

論 説

著作権市場の生成と fair use — Texaco 判決を端緒として — (一)

村 井 麻衣子

— 目 次 —

- I. はじめに
 - 1. 著作権市場の生成
 - 2. 著作権市場の成立がアメリカ合衆国の判決に与えた影響 —Texaco 判決の登場—
 - 3. 複製権と fair use —アメリカ著作権法における侵害判断の構造—
- II. Williams&Wilkins 事件
 - 1. 事実の概要
 - 2. Court of Claims の多数意見
 - 3. Cowen 主判事の反対意見
- III. Gordon の「Fair Use as Market Failure」 — fair use への市場の失敗アプローチ—
 - 1. 三段階テスト
 - 2. Williams&Wilkins 判決の分析
 - 3. 外部性、金銭化不可能な利益による市場の失敗
- IV. Copyright Clearance Center の設立と発展
 - 1. 設立の経緯
 - 2. 著作権処理の方法
 - 3. CCC の発展
- V. Texaco 事件
 - 1. 事実の概要
 - 2. 多数意見
 - 3. Jacobs 判事の反対意見 (以上 本号)
- VI. Loren の「Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems」 —市場の失敗理論の再定義による Texaco 判決批判—
 - 1. fair use と「逸失」許諾料
 - 2. 逸失許諾料の問題
 - 3. 拡散的な外部利益の内部化不可能性による市場の失敗—利用の外部利益を考慮すべき理由
- VII. 効率性以外の視点 —自由・民主主義—
 - 1. Gordon の「A Property Right in Self-Expression」 —ロック所有論と表現の自由—
 - 2. Elkin-Koren の「Cyberlaw and Social Change」 —著作権法への民主主義アプローチ—
- VIII. おわりに
 - 1. Texaco 事件の検討 —著作権市場の評価—
 - 2. 今後の課題

I. はじめに

1. 著作権市場の生成

近時、著作権をめぐる新たな契約形態が登場し、著作権市場の生成と呼ぶことのできる状況が生じつつある。

例えば、契約や技術によって、著作権法では許されている行為までも禁止することが可能となることで、著作権法の維持する著作物の保護と利用のバランスが崩されてしまうことを問題とする「オーバーライド問題」においては、新しいタイプの情報契約であるとされるクリックオン契約やシュリンクラップ契約の有効性が議論されている*1。

クリックオン契約とは、インターネット上でプログラムを購入してインストールする場合などに、コンピュータの画面上のボタンをクリックすることで、表示されている内容についての同意を示し、契約を成立させるという契約方式である。これは、インターネットやデジタル技術の発達が可能とした、著作権者と利用者間の著作物利用に関する直接契約であるとい

える*2。

また、シュリンクラップ契約は、クリックオン契約の登場以前から行われていたやや強引ながら直接契約を結ぼうという試みであり、プログラムのパッケージ、あるいはインストールする際の画面に、一定の条件下でプログラムの使用許諾契約が成立する旨が表示され、パッケージの開封やインストールによってライセンス契約関係を発生させる手法である*3。

これらの契約はいずれも、著作物が従来、書籍などの有体物を媒体として取引されてきたのと異なり、著作権者と利用者間で直接契約が締結される、著作物利用の新たな形態である。このように新しい方法で著作権を行使することは、これまで権利を及ぼすことができなかった著作物利用行為にまで権利を及ぼすことを可能とするものであり、著作物利用をめぐる新たな取引を成立させるという意味で、新たな著作権市場の成立という状況をもたらしているといえる。

2. 著作権市場の成立がアメリカ合衆国の判決に与えた影響

—Texaco 判決の登場—

アメリカ合衆国においては、複製許諾システムの普及という形での著作権市場の成立が、事案の解決に影響を与えたとみられる判決が既に登場している。Texaco 事件における多数意見は、CCC (Copyright Clearance Center) という複製許諾システムが存在することを考慮して、企業の科学研究者によってなされた科学雑誌論文の複製が fair use (公正使用) に該当せず、著作権侵害にあたりと判断した*4。

複製許諾システムのように、著作権を集中的に処理することで対価の回収を行おうとするシステムも、これまで個別のライセンス契約を結ぶこと

*1 著作権法のオーバーライド問題は、特に、アメリカにおける情報取引法（「米
国統一コンピュータ情報取引法 (UCITA)」) の立法を契機に論じられるようになった
問題である (UCITA については、後掲の論文の他、金子宏直「米国における統一
コンピュータ情報取引法 (UCITA) の取り組み」法とコンピュータ18号 (2000年)
45-52頁、ライセンス委員会第3小委員会「米国統一コンピュータ情報取引法
(UCITA) における諸問題」知財管理50巻4号 (2000年) 509-532頁、曾野裕夫「NCCUSL
年次総会 (2000年) における UCC 第2編と UCITA の審議」法政研究67巻3号 (2001
年) 922-888頁等を参照)。その議論においては、著作物の保護だけでなく自由利用の
領域を確保することでその目的を達成しようとしている著作権法には、契約によっ
てオーバーライドされてはならない「公序」が存在するので、契約による著作物保
護に一定の限界を画する必要性があるということが指摘されている (曾野裕夫「情
報契約と知的財産権」ジュリスト1176号 (2000年) 88-89頁、曾野裕夫「情報契約
における自由と公序」アメリカ法1999-2 (2000年) 184-185頁、上野達弘「契約に
よる著作権制限規定のオーバーライドをめぐる議論状況」コピーライト1998年11月号
50頁。なお、「オーバーライド問題」という呼称を用いていないが、同様の問題を
論じるものとして、渡邊倫子「情報取引における公衆向け定型ライセンス契約の
有効性～著作権法の視点からの考察～」コピーライト2001年3月号10-23頁。

*2 曾野・前掲アメリカ法184-185頁。

*3 曾野・前掲アメリカ法185頁。アメリカ合衆国において、それまで否定されて
きたシュリンクラップ契約の有効性を認めた判決として、Pro-CD 判決 (Pro-CD v.
Zeidenberg, 86 F. 3rd 1447 (7th Cir. 1996)) がある (Pro-CD 判決について、芹澤英
明「Pro-CD v. Zeidenberg の分析—制定法解釈のコンテキスト論・その二—」法学
61巻2号 (1997年) 194-203頁参照)。

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

が難しかった著作物利用行為に対して著作権を及ぼすことによって、新たな著作権市場を成立させるものであるといえる。

Texaco 判決以前、まだ CCC のような実効的な許諾システムが存在しなかったときに、複製のためのライセンスをしようとしているという著作権者の主張を退けて fair use の成立を認めた Williams & Wilkins 判決^{*5}を Texaco 判決と対比すると、複製許諾システムの発展、すなわち、著作権市場の生成が、判決の変遷に影響を与えていると考えることができる。

3. 複製権と fair use — アメリカ著作権法における侵害判断の構造 —

Texaco 判決では、問題となった複製行為が fair use にあたるかが争われた。アメリカ著作権法は、著作権者の権利が「複製」行為に及ぶ旨を定めているので、ある複製行為が著作権侵害にあたるか否かは、著作権制限規定である fair use に該当するかどうかとして判断されることになる^{*6}。

^{*5} Williams & Wilkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973), aff'd by an equally divided Court (Mr. Justice Blackmun not participating), 420 U.S. 376 (1975).

^{*6} 日本著作権法も、作者の権利としての複製権（「著作権は、その著作物を複製する権利を専有する。」(21条)）、および著作権制限規定（30条以下）を定めているので、複製行為に関する著作権侵害の判断の構造は、アメリカ著作権法と同じである。ただし、アメリカ著作権法の fair use が一般条項的な著作権制限規定であるのに対し、日本著作権法は、私的複製（30条）、引用（32条1項）等、個別的な制限規定を定めている（田村善之『著作権法概説』（第二版・有斐閣・2001年）197-198頁）。

なお、fair use に関する邦語文献として、A・R・ミラー=M・H・デーヴィス（松尾悟訳）『アメリカ知的財産法』（木鐸社・1995年）264-279頁、ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ共編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解 — 原著第6版 — (下)』（信山社・2003年）637-699頁、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』（信山社・2004年）209-233頁、山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』（太田出版・2004年）134-151頁、エリック・J・シュワルツ（高林龍監修・安藤和宏=今村哲也訳）『アメリカ著作権法とその実務』（雄松堂出版・2004年）291-307頁、蘆立順美『データベース保護制度論』（信山社・2004年）71-92頁、曾我部健「著作権法に関するフェアユースの法理」著作権研究20号（1994年）97-117頁、豊田彰「フェア・ユース — 新しいコミュニケーションの開拓 —」政経研究29巻2号（1992年）245-261頁、Stephen B. Maebius（大塚康徳訳）「公正使用（フェア・ユース）の新しい解釈 リバース・エンジニアリングによる著作権プログラムへのアクセス」AIPPI9巻5号（1994年）

そこでまず、著作権者の複製権と fair use を定めるアメリカ著作権法の規定を概観しておく。

(1) 著作権者の権利

アメリカ著作権法106条は、著作権者の成立している著作物についての独占的権利として、「107条及び118条に規定するところに従い、本法における著作権者は、以下のことを行い、かつこれを許諾する独占的権利を有する」と定め、(1)項で、「著作権の成立している著作物をコピーないしフォノレコードに複製すること」を挙げている^{*7}。

(2) fair use（公正使用）

106条の定める複製行為に該当することが、即著作権侵害にあたるわけではなく、107条で規定される fair use に該当する行為については著作権が制限され、利用者は著作権者に許諾を求めたり、使用料を支払う必要はない。アメリカ著作権法107条は以下のように定める。

239-247頁、Kendrew H. Colron（三宅正夫=森岡道朗共訳）「著作権侵害に対するパロディの例外による「公正な使用（fair use）」についての合衆国最高裁判所の規範（I）」AIPPI39巻12号（1994年）714-722頁、Kendrew H. Colron（三宅正夫=森岡道朗共訳）「著作権侵害に対するパロディの例外による「公正な使用（fair use）」についての合衆国最高裁判所の規範（II）」AIPPI40巻1号（1995年）36-43頁、古城春実「パロディと著作物のフェア・ユース」法律のひろば50巻8号（1997年）49-53頁、松平光徳「アメリカ著作権法におけるパロディー法理の発展と展望」法律論叢71巻4・5号（1999年）210-214頁、ジェーン・C・ギンズバーグ（斎藤博訳）「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（2000年）147-164頁、楢山敏士「フェアユースと教育利用」『著作権法と民法の現代的課題 — 半田正夫先生古稀記念論集 —』(法学書院・2003年) 293-306頁等。

^{*7} 17 U.S.C. § 106. 他に、二次的著作物の作成 ((2)項)、複製物またはフォノレコードの販売その他の所有権移転または貸与による公衆への頒布 ((3)項)、言語著作物、音楽著作物、演劇著作物、舞踏著作物、パントマイム、映画その他の視聴覚著作物について、公の実演 ((4)項)、言語著作物、音楽著作物、演劇著作物、舞踏著作物、パントマイム、絵画・図形または彫刻の著作物（映画その他の視聴覚著作物の個々の画像を含む）について、公の展示 ((5)項) に対する権利が定められている。

「106条にかかわらず、著作権の成立している著作物の fair use は、著作権侵害にあたらない。fair use には、批評、論評、ニュース報道、教育（教室における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106条に規定する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使用が fair use にあたるか否かの判断にあたっては、以下の要素が考慮されるべきである。

- (1) 使用の目的と性質（その使用が商業的なものか非営利の教育的なものかという点を含む）
- (2) 利用された著作物の性質
- (3) 全体として利用された著作物に占める、利用部分の量と実質
- (4) 使用が、使用された著作物の潜在的市場あるいは価値に与える影響^{*8}」

II. Williams & Wilkins 事件

Texaco 判決が出される以前、CCC がまだ設立されておらず実効的な許諾システムが存在しなかったときに、複製のためのライセンスをしようとしているという著作権者の主張を退け、損害の証明において許諾料収入を考慮せずに fair use を認めた判決として、Williams & Wilkins 判決^{*9}がある。図書館の実務における大量の複製に対し、医学書や雑誌の出版社である Williams & Wilkins Company が著作権侵害を訴えた事件である。Court of Claims の事実審裁判官は著作権侵害を認めたが、全裁判官による審理においては4対3で辛くも図書館側が勝訴し、賛否同数で分かれた最高裁が意

*8 17 U.S.C. § 107. fair use の法理は、Folsom 事件判決 (Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841) No. 4901) において初めて述べられて以来、衡平法上の合理の原則に基づいた裁判所による著作権制限の法理として認められてきたもので、1976年法において初めて成文化された（アラン・ラットマン=ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ共編（中山信弘監修・内藤篤訳）『1990年代 米国著作権法詳解（下）』（信山社・1992年）586頁）。

*9 Williams & Wilkins, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973). ラットマン他・前掲注（8）668-669頁に紹介がある。

見なしに控訴審の Court of Claims の多数意見を支持した（問題となった図書館における複写については、この事件の後に立法された著作権法108条によって対処されている）^{*10}。

Texaco 判決との比較において、複製許諾システム CCC が著作権侵害の成否に与えた影響を明らかにするため、また、後に紹介する Gordon の市場の失敗理論における分析対象でもあるため、ここで紹介しておく。

1. 事実の概要

(1) NIH 図書館の複写実務

政府の主要な医療研究組織である大学・協会・学会複合体 NIH (National Institutes of Health : 国立医学院) は、主に NIH 職員 (12000人、そのうち科学者が4000人) が利用する技術図書館を有している。訴訟で問題となった四冊の雑誌について、図書館は各雑誌を二部購読していた。原則として、一冊は図書館の閲覧室におかれ、1冊は NIH 職員に回覧された。NIH 研究員による雑誌へのアクセスの要求は、内部的な購読部数では満たされなかった。したがって、その運営に不可欠なものとして、図書館は研究スタッフの利益のために複製サービスを行った。研究員は、リクエストすれば図書館の蔵書にあるどんな雑誌からも論文のコピーを得ることができる。コ

*10 ラットマン他・前掲注(8)667頁。同・669-673頁に108条に関する説明がある。

著作権法108条は、一定の状況及び一定の条件の下で、図書館もしくは文書資料館またはその雇用関係の範囲内で行為する従業員が、著作物のコピーまたはレコードを一部複製又は頒布することは侵害とならないことを規定する。図書館の免責の条件としては、①複製または頒布が直接的にも間接的にも商業的利益を目的としないうこと、②図書館の蔵書が公衆に開放されているか、図書館と関係のある研究者のみならず専門分野において研究を行うその他の者にも利用が許されていること、③著作物の複製または頒布に著作権表示を付すこと、及び④108条(b)項ないし(g)項の特別の免除の適用があることが必要である。(b)項は文書保存用のコピー、(c)項は代替用コピー、(d)項はユーザーのための記事及び抜粋のコピー、(e)項は絶版となった著作物の私的な研究・学問・調査目的のコピー、(f)項はニュース番組のコピー、(g)項は図書館相互の貸与を、一定の条件で認めるものである(知的所有権作業部会報告・山本隆司訳『知的所有権および全米情報基盤』(著作権情報センター・1995年)70-73頁の訳による)。

ピーは図書館に返還されず、多くの場合、研究者はそれらを将来的な参照のために私的にファイルしている*11。

NIH 図書館は、原則、雑誌論文のシングルコピーだけに制限し、各リクエストは約40から50ページに制限されている。けれども、長い論文については、図書館のアシスタントチーフの承認のもとに例外が許されてきた。また、原則、複製のリクエストは、一つの雑誌刊行物から一つの論文だけに制限されているが、実質的に雑誌全体が複写されない限り、この原則の例外は日常的に許されていた*12。

1970年、図書館の複製予算は、86000ドルであり、図書館は85744の雑誌論文の複製を求めるリクエストをみたし、それは約930000ページにのぼった。平均して、雑誌論文の長さは10ページであるので、1970年において、図書館は約93000の論文のコピーをつくったことになる*13。

(2) NLM 図書館の複写実務

NLM (National Library of Medicine : 全国医療図書館) は、「医療の発展及び人民の健康のために重要な科学的情報あるいは他の情報の拡布及び交換を助けること」を目的とした、世界の医療文献の収納庫であり、「図書館の図書館」としての役割を果たしている。その運営の一環として、NLM は、いわゆる「相互図書貸出し」プログラムにおいて、他の図書館や、研究・教育指向の企業(公的及び私的)と協力していた。リクエストにより、NLM はそれらの企業に限られた期間本や他の資料を貸出しする。雑誌の場合、通常は雑誌論文の複製の形式をとり、無料で提供される*14。

NLM の一定のポリシーとして、「広く利用可能なリスト」と呼ばれるものに含まれている104の雑誌からの論文のリクエストをする者は、「広く利用可能なリスト」のコピーを与えられ、リストにあげられている雑誌を有していると推定される地方の医療図書館の名前を教えられる。また、1968年には、一つの雑誌号から一つ以下の論文、雑誌巻から三つ以下の論文の

*11 *Williams & Wilkins*, 487 F.2d at 1347-1348.

*12 *Id.* at 1348.

*13 *Id.* at 1348.

*14 *Id.* at 1348.

みをコピーするというポリシーが採用された。しかし、どちらのポリシーに対しても例外が認められている*15。

1968年、NLM は相互貸借に対する約127000のリクエストを受けた。多くは、他の図書館あるいは政府機関からだったが、約12%のリクエストは、私的機関あるいは営利的機関、特に製薬会社からのものであった*16。

2. Court of Claims の多数意見

(1) 問題となっている利用が fair use であるとの結論を根拠づける核心的理由

本法廷の多数意見は、問題となっている利用が fair とされるべきであると結論する。評価の核心となるのは以下のような点である。第一に、原告は、NIH や NLM のこれらのやり方により実質的な損害が生じたということ、あるいは生ずるであろうということを立証していないし、また、そう信じるのが適当とも思われない。第二に、もしもこのやり方を侵害と断じれば、医療及び医療研究は被害を被ることになる、と確信する。第三に、科学の利益を出版社(及び著作者)の利益と調和させるという問題は、基本的には立法府による解決ないしガイダンスが必要な領域であり、これが未だなされていない以上、連邦議会の行動がもうすぐなされようというこの時期に、科学と医療に対して害を及ぼすリスクを課すべきではない*17。

(2) 実質的損害としてのライセンス料の主張に対して

実質的損害の立証に関し、原告は、図書館が行ってきた複製を続けるために合理的なロイヤリティの支払いでライセンスをしようとしているという。しかし、原告が損害を受けているという証拠の欠如していることと、原告が実行可能なライセンスシステムを有しているのか、何らかの十分なプログラム・計画が立法なしに創設されうるのか、という二重の疑念に加え、1909年法はこの分野において強制ライセンスを提供していない。裁判所ができるのは、複製が侵害であると判断することだけであり、ライセン

*15 *Id.* at 1349.

*16 *Id.* at 1349.

*17 *Id.* at 1353-1354. ラットマン他編・前掲注(8) 668頁。

スするか行為を禁止するかは著作権者に委ねられる。ライセンスシステムは、著作権者にとって純粋に自由意思であるものであり、1909年法の下では、著作権者が望まないときこのようなシステムを設けるよう命じることが完全に司法権限を越えている。「fair use」の判断を著作権者のライセンスの意図に依拠させ、著作権者が合理的なレートでライセンスする意思があるときに（ロイヤリティの支払いのない）複製を「fair use」でないと判示し、著作権者が全ての許諾を断固として拒絶する（あるいは法外な料金を課すことを望む）ならば「fair use」であるとするのは、同じく裁判所が現在できることの範囲外であると考え*18。

これは現在、優れて連邦議会（立法）に任された問題であるというのが本当のところである。つまり、複製の許される程度、強制許諾の問題、著作権者への支払い（それがあるとして）の問題、これらの対価を集めるシステム（一括払い、クリアリング方式等）、科学的ないし教育的需要について特別な扱いをするか。明らかに、これら全てについて多くのことが言われるはずであるこの選択については、経済的、社会的及び政策的なファクターが関与するものであり、立法府の判断に任せるのがはるかに賢明なものである*19。

3. Cowen 主判事の反対意見*20

(1) 複製の fair use 非該当性

これは、学者による研究のための複製のケースでも、教師による教室で配布するための複製でもない。また、医者や科学者が論文を執筆する過程で著作物の一部を引用するケースでもなく、古い原稿や雑誌を情報の保全のために図書館が複製するケースでもない。審理すべきは、あまりに規模が莫大であるため多数の小さな出版社の出版数を減少させるような、被告による著作物の大規模な機械的複製及び配布である*21。

ここで問題となっているのが、オリジナルの論文のそのままの複写であることは明らかである。すなわち、それらはオリジナルの代用を意図されたものであり、オリジナルの論文と同じ目的を果たす。これはまさに大規模な複製の本質であり、それだけで、fair use の抗弁をくじくものである*22。

(2) 裁判所の役割と当事者間取引の可能性

著作権者に許諾システムを設立するよう命じる権限が裁判所にないという多数意見には賛成できるが、図書館に包括的な免責を与えることで、議会の役割を負うことについても、同様に権限がないと思われる。しかし、それほど困難なく、著作権侵害として著作権者に支払われるべき正当な補償の額を決めることはできる。その判断がなされれば、原告への合理的なロイヤリティの支払いで、被告による複製が継続される当事者間の協定が導かれるだろう*23。

(3) 差止めによる情報の流通阻害のおそれについて

被告の法廷の友は、原告に有利な判断が、非政府の図書館に対する差止めを求めるための先例になって、図書館の複製を通じた技術及び科学情報の自由な流通を妨げるのではないかとおそれている。しかし、このおそれは正当化できないように思われる。原告は複製の差止めを求めている。むしろ、合理的なロイヤリティを求めている。なぜなら、多くの雑誌利用者にとって、いくつかの論文だけへのアクセスのために雑誌全体を購読することは、経済的な合理性がないため、全ての雑誌利用者が雑誌を購読することは、出版社にとって望ましいものの、現実的ではないからである*24。

*18 *Id.* at 1360. 一部、ラットマン他編・前掲注 (8) 669頁。

*19 *Id.* at 1360. ラットマン他編・前掲注 (8) 669頁。

*20 Kunzig 判事がこの反対意見に加わり、Nichols 判事もこの反対意見に賛成する反対意見を書いている (*Id.* at 1386-1389)。

*21 *Id.* at 1364.

*22 *Id.* at 1366.

*23 *Id.* at 1372.

*24 *Id.* at 1378-79.

III. Gordon の「Fair Use as Market Failure」*25 —fair use への市場の失敗アプローチ—

Gordon は、fair use を市場を通しては達成されないが社会的には望ましい取引を許容するための理論、すなわち市場の失敗を治癒するための理論として捉え、(1)市場の失敗が存在する、(2)被告への利用の移転（利用を許すこと）が社会的に望ましい、(3)fair use を認めることで著作権者のインセンティブへが実質的に害されない、という経済学的分析に基づく fair use 適用のための三段階テストを提唱した*26。そして、Williams&Wilkins 判決と Sony 控訴審判決*27を分析し、Williams&Wilkins を判決を黙示的に市場ア

*25 Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982). この論文を紹介する邦語文献として、小泉直樹『アメリカ著作権制度 —原理と政策—』（弘文堂・1996年）18-22頁等がある。

*26 *Id.* at 1601,1614.

*27 *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 659 F.2d 963(9th Cir. 1981). 公に放送されたあるテレビ番組の著作権を有する原告が、ベータマックス・ビデオテープ（VTR）の製造者であるソニー株式会社他に対し、テレビ番組の家庭内録画が著作権侵害にあたり、ソニーの行為が寄与侵害（著作権侵害であることを認識するか、認識しうべきであるにもかかわらず、著作権侵害を教唆・誘発したり、物質的に侵害に寄与したものに責任を課す法理）を構成するとして、損害賠償と利益償還、VTRの製造および販売の差止めを請求した事案である。地裁は、タイムシフト目的の家庭内録画が fair use にあたると判示したが（*Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F.Supp. 429 (C.D. Cal. 1979)）、Gordon が検討の対象とした控訴審は、VTRの使用が「生産的利用」の性質をもたないことを強調して Sony の責任を認めた。これに対し最高裁は、著作物の使用が「生産的」か否かが必ずしも決定的な要素ではないとして、控訴審判決を 5 : 4 の判決で覆し、fair use を認定した（*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417(1984)）。

なお、Sony 事件について、土井輝生「ベータマックス訴訟が提起する著作権問題—新著作権法第107条フェア・ユース規定の適用範囲—」ジュリスト762号（1982年）39-44頁、土井輝生「ベータマックス訴訟における米国最高裁判決—VTRの家庭内使用の著作権責任免除—」ジュリスト809号（1984年）69-72頁、ロバート・ゴーマン他・前掲注（6）699-708頁、Sony 事件やその他アメリカ合衆国における家庭内

アプローチを採用したと評価しつつも、その判断には疑問を提示し、Sony 控訴審判決は市場アプローチを拒絶したとして批判している*28。

ここでは、Gordon の fair use の三段階テストと Williams&Wilkins 判決の分析を特に複製許諾システムに関係する部分に着目して紹介する。また、後で紹介する Texaco 判決、及びそれに対する Loren の批判に関連するので、Gordon が市場の失敗理論の視点から伝統的な fair use へのアプローチを検討した部分より、外部性、金銭化不可能な利益による市場の失敗に関する議論を紹介する。

1. 三段階テスト

(1) 第一のテスト

第一のテストは、市場の失敗が存在することである。被告による著作物の利用が創作者への損害よりも高い社会的価値をもたらす場合、利用に関する取引の市場が存在するならば、自発的に利用移転の取引が行われるので、わざわざ裁判所を介する fair use による必要はなく、裁判所の判断よりも、当事者の相互合意の方が、価値最大化の指標となりうる。したがって、十分な理由なしに市場の迂回を認めないために、望ましい資源利用の合意的取引が自然発生的に起こらない場合、あるいは資源配分がどのようになされるべきかという基準を提供する市場の機能が損なわれている場合のみ、著作権者から市場の権利を奪うことを経済的に正当化しうる*29。

(2) 第二のテスト

第二のテストは、被告への利用の移転（利用を許すこと）が社会的に望ましいことである。裁判所は、利用が被告の手にあるのと著作権者の手にあるのでは、どちらが社会的に価値があるのかを判断しなくてはならない。「市場の失敗」が治癒されたとして、著作権者が要求する価格が、利

録音をめぐる事件や立法について、辻田芳幸「アメリカにおける情報の自由流通とコピー・ライト—米国著作権法と家庭内録音録画—」企業法研究12号（2000年）193-230頁を参照。

*28 Gordon, *supra* note 25, at 1646-1657.

*29 *Id.* at 1614-1615.

用者が申し出る価格よりも低ければ、利用者への移転が社会的価値を増加させることになる^{*30}。

(3) 第三のテスト

第三のテストは、第一・第二の条件を満たした上で、利用を許すことが著作権者に実質的な損害を与えないことである。インセンティブと拡布の利益の適切なバランスを維持するために、fair use を認めるには、インセンティブを弱める実質的な損害が存在しない必要がある^{*31}。

① 完全な市場の失敗の場合

完全な市場の失敗が存在するときは、著作権者のコントロールを拒絶することが唯一の著作物の利用を許す方法である。著作権者はそうでなければ受けるであろう報酬を奪われることもないのでインセンティブが弱められることもない。したがって、最初の二つのテストをみただけで、fair use が正当化される^{*32}。

② 中間的な市場の失敗の場合

しかし、市場が全ての望ましい交換をもたらすわけではないが、いくらかの取引は可能であるというような、中間的な市場の失敗も存在する。この場合、侵害の認定には、望ましい取引が妨げられるかもしれないという危険が、fair use の認定には、fair use が認められなければ購入したであろう利用者にとって fair use が購入に取って代わってしまうことにより、インセンティブが弱められるかもしれないという危険が、それぞれに伴う。この矛盾を解決するために、fair use を求める者が超えなくてはならないハードルとして、fair use を認めることにより著作権者へのインセンティブに実質的な損害が生じないことが必要とされる^{*33}。

考慮されるべき損害には、まだ生じていなくても将来生じるであろうも

のも含まれる。訴訟の時点で普及している市場構造のもとで予想しうる収入の損失と、侵害が認定された後の市場構造のもとで生じるであろう収入の損失の両方が考慮されるべきである。たとえば、特定の著作物利用の許諾を得るための取引費用がある時点では法外に高かったとしても、許諾を購入するプロセスを簡素化させるための権利処理システムができれば、市場が機能できるようになる。起こりそうな市場構造の変化を考慮しないで fair use を認めると、そうでなければ治癒された市場を固定し、新しい価値ある利用を消費需要の刺激から分離させてしまうかもしれない^{*34}。

市場が治癒可能であるか、その治癒が侵害の認定の後に起こり実質的な利益を生むかどうかは、難しい事実問題である。しかし、裁判所は、社会的に有益な利用が行われるために市場に頼ることができないときだけに fair use の認定を限定しなくてはならないので、避けて通れない問題である^{*35}。

この点は、新しい技術に関して特に重要である。新しい技術により、著作物の新しい利用が可能となったとき、市場のメカニズムは発展するのに時間がかかる。利用の初期段階では、利用者が利用の許諾を得るためのコスト、あるいは著作権者が料金を支払わない利用者に対してエンフォースメントを求めるためのコスト等の取引費用は、当事者が取引から期待できるいかなる利益をも超えるかもしれない。それゆえ、利用者が許諾なしに利用を行う慣習が発展するかもしれない。けれども、利用の量が増大するにつれ、著作権者は権利処理施設としての市場装置のような、集金やエンフォースメントのメカニズムを望むだろう。利用者には市場装置を通すよう促すためには、以前は数が少なく自由とされていたにせよ、対価の支払われていない利用が著作権侵害にあたるとの司法の宣言を著作権者が必要とするのもっともである^{*36}。

新しい技術は、ある著作物をより価値あるものにする。侵害が認定されれば治癒可能である市場の失敗が存在することを理由に著作権保護を否定すると、新しい技術の利用に伴ったかもしれない追加的な収入が著作権

*30 *Id.* at 1615.

*31 *Id.* at 1618.

*32 *Id.* at 1618.

*33 *Id.* at 1618-1619.

*34 *Id.* at 1620.

*35 *Id.* at 1620-1621.

*36 *Id.* at 1621.

者に生じない。新しい技術による著作物の追加的価値が著作権者の収益に反映されないと、創作に不十分な資源しか流れないことになるかもしれない。追加的な報酬は、創作の方向を望ましい方に変化させる可能性がある。このような反応のための刺激を与えることは著作権法の基本目的である^{*37}。

2. Williams & Wilkins 判決の分析

Williams & Wilkins 判決は、もし複写が行われなくなれば、複写により可能となる価値ある医療利用のための十分な市場が形成されないことになると考え、雑誌の利用可能性を問題としたけれども、これは有料複写市場が発展しないときだけ問題となるはずである。なぜ著作権侵害が認定されれば複写が利用可能でなくなると考えたのか、明らかではない^{*38}。

複写が途絶えるだろうという多数意見の仮定は、高い取引費用による市場の失敗によるものかもしれない。もし複製を望む個人が著作権者と取引引きすることを求められるならば、費用と取引の不便性ゆえ、多くの利用者が利用できなくなるだろう。もし一般に行われている取引形態が唯一利用可能なものならば、著作権侵害の認定により、市場が形成されずに複製が行われなくなるかもしれない^{*39}。

しかし、一般に行われている一対一の取引が唯一の選択肢ではない。原告ら自身も、著作権を及ぼすことが複製の継続を妨げるわけではないと主張していた。ライセンスロイヤリティシステムあるいはクリアリングハウスの設定により、取引費用が耐えられるレベルまで減少され、その結果原告は対価を得ることができ、被告は著作物の利用を行うことができる、との議論がなされていた。反対意見の Cowen 主判事もこの立場に立ち、合理的なロイヤリティがライセンスにより支払われるか、クリアリングハウスの方法によるか、それらのコンビネーションのいずれかによって、複製における市場が侵害の判断の後に存在すると論じた^{*40}。

多数意見はこれらの可能性のある市場の治癒を考慮しなかった。原告が提案するライセンス計画が実現可能か、クリアリングハウスシステムが立法行為なしに開発されるか、もしそうだとすればそれが望ましいかを疑い、ライセンスへの原告の意図を考慮することを否定した^{*41}。

要するに多数意見は、もし侵害が認定されれば、価値のある利用が行われなくなる、あるいは少なくとも、社会的に価値のある情報を含む著作物を配布するために適した市場が望ましい程度まで発展しない、といった高いリスクが存在するという不確実な仮定を判示の前提としていた^{*42}。

侵害の認定により医療科学が受ける損害と、fair use の認定により出版社が被る損害とのバランスを衡量し、出版社が「深刻で不利な影響」を受けていなかったと結論して実質的損害のテストをしているので、多数意見の費用・便益アプローチは、大枠において本稿が提示するパターンにしている^{*43}。

しかし、多数意見のアプローチにはいくつか欠点がある^{*44}。

多数意見は、バランスの衡量においてまず、被告の利用が公益に資するか否かの判断をし、侵害が認定されるとこの利益がいかにかに損なわれるかを検証した。けれども先に述べたように実際に複製が行われなくなるかは確かではなく、ロイヤリティ契約のもとで複製が継続されるという可能性を考慮しないことで、医療への影響が誇張されることになった。

また、多数意見は、仮定されるロイヤリティ収入の損失によって原告の損害を測定することは、原告がロイヤリティを発行する権利を持っていると必然的に仮定するものであり、被告の行為が「fair use」ではないと最初に判断されることが必要であるとして、潜在的な複製ロイヤリティ収入を原告の損害の評価に含めることを拒絶した^{*45}。

それとは反対に、本稿で提示する fair use への経済的アプローチは、著作権者は通常、制定法で保護されているカテゴリーの範囲内の著作物の実

*37 *Id.* at 1621-1622.

*38 *Id.* at 1648 (quoting *Williams & Wilkins*, 487 F.2d at 1356-1357).

*39 *Id.* at 1648-1649.

*40 *Id.* at 1649 (quoting *Williams & Wilkins*, 487 F.2d at 1371).

*41 *Id.* at 1649 (quoting *Williams & Wilkins*, 487 F.2d at 1360).

*42 *Id.* at 1650.

*43 *Id.* at 1650.

*44 *Id.* at 1650.

*45 *Id.* at 1651 (quoting *Williams & Wilkins*, 487 F.2d at 1357).

質的な利用全てに関する収益を受ける権利を有するという前提からスタートする。著作権者への公正と経済的効率性から、著作権の行使が認められるならば市場で被っていたであろう収入の損失が考慮されるべきである。もし侵害の認定の後で市場が完全には失敗しないならば、原告は著作物を少なくともある程度まで販売することによって公益に奉仕することができるだろう。もしこのような収入が十分な量で可能ならば、それらの存在・不存在は、著作権者のインセンティブ及び創作のパターンに重大な影響を与えうる。このような潜在的収入の考慮を否定することは、多くの原告に耐え難い不安を負わせることであり、fair use を認めた後に生じるかもしれない実質的損害を証明することを不可能にさせる^{*46}。

3. 外部性、金銭化不可能な利益による市場の失敗

教育や学問は、教養のある市民の育成、知識の発展による社会的利益等の「外部利益」を生み出しうる。よって、著作物の利用契約を結ぶ当事者の費用と便益が社会的利益と一致せず、その結果、社会的に望ましい取引を促進するためのメカニズムとしての市場に頼ることはできない^{*47}。

このように、外部利益の存在するケースでは、市場が新しい著作物の創造によって実現される価値を見積もることができないので、著作物の潜在的利用者は、許諾を得ることができない。このこと自体は fair use を正当化しないけれども、市場に頼る社会的コストが受け容れられないほど高いかどうかを調査すべきというシグナルにはなるかもしれない。したがって、107条が、fair use と認められるかもしれないものとして、教育、学問、研究のような、潜在的に正の外部性を示す利用を列挙していることは驚くことではない^{*48}。

市場を信用できないという状況は、被告の活動が、容易に金銭化されない社会的利益を含む場合も引き起こされる。被告の利用が、公共の知識、政治議論、人間の健康等の社会的価値に寄与するとき、金銭でその社会的価値を表わすのは困難であろう。特に、憲法上の価値は市場で十分な対価

を受けることが少なく、また、たとえ十分な対価が支払われるとしても、それらに「価格」をつけようとする自体やっかいである。したがって、修正第一条（信教、言論、出版及び集会の自由）が関係するとき fair use が認められるべきであると提案されてきた^{*49}。

ここで扱われているのは、完全市場の状況が失敗しているという意味の、伝統的な市場の失敗だけでなく、経済的「価値」の基準自体が損なわれているという裁判所の認識でもある。しかし、著作権法を収入再配分の装置として、価値最大化の外観のもとに、貧しいけれども価値ある利用を行う者を援助するための税を著作権者に課すことにならないよう、気をつけなくてはならない^{*50}。

IV. Copyright Clearance Center の設立と発展

Williams & Wilkins 判決が出された後、Copyright Clearance Center (CCC) という著作権の集中管理による許諾システムが創設された。この CCC の存在が、後の Texaco 判決で大きな意味を持つようになってくる。

1. 設立の経緯

1975年、合衆国著作権法の改正作業を進めていた上院の司法委員会は、その審議報告の中で、「新著作権法で許容される範囲を超えて、図書館等で複写業務を行う場合には、その著作権処理を適正に行える集中的なシステムを作ることが望ましい」旨の勧告を行った^{*51}。この勧告を受け、著作権者及び出版社の団体が、利用者である図書館や情報センターとも話し合い、1977年、著作物利用者から使用料を徴収する機関である (Copyright

*46 *Id.* at 1651-1652.

*47 *Id.* at 1630.

*48 *Id.* at 1631

*49 *Id.* at 1631-1632 (quoting e.g. *Keep Thomson Governor Comm. v. Citizens for Gallen Comm.*, 457 F.Supp. 957, at 959-60 (D.N.H. 1978); *Denicola, Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, 67 CALIF. L. REV. 283(1979) n. 39) .

*50 *Id.* at 1632.

*51 文化庁『著作権の集中処理に関する調査研究協力者会議中間まとめ 一複写問題一』(1983年) 10頁。

Clearance Center : CCC) を設立し、1978年、新著作権法施行と同時に業務を開始した^{*52}。CCC は民間の非営利法人であって、著作権の集中的管理について特別な法律の規制を受けてはいない^{*53}。

2. 著作権処理の方法

CCC は、著作者から権利の譲渡を受けて著作権を有している出版社から権利の委託を受け、著作物利用者から使用料を徴収して出版社に分配する^{*54}。その手順は以下のようになっている。

出版社は、その社名・出版物名・その出版物に掲載された著作物の使用料金を登録する。CCC に登録した出版者は、刊行する出版物の巻頭または発行人覧の近くに、使用料を支払えば複写を許諾するという内容の文章とともに所定の使用料コードを印刷する^{*55}。

著作物利用者は、その機関名・担当者名等を登録し、CCC に登録されている出版物に掲載されている論文等の複写に関し、通常各月毎に複写実績の報告を行い、その報告に基づいて使用料を支払う (Transactional Reporting System : 複製毎のライセンス)。1983年からは、複写物の需要の多い企業等の団体向けに、包括的な使用料支払制度が導入され、この方法を選択すると、当該企業等で行われる一定期間 (90日) の複写実績から算出された年間使用料を支払えばよく、複写実績を報告する事務的負担が軽減される (Annual Authorization Service : 包括ライセンス)^{*56}。

CCC が徴収した使用料は、管理手数料を差し引かれた後、著作物利用者から報告された複写実績に基づき、複写頻度に応じて出版社に配分される^{*57}。

*52 文化庁・前掲10頁。

*53 文化庁・前掲11頁。Paul Goldstein, COPYRIGHT (1998) § 5.2.3.

*54 文化庁・前掲11-13頁。Goldstein, *Id.* § 5.2.3.

*55 文化庁・前掲11-12頁。Goldstein, *Id.* § 5.2.3.

*56 文化庁・前掲11-12頁。Goldstein, *Id.* § 5.2.3.

*57 文化庁・前掲13頁。Goldstein, *Id.* § 5.2.3.

3. CCC の発展

次に紹介する Texaco 事件において、企業の科学研究者が行う科学雑誌論文の複製が、出版社の許諾料収入に実質的損害を与えており著作権侵害にあたることの判決が出されたことで、その事件を静観してきた潜在的ライセンスラーも CCC と契約するに至り、今では350以上の企業が包括ライセンスに合意している。1999年8月の CCC 加入者への手紙において、CCC は1993年のロイヤリティの支払いが、前年比約3倍の1700万ドルを超える見込みであり、ライセンスで利用可能な CCC ライブラリーは、8600を超える海外・国内出版社により出版される150万の雑誌・書籍・ニュースレターから構成されている^{*58}。

V. Texaco 事件

1985年、CCC の複製毎のライセンス (Transactional Reporting Service) に加入している企業 Texaco に対し、実質的に複製の数を少なく報告していたとして、出版社から著作権侵害訴訟が提起された。その事案は、NLM や NIH のように Texaco も雇用者の利用のため雑誌論文の一部コピーしており、複製の利用者は研究者であったこと、出版社は論文の著作者に対価を支払っていなかったこと、問題となった著作物はしばしば fair use が認められる科学的・事実的著作物であったこと等、出版社側が敗訴した Williams & Wilkins 事件との共通点が多くあった。しかし、Williams & Wilkins 事件と異なり、NIH や NLM は研究機関あるいは図書館であったが Texaco は営利企業であること、そして、ライセンスにおけるロイヤリティ収入が失われた証明として CCC の許諾料をあげられること、という有利な事情が出版社側にあった^{*59}。その結果、地裁は Texaco による複製が fair use に該当せず著作権を侵害するものであると判断し^{*60}、fair use に関する中間上訴 (interlocutory appeal) の控訴審において第二巡回裁判所も、fair use で

*58 Paul Goldstein, COPYRIGHT'S HIGHWAY (1994) at 223.

*59 *Id.* at 221-222.

*60 American Geophysical Union v. Texaco, Inc., 802 F. Supp. 1 (D.N.Y., 1992).

ないと判断して原判決を維持した*61（この事件は、控訴審判決の後、和解が成立したようである*62）。

1. 事実の概要

Texaco は、400から500人の研究者を雇い、主に石油産業における商業的功績を向上させるために新しい製品や技術の科学的研究を行っている企業である。American Geophysical Union 他の科学・技術雑誌の出版社は、Texaco に対し、Texaco が雇っている研究科学者による雑誌論文の複写が著作権侵害になるとして、集団訴訟を提起した。Texaco は、複製行為が著作権法107条の fair use に当たると主張した。

当事者らは、複製実施状況の調査の費用を節約するため、無作為に Beacon 研究施設の科学技術者 Chickering を代表として選出し、事実審理で考慮すべき事柄として彼のファイルから雑誌 Catalysis の八つの特定の論文の複製物を選択した。

Texaco は、Beacon 施設における研究活動を支援するため、多数の科学・技術雑誌を予約購読し、それらの資料を相当の大きさの図書館に保存している。Beacon 施設において Catalysis は1988年以降三冊（それ以前は一冊、あるいは二冊）予約購読されている。

Beacon 研究施設の化学技術者である Chickering は、Catalysis の原本が彼

*61 *Texaco*, 60 F. 3d 913. ゴーマン他・前掲注(6)725-745頁に紹介がある（訂正される前の判決のサイテーションが示されている）。

なお、多数意見においては、本件で差止めが請求されていないことが特筆されており、侵害の救済を差止めではなく損害賠償に止めるという形で裁判所によるライセンス強制を実現することが妥当なケースであることが示唆されている（*Id.* at 932 n.19）。

*62 1995年5月、被告による裁量上告の申立てと全員法廷での再審理の申立ての結果を待っている間に（その後、裁量上訴は否定されている（*Texaco v. American Geophysical Union*, 116 S.Ct. 592））、当事者が和解を発表した。ある新聞報道によると、Texaco は侵害を認めなかったものの、7桁の和解金と過去の分の CCC へのライセンス料の支払いに同意し、さらに先の5年間、年間包括ライセンスを CCC と結ぶことになったようである（William Patry, *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.: Copyright and Corporate Photocopying*, 61 BROOKLYN L. REV. 429, at 451）。

の所に回覧されてきたときと、他の論文への参照を見たときに各論文について知り、必要になったときに利用できるように自己のファイルに複写物を保管した。

2. 多数意見

(1) 争点の本質

科学論文の複製が fair use にあたるかという広範な問題、あるいは自己の研究に従事する研究者による研究者による論文の複製が fair use にあたるかというわずかに限定された問題を取り扱うのではなく、Chickering の例に代表されるような、400から500人の科学者による Texaco の制度的 (institutional)・組織的(systematic)な複製が fair use にあたるかを考える*63。

(2) 第一の要素：利用の目的と性質

① 第一の要素の結論

複製された八つの論文のうち、六つについて Chickering は図書館から雑誌が回覧されてきたときにそれらの論文に気がつき、参照したい度に図書館へ行かなくても利用できるよという「個人的な利便」のために複製した。他の二つの論文に関しても、回覧されたかは明らかでないものの、Chickering の部屋の蔵書への追加の目的であったことは明らかである。これらの Chickering が行った八つの論文のコピーは、Texaco が追加的に雑誌を購入することなく、科学者に各論文の自分用のコピーを与えることを主な目的とする「記録保管 (archival)」目的の複製といえるだろう。記録保管的な複製が全て fair use にあたらないというわけではないが、この事案においては、Chickering の部屋の棚におかれることになる複製物を作成することが、対価の支払いを避け、利用可能な複製物を増やすための複製を研究者に促す組織的プロセスの一部であるので、第一の要素は Texaco に不利に傾く*64。

② 商業的利用に関する Texaco の主張について

*63 *Texaco*, 60 F.3d 913 at 916.

*64 *Id.* at 918-920.

Texaco が商業的利益のための研究を行っている営利企業であるという事実を地裁が不当に強調したと Texaco は主張する。確かに、複製の商業的動機を過度に強調すると、あまりに制限的に fair use を解釈することになってしまうが、他の要素とともに、著作物の利用から得た価値を裁判所は考慮すべきであり、(広く公衆に与えられる利益を排除するがゆえに) 二次の利用者が受ける私的な経済的報酬が大きくなるほど、利用は公正であると認められにくくなる^{*65}。

Texaco の複製は、Chickering の研究の促進に役立っており、広く公的な目的に資するかもしれない目的でなされた。しかし、その複製により Texaco は少なくとも間接的な経済的利益を得ているのに、いくらかの対価を複製に対し著作権者に支払うことを避けるのがなぜ公正であるのか明らかでない^{*66}。

③ 変化的利用 (transformative use) に関する Texaco の主張について

fair use にあたるために利用が変化的あるいは生産的でなくてはならないという見解を最高裁が否定したにもかかわらず(『生産的 (productive)』利用と『非生産的 (unproductive)』利用との区別は、[利益の] バランスを測る助けになるけれども、完全な決定要因とはなり得ない^{*67})、利用が「変化的」であるかという点を地裁が不当に強調したと Texaco は主張する^{*68}。けれども、「変化的利用」という概念は、二次の利用により生み出された価値や、そのような価値が生み出される方法を評価するものであり、第一の要素の調査に適している。二次の利用が単に非変化的な複製を含む程度においては、原作品と同じ本来的目的のために用いられることが多いので、fair use の認定について限定的な正当性しか与えられない。逆に、二次の利用が何か新しいものを付け加え、更なる目的や性質の違いを有する程度において、生み出される価値は原作品に本来備えられた価値を超え、

*65 *Id.* at 921-922.

*66 *Id.* at 922.

*67 quoting *Sony*, 464 U.S. at 455 n.40, 104 S. Ct. at 795 n.40.

*68 *Texaco*, 60 F.3d 913 at 920.

科学や技芸を促進するという著作権法の目的を促進する^{*69}。

Texaco は、複写により実験室において扱いやすい形に論文を変換させたことが変化的利用にあたる主張するが、単に原著作物である無体の論文が具体化されている有形の対象物を変換させたにすぎない。ただし、技術的には変化的利用ではないにしても、通常の形態とは異なる形式への、原著作物である雑誌論文の変換から生じる独立的価値を見落とすべきではない。そのような利益にもかかわらず、本件では複製の顕著な記録保存目的が、複製者に不利に第一の要素を傾ける^{*70}。

④ 合理的・慣習的実務に関する Texaco の主張について

Texaco が行った種類の複製は広く行われており、長い間合理的で慣行的なものと考えられてきたので、第一の要素において有利であると Texaco は主張する^{*71}。後で第四の要素について検討する複製の許諾契約の出現以前にこの議論に正当性があつたとしても、地裁が述べるように「Williams & Wilkins 事件が判断された1973年に複製行為が『合理的』とされた範囲で、複製ライセンスが存在しなかった以前にそれが正当化された理由により、それは『合理的』ではもはやなくなる^{*72}」ので、現在この議論に実質はない^{*73}。

(3) 第二の要素：著作権のある著作物の性質

複製された八つの論文は創造性も用いられているものの、支配的に事実的性質を有している(「法は一般的にフィクションやファンタジーよりも、事実的著作物を流通させる必要性がより大きなことを認識している^{*74})、第二の要素は Texaco に有利である^{*75}。

*69 *Id.* at 923.

*70 *Id.* at 923-924.

*71 *Id.* at 920.

*72 quoting *Texaco*, 802 F.Supp. at 25.

*73 *Texaco*, 60 F.3d 913 at 924.

*74 quoting *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 S.Ct. at 1175; *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. at 563, 105 S.Ct. at 2232.

*75 *Texaco*, 60 F.3d 913 at 925.

(4) 第三の要素：用いられた部分の分量と実質

論文全体の複製に焦点を当てるのではなく、雑誌刊行物のわずかな部分を複製したにすぎないことを考慮すべきであるとの Texaco の主張は、特に Catalysis が定期刊行物としてのみ販売されていることから、一見興味深い。しかし、Catalysis の八つの論文のそれぞれは、別々に著述され、別個の「著作物 (original work of authorship)」を構成している。各論文は独立して著作権保護を享受し、その著作権は著者から出版社へと移転している。侵害が主張されているのは各論文に存在する著作権であって、出版社の編集により各雑誌に存在しうる別の著作権ではない^{*76}。

Texaco は著作物全体を複製しており、このことは fair use の認定を妨げないものの、第三の要素は出版社に有利に評価される^{*77}。

また、第三の要素は二次的利用が原著作物の需要を重大に損なうかを決定するための代用的な役割を果たすにすぎないという Texaco の主張については微妙であるが、利用された著作物の量と実質性に焦点を当てることで、「複製の目的との関係で合理的であるか」を考慮に加えた利用の目的や性質について知ることができるので、fair use の解釈を進める更なる目的を果たすものと考えられる。本件では、著作物全体を複製したという事実が、複製の主な目的が個人的蔵書を設立することであったという見解を補強する^{*78}。

(5) 第四の要素：潜在的市場あるいは価値への影響

① 学問的な雑誌論文

雑誌刊行物には伝統的市場やそれによって定義づけられた価値が存在するが、個別的な雑誌論文には、伝統的市場も明確な価値も存在しない。したがって、第四の要素の分析は、市場で定まったあるいは交渉される価格を有する著作物が複製される場合に比べ、単純ではない^{*79}。

他の言語著作物の創作者と同じように雑誌論文の著作者も、自己の著作

の複製物を個人的に売るのでなく、作品を制作したり販売する業務の代わりに使用料を提供する出版社に自己の権利を売却する。しかし、学問的な科学論文といった特定分野においては、出版が著作者にとって職業的昇進あるいは名声への手段であるため（学問的環境において価値のあるものは職業的昇進や大学の終身在職権に影響を与える「評価」であり、利益は金銭で評価できない）、出版社からの見返りが、単に出版されることのみであることもしばしばである。結局、著作権保護により与えられる独占的特権やそれからの潜在的な金銭的報酬は、著作者が論文を執筆することへの動機を直接には提供せず、むしろ出版社に雑誌を製作する動機を与え、その雑誌は論文が頒布されるための方法を提供する。著作者の動機に寄与するのは、このような頒布への見込みである^{*80}。

② 追加的雑誌予約購読・バックナンバーの販売

一般的に、複合作物（雑誌）の市場性への影響は、しばしば個別的著作物（論文）の市場あるいは価値への効果と直接的に関係しているので、個別的著作物を含む複合作物の市場性への影響の調査は、個別的著作物の潜在的市場あるいは価値への影響を図る手段として有益である。けれども、学問的な科学論文については、(1)論文が依頼されることなく雑誌へ付託され、(2)出版社は論文の出版や著作権の取得に対して著作者に報酬を支払っておらず、また、(3)出版社が新しい複合作物に特定の論文を再掲載しようとしていたことを示す証拠はないので、複合作物の市場性における影響が、個別的の市場あるいは価値への影響と明らかには関係していない^{*81}。

Texaco が行ったような複製が広く行われれば雑誌の市場性を害するという証拠も、広く行われたとしても実質的にはほとんど影響を与えないという証拠も、両当事者から示されていない。よって、追加的雑誌購読とバックナンバーの販売に関する証拠は、第四の要素がどちらかの当事者を強力に支持することはなく、雑誌予約購読のわずかな損害が、第四の要素を

*76 *Id.* at 925-926.

*77 *Id.* at 926.

*78 *Id.* at 926.

*79 *Id.* at 927.

*80 *Id.* at 927.

*81 *Id.* at 928.

わずかに出版社に有利に傾けるにすぎない*82。

③ 許諾料収入

地裁は、もし Texaco の複製が fair use として許されなければ、Texaco は(1) (出版社に使用料を支払う) 書籍配布サービスから論文を得たであろう、(2)出版社と直接に複製許諾について交渉したであろう、(3)CCC から複写許諾を得たであろうから、出版社の収入はかなり増えるとした。これに対して Texaco は、出版社が複製の許諾料を受け取る権利を有することを当然のことと決めてかかっているが、出版社が許諾料を請求できるかどうかは、まさに fair use の審理が答えるべき問題であると主張する*83。

一般問題として、著作権者が著作物を利用する他者に許諾料を要求する権利があり (106条)、第四の要素で潜在的許諾収入の影響が考慮されることには、議論の余地がない。しかし、全ての潜在的許諾収入への影響が考慮されるわけではなく、伝統的、合理的、あるいは開発されそうな市場のみが考慮されるべきである*84。

出版社は個別論文の直接販売や配布のための慣習的な市場を証明していないが、主に CCC によって利用者が自分用の複製物作成の許諾を得る実効的な市場を生み出している。Texaco 自身も CCC に許諾料を支払っていたことが明らかとなっている。許諾を得ていない利用が、実効的市場または利用への支払い方法が存在しないときに「より公正である」と考えられ、実効的市場または利用への支払い方法が存在するときに「より不公正である」とされることは、理にかなっている。循環論法の欠点は、支払いの利用可能性が fair use にとって決定的である場合のみ生じる*85。

④ 第四の要素の結論

主に許諾収入の損失のため、そしてわずかには予約購読収入の損失のため、出版社は著作物の価値への実質的損害を証明したとして、第四の要素

*82 *Id.* at 928-929.

*83 *Id.* at 929.

*84 *Id.* at 929-930.

*85 *Id.* at 930-931.

は出版社に有利と結論づける*86。

(6) 総合評価

重要な第一と第四の要素を含む成文法上の四つの要素のうち、三つが出版社に有利であると結論する。Texaco がなした Journal of Catalysis からの八つの論文の複製は fair use に該当しないと地裁の結論に賛成する*87。

3. Jacobs 判事の反対意見

(1) 結論

事件の事実によると、実験室におけるものであろうと、個人的ファイルの一部としてであろうと、科学者自身の利用のための全体的な雑誌論文の複製に関する fair use の問題が示されている。多数意見、特に、第二の要素と第三の要素の結論に大旨賛成するが、第一の要素と第四の要素、衡平法上の考慮要素、著作権法全体の目的に照らし、Chickering による論文の複製は、fair use にあたると結論づける*88。

(2) 利用の目的及び性質

Chickering による複製の直接の目的は、科学における彼の研究を容易にするためという、広く公衆の便宜に資するかもしれない目的であったとの多数意見に賛成する*89。

Chickering は Catalysis の論文の一部を公表された彼の研究で用いてはいないし、実験または調査を行う過程で直接的に複製する必要があったわけではない。それでも、他の研究者が何を考え何をなしているかを知るための複製の過程を研究と呼ぶことができる。なぜなら、科学的方法論とは、先行研究を用いて研究を行う科学者達による、計画的な共同作業の動的過程である。情報交換の組織化が効率的に行われるほど、よりスケールが大きく集約的に科学が発展するのであり、現代における効率的な科学情報

*86 *Id.* at 931.

*87 *Id.* at 931.

*88 *Id.* at 932.

*89 *Id.* at 932.

の伝達方法は、定期刊行物による情報の拡布であると考えられるからである^{*90}。

多数意見は Chickering が複製した論文をファイルしたきり利用しなかったことを強調するけれども、この事実の重要な意味は、論文が再販売されたり小売りに出されなかったということであり、このことは目的及び性質において複製が商業的でないということを強める^{*91}。

多数意見は、複製が「組織的 (systematic)」、「制度的 (institutional)」であったと随所で強調しており、本件におけるような複製と、制度的体制外における個々の研究者による雑誌論文の複製とを区別している。しかし、Chickering が働いていた制度的環境は彼のなした複製の性質を変えないし、同じ組織において複数人が同じことをしているからといって組織的になるわけではなく、個人科学者による自己の研究に有用な論文の選択は組織的複製ではない。まず、研究は今日大部分が制度的な試みであり、多数意見の制度的組織への着目が射程の制限にはならない。また、多数意見は回覧リストの使用を問題としているが、論文を複製するという決定が個別の科学者によりなされたという決定的な問題を無視している。雑誌の回覧は組織的であろうとなかろうと複製ではない。一度 Texaco が出版社から予約購読冊子を受け取れば、たくさんの科学者が見られるように雑誌を企業内で回覧することは自由である^{*92}。

(3) 潜在的市場あるいは価値への影響

① 予約購読及び販売

論文の価値あるいは予約購読やバックナンバーの伝統的市場への損害を指摘できないとする多数意見に賛成する^{*93}。

企業の予約購読には通常予約購読料金の倍を請求している Catalysis の出版社にとって、Texaco の多くの科学者に Catalysis が回覧されたことは驚くことではない。出版社は、科学者が自己にとって必要なものを引用し、

*90 *Id.* at 933-934.

*91 *Id.* at 935.

*92 *Id.* at 935-936.

*93 *Id.* at 936.

私的な利用のための複製を決定することを当然と思わなくてはならない^{*94}。

② 許諾料収入

著作物の潜在的市場あるいは価値への二次的利用による影響を評価する場合、伝統的、合理的、または開拓されそうな市場における潜在的許諾収入のみが審理されるべきであるとする多数意見に賛成する。この見解は、CCC ライセンスを利用できるということが、fair use とはほとんど関係ないものであるという結論を支持するものである。CCC 計画は、伝統的でも合理的でもない。複製許諾についての通常の市場は存在しないし、そのようなものが存在すべきであるという出版社間の同意もないので、第四の要素は Texaco に有利と考える^{*95}。

許諾のない雑誌論文の複製は侵害であると多数意見は述べる。だが、(a)Texaco が予約購読しているような雑誌の30%しか CCC のライセンスでカバーされていない、(b)CCC に加入している出版物の全てが CCC のライセンスによりカバーされているわけではない、(c)CCC でカバーしている出版物の全てに著作権が取得されているわけではない。よって、CCC ライセンスが科学者に複製が合法であることを保証するわけではない^{*96}。

複製毎のライセンス (Transactional Reporting Service) の下では、利用者は複製する度に著作権調査を行う義務を負う。まず、雑誌出版社が CCC に加入しているかを定めるため、名簿を調べなくてはならない。もし CCC のメンバーであれば、その出版物が CCC 契約によりカバーされているかを調べなくてはならない。そして、何とかして、その論文について出版社が実際に著作権を有しているかを調べなくてはならない。なぜなら、政府の後援による研究である等の理由で、著作権が問題とならないような論文もたくさんあるからである。どの論文が著作権でカバーされているかを知るのほとんど不可能であり、専門家でさえこのような判断に困難を覚えるのであるから、このライセンス計画は、知的財産弁護士を各複製機に配置することを要求するようなものである。そして、論文が CCC でカバー

*94 *Id.* at 936.

*95 *Id.* at 936-937.

*96 *Id.* at 937.

されている場合、複製者は、日付、出版物の名称、出版社、論文の題名と著作者、複製した頁数を記録しなくてはならない^{*97}。

取引費用だけを考えても、利用者は包括的ライセンスを強要されることになる。しかし、もし許諾料の市場を考慮しなくても fair use の要素のうち三つが出版社に有利であるならば、包括的ライセンスは Texaco に安全な避難所を提供するわけではない。個々の出版社は、この判決の多数意見により与えられた著作権を保持することも、別の条件で別のライセンスを結ぶ交渉をすることも、抜き刷りを販売することも、ライセンスを完全に拒絶することも自由である。各出版社のライセンスする権利が、CCC に加入しているか否かに依存させられない限り、完全な市場の失敗が始まる。すなわち、何千もの科学出版社が存在するので、利用者が許諾料について個人的におびたしい数の出版社と交渉することはできない^{*98}。

CCC は機能的でないし、市場も存在しない。たとえ CCC が機能的である、あるいは機能的になるとしても、CCC の包括的ライセンスを持つ者が CCC のメンバーでないところから出版された雑誌論文の複製について免責されることはなく、そのような論文について「公正な使用のための実効的な市場あるいは方法」は存在しないことになる。出版社がライセンスしていない雑誌について、利用者は(a)どの出版物がこの範囲にあるのかを調べ、手書きで複製するか、タイプで打つか、部分的に複写するか、あるいは(b)この判決の多数意見による fair use 理論を機能しないものとして無視するだろう。どちらの選択も科学研究に奉仕しないし、著作権を尊重するものでもない。慣習的方法、すなわち著作権者が意図する方法で雑誌が利用される場合、知的財産弁護士等でなくては果たせないような負担を利用者が負うべきではない^{*99}。

③ 第四の要素の結論

第四の要素は決定的に Texaco に有利である。なぜなら、雑誌予約購読や販売からの出版収入への損害は、容易に評価できるものでないからである。また、出版社は二倍の予約購読料を請求することで、企業から追加的

*97 *Id.* at 937.

*98 *Id.* at 937.

*99 *Id.* at 938-939.

な収入を得ているし、ライセンス市場も実現されていないからである^{*100}。

(4) 衡平法上の考慮要素

fair use 理論は「衡平法上の合理性のルール」^{*101}である。107条の四つの要素のリストは完全でも排他的でもない。衡平法上のルールの目的は、「法が促進することになっている創作を抑制するような場合に、著作権法の硬直的な適用を避けること」^{*102}である^{*103}。

著作物の合理的な利用の禁止は、後続の著作者が先行作品を改良することを抑制してしまう。fair use 理論は、著作者が作品を公衆の利用に開放する場合の合理的かつ慣習的な利用に対する著作者の黙示の同意を基礎に持つものである^{*104}。

議会が促進しようとしているような創作をする人々の fair use への期待に関する唯一の証拠は、著作、考え、名声を広めるために、著作権を放棄したという事実である。出版社は著作者の論文を出版する対価を著作者に支払っていない。著作者は、名誉、地位、財産、終身在職権を得るために出版するが、直接的な金銭的利益を望んではない。すなわち、著作権制度が科学論文の印刷出版と拡布に関する十分な収入を保証する限り、著作権収入のレベルは、著作権法が促進しようとしている創作行為を著作者に行わせるインセンティブとは関係しない^{*105}。

CCC のライセンス料は、確かに著作権者である出版社にとって有益であるが、この追加的な収入が科学的創作を促進するかということは議論されてこなかった。Kapitza によると、「10から15年ごとに雑誌の数は倍になり、今では200000という数に達している」^{*106}。このように、販売や予約購読により雑誌数は指数的に増加しており、現時点では雑誌出版に適したイ

*100 *Id.* at 939.

*101 quoting *Sony*, 464 U.S. 417, 448 & n. 31, 104 S.Ct. 774, 78 L.Ed.2d 574 (1984).

*102 quoting *Harper & Row*, 417 U.S. at 550 n. 3, 105 S.Ct. at 2225 n. 3.

*103 *Texaco*, 60 F.3d 913 at 939.

*104 *Id.* at 939.

*105 *Id.* at 939-940.

*106 Peter L. Kapitza, EXPERIMENT, THEORY, PRACTICE (1980) at 174.

ンセンティヴが公正な報酬を保証していることを示している*107。

科学者のような著作者は、使用料よりも、自己の著作物の広い普及に関心を持っている。多数意見の判示は、科学者が雑誌論文を調べたり、保存したり、利用するための費用、時間、労力を増加させ、著作者が出版から得ようとする唯一の報酬を減少させることになるだろう*108。

著作権法の目的とするところは、著作権者への経済的利益の最大化を保証することではなく、著作者に公正な報酬を確保する一方、著作物を利用して創作することを許容することで、競合する利益のバランスをとることである。Chickering の複製は創作活動の一端であるので、彼による自己の研究調査を補助するための論文の複製は、fair use にあたると結論する*109。

*107 *Texaco*, 60 F.3d 913 at 940.

*108 *Id.* at 940-941.

*109 *Id.* at 941.