

米国著作権法フェアユース判決 (1978-2005年)の実証的研究(1)

Barton BEEBE †

城所 岩生(訳)

1976年著作権法第107条は、著作権侵害の申し立てに対する積極的な抗弁として、「フェアユース」の原則について定めている。それは、合衆国著作権法の中で最も得度が知れないが、同時に最も重要な原則である。これがなければ、われわれの経済およびコミュニケーション活動の大部分が、著作権侵害となるだろう。しかし、フェアユース抗弁の重要性、またフェアユースに対する多大な学問的関心にもかかわらず、フェアユースの判例法とフェアユース原則の現状についての、組織的で包括的な解説は未だに存在しない。代わりに、われわれの伝統的な知識は、伝統的に合意された少数の代表的判例から導き出されている。本稿は、われわれのフェアユース判例法に関する伝統的理解の大部分が、誤っていることを示すために、フェアユース判例法についての最初の実証的研究成果を提示するものである。本稿の基礎データは、2005年までに判例集に登載された連邦裁判所の意見（opinion, 訳注参照）のうち、1976年著作権法の第107条に規定されたフェアユースの認定のための4要件テストを、重要な判断要素として使用しているものである。フェアユースの4要件および副次的要件のうち、どれが、実際に行なわれているフェアユース・テストの結果に決定的な影響を与えているか、フェアユースの各要件が、相互にどのような影響を与えているか、裁判所が特定の個別要件をどのように変更しているか、また、全体的なテストの結果に合わせるために、判事達はどの範囲で、4要件テストの結果を誘導するか、を示すことを目的としている。本稿はまた、代表的判例（中でも特に最高裁の判例）により設定されたフェアユースの原則を、下級裁判所がどの程度、故意に誘導する、あるいは無知であるか

を示す経験的証拠についても提示する。本稿は、これらの発見にもとづき、フェアユースにもとづく抗弁についての裁判所の判決を改善するための一連の学説上の慣行を処方する。

訳注：連邦地方裁判所は通常、判事一人で裁くため判事の意見（opinion）がそのまま判決となるが、控訴裁判所以上では、複数の判事で裁くため、判決となる「多数意見」のほかに、結論は多数意見と同じだが、理由の異なる「同意意見」、結論も異なる「反対意見」がある。ちなみに、筆者は215件のケースから収集した306件の意見を本稿の調査対象としている（II A 参照）。なお、本文中では opinion を意見と訳しているが、本稿の題名については、わかりやすいように判決と訳した。

はじめに…………… 119

I. 背景…………… 127

 A. 1976年著作権法第107条…………… 127

 B. 裁判所による4要件テストの機械的適用…………… 132

II. 統計の要約…………… 137

 A. 意見の分布…………… 137

 1. 意見の年別・裁判地別分布…………… 138

 2. 地裁意見の申し立て種類別分布…………… 143

 3. 意見の係争事項別分布…………… 146

 B. 逆転、反対意見および上訴の割合…………… 147

 C. フェアユースの勝率…………… 149

III. 要件相互の関係分析…………… 156

 A. 相関分析および回帰分析…………… 156

 B. 語数分析…………… 162

 C. 誘導（以上、本号）…………… 164

IV. 要件内分析（以下、次号）

 A. 第1要件：使用の目的および性格

 1. 商業性についての検討

 2. 変容性についての検討

 3. 悪意についての検討

 4. 前文の目的についての検討

 B. 第2要件：著作物の性質

 1. 創造的作品か事実関連の作品かの検討

 2. 公表された作品か未公表の作品かの検討

- C. 第3要件：使用部分の量と質
- D. 第4要件：市場への影響

V. 結論

付表：意見の収集とコード化

はじめに

1976年著作権法第107条は、著作権侵害の申し立てに対する積極的な抗弁として、「フェアユース」の原則を規定している¹。この積極的抗弁は、同法の第106条が著作権保有者に授与する、驚くほど広範囲な権利に対する最も重要かつ漠然とした制限原則である²。フェアユースの抗弁がないと、われわれの経済およびコミュニケーション活動の大部分が、著作権侵害行為となるだろう。本原則は、その定義が不適切であり、その柔軟性により予見が不可能であり、「危険な補足（supplement）」³であるが、著作権

† Visiting Professor of Law, New York University School of Law; Professor of Law, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University. B.A., University of Chicago; Ph.D., Princeton University; J.D., Yale University. Michael Carroll, Thomas Cotter, Rochelle Dreyfuss, Jim Gibson, Wendy Gordon, Justin Hughes, Robert Kasunic, Michael Madison, Anthony Reese, Matthew Sag, Pam Samuelson, Jessica Silbey, Dan Simon, Amrit Singh, Eugene Volokh 各氏の本プロジェクトへの助言と協力に感謝する。本プロジェクトは the London School of Economics and Political Science, the Boalt Hall Intellectual Property Scholarship Colloquium, the Intellectual Property Scholars Conference 2006 における発表から恩恵を受けている。判例収集を手伝ってもらった Deepica Capoor, Carl Regelmann にも感謝する。本稿の統計データ分析には Intercooled Stata 9.2 for Windows を使用した。また、語数カウント分析を含む質的分析には Atlas.ti 5.2.9 を使用した。コメントを歓迎する: barton@bartonbeebe.com.

¹ Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541, 2546 (1976) (codified as amended at 17 U.S.C. § 107 (2000 & Supp. IV 2004)).

² *Id.* (codified as amended 17 U.S.C. § 106 (2000 & Supp. IV 2004)).

³ See JACQUES DERRIDA, OF GRAMMATOLOGY 141-64 (Gayaatri Chakravorty Spivak trans. 1976)（「危険な補足」の性質の一つを、理論的構築物に含まれる破壊的不明確さと曖昧さであるとし、それは常にその構築物の土台を破壊しようと脅かしているとす

法の他の部分を可能かつ耐えられるもの⁴にしている。第107条も、著作権法の他のどの条項もフェアユースの定義を提供していない。しかし、第107条は、問題の著作物の使用がフェアであり、したがって、侵害ではないと認定されるべきかどうかを決定する際、裁判所が考慮すべき4要件を広範囲な解釈が可能な文言で提示している。

- (1) 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かを含む)。
- (2) 著作権のある著作物の性質。
- (3) 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。
- (4) 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。

上記全ての要件を考慮してフェアユースが認定された場合、著作物が未公表であるという事実自体は、かかる認定を妨げない⁵。

良きにつけ悪しきにつけ、上記の要件がフェアユース原則の中核を成すものであり、それを機能的な観点で定義するものである。それらは、法律用語としての曖昧さにもかかわらず、少し大きさに「著作権の専制」と呼んだ人もいる状況から、われわれを守ってくれている⁶。

ると記述)。

⁴ Cf. R. Polk Wagner, *The Perfect Storm: Intellectual Property and Public Values*, 74 *FORDHAM L. REV.* 423, 431 (2005) (フェアユース原則を囲む不確定性は、「フェアユースの土台を腐食し、結果的に著作権法の持つ社会的価値の大部分を腐食する可能性を持っている」と記述)。

⁵ 17 U.S.C. § 107.

⁶ See, e.g., Robert S. Boynton, *The Tyranny of Copyright?*, *N.Y. TIMES*, Jan. 25, 2004, § 6 (Magazine), at 40; see also Yochai Benkler, *Free As the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 *N.Y.U. L. REV.* 354, 357-58 (1999) (著作権法の厳格な制限による「囲い込み」は、「確固たるパブリック・ドメインを要求する」合衆国憲法第一修正の目的に反すると記述); James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 *LAW &*

第107条およびより一般的な意味でのフェアユースの概念は、現在まで大量の学究的注目を集めてきた。それらは、広範な社会理論的なものから⁷代表的判例およびその影響の詳細な分析⁸にわたっている。これらのほとんどすべてが、第107条の4要件テストおよび裁判所によるそれらの適用方法に批判的である⁹。にもかかわらず、驚くべきことに、フェアユースの

CONTEMP. PROBS., Winter-Spring 2003, 33, 37-40 (「知的財産権は原則というよりは例外である」という「基本線」のルールに挑戦する「第二次囲い込み運動」の出現を嘆く)。

⁷ See, e.g., William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 *HARV. L. REV.* 1659 (1988); 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); Justin Hughes, *Fair Use Across Time*, 50 *UCLA L. REV.* 775 (2003); Michael J. Madison, *A Pattern-Oriented Approach to Fair Use*, 45 *WM. & MARY L. REV.* 1525 (2004).

⁸ See, e.g., Jessica Litman, *The Sony Paradox*, 55 *CASE W. RES. L. REV.* 917 (2005); Frank Pasquale, *Breaking the Vicious Circularity: Sony's Contribution to the Fair Use Doctrine*, 55 *CASE W. RES. L. REV.* 777 (2005); Pamela Samuelson, *The Generativity of Sony v. Universal: The Intellectual Property Legacy of Justice Stevens*, 74 *FORDHAM L. REV.* 1831 (2006); Peter S. Menell & David Nimmer, *Unwinding Sony* (U.S. Berkeley Pub. Law & Legal Theory Research Paper Series, Paper No. 930728), available at <http://ssrn.com/abstract=930728>; see also *infra* note 64 (フェアユースを題材としたローレビューの記事の数と、同じ期間内にフェアユースを提訴理由とした連邦裁判所への提訴数の年間比率について議論)。

⁹ See, e.g., PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX* (rev. ed. 2003); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 115 (2003) (第107条の4要件それぞれに特有の欠陥を指摘); Michael W. Carroll, *Fixing Fair Use*, 85 *N.C.L. REV.* 1087, 1106 (2007) (「代表的な裁判所、論者ともに、実際の4要件の解釈は一般的に、具体的にどんな使用が、フェアユースとして認められるかを予測する際の指針をほとんど示さない。」); Madison, *supra* note 7, at 1564 (「法律の文言に中身がないことは、判断に関連があると裁判所が考えそうな証拠を収集するという目的以外には、分析の目的には何も役立つ。」); *id.* at 1586-87 (「フェアユース判例全般にわたり、最高裁の公式の法律論は、上訴裁判所および上訴裁判所に従う地裁が、フェアユース論議を一貫性を失うまでに抽象化することを促進した。」); Matthew Sag, *God in the Machine: A New Structural Analysis of Copyright's Fair Use Doctrine*, 11 *MICH.*

判例法の組織的で包括的な解説はまだ存在しない¹⁰。代わりに、「偉人」¹¹を中心とする歴史へのアプローチに似た、「代表的な判例」(または「通常の容疑者」)へのアプローチが、フェアユースに対して採られている。この寓話的で、基本的に嗜好家的である手法は、合衆国判例集またはロースクールの教科書に含まれた、厳選された少数の意見から判例法を抽出する、われわれの伝統的な知恵に由来している¹²。これらの意見は、フェアユース

TELECOMM. TECH. L. REV. 381, 434 (2005) (第107条を「あいまいで多様な解釈が可能な基準」と称している)。But see William F. Patry & Shira Perlmutter, *Fair Use Misconstrued: Profit, Presumptions, and Parody*, 11 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 667, 667-68 (1993) (「フェアユースが多くの問題を抱えているのは、立法関係者や司法関係者の失敗の結果ではない。反対にそれは、裁判所が個人の私的財産と自由な使用の間に線を引きという行為を通して、特定の事件の当事者間の衡平をはかるだけでなく、あやうくなっている根本的な公共政策を、綿密に測定・吟味する多面的な過程であるという、コモンローに内在する性質に起因する。」); Abraham Drassinower, *Authorship as Public Address: On the Specificity of Copyright Vis-à-Vis Patent and Trade-Mark* (筆者所有の未出版の原稿)。

¹⁰ Cf. Rochelle Cooper Dreyfuss, *Games Economists Play*, 53 VAND. L. REV. 1821, 1825 (2000) (「著作権集中機関のように、データを創造する現象については、頻繁に研究されている。しかし、法的に広範で重要な意味を持つが、確実に認定できる事実には乏しいフェアユースのような不明確な原則に対しては、純粋な経済学者の注目を同程度には集めていない。」(脚注省略))。

¹¹ See, e.g., THOMAS CARLYLE, ON HEROES, HERO-WORSHIP AND THE HEROIC IN HISTORY 29 (Carl Niemeyer ed., Univ. of Neb. Press 1966) (1897) (「世界史は偉人の伝記にすぎない。」)。

¹² フェアユース意見についての横断的研究は現在一つだけある。See David Nimmer, “*Fairest of Them All*” and Other Fairy Tales of Fair Use, 66 LAW & CONTEMP. PROBS., Winter-Spring 2003, at 263, 279-81 (フェアユース事件を解決する際、裁判所はまず最初に、使用がフェアであるかないかを判断し、それからその結果を最も支持するように4要件を調整すると結論づける)。Nimmerは、*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)の意見が出た1994年3月7日から、*Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002)の意見が出た2002年2月6日までの間に、the Federal Supplement または the Federal Reports に掲載された60件のフェアユース意見を研究した。Nimmerは、自身の研究方法が特異であることは認めている。彼はまず、意見に記述された事実を読み、これにもとづいて、各要件が当事者のどちらを支持するか

原則が、実際に裁判所において使用されている実状に、なんらかの影響を与えているのか、または実状を代表しているのか、という疑問は不思議なことに現在まで提起されたことがなく、したがって、回答の得られていない疑問である。

本稿は、この疑問およびその他の疑問に答えることを目的として、フェアユース判例法に関する最初の経験的研究の成果を提供するものである¹³。第107条の4要件テストを重要な審査要件として使用した、連邦裁判所の意見で、現在の著作権法が発効した、1978年1月1日から2005年末までに判例集に掲載されたものを基本データとして使用し、代表的な意見から導き出された、フェアユースの判例法に関するわれわれの伝統的な理解が、ほとんど間違っていることを指摘する。本稿の目的は二つある。フェアユース原則が実際にどのように使用されているかを、第107条に関する一連の意見をもとに組織的に解明すること、そして、フェアユース原則のあるべき姿を、同じ一連の意見をもとに批判的に解明することである。

を決定した。それから、この事実にもとづく判断を、裁判所のフェアユースに関する総合的な判断と比較した。See Nimmer, *supra*, at 267 & n.28. Matthew Sag が収集し、筆者に提供されたデータ群をもとにして、筆者は、判決のNimmerによる4要件の検討結果に対するロジスティック回帰を実施した。この回帰分析結果によれば、重要性を持つのは原告の作品の性質に関する第2要件のテスト結果のみであり、回帰係数はマイナスである。この奇妙な結果を知らせてくれたMatthew Sagに感謝する。¹³ ここで使用された方法は、一般的に「内容分析」と呼ばれる。See Mark A. Hall & Ronald F. Wright, *Systematic Content Analysis of Judicial Opinions* 3 (Wake Forest Univ. Pub. Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 913336, 2006), available at <http://ssrn.com/abstract=913336> (内容分析は、「学者がある一連の文書(例えば特定の問題に関する裁判所意見)を収集し、その文書を組織的に読み、それぞれの首尾一貫した特長を記録し、そこからこれらの文書の使用と意味についての推論を導き出す」経験的方法と定義); see also Fred Kort, *Content Analysis of Judicial Opinions and Rules of Law*, in JUDICIAL DECISION-MAKING 133 (Glendon Schubert, ed. 1963) (判決決定の解釈のための内容分析方法としての法律ルールの計量法を提供); Reed C. Lawlor, *Fact Content Analysis of Judicial Opinions*, 8 JURIMETRICS J. 107, 110 (1968) (将来の事件の結論を予想する方法を開発するために意見の事実パターンの内容分析を使用)。

第I章においては、第107条の背景を説明し、また高度にルーチン化された、判事達の第107条の4要件の典型的な適用方法についての興味深い起源をデータで示す。第II章では、研究対象とした306件の意見に関する統計の要約を、その時期、裁判地、申し立て種類別、そして問題になった著作権付与可能な作品の種類別も含めて、まとめている。さらに、第2巡回区および第9巡回区控訴裁判所(訳注:以下、巡回区控訴裁判所は「控裁」と訳出)が、どれだけ広くフェアユース判例法を支配しているか、その範囲を明確に示している。1990年代半ばにはじまり、現在も継続している、フェアユースを理由とするサマリー判決の顕著な増加、そして、同期間中に非陪審審理でのフェアユース関連の意見が顕著にない理由の説明も試みている。その後、フェアユース判例法における判決放棄、反対意見および上訴(訳注: appeal, 英米では控訴と上告の区別はない)の比率を報告する。根強い伝統的理解に反し、これらのどれも他の法律分野における数字と比較して、特に高率ではないことを示している。最後に、おそらく最も興味深い点だが、判例法におけるフェアユースの勝率(すなわち、フェアユースを認定した意見の割合)を示す。特定の種類の判決に関しては、これらの率は例外的に低い。本章はその理由の説明も試みる。

第III章および第IV章は、4要件テストを判事達が、どのように使用したかの解明に焦点を当てている。第III章では、同テスト使用の際の4要件間の関係の分析、すなわち、各要件の個別適用の結果と、これらの結果がお互いにどのように相互作用しているか、および4要件全部を適用して導かれた結果と、どのように相互作用しているかに焦点が当てられている。相関分析および回帰分析の結果は、第1要件と第4要件が、総合的なテストの適用結果に、驚くほど大きな影響を与えていることを明らかにした。この章ではまた、対象期間全般の語数分析の結果について報告し、最後に、4要件テスト全体の適用結果に合わせるために、個別の要件適用テストの結果をどの程度、判事達が誘導したか(stampeded)¹⁴について考察してい

¹⁴ 誘導の比喩はBarton Beebe, *An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement*, 94 CAL. L. REV. 1581, 1614-15 (2006)から採用。仮説は判事達が、限定された数(多分たった一つ)の中核的な要件をもとに、複数要件テストの結論を出し、このテストの後には、他の要件(全部ではないとしても)のテスト結果を、

データはまたも、伝統的な理解やいくつかの代表的判例に反して、判事達は、一般的に個別の要件適用テストを誘導してはいないことを示した。裁判所は、フェアユースに関する判断を最初に行い、それから「4要件をこの結論に最もうまく適合するよう調整する」¹⁵のではなく、個別の要件テストの結果を、全体的なテストの結果とは反する場合でも、意見に積極的に使用しようとしているように見える。これは非常に勇気づけられる結果である。

第IV章は、フェアユース・テスト適用の際の要件内分析である。4要件それぞれについて考察し、裁判所による個別要件テスト結果の決定、およびこの個別テストの結果を通して、最終的なフェアユース・テストの結果に大きな影響を与えているのは、どの副次的要件かを解明している。回帰分析および簡単な記述的統計によれば、特定の副次的要件の適用結果が、最終的なフェアユース・テストの結果に、一般的に考えられているよりはるかに大きな影響力を持っていることを示している。たとえば、原告の作品が事実にもとづくものである、または出版されている、あるいは被告の使用が非商業目的のものである¹⁶という結論が出された場合、裁判所は、

この結論と確実に一致させる傾向があるとする。この仮説をさらに言い換えれば、複数要件テストは、複数の要件が基本的に重複しているので、本来的に誘導されやすいとする。誘導の考えは、一部Dan Simon他の提案する「一貫性をベースにした理由付け」にもとづいている、see Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 U. CHI. L. REV. 511, 513 (2004) (「一貫性をベースにした理由付けは、認知困難な決定作業を簡単なものに再構築することによって回避し、強固で自信に満ちた結論を導き出そうとするものである。」)、see Gerd Gigerenzer & Daniel G. Goldstein, *Reasoning the Fast and Frugal Way: Models of Bounded Rationality*, 103 PSYCHOL. REV. 650, 666 (1996) (時間と知識が制限された状況で稼動する単純な心理メカニズムは、より複雑な分析によるのと同じ数の正確な推定を行うことができる)。Cf. Nimmer, *supra* note 12, at 281 n.62 (「言い換えれば、裁判所が4要件の審査を行う過程のある時点で、あるべき最終的な結論を決定し、これが各要件の審査がどの方向へ向けばよいかに関する裁判所による解決方法を形成することになる。」)。

¹⁵ Nimmer, *supra* note 12, at 281.

¹⁶ See *infra* Part IV.B and Table 9.

フェアユースを認める可能性が高い¹⁷。一方、被告の使用は(非商業的というよりは)商業目的のものである、または、被告は原告の作品全体を使用したという認定は、結論を決定的に左右するものではないことをデータは示している。より一般的に、かつより困惑することだが、本章は、かなりの範囲にわたって下級裁判所が、最高裁の判例を意図的または知らずに、繰り返し誘導していることを示している。実際、下級裁判所は、繰り返しまた組織的に、最高裁の傍論を反転して、被告を支持している。たとえば、最高裁意見が、単に「xでない」ことが原告を支持するとしている場合、下級裁判所はこれを「x」は被告を支持すると解釈する。これは、一般的にフェアユース判例法の現状、および判例を作り出している判事達に対して、悲観的な見方をしているフェアユース拡大論者達には歓迎すべき発見であろう。しかし、下級裁判所が、組織的に最高裁の権威に抵抗する場合、そして、それが法分野において中心をなす重要な問題に関わる場合、それがどのような結果をもたらすにせよ、危惧すべき事態である。本章は、下級裁判所の規律の欠如の責任の大部分は、最高裁自身の失敗および最高裁自身の過去のフェアユースに関する意見の間違いを、明確に訂正することに積極的でない態度にあることを示している。その結果、下級裁判所は多様な「蓄積された先例」から選択できることになる¹⁸。

第V章は、本稿の結論が示唆する解決策に関する考察である。毎日の大量のフェアユース判例、そして4要件の隙間の中で、どのような考察が、判事達のフェアユースに関する決定の基礎となっているかを突き止めることは可能である。これらの発見をわれわれは、経験的先例、すなわち法の原理を適用した経験を持つ、多数の判事達の適用法についての経験分析にもとづく先例として歓迎する。近い将来において、失敗作¹⁹であるかも

¹⁷ See *infra* Part IV.A.1 and Table 9.

¹⁸ See generally Stefanie A Lindquist & Frank B. Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, 80 N.Y.U. L. REV. 115, 1205-06 (2005) (判決に対する過去の判例の影響を検討し、一般的に、「一定の法分野における判例の発展は、司法の裁量を制限するようには見えず、影響があるとしたら、法の発展は、司法の裁量をむしろ増加させるかもしれない」点を発見)。

¹⁹ Lloyd L. Weinreb, *Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*, 103 HARV. L.

しれない第107条から逃れられないのであるから、われわれの任務は、それを最大限有効に利用することである。しかし、長期的でより重要な任務は、現存の第107条の判例法から、組織的また批判的に新しい第107条の形態を見つけ出すことである。

I. 背景

第I章では、以降の議論の基礎となる第107条の用語と立法の歴史を簡単にレビューし、その後、判事達が、第107条に規定されたテストを適用する際の高度にルーチン化された分析および論議のスタイルについて説明する。このスタイルは、データのコード化の信頼性を大いに高めた²⁰。

A. 1976年著作権法第107条

著作権法は保護に傾く傾向がある。権利は広範に与え、制限は狭める傾向である。第106条は、著作権者が著作物に対して持つ独占的権利を、広範な解釈が可能な用語を使用して列挙している²¹。第107条から第122条は、上記の独占的権利に対する「制限」について規定している²²。これらの制限条項の大部分は極めて具体的で、かつ規制上の用語を使用している²³。しかしながら、第107条はその制限条項のなかで最も短い²⁴、非常に広い範囲をカバーしている。第107条の全文は以下のとおりである。

REV. 1137, 1151 (1990).

²⁰ 本研究の対象データを構成する意見の収集、コード化の方法に関しては付表を参照。

²¹ 17 U.S.C. § 106 (2000 & Supp. IV 2004).

²² *Id.* § § 107-122.

²³ See generally Joseph P. Liu, *Regulatory Copyright*, 83 N.C. L. REV. 87 (2004) (「規制的性格を増しつつあるアメリカ合衆国著作権法のインプリケーション」について検討)。

²⁴ 第107条より短い制限条項は、建築著作物に対する排他的権利の範囲に対する制限条項である第120条だけである。See 17 U.S.C. § 120 (2000 & Supp. IV 2004).

第106条および第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために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件は、以下のものを含む。

- (1) 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かを含む）。
- (2) 著作権のある著作物の性質。
- (3) 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。
- (4) 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。

上記全ての要件を考慮してフェアユースが認定された場合、著作物が未公表であるという事実自体は、かかる認定を妨げない²⁵（訳注：翻訳は山本隆司・増田雅子共訳『外国著作権法令集—アメリカ編』著作権情報センター—<http://www.cric.or.jp/gaikoku/gaikoku.html>—による）。

第107条は3つの部分から構成されている²⁶：著作権保有者の持つ独占的権利に対する例外としての「著作物のフェアユース」を認定し、フェアな「目的」を例示する前文、特定の使用がフェアユースであるかどうかを決定する際に裁判所が考慮すべき4要件のリスト²⁷、そして1992年に追加された未公表作品に関する追加説明である²⁸。

²⁵ 17 U.S.C. § 107 (2000 & Supp. IV 2004).

²⁶ Cf. Weinreb, *supra* note 19, at 1139（「議会は、かなり不統一な三つの何もしない方法を採用した：それらは単純なフェアユースの規定の参照、何がフェアユースにあたるかについての具体例による特定、そして、実際の具体的な使用がフェアであるかどうか決定する際に「考慮すべき」排他的でない要件の規定である。オリエン特急行での殺人に関して Hercule Poirot の観察したとおり、問題は解決の手がかりが少ないのではなく、むしろ手がかりが沢山ありすぎることである。」(脚注省略)）。

²⁷ Posner 判事は、*Ty, Inc. v. Publications International, Ltd.*, 292 F.3d 512, 522 (7th Cir.

第107条の立法過程の詳細は、本稿の範囲を超えるものであり、それについての論文も多数存在する²⁹。しかしながら、1976年著作権法成立までの20年間の交渉の初期の段階において、多数の利益集団が、改正法にはフェアユースを含めないよう、あるいは含めるとしてもたった一行の「最低限」³⁰のものにするよう主張した事実は注目に値する。彼らが抱いたのは、フェアユースの立法化により判事達が作ってきた原則が凍結される、または予測不可能な状態に変更されてしまうのではないかという懸念であった³¹。1965年に、現在の第107条に似た構成の条項の草案が、反対の嵐（反対意見の多くはわれわれが今日耳にするものと同じである）を引き起こした後、交渉は下記の条項の草案に焦点を絞った：「106条の規定に関わらず、著作物のフェアユースは著作権の侵害とはならない。」³² この提案された

2002)の中であげられた要件に非常に批判的である（フェアユースの「条文上の定義」は、「広範だが明確ではない」と述べている）。この件は地裁に差し戻されたが、Posner判事のアプローチを採用した地裁のZagel判事は、被告に不利であるにもかかわらず「第7控裁が行ったとPIL（訳注：Publications International, Ltd. = 被告）が主張するものが何であれ、当訴訟を含めたすべての訴訟において、フェアユースの4要件を考慮し適用することが、条文および判例で要求されている。」と被告に説明した。

²⁸ Act of Oct. 24, 1992, Pub. L. No. 102-492, 106 Stat. 3145; *see also* Kenneth D. Crews, *Fair Use of Unpublished Works: Burdens of Proof and the Integrity of Copyright*, 31 ARIZ. ST. L.J. 1, 49-66 (1999) (1992年の改正法の立法過程および改正のフェアユース判例法に対する影響を検討)。

²⁹ *See, e.g.*, WILLIAM F. PATRY, *THE FAIR USE PRIVILEGE IN COPYRIGHT LAW* 261-365 (2d ed. 1995). 著作権法の立法過程一般については以下を参照 *see* Jessica Litman, *Copyright Legislation and Technological Change*, 68 OR. L. REV. 275(1989) and Jessica D. Litman, *Copyright, Compromise, and Legislative History*, 72 CORNELL L. REV. 857 (1987).

³⁰ *See, e.g. Copyright Law Revision: Hearings on H.R. 4347, H.R. 5680, H.R. 6831, and H.R. 6835 Before Subcomm. No. 3 of the H. Comm. on the Judiciary*, 89th Cong. 1216 (1965) (statement of Association of American University Presses); *id.* at 1714 (statement of the American Bar Association).

³¹ *See, e.g.*, H. COMM. ON THE JUDICIARY, 88TH CONG., *COPYRIGHT LAW REVISION PART 3*, at 158 (Comm. Print 1964) [hereinafter *COPYRIGHT LAW REVISION PART 3*].

³² H.R. 4347, 89th Cong. § 107 (1966); S. 1006, 89th Cong. § 107 (1967); *see also*

文言は統一的な支持を得られず、翌年の交渉は、前文と4要件で構成される元の形態に戻った³³。

交渉の過程で、前文と4要件の文言のある部分は劇的に変化した。前文を取り上げれば、サンプルとした306件の意見のうちの22%において明示されているとおり、1963年の最初の草案においては、フェアユースを単に特権と認定するだけの簡単な文言が提案されている³⁴。内容が全く同じ1964年の三つの法案では、より処理の難しい「正当な目的」という要件が提案された³⁵。前文は、1965年の草案では除去されたが、1966年の草案には、第107条の最終版に極めて近い形態で再現された³⁶。ここに含まれていないのは、カッコ内に記述された「(教室で使用される複数のコピーを含む)」のみであり、それは1976年の初期にどたんばで追加された³⁷。この追加が示しているように、フェアユースに関する条項全体についてではないとしても、本条項の前文の文言をめぐる紛争の中心的な問題は、その当時台頭し始めた技術、つまりフォトコピーに関連していた。交渉当事者達は、しかし、フォトコピー技術のフェアユースへの影響を過大評価していたかもしれない³⁸。9件の訴訟に関する14件の意見しか、フォトコピーに関連した事実を取り上げておらず、この中の5件のみが、明確に第107条の前文の文言に言及しているにすぎないからである³⁹。

PATRY, *supra* note 29, at 277-96 (法案に関連した論議の歴史を提供)。

³³ PATRY, *supra* note 29, at 296-319.

³⁴ See COPYRIGHT LAW REVISION PART 3, *supra* note 31, at 6.

³⁵ See H.R. 11947, H.R. 12354, and S. 3008, 88th Cong., 2d Sess. (1964), *reprinted in* H. COMM. ON THE JUDICIARY, 89TH CONG., COPYRIGHT LAW REVISION PART 5, at 1-32 (Comm. Print 1964) [hereinafter COPYRIGHT LAW REVISION PART 5].

³⁶ See H.R. 4347 § 107.

³⁷ PATRY, *supra* note 29, at 351.

³⁸ See *id.* (下院の小委員会は、私的に準備されたガイドラインの草案の中ではすでに触れられていた、第107条における複数コピーの問題を検討することを決定した点を指摘)。

³⁹ もちろん、第107条の前文と私的に提案された多様なガイドラインが、問題を十分明確にしており、明確化のための提訴はほとんど不要であるという楽観的な解釈もある。フェアユースと私的に準備された、フェアユースのガイドラインの歴史に

第107条のフェアユースの要件に関する文言は、大部分、1841年の Joseph Story 裁判官 (justice, 訳注: 最高裁は judge (判事) でなく justice (裁判官) によって裁かれる) が *Folsom v. Marsh*⁴⁰ において引用した控裁意見にもとづいている。1976年の著作権法発効までの間の、1841年控裁意見のフェアユース判例法に対する影響は⁴¹、過大評価されていると思われるし、データもそれを示唆しているが、その影響は明確に認められる⁴²。1963年の草

関する議論については、Kenneth D. Crews, *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines*, 62 OHIO ST. L.J. 599 (2001) 参照。

⁴⁰ 9 F. Cas. 342 (D. Mass. 1841) (No. 4901). *Folsom v. Marsh* の概要については、see R. Anthony Reese, *The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses*, in INTELLECTUAL PROPERTY STORIES 259 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss eds., 2006).

⁴¹ 1841年から1977年の間に合計44件の連邦裁判所判例が、*Folsom* を引用している。この引用数カウントは下記のデータベースで“Folsom v. Marsh”で検索した結果にもとづいている: Westlaw “allfeds-old” database および、Lexis “Federal Courts Cases Before 1945, Combined” database for federal case law before 1945 (the temporal limit of both of these databases), ならびに the Westlaw “allfeds” database for federal case law after 1944. The Lexis pre-1945 database は、Westlaw pre-1945 database にはない5件の判例を含んでいる。1841年から1977年までの *Folsom* の引用数カウントを査定する、大まかな尺度として、同時期の連邦判例法で、フェアユースと著作権を含むものを Westlaw で検索すると、125件の判例が出てくるが、*Folsom* を引用しているのは15件にすぎない。20世紀初期の論文も *Folsom* を強調していない。See, e.g., RICHARD ROGERS BOWKER, COPYRIGHT: ITS HISTORY AND ITS LAW 252 (1912) (14頁にわたるフェアユースの議論の中で、違法コピーに関連する主張のために *Folsom* を一度だけ引用); WILLIAM BRIGGS, THE LAW OF INTERNATIONAL COPYRIGHT (1906) (*Folsom* を全く引用せず); RICHARD C. DE WOLF, AN OUTLINE OF COPYRIGHT LAW 140-167 (1925) (フェアユースについては議論しているが *Folsom* を引用していない)。

⁴² 本稿のサンプルとして使用した306件の意見のうち、47件 (15.4%) が *Folsom* を引用しており、控裁意見では26.1%、最高裁意見では42.9%が引用している。47件の意見のうちの40件において、判事は、*Folsom* から直接、または間接的に、つまり *Folsom* を引用している意見を引用しているか、または *Folsom* 中の事実について議論している。この40件のうちの一つは、*Folsom* から直接引用していると述べているが、これは厳密にいうと間違いである。See Sun Trust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257, 1261 n.9 (11th Cir. 2001) (*Folsom v. Marsh* において、…Story 裁判官

案においては、「これに限定されないが、下記の要件を考慮すべきである、」との記述に続いて、4つの要件が、現在とほぼ同じ形態で列挙されている⁴³。1964年の法案では、導入記述の範囲を狭め（「考慮されるべき要件に含まれるのは」）、第4要件に「関連する市場または」という文言を追加した⁴⁴。最後に、1976年の初めに、主に教育関係者⁴⁵の懸念を和らげる目的で、著作権法を所管する下院司法委員会の小委員会が、下記の文言を第1要件に追加した：「使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含め」⁴⁶。委員会は、この文言の重要性を目立たなくするよう、報告書において最善の努力をしたが⁴⁷、第Ⅲ章で詳細に説明するように、この文言は以来、解決不可能な問題の源泉となっている。

B. 裁判所による4要件テストの機械的適用

第107条の文言の起草者達が、判事達は実際にどのようにその文言を適用するのかを予め知っていたとしたら、1965年の一行の条文に後退していたかもしれない。サンプルとした意見において、判事達はしばしば、4要

は「フェアユース」という概念を創造した。』)。Folsomの中で、Story裁判官はフェアユースという言葉を使用していない。用語が初めて使用されたのは、Lawrence v. Dana 15F Cas. 26, 58, 61 (D. Mass. 1869) (No. 8136)という連邦判例集に搭載された判例においてである。

⁴³ See COPYRIGHT LAW REVISION PART 3, *supra* note 31, at 6. それ以前の暫定的報告書案において、著作権登録担当官は4要件を少し異なる文言で記述している。正確な文言についてはsee PATRY *supra* note 29, at 264.

⁴⁴ See H.R. 11947, H.R. 12354, and S. 3008, 88th Cong. (1964), *reprinted in* COPYRIGHT LAW REVISION PART 5, *supra* note 35, at 5.

⁴⁵ Patry & Perlmutter, *supra* note 9, at 678-79.

⁴⁶ PATRY, *supra* note 29, at 351; Patry & Perlmutter, *supra* note 9, at 678.

⁴⁷ See, e.g., H.R. Rep. No. 94-1476, at 66 (1976), *as reprinted in* 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5679 (修正の意図は、「著作物の教育目的での非営利的使用という制限」ではなく、むしろ「フェアユースの決定をする際には、現在の法律の下でと同様に、問題の活動が商業的かまたは非営利的なものであるかを、決定的な要件としてではなく、その他の要件と一緒に検討すべきであることを明確に承認したものである)。

件テストは形式的に適用すべきではないことを認めている⁴⁸。たとえば、ある裁判所は、このテストは「判決を機械的に製造するためのアルゴリズムではない」と述べている⁴⁹。しかし、実際のデータは、改正法発効直後は柔軟性のある解釈をされたが、その後、1980年代後半には、判事達は第107条の4要件を非常にレトリック的、かつ明示的に解釈するようになった。図1は、各要件がどちらの当事者を有利にするかを明確に述べるレトリック的慣行 (rhetorical practice) を採用した意見の割合を示す⁵⁰。全体的に見ると、306件の意見のうちの59.5%で、判事がこの慣行を採用してい

⁴⁸ See, e.g., Weissmann v. Freeman, 868 F.2d 1313, 1323 (2d Cir. 1989) (「分析は条文上のガイドを、柔軟性のない規則に変更することによって始まるのではなく、条文の基礎にある衡平の概念を再検討することから始まる。」); Fin. Info., Inc. v. Moody's Investors Serv., Inc., 751 F.2d 501, 508 (2d Cir. 1984) (「4要件とは、…裁判所に評価、検討させる衡平法上の考慮である; これらは、侵害したと申し立てられた者が、乗り越えれば、損害賠償から開放される単なるハードルではない。フェアユース分析は、4つの連続した厳格なテストではなく、利害のセンシティブなバランスを図ることによって成立する。」) (Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 455 n.40 (1984))を引用しつつ)。

⁴⁹ Chicago Bd. of Educ. v. Substance, Inc., 354 F.3d 624, 629 (7th Cir. 2003) (Posner, J.); see also Patry & Perlmutter, *supra* note 9, at 685 (「フェアユースが立法化される以前には、裁判所はこれらの要件をチェックリストとして扱い、単純なプラスまたはマイナス要因として取り扱うというようなことはしなかったが、1976年法に4要件が列記されただけで、いくつかの裁判所がこのような適切でない取り扱いをする結果を招いた。」)。

⁵⁰ See, e.g., Schiffer Publ'g, Ltd. v. Chronicle Books, LLC, No. 03-4962, 2004 WL 2583817, at *12-13 (E.D. Pa. Nov. 12, 2004) (「要約すれば、被告による原告の作品の使用はフェアユースではない。理由は、第1、第3、第4のフェアユースの要件による分析が、原告に有利なものであり、他方、被告を強く支持する要件が一つもないので、裁判所は、被告による原告の作品の利用はフェアユースであることを立証する責任を被告が果たしていないと判断した。」); Batesville Servs., Inc. v. Funeral Depot, Inc., No.02-01011, 2004 U.S. Dist. LEXIS 24336, at *22-26 (S.D. Ind. Nov. 10, 2004) (「したがって、第1の要件はフェアユースの抗弁に非常に不利であり…この[第2]要件は基本的に、Funeral Depotのフェアユースの抗弁に対し中立的要因であり…第3要件はフェアユースの抗弁に不利に働き…第4要件はフェアユースの抗弁に有利に働く傾向がある…」)。

る。全意見の32.7%が、各要件の誘意性 (valence) を明確に審査した結果の要約で、第107条の分析を締めくくっている⁵¹。

興味深いことに、第107条テストの適用のルーチン化が起こった時期は、1985年5月の *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*⁵² 最高裁意見とほぼ一致している。この最高裁意見では、*The Nation* が、Gerald Ford 大統領の自叙伝の一部を出版直前に無許諾で出版したのを、フェアユースではないとした。O'Connor 最高裁裁判官は多数意見の中で、第107条の適用について説明をしているが、1987年から現在にいたるまでのフェアユースに関連した意見の大部分にみられるような機械的レトリックは採用していない⁵³。これに対し、Brennan 裁判官の反対意見は、形態的には高度に機械的なものである。各要件の誘意性を明確に述べるとともに⁵⁴、結論の中で、これらの誘意性間のバランスを明確に要約している⁵⁵。この反対意見自体、第107条の要件は「フェアユースの問題を機械的に解決しな

⁵¹ See, e.g. *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 822 (9th Cir. 2003) (「フェアユースの4要件を検討し、2要件が Arriba 有利、1要件が中立、1要件が Kelly にわずかに有利であることが判明したため、われわれは、Arriba がサーチエンジンで Kelly の画像サムネイルとして使用することは、フェアユースであるとの結論に達した。」); *Narell v. Freeman*, 872 F.2d 907, 915 (9th Cir. 1989) (「総合すれば、第1要件は Narell に非常に有利、第2要件は Freeman に少し有利である。しかし、適切な陪審員であれば、第3および最後の要件は Freeman を非常に有利にするはずである。」); *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 99-100 (2d Cir. 1987) (「バランスを考慮すると、Salinger の未公表の手紙のフェアユースの主張は成り立たない。第2および第3要件が Salinger の主張を強く支持し、第4要件も少しだが Salinger 側を有利とする。Hamilton の主張を有利にするのは第1要件のみである。」); *Coll. Entrance Exam. Bd. v. Cuomo*, 788 F. Supp. 134, 143 (N.D.N.Y. 1992) (「第1要件は国側を有利とし、第2要件は GMAC、そして第3および第4要件は、どちら側も有利としないのであるから、結論として裁判所は、GMAC がその著作権侵害の申し立ての主張が成功する可能性があることを提示していないと判定する。」)。

⁵² 471 U.S. 539 (1985)。

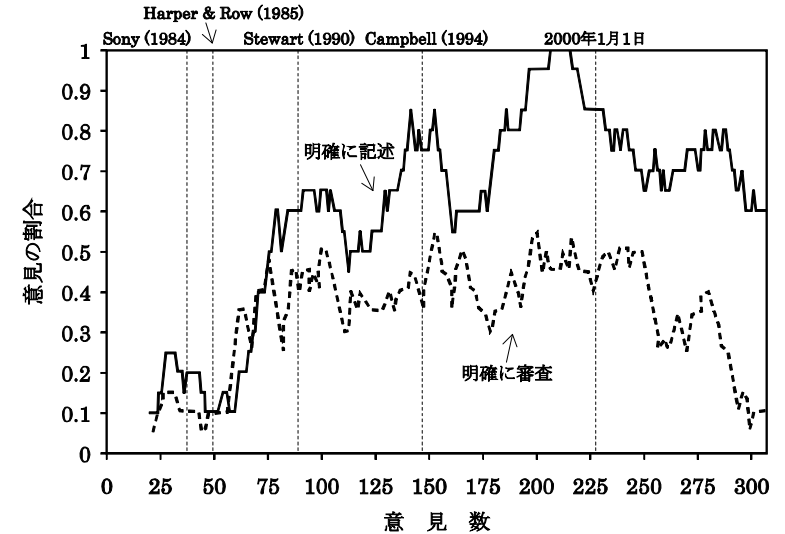
⁵³ See *id.* at 549-69 (フェアユースの歴史を回顧し、フェアユース抗弁の目的を考慮しながら各要件を検討)。

⁵⁴ *Id.* at 590-603 (Brennan, J., dissenting)。

⁵⁵ *Id.* at 604-05。

い」⁵⁶ことを認めるよう裁判所に要請している。それにも関わらず、この反対意見は、第107条テストをレトリック的により機械的に取り扱う方向に導く先例判決となった⁵⁷。

図1：要件の誘意性 (valence) について明確に記述した意見および明確に審査した意見の割合の20意見移動平均



判事達が、第107条のテストを適用する際に、第107条に列挙された4要件以外の要件を明確に考慮することはほとんどなく、また第2要件は例外として、ほとんどいつも4要件すべてを考慮するという事実による第107条テストの適用方法が、一般的にルーチン化されていることを裏付ける証拠である⁵⁸。論者達は、「フェアネス」⁵⁹のような追加の要件⁶⁰を

⁵⁶ 471 U.S. at 588 (Brennan, J., dissenting)。

⁵⁷ Cf. Litman, *Copyright, Compromise, and Legislative History*, *supra* note 29, at 861 n. 37 (*Sony* および *Harper & Row* においては、「最高裁は、法律の重要な柔軟性原則を硬化させるテストを採用した」と記述)。

⁵⁸ 306の意見のうち、66.9%が第1要件を、17.7%が第2要件を、13.4%が第3要件を、そして8.8%が第4要件を考慮していない。

考慮するよう呼びかけている。裁判所自身もサンプルとした意見の中で、第107条のテストは例示的なものであって、限定的な要件ではないことをしばしば認めている⁶¹。しかし、一つまたは二つの追加要件を考慮した意見はわずか17.0%であり、フェアユースの認定に他の要件が関連するとしたのはたった8.8%であった。

したがって、フェアユースの認定の際に判事達が使用した4要件テストの方式が、組織的な研究のための秩序立った枠組みを提供している。この特定の「機械的法学(mechanical jurisprudence)」⁶²という形態が、法律にとって良いものであるかどうかは当然ながら問題であり、それについては後の章で議論する。しかし、4要件テストの運用の精密な分析の土台を構築するために、まず、次章において対象とした意見の一般的性格を述べる。

⁵⁹ See, e.g., Gordon, *supra* note 7, at 1614 (裁判所が、以下について考慮するよう提案: 「(1)市場の失敗が存在するか; (2)被告への使用の移転は、社会的に望ましいものであるか; そして(3)フェアユースの承認は、著作権者である原告の持つインセンティブを大幅に損なわないであろうか」); Madison, *supra* note 7, at 1687 (フェアユース問題について、「パターン志向の」分析をするよう判事達に呼びかけ); see also Fisher, *supra* note 7, at 1678-86 (フェアユースの認定の際の多様な副次的要件の関連性について議論); Jennifer E. Rothman, *The Questionable Use of Custom in Intellectual Property*, 93 VA. L. REV. 1899 (2007) (フェアユースの認定に産業界の「慣習」が関連するかどうかについて議論)。

⁶⁰ See Weinreb, *supra* note 19, at 1140 (フェアユースの認定の際に、慣習的な慣行のような要素を考慮するよう裁判所に要請)。

⁶¹ See, e.g., Bond v. Blum, 317 F.3d 385, 394 (4th Cir. 2003) (これらは限定的、独占的な要件ではなく、むしろ例示的なものであり、裁判所および議会が、最も一般的にフェアユースであると認定してきた種類のコピーに関する、一般的なガイダンスの表明にしかすぎない(引用およびinternal quotations省略)); Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of Am., 480 F. Supp. 429, 448 (C.D. Cal. 1979) (「4要件は例示的なものであり、断定的なものではない。」), *aff'd in part, rev'd in part*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981)。

⁶² Cf. RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 15-16 (1977) (法律は判事達によって機械的に発見され、適用される規則の倉庫であるという唯名論者(nominalist)の法律概念を批判), Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COLUM. L. REV. 605, 605-07 (1908) (法律は科学であるという概念を、それが正義を実施するための手段ではなく、目標となる場合について批判)。

II. 統計の要約

A. 意見の分布

1976年法の発効日である1978年1月1日から、2005年末までの28年間に、連邦裁判所は、215件のケースに対して、第107条の4要件テストをかなり使用した⁶³、306件の意見を出している。平均すると、28年間に年間平均10.9件の意見が出され、4.6件の意見で、フェアユースが認定されている。この件数は、基礎的な統計学的分析を行うには十分であるが、著作権法の中で極めて重要であり、多大な学術的注目を集めてきた分野に関する意見の数としては、驚くほど少ない⁶⁴。同じ28年間に、年間平均約2000件の著作権侵害の申し立てが、連邦地方裁判所(訳注:以下、「地裁」と訳出)に提起されたという連邦司法センター(Federal Judicial Center)のデータと照らし合わせると、一層驚くべき数字である⁶⁵。判例集に登載された、フェアユースに関する意見の数の少なさの原因としては、多様な要素が考

⁶³ 付表では、意見を選別するために使用した「かなり使用」という基準について述べている。要約すると、一連のデータには、第107条のテストを引用し、このテストの少なくとも2要件に言及したサンプル期間内の全意見が含まれている。

⁶⁴ 典型的にサンプル期間内のどの一年をとっても、フェアユースに関するローレビューの論文の数の方が、実際の裁判所意見よりはるかに多い。Westlawの“tp-all”データベースの1990年から2005年の間の、ti(“fair use”) & da([year])を検索語とした検索結果によれば、同期間内、「フェアユース」を題名の中に含むローレビューの論文と、フェアユースに関する実際の意見の比率は、約2.4:1であった。2000年から2005年の間の比率は、3.3:1であった。

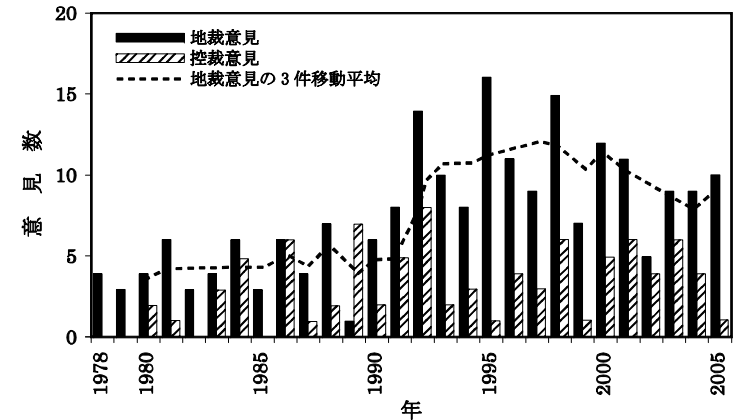
⁶⁵ INTER-UNIVERSITY CONSORTIUM FOR POL. & SOC. RESEARCH, FEDERAL COURT CASES: INTEGRATED DATA BASE, 2003 (ICPSR Study No. 4026, 2005); INTER-UNIVERSITY CONSORTIUM FOR POL. & SOC. RESEARCH, FEDERAL COURT CASES: INTEGRATED DATA BASE, 2002 (ICPSR Study No. 4059, 2005); INTER-UNIVERSITY CONSORTIUM FOR POL. & SOC. RESEARCH, FEDERAL COURT CASES: INTEGRATED DATA BASE, 2001 (ICPSR Study No. 3415, 2005); INTER-UNIVERSITY CONSORTIUM FOR POL. & SOC. RESEARCH, FEDERAL COURT CASES: INTEGRATED DATA BASE, 1970-2000 (ICPSR Study No. 8429, 2005)。これらのデータベースによれば、1978年から2003年末までに、訴訟の性質の「820 著作権」の分類にあてはまる訴訟の年間提訴中間値は、1990.67(標準偏差=6.83)であった。

られる。最も明白な原因は、フェアユースに関する紛争の多くは、裁判所には提訴されないということであろう⁶⁶。いずれにせよ、本稿では、より大きなフェアユースの世界に対し、小さいが決定的に重要な分野である、フェアユースの判例法という分野を扱っていることを認識することは重要である。データはわれわれに、判例法と判例法の中で、4要件テストがどのように作用したかについて多くを示す。しかし、選択の偏向という根本の問題があるため、データにそれ以上を期待することはできない⁶⁷。

1. 意見の年別・裁判地別分布

図2は、サンプルとした地裁および控裁の意見の年別分布を示している。このデータは、明確な転換時点は示していないが、1980年代後半から1990年代初期にかけて、年別の地裁のフェアユース意見が、大きく変化したこ

図2：地裁および控裁意見の年別分布



とを示している。この変化の少なくとも一部は、1988年初出のコンピューター・ソフトウェアに関する紛争⁶⁸および1993年初出のインターネット・テクノロジーに関する紛争⁶⁹における、フェアユース判例法の出現を反映していると思われる。最高裁は、第107条が問題になった以下の4件の訴訟に対して7つの意見を出しているが、すべて調査対象期間内に出されている：*Sony v. Universal City Studios, Inc.*⁷⁰ (1984), *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*⁷¹ (1985), *Stewart v. Abend*⁷² (1990), and *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*⁷³ (1994)。SonyおよびHarper & Rowにはそれぞれ一

⁶⁶ フェアユースに関する懸念が、公共領域 (the public sphere) (そして、それに關した法律・学術論文) に広がっても、フェアユースに関する紛争の多くは提訴という形をとらない。フェアユースの可能性があっても、訴訟に対する脅威があるだけで提訴を控えるからである。実証的な研究がこの説明を支持している。See MARJORIE HEINS & TRICIA BECKLES, BRENNAN CTR. FOR JUSTICE, WILL FAIR USE SURVIVE? FREE EXPRESSION IN THE AGE OF COPYRIGHT CONTROL 8, 35-36 (2005) (侵害のおそれのある行為の停止を要求するレターの言論圧迫効果を査定)。実際、フェアユースの検討結果の予測が難しいこと自体が、訴訟が統合される前か後かを問わず、被告を和解に導くのもかもしれない。被告が表現を少し変えれば、広範な差止命令や損害賠償を避けられるような場合は特にそうである。フェアユース抗弁申立ての費用便益分析についての理論的な説明は以下を参照：see Thomas F. Cotter, *Fair Use and Copyright Overenforcement*, 93 IOWA L. REV. (forthcoming 2008), available at <http://ssrn.com/abstract=951839>.

⁶⁷ See generally Ahmed E. Taha, *Data and Selection Bias: A Case Study*, 75 UMKC L. REV. 171 (2006) (判事の政治的方向性が訴訟結果に影響を与えるか否かの実証的研究結果に対する選択偏向の影響を議論); David A. Hoffman, Alan J. Izenman & Jeffrey R. Lidicker, *Docketology, District Courts, and Doctrine*, 85 WASH. U. L. REV. (forthcoming 2008), available at <http://ssrn.com/abstract=982130> (「摘要書 (docketology) がかなり偏向していることを暴露したデータセットにもとづく、過度に強固で規範的な主張に多くの筆者が引きつけられた。」)。

⁶⁸ See *Telerate Sys., Inc. v. Caro*, 689 F. Supp. 221, 228-31 (S.D.N.Y. 1988) (被告はコンピューターによってアクセス可能な金融情報サービスの加入者で、プロバイダーのデータベースをコピーし、その情報を被告のソフトウェアのパッケージの一部として販売した。判決は、被告によるフェアユースの抗弁を否認)。

⁶⁹ See *Playboy Enters., Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552, 1557-59 (M.D. Fla. 1993) (著作物である写真のインターネット上の掲示板への掲載は、フェアユースとして保護される使用ではないと判示)。

⁷⁰ 464 U.S. 417 (1984).

⁷¹ 471 U.S. 539 (1985).

⁷² 495 U.S. 207 (1990).

⁷³ 510 U.S. 569 (1994).

つずつの反対意見が含まれており⁷⁴、*Campbell*には短い同意意見が含まれている⁷⁵。

サンプル⁷⁶とした意見に関し、第2巡回区および第9巡回区の地裁および控裁が緊密に関連した二つの側面で、28年間の調査対象期間中継続的に⁷⁷、支配的な位置を占めている。第一に、これらの裁判所がサンプル意見の大部分を出していることである。表1は、第2控裁が控裁意見の38.6%、第2巡回区の地裁が地裁意見の35.1%を、第9控裁が、控裁意見の28.4%、第9巡回区の地裁が地裁意見の18.0%を占めていることを示している。他の控裁および地裁の出した意見のパーセンテージは、第7控裁でさえ一桁でしかない。地裁だけを見ると、ニューヨーク州南部地区地裁(S.D.N.Y.)が単独で31.3%を占めており、第2位は7.6%を占めるカリフォルニア州北部地区地裁である。

第二に、データによれば、第2および第9巡回区の裁判所によるフェアユース意見が、他の巡回区の裁判所のフェアユース意見に、一般的に考えられているよりはるかに大きな影響を与えていることである。具体的に、調査対象とした意見の中で、異なる巡回区裁判所間でフェアユース意見が、どのように引用されているかを示すデータによれば、第2および第9巡回区の見解から引用される回数が、これらの意見が、他巡回区の見解を引用

⁷⁴ See *Harper & Row*, 471 U.S. at 579-605 (Brennan, J., dissenting); *Sony*, 464 U.S. at 457-500 (Blackmun, J., dissenting).

⁷⁵ See *Campbell*, 510 U.S. at 596-600 (Kennedy, J., concurring).

⁷⁶ 筆者が「サンプル」という用語を使用したのは、本プロジェクトにおいて筆者は、1978年から2005年末の期間に4要件テストを適用した、すべての連邦裁判所意見を調査対象とすることを意図したが、実際にその間の判決全部を対象としたと確言できないからである。

⁷⁷ 対象期間中の意見の裁判地別の分布、または第2および第9巡回区の裁判所意見が他巡回区の裁判所の意見で引用される率の分布には重大な変化は見られない。しかし、サンプルとして使用した第9巡回区の地裁38件の意見のうちの35件(92%)が、1990年以降の意見であることは注目に値する。ただし、これら35件の意見のうち、コンピューター・ソフトウェアまたはインターネットに関連するものはたった6件なので、コンピューター・ソフトウェアおよびインターネット関連のフェアユース判例法の急増を反映しているとはいえない。

する回数を大幅に上回っている。たとえば、フェアユース分析一件につき、第2巡回区以外の控裁および地裁意見は、平均1.55件の第2控裁意見を引用しており、第9巡回区以外の控裁および地裁は、平均0.68件の第9控裁意見を引用している。他のどの控裁も、第2および第9控裁ほど他の巡回区裁判所意見への影響力を持っていない。第9控裁の次に影響力を持つのは第5控裁であり、0.14件の判決が、第5巡回区以外の控裁および地裁意見のフェアユース分析に引用されている。これは第一に、1981年以前の第5控裁判例法が、第11控裁に対して持つ重要性の結果でもある⁷⁸。事実、引用回数では、ニューヨーク州南部地区地裁は、第2および第9控裁以外のどの控裁より大きな影響を持っており、その影響力は、第9控裁とほぼ同等である。第2控裁以外の控裁においては、フェアユース分析一件につき平均0.59件のニューヨーク南部地区地裁意見を、地裁においては、平均0.60件のニューヨーク南部地区地裁意見を引用している。要約すれば、平均して第2および第9控裁よりも、地元控裁意見をより多く引用しているのは、第2、第5および第9巡回区の控裁および地裁のみである。

したがって、われわれが、現代アメリカ合衆国のフェアユース判例法という場合、基本的に最高裁、第2および第9控裁、およびニューヨーク州南部地区地裁の4裁判所が出した、122件の意見および他地区の連邦裁判所が出した、これらの意見の後継意見を指すことになる。これは、フェアユース判例法内の控裁間の差異の探索を困難なものとしている。しかしながら、第IV章で説明するように、その他諸々の要素を考慮すれば、第2控裁が比較的フェアユースに友好的な控裁として突出していることが、データから判明する⁷⁹。

⁷⁸ See *Bonner v. City of Prichard*, 661 F.2d 1206, 1209 (11th Cir. 1981) (1981年10月1日以前の第5控裁の意見は、第11控裁の判例法であると判示)(訳注:第11控裁は同日、第5控裁から独立して、誕生)。

⁷⁹ See *infra* note 142 and Table 9.

表1：控裁および地裁の意見の分布

控裁	控裁意見		地裁意見		地 裁	数	%
	数	%	数	%			
1	1	1.1	8	3.8	マサチューセッツ州	7	3.3
2	34	38.6	74	35.1	ニューハンプシャー	1	0.5
					ニューヨーク州北部	3	1.4
					ニューヨーク州東部	2	0.9
					ニューヨーク州南部	66	31.3
3	1	1.1	9	4.3	ニューヨーク州西部	3	1.4
					ニュージャージー州	2	0.9
					ペンシルバニア州東部	5	2.4
					ペンシルバニア州西部	1	0.5
4	3	3.4	12	5.7	デラウェア州	1	0.5
					メリランド州	4	1.9
					ヴァージニア州東部	5	2.4
					ノースカロライナ州中部	1	0.5
5	4	4.6	8	3.8	ヴァージニア州西部	2	0.9
					テキサス州北部	2	0.9
					テキサス州東部	1	0.5
					テキサス州南部	4	1.9
6	8	9.1	12	5.7	テキサス州西部	1	0.5
					ケンタッキー州東部	1	0.5
					ミシガン州東部	6	2.8
					ミシガン州西部	2	0.9
7	3	3.4	12	5.7	オハイオ州北部	1	0.5
					テネシー州東部	1	0.5
					テネシー州中部	1	0.5
					イリノイ州北部	11	5.2
8	2	2.3	10	4.7	イリノイ州南部	1	0.5
					ミネソタ州	8	3.8
					モンタナ州西部	1	0.5
					ネブラスカ州	1	0.5
9	25	28.4	38	18.0	カリフォルニア州北部	16	7.6
					カリフォルニア州中央	12	5.7
					カリフォルニア州南部	5	2.4
					ネヴァダ州	2	0.9
10	-	-	7	3.3	オレゴン州	3	1.4
					コロラド州	2	0.9
					カンサス州	4	1.9
					オクラホマ州北部	1	0.5
11	6	6.8	14	6.6	フロリダ州中部	2	0.9
					フロリダ州南部	3	1.4
					ジョージア州北部	9	4.3
DC	1	1.1	7	3.3	コロンビア特別区	7	3.3
合計	88		211			211	

2. 地裁意見の申し立て種類別分布

表2は、地裁意見の申し立て種類別分布を示している。半分以上は、サマリー判決申し立てまたは対抗サマリー判決申し立てに対する意見であり、これら121件の意見のうち86%が、サマリー判決申し立てまたは対抗サマリー判決申し立てを認めている。これは裁判所が、フェアユースの問題を通常、サマリー判決申し立ての段階で解決しているという伝統的な理解を裏付けるものである⁸⁰。

表2：申し立て種類別地裁意見の分布

(「FU認定」は、フェアユースを認定した判決の割合を示す。「FU否認」はフェアユースを否認した判決の割合を示す。)

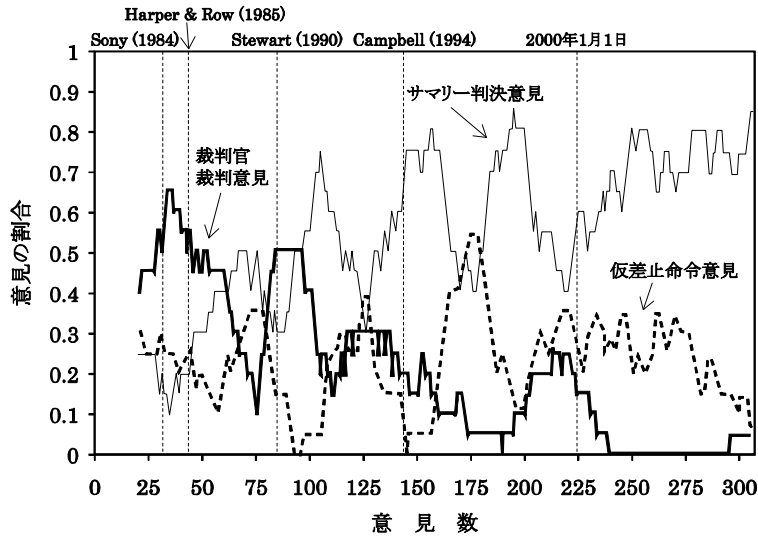
申し立て種類	数	%	FU認定	FU否認
仮差止命令	50	23.7	.300	.700
原告請求サマリー判決認定	24	11.4	-	.875
被告請求サマリー判決認定	38	18.0	.763	-
対抗サマリー判決認定	59	28.0	.389	.525
非陪審審理	37	17.5	.324	.676
提訴却下申し立て	2	1.0	.000	1.000
陪審員評決否認申し立て	1	0.5	.000	1.000
合計	211		.389	.588

より興味深いのは、全期間を通じた地裁判決の申し立て種類別分布である。図3は、地裁のうちの仮差止命令、サマリー判決、または非陪審審理意見が、占める割合の移動平均を示している。1994年には、年別非陪審審理意見割合が、大幅に減少した。1993年までは、絶対数で年間平均1.9件の非陪審審理意見が、サンプルの中に存在したが、1994年以降は年間0.5件に減少している。実際、1999年から2005年までの7年間に、サンプルに

⁸⁰ See, e.g., Castle Rock Entm't, Inc., v. Carol Publ'g Group, Inc., 150 F.3d 132, 137 (2d. Cir. 1998) (「フェアユースには、法律問題と事実問題が混在している」が、第2巡回区の裁判所は、重要な事実問題が存在しない場合には、フェアユースの問題をしばしばサマリー判決の段階で、解決していると記述(変更箇所は原文にもとづく)。

含まれていた地裁の非陪審審理意見は、たった1件である⁸¹。データは同時に、フェアユース抗弁に対するサマリー判決の全体に占める割合が、1990年代中頃からかなり劇的に増加したことを示している。

図3：地裁の仮差止命令、非陪審審理、およびサマリー判決意見割合の20意見移動平均



上記のような結果は、合衆国裁判所における「事実審理の消滅」と呼ばれる現象についての近年の研究結果と整合するが⁸²、全体像は謎のままである。非陪審審理の減少は、1994年3月の *Campbell v. Acuff-Rose* 最高裁意見発表と同時期に発生している⁸³。 *Campbell* 事件において地裁は、音楽家グループ 2 Live Crew が、Roy Orbison の歌 “Pretty Woman” を、パロデ

ィーとして使用したのを、フェアユースであると認定した⁸⁴。第6控裁は、10年前に *Sony* 法廷が確立した「著作物の商業的な使用が、すべてフェアユースであるとはかぎらないとする前提を、十分に検討しなかった」として地裁判決を覆し、差し戻した⁸⁵。最高裁は、控裁判決を覆して、差し戻した。 *Sony* の前提を強く否定し、被告による使用の商業性を、裁判所が被告の使用の「目的と性質」を分析する際に考慮する問題の一つに格下げし⁸⁶、第107条の第3および第4要件に関する事実の検証のために差し戻したのである⁸⁷。不思議なのは、報告された非陪審審理の数の減少とサマリー判決の増加が、サマリー判決を差し戻しただけでなく、フェアユース抗弁のサマリー判決を可能とする中心的な前提を否定した、最高裁意見と同時期に発生したことである。

この同時発生には、より一般的な事実審理の消滅という現象に加え、著作権に特有の説明が二つ、どちらも完全に満足の行くものではないが、考えられる。第一の説明は、 *Campbell* の多数意見において最高裁は、 *Sony* の不公平さの前提を明らかに否定しているが、データによれば、以下に述べるように、地裁および控裁は、この前提を引き続き適用したことである。 *Campbell* 多数意見は、過去においても現在でも絶対的な権威を持つとは、とても言いがたいのである。第二の説明は、1990年代半ばに始まった非陪審審理意見の割合の減少は、最高裁の影響ではなく、控裁の影響によるものであるとするもの。1990年代初期には、フェア・ユース関連サマリー判決の控裁による追認の波が見られた⁸⁸。この傾向が、積極的にサマリー判

⁸¹ *Schiffer Publ'g, Ltd. v. Chronicle Books, LLC*, No. 03-4962, 2004 WL 2583817 (E.D. Pa. Nov. 12, 2004).

⁸² たとえば以下を参照: the articles collected in the *Journal of Empirical Legal Studies*'s issue dedicated to the topic, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459-984 (2004).

⁸³ 510 U.S. 569 (1994).

⁸⁴ *Acuff-Rose Music, Inc. v. Campbell*, 754 F. Supp. 1150, 1158-59 (M.D. Tenn. 1991).

⁸⁵ *Acuff-Rose Music, Inc. v. Campbell*, 972 F.2d 1429, 1436-37 (6th Cir. 1992).

⁸⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 583-84 (1994).

⁸⁷ *Id.* at 589.

⁸⁸ See, e.g., *Nat'l Rifle Ass'n of Am. v. Handgun Control Fed'n*, 15 F.3d 559, 560 (6th Cir. 1994); *Twin Peaks Prods. v. Publ'ns Int'l, Ltd.*, 996 F.2d 1366, 1370-71(2d Cir. 1993); *McGowan v. Cross*, No. 92-1480, 1993 U.S. App. LEXIS 9134, at *1 (4th Cir. Apr. 22, 1993); *Arica Inst., Inc. v. Palmer*, 970 F.2d 1067, 1079 (2d Cir. 1992); *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731, 733-34 (2d Cir. 1991); *BellSouth Adver. & Publ'g Corp. v. Donnelley Info Publ'g, Inc.*, 933 F.2d 952, 955 (11th Cir. 1991), *rev'd*, 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993); *Cable/Home Commc'n Corp. v. Network Prods., Inc.*, 902 F.2d

決による決定を選択するよう、地裁判事や訴訟当事者達を勇気付けているのかもしれない。

3. 意見の係争事項別分布

フェアユースとニューメディアの学究的強調にもかかわらず、アメリカ合衆国のフェアユース判例法を、過去から現在まで継続して支配しているのは、バーチャル・メディアではなく、二次元の印刷メディアである。調査対象とした意見の半分以上(52.9%) (そして地裁意見の50.7%) が、非バーチャル・メディアである、印刷メディアに従事する両当事者間の紛争であった⁸⁹。より具体的には、意見の36.6% (地裁意見の31.3%) は、非バーチャルのテキストのみに関わっている、両当事者間の紛争であった⁹⁰。コンピューター・ソフトウェアおよび/またはインターネット・テクノロジーに関連した、事実に関する問題を取り扱った意見が、判例法の中で、一番ではなくとも重要な役割を果たすようになったのは、1988年からである。1988年から2005年末までの期間には、21.6%の意見(地裁意見の22.6%) が、コンピューター・ソフトウェアおよび/またはインターネットに関する事実問題を取り扱っている。調査対象の意見の中で、広義では、テレビの動画と定義されるビデオ、映画その他を取り扱った意見が、全体の意見の20.6%を占め、これに比べ、音楽に関連した問題を取り扱った意見は、6.2%に過ぎない。最後に、全意見のうち84.6%が、その作品が、同じメディアに発表されていた当事者間の事件であった。異なるメディアで一番多かったのは、印刷物からビデオへの利用またはその逆であり、

829, 834 (11th Cir. 1990).

⁸⁹ ここで筆者は、印刷メディアを広範に、コンピューターの画面上ではなく、紙、キャンバス、またはこれらに似た下地の上に作成された、二次元のテキストまたはグラフィック作品と定義する。この定義からはコンピューターのソフトウェアも除外される。64%の意見、具体的には64の地裁意見は、少なくとも一方の当事者が、印刷メディアに関わっている事件を扱ったものである。

⁹⁰ 全意見の45%および地裁意見の43%は、少なくとも一方の当事者が、バーチャルでないテキストに関わっている事件を扱ったものである。

13件(または4.2%)の意見が、報告されている。

当然ながら、意見の中には合衆国憲法第一修正(訳注:以下、「第一修正」と訳出)に関する問題が顕著に見られる⁹¹。意見の25%が、フェアユース分析そのものの中においてとはかぎらないが、第一修正または、より一般的な表現の自由の問題を指摘している。多分これも意外だと思うが、裁判所の格が上がるにつれ、第一修正関連の問題を取り扱う判決の割合が増加する。地裁意見の20%で、第一修正の問題が、何らかの形で議論されたのに対し、控裁意見では34%、そして、最高裁意見では43%で第一修正の問題が何らかの形で議論された⁹²。

B. 逆転、反対意見および上訴の割合

フェアユースの判例法においては、「逆転することや裁判所の意見がなされることがよくある」というのが一般的な理解である⁹³。「この分野には、

⁹¹ See generally Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1 (2001) (著作権侵害の申し立てに対し、より強力に第一修正を適用することを主張); Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147 (1998) (ある種の著作権訴訟における仮差止め命令は、第一修正にもとづいて違憲であると主張); Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535 (2004) (許容できるフェアユースを狭く定義すると、第一修正に規定された表現の自由を脅かすことになる)と主張。

⁹² この問題に関しては、判例法の文字通りの「内容分析」は、特に有効とは言えず、少なくとも興味深いデータを生み出さない。第一修正に言及した69件の意見のうちの40.6%が、被告の主張を支持したのに対し、第一修正に言及していない237件の意見のうちの42.2%が、被告の主張を支持した。フェアユースと第一修正に関する議論は、その性格上論証が非常に難しいので、裁判所による第一修正に関する議論の単語数計算分析を、信頼できるものとするのは不可能である。したがって、この問題に関しては、質を基準とした代表的判例へのアプローチが、現在われわれが使用できる唯一の可能な分析方法であると思われる。

⁹³ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Uses Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1106-07 (1990) (脚注省略)。

逆転された意見の死骸が捨てられている」といわれているが⁹⁴、これは、最高裁のフェアユース判例法に関しては、確かにあたっている。最高裁は、*Sony*, *Harper & Row*, そして *Campbell* 事件において、地裁意見を逆転させた控裁意見を逆転させている⁹⁵。この事実と、最高裁は *Sony* では5対4⁹⁶、*Harper & Row* では6対3⁹⁷と意見が分かれたことが、フェアユース判例法は、特に不安定であるという一般的な信念の理由かもしれない。

しかし、最高裁より下の裁判所の判例法のデータは、この一般的な理解と逆の結果を示している。サンプルには、71件の訴訟に関する88件の控裁意見が含まれている。そのうちの4件は同意意見で、13件には反対意見が存在した。71件の多数意見のうち、24件が、地裁によるフェアユース判決を逆転させており(逆転率33.8%)、10件には、フェアユースに關した反対意見が含まれている(14.1%の反対意見率)⁹⁸。このような結果は、最近報告された控裁意見全体の推定逆転率(たとえば、1980年から2002年の期間の控裁意見全体の32%⁹⁹) および推定反対意見率(たとえば、1970年か

ら1988年の期間に判例集に登載された控裁意見全体の9.43%¹⁰⁰)と大きな違いはない。また、フェアユース判決の控裁による逆転率は、特許裁判における控裁による逆転率(たとえば、1998年1月から2000年4月の期間では47.3%¹⁰¹)を大幅に下回っている。さらに、地裁意見から見ると、上訴関連のデータは特に例外的なものとは言えない。211件の地裁意見のうち53件が上訴され(上訴率は、25.1%で特に例外的ではない¹⁰²)、211件のうちの35件(または16.6%)が支持され、18件(または8.5%)が逆転された¹⁰³。全体として、これらのデータは予想外で、おそらく興味をそそらない発見かもしれないが、われわれのフェアユース判例法は、少なくとも最高裁にまで行ったケース(そして、ケースブックに載るようなケース)を除けば、逆転、反対意見、または上訴の率は特に高くはないという発見を支持する。

C. フェアユースの勝率

第107条に関する判例法において、裁判所は、実際どれ位の頻度で、フ

⁹⁴ Weinreb, *supra* note 19, at 1137.

⁹⁵ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 571-72 (1994), *rev'g* 972 F.2d 1429 (6th Cir. 1992); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 542 (1985), *rev'g* 723 F.2d 195 (2d Cir. 1983); *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 420-21 (1984), *rev'g* 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981); see also Paul Goldstein, *Fair Use in a Changing World*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 133, 134 (2003) (フェアユース判決の「不確定性」について議論)。

⁹⁶ *Sony*, 464 U.S. at 418.

⁹⁷ *Harper & Row*, 471 U.S. at 541.

⁹⁸ 2つの判例は、判事全員による審理後の反対意見である。See *Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc.*, 99 F.3d 1381, 1393-94 (6th Cir. 1996) (Boyce, C.J., dissenting); *id.* at 1394-97 (Merritt, J., dissenting), *id.* at 1397-1412 (Ryan, J., dissenting); *New Era Publ'ns Int'l, APS v. Henry Holt, Co.*, 884 F.2d 659, 662-664 (2d Cir. 1989) (Newman, J., dissenting)。

⁹⁹ Kevin M. Scott, *Understanding Judicial Hierarchy: Reversals and the Behavior of Intermediate Appellate Judges*, 40 LAW & SOC'Y REV. 163, 177 tbl.1 (2006); see also Burton Atkins, *Interventions and Power in Judicial Hierarchies: Appellate Courts in England and the United States*, 24 LAW & SOC'Y REV. 71, 83-92 (1990) (合衆国の上訴裁判所での逆転率を、英国の上訴裁判所での逆転率と比較)。

¹⁰⁰ DONALD R. SONGER ET AL., CONTINUITY AND CHANGE ON THE UNITED STATES COURTS OF APPEALS 105 tbl.5.1 (2000); see also Sean Farhang & Gregory Wawro, *Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation Under Panel Decision Making*, 20 J.L. ECON. & ORG. 299, 306 (2004) (「経験的に、控裁は圧倒的に全員一致意見を出す。控裁全体を合計した反対意見は、問題がどの分野のものであるかにより多少変動するが、約6%から8%である。」(引用省略))。

¹⁰¹ Christian A. Chu, *Empirical Analysis of the Federal Circuit's Claim Construction Trends*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 1075, 1098 (2001); see also Stephen P. Swinton & Adam A. Welland, *Patent Injunction Reform and the Overlooked Problem of 'False Positives'*, 70 BNA PAT. TRADEMARK & COPYRIGHT J. 337, 338 (2005) (「特許侵害事件での地裁判決の逆転率は、分析方法および対象期間によって30%から60%以上までと幅がある。」)。

¹⁰² See Theodore Eisenberg, *Appeal Rates and Outcomes in Tried and Nontried Cases: Further Exploration of Anti-Plaintiff Appellate Outcomes*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 659, 664 & tbl.1 (2004) (1987年から1996年までの全地裁判例の上訴率は10.9%であるが、原告または被告に賠償が認められた、全地裁判例の上訴率は21%である点を指摘)。

¹⁰³ 逆転された18件の地裁意見のうち、原告有利が9件、被告有利が9件であった。

フェアユースを認定しているであろう。本調査において、フェアユースの認定率は、最も奇妙な結果の一つである。最初に基本的な結果を示し、それから説明を試みる。

表3および4は、それぞれ地裁および控裁意見の中でのフェアユースの認定率を示している。より具体的には、表3はフェアユースが認定された、または原告によるサマリー判決申し立てに対し、フェアユースが認定されず、したがって逆転されなかった地裁の意見を、控裁別および申し立て種類別に分類している。全体では、30.4%の仮差止意見で、フェアユースが認められているが、非陪審審理では24.1%である。サマリー判決の中で、対抗申し立てなしの原告のサマリー判決申し立ての86.4%が認められており、対抗申し立てなしの被告のサマリー判決申し立ての75.7%が認められている。対抗サマリー判決申し立ての当事者の勝率は非常に低い。表4に示されているように、控裁でフェアユースが多数意見を占める勝率は、地裁の場合とほぼ同じであるが、どの控裁も50%から大幅に離脱していない点が統計学的には重要である。

地裁の結果を最初に考察すると、驚くに値しないが、対抗サマリー判決申し立てがないサマリー判決申し立てを審理する地裁意見の多くが、申し立てを認めている。経験的に、これらの結果は、アメリカ合衆国の商標関連訴訟における「消費者による混同」に関する、複数要件テストの研究の同様な結果に整合する¹⁰⁴。理論的な問題として、どちらの当事者も、申し立てに勝ち目がない場合は、申し立て費用を出費しないようサマリー判決を申し立てない可能性が高い。相手方は勝ち目がある場合には対抗申し立てを提起する可能性が高まる。また、地裁の判事達は、サマリー判決の申し立てを却下した場合よりも、それを認めた場合に、より多くの判例集に搭載される意見を書いている。

しかし、これらの結果は、地裁における仮差止命令および非陪審審理でのフェアユースの例外的に低い認定率の問題を解決しない。Priest-Kleinの「選択仮説」によれば、様々な状況下で、裁判における原告の勝率は50%に近づくはずである。これは第一に、きわどいケースのみが、和解または

サマリー判決による決定を回避し、生き延びることが可能だからである¹⁰⁵。しかし、50%仮説の証明は評価が分かれるところである¹⁰⁶。50%仮説とその仮説を支持するために集めたデータを制約する基本的な仮定は、仮説があてはまるためには、両当事者が訴訟に同等の利害を有していなければならない点にある¹⁰⁷。

表3：逆転されなかった地裁のフェアユース意見（控裁別・申し立て種類別）

(「FU」はフェアユースを認定した意見の割合、「FU否認」はフェアユースを否認した意見の割合を示す)

控裁	控裁別分布		仮差止命令		裁判官裁判		原告請求 サマリー判決		被告請求 サマリー判決		対抗サマリー判決		
	件数	%	件数	FU	件数	FU	件数	FU否認	件数	FU	件数	FU否認	FU
1	8	4.2	2	.500	3	.667	—	—	2	.1000	1	.000	1.000
2	64	33.7	12	.500	9	.000	6	.667	18	.778	19	.421	.526
3	9	4.7	4	.000	2	.000	—	—	2	1.000	1	1.000	.000
4	12	6.3	1	1.000	1	1.000	1	1.000	4	.750	5	.800	.000
5	7	3.7	1	1.000	5	.200	—	—	—	—	1	.000	.000
6	11	5.8	1	.000	1	.000	3	.667	1	1.000	5	.600	.400
7	10	5.3	4	.000	1	.000	1	1.000	—	—	4	.750	.000
8	9	4.7	2	.000	1	.000	1	1.000	2	.500	3	1.00	.000
9	34	17.9	11	.181	2	1.000	4	1.000	6	.500	11	.273	.636
10	7	3.7	3	.667	1	.000	1	1.000	1	1.000	1	.000	1.000
11	12	6.3	3	.000	2	.500	4	1.000	—	—	3	1.000	.000
D.C.	7	3.7	2	.500	1	.000	1	1.000	1	1.000	2	1.000	.000
合計	190*		46		29		22		37		56		
全控裁				.304		.241		.864		.757		.536	.375

*上記の数値を算出する際に、3件の地裁判決を除外した。いずれもフェアユースを否認している。See Chicago, Sch. Reform Bd. of Trs. v. Substance, Inc., 79 F. Supp. 2d

¹⁰⁵ George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1, 4-6, 17-18 (1984).

¹⁰⁶ See generally Theodore Eisenberg, *Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests*, 19 J. LEGAL STUD. 337 (1990) (50%仮説をテストし、民事裁判すべてには当てはまらないとする); Daniel Kessler et al., *Explaining Deviations from the Fifty-Percent Rule: A Multimodal Approach to the Selection of Cases for Litigation*, 25 J. LEGAL STUD. 233 (1996) (50%仮説からの乖離は、Priest and Kleinの前提に合わないケースが存在するためであると記述)。

¹⁰⁷ Priest & Klein, *supra* note 105, at 24-29.

¹⁰⁴ Beebe, *supra* note 14, at 1596-98 & tbl.2 (2006).

919, 930-34 (N.D. Ill. 2000) (訴訟却下申立て); Int-Elect Eng'g, Inc. v. Clinton Harley Corp., No.92-20718, 1993 U.S. Dist. LEXIS 11510 (N.D. Cal. June 24, 1993) (同); Roy Export Co. v. Columbia Broad. Sys., Inc., 503 F. Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1980) (陪審員評決否認申立て)。

表4：逆転されなかった控裁のフェアユース意見（控裁別・申し立て種類別）
 (「FU」はフェアユースを認定した意見の割合、「FU否認」はフェアユースを否認した意見の割合を示す)

控裁	控裁別分布		仮差止命令		裁判官裁判		原告請求 サマリー判決		被告請求 サマリー判決		対抗サマリー判決		
	件数	%	件数	FU	件数	FU	件数	FU否認	件数	FU	件数	FU否認	FU
1	1	1.6	—	—	—	—	—	—	1	.1000	—	—	—
2	24	37.5	5	.400	7	.143	2	.500	4	.750	6	.167	.667
3	1	1.6	—	—	—	—	—	—	—	—	1	1.000	.000
4	3	4.7	—	—	1	1.000	—	—	1	1.000	1	.000	1.000
5	2	3.1	—	—	1	1.000	—	—	—	—	1	1.000	.000
6	3	4.7	—	—	1	1.000	—	—	—	—	2	.500	.500
7	2	3.1	—	—	—	—	1	.000	1	.000	—	—	—
8	2	1.6	—	—	—	—	—	—	—	—	1	.000	.000
9	21	32.8	8	.375	2	.500	1	1.000	3	.333	7	.286	.714
10	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
11	5	7.8	1	1.000	1	.000	2	1.000	—	—	1	1.000	.000
D.C.	1	1.6	1	.000	—	—	—	—	—	—	—	—	—
合計	64*		15		13		6		10		20		
全控裁				.400		.385		.667		.600		.350	.550

*上記の数値を算出する際に、3件の地裁判決を除外した。See *Mulchay v. Cheetah Learning LLC*, 386 F.3d 849 (8th Cir. 2004) (ある種の使用はフェアであるが、その他の使用はアンフェアであると認定); *Ty, Inc. v. Publ'ns Int'l*, 292 F.3d 512 (7th Cir. 2002) (同); *Ringgold v. Black Entm't Television, Inc.*, 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997) (フェアユースの問題を事実認定がさらに必要であるとして差し戻す)。

それでも、William Landes が議論したように、知財訴訟の原告は、不利な判決が自身の権利を制限または消滅させる危険に直面しているので、結果への期待が高い傾向にある¹⁰⁸。したがって、知財訴訟の原告は、勝ち負けの確率の差がかなり接近したケースにおいてさえ、和解すると予想され、

¹⁰⁸ William M. Landes, *An Empirical Analysis of Intellectual Property Litigation: Some Preliminary Results*, 41 HOUS. L. REV. 749, 772 (2004).

結果的に、実際に裁判にまで行った知財訴訟の原告の勝率は、50%をかなり超えるはずであると Landes は、議論する¹⁰⁹。Landes は、この仮説を支持する強力なデータとして連邦司法センターのデータをあげる。それによれば、1978年から2000年の地裁での民事裁判一般における原告の勝率は48%であるのに対して、著作権訴訟における原告勝率は、73%を示している¹¹⁰。

地裁の仮差止命令および非陪審審理における原告の勝率の高さは、Landes がその仮説を支持するために提示する、より一般的な仮説と証拠に整合する。しかし、Landes の仮説は、筆者を含めた著作権者一般ではないにしても、フェアユース訴訟の原告側を代表する論者達が、持っている通常の見解とは、逆のものである¹¹¹。通常の見解とは、われわれの「権利クリヤー文化」¹¹²の社会では、著作権取得可能な価値のある作品の所有者は当然、かなり積極的な訴訟申し立て者である傾向があるが、これは単に、

¹⁰⁹ *Id.*
¹¹⁰ *Id.* at 774 tbl.5. 連邦司法センターのデータはかなり疑問である。See generally Beebe, *supra* note 14, at 1652-54 (合衆国裁判所管理室のデータの信頼性に対して様々な問題を記述); Theodore Eisenberg & Margo Schlanger, *The Reliability of the Administrative Office of the U.S. Courts Database: An Initial Empirical Analysis*, 78 NOTRE DAME L. REV. 1455 (2003) (同)。

¹¹¹ Cf. Jane C. Ginsburg, *Authors and Users in Copyright*, 45 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 1, 1(1997) (「著作権および関連分野における何人かの理論家および活動家の間では、著作権による保護を激しく批判したり悪者扱いすることが、流行になってきている。」)。See generally Jane C. Ginsburg, *How Copyright Got a Bad Name for Itself*, 26 COLUM. J.L. & ARTS 61 (2002) (著作権者による行きすぎを議論。しかし、特定のニューメディアの著作権改正を擁護)。

¹¹² See generally PATRICIA AUFDERHEIDE & PETER JASZI, *CTR. FOR. SOC. MEDIA, UNTOLD STORIES: CREATIVE CONSEQUENCES OF THE RIGHTS CLEARANCE CULTURE FOR DOCUMENTARY FILMMAKERS* (2004), available at http://www.centerforsocialmedia.org/rock/backgrounddocs/printable_rightsreport.pdf (映画制作者達の創作活動に対する権利取得の「複雑さ」による影響を記録); LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY* (2005), available at <http://www.freeculture.cc/freeculture.pdf> (メディア会社は、著作権法を文化と創造性の成長を停滞させるために使用すると議論)。

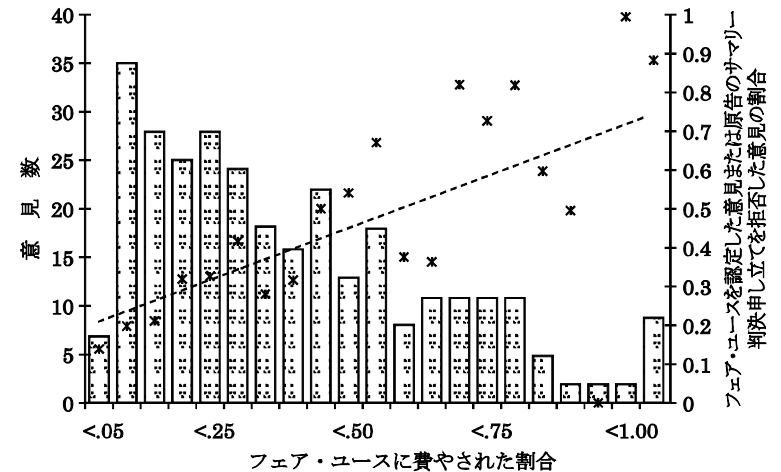
積極的でなければ、黙認または時効停止の抗弁に自身を曝すことになるからではない。より重要なのは、野心的な訴訟当事者であるとの定評を確立し、その定評が作り出す「冷却効果」の恩恵を受けることに大きな意義がある¹¹³。こうした効力は多くの場合、フェアユース紛争中の排除措置の段階 (cease-and-desist stage) で、効果を発揮すると推定されるが¹¹⁴、われわれの予想では、原告が和解よりも訴訟を選択する際にも影響を与えるものと思われる。

本調査のために収集されたデータ・セットは、サンプルに含まれた意見の原告が、上記の通常の見解に従うかどうかを示すことはできない点は、強調するに値する。しかし、筆者は、地裁の仮差止命令および非陪審審理の意見におけるフェアユース抗弁の低い勝率に関する、これまでと異なる、暫定的な説明に門戸を開くためにこの見解を利用したい。この説明によって、著作権取得可能性や重大な類似性にもとづいた著作権侵害の申し立てに対して、抗弁しようとしている被告の中には、抗弁がいい加減または少なくとも事実に照らして弱い時でさえ、フェアユースの抗弁を同時に申し立てるのも、比較的安価であると考えられるかもしれない。良心的な判事達は、フェアユース・テストの結果が明白な時でさえ、第107条が指示するように4要件を責任をもって考慮するので、筋違いのフェアユース抗弁でさえ、本調査のためにサンプルとした意見の中に含まれることになり、それがフェアユース抗弁の勝率を引き下げることになる。

問題は、ある意見がいい加減なフェアユースの抗弁を扱っているかどうかを、どのような方法で客観的に決定するかである。都合のよい方法はない。しかし、被告のフェアユース抗弁が、弱いことまたは重要でないことを示す合理的に採用可能な量的指標は、意見の中で判事が抗弁に費やした部分の割合 (語数) である。われわれは、いい加減なフェアユース抗弁を議論した意見は、一般的に、意見の比較的少ない部分をこの抗弁に使用し、

少なくとも合理性のあるフェアユースの申し立てを扱っている意見は、その抗弁の分析により多くの時間を費やすと推測する。図4は、フェアユース抗弁に費やされた意見の語数の割合別に、306件の意見全部の度数分布図を表示している。各度数別の被告の勝率も示す。予想されるように、フェアユース抗弁に費やされた意見の割合と、フェアユース問題に関して、最終的に被告に有利な意見が出る可能性の間には、明確で比較的安定した正の相関関係がある。実際、10%以下しかフェアユース問題を議論していない意見42件 (最も左側の2グループ) を除外すれば、残りの45.5%の意見の中での被告の勝率は、かなり尊敬できるものであることがすぐわかる。これは確かに、表3に示された仮差止命令と非陪審審理での低い勝率の包括的な説明にはならないが、少なくとも、50%以下という結果の性格をある程度説明すると考えることができる。

図4：フェアユース分析に割かれた語数別の意見分布とこれら意見のフェアユース認定率 (意見数=306)



フェアユースの勝率結果に関連して、最後に指摘すべき問題が二つある。第一の問題は、控裁レベルでの格段に低い勝率は、そのどれも統計学的に50%からあまり離れていないが、Priest-Kleinの選択仮説の基底をなす理論に完全に整合することである。第二の問題は、データ数は、フェアユース

¹¹³ See generally Chilling Effects Clearinghouse, <http://www.chillingeffects.org> (last visited January 20, 2008) (知的財産法違反を理由とした、排除措置通告 (cease-and-desist letter) を受け取る人々へ提供される背景説明資料と法律の説明)。

¹¹⁴ See *id.* (知的財産所有者からウェブ・出版者に送付された、排除措置通告のデータベースを提供)。

ス勝率における控裁間の多様性に関して強力な主張をするのに十分な大きさではないが、第7巡回区の地裁は、控裁で逆転されなかった10件の意見のいずれにおいても、フェアユースを認めなかった。他方、第2巡回区の地裁は、控裁で逆転されなかった9件の非陪審審理意見のどれにもフェアユースを認めなかった。また、第9巡回区の地裁の11件の控裁で逆転されなかった仮差止命令判決のうち、フェアユースが認められたのは、2件だけだった。

Ⅲ. 要件相互の関係分析

本章では、判事達がフェアユースの抗弁を審理する際に、第107条に規定された4要件テストをどのように使用しているかという、本研究の中心的課題を扱う。筆者は、この分析の第一歩として、個々の要件のテスト結果が相互に、またテストの総合的な結果にどのような影響を与えるかを考察する。さらに、テストの総合的な結果に整合させるために判事達が、どの程度個々の要件のテスト結果を誘導したか(stamped)について考察する。これらは、特定の要件テストおよび総合的なテスト結果に影響を与えるのは、どのような副次的要件であるかという次章での分析の基盤を用意するものである。

A. 相関分析および回帰分析

どの一つの要件または複数の要件が、実際に第107条テストの結果を支配しているのだろう。この疑問は莫大な量の推測を生み出した。各要件それぞれにその傾倒者と誹謗者とがいるように見え¹¹⁵、大部分の裁判所およ

¹¹⁵ 第1要件について、see *Hofheinz v. Discovery Communications, Inc.*, No. 00-3802, 2001 WL 1111970, at *5 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2001) (「この第1の最も重要な要件は、強く被告を支持する。」), *On Davis v. Gap, Inc.*, 246 F.3d 152, 174 (2d Cir. 2001) (Leval, J.) (第1要件を「フェアユース・テスト探究の中核」と記述); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 77 F. Supp. 2d 1116, 1121 (C.D. Cal. 1999) (「フェアユース・テストの第1要件は、このケースの中で一番重要である。」), *rev'd in part*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003), and

び論者達は、実際には、第107条のテスト結果は、主に被告の使用が原告の作品の市場に与える影響の経済的分析を要求する、第4要件のテストに依存すると推測している¹¹⁶。実際、*Harper & Row* 法廷は、第4要件を「疑いなく、フェアユースの要件の中で最も重要な要件である。」とした¹¹⁷。*Campbell* 法廷は、この傍論を覆そうとしたが¹¹⁸、次章で説明するように部分的にしか成功しなかった。論者達はさらに、実際には、第1要件テスト(被告の使用の目的と性質に関するテスト)の結果と第4要件テストの結果は、しばしば一致すると考えている。事実、あまりにも頻繁に一致するので、裁判所によるこれら二つの要件の「重複計算」に対して危惧を表明する論者もいる¹¹⁹。この危惧は、第1および第4要件の分析を支配する原

Leval, *supra* note 93, at 1116 (「第1要件はフェアユースの核心である」と記述)。第2要件について、see *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 553 (1985) (第2要件は、「問題の使用がフェアユースか否かに大きく関係する」とする), and *Cable/Home Comm'n Corp. v. Network Prods., Inc.*, 902 F.2d 829, 844 (11th Cir. 1990) (「この要件は、問題の使用がフェアであるか否かに大きく関係する。」(*Harper & Row*, 471 U.S. at 553を引用))。But see *Dow Jones & Co. v. Bd. of Trade*, 546 F. Supp. 113, 120 (S.D.N.Y. 1982) (「著作物の性質は、第107条に規定された4要件の中で重要性が最も低く、また最も不明瞭な要件である。」); *Carroll*, *supra* note 9, at 18 (第2要件は、テストの「結果にほとんど影響を与えない傾向がある」と主張); *Sag*, *supra* note 9, at 390 (「著作物の性格は、標準的に客観的である場合でも、他の要件に圧倒されてしまうので、ある行動がフェアユースにより保護されている行動かどうかの評価には役に立たない。」)。第3要件について、see *Compaq Computer Corp. v. Procom Tech., Inc.*, 908 F. Supp. 1409, 1421 (S.D. Tex. 1995) (「第3要件は…一般的にフェアユース分析における最も重要でない要件と考えられている。」(*Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417, 449-50 (1984)を引用)。

¹¹⁶ See, e.g., *Nimmer*, *supra* note 12, at 267 n.25 (「私自身の意見では、第4要件が最も重要である。」)。

¹¹⁷ *Harper & Row*, 471 U.S. at 566.

¹¹⁸ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578 (1994) (「著作権法の目的に照らして、すべて[の要件]を探求し、その結果を総合的に考察しなければならない。」)。

¹¹⁹ *Fisher*, *supra* note 7, at 1672-73; see also *Jeremy Kudon, Form Over Function: Expanding the Transformative Use Test for Fair Use*, 80 B.U. L. REV. 579, 605 (2000)

則の性格に起因する。第1要件テストによれば、被告による使用は、「変容的」または「非商業的」であり、したがって、被告が有利であると判定した場合、裁判所はまた、被告による使用は、まさにそれが変容的または非商業的であるという理由で、原告の作品の市場に不利益な影響を与えないとの結論を出す可能性が高く、結果的に第4要件もまた被告を有利にするわけである¹²⁰。この逆もいえるとされ、裁判所が、第1要件テストによって、被告の使用は「商業的」であると結論づけた場合には、特に被告に不利とされる。これは *Sony* 法廷が、第1要件にもとづいて商業的であると判断された使用は、第4要件にもとづく検討では、原告の作品の市場に有害な影響を与えると推定される、という原則を設定したからである¹²¹。*Campbell* 法廷もこの傍論を覆そう、あるいは少なくとも変更しようと試みたが¹²²、次章で示すようにこれもほとんど不成功に終わった。第2および第3要件に関しては、論者達は一般的に無関心であり、関心を示したとしても、総合的なテスト結果に対して、あまり関連を持たない要件とみなす傾向が認められる¹²³。

相関分析は、フェアユースの要件間の相互作用の重要性に関する、一般常識をテストする簡単な方法である。表5は、申し立ての種類には関係なく297件の最終意見を調査対象とした、各要件個別のテスト結果と総合的

(「基本的に、裁判所は第4要件の分析を第1要件テストの中に取り入れた。」)。

¹²⁰ See, e.g., *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 485 (2d Cir. 2004) (「*Campbell* が指摘するように、第107条の第1および第4要件として規定された、これらの質問の検討は、相互に関連しており、二次的使用の目的における変容の比重が大きければ大きいほど、潜在的な購買者が、それをオリジナルの代用とみなす可能性は低くなる。」)。

¹²¹ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984) (「使用が、商業的な利益を目的としていた場合には、[市場への重大な損害の]可能性を仮定することができる。」)。

¹²² *Campbell*, 510 U.S. at 591.

¹²³ See *supra* note 115 (各要件の比較的重要性について論議)。But see *Leval*, *supra* note 93, at 1123 (「第3要件は第1要件(二次的な使用の目的と性質)にもとづく正当化を考慮する際に影響を持ち、また、第4要件(市場への影響)にもとづく市場への影響の可能性の評価を助けることもできる。」)。

なテスト結果との相関係数、および個別の要件テスト相互間の相関係数である¹²⁴。これらの結果は、第1および第4要件のテスト結果と総合的なテスト結果の間には、大変強い、また各テスト結果相互の間にもかなり強い相関関係が存在するが、第2要件のテスト結果と、総合的なテスト結果および他の要件のテスト結果との間には、相関関係が認められる場合でも、その関連性は極めて弱いものでしかないことを示している。第3要件の方が、第2要件よりは強い相関関係を総合的なテスト結果との間に示しているが、第3要件のテスト結果と、第1および第4要件のテスト結果との相関関係は注目されるようなものではない¹²⁵。

これらの係数を理解しやすく明確な形で示せば、第4要件テストの結果と、総合的テスト結果とは、297件の最終意見の83.8%で一致し、同じく、第1要件テストの結果と、総合的テスト結果とは、81.5%で一致する。これに比べ、同じ最終意見に対する第2要件テストの結果と、総合的テスト結果との一致率は50.2%である。第4および第1要件テストの結果を合わせると、214件(または72.1%)に影響を与えており、これらの意見では、第1および第4要件はともにフェアユースを支持または否定している。この中で、たった1件を除き¹²⁶、フェアユース・テストの結果は、これら2要件のテスト結果と一致している。第1要件がフェアユースを支持(または否定)し、第4要件がフェアユースを否定(または支持)した場合の結果

¹²⁴ 各個別の要件に対する2つの相関係数の絶対値の合計はゼロにはならない。これは、裁判所は、ある時には要件が中立、無関係、または事実問題だと判断し、またある時には裁判所の判断が不明瞭であるためである。この相関分析においては、各要件のテスト結果は、2桁の変数で表されている:フェアユース認定を支持(1=yes、0=no)とフェアユース認定の否認(1=yes、0=no)。したがって、最初の変数が1の場合には、第2の変数はゼロになる、あるいはその反対である。しかし、裁判所が、ある要件のテスト結果を中立または無関係と判断したり、あるいはそれに関する判断を行わなかった場合は、第1、第2の変数双方がゼロになる。

¹²⁵ 調査対象期間中、相関関係の強さには注目すべき変化は見られない。

¹²⁶ See *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commc'n Servs., Inc.*, 923 F. Supp. 1231, 1242-50 (N.D. Cal. 1995) (第1および第4要件はフェアユースを支持したが、第2および第3要件がフェアユースを否認したケースで、裁判所はフェアユースを否認した)。

はどうだろう。この支配的な2要件のうちのどちらかが、常に他を打ち負かしているのだろうか。第1要件と第4要件が反対方向を示したのは、調査対象意見中20件しかないが、その中で、14件の意見が、第4要件のテスト結果を踏襲し、6件の意見が第1要件のテスト結果を踏襲した。決して決定的とは言えないが、この比率は、第4要件が総合的なテスト結果により強い影響力を持つという一般的理解と一致する。

表5：297件の最終意見の中でのフェアユース認定と各要件のテスト結果との相関関係および各要件のテスト結果相互間の相関関係

	FU認定/ SJ-P否認	第1要件		第2要件		第3要件		第4要件	
		支持	否定	支持	否定	支持	否定	支持	否定
FU認定/ SJ-P否認	1.000								
第1要件	支持	.747*	1.000						
	否定	-.780*	-.735*	1.000					
第2要件	支持	.321*	.310*	-.192*	1.000				
	否定	-.281*	-0.087	.267*	-.491*	1.000			
第3要件	支持	.646*	.559*	-.496*	.339*	-.190*	1.000		
	否定	-.680*	-.471*	.631*	-.146*	.370*	-.630*	1.000	
第4要件	支持	.823*	.713*	-.616*	.364*	-.174*	.637*	-.504*	1.000
	否定	-.806*	-.557*	.673*	-.205*	.331*	-.474*	.688*	-.722*

「FU認定/SJ-P否認」は、裁判所がフェアユースを認定したが、原告のサマリー判決申し立てを拒否したことを示す。「支持」は、その要件がフェアユースを支持した結果を示し、「否定」は、その要件がフェアユースを否定した結果を示す。*は回帰係数が、.05のレベルで統計的に有意であることを示す。

表6は、297件の最終意見における4要件個別のテスト結果を、総合的フェアユース判断結果に対する関数とした場合のロジスティック回帰分析の結果を示す。ここでは、高度に定型化された(stylized)回帰モデルを使用した。高度に定型化されたというのは、第一に、要件テストの結果を3つの説明変数、つまりフェアユース支持を(1)、否定を(-1)、その他を(0)で示している。第二に、相互作用変数を含まないことを意味する。この極く初歩的なモデルは、しかし、総合的テストの結果の95.6%を正しく分類

した。回帰分析の結果は、一般的理解および相関分析の結果と一致している。第1および第4要件はともに、総合的テスト結果に対して多大な影響力を持ち、他の3要件の影響を支配していることが示されている。つまり、第4要件が運転席を占めているのに対し、第2要件は総合的なテスト結果に重要な影響をほとんど与えていない。

表6：297件の最終意見におけるフェアユースのテスト結果を第107条の4要件テストの関数とした場合のロジスティック回帰

従属変数：フェアユース認定(1) フェアユース否認(0)		n=297 擬似決定件数=.872 対数尤度=-25.950 正しく分類された割合：95.6%				
	オッズ比	回帰係数	標準誤差	P値	95%信頼区間	
要件1	15.005*	2.708*	.683	.000	1.370	4.047
要件2	2.702*	.994	.772	.198	.519	2.507
要件3	7.339*	1.993*	.743	.007	.538	3.449
要件4	36.167*	3.668*	.829	.000	2.043	5.293
定数		.198	.389	.610	.565	.962

*は.05水準で統計的に有意であることを示す。

この単純なモデルから得られる主な教訓は、4要件テストの結果のような抽象的なレベルでの第107条テストの評価から、学べることはあまりないということである。経験的な証拠にもとづいて、第4要件のテスト結果が、総合的なテスト結果を支配しており、第1要件のテスト結果も、また強い影響力を持っているという結果を観察することは大変興味深いことである。しかし、もちろん、これらの発見は、第4または第1要件が(あるいはその件に関する第2または第3の要件が)フェアユースを支持または否定するという結論を出す際に、判事達は、どのような副次的な要件を考察するのかという疑問を突きつける。これについては、第IV章で説明する。このような要件相互間の問題を考察する前に、そして、それらの考察のため背景をより明確にするために、筆者は最後に次の二つの要件相互間の質問を考察した：1)判事達は意見の中でどの要件に分析の多くを費やすのか、そして、2)各要件はどの程度他の要件によるテスト結果を誘導するのか。

B. 語数分析

判事達は、第107条の分析に高度に規則的で、明快な方法を使用する傾向があるため、意見の中の、各要件に関する議論が、どこで開始され、どこで終了しているかは、比較的容易に判定できる。したがって、各意見内での、フェアユース全般に関する論議に費やされた語数に対する、特定の1要件に関する論議に費やされた語数の分析は可能である。表7および図5がこの分析結果を示している。

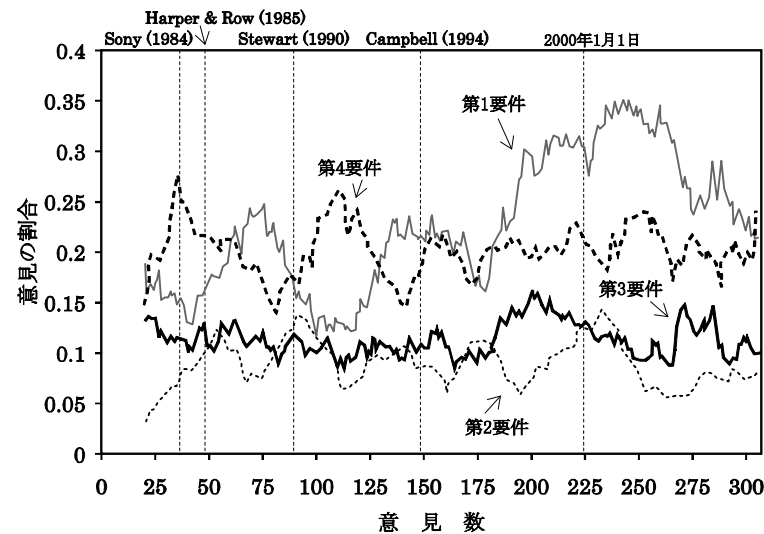
表7: 306件のフェアユース意見の中で、フェアユースの各要件の議論に費やされた語数の平均的割合

	平均	標準偏差	最小/最大
要件1	.23	.16	.00/.72
要件2	.09	.09	.00/.61
要件3	.11	.09	.00/.67
要件4	.20	.15	.00/.67

上記によれば、どの要件も他の要件に比べより多く書かれ、分析されているとはいえ、また、表7に示された標準偏差値が示唆するように、特定の要件にどれだけ注意が費やされたかは、意見によって大幅に異なる。しかし、表7が示すように、306件の意見において判事達は、フェアユース問題の議論の大部分を、第2および第3要件よりも第1および第4要件に費やす傾向がある。判事達は、自身の法律上の問題の分析を説明(または擁護)する際に、重要性が高いと考える考察の説明に、より多くの部分を費やすという前提を受け入れるならば、これらの結果は、実務においては第1および第4要件、あるいはより具体的には、それらの要件に関連して考察された副次的要件が、総合テストの結果を支配しているという発見を支持する。

図5は、全調査対象期間を通じて、判事達が個別の各要件に向けた注目の割合を示している。最も興味深いのは、第1要件に関する発見である。

図5: フェアユース論議の各要件に費やされた割合の20件移動平均



第1要件に向けられた注目の割合が、初期において大きいのは、商業的な使用はアンフェア¹²⁷であるという Sony の前提が理由であると推定される。この第1要件に対する注目は、以降減少し、第4要件への注目が顕著となり、これは1990年の *Harvard Law Review* の論文、“*Toward a Fair Use Standard*”で Pierre Leval が、変容性の問題をより綿密に考慮するよう裁判所に要望するまで続いた¹²⁸。1994年に *Campbell* 法廷が、Leval 判事の教え¹²⁹を引用し、それを強化したが、多分これが1990年代後半の第1要件の黄金

¹²⁷ See discussion *infra* Part IV.A.1 (Stevens 最高裁判官が創設した商業的使用に関する前提について議論)。

¹²⁸ See Leval, *supra* note 93, at 1111 (「正当化の問題に対する答えは基本的に、提訴された使用は変容的であるかどうか、またどの程度そうであるかの問題であると私は信じる。」)。

¹²⁹ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578-79 (1994) (フェアユースの第1要件のテスト結果が、なぜ変容性に依存しているかに関する Leval 判事の説明を引用)。

時代を到来させた可能性が高い。それ以降、第1要件への注目のかなり急激な減少がはじまり、2005年末まで継続した。注目すべきは、*Sony* 後と *Campbell* 後に、判事達の第1要件への注目の度が増加したことでなく、むしろ、注目の度合いが繰り返し減少したことである。最初は商業性の、次に変容性の検討が行われるようになり、その後、流行からはずれた。これについては次章でさらに検討する。

C. 誘導

表5の4要件間の相関係数は、各要件のテスト結果と、他の要件テストの結果とが持つ相関関係の程度を示している。しかし、意見の中で複数要件テスト結果は、どの程度の相関関係にあるのであろうか。つまり、すべてのまたは大部分の要件のテスト結果が、どの程度、かつどの方向へ「誘導」される傾向があるのだろうか。筆者は、以前に商標権侵害で判事達が複数の要件テストをどのように使用するか調査し、判事達はこれらの要件テストの結果を誘導する傾向があることを発見した。これは、判事達がこのテストを適用する際に、「統一性をベースとした理由付け (coherence-based reasoning)」を行うことを示していると主張した¹³⁰。著作権法の分野における一般的理解では、判事達はフェアユースの要件テストの結果も誘導するとされている。権威ある著作権法の専門書の筆者 David Nimmer は、これを強い言葉で述べている：

裁判所は、最初にフェアユースか否かの最終結論を出し、それから4要件をこの結論に最も適合するように調整する。つまり、基本的に、4要件は分析を支配するのではなく、既定の結論をつるす都合の良い掛け釘の役割を担っている¹³¹。

¹³⁰ See Beebe, *supra* note 14, at 1615-17 (「統一性をベースにした理由付け (coherence-based reasoning) は、「意思決定過程は二方向に向かって進行する: 前提と事実とともに結論を決定し、また逆に結論に影響される」と仮定する。」) (Simon, *supra* note 14, at 511 を引用)。

¹³¹ Nimmer, *supra* note 12, at 281 (脚注省略)。

Nimmer は、さらに経験的な事実として、「フェアユースを認定する判事達は、ほとんどいつも、4要件すべてではないとしても、3要件がフェアユースを支持する方向にあると判断し、フェアユースの抗弁を否認する判事達は、ほとんどいつも、4要件すべてではないとしても、3要件がフェアユースを否認する方向にあると判断する。」としている¹³²。

裁判所がフェアユースの要件テスト結果を誘導するという一般的な理解は、フェアユース判例法では逆転率が高いという理解と同様に、*Sony* および *Harper & Row* の2件の最高裁判例にもとづいているように見える。確かにこれらの裁判は、誘導の実例である。*Sony* においては、地裁は3要件(あるいは多分4要件)がフェアユースを支持すると判断したが¹³³、第9控裁は、4要件すべてがフェアユースを否定すると判断した¹³⁴。最高裁では、多数意見を構成する5裁判官が、4要件すべてがフェアユースを支持すると判断したが¹³⁵、反対意見の裁判官は、4要件すべてがフェアユースを否定すると判断している¹³⁶。*Harper & Row* でも基本的に同じように判断が誘導された¹³⁷。

¹³² *Id.* at 280.

¹³³ See *Universal City Studio, Inc. v. Sony Corp. of Am.*, 480 F. Supp. 429, 450-56 (C.D. Cal. 1979) (TV番組の家庭での録音および再生は、「非商業的な行為であり、原告の作品の市場を減少させることはない。」), *rev'd*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

¹³⁴ See *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of Am.*, 659 F.2d 963, 972-74 (9th Cir. 1981) (「フェアユースの原則は、家庭におけるビデオ録画を禁止しないとわれわれは確信する。」), *rev'd sub nom.* *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417 (1984).

¹³⁵ See *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 454-55 (1984) (「衡平法上の理由」のバランスによって[フェアユース]の要件すべてを計量すると、家庭でのタイム・シフティングは、フェアユースであるとの地裁の結論を十分に支持する結論に達する。」)。

¹³⁶ See *id.* at 486, (Blackmun, J., dissenting) (「タイム・シフティングをフェアユースと認めることはできない。」)。

¹³⁷ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 560-69 (1985) (4要件すべてが、フェアユースに否定的であると判断。反対意見は、4要件すべてがフェアユースを支持すると判断), *rev'g* 723 F.2d 195, 207-08, 214-16 (2d Cir. 1983) (4要件すべてがフェアユースを支持すると判断。反対意見は、少なくとも2要件が、

しかし、残りのフェアユース判例法はどうであろうか。図6は、地裁意見における「誘導の程度」の申し立て種類別および結論別の分布を示す。ある意見の誘導の程度の数値は、フェアユースの認定を認める要件の合計値からフェアユースを否定する要件の合計値を引いた数値である。したがって誘導値-4は、意見は4要件すべてが、フェアユースを否認すると判断したことを示し、例えば-2は、意見では1要件が支持、3要件が否認であったことを示す。図6は、申し立ての種類と無関係に、フェアユースを支持する判事達は、一般的に要件テストの結果を誘導しないことを明確にしている。たとえば、判事達は、15件の仮差止命令意見のうちのたった1件、また、12件の非陪審審理意見のうちのたった3件においてしか、4要件すべてがフェアユースを支持すると判断していない。

しかし、判事達がフェアユースを否定した場合の意見のデータは、より多様な解釈が可能である。仮差止命令判決の40.0%で、またフェアユースを全面的に否定した25件の非陪審審理意見の44.0%で、判事達は、4要件すべてがフェアユースを否定すると判断した。フェアユースを否定した反対申し立て意見においては、58.5%で4要件すべてが、フェアユースを否定すると判断した。これらのデータで問題なのは、この中に-4の誘導値に該当する軽薄なフェアユース抗弁に関する意見が、いくつ含まれているかがわからないことである。実際、誘導値そのものが、反対申し立ての場合は特に、抗弁の軽薄さの指標とも考えられる。われわれが、これをフェアユース抗弁の有効度の代替指標として受け入れるとしても、データは、意見内での誘導の度合と当該抗弁に費やされた議論の割合の間の関連を何も示していない¹³⁸。いずれにせよ、表面上も、各要件は「既定の結論を後付けする理由付けに退化する傾向がある」という議論を実際に支持する

フェアユースを否認すると判断, *rev'g* 557 F. Supp. 1067, 1072 (S.D.N.Y. 1983) (4要件すべてが、フェアユースを否認すると判断); *see also Harper & Row*, 471 U.S. at 590-605 (Brennan & Meskill, JJ., dissenting).

¹³⁸ 図4のような度数分布図は、判決のフェアユースの勝率ではなく、誘導値の絶対値の中間値を示し、誘導値はフェアユース分析に割かれた語数の割合に関係なく一定であることを示している。

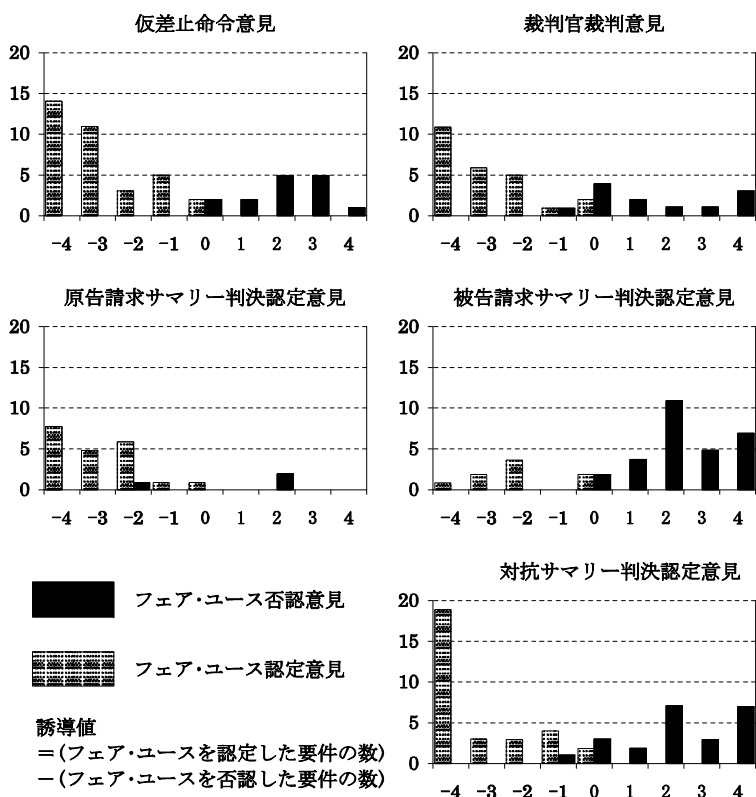
ほど、これらのパーセントは高くはない¹³⁹。むしろ反対に、少なくとも反対申し立ての場合以外では、フェアユースを全面的に否認した地裁意見の多数派は、フェアユースを認定した意見の場合も同様だが、少なくとも1要件、そして、しばしば複数の要件が、総合的要件テストの結果を支持しないことを自ら認めている¹⁴⁰。

最後に、調査対象の意見を出した215件の訴訟のうちの32件において、地裁意見のフェアユースに関する議論が、地裁意見と控裁意見の双方で検討されている。この32件に関して、表8では、地裁意見の誘導値とこれを検討した控裁の多数意見による誘導値が、クロス集計されている。フェアユース問題に関して、地裁意見を覆した15件の裁判では、2裁判所の誘導値の差は時にかなり劇的である。しかし、この15件のうちの11件において、地裁意見または控裁意見の誘導値はどちらも絶対値3または4とはなっていない。つまり、これら11件において、地裁、控裁ともに、判決を覆したような場合でも、個別要件テストの結果を完全にあるいは部分的にでも、総合的要件テストの結果に合わせて調整することを拒否したのである。一方、控裁が地裁の判決を支持した17件のうちの9件において、控裁は地裁と同じ要件を検討していない。ここでも、控裁が要件テストの結果をどちらの方向にせよ屈曲する、明確な傾向があるという証拠は、見当たらない。むしろ、裁判所は単に、要件を自分達が見たとおりに取り入れているようである。

¹³⁹ 4 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05, at 13-206 (2007).

¹⁴⁰ 各4要件に対する副次的要件に関する原則が、裁判所の要件テストの結果を誘導する力を制限する役割を果たしている可能性があるというのが、この発見の適切な説明の一つである。第107条の条文が、不明瞭であることは広く認識されている。See *supra* note 11. これが誘導を可能にしているのかもしれない。See Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 RUTGERS L.J. 1, 101 (1998) (「不明瞭な条文は適応性があり、その結果、特に再構築の対象となりやすい。」); *id.* at 101 n.387 (不明瞭な条文の適応性を示す複数の経験的研究を引用)。しかし、副次的要件の原則の方がずっと具体的で、操作の対象になりやすく、後記第IV章が示すように、特定の副次的要件の原則は、各要件テストおよび総合的要件テストの結果により大きな影響を与える。

図6：208件の地裁意見における4要件テスト結果の誘導値の分布
(結論別・申し立て種類別)



*上記の数値を算出する際に、3件の地裁意見を除外した。See Chi. Sch. Reform Bd. of Trustees v. Substance, Inc., 79 F. Supp. 2d 919, 930-34 (N.D. Ill. 2000) (-4の誘導値で訴訟却下申し立てを拒否); Int-Elect Eng'g, Inc. v. Clinton Harley Corp., No.92-20718, 1993 U.S. Dist. LEXIS 11510, at *5-6 (S.D. Cal. June 24, 1993) (-1の誘導値で訴訟却下申し立てを拒否); Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liecht., Black Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc., 503 F. Supp. 1137, 1143-47 (S.D.N.Y. 1980) (-4の誘導値で被告による陪審員評決の否認申し立てを拒否)。

表8：32件のフェアユース訴訟における上訴された地裁意見の誘導値と上訴を審理した控裁の誘導値とのクロス集計

		上訴審理した控裁の無視値								
		-4	-3	-2	-1	0	1	2	3	4
上訴された地裁意見の無視値	-4	4	1		1			<u>1</u>		<u>1</u>
	-3			1			<u>1</u>	<u>1</u>		<u>1</u>
	-2	1		2	<u>1</u> *					
	-1			<u>1</u> †						
	0	<u>1</u>					1			
	1									
	2	<u>1</u>		<u>2</u>			2			
	3	<u>1</u>	<u>1</u>	<u>1</u>						
	4			<u>1</u>				1	1	2

クロス集計のそれぞれの枠内の数値は、クロス集計のxおよびy関数の数値に適合する、地裁意見および控裁の多数意見を生み出している訴訟の数を示している。たとえば、4件の訴訟が、誘導値-4の地裁意見および控裁の多数意見を生み出しており、下線の数値は控裁が地裁の意見を覆した訴訟の数を示している。

**Association of American Medical Colleges v. Cuomo*, 928 F.2d 519 (2d Cir. 1991)においては、第2控裁は、*Association of American Medical Colleges v. Carey*, 728 F. Supp. 873 (S.D.N.Y. 1990)で、原告側の主張を認めて地裁が出したサマリー判決を覆した。

† *Veck v. S. Bldg. Code Congress Int'l, Inc.*, 241 F.3d 398 (5th Cir. 2001)において、第5控裁は、*Veck v. S. Bldg. Code Congress Int'l, Inc.*, 49 F. Supp. 2d 885 (E.D. Tex. 1999)で、被告側の主張を認めて地裁が出したサマリー判決を覆した。