

中核制度の柔軟化—欧州著作権法の開放

Jonathan GRIFFITHS

城所 岩生(訳)

要約： 著作権の限界と制限の分野における欧州連合の立法的イニシアティブによって、それまで加盟国に与えられていた政策上の自由度が大幅に制約されてしまった。著作権法は、自由に認められる行為の範囲を拡張することが、ますます難しくなっており、そうした拡張が、社会的、技術的な状況の変化に対する適切な対応であると認められるような場合ですら、拡張を認めない傾向にある。本論文はその原因を概観し、解決策を提案する。一つの解決案は、合衆国著作権法第107条に類似した、オープンかつ要素ベースのモデルの採用である。それはもっと真剣に検討されるべきであるにもかかわらず、検討されてこなかった。フェア・ユースのパラダイムは、過度に予測不可能である、国際法に違反する、また／あるいは文化的に異質である、との理由で拒否されてきた。本論文は、直近のフェア・ユース研究にもとづいて、これらの欠点が誇張されていること、ヨーロッパのフェア・ユース・モデル開発のもたらす可能性は検討に値すること、を指摘する。

キーワード： 著作権、制限、限界、スリー・ステップ・テスト、フェア・ユース、Wittem グループ

©2010 ジョナサン・グリフィス

本論文は Digital Peer Publishing Licence (DPPL) の条件にもとづいて電子的に頒布し、ダウンロードできる。ライセンスされた論文のコピーは <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-en8> から入手できる。

推奨される引用： Jonathan Griffiths, “Unsticking the centre-piece—the liberation of European copyright law?” [2010] 1 JIPITEC 87, para 1.

はじめに

1. 本論文は、「コモンズ、ユーザー、サービス・プロバイダー」会議での発表論文をもとにしている。*Journal of Intellectual Property Information Technology and e-Commerce*¹ が創刊された会議である。論文は、「制限：著作権の中核規定の硬直化」というタイトルで発表された。この衝撃的なイメージは、以前には十分な潤滑油の働きによって、自由に移動していた平衡維持のメカニズムが、現在では停止し、一箇所に固定されてしまったことを示唆する。この示唆は、ヨーロッパの著作権法の限界と制限についての現状を、正確に表現する比喩のように思われる。それまで、加盟国に認められていた柔軟性が著しく制限され、著作権法が自由に許容される行為の範囲を少しでも拡張することすら難しくなっている。そうした拡張が社会的・技術的な変化に対応するのに適当であると考えられる場合でも、不可能になっている。本論文は、この問題について、広く認識されている原因を概観し、いくつかの解決策を提案する。一つの解決策は、合衆国著作権法第107条に類似した、オープンかつ要素ベースのモデルの採用である。それはもっと真剣に検討されるべきであるにもかかわらず、検討されてこなかった。フェア・ユースのパラダイムは、過度に予測不可能である、国際法に違反する、また／あるいは文化的に異質である、との理由で拒否されてきた。本論文はこれらの欠点が誇張されていることを指摘する。

訳注：原文は各国法で使われている exceptions, limitations, permitted acts, defenses という用語を exceptions で代表させている（注3参照）。このため、exceptions が頻出するが、limitations もまれに使われている。日本の著作権法は、第2章第3節第5款を「著作権の制限」にあてているように、「制限」という言葉は使っているが、「例外」という言葉は使っていない。このため、和訳は日本法に合わせて、exception を（「例外」ではなく）「制限」、limitation を「限界」とした。

¹ Institut für Rechtsinformatik, Leibniz Universität Hannover, March 17-18, 2010.

A. 問題—中核制度の硬直化

2. アキ・コミュニテール² (the *acquis communautaire*, 訳注：EU 法体系の総体) によって確立された制限システム³ に対しては、多くの批判がある。情報社会指令 (Information Society Directive⁴) の中に条文化された法律には、特に強い批判がある。指令はよく知られているように、一連の広義に定義された権利⁵ を設定し、それらの権利を制限できる場合を列挙している。制限は数こそ多いが、オプションで、制限を採用する

² Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, Arts 5, 6; Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified by Directive 2006/115/EC) Art 10; Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, Art 6; Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Arts 5, 6(4).

³ 本論文においては、「制限 (exceptions)」という用語は各国の国内法で「制限 (exceptions)」、「限界 (limitations)」、「許可された行為 (permitted acts)」、「抗弁 (defenses)」などの様々な規定を指す。この用語の選択によって、「制限」を、作家や著作権保有者の権利に対する厳密に限定された「制限的な」侵入 (incursions) であると解釈するアプローチを選択していることを示す意図はない。この点についての命名慣行および政治力学の議論に関しては、see A Kur, “Of Oceans, Islands and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test?” in *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series* No. 08-04 (available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1317707>).

⁴ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (“Information Society Directive”).

⁵ 排他的権利の範囲が拡張されたとの意見については、see, for example, J Litman, “Billowing White Goo” [2008] *Columbia Journal of Law & the Arts* 587; M Senftleben, “Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law – the Need for Horizontal Fair Use Defenses” in *Horizontal Issues in Intellectual Property Law: Uncovering the Matrix*, ed A Kur (Edward Elgar, 2010) 6-7. しかしながら、cf J Ginsburg, “Recent Developments in US Copyright Law – Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the Ebb?” [2009] *Revue Internationale du Droit d’Auteur*.

には「スリー・ステップ・テスト」を満たす必要がある。⁶ さらに、制限を禁止する契約および／あるいは技術的方法を採用することによって、制限を無効にすることもできる。Lucie Guibault は、JIPITEC の本号掲載の論文で、情報社会指令の策定過程で、立法者が下した判断がもたらす否定的な影響を明らかにしている。Guibault は特に、「閉鎖的な」制限を余すところなく列挙した結果、陳腐化する傾向が避けられないとしている。⁷ Martin Senftleben は、加盟国の裁判所が「スリー・ステップ・テスト」を直接適用することによって、このスキームの否定的な側面が強調され、柔軟性も法的安定性もない著作権システム、端的に言えば、「最悪のケース」を生み出していると指摘している。⁸

訳注：ベルヌ条約第9条第2項は、複製権について、スリー・ステップ・テストと呼ばれる3要件(特別の場合について、著作物の通常の利用を妨げず、その作者の正当な利益を不当に害しないこと)を満たせば、国内法令で制限規定を定めることを認めている。

3. これは厳しい現実である。にもかかわらず、事態はさらに悪化している。理想的には、裁判所がこの立法の潜在的な短所を緩和することも考えられる。たとえば、欧州連合の法制度のもとで許される制限は、適当と認められる場合(たとえば、ユーザーの基本的な権利を考慮する場合、および／あるいは技術の発展を促進する場合)には広義に解釈すること、あるいは、指令第5条(5)にもとづく「スリー・ステップ・テスト」の

⁶ See, Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (“Computer Programs Directive”), Art 6(3); Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified by Directive 2006/115/EC) (“Rental Right Directive”), Art 10(3); Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (“Database Directive”), Art 6(3); Information Society Directive, Art 5(5).

⁷ L Guibault, “Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations in Copyright under Directive 2001/29/EC” [2010] 1 JIPITEC 55.

⁸ M Senftleben, “The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation” [2010] 1 JIPITEC 67.

適用は、各国の立法者のみに向けられたものであると解釈すること、が考えられる。しかし、*Infopaq International A/S v. Danske Dagblades* 判決⁹ は、逆に欧州著作権法の中核規定をこれまで以上に硬直化させる方向に走らせてしまったようである。

4. *Infopaq* 事件では、被告のメディア・モニター代理店は、デンマークの新聞から選んだ記事を要約して、顧客に提供した。代理店は、選んだ記事全体をスキャンして一時的に保存し、記事の一部については恒久的に保存するプロセスを自動化していた。裁判所が検討した主な論点は；(i)「全体または一部の複製」(第2条)の概念をどう解釈するか、(ii)著作物の一時的複製の抗弁が被告に適用できるかどうか、であった。判決は著作権法専門弁護士にとって、重要な意味を持ち、この二つの論点を越えたインパクトを持っている。あらゆる形態の著作物に適用される「創作性」の基準と、判決を間接的にどのように調和するかに関心が集まった。¹⁰ しかしながら、われわれがここで懸念するのは、(i)第5条に規定された制限と限界をどう解釈するか、および、(ii)「(一部の)複製」に当たるか否かが指令にもとづいてどのように判断されるか、について裁判所が確立した一般的なアプローチである。¹¹

5. 制限に関しては、裁判所は以下のように述べる：

「…指令が定めた一般原則から逸脱する指令の条項は、厳格に解釈され

⁹ *Infopaq International AS v. Danske Dagblades Forening* (C-5/08), 16th July 2009 (ECJ) [2009] ECDR 16.

¹⁰ See, for example, E Derclaye, “*International A/S v. Danske Dagblades Forening* (C-5/8): Wonderful or Worrisome? The Impact of the ECJ Ruling in *Infopaq* on UK Copyright Law” [2010] EIPR 2010 247; M Handig, “*Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening* (C-5/08): is the term ‘work’ of the CDPA 1988 in line with the European Directives?” [2010] EIPR 53.

¹¹ On (ii), see J Pila, “An Australian Copyright Revolution and its Relevance for UK Jurisprudence: *IceTV* in the light of *Infopaq*” [2010] *Oxford University Commonwealth Law Journal* (forthcoming).

なければならない…」¹²

6. この事件では、指令により認められた権利は「一般的原則」であること、その結果、制限は狭く解釈されなければならないこと、が示された。裁判所はまた、この解釈が、制限を「第5条(5)に照らして解釈する」必要性によって支持されていると主張する。¹³ この解釈は、一部の加盟国が伝統的に採用してきた制限を狭く解釈する原則を一般化し、その結果、明らかな問題を提起する。まず、基本的な問題として、著作権法の重要な側面を、指令自体に含まれていないにもかかわらず密かに調整することは、民主主義に反する。ヨーロッパの一部の国では、現在まで、まったく異なる解釈がされてきた。¹⁴ これらの手続的な問題に加えて、この判決には実態的な反対も多い。制限がユーザーまたは市民の基本的権利（たとえば、ニュース報道、パロディーまたは引用）にもとづいている場合、狭義の解釈は適切とは思われないとする反対である。¹⁵ しかしながら、より一般的には、そうした教条的なアプローチは賢明であるとは思われない。著作権法が規制する状況は多様であり、段階的な解決策が必要である。伝統的な環境のもとでは、高度の創造性を主張する著者の利益は一般的に支持されていた。そうした状況下で開発された規則は、権利が拡散し、重複する現在の状況下では、適切なものとは思われない。「著作者人格権」の伝統を持つ国の裁判所の判決でも、この結論が認められている。¹⁶ 技術状況が急速に変化している現状において、いかなる状況においても、紛争の一方当事者に有利な状況をあらかじめ作り出すことは無謀に思われる。

¹² [2009] ECDR 16, para 56.

¹³ Ibid, para 58.

¹⁴ See, for example, *Pro Sieben Media v. Carlton UK Television* [1999] FSR 610 (CA, United Kingdom).

¹⁵ C Geiger, “Implementing an international instrument for interpreting copyright limitations and exceptions” [2009] IIC 627.

¹⁶ See, for example, *Bild-Kunst v. Focus* [2005] ECDR 6 (BGH, Federal Supreme Court, Germany), para 10.

7. 裁判所が、この判決を支持するために「スリー・ステップ・テスト」に依拠したのは誤りである。それは、法制度のメカニズムを大きく異なる機能と混同させてしまう。¹⁷ ベルヌ条約および TRIPS 協定における「スリー・ステップ・テスト」の機能は、その条件に適合しない制限を導入する各国の立法者の権限を抑制することにある。¹⁸ 情報社会指令第5条(5)にもとづけば、この役割は裁判官が「テスト」を満たさない方法で、制限を「適用する」のを阻止することにまで拡張されたという議論もありうる。¹⁹ にもかかわらず、この拡張された役割においても、その機能は、制限を著作権保有者に有利に解釈する場合に、裁判所に義務づけられている狭義解釈の原則と同じではない。「スリー・ステップ・テスト」のどのバージョンの草案作成時にも、テストにこの拡張された役割を課そうとしたとする指摘はない。

8. *Infopaq* 判決は、狭義解釈のルールを設定したことによって、本論文の最初に概観した困難を増幅させたように思われる。²⁰ しかしながら、否定的な影響はそれにとどまらない。被告が作品の「全部または一部」を複製したかどうかを決める適切な方法についての裁判所の判断は、ヨーロッパの著作権システムに残されていた柔軟性を除去してしまうおそれがある。この点について裁判所は次のように述べる：

「保護された作品を抜粋して複製することは、抜粋部分が著者自身の知

¹⁷ R Hilty, “Declaration on the ‘Three-Step Test’: Where do we go from here?” [2010] 1 JIPITEC 83.

¹⁸ Berne Convention, Art 9(2); TRIPS Agreement, Art 13.

¹⁹ For discussion, see J Griffiths, “The ‘Three-Step Test’ in European Copyright Law – Problems & Solutions” [2009] IPQ 428.

²⁰ この観点からすると、特定のケースにおいて、各国の裁判所が制限を柔軟に適用したことが、欧州裁判所が採用した解釈と整合するかどうかは疑問である。See, for example, *Re the Supply of Photocopies of Newspaper Articles by a Public Library* [2000] ECC 237(Supreme Court, Germany); *ProLitteris v. Aargauer Zeitung AG* [2008] 39 IIC 990 (Federal Court, Switzerland); *Buren* [2005] IIC 869 (Supreme Court, France); *Dior v. Evora* [1996] NJ 682 (Supreme Court, Netherlands).

的創作を表現している場合は、指令2001/29第2条に意味する部分的複製を構成する…²¹」

9. 複製は保護された創作的な要素を含む場合にのみ侵害となる。表面的には、これは著作権専門弁護士にとって議論の余地がないようにみえる。²² 創作者による「インプット」と被告による「奪取(taking)」との関係の検討は、すべての加盟国において、侵害分析の伝統的なアプローチの一環となっている可能性はかなり高そうである。²³ しかしながら、この判決が、部分的な侵害が発生したか否かを決定する際の、唯一の適切な基準であると解釈される場合には、重大な結果を招くおそれがある。ドイツの裁判所は、「フリー・ユース」の条項を適用する際に、²⁴ 被告が「奪取」した著者の「インプット」量のみでなく、被告が作品に「追加」した量も考慮している。*Infopaq* 事件の裁判所は、侵害に対して、このアプローチを直接採用してはいないが、この判決とドイツの裁判所の採用する原則とは調和しないように思われる。この分析が正しければ、*Infopaq* 判決は、欧州著作権制度の「中核制度」をさらに硬直化してしまう。

B. 可能な解決策—中核制度の柔軟化

10. どうすれば、欧州の著作権制限システムに「均衡」²⁵と柔軟性を回復できるだろうか？ 明確な方法の一つは、既存の制限リストを審査し、起

²¹ [2009] ECDR 16, para 48.

²² ただし、作品の特定な側面に「創作性」を認めるという考えには疑問を抱く論者もいるかもしれない。

²³ たとえば、英国貴族院 (House of Lords, 訳注：最高司法機関の役割も合わせ持っている) は、*Designers Guild Ltd v. Russell Williams (Textiles) Ltd* [2000] 1 WLR 2416 事件で、ここで説明したのとまったく似通ったアプローチを採用した。

²⁴ Copyright Act 1965, Art 24.

²⁵ 知的財産法の「バランス」の比喩に対する批判については、see G Dinwoodie, “The WIPO Copyright Treaty: Transition to the Future of International Copyright Lawmaking?” [2007] *Case Western Reserve Law Review* 751; A Drassinower, “From Distribution to Dia-

草し直すことである。残念ながら、このプロジェクトには明らかな障害が多く存在する。第一に、この分野の立法過程は乱暴で、かつ遅いので有名である。第二に、加盟国の多くは、やっと最近になって、情報社会指令の要求を国内法化したばかりなので、システムの重要な見直しに再度積極的に取り組むとは考えられない。第三に、継続的な技術進歩に直面して、そうした再考察のプロセスは定期的に繰り返される必要がある。

11. システムに均衡を回復させるその他の提案もある。これらの提案は、硬直化した EU 法体系の少なくとも一側面の解決は試みている。たとえば、多くの加盟国で、契約によって制限が変更可能なことによってもたらされるシステムの不均衡を、制限の一部もしくは全部を、変更不可能なものにすることによって解決しようとする提案である。²⁶ 同様に、制限を技術的手段によって回避することに対する、より効果的な防御策の提案もされている。²⁷ また第5条(5)に条文化された「スリー・ステップ・テスト」を、より「バランスのとれた」解釈をすることによって、Senftleben が指摘した「最悪のシナリオ」を回避しようとする提案もある。²⁸

logue: Remarks on the Concept of Balance in Copyright Law” [2009] *Journal of Corporation Law* 991.

²⁶ See, for example, M van Eechoud et al, *Harmonizing European Copyright Law – the Challenges of Better Lawmaking* (Kluwer Law International, 2009) 106-109.

²⁷ See, for example, M-C Janssens, “The Issue of Exceptions: Reshaping the Keys to the Gates in the Territory of Literary, Musical and Artistic Creation” in *Research Handbook on the Future of EU copyright*, P Torremans ed (Edward Elgar, 2009) 340-344.

²⁸ C Geiger, J Griffiths & R Hilty, “Declaration on a Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ in Copyright Law” [2008] 39 IIC 707; see also C Geiger, J Griffiths & R Hilty, “Towards a Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ in Copyright Law” [2008] EIPR 489. Declaration については以下にも議論されている。H He, “Seeking a Balanced Interpretation of the Three-Step Test: an Adjusted Structure in View of Divergent Approaches” [2009] IIC 274; R Wright, “The ‘Three-Step Test’ and the Wider Public Interest: Towards a More Inclusive Interpretation” [2009] *Journal of World Intellectual Property* 600; W Patry, “The Declaration on the Three-Step Test” *The Patry Copyright Blog*,

12. 以上の提案はすべて、上記のシステム全体を硬直化させている個別の問題に対する対策である。ヨーロッパの著作権システムをより総合的に再調整する提案も数多くなされている。たとえば、法律は利用者や一般大衆の基本的な権利を認めるべきであるとする提案である。最近の権利者に焦点を当てた展開に対抗するために、表現の自由や情報およびプライバシーの自由の権利のような、強力な権利を認めるべきであるとする主張である。²⁹ これらは、重要かつ価値ある提案である。しかしながら、いずれも柔軟性の欠如という構造的な問題に対する、総合的な解決策を提供するものではない。基本的な権利の導入も、著作権法の適用について、新しい問題が発生している分野に対するガイダンスを提供するものではない。

13. しかし、構造レベルにおける変更の提案もある。たとえば、Wittem Group³⁰ は、将来における調和のイニシアティブ・モデル、あるいは参考ツールとして、ヨーロッパ著作権法典の草案を公表した。³¹ この草案では、再起草された（そして強制的な）個別の制限のリストが提案された。³² いくつかの制限は、司法府が変化する状況に柔軟に対応できるよう、比較的オープンな形で起草されている。³³ 草案はまた、以下のようなオープンな「抽象度を高めた制限」(META Exception) も含んでいる：

「列挙された使用と矛盾しないあらゆる他の使用は…次の要件を満たせ

23rd July 2008, <http://william-patry.blogspot.com/2008/07/declaration-on-three-step-test.html>; see M Ficsor, “The ‘Three-Step Test’ – *De Lege Lata* – *De Lege Ferenda*”, paper delivered at the Fordham International Intellectual Property Law and Policy Conference, Cambridge 2009, <http://iplj.net/blog/page/2/>; A Lucas, “For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test” [2010] EIPR 277.

²⁹ See, for example, C Geiger, “Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law” [2004] IIC 268.

³⁰ 欧州連合の著名な著作権学者のグループ。

³¹ www.copyrightcode.eu.

³² See Chapter 5.

³³ See, notably, Art 5.4.

ば許容される。関連した制限に対応した要件を満たすこと、その使用が作品の通常の使用に反しないこと、第三者の合法的な利益を考慮して、著者または著作権保有者の合理的な利益を不当に損なわないこと、がその要件である。」³⁴

14. 制限が、(i) 現行法の制限に適合する場合、そして、(ii) 再起草されたより制限の緩やかな「スリー・ステップ・テスト」に適合する場合、に立法者に新たな制限条項を追加することを認める提案である。以下はその根拠である：

「制限を規定する条項の章は、制限がオープン・エンドのコモン・ロー型と、制限を余すところなく列挙する成文法型を組み合わせている。一方で、同種の使用への拡大は、制限を正当化できる状況をすべて予測することは不可能であるという事実に照らすと、システムに不可欠な柔軟性を与える。他方、可能な柔軟性は二つの方法で狭められる。第一に、拡大は明示的に列挙された制限と同種の使用に限られる…したがって、列挙された制限に対して規範的な効果が授与される… 第二に、そうした同種の使用は、作品の通常の使用と相反せず、また第三者の合法的な利益も考慮しながら、著者または著作権保有者の合法的な利益を不当に損なわない。」³⁵

15. そうした規定の導入は、それによって増す柔軟性が、変化する状況に対して、比較的速やかで、釣り合いのとれた対応を認める点で意義がある。しかしながら、規定が加盟国あるいは欧州連合レベルの立法者のみに向けられた場合には、その柔軟性は、大きく損なわれる。なぜなら、利用者は依然として、動きが遅くロビー活動の激しい立法過程に依存せざるを得ないからである。

³⁴ Art 5.5.

³⁵ The Wittem Project, *European Copyright Code* 19, n 48.

16. 著作権学者の中にはさらに踏みこんで、立法府だけではなく、司法府にも柔軟な対応を求める者もいる。たとえば、現行の制限によってカバーされていないような著作物の使用を許可する権限を、裁判官にも与えるべきであるとする主張である。³⁶ ヨーロッパでは、Martin Senfleben は下記の提案をしている：

「新しいインターネット産業が発展し、その経済的可能性を有効活用するためには、著作権制限の中に十分な息抜きの余地が存在することが必要不可欠である…こうした問題を考慮すると、スリー・ステップ・テストの建設的な使用に目を向ける機は熟しているように見える。近代著作権法はテストを、制限を締めつけるために使用するのではなく、個々のケースの個別の状況に対応して、制限を制約したり、拡大したりする洗練された比較考量テストとして、使用することを推進すべきである。立法的関心への不合理な偏見と正規な使用との相克に対する、柔軟性のあるオープンな基準にもとづいたフェア・ユース・システムの採用は、スリー・ステップ・テストのより柔軟で、バランスのとれた適用への道を開く。」³⁷

17. そうしたフェア・ユース型の条項は、疑いなく既存のシステムに柔軟性を与える。しかしながら、Senfleben および同様の考えを提案する人々は、柔軟性に対する規範的な制約は、米国のフェア・ユース理論のように要素のリスト化によるよりも、「スリー・ステップ・テスト」の条件（あるいは少なくともテストの第2および第3要素、訳注：記2の訳注参

³⁶ これは比較的限定された範囲で、権利の乱用理論を強化すべきである、あるいは基本的権利はより尊重すべきである、と主張する学者に固有の視点である。

³⁷ M Senfleben, “Fair Use in the Netherlands – a Renaissance?” [2009] AMI 1, 7. See also, A Christie, “Fine-tuning the System: the Role of Limitations”, paper delivered at ATRIP Congress, 21st-23rd July, 2008; D Gervais, “Towards a New Core International Copyright Norm: the Reverse Three-Step Test” [2005] 9 *Marquette Ip Law Review* 1, 32. Most recently, see M Senfleben, “Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law – the Need for Horizontal Fair Use Defences” in *Horizontal Issues in Intellectual Property Law: Uncovering the Matrix*, ed A Kur (Edward Elgar, 2010).

照) によるべきだと主張する。それによって、「テスト」の機能を否定的な制約から、肯定的なメカニズムに修正し、「テスト」の条件と対立しないすべての使用を認めようとする。

18. 「スリー・ステップ・テスト」方式をこのような形で、採用することには明らかな利点がある。テストの要件は国際的に認められており、ヨーロッパでは、米国のフェア・ユース・モデルよりも政治的に受け入れられ易いかもしれない。しかし、筆者が別の場で論じたように、³⁸ こうした形で適用するのは問題がある。テストの元来の機能は制限であり、著作物の自由な使用を制限する役割を果たしてきた。したがって、それは、「バランス」のとれた形で適切に解釈されたとしても、欧州の著作権システムに、よりオープンな柔軟性を導入するメカニズムではない。さらに、それは規範的なガイダンスをほとんど提供しない。「テスト」は、確立された意味を持つわけではなく、各国の裁判所が適用する場合に、他の手段によって到達した結論を事後的に正当化する役割しか果たしてこなかった。

19. こうした状況下で、論者達がヨーロッパの著作権システムをより柔軟なものにするための代替案、具体的には米国モデルをベースにした、要素にもとづいたフェア・ユース理論の採用を、真剣に探求してこなかったのは不思議である。フェア・ユースは、価値ある教訓を含んでいることがしばしば指摘されており、³⁹ いくつかの国の立法者は、最近このモデルを採用しつつある。しかしながら、論者達はヨーロッパにフェア・ユース理論を全面的に導入することを明らかに避けている。⁴⁰ この躊躇は正当化されるだろうか？

³⁸ J Griffiths, “The ‘Three-Step Test’ in European Copyright Law – Problems & Solutions” [2009] IPQ 428.

³⁹ See, for example, K J Koelman, “Fixing the Three-Step Test” [2006] EIPR 407, 410.

⁴⁰ See, for example, M-C Janssens, “The Issue of Exceptions: Reshaping the Keys to the Gates in the Territory of Literary, Musical and Artistic Creation” in *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, P Torremans ed (Edward Elgar, 2009) 338.

C. フェア・ユース・モデル—予測困難性の問題

20. 米国著作権法のフェア・ユース規定はよく知られている：

第106条(著作権のある著作物に対する排他的権利)および第106A条(一定の著作者の氏名表示および同一性保持の権利)の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授(教室における複数のコピーを作成する行為を含む)、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース(コピーまたはレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む)は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

(i) 使用の目的および性質(使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的を含む)

(ii) 著作権のある著作物の性質

(iii) 著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性

(iv) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響

上記のすべての要素を考慮して公正使用が認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。⁴¹

21. 本条は、裁判官が作り出した既存の原則を条文化したもので、他の明確に規定された、「クローズな」制限と並存している。最も重要な特徴は、その「オープンさ」にある。規定に該当する使用は、余すところなく列挙されているわけではない。使用の公正さなどは列記された特定の

⁴¹ この最後のパラグラフは1992年に追加された。See Fair Use of Unpublished Works Act, Pub L No. 102-492, 106 Stat 3145 (1992); HR Rep No. 102-836, at 8 (1992).

要素を参考にして決定される。列挙されたリストそのものもそれらに限るものではない⁴²。また、様々な要素の相対的なウェイトもあらかじめ決められてはいない。この107条の規定にもとづいて、裁判所は特定の状況下における事実を考慮して、個別の事件における利害を適切にバランスすることができる。この権限にもとづいて、米国著作権法は発展する技術的状况を考慮に入れて修正されてきた。その結果、欧州著作権法を悩ましている時代遅れの状況を回避してきた。⁴³

22. もちろん、この柔軟性そのものには問題がある。オープンな要素をベースにした審査は、裁判官に十分明確なガイダンスを与えず、その結果、主観的な決定を正当化する蔽いとしての機能しか果たしていないとの指摘もある：

「裁判所は、まず使用が公正であるか否かの最終的な判定を下し、その後、4要素を可能な限り結論に適合するように調整する。したがって、基本的には、4要素は分析を促進するのではなく、むしろ、すでにある結論を掛けるための便利な釘の役割を果たしている。」⁴⁴

23. こうした意思決定のアプローチは、ある程度の予測困難性を生み出し、著作権保有者の権利を危険にさらすだけでなく、利用者の抗弁の有効性も損なうとの意見もある。利用者はその使用が公正であるかどうか確信できない場合、著作権侵害訴訟のリスクをとらない可能性もあるからである：

「フェア・ユース原則の曖昧さから、フェア・ユースの抗弁はかなり論

⁴² ただし、裁判所は列挙された4要素以外の要素は重視しない傾向がある。

⁴³ For notable examples, see *Sega Enters Ltd v. Accolade Inc* 977 F.2d 1510 (9th Cir, 1992); *Field v. Google Inc* 412 F. Supp. 2d 1106 (D Nev, 2006); *Perfect 10 v. Amazon, Inc* 487 F.3d 701 (9th Cir, 2007).

⁴⁴ D Nimmer, “Fairest of them All and Other Fairy Tales of Fair Use” [2003] 66 *Law & Contemp Probs* 263, 281.

破可能で、かつしばしば理論上の抗弁にすぎない…訴えられるリスク、あるいは訴えられた場合に争うリスクをとる、経済力のない個人や非商業的な著作物利用者にとっては特にそうである。しかし、それは、表現者の一般大衆に対する門戸の役割を果たす出版社、スタジオ、放送局、およびレコード会社が、リスク回避に走る場合にも当てはまる。著作権の安全弁としての表現の自由が、恒常的ではなく予測困難であることが、高額な訴訟費用と相まって「許諾を得るか削除する」文化を生み出している。こうした文化の中では、門戸として機能する仲介者—および彼らの間違い、ならびに保険提供者の無視—は、著作権を侵害しない場合も含め、問題発生のおそれのあるあらゆる使用に対して、利用者が使用許可を取得することを主張する。⁴⁵

24. フェア・ユース法のこの側面こそ、フェア・ユース型モデルの欧州への導入に対する最大の反対理由である。Marie-Christine Janssens は最近以下のように記した：

「クローズな制限を余すところなく列挙するシステムに代わる明確なシステムは、『フェア・ユース』システムと同種のオープンな適用基準を提供することである。それは、著作権侵害に対し柔軟な抗弁を提供し、にわか仕立て (ad hoc) の制限を認め、事案の具体的な状況を考慮する余地を与える。さらに重要なのは、それは新しい (予測できなかった) 進化にも適用できる。「フェア・ユース」は…IP 専門家でさえ解決困難な複雑な概念である。しかも、これらの要素は単なるガイドラインであり、裁判所はケース・バイ・ケースで自由に採用できる。総括すると、フェア・ユース・システムにおいて、利用者はクローズなシステム以上に、どのような使用なら許されるのかについての方向を見失っている。したがって、(賛成派が繰り返し主張しているにもかかわらず) 支配的な意見は、純粋なフェア・ユース概念の採用に反対であるが、筆者はそれが不幸であるとは思っていない。⁴⁶

⁴⁵ N Netanel, *Copyright's Paradox* (Oxford University Press, 2008) 66 (footnote omitted).

⁴⁶ M-C Janssens, “The Issue of Exceptions: Reshaping the Keys to the Gates in the Terri-

25. この「支配的な意見」はまた、次のような指摘によって支持されることもある。フェア・ユースが予測困難であることは、権利そのものに問題があるだけではなく、「スリー・ステップ・テスト」の「特別な場合について」⁴⁷ の条件 (訳注: 記 2 の訳注参照) を満たすことを妨げ、フェア・ユースの抗弁を国際著作権法の枠外に追いやってしまうとする指摘で

tory of Literary, Musical and Artistic Creation” in *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, P Torremans ed (Edward Elgar, 2009) 338 [footnotes omitted].

⁴⁷ See, for example, R Okediji, “Toward an International Fair Use Doctrine” [2000] 39 *Columbia Journal of Transnational Law* 75, 116-30; H Cohen Jehoram, “Restrictions on Copyright and Their Abuse” [2005] *EIPR* 359 (「仮に米国のフェア・ユースが TRIPs のパネルで争われたとしたら、私は封印されると思う。」 362); G Dworkin, “Copyright, The Public Interest and Freedom of Speech: A UK Copyright Lawyer’s Perspective” in *Copyright and Free Speech*, J Griffiths & U Suthersanen eds, (OUP, 2005) 153, 162 (「…通常はフリー・ユースの抗弁を意味するフェア・ユースの抗弁が、著作権者の正当な権利と衝突しないケースは考えにくい。」); R Burrell & A Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact* (Cambridge University Press, 2005); J Reichman, “Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement” [1995] 29(2) *International Lawyer* 345, 369; S Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment* (Geneva: WIPO, 2003); S Ricketson, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions* (Centre for Copyright Studies, 2003), 147-154; T Newby, “What’s Fair Here is not Fair Everywhere: Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law?” [1999] *Stanford Law Review* 1633; P Geller “Can the GATT Incorporate Berne Whole?” [1990] *EIPR* 423. 米国の TRIPs に加盟した時点で、フェア・ユースと両立するというのが米国政府の見解だった [「[TRIPs] の第13条は、ベルヌ条約の第9条(2)の適用範囲を、著作権および関連する権利に対するすべての制限に拡大することによって、WTO 加盟国が課する制限および限界を幸うじて回避した。このアプローチは著作権のある作品のフェア・ユースに関する米国著作権法第107条と一致する。」 (Uruguay Round Agreements Act, Statements of Administrative Action in Relation to Intellectual Property Rights. H R Doc 103-316, 103 Cong 2d Sess 656).]。フェア・ユースの抗弁が要求するバランス・テストを通じて、米国法がスリー・ステップ・テストを遵守しているとする論者もいる。Dan L Burk and Julie E Cohen, “Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems” [2001] 15 *Harvard Journal of Law and Technology*.

ある。⁴⁸

D. 通念に対する疑問

26. 予測困難の問題は、明らかな利点のあるフェア・ユースに対して、ヨーロッパが躊躇する最大の理由である。こうした躊躇はどこまで正当化できるだろうか？

27. この問題を考えるにあたって大事なのは、まず、完全な柔軟性を持ち、同時に完全に予測可能な原則を探求する試みは、失敗に終わる点を認識することである。この論文の冒頭で説明した硬直症に取り組もうとすれば、ある程度の予測困難性を許容することは避けられない。さらに、フェア・ユースを「最も問題の多い原則」⁴⁹とする決まり文句にも注意する

⁴⁸ フェア・ユース原則と、「テスト」が明らかに要求することとの間には、その他の緊張関係もある。たとえば、フェア・ユースの抗弁は、著作物が「通常の使用に反する」ような状況、あるいは著作物の「合法的な利益を不当に損なう」状況における使用を免責する力がある。この結果、「テスト」の第2および/あるいは第3ステップに違反するおそれがある。たとえば、WTO パネルの第2ステップの解釈によれば、制限が著作権保有者からライセンス可能な市場を奪う場合には、「テスト」に違反するとされている。もしこれが正しいとすると、フェア・ユース原則のある種の適用には疑問が生ずる。「著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響」は、第107条によって要求されているバランス・テストの非常に重要な要素であるが、それは最重要な考察ではない。したがって、たとえば、合衆国最高裁のフェア・ユースに関する直近の判決 (*Campbell v. Acuff-Music Inc* 510 US 569 (1994)) においては、被告の使用が著作権保有者の市場に与える悪影響は、その使用がフェアでないと推定させるものではないことが強調されている。さらに、「スリー・ステップ・テスト」のある版においては、著作物の合法的な利益を不当に損なわないという制限も存在した。この利益の中には経済的な利益ではない人格権も含まれる。しかしながら、フェア・ユース原則では、作品の経済的権利保有者と切り離された著者の利益は、第107条にもとづいて行われる価値のバランス・テストの際にはまったく考慮されない。See, further, S Ricketson, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions* (Centre for Copyright Studies, 2003) 147-154.

⁴⁹ *Dellar v. Samuel Goldwyn Inc* 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1930).

必要がある。反対者はフェア・ユースのルールを拒否する際に、しばしば条文そのものの条件を超えた議論はしない。しかしながら、裁判官は、第107条を適用する際に、無制限な自由を享受しているわけではない点を理解することは重要である。長年にわたって、複雑な判例体系が積み重なっている。たとえば、連邦最高裁判所の判決にもとづいて、未公表の作品に対しては、公表済みの作品に対してよりもフェア・ユースの認定が難しく、⁵⁰ 不利な批評が著作権保有者の市場に悪影響を及ぼしたとしても、それは、第107条の第4要素（著作物の市場または価値に対する使用の影響）を検討する際に、著作権保有者に有利には働かない。⁵¹

28. 実際、米国の裁判所は、第4要素を分析することによって、より柔軟性のない制限規定を採用している多くの国々において、同じ問題を解決するために使用されるツールに比べると、精密かつ詳細な一連の副次的要素を開発してきた。たとえば、被告による使用が市場および価値に与える影響を評価する際に、恒久的に発生する循環論法の問題は、米国の裁判所がこの要素にもとづいて、長年にわたって洗練してきた適切な質問によって回避できる：

「われわれは潜在的な使用料収入の喪失が、第4要素の検討結果を原告に有利にするか否かを考察する際におちいる循環論法を認識した…問題は複製が補償できるか否かであって、ライセンス収入を受けられないことは、原告を有利にする決定的な要因ではありえない…われわれは、潜在的な市場への影響の問題を考察する際に、『伝統的で合理的な、または発展の可能性のある市場のみ』を考慮することによって悪循環を断ち切ってきた。」⁵²

訳注：二次利用者は通常、使用料を支払わないので、著作権者が喪失した潜在的使用料収入を全額考慮していると、第4要素は原告に有利にしか働かない

⁵⁰ See *Harper & Row, Publishers Inc v. Nation Enters* 471 US 539 (1985).

⁵¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc* 510 US 569 (1994).

⁵² *Ringgold v. Black Entertainment Television Inc* 126 F.3d 70 (1997) para 49.

い。このため、裁判所は「伝統的で合理的な、または発展の可能性のある市場のみ」を考慮する判例を発展させてきた。

29. さらに、この問題の考察が、特定の事例における被告の具体的な行動を評価することによってではなく、被告の使用が広範囲にわたる場合には、原告の市場に与える影響を評価することによることが、判例の進化によって確立してきた。公正さは、純粋に当事者間だけで考慮すべきではなく、より広い社会的な背景も考慮すべきである。このように洗練された複雑な副次的規則および副次的要素の集大成が、米国の判例を他のより確定した制限システムを持つ国々よりも進んだものにしていく。⁵³
30. 実際、何人かの米国の著作権学者は、過度の予測困難性にもとづくフェア・ユース原則に対する批判は、かなり誇張されている点を指摘している。Barton Beebe は、“An Empirical Study of US Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005”（訳注：この論文の和訳については本誌21号-22号に掲載の「米国著作権法フェアユース判決(1978-2005年)の実証的研究」城所岩生(訳)参照)において、1976年米国著作権法の発効後のすべての重要なフェア・ユース判決の統計的な分析結果を発表している。⁵⁴ Beebe の分析結果は、第107条の適用について一般的な理解とは反するものである。たとえば、質問が本来的に主観的な側面を持つ結果、フェア・ユース判決が、控訴裁判所によって覆される数は不釣り合いなほど高い。⁵⁵ しかし、Beebe は、そうした逆転判決および再逆転判決が発生した少数の有名なケースを除けば、フェア・ユースの判例法は不釣り合いなほどの逆転傾向は示していないことを証明した。⁵⁶ Beebe は、指導的な論者の意見に

⁵³ たとえば、英国のいくつかの裁判所が採用する比較的規律のないアプローチと、CDPA 1988 のより制限的な「フェア・ディール」条項を比較せよ。See J Griffiths, “Comparative advertising and celebrity photographs: fair dealing under the CDPA 1988” [2006] *JIPLP* 515.

⁵⁴ [2008] *University of Pennsylvania L Rev* 549.

⁵⁵ *Ibid.*, 574.

⁵⁶ *Ibid.*, 574-5.

反して、裁判官が事前に決めた結論を正当化するために、フェア・ユースの要素を適用する傾向はないことを証明した。⁵⁷ 彼の全般的な結論は：

「確かにデータは、フェア・ユース原則を損なう多くの一般的な慣行を暴露している。裁判所は要素を機械的に適用する傾向があり、また時には相反する判決を便宜的に使用する。これらは、修正する必要がある制度的な欠陥である。しかしながら、全体的にみれば、多くの先導的でないケースは、それ自身先例として使用する価値を持つことが証明された。」⁵⁸

31. Beebe の注意深く理由づけられた結論は、Pamela Samuelson による最近の著作によっても支持されている。“Unbundling Fair Use”において、⁵⁹ Samuelson はフェア・ユース判例をいくつかのカテゴリーに分類している。たとえば、合衆国憲法修正第1条の表現の自由に関連するケース、知識の創造と頒布を推進するための著作権の使用に関連するケース、および議会が1976年著作権法を立法した際に予測できなかったような使用に関するケース、が含まれている。このように体系的にカテゴリー分けしてみると、フェア・ユース判例は予測困難であるとする多くの批判には根拠がないと Samuelson は主張する。特定の「グループ」内には、意思決定をする際の明確なパターンが存在する。結論として、Samuelson は以下のように推奨する：

「…裁判官および論者は、フェア・ユース法がいかに問題あるかを強調することをやめて、代わりに、より予測可能な一連のフェア・ユース法を形成する基盤となる共通パターンを、フェア・ユース判例法の中から探すべきである。同じ方針のグループ内で、以前に出された判決に照らしてフェア・ユースを分析すると、フェア・ユースは、広範な状況にお

⁵⁷ *Ibid.*, 582-591.

⁵⁸ *Ibid.*, 622.

⁵⁹ [2009] 77 *Fordham Law Review* 2537.

ける広範な利害をバランスするための、柔軟な基準としての使用価値を失うことなく、より規則的なものにすることができる。』⁶⁰

32. 最近のこの研究に照らせば、過度に不確実であるとするフェア・ユース・モデルへの伝統的なヨーロッパの抵抗は、再考する必要があるように思われる。
33. フェア・ユースは国際法に違反するおそれがあるという批判も、しばしば指摘される程の説得力は持たない。この原則は、ベルヌ会議またはTRIPS協定が用意するメカニズムを通じた正式な挑戦を受けていない。いずれにせよ、米国のベルヌ会議への参加によってフェア・ユース原則は守られたという主張もある。⁶¹ この原則は「スリー・ステップ・テスト」の要求とも調和できるとする論者もいる。⁶² フェア・ユースと「スリー・ステップ・テスト」との整合性（そして、この議論には、学術的な議論を超えるものも若干ある）に対する賛成論や反対論のメリットが、いかなるものであるにせよ、一瞬立ち止まってこの問題に対する視点を取り戻す価値はある。第107条によって慎重に進化し、細部まで検証された一連のフェア・ユース原則が、意図的に不明瞭な政治的な妥協によって生まれ、その意味や要件がまったくと言ってよいほど不明確な方式に、取って代わられるべきであろうか？もしそうであれば、間違いなくそれは大変な皮肉である。フェア・ユース原則のオープンな性格に起因するいかなる予測困難性も、「スリー・ステップ・テスト」方式の不確実なインパクトに起因する予測困難性に比べれば、はるかに小さいからである。

⁶⁰ Ibid, 2621.

⁶¹ For discussion, see R Okediji, “Toward an International Fair Use Doctrine” [2000] 39 *Columbia Journal of Transnational Law* 75.

⁶² See M Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: an Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law* (Kluwer Law International, 2004) 167-8 and “Declaration on a Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ in Copyright Law” [2008] 39 IIC 702-3.

E. 結論

34. 米国法とヨーロッパ法を区分する際には、固定観念を避けることが重要である。制限に対して明らかに「クローズな」アプローチを採用する国においてさえ、重要な柔軟性が存在する。それらは、米国法のフェア・ユース規定ほどは広く知られてはいないし、かつ、米国法においてフェア・ユース規定が占めるような中核規定を構成しているわけでもない。しかし、ヨーロッパのシステムの中にある程度の柔軟性を組み込む可能性を考慮する際には見逃せない。第107条において考慮される要素には特に異論はない。世界中の多くの国の著作権法制度において、著作権の制限を正当化する際に、まさに関係すると考えられる種類の考察だからである。米国法のフェア・ユース原則の基盤にある価値観と、ヨーロッパ著作権法の基盤との間には、重要な文化的な相違が存在することは間違いない。第107条が義務づける事実にもとづいた判例主導の司法審査は、ヨーロッパの伝統的な司法とは相容れない。さらに、米国が採用している形での、フェア・ユースの柔軟性と現実主義は、ヨーロッパの国々では根本的なものと考えられている、高いレベルの著者の保護を確保できないのではないかという懸念も現実存在する。多くのヨーロッパ諸国の法律は、著者とその作品との間の継続的な関係—創造的かつ経済的な—を認め、保護することを目標に形成されてきた。この関係の保護は、米国の著作権法では弱く、また、第107条によるフェア・ユースの審査に際しては、ほとんどその役割を果たさない。
35. しかしながら、ヨーロッパのフェア・ユース法制を、事実をベースにしたフェア・ユース規定に書き改める、つまり「最悪の場合のシナリオ」から抜け出して、「二つの世界の最善のもの」とする際に、上記の重大な乖離を考察することが可能か否か考察する価値はある。それは大仕事であり、筆者がここでそれに取り組む意図はない。しかし少なくとも、そうした「ヨーロッパのフェア・ユース」原則が、米国のフェア・ユース・モデルの修正版をベースとすることは可能と思われる。第107条の比較的異論のない要素を補充することは可能である。その他の要素も、ヨーロッパでは根本的と考えられている問題（「著作者の人格的利益お

よび経済的利益)に対処することは可能である。また、米国のフェア・ユース分析の歴史を有効活用して、他の重要な問題(おそらく、「技術の発展を促進することの重要性」または「二次的市場における競争促進の必要性)に対処することもできる。そのような「ヨーロッパのフェア・ユース」規定は、基本的権利に関係したヨーロッパの規範と両立する方法で採用されることを、明確に表明することができる。また、裁判所は必要と認められる場合には、著者または著作権保有者に適切な報酬を支払うことによって、作品の使用を許可できることを明確に表明することもできる。そうした原則の発展は、現在ヨーロッパの著作権システムを支配している柔軟性の欠如を緩和するだけでなく、フェア・ユース原則が米国にもたらす、ヨーロッパに対する競争上の優位を縮小し、⁶³ 世界中で増加傾向を示すフェア・ユース規定採用国との調和もある程度保証できる。⁶⁴

36. ここで提案した考えには明らかな困難が伴う。その多くはすでに紹介した。「ヨーロッパのフェア・ユース」条項を修正するいかなる交渉も、かなり異論があるものと推測される。また、そのような価値ある道具を裁判官に提供することは、*Infopaq* 裁判のように、裁判所が法律に対して厳格な枠組みを適用しようとする場合には、手助けにはならないであ

⁶³ Google がその活動を擁護するためにフェア・ユースに依存していることは、この原則が革新的なビジネス・モデルを育てる可能性を秘めていることを示す事例である。

⁶⁴ 最近、シンガポール (see N Loon, “Exploring Flexibilities within the Global IP Standards” [2009] IPQ 162) およびイスラエル (see OF Afori, “An Open Standard ‘Fair Use’ Doctrine: A Welcome Israeli Initiative” [2008] EIPR 85) でフェア・ユース原則が採用された。日本および韓国では現在「フェア・ユース」型の立法が検討されている。See Y Chang, “Debates on Introduction of ‘Fair Use’ to the Copyright Act of Japan & Korea. Do Japan and Korea need Fair Use?” [2010] 3 *Quarterly Review of Corporation Law & Society* 282; T Ueno, “Rethinking the Provisions on Limitations of Rights in the Japanese Copyright Act – Towards a Japanese-style ‘Fair Use’ Clause” *AIPPI Journal*, July 2009, 159.

ろう。⁶⁵ しかしながら、そのような原則の開発について調査する価値はある。プロジェクトに対するどんな障害も、背景にある現在われわれが置かれた厳しい状況に対するものであるとみなすべきである。

⁶⁵ 裁判所に固有な保守主義は、フェア・ユース規定の外見的な柔軟性を幻想にしようとする議論については、see R Burrell & A Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact* (Cambridge University Press, 2005) 249-275.