HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作物等の写り込みと些少な侵害に関する一考察（2）：アメリカ法における位置づけを手がかりとして
Author(s)	橋谷，俊
Citation	知的財産法政策学研究，55，249-326
Issue Date	2020-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/78751
Type	departmental bulletin paper
File Information	55_07-Hashiya.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

著作物等の写り込みと些少な侵害に関する一考察(2)：アメリカ法における位置づけを手がかりとして

橋　谷　　俊

－目　次－

序　章　問題の所在
第１章　我が国における従前の議論（以上　第50号）
第２章　アメリカにおける著作物等の付随的な利用をめぐる議論状況
　序　論
　第１節　著作権侵害の積極的要件
　　１．著作権侵害の要件論
　　２．実質的類似性の法理
　　３．de minimis の法理
　第２節　抗弁－特にフェア・ユース（fair use）の法理とふたつの基礎理論
　　１．はじめに
　　２．著作権法107条のフェア・ユース規定
　　３．市場の失敗としてのフェア・ユース
　　４．変容的利用とフェア・ユース
　第３節　付随的な利用（incidental use）の三類型と判例法理の展開
　　１．はじめに
　　２．第一類型：不可避的・偶発的な利用
　　２－１．非侵害事例
　　２－２．侵害事例
　　２－３．小括
　　３．第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるもの
　　３－１．第２巡回区の事例
　　３－２．第６巡回区の事例
　　３－３．小括
　　４．第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくいもの
　　４－１．市場を奪うことはなさそうと判断されたもの
　　1）伝記の構成
　　2）訃報の構成

3）批評・論評の展開
4）番組オープニング映像でのコラージュ
5）背景的なパロディ
6）小括
4－2．市場を奪うことになりそうと判断されたもの
1）伝記の皮をかぶったグッズ
2）ニュースの皮をかぶったエンタメ
3）ニュース供給市場の占奪
4）広告の装飾演出
5）小括
5．第2章のまとめ－付随的な利用（incidental use）の三類型と法理の関係（以上　本号）
第3章　日本法の解釈論－「付随的な利用の三類型」への対処可能性
序　論
第1節　第一類型：不可避的・偶発的な利用の処理
第2節　第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められる事案の処理
第3節　第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくい事案の処理
おわりに　本稿のまとめと今後の課題

第2章　アメリカにおける著作物等の付随的な利用をめぐる議論状況

序　論

本章では、アメリカにおける著作物等の付随的な利用と侵害の当否との関係を分析する。本稿の主な関心事は、コンテンツの制作とビジネスをめぐる実務的な観点から、豊富な先例があるアメリカでは偶発的な「写り込み」だけでなく意図的な「写し込み」の扱いを含めどのような事案がセーフ（非侵害）とされ、あるいはアウト（侵害）になっているのか、侵害／非侵害の判断はどのような理由によるのか、というものだからである。

第1節では、付随的な利用をめぐる著作権侵害の積極的要件としての「コピー」の有無が、どのように判断されるのかを概観する。第2節では、原告の請求を成り立たせるに十分な（actionable）コピーがあったとされた場合、次に問題となる積極的抗弁としてのフェア・ユースをめぐる議論を

概観する。侵害の要件論と抗弁との関係をおおまかに理解することは、付随的な利用と侵害の当否との関係を理解するための前提知識として必要となるものである。第3節では、放送、映画、雑誌、広告などでの著作物の写り込み・写し込み――付随的な利用（incidental use）が問題となったさまざまな事例を、まず「写り込み」の事案として①不可避的・偶発的な利用、次に「写し込み」の事案として②意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるものと③認められにくいものの3つに分類。使う目的から入ってそれぞれ写り方が小さいもの、すなわち依拠する部分が小さいものから大きいものという流れで、利用の程度の違いに対する侵害の当否という観点から、事案と結論との関係を上記の三類型に沿って整理していく[118]。このような行為規範的な捉え方は、実務家として放送とコンテンツビジネスをめぐる知財法務とコンテンツ展開に長く従事してきた筆者の強い関心に基づくものである。

アメリカにおける写り込み関連の事案とその判断に関する全体的な傾向を先取りして述べるならば、アメリカではおもしろいことに、非意図的・不可避的・偶発的な写り込みの事例よりも、むしろ意図的・積極的な目的を持って使う写し込みの事例が多い。しかも意図的な写し込みであるからといって、必ずしも侵害が肯定されているわけではないところが大変興味深い。アメリカではde minimisやフェア・ユース（fair use）といった諸事情を柔軟に考慮する法理によって著作権侵害の当否が判断されているところ、結局原告の市場に対する影響の程度をより重視しているようだが、これらアメリカ特有の法理によって非侵害の方向に何か判断が緩められているようにも見えない。ゆえにコンテンツの制作とビジネスの実務的な関心に基づき、写り込みと写し込み――付随的な利用をめぐる事案と結論との対応関係を豊富な事例から学ぶという専ら機能的な考察を目的と

[118] 本稿は、田村善之「写り込みと著作権」第59回放送法務研究会（平成21年3月9日）講演録（2009年・未刊行）25頁以下を参考にしている。また、写り込みの問題の総論的な先行研究である小嶋崇弘「著作物の付随的利用－英米法との比較を中心に－」（2008年・北海道大学修士論文・未刊行）も参考にしている。本研究のために未刊行論文をご教示くださった田村善之教授、小嶋崇弘准教授に記してお礼申し上げる。

する本研究においては、アメリカ法が比較法の対象に足り得ると考えている。

以下では、具体的な事例を見ていく前に、アメリカ著作権法における著作権侵害の一般的な要件論と、コピーの有無を量的・質的に判断することによって侵害の有無を決する重要な法理――実質的類似性とde minimisを確認しておく。なお、上記のとおり本稿では、事案を見る際に「写り込み」、「写し込み」と言葉を区別して使うこともあれば、付随的な利用を一括りに「写り込み」と広義にいうことも多い。

第１節　著作権侵害の積極的要件

１．著作権侵害の要件論

アメリカ著作権法では、著作権者の有する６つの排他的権利が106条において定められている。すなわち、著作権者は、①著作物のコピー、②派生的著作物の作成、③著作物の頒布、④公の無形的な利用、⑤公の展示、⑥録音物のデジタル送信による公の利用の６つの利用行為について、他人による無断利用を禁止できることになっている[119]。

他人による無断利用など、106条に定める利用行為によって著作権を侵害された著作権者は、著作権をあらかじめ著作権局へ登録（411条）していれば、被疑侵害者に対して侵害訴訟を提起できる（501条）[120]。原告として著作権侵害訴訟を提起する著作権者は、被疑侵害者である被告の著作権侵害行為を立証しなければならない。すなわち、①侵害のあったことを主張する著作物に直接関係する排他的権利の保有と、②問題の排他的権利に

119　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）』（2003年・信山社）437-438頁参照。

120　ゴーマンほか・前掲注(119) 777頁、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』（2004年・信山社）179頁参照。もっとも、アメリカを本国としない外国の著作物については、登録が訴訟提起の前提条件とされていないことにつき、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－（上）』（2003年・信山社）431-435頁参照。

対する一応証明された（prima facie case）[121]侵害の存在が必要とされ、一旦原告によって著作権侵害が一応証明されると、被告が侵害に対する反証責任を負い、著作権法107条から121条に定める権利制限が、積極的抗弁として機能する[122]。

写り込みは、「コピー」との関係が主な問題になるところ、この「コピー」（copying）とは専門用語かつ包括的な用語で、原告の排他権が侵害されているということの最終判断を左右するふたつの基本的な論点をひとまとめにしているという[123]。被告による原告楽曲の盗作が争われた［*Arnstein v. Porter*］で第２巡回区連邦控訴裁判所[124]は、コピーに関して、①被告が原告著作物を実際にコピーしたこと、②そのコピー（立証されると仮定して）が違法な利用（improper appropriation）を構成する程度に至ったことの２点を、原告の立証すべき事項と判示した。判旨によれば、被告が原告著作物をコピーしたとの自白はもとより、事実認定者がコピーのあったことを合理的に推論し得る状況証拠（circumstantial evidence）、すなわち通常は原告著作物へのアクセスの証拠も、①のコピーの証拠となり得るとした[125]。もっとも、アクセスの証拠と類似の有無には次のような相関性があることについて、原告著作物と被疑侵害著作物との間に類似性がま

[121] prima facie caseについて、奥邨・前掲注(1)15頁、樋口範雄『アメリカ不法行為法』(2009年・弘文堂) 59頁参照。

[122] *See* MARSHALL A. LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW 487 (6th ed., LexisNexis 2014).

[123] *Id.* at 428. 同 n. 4 は、「『コピー』という語は不適切な名称である。複製、派生的著作物の作成、それに公の利用についての権利でさえも、さまざまな形でコピーにかかわる。しかし『コピー』という語は、違法な頒布や公の展示にも及ぶ。これらは日常用語として使用しているかもしれないコピーという行為ではほとんどない。」（The term “copying” is a misnomer. The reproduction, adaptation, and even performance rights involve copying in one way or another. But the term “copying” covers unlawful distribution and display as well, which are hardly acts of copying as one might use term in ordinary language.）とする。このように、アメリカの「コピー」は、我が国でいう「複製」を含み、さらには他人の著作物に依拠して利用することまで意味する場合もある多義的な概念、といえそうである。

[124] *See Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 468 (2d Cir. 1946).

[125] *Id.*

ったくなければ、アクセスに関する最大限の状況証拠があっても、コピーの立証には十分とされない。また、アクセスと類似性の証拠があれば、事実認定者は、その類似性がコピーを立証するのに十分かどうかを判断しなければならない。さらに、アクセスの証拠がなければ、原告著作物と被疑侵害著作物が独立して同じ結果に至った可能性を排除できるほどにきわめて著しい（so striking）類似でなければならない旨を説示していた[126]。なお、ここでいう類似性（similarity）とは、アクセスの有無、要するに依拠（copying）の証拠となる類似性（probative similarity）であって、次に見る②の違法な利用（improper appropriation）を構成する実質的類似性（substantial similarity）を証明するための類似性とは異なる点で注意を要する[127]。なお［*Arnstein v. Porter*］は、被告楽曲は原告楽曲に類似しているがこの程度では被告が原告楽曲をコピーしたとは推論できないところ、原審では陪審による証言の審理を経ておらずアクセスの有無に関する事実認定に不備があるとして差し戻した（その後陪審審理により被告勝訴）[128]。そして、次に見るとおり②までが立証されると、侵害の存在が一応証明された（prima facie case）ことになる[129]。

２．実質的類似性の法理

①被告による原告著作物のコピーが立証されても、そのコピーが②違法な利用（improper appropriation）、すなわち請求を成り立たせるに十分な（actionable）というためには、被疑侵害著作物が原告著作物と実質的に類似していなければならない[130]。実質的に類似していること（substantial

---

126 *Id.*

127 *See* ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL & MARK A. LEMLEY, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE 542-43 (6th ed., Aspen Law & Business 2012).

128 ゴーマンほか・前掲注(119)445-449頁参照。

129 LEAFFER, *supra* note 122, at 488.

130 *See* MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, 4 NIMMER ON COPYRIGHT § 13.03 [A] (2018) (available at Lexis Advance) [hearinafter NIMMER, # NIMMER ON COPYRIGHT].

similarity）とは、被告著作物においてコピーされた部分が、質的・量的に原告著作物の重要な部分であることとされる[131]。楽曲の盗作問題に関して前掲第2巡回区［*Arnstein v. Porter*］によれば、法的に保護される原告の利益とは、ミュージシャンとしての評判ではなく、一般大衆が原告の楽曲をよいと認めることから生まれる経済的な報酬に対する潜在的利益なのであるから、被告が原告著作物からそれを不正に奪ったかどうかの判断は事実認定の問題であり、専門家ではなく音楽を楽しむ一般大衆がそのように認識できるかどうかによるものとされた[132]。専門家ではなく一般大衆に判断させるのは、著作権の排他性を市場のレベルで担保することに意味があるからとされる[133]。実際に市場で被疑侵害著作物が原告著作物に代替するかどうかは、一般大衆のほうがより正しく見極められると裁判所は考えたのだろう。

もっとも、これに対しては、主にソフトウェアにおける実質的類似性の判断を念頭に、アイディア、アイディアに必然的に付随するもの、事実、作業の方法、機能的な要素、ありふれたもの、実用的なデザインの要素、必然的に決まる要素といったものは著作権では保護されないため除外される事実を理解し、どのようなものがどちらのカテゴリーに入るのか陪審が自力で見分けることはありそうにない。被告の関与したコピーが、実際に法的に許容され得るアイディアや著作権で保護されない要素のコピーなのか、著作権で保護される表現を違法に利用したものかどうか見分けることは、専門家による詳細な分析がなければ難しいといった旨の批判[134]がある。

実質的類似性を写り込みの問題から見ると、要するに被告著作物に写り込んだあるいは写し込んだ部分が、質的・量的に原告著作物の重要な部分を構成するものといえるかどうかということが論点となる。したがって、

---

131 *Id*. § 13.03 [A][2][a].

132 *Supra* note 124, at 473.

133 奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論～米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討～」Law & Technology 66号（2015年）27頁参照。

134 *See* Mark A. Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 J. COPYRIGHT SOC'Y 719, 737-40 (2010).

類似している部分がごくわずか（slight）であるか、取るに足りない（trivial）といった場合は、このようなコピーは実質的であるとはいえないため、非侵害であることは明らかとされる[135]。言い換えると、コピーが侵害のレベルに達するためには、著作権で保護されるべき表現を de minimis（些少な）量以上、含んでいなければならない[136]。

３．de minimisの法理

de minimisとは、ラテン語の “de minimis non curat lex”、英語では “the law does not concern itself with trifles” という法諺[137]に由来する一般法理で、著作権法にも存在している（後掲第２巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］[138]）。この法理の目的は、裁判所が些少な侵害事件であふれかえることを防ぐことにあり[139]、要するに形式的には権利侵害に該当するような行為であっても、裁判で取り上げるに値しない些少なものは許すというもので

---

[135] NIMMER, 4 NIMMER ON COPYRIGHT § 13.03 [A].

[136] Lemley, *supra* note 134, at 720.

[137] 伊藤正己『プライバシーの権利』（1963年・岩波書店）111頁は、「法は些事に関与せず」と訳する。武市春男『イギリスの法律格言』（1968年・国元書房）66頁は、「法は些事に頓着せず」と訳し、法の一般原則として、法が保護せず、もしくは禁止・嫌忌するものと紹介している。また、守屋善輝『英米法諺』（1973年・日本比較法研究所）20頁は、「法は、瑣事にわずらわされない」と訳する。その趣旨は、「善良な裁判官は、訴訟から訴訟が生じないように、訴訟を解決する。訴訟に終熄があることは、国家にとって大切である。」（A good judge disposes of cases once for all in order that lawsuit may not arise out of another; and it is in the public interest that decision should be final.）ことにあり、「善良な裁判官は、正義に従って裁判する。そして、厳格な普通法よりも、衡平法を優先させる。」（A good judge decides according to justis and right, and prefers equity to strict law.）との法諺をあわせて紹介している（同140-141頁参照）。de minimis の法理は、些細な肖像の写り込みの事案に対しても適用されることにつき、伊藤・前掲111-113頁参照および *see* Roberta Rosenthal Kwall, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis*, 70 IND. L.J. 47, 96 (1994).

[138] *See Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70, 74 (2d Cir. 1997).

[139] Lemley, *supra* note 134, at 720.

ある。

たとえば、ミニカーのブリスターカード（プラスチックのケースの台紙として機能して商品を包装する紙で、商品の宣伝文句やイラスト等が記載されているもの）のデザインの過程で、被告が原告のおもちゃのイラストを、制作中のカードにレイアウトしてデザインを検討したことについて、そのカードは実際に商品として一度も使用されなかった単なる控えにすぎないため、このような使用はde minimisであるとして原告による著作権侵害の主張を退けたという1982年の第2巡回区連邦控訴裁判所判決［*Knickerbocker Toy Co. v. Azrak-Hamway Int'l, Inc.*］[140]がある。このブリスターカードのように、非実質的で形式的な著作権侵害というのは、「答える必要のまったくない問題」[141]であるとされる（後掲第2巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］[142]）。

著作権侵害事件におけるde minimisの法理の多くは、後に見ていくとおり、判決文に「de minimis」という言葉が現れているかどうかはさておき、実質的類似性に欠ける些少なコピーをde minimisとして処理する、あるいはフェア・ユース該当性の考慮要素（第3要素）のひとつとして用いられているようであり、必ずしも厳密に適用されているわけではないようである。実際、de minimisと実質的類似性、de minimisとフェア・ユースにはそれぞれ包含関係があると見られる。では実質的類似性の要素を満たし、フ

---

[140] *See Knickerbocker Toy Co. v. Azrak-Hamway Int'l, Inc.*, 668 F.2d 699 (2d Cir. 1982).
この事件で「開示」(disclosure)によって原告が被告から入手したブリスターカードの話というのは第3の訴訟原因で、第1の争点はミニカー商品自体におけるコピーの有無であった。コルベットのミニカーを格納する透明なプラスチック製のケースをバンドで手首に装着する子ども用のおもちゃで、ボタンを押すとケースが開いて、スロープからバネの力でミニカーを走り出させることのできる原告商品（Wrist Racers）に類似した被告商品（Shooters）について、原審はコピーがまったくなかったと単純に判断したのではなく、事実問題としてこのふたつのおもちゃのデザイナーらは、コルベットの異なるモデルのデザインにそれぞれ依拠しているとして実質的類似性を否定したのであるから、原審の判断に誤りはないとした。

[141] *See* Pierre N. Leval, *Nimmer Lecture: Fair Use Rescued*, 44 U.C.L.A. L. REV. 1449, 1457 (1997).

[142] *Supra* note 138, at 74.

ェア・ユースの抗弁も認められないときでも、de minimisの抗弁によって独自に著作権侵害を否定し得るのかというと、それは難しいようだ。論者によれば、裁判例ではほとんどそのように機能していないことから実質的類似性やフェア・ユースの判断における役割に大方限られるべきとの指摘[143]、量的にはもちろんコピーについての質的な考慮をしないで裁判所がde minimisを適用することはないとの指摘[144]、前掲第2巡回区［*Knickerbocker Toy Co. v. Azrak-Hamway Int'l, Inc.*］のブリスターカードについて、実際に商品に使用して販売し、被告がロイヤルティを得ていた場合、形式的な侵害への適用として裁判所がde minimisの抗弁を採用することはあまりしそうにないといった指摘[145]がある。

実際にde minimisと実質的類似性の包含関係が現れていると見られる写り込みの代表的な事例が、1997年の第2巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］[146]である。キルト作品を複製したポスターがテレビドラマのセットとして使用され、ピントは完全ではないものの約27秒間大きく明瞭に写し出されたという事案について、de minimisとフェア・ユースのいずれも否定した（フェア・ユースの分析については第3節3を参照）。第2巡回区連邦控訴裁判所は、著作権法においてde minimisの法理が、前記のとおり①形式的な侵害を問題にしないこと、②量的に実質的類似性のしきい・限界（threshold）から外れることを意味すること、③フェア・ユースの抗弁に関して考慮されること、という3つの文脈で用いられている[147]との抽象論を展開したうえで、ポスターの内容がはっきりと視認できる写り方は量・質ともにde minimisではないとした。

この判決に対して、実質的類似性の分析におけるひとつの基本原理は、取り込まれた原告著作物の量に焦点を当てることであって、被告著作物においてコピーされた表現が目立っていることに焦点を当てることではな

---

143 NIMMER, 2 NIMMER ON COPYRIGHT § 8.01 [G].

144 MERGES ET AL., *supra* note 127, at 550.

145 *See* Julie D. Cromer, *Harry Potter and the Three-Second Crime: Are We Vanishing the De Minimis Defense from Copyright Law?*, 36 N.M. L. REV. 261, 267 (2006).

146 *See supra* note 138, at 70.

147 *Id*. at 74-76.

いとの理解のもと、［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］の考慮した、被疑侵害著作物が原告著作物を写し出した時間の長さや写し出した相対的な大きさ――見て分かること（observability)――は、コピーによってどれだけ損害が生じたのかという問題に主に関連するもので、本来、コピーがあったかどうかの考慮要素ではまったくないとの批判[148]がある。

また、上記のようにde minimisの法理が実質的類似性の有無の判断と関連づけられていることについて、今や実質的類似性の分析では、総じて原告著作物のコピーされた部分の量的、質的な重要性の両方について、より手の込んだ分析を必要とし、量的なテストはケースバイケースで判断されるために予測が困難。そのうえ、取り込まれた量が、量的にわずかであっても、その部分が質的に原告著作物の核心を構成していると裁判所が判断するならば、de minimisの法理の射程から外れることもあるとして、他の先行作品の一部を取り込んで新たな創作を行うドキュメンタリーや、ミュージック・サンプリング[149]といった漸進的な（cumulative）後発創作の自由の確保を重視する立場から見れば、de minimisの法理はきわめて頼りな

---

148 *See* Andrew Inesi, *A Theory of De Minimis and a Proposal for Its Application in Copyright*, 21 BERKELEY TECH. L.J. 945, 962-64 (2006).

149 被告映画のサウンドトラックであるラップ・ミュージックのレコードに、原告のレコードに収録されたイントロ部分のソロギターのリフを2秒間、キーを変えるなどして使用（サンプリング）したことについて、第6巡回区連邦控訴裁判所は、著作権法114条(b)によれば、他人と同じリフを新たにレコーディングして使用することは自由なのであるから、他人のレコードを無断でサンプリングしたならばそれは著作権侵害であり、de minimisと実質的類似性のいずれの分析も不要とした（*See Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792, 799-805 (6th Cir. 2005).）。同判決が提起したミュージック・サンプリングにおける侵害／非侵害の判断基準をめぐる議論については、実務的観点からの専門的な先行研究があり、写り込みの問題とは直接かかわらないことから、本稿では立ち入らないこととする。著作隣接権制度を持たないアメリカ著作権法の下では、サウンド・レコーディングは著作隣接権ではなく、著作権の保護対象となることを含め詳細は、安藤和宏「アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟に関する一考察(1)－Newton判決とBridgeport判決が与える影響－」知的財産法政策学研究22号（2009年）205頁以下および同「(2・完)」知的財産法政策学研究23号（2009年）237頁以下を参照されたい。

いと評する論者[150]もいる。

第２節　抗弁－特にフェア・ユース（fair use）の法理とふたつの基礎理論

１．はじめに

ある著作物の付随的な利用について、原告の請求を成り立たせるに十分な（actionable）コピーがあったとされた場合、著作権侵害の存在が一応証明された（prima facie case）ことになり、被告は著作権侵害に対する反証責任を負う[151]。そこで被告には、著作権法107条に基づくフェア・ユースの積極的抗弁によって侵害を否定するという防御手段が用意されている。

アメリカには、写り込みの事案をフェア・ユースの法理で処理した事例が豊富にある。我が国の写り込みの問題において今後、いかなる場合に著作権を制限すべきか[152]を考えるに当たり、フェア・ユースの抗弁が認められた事案だけでなく、認められなかった事案――侵害とされた事案――も数多くあるからこそ、侵害／非侵害のおよその分岐点を具体的に示してくれているアメリカ著作権法のフェア・ユースをめぐる議論を参酌する価値は、決して低くはないように思われる。

そこで本節では、第３節での具体的な事案と結論との関係の理解に必要な範囲で、フェア・ユースをめぐる議論において避けては通れないふたつの連邦最高裁判決と、フェア・ユースの位置づけに関するふたつの重要な基礎理論を確認しておく。

２．著作権法107条のフェア・ユース規定

原告・被告双方のさまざまな事情を総合衡量して著作権侵害の当否を判断するフェア・ユースの法理は、我が国の著作権法には見られないアメリ

---

[150] *See* Peter S. Menell & Ben Depoorter, *Using Fee Shifting to Promote Fair Use and Fair Licensing*, 102 CALIF. L. REV. 53, 63-64 (2014).

[151] LEAFFER, *supra* note 122, at 427-28, 487.

[152] 田村・前掲注(12)21頁参照。

カ著作権法の大きな特徴である。

フェア・ユースの法理は、1841年のマサチューセッツ地区連邦巡回裁判所の判決［*Folson v. Marsh*］[153]におけるStory判事の説示がその起源とされ、同説示は社会における漸進的な創作活動と表現の自由を促進するために、著作権法にとっての最も重要な安全弁のひとつとなる基盤を与えたとされる[154]。もっとも、［*Folson v. Marsh*］においてStory判事は、フェア・ユースの分析を実際に行ったわけではなく、原告著作物の市場に与える影響を最も重視して、被告書籍における原告書籍の抜粋利用が違法な利用（improper appropriation）に当たるかどうか、つまり、今でいうところの実質的類似性の分析を専ら行っていた[155]。論者によれば、その後も110年間はフェア・ユースの分析において［*Folson v. Marsh*］が引用されることはほとんどなかったが、1955年以降フェア・ユースの事例として引用される

---

[153] *See Folson v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

アメリカ合衆国初代大統領ジョージ・ワシントンの伝記である原告書籍は全12巻約7,000頁。被告書籍866頁中353頁が原告書籍からの抜粋で、被告抜粋部分の353頁中319頁がワシントンの手紙。そのうち64頁分が公の書簡、255頁分が私信であった。裁判所は、原告が出版した伝記に掲載したワシントンの手紙をデッドコピー的に抜粋した被告書籍（同じくワシントンの伝記）に関して、被告書籍は原告書籍の重要な部分の単なる抜粋であって、原告書籍の価値に代替するものであるから、結論としてそのようなコピーは原告の許諾がなければ侵害になると判示した。

マサチューセッツ地区連邦巡回裁判所は、1789年の裁判所法で創設され1911年に廃止された連邦裁判所であり、現在の連邦控訴裁判所とは異なる。合衆国地方裁判所裁判官と巡回してきた最高裁判所裁判官により構成され、合衆国地方裁判所からの上訴と広範な第一審管轄権を有した。田中英夫『英米法総論　下』（1980年・東京大学出版会）392頁、小山貞夫『研究社 英米法律語辞典』（2010年・研究社）参照。

[154] MERGES ET AL., *supra* note 127, at 609.

もっとも、Neil W. 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）」知的財産法政策学研究43号（2013年）8頁によれば、フェア・ユース自体の起源は、1710年のイギリスコモン・ローおよ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であったという。

[155] *See* R. Anthony Reese, *The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses*, *in* INTELLECTUAL PROPERTY STORIES 288-89 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss eds., Foundation Press 2006).

ようになったという[156]。そしてこの間、1984年に後掲最判［*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*］が反対意見の脚注において、翌1985年に後掲最判［*Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*］が多数意見の本文で、それぞれ［*Folson v. Marsh*］をフェア・ユースの法理として引用したことを経て、1994年の後掲最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］が、［*Folson v. Marsh*］を最も重要な（the key）アメリカのフェア・ユースの先例として引用したことによって、フェア・ユースの法理の起源という見方が固まった旨を指摘する[157]。

フェア・ユースの法理は、著作権者の排他的な権利に対する最も重要かつ広く確立した制限のひとつとして存在してきたところ[158]、1976年に連邦議会によってアメリカ著作権法107条[159]として成文化された。その規定は次のとおりである。

「106条にかかわらず、著作権の成立している著作物のfair useは、著作権侵害にあたらない。fair useには、批評、論評、ニュース報道、教育（教室内における複数のコピー作成を含む）、学術、研究等の目的のための、コピーないしフォノレコードによる複製、その他106条に規定する方法による複製行為を含む。ある著作物における既存著作物の使用がフェア・ユースにあたるか否かの判断にあたっては、以下の要素が考慮されるべきである。

(1) 使用の目的と性質（その使用が商業的なものか非営利の教育的なものかという点を含む）
(2) 利用された著作物の性質
(3) 全体として利用された著作物に占める、利用部分の量と実質
(4) 使用が、使用された著作物の潜在的市場あるいは価値に与える影響」[160]

---

156 *Id.* at 289-91.

157 *Id.* at 291-93.

158 *See* H.R. Rpt. 94-1476 at 65 (Sep. 3, 1976).

159 *See* 17 U.S.C.S. § 107 (1976).

160 この107条の和訳は、村井麻衣子「著作権市場の生成とfair use－Texaco判決を端

フェア・ユース規定は、原告によって一応証明された（prima facie case）著作権侵害の主張に対する被告の積極的抗弁として用いられる。フェア・ユースに該当するとされた行為は、著作権が制限され、著作物の利用者は著作権者に許諾を求めたり、使用料を支払ったりする必要はない[161]。107条前文の掲げる6つの利用目的には、論者によれば次の3つの主要な原理（policies）が根底にあるとする。①後発創作者と公衆が自由に言論・表現する利益（free speech and expression interests of subsequent authors and the public）、②創作活動の継続的な進歩（the ongoing progress of authorship）、③学問（learning）、の3つを促進することであるという[162]。著作権法の厳格な適用は、著作権法が促進しようとする創作そのものを抑制してしまうこともあるため、フェア・ユースは裁判所が著作権法を厳格に適用することを避けられるようにしているとし、研究者や他の創作者がフェア・ユースを行えば、社会に便益をもたらすとする[163]。というのも、もし研究者が先行著作物のフェア・ユースを差し控えると、自らの創作活動が苦しくなるだけでなく、研究者が寄与する知識を公衆から奪うことになる。換言すれば、研究者による創作は、あらゆる者が恩恵を受ける外部利益（external

---

緒としてー（一）」知的財産法政策学研究6号（2005年）160頁による。村井論文では「fair use」を原語のままとしている。我が国での議論では「フェア・ユース」ないし「フェアユース」とのカタカナ表記も多く見られることから、本稿では「フェア・ユース」と表記する。

ちなみに「de minimis」を訳してみるならば、「些少侵害」といえるのかもしれないが、de minimisの法理は前述のとおり著作権侵害事件においては複数の異なる文脈として用いられていること、フェア・ユースの法理に比べて、我が国ではまだあまり議論されていないことなどから、安易に訳語を与えることはせず、本稿では原語のまま「de minimis」と表記する。原語と訳語の関係について、田中英夫『英米法のことば』（1986年・有斐閣）2頁参照。

[161] 村井麻衣子「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（1）ー日本著作権法の制限規定に対する示唆ー」知的財産法政策学研究45号（2014年）122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〕』（2009年・文化庁ウェブサイト）21頁［村井麻衣子担当］参照。

[162] *See* Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 FORDHAM L. REV. 2537, 2544 (2009).

[163] *Id.* at 2569.

benefits）を生み出す[164]。それゆえ、著作権法107条に定めるフェア・ユースに有利な6つの使用のうちの5つ――批評、論評、ニュース報道、学術、研究――が、創作活動と知識の創造の継続的な進歩を直接促進するということは、驚くべきことではないとする[165]。そして、後掲最判［*Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*］によれば、前文に続く4つの考慮要素は、例示であってこれらに限られない（nonexclusive）[166]。ある著作物の利用行為がフェア・ユースに該当するかどうかは、これら以外の要素とあわせて目的や態様等の諸事情を総合的に衡量してケースバイケースで判断される[167]。具体的には、市場の失敗がありそうなことや、著作物の利用は必ずライセンスを受けなければならないとの主張に関する原告の原理的な理由づけ、表現の自由に対する萎縮効果、イノベーションに対する萎縮効果、ネットワーク効果の影響力、被告による利用がその活動分野において妥当なもので慣行に沿ったものであったかどうか、その著作物がどれくらい古いか、流通価値に加えて利用が公正であることさえも、実際に裁判所は考慮しているという[168]。これが権利制限の一般規定[169]といわれる所以である。

---

164 *Id.*

165 *Id.*

166 *See Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 549 (1985).

167 田村・前掲注(12)22頁、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号(2008年) 13-14頁参照。前掲の各学説のほか、フェア・ユースに関するまとまった先行研究として、蘆立順美『データベース保護制度論－著作権法による創作投資保護および新規立法論の展開－』(2004年・信山社) 75頁以下、フェアユース研究会編・前掲注(1)、石新智規「フェアユース再考－TPPによる日本の著作権法の変容を契機として－」知財管理66号(2016年) 243頁などがある。

168 Samuelson, *supra* note 162, at 2540-41.

169 知的財産戦略本部・前掲注(21) 3頁は、「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定」とする。また、文化庁文化審議会著作権分科会・前掲注(105)26頁は、「米国著作権法第107条のいわゆるフェアユース規定に代表される、一定の包括的な考慮要件を定めた上で、権利制限に該当するかどうかは裁判所の判断に委ねるという方式の権利制限規定(以下『権利制限の一般規定』という。)」とする。

３．市場の失敗としてのフェア・ユース

では、上記の４つの考慮要素から、どういった場合にフェア・ユースが認められるのだろうか。これを説明する基礎理論のひとつが、Gordon教授の提唱する「市場の失敗としてのフェア・ユース」[170]である。すなわち、①市場が失敗している、つまり著作物の利用において利用者と著作権者との取引が、次に示す理由により困難あるいは非効率的であって、②利用者に著作物の利用を許すことが社会的に望ましく、③それを認めたところで著作権者の創作と著作物の普及に対するインセンティブを実質的に害しないという場合に、フェア・ユースが認められるべきであるとする考え方である[171]。

取引が困難または非効率的となる場合の典型として、取引費用がかさむことによる市場の障壁を挙げる。たとえば家庭内における私的複製では、一般の利用者（私人）が権利者から必要な許諾を得ることは煩雑であり高くつく反面、無断で私的複製を行う拡散した多数の私人に対して、権利者が権利行使するためのコストは権利者における期待利益を上回ると見られるため、取引が成立しないとする[172]。このように取引が困難なことによって行われていると見られる私的複製について、フェア・ユースと認めた著名な連邦最高裁判決が、［*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*］[173]である。「ベータマックス事件」としても知られる本件において、原告映画会社ユニバーサルは、ベータマックスVTRの一般購入者が、放送されたテレビ番組を家庭内で録画する行為は著作権侵害に該当するから、同VTRを製造販売する被告ソニーは著作権の寄与侵害者であると主

---

[170] Gordon, *supra* note 14, at 1614.

[171] *Id.* 村井・前掲注(14)97頁以下参照。同理論の総合的な解説として、田村・前掲注(5)27-28頁参照。

[172] *Id.* at 1628. 村井・前掲注(14)104頁参照。

[173] *See Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).
全訳として、黒川徳太郎訳「『ベータマックス』事件に関する合衆国最高裁判所の判決」『著作権シリーズ71』（1984年・著作権資料協会）がある。

張した[174]。

アメリカ著作権法には、一般の利用者による私的複製を非侵害（セーフ）とする日本の著作権法30条（私的使用のための複製）[175]のような規定がなかったところ、連邦最高裁はフェア・ユース規定によってテレビ番組の家庭内私的録画を非侵害とした。自分の都合のよい時間に後からテレビ番組を視聴する（タイム・シフティング視聴する）ために行う家庭内でのビデオ録画（VTRの使用）は、公衆が放送されたテレビ番組へ自由にアクセスすることを広げ、社会的な便益を生むものであるから、著作物を丸ごと全部コピーする場合であってもフェア・ユースに該当するとの地裁の判断を支持した[176]。そして、原告はタイム・シフティング視聴が原告著作物の潜在的な市場や価値に対する小さくない損害（nonminimal harm）を与える可能性のあることを立証しなかったのであるから、ベータマックスVTRは実質的に非侵害の使用（substantial noninfringing uses）が可能であるとして、ソニーの寄与侵害者該当性を否定したのである[177]。

原審の第9巡回区連邦控訴裁判所[178]は、タイム・シフティング視聴のためのコピーは単に著作物を利用する著作物の本来的な使用（intrinsic use）であって、自分が次の創作を行うために先行著作物を使用する生産的な使用（productive use）ではないとして、フェア・ユース該当性を否定していた。しかし、連邦最高裁は5対4の僅差でこれを棄却。行われたコピーが、①特にtransformative（変容的）要素がなくとも（質的に）、そして②丸ごとコピーであっても（量的に）、非営利な私的使用の目的があればセーフになる、というフェア・ユースの新たな法理を打ち立てた点で、［*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*］は大変重要な意義があ

174　ゴーマンほか・前掲注(119)699頁参照。

175　我が国において、テレビ番組を自宅のハードディスクレコーダーで録画する、レンタルCDをコピーして自分のiPhoneにダビングする、といったことが著作権侵害にならないのは、私的使用のための複製の自由を認める著作権法30条が存在するからである。

176　*Supra* note 173, at 454-55.

177　*Id.* at 456.

178　*See Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp.*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

るといえるだろう[179]。

取引費用が期待利益を上回るという市場の障壁に加えて、Gordon教授によれば、市場の失敗としてのフェア・ユースが認められる、次のような場合があるとする[180]。まず、教育、学問、研究目的での利用である。これらのように重要な外部利益（external benefits）を生じさせることが明らかな利用の場合、社会的に望ましい取引を促進するために市場が必ずしも機能するわけではないからであるという。また、公衆の知識や政治的な議論、公衆衛生などに寄与する利用――公益に資する利用も、容易に金銭化できない社会的利益が関係するとして、市場の失敗としてのフェア・ユースが認められる場合であると指摘する。さらに、批評、論評、風刺、パロディといった目的での利用も、フェア・ユースの認められるべきことを市場の失敗の存在から説明できるという。これらの利用は、著作権者にとって不利益の生じる言論・表現となり得るものであるところ、権利者は対価を得るためではなく、普及させたくない動機（Anti-Dissemination Motive）により、排他権を用いて利用許諾しない場合、すなわち利用者が利用許諾を得られず取引が困難な場合があるから、これらの利用にフェア・ユースを認めなければ、公衆の欲する自由な情報の流れが危機に瀕するとする。

4．変容的利用とフェア・ユース

どのような場合にフェア・ユースが認められるのか、市場の失敗理論とともに双璧をなす基礎理論が、Leval判事による変容的利用の理論である。この理論は、被疑侵害著作物における原告著作物の利用が、変容的（transformative）であるか否かに最も重きを置いて、フェア・ユースの当否を判断するというものである。変容的であるということは、生産的かつ原告著作物とは異なる態様あるいは異なる目的で、取り込んだものを利用しなければならず、原告著作物を単に媒体変換、再発行（republish）するにすぎないものは変容的ではないとする。そして、フェア・ユースの第1要素は、特定の引用が、知識を前進させ、技芸（the art）を進歩させる変容

[179] 田村・前掲注(12)24頁参照。

[180] Gordon, *supra* note 14, at 1630-35. 村井・前掲注(14)105−108頁参照。

的な利用であるか、あるいは他人の創作を単に媒体変換してフリーライドするものかどうかを、慎重に吟味することを要求しており、第1要素に基づく正当化事由の有無は、フェア・ユースの抗弁にとって不可欠で、著作権者にインセンティブや対価を与えることに焦点を絞る他の考慮要素よりも、重んじられなければならない旨を論じた[181]。変容的利用の理論は、前掲最判［*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*］と並んで、フェア・ユースの法理に関する最も重要な連邦最高裁判決［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］[182]において採用された[183]。

この事件は、歌手Roy Orbisonが1964年に発表した楽曲「Oh! Pretty Woman」を揶揄して、ヒップホップグループ「2 Live Crew」がヒップホップ風の楽曲「Pretty Woman」を発表したという事案で、「プリティウーマン事件」としても知られる。

連邦最高裁は、2 Live Crewによる「Pretty Woman」はパロディ[184]であり、元の作品を新たな表現、意味またはメッセージで変更して、それ以上の目的または別の性格を持つ何か新しいものを付加している点、すなわち変容的（transformative）であること（第1要素）を最も重視し、新しい作品がより変容的であればあるほど、フェア・ユースの認定に対して不利に傾かせるであろう営利主義（commercialism）のような他の要素の重要性は薄れる旨を説示した[185]。そして、先に営利的使用がフェア・ユースの認定に不利になる旨を傍論で述べていた最判［*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*］と、第4要素を最も重視して営利的な使用はフェア・ユースには当たらない旨を説示していた最判［*Harper & Row Publishers*

---

[181] *See* Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1111, 1116 (1990).

[182] *See Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

全訳として、フェアユース研究会・前掲注(1) CD-ROM所収参考判例がある。

[183] Netanel・前掲注(154)15頁参照。

[184] 同最判の判旨を含め詳しくは、奥邨弘司「米国著作権法におけるParody」著作権研究37号（2010年）13頁参照。

[185] *Supra* note 182, at 579.

v. Nation Enterprises］[186]に従って、2 Live Crewによる「Pretty Woman」はパロディといっても商業的であり（第 4 要素）、元の楽曲の質的に核心の部分を使用した（第 3 要素）としてフェア・ユースを否定していた原審[187]を、破棄差し戻したのである。

先の最判［*Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*］は、フェア・ユースの考慮要素のうち、第 4 要素が、疑いなく単独での最も重要な要素である旨を説示していたところ[188]、最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］は、営利的な利用であっても変容的な利用であれば、フェア・ユースが認められ得るとの新たな法理を打ち立てた点で、大変重要な意義があるといえるだろう[189]。

---

[186] *See supra* note 166, at 539.

ウォーターゲート事件で辞任したリチャード・ニクソン元大統領の恩赦に関して述べている、ジェラルド・フォード元大統領の未公表回顧録原稿（20万字）の一部（300字）をスクープした被告出版社の雑誌記事が、フェア・ユースに該当するとした原審（*Harper & Row, Publrs., Inc. v. Nation Enters.*, 723 F.2d 195 (2d Cir. 1983)）を覆してフェア・ユースを否定、著作権侵害を認めたという事件。原告出版社は、フォード元大統領から執筆前に回顧録の書籍出版に関する許諾と、書籍出版の前に抜粋記事として掲載することの独占的なサブライセンス権を得ていた。また原告は訴外出版社・タイムに対して、ニクソン元大統領の恩赦に関する記事掲載のライセンスを与えていた。

連邦最高裁は、被告出版社によるスクープ記事掲載は、①原告出版社と訴外タイム社による雑誌掲載に取って代わる意図・目的があり（第 1 要素）、②原告がこの回顧録を最初に公表・発行する権利を侵害し（第 2 要素）、③被告記事全体2,250字の約13％にもなり（第 3 要素）、④結果、タイム社による記事掲載は取りやめとなってタイム社から原告へのライセンス料の半額12,500ドルは支払われなかった（第 4 要素）ことを衡量して、フェア・ユースを否定していた。

[187] *See Acuff-Rose Music v. Campbell*, 972 F.2d 1429 (6th Cir. 1992).

[188] *Supra* note 166, at 566.

[189] 田村・前掲注(12)25頁参照。

連邦著作権法107条としてフェア・ユースが成文化され発効した1978年１月１日から2005年末までの28年間に出されたフェア・ユースに関する裁判例306件を統計的に調査した Beebe 教授の実証実験によれば、1994年の最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］以降2005年までの119件のフェア・ユースについての意見のうち、41.2％

第３節　付随的な利用（incidental use）の三類型と判例法理の展開

１．はじめに

前記のとおり、一般に被疑侵害著作物においてコピーされた原告著作物の部分が、質的・量的に重要な部分ではない場合、すなわちde minimisである場合、そのコピーは実質的類似性が否定される結果、著作権侵害があったことにはならない[190]。一方、被疑侵害著作物において原告著作物の実質的類似性が認められるような、すなわちde minimisを超える無断コピーがあった場合、一応証明された（prima facie case）侵害の存在が認められることになるが、被告は防御として著作権法107条に基づくフェア・ユー

は変容性にまったく触れていないことから、フェア・ユースの判断において変容的利用の有無を最重視するとした［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］の影響は、我々が期待するには程遠いと分析していた（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（2・完）」知的財産法政策学研究22号（2009年）175頁参照）。

一方、Beebe教授の実証実験を受けてNetanel教授が行った、2006年から2010年の間のフェア・ユースをめぐる裁判例の実証研究が示したところによると、変容的という用語を明示的に用いていないものを含め、すべての法廷意見全体の87.2％が変容的利用の理論を採用しており、同理論はフェア・ユースの法理の形成に圧倒的な影響を与えていると分析する（Netanel・前掲注(154)32-33頁参照）。また、Netanel教授によれば、最判［*Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*］によって、営利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まったくあり得ないものとなっていたところ、第１考慮要素としての変容的利用を最重要視した最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］によって、フェア・ユースの法理は大幅に軌道修正されたとする（Netanel・同上11-13頁参照）。上記の実証研究の総合分析として、村井麻衣子「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－」知的財産法政策学研究47号（2016年）135頁以下参照。

[190] NIMMER, 2 NIMMER ON COPYRIGHT § 8.01 [G]. この場合、著作権侵害が存在しないためフェア・ユースの検討には進まないことについて、奥邨・前掲注(1)15頁および29頁参照。

スの積極的抗弁が可能である[191]。著作物等の付随的な利用をめぐる事例においても、以下に見ていくとおり実質的類似性（de minimis）ないしフェア・ユースの問題として侵害の当否が判断されている。論者によれば、付随的な利用にはフェア・ユースの分析が不要とされるべきde minimisである利用もあるかもしれないが、フェア・ユースの分析にふさわしいものもあるという[192]。

アメリカでは付随的な利用に関係する法理がいささか錯綜しているようにも見受けられるところ、第3章で日本法における解釈論の検討を控えた本章での重要な課題は、アメリカの付随的な利用をめぐる事案の考慮要素を把握することである。本稿にとって大事なことは、どの法理が使われているかというより、むしろどのような事案が侵害とされ、あるいは非侵害とされているかであるから、法理の名前にあまり囚われる必要はない。

そこで本節では、主に映画やテレビ、広告、書籍での新たな創作活動に伴う著作物等の写り込みや写し込み――付随的な利用（incidental use）とこれに関連するさまざまな事案を、次の3つに分類する。

---

[191] NIMMER, 4 NIMMER ON COPYRIGHT § 13.03 [B] n. 118, § 13.05.

たとえば、de minimisを超えるコピーがパロディであったことからフェア・ユースが認められた事例として、1980年の第2巡回区［*Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*］がある。テレビネットワークの被告NBCの深夜コメディ番組「Saturday Night Live」で、ニューヨーク市の観光プロモーションのために作曲された原告楽曲「I Love New York」を揶揄する歌詞の楽曲「I Love Sodom」を、原曲と同じメロディでNBCのレギュラー出演者が三度コーラスしたところを被告NBCが放送した。第2巡回区連邦控訴裁判所は、「I Love New York」の歌詞部分のメロディは原曲の核心であるところ、被告の「I Love Sodom」が原曲の「I Love New York」部分のメロディを取ってきたことは容易に認識できるため、このような利用は単なるde minimisをはるかに超える実質的な利用であり著作権侵害のレベルに至っているが、「I Love Sodom」はパロディであって原曲の価値に影響を与えておらず、被告は人々に原曲を思い出させる必要以上に原曲を使用していないとしてフェア・ユースを肯定した原審（*Elsmere Music, Inc. v. NBC*, 482 F. Supp. 741 (S.D.N.Y. 1980)）を是認した（*See Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 623 F.2d 252 (2d Cir. 1980).）。

[192] Samuelson, *supra* note 162, at 2576.

・第一類型：不可避的・偶発的な利用
・第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるもの
・第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくいもの

そして、この三類型で裁判所がそれぞれどのような事実に着目して侵害／非侵害を具体的に線引きしているのかを検討し、事案の類型と程度を踏まえて、その付随的な利用が著作権侵害を免責される／されない理由を分析していく[193]。

２．第一類型：不可避的・偶発的な利用

２－１．非侵害事例

ニュースなどある出来事を伝える際に、その取材現場で不可避的に入り込んでくるさまざまな著作物の付随的な利用というのは、報道の目的上必要な限度を超えなければ侵害にはならないことを示した代表的な事例に、1978年の［*Italian Book Corp. v. ABC*］[194]がある。

被告テレビ局ABCのニュース番組が、マンハッタンのリトル・イタリ

[193] 合衆国憲法第１修正に基づく表現の自由と、同第１編第８条第８項の特許・著作権条項（知的財産条項）に基づく著作権法との緊張関係についての原理的な考察を展開する先行研究として、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）-（7・完）」知的財産法政策学研究45-50号・53号（2014-2019年）がある。筆者は、写り込みの問題が萎縮効果も生じさせていると見ており（序章第１節参照）、これは言論・表現の自由にもかかわる問題と考えている（前田健・前掲注（1）「著作権法の設計－円滑な取引秩序形成の視点から－」100-101頁注48参照）。しかし、本稿の課題は、著作権法に内在する調整原理としてのさまざまな法理をどのように柔軟に活用して我が国における写り込みの問題へ対処していくべきかに焦点を絞って検討することであるため、憲法問題としての議論には立ち入らないこととする。

[194] *See Italian Book Corp. v. ABC*, 458 F. Supp. 65 (S.D.N.Y. 1978).

ーでのお祭りで出くわしたパレードの様子を取材した際、原告出版社が著作権を管理するイタリアの楽曲「Dove sta Zaza」を、山車（float）に乗ったバンドが演奏している模様の一部が入り込んだ。被告ABCは、このニュース素材を記者のリポートがかぶった形で約1分間のニュースとしてその夜にテレビ放送した。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、被告は現場の様子を撮影したのであって、音楽が入り込んだのは完全に偶発的（wholly fortuitous）かつ報道の目的に付随的（incidental）であり、原告楽曲の商業的使用とは競合しないとして、フェア・ユースを認めた。

また、量の問題として報道に必要な範囲を超えなければ侵害とはならないであろうことを示した事例として、1970年の［*Man v. Warner Bros., Inc.*］[195]もある。プロのミュージシャンである原告が1969年のWood Stock Festivalに出演し、公衆の関心事であったイベントで何があったかを伝えるドキュメンタリー映画「Woodstock」のカットのひとつとして、原告の演奏[196]を撮影した映像素材を45秒間、原告に無断で被告映画会社が使用したことについて、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、プロの芸能人である原告は自らの意思でこのイベントに出演したのであるからこのイベントの出演部分がプライバシー権によって保護されることはなく、原告の演奏部分である45秒間の付随的な利用（incidental use）は、完全にde minimisであるとして原告の暫定的差止請求を棄却した。

このほか、事実認定次第では判断の分かれ得る微妙な事案と見られるが、競技会場で流れる楽曲を含んだスポーツ大会のケーブルテレビ放送に対

---

[195] *See Man v. Warner Bros., Inc.*, 317 F. Supp. 50 (S.D.N.Y. 1970).

[196] この事件で原告は、ニューヨーク州市民権法51条に基づくプライバシー権侵害（内藤＝田代・前掲注（7）499頁以下参照）を主張した。現在、生の音楽実演（live musical performances：音楽著作物の未固定の歌唱演奏）の無断固定や固定物からの無断コピー等は、1994年のTRIPs協定の義務を履行するために設けられた著作権法1101条によって禁止され、かつ同条（d）により連邦著作権法が州法を専占（後掲注（207）参照）しないこと（生の音楽実演に対する保護は、連邦著作権法と州法による保護が並存していること）について、ポール・エドワード・ゲラー＝メルビル・B・ニマー編／エリック・J・シュワルツ著（高林龍日本語訳監修／安藤和宏＝今村哲也訳）『英和対訳　アメリカ著作権法とその実務』（2004年・雄松堂出版）13-15頁および363-365頁参照。

する著作権侵害との原告の申立てを退けた事例として、1991年の［*Coleman v. ESPN, Inc.*］[197]がある。原告は音楽著作権管理団体ASCAP[198]会員で、被告はスポーツ専門ケーブルチャンネルESPNである。原告は、全部ではなくとも多くの被告の番組がASCAPのライセンスを受けずに原告楽曲を非劇場的（non-dramatic）[199]に放送使用していると主張。スケートの国際大会やNCAAのバスケットボール大会といったスポーツ競技の放送で、楽曲が流れた時間はそれぞれ35秒からほぼ４分間、楽曲の全部が流れた事例もいくつかあったとした。これに先立ちASCAPは被告に対して、交渉によって合理的なライセンス料を決めて裁判所の同意判決（consent decree）[200]を得る法的手続（rate court）[201]の場につくよう文書で強く促していたが、被告は、自分で使う楽曲は個別に許諾を得ているなどとして、ASCAPから楽曲の使用許諾を得る必要はいささかもないと拒否した。また被告は、侵害があったと主張された12曲のうち５曲は、スポーツ大会の最中に会場で発生してやかましく聞こえる現場音だとした。被告は、このような会場での現場音は自分でコントロールしているものではなく、生のスポーツ大会を伝えるに当たり単に付随的に入り込んでいるだけで単に偶発的に写り込んだにすぎないため、このような使用は非侵害になると主張した。さらに被告は、選手がいつもの伴奏として使う背景音楽は、被告の番組に不可欠でないから著作権侵害とすることはできないと主張した。選手の競技を解説する際に解説者は音楽を気にすることなく常に話をし、リプレイ解説では伴奏音楽なしで放送するからだという。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁

197　*See Coleman v. ESPN, Inc.*, 764 F. Supp. 290 (S.D.N.Y. 1991).

198　The American Society of Composers, Authors and Publishers, http://www.ascap.com/ (accessed Sept. 6, 2016).

199　ミュージカルやオペラなど演劇的に楽曲を使用することを禁止する権利を「グランド（演劇的）」ライツといい、著作権者が自らライセンスするのに対して、ASCAPがライセンスするのは「スモール」ライツと呼ばれる演劇的ではない使用に対してのみであることについて、ゴーマンほか・前掲注（119）604頁参照。NIMMER, 3 NIMMER ON COPYRIGHT § 10.10 [E][2]. 日本での実務について、内藤・前掲注（1）385-386頁参照。

200　NIMMER, 2 NIMMER ON COPYRIGHT § 8.19 [A].

201　*Id.* § 8.19 [C][1].

判所は、次のとおり説示して著作権侵害の訴えに係る原告によるサマリ・ジャッジメント[202]の申立てを却下した。被告が原告楽曲を公に利用(perform)したことに疑いはない。ケーブルネットワークによる送信や、個々の受信契約者に送信する地域のケーブルテレビ会社へのチャンネル供給は、著作権法101条(1)に定める生の演奏(live public performance)とは別に、著作権法101条(2)に定める公の無形的利用(public performance)を構成する。また、自発的な現場音であるからとして被告が特定の楽曲を意図せず放送したかどうかということは、意図が著作権侵害の要素ではないから重要でないとした。そして、フェア・ユースの該当性について裁判所は、まず、主要な問題は、被告がフェア・ユースの抗弁に関して挙げているあらゆる事実であるとした。そして、フェア・ユースとは、法律と事実が混じり合った問題であり、サマリ・ジャッジメントには適さない事実集約的な審理(a fact-intensive inquiry ill-suited for summary judgment)を要求するとしたうえで、記録によれば、申立てにおいて原告が主張している個々の著作権侵害が実質的(substantial)か、また、被告による個々の利用すべてが原告楽曲の潜在的な市場や価値を損ないそうなものかどうかといった、著作権侵害の訴えに係る原告によるサマリ・ジャッジメントの申立てを妨げる、未解決の事実問題があるとした。

さらに、プロフットボールリーグNFLチーム「Baltimore Revens」の選手の経歴などを伝える3本の被告ドキュメンタリーへのRevensの旧チームロゴの不可避的な写り込みについて、付随的な利用(incidental use)としてフェア・ユースを認めた第4巡回区の比較的近時の事例として、2013年の[*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*]がある。問題となったRevensの旧チームロゴとは、原告が1995年にRevensの新しいチームロゴとしてデザインして提案した原告ロゴに著しく類似するデザインで作成されたものだった。Revensは1996年から98年の3シーズン、それをチームロゴとし

[202] サマリ・ジャッジメント(summary judgement)とは、トライアル前の段階であっても、重要な事実に関する真正の争点(genuine issue of material fact)がない場合には、トライアルの事実認定を行う必要もなく、当事者の申立てに基づき、裁判所が法的判断をするだけで終結判決を下すことができることについて、浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第2版〕』(2008年・弘文堂)95頁参照。

て使用したのちにこの使用を取りやめ、以降別のチームロゴを使用している。まず4分間のドキュメンタリー2本について、1本目は1996年のRevensのドラフト選手とチームへの影響を紹介する内容で、選手、ジャーナリストなどのインタビューやドラフト当日からの映像や試合映像で構成され、ヘルメットについている旧チームロゴが写ったのは2回でそれぞれ1秒に満たず、ほんのわずかに写っていたというものだった。2本目はひとりのドラフト選手を取り上げてインタビューなどにより紹介する内容で、選手のヘルメットについている旧チームロゴがほんの1秒ほど見えたという写り方だった。3本目は24分間のドキュメンタリーで有名選手の経歴を振り返るという内容だった。キャンプ中の選手の様子を伝える約2分間の部分で8秒間、選手のヘルメットについている旧チームロゴが視認できた。このほかふたつの部分で選手がタックルをする様子を伝える際、旧チームロゴが部分的に1秒弱見えたという内容だった。そして、これら3本のドキュメンタリーを被告NFLが制作して放送およびインターネット配信したという事案であった。第4巡回区連邦控訴裁判所[203]は、付随的（incidental）な利用としてフェア・ユースを認めていた2012年の原審[204]を是認した。まず、被告ドキュメンタリーは、旧チームロゴを歴史的な記録として使用し、過去のドラフト選手やRevensの歴史上の主な出来事、選手の経歴を伝えており、旧チームロゴの持つもともとの目的――Revensや選手を象徴すること[205]――とは使用目的が異なる変容的な（transformative）使用であるとした。潜在的な市場への影響について、このようなつかの間の使用（the transient and fleeting use）かつ事実的（factual）であって内容表現的（expressive, content）ではない使用は、映像内では単独での使用とは

[203] *See Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*, 737 F.3d 932 (4th Cir. 2013).

[204] *See Bouchat v. NFL Props. LLC*, 910 F. Supp. 2d 798 (D. Md. 2012).

[205] *See Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*, 619 F.3d 301, 309 (4th Cir. 2010).

Revensのシーズン中の活躍を紹介するハイライト映画のイントロ部分などで、旧チームロゴを大きく何度も繰り返し使用したことについて、チームや選手のシンボルという旧チームロゴの有する本来目的と同じ目的での非変容的な使用であって、原告はマーチャンダイジングの製造業者らへ同ロゴを多数ライセンスしており、原告ロゴの潜在的な市場に悪影響を与えたとしてフェア・ユースを否定した2010年の関連事例がある。

異なる目的を果たすことから、新たな変容的な使用がもともとの原告ロゴのいかなる市場に取って代わることもありそうにないなどとして、フェア・ユースを認めた。

２－２．侵害事例

一方、報道目的の認められない利用は侵害となることが分かる事例が、1987年の［*Schumann v. Albuquerque Corp.*］である。被告民放ラジオ局が楽曲使用料を支払わなかったためにASCAPが被告ラジオ局とのライセンス契約を解約終了させた後、被告ラジオ局が地域の予定を知らせる際の背景音楽として、また、イベントでのバンドによる楽曲演奏の様子を伝える現場からの中継放送として、ASCAP管理楽曲の全部を無断で放送した。ニューメキシコ地区連邦地方裁判所[206]は、被告は民放として利益を得る目的で放送しているところ、被告ラジオ番組は前掲［*Italian Book Corp. v. ABC*］のようなニュース番組でもなく、特にバンドの演奏を全部中継した放送にはエンタテインメント価値があり、権利者の排他的な公の利用権に直接競合するなどとしてフェア・ユースを否定した。

このほか、著作権法による保護を受けない実演[207]の全部利用について、

---

206 *See Schumann v. Albuquerque Corp.*, 664 F. Supp. 473 (D.N.M. 1987).

207 最判［*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*］が保護した「パブリシティ権」の中身というのは要するに、未固定の実演の無断固定およびその無断放送を禁止する権利、つまり日本法でいうところの著作隣接権(実演家の権利)であった。アメリカ著作権法には、実演家の権利を保護する著作隣接権制度がなく、パブリシティ権による保護が著作隣接権による保護に代替していることについて、アラン・ラットマン＝ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ共編(中山信弘監修／内藤篤訳)『1990年代米国著作権法詳解(下)』(1992年・信山社) 745頁参照。

また、アメリカにおけるパブリシティ権の保護は、連邦著作権法が州法に優越する「専占」(preemption) を定める連邦著作権法301条の対象外とされていることから、州法が担っていることについて、会沢恒「アメリカ著作権法と連邦制の交錯」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣) 409頁以下、茶園成樹＝小泉直樹訳「アメリカ不正競争法リステイトメント試訳(六・完)」民商法雑誌112号３号(1995年) 121-122頁、内藤＝田代・前掲注(7) 131-133頁参照。

パブリシティ権侵害を肯定した1977年の著名な連邦最高裁判決［*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*］[208]もある。オハイオ州の地域イベント「The Geauga County Fair」で行われた原告芸人による「人間砲弾」（human cannonball）の実演の模様のすべてを、原告から撮るなといわれていたにもかかわらず、被告の地元テレビ局が原告に無断で撮影。原告芸人が大砲に入って発射されるまでを撮影した約15秒間のVTRに、ぜひ生で見るべしといった旨の好意的なコメントを付し、夜のニュースとして放送した。連邦最高裁は、パブリシティの権利を保護することは、「単に実演家がその芸に投資した時間と労力に報いるというのみの根拠によるものではない。…芸人にとって、公衆の興味にあったパフォーマンスを生み出すのに必要

反対に、映画に固定された実演、すなわち実演家の同意を得て有体物に一旦固定された映像実演を、出演者である実演家が州法上のパブリシティの権利に基づいてコントロールすることは、連邦著作権法によって専占されるためできないものと見られる。たとえば1996年のカリフォルニア州の事件、*Fleet v. CBS*, 50 Cal. App. 4th 1911 (Cal. App. 1996)において、映画に出演した原告俳優が、当該映画の独占的配給権を持つ被告CBSに対して、被告による原告の氏名や映画における実演等の使用に関する原告への対価の支払いが不十分であるとして、カリフォルニア州民法3344条に定めるパブリシティ権の侵害を主張して救済を求めた。これに対してカリフォルニア州中間上訴裁判所（Court of Appeal of California）は、映画における個々の実演は、有体物に固定された著作物として著作権で保護されるとし、役者が映画における肖像の保護を求める場合、それが単独の固定された実演に含まれるものだとしたら、役者にできることは、その著作権を映画の著作権者から取り返すことだけである旨を説示した。さらに、原告がカリフォルニア州民法3344条に基づいて主張していることは、連邦著作権法に規定する著作物の複製と頒布の禁止のみであって、これらは連邦著作権法に規定する排他的権利と同じものであるため、連邦著作権法によって専占されるとした。カリフォルニア州民法3344条について、内藤＝田代・同上501頁以下参照。

このほか、原告プロレスラーによるプロレスの試合を収録したDVDにおける原告のプロレスのパフォーマンス（実演）について、原告による実際のレスリングのパフォーマンスには著作権は一切ないが、レスリングの試合の録画物は連邦著作権法の保護対象であるため、原告による州法に基づくパブリシティ権侵害の主張は、連邦著作権法によって専占されるとした比較的近時の事例（*Somerson v. McMahon*, 956 F. Supp. 2d 1345 (N.D. Ga. 2012)）もある。

[208] *See Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

な自己投資をする経済的なインセンティヴとなるのである。」[209]と説示して、本件では被告が原告のパフォーマンス（実演）をニュースとして取り上げたものに違いないが、通常は利用対価が支払われるべき実演を被告は原告に無断で全部利用したのであるから、被告による言論の自由の抗弁（合衆国憲法第１修正および第14修正[210]）を認めた原審[211]を、５対４のきわどい判断で破棄し、原告によるパブリシティ権侵害の主張を認めた。

２－３．小括

以上のような不可避的・偶発的な利用について侵害の当否の決め手となる要素とは、利用の本当の目的がどこにあるのか、という点であるように思われる。お祭りのパレードの現場の様子を伝える１分間の記者リポートの背景で、現場にいたバンドの演奏の一部が聞こえていたという事案について、前掲［*Italian Book Corp. v. ABC*］は侵害を否定した。このような報道目的を伴った不可避的・偶発的な利用が、なぜ免責されなければならないのだろうか。他の類型と比べると大きく影響している要因として、報道現場では通常どのような著作物等が入り込んでくるのか事前には分からないことが多いからといえるだろう。実際に［*Italian Book Corp. v. ABC*］では、パレードでバンドが原告楽曲を演奏することを被告ABCの従業員は事前にまったく知らなかったという[212]。だとすると、そのような偶発的

---

[209] ラットマンほか・前掲注(207)748頁参照。

[210] 第14修正が、連邦の定めるデュー・プロセスの原則と相当の保護に抵触する行為を州が行うことを明示的に禁じ、かつ、第14修正のデュー・プロセス条項が、権利章典（Bill of Rights）に定める連邦の原則と抵触する行為を州がなすことを言外に禁じていることについて、*see* JULIE E. COHEN ET AL., COPYRIGHT IN A GLOBAL INFORMATION ECONOMY 707 (3d ed., Aspen Law & Business 2010). 要するに、第１修正の定める言論の自由の制限の禁止が、第14修正の定めるデュー・プロセスの原則によって州にも適用されることについて、エリック・バレント著（比較言論法研究会訳）『言論の自由』（2010年・雄松堂出版）57頁［西土彰一郎担当］、伊藤正己『言論・出版の自由』（1959年・岩波書店）10頁参照。

[211] *See Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co*., 351 N.E.2d 454 (Ohio 1976).

[212] *Supra* note 194, at 68.

な利用を事前に防ごうとするならば、極端にいえば取材を取りやめるほかなく、報道機関に取材するなというのもいささか難しい話のように思われる。前掲第4巡回区［*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*］からも分かるように、スポーツの試合を映像取材する際には選手のユニフォームなどについているロゴマーク等が不可避的にVTRに写り込むということも、同じ話のように思われる。また、これらのようなニュースに伴う不可避的な利用から何か積極的にライセンス料を得られることを期待して原告の創作行為が行われるということもあまりないのではないか。つまり、不可避的な報道目的利用は、原告の市場にさほど影響を与えそうにないことから、これを免責しても差し支えないと考えられているのだろう。このような不可避的・偶発的な使用は、後に第三類型として見ていく、原告の本来的な市場を奪うような事案（1992年のロサンゼルス暴動事件現場を空撮した原告映像素材の核心部分を、被告ケーブルテレビ局のニュース番組が繰り返し放送した後掲第9巡回区［*Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*］など）とは異なる、と整理できる。

もっとも、前掲最判［*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*］の判示するように、報道目的が認められるとしても、取材対象を全部見せて視聴者を満足させるエンタメ効果も実際に認められるような利用であったならば、原告著作物（実演）に代替してしまうことに変わりないことから、やはりそれは侵害の方向に振れるという規範の存在も窺える。最判［*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*］に関して、パブリシティ権は著作権に最も近く類似する無体財産権（intangible property rights）と見るのが適当であり、著作権法のフェア・ユースの分析が、言論の自由との衝突の分析における利益衡量のひとつとして、パブリシティ権との衝突が実質的かどうかを分析するのに役立つという観点から、フェア・ユース該当性を分析した学説[213]がある。これによれば、人間砲弾の放送には報道目的が認められるため第1要素こそ被告に有利であるが、保護の対象は原告Zacchiniが生活の糧を得るために行ったその実演だった（第2要素）。映像は、わずか15秒間の長さであるが、発射前の準備ではなく砲弾から原告が発射されて

[213] *See* Pamela Samuelson, *Reviving Zacchini: Analyzing First Amendment Defenses in Right of Publicity and Copyright Cases*, 57 TUL. L. REV. 836, 837-39 (1983).

いるところを写しており、観衆が原告のパフォーマンスに引き寄せられるまさにその部分（the very thing）であったのだから、質的に重要な利用である（第3要素)。さらに映像は、観衆がそれを見るためにやってくるまさにその部分を写しており、被告の放送は原告の実演と同じ機能を果たしている。もしも被告の放送が免責されるならば、他のすべてのテレビ局も同じことをするであろうから、原告に与えた潜在的な損害は甚大（第4要素）などとして、［*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*］はフェア・ユースに該当しない事案であることが明らかであると指摘する[214]。

このようにニュース目的だったとしても、あえて全部を見せることによって実質的にエンタメ効果が発生しているような場合には、通常はそこからライセンス料が得られるものと著作者・著作権者が期待する利用にほとんど代替してしまい、市場を奪うことになると判断されるのだろう。なお、前掲［*Schumann v. Albuquerque Corp.*］のような、不可避的なニュース利用の皮をかぶった明らかなエンタメ目的利用は、上記のような正当化根拠を欠き、原告の市場と直接競合するものとして侵害とされる可能性が高い、と把握しておく。

3．第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められるもの

第二類型は、テレビ、映画、広告の背景的なセットや小道具、背景音楽として、他人の著作物を意図的に使用したという事案である。もっとも、その著作物を主に使用したというよりはむしろ、使用した著作物には代替性があった、すなわち、使用するものはどうしてもこれでなければならなかった、といった質的な必要性がさして認められないような使われ方である。このような事案では、写り方の程度問題として、大きくない、小さい、短い、長くない、邪魔されてよく見えない、よく聞こえない、ピントがあっていないといった場合には侵害が否定されるようである。

---

[214] *Id.* at 919-22.

３－１．第２巡回区の事例

第２巡回区には相対的に多くの事例の蓄積が見られる。まず、子ども向けテレビ番組の生放送で指人形を小道具として使用したことにつき非侵害とした初期の事例に、1965年の［*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*］がある。被告CBSの子ども向けテレビ番組「The Captain Kangaroo Show」の中で、出演者の演技とフォークダンス音楽の演奏に伴って、原告が著作権を有するブタなどの指人形を小道具として操演使用し、約35秒間、指人形が生放送に写し出されたという事案であった。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[215]は、まず被告による使用が指人形のコピーに当たるかどうかについて、被告は確かに正規品を購入して番組内で使用しており、指人形を製造販売したわけでもなく、生放送でつかの間写し出すことや生放送のテレビ画面をフィルムで撮って記録することは、その指人形とはまったく異なるため、指人形のコピーには当たらないとした。そのうえで、放送での使用が侵害に当たると仮定したとしても、フェア・ユースに当たるとした。すなわち指人形は、無断使用禁止などの条件が何も付されずに誰にでも売られていたこと、フェア・ユースの考慮要素でおそらく最も重要なのは原告著作物の販売を邪魔しそうかどうかであるところ、被告番組での使用は指人形の市場を害するものでなく、むしろ販売を促進するであろうこと、指人形が番組の主要な呼び物ではなく出演者の演じるキャラクターの動作に従属的かつ付随的（subordinate and incidental）な使用であり、著作権を侵害する意図も見出し得ないことなどから、フェア・ユースを認めた。

上記［*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*］に類似の事案を同様の判断枠組みで非侵害とした1994年の事例に、［*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*］がある[216]。原告によるアートワークであるテディベアがデザインされた、赤ちゃんをあやすためのいわゆるベッドメリーが、被告映画「Immediate Family」の中の子ども部屋のセットの一部として無断使用された。複数シーンでそれぞれ２秒から21秒間、メリーだけが遠くに写ってア

[215] *See Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 245 F. Supp. 587 (S.D.N.Y. 1965).

[216] *See Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*, 862 F. Supp. 1044 (S.D.N.Y. 1994).

ートワークがかろうじて視認できるシーンもあれば、アップで写るシーンもあり、写った時間は合計1分36秒だった。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、まず、原告のアートワークがデザインされた真正品のベッドメリーを映画のセットのひとつとして使用したことについて、原告アートワークに対する需要に取って代わることを意図してもおらず、被告映画には原告アートワークに対する興味関心を減じさせる効果もないとし、1回当たりの露出はわずか数秒間で、映画の中に写っているだけであり、機械的な複製（mechanical copy）ではなく、つかの間で非永続的な（fleeting and impermanent）使用にすぎないことなどから、被告による使用は著作権侵害行為を目的とするコピーではないとした。このように被告映画における実質的類似性を否定したうえで裁判所は、潜在的な市場への影響こそ最も重要なフェア・ユースの考慮要素であると説示しつつ、よしんばコピーに該当したとしても、このような映画での使用は原告アートワークや商品化されたベッドメリーの代わりにはならないため原告の市場を害するものではない。原告は被告映画の使用により実際に被害を受けていることも何ら示しておらず、むしろ被告映画による使用は間接的に原告の利益となり得るものであるなどとした。そして、被告映画での原告アートワークの使用には、商業目的で映画を作る以外の目的は何もないが、原告アートワークを映画の広告宣伝には使用しておらず、直接的に競合しない。被告映画では原告アートワークの全体がはっきりと利用されてはいるものの、1回につきほんの数秒、あわせて96秒に満たない間、視認できるにすぎないなどとして、フェア・ユースを認めた[217]。

さらに、映画のセットや小道具としての写し込み的使用をめぐる主要な事例として、ピントは完全に合っていなかったものの画面の中心に大きく

[217] もっとも、[*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] と [*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*] でのフェア・ユースの分析は傍論（dictum）であることについて、*supra* note 138, at 73, 80 n. 8. また、Nimmer, 4 NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05 は、1978年以前、「フェア・ユース」という語は、類似性が実質的ではないということをいうために用いられていた可能性がきわめて高かったとする。よって、特に1965年の [*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*] でのフェア・ユースの分析は、先例としての意味はあまりなさそうである。

明瞭に写ったため公の展示権侵害となった1997年の前掲［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］と、片や写り方がわずかで不明瞭だったことから非侵害となった1998年の［*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*］、2008年の［*Gottlieb Dev. LLC v. Paramount Pictures Corp.*］の３つを挙げることができる。

1997年の第２巡回区連邦控訴裁判所判決［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］の事案は次のとおりである。日曜学校における黒人のピクニックをモチーフにした、原告の手になるキルトを複製したポスターが、中産階級の黒人家庭の生活を描くホームコメディテレビドラマシリーズの中で、教会の壁に掲示される形でドラマセットの背景として使用された。番組の実尺23分間のうち、１回当たり約２秒から４秒強、計９回で合計26.75秒間、原告ポスターのほぼ全面、少なくとも80％がピントは完全ではないものの視聴者が明瞭に視認できるような形で、画面の真ん中に写し出された。判示によれば、構図の中心に大きくはっきりと写ったポスターからは、壁に掛かるものが黒人の大人と子どものグループが池の前にいる様子を描いた美術作品であるということが見て取れて、平面に描かれた人物と色彩からGrandma Moses風の作品であることがよく分かるというのである[218]。裁判所は、特に４－５秒間が明瞭に、合わせて約27秒間写ったことは量的に見てde minimisコピーではないとした。また、質的にも、ポスターの内容がよく分かる写り方だったことから、創作的表現について原告の請求を成り立たせるに十分なコピー（actionable copy of protected expression）のしきい・限界（threshold）に満たないde minimisであるとの被告の主張を退けた。実質的類似性の肯定に続くフェア・ユースの分析では、被告が原告ポスターを使用した理由は、原告キルトの主な創作目的であった装飾にほかならず、原告ポスターの購入者が自宅を装飾するために使用するように、被告はドラマのセットとして原告ポスターを飾って、まさに視聴者を引きつけるために使用したのであるからまったく変容的ではないとした。さらに、潜在的市場への影響に関して、問題は、当該コピーの対価が支払われるべきかどうかであり、逸失利益としてのライセンス料収入が得られていないことは決定的ではないところ、原審[219]は本来原告が証明する必要のな

[218] *Supra* note 138, at 76-77.

[219] *See Ringgold v. Black Entertainment TV*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 13778 (S.D.N.Y.

い事実である被告ドラマでのポスターの利用が原告ポスターの販売にほとんど悪影響を与えていないということなどに依拠して第4要素が被告に有利と判断していることから、考慮すべき「伝統的、合理的、あるいは開発されそうな市場」[220]（後掲第2巡回区［*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*］を引用）への影響が証明されておらず、事実認定に基づく法的判断に誤りがあるとして、破棄差し戻した。

他方、［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］の翌年、［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］と同じ判断基準（ただし担当判事は異なる）によって［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］とは対照的に、非侵害と判断された事例が、1998年の［*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*］である。事案は、被告映画「Seven」のセットの一部として、1分30秒間のシーンでプロの写真家である原告の写真10点がそれぞれ1秒から6秒間、計35.6秒間にわたって無断使用されたというものであった。第2巡回区連邦控訴裁判所[221]は、写り込んだ原告の写真が映画の重要部分ではまったくなかったこと、ピントが外れており、暗く、遠く離れて不明瞭かつ非常に短い時間しか写っていなかったこと、役者の動きによって見えたり見えなかったりしたことから、利用態様はde minimisであって複製は実質的ではないとして著作権侵害を否定し、フェア・ユースの当否の判断は不要とした。

そして、被告映画「What Women Want」（邦題：ハート・オブ・ウーマン）のセットとして原告会社がそのデザインに著作権を有するピンボールマシンが無断使用されたという事案について非侵害とした2008年の事例が［*Gottlieb Dev. LLC v. Paramount Pictures Corp.*］である。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[222]は、映画の全体尺が2時間強のうち原告のピンボールマシンが写るシーンの尺は約3分半、しかも途切れ途切れ数秒間ずつ、出演者やその他のセットに邪魔されながらの背景的な写り方でピントもあっておらず、ピンボールのデザインの全部はよく見えず、脚本のト書

1996).

[220] *See American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913, 930 (2d Cir. 1994).

[221] *See Sandoval v. New Line Cinema Corp.*, 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).

[222] *See Gottlieb Dev. LLC v. Paramount Pictures Corp.*, 590 F. Supp. 2d 625 (S.D.N.Y. 2008).

きにも役割が何も書かれておらず、場面におけるスポーティーな背景のテーマに合った道具として制作スタッフが選んだものではあるけれども、たくさんある道具のひとつでしかないとして、このような写り方はde minimisであるとした。

３－２．第６巡回区の事例

テレビ番組の背景音楽やテレビCMの小道具として使用する意図的な写し込みであっても、その写り方がわずかなものや不鮮明だったような事案が非侵害となる結論は、他の巡回区でも見られる。

1998年の［*Higgins v. Detroit Educ. TV Found.*］は次のような事案である。被告公共放送PBSは、原告楽曲「Under the Gun」（３分35秒）を、10代の子ども向け教育テレビ番組（27分46秒）内のコーナー（５分）のオープニングで16秒、エンディングで20秒、計36秒間（楽曲全体の16％）にわたって背景音楽として使用し、同番組のビデオテープを販売した。被告PBSは番組制作時に、著作権法118条に基づく非商業的な公共テレビ放送での楽曲使用の強制許諾[223]に係る法定（statutory）のライセンス料を支払う用意があると伝えたが、原告に拒否され訴訟となった。ミシガン州東部地区連邦地方裁判所[224]は、次のように判示してフェア・ユースを認めた。被告番組はストリートギャングにかかわりを持たないことや違法な薬物を使用しないよう10代の子どもを教育する目的で制作された。原告の弁護士へ１本販売した以外、計41本のビデオ販売は教育目的使用に限定したものであり、被告は何も利益を得ていない。よって被告番組での原告楽曲の使用は、非営利かつ教育目的である。本件は原告が依拠した、原告の創作目的と同じ装飾のために被告テレビ番組内で原告ポスターを使用した前掲第２巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］とは異なり、教育目的のために背景的にわずかに使用したにすぎない変容的な（transformative）使用である。オープニングで使用した部分の楽曲はナレーションや会話で歌詞がほとんど聞き取れないこと、エンディング部分は歌詞をまったく使用してお

[223] 詳細はゴーマンほか・前掲注(119)632-633頁参照。

[224] *See Higgins v. Detroit Educ. TV Found.*, 4 F. Supp. 2d 701 (E.D. Mich. 1998).

らずエレキギターの音がわずかに聞こえる程度であり、原告楽曲の最も重要な（the heart）部分を使用していないこと、使用した量が楽曲全体の16%の使用だったことなどから、質・量ともに重要な使用ではない。さらに、被告のビデオテープは、教育目的で教育機関に対して計41本販売されたにすぎず、子ども向けテレビ番組で指人形の小道具として使用した前掲［*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*］、映画のセットとしてベッドメリーを使用した前掲［*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*］や、お祭りの現場で演奏された楽曲の一部をニュースで使用した前掲［*Italian Book Corp. v. ABC*］と同様、原告著作物に代替するようなコピーではなく原告の潜在的市場に対して何の影響も与えていない。このように判示して、本件は原告が依拠した、被告コピー店が営利を図る目的で論文を数十万部もコピーしてライセンス料を支払うことなく販売したことについてフェア・ユースを否定した1996年の第6巡回区連邦控訴裁判所判決［*Princeton Univ. Press v. Mich. Document Servs.*］[225]とは事案が異なるとした。

また、歯科の椅子に座っている男性を配した30秒のテレビコマーシャルで、原告の歯科用イラスト2点（矯正器具と歯根管のイラスト）が無断使用されたという事案について、2003年の［*Gordon v. Nextel Communs.*］で第6巡回区連邦控訴裁判所[226]は、請求を成り立たせるに十分なコピー（actionable copying）に係るde minimisのしきい・限界を超えた場合にのみ、フェア・ユースの抗弁を検討するとした前掲第2巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］に従うとしたうえで、次のように判示して実質的類似性を否定し、フェア・ユースの当否を分析することなく非侵害とした。まず、矯正器具のイラストは一度もピントが合っておらず、遠くの背景として見えるにすぎないため、actionable copyingの水準を超えないことが明らかである。次に、歯根管のイラストの使用はより厳密な問題を提起するが、de minimisである。被疑侵害著作物のコマーシャルの関連部分をビデオで確認したところ、被告による歯根管のイラストの使用は量的なしきい・限界（the quantitative threshold）に満たない。原告著作物が「明らかに視認できた」（clearly visible）［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］の事案とは対照的

[225] *See Princeton Univ. Press v. Mich. Document Servs.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996).

[226] *See Gordon v. Nextel Communs.*, 345 F.3d 922 (6th Cir. 2003).

に、被告コマーシャルでの歯根管のイラストの使用から主に強く受ける印象（the primaly impact）は、root canal（歯根管）という語によってもたらされるものであるところ、その語は著作権で保護されない。歯根管のイラスト自体から最初に強く受ける印象は、きわめて短い（very brief）。原告のイラストはいずれもほんの一瞬見えるものの、ピントがそもそも合っていないため、被告による使用はいずれもde minimisというべきであるなどとして、フェア・ユースの抗弁は取り上げる必要がないとした。

３－３．小括

他人の著作物の意図的な利用ではあるものの、使った著作物に代替性が認められるといった事案に対する侵害／非侵害の判断に際して、第２巡回区、第６巡回区にある裁判所が重視している要素は、写り方、現れ方がどれくらい小さいか、少ないか、という実際の程度なのではないかと思われる。前掲第２巡回区［*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*］や前掲［*Gottlieb Dev. LLC v. Paramount Pictures Corp.*］では、映画の中で背景的に使用された写真やピンボールマシンについて、写ってはいるがよく見えなかったことからde minimisであるとした。同様に、前掲第６巡回区［*Gordon v. Nextel Communs.*］でも、広告の背景で使用されたイラストについて、ピントがあっていなかったことからde minimisであるとした。教育番組での背景音楽としての使用を非侵害とした前掲［*Higgins v. Detroit Educ. TV Found.*］では、オープニングの16秒間ではナレーションにかぶって歌詞がよく聞こえず、エンディングの20秒間ではエレキギターのメロディ部分だけがわずかに聞こえるという現れ方について、質・量ともに実質的な使用ではないと判断した[227]。このように写り方がごくわずかとか、ピントがあっていないとか、鮮明ではないといった場合にはいずれも非侵害と判断されており、裁判例の大勢を占める。

ではなぜ、上記のようなわずかな程度の写り込みを、裁判所は侵害に問

[227] この事例は、被告の主張がフェア・ユースだけだったことから、フェア・ユースの事例となったが、事案との関係ではde minimisの事例のように思われる。非営利の教育目的だったという事実が、抗弁をさらに強いものにしたようだ。

わないのだろうか。それは、いわゆるアンチ・コモンズ問題を取り除き、新たな創作を促そうとしているからではないだろうか。一般に、映画やテレビ番組、広告といった創作活動では、自らの創作に伴って結果として他人の著作物を使用することが多い。使用した著作物のすべてについて権利者から許諾を得なければならないとしたら、権利処理すべき対象が多くなりすぎる結果、それにてこずることになるため、肝心の新たな創作とその利用に支障をきたしてしまう、という厄介なアンチ・コモンズ問題が生じる。すなわち、きわめて多くの権利者が関係することにより、ある許諾（a transfer）に係る合意についての取引費用が高くなりすぎて必要な契約ができないために、協議がまとまらないことが起こり得る（a bargaining failure can occur due to the sheer number of rights-holders, so that the transaction costs of agreeing to a transfer become too high for deals to be made.）という問題である[228]。

この議論を踏まえて、上記の各非侵害事例における事案と結論との関係を見ると、ある創作に関係する権利者が多くなりすぎるせいで取引費用が高くなりすぎるという弊害を排除して新たな創作を促すために、協議にかかる費用に比してその使用に係る価値が相対的に低いと見られる些細なde minimisユースであれば、裁判所は権利処理を求めることもなければ侵害に問うこともない[229]、という規範の存在が窺える。

---

[228] *See* Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617, 624 n. 29 (2008); マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーグ（和久井理子訳）「特許はイノベーションを妨げるか？－生物医学研究におけるアンチコモンズ－」知財管理51巻10号（2001年）1652頁以下、林紘一郎編著『著作権の法と経済学』（2006年・勁草書房）18-19頁［林紘一郎執筆］参照。このほか特許制度をめぐるアンチ・コモンズ問題の詳しい紹介として、李ナリ（Nari Lee）「知的財産権研究の方法論としての法と経済学－特許法を例として」神戸法学雑誌62巻3・4号（2013年）225頁以下、田村善之「プロ・イノヴェイションのための特許制度のmuddling through（2）」知的財産法政策学研究36号（2011年）165-166頁、Nari Lee（田村善之＝立花市子訳）「標準化技術に関する特許とアンチ・コモンズの悲劇」知的財産法政策学研究11号（2006年）105頁以下参照。

[229] *See* Dan L. Burk, *The Mereology of Digital Copyright*, 18 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 711, 718-19 (2008).

しかしながら、ある使用について、対価の支払いを期待して創作したと見られるようなものまで侵害を否定してしまうと、創作のインセンティブが損なわれてしまうことになるのかもしれない[230]。前掲第２巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］は、ポスターを構図の中心に据えて内容が分かるように大きく写したことについて、de minimis ではないとした。そして、使用目的がポスターの創作目的と同じ「装飾」だったことから、ポスターを装飾目的で使用することについて原告がライセンス料を得ているという現実に存在する市場、つまり同じ市場への悪影響を考慮して、フェア・ユースも否定した。この分析は、企業の研究所における科学雑誌の無断コピーについて、権利者団体へ通常支払われるべきライセンス料が支払われておらず、既存の市場に悪影響を与えているとしてフェア・ユースを否定した1994年の第２巡回区連邦控訴裁判所判決［*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*］[231]を踏まえたものと見られる[232]。

---

[230] William M. landes & Richard A. Posner（山根崇邦訳）「著作権の考え方」知的財産法政策学研究10号（2006年）23・28-29頁、Wendy J. Gordon（田辺英幸訳）「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号（2006年）8頁参照。

[231] *See American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

被告石油会社Texacoの研究所が、原告出版社の出版する科学雑誌に掲載された論文や記事などを丸ごと無断コピーして、400-500名ほどの研究員に回覧し、研究員がコピーしていたという事案について、著作権クリアランスセンター（Copyright Clearance Center）によって雑誌のコピーについての許諾を得ることと対価としてのライセンス料（ロイヤルティ）の支払いが可能となっているにもかかわらず、被告がそうしなかったことは、既に存在する実効的な市場に悪影響を与えたとしてフェア・ユースを否定した。被告は、原告著作物の利用に対して原告がライセンス料を要求できるか否かがフェア・ユースとして論証されるべき事項であって、「著作物の潜在的市場あるいは価値に与える影響」を評価する際、原告がライセンス料を得ることができることを前提とするのは、論証すべき事項を結論として先取りする循環論法である旨主張した。これに対して裁判所は、その点を認めつつも、著作権者がロイヤルティを要求できることは著作権法106条によって認められており、争いようのないことである。もっとも、フェア・ユースの分析において潜在的なライセンス料収入へのあらゆる影響が考慮されるわけでなく、現実に存在する市場における潜在的なライセンス料収入を考慮することが適当であるとして、「欠陥のある循環論法となるのは、支払いのできることがフェア・ユース否定の決定的な要素にな

後に第三類型として整理するとおり、使用する著作物に代替性がない、つまりこの著作物を使うことが確かに必要だという積極的な意図のある場合には、利用者もそれを分かっており、中でも先行創作とは異なる新たな使用目的が伴わないような利用となれば原告の市場と競合することになるのだから、権利者から許諾を得るための交渉を利用者に強いても酷とはいえないだろう。しかし、先に第二類型として見たとおり、使用する著作物は必ずしもこれでなくとも構わないという代替性の認められる消極的な利用の事案は、例外を除けば背景的で小さい、写っている時間が短い、不鮮明でよく見えない、よく聞こえないといった程度に止まっている。このように些細な写り方についてまで権利処理を強いるならば、アンチ・コモンズ問題の弊害のほうが大きくなりそうである一方、代替性があるからといって、大きく長く写ってよく見える、よく聞こえるといった現れ方まで許容してしまうと、創作のインセンティブが損なわれてしまうのだろう。使用する著作物に代替性のある付随的な利用は、以上のような観点から実際の写り方の程度に応じて侵害／非侵害が判断されているように思われる。このことは、ドラマ・映画・広告のセットについて同じ基準により侵害の当否を分けた、侵害事例の第２巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment*

る場合のみである。」（The vice of circular reasoning arises only if the availability of payment is conclusive against fair use.）と説示した（*Id.* at 929-31.）。詳しくは、村井・前掲注(14)119頁以下、ゴーマンほか・前掲注(119)725-745頁参照。

[232] ［*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*］と［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］の意見（opinion）は、同じNewman判事によるものである。この点、現実のライセンス市場があることをもって「潜在的市場」を考慮し、それが変容的な利用でもなければフェア・ユースを否定するという第２巡回区連邦控訴裁判所が展開してきた上記の判例法理によれば、著作権者の利益とは簡単に比較できない研究や教育、報道といった外部利益（external benefits）が認められるような利用に対して、フェア・ユースが認められなくなってしまうといった旨の批判がある。*See* Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1, 49-50 (1997). 詳しい分析は、村井麻衣子「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（4）－日本著作権法の制限規定に対する示唆－」知的財産法政策学研究48号（2016年）99-106頁、蘆立・前掲注(167)88-90頁参照。Loren教授と同旨の指摘として、Samuelson, *supra* note 162, at 2620.

TV］、非侵害事例の第2巡回区［*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*］と第6巡回区［*Gordon v. Nextel Communs.*］が対照的に示している。とりわけ［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］は、事案との関係で例外的な侵害事例と見られる一方、後に見るとおり付随的な利用をめぐるさまざまな侵害／非侵害事例の双方で巡回区を越えてたびたび引用されていることからも、写り込みでの侵害／非侵害の分岐点を定める判例法理の形成に大きく影響しているように思われる。

なお、前掲［*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*］の子ども向けテレビ番組で小道具として使われた指人形や、前掲［*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*］の映画のセットとして使われたベッドメリーは、前掲の各非侵害事案とは異なり、写っているものがよく見えなかったというわけでは必ずしもなかったようである。にもかかわらず、いずれも写し出された時間がごく短く、正規品を買って小道具として少し使っただけなのだから、原告著作物に取って代わるような使用ではないなどとして実質的類似性が否定された。このことから、いずれも原告の請求を成り立たせるに十分なコピー（actionable copying）のしきい・限界（threshold）に上がるか上がらないかのきわどい限界事例と見るべきなのかもしれない[233]。

---

[233] 当時はこのような使用がコピーに当たるかどうか明らかではなかったようであり、展示禁止権も存在しなかったということを考え合わせると、現行法における類似事案の取扱いは変わってくるのかもしれないことについて、ラットマンほか・前掲注(207)552頁参照。*See also* R. Anthony Reese, *The Public Display Right: The Copyright Act's Neglected Solution to the Controversy over RAM 'Copies*, 2001 U. ILL. L. REV. 83, 93 n. 36 (2001).

ちなみに、指人形のような動いていない著作物を公に見せることを禁止する公の展示権（著作権法106条(5)および101条）は、1976年著作権法によって導入された。LEAFFER, *supra* note 122, at 391-92 (n. 479) によれば、「セットの一部として美術著作物を使用するテレビ番組は、公の利用権（the performance right）を侵害しないだろうが、使用する著作物が実質的類似性の水準を満たす程度の時間、視認できるならば公の展示権（the display right）を十分侵害し得るだろう。」とする。

４．第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくいもの

第三類型は、新たに制作する映画、テレビ、広告、書籍などにおいて、別の映画やテレビ番組の映像の一部を挿入して使用する、あるいは写真やポスターの画像を掲載して使うなど、使用するものの内容に相応の意味を認めてそれを積極的に使用する必要性があるというものである。すなわち、使うものはどれでもよいというわけではなく、何らかの理由があってわざわざ使用した、といった積極的に著作物を利用する意図や理由が認められる事案の類型である。先に見た第二類型のように代わりになるものがあればそれはそれで構わない、といったような事案ではなく、第一類型のようにやむを得ず写り込んでしまったという事案でもない。

とりわけ第三類型のような使用態様は、我が国のコンテンツ業界における標準的な尺度からすれば、すべからく権利処理が必要なもの、と捉えられがちのようにも思われる。ところがアメリカでは以下に見ていくとおり、著作物の付随的（incidental）な利用にかかわるフェア・ユースの問題として議論[234]されている。結論を先に述べると、この第三類型は、使用する部分が必ずしも小さくなくても、批評・論評、ニュース報道といった新たな目的、新たな表現に伴う「変容的な利用」（transformative use）であるならば、原告の潜在的な市場を奪うことはなさそうと判断される結果、侵害が否定されやすい傾向にある。他方、新たな使用目的や表現が加わることなく、単に原告著作物の創作目的と同じ目的で使用するものだったり、変容的であったとしても質的・量的に見て“使いすぎ”だったりするものは、いずれも原告の潜在的な市場を奪う可能性が高くなるため、侵害と判断される傾向にある。このように第三類型は、究極的には市場に与える影響度の大小により二分される。

以下では、著作物の付随的な利用における侵害／非侵害のおよその分岐点を、市場に与える影響を判断する決め手となる使用目的や質的・量的な

[234] NIMMER, 4 NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05 [D][3][a]; Samuelson, *supra* note 162, at 2570-76; *see* James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 YALE L.J. 882, 903-06 (2007).

使い方の観点から探っていく。アメリカの豊富な事例は、写り込みの問題において、いかなる場合になぜ著作権を制限すべきか[235]を考えるに当たり、付随性や軽微性を実際に見極めるうえでとても興味深い検討材料を与えてくれる。

４－１．市場を奪うことはなさそうと判断されたもの

1）伝記の構成

サムネイル、といっても割と大き目な画像の使用について非侵害とした2006年の第２巡回区連邦控訴裁判所判決［*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*］は、異なる目的での利用事例の模範（an exemplar）[236]として注目される。ロックバンド「The Grateful Dead」のいわゆる伝記本（2,000点を超える画像が掲載された全480頁の豪華本）において、Grateful Deadが過去に出演したコンサートのポスターやチケットの画像７点が、最大で横約7.6cm×縦約11cmのサイズで、元のポスターの20分の１に縮小されて、画像の大きさがページの大きさの８分の１を超えない形で、Grateful Deadが出演したコンサートなど30年間の活動の歴史に関する時系列の記事とともに、無許諾で掲載された。無許諾というのは、原告と被告のライセンス料交渉がまとまらなかったからであった。第２巡回区連邦控訴裁判所[237]は、被告書籍によるフェア・ユースを認めた原審[238]を、次のように容認した。まず、被告書籍での原告画像の伝記的な使用目的・態様について、元のポスターやチケットが有している創作目的――美的表現と宣伝――とは異なるから変容的（transformative）であって、原告ポスターと同じ装飾目的でドラマのセットとして使用したとして非変容的とされた前掲第２

235　田村・前掲注(12)21頁参照。

236　*See* Pamela Samuelson, *Possible Futures of Fair Use*, 90 WASH. L. REV. 815, 826 (2015).

237　*See Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

238　*See Bill Graham Archives, LLC v. Dorling Kindersley Ltd.*, 386 F. Supp. 2d 324 (S.D.N.Y. 2005).

巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］とは異なる。原告画像はコンサートに関する歴史的所産としてのポスター等を被告書籍の読者が認識できる最小限度の大きさに縮小されたものであり、利益を得る目的で使用されたのではない。被告は原告画像を書籍の広告宣伝にも使用せず、被告書籍が有する商業的な伝記の価値に対して原告画像はわざと（by design）付随的（incidental）に使用されているとした。そして、研究所における雑誌論文等の全部コピーの回し読みとその孫コピーにライセンス料が支払われなかったことについて、既存のライセンス市場への悪影響を認めた前掲第2巡回区［*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*］とは異なり、原告がライセンス料を得ている市場とは、使用する画像や過去の出来事の背景に関する考察や編集行為をほとんど伴わずに原告画像をページの全面に使うことや、大きくはっきりとよく見えるように使うことに対してである。原告は被告書籍による変容的な画像の使用から得られるライセンス料収入の重大な損失に関する直接の証拠を示していないなどとして、原告の潜在的な市場への影響も認めなかった。

一方、第9巡回区でも、連邦控訴裁判所[239]が「本件はなぜフェア・ユースの法理が存在するのかに関するひとつの好例である」[240]と説示して、ミュージカルにおけるテレビ番組の映像素材の伝記的な使用について非侵害とした2013年の事例［*Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*］がある。1960年代に世界的に大変人気のあったアメリカのロックバンド「The Four Seasons」（バンド）の活動の足跡を伝える被告ミュージカル「Jersey Boys」（ミュージカル）において、1966年にバンドを紹介したテレビ番組「The Ed Sullivan Show」（番組）から抜粋した7秒間のVTRが、原告に無断で劇中上映されたという事案について、裁判所はフェア・ユースを認めた原審[241]を以下のとおり容認した。ミュージカルにおける番組の劇中使用について、このバンドがEd Sullivanによって選ばれて番組で演奏したことは、このバンドがアメリカの音楽シーンで長く名を馳せたことの証であり、それを伝記的に使用することは変容的である（前掲第2巡回区［*Bill Graham Archives*

[239] *See Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*, 709 F.3d 1273 (9th Cir. 2013).

[240] *Id.* at 1280.

[241] *See Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*, 782 F. Supp. 2d 898 (C.D. Cal. 2010).

v. Dorling Kindersley Ltd.］、後掲第9巡回区［*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*］を引用）。また、7秒間の使用部分について、Ed Sullivanが観客の前でこれから演奏しようというバンドを単に紹介している部分であるから、そもそも著作物であるかどうかも怪しく、質的に重要であると認めることは困難である。Ed Sullivanのカリスマ的魅力こそ原告が保護を求めるものであるが、カリスマは著作権で保護されない。そして、二次的使用であるミュージカルは、元の番組に取って代わって元の番組の派生的使用の機会を奪うものではない。なぜならミュージカルの舞台において7秒間の映像素材を一度見せただけで、ミュージカルのビデオテープやDVDも作成されていないからである。したがって、ミュージカルでの映像素材の使用は、原告のビジネスモデルに対して何ら理由のある脅威を与えることなく、被告の創作を前進させるものであるとした。

人々によく知られる人物の生涯を紹介するドキュメンタリーを制作する際、その人物が活躍する様子を捉えた映像や写真の一部を使用することは、ごく一般的に行われている。見る人の記憶を呼び覚まし、あるいはその人物像を分かりやすく伝えるために必要だからである（後掲第9巡回区［*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*］参照）[242]。たとえば、伝記として取り上げる人物が関係する原告映画の一部を、被告ドキュメンタリーで使用したことについて、使用の目的、使用した部分の中身と時間から原告著作物に取って代わるものではないとして侵害を否定したニューヨーク州南部地区の事例に、1996年の［*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*］と2001年の［*Hofheinz v. A&E TV Networks*］がある。

1996年の［*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*］は、Muhammed Aliの生涯を紹介する94分間の被告ドキュメンタリー「Ali － The Whole Story」が、Ali対George Foremanの歴史的なボクシング世界タイトルマッチをテーマとする84分間の原告ドキュメンタリー映画「When We Were Kings」から、試合映像を含まない練習等の様子を捉えた映像を9カットから14カット引き、短いカットで41秒間、長いカットで1－2分間に編集し、合計3分間を超えない尺で取り込んだ（部分使用した）という事案で

[242] *See Elvis Presley Enters. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 629 (9th Cir. 2003).

あった。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[243]は、Muhammed Aliの人物像は公衆のもっともな関心事であり、問題とされたひとつひとつの素材の長さは3秒未満でとても少なく短いもので、原告映画（世界戦）と被告番組（伝記）はテーマも内容もまったく異なるものである。また、被告番組が過去の出来事を伝える映像素材として原告映像を41秒間から2分間使用したことは、被告番組の94分間の全体尺に関してあまりに少なく、短く、小さく（too few, too short, and too small in relation to the whole）、使用部分は原告映画の中心（the focus）では決してない。よって、原告映画の市場にはまったく影響を与えそうにない。原告映画の劇場公開（上映）の1週間前に被告番組が放送されることが原告映画の市場に影響を与えるかどうかは分析の要素とはならないなどとして、フェア・ユースを認めた。裁判所は変容的（transformative）という言葉こそ用いていないが、事案との関係から変容的な利用の事例といえるだろう。

2001年の［*Hofheinz v. A&E TV Networks*］では、アメリカの俳優Peter Gravesの生涯を伝える約44分間のドキュメンタリーで、Gravesが主役を演じたモンスター映画のトレイラー（予告編）から約20秒間映像を引いて部分使用した。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[244]は、トレイラーの部分使用は、原告映画の創作的表現（creative expression）を再現するためのものではなくGravesの出演シーンの単なる断片（just snippets）であって、映画ビジネスの初期におけるGravesの業績を視聴者が分かるようにするという変容的（transformative）な目的があり、前掲［*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*］と同じであるとした。また、20秒間という使用尺は元の原告映画の1％にも満たず、視聴者に対してGravesが出演した映画であることを伝える目的しかないとした。

2）訃報の構成

社会的な関心事を伝えるという点で、伝記とは目的が重なり合っている

[243] *See Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*, 935 F. Supp. 490 (S.D.N.Y. 1996).

[244] *See Hofheinz v. A&E TV Networks*, 146 F. Supp. 2d 442 (S.D.N.Y. 2001). 類似事例として、*see Hofheinz v. Amc Prods.*, 147 F. Supp. 2d 127 (E.D.N.Y. 2001).

ものとして、訃報での使用がある。2001年の［*Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*］では、テレビネットワークの被告CNN、ABC、CBSが、アメリカの俳優Robert Mitchumの死亡を伝える訃報ニュースにおいて、Mitchumの代表的な出演映画を6秒から22秒間を抜粋し、音声にはニュースコメントをかぶせて映像のみを放送した。原告は、被告らが訃報ニュースで原告映画を使用するだろうと予想して、被告の放送をテレビの前で10時間以上チェックしていたという。被告らは原告から5,000ドルないし1万ドルのライセンス料の支払いを請求されたが、被告らはこのような訃報での使用はもとよりフェア・ユースであると判断して放送した。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[245]は、映画の部分使用は、Mitchumの死亡をニュース報道（news reporting）することに関連して行われたものであって、著作権法107条に規定された目的のひとつのために行われたものであるから、被告らの使用はフェア・ユースを強く推定させる。訃報での使用には、視聴者にMitchumの死を伝え、Mitchumが芸術に与えた衝撃を分かるようにするという完全に新たな目的と性質が加わっているため変容的（transformative）であるとした（前掲［*Hofheinz v. A&E TV Networks*］を引用）。部分使用した尺は元の映画（108分間）の1％にも満たずこのような使用はde minimisであり、使用した部分も元の映画の核心（the heart）ではないとした。そして、被告らによる訃報を目的とする変容的な使用は、原告映画の市場を損なうにはあまりに少なく、短く、小さい（前掲［*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*］を引用）などとして、フェア・ユースを認めた。

3）批評・論評の展開

ドキュメンタリーや報道情報番組で議論を展開するために、関連する映画を部分使用したことについて、使用時間が短く、核心部分でもなかったとしてフェア・ユースを認めた事例に、2001年の［*Hofheinz v. Amc Prods.*］と2005年の［*Wade Williams Distrib., Inc. v. ABC*］がある。

---

[245] *See Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 25687 (S.D.N.Y. 2001).

2001年の［*Hofheinz v. Amc Prods.*］は、ライセンス拒絶と暫定的差止請求がからんだ事例である。モンスター映画を多数製作した映画会社American International Pictures（AIP）がアメリカの映画産業に与えたインパクトを伝えるドキュメンタリー番組を企画した被告番組制作会社は、原告が著作権を有する複数の映画や、AIPの製作責任者であった原告の亡夫Nicholsonの未公表写真等をドキュメンタリー番組で使用して番組を劇場上映するライセンスを原告から得た。ところが完成した番組を試写（視聴）した原告は、被告が予定していたアカデミー賞エントリーのための劇場上映開始の2日前になって、劇場上映には同意していないと通告。被告はそのまま宣伝と劇場上映を行ったところ、原告が暫定的差止命令（preliminary injunction）を申し立てたといういささか筋の悪い事案である。ニューヨーク州東部地区連邦地方裁判所[246]は、原告映画はもともと娯楽のためのものであるのに対して、被告ドキュメンタリー番組における原告映画等の部分使用にはAIPが映画産業に与えた影響を視聴者に伝えるドキュメンタリーとしての新たな目的が加わっており、変容的（transformative）であるとした。また、番組で部分使用した各映画は10秒から54秒、番組の宣伝で使用した映画の部分使用も14.87秒、映画の宣伝ポスターの映像が21.33秒、映画に出てくるモンスターの模型映像が43.77秒、未公表写真の映像が37.43秒であったことについて、このような使用はde minimisであるとした。部分使用した部分を質的に見ても、元の映画作品の核心（the heart）を抜いているわけではなく、ドキュメンタリーを構成するのに必要な範囲を超えてはいないとした。そして、潜在的な市場に対する影響について、被告による使用がフェア・ユースとみなされるならば、原告の作品をライセンスする価値が減ってしまうとの原告の主張を、フェア・ユースの抗弁を骨抜きにする（eviscerate）ものとしてはっきりと否定した。裁判所は、本件のようにある特定の状況において、著作権全体の目的――より多くの著作物を創作することを前進させるならば、法はフェア・ユースの庇護を求める著作権侵害者（copyright infringer）に対して、著作権者からライセンスを得ることを要求しないのであり、フェア・ユースのポイントはまさにそこであるとした。さらに、裁判所は、被告ドキュメンタリー番組には40万

[246] *See Hofheinz v. Amc Prods.*, 147 F. Supp. 2d 127 (E.D.N.Y. 2001).

米ドルを超える制作費と18か月を超える制作期間が費やされたうえに、エントリーしているアカデミー賞の最終選考中でもあり、原告の主張を認めて被告番組の使用が差し止められるとなると、被告番組に投じられた商業的な投資に対して取り返しのつかない損害を与えることになるのは明白として、エクイティ[247]のバランスは原告に与しないため、原告による暫定的差止命令（preliminary injunction）は否定されなければならないとした。

2005年の［*Wade Williams Distrib., Inc. v. ABC*］では、被告テレビネットワークABCの朝の報道情報番組「Good Morning America」のコーナーにおいて、宇宙にまつわる過去の主な出来事やエイリアンとの遭遇を描いた映画を話題として取り上げて番組のMCと編集長が議論した際、3本の原告映画を計24秒間、部分使用した。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[248]は、被告番組では出演者が、これまで原告映画がどのようにエイリアンとの遭遇を描いているのかについて批評・論評しており、変容的（transformative）な使用であるとした。部分使用した尺は、原告映画の全体尺71分に対して3秒、84分に対して12秒、77分に対して9秒ときわめて短く、しかも出演者のコメントによってVTRの音声はほとんど聞こえなかっただけでなく、使用した部分が映画の核心部分であると認めた陪審員は誰もいなかったとした[249]。

---

247 エクイティ（equity）とは、コモン・ロー（common law）に基づく金銭賠償による救済では不十分な場合に、特定の物の引渡しや特定の行為の禁止を裁判所が命ずる特定的救済を与える英米法の基本体系であることについて、田中・前掲注(153)538頁および557頁、伊藤正己＝木下毅『アメリカ法入門〔第5版〕』（2012年・日本論評社）103頁以下参照。

248 *See Wade Williams Distrib., Inc. v. ABC*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 5730 (S.D.N.Y. 2005).

249 類似事例として、2001年の［*Hofheinz v. Discovery Communs., Inc.*］がある。エイリアンの出現と政府による隠蔽問題を取り上げた約1時間の被告ドキュメンタリーにおいて、原告映画のトレイラーからそれぞれ8秒、8秒、32秒の3カット計48秒間が抜粋され部分使用されたことについて、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、被告の使用にはエイリアンの出現に関する政府による隠蔽の特定、映画におけるエイリアン出現場面での特殊効果の使い方の紹介、サイエンスフィクション映画の昔と今の対比、といった異なる3つの目的があり、エイリアンの出現についての論評を補強する変容的な目的がある。使用尺も原告映画の1％にすぎずほんのわ

一方、映画における楽曲の一部使用について、核心部分の使用ではあったが、楽曲の持つ思想の批判に必要だったとして、前掲最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］の判例法理を非パロディ事案へ適用してフェア・ユースを認めたとされる事例がある[250]。2008年の［*Lennon v. Premise Media Corp., L.P.*］である。いわゆるインテリジェント・デザイン（創造説[251]）と進化論の論争に関する被告映画「Expelled」において、原告が著作権を有する楽曲John Lennon「Imagine」が、字幕による歌詞10語（Nothing to kill or die for / And no religion too.）の表示とともに15秒間使用された。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[252]は、映画は営利目的で作られたが、被告が原告楽曲を使用した目的は、楽曲の非宗教的なユートピア思想を批判することにあり、資料映像を用いた批判は暗喩的ではあるが変容的（transformative）であるとした。また、被告映画では批評に必要な部分のみを使用している一方、楽曲Imagineの核心（the heart）を使用しているところ、パロディに対して行った前掲最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］の分析は批評・論評目的のコピーにも等しく適用されることから、量的・質的いずれも被告による原告楽曲のコピーは相当であるとした。そして、原告は潜在的な市場への影響について、楽曲Imagineの無断使用が広く行われるようになってしまったら、楽曲をライセンスする市場が損なわれるだろうと主張した。しかし裁判所は、前掲第２巡回区［*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*］と同様、問題となっているのは変容的な利用に係る市場であって、原告楽曲を15秒間、変容的な目的で被告に利用させることが原告楽曲の通常の使用をライセンスする市場を奪うということを示す証拠を原告は何も提示していないとしてフェア・ユースを認め、原告による暫定的差止命令（preliminary injunction）の申立てを認めなかった[253]。

ずかで断片的であり、核心（the heart）を使用していないとした。*See Hofheinz v. Discovery Communs., Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 14752 (S.D.N.Y. 2001).

250 NIMMER, 4 NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05 [A][3] n. 210.5.

251 ダーウィンの進化論を否定し、聖書の記述に基づいた神による天地創造を主張する説。『広辞苑〔第６版〕』参照。

252 *See Lennon v. Premise Media Corp., L.P.*, 556 F. Supp. 2d 310 (S.D.N.Y. 2008).

253 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

このほか、宗教の偽善を批判することをテーマとする楽曲「East Jesus Nowhere」を演奏する世界的パンクロックバンドの被告「Green Day」によるライブコンサートでのステージ演出のために、苦悩に満ちて叫んでいる男の顔を全面に描いた原告ポスター「Scream Icon」を撮影した画像へ、顔の中心を覆うように赤色のスプレーで十文字を大きく書き加えて合成画像を作成し、4分間の同楽曲の演奏中にステージ上で映写する背景映像として使用したことについて、フェア・ユースを認めた原審[254]を是認した比較的近時の事例がある。2013年の第9巡回区［*Seltzer v. Green Day, Inc.*］である。第9巡回区連邦控訴裁判所[255]は次の点を重視した。被告背景映像には、宗教の持つ暴力性を批判するという元の原告ポスターにはない新たな意味とメッセージが加わっており、変容的である。前掲第9巡回区［*Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*］で部分使用されたテレビ番組「The Ed Sullivan Show」のように、原告ポスターを意味的に分けて部分使用することはできない。被告が全部を使用したのは新たな表現、意味づけやメッセージを成し遂げるために必要だったからである。被告背景映像の使用は商業的ではあるが、被告のアーティストグッズ、アルバム、宣伝物などには原告ポスターの合成画像は一度も使用されたことはなく、3時間のツアーのステージの中の1曲でのみ使用された。被告による以上の使用が、原告ポスターの主な市場に取って代わるという合理的な状況はどこにもない。裁判所は以上のように判示して非侵害と帰結したが、本稿は後に述べるとおり、まさに背景での利用だったとはいえ、この第9巡回区［*Seltzer v. Green Day, Inc.*］の事案を非侵害と見るには、関連裁判例との比較からいささか違和感を覚えるため、かなり例外的な限界事例と把握している。

ちなみに、批評・論評に伴う静止画の利用事案では、YouTube上のビデオのスクリーンショット1点を論評記事とともにニュースサイトへ掲載

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－」日本大学知財ジャーナル4号（2011年）42頁注25は、本件は後掲最判［*eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*］（後掲注(279)参照）が直接妥当するとは捉えていないことを紹介する。

254 *See Seltzer v. Green Day, Inc.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 92393 (C.D. Cal. 2011).

255 *See Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170 (9th Cir. 2013).

したことについて、de minimisであるとして実質的類似性を否定した2018年の事例もある。デモ行進での暴動の様子を原告ビデオジャーナリストが撮影して自らのYouTubeチャンネル「WeAreChange」へ投稿したビデオの中から、白人至上主義者の男がデモ参加者の女性の顔面を殴っている瞬間をスクリーンショット（静止画）として切り出して、その男について言及する「Berkeley riots: Video appears to show white supremacist Nathan Damigo punching protester」と題する記事[256]とともにその画像1点を被告ニュースサイト「Mic」へ掲載したことについて、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[257]は次のように説示して侵害を否定した。質的には確かに原告ビデオのスクリーンショットではあるが、量的にはビデオ全体のほんのごくわずかの断片であって、取るに足りない。原告は前掲第2巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］に従って裁判所は全体がはっきり見えていることを考慮すべきであると主張するが、［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］は動画を数秒間使用したものであるから、写真1枚を使用した本件とは事案を異にする。よって、原告は［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］に基づいて、本件写真が本件ウェブサイト上での永久的な複製でありde minimisでないと主張することはできない。被告は論評記事を加えてスクリーンショット1点を複製したものであるから、このような使用はde minimisを構成するとした。

4）番組オープニング映像でのコラージュ

ニュース番組のオープニング映像のために、原告ニュース素材を数秒間コラージュして背景的に使用したことについて、核心部分を使用しておらず関連する市場にまったく影響を与えそうにないとしてフェア・ユースを認めた事例に、2002年の第9巡回区［*L.A. News Serv. v. CBS Broad., Inc.*］がある。問題となった原告ニュース素材とは、1992年のロサンゼルス暴動事

[256] Berkeley riots: Video appears to show white supremacist Nathan Damigo punching protester, https://www.mic.com/articles/174306/berkeley-riots-video-appears-to-show-white-supremacist-nathan-damigo-punching-protester (accessed Nov. 4, 2019).

[257] *See Rudkowski v. Mic Network, Inc.*, 2018 U.S. Dist. LEXIS 49975 (S.D.N.Y. 2018).

件の現場でトラック運転手が襲撃されている様子を原告がヘリで空撮した映像であった。同事件の訴外被疑者の裁判を伝える被告ニュース番組「Prime Time Justice」の冒頭、原告ニュース素材からトラック運転手の頭にレンガを投げつける男を写した部分の映像を抜き出し、同番組のオープニング映像でモンタージュして使用し、2秒間、時計が一回りする映像の背景映像として放送した。第9巡回区連邦控訴裁判所[258]は、モンタージュを制作することには、単なるリピート放送を超えた創作性の要素が合理的に認められ、元のニュース価値を超える目的に資する変容的な使用であるとした[259]。

類似事例として、2004年の第2巡回区［*Kane v. Comedy Ptnrs*］もある。被告全米ケーブルチャンネル「Comedy Network」の情報バラエティ番組「The Daily Show」のコーナー企画「Public Excess」のオープニング映像の中で、元ストリッパーの原告自身が出演・制作してパブリック・アクセス（ローカルコミュニティチャンネル）で放送中の番組「The Sandy Kane Blew Comedy Show」から、ほとんど裸で歌って踊るシーンを2秒間無断で部分使用して、他のVTRとコラージュして毎回放送し[260]、被告番組の番宣スポ

---

[258] *See L.A. News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002).

[259] ちなみにこの事件では、放送を告知するための予告編（teaser）において、男がレンガを投げつける映像を3秒間部分使用して放送したことも、あわせて問題となった。裁判所は、予告編での使用はほとんど変容的ではない（less transformative）としつつも、被告のニュースは、襲撃事件そのものではなく被疑者の裁判であるから原告ニュース素材のニュース価値と直接競合せず、同じ原告ニュース素材の著作権を完全に侵害した後掲第9巡回区［*Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*］（被告ケーブルテレビのニュースが原告ニュース素材の核心部分を繰り返し放送）や、同［*L.A. News Serv. v. Reuters Tv Int'l*］（通信社が原告ニュース素材を無断で国際配信）とは区別できるとした。潜在的な市場への影響についても、使用時間は3秒間で、原告ニュース素材の核心（the heart）とはいえない部分であったことから、遠慮のない剽窃事案（a case of unrestrained piracy）とは異なるなどとして、大きな影響を認めなかった。

[260] The Daily Show with Jon Stewart, Public Excess - Entertainment's Kings and Queens, Clip1/19/1999, http://www.cc.com/video-clips/24txa6/the-daily-show-with-jon-stewart-public-excess---entertainment-s-kings-and-queens (accessed Jun. 21, 2017).

ットでも使用したことについて、第2巡回区連邦控訴裁判所[261]は、被告による使用態様はパロディとはいえないが、パブリック・アクセス番組としての原告番組の質を嘲笑的に批判する目的があり、原告の歌声は聞こえず、原告番組の需要を吸い取る影響はほとんどないとしてフェア・ユースを認めた原審[262]を容認した。

5）背景的なパロディ

背景的な利用にパロディの意味が込められていたことからフェア・ユースと判断された事案もある。映画の登場人物である黒人と白人を対置して描写するために映画の小道具として原告絵画を使用したことにはパロディ目的が認められる一方、被告映画での使用は原告絵画に取って代わるものではないとしてフェア・ユースを認めた1997年の事例に、［*Jackson v. Warner Bros.*］がある。被告映画「Made In America」の中のリビングルームのセットの一部に、アフリカで若者が大人になるための通過儀礼を描いた原告絵画2点が小道具として飾られ、ふたつのシーンで60秒間背景的に写し出された。原告は、黒人のWhoopi Goldbergが主演して黒人の文化を取り上げた被告映画について、被告が文化を利己的に利用している（culturally exploitive）と考えて、仮に被告から映画での絵画の使用ライセンスを求められても断っただろうと主張していた。ミシガン州東部地区連邦地方裁判所[263]は、被告映画では一方の絵画は数秒間、役者の演技近くで見ることができたが、他方を含め一度もピントは合っておらず、原告絵画を物理的に使用したものの、被告は原告絵画を利用して利益を得ようとしていたわけはなく、映画の売上げを伸ばすために利用したわけでもないた

---

261 *See Kane v. Comedy Ptnrs*, 98 Fed. Appx. 73 (2d Cir. 2004).

262 *See Kane v. Comedy Partners*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 18513 (S.D.N.Y. 2003).

ちなみに被告番組の本編でも、原告番組のテーマ曲「I Love Dick」を原告がほとんど裸で踊りながら歌っているシーンが6秒間使用されたが、原告はこの部分についての著作権侵害を主張しなかった。6秒間の使用部分ではほとんど歌声は聞こえなかった。

263 *See Jackson v. Warner Bros.*, 993 F. Supp. 585 (E.D. Mich. 1997).

め、このようなわずかな使用は重要でないとした。さらに、裁判所は原告の市場への影響を吟味するにあたって、被告映画では人種の問題をコメディの方法で取り扱っており、仮に被告映画において原告作品が至るところで使用されたとしても、原告作品の利益性や人気には影響を与えそうになく、被告は著作権法において認められ得る損害を主張していないとした。

同じく背景的なパロディの事例として、原告が作成し著作権を有する女優Farrah Fawcettの姿を写したポスターを、被告雑誌の購読を募る1ページ広告のセットの一部として使用したことについて非侵害とした、1986年の第6巡回区［*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*］がある。第6巡回区連邦控訴裁判所[264]は次のように判示して、フェア・ユースを否定した原審を破棄差し戻した。すなわち、被告の行為が原告ポスターにおける原告の投資に対する経済的な見返りを決して減らさないと認める一方、広告の営利目的はフェア・ユース否定に決定的（conclusive）であって、原告ポスターの使用について原告の同意が得られなかったであろうことを知っていた被告がフェア・ユースの抗弁の恩恵を享受すべきでないとした原審の判断は誤りである。被告広告の第1目的は営利ではあるが、10代の少年が自分の部屋にいるという設定で、少年の後方にセットの一部として原告ポスターがほぼ切手サイズの大きさに縮小されて写っていた。被告広告では、「Save This Child From The Seventies.」（70年代からこの子を救ってください。）との見出しを付して、主演John Travoltaが踊るシーンを写した映画「Saturday Night Fever」のポスターや「Jaws」とのタイトルの5冊の書籍とともに原告ポスターが背景的に使用されていた。この被告広告の第2の目的とは、70年代文化を風刺する（parody）ものである。被告による切手サイズによるポスターの利用の目的は、パロディの対象を人々に思い起こさせるためだったことであり、原告ポスターの潜在的市場には何も影響を与えていないとした。

6）小括

先行創作を使用する何らかの意図があり、使うものに代替性の認められ

[264] *See Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*, 787 F.2d 592 (6th Cir. 1986).

ない事案において、諸事情の比較衡量として裁判所がまず重視するのは、その使用意図、目的である。上記の事案には、伝記や訃報の構成、批評・論評の展開、番組オープニング映像でのコラージュ、背景的なパロディといった目的があった。そして、被告の上記使用目的がいずれも原告の元の創作目的とは異なる新たなものだったことから、違う目的に資する生産的な(productive)[265]使用と認められ、抗弁を強めている。前掲第2巡回区[*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*]の原告ポスターはイベントの告知、前掲第9巡回区[*Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*]の原告テレビ番組「The Ed Sullivan Show」はエンタメが創作目的だったのに対して、被告は伝記という別の新たな目的で使用した、という違いである。その他の事例も同様に、濃淡の差はあれ、先行創作とは別の新たな使用目的が認められている。

ではなぜ裁判所は、後発創作における生産的な目的の有無やその度合を重視するのだろうか。それは、生産的な使用が社会における著作物の豊富化という「社会的な便益」(social benefit)[266]をもたらすことにつながるため、生産的な目的のある使用はなるべく許容してやることで、新たな後発創作を積極的に促していく必要があると考えているからではないだろうか。生産的な利用をめぐる前掲事例の中には、ライセンス交渉がまとまらなかった第2巡回区[*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*]、訃報での使用を待ってましたとばかりに高額のライセンス料を請求した[*Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*]、上映直前にライセンスを撤回して暫定的差止請求を申し立てた[*Hofheinz v. Amc Prods.*]、黒人文化の滑稽な扱い方が気に入らないとして仮に被告からライセンスを求められても断っただろうと主張した[*Jackson v. Warner Bros.*]など、訴訟に至る事情として取引費用が特に問題となったものがあった。生産的な目的の認められる後発創作に対して、このような取引費用の負担を過剰に強いるならば、

---

[265] 以下本稿では、先行創作へ社会的に価値のある創作的要素を付加する後発創作という意味で、「生産的」(prodcutive)と「変容的」(transformative)を特に区別せずに用いる。LEAFFER, *supra* note 122, at 498.

[266] *Supra* note 182, at 579.

新しい作品の創作を阻害する効果が強くなりすぎる[267]ということも考慮して、裁判所は事案を見ているように思われる。

侵害の当否を分ける決め手となっているもうひとつの事実は、質的・量的な使い方である。たとえば第9巡回区［*Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods.*］では「The Ed Sullivan Show」に出演したバンドの演奏ではないシーンを7秒間劇中使用したことや、前掲［*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*］ではMuhammed Aliの被告伝記ドキュメンタリーで使ったのは原告映画の世界タイトルマッチ以外の部分だけで、1カットあたり数秒間、合計3分間を超えなかったことなど、使用した時間がごく短く、元の著作物の核心ではなかったといった事実も、裁判所による衡量ではとても重視されている。これは、前掲最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］の判例法理によって「許容されるコピーの程度は使用の目的と性質によって変わる」[268]とされるところ、裁判所は、実際の使い方を見て「コピーの目的との関係で合理的かどうか」[269]を判断し、さらに「元の著作物や潜在的にライセンスされる派生的著作物の市場に代替するか」[270]を判断するからだろう。したがって、後発創作が、先行創作とは別の新たな生産的な目的のために、先行創作たる映画やテレビ番組の核心ではない部分を10秒未満使用するとか、あるいはポスターや写真といった先行創作であればそれを縮小して載せるといった使い方であれば、これまで見てきた事例に照らすと、潜在的な市場には影響しないと判断される結果[271]、抗弁が成功する可能性があると見られる。さらに、パロディ（前掲第6巡回区［*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*］）や先行創作の基底をなす思想・表現の批判（前掲［*Lennon v. Premise Media Corp., L.P.*］）といった相対的により強い意図、目的に基づいていれば、たとえ核心部分を使っていたとしても、それは、先行創作とはまったく異なる目的での使用であって、先行創作の市場とは異なるから悪影響を与えることがないと見られるため、抗弁が弱くなること

[267] Landes & Posner・前掲注(230)45-46頁参照。

[268] *Supra* note 182, at 586-87.

[269] *Id.* at 586.

[270] *Id.* at 587.

[271] LEAFFER, *supra* note 122, at 508.

はなさそうである[272]。第6巡回区［*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*］は、広告での使用とはいえ、表現に込められた風刺と、背景的に写ったポスターの大きさが切手サイズだったことから原告の市場への影響がないことをより重視して、全員一致でフェア・ユースと認めた。そもそもパロディの場合、前掲最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］の判例法理により、変容的な度合が大きければ背景的な使用である必要はないが、第6巡回区［*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*］は、変容的な度合との相関で背景的な使用という事情も考慮されることを示しているようで興味深い。

このように考えると、楽曲のキービジュアル用に原告ポスターの全面に赤い十文字を書き加えて合成画像を作成し、ステージの背景として大きく映写して使用したという前掲第9巡回区［*Seltzer v. Green Day, Inc.*］は、フェア・ユースと認められたものの、メインストリームからかなり外れる事例といえるかもしれない。というのも、前掲第2巡回区［*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*］のように原告ポスターを縮小して使用するどころか、被告背景映像ではコンサートの大規模な演出として原告ポスターの全部を拡大映写して使用した。また、前掲［*Lennon v. Premise Media Corp., L.P.*］では原告楽曲の思想を批判するために原告楽曲の歌詞の核心部分を使用したのに対して、［*Seltzer v. Green Day, Inc.*］における被告背景映像の批判の対象は宗教の持つ暴力性であり、ロサンゼルスの若者文化などを象徴する目的の原告ポスターとは、そもそも関係がなかったからである。第9巡回区連邦控訴裁判所は、非変容的な事例として後掲第9巡回区［*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*］や前掲第2巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］などを引用し、変容的な事例として前掲第2巡回区［*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*］や、サンダルを履いた女性のふくらはぎの写った部分を用いた被告コラージュ絵画[273]が原告写真の創作目的とは鋭く異なるとして変容性を認めた第2巡回区連邦控訴裁判所判決［*Blanch v. Koons*］[274]などに依拠して判旨を展開。原告ポスターに込めら

---

[272] *Supra* note 182, at 591. 奥邨・前掲注(184)28頁参照。

[273] *See* Jeff Koons, *Niagara*, https://www.guggenheim.org/artwork/10734 (accessed Jun. 23, 2017).

[274] *See Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

れたメッセージと被告背景映像に込められたメッセージは異なるとして変容性を認めた。しかし、本稿には、パンクロックバンドである被告の楽曲「East Jesus Nowhere」のイメージを伝えるキービジュアルのベースとして、苦悩に満ちて叫んでいる男の顔を描いた原告ポスターのビジュアルがたまたまよかったため、仕上げに赤い十文字を激しく書き加えて使った、という単なる非生産的な使用のように思えてならない。これはどちらかというと、被告アパレル広告での装飾演出として、際立って独創的なデザインのメガネ型装飾品をモデルに着用させて使用したことについてフェア・ユースを否定した後掲第2巡回区［*Davis v. Gap, Inc.*］や、上院議員時代のオバマ前合衆国大統領を撮影した原告肖像写真を画像処理して抽象化し、「HOPE」という語を加えてオバマ陣営の大統領選挙ポスターとして作成・使用され、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所での和解に至った被告ポスター[275]といった、単なる広告使用の事案のような気がする。このように使用目的との関係から考えると、ステージ上の大規模なセットとしてドラムセットの背景で大きく映写するという［*Seltzer v. Green Day,*

ファッション誌に掲載された原告写真からサンダルを履いた女性の足のふくらはぎ部分をくりぬいて、他の女性の足3組やアイスクリーム、ドーナツなどとコラージュした被告絵画について、被告は、マスコミによって作り上げられる社会や美について論評するための素材（as fodder for his commentary on the social and aesthetic consequences of mass media）として原告写真を必要な部分だけを使用しており、原告写真の創作目的とは鋭く異なるから変容的であって、被告の使用が原告の市場へ何も悪影響を与えていないとしてフェア・ユースを認めた原審（*Blanch v. Koons*, 396 F. Supp. 2d 476 (S.D.N.Y. Nov. 1, 2005)）を是認した事例。Neil W. 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（2・完）」知的財産法政策学研究44号（2014年）163頁以下は、上記［*Blanch v. Koons*］を、［*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*］に引き続いて、被告の表現目的が原告の創作目的とは異なっていることをより重視した指導的事例と位置づけている。

[275] *See* William W. Fisher III et al., *Reflections on the Hope Poster Case*, 25 HARV. J.L. & TEC. 243, 267, 327 (2012), http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v25/25HarvJLTech243.pdf (accessed Jun. 23, 2017); *see also* Barack Obama Artwork Case Settled, BBC News (Jan. 12, 2011, 12:55 PM), http://www.bbc.com/news/entertainment-arts-12170620 (accessed Jun. 22, 2017).

Inc.］での使い方[276]は質的・量的に見て、フェア・ユースとして許される限度を超えてしまっているようにも思える。

では、裁判所がこの事案をフェア・ユースと判断した決め手は何だったのか。それは、被告がアーティストグッズや宣伝物などには原告ポスターの上記合成画像を一切使用せず、使用したのはステージでの「East Jesus Nowhere」の演奏中だけだった、という事実だったのではないか。つまり裁判所は、被告による使用が原告著作物の主な市場を奪うことはないと判断して、フェア・ユースを認めたものと見られる。

４－２．市場を奪うことになりそうと判断されたもの

1）伝記の皮をかぶったグッズ

伝記といっても目的上必要以上の使用ともなれば、原告著作物の市場に悪影響を与えてしまうため、正当化根拠が減じられてフェア・ユースが否定されることになる[277]。たとえば、Elvis Presleyの生涯を取り上げた被告ドキュメンタリービデオ作品「The Definitive Elvis」において、原告が著作権を有するPresleyの映画やテレビ番組を短いもので数秒間、長いもので1分間超、写真や音楽を含めて原告の許諾を得ずに全編にわたって繰り返し数えきれないほど多く使用し、本編の全体尺16時間のうち少なくとも5-10％を原告のVTRや写真などで構成した、というある意味分かりやすい“使いすぎ”事案について、フェア・ユースを否定した2003年の第9巡回区［*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*］がある。第9巡回区連邦控訴裁判所[278]は、次のように指摘した。被告ドキュメンタリーは伝記ではあるが明らかに商業的なものであるところ、伝記を制作するには解説のためにPresleyの出演した最も有名なテレビ番組を使用することは不可欠だろう。

---

[276] YouTubeではユーザーによって投稿されたと思われる実際のステージ映像を見ることができる。高さ数メートルはあろうかと思われる巨大な被告背景映像が見て取れる。

[277] Samuelson, *supra* note 162, at 2570, 2574; LEAFFER, *supra* note 122, at 509.

[278] *See supra* note 242.

その際、Presleyの足跡を説明するためにVTRを数秒間使用してナレーションやインタビューを加えるといった使い方は変容的であるが（被告ドキュメンタリーでの原告映画の部分使用についてフェア・ユースを認めた1996年の前掲［*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*］と2001年の前掲［*Hofheinz v. A&E TV Networks*］を引用）、被告ドキュメンタリーでの使用目的は、伝記のための解説ではなく、本質的に娯楽である。Presleyの出演番組である「The Steve Allen Show」での楽曲「Hound Dog」の歌唱をほとんどすべて途切れなく1分以上使用しているのは特に問題で、伝記として許容される目的を超えている。VTRを繰り返し何度も使用し、しかも最も有名な楽曲の最も親しまれている歌唱部分――原告著作物の最も価値のある部分（the heart）を抜き出している。そのうえ被告は、被告ドキュメンタリーの中にPresleyの出演したテレビ番組素材が含まれていることを「Every Film and Television Appearance is represented」（映画とテレビの全出演シーンを収録）と宣伝して、ビデオボックスを販売した。原告は、そのような映像素材の使用に対して通常ライセンス料を課しているところ、被告の映像使用の中には原告著作物と同じ娯楽目的を果たしている非変容的（non-transformative）なものもあり、原告のライセンス市場に影響を与えそうであるなどとして、フェア・ユースを否定して暫定的差止命令（preliminary injunction）[279]を下した原審を容認した。

---

[279] 飛行機を整備するための作業台の設計図をめぐる2011年の著作権侵害事件において第9巡回区連邦控訴裁判所は、第9巡回区が長年則ってきた、一応証明された（prima facie case）侵害の存在のありそうなことを原告が証明すれば回復不能の損害が推定されるとの判例法理は2006年の最判*eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006) によって否定されており、仮差止めを命じた原審が依拠した*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003) はもはや有効ではなく、同最判の判例法理により原告は回復不能の損害を立証しなければならないとして原審の仮差止命令を取り消して差し戻した（*See Flexible Lifeline Sys. v. Precision Lift, Inc.*, 654 F.3d 989, 993-95 (9th Cir. 2011).）。第9巡回区は同最判が仮差止命令の事案にも等しく適用されるとの立場を取っている（*Id.* at 996.）。

上記最判［*eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*］の打ち立てた判例法理とは、特許権侵害訴訟における終局的差止命令（permanent injunction）の発給に当たって、①原告が回復不可能な損害を被っていること、②原告にとって、金銭賠償等のコモン・ロ

同様に、明らかなグッズ利用と見るべき類似事例として、プロフットボールリーグNFLチーム「Baltimore Revens」の活躍を紹介する被告映画における旧チームロゴの写り方（見せ方）は度がすぎるとしてフェア・ユースを否定した、2010年の第4巡回区［*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*］がある。問題となった旧チームロゴとは、選手の経歴を伝えるドキュメンタリーでの不可避的な小さい写り込みをフェア・ユースで処理した前掲2013年第4巡回区［*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*］と同じものである。本件2010年事件の事案は、被告Revensのシーズン中の活躍を紹介するハイライト映画の中で、選手のヘルメットについている旧チームロゴが主として（primarily）写ったカットを使用し、イントロ映像で旧チームロゴを顕著に（prominently）表示するなどして映画を制作して宣伝し、同じく被告のNFLがウェブサイトにおいてそのハイライト映画を50ドルで一般販売したというものである。第4巡回区連邦控訴裁判所[280]は、原告が著作権を有するもともとのロゴ（原告ロゴ）を無断コピーして作成された被告の旧チームロゴの目的は、Revensや選手を象徴することであるところ、被告ハイライト映画での旧チームロゴの使用目的は被告チームロゴ自体の目的と同じ象徴であり、旧チームロゴの著作権問題についてのコメントは一度もないことから、変容的な目的は一切ないとした。また、変容的な目的がないのにロゴの全部を使用している。そして、本件被告映画の目的は娯楽であって一般への販売は営利的な利用であるとしつつ、被告NFLは多数の製造業者らへ旧チームロゴの使用許諾（ライセンス）を与えていた事

一上の救済が、損害の補償として十分でないこと、③原告と被告の不利益（hardships）のバランスを衡量した結果、差止めが必要とされること、④終局的差止めによって公益が害されることがないこと、というエクイティに基づく伝統的な4要件テストを満たす必要があるというものである。小島立［判批］アメリカ法判例百選（2012年）234-235頁参照。同最判の仮差止命令への適用可能性について、矢野・前掲注（253）42-43頁は肯定的に分析する。矢野・同38頁以下は、前掲最判［*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*］に関する分析も詳しい。アメリカにおける差止めは、コモン・ローに基づく金銭賠償では不十分な不利益をエクイティに基づいて救済する制度であることにつき、田中・前掲注（153）557頁および562頁以下、伊藤＝木下・前掲注（247）106頁以下参照。

[280] *See supra* note 205.

実があったことから、旧チームロゴのもととなった原告ロゴの潜在的な市場に対して実質的に悪影響を与えたとして判断を一転、過去の出来事を扱う文脈での付随的な使用であるとしてフェア・ユースを認めていた2008年の原審[281]を破棄差し戻した。

2）ニュースの皮をかぶったエンタメ

訃報であっても、量的・質的に必要以上の使用、しかも不誠実な態様があれば侵害になることが分かる事例に、1980年の第2巡回区［*Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*］がある。テレビネットワークの被告CBSは、1977年12月25日に亡くなった俳優Charlie Chaplinの30分間の回顧録番組において、Chaplinの監督映画6作品より55秒間から3分45秒間をそれぞれ抜粋して無断で部分使用した。被告CBSはChaplinの亡くなる数年前から作品の部分使用ライセンスを原告に何度も申し込んだが断られていた。というのも、原告自らChaplinの回顧録映画の決定版「The Gentleman Tramp」を制作していたからで、原告は逆に被告に対して原告制作の上記決定版の使用ライセンスを打診したが被告は断った。被告はパブリック・ドメインとなっている作品で構成した素材も事前に準備していたがそちらを使わず、著作権が存続している作品で構成した素材を放送した。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[282]は、Chaplinのことは世間によく知られており、訃報での作品使用はパブリック・ドメインとなったものでも報道目的を十分に達せられるとした。被告の使用は量的に少ないものもあったとしても、陪審は被告がChaplinの各映画のベストシーンを抜いていることを合理的に認めており、質的に十分な使用だとした。そして、被告は自ら回顧録映画を制作した原告からライセンスを断られたのに、訴外NBCから定時ニュース用との使用条件のある編集済み素材を入手し、それを基に著作権の存続しているChaplin作品をあえて使用して原告の決定版映画と同じ目的の回顧録番組を放送した

[281] *See Bouchat v. Balt. Ravens Ltd. P'ship*, 587 F. Supp. 2d 686 (D. Md. 2008).

[282] *See Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F. Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1980), aff'd, 672 F.2d 1095 (2d Cir. 1982).

ことについて、陪審は不誠実（bad faith）な態様を認めている。被告がChaplinの特番で目覚ましい視聴率を稼いだことは、自らの営利と評判のために原告の権利を無視したとの推論（inference）[283]に至るなどとして、フェア・ユースを否定した。

同様に、特集ニュースのVTRにおいて演出を図る目的で、以前から関心を持っていた他局ラジオ番組のオープニングテーマ曲を収録して編集し、その全部を無断使用したことについてフェア・ユースを否定したものとして、2001年の［*Byrne v. British Broad. Corp.*］がある。北アイルランドへの拳銃の密輸事件に対するFBIの捜査を取り上げた被告BBCの20分間の特集ニュースのVTRにおいて、ニューヨークにあるアイルランド系訴外ラジオ局のラジオ番組として使用されていた原告楽曲であるオープニングテーマ曲を、VTRの構成の転換と進行を分かりやすく視聴者へ見せるために、ニューヨークの空の映像とシンクロさせる演出を加えるなどして無断使用した。VTRで使用した同テーマ曲の音源は、ニューヨークロケで訴外ラジオ局のオンエアをスタジオで収録したもので、VTRでの使用時間はラジオ番組のオープニングでの使用時間と同じ50秒間全部であった。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所[284]は、被告BBCが訴外ラジオ局を取材した目的である、FBIの捜査に対してアイルランド系アメリカメディアがどのような反応を示しているかを伝えるために原告楽曲はまったく必要なく、ニュースというより娯楽性を持たせるために使用したのは明らかである。被告BBCの担当プロデューサーは、原告楽曲が同ラジオ番組のオープニングテーマ曲であることを事前によく承知してロケで収録したのであるから、完全に偶発的な現場音の写り込みであった前掲［*Italian Book Corp. v. ABC*］とは事案を異にするとした。また、被告も認めるとおりラジオ番組の原告楽曲部分50秒間の全部利用はde minimisを超えており、演出のために利用する意図を持って収録したことが窺い知れるところ、放送事業者による音楽著作物の無断コピーがまかり通るならば、放送事業者は音源を購入したりライセンスを受けたりする必要がなくなり、音楽著作物の市場が

[283] 証拠法において、 証明された甲という事実から乙という別の事実を導きだすこと。我が国でいう「事実上の推定」に近い。田中英夫編集代表『英米法辞典』参照。

[284] *See Byrne v. BBC*, 132 F. Supp. 2d 229 (S.D.N.Y. 2001).

小さくなるとした。

3）ニュース供給市場の占奪

次の第9巡回区のふたつの事件は、明らかに原告の市場を奪った事案と見られる。1992年のロサンゼルス暴動事件現場を空撮した原告ニュース素材を、被告ケーブルテレビ局のニュース番組が繰り返し放送し、被告通信社が無断で国際配信したことについて、いずれも本来的に同じ報道目的での非変容的な使用であり、原告ニュース素材の市場を明らかに奪うものとしてフェア・ユースを否定した、1997年の［*Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*］と1998年の［*L.A. News Serv. v. Reuters Tv Int'l*］である。

まず［*Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*］では、被告ケーブルテレビチャンネルが、原告ニュース素材のコピーを入手して、30秒間に編集した映像素材に自社のロゴをスーパーして繰り返し何度もニュースで放送して使用した。第9巡回区連邦控訴裁判所[285]は、原告・被告ともにニュースを取材・供給する仕事を行っているところ、被告ニュースにおける原告ニュース素材の使用は、原告がその映像素材を使用する目的と同じであり、報道目的があっても変容的とはいえないとした。また、4分40秒間の原告ニュース素材のうち、被告はニュースとしての核心（the heart）部分の30秒間を使用したのであって、質的・量的ともに十分な使用であるとした。空撮取材には費用もかかるところ、もしこのような行為がより広く行われるとしたら、原告の創作インセンティブに対して悪影響を及ぼすことは疑いないだろうとして、フェア・ユースを認めていた原審を破棄差し戻した。

さらに、原告ニュース素材を被告通信社が無断で国際配信した［*L.A. News Serv. v. Reuters Tv Int'l*］でもフェア・ユースが否定された。原告は、原告ニュース素材をニュース素材として訴外テレビネットワークNBCへライセンスした。訴外NBCは朝の報道情報番組で原告ニュース素材を放送するのと同時に、ニュース素材の交換協定に基づき、ニューヨークにあ

[285] *See Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119 (9th Cir. 1997), *cert. denied*, 522 U.S. 823 (1997).

る被告Reutersの合弁会社へ原告ニュース素材を伝送した。被告Reutersの合弁会社は原告ニュース素材を欧州・アフリカでの放送に供するためにコピーして、訴外ヨーロッパ放送連合（EBU）のニューヨークオフィスへ伝送し、訴外EBUはロンドンにある被告Reuterの衛星設備経由で原告ニュース素材を各報道機関へ配信した。第9巡回区連邦控訴裁判所[286]は、被告Reutersによる原告ニュース素材のコピーとその伝送は報道目的ではあるが、解説、編集、コメントを加えていないため、あまり変容的ではないとした。原告ニュース素材の内容は事実情報にほかならないが、被告がコピー・配信した原告ニュース素材は、尺としてはわずかであるものの、訴外NBCが編集した原告ニュース素材の核心部分であり十分な使用である。原告・被告ともに映像・音声によるニュース供給を業としており、被告から原告ニュース素材を購入した各報道機関は、原告から同じ映像素材を買う必要がなくなるとして、フェア・ユースを否定していた原審を是認した。

4）広告の装飾演出

最後に、衣料品広告の演出として、メガネのようにかけて使う装飾品[287]を使用したことについてフェア・ユースを否定した2001年の第2巡回区［*Davis v. Gap, Inc.*］を取り上げる。原告の宝飾デザインによるメガネ型の装飾品を着用したモデルを構図の中心に配した、世界的アパレル小売業者の被告Gapの広告写真が、原告に無断でさまざまな雑誌に掲載され、ニューヨーク等でのバスの車体や待合所で掲出された。原告の申立てに係る装飾品とは、眉の位置にある水平の棒から吊り下げられた、やや凸状の光沢のある円形の金属板で、針を刺したような小さい多数の穴が開けられているというものである。原告は1997年にそのデザインについて著作権登録を行っている。被告の広告を見た原告は、被告に対して原告との取引を何度

---

[286] *See L.A. News Serv. v. Reuters Tv Int'l*, 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998), *cert. denied*, 525 U.S. 1141 (1999).

[287] この装飾品が著作物（非実用品）と評価されていることについて、山本隆司＝奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』（2010年・太田出版）295頁［奥邨弘司執筆］参照。

か電話や手紙で打診したが、被告は断った[288]。第2巡回区連邦控訴裁判所のLeval判事[289]は、まず、原告デザインの装飾品は際立って風変わりであり、広告を見る人の視線は原告のデザインに強く引きつけられる。そのうえ、広告が与える印象は、ポーズを取るモデルは頭からつま先まで、原告装飾品を含めて被告Gapの商品に身を包んでいるというものであるから、被告による原告デザインの装飾品の利用の仕方は、de minimisコピーとはいえないとした。続いてフェア・ユースの分析では、被告広告は、原告デザインの装飾品の広告として原告が広告主となってもおかしくないようなデザインであって、まったく変容的ではない。被告Gapの広告に原告デザインのメガネを真正面に据えて著しく目立たせており（centered and prominently featured）、被告は自らの広告のために原告デザインをタダで使用することによって、原告がその使用に対して請求できたはずの通常の対価の支払いを被告は回避して原告の市場を害したなどとして被告の抗弁を認めなかった。

5）小括

上記のように、市場を奪うことになりそうな事案での抗弁は、ことごとく失敗している。質的・量的に使いすぎが明らかな非変容的な使用事例を、付随的（incidental）な利用の文脈に位置づけて検討することにはいささかためらいもある。しかし、先に見た生産的な（productive）目的のある事例を相対化し、使用の目的、質的・量的な使い方から原告の市場に与える影響を考慮した結果として示される侵害／非侵害の分岐点の相場を見定めるためには必要な作業と思われる。

上記事例における被告の使用目的とは、伝記の皮をかぶったグッズ、ニュースの皮をかぶったエンタメ、ニュース供給市場の占奪、広告の装飾演出といったものであった。これらはいずれも、先行創作とは違う目的に資する別の新たな目的（生産的な目的）のないものである。この類型で裁判所が最も重視している事実は、質的・量的な使い方と見られる。なぜなら

---

[288] *See Davis v. Gap, Inc.*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 5689, 1682 (S.D.N.Y. 1999).

[289] *See Davis v. Gap, Inc.*, 246 F.3d 152 (2d Cir. 2001).

使用目的が生産的なものではないとしたら、質的・量的な使い方こそ、侵害／非侵害の判断において決め手となり、原告の市場への悪影響の有無を見極める直接的な判断材料になるはずだからである[290]。

使いすぎ事案の中でも特に注目すべき事例が、第9巡回区［*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*］だろう。というのも、［*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*］は、テレビ番組の部分使用に関して、ナレーションや解説を加えて数秒間使用しているところは確かに変容的であるとする一方、短いからといって数えきれないほど多く使用することは許されないと説く。最も有名な楽曲の歌唱シーンの核心部分を1分超えて使用するような使い方はもちろん、ワンカットあたり10秒から30秒になる部分使用の多くは、伝記として許容される程度を超えているとも述べる。このように同判決は、使い方に即して侵害／非侵害の分岐点を具体的に示しているからである。この判例法理は、前掲第2巡回区［*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*］[291]、前掲第4巡回区2013年［*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*］[292]によって承認的に引用され、非侵害とされたその他の伝記的使用の事例である前掲［*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*］（試合以外のVTRをワンカットあたり3秒未満）や、前掲［*Hofheinz v. A&E TV Networks*］（トレイラーから20秒）の使い方とも整合している。よって、［*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*］は伝記といった歴史的な文脈での批評・論評に伴う、映画やテレビ番組の使い方の許容範囲に関するひとつの目安となっているように思われる。

訃報についても伝記と同じことがいえそうである。核心ではない部分を6秒から22秒間ニュースコメントを加えて映像のみ使用したことについて非侵害とされた前掲［*Video-Cinema Films, Inc. v. CNN, Inc.*］と比べると、前掲第2巡回区［*Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*］は侵害とされる理由がよく分かる。［*Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*］は、あらかじめ用意しておいたChaplin出演のパブリック・ドメイン作品で構成した予定稿VTRを

[290] LEAFFER, *supra* note 122, at 508.

[291] *Supra* note 237, at 601.

[292] *Supra* note 203, at 940.

使わずに、訴外NBCより入手した定時ニュース限定素材からわざわざパブリック・ドメインではない作品6本を切り出して1分弱から4分弱使用した。これについて裁判所は被告の不誠実な（bad faith）態様を認めている。このように報道の目的上必要とされる範囲を超えた使い方もさることながら、不法な行為（wrongful conduct）をなした場合、抗弁はさらに認められにくいようである[293]。

VTRにおけるNFLチームRevensの旧チームロゴの使い方、現れ方が問題となった第4巡回区のふたつの対照事例［*Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. P'ship*］からも、付随的な利用に係る侵害／非侵害のおよその分岐点を窺うことができる。2013年の事件では、選手の紹介を目的としたドキュメンタリーでの同ロゴの写り込みが不可避的かつ数秒間とごく短かったこと、同ロゴをその創作目的であるシンボルとして使っていなかったことなどが考慮されフェア・ユースとされた。他方、2010年の事件では、Ravensの活躍を紹介するハイライト映画で同ロゴの全部をチームのシンボルとして大きく目立つように使い、多数の製造業者らに同ロゴのライセンスを与えていたというのであるから、被告ハイライト映画とは、被告NFLとRavensによるライセンスビジネスのためのプロモーションビデオだったのだろうとも推測する。第4巡回区連邦控訴裁判所がこの事案について、装飾のためのポスターをドラマのセットの装飾として使用した前掲第2巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］や、装飾品をモデルが着用して衣料の広告の装飾として使用した前掲第2巡回区［*Davis v. Gap, Inc.*］と同じような非変容的な使用であって、新たな伝記目的のあった前掲第2巡回区［*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*］のように変容的な使用ではまったくないと対比している点[294]が興味深い。

広告の装飾演出としての装飾品の使用についてフェア・ユースを否定した前掲第2巡回区［*Davis v. Gap, Inc.*］からは、たとえば前掲第6巡回区［*Pro Arts, Inc. v. Hustler Mag., Inc.*］のような、背景として切手サイズに小さく写ったポスターに込められた風刺、といった抗弁を強めるような事実は見えなかった。

---

[293] Samuelson, *supra* note 162, at 2558.

[294] *Supra* note 205, at 310.

５．第２章のまとめ－付随的な利用（incidental use）の三類型と法理の関係

さて、本稿の主な関心事は、我が国には見られないアメリカの豊富な事例では写り込みだけでなく意図的な写し込み的使用を含めてどのような事案であればセーフ（非侵害）になり、あるいはアウト（侵害）になっているのか、事案の何を重視して裁判所は侵害／非侵害を線引きしているのか、そしてそれはどのような理由づけによるのか、というものである。

そこで本章では、アメリカにおいて付随的な利用（incidental use）の問題として議論されている大小さまざまな事例を、次の３つに分類した。第一類型として不可避的な利用、第二類型として意図的ではあるが原告著作物に代替性のある利用、第三類型として意図的であって代替性のない利用の３つである。もっともこの三類型は、「写り込み」か「写し込み」かという事案から見る本稿の実務的な関心に基づく分析でしかない。このような見立ては、本章第１節と第２節で見てきた著作権侵害の積極的要件と抗弁、すなわち著作物性（著作権登録）の有無、有ならば実質的類似性（de minimis の当否）の有無、さらに有ならば積極的抗弁（フェア・ユース）の成否の順に吟味して侵害の当否を見極めていくという裁判での事件処理の流れ[295]に必ずしも沿ったものではないため、一見、手前勝手な類型論に見えるかもしれない。しかし、それぞれの類型で個々の事案を処理している法理にも着目すると、各類型で重視される要素と法理の対応関係と、事案を処理する法理の役割分担のようなものが浮かび上がってくる。

第一類型では、後発創作の本当の目的は何だったかという点が、侵害の当否を判断する決め手になっている。非侵害とされた不可避的・偶発的な写り込みの典型例が、お祭りのパレードの現場の様子を伝える記者リポー

[295] この流れに沿って評価規範の観点から整理するならば、まずは“ゼロ類型”として写ったものの著作物性の有無を判断し、次に写り方に応じて実質的類似性の有無が焦点となる第二類型、そして一応証明された (prima facie cace) 侵害の存在を前提に報道等の正当化目的の有無が焦点となる第一類型、さらには原告の市場への影響の有無が総合衡量の焦点となる第三類型、という「(0)→２→１→３」の順で並ぶことになりそうである。

トの背景で、現場にいたバンドの演奏の一部が聞こえていたという1978年の前掲［*Italian Book Corp. v. ABC*］である。他方、ニュースでの現場リポートであっても、ハイライトを含めて実演の全部を見せたという1977年の前掲最判［*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*］が対照的である。ニュース取材の目的上、不可避的に見える聞こえる程度に写り込んでくるものはある意味仕方のないところ、写り方がde minimisのしきい・限界（threshold）を超えるようなものは、著作権法の構造上、一応証明された（prima facie case）侵害となる結果、フェア・ユースの問題として議論される。もっとも、全部ではなく一部が背景的に写り込むような不可避的・偶発的な利用は、特に屋外で行われる後発創作ではまさに不可避的に起こり得るものだから仕方がない利用といえる一方、このような背景的な利用を許容したところで、原告の市場を奪うことにはならないと考えられるため、フェア・ユースの分析として、限度を超えない限り侵害が否定される。

第二類型では、写り方や聞こえ方がどうだったかといった実際の現れ方の程度が、判断の決め手となっている。映画の小道具としての写真の写り方がわずかで暗く不明瞭だった1998年の前掲第2巡回区［*Sandoval v. New Line Cinema Corp.*］と、ドラマのセットとして使ったポスターがピントは完全でなかったものの構図の中心に大きく明瞭に写った1997年の前掲第2巡回区［*Ringgold v. Black Entertainment TV*］が、対照をなしている。写り方がわずかで不明瞭といったものは、コピーの程度がde minimisに止まるため、請求を成り立たせるに十分な（actionable）コピーには至らないという裁判所の見方は一貫している。第二類型で侵害を否定された写り方は、ほぼすべて、actionableであるコピーには至っておらず、de minimisに止まっていた。このような不完全なコピーは、そもそも取り上げるに値しないため侵害に問われない。さらにいえば、写り方の程度として創作的な表現が一瞬はっきりと見て取れたとしても、原告の市場を奪うようなものでなければ同様にコピーは否定される（1994年の前掲［*Amsinck v. Columbia Pictures Indus.*］）。実質的類似性の要件には、問題として取り上げるべきactionableコピーの範囲をde minimisという可動レバーで調整することによって、このような些細な事案を規範的に処理するという機能があるように思われる。

第三類型では、前のふたつの類型と法理の対応関係を総合するかのごと

く、後発創作の目的と使い方の程度の両方が重視されている。1996年の前掲［*Monster Communs. v. Turner Broadcasting Sys.*］でMuhammed Aliの生涯を紹介する被告伝記ドキュメンタリーが使用したのは、George Foremanとの伝説の世界タイトルマッチではない練習等の様子を捉えた映像で、1カット数秒間、合計3分間を超えなかったのに対し、2003年の前掲第9巡回区［*Elvis Presley Enters. v. Passport Video*］では、Elvis Presleyの被告伝記ドキュメンタリーが映画やテレビの出演シーンを数えきれないほど多く使用するとともに、最も有名な楽曲の最も有名な歌唱シーンも1分以上使用して、まさにPresleyの決定版ビデオボックスとして宣伝して販売したというものであった。このように第三類型も第一類型と同様に、まず、後発創作での利用目的を見極める。伝記の皮をかぶったグッズ、ニュースの皮をかぶったエンタメといった先行創作と同じ利用目的の類型は、違う目的に資する新たな別の生産的な（productive）使用とはいえないため、原告の市場を奪うことになると判断され、冒頭から抗弁の力を失う。一方、後発創作が先行創作とは異なる新たな別の目的で使用している事案では、使用目的との関係を反映してか、使い方を見ても、映像なら数秒間、画像なら縮小して、といった量的に少なく小さいものに止まっている。質的にも、本稿で見たすべての事案で核心部分は使用していない。違う目的に資する生産的な使用目的があり、質的・量的に見て軽微な使い方に止まっている事案は、意図的な利用であったとしても市場を奪うことはなさそうと必然的に判断されているようである。以上のような第三類型の生産的かつ軽微な使用は、外部利益（external benefits）をもたらすと考えられることから、むしろ積極的に許容し、社会における後発創作の豊富化を促していくべきであるという規範が存在し、フェア・ユースの法理がその重要な機能を担っているように思われる。

なお、本章では十分に触れることができなかったが、上記の三類型とは別に著作物性の要件を使って定型的に処理する方策もあることを指摘しておきたい。すなわち広告の装飾演出としての装飾品の使用についてフェア・ユースを否定した前掲第2巡回区［*Davis v. Gap, Inc.*］の事案からは、小道具として身に着けたものが非実用品の装飾品（著作物）ではなく、装飾的要素が機能から分離できない実用品だったならば、著作権法101条の絵画的・図形的・彫刻的著作物の定義から外れることになる結果、著作権

侵害が一応証明（prima facie case）されないものとして、定型的に処理し得ることも示唆されるからである。

装飾品の写り込みに関連する非侵害事例として、1991年の第9巡回区［*Pasillas v. McDonald's Corp.*］がある。被告マクドナルドの販促キャンペーン「Mac Tonight」のテレビCMで使用した、三日月型の立体物の中央に人の顔を配した形状の頭にかぶる白色のマスク（a man-in-the-moon mask）について、第9巡回区連邦控訴裁判所[296]は、著作権登録されていた原告のゴム製man-in-the-moonマスクとは額、眉、鼻、口などの形が異なり、被告マスクには原告マスクにはないサングラスや耳があるなど両者はまったく似ていないとともに、そもそも原告の主張は著作権で保護されないアイディアの類似を指摘するものにすぎないところ、仮に被告マスクが原告マスクとほとんど同一（virtually identical）ならば著作権侵害となるがそうでもないなどとして実質的類似性を否定した原審[297]を是認した。この事件で被告マクドナルドは、原告マスクに著作権があること、原告マスクにアクセスしたことを認めていたことから、原告マスクの著作物性は争点にならなかったようである[298]。

一方、写り込みの事例ではないが、このようなマスクの著作物性が争点となったものとして、1990年の第3巡回区［*Masquerade Novelty, Inc. v. Unique Indus.*］がある。原告マスクの形とほとんど同一（virtually identical）と原告が主張する、子どもが着用するゾウの鼻、オウムのくちばし、ブタの鼻の形をした被告マスクについて、原審[299]は、マスクとして子どもの鼻を覆う機能以外になく、鼻のデザインはマスクとしての機能に決定づけられており、著作権の保護を受けない実用品であるから、アメリカ著作権法101条の絵画的・図形的・彫刻的著作物には当たらないとして著作権侵害の訴えに係る原告によるサマリ・ジャッジメントの申立てを却下した。原審の判旨は、ハロウィン用のコスチュームについて著作権法101条に定義

296 *See Pasillas v. McDonald's Corp.*, 927 F.2d 440 (9th Cir. 1991).

297 *See Pasillas v. McDonald's Corp.*, 1989 U.S. Dist. LEXIS 13961 (C.D. Cal. 1989).

298 *Supra* note 296, at 442.

299 *See Masquerade Novelty, Inc. v. Unique Industries, Inc.*, 1990 U.S. Dist. LEXIS 556 (E.D. Pa. 1990).

を置く絵画的・図形的・彫刻的著作物の該当性を否定した1989年の第２巡回区連邦控訴裁判所の事例[300]に依拠したものであった。しかしながら、1990年に第３巡回区連邦控訴裁判所[301]は原審の判旨を否定。動物の鼻をかたどった原告マスクのデザインは、見た人を笑わせることを意図しており実用品ではまったくないことから、彫刻的著作物として著作権の保護を受けるとして原審を破棄差し戻した。

このほか本稿の関心事案として、上記のハロウィン用のコスチュームのほかにもたとえば、高校のダンス・パーティー用のドレスについて、装飾的要素を物理的にも観念的にも衣服の機能からは分離できないとして著作物性を否定した2012年の第２巡回区連邦控訴裁判所の事例[302]がある。もっとも、チアリーディングのユニフォームの形状とデザインについて、2017年に連邦最高裁[303]がその著作物性を認めている[304]。

著作物性が争点となった上記の事例はいずれも、著作権法101条の絵画的・図形的・彫刻的著作物の定義規定の解釈問題である。この規定は「実用品のデザインは、実用品の実用的な側面から、別個に特定されることができ、かつ独立に存在することができる、絵画的、図形的、または彫刻的特徴を組み入れているなら、またその限りにおいて、本章で定義される、絵画的、図形的、または彫刻的著作物とみなされる」と定義して、著作権によって保護される実用品（応用美術）と保護されないもの（工業デザイン）を区分する（線引きする）「分離テスト」と呼ばれる機能を果たしているとされる[305]。

---

300 *See Whimsicality, Inc. v. Rubie's Costume Co.*, 891 F.2d 452 (2d Cir. 1989).

301 *See Masquerade Novelty, Inc. v. Unique Indus.*, 912 F.2d 663 (3d Cir. 1990).

302 *See Jovani Fashion, Ltd. v. Fiesta Fashions*, 500 Fed. Appx. 42 (2d Cir. 2012), *cert. denied*, 568 U.S. 1230 (2013).

303 *See Star Athletica, L.L.C. v. Varsity Brands, Inc.*, 137 S. Ct. 1002 (2017).

304 判旨を概観するものとして、田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」コピライト676号（2017年）21頁以下参照。

305 奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」渋谷達紀＝竹中俊子＝高林龍編『知財年報2009』（2009年・商事法務）244-245頁および247頁以下参照。LEAFFER, *supra* note 122, at 123.

応用美術の問題は本稿にとって直接の関心事ではないためこれ以上は立ち入らないが、上記のようにアメリカでは著作権法101条の絵画的・図形的・彫刻的著作物の定義により、機能から分離できない実用品のデザインは、基本的に著作権としての保護を受けないものと解される。このことから、著作物の定義規定は、著作物として保護する必要のないものを除外する役割を担っていると見ることができ、フェア・ユースや実質的類似性と比べて射程は広くはないものの、上記の三類型にかかわらず特定の創作物の付随的な利用を定型的に処理する法理として機能するものといえるだろう。