



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	アメリカ合衆国におけるアプロプリエーション・アートとフェア・ユース
Author(s)	李, 遠杰; Li, Yuanjie
Citation	知的財産法政策学研究, 68, 113-181
Issue Date	2023-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/90484
Type	departmental bulletin paper
File Information	68_04_Li.pdf



アメリカ合衆国におけるアプロプリエーション・ アートとフェア・ユース

李 遠 杰

序

既存の物品やイメージをほとんど、あるいは全く変更せずに流用する手法¹を採用するアートは「アプロプリエーション・アート」とも呼ばれている²。アプロプリエーション・アートは、流用した物品やイメージに著

¹See IAN CHILVERS & JOHN GLAVES-SMITH, *DICTIONARY OF MODERN AND CONTEMPORARY ART* 27-28 (2009). また、ロバート・アトキンス (杉山悦子=水谷みつる=及部奈津・訳) 『現代美術のキーワード』 (1993年・美術出版社) 44~45頁 (「アプロプリエーションは、美術史や広告、メディアなど、別の文脈から既存のイメージを拾い出し、新しいイメージと組み合わせる作品を作る、ひとつの方法論をいう」とする)、島田真琴『アート・ロー入門』 (2021年・慶応義塾大学出版会) 202頁 (アプロプリエーションは「既存のイメージや作品を取り込んで表現する作品」という) も参照。

² See Lynne A. Greenberg, *The Art of Appropriation: Puppies, Piracy, and Post-Modernism*, 11 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 1, 1 (1992) (「アプロプリエーション・アートは、消費主義の世界から日用品や商品を借用し、過去の芸術的イメージを借用して拡大利用する」とする); William M. Landes, *Copyright, Borrowed Images, and Appropriation Art: An Economic Approach*, 9 *GEO. MASON L. REV.* 1, 1 (2000) (「アプロプリエーション・アートは大衆文化、広告、マスメディア、他のアーティストなどからイメージを借用し、新しい作品に取り入れるものである」という)。

もつとも、アプロプリエーション・アートという概念は、厳密に定義されたものではなく、多義的に用いられている。例えば、アプロプリエーション・アートとは、

著作権がある場合、その著作権侵害の責任を追及されるおそれがあり³、現に、アメリカ合衆国においては、著作権侵害訴訟が頻繁に提起され、人々の耳目を集めている⁴。本稿は、米国において蓄積しつつある裁判例を分

「一般的に、既存のイメージの流用を通じて、真正性 (authenticity) やオリジナリティ、制度的権威、著作者性 (authorship) などの問題を追及する 1980 年代の美術の一派のことを指す」と狭く定義する見解がある。See Amy Adler, *Fair Use and the Future of Art*, 91 N.Y.U. L. REV. 559, 571 n.42 (2016)。他方で、美術におけるコラージュ、ブリコラージュ、レディ・メイド、メルツ、音楽におけるリミックス、マッシュアップ、サンプリング、映画製作におけるファウンド・フッテージ、ポストプロダクション、広義の文芸におけるオマージュ、インターテキスト、パラテキストなどもアプロプリエーション・アートの概念で語る広義の定義を与える見解もある。See CAROLYN GUETIN, *DIGITAL PROHIBITION* 37 (2012)。

本稿は、現代美術と著作権法の視点から、アプロプリエーション・アートという言葉で現代美術におけるアプロプリエーションの手法を採用するビジュアル・アートの意味で用い、Marcel Duchamp に代表されるダダ・アートや Andy Warhol に代表されるポップ・アート等における同様な手法で創作された作品にも及ぼせることにする。本稿と類似した意味でアプロプリエーション・アートの言葉を使いながら現代美術と著作権法を論じる文献として、上記の Greenberg と Landes 論文のほか、see also Roxana Badin, *An Appropriate(d) Place in Transformative Value: Appropriation Art's Exclusion from Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 60 BROOK. L. REV. 1653 (1995); Rachel Isabelle Butt, *Appropriation Art and Fair Use*, 25 OHIO ST. J. on Disp. Resol. 1055 (2010)。

³ See Landes, *supra* note 2, at 1.

⁴ 第二章と第三章で取り上げる裁判例のほか、和解で実体判断がされていないものも少なくない。

例えば、Robert Rauschenberg は、その「Pull」を創作する際に写真家の Morton Beebe の作品を流用したことによって著作権侵害訴訟に巻き込まれたが、Beebe に 3,000 ドルを支払うとともに、当時 10,000 ドルもした「Pull」の複製品の一つを与えて、さらに「Pull」が展示されるごとに Beebe への出所表示を付けるという条件で和解に持ち込んだ。See E. Kenly Ames, *Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation*, 93 COLUM. L. REV. 1473, 1485 (1993)。

次に、Warhol は、その「Flowers」を創作するに当たり Patricia Caulfield の写真を流用したために訴えを提起されたが、結局 6,000 ドルと「Flowers」の印刷版の許諾料と引き換えに Caulfield と和解した。See *id.* at 1484。Warhol に関するもう一つの訴訟として、その遺産管理人は、Warhol が創作した、「Jackie」と題するシルクスク

リンのシリーズに写真家である Henri Dauman の写真を流用したことを理由に訴えられたが、和解でその訴訟を済ませた。See Landes, *supra* note 2, at 18-19.

次いで、David Salle は、その「What is the reason for your visit to Germany?」を創作する時にビジュアル・アーティストによる共同チームである Cockrill and Hughes の絵画を流用したことと、その「Death of the Poet」というオペラの背景幕 (Salle の依頼で撮られた背景幕の写真は Salle の訪問記事でイラストとして掲載されていた) の設計に際して写真家の Kenneth Heyman の写真を流用したことによって著作権侵害訴訟に二回も巻き込まれた。いずれの訴訟も和解で解決した。See John Carlin, *Culture Ventures: Artistic Appropriation and Intellectual Property Law*, 13 COLUM. -VLA J.L. & ARTS 103, 132-35 (1988); Ames, *op. cit.*, at 1485.

また、Damien Hirst は、その「Hymn」を制作するに当たり、Norman Emms が設計し Humbrol Limited が製造する「Young Scientist Anatomy Set」という玩具を流用したので、著作権侵害の被告とされたが、Emms と Humbrol に料金を支払うとともに、「Hymn」のさらなる複製を控えることと引き換えに和解に持ち込まれた。See Clare Dyer, *Hirst pays up for Hymn that wasn't his*, available at <https://www.theguardian.com/uk/2000/may/19/claredyer1> (last visited Mar. 13, 2023).

そして、Sarah Morris は、その「Found Origami Designs」及び「Traditional」と題する折り紙シリーズに Robert Lang などの六人の折り紙を流用したために訴訟を提起されたが、権利者らは、その主張が手続き上の理由で棄却された後に Morris と和解した。See Lang v. Morris, 823 F. Supp. 2d 966, 968 (N.D. Cal. 2011); Patricia Aufderheide, Peter Jaszi, Bryan Bello & Tijana Milosevic, *Copyright, Permissions, and Fair Use among Visual Artists and the Academic and Museum Visual Arts Communities: An Issues Report 21* (2014), available at <http://www.collegeart.org/pdf/FairUseIssuesReport.pdf> (last visited Mar. 13, 2023).

さらに、Elizabeth Peyton は、その「John Lydon, Destroyed」を創作する際に写真家の Dennis Morris の写真を流用したと思われていたので、著作権侵害訴訟の被告とされた。結局、双方は和解でその訴訟を済ませた。See Anny Shaw, *Sex Pistols Photographer Accuses Artist Elizabeth Peyton of Copyright Infringement*, ART NEWSPAPER (Feb. 18, 2016), available at <https://www.theartnewspaper.com/2016/02/18/sex-pistols-photographer-accuses-artist-elizabeth-peyton-of-copyright-infringement> (last visited Mar. 13, 2023).

最後に、Shepard Fairey は、その「Hope」と題するポスターに AP 通信の写真家である Mannie Garcia の報道写真を無断で流用したことによって訴えられたが、AP 通信との和解で訴訟を終えた。See Fairey v. The Associated Press, No. 09-CV-1123 (S.D.N.Y. Mar. 16, 2011); William W. Fisher II, Frank Cost, Shepard Fairey & Meir Feder, *Reflections on the Hope Poster Case*, 25 HARV. J. L. & TECH. 243, 244 (2012).

析しアプロプリエーション・アートが米国著作権法におけるフェア・ユースに該当することがあるのか、その場合の判断基準は何かということの分析を試みる。

第一章は、アプロプリエーション・アートの由緒と特徴を紹介するとともに、米国におけるフェア・ユースの機能と発展を概観する。その上で、両者を照らし合わせて、その緊張関係についてしばしば議論の俎上にのせられる二つの問題、すなわち、アプロプリエーション・アートがフェア・ユースに該当するためにターゲット要件が必要とされるか否かという論点、フェア・ユース該当性を判断する際にアプロプリエーション・アートの目的や意味を考察することが必要とされるとして、それをいかに抽出するのかという論点があることを炙り出す。

第二章は、第一の論点に焦点を当て、関連裁判例を、ターゲット要件を独立の要件として要求する時期、ターゲット要件を変容的利用に吸収する時期、ターゲット要件を緩和ないし放棄する時期という三つの段階に分けて整理する。あわせて、ターゲット要件の要否について学者の見解にも触れる。

第三章は、第二の論点に焦点を当て、創作者の説明に従う裁判例、創作

くわえて、訴訟に至らなかった紛争も多数生じている。

例として、Kenny Scharf は *Jetsons* のキャラクターを流用したことについて、流用を停止するかまたはキャラクターと混同しないように改変をなすと迫られたことがある。See Carlin, *op. cit.*, at 127.

また、Susan Pitt は、その作品のなかに DC コミックスのイメージを流用したために、その作品の創作や展示、販売の停止を要求された。もっとも、DC コミックスは、Pitt の弁護士のフェア・ユースの反駁に納得し、文句をいわなくなった。See *id.* at 127 n.103.

そして、Sherrie Levine は、Edward Weston のヌード写真を流用したが、Weston の遺産管理人からクレームが付いて訴えると威嚇された結果、その流用をやめることにした。See *id.* at 136-37.

最後に、Lauren Clay は、その彫刻シリーズを創作する際に David Smith の作品を流用した結果、Smith の遺産管理人に著作権侵害を主張された。結局、双方は和解で紛争を終えた。See Brian Boucher, *David Smith Estate Settles Copyright Tiff*, ART IN AMERICA (Oct. 15, 2013), available at <https://www.artnews.com/art-in-america/features/david-smith-estate-settles-copyright-tiff-59553/> (last visited Mar. 13, 2023).

者の説明を参酌しつつ、「合理的な認識可能性」を文脈で判断する裁判例、創作者の説明を参酌することなく「合理的な認識可能性」を文脈で判断する裁判例、作品の可視的範囲に基づいて「合理的な認識可能性」を判断する裁判例、という四つの分類に従って従来の裁判例を整理する。この章でも、あわせて、学者の見解にも言及する。

第四章は、ターゲット要件の要否と目的や意味の抽出の仕方に関わる論点に対する裁判所の立場が変化してきた社会的背景を考察しながら、著作権法が前提としている美術観とアプロプリエーション・アートに齟齬があるのではないかという視点から問題解決の難しさを検討する。その上で、アプロプリエーション・アートの取扱いに関して、市場のパラダイムへの回帰とライアビリティ・ルールへの転換を提案する見解を紹介することで、これからの研究の糸口とする。

第一章 アプロプリエーション・アートとフェア・ユース

一 アプロプリエーション・アートへの招待

(一) アプロプリエーション・アートの由緒

アプロプリエーションの手法はモダニズムが支配する近代美術⁵に由来して、その発展の重要な一側面であるとされている⁶。近代美術のアーティストは、ルネサンス以降の絵画の伝統的な形式的関心との緊張関係を明らかにするために、往々にして美術史上の先駆者の作品を自分の作品に取り込んでいる⁷。もっとも、かかる取込み、つまり、アプロプリエーションでは、利用された要素がほとんどパブリック・ドメインにある美術史料

⁵ モダニズムは、19世紀から20世紀にかけて発展した美的イデオロギーであり、イノベーションや新規性、オリジナリティを重視し、簡素や明快、均一、純粹、秩序、合理性という価値観を信奉し、普遍的で国際的なスタイルを提唱することで特徴付けられている。See JOHN A. WALKER, ART IN THE AGE OF MASS MEDIA 87 (1996).

⁶ See Carlin, *supra* note 4, at 108. See also Ames, *supra* note 4, at 1477-78 (「既存のイメージをビジュアル・アートに利用することは…その芸術的ルーツをモダニズムに見出すことができる」とする)。

⁷ See Carlin, *supra* note 4, at 108.

を題材としているにすぎず、自分の作品の論理の中心に掲げられていたわけではなく、先駆者に対して敬意を捧げるものといってもよいであろう⁸。

かかるアプロプリエーションの典型例としては、近代美術の先駆者と位置づけられる Édouard Manet⁹が当時の 350 年近く前に Marcantonio Raimondi が創作した「パリスの審判」の一部（【図 1】）¹⁰を模倣して描いた「草上の昼食」（【図 2】）¹¹を挙げることができる。また、キュビズムの創始者として知られている Pablo Picasso が 1656 年 Diego Velazquez によって創作された「ラス・メニーナス」（【図 3】）¹²を基にして描いた同名の作品（【図 4】）¹³も近代美術的なアプロプリエーションと評しうるといわれている¹⁴。

⁸ アトキンス・前掲注 1) 45 頁を参照。

⁹ See Amy M. Adler, *Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law*, 99 YALE L.J. 1359, 1363 (1990).

¹⁰ Raimondi の「パリスの審判」の一部は、メトロポリタン美術館のウェブサイト〈<https://www.metmuseum.org/art/collection/search/337058?sortBy=Relevance&ft=Marcantonio+Raimondi&offset=0&rpp=40&pos=1>〉(2023 年 3 月 13 日)からの転載である。

¹¹ Manet の「草上の昼食」は、それを紹介する「Artsy」のウェブサイト〈<https://www.artsy.net/artwork/edouard-manet-luncheon-on-the-grass-le-dejeuner-sur-lherbe>〉(2023 年 3 月 13 日)からの転載である。

¹² Velazquez の「ラス・メニーナス」は、グッゲンハイム美術館のウェブサイト〈http://web.guggenheim.org/exhibitions/picasso/artworks/maids_of_honor〉(2023 年 3 月 13 日)から転載した。

¹³ Picasso の「ラス・メニーナス」は、グッゲンハイム美術館のウェブサイト〈http://web.guggenheim.org/exhibitions/picasso/artworks/maids_of_honor〉(2023 年 3 月 13 日)から転載した。

¹⁴ See Butt, *supra* note 2, at 1060.



Marcantonio Raimondi
パリスの審判
1515

【図 1】



Édouard Manet
草上の昼食
1863

【図 2】



Diego Velázquez
ラス・メニーナス
1656

【図 3】



Pablo Picasso
ラス・メニーナス
1957

【図 4】

20 世紀初頭、まさにモダニズムが花開いた頃、アーティストは、周りの世界をより直接的に参照し、新しい表出方法を模索するために、イメージの付いた物理的な素材をそのまま作品に取り込むようになった。このような傾向は、いわゆる「ポストモダニズム」の一側面となり¹⁵、コラージュ

¹⁵ See Carlin, *supra* note 4, at 109. ポストモダニズムの定義は、「漠然としていて、『モダニズム後の』という以上の意味を持たなかったが、たいていは『反モダニズム』というニュアンスを含んで用いられた」。アトキンス・前掲注 1) 125 頁。「ポストモダンの時代においても、モダニズムは継続されるが…現代を代表するスタイ

やレディ・メイドという当時新興の創作手法において顕著である¹⁶。コラージュとは、「新聞紙や写真などの既存の素材の断片を組み合わせ、時には自分で絵を描くなどしてオリジナルの要素を加えることで、新しい作品を作り出す」ことであり¹⁷、レディ・メイドとは「簡単に入手できる市販品（例えば、ボトルラック、コートハンガー、雪かき道具など）だけを購入し、巧妙なタイトル以外はほとんど手を加えずに」自分の作品とすることを指す¹⁸。いずれも、ポストモダニズムの意味でのアプロプリエーション、つまり、本稿がいう現代美術におけるアプロプリエーション・アートの道を切り拓いてきた作品類型である¹⁹。

コラージュとレディ・メイドに代表されるこの時期のアプロプリエーション・アートとしては、現代美術の先駆者といわれている Marcel Duchamp が創作した「L.H.O.O.Q.」（【図5】）²⁰と「泉」（【図6】）²¹がその好例となるように考えられる。「L.H.O.O.Q.」では、Duchamp が Leonardo da Vinci の「モナ・リザ」の複製品に口ひげを描き、L.H.O.O.Q.（フランス語では「彼女は尻が熱い」の同義語）という挑発的なタイトルを付けている²²。「泉」では、Duchamp が市販の男性用小便器に「R. Mutt」という架空名のサインを入ただけで自分の作品としてニューヨークの展覧会に出品しようとした²³。

ルとしての支配的な地位を失い、アーティストの選択するさまざまなスタイルのなかの一つのスタイルにすぎなくなる」。WALKER, *supra* note 5, at 88.

¹⁶ See Carlin, *supra* note 4, at 108-09.

¹⁷ Ames, *supra* note 4, at 1479.

¹⁸ Carlin, *supra* note 4, at 109 n.18.

¹⁹ See Richard H. Chused, *The Legal Culture of Appropriation Art: The Future of Copyright in the Remix Age*, 17 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 163, 172 (2014).

²⁰ Duchamp の「L.H.O.O.Q.」は、それを紹介する「ウィキペディア」のウェブサイト〈<https://en.wikipedia.org/wiki/L.H.O.O.Q.>〉（2023年3月13日）から転載した。

²¹ Duchamp の「泉」は、それを紹介する「ウィキペディア」のウェブサイト〈[https://en.wikipedia.org/wiki/Fountain_\(Duchamp\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Fountain_(Duchamp))〉（2023年3月13日）から転載した。

²² See Carlin, *supra* note 4, at 109.

²³ 島田・前掲注1) 202頁を参照。



Marcel Duchamp
L.H.O.O.Q.
1919



Marcel Duchamp
泉
1917

【図 5】

【図 6】

上記の「ポストモダニズム」が流行の兆しを見せるのと時を同じくして、大量生産の発展や、複製技術の進歩、マスメディアの普及につれて、現代社会のあり方も大きく変化してきた。掃除機、スニーカー、バスケットボールといった大量生産された物品や広告、雑誌、映画、テレビ番組といったマスメディアによって提供されるイメージが日常生活の隅々にまで浸透し、現実に対する人々の集合意識を形成している。こうした社会に生きる Duchamp 以後のアーティストは、頻繁にコラージュやレディ・メイドといったアプロプリエーションの手法を採用し、日常生活にありふれた物品やイメージをビジュアル的な変更をほとんど加えることなく全く新しい文脈のなかに再提示し、鑑賞者の注意を集中させることによって、新しい意味を生み出し、アプロプリエーション・アートに新たな境地を見出してきた²⁴。

²⁴ See Carlin, *supra* note 4, at 103-04 (「飽和状態の広告、光沢のある雑誌、壮大な映画、どこにでもあるテレビ番組がほぼ 1 世紀続いた後、私たちの集団的な現実感覚が、直接的で仲介のない自然の知覚と同じくらい、メディアに負った結果、アーティストはしばしば、メディアが現実の大部分を独占するようになった過程をある程度理解するように、私たちの日常生活に浸透している大衆的なイメージを流用しなければならぬと感じられる」とする); Greenberg, *supra* note 2, at 5 (アーティストは、「掃除機、スニーカー、バスケットボールなど、米国の中流階級に関連する大量生産された商品を美術作品として台座にのせて」、「デパートの商品棚を連

この時期のアプローチ・アート例としては、1964年に Andy Warhol が女優の Marilyn Monroe の肖像写真（【図 7】）²⁵を流用した「ショット・セージ・ブルー・マリリン」（【図 8】）²⁶や、1980年に Jeff Koons が乾湿両用掃除機を流用した「New Shop-Vac Wet/Dry」（【図 9】）²⁷、1989年に Richard Prince がタバコブランドであるマールボロの商業広告（【図 10】）²⁸を流用した「カウボーイ」（【図 11】）²⁹等が挙げられる。

想させるアイコンとして展示し、鑑賞者に消費者の夢の陳腐さと向き合い、解説することを迫っている」とする); Badin, *supra* note 2, at 1656 (「スープ缶、国旗、タバコのパッケージ、お金、映画スター、コミックストリップ、ショッピングバッグなど、普段から文化的な象徴として扱われる日常的なイメージが、アーティストのメッセージを伝えるための言語へと変化している」とする)。

²⁵ Monroe の肖像写真は、ウィキメディア・コモンズのウェブサイト〈[https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Monroe_in_Niagara_\(1953_publicity_photo\).jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Monroe_in_Niagara_(1953_publicity_photo).jpg)〉(2023年3月13日)から転載した。

²⁶ Warhol の「ショット・セージ・ブルー・マリリン」は、「MyArtBroker」のウェブサイト〈<https://www.myartbroker.com/artist-andy-warhol/articles/andy-warhol-shot-sage-blue-marilyn-the-most-expensive-artwork-at-auction>〉(2023年3月13日)から転載した。

²⁷ Koons の「New Shop-Vac Wet/Dry」は、Koons のウェブサイト〈<http://www.jeffkoons.com/artwork/the-new/new-shop-vac-wetdry>〉(2023年3月13日)から転載した。

²⁸ マールボロの商業広告は、グッゲンハイム美術館のウェブサイト〈<https://www.guggenheim.org/teaching-materials/richard-prince-spiritual-america/cowboys>〉(2023年3月13日)から転載した。

²⁹ Prince の「カウボーイ」は、グッゲンハイム美術館のウェブサイト〈<https://www.guggenheim.org/teaching-materials/richard-prince-spiritual-america/cowboys>〉(2023年3月13日)から転載した。



Marilyn Monroeの肖像写真



Andy Warhol
ショット・セージ・ブルー・マリリン
1964

【図 7】

【図 8】



Jeff Koons,
New Shop-Vac Wet/Dry,
1980

【図 9】



マルボロの商業広告



Richard Prince
カウボーイ
1989

【図 10】

【図 11】

(二) アプロプリエーション・アートの特徴

現代美術におけるアプロプリエーション・アートに関しては、次の二つの特徴があると指摘されることが多い。

第一に、アプロプリエーション・アートにとっては、アーティストの表現の技法より、物品やイメージを新しい文脈に置いて、その意味を変化させるコンセプト能力が重要であるといわれている³⁰。John Berger は、「イメージの意味は、そのすぐ隣にあるもの、あるいはそのすぐ後にあるものによって変化する」という³¹。つまり、意味は文脈に左右されるのである³²。アプロプリエーション・アートは、物品やイメージを元の文脈から排除して鑑賞者に異なる「見方」を強いることで、その本来の意味を変化させる³³。また、裏を返せば、かかる意味の変化を実現するために、物品やイメージをそのまま流用することがほぼ不可避となる。その結果、アプロプリエーション・アートの世界では、そのままの流用が頻繁に見受けられることになる。

第二に、アプロプリエーション・アートは、往々にして「社会が基づいた最も基本的な意識を批評している」とされている³⁴。この種の批評は、

³⁰ See Landes, *supra* note 2, at 1. See also Ames, *supra* note 4, at 1483 (「画家や彫刻家の技術や労力は、もはや決定的なものではなく、その代わりに、アーティストのコンセプチュアルな洞察力と、当たり前のことを超えて見る能力が重視される」とする)。

³¹ JOHN BERGER, *WAYS OF SEEING* 29 (1972).

³² See Ames, *supra* note 4, at 1481.

³³ See *id.* at 1482. See also Badin, *supra* note 2, at 1660.

³⁴ *Id.* at 1656 (「あらゆるアプロプリエーションにおける創作的な意義は、一般大衆とアーティストがともに生きる社会に対して批判的に語りかける能力に由来している」とする); Ames, *supra* note 4, at 1522 (「社会の価値観や慣習を一挙に批判してコメントできるのが、アプロプリエーションの特殊な属性である」とする); Chused, *supra* note 19, at 169-70 (アプロプリエーション・アーティストは「現代生活の陳腐さ、ある精神の創作的な作品を他の精神のそれと区別することのむなしさ、伝統的芸術区分の貧弱さ、人間の条件に埋め込まれた、悲劇とまではいかないまでも倒錯したユーモアなどを示している」)。

概して二つの類型に分けることができる³⁵。第一の類型は、アートの定義、ひいてはアート上のクリエイティビティとオリジナリティをターゲットとする批評である³⁶。例えば、「L.H.O.O.Q.」のようなコラージュは、「すべてのアートが完全にアーティストによって創作されなければならない」という意識に挑戦している³⁷。一方で、「泉」のようなレディ・メイドは、日常的で機能的な既製品をアートというエリートで非機能的な文脈に位置付けることで、アートのあるべき姿についての普遍的な概念を酷評している³⁸。第二の類型は、社会価値観、とりわけ消費価値観をターゲットとする批評である³⁹。例えば、マスメディアに観察されるイメージを流用するアーティストは、毎日繰り返される「個人が『見る』プロセスや社会がイメージに意味を与えるプロセスに疑問を投げかけている」⁴⁰。他方、大量生産された物品を流用するアーティストは、「市販品をデパートの商品棚を連想させるアイコンとして展示し、鑑賞者に消費者の夢の陳腐さと向き合い解説することを迫っている」⁴¹。

以下で述べるように、これらの二つの特徴、つまり、物品やイメージを

³⁵ 福井健策「著作権法の将来像—パロディ及びアプロプリエーション—」知財年報 2005・243頁(2005年) (「パロディ/アプロプリエーションは往々にして、オリジナル作品やその背景にある価値観ないし社会的状況への鋭い批評や問題提起を伴うものである」とする)も参照。

³⁶ See Patricia A. Krieg, Note, *Copyright, Free Speech, and the Visual Arts*, 93 YALE L.J. 1565, 1579 (1984) (「アーティストは、大量生産されたイメージを創作物に取り込むことで、個人の表現、クリエイティビティ、天才といった概念が大衆社会では時代遅れであることを語っている」とする); Carlin, *supra* note 4, at 108 (アプロプリエーションは、「純粹美術の価値を判断する際の基準となる、オリジナリティや作家性といった伝統的な概念に疑問を投げかけるものである」とする); Shoshana Rosenthal, *A Critique of the Reasonable Observer: Why Fair Use Fails to Protect Appropriation Art*, 13 COLO. TECH. L.J. 445, 446 (2015) (「今日のアプロプリエーション・アーティストは、Duchamp が残した遺産を踏襲し、芸術の意味や定義そのものを批判し、コメントするために作品を使用している」とする)。

³⁷ Ames, *supra* note 4, at 1479; Krieg, *supra* note 36, at 1584.

³⁸ See Greenberg, *supra* note 2, at 5. 島田・前掲注1) 202頁も参照。

³⁹ See Ames, *supra* note 4, at 1481-82.

⁴⁰ *Id.* at 1481.

⁴¹ Greenberg, *supra* note 2, at 14.

新しい文脈に置いてその意味を変化させることと、芸術の定義や社会価値観などの意識を批評することは、米国著作権法の下でアプロプリエーション・アートとフェア・ユースの緊張関係についてよく議論される二つの論点に緊密に関連している。

二 米国著作権法におけるフェア・ユースの概観

(一) 著作権の制限規定としてのフェア・ユース

フェア・ユースは米国著作権法における著作権の制限規定の一般条項である。フェア・ユースに該当する行為については、著作権が制限され、利用者は著作権者に許諾を求めたり、許諾料を支払ったりすることなく、著作物を利用することができる⁴²。フェア・ユースの法理を確立したのは1841年のFolsom事件控訴審判決⁴³といわれている⁴⁴。同判決は、被告の行為が「原告の著作権を侵害しないという法が認めるような正当な原作品の利用に当たるかどうか」という問題⁴⁵を検討する際に、「この種の問題

⁴² 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) — 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 45 号 122 頁 (2014 年)。フェア・ユースの趣旨としては、「裁判所が、著作権法が促進しようとする創作性そのものを抑制しかねない厳格な適用を回避することができる」とされている。Stewart v. Abend, 495 U.S. 207, 236 (1990)。

⁴³ Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4,901)。

⁴⁴ フェア・ユースが Folsom 事件控訴審に由来すると論じる裁判例として、see Rubin v. Boston Magazine Co., 645 F.2d 80, 83 (1st Cir. 1981); Encyclopedia Britannica Education Corp. v. Crooks, 542 F. Supp. 1156, 1167 (W.D.N.Y. 1982)。また、同旨を説く文献として、see Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 715, 719 (2011) [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・完)」知的財産法政策学研究 43 号 1 頁 (2013 年)・44 号 141 頁 (2014 年)を参照。本論文については以下、訳文はすべて石新＝井上＝山本・前掲による]。他方、フェア・ユースの淵源を遡ると、アン女王法が制定された当初の 1710 年に英国のコモンロー裁判所とエクイティ裁判所で争われた「Fair Abridgment」に関する諸裁判例に端を発しているともいわれている。See Matthew Sag, *The Prehistory of Fair Use*, 76 BROOK. L. REV. 1371, 1373 (2011)。

⁴⁵ Folsom, 9 F. Cas. at 348。

を決定する際には、しばしば、選択されたものの性質と目的、利用された素材の量と価値、及びその利用が原作品の販売を害したり、利益を減少させたり、目的に取って代わる可能性の度合いに注目しなければならない」と判示している⁴⁶。こうした判旨から生み出されたフェア・ユースの法理は、一世紀にわたる判例法理の発展を経て、1976年米国著作権法に成文化され、著作権の制限として107条で次のように規定されている⁴⁷。

「第107条 排他的権利の制限：フェア・ユース

第106条及び第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授(教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む)、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース(コピーまたはレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む)は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 使用の目的及び性質(使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む)。
- (2) 著作権のある著作物の性質。
- (3) 著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量及び実質性、及び
- (4) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響。

上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。」⁴⁸

⁴⁶ *Id.* at 348. このほか、本稿のテーマに関する判旨として、裁判所は、「公正かつ合理的な批評の目的」のために、「原著作物の大部分を引用する」レビューが公正とみなされるべきであり、これに対し、「批評ではなく、原著作物の利用を代替し、そのレビューを代える目的で、著作物の最も重要な部分を引用する」レビューは、法律上、「海賊版」とみなされるべきであると示唆し、批評や代替性などの考慮要素を提示している。See *id.* at 344-45.

⁴⁷ See H.R. REP. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 5 (1976).

⁴⁸ 訳文について、山本隆司＝増田雅子・訳「外国著作権法令集 アメリカ編」(20

以上のように、107 条は、フェア・ユースを明確に定義するものではなく⁴⁹、裁判所が考えるべき四つの要素を解釈の余地が広い言葉で⁵⁰非限定的に列挙する⁵¹にすぎない。また、その序文においては、フェア・ユース

00 年・著作権情報センター) <https://www.cric.or.jp/db/world/america/america_c1a.html#107> (2023 年 3 月 13 日) を参照。

⁴⁹ フェア・ユースが明確に定義されていない趣旨としては、「特定のケースで生じうる状況や状況の組合せが無限に多様であるため、この法律で厳密なルールを策定することは不可能であり」、「裁判所は、フェア・ユースとは何か、そして、それに適用されるいくつかの基準についての非常に広範な法的説明を超えて、ケースバイケースで特定の状況にこの原則を適用する自由を持たなければならない」と指摘されている。H.R. REP. No. 1476, *supra* note 47.

しかし、フェア・ユースは、こういう不明確さによる予測可能性の欠如のため、多くの批判に晒されている。See Gideon Parchomovsky & Philip J. Weiser, *Beyond Fair Use*, 91, 96 CORNELL L. REV. 91 (2010) (「フェア・ユースの原則は、裁判所と利用者が複雑な多変量分析を行う必要があり、その結果を予測することはほとんど不可能である」とする); Michael W. Carroll, *Fixing Fair Use*, 85 N.C. L. REV. 1087, 1092 (2007) (「フェア・ユースは、その範囲を事前に把握することは相当に不確実であり、その重要な機能を効果的に果たしているとはいえない」とする); Kenneth D. Crews, *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines*, 62 OHIO ST. L.J. 599, 605-06 (2001) (「フェア・ユースの原則は、そのニュアンスを理解し、その微妙で脆弱な原則に従って生活する必要がある弁護士や一般人の間で、多くの混乱の原因ともなる」とする); Michael J. Madison, *A Pattern-Oriented Approach to Fair Use*, 45 WM. & MARY L. REV. 1525, 1528 (2004) (フェア・ユースは、「あらゆる法律のなかで最も難解で複雑な問題の一つ」であるとする)。

⁵⁰ See Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. PA. L. REV. 549, 551 (2008) [Barton Beebe (城所岩生・訳) 「米国著作権法フェアユース判決 (1978-2005 年) の実証的研究 (1) (2・完)」知的財産法政策学研究 21 号 117 頁 (2008 年) ・22 号 163 頁 (2009 年) を参照、本論文については以下、訳文はすべて城所・前掲による]。

⁵¹ See H.R. REP. No. 102-836, 102d Cong., 2d Sess. 9-10 (1992) (107 条の「上記のすべての要素」という文言の背後にある意図は、「柱書に具現化されている『含む』及び『等』という用語を包含することであり、101 条で『例示であって限定的ではない』として定義されているものであり」、「裁判所は四つの法定要素をすべて考慮しなければならないが、自らの裁量で関連すると考える他の要素を考慮することが

として認められる批評等の利用態様を非限定的な列挙事項として取り上げている⁵²。

(二) 市場中心から変容的利用へのフェア・ユース

107 条が制定されて以来、米国連邦最高裁判所がいくつかの重要な判決を下し⁵³、フェア・ユースの発展に寄与した。そこでは市場中心 (Market-Centred) から変容的利用 (Transformative Use) へのパラダイム転換が見受けられる⁵⁴。

107 条に関する最初の連邦最高裁判決となったのは 1984 年の Sony 事件連邦最高裁判決である。同判決は、タイムシフトのためにテレビ番組のコピーを個人的に作成する行為がフェア・ユースに当たるか否かという問題⁵⁵を分析するに当たり、「著作物のあらゆる商業的利用は、排他的権利の不当な利用であると推定される」という判旨を示している⁵⁶。その一年後の Harper & Row 事件連邦最高裁判決は有名人の未発表原稿を無断で引用する行為がフェア・ユースに該当するか否かという問題⁵⁷を扱うに当たって、

できる」とする); Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 560 (1985) (107 条に「列挙されている要素は、排他的なものではない」という)。

⁵² See Netanel, *supra* note 44, at 720. (「第 107 条はその導入条項において、フェアユースとみなしうるいくつかの利用形態の例示的なリストも規定している」とする)。

⁵³ See Beebe, *supra* note 50, at 566. 1976 年米国著作権法の効力が発生した 1978 年から 2005 年にかけてのフェア・ユースの適用に関する Beebe の実証研究は、Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984); Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985); Stewart v. Abend, 495 U.S. 207 (1990); Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) という四つの連邦最高裁判所判決を引用している。著作権制度における権利制限規定に関する調査会『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)』(2009 年・三菱 UFJ リサーチ&コンサルティング) 45 頁 [奥邸弘司執筆部分] も参照。

⁵⁴ See Netanel, *supra* note 44, at 734.

⁵⁵ See *Sony Corp.*, 464 U.S. at 449.

⁵⁶ *Id.* at 451.

⁵⁷ See *Harper & Row*, 471 U.S. at 542.

Sony 事件最判の判旨を踏襲した上で⁵⁸、潜在的市場または価値に対する使用の影響という第四要素が「間違いなく最も重要な要素」と判示している⁵⁹。これらの判決により、市場の状況はフェア・ユース判断の中心とされ⁶⁰、「商業的」とみなされる利用がフェア・ユースとして認められる可能性が極めて低くなった⁶¹。

こうした市場中心のパラダイムを揺るがせたのは1994年のCampbell事件連邦最高裁判決である⁶²。同判決は、Sony事件最判とHarper & Row事件最判を適用するとしたが、実際に、前者が示した商業的利用が不当な利用であるという推定にも、後者が述べた第四要素の至要なる地位を占めるという説示にも、消極的な立場を示している⁶³。具体的には、Campbell事件最判は、問題となった商業的パロディがフェア・ユースに該当するか否かという問題⁶⁴を検討する際に、フェア・ユースに関する四つの要素の関係について、「それぞれ単独で扱うことができず」、「著作権法の目的に照らしてすべてが検討され、その結果が総合的に判断されなければならない」としながらも⁶⁵、「新しい作品が変容的であればあるほど、商業主義などのフェア・ユースの認定に不利となる他の要素の重要性が低くなる」と述べた⁶⁶。Campbell事件最判に重要視された「変容的」要素はLeval判

⁵⁸ See *id.* at 562.

⁵⁹ *Id.* at 566.

⁶⁰ 1990年のStewart事件最判は「第四要素が『最も重要で、実際に中心的なフェア・ユースの要素』である」と判じて、市場の状況の重さを再び強調している。Stewart, 495 U.S. at 238A.

⁶¹ See Netanel, *supra* note 44, at 722. See also Badin, *supra* note 2, at 1662 (Campbell事件最判以前は、市場に存在する派生的著作物が商業的であると判断されるたびに、不当利用の推定が自動的に適用されるということがほとんどであったとする)。

⁶² See Adler, *supra* note 2, at 574.

⁶³ See Netanel, *supra* note 44, at 722.

⁶⁴ See *Campbell*, 510 U.S. at 574.

⁶⁵ *Id.* at 578.

⁶⁶ *Id.* at 579.

事が1990年発表した論文⁶⁷における「変容的利用」の発想⁶⁸によるものであり⁶⁹、第一要素の検討の中心的な目的として、「新しい作品が単に原作品の『対象に取って代わる』だけなのか」、それとも、「異なる目的や性質をもって新しいものを加えて、新しい表現や意味、メッセージで原作品を変えるのかどうか」を問うものであると理解されている⁷⁰。Campbell事件最判以降、この「変容的利用」のパラダイムは、Sony事件最判とHarper & Row最判が確立していた市場中心のパラダイムに代わるものとして有力となり、ついにはフェア・ユース判断を圧倒的に牽引するようになったといわれている⁷¹。さらに、2021年のGoogle事件最判⁷²では、連邦最高裁が、Google社がOracle社のJava APIの一部を利用した行為がフェア・ユースに当たるか否かということを判断するに当たり、Campbell事件最判の判旨を踏襲し⁷³、変容的利用のパラダイムを再確認している。⁷⁴

⁶⁷ See Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

⁶⁸ Leval判事は、フェア・ユースの判断について、裁判所が「派生的利用が原作品に価値を与えるかどうか、すなわち、引用されたものが素材として利用され、新しい情報、新しい美学、新しい洞察や理解の創作に転換されるかどうか」を考慮すべきであり、「これこそが、社会を豊かにするためにフェア・ユースが保護しようとする行為種類にほかならない」旨を説いている。Id. at 1111.

⁶⁹ See Beebe, *supra* note 50, at 587-88; Netanel, *supra* note 44, at 724; Adler, *supra* note 2, at 625.

⁷⁰ *Campbell*, 510 U.S. at 579.

⁷¹ See Netanel, *supra* note 44, at 734.

⁷² *Google LLC v. Oracle America, Inc.*, 141 S. Ct. 1183 (2021).

⁷³ *Google LLC*, 141 S. Ct. at 1188.

⁷⁴ 同最判に対しては、「表現形式の変更のない利用にも変容力を認め」ること、「著作権を与える独占の範囲の一端が明らかに」すること、市場の「利益の源泉を問う」ことといった点により、Campbell事件最判の持ち出した変容的利用のパラダイムを「refinement」したという指摘もなされている。奥邨弘司「Google v. Oracle 事件合衆国最高裁判決—Java APIを実現するプログラムのフェア・ユースについて」田村善之編『知財とパブリック・ドメイン第2巻：著作権法篇』（2023年・勁草書房）336～340頁を参照。もつとも、Google事件最判は、コンピュータプログラムという機能的な著作物を扱っているという特有な事情を強調したので、アプロプリエーション・アートのような伝統的な著作物にはさほど影響を与えないという評価もあり、

現在の裁判では、フェア・ユース判断について重要とされているのは、被告が原告の作品とは異なる表現上の目的のためにそれを利用したか否か、つまり、変容の利用に該当するか否かという点である⁷⁵。したがって、裁判所は、例として、「当該作品自体、著作者若しくは当該作品に関連する第三者、または一般的なジャンル若しくは社会現象のいずれを対象とするものであれ、被告が当該作品を批評の目的で利用しているか」や、「被告は、もともと美的、娯乐的または商業広告目的で創作された作品をそれとは異なる目的、例えば、伝記や歴史考証のために利用しているか」などの問題を検討する⁷⁶。前者は、以下に述べるように、アプロプリエーション・アートとフェア・ユースの緊張関係に関わる議論の中心的な課題を占めていると評することができる。

三 アプロプリエーション・アートとフェア・ユースの緊張関係

(一) アプロプリエーション・アートへのフェア・ユースの影響

既述したように、アプロプリエーション・アートは、物品やイメージを新しい文脈に置いてその意味を変化させるという特徴を持っている。「アーティストにすれば、『新しい』作品に流用された参照物が、自転車の車輪のような日常的なパブリック・ドメインにある物品であろうと、人間の膝に座る子犬の列という著作権に保護された奇妙な写真であろうと、違いはない。いずれの作品を参照しても、極めて創作的な反応を引き起こすこ

予断を許さない。See *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 11 F.4th 26 (2d Cir. 2021).

⁷⁵ もっとも、被告が原告の作品とは異なる表現上の目的のためにそれを利用したということ、つまり、変容の利用を肯定する限り、直ちにフェア・ユースが成立するという結論を安易に出せるわけではない。変容的に利用された量はその目的に照らして合理的であるのかなどの要素をさらに検討する必要がある。See *id.* at 768. また、*Campbell* 事件最判が示しているように、「変容の利用がフェア・ユースの認定に絶対必要というわけではない」。Campbell, 510 U.S. at 579. 「裁判所による変容の利用法理の採用は、変容の利用の範疇の外に他のフェア・ユースのカテゴリーがありうることを排除するものではない」。Netanel, *supra* note 44, at 770.

⁷⁶ *Id.* at 768.

とができる」⁷⁷。著作権法の視点からすると、流用された物品やイメージに著作権があるならば、著作権侵害の紛争を招来する結果に陥りがちとなる。しかし、アプロプリエーション・アートは、物品やイメージの意味を変化させる点に、既述した変容的利用が問う「新しい表現や意味、メッセージで原作品を変えるのかどうか」ということと一致するという見方もなされており、それに与するのであればフェア・ユースに該当すると解することもできる。さらには、芸術の定義や社会価値観などの意識を批評するという特徴に着目するのであれば、アプロプリエーション・アートは107条の柱書が列挙する「批評」に該当するというルートを経由して、フェア・ユースの領域に到達する可能性もある⁷⁸。

しかし、アプロプリエーション・アートがフェア・ユースに該当するか否かという点について、裁判所の結論は分かれており⁷⁹、アプロプリエー

⁷⁷ Chused, *supra* note 19, at 173-74.

⁷⁸ See Carlin, *supra* note 4, at 120 (「アプロプリエーションは、107条に基づく著作物に対する『批評』する権利に該当するといえる」とする); Ames, *supra* note 4, at 1475 (「既存のイメージから作成される美術は、(フェア・ユースにおける)批評やコメントとして有効であり、著作権法によって侵害訴訟から保護されるべきものである」とする)。

⁷⁹ 以下で述べるように、アプロプリエーション・アートのフェア・ユースの該当性を否定した裁判例として、Rogers 事件第一審 (Rogers v. Koons, 751 F. Supp. 474 (S.D.N.Y. 1990))、同控訴審 (Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992))、UFS 事件 (United Feature Syndicate v. Koons, 817 F. Supp. 370 (S.D.N.Y. 1993))、Friedman 事件 (Friedman v. Guetta, No. Civ. 10-00014, 2011 WL 3510890 (C.D. Cal. May 27, 2011))、Morris 事件 (Morris v. Guetta, No. LA CV12-00684, 2013 WL 440127 (C.D. Cal. Feb. 4, 2013))、Cariou 事件第一審 (Cariou v. Prince, 784 F. Supp. 2d 337 (S.D.N.Y. 2011))、AWF 事件控訴審 (*Andy Warhol Foundation, rev'd*, 992 F.3d 99 (2d Cir. 2021))がある。他方、肯定例として、Leibovitz 事件第一審 (Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., 948 F. Supp. 1214 (S.D.N.Y. 1996))、同控訴審 (Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., 137 F.3d 109 (2nd Cir. 1998))、Mattel, Inc. v. Pitt 事件 (Mattel, Inc. v. Pitt, 229 F. Supp. 2d 315 (S.D.N.Y. 2002)) (以下 Mattel 事件 1 と呼ぶ)、Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions 事件 (Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003)) (以下 Mattel 事件 2 と呼ぶ)、Blanch 事件第一審 (Blanch v. Koons, 396 F. Supp. 2d 476 (S.D.N.Y. 2005))、同控訴審 (Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir.2006))、

ション・アートの創作と流通にマイナスの影響を与えているといわれている⁸⁰。米国における2014年の実証研究によると、ビジュアル・アーティスト、美術史家、教育者、教授、編集者、出版者、美術館関係者、ギャラリストなどのビジュアル・アートに携わる専門家は、作品の創作や流通において、アプロプリエーションに代表される、他人の著作物を許可や対価なしに再利用を可能とするフェア・ユースの有効性などについて、混乱していたり誤解を抱いていたいたりしており、その「三分之一が、著作権の懸念から自分の分野での仕事を避けたり断念したりしたことがある」ということである⁸¹。妨害された仕事としては、美術史家や編集者が近代美術史や芸術運動の概説、学術デジタル化を避けたことや、美術館がその作品のデジタルアクセスの整備に行き詰まったこと、キュレーターがグループ展、論争的になるような展覧会、著作権の許諾がコスト的に難しい展覧会を避けたこと、アーティストがコラボージュ、ポップカルチャー批評、デジタル実験、マルチメディアを忌避したこと、美術史家が著作権者の好ましくない批評の出版を阻止するために著作権を利用することで妨害されたことを挙げることができる⁸²。

(二) アプロプリエーション・アートにおけるフェア・ユースの問題点

従来の裁判例を検討すると、特に以下の二点で意見が分かれていることを観察することができる。

一つ目は、アプロプリエーション・アートがフェア・ユースに該当するための要件として、流用された原作品を批評やパロディのターゲットとす

Cariou 事件控訴審 (Cariou v. Prince, 714 F.3d 694 (2d Cir.2013)) (被告作品のなかの25点をフェア・ユースとして肯定したが、残る5点について第一審に差し戻した)、Kienitz 事件第一審 (Kienitz v. Sconnie Nation LLC., 965 F. Supp. 2d 1042 (W.D.Wis. 2013))、同控訴審 (Kienitz v. Sconnie Nation LLC., 766 F.3d 756 (7th Cir. 2014))、AWF 事件第一審 (Andy Warhol Foundation, 382 F. Supp. 3d 312 (S.D.N.Y 2019))がある。

⁸⁰ See Ames, *supra* note 4, at 1477 (フェア・ユースが適用できるか否かの「不確実性が、アプロプリエーションで活動する美術家の主題選択や作品発表の方法を阻害し、創作の自由を奪っている」とする)。

⁸¹ Aufderheide et al., *supra* note 4, at 5.

⁸² See *id.* at 5.

の必要があるのかという論点（以下では、「ターゲット要件の要否」と呼ぶことにする）である。このターゲット要件は、もともとアプロプリエーション・アートに属しない批評やパロディに関する裁判例⁸³で打ち出されたものであるが⁸⁴、大半のアプロプリエーション・アートは批評的な性格

⁸³ 1976年の107条に関する下院報告は、パロディについて、「…列挙された例は、決して網羅的なものではないが、裁判所がこの状況下でフェア・ユースとみなす可能性のある行為の種類に関する考え方を示している。例えば、パロディされた作品のコンテンツの一部をパロディで利用すること…」と取り上げられている。H.R.REP. No. 1476, *supra* note 47. アプロプリエーション・アートとの関係という視点から米国におけるパロディに関わる裁判例を紹介する文献として、*see Ames, supra* note 4, at 1494-98; *Carlin, supra* note 4, at 118-26.

⁸⁴ 例えば、第二連邦巡回裁判所は、被告が原告の曲を利用して、性描写があるパロディ的な曲を創作した行為がフェア・ユースに当たるか否かという問題を検討する際に、原告の曲がパロディのターゲットとなっていないことを斟酌して、フェア・ユースを否定している。*See MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180, 181, 185 (2d Cir.1981). その一方で、被告が原告の曲を利用して、聴者の町への認識を変えるように創作したパロディ的な曲について、第二巡回裁判所は、被告の曲が原告の曲の広告キャンペーン全体のパロディであると同時に、原告の曲のパロディでもあり、フェア・ユースに該当するという第一審判決を認めている。*See Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 482 F. Supp. 741, 746, 747 (S.D.N.Y.); *aff'd*, 623 F.2d 252, 253 (2d Cir.1980).

他方、第九連邦巡回裁判所は、被告がディズニーのキャラクターを利用してパロディ的な成人向けの漫画を創作した行為がフェア・ユースに該当するか否かという問題について、「ディズニーのキャラクターがパロディのターゲットでもない限り、それらを利用する必要性は、たとえなくなるとはいえなくとも、低くなる」と述べて、フェア・ユースを否定している。*See Walt Disney Productions v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 756, 758 n. 15 (9th Cir. 1978). それに対して、被告が原告の曲を利用して、その冒頭の歌詞を変えることでパロディ的な曲を創作した行為のフェア・ユース該当性について、第九連邦巡回裁判所は、被告の曲が原告の曲とその歌手の特異な声域をからかうことを意図していると述べて、フェア・ユースを肯定している。*See Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 436, 440 (9th Cir.1986).

なお、批評やパロディのターゲットとフェア・ユースの関係を論述する文献として、*see Richard A. Posner, When Is Parody Fair Use*, 21 J. LEGAL STUD. 67 (1992) (フェア・ユースは、「パロディされる作品を攻撃するのではなく、その作品を利用して

を有しているので、その批評が流用されている原作品を対象としているのかということが争われることになる。

二つ目は、アプロプリエーション・アートの目的や意味をいかに抽出するのかという論点（以下では、「目的や意味の抽出の仕方」と呼ぶことにする）である。第一の論点においては、仮にターゲット要件が必要とされるならば、アプロプリエーション・アートのターゲットを明らかにするために、まず、第一の論点の場面でその目的や意味を把握しなければならないであろう。また、仮にターゲット要件が不要と解されたとしても、現在の変容的利用のパラダイムの下で「異なる目的や性質をもって新しいものを加えて、新しい表現や意味、メッセージで原作品を変えるのかどうか」が求められる結果、やはりアプロプリエーション・アートの目的や意味の解釈を問題とせざるをえないことになる。

上記の二つの論点は、多くの場合、フェア・ユースの第一要素に関わるものであるところ、フェア・ユースが成立するためには、他の要素も斟酌されることになる⁸⁵。とはいえ、少なくともアプロプリエーション・ア

他のものを攻撃しているような場合に、適用されるべきではない」とする)。邦語文献として、福井健策＝中川隆太郎「ビジネスにおけるパロディ利用の現在地－企業によるパロディと著作権・商標権・不正競争・パブリシティ権－」知財管理 64 巻 8 号 1168～1170 頁 (2014 年) (パロディはターゲット型、ウェボン型、ユーモア型、オマージュ型、二次創作型という五つに分けられるとした上で、米国において「原告作品への批評が伴えば『ターゲット型』としてフェアユースが肯定されやすいが、これが伴わない続編は純粋な『二次創作型』となり、フェアユースを肯定するのが難しい」という傾向が、メルクマールとしてやや曖昧な変容的利用の概念が広がった結果、「Transformative 無双」とでもいうべき状況になっていると述べている)、島田・前掲注 1) 212～213 頁 (「パロディ作品が、原作品やその作者を直接的に諷刺することを意図したものであるときと、原作品を利用して、その思想、世界観、社会全体などを諷刺することを意図したものであるときでは、判断の仕方が異なる」という)、大日方信春「サタイアあるいはウェボン型のパロディと表現の自由」高倉成男＝木下昌彦＝金子敏哉編『知的財産法制と憲法的価値』(2022 年・有斐閣) 226～231 頁 (ターゲット型とウェボン型のパロディに主眼を置いて、Campbell 事件最判を分水嶺としてその前後の裁判例の立場を紹介している)を参照。

⁸⁵ パロディ、ひいては変容的利用については、「識別を保証するために十分な措置がとられた後、さらにどの程度が合理的かは…最大の目的や性格が原作品のパロディ

トに関連する裁判例をその事案と結論との関係に従って分類していくと、実際にフェア・ユースを認めるか否かの境界を画しているのは、これら二つの論点に関する判断次第であるといっても過言でないように思われる。以下の表が示しているとおり、裁判例では、これら二つの論点に関する判断により、第一要素がフェア・ユースに有利か不利かのどちらかに定められると、他の要素によって結論が逆転するに至ることはほとんどなく⁸⁶、かえって、他の要素の判断自体に第一要素が直接影響することすら少なくない。

	フェア・ユース	ターゲット要件	目的や意味の抽出の仕方	1項1号	1項2号	1項3号	1項4号
Rogers 事件第一審	否定	不利	不利	不利	不利	不利	不利
Rogers 事件控訴審	否定	不利	不利	不利	不利	不利	不利
UFS 事件	否定	不利	不利	不利	不利	不利	不利
Leibovitz 事件第一審	肯定	有利	有利	有利	重要でない	第一要素と第四要素の影響で有利	第一要素の影響で有利
Leibovitz 事件控訴審	肯定	有利	有利	有利	重要でない	第一要素と第四要素の影響で有利	有利
Mattel 事件1	肯定	有利	有利	有利	重要でない	第一要素と第四要素の影響で有利	第一要素の影響で有利
Mattel 事件2控訴審	肯定	有利	有利	有利	重要でない	有利	有利
Blanch 事件第一審	肯定	なし	有利	有利	有利	中立	有利
Blanch 事件控訴審	肯定	有利	有利	有利	重要でない	有利	有利

イである程度、あるいは…パロディが原作の市場代替品として機能する可能性によって決まる」。第二要素については、「パロディが、通例、公に知られた表現上の作品を利用するものである以上…著作権を侵害する山羊 (goats) からフェア・ユースとなる羊 (sheep) を分離する際にもあまり役に立たないだろう」。Campbell, 510 U.S. at 588.

⁸⁶ アプロプリエーション・アートに限らずフェア・ユース全般を対象とするものであり、変容の利用と市場への影響の要素の関係に関するものであるが、本稿と類似する見方として、see Netanel, *supra* note 44, at 768 (「利用が変容的であり、被告が変容的(利用)目的に照らして過度に複製していない場合、当該利用はフェア・ユースと認められる可能性が高く、「これは、著作権者が類似の利用のためのライセンス市場に参入しうるか、またはすでに参入している場合においても、そして実際に著作権者が問題とされる利用を原則として許諾する用意がある場合においても同様である」という)。

Friedman 事件	否定	なし	不利	不利	不利	不利	不利
Morris 事件	否定	なし	不利	不利	不利	不利	第一要素の影響で重要でない
Cariou 事件第一審	否定	不利	不利	不利	不利	第一要素の影響で不利	不利
Cariou 事件控訴審 ⁸⁷	肯定	なし	有利	有利	重要でない	第一要素の影響で有利	有利
Kienitz 事件第一審	肯定	なし	有利	有利	重要でない	第一要素の影響で有利	第一要素の影響で有利
Kienitz 事件控訴審	肯定	なし	なし	重要でない	重要でない	有利	有利
AWF 事件第一審	肯定	なし	有利	有利	中立	有利	有利
AWF 事件控訴審	否定	なし	不利	不利	不利	不利	不利

以上のような事情に鑑み、以下では、これらの二つの論点に関する裁判例をより具体的に考察するとともに、それらに関する学者の見解を分析し、若干の検討を行うことにしたい。

第二章 アプローチ・アートがフェア・ユースに該当するためのターゲット要件の要否

一 裁判例の趨勢⁸⁸

⁸⁷ 控訴審が自判した被告作品の 25 点に関する判断。第一審に差し戻された 5 点はこちらでは考慮に入れていない。

⁸⁸ フェア・ユースのような米国連邦法に属する事項に係る裁判例の趨勢を整理する際には、「intercircuit conflict」、すなわち、巡回区により連邦法に対する解釈が異なることがあるという米国法における特有なコンテクストを考慮に入れる必要があるように思われる。芹澤英明「Computer Associates v. Altai の分析—制定法解釈のコンテクスト論—」法学 57 巻 4 号 27～30 頁 (1997)、同「ProCD v. Zeidenberg の分析—制定法解釈のコンテクスト論・その二—」法学 61 巻 2 号 22～24 頁 (1997) を参照。

こうした intercircuit conflict は、1891 年に連邦議会が可決した、「各連邦控訴審裁判所が連邦法を独自に解釈する」と規定する Evarts Act に起因する現象であるとされている。See Richard L. Marcus, *Conflicts among Circuits and Transfers within the Federal Judicial System*, 93 YALE L.J. 677, at 686-87 (1984). 同現象を反映する裁判例とし

従来の裁判例を見てみると、アプロプリエーション・アートがフェア・ユースに該当するためにターゲット要件が必要であるか否かという論点に関しては、1994年のCampbell事件最判以前は単に批評やパロディの枠組みのなかで検討されていたが、同最判以降は変容的利用の成否という問題に吸収されるようになった。2005年に変容的利用の下でターゲット要件の重みを弱めるBlanch事件が出現して以降、こうした傾向に拍車がか

て、Western Oil & Gas v. United States EPA, 633 F.2d 803, at 808 (9th Cir. 1980) (当裁判所は「一般的に、環境問題に関して他の巡回区の法律に拘束されることはないと考えている」という)、Newsweek v. United States Postal Serv., 663 F.2d 1186, 1196 (2d Cir. 1981), *aff'd sub noan*. National Ass'n of Greeting Card Publishers v. United States Postal Serv., 103 S. Ct. 2717 (1983) (「ある巡回区控訴裁判所の判決は、他の巡回区控訴裁判所に対して拘束力を持たない」と説く) などがある。もともと、intercircuit conflictは、連邦議会が意図しようとしたものではないといわれており (See Walter V. Schaefer, Reducing Circuit Conflicts, 69 A.B.A. J. 452, at 454-55 (1983))、むしろ、連邦最高裁が申立てを受理することによる解消を待っている問題といえよう (See Sup. CT. R. 10(a). See also Marcus, *op. cit.*, at 687-88)。

本稿の関心事に翻ってみると、ターゲット要件の要否に関しては、intercircuit conflictよりは、むしろ、同一巡回区のなかでの裁判例の対立のほうが顕著である。以下に述べるように、アプロプリエーション・アートに関する従来の裁判例は、主に第二巡回区、第七巡回区、第九巡回区に帰属しているのである。そのうち、第二巡回区の裁判例は大多数を占めているが、ターゲット要件の要否からすれば、第七巡回区と第九巡回区の裁判例は同時期の第二巡回区の裁判例と相当な整合性が見える。具体的にいえば、第九巡回区のMattel事件2と同巡回区のFriedman事件はそれぞれと同じ時期の第二巡回区の諸裁判例と同じような立場をとっている。それにとどまらず、第七巡回区のKienitz事件第一審と第九巡回区のMorris事件は、それぞれ第二巡回区のCariou事件控訴審とBlanch事件控訴審の法解釈を重要な参拠とし、それと同じような判断をなしている。

他方、第二巡回区の法解釈に明らかに異論を唱える事件は第七巡回区のKienitz事件控訴審だけである。同控訴審は、第二巡回区のCariou事件控訴審に対して、変容的利用に当たる作品と翻案権が及ぶ作品をどのように区別するかを説明していないという批判を投げかけているが、実際に主として第四要素と第三要素に目を転じフェア・ユースを肯定し、第一要素に関するターゲット要件を維持するか放棄するかに特に言及していない。Kienitz, 766 F.3d 756 at 758-60. これまで、アプロプリエーション・アートに関する裁判例にKienitz事件控訴審を踏襲するものはほとんどみられない。

かり、ついに 2013 年の *Cariou* 事件によってターゲット要件が放棄されるに至っている。そこで、本節は、ターゲット要件を独立の要件として要求する時期、ターゲット要件を変容的利用に吸収する時期、ターゲット要件を緩和ないし放棄する時期という三つの段階に分けて、裁判例を整理する。

(一) ターゲット要件を独立の要件として要求する時期 (1990 年～1994 年)

アプロプリエーション・アートに関する最初の判決ともされる 1990 年の *Rogers* 事件⁸⁹は、*Campbell* 事件最判以前のものである⁹⁰。原告の *Art Rogers* は知人の依頼の下で、子犬を抱えた知人とその妻を写した「Puppies」と題する原告写真（【図 12】）⁹¹を創作し、ノートカードとして発行している。被告の *Jeff Koons* は、著作権表示を剥がし、ノートカードをデッドコピーした上で彩色を施すことし、とりわけ子犬を青色にすることを指示し、「String of Puppies」と題する被告彫刻（【図 13】）⁹²を完成した⁹³。被告によれば、原告写真のノートカードは「そのカードを実際に見たか否かにかかわらず、人々の集合的な潜在意識のなかに眠っている大衆文化の一部」と考えたのだという⁹⁴。被告彫刻は「Banality Show」という展覧会で展示され、高額で三点販売された⁹⁵。原告から被告に対して著作権侵害訴訟が提起された。

第一審も控訴審も被告のフェア・ユース抗弁を否定し、侵害を肯定している⁹⁶。被告彫刻が社会へのパロディやサティアのような批評に当たると

⁸⁹ 同事件を紹介する邦語文献として、家本真実「アプロプリエーション・アート (appropriation art) におけるフェア・ユース—*Cariou v. Pince*, 784 F. Supp. 2d 337 (S.D.N.Y. 2011) を中心に—」*摂南法学* 46 号 44～46 頁 (2013 年)。

⁹⁰ *See Ames, supra note 4, at 1484* (「*Rogers* 事件判決以前には、アプロプリエーションという分野での侵害訴訟について判決を下した裁判所はなかった」という)。

⁹¹ 原告写真は原告のウェブサイト (<http://www.artrogers.com/portraits.html>) (2023 年 3 月 13 日) から転載した。

⁹² 被告彫刻は被告のウェブサイト (<http://www.jeffkoons.com/artwork/banality/string-puppies>) (2023 年 3 月 13 日) から転載した。

⁹³ *See Rogers*, 960 F.2d at 304.

⁹⁴ *Id.* at 305.

⁹⁵ *See id.*

⁹⁶ *See Rogers*, 751 F. Supp. at 480, *aff'd*, 960 F.2d at 309.

いう被告の主張に対して⁹⁷、第一審判決は、「107条で使われている『批評』や『解説』という言葉は著作権で保護される作品に特に向けられるような利用態様を指すと解されるのに対し、Koonsの彫刻はRogersの写真を批判したり解説したりするものではなく、単にそれを流用しているにすぎない」と判示している⁹⁸。控訴審判決も、「利用された著作物が少なくとも部分的にパロディのターゲットでなければならない。そうでなければ、そもそも原告作品を利用する必要はなかったといえる」とした上で⁹⁹、「仮に『String of Puppies』が物質社会へのサティア的な批評であるとしても、『Puppies』自体に対するパロディの要素を識別することは困難である」と述べ、被告彫刻のパロディの該当性を否定している¹⁰⁰。第一審、控訴審判決はともに、フェア・ユースに該当するためには、原作品を批評やパロディのターゲットとすることを要求したのである。



原告写真



被告彫刻

【図 12】

【図 13】

同時期に Rogers 事件と同じく Koons を被告とした裁判例として、UFS 事件がある。Koons が「Banality Show」の展覧会で展示し 2 点販売した「Wild Boy and Puppy」と題する被告彫刻（【図 15】）¹⁰¹が、原告のガーフィールドの漫画における「Odie」という原告キャラクターのイメージ

⁹⁷ See *id.* at 476, *aff'd*, 960 F.2d at 309.

⁹⁸ *Id.* at 479.

⁹⁹ *Rogers*, 960 F.2d at 310.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ 被告彫刻は被告のウェブサイト〈<http://www.jeffkoons.com/artwork/banality/wild-boy-and-puppy>〉（2023年3月13日）から転載したものである。

(【図14】)¹⁰²と野生児のぬいぐるみをデッドコピーし、それに蜂のフィギュアを追加することで創作したものであるということが問題となった¹⁰³。被告彫刻がフェア・ユースによる保護されるパロディに該当するという被告の主張¹⁰⁴に対して、裁判所は、Rogers 事件控訴審の判旨を踏襲し¹⁰⁵、被告彫刻は「せいぜい社会全体へのパロディであり、著作権の対象である『Odie』のキャラクターのパロディではないため、パロディやサタイアであると認めることはできない」と判示した¹⁰⁶。この判決もまた、フェア・ユースが肯定されるパロディとなるには、ターゲット要件をクリアする必要があるという立場を取っていると理解できる。



原告キャラクター

【図14】



被告彫刻

【図15】

(二) ターゲット要件を変容的利用に吸収する時期 (1994年～2005年)

フェア・ユースにおけるターゲット要件の体系上の位置付けは 1994 年の Campbell 事件最判によって転機を迎えることになる。同最判は、楽曲のパロディが問題とされたという事案で、変容的利用のパラダイムを打ち

¹⁰² 原告キャラクターのイメージの出所について、原告は、それが「どこで入手したか明確に思い出せないが、絵葉書や雑誌など、何らかのメディアから入手した」と述べている。United Feature Syndicate, 817 F. Supp. at 373. 本文で掲載している原告キャラクターのイメージは、Odie を紹介する「Heroes Wiki」というウェブサイト〈<https://hero.fandom.com/wiki/Odie>〉(2023年3月13日)から転載した。

¹⁰³ See United Feature Syndicate, 817 F. Supp. at 372-73.

¹⁰⁴ See id. at 374.

¹⁰⁵ See id. at 383.

¹⁰⁶ Id. at 383-84.

出すとともに、「著作権法の趣旨に鑑みると、パロディの定義の要は…少なくとも部分的に先行する作者の作品を批評して新しいものを作成するためにその作品のいくつかの要素を利用するということであり、逆にそのコメントが原作品の内容やスタイルと批評的な関係がないと…他人の作品を借用すると主張する公正さはたとえなくなるとしても、それに応じて減少する」と述べ¹⁰⁷、連邦最高裁のレベルで初めて、ターゲット要件を必要とする立場に与することを明らかにした¹⁰⁸。その上で、パロディと変容的利用の関係についても、同最判は、パロディというものが「先行作品に光を当て、新しい作品を創作することで社会的な利益をもたらさるものであり」、「変容的な価値を持つということは明らかである」と判示している¹⁰⁹。Campbell 事件最判以降、パロディは変容的利用の一形態と認められるとともに、ターゲット要件は変容的利用の枠組みのなかに吸収されることとなる。

例えば、Campbell 事件最判の判旨を踏襲した裁判例として、1998 年の Leibovitz 事件、そして、バービー人形を販売する米国 Mattel 社が提起した 2002 年の Mattel 事件 1 と 2003 年の Mattel 事件 2 を挙げることができる。

Leibovitz 事件における原告の Annie Leibovitz は、当時妊娠中の女優 Demi Moore をモデルとした原告写真（【図 16】）¹¹⁰を 1991 年 8 月号の Vanity Fair 誌の表紙に掲載し、世間の注目を集めていた。被告の Paramount Pictures 社は、「Naked Gun 33 1/3: The Final Insult」という本件映画の宣伝イベントのために、訴外人である Dazu に同イベントの宣伝広告としての被告広告（【図 17】）¹¹¹を創作させた。被告広告は、原告写真と同様に妊婦のモデルを採用し、ポーズも同様のものとして撮影するとともに、コンピュータ加工により原告写真の肌色や体型を再現しているが、モデルの顔の部分の本件映画シリーズの主人公の Leslie Nielsen のそれに変え、下に「Due This

¹⁰⁷ *Campbell*, 510 U.S. at 580.

¹⁰⁸ *See id.* at 579.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ 原告写真は Vanity Fair 誌のウェブサイト〈<https://archive.vanityfair.com/issue/1991-08>〉(2023 年 3 月 13 日)からの転載である。

¹¹¹ 被告広告は Times 誌のウェブサイト〈<https://time.com/vault/issue/1994-02-21/page/26/>〉(2023 年 3 月 13 日)からの転載である。

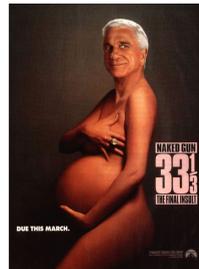
March」というフレーズを付した¹¹²。

第一審も控訴審も被告のフェア・ユース抗弁を認めている¹¹³。第一審は、「被告広告は原告写真についてコメントや批評をしていないため、Mooreの写真のパロディには当たらない」という原告の主張¹¹⁴に対して、Campbell事件最判を引用した上で¹¹⁵、「被告広告のユーモラスな性質が、Mooreの写真のユニークな特質とその即座の認識可能性に依存しており、パロディと認めるために必要な『参照と嘲笑の結合』が見受けられる」とし¹¹⁶、被告広告が「変容的な性質を持つ」と帰結している¹¹⁷。控訴審も、Campbell事件最判を踏襲した上で¹¹⁸、被告広告について、「新しい要素を追加しており、『変容的』な作品に該当することは明らかであり」¹¹⁹、「Nielsenのにやけた顔とMooreの真剣な表情があまりに対照的なので」、原告写真の「真剣さそして気取りのなさを批評しているように受け取られる」と判示している¹²⁰。



原告写真

【図 16】



被告広告

【図 17】

¹¹² See *Leibovitz*, 137 F.3d at 111-12.

¹¹³ See *Leibovitz*, 948 F. Supp. at 1226, *aff'd*, 137 F.3d at 117.

¹¹⁴ *Leibovitz*, 948 F. Supp. at 1220.

¹¹⁵ See *id.* at 1220.

¹¹⁶ *Id.* at 1222

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ See *Leibovitz*, 137 F.3d at 112-13.

¹¹⁹ *Id.* at 114.

¹²⁰ *Id.*

Mattel 事件 1 では、被告の Susanne Pitt が、原告のバービー人形を再染色・再装飾した「地下牢人形」¹²¹と題する被告人形シリーズを制作・販売し、また、「地下牢人形」のイメージを掲載していたウェブサイトを運営し、様々な性具を販売していた¹²²。裁判所は、上記の Campbell 事件最判の判旨を引用した上で¹²³、被告人形が有する明らかに変容的な性質と、少なくとも部分的にはバービーの性的性質を批評しようとする目的が、フェア・ユースの抗弁を十分に裏付けると述べ、著作権侵害を否定している¹²⁴。

Mattel 事件 2 では、被告の Thomas Forsythe が、裸体のバービー人形（【図 18】）¹²⁵とビンテージのキッチン用品を並べて撮影して「Food Chain Barbie」と題する被告写真シリーズ（【図 19】）¹²⁶を芸術祭で展示したり、ハガキ、名刺、ウェブサイト販売促進したりしていた¹²⁷。裁判所は、上記の Campbell 事件最判を踏襲した上で¹²⁸「バービー人形が性別の役割や社会における女性の地位に与える影響について、被告が意図した批評や感じた害悪を看取することは難しいことではない」と述べ¹²⁹、被告がバービー人形を利用する行為は変容的な性質が高いパロディであり、フェア・ユースに該当すると判示している¹³⁰。

¹²¹ 被告人形の装飾は、原告の子供向け製品に通常見られるものとは全く異なっており、レーダーホーゼン風のバイエルンのボンデージドレス、ゴム製のヘルメット、PVC マスク、ワスピーが付されている。See *Mattel*, 229 F. Supp. 2d at 322.

¹²² See *id.* at 318.

¹²³ See *id.* at 322.

¹²⁴ See *id.* at 322-23.

¹²⁵ 原告人形の図は、原告の通販ウェブサイト〈<https://shop.mattel.com/products/barbie-1977-superstar-barbie-doll-hby11>〉（2023年3月13日）から転載した。

¹²⁶ 被告写真は、Mattel 事件 2 を紹介する「Lehrmach」というウェブサイト〈<http://lehrmach2.blogspot.com/2017/06/mattel-v-walking-mountain-20003.html>〉（2023年3月13日）からの転載である。

¹²⁷ See *Mattel*, 353 F.3d at 796-97.

¹²⁸ See *id.* at 800-01.

¹²⁹ *Id.* at 802.

¹³⁰ See *id.* at 806.



【図 18】

【図 19】

以上の三つの判決は、いずれも原作品を批評やパロディの対象としていくことを変容的利用の枠組みのなかで判断する立場をとっている。フェア・ユースが肯定されるためにターゲット要件が必要となるという理解は、一つ前の時期にも採用されていた考え方であるが、この時期にはターゲット要件を独立の要件とはせず、変容的利用に吸収しているところに前の期と異なるこの時期の特徴がある。しかし、既述したように、Campbell 事件最判は、変容的利用に関して、「異なる目的や性質をもって新しいものを加えて、新しい表現や意味、メッセージで原作品を変えるのかどうか」という問題であると説いているのだから、変容的利用はターゲット要件を必要としていないと解することもできるように思われる。実際、次の時期には、アプロプリエーション・アートにしては、ターゲット要件を緩和したり放棄したりする裁判例が主流となる。その意味で、この時期は過渡期であったと評することができるように思われる。

(三) ターゲット要件を緩和ないし放棄する時期（2005 年～現在）

ターゲット要件の必要性を初めて揺るがしたのは、かつて何度も¹³¹著作権侵害訴訟に晒された Koons がもう一度被告となった 2005 年の Blanch 事

¹³¹ 既述した Rogers 事件と UFS 事件のほか、Koons が Banality の展覧会で展示した彫刻に起因して被告とされた Campbell v. Koons 事件もある。See Campbell v. Koons, No. 91 Civ. 6055 (RO), 1993 WL 97381 (S.D.N.Y. Apr. 1, 1993)。もっとも、同判決は、事案が非常に似ている Rogers 事件の控訴審判決の翌年に下されたものであるため、裁判所が Rogers 事件控訴審の判旨をほとんど直接に適用して著作権侵害を肯定して、ターゲット要件について特に取り上げて検討していない。

件¹³²である。この事件の原告の **Andrea Blanch** は、飛行機のファーストクラスの機内でブロンズのマニキュアで飾られた女性の下肢と足、そしてキラキラしたグッチのサンダルが、男性の膝の上に置かれている様子を写した「**Silk Sandals by Gucci**」と題する原告写真（【図 20】）¹³³を創作し、*Allure* 誌の 2000 年 8 月号に掲載した。被告 1 である **Koons** は、原告写真の背景の機内の情景と男性の膝を取り除き、女性の足だけを 45 度の角度で上方に傾けた原告写真とは異なり、垂直に下方に垂れ下がるように配置した後、それを他の三組の女性の足並びに、アイスクリームをのせた大きなチョコレートファッジブラウニー、ドーナツ、アップルデニッシュペストリーといった菓子とともに、草原と **Niagara** の滝の背景上並べることで、「**Niagara**」と題する被告コラージュ（【図 21】）¹³⁴を創作し、被告 2 と被告 3 が開催する展覧会で展示し、ハガキを販売した¹³⁵。第一審、控訴審はともに被告の利用がフェア・ユースに該当することを理由に、著作権侵害を否定している¹³⁶。

第一審は、**Campbell** 事件最判がパロディの成立及びパロディと変容的利用の関係について説いたところに言及することなく、変容的利用に関する説示のみを引用した上で¹³⁷、被告コラージュが「原作品に『取って代わる』ものでも、複製するものでもなく、それを素材として利用して新しい文脈で、新しい情報、新しい美学、そして新しい洞察を生み出しており、このような利用が、芸術的に成功したか否かにもかかわらず、変容的利用といえる」と判示している¹³⁸。ターゲット要件を介在させることなく、直接、変容的利用そのものを取り扱った上で、アプロプリエーション・アートのフェア・ユース該当性を肯定した点に、従来の裁判例にはない新機軸を打

¹³² 同事件を紹介する邦語文献として、家本・前掲注 89) 47～57 頁を参照。

¹³³ 原告写真は **Blanch** 事件を紹介する「**Artist Rights**」というウェブサイト〈<http://www.artistrights.info/blanch-v-koons>〉（2023 年 3 月 13 日）から転載した。

¹³⁴ 被告コラージュは被告のウェブサイト〈<http://www.jeffkoons.com/artwork/easyfuncthereal/niagara>〉（2023 年 3 月 13 日）から転載した。

¹³⁵ *See Blanch*, 467 F.3d at 246-48.

¹³⁶ *See Blanch*, 396 F. Supp. 2d at 483, *aff'd*, 467 F.3d at 259.

¹³⁷ *See id.* at 481.

¹³⁸ *Id.*

ち出す判決であるといえる。

控訴審は、ターゲット要件に一切言及することがなかった原判決と異なり、同要件を変容的利用の枠組みのなかで論じつつ、ターゲットの対象が必ずしも利用した原作品である必要がないという立場をとることで、本件のアプロプリエーション・アートがフェア・ユースに該当するという判断を導いている。具体的には、Campbell 事件最判における変容的利用に関する「異なる目的や性質をもって新しいものを加えて、新しい表現や意味、メッセージで原作品を変えるのかどうか」という説示を持ち出した上、「米国の Allure 誌に掲載するために制作されたファッション写真を、色彩、背景、媒体、被写体のサイズ、被写体の詳細、そして重要なことに、全く異なる目的と意味を持つものとし、ドイツの美術館で展示するために依頼された巨大な絵画の一部として利用する」という被告の利用行為はほぼ完璧にこれを具現するものであると論じることで、その変容的利用該当性を肯定している¹³⁹。とりわけ特徴的なのは、控訴審は、Campbell 事件最判におけるサタイア及びそれとパロディの区別に関する判旨、すなわち、「サタイアとは、あざけりによりありふれた愚行や悪徳を非難するものを指す」¹⁴⁰のであり、「パロディは、その目的を果たすために原作品を模倣する必要があるため、対象者…の想像力の創作物を利用する権利を主張できるのに対して、サタイアは独立して成り立ちうるものであるため、借用そのものに正当性が要求される」¹⁴¹ということを引用し¹⁴²、「『Niagara』は、個々の写真そのものというよりも、『Silk Sandals』を典型例とするジャンルをターゲットとすることを目的としているように思われるサタイアであると理解すれば、よりよく特徴付けられるかもしれない」と判示し¹⁴³、被告の借用行為が正当化できると帰結している。このように、控訴審は、第一審のごとくターゲット要件を完全に省略するものではないが、アプロプリエーション・アートは、原作品を批評やパロディ自体をターゲットとしなくとも、原作品が属するジャンルをターゲットとすればフェア・ユースに該

¹³⁹ *Blanch*, 467 F.3d at 253.

¹⁴⁰ *Campbell*, 510 U.S. at 581 n.15.

¹⁴¹ *Id.* at 581.

¹⁴² *Blanch*, 467 F.3d at 254-55.

¹⁴³ *See id.* at 254.

当する可能性があるという判断を示すことで、ターゲット要件を相当程度緩和したと評することができる。



原告写真



被告コラージュ

【図 20】

【図 21】

Blanch 事件が示したターゲット要件を緩和する傾向は、その後の Friedman 事件、Morris 事件、Cariou 事件¹⁴⁴に引き継がれた。

Friedman 事件における原告の Glen E. Friedman は、黒いステットソンハットをかぶったヒップホップミュージックで有名なバンドである Run-DMC の三人が肩を並べて立っている様子を撮影することで原告写真(【図 22】)を創作し、「Fuck You Heroes」という書籍に掲載していた。被告の Thierry Guetta は、既存のイメージを作品に取り込む手法をよく用いるアーティストであり、原告写真をインターネットからダウンロードし、変更を加えたり他の作品と組み合わせたりすることで四つの被告作品(【図 23】)を創作し、販売や展示等に供している¹⁴⁵。裁判所は被告のフェア・ユースの抗弁を否定し、著作権侵害を肯定している¹⁴⁶。その際、被告作品の変容的な性質について、「著作物が変容的であるかどうかを検討する際に、『素材の実質的な凝縮とそれに与えられる知的労力と判断』があるかどうかを問い、『著作権者と同じ本質的な目的での利用は…フェア・ユース主張を

¹⁴⁴ 同事件を紹介する邦語文献として、家本真実「現代アートのフェア・ユースー Cariou 判決から浮かび上がる課題」撰南法学 49 号 4～21 頁 (2013 年) を参照。

¹⁴⁵ See *Friedman*, No. Civ. 10-00014, 2011 WL 3510890, at *1-2.

¹⁴⁶ See *id.* at *7.

著しく弱める』』と述べた上で¹⁴⁷、「原告も被告もアーティストであり、両者ともに公に展示するためのビジュアル・アートに問題となったイメージを利用しており、それぞれの作品がいわんとすることやその媒体が異なるにもかかわらず、その利用自体が被告の利用を原告の著作権の変容的なものとするほど明確とはいえない」と判示し、被告作品の変容的な性質を否定している¹⁴⁸。この一般論は、Blanch 事件第一審と同じく、ターゲット要件に言及することなく、直ちに変容的利用の判断をなすという手法に走っているように読める。



【図 22】

【図 23】

また、Friedman 事件と同じく Thierry Guetta を被告とする Morris 事件における原告の Dennis Morris は、Sex Pistols というバンドのベーシストである Sid Vicious が首を傾げてウインクしている姿を撮影した。この原告写真（【図 24】）は、インターネットにアップロードされたり Sex Pistols に関する書籍に掲載されたりしたほか、2004 年にロンドンの美術館で展示・販売されたこともある。被告の Thierry Guetta は、原告写真に種々の改変を加えることで被告作品（【図 25】）を創作し、その一部を販売した¹⁴⁹。原告から被告に対して提起された著作権侵害訴訟において、裁判所は、再び Thierry Guetta のフェア・ユース抗弁を否定した¹⁵⁰際に、Campbell 事件最判における変容的利用に関する判旨を引用しながら、上記の Blanch 事件控訴審の判旨をも参酌した上で、「他の作品における内容に対するコメント、つまりパロディに基づいて利用行為を正当化することもできれば、その内容の利用が、単にアーティストの時間や労力を節約するということを超えた目的にいかに関与するかについての明確な説明、つまりサタイアに基

¹⁴⁷ *Id.* at *6.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *See Morris*, No. LA CV12-00684, 2013 WL 440127, at *1.

¹⁵⁰ *See id.*

づいて正当化することも可能である」と述べている¹⁵¹。具体的な当てはめとしては、裁判所は、原告写真でも被告作品でも **Sid Vicious** が同じ表情をしていることを指摘した上で、「被告作品の多くは、特定の新しい要素を追加しているが、それぞれの全体的な効果の変容的なものとはいいがたく、その中核が **Sid Vicious** の写真であることに変わりはない」と判示し¹⁵²、被告作品の変容的な性質を否定しつつ、被告作品が原告写真そのものについて何らかの批評を行うことを意図しているという証拠はなく、ほかに本件写真の利用を正当化する証拠もないと判示し、被告の利用行為を正当化できないと結論付けている¹⁵³。裁判所の一般論に着目すると、**Blanch** 事件控訴審の判旨を引用しているが、原作品と同じジャンルをターゲットとするという限定は付しておらず、より一般的に、問題の著作物を利用することが創作の目的に役立つことを要求するに止まる。もっとも、フェア・ユースに該当しないという結論からすれば、こうした一般論はあくまでも傍論にすぎないように考えられる。



【図 24】

【図 25】

続く **Cariou** 事件の原告の **Patrick Cariou** は、1990 年代半ばから 6 年間、ジャマイカのラスタファリアンとともに暮らし、それらの肖像写真や風景写真を含む原告写真シリーズ（【図 26】）¹⁵⁴を掲載する「**Yes Rasta**」と題する写真集を発行していた。被告の **Richard Prince** は原告写真を利用して

¹⁵¹ *Id.* at *8.

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ *Id.* at *9.

¹⁵⁴ 原告写真は、第二連邦巡回裁判所のウェブサイト（<https://www.ca2.uscourts.gov/docs/opn1197/11-1197apx.html?>）（2023 年 3 月 13 日）からの転載である。

「Canal Zone」と題する被告コラージュシリーズ（【図 27】）¹⁵⁵を創作し、共同被告の美術館で展示したり、カタログ一部の作品として販売したりしていた¹⁵⁶。第一審は著作権侵害を肯定したが¹⁵⁷、控訴審は被告の創作した 25 点のコラージュ（その一例が下に掲げる「Tales of Brave Ulysses」である）についてフェア・ユースに該当すると判示するとともに、残る 5 点（その一例が下に掲げる「Graduation」である）について自判せず、第一審に差し戻した¹⁵⁸。もっとも、こうした結論の相違にもかかわらず、ターゲット要件については、以下に見るように、第一審も控訴審もともにその重要性を減じる取扱いを示している。

第一審において被告は「被告コラージュのような原作品を批評せずに利用して創作するアプロプリエーション・アート」がフェア・ユースに該当するよう求めていた¹⁵⁹。第一審判決は、「そのような利用が原作品を変容的にコメントしない場合に公正といえると認める先例は一つもない」と述べた上で¹⁶⁰、傍論ながら「逆に…当裁判所が確認した先例¹⁶¹のすべてが、新しい作品が何らかの形で原作品の歴史的な脈にコメントしたり、つな

¹⁵⁵ 被告コラージュは、第二連邦巡回裁判所のウェブサイト（<https://www.ca2.uscourts.gov/docs/opn1197/11-1197apx.html>）（2023 年 3 月 13 日）からの転載である。

¹⁵⁶ *See Cariou*, 714 F.3d at 699-700, 703.

¹⁵⁷ *See Cariou*, 784 F. Supp. 2d at 355.

¹⁵⁸ *See Cariou*, 714 F.3d at 712. もっとも、控訴審判決の反対意見のなかで、Wallace 判事は、この判決が「フェア・ユースに当たると認定した 25 点の作品と、フェア・ユースの判断に容易に適さない 5 点の作品をどのように『確信を持って』区別するのか、私にはわからない」と述べている。 *Id.* at 713. また、25 点の作品と 5 点の作品を区別した控訴審判決に批判的な立場を示す文献として、*see Aufderheide et al., supra note 4*, at 22（「フェア・ユースの明確な例とみなした 25 の作品と不確かな 5 つの作品との区別は、分析が困難である」とする）; *Adler, supra note 2*, at 604（控訴審判決の判断手法は「フェア・ユース法を導くには、あまりにも不透明で主観的な指標である」とする）。

¹⁵⁹ *Cariou*, 784 F. Supp. 2d at 348.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ その例として、第一審は *Campbell* 事件最判、*Blanch* 事件控訴審、*Leibovitz* 事件控訴審、*Roger* 事件控訴審等を挙げている。 *See id.* at 349.

ったりする、あるいは、原作品そのものを批判的に引用するという要件を課している」と判示している¹⁶²。後者の説示に鑑みると「原作品を変容的にコメントする」ことを要求するといっても、結局は、原作品それ自体ではなく、その歴史的文脈をターゲットとするようなアプロプリエーション・アートであっても変容的利用となりうるという態度をとっていると理解できる。実際、第一審裁判所は「Prince が Cariou の写真を流用するに際して、Cariou、その写真、またはそれらと緊密に関連する大衆文化の側面についてコメントする意図はない」と述べ、フェア・ユースを否定している¹⁶³。

これに対して、控訴審で被告は、「Cariou、その写真、またはそれらと緊密に関連する大衆文化の側面についてコメントする」意図はなくとも、変容的利用としてフェア・ユースに該当するとすべきである旨を主張した¹⁶⁴。控訴審は、Campbell 事件最判における変容的利用に関する判旨を再び強調した後で¹⁶⁵、著作権法は「ある作品が変容的であるとみなされるために、原作品やその作者についてコメントするという要件を課しておらず」¹⁶⁶、「Prince の作品が Cariou の作品や文化についてコメントしなくても、また、Prince がそのような意図を表明しなくても、変容的なものに該当しうる」と明言した¹⁶⁷。その上で、裁判所は、被告コラージュシリーズの中なかの 25 点について、「Prince が Cariou と同じ素材を異なる方法で提示したのではなく、『新しいものを加え』、根本的に異なる審美性でイメージを提示した」と述べ¹⁶⁸、その変容的利用の該当性についてはフェア・ユースを認めている¹⁶⁹。同判決は、従前の裁判例よりもさらに一步踏み出し、も

¹⁶² *Id.* at 348.

¹⁶³ さらに、「被告は被告コラージュ全体を創作的で新しいものとする目的があったが、その目的は 107 条上の変容的利用とはいえない」とも述べている。*Id.* at 349.

¹⁶⁴ *Cariou*, 714 F.3d at 699.

¹⁶⁵ *See id.* at 705-06.

¹⁶⁶ *Id.* at 706.

¹⁶⁷ *Id.* at 707.

¹⁶⁸ *Id.* at 708.

¹⁶⁹ *See id.* at 699-700.

ともとかなり緩和されていたターゲット要件を放棄するに至ったのである。



【図 26】

【図 27】

Cariou 事件控訴審が打ち出したターゲット要件を放棄する見解は後続の Kienitz 事件¹⁷⁰第一審と AWF 事件¹⁷¹第一審でも採用されている。2014 年の Kienitz 事件における原告 Michael Kienitz は、Soglin 市長を撮影して「Official Portrait of Mayor Paul Soglin」と題する原告写真（【図 28】）を創作した。原告写真は、その非商業的利用の許諾が Soglin 市長とその職員に与えられ、マディソン市の公式ウェブサイトのホームページと市長のページ、Soglin 市長のブログのホームページとフェイスブックのプロファイルで掲載されていた。被告は、Soglin 市長が「The Mifflin Street Block Party」というイベントに反対することを滑稽な方法で批判するために、原告写真に対して、Soglin 市長の顔を緑にし、黒の背景に置き、鮮やかな青色で縁取り、青、緑、ピンクという三つの色が上がった「Sorry For Partying」とい

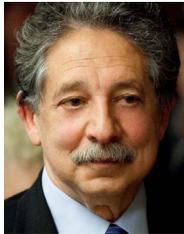
¹⁷⁰ 既述したように、Kienitz 事件控訴審は主として第四要素と第三要素に目を転じフェア・ユースを肯定し、第一要素に関するターゲット要件を維持するか放棄するかに特に言及していない。

¹⁷¹ AWF 事件控訴審が同第一審判決を覆しているが、それはターゲット要件に関する異なる見解を持つからではなく、原告イラストの目的と意味を判断する手法が違うからである。See *Andy Warhol Foundation*, 992 F.3d 99, 114 (2d Cir. 2021). こうした違いについて、第三章で敷衍することにする。

なお、同事件を紹介する邦語文献として、桑野雄一郎「アンディ・ウォーホル美術財団 vs ゴールドスミス事件連邦控訴審判決 現代美術と著作権～金魚公衆電話ボックス事件判決も踏まえて」コピライト 727 号 48～51 頁 (2021)。

うフレーズで囲むように手を加え、加工した原告写真が付いたTシャツ及びタンクトップ（【図 29】以下、あわせて「被告Tシャツ」と呼ぶことにする）を販売し利益を得ていた¹⁷²。

第一審は、フェア・ユース該当性を肯定し、著作権侵害を否定した¹⁷³。訴訟では、この事件の被告Tシャツは写真そのものについてコメントしていないため、被告による彼の写真の利用がパロディ、ひいては変容の利用とみなされないのではないかということが争点となった¹⁷⁴。裁判所は、Campbell 事件最判に加えて、Cariou 事件控訴審も参酌し、結論として、パロディは変容の利用の一形態にすぎないと述べ、被告Tシャツは変容的な性質を持つと判断している¹⁷⁵。



原告写真



被告Tシャツ

【図 28】

【図 29】

AWF 事件における被告 Lynn Goldsmith は、当時新進気鋭のミュージシャンの Prince Rogers Nelson を写した被告写真（【図 31】）を創作し、それに基づいて制作されるイラストを掲載することを Vanity Fair 誌に許諾した。Vanity Fair 誌から依頼を受けた Andy Warhol は、被告写真に依拠して原告イラスト 1 を作成し、被告への帰属表示を付しつつ、同誌に掲載した。しかし、Warhol は被告に無断でさらに原告イラストを 15 点創作していた。Warhol の死亡後、原告イラストの著作権を得た原告 AWF は、原告イラスト（【図 30】）を販売、譲渡したり、編集や商業的利用、美術館利

¹⁷² See *Kienitz*, 965 F. Supp. 2d at 1045-48.

¹⁷³ See *id.* at 1054, *aff'd*, 766 F.3d at 760.

¹⁷⁴ See *Kienitz*, 965 F. Supp. 2d at 1051.

¹⁷⁵ See *id.* at 1051-52.

用を許諾したりしていた¹⁷⁶。被告から侵害警告を受けた原告が、原告の利用は著作権侵害に該当しない、あるいは、フェア・ユースに該当すると主張して被告を訴えた¹⁷⁷。

第一審は、フェア・ユース該当性を肯定した¹⁷⁸。ターゲット要件の要否について、第一審は、Campbell 事件最判と Cariou 事件控訴審の判旨を引用しつつ¹⁷⁹、原告イラストが「異なる性格を持ち、Goldsmith の写真に新しい表現を与え、Goldsmith とは異なる創作的かつ伝達的な結果をもたらす新しい美学を採用している」と述べ、変容的なものであると判示している¹⁸⁰。



【図 30】

【図 31】

(四) 小括

以上、俯瞰した裁判例の傾向をまとめておく。Campbell 事件最判が下される前の時期の裁判所は、アプロプリエーション・アートに対しても、従前の批評やパロディに関するフェア・ユースの判断枠組みを適用しており、ターゲット要件を要求する立場を堅持していた。そのような状況において、1994 年の Campbell 事件最判は、既述したように、変容的利用について、「異なる目的や性質をもって新しいものを加えて、新しい表現や意味、メッセージで原作品を変えるのかどうか」を問うものであり、「新しい作品が変容的であればあるほど、商業主義などのフェア・ユースの認定に不利

¹⁷⁶ See *Andy Warhol Foundation*, 992 F.3d at 105-08.

¹⁷⁷ See *id.* at 108.

¹⁷⁸ See *Andy Warhol Foundation*, 382 F. Supp. 3d at 331.

¹⁷⁹ *Id.* at 325.

¹⁸⁰ *Id.*

となる他の要素の重要性が低くなる」と述べつつ、変容的利用とパロディの成立の関係について、パロディが「先行作品に光を当て、新しい作品を創作することで社会的な利益をもたらさうのもであり」、「変容的な価値を持つということは明らかである」と判示したために、後続の下級審は、変容的利用の枠組みのなかでアプロプリエーション・アートが批評あるいはパロディとして認められうるかということ进行分析するようになり、その結果、ターゲット要件は変容的利用に吸収されるに至った。さらに、2005年の *Blanch* 事件以来、ターゲット要件は、原作品と同じジャンルや原作品に関連する歴史的な文脈としても構わないという形に緩和される傾向が続き、最終的には、*Cariou* 事件控訴審によって明示的に要件としての存在を否定されるようになった。現在では、アプロプリエーション・アートのフェア・ユース該当性の主戦場は後に紹介するその目的や意味の抽出の仕方の問題に移行しており、ターゲット要件は紛争の舞台から退場したと評することが許されるような状況にある。

二 学説の見解

学説では、ターゲット要件を厳格に要求する見解はほとんどない。むしろ、ターゲット要件を緩和したり放棄したりすることを提唱する見解が主流派を形成しているといえる。

(一) ターゲット要件を緩和する見解

ターゲット要件を緩和する見解は、*Blanch* 事件控訴審及び *Cariou* 事件第一審と同様に、フェア・ユースの文脈で、原作品に限らず、原作品と同じジャンルや原作品と関連する歴史的な文脈をターゲットとすることを許容する。例えば、「著作物のジャンルに対する社会的批評が可能である以上、著名なイメージだけでなく、特定の種類やジャンルの大衆の表現を代表する既存のイメージを流用することも許されるはずである」とする見解がある¹⁸¹。

¹⁸¹ Ames, *supra* note 4, at 1521-22.

(二) ターゲット要件を放棄する見解

他方、ターゲット要件を放棄する見解は、利用対象をターゲットとして
いるか否かにかかわらず批評である限りフェア・ユースが成立しうると考
えている。例えば、「著作権法もその立法経緯も、アーティストが著作権
で保護される作品についてだけコメントしたり批判したりすることを限
定しているわけではなく、むしろ、表現の自由を不当に制限することのな
いように、批判や論評があらゆる形式の批判や論評を包含することを意図
していることが明らかである」という指摘¹⁸²や、「アプロプリエーション・
アートの作品をパロディのカテゴリーに押し込めるのではなく…社会全
体に対するサタイアや幅広い批評を認めるべきである」とする見解がある¹⁸³。

(三) 小括

このように、多くの学説がターゲット要件を緩和する方向を目指してい
るといえるが、どこまで緩和するのかということについては程度の差があり、
原作品と同じジャンルや原作品と関連する歴史的な文脈をターゲット
とすればフェア・ユースに該当しうるといようにターゲット要件は維持
しつつその対象を拡げる見解と、ターゲット要件を不要とする見解がある。

第三章 アプロプリエーション・アートにおける目的や意味の 抽出の仕方

一 裁判例の類型化

次に、アプロプリエーション・アートの目的や意味をいかにして抽出す
るのかという論点に関する裁判例を検討する。

Campbell 事件最判は、パロディの成立及びそれと変容的利用の関係の判
旨のほか、その目的や意味の抽出の仕方について、「パロディの抗弁のた

¹⁸² Greenberg, *supra* note 2, at 30.

¹⁸³ Elizabeth Winkowski, *A Context-Sensitive Inquiry: The Interpretation of Meaning in Cases of Visual Appropriation Art*, 12 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 746, 764-65 (2013).

めにフェア・ユースが主張される場合に、問題の要となるのが、パロディの性質が合理的に認識される可能性がある (may reasonably be perceived) か否かということである」と判示している¹⁸⁴。この「合理的な認識可能性」という判断手法は、アプロプリエーション・アートに関する判決に何度も引用されており¹⁸⁵、裁判実務における作品の目的や意味の抽出の仕方に大きく影響を与えている。この点に関する裁判例は、概ね創作者の説明に従う裁判例と、合理的に認識される可能性があるか否かを基準とする裁判例という二種類に分かれる。もっとも、後者のように一口に「合理的な認識可能性」といっても、「合理的」という概念は多義的であるから、それだけでは具体的にどのような基準なのかということは明確とはいえない。そこで、より具体の判断過程に着目して再分類すると、創作者の説明を参酌しつつ、「合理的な認識可能性」を文脈で判断する裁判例、創作者の説明を参酌することなく「合理的な認識可能性」を文脈で判断する裁判例が存在し、さらに最近では、より客観的に判断すべきであるとする立場から作品そのものに着目し、その可視的範囲を超えないという要件を課す裁判例が現れた。以下では、創作者の説明に従う類型、「合理的な認識可能性」基準で処理する類型に属する上記の三つの類型をあわせて四つの類型に分けて従来の裁判例を整理する。

(一) 創作者の説明に従う裁判例

Campbell 事件最判の前、裁判所は、アプロプリエーション・アートの目的や意味について創作者の説明にそのまま従っていた。例えば、Rogers 事件において、被告は被告彫刻が社会の価値観をサタイアするものであると説明していたところ¹⁸⁶、第一審も控訴審もその説明に基づいて、被告彫刻は原告写真を批評やパロディのターゲットとするものではないと解している¹⁸⁷。同様に、UFS 事件において、裁判所は、被告彫刻が「Odie」のキャラクターのパロディでないという被告の説明に基づき、被告彫刻が原告

¹⁸⁴ *Campbell*, 510 U.S. at 582.

¹⁸⁵ 本節における第(二)(三)(四)類型の裁判例は *Morris* 事件を除けばすべてこの判旨を引用している。

¹⁸⁶ *See Rogers*, 751 F. Supp. at 479, *aff'd*, 960 F.2d at 309.

¹⁸⁷ *See id.* at 310.

キャラクターをパロディのターゲットとするものではないと判断している¹⁸⁸。

Campbell 事件最判以降も、創作者の説明にそのまま従ってアプロプリエーション・アートの目的や意味を抽出する裁判例がないわけではない。例えば、フェア・ユースを認容した **Blanch** 事件において、被告は、原告写真の中の脚部を被告コラージュに取り込むことで、「商業的イメージがいかんにして消費文化のなかで交差すると同時に、セックスのような食欲を促進しつつ、他の遊び心のような欲望を閉じ込めているのかということを表している」と説明している¹⁸⁹。第一審はこの説明を援用して、被告コラージュが原告写真を素材として「新しい情報、新しい審美性、新しい洞察を創作するものである」と認めている¹⁹⁰。控訴審も、同様に、被告の説明に従って被告コラージュの意味を受け取っている¹⁹¹。

また、**Cariou** 事件第一審において、被告は、他人の作品を流用することで、「事実をできるだけ多く彼の作品に反映させて、推測を少なくする」ことを目的としており¹⁹²、「原告写真やより広範な文化についてコメントするつもりはない」と主張していた¹⁹³。裁判所はこの説明に基づき、被告が原告 **Cariou** の写真を「利用する目的は、**Cariou** がその写真を撮影した本来の目的と同じであり」、「**Cariou**、その写真、またはそれらと緊密に関連する大衆文化の側面についてコメントする意図はない」と解している¹⁹⁴。もっとも、被告の説明と判決の結論の関係から見れば、**Blanch** 事件第一審と同控訴審を除けば、上記の裁判例がいずれもフェア・ユースを否定して

¹⁸⁸ See *United Feature Syndicate*, 817 F. Supp. at 383-84. もっとも、同事件における **Koons** の説明は一貫しているわけではない。**Rogers** 事件控訴審判決が、原作品がパロディのターゲットの一つとならなければならないという判旨を下した後、**Koons** は原告キャラクターが被告彫刻のパロディのターゲットではないという説明を逆転し、原告キャラクターが実際に、被告彫刻のパロディのターゲットであると主張しようとしたが、裁判所はその主張を認めていない。See *id.* at 384.

¹⁸⁹ *Blanch*, 396 F. Supp. 2d at 481.

¹⁹⁰ *Id.* at 480-81.

¹⁹¹ See *Blanch*, 467 F.3d at 252-53.

¹⁹² *Cariou*, 784 F. Supp. 2d at 349.

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.*

いるので、それらの説明は被告がなした自身に対する不利な自認といってもいい。そうすると、これらの裁判所はあくまでも被告の自身に対する不利な自認により事実を認定しているにすぎない。他方、Blanch 事件では、そもそも、被告の説明に対して原告が異議を申し立てていないので¹⁹⁵、裁判所が被告の説明を争点となっていない事実として確認していると理解することができる¹⁹⁶。この意味で、この類型の裁判例は、アプロプリエーション・アートの目的や意味の抽出の仕方に関して、常に創作者の主張どおりと判断しなければならないという立場を示したとまで理解する必要はないように思われる¹⁹⁷。

(二) 創作者の説明を参酌しつつ、「合理的な認識可能性」を文脈で判断する裁判例

アプロプリエーション・アートの目的や意味について、創作者の説明を参酌しつつ文脈で判断する裁判例として、Leibovitz 事件第一審と Mattel 事件 1 を挙げることができる。いずれもフェア・ユース肯定例である。

Leibovitz 事件第一審において、被告側は、被告広告が原告写真をあざけりのターゲットとしているとともに、被告の映画の主題にも関連していると説明している¹⁹⁸。裁判所は、この説明を認めるとともに、被告広告は「実際に Moore の写真を利用しない限り…面白味を失う」ものであって、「そ

¹⁹⁵ See *Blanch*, 467 F.3d at 252-53.

¹⁹⁶ アプロプリエーション・アートの目的や意味が争点とされていなかった事件であるが、被告が以下に説明していたのかということに明示的に言及することなく判断している裁判例として、*Kienitz* 事件第一審と同控訴審がある。第一審、控訴審はともに、判断の根拠を示すことなく、被告 T シャツを政治的な批評であると認定している。See *Kienitz*, 965 F. Supp. 2d at 1050, *aff'd*, 766 F.3d at 759.

¹⁹⁷ *Blanch* 事件控訴審は、その判決の注釈のところで、「Koons の『Silk Sandals』を利用する理由に対する明確な意識と、その理由を明確に説明する能力は、この事件の分析を容易にするものである。ただし、そのいずれかがフェア・ユースの認定の必須条件であると示唆するつもりはない」と補足している。*Blanch*, 467 F.3d at 255 n.5. この補足からすれば、創作者の説明もあくまでも、目的や意味を判断する資料の一つにすぎないということこそ *Blanch* 事件控訴審の本意であるように思われる。

¹⁹⁸ See *Leibovitz*, 948 F. Supp. at 1221, 1222.

のコミカルな効果は、妊婦の体の威厳に誇りを持つ美しい女性を真剣に描写する原作品と、にやにや笑って愚かな表情をして妊娠した男性をばからしく描く新しい作品との対比に依存する」と述べ、被告広告は原告写真のパロディであると解している¹⁹⁹。

Mattel 事件 1 において被告は、「バービー人形をカスタマイズして、サドマゾヒスティックなコスチュームやストーリーを与えることで、バービーの性的な性質についてコメントしようとしている」と説明していた²⁰⁰。裁判所は、この説明に基づいて被告人形のパロディ性を肯定した上で、「被告の地下牢人形の変容的な性質は、人形の衣装と身体の両方、及び人形画像が表示される文脈によって証明される」と述べている²⁰¹。

(三) 創作者の説明を参酌することなく「合理的な認識可能性」を文脈で判断する裁判例

創作者の説明を参酌せずに文脈でアプロプリエーション・アートの目的や意味を抽出するフェア・ユース肯定例としては、Leibovitz 事件控訴審、Mattel 事件 2、Cariou 事件控訴審、AWF 事件第一審がある。

Leibovitz 事件控訴審は、被告広告について、「Nielsen のにやけた顔と Moore の真剣な表情があまりにも対照的であるため…原作品の真剣さ、さらには気取った態度についてコメントしていると合理的に認識されうる」としつつ²⁰²、「Leibovitz の写真を妊娠した女性の身体の美しさを賞賛するものと解釈して…そうしたメッセージへの反対を表明しているように受け取ることもできる」とし²⁰³、文脈を参酌してその目的や意味を解釈している。

Mattel 事件 2 では²⁰⁴、原告は「Forsythe の写真がバービーのパロディで

¹⁹⁹ *Id.* at 1222.

²⁰⁰ *Mattel*, 229 F. Supp. 2d at 322.

²⁰¹ *Id.* at 321-22.

²⁰² *Leibovitz*, 137 F.3d at 114.

²⁰³ *Id.* at 115.

²⁰⁴ 判断主体に関しては、原告はショッピングモールにいる一般人に Forsythe の写真のカラーコピーを提示し、どのような意味を感じるかを問う調査に基づき、パロ

あるかどうかを評価する際…文脈 (Forsythe の作品の社会的文脈と、Mattel 社の著作物が Forsythe の写真に配置されている実際の文脈の両方) を無視する」よう要求した²⁰⁵。それに対して、裁判所は、「パロディでは…文脈がすべてである」という Campbell 事件最判の判旨²⁰⁶を引用し、原告の主張を否定し²⁰⁷、その上で、被告写真の「照明、背景、小道具、カメラアングルのすべてが、Mattel 社の著作物に対する文脈を作り出し、バービーの意味を変容させる」ことを斟酌して²⁰⁸、「バービー人形が性別の役割や社会における女性の地位に与える影響について、被告が意図した批評や感じた害悪を看取することは難しいことではない」と述べた²⁰⁹。文脈によって被告写真の意味を抽出する手法が採用されているといえる。

Cariou 事件控訴審では、原告は「Prince がサタイアやパロディと主張しない限りその作品がどのように合理的に認識されうるかを検討すべきではない」と主張したが²¹⁰、裁判所はこれを退け、かえって逆に、「重要なことは、合理的な鑑賞者 (reasonable observer) に問題となる作品がどのように見えるかということであり、単に特定の作品や作品群についてアーティストが何を語っているのかということではない」と強調した²¹¹。その上で、裁判所は、被告コラージュのなかの 25 点について、それと原告写真を「並べてみると、Prince のイメージが Cariou の写真とは異なる性格を持

ディ的な性質を受け取るのは一部の人々だけである、と主張した。裁判所は、Campbell 事件最判の「合理的な認識可能性」を基準とする手法に関する判旨部分を引用し、「ある作品がパロディであるか否かという問題が、法的問題であり、世論における多数決の問題ではない」と述べ、「被告の作品がパロディとして適格かどうかという問題を扱ったすべての裁判所が、それを裁判所が決定すべき法の問題として扱っている」と判示し (その際、先例として、Campbell 事件最判、Leibovitz 事件控訴審が引用されている)、原告の主張する判断主体を否定している。See *Mattel*, 353 F.3d at 801.

²⁰⁵ *Id.* at 802.

²⁰⁶ *Campbell*, 510 U.S. at 589.

²⁰⁷ See *Mattel*, 353 F.3d at 802.

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ *Cariou*, 714 F.3d at 707.

²¹¹ *Id.*

ち、新しい表現を与え、Cariouとは異なる創作的・伝達的な結果をもたらす新しい美学を採用している」と帰結している²¹²。ここにおいては、両作品の相違点、つまり、被告が原作品に加えたり変更したりする文脈によって変容的な性質を判断しているように読める²¹³。

AWF事件第一審は、上記のCariou事件控訴審を踏襲し²¹⁴、原告イラストについて、Princeの胴体を取り除いて顔と首筋のごく一部を前面に出したり、被告写真で鮮明に写るPrinceの骨格の細部を柔らかくしたり輪郭や陰影を付けたりして、PrinceをGoldsmithの写真のような細密な三次元的存在から平面的な二次元的存在に変えたことで、被告写真とは「異なる審美性と性質をもたらし、Princeを脆弱で不快な人物から、象徴的で伝説的な存在へと変容させたと考えるのが妥当であろう」と述べ²¹⁵、両者の相違点を重視して原告イラストの意味を抽出している。

他方、これらの裁判例と同様な手法を採用しながらも、結論としてフェア・ユース該当性を否定したMorris事件も見受けられる。同事件では、被告は「特に（色を使った）壁画は、Sid Viciousのように伝説的で、その人生で得られなかったと思われる敬意を表したいために制作したものである」などの説明をなしていた²¹⁶。裁判所は、「作品を通じて伝えようとした新しいメッセージについての説明は説得力がない」と論じて被告の説明に対して否定的な評価を与えつつ²¹⁷、他方で、「原告の著作物の利用及び複製の程度に関する被告の説明を受け入れる必要はなく、その説得力について独自に評価することができる」と述べ²¹⁸、結論として、原告写真にお

²¹² *Id.* at 707-08. もっとも、その結論を導き出す具体的な理由を明言していない。こうした手法について、「芸術的職業を促進することも強化することもなく、むしろアーティストを保護する著作権の能力に疑問と不確実性を投げかけている」という批判がある。Rosenthal, *supra* note 36, at 446.

²¹³ 以下で述べるように、こういう手法は同裁判所が審理したAWF事件控訴審により補足されている。

²¹⁴ See *Andy Warhol Foundation*, 382 F. Supp. 3d at 325-26.

²¹⁵ *Id.* at 326.

²¹⁶ *Morris*, No. LA CV12-00684, 2013 WL 440127, at *8.

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ *Id.*

いても被告作品においても *Sid Vicious* が同じ表情をしており、「被告作品の多くは、特定の新しい要素を追加しているが、それぞれの全体的な効果は変容的なものではなく、その中核が *Sid Vicious* の写真であることに変わりはない」と判示し²¹⁹、実際に被告が加えた文脈によって被告作品の目的や意味を把握している。

(四) 作品の可視的範囲に基づいて「合理的な認識可能性」を判断する裁判例

AWF 事件控訴審は、作品の可視的範囲に基づいて「合理的な認識可能性」があるかという観点から、作品の意味を判断するアプローチを採用した。同控訴審は、裁判所は「美的判断を下すのに馴染まず、また、その判断は本質的に主観的であるので」、「美術評論家の役割を担って問題となっている作品の背後にある目的や意味を確認しようとするべきではない」と説く²²⁰。その代わり、「新しい作品がそれを創作するために利用された『生の素材』から独立した存在となるような『根本的に異なる、新しい』芸術的目的と性質に寄与するかどうかを検討しなければならない」というのである²²¹。事案への具体的な当てはめとしては、「問題となった二つの作品の最大の目的と機能が単にビジュアル・アートを作成するという広い意味だけではなく、同一人物の肖像画であるという狭いながらも本質的な意味でも同一であり」²²²、原告が「こうした変更が集積した結果、*Goldsmith* の写真はその被写体に異なる印象を与えるという態様で変更されているといえるのかもしれないが、*Prince Series* がそれに基づいて作成された基盤として認識できることに変わりはない」と述べ²²³、「*Prince Series* は、第一要素上『変容的』なものではない」と判示し²²⁴、結論としてフェア・ユースを否定し、第一審判決を覆している²²⁵。

AWF 事件控訴審は、抽象論として、「作品の背後にある目的や意味を

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Andy Warhol Foundation*, 992 F.3d at 114.

²²¹ *Id.*

²²² *Id.*

²²³ *Id.* at 115.

²²⁴ *Id.* at 114.

²²⁵ *See id.* at 123.

確認しようとするべきではない」と指摘している。その意味するところを、同判決の事案への当てはめから推察すると、目的や意味について、従前の裁判例のように、作品に接しながら目で見える範囲を超えて、より主観的で推測的な目的や意味（例えば、Leibovitz 事件控訴審における原告写真が妊娠した女性の身体的美しさを賞賛することへの反対、Mattel 事件 2 における原告人形が性別の役割や社会における女性の地位に与える影響への批判、AWF 事件第一審における Prince を脆弱で不快な人物から象徴的で伝説的な存在への変容）を導き出していないところがこの判決の特徴といえる。その代わり、AWF 事件控訴審判決は、ただ作品の可視的な範囲の限度で作品の目的や意味を特定しようとしており、その結果、作品の目的は同一人物の肖像画であるという程度に、そして作品の意味は被写体に異なる印象を与えたという程度に、極めて表層的なものが認定されており、その程度では変容の利用にはなりえないという同判決の結論が導かれたと理解できる²²⁶。

（五）小括

以上、紹介したアプロプリエーション・アートの目的や意味の特定の仕方に関する裁判例の類型ごとの特徴は、次のようにまとめることができる。第一類型の裁判例は、作品の目的や意味に関する創作者の説明に従う裁判例である。もっとも、事案との関係でいえば、これらの裁判例は被告が自

²²⁶ 桑野・前掲注 171) 54 頁（控訴審判決は「美術作品の分野における、制作者の意図や裁判官による解釈という主観的要素を極力排除し、可能な限り客観性のある判断基準によりフェア・ユースの成否を判断しようとしたものと考えられる」という）も参照。

他方、Friedman 事件では、裁判所が「著作権者と同じ本質的な目的での利用が…フェア・ユース主張を著しく弱める」と述べつつ、「原告も被告もアーティストであり、両者ともに公に展示するためのビジュアル・アートにおいて問題となったイメージを利用して」いるということに着目して被告作品の変容的な性質を否定している。判旨のこの部分は、AWF 事件控訴審と同じ立場を採用して可視的範囲内で作品の目的を抽出しようとしているように読める。ただし、AWF 事件控訴審のように、一般論として、作品の背後にある目的や意味を捉えてはいけないうまで述べたわけではなく、同事件を第四類型に帰すると安易に断じることは危険である。See *Friedman*, No. Civ. 10-00014, 2011 WL 3510890, at *6.

分に不利な特定の仕方を自認しているか、そもそも当事者間で争点とされていないものばかりであり、先例的価値は高くはない。

第二類型の裁判例は、創作者の説明を参酌しつつ、「合理的な認識可能性」を文脈で判断する基準をとるものであり、第三類型は、創作者の説明を参酌することなく「合理的な認識可能性」を文脈で判断する裁判例であり、両者は創作者の説明を参酌するか否かという点で相違しているが、可視的な範囲を超えて何らかの連想や推測からより主観的な結論を導き出すという点では共通している。

第四類型は、作品の可視的範囲に基づいて「合理的な認識可能性」を判断するものであり、近時の AWF 事件控訴審が打ち出したアプローチである。従前の第二類型と第三類型に見られた主観的な判断を避け、目的や意味を作品の外観という可視的範囲内に基づいて特定している点が特徴的である。

二 学説の見解

(一) 創作者の説明に従う見解

この問題を語る数少ない学説のなかでは、創作者の説明に従う手法を採用するものはなく、むしろそのような手法は批判の対象とされている。

例えば、「アプロプリエーション・アーティストがフェア・ユースを主張するために、自らの作品の特定の解釈を言葉巧みに推し進めることを強いられるというのは、現在の美術理論の流れに反している」という批判がある²²⁷。この点をより具体的に語る見解は、「第一に、ビジュアル・アーティストは、他の創作者以上に、自分の作品について意図を明確にすることに向いていない、あるいは、そうすることを要求されると特に抵抗するようになる可能性がある。第二に、アーティストがそれを明確にできるかどうかに関係なく、その意図は作品が『意味するもの』とは無関係である。フェア・ユースにおける『意味』や『メッセージ』を評価するために芸術

²²⁷ Monika Isia Jasiewicz, *A Dangerous Undertaking: The Problem of Intentionalism and Promise of Expert Testimony in Appropriation Art Infringement Cases*, 26 YALE J.L. & HUMAN. 143, 145 (2014).

的な意図を探ろうとする裁判所の企ては、現代アートにおいて無意味なものとして拒絶されてきた意味の尺度の探究にほかならない」と指摘している²²⁸。

(二) 「合理的な認識可能性」を判断する手法に賛成する見解

他方、Campbell 事件最判が提唱した「合理的な認識可能性」を判断する手法に賛成する学説のなかには、裁判例と同様、アプロプリエーション・アートの文脈を重視するものがある。例えば、「文脈には、流用された作品に隣接する物品やイメージ、また、派生的著作物が現在置かれているより広い社会的文脈の両方が含まれ」、「裁判所は、著作者自身が説明する意味だけでなく、文脈から合理的に認識される意味も考慮する必要がある」とする見解を挙げることができる²²⁹。

しかし、学説でむしろ有力なのは、この種の手法がアプロプリエーション・アートに馴染んでいるとはいいがたい裁判官や一般的な鑑賞者を認識の主体としていることを疑問視し、専門家を判断の主体とすべきであるとする見解である。例えば、アプロプリエーション・アートには批評的なコメントがしばしば隠喩されていることを考えると、その目的や性質が変容的であるかどうかという問題に関しては専門家の証言を考慮する必要があるという指摘²³⁰、アプロプリエーション・アートが変容的であるかどうかの判断を、この種の作品が前衛的であることを理解していない「合理的な鑑賞者 (reasonable observer)」に委ねるわけにはいかず、より広範なアートコミュニティによる意見が必要であるという見解²³¹、さらには、アプロプリエーション・アーティストの芸術的な表現を理解するためには美術史に関する知見を要するから、「一般的な鑑賞者 (ordinary observer)」テストが、アートに関する紛争には不向きであり、専門家を構成員とする仲裁裁判所を設け、そこでの判断に委ねるべきであるという提案²³²がなされている。

²²⁸ Adler, *supra* note 2, at 584.

²²⁹ Winkowski, *supra* note 183, at 764, 766.

²³⁰ See Jasiewicz, *supra* note 227, at 175.

²³¹ See Rosenthal, *supra* note 36, at 466-67.

²³² See Butt, *supra* note 2, at 1085-87.

(三) 「ビジュアル・アート」であることを重視する見解

学説のなかには、アプロプリエーション・アートのなかでも著作権者のイメージを大量生産、販売される商品に掲載するものについて、そこに批評的な目的が備わっていることに懐疑的な態度をとり、ゆえに、フェア・ユースの第一要素(「利用の目的と性質」)において肯定的に評価されるためには、流用する作品が「ビジュアル・アート」でなければならないとする見解がある²³³。ここにいう「ビジュアル・アート」の判断基準としては、Visual Artist's Rights Act (VARA)²³⁴における「絵画、図画、版画、または彫刻で、作者の署名と逐次番号が付された一部または二百部以下に限定されるもの」、あるいは、「展示のみを目的として制作された静止画で、作者の署名がある一部、または、それと逐次番号が付された二百部以下の限定で現存するもの」という定義を用いることが推奨されている²³⁵。その理由は、「流用したイメージをビジュアル・アートに用いる場合には、社会批判や論評を目的として制作されていることが推定される²³⁶」旨を説いている²³⁷。同説のメリットとしては、「作品が『ビジュアル・アート』であるかどうかを判断を限定することで…その作品が『優れた芸術』であるかどうか、または、『芸術』であるかどうか、そして、その批評的なメッセージを鑑賞者に伝えることを遂げているかどうかなどの判断を避けることができる」と説明されている²³⁸。

²³³ See Ames, *supra* note 4, at 1518-19.

²³⁴ その制定の経緯について、山口裕博『芸術と法』(2001年・尚学社)252~253頁を参照。

²³⁵ See Ames, *supra* note 4, at 1519-20.

²³⁶ この推定について、同説の論者は、「著作権者は、これに反する何らかの証拠があれば、この推定を覆すことができるかもしれないが、アプロプリエーションによって作られるアートは、定義上、批評的なものであり、この要素で反証が成功することは想像しがたい」としつつ、「むしろ、著作権者は、第四要素である市場への影響に焦点を当て、勝訴する可能性ははるかに高い」と説いている。*Id.* at 1519 n.232.

²³⁷ *Id.* at 1519.

²³⁸ *Id.*

(四) 小括

以上のように、学説は、作品の目的や意味を抽出するに際して、創作者自身の説明に従うことには批判的であるが、他方で、「合理的な認識可能性」を基準とするにしても、その判断の主体を誰に担わせるのかについて意見が分かれており、さらにはその種の判断を避け、「ビジュアル・アート」であるか否かに焦点を当てる見解も登場しているという状況にある。かつて 1903 年連邦最高裁の *Bleistein* 事件において著作物の創作性要件の充足が争点とされた際、*Holmes* 判事は裁判官がアートの判断に馴染まないと述べていたが²³⁹、この種の指摘の妥当性は今日のアプロプリエーション・アートの分野においてますます高まっており、アートの価値ばかりか、その目的や意味までの判断も難解になっているのだといえよう。第四章では、ここまで論述してきた目的や意味の抽出の仕方と、それに関連するターゲット要件についての裁判例の立場の変化の背景にあるのではないかと推察される社会的な原因から説き起こし、著作権法とアプロプリエーション・アートの齟齬の視点からアプロプリエーション・アートの目的や意味を判断するという難題に取り組むことにしたい。

第四章 検討

一 ターゲット要件と目的や意味の抽出の仕方に対する裁判所の立場が変化してきた社会的背景

以上、アプロプリエーション・アートのフェア・ユース該当性に関する従来の裁判例を検討してきたが、その変遷は、要するに、紆余曲折を辿りながらも、過去三十年間で概してフェア・ユースに対する寛容度が大幅に

²³⁹ 「法学の訓練のみを受ける人が最も狭く明白な制限を受けず、絵画的なイラストの価値を最終的に判断することは危険な作業になりかねない…例えば、*Goya* の銅版画や *Manet* の絵画が、初めて目にしたときに確実に保護されていたかどうか、疑問が生じるかもしれないが、裁判官よりも教養の低い大衆にアピールするような絵には著作権が否定される可能性もある」。 *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251-52 (1903).

拡大されてきたとまとめることができる²⁴⁰。その原因は、ターゲット要件と、目的や意味の抽出の仕方に関する裁判例の立場の変化に求めることができるといえよう。ターゲット要件は、Campbell 事件最判が提唱した変容的利用の法理の影響の下、次第に緩和され、ついには放棄されるに至った。目的や意味の抽出の仕方は、創作者の説明に従いその主観的な意識を探求する手法から、曖昧模糊としているがゆえに操作可能な「合理的な認識可能性」の手法に転向した。これらの二つの動因があいまって、フェア・ユースの適用の自由度が増し、もって寛容度の拡大がもたらされた。

このような裁判所の変化の歴史と軌を一にするかのよう、米国におけるアプロプリエーション・アートに対する社会意識が変化し、くわえて、言論の自由に関わる憲法修正第一条を重視する法文化が勢いを得ているという現象を観察できることは興味深い。あるいは、こうした社会的な状況の変化が、ターゲット要件と目的や意味の抽出の仕方に課する裁判所の態度が転向した背景にあるとあってよいのかもしれない。

1990年のRogers事件でKoonsがフェア・ユースの抗弁で敗れたのは、彼が19世紀初頭から米国著作権法の中心となったモダニズムに馴染む「真面目で熱心な創作者」というステレオタイプに適合しなかった、あるいは適合することを拒否したことが大きな原因である」といわれている²⁴¹。しかし、その後、ポストモダニズムは、かつての文芸批評の領域を抜け出し、ハッカー倫理、ヒップホップ、リミックス文化、プリコラージュ、そしてDIY運動などによって米国の社会生活における様々な側面で実現されるようになった²⁴²。それとともに、いち早くポストモダニズムに足場を築いたアプロプリエーション・アートも、その論理や批評的な言論の価値が大衆に認められるなかでさらなる拡がりを見せている。今日、美術館において、報道写真、純粋美術の傑作、ビデオゲーム、ハリウッド映画、アニメ、レディ・メイド、そしてインターネットから流用したものを取り込むアー

²⁴⁰ See also Aufderheide et al., *supra* note 4, at 21.

²⁴¹ Peter Jaszi, *Is There Such a Thing as Postmodern Copyright?*, 12 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 105, 110 (2009).

²⁴² See *id.* at 112.

ト作品が展示されることは、ありふれた現象になっている²⁴³。

くわえて、米国では、言論の自由に関わる憲法修正第一条が重視され、それと著作権法の緊張関係をめぐる議論が活発となっており²⁴⁴、今や百家争鳴の様相を呈している²⁴⁵。アプロプリエーション・アートに含まれる言論の価値が社会で広く認められるようになるにつれて、著作権法でそれを禁止することは憲法修正第一条の違反になるのではないかという問題も頻繁に提起されている。すでに、Rogers 事件以前に、アプロプリエーション・アートにおいては「アイディアの伝達と一体化しているため、ビジュアル素材の利用を制限することは、言論の自由を阻害することになる」と論じる先駆的な文献が存在した²⁴⁶。言論の自由を擁護する憲法修正第一条は、アプロプリエーション・アーティストが著作権のあるイメージを利用してそれについてコメントすることを認めるべきであるとする指摘もなされていた²⁴⁷。Rogers 事件後も「裁判所がパロディの抗弁を大幅に狭めた結果…言論と報道の自由に対する憲法修正第一条の権利を保護するという著作権法の目的と矛盾している」という批判や²⁴⁸、「裁判所がアプロプリエーション・アーティストをフェア・ユースの枠外に位置付けると、その言

²⁴³ See Barbara Pollack, *Copy Rights*, ARTNEWS (Nov. 11, 2022), available at <https://www.artnews.com/art-news/news/copy-rights-522/> (last visited Mar. 13, 2023).

²⁴⁴ See Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press*, 17 UCLA L. REV. 1180, 1180 (1970) (「著作権と憲法修正第一条は、『並存』しているようで実は矛盾している」とする); Charles C. Goetsch, *Parody as Free Speech-The Replacement of the Fair Use Doctrine by First Amendment Protection*, 3 W. NEW ENG. L. REV. 39, 58 (1980) (「憲法修正第一条と著作権の間には、逆説的な対立がある」とする)。

²⁴⁵ 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 80～81頁(2014年)。See also Krieg, *supra* note 36, at 1575-77 (著作権侵害訴訟における憲法修正第一条の抗弁の適用について裁判所と学者の様々な考え方を紹介している)。

²⁴⁶ *Id.* at 1565.

²⁴⁷ See Carlin, *supra* note 4, at 123.

²⁴⁸ Marlin H. Smith, *The Limits of Copyright: Property, Parody, and the Public Domain*, 42 DUKE LAW JOURNAL 1233, 1271 (1993).

論の自由を侵害する可能性がある」という警告²⁴⁹がなされている。

こうした社会意識の変化と憲法修正第一条に基づく問題提起が喧しくなるなかで、アプロプリエーション・アートの論理や言論の価値を理解し肯定する裁判例も多くなってきた。既述したように、近時の裁判例は、アプロプリエーション・アートが、物品やイメージを新しい文脈に置き、鑑賞者に異なる「見方」を強いることでそれなりの再認識を促したり、芸術の概念や社会価値観などの意識を批評したりするという特徴を踏まえ、ターゲット要件や目的や意味の抽出の仕方を調整し、もって、著作権法における憲法修正第一条の具現化としてのフェア・ユース²⁵⁰の適用を可能とすることで、アプロプリエーション・アートに一定の程度の支援を与えるに至っている。そのなかでも、**Mattel** 事件 2 判決が、アプロプリエーション・アートに対する社会的な認知度と、憲法修正第一条に関する議論が、こうした裁判所の態度の変化の動因となっていることを自認していることが注目される。いわく、「**Forsythe** が、**Mattel** 社のバービー人形との関連付けを発展させ、変容させることによって、憲法修正第一条の保護と著作権法の促進を受ける社会批判とパロディ的言論を創作している」と判示している²⁵¹。

二 モダニズム的な著作権法とポストモダニズム的なアプロプリエーション・アートの齟齬に起因する問題解決の難しさ

もっとも、ターゲット要件と目的や意味の抽出の仕方が変化しているといっても、すべてのアプロプリエーション・アートがフェア・ユースに該当するというわけではない。例えば、有名なアプロプリエーション・アーティストである **Guetta** と **Warhol** に関わる近時の裁判例、つまり、**Friedman** 事件、**Morris** 事件、**AWF** 事件控訴審は、いずれもフェア・ユースが成立しないと判断するものである。くわえて、既述したように、裁判所がなした

²⁴⁹ *Jasiewicz, supra note 227, at 166.*

²⁵⁰ *See Harper & Row, 471 U.S. at 560* (憲法修正第一条は、アイデアと表現の二分法及びフェア・ユースとして著作権法において具現化されているという)。同旨を引用する連邦最高裁判決として、*see Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219-20 (2003).*

²⁵¹ *Mattel, 353 F.3d at 803.*

ターゲット要件と目的や意味の抽出の仕方に対する調整自体が、予測可能性の欠如などの新しい問題をもたらし、学説から多くの疑問を投げかけられている。その意味で、アプロプリエーション・アートがフェア・ユースに該当するか否かという問題は、未だに難問であることに変わりはないといえる。解決を困難とする根本的な原因は、以下に見るように、モダニズム的な著作権法とポストモダニズム的なアプロプリエーション・アートの齟齬にあるように思われる。

(一) モダニズム的な著作権法

著作権法の制度とその基本的な構造は、歴史的な意味で、モダニズムに根差したものであり²⁵²、「著作者性 (authorship) と独創性 (originality)²⁵³というロマンチックな理想」を擁護している²⁵⁴といわれている。

モダニズムの下では、情報環境全体からばらばらで時折矛盾し合う素材をまとめる役割を果たす者は創作者とされるのに対して、その素材からなる創作者のアイデアを表すものは作品として固定されている²⁵⁵。そして、著作権法の視点からすると、かかる創作者はその著作者性をもって著作権を得て著作者と呼ばれる一方で、作品はその独創性をもって権利の保護対象となり著作物と称される。それにとどまらず、著作権法は、著作物と利用行為の二元論として、さらに、創作したものとそれを鑑賞・利用す

²⁵² See Jaszi, *supra* note 241, at 107.

²⁵³ 著作権法 102 条 (a) によれば、著作権の保護は「オリジナル (original) な作品」に及ぶ。「オリジナルとは…著作者が独自に創作したものであり…少なくともある程度の最小限のクリエイティビティ (creativity) を有していることのみを意味する」。Feist Publications v. Rural Tel. Serv., 494 U.S. 340, 345 (1991) (*quoting* The Trade-Mark Cases, 100 U. S. 82, 94 (1879)) (「ライティング [つまり、著作物] という言葉は…彫刻、版画などのためのオリジナルのデザインを含むように自由に解釈することができるが、それがオリジナルのものであり、心のクリエイティビティに基づくものである場合に限られる」とする)。

²⁵⁴ H. Brian Holland, *Social Semiotics in the Fair Use Analysis*, 24 HARV. J.L. & TECH. 335, 336 (2011). 河島伸子「現代美術と著作権法—インセンティブ論に関する一考察」同志社大学知的財産法研究会 (編) 『知的財産法の挑戦』(2013 年・弘文堂) 99 頁も参照。

²⁵⁵ See Jaszi, *supra* note 241, at 108 & n.11.

る者を区別している。かくして、著作権法の下では、送り手たる著作者、著作物、受け手たる鑑賞者の三分法を前提とし、著作者のところで創作は終了し、その成果が著作物として固定され、鑑賞者はそれを受け止めるという関係が予定されている²⁵⁶。こういうリニアな関係における著作物の意味は、著作者の創作が終了し著作物が送り手から離れた時点で固定化することを前提としており、著作権をめぐる法律関係は、そのようにして固定された著作物に基づいて判断されることにされており、その結果、相対的に安定した解が導かれることになる。

(二) ポストモダニズム的なアプロプリエーション・アート

しかし、モダニズムに基づく著作権法と異なり、アプロプリエーション・アートが属する現代美術はポストモダニズムに支配されるものである。ポストモダニズムは、「アートがオリジナルでありうるのか、アートが意味を持ちうるのか、アートが大衆文化と本当に違うのか、よりよいものなのかなどを問うことで」、モダニズムの基礎に激しく挑戦している²⁵⁷。

ポストモダニズムの視点からすると、創作者が作り出したものは「表現されていないが意図されたものと、意図されていないが表現されたものとの間」にあるようなものであり、鑑賞者によって作り終えられる必要がある²⁵⁸。したがって、「創作行為は、アーティストが行うものではなく、鑑賞者も作品の内的特性を解説し解釈することによって、作品を外的世界と接触させ創作行為に貢献する」²⁵⁹。かくして、現代美術においては、鑑賞者に対して「開かれた作品」が数多く存在し、なかには鑑賞者が創作及び鑑賞の過程に参加することにより、作品として存在しているものもある²⁶⁰。

²⁵⁶ 田村善之「現代美術と著作権法」民事判例Ⅲ2011年前期 109～110頁(2011年)を参照。

²⁵⁷ Ames, *supra* note 4, at 1478.

²⁵⁸ Marcel Duchamp, *The Creative Act (1957)*, available at https://web.archive.org/web/20180421174858id_/http://www.cathystone.com/Duchamp_Creative%20Act.pdf (last visited Mar. 13, 2023).

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ 小島立「現代アートと法—知的財産法及び文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究 36号3頁(2011年)を参照。

特にアプロプリエーション・アートのような文脈を重視するタイプの現代美術は、展示の仕方等、鑑賞者を巻き込んだ一体的な環境とでもいうものであり、そこで、送り手たる創作者と、作品、受け手たる鑑賞者という三者の関係が、インタラクティブなものとなる²⁶¹。かかるインタラクティブな関係における作品の意味は、創作者の意図やアイデアによって保証できなくなり、むしろ、作品が鑑賞者となつがるという公共空間で起こる交流に依存する²⁶²。鑑賞者がそれぞれ意味を抽出するだけでなく、意味を形作る共同著作者であるために、作品の意味はかなり多義的かつ不安定で、理論的には無限の意味も可能となるほどである²⁶³。

(三) 両者間の齟齬とそれによる問題解決の難しさ

以上のようにモダニズム的な著作権法とポストモダニズム的なアプロプリエーション・アートとの間には明らかに齟齬がある。モダニズム的な著作権法は送り手、著作物、受け手という三者のリニアな関係を前提としているのに対し、ポストモダニズム的なアプロプリエーション・アートはその三者の関係を曖昧化しインタラクティブなものにすることを目指している。その結果、アプロプリエーション・アートにおいては、モダニズム的な著作権法の視点からは安定していたはずの作品の意味が極めて不安定なものとなる。

本稿の当面の関心事に戻ると、従来の裁判例では、アプロプリエーション・アートがフェア・ユースに該当するか否かを判断するために、問題となる作品の目的や意味は何であるのかということを含味してから、それが原作品または原作品と同じジャンルや関連する歴史的な文脈をターゲッ

²⁶¹ 田村・前掲注 256) 109 頁、北村清彦「受け手の役割」『芸術・創作性の哲学』(岩波講座哲学 7・2008 年・岩波書店) 90~91 頁も参照。

²⁶² See HAL FOSTER, ROSALIND KRAUSS, YVE-ALAIN BOIS, & BENJAMIN H.D. BUCHLOH, ART SINCE 1900: MODERNISM, ANTIMODERNISM, POSTMODERNISM 494 (2004) [ハル・フォスター＝ロザリンド・E・クラウス＝イヴーアラン・ボワ＝ベンジャミン・H・D・ブークロー＝デイヴィッド・ジョーブリット (尾崎信一郎＝金井直＝小西信之＝近藤学・編) 『ART SINCE 1900: 図鑑 1900 年以後の芸術』(2019 年・東京書籍) 570 頁].

²⁶³ See Adler, *supra* note 2, at 617.

トとするものであるかということを含味していた。このことは、*Cariou* 事件控訴審判決のようにターゲット要件を不要とする裁判例においても根本的には変わっておらず、問題の作品が原作品の意味と異なり新しい意味といえるかということを検討する手法を採用している。しかし、既述したように、アプロプリエーション・アートにおける作品の意味はごく不安定なものであり、鑑賞者次第でたえず変化する場合がある。そうだとすると、安定した意味を抽出したり、合理的な鑑賞者を措定したりすること自体が虚構でしかなく²⁶⁴、その上に築かれる批評、パロディ、変容的利用の理論も、アプロプリエーション・アートの本質を捉えているとはいいがたく、それがゆえに、ターゲット要件と目的や意味の抽出の仕方に関する裁判例の努力にも、アプロプリエーション・アートに適切な解決策を見出すことに成功していないのである。モダニズム的な著作権法下において、アプロプリエーション・アートにおける作品の意味をいかに捉えるのかということが、いままさに問われているといえよう。

三 解決策への模索

以上のように、従前の裁判例に内在する手法では根本的な解決をもたらすことができないが、学説では、次元を異にする他の解決策を模索するものがある。その例として、フェア・ユースの市場のパラダイムへの回帰と、ライアビリティ・ルールへの転換という二つの見解を挙げることができる。

(一) フェア・ユースの市場のパラダイムへの回帰

フェア・ユースにおいて、目的や意味に着目する変容的利用であるか否かということとその成否の判断基準とする考え方が、時代を超えて妥当する不磨の大典であったというわけではない。既述したように、1994年の *Campbell* 事件最判前の時代には、市場の状況こそがフェア・ユース判断の中心であった。最近、現代美術とフェア・ユースの緊張関係を論じる学説

²⁶⁴ See *id.* at 563-64.

のなかには、フェア・ユースの市場のパラダイムへの回帰を唱えるものがあり、注目に値する。

同説によると、現代美術は、創作的な個人表現というよりも、大金持ちを対象にする贅沢品として機能している²⁶⁵。このようなアートの新しいビジネスモデルでは、市場参加者がアーティストを著作者としてではなく、「ブランド」とみなしている²⁶⁶。そして、「アートの価値は、もはや美的特性ではなく、それを創作したアーティストのブランドの市場力によって決まるようになっていく」²⁶⁷。かくして、現代美術の市場価値はビジュアル的な美学と切り離されているとともに、市場が強調する真正性 (authenticity) によって取り締まられるアーティストへの評判または「ブランド」に存在することになる²⁶⁸。この真正性によって、「他のアーティストの作品をコピーするアーティストは、原作のアーティストのビジュアル的な素材を利用しているが、そのブランドを利用している（もしそうだとすれば贋作となる）わけではないので、原作の市場価値とは無関係なものを利用したことになる。他方、他のアーティストのビジュアル的な素材とブランドの両方をコピーしたアーティストは、贋作と偽物を作ったことになる」²⁶⁹。「要するに、現在の市場選好を考えると、アーティストの真正性が関連市場の範囲を画するため、他のアーティストによるコピーは、

²⁶⁵ See *id.* at 620.

²⁶⁶ See *Id.*

²⁶⁷ *Id.*

²⁶⁸ See *id.* at 622. See also Amy Adler, *Why Art Does Not Need Copyright*, 86 GEO. WASH. L. REV. 313, 345-46, 349-50 (2018) (アーティストである Mark Rothko の作品と思われ美学の専門家に賞賛されていた絵画が、美術収集家である Domenico De Sole に 800 万ドルで購入された後に、実は Rothko の作品ではないことが発覚したために、その市場価値が大幅に低落してしまったという事例、1936 年に Walker Evans が撮った「Alabama Tenant Farmer Wife」という写真と 1981 年に Sherrie Levine が撮った「After Walker Evans」という写真はほぼ同一の写真といってもよいほどであるが（それというの、Levine は実際に Evan の写真を撮影して自分の写真を制作しているからである）、一年のうち同じオークションで前者は約 14 万 2 千ドルで、後者は 3 万ドルで落札されたという事例を取り上げている).

²⁶⁹ Adler, *supra* note 2, at 622.

贋作に至らない限り、原作の市場を篡奪することはできない」²⁷⁰。

以上の検討を踏まえて、同説は「逆説的ではあるが、アートにおいてコピーされる表現的で創作的な価値は、この価値を無視するテストによって最もよく保護されるかもしれない。アート市場の特徴を考慮すると、かつてフェア・ユース判断を支配していた、悪名高き市場中心の第四要素が、フェア・ユースの未来を示すものといえるかもしれない」と指摘している²⁷¹。

(二) ライアビリティ・ルールへの転換

ライアビリティ・ルールは、いわゆるプロパティ・ルールに対立する概念であり、基本的には、差止請求権を否定しつつ、損害賠償請求権を認めるという判断のことを意味している²⁷²。フェア・ユースではなく、このライアビリティ・ルールによって、アプロプリエーション・アートがもたらした著作権法問題に対処できるのではないか否かという議論が散見される。

例えば、アプロプリエーション・アートが問題となる場合には、それを許容すると公益に資することができる限り、原作品の著作権者の差止請求権が制限され、損害賠償請求だけを認めるという「収用モデル (Taking Model)」²⁷³を提案する見解がある²⁷⁴。ライアビリティ・ルールを用いることに賛成しつつも、その濫用を防ぐために、アプロプリエーション・アーティストが事前に著作権者とライセンスの交渉に誠実に取り組んだことがあるという場合に限り、差止請求権を制限することが許されると

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ *Id.* at 625.

²⁷² See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1106-10 (1972).

²⁷³ 同説の論者は、「収用モデル」が、「正当な補償なしに私有財産が公共の用途のために収用されることはない」と規定する憲法修正第五条の「収用条項 (Taking Clause)」に根差すものであると説いている。See Marci A. Hamilton, *Appropriation Art and the Imminent Decline in Authorial Control over Copyrighted Works*, 42 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 93, 115 (1994). 条文の訳文について、阿部竹松『アメリカ憲法』(第2版・2011年・成文堂) 79頁を参照。

²⁷⁴ See Hamilton, *supra* note 273, at 115-25.

する意見もある²⁷⁵。

これらの見解の落ち着く先は未だ流動的であり、論者自身が自説の妥当性について留保していたり²⁷⁶、自説の根本的な見直しを図ったり²⁷⁷している状況にあるが、問題解決の手がかりとして将来の研究の糸口を示す意味で、かなり興味深い提言といえよう。なお、本稿の執筆の時点で、上記

²⁷⁵ See Heather J. Meeker, *The Ineluctable Modality of the Visible: Fair Use and Fine Arts in the Post-Modern Era*, 10 U. MIAMI ENT. & SPORTS L. REV. 195, 235-36 (1993).

²⁷⁶ See Hamilton, *supra* note 273, at 126 (収容モデルのような「著作権者の支配から脱却する趨勢は、社会全体にとって良いか悪いか、未だわからない」という); Meeker, *supra* note 275, at 236 (その提案の下では、作品をライセンスするかどうかという創作者の決断を奪う効果があり、また、流用者が派生的著作物の収益のみを受け入れることを強要できる限り、創作者が自分の財産が希釈される可能性に見合った価格を自分で設定する能力も失うことになる。問題は、イメージを流用できるようにするために、こうした代価が妥当であるか否かであるとする)。

²⁷⁷ フェア・ユースの市場のパラダイムへの回帰について、同説の論者は、その二年後の論文で、アートが他の著作権で保護される創作物とは根本的に異なるので、ビジュアル・アートを著作権ある知的財産として扱うのを完全に止めるべきであると唱えている。See Adler, *supra* note 268, at 323. ビジュアル・アートの守備範囲を画する手法について、同説の論者は三つの提案に言及している。一つ目は、上記の VARA におけるビジュアル・アートの定義に従うものである。二つ目は、作品の「最も正確なコピーであってもその本物とみなされない」という点に特徴ある「オートグラフィック (autographic)」という Nelson Goodman が持ち出した一作品類型に基づくものである (オートグラフィックの対立面と位置付けられている「アログラフィック (allographic)」は、何を作品の本物とみなすかには制作過程が無関係である点が特徴的である。こうしたオートグラフィックとアログラフィックの分類について、see NELSON GOODMAN, *LANGUAGES OF ART: AN APPROACH TO A THEORY OF SYMBOLS* 113 (1968))。三つ目は、ランド研究所が打ち出したビジュアル・アートを定義する手法である (同研究所の 2005 年のレポートでは、ビジュアル・アートの対象を「プロのビジュアル・アーティストによって制作され、美術品市場で流通され、美術施設、特に美術館で展示されるもの」としている。Kevin F. McCarthy, Elizabeth H. Ondaatje, Arthur Brooks & András Szántó, *A Portrait of The Visual Arts: Meeting the Challenges of a New Era* 2-3 (2005), available at https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2005/RAND_MG290.pdf (last visited Mar. 13, 2023))。See Adler, *supra* note 268, at 370-73.

の AWF 事件は連邦最高裁で審理中であり²⁷⁸、近い将来、その判断が下されることが予想される。著作権法とアプロプリエーション・アートの齟齬という大きな課題を意識しながら、アプロプリエーション・アートの取扱いに関し、今後も研究を続けていきたい。

²⁷⁸ これまでの審理の経緯について、連邦最高裁判所のウェブサイト〈<https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/DocketFiles/html/Public/21-869.html>〉(2023年3月13日)を参照。