



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フェアユースを理解する (2・完)
Author(s)	Netanel, Neil W.; 石新, 智規//訳; 井上, 乾介//訳 et al.
Citation	知的財産法政策学研究, 44, 141-182
Issue Date	2014-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/55091
Type	departmental bulletin paper
File Information	44_03.pdf



フェアユースを理解する (2・完)

Neil Weinstock NETANEL

石新 智規・井上 乾介・山本 タ子(訳)

- 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、前号)
 - C. 「変容的利用」とは何か? (以下、本号)
 - 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

C. 「変容的利用」とは何か？

1. 内容の変容 対 メッセージの変容

変容的利用法理への劇的な変化は、いかなる場合が変容的利用に該当するかを明確に定義することの重要性を浮き彫りにする。この点問題となるのは、Campbell判決の変容的利用——「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」¹³¹利用——の定義が様々な意味に解釈されやすいことである。特に、Campbell判決の定義は、変容的利用に関して考え得る2つの選択肢を提供するように思われる。その1つは、小説若しくは脚本の続編を書き、新たな楽曲にある歌の短い断片を組み入れるなど原作品を変更すること、又は、原作品に新しい表現を付加することによって原作品の表現内容を変容させることを伴うものである。もう1つは、消費主義について論評をするために広告用ロゴマークを組み入れた芸術的絵画や、警察における腐敗と人種差別を暴露することを目的とした警察のニュースレターの一部の新聞紙面上での逐語的な転載など、原作品の意味又はメッセージを変容させることを伴うものである。裁判所と論者が嘆いてきたとおり、Campbell判決の定義は、変容的利用を構成するために、内容を変容させること及びメッセージを変容させることのどちらか一方が必要とされるのか、若しくは両方必要とされるのか、又はある一定の組み合わせが必要とされるのかを不明確なままにしている。¹³²

Campbell判決が要件として見える「新たな目的又は異なる性質」¹³³についても同様である。続編は原作品とは「異なる性質」を有するものであろう。多くの続編は少なくとも原作品からその一部の登場人物を取り込んでいるが、全く異なる物語を語るものである。しかし、続編は、原作品と同じく人々を楽しませるという一般的な「目的」を持つとみなさ

¹³¹ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).

¹³² この混乱についての議論と変容的利用の定義におけるその他の曖昧さに関する議論に関しては、see, Diane Leenheer Zimmerman, *The More Things Change, the Less They Seem "Transformed": Some Reflections on Fair Use*, 46 J. COPYRIGHT SOC'Y 251, 256-68 (1998).

¹³³ Campbell, 510 U.S. at 579.

れるだろう。原作品又はその著作者を批判する目的で、原作品とは大きく異なる文脈で著作物全体を複製することは、原作品とは大きく異なる目的を持つが、文脈から切り離してみた作品自体の美的性質を変えるものではない。Campbell判決は、ある作品が変容的であるためには異なる目的又は性質があれば十分であると示唆する。¹³⁴ しかし、新しい表現上の寄与から生じる異なる性質で足りるのであれば、それは、いかなる派生的作品も変容的利用を構成するということを意味するのだろうか、そして意味し得るのであろうか。さらに、仮にそのような場合があるならば、どのような場合に、改変も付加された表現もない逐語的な複製が変容的利用に該当し得るのであろうか。

変容的利用とは何であるかについてのそのような根本的な不確実性のために、一部の論者は変容的利用法理を根本的に支持できないと異議を唱えてきた。彼らは、変容的利用が新しい表現上の寄与から生じる異なる性質を意味するのであれば、当該法理は著作権者の2次的著作物に対する権利を著しく制約することになるという点を特に主張する。¹³⁵

しかしながら、Tony ReeseがCampbell判決から2007年末までの間に下されたフェアユースに関する控訴審判決についての自身の研究で示したとおり、控訴審裁判所はほぼ例外なく一貫して、変容的利用をそれ自体が新しい表現上の寄与を必然的に伴う利用ではなく、新しい別の目的のための利用と定義してきた。¹³⁶ 私の研究では、控訴審裁判所及び地方裁判所の双方における1995年から2010年までの期間について、その結論を支持する。Campbell判決以降裁判例を重ねる中で、裁判所は、ある利用が変容的か否

¹³⁴ さらに、その論文において、Leval判事は『『新しい美的要素』を加え、『派生的作品』を創作することは、複製が過度にわたる場合には常にとは言えないが、変容的と評価され得る』と述べる。Leval, *supra* note 54, at 1111–12.

¹³⁵ See, e.g., 2 Paul Goldstein, Goldstein on Copyright § 12:34–35 (3d ed. Supp. 2011) (「原理上、[変容性が認められればフェアユースを認めるという] ルールは、派生的作品が著作物性のある表現を(原)著作物から借用する限り当該派生的作品に対する排他的なコントロール権を(原著作物の)著作権者に与える106条(2)の派生的権利に関する条項によって連邦議会が行った利益衡量を阻害するおそれがある」)。

¹³⁶ R. Anthony Reese, *Transformativeness and the Derivative Work Right*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 467, 485 (2008).

かを判断する際に重要なことは、当該著作物が創作された目的とは異なる目的を当該利用が有しているか否かであることを明らかにしてきた。被告が表現を修正し、又は新しい表現形式若しくは内容を付加することは助けとはなり得るが、新たな表現内容ではなく異なる表現目的がほぼ常に判断の鍵となっている。Samuelsonによって提案された分類及び政策目的関連群を利用すれば、裁判所は「生産的」利用又は「直交的」利用を主に変容的と判断する。¹³⁷ Samuelsonが「変容的利用」と定義する利用方法——新しい作品を作り出す際にすでに存在する作品を改変する利用方法——は、既存の作品の目的とは異なる表現目的を持って被告が新しい作品を創作する場合にのみ、裁判所に「変容的」とみなされている。

1995年から2010年までの間に公表された合計82の法廷意見が、Campbell判決の文言を引用するだけにとどまらず、変容的利用の定義について明示的に言及した。これら法廷意見のうち、3意見のみが、異なる表現目的を有することなく改変された表現を変容的（利用）とみなすことができると述べた。¹³⁸ 大多数の裁判所は、新しい表現内容は、仮にそれが原作品の根本的な再加工であったとしても、異なる表現目的を欠いていれば、当該利用が変容的であるためには一般的に不十分であるというルールを固辞している。¹³⁹ 著作物を異なるフォーマット又は媒体に移し替えることも、そうすることに異なる表現目的がなければ変容的（利用）とみなされること

¹³⁷ See *supra* text accompanying notes 67-70.

¹³⁸ 2006年から2010年の期間における唯一の例外である *Bridgeport Music v. UMG Recordings* 事件において第6巡回区控訴審裁判所は、被告の曲が原告の曲とは「異なる主題、雰囲気、音調」を有しているため「間違いなく変容的」であるとしたが、被告のフェアユース抗弁を排斥した陪審の評決を破棄しなかった。585 F.3d 267, 278 (6th Cir. 2009).

¹³⁹ See, e.g., *Peter Letterese & Assocs., Inc. v. World Inst. of Scientology Enters., Int'l*, 533 F.3d 1287, 1311 (11th Cir. 2008) 「[被告の]教材は異なるフォーマットを採用し、セールのドリル（練習問題）等の教育的なツールを組み込み、[原告の]書籍に掲載された内容を凝縮したものではあるが、これらの変更は、当該書籍から取られた素材の教育的な性格を変えるものではない；これらは書籍の全体的な目的及び機能を変容させるというよりも、単に強調するに過ぎない。」。

はない。¹⁴⁰

その反面、驚くべき数の近時の判例が、被告が原告の著作物全体を改変することなく複製したが、それが異なる表現目的のためである場合には、当該利用を変容的であると判断している。実際、そのように改変することなく複製している事例は、問題となった利用を明白に変容的であると判断した2006年から2010年の法廷意見のほぼ4分の1を占めている。

確かに、Sagのデータは、他の条件が同じであれば、被告が原告の著作物の一部だけを利用する場合にフェアユースとの判断が認められやすくなることを示している。¹⁴¹ にもかかわらず、被告が改変することなく著作物全体を複製した事案で、2006年から2010年の40%を超える法廷意見は被告の利用が変容的であると判断し、そう判断された利用の90%を超えるものがフェアユースであると判断された。

2. 特定の利用形態

裁判所が変容的であると認識する異なる表現目的は、極めて多様である。次のようなものが挙げられる。情報ツールとして役立てるための文学又は映像作品の複製¹⁴²、伝記に挿し入れるための美術的作品の複製¹⁴³、マスメディアについての批評を行うため元々ライフスタイル雑誌のために撮影

¹⁴⁰ See Soc'y of the Holy Transfiguration Monastery, Inc. v. Archbishop Gregory, 685 F. Supp. 2d 217, 227 (D. Mass. 2010) (宗教教育のために宗教的なテキストをインターネット上で利用可能にすることは非変容的な再包装 (repackaging) であると判断した)。裁判所は、著作物を異なる媒体によって再送信したに過ぎないと判断した場合にフェアユースを認めることに長い間消極的であった。See, e.g., Infinity Broad. Corp. v. Kirkwood, 150 F.3d 104, 108–09 (2d Cir. 1998) (ラジオ放送を電話回線上で再送信することは変容的でない結論付けた)。

¹⁴¹ Sag, *supra* note 13 (manuscript at 16, 27).

¹⁴² A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630, 644 (4th Cir. 2009); Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1165 (9th Cir. 2007); Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 818–19 (9th Cir. 2003); Warner Bros. Entm't, Inc. v. RDR Books, 575 F. Supp. 2d 513, 541 (S.D.N.Y. 2008).

¹⁴³ Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605, 615 (2d Cir. 2006); Warren Publ'g Co. v. Spurlock, 645 F. Supp. 2d 402, 423 (E.D. Pa. 2009).

されたファッション写真を絵画の中に複製すること¹⁴⁴、被撮影者の家族や友人への贈り物として撮影された肖像写真をエンターテインメントと情報提供の目的で複製し展示すること¹⁴⁵、アメリカンフットボールチームの（オーナー）企業本社ロビーの「模擬博物館」において、以前そのチームのロゴとして利用したイラストを作者の許諾を得ずに展示すること¹⁴⁶、作者を批判するために作品を複製すること¹⁴⁷、そして、もちろん作品のパロディを作成し、作品を批判するために複製することなどである。

しかしながら、裁判所がほぼ間違いなく、それ自体変容的ではないと判断してきた異なる表現目的（による利用方法）が1つある。それは、商業的広告又は販売促進活動のための作品の利用である。¹⁴⁸ ただし、その利用

¹⁴⁴ *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2d Cir. 2006).

¹⁴⁵ *Calkins v. Playboy Enters. Int'l, Inc.*, 561 F. Supp. 2d 1136, 1141 (E.D. Cal. 2009).

¹⁴⁶ *Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship (Bouchat II)*, 619 F.3d 301, 314 (4th Cir. 2010).

¹⁴⁷ 1995年から2010年の間に作者を批判する作品を検討した法廷意見の86%は間違いなく変容的であるとしたが、作品を批判するのではなく、作者を批判するために複製することが、特にフェアユースの目的として認められやすいパロディを構成するかについての裁判所の判断は分かれている。*See Henley v. DeVore*, 733 F. Supp. 2d 1144, 1152–54 (C.D. Cal. 2010)（作品を離れて作者自体を批判するために作品を複製することがパロディにあたるかに関して見解の分かれている判例法について論じている）。

¹⁴⁸ 2006年から2010年の間、11の法廷意見が広告や販売促進活動における利用について判断した。2つの意見を除き、全て非変容的であるとし、残りの2つはそれぞれ問題となっている利用を「わずかに変容的」、「せいぜい最小限度に変容的」であるとした。*Reyes v. Wyeth Pharmaceuticals, Inc.*, 603 F. Supp. 2d 289, 296–97 (D.P.R. 2009)（公共サービスによる教育キャンペーンの一部としての広告における彫刻の写真の利用）*Designer Skin, LLC v. S & L Vitamins, Inc.*, 560 F. Supp. 2d 811, 823 (D. Ariz. 2008)（インターネット小売業者が消費者への営業目的で原告製品の商品説明を利用したことを「せいぜい最小限度に変容的」とした）。広告や販売促進の利用についてフェアユースを否定するにあたって、下級裁判所は「製品を広告宣伝するための…利用は、それがパロディだとしても、フェアユースの成否の吟味における第1要素を検討する際に、パロディそれ自体を販売する場合ほどには特権を認められないだろう」と示唆する *Campbell* 事件最高裁判決の傍論に従っている。*Campbell v.*

が比較広告における競争相手の製品パッケージの展示、又は製品の品質を評価するための信頼できる情報源からの引用にあたる場合は除かれる。さらに、裁判所はこの点に関連し、作品それ自体を販売するため試しに作品の一部を複製、展示又は上演することは変容的ではない商業的広告及び販売促進活動を構成すると判断してきた。¹⁴⁹

Samuelson 教授の分類は、どの利用形態が変容的（裁判所がこの用語を用いている意味であり、Samuelson によって提案された分類上の意味ではない。）で、その結果フェアユースと判断されるかを我々が判別するのに役に立つだろうか？原理原則からすれば、変容的利用法理は、被告による特定の類型の利用又は表現目的を支持するべきではない。むしろ、変容性のテストは、著作者が当該著作物を創作した表現目的と被告が当該著作物を利用した表現目的との比較を要求する。被告の利用を変容的なものとするのは、2つの目的の相関的な相違であって、被告の利用それ自体の目的や性質ではない。

にもかかわらず、少なくとも1995年から2010年のデータに基づく限り、フェアユースを認める判断と正の相関関係がある特定の利用形態の類型（それ自体が、変容性が認められることと相関関係がある）があるように思われる。裁判所が、パロディ、著作者の批判、伝記、歴史、一般社会批評及び政治批評、訴訟又は中間的複製を目的とするものと判断した被告の利用形態は、統計上有意な程度にフェアユースであると判断された。もちろん、そのような利用形態の多くが、著作者が原著物を創作した目的とは異なる表現目的を有しているだろう。対照的に、（表現目的が）広告や

Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 585 (1994).

¹⁴⁹ See, e.g., *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entm't, Inc.*, 342 F.3d 191, 198–200 (3d Cir. 2003)（ビデオを販売するために映画の予告編を放映することは変容的利用ではないとした）; *Teter v. Glass Onion, Inc.*, 723 F. Supp. 2d 1138, 1153–54 (W.D. Mo. 2010)（画廊における作品のデジタル画像の展示は、当該画像が、当該画廊でそれらの作品を入手することができることを顧客に対して示す広告宣伝としての機能しか果たしていないため、変容的でないとした）; *United States v. Am. Soc'y of Composers, Authors & Publishers*, 599 F. Supp. 2d 415, 432 (S.D.N.Y. 2009)（着信音の試用は広告（目的）であって、情報伝達（目的）ではないとした）。

消費的な利用のためであると裁判所が判断した利用形態は、統計上有意な程度にフェアユースではないと判断された。すでに論じたとおり、通常、裁判所は広告（的利用）を変容的ではないと判断し、「消費的利用」をその定義から変容的利用と正反対のものであると判断する。風刺、時事報道、参考文献、情報検索ツール、調査、及び教育を含むその他の利用に関するデータは、フェアユースの（成否の）結果の二変量解析において統計的に有意な結果を生み出さなかった。

3. 残る不確定性

フェアユース法理は、基本的に、被告の利用が変容的であるか否かを判断するためのテストを提供するものである。そのテストは正しく明確に表明されるかもしれないが、実践の場面で適用された場合には首尾一貫性を欠き、司法による意図的な操作を受けるおそれがある。そのテストは、著作者が当該作品を創作した表現目的と被告が当該作品を複製した表現目的を特定し、そのうえで、被告の表現目的が著作者の表現目的と実質的に異なるかを判断するために両者を比較することを、裁判所に対して非常に明確に要求している。しかし、そのテストも裁判例も、表現目的に関連するカテゴリーがどの程度の広がりを持つべきか、そして、変容的利用とみなされるために、被告の表現目的が著作者の表現目的と比べてどの程度異なることが必要であるかについて、事案の解決につながるルールを示していない。

そのテストは、著作者と被告の表現目的をいかに特徴付けるかについて、裁判所の裁量を明確に制限するものでもない。例えば、すでに少し言及された事件の1つである *Calkins v. Playboy* 事件¹⁵⁰では、後に *Playboy* 誌のモデルとなった10代の少女の高校卒業アルバムを撮影した写真家が、そこに掲載された肖像写真を *Playboy* 誌がそのモデルの見開きの写真特集に複製したとして同誌を訴えた。裁判所は、高校生の肖像写真を撮影した写真家の表現目的は家族や友人への贈り物を創作することにあると判断し、*Playboy* 誌の利用を、モデルに人格を与えることによって読者に「情報

¹⁵⁰ 561 F. Supp. 2d 1136.

提供し、楽しませる」ための利用であると判断した。¹⁵¹ しかし、(仮に) 裁判所が **Playboy** 誌の利用は変容的ではないと判断したかったのであれば、モデルの高校時代の肖像を複製するという **Playboy** 誌の選択を、(本来) 娯楽を目的とする見開きのグラビア写真で情報を提供する目的、又は生い立ちを伝える目的に資するものと狭く特徴付ける一方で、高校の卒業アルバムの肖像写真の創作目的を情報提供又は生い立ちを伝える目的であると、明確により幅広く特徴付けることが可能であった。

他の事件における裁判所と同様に、**Calkins** 事件の裁判所は、被告自身の陳述書や証言の中に現れている、被告が当該著作物を利用した動機に関する証拠に依拠した。被告が動機を述べた陳述書は、被告の利用表現目的を認定するための証拠上の根拠を提供する。¹⁵² しかし、そのような陳述書への依拠が、将来的に起こり得る著作権侵害訴訟を見越してフェアユースの抗弁を準備するために、利用者自身に都合の良い(訴訟) 戦略的な陳述書の作成に道を開くことは明らかである。

D. 裁判例の結果

変容の利用パラダイムは、フェアユース分析の鍵となる問いが、裁判所が当該利用を変容的であると性格付けるか否かであることを意味するに過ぎない。著作権法の全体的な目的にとってはフェアユースが不可欠なものであるという、(変容的利用) パラダイムのフェアユースに対する好意的な見方にもかかわらず、そのパラダイムの興隆が、2006年以前の判例法の下に比べてより多くの利用がフェアユースと判断される前兆に必ずしもなるわけではない。では、変容的利用パラダイムはこれまで裁判例の結果に対してどのような影響を与えてきたのだろうか? もちろん、データは相関関係を示すことはできるものの、因果関係を示すことはできない。にもかかわらず、地方裁判所レベルにおいては、フェアユースの抗弁を主張した被告の勝訴率の増加と裁判所による変容的利用法理の採用とに強い相関関係が認められるように思われる。控訴審裁判所のレベルにおいては、

¹⁵¹ *Id.* at 1141.

¹⁵² *Id.*

せいぜい弱い相関関係しか示していない。

Beebeは、彼が調査した期間において、それぞれ破棄されなかった地方裁判所における仮差止決定の30.4%、非陪審審理における法廷意見の24.1%、両当事者からの事実審理省略判決の申立てに対する地方裁判所の判断の37.5%がフェアユースを認めているに過ぎないと報告した¹⁵³。Beebeの調査研究におけるそのような事例全体のフェアユースによる勝訴率はわずか32.1%である。Beebe教授によって収集された破棄されなかった巡回区控訴審裁判所判決は、幾分かフェアユースに肯定的であった。フェアユースに肯定的な判断はそれぞれ、仮差止決定の40%、非陪審審理における法廷意見の38.5%、両当事者からの事実審理省略判決の申立て（に対する判断）の55%であり、これらの事案の合計の43.75%がフェアユースによる被告の勝訴を示している¹⁵⁴。

Beebeはフェアユース裁判例の報告において、一方当事者のみによる事実審理省略判決の申立てを除外する説得的な理由を示す¹⁵⁵。Beebeが指摘するように、一方当事者のみによる事実審理省略判決の申立ては、両当事者から相反する事実審理省略判決の申立てがなされる場合に比べて、申立てを行う当事者にとって有利な結果となる傾向がはっきりしている。さらにBeebeは、裁判所が、事実審理省略判決（の申立て）を認めない法廷意見より、認める法廷意見をより多く公刊する傾向があることを示すデータを引用している¹⁵⁶。私のデータはBeebeの主張を支持する。1995年から2010年までの期間においては、原告のみが事実審理省略判決の申立てをした事案で公表された法廷意見の84.21%において原告が勝訴し、被告のみが申立てをした事案で公表された法廷意見の70%において被告が勝訴した。

さらに、私のデータは、フェアユース（の成否の）結果の歴史的傾向に関する実証的分析から、一方当事者のみによる事実審理省略判決の申立てを除外すべき別の根拠を提供する。それは、原告のみによる事実審理省略

¹⁵³ Beebe, *supra* note 11, at 577.

¹⁵⁴ *Id.* at 578.

¹⁵⁵ *Id.* at 576.

¹⁵⁶ *Id.*

判決の申立てと被告のみによる事実審理省略判決申立てに対する公表判決の割合に、時間の経過に伴う統計的に有意な変動が見られることである。2001年から2005年までの間、一方当事者のみによる事実審理省略判決の申立てのうち原告によってなされたものはわずか19%にとどまったが、それ以前の1995年から2000年、それ以後の2006年から2010年におけるその割合はそれぞれ33%と42%であった。このように、一方当事者のみによる事実審理省略判決の申立てを含む長期間にわたる裁判結果の調査研究は、原告のみによる事実審理省略判決の申立てと被告のみによる同申立ての割合において、時の経過に伴う著しい変動によって歪められた結果を示すことになるだろう。したがって、これに対応するため、私のフェアユース裁判例の結果分析では、*Beebe* 同様、いずれか一方当事者からのみによる事実審理省略判決の申立てを除外しており、上訴審において覆らなかった仮差止決定、非陪審審理の法廷意見、両当事者からの事実審理省略判決の申立てに対する決定から得られるデータのみを対象としている。

それらの変数の中で、私の研究は *Beebe* の判断に時的な側面を加え、1995年以降 (*Beebe* が対象とした) そのような裁判例において、地方裁判所レベルでフェアユースを認める注目すべき方向転換があることを示す。1995年から2000年までの間、そのような裁判例において被告による原告の作品の利用をフェアユースと認めた地方裁判所の法廷意見は、22.73%にとどまった。2001年から2005年までの期間において、そのような裁判例における被告のフェアユースによる勝訴率は40.91%に増加した。裁判所が圧倒的に変容的利用法理を採用した2006年から2010年までの間、法廷意見の58.33%がフェアユースの争点について被告に有利な判断をした¹⁵⁷。

¹⁵⁷ 比較してみると、その3つの期間における破棄されなかった地方裁判所の全法廷意見（一方当事者からのみによる事実審理省略判決の申立てを含む）における被告の勝訴率は、1995年から2000年が31.34%、2001年から2005年が55.00%、2006年から2010年が41.32%であった。これらの割合は1995年から2000年の期間と2006年から2010年の期間を比べ被告の勝訴率が緩やかに増加していることを示している。しかし、破棄されなかった地方裁判所の全法廷意見の公開されたデータセット一式において被告の勝訴率が最も高かったのは2001年から2005年の期間であり、被告のみにより申し立てられた事実審理省略判決の申立てが顕著に高い割合を占めた。

仮差止の申立て、非陪審審理、両当事者による事実審理省略判決の申立てに対する上訴審の決定に関する同種のデータは、地方裁判所レベルで見られる法廷意見のフェアユースに対する好意的な方向転換とは符合しない。現に、そのような事案の上訴審におけるフェアユースによる被告の勝訴率は1995年から2000年、2001年から2005年にかけて、46.67%から57.14%に上昇して推移したものの、2001年から2005年の期間から、上訴審におけるフェアユース（の抗弁）による被告の勝訴率が50%に減少した2006年から2010年の期間にかけて、フェアユース（を認めると）の判断は若干減少した。2006年から2010年の期間にかけて、そしてまさにCampbell判決に続く2つの期間も同様に、上級審レベルでの被告の勝訴率は、Beebeの研究の全期間を通じた上訴審勝訴率よりもわずかに高い。しかし、上級審の法廷意見のサンプル数が少ないことと、フェアユース（の抗弁）による被告の勝訴率の上昇が比較的小幅であったことを考えると、その相違は統計上の偶然の反映に過ぎないものであろう。

Beebeが述べているとおり、彼が研究した2006年以前の地方裁判所の裁判例においてフェアユースが争点となった事案での原告の高い勝訴率は、頻繁に引用される「Priest-Klein選択仮説」（和解又は事実審理省略判決とならないのは判断の難しいきわどい事案に限られることを主な理由として、民事訴訟の正式事実審理における原告勝訴率は通常50%に近くなるはずであると予見する仮説）に矛盾する¹⁵⁸。確かに「Priest-Klein選択仮説」の実証的研究が、圧倒的多数の訴訟類型において、様々な理由から実際には50%を相当下回る原告勝訴率を示していることを考えると、Beebeの研究期間における67.9%の原告勝訴率は、より一層際立っている。例えば、1982年から1987年の第7巡回区の地方裁判所における民事訴訟の全公表判決の研究によれば、原告の第一審判決での勝訴は全判決のわずか26.9%であり、上訴審判決後の勝訴はわずか31.4%であった¹⁵⁹。特にその研究は、

¹⁵⁸ George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1, 4-6, 17-18 (1984).

¹⁵⁹ Daniel Kessler, Thomas Meites, & Geoffrey Miller, *Explaining Deviations from the Fifty-Percent Rule: A Multimodal Approach to the Selection of Cases for Litigation*, 25 J. LEGAL STUD. 233, 249-51 (1996).

フェアユースの（成否の）結果は、他の一般の訴訟類型に比べてかなり極端に原告に対して有利なものになっているという Beebe の研究結果を補助的かつ状況的にサポートするものである。第 7 巡回区の（地方裁判所の）研究によれば、上記期間の著作権侵害訴訟の原告は、第一審では 71.4%、上訴審判決後は 57.1% と、一般的な裁判の原告よりも遥かに高い確率で勝訴した¹⁶⁰。

Beebe はフェアユースに関する原告の勝訴率と「Priest-Klein 選択仮説」との乖離について考えられる 2 つの説明を提示している。1 つ目は、Priest と Klein が認識しているとおり、彼らの 50% 仮説は当事者の利害関係が異なる場合には妥当しない。繰り返し訴訟を提起する当事者又は裁判若しくは裁判のリスク回避により多くの利害を有するその他の当事者は、裁判上の結果についてより高い確率で勝訴する可能性が高い。なぜなら、彼らはきわどい事案だけでなく、その少し手前の事案でも和解する傾向があるからである。¹⁶¹ Beebe はそのような認識に立って、知的財産権訴訟の原告は、不利益な判決が彼らの第三者に対する権利を制限又は消失させるリスクに直面しているため、一般的な民事訴訟の原告と比べて良い裁判結果により強い利害関係を有しているという William Landes の主張を紹介する。¹⁶² その結果、我々は、知的財産権訴訟の原告はそのようなリスクを取るよりも、きわどい事案だけでなく、その少し手前の事案についても和解するであろうと予想する。2 つ目に、Beebe は、著作権侵害訴訟において防御しようと決断した者の中には、より説得力のある抗弁に加えて取るに足らないフェアユースの抗弁を提出する者がいるかもしれないことを付け加える。¹⁶³ いずれかの説明が手掛かりとなる限り——そして Beebe はそれらを単に可能性として提示している——それらの説明は、2005 年以降の裁判例に等しく妥当することを考えると、フェアユースに肯定的な方向への著し

¹⁶⁰ *Id.* at 251.

¹⁶¹ *See id.* at 237–48 (Priest-Klein 選択仮説の内容を説明し、それを踏まえて議論を展開している)。

¹⁶² Beebe, *supra* note 11, at 579. *See* William M. Landes, *An Empirical Analysis of Intellectual Property Litigation: Some Preliminary Results*, 41 HOUS. L. REV. 749, 772 (2004).

¹⁶³ Beebe, *supra* note 11, at 580.

い方向転換はより注目に値するものとなるだろう。

我々はこちらで、上昇した被告の勝訴率と裁判所による変容的利用法理の採用との間の相関関係を目を向ける。上述したとおり、私の調査研究における **Campbell** 判決後の最初の期間である1995年から2000年より、最も直近の期間である2006年から2010年にかけて、全ての裁判所の法廷意見における変容的利用法理の採用の増加が目立ってきた。被告の勝訴率の上昇と裁判所による変容的利用法理の採用との間に想定され得る相関関係を明確にするために、私は、裁判結果に関する **Beebe** と自分自身の調査報告の基礎をなす地方裁判所の様々な判断——すなわち仮差止決定、両当事者からの事実審理省略判決の申立て、そして非陪審審理による判断——における裁判所による同法理の採用と変容性に対する判断を検討した。別表Aにおいて示されているとおり、それらの法廷意見の中で、(1)当該利用が変容的利用法理の下で肯定される種類か否かの裁判所による評価（明示的に「変容的」という用語を用いるか否かにかかわらず）、(2)被告の利用が変容的利用法理の下で肯定された事件の割合、及び(3)裁判所が当該利用の変容性を検討した場合に被告がフェアユース（の抗弁）によって勝訴した事件の割合にそれぞれ時の経過に伴う急激な増加が見られた。¹⁶⁴ 私はさらに、(4)裁判所が実際に明白に変容的であると判断した事件においては、被告の勝訴率が一貫して高く、2001年から2005年及び2006年から2010年において100%に到達していることも発見した。2006年から2010年にかけての裁判所による変容的利用法理の採用の増加と、(同期間に)問題とされた利用が実際に変容的であるとされた判断の増加は、(5)1995年から2000年以降の地方裁判所の種々の事案でのフェアユースに関する裁判結果における被告の勝訴率の上昇と、それぞれ著しい相関関係を有する。

¹⁶⁴ 各変数に関する時の経過に伴う増加が持つ統計学的な意味は表の注記に記載されている。

別表 A. 破棄されなかった地方裁判所の仮差止、非陪審審理、両当事者による事実審理省略判決の申立てにおける変容的利用法理 (の状況)

	1995-2000	2001-2005	2006-2010
(1) 変容性を検討する (割合) a	70.45%	77.27%	95.83%
(2) 利用が変容的であると認定する (割合) b	22.72%	31.81%	50.00%
(3) 裁判所が変容性を検討した場合に被告が勝訴する (割合) c	32.14%	47.06%	60.87%
(4) 裁判所が利用は変容的であると判断した場合に被告が勝訴する (割合)	88.89%	100%	100%
(5) 全体的な被告の勝訴 (率) d	22.73%	40.91%	58.33%

- a 3 期全体を通じて時間の経過に伴う増加が統計上有意である。
- b 2006-2010と1995-2005を比較した場合 (最初の 2 期分を合わせた) 時間の経過に伴う増加が有意である。
- c 2006-2010と1995-2005を比較した場合 (最初の 2 期分を合わせた) 時間の経過に伴う増加が統計上有意である。
- d 3 期全体を通じて時間の経過に伴う増加が統計上有意である。

Sag が強調するように、裁判官が変容的利用の概念に言及する頻度の増加は、変容的利用法理が実際に地方裁判所レベルでのフェアユースによる被告勝訴率が極めて顕著に上昇する傾向を推進していることを、必ずしも意味するものではない¹⁶⁵。しかし、私は、とりわけ、すでに議論した実証的研究の観点から、法理論は一般的に裁判所の裁量に一定の制限を課し、それが事案の結果に影響を与えると結論付け¹⁶⁶、変容的利用パラダイムへの裁判所の変化は、最も控えめに言ったとしても、被告の勝訴率が上昇する一因となっているとの仮説を提唱する。さらに、Sag による主要な (研究) 結果は、そのような可能性と適合するように思われる。

地方裁判所の裁判例の研究において、Sag は、フェアユース (の抗弁)

¹⁶⁵ See *supra* notes 123-124 and accompanying text.

¹⁶⁶ See *supra* notes 82-83 and accompanying text.

を主張する被告の勝訴結果と最も著しい相関関係がある事案の属性は、原告の法人格と被告の利用が、例えば創作性のある作品を情報提供目的で利用する（又はその逆）「クリエイティビティー・シフト」を構成するか否かであると結論付ける¹⁶⁷。Sagは、（原告の）法的人格に関し、フェアユース（の抗弁）を主張する被告は、原告が法人である場合よりも自然人である場合の方が勝訴する確率が高いと結論付ける¹⁶⁸。しかし、興味深いことに、2006年から2010年にかけて破棄されなかった地方裁判所の法廷意見における自然人である原告と法人である原告の比率と、Sagが研究対象とした、1978年から2006年におけるそれぞれの法的人格を有する原告の比率との間に、統計上有意な差異はない¹⁶⁹。これは、原告の法的人格が1978年から2006年の被告の勝訴率と有意な相関関係を有したとしても、それは、2006年から2010年の期間に至るまでの被告勝訴率の上昇を推進する要因ではなかったということを示唆する。

Sagは、「クリエイティビティー・シフト」について、被告の利用がそのような類型に該当する場合、被告がフェアユース（の争点）について有利な判断を受けると予想される確率は、33%から62%とほぼ2倍になると結論付ける¹⁷⁰。私は、2006年から2010年までの期間について、Sagが定義する「クリエイティビティー・シフト」に該当し得る事案の割合の確定を試

¹⁶⁷ See Sag, *supra* note 13 (manuscript at 27, 32).

¹⁶⁸ *Id.* (manuscript at 29).

¹⁶⁹ Sagによれば、その調査対象期間（1978年から2006年）において、裁判例の41.29%（155件中64件）で自然人が原告であり、53.55%（155件中83件）で法人が原告であった。Matthew Sag, Predicting Fair Use (2011) (manuscript at 39), available at http://works.bepress.com/matthew_sag/10. 私の調査では、2006年から2010年の期間（破棄されなかった地方裁判所（判決））において、46.7%（60件中28件）で自然人が原告であり、48.3%（60件中29件）で法人が原告であった。この差は統計上有意なものではない——そしていずれにせよ、その差は、Sagが32.38%と測定した1978年から2006年の間の被告勝訴率から、2006年から2010年の期間の被告勝訴率である58.33%（一方当事者からのみによる事実審理省略判決の申立てを含まない）又は41.32%（一方当事者からのみによる事実審理省略判決の申立てを含む）への被告の勝訴率の上昇幅よりも遥かに小さい。

¹⁷⁰ Sag, *supra* note 13 (manuscript at 28).

みていない。しかし、創作性のある作品を情報提供目的で利用することや情報提供目的の作品を創作的な表現のために利用することは、被告の表現目的が著作物の著作者の表現目的と異なるという点において、広く是認されている変容性の定義に確実に該当する。したがって、Sagが指摘するとおり、「クリエイティビティー・シフト」は「変容的利用の一種」である¹⁷¹。これによって、仮に「クリエイティビティー・シフト」の割合が急激に増加し、2006年から2010年にかけてのフェアユース（の成否）の結果について重要な指標であり続けたとしても、そのデータは、裁判所が変容的利用パラダイムの示唆に従って、クリエイティビティー・シフトをフェアユースであると判断するために変容的利用の概念をあてはめているのか、あるいは、裁判結果を事後的に正当化するためにクリエイティビティー・シフトに裁判所が「変容的」とのラベルを貼っているに過ぎないのか否かを示すものではないだろう¹⁷²。

私は、より大胆に（そして計量的、実証的根拠なく）、被告の勝訴率の上昇について別の考えられる仮説をさらに提案する。フェアユース（の抗弁を提出する）被告に対する（被告を勝訴させる方向への）傾斜と裁判所

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² 78及び79の注釈に付随する文章において述べられているとおり、当該利用が直接的な商業的利用行為又は部分的な複製か否かという点とフェアユースの成否に（原告の法人格とクリエイティビティー・シフトの相関関係よりも小さいものがあるが）、Sagも又、有意な相関関係を見出している。前者の場合であれば被告は勝訴する確率が低く、後者であれば勝訴する確率が高い。変容的利用の定義は、直接的商業的利用以外の全ての利用や部分的複製の全ての利用をカバーするものではない。裁判所が商業的広告や宣伝のための利用を変容的であると認めないとしても、一部の変容的利用は、原告の作品を、元々の著作物を全く改変せずに商業的な製品又はサービスの一部として利用する。さらに、被告が原告の作品を全部複製したとしても変容的利用となる可能性はある。したがって、直接的商業的利用となる利用の割合が2006年から2010年の期間において顕著に減少した、又は部分的複製が顕著に増加したとすれば、これは、当該期間における被告のフェアユース（の抗弁）による勝訴率の顕著な増加について別の説明——（裁判所が実際にフェアユースの4要素の分析をどのように特徴付けているかで明らかとなる）裁判所による市場中心パラダイムの放棄と変容的利用パラダイムの採用を補足する少なくとも付加的な説明——があり得ることを示唆していると言えるかもしれない。

による変容的利用法理の採用は、両者とも、2003年に下されたEldred v. Ashcroft連邦最高裁判所判決¹⁷³がその分水嶺となった可能性があり、より広汎に広がりつつある著作権者の権利に対する裁判所の懐疑の一部であるとの仮説である。Eldred判決において連邦最高裁判所は、新しく創作される著作物及び現に存在する著作物の保護期間を連邦議会が20年間延長した、1998年著作権（保護）期間延長法に対する憲法違反の主張を退けた¹⁷⁴。しかし、翌日のニューヨーク・タイムズの見出しが宣言したように、Eldred判決は、保護期間の延長のためにロビー活動をした著作権産業にとっては「企業の勝利」であったが、著作権の行き過ぎに対する「公衆の意識を喚起し」¹⁷⁵、著作権産業を強欲で行き過ぎたものとしてその評価を貶めた勝利でもあった。Eldred判決以降、裁判所は、1998年著作権法改正法を、Youtubeのような、ユーザによって掲載された侵害物を保管するインターネットサービスプロバイダーに対して広汎な免責を与えるものと解釈し¹⁷⁶、加入者のために会社のサーバーにテレビ番組を保存するケーブルテレビ事業者は、自分自身が当該番組を複製し又は公衆に頒布したものではないとし¹⁷⁷、ピア・ツー・ピアファイル交換サイトや他の二次的な侵害者に対する法定損害賠償を制限し¹⁷⁸、著作権侵害訴訟の原告は仮差止の申立てに

¹⁷³ 537 U.S. 186 (2003).

¹⁷⁴ *Id.* at 218.

¹⁷⁵ Amy Harmon, *A Corporate Victory, But One That Raises Public Consciousness*, N.Y. TIMES, Jan. 16, 2003, at A24.

¹⁷⁶ See, e.g., Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007) (デジタルミレニウム著作権法上のセーフハーバー条項を解釈する); Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc., 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010) (同上); IO Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F. Supp. 2d 1132 (N.D. Cal. 2008) (同上).

¹⁷⁷ Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc., 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008).

¹⁷⁸ Arista Records LLC v. Lime Group LLC, No. 06 CV 5936, 2011 WL 1226277 (S.D.N.Y. March 29, 2011) (著作権侵害訴訟における原告は、個々の直接侵害者が著作権登録される前に問題とされた作品（の権利）の著作権を侵害した場合、二次的に責任を負う被告から法定損害賠償という「特別の救済」を受けることを選ぶことができない）.

において回復不可能な損害の推定を受けないと判断した¹⁷⁹。さらに、Eldred 判決の後、連邦最高裁判所は、かつて著作権によって保護されていたが現在はパブリック・ドメインに属する素材の利用をコントロールするために、連邦法上の商標権を利用する権限を大幅に制限し¹⁸⁰、そして Eldred 判決をさらに制限する可能性のあるステップとして、近時、パブリック・ドメインに帰属した作品に対する著作権の保護を復活させた 1994 年法に対する憲法違反の主張を審理するための上告受理申立てを認めた¹⁸¹。これらの判決が現に表れている著作権者の権利と要求の拡大に対する反発を表すものであるという点で、フェアユース（が争点となる）裁判における被告に対する（被告を勝訴させる方向への）傾斜は、こうした一般的な動向の一部なのかもしれない。

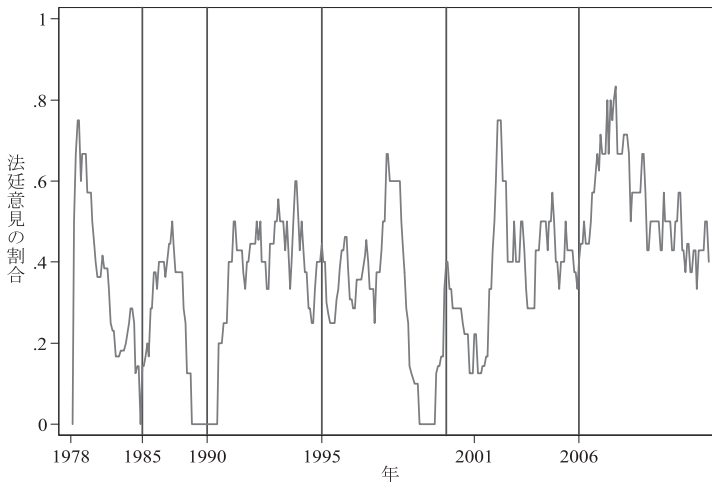
いずれにせよ、Priest-Klein 選択仮説は、変容的利用パラダイムがフェアユース分析を支配し続け、フェアユース（の成否）の結果における被告優位への裁判所の変化の原動力であったとしても、その変化が継続する可能性は高いことを示唆している。いずれかの時点において、利用者が変容的利用について説得的な主張を有している場合に和解し又は提訴を断念し、そのため、フェアユース法理の著しく不確定な領域だけが裁判所による判断に残されることが予想される。実際に、図 4 においてフェアユース（の抗弁を主張する）被告の勝訴率の時間の経過に伴う推移を示すデータは、法廷意見の数が少な過ぎるため統計的な偶然性を排除することができないが、2006 年から 2010 年の後半期において 50% を幾分か下回る平均値にすでに戻りつつあることを示唆している。

¹⁷⁹ *Salinger v. Colting (Salinger II)*, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010).

¹⁸⁰ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003).

¹⁸¹ *Golan v. Holder*, 131 S. Ct. 1600 (2011), *granting cert. to Golan v. Holder*, 609 P.3d 676 (10th Cir. 2010).

図4. 1978年から2010年において、被告がフェアユースによって勝訴した地方裁判所の破棄されなかった法廷意見（仮差止、非陪審裁判及び両当事者からの事実審理省略判決の申立て）の20意見の移動平均



V. 例証的な裁判例

変容的利用パラダイムの事案の結果に対する影響がどうであれ、過去5年から10年の間に、フェアユース事案の判断手法及びフェアユース分析における力点について大転換が見られた。この章で私は、変容的利用法理の採用と定義付けに関してしばしば引用される2005年以降の指導的な裁判例を検討する。¹⁸²

A. Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.¹⁸³

Bill Graham Archives事件は2006年5月に第2巡回区控訴審裁判所によって下された判決であり、10年以上も前にCampbell判決によって採用され

¹⁸² 2005年から2010年の期間に公表されたフェアユースに関する法廷意見の3分の1を超える意見が、私が論じる最初の3つの裁判例の1つ以上を引用している。

¹⁸³ 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

た変容的利用法理を下級審裁判所において遅まきながら採用した第一歩となっている。Bill Graham Archives 事件で、被告の出版社は、その出版書籍 *Grateful Dead* (*The Illustrated Trip* という著名なロックバンドについて年代順に説明する480頁の写真入り大型豪華本) に、原告のコンサートポスターのサムネイル画像を掲載した。その書籍は、説明文章とともに、Grateful Dead の歴史における (記念すべき) 日時を示す2,000を超える画像を含んでいた。その画像の中に、Grateful Dead のコンサートポスターとチケットから取り出され大幅に縮小された、原告が著作権を有する画像7つが含まれていた。¹⁸⁴

Bill Graham Archives は、書籍における画像利用のライセンスを積極的に行っていた。実際、原告と被告は訴訟で問題となった7つの画像に関するライセンス交渉を行っていたが、条件面で合意に至らなかった。両当事者は合意に達することができなかったが、被告は当該画像の複製を含んだ書籍の発行に踏み切った。¹⁸⁵

にもかかわらず、第2巡回区控訴審裁判所は、被告の利用はフェアユースであると判断した。そう判断するにあたり、同裁判所は、被告による画像の利用が「元々の表現目的[とは]変容的 (であると言い得るほど) に異なっている」ことを強調した。¹⁸⁶ 当該画像は、コンサートポスターとチケットで使用するために創作されたものであり、芸術表現と宣伝という2つの目的を併せ持ったものであった。しかし、被告の書籍では、それらの画像は出来事を証明する歴史的な産物として利用されており、伝記的な文章の理解を補強するものであった。当該利用の変容的性質に関する結論は、被告が原画像のサイズを著しく縮小していたという事実によって「補強される」と裁判所は指摘した。¹⁸⁷ その結果、その複製は被告の変容的 (利用) 目的に適した形でなされ、「その表現上の価値を垣間見せる」だけで、ポスターの歴史上の重要性を読者が認識することを可能にした。¹⁸⁸

¹⁸⁴ *Id.* at 607.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *Id.* at 609.

¹⁸⁷ *Id.* at 611.

¹⁸⁸ *Id.*

被告が利用した当該著作物の潜在的市場に対する影響について検討する。市場中心パラダイムでの中核的な問題は、許諾のない利用が、著作権者が原著物をライセンスし又は二次利用の市場を開拓する潜在的可能性を害するか否か、であったことを思い起こしていただきたい。¹⁸⁹ 本件では、書籍で利用するために縮小サイズの複製物を利用許諾することは、間違いなくこの潜在的市場に含まれるだろう。実際に、Bill Graham Archivesは、書籍において縮小サイズの複製をすることについてすでにライセンスしていたことを証明した。それだけではなく、Archivesは、条件さえ合意に至れば被告にライセンスする意思があることを明らかにしていた。

にもかかわらず、第2巡回区控訴審裁判所は、第4要素の下で、被告の利用は潜在的市場に対して何の害悪ももたらさないと判断した。¹⁹⁰ 特筆すべきことに、その理由は、もし当該利用が変容的である場合には、（それが）市場において実際に（原著物の）代替物となるものであってもフェアユースを否定するために十分ではないばかりか、第4要素はフェアユースを支持するものではないと判断するためにも十分ではないということであった。

同裁判所が述べているとおり、「ここで…、当裁判所は、[Kindersley]による[Bill Graham Archive]の画像の利用は、それらの元々の表現目的とは変容的（と言い得るほど）に異なっており、このような場合、著作権者は、単に、『パロディ、ニュース報道、教育又はその他の自らの創作物の変容的な利用のための市場を開拓したり、それらの利用のためにライセンスしたりすることにより』、第三者がフェアユースの市場に参入することを禁止できないと判断する」。¹⁹¹

それゆえ、Bill Graham Archives事件における第2巡回区控訴審裁判所にとっては、第1要素における変容的（利用）目的の判断は、実際上の効果として第4要素に優越している。以前のフェアユース判例法においてそう

¹⁸⁹ See *supra* text accompanying notes 95-103.

¹⁹⁰ *Bill Graham Archives*, 448 F.3d at 615.

¹⁹¹ *Id.* at 614-15 (footnote omitted) (*Castle Rock Entm't Inc. v. Carol Pub. Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 145 n.11 (2d Cir. 1998) を引用する)。

であったように、我々は未だに、第4要素に関し、合理的な著作権者であれば参入すると予想される潜在的な市場に対して、被告の利用が害悪を生じる可能性があるか否かを問う。しかし、変容の利用はその潜在的な市場の一部とは考えられていない。こうして、たとえ著作権者がすでにその作品の変容の利用に対するライセンス市場を開拓していたとしても、他の者がそのような変容の利用を行うことを禁じることはできないのである。

B. *Blanch v. Koons*¹⁹²

多くの者は、*Bill Graham Archives* 判決は（これまでの判例法からの）逸脱だと考えた。当該合議体による判決は、大法廷での再審理で間違いなく破棄されるか、少なくとも第2巡回区控訴審裁判所の他の合議体は無視されるだろうと（考えた）。しかし、それから約6か月後、第2巡回区控訴審裁判所が再び動いた。

Blanch v. Koons 判決は、*Bill Graham Archives* 判決と4要素全てについて全く同じ立場に立っているというわけではないが、同判決は、利用が「変容的」であるか否かがフェアユース（の成否）を判断するための鍵であるという理解を強く補強するものである。さらに、*Bill Graham Archives* 判決と同様、*Blanch* 判決は、ある利用が変容的であるか否かを判断する際、その焦点は、著作物が創作された目的とは異なる表現目的で被告が当該著作物を利用したか否かに当てられることを強調している。

ファッション写真家である *Blanch* は、*Allure* というアメリカのライフスタイル雑誌において、金属アクセサリーについての記事の一部として、問題とされた *Silk Sandals by Gucci* というタイトルの写真を創作した¹⁹³ 他方、*Koons* は、全く異なる表現目的でその写真を複製した。*Koons* は、当該画像の一部を自身の「*Niagara*」というタイトルの絵画に含め、その絵画の中で *Koons* は、当該画像を「マスメディアの社会的かつ美的な影響についての彼自身の批評のための素材」として利用した。¹⁹⁴ *Blanch* 判決の合議体は、*Bill Graham Archives* 判決をその立場を支持するものとして引用し、「本件

¹⁹² 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

¹⁹³ *Id.* at 247–48.

¹⁹⁴ *Id.* at 253.

のように、著作物が、はっきりと区別される創作目的又は（意思や思想の）伝達目的を促進するために『生の素材』として利用される場合、その利用は変容的である」と判断した。¹⁹⁵

Bill Graham Archives判決と同様、Koonsが著作物である画像をその元々の形態を改変せずに提示したのではなく、トリミングし、色を変更し、当該画像に何がしかの特徴を加えたことが（フェアユースとの判断を受けるのに）役立った。しかし、Blanch判決の裁判所にとって「決定的」（に重要）だったのは、Blanchの写真とKoonsの利用とが「全く異なる目的と意味」を持っていたことである。¹⁹⁶

Bill Graham Archives判決における変容的利用法理の詳細な説明を補足することに加えて、Blanch判決はさらに注目に値する2つの点を指摘した。まず、Koonsの利用がBlanchとは異なる表現目的のためであり、それゆえに変容的であるか否かを判断する際、裁判所は、Blanchの著作物を複製し、それを自分の絵画に含める際のKoonsの主観的な意図に強く依拠した。実際、第2巡回区控訴審裁判所が指摘しているとおり、BlanchがKoonsの述べた（利用）目的に関する説明について争わなかったとは言え、同裁判所は、Koonsの表現目的について、Koons自身が連邦地方裁判所に提出した宣誓供述書に記載されている説明に完全に依拠した。¹⁹⁷ 他の裁判例も、被告の表現目的を判断する際に、原告の作品を利用する時点での被告の意図を示す証拠を重視するという点でこれに従っている。裁判所は、宣誓供述書に加えて、利用目的に関する被告の以前の陳述にも注意を向けてきた。¹⁹⁸

次にBlanch判決は、パロディと風刺との区別を大部分なくしてしまったようである。Campbell判決において、連邦最高裁は、風刺——作品それ自体以外の何かについて批評するために著作物を利用すること——は変容

¹⁹⁵ *Id.* (citation omitted).

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.* at 247, 253.

¹⁹⁸ See *Salinger v. Colting (Salinger II)*, 607 F.3d 68, 72–73 (2d Cir. 2010)（書籍の装丁における意見表明とその他の公的な場での意見表明）; *Bourne Co. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 602 F. Supp. 2d 499, 507–08 (S.D.N.Y. 2009).

的なフェアユースたり得ないとの観念を取り払った。¹⁹⁹ パロディは、ある特定の著作物を借用するより強い正当性を有しているが、原作品から比較的少量を借用する非常に変容的な風刺の場合も、「そのような変容が認められない場合に必要とされるような強い正当性がなくても」、「フェアユースであると判断される」可能性はある。²⁰⁰ にもかかわらず、Campbell判決は、風刺がフェアユースとなることをパロディよりも難しくしており、多くの下級審裁判所にとって、被告の利用をパロディではなく風刺と特徴付けることは、決定的とは言えないとしても、フェアユースを否定する方向に非常に強く働いている。

Blanch判決は、Koonsのターゲットは原告作品が典型的なマスメディアというジャンルであって、写真それ自体ではないので、Koonsの作品はパロディではなく風刺であると認めた。²⁰¹ しかし、第2巡回区控訴審裁判所は次のように続けた。「当裁判所は、Campbell判決を非常に多くの非パロディ事案に適用してきたため、Campbell判決の幅広い原則はパロディに関する事案に限定されるものではないという前提を導くために（判例の）引用を要求することはできない」。²⁰² 同裁判所はCampbell判決を引用して、パロディは、風刺にはない、他の作品を借用することに対する固有の正当性を有していると認めた。しかし、鍵となるのは、「原告の画像を単に『注目を集めるためであるとか、何か新しいものを作る際に手間を省くために』利用するのではなく、[原告の] 画像を借用する真の創作上の理由」を被告が有していたか否かの判断であるとした。²⁰³ そして、Koonsがまさにそのような理由を有していたと判断する際、同裁判所は、KoonsがAllure誌に忠実に具現化されている文化と生活態度を批評するためにBlanchの画像を利用した理由に関するKoons自身の矛盾のない説明に依拠した。同裁判所は「Koonsが『Silk Sandals』に言及することなく『Niagara』を創作することができたか否かに関わりなく、既存の画像の利用がKoonsの芸術上

¹⁹⁹ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 580 n.14 (1994).

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ *Blanch*, 467 F.3d at 254.

²⁰² *Id.* at 255.

²⁰³ *Id.* (quoting *Campbell*, 510 U.S. at 580).

の目的を前進させたという Koons の陳述に疑いを差しはさむだけの理由が、当裁判所に対し示されていない」と結論付けた。²⁰⁴

Blanch 判決が、一般的な社会批評と自身の芸術上の目的のために行われた Koons の複製行為を許容したことは、Campbell 判決前の Rogers v. Koons 事件における第 2 巡回区控訴審裁判所の判決と比較すると、よりずっと印象的なものとなる。²⁰⁵ この事案において、第 2 巡回区控訴審裁判所は、ある写真の陳腐さを（批評の）ターゲットとする当該写真に基づいた Koons による彫刻の創作は、フェアユースではないと判断した。²⁰⁶ 同裁判所がその判断の理由の 1 つとして挙げたのは、Koons の利用が、複製された作品のパロディではなく我々の物質社会の風刺的批評であることだった。²⁰⁷

C. Perfect 10, Inc. v. Amazon, Inc.²⁰⁸

2007年12月に下された Perfect 10 v. Amazon 判決で、第 9 巡回区控訴審裁判所は、フェアユース分析において利用の変容性がその中核であることを強調し、利用の目的又は機能によって変容を定義付ける点で、第 2 巡回区控訴審裁判所と同様の立場に立った。Perfect 10 事件とは、Google が Google Image Search 上で、原告のアダルト雑誌及びウェブサイトから第三者により違法に複製された画像のサムネイル大の複製を表示し、原告の著作権を侵害したという主張に関するものであった。²⁰⁹

Google の表示がフェアユースであると判断する際、第 9 巡回区控訴審裁判所は、当該利用が異なった目的又は機能に役立つものであり、特に著作権法の目的を促進し公共の利益に資する限り、当該利用が原作品を改変し、又は新たな創作的表現を付加する必要はないと明示的に指摘した。²¹⁰ この事案で同裁判所は、Google の Image Search エンジンに明確な社会的便益を

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992).

²⁰⁶ *Id.* at 309–10.

²⁰⁷ *Id.* at 310.

²⁰⁸ 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

²⁰⁹ *Id.* at 1157.

²¹⁰ *Id.* at 1165.

提供するもので非常に変容的なものであると判断した。²¹¹ 原告の画像は、芸術及び娯楽の目的で創作された。これに対して、Googleはユーザを情報源に対して導くための標識としてそれらを用いている。Googleはサムネイルを芸術的な目的で表示しているのではなく、Perfect 10の画像を電子的な検索ツールに取り込んでいるだけである。²¹²

Perfect 10 v. Amazon は、「著作物の潜在的市場又は価値に対する当該利用の影響」という第4要素の取扱いに関しても注目に値するものである。Perfect 10は訴訟提起後、そのサムネイルイメージを携帯電話向けに販売し始めた。この事実は、地方裁判所がフェアユースを否定する方向に第4要素を評価するのに、十分なものであった。同裁判所は、GoogleのImage Searchに精通したユーザは、Image Search クエリ（問合せ）に対してGoogleが表示するサムネイルイメージを見付け、それを各自の携帯電話に転送することができることと認定した。²¹³

第9巡回区控訴審裁判所は、この分析を拒絶した。同裁判所は、地方裁判所がGoogleのユーザが実際に携帯電話用にサムネイル画像をダウンロードしていたという認定をしていなかったので、Perfect 10の市場への潜在的害悪は未だ仮説的なもので、それゆえ第4要素はいずれの当事者も支持するものではないとした。²¹⁴ 第9巡回区控訴審裁判所は、証拠上の観点からこの判断を示し、Bill Graham Archives事件における第2巡回区控訴審裁判所のように、変容的利用は、第4要素における市場の害悪の分析から変容的利用を免除するところまでは踏み込まなかった。にもかかわらず、Perfect 10がすでに参入していた時点においても、携帯電話市場をPerfect 10が合理的に参入するであろう潜在的市場と考えることを拒絶する点で、Perfect 10判決は第4要素の射程と効力を厳しく制限している。Bill Graham Archives判決と同様、Perfect 10判決は、Googleのサムネイルイメージの表示は、サムネイルのライセンスに関する原告の潜在的市場に害悪を与える可能性を有しているにもかかわらず、非常に変容的で、社会的

²¹¹ *Id.*

²¹² *Id.*

²¹³ *Id.*

²¹⁴ *Id.* at 1168.

に有益な性質を有していることからフェアユースであると判断している。

215

D. A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC²¹⁶

Vanderhye事件は、原告の著作物に変更を加えることのない逐語的な複製が異なる表現目的又は機能を有しているために変容的なフェアユースを構成する、という巡回区控訴審裁判所の判断に関するもう1つの注目すべき例である。

iParadigmsは「Turnitin盗作探知サービス」を運営している。このサービスに申し込んだ学校は、生徒に対して、学期末レポートをTurnitinのウェブサイト上にアップロードするよう要求する。Turnitinは、各生徒のレポートと、出版された記事や論説、以前にアップロードされた生徒のレポートが保存されている同社の電子データベースとを電子的に比較する。さらに、学校が許諾を与えれば、Turnitinは将来の他の生徒のレポートの独自性の評価に利用するため、各生徒の新しいレポートをそのデータベースに保存する。²¹⁷

高校生にとっては、このサービスはありがたいものではない。Turnitinのデータベースにそのレポートが保存されている一部の高校生が、著作権侵害を理由にiParadigmsを提訴した。

第4巡回区控訴審裁判所は、iParadigmsはフェアユースを行っていたと判断した。²¹⁸ 同裁判所は何よりもまず最初に、iParadigmsの利用は、盗作の防止という、著作者である生徒が最初にそのレポートを創作した目的とは全く異なる目的で行われているので、変容的な利用であるとした。²¹⁹ 特に、第4巡回区控訴審裁判所は、原著作物に変更を加えたり、実際に追加をしたりしなくても、ある利用が機能又は目的の点から変容的であり得るという前提を支持するものとして、第9巡回区控訴審裁判所のPerfect 10 v.

²¹⁵ *Id.* at 1166.

²¹⁶ 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009).

²¹⁷ *Id.* at 634.

²¹⁸ *Id.* at 645.

²¹⁹ *Id.* at 640.

Amazon 判決を引用した。²²⁰

同裁判所は第 3 要素を検討するにあたり、利用される著作物の量は、当該利用の性質に照らして評価されなければならないと判断した。²²¹ 本件がそうであるように、変容的利用のために作品全体を複製することが合理的に必要な場合、第 3 要素はフェアユースに否定的に評価されない。

E. *Salinger v. Colting*²²²

変容的利用パラダイムと同法理が現在のフェアユース法理において占める位置を理解するにあたり、フェアユースを否定した裁判例は、フェアユースを認めたものに劣らず有益である。*Salinger v. Colting* 事件では被告は、J.D. Salinger によるアメリカ小説の古典である「ライ麦畑でつかまえて」の主演、ホルデン・コールフィールドが60年後にどのようになっているかを想像した小説を執筆した。Colting の小説は J.D. Salinger 自身をモデルとした人物が登場し、Colting は、彼の小説は「ライ麦畑でつかまえて」と J.D. Salinger 自身に対する、特に引きこもりがちな Salinger が1965年に出版のための執筆を辞めてしまったことについてのパロディ的な論評であり、かつ批判であると主張した。²²³

フェアユース（の抗弁）を退けるにあたって、地方裁判所は Colting の小説はパロディ的な論評ではなく単なる続編であり、したがって変容性はほんのわずかなものに過ぎないとした。²²⁴ 裁判所は、変容的であるためには、被告の利用は単に新しい表現を付け加える以上のことをしなければならないとした。むしろ、批評や論評のように、新しく異なった目的のために創作されたものでなければならない。²²⁵ 裁判所は、Salinger 自身を批判の対象とした「ライ麦畑でつかまえて」の続編であれば、パロディではな

²²⁰ *Id.* at 639.

²²¹ *Id.* at 642.

²²² *Salinger v. Colting (Salinger II)*, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010); *Salinger v. Colting (Salinger I)*, 641 F. Supp. 2d 250 (S.D.N.Y. 2009).

²²³ *Salinger II*, 607 F.3d at 71–72.

²²⁴ *Salinger I*, 641 F. Supp. 2d at 261–62.

²²⁵ *Id.* at 256.

いとしても、変容的であると認めた。²²⁶ しかし、裁判所による Colting の小説の解釈や自分の小説は批判ではなく「愛された古典の続編」であるという Colting による公の場での発言や自認から、裁判所は当該利用を十分に変容的であるとは言えないと判断した。²²⁷

控訴審において、第 2 巡回区控訴審裁判所は、「この事案における他の全ての事実」への包括的な言及を除いて、変容的（利用）目的であるという Colting の反論は後付けであり、「およそ信用できない。」²²⁸ という地方裁判所の認定に全面的に依拠し、フェアユースを退ける判断を支持した。

このように Salinger 判決は、作品自体をパロディ化するのではなく原著作物の著作者を批判する、という被告の目的について明確な証拠がある場合に、第 2 巡回区控訴審裁判所がどのように判断するかについては何も答えていない。

F. Warner Brothers Entertainment, Inc. v. RDR Books²²⁹

ハリー・ポッターの書籍及び映画シリーズの著作権者であるワーナー・ブラザーズ・エンターテインメントと J.K. Rowling は、ハリー・ポッターシリーズの事典を出版した RDR を提訴した。同事典は、包括的な百科事典に等しく、Rowling が創作した空想上の世界についての 2,400 個以上の項目を含んでいた。²³⁰

ニューヨーク州南部地区（連邦地方裁判所）は、当該事典が原著作物とは根本的に異なる目的に資するものであり、したがって対象となる原著作物に置き換わる関係にはないことを理由として、被告の利用がハリー・ポッターシリーズと対比して変容的であると認めた。裁判所は、ハリー・ポッターの小説は娯楽及び美学的な目的で創作されたと認定した。²³¹ これと対照的に、単にハリー・ポッターシリーズを娯楽の目的のためにパッケー

²²⁶ *Id.* at 262-63.

²²⁷ *Id.*

²²⁸ *Salinger II*, 607 F.3d at 83.

²²⁹ 575 F. Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2008).

²³⁰ *Id.* at 517-20.

²³¹ *Id.* at 541.

ジし直すのとは全く異なり、当該事典は同シリーズのガイドブックとしての役目を果たしている。そのように認定するにあたり、裁判所は被告が論評や分析を加えなかったことは問題ではないと強調した。²³² その利用はハリー・ポッターシリーズとは異なる機能を果たしているため、当該事典は依然として変容的であると認定した。

しかしながら、被告にとって問題であったのは、当該事典が Rowling の手によるハリー・ポッターシリーズの 2 冊の副読本から広範囲に複製していることであった。裁判所は、これらの本は娯楽の目的として利用できるとともに情報を提供し、ガイドブックとしての利用も可能であると、したがって、被告による副読本の利用は、ハリー・ポッターの小説自体を被告が利用する場合に比べて、変容性の程度が大幅に低いとした。²³³ 加えて裁判所は、有用で完全なガイドブックを作成するという被告の変容的目的との関連における合理的な範囲を超えて、被告がハリーポッター作品の特徴的な原作表現を繰り返し複製したため、被告の事典はフェアユースではないとした。²³⁴ J.K. Rowling の生き生きとした文体からのそのような過度の逐語的な複製は、原著作物に固有の娯楽及び美的な価値を複製するものであるから、変容的ではないとした。さらに、条文上の第 3 要素に関してもフェアユースに否定的に評価されると判断した。

G. Gaylord v. United States²³⁵

最後に、Gaylord 判決は、裁判所が変容の利用目的を強く求めるあまり、単に異なる表現上の性質を持つ利用がフェアユースから除かれる場合の好例である。

Gaylord は、朝鮮戦争中において詳細不明の作戦に従事した兵士集団の彫刻を製作した。当該彫刻は、ワシントン D.C. のナショナル・モールにおいて朝鮮戦争記念碑の一部として展示された。John Alli は彫刻が雪で覆わ

²³² *Id.*

²³³ *Id.* at 541–42.

²³⁴ *Id.* at 547.

²³⁵ *Gaylord v. United States (Gaylord II)*, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010); *Gaylord v. United States (Gaylord I)*, 85 Fed. Cl. 59 (Fed. Cl. 2008).

れていたときに、その写真を撮影した。米国郵政公社は当該写真を取得し、画像をさらに縮小して暗くし、朝鮮戦争に従軍した退役軍人を顕彰する切手上的の画像にした。²³⁶

請求裁判所は、原著作物と非常に異なる表現上の性質を持っているため、切手の画像は変容的であると認めた。²³⁷ 当該彫刻は明らかに兵士集団の3次元のスナップショットであったのに対し、切手上的の画像は、視る者をして彫刻の写真を見ているのか、実際の人間を見ているのかを不確かにさせる、雪と絞られた照明による超現実的な環境を表現していた。

控訴審において連邦巡回区控訴審裁判所は、たとえ全体として表現上の目的を原著作物と共有したとしても、非常に異なる表現上の性質と大きく異なる美的な創作意図があれば、当該利用を変容的なものと（評価）するのに十分かという問題に直面した。裁判所は、そのような利用は変容的でない」と判示した。²³⁸ 裁判所は、たとえ切手が当該彫刻の外観を改変したとしても、当該彫刻と切手の表現上の目的は同一である、すなわち朝鮮戦争の退役軍人を顕彰することであるとした。²³⁹

VI. 結論

2005年以降、変容の利用パラダイムがフェアユースの判例法を支配するようになり、市場中心パラダイムはほぼ歴史の一頁へと後退した。今日、裁判所によるフェアユースの判断にとって鍵となる問いは、（仮に許諾を求められたならば）著作権者が合理的に利用に同意したか否かではなく、被告が著作物を当該著作物が創作された表現目的と異なる目的で利用したか否かである。例えば裁判所は、「当該作品自体、著作者若しくは当該作品に関連する第三者、又は一般的なジャンル若しくは社会現象のいずれを対象とするものであれ、被告が当該作品を批評の目的で利用しているか?」、「被告は、元々美的、娯乐的又は商業広告目的で創作された作品を

²³⁶ *Gaylord II*, 595 F.3d at 1368–71.

²³⁷ *Gaylord I*, 85 Fed. Cl. at 68–69.

²³⁸ *Gaylord II*, 595 F.3d at 1372–73.

²³⁹ *Id.* at 1373.

それとは異なる目的、例えば伝記や歴史考証のために利用しているか？」と問う。又は、それとは逆に、プレイボーイ誌による自誌のモデルを撮影した高校のイヤーブック写真の複製及び展示をフェアユースとした事例のように、もしかすると「被告は、美的及び娯楽的な目的ではなく、家族や友人への贈り物として元々創作したのか？」²⁴⁰ 又は「被告は著作物をガイドブックや情報検索ツールの生の素材として利用しているか？」を問うかもしれない。もし答えが「イエス」であれば、その利用は、新しい目的が商業広告や販売促進目的でない限り変容的と判断される可能性が高い。その反面、被告が同じ表現目的のために、単に原作品を改変し、あるいは新しい表現を加えるに過ぎないのであれば、当該利用は変容の利用にもフェアユースにもほぼ間違いなく該当しないであろう。

当該利用が変容的（利用）目的である場合、問われるべきは被告がその目的のために合理的な範囲を超えて複製したか否かである。時には、改変することなく作品の全体を複製することも合理的である場合がある。しかし、被告は原作品の表現上最も鮮明な部分を複製しないよう最善を尽す。例えば、*Perfect 10 v. Amazon* と *Bill Graham Archives* の両事件の被告にとっては、原告の著作権によって保護された美術作品の美的な要素を表示する大きな（サイズの）複製ではなく、サムネイル画像を作成したことが幸いした。そして、ハリー・ポッター事典は、J.K. Rowling の特徴ある文章をあまりにも多く複製したため問題が生じた。

利用が変容的であり、被告が変容的（利用）目的に照らして過度に複製していない場合、当該利用はフェアユースと認められる可能性が高い。これは、著作権者が類似の利用のためのライセンスの市場に参入し得るか、又はすでに参入している場合においても、そして実際に著作権者が問題とされる利用を原則として許諾する用意がある場合においても同様である。

変容的利用法理は、フェアユース事案への比較的わかりやすいアプローチを提供する。しかし、すでに議論されたとおり、それは裁判官に特定の利用が変容的であるか否かの判断について相当程度の裁量の余地を残し、裁判所による変容的利用法理の採用がフェアユースにおける新たな不統一や不確実性を作り出す可能性を生み出す。加えて近時の明らかな裁判所

²⁴⁰ *Calkins v. Playboy Enters. Int'l, Inc.*, 561 F. Supp. 2d 1136, 1141 (E.D. Cal. 2009).

の変化にもかかわらず、いくつかの法理論的な問題が未解決のまま残っている。

第一に、第2巡回区控訴審裁判所も第9巡回区控訴審裁判所も、変容的利用法理を未だ被告の利用の全ての領域にまでは適用していない。特に第2巡回区控訴審裁判所は、文化的表現や社会評論の分野では変容的利用法理を支持したが、第9巡回区控訴審裁判所の *Perfect 10* 事件判決における判断のように、ガイドブックや情報検索ツールの分野に同法理を適用するには至っていない。他方で、第9巡回区控訴審裁判所は、第2巡回区控訴審裁判所の *Bill Graham Archives* や *Blanch* における判断のように、文化的表現や社会評論の分野で同法理を未だに適用していない。

第2巡回区控訴審裁判所が、第9巡回区控訴審裁判所が *Perfect 10* 判決において示したのと同じ結論に到達することを疑う理由はない——そして、それゆえに、私は、*Google Book* 訴訟の原告著作者及び原告出版社は法廷で *Google* のフェアユース抗弁を受けて立つのではなく、最終的には何とかして和解するだろうと予測する。²⁴¹ ハリー・ポッター事典がハリー・ポッターの小説に比して変容的である（ただし、当該事典が *Rowling* の文章を過度に複製した点は除き）との地方裁判所の判決は、この予測を支えるものである。実際に同裁判所は、「被告が著作物を原作品とは異なる機能のために異なる文脈で用いる」時の当該利用は変容的であり、「その目的次第で作品の相当の部分、時には全体をも利用することが許される」という前提を導くため、*Perfect 10* 判決とともに *Bill Graham Archive* 判決を引用した。²⁴²

しかし、情報検索ツールの領域外に変容的利用パラダイムを適用するにあたり、第9巡回区控訴審裁判所は、文化的表現に関する2005年以降の第2巡回区控訴審裁判所の解釈よりも、変容的利用とフェアユースを狭く解釈する自身の2006年以前（しかし *Campbell* 判決後）の判例を克服しなければ

²⁴¹ See Matthew Sag, *The Google Book Settlement and the Fair Use Counterfactual*, 55 N.Y.L. SCH. L. REV. 19, 26–37 (2010)（元々考えられていた *Google Book Search Project* はフェアユースであると判断されるだろうと結論付ける）。

²⁴² *Warner Bros. Entm't, Inc. v. RDR Books*, 575 F. Supp. 2d 513, 541, 548 (S.D.N.Y. 2008).

ばならないであろう。2003年に下された *Elvis Presley Enterprises v. Passport Video* 事件判決²⁴³において、第9巡回区控訴審裁判所は、プレスリーについての16時間のドキュメンタリーにおいてナレーションやインタビューに伴い、エルビス・プレスリーのテレビ出演シーンの短いビデオクリップを複数挿入した被告の利用はフェアユースではないという地方裁判所の判断を支持した。²⁴⁴ 第9巡回区控訴審裁判所は、「著作物を元の作品の目的と異なる目的で利用する」場合には被告の利用は変容的であると述べ、変容的利用法理を採用したが、問題とされた利用それ自体を「一貫して変容的であるとは言えない」と特徴付け、被告が、人気テレビ番組に「エルビスが登場することに必然的に備わるエンターテインメントとしての価値からある程度利益を得よう」と意図したと判断した。²⁴⁵ さらに1997年に下された *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA* 事件において、第9巡回区控訴審裁判所は、パロディではない風刺の作品は、それだけで変容的とは言えないことを示唆しているように思われる。²⁴⁶ これらの判決は、事実関係において *Bill Graham Archives* 判決及び *Blanch* 判決と区別することができるであろう。しかし、これらの判決が伝記作品や風刺作品に対して適用されるような、幅広い変容的利用の概念を明白に採用したものでないことは、確かである。

第二に、少なくとも被告が当該目的のために合理的に必要とされる範囲を超えては複製していないと仮定すれば、変容的利用目的はフェアユース成立にとってほぼ例外なく十分条件であるが、裁判所は、*Campbell* 判決と *Sony* 判決を引用しながら、変容的利用はフェアユースであると判断するた

²⁴³ 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003).

²⁴⁴ *Id.* at 625, 628–29, 631.

²⁴⁵ *Id.* at 628–29.

²⁴⁶ 109 F.3d 1394, 1400–01 (9th Cir. 1997) (原告作品のスタイルと登場人物を利用して O.J. Simpson の裁判を風刺する *The Cat NOT in the Hat* というタイトルの書籍は、原作品を風刺するものではないので変容的ではないと判断した)。しかし、*see Henley v. DeVore*, 733 F. Supp. 2d 1144, 1158 (C.D. Cal. 2010) (「パロディはフェアユースの唯一の形態ではない」が「風刺は、原作品を利用するより強い正当性が要求されるので、フェアユースが認められるためにより高い基準が適用される」と述べる)。

めに必ずしも必要な要件ではないと繰り返し述べてきた。²⁴⁷ *Campbell* 判決は変容的利用が要件とされないことを述べる際、107条の導入部分においてフェアユースとされる利用として例示されている、教室内利用のために複数の複製物を作成することを例として挙げた。²⁴⁸ 同判決は、後に家庭内で視聴するために行われる個人によるテレビ番組の録画がフェアユースであると判断した *Sony* 判決も引用した。²⁴⁹ 要するに、裁判所による変容的利用法理の採用は、変容的利用の範疇の外に他のフェアユースのカテゴリーがあり得ることを排除するものではない。

そのこと自体は明らかになっているが、その他のフェアユースとされるカテゴリーがいかなるものであるかについて、裁判所は大部分を未解決のまま残している。傍論において変容性は要件ではないと繰り返した裁判所も、変容的でない利用をフェアユースと判断した最近のいくつかの裁判例も、いかなる場合に変容的でない利用がフェアユースたり得るかについての明確な方向性を示していない。特に、それらの裁判例は、*Sony* 判決においてフェアユースと認められた、個人のアナログ技術を駆使した「タイムシフティング（時間移動）」がより広く他の私的複製の類型、例えばインターネットからのダウンロードや、個人がデジタル・プラットフォーム又はデバイスで購入した作品を別のデジタル・プラットフォーム又はデバイスへ転送することにまで及ぶか否か、そして及ぶとすればどのような時かという、多くの議論がなされている問いに答えていない。²⁵⁰ フェアユース

²⁴⁷ *E.g.*, *Sarl Louis Feraud Int'l v. Viewfinder Inc.*, 627 F. Supp. 2d 123, 128 (S.D.N.Y. 2008) (「変容的利用はフェアユースの判断の要件ではない。しかし『新しい作品が変容的であればあるほど、商業性といったフェアユースの判断に否定的に働く他の要素の重要性が低下する。』」(quoting *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994); citing *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 455 n.40 (1984))).

²⁴⁸ *Campbell*, 510 U.S. at 579 n.11.

²⁴⁹ *Id.* at 579; *Sony Corp. of Am.*, 464 U.S. at 454–55.

²⁵⁰ 裁判所は、*Sony* 判決はインターネット上の著作物の無許諾ダウンロードには適用されないと判断している。See *BMG Music v. Gonzalez*, 430 F.3d 888, 890 (7th Cir. 2005); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1014–19 (9th Cir. 2001); *Sony BMG Music Entm't v. Tenenbaum*, 672 F. Supp. 2d 217, 228–29 (D. Mass. 2009) (*Sony* 判

の判例法は、被告が、同一の表現目的のために著作物の一部を創作性の高い形で取り込むことがフェアユースたり得るか、たり得るとすればどのような場合かについても不確かなままである。マッシュアップ、リミックス、ファンフィクション、コラージュ及び録音のデジタルサンプリングは、芸術（目的）や娯楽（目的）という、しばしば広い意味で原作品と同一の目的を持っている。そのような作品は、時として批判的なメッセージを伝えるために既存の作品を用いるが、多くの場合はそうではない。既存の作品を生素材として大きく異なる表現物を創作する二次的作品は、異なる表現目的が存在していなくともフェアユースたり得るとすべきように思われる。しかし、裁判所は、（そのような場合があるとして）どのような場合に、非常に創作的な表現内容の改変が、*Gaylord v. United States* 事件の切手上的の画像のように表現上の特徴の他に違いがないときはフェアユースではないというルール of the 例外を構成するかについて、未だ判断していない。

これらの疑問点を残しつつも、変容的利用法理の採用は、その起源を1994年の連邦最高裁判所の *Campbell* 事件判決にたどることができるが、2005年以降になってようやく結実したフェアユースの判例法における著しい変動を表している。さらに、2005年以降の裁判例を相互に比較した場合、近時の裁判例と市場中心パラダイムの下で判断された裁判例とを比較した場合に比べ、かなり強い一貫性を見出すことができる。

決は、無料の放送波テレビ番組を都合の良いときに視聴するために録画し、それをその後消去する場合とは異なり、著作物の複製物を永続的に維持するため行われる私的複製には適用されないことをより広く示唆している）。しかし *see Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys. Inc.*, 180 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 1999) (「Rio [a portable MP3 player] は、すでにユーザのハードドライブにあるファイルを持ち運びできるように、又は『スペースシフト (場所を移転)』するために複製物を作るに過ぎない。... そのような複製は、パラダイム的に見て非商業的な私利用である。」); *Sony BMG Music Entm't*, 672 F. Supp. 2d at 237 (録音物がオンライン上で販売されておらず、ファイル共有が権利侵害か否かに関する判例法が明確でなかった時代における録音物のファイル共有は、フェアユースを強く支持する事例であろうと傍論で述べている)。 *See also Jessica Litman, Lawful Personal Use*, 85 TEX. L. REV. 1871, 1898–1903 (2007).

しかし、2005年以降の裁判例の私の検討は、現時点における1つのスナップショットに過ぎない。果たしてそのような一貫性が継続するか否かは、裁判所が次のフェアユースパラダイムに移行するか否か、そして移行するとすればそれがいつかにかかっている。

「フェアユースを理解する」へのエピソード

Neil Weinstock NETANEL

私は、2010年直後の2年間、すなわち2011年1月1日から2012年12月31日の間に下され公表された全てのフェアユース裁判例についての調査を行った。その結果は、2006年から2010年までのものと一致していた。それらの裁判例は、フェアユース分析において変容的利用法理の圧倒的な優勢を示し続けている。

2011年から2012年までの間に、28の公表されたフェアユースの裁判例が存在した。これらには、29の法廷意見と侵害と主張された29の利用が含まれていた。3つを除く全ての法廷意見において、裁判所は当該利用が（私の論文において提示された指標に基づき）変容的であるか否かを検討した。換言すれば、法廷意見の89.6%において、裁判所は利用が変容的であるか否かを検討したのである。これは、2006年から2010年までの期間において、全ての公表された法廷意見のうち、変容的利用法理を採用した87.2%をわずかに上回る。

3つの例外のうちの1つでは、裁判所は当該利用を被告の訴訟戦略の一部としての利用と端的に形容した。他の裁判所は、訴訟のための利用形態を変容的利用と定義している。したがって、上記（被告の訴訟戦略の一部としての利用という）形容についても、当該利用が変容的であると述べていると理解することができるかもしれない。

裁判所が無条件に当該利用を変容的利用であると判断した裁判例では、当該利用はフェアユースであると判断された。全体として、29の利用形態のうちの20、あるいは全ての利用のうち68.9%が、フェアユースであると判断された。それは、2006年から2010年までの58.33%を超える被告勝訴率の上昇を示している。7つの利用形態はフェアユースではないと判断され、うち2つの裁判例において、裁判所は事実審理省略判決とすることを拒否したが、当該利用がフェアユースであるか否かについては明言しなか

った。

2011年から2012年までのデータは全ての意見についてのものであるのに対し、2006年から2010年までのデータは上訴審で覆されなかった地裁における仮差止、非陪審裁判、そして一方当事者のみによってなされる事実審理省略判決の申立てについてのものであるため、2つの期間における勝訴率データは必ずしも比較し得るものではないことに留意してもらいたい。私は、近時の法廷意見を判断類型に（細分化して）分析しなかったため、比較し得るデータを持ち合わせていない。そうであるとしても、直近2年間ににおける全ての法廷意見に関するデータは、被告がフェアユースに関する判断において半数を遥かに超えて勝訴し続けていることをはっきりと示している。

Epilogue to Making Sense of Fair Use

Neil Weinstock NETANEL

I conducted a survey of all reported fair use cases decided during the two year period immediately following 2010, namely between January 1, 2011, and December 31, 2012. The results are consistent with those of the period 2006-2010. The cases continue to show the overwhelming dominance of the transformative use doctrine in fair use analysis.

During the period 2011-2012, there were 28 reported fair use cases. These included 29 opinions and 29 allegedly infringing uses. In all but three opinions, the court considered whether the use was transformative (according to the metric set out in my article). In other words, in 89.6 percent of the opinions, the court considered whether the use was transformative. That represents a very slight increase over the 87.2% of all reported opinions that embraced the transformative use doctrine during the period, 2006-2010.

In one of the three outlier cases, the court characterized the use simply as a use that was part of the defendant's litigation strategy. Other courts have defined uses for litigation as a transformative use. Accordingly, even this characterization might be understood to say that the use was transformative.

In each case in which the court found that the use was unqualifiedly transformative, it held that the use was a fair use. All in all, 20 out of the 29 uses, or 68.9% of all uses, were held to be fair use. That represents an increase in defendant win rates over the 58.33% during the period 2006-2010. Seven uses were held not to be fair use and in two cases, the court declined to issue a summary judgment but did not find one way or another whether the use was a fair use.

Note that the win rate data for the two periods are *not* necessarily comparable because the data for 2011-2012 is for all opinions, while the data for 2006-2010 is only for unreversed district court preliminary injunctions, bench trials, and crossed motions for summary judgment. I did not break down the recent opinions into type of ruling, so I do not have comparable data. Nonetheless, it is clear that the data for all opinions during the recent two-year period indicates that defendants continue to win far more than half of fair use decisions.

【訳者付記】

本稿は、Lewis & Clark Law Reviewに掲載された論文（Making Sense of Fair Use, 15 Lewis & Clark Law Review 715-771 (2011)）及び本論文刊行後の近時（2010年～2012年）のフェアユース裁判例の傾向について論評したエピローグの翻訳である。翻訳・公表を許諾下さっただけでなく、本翻訳の発表に際してエピローグを寄稿して下さい下されたNeil Netanel教授（UCLA, School of Law）に心よりお礼申し上げる。なお、エピローグ（原文）は未公開のため、本誌には原文も掲載した。

また、翻訳発表の場をご提供いただいた田村善之教授、校正等で大変お世話になった北海道大学法学研究科の高橋直子特任助手に対しても、心よりお礼申し上げる。