、他の利用類型と同じように、他の factors との関係でその正当性をはからなければならない。パロディにもまた、著作権法の目的に照らして、case by case の判断が求められているのである。

(また Souler 裁判官執筆の法廷意見は、著作物の商業的利用に unfair な利用形態との推定を与えた連邦控裁の判決をつぎのように批判している)。

原審は、「著作権のあるものを商業的に利用したなら…〔それらはすべて〕 unfair の推定をうける⁽¹¹⁾」という Sony の言葉の字面だけの意味をそのまま適用している。しかし第一〇七条のいう「著作物の目的が商業的であるかまた非営利的教育的目的であるかは、著作物の目的や性質を検討する第一の factor というひとつの element に過ぎない⁽¹²⁾」のである。したがって、利用が教育的なもので営利目的ではないという事実のみで侵害の認定を免れることはない。また、その利用が商業的であるからといって公正であるとの認定を妨げるといってもいい。事実、ニュース報道も、コメントも、批評も、教授も、学術も、研究も、「わが国においては一般的には営利目的のためになされている」⁽¹³⁾。

(二) 【第二ファクター】著作物の性質

第二ファクター「利用された著作物の性質」は、つぎのような認識のもとにある。それは、ある種の著作物の核心の部分について、他の性質をもつ著作物のそれを複製することと比べた場合にフェア・ユースの抗弁が成立し難

いものがあるという、そういう著作物が存在しているという認識である。たとえば、小説、未発表回顧録、映画、創作作品という著作物は、事実作品、公表済言論、ニュース報道、事実編集物と比べた場合に、その複製についてはフェア・ユースが成立し難いといえる。⁽⁹⁴⁾

本件で原曲の地位にあるOrbisonの創作的表現は、著作権の保護が目的としていることの核心に含まれるものであるといえる。しかし、パロディというのは、世間でよく知られている作品をコピーするものであるから、本件におけるこのファクターの分析は、あまり意味をなさないといえる。

(三) 【第三ファクター】 利用された著作物の量および実質

第三ファクターを検討することは、第一ファクターの再検討を意味している。なぜなら、SonyやHarper & Row⁽⁹⁵⁾ いうように、「許容できるコピーの程度は、利用の目的と特徴に応じて変わりうるからである」⁽⁹⁶⁾。またこのファクターの分析は、第四ファクターにも関連する。パロディが市場で原著物ないし潜在的な派生的著作物に代替するものか否かは、フェア・ユースの判定に重要な影響を与えうるのである。

第一審は、パロディをつくるという2 Live Crewの目的に照らして、彼らは原曲から「とり過ぎていない」と認定していた。⁽⁹⁸⁾しかし原審はこれを否定しつぎのようになっている。「不必要なほど多くはないという認定は誤っていない。けれども、コピーされたものは、質的には重要なところである。……原曲の心臓部(heart)をとり出してそれを新作品の心臓部にすることは、原曲の本質的部分をくすねるもの、といわざるをえない」⁽⁹⁹⁾。

第三ファクターが利用された素材(materials)の量のみでなく、その質や重要性(quality and importance)の考慮も要請しているという原審の見解は正しい。また原審が「権利侵害をうけているとされている著作物の実質的部分の逐語的コピーである」⁽¹⁰⁰⁾か否かを関連する問題としていることにも当法廷は同意できる。なぜなら、仮に逐

語的コピーであるなら、それは第一ファクターが要請している transformative character の欠如を、そして市場での代替物となることから原著作物の市場価値を低下させるので、第四ファクターにとっても否定的要素となるからである。

しかし当法廷は、このガイドラインをパロディにもそのまま適用しようとした原審の見解には賛同できない。パロディのユーモアあるいはそのコメントとしての性質は、その性質上必然的に、対象物の歪められた模倣のなかで認識しうるほのめかし (recognizable allusion) から生成されてくるものである。「パロディが特定の著作物を標的にする場合、パロディは最低限、そのオリジナル作品を想起させる (conjure up) ものである必要がある」^(四)。本件で 2 Live Crew は、原曲の特徴的なオープニングの音楽フレーズと歌詞の第一文をそのままコピーしている。この部分が原曲の「心臓部」(heart) であるとしても、ここは聴者が原曲をもっとも想起しやすい部分であり、パロディが標的を定めたところである。「とられたのが原曲の心臓部であることのみを理由として、パロディの目的との関係でコピーが過剰であるとはいうことはできない」^(四)。パロディがフェアであるか否かは、それがどれだけ原曲にオリジナルなものを付け加えているかに負っている。

(四) 【第四ファクター】市場への影響

ここでは「市場における原著作物への影響だけでなく派生著作物への影響も考慮されるべきである」^(四)。

原審は、「市場への重要な影響」(significant market harm) の存在を検討するにあたり、Sony のつぎの部分を用いている。「仮に商業的利用を意図してのものであれば、その存在が推定される。仮に非商業的目的ならば、その存在は立証されなければならない」^(四)。この引用に依拠して、原審は「本件での著作物の利用は完全に商業的なものであるから……当法廷は Acuff-Rose 社が将来損失を被る可能性が存在すると推定する」という^(四)。しかし、

Sonyでのこの推定の議論は、商業的目的で原著作物を丸ごとコピーすること、家庭内でのテレビ番組録画というSonyの非商業的な背景とを対照させた文脈での議論である。商業目的での複製は、市場で原著作物の「目的」とって代わる⁽¹⁸⁾ものを提供する可能性が高いのでunfairが推定されるというのは、常識的なことを言っているに過ぎない。これに対して、この命題は、後続著作物がtransformativeであるときでも、それが原著作物の市場においてその代替物としてふるまうかという、第四ファクターの関心を判定する命題とはなりえない⁽¹⁹⁾。なぜなら「パロディと原作は通常は異なるmarket functionsに供給されているであろうから」⁽²⁰⁾。

但し、パロディが原著作物の派生的著作物の市場に影響を与える場合が考えられる。たとえば、2 Live Crewの楽曲は原曲のパロディであると同時に、ラップ音楽でもある。本件では、ラップ音楽という派生的市場も、検討対象に含まれなければならない。この派生的市場に実質的害悪があるとの証拠が示されれば、そのことは2 Live Crewの楽曲が原曲をフェア・ユースするものであるとの認定にとって不利にはたらくであろう。ところが、この点については「証拠に穴」(evidentiary hole)がある。第四ファクターの判断に関して、重要な要素について証拠が沈黙(a silent record)しているので、本件は原審に差し戻さざるをえないであろう。

3 【結論】パロディのフェア・ユース該当性が問われた本件について、連邦最高裁は、まずパロディという著作物の性質を勘案し、第二および第三ファクターの検討内容には重きを置かず、それらを第一および第四ファクターの検討過程に還元している。それは、パロディがその性質上、オリジナルを想起させるもののはずであり、そのためには原著作物の「心臓部」を「そのまま」コピーすることも許容されるからである。

つづいて、パロディのtransformativeな性質に着目し、第一ファクターおよび第四ファクターについて、フェア・ユースの成立を看取させる結論を導き出している。パロディのtransformativeな性質は、第一ファクターで

はフェア・ユース成立に有利な要素として、第四ファクターではオリジナル市場における代替物性を否定する要素として、はたらくというのである。

四 本節では、連邦著作権法一〇七条に定式化されているフェア・ユース判定のためのコンセプトについて、連邦最高裁の見解を論述してきた。ここでひとたびまとめておこう。

1 【第一ファクター】「利用の目的と特徴。これには、その利用が商業的なものか非営利の教育的なものかといった考察も含まれる」(17 U.S.C. § 107 (1))。

17 U.S.C. § 107(1)の第二文「その利用が商業的なものか非営利の教育的なものか」は、この規定の制定過程で、追加された部分である。追加修正理由は、下院報告書⁽¹⁸⁾にはつぎのようにある。「これは、現行法のもとでは、ある活動が商業的か非営利のものかということが、そのみでは決定的なものではないとしても、他の要素と並んで、フェア・ユースの成否を決める要素である、ということを確認化したものである」。

この意図を汲んで、*Harper & Row* は、ニュース報道であれば著作権侵害にはあたらないとする *Nation* 社の主張を否定する文脈で、商業的な利用はフェア・ユース認定にあたっては否定的要素となるとしていた。またこの見解は、先行する *Sony* に依拠してのものであった。⁽¹⁹⁾

ただここで注視すべきなのは、著作物を商業的に利用したとしても、そのことがフェア・ユース判定の結論を決定するわけではないということである。このことは、*Harper & Row* の *Brennan* 裁判官反対意見も注意を促している。⁽²⁰⁾ また *Campbell* は、パロディの transformative value を背景にした文脈ではあるが、後続著作物が原著物を transformative するものであるなら、商業的利用であったとしても、そのことがフェア・ユース認定にあたつての否定的要素とはならない（少なくともその重要性は薄れる）との見解を表明している。⁽²¹⁾

著作物利用の目的について、連邦最高裁は、commercialであればフェア・ユース認定にさいしては否定的要素になり、transformativeであればこの否定的要素は打ち消されるという。この点について平仄があうように理解するならば、それは、後続著作物が原著作物を代用する (supersede) であるか否かにより、営利／非営利の区別の重要性が変わるということであろう。すなわち、後続著作物が原著作物のたんなる代用品であるなら、それはほぼ同一の意義と効果を市場に与えることになる。仮にこれをフェア・ユースとするなら、それは原著作物の著作権を否定することと同義になるというのであろう。これに対して、後続著作物が原著作物をtransformするものなら、ふたつは別々の意義と効果をもって市場に現れる。これならフェア・ユースと認定できるというのである。この点において、第一ファクターのコンセプトは、第四ファクターのコンセプトと渾然たる融合を遂げている。

2 【第二ファクター】「利用された著作物の性質」。

本稿第一章では著作権法の客体性を判定する「思想／表現二分法」を詳述した。それは、著作権の客体を、思想、事実それ自体ではなく、それらを具現化した表現に限定する法理論であった。ところが思想と表現というふたつのコンセプトを、載然と区別できないことも、そこで論述しておいた。

Harper & Row は、フォード元大統領の回顧録をめぐる事案であった。とくにそのなかのニクソン元大統領の恩赦決定の場面が、後続著作物に複製されていたところであった。ここで連邦最高裁は、Gorman 論文を参照して、事実にもとづいた著作物は著作権の客体として疑義があることを述べている。⁽¹⁵⁾しかし、事実著作物のなかにも、事実の部分／想像の部分の濃淡がある、との指摘も忘れてはいない。著作権が否定される事実としての性質をもつ記述についてでも、その事実の伝達に要する範囲を超える部分の複製は、フェア・ユースの認定に否定的要素になるというのであろう。

さらに *Harper & Row* は、著作物が未発表であるという性質は、フェア・ユースの抗弁を阻む要素になるとい⁽¹⁴⁾う。仮に発行済であったならフェア・ユースであるとされるような場合であっても、未発表の場合なら、たとえそれがニューズ価値を有するものでも、フェア・ユースを否定する要素になるとい⁽¹⁵⁾う（第四節で再述している）。したがって、連邦最高裁は、いわゆる著作人格権に含まれるであろう first public appearance の価値を「ニューズ価値ある事柄の伝播よりも重要視していると思われる」（なおこの点については *Campbell v. Harper & Row* を参照する形で、未発表回顧録は事実作品に比して、フェア・ユースが成立し難いとしている⁽¹⁶⁾）。

3 【第三ファクター】「利用された著作物の量および実質」

Harper & Row で問われたのは、後続著作物（*Nation* の記事）の一三%を占める原著作物（フォード回顧録）からの三〇〇語の引用である。但し、一三%、三〇〇語の評価は別として、この数字だけからは、なにも決定されていないといえる。僅か一%に満たない引用でも著作権侵害を認定した事案もあるのである⁽¹⁷⁾。

連邦最高裁は、*Harper & Row* で、その三〇〇語の部分の重要性に注視している。その部分こそ、訴外 *Time* 社が *Harper & Row* 社らに利用許諾を求めた著作物の「心臓部」だったのである（そこは *Time* 誌の編集者が「原稿全体のなかでも最も面白くて、感動的な場面である」とした恩赦の章であった⁽¹⁸⁾）。連邦最高裁は、質的にはフィルム一時間二九分のうち五五秒でも著作権侵害というとした事案を参照しつつ、フォードのオリジナルをごく僅かしか利用していないこと理由にフェア・ユースを認定した連邦控裁の判決を破棄している。

但し、*Campbell* が明確に述べているように、利用された部分の質的重要性も、後続著作物がパロディの場合には、フェア・ユース認定を左右する要素とはならない。なぜなら、後続著作物がパロディたるためには、それがオリジナルを想起させるものでなければならぬはずであり、そのためには先行著作物のまさに「心臓部」を標的に

することが求められるからである。⁽¹⁸⁾ *Harper & Row* も、それに先行する *Sony* も、そしてそれらを参照した *Campbell* も認めているように、許容できるコピーの程度は、著作物の利用目的とその character に依存するのである。

ここでもどうやら後続著作物が先行著作物を supersede するか否かが重要なようである。

4 【第四ファクター】「市場への影響」

これがフェア・ユースの判定にとってもっとも重要なファクターである、と *Harper & Row* はいう。どうやらフェア・ユースを否定するには、後続著作物の存在が先行著作物の市場での経済的価値に悪影響を及ぼすことを証明できれば、それで十分のようである。*Harper & Row* は、著作権者の first sale right や first serialization right を侵害する後続著作物にフェア・ユースを否定していた。

これは別言すれば、後続著作物が先行著作物の市場で代用品となるか否か、ここを注視する必要があるということであろう。*Campbell* は 2 Live Crew の楽曲が "Oh, Pretty Woman" を supersede するものではないことを、フェア・ユース認定の導きの糸としていた。これは、仮に後続著作物が先行著作物の需要を減少させたとしても、成立する論理として提示されている。*Campbell* は、別件での連邦控裁の言明を引用して、こういつている。『(単に) 需要を抑圧するような激しい批評 (と) そうした需要を横取り (しようとする) 著作権侵害』を裁判所は区別しなければならない。⁽¹⁹⁾

後続著作物が先行著作物を supersede するか否か。別言すれば、表現市場での先行著作物の意義を後続著作物が「横取り」(usurp) するものではないか。判例法理として成立してきた「フェア・ユースの法理」の焦眉の急

は、ここにありそうである。

第四節 批判的指摘

一九七六年法は、判例法理として生成されてきていた「フェア・ユースの法理」を、法定した(17 U.S.C. § 107)。この条項は、著作権ある著作物であったとしても、そのフェア・ユースには著作権によるコントロールがないことを規定しており、この点をもつて、裁判所や多くの論者は、これを修正一条の権益を保護する法理論として理解してきている。⁽¹²⁾表現の自由を守るために、著作権を制約した法理論である、というのであろう。

ただ「フェア・ユースの法理」が著作権と表現の自由の調整を意図したものであったとしても、この法理論自体の理論的基礎づけをはかる必要がある。この法理論は、表現の自由を保護してきた伝統的憲法理論に堪える法理論であろうか。

一 多くの論者が指摘しているように「フェア・ユースの法理」は、表現の自由を保護する規準としては too vague ⁽¹³⁾ であろう。これは第一章で詳述した「思想／表現二分法」と同一の、法理論に内在的な欠点である。その理由は、つぎの点にあるようである。

「フェア・ユースの法理」は、17 U.S.C. § 107 に 4 factors として分節されている。但し、裁判実践で考慮されるファクターは、法定されている 4 factors に限定されていない⁽¹⁴⁾ (但し、実際に法定以外のファクターが考慮されている例は管見によれば限定的である)。また、法定されている 4 factors のいずれをより重視するのか、判例理論および論者のなかに定見はないと思われる。この状況を例証するように、ある論者はつぎのようにいう。⁽¹⁵⁾

「[はじめての] 訴訟から数十年経ったいまでも、たとえそれが学術的研究目的のものであっても、著作権のある著作物のフォトリコピーがいつそしていかなる条件でできるのか、[その法理論から] 知ることはなお困難である」⁽¹⁵⁾。いままでの判例実践に一貫性がみられないために、著作物利用者は、著作権者による訴訟提起の危険に晒されているのではなからうか。彼らはつねに「潜在的権利侵害者」(potential infringer)であるかのようなものである。前出の論者は、この状況下はまるで「自己検閲」を想起させる、といっている⁽¹⁶⁾。

17 U.S.C. § 107 には「infringe/fair」の境界線まで法定されていない。「フェア・ユースの法理」の elastic な性質は、表現者をして、表現行為を萎縮させずにはおかぬであろう⁽¹⁷⁾。

二 R. Tushnet は「4 factors の第一ファクター」「著作物利用の目的と特徴」をめぐる裁判所の理解をとり上げて、「フェア・ユースの法理」が表現内容に基づく法理論であることを指摘している。なぜこれが表現内容に基づく法理論であるかという⁽¹⁸⁾。

1 裁判所は第一ファクターの特定にあたり、しばしば public interest の有無を考慮している。たとえば Howard Hughes の類似する二つの伝記の権利関係が争われた *Rosemont Enters.* は「JFK の暗殺が public interest であるか否かが、結論を決定づけたといえる。このことは別の論者にいわせれば、public interest に基づく判定は、権利侵害を疑われた著作物の質とか価値についての content judgment を要求していることになる」⁽¹⁹⁾。

2 「フェア・ユースの法理」は、教育目的またはニュース報道目的でのコピーに、とくに寛容である。連邦最高裁は、言語的表現手段 (currency) の reproductions を禁止してきたけれども、それが報道としてまたは教育上価値ある場合には、例外として扱われてきている⁽²⁰⁾。このような discrimination は、content-based の評価を避けられまい⁽²¹⁾。

ではなぜ報道または教育目的による著作物利用に「フェア・ユースの法理」は寛容な態度を示すのであろうか。この点については、Blackmun 裁判官が Sony の反対意見で展開したつぎのような議論が参考になる。彼は 17 U.S.C. § 107 の柱書にある「批評、論評、ニュース報道、教授、学術、研究等の目的」で行う著作物利用がある共通の特性を備えているという。いわく「これらは productive use である。第一作者の著作物によるものに何かをくわえることで、結果としてパブリックにベネフィットをもたらすものである」⁽¹⁸⁾。

著作権法が独占を許した理由は、著作者がパブリックにベネフィットをもたらしたことへの報酬とも理解できる。また Blackmun は、同じく Sony 反対意見のなかで、たとえば学者の研究が正の外部効果をもたらすことを指摘しつつ、それらは「フェア・ユース」に親和的行為であることを述べている。⁽¹⁹⁾

Blackmun の眼目は「フェア・ユース」を productive use に限定することにあった。彼の言説は、Sony で問われた VTR が productive use に寄与していないこと、したがって「フェア・ユース」には該当しないことを論証しようとしていたのである。

「フェア・ユース」を先行著作物の productive use に限定する思考法は連邦最高裁多数意見のものではない。ただ「フェア・ユースの法理」に関する Blackmun の理解が仮に適切なものだとすると、それはまさにある特定の内容をもつ言論を優位に扱おうとする法理論であることになる。言論の内容により表出行為の適否を判定する権限を国家機関に与えるような法理論は、はたして憲法理論に適合的なものであろうか。⁽²⁰⁾

三 Harper & Row で法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、第一ファクターのところに「著作物使用の特徴」を注視するさい、ある下級裁判所のつぎの言明に注目している。「フェア・ユースは『善意で』(good faith) または『公正なやり方で』(fair dealing) を前提にしている」⁽²¹⁾。彼女にとつて第一ファクターの判定には「被告の行

為の適切⁽¹⁸⁾ (propriety)⁽¹⁹⁾」も重要な要素となっていたのである⁽²⁰⁾。W. Fisherは、フォード回顧録を取得し利用したNation社の行為の不適切⁽²¹⁾さも、フェア・ユースを否定したO'Connorの判断に影響を与えていると評価している。O'Connorの思考法では、フェア・ユースの認定にあたっては、著作物利用者の対象取得行為がgood faithであったか、fair dealingであったかどうかがcustomary standardsに照らす必要もあるようである⁽²²⁾。

右記したことは、17 U.S.C. § 107 (1) の法上の要件を分析するにあたり、権利侵害の疑義ある者の行為の性質を用いている。前出Fisherは、この間の隘路をHarper & RowのBrennan反対意見⁽²³⁾が衝いているという。仮にproprietyの判定をlegalityの判定に置き換えるなら、第一ファクターは循環論法であるというのである⁽²⁴⁾。Fisherは、Brennan反対意見を反映させた自己の見解を、つぎのように述べている。「仮にgood faith and fair dealingであることが著作権法に違反しない行為であることを意味するのであれば、その行為が著作権法に違反するかをその行為の適切さをみることから判定できなく」⁽²⁵⁾。

〈fair useならばlegality。Legalityはfairを要す。fairはlegalityを前提としている〉。ここからはなにが適正な行為であるのかの命題を引き出すことはできない。第一ファクターは、少なくともその一部分についての裁判所の分析からは、フェア・ユース判定のさいの規範的命題の導出に失敗しているといえよう。

また、仮にフェア・ユースの成立を行為者のgood faith, fair dealingに依存させるなら、それは表現行為の適法性を、表現以外の行為の適法性に負わせることになる。このような法理論が表現の自由保護法理として、適切なものであろうか⁽²⁶⁾。

四　ところで、著作権者はなぜフェア・ユースに服さなければならないのであろうか。この論拠のひとつをO'Connor裁判官は、つぎのようにいっていた。

「フェア・ユースの法理は、著作者が彼の著作物を公衆の消費にささげたとき、『合理的で通例に従った』(reasonable and customary) 利用は許しているという、著作者の暗黙の同意に基づいている」⁽¹⁸⁾。

前述したようにこの O'Connor 裁判官は、表現という行為の性質から、表出者の義務を導出していると思われる。このように考えれば、フェア・ユースに対する受忍義務は、表現の表出後であるとされそうである。

ただ、*Harper & Row* で問われた著作物は、表出前の著作物であったのか、それとも表出後の著作物であったのであろうか。

表現の表出前／表出後という視点でみたとき、*Harper & Row* で問われた未発表の著作物は、このダイコトミーでは捉えられない非典型的状态にあったと言えるのではなからうか。なぜなら “A Time to Heal” は大統領在職中の public statement に基づく著作物なのだから。

この事案では、著作権者の経済的利益が、行為のフェア・ユース該当性の判定に大きく影響していた。それはこのような法状態を、財産権的法理論の枠組でとらえようとしたことの現れではなからうか。この見方に無理はないであろうか。たとえば、未発表状態の著作物については、著作者のプライバシーを保護すべきである、という枠組で捉えるのはどうであろうか。仮に未発表著作物にプライバシーの法理を適用したとき、フォード回顧録に秘匿性の高い内容が認められたであろうか。枠組の転換は、表現の自由を重視する憲法理論に適合的ではなからうか。⁽¹⁹⁾

五 直接的にまたは「フェア・ユースの法理」だけに限定された問題ではないけれども、つぎのようなアポリアもある。

著作権法は、事実それ自体の copyrightability を否定する法理論をとっていた（「思想／表現二分法」）。著作権そのものが、情報の伝播を目指した、制度的・派生的権益であったからである。著作権法の客体は、事実や思想が

具体化された表現 (expression) なのである。

Harper & Row で反対意見を執筆した Brennan 裁判官は、著作権侵害にあたることされた Nation 社の行為が、ニュース報道のためのものであったことに注目している。彼は、当該社によるニュース報道は公衆の関心の高い情報¹⁷⁾の伝播という公共の利益 (public interest) に関わる行為であるというのである。Brennan 裁判官執筆 (White 裁判官、Marshall 裁判官同調) の反対意見に、少しく耳を傾けてみよう。

本件で争われているのは、著者の大統領在職時の出来事の年代記と、その出来事についての元大統領独自の視点から述べた (his unique perspective) コメントを付した歴史的伝記である。フォード回顧録からの引用であることを脇に置くと、Nation 誌の記事は、ニクソンの大統領辞職と恩赦についてのフォードの手による事実的物語、それがフォード自身の Presidency に後日与えた影響、そしてそれらの出来事を演じた当事者たちについてフォードが抱いた印象を再述したものである。要約すると、権利侵害を疑われた書物は、フォードによる事実に基づく表現を精密にそして実質的に再述したものである。Brennan 反対意見は、著作権が事実情報に及ばない、と繰り返し繰り返し説いている。

Brennan 反対意見が問うたこと、それは、copyrightability に欠ける (expression) を編み合わせた事実的記述の copyrightability である。歴史著作物や伝記といったものは、事実をめぐる叙述と内省または思索による評言の複合体であろう。O'Connor 法廷意見のようにフォード回顧録から Mr. Ford's reflections を概念上抽出して、factual/reflective 区分論に基づく法理論を維持しようとすることは、はたして可能であろうか。「思想／表現」区分論が保護すべきものを「表現」と規定する循環論的ダイコトミーであったことを想起すれば、O'Connor 法廷意見は、本質的には copyrightability を欠く記述についてまで、修正一条の保護が及ばないとする理論を生成し

てしまう。「フェア・ユースの法理」は、修正一条上の權益を保護するための理論であるが、O'Connor 法廷意見は、この法理の適用を否定している。それとも、公表前の *scooping* であったこと、そのことが決定的に重大なことであったとの評価であろうか。仮にそうなら、歴史的事実でさえ、その当事者たちの商品化 (commodification) を俟たなければ、われわれの手の届かないものにならないであろうか。

Harper & Row の思考法の基底には、煎じつめれば、著作権者の経済的利益があつたように思われる。

O'Connor は「次のようにいつている。「出版前の引用は市場占有率において直接競争的である」⁽¹⁸⁾。17 U.S.C. § 107 (4) は、後続著作物の出現による先行著作物の市場価値の低下に配慮せよ、という。ここでいう市場価値の増減とは観念的価値の増減であるだけに注意が必要である。仮にこのファクターがフェア・ユースの判定において過大視されるなら、修正一条上の価値は、著作権者が主張する財産権論の前に、容易に跪くことになるであろう。

第五節 小括

一 情報は「公共財」としての性質をもつ。供給者による費用回収を困難にするこの財の性質から、そのままでは市場に過少供給されることが懸念される。ここに、国家が情報生産に配慮する必要性、国家権限行使の正当性が基礎づけられている。合衆国には、このことを意図した憲法規定も存在している（一条八節八項）。

憲法上の指示をうけて、合衆国では一七九〇年に、連邦著作権法が制定されている（1 Stat. 124）。彼の国の著作権法は、17 U.S.C. § 106 で著作物についての排他的權利を規定し、この履行を確保するために、權利侵害に対する差止め、損害賠償の規定（17 U.S.C. § 501-503）をもっている。この法律は、情報を供給者の管理下に置くことで、市場への情報供給量を適正化しようとした国家行為であると評価できるであろう。

著作権法の制定で、情報は供給者の管理下に置かれることになった。情報を伝える vehicle としての表現 (expression) は、その表出者により、管理されることになったのである。表現 (expression) の自由利用は、そこでは原則的に禁止である。著作権法の制定は、このままでは、憲法上の重要な価値であるとされてきた表現の自由を、侵害する国家行為であると評価されてしまうであろう。

二 表現の自由侵害の諷りを免れるために、著作権法は通常、表現の自由に配慮した規定をもつ。その第一類型として著作権の客体を限定する法規定がある。連邦著作権法一〇二条(a)は、表出者の管理下に置かれる表現 (expression) に originality を求めつつ (17 U.S.C. § 102 (a))。また、第一章で詳述した「思想／表現二分法」(idea-expression dichotomy) も、保護される客体を限定する規定である (17 U.S.C. § 102 (b))。xviii、第二類型として、著作権の行使を限定する法規定がある。彼の国の著作権法には、比較法的に決して僅かなとは言えない個別的権利制限規定 (17 U.S.C. § 108-122) と、著作物の特定の利用形態を一般に免責する「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine) が、法定されている (17 U.S.C. § 107)。

合衆国の裁判所および評者の多くは、右記規定を、著作権法を制定した国家 (連邦議会) が表現の自由に配慮を示したものと評価してきている。著作権と表現の自由という両権益は、著作権法上、調整済みであるというのである。はたしてそうであろうか。上述のような言明は、右の規定群が、表現の自由保護的法理について憲法理論が求めてきた諸要素が具備されてはじめて成立するものではないか。本稿の視線は、原理論に注がれている。

本稿では、著作権を制約する二つの法理論をとりあげて、それぞれを論述してきた。先述したように第一章では著作権の客体を限定する「思想／表現二分法」を扱った。第二章 (本章) で扱ったのは、著作権の行使を制約する「フェア・ユースの法理」である。

三 それまで判例法理として生成されてきた「フェア・ユースの法理」が法典化されたのは一九七六年である。同法理が規定されている17 U.S.C. § 107は、同 § 108以下のexempted use規定とともに、著作物のある利用形態について、著作権侵害を免責する規定として理解されている⁽¹⁴⁾。

本章では、著作物の利用形態がフェア・ユースに該当するか否かを判定するために17 U.S.C. § 107が定めた四つの指針⁽¹⁵⁾について、二つの有名な最高裁判例（一九八五年のHarper & Row判決と一九九四年のCampbell判決）をもとに詳述した。そこからは第一〇七条に法定されているそれぞれのfactorsの、いずれかがフェア・ユース判定にとって決定的要素として存在しているわけではないことが解る。とどのつまり、いずれのfactorが重視されるかは、case by caseなのである。

それでも本稿は、その中からあるひとつの分析結果を導き出している。それは、後続著作物が先行著作物にsupersedeするものか否か、これがフェア・ユース判定の焦眉の急であること、これである。

四 17 U.S.C. § 107に法定された4 factorsを通して「フェア・ユースの法理」を理解したあと、本稿は、この法理論に批判的視線を注ぐいくつかの見解について、僅かばかり論述した。それは、大要、つぎのようにまとめることができる。

(1) フェア・ユース該当性がcase by caseで判定されることを容認している法理論は、表現の自由を保護する規準としてはtoo vagueである。この法理論の下で表現行為の正否を判定しなければならないとしたら、行為者の表現行為は萎縮するであろう。

(2) 元来国家行為には、諸価値に対する中立性が要請されてきた。このことの原理論的考察はここでは措く。ただこのことは、諸国の憲法理論において、平等原則の要請として結実している。

ところが「フェア・ユースの法理」は、表現内容に基づく法理論である。ある内容をもつ表現行為の著作権侵害性を免責する法理論として、それをもたない表現行為を著作権侵害であると認定する法理論として、この法理論は機能している。前者の帰結だけを取り上げて「フェア・ユースの法理」を表現の自由保護的法理論と認定してよいのであろうか。

(3) 「フェア・ユースの法理」が行為者に *good faith, fair dealing* を求めるなら、それは表現行為とは区別される別次元の行態により、表現行為の適法性を判定する法理論となる (*Harper & Row の O'Connor 法廷意見参照*)。表現の自由を保護する法理論として、*reasonable* なものであろうか。

(4) *public figure* の回顧録の件で見たように、表現物はときに *factual/reflective* の区別をもたない (または区別困難な) 場合がある。この状況下でフェア・ユースが否定されると、*copyrightability* を欠く情報まで、著作権者にコントロールされることになる。「フェア・ユースの法理」は、このような事態に対処できる法理論ではない。

五 それでも著作権に相対している表現の自由の価値は、合衆国では 17 U.S.C. § 107 の解釈適用を通して、保護されてきたとはいえるであろう。⁽¹⁶⁾ 本稿では、著作権法理論を、憲法理論の枠組から詳述してきた。これは、わが国ではあまり試みられることがなかった視点であると思われる。⁽¹⁷⁾

わが国の著作権法には「フェア・ユースの法理」が法定されていないとされている。同法の「最大の特徴」をある論者はつぎのようにいう。「アメリカ合衆国著作権法一〇七条の *fair use* (公正利用) の法理のような、著作権制限に関する一般条項を欠き、制限規定が限定列挙されている」。⁽¹⁸⁾ 法定されている諸権利群に対して、わが国の著作権法は「著作権の制限」条項 (三〇条ないし五〇条) という *exempted use* 規定だけをもっているというので

ある。

ただわが国の著作権法の枠組を右のように理解している論者も、合衆国著作権法の「フェア・ユースの法理」の基底にある価値衡量の理論でもって、著作権を制限し憲法上の価値を保護する法理論を提唱してきている。先の論者は、たとえば複製が不可避免で用いられる新技術（ファックスやインターネット上の文書・画像のダウンロードなど）についてはそれが大量複製でない限り三〇条一項「私的使用」規定を類推適用することを提唱している。また同論者は、Webページ上の文書・画像をコピーしてそれをWebページに再掲載する行為について（ネット・オークションに出展する商品の写真掲載などの場合も）、三二条の「引用」に該当すると理解すればよいという。これらの条文理解は「フェア・ユースの法理」の精神を反映させる手法でもって、著作権に対する個別的制限規定の解釈適用を促そうとする試みとして評価できるであろう。

また別の論者は、著作権法一条の「目的」規定が、著作権を制限する一般的規定としての役割を担っているという。同論者は「……著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め、これらの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、もって文化の発展に寄与することを目的とする」という同条の文言に依拠して、著作権法の立脚地について、つぎのようにいう。「公共の利益をにらみつつ著作者等の権利の保護を図るというパランスの上に立つて、著作権法は考えられるのである」⁽⁶⁾。この論者の見解によれば、日本法にはフェア・ユースという文言は用いられていないけれども、その concept は採用されるべきであると著作権法自身が言っていることになろう。⁽⁶⁾

本稿は日本法における「フェア・ユース」論について詳述する余力をもたない。法定されていないこの法理論の理解・分析には、裁判所のプラクティスを詳細に検討することが要請されている。これについては他日を期すしか

ない。

おわりに

一 ある論者はつぎのようにいう。

「これらの著作権法理が〔著作権と〕修正一条の諸価値とを調整するために利用できるか。このことが問題なのではない。問題は、それらの法理が実際にそれらの価値と一致する仕方で理解されているか、である」⁽¹⁶⁾。

右は合衆国でのこれまでの裁判実践で看取されうる視点である。本稿の問題関心はこれとは異なる。「著作権と表現の自由の調整原理」とされてきた法理論が、はたして憲法学の伝統的法理論に適合的なものであるのか。この原理的分析が本稿の課題であった。連邦控訴裁判所のある裁判官の言葉を借りてこの理由を示せば「思想や表現の伝達のために著作権のある表現の利用を要する場合には、修正一条上の権利が保障されるべきである」⁽¹⁷⁾と考えるからである。

「著作権と表現の自由の調整原理」の原理的分析として、本稿では、第一章で著作権の客体性をめぐる「思想／表現二分法」(idea-expression dichotomy)を分析した。そこでは、この分法は、著作権法理について注視しなければならぬ protect / unprotect boundaries について elasticity をもち、rule としての性質に欠けるものである、と論述した。つづく第二章では、著作権に対する一般的制限法理である「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine)について詳述した。著作物利用のフェア・ユース該当性については、なお too vague である反面、現

行法下ではこの法理論により著作権に対して表現の自由の価値が保護されてきた、と論述した。表現の自由の制限として理解すべき著作権保護も、この二つに代表される法理論でなお憲法上の法益に均衡状態がもたらされている限り、憲法理論上の疑義を回避できていると評価することができであろう。これが本稿の結論である。

二 但し、以下のことに注意を要する。「思想／表現二分法」、「フェア・ユースの法理」で著作権と表現の自由を調整するという法理論は、著作権の客体が芸術著作物または学術著作物であることを前提に成立する調整法であると思われる。ところが、現行法制度は、機能的著作物および事実的著作物まで、著作権の客体に含めている。「創作性」を欠くこれらの著作物まで既存の法理論の枠組に押し込んでいるために「表現」概念、「複製」概念の拡張が余儀なくされている。著作権と表現の自由の調整法は、このような状況下でもまだ適正であるといえるのか。論争を呼ぶところであろう。⁽¹⁸⁾

また合衆国では一九九八年に、Digital Millennium Copyright Act (DMCA) と呼ばれる法律を制定している。⁽¹⁹⁾ 本法の眼目は、tapes or transmissions に埋め込まれた copy-control technology を解除する行為を禁止することである。⁽²⁰⁾ 映像メディアのデジタル化に伴い、anti-copying technology が多くのデジタル著作物に埋め込まれている。デジタル著作物の編集作業を大きく阻害するこの規定は、一七九〇年から稜線伝いに保たれてきた著作権と表現の自由の均衡状態を、表現の自由制約的に修正する法規定として評価されるであろう。このDMCAは「著作権保護の伝統的概略 (traditional contours)」を変更する規定ではないか。⁽²¹⁾ 仮にそうであれば修正一条の審査が必要になる。⁽²²⁾ もう紙幅は尽きているので、これについても他日を期すしかない。

(註)

(1) Zechariah Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright* I, 45 Colum. L. Rev. 503, 511 (1945).

今回 Chafee の論文から引用したこのアフォリズムは、一七世紀、ニュートンがフックに宛てた書簡に記した言葉としてよく知られている(林紘一郎「デジタルはベルヌを超える——無方式から自己登録へ」田中辰雄・林紘一郎編『著作権保護期間——延長は文化を振興するか?』(勁草書房、二〇〇八年)一八八、一九三頁注(7))。ただ、学術の進歩・発展の本質を示したこの言葉は、もとは、一二世紀のシャルトルのベルナールの言葉であるという(名和小太郎『学術情報と知的財産権——オーサシップの市場化と電子化』(東京大学出版会、二〇〇二年)四三頁)。

(2) 加藤寛・浜田文雅編『公共経済学の基礎』(有斐閣、一九九六年)一九九—二〇〇頁(山内弘隆執筆)は、街路を例示して公共財の特徴を説明している。「たとえば、街路は、一人の人が通行しても同時に他の人も通行可能であり、また、街路の供給者(通常は地方自治体)は、通行人一人一人から利用料を徴収することができない。したがって、街路は典型的な公共財である」。

(3) 手許にある J・K・シム・J・G・シーゲル著、井堀利宏・栗沢尚志訳『新経済学用語辞典』(新世社、一九九七年)二六頁には、正/負の外部性(externalities)を以下の例のもとに説明している。「たとえば、ある企業における職業訓練は正の外部性を持つ。なぜならそれを受けた労働者は他企業へ転職しても職業訓練を受ける必要がなく、それによって訓練コストが節約できるからである。逆に、交通渋滞や環境破壊は負の外部性をもたらす」。

(4) 永井均・中島義道他編『事典 哲学の木』(講談社、二〇〇二年)五三九頁(合庭惇執筆)参照。

(5) 井上嘉仁「市場と表現の自由理論(二)——経済学的分析導入のための基礎的考察」広島法学二七巻三号(二〇〇四年)三五、四四頁参照。

- (6) 同論文四四頁。
- (7) 同論文同頁。
- (8) 長谷部恭男『憲法』（第四版、新世社、二〇〇八年）一一四頁参照。
- (9) 同書一一四頁（但し、「」は引用者による。以下、同じ）。
- (10) たとえその発祥の由来は違っても、現行法制度は、この視点から分析するのが適切であると思われる。
- (11) 玉井克哉「情報と財産権——報告」ジュリスト一〇四三号（一九九四年）七四、七五頁は、「伝統的な知的財産法制」について、同趣旨のことを述べている。
- (12) U.S.CONST. art.I, § 8, cl.8.
- (13) 連邦著作権法について邦訳がある場合には、適宜参照し、参考にしています。煩瑣を防ぐため逐一指示していませんが、海容をお願いいたします。
- (14) 連邦著作権法一〇一条は「公に」実演または展示することの意味を、つぎのように定義している（17 U.S.C. § 101）。
「(1) 公衆に開かれた場所あるいは家族の通常の範囲または社会的友人関係の集まりを超える相当数の人が集まっている場所で、実演または展示をすること。
(2) 第一項に規定された場所または公衆に対して、どのような装置またはプロセスを用いてのものであれ、著作物の実演または展示を送信または伝達すること。この場合に、公衆がその実演または展示を同じ場所で受け取れるかまたは別の場所であるかを問わず、また同時であるか別々の時間であるかも問わない」。
- (15) Added Dec. 1, 1990, P.L. 101-650, Title VI, § 603 (a), 104 Stat. 5128.
もつともベルヌ条約六条の二は、いわゆる著作者人格権が適用される著作物の範囲を限定していないのに対し、合衆国

ではそれが視覚芸術著作物 (work of visual art) に限定されていることには注意を要する。著作人格権が保護される視覚芸術著作物とは、その定義規定 (17 U.S.C. § 101) によると、絵画やデッサン、版画などで一点のみのもの、もしくは作者のサインと通し番号が付され二〇〇点以内の限定版として存在するもの、とされている。ポスターや図表、書籍などは、この著作物に含まれてはいない。

(16) 条文中の一一三条(d)は、建築物に組み込まれた視聴覚著作物の除去について、著作人格権を制限する規定である。この著作物を除去するさい、その破壊、歪曲、切除その他の改変が不可避であるときには、著作者のもつ同一性保持権は制限される (17 U.S.C. § 113 (d) (1) (A))。第一一二条(d)の理解については、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社、二〇〇四年)二四八―二四九頁を参照した。

(17) 条文中の四一一条は、著作権侵害訴訟の前提条件について規定している。本条によれば、合衆国での著作権侵害訴訟には、著作権を連邦著作権局 (Copyright Office) に登録 (registration) していることが、訴訟提起の要件とされている。ただし、著作人格権の侵害を訴える場合や、合衆国外の著作物について著作権侵害訴訟を提起する場合には、登録は訴訟提起の要件とはされていない。第四一一条の理解についても、白鳥・前掲書(註16)一三四―一三五頁を参照した。

(18) 廣松毅『大平号声『情報経済のマクロ分析』第二章「情報と情報財」(東洋経済新報社、一九九〇年) 参照。

(19) 同書二七頁。

(20) See Diane Leenheer Zimmerman, *Information as Speech, Information as Goods: Some Thoughts on Marketplace and the Bill of Rights*, 33 Wm & Mary L. Rev. 665, 668 (1992).

(21) この両者の権利の淵源を同一の源泉に求める「二元論」と、異なる母体をもつとする「二元論」があることについては、大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」熊本法学一一四号(二〇〇八年)一、六一―七頁およびその本文中に付

された註を参照されたい。

また、英語では *moral right of author*、独語では *Urheberpersönlichkeitsrecht*、仏語では *droit moral de l'auteur* である権利を「著作者人格権」と表記することには若干の戸惑いがもたれている。民法上「人格権」といえば、通常、生命、身体、自由、名誉等についての権利を想起すると思われるが、*moral right* で示される権利の内実がこのようなものと直接的には結びつきづらいことにその原因があると思われる。論者の中には「著作者人格権は、一般私法上という人格権の語とは多少用法が異なり、むしろ、著作者の気持ち、感情、その芸術的学問的良心などに密着する」ものであるとしている者もある（山本桂一『著作権法』（有斐閣、一九六九年）一二頁（註3））。また、著作者人格権をそのはじまりである I・カントの一七八五年の小論『偽版の不法性に寄せて』（*Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*）まで戻って検討している河中一學「著作者人格権について——カントの論考を中心として」成田頼明退官記念『国際化時代の行政と法』（良書普及会、一九九三年）八七九頁以下は、その論文の最後で「*moral*は、『気持』とか『気分』とか『気質』とかいうよりも、もう少し『人間の本性』のような感覚ではなからうか。しいていえば、『良心』に近いものであろう」（九四〇頁）という。*moral right of author*の本質を「人格」という言葉のもつニュアンスから離れて、検討してみる必要性がありそうである。

なお「著作者人格権」の理論化がカントにはじまることは、コラーやウルマーの指摘するところでもある。Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, SS. 93, 98 ; Umer, *Urheber- und Verlagsrecht, dritte neu bearbeitete Auflage*, 1980, S. 20, S. 109f.

(22) わが国の著作権法（昭和四五年法律第四七号）一七条一項にも、つぎの規定がみられる。「著作者は、次条第一項、第一九条第一項及び第二〇条第一項に規定する権利（以下「著作者人格権」という。）並びに第二一条から第二八条までに規定

する権利(以下「著作権」という。)を享有する」。

(23) いわゆる著作者人格権にカテゴライズされる諸権利群も、言論市場における情報取引を規整するという視点から分析可能であるとの試論を、わたしは前掲(註21)論文二一頁で展開した。また、同様の視点を述べるL. Ray Patterson, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, 40 VAND. L. REV. 1, 28 (1987) も参照。

(24) わが国の著作権法は、保護客体たる著作物に、有形の媒体への固定性を要求していない。米国法のように、著作権の経済的側面を重視する立場からは、著作物が有形の媒体に固定されていることが重要な保護要件と考えられているのである。この点については、白鳥・前掲書(註16)八六頁を参照。

ライブとその記録は、異なる別の財と考えられる。なぜなら前者は、時間的にも場所的にも限定された一回だけのパフォーマンスであると考えられるからである。廣松Ⅱ大平・前掲書(註18)によれば、ライブは情報財ではなく、複製も不可能な財となる(二八頁)。

日本法は、このライブも著作権の客体に含めている。このことは、表現行為にとってネガティブな効果をもたらさないであろうか。熟考の必要がありそうである。

(25) Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service, 499 U.S. 340 (1991).

(26) Feistのより詳しい事実の概要、判決内容、評価については、大日方信春「著作権の憲法上の地位——合衆国憲法一条八節八項の文理解釈を導きの糸として」姫路法学四五号(二〇〇六年)一、三二頁以下を参照されたい。

(27) このことについては、前篇「著作権と表現の自由の調整原理(一)」熊本法学一一六号(二〇〇九年)一、三七頁でも指摘している。

(28) See Leslie A. Kurtz, *Speaking to the Ghost: Idea and Expression in Copyright*, 47 U. MAMI L. REV. 1221, 1224

(1993).

(29) 大日方・前掲論文(註27)二頁。

(30) 同論文七―八頁。

(31) 裁判書のなかに「フェア・ユース」という言葉そのものがはじめて見られるのは一八六九年の *Lawrence v. Dana*, 15 F. Cas. 26 60 (No. 8136) (CC Mass.) のことである。See *Sony*, 464 U.S., at 476, fn. 27 (Blackmun, J., dissenting).

(32) See William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1661, 1663 (1988).

(33) 9 F.Cas., at 344-345.

(34) 293 F. Supp., at 132.

(35) もっとも「フェア・ユース」というものは、『善意で』ないし『公正なやり方で』ということ前提になっている(293 F. Supp., at 146)とする連邦地方裁判所は、被引用著作物の執筆過程における非行事実について、厳しく糾弾している。

しかし、これに対しては、フェア・ユースを主張する側の非行は、たとえそれが損害を発生させるものであったとしても、より高次の利益がある場合には割り引いて考慮されるべきであるという P. Leval の反論がある。See P. Leval,

Toward a Fair Use Standard, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

(36) *Harper & Row*, 471 U.S., at 549, quoting H.R.Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 66 (1976).

(37) *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

(38) *Ibid.*, at 546.

(39) *Ibid.*, at 550.

- (40) 強制許諾 (compulsory license) 制度の定義については、白鳥・前掲書(註16)一五五頁のものを参考にしてゐる。
- (41) 著作権者が当該著作物に関する権利をなお保有しているにもかかわらず、たとえば、図書館は蔵書を利用登録者 (card-holders) に貸すことができ、ビデオレンタル店はビデオやDVDを顧客に販売することができる。これは「ファースト・セール・ドクトリン」の効果である。See, STUART BIEGEL, BEYOND OUR CONTROL? CONFRONTING THE LIMITS OF OUR LEGAL SYSTEM IN THE AGE OF CYBERSPACE 293 (2001), see also Gleen M. Schley, *The Digital Millennium Copyright Act and the First Amendment: How Far Should Courts Go to Protect Intellectual Property Rights?* 3 J. HIGH TECH. L. 115, 120, fn. 41 (2004).
- (42) 白鳥・前掲書(註16)一五三頁。
- (43) 阿部浩二「日本著作権法とフェア・ユース」ロビライト四八二号(二〇〇一年)二二一四頁。
- (44) See *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 326-327 (1937).
- (45) 公共選挙論の知見からときにこう説かれることがある。著作権法に具体的に法廷された個別的権利制限規定は、関係利益団体のロビーイングの結果である。そこでは表現の自由の価値と著作権の価値が、適切に調整されているかは原理論的にははかれない。これに対して右記両価値の調整を、利害関係者によるロビーイングに対する耐性の強い裁判所に委ねる一般的権利制限規定は、法政策形成過程におけるバイアスを緩和することに資する。この見解は、二〇〇九年一〇月四日同志社大学で開催された日米法学会における田村善之報告「デジタル化時代の著作権法制度——アメリカ合衆国の動向からの示唆」に負っている。
- (46) *Wainwright Securities, Inc. v. Wall Street Transcript Corp.*, 558 F.2d 91, 95 (2d Cir. 1977).
- (47) See GORMAN & GINSBURG, COPYRIGHT 615-616 (6th eds., Foundation Press, 2002), quoting H.R.Rep. No. 94-1476,

94th Cong., 2d Sess. 65-66 (1976).

(48) 「フェア・ユースの法理」に関する優れた邦語文献として、曾我部健「著作権に関するフェアユースの法理」著作権研究二〇号（一九九四年）九七頁以下がある。そうでは、*Sony* および *Harper & Row* を取り上げて、同法理が分析されている。

(49) 本件の分析には、その事実と判旨を詳細に紹介している、ロバート・ゴーマン・ジェーン・ギンズバーグ共編『米国著作権法詳解 原著第六版（下）』（内藤篤訳、信山社、二〇〇三年）六五八頁以下も参照した。

(50) 471 U.S., at 541.

(51) See 557 F.Supp. 1067, 1069 (S.D.N.Y. 1983).

(52) 471 U.S., at 543.

(53) See 723 F.2d 195 (2d Cir. 1983).

(54) 大対三。O'Connor 裁判官執筆の法廷意見には、Burger 首席裁判官、Blackmun, Powell, Rehnquist, Stevens の各裁判官が同調している。これに対して、Brennan 裁判官執筆の反対意見があり、White, Marshall の両裁判官がこれに同調している。

(55) See 471 U.S., at 561, quoting H.R.Rep. No. 83, 90th Cong., 1st Sess., 37 (1967).

(56) 471 U.S., at 561, quoting Senate Report, at 62.

(57) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451 (1984).

(58) See Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System, Inc., 503 F.Supp. 1137, 1144 (SDNY 1980); 4-13 NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05.

- (65) See Gorman, *Fact or Fancy? The Implications for the Copyright*, 29 J. COPYRIGHT SOC. 560, 561 (1982).
- (66) 471 U.S., at 563.
- (67) *Ibid.*, at 564.
- (68) *Ibid.*
- (69) 557 F.Supp., at 1072.
- (70) Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49, 56 (CA2), *cert. denied*, 298 U.S. 669 (1936).
- (71) See Meeropol v. Nizer, 560 F.2d 1061, 1071 (CA2 1977) (引用された部分は侵害作品の中のわずか1%にすぎなかったが、それはすべての表現でもなつていた部分だった)。
- (72) 723 F.2d, at 209.
- (73) 471 U.S., at 567.
- (74) Sony, 464 U.S., at 451.
- (75) 471 U.S., at 568, quoting Senate Report, at 65.
- (76) See Pacific & Southern Co. v. Duncan, 744 F.2d 1490, 1499-1500 (11th Cir. 1984).
- (77) 本件の分析にも、その事実と判旨を詳細に紹介している、コーマン＝ギンズバーク・前掲書(註49)六三九頁以下を参照している。
- (78) See 510 U.S., at 572, quoting Affidavit, App. to Pet. for Cert. 80a.
- (79) 510 U.S., at 573, quoting App. to Pet. for Cert. 85a.
- (80) 754 F.Supp. 1150 (M.D.Tenn. 1991).

- (75) 972 F.2d 1429 (1992).
 - (76) *Ibid.*, at 1439.
 - (77) 510 U.S., at 574.
- 上告人は、本件は「一五条の強制許諾の対象ではない」とを、認めている。なぜなら2 Live Crewの楽曲は、原曲の「基礎的旋律または基本的な性格」を変更するものであったからである。See 17 U.S.C. § 115 (a) (2).
- (78) 全員一致の法廷意見をSouter裁判官が執筆している。他に、Kennedy裁判官による補足意見がある。
 - (79) 9 F.Cas. 342, at 348.
 - (80) See Leval, *supra* note 35, at 1111.
 - (81) Sony, 464 U.S., at 455, fn. 40.
 - (82) 510 U.S., at 579.
 - (83) *Ibid.*
 - (84) *Ibid.*
- “*When Sonny Sniffs Glue*” “*When Sunny Gets Blue*” のパロディであり、フュ・ユースであることが、*Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432 (CA9 1986) : 「Saturday Night Live」の「I Love New York」のパロディである「I Love Sodom」の「I Love Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co., 482 F.Supp. 741 (S.D.N.Y.), *affd.*, 623 F.2d 252 (C.A.2 1980)」。U.S. Code Cong. & Admin. News 1976, pp. 5659, 5678 には「このようにある。『対象作品の内容をある程度パロディとして使用する』はフェア・ユースになりうる」。
- (85) 510 U.S., at 580, *quoting* The American Heritage Dictionary 1317 (3d ed., 1992).

- (98) *Ibid.*, quoting 11 The Oxford English Dictionary 247 (2d ed., 1989).
- (98) See, e.g., *Fisher v. Dees*, 794 F.2d, at 437; *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180, 185 (C.A.2 1981).
- (88) 本件最高裁は「2 Live Crew の『Pretty Woman』が原曲をロメントに批判する内容であることを指摘して、パロディとして認定した」(see 510 U.S., at 583)°
- (89) See *Harper & Row*, 471 U.S., at 561.
- (96) 510 U.S., at 581.
- (96) *Sony*, 464 U.S., at 451.
- (92) 510 U.S., 584.
- (93) 510 U.S., at 584, quoting *Harper & Row*, at 592 (Brennan, J., dissenting).
- (94) 小説と実作品の対比に「ソニー」see *Stewart v. Abend*, 495 U.S., at 237-238. 未発表回顧録と公表済言論の対比に「ソニー」see *Harper & Row*, 471 U.S., at 563-564. 映画とニュース報道の対比に「ソニー」see *Sony*, 464 U.S., at 455, fn. 40. 創作作品と事実編集物の対比に「ソニー」see *Feist*, 499 U.S., at 348-351.
- (95) See *Sony*, 464 U.S., at 449-450. (著作物全体の複製は「テレビ番組の家庭内録画に関する」「フェア・ユースの認定に不利にはたらく効果を通常はもつものではない」)°
- (96) See *Harper & Row*, 471 U.S., at 561. (「実質的には引用であったとしても、発行済著作物に対する批評や談話についてのニュース記事からならばフェア・ユースとなることがあるけれども」、まさに出版されようとしている回想録のスクリーン記事からのものではそうはならない)°
- (97) 510 U.S., at 586.

- (86) *See* 754 F. Supp., at 1156-1157.
- (86) 972 F.2d, at 1438.
- (90) 510 U.S., at 587, *quoting* Harper & Row, 417 U.S., at 565.
- (90) 510 U.S., at 588. *See, e.g.*, Elsmere Music, 623 F.2d, at 253, fn. 1 ; Fisher v. Dees, 794 F.2d, at 438-439.
- (90) 510 U.S., at 588.
- (90) 510 U.S., at 590, *quoting* Harper & Row, 417 U.S., at 568.
- (90) 972 F.2d, at 1438, *quoting* Sony, 464 U.S., at 451.
- (90) 972 F.2d, at 1438.
- (90) Folsom v. Marsh, 9 F.Cas., at 348.
- (90) *See* Leval, *supra* note 35, at 1125 ; Patry & Pearlmuter, *Fair Use Misconstrued : Profii, Presumptions, and Parody*, 11 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 667, 692, 697-698 (1993).
- (90) 510 U.S., at 591.
- (90) GORMAN & GINSBURG, *supra* note 47, at 616, *quoting* H.R.Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 65-66 (1976).
- (90) 「結論を決定するわけではなく、第一「ファクター」は『行為が商業的かあるかは非営利的な性格であるか』をフェア・ユー
スの判定におおむね重視するべき要請」(464 U.S., at 448-449)。「このことは立法過程の議論でも確認されている
べきである」(see 464 U.S., at 449, fn. 32)°
- (90) 471 U.S., at 592 (Brennan, J., dissenting). したがって「批評やコメントやニュース報道が、わが国では通常「profit」を
求めて行われている」°

- (21) See 510 U.S., at 579.
- (22) See 471 U.S., at 563. See Gorman, *supra* note 59, at 561.
- (23) See 471 U.S., at 564.
- (24) See 510 U.S., at 586.
- (25) See *Meeropol v. Nizer*, 560 F.2d 1061, 1071 (CA2 1977). 本件は後続著作物に占める先行著作物（著作権のある手紙）の割合は「%以下であつたにもかかわらず、著作権侵害が認定されてゐる」。
- (26) 471 U.S., at 565, quoting Reply Brief for Petitioners 16, n. 8.
- (27) See *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F.Supp. 1137, 1145 (SDNY 1980).
- (28) See 510 U.S., at 587.
- (29) 510 U.S., at 592 (quoting *Fisher v. Deeds*, 794 F.2d, at 438).
- (30) See Robert Denicola, *Copyright and Free Speech : Constitutional Limitation on the Protection of Expression*, 67 CAL. L. REV. 283, 293-299 (1979) ; Harvey S. Perlman & Laurens H. Rhinelander, *Williams & Wilkins Co. v. United States : Photocopying, Copyright, and the Judicial Process*, 1975 SUP. CT. REV. 355, 394. 本件は「*What Copyright Has in Common With AntiPornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B. C. L. REV. 1, 23 (2000) 本項の注(29)に提示されている裁判例を参照」。
- (31) See *Tushnet, supra* note 121, at 24. See also, *Fisher, supra* note 32, at 1692-1694.; Jessica Litman, *Reforming*

Information Law in Copyright's Image, 22 U. DAYTON L. REV. 587, 612 (1997); Lloyd L. Weinreb, *Fair's Fair : A Comment on the Fair Use Doctrine*, 103 HARV. L. REV. 1137, 1137 (1990); Lloyd L. Weinreb, *Fair Use*, 4 FORDHAM L. REV. 1291 (1999); Leonard W. Wang, Note, *The First Amendment Exception to Copyright : A Proposed Test*, 1977 WIS. L. REV. 1158, 1181.

(83) 連邦最高裁もこのように言及している。See e.g., 471 U.S., at 549 ; 510 U.S., at 577.

連邦最高裁のこの言明を引用し掲げよう。フット・ノースの法理は「著作権に関する法令の『rigidな適用の回避や』裁判所に許容している（そして要求している）『なやなび』やの『柔軟』法令が促進しようとした創作行為の『柔軟』の根を正すところへ必ずある。』(Stewart v. Abend, 495 U.S. 207, 236 (1990))」。

(84) Tushnet, *supra* note 121, at 24.

(85) *Ibid.* at 24, fn. 79. Tushnet はこの事例の参照を断っている。See, e.g., Princeton Univ. Press v. Michigan Document Serv., 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996); American Geophysical Union v. Texaco, 37 F.3d 881 (2d Cir. 1994); Williams & Wilkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973); Duffy v. Penguin Books, 4 F.Supp.2d 268 (S.D.N.Y. 1998); Television Digest, Inc. v. United States Tel. Ass'n, 841 F.Supp. 5 (D.D.C. 1993); Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp., 758 F.Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991).

(86) Tushnet, *supra* note 121, at 24. See also, Rosemary J. Coombe, *Objects of Property and Subjects of Politics : Intellectual Property Law and Democratic Dialogue*, 69 TEXAS L. REV. 1853, 1867-1868 (1991); Litman, *supra* note 122, at 612-613.

(87) 多くの論者が、表現行為の当否に vague standards が適用されるとから生ずる萎縮効果 (chilling effect) について、

議論を展開している。そのなかでも、強制許諾の制度が萎縮効果を緩和するとする Sherri Burr, *Artistic Parody : A Theoretical Construct*, 14 CARDOZO ARTS & ENTRE. L. J. 65 (1996) に対し、その見解に否定的態度を示す Geri J. Yonover, *The Precarious Balance : Moral Rights, Parody, and Fair Use*, 14 CARDOZO ARTS & ENTRE. L. J. 79 (1996). Winslow, *Rapping on Revolving Door : An Economic Analysis of Parody and Campbell v. Acuff-Rose Music Co.*, 69 S. CAL. L. REV. 767 (1996) の議論は参照に値し得る。

(128) See Tushnet, *supra* note 121, at 25-27.

(129) See Rosemount Enterprises, Inc. v. Random House, Inc., 366 F.2d 303 (2 Cir. 1966), *cert. denied*, 385 U.S. 1009 (1967).

(130) See Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure : A Structural and Economic Analysis of the Balmain Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1637 (1982).

(131) See Regan v. Time, Inc., 468 U.S. 641, 648-649 (1984).

(132) Tushnet は「フェア・ユースは批評とパロディに好意的である」ともいう。これも「フェア・ユース」が content-based な法理論であるべきを例証するものとなるべき。See Tushnet, *supra* note 121, at 26.

Nunez v. Caribbean Int'l News Corp., 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000) では、*ニースユニヴァース・プエルトリコ代表のスード写真*をコピーし新聞に掲載した行為の違法性が問われた。この写真は、原告の作成によるものであるが、王冠をしたままでのスード写真に賛否両論があった。第一巡回区連邦控訴裁判所は、つぎのように述べて、被告新聞社のフェア・ユースの抗弁を認容している。「新聞社による写真の無許諾複製は、一般的には、一九七六年著作権法に違反する。但し、本件のように争われている写真そのものに特別のニース価値がある場合で、写真が新聞社により誠実な仕方入手

されたもので、かつ、その写真がすでに公表済みのものであるときには、17 U.S.C. § 107のフェア・ユースに該当する」。

(13) 464 U.S., at 478 (Blackmun, J., dissenting).

(14) See, *ibid.*

(135) 本稿は、本章冒頭(第二章第一節)で、表現(expression)を公共財として捉える見解を述べた。表現(expression)を公共財とするなら、言論市場でそれは過少生産されるであろうことを、そこで述べている。国家はこの事態を捉えて、各人の表現行為を援助することで、言論市場への財の供給量を高めようとしてきている。表現行為に対する制約者であった国家が、逆に表現行為の助成者でもあることに、近年の憲法学は注目していると思われる。ただ学界の動向を詳述することはここでは措く。

ところでTushnetが「フェア・ユース」を表現内容に基づく法理論であるとした視点は、表現行為を助成する国家行為の憲法適合性を分析するために有益な視点を提供していると思われる。なぜなら、表現行為の助成者としての国家は、助成対象となる表現を選定するにあたり、表現行為の意図や目的、その水準といったcontent-basedな判断を迫られるからである。国家が表現行為に対する規制者であるとき、憲法学は、このcontent-basedな視点を警戒してきた。逆に国家が表現行為を助成するとき、やはり憲法学は、そのcontent-basedな視点を警戒すべきではなからうか。国家の「お眼鏡に適う」言論で市場が埋め尽くされたとき、わたしたちの思考基盤にある種の傾向性(tendency)がもたらされはしないであらうか。これは思想の自由の問題でもある。

著作権は表現の自由を制約する面がある。但しそれは「自由な表現の動力源」であるともいわれている(see Harper & Row, 471 U.S., at 558)。「フェア・ユースの法理」(17 U.S.C. §107)は、国家(具体的には議会)が著作権者の権利を制限することで表現行為に支援、援助を与えた法規定である、とも理解できると思われる。Tushnetの饅みに倣えば、こ

のとき国家は content-based な視点で表現行為を助成している。憲法学は国家の表現助成行為をも注視しなければならないであろう。

(136) Time Inc. v. Bernard Geis Associates, 293 F.Supp. 130, 146 (SDNY 1969), *quoting* Schulman, *Fair Use and the Revision of the Copyright Act*, 53 Iowa L. Rev. 832 (1968).

(137) 471 U.S., at 562.

(138) 被告は盗んできたものだと知りながらフォードの原稿を利用していた。第三節二に詳述した *Harper & Row* の【事実】の部分を参照されたい。trial court は Ford の原稿が盗みとられたものであることを Nation 社は知っていたと認定している。See 471 U.S., at 563, *quoting* App tp Pet for Cert B-1, C-20-C-21, C-28-C-29.

(139) See, Fisher *supra* note 32, at 1679.

(140) Fisher は、この下級審判決の、この思考法の下にあることを (see Fisher, *supra* note 32, at 1679, fn. 96)° See Fisher v. Dees, 794 F.2d 432, 437 (9th Cir. 1986); Haberman v. Husler Magazine, 626 F.Supp. 201, 211 (D.Mass. 1986); Radji v. Khakbaz, 607 F.Supp. 1296, 1300-1301 (D.D.C. 1986).

(141) See 471 U.S., at 593-594 (Brennan, J., dissenting).

(142) フェア・ユースの要件として good faith, fair dealing を求め、そうであれば適法であるというけれども、行為が good faith や fair dealing であるためには、それが適法でなければならないというのだから。

(143) Fisher, *supra* note 32, at 1680.

(144) この点に関連して、*Harper & Row* 判決における Brennan 裁判官反対意見は注視されるべきである。彼はつぎのように言う。

「この行為の非行性により、多数意見はいくつかの点で、烙印を押している。このことは腹立たしいばかりでなく、information や ideas を使ったことを違法行為と判定した本件における多数意見の語られざる傾向性 (unspoken tendency) をおそらくは形成したものであると思われる。引用された言葉のほかにとりして information や ideas を取り上げる事ができたであろうかという点については、Nation 社の使用行為は著作権者の拒否にもかかわらず、完全に正当なものであるといえる。なぜなら、ideas や information には著作権を主張することができないのだから」(471 U.S. at 594 (Brennan, J., dissenting))。

(45) Harper & Row, 471 U.S. at 550.

(46) 本稿の視点は、公表前著作物をカテゴリーカルに扱う *Harper* 法廷意見（「公表されていなく表現の first public appearance をコントロールする著作権者の権利は、フェア・ユースの抗弁より重要である」(471 U.S. at 556)）に対する Brennan 裁判官反対意見に負っている。彼はつぎのようにいう。「この著者 [Mr. Ford] は、大統領在職中の public statement に言及しながら、原稿の言葉を構成している。したがって、それはフェア・ユースを公表前著作物には認めない思考の背景に認められる表現の confidential……を守らなければならないであろう『著作権者の判断のもつでの選択 (deliberate choice)』(であるという性質) に欠けている。法廷意見が述べているところの著作権者の「confidentiality」の利益なるものは、プライバシーの利益ではない。むしろそれは公衆に information を最初にリリースするところから得られる金額のすべてを得ようとする経済的利益そのものである。……」(471 U.S. at 597-598 (Brennan, J., dissenting), internal quotations omitting)。

(47) See 471 U.S. at 579ff.

(48) 471 U.S. at 568.

(49) 阿部・前掲論文(註43)一二頁参照。

(50)「ここで「指針」としているのは、多くの人が論述しているように、著作物利用のフェア・ユース判定で考慮される事柄が、法定されているこの4 factorsに限定されてはいないからである。阿部・前掲論文(註43)は、つぎのようにいう。「この第一〇七条も正確に言えば、フェア・ユースを定義している規定ではなく、著作権侵害の責から免責せしめるフェア・ユースとみることができるところかを判断するための要件を例示している規定であって、ここにリストアップされている要件以外の事由でフェア・ユースと判断することは妨げないといわれております」(同論文一二頁)。

(51)「フェア・ユースの法理は、著作権システムから生じた二つのリスクのバランスをとるものでなければならない。[そのリスクというのは] 著作者の独占を剥奪することは彼らの創作の誘因を減少させる一方、他方で著作者に絶対的な独占を与えることは他者の創作能力を減少させるということである」(464 U.S. at 479 (Blackmun, J. dissenting))。

(52) もちろん、優れた先行業績もある。たとえば、野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由——今後の知的財産戦略に当たって配慮すべきバランス(上)・(下)」NBL 七七七号一八頁以下・七七八号三二頁以下(二〇〇四年)、横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察——アメリカのCTEA憲法訴訟を素材として」学習院大学法学会雑誌三九卷二号(二〇〇四年)一九頁以下、今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察——その規制類型と審査基準について」季刊企業と法創造一卷三号(二〇〇四年)八一頁以下、山口いつ子「表現の自由と著作権」中山信弘還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』(相澤英孝他編、弘文堂、二〇〇五年)三六三頁以下、大林啓吾「表現の自由と著作権に関する憲法的考察——判例法理の批判から新たな議論の展開へ」大沢秀介・小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法——憲法判例の影響を中心に』(慶應義塾大学出版会、二〇〇六年)二九三頁以下、紙谷雅子「コピーライト法と表現の自由」知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(雄松堂出版、二〇〇八年)二二一頁以下などである。

(153) 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」ジュリスト二二五五号(二〇〇三年)一二四、一二四頁。

(154) 阿部・前掲論文(註43)一一頁。

(155) 阿部・同論文は本文で示した引用に続いて、つぎようにいつている。「この第一条の目的から見まして、フェア・ユースとはまさしくここに規定されているところのものか。フェア・ユースはバランスの上にでき上がっているエクイティにその基礎を持つものですか、日本著作権法におきましても、これはフェア・ユースという文言は用いてはいないけれども、その考え方は採用されるべきであると言っているわけです」。

(156) Floyd Abrams, *First Amendment and Copyright*, 35 J. CopYr. Soc'y 1, 2 (1987).

(157) Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc., 626 F.2d 1171, 1184 (5 Cir. 1980) (Judge Tate, concurring).

(158) このような状況下において特許権と同じような枠組への変更を提唱する名和小太郎『デジタル著作権——二重基準の時代へ』(みすず書房、二〇〇四年)一四二頁参照。

(159) Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 287 (to be codified at 17 U.S.C. § 1201 et seq.).

(160) についてはもっとも論争を呼んでいる二つの条文だけに言及しておく。

17 U.S.C. § 1201 (a) (2) は、著作権ある著作物を保護している技術装置を回避する行為を禁止している。技術装置を回避する行為については17 U.S.C. § 1201 (a) (3) (A) が、以下のように定義している。「スクランブルをかけた著作物のスクランブルを解除すること、暗号化した著作物を解読すること、もしくはその他の方法で、著作権者の許諾なく、技術装置を無効にすること、迂回すること、除去すること、無力化すること、または損害を負わすこと」。本法の下では、暗号

化されている著作物のdecodeを可能にする技術をもつことが、違法行為とされている。

17 U.S.C. § 1201 (a) (2) は、anti-trafficking 規定と呼ばれている。その意図は、いわゆる digital piracy を補助する道具の頒布を防止することにある。たとえ商業的利益と直接的には関係なくとも、技術的保護下にある著作物の保護技術解除を目的とする装置または技術を保有しているとされたとき、また著作権保護装置の解除に利用されることを知りながらそれを販売したとき、この規定の下で刑事罰が科される可能性がある。

なおこの二条文の理解については、Gleen M. Schley, *The Digital Millennium Copyright Act and the First Amendment: How Far Should Courts Go to Protect Intellectual Property Rights?*, 3 J. High Tech. L. 115, 125-126 (2004) に負っている。

(61) 17 U.S.C. § 1203 (c) (1) はつぎのようになっている。「本節 [DMCA] は、本編 [著作権法] に規定されている他の権利、救済手段、権利制限および防御に影響を及ぼすものではない。そこにはフェア・ユースも含まれる」。ところがDMCA制定後のアメリカの状況は、この規定をまるで「訓示規定的なもの」として扱っているようである。DMCAが学問研究の自由、表現の自由を制約していないか、とくにフェア・ユースの法理との関係でDMCAをどのように評価すべきかにについては、野口祐子・前掲論文(註62)(下)三二—三三頁およびそこに付された(註)に簡略にまとめられている。

(62) 著作権期間を延長する法律(17 U.S.C. § 302, 304)の合憲性が争われた事例で、合衆国最高裁は、つぎのように述べていた。当該法律の制定でも「連邦議会」が「著作権保護に関する伝統的概略を変更し」たことにはならないので「修正一条の審査は不要である」(see *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 221)。そこでいう「著作権保護の伝統的概略」とは、「思想／表現二分法」、「フェア・ユースの法理」が法定されていることであつた(大日方・前掲論文(註26)八—九頁)。この二法理の法力を一部削ぐDMCAの規定は、「著作権法の伝統的概略」を変更するものではなからうか。