HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（3）：日本著作権法の制限規定に対する示唆
Author(s)	村井, 麻衣子
Citation	知的財産法政策学研究, 47, 119-148
Issue Date	2015-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60338
Type	departmental bulletin paper
File Information	47_09.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

連続企画：著作権法の将来像　その４

フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(3)
―日本著作権法の制限規定に対する示唆―

村　井　麻衣子

序
第１部　米国法
　第１章　フェア・ユース　（以上　第45号）
　第２章　市場の失敗理論　（以上　第46号）
　第３章　変容的利用の理論
　　１．Levalによる変容的利用（transformative use）の理論
　　1-1．著作権法の目的
　　1-2．四要素の分析
　　1-2-1．第一の要素（利用の目的と性質）
　　1-2-2．第二の要素（利用された著作物の性質）
　　1-2-3．第三の要素（利用された量と実質）
　　1-2-4．第四の要素（著作物の潜在的市場あるいは価値への影響）
　　1-3．追加的要素
　　1-3-1．信義誠実（good faith）
　　1-3-2．芸術的な完全性（artistic integrity）
　　1-3-3．プライバシー
　　1-3-4．差止め（injunction）について
　　２．Campbell最高裁判決　－変容的利用の理論の採用－
　　2-1．事実の概要
　　2-2．多数意見
　　2-2-1．第一の要素（利用の目的と性質）
　　2-2-2．第二の要素（利用された著作物の性質）
　　2-2-3．第三の要素（利用された量と実質）
　　2-2-4．第四の要素（著作物の潜在的市場あるいは価値への影響）
　　３．フェア・ユースの実証的な研究　－変容的利用の理論の裁判例への影響の分析－
　　3-1．Beebeによる実証的研究　－Campbell最高裁判決の限定的な影響－

3-1-1．裁判所による誘導（結論の先取り）の有無
3-1-2．各要素の分析
3-1-2-1．第一の要素（利用の目的と性質）
3-1-2-2．第二の要素（利用された著作物の性質）
3-1-2-3．第三の要素（利用された量と実質）
3-1-2-4．第四の要素（著作物の潜在的市場あるいは価値への影響）
3-2．Netanelによる実証的研究　－変容的利用の理論の台頭－
3-2-1．市場中心パラダイムの衰退と変容的利用パラダイムの勝利
3-2-2．「変容的利用」の意味
3-2-3．変容的利用の理論の採用によるフェア・ユースの勝訴率の上昇とその要因について　（以上　本号）
第４章　市場の失敗理論をめぐる新たな動向
第５章　市場の失敗理論と変容的利用の理論の関係
－市場の失敗理論に残された意義－
第２部　日本著作権法への示唆
第１章　日本版フェア・ユース
第２章　引用　－変容的利用の理論からの示唆－
第３章　私的複製　－市場の失敗理論からの示唆－
結びに代えて

第１部　米国法

第３章　変容的利用の理論

本章では、Levalにより提唱されたフェア・ユースの変容的利用（transformative use）の理論の内容を紹介したうえで、変容的利用の理論を採用したとされるCampbell最高裁判決を概観し、Campbell最高裁判決のその後の裁判例への影響などを統計的に分析したフェア・ユースの実証的研究として、Beebeによる研究とNetanelによる研究を紹介する。

1．Levalによる変容的利用（transformative use）の理論

判事としてフェア・ユースに関わる事件も担当してきたLevalは、1990年に発表した“Toward a Fair Use Standard”と題する論文において、著作権法の目的を創作へのインセンティヴを付与することであるととらえたうえで、その目的に基づいた統一的なフェア・ユースの原則の提示を試みて

いる[216]。著作権法がインセンティヴを与えるべき創作的な活動として、変容的利用（transformative use）[217]を重視し、フェア・ユースにより利用が正当化されるかという問題は、行われた利用が変容的かどうか、そして変容の程度がどのくらいかという問題に帰着すると論じている。したがってフェア・ユースの四要素の分析において、変容的利用を考慮要素とする第一の要素（利用の目的と性質）を重視するとともに、他の要素においても変容的利用への配慮がなされるべきことを示唆している[218]。このLevalの見解は、後に、パロディについて争われた事案において、変容的な利用としてフェア・ユースを認めるべき旨を示唆したCampbell事件最高裁判決[219]に大きな影響を与えたとされる。

以下、Levalの変容的利用の理論を紹介する。

1-1．著作権法の目的

Levalは、著作権法の目的について、特別な報酬を与えることによって、著者の創造的な活動に動機を与えることにあると述べる。すなわち、著作

---

[216] Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990). Levalは、これまでのフェア・ユースに関する訴訟において判事が一貫した原則を持たず、むしろ個別のケースに直感的に対応してきたとして批判的な立場を示している。

[217] 従来、元の著作物をその本来の目的や方法と異なる態様で利用する場合、“productive use”（生産的利用）という言葉が用いられてきたところ、Levalにより“transformative use”（変容的利用／トランスフォーマティヴ・ユース）という用語が創り出されたと評されている（MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT §13.05）。なお、従来、フェア・ユースが認められるのは、生産的利用に限られ、そのままの複製などはフェア・ユースには該当しないと理解されていた向きもあったが、後にSony最高裁判決（Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (U.S. 1984)）により、家庭内のテレビ番組の録画（タイム・シフティング）がフェア・ユースとして認められ、生産的な利用に限らず、フェア・ユースが成立しうることが確認された。

[218] Leval, *supra* note 216, at 1111.

[219] Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (U.S. 1994). Leval論文を引用し、第一の要素の判断において変容的利用を重視している。また、第四の要素の判断においても、パロディのような変容的な利用の場合には、市場での代替性が減少することを指摘した。

権は、著者に絶対的な権利（ownership）を与える自然権ではなく、公衆の知的な豊かさのため技芸の発達や活動を促進することを目的とする、功利主義的な制度設計によるものであると位置づける。完全にオリジナルな思想などは存在せず、全ての知的な創作活動は、ある程度派生的である。よって、過度に広範な権利の保護は、創作の促進という目的をかえって抑制してしまう。この問題への対処として司法上用いられてきた理論が、アイディア／表現の二分論、労力が費やされていても事実は保護しないという法理、そして、二次的な創作を保護するものとしてのフェア・ユース理論であるとする[220]。

1-2．四要素の分析

Levalは、制定法の列挙する四つの要素について、フェア・ユースの認定が著作権法の目的に寄与するかについてあらゆる角度から問題を精査するために、各々の要素がそれぞれ問題の異なる側面に注意を向けるものであると述べる[221]。そのうえで、以下のように、Levalの述べる著作権法の目的から各要素の判断基準を示している。

1-2-1．第一の要素（利用の目的と性質）

第一の要素は、その利用が公衆への啓蒙（illumination）のための創作を促進するという著作権法の目的にかなうかという、正当化の問題を生じさせるという。そして、Levalは、正当化の問題が、第一義的には、その利用が変容的かどうか、そしてどの程度変容的であるかという問題に帰着するとして、次のように述べている[222]。

利用は生産的でなくてはならず、元の著作物とは異なる目的、異なる方法で利用しなくてはならない。単なる再包装（repackage）、再発行（republish）は、オリジナルの著作物に取って代わるだけである。それに対し、二次的な利用が、新しい情報、新しい美感（aesthetics）、新しい見識（insights）や理解（understandings）を創造するために変容され、素材とし

[220] Leval, *supra* note 216, at 1107-11.

[221] *Id*. at 1110-11.

[222] *Id*. at 1111.

て利用されるのであれば、それはまさにフェア・ユース理論が保護しようとする類の活動である[223]。

ただし、変容的な目的のみによって、フェア・ユースが成立するとは限らない。広範な利用は、創作のインセンティヴに影響を与えるおそれがあるため、利用が過度であり、他の要素が著作権者を支持するのならば、フェア・ユースは正当化できない可能性がある[224]。

このように、変容的利用であることが、必ずしもフェア・ユースを成立させるとは限らないとしながらも、Levalは、第一の要素をフェア・ユースの核心（soul）であると述べ、この要素のもとでの正当化の認定が、フェア・ユースの成立のために不可欠であろうとして、第一の要素の重要性を強調した[225]。

1-2-2. 第二の要素（利用された著作物の性質）

Levalは、第二の要素についても、著者（authorship）のインセンティヴの確保という視点から検討を行っている[226]。

著作権法の保護を受けうる著作物には、多種多様なものが含まれるが、私的な文書など著作権法の目的とはあまり関わりのない目的で著述される著作物よりも、出版・公表のために創作された芸術的・教育的な著作物の方が、オリジナルの創作者の保護が重んじられなくてはならないとLevalは述べる[227]。

関連して、著作物が公表済みであるか、未公表であるかということに分析の焦点を当てることには、批判的な見解を示している。Levalは、出版のために創作される著作物の方が、個人的な目的のためだけに創作される著作物よりはるかに保護の要請が強いとして、その著作物が公表するため

---

[223] *Id*. at 1111.

[224] *Id*. at 1111-12.

[225] *Id.* at 1116. Nimmerも、フェア・ユースの考慮要素として、“transformation”（変容性）に多くの考察がなされなければならないとして、変容的利用の重要性を認めている（NIMMER, *supra* note 217, §13.05）。

[226] Leval, *supra* note 216, at 1116.

[227] *Id*. at 1116-17.

に創作されたか、あるいはその過程にあったのでなければ、公表／未公表の区別は、大きな意味を持たないとする。他方で、公表の過程にあったのであれば、未完成の時点での二次的な利用は創作のインセンティヴを大きく損なうため、未公表であることがフェア・ユースの認定を妨げうるという[228]。

いずれにしても、この要素は四つの要素のうちのわずかに一つに過ぎず、フェア・ユースを判断するための十分な基礎にはならないとしている[229]。

1-2-3．第三の要素（利用された量と実質）

一般的に、利用の量や重要性が増すほど、権利者の利益を害し、少ない場合はフェア・ユースの認定がされやすい。Levalはこの要素について、第一の要素と、第四の要素との関係で、さらなる重要性を有すると述べている[230]。

第一の要素との関わりについては、利用された素材の選択や量が、主張された正当化理由との関係で合理的であるかを精査することが重要であるという。変容的利用としての強固な正当化理由が数センテンスの利用において存在する場合であっても、より多くの量を使用することは正当化できない可能性があるとしている[231]。

第四の要素である市場の影響との関係では、第三のテストの「実質性（substantiality）」の質的な側面が、量的な側面よりも重要となりうるという。例えば、様々な側面から詩を分析する批判的研究においては、詩のあらゆる言葉を引用するかもしれないが、詩それ自体の市場に取って代わることはない。強い正当化事由があり、市場への不利な影響が存在しないのであれば、広範囲な利用であっても、フェア・ユースになりうると論じている[232]。

---

[228] *Id*. at 1118-22.

[229] *Id*. at 1122.

[230] *Id*. at 1122-23.

[231] *Id*. at 1123. Nimmerは、一部の例外の存在を認めながらも、一般に、著作物全体を複製する場合は、フェア・ユースが認められないとしている（NIMMER, *supra* note 217, §13.05）。

[232] Leval, *supra* note 216, at 1123.

1-2-4．第四の要素（著作物の潜在的市場あるいは価値への影響）

Nation事件（Harper & Row事件）の最高裁判決は、第四の要素を「フェア・ユースの唯一最も重要な要素」であるとした[233]。Levalによれば、この要素が重要であるということは、著作権が著者に固有の自然権ではないことを示している。自然権的発想に基づくのであれば、著者にとっては、どのような未許諾の利用も不快であり、市場価値への影響は無関係であるはずである。著作権の基礎にある功利主義の概念は、創作を奨励するために報酬を得る機会を約束するが、過度に著者のインセンティヴを妨げる二次的利用は、著作権の目的を弱体化させる。したがって、市場の要素が重要になるという[234]。

許諾料収入をフェア・ユースの第四の要素の判断において考慮することについて、Levalは次のように述べている。あらゆるフェア・ユースは、使用料を支払わないことにより、許諾料収入の若干の損失を生む。あまりに最高裁の説示を重視するのであれば、フェア・ユースが存続しえなくなるおそれがある。市場への影響は合理的に実質的なものでなくてはならず、著作権者の潜在的市場への損害が、公表するための著作物を創作するインセンティヴを実質的に損なう場合に、著作権法の目的から、この要素は二次的な利用者に不利に働くことになる[235]。

Levalはまた、あらゆる種類の市場への損害がフェア・ユースを妨げるわけではないと指摘する。批評は書籍の市場を害するかもしれないが、このような損害はフェア・ユースの判断には関係しない。オリジナルの利用に代替することで市場に害を与える場合のみ、著作権の目的の観点から、第四の要素においてフェア・ユースに不利に判断されるという[236]。

1-3．追加的要素

107条の文言は、フェア・ユースを検討する際、四つの要素のほかに、さらなる追加的な要素が存在する可能性を示唆する。しかし、Levalは、

---

[233] Harper & Row, Publrs. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (U.S. 1985), at 566.

[234] Leval, *supra* note 216, at 1124-26.

[235] *Id*. at 1124-25.

[236] *Id*. at 1125.

検討を進めるほど、法の定める四要素のみが関連する要素であるという結論に達すると述べている。したがって、これまで論じられてきたいくつかの追加的要素について論じているものの、いずれも、著作権法の目的の検討から逸れるような、誤った要素であるとの考えを表明している[237]。

1-3-1. 信義誠実（good faith）

Levalは、裁判官にとって、特にフェア・ユースのような難しい問題を扱う場合、判断を正当化するために、よい行いか悪い行いかという判断に頼りたくなる誘惑があると述べつつ[238]、しかし、そのような判断は、著作権の目的と相容れない状態を生み出し、フェア・ユース理論をめぐるさらなる混乱を増すことになるとする。著作権は、よい行いに報いるものではなく、公衆の教育に有用な活動の利益を保護するものであるとして、行為の善悪による判断を批判している[239]。

1-3-2. 芸術的な完全性（artistic integrity）

米国著作権法が、［著作者人格権を認めず、］芸術的な完全性を保護しないことに対して不満を持つ人は多くいるとしつつ[240]、Levalは、次のよう

---

[237] *Id*. at 1125.

[238] Lloyd L. Weinreb, *Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*, 103 HAEV. L. REV. 1137 (1990)は、フェア・ユースの言葉通り、フェアな使用を著作権侵害の例外として残すべきであると述べ、公正（fairness）への配慮を重視している。

[239] Leval, *supra* note 216, at 1125-29.

[240] なお、1990年に成立した視覚芸術の著作権の権利に関する法律（VARA: Visual Artists Rights Act）により、米国著作権法においても、視覚芸術著作物（works of visual art）という限られた範囲ではあるが、その著作者に、原作品についての氏名表示権（the right of attribution）及び同一性保持権（the right of integrity）など著作者人格権が部分的に認められるようになった（106A条(C)(3)）。Levalは、氏名表示権や同一性保持権といった著作者人格権（droit moral d'artiste）がフランス法で認められているということに言及している（*Id.* at 1128）。米国著作権法における著作者人格権やVARAについて詳しくは、河島伸子「著作者人格権の不行使特約－法と経済学における分析」知的財産法政策学研究29号（2010年）205-246頁、ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ・編（内藤篤・訳）『米国著作権法詳解－原著第6版－（下）』（信山社・

に述べて、著作権法において芸術的な作品の保護に配慮することに批判的な見解を示している。Levalは、著作権は、芸術的な作品だけではなく、企業内のメモ、借金の督促の手紙、コンピュータ・プログラムなどにも認められるのだから、そのような人々全てに、著作権に付随して、氏名表示権、公表権、公表された著作物を修正する権利、同一性保持権のような権利の主張を許すことは、不合理であるとする。芸術家を保護するためにそのような権利を設けたいのであれば、別の法を立法し、芸術家や芸術的な作品について適切に定義すべきであり、その範囲は著作権保護の範囲よりはるかに狭いものでなくてはならないと論じている[241]。

1-3-3. プライバシー

Levalは、著作権にプライバシーの保護を読み込む試みも誤りであるとしている。著作権によりプライバシーを保護する傾向は、19世紀中頃の英国のケースに由来するが、英国では、プライバシーに高い価値が認められていた一方で、プライバシーの権利が法で認められていなかったという背景がある。これに対し、米国ではプライバシーの権利が明確に発展してきており、また、米国法には言論の抑圧を嫌う強力な憲法的ポリシーが存在するとLevalは指摘する[242]。

もし著作権法の中にプライバシーの保護を取り入れてしまうと、例えば、公共の利益への配慮から、死後のプライバシーの権利は認められないはずが、著作権の保護によりさらに50年の保護が付加されてしまうといった、深刻なゆがみが生じるおそれがある。著作権法は、プライバシーを保護するためには適切ではなく、そのために設計されているものではない。著作権は、表現だけを保護し、暴かれた事実を保護するものではないのであるから、プライバシーの利益を保護することはできないとして、プライバシーと秘匿は、著作権の功利主義的な目的とは相容れないと論じている[243]。

2003年)553-571頁、山口裕博『芸術と法』(尚学社・2001年)252-351頁等参照。

[241] Leval, *supra* note 216, at 1128-30.

[242] *Id*. at 1129-30.

[243] *Id.* at 1130-31.

1-3-4．差止め（injunction）について

Levalは、フェア・ユースをめぐる最も残念な傾向の一つは、フェア・ユースの拒絶が、必ず差止めを伴うという考えであると述べて、差止めを認めず損害賠償にとどめるという救済のあり方を示唆している[244]。

Levalはまず、侵害に対して必然的に差止めを認めるという傾向は、正当化できない差止めを伴う侵害の認定を裁判所が直感的に避ける可能性があるため、公衆や二次的利用者の利益だけではなく、著作権者の利益を害するおそれもあると指摘する[245]。

そして、大多数の著作権侵害のケースは、フリーライドにより著作権者の創作の利益を奪うような単純な海賊行為であるため、侵害の認定によって差止めも認められるとしつつ、フェア・ユースが合理的に争われるようなケースは、それとは区別されるべきであるという。歴史家、伝記作家、批評家、学者、ジャーナリストが著作物を引用するような場合、二次的な著作物の公表には強固な公衆の利益が存在するかもしれない一方で、著作権者の利益は損害賠償によって十分に保護される可能性があると述べている[246]。

---

[244] *Id.* at 1130-35. 後のCampbell判決は、Leval論文を引用しつつ、自動的に差止救済を認めることにより著作権法の目的が常に最も良く達成されるというわけではないと述べ（*Campbell*, 510 U.S. 569, at 578, n.10）、後の判決でもこの説示が引用されている（N.Y. Times Co. v. Tasini, 533 U.S. 483 (U.S. 2001), at 505）。また、特許に関するeBay事件最高裁判決は、エクイティ（衡平法）の原則に照らし、差止めが認められるためには、特許権者が一定の要件を満たすことを立証する必要があると判示した（eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (U.S. 2006)）。

関連する米国の裁判例や議論についてより詳細には、矢野敏樹「米国著作権法におけるパロディとフェア・ユース／差止め請求ーパロディに関する裁判例と、小説の続編出版が問題とされた最近の事例から」日本大学法学部知財ジャーナル 4号（2011年）37-49頁（差止めに関する言及に着目したLeval論文の紹介がある）、中山一郎「米国における著作権侵害に対する差止めー特許権との比較を通じて」論究ジュリスト10号（2014年）182-187頁等を参照。

[245] Leval, *supra* note 216, at 1131.

[246] *Id.* at 1132.

2．Campbell最高裁判決　－変容的利用の理論の採用－

Levalによる「変容的利用の理論」は、パロディについてフェア・ユースの成否が争われたCampbell事件最高裁判決[247]に大きな影響を与えたとされる。同判決は、Leval論文を引用し、第一の要素の判断において変容的利用を重視するとともに、第四の要素の判断においても、パロディのような変容的な利用の場合には、市場での代替性が減少することを指摘した。結論として、パロディという変容的な利用であることを重視すべきとして、フェア・ユースを否定した控訴審判決を覆して差し戻した。

以下、このCampbell最高裁判決を紹介する。

2-1．事実の概要

1964年、Roy OrbisonとWilliam Deesは、「Oh, Pretty Woman」というロック・バラードを制作した。原告・被上告人は、この楽曲の著作権を譲り受けたAcuff-Rose Music, Inc.である[248]。

被告・上告人のLuther R. Campbell、Christopher Wongwon、Mark Ross、David Hobbsは、人気ラップ音楽グループ2 Live Crewのメンバーである。1989年、Campbellは「Pretty Woman」という曲を作成した。後に彼は宣誓供述書において「コミカルな歌詞を通じて、原曲を皮肉る」つもりだったと述べている。1989年、2 Live Crewのマネージャーは、Acuff-Roseに対し、2 Live Crewが「Oh, Pretty Woman」のパロディを作成したこと、原曲の権

---

[247] *Campbell*, 510 U.S. 569. Campbell事件を紹介する邦語文献として、加藤一郎「パロディと著作権－日米の判決をめぐって－」知的財産研究所・編『知的財産の潮流－知的財産研究所5周年記念論文集－』（信山社・1995年）124頁、ゴーマンほか・編・前掲注240）639-652頁、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会『著作物の流通・契約システムの調査研究　著作権制度における権利制限規定に関する調査研究　報告書（平成21年3月）』（三菱UFJリサーチ＆コンサルティング・2009年）【参考資料1】12-16頁［奥邨弘司執筆部分］、一般財団法人ソフトウェア情報センター・外国判例仮訳集「CAMPBELL, AKA SKYYWALKER, ET AL. vs ACUFF-ROSE MUSIC, Inc.」<http://www.softic.or.jp/lib/cases/Campbell_v_Acuff. html>（判決文の全訳）等がある。

[248] *Campbell*, 510 U.S. 569, at 572.

利は全てAcuff-Rose、Dees、Orbisonに留保されること、利用の対価を支払う用意があることを知らせたが、Acuff-Roseの代理人は、許諾を拒絶した。それでも、2 Live Crewは、「As Clean As They Wanna Be」という題名のアルバムで、「Pretty Woman」のレコード、カセットテープ、コンパクトディスクを発売した。このアルバムとコンパクトディスクには、「Pretty Woman」の著作者としてOrbisonとDees、出版者としてAcuff-Roseが記載されている[249]。

約1年後、25万枚近くの録音物が販売された後に、Acuff-Roseは、2 Live Crewとそのレコード会社であるLuke Skyywalker Recordsを著作権侵害で訴えた[250]。

地方裁判所は、フェア・ユースの該当性を認め、2 Live Crew側の勝訴とするサマリー・ジャッジメントを下した[251]。その理由として、2 Live Crewの曲の商業的な目的はフェア・ユースの障害にはならないこと、2 Live Crewの楽曲が原曲の口当たりのよさや陳腐さを示すためのパロディであること、2 Live Crewはパロディを作るためそれを「彷彿とさせる（conjure up）」のに必要な程度しか利用していないこと、2 Live Crewの曲が原曲の市場に悪影響を及ぼす可能性が極めて低いことを挙げた[252]。

第6巡回控訴裁判所は、地裁の判断を覆した[253]。控訴裁判所は、2 Live Crewの曲がOrbisonの原曲のパロディであるということを前提としたが、パロディの商業的な性質が第一の要素においてフェア・ユースの認定を妨げる結論を支持すること、原曲の核心部分を新しい作品の核心として利用していること、さらに、潜在的市場への影響がフェア・ユースにおける唯一の最も重要な要素であることなどを示し、結論としてフェア・ユースの該当性を否定した[254]。

最高裁は、2 Live Crewの商業目的のパロディがフェア・ユースとなりう

---

249 *Id.* at 572-73.

250 *Id*. at 573.

251 Acuff-Rose Music v. Campbell, 754 F. Supp. 1150 (M.D. Tenn. 1991).

252 *Campbell*, 510 U.S. 569, at 573.

253 Acuff-Rose Music v. Campbell, 972 F.2d 1429 (6th Cir. Tenn. 1992).

254 *Campbell*, 510 U.S. 569, at 574.

るかどうかについて判断するため、上告受理申立て（certiorari）を認めた[255]。

2-2．多数意見

最高裁の多数意見は、パロディとしてフェア・ユースに該当するのでなければ、2 Live Crewの楽曲がAcuff-Roseの「Oh, Pretty Woman」の著作権侵害になることに争いがないと述べたうえで、フェア・ユースの条文中の四つの要素は、それぞれ別々に取り扱われてはならず、著作権の目的に照らして全ての要素が検討され、結論は総合的に判断されなくてはならないとして、各要素の判断を示した[256]。

2-2-1．第一の要素（利用の目的と性質）

第一の要素の調査の中心的な目的は、Story判事の言葉でいえば、新しい著作物が単にオリジナルの創作物の「目的にとって代わる」だけか[257]、あるいはそうではなく、新たな表現、意味（meaning）、メッセージ（message）によって先行作品を変容させ、さらなる目的や異なる性質を持った何か新しいものを付加しているかを調べることである。換言すれば、新たな作品が「変容的（transformative）」であるかどうか、そしてその程度を問うことである[258]。このような変容的利用が、フェア・ユースの認定に絶対に必要というわけではないが、科学及び技芸の促進という著作権の目的は、一般的に、変容的な作品の創作によって増進される。このような著作物は、フェア・ユース法理が著作権の範囲内に一息つける間（breathing space）を保証している中心に位置しており、新たな著作物が変容的であればあるほど、フェア・ユースの認定を妨げる方向で考慮される商業性（commercialism）などの他の要素の重要性は小さくなる[259]。

ただし、パロディ的な利用であれば全てフェアと推認されるわけではない。パロディも他の利用形態と同様に、関連する要素を全てクリアしなけ

---

255 *Id*. at 574.

256 *Id*. at 574-78.

257 Quoting Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841), at 348.

258 Quoting Leval, *supra* note 216, at 1111（Leval論文を引用している）.

259 *Campbell*, 510 U.S. 569, at 578-79.

ればならず、著作権法の目的に照らして、ケース・バイ・ケースで判断されなければならない[260]。

当裁判所は、2 Live Crewの歌の中に批判的要素を見いだすことに控訴審ほどの困難は感じない。本件において、そのパロディ的要素に高い地位は与えられないが、2 Live Crewの歌が一定程度、原曲に対するコメントあるいは批評となっていることが合理的に認識されるというのが公平であると考える[261]。

控訴裁判所は、パロディの商業的な性質に事実上決定的な重みを与えたことで、誤りを犯した。著作権法の文言は、著作物の商業的な目的あるいは非営利の教育的な目的が、目的や性質における第一の要素を調査するうえでの一つの考慮事情に過ぎないことを明らかにしている。利用が教育的なものであって営利を目的としていないということによって侵害の認定がなされることがないわけではないように、利用の商業的な性質がフェアであるという認定を妨げるわけではない。商業的な性質によりフェアではないという推定がなされるのであれば、ニュース報道、解説、批評、教育、学術、研究のような107条の前文に例示された利用のほとんど全てがその推定の対象となってしまうことになる[262]。

2-2-2. 第二の要素（利用された著作物の性質）

第二の要素において、一定の作品は、他の作品に比べて、著作権保護の核心（core）により近くなるため、そのような作品が利用された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる。

公衆に普及させることを目的としたOrbisonの原曲の創作的表現は、著作権保護の目的の中心に位置するといえる。しかし、この事実は、パロディをめぐる事件において、侵害という山羊から、フェア・ユースという羊を区別するには役立たない。なぜなら、パロディは、ほとんど例外なく、一般的に知られた表現に富む作品を利用するものだからである[263]。

---

260 *Id*. at 581.

261 *Id*. at 582-83.

262 *Id*. at 584.

263 *Id*. at 586.

2-2-3．第三の要素（利用された量と実質）

第三の要素においては、利用された部分の量と実質が、利用の目的との関係で合理的であるかどうかが問われる。許される利用の程度は、その利用の目的や性質によって異なってくる。この要素に関係する事実は、パロディがオリジナルの市場や潜在的にライセンスされる派生的著作物の市場においてどの程度代替するかを明らかにするものでもあることから、第四の要素にも関わる傾向がある[264]。

パロディが特定の原作品を標的に定めるとき、少なくともその批評の対象となっている原作品を認識されるのに十分な程度、その原作を「想起させる（conjure up）」ことができなければならない。そのためには、原作品の最も特徴的なあるいは記憶される部分を引用することが有用である。原作品を認識するのに十分な程度に利用されたとして、それ以上にどの程度までが合理的であるかは、作品の主要な目的や性質がどの程度、原作品をパロディ化するものか、あるいは逆にパロディが原作品の市場において代替する可能性による。しかし、ある程度特徴的な部分を利用することは避けられない。単に利用された部分が原作の核心部分であったという理由だけでは、パロディの目的との関連において過剰だということにはならない[265]。

パロディはニュース報道と同様に文脈（context）が全てであり、公正性についての検討では、原作品の核心に迫る以外にパロディストが何をしたかが問われる。2 Live Crewがオリジナルの第一文をコピーしただけではなく、その後、自らの目的に向かってOrbisonの歌詞から明らかに離れていったことは重要である。2 Live Crewは低音のリフをコピーし繰り返しただけでなく、「きしむ」ような音を間に入れたり、異なるキーで曲にソロをかぶせたり、ドラムのビートを変えたりして、他の点で独特な音楽を作ったのである。歌詞については、必要以上に利用されていないが、音楽については、過剰な利用であるか当裁判所では意見を表明せず、パロディの目的や性質、変容的な要素、市場での代替の可能性の考慮といった観点から

---

[264] *Id*. at 586-87. Quoting Leval, *supra* note 216, at 1123（Leval論文を引用している）.

[265] *Campbell*, 510 U.S. 569, at 587-89.

利用された量を評価するために差し戻す[266]。

2-2-4．第四の要素（著作物の潜在的市場あるいは価値への影響）

第四の要素では、被疑侵害者の特定の行為によって生じた市場の損害の程度だけではなく、被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かの検討が求められる。ここでは、原作品に対する損害だけでなく、派生的作品の市場に対する害についても考慮する必要がある[267]。

控訴裁判所は、Sony最高裁判決を引用し[268]、商業的な利益を得るための利用であれば、市場への損害が推定できるとした。しかし、Sony最高裁判決が述べたのは、商業的な利用が原作品全体の単なる複製であるときは、明らかに原作品の目的に代替し、原作品にとって市場における代替物となるという常識的なことである。これに対し、後続の利用が変容的である場合には、市場での代替性は少なくとも不確かなものとなり、市場の損害を容易には推定できない。実際、純粋かつ単純なパロディに関していえば、新たな作品が原作に対する代替品として（その「目的に取って代わる」ことによって）、その市場に影響を与えることはないだろう[269]。通常、パロディとオリジナルでは異なる市場の役割を提供しているからである[270]。

痛烈な劇の批評のような致命的なパロディが原作品の需要を失わせるとしても、それは著作権法の下で問題となる損害を生み出すわけではない。批判に対しては、保護すべき派生的な市場がない。派生的な利用の潜在的な市場には、オリジナルの著作物が一般的に開拓するであろう市場か、開拓するために他者にライセンスするであろう市場のみが含まれる。創造的な作品の創作者が、自己の作品に対する批判的な批評や風刺に許諾を与える可能性は低いため、潜在的なライセンス市場の概念からそのような利用

---

266 *Id*. at 589.

267 *Id*. at 590. Quoting NIMMER, *supra* note 217, §13.05[A][4].

268 Quoting *Sony*, 464 U.S. 417, at 451.

269 Quoting Leval, *supra* note 216, at 1125（Leval論文を引用している）.

270 *Campbell*, 510 U.S. 569, at 590-91.

は除かれるのである[271]。

しかし、批評やパロディのような後続作品は複雑な性質を有している可能性があるため、批評の分野ばかりでなく、派生的作品に対する保護すべき市場にも影響を与えることがある。2 Live Crewの歌は、パロディであるだけでなく、ラップ音楽でもあり、ラップ音楽についての派生的な市場は検討対象として適切である。派生的作品に対するライセンスはオリジナルの創作を促す重要な経済的インセンティヴであるから、それに対する重大な損害の証拠は、フェア・ユースの認定を妨げる方向で考慮されるだろう。この点については、地方裁判所も控訴裁判所も判断しておらず、証拠が示されていない[272]。

以上のように、Campbell最高裁判決は、第四の要素の判断において、潜在的なラップ市場が2 Live Crewのラップ版パロディにより何らかの被害を受けたか否かという点に関するさらなる審理を要求し、フェア・ユースの成立を否定した控訴裁判所の判決を破棄差し戻した。

3．フェア・ユースの実証的な研究　－変容的利用の理論の裁判例への影響の分析－

近時、裁判例のデータを統計的に分析するなどの方法により、フェア・ユースの実証的な研究が行われている。Barton Beebeは1978年から2005年の間に判例集に掲載された裁判所の意見を統計的に分析し、変容的利用に関するCampbell事件最高裁判決の影響は限定的である旨を示唆した。これに対し、Neil Netanelは、Beebeや他の実証研究を引き合いに出しつつ、2005年以降はCampbell判決の示した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しているとの分析を示している。

以下では、変容的利用の理論の裁判例への影響を含めた分析内容に着目しつつ、BeebeとNetanelによるフェア・ユースの実証研究を紹介する。

---

[271] *Id*. at 592-93.

[272] *Id*. at 590-94.

3-1．Beebeによる実証的研究　－Campbell最高裁判決の限定的な影響－

1978年から2005年までに判例集に掲載された裁判所の意見を統計的に分析したBeebeによるフェア・ユースの実証的研究では、フェア・ユースに関する興味深いデータが示されるとともに、四要素や副次的要素がフェア・ユース適用の結論に与える影響の検証などが行われている[273]。

変容的利用の理論の裁判例への影響についてBeebeは、変容性（transformativeness）に触れない裁判例が多いことから、一般に理解されているほどCampbell最高裁判決の影響力は大きくないと分析しているが、変容性が認定された判決においては、変容性がフェア・ユースの判断に十分な影響力を持っていると指摘した[274]。

3-1-1．裁判所による誘導（結論の先取り）の有無

裁判所が、フェア・ユースの四要素の判断を誘導（stampede）しているか、すなわち、フェア・ユースか否かの結論を最初に出し、それから四要素の各判断をその結論に適合するように調整しているかという問題について、Beebeは、判事は個別の要素の適用テストを誘導してはいないという結論を示している[275]。

Nimmerは、四要素が分析を支配するのではなく、結論を支持するための道具として使われているとし、さらに経験的な事実として、四つのうち三つの要素がその結論を支持するよう判断されていると述べた[276]。Sony事件[277]やHarper & Row事件[278]において、各審級の判断や、賛成意見・反対意見の中での各要素の判断が全く異なっていたことから、一般的にも、裁判

---

[273] Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. PA. L. REV. 549 (2008)（Barton Beebe（城所岩生・訳）「合衆国著作権法フェアユース判決（1985-2005年）の実証的研究（1）（2）」知的財産法政策学研究21号（2008年）117-169頁・22号（2009年）163-199頁）。

[274] Beebe・前掲注273）（2）175-179頁。

[275] Beebe・前掲注273）（1）164-167頁。

[276] David Nimmer, *"Fairest of Them All" and Other Fairy Tales of Fair Use*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 263 (2003), at 280-81.

[277] *Sony*, 464 U.S. 417.

[278] *Harper & Row*, 471 U.S. 539.

所がフェア・ユースの四要素のテスト結果を誘導するという理解がなされているという[279]。

Beebeは、この二つの事件においては判断が誘導されたとしながらも、それ以外の裁判例のデータの分析からは、伝統的な理解やいくつかの代表的な判例とは異なり、一般的に、判事らは個別の要素の適用を誘導してはいないとした。Beebeの統計的な分析によれば、フェア・ユースを肯定した意見において、四要素全てがフェア・ユースを支持すると判断した割合はわずかである。フェア・ユースを全面的に否定した意見においては、四要素全てがフェア・ユースを否定すると判断した意見の割合が高まるが、安易なフェア・ユースの主張がどのくらいなされているかは不明であり、結論の後づけとしての理由で各要素を判断しているといえるほど、その割合は高くない。むしろ、フェア・ユースを否定した意見の多くは、少なくとも一つの要素、そしてしばしば複数の要素が、総合的な結論を支持しないことを自ら認めている。さらに、判決が覆る場合にも、誘導値は高くなく、総合結果に合わせて個別要素の判断を調整しているとはいえない[280]。

そして、このような誘導を防いでいるのは、具体的で操作の対象になりにくい、四要素における副次的要素（例えば、第一の要素のもとでの商業性、変容性など）の存在であるのではないかと考察している[281]。

3-1-2. 各要素の分析

Beebeは、1980年代以降、特にHarper & Row事件の最高裁判決[282]を契機として、裁判所はフェア・ユースの四要素を非常に形式的、機械的に解釈するようになったと分析している。各要素がどちらの当事者を有利にするかを明確に述べるレトリック的慣行（rhetorical practice）は、全体の59.5%で採用されており、四要素以外の追加的な要素を考慮した判決は、わずか17.0%であったという[283]。

---

279 Beebe・前掲注273)(1)164-165頁。

280 Beebe・前掲注273)(1)165-167頁。

281 Beebe・前掲注273)(1)167頁注140)。

282 *Harper & Row*, 471 U.S. 539.

283 Beebe・前掲注273)(1)132-136頁。

四要素の分析からは、第一要素と第四要素が総合的な適用結果に大きな影響を与えていることが示されている。第四の要素と総合的な結果は83.8%で一致し、第一要素と総合的な結果は81.5%で一致するという。また、第一要素で「変容的」または「非商業的」と判断された場合、その理由によって市場に不利益な影響を与えないとされる可能性が高く、第四の要素も被告に有利となるため、第一の要素と第四の要素にも強い相関関係がある[284]。

しかし、Beebeは、抽象的な第四の要素よりも、具体的な副次的要素がフェア・ユースの結果に与える影響を重視している。例えば、原告作品が事実に基づくものである場合や、公表済みである場合、あるいは被告の利用が非商業目的である場合、フェア・ユースが認められる可能性が高い。その一方で、被告の利用が商業的な目的のものである、あるいは原告の作品全体を利用したという認定は、結論を左右するものではないという[285]。

また、下級審裁判所は、最高裁の代表的判例に必ずしも従っているわけではなく、このような傾向は、最高裁が最高裁自身の過去のフェア・ユースに関する意見の誤りを明確に訂正せず、再解釈することで修正を試みたことから生じているとしている。このことから、代表的判例からのフェア・ユース判例法へのアプローチは、裁判所において実際に適用されているフェア・ユースの原則を正確には説明できないとしている。Beebeは、対立する最高裁の先例を便宜的に使用しながらフェア・ユースの範囲を拡張してきた下級審判決を経験的な先例として評価しつつも、このような慣行が生じてしまうことについては組織的な失敗であるとして、107条を批判的に再構築する必要性を示唆している[286]。

3-1-2-1. 第一の要素（利用の目的と性質）

第一の要素がフェア・ユースを否定していると判定した意見の95.3%が最終的にフェア・ユースを否定しており、この要素がフェア・ユースを肯定していると判定した意見の90.2%がフェア・ユースを認定していること

---

[284] Beebe・前掲注273)(1)157-161頁。

[285] Beebe・前掲注273)(1)125頁。

[286] Beebe・前掲注273)(1)126-127頁・(2)197-198頁。

から、第一の要素と総合的なフェア・ユースの結論との強い関連性が示されている[287]。

第一の要素と関連する副次的要素について、まず、「商業性（commerciality）」（利用が商業的か、非商業的か）については、被告の使用の目的が商業的であるという判定は（意見の64.4％）、フェア・ユースを否定する結論を支持するのに大きな影響を及ぼしていない一方、非商業的な目的の場合（意見の15.4％）は、フェア・ユースを認定する結論に大きな影響を与えているとしている[288]。

また、Leval論文[289]やCampbell判決[290]によって重要性が強調されてきた「変容性（transformativeness）」については、Campbell判決以降の119件の意見のうち、41.2％がこの原則に全く触れていないことから、一般に理解されているほどその影響力は大きくないと分析している。しかし、変容性が認定された判決においては、42件中27件でフェア・ユースが認められていることから、変容性がフェア・ユースの判断に十分な影響力を持っているとし、また、商業的とされても変容的利用であると認められれば、フェア・ユースが認められうることを指摘する。Beebeの分析によれば、創造的で公表されている著作物について、変容的ではなく商業的な目的で利用した被告のフェア・ユースの勝率は35.5％であるのに対し、変容的利用であると認定された場合は、勝率が94.9％に跳ね上がるという[291]。

他方で、被告の行為の「不誠実（bad faith）」あるいは「適切性（propriety）」、「公正（fairness）」といったことを考慮すべきであるとの見解もあるものの[292]、データによると、フェア・ユースについての判例においては重要な役割を果たしていないとする。不誠実さが認められるケースでは、フェア・ユースも否定される傾向が高いが、他の考慮要素に基づいてすでに決定された結論を支持するための追加的考慮要素として機能しているに過ぎないと

---

[287] Beebe・前掲注273）（2）167-168頁。

[288] Beebe・前掲注273）（2）165・168-174頁。

[289] Leval, *supra* note 216.

[290] *Campbell*, 510 U.S. 569.

[291] Beebe・前掲注273）（2）165・175-179頁。

[292] Lloyd, *supra* note 238, at 1138.

いう。また、利用が107条の前文に掲げられている「批評、解説、ニュース報道、教育（教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究または調査」を目的とするものである場合も、フェア・ユースの判断の結果に重要な影響を与えないという分析も示されている[293]。

3-1-2-2．第二の要素（利用された著作物の性質）

第二の要素の結果は、通常、フェア・ユースの総合判定に大きな影響を与えていない。しかし、Beebeの分析によれば、原告の著作物が創作的著作物か／事実的な著作物か、あるいは公表済みか／未公表であるかという副次的な考慮要素が、フェア・ユースの結果に重大な影響を与えているという。公表作品を商業目的で使用した場合、創造的な性質と判断されるとフェア・ユースが認められる確率は35.5％であるのに対し、事実に関連した性質と判断されると80.3％に上がる。また、原告の著作物の状態が未公表から公表済みになると、被告のフェア・ユースの抗弁の成功率が、27.4％から57.8％に増加し、未公表から未公表ではない状態になる場合は変化しないという。下級審裁判所は、未公表著作物のフェア・ユースの成立に否定的なHarper & Row事件最高裁判決[294]の説示に賛同せず、逆に、作品が公表済みであるとの認定がフェア・ユースを支持するように考慮しているとBeebeは述べている[295]。

3-1-2-3．第三の要素（利用された量と実質）

一般的に、著作物全体がコピーされた場合には、フェア・ユースの成立が認められにくいと考えられているのに対し、実際は、そのような場合でも27.3％の割合でフェア・ユースが認められているとBeebeは指摘する。また、第一と第四の要素が結論に大きな影響力を持つとしても、第三の要素を過小評価することはできず、著作物全体の利用、あるいは著作物の核心的部分の使用がなされた場合、フェア・ユースの成立（あるいは総合的なテストとしての第四の要素の判断）に否定的な影響を与えるということ

---

293 Beebe・前掲注273）(2)180-183頁。

294 *Harper & Row*, 471 U.S. 539.

295 Beebe・前掲注273）(2)183-189頁。

が示唆されている[296]。

3-1-2-4．第四の要素（著作物の潜在的市場あるいは価値への影響）

Harper & Row事件において最高裁判所は、第四の要素が最も重要な要素であることを明言した[297]。その後のCampbell判決による修正の試みもあったものの[298]、一般的に、第四の要素の分析は、フェア・ユースの成否の結論に大きな影響力を持っていると考えられてきた。実際、第四の要素の判定と、フェア・ユースの成否の結論には相関関係があり、第四の要素がフェア・ユースを否定した141件の意見のうち、140件がフェア・ユースを認めず、第四の要素がフェア・ユースを支持すると判定した116件の意見のうち、6件以外はフェア・ユースを認定したという[299]。

しかし、それは逆に、第四の要素が本質的には、他の三要素の分析を統合して総合的な結論に到達するためのメタ要素であることによる結果に過ぎないとBeebeは分析している。すなわち、第四要素は、フェア・ユーステストの全てであり、それゆえ何ものでもなく、独立した変数としての機能は果たさないということである。また、第四の要素の統合的で決定的な性質が、この要素に関して副次的要素を展開させなかった理由かもしれないと述べる[300]。

結局のところ、判事らは、107条の適用において、第一から第三の要素で考慮されてきた被告の利用の正当化の強さと、利用が原告のインセンティヴに与える影響のバランスを比較衡量しているのではないかとBeebeは論じている。

3-2．Netanelによる実証的研究　－変容的利用の理論の台頭－

Netanelは、フェア・ユースの判例法に一貫性が見いだ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と

---

296 Beebe・前掲注273）(2) 189-191頁。

297 *Harper & Row*, 471 U.S. 539, at 566.

298 *Campbell*, 510 U.S. 569, at 578.

299 Beebe・前掲注273）(2) 191-192頁。

300 Beebe・前掲注273）(2) 191-196頁。

して、フェア・ユースの歴史的な変遷に着目した分析を行った[301]。これまでになされてきたBeebe[302]やSamuelson[303]、Sag[304]の実証研究等を踏まえ、Netanelはそれらの研究においてはフェア・ユースの変化をとらえきれていないことを指摘する[305]。そして、Campbell最高裁判決の翌年である1995年に遡ってフェア・ユースの判例法を検証しつつ、Beebeの研究期間後の５年間、2006年から2010年末までに出された連邦裁判所の裁判例に焦点を当て、2005年以降、変容的利用パラダイムが圧倒的にフェア・ユース法理を支配するようになったとし、そこに強い一貫性と確定性をみることができると分析している[306]。

以下、変容的利用の理論の台頭を論じるNetanelの実証的研究の概要を紹介する。

3-2-1．市場中心パラダイムの衰退と変容的利用パラダイムの勝利

Netanelは、フェア・ユース法理の変遷に着目した分析において、フェア・ユースの判例法は、過去30年間、競合するフェア・ユースの二つのパラダイムである「市場中心パラダイム（market-centered paradigm）」と「変容的利用パラダイム（transformative use paradigm）」に非常に強い影響を受けて

---

301 Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 715 (2011) <SSRN: http://ssrn.com/abstract=1874778.>（Neil Weinstock Netanel（石新智規=井上乾介=山本夕子・訳）「フェアユースを理解する(1)(2)」知的財産法政策学研究43号（2013年）1-44頁・44号（2014年）141-182頁）.

302 Beebe・前掲注273）。

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

304 Matthew Sag, *Fairly Useful: An Empirical Study of Copyright's Fair Use Doctrine* (2011) (unpublished manuscript) <http://ssrn.com/ abstract=1769130>.

305 Netanelは、BeebeとSamuelsonの研究について、フェア・ユース法理の変動の一部をとらえているが、Beebeはその研究が2005年で終わっているため、そして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いるために、両者とも、フェア・ユース法理の変化を解明していないとする。 Sagの研究についても同様に、2006年末までを対象にしたフェア・ユースに関する静的な叙述を提示しているに過ぎないとする（Netanel・前掲注301）(1)9-24頁）。

306 Netanel・前掲注301）(1)2-7頁。

きたとしつつ、かつて支配的地位にあった市場中心パラダイムが衰退し、変容的利用パラダイムが台頭するようになったと論じている[307]。

まずNetanelは、1982年に発表されたGordonの市場の失敗理論を提唱した論文[308]を起源とする「市場中心パラダイム」が、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位を占めてきたとする。

Netanelは、Sony事件の最高裁判決の反対意見[309]やHarper & Row最高裁判決における多数意見[310]において、Gordonの論文がフェア・ユースの適用を制限するために引用されたことを指摘するとともに、市場中心パラダイムがフェア・ユースにおける第四の要素を重要な要素と位置づけることを補強したと述べている。すなわち、市場中心パラダイムとは、合理的な著作権者であれば被告の利用に同意したであろうが、交渉コストが禁止的に高いためにそのようなライセンスが妨げられる場合にのみ、フェア・ユースの適用を認めるものであると位置づけている[311]。

このように市場中心パラダイムがフェア・ユースを著作権者の排他的権利の例外としてとらえるのに対し、変容的利用パラダイムは、フェア・ユースを著作権の目的に不可欠のものとしてとらえ、被告の利用が「変容的（transformative）」であるかの分析を重視するという[312]。

Netanelは、この変容的利用パラダムが、1994年のCampbell判決で採用されて以降、特にBeebeの研究が終わる2005年以降は顕著に、フェア・ユース法理を圧倒的に支配するようになったとの分析を示している。Netanelによれば、2006年から2010年の間、被告の利用が変容的か否かを検討した判決は、明示的に「変容的」という用語を用いていないものも含めると、地方裁判所の法廷意見で85.5%、控訴審裁判所の法廷意見では1つを除いた全てにあたる93.5%に上るという。これらの結果を総合すると、Beebeの

---

307 Netanel・前掲注301）（1）29-30頁。

308 Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).

309 Quoting *Sony*, 464 U.S. 417, at 478 (Blackmun, j., dissenting).

310 *Harper & Row*, 471 U.S. 539, 566 n.9.

311 Netanel・前掲注301）（1）30-32頁。

312 Netanel・前掲注301）（1）32頁。

研究に続く５年間に公表された法廷意見全体の87.2％が変容的利用の理論を採用していたことになる。1995年から2000年と2001年から2005年の間に変容的利用の理論に従った法廷意見は、それぞれ73.9％と77.8％であったことと比較すると、変容的利用の理論の影響力は拡大傾向にあることがわかる[313]。

また、変容性とフェア・ユースの成否には強い相関関係が認められるともしている。Netanelは、被告の利用を変容的であると明白に特徴づける近時の判決のほぼ全てがフェア・ユースを肯定しているという。被告の利用を「非常に（highly）」、「間違いなく（certainly）」、「著しく（significantly）」変容的である、または単に「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、被告の利用がフェア・ユースであると判断した一方で、問題となっている利用を変容的ではない、または「ごくわずかに（minimally）」、「一部（partly）」、「多少（somewhat）」変容的であると特徴づけた判決は、三つを除き全てがフェア・ユースを否定する判断をしたとしている[314]。

さらにNetanelは、第一の要素が興隆し第四の要素が衰退しているという分析から、そのことが市場中心パラダイムの影響力の衰退と変容的利用の理論の隆盛を示していると論じている。すなわち、第一の要素においてその利用が変容的であると判断されると、第三の要素、第四の要素の判断へ影響を与える。第三の要素（利用された量と実質）においては、市場中心パラダイムのもとで問題となるような原告著作物の最も価値ある部分を利用したかではなく、変容的利用の目的の観点から合理的といえる以上に利用したかが問題とされる。第四の要素においては、市場中心パラダイムのもとでのように著作権者にとって想定されるライセンス市場に含まれるかが問われるのではなく、変容的利用であれば市場への損害が原則として認められない[315]。

このようにNetanelは、今日、フェア・ユースの分析を牽引しているのは主として第一の要素であり、特にその利用が変容的であると判断される

313 Netanel・前掲注301）(1)32-33頁。

314 Netanel・前掲注301）(1)32-37頁。

315 Netanel・前掲注301）(1)41-44頁。

か否かであると分析している[316]。

3-2-2.「変容的利用」の意味

Campbell事件の最高裁判決は、変容的利用を「新たな目的や違った性質を持った何か新しいものを付加し、新しい表現や意味（meaning）、メッセージ（message）によって原著作物を変容させる利用」と定義したが[317]、その内容は様々に解釈しうる。Netanelはその解釈に次のような二つの選択肢がありうるとしている[318]。

① 表現内容（expressive content）自体の変容：小説や脚本の続編を書いたり、新たに作曲した曲に別の曲の短い断片を組み込むことなど、原作品を変更したり、原作品に新しい表現を付加することによる原作品の表現内容の変容
②（必ずしも表現内容の変容を伴わない）意味／目的（meaning）・メッセージ／意図（message）の変容：例えば、消費社会について論評をするために広告用ロゴマークを組み込んだ芸術的絵画や、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ズレターの一部の新聞紙面上での逐語的転載など、原作品の目的や意図の変容[319]

変容的利用の理論に対しては、変容的利用とは何であるかということの不確実性や、著作権者の派生的著作物に対する権利を著しく制約することに対する批判[320]があることを踏まえながらも、Netanelは、Campbell判決以降、裁判所は一貫して、変容的利用を、新しい表現上の寄与を必要とする利用ではなく、新しい別の目的のための利用と定義し、変容的利用に該当するか否かの判断において重要なことは、当該著作物が創作された目的と

316 Netanel・前掲注301）(1)44頁。
317 *Campbell*, 510 U.S. 569, at 579.
318 Netanel・前掲注301）(2)142頁。
319 Netanel・前掲注301）(2)142頁。
320 Quoting PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT, at §12[34]-[35].

は異なる目的を持っていることであることを明らかにしてきたという[321]。

1995年から2010年までの間に、合計して82件の公刊された判決が、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。これらのうち3件は、異なる表現目的を有することなく変更された表現が変容的利用に該当しうるとしたが、大多数は、異なる表現目的が欠けていればその利用が変容的であるために不十分であるとしている。著作物を異なるフォーマットや媒体に移し替えること（repackage）も、そのようにすることに異なる表現目的がなければ変容的利用に該当しない。その反面、多くの裁判所が、著作物の全体を改変することなく複製した場合であっても、それが異なる表現目的のためであれば、その利用が変容的利用であると判断しており、2006年から2010年までの間に、問題となった利用を明確に変容的利用と判断した法廷意見のうち、改変することなく複製している事例が約4分の1を占めているという[322]。

Netanelはまた、原告と被告の表現目的を比較するという変容的利用理論の基本原理からすれば、特定の利用類型や表現目的を支持することはないはずであるとしつつ、1995年から2010年までのデータからは、フェア・ユースの判断と強い相関関係がある特定の利用類型が示されるとしている[323]。

パロディ、著者への批判、伝記、歴史、一般的社会・政治批評、訴訟、中間的複製などを目的とした利用は、統計的に有意な程度にフェア・ユースであると判断されている。もっとも、このような利用の多くの場合において、著者が原著作物を創作した目的とは異なる表現目的を持っている可能性が高い。これに対し、広告や消費的な利用を目的とする場合は、統計的に有意な程度にフェア・ユースが否定されている。その他、風刺（satire）、時事の報道、レファレンス・ワーク、情報検索ツール、研究、教育を目的とする利用については、統計的に有意な結果が示されなかったという[324]。

Netanelは、変容的利用の理論に基づく基準は被告と著作者の表現目的を比較することを明確に要求するものであるが、著作者と被告の表現目的を

---

321 Netanel・前掲注301）(2)143頁。

322 Netanel・前掲注301）(2)144-145頁。

323 Netanel・前掲注301）(2)147頁。

324 Netanel・前掲注301）(2)147-148頁

どのように把握するかについて裁判所の裁量が明確には制限されないため、不確実性を残すものであるとしている[325]。

3-2-3．変容的利用の理論の採用によるフェア・ユースの勝訴率の上昇とその要因について

Netanelは、裁判所による変容的利用の理論の採用が、裁判例の結果にどのような影響を与えたかを検討し、変容的利用の理論の採用とフェア・ユースの抗弁を主張した被告の勝訴率の上昇とに相関関係があると分析している[326]。

1995年から2010年の期間のNetanelの分析によれば、裁判所が変容性を検討する割合（明示的に変容的という用語を用いないものも含む）は、70.45％（1995-2000年）、77.27％（2001-2006年）、95.83％（2006-2010年）と上昇し、それに伴い裁判所が変容性を検討した場合に被告が勝訴する割合も、32.14％（1995-2000年）、47.06％（2001-2006年）、60.87％（2006-2010年）と上昇したという。さらに、裁判所が利用を変容的であると判断した場合に被告が勝訴する割合は一貫して高く、2001-2006年及び2006-2010年においては100％に到達しているという[327]。

このようにNetanelは、裁判官が変容的利用の概念に言及する頻度の増加が、必ずしもフェア・ユースを主張する被告の勝訴率の上昇を推進していることを意味するものではないとしながらも、変容的利用パラダイムへの裁判所の変化が被告の勝訴率を増加させる一因となっていると論じている[328]。

そして、被告の勝訴率が上昇した背景には、著作権の保護期間を延長する改正法を合憲としたEldred事件最高裁判決[329]によって生じた著作権者

---

[325] Netanel・前掲注301）(2)148頁。

[326] Netanel・前掲注301）(2)155頁。

[327] Netanel・前掲注301）(2)154-155頁

[328] Netanel・前掲注301）(2)155頁。

[329] Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (U.S. 2003). Eldred事件に関する邦語文献として、横山久芳「ミッキーマウス訴訟がもたらしたものー著作権保護期間延長立法の合憲性」ジュリスト1244号（2003年）268-273頁、今村哲也「著作権の保護期間延長と表

の権利に対する懐疑論があるのではないかと推測している。Eldred事件最高裁判決は、著作権保護期間延長法について、限られた期間（for limited times）の権利付与を認める憲法の特許・著作権条項（合衆国憲法第1編8条8項）に基づく連邦議会の裁量の範囲内であり、また言論の自由を定める合衆国憲法修正第1条に抵触せず、合憲であると判断した。Netanelは、この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、強欲なものとして著作権産業の評価を貶めた勝利でもあったとする。Eldred判決以降、裁判所は、様々な場面で、著作権の行使や損害賠償等を制限してきた[330]。

ただし、Priest Klein選択仮説（和解また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、民事訴訟の原告勝訴率は通常は50%に近くになるはずであると予見する仮説）に基づき、被告の勝訴率は50%程度の中間値に戻っていくことが予想されるという[331]。

現の自由についての小考－Eldred事件最高裁判決とその後の動向－」企業と法創造3巻1号（2006年）163-170頁、大日方信春『著作権と憲法理論』（信山社・2011年）161-184頁、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(1)」知的財産法政策学研究45号（2014年）87-95頁等がある。

[330] Netanel・前掲注301）(2)157-158頁。

[331] Netanel・前掲注301）(2)152・159頁。