

フェアユースを理解する(1)

Neil Weinstock NETANEL*

石新 智規・井上 乾介・山本 タ子(訳)

多くの者がフェアユース法理を絶望的に予見不可能で不確定なものである、と批判する。しかし、近時のいくつかの実証的研究において、指導的な研究者は他の者が混沌しか見出してこなかったフェアユースの判例法に一定の秩序を見出している。本稿は、これらの研究と新たな実証的調査結果に基づき、フェアユースの判例法を同法理の時系列的な発展という視点から検討し、今日のフェアユース法理は10年前や20年前のものとは根本的な点において異なるものであると結論付ける。具体的には、本稿はCampbell v. Acuff-Rose事件において連邦最高裁が採用した変容的利用パラダイムが、Harper & Row v. The Nation事件及びそれに続く事件の市場中心パラダイムに優越して顕著なものとなっていく過程を辿る。本稿は、2005年以降変容的利用パラダイムがフェアユース法理を圧倒的に支配するようになり、10年前に始まった変容的利用法理への変遷が結実したことを示すデータを提供する。本稿はまた、裁判所による変容的利用法理の採用にに関して被告のフェアユースによる勝訴率が劇的に上昇していることを指摘する。これらの発展に鑑み、フェアユースの判例法の研究に歴史的な側面を付加することは、そうしなければ一貫性のないその場限りのケース・バイ・ケースの判断としか見えないものを理解するのに役立ち、近

Pete Kameron Endowed Chair in Law, UCLA ロースクール。私を2010年の卓越した知的財産法に関する訪問者として招聘し、本稿の基礎となった公開講演を行うよう誘ってくれたルイス&クラーク・ロースクールに謝意を述べたい。貴重なコメントを下さったNiva Elkin-Koren、Eldar Haber、David Nimmer、Matthew Sag、Pamela Samuelson、本稿の前のバージョンを提供したミシガンロースクール、及びハイファ大学法学部におけるセミナーの参加者に感謝する。私は、フェアユースに関する法廷意見のデータベースを提供してくれたBarton Beebeと、統計分析に関して寛大にも助力してくれたUCLA ロースクールの実証的研究グループ・ディレクターであるJoseph W. DohertyとMichael Weinstockに特に感謝しなければならない。最後になるが、私の素晴らしいリサーチアシスタントであるLynn McClellandとLuma Khatibに感謝する。

時の判決が、市場中心パラダイムがなお支配的であった時に類似のケースについて下された判決となぜ矛盾しているように見えることがあるのかを説明することができる。

- I. 序論
- II. フェアユースの基礎
- III. 従前の実証的研究
 - A. Beebe
 - B. Samuelson
 - C. Sag
- IV. 歴史的な側面
 - A. 市場中心パラダイム 対 変容的利用パラダイム
 - B. 変容的利用パラダイムの勝利
 - 1. 変容的利用法理の裁判所による採用
 - 2. 変容性とフェアユースとの相関関係
 - 3. 第1要素の興隆と第4要素の衰退（以上、本号）
 - C. 「変容的利用」とは何か？（以下、次号）
 - 1. 内容の変容 対 メッセージの変容
 - 2. 特定の利用形態
 - 3. 残る不確定性
 - D. 裁判例の結果
- V. 例証的な裁判例
 - A. Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.
 - B. Blanch v. Koons
 - C. Perfect 10, Inc. v. Amazon, Inc.
 - D. A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC
 - E. Salinger v. Colting
 - F. Warner Brothers Entertainment, Inc. v. RDR Books
 - G. Gaylord v. United States
- VI. 結論

I. 序論

無数の論者がフェアユース法理を絶望的に予見不可能で不確定なものであると厳しく批判してきた。私もそこに含まれる。私は「フェアユース

法理の無制約かつ各事例に固有な傾向と首尾一貫しない適用を前提とすると、「ある事例における利用形態が」この特権を「与えられる資格を有するか否かを予見することは極めて困難である」と誌上で嘆いてきた。¹ 同様の認識でDavid Nimmerは、4つの法文上の要素は融通が利き過ぎるので、「結局、(中略)フェアユースの判断をするためにそれらの要素に依拠することは、しばしばおとぎ話同然のように見える」²との痛烈な考察で、自身のフェアユースの判例法の包括的研究を結論付けた。Larry Lessigにとっては、フェアユースの致命的な一貫性のなさに照らし、その特権とはつまるところ「弁護士を雇う権利」に要約される。³ Jessica Litmanは、フェアユースを含む著作権の全てを簡潔に、しかし、最も詩的に「白いのり状のものが渦巻いている」と形容する。⁴

裁判所もこの合唱に加わっている。ある裁判所は、フェアユース法理は「定義することを事実上許さないほど柔軟である。」と述べた。⁵ 別の裁判所は、フェアユースのケース・バイ・ケースの分析を「ラフ・ジャスティスの一種である。」⁶と述べる。

米国のフェアユース法理が恣意的でその場限りのものであるという認識は、米国外においても広く共有されている。それらの国々においては、概して、著作権法において著作権者の権利に対して極めて特定された狭い例外の制限列举が設けられている。米国のフェアユースの一貫性のない性質は、狭い法文上の例外規定から漏れてしまう新しい技術的な利用を考慮に入れるためのより柔軟なツールを裁判所に提供するためにフェアユースの抗弁を採用するという立法的な提案に反対するために、頻繁に引き合

¹ NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 66 (2008).

² David Nimmer, "Fairest of Them All" and other Fairy Tales of Fair Use, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 263 287 (2003).

³ LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY 187 (2004).

⁴ Jessica Litman, *Billowing White Goo*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 587, 596 (2008).

⁵ Princeton Univ. Press v. Mich. Document Servs., Inc., 99 F.3d 1381, 1392 (6th Cir. 1996) (quoting Time Inc. v. Bernard Geis Assocs., 293 F. Supp. 130, 144 (S.D.N.Y. 1968)).

⁶ Henley v. DeVore, 733 F. Supp. 2d 1144, 1163 (C.D. Ca. 2010).

いに出される⁷。それゆえ、オーストラリアは著作権法へのフェアユース導入を検討したが、フェアユースの導入はあまりにも多くの不確実性を生むことになるという理由で斥けた。⁸ 指導的なカナダの論者は、フェアユースの抗弁を「フェアというよりも気まぐれなもの」と厳しく批判した⁹。2007年、イスラエルは著作権法にフェアユース条項を取り入れた数少ない国の1つとなったが、それは、ある利用方法がフェアユースに該当する場合の条件を明示する規則を発令する権限を法務大臣に与える、という限りでの導入であった。¹⁰

しかし、フェアユースは本当にそれほど予見不可能で、不確定で、制御不可能なものなのだろうか？最近になって、3人の指導的な研究者が、他の論者が混沌しか見出してこなかったフェアユースの判例法に、一定の秩序を実際に見出す実証的研究を行った。Barton Beebeは1978年から2005年の公表裁判例から300件を超えるフェアユースに関する法廷意見を取り上

⁷ *But See* Martin Senffleben, *Fair Use in the Netherlands—a Renaissance?*, 33 *TJDSCHRIFT VOOR AUTEURS, MEDIA EN INFORMATIERECHT* 1 (2009) (Neth.) (大陸法系の欧州著作権法制を現在特徴付けている、慎重に定義された制限規定の限定的なカタログに当てはまらない新しい技術的な利用について、それを可能とする余地を生むための手段としてオランダや他の欧州諸国においてフェアユースシステムを採用することを推奨する); Tatsuhiro Ueno, *Rethinking the Provisions on Limitations of Rights in the Japanese Copyright Act—Toward a Japanese-style “Fair Use” Clause*, 34 *AIPPI J.* 159 (2009) (日本において著作権者の権利の一般的で柔軟な権利制限の採用を推奨する)。

⁸ Philip Ruddock, *Fair Use and Copyright in Australia*, *COMM. L. BULL.*, Feb. 2007, at 4, 6.

⁹ Barry Sookman & Dan Glover, *More Fickle than Fair: Why Canada Should not Adopt a Fair Use Regime*, *BARRY SOOKMAN* (Nov. 22, 2009), <http://www.barrysookman.com/2009/11/22/more-fickle-than-fair-why-canada-should-not-adopt-a-fair-use-regime>.

¹⁰ Copyright Act, § 19, 5768-2007, 2007 LSI 34 (イスラエル), http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=132095 で入手できる。ほかにフェアユースを採用した国は、フィリピンとシンガポールである。INTELLECTUAL PROPERTY CODE, § 185, Rep. Act No. 8293, (Jan. 1, 1998) (フィリピン), <http://www.wipo.int/> で入手できる。wipolex/en/text.jsp?file_id=129343; Copyright Act, Ch. 63, § 35 (2006) (シンガポール), http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=187736 で入手できる。

げ、量的・実証的研究を行った。¹¹ 彼の回帰分析は、実際にどの要素及び二次的要素がフェアユースの成否が問題になる事件の結論を左右し、どの裁判所がフェアユースの判例法に最も影響力を発揮しているかを示すことに貢献している。Pamela Samuelson は利用形態の分類を創設することによってフェアユースの先例に秩序を見出している。¹² 彼女は、問題となっている利用形態に基づいてフェアユースの判例法を無数のカテゴリー及びサブカテゴリーに細分化する。Samuelson は、フェアユースの判例法を全体として眺める場合よりも利用形態に基づき類似する裁判例を検証する場合に、結論についてより高い予見可能性があると指摘する。Matthew Sag は、裁判所が適用するフェアユース法理をどのように特徴付けているかよりも、潜在的な訴訟当事者にとって顕著であろうフェアユースの事件に関する様々な事実、例えば当事者の法的地位や被告が原告の著作物を商業的な製品又は役務の一部として利用したか否かといった事実に着目する。¹³ 彼は、そうした事実の変化とフェアユースの（成否の）結論との間の相関関係に関する回帰分析を提示し、一定の変要素を組み合わせる点に将来の事案に対する相当程度の予見的価値を見出している。

Beebe、Samuelson 及び Sag は、数学的な正確さに近似する正確さで全てのフェアユースの（成否の）結果を予見できる包括的な公式を発見したのではなかったし、そう主張しているわけでもない。しかし、そのような正確さは望むべくもないものである。

¹¹ Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. PA. L. REV. 549 (2008). [訳者注：Barton Beebe (城所岩生訳)「米国著作権法フェアユース判決 (1978-2005年) の実証的研究 (1) (2・完)」知的財産法政策学研究21号 (2008年)・22号 (2009年)]

¹² Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 FORDHAM L. REV. 2537 (2009).

¹³ Matthew Sag, *Fairly Useful: An Empirical Study of Copyright's Fair Use Doctrine* (March 15, 2011) (unpublished manuscript), <http://ssrn.com/abstract=1769130> で入手可能である。Sag は、*Predicting Fair Use: An Empirical Study of Copyright's Fair Use Doctrine* というタイトルで自らの論文を改訂し、その内容を更新する予定である。See also Michael J. Madison, *A Pattern-Oriented Approach to Fair Use*, 45 WM. & MARY L. REV. 1525 (2004) (より理論的かつ解釈の指針を示すフェアユース法理の体系化を提示する)。

結局のところ、我々の司法制度全体は、無数の実証的研究によって裏付けられているように、放逸な司法の裁量、結果志向の法理学、司法におけるイデオロギーの過度の影響、及び恣意的でその場限りの裁判について至る所で見られる批判——これらの現象は憲法から国際私法までの実体法分野の広い領域にまで拡大している——の対象である。¹⁴ 実際、形式的な法理論が、特定の事案における裁判結果との間にその時々で変わってしまう不完全な相関関係しか有しないことは、現在までに広く受け入れられている法実証主義の教えであり、一部のより過激な懐疑論者は、有意な相関関係は全く存在しないと断定している。¹⁵

そうすると、適切な問いは、フェアユースの判例法が一貫性という素朴な理想に合致するか否かではない。それはいかなる法分野も満たすことができない基準である。むしろ我々は、判例法一般と比較して、フェアユース法理に対し一定の一貫性、方向性、及び予見可能性を与えるパターンがフェアユースの判例法に存在するか否かを問わなければならない。そのような枠組みの中でBeebe、Samuelson及びSagは、フェアユースは根本的に恣意的でその場限りであるという広く流布されている見解に対する説得的で有益な修正を提供している。¹⁶

¹⁴ See, e.g., LAURENCE H. TRIBE & MICHAEL C. DORF, ON READING THE CONSTITUTION (1991) (憲法判断において結果志向の法理学は不可避であり、前向きになされるべきであると主張する); William M. Landes & Richard A. Posner, *Rational Judicial Behavior: A Statistical Study*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 775 (2009) (推定される裁判官の政党への帰属と法廷における行動とに相関関係があることを示している); Daniel R. Pinello, *Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-analysis*, 20 JUST. SYS. J. 219 (1999) (裁判官の政党への推定される帰属は、現代の米国の裁判所におけるイデオロギーとその業績を測る信頼できるものさしであるという社会通念を裏付ける実証的事実をまとめている)。

¹⁵ 法実証主義の洞察力のある考察と再構築については、see Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 U. TORONTO L.J. 607 (2007)。

¹⁶ こうした修正は、欧州において米国フェアユースの採用を提唱する指導的な学者によってすでに認識されている。See Jonathan Griffiths, *Unsticking the Centre-Piece—the Liberation of European Copyright Law?*, 1 J. INTELL. PROP. INFO. TECH. & ELEC. COM. L. 87, 90-92 (2010)。

本稿においては、これらの研究者の重要な論文を基礎に、フェアユース法理の時系列的な発展という視点を通してフェアユースの判例法を分析する。フェアユースの判例法における歴史的な傾向を確認し、それを今日の傾向に当てはめてみることは、フェアユースについてのさらなる理解を助け、実際に3人の先行者が残したままの空白部分を埋める。私の基本的な主張の要点は以下のとおりである：現在のフェアユースは根本的な点で10年前や20年前とは異なる法理である。したがって、我々が1980年代から現在までの全てのフェアユースの判例法を一体としてまとめた場合、フェアユースが、その場限りで矛盾した判断の混沌として混ざり合ったもののように見えたとしても不思議ではない。BeebeとSagの統計学的な分析及びSamuelsonの利用形態の分類に加え、フェアユースの近時の歴史的発展を見ることによって、多くの者が信じていたよりもより強い一貫性と確定性がフェアユース法理にあることが明らかとなる。1994年のCampbell v. Acuff-Rose事件¹⁷において始まり2005年以降によく結実したフェアユース法理の劇的な変遷をひとたび把握すれば、我々は、今日の裁判所がフェアユースの4要素の分析をどのように組み立てるかだけでなく、おそらくは、特定のフェアユースに関する事件の予期される結果がどうなるかについてさえ、より強い確信を持って理解し予想することができる。

私は、米国フェアユース法理の基礎及び著作権法において規定されている4要素のテストを素描することから始める。次に、Beebe、Samuelson及びSag各教授の重要な判断を紹介する。最後に私は、フェアユースの判例法における歴史的な傾向についての自分の考察を付け加える。その際、私は、影響力の大きいCampbell事件連邦最高裁判決の翌年である1995年から2010年までのフェアユース事件に関する私自身の量的な分析を基礎に置く。

II. フェアユースの基礎

フェアユース法理は、(それが付与されなければ)著作権によって保護されている表現を著作権侵害となる態様で利用する特権を付与するもの

¹⁷ 510 U.S. 569 (1994).

である。その法理は裁判官によって作り出されたものである。その米国での起源は、*Falsom v. Marsh* 事件¹⁸の1841年判決で定立された *Story* 判事の「公平かつ誠実な要約」のためのテストであると広く言われてきたが、**Matthew Sag** が近時詳述しているとおり、フェアユースは、より古く1710年まで遡る英国普通法及び衡平法裁判所において争われた公平な要約に関する事件に起源を有している。¹⁹

連邦議会は、フェアユース法理を1976年著作権法において成文化した。²⁰ 同法第107条に規定され、さらに裁判所において解釈されているとおり、フェアユース法理は、第107条において規定されている4要素を一般的な指針として使い、さらにその他裁判所が適当と認める要素を加えてケース・バイ・ケースの分析を裁判所が行うよう義務付けている。第107条はその導入条項において、フェアユースとみなし得るいくつかの利用形態の例示的なリストも規定している。しかしながら、**Samuelson** 教授がその実証的研究²¹において証明しているとおり、これらの利用形態はフェアユースの判断に肯定的なものであると考えられることが多いが、それらの利用形態が（フェアユースの判断の）方向を決定付けるものと裁判所が常に判断するわけではない。

第107条は、以下のとおり規定する。

第106条及び第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、授業（教室における利用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究又は調査等を目的とする、複製物、レコードへの複製又は同条に定められるその他の手段による利用を含む著作物のフェアユースは、著作権の侵害とならない。

特定の場合に、著作物の利用がフェアユースとなるか否かを決定する際

¹⁸ 9 F. Cas. 342, 349 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4,901).

¹⁹ **Matthew Sag**, *The Pre-History of Fair Use*, 76 BROOK. L. REV. (forthcoming 2011), <http://ssrn.com/abstract=1663366> で入手できる。

²⁰ Pub. L. NO. 94-553, §107, 90 Stat. 2541, 2546 (17 U.S.C. §107 で修正され制定された)。

²¹ *E.g.*, **Samuelson**, *supra* note 12, at 2558-59, 2563 (ニュース報道と批評について論じる)。

に考慮すべき要素は、以下を含むものとする。

- (1) 利用の目的及び性質(当該利用が商業性を有するか否か、又は非営利的な教育目的か否かを含む)
- (2) 著作物の性質
- (3) 著作物全体との関連において利用された部分の量及び実質性
- (4) 著作物の潜在的市場又は価値に対する当該利用の影響

上記の全ての要素を考慮してフェアユースが認定される場合、作品が未発行であるという事実それ自体は、フェアユースの認定を妨げないものとする。²²

条文上規定された4つの各要素は、夥しい数の学術的な論評及び裁判所による注釈の対象である。

私は、この紙幅の中で要素ごとに詳述することはできない。むしろ、以下に続く議論の中で、関係する文脈において関連する裁判所による解釈を説明することにする。

Ⅲ. 従前の実証的研究

A. Beebe

自身の実証的研究のため、Barton Beebeは、フェアユースの判断のために4つの法律上の要素を実質的に利用した、1978年から2005年の間に言い渡され公表されている全ての連邦裁判所法廷意見のデータ一式を収集した。²³ こうして、Beebeのデータ一式は306の法廷意見から成り、そのうち211の意見は地方裁判所、88の意見が控訴審裁判所、7つの意見が最高裁判

²² 17 U.S.C. §107 (2006).

²³ 「公表された法廷意見」という用語により、Beebeは、多数意見、反対意見又は補足意見かを問わず、それが公刊のための認証を受けているか又は上級審に関して引用可能か否かと関係なく、LexisNexis又はWestlawで入手できる裁判例の法廷意見を意味する。See Beebe, *supra* note 11, at 623. 私は、この研究において同様にこれらの用法に従っている。

所のものである。²⁴ 彼の分析の焦点は、どの要素及び副次的要素が実際のフェアユーステストの結果を現に左右しているかという点とフェアユースの要素が判例法上どのように相互作用しているかという点に当てられている。しかし、彼の量的分析は、その過程においてその他の発見もした。次の2点が顕著なものである。

第一に、Beebeは、裁判例の引用数によって測られるとおり、第2及び第9巡回区控訴審裁判所のフェアユースに関する法廷意見が、これら以外の裁判所のフェアユースに関する法廷意見に対して、我々の予期を遥かに超えて圧倒的な影響力を持っていると判断した。²⁵ 実際、Beebeが研究の対象とした期間において、ニューヨーク南部連邦地方裁判所の法廷意見の方が、第2及び第9巡回区控訴審裁判所を除くどの巡回区控訴審裁判所の法廷意見よりも遥かに影響力を有していた。²⁶ こうしてBeebeの下した結論は、「我々が現代のフェアユースの判例法について語る場合には、原則として4つの裁判所——連邦最高裁判所、第2及び第9巡回区控訴審裁判所並びにニューヨーク南部連邦地方裁判所——によって作られた122の法廷意見と他の連邦裁判所におけるそれらの法廷意見に依拠した類似意見について語っている」というものである。²⁷

第二に、Beebeは、統計的にみて相当高い頻度で、下級審裁判所がフェアユースに関する連邦最高裁判所の先例を無視していると判断した。²⁸ 私は、この現象が、フェアユースの判例法が恣意的でその場限りのものであるという印象を与えることに極めて貢献してきたのではないかと考えている。Beebeが挙げる第一の例は、Campbell v. Acuff-Rose事件の判断に関するもので、それは同事件における1994年の連邦最高裁の判断が、²⁹ Sony v. Universal事件³⁰及び

²⁴ *Id.* at 564-69.

²⁵ Beebe, *supra* note 11, at 567-68.

²⁶ *Id.* at 568. 実際には、ニューヨーク南部連邦地方裁判所は、フェアユースの判例法に対して第9巡回区控訴審裁判所とほぼ同等の影響力を及ぼした。 *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* at 572.

²⁹ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).

³⁰ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

Harper & Row v. The Nation 事件³¹におけるそれ以前の連邦最高裁判決に関係するためである。

Campbell 事件の10年前である1984年に言い渡された Sony 判決において、連邦最高裁は、後で観るために個人がテレビ番組を複製するのは非商業的なフェアユースであると判断したが、傍論として、被告の利用が「商業的なもの」である場合には、フェアユースの第4要素に関して、原告の著作物の潜在的な市場に対する害悪があるものと推定することを示唆した。³² 実際に Sony 判決は、よりずっと幅広く、「著作物のあらゆる商業的利用は、独占的な特権のアンフェアな利用であると推定される」³³ と述べた。その1年後、連邦最高裁は Harper & Row 事件において、あらゆる商業的利用はアンフェアであると推定されるという Sony 事件の幅広い規範を繰り返す一方で、「出版が非営利目的ではなく商業的なものであったという事実は、フェアユースの判断に否定的に働きがちな独立した1つの要素である」³⁴ とより控えめに述べることにより、その完全な推定からは後退したようであった。さらに Harper & Row 判決は、潜在的な市場に対する害悪という第4要素は、全ての要素の中で「最も重要な唯一の要素であることは疑いがない」³⁵ と表明した。これらの裁判所の表明が総合され、下級審裁判所によってさらに適用されたとおり、これらの表明のために、「商業的」と思われるいかなる利用もフェアユースとみなされることは全くあり得ないものとなった。それどころか、Harper & Row 判決では修正があるように思われたにもかかわらず、下級審裁判所の中には、Sony 判決を「著作物の全ての商業的利用は…アンフェアなものであると推定される」³⁶ と解釈し続けるものもあった。

³¹ Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985). See Beebe, *supra* note 11, at 571-72.

³² Sony, 464 U.S. at 451, 454-55.

³³ *Id.* at 451.

³⁴ Harper & Row, 471 U.S. at 562 (強調を追加).

³⁵ *Id.* at 566.

³⁶ See Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 583-84 (1994) (Sony, 464 U.S. at 451 を引用する) (Sony 判決からそのような推定を導き出している点で巡回区控訴審裁判所は誤ったと判断した).

Campbell判決で連邦最高裁は、Sony判決とHarper & Row判決を公然と拒絶するのではなく、両判決を適用するものだと主張した。³⁷ しかし、連邦最高裁はその適用を行う際、いわゆるSony判決の推定もHarper & Row判決におけるとおりフェアユース判断における最も重要な要素として第4要素を格上げすることも妥当な判例法ではないということに何の疑いも残していない。Campbell判決は「Sony判決からの一文」に基づき、全ての商業的利用はアンフェアであると推定されるとする考えは、実際にはフェアユースに関する裁判所の判断の長いコモンの伝統だけではなく、Sony判決それ自体とも全く反対の方向へ進むものであるとした。³⁸ 連邦最高裁はまた、第4要素の下で商業的利用が市場への害悪を推定するというSony判決の推定を弱めた推定にも厳しく制限を加えた。連邦最高裁は、かかる推定は、商業目的での独創性のない複製を超えて適用されるものではなく、「変容的な」利用、すなわち新しい表現、意味又はメッセージによって原著作物を改変する利用には決して適用されないと判示した。³⁹ さらに連邦最高裁は、Harper & Row判決の第4要素を格上げする立場をきっぱりと否定した。連邦最高裁は、裁判所はどれか1つの要素を最も重要な要素とすることなく、4つの法律上の要素全てを考慮しなければならないと強調した。⁴⁰ それどころか、Campbell事件の連邦最高裁は、特別な考慮は利用の目的と性質という第1要素、特にその利用が「変容的」なものかどうかに向けられるべきであると示唆した。⁴¹ 連邦最高裁は、「著作権の目的は、一般には変容的な作品の創作によって促進される」、⁴² それゆえ「新しい作品が変容的であればあるほど、フェアユースの判断に否定的に働く

³⁷ *Id.* at 591-93.

³⁸ *Id.* at 585.

³⁹ *Id.* at 579, 591.

⁴⁰ Campbell判決が述べているとおり、「全ての[要素]が検討されなければならない、そして著作権の目的の観点から、その結果は総合的に評価されなければならない」。*Id.* at 578.

⁴¹ *Id.* at 578-79.

⁴² *Id.* at 579.

可能性のある商業性のような他の要素の重要性は低下する」と述べた。⁴³

要約すると、Campbell事件の判決において、連邦最高裁はフェアユースの判例法の方向に大幅な軌道修正を行ったと広く認識された。⁴⁴ 今後、フェアユースは、Sony判決とHarper & Row判決で定立された市場中心主義的な推定ではなく、第2、第3及び第4要素が利用の変容の程度に応じて評価、考量される真の複数要素のテストとなるだろう。しかし、Beebeの実証的研究によれば、統計的にみて夥しい数のCampbell判決後の下級審がCampbell判決の訂正を無視している。⁴⁵ それらの裁判所は、Campbell判決を引用する時でさえ、おそらくCampbell判決がごみ箱の方へと追いやった商業的利用に関するSony判決の幅広い推定及び／又はHarper & Row判決の第4要素の格上げに依拠し続けた。⁴⁶ Beebeは、覆された先例がこのように永続しているのは、「連邦最高裁が明示的に無効にして取り替えるべきだったものを洗練し、解釈している」と主張することにより、一貫性のある外観を維持しようとする試みがHarper & Row判決とCampbell判決の双

⁴³ *Id.*

⁴⁴ See, e.g., Pierre N. Leval, *Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 19 (1994).

⁴⁵ Beebe, *supra* note 11, at 618-20. フェアユースは、下級審裁判所が連邦最高裁判所の先例から逸れている唯一の領域ということではないが、社会科学と法学が示唆するのは、全体として、最高裁判所の指示を下級審裁判所が遵守することは規範であるということである。See Pauline T. Kim, *Lower Court Discretion*, 82 N.Y.U. L. REV. 383, 394-95 (2007) (社会科学と法学を検討している)。

⁴⁶ その例は、*Elvis Presley Enters., Inc. v. Passport Video* 事件における捻じ曲げられた第9巡回区控訴審裁判所の判決である。同判決は、どうもHarper & Row判決の第4要素の格上げ、Campbell判決の変容の利用に対する特別の考慮及びSony判決の推定の全てを1つにまとめている。「最後の、そして全ての要素の中で『間違いなく最も重要な唯一の要素』は、当該利用の著作物の潜在的市場と価値に対する影響である。[Harper & Row] 新しい作品が変容的であればあるほど、著作権で保護されている素材の新しい作品での利用が当該素材の市場に影響する可能性はそれだけ低くなるだろう。[Campbell] 最後に、新しい作品の目的が商業的な性格を有しているなら、[市場への害悪]の可能性が推定されるだろう。[Sony]」349 F.3d 622, 630 (9th Cir. 2003) (引用省略)。

方において繰り返されたことから生じているという仮説を唱えている。⁴⁷

Beebeの研究の中心部分に話を戻すと、Beebeは、裁判所が様々な二次的要素だけでなく、どのように4要素を適用するかという点について一定の一貫性を見出している。第一にBeebeは、裁判所がまず初めにある利用がフェアユースか否かを決め、その次に進んでその決定を裏付けるために全ての要素を強引にこじつけているというわけではないことを示唆するデータを提供している。大部分の裁判例において、裁判所は1つ又はそれ以上の要素が総合的判断とは逆となる評価をすることを認めるのに吝かではない。このことは、裁判所が諸要素をその判断のためのガイドラインとして本当に利用していること、又は全ての要素を勝訴する側に有利に判断することによってそのフェアユースの判断を正当化する必要はないと考えていることを示唆している。

第二にBeebeは、総合的なフェアユーステストの結果との相関関係からも分かる通り、第1要素と第4要素がフェアユース分析において圧倒的に最も重要な要素であることを論証している。⁴⁸ 利用の目的と性質という第1要素に関して、Beebeの研究は、第1要素がフェアユースを支持すると判断した法廷意見の90%がフェアユース（を認める）と判断したのに対し、第1要素がフェアユースを支持しないと判断した法廷意見の95%がフェアユースを認めなかったことを明らかにしている。⁴⁹ 著作物の潜在的市場又は著作物の価値に対する利用の影響という第4要素に関して、総合的な結果との相関関係はかなり高いものであった。第4要素はフェアユースを支持しないと判断した141の法廷意見のうち、1つを除き全ての意見がフェアユースとは判断しなかった。⁵⁰ これは99%以上の相関関係である。第4要素はフェアユースを支持すると判断した116の法廷意見のうち、6つを除いてフェアユースと判断した。相関関係は95%である。⁵¹ 実際には、

⁴⁷ Beebe, *supra* note 11, at 596-97, 602.

⁴⁸ *Id.* at 582-86.

⁴⁹ *Id.* at 597.

⁵⁰ *Id.* at 617.

⁵¹ *Id.* Beebeの回帰分析は、極めて対照的に、著作物の性質という第2要素は、フェアユースの(成否の)結果に対して統計上有意な影響を与えていないことを示す。実

第4要素に関する裁判所の判断とフェアユースの結果との間のほぼ完璧な相関関係を前提に、基本的にBeebeは、第4要素は実際には全く独立した変数というわけではなく、むしろ、裁判所で「最初の3つの要素で被告の利用の正当性が認められた時に、当該被告の利用の正当性の強度とその利用が原告のインセンティブに与える影響」という2つの側面を比較衡量するテストを行う分析の場として機能している、という仮説を立てている。⁵²

それと関連して、Beebeはさらに、ある要素がフェアユースを支持するものか否かの裁判所の決定に最も影響力を有している各要素内の副次的要素がどれかを突き止めなければ、どの要素が最も影響力を持っているかを明らかにすることは、我々にそれほど多くのことを教えてはくれないと評価する。Beebeはこの点に関しても、いくつかの興味深い判断を提示している。最も印象的なことは——この点については、私が歴史的発展についての自身の研究を積み重ねる際に再度戻って言及する判断である——、Beebeが、論者は利用の変容のフェアユース法理に対する影響を誇張していると判断していることである。⁵³ Beebeはそう言うてはいないが、変容の利用という副次的要素の驚くほど弱い影響が、Campbell判決によるフェアユース法理の再定式の他の側面を無視する下級審の傾向とも絡み合っているようである。

「変容の利用法理」と称されるようになったこの法理のCampbell判決による採用は、Pierre Leval判事の1990年Harvard Law Review掲載論文Toward a Fair Use Standardから直接引き出されたものであった。⁵⁴ Leval判事は、フェアユース分析における中心的な問いは被告の利用が「変容的」か否かであると論じた。⁵⁵ 同判事が説明したとおり、被告の利用における正当性の強度と著作権者に有利に評価される要素とを比較衡量する際、裁判

際、その研究の20%を超える法廷意見が第2要素に言及さえないか、又はそれは無関係とだけ述べるものであった。Id. at 610.

⁵² Id. at 621.

⁵³ Id. at 603-06.

⁵⁴ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 576 (1994); Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

⁵⁵ Leval, *supra* note 54, at 1111.

所は、二次的利用が新しい情報、新しい美的価値、新しい洞察及び理解を[作り出すことにより原著作物を変容させている]か否かを考慮しなければならない。なぜなら、「これこそが、まさにフェアユース法理が社会の豊かさのために守ろうとする種類の活動だからである」。⁵⁶ Leval判事の論文を引用し、連邦最高裁はCampbell判決において「[フェアユースの問い]の中心的な目的は、…新しい作品が単に元の創作の『目的物に取って代わる』だけのものなのか否か、そうではなく、新たな目的又は異なる性質を持った何か新しいものを付加し、新しい表現、意味、又はメッセージによって先行作品(原作品)を変容させるものか否かを判断することである。それは、換言すると、新しい作品が『変容的』であるか否かとその程度を問うている。」と判断した。⁵⁷ 前述のとおり、Campbell事件の連邦最高裁は利用が変容的であればあるほど、下級審はフェアユースに不利に働くであろう他の要素をより軽視すべきである、とさらに判断した。

しかし、Beebeの量的研究は、連邦最高裁がLeval判事の「変容的利用法理」を明示的に採用したにもかかわらず、その法理の影響は実際のところ極めて限定的なものであったと結論付けている。⁵⁸ Campbell判決後でさえ、Beebeの研究対象期間中の40%を超える公表された連邦地方裁判所の法廷意見及びほぼ20%の巡回区控訴審裁判所の法廷意見は、変容的利用という概念に言及さえしていない。⁵⁹ Beebeの研究によれば、変容的利用法理が著しい影響を及ぼしていたとみられる場合は、当該利用が変容的か否かを裁判所が検討し、肯定的な判断をした事案である。利用が変容的であると判断した42の判決のうち2つを除いて全ての判決が、その利用はフェアユースであるとも判断した。そして、この例外の2つは連邦地方裁判所の判決であり、そのうち1つは控訴審で破棄された。⁶⁰

全体としてみれば、極めて啓発的なBeebeの研究は、1978年から2005年

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Campbell, 510 U.S. at 579 (原文の改変あり) (Folsom v. Marsh, 9F. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4,901) を引用する; Leval, *supra* note 54 at 1111).

⁵⁸ Beebe, *supra* note 11, at 604-06.

⁵⁹ *Id.* at 604-05.

⁶⁰ *Id.* at 605.

までの間のフェアユースの判例法を定義付けたいいくつかの一般的類型を明らかにしている。しかし、私が論証するとおり、2005年以降のフェアユース法理の発展は、Beebeが研究した期間以降の当該法理における根本的な変化を明らかにする。さらに、そうした継続的な歴史的発展を脇に置くとしても、我々はフェアユース法理をより深く理解し、特定の事案の結果を予期する助けとするために、より細分化されたレベルで、Beebeの研究から得られる以上の指標を必要としている。Sony判決の推定、Harper & Row判決の第4要素の格上げ及び変容的利用法理の裁判所に対する相対的影響を知ることは確かに有益である。しかし、我々は、いついかなる理由で裁判所がある利用を商業的又は変容的であると判断し、そして、いついかなる理由で、裁判所がある利用は著作権者の潜在的な市場の中に含まれるが、他の利用はその中には含まれないと判断しているのかを知ることにも必要である。

B. Samuelson

Pamela Samuelsonの研究は、Samuelsonが「政策目的関連群」と名付けるものの範囲内で系統立てられた、特定の利用形態に細分化されたフェアユースの判例法の分類を提供することにより、その手助けをしている。⁶¹ Samuelsonは、いかなる事案の結果も、4つの法律上の要素の特定の事実への適用に影響されることをもちろん警告した上だが、「フェアユースと推定される利用を、同一の政策目的関連群において以前に出た裁判例の観点から分析すれば、その利用がフェアであると判断されそうかアンフェアであると判断されそうかを予見することは一般的に可能である」と主張する。⁶² その論文のタイトルが示唆しているとおり、Samuelsonは、フェアユースを、広範囲にまたがる単一の法理と概念ではなく、非常に多数の様々な「フェアユース」という観点から認識すれば、我々はフェアユースをより正しく理解するだろうと主張する。

次に挙げるものが、Samuelsonの政策目的関連群である。⁶³

⁶¹ Samuelson, *supra* note 12, at 2541.

⁶² *Id.* at 2542.

⁶³ *Id.* at 2538, 2544-46.

1. 言論と表現の自由に関するフェアユース
2. 著作活動を促進するフェアユース
3. 学習を促進する利用形態
4. 私的利用、訴訟及びその他の政策目的のための利用、並びに広告での利用を含む「法律上（フェアユースに）肯定的な6つの目的以外の著作物の予見可能な利用」
5. 情報検索ツールを提供する技術、私的利用を促進する技術、及びソフトウェア産業において競争を刺激する技術を含む「予見不可能な利用」

「予見可能な利用」と「予見不可能な利用」は、1976年著作権法とその立法過程にはっきりと示されているとおり、同法の立法当時にそうした利用を議会が検討したかどうかに関わるものである。⁶⁴ 「(フェアユースに)肯定的な6つの目的」は第107条の本文に列挙されている「批評、解説、ニュース報道、授業(教室における利用のために複数のコピーを作成する行為を含む)、研究[及び]調査」である。⁶⁵ 各政策目的関連群の中で、Samuelsonはさらにいくつかの特定の利用形態により裁判例を体系化している。例えば、著作活動を促進するフェアユース群の下に、Samuelsonは社会評論から付随的利用のほか、「その他通常の著作活動上の利用」を加えた6つの利用形態を列挙している。⁶⁶

言論と表現の自由に関するフェアユースのカテゴリー内で、Leval判事とCampbell判決が広く「変容的利用」とラベルを付けたものを、Samuelsonが3つの別々の群に分類していることは意義深いことである。⁶⁷ Samuelsonはそれらを「変容的利用」、「生産的利用」及び「直交利用(原著作物と全く異なる目的のための利用)」と名付けている。Samuelsonは、既存の作品を批評するためであれ、芸術的な想像の1つの表現としてであれ、「変容的利用」を新しい作品を創作する際に既存の作品を改変する利用と定義

⁶⁴ *Id.* at 2545-46.

⁶⁵ Copyright Act of 1976 § 107, 17 U.S.C. § 107 (2006).

⁶⁶ Samuelson, *supra* note 12, at 2568-80.

⁶⁷ *Id.* at 2544.

する。⁶⁸ Samuelson は、「生産的利用」を、先行作品を批評する新しい作品を準備する際に既存の作品の一部又は全部をそのまま複製する利用と特徴付ける。⁶⁹ Samuelson は、「直交利用」を、例えば、ある活動団体がその資金集めにおいて、その組織が直面する苦境を強調するため、敵対している相手の作品の複製物を配布するような、原著作物の目的とは全く異なった言論に関連する目的のため当該著作物の全部又は相当部分をそのまま複製する利用と説明する。⁷⁰ 我々は、以下、どのようなものが変容的利用を構成するかについての下級審裁判所による定義の文脈で、Samuelson によって提案された分類に戻ることになるだろう。⁷¹

私は、フェアユースの裁判例の結果に関する Samuelson の判断について、一律の一般論を伝えることはできない。つまるところ Samuelson の研究がまさに指摘しているのは、フェアユースに関する幅広い一般論は、裁判所に持ち込まれる様々な事案に対しフェアユース法理を裁判所がどのように適用しそうかを理解する際に特に役立つという点である。Samuelson の研究の特色を示すため、私は、以下のとおり、その具体的な判断のいくつかを要約する。

- 当初から訴訟上で利用する可能性を前提に（複製）依頼された場合を除き、訴訟上の利用のために作品全体を複製することは一貫してフェアユースであると判断されてきた。典型的な例は、子供の保護に関する事案で、殺人を犯した者の親権に反対し、提出目的でその者の未公表の手記を複製する場合である。⁷²
- ニュース報道は、フェアユースに該当し得る利用形態の例として第107条の導入部分に列挙されているものの、ニュース報道におけるフェアユースの抗弁は、批評や論評といった他の列挙された利用形態の場合よりも不確実である。報道機関にとって陥りやすい落とし穴には、ニュース報道目的のために必要な程度を超えて

⁶⁸ *Id.* at 2548-55.

⁶⁹ *Id.* at 2555-56.

⁷⁰ *Id.* at 2557-59.

⁷¹ *See infra* text accompanying note 137.

⁷² Samuelson, *supra* note 12, at 2592-93.

組織的に複製すること、あるニュースサービスが報道機関に利用許諾することを目的に創作した素材を複製することなどによって、著作権者の中核的な利用許諾の市場を妨害すること、及びThe Nationが他社を出し抜くために、Ford前大統領の未公表の原稿の写しを盗んだ場合のように違法行為に従事するといったことがある。⁷³

- 裁判所は、利用が商業目的であることに疑いが無い場合であっても、比較広告で競争相手の著作物を表示することや誠実な広告を目的として消費者報告書のような定評のある客観的な情報源から引用することはフェアユースであると判断してきた。⁷⁴

Samuelsonの分類は、裁判所によるフェアユース法理の事案に即した適用が無限に柔軟で不確定なものとは程遠く、一貫したパターンで、特定の利用形態ごとに収斂していく傾向があることを論証している。少なくとも、公表された裁判例となるに至ったフェアユースの係争に関し、フェアユースの現場での操作に細分化した説明を提供することにより、Samuelsonはまた、Beebeのより全体的な研究が未解決のまま残すことを余儀なくされた点のいくつかの穴埋めをしている。しかし、Samuelsonが認識しているとおり、フェアユースをより狭いカテゴリーに細分化することもまた、不完全な絵を提供することを余儀なくされるものである。一例として、将来フェアユース法理がどのように適用されそうかについて何か意味のあることを言うために不十分なデータしかない（例えば、公表裁判例が不十分であること）利用形態がいくつかある。加えて、明確な利用類型に細分化することが、無数の類型を超えて、それゆえに多数の利用に関する裁判所によるフェアユースの適用に影響を与える共通の法理上の筋道及び時系列的な発展を覆い隠す可能性がある。

C. Sag

Matthew Sagは、フェアユースの事案において裁判所が行っていると裁判所自身が言うことより、むしろ裁判所が実際に行っている可能性のある

⁷³ *Id.* at 2558-59, 2563.

⁷⁴ *Id.* at 2597-99.

ことに焦点を当てることにより、フェアユースの難問に極めて重要なさらに別の論説を提示している。Sag は、Beebe の研究とほとんど完全に重なり合う期間である1978年1月1日から2006年12月31日までの間に米国連邦地方裁判所で言い渡された220以上のフェアユース裁判例を体系化した。Sag の基本的な仮説は、裁判所による4要素及び様々な副次的要素の適用は、大部分が中身がないだけでなく裁判例において述べられていない事実関係（のパターン）に本当は左右されているフェアユースの（成否の）結果に対する法的結論として単に機能しているに過ぎない、というものである。

例えば、下級審裁判所は、最初に変容的利用の基準が充足されているか否かを真正に判断し、それからその判断を4要素の分析に当てはめるのではなく、「裁判所が最終的にフェアであると考える利用について変容的利用というラベルを当てはめている」とSagは推測する。⁷⁵ 同様にSagは、第4要素に関する裁判所の判断とフェアユース裁判の結果との間のほぼ完璧な相関関係は、第4要素が裁判官によるフェアユースの分析において実際は1つの独立した可変要素とはなっていないことを意味するに違いないというBeebeの考察と同様の結論に至っている。Sagが鮮やかに述べているとおり、「実証的研究において99%の相関関係を見出すのは、イラク国民の99%がサダムフセインに投票したと判断するのと少し似ている——その統計があまりに印象的で不信を生む」。⁷⁶

Sagは続けて、裁判例を読むことで客観的に体系化できるが、通常、裁判所によってフェアユース判断の基礎として認識されていない多様な事実関係（のパターン）とフェアユースの結果との統計上の相関関係の評価を続ける。これらの事実関係（のパターン）の中にはフェアユースの第4要素の1つ又はそれ以上と論理的な関係を有するものもある。例えばSagは、彼が「クリエイティビティ・シフト」と名付けるもの、例えば、原告の作品には創作性があるが、被告の利用は（創作的なものではなく）情報提供をするものである場合、又はその逆の場合で、私が以下議論するとおり、通常は変容的利用であるとの判断に帰着すべき事実関係（のパターン）に

⁷⁵ Sag, *supra* note 13 (manuscript at 11).

⁷⁶ *Id.* (manuscript at 17).

被告が携わっている場合、フェアユースの（成否の）結果において被告が勝訴する可能性がより著しく高くなると判断している。⁷⁷ **Sag** はまた、被告が原著作物を変更するために被告自身の労力又は創作性を加えることなく、原告の作品を商業用の製品又はサービスの一部として利用する場合（すなわち **Sag** が「直接的商業利用」と名付ける場合）⁷⁸、フェアユースについて被告が勝訴する可能性がより低くなり、被告が原告の作品のごく一部を利用する場合には被告が勝訴する可能性がより高くなっていると判断している。⁷⁹ **Sag** が評価している他の事実関係（のパターン）は、裁判所によって明確に述べられているフェアユースの分析に全く関係がない。例えば **Sag** は、原告が自然人である場合には被告がフェアユースについて勝訴する可能性がより高まり、原告が法人である場合には被告が勝訴する可能性がより低くなると判断している。他方、被告の法人格はフェアユースの（成否の）結果と統計上有意な相関関係はない。⁸⁰

客観的に評価可能な事実関係（のパターン）に関する **Sag** の回帰分析は、フェアユースの裁判例がどのように決定されているのかを理解するのに多大な貢献をしている。しかし、それもまた1つの静的なそして必然的に不完全な絵を提供するものである。特に **Sag** が認識しているとおり、客観的な評価に合理的に役立つ特定の事実関係（のパターン）を選択し抽出する際、**Sag** はフェアユースの判例法に著しい影響を与える可能性もある重要なその他の事実を捕捉していない。**Sag** が指摘しているとおり、例えば、**Campbell v. Acuff-Rose** 事件で問題となったポップバラードの **2 Live Crew** によるラップバージョンを含む、創作性のある作品のパロディは、パロディがフェアユースに非常に肯定的に判断されるものであるとしても、クリエイティビティ・シフトの範疇には含まれないだろう。⁸¹

さらに広い意味で、**Sag** の研究は、フェアユース法理がフェアユース裁判例の結果に及ぼし得る影響を明らかに考慮の対象から除外している。結

⁷⁷ *Id.* (manuscript at 12, 27).

⁷⁸ *Id.* (manuscript at 15, 27).

⁷⁹ *Id.* (manuscript at 16-17, 27).

⁸⁰ *Id.* (manuscript at 27, 29).

⁸¹ *Id.* (manuscript at 28-29).

果として、Sagの研究を、フェアユースの4要素テストはせいぜいフェアユース裁判例の結果に対する付随的な現象に過ぎないか、最悪の場合、結果を正当化するために裁判官によって利用される事後的な口実に過ぎないことを示唆しているものと読む者もいるだろう。実際に、Sagのフェアユース法理に対する非常に懐疑的な評価は、裁判官が法理及び上級審の先例に一般的にどの程度制約されるのかという根本的な問題を提起する。私は本稿でこの複雑な問題を十分に扱うことができないが、裁判所の態度に関する実証的かつ理論的な論文は数多く存在し、全体として、この一連の論文が裁判官は個人的なイデオロギー及びその他の法理外の変要素に強く影響を受けることは疑いが無いが、判例法もまた（裁判官の判断に）影響を与えていると示唆していることを指摘しておけば十分であろう。⁸² 法律家の間で共有される規範、その判断を書面で説明する裁判官の必要性、裁判官が担当する事案の見方を形作る法理上の概念の影響力、又はコンロー上での判決、法理論及び先例その他の制度的な制約のいずれの理由に基づくものにせよ、一般的に言って、法理と先例は少なくとも裁判所の裁量に一定の抑制を与え、それゆえに事案の結果に影響を与えるようである。⁸³ 同じことは、フェアユースの分野にほぼ当てはまるだろう。⁸⁴ 例えば

⁸² See, e.g., Frank B. Cross & Emerson H. Tiller, *Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals*, 107 YALE L.J. 2155 (1998) (上級審の裁判官は一般的に、機関の意思決定を尊重するか否かを判断する際に、連邦最高裁の先例ではなく自らの政治的イデオロギーに従うが、合議体の中に反対のイデオロギーを持つ裁判官が一人存在することがそれを抑制する影響力を持ち、裁判所をしてより多く法理論に従わせると指摘する); Kim, *supra* note 45, at 394-95 (社会科学と法学を検討している).

⁸³ See Dagan, *supra* note 15, at 643-59 (法理論と判例法の制度上の枠組みが司法の主観性に対して部分的な制約を課すという主流的な法実証主義の理解を説明し、それに基づく議論をしている). See generally, Edward Rubin & Malcolm Feeley, *Creating Legal Doctrine*, 69 S. CAL. L. REV. 1989 (1996) (法的なものではない要素と法理論の裁判官の判決に対する影響に関する社会科学及び法学における議論を説明し、その両方ともが機能していると結論付けている).

⁸⁴ 裁判官の全体的な政治的イデオロギーは、裁判官のフェアユースの成否の判断又はフェアユースの(成否の)結果に最も影響を及ぼす主たる要素及び副次的要素の

我々は、変容的利用法理を採用する裁判所が、商業性及び原告の市場に対する害悪に焦点を当てる Sony 判決及び Harper & Row 判決に従う裁判所とは異なる態度で、事案を組み立て取り組むことを期待することができる。そして、これはフェアユース法理が裁判官の理解と分析に一定の根拠を与えるからであって、単にその他の何らかの根拠で到達する結論の事後的な正当化事由としてフェアユース法理が機能しているからではない。それゆえ、当該利用がクリエイティビティ・シフトである場合に被告が勝訴する可能性が極めて高いと我々が予期するのは、クリエイティビティ・シフトに関する何かが直接被告を支持する裁判所の反応を引き出すからではなく、むしろ、判例上発展してきたとおり、変容的利用法理の信頼に値する一貫性のある適用が (1) そのような利用形態が一般的に変容的であると判断されること、及び (2) 変容的利用がフェアユースを肯定する方向に強く働くことを要求するからである。

IV. 歴史的な側面

一見してフェアユースの判例法に一貫性が見出せないことの大部分は、時の経過に伴うフェアユース法理の劇的な変化から生じている。Beebe と Samuelson はフェアユース法理の変動の一部を捉えているが、両者とも、それらの変化が今日のフェアユース法理にどのような影響を与え、どのように同法理を明らかにしているかを解明していない。(その原因は) Beebe はその研究が2005年で終わっているため、Samuelson はその焦点を利用形態の分類を発見し提示することに当てており、フェアユースを年代的に法理の発展期間ごとに分割することには当てていないためである。Sag も同

裁判官による取扱いに統計的にみて関連性はない、と結論付ける研究を Beebe が発表したことは注目に値する。Barton Beebe, *Does Judicial Ideology Affect Copyright Fair Use Outcomes?: Evidence from the Fair Use Case Law*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 517, 520-22 (2008). See also Matthew Sag, Tonja Jacobi & Maxim Sytch, *Ideology and Exceptionalism in Intellectual Property: An Empirical Study*, 97 CAL. L. REV. 801, 807 (2009) (裁判所のイデオロギーは知的財産権に関する裁判所の判決に一般的に影響がないと結論付け、フェアユースに関する Beebe の判断を指摘している)。

様に、いずれにせよ2006年末までしか対象になっていない彼の研究期間のフェアユースに関する明瞭な、しかし静的な叙述を提示している。歴史的な側面を加えることは、(そうしなければ) 関連性のない、場当たりのケース・バイ・ケースの判断の数々に見えるものをよりよく理解するのに役立つ。それは、今日の裁判所がなぜフェアユース分析のある側面に以前に比べてより重点を置くのか、そしてなぜ現在の判決が5年又は10年前に出された同様の事案における判決と矛盾しているように見えるのかを説明する。

フェアユースの判例法に関する私の実証的分析は、*Beebe*の研究期間後の5年間、2006年から2010年末までの間に下され、公表された連邦裁判所の裁判例に焦点を当てている。私はまた、2005年以降結実するようになったフェアユース法理における変化の起源を辿るために、*Campbell v. Acuff-Rose*事件の連邦最高裁判決の翌年である1995年にまで遡ってフェアユースの判例法を検証する。*Beebe*の指標に従い、私のデータ一式は、公表について認証されているか否かにかかわらずLexisNexis又はWestlawで検索される裁判例で、多数意見、反対意見又は補足意見を問わず、フェアユースに関する4つの法律上の要素を実質的に利用している全ての法廷意見から構成されている。2006年から2010年までの間のフェアユースの判例法に関する私のデータ一式は、68の個別の事案から生じた79の法廷意見からなる。⁸⁵ 79意見のうち、16が控訴審裁判所、63が地方裁判所のものである。控訴審裁判所の意見のうち1つは反対意見で、その他は多数意見である。⁸⁶ 補足意見はない。さらに、2つの控訴審裁判所判決と1つの地方裁判所判決は、二重のフェアユース分析——被告による原告作品の2つの異なる利用それぞれに対するフェアユースの分析——を伴うものである。⁸⁷ 私が体系化した法廷意見及びデータ分析において、私はそれぞれの

⁸⁵ 私のデータ一式は、この論文とともに次のリンクから入手可能である。<http://www.law.ucla.edu/faculty/bibliography/Pages/neil-netanel.aspx>.

⁸⁶ 反対意見は、*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship (Bouchat II)* 事件におけるものであった。619 F.3d 301, 317 (4th Cir. 2010) (Niemeyer, J., dissenting).

⁸⁷ *Id.* (あるフットボールチームを主役に据えた映画の中でチームロゴの原告デザインの被告による利用はフェアユースではないが、チームのオーナー企業本店所在

フェアユース分析を別の意見として取り扱った。最後に、地裁における法廷意見のうち4つは少なくともその一部が控訴審で覆されたが、それにもかかわらず、私は後に指摘するとおり、フェアユース全体の結果を比較するなど特定の分析のために除くことがあったとしても、*Beebe* 同様それらを自分自身のデータ一式に含めた。

2006年から2010年の期間にフェアユースの法廷意見が公表された68の個別の事案は、著作物の種類、被告の利用、事案の状況及び当事者の法人格など広く様々なものを表象する。私はこれらの事案の特徴について、以下に記す特定の事案に即して議論する。時の経過に伴うフェアユース法理の劇的な変化に見えるものに対し、考え得る説明として機能する可能性のある、それらの事案における種々の特徴の組み合わせに著しい年代上の変動は見出せなかったと最初に言うておけば十分であろう。⁸⁸ しかし、事案の特徴のいくつかの組み合わせにおける以前からの変化が、私の言及するフェアユース法理の変化と有意な相関関係がある可能性については排除していない。私はその問いをさらなる統計分析に委ねる。

私の研究の比較的小さなデータ一式と短い期間を前提とすると、そのデータが私の研究の範囲内においては統計上有意なものであったとしても、そのデータによって明らかになるフェアユース法理の変化が、実際には統計上のノイズに過ぎないという可能性を完全に排除することはできない。確固たるデータ及び社会科学のデータに関する研究を含むかなり長期的

地で展示された写真における当該ロゴの利用はフェアユースであると判断した); *Peter Letterese & Assocs., Inc. v. World Inst. of Scientology Enters., Int'l*, 533 F.3d 1287 (11th Cir. 2008) (被告教会は、原告のセールス技術に関する書籍を別々の書籍、1つは教会内の目的ための書籍及びもう1つは世俗的な利用のために販売される書籍に複製した); *Henley v. DeVore*, 733 F. Supp. 2d 1144 (C.D. Cal. 2010) (被告が原告の歌2つを利用した)。

⁸⁸ 時の経過に従って事案の特殊事情の組み合わせに重大な変化があるが、一方当事者からの事実審理省略判決の申立ての例外を除き、私が説明しているフェアユース法理の変動については何も影響を与えていない。以下で論じるとおり、*Beebe* と私は、原告又は被告の一方当事者の申立ての合計の変動の結果として結論が歪められてしまうことを避けるため、一方当事者からの事実審理省略判決の申立てを取り除いている。See *infra* notes 155-157 and accompanying text.

な研究でさえ、研究がより多くのデータを用いて検証され、その結果が統計上の平均値に回帰する場合にのみ発見される統計上の偶然によって阻害されていることはあり得る。⁸⁹ しかし、そうはいつても、私の統計上の結果は、2005年以降に下された指導的な裁判例、特に、影響力のある第2及び第9巡回区控訴審裁判所の裁判例におけるフェアユース法理についての言明及び適用と一致している。こうして、(私が撮ったフェアユースの)スナップ写真はフェアユース法理が将来どのように進化するかについて確実に予見することはできないが、過去2、30年にフェアユース法理がどのように進化してきたかを正確に特徴付けているように思われる。いずれにせよ、私は例証として指導的な裁判例について議論する。

より概括的に言えば、私の研究は、先行する3人と同様の選択バイアス(一定の傾向)によって特徴付けられている。この研究は公表された裁判所の判断のみを分析している。それが実体審理に続く最終的な判断か否か、訴答における却下申立て、仮差止(命令)若しくは事実審理省略判決など事実審理前の申立てに対する実体的判断か否か又は控訴審での判断か否かを問わない。潜在的な紛争のわずか一部のみが訴訟提起され、提起されたそれらの訴訟のうちほんの一部が、和解又はそれ以外の理由で却下されることなく公表される裁判所の判断となる。さらに、論者が以前から指摘してきたとおり、公表される裁判所の判断にまで進む裁判例が、全ての潜在的紛争だけでなく提起される全ての訴訟についてさえ、無作為で代表的なサンプルを構成するものではないと信じる十分な理由がある。むしろ、Sagが適切にその論考を要約しているとおおり、「訴訟」という費用のかかるプロセスが「フィルターとして機能し、法、対照的な利害、分散する期待、又はその他人間の気まぐれな振る舞いの不確かさゆえに、当事者がその紛争について和解することができない事案を選択している」。⁹⁰ いかなるタ

⁸⁹ 科学に関する出版物における選択バイアスだけでなく、大規模な統計的研究における普遍的な欠陥と偶然に関する優れた説明として、See Jonah Lehrer, *The Truth Wears Off: Is There Something Wrong with the Scientific Method?*, NEW YORKER, Dec. 13, 2010, at 52.

⁹⁰ Sag, *supra* note 13 (manuscript at 6). 公表された裁判例の選択バイアスに関する先駆的論文は、George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*,

イブの裁判所の判断が公表される法廷意見になるか、ということから生じる構造上のバイアスもまた、あるかもしれない。例えば様々な理由から、公表された法廷意見に限定されたデータ一式は、事実審理における原告の勝訴率を誇張するが、事実審理申立て前の原告の勝訴率を過少申告することが研究によって明らかにされている。⁹¹

こうして、公表された法廷意見の研究は、法理が現場においてどのように機能するか、さらにより限定して裁判所においてどのように機能するかについて、包括的又は完全に正確な絵を提供するものではない。その考察は、フェアユース法理に関して特に当てはまるかもしれない。⁹² 著作権産業の行き過ぎ、並びに利用者、出版社及び保険会社のリスク回避が組み合わさって、著作物の潜在的利用者は、たとえ訴訟をすればフェアユース抗弁で勝訴しそうな場合であっても利用許諾を得るか又は利用を控える、という著作権「クリアランス（処理）文化」が普及している強い事例証拠を論者は提示する。⁹³ 同時に、何百万ものインターネット上のリミキサー、

13 J. LEGAL STUD. 1 (1984)である。See also Samuel Issacharoff, *The Content of Our Casebooks: Why Do Cases Get Litigated?*, 29 FLA. ST. U. L. REV. 1265 (2002).

⁹¹ See Wendy Parker, *Lessons in Losing: Race Discrimination in Employment*, 81 NOTRE DAME L. REV. 889, 910-11 (2006). 諸研究の中には、公刊のための認証を受けて公表された裁判例とそうでない裁判例との間の結果に差異を見出しているものもある。Lee Epstein & Gary King, *The Rules of Inference*, 60 U. CHI. L. REV. 1, 106-08 (2002) (文献を調査している)。私は公表されたフェアユースの判決と未公表判決とを比較しなかった。しかし、1994年以降に出された公表された全ての法廷意見を検証する際、私の分析において決定的な2つの要素、フェアユースの(成否の)結果及び変容的利用法理の裁判所による採用のいずれの点に関しても、公刊された法廷意見と公刊されていないがWestlaw又はLexisNexisで公表されている法廷意見との間に統計上有意な差異を見出さなかった。

⁹² See Beebe, *supra* note 11, at 565 (提起されている著作権侵害訴訟の数と比較して、公表されるフェアユースに関する法廷意見の数が少ないことを指摘し、「多くのフェアユースをめぐる論争は裁判所まで決して持ち込まれないのかもしれない」と推測する)。

⁹³ See generally PATRICIA AUFDERHEIDE & PETER JASZI, CTR. FOR SOC. MEDIA, UNTOLD STORIES: CREATIVE CONSEQUENCES OF THE RIGHTS CLEARANCE CULTURE FOR DOCUMENTARY FILMMAKERS (2004); LESSIG, *supra* note 3; James Gibson, *Risk Aversion and*

マッシュアップアーティスト、ファンフィクションライター、個人的複製者及びファイル共有者に対して著作権を権利行使するための巨額の費用のために、その多くの利用が現在のフェアユース法理の下ではフェアユースとなる可能性のない場合でさえ、事実上自由な利用を大幅に認める状態を作出している。どの個人的・非商業的利用が真のフェアユースであり、どの利用がしばらくの間著作権者によって渋々黙認されているだけのものなのかに関するこの不確実な領域の上にフェアユースの判例法は位置し、限られた場合にのみその不確実さの中に踏み込む。

「フェアユースを理解する」といういかなる試みも、どのようにフェアユース法理が複数の状況にまたがって実際に機能し、現実の個人の振る舞いや理解に影響を与えるのかを考慮に入れなければ、不完全なものである。にもかかわらず、公表された法廷意見は、多くの潜在的訴訟当事者にとって、そして弁護士によって代理されている当事者にとっては確実に、フェアユース法理とは何かを最も顕著に示すものである。

そのため、公表された法廷意見は、潜在的訴訟当事者の法的な背景ルールの認識及びそれに基づく振る舞いだけでなく、いつ和解するか、いつ事実審理又は事実審理省略判決に進むかに関する意思決定に極めて重大な影響を与えようである。⁹⁴ 公表された法廷意見はフェアユース法理の全てを表象するものではないが、その本質的かつ支配的な中核部分を間違いなく構成するものである。

A. 市場中心パラダイム 対 変容的利用パラダイム

過去30年間、フェアユースの判例法は競合するフェアユースの2つのパラダイム——私が「市場中心パラダイム」と「変容的利用パラダイム」と呼ぶもの——に非常に強い影響を受けてきた。市場中心パラダイムは、1985年の *Harper & Row* 判決で採用されてから約20年にわたり支配的な地

Rights Accretion in Intellectual Property Law, 116 *YALE L.J.* 882 (2007).

⁹⁴ See Issacharoff, *supra* note 90, at 1270-71 (既存の判例法の和解の見直しに対する影響について指摘する); Sag, *supra* note 13 (manuscript at 6 n.22) (「以前の裁判例の結果は必然的に将来の訴訟追行者の期待を形作るので、選択の結果が全く不変のものということはないだろう。」)。

位を占めてきた。しかし、変容的利用法理はフェアユースの判例法に極めて限定的な影響しかなかったという *Beebe* の判断とは逆に、*Campbell v. Acuff-Rose* 事件で採用された変容的利用法理は、今日の裁判所におけるフェアユース分析（の枠組み）を圧倒的に方向付けている。この矛盾に見える状態は、我々が（以下に）見るとおり、変容的利用パラダイムが、その採用に向かう傾向が2005年よりずっと以前から始まっていたとしても、*Beebe* の研究した期間に続く2005年以降に初めて圧倒的に優越的な地位に登り詰めたものであると説明することができる。⁹⁵

市場中心パラダイムは、フェアユースを、救済不可能な市場の失敗がある場合にのみ適用される著作権者の排他的権利に対する特異な例外として取り扱う。その起源は、1982年に発表され極めて影響力を持った *Wendy Gordon* 教授の *Law Review* 論文 *Fair Use as Market Failure: A Structural Analysis of the Betamax Case and its Predecessors* であり、同論文で *Gordon* は、極めて高い取引コストが著作権の利用許諾に克服できない障害を生むこと、及び当該利用がフェアユースを認めることにより著作権者に対して引き起こされる害悪を上回るとはつきり確認できる公共の利益に適用されることをいづれも証明する重い責任を被告が果たした場合に限り、フェアユースは認められるべきであると主張した。⁹⁶

Gordon の論文は、*Sony* 判決における反対意見及び *Harper & Row* 判決における多数意見で、いづれもフェアユースの制限を支持するものとして引用された。個人が後で観るためにテレビ番組をビデオ録画することについてフェアユースを否定したであろう *Sony* 判決の反対意見は、フェアユース法理を「後行の著作権者が先行の著作権者の作品を公共の利益のために限定

⁹⁵ See *infra* Part IV. B.

⁹⁶ *Wendy J. Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982) [以下 *Gordon, Structural Analysis*]. *Gordon* はその後、市場(中心)パラダイムからは距離をとるようになり、フェアユース法理及び著作権法一般における非金銭的な価値の重要性を強調した。See *Wendy J. Gordon, A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533 (1993); *Wendy J. Gordon, Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031 (2002).

的に利用することを許容するための一種の補助——最初の作者の犠牲にもかかわらず——」と特徴付ける際に Gordon を引用した。⁹⁷ Harper & Row 判決は「フェアユースの例外は、市場が失敗した場合か又は著作権者の求める対価がゼロに近い場合に限り作用すべきである」という経済学者の見解の一例として Gordon を引用した。⁹⁸

同様の立場から、Harper & Row 判決は「合理的な著作権者の視点からみた複製された素材の重要性」を前提として、「合理的な著作権者がその利用に同意した [であろう]」と言えない限り、フェアユース（を認めることは）は適切ではないと判断した。⁹⁹ フェアユースを自由な意思に基づく市場取引における規範からの好ましくない逸脱であると理解していることは、Harper & Row 判決が、全ての商業的利用はアンフェアである（フェアユースではない）という（又は少なくともフェアユースの判断に否定的に働く傾向がある）¹⁰⁰ Sony 判決の推定を幅広く適用していることにも窺われる。Sony 判決の傍論を引用した後、連邦最高裁は、ある利用が商業的か否かの基準は「当該利用の唯一の動機が金銭的利益を取得することにあるか否かではなく、利用者が通常の対価を支払うことなく著作物の利用から利益を得る立場にあるか否か」であると判断した。¹⁰¹ 市場中心パラダイムもまた、連邦最高裁が（同事件における）フェアユース分析において、第4要素を唯一最も重要な要素として適用すること及び格上げすることを補強した。連邦最高裁は、市場に対する害悪の立証は被告の利用によるものに限定される必要はないと判断した。むしろ、「フェアユースを否定するためには、異議が出されている利用が普及したら、それが当該著作物

⁹⁷ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 478 (Blackmun, J., dissenting).

⁹⁸ Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 566 n.9 (1985). See also *id.* at 559（「頒布[の]社会的価値が芸術家に対する不利益を上回る」場合は常にフェアユースが課されることを提唱することは、著作権者が対価を支払うことができる利用者に出会ったまさにその時にその財産権を奪うことを提唱することであろう。）（原文を改変）（Gordon, *Structural Analysis*, *supra* note 96, at 1615 を引用）。

⁹⁹ *Id.* at 549-50.

¹⁰⁰ *Id.* at 562.

¹⁰¹ *Id.*

の潜在的市場に悪影響を及ぼすだろうということだけを示せばよい」。¹⁰² この点において潜在的市場とは、原作品の市場だけではなく派生的作品の市場も含むものであり、さらに「著作物に係るいずれかの権利」の潜在的なライセンス市場も含む。¹⁰³ 要するに、市場中心パラダイムの下では、合理的な著作権者が被告の利用及びそれに類似した利用を承諾するだろうと言えるが、そのようなライセンスのための交渉に法外に高いコストがかかる蓋然性があるためにそうすることができない場合にのみ、フェアユースは認められる。

前述したとおり、変容の利用パラダイムは、1990年に発行された *Law Review* 掲載論文 *Toward a Fair Use Standard* において *Pierre Leval* 判事によって提示され、1994年の *Campbell v. Acuff-Rose* 事件で連邦最高裁によって採用された。¹⁰⁴ このパラダイムの下では、フェアユース分析における鍵となる問いは、被告の利用が「変容的」であるか否かであって、被告がライセンスを取得し得たか否か、又は著作権者が合理的にその利用を承諾していたか否かではない。変容的利用パラダイムは、フェアユースを、著作権者の排他的権利の好ましくない例外ではなく、創作的表現の広範囲にわたる頒布を促進するという著作権の目的に不可欠のものであるとみる。実際に、*Campbell* 事件における連邦最高裁は、変容的利用目的のためのフェアユースの主張が認められない場合であっても、裁判所は「二次的作品…の出版に対する強い公共の利益」を促進するために、多くの場合、侵害的利用の差止めを控えるべきであると示唆した。¹⁰⁵

B. 変容的利用パラダイムの勝利

1. 変容的利用法理の裁判所による採用

上述のとおり、*Beebe* の研究が終わる2005年以降を見ると、今日のフェアユース法理が *Leval* 判事—*Campbell* 判決によって確立された変容的利用法理により圧倒的に支配されていることが分かる。図1が示すとおり、変

¹⁰² *Id.* at 568 (*Sony*, 464 U.S. at 451 を引用する)。

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ 510 U.S. 569, 576 (1994)。

¹⁰⁵ *Id.* at 578 n.10.

容的利用パラダイムの裁判所による採用は、それ以前からすでに高い割合であったとしても、2006年から2010年の期間にかなり増加した。¹⁰⁶ 2006年から2010年の間に、地方裁判所の法廷意見の85.5%と控訴審裁判所の法廷意見のうち1つを除いた全てにあたる93.5%が、被告の利用が変容的か否かを検討した（以下に説明するとおり、たとえ全てが「変容的」という用語を明示的に用いていないとしても）。控訴審裁判所のたった1つの例外は、被告がその主張書面において第4要素に排他的に依拠していたと裁判所が指摘する公刊されていない判決であった。¹⁰⁷ これらの結果を総合すると、Beebeの研究に続く5年間に公表された全ての法廷意見全体の87.2%が変容的利用法理を採用していた。対照的に、1995年から2000年と2001年から2005年の間は、それぞれ法廷意見全体の73.9%と77.8%が変容的利用法理に従った。¹⁰⁸

変容的利用法理を採用する全ての法廷意見が、被告の利用の目的と性質を評価する際に明示的に「変容的」という用語を用いているわけではないことを指摘するのは重要なことである。ある法廷意見は、変容的利用法理を定義付けるCampbell判決の一文を単に引用し、フェアユース分析の鍵となるのは、被告が“新しい表現、意味又はメッセージで原創作物を改変す

¹⁰⁶ 2006年から2010年の間に裁判官が変容的利用法理を採用した法廷意見の割合は1995年から2000年に統計上有意な増加を示しているが、すでに2001年から2005年の間に起こっていた1995年から2000年の増加を考慮すると統計上有意なものではない。しかし、以下、事案の結果に関して議論するとおり、2001年から2005年の結果は、当該期間中の原告による事実審理省略判決の申立ての割合が比較的低かったことにより被告に有利に歪んでいる。一方当事者による事実審理省略判決の申立てを分析の対象から除外すると、2006年から2010年における変容的利用法理の裁判所による採用の増加は、連邦地方裁判所に関しては統計上有意なものである。See *infra* notes 155-164 and accompanying text.

¹⁰⁷ その例外的な判決は、Thomas M. Gilbert Architects, P.C. v. Accent Builders & Developers, LLC, 377 Fed. App'x 303 (4th Cir. 2010) である。

¹⁰⁸ 上級審の法廷意見に関するデータに限れば、同じような上昇曲線を示していない。Campbell判決後の6ヶ月間で、上級審の20の法廷意見のうち19件、95%の法廷意見が変容的利用法理に依拠した。この割合は、直近の期間での上級審による変容的利用法理の採用の割合よりも若干高いものである。

るなど、原創作物に対し別の目的又は性質を持った新しいものを加える”か否かであると述べるが、連邦最高裁がそうした利用を「変容的」と命名した、当該文章のセミコロンの上に続く最後の語句を省略している。¹⁰⁹ また他の法廷意見は、Campbell判決を引用することなく当該判決の定義をそのまま使用して、被告が作品の創作者とは異なる表現目的のために原告の作品を使ったか否か、又は逆に、被告は単に異なる媒体に原作品を再包装しただけなのか否かを問う。さらにまた別の法廷意見は、「変容的」という用語にはっきりと言及することなく、被告の利用がパロディや批評といった、Leval判事が自身の論文で変容的利用となると思われる例として列挙し、裁判所も同様に、概してその範疇に該当すると判断してきた類型であるか否かを評価する。¹¹⁰ 最後に、いくつかの例で裁判所は、その意見そのものにおいてその名称を繰り返すことなく、問題とされる利用がそれ以前の裁判例において「変容的」と定義付けられた利用に類似していると判断している。¹¹¹

上記の例全てにおいて、法廷意見は、たとえその評価をする際に「変容的」という用語を明白に用いてないとしても、Campbell判決及びLeval判事の論文において定義付けられているとおり、被告の利用の変容的性質を評価するものとして正確に特徴付けられているというのが私の主張である。その点で、私の体系化は、法廷意見が「変容的」という用語を名指しで明示的に援用しているか否かだけを追跡しているのが明らかなBeebeとは異なっている。Campbell判決以後でさえ、彼の研究対象期間の中に含ま

¹⁰⁹ See, e.g., *Lorimar Music A. Corp. v. Black Iron Grill Co.*, No. 09-6067-CV, 2010 WL 3022962, at *4 (W.D. Mo. July 29, 2010) (Campbell判決, 510 U.S. at 579 を引用する).

¹¹⁰ Leval判事が指摘したとおり、「変容的利用には、原作品を擁護ないし原作品に反論するために、引用された作品を批評すること、原作者の性質を暴露すること、事実を提供すること、原作で議論されているアイデアを要約することが含まれる。パロディ、記号化、審美的な宣言のほか数えきれないほどの利用形態も含まれるだろう」。Leval, *supra* note 54, at 1111.

¹¹¹ See, e.g., *Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship (Bouchat I)*, 587 F. Supp. 2d 686, 695 (D. Md. 2008) (フェアユース分析における利用の変容性の重要性に関する第2巡回区控訴審裁判所の指導的判例である *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 609 (2d Cir. 2006) を引用する).

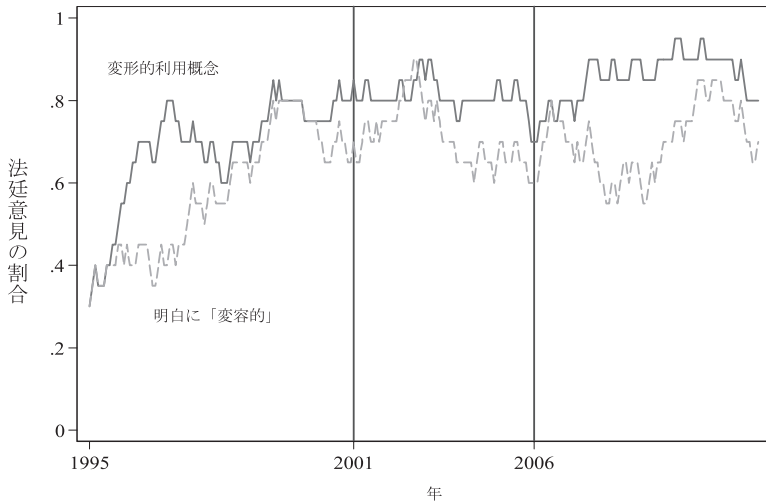
れる、40%を超える地方裁判所の法廷意見及びほぼ20%の控訴審裁判所の法廷意見が「当該[変容の利用]法理に言及することさえ怠った」と *Beebe* が指摘するのは、より狭く、そして変容的利用法理の影響を評価するためにはおそらく十分に包括的ではない基準によるものである。¹¹² しかし、*Beebe* の基準によった場合でさえ、変容的利用法理に言及することを怠る法廷意見の割合は *Campbell* 判決以降著しく下落した。1995年から2000年の期間、*Beebe* が1987年から2005年の全期間に関して報告する結果と一致して、法廷意見の39.13%は、被告の利用が「変容的」であるか否かを明示的に取り上げないか、又は（1つの法廷意見で）フェアユース分析におけるその問いの重要性を明示的に最小限度に留めた。しかし、2001年から2005年の期間、被告の利用が「変容的」であるか否かを明示的に検討しないものは法廷意見の30.16%にまで下落し、2006年から2010年の期間には、それは法廷意見の28.21%までさらに下落した。それゆえ、そのような基準によっても同様に、図1に示されるとおり、裁判所によるフェアユースの分析において変容的利用法理の影響が極めて増大してきたのである。¹¹³

いずれの基準によっても裁判所が変容的利用法理を徐々に採用してきたことは、裁判所が伝統的に変容的であると特徴付けてきた利用形態に関する判例、又はその他のフェアユース分析に肯定的な利用形態の割合が近時増加していることを反映しているに過ぎない、とは思われない。特に、例えばパロディ——*Campbell* 事件で問題となった変容的利用の類型——は、2006年から2010年の法廷意見における被告の利用のわずか6.33%を構成するに過ぎず、2001年から2005年の期間における12.70%から低下している。同様に、教育、社会批評、ニュース報道及び伝記のための被告によ

¹¹² See *Beebe*, *supra* note 11, at 604.

¹¹³ 「変容的」という用語への明示的な言及に関して、控訴審裁判所と地方裁判所とに細分化したデータは、より不安定ものとなる。2001年から2005年までそういった言及をしなかった控訴審裁判所では著しい増加を示し、2006年から2010年に急激に増加した。2006年から2010年において地方裁判所でのそのような明示的な言及をしなかった裁判数は、それ以前の5年間と比較して微増である。*Beebe* の方法によって変容的利用法理の影響が安定的に増大していったことを示唆するのは、上級審及び地方裁判所における全ての法廷意見を組み合わせた全体である。

図1. 1995年から2010年における、(1)変容の利用概念を採用する法廷意見、(2)「変容的」という用語を明白に使用して採用する法廷意見の割合に関する20意見の移動平均



る利用を取り上げた法廷意見の割合は、それ以前の期間と比べて統計上著しい違いはなかった、又は次第に下落した。同じことは、すでに指摘したとおり、第107条がそれ自体を（フェアユースに）肯定的な利用として定めていないとしてもフェアユースであると一般に判断されると Samuelson が結論付けている訴訟のための利用にも妥当する。¹¹⁴

他方、2006年から2010年の期間は、1990年後半まで存在しなかったデジタル情報検索ツールという利用の類型において、ほんのわずかに統計上有意味な増加 ($p \leq 0.10$ レベルで) を見た。1995年から2000年と2001年から2005年は、各期間で1つこの類型での意見が存在した。それぞれ、*Kelly v. Arriba*

¹¹⁴ See *supra* note 72 and accompanying text. 訴訟利用の目的による複製は、第107条の導入条項に列挙されたフェアユースに肯定的な利用の中に含まれていないが、1976年法制定時の House Report (議会報告書)は、「状況によっては裁判所がフェアユースと認める可能性のある活動」の一例として「司法手続の過程で…作品を複製すること」を挙げていた。House Committee on the Judiciary, H.R. Rep. No. 94-1476, at 65, (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5678.

Soft 事件の地方裁判所レベル及び控訴審裁判所レベルの意見である。¹¹⁵ 2006年から2010年の間には、そのような利用に関する 5つの法廷意見があり、その期間の全ての法廷意見の6.33%を占めた。そのうち3つはGoogleのサーチエンジンに関するもので、2つは、新しいレポートとの自動化されたデジタル比較により盗作を探知するために生徒のレポートのデータベースを構築することに関するものであった。¹¹⁶ それら各法廷意見は、問題となった主たる利用を「変容的」と特徴付けた。

それゆえ、2006年から2010年の期間における裁判所による変容的法理の採用の全体的な増加は、主としてとはとても言えないが、その一部は、デジタル情報検索ツールに関する裁判例の数のほんのわずかな統計上有意な増加によるものかもしれない。興味深いことに、その利用類型に、この論文執筆時点でニューヨーク南部連邦地方裁判所に係属中で、非常に多くの議論を呼んでいる Google Book Search 事件も含まれる。¹¹⁷ デジタル情報検索ツールはまた、これから数年で著しく成長することが期待され得る利用類型であるが、もちろん、そのことは、そのような利用が増え続ける著作権侵害訴訟及びフェアユースの判例法の対象となることを意味するものではない。

2. 変容性とフェアユースとの相関関係

2006年から2010年の期間における変容的利用法理の裁判所による採用と歩調を合わせ、そして Beebe の研究における2006年以前の判決と一貫性を持って、被告の利用を変容的であると明白に特徴付ける近時の判決は、

¹¹⁵ Kelly v. Arriba Soft Corp., 77 F. Supp. 2d 1116 (C.D. Cal. 1999); Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

¹¹⁶ Google のサーチエンジンに関する 3つの法廷意見は、Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006); 同事件の控訴審事件である Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) 及び Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006). 電子的盗作探知サービスに関する 2つの法廷意見は、A.V. v. iParadigms, LLC, 544 F. Supp. 2d 473 (E.D. Va. 2008); 及び同事件の控訴審判決 A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009).

¹¹⁷ 裁判所は近時、当該裁判で提案されていた和解案を却下した。See Authors Guild v. Google, Inc., No. 05 Civ. 8136 (S.D.N.Y. March 22, 2011).

ほぼ全てがフェアユースと判断している。被告の利用を「非常に」、「間違いなく」若しくは「著しく」変容的である、又は単に「変容的」であると判断した22の法廷意見のうち20の意見が、被告はフェアユースに携わっていたと判断した。2つの例外は、内容よりも事案の状況（特殊性）の作用によるものであった。それらの例外は、原告の作曲のデジタルサンプリングを含む歌を「間違いなく変容的」であると特徴付けたが、被告のフェアユースの抗弁を拒絶した陪審の評決の破棄を認めなかった第6巡回区控訴審裁判所の判決¹¹⁸及び、被告の利用を「著しく変容的」であると特徴付けたが、原告による相当数の複製の主張及び裁判所は証拠なく市場への害悪を評価できないことを考慮し、訴答における被告の却下申立てを却下した未公開の地方裁判所の判決である。¹¹⁹

同時に、問題となっている利用を、変容的ではない、又は単に「ごくわずかに」、「一部」若しくは「多少」変容的であると特徴付けた判例は、3つを除き全てがフェアユースを否定する判断をした。その利用を変容的ではないと判断したにもかかわらずフェアユースであると判断した例外の1つは、関係のない製品又はサービスの市場における競争を減殺するために著作権を利用しようとした原告（競合相手）の試みに関するものであった。¹²⁰ 2つ目は、ある会社を批判するために行われた被告による当該会社の著作物の複製という、ほとんどの裁判所が明白に変容的であると特徴付けてきた利用類型に関するものであった。¹²¹ 3つ目は、珍しいと思われる事実関

¹¹⁸ *Bridgeport Music, Inc. v. UMG Recordings, Inc.*, 585 F.3d 267, 278 (6th Cir. 2009). この判決は、「変容的」（という用語）の一般的な理解とは逆に、異なる表現目的ではなく変更された美的特徴を意味するために「変容的」という用語を裁判所が用いているということでも説明できるだろう。同裁判所は、被告の歌が「原告の作曲とは異なるテーマ、音階及び音調」を有していることを踏まえ、被告の曲は変容的であると判断した。 *Id.*

¹¹⁹ *Shepard v. Miler*, No. Civ. 2:10-1863, 2010 WL 5205108, at *6 (E.D. Cal. Dec. 15, 2010).

¹²⁰ *Gulfstream Aerospace Corp. v. Camp Sys. Int'l, Inc.*, 428 F. Supp. 2d 1369 (S.D. Ga. 2006) (原告は、保守サービスの提供における競争を阻害する目的で航空機のマニュアルの複製を禁止することを求めた)。

¹²¹ *Super Future Equities, Inc. v. Wells Fargo Bank Minn., N.A.*, 553 F. Supp. 2d 680 (N.D.

係の下、原告が著作権を有するセールス技術に関する書籍の一部を教会内での指導に利用する目的で、(新興宗教)サイエントロジーが変容させることなく取り込んだことは、教会が原告の派生的作品を取り込んだ新しい教材を使う可能性がないため(裁判所はそう認定した)、絶版書籍の派生的作品に対する潜在的市場への害悪を引き起こさないと判断した。¹²²

もちろん、裁判所による変容の判断とフェアユースの成否との高い相関関係は、必ずしも裁判官が最初に当該利用が変容的であるか否かを判断し、それからその判断をフェアユース分析の中核的な部分として適用していることを意味するものではない。Sagが指摘するとおり、「David Nimmerは、一部の裁判官の手の中では変容の利用は全く内容のないものであり、フェアユースの判断と同義語に過ぎないことを示唆している」。¹²³ Sagはこの調子で、「変容の判断が商業的利用に伴う市場への害悪の推定を避けるために必要であると認識されている限り」、裁判所は「変容的利用」というラベルを事後的な正当化として用い続けるだろうと予見する。¹²⁴

Sagは検討に値する論点を提起している。確かに裁判所は、フェアユースであるために利用が変容的である必要はないこと、及び変容はフェアユ

Tex. 2008) (ローンビジネスのやり方を批判するウェブサイト当該ローンサービス事業者の映像を掲載した)。

¹²² Peter Letterese & Assocs., Inc. v. World Inst. Of Scientology Enters., 533 F.3d 1287, 1318-19 (11th Cir. 2008). 2つの異なる利用形態に関する3つの裁判例があり、裁判所はそれぞれの利用形態の変容的性質を別々に評価している: *Peter Letterese & Assocs., Inc., Id.* (被告教会は、セールス技術に関する原告の書籍を2つの別々の書籍に複製した。1つは教会内利用の目的(の書籍)、もう1つは、教会外での利用のために販売する目的(の書籍)である); *Henley v. DeVore*, 733 F. Supp. 2d 1144 (C.D. Cal. 2010) (2つの歌); 及び *Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship (Bouchat I)*, 587 F. Supp. 2d 686 (D. Md. 2008) (フットボールチームに焦点を当てた映画の中でのロゴの利用及び同チームのオーナー企業の本店で展示された写真へのロゴの利用); そして別の裁判例では、同じ利用が原告作品の1つとの関係では変容的であると判断されたが、他の作品との関係では変容的ではないと判断された。 *Warner Bros. Entm't, Inc. v. RDR Books*, 575 F. Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2008).

¹²³ Sag, *supra* note 13 (manuscript at 11) (第2巡回区控訴審裁判所の判例に関するNimmerの議論を引用する)。

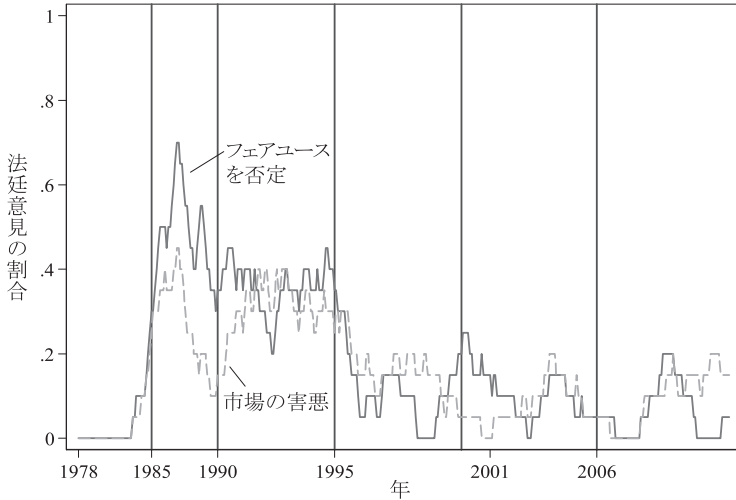
¹²⁴ *Id.*

ースの問いの中核的部分ではあるものの、単なる一部に過ぎないことを繰り返して断言してきた。にもかかわらず、裁判所による変容に関する判断及びフェアユースの（成否の）結果との間には、確かに極めて高い——完全ではないが——相関関係がある。さらに、我々が後にみるとおり、変容的利用の概念は現実、実際には他の理由に基づいて到達した結論を正当化するために、裁判所の操作を受けやすいものである。そのため、「変容的利用」が実際にフェアユース分析を左右しているというよりも、むしろ裁判所による利益衡量を特徴付け、事後的な結果を正当化する好ましい異名として「市場への害悪」に単に取って代わっただけであったと評価するのは極めて難しいとしても、可能ではある。

しかし、私の研究のデータは、商業的利用が市場の害悪を引き起こすという推定を回避するために裁判所が変容の判断を用いているという **Sag** の仮説を支持しない。2006年から2010年の期間には、利用が商業的利用か否かについて裁判所が与えているという重みが著しく減少した。直近の期間では、法廷意見の37.97%が商業性の問いの重要性を明白に極小化し、（この数値は）1995年から2000年及び2001年から2005年双方の25%から上昇した。その減少と一致して、2006年から2010年の法廷意見の8.86%を占める7意見のみが、商業的利用が市場の害悪を引き起こすという **Sony** 判決及び **Harper & Row** 判決の推定を承認した。そして、2006年から2010年の法廷意見の6.33%を占める5意見のみが、商業的利用はそれ自体でアンフェアである（フェアユースではない）という **Sony** 判決時代のより強い推定を承認した。図2に示されるとおり、裁判所による各推定の承認（の数）は、**Campbell** 事件の連邦最高裁判決以降、急激に減少しており、私が検証した3期間の各期間におけるフェアユースに関する公表された法廷意見のうち平均して約10%あるいはそれ以下で安定している。要するに当該データが示しているのは、商業的利用は市場の害悪を引き起こすという推定を回避するために変容を判断する必要がある、と裁判所が認識しているのではなく、裁判所は商業的利用に関する推定を大部分放棄してきた一方で、変容的利用法理を実際に採用してきたということである。実際に、裁判所による商業（的利用）に関する推定の放棄は、その変化が実際に裁判所の分析に影響を与えるものであれ、**Sag** が疑っているとおり、言葉遣いの変化を反映しているに過ぎないものであれ、市場（中心）パラダイムから変容的

利用パラダイムへの裁判所の劇的な変化の一部であるように思われる。¹²⁵

図2. 1978年から2010年における、商業的利用は(1)フェアユースではないという推定、(2)市場の害悪を生じるといふ推定を承認する法廷意見の割合に関する20意見の移動平均



3. 第1要素の興隆と第4要素の衰退

最後に、指導的な判例は、結果として、第1要素がフェアユースを支持すれば、それが第4要素を凌ぐものであろうことを極めて明確にしている。それは、第1要素が第4要素に優先すると裁判所が明示的に述べているということではない。Beebeの研究が示し、私の研究がそれを確認するとお

¹²⁵ 商業性の推定の弱点が何であれ、私のデータは、3つのいずれの期間においても、当該利用は商業的利用であるという裁判所の判断とフェアユースに関する原告の勝訴とが著しい相関関係を有しているが、当該利用が明白に変容的であるという裁判所の判断は商業性の重要性に優先することを示している。1995年から2010年の全期間中、裁判所が、当該利用は商業的なものではあるが(明白に)変容的なものではないと判断した全判決の90.3%で、原告がフェアユースの論点で勝訴した。これに対し、当該利用は商業的であり、かつ明白に変容的であると裁判所が判断した判決で原告が勝訴したのは、わずか12.5%に過ぎない。2006年から2010年における原告の上記に対応する勝訴率はそれぞれ、88.2%と20%であった。

り、裁判所が明白に第1要素と第4要素が反対の方向を示すと判断するごくわずかな判例において、裁判所は、わずかに（統計上取るに足らない程度）第4要素を支持する傾向にある。¹²⁶ しかし、裁判所はさらに巧妙かつ頻繁に、明白に変容的である利用は市場の害悪を引き起こさないと判断している。2006年から2010年の期間において——そして、これはCampbell判決後の期間で、この期間前の判例と本質的に一致する——、当該利用が明白に変容的であったと判断し、かつ市場の害悪の問題について意見を述べた法廷意見の84.21%が、原告の市場に対する実際の又は潜在的な害悪はなかったと判断した。わずか1.3%（の法廷意見）だけが実際の市場の害悪を認定した。少なくとも、第2巡回区控訴審裁判所によって明確に述べられたとおり、この不均衡な結論は、変容的利用が原告の望むライセンス市場に対して一般的に害悪を与えないからではなく、むしろ第1要素が第4要素における法的な関連市場を有効に画定するからである。その場合、ある利用が明白に変容的であるとすると、著作権者は他人を変容的利用の市場から排除する権利を当然には有していないので、当該利用は市場の害悪を引き起こすものではない。¹²⁷ 同時に、裁判所が当該利用は変容的ではないと判断する際、これは通常（常にというわけではないが）当該利用が当該市場において原作品に代替し、それゆえにフェアユースの特権は認められないことを意味する。¹²⁸

裁判所による第4要素の一般的な取扱いに関するデータは、市場（中心）パラダイムがもはやフェアユースの判例法に対して影響力を有しないという結論をさらに支持する。図3に示されるとおり、Harper & Row判決の傍論（第4要素が最も重要な要素である）を引用する法廷意見の割合は、2006年から2010年にそれ以前の5年間に比べ若干上昇したとはいえ、

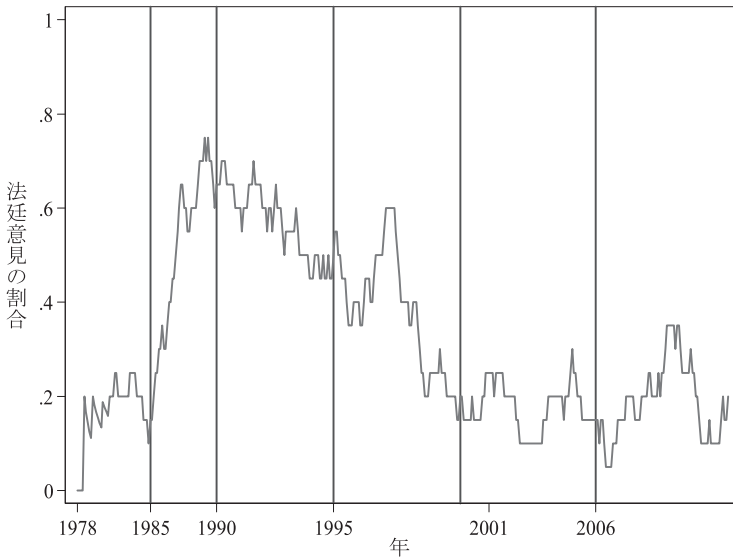
¹²⁶ See Beebe, *supra* note 11, at 584-85.

¹²⁷ See, e.g., Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605, 615 (2d Cir. 2006).

¹²⁸ 2006年から2010年において、利用が変容的ではないと判断したにもかかわらず、驚くほど高い30.43%の法廷意見が、当該利用は原告の市場を害するものではないと判断した。1995年から2000年及び2001年から2005年におけるその数値はそれぞれ0.00%及び7.14%であった。

Campbell判決以前に比べて現在遥かに低下している。さらに顕著なことは、裁判所が **Harper & Row** 判決の傍論を引用する時でさえ、裁判所は通常、被告の利用が原告の市場に対する害悪を引き起こしていないと判断する文脈で引用しているということである。**Harper & Row** 判決の傍論を承認した2006年から2010年の間に出された17の法廷意見のうち、約60%にあたる10意見が市場の害悪なしと判断し、50%が第4要素は被告を支持すると判断した。¹²⁹

図3. 第4要素が最も重要な要素であると述べる法廷意見の割合に関する20意見の移動平均



¹²⁹ 実際、その前の2つの時期においても同様に、**Harper & Row** 判決の傍論を承認する相当数の法廷意見が、市場に対する害悪はなく、第4要素は被告を支持すると判断した。1995年から2000年では、(**Harper & Row** 判決の傍論を承認する)法廷意見の50%が市場に対する害悪はないとし、44.44%が第4要素は被告を支持すると判断した。2001年から2005年では、法廷意見の42.86%が市場に対する害悪はないとし、37.5%が第4要素は被告を支持すると判断した。各期間での変化は、2006年から2010年と比較すると統計上有意な差ではない。

要するに、第4要素が疑いなく最も重要な要素であるとする Harper & Row 判決の枠組みとは対照的に、今日、フェアユース分析を牽引しているのは主として第1要素であり、特にその利用が変容的であると判断されるか否かである。利用が変容的であると特徴付けられることが第4要素を明確に凌ぐということはない。むしろ、一度裁判所がその利用が変容的であると判断すると（そしてここでも、私は、最小限の変容や部分的な変容ではなく、明白な変容のことを意味している）、次にその判断は第3及び第4要素についての裁判所の分析に滲み出てくるのである。変容的利用パラダイムの下では、第3要素——被告が利用してきた著作物の量——は、被告が原告著作物の最も価値のある部分を使ったか否かが（市場中心パラダイムの下ではそうであるように）問題となるのではなく、むしろ被告が変容的利用を進める明示的な目的の観点から合理的と言える以上に使ったか否かが問題となる。¹³⁰ 同様に、第4要素の分析は、市場中心のアプローチの下でのように当該利用が著作権者にとって想定され得るライセンス市場に含まれるか否かを問うのではなく、問題とされている利用の市場に第三者が入ることを禁止する権限を著作権者が有すべきか否かを問うものであり、すでに指摘したとおり、当該利用が変容的であれば、指導的判例によって与えられるその答えは「NO（禁止する権限を有しない）」である。しばらく時間を要したが、最終的には、Leval 判事の提唱した変容的利用法理がフェアユースの判例法における支配的な見解となった。

¹³⁰ 利用が変容的であると判断した2006年から2010年の法廷意見の75%以上が、裁判所の第3要素の分析において被告の表現目的のために必要となる以上に被告が複製したか否かを明示的に検討した。1995年から2000年及び2001年から2005年におけるその数値は、それぞれ44.44%及び57.14%であった。