

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

著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会



三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社

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

□■□目次□■□

はじめに	1
1. 本調査研究の目的	1
2. 本調査研究の方法	2
第 I 章 現行法の状況	5
1. はじめに	5
2. 問題の所在	5
3. 解釈論・個別的立法論の可能性と限界	11
第 II 章 英米法及び大陸法における権利制限規定等	17
1. 米国法における権利制限規定の構造	17
2. 米国におけるフェア・ユースに関する学説	24
3. 米国フェア・ユース関連判決について	43
4. 米国における訴訟制度・法文化等	64
5. 英国における権利制限規定の動向について	71
6. カナダ、オーストラリアにおける立法動向について	78
7. 大陸法における権利制限規定の構造等	82
第 III 章 一般規定の意義および課題	101
1. はじめに	101
2. 考えられる意義	101
3. 一般規定を導入する際の課題	102

参考資料編

はじめに

1. 本調査研究の目的

デジタル化・ネットワーク化が急速に進展する中で、著作物の様々な利用形態が出現しており、権利の保護と利用の円滑化のバランスをどうするかという新たな課題が発生している。

そのような状況の中で、権利者の利益を不当に害しない範囲で利用の円滑化を図るためには、著作権法上の権利制限規定を見直すべきであるとの意見がある。我が国の場合、権利制限については、ドイツやフランスのような大陸法系の著作権法と同様、例えば私的使用目的、教育目的、障害者福祉目的のように個々の利用形態ごとに一定の条件を定め権利制限の対象とするという個別限定列挙方式を採用している。このような制度に対し、個別限定列挙方式では、利用形態の多様化に対応できないところから、例えば米国のフェア・ユース規定に見られるような、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否かは裁判所の判断に委ねるといった権利制限の一般規定方式を導入すべきではないかという考えがある。この点については、既に、昨年11月に政府の知的財産戦略本部の「デジタル・ネット時代における知的財産制度専門調査会」から権利制限の一般規定（いわゆる日本版フェア・ユース規定）の導入について提言が行われている。

この権利制限の一般規定については、今期（第9期）の文化審議会著作権分科会で検討が行われることになっているが、当該規定の導入については、我が国の著作権制度の体系にも関連する重要な課題であるところから、著作権分科会における審議を円滑に進めるためには、基礎的な資料を整備することが必要であると考えられる。

本研究会は、そのような考えを踏まえ、著作権分科会の事務局を担当する文化庁の委託を受けて開催されたものであり、委託の趣旨に従い、一般規定の導入について、一定の方向性を示したり、特定の結論を提言するようなことは行わず、あくまでも著作権分科会における審議のための基礎的な資料の整備を目的として研究を行った。

なお、本研究会の調査方法については、「2. 本調査研究の方法」を参照していただきたいが、全体を通じて見たときは箇所ごとにまとめ方の形式が異なっているが、敢えて統一せず、今後の議論の参考となりうる情報をそれぞれの趣旨に応じた形式でまとめている次第である。

2. 本調査研究の方法

(1) 「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会」における検討

本調査研究では、限られた期間で検討を深めるという観点から、本テーマについて知見のある有識者により構成される「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会」を設置し、検討を行った。

① 研究会の構成

研究会の構成は以下の通りである。

【座長】

上野 達弘 立教大学法学部 准教授

【委員】

奥邨 弘司 神奈川大学経営学部国際経営学科 准教授

駒田 泰土 上智大学法学部 准教授

村井 麻衣子 筑波大学大学院図書館情報メディア研究科 講師

山本 隆司 弁護士

(以上氏名にて五十音順、敬称略)

【事務局】

(文化庁)

山下 和茂 長官官房著作権課 課長

川瀬 真 著作物流通推進室 室長

高橋 裕俊 室長補佐

池村 聡 国際流通推進専門官

(併) 著作権調査官

清田 正郁 企画調査係長

森 考平 企画調査係

(三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社)

澤 伸恭 公共経営・地域政策部 客員研究員

福井 健太郎 公共経営・地域政策部 主任研究員

渡辺 真砂世 公共経営・地域政策部 研究員

井筒 憲司 産業研究室 研究員

② 研究会の開催概要

研究会は以下のようなスケジュール・議題にて開催した。

	開催日と主な議題
第1回	平成20年12月24日(水) (1) 権利制限に関する一般規定に関する研究事項について (2) スケジュールについて
第2回	平成21年2月2日(月) (1) 「英米法及び大陸法における権利制限規定等の構造等の整理」の原稿執筆担当分についての中間報告 (2) 「現行著作権法の解釈による権利制限の拡大適用とその限界」、「我が国に一般規定を導入する意義・必要性和仮に導入する場合の課題の整理」について①
第3回	平成21年2月18日(水) (1) 「現行著作権法の解釈による権利制限の拡大適用とその限界」、「我が国に一般規定を導入する意義・必要性和仮に導入する場合の課題の整理」について② (2) 「英米法及び大陸法における権利制限規定等の構造等の整理」の中間報告資料改訂版について (3) 「参考資料集」に掲載すべき資料について (4) 今後のスケジュールについて
第4回	平成21年3月12日(木) (1) 「英米法及び大陸法における権利制限規定等の構造等の整理」の原稿執筆担当分についての中間報告 (2) 「現行著作権法の解釈による権利制限の拡大適用とその限界」・「我が国に一般規定を導入する意義・必要性和仮に導入する場合の課題の整理」について③ (3) 今後のスケジュール等について
第5回	平成21年3月30日(月) (1) 「英米法及び大陸法における権利制限規定等の構造等の整理」の原稿執筆担当分について最終報告 (2) 「現行著作権法の解釈による権利制限の拡大適用とその限界」・「我が国に一般規定を導入する意義・必要性和仮に導入する場合の課題の整理」について④ (3) 報告書の構成について

(2) 「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会」委員による原稿執筆

本報告書の各項目については、委員が分担し、各担当部分について調査研究をした成果を執筆した。原稿案については、上述の通り、研究会において発表し、検討を深めた。

執筆者	主な担当分野	担当項目
上野達弘座長	論点全般	第Ⅰ章、第Ⅲ章
奥邨弘司委員	米国法・判例	第Ⅱ章 3.、参考資料 1. ¹
駒田泰土委員	大陸法	第Ⅱ章 7.
村井麻衣子委員	米国法・学説	第Ⅱ章 1.、2.、4. (1) (2)
山本隆司委員	英連邦諸国法	第Ⅱ章 4. (3)、5.、6.

(3) その他

① 文献資料調査

主に諸外国における関連規定に関する情報について、参考図書・論文、インターネット上の公表資料等の国内外の文献資料を幅広く収集し調査した。

② 参考資料の翻訳

上記文献資料のうち、特に参考となる資料で、和訳版の存在が確認できないものについては、翻訳作業を行った。

¹ なお、参考資料編「1.米国フェア・ユース関連判決の検討（個別判決の詳細）」のうち、第2巡回区控訴裁判所の「No.1 American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir.1994)」については、村井委員が担当したものである。

第 I 章 現行法の状況

1. はじめに

本章では、現行著作権法における著作権制限規定の状況とその問題点について検討すると共に、これに対する解決策として考えられる解釈論・立法論について概観するものである。

なお、本章では現行著作権法の問題点とその解決可能性をめぐる論点を広く抽出するため、本研究会において行われた議論を「本研究会における議論」として掲載した。しかしながら、実際には時間の制約等のため十分に議論できなかった論点も含まれること、議論のすべてを収録できていないこと、また本研究会での議論は論点出しのために行われたものであり、一定の方向性を示すことや、本研究会としての総意を示すことを趣旨としたものではないこと、についてはご留意いただきたい。

2. 問題の所在²

わが国著作権法における著作権制限規定（著作権法 30～49 条）は、個別規定が限定列挙されたものである。しかも、従来の伝統的通説によれば、権利制限規定はあくまで権利保護という原則の例外として厳格に解釈すべきとされてきた³。そのため、権利制限規定はその文言以上に狭く解釈されてきた（例えば、家庭内でビデオ・ライブラリーを作成することは著作権法 30 条 1 項の私的複製に当たらないとされてきた⁴）。また、制限規定を類推適用

² 問題の所在等については、さしあたり上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェア・ユースの可能性——」コピライト 560 号 2 頁（2007 年）参照（2007 年 9 月 19 日講演録）。

³ 例えば、斉藤博『概説著作権法』（一粒社、第三版、1994 年）14 頁以下は、「法が公正な利用に留意するよう求めるとしても、これはあくまでも権利の保護を第一としつつも、例外的に、一定の限られた場合に権利を制限しようとするわけである。……したがって、30 条をはじめとする権利を制限する諸規定を解釈・適用するに際しても、これらが『例外的に』定められていることをつねに考えなければならない。すなわち、これら制限規定の解釈・適用は努めて厳格になされなければならない」とする。また、裁判例においても、著作権制限規定を類推適用するようなものはなかった（東京地判平成 20 年 1 月 31 日〔土地宝典事件：第一審〕（著作権法 38 条 4 項関係）、東京地判平成 20 年 2 月 26 日〔社保庁 LAN 電子掲示版事件〕（著作権法 42 条 1 項関係）等参照）。

⁴ 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、五訂新版、2006 年）225 頁は、著作権法 30 条 1 項に関して、「個人的使用のためであるからといって家庭にビデオ・ライブラリーを作りテレビ番組等を録画して多数の映像パッケージを備える行為が認められるかといいますと、ベルヌ条約上許容されるケースとしての『著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しないこと』という条件を充足しているとは到底いえないという問題が出てまいりましょう。本条の立法趣旨が閉鎖的な範囲内の零細な利用を認めることにあることからすれば、度を過ぎた行為は本条の許容する限りではないと厳格に解すべきであります」とする（また、山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」『知的財産権法と競争法の現代的展開』紋谷暢男教授古稀記念〔発明協会、2006 年〕893 頁以下も同旨）。このように、起草者は権利制限規定をその文言以上に厳格に解釈してきたところがある。しかし、この

することは認められないと考えられてきた。

このように著作権制限規定が限定列举であり、かつ厳格解釈されてきたことは次のような問題があるのではなからうか。

(1) 現実面

まず現実的な観点からして、権利制限規定の厳格解釈を貫くと、現実的にみて不都合と考えられる余地のあるケースを少なからずもたらしているのではないであろうか。もし、それらがすべて権利侵害だということになるならば、形式的にみれば現実の社会には著作権侵害が常態化していることになりかねない。

例えば、著作権法 30 条関係（例：企業内複製⁵、ビデオライブラリー⁶）、31 条関係（例：著作物の「一部分」を超える複製⁷、ウェブアーカイブ⁸、図書館資料の F A X 送信⁹）、32 条関係（例：パロディ¹⁰、ネットオークション¹¹）、41 条関係（例：写り込み¹²）、43 条関係（例：

ような見解にしたがうと、たとえ個人的に鑑賞する目的であっても、家庭用のハードディスクレコーダーで大量のテレビ番組を録画して保存する行為は複製権侵害になってしまうことになる。詳しくは、上野・前掲注 (2) 8 頁以下参照。

- 5 従来の通説・判例によれば、企業などの団体内部で使用するために複製が行われる場合は、複製の規模等にかかわらず私的使用（著作権法 31 条 1 項）に含まれないと解するのが一般的である（加戸・前掲注 (4) 226 頁は、「会社等における内部的利用のための複製行為は、よく問題になりますけれども、著作権法上の『家庭内に準ずる限られた範囲内』での使用には該当いたしません」とする。また、東京地判昭和 52 年 7 月 22 日無体裁集 9 卷 2 号 534 頁〔舞台装置設計図事件〕も同旨）。実際のところ、社団法人日本複写権センター等などにより許諾が与えられている例も少なくなからう。しかしながら、社内を厳密に見れば、許諾が与えられていない複製というものも多数行われているのではないかと思われる（例えば、他社のウェブサイトの印刷、ハードディスクへの保存）。そこで、企業内複製について著作権法 30 条 1 項の類推適用あるいは権利濫用での処理を検討する見解もある（田村善之『著作権法概説』〔有斐閣、第二版、2001 年〕200 頁参照）。詳しくは、上野・前掲注 (2) 7 頁以下参照。
- 6 前掲注 (4) 参照。
- 7 著作権法 31 条によれば、例えば、「図書館等の利用者の求めに応じ、その調査研究の用に供するために、公表された著作物の一部分（発行後相当期間を経過した定期刊行物に掲載された個々の著作物にあつては、その全部）の複製物を一人につき一部提供する場合」（同条 1 号）は、図書館における複製が許される。ただし、「著作物の一部分」とは、起草者によれば、「少なくとも著作物全体の半分以下であることを要します」とされていることから（加戸・前掲注 (4) 239 頁参照）、定期刊行物に掲載されたものでない限り、半分以下しか複製できないことになる。例えば、いわゆる判例百選に掲載された見開き 2 頁の評釈論文は、図書館においては 1 頁分しか複製できないことになる。詳しくは、上野・前掲注 (2) 8 頁以下参照。
- 8 著作権法 31 条によれば、同条に掲げられた場合に限り複製することしか許されないため、ウェブサイトを網羅的に収集することは許諾がない限りできないことになる。詳しくは、上野・前掲注 (2) 10 頁参照。
- 9 著作権法 31 条はあくまで「複製することができる」という条文に過ぎないため、利用者に対しても、他の図書館に対しても、コピーしたものを郵送することはできても、ファックスやメールによって送信することはできないものと解されている。詳しくは、上野・前掲注 (2) 10 頁参照。
- 10 最判昭和 55 年 3 月 28 日民集 34 卷 3 号 244 頁〔パロディ＝モンタージュ事件：第一次上告審〕参照。
- 11 例えば、自分が所有している絵画をネットオークションで競売にかけるという場合、その絵画を写真撮影してこれを掲載するのが普通であるが、絵画を所有しているとしても、その絵画について著作権を持っていることは稀であるから、この行為は他人の著作物を無断で公衆送信することになってしまう。また、これはサイトで絵画を批評等しているわけではないから、著作権法 32 条 1 項を従来どおり厳格解釈すると、こうした行為は同項の適用を受けず、結果として公衆送信権の侵害になってしまう

非営利演奏における編曲¹³、要約引用¹⁴、複製なき私的翻案¹⁵）、49条関係（例：適法に私的複製した美術の目的外展示¹⁶）などは、いずれも既存の権利制限規定に明確に当てはまらないため、この規定を厳格に解釈すると少なくとも形式的には権利侵害となってしまうので

ことになる。しかし、絵を競売にかけようというときに、その絵の画像を掲載できなければ、サイトを見た人は、いったいどのような絵が出品されているのか分からない。そこで、田村教授はネットオークションのサイト上に競売にかけられる絵画のサムネイル画像を掲載する行為については、同項の適法引用に当たるとして、これを許容する解釈論を示している（田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理 56 巻 9 号 1307 頁〔2006 年〕、同「著作権法 32 条 1 項の『引用』法理の現代的意義」コピライト 554 号 15 頁以下〔2007 年〕参照）。詳しくは、上野・前掲注（2）11 頁以下参照。もっとも、この点については平成 21 年著作権法改正によって見直しが検討されている。

¹² 例えば、テレビ番組においてある人物のインタビューを行う際、その人物の背後の壁に掛かっている美術作品が映りこんでしまうという場合、この美術作品は著作権法 41 条における「当該事件を構成し、又は当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物」ではないため同条に該当せず、美術作品を無断で放送したということが放送権侵害になってしまいかねない（もっとも、加戸・前掲注（4）288 頁は「応接間での有名人のインタビューに際しその人の背景に絵画作品が架かっているとすると、テレビ番組あるいは写真の中にそれが必然的に入ってくる」というケースについて、「主要な被写体の背景に何か絵らしき物が写っているという程度のもは、著作物の実質的利用というには足りず、著作権がそもそも働かないジャンルのものであります」とか、「バックにちょっと出てくる程度の目立たない存在のものについては、そもそも著作物を利用している実態はないと考えられるわけでありす」などと述べているのは注目される）。詳しくは、上野・前掲注（2）12 頁参照。

¹³ 例えば、非営利かつ無料の演奏は著作権法 38 条 1 項によって許されるが、同項の規定は著作権法 43 条において言及されていない。そのため、例えば、学園祭で他人の音楽著作物を非営利かつ無料で演奏することは原則として許されるけれども、その際に「編曲」してはいけないということになる。実際のところ、起草者もそのような見解を述べている（加戸・前掲注（4）274 頁参照）。もっとも、著作権法上は、既存の著作物に対して新たな創作的表現による変更を加えればそれだけで「編曲」になってしまうため、現実問題としては、「編曲」を一切加えずに演奏するのは容易でないように思われる。詳しくは、上野・前掲注（2）13 頁参照。

¹⁴ 適法な引用（著作権法 32 条 1 項）に当たる場合は、著作権法 43 条 2 号によって「翻訳」することが許されるが、同号は「翻訳」を掲げるのみであり、1 号と比較すると、「編曲」「変形」「翻案」が掲げられていない。そのため、この規定を反対解釈すれば、他人の著作物を「翻案」とりわけ「要約」して引用することはできないということになる。実際のところ、加戸・前掲注（4）は、「ダイジェスト引用はできず、著作権が及ばない程度の要旨引用にとどまると解されます」と述べている。もっとも、他人の著作物を要約して引用することは、現実には広く行われているのではないかと考えられ、結論として要約引用を認めた裁判例もある（東京地判平成 10 年 10 月 30 日判時 1674 号 132 頁〔「血液型と性格」事件〕参照）。詳しくは、上野・前掲注（2）13 頁以下参照。

¹⁵ 著作権法 43 条 1 号には 30 条 1 項が掲げられているため、私的複製にともなう翻訳、翻案等は許されることになるが、私的領域における行為ではあっても、複製をともなわない翻訳（例えば、ドイツ語の本を日本語に訳しながら読み上げる行為）の場合、複製という行為は行われていないため私的複製にならず 30 条 1 項は適用されないため、したがって 43 条 1 号も適用されないということになり、残された翻訳という行為については権利制限規定がないため、形式的にみれば、結果として権利侵害になってしまうのではないかと考えられる。詳しくは、上野・前掲注（2）14 頁参照。

¹⁶ 例えば、何年か前に他人からプレゼントされた名画のカラーコピー（私的複製物）が、最近になって押し入れの中から見付かったとする。これはなかなかいい絵だ、みんなにも見てもらいたいと考えて、大学の研究室の扉に貼ったという場合、これは他人によって私的複製された美術の著作物の複製物について、事後的に「当該複製物によつて当該著作物を公衆に提示した」（著作権法 49 条 1 項 1 号）ことになるため、複製権侵害となる。もっとも、そもそも美術の著作物に関する展示権というのは「原作品」により展示する行為にしか及ばないはずである（著作権法 25 条）。したがって、美術の著作物の複製物を展示する行為はもともと著作権の及ぶような行為ではなく、しかも複製権を侵害する行為によって作成された複製物を頒布することは著作権侵害とみなされる一方で（著作権法 113 条 1 項 2 号）、公衆に提示する行為は同条においても侵害とみなされていない。このように、権利制限規定の適用を受けて適法に作成された美術の著作物の複製物を用いて事後的に展示する行為は複製権侵害となってしまう一方、違法に作成された美術の著作物の複製物を用いて展示する場合は適法だということになる。詳しくは、上野・前掲注（2）15 頁以下参照。

はないかと考えられる（その他、記念写真のネット掲載¹⁷、検索エンジン¹⁸なども問題となる）¹⁹。

(2) 理論面

また、理論的にみると、従来の伝統的通説における厳格解釈の背景には、著作権法の目的は著作者の保護を第一義とするという考え方があるが、著作権法は著作者と利用者との調整を図ることを目的とする法律だとする考え方もある。これによれば、権利保護が「原則」で権利制限が「例外」だということにはならないものと考えられる。また、最近では、いわゆるインセンティブ論の考え方も有力であり、これによれば著作権というのも一定の政策実現のために与えられる人工的な権利だということになるため、やはり権利保護が「原則」で権利制限が「例外」だということにはならないと考えられる。

[本研究会における議論]

【個別規定の限定列举について】

- ・ 問題の第一義的な本質は個別規定の限定列举であり、それが反対解釈もされてきたということであろう。つまり、限定列举であるがゆえに、①技術の発展などの状況の変化や②社会の多様性に対応できない可能性があると考えられる。

【厳格解釈について】

- ・ 従来の伝統的通説によれば、権利制限規定は例外規定として厳格に解釈されてきた。このことがこの問題を深刻化した要因の1つとも考えられる。
- ・ 他方、従来の厳格解釈が問題というわけではないという考えもある。たしかに、伝統的通説は厳格解釈をとっていても、裁判等の実務においては必要に応じて柔軟に対応してきており、実務はそうした学説の影響を受けていないようにも思われる。
- ・ しかし、伝統的学説のみならず起草者の解説もかなり厳格解釈であるように思われ、これはやはり実務にも影響してきたのではないか。つまり、ある行為の適法性が問題となったとき、起草者の解説書において明示的に違法だと書かれているにも関わらず、その行為は適法だと弁護士等の実務家が見解を述べるのは難しいのではなかろうか。

¹⁷ 例えば、ディズニーランドに行ってミッキーマウスとツーショットで撮った写真を自分のブログに掲載すると、ミッキーマウスという著作物を無断で公衆送信したことになりかねない。詳しくは、上野・前掲注(2)16頁参照。

¹⁸ 検索エンジンでは、データベースを作成するために、インターネット上に存在するウェブサイトをクロールによって収集し、これをいったん複製したり、ユーザからの検索に応じて、ウェブサイトへのリンクを提供するとともに、場合によってはウェブサイトの要約やサムネイル画像を表示することによってこれを公衆送信しているため、形式的にみれば、複製権や公衆送信権等の侵害となりかねない。詳しくは、上野・前掲注(2)16頁以下参照。もっとも、この点については平成21年著作権法改正によって見直しが検討されている。

¹⁹ 以上について詳しくは、上野・前掲注(2)7頁以下参照。

- また、たしかに裁判所はいくつかの判決において柔軟な解釈を見せているが、いまもなお権利制限規定を類推適用したものではなく、やはり類推適用に対しては消極的なのではないか²⁰。その背景に、伝統的通説や起草者における厳格解釈があるとも考えられるのではないか。
- とはいえ、たとえ一般規定を導入したとしても、それが厳格解釈されるとしたら、結局のところ状況は現在とあまり変わらないかも知れない。その意味では、問題を解決するためには、何より厳格解釈論が見直されなければならないとも考えられる。
- その意味では、厳格解釈の問題は、権利制限の一般規定を導入しても必ずしも解決できる問題ではないとも言える。厳格解釈を問題視するのであれば、それを克服する手段を考える必要が出てくる。たとえば、既存の制限規定を反対解釈させないような定め（例えば、第 50 条の 2 として「この款の規定は、常に反対解釈されるものと解釈してはならない。」といった規定）を法律の中に設けるとか、あるいは公式の解説書の中にそのような方向性を明記するといったことが、一般規定を導入すべきかどうかとは別に検討されるべきではなかろうか。
- その反面で、限定列举であるということが、厳格解釈をより容易にしている、あるいは厳格解釈を加速している、ということも言えるのではないか。一般規定を導入することでこのような流れを少しでも変える効果も想定されるのではないか。
- 判決としては、例えば、いわゆる市バス車体絵画事件判決²¹のように柔軟なものもある。しかし、その後と同様の判決が続かなければ、特殊な事案・判決だったと認識されることになる。実務の担当者としては、コンプライアンスの観点からしても、権利制限規定が拡大・類推解釈される可能性があるというだけで物事を進めることはできない、ということではないか。
- ある行為をすると権利侵害になるというのであれば、権利者に許諾をとらないとその利用はできないと考えるのが普通であるから、ある行為を適法とするような権利制限規定がない場合も、いくら正当な目的のある利用行為であっても、現実問題としては、そのような利用を控えるか、あるいは許諾を得てから利用するしかないと考えざるを得ないのが一般的であろう。その場合は、交渉力の関係上、権利者側が強くなるが、権利制限の一般規定が導入されれば、そういった利用行為については、権利者も柔軟な交渉に応じる可能性があるかも知れない。

【パロディについて】

- オーストラリアでは、表現の自由との調整の観点から、パロディに対する権利制限規定

²⁰ 例えば、東京地判平成 20 年 2 月 26 日〔社保庁 LAN 電子掲示版事件〕は、著作権法「42 条 1 項は……と規定しているとおり、特定の場合に、著作物の複製行為が複製権侵害とならないことを認めた規定であり、この規定が公衆送信……を行う権利の侵害行為について適用されないことは明らかである。また……実質的にみても、42 条 1 項を拡張的に適用する余地がないことは明らかである」として、社保庁 LAN システム内の電子掲示板上に雑誌記事を収録したことが著作権侵害に当たるとした。

²¹ 東京地判平成 13 年 7 月 25 日判時 1758 号 137 頁。なお、後掲注(22)参照。

を設けているようだ。パロディに関する権利制限が表現の自由との調整のために必要だとすれば、そうした個別規定により対応するという方法もあるだろうし、むしろ個別規定の方が有効だという意見もあろう。

- わが国の現行著作権法によれば、他人の著作物を用いたパロディには大きな限界があると認識しているが、パロディはもっと保護されるべきだと思う。「風と共に去りぬ」のパロディである「風は永久に去りぬ」は、小説「風と共に去りぬ」の風刺として別の小説を書いて批判しており、小説 vs 小説という構図で問題となった。しかしながら仮に「風は永久に去りぬ」が映画であったとすると、小説 vs 映画となる。小説 vs 映画となると、米国ではフェア・ユースで保護されるだろうが、現状の日本ではこれを救うことはできない。日本法では例えば適法な引用（32条）に当たるためには明瞭区別性が必要と解されているが、映画の著作物によって小説を風刺する場合、明瞭区別性は認められない。このように、有名な作品について風刺の手段がないというのは表現の自由の観点から問題があるのではないか。現状の権利制限規定では足りないと思う。
- パロディについて、既存の権利制限規定を類推適用するとしてもどれを使うのか、というところが難しい。現行の32条がパロディに適用できるという見解もあるが、難しいのではなかろうか。
- また、規範的にみて「表現上の本質的特徴が直接感得できない」といえる場合、パロディは許されるという見解もあるが、これもなかなか難しいだろう。元の著作物を認識できないのであれば、風刺として成り立たないからである。ただ、最近の見解では、たとえ元の著作物を認識できるとしても、パロディによって新たに創作的表現が付け加えられたことによって、元の著作物の創作的表現が色あせるので、規範的にみて元の著作物の表現上の本質的特徴が直接感得できないというふうに理解するものも少なくはない。

【形式的にみれば権利侵害が常態化】

- 形式的にみれば権利侵害が常態化しているという点については、既存の権利制限規定が類推適用される可能性や、実際問題として訴えられることはないだろうということで、現実的な問題は無いとの指摘もあろう。
- 著作権教育を進めていく上で、ある行為が何故許されるかについて説明がつかないというのは問題ではなかろうか。子供に聞かれたときに、訴えられないから大丈夫とは答えられないだろう。それでは、赤信号だがよく見て渡れば大丈夫なときもある、というのと同じになってしまう、というのは極論だろうか。
- 会社で、英語が読めない人のために英語の文書を日本語に翻訳してあげるといことは行われていると思われるが、この行為が私的複製でない以上、それが複製権や翻訳権侵害にならないとする根拠は現在の日本法にはかならずしもないと思われる。そのようなことをやって良いのかと問われたときに、訴えられないから良いでしょうという話になるとすれば、それは問題ではないのか。
- 限定列举で厳格解釈であるがゆえに、正当な利用まで形式的に侵害となり、結果、侵害が常態化することで、著作権に対する規範意識が下がるという弊害があり得るように思

われる。それよりも権利制限の一般規定を設けることによっていわば常識の範囲で侵害と非侵害についてある程度説明がついた方がよい、という考え方もあるのではないか。もちろん一般規定を導入したからといって簡単に解決する問題だとは思わないが、問題状況を多少緩和することにはつながるのではないか。

- 技術の進展によって一般人も発信行為などが可能となった現在、著作権法が厳しすぎるために、簡単に侵害が起きてしまっているといった指摘はある（「一億総犯罪者」）。少くくは侵害しても良いだろう、という意識になってしまうよりは、一定の制限規定は遵守しようという方が規範意識の形成にとっては望ましいという考えもあるだろう。

3. 解釈論・個別的立法論の可能性と限界

以上のような問題があり、それを解決する必要があるとしても、その手段としては、権利制限の一般規定を設けるという手段だけではなく、解釈論によって、あるいは個別規定を整備するという立法論によって解決できないかが問題となる。

(1) 解釈論の可能性

解釈論としては次のようなものが考えられる。

① 権利制限規定の拡大解釈

形式的な文言解釈によれば必ずしも権利制限規定に該当するとはいえないケースについて、規定の趣旨に遡ってそれらの規定を拡大的に適用した裁判例がある²²。

② 権利制限規定の類推適用

ある権利制限規定をその趣旨に遡って広く適用することが許されるのであれば、これを類推適用する解釈論も可能のはずである。もっとも、著作権の制限規定について類推適用を認めた裁判例はない²³。

²² 東京地判平成 13 年 7 月 25 日判時 1758 号 137 頁〔市バス車体絵画事件〕（著作権法 46 条に関して「原告が、公道を定期的に運行することが予定された市営バスの車体に原告作品を描いたことは、正に、美術の著作物を『恒常的に設置した』というべきである」とした〔裁判長・飯村敏明判事〕、前掲注 (9) 東京地判平成 10 年 10 月 30 日〔「血液型と性格」事件〕（著作権法 43 条について、「同条 2 号には、翻案の一態様である要約によって利用する場合を含むものと解するのが相当である」とした）参照。

²³ 著作者人格権に関するものではあるが、東京地決平成 15 年 6 月 11 日判時 1840 号 106 頁〔ノグチ・ルーム移設事件〕（傍論ながら、「建築物」の増築等に関する著作権法 20 条 2 項 2 号を「庭園」に類推適用）参照。

③ 権利濫用

権利濫用によって侵害を否定する方法もあり得る²⁴。もっとも、裁判官は権利濫用をあまり使いたがらない傾向があるともいわれている。

④ 黙示的許諾

黙示的許諾によって侵害を否定する方法もあり得る²⁵。もっとも、すべてのケースに許諾を読み込むことは難しいとも考えられる。

⑤ 本質的特徴の直接感得論

いわゆる雪月花事件²⁶の判決のように、そもそも著作物を利用していないとして侵害を否定する方法もあり得る。ただ、例えば、絵画が比較的大きく写りこんだ場合のように、この理論により侵害を否定することが難しいケースも多数あるように思われる。

⑥ その他

その他、既存の権利制限規定を解釈したものではかならずしもないが、いわゆる中古ゲームソフト事件²⁷が頒布権の消尽を認めたのも、明文の規定なく侵害を否定した解釈論といえる²⁸。

(2) 個別規定による立法論の可能性

立法論に関しては、一般規定を設けるというのではなく、従来と同様に、個別規定の整備を続ける方法がある。こうした個別規定の見直しによる対応は、明確な判断基準を獲得することができるというメリットがあるため、これまでも審議会等で不断の努力が続けら

²⁴ 著作者人格権に関するものではあるが、東京地判平成8年2月23日判時1561号123頁〔やっぱりブスが好き事件〕（「……原告が、このように重大な自己の懈怠、背信行為を棚に上げて、編集長がやむを得ず行った本件原画の改変及び改変後の掲載をとらえて、著作権及び著作者人格権の侵害等の理由で本件請求をすることは、権利の濫用であって許されないものといわざるをえない」とした）参照。

²⁵ 著作者人格権に関するものではあるが、東京地判平成9年8月29日判時1616号148頁〔俳句の添削事件：第一審〕（著作者が「少なくとも黙示的に承諾を与えていたもの」と認定した上で、「被告が本件各俳句を改変した行為は同一性保持権の侵害にあたらぬ」と判示した）参照。

²⁶ 東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔雪月花（書と照明器具カタログ）事件：控訴審〕（本件書が有する「創作的な表現部分」すなわち例えば「墨色の冴えと変化、筆の勢いといった美的要素を直接感得することは困難である」として侵害を否定した）参照（同・第一審判決〔東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁〕の裁判長は飯村敏明判事である）。

²⁷ 最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト事件〔大阪訴訟〕：上告審〕参照。

²⁸ 他に、例えば、加戸・前掲注(4)288頁は、「応接間での有名人のインタビューに際しその人の背景に絵画作品が架かっているとすると、テレビ番組あるいは写真の中にそれが必然的に入ってくる」というケースについて、「主要な被写体の背景に何か絵らしき物が写っているという程度のもは、著作物の実質的利用というには足りず、著作権がそもそも働かないジャンルのものであります」とか、「バックにちょっと出てくる程度の目立たない存在のものについては、そもそも著作物を利用している実態はないと考えられるわけでありまして」としており、法律構成は不明であるが、結論として権利侵害を否定している。

れており、たとえ権利制限の一般規定を設けたとしても、こうした作業は今後も意義を失うものではないと考えられる。したがって、権利制限の一般規定を設けるか否かにかかわらず、今後も積極的に個別的な権利制限規定を整備していくべきであると考えられる。

(3) 個別規定の限界と一般規定の必要性

もし個別規定の整備だけですべてのケースに対応できるというのであれば、常に明確な判断が得られて望ましいが、個別規定の見直しというものは、どうしても技術や社会の変化に対して後追的になってしまうことが避けられない。また、近時の改正による極めて詳細な個別規定が反対解釈されることによる問題を指摘する声もある。

その意味では、いくら審議会等による個別規定の見直しが機敏に行われたとしても、一連の個別規定だけで適切に解決し尽くすことのできない問題があるとも考えられる。そのような観点から個別規定の解釈論と立法論には限界があるということになれば、個別規定の不断の整備に加えて、権利制限の一般規定を設ける必要性があるということになる。

[本研究会における議論]

【権利濫用について】

- 権利濫用が認められる範囲はきわめて限られている。権利濫用が認められるのは、①権利者が悪意で、自分の利益を守るために権利行使をするのではなく他人を「いじめる」ために行う主観的権利濫用と、②権利者側の主張する権益が極めて小さいのに対して訴訟により相手方が失う利益があまりに大きいという場合に客観的に利益考量をして判断される場合、という2パターンである。
- 会社で英語が分からない人のために英語のサイトを翻訳したという場合は、確かに複製権および翻訳権の侵害になりそうであるが、サイトを公開している者はサイトの公開によりそうした行為について黙示的に許諾していたと言えそうでもある。このようなケースで、仮に権利者側が訴えた場合に権利濫用を適用することができるかと考えると、このようなケースでは害意の認定ができないであろう。権利者側が単純に「しかるべき許諾料を支払ってくれ」という意図だけで訴えているのであれば、害意は認められないだろう。積極的にその会社に傷をつけようという主観的な意図のもとで権利主張をしているといえなければだめだろう。このように、権利濫用の主張はなかなか難しいのではなかろうか。

【黙示的許諾について】

- 黙示的許諾という法律構成では、第三者が事情を知らずに許諾を得ずに使ってしまったケースを救えない。著作権侵害の場合は損害賠償請求では故意過失が必要だが、差止請求は故意過失が要らないので、知らなかったことは理由にならない。このように、黙示的許諾構成が使えないような場面こそ権利制限規定が有効に機能する場面だといえるかもしれない。
- 検索エンジンの事案だと、ウェブサイトを検索エンジンが複製し、一部を公衆送信しているのであるが、ウェブサイトの開設者は検索エンジンにより利用されることについて黙示的許諾を与えていると評価する裁判例もある。ただ、そのような論理ではカバーできないものもあるので、権利制限規定での対応が必要になるとも考えられる。
- 米国のある事件では、問題となったサイトの画像は有料課金方式で会員しか見られないようになっており、そもそも検索エンジンでは収集できないようになっていたところ、会員が勝手に画像を別のサイトにアップロードしていたために、検索エンジンが収集してしまい問題となった。そのようなケースでは、黙示的許諾論によって検索エンジンを適法にすることはできない。
- また、一定の利用は一切禁止するという表示がウェブサイト上に表示されていた場合に黙示的許諾の構成は使えないのではないか。
- 俳句添削事件²⁹では、一審判決では黙示的許諾があるとして侵害を否定したが、高裁では事実たる慣習により侵害が否定された。この事件では、ハガキに撰者を指定して応募していたという事実があるため、自分の俳句が添削されるのは当然予想されていたであろうから黙示的許諾があったと評価できたという意味では、特殊な事案かも知れない。
- 米国の別のケースでは、単純にアップロードしているからという理由だけで黙示的許諾があると評価したのではなく、積極的に検索エンジンで拾ってもらえるようなタグを入れていた、という事実が認定できるので黙示的許諾が認められるという判断だった。それを前提とすると、単純にウェブサイトをアップロードして開設しているに過ぎないケースで黙示的許諾を認定するのは難しいのではないか。
- ドイツのある裁判例では、検索エンジンに収集されないようにするための措置をタグにしていなかったので黙示的許諾があるというふうに判断されたものがある（もともと地裁判決）。そこまで黙示的許諾があったと認めてよいかどうか、またその基準をどうするかなど、難しい問題がある。

【限界について】

- 権利制限規定を緩やかに解する裁判例が拡大しても、そのような解釈論で対応できる範囲には限界があるとも考えられる。仮に類推適用や拡大解釈をしようとしても、それを正当化する根拠が十分でないため、従来全く想定されていないケースに拡大解釈や類推

²⁹ 前掲注(25)参照。

適用で対応するには無理がある。その意味では、一般規定を導入するか、極めて機敏に個別規定を整備していくしかないであろう。

- 社会や技術の変化という点については、本当に機敏に個別規定を立法すれば間に合うのかもしれないが、個別規定の整備だけでは、今は知られていない社会や技術の変化に対応できないとも考えられる。
- 社会の多様性という点については、社会があまりに多様であるために、全てのケースを個別規定でカバーすることには限界があるとも考えられる。

【表現の自由との調整について】

- 著作権法の特殊性として、著作権者の権利というものが憲法上の表現の自由に関わる問題であるから、その調整規定として一般規定が必要である、という理由も考えられる。
- しかし、たとえ表現の自由との調整が必要であるとしても、調整が必要であるということと、一般規定が必要であるということは異なるのではないか。調整の方法としてなぜ個別規定ではなく一般規定が妥当なのかについては別途、論証が必要ではないか。
- その意味では、例えば、表現の自由という重大な権利と著作権との問題が、限定列举という方式で著作権法において十分に調整されているのか、という点が論点になるのではないか。「限定列举に該当する場合にしか他人の表現を利用しては表現できない、という状態で良いのか。他の知的財産権とは異なり、著作権の場合には表現の自由に関わるために、より慎重な調整機能を持っているべきではないか」、という問題設定はどうか。
- 関連する論点として、米国は、フェア・ユース規定は表現の自由の調整規定であるという軸を持っている。これをそのまま日本に導入すべきかどうかは別論として、権利制限規定の究極目的をどこかで議論して明らかにしておかないと、一般規定を導入しても、いざそれを適用しようとしたときに判断が揺らぐということがあるのではないか。
- 米国においてフェア・ユースの抗弁を使う場合は、著作権侵害になるかぎり、表現の自由を独立した抗弁にはできないとされている。即ち、著作権法自体に調整規定が組み込まれているという考え方である。1つは、表現とアイデアの二分法である。著作権法は表現を保護するが、アイデアについては自由であり、たとえ他人と同じアイデアであっても自由に利用できるということである。2つ目は、アイデアを表現する上で必須の表現なのであれば、マージ理論で著作権の保護が否定される。更に、ある表現を批判するためには相手方の表現自体を使わなければならないという場合にはフェア・ユース規定が使われるということになる。そのように、表現の自由との調整は著作権法の中でできている、ということは繰り返し米国の判決の中で言われている。
- マージ理論は日本でも中途半端に取り入れられているが、その他の点は、日本ではフェア・ユース規定ではなく引用等の個別規定で対応されている。よって、どのような方式で表現の自由と調整すべきかというのは立法政策上の問題であり、日本では個別規定による対応によって表現の自由との調整がなされているということもできる。表現の自由との調整が十分ではないということであれば、更なる個別規定としてどのようなものが必要かという議論につながりやすいのであって、一般規定でなければ調整ができないと

ということには必ずしもならないのではないか。

- 現状において個別規定の列挙のみによって表現の自由との調整ができているのかどうか、できていないとすると、個別規定の追加でもいいだろうし、それでは限界があって個別規定だけでは十分に適切に調整できない、ということであれば一般規定を導入すべき、ということだろう。表現の自由との調整が必要であるから即一般規定を導入すべきという論理展開ではない。

(第 I 章執筆者： 上野達弘)

第Ⅱ章 英米法及び大陸法における権利制限規定等

1. 米国法における権利制限規定の構造

(1) 米国法体系

ローマ法の伝統を承継していることや成文法主義などを特色とする大陸法系に対し、米国法は、判例法主義を特徴とする英米法系に属する^{*1}。判例法主義においては、法の基本部分の大部分が制定法ではなく判例法によって規律され、新しい法律問題を判断するにあたっては、その立論の基礎をまず従来判例に求め、それを解釈することで解決しようとする傾向が強い。著作権法もそうであるように、英米にも数多くの制定法が存在するが、英米の法律家が新しい問題に直面したときに、まずよりどころとしようとするのは、通例、判例であるとされる^{*2}。

著作権法についても、それぞれの法体系に応じた特色があるといわれており、大陸法系諸国においては、著作権の概念が「著作者の権利」としてとらえられ、自然権的発想が強く現れているのに対し、英米法系における著作権は、財産的側面に重点がおかれ、より産業政策的な性格が強いともいわれる。このためか、米国著作権法においては、従来、著作人格権 (moral rights) が完全な形では採用されていなかったが^{*3}、1989年に著作人格権の保護を要求するベルヌ条約に加盟したことの影響を受けて、1990年に成立した視覚芸術の著作者の権利に関する法律 (VARA: Visual Artists Rights Act) により、視覚芸術著作物 (works of visual art) という限られた範囲ではあるが、その著作者に、原作品についての氏名表示権 (the right of attribution) 及び同一性保持権 (the right of integrity) が認められた (106A

*1 判例法はコモン・ローとも呼ばれるが、判例法という意味でのコモン・ローは、さらに歴史的法源としてのコモン・ローと、コモン・ロー上の救済手段では不十分な場合に救済を与える目的で発生してきたエクイティ (衡平法) とに区別される。実体法上の権利の救済手段として、コモン・ロー上の救済手段としては金銭賠償 (damages)、エクイティ上の救済手段としては特定履行や差止命令 (injunction) が認められてきた (伊藤正己=木下毅『アメリカ法入門』(第4版・日本評論社・2008年) 103-109頁)。フェア・ユースは、エクイティ起源であるともいわれ (107条立法の際の下院報告書 (H.R. Rep. No.94-1476 (1976)) には、"the doctrine is an equitable rule of reason"、"balancing the equities" といった記述がある)、エクイティの特徴としては補充性や裁判所による裁量の大きさなどがあげられるが (田中英夫『英米法総論 上・下』(東京大学出版会・1980年) (上) 13-14頁)、いずれにしても、裁判所が事件毎に下した判断から引き出される規範という意味での判例法 (コモン・ロー) であることには変わりない (アメリカ法観察ノート <<http://izw134.blog74.fc2.com/>>)。

*2 田中・前掲注(1) (上) 15-16頁、(下) 475-509頁

*3 連邦著作権法においては、明確な形で著作人格権が規定されていなかったものの、州法や連邦法によって類似の保護が与えられることがあり、また、州芸術保存法によっても一定の保護がなされてきた (マーシャル・A・リーファー (牧野和夫・監訳)『アメリカ著作権法』(レクシスネクシス・ジャパン・2008年) 507-511頁)。

条(C)(3))。

また、米国は、連邦制をとっており、連邦と州の権限の分配は合衆国憲法により定められている。連邦法は、憲法による授権の範囲を超えることができず、それ以外の権限は州に留保される。合衆国憲法1条8節8項は、連邦議会に対し、著作と発明に限定した期間、独占権を付与する著作権及び特許に関する法を制定する権限を与えている。したがって、有形の表現媒体に固定された著作物に対する保護は、連邦著作権法によって専占されるが、連邦著作権法の要求する固定性の要件^{*4}を満たさない未固定の著作物（口頭での演説や即興演奏など）などについては、州の著作権法が関与してくる可能性がある^{*5}とされる^{*6}。

(2) 排他的権利と制限規定

米国著作権法は、106条において排他的権利の内容として、①複製権、②翻案権、③頒布権、④実演権、⑤展示権、⑥デジタル送信実演権を定め、107条以下において、排他的権利の権利制限規定を定めるという構造をとっている。107条に包括的な著作権制限の一般規定としてのフェア・ユースがおかれているが、それとは別に、108条以下に、詳細な個別の制限規定もおかれている^{*6}。

① 複製権・翻案権とその制限

複製権は、もともと基本的な排他的権利とされる。著作権者は、他人がコピーやレコードの形で著作物を複製することを排除することができる（106条）^{*7}。コピーとは、現在知られている方法または将来開発される方法によって著作物を固定した有体物（レコードを除く）であって、これにより当該著作物を直接または機械もしくは装置を使用して覚知し、複製または伝達することができるものをいうと定義されている。また、コピーには著作物を最初に固定した有体物（レコードを除く）が含まれる（101条）。

^{*4} 著作権による保護は、現在知られているまたは将来開発される有形的表現媒体であって、直接にまたは機械もしくは装置を使用して著作物を覚知し、複製または伝達することができるものに固定された、著作者が作成した創作的な著作物に及ぶと規定されており（102条(a)）、ここから創작성（originality）や固定性（fixation）といった要件が導き出される。

^{*5} 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』（第2版・太田出版・2008年）13-14頁、リーファー・前掲注(3)753-791頁

^{*6} 以下、リーファー・前掲注(3)407-581頁、山本・前掲注(5)80-132頁、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』143-233頁（信山社・2004年）、エリックJ.シュワルツ（高林龍・監修、安藤和宏=今村哲也・訳）『アメリカ著作権法とその実務』272-329頁（雄松堂出版・2004年）、アーサー・R・ミラー=マイケル・H・デービス（藤野仁三・訳）『アメリカ知的財産権法』（八朔社・2008年）211-246頁、三菱UFJリサーチ&コンサルティング編『著作物等の保護と利用円滑化方策に関する調査研究「諸外国の著作物等の保護期間について」報告書』92-96頁（2008年）〔横山久芳執筆部分〕
<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/gaikoku_hogokikan.pdf> による。

^{*7} 米国著作権法条文の訳については、以下、山本隆司=増田雅子訳「外国著作権法令集 アメリカ編」（著作権情報センター・2000年）<<http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america.html>> による。

翻案権は、派生的著作物（*derivative works*）を作成する権利として定められている（106条）。派生的著作物については、翻訳、編曲、脚色、小説化、映画化、録音、美術複製、抄録、要約、またはその他著作物を改作し、変形しもしくは翻案した形式のように、一以上の既存の著作物を基礎とする著作物と定義されている（101条）。

複製権・翻案権に関する制限規定としては、放送のための一時的固定（112条）、実用品における写真・絵画・彫刻作品の複製（113条）、録音物に対する排他権の制限（114条）、コンピュータプログラムの複製物の所有者による利用・資料保存目的の複製・翻案（117条）、建築著作物に対する排他権の制限（120条）、特定の非営利団体・政府機関が行う視覚障害者等のための点字・音声等の形式による複製・頒布（121条）、家庭内録音に対する複製権の制限（1008条）がある。また、録音物の製作のための非演劇的な音楽著作物の利用については、強制許諾制度が定められている（115条）。

② 頒布権とその制限

頒布権は、著作権のある著作物のコピーまたはレコードを、販売その他の所有権の移転または貸与によって公衆に頒布する権利として定められており（106条）、販売、貸与等により、公衆に対する著作物の最初の流通を支配する権利とされている。米国著作権法には、日本著作権法における「公衆送信権」のような概念は存在せず、インターネット上で違法な複製物のダウンロードを可能とするような行為も、頒布権侵害として対処されることになる。

頒布権に関する制限規定として、適法複製物の頒布（ファースト・セール・ドクトリン）（109条（a））がある。これにより、著作物がいったん適法に販売・譲渡等されると、頒布権が消尽し、その後、著作権者の許諾なく、当該コピーまたはレコードを売却・処分等することができる。ただし、録音物とコンピュータプログラムの著作物の商業的な貸与については例外が定められている（109条（b））。

③ 実演権とその制限

言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに映画その他の視聴覚著作物については、著作権のある著作物を公に実演する権利として実演権が認められている（106条）^{*8}。著作物の実演については、直接または何らかの装置もしくはプロセスを使用して、著作物を朗読、表現、演奏、舞踊または上演することをいい、映画その他の視聴覚著作物の場

^{*8} 実演権、展示権は、公の実演や展示に限定される。著作物の「公の」実演または展示については、以下のように定義されている（101条）。

(1) 公衆に開かれた場所または家族および知人の通常の集まりの範囲を超えた相当多数の者が集まる場所において、著作物を実演しまたは展示すること。

(2) 著作物の実演または展示を、何らかの装置またはプロセスを用いて、第(1)項に定める場所または公衆に送信しまたは伝達すること（実演または展示を受信できる公衆の構成員がこれを同一の場所で受信するか離れた場所で受信するかを問わず、また、同時に受信するか異時に受信するかを問わない）。

合には、映像を連続して見せること、または映像に伴う音声を聞かせること、と定義されている（101条）。

また、録音物（sound recordings）については、1995年に立法化されたデジタル実演権法（DPRSRA：Digital Performance Right in Sound Recordings Act）により、別途、著作権のある著作物をデジタル音声送信により公に実演する権利が認められている（106条）。

実演権に関する制限として、非営利教育機関において教師又は生徒が教室で行う著作物の実演（110条（1））、政府機関又は非営利教育機関が通常の教育活動の一環として行う非演劇的な言語著作物又は非演劇的な音楽著作物の送信（110条（2））、礼拝所等で礼拝中に行われる非演劇的な言語著作物、非演劇的な音楽著作物、宗教的な演劇的な音楽著作物の実演（110条（3））、送信以外の方法による非演劇的な著作物の非営利実演（110条（4））、通常家庭用受信装置で著作物の実演又は展示の送信を受信して公衆に伝達する行為（110条（5）（A））、一般公衆が受信することを意図した非演劇的な音楽著作物の実演又は展示の送信を受信して公衆に伝達する行為（110条（5）（B））、政府機関又は非営利の農業・園芸団体による農業・園芸の品評会における非演劇的な音楽著作物の実演（110条（6））、録音物又は再生装置の小売店による販促活動の一環として行われる非演劇的な音楽著作物の実演（110条（7））、政府機関、非商業的教育放送局、ラジオ副送信事業者、有線送信事業者による視聴覚障害者のための非商業的送信（110条（8））、ラジオ副送信事業者による視覚障害者のための演劇的な言語著作物の送信（110条（9））、非営利の退役軍人会又は友愛団体が社交行事の過程として行う非演劇的な言語著作物又は非演劇的な音楽著作物の実演（110条（10））、放送局が送信した信号をホテル・アパート等の施設内に中継して行う個人的居所への二次的送信（111条）がある。また、ケーブルシステムのための強制的な使用許諾（111条）、家庭での個人的視聴のための衛星再送信についての法定使用許諾（119条）、地方市場内における衛星放送による再送信についての法定使用許諾（122条）、ジュークボックス（コイン式レコード演奏機）の自発的交渉による使用許諾（116条）、公共放送機関による非商業的な教育放送のための非演劇的な音楽の著作物並びに絵画、図形及び彫刻の著作物の利用のための強制許諾制度（118条）が定められている。

④ 展示権とその制限

言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに絵画、図形または彫刻の著作物（映画その他の視聴覚著作物の個々の映像を含む）については、著作権のある著作物を公に展示する権利として、展示権が定められている（106条）。

展示権に関する制限規定としては、適法に作成された複製物についての所有者による展示（109条（c））がある。また、110条や111条による実演権に対する制限規定の多くが、展示権に対しても適用される。

(3) フェア・ユース (fair use)

① 107 条^{*9}

米国著作権法 107 条は、著作権制限の一般規定として、以下のようにフェア・ユースを定めている。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、使用料を支払う必要はない。

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) 使用の目的および性質（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および実質性
- (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

上記の全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。

② 沿革

フェア・ユースの歴史的起源をさかのぼると、英国の判例法における"fair abridgment"（公正な要約）の理論に始まるとされている。裁判所は、翻訳や要約をそれ自体保護に値するものであり、オリジナルの著作物の著作権者の同意を必要としない、新しい著作物であるとみなしていた。公正な要約を許容することで、原著作物を利用した新たなオリジナルの著作物が生み出され、科学の発展を促進し、それによって公衆の利益に資することになるというのである^{*10}。

ただし、英国の fair abridgment 理論は、米国の裁判所において完全に受け入れられたわけではなく、制限すべき先例として扱う判決もあった^{*11}。フェア・ユースの原則を初めて述べたとされる^{*12}Folsom 事件控訴審における Story 判事の説示も、fair abridgment を判断す

^{*9} 17 U.S.C. § 107.

^{*10} William F. Patry, THE FAIR USE PRIVILEGE IN COPYRIGHT LAW (2d ed. 1995), at 6-7; Gyles v. Wilcox, 26 Eng. Rep. 489 (Ch. 1740).

^{*11} Gray v. Russell, 10 F. Cas. 1035, 1038 (C.C.D. Mass. 1839).

^{*12} ただし、Folsom 判決においては、「フェア・ユース (fair use)」という言葉は用いられていない。フェア・ユースという言葉は初めて用いたのは、Lawrence v. Dana, 15 F. Cas. 26 (C.C.D. Mass. 1869)である

るものではなかったとの指摘がある^{*13}。この事件では、全 12 巻 7000 頁あるジョージ・ワシントンの伝記から、353 頁を複製した行為が問題となった^{*14}。Story 判事は、「要約すると、我々はしばしば、この種の問題を決定する際に、抜粋の性質と目的、利用された著作物の量と価値、及び利用がオリジナルの著作物の販売に損害を与え、あるいは利益を減じ、あるいは目的に取って代わる程度を見なくてはならない。」と述べ、これが現在の 107 条が定めるフェア・ユースの 4 要素の起源になったとされる。

当時の最初の米国著作権法においては、著作権者に著作物の「印刷 (printing)、増刷 (reprinting)、出版 (publishing) 及び販売 (vending)」についての権利しか与えられていなかったため、裁判所によって創り出されたフェア・ユース理論は、実際には、著作権者に与えられた権利の拡大を生み出したとされる。すなわち、ある著作物をもとに新たな著作物が創作された場合、それが逐語的な「印刷」ではないにもかかわらず、フェア・ユースであると認定されなければ、著作権者はその出版を差止めることが認められた。換言すれば、特定の出版が「フェア・ユース」ではないということを証明することによって、他の点では排他権の範囲内ではない利用をも、著作権者は禁止することができたのである。このコンテキストにおいて、特定の著作物利用がフェア・ユースではなく侵害であるとの結論は、著作物を転載することに匹敵するほどに、オリジナルの著作物を多量に利用したという結論と同等であったと指摘されている^{*15}。

1790 年に成立した米国での最初の著作権法は、その後、1802 年、1831 年、1870 年に改正がなされる。そして、1909 年著作権法改正において、それまで美術の著作物にのみ認められていた「複製」に対する新たな排他権が定められた^{*16}。フェア・ユースは、そのときまでの法改正においては成文化されなかったが、Folsom 判決における Story 判事の先例に従い、下級審裁判所は、著作権の排他権に多くの権利が加えられるにつれて、より頻繁にフェア・ユース理論を適用するようになったとされ、後に、1976 年法 107 条における成文化へとつながっていくことになる。

1976 年著作権法におけるフェア・ユースの立法の際、連邦議会は、その立法趣旨として、107 条がフェア・ユースの適用についてのある種のガイドラインを提示するものであることは認めつつも、技術的变化に応じて裁判所がフェア・ユースを適用することができる裁量をもってはならないとして、裁判所が事案ごとにフェア・ユース理論を自由に適用できなくてはならないこと、107 条は裁判上形成された法理を再記述するものであって、

とされる。

*13 奥邨弘司先生のご教示による。

*14 Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (1841). 事案の結論としては、被告の利用した分量が多く、被告書籍の重要な価値を構成していることから、侵害が認められている。

*15 Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1 (1997), at 13-23.

*16 1909 年法は、これまでの著作権法に大きな変更が加えられたことから、米国著作権法の「ターニング・ポイント」、「分水嶺となる法 (watershed statute)」とも表現されている (L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USERS' RIGHTS* (1991) at 77-78)。

変更、減縮、拡張するものではないことを明言した^{*17}。

(第Ⅱ章 1.執筆者： 村井麻衣子)

*17 H.R. Rep. No.94-1476 (1976) (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 一原著第6版一 (下)』(信山社・2003年) 637-639頁) .

2. 米国におけるフェア・ユースに関する学説

米国著作権法 107 条は、批評、論評、ニュース報道、教育、学術、研究等の目的のための複製などがフェア・ユースに含まれると述べた上で、フェア・ユース適用のための 4 つの考慮要素を挙げているものの、それだけではどのような著作物利用がフェア・ユースとなるかは必ずしも明らかではない。フェア・ユースについてはこれまで、判例や学説において様々な議論がなされてきた。

フェア・ユースに関する学説として、以下では、米国の判例に影響を与えてきたと考えられる^{*18}Leval による論文「フェア・ユースの統一的な判断基準へ (Toward A Fair Use Standard)」、及び Gordon による経済的分析に基づいた「フェア・ユースの市場の失敗理論 (Fair Use as Market Failure)」と関連する議論を紹介する。その他、フェア・ユースの理論的構造に関する議論 (民主主義からのアプローチ等) や、実証的研究等を紹介する。

(1) Leval "Toward a Fair Use Standard" ー変容的利用 (transformative use) の重視ー

判事としてフェア・ユースに関わる事件も担当してきた Leval は、1990 年に発表した "Toward a Fair Use Standard" と題する論文において、著作権法の目的を創作へのインセンティブを付与することであるととらえたうえで、その目的に基づいた統一的なフェア・ユースの原則の提示を試みている^{*19}。著作権法がインセンティブを与えるべき創作的な活動と

*18 一般には、同じ判例法体系であっても、英国では、法形成において指導的地位に立つのは裁判官であるとされるのに対し、米国では、法学者と実務家との結びつきがより強いことから、法形成における学説の地位は高いとされる (田中・前掲注 (1) (上) 48-49 頁)。ただし、フェア・ユースの実証的研究においては、判決の中でロー・レビューの論文を引用した意見の割合の分析から、学術的研究は、われわれのフェア・ユース判例法の大部分にほとんど影響を持っていない、と述べられている (Barton Beebe (城所岩生・訳)「合衆国著作権法フェアユース判決 (1985-2005 年) の実証的研究(1)、(2)」知的財産法政策学研究 21 号 (2008 年)・22 号 (2009 年) (Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. PA. L. REV. 549 (2008)) 22 号 197 頁)。

このようにフェア・ユースの判例において学説はあまり重視されていないのかもしれないが、その調査のなかでは、ロー・レビューの論文を引用した意見の割合が判例法に対する学術的研究の影響の指標であるとして、「7 件の最高裁意見のうち 4 件(57.1%)、88 件の控裁意見の 25.0%、また地裁意見の 10.9% が [ロー・レビューの論文を] 引用している。しかし、Leval 判事の "Toward a Fair Use Standard" という論文を除いた場合、割合は最高裁意見 50.0%、控裁意見 14.7% (88 件中の 13 件)、そして地裁意見の 5.7% (211 件中の 12 件) に減少する。Leval 判事 [の論文] 以外に裁判所が最も多く引用した論文は Wendy J. Gordon, "Fair Use as Market Failure" で、6 つの裁判所が引用している」とのデータが記されていることから、これらの 2 つの論文が、他の学説に比べ、フェア・ユースの判例に影響を与えてきたことが伺える。

*19 Leval は、これまでのフェア・ユースに関する訴訟において判事が一貫した原則をもち、むしろ個別のケースに直感的に対応してきたとして批判的な立場を示している。

して、変容的利用 (transformative use) *20を重視し、フェア・ユースにより利用が正当化されるかという問題は、行われた利用が変容的かどうか、そして変容の程度がどのくらいかという問題に帰着すると論じている。したがって、変容的利用を考慮要素とする第 1 の要素 (利用の目的と性質) を重視するとともに、他の要素においても変容的利用への配慮がなされるべきことを示唆している*21。この Leval の見解は、後に、パロディという変容的な利用であることを重視し、フェア・ユースを否定した控訴審判決を覆して差し戻した Campbell 事件最高裁判決に大きな影響を与えたとされる*22。

① 著作権法の目的

Leval は、著作権法の目的について、特別な報酬を与えることによって、著者の創造的な活動に動機を与えることにあると述べる。すなわち、著作権は、著者に絶対的所有権を与える自然権ではなく、公衆の知的な豊かさのため技芸の発達や活動を促進する目的で存在する、功利主義的な制度設計によるものであると位置づける。完全にオリジナルな思想などは存在せず、全ての知的な創作活動は、ある程度派生的である。よって、過度に広範な権利の保護は、創作の促進という目的をかえって抑制してしまう。この問題への対処として司法上用いられてきた理論が、アイデア／表現の二分論、労力が費やされていても事実上保護しないという理論、そして、二次的な創作を保護するものとしてのフェア・ユース理論であるとする*23。

② 4 要素の分析

Leval は、制定法の列挙する 4 つの要素について、フェア・ユースの認定が著作権法の目的に寄与するかについてあらゆる角度から問題を精査するために、各々の要素がそれぞれ問題の異なる側面に注意を向けるものであると述べる。そのうえで、Leval の述べる著作権法の目的から、各要素の判断基準を示している。

a) 第 1 の要素 (使用の目的と性質)

第 1 の要素は、その利用が公衆への啓蒙として創作を促進するという著作権法の目的に

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

*21 Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1111 (1990)

*22 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 114 S.Ct. 1164 (1994). この Campbell 判決は、Leval 論文を引用し、第 1 の要素の判断において変容的利用を重視した。また、第 4 の要素の判断においても、パロディのような変容的な利用の場合には、市場での代替性が減少することを指摘した。

*23 Leval, *supra* note 21, at 1107-1111

かなうかという、正当化の問題を生じさせるという。そして、Leval は、正当化の問題が、第一義的には、その利用が変容的かどうか、そしてどの程度変容的であるかという問題に帰着すると述べている。

利用は生産的でなくてはならず、もとの著作物とは異なる目的、異なる方法で利用しなくてはならない。単なる再包装 (repackage)、再発行 (republish) は、オリジナルの著作物に取って代わるだけである。それに対し、二次的な利用において、新しい情報、新しい構造、新しい視点を創造するために変容され、素材として著作物が利用されるのであれば、それはまさにフェア・ユース理論が保護しようとする類の活動である。

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

このように、変容的利用であることが、必ずしもフェア・ユースを成立させるとは限らないとしながらも、Leval は、第 1 の要素をフェア・ユースの核心 (soul) であると述べ、この要素のもとでの正当化の認定が、フェア・ユースの成立のために不可欠であるとして、第 1 の要素の重要性を強調した^{*24}。

b) 第 2 の要素 (著作物の性質)

Leval は、第 2 の要素についても、やはり公衆の教育のための創作 (著述) のインセンティブの確保という視点から検討を行っている。

著作権法の保護を受けうる著作物には、多種多様なものが含まれるが、著作権法の目的とはあまり関わりのないような個人的な目的で著述される著作物よりも、出版・公表のために創作された著作物の方が、原著作物の著作者の保護が重んじられなくてはならない。

このことから、著作物が公表済みであるか、未発表であるかということに分析の焦点を当てることには、批判的な見解を示している。すなわち、その著作物が公表するために創作されたか、あるいはその過程にあったのでなければ、公表／未公表の区別は、大きな意味を持たないのである。他方で、公表の過程にあったのであれば、未公表であることがフェア・ユースの認定を支持するかもしれない。

いずれにしても、この要素は 4 つの要素のうちのわずかに 1 つに過ぎず、フェア・ユースを判断するための十分の基礎にはならないとしている^{*25}。

c) 第 3 の要素 (使用された量と実質)

一般的に、利用の量や重要性が増すほど、権利者の利益を害し、少ない場合はフェア・ユースの認定がされやすい。この要素は、第 1 の要素と、第 4 の要素との関係で、さらな

^{*24} *Id.* at 1111-1117. Nimmer も、フェア・ユースの考慮要素として、"transformation" (変容性) に多くの考察がなされなければならないとして、変容的利用の重要性を認めている (Nimmer, § 13.05)。

^{*25} Leval, *supra* note 21, at 1116-1123.

る重要性を有する。

第1の要素との関わりについては、利用された素材の選択や量が、意図された正当化との関係で合理的であるかを精査することが重要である。数センテンスの利用が、変容的利用として正当化されるとしても、かなりの量を使用する場合は、正当化できないかもしれない^{*26}。

第4の要素である市場の影響との関係では、第3のテストの「実質性 (substantiality)」の質的な側面が、量的な側面よりも重要かもしれない。例えば、様々な側面から詩を分析する批判的研究においては、詩のあらゆる言葉を引用するかもしれないが、詩それ自体の市場に取って代わることはない。強い正当化事由があり、市場への不利な影響が存在しないのであれば、広範囲な利用であっても、フェア・ユースになりうる^{*27}。

d) 第4の要素（市場への影響）

Nation 事件 (Harper&Row 事件) の最高裁判決は、第4要素を「フェア・ユースの唯一最も重要な要素」であるとした^{*28}。この要素が重要であるということは、著作権が著者に固有の自然権ではないことを示している。自然権的発想に基づくのであれば、著者にとっては、どのような未許諾の利用も不快であり、市場価値への影響は無関係であるはずである。著作権の基礎にある功利主義の概念は、創作を奨励するために報酬を得る機会を約束するものであり、過度に著者のインセンティブを妨げる二次的利用は、著作権の目的を弱体化させる。したがって、市場の要素が重要になるのである。

あらゆるフェア・ユースは、使用料を支払わないことにより、許諾料収入の若干の損失を生む。あまりに第4の要素を重視するのであれば、フェア・ユースが存続し得なくなるおそれがある。著作権者の潜在的市場への損害が、出版のための著作物を創作するインセンティブを実質的に損なう場合、著作権法の目的から、この要素は二次的な利用者にかなり不利に働くことになる^{*29}。

③ 追加的要素

107条は、フェア・ユースを検討する際、4要素のほかに、さらなる追加的な要素が存在するかもしれないことを示唆する。しかし、Levalは、検討を進めるほど、法の定める4要素のみが関連する要素であるという結論に達すると述べている。したがって、これまで論じられてきたいくつかの追加的要素は、いずれも、著作権法の目的の検討から逸れるような、誤った要素であるとの考えを表明している。

^{*26} Nimmer は、一部の例外の存在を認めながらも、一般に、著作物全体を複製する場合は、フェア・ユースが認められないとしている (Nimmer, *supra* note 20, § 13.05)。

^{*27} Leval, *supra* note 21, at 1122-1125

^{*28} Harper&Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218 (1985).

^{*29} Leval, *supra* note 21, at 1124-1126

a) 誠実 (Good Faith)

裁判官にとって、特にフェア・ユースのような難しい問題を扱う場合、判断を正当化するために、よい行いか悪い行いかという判断に頼りたくなる誘惑がある^{*30}。しかし、そのような判断は、著作権の目的と相容れない状態を生み出し、理論を巡るさらなる混乱を増すことになる。著作権は、よい行いに報いるものではなく、公衆の教育に有用な活動の利益を保護するものである^{*31}。

b) 芸術的な完全性 (Artistic Integrity)

米国著作権法が、[著作者人格権を認めず、] 芸術的な完全性を保護しないことに対して不満を持つ人は多くいる^{*32}。しかし、著作権は、芸術的な著作物だけではなく、企業内のメモ、借金の督促の手紙、コンピュータプログラムなどにも認められる。そのような人々すべてに、著作権に付随して、氏名表示権、公表権、公表された著作物を修正する権利、同一性保持権といったような権利の主張を許すことは、不合理である。芸術家を保護するためにそのような権利を設けたいのであれば、別の立法をし、芸術家や芸術的な作品について適切に定義すべきであり、その範囲は著作権保護の範囲よりはるかに狭いものでなくてはならない^{*33}。

c) プライバシー

著作権にプライバシーの保護を読み込む試みも誤っている。フェア・ユースによりプライバシーを保護する傾向は、19世紀中頃の英国のケースに由来する。しかし、英国ではプライバシーに高い価値が認められていた一方で、プライバシーの権利が法で認められていなかったのに対し、米国では、プライバシーの権利が明確に発展してきた。また、英国と対照的に、米国法は、言論の抑圧を嫌う強力な憲法的ポリシーが存在する。

もし著作権法のなかにプライバシーの利益への寄与を取り入れてしまうならば、深刻なゆがみが生じるであろう。例えば、プライバシーの権利については公共の利益への配慮から死後は認められないはずが、著作権の保護によりさらに50年の保護[1990年当時]が付加されてしまう。

著作権法は、プライバシーを保護するためには適切ではなく、明らかにそのために設計されているものではない。著作権は、表現だけを保護し、明らかにされた事実を保護するものではないのであるから、プライバシーの利益を保護することはできない。さらに、著

^{*30} Lloyd L. Weinreb, *Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*, 103 HAEV. L. REV. 1137 (1990)は、フェア・ユースの言葉通り、フェアな使用を著作権侵害の例外として残すべきであると述べ、公正(fairness)への配慮を重視している。

^{*31} Leval, *supra* note 21, at 1125-1129

^{*32} 1990年から著作者人格権が部分的に認められたことについては、1(1)を参照。Levalは、氏名表示権や同一性保持権といった著作者人格権(droit moral d'artiste)が仏国で認められているということに言及している(Id. at 1128)。

^{*33} *Id.* at 1128-1130.

著作権にプライバシーの考慮要素を組み込むことは、現し (reveal)、秘匿することを同時に求める分裂的な法となるおそれがある。プライバシーと秘匿は、著作権の功利主義的な目的とは相容れない^{*34}。

④ 差止め (injunction)

フェア・ユースをめぐるもっとも残念な傾向の 1 つは、フェア・ユースの拒絶が、必ず差止めを伴うという考えである^{*35}。著作権法は、「著作権侵害を防止または抑制するに相当と考える条件において、一時的差止命令および終局的差止命令を発行することができる」と規定するだけである (502 条 (a))。必然的に差止めを認める傾向は、公衆や二次的利用者の利益だけではなく、著作権者の利益を害するおそれもある。裁判所は、正当化できない差止めを避けられない結果としてとらえた場合、侵害の認定を正当化することを直感的に避けるかもしれないからである。

回復できない損害が、著作権侵害のケースにおいて「推定される」ということは、尊重すべき格言であり、侵害の認定には当然のように差止めが認められる。ほとんどのケースにおいて、侵害行為は、フリーライドにより著作権者の創作の利益を奪うような単純な海賊行為であるため、この救済は正当化される。しかし、このようなケースは、歴史家、伝記作家、批評家、学者、ジャーナリストが行う引用のような合理的なフェア・ユース主張がなされる場合と区別されなくてはならない。彼らにとってはフェア・ユーステストが認められるかを予想することが難しいが、二次的著作物の出版については、強い公益が存在するかもしれず、他方で著作権者の利益については、損害賠償が与えられることで十分に保護されるだろう。

この問題を考えるうえでも、創作や公衆の啓発を促進するという著作権法の目的が分析に反映されるべきである。私的な書類が明らかになることによる不利益や、秘密にしている事実の暴露による損害ではなく、あくまで著作権者としての著述の利益への損害のみが考慮されるべきである。創作のインセンティブを弱めるような侵害行為については、差止

*34 *Id.* at 1129-1131.

*35 ただし、後に *Campbell* 判決は、この *Leval* 論文を引用しつつ、自動的に差止め救済を認めることにより著作権法の目的が常に最も良く達成されるというわけではないと述べ (*Campbell*, 510 U. S. 569 at 578, n.10)、その後の判決でもこの説示が引用されている (*New York Times Co. v. Tasini*, 533 U. S. 483 at 505 (2001))。また、特許に関する *eBay* 事件最高裁判決は、エクイティ (衡平法) の原則に照らし、差止めが認められるためには、原告が一定の要件を満たすことを立証する必要があると判示した (*eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006))。一方で、差止めを認めず損害賠償のみを認めるライアビリティ・ルールが指向される傾向に注意を喚起するものもある。*Gordon* は、差止めを拒絶しつつ、合理的な補償を与えるという形での救済は、判事が「市場を創設する」とことと等価であり、あるいは、司法による強制ライセンスともみることができると指摘する。そして、このライアビリティ・ルールが、著作物の伝播を促進する一方で同時にインセンティブを保全するという折衷案の長所を持つことから、非常に魅力的であるとしながらも、差止めが認められない場合には安易な著作権の範囲の拡張につながりうるという危惧から、その適用には慎重であるべき旨を示すとともに、金銭的救済の強調が創作的な作品の質を低下させる可能性についても言及している (*Wendy J. Gordon, Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, *THE COMMODIFICATION OF INFORMATION* 149 (Neil Netanel & Niva Elkin-Koren eds., 2002), at 188-191)。

めを認めるべきである。一方で、純粹に私的な目的のために創作され公益のための著作物ではない場合は、差止めを認めないとしても創作のインセンティブに悪影響を与えないだろう^{*36}。

(2) Gordon "Fair Use as Market Failure" —フェア・ユースの市場の失敗理論—

Gordon は、経済学的な視点からフェア・ユースの分析を行い、市場の失敗が存在するために権利者と利用者の間で取引を行うことが難しい場合に、利用を許すために機能するのがフェア・ユースであるという見解を示した。以下では、Gordon により提唱されたフェア・ユースの市場の失敗理論と、それに関連する議論、及び後の Gordon による市場の失敗理論の修正について紹介する。

① 市場の失敗理論：3段階テスト

Gordon は、フェア・ユース理論とその制定法の構造のあいまいさが、一貫性と予見可能性をもたらすことを困難にしているという問題意識のもと、経済的な分析により、フェア・ユースの基本的な原則を解明しようと試みた。そして、フェア・ユースを、市場を通しては達成されないが社会的には望ましい取引を許容するための理論、すなわち市場の失敗を治癒するための理論として捉え、(1)市場の失敗が存在すること、(2)被告への利用の移転（利用を許すこと）が社会的に望ましいこと、(3)フェア・ユースを認めることで著作権者のインセンティブが実質的に害されないこと、という経済学的分析に基づくフェア・ユース適用のための3段階テストを提唱した^{*37}。第1のテスト～第3のテストの全てをクリアした場合、フェア・ユースが適用されるということになる。

a) 第1のテスト（市場の失敗）

第1のテストは、市場の失敗が存在することである。利用に関する取引の市場が存在する場合は、被告による著作物の利用が創作者への損害よりも高い社会的価値をもたらすのであれば、自発的に利用移転の取引が行われるので、わざわざ裁判所を介してフェア・ユースを認める必要はない。また、裁判所の判断よりも、当事者の相互合意の方が、価値最大化の指標となりうる。したがって、十分な理由なしに市場の迂回を認めないためには、望ましい資源利用の合意的取引が自然発生的に起こらない場合、あるいは資源配分がどの

*36 *Id.* at 1130-1135.

*37 Wedy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982). この論文を紹介する邦語文献として、小泉直樹『アメリカ著作権制度 —原理と政策—』18-22頁（弘文堂・1996年）。ただし、3段階テストのうち、第3の実質的損害のテストについては、後に、このような広範で厳しいテストを設けたことは、フェア・ユースへの過度な制限であったとして、この要件を満たすまでもなく、フェア・ユースが認められる場合があるとしている（2.(2)④参照）。

ようになされるべきかの基準を提供する市場の機能が損なわれている場合のみ、著作権者から権利を奪うことを経済的に正当化しうると述べ、フェア・ユース適用の要件として、まず、市場の失敗の存在を要求している^{*38}。

b) 第2のテスト

第2のテストは、被告への利用の移転（利用を許すこと）が社会的に望ましいことである。裁判所は、利用が被告の手にあるのと著作権者の手にあるのとでは、どちらが社会的な価値が高いかを判断しなくてはならない。著作権者が要求する価格が利用者が申し出る価格よりも低ければ、「市場の失敗」が治癒された状態において、利用者への移転がなされ、社会的価値が増加させられる。しかし、フェア・ユースが認定されるのは、非商業的で外部的な社会への利益を生み出す利用が多いため、被告が申し出る価格、及び著作権者が要求する価格を判断するのは容易ではない。しばしば裁判所は利用の社会的価値を直感的に見積もっているが、原告への損害が小さいときは、要請されたであろう市場価格も小さい傾向があり、市場の失敗がなければ被告が利用することができた可能性が高い。裁判所の利益衡量は、市場取引に類似しており、フェア・ユースは完全市場の状況の下でなされる著作権者の同意を暗示するものであるとする^{*39}。

c) 第3のテスト

第3のテストは、第1・第2の条件を満たした上で、利用を許すことが著作権者に実質的な損害を与えないことである。インセンティブと情報の伝播の利益の適切なバランスを維持するために、インセンティブを弱める実質的な損害が存在しないことが、フェア・ユースを認めるための条件となる。この第3のテストについては、完全な市場の失敗の場合と中間的な市場の失敗の場合に分けて論じられている。

完全な市場の失敗が存在するときは、著作権者のコントロールを拒絶することが唯一の著作物の利用を許す方法である。著作権者はそうでなければ受けるであろう報酬を奪われることもないので、インセンティブが弱められることもない。したがって、最初の2つのテストをみたすことで、フェア・ユースが正当化されるとする。

しかし、市場が全ての望ましい交換をもたらすわけではないが、いくらかの取引は可能であるというような、中間的な市場の失敗も存在する。この場合、侵害の認定には望ましい取引が妨げられるかもしれないというおそれがある一方で、フェア・ユースを認めると、インセンティブが弱められてしまうおそれがある。この矛盾を解決するために、フェア・ユースを認めることにより著作権者へのインセンティブに実質的な損害が生じないことが必要とされるのである^{*40}。

*38 *Id.* at 1614-1615

*39 *Id.* at 1615-1619.

*40 *Id.* at 1618-1623.

② Lorenによる市場の失敗理論の再定義 —外部性による市場の失敗の強調—

Loren は、著作権の及ぶ範囲の拡大や存続期間の延長がなされてきたという歴史的な背景を踏まえ、憲法上の要請である知識や学問の発展を抑圧しないためにフェア・ユースの果たす役割が重要になってきているという認識のもと、特に教育・研究目的等の著作物利用のような外部性による市場の失敗が存在する場合において、フェア・ユースを認める必要性を強調した^{*41}。

取引から期待される利益に対し取引交渉の達成に関する費用が高いことから生じる市場の失敗は、許諾システムの発展により治癒されうるものである。しかしながら、効率的に交換料金に内部化されえない拡散的な外部利益がある場合に存在する市場の失敗は、許諾システムによっても治癒されない。研究、学問、あるいは教育のコンテキストでなされるような利用の利益は莫大になりうるが、研究者、学者、教師あるいは生徒にとって外部的になりうる。このような内部化できない外部利益が存在する場合、市場は完全には機能していないため、市場に委ねられると、本来望ましいよりも少なくしか著作物利用が行われないことになる。重要な外部利益を有するこの種の変容的利用は、知識及び学問の発展を促進することで、著作権の目的に寄与するものであり、フェア・ユースが保護すべき市場の失敗のタイプであると論じている^{*42}。

また、許諾料の損失をフェア・ユースにおいて考慮することは、問題となっている利用がフェア・ユースではなく、著作権者がそのような利用に許諾料を課すことが許されるという結論を前提としているという本来的循環であると批判している。そして、許諾料が支払われるという慣習が打ち立てられことにより、フェア・ユースが排除され、権利者が権利範囲を拡大していくことを可能とするおそれがあるということを指摘している。

③ Goldsteinによる私益的アプローチと公益的アプローチ

Goldstein は、フェア・ユースへのアプローチを、克服できない取引費用がなければ著作権者がライセンスしたであろう利用を許す私益的アプローチと、たとえ取引費用が存在しなくても、利用の社会的利益が著作権者の損失を上回るならば利用を許す公益的アプ

^{*41} Loren, *supra* note 15. この論文を紹介する邦語文献として、蘆立順美『データベース保護制度論』(信山社・2004年) 89-90頁。Gordon も、市場の失敗理論を提唱する際に、外部性による市場の失敗、そして非金銭的利益による市場の失敗について既に言及していたが、外部利益の存在だけではフェア・ユースを正当化しないと、市場に頼る社会的コストが受け容れられないほど高いかどうかを調査すべきというシグナルにはなるかもしれないと位置づける程度にとどまっている (Gordon, *supra* note 37, at 1630-1631)。

^{*42} Loren は、教育・研究目的の著作物利用を重視し、大学の講義教材 (coursepack) を作成したコピー・ショップが訴えられた事案 (Princeton University Press v. Michigan Document Services(99 F.3d 1381(6th Cir. 1996)) と、企業の研究者による論文の複製が問題とされた事案 (American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994)) において、裁判所が許諾料収入を著作権者の損害と認めたことについて批判的な見解を示している。Texaco 判決は、CCC (Copyright Clearance Center) という許諾システムの発展を考慮して許諾料収入の損失を考慮したことから、市場の失敗が治癒されうることを理由としてフェア・ユースを否定した判決と評価されている。

ちとに分類している^{*43}。私益的アプローチは Gordon の主張する市場の失敗アプローチに、公益的アプローチは Loren の主張する市場の失敗アプローチにほぼ対応するものと考えられる^{*44}。

フェア・ユースへの私益的アプローチとは、もし取引費用がライセンス交渉を妨げなければ、ライセンスのもとでなされるであろう利用を許すものである。このアプローチは、第一に、被告の利用により与えられる利益がその利用が与える損失を上回るかどうかを判断し、第二に、原則として、取引費用が交渉されるライセンスを妨げるか否かを判断することを裁判所に要求する。両方が肯定される場合にのみ、フェア・ユースの抗弁が適用される。

一方で、フェア・ユースへの公益的アプローチは、取引費用が存在しなくても、利用の社会的利益が著作権者の損失に勝るならば、利用を許すというものである。このアプローチは、直接の利用者だけではなく社会全体の利益を考えた場合、著作権者のインセンティブを害するという悪影響をも上回る利益となりうる可能性を認識している。

ただし、私益的アプローチと公益的アプローチは、実質的にオーバーラップするともしている。両アプローチともに、利用から引き出されることになる利益と、それに対して利用が著作権者に与える損害とのバランスをとっている。2つのアプローチの違いは、私益的アプローチは、利用から引き出される私的利益だけを考慮するのに対し、公益的アプローチは私的および公的利益の合計を考慮することである。私的および公的利益アプローチのオーバーラップは、社会的利益、私的利益そして取引費用の考慮要素を混合している 107 条の文言から明らかである。107 条の第 1 文で述べられている目的（批評、コメント、ニュース報道、教育、学術、研究）は、著作権者が被る損失に比べ、典型的に高い社会的価値を有している利用を含んでいる。107 条の第 1 と第 2 の要素（利用の目的および性質と、著作物の性質）は、直接的に提案される利用から生じる利益と関係しており、他方で、第 3 と第 4 の要素（用いられた部分の量と実質性と、著作物の市場または価値への利用の影響）は、著作権者が被る損害と直接的に関係している。そして、フェア・ユースへの私的および公的利益アプローチは、著作権によるインセンティブと著作物の利用に関わる、著作権システム全体の基礎と構造をフェア・ユース理論が体現していることを示すものであるとしている。

④ Gordon による市場の失敗理論の修正：分類論

Gordon によるフェア・ユースの市場の失敗理論の発表後、この理論は、著作権者と利用

*43 Paul Goldstein, COPYRIGHT (1998) § 10.1.1

*44 Gordon は、市場の失敗の原因となりうるものとして、外部性や金銭化不可能な価値等を認識しているものの、外部性による市場の失敗のケースでも「許諾を得られないこと」を問題としており（Gordon, *supra* note 37, at 1630）、Goldstein による私益的アプローチの説明においても Gordon の市場の失敗理論の論文が引用されている（Goldstein, *supra* note 43 § 10.1.1 n.12）。Loren は、Goldstein の分類のうち公益的アプローチを用いることが唯一適切であると主張している（Loren, *supra* note 15, at 49 n.193）。

者の間の高い取引費用を救済するものとしてフェア・ユースをとらえ、また、著作権者と利用者との取引が可能となる場合に、フェア・ユースの成立を否定する理論ととらえられるようになった^{*45}。

しかし、後に Gordon は、市場の失敗理論がフェア・ユースの制限的な適用を意図するものではなかったと述べ、発表後のこの理論の拡大を、むしろ「萎縮」であるとした。そして、その要因の1つは、「市場の失敗」という言葉が、取引費用の障害により出会うことのできない権利者と利用者というイメージを呼び起こすためであろうとしつつ、しかしながら、「市場の失敗」は、単に実際に市場の失敗が生じることを表すだけではなく、市場システムが、非経済的な社会の目的への到達に失敗しうることを含むとしたうえで、その含意を明確にする方法で理論を洗練させ、問題を解決するために、市場の失敗を2つのカテゴリーに分けることを提案した^{*46}。

第1のカテゴリーは、完全市場条件が欠けているために、経済的基準が適切に妥当しない「市場の機能不全」の場合であり、完全競争が生じることを妨げる「技術的失敗」に属する。この失敗は、権利者と利用者との高い取引費用や、利用者が生み出す社会的利益を内部化することを妨げる取引費用などの存在から生じるとしている。

しかし、資源分配のための社会的制度としての市場に頼ることができない、別の一連の状況が存在するとする。その第2のカテゴリーは、例えば言論の自由の問題が関わる場合など、市場の基準が妥当しない「本来的な市場の制限」であり、市場の基準そのものが、紛争を解決するための完全に適した基準を提供できない場合である。

さらに、これらの種類の市場の失敗の違いが、「免責 (excuse)」と「正当化 (justification)」という区別を利用することにより解明されるとする。前者の技術的市場の失敗のカテゴリーを示すために用いられるのが、「免責 (excuse)」という言葉である。許諾と支払いがないことは、特別な状況のために免除されるが、その目的は依然として、経済的厚生促進であり、市場の失敗が存在するという条件付きで認められる抗弁ということになる。対照的に、非経済的基準の重要性から市場に頼ることができない後者のカテゴリーを称するために、「正当化 (justification)」という言葉を使っている。「正当化」ケースは、市場の基準が本来的に不適切であるため、仮に市場が完全に機能していたとしても、その利用の正当性が認められるべきである^{*47}。

以上のように、免責ケースと正当化ケースの分類を示しつつも、Gordon は、免責ケース

*45 Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 557, at 584 n.129 (1998)

*46 Wendy J. Gordon, *The "Market Failure" and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U.L. REV. 1031 (2002); Gordon, *supra* note 37.

*47 この分類を、取引費用の減少という側面からみた場合、Gordon は、「免責」のケースは、制度的あるいは技術的变化に応じて、権利者と利用者が出会うことのできる地位に立った場合、フェア・ユースが消滅するべきであるとしている。それに対し、「正当化」ケースの場合、非経済的な基準による判断を、市場が適切に扱うことのできるものへ変化させることができるような事実的变化をみることは難しいため、取引費用が解消されるといった環境の変化は、フェア・ユースの利用可能性を変化させないだろうと述べる。

の多くが非経済的規範の要素を含み、正当化の問題と絡み合っているとして、問題の複雑さを指摘している。例えば、批評家や学者が生み出す「外部的利益」が問題になるような場合も、学者の生み出す利益を内部化できないことによる「免責」ともみることができるが、公衆の議論を促進するというような金銭化できない利益が関わっているために「正当化」としてみることもできるとしている。

(3) フェア・ユースの理論的構造

① 民主主義からのアプローチ

a) Netanel の民主主義パラダイム

Netanel は、経済学的な分析に基づいて市場での取引としての著作権の拡張傾向を示す新古典主義派と、著作権の拡大に反対して著作権保護の水準の引き下げを提案するミニマリストの両方に反対するとして、民主主義パラダイムという著作権の概念的枠組みを提唱した^{*48}。

すなわち、著作権の存続期間の延長、個人的な利用への拡大（オンラインでの「ブラウジング」を含む）、二次的創作における既存の著作物の表現の借用に対する抑制といった著作権の拡大に対応する必要性を認識しているが、著作権の拡大に反対するミニマリストを批判し、著作権に狭い保護しか与えられない場合は、創作へのインセンティブが不十分であるために、政府や特権階級のパトロンへの依存を生み出すとの懸念を示している。他方で過度の保護は、既存の作品を批判的に用いることに対して検閲的なコントロールを及ぼすか、アクセスへの独占が生じることで論説と文化的発展を萎縮させるだろうとして、民主主義的な観点から適切な保護のあり方を検討している。

この民主主義パラダイムは、市民の政治に関する法的権利、政治的な自律性、提携の多様性（associational diversity）をサポートするための市場機構の選択的な利用を含む、民主主義的な提携にとっての国家的サポートの必要性を強調したうえで、著作権が本質的には、市民社会の民主的な特徴を強調するために市場制度を使う政府の手段であることを強化するものであると論じる。著作物の市場を支えるために、著作権は創造的機能と構造的機能という 2 つの民主主義を強化する機能に奉仕するべきであり^{*49}、一般大衆の教育、自力的な

*48 Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996).

*49 創造的機能（production function）とは、創作的表現のためのインセンティブの付与であり、政治的、社会的、美術的な事柄にわたる広範な分野に関して、オリジナルの表現の創作や拡布にインセンティブを与えることで、市民社会における民主主義を促進するという著作権の機能である。多くの創作物は、明白なイデオロギー的メッセージが表出していなくても、政治的、社会的含意を有しており、大衆文化における著作物も、同様である。さらに、純粋美術あるいは娯楽的著作物の自主的な創造、批判的解釈、変容的利用は、参加的文化をサポートするのに役立つとする。

構造的機能（structural function）とは、補助金・特権階級の支援・文化的序列に頼らない創作的活動の支援であり、市場を基礎とする著者と出版者の活動分野をサポートすることによって、表現の内容に干

著述、しっかりとしたディベートを促進することによって我々の民主主義的な制度を強化することについての公益の核心の理解へ著作権を向け直すべきであると論じる。

b) Elkin-Koren の民主主義アプローチ

Elkin-Koren の議論においても、インターネットを介した情報のやりとりに焦点を当てつつ、民主主義の重要性が強調されている^{*50}

サイバースペースは、知識の生産や拡布を変化させる可能性や、社会や文化構造を変化させる可能性を有しており、情報へのアクセス可能性を強めることでより分散化された非階層的な社会的対話を容易にしうるが、一方で、集権化され厳密にモニターされる排他的な社会的対話の構造をサポートすることもある。したがって、サイバースペースにおける情報の流通を規定する法である著作権法は、民主主義原理により基礎づけられるべきであり、非集権化に寄与し知識の生産における参加を促進するように修正されるべきであるとする。

さらに、フェア・ユース理論については、著作権法の下で公衆のアクセスを促進する最も重要な方法の 1 つであると述べている。著作物の電子的な配布によってライセンスの利用可能性が高まることをフェア・ユースの分析においていかに考えるべきかについて、市場の失敗によるアプローチに言及し、ライセンスが不可能か禁止的に高価であるときにフェア・ユースを肯定する、という基準としてのみ用いられるべきであるとしている。著作権者がライセンスを与える権利を有しているということは、ライセンスを完全に否定する権利を持つということでもあるから、著作権が経済的・政治的権力を維持することを目的としてライセンスを拒絶したり、生産者と消費者を明確に区別するような集権的な情報の流通構造を維持しようとするおそれがあるとして、社会的対話や政治的参加の視点から、その危険性を指摘している。

② ユートピアン・ビジョン

Fisher は、1988 年に公表した論文において、これまでの裁判例によるフェア・ユースの判断要素が様々な異なる規範的基礎に基づくものであることが混乱をもたらしているとの懸念から、現在の社会をより魅力ある公正な社会へ導くためのユートピアン・ビジョンを提示し、それを導くためにフェア・ユースの再構成をするべきであると主張した^{*51}。

渉するであろう政府の行政官やパトロンからの独立に資する役割を著作権が果たすとする。そのことにより、市民社会における公の論議の民主的性質が維持される。また、それだけではなく、文化的著作物への権利者のコントロールに制限を課すことでも、表現の多元性や多様性を高めるだろう。民主的な著作権は、変容の利用に対する著作権者のコントロールを制限し、それによって、少なくともある程度は、公衆の議論におけるメディアの集団的な支配力をゆるめることに寄与すると論じられている (*Id.* at 352-363)。

*50 Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: a Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT L.J. 215 (1996).

*51 William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1661 (1988). Fisher は、

Fisher がいうには、「良き生 (the good life)」とは、自己決定、コミットメント、適度の危険、意味のある仕事の生であり、そのような人生を可能な限り完全に実現することを社会のメンバーに可能あるいは奨励するように資源を配分する社会が、ユートピア社会であるとする。そして、現在の裁判所に対する批判と経済的アプローチの議論から、ユートピアン・ビジョンの達成に向けたフェア・ユースのケースを判断するための実際的な手法を提案している。

そこにおいて Fisher は、まず、著作権者に権利を留保し金銭的インセンティブを与えることで保護される利益が、それに伴う独占的損失の最大値を上回る利用を公正 (fair)、それを下回る利用を不公正 (unfair) とすべきとする。その際、このような経済的分析によって促進される現在の消費者の嗜好の満足を最大化することを目指すだけでなく、「良き生」のための目的を認識すべきであり、特に、能動的な活動を促進するための変容的利用 (transformative uses)、教育の促進 (education)、多様性の促進 (diversity)、創作者が修正しようと考えている著作物の無許諾の利用からの保護 (protecting the creative process)、知的創作物へのアクセスの平等化 (equalizing public access) といった事柄を考慮すべきであるとする。

(4) 実証的研究

1978年から2005年までに判例集に掲載された裁判所の意見を統計的に分析した Beebe によるフェア・ユースの実証的研究では、フェア・ユースに関する興味深いデータが示されるとともに、107条の4要素や副次的要素がフェア・ユース適用の結論に与える影響の検証などが行われている^{*52}。

① 裁判所による各要素の判断における誘導の有無

フェア・ユースの4要素の判断において、裁判所は、フェア・ユースか否かの結論を最初に出し、それから4要素の各判断をその結論に適合するように調整しているという主張

Sony 事件 (Sony, 464 U.S. 417) 及び Harper&Row 事件 (Harper&Row, 471 U.S.) における最高裁判決が、将来の論争を統制するようなルールを定める努力を怠り、フェア・ユースの判断において市場への影響を重視したことを批判する。Fisher が述べるには、この2つの判決が考慮要素として重要なものから順に、「潜在的市場」への実質的な影響、利用の商業性／非商業性、出版の有無、量的質的な利用態様、礼儀正しさや慣習であるが、それらの規範的基礎はそれぞれに異なるものであり、このような理論の混乱が、創作者や利用者の権利の確定とそれにあわせて行動する能力を弱めるとともに、現代のモラルと政治的対話の沈滞と不確定さを悪化させていると批判している。このような問題意識から、Fisher は、著作権法の目的が資源の効率的配分であるとして、経済学的な分析ツールを用いながら、よき人生やよき社会という理想の方向に向けてフェア・ユース理論が修正されるべきであると論じる。なお、このような提案に対するモラル懐疑論者らによる批判を予測しながらも、Fisher は、理想のために理論を展開させる試みの有用性から、このビジョンが修正されながら発展していくことへの期待を示した。

*52 Beebe・前掲注(18)

がなされることがある。Nimmer はこのような立場から、4 要素が分析を支配するのではなく、結論を支持するための道具として使われているとし、さらに経験的な事実として、4 つのうち 3 つの要素がその結論を支持するよう判断されているとも述べた^{*53}。このような理解は、Sony 事件^{*54}や Harper&Row 事件^{*55}において、各審級、及び賛成意見や反対意見の中の各要素それぞれの判断が全く異なっていたことに基づいているようである。

しかし、それ以外の裁判例についてのデータの分析からは、伝統的な理解やいくつかの代表的な判例に反し、一般的に、判事は個別の要素の適用テストを誘導してはいないということが示されている。

Beebe は、裁判所の意見におけるフェア・ユースの結論と各要素の判断の差分を数値化して度数分布図としてまとめ、以下のような考察を示している。フェア・ユースを肯定した意見において、4 要素全てがフェア・ユースを支持すると判断した割合はわずかである。フェア・ユースを全面的に否定した意見においては、4 要素全てがフェア・ユースを否定すると判断した意見の割合が高まるが、安易なフェア・ユースの主張がどのくらいなされているかは不明であり、結論の後付けとしての理由で各要素を判断しているといえるほど、その割合は高くない。むしろ、フェア・ユースを否定した意見の多くは、少なくとも一つの要素、そしてしばしば複数の要素が、総合的な結論を支持しないことを自ら認めている。さらに、地裁意見が控裁で覆る場合にも、誘導値は高くなく、総合結果に合わせて個別要素の判断を調整しているとはいえない。

そして、このような誘導を防いでいるのは、具体的で操作の対象になりにくい、四要素における副次的要素（例えば、第 1 の要素のもとでの商業性、変容性など）の存在であるのではないかと推測している^{*56}。

② 各要素の分析

裁判所によるフェア・ユースの適用について、Beebe は、1980 年代以降、特に Harper&Row 事件の最高裁判決^{*57}を契機として、4 要素は非常にレトリック的、機械的に解釈されるようになったと分析している。各要素がどちらの当事者を有利にするかを明確に述べるレトリック的慣行は、全体の 59.5%採用されている。また、4 要素以外の追加的な要素を考慮した判決は、わずか 17.0%であった^{*58}。

4 要素の分析からは、第 1 要素と第 4 要素が総合的なテストの適用結果に大きな影響を与えており、特定の副次的要素も大きな影響力を持っているということが示されている。例えば、原告作品が事実に基づくものである場合や、被告の利用が非商業目的である場合に、

*53 David Nimmer, Public Domain: "Fairest of Them All" and Other Fairy Tales of Fair Use, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 263 (2003).

*54 Sony, 464 U.S. 417

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

*56 Beebe・前掲注(18)21号164-169頁

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

*58 Beebe・前掲注(18)21号132-136頁

フェア・ユースが認められる可能性が高い。

また、下級審裁判所は、最高裁の代表的判例に必ずしも従っているわけではなく、このような傾向は、最高裁が最高裁自身の過去のフェア・ユースに関する意見の誤りを明確に訂正せず、再解釈することで修正を試みたことから生じているとしている。このことから、代表的判例からのフェア・ユース判例法へのアプローチは、裁判所において実際に適用されているフェア・ユースの原則を正確には説明できていないということが、結論として示されている。

a) 第1の要素（使用の目的と性質）

第1の要素がフェア・ユースを否定していると判定した意見の95.3%が、最終的にフェア・ユースを否定しており、この要素がフェア・ユースを肯定していると判定した意見の90.2%が、フェア・ユースを認定していることから、第1の要素と総合的なフェア・ユースの結論との強い関連性が示されている。

そして、第1の要素と関連する副次的要素を裁判所がどのように考察したかを検証しており、まず、「商業性 (Commerciality)」(当該使用が商業的か、非商業的か)については、被告の使用の目的が商業的であるという判定は(意見の64.4%)、フェア・ユースを否定する結論を支持するのに大きな影響を及ぼしていない一方、非商業的な目的の場合(意見の15.4%)は、フェア・ユースを認定する結論に大きな影響を与えていると示している。

また、Leval 論文^{*59}や Campbell 判決^{*60}によって重要性が強調されてきた「変容性 (Transformativeness)」については、Campbell 判決以降の119件の意見のうち、41.2%がこの原則に全く触れていないことから、一般に理解されているほどその影響力は大きくないと分析している。しかし、変容性が認定された判決においては、41件中27件でフェア・ユースを認めており、また、商業的利用とされても変容性が認められればフェア・ユースの勝率が94.9%まで上がるというデータを示していることから、変容性がフェア・ユースの判断に十分な影響力を持っているという指摘もなされている。

他方で、被告の行為の「不誠実 (Bad Faith)」あるいは「適切性 (propriety)」、「公正 (fairness)」といったことを考慮すべきであるとの見解もあるものの、データによると、フェア・ユースについての判例においては重要な役割を果たしていないことが示されている。不誠実さが認められるケースでは、フェア・ユースも否定される傾向が高いが、他の考慮要素に基づいてすでに決定された結論を支持するための追加的考慮要素として機能しているに過ぎない。また、利用が107条の前文に掲げられている「批評、解説、ニュース報道、教授(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」を目的とするものである場合も、フェア・ユースの判断の結果に重要な影響を与えないということ

*59 Leval, *supra* note 21

*60 Campbell, 510 U.S. 569

も示されている^{*61}。

b) 第2の要素（著作物の性質）

第2の要素のテスト結果は、フェア・ユースの総合判定には、通常大きな影響を与えていない。しかし、原告の作品についての創作的著作物／事実的著作物という判断、あるいは公表／未公表の考慮要素が、重大な影響を与えているということが示されている。公表作品を商業目的で使用した場合、創造的な性質と判断されるとフェア・ユースが認められる確率は35.5%であるのに対し、事実に関連した性質と判断されると80.3%に上がると推測されている。また、原告著作物が公表されていると認定した42件において、69.1%がフェア・ユースを認定し、このうちこの事実がフェア・ユースを支持するとした36件においては、77.8%でフェア・ユースが認定された。したがって、下級審裁判所は、未公表著作物のフェア・ユースの成立に否定的なHarper&Row事件最高裁判決^{*62}の説示を逆にとらえ、作品が公表済であるとの判定がフェア・ユースを支持するように考慮されているという見解が述べられている^{*63}。

c) 第3の要素（使用された量と実質）

一般的に、著作物全体がコピーされた場合には、フェア・ユースの成立が認められにくいと考えられているのに対し、実際は、そのような場合でも27.3%の割合でフェア・ユースが認められているというデータが示されている。また、第1と第4の要素が結論に大きな影響力をもつとしても、第3の要素を過小評価することはできず、著作物全体の利用、あるいは著作物の核心的部分の使用がなされた場合、フェア・ユースの成立（あるいは総合的なテストとしての第4の要素の判断）に否定的な影響を与えるということが示唆されている^{*64}。

d) 第4の要素（市場への影響）

Harper&Row事件において最高裁判所は、第4の要素が最も重要な要素であることを明示した^{*65}。その後のCampbell判決^{*66}による修正の試みもあったものの、最高裁の説示にかかわらず、一般的に、第4の要素の分析は、フェア・ユースの成否の結論に大きな影響力を持っていると考えられてきた。実際、第4の要素の判定と、フェア・ユースの成否の結論には相関関係があり、第4の要素がフェア・ユースを否定した141件の意見のうち、140件がフェア・ユースを認めず、第4の要素がフェア・ユースを支持すると判定した116件の意

*61 Beebe・前掲注(18)22号167-183頁

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

*63 Beebe・前掲注(18)22号183-189頁

*64 Beebe・前掲注(18)22号189-191頁

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

*66 *Campbell*, 510 U.S. 569

見のうち、6件以外はフェア・ユースを認定したというデータが示されている。

しかし、それは逆に、第4の要素が本質的には、他の3要素の分析を統合して総合的な結論に到達するためのメタ要素であるにすぎないという分析が示されている。すなわち、第4要素は、フェア・ユース・テストの全てであり、それゆえ何ものでもなく、独立した変数としての機能は果たさないということである。また、第4の要素の統合的で決定的な性質が、それ自体としては副次的要素をなにも展開させなかった理由かもしれないとも述べられている^{*67}。

(5) 制度論・政策学的視点からみたフェア・ユースの意義

米国内のフェア・ユースについての議論というわけではないが、フェア・ユースという著作権制限規定の一般規定の意義を考えるうえで、制度的・政策学的視点からの議論も重要であると思われるため、最後に紹介しておく。

① 制度論的観点

制度論的観点からは、市場、政治プロセス（立法府や行政機関）、裁判所を、著作権に関する法や政策の分野における相互に代替的な決定プロセスであると認識したうえで、多様な利害関係者がこうしたプロセスに参加する方式を比較した上で制度選択や制度設計を行うことの重要性が強調される。

制度選択論に従うと、決定プロセスに巻き込まれている利益はどのようなものであるかといった点や、他の代替的な選択肢である決定の場において代表される異なる利益として潜在的にはどのようなものがあるかという点が、著作権の分析において重要になってくるとされる。すなわち、権利者と利用者の利益のバランスをとるというだけではなく、このバランスをもたらすために最善の耐性を備えた制度的な決定プロセスをいかにして選択するかということに焦点が当てられることとなる^{*68}。

② 一般規定の意義

この観点から見た場合、著作権の制限規定を限定列举として明確に特定することは、裁判所の解釈への依存度を少なくし、法的な安定性と予測可能性が高められる一方で、立法

*67 Beebe・前掲注(18)22号191-196頁

*68 ANTONINA BAKARDJIEVA ENGELBREKT（田村善之・訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター、利益、利害関係と参加のロジック(1)、(2)」知的財産法政策学研究22号31-54頁、23号掲載予定
<<http://www.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/workshops/ENGELBREKT1.pdf>>、
<<http://www.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/workshops/ENGELBREKT2.pdf>>（Engelbrekt, Antonina Bakardjieva, Copyright from an Institutional Perspective: Actors, Interests, Stakes and the Logic of Participation. Review of Economic Research on Copyright Issues, Vol. 4, No. 2, pp. 65-97, 2007. <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1144289>>）

プロセスの場において、その内容が決定されることを意味する。しかし、立法プロセスは一般に利益集団政治の影響を受けやすく、さらに、具体的な内容の検討においては攻撃目標が明確化されるため、定められようとする個別的なルールに対して、権利者側に有利な方向に定めようとする圧力を誘うおそれがある^{*69}。

他方で、著作権の制限規定をフェア・ユースのような一般規定として定めることは、決定プロセスを立法から司法の場へ移すこととなる。この場合、立法の場では、抽象的な規定として明確な攻撃目標にならずに合意を取り付け、その内容の判断はロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねることも可能となる。これにより、立法過程において反映されにくい層の利益（利用者等の拡散的な利益）を司法の場において汲み取り、立法のゆがみを是正する機能が期待できる^{*70}。

このように、著作権の制限規定をどのような形で定めることが望ましいかを考えるにあたっては、著作権制限規定の内容やその範囲の明確性に関する議論とは別に、こうした重大な問題についてどの制度（決定プロセス）での判断がなされるべきかに注意が払われるべきという指摘があることにも、留意する必要があると考えられる。

（第Ⅱ章 2.執筆者：村井麻衣子）

*69 ENGELBREKT は、Posner によるフェア・ユース類型化を指向する提案について、制度論的観点からの問題を次のように指摘している。Posner は、フェア・ユース理論が曖昧であり、予測可能性を欠くという欠点から、「典型的アプローチ」と名付ける方策、すなわち、制定法上の例外を明確に特定し、もって裁判所の解釈への依存度を大きく減らすことで法的な安定性と予測可能性を高める方策を提唱した（Richard A. Posner, "Eldred and Fair Use," *The Economists' Voice*: Vol. 1 : Iss. 1, Article 3. (2004) <<http://www.bepress.com/ev/vol1/iss1/art3>>; William F. Patry, Richard A. Posner, *Fair Use and Statutory Reform in the Wake of Eldred*, 92 *Calif. L. Rev.* 1639 (2004). 4(2)注(12)も参照)。しかしながら、この提案は、間接的ながら決定のバランスを立法プロセスに移したほうがよいと認めていることになり、ここで Posner がここで見逃していることは、典型的なフェア・ユースによる例外を定式化する試みはそれが何であれ、利益集団政治に対するくびきを外し、別の不完全な解をもたらすことになりかねないということなのである（ENGELBREKT・前掲注(68)）。

*70 田村善之「競争政策と『民法』」NBL863号(2007年)81-93頁、田村善之「特許制度をめぐる法と政策」ジュリスト1339号(2007年)124-128頁、田村善之「著作権をめぐる法と政策」企業と法創造5巻3号(2009年)6-11頁、田村善之「デジタル化時代の著作権制度－著作権をめぐる法と政策－」知的財産法政策学研究(2009年6月発行予定)、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号(2008年)100-101頁

3. 米国フェア・ユース関連判決について

(1) 検討の概要

この節では、最近のフェア・ユース関連判決について紹介すると共に、若干の検討を行うこととしたい。

①フェア・ユースは、元来、制定法によって認められたものではなくて、判例によって認められ、判例法理として発展してきたものである。1976年法では、107条にフェア・ユースが法定されたが、それはあくまでも確認的な規定とされ、判例法としてのフェア・ユースの性格を変更するものではなく、その内容を（拡大する意味でも、縮小する意味でも）変更するものではない旨の立法者意思が明らかにされている¹。したがって、107条の規定の意味するところを知るためには、実際の判決を見ていくことが必要となる。

②フェア・ユースに関する判決を見ていく上で、留意しなければならないのは、Harper & Row事件最判も指摘するように、フェア・ユースについては、明確な線引きができるようなルール（bright-line rules）は存在しないとされ、ケース・バイ・ケースでの判断（case-by-case analysis）が求められている点である。したがって、個々の判決については、それぞれの事実関係を踏まえて、個別具体的に理解していくことが求められる。

そこで今回は、検討対象とした判決34件（最高裁判決4件、控訴裁判決30件。対象判決の詳細は後述する）について、フェア・ユースに関連する部分をできる限り詳しく紹介することとした。事実関係は要約したが、ポイントと思われる部分については、直訳に近い形を目指した。もっとも、却ってそれでは理解しがたい部分等は、意識や要約を行ったところもある。

③なお、控訴裁の判決を紹介する際には、最高裁判決を引用している部分について、どの最高裁判決を引用しているかだけでなく、具体的にどの部分を引用しているかまで明示するよう努めた。そのため、頻繁に引用されている部分を特定することが一定程度可能となっている。この結果、裁判所がフェア・ユースを解す際の傾向の一端——もちろん、判決34件の分析からという限定付きではあるものの——が浮かび上がってくるのではないかと考えている。

④判例分析の一般的なアプローチは、最高裁判決等のように先例として影響力があるだろ

¹ H.R. Rep. No. 94-1476, p.66 (1976) 参照。

う判決から、分析者が、重要と考える判示部分を取り上げ、それについて分析するという形になる。Beebe 教授の言葉を借りれば、いつも疑われる人 (Usual Suspects) アプローチである²。

ただ、そもそも、判例法 (Case Law) というのは、後続する判決が先行する判決を引用・参照する中で醸成されていくものである。如何に重要そうに見える判決・判示であっても、それが後続する判決によって全く引用も参照もされなければ、それは判例法を構成しているとは言えないだろう。また、矛盾したり、ニュアンスの違う先例が存在する場合、そのいずれが「有効な」判例法なのかは、後続する判決によって、どちらが引用・参照されているかにかかってくる³。

そこで今回は、個々のポイントで、どの最高裁判決のどの部分を引用しているかを示し、頻繁に引用されている部分を特定することを試みた⁴。通常のアプローチとは逆になるが、フェア・ユース解釈の実際の傾向を知る上では有用と考える⁵。

⑤なお、当初は、上記のようなアプローチで 34 判決をできるだけ客観的に紹介することが今回の調査の主眼であると考え、筆者による分析結果は不要ではないかと考えていた。ただ、個別の判決は、全文訳ではなくて、ポイントをまとめたものを紹介する形となっている。当然、どこをポイントとするかについては筆者の主観的な法律理解が反映されてしまう。逆に言えば、筆者がポイントと思わなかった部分については、そこで先例を引用して

2 Barton Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, 156 U. Pa. L. Rev 549 (2008) at. 553 (なお、城所岩生教授の邦訳がある：知的財産法政策学研究 21 号(2008)117 頁以下および同 22 号(2008)163 頁以下。)

3 Beebe・前掲注 2) 596～597 頁 (邦訳 22 号 166～167 頁) には、最高裁は、本来なら明示的に廃止等すべき先例を廃止せずに、下級審が誤読したとして、再構成する (新しい解釈を示す) 傾向にある点が指摘されている。そのため、最高裁の真意を汲み取る努力をしないと、一見する限りは、矛盾したり、ニュアンスが違ったりする先例が、複数存在する事態が登場してしまう。この結果、後続する判決の中には——本来最高裁が意図した通りに、古い (そして誤った) 先例を廃したものとして扱わず——矛盾する先例から都合の良い方を選んだり、何とか整合するように読む努力をしたりすることとなる。今回検討対象とした裁判例でも見られる状況である。

4 今回のアプローチは、元々は、Beebe 教授のアプローチ (実証的研究アプローチ) に着想を得たものである。ただ、Beebe 教授のアプローチの場合は、最高裁判決のポイントを予めリストアップし、個々の判決がそのポイントを言及しているかどうかを MS-Excel のスプレッドシート上にコード化して統計処理を行っている。一方、この節で採用したアプローチは、個々の判決中でポイントと思われる部分で最高裁判決のどの部分を引用しているかに注目し、最高裁判決中で頻繁に引用されているところを特定することとしている。今回のアプローチと Beebe 教授のアプローチでは、最高裁判決中の重要な部分を特定する手法が異なる。(もちろん、これ以外にも、対象判決が Campbell 事件最判以降の控訴裁判決に限られている点、対象とした判決の数が 1 桁少ない点、また統計的な分析ではなくて、個別の判決で先例がどのように引用されているかを紹介することに主眼を置いている点なども相違する。)

なお、本稿では、Beebe 教授の論文の指摘と本稿での分析結果とを比較することは、基本的には行わない。分析の母集団が 306 対 34 では、全く意味がないからである。むしろ同教授の指摘するところが、実際の判決でどのようになっているのか、その一端を知るツールとして本稿を位置付けて頂きたい。

5 この点に関連して、「この経験的先例に何らかの敬意を払う価値があるとしたら、また、それが何らかの規範力を持つとしたら、それがより高い裁判所が出したものだからではなく、フェア・ユースの原則を適用した大部分の判事達が、適切な行為であるとみなすものを代表しているからである。」(Beebe・前掲注 2) 622 頁 (邦訳 22 号 197 頁) 引用部は邦訳より。

いても、今回の調査で紹介されることはない。また、直接的な引用部分のみを対象とする⁶、という手法の影響もあろう。

結局、Usual Suspects アプローチとは異なる形ではあるが、分析者（筆者）の主観的法律理解というバイアスが影響してくることは免れない。そこで、34 判決の検討を通じて、筆者がどのような傾向を感じ取ったかを、(3) に「フェア・ユース判決のベースライン」、(4) に「利用形態毎の注目点」の形で明らかにすることとした。それを理解頂いた上で、読者各自でそのバイアスを割り引き（必要に応じて原文にあたって頂くことも含めて⁷）、個々の判決を検討頂ければと考える次第である。

⑥最後に、本節では、個々の判決の結果を比較検討することはしていない。既に述べたように、フェア・ユースはケース・バイ・ケース判断であることが強調され、裁判所がカテゴリーカルなアプローチを嫌っていることを踏まえれば、共通類似する利用形態について扱った判決の結果を比較検討しても得るところは少ないと思われるからである。

結果ではなく、そこに至るまでにどのような論理が採用されたかに注目するとともに、その過程で、どの最高裁判決のどの部分に依拠したかを紹介することに焦点を当てた。

(2) 検討の対象・方法

以上のような意図の下、具体的には次のような形で検討することとした。

①検討対象とした判決の内訳を説明したい。

まず、最高裁判決として、1976 年法制定後フェア・ユースについて詳しく論じたものとして知られる Sony 事件、Harper & Row 事件、Stewart 事件、Campbell 事件の 4 つを取り上げた。

次に、下級審判決であるが、Campbell 事件最高裁判決以降の控訴裁レベルの判決から取り上げることとした。Campbell 事件最高裁判決以降に限ったのは、フェア・ユース解釈の現状を知る上では、4 つの最高裁判決を全て考慮した上で起草された判決であることが重要と考えたためである。控訴裁レベルの判決に限ったのは、当該巡回区における先例とされるため、影響力が大きいと思われるためである。

6 先例への依拠の仕方としては、引用（” ”）と参照（See 等）の 2 種類がある。本節では原則として引用のみ扱い、基本的に参照は取り上げていない。参照部分には、直接関係するかどうか評価が分かれるものがあったり、指定されたページのどの部分か特定が難しいものがあったりすることが理由である。ただし、字句の入れ替え程度で、ほとんど引用と等しいと特定できる場合は、参照についても取り上げた。

7 筆者の能力の問題で、翻訳上の誤謬は避けられないと自覚している。そのため、意味の通らない部分は、原文に当たって頂きたい。

以上の方針のもとに、データベースを検索し⁸、全部で 106 件の判決をリストアップした。その後、それらの判決全てを一瞥し、フェア・ユースについて詳しく判断している判決か否かでスクリーニングを行い、43 件をピックアップした。巡回区毎に事件数を記すと以下の通りである。

第 1 巡回区	1 件
第 2 巡回区	11 件 ⁹
第 3 巡回区	1 件
第 4 巡回区	2 件
第 5 巡回区	2 件
第 6 巡回区	3 件
第 7 巡回区	3 件
第 8 巡回区	1 件
第 9 巡回区	16 件
第 10 巡回区	0 件
第 11 巡回区	2 件
連邦控訴裁判所	1 件

時間の問題もあり、今回は、第 2 巡回区と第 9 巡回区の判決から作業に取りかかった。両巡回区を選んだのは、事件数が多いことと、両巡回区の判決は、当該巡回区だけでなく、他の巡回区からも引用・参照されるなど、影響力が大きい旨指摘されているからである¹⁰。具体的には、第 2 巡回区に関しては 11 件全て¹¹、第 9 巡回区に関しては（事案が類似しているため省略した 1 件を除く）15 件を検討した。また、時間の許す限りということで、第 1 巡回区 1 件、第 3 巡回区 1 件、第 4 巡回区 1 件、第 5 巡回区 1 件の計 4 件も検討したため、全部で 30 件となっている。

本来なら、上記 43 件全てを対象とできれば良かったのだが、筆者の能力不足から、時間的に全体の 3 分の 2 強しか検討できなかった。ただ、最も事件数の多い、第 2 巡回区と第 9 巡回区については、ほぼ網羅できたため、両巡回区の最近の状況を概観することは可能となったのではないかと考えている。

8 実際には、控訴裁レベルの判決を収録したデータベースを「copyright and “fair use” and 107」という検索式で検索した。期間は、Campbell 事件最高裁判決の翌日（1994 年 3 月 7 日）から 2008 年 12 月 31 日までである。なお、この検索式は、Beebe 教授が判決をリストアップするために使用した検索式に倣った。Beebe・前掲注 2）623 頁（邦訳 22 号 198 頁）参照。

9 厳密に言うとは Sandoval 事件は本来このスクリーニングの段階で落ちていたものである。ただ、Ringgold 事件を理解する上では、de minimis 法理のみで処理した判決が必要と考え、巡回区も同じで、時間的にも近い Sandoval 事件を取り上げることとした。

10 Beebe・前掲注 2）567～568 頁（邦訳 21 号 140～141 頁）参照。

11 Texaco 事件については、村井委員が担当した。

検討対象とした控訴裁判決については、参考資料編『1. 米国フェア・ユース関連判決の検討（個別判決の詳細）』中に一覧表として掲載した。

②個別の判決のまとめ方は次の通りとなっている。

まず、最高裁判決については、「事案の概要」を紹介した後、フェア・ユース判断についてのポイントと思われる部分は、「総論」「第1要素（factor¹²）」「第2要素」「第3要素」「第4要素」「総合評価」の各項目に分けて整理した。先述のように、事実関係は要約したが、ポイント部分については、直訳に近い形を目指した。もともと、却ってそれでは理解しがたい部分等は、意識や要約を行ったところもある。ポイント部分で、控訴裁判決によって複数回引用される部分には、下線を付してある。また、下線の冒頭には (A) 等の記号を付し¹³、控訴裁判決での引用に際して分かりやすくした。

次に控訴裁判決については、「事案の概要」、控訴裁判決から読み取れる限りで「地裁判決」の概要、控訴裁判決における「前提となる著作権侵害」に関する判断を紹介した上で、その後は最高裁判決の場合と同様に、フェア・ユース判断についてのポイントと思われる部分を、「総論」「第1要素」「第2要素」「第3要素」「第4要素」「総合評価」の各項目に分けて整理した。ポイント部分について、できる限り直訳に近い形を目指したのは、最高裁判決の場合と同様である。

なお、今回は多数意見のみを検討の対象とし、同意意見、反対意見については検討対象に含めていない¹⁴。

③今回の調査の限界について述べておきたい。

まず、時間の都合で、第2巡回区と第9巡回区が中心となったことがあげられる。ただこの点は、両巡回区の影響力の大きさで、ある程度はカバーできるものと思われる¹⁵。

次に、(1) ⑤でも述べたように、一見客観的でありつつ、実際には筆者の主観（バイアス）の影響を多分に受けている点があげられよう。なお、この筆者のバイアスの問題については、先述のように、(3) および (4) に示した筆者の分析を踏まえて、各自で修正頂きたい。

最後に、そして最も重要な問題であるが、対象判決を時間と裁判所のレベルで絞った副作用として、従来フェア・ユースが認められてきた利用形態の内、一部しか対象とできていない点が指摘できよう。今回、取り上げた判決を見て頂ければ分かるが、パロディと引用をあわせれば、全体の3分の1の件数を占めるように、利用形態のバリエーションが乏しいのは事実である。ただ、Campbell 事件最判以前にフェア・ユースが認められた利用形

12 “factor”については、差しあたり「要素」と訳している。

13 一部に、記号の欠番、順序の入れ替わり等があるが、作業の都合によるものであり、ご了承頂きたい。

14 最高裁判決について言えば、今回のまとめの中では、Dr. Seuss 事件判決だけが Campbell 事件最判の同意意見を引用している。

15 Beebe・前掲注2) 567～568頁（邦訳140～141頁）参照。

態について言えば、同事件最判以前の「先例」が現在も有効かどうかは不確定である。(3)で見るように、Campbell 事件最判は、従来の最高裁判決の論理（もしくは、それらに対する下級審判決の捉え方）を少なからず修正している。そのため、同事件最判以前にフェア・ユースと認められた利用形態について、今改めて裁判が行われた場合、以前の判決のみを先例として判断が下される可能性は低いだろう。むしろ、Campbell 事件最判との整合性が論じられる可能性が高い¹⁶・¹⁷。当然、その過程で先例の見直しや事案の切り分けなどが行われる可能性が考えられる。したがって、先例が今も有効かどうかは、同種の事件が Campbell 事件最判以降に争われない限り不確定要素が残ることになる。その意味では、今回紹介した判決の方が、確実性は高いと言えるだろう。

このように、限界点を一定程度中和する要素も存在するものと考えてはいるが、依然として限界点が存在することになり変わりなく、その旨ご了解頂きたい。

④具体的な判決の内容については、参考資料編に『1. 米国フェア・ユース関連判決の検討（個別判決の詳細）』としてまとめた。

(3) フェア・ユース判決のベースライン

①取り上げた 30 件の裁判例を通してみると、特定の最高裁判決の特定の部分が、頻繁に引用されていることが分かる。そこで、「総論」「第 1 要素」……の順に、各々で顕著に引用されている部分を抜き出して最少限度の変更を加えて再構成し、筆者としてフェア・ユース判断の大きな流れ——ここではベースラインと呼ぶこととする——と考えるものをまとめてみた。なお、下線 [Campbell (α)] 等は、参考資料編の各判決の該当部分に対応している。

I 著作権侵害

(まず、被告の行為または被告の作品が原告の著作権を侵害していることについて、prima facie case が証明できているかを論じる。)

16 Connectix 事件判決 (Sony Computer Entertainment, Inc., v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000) なお、判決名の略称としては、原告名を利用するのが通例であるが、他の事件との区別のため、Connectix 事件と称することとする。) は一つの典型と言って良からう。同判決からは、Campbell 事件最判以前の先例である Sega 事件判決 (Sega Enterprises Ltd., v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992)) と Campbell 事件最判との整合性確保に苦心していることが見て取れよう。

17 もちろん、当事者の争い方次第であるが、先例が自分に不利な側は、通常は Campbell 事件最判を持ち出して、先例の見直しまたは事案の切り分けを求めるであろう。当然、裁判所としては、そのようにして争われる限り、Campbell 事件最判との関係を論じざるを得ない。

(なお、de minimis 法理の適用がある場合、そもそも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。)

II フェア・ユース

(1) 総論

フェア・ユースには明確な線引きができるようなルール (bright-line rules) は存在せず、ケース・バイ・ケースの判断 (case-by-case analysis) が求められる。

法定の4要素については、すべての要素が検討されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである。[Campbell (B)]

(2) 第1要素

著作物の全ての商業的利用は、著作権者に対して帰属する独占的な特権の不正な利用と推定される [Sony (C)]

営利と非営利の区別のポイントは、利用の唯一の動機が金銭的収入か否かではなくて、利用者が、通常の価格を支払うことなく著作物を利用することから利益を得ようかどうかである。[Harper & Row (D)]

(上記の議論を被告作品に当てはめて営利性・商業性について判断する。)

しかし、作品が、商業的または非営利教育目的であることは、作品の目的と性格について問う第1要素の検討において、1つの検討項目に過ぎない。[Campbell (N)]

もし、商業性がフェアであることの認定を否定する上で推定力を持つならば、そのような推定は、ニュース報道、解説、批評、教育、学術、研究のような、107条の前文に説明的に列挙された利用方法のほとんどすべてを飲み込んでしまう。なぜなら、これらの行為は、我が国においては一般に利益を求めて行われる

18 transformative の訳として、「変容力がある」をあてた。transform は、すっかり様子などが変わることなので「変容」をあて、+tive については active 等の例も踏まえて、「力がある」をあてた。

からである。〔Campbell (O)〕

むしろ、この要素の検討の中心は、Story 判事という言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる」か否か〔Campbell (C)〕であり、言葉を換えれば、最初の表現を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative¹⁸)」か、それはどの程度かを問うことである。〔Campbell (D)〕

(上記変容力についての議論を被告作品に当てはめて変容力の有無を判断する。)

新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利となるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は少なくなる。

〔Campbell (F)〕

(上記の議論を踏まえて、商業性と変容力とを総合して、被告作品に関し第 1 要素が有利となるか不利となるかについて判断する。)

(3) 第 2 要素

一定の作品は、他の作品に比べて、著作権が意図する保護の核心により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる。

〔Campbell (Q)〕

(原作品が発行済か、未発行かが考慮されることもある。)

(以上の議論を被告作品に当てはめ、第 2 要素が有利となるか不利となるかについて判断する。)

(4) 第 3 要素

許されるべき複製の程度は、利用の目的と性格によって変化する。〔Campbell (R)〕

(以上の議論を被告作品に当てはめ、第3要素が有利となるか不利となるかについて判断する。)

(5) 第4要素

この最後の要素は、疑いなく、ただ1つの最も重要なフェア・ユースの構成要素である。[Harper & Row (H)]

(Harper & Row のこの部分の引用は、多義的である。判決によっては、そのような性格付けは Campbell によって否定されたとするものもある一方で、その点何ら言及しないものもある。)

この要素の検討は、裁判所に、侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度 [Campbell (V)] だけではなくて、被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品（および派生的作品）の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否か [Campbell (W)] を検討することを求める。

なお、後続の利用が変容力のあるものである場合、市場代替性は、少なくとも、はっきりとはせず、市場の害も容易には推定されない。[Campbell (X)] また、潜在的な派生的利用の市場には、原作品の創作者が一般的に活用し、活用のために他者にライセンスするもののみが含まれる。[Campbell (Z)]

(以上の議論を被告作品に当てはめ、第4要素が有利となるか不利となるかについて判断する。)

(6) 総合評価

(4要素の評価を総合して判断。なお、4要素以外に、公益に関する考慮事項等が存在すれば、それも勘案する。)

このベースラインを中心に、以下簡単な分析を加えたい。

②総論

(i) ベースラインには、[すべての要素が検討されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)] を取り上げた。これは、特定の要素の、いわば「つまみ食い」ができないことを示すと共に、各要素の判断を相互に関連づけて結論を出すことを求めていると言えよう。

そのため、後に見るように、第 1 要素について<著作物の全ての商業的利用は、著作権者に対して帰属する独占的な特権の不正な利用と推定される：Sony (C)>と解すことや、第 4 要素について<この最後の要素は、疑いなく、ただ 1 つの最も重要なフェア・ユースの構成要素である：Harper & Row (H)>と解すことに否定的な態度につながる。

(ii) 関連して、今回見た判決では、若干の例外を除いて、ほとんどが第 1 要素から順に 4 要素を検討している点を指摘しておきたい。法律にも、そして最高裁判決にも検討の順番が明記されているわけではなく、また Campbell (B) の含意するところを勘案すれば、順番にはこだわらなくてもよさそうである。しかしながら、第 1 要素から順にというのが通例となっている¹⁹。

(iii) まとめ方の関係で、下線による特定はできなかったが、フェア・ユースに関して明確な線引きができるようなルールは存在しないこと、ケース・バイ・ケースで検討すべきこと、の 2 点について言及する判決も少なくなかったので、あわせてベースラインに含めた。

③第 1 要素

(i) ベースラインは、商業性について検討するくだり<著作物の全ての商業的利用は、著作権者に対して帰属する独占的な特権の不正な利用と推定される：Sony (C)>から始めた。変容力の有無が第 1 要素における中心的な検討になるとする Campbell 事件最判の判示〔この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる」か否か：Campbell (C)] すなわち〔最初の表現を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)] という指摘を踏まえれば、そちらを先に

¹⁹ 理由は色々と考えられるが、Campbell 事件最判が、変容力の有無を重視し (第 1 要素)、またそれが第 2 要素以下の検討にも関係してくるという論理展開であったため、第 1 要素から順に検討することが (Campbell 事件最判以降は) 合理的であったと、少なくとも言えるだろう。

この点は、順に論じなかった 1 例である Connectix 事件判決を見ても裏付けられよう。同事件の判決を見てもらえば分かるが、同事件判決で裁判所は、Campbell 事件最判以前に、自身が下した類似事案 (Sega 事件判決) と Campbell 事件最判を如何に整合させるかに苦心している。その苦心の一端が、要素の検討順であるように思われる。逆にいえば、検討しやすい順番を裁判所は採用しており、通常は、第 1 要素からの検討が、それに当たるということなのだろう。

することも考えられたが、Sony (C)を先にした方がベースラインとして論理を追いやすいため、このような流れとした。

(ii) 問題の利用が、商業的か否かの判断が難しい場合、その判断基準としては<営利と非営利の区別のポイントは、利用の唯一の動機が金銭的收入か否かではなくて、利用者が、通常の価格を支払うことなく著作物を利用することから利益を得ようかどうかである：Harper & Row (D)>が引用される²⁰。典型は、宗教団体同士が争った事件（Worldwide Church of God 事件判決）であろう。被告が非営利団体であったことから、商業性の意味が論じられることになり、この引用部分の解釈が展開された²¹。関連して (4) ④参照。

(iii) Campbell 事件最判は、同事件の控訴裁が、Sony (C)に重きを置き、商業的であることがフェア・ユース判断において決定的な役割を果たすと解したことを批判する。それが端的に表現されているのが〔作品が、商業的または非営利教育目的であることは、作品の目的と性格について問う第1要素の検討において、1つの検討項目に過ぎない：Campbell (N)〕というくだりであり、それを補完するのが〔商業性がフェアであることの認定を否定する上で推定力を持つならば、そのような推定は、ニュース報道、解説、批評、教育、学術、研究のような、107条の前文に説明的に列挙された利用方法のほとんどすべてを飲み込んでしまう。なぜなら、これらの行為は、我が国においては一般に利益を求めて行われるからである：Campbell (O)〕というくだりである。また、〔新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利となるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は少なくなる：Campbell (F)〕という考え方も商業性の意義を軽くする。

(iv) ベースラインは、商業的だが変容力がある利用の場合を前提とした論理の流れである。例えば Leibovitz 事件判決、Blanch 事件判決、CBS 事件判決²²（ただし、モンタージュ利用の部分）、Mattel 事件判決は、この流れを採用して、商業性は変容力に凌駕され、第1要素は利用者に有利と判断した。

なお、商業性と変容力の2点だけを比較衡量するのではなくて、追加の要素も考慮した上で、第1要素を利用者に有利とした判決もある（例えば Connectix 事件判決は中間的な複製であることと互換製品作成目的であることも考慮し、Kelly 事件判決と Perfect10 事件判決は公益性も考慮している）。被告の行為の適切さ（propriety）を考慮した判決もある（例えば、Nunez 事件判決では、クレジットを付したことおよび合法的に原作品を入手したことが、被告に有利な事情とされている。また、NXIVM 事件判決では、原作品の入手が適切でなか

²⁰ なお Harper & Row (C)では、「非営利の反対としての商業的」としている。

²¹ もっとも、書籍の逐語的完全複製、すなわち無断出版が問題となった事案であったので、商業性について詳しく論じるまでもなく処理できたようにも思われる。

²² Los Angeles News Service et al. v. CBS Broadcasting, Inc. et al. 313 F.3d 1093 (9th Cir. 2002)

ったことは、フェア・ユース認定に不利ではあるとされているが、決定的なものではないとする判断が示されている)。

(v) 商業的でありつつ変容力がない利用の場合については、今回対象とした判決からは3つのパターンが読み取れた。すなわち、(a)変容力がない以上、商業性が重要となってくると明言してフェア・ユースに不利と判断するもの(Davis 事件判決、Dr. Seuss 事件判決、Video Pipeline 事件判決、Nihon Keizai Shimbun 事件判決等)、(b) (a)のように明言はしないが、変容力がないために、商業性の判断がこの要素の結論に影響しフェア・ユースに不利と判断するもの(World Church of God 事件判決、A&M 事件判決、Wall Data 事件判決、Leadsinger 事件判決等)、(c)商業性については認定するものの決定的ではないとして、むしろ変容力がないことを理由にフェア・ユースに不利と判断するもの(Infinity 事件判決、Castle Rock 事件判決等)の3つである²³。

(vi) 商業的利用でない場合については、(4) ④参照。

(vii) Campbell (D)を引用して、変容力に言及する判決は非常に多い。結果論の可能性を留保しつつ指摘するなら、今回検討した判決中、変容力があるとしながらフェア・ユースが認められなかった判決は1例だけである²⁴。

もっとも変容力の有無について全く論じない判決もあった。例えば、Micro Star 事件判決、Bond 事件判決、Veeck 事件判決があげられる^{25・26}。

(viii) どのような利用に変容力があると解されるかは、難しい問題である。裁判例の結果

²³ (a)は特徴的で、Campbell (F)を逆に解したものである。ただ、Campbell (F)は、変容力を持たば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利となる商業性などの要素の重要性は少なくなる、とするが、その逆すなわち、変容力がなければ商業性が重要になる、とまでは言っていない。このことは、Campbell (N)からも明らかだろう。

もっとも、第1要素で考慮される項目は、実質的には、変容力の有無と商業性に限られてくる(今回見た裁判例において、第1要素で考慮された項目を列挙すれば(ア)変容力の有無、(イ)商業性、(ウ)公益、(エ)被告の行為の適切さ、(オ)ライセンスを求めたか否かの5つである。この内、(ウ)以降は、事案の影響を受け、常に検討対象となるとは限らないから、実質的には(ア)と(イ)となる。)ため、変容力がないとなれば、自動的に商業性の判断が、第1要素を決定づけることになる。その意味では、(a)を特別視する必要はないのかもしれない。

(なお、Beebe・前掲注2) 601~602頁(邦訳22号173~174頁)は、Campbell 事件最判にもかかわらず、Sony (C)がしばしば引用されている旨を指摘している。この点、参考までに紹介すれば、今回検討した30件の控訴裁判決中、Sony (C)を引用している判決は、原則として、Campbell (F)を引用しており、商業性と変容力の有無・程度とを比較衡量するというアプローチを採用している。)

²⁴ 例外は、Elvis 事件である。ただ、同事件では、一部に変容力を認めつつ、変容力が存在しない部分もあるとしたので、「変容力がある」利用の事案と捉えて良いかは微妙であろう。

²⁵ 関連して、Beebe・前掲注2) 604~605頁(邦訳22号177頁)参照。

²⁶ もっとも(viii)で見ると、変容力があるとされた場合は、実際には何らかの形で表現そのものに手が加えられていることに照らすと、これらの事件で変容力について論じていても認められた可能性はほとんどないように思われる。

を比較する限り、変容力の有無の判断は、事案依存的で、ケース・バイ・ケースの性格が特に強いように思われる。この点についての注意を改めて喚起した上で、気づいた点を簡単にコメントしておきたい。

まず、変容力があると言えるためには、表現を変容することは必須ではないとする判決がある（Castle Rock 事件判決）。しかし、実際に変容力が認められた事案では、サイズの変更や解像度の変更（Nunez 事件判決、Bill Graham Archives 事件判決、Kelly 事件判決等）などではあっても、何かしらの形で表現そのものに変更が加えられていた。もっとも、媒体の変換（Infinity 事件判決、A&M 事件判決）だけでは変容力があるとは認められていない。一方で、表現に何かしらの変更が加わっていても、原作品の目的や機能と同一の目的や機能を果たしている場合（Ringgold 事件判決、KCAL-TV 事件判決²⁷、Video Pipeline 事件判決、Elvis 事件判決等）は、変容力があるとはされていない。これは、Campbell (D)の直前に〔この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の『目的にとってかわる』か否か：Campbell (C)〕であるという言及があることから読み取れよう。

なお、関連して、Castle Rock 事件判決に、派生的著作物と変容力のある作品との違いについて「著作者の著作権の対象となる派生的著作物は、原作品を新しい体裁のものに変容させるが、そのような作品は、フェア・ユースの認められる作品とは異なり、『変容力』のない目的のために表現を利用する」と説明する部分がある点を紹介しておきたい。若干トートロジーなところもあるが、全体としては、表現の変容だけでは十分でないという、先の分析と合致するだろう。（なお、パロディに関する分析は、(4) ①参照。）

④第2要素

(i) ベースラインには、Campbell 事件最判の〔一定の作品は、他の作品に比べて、著作権が意図する保護の核心により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)〕というくだりを取り上げた。

著作権保護の核心に近い「一定の作品」とは何を意味するかについては、Harper & Row 事件最判の<法は一般に、創作的または創造的な作品よりも、事実的な作品について、世に広めるより強い必要性を認識している：Harper & Row (E)>というくだりが参考になる。

(ii) 今回取り上げた裁判例からは、この要素についての基本的な扱いとして、(a)原告著作物は創作的でありこの要素はフェア・ユースに不利（Ringgold 事件判決、Infinity 事件判決、Micro Star 事件判決等）、(b)創作的でありこの要素はフェア・ユースに不利となるが、重要性は低い（Campbell 事件最判、Leibovitz 事件判決、Dr.Seuss 事件判決、Bill Graham Archives 事件判決、Blanch 事件判決）、(c)原告著作物は、情動的または機能的なものでありこの要素

²⁷ Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9 108 F.3d 1119 (9th Cir. 1997)

はフェア・ユースに有利（KCAL-TV 事件判決、CBS 事件判決等）の3つのパターンが読み取れる。

なお、Campbell 事件最判はこの要素の重要性が低い理由として、被告の利用がパロディであったことをあげているが、パロディでない事件で、②の立場をとる控訴裁判決は、Campbell 事件最判の理由付けを一般化して、変容力のある利用なのでこの要素は重要ではない、とする（Bill Graham Archives 事件判決²⁸）。

(iii) 発行済か未発行かを問題とする判決もいくつか見られる。ただし、第一発行権との関係で未発行であることを重視した Harper & Row 事件最判の後に 107 条が改正されて、他の要素でフェア・ユースとなる場合は、未発行であること自体ではフェア・ユースが否定されなくなった。そのため、未発行故にこの要素がフェア・ユースに不利とする判決は少なかった。NXIVM 事件判決はその数少ない例である。

むしろ、他の点（例：創作的など）で第 2 要素がフェア・ユースに不利と判断されるところを、発行済であることを理由に引き戻そうとする例も見受けられる（KCAL-TV 事件、Kelly 事件判決、Elvis 事件判決、Perfect10 事件判決、Blanch 事件判決等）。Harper & Row 事件最判を逆に解した形と言えよう²⁹。

(iv) 最後に、他とは少し傾向の違う判決を 2 例挙げておきたい。

まず、リバース・エンジニアリングを扱った Connectix 事件判決は、今回見た裁判例の中では例外的に、この要素に重きを置いている。さらに言えば、第 2 要素の判断が他の要素の判断にも影響を及ぼしており、実質的に結論を方向付けている。

Wall Data 事件判決は、この要素において、著作者が原作品に対して行った投資の程度を考慮することを求めており珍しい³⁰。

⑤第 3 要素

(i) ベースラインには、Campbell 事件最判の「許されるべき複製の程度は、利用の目的と性格によって変化する：Campbell (R)」というくだりを取り上げた。これは、結局、必要以上に利用することは認めないという趣旨であるから、全部を複製してもフェア・ユースが認められた Sony 事件最判と、わずか 300 語の複製でもフェア・ユースが否定された Harper & Row 事件最判とも整合性を確保できよう³¹。

²⁸ Castle Rock 事件判決も一般論としては同旨だが、変容力がないので第 2 要素は著作権者有利とした。

²⁹ Harper & Row 事件最判は第一発行権を侵害するような利用は、フェア・ユースになりがたいと言っている [Campbell (J)等] が、発行済みならフェア・ユースになりやすいとまで言っているわけではない。Beebe・前掲注 2) 594 頁 (邦訳 22 号 164 頁) が指摘する「先例意見の反対解釈の皮肉」現象である。

³⁰ コンピュータ・プログラムの事案だったので、通常の著作物の性質分析だけでは、フェア・ユースに有利という結果になるのを慮って、検討項目に加えたようにも思える。ただ、他の要素がフェア・ユース不利なので、ここがフェア・ユースに有利でも結論的には問題なかったのではないだろうか。

³¹ 前掲注 3) でも触れたように、最高裁は以前の判決を廃するよりも解釈し直す傾向にあるため、Campbell

(ii) 条文は、利用された著作物全体との関係で、利用された部分の量と実質性を評価することを求めるため、利用した作品（すなわち侵害と主張されている作品）に占める分量が少ないことは問題にならない。この点は、Harper & Row 事件最判で「侵害している作品に関して実質的でないから」ということだけで、取り込みは免責されない：Harper & Row (F) 旨が明確にされている。

ただ同時に Harper & Row 事件最判は、「侵害作品の実質的な部分が逐語的に複製されたものだ」という事実は、原作者と剽窃者（他人の著作権のある表現を販売することで利益を得ようとする者）の双方にとって、複製された素材が質的な価値を有することの証拠である：Harper & Row (G) とも指摘するため、これに依拠して、侵害作品中に占める分量が多い場合には、価値があるから取り込んだと評価でき、結果フェア・ユースに不利と判断する裁判例がある（KCAL-TV 事件判決、World Church of God 事件判決）。

また、Harper & Row 事件最判で、300 語の取り込みでもそれが原作品の核心部分であることを理由に問題とされたことを踏まえ、Ringgold 事件判決、Infinity 事件判決、NXIVM 事件判決等のように、量だけでなく質も勘案して判断する旨を明言している判決もある。

(iii) なお、Ringgold 事件判決は、de minimis 法理の検討と第 3 要素の検討とは違うことを指摘している。また、Castle Rock 事件判決は、実質的類似性と第 3 要素の検討は別であることを指摘している³²。

⑥第 4 要素

(i) 第 4 要素に関しては、Harper & Row 事件最判が「この最後の要素は、疑いなく、ただ 1 つの最も重要なフェア・ユースの構成要素である：Harper & Row (H)」と述べて、最重要視したが、Campbell 事件最判の「すべての要素が検討されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)」というくだりによって否定されたように解しうる。実際第 2 巡回区の判決には、その旨を指摘するものも存在する（Texaco 事件判決、Leibovitz 事件判決、Castle Rock 事件判決は明言する。なお、Infinity 事件判決および Davis 事件判決も基本的に同旨）。一方、そのような指摘がなく、Harper & Row (H) だけを引用する判決もある（Elvis 事件判決と Bond 事件判決）。

(ii) ベースラインは、基本的に Campbell 事件最判の流れを踏まえたものとした。具体的には、この要素の検討に際しては、「侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じ

(Q)が、Sony 事件最判とも、Harper & Row 事件最判とも矛盾しないのは、ある意味自然なことと言えるだろう。

³² de minimis 法理と実質的類似性とを同一に解して良いかは議論もあろうから一旦横に置くとしても、フェア・ユースは積極的抗弁であるから、前提としての著作権侵害の有無を論じる de minimis 法理の検討や、実質的類似性の検討を、第 3 要素の検討と一緒にできないことは論理的な帰結であろう。

た市場の害の程度：Campbell (V)] だけではなくて、[被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品（および派生的作品）の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否か：Campbell (W)] を検討する必要があるとした。また、[後続の利用が変容力のあるものである場合、市場代替性は、少なくとも、はっきりとはせず、市場の害も容易には推定されない：Campbell (X)] また[潜在的な派生的利用の市場には、原作品の創作者が一般的に活用し、活用のために他者にライセンスするもののみが含まれる：Campbell (Z)] も取り上げた。

4つの関係であるが、基本原則は Campbell (V)(W)である。その上で、問題の利用に変容力がある場合には、代替性と市場への害を認めるためのハードルがあがる [Campbell (X)] ため第4要素は利用者有利となっていく（例えば CBS 事件判決、Kelly 事件判決）。また、Campbell (Z)は派生的市場の概念を補足する形で機能する（Ringgold 事件判決、Castle Rock 事件判決、Mattel 事件判決等）。

(iii) なお、市場への害、悪影響という概念は射程が広いため、[痛烈な演劇評のような、致命的なパロディが原作品に対する需要を葬り去ってしまうとしても、それは著作権法の下で認識可能な害ではない：Campbell (Y)] を引用して、問題は市場を奪うことである旨を強調する判決がある（Davis 事件判決等）。

(iv) いわゆる「Sony の推定³³」<もし、意図された利用が商業的な利益目的なら、そのような（筆者注：市場の害の）可能性は推定されるだろう：Sony (E)>は、Campbell (X)によって部分的に——すなわち、後続の利用に変容力がある場合に——否定されたが³⁴、「先例意見の反対解釈の皮肉」現象の結果、後続の利用に変容力がない場合、依然として「Sony の推定」を有効として推定を行う判決が存在する（KCAL-TV 事件判決、A&M 事件判決、Elvis 事件判決、Leadsinger 事件判決）。Leadsinger 事件判決に至っては、「我々はこの推定を適用するのを過去ためらってこなかった」としている。

なお、Elvis 事件判決は、Harper & Row (H)、Campbell (V)、Campbell (W)、Campbell (X)、Sony (E)と全てを引用し、それぞれを検討した上で、第4要素についての答えを出すという興味深い構造になっている³⁵。

⑦その他の検討事項

ライセンスを申し込んだこと、逆にライセンスを申し込んで断られたことの評価に触れた裁判例が3例あるが、そのうち2例（KCAL-TV 事件判決と Blanch 事件判決）は、それを第1要素の中で考慮し、残る1例（Castle Rock 事件判決）は、4要素に追加の要素として考

³³ Beebe・前掲注2) 618頁（邦訳22号192～193頁）

³⁴ Beebe・前掲注2) 618頁（邦訳22号193頁）は「極めて微妙に洗練させた」とする。

³⁵ Beebe・前掲注2) 619頁（邦訳22号193～194頁注230）も同趣旨。

慮する。

KCAL-TV 事件判決では、この点を、決定的なものではないが、第 1 要素を不利にする項目の 1 つとして勘案した。一方、Blanch 事件判決および Castle Rock 事件判決では、他の部分でフェアなら、この点だけでフェア・ユースは否定されないと述べる。

(4) 利用類型毎の注目点

ここでは、件数の多かった利用類型毎に、注目すべき点を簡単に検討したい。もっとも、(1) ⑤でも触れたように、判決毎の結果の比較を目的とはせず、判断の構造・流れに焦点を置く。

①パロディ

(i) 今回取り上げた事件の内、パロディにあたるか否かが問題となったものは、(a)Campbell 事件、(b)Leibovitz 事件、(c)Dr. Seuss 事件、(d)Blanch 事件、(e)Mattel 事件の 5 件となる。検討対象とした 30 件（最高裁判決を含めても 34 件）中 5 件は決して少なくない数字である。

この内、(c)はフェア・ユースを認めなかったが、(b)(d)(e)はフェア・ユースを認め、(a)もフェア・ユースに肯定的な形で差し戻している。結果だけで言えば、フェア・ユースはパロディに寛大であると言えそうである。

この点、理由は様々考えられようが、ベースラインを見れば明らかなように、現時点の判断の流れが、パロディに親和的であることが一番大きな理由であろう。ベースラインがパロディを扱った Campbell 事件最判を基にしている以上、当然ではあるが、一方でパロディ以外にもこのベースラインが適用されていることを考えると、功罪あり得よう。典型としては写り込みの問題があるが、この点は後掲③で触れたい。

(ii) フェア・ユースを認めなかった(c)と、認めた(b)(d)(e)とを判断構造の次元で比べた場合、興味深い対比を示すのは(c)と(d)である。

(c)Dr. Seuss 事件と(d)Blanch 事件は、共に、利用者側は自らの利用をパロディとして争ったが、裁判所は両者とも、風刺ではあってもパロディではないと判断した。この点、風刺とパロディの区別と言われても、一般には俄に頭に浮かんでこないが、米国著作権法の世界では、Campbell 事件最判の〔パロディは、その主張を行うために、原作品をまねする必要があり、そのためその犠牲者（または犠牲者集団）の創造力の産物を利用する何かしらの資格があるが、一方で風刺はそれ自身で自立するので、借用行為に関して正当化を必要とする：Campbell (J)〕というくだりを踏まえて、パロディとは原作品自体を（一部ではあっても）批評・批判・笑いの対象とするものである一方、原作品以外を批評・批判・笑いの対象とするのが風刺という具合に区別されているようである。この点は、Dr. Seuss 事件判決

も、Blanch 事件判決も異ならない。

ただ、両事件で異なるのは、Campbell (J)を如何に解釈するかという点である。Dr. Seuss 事件判決の場合は、

原作品を批判等の対象としていない → パロディではない → 変容力がない
と論が進められている。一方、Blanch 事件判決の場合は、

原作品を批判等の対象としていない → パロディではなくて風刺 → 他人の表現
を借用することを正当化する理由があるか

と言う形で論が進められている。事実関係の違いによる影響を捨象するなら、この解釈の違いが、風刺をフェア・ユースによって「保護」するか否かの差を生んだことになる。いずれが判例法となっていくのかは、後続する判決によって、どちらが頻繁に引用されることになるかによって定まるわけであるが、注目に値しよう³⁶。

②引用による利用について考えたい。

(i) 引用が問題となった事例としては、(a)Harper & Row 事件、(b)Castle Rock 事件、(c)NXIVM 事件、(d)Elvis 事件、(e)Bill Graham Archives 事件の 5 件となる。事件数としては、パロディに肩を並べる。この点、フェア・ユースというと、我が国の著作権法の権利制限規定には定められていないような利用形態に適用されるものというイメージを持つ部分もあるが、実際には、引用という極めて伝統的な利用形態——しかも我が国であれば個別制限規定で対応されるような利用形態——に関して頻繁に適用されていることは注目に値しよう。

(ii) 上記の内、フェア・ユースが認められたのは、(c)(e)であり、認められなかったのは(a)(b)(d)である。Campbell 事件最判より前の(a)を別とすれば、(b)～(e)に関するフェア・ユースの成否は、変容力の有無で差がついた感がある。ベースラインからすれば違和感のない帰結ではある。なお、事案毎の結論（変容力の有無）は論評しないと言うのが本稿の基本方針であるためここでは踏み込まないが、変容力に関する認定には種々の議論があり得よう。

³⁶ Dr. Seuss 事件判決は第 9 巡回区控訴裁の判決であり、Blanch 事件控訴裁判決は第 2 巡回区控訴裁の判決であり、巡回区を異にする。そのため、両判決が、それぞれの巡回区で先例として有効であり続ける可能性も低くない。第 9 巡回区における最も新しいパロディに関する事件として、Mattel 事件があげられる。同事件判決は、パービー人形自体が批評等の対象となっており、パロディであるとした。しかし、Blanch 事件と比べたとき、風刺ではないのかとの疑問もないわけではない。Dr. Seuss 事件判決との整合性確保を優先したのではないかというのは、穿った見方であろうか。

なお、Beebe・前掲注 2) 594 頁注 142 および 595 頁表 9 (邦訳 22 号 164 頁注 142 および 165 頁表 9) は、第 2 巡回区と第 9 巡回区では前者の方がフェア・ユースに寛大な傾向にあるとの指摘があるが、両事件の差がこの傾向に基づくものか否かは分からない。

③写り込み

(i) 写り込みに関係するのは、(a)Ringgold 事件、(b)Sandoval 事件、(c)Davis 事件の3件である。写り込みに関しては、フェア・ユースの検討に入る前に、そもそも訴訟対象となるような複製があったと言えるのか否かが問われることになり、いわゆる *de minimis* 法理の適用が問題となる。ただ、今回扱った事例に関する限りでは、*de minimis* 法理が適用されるハードルは高く、はっきりと見えている ((a)および(c)) 以上、複製自体は否定されないような扱いである³⁷。

(ii) フェア・ユースの成否については、今回取り上げた事例 ((a)と(c)) では、両方ともフェア・ユースが否定されている。これは、たまたまであろうか。両判決の論理の流れを見る限り、そうとは言えないように思う。と言うのも、(a)と(c)の判決の流れは、詳細は別としてよく似ており、簡単に言えば「被告は、原告作品の当初の制作意図のままに、原告作品を利用しているため、変容力が無く、それ故市場代替性が認められやすくなっている」という構図である。つまり、変容力の有無が大きな鍵となっている。

(iii) 以上を整理すると次のようなことが言えるのではないだろうか。すなわち、写り込みと一口に言っても、様々な形態があるところ、変容力のある写り込みの場合(例として、「キルト作家を特集したテレビニュースに、その作家のキルトが写った場面が含まれていた場合」また「美術館を特集したニュースに、その美術館が展示するキルトが写った場面が含まれている場合」など³⁸) はフェア・ユースになる余地があるが、変容力がない場合(例として、「室内装飾用ポスターをテレビセットの壁に貼っていたところ写り込んだ場合」「モデルが身につけていた装飾品がポスターに写り込んだ場合」など³⁹) はフェア・ユースになる可能性は低く、*de minimis* 法理の適用がない限り、著作権侵害となってしまう⁴⁰。

(iv) なお、*de minimis* 法理に関する Davis 事件判決の判示には注目したい。同じく *de minimis* 法理について触れる Ringgold 事件判決および Sandoval 事件判決に比べても、より具体的に実例が挙げられている。一例ではあるが、フェア・ユース法理と *de minimis* 法理の役割分担をイメージする上で参考となろう⁴¹。

³⁷ 今回見た3つの事件を基準に考えると、我が国の雪月花事件(東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁)は、境界事例と言うことになりそうに思われる。もっとも、3つの事件とも、実物を見ることができていないので、あくまでも判決の記述に基づいた感想に過ぎない。

³⁸ Ringgold 事件判決がフェア・ユースになりやすい例としてあげたものに基づいた。

³⁹ それぞれ、Ringgold 事件と Davis 事件の事実関係を念頭に置いている。

⁴⁰ 先に①でも指摘したように、現在のベースラインは、パロディに親和的なものとなっているため、逆に写り込みにとって厳しい場面も出てくるのではないかと思われる。このことの是非は別として、これが、現時点でのフェア・ユース法理の機能であり、同時に位置づけということになるのかもしれない。

⁴¹ タイムシフトを *de minimis* と論じているところも注目される。

④非営利・非商業的な利用

(i) 何を持って非営利、非商業的目的とするか自体が簡単ではない。

伝記の原稿を裁判所への証拠としての提出した **Bond** 事件は明らかに非商業目的であろう。また、建築基準条例を非営利の **Web** サイトに掲載した **Veck** 事件判決も非商業目的としている。

ただ、同じく非営利の **Web** サイトに、未発行のマニュアルを引用したレポートを掲載したことが問題となった **NXIVM** 事件判決では、掲載した者がそれと関連するビジネスを行っていたこともあり、判決は商業目的があることを前提に検討をすすめている⁴²。

さらに、宗教団体が著作権を有する宗教的書籍を他の宗教団体が無断出版したことが問題となった **World Church of God** 事件判決では、宗教団体は一般的には営利的とは考えられないことを前提としつつも、無断出版で利益（直接的な収入という意味ではなくて、信者が増える等の間接的なもの）を得ているから営利的と判断した。

(ii) なお、**Bond** 事件判決ではフェア・ユースが認められたが、**Veck** 事件判決では、非営利であっても著作権者に害を与えそれが証明できる場合は別であるとして、フェア・ユースを認めなかった。もっとも、**Veck** 事件判決は後年 **en banc** で再討議され（フェア・ユース以外の論点で）事件が決着したため先例としての価値は低いと言えるかもしれない。

⑤新技術関連

新しい技術に関わる利用形態とフェア・ユースの関係が議論になった事件としては、今回検討したものの中では、(a)**Sony** 事件、(b)**Connectix** 事件、(c)**Infinity** 事件、(d)**A&M** 事件、(e)**Kelly** 事件、(f)**Leadsinger** 事件があげられる。

この点、フェア・ユースが認められたもの 3 件、否定されたもの 3 件であるから、結論から言えば、必ずしも新技術だからと言って寛大に扱われると言うわけではないようである。実際、各判決の内容を見てみても、フェア・ユースの判断に際して、新技術の促進・普及等を直接的に配慮する形にはなっていない。むしろ、各判決は、それらの技術の利用やその産物が、著作権法の目的に資する形となっているかという点を考慮しているように読めた。

ところで、**Sony** 事件判決と **A&M** 事件判決は、二次的侵害責任の前提として、ユーザーの行為が直接侵害となるか否かを問うために、ユーザーに関するフェア・ユースの成否が問題となっている事例である。一方、**Infinity** 事件判決、**Kelly** 事件判決、**Leadsinger** 事件判

⁴² ただ **NXIVM** 事件では、利用方法に強力な変容力があると判断されたため、商業性は凌駕され、第 1 要素が利用者有利となることには変わりはないという判断が示されている。

決は、サービスや機器の提供を受ける者（ユーザー）が別途いるという点で、Sony 事件最判等と共通するが、実際には、サービスや機器の提供者自体の行為が直接侵害になることを前提として、その部分についてフェア・ユースの成否が争われている⁴³。なお、サービス提供者等の直接侵害が問題となった場合は、そのサービス等の提供を受けるユーザーの利用行為に変容力がある等の事情があっても、それによってフェア・ユースとされることはないようである。つまり、サービス提供者等にとっては、直接侵害と二次的侵害のいずれを問われるかによる差は大きいと言える。

（5） おわりに

なお、最後に、簡単なコメントを3点述べてこの節を終えたい。

まず、今回紹介した判決の中で、パロディや引用のような伝統的な利用形態が相当の割合を占めていたことは（母集団の絶対的な少なさや偏りを考慮しても）やはり注目されるべきであろう。フェア・ユースと言えば、著作物の新しい利用形態に対処するものというイメージもなくはないが、実態は必ずしもそうではないようである。新しい利用形態に関する判決は注目されやすい一方、伝統的なものについてはそうではないという側面があるのかもしれない。なお、特に引用に関する事件が多いことについては、米国著作権法が該当する個別権利制限規定を持たないことが大きく影響しているものと思われる。この点、日本との重要な相違点であり、フェア・ユース関連判決を見る上での注意点ともなる。

次に、判決間の「揺れ」の問題である。ケース・バイ・ケースの判断を重視する以上、当然の部分であるが、フェア・ユースの弱点として指摘される部分でもある。特に注目すべきは、最高裁が本来なら廃すべき先例を完全には廃さず、新解釈や補足解釈を提示するという形でアプローチしているために、このフェア・ユースの弱点が拡大・増幅されてしまっている点であろう。この点は、既述のように Beebe 教授が指摘されているところであるが、今回の作業を通してそれを実感した（例：Elvis 事件）。

最後に、「変容力があるかないか」は、現在フェア・ユース判断においていわば主役の地位を占めている。前掲のベースラインも、それを前提に構成した。しかし、Campbell 事件最判が出るまでは、Sony 事件最判中の「Sony の推定」が特に重要視されてきたことを思えば、将来最高裁が下す判決次第では、現在の主役の地位に変化が訪れる可能性も考えられる。そうなれば当然ベースラインも変化することになり、その影響は決して小さくない。この点も留意ポイントと言えよう。

（第II章 3.執筆者： 奥邨弘司）

⁴³ Infinity 事件は、本来 A&M 事件に近い事案だと思われるが、サービス提供者が直接侵害（実演権侵害）者となるか否かについて争わなかったため、サービス提供者が直接侵害者であることが前提となっている。

4. 米国における訴訟制度・法文化等

(1) 訴訟制度等

① 訴訟件数及びフェア・ユースの勝率

米国は訴訟社会であるといわれるが、大部分の紛争は、当事者間の合意により解決されているとされる¹。フェア・ユースの関連する訴訟の数も、意外に少ないことが、実証的研究において指摘されている。そこでは、1976年著作権法の発効日である1978年1月1日から、2005年末までの28年間において、著作権侵害の申し立ては、年間平均約2000件提起されたのに対し、フェア・ユースに関するケースにおける裁判所の意見の数は、年間平均わずか10.9件である²。

関連して、フェア・ユースの勝率に言及すると、年間平均10.9件のうち、フェア・ユースが認定されているのは4.6件の意見であるとされている。さらに、地裁・控裁の申し立て種類別にフェア・ユースの勝率（フェア・ユースを認定した意見の割合）を分析した結果からは、地裁における仮差止命令（preliminary injunction）及び非陪審審理（bench trial）においてフェア・ユースの認定率が低いことが指摘されている。その理由としては、自己の権利の制限あるいは消滅の危険に直面した原告が訴訟に対して慎重になることから、実際に裁判にまでいった知的財産訴訟の原告の勝率は50パーセントをかなり超えるはずであるという議論³はむしろ妥当せず、野心的な訴訟当事者の定評を確立し、その定評が創り出す抑止効果の恩恵を受けることに大きな意義があるのであり、それは違法行為の停止を求め段階で効果を発揮すると推定されるが、和解よりも訴訟を提起するという原告の決定により、その役割を果たすだろうと述べられている。

なお、フェア・ユース抗弁が軽薄にあるいは事実を照らして説得力がないにも関わらず主張されると、フェア・ユースの勝率を引き下げる問題が生じるが、判決の意見のなかで判事が費やした語数割合とフェア・ユースの勝率の関係においては、明確で比較的安定した正の相関関係があると示されている⁴。

1 トニ・M・ファイン(牧野和夫・監訳)『入門 アメリカ法制度と訴訟実務』(雄松堂出版・2007年)115頁

2 Barton Beebe (城所岩生・訳)「合衆国著作権法フェアユース判決(1985-2005年)の実証的研究(1)、(2)」知的財産法政策学研究21号(2008年)、22号(2009年)(Barton Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005 (2008)) 21号137頁

3 William M. Landes, *An Empirical Analysis of Intellectual Property Litigation: Some Preliminary Results*, 41 HOUS. L. REV. 749, 772 (2004).

4 Beebe・前掲(2)21号149-156頁

② 陪審制度、サマリー・ジャッジメント

合衆国憲法 6 条は、ほとんどの刑事事件において陪審裁判の権利を保障し、同修正 7 条は、ほとんどの民事事件について陪審裁判の権利を保障している。無作為抽出で選ばれた陪審員が、係争中の事実の判断を行う。

この陪審員制度の存在は、法制度にも影響を与えているといわれており、裁判は開始から終了まで継続的に集中して行われるものの、裁判において陪審員への十分な説明等が必要であることや、評決に時間がかかることがあるため、裁判にかかる時間や費用が増加するともみられている。また、陪審の結果が予想困難であり、またしばしば陪審は非論理的な行動をとると考えられている事情も加わって、陪審制度の存在は、和解を促進する要因になっているとの指摘がなされている⁵。

重要な事実について真正な争点 (genuine issue) がなく、法律問題だけで判決ができる場合には、申し立てにより、正式事実審理を経ないでなされるサマリー・ジャッジメント (略式判決) がなされる。フェア・ユースの問題は、しばしばサマリー・ジャッジメントの段階で解決されているともいわれていたように、実際、フェア・ユースに関する判決において、1990 年代中頃から、サマリー・ジャッジメントの占める割合が増加しているというデータが示されている。この「事実審理の消滅」とも呼ばれる減少の理由としては、Campbell 最高裁判決は事実問題の検証のために事件を差し戻したものの⁶、この判決が絶対的な権威を持つとは必ずしも言い難く、フェア・ユースに関連するサマリー・ジャッジメントを追認する控訴裁判所の傾向が、サマリー・ジャッジメントの積極的な活用を当事者に促したとも分析されている⁷。

③ 損害賠償額

米国の裁判においては、通常の補償的損害賠償に加え、違反者を罰する趣旨で、懲罰的損害賠償 (punitive damages) を求めることが認められる場合がある。特許法 284 条は、賠償額を三倍まで増加させることができることを認めており、故意 (willful) または不誠実 (bad faith) な侵害の場合に適用されてきたとされる⁸。

ただし、著作権法においてはそのような懲罰的損害賠償の規定はおかれていない。著作権法が定める損害賠償は、(1) 権利者の現実損害及び侵害した者が得た追加的利益 (504 条 (b))、(2) 法定損害賠償 (504 条 (c)) である。法定損害賠償は、著作権の登録を要件として、現実の損害及び利益に代えて請求が認められているものであり、他の知的財産法にはない

5 トニ・前掲注(1)145-152 頁。ただし、著作権侵害訴訟の当事者はほとんどの場合、陪審審理を請求しないとされている (マーシャル・A・リーファー (牧野和夫・監訳) 『アメリカ著作権法』 (レクシスネクシス・ジャパン・2008 年) 645 頁)。

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

7 Beebe・前掲注(2)21 号 143-146 頁

8 松本直樹「米国特許法による三倍賠償とディスカバリー」国際商事法務 22 巻 3 号 (1994 年) 221-231 頁 <<http://homepage3.nifty.com/nmat/SANBAI.HTM>>

著作権法に特有の制度であるとされる。

法定損害賠償は、定められた金額の範囲内で、裁判所が妥当とする額が認められるが、故意侵害の場合は、その上限が引き上げられ、損害賠償が加重されることになる。この最高額は改正によって徐々に増額されてきている。また、この法定損害賠償に加え、訴訟費用及び弁護士費用の認定も裁判所の裁量に委ねられていることとあわせると、懲罰的賠償の規定は定められていないものの、同様の抑止的効果がもたらされているともいわれる⁹。

(2) フェア・ユースの実効性の問題

著作権法自体「難解な法」といわれることがあるにもかかわらず、フェア・ユース理論は、「著作権法全体において最も困難なもの」、「とらえどころのない理論」ともいわれる¹⁰。このようなフェア・ユース理論のあいまいさ、結果の予測可能性の低さが、訴訟を控えることにつながっていると考えられているとともに¹¹、この理論の実効性が問題とされている¹²。法の一線のあいまいさが、その一線を越えたときの高額の損害賠償と結びつくと、実質

9 リーファー・前掲注(5)633頁、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』143-233頁(信山社・2004年)241頁。また、法定賠償が懲罰的損害賠償の性質を有するとの理解を示す裁判例もある(On Davis v. The Gap, Inc. 246 F.3d 152, 172 (2d Cir. 2001)) (山本隆司先生のご教示による)。

10 リーファー・前掲注(5)673頁; Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc., 104 F.2d 661, (2d Cir. 1939)

11 Beebe・前掲注(2)21号138頁。権利者側は訴訟前に積極的に警告書を活用とする訴訟戦略をとることがあり、訴訟費用が高額であることとあいまって、フェア・ユース等の抗弁の主張を断念させているのではないかとの指摘もある。Marjoire Heins & Tricia Beckles, WILL FAIR USE SURVIVE? FREE EXPRESSION IN THE AGE OF COPYRIGHT CONTROL (2005)

<<http://www.fepproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf>>も、侵害のおそれのある行為の停止を要求する警告の言論抑圧効果について言及していることを指摘し、また、最小のものを除いてあらゆる引用について許諾を受け料金を払われなければならないという考えが、芸術と文化の業界で広く浸透しているとしている。

12 Posnerは、著作権保護期間の延長に伴う問題を解決するために、フェア・ユース理論の広範な適用を提案するなかで、フェア・ユース法理が非常に漠然としていることを問題としている。例えば、書籍、あるいはDVDやVHSにおいて、許諾無しで複製されることができないとする著作権の警告が、フェア・ユースの否定であり、これを軽視する利用者は、フェア・ユース法理が曖昧であるために危険を冒さなくてはならないと述べる。このことから、Posnerは、特定の種類の利用に包括的な保護が与えられるような、より明確でカテゴリーカルなアプローチを指向しており、著作権者が合理的な著作権通知をしない場合は、古い著作物をコピーすることができるという類型を提案している(Richard A. Posner, *Eldred and Fair Use*, *The Economists' Voice*: Vol. 1: Iss. 1, Article 3. (2004)

<<http://www.bepress.com/ev/vol1/iss1/art3>>; William F. Patry, Richard A. Posner, *Fair Use and Statutory Reform in the Wake of Eldred*, 92 CALIF. L. REV. 1639 (2004)。

また、Fisherも、これまでの裁判例が提示したフェア・ユース判断のための考慮要素の規範的な基礎が統一されていないことによって、フェア・ユースの適用範囲が不明確となっていると批判している(第II章2(3)注(51)参照)。

ただし、このようにフェア・ユースの不明確さや予測可能性の欠如を批判する見解は多々存在するものの、フェア・ユースが判例法として成立してきたという歴史的経緯、あるいは著作権法の目的や表現の自由(憲法修正第1条)を確保するために必要であるとの理解からか、フェア・ユースの存在そのものを否定する見解や廃止論等は一般的には見受けられず、うまく機能しているかは別として、著作権法において著作権による独占とのバランスをとるためにフェア・ユースが不可欠であるとの共通認識があるようにも思われる(横山久芳「英米法における権利制限」著作権法研究35号(2008年)40頁注(3)も、

的にはフェア・ユースの範囲はほとんどないとの指摘さえある¹³。

なお、フェア・ユースが争われる裁判例においては、逆転することや裁判所の意見が分かれることがよくあるともいわれており、この法理を不安定なものと理解させる一因となっているともいわれる。確かに、最高裁まで争われた事件については、Sony 事件¹⁴、Harper&Row 事件¹⁵、Campbell 事件¹⁶のいずれも、最高裁は、地裁判決を逆転させた控訴審の判決をさらに逆転させており、Sony 事件では 5 対 4、Harper&Row 事件では 6 対 3 と最高裁での意見も分かれた。しかし、下級審レベルの裁判例においては、逆転率（33.8%）、及び反対意見（14.1%）、上訴の確率（25.1%）は、控裁全体の推定逆転率（32%）等と比べ特に高くはなく、特許事件における控裁の逆転率（47.3%）よりは大幅に低いという統計が示されている¹⁷。

(3) 法文化の相違に関する若干のコメント

第Ⅱ章 5.、6.でも後述するように、米国と同法系である英国等でも法文化の違いからフェア・ユースの導入について否定的であることに鑑みれば、日本にフェア・ユースを導入するに当たっても、米国との法文化の違いをも考慮に入れて十分な検討を行う必要があるだろう。

① 裁判所による法創造を肯定する法文化

日本では、裁判所の機能は、制定された法律の解釈である。米国では、裁判所の機能は、制定された法律の解釈にとどまらず、「法の発見」にある。すなわち、米国では、正義に適う法が人間による創造を待つことなく存在しており、裁判所は、これを発見する役割を持っていると観念されているので、制定された法律に抵触しない限り、「法の発見」として法規範を「創造」することが認められている¹⁸。

フェア・ユースの適用範囲を限定すべきであるという議論はほとんどみられず、むしろ逆に、著作権法の不可欠の構成要素として、その活用が積極的に試みられているとしている。

13 Lessig は、フェア・ユースの権利を守る米国の司法制度（費用、訴訟進行、判決内容）の不備を批判し、フェア・ユースは、創造する権利を守るために弁護士を雇う権利があるというだけとまで述べている。故意侵害であるとして高額な賠償額が要求され、侵害の申し立てに対する弁護にも多額の費用を要する現実において、事実上、「法」としてのフェア・ユースよりも、出版者・映画配給会社・新聞社等による規制の方が機能していると主張している（ローレンス・レッシング（山形浩生=守岡桜・訳）『FREE CULTURE』（翔泳社・2004年）121-126、220-224頁）。

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

15 Harper&Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985)

16 Campbell, 510 U.S. 569

17 Beebe・前掲注(2)21号 148-149頁

18 Allen Farnsworth, Introduction to the Legal System of the United States, 2nd Ed. (Oceana, 1983), p44 (“The older view was that the court in such a contingency was to discover the law among the principles of the common law, much as a scientist discovers a natural law, and then declare it. Today it is more usual to admit that the court creates the law somewhat as a legislature creates law, but within the narrower bounds set by the facts of case before it.”)

フェア・ユースの法理も、裁判所が創造した法である。米国の 1976 年著作権法は、107 条に一般的な権利制限として「フェア・ユース」を規定する。フェア・ユースの法理は、マサチューセッツ地区連邦巡回裁判所¹⁹が 1841 年に下した Folsom 事件判決²⁰で確立され、判例法上発展してきたものであり、1976 年著作権法 107 条の規定は、この判例法を確認的に条文化したものである。連邦議会は、107 条の制定にあたって、「裁判所は、フェア・ユースとは何であるのかや、適用すべきいくつかの判断要素に関する広範囲にわたる制定法上の説明を越えて、個々の事件にはケース・バイ・ケースにこの法理を適用することについて、自由でなければならない。107 条は、裁判上形成されたフェア・ユースの法理を成文化することを意図するものであって、いかなる意味においても、これを変更、減縮または拡大することを意図するものではない。」と述べている（1976 年著作権法制定に関する下院報告書²¹）。

1976 年著作権法 107 条の規定の制定経緯からも明らかなように、米国の法文化においては、裁判所による法規範の創造機能が認められており、また立法府からもその機能が尊重されている。

一般規定であるフェア・ユースを導入することによって、新たに登場する問題に対する解決への柔軟性(flexibility)がもたらされる。他方、一般規定であるから、その問題に対する結論について予見可能性(certainty)が乏しくなる。すなわち、フェア・ユースの導入によって、グレーゾーンが大きく生ずる。このグレーゾーンは、裁判を通じて、また裁判例の蓄積を通じて、白黒が付けられていく。このことは、一般規定を介して裁判所に具体的法規範の形成を委ねることを意味する。

したがって、日本に一般規定であるフェア・ユースを導入してこれが積極的に機能することを期待するには、裁判所による法規範の創造機能を肯定する法文化が日本にも存在することが必要になるろう。

② 訴訟に掛かるコストを厭わない法文化

日本の訴訟手続においては、原則として各当事者が証拠の提出義務を負う。したがって、客観的真実ではなく、主観的真実に基づいて権利を組立て勝敗が決まっていく。

他方、米国の訴訟手続においては、訴訟が始まると、裁判所の命令を待たずに、両当事者はそれぞれその訴訟に関連するすべての証拠を相手方に提出する義務を負う（ディスカバリー制度）。したがって、両当事者は、すべての証拠によって明らかにされた客観的真実に基づいて権利を組立て勝敗が決まっていく。一見すると、米国の裁判制度は正義に適い優れているように思える。ところが、この制度を運用するには、膨大な弁護士の労力を必

19 1891 年まで、連邦巡回裁判所は連邦最高裁判所の裁判官がこれに参加することとなっており、本件を担当したストーリー判事も 1811 年から 1844 年まで連邦最高裁判事であった。

20 Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (CCD Mass. 1841)

21 HOUSE REPORT NO. 94-1476

要とし、当事者から見れば膨大な裁判費用を要する。1000万円の損害賠償を求めるにも、1億円以上の裁判費用が掛かるということが起こるのは、日常茶飯事である。米国には、このような裁判制度で良しとする法文化が存在する。日本に、請求額以上の裁判費用が掛かる制度を良しとする法文化が存在するであろうか。

個別の権利制限規定を必要に応じて立法化するには多大の時間と費用を要する。他方、一般規定であるフェア・ユースを導入することは、具体的法規範が裁判を通じて、また裁判例の蓄積を通じて、初めて形成されることになるが、これに要する社会的費用も膨大なものとなりうる。両者の社会的費用を比較してどちらが大きいと見るかの問題があるが、後者で良しとする法文化が日本に存在するのかもしれないということも問題となろう。

③ 法曹人口

米国と日本の法文化の違いは、法曹人口の差にもはっきり現れている。人口10万人あたりの法曹の数は、米国が356.23人であるのに対して、日本は19.61人である²²。なお、英国では同215.94人、ドイツでは同178.47人、フランスでは同73.37人である。

一般規定であるフェア・ユースを導入することは、具体的法規範が裁判を通じて、また裁判例の蓄積を通じて、初めて形成されることになる。日本の法曹人口で、このような裁判制度を運用することができるのかという点も問題となろう。

④ 導入検討の対象とすべきフェア・ユースの枠組み

米国のフェア・ユースの法理の適用範囲は、1841年のFolsom事件判決で誕生したが、もともと、英国のフェア・ディーリングとほぼ同じく「批評、解説、時事報道、教授、研究または調査」（米国1976年著作権法107条）にとどまっていた。その適用範囲が大きく広がってきたのは、140年以上の歴史の後、1986年のSony事件判決²³が「非営利的使用」にはフェア・ユースの推定を与えることとなり、また1991年のCampbell事件判決²⁴が「トランスフォーマティブ・ユース(transformative use)」には営利的使用であってもフェア・ユースの推定を与えることとなってからである。

すなわち、米国のフェア・ユースの法理がタイム・シフティング、メディア・シフティング、パロディ、リバーズ・エンジニアリング、検索エンジンなど技術発展に伴う新たな問題に対処してこることができたのは、著作権法107条の規定する枠組み自体ではなく、その枠組みのなかで上記判例が打ち立てた「非営利的使用」や「トランスフォーマティブ・ユース(transformative use)」の枠組みにある。1841年のFolsom事件判決で確立され著作権法107条に明文化された枠組みだけでは、米国の裁判所においてさえ使いにくかったために、140年以上の間、英国のフェア・ディーリングとほぼ同じ範囲においてしか、フェア・ユース

22 最高裁判所編「裁判所データブック2008」（2008年、財団法人判例調査会）28頁。

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

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

スの法理の適用が認められてこなかったものと思われる。

したがって、日本にフェア・ユースの法理を導入する場合、著作権法 107 条の規定する枠組みを導入するだけでは、米国の 1841 年から 1986 年までの 140 年間と同じ轍を踏むことになる危険がある。米国のフェア・ユースの法理の発展に着目してこれを取り入れようとするならば、上記判例が打ち立てた「非営利的使用」や「トランスフォーマティブ・ユース(transformative use)」の枠組みとともに導入することを検討する必要がある。

(第Ⅱ章 4. (1) (2) 執筆者： 村井麻衣子)

(第Ⅱ章 4. (3) 執筆者： 山本隆司)

5. 英国における権利制限規定の動向について

(1) 英国著作権制度の概要

① 著作権制度の法源

英国における現行著作権法は、1988年11月15日制定（1989年8月1日施行）の1988年著作権法である。1988年著作権法によって、旧「The Copyright Act 1956」およびその改正法は全廃された。

なお、1988年著作権法は、もっぱら著作権を規定するが、特許と意匠に関連する規定も含む。特許権については、主たる法源は「The Patents Act 1977」であり、1988年著作権法は弁理士(patent agents; trade mark agents)の規制（第5部）と特許県裁判所(patent county court)の創設（第6部）などを規定する。また、意匠権に関しては、登録意匠の主たる法源は「The Registered Designs Act 1949」であり、1988年著作権法は同法の修正（第4部）と未登録意匠の保護（第3部）について規定する。

② 著作権制度の特徴

a) 保護制度の概要

1988年著作権法は、以下の4つのものを保護している（1条1項、180条1項）が、その形式、要件、権利および保護期間などに違いを設けている。

- ・ 言語、演劇、音楽または美術の著作物
- ・ 録音物、映画または放送
- ・ 発行された版の印刷配列
- ・ 実演

b) 言語、演劇、音楽または美術の著作物

1988年著作権法における「言語、演劇、音楽または美術の著作物」概念は広く、映画の著作物を除いて、日本法上の著作物のカテゴリーをすべて包含する。すなわち、言語の著作物には、日本法上の言語の著作物のほか、プログラム著作物、編集著作物、データベースが含まれる（3条1項）。演劇の著作物には、日本法上の舞踊または無言劇の著作物が含まれる（3条1項）。美術の著作物には、日本法上の美術の著作物のほか、図形の著作物、写真の著作物、建築の著作物が含まれる（4条1項）。

これらの著作物が著作権による保護を受けるには、創作性(originality)が要件とされている。判例によれば、「この関係において、『創作的』という言葉は、著作物が創作的なまたは創意に富んだ思想を表現したものである必要がある、ということの意味するわけではない。

著作権法は、アイデアの創作性を問題にするものではなく、思想の表現を、言語の著作物においては活字または筆記されたものにおける思想の表現を、問題にするものである。必要な創作性は、当該思想の表現に関係する。しかし、著作権法は、当該表現が創作的または新規の形式であることを要求するものではなく、著作物が他の著作物のコピーでないこと、すなわちそれが当該著作者によって生み出されることを要求するものである。」と解されている。

言語、演劇、音楽または美術の著作物については、その著作者に著作権と著作者人格権が与えられる（11条1項、77条、80条）。ただし、従業員の職務著作に対する著作権は、その使用者に帰属する（11条2項）。

著作権の内容は、複製、頒布、貸与、実演・上映・演奏、放送、翻案・翻案利用に対する排他的権利である（16条1項）。したがって、著作権の内容は、日本におけるものとほぼ同一である。

著作者人格権の内容は、氏名表示権(right to be identified as author)および同一性保持権(right to object to derogatory treatment of work)である（77条、80条）。英国法上の同一性保持権は、日本法のような改変一般を対象とする権利ではなく、ベルヌ条約6条の2と同様に、基本的に名誉声望を害する改変のみを対象とする権利である。

言語、演劇、音楽または美術の著作物に対する著作権および著作者人格権の存続期間は、原則として死後70年である（12条、86条）。

c) 録音物、映画または放送

録音物、映画または放送は、著作物として保護を受けるが、創作性は要件とはされていない。

著作権は、録音物、映画または放送についてはその著作者に与えられる（11条1項）。録音物についてはその製作者が、映画についてはその製作者および主たる監督が、放送についてはその放送を行う者が、著作者とされる（9条2項）。ただし、映画に関しては、従業員による職務著作に対する著作権はその使用者に帰属する（11条2項）。

著作権の内容は、翻案・翻案利用に対する権利を除いて、言語、演劇、音楽または美術の著作物の場合と同様である（16条1項）。翻案・翻案利用に対する権利は、認められていない（21条）。

録音物に対する著作権の存続期間は、公表後（または製作後）50年である（13A条）。映画に対する著作権の存続期間は、原則として、主たる監督、脚本の著作者、台詞の著作者または音楽の作曲者のうち最後に死亡した者の死亡から70年である（13B条）。放送に対する著作権の存続期間は、原則として、放送のときから50年である（14条）。

著作者人格権は、映画の監督にのみ与えられる（77条、80条）。映画の監督に与えられる著作者人格権の内容は、言語、演劇、音楽または美術の著作物の場合と同様である。映画の監督に与えられる著作者人格権の存続期間は、当該映画に対する著作権の存続期間と同一である（86条）。

d) 発行された版の印刷配列

発行された版の印刷配列は、著作物として保護を受けるが、創作性は要件とはされていない。

発行された版の印刷配列についても、その著作者に著作権が与えられる（11条1項、77条、80条）。著作者人格権は与えられていない。発行された版の印刷配列についてはその発行者が、著作者とされる（9条2項）。

著作権の内容は、翻案・翻案利用に対する権利を除いて、言語、演劇、音楽または美術の著作物の場合と同様である（16条1項）。翻案・翻案利用に対する権利は、認められていない（21条）。

発行された版の印刷配列に対する著作権の存続期間は、最初の発行のときから25年である（15条）。

e) 実演

実演は、著作物の枠外で保護されている（180条以下）。

保護の対象となる実演は、演劇的実演、音楽的実演、言語著作物の朗読もしくは暗唱またはバラエティショーでの行為もしくは類似の見せ物である生の実演とされる（180条3項）。

実演者には、経済的権利として、録音・録画（182条）、複製（182A条）、頒布（182B条）、貸与（182C条）、公衆供与（182CA条）、上映・演奏（183条）および輸入・所持等（184条）に対する同意権、ならびに演奏・放送に対する報酬請求権（182D条）が与えられている。

また、実演家には、人格権として氏名表示権(right to be identified as performer)および同一性保持権(right to object to derogatory treatment)が与えられている（205C条、205F条）。

他方、実演の録音・録画権者、すなわち実演の商業的利用を目的とする独占的録音・録画契約に基づいて実演家からその実演の独占的録音・録画の許諾を受けた者（185条）には、実演家の同意を得ない無断録音・録画に対して、経済的権利として、録音・録画権（186条）、上映・演奏・放送権（187条）および輸入、所持等に対する権利（188条）が与えられている。

実演家の経済的権利および人格権ならびに実演の録音・録画権者の権利存続期間は、実演後（または公表後）50年である（191条、205I条）。

③ 著作権訴訟の裁判制度

民事の著作権訴訟に対して、第1審の一般的裁判管轄権を持つのは高等法院（High Court）である。高等法院の衡平法部（Chancery Division）が著作権事件を担当する。著作権訴訟については、高等法院のほか、訴額の制限を受けるが、各県に置かれた県裁判所(county court)も第1審の裁判管轄権を持つ。なお、特許県裁判所(patent county court)は特許事件については訴額の制限を受けない。

民事の著作権事件について控訴審の裁判権を持つのは、控訴院 (Court of Appeals) であり、その民事部 (Civil Division) がこれを担当する。

上告審の裁判権を持つのは貴族院 (House of Lords) である。貴族院は、法律専門家のみからなる会期を開いて裁判を行う。

(2) 権利制限の枠組み

① 権利制限規定の概要

著作権に対しては、合計 16 節、67 条の権利制限規定を置いている (27 条ないし 76 条¹⁾)。著作権者人格権に対しては、2 条の権利制限規定を置いている (79 条、81 条)。また、実演に対する経済的権利に対しても、2 条の権利制限規定を置いている (189 条、190 条)。

以上の権利制限規定はいずれも個別的な権利制限規定であり、一般的な権利制限規定は存在しない。

② フェア・ディーリング法理

1988 年著作権法において、「フェア・ディーリング(fair dealing)」(公正利用) を定める権利制限規定は、以下のとおりである。

- ・「非商業的目的の研究のために言語、演劇、音楽または美術の著作物を公正に利用することは、十分な出所明示を伴うことを条件として、当該著作物に対する著作権を侵害しない。」(29 条 1 項)
- ・「私的学習のために言語、演劇、音楽または美術の著作物を公正に利用することは、当該著作物に対する著作権を侵害しない。」(29 条 1C 項)
- ・「研究または私的学習のために出版された版の印刷配列を公正に利用することは、当該配列に対する著作権を侵害しない。」(29 条 2 項)
- ・「当該著作物もしくは他の著作物または著作物の実演を批判または評論するために当該著作物を公正に利用することは、当該著作物に対する著作権を侵害しない。」(30 条 1 項)
- ・「時事報道の目的で著作物を公正に利用することは、十分な出所明示を伴うことを条件として、当該著作物に対する著作権を侵害しない。」(30 条 2 項)
- ・「すでに公衆の利用に供されている言語、演劇、音楽または美術の著作物に対する著作権は、授業の過程においてまたは授業の準備の過程において行われる複製によ

1 28A, 31A, 31B, 31C, 31D, 31E, 31F, 36A, 40A, 44A, 50A, 50B, 50BA, 50C, 50D, 66A, 73A の各条を含む。
2007 年 5 月 3 日現在の 1988 年著作権法に基づく。

って侵害されない。ただし、(a)当該著作物を公正に利用すること、(b)授業を行う者または授業を受ける者によっておこなわれること、(c)複写手段によらないこと、および(d)十分な出所明示を伴うことを条件とする。」(32条2A項)

以上のとおり、英国の著作権制度上の「フェア・ディーリング」は、29条、30条および32条に基づく権利制限に、要件として持ち込まれた規範概念である。各規定の適用上、「フェア・ディーリング(公正利用)」は、裁判官による質的な評価を受け入れる点においては、柔軟であるが、各規定の「研究」、「私的学習」、「批判」、「評論」、「時事報道」、「授業」という要件があるので、一般的な権利制限規定として機能するわけではない。また、29条、30条および32条が規定外の事態に類推適用されたことはないようである²。

ほとんど完全に個別の権利制限規定に依拠している点において、英国著作権法は、「フェア・ユース」の概念が一般的かつ中心的な適用範囲を持っている米国法とは異なっている³。

歴史的には、英国においても、一般的な権利制限として「フェア・ユース」の概念が判例法上存在していた⁴。1710年に最初の著作権法であるアン法が制定されたが、1741年の *Gyles v. Wilcox* (1741) 2 Atk 141 判決において、「公正な要約」(fair abridgement)は著作権者の許諾がなくても著作権侵害ではないと判示された。このフェア・ユースの判例法理は、適用範囲を広げてこの判決以降一般法理として発展していった。1911年著作権法は、それまでフェア・ユースとして認められたところに従って、「私的学習、研究、批判、評論、または新聞の要約を目的として著作物を公正に利用すること」は著作権侵害に当たらないとの「フェア・ディーリング」の規定を置いた。しかし、この規定は上記目的以外の利用についてフェア・ユースを認めない趣旨とは必ずしも理解されていなかったが、1916年以降、判例⁵は、上記目的以外の利用についてフェア・ユースを認めず、また上記目的のフェア・ディーリングについても制限的な解釈を採ってきた。

③ 一般的な権利制限規定に対する立法動向

a) 立法状況

1977年の「the Whitford Committee Report」⁶が一般的権利制限規定としてフェア・ユースの採用を勧告したことがあるが、議会はこれを採用しなかった⁷。

当該勧告の内容は、「いかなる著作物であっても公益に関係する可能性があり、批評批判し、検討しまた討議する自由は、原則として、特定の形式(『批判』や『批評』や『時事の

2 Burrell & Coleman, *Copyright Exceptions: the Digital Impact* (Cambridge University Press, 2005)(“Burrell”), pp253-263

3 Cornish, p475

4 Burrell, pp253-263

5 前掲 *University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd* [1916] 2 Ch 601 at 608; *British Oxygen v Liquid Air* [1925] 1 Ch 383; *Hawkes and Sons v Paramount Films Services* [1934] 1 Ch 593

6 Report of the Committee to Consider the Law on Copyright and Designs, Cmnd 6732 (1977)

7 Reform of the Law relating Copyright, Designs and Performers' Protection: A Consultative Document, Cmnd 8302 (1981)

報道』) または特定の媒体 (新聞や雑誌や定期刊行物や放送や映画) に制限されるべきではない。……我々は、『フェア・ディーリング』に関して、著作物またはその目的物の通常の利用を妨げずかつ著作権者の正当な利益を不当に害することのない一般の例外規定を勧告するものである。」というものであった。

議会は、この勧告を、「著作権者の権利を保護する上で著作権者が経験した困難に鑑みると、政府には、基本的な著作権に対するさらなる浸食を生ずるおそれのある改正を行うことが正当化されるとは思われない。」として、退けた。

b) 学説

Burrell & Coleman, *Copyright Exceptions: the Digital Impact* (Cambridge University Press, 2005)によれば、フェア・ユースの採用についての賛否両論の議論は続いているが、同書はそれらを踏まえてフェア・ユースの採用に反対する理由を以下のように述べる。

「本章においては、英国その他の国においてフェア・ユースの抗弁を採用することを検討すべきであるとの利用者寄りの多数の識者が提起する議論に、焦点を当ててきた。我々もこのような識者の懸念の多く、特に現行のアプローチの硬直性に関する懸念を共有するものではあるが、フェア・ユースの抗弁を採用すべきとの意見は、我々には、さまざまな理由からの外れなように思われる。第 1 に、このような意見が法律改正の必要性に注意を向けている限りにおいて、このような意見は、権利制限規定の適用の幅を制限することについて司法が果たしてきた役割に対して注意をおろそかにするものである。すでに明らかにしたように、このことは、裁判官が利用者の立場を組織的に阻害してきたという意味でも、既存の権利制限規定について柔軟な解釈を採用する裁判例がなかったという意味でもない。むしろ問題は、裁判官が利用者の利益に対する適切な考慮をおろそかにしてきたという行動様式を、長期にわたって、見出すことができるということにある。それゆえ、態度が変わらない限り新しい抗弁も現行の枠組みと同じくすぐに硬直化してしまうので、法律改正の必要性のみの焦点を当てた提案は、警戒しながら扱う必要がある。第 2 に、法律文化の問題がフェア・ユースの抗弁の賛同者によって論じられているが、この抗弁が英国の著作権制度において全くの異物ではないことは共通する歴史が示しているというにとどまり、フェア・ユースの抗弁の提唱者は、米国流のフェア・ユースの抗弁が全く異なる法的環境下においてどのように機能しているかについてほとんど検討していない。第 3 に、フェア・ユースの抗弁の提唱者は、一般的権利制限が将来において働いていく方向を形成していきそうな各種の力を考慮に入れていない。」

c) ガワーズ調査 (Gowers Review of Intellectual Property November 2006)

2005 年 12 月、英国財務大臣、通商産業大臣および文化・メディア・スポーツ大臣は、フィナンシャル・タイムズの編集長であったガワーズ氏に、英国の知的財産権制度が国際化、デジタル化および経済分業化の時代に対応できるか、を第三者として調査することを求め

た。ガワーズ氏の調査報告書は、2006年11月にまとめられ、同年12月に公表された。

その調査報告書は、著作権の権利制限規定についても検討を加え、いくつかの提案を行っている。米国の「フェア・ユース」について以下のように記述して、肯定的な評価を与えている (p62)。

「4.69 米国は、英国よりも柔軟な『フェア・ユース』の権利制限規定を持っており、著作物の使用が著作権侵害にならないための4つの要件を記載している。著作権の制限に対するこのより広いアプローチは、他の者が価値を創造する商業的余地を切り開いてきた。たとえば、グーグルが予め許諾を取ることなく効率的にコンテンツを複製してウェブサイトを『キャッシュ』する機能は、他人の著作物のフェア・ユースと判定されている。ネバダ連邦地裁のロバート・C・ジョーンズ判事は、『ユーザーのリクエストに応じてグーグルが自動的に無意識的に行う行為は、著作権法上、直接侵害行為とはならない。』と判示した。英国においては、このような規定【the Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2002 (SI 2002/2013)】は2002年にやっと導入された。公開意見募集に応じて、グーグルは、『新しい技術環境に適用できる一般的なフェア・ユース権利制限規定が存在したことによって、このような使用が侵害と考えられる英国ではなく、ユーザーが柔軟な権利制限規定に依拠できる米国でなぜサーチ・エンジンが最初に開発されたのか、説明可能である。』と説明している。

4.70 著作権の『フェア・ユース』は、著作権者の利益を害することなく経済価値を創造することができる。この権利制限は、柔軟であるだけでなく、広く解釈されている。4370万ドル（インフレを調整すれば3990万ドル）を売り上げた『ウエストサイドストーリー』は、著作権のない『ロミオとジュリエット』のリメイクと考えられよう。この金額は、他の著作物を元にした新たな著作物が極めて高い価値を持ち得、かつ原作に必ずしも取って代わるものではないことを示している。実際、『ウエストサイドストーリー』が『ロミオとジュリエット』の人気をさらいまたはその成功を横取りしたということはない。」

しかし、その調査報告書は、フェア・ユースのような一般的権利制限規定をその提案に入れていない。他方、メディア・シフティング（勧告8）、パロディ（勧告12）等に対する権利制限の具体的な必要性を指摘し、これらに対する個別的権利制限の制定を提案している。

（第Ⅱ章 5.執筆者： 山本隆司）

6. カナダ、オーストラリアにおける立法動向について

(1) カナダの立法動向

① カナダ著作権法

カナダの現行著作権法⁸（1921 制定）は、英国の 1911 年著作権法を承継したものであり、以下のようなフェア・ディーリング規定を置いている。

- ・「研究または私的学習のための公正利用は、著作権を侵害しない。」（29 条）
- ・「批判または評論するための公正利用は、以下のものが表示されることを条件として、著作権を侵害しない。
 - (a)出典
 - (b)出典中に、以下の者の氏名
 - (i)著作物の場合には著作者
 - (ii)実演家の実演の場合には実演家
 - (iii)録音物の場合には製作者
 - (iv)通信信号の場合には放送者」（29.1 条）
- ・「時事報道のための公正利用は、以下のものが表示されることを条件として、著作権を侵害しない。
 - (a)出典
 - (b)出典中に、以下の者の氏名
 - (i)著作物の場合には著作者
 - (ii)実演家の実演の場合には実演家
 - (iii)録音物の場合には製作者
 - (iv)通信信号の場合には放送者」（29.2 条）

以上のとおり、カナダ著作権法におけるフェア・ディーリング規定は、英国著作権法におけるそれよりも、目的において制限が緩やかである。判例⁹は、列挙された目的の解釈を柔軟に解釈しているので、英国と異なり、商業目的の「研究」（29 条）にも、フェア・ディ

⁸ Copyright Act of Canada (<http://laws.justice.gc.ca/en/ShowFullDoc/cs/C-42///en>)

⁹ CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada, [2004] 1 SCR 339

(<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc13/2004scc13.html>)：カナダ連邦最高裁判所は、フェア・ディーリング規定に列挙された目的に当たるか否かを判断する上で、①使用の目的（および商業的性質）、②使用の性格、③使用の量、④他の選びうる使用方法、⑤著作物の性質、⑥著作物使用の効果を検討した。

ーリングの成立を認めている。また、パロディについても、「批判」(29.1 条)としてフェア・ディーリングの成立が認められるであろうとの指摘¹⁰がある。

② 法改正動向

カナダ政府は、2008 年に、私的複製(メディア・シフティング¹¹、タイム・シフティング¹²)のための権利制限および教育研究目的の権利制限¹³を定める著作権法改正法案¹⁴を連邦議会に提出したが、激しい議論の途中、議会が解散されたため廃案となった。

同法案が権利制限について一般規定を採用しなかったことについては、明確な説明はないが、次の説明がその参考となるように思われる¹⁵。

「質問 9: なぜこのような特定の問題を選び、他を選ばなかったのか。

回答: 政府は、バランスの取れかつ原理原則に基づいたアプローチを採用し、カナダ国民にとって最も重要であると思われる問題を優先した。この法案は、消費者による著作物の利用と創作者の権利の保護とのバランスを採っている。インターネットに対するカナダの著作権制度が国際標準に合致することは重要である。さらに、知識に基づく経済の主たる参加者がインターネット上の世界的事業機会を十分に実現することがよりよくできるよう、問題が選ばれた。この点に関する改革はずっと前から必要とされていたことである。」(下線付加)

③ 学説

Giuseppina D'Agostino, *Healing Fair Dealing? A comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing and US Fair Use*, CLPE Research Paper 28/2007 は、カナダ著作権法のフェア・ディーリングが英国著作権法のフェア・ディーリングよりもまた米国のフェア・ユースよりも優れていると主張する。この論文は、カナダ著作権法のフェア・ディーリングが米国のフェア・ユースよりも優れている理由として、フェア・ユースに該当するかを訴訟ではつきりさせるためには高額(平均 100 万ドル近い)費用が掛かり、利用者に当該使用を避けさせる萎縮効果を生じているという問題を指摘する(44 頁～47 頁)。

10 Giuseppina D'Agostino, *Healing Fair Dealing? A comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing and US Fair Use*, CLPE Research Paper 28/2007, pp51-52

11 29.21 条、20.22 条

12 29.23 条

13 30.01 条～30.04 条

14 Bill C-61, An Act to Amend the Copyright Act

(<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=3570473&file=4>)

15 Canada's Bill C-61: Questions and Answers (http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/eng/h_rp01153.html)

(2) オーストラリアの立法動向

オーストラリアの現行著作権法（1968年著作権法¹⁶）は、英国の著作権法を承継したものであり、英国と同様のフェア・ディーリング規定を置いている。

オーストラリア政府は、2005年に、フェア・ユース導入に関する論点整理¹⁷を発表し、広く国民の意見を募集した。

その結果、オーストラリアは、2006年に、著作権法を一部改正した¹⁸。個別的な権利制限規定として、パロディのための権利制限¹⁹および私的複製（タイム・シフティング²⁰、メディア・シフティング²¹）のための権利制限を定めたほか、目的をかなり限定した一般的権利制限規定（200AB条）をも入れた。200AB条1項は、以下のように規定する。

「200AB条 一定の目的のための著作物およびその他の保護対象物の使用

(1) 著作物またはその他の保護対象物に対する著作権は、以下の条件が存在する場合には、当該著作物またはその他の保護対象物の使用によって侵害されない。

(a) 使用の状況（(b)号、(c)号および(d)号に記載するものを含む）が特別の場合に該当すること、

(b) 当該使用が(2)項【図書館・記録保存所による使用】、(3)項【教育機関による使用】または(4)項【障害者による使用】に定める場合に該当すること、

(c) 当該使用が当該著作物またはその他の保護対象物の通常の利用を妨げないこと、

(d) 当該使用が当該著作権の権利者の正当な利益を不当に害しないこと。」

（【】内付加）

以上のとおり、オーストラリアは、2006年の改正で一般的権利制限規定を入れたが、米国のフェア・ユースではなく、ベルヌ条約9条2項を基礎として、目的を図書館などの非営利的使用に限定しているという特徴を持つ。

2006年の改正に当たっては、米国のフェア・ユースを基礎とする一般的権利制限規定の導入も検討されたが、強い支持を得られなかったようである。同改正の解説はつぎのように記述する²²。

16 Australian Copyright Act 1968 (<http://scaletext.law.gov.au/html/pasteact/0/244/top.htm>)

17 Fair Use and Other Copyright Exceptions (May 2005)

(http://www.cr-international.com/2005_Australia_Fair_Use_and_Other_Copyright_Exceptions.pdf)

18 Copyright Amendment Act 2006 (No. 158, 2006)

(<http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/C8E557D7AAAED1F2CA257242000CE35D?OpenDocument>)

19 41A条、103AA条

20 111条

21 43C条、47J条、109A条、110AA条、41A条、103AA

22 COPYRIGHT AMENDMENT BILL 2006: EXPLANATORY MEMORANDUM

「広範な利用に対する権利制限はオーストラリア著作権法と調和する方法で柔軟性をもたせることができると考えられる。フェア・ユースの調査に関する公衆の意見聴取の過程において、主要な利害関係者は米国のアプローチを全面的に採用することをまったく支持しなかった。

この方法は、現在の具体的権利制限および法定許諾の枠を補足する柔軟な権利制限を提供することによって、利用者の役に立つ。また、この方法によって、著作権法は、その範囲内において技術の急激な進歩により良く対応することが可能になる。

他方、この方法は、著作権法を複雑にする可能性がある。判例法が発展するまでは著作権者にとっては不確実性が生じる。裁判所がその範囲を解釈するまでは、権利許諾に混乱を生じうる。同様に、この権利制限に依拠しようとする利用者は、起こりうる訴訟リスクに重きを置く必要を生ずる。」（下線付加）

（第Ⅱ章 6.執筆者： 山本隆司）

7. 大陸法における権利制限規定の構造等

(1) はじめに

本稿は、大陸法における権利制限規定の構造に関する研究であり¹、彼の地における制限規定の実際、その解釈をめぐる諸議論及び裁判実務の紹介を主たる目的とするものである。一口に「大陸法」といっても欧州大陸には数多くの国があるが、本稿においては、欧州大陸の著作権制度を牽引する役割を果たしてきたフランス法及びドイツ法にとくにスポットライトを当ててみたい。また、両国の法制度に多大な影響を与える EU (EC) 指令についても言及する。

(2) 制限規定の概観

まずは、彼の地において効力を有する制限規定を概観しておく。

① EC 情報社会指令

2001年に採択された EC 情報社会指令²は、著作権等の制限に関する規定を数多く含んでいる。同指令 5 条 1 項は、技術的な過程で生じる過渡的又は付随的な複製（いわゆる一時的蓄積）について複製権（2 条）を制限すべきことを定めている。この権利制限は強行的なものであり、すべての加盟国が実施を迫られる。

他方で、5 条 2 項（a 号ないし e 号）も複製権の制限に関するものであるが、同項は「例外又は制限を設けることができる」と規定しており、実際に同項に定められた場合に複製権を制限するか否かは、加盟国の任意的な判断に委ねられている。

5 条 3 項（a 号ないし o 号）は、複製権及び公衆伝達権（3 条）を制限しうる場合についての規定であり、やはり任意規定である。5 条 4 項は、以上の権利制限と連動して頒布権（4 条）を制限しうることを明らかにしている。

以上のように、情報社会指令は、権利制限に関する規定の多くを任意規定とすることで、域内の法調和という究極の目標からすると、やや後退した内容となっている。もっとも、加盟国が今後制限規定を設けるであろう範囲について一定の見通しを与えたという点では、同指令の採択に格別の意義を見出すことができる。

¹ 本稿は、2008 年著作権法学会における筆者自身の報告内容に多くを負っている。拙稿「大陸法における権利制限」著作権研究 35 号 52 頁以下（2008）参照。

² Directive 2001 / 29 / EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJL 167 22. 6. 2001 pp. 10-19.

指令は、いふなれば、そこに掲げた種々の場合において著作権等を制限してよいことをオーソライズした面があるわけであるが、当該の規定ぶりは（各国の法秩序に配慮して）やや概括的なところがある。そこで、加盟国が過剰な権利制限をしないように、いわゆる 3 step test が 5 条 5 項に規定されている。

3 step test とは、元々は複製権に関するベルヌ条約 9 条 2 項に由来するものであり³、権利制限が、「一定の特別な場合 (in certain special cases)」に用いられ、その適用が著作物等の「通常の利用 (a normal exploitation)」を妨げず、権利者の「正当な利益を不当に害しない (do not unreasonably prejudice the legitimate interests)」ことを条件として認められるという原則である。

これにより、加盟国は、指令に掲げられた制限規定を導入する場合には、3 step test に抵触しない範囲内で導入することが求められる。導入以前に国内法に存在していた制限規定であっても、3 step test に整合した規律の実施が求められる。

EC 情報社会指令の国内実施に関しては、独仏両国ともかなり手間取っていた。フランスは、2006 年 8 月によりやくその種の法改正をした (DADVSI 法⁴の成立)。ドイツは、比較的手を付けやすい問題に関する法改正を先行して実施し (2003 年 9 月の改正法 [第 1 バスケット: erster Korb])、難題を後にまわす (2007 年 10 月の改正法 [第 2 バスケット: zweiter Korb]) という形で二度の法改正を行っている⁵。

② フランス

現行のフランス法 (知的財産法典の第 1 章に相当) においては、著作権を制限する規定は L. 122-5 条に網羅的に規定されており、著作隣接権を制限する規定は L. 211-3 条に規定されている。

L. 122-5 条及び L. 211-3 条に共通してみられる権利制限の対象行為として、次のものが挙げられる。

家族的な集まりにおいて行う私的かつ無償の無形複製、私的複製、引用、新聞雑誌等による報道、(出所明示を条件とする) 政治上の演説等の放送による報道、教育・研究目的で行う利用、パロディ・模作・風刺、一時的蓄積、障害者のための利用、図書館等による複

³ 3 step test の成立史については、以下の文献を参照。M. SENFTLEBEN, Copyright, Limitations and the Three-Step Test : An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Kluwer Law International 2004, pp. 43 et s. 加納昌彦「スリーステップ・テストの基本概念的な形成過程 ベルヌ条約改正会議での検討を中心に」『著作権・著作隣接権論文集』(著作権情報センター、2007) 23 頁以下。

⁴ 正式名称は、Loi sur le Droit d'Auteur et les Droits Voisins dans la Société de l'Information である。

⁵ これらの法改正に関する報告を行った文献として、三浦正広「EU 著作権ディレクティブにもとづくドイツ著作権法改正 2003 年 9 月 10 日の情報社会における著作権規定に関する法律」コピライト 2004 年 3 月号 26 頁以下、本山雅弘「ドイツ著作権法改正 (第二バスケット) [前編]——私的複製及び補償金制度の見直し」コピライト 2008 年 2 月号 32 頁以下、同「[後編]——学術・研究のための権利制限および未知の利用方法に関する契約ルールの変更」コピライト 2008 年 4 月号 23 頁以下がある。

製。

L. 122-5 条にのみ規定される権利制限の対象行為としては、次のものが挙げられる。

競売カタログに掲載するための美術の著作物の複製、約定された使用の必要上及びその範囲において行う電子的データベースへのアクセスに必要な行為、著作者表示を条件とする直接的な報道のための美術の著作物等の利用。

L. 342-3 条は、データベースに係るいわゆる *sui generis* 権の制限を定めた規定であり、次の行為について権利が制限されることを明らかにしている。

適法使用者による質・量的に実質的でない部分の抽出・再利用、私的目的で行う電子的でないデータベースからの質・量的に実質的な部分の抽出・再利用、障害者のための抽出・再利用、教育・研究目的で行う抽出・再利用。

フランス法もまた、3 step test を規定している。もともと、指令におけるのとは異なり、規定ぶりは第1ステップ（一定の特別な場合）を省略した 2 step test である。これは、フランス法が定める権利制限が、すでに一定の特別な場合に該当するという理解に基づいている⁶。

③ ドイツ

ドイツ著作権法（1965年9月9日法）においては、その第1章第6節に著作権の制限規定が定められており、それらの規定は著作隣接権にも準用されている。権利制限の対象となる行為として、次のものが掲げられている。

一時的蓄積（44a条）、裁判手続・公安のための利用（45条）、障害者のための非営利の利用（45a条）、教会、学校又は授業の用に供するための編集物の利用（46条）、学校放送のための利用（47条）、時事問題に関する演説の利用（48条）、新聞記事・放送解説の転載等（49条）、時事事件の報道のための利用（50条）、引用（51条）、非営利無形複製等（52条）、教育・研究のための公衆への利用可能化（52a条）、公共図書館等における電子的ディスプレイにおける著作物の複製（52b条）、私的・個人的複製（53条）、注文に応じて公共図書館が行う複製物の配達（53a条）、私的・個人的複製に基づく報酬請求権（54条）、放送事業者による一時的固定（55条）、データベースの著作物の複製物の所有者又は契約によりその提供を受ける者のアクセス及び通常の使用のための翻案又は複製（55a条）、機器の販売・修

⁶ C. GEIGER, 《La transposition du test des trios étapes en droit français》, D. 2006, p. 2166 note 9.

理業者が当該営業のために行う利用（56条）、付随的利用（57条）、展示・販売の広告目的で行う美術の著作物等の利用（58条）、公開の場所に恒常的に設置された著作物等の利用（59条）、プログラムの著作物の通常の使用、バックアップコピーの作成、互換性確保のための利用（69d条ないし69e条）⁷。

なお、データベースに係る *sui generis* 権に関して、私的使用、出所明示を条件として行う自己の学術的使用・授業における例証目的の使用、裁判手続・公安目的の使用が権利制限の対象行為とされている（87c条）。

④ フランス・ドイツにおける制限規定の特徴

両国の制限規定についてまずいえることは、そのリストが限定的であることである。リストに列挙されたもの以外の権利制限が可能か否かについて、両国の著作権法は基本的には沈黙している。また、両国とも、著作権等を一般的・抽象的に制限する規定（一般規定）を有していない。

制限規定の適用範囲も限定的である。この点との関係で、権利制限の要件がしばしば精緻であるということも指摘できる。とくにフランス法では、権利制限の要件の具体化が、しばしば特別法や Conseil d'Etat⁸のような特別な機関の決定に委ねられている。一例を挙げると、障害者のための利用に関する制限規定（L. 122-5条7^o）では、必要な障害の程度について、Conseil d'Etat のデクレ（décret）が基準とされており、「社会活動及び家族に関する法典」L. 146-9条所定の団体によって、障害者性が認定されていることが要件とされている。

もっとも、制限規定の条数自体は、（決して少なくはないが）英国法あるいは米国の法のように多すぎる（印象を与える）というわけではない。最低限、法律としての透明性を確保しようとする、両国立法者の配慮、あるいは美学のようなものが伺える（とくにフランス法における制限規定の数は、比較的最近まできわめて少なかった）。

(3) 制限規定の解釈態度をめぐる議論

フランス及びドイツにおける制限規定のオーソドックスな解釈態度は、「厳格解釈（*interprétation stricte / enge Auslegung*）」である。この解釈態度は、近代以来の著作者中心の著作権法観⁹に由来しており、ときに著作者の人格を重視するアプローチとも結びついてい

⁷ ほか、報酬請求権の行使に関する技術的な規定として、54a条ないし54h条がある。

⁸ コンセイユ・デタ。政府の準備する法令案などの諮問に応ずるとともに行政裁判の最上級裁判所としての権限を持つ。

⁹ Cf. A. LUCAS / H. -J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Nexis-Lexis Litec 2006, n^o 321. V. aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2005, n^{os} 61-64.

る¹⁰。

また、法律の構造からも、このような解釈態度が導かれている。すなわち、両国の著作権法は、著作権の内容を一般規定として定立しており、反対に制限規定を個別に列挙している。そこからは、著作権の保護が「原則」であって、その制限は「例外 (exceptions / Ausnahmen)」であるというイメージが生じる。制限規定はあくまで例外なのだから、厳格に解釈される必要があるということである¹¹ (*Exceptio est strictissimae interpretationis*¹²)。この厳格解釈のテーゼは、具体的には、制限規定の拡張解釈の忌避や類推解釈の禁止 (Analogieverbot)、明文の根拠を有しない権利制限の創出禁止といった種々の拘束をもたらすことになる。

そして、制限規定は単なる例外にすぎないから、その便益を享受する者に「権利」を与えるものではないともされる。すなわち、著作権と同様に、利益主体が自己の利益の実現を求めて行動する根拠となりうるものではない。

以上が、フランス・ドイツにおけるいわば主流派の解釈態度というべきものであるが、近時のドイツにおいては、このようなやや硬直的な著作者中心主義から脱し、もう少し柔軟な解釈論を展開しようという議論も台頭してきている。この台頭しつつある立場においては、そもそも制限規定とは著作権の外延を画する法技術にすぎず、著作権と隣接するとしてもそれ自体独立した法システム (eigenständige Regelungen) たりうるので、前提として制限規定を「例外」とみることは間違っているとされる¹³。

そして、著作者と同様に、著作物の利用者もまた基本権ないし憲法的な価値 (表現の自由、情報に対する権利等) によって保護されていることを正面から認め、私的生活関係において生じるそれらの衝突を調整し、両者の利益の調和のとれた妥協を実現するのが著作権法の目的であると把握している。

このような利益衡量を主軸にすえた論者¹⁴がドイツにおいて増えつつある¹⁵のは、1 つに

¹⁰ Cf. A. LUCAS / H. -J. LUCAS, *ibid.* 「制限規定は例外であるという考え方は、人格主義的なアプローチ (approche personnaliste) に適合する。それは、目下の諸利益の中で、著作者のそれに優先的な地位を与える傾向をもつ。それは単純に、著作者の権利 (droit d'auteur) という術語が示しているように、著作者が規整の中心であるという理由による」。

¹¹ Cf. A. LUCAS / H. -J. LUCAS, *ibid.* ; FROMM/ NORDEMANN *Urheberrecht Kommentar*, 9 Aufl., W. Kohlhammer 1998, vor § 45 Rdnr. 3 [W. NORDEMANN] ; SCHRICKER *Urheberrecht Kommentar*, 3 Aufl., C. H. Beck 2006, vor § 44a ff., Rdnr. 15-16 [F. MELICHAR].

¹² Cf. H. ROLAND / L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., 1999, n° 125.

¹³ M. REHSE, *Zulässigkeit und Grenzen ungeschriebener Schranken des Urheberrechts*, Dr. Kovac 2008, S. 49 f.

¹⁴ Hoeren 及び Raue は、その論文の論調からしてこの立場に与するものとみてよいだろう。Vgl. T. HOEREN, 《Die Schranken des Urheberrechts in Deutschland》, in IRPI / Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (éd.), *Rencontres franco-allemandes : Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec 2007, S. 265 ff. ; P. RAUE, 《Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes》, in *Perspektiven des Geistiges Eigentums und Wettbewerbsrechts : Festschrift für W. NORDEMANN, U. LOEWENHEIM (Hrg.)*, C. H. Beck 2004, S. 327 ff.

¹⁵ Pollaud-Dulian も、フランスにおいては「法律はそれゆえ著作者の利益のために解釈されるのであって、ドイツにおいて強く推奨されているような、著作者の利益と第三者の利益との衡量によって解釈されるのではない」と述べ、ドイツ法における近時の議論が利益衡量に傾きつつあると分析している。POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* (n. 9), n° 65.

は、次に述べる同国の判例の展開によるところが大きいと考えられる。

(4) 判例の展開

次に判例をみていくことにしよう。既述のように、両国では厳格解釈のテーゼが強力な伝統を有しているが、その影響力は裁判実務の全体を覆い尽くしてはいない。判例をつぶさにみる限り、両国の裁判所は、総じて厳格解釈の立場を「尊重」してはいるが、「墨守」してはいないといえることができる。ときに明文規定の根拠を有しない権利制限を承認したり、ときに類推解釈を行って具体的妥当性を確保しようとしていることがわかる。

① フランス

a) 公開の場所における美術の著作物の付随的利用

現在、フランスでは、いわゆる付随的利用に関して、あるいは公開の場所に設置された著作物の利用に関して、著作権を制限しているのは判例である。これに関する裁判例は数多くあるが¹⁶、最近の代表的な事例として2005年3月15日の破毀院判決 (*Place des Terreaux* 事件¹⁷) を挙げておきたい。これは、屋外の歴史的場所にある施設 (建築の著作物) が絵葉書に写り込んだ場合に、その複製行為が著作権を侵害するか否かが問題となったケースである。破毀院は、「係争著作物のそのような提示は、扱われた主題にとって付随的ではない (*une telle présentation de l'oeuvre litigieuse était accessoire au sujet traité*)」ため、「かかる提示は当該著作物の公衆への伝達 (*communication*) を実現できていない」として、侵害を否定する結論をとっている。

付随的利用 (*utilisation accessoire*) にかかる上記の法理は、格言 *de minimis non curat praetor* を著作権法の規律の中に実定化したものである。著作物が公衆に伝達されてはいるが、不完全であったり、二次的でしかない方法で伝達されている場合に、この法理が用いられる。

Pollaud-Dulian は、付随的利用の自由は、本来、著作権者の寛容 (*tolérance*¹⁸) によるもの

¹⁶ 近代的な場所 (*La Défense*) に停められた車のモデルを撮影した写真の背景における微少な部分に噴水が写り込んでいたというケースで、創作的特徴が感得できないことを理由に、侵害を否定した事例がある。Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1987, RIDA 1 / 1988, p. 94. また、CM映画において彫刻が極めて不鮮明に映り込んでいたケースで、侵害を否定した事例がある。TGI Paris. 1^{re} ch., 28 mai 1997, RIDA 1 / 1998, p. 329. しかし、これらの判決の射程は一般的なものではない。「付随的利用」の法理はもっと先を行くものである。風景写真をプリントした本のカバーがCM映画に映り込んでいたケースで、その写真が広告という形で扱われた主題にとって付随的なものであることを理由に、当該著作物を感得できないとした事例がある。Cass. 1^{re} civ., juin 2001, RIDA 2 / 2002, p. 423 ; D. 2001, p. 2517 note DALEAU. 椅子のモデルをCM映画において意図的に繰り返し使用したというケースで、同じ基準を用いて侵害とした事例もある。Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, D. 2001, p. 1530 note DREYER. その他、一連の裁判例については、cf. A. LUCAS / H. -J. LUCAS, op. cit. (n. 9), n° 298.

¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, *Légipresse* 2005, n° 221, III, p. 73 note J.-M. BRUGUIÈRE ; JCP G 2005 II 10072 note Th. LANCRENON.

¹⁸ 容認、黙認。権利者が明らかに違法な活動又は無権利の行動を容認すること。Desbois は、記念建造物

であって、それが慣習法 (coutume) に転化したと解すべきではないかと自問している¹⁹。しかし多くの論者は、明文の根拠を有しない権利制限を裁判所が認めたものであると分析しており、このような現象をとくに「法廷による権利制限 (exception prétorienne)」と呼んでいる。

b) TV 報道のための利用

欧州人権条約 10 条は「表現の自由」を保障する旨定めているが、近年、これを援用して制限規定の拡張解釈をすべきであると主張されることがある。たとえば、TV のニュース報道に関する事件で、このような主張をした TV 局 (France 2) があった。2003 年 11 月 13 日の破毀院判決 (Utrillo 事件²⁰) は、そのような事件に関するものである。このケースでは、有名画家の作品展示会に関する TV 報道において、絵画 12 枚を放映すること (2 分数秒) が著作権を侵害するか否かが問題となった。破毀院は、本件報道は L. 122-5 条 3 号 a (CPI) にいう「短い引用 (courtes citations)」に当たらないとした原審の判断は正当であるとし、France 2 の欧州人権条約 10 条を根拠とする引用規定の拡張的適用に基づく抗弁は、成立しない (inopérant) と判断している。

本判決については、様々な見方がなされている。一般的には、制限規定の厳格解釈のスタンスを維持したケースと受け止められているようであるが、欧州人権条約に基づく制限規定の解釈という立論自体は本判決によっては否定されなかったとして、これに好意的な評価をする見解もある²¹。他方で、そのような立論自体、破毀院によって退けられたと分析する見解もある²²。

c) 3 step test の間接適用

2006 年 2 月 28 日の破毀院判決 (Mulholland Drive 事件²³) は、あらゆる角度からみて興味深い事例である。このケースでは、技術的保護手段が施された DVD の販売が、使用者の「私

等が注意を惹かないような形で写真に写りこまれた場合、排他権が制限されるべきであると論じつつ、これを toréance と分析している。H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz 1978, n° 255.

¹⁹ POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* (n. 9), n° 820.

²⁰ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, RIDA 2 / 2004, p. 291 ; D. 2004, p. 200 note N. BOUCHE; JCP G 2004 II 10080 note C. GEIGER.

²¹ J. -C. GALLOUX, «Exceptions et limitations au droit d'auteur : Exception française ou paradoxe français?» in *Rencontres préc.*(n. 14), p. 329. Galloux は、欧州人権条約 10 条に基礎を置く「情報に対する権利」のゆえに、著作権が制限される場合があることを認めた原審判決 (CA Paris, 30 mai 2001) の方を高く評価しており、「この判決は、先に示したドグマの一つ——法に列挙された権利制限は限定的な性格を有するというドグマ——に終止符を打つもの」とまで評している。

²² A. LUCAS / H. -J. LUCAS, *op. cit.* (n. 9), n° 326. Lucas は、欧州人権条約 10 条所定の表現の自由を根拠に、この自由に対する均衡を欠いた侵害に対しては、明示的な制限規定の枠を超えて著作権の制限を導くことができるという考え方が、オランダでは反響を得ているが、ベルギー破毀院によっては採用されず、フランスでも同様であると述べている (Utrillo 事件破毀院判決及び原審判決を引用)。V. aussi, n° 327.

²³ Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, JCP G 2006 II 10084 note A. LUCAS ; *Légipresse* 2006 n. 231, III, p. 76 note V. -L. BÉNABOU.

的複製を行う権利」を侵害するか否かが問われた²⁴。

破毀院は、まず、ベルヌ条約 9 条 2 項及び EU 情報社会指令 5 条 5 項に基づいて、私的複製に係る国内制限規定を解釈する必要があるとした（判決当時、フランスはまだ同指令を国内実施していなかった）。そして、「当該規定が著作物の通常の利用を妨げる効果をもたらすのであれば (*lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre*)」、それは技術的保護手段を施す上での障害となるものではないとし、上記 DVD の私的複製は著作物の通常の利用を妨げる（3 step test の第 2 ステップに抵触する）可能性があるとして、事件を原審に差し戻す旨判示した。

本判決は、ベルヌ条約及び指令上の 3 step test を間接適用した点において特徴的であるが、たとえ制限規定の文言上の要件を充足していても、状況によってはその適用が排除される可能性を具体的に示した点で、フランスの学説に深甚なインパクトを与えている。比較的多くの論者が、3 step test に基づく制限規定の上記縮小解釈は、やや過激である（法的安定性を著しく害する）と考えている。しかし既述のように、2006 年 8 月の法改正の後、3 step test はフランス法の中に明文の規定でもって組み込まれ、その一部として機能することが明確にされた。

② ドイツ

a) 引用

2007 年に法改正が行われる前は、ドイツ法における引用規定（51 条）は、非常に窮屈なものであった。著作物の全部引用は、学術の著作物において引用する場合に文言上は限定されており（1 号。「大引用 (Großzitat)」）、他の種類の著作物における引用は、部分 (Stelle) 引用でなければならなかったのである（2 号、3 号。「小引用 (Kleinzitat)」）。また、引用する側の著作物は、学術の著作物（1 号）、言語の著作物（2 号）、音楽の著作物（3 号）のいずれかに限定されていた。

ドイツの引用に係る判例には、このような制定法の窮屈さを類推解釈によって打ち破ってきた長い歴史がある²⁵。従来から、著作物（とくにイメージ）を、厳密には学術的とはいえない著作物において全部引用する自由は、一定の範囲で認められてきた²⁶。また、映画の

²⁴ 本事件の 1 審、第一次控訴審及び上告審の判旨の簡単な紹介と分析を行ったものとして、井奈波朋子「マルホランド・ドライブ事件 DVD のコピーガードと著作権」コピライト 2007 年 6 月号 30-33 頁がある。差戻後の第二次控訴審判決については、拙稿「3 step test はどこまで有用な原則か—フランスにおける議論を参考に—」上智法学論集 51 巻 3・4 号（2008）48-49 頁参照。

²⁵ 2007 年改正前のドイツ引用規定に基づく判例法理について概観したものとして、三浦正広「ドイツ著作権法における引用」著作権研究 26 号 122 頁以下（2000）がある。

²⁶ 51 条 1 号にいう「学術の著作物」は広く解されている。引用規定の背後には公衆における文化的発展を促進するという目的があるからである（ただし、ある程度の真面目さをもって、知識の普及を目的としているといえるものでなければならない）。映画の著作物もここに含まれる。Vgl. E. ULMER, 《Zitate in Filmwerken》, GRUR 1972, S. 324. マルチメディア製品の製作者も、教材を学生に提供する目的で行うのであれば、引用の抗弁をすることが可能であろう。Vgl. HOEREN, op. cit. (n. 14), S. 277.

著作物等においても、2号の引用は認められてきた²⁷。そして、これらの類推解釈については、学説上もほぼ異論がなかったといえる。

なお、2007年に行われた法改正により、ドイツ法の引用規定は拡充され、上記のような文言上の不備は是正された。現行のドイツ著作権法51条においては、1号から3号までに掲げられた引用は、例示的なものとされている。

b) 演劇作品における文章の引用

同じく引用に関してであるが、ドイツの学説に測りしれない衝撃を与えたのが、2000年6月29日の連邦憲法裁判所決定（*Germania III*事件²⁸）である。この事件で最大の争点となったのは、演劇作品において他人の文章をコラージュ的に使用する行為が、適法な引用といえるか否かであった。従来の判例及び学説は、適法引用の要件として「Beleg」の機能というものを掲げてきた。Beleg（引用著作物と被引用著作物の内的な結びつき）が意味するところは複雑であり、その正確な理解のためにはきちんとした研究が必要であるが、さしあたり意見が合致したことを明確化する機能、又は、よりよい理解、理由付け及び掘り下げの機能と理解してよいように思われる²⁹。わが国において、一般に「批評関係」といわれているものに近い概念といえるかもしれない。引用側の「ゲルマニア」という演劇作品が、引用された劇作家 Brecht の文章を「批評」しているとはいいがたいケースであったため、従来の解釈の変更が求められていたのである。

そこで連邦憲法裁判所は、次のような革新的判断を示した。基本法5条3項所定の「芸術の自由（Kunstfreiheit）は、無条件のものであるが、無制限に保障されるものではない……その制限は、他人の基本権によって……また憲法的価値を有するその他の法益によってもたらされる……そのような制限は、基本法14条1項所定の所有権の保障からも生じうる。当該所有権の保障には……なかならず著作権の保護も含まれている。もっとも、所有権もまた無制限に保障されない。とくに著作権の領域では、それは単に、この権利の財産的価値の側面を基本的に著作者に割り当てるべきことを要求しているにすぎない……立法者は、著作権の枠内で、限界に関する適切な基準を見出さなければならない……そのような基準は、たとえば著作権法45条以下の制限規定から生じる……」「基本法5条3項が芸術に対する特別な配慮を要求していることから、著作権法51条2号の解釈適用に際して次のことが求められる。すなわち、被引用部分と引用者の思想・考察との内的な結びつきを、単なる Beleg の機能を超えて芸術的な表現と造形的手段として承認すること、そしてそのことにより、この規定について、芸術的著作物のために、他の、非芸術的な言語の著作物におけるよりも広範な適用範囲を確保することである」。他人の文章が Beleg の機能を果たしてい

²⁷ BGH, GRUR 1987, S. 362 [Filmzitat]. その他の多くの裁判例については、vgl. SCHRICKER Kommentar, préc. (n. 11), § 51, Rdnr. 41 [G. SCHRICKER].

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 29. 6. 2000, GRUR 2001, S. 149.

²⁹ GRUR 2001, S. 152.

なくとも、「自己の芸術的表現内容の対象及び造形手段にとどまっている」場合には、適法引用として認められる（傍線筆者）。

上記判旨は、次の諸点を述べるものであって、明快である。著作権法における引用の自由は、基本法上の「芸術の自由」に根拠を持ちうること、そしてこの自由を保障するために、ときに *Beleg* の機能を越えた広範な引用を芸術的表現手段として承認する必要があること、より一般的には、ひとり著作者のみが基本権を有するのではなく、著作物の利用に関与する者もすべからず基本権を享有し、それぞれの基本権が衝突しうること、その間の均衡を実現するに当たっては、制限規定の柔軟な解釈も許容されうること、である。

c) 時事的事件性

ドイツ著作権法 50 条は、時事的事件の過程において現れる著作物につき、その報道に伴う複製等を自由としている。よって「時事的事件 (Tagesereignis)」性に係る認定の広狭は、著作権が制限される範囲に影響を及ぼすことになる。従前の学説等においては、「時事的事件」性の概念を厳格に捉え、政治的又は文化的に重要といえる出来事を指すと解するのが通例であった。

この点に関しても、最近、興味深い判決が出ている。2002 年 7 月 11 日の連邦通常裁判所判決 (*Verona Feldbusch* 事件)³⁰である。このケースでは、日刊紙「Bild」が掲載した写真(有名女優が夫の男優から殴られた形跡を示す写真)を、週刊誌「Focus」が転載して記事を書くことが、当該写真に係る著作権を侵害するか否かが問題となった。連邦通常裁判所は、著作権法 50 条は本件に適用されると判断し、政治的又は文化的に重要な出来事といえない事件についても「時事的事件」性は認められることを明らかにしている³¹。

d) 電子プレス

ドイツ著作権法 49 条は、新聞や情報誌等に掲載された少量の記事を、他の新聞や情報誌等に転載する行為を一定の範囲で自由としている。*Verona Feldbusch* 事件判決と同日に言い渡された連邦通常裁判所判決 (*Elektronischer Pressespiegel* 事件³²) は、会社内部において新聞の論説等をスキャニングし、電子メールで従業員宛に送信する行為にも、この規定の適用があるかが問題となったケースである。同条 1 項の文言は、「新聞及びその種の情報誌 (Zeitungen und Informationsblätter dieser Art)」への転載を許容するものであるが、果たして、転載可能な媒体として、電子プレス (*elektronischer Pressespiegel*) もその文理から導くことができるかは、相当に微妙な問題であるといつてよい。

これに対し、連邦通常裁判所は、「著作権法 45 条以下の制限規定の枠組において利用さ

³⁰ BGH, Urt. v. 11. 7. 2002, ZUM 2002, S. 818.

³¹ Raue は、その判文にもかかわらず、本判決は類推解釈を行ったものと解している。RAUE, op. cit. (n. 14), S. 330.

³² BGH, Urt. v. 11. 7. 2002, GRUR 2002, S. 963.

れている概念は、技術の発展によって時代遅れのものとなりうる。場合によっては、拡張解釈 (extensive Auslegung) によってこれに配慮しなければならない「著作者の利益のみならず、制限規定によって保護される諸利益を考慮する必要があるし、当該規定の解釈を行う上では、それらの重要性を相応に考慮する必要がある」とした上で、電子プレスにも著作権法 49 条 1 項は適用されることを明らかにした。

本判決は、当時、センセーショナルに受け止められたらしく、現在もドイツの学界において賛否両論を集めている³³ ³⁴。判文によれば、本判決は著作権法 49 条の「拡張解釈」を行ったものであるが、実際には類推解釈を行ったものとの評価も聞かれるところである³⁵。

e) 複写物配送サービス

ドイツ著作権法 53 条 2 項には、自己使用のための複製を自由とする規定がある。1999 年 2 月 25 日の連邦通常裁判所判決 (Kopienversanddienst 事件³⁶) は、公共図書館が個別の注文を受けて雑誌収録論文の複写物を郵送又は FAX する行為にも、この規定の適用があるか否かが問題となったケースである。

連邦通常裁判所は、当該複製物の作成は著作権法 53 条 2 項 4 号 a により許され、この規定に基づいて複製を許される者は、第三者にも複製物を作成させることができると判示した。また、当該図書館は、適法な複製物を配送している以上、頒布権も侵害しないと判断した。

著作権法 53 条 2 項の文言によれば、許容される複製目的は、「自己」の使用に供することである。本判決は、そのような判断枠組に拘泥していないため、従来の考え方³⁷と比べると、拡張解釈のような結論になっている。もっとも、連邦通常裁判所は、このままではバランスを欠く結論になるということ認識していたようであり、公貸権に関する規定等³⁸を

³³ この点に関して Melichar は、次のように述べている。電子プレスという、「新しい現象形態を 49 条の適用範囲に含めるべきかは、なお議論の余地がある……情報社会における著作権法の規律に関する法律では、残念ながらその点に関する明確化がされなかった。『電子プレスに関するありうべき指令の規定』は、『それが必要な場合において、さらなる法案の対象とされるべきである』 (Begr. z. RegE UFITA 2004 / I 186 / 210)。2006 年 1 月 3 日の参事官草案では、49 条に電子プレスを明示的に追加することは回避された。それは次の理由による。連邦通常裁判所……は、法の欠缺を裁判官による法形成によって充填したわけではなく、単に解釈の方法によってのみ、電子プレスは裁判所が特定する著作権法 49 条所定の要件に含まれると判断したからであるから、そのような追加の立法をする動機はなかったのである」。SCHRICKEK Kommentar préc. (n. 11), § 49, Rdnr. 32 [F. MELICHAR].

³⁴ 著作権法における電子プレス問題に関する近時のモノグラフとして、次の文献がある。V. GLAS, Die urheberrechtliche Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel, Mohr Siebeck 2008.

³⁵ RAUE, op. cit. (n.14), S. 330.

³⁶ BGH, Urt. v. 25. 2. 1999, GRUR 1999, S. 707.

³⁷ Vgl. zB. FROMM / NORDEMANN Kommentar, préc. (n. 11), § 53 Rdnr. 2 [W. NORDEMANN]. ただし、この説に立った場合でも、一定の範囲で他人に複製させることは可能であり、53 条 2 項の文言もそのことを認めている (「自己」又は「第三者」の範囲が問題となる)。Nordemann は、「第三者」の範囲は、望ましい厳格解釈に従ってその都度の目的に照らして判断すべきであるとしている。自己の学術的な使用は、通常、大学の講座 (Lehrstuhl) で行われるだろうし、場合によっては、自己の研究所又は研究上の組織 (Forschungseinrichtung) で行われるだろうと述べている。

³⁸ ドイツ著作権法 27 条 2 項・3 項、49 条 1 項、54a 条 2 項、54h 条 1 項。

類推し、少なくとも著作権者には報酬請求権が認められるという、ややアクロバティックな解決を採用している³⁹。

本判決を受け、2007年に行われた法改正では、53a条が新設された。同条は、公共図書館による複写物配送サービスを、明文の規定により適法としている。

(5) 3 step test について

3 step test に関する欧州の議論状況について触れておく。3 step test は、ベルヌ条約9条2項に複製権の制限に関する原則として規定されたものであるが、その後、他の著作権関係条約によっても、複製権に限定されない形で採用されている（TRIPs 協定13条、WIPO 著作権条約10条、WIPO 実演・レコード条約16条2項）。既述のように、EC 情報社会指令5条5項も、制限規定の適用にあたっては、3 step test を遵守するように加盟国に義務付けている。その関係で、指令上の3 step test を、国内の立法者だけでなく裁判所も考慮しなければならないのかについて、現在、欧州では様々な議論が行われている⁴⁰。

① 情報社会指令上の3 step test の国内適用可能性

情報社会指令における3 step test の国内適用可能性については、見解が分かれている。指令5条5項がその実現方法について加盟国に完全な自由を与えている（裁量を付与する規定である）以上、国内の裁判所が立法者に代わってこれを具体化することはできないとする見解⁴¹がある。これは、条約規定の自動執行性欠如についていわれるのと、ほぼ同じ理由付けであるといえる。また、同項は、加盟国がベルヌ条約等の下で負っている既存の国際的義務を確認するものにすぎず、加盟国が3 step test を国内法に明記する義務や、国内裁判所がこれを適用する義務を定めたものではないと解する見解もある。論者は、指令前文44項を根拠としてこのような見解を主張している⁴²。

しかし、指令5条5項が設けられたことによって、欧州司法裁判所のみならず、国内裁判所も3 step test に基づいて解釈を行う義務を負ったというのが、欧州における多数説のようである⁴³。理由としては、同項の文言が、制限規定の「適用」について定めたものであること（制限規定を「適用」しうるのは、加盟国の立法者ではなく裁判官）、指令の目的があ

³⁹ なお本判決は、条約上の3 step test に基づくチェックも行っている。

⁴⁰ 井上由里子「欧州における権利制限」野村豊弘他編『現代社会と著作権法』（斉藤博先生退職記念論集、弘文堂、2008）13-14頁参照。

⁴¹ C. VILMART, 《Copie privée : il faut raison garder et appliquer la Loi?》, JCP E 2006, 148, p. 552.

⁴² SENFTLEBEN, op. cit. (n. 3), p. 280.

⁴³ C. GEIGER, comment on TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 avr. 2004, IIC vol. 36, 2005, p. 156 ; LUCAS note préc. (n. 22), p. 1066. V. aussi POLLAUD-DULIAN, op. cit., (n. 9), n° 754 ; BÉNABOU, note préc. (n. 22), p. 74 ; M. BUYDENS, 《La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : le régime des exceptions》, A&M 2002, p. 442.

くまでも国内法を調和させることにあり、3 step test の場合、その最も効率的な方法が国内裁判所による適用であることが指摘されている。

仮に指令 5 条 5 項が国内裁判所を拘束する性質のものであるとすると、加盟国は、3 step test を国内法に明記することが望ましいといえる。既述のようにフランスは、2006 年の法改正によって実際にこれを行っている。他の加盟国としては、ギリシア、イタリア等が国内法に明記したようである⁴⁴。ドイツは、一般的な形では 3 step test を国内法に明記していない。もっとも、情報社会指令以前に採択された著作権指令の影響を受けて⁴⁵、同国著作権法 69e 条 3 項は、プログラムの逆コンパイルに関して 3 step test を定めている。また、同法 87b 条 1 項も、データベース製作者の保護について同テストを用いている。

② 3 step test に基づく制限規定の縮小解釈の可否

3 step test が、立法基準としてだけでなく、現行法の解釈基準として機能することの可否に関しては、現在、様々な考え方が主張されている。とくにフランスでは、Mulholland Drive 事件をめぐって、この点に関する論争が一気に燃え上がった観がある。そして、全体的に批判的なトーンの議論が少なくない⁴⁶。その主な理由は、3 step のうち第 2 ステップに相当する「著作物の通常の利用」の概念がやや茫漠としているため、きわめて法的安定性に欠ける制限規定の縮小解釈がなされうるところにある⁴⁷。とくに罪刑法定主義の観点から疑問が呈されており⁴⁸、実際にも 3 (2) step test を明記した 2006 年 8 月の改正法は、憲法院審査の請求に付されている（結論としては、問題の規定が指令の文言を忠実に再述したものであることを理由に、請求が斥けられている⁴⁹）。

ドイツにおいてはどうか。従来からドイツでは、この点に関する議論はさほど活発でなかった印象を受けるが、近年、裁判所が 3 step test を濫用する可能性が強まってきたことから、マックス・プランク知的財産研究所の有志研究員が、同テストを謙抑的に用いるべき

⁴⁴ ほかに、ルクセンブルク、スペイン、チェコ、ハンガリー、マルタ、ポーランド、ポルトガル、スロバキアが国内法に 3 step test を明記しているようである。Cf. G. WESTKAMP, 《Part II : The Implementation of Directive 2001 / 29 / EC in the Member States, Report to the European Commission (2007) 》, pp. 92-94 (Table IV), available at http://www.ivir.nl/publications/guijbault/InfoSoc_Study_2007.pdf.

⁴⁵ コンピュータ・プログラムの法的保護に関する EEC 指令 (Council Directive 91 / 250 / EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJL 122, 17. 5. 1991, pp. 42-46) 6 条 3 項、データベースの法的保護に関する EC 指令 (Directive 96 / 9 / EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJL 77, 27. 3. 1996, pp. 20-28) 6 条 3 項。

⁴⁶ Cf. C. GEIGER, 《From Berne to National Law, via the Copyright Directive : The Dangerous Mutations of the Three-Step Test》, EIPR, 2007, pp. 486 et s.

⁴⁷ オランダにおいても、3 step test を制限規定の縮小解釈ツールとして用いた裁判例が報告されている。Senftleben はその法的不安定性を懸念し、「オランダの現状は最悪の場合のシナリオといえる」と評している。M. SENFTLEBEN, 《Fair Use in the Netherlands — a Renaissance? 》, tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht (AMI), p.4

⁴⁸ A. LUCAS / H. -J. LUCAS, op. cit. (n. 9), n° 336.

⁴⁹ Déc., DC n. 2006-540 du 27 juillet 2006. V. aussi C. CASTETS-RENARD, 《La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi 1^{er} août 2006》, D. 2006, pp. 2157 et s.

ことを強くアピールする声明を、2008年9月にそのウェブサイト上で公表している⁵⁰。この声明には、著名な欧州の研究者等が多数署名者（signatories）として名を連ねており、同国においても、この問題がもつ緊急性への関心が広まりつつあることを伺わせる。

(6) ドイツ版フェア・ユースに関する議論

フランスあるいはドイツが維持してきたような「限定列举」の権利制限システムは、今後も維持されるのだろうか。あるいは米国法におけるフェア・ユース（fair use）のような権利制限の一般規定をいつか導入する日が来るのであろうか。

フェア・ユース導入に関する議論は、現在までのところ両国において活発であるとはいえない。しかし、Achim Förster が近時公刊したモノグラフ——博士論文（Dissertation）ではあるが——にみられるように、この点を真に考察の対象にしようとする機運は、ドイツにおいても次第に高まりつつあるように思われる。

以下では、ドイツにおいてかわされている、権利制限の一般規定をめぐる議論を簡単に紹介してみたい。

① 一般規定の必要性について

a) Förster の見解

Förster は、ドイツ法に権利制限の一般規定を設ける必要性を強く主張している。当該条項を必要とする理由について、Förster は次のように説明している⁵¹。

従来の制限規定が対象とする利用とは一致しないが、利用の関心事（Verwertungsanliegen）を同じくする場合、すなわち、新技術が伝統的な著作物の利用を単に代替するものであったり、補充するものであったりする場合には、立法者のそもそもの意図や目標設定が保障されるように、制限規定を柔軟に解釈すれば足りる。これを実現しやすいように、個々の制限規定に抽象的な要素（要件）を盛り込むような立法も考慮しうる。しかし、制限規定のカタログを柔軟に運用することで対処しようとしても、全く新しい利用形態が現れ、全く新しい利用の関心事が問題となる場合には対応しきれない。そのような例として、Google Book Search を挙げることができる。この事象に関しては、現行の制限規定の拡張又は類推解釈によって救済する手がかりすらないであろう。また、「権利の重複」への対処の必要性も挙げられる。たとえば、香水の販売に関して商標権では非侵害とされている事象が、著作権法では侵害となるという問題が現に生じている。

加えて、新技術に対応する追加的な権利制限のための立法手続に、（ドイツでは）あまり

⁵⁰ Declaration a Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law, available at http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_steps.pdf.

⁵¹ A. FÖRSTER, Fair Use : Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US- amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, Mohr Siebeck 2008, S. 211-213, 220 f.

にも時間がかかる。現に、2001年情報社会指令が第2バスケット法によって最終的に実施されたのは2007年のことである。

Försterは以上のように指摘して、詳細な権利制限規定を新たに設けていく(opt-in)のではなく、新たな利用形態を包摂しうる柔軟な法文を予め設けておき、判例の発展によって、法文を修正・明確化する手法(opt-out)をとるべきであると主張している。

b) Schack 及び Poepfel の見解

他方で、一般規定の導入に消極的な見解もある。たとえば Schack は、制限規定の限定列挙(権利制限のカタログ方式)がもたらす法的安定性の利益は、一般規定がもたらす柔軟性の利益に勝ると主張している。Schack は、米国著作権法 107 条所定の fair use を取り上げて、これが法的に不安定であるため、依頼人の費用によりタイムチャージシステムの下で働く弁護士たちにとっては「おいしいえさ(ein gefundenes Fressen)」になっていると指摘している。加えて、同法 108 条ないし 122 条に追加的に定められた制限規定についても、これら「非常に特別で一部読みづらい、收拾がつかなくなるような特別条項は、なによりも一定の利用者ロビーの圧力が存在することをほのめかして」おり、「一般規定と追加的特別制限規定とのこのような組み合わせは、著作者にのみ損害をもたらしうる」と評価している⁵²。

Poepfel は、デジタルな利用環境においても、特別扱いすべき利用は、個別の法律要件を列挙することにより、満足のいく形で規定することができると主張している。Poepfel によれば、デジタルな利用環境においては、いかなる場合であっても、2つの特別扱いが求められる利益を保護することで事足りるという。すなわち、エンド・ユーザがデジタルな著作物を享受することを著作権で禁じないことと、デジタルなデータ転送システムが十分機能することを保障するということである。これらの利益に対応すべく著作権法に細かな規定を設けたとしても、概観不可能で不透明な法律を作ることにはならず、むしろ個別の法律要件における技術中立的な要素を活用することによって、新技術(電子プレス、電子記事のアーカイブ、図書館による文書の FAX 送信、画像検索等)に十分対応できるというのが Poepfel の考え方である。安易に一般規定によって規律することは、立法者が必要な決定をせずにその権限を裁判所に委譲する懈怠行為であって、基本法上疑義があるとまで Poepfel は主張している⁵³。もっとも、では、カタログ方式を維持した上で現行の制限規定をどのように再編成すれば目下の諸問題に対応できるのかについては、Poepfel の著書でも十分に検討されているとはいいたい。

⁵² H. SCHACK, 《Urheberrechtliche Schranken, ubergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung》 in Perspektiven des Geistiges Eigentums und Wettbewerbsrechts : Festschrift für G. SCHRICKER, A. OHLY et al. (Hrg.), C. H. Beck 2005, S. 511 f.

⁵³ J. POEPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, V&R unipress 2005, S. 499-503. Poepfel は、ドイツ版フェア・ユースを導入することは、ドイツ基本法上の要請である特定主義(Bestimmtheitsgrundsatz)に抵触するとまで主張している(反対、FÖRSTER, op. cit. (n. 51), S. 177-179)。

② 具体的な立法案

a) 比例原則への配慮

上述のように、Poepfel は一般規定の導入に基本的には反対の立場をとるが、仮にドイツ法に一般規定を導入するとした場合、どのような規定ぶりが可能かについての思考実験をしており、米国法 107 条の規定をベースに、ドイツの法的伝統を考慮しつつ、若干修正を加えたもの（新 61 条）を提示している⁵⁴。

また、Förster は、ドイツ基本法上要求される比例原則⁵⁵（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）からすると、フルに侵害責任を負うか全く負わないかといった（米国流の）オールオアナッシングのルールを採用することは好ましくないとし、Poepfel 案に対してさらに修正を加え、原則として著作者に報酬請求権を保障する規定を付加している⁵⁶。具体的な規定の形式は次のとおりである。

新 61 条 フェア・ユース（Redliche Verwertung）

- 1 公表された著作物の公正な使用は許される。公正な使用か否かの判断にさいしては、とくに次に掲げる基準が考慮されなければならない。
 - 一 使用の目的及び性格。当該使用が商業的な性質のものか否かを含む。とくに当該使用が批評的注釈、研究又は教育を目的として行われるときは、公正なものと評価しうる。
 - 二 著作権で保護される著作物の性質
 - 三 著作権で保護される著作物全体と対比した場合の使用される部分の範囲及び重要性
 - 四 著作権で保護される著作物の潜在的市場及び価値に対して当該使用がもたらす影響
- 2 前項に定める公正な使用のために、相当な額の報酬が支払われるものとする。当該報酬の支払の請求は、もっぱら権利管理団体がこれを行う。アクセスの自由のみならず、使

⁵⁴ POEPEL, *ibid.*, S. 491 f. そのほか、下記の論者が、米国法 107 条をベースにした一般規定の導入を支持している。P. WITTGENSTEIN, *Die digitale Agenda der neuen WIPO-Verträge : Umsetzung in den USA und der EU unter besonderer Berücksichtigung der Musikindustrie*, Stämpfli & Cie 2000, S. 82 f. ; B. TONNINGER, *Copyright und Urheberrecht im Internet*, Graz 1998, S. 221 ; A. KUR, 《Funktionswandel von Schutzrechten : Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlagerung von Schutzrechtstypen》, in G. SCHRICKER / T. DREIER / A. KUR (Hrg.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Baden-Baden 2001, S. 49 f. ; A. WANDTKE, 《Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne?》, GRUR 2002, S.7. もっとも、いずれも具体的な条文案を提示してはいない。

⁵⁵ 「均衡性の原則」とも。いわゆる「法律の留保」の形で立法者が基本権に介入しようとするとき（立法者が基本権行使に制限を設定するさいに）、立法者に対して課される制限についての原則。「制限に対する制限」として機能する。著作権（所有権）に関しては、基本法 14 条 2 項に規定される「社会的拘束（Sozialpflichtigkeit）」の枠内で比例原則が貫徹される。

⁵⁶ FÖRSTER, *op. cit.* (n. 51), S. 215.

用の無償性に対して高度の公的利益が存するときは、使用者は、相当な額の報酬を支払う義務を負わない。

なお、その他の学説として、3 step test（正確には第1ステップを省略した2 step test）を逆方向に展開した下記の一般規定の導入を提唱するものもある。Hoeren は、具体的な規定案としてではないが、次のような「メガ制限（Megaschranke）」の導入をオプションとして考慮している⁵⁷。

権利者の正当な利益を不当に害することも、著作物の通常の利用を妨げることもない、当該著作物のどのような使用も、権利者の許諾なく、これを行うことができる。

b) 権利制限のカタログプラス受け皿規定

Förster は、個別の制限規定を全て廃止して一般規定のみを著作権法中に置くという解決についても考察しているが⁵⁸、この立法オプションは、耐え難い法的不安定性・予測不可能性をもたらすので採用できないとし⁵⁹、権利制限のカタログを存置した上で⁶⁰、これに小一般規定を付加する立法を現実的なものと考えている。

そして、考えうる小一般規定の立法形式として、受け皿規定（Auffangtatbestand）とルールの例示（Regelbeispiele）を検討している⁶¹。受け皿は、制限規定のカタログに隣接して規定され、当該カタログで拾いきれないものを受け止めるタイプの規定である。あくまでも個別の権利制限があつて、それを小一般規定で補うという形をとることになる。他方でルールの例示は、まず権利制限の一般規定が基本原則として確立され、当該条項の中にサブルールとして個別の典型的な例が示されるという形をとる。これを採用した場合、規定の形式は、同じく一般規定である著作権の内容に関する規律（15条）と類似したものになる。

Förster は、法技術的には、ルールの例示よりも受け皿規定が望ましいと考えている。規律の複雑性が抑えられ、依然として権利制限のカタログが重要な位置を占め、まれで例外的な場合のためにのみ一般規定が存在しているとの事実上の効果を見込むことができるか

⁵⁷ T. HOEREN, 《Rundfunk- und Fernsehanstalten im Internet : urheberrechtliche Grundlagen und Einzelaspekte》, WiVerw, 1999, S. 258. なお、Senftleben は、(オランダ国内法の) 解釈論として、3 step test に抵触しない著作物の利用を自由とする同テストの productive use が必要だと述べている。SENFTLEBEN, op. cit., (n. 47), p. 7. そして近時、スイス (EU 非加盟国) の最高裁が、同テストを上記の意味において活用し、私的複製に関する制限規定を拡張解釈した判決 (2007年6月26日判決) を言い渡しており、Geiger は、同裁判所が「著作権の制限に関するきわめて革新的なアプローチを採用し、3 step test のラディカルに新しい解釈を押し進めた」と高く評価している。Cf. C. GEIGER, 《Rethinking Copyright Limitations in the Information Society — The Swiss Supreme Court Leads the Way》, IIC, vol. 39, 2008, pp. 943 et s.

⁵⁸ Förster はこれを「大解決 (Große Lösung)」と呼んでいる。FÖRSTER, op. cit. (n. 51), S. 214.

⁵⁹ Ibid., S. 220.

⁶⁰ もっとも、Förster は、現行の制限規定にもっと抽象度の高い文言要素を含ませるべきであると考えている。Förster はこれを「小解決 (Kleine Lösung)」と呼んでいる。Ibid., S. 216, 221 f.

⁶¹ Ibid., S. 218 f.

らである。Försterによれば、この立法オプションにより、大一般規定によるのに比肩する柔軟性を獲得することができるし、同時に法的安定性の欠如という問題をも軽減できる⁶²。

受け皿としてであれ、一般規定の導入には、権利が過剰に制限されるのではないかとの懸念もつきまとうところである。この点についてFörsterは、(ドイツ)著作権はもとより一元的に構成され、憲法との深い結びつきの中にあり、制限規定を再編成してもこの点は何ら変更されないので、上記の提案を採用しても、著作者の地位は依然として重要であり、権利制限は例外にとどまり続けるであろうと主張している⁶³。

③ 一般規定の導入は欧州法上可能か

権利制限に関する一般規定の導入が理論上望ましいとしても、これを国内法に導入することが欧州法上可能か否かについて縷々議論がある。情報社会指令は加盟国が導入すべき又は導入可能な権利制限のリストを列挙しており(5条)、仮にこれが限定的なものだとすると、それ以外の使用類型にも対応可能な一般規定の導入は、否定されるべきということになるからである。

たとえばSchackは、情報社会指令5条2項及び3項が、「次の場合に」、第2条/第3条に規定する権利について「例外または制限を設けることができる」と規定していることから、これによって「加盟国が新しい権利制限を発明する資源に(指令が)歯止めをかけている」⁶⁴と評価している。

もっとも、それらの条項は「次の場合」に規定「できる(may provide)」としているのみで、「他の場合には規定できない」とはしていないから、この法文のみでは直ちに限定列挙と解釈することはできないであろう。

Poeppeはむしろ指令の前文32項に着目し、共同体立法者は、多くの権利制限を任意規定とすることで加盟国の様々な法的伝統に配慮したが、あくまで、それらの規定の範囲内で加盟国に裁量権を与えていると解している。可能な権利制限は、情報社会指令において「尽くされている」⁶⁵というのがPoeppeの見方である。そうだとすると、一般規定の導入は、欧州法上はやはり許されないということになる⁶⁶。

しかし、指令が可能な権利制限の範囲を本当にフィックスしてしまっているとすると、加盟国はもはや、(指令の改正をしない限り)今後の技術の進展等に対応した新しい個別規定の立法すら行えなくなってしまう。そのような結論に対しては疑問を覚えざるをえないが、指令の構造上はそのように解する方が妥当なのかもしれない。

⁶² Ibid., S. 221 f.

⁶³ Ibid., S. 222.

⁶⁴ SCHACK, op. cit. (n. 52), S. 512.

⁶⁵ 情報社会指令前文32項は、「本指令は、複製権及び公衆への伝達権に対する例外及び制限を網羅的に列挙している(exhaustive enumeration)」と規定する。

⁶⁶ POEPEL, op. cit. (n. 53), S. 504 f. Försterは、小一般規定を導入する自身の立法案が情報社会指令にも適合的であると論じているが(FÖRSTER, op. cit. (n. 51), S. 219 f.)、Förster自身も、Poeppeは違う見解を採用していることを指摘している(ibid., S. 220, note 28)。

(7) おわりに

以上、現行のフランス法及びドイツ法における権利制限の構造と、一般規定についてのドイツにおける若干の議論を参照してみた。両国とも制限規定の厳格解釈が学説により伝統的に支持されてきたが、近時の判例をみても、より利益衡量を志向した柔軟な解釈が肯定される傾向にあるといつてよいであろう。

今後の社会の変化等を見据えたときに、個別制限規定の柔軟解釈にとどまらず、一般規定を設けるべきかがさらに問題となる。ドイツでは、一般規定を設けるべきとの見解も一部で有力に主張されている。もっとも、全体としてはそのような議論は活発であるとはいえない。これは、一面では著作権保護を重んずる同国の法文化によるところが大きいだろうし、一面では情報社会指令の影響によるところが大きいと考えられる。とくに指令の構造に関しては不分明なところが多く、欧州における今後の議論の蓄積によって、加盟国の立法裁量の範囲が徐々に解明されていくことが望まれよう。

仮に一般規定を設けるとしても、国内法の体系に照らしたときに、どのような立法形式が望ましいのかが当然問題になる。ドイツにおける議論からは、基本法との整合性という観点からこの点について検討しようという強い姿勢をうかがうことができ、きわめて示唆的である。わが国においても、著作権は憲法上の財産権（29条）であるということができようから⁶⁷、権利制限の一般規定を導入しようとするさいには、憲法上の比例原則等に照らした一応の検討がなされてしかるべきではないだろうか。

（第Ⅱ章 7.執筆者： 駒田泰土）

⁶⁷ わが国においては、一部の学説により著作権の自然権性について疑義が呈されているが、基本権性にとって自然権性は必ずしも前提となるものではない。渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007）87-88頁。

第三章 一般規定の意義および課題

1. はじめに

本章では、仮に権利制限の一般規定を設けた場合を想定して、そこで生じると考えられる意義と課題について検討する。

なお、本章も第I章と同様、権利制限の一般規定を設けた場合の意義と課題をめぐる論点を広く抽出するため、本研究会において行われた議論を「本研究会における議論」として掲載した。しかしながら、実際には時間の制約等のため十分に議論できなかった論点も含まれること、議論の全てを収録できていないこと、また本研究会での議論は論点出しのために行われたものであり、一定の方向性を示すことや、本研究会の総意を示すことを趣旨としたものではないこと、についてはご留意いただきたい。

2. 考えられる意義

まず、権利制限の一般規定を設けた場合に生じると期待される意義として次のようなものが考えられよう。

(1) 形式的根拠条文の不存在によって生じる（過剰な）萎縮効果の軽減

従来、権利制限規定を厳格解釈すると形式的には侵害となってしまう場合に、過剰に萎縮効果が働くおそれがあった。これに対して、権利制限の一般規定を設ければ、それが権利侵害を否定する可能性のある形式的な根拠条文となり、過剰な萎縮効果の軽減にある程度つながるのではないかと考えられる。

(2) 裁判官の緩やかなコントロール

従来の裁判例においては、必ずしも明文の規定がないまま様々な法律構成によって権利侵害を否定するものがみられるが、そこではどのような要素が考慮されるか不明確であった。そこで、権利制限の一般規定を設ける際に、あらかじめ考慮要素を明示しておけば、裁判官は柔軟な判断ができる反面、考慮要素にしたがった判断を強いられるため、結果として、法的安定性と具体的妥当性を兼備した判断基準を獲得できるのではないかと考えられる。

(3) 判決の背後にある正当化根拠の可視化

従来の裁判例においては、必ずしも明文の規定がないまま様々な法律構成によって権利侵害を否定するものがみられるが、そこではそのような結論に至った真の理由が必ずしも明示されないままに終わってしまうケースが多かったように思われる¹。そこで、考慮要素を明示した一般規定を設ければ、裁判官はその考慮要素にしたがって判断を示すことを強いられるため、その判断の背景にある価値判断が可視化され、その正当性を事後的に検証・議論できるようになるのではないか。

3. 一般規定を導入する際の課題

もっとも、権利制限の一般規定を設ける際の課題として以下のようなものが考えられる。

(1) 規定のタイプ

権利制限の一般規定を設けるとしても、どのような規定にするかが問題となる。

① 米国型

まず、米国著作権法におけるフェア・ユース規定のように、権利制限の冒頭に一般規定を設ける方法が考えられる。

もっとも、権利制限規定の冒頭に一般原則を置くことが権利制限を強調していることを意味するとは限らず、実質的には個別規定の受け皿として機能することも考えられる。

② 英国型

英国著作権法におけるフェア・ディーリング規定のように、特定の目的を示すなどして一定の安定性を保ちつつ、柔軟性のある個別規定を設ける方法が考えられる。例えば、研究に関する包括性のある規定を設けるとか、引用の規定をさらに一般化するなどがあり得る。

もっとも、これはそもそも権利制限の一般規定とどういうのが問題となる。また、米

¹ 例えば、雪月花事件（前掲注（26）参照）においては、「美的要素を直接感得することが困難である」として侵害を否定したが、被告の主観的事情や背景的に写りこんでいるに過ぎないこと等の事情は、少なくとも判決における考慮要素となっていない。

国型よりも一般性が低いため、あらかじめ定められた特定の目的に該当しないケースをカバーできない可能性があり得る。

③ スリー・ステップ・テスト型

条約上のスリー・ステップ・テスト²を引き写して、例えば、①著作物の通常の利用を妨げず、②著作者の正当な利益を不当に害しない、③特別の場合には、当該著作物の利用は著作権を侵害しないものとするような規定を設けることが考えられる³。

④ 受け皿規定型

また、権利制限の最後に権利制限の一般規定を受け皿規定として設ける方法がある。例えば、現行著作権法 49 条のあとに 49 条の 2 という規定を設けて、「第 30 条から前条までの規定に掲げる行為のほか…」とすることが考えられる。なお、この規定は権利制限の個別規定の末尾に置かれることになるが、実質的な規定の機能としては上記の①米国型や③スリー・ステップ・テスト型と矛盾するものではない。むしろ規定の形式的な位置というものは必ずしも実質的な意味を持たないというべきであろう。

(2) 規定の内容

また、権利制限の一般規定を設ける場合、次のような課題が生じることが考えられる。

① 考慮要素

まず、権利制限の一般規定を設けるとしても、どのような考慮要素を示すかという問題がある。一般論としては、考慮要素を示すことによって、一般規定はその柔軟性を維持したまま明確性を高めることができる。その上で、具体的にどのような要素を盛り込むかは、現行著作権法の既存の規定の文言（例：「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らし……」）や米国著作権法 107 条に掲げられた 4 要素⁴、さらには条約上のスリー・ステッ

² ベルヌ条約 9 条 2 項、著作権に関する世界知的所有権機関条約 (WCT) 10 条、実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約 (WPPT) 16 条、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定 (TRIPS 協定) 13 条参照。

³ 例えば、齊藤博「著作権の制限又は例外に関する一考察 (2 完)」知財管理 55 卷 10 号 1360 頁以下 (2005 年) 参照。

⁴ 米国著作権法 107 条「……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) 使用の目的および性質 (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および実質性。

(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。

上記の全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

プ・テストにおける考慮要素などが参考になる。

② 主たる基準

そして、権利制限の一般規定を設ける場合、決め手となる基準をどうするかが問題となる。例えば、「公正」「正当」「やむを得ない」など様々に考えられる。これによって、その適用範囲がかわってくると考えられる。

③ 許容される行為

また、権利制限の一般規定において、どのような行為内容が許容されるかも問題となる。一般規定である以上、「利用」といった包括的な文言を用いることが考えられるが、目的による限定をするかなど、規定の仕方はいろいろあり得よう。

④ 但書による限界

さらに、権利制限の一般規定を設けるとしても、但書によって適用範囲を限界づける文言を付加する方法もある。例えば、「ただし、当該著作物の性質並びにその利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない」といった規定を設けることである。これは、スリー・ステップ・テストとの関係でも問題になり得よう。

⑤ 補償金支払等付加義務

既存の制限規定には、権利を制限しつつ、補償金請求権を付与しているものがある（例：著作権法 33 条 2 項、33 条の 2 第 2 項、34 条 2 項、36 条 2 項）。そこで、権利制限の一般規定を設けるとしても、あわせて補償金請求権に関する規定を設けることが考えられる。例えば、権利制限の一般規定の第 2 項として、「営利を目的として前項の利用を行う者は、通常の使用料の額に相当する額の補償金を著作権者に支払わなければならない」といった規定である。これによって、権利侵害でも完全にフリーでもなく、いわば中間的な解決を促すことになるとも考えられる。

(3) 想定する適用範囲

権利制限の一般規定を設けるとしても、どのような適用範囲を想定するかが問題となる。

第 1 に、現状においても、明文の規定はないが訴訟になれば何らかの理由で侵害が否定されると考えられるケースがあり、そのようなケースに形式的根拠を与えるに過ぎないという考えがある。これによって、過剰な萎縮効果を低減し、思いがけず訴えられるおそれ

は、かかる認定を妨げない。」

をなくすことができると考えられる（いわば防衛的）。

第2に、現状においては、裁判例によっても違法とされる行為ではあるが、社会的に許されるべきと考えられる行為を一般的に適法化する規定とみる考え方がある。これによって、新たなビジネスチャンスが開けるという考え方もある（いわば攻撃的）。

(4) 著作者人格権との関係

米国法上のフェア・ユース規定は著作者人格権にも適用されるものであるが、日本法は50条があるために、権利制限の一般規定を設けても著作者人格権の問題が残るとの指摘がある。ただ、著作者人格権については、例えば同一性保持権の一般的な制限規定としてすでに20条2項4号があることなどから、実際には大きな問題にならないとも考えられる。

(5) 強行法規性

たとえ権利制限の一般規定を設けても、契約や技術によってこれがオーバーライドされてしまったら、結局、利用者の自由は実現されないのではないかという指摘もある。そこで、一般規定を強行法規化すべきだとの考え方もあり得る。

(6) 刑事罰との関係

権利制限の一般規定が設けられても、刑事罰を科されるおそれがある以上、一般規定の適用に期待してチャレンジする者は出てこないのではないかとの指摘もある。もっとも、そのことが実際に問題になるかどうかについては検討の余地がある。

(7) 条約適合性

権利制限の一般規定を設けることが条約上のスリー・ステップ・テスト⁵に反することにならないかが問題となる⁶。これについては、反しないという考え方や反するという考え方、

⁵ 例えば、著作権に関する世界知的所有権機関条約（WCT）10条1項は「締約国は、著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しない特別な場合には、この条約に基づいて文学的及び美術的著作物の著作者に与えられる権利の制限又は例外を国内法令において定めることができる」とする。

⁶ この問題については、ドイツのマックス・プランク研究所（ミュンヘン）のサイトに掲載された

あるいはたとえ条約適合性に疑義があっても国益の観点から大局的に考えるべきだという考えが示されている。

(8) 現実のメリットに関する疑問

たとえ権利制限の一般規定を設けても、以下のように、期待されているような大きなメリットは生じないのではないかとの指摘もある。

第1に、日本人の国民性や企業のコンプライアンスからして、たとえ権利制限の一般規定ができたとしても、その適用を信じてチャレンジする企業が出てこないのではないかとの考え方がある。もっとも、ベンチャー企業への促進効果は無視できないとの考え方もあり得る。

第2に、たとえ一般規定を設けても、法体系の違いや裁判官の意識から、裁判所はそのような規定を適用することに消極的になるのではないかとの指摘もある。結果が現状とかわらないのであれば、単に形式的な根拠を与えるかどうかだけの違いになるのかといった点が問題となる。

第3に、著作権制度がビジネスの足かせになっており、著作権制度が変われば日本の経済が活性化するといった希望的観測もよく聞かれるが、経済社会における人間の行動に影響を与えているものの中で、著作権制度というのが大きな位置を占めているといえるのかは検討を要するとの指摘もある。一般論からすれば、大きな制度改正をしたにもかかわらずさしたる効果も得られないという可能性もあり得るため検討が必要である。

(9) 現実のデメリットに関する懸念

他方、たとえメリットがあるとしても、権利制限の一般規定を設けることによるデメリットに関する指摘もある⁷。

第1に、著作権法上は明確に違法な行為を行っている者であっても、自らはフェア・ユースであると主張して居直る者が蔓延するのではないかという指摘、あるいは、こうした事態により交渉的解決が困難になるのではないかといった指摘がある。

第2に、権利制限の一般規定が設けられたことによって裁判官がこれを広く適用するようになると、権利が過剰に制約されるおそれがあるという指摘もある。

「Declaration on the Three-Step Test」

(http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/aktuelles/declaration_on_the_three_step_/declaration.cfm) も注目される。

⁷ 例えば、伊藤真「一般規定の濫用が権利者の泣き寝入りを生む恐れも」ビジネスロージャーナル 2009年1月号 22頁(2008年)参照。

(10) その他の追加的措置

権利制限の一般規定を設けるとしても、その適用範囲をできる限り明確化する手段として、何らかのガイドラインを設けることや、裁判所外紛争解決の整備など、何らかの措置が必要ではないかとの指摘もある。

[本研究会における議論]

【複数の規定イメージの提示について】

- ・ 想定される一般規定のイメージ・文言を挙げた方が、どのような課題があるのかという議論が進みやすいのではないか。

【米国型の規定について】

- ・ 仮に米国型のフェア・ユース規定を導入するのであれば、その規定が何を目的とするのかを明らかにしないとイケないのではないか。というのも、米国では何がフェアかということに関する価値概念があって、その上で、例えば、非商業的利用やトランスフォーマティブな利用がフェアといえるかどうかといった議論がなされているように思われるからである。

【英国型の規定について】

- ・ 既存の個別規定を柔軟化する、あるいは研究など特定目的での比較的緩やかな個別規定を設けるという可能性もあるのではないか。むしろこれからは英国型の規定に注目が集まるかもしれない。
- ・ もっとも、英国法の規定はその適用範囲が広いとは思えない。日本法の規定に更に「フェア」というような評価概念を加えたとしても、それによって適用範囲は狭くなりこそすれ、広くなるとは思えない。

【受け皿規定について】

- ・ 例えば教育機関による複製の規定(35条)が現行法では「複製」に限定されているため、それを柔軟化するために、「その他、学校教育という目的を達成するために必要な行為は許される」というような規定を新たに設ける方法もある。これは、英国型のようにでもあるが、受け皿規定でもあり、これは大一般規定を設けるよりも良いのではないか。
- ・ 一般規定を設けるよりも、現行の個別規定の条文の書き方の工夫で対応すべきではないか。

【米国法 107 条の 4 要素について】

- ・ わが国に権利制限の一般規定を設けるのであれば、米国法 107 条の 4 要素をそのまま活用すればよいのではないかという議論もあるようだ。
- ・ 米国法 107 条が 4 要素を掲げていることと、「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らし……」というように考慮要素を掲げることは本質的に異なるのではないか。米国法では、あくまで核心概念として「フェア」という目的が設定されている。

- ・ 「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らし……」というのは、単に考慮要素を示したもので、権利侵害を否定する際に考慮すべきファクターに過ぎない。

【補償金支払義務について】

- ・ ドイツでは、一般規定を導入するとしても補償金を払うべきではないか、という主張もみられる。他方では、そもそも一般規定であれ、権利制限に該当するなら完全にフリーになるのであって補償金は請求できるべきでないという考えもある。例えば、借地借家法で、合理的な賃料を示して具体的なオファーをしているのに正当な理由なくこれを断っているのであれば、オファーしている額が妥当かどうかを含めて正当な理由があるかどうかを判断するということがなされているが、これを参考とするのであれば、フェア・ユースについてもオファーされた対価の合理性等も含めて妥当かどうかを判断しても良いのではないかと考えられる。
- ・ 米国のフェア・ユース規定の裁判では、当事者の従来交渉過程に鑑みて、ライセンスを拒んだことがフェアでない判断される事案はあると思う。そうすると、許可をもらえなかったためにフェア・ユースを主張しているのだから、許可をもらえなかった事情をもってフェア・ユースの判断をするとトートロジーになってしまうので問題であるとする判決もある。他方で、それなりに丁寧に許可を求めた人とそうではない人とではフェアの判断は異なるとする判決もある。しかしながら、それら裁判例において額の問題は挙がっていなかったと思う。事前にライセンスを申し込んだかどうかは事実上反映されているのだと思うが、考慮要素として真正面から議論されていない。
- ・ **Campbell** 事件では権利者は許諾を拒否した。一般にパロディでは、批判されるのだから許諾したがるため、そもそも許諾市場が存在しないこととなり、権利者に許諾権を与えてお金を稼がせる市場ではなく、権利者に留保すべきマーケットとして認定されないということになる。したがって、パロディについては権利者に保護されるべき市場がないのだから、第4要素にいう影響が存在しないというロジックでフェア・ユースにつなげられている。逆に言えば、もし金額で折り合う話だということであれば、第4要素にいう潜在的市場があるという判断につながるのだと思う。
- ・ 補償金というのは利害調整手段ではある。ただ、既存の制限規定において補償金支払の対象となっているのはかなり限定的であるにもかかわらず、一般規定について補償金支払義務を課すというのは、それが実際に機能するのか疑問もある。また、補償金を払うことが権利侵害否定の条件となるのか、それとも別個独立の義務として発生するに過ぎないのかという点も明確化する必要があるのではないか。
- ・ スリー・ステップ・テスト型の一般規定であっても、補償金支払義務を設けることは可能であろう。他方、米国型の規定にこの義務を課すことは難しいのではないか。というのも、米国法における第4要素では市場に被害が無いことを条件としているのだから、フェア・ユースが成立するのであれば、補償金は要らないということになるはずである。その意味では、米国型かスリー・ステップ・テスト型とで議論が全く異なってくるのではなかろうか。

【「あっても無くても変わらない規定」について】

- あっても無くても変わらないような規定であったとしても、形式的な根拠ができるという存在には意味があると思われる。他方、現行法であっても裁判例で拡大解釈ができていたので、あっても無くても変わらない規定だったら必要ないという見解もあろう。

【著作者人格権との関係について】

- 実際には、著作者人格権について問題になることはあまりないだろう。
- 50条は硬直的に過ぎる紛らわしい規定であるので、この際削除してしまうということも考えられる。著作権の制限規定であっても、それを著作者人格権に関しても必要に応じて適用できないとおかしいのではないか。もちろん、例えば同一性保持権に関しては20条2項4号で読み込むという方法はあろう。
- 著作者人格権との関連が問題となるのは、パロディなど利用の際に何らかの手を加える場合である。一般規定によってそのような利用を推進していくのかどうかは別の大きな論点だと考えるが、仮に推進するのだとすれば、著作者人格権の問題はやはり大きいだろう。確かに20条2項4号はあるが、それだけで読めないケースが焦点になっていくのではないか。
- この論点は、一般規定だからといって出てくる問題ではなく、個別規定にも当てはまる話である。

【交渉的解決の困難化について】

- 利用者側の視点に立つと、権利制限の一般規定が導入されれば、権利者から強く言われても、交渉の余地が出てくると考えられる。逆に、権利者側からすると、権利制限の一般規定が導入されると交渉的解決が困難になるといった指摘がある。両面から見てどちらにメリットがあるのだろうか。一般規定導入によりグレーゾーンが広がることによって、権利者側が一方向的に交渉力を発揮することは難しくなり、権利者側からみると、妥協する気持ちのある企業とは話がしやすくなるが、強気の企業相手だと裁判までやらないと権利者は権利行使ができないということになるのではないか。

【居直り侵害者の蔓延について】

- いわゆる居直り侵害者に対しては、権利者側として躊躇することなく訴訟をすれば、それによって自分たちに有利な方向の判決を積み上げ、結果グレーの部分減らしていくことができるのではないか。むしろ、居直り侵害者が増えることによって、一般規定が骨抜きになってしまうかもしれない。一般規定でも、彼らが適法とされることはないだろうから、居直り侵害者についてはあまり懸念する必要がないということにはならないか。
- 居直り侵害者が明確に権利侵害に該当するような場合はそのようにもいえるだろうが、実際にはグレーゾーンにあって勝率が5-5、3-7などと色々な居直り侵害者が想定される。実際には、勝率が3割でもあれば交渉に応じない利用者もいる。権利者に訴訟費用がかかることを知っているので居直るのであろう。そのような観点からすれば、居直り侵害者に対しては権利者が訴訟すればよいという指摘も理解できるが、例えばA&M事

件の事案のように、たとえ無理筋でもフェア・ユースの抗弁をしてきて、実際に判決が出なければ解決しないという事案もある。そもそも大きな訴訟費用がかかってもそれを厭わずにルールメイクするのを良しとする文化が日本にあるのかという問題もあるのではないか。

- ルールを蓄積していくにはお金がかかるというのは事実で、一般論としてそれがどちらの側の有利に働くかはケース・バイ・ケースの面もある。しかし、現状を支配しているのは利用者であり、コストをかけないと正義を達成できないのは権利者側である。そのように考えると、権利者側が過敏になるのも理解できるのではないか。

(第Ⅲ章執筆者： 上野達弘)

【 参 考 資 料 編 】

1. 米国フェア・ユース関連判決の検討（個別判決の詳細）
2. 参考資料リスト

1. 米国フェア・ユース関連判決の検討（個別判決の詳細）

（奥邨弘司委員作成資料）

【細目次】

最高裁判決

:【参考資料 1.】 p.3～

事件名	【参考資料 1.】 内の頁番号
Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al., 464 U.S. 417 (1984)	4
Harper & Row, Publishers, Inc., et al. v. Nation Enterprises et al., 471 U.S. 539 (1985)	6
Stewart et al. v. Abend, 495 U.S. 207 (1990)	10
Luther R. Campbell et al. v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)	12

第 2 巡回区控訴裁判所

:【参考資料 1.】 p.17～

No.	事件名	判決日	【参考資料 1.】 内の頁番号
No 1	American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994) ¹	1994年10月28日	18
No 2	Faith Ringgold, v. Black Entertainment Television, Inc., et al., 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997)	1997年9月16日	21
No 3	Annie Leibovitz, v. Paramount Pictures Corporation, 137 F.3d. 109 (2d Cir. 1998)	1998年2月19日	25
No 4	Jorge Antonio Sandoval, v. New Line Cinema Corp., et al., 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998)	1998年6月24日	28
No 5	Infinity Broadcast Corp., v. Wayne Kirkwood, 150 F.3d 104 (2d Cir. 1998)	1998年7月2日	30
No 6	Castle Rock Entertainment, Inc., v. Carol Publishing Group, Inc., et al., 150 F.3d 132 (2d Cir. 1998)	1998年7月10日	33
No 7	Nihon Keizai Shimbun, Inc., v. Comline Business Data, Inc., et al., 166 F.3d. 1999 (2d Cir. 1999)	1999年1月22日	37
No 8	On Davis, v. The Gap, Inc., 246 F.3d 152 (2d Cir. 2001)	2001年4月3日	39
No 9	NXIVM Croperation, et al., v. The Ross Institute, et al., 364 F.3d 471 (2d Cir. 2004)	2004年4月20日	42
No 10	Andrea Blanch, v. Jeff Koons, et al., 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)	2006年10月26日	45
No 11	Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Limited, et al., 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006)	2006年5月9日	49

第 9 巡回区控訴裁判所

:【参考資料 1.】 p.53～

No.	事件名	判決日	【参考資料 1.】 内の頁番号
No 12	Triad Systems Corporation, et al., v. Southeastern Express Company, et al., 64 F.3d 1330 (9th Cir. 1995)	1995年8月31日	54
No 13	Los Angeles News Service, v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119 (9th Cir. 1997)	1997年3月11日	56
No 14	Dr. Seuss Enterprises, L.P., v. Penguin Books USA, Inc., et al., 109 F.3d 1394 (9th Cir. 2003)	1997年3月27日	59
No 15	Micro Star, v. FormGen Inc., et al., 154 F.3d. 1107 (9th Cir. 1998)	1998年9月11日	62
No 16	Sony Computer Entertainment, Inc., et al., v. Connectix Corporation, 203 F.3d. 2000 (9th Cir. 1999)	2000年2月10日	64
No 17	Sony Computer Entertainment America, Inc., v. Bleem, LLC, et al., 214 F.3d. 1022 (9th Cir. 2000)	2000年5月4日	67
No 18	Worldwide Church of God, v. Philadelphia Church of God, 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000)	2000年9月18日	70
No 19	A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)	2001年2月12日	73
No 20	Los Angeles News Service et al. v. CBS Broadcasting, Inc. et al., 313 F.3d 1093 (9th Cir. 2002)	2002年9月16日	76

¹ 本事件のみ、村井麻衣子委員が執筆を担当した。

No 21	Leslie A. Kelly v. Arriba Soft Corporation, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)	2003年4月7日	80
No 22	Elvis Presley Enterprises, Inc., et al. v. Passport Video, et al., 357 F.3d 896 (9th Cir. 2003)	2003年11月6日	84
No 23	Matel Inc., v. Walking Mountain Productions, et al., 335 F.3d 792 (9th Cir. 2003)	2003年12月29日	88
No 24	Wall Data Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Department, et al., 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006)	2006年5月17日	92
No 25	Perfect 10, Inc., v. Amazon.com, Inc., et al., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2006)	2007年12月3日	95
No 26	Leadsinger, Inc. v. BMG Publishing, et al., 512 F.3d 522 (9th Cir. 2008)	2008年1月2日	99

その他の巡回区控訴裁判所（一部）

:【参考資料1.】p.101～

No.	事件名	判決日	【参考資料1.】内の頁番号
No 27	Sixto Nunez, v. Caribbean International News Corp., 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000)	2000年12月21日	102
No 28	Video Pipeline, Inc., v. Buena Vista Home Entertainment, Inc., et al., 342 F.3d 191 (3rd Cir. 2003)	2003年8月26日	105
No 29	William C. Bond, v. Kenneth Blum, Sr., et al., 317 F.3d 385 (4th Cir. 2003)	2003年1月24日	108
No 30	Peter Veeck, v. Southern Building Code Congress International Inc., 241 F.3d 398 (5th Cir. 2001)	2001年2月2日	110

※ポイント部分の基本的なまとめかたについては以下の通りである。

ゴシック体 → 原文を訳した部分

明朝体 → 筆者がまとめた部分

ポイントの前の・(中黒) → 当該事案の事実関係に密接な部分
(逆に・の無い部分は、一般論、またはそれに近い部分)

[] → Campbell 事件最判からの引用を示す
なお[: Campbell (α)]と記号が付記されている場合は、Campbell 事件最判中の(α)記号付き下線部分と対応
また[: Campbell (α)からの部分引用]は、Campbell 事件最判中の該当記号付き下線部分から、一部を引用の意味

< : β > → Campbell 事件最判以外からの引用を示す
: (ダブルコロン)以降のβ事件からの引用の意味
< : β (α) >と記号が付記されている場合は、β事件最高裁判決中の(α)記号付き下線部分から引用の意味

*参照 ("See") 部分を示す場合は、関連する本文の直後に [Campbell (α)] や < Sony (α) >等と表記。

パラグラフの字下げについて、実例を示して説明したい。このような形のパラグラフの次に、字下げしたパラグラフがある場合、本パラグラフ（字下げしていないパラグラフ）はルールや基準等を述べ、

字下げしたパラグラフでは、前記ルールや基準を具体的に当てはめる等行うこととしている。

最高裁判決

【事案の概要】

被告・上告人 Y (Sony Corporation of America 等) は、家庭用 VTR のメーカーである。

原告・被上告人 X (Universal City Studios 等) は、テレビ番組の著作権者である。Y が販売する VTR のユーザーは、放送されるテレビ番組を録画しており、その中には、X の番組も含まれている。

X は、Y による VTR の公衆への販売が、X の著作権を侵害するとして訴えた。

(なお、X・Y がそれぞれ実施した調査で、VTR の利用方法は主としてタイムシフト録画であることが示されている。)

【最高裁判決】 フェア・ユースを認めた

本件のポイントは、Y による VTR の販売が、寄与侵害責任を生じるかどうかである。この点、最高裁は、Y の販売する VTR に、商業的に意義のある非侵害的利用方法 (commercially significant noninfringing uses) が存在すれば、Y は、寄与侵害責任を負わないと判断した。そこで、ユーザーによる VTR の利用形態が侵害的なものか否かが検討されることになり、その一環として、タイムシフト録画が侵害に当たるのか否か——著作物の複製である以上、侵害でないとするためにはフェア・ユースが成立するか否か——が問題となったのである。

○総論

…… (筆者注: 107 条) は、裁判所が^(A)「衡平法上の合理の原則 (an equitable rule of reason)」分析を特定の侵害主張に適用することを可能にする様々な要素を確認する。

○第 1 要素 → フェア・ユースに有利

決定的ではないが、第 1 要素は、いかなるフェア・ユースの判断においても「行為の商業的または非営利的な性格」が考慮されることを求める。^(B)もし、ベータマックスが商業的または利益を得る目的で複製するために利用されるなら、そのような利用は不公正と推定される。しかしながら、本件では、逆の推定が適切だろう。なぜなら、地裁の認定は個人の家庭内使用のためのタイムシフトは、非商業的、非営利的行為として性格付けられるだろうことを明らかにしているからだ。

○第 3 要素 (および第 2 要素) → フェア・ユースに不利ではない

作品全体が複製されたという事実は、通常フェア・ユースを認定する上で不利に働く効果を持つが、テレビ放送される視聴覚著作権物の特徴と、タイムシフトは、視聴者が、完全に無料で見て良いとされている作品を見ることを可能とするに過ぎないこと、の 2 点について考えるとき、本件では先述のような通常の効果は持たない。

○第 4 要素 → フェア・ユースに有利

しかしながら、これは、審理の終点ではない。なぜなら、議会は我々に、「著作物の潜在的な市場または価値に対する利用の影響」を考慮することを求めているからである。

著作権の目的は、創造的な努力に対するインセンティブを生み出すことである。非商業目的の複製でさえ、報酬を得る著作権者の能力（著作権者が得るべきと議会が考えたもの）を害し得る。しかし、創作のための作者のインセンティブを保護するために、著作物の潜在的な市場や価値に明白な影響を与えないような利用を禁止する必要はない。そのような非商業的な利用の禁止は、相対する利益なく、アイデアにアクセスすることを禁じてしまうだろう。(C) 著作物の全ての商業的利用は、著作権者に対して帰属する独占的な特権 (privilege) の不公正な利用と推定されるが、非商業的利用の場合問題は異なる。(D) 著作物の非商業的な利用について争うとき、特定の利用が有害であるか、それが広範囲に広がれば、著作物の潜在的な市場に悪影響を与えるのか、の証明を必要とする。実際の現実の害は示される必要はない。なぜなら、そのようなことを求めると、著作権者を、予測できる（筆者注：ものの、現実には発生していない）損害に対して無防備な状態に放置してしまうからだ。更なる害が生じることの確実性を示すことも必要でもない。必要なことは、将来的な害に意味のある可能性が存在することについての、証拠の優越 (a preponderance of the evidence) によって証明することである。(E) もし、意図された利用が商業的な利益目的なら、そのような可能性は推定されるだろう。しかし、(F) もし非商業的な目的のためなら、可能性は証明されなければならない。

- ・ 本件では、Xは家庭内のタイムシフトに関する自身の立証責任を果たしていない。……地裁は過去の害について論じる必要はない。「原告は、彼らの著作権に対する現実の害が現在までに生じていないことを認めてきた。」
- ・ タイムシフトから生じる、潜在的な将来の害については、地裁は、より詳細な証拠の検討を行っている。
- ・ 地裁の結論は、タイムシフトが無料のテレビ放送番組に対する公衆によるアクセスを拡大させる限りで、それは社会的な利益を産み出すという事実によって強化される。……（筆者注：先例において）我々は、テレビ放送をより広く利用可能にすることの公的な利益を認めた。そのような利益は限度のないものではないことは明らかである。しかしそれは、「フェア・ユース」概念を解釈するに際して、著作権者が、連邦法の違反としてタイムシフトを非難する前に、害の可能性を示すことを求めるのを支持する。

○総合評価

これらの要素が、全て、「衡平法上の合理の原則」の釣り合いの中で考慮されるとき、家庭におけるタイムシフトがフェア・ユースであるという地裁の結論を、この記録は十分に支持していると結論づけなければならない。……Xは、タイムシフトが、彼らの著作物の潜在的な市場や価値にとって、極小とはいえない害 (nonminimal harm) の可能性を生じることを証明できなかった。

【事案の概要】

原告・上告人 X (Harper & Row 等) および被告・被上告人 Y (Nation Enterprises 等) は共に出版社である。

X はフォード元大統領と契約し、その自伝 (本件自伝) の出版を準備していた。本件自伝には、ウォーターゲート事件の内幕と、ニクソン元大統領への恩赦に関する、従来知られていなかった記述が含まれていた。Time 誌は X と契約し、本件自伝の出版約 1 週間前に、恩赦に関する記述の部分 7500 語を同誌に掲載する権利を得た。契約金 25000 ドルの半額は同誌出版後に支払う契約であったが、独占掲載であることが契約のポイントであったため、もし同誌の出版前に本件自伝の内容が公になった場合、残金の支払いを再交渉できる条件となっていた。

Time 誌の記事の 2~3 週間前に、Y の編集者は、正体不明の人物から、本件自伝の原稿を受け取った。編集者は、その人物が無許諾で原稿を所有していることを知っていた。Y は、入手した原稿を元に、そこから文章や事実を取り込んで、2250 語のスクープ記事を作成し、自社の雑誌に掲載し出版した。結果、Time 誌は契約を解除して、残金を X に支払わなかった。

X は Y を著作権侵害等で訴えた。

【最高裁判決】 フェア・ユースを認めなかった (控訴裁判決を覆し差し戻した)

Y による記事の掲載出版が、X が本件自伝について有する第一発行権 (first publication right) を奪うものであることを認めた上で、それがフェア・ユースになるか否かが争われた。

○総論

著作権者の同意なく著作物を合理的な方法で利用する著作権者以外の者の特権 (privilege) として、フェア・ユースは伝統的に定義されてきた。

107 条は、特定の利用がフェアかどうかについてケースバイケースの判断を求める。そして、法は、考慮されるべき 4 つの非排他的な要素に言及する。このようなアプローチは、<既存のフェア・ユース法理を再確認することを意図するものであり、いかなる意味でもそれを変更し、拡大し、縮小する意図はない：上院報告書>

Story 裁判官の仮説が示すように、フェア・ユース法理は常に、原作品の利用を代替するような利用を排除してきた。

著者はその作品を世に広めるために発表したとき、合理的かつ慣例的に作品が利用されることを暗黙のうちに同意しているという点に、多分フェア・ユース法理に基づいている。したがって、フェア・ユースは伝統的に、著者が未だ発行していない作品を複製したことに対する責任への抗弁としては認識されていなかった。

原告の作品が未発行 (unpublished) であるという事実は、フェア・ユースの抗弁を否定する傾向のある要素だということは、真剣には議論されてこなかった。著者がその作品を世に出すことを許諾する前に著者の表現を発行することは、作品を公にするか否か、また何時そうするかを決める著者の権利を大いに侵害する。これは、発行済の作品のフェア・ユースには存在しない要素である。

第一発行の権利は、106 条に列挙された他の権利同様に、明示的に 107 条のフェア・ユース規定の対象であるが、フェア・ユースの分析は、常に個々の事案に合致するように行われるべきである。問題の利益の性格は、一定の利用がフェアか否かに大いに関係する。

ただ1人の人のみが第一発行者であり得るという点で、第一発行（筆者注：権）は、他の106条の権利とは本質的に異なる。……第一発行権を、著者の原稿を無許諾で利用する者と共有するように司法的に強制することが著者に与える潜在的な損害は実質的なものなので、フェア・ユースの主張を評価する上での衡平法上の均衡は当然に移動する。

通常的环境下では、未だ世の中に広まっていない表現の第一発行を管理する著者の権利は、フェア・ユースの主張を凌駕する。

- ・表現の自由の価値は、本件の環境の下で異なるルールを求めると Y は主張している。……しかし、Y の論理は、公人に関する作品に対する著作権保護の期待を事実上破壊するものとしてフェア・ユースを拡大させる。そのような保護がなければ、そのような回顧録の創作やそのための投資として利益を得ることへのインセンティブはほとんど存在しないだろう。結果、公衆は、重要な歴史的情報源を否定されるだろう。もし、侵害をフェア・ユース（書籍の「ニュース報道」）であると称するだけで、著作権を回避できるのなら、著作権の約束は空っぽのものになってしまう。

著作権自体が自由な表現のエンジンとなることを憲法の起草者達が意図していたことを忘れてはならない。表現を利用する市場価値のある権利を確立することで、著作権は、アイデアを生み出し世に広めることに対する経済的なインセンティブを提供している。

著作権法に既に埋め込まれている表現の自由の保護の仕組み（著作物性のある表現と著作物性のない事実やアイデアの区別、フェア・ユースによって伝統的に保護されてきた学問や注釈の自由）に照らせば、著作権に対するいわば公人例外（public figure exception）を作ってフェア・ユース法理を拡大する正当な理由を見いだせない。

○第1要素

(A) 同条に列挙された要素は、排他的なものであることを意味しない。(筆者注：フェア・ユース) <法理は(B) 衡平法上の合理の原則なので、一般的に適用可能な定義は存在しない。問題になった個々の事件で、それ自身の事実に照らして判断されなければならない： House Report >

- ・Y の利用の一般的目的はニュース報道であるが、ニュース報道は107条に列挙された一例である。……この列挙は全てを網羅した（exhaustive）ものであることを意味しない。また、特定の利用を推定的にフェア・ユースとして選抜するものでもない。……問題の記事が「ニュース」であり、故に生産的な利用（productive use）であるという事実は、フェア・ユース分析の一項目（factor）に過ぎない。

出版が、(C) 非営利の対象としての商業的であるという事実は、フェア・ユースに不利になりがちな別の一項目である。 <著作物の全ての商業的利用は、著作権者に対して帰属する独占的な特権の不正な利用と推定される： Sony (C) > ニュース報道目的は完全に商業的というわけではないと主張することで、Y はポイントを完全に外した。

(D) 営利と非営利の区別のポイントは、利用の唯一の動機が金銭的収入かどうかではなくて、利用者が、通常の価格を支払うことなく著作物を利用することから利益を得ようかどうかである。

- ・性格と目的を評価する上で、Y の述べた目的、すなわち近々出版される単行本と Time 誌の抜粋をスクープすること、を無視できない。Y の利用は、単なる付随的な効果を持っているわけではなくて、著作権者の商業的に価値のある第一発行権に取って代わろうとする意図的な目的を持っている。
- ・また、利用の「性格」にとって、被告の行為の適切さ（the propriety of the defendant's conduct）が関係してくる。地裁は、Y が盗まれた原稿をそれと知っていながら利用

した事を認定した。

○第2要素 → フェア・ユースに不利

- ・本件自伝は未発行の歴史的な口述文または自伝として性格付けられる。

(E)法は一般に、創作的(fiction)または空想的(fantasy)な作品よりも、事実的な(factual)作品について、世に広めるより強い必要性を認識している。

(J)作品が未発行であるという事実は作品の「性質」にとって極めて重要な項目である。我々の以前の判決は、未発行作品に関するフェア・ユースの範囲は、(筆者注：そうではない場合と比べて)より狭くなるとした。

- ・回顧録からの短い引用の中には、事実を伝えるためにおそらく必要なものもあるだろう。……しかし、Yは独立した句で止まらずに、代わりに、著者の個性的な表現に力が存在する、公的人物についての主観的な記述と描写を抜き出した。作品のもっとも表現的な要素に焦点を当てたそのような利用は、事実を世に広めるために必要なものを超えている。
- ・フォード氏の原稿の場合、機密であることについての著作権者の利害は反駁できないものである。……機密性と創作的な管理の中に存在する著作権者の利害を、そのように明白に侵害する利用を、フェアと性格付けるのは難しい。

○第3要素 → フェア・ユースに不利

- ・絶対数で言って、実際に引用された単語は、X 作品の実質ではない部分でしかない。しかし、Yは本質的に当該書籍の核心(heart)であるものを取り込んだ。……(筆者注：Yの編集者は)これらの件(くだり)が、フォード氏の明確な表現を質的に具現化しているから引用したのである。

法律の文言が示すように、(F)侵害している作品に関して実質的でないからということだけで、取り込みは免責されない。……逆に、(G)侵害作品の実質的な部分が逐語的に複製されたものだという事実は、原作者と剽窃者(他人の著作権のある表現を販売することで利益を得ようとする者)の双方にとって、複製された素材が質的な価値を有することの証拠である。

- ・逐語的な引用だけにすると、未発行の原稿からの直接的な取り込みは少なくとも侵害記事の13%(筆者注：字数にして約300語)を占める。……Yの記事は、劇的な焦点として機能する引用された抜粋部分を取り囲むような形で構成されている。……抜粋部分の表現的な価値と侵害作品中の鍵となる役割とを考慮すると、第2巡回区控訴裁判所の「雑誌は十分には取り込んでいない、事実フォード大統領のオリジナルの言葉の微少量でしかない」という認定に我々は同意できない。

○第4要素 → フェア・ユースに不利

(H)この最後の要素は、疑いなく、ただ一つの最も重要なフェア・ユースの構成要素である。

著作権侵害の事案で、直接損害に関する明確な証拠を提示できるものは滅多にない。

XはTime誌に、1979年4月23日(筆者注：約束の期限)前に未発行原稿の一部の発行が許諾されることはないことを請け合った。また、(筆者注：問題の)第1章と第3章から素材が発行された場合は、Time誌は最終の支払について再交渉できることになっていた。Time誌は、自らが約束を果たさない理由として、Y誌の記事を引

用した。そこには、未発行原稿からの逐語的抜粋が含まれていた。

著作権者が侵害と収入に関する損失との間の（筆者注：因果）関係の存在を、厳密ではなくても、合理的な確かさで一度証明したなら、著作権のある表現の取り込みがなくても、この損害が生じたことを証明する責任は当然侵害者に移転する。

Xは実際の損害に関しての prima facie case を証明しており、Yはそれに反論できていない。

更に重要なのは、フェア・ユースを否定するためには、問題の利用がく広範囲に広がったとき、それが著作物の潜在的な市場に悪影響を及ぼす：Sony (D) > ことのみを証明すれば十分であるという点である。⁽¹⁾この検討では、原作品に対する害だけでなく、派生的作品の市場に対する害も考慮しなければならない。

抜粋された部分は、ニクソン元大統領の恩赦の話題の中で、呼び物のエピソードとして採用されたものであり、それはまさに Time 誌に許諾された利用方法であった。未発行の原稿からのこのような逐語的な引用による借用は、Y 誌の記事に、信頼性がある外観を添えている——Y 誌の編集者は、読者は、それが Y 誌ではなくてフォード元大統領の言葉だと知るだろうと表明した。故にそれは直接的に、発行前の抜粋のための市場のシェアで競合することになる。

上院報告書曰く「特別の例外を別として、著作物の通常の市場のいかなる部分でも代替するような利用は、通常侵害とみなされる」

より広い視点で考えると、フェア・ユースが、著作権者の同意の無く未公表の原稿からの発行前に引用することを広範に認めるなら、発売前の書籍の抜粋を雑誌に掲載する権利 (first serialization rights) の市場一般に実質的な潜在的な損害を与えるだろう。上院報告書曰く「独立して発生する小さな侵害も、多数生じれば、累積して、阻止しなければならない著作権の大きな侵害になる。」

【事案の概要】

被告・上告人 Y (Stewart 等) は、著名な映画「裏窓」(本件映画)の原作となる作品(本件小説)の作者から映画化の権利を購入して、映画を作成、公開した。権利の購入に当たっては、原作者が、1909年著作権法の定める「更新(renewal)」を行い、更新期間についての映画化権も譲渡することを約束していた。

しかしながら、更新の前に、原作者は亡くなり、本件小説の著作権は遺言執行人に移った。遺言執行人は、更新を行った後、その権利を原告・被上告人 X (Abend) に譲渡した。

その後、Yが本件映画の再公開等を行ったため、Xが著作権侵害で訴えた。

【最高裁判決】 フェア・ユースを認めなかった (地裁は Summary Judgement であった)

本件では、更新前に著作権者が死亡した場合に、著作権者が行っていた更新期間に関する契約が有効であるか否かが問題となった。

その有効性が否定されたため、それでも、本件映画を再公開等することがフェア・ユースに当たるか否かが問題となった。

○総論

フェア・ユース法理は、<衡平法上の合理の原則：Sony (A)>であり、^(A)著作権法が、創作性——著作権法がまさに育てようとしているもの——を窒息させる(stifle)ような時、裁判所が著作権法の厳格な適用を避けることを認める。

- ・映画(筆者注：化)は107条に列挙された類型のいずれにも合致せず、また107条の4要素も満たさない。

○第1要素 → フェア・ユースに不利

<著作物の全ての商業的利用は、著作権者に対して帰属する独占的な特権の不正な利用と推定される：Sony (C)>

- ・上告人は、著作権の更新期間中に、本件映画の配給によって1200万ドルを受け取った。

○第2要素 → フェア・ユースに不利

第2要素の適用に関しては……^(B)著作物が創造的な作品(creative product)であるとき、利用がフェアとみなされる可能性は少なくなる。一般的に、フェア・ユースは創作的(fictional)な作品よりも事実に基づく作品の場合に、より認められやすくなる。……<法は一般に、創作的または空想的な作品よりも、事実に基づく作品を広めることに、より大きな必要性を認識している：Harper & Row (E)>

○第3要素 → フェア・ユースに不利

- ・第3要素について検討すると、控訴裁は、本件映画が本件小説の実質的な部分であると判断した。参照：Harper & Row は、書籍からの引用が<当該書籍の本質的な核心部分であるとき>不正な利用と認定した。

- ・利用された部分は、本件映画のストーリー中の 20%にしかならないという主張は受け入れられない。＜侵害している作品に関して実質的でないからということだけで、取り込みは免責されない： Harper & Row (F)＞

○第 4 要素 → フェア・ユースに不利

第 4 要素は最も重要で、事実フェア・ユースの要素中で中心になるものである。

- ・記録は、本件映画の配給が本件映画の新版を販売する能力に影響を与えたとする控訴裁の結論を支持する。

○総合評価

- ・本件は不公正利用の古典的な例である。すなわち、創作的な作品の商業的な使用であり、本件小説の権利者の脚色権に有害な影響を与えるものである。

【事案の概要】

被告・上告人 Y (Luther R. Campbell 等) は、人気ラップ・ミュージック・グループ、2 Live Crew のメンバーとそのレコード会社である。

原告・被上告人 X (Acuff-Rose Music) は、映画の主題歌としても有名な楽曲 Oh! Pretty Woman (X 作品) の著作権を所有している。

2 Live Crew は、X 作品のラップ調のパロディ曲 (Y 作品) を作成した。2 Live Crew は、X の許諾を得ようと X に連絡を取ったが許可は得られなかった。しかし、2 Live Crew は、自分たちの CD アルバムの収録曲の一つとして、Y 作品をリリースした。

約 1 年後、Y のアルバムが 25 万枚程度販売された時点で、X は Y を著作権侵害で訴えた。

【最高裁判決】 フェア・ユースを認めなかった控訴裁判決を覆し差し戻した (地裁は Summary Judgement であった)

本件では、Y 作品が X 作品の著作権を侵害していることを前提として、フェア・ユースが成立するか否かが問題となった。

○総論

(A) 著作権保護の揺籃期から、「科学および有用な技芸の発展を促進するため」著作物をフェア・ユースする機会が必要であると考えられてきた。

フェア・ユース法理はく著作権法が、創作性——著作権法がまさに育てようとしているもの——を窒息させるような時、裁判所が著作権法の厳格な適用を避けることを(許しかつ) 求めている : Stewart (A) >

(B) すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである。

○第 1 要素 → フェア・ユースに有利

(C) この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否かであり、または、(D) 最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである。

(E) 変容力があることは、フェア・ユースの認定のために絶対的に必須のものではないが、著作権法の目的である、科学および有用な技芸の促進は、一般に変容力のある作品の創作によって促進される。

そのような (筆者注 : 変容力のある) 作品は、著作権の領域 (confines) 内に存在するフェア・ユース法理によって保証される余裕 (breathing space) の核心部分 (heart) に存在する。そして、(F) 新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利になるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は小さくなる。

パロディは、変容力のある価値に値する明らかな資格を有している。

著作権法の関係では、(筆者注 : パロディの) 定義の要点、そして現存する資料から引用することについてのパロディストの主張の核心は、(G) 先行する著者の作品に、少

なくとも部分的に、コメントするような新しい作品を創作するために、先行する著者の作品の要素をいくらか使用していることである。

逆に、^(H)もし批評が原作品の中身やスタイルに批判的な関係を持たず、侵害者と主張されている者が、^(I)何か新しいものを作るに当たって、単に注意を引きまたは骨折りを避けるために、原作品を利用するのなら、それに応じて他人の作品から拝借することを公正とする主張は弱くなり——それが消えてなくなるとしても——商業性の程度のような他の要素（筆者注：の重要性）は次第に大きくなる。

^(J)パロディは、その主張を行うために、原作品をまねする必要があり、そのためその犠牲者（または犠牲者集団）の創造力の産物（the creation of its victims' imagination）を利用する何かしらの資格があるが、一方で風刺（satire）はそれ自身で自立するので、借用行為に関して正当化を必要とする。

（脚注 14）ここで示されているパロディよりも、もっとゆるやかに原作品をターゲットにしているパロディも、パロディに関する我々の分析に収まる程度十分に原作品を標的にすることができる。

パロディも、他の利用方法同様に、^(K)著作権法の目的に照らして、関係する要素をクリアしなければならない。そしてケースバイケースで判断されなければならない。

- ・我々は、2 Live Crew の歌に批判的な要素を見出すことに、控訴裁が感じたほどは困難を感じなかった。しかし、そうすることで、我々は、その質を評価する段階には進まない。パロディの防御としてフェア・ユースが持ち出されるとき、閾値となるのは、パロディ的な性質が合理的に感得できるか否かである。^(L)それを超えて、パロディが趣味の良いものか悪いものかというのは、フェア・ユースの問題ではないし、問題であるべきではない。
- ・本件で我々は、パロディ的な要素に高い地位を与えないが、2 Live Crew の歌が、一定程度は、原作品に対するコメントまたはそれへの批判となっていることを合理的に認識できる、というのは公平だろう。……（筆者注：2 Live Crew の歌の）言葉は、先行する原作品の単純さを批評するものとして、そして、路上での生活のひどさ、それが表す底辺性を無視した感傷を拒絶するものとして受け取ることができる。

著者がパロディを選択したことで生じる、他の種類の注釈や批評——これらは伝統的に変容力のある作品としてフェア・ユースで保護される資格を持ってきた——から区別できる差は、この^(M)参照とあざ笑いの混合物であると言える。

- ・（筆者注：控訴）裁判所は、この（筆者注：商業性に関する）要素の重要性を、Sony 最判から表面的に抜き出した推定——<著作物の全ての商業的利用は、著作権者に対して帰属する独占的な特権の不正な利用と推定される：Sony (C)>——を適用することによって膨張させた。パロディの商業的な性格に事実上決定的な重みを与えたことで、控訴裁は間違った。

著作権法の文言は、^(N)作品が、商業的目的または非営利教育目的であることは、作品の目的と性格について問う第 1 要素の検討において、1 つの検討項目に過ぎないことを明らかにしている。

もし本当に、^(O)商業性がフェアさの認定を否定する上で推定力を持つならば、そのような推定は、ニュース報道、解説、批評、教育、学術、研究のような、107 条の前文に説明的に列挙された利用方法のほとんどすべてを飲み込んでしまう。なぜなら、これらの行為は、我が国においては一般に利益を求めて行われるからである。

Sony 最判自体は、強力な証拠上の推定にふさわしいものではない。そこでは、我々は<利害の繊細なバランス>の必要性を強調したし、議会が<フェア・ユースに対する厳格なそして明確な線引きをするようなアプローチを慎んだ>こと、および作品の商業的または非営利教育目的は<決定的なものではなく>むしろ要素は<フェア・ユ

一スの判断において、他の要素と共に考慮されるべき>と述べたことに注目している。

Harper & Row 最判で述べたように、Sony 最判は<出版が、非営利の反対としての商業的であるという事実は、フェア・ユースの認定に不利に働きがちな別の一要素である>という主張を支持している。

(P)商品进行宣传するための著作物の利用は、パロディであってさえ、新しい作品自体の販売の場合に比して、この要素のもとであまり寛大には扱われないだろう。

○第2要素 → フェア・ユースに不利であるが、ほとんど重要性はない

(Q)一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心 (core) により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある。

- ・しかしながら、この要素は本件ではあまり助けにならない、すなわちパロディの事件において、フェア・ユースという羊を、侵害という山羊から区別する上で助けになることはほとんどない。なぜなら、パロディはほとんどいつも、よく知られた表現に富む作品を複製するものだからだ。

ここでは、行われた特定の複製に対するパロディストの正当化の説得力に注目する。そして、検討は法定の第1要素に戻ることになる。というのも……(R)許されるべき複製の程度は、利用の目的と性格によって変化するからだ。

この要素に関連する事実は、パロディが、原作品またはライセンスを受けた潜在的な派生物の市場における代替物となる程度を明らかにすることにより、第4要素についても扱うことになるだろう。

○第3要素 → 歌詞についてはフェア・ユースに有利、曲については差し戻し

(S)パロディが特定の原作品を標的に定めるとき、少なくとも、その批評の対象となっている原作品を認識するに十分な程度、想起させることができなければならない

(T)特定を保証するために十分なものが、ひとたび取り込まれたならば、それ以上どれだけが合理的かは、作品の主たる価値が原作品をパロディすることである程度と、パロディが原作品の市場における代替物として機能する可能性による。

単に、取り込まれた部分が原作品の核心部分 (heart) だったということだけで、パロディの目的との関連で、複製のし過ぎとなることはない。

- ・もし 2 Live Crew が複製したのが、原作品の記憶に残る部分中の極めて少ない部分であったならどのようにしてパロディ的な性格がにじみ出てくるのか分からない。

(U)パロディの場合、ニュース報道の場合と同様に、文脈が全てであり、公正性についての検討では、パロディストが原作品の核心に迫る以外に他に何をしたかを問うのである。

- ・ここでは次のように言えば十分だろう。すなわち、詩については、「必要な部分より多くのものは取り込まれていない」ことを控訴裁は正しく指摘した。……音楽については、バス・リフの繰り返しが過度の複製となるか否かについて、我々は意見を表明しない。そして、その音楽のパロディ的な目的と性格、変容力のある部分、潜在的な市場代替性——以下でより詳しく論じられる——の考慮の観点から、取り込まれた分量を評価するために、差し戻す。

○第4要素 → ラップバージョンの市場について証拠がないので差戻し

この要素の検討は、裁判所に、(v)侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度だけではなくて、(w)被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かである。

この検討では、<原作品に対する害だけでなく、派生的作品の市場に対する害についても考慮する必要がある：Harper & Row (I)>

- ・フェア・ユースは、積極的抗弁なので、それを主張する者は、関連市場についての有利な証拠なく、フェア・ユースを証明する責任を果たすのは困難である。Summary Judgement を申し立てた場合、その傾向が強くなる。
- ・明確な市場の害の可能性を評価するにあたって、控訴裁は Sony 判決の一節を引用して、もし意図された利用が商業的利益のためであるなら、その可能性は推測されるが、非商業的目的のためなら、可能性は証明されなければならない、とした。そして、商業的利用であることを理由に将来の市場の害について推定した。

Sony 最判中に支持を見出し得る市場の害の推定や推測は、商業目的の単なる複製を超えたものを含む事案には適用されない。Sony 最判の推定の議論は、商業目的で原作品の全体を逐語的に複製する状況と、Sony 最判自身の状況（テレビ番組の家庭内複製）とを比較するものである。前記の状況について Sony 最判が言ったことは常識に合っている。すなわち、商業的利用が、原作品全体の単なる複製であるとき、それは明らかに原作品の<目的を代替：Folsom²>し、原作品にとって市場における代替物となる。結果、原作品に対する認識可能な市場の害が生じる可能性を生む。しかし、逆に、(x)後続の利用が変容力のあるものである場合、市場代替性は、少なくとも、はっきりとはせず、市場の害も容易には推定されない。

純粹かつ単純なパロディに関しては、この要素のもとで認識される方法、すなわち、原作品の代替物として機能して、新しい作品が原作品の市場に影響を与える可能性は小さくなる。

(y)痛烈な劇場評のような、致命的なパロディが原作品に対する需要を葬り去ってしまうとしても、それは著作権法の下で認識可能な害ではない。

(z)潜在的な派生的利用の市場には、原作品の創作者が一般的に活用し (develop)、活用のために他者にライセンスする (license others to develop) ものみが含まれる。しかしそれでも、創作的な作品の創作者が、彼ら自身の作品についての批判的な批評や風刺にライセンスする可能性の低さは、潜在的なライセンス市場の概念から、そのような利用を取り除くことになる。

- ・X 作品のパロディの市場に対する害があると考えている限度で、控訴裁判決は間違っている。
- ・後続作品は、批評の分野のみでなくて、派生的作品の保護される市場にも影響する複雑な性格をもつかもしれない。
- ・2 Live Crew の歌は、パロディの側面だけでなく、ラップミュージックとしての側面も含んでおり、ラップミュージックについての派生的な市場は、検討の適切な焦点となる。現時点では、2 Live Crew のパロディ的なラップバージョンが、パロディ的でないラップバージョンの市場に影響を与える可能性についての証拠は提出されていないので、差戻し審で吟味されるべきである。

² Folsom v. Mesh, 9 F. CAS. 342 (No. 4901)(CCD Mass. 1841)

○総合評価

- ・控訴裁が商業性故に、推定的に不公正と判断したことは誤りである。パロディのような変容力のある利用が公正なものであるかどうかを判断する上で、第1要素……と第4要素……を扱うに際して、そのような証拠上の推定は適用可能ではない。また、利用のパロディ的な性格を考慮すると、2 Live Crew が原作品から必然的に複製しすぎたとした点でも、控訴裁は誤った。

第2巡回区控訴裁判所

【事案の概要】

本件は、民間企業 **Texaco** の研究科学者が、研究所内の図書館で購読されていた雑誌の論文を複製した行為について、フェア・ユースに当たるか否かが問題となった事例である。

原告・被控訴人 **X** (**American Geophysical Union** 等) は、科学・技術雑誌の出版社である。

被告・控訴人 **Y** (**Texaco Inc.**) は、石油産業関連企業であり、石油産業における商業的功績を向上させる目的で、400 から 500 人の研究者を雇い、新しい製品や技術のための科学的研究を実施している。

本件は、**Texaco** が雇っている研究科学者による雑誌論文の複製が著作権侵害になるとして、集団訴訟が提起されたという事案である。当事者の複製実施状況を調査する莫大な費用を省くため、当事者らは、審理対象として無作為に一人の科学者による複製行為をとりあげた。選ばれたのは、ニューヨーク **Beacon** リサーチ・センターの科学者、**Chickering** 博士による、雑誌 **Catalysis** の八つの論文の複製であった。**Beacon** 施設での研究活動を支援するため、**Texaco** は多数の科学・技術雑誌を予約購読し、それらの資料を相当な大きさの図書館に保持しており、そのなかに、原告の **Academic Press** により毎月発行される **Journal of Catalysis** が含まれていた。

Beacon 研究施設の化学技術者である **Chickering** は、彼の研究分野である触媒作用の研究にかかわる様々な科学・技術雑誌に掲載される論文を閲覧していた。**Texaco** の図書館は、**Chickering** がリストに載せた関連雑誌を蔵書していた。

Chickering は **Catalysis** の記事をコピーしてすぐに利用したわけではないが、後に必要になったときに利用できるように、コピーをファイルした。問題とされた八つのコピーのうち、六つの論文については、**Catalysis** の原本が彼のところに回覧されてきたときに知り、また、他の二つの論文については、別の論文の参照をみたときに知った。結局、**Chickering** はコピーされた五つの論文を利用する機会はなかった。

【地裁判決】 フェア・ユースを否定

地裁は、**Chickering** の八つの論文の複製に代表されるような **Texaco** の複製は、フェア・ユースに該当しないと判断した。

被告はフェア・ユース以外の抗弁も主張していたが、フェア・ユースの判断により訴訟は解決され得るとして、事実審理を **Texaco** の複製がフェア・ユースに該当するか否かに限定するという当事者らの合意が成立し、地裁は中間上訴を認めた。

【控訴審判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

当事者らの合意により、**Texaco** による複製行為がフェア・ユースに該当するか否かに争点が限定された。

<フェア・ユース>

○総論

- ・ 科学論文の複製がフェア・ユースにあたるかという広範な問題、あるいは研究者による論文の複製がフェア・ユースにあたるかという問題ではなく、企業の利益のために研究に従事する多数の科学者によって組織的に行われる複製が、フェア・ユースにあたるかを検討する。

○第 1 要素 → X に有利

- ・参照するために図書館へ行く手間を省くという個人的な利便を理由とした「記録保管 (archival)」目的の複製である。記録保管的な複製について全てフェア・ユースが否定されるわけではないが、この事案においては、対価の支払いを避けて研究者に複製を促す組織的な複製プロセスの一部であるので、Texaco に不利に傾く。
- ・商業的利用について：Y は本件で問題とされる複製行為から直接に利益を得ていたわけではなく、「媒介的 (intermediate) 利用」に分類することができ、研究により広く公益に資するかもしれない目的である。しかし Y の事業の営利的性質を無視する必要はなく、複製行為により Y が少なくとも間接的な利益を得ていると結論することができる。
- ・変容的利用について：Campbell (D) を引用。Y の複製が変容的でないことを適切に強調したとして地裁を支持。非変容的な複製は、二次的利用者により生み出される価値がわずかであり、原著作物と同様な目的に用いられることが多いため、フェア・ユースの認定について限定的な正当性しか与えられない。また、Y は複製により実験室でより扱いやすい形式に変形させたと主張するが、有形の対象物を変形させたに過ぎない。このことから生じる価値を見落とすべきではないが、顕著な記録保存目的により、第 1 要素は Y に不利になる。
- ・合理的・慣習的行為について：歴史的に合理的で慣習的な利用であると Y は主張するが、第 4 要素で論じる複製許諾契約の出現後は、この合理性は失われる。さらに、複製が個人により行われていても、Y の図書館が雑誌の回覧により、追加的雑誌購読あるいは複製の許諾を得るのと同じ目的を果たそうとしたという組織的制度的方針から、第 1 要素は X に有利となる。

○第 2 要素 → Y に有利

- ・八つの論文は、支配的に事実的な性質を有しており、著作権保護の目的の中心に位置すると考えることはできない。よって、第 2 要素は Y に有利である。

○第 3 要素 → X に有利

- ・Y は、雑誌の巻・号のわずかな部分を複製したに過ぎないと主張するが、八つの論文はそれぞれ別々に著述され、別個の著作物を構成する。したがって、Y は著作物全体を複製している。この認定自体はフェア・ユースを妨げるものではないが、第 3 要素を出版者に有利に評価する。

○第 4 要素 → X に有利

- ・Campbell 判決により、第 4 要素の最重要性が相対化されたことを指摘。雑誌刊行物と異なる八つの論文の特性と、それら論文の「潜在的市場あるいは価値」の性質と変遷 (history) を認識することが重要である。
- ・追加的雑誌予約購読、バック・ナンバーについて：雑誌の市場と個別論文の市場の関係の結びつきは明らかではない。Y のような複製行為が、広く行われれば雑誌の市場を損なうということも、たとえ広く行われたとしても雑誌の市場に実質的な影響を与えないということも、どちらの当事者からも証明されていない。よって、第 4 要素がどちらかの当事者を強力に支持することはなく、雑誌予約購読のわずかな損害により、若干出版者に有利に傾けられるに過ぎない。

許諾収入・料金について：Y の主張するように、一般的に、潜在的な許諾収入により第 4 要素を判断することは必ずしも適切ではなく、伝統的、合理的、発展しうる市場における潜在的許諾料収入への影響のみが審理されるべきである。

Xらは、個別論文の直接販売・配布の市場は証明していないが、主に CCC (Copyright Clearance Center) を通して、利用者が自分用のコピーを作成する許諾を得るための実効的な市場を生み出している。・ ・ ・ ・ ・ 特定の許諾を得ていない利用が、実効的市場あるいは利用に対する支払いの方法が存在しない場合に「より公正」であり、実効的市場あるいは利用に対する支払いの方法が存在する場合に「より公正ではない」と考えられることは道理にかなって (sensible) いる。

- ・ 主に許諾収入の損失のため、そしてわずかに予約購読収入の損失により、第4要素は X に有利である。

○総合評価

- ・ 重要な第1・第2の要素を含む、制定法上の4つの要素のうち、三つが X に有利であり、Y の行為はフェア・ユースに該当しない。ただしこの判示は、個人による私的複製に関するものではなく、制度的・組織的・記録保管的複製の増加に対するものに限定される。

【事案の概要】

原告・控訴人X (Faith Ringgold) は、現代美術家であり、Church Picnic Story Quiltと名付けられたキルト (本件キルト) の作者である。本件キルトには、教会の日曜学校に参加しているアフリカ系アメリカ人達の様子が描かれている。本件キルトは現在、アトランタの美術館に所蔵されているが、著作権はXが保有している。同美術館は、Xから非独占の利用許諾を得て、本件キルトを複製したポスターを作成し、1枚20ドルで販売していた。数千枚が販売されたものと思われる。

被告・被控訴人HBOは、「ROC」というタイトルのSitcomを制作していた。同番組のあるエピソードに、前記ポスターが写っていた。そのエピソードは、教会での演奏会に関するものであり、教会のホールの壁掛けとしてポスターは使われていた。登場人物の立ち位置が、ポスターの左右であったことから、ポスターは全部で9回写った。特に視聴者の目をポスターに向けるような台詞や、演技、カメラワークはなかったが、ポスターが画面の中心に写ることもあった。写ったのは、時間で言えば、1回あたり1.86秒から4.16秒の間で、合計して26.75秒であった。問題のエピソードは、被告・被控訴人Black Entertainment Televisionを通じて(再放送も含めて)放送された。(以降、HBOとBETをあわせて、Yとする。)

Xは著作権侵害その他の理由でYを訴えた。Yは、自らの利用はde minimisの法理またはフェア・ユースによって許されるとして、Summary Judgementを求め、Xは、番組の放映を通じたさらなる展示 (display) の仮差止めを求めた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

地裁は、侵害的利用であることは認めながら、フェア・ユースが成立するとして、Xの仮差止めの申し立てを退ける一方、Y勝訴のSummary Judgementの判断を示した。

なお、フェア・ユースに関する判断部分に簡単に触れると次のようになる。地裁は、第1要素について、Yの利用は商業的であるが、番組を見るよう視聴者に働きかけるために使ったのでもなければ、Xの作品を「利用しよう」と試みたわけでもなかったため、商業性は大いに減じられるとした。また、第2要素については、芸術作品なのでX有利とした。第3要素については、ポスターが見えたのは短時間である上に、部分的であり、ほぼ全部が写った場合もピントが合っていなかったとしてY有利とした。第4要素については、テレビ番組はポスターの代わりにならず、販売に影響を及ぼす可能性はまずないこと、またXがポスターをライセンスする機会が大いに減じられたと主張しているわけでもないことを理由に、Y有利とした。

Xが控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を破棄し、差し戻した

<前提としての著作権侵害>

Yによる利用が侵害的な利用であることを前提とした上で、de minimisになることを否定した。まず、一般論として、法的格言であるde minimis non curat lex (法は、些事に関わらない) は、他人の権利のとるに足りない侵害を引き起こした者を責任から免れさせる。著作権法の世界では、de minimisの法理は3つの面で重要性を持つ。それぞれは関係しているが、独立に考慮されるべきである。

第1に、著作権法の文脈でのde minimisは、大抵の法の文脈で意味するところと同一の意味を持つ。すなわち、厳密には、権利の違反ではあるが、あまりにもつまらないので法が法的責任を課さないような場合である。例として、漫画のコピーを冷蔵庫に貼り付けるような場合をあげる。

第2に、de minimis は、実質的類似性——実質的類似性は、訴え可能な複製の要素として常に要求される——における量的な閾値を超えない程度つまらない複製が生じた場合を意味する。……実質的類似性は、複製が、侵害（訴え可能な複製）によって生じる法的帰結を支持する上で、量的にも質的にも十分であることを要求する。「質的」は、アイデアではなくて表現が複製されたかを問うものであり、「量的」は複製された程度を問うものである。ただし、視覚著作物の場合は、その見え具合も考慮される必要がある。

第3に、de minimis 法理はフェア・ユースの第3要素と同一視して論じられることがある。しかし、de minimis はそもそも侵害が論じられる複製があったか否かを問うものであるのに対して、フェア・ユースは侵害に対する積極的抗弁であることを考えると、この考え方は適切ではない。

- ・ 本件におけるポスターの見え具合³と、著作権法 118 条に基づく強制許諾に関する議会図書館規則中の、公共放送事業者が発行済の視覚著作物等を利用する場合のルール⁴とを踏まえるなら、ポスターのほとんど全てが明確に見える（もっとも、完全にはピントは合っていないが）4 から 5 秒のシーンが、より小さい部分が見えるシーンによって補完されているという状況を量的な観点から評価すると、合計 26 から 27 秒になるシーンは全体として、de minimis な複製とは言えない、とした。
- ・ なお、Y は、X の表現の保護される要素が認識可能ではないので、ポスターが見えるシーンは訴訟可能な複製ではない旨も主張した。これに対して、控訴裁は、視覚作品は、テーマとの関係で、または少なくともその装飾的な価値で、スタッフによって選ばれたものの、距離も遠くピントも合っていないため、典型的な視聴者が、芸術的な作品がセットに与える装飾的な効果を見出すことができない程度にしか結局写らないという状況も存在する。本件はそのような場合ではない、とした。

<フェア・ユース>

○総論

107 条にリストされている類型——批評、コメント、ニュース報道、教育、学問、研究——は〔例示的かつ非制限的な〕機能を持っており、問題の利用方法がこれらの類型に当てはまらない場合でさえ、4 要素の検討は行われる。しかし、類型の例示的な性格は無視されるべきでない。最高裁は……Campbell 事件において、[[フェア・ユースの第 1 要素に関する] 審理は、107 条の前文にあげられた例によって先導される。すなわち、利用が批評、コメント、またはニュース報道に関するか、そしてそれらに

³ 控訴裁によれば、ポスターの見え具合は次のようであったとされる。

最も、長いシーンで 4 から 5 秒程度の間、ポスターのほとんど全部、少なくとも 80% 以上を見ることができた。カメラは教会ホールの中央通路左側に座っている聴衆の右側に位置しており、ポスターは聴衆のすぐ左の壁に掛かっていた。ポスターの右側には神父が立っていて、そのためポスターの右下の部分は隠れていた。ポスターの左には聴衆が立っていて、彼らによってポスターの左下の部分は隠されていた。ポスターの上の端はカメラのフレームから外れていた。ピントは聴衆にあわされており、ポスターにはピントはあっていなかった。しかし、聴衆のすぐ近くだったので、よく見えた。ポスター中の背景の池と共に、黒人の大人と子供達が描かれている芸術作品であることは十分に見て取れた。短いシーンでピントも完全ではなかったため作品の詳細は分からないが、形や力強い色使いの二次元的な側面は十分に見て取れ、Grandma Moses と呼ばれた作家のスタイルに似た作品であることは分かった。

⁴ 同規則では、「特に取り上げられている場合」と「背景の場合」とに分けて、それぞれの場合のライセンス料を定めている。なお前者には後者よりも高いロイヤリティが定められているが、後者の場合でさえロイヤリティの支払いが必要とされている。なお、「特に取り上げられている場合」とは、3 秒を超えて、画面一杯または実質的に画面一杯に表示される場合で、「背景の場合」とは、画面一杯（実質的に画面一杯な場合も含む）に写ることがないか、画面一杯に写っても 3 秒以下であるか、のどちらかを意味する。

なお、控訴裁は、仮に Y が公共放送事業者であったとしても、前記「背景の場合」のロイヤリティを支払わなければならないだろうとする。

類するものか、を見ていくことになる。]とされた。

○第1要素 → フェア・ユースに不利

- ・前文の例示を〔先導〕としてフェア・ユースの第1要素を考慮するとき、Yのテレビ番組のセットを飾るために、YがXの作品を利用したことは、リストされた種類のいずれにも、およそ類似していない。

〔この要素の検討の中心は、Story判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否か：Campbell (C)〕〔最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)〕を引用した上で、いかなる意味でも、Yによる利用は「変容力のある (transformative)」ものではない、とする。理由として次のように述べる。

- ・YはXの作品を、その作品が創作された、まさに中心的な目的——装飾すること——のために利用した。たとえポスターの主題の意味とROCのエピソードとの関係が認められなくても、装飾的效果は明白に明らかである。事実、ポスターは教会ホールのシーンで装飾的な芸術作品として見ることができた。……Yは、自らのセットをテレビ視聴者にとってより魅力的なものにするため、装飾目的でポスターを利用した。それは、ポスターの購入者が自分の家を装飾するためにポスターを利用するのとちょうど同じことである。
- ・視覚的著作物についてのフェア・ユースを考える場合、文字的著作物から類推しすぎてはいけない。文字的著作物は一般に一度だけ読む読者を対象としているが、視覚著作物は通常、反復的な視聴のために創作され、販売またはライセンスされる。故に、ROCの個々のエピソードによって、視聴者がポスター（または原作品）を繰り返し見、鑑賞する必要性や欲求を代替されないという事実は、被告による利用がフェア・ユースに有利な「目的および性格」であることを意味しない。実際には、視覚著作物を無許諾で展示することが、当該作品を再び見たいという視聴者の欲求を増加させることがしばしばあり得よう。しかしながら、本件のように、問題となっている利用の目的が、最低限でも、ポスターが販売されたのと同じ装飾目的であるとき、被告の利用は実際に原作品の<目的を代替する：Folsom>と言え、フェア・ユースに有利とならない。もちろん、ポスターの代替物として、ROCのビデオテープを購入する者はいないが、問題となっている利用は原作品そのものの代替物である必要はなく、Story判事が言うように、その「目的 (objects)」の代替物であればよい。

また、次のようにも指摘する。

- ・視覚著作物は、かなりの部分、装飾的目的のために創作される。公衆は絵画やポスターを自らの家を飾るために手に入れる場合お金を払うことを当然と思っている。演劇や映画や、テレビ番組のプロデューサーは、一般に、特定の著作物が、セットを飾るための要素として適当と考えるとき、ライセンス料を払うことを当然と考えている。これらのことを、認識しなければならない。

一方、写り込みに関してフェア・ユースが成立する事例について

- ・たとえば、Xを特集したテレビニュースにXのストーリーキルトの写った場面が含まれていた場合、フェア・ユースの抗弁は非常に強力なものだろう。美術館を特集したニュースに、ストーリーキルトが写った場面が含まれている場合も同様だろう。

○第2要素 → Xに有利

- ・ X 作品の創作性故に第 2 要素は X に有利。

○第 3 要素 → Y に有利

フェア・ユースの第 3 要素は、裁判所に、利用された部分が、訴訟可能な複製となるための閾値を超えた場合（de minimis ではない場合）はいつも、利用された部分の量と実質性を考慮することを義務づける、とした上で、

- ・ 地裁が言うほど、第 3 要素は Y に有利ではないと控訴裁は考えるが、事実認定は地裁の仕事であり、地裁はポスターが視聴可能な時間の長さや、ある場面ではポスターの一部のみであり、ほぼ全体が眺められるときはピントが合っていないという事実を正確に検討している。

他の視覚著作物中に複製または展示される視覚著作物の文脈でフェア・ユースの抗弁を考慮する裁判所は、たとえ第 3 の要素が被告有利であっても、この要素があまりにも容易に、他の 3 つの要素が有利とならなかった者の総合評価を有利にすることがないように、注意しなければならない。

○第 4 要素 → X に有利

〔パロディの場合、ニュース報道の場合と同様に、文脈が全てであ（る）：Campbell (U)〕
〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度（を考慮する）：Campbell (V)〕を引用した上で、

- ・ 潜在的なライセンス収入の損失が、第 4 要素を原告に有利に判断すべきとの結論になるか否かを考慮する上で、我々は循環性（circularity）の危険について認識してきた。問題は、複製が補償を受ける資格があるかどうかなので、ライセンス収入を受け取れなくなったことは原告有利に判断する上で決定的なものではない。我々は、問題の利用の潜在的市場への影響を考慮するとき、＜伝統的、合理的、または開発される可能性の高い市場のみ：Texaco＞を考慮することによって、循環性の悪弊を避けるべく努力してきた。
- ・ X は、自身の作品を、番組のセットの装飾としてライセンスする市場が存在することについて公判にかけらるべき論点をあげている。X は、補償された複製から得られるはずであった収入を失ったことを単に主張しているのではない。X は、＜通常の価格を払わずに著作物が利用された：Harper & Row (D)から部分引用＞と主張しているのである。
- ・ ROC のエピソードがポスターの販売に不利に働く可能性が低いという事実、およびポスターをライセンスする能力が「悪影響を受けた」と X が主張しなかった事実に、地裁は主として依拠した。しかし、第一の事実の考慮によって、原告が、通常のライセンス料を支払うことなく、問題となっている盗用を行っていることは（筆者注：被告の）不利にならないと解するべきではない。また第二の点は、特定の損害の一項目の欠如と、潜在的な市場への悪影響の欠如とを混同している。X は ROC のエピソードが放送されて以来、「Church Picnic」のポスターに対するライセンスを求める数が下落したことを証明することは求められない。もし、番組セットの装飾として X の作品をライセンスする＜伝統的、合理的、または開発される可能性の高い：Campbell (Z)からの部分引用＞市場を X が証明できるなら、第 4 要素は X に有利となる。確かに、〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合……原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになる：Campbell (W)〕特に、X が証言したことの観点から、そして証明が準備されたことの観点からは、第 4 要素の記録は、Y 勝訴の Summary Judgement を不適切に認めているといえる。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Annie Leibovitz) は、有名な写真家である。彼女の代表作の一つに、有名なファッション誌の表紙を飾った、女優デミ・ムーアのヌード写真がある。当時妊婦だったデミ・ムーアはボッチチェリの「ビーナスの誕生」と同じポーズで写真に収まっていた。

被告・被控訴人 Y (Paramount Pictures Corporation) は、近々リリース予定の「裸の銃を持つ男 33 1/3 : 最後の侮辱」の宣伝アイデアを外部の広告代理店に求めた。代理店は、有名な女優の写真の顔の部分に、主演男優の顔を合成することを考え、4人の女優でサンプルを作った。そのうちの一つは、先のデミ・ムーアの写真を基に合成したものであり、「この3月が期限」というコピーが付けられていた。

Yは、デミ・ムーアの写真を利用することに決めたが、Xの写真をそのまま利用するのではなくて、妊婦のモデルを雇い、同じポーズをとらせて、写真に撮り、デジタル処理で肌の色やボディラインまでXの写真に良く似せた上で主演男優の顔を合成した。

Xは広告に対して抗議し、最終的に地裁に提訴した。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

双方が Summary Judgement を申し立てたところ、地裁は、Yにはフェア・ユースが認められるとして、Y勝訴の Summary Judgement を下した。

Xが控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持した

<前提としての著作権侵害>

争われず、フェア・ユースの適用について判断されている。

<フェア・ユース>

○総論

フェア・ユースの法理は、他人に、著作権者の許諾なく、著作物を特定の目的のために合理的な手法で利用することを認める。

制定法は、潜在的に「フェア」な利用の類型の中に、「パロディ」を特に列挙していないが、我々は長らくそのような作品にこの法理の下で一定の保護を与えてきたし、Campbell 事件において最高裁は、権威を持って、パロディに対してフェア・ユース法理が適用されることを確認した。

フェア・ユースはケースバイケースの判断であり、明確な線引きはできず、[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)] を踏まえると、4要素は全て検討されるべきで結果はまとめて考慮されるべきである。

最高裁は、第1要素は変容力の有無 (transformative) を問うことに焦点があることを明らかにすることで、Sony 事件最判における<著作物の全ての商業的な利用は不公正と推定される：Sony (C)>という判示を明確に放棄した。代わりに最高裁は、Harper & Row 事件における、商業的な利用は<フェア・ユースの認定に当たって不利に働く傾向がある一つの要素：Harper & Row (C)から部分引用>にすぎないという判示を思い起こした。また最高裁は、<その傾向の強さは、状況によって変わってくる>こと、そして商品を宣伝するために著作物を利用する場合は、(筆者注：他人の著作物を)複製する

作品自体を売り出す場合に比べて、作品に与えられる免責は、「より少ない」ものとなる<Harper & Row>ことを認めた。

最高裁が、4要素全てを考慮することを強調したのは、第4要素……が「唯一の最も重要なフェア・ユースの要素：Harper & Row (H)」——Campbell 事件最判からは全く導き出せない性格付け——という最高裁の以前の考え方を修正するものである。最高裁は、第4要素に優先性を与えるよりもむしろ、「この要素の重要性は、損害の量だけでなく、他の要素の示す強さとの関連によっても変化する」ということを明示的に示した。

この後、Campbell 事件最判についてまとめる。

○第1要素 → フェア・ユースに大いに有利

- ・ Y の宣伝は、X の写真を「少なくとも、部分的には批判する：Campbell (G)からの部分引用」新しい作品として「合理的に受け取ることができる」。明らかに、その宣伝は何か新しいものを付け加え、「変容力のある」作品としての資格を有している。……主演男優の「やにや笑いの顔は、ムーアの顔の真剣な表現と明らかにコントラストをなしている」ので、問題の宣伝は、原作の真剣さへの、たとえ偽りのものであっても、批判として合理的に受け取ることができる。そのコントラストは、冷やかしの効果を実現している。冷やかしは、パロディを行う者にとって第1要素を有利にする「コメント」として十分に機能すると、最高裁は Campbell 事件において認めている。
- ・ もっとも、なんらかのコントラストを示せば第1要素が有利になるわけではない。問題の宣伝は、冷やかしではあっても、見る者が X の写真の主題から伝わってくると合理的に感じる過度の自尊心に対するコメントとして、合理的に受け止められる形で（筆者注：原作品と）異なっているのである。
- ・ 冷やかしのなもったいぶりを別にしても、X の写真を妊婦の身体の美しさを賞賛するものとして捉えた上で、そのメッセージへの不同意を、どちらかと言えば礼儀正しくなく表現しているものとして、問題の宣伝を合理的に受け止めることもできる。
- ・ 問題の宣伝が、原作品に対するパロディ的なコメントを行っているという事実によって、第1要素についての分析が終わるわけではない。なぜなら、問題の宣伝は商業的な商品、すなわち映画を宣伝するために作られ、展示されているからである。このような宣伝的な利用は、パロディに与えられる「免責」を弱めてしまう。〔Campbell (P)〕しかし、宣伝自体を映画の延長としてみるべきと言う Y の主張は多少の力を持っている。映画を見た人にとって、妊娠と親性に関する映画をからかったコメントによって補強されるものとして、問題の宣伝の有するパロディ調のコメントは合理的に受け止めることができる。
- ・ 結局、問題の宣伝の強力なパロディ的な性格は、それが商業的な商品売り込んでいくという事実によって多少割り引かれるとしても、第1要素を大いにフェア・ユースに傾ける。〔免責を減じる〕ということは、免責が全くなくなるということ意味しない。

○第2要素 → X にわずかに有利

- ・ X の写真は創作的であるが、Campbell 事件最判は、原作品の創作的な性格は、通常原作のパロディがフェア・ユースになるかどうかを決定する上で、十分な助けにはならないことを教えてくれる。

○第3要素 → Xにわずかに有利

- ・利用された部分の量と実質性を評価する上では、原作品の保護される要素のみに焦点を当てる必要がある。……裸の妊婦の身体の基本ポーズと、手の位置は、仮に保護されるものだとしても、ボッチチェリ以前の数多くの画家や彫刻家によって公有とされている。したがって、Xは特定のライティングや、その結果としての被写体の肌の色の調子、そして彼女が選んだカメラアングル等の要素について保護を与えられる。
- ・パロディの文脈では、〔核となる部分はパロディのための（原作品として）最も容易に思い起こされる部分であり、パロディが狙うのはその核の部分である。〕
- ・デジタルコンピュータによる強調の技術によって大いに実現されたこれらの要素の複製は、Xの写真を、それを思い起こすために最小限必要な部分以上に取り込んだことになる。しかし、Campbell 事件最判は、パロディストが、原作品を思い起こすために最小限必要な部分以上を複製したことは、必ずしも、第3要素をフェア・ユースに反対の方向には傾けない、旨を示唆する。逆に、〔特定を保証するために十分なものが一度取り込まれた場合：Campbell (T)からの部分引用〕——本件では明らかにその状態となっているが——原作品の追加的側面を取り込むことの合理性は、複製の〔主要な目的と性格〕が〔原作品をパロディする：Campbell (T)からの部分引用〕程度と、〔パロディが原作品の市場における代替物として機能する：Campbell (T)からの部分引用〕程度による。このようなアプローチは、第1要素および第4要素がパロディストに有利である限り、第3要素が、フェア・ユースに不利になる余地をほとんど残さない。本件では、第1要素と第4要素がフェア・ユースに有利なので、たとえ保護される要素の複製の程度が大なものであっても、第3要素はXの助けにならない。

○第4要素 → Yに有利

- ・Yの写真によって、Xの写真およびそれを元にした派生作品に関する潜在的な市場が影響を受けなかったことを、Xはほとんど認めている。……実際の市場の被害に関するXの唯一の主張は、宣伝として作品を利用することによる料金をXから奪ったというものであったが、パロディとしてフェア・ユースの抗弁の適用を受ける作品について、著作権者はライセンス料を受け取る権利を与えられない。

○総合的な評価

- ・Campbell 事件最判に照らして、原作品を批評するパロディに関する限り、第2要素についてその意義をかなり減じるなら、本件におけるバランスは、明らかにYに有利である。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Jorge Antonio Sandoval) は、写真家である。X は 1991 年から 1994 年にかけて、白黒のセルフ・ポートレート 52 枚 (本件写真) を創作したが、それらは顔に針金を巻き付けたり、とげのあるベッドに横になったりと、一風変わったものであった。いずれも、出版も公の展示もされていなかった。本件写真の著作権は X が保有している。

被告・被控訴人 Y (New Line Cinema 社等) は、「Seven」という猟奇的犯罪をテーマにした映画を製作し配給した。その映画の、開始 1 時間 16 分過ぎのところで、刑事 2 人が容疑者である写真家のアパートを捜索するシーンが登場する。アパートには大型のライトボックスがあり、そこには写真のスライドが何枚も貼り付けられていたが、その内の 10 枚は本件写真の複製物であった。本件写真が映画中どのように写っていたかをまとめると次のようになる。映画開始 1 時間 17 分後、ライトボックスのスイッチが入れられ、スライドに光が透された。その後、1 分 30 秒の間に、本件写真は、11 回カメラに写った。ライトボックスが遮られることなく最も長く写っていたのは 6 秒間であった。その他は、ライトボックスは見えても部分的であり、全部あわせても 35.6 秒間であった。なお、基本的には本件写真にはピントは合っておらず、また例外的な場合 2 回を除けば、遠くから撮影され、俳優の陰に隠れることもしばしばだった。例外の 2 回 (4 秒間と 2 秒間) の場合も、写真中の人物像はほとんど識別できない状況であった。X が訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

地裁は、Ringgold 事件地裁判決に依拠して、Y の利用をフェア・ユースと判断し、Y 勝訴の Summary Judgement を下し、X の訴えを退けた。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決の結論を維持した

<前提としての著作権侵害>

著作物の無許諾の利用が de minimis である場合、著作権侵害に関する訴えの理由が存在せず、フェア・ユースの主張を判断する必要はない、として、地裁が de minimis を論じることなくフェア・ユースを論じたことを誤りとした。

著作権の侵害が de minimis であり、故に訴え不可能なことを証明するためには、侵害者と主張されている者は、保護される素材の複製が非常につまらないものなのでく実質的類似性——実質的類似性は訴え可能な複製の要素として常に必要とされる——の量的な閾値を超えない：Ringgold>ことを示す必要がある。

侵害と主張されている作品が著作物に対する実質的類似性の量的な閾値を超えたかどうかを判断する上で、裁判所はしばしば、複製された著作物の量を考慮する、そして (視覚著作物の場合には) 同時に、侵害と主張されている作品中での当該著作物の見え方も考慮する。見え方は、侵害と主張されている作品中に当該著作物が現れる時間の長さ、そして、当該著作物の光源や位置によって明らかにされる注目度によって判断される。

- ・原告の作品を明確に見ることができて、色とりどりの 2 次元の造形の中のアフリカ系アメリカ人の様子を認めることができた Ringgold 事件の場合と異なり、本件の写真は乏しいライトのもとで、遠くから写されており、ピントも合っておらず、11 の異なるシーンでは簡単にのみ表示されているに過ぎない。Ringgold 事

件の場合は、シーンの積み重なりが強調効果を有していたが、本件では、写真中のイメージが区別できないため、11のシーンに集積効果はない。つまり、本件は、Ringgold事件の裁判所が予告した、＜視覚作品は、テーマとの関係で、または少なくともその装飾的な価値で、スタッフによって選ばれたものの、距離も遠くピントも合っていないため、典型的な視聴者が、芸術的な作品がセットに与える装飾的な効果を見出すことができない程度にしか結局は写らないという状況：Ringgold＞である。Xの写真はつかの間現れ、そしてぼんやりしており、ピントも全くあっておらず、全く特定不可能な状況なので、これらの写真の利用はde minimis であると考えられる。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Infinity Broadcast Corp.) は、CBS ラジオネットワークを運営しており、そこで放送されるラジオ番組の著作権者である。

被告・被控訴人 Y (Wayne Kirkwood) は、Media Dial-Up の名前でビジネスを行っている。Y は、全米各都市 (訴訟当時で、10 大都市) のラジオを電話回線を通じて聞くことができる Dial-UP サービス (本件サービス) を提供している。本件サービスのユーザーは、料金を支払うことで、電話回線に接続されたラジオ受信機にアクセスする電話番号を教えられ、プッシュホン電話でその番号に電話をしてコマンドを送ることで、聞きたいラジオ局 (X の保有するラジオ局も含まれる) にチャンネルをあわせることができる。チャンネル選択はユーザーに任せられ、Y は一切関与していない。長距離電話の料金を別とすれば、24 時間聞き続けることもできる。Y は、ラジオ局、広告主、タレントスカウト事務所、実演権管理団体などに、本件サービスを売り込んでいる。

X のネットワークで放送される番組の中には、ネットワーク中のある局のみで放送されるものもあれば、他の局でも放送されるものもある。また、X 自身、本件サービスに似たサービスを特定の顧客に提供している。

X は著作権侵害で Y を訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた

地裁は、本件サービスはフェア・ユースによって保護されると判断した。4 要素を当てはめた上で、Y による行為は、放送局が新しい番組を作るインセンティブを減じることもないし、その努力から公正な報酬を得る能力を害することもなく、としてフェア・ユースの成立を認めた。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を覆した

<前提としての著作権侵害>

地裁判決によれば、フェア・ユース等によって保護されない限り、Y による再送信が著作権を侵害することは、実質的には争われていない。

<フェア・ユース>

○総論

まず、フェア・ユースは<衡平法上の合理の原則：Sony (A)>であるとした上で、107 条の前文に関連して次のように述べる。

- ・ < (筆者注：107 条にリストされている) これらの類型は「例示的かつ非制限的な」機能を持つが………類型の例示的な性格は無視されるべきでない：Ringgold> Y の再送信がこれらの例示的な類型のいずれにもあてはまらないことに注目する。

4 要素については、<排他的なものではない：Harper & Row (A)から部分引用>とした上で、[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)] を引用し、更に事実関係に基づいて判断されるべきとする Texaco 事件を引用する。

○第1要素 → Xに有利

まず、「最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D) [変容力があることは、フェア・ユースの認定のために絶対的に必須のものではない：Campbell (E)] [新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利になるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は小さくなる：Campbell (F)] を引用した上で、次のように述べた。

- ・ Y の再送信は元の放送の性格を変更しない。そこには、新しい表現も、新しい意味も、新しい主張もない。つまり、変容は存在しない。Leval 判事が言うように「**＜原作品を単に包装し直したり (repackage)、出版し直したりすること⁵＞**では、まずフェア・ユースとはみなされないのである。
 - ・ 本件サービスを利用してユーザーは、放送を、娯楽から情報に変容させていると Y は主張したが本件で問題となっているのはユーザーではなくて Y の行為、すなわち何も変更なくラジオ放送を再送信することだと控訴裁は指摘した。
 - ・ また、フォーマットを変更しているので変容力があるという Y の主張に対しては **Texaco 事件で述べたように、フォーマットの変更は、有意義ではあるが、法的には変容ではない、**と脚注で指摘している。
 - ・ 本件サービスは社会的に利益がある（例：広告主が広告の放送状況を確認できる）とした主張に対しては、本件サービスで再送信されている番組の広告主の 75～80%は、本来の放送圏内にいるため、本件サービスを利用する必要がないなどの理由を挙げて退けた。
- 商業性に関しては、「作品が、商業的目的または非営利教育目的であることは、作品の目的と性格について問う第1要素の検討において、1つの検討項目に過ぎないことを明らかにしている：Campbell (N) [商業性がフェアさの認定を否定する上で推定力を持つならば、そのような推定は、ニュース報道、解説、批評、教育、学術、研究のような、107条の前文に説明的に列挙された利用方法のほとんどすべてを飲み込んでしまう。なぜなら、これらの行為は、我が国においては一般に利益を求めて行われるからである：Campbell (O)] と同様の認識を示した。
- ・ まとめとして、つまり、Y のユーザーが有する異なったそして有意義かもしれない目的は、Y による再送信行為に変容性が完全に欠如することによって優先されてしまう。第1要素は、Y ではなくて、X 有利になる、と述べた。

○第2要素 → Xに有利

[一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)] を引用した上で、X 有利とした。

○第3要素 → Xに有利

取り込まれる著作物が多くなればなるほど、公正になる可能性は低くなり、また、著作物の核心部分を取り込むと、それ程本質的でない取り込みでさえ不公正となる。

⁵ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990)

ユーザーについて考えれば、部分的にしか番組は再送信されないし、同じ局をずっと再送信することも無い、という Y の主張に対しては、その点を証明する責任は Y にあることを指摘した上で、地裁判決の以下の部分を引用した。

Y が本件サービスに関心のある当事者に売り込むのに成功すればする程、特定の放送が再送信され、そして、ユーザーまたは多数のユーザーの集合的行為によって、特定の放送の全部またはほとんど全部を、Y が再送信することになる。

- ・この要素にもっとも関連するのは、〔必要以上のものが取り込まれていない〕かに答えることである。したがって、本件サービスは社会的に利益があるので、全体を利用しているとしても問題はないという Y の主張に関しては、それが正しいとしても、Y は、自分がサービスを提供している市で、全てのラジオを、1日24時間、1週間に7日間、ユーザーにアクセス可能としていることを正当化しなければならない、とした。

○第4要素 → Xに有利

Harper & Row 最判は、この要素をフェア・ユース分析の核としたく Harper & Row (H) が、最高裁はこの立場から後退したようである、と指摘した。

一般論として〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度（を考慮する）：Campbell (V)〕〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かである：Campbell (W)〕を引用した上で、フェア・ユースは、原作品の代替物を提供することによって、本来は著作権者に帰属する市場を奪うような後続の利用に関係してくる、と述べる。

事実として、

- ・XはYのような商業的な電話再送信サービスを提供していないが、Xの放送局の中には、電話再送信サービスを有しているものもあり、Xによれば、それらのサービスは、特定の広告主に提供される「パッケージ」の中に含まれている。

ことを指摘した上で次のように判断した。

- ・Xは、そのビジネス判断の結果として、電話再送信サービスの現時点での最善の利用方法を、追加の費用なく、特定の「大切な顧客」に提供することだと考えた。Yは、Xが著作権者として利用権を排他的に与えられている市場に対して、Xの著作物を販売している。Yは、（筆者注：酷評する）批評家のような形では（筆者注：著作物に対する）需要を抑制しないが、かわりに、それらの放送の提供者として顧客の需要を満たしてしまうため、Xを置き換えてしまう。これは、まさに第4要素が防止しようと狙う類の害である。

まとめとして、

- ・第4要素の評価は大変近接している。Xは、営利目的で電話再送信サービスを運営することに関して、現時点で利害はないことを認めている。しかし、Xはその宣伝パッケージの一部に電話再送信サービスを取り入れることへの潜在的な影響を、少なくとも証明した。この要素はYに大いに有利とした地裁の結論には同意できない。YがXに対する略奪的な害の不存在を証明する責任を負っていることを考慮すれば、この要素はXに傾くと考える。

【事案の概要】

原告・被控訴人X (Castle Rock Entertainment) は、Seinfeld というタイトルで有名な Sitcom (シチュエーション・コメディ) テレビ番組シリーズのプロデューサーであり著作権者である。

被告・控訴人Y (著者および出版社 (Carol Publishing) を総称してYとする) は Seinfeld シリーズに関してのトリビア・クイズ本 (本件書籍) を作成し販売している。本件書籍は 132 ページからなり、当時放送済みの全 88 話中 86 話に関する合計 643 問のクイズを掲載している。

1994 年、XはYを、著作権侵害等を理由に訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めず (Summary Judgement)

地裁は、本件書籍は著作権を侵害しフェア・ユースに当たらないとして、X勝訴の Summary Judgement 判決を下した。

Yが控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

各話中の様々な出来事や登場人物のキャラクターなどの「事実」は、著作権法によって保護されない事実ではなくて、著作者のイマジネーションから生み出されたものであり、本件書籍は保護される表現を量の面でも質の面でも複製している。

<フェア・ユース>

○総論

〔著作権保護の揺籃期から、「科学および有用な技芸の発展を促進するため」著作物をフェア・ユースする機会が必要であると考えられてきた：Campbell (A)〕を引用した上で、同事件で指摘されたように、〔**真実、文学、科学、そして芸術の分野においては、抽象的な意味において、厳密に新しいオリジナルな考えというものは、あったとしてもほとんど存在せず、そして存在できない。文学、科学、芸術の分野の全ての書籍は、以前によく知られ、利用されたものから多くを借り、いや、必然的に借りて利用しなければならぬ。**〕旨を述べる。また、〔著作権法が、創造性——著作権法がまさに育てようとしているもの——を窒息させるような時、裁判所が著作権法の厳格な適用を避けることを認める：Stewart (A)〕も引用する。

107 条は、〔裁判所が、フェア・ユース判断に関するコモンローの伝統を継続することを意図している〕とした上で、フェア・ユース判断は常に〔ケースバイケースの判断を必要とする。〕ことを指摘すると共に、107 条に定められているフェア・ユースの例は〔例示的かつ非制限的であり〕〔裁判所や議会が、もっとも一般的にフェア・ユースと認めてきた複製の種類についての一般的な案内を提供するに過ぎない。〕こと、また、4 要素はガイドに過ぎず、〔すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)〕を踏まえて検討されるべきことを述べる。

○第 1 要素 → フェア・ユースに不利

- ・ Yの利用は商業的であり、〔フェア・ユースを見いだすに不利に働きがちである〕しかし、〔商業性がフェアさの認定を否定する上で推定力を持つならば、そのような推

定は、ニュース報道、解説、批評、教育、学術、研究のような、107条の前文に説明的に列挙された利用方法のほとんどすべてを飲み込んでしまう。なぜなら、これらの行為は、我が国においては一般に利益を求めて行われるからである：Campbell (O)] を踏まえて、この点には重きを置かない、とする。

その上で、第1要素についての一般論として、[この要素の検討の中心は、Story判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否か：Campbell (C)] [最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)] と同様の認識を示した上で、次のように続ける。

もし、＜後続の利用が新しい価値を原作品に付け加えるなら——[原作品の著作物性のある表現が] 素材として利用され、新しい情報、新しい芸術、新しい識見や理解の創造に変容されるなら——それこそまさに、社会が豊かになるために、フェア・ユース法理が守ろうと意図したものである＞

つまり、[著作権の目的である、科学および芸芸の発展は、一般に、変容力のある作品の創作によって促進されていく。]

本件への当てはめとして、

- ・ 裁判所は、Yによる利用は、Seinfeldの視聴者を教育し、Seinfeldについて批評し、暴露し、コメントするためのものだとするYの主張を退ける。本件書籍の目的は……Seinfeldの視聴者を楽しませるために、Seinfeldを包装し直すことである。……本件書籍はSeinfeldについてのコメントも分析も含んでいない、しかもSeinfeldを研究するために本件書籍を如何に利用すべきかも提案されていない。
- ・ 後続の利用が変容力のある目的を持つために、必ずしも、原作品の表現を変容しなければならないというわけではない。しかし、本件書籍が本件においてSeinfeldのオリジナルの表現を最小限度しか変更していないという事実は、本件書籍が変容力のある目的を欠くことのさらなる証拠である。
- ・ クイズ形式にする点で多少の創作性があったことは認めるが、作品は全体として、実質的な変更無くSeinfeldのエピソードから直接抜き取られたものであり、当裁判所がフェア・ユースでないと判断した他の作品と比べても、もっと変容力がない。

最後に、注記的に、変容力がある作品と、派生的著作物との区別に触れ、派生的著作物の定義中に、原作品が「変容される」ような形式、という言葉があるため、混乱しやすいが、作者の著作権の対象となる派生的著作物は、原作品を新しい体裁のものに変容させるが、そのような作品は、フェア・ユースの認められる作品とは異なり、「変容力」のない目的のために表現を利用するものであるとする。

○第2要素 → フェア・ユースに不利

[一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心 (core) により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)] を引用した上で、

- ・ 特定の変容力のある利用の文脈で評価されるとき、この要素の重要性は低い（ゼロでさえある）が、欲目に見ても、後続の利用の変容力が極めて少ない本件の場合、著作権のある著作物の創造的な性質は依然として重要である。

○第3要素 → フェア・ユースに不利

原告の作品と被告の作品が**実質的に類似していることは、第3要素を原告に有利に判断するに十分である**という地裁の判示は、フェア・ユースが**積極的抗弁**であることを考えれば**失当である、とする。**

検討の焦点は、**〔複製の程度が〕〔使用の目的および性質〕に合致しているか、またはそれを促進するために必要なものよりも多いか**という点に絞られる、とした上で

- ・ Seinfeld のユーモアを脱構築する繰り返しかつ実に徹底的な例なくして、それによって Seinfeld の無意味さを本件書籍の読者に強調することなくして、Seinfeld の「無意味さ」を暴露できないと主張することはできよう。しかしながら、このむしろ簡単なことを分かってもらうために、被告書籍が 643 ものトリビア・クイズを用意している事実は、被告書籍の目的が、批評ではなくて、**娯楽であることを示唆する。**

○第4要素 → Xに有利

最高裁は、**第4要素がフェア・ユースにおける最も重要な要素であるとする Harper & Row 事件での判示<Harper & Row (H)>を見直し、代わりに〔すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)〕とした。**

〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度（を考慮する）：Campbell (V)〕〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に**実質的に悪影響を与えることになるか否か**である：Campbell (W)〕を引用した上で、**第4要素では、〔派生的著作物の市場に対する損害も考慮しなければならない。〕**なお、派生的著作物の市場は、**〔オリジナル作品の創作者が一般的に活用し、活用のために他者にライセンスする：Campbell (Z)からの部分引用〕**ような市場として定義される、とする。

第4要素を考慮する上で重要なのは、**後続の利用が、原作品やその潜在的な派生物の市場を抑圧したり、破壊したりするのではなくて、後続の利用が原作品の市場を奪いまたは代替するかである、**とした上で**〔後続の利用が変容力のあるものである場合、市場代替性は、少なくとも、はっきりとはせず、市場の害も容易には推定されない：Campbell (X)〕**引用。

以上の議論を本件に当てはめて、

- ・ パロディや、批評、学問、ニュース報道、その他の変容力のある利用とは異なり本件書籍はXのようなテレビ番組の著作権者が**〔一般的に活用し、活用のために他者にライセンスする：Campbell (Z)からの部分引用〕**ような派生的な市場を代替してしまう。

○他の要素

- ・ **〔利用がその他の点でフェアなら、そのとき許諾を求めたり与えられたりすることは必要とされない。……作品を利用するための許諾を否定されたことは、フェア・ユースの認定に不利にはならない〕**ので、Xが著作権侵害の主張をYらに伝えた後も、Yらが本件書籍の配布を続けたことは、フェア・ユース判断には関係ない。

○総合的な評価

- ・上記全ての要素を考慮すると、本件書籍が Seinfeld を複製することを認めることは「科学および有用な技芸の進歩を促進するという」著作権法の目的を害するだろう。

【事案の概要】

原告・被控訴人 X (Nihon Keizai Shimbun) は、日本の新聞社である。
被告・控訴人 Y (Comline Business Data 等) は、ニュースを集めて、その要約を作り翻訳して顧客に販売している。1997 年中に Y が販売した要約は 17000 本にのぼり、その 3 分の 1 が日経の記事に基づくものであった。
X は、Y を著作権侵害等で訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを否定。著作権侵害である

地裁は、2 日間の非陪審審理の後、Y のフェア・ユースの主張を退け、(一部の記事について) X の著作権を侵害すると認め、Y は法定賠償として 22 万ドルを X に支払うことと、今後 X の記事に実質的に類似する要約の発行を恒久的に行わないことを命じた。Y が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持した

<前提としての著作権侵害>

地裁が実質的類似性を認めた Y の要約の内、2 つを別として、地裁の結論を維持した。すなわち、Y の要約は、言葉が 1 対 1 に対応していないとしても、X の記事の直接の翻訳であり、明確にするためにだけに編集されているに過ぎない。平均的な Y の要約は、その情報を、X 記事中に、センテンス毎に順に見出すことができる。X の 2 つの文章を組み合わせたたり、1 つの文章を分割したり、異なる文章中の事実を再配置したり、というのは極たまにしかない。全体的に見て、Y は、X によって報じられた事実につき、全く同一の構造および構成を採用している。

<フェア・ユース>

○第 1 要素 → フェア・ユースに大いに不利

X の要約がニュース報道目的であるのは事実である。しかし、利用の目的および性格に関するフェア・ユースの要素は、あるかないかではない。もっと微妙な分析を求め。すなわち、新しい作品が、[最初の作品を新しい……意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加え：Campbell (D)からの部分引用] たかどうか、またその程度を問うのである。もし、後続の作品が、十分に変容力を持てば、この要素はフェア・ユースの認定に大きく傾く。さらに、商業目的の利用は、この要素をフェア・ユースと反対方向に向けがちである
<Leibovitz>

- ・ Y の侵害的要約は「少しも変容力を持たない。」……要約はほとんどの部分が X の記事の直訳であり、Y は何も新しいものを付け加えていない。

○第 2 要素 → 最大限でも中立

[一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心 (core) により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)] を引用した上で、

- ・主として事実的なニュース記事と同様に、Xの記事は、より創作的な（fictional）ものと比べて、前記核心には近くなく、その表現的な要素は、保護されるとしても、作品の主要な機能ではない。〈一般論として、フェア・ユースは創作的な作品の場合よりも事実作品の場合に見出しやすい：Stewart (C)〉〈ニュース放送の複製は、映画の複製に比べてより強力にフェア・ユースを主張できるだろう：Sony〉

○第3要素 → フェア・ユースに不利

第3要素は、実質的類似性の判断と同様に、〔利用された素材の分量だけでなく、その質と重要性についても考慮することを求める。〕

第3要素を当てはめる上で、関係するのは、著作物の素材中の事実的な内容ではなくて、利用された著作権で保護される表現の量と実質性である。

- ・本件において、複製の量が、問題となっている要約の大部分に関して、実質的な類似性を認定することを支持するのに十分であるのと同様に、保護される表現の複製の量は、この要素をフェア・ユースに不利に傾ける。

○第4要素 → フェア・ユースに大いに不利

〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度（を考慮する）：Campbell (V)〕〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かである：Campbell (W)〕を引用した上で、

- ・地裁は、Yの要約がXの記事と競争し代替するので、この要素はフェア・ユースに大いに不利に働くと判断したが、これに完全に同意する。

○総合的な評価

- ・これらの要素の全体的なバランスの結果、4要素中3要素がフェア・ユースを認めるのに不利である。侵害的要約がXの記事のフェア・ユースにならないとする地裁の判断を肯定する。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (On Davis) は、デザイナーであり、眼鏡のような非実用品の装身具 Eye Jewelry を少なくとも 15 種創作した。Eye Jewelry は、眼鏡のような外観をしているが、全体に金色や銀色の装飾が施され、また眼鏡であればレンズが占める部分には、レンズの代わりに小さな穴が多数あけられた丸か四角のプレートがはめられていた。X の Eye Jewelry は有名人も身につけ、ファッション誌を飾り、ファッションショーなどでもモデルに利用された。ブティック等を通じて、一般にも販売された。本件で問題となっているのは、これらの Eye Jewelry の内の一つである (本件装身具)。

被告・被控訴人 Y (The Gap, Inc.) は、世界的に展開している服飾販売業者である。Y は、様々なライフスタイルの人々が、自社の商品を身につけているところをアピールするキャンペーンを始めた。キャンペーンの一環である fast と名付けられた写真には、20 代のアジア人風の男性 7 人が、V の字に並んで立っているところがおさめられていた。写真の真ん中、V 字の頂点のところに位置する男性は、本件装身具を身につけていた。(なお、Y 商品以外でモデルが身につけているものは、本件装身具も含め、全てモデル自身が用意したものであると Y は主張している。) この写真は、少なくとも 4 週間以上、全米主要都市の街角を飾り、ファッション雑誌にも掲載された。

広告を目にした X が Y を訴え、Y が反訴した。

【地裁判決】 X の訴えを退ける (Summary Judgement)

地裁は、著作権侵害の有無を論じることなく、X が求める法定賠償は要件を満たさず、填補賠償も先例に照らして許されない種類のものであるとして、X の訴えを退け、Y 勝訴の Summary Judgement を下した。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 フェア・ユースを否定し、著作権侵害を認めて、差し戻した

<前提としての著作権侵害>

控訴裁で Y は、de minimis 法理とフェア・ユースの法理に基づく防御を行ったため、控訴裁は de minimis 法理に関して次のように一般論を述べた。

de minimis の法理は、無許諾の複製が十分につまらないものであるとき、法的結論を課さないというものである。……de minimis 法理は著作権に関する判決では滅多に論じられない。なぜなら、複製がつまらないものであるとき滅多に裁判にならないからだ。にもかかわらず、それは著作権法の重要な側面である。つまらない複製というのは、現代生活の重要な部分であり得る。現代世界における誠実な市民の大半は、de minimis 法理がなければ、建前では法律違反になるような、つまらない複製を躊躇することなく行っている。我々は、友達から来た手紙を別の友達に見せるために、またお気に入りの漫画を冷蔵庫に貼り付けるために、躊躇することなく、複製している。セントラルパークで、Jose de Creft 作の不思議の国アリスの像に腰掛ける子供を、親たちは写真に撮る。外出時に放送されているテレビ番組を、もっと便利な時間に見るために、録画する⁶。レストランのウェイターたちは、客のテーブルで『ハッピーバースデー』を歌う。それらを行ったとき、我々は法を破っているが、訴訟コストの高さを考えて、まず訴えられないだろうという話ではない。De minimis 法理故に、つまらない複製に関して、我々は、事実、法を破っていないのである。仮に著作権者がつまらない複製を行った者を訴えたなら、判決は被告勝利となるだろう。つまらない複製は侵害ではないので、却下されるのである。

⁶ なお控訴裁は、同様の複製を Sony 事件最判は、「フェア・ユースによっても保護されると判断した」と紹介する。

その上で、本件に関しては同法理の適用を次のように否定する。

Fast 広告においては、侵害要素は大いに目を引く。それは、X のデザインが非常に奇抜だからというのもある。また、本件装身具を通してこちらを凝視する人を見ることがぎょっとするからというのもある。さらに、目は通常注目点であり、(筆者中：本件装身具を)身につけた者がグループの真ん中——V 字隊形の頂点——にいるため、見る者は X の作品に強力に引きつけられ、凝視してしまう。さらに、その広告中でポーズをとっているモデルは、本件装身具も含めて、頭の前からつま先まで、Y の商品を身につけているかのような印象が生み出されている。これらすべてを考慮すると、Y による本件装身具の利用は、法的結論を課さない de minimis な複製行為とは考えられないとの結論に至る。

<フェア・ユース>

○総論

[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)] に照らして、4 要素を判断することを述べる。

○第 1 要素 → X に有利

[この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否か：Campbell (C)] [最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)] [変容力があることは、フェア・ユースの認定のために絶対的に必須のものではない：Campbell (E)] を引用した上で、[そのような変容力のある作品は、フェア・ユース法理によって保証される余裕の核心部分に存在する] とした後に、

- ・我々は、Y による X の著作物の提示 (presentation) に、いかなる意味でも変容力を見いだせない。問題の広告は、本件装身具が、身につけられるべく作成された形で、eye jewelry として身につけられていることを示している——ちょうど、X が自分の著作物のためにスポンサーになった宣伝と同様である。

Sony 最判の傍論において、商業目的であることは不公正を推定させるとされたこと <Sony (C)> を受けて、商業目的であることに決定的な役割を与えた判決があったことを紹介した上で、そのような考え方は Campbell 事件最判で否定され、商業目的であることは (筆者注：第 1 要素検討上の) 1 項目に過ぎないこと [Campbell (N)]、変容力を持つてば持つほど、他の要素の重要性が薄くなること [Campbell (F)] を述べる。以上を本件に当てはめて、

- ・本件では、Sony 最判と同様に、後続の利用は変容力を持たない。故に、新しい利用が商業的であるか否かの検討は、それが変容力を持つ場合には持たないような重要性を持ってくる。しかも、Sony 事件の場合、複製された作品は私的かつ非商業的な性格で、しかも保管されていた。本件では、作品は広告であり、商業性の限界の外延 (outer limit) にある。[商品を宣伝するための著作物の利用は、パロディであってさえ、新しい作品自体の販売の場合に比して、この要素のもとであまり寛大には扱われないだろう：Campbell (P)] を引用。

○第2要素 → Xに有利

この要素が決定的な影響力を持つことは滅多にないとした上で、〔一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心により近くなる：Campbell (Q)〕ため、〔前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある〕を引用し、

- ・本件では、Campbell 事件と同様に、Xの著作物は芸術的創作物の性質を持っており、〔著作権が保護しようとする目的の核心部分：Campbell (Q)からの部分引用〕に近い存在である。

○第3要素 → Yに不利

第3要素では……全部の複製よりも、部分的な複製の方が、より変容力のある目的を持つことになると考えられる。

- ・Yの広告は、Xの作品を真正面からすべて見せており、真ん中であって、顕著に取り上げられている。

○第4要素 → Yに不利

Harper & Row 事件最判の傍論には、この要素が最も重要とした件があった<Harper & Row (H)>が、Campbell 事件最判が、その部分は誤解を招きやすいとして、批評やパロディによって原作品の市場が害されても、それは著作権法が問題にする害ではないと指摘したこと (Campbell (Y)) を踏まえた上で、〔裁判所の役割は、単に需要を抑えることになる手厳しい批評と、原作品の市場を奪う著作権侵害とを見分けることである〕という部分を引用する。

故に、第2の使用が、原作品の市場や価値を害するとき、裁判所はその害の源を検討しなければならない。もし、害が、原作品の公的な評価を下げるような、変容力のある後続の利用から生じるものであるとき……このような変容力のある利用はフェア・ユースであると判断されるだろう。一方で、後続の利用が先行のものを複製することによって、自身を市場的な代替物として売り出し、そしてそのような方法で原作品の市場価値を害するとき、この要素はフェア・ユースに大いに不利となる。

さらに、〔後続の利用が変容力のあるものである場合、市場代替性は、少なくとも、はっきりとはせず、市場の害も容易には推定されない：Campbell (X)〕を引用した上で、ここまでの議論を本件に当てはめて、

- ・本件では、Yの利用は変容力がない。それは（筆者注：原作品の目的を）代替する。YはXのデザインを宣伝のためにただで使うことによって、Xが自身のデザインの利用に課金するために与えられた「通常の価格」を支払うことを免れた。

○総合的な評価

- ・すべての要素がXに有利。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (NXIVM Corporation 等) は、会員限定の有料セミナーを実施している。セミナーのマニュアル (本件マニュアル) は 265 頁からなり、入手するには秘密保持契約にサインする必要がある。一般公衆が入手できないという意味では、本件マニュアルは未発行である。

被告・被控訴人 Y (Rick Ross) は、脱カルトプログラムを仕事としている。Y は非営利の Web サイトを運営しており、そこではマインドコントロールが問題となっている団体についての情報を提供している。

Y 以外に本件の被告となっている A・B は、Y の求めに応じて、本件マニュアルの分析と批評を行った。Y は、A・B による報告書を自身の Web サイトに掲載した。報告書には、本件マニュアルの何節かが引用されている。なお、本件マニュアルは、本件の被告であり、一時 X の会員であった C から間接的に入手したものである。

X は Y 等を、著作権侵害等で訴え、Y の Web サイトから X の作品を削除するよう求める仮差止め命令を求めた。

【地裁判決】 フェア・ユースが認められる可能性が高い (仮差止め認めず)

地裁はフェア・ユースが認められる可能性が高く、X 勝訴の可能性は低いとして、仮差止め命令を認めなかった。

Y が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

Y 等が本件マニュアルの一部分を取り込んで利用したことについて争いはない。

<フェア・ユース>

○総論

- ・本件の一つのポイントは、Harper & Row 事件最判の判示したところを踏まえて、第 1 要素の「性格」に関連して、「被告の行為の適切さ」をどのように評価するかである。

[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである : Campbell (B)] を参照した上で、ただし、Y 等は全ての要素が自身に有利であることを証明する必要はない。

○第 1 要素 → Y 等に有利

[この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否か : Campbell (C)] [最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである : Campbell (D)] を引用した上で、

- ・ X のセミナーに批判的な分析を裏付けるために、本件マニュアルから引用して

Web サイトで利用することは、変容力がある。

107 条に列挙される使い方に合致するなら、第 1 要素は被告に有利という強力な推定が存在する。……さらに、この推定は、被告側に商業目的が同時に存在することによって、必ずしも反駁されるわけではない。その根拠として、〔作品が、商業的目的または非営利教育目的であることは、作品の目的と性格について問う第 1 要素の検討において、1 つの検討項目に過ぎないことを明らかにしている：Campbell (N)〕〔新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利になるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は小さくなる：Campbell (F)〕を引用する。

当裁判所は、(筆者注：被告の行為の適切さ (propriety)) は第 1 要素の分析に必須の一部であると認識してきた。……反対する見解もあるが、Harper & Row 事件最判は、裁判所に、第 1 要素を当てはめる際に、被告の悪意 (bad faith) を考慮するように求める、とした上で、

- ・ Y 等が、本件マニュアルへのアクセスが許可されたものではなく、また法や義務に違反したものであることを知っていた限りで、この要素についての考慮は X 有利となる。さらに、被告が当該著作物を適法に入手できたかも、この項目 (subfactor) の考慮に関係してくるが、Y 等は契約を破って入手した。

裁判所は、第 1 要素の中で、悪意というこの項目に、どれほどの重きを置けばよいのだろうか。この点、Atari 事件控訴審判決⁷のように、<フェア・ユースの例外を主張するためには、(筆者注：それを主張する) 人は、文字的作品の許可された複製を有さなければならない>とするものもある。

しかし、Harper & Row 事件最判の判示は、Atari 事件の示すところよりは狭いものであると考える。Harper & Row 事件では、盗まれた原稿であることについての被告の悪意のみではなくて、被告の利用に変容力がなかったこともあわせて、フェア・ユースが否定された。被告の悪意が同事件において決定的要素だったわけではない。Campbell 事件以降、悪意の認定に限らず、4 要素のいずれの認定も、決定的とは、考えられない。

- ・ 本件では、Y 等による利用は明らかに批評であり、変容力がある。
- ・ たとえ悪意という項目が X に有利であっても、後続の利用が、批評として、変容力のある性格を持つことを考慮すれば、第 1 要素は Y 等に有利である。

○第 2 要素 → X に有利

- ・ 本件マニュアルは未発行 (unpublished) なので、第 2 要素は X に有利。

○第 3 要素 → X に有利ではない

一般論として、侵害者と主張されている者によって利用された部分が著作物のかなりの割合であった場合、または、利用された部分が、著作物の本質的に核心の部分であった場合、この要素は著作権者に有利となる。

裁判所は、<利用された素材の量が、当該複製の目的との関連で合理的かどうか：Texaco>も考慮してきた。

本件に関しては

- ・ 地裁は、500 頁中の 17 頁が引用されたと認定したが、この認定には、全頁数を

⁷ Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992)

多めに数えてしまっている間違いと、引用されているのが1行でも1頁と数えてしまっている間違いがある。この点の調整を考慮しても、複製された著作物の量はXに有利とはならない。

(なお、引用された部分が、引用した側に占める割合を考慮するかについては、第3要素についての法の規定は、侵害した作品ではなくて、「利用された著作物との関係で」の分析を求めているのみである、として、考慮しなかった。)

- ・第3要素の質的側面は原告に有利ではないと結論する。Harper & Row 事件では書籍全体からのわずか300語の複製が、当該書籍の「核心(heart)」を取り込んだと判断したが、同事件の事実関係は、他とは大いに異なる。……対照的に、本件では、本件マニュアル中に、(筆者注: Harper & Row 事件と)同様に特定され得る表現の客観的な核心部分が存在しない。
- ・まとめとして批判的な注釈の裏付けとして必要な研究および分析を行うために、Y等が本件マニュアルを大量に引用することは必要であったという、地裁の結論に同意する。

○第4要素 → Y等に大いに有利

この第4要素を検討する上での、我々の関心は、後続の利用が、原作品またはその潜在的派生物の市場を減じたり破壊したりするのではなくて、後続の利用が原作品の市場を奪うかどうかを検討することにある。[Campbell]

変容力のあるフェア・ユースは、原作品の市場を害し、破壊することさえあるかもしれないが、その害が、行われた批評の力から発生するものである限り、我々にとって関係のない話である。[痛烈な劇場評のような、致命的なパロディが原作品に対する需要を葬り去ってしまうとしても、それは著作権法の下で認識可能な害ではない: Campbell (Y)] を引用。

本件への当てはめとして

- ・この要素は、大いにY等に有利である。一般論として、セミナーや組織に対する批評が、セミナーや組織自体の代替物になったり、その市場を乗っ取ったりできないことは、明らかである。
- ・もし、Yのサイトでの批評がXのサービスに対する需要を減じるとするなら、それは、第1修正条項の下で、思想の公開市場において(筆者注: 我々が)支払わなければならない対価である。

【事案の概要】

原告・控訴人X (Andrea Blanch) は、ファッション写真および肖像写真を専門とするプロの写真家である。本件において、被告・被控訴人Y (Jeff Koons) によって利用された写真 (X 写真) は、あるブランドのシルク・サンダルを履いた女性の両足のふくらはぎから下を撮影したものであり、ファッション誌に特集記事の一部として掲載されたものである。X 写真中の女性の両足は組み合わされ、航空機のファーストクラスの座席らしきものに腰掛けた男性の膝の上に乗せられている。

Y は、neo-Pop art と呼ばれる種類の作品を創作している。Y は、有名人や、おもちゃ、漫画のキャラクターなど、メディアや宣伝でよく目にするものを取り込んで作品を作ること常としており、そのため以前も何度か著作権侵害訴訟の被告となっていた。

本件で問題となった Y の作品 (Y 作品) は、ナイアガラ滝の写真の上に、大きなチョコレートアイスクリームと、トレーに載ったドーナツやアップルデニッシュの写真が重ねられ、その上に、女性のふくらはぎから下の脚 4 組の写真が重ねられている。X 写真から取り込んだ脚は、左から 2 番目に配されている。Y は、X 写真から脚のみを取り込み色の変更を行ったが、X 写真中の男性の膝や座席らしきものは取り込んでいない。

Y 作品は、Deutsche Bank の展示ホールで展示された後、複数の美術館等で展示された。X は、ニューヨークの美術館で Y 作品を見、X 写真の脚の部分が取り込まれていることに気づき、著作権侵害で Y を訴えた。なお、後に X は、制作費を支払った銀行と、そのキュレーター等を勤めた財団も被告に加えた。

【地裁判決】 フェア・ユースが成立するとして X の訴えを退けた

地裁はフェア・ユースが成立すると判断した。すなわち、第 1 要素については変容力があると判断し、第 2 要素については、X 写真は創作的と言うよりもむしろ平凡であり Y 有利と判断し、第 3 要素については、X 写真の独創性が限られているため X と Y の間で中立であると判断し、第 4 要素については、X によって占められるべき市場を奪ってはいないとして Y 有利と判断した。

Y が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

Y が Y 作品を作成する上で、X 写真から脚の部分を取り込んで利用したことについて争いはない。

<フェア・ユース>

○総論

〔著作権保護の揺籃期から、「科学および有用な技芸の発展を促進するため」著作物をフェア・ユースする機会が必要であると考えられてきた：Campbell (A)] を引用した上で、故に著作権法は、著作権法が創作的な作品中に確立する財産権——一定程度保護される必要がある——と、著者、芸術家、そして我々が、他人の作品を参照して表現する能力——一定程度保護される必要がある——との間の避けることのできない緊張関係を処理しなければならない。フェア・ユース法理は、どちらの利益が引っ込むかを定めることによって、この 2 つの利益の間を仲裁する、旨言及した。

○第 1 要素 → フェア・ユースに有利

Campbell 事件最判を踏まえた、Davis 事件控訴裁判決の変容力に関する部分を引用した上で、Castle Rock 事件控訴裁判決の「後続の利用が新しい価値を原作品に付け加えるなら——[原作品の著作物性のある表現が]素材として利用され、新しい情報、新しい芸術、新しい識見や理解の創造に変容されるなら——これこそまさに、社会が豊かになるために、フェア・ユース法理が守ろうと意図したものである」という部分を引用する。

我々は、被告が、原作品の創作的な部分を利用するための新しい方法を見つける以上のことをしなかった場合、変容力のある利用とは判断しない。

- ・ Y による利用の目的と、X による X 写真創作の目的との間の、はっきりした差によって、当該利用が変容力のある性格が確かになる。
- ・ 争われていない Y 自身による説明によれば、Y はマスメディアの社会的かつ芸術的影響力を批判するための餌葉として、X 写真を利用した。……本件のように、(筆者注：原作品と) 全く別の創作または伝達目的を促進するために、著作物が「素材」として利用されているとき、当該利用には変容力がある。
- ・ Campbell 事件最判の変容力についての定義は、ほとんど完全に Y による本件作品の取り込みを説明している。すなわち、Y の利用は、体裁の良いアメリカの「ライフスタイル」マガジンの為に作成されたファッション写真を——被写体の色、背景、媒体、サイズ、その他の詳細を変更し、決定的に異なる目的と意味を伴って——ドイツの芸術的ギャラリースペースにおける展示のために注文された大規模な絵画の一部として利用したものである。

商業性に関して、Texaco 事件控訴裁判決において当裁判所は、＜商業的か非営利的かの区別は、後続の利用者が、原作品を複製する直接の結果として、著しい利益を得るために著作物を無許諾で利用するものであるときに生じる不公平性に関係する。……後続の利用者が受け取る（より広範な公衆の利益を排した）私的な経済的利益が大きければ大きいほど、第 1 要素は著作権者に有利となる可能性が高くなり、利用がフェアとみなされる可能性が小さくなる＞と判断したが、同判決において問題となった利用は複写利用（著作物の変容力のない複製）であった。後に我々は NXIVM Corp 事件控訴裁判決では、[新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利になるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は小さくなる：Campbell (F)] を引用した上で、＜地裁は、作品に実質的な変容力があると認めることで、当該利用の副次的な (secondary) 商業性を適切に割り引いたが、我々はそれに同意する＞と判断した。

- ・ 本件での利用は変容力を有するので、当該利用の副次的な商業性を割り引いて考える。
- ・ Y が受ける経済的な利益は、より広範な公衆の利益を排したものではない。なぜなら、時に、芸術家が支払を受け、美術館が金儲けをするという事実にもかかわらず、芸術作品の公開 (public exhibition) は……より広範な公的利益に役立つ価値を持つ。

Campbell 事件はパロディに関するものである……我々は、Campbell 事件最判の広範な原則は、パロディを含む事件のみには限定されないという命題のための引用を求めるためには、非常に多くのパロディ以外の事件に、同事件を適用してきすぎた。しかし、それにもかかわらず、風刺とパロディの区別は、この原則の適用に関係する。Campbell 事件で最高裁が述べたように、パロディは [その主張を行うために、原作品をまねする必要があり、そのためその犠牲者 (または犠牲者集団) の創造力の産物を利用する何かしらの資格があるが、一方で風刺はそれ自身で自立するので、借用行為に関して正当化を必要とする：Campbell (J)]

- ・Y 作品は、ここでの目的のためには、せいぜい風刺と位置付けられるものである。すなわちそのメッセージは、個々の写真そのものよりはむしろ、X 写真を典型とするジャンルをターゲットとしている。
- ・問題は Y が X のイメージを借用する上で、何か新しいものを作り上げる際に、単に、注目を集めたり、骨折りを避けたりするために、X のイメージを利用したのではなくて、むしろ真摯に創作的な合理性を持っていたかどうかである。その上で、「ファッション誌 A に掲載された写真の中の脚は面白みのないものではあるが、私は、私自身が撮影した脚よりも、それらこそが、私の作品中に取り込まれる必要があると考えている。写真の遍在性が私のメッセージの中心である。……私の絵画中に A 誌の写真の部分を利用することで、A 誌の中で促進され埋め込まれている文化と姿勢に批判をする……」などとする、Y の主張を踏まえて、当裁判所は、Y は〔その借用行為の正当化〕を立証したと結論づけた。

当裁判所の知る限り、複製の許諾を求め損なったことそれ自体が悪意 (bad faith) を構成するという点に対する支配的な先例は存在しない。また、悪意を論じる裁判例が、本件における状況と大いに異なる状況から生じているという訳でもない。……本件で結論したように、問題の利用がそれ以外の部分でフェアである限り、X の写真を利用するための許諾を、Y が求めなかったこと、または与えられなかったことが、悪意の行為であったということはほとんどできない。

- ・以上をまとめると、Y による X 写真の取り込みは「変容力」を意図したものであり、そうであると思われる。問題の絵画の創作と展示を商業的利用ということはできないし、利用の「商業性」はいかなる意味でも決定的なものではない。そして、(筆者注：本件では) 悪意を示すものも十分には存在しない。以上の理由に照らして、当裁判所は、フェア・ユースの第 1 要素が大いに Y に有利であるとした地裁の判断に賛成する。

○第 2 要素 → 中立

- ・第 2 要素の判断に際しては、利用された作品が創作的なものかどうかと、公表済み (published) かどうかの 2 点を考慮する必要がある。この点、X 写真は公表済みであり、その点では Y 有利となる。X 写真が創作的であることに関しては X 有利となるが、Bill Graham Archives 事件控訴裁判決を意識するなら、フェア・ユースの第 2 要素は我々の分析において限定された重要性しか持たない。なぜなら、Y は、X 写真の創作的な特徴を利用するためではなくて、その社会的芸術的意味にコメントするために、X 写真を変容的な方法で利用したからだ。

○第 3 要素 → Y に大いに有利

- ・ここにおける問題は、一度 Y が X 写真を複製することを選んだとき、彼は最初にそうすることを正当化した目的の目的を超えて、過度に複製をしたかどうかである。すなわち、利用が〔複製の目的との関連で合理的か〕どうかである。
- ・Y は X 写真の力のある部分——それは<個々の表現中に存在する：Harper & Row>——を複製しなかった。X によれば、その創作の鍵は、セットとしての航空機の座席と、男性の膝に女性が脚を乗せている部分である。そのどちらも Y 作品では利用されていないので、自分のメッセージに必要な部分のみ複製したという Y の主張は説得的である。Y による複製の量および実質性は、〔複製の目的との関連で合理的〕であると結論する。

○第 4 要素 → Y に大いに有利

<問題は、後続の利用が、原作品やその潜在的な派生物の市場を抑圧したり、破壊したりするのではなくて、後続の利用が原作品の市場を奪いまたは代替するかである：NXIVM>

〔派生的著作物の市場は、原作品の創作者が一般的に活用し、活用のために他者にライセンスするような市場のみを含む。：Campbell (Z)〕

- ・ X は、A 誌出版の後に、X 写真をライセンスしたり、出版したりしたことはなく芸術作品に自分の作品をライセンスしたこともなく、Y による利用の結果、自分のキャリアや、X 写真その他の作品の利用計画が害されたこともない旨を認めており、これらに照らせば、Y 作品は「利用された著作物の潜在的な市場または価値に」有害な影響を与えていないというのは明白だ。

○総合評価

- ・ 著作権法の目的である「科学および有用な技芸の発展の促進」は、Y による X 写真の利用を禁止するよりも、それを認めることによって、より良くかなえられるだろう。

【事案の概要】

被告・被控訴人 Y (Dorling Kindersley 社等) は、ロックバンド Grateful Dead (GD) の歴史についての卓上用大型豪華書籍 (Y 書籍) を GD のプロダクションと協力して出版した。480 頁にのぼる Y 書籍は時間軸に沿って、GD の歴史を説明している。Y 書籍には、時々を代表する 2000 余りの画像が文章と共に掲載されているが、その内の 7 つの画像について、原告・控訴人 X (Bill Graham Archives) は著作権を有していると主張している。(なお 7 つの画像は、GD のコンサートのポスターやチケットの為に描かれたものであった。)

当初、Y は X に当該画像について許諾を得るべく種々の交渉を行ったが、ライセンス料等で折り合わなかった。Y は許諾を得られなかったが、Y 書籍の出版を行った。そこで、X は著作権侵害で Y を訴え、更なる出版の禁止および在庫の処分を求めた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

地裁は、Y による複製はフェア・ユースであると認め、Summary Judgement で Y 勝訴の判断を示した。そこで、X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

X が著作権を有している画像を、Y が無許諾で利用したことに争いはない。

<フェア・ユース>

○総論

フェア・ユースが存在するか否かには、法の定める非排他的な要素を利用して、著作権の目的に照らして、ケースバイケースで判断することを必要とする。<Harper & Row (B)>

○第 1 要素 → Y に有利

一般論として、裁判所による第 1 要素の分析で最も重要なのは、作品が「変容力のある」性質のものかどうかである、とした上で、[この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否か：Campbell (C)] を引用し、[最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)] の一部を引用。

本件に関しては、

- ・ X は、地裁が Y 書籍の伝記的性質故に、フェア・ユースに有利という強力な推定を与えたことを非難する。
- ・ 我々は、Y 書籍が……伝記的作品であることを認識する。推定的にフェア・

ユースとなる類型は存在しないが、裁判所は伝記を、主題を最高の状態で取り扱うために、原典を取り込むことが必要な歴史的な学問、批評、注釈として捉え、伝記における著作物の利用に対してフェア・ユースによる保護を与えてきた。

- ・ 本件において、Yが問題の著作物をGDの伝記のために利用した目的は、それらの著作物が作成された元々の理由とは明らかに異なる。元々、X画像は、芸術的表現と宣伝の両方の目的を果たしていた。……対照的に、Y書籍の時間軸にしたがって取り上げられたGDのコンサート・イベントが実際に起こったことを記録し表現するために、YはX画像を歴史的な芸術品として利用した。
- ・ Yによる画像の利用が、読者による伝記の文章の理解の助けとなることが明らかなる場合も存在する。また、画像と文章の結びつきが比較的弱い場合もあるが、それにもかかわらず、画像は、Y書籍の著者によって、その時間軸に取り込むべく選ばれた、GDの重要なコンサート・イベントの事実を図表的に表現する歴史的な芸術品として機能している。我々は、これらの利用は、Yによる変容力のある目的（Y書籍における伝記的な情報を高めるという目的）を果たしていると結論する。そして、その目的は、当該画像が創作された元々の目的（芸術的かつ宣伝的な目的）とは別でありかつ異なる。
- ・ 結局……Yによる問題の画像の利用は、それを参照する注釈文を伴う場合も独立している場合も、変容力がある。
- ・ 以上のような結論はYが画像を表示した方法によっても強化される。
 - ・ 第1に、Yは複製物のサイズを目に見えて小さいものとした。……結果Yはその変容力のある利用を実現する上で必要最小限のサイズで画像を利用した。
 - ・ 第2に、Yは複製された画像の表現的な価値を最小限にした。というのも書籍の各ページにおいて、文章と画像の組み合わせを作り出すために、複製物をよく目立つ時間軸、文章、オリジナルの図表と組み合わせたからである。……Yのレイアウトからは、商業的な利益目的で著作物を利用するためではなくて、GDの文化的な歴史の表現を高めるためののみ、問題の画像が採用されたことが明確となっている。
 - ・ 第3に、X画像は、Y書籍中の取るに足りない部分でしかない。問題の作品中に素材が無許諾で利用されている程度は、伝記作家による原作品の利用が、フェア・ユースとなるに十分だけ変容力があるかどうかを決定する上での1項目となりうる。……我々の巡回区では、フェア・ユースの第3要素の分析を行う上で、侵害と主張されている作品が、著作物を含む割合を考慮しないように勧めてきたが、それを行った裁判所もある。……我々は、この問題は、フェア・ユースの第1要素の分析の文脈においてより関係があると認める。本件では、480ページ中のわずか7ページに利用されていただけであり、大きさは原作品に比べて20分の1以下のサイズであり、それはページの8分の1以下であった。我々は、このような取るに足りない取り込みが原作品の不正な利用とされた例を知らない。
- ・ この要素に関し、最後に簡単に、Y書籍の商業的性格について触れておく。……たとえば、Y書籍に商業的な思惑があっても、[107条の前文に列挙された例示の利用のほとんど全ては、一般に利益のためである：Campbell (O)からの部分引用] <営利と非営利の区別のポイントは、利用の唯一の動機が金銭的收入かどうかではなくて、利用者が、通常の価格を支払うことなく著作物を利用することから利益を得ようかどうかである：Harper & Row (D)> ここにおいて、Y書籍はX画像を商業的な利得として利用するものではない。Yは、X画像を、商業的な広告や書籍の販売促進のために使っ

ているのではなくて、GD の生涯を説明するために使っており、それは書籍の商業的伝記としての価値にとって付随的なものである。

- ・第 1 要素は Y に有利である。なぜなら、Y による X 画像の利用は、当該画像の元々の表現的な目的とは変容力のある形で相違する上に、Y は商業的な利得のために当該画像の表現的価値を利用しようとしていないからである。

○第 2 要素 → X に有利。ただし限定的。

〔公衆への配布を目的とする創作的な表現は、著作権が保護しようとする目的の核心に属する：Campbell〕

芸術的な画像の創作的な性質は、典型的には、著作権者に有利であるという地裁に同意する。しかしながら、創作的な芸術的作品が、変容力のある目的のために利用される場合、第 2 要素の有用性は限定的である。

本件に関しては、

- ・創作的な作品を原作品と同じ装飾目的に利用した Ringgold 事件と本件とは異なる。本件において、Y は Y 書籍中に提供される伝記的情報を増すという変容力のある目的のために X 画像を利用していると判断する。
- ・たとえ X 画像が創作的作品（それは、著作権保護の核心的な関心である）だとしても、第 2 要素は我々の分析中では限定的な重要性しかない。なぜなら、Y の利用の目的は、創作的な価値よりもむしろ、当該画像の歴史的な価値を高めるためだからである。

○第 3 要素 → フェア・ユースに不利ではない

我々はこの要素を、侵害作品ではなくて（筆者注：利用された）著作物との関係で審理する。裁判所は、取り込まれた著作権のある作品の量的かつ質的側面を検討しなければならない。

本件に関しては、

- ・本件では画像の全体が複製されている。我々も我々の同輩の控訴裁も、未だかつて全体を複製することがフェア・ユースに有利と判断したことはない。しかし同時に、裁判所は、そのような複製は必ずしもフェア・ユースに不利ではないと判断してきた。なぜなら、作品の全体的な複製は、画像のフェア・ユースのためには必要なこともあるからだ。
- ・この論理を採用することで、我々は、第 3 要素の審理では、〔許されるべき複製の程度は利用の目的と性格によって変化する：Campbell (R)〕ということを考慮に入れなければならない。
- ・本件で Y は、GD のコンサート・イベントを記録する歴史的な作品として、文章と組み合わせて提供する目的で、サイズを縮小して、文章や Y 自身のオリジナル画像と組み合わせた上で、X 画像を利用している。結果として、たとえ著作権のある画像が全体として複製されたとしても、縮小サイズであるが故に、その芸術的な表現の視覚的な影響力は大いに限定されたものとなる。
- ・Y による X 画像全体の縮小サイズでの複製は、読者が、GD のコンサート・イベントの歴史上の芸術作品として画像を認識することを確実にするためにサイズの的にも品質的にも必要なものであった。よって、Y による利用は変容力のある利用を促進するために調整されたものである、と我々は結論づける。故に、

第3要素はフェア・ユースの認定に不利ではない。

○第4要素 → Yに有利

裁判所は、特定の侵害によって引き起こされた市場の損害だけでなく、もし問題となっている利用が広く行われたなら、著作物の潜在的な市場に有害な影響を与えるかについても、見なければならぬ。〈Harper & Row (I)〉

この分析では、〈当該利用が許された場合に公衆が受け取る利益と、当該利用が否定されたときに著作権者が受け取る個人的な利益〉を比較衡量することを求める。

本件に関しては、

- ・Yによる画像の利用が、ポスター用画像の販売というXの主たる市場に影響しないことは、両当事者同意している。
- ・かわりに、Yによる無許諾の利用が、派生的な市場を開発するためのXの潜在力を奪うか否かを見ることになる。
- ・Xは、その画像をライセンスする確立された市場が存在し、Yから直接的に得るロイヤリティの損失と他者からロイヤリティを獲得する機会の（筆者注：損失の）両方を被ったと主張している。……しかしながら、我々は、くもし裁判所が、全ての事件において、後続の利用者が利用に際して権利に対する対価を支払わないことを理由に、潜在的なライセンス収入は許されざる形で害されたと自動的に結論をだすのなら、フェア・ユースの第4要素は常に著作権者に有利となってしまうだろう：Texaco〉ということと言及してきた。……故に我々は、YがXの著作権ある画像に費用を支払わなかったということだけを理由として、Xのライセンス市場に対する害を認定しない。
- ・かわりに我々は、〈伝統的、合理的、または開発される可能性の高い市場：Texaco〉に関する潜在的なライセンス収入への影響を見ることにする。
- ・本件では、Texaco事件と異なり、我々は、X画像のYによる利用は、元々の表現的な目的とは変容力のある形で相違すると考える。本件のような事件では、著作権者はく自身の創作的な作品をパロディや、ニュース報道、教育、その他の変容力のある形で利用するための市場を開発しまたはライセンスすることのみによって：Texaco〉他者がフェア・ユース市場に参入することを妨げることができない。……さらに、出版者が画像の複製にライセンス料を支払うつもりがあるということは、当該出版者が、そのかわりに、それらの画像をフェア・ユースすることができない、ということを実証することにはならない。
- ・X画像のYによる利用は変容力のある市場に属するので、Xはライセンス収入の損失によって市場の害を被ったとは言えない。

○総合評価

第1要素について、YがコンサートポスターやチケットをGDの公演の歴史的な芸術作品として利用したことは、Xが著作権を有する画像の元々の表現的目的と変容力のある形で相似している。第2要素は、画像の創作的な性質故に、Yに有利であるが、Yは画像の表現的な価値を利用していないので、その重みは限定される。X画像は全体が複製されているが、画像のサイズが縮小され、著者の変容力のある目的に合致しているため、第3要素はフェア・ユースに不利ではない。最後に、Yの利用はXが著作権を有する芸術作品を販売する市場を害しないと結論づける。またYが変容力のある利用を行っている市場からのライセンス収入の損失についての仮定に基づいて、市場の害を認定することはない。

第9巡回区控訴裁判所

【事案の概要】

原告・被控訴人 X (Triad Systems Corporation) は、自動車部品店向けのコンピュータ (X コンピュータ) を製造し、そのコンピュータ用のソフトウェア (X ソフトウェア) を設計、販売、ライセンスしている。

被告・控訴人 Y (Southeastern Express Company) は、独立サービス業者と呼ばれるコンピュータの保守管理業者であり、X コンピュータに関するサービスも提供している。X と Y は市場で競合している。

X ソフトウェアには、OS と、在庫管理・会計等のアプリケーション、X コンピュータと X ソフトウェアを修理するためのサービスソフトが含まれている。本訴訟で問題となっているのは、OS とサービスソフトウェアである。X は当初 X ソフトウェアをユーザーに販売していたが、途中からライセンスする形態に改めた。ライセンス契約では、ユーザーが、X ソフトウェアを自ら複製すること、および第三者に利用させることが、禁止されている。その後 X はライセンス契約に、X コンピュータを譲渡したライセンスは、譲渡料を X に支払うべしとする規定も付け加えた。

Y が、X コンピュータに対して保守等のサービスを提供する場合、OS とサービスソフトウェアを利用することになる。X はこのときに RAM に作成されるコピーが、著作権を侵害にあたるとして訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを否定 (仮差止めを命じた)

提訴後 1 年が経過し、ディスクバリー手続きが継続中に、MAI System 事件控訴裁判決が、ソフトウェアの RAM へのローディングを複製と判断した。(なお、同事件では、フェア・ユースが成立するか否かについては争われていない。)

X と Y の両者から Summary Judgement の申し立てがなされたが、共に退けられた後、公判に進んだ。地裁は、Direct Verdict によって、Y によるフェア・ユースの抗弁を退けた。

X が、購入ではなくてライセンスによって X ソフトウェアを利用しているユーザーを特定することを条件に、Y に対する仮差止め命令が認められた。

Y が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

Y の行為が複製であることは、MAI 事件控訴裁判決に照らして明らかとされた。

<フェア・ユース>

<フェア・ユースの法理は、特権 (privilege) の保持者に、著作権者の同意なく、合理的な方法で著作物を利用することを認める : Harper & Row >

Y は、Sega 事件控訴裁判決⁸に依拠してフェア・ユースを主張したが、Sega 事件は全く異なる事案である、と一蹴する。具体的には、

- ・同事件では Sega のゲーム機でプレイできるゲーム・ソフトウェアを開発する上で互換性確保に必要な情報を入手するため、リバースエンジニアリングが行われ、

⁸ Sega Enterprises Ltd., v. Accolade, Inc., 977 F2d 1510 (9th Cir. 1992)

その過程で複製が行われた。当裁判所は、①Accolade 社が、互換性の条件を決めるという、正当な、そして必須の被搾取的な目的のためにコピーを行ったこと、②（筆者注：Accolade がリバースエンジニアリングの過程で行った）複製が、Accolade のゲームプログラムを Sega のゲーム機上でプレイできるようにすることによって、独立の創作的な表現（筆者注：互換ゲームのこと）の急増——それは著作権法が促進を意図しているものである——という結果に帰着したこと、③Sega 自身のゲームの市場に有害な影響を与えず、互換性を実現するために必要な著作権で保護されない要素のみを使ったこと、を理由にフェア・ユースを認めた。

- ・ Y の行為は、Sega 事件のリバースエンジニアリングとは全く異なる。Y は、Y 自身の創作的なプログラムと X コンピュータとの互換性を実現するためだけに、X ソフトウェアを最低限利用したわけではない。むしろ、Y はそれ自身は何も産み出していない。Y による X ソフトウェアの利用は……創作的でも変容力があるわけでもなく、新しい創作的な作品を市場に提供するものでもない。Y は、顧客の（筆者注：手元にある X）ソフトウェアを勝手に使っているだけであり、X ソフトウェアが利用されるべく予定されていたのと同じ目的、同じ方法で、X ソフトウェアを利用しているだけである。
- ・ もし、Y のような独立サービス業者が、X と競合するために、X が著作権を有するソフトウェアを、自由に、そして広範に利用できるなら、それは、X がライセンスやサービスから得る収入に大いに有害な影響を生じるだろうし、X が著作権を有するソフトウェアに対して行った投資についての報酬を低下させるだろう。
- ・ 要するに、フェア・ユース法理の下で、このような（筆者注：Y の行為）を続けさせることを正当化するために適用可能な公的利益を Y の行為から見いだせない。
- ・ Y は、X の著作権はサービスの市場にまでは拡大されないため、地裁の分析には問題があるとも主張しているが、我々は同意しない。……Y が、（筆者注：X と）全く同じサービスを提供するために、問題のソフトウェアを利用するとフリー・ライドしていることになる。X には、X コンピュータに対するサービスを行うに際して、X ソフトウェアを利用する独立サービス業者（Y を含む）からライセンス料を得る資格がある。
- ・ フェア・ユースを認めることは不当である。なぜなら、他の要素もフェア・ユースの認定に不利だからである。Y による X ソフトウェアの利用は完全に商業的な性格であるだけでなく、OS とサービスソフトウェアは共に保護された表現であり、また Y はそれらの全部を複製したからだ。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Los Angeles News Service) は、独立報道組織であり、他のニュースメディアに報道素材を提供している。ロス暴動発生時、X のヘリコプターは、白人レジナルド・デニー氏が暴行を受けているところを上空から撮影した。その様子は X のライセンサーである放送局を通じて生中継もされたが、録画映像 (本件映像) は、ライセンスを受けた複数の放送局で繰り返し報道された。

民間放送局である、被告・被控訴人 Y (KCAL-TV) は、本件映像について X にライセンスを求めたが拒否された。そこで、他の放送局から入手したテープを使って、同局のニュース番組中で本件映像を繰り返し放送した。

X は、著作権侵害を理由に Y を訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

地裁は、フェア・ユースが成立し、Y は責任を免れると判断し、Y 勝訴の Summary Judgement を下した。地裁曰く、本件映像は、他に類を見ない報道価値のあるものであり、公衆が重大な興味と関心を持っているものである；Y はそのような映像の一部分を、ニュース報道の目的でニュース番組中で利用した；一方、X は Y の行為によって、実際のまたは潜在的な販売やライセンスが失われたことを特定できなかった。

X は、Y の行為によって、X は少なくとも 1 件の販売の機会を失ったことを、証拠に基づき再考するように地裁に対して申し立てたが、地裁はそれを退けた。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を破棄し、差し戻した

<前提としての著作権侵害>

Y が許可なく本件映像を利用したことに争いはない。

<フェア・ユース>

○第 1 要素 → フェア・ユースに有利な側面もあるが反対の側面もある

Y がニュース報道のために本件映像を利用したことについては次のように判断した。

- ・ 107 条がニュース報道を例示していることから、Y がニュース報道として本件映像を利用した事実は Y に大いに有利であるとしても、X も Y もニュースを集め販売する事業を行っていることは別方向を示す。……故に、Y は<通常の価格を支払うことなく、著作物を利用して儲けそうである：Harper & Row (D)から部分引用>
- ・ Y の行為は、Harper & Row 事件において、The Nation 誌が、フォード大統領の回顧録の単行本と Time 誌による抜粋とをスクープすることによってそうしたように、著作権者にとって商業的に貴重な権利である第一発行権 (right of first publication) を奪うには役に立たなかった。しかし、Y による本件映像の利用には、X にとってこれもまた貴重な権利である、(誰もなしえなかった形で、デニー氏が暴行を受けている様子を創作的に撮影した) オリジナルの本件映像をライセンスする権利を X から奪う効果や目的までもなかったということとはできない。

Y による本件映像の利用の方法については

- ・ Y は (筆者注：本件映像に Y) 自身の音声をかぶせていたが、X の作品に価値を与えていたもの (暴行の様子そのものを明らかに目に見える形で記録していること) に対しては、なんら新しいものも、変容力のあるものも付け加えてこなかつ

た。

Yがライセンスを求めたが断られた点については、

- ・Yがライセンスを求めたが断られたという事実は決定的なものではない〔Campbell〕が、＜被告の行為の適切さ（propriety）：Harper & Row＞は、少なくとも、お金を払って利用できた作品を無料で黙って利用していることを知っているだろうという程度では、利用の目的に関係してくる。
- ・Campbell事件の状況とは異なり、本件の記録からは、〔この訴訟を避けるための誠実な努力として〕Yがライセンスを求めたとはいえない。また、2 Live Crewが「Oh, Pretty Women」のパロディに際して原作品を利用した状況とは異なり、Yは原作品を直接複製して作成されたテープの複製物を他の放送局から入手した上で、本件映像に自社のロゴを入れ、本来ならお金を払って利用するのと同じ目的で本件映像を利用した。

○第2要素 → Yに大いに有利

- ・本件映像は情報的価値があり、事実に関するものであり、ニュースである。これらの性格は大いにYに有利となる。
- ・Yによる利用の前に発行（published）されていたことも同様である＜Harper & Row＞。

○第3要素 → Yに不利

- ・この要素はYに不利である。というのも、＜侵害著作物の実質的な部分が逐語的に複製されたものであるという事実は、原作者と剽窃者（他人の著作権のある表現を販売することで利益を求める者）の両方にとって、複製された素材に質的な価値があることの証拠となる：Harper & Row (G)＞からである。

○第4要素 → フェア・ユースの認定に不利

- ・「ニュース」は二次的市場を持つものとは、通常考えられない。……また、本件映像はXの利用の前にライセンスされ、発行されてきたし、その後もライセンスされてきた。この限りでは、この要素はYに有利である。
- ・同時に、Yの主張している目的は、本件映像を「ニュース」として利用することであり、YはXの作品の潜在的な（かつては実際の）ライセンシーでありまたはお客であった。XとYが行っていることを考えれば、Yが本件作品を無料で許諾なく利用することが、Xの根源的かつ主要な市場を破壊するのは明らかである。実際、Sony最判は、商業的利用目的のこの種の複製は、損害の推定または推測を生むとしている＜Sony (E)＞。……今回のようなことがもっと広範囲に生じれば、Xの創作的なインセンティブに否定的に働くのは間違いない。（裁判所は、〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えるかどうか：Campbell (W)〕を考慮しなければならない。）

○総合的な評価

- ・Yによる利用は公衆の関心に適うものである。しかし、それは商業的なものであり、Xにライセンスを断られて生じたものである。本件映像に代替物はなかったというYの主張に証拠はない。本件映像は、Yによる利用前からライセンスされ発行されていたが、だからといって、Y自身がライセンスを求めたような第一発行権の市場に影響

がないということが明らかなわけではない。Yが本件映像の核心部を使ったことに争いはない。これらの状況を踏まえれば、本件で事実認定者が到達しうる唯一の合理的な結論がフェア・ユースだということとはできない。

【事案の概要】

原告・被控訴人 X (Dr. Seuss Enterprises, L.P.) は、作家 A が Dr. Seuss のペンネームで執筆した子供向け教育絵本の著作権を有している。The Cat in the Hat (X 作品) は、Dr. Seuss 名で 1957 年に出版された作品であり、作品中に登場する人間を模した猫のキャラクター The Cat は非常に有名である。The Cat は、特徴的な赤と白のストライプのシルクハットを被った状態でいつも描かれている。

作家 B と C は、Dr. Juice 名で、O.J. Simpson 裁判を題材にした絵本 The Cat NOT in the Hat! (Y 作品) を創作し、被告・控訴人 Y (Penguin Books USA, Inc. 等) を通じて出版した。Y 作品の広告には、作家 A の作品のパロディであることが謳われていた。

Y 作品の広告を見た X が、著作権および関連する商標権の侵害で訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めなかった (仮差止めを命じた)

地裁は、X 勝訴の可能性が高いことが証明されたとして、Y 作品販売禁止の仮差止め命令を認めた。

Y が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

Y は、The Cat のイメージを盗用し、The Cat のシルクハットを複製し、表紙と裏表紙、そして本文中のイメージを利用した。実質的類似性は、客観および主観レベルで存在する。

<フェア・ユース>

○総論

一般的に適用可能なフェア・ユースの定義はないとした上で、[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)] とする。

○第 1 要素 → X に有利

まず、第 1 要素と変容力の関係について、この要素のもとで問われるべきは、Y 作品が単純に A 氏の創作物を代替するかどうか、または新しい表現、意味、もしくは主張を伴って X 作品を変更することで、新しい作品が変容力を持つかどうか、そしてその程度である。[Campbell (C)(D)]、と述べる。

つぎにパロディに関して検討を進める。

パロディは、第 1 修正条項に基づく表現の自由として、社会的に重要な価値を持つ、社会的文学的批評の一形態として捉えられる。当裁判所は、パロディの対象を「思い出す」または「想起する」ために必要なもの以上のものを取り込まないなら、パロディストは著作物のフェア・ユースを許される、とする「想起」テストを採用してきた。

- ・この要素の下での決定的な問題は、Y 作品がパロディかどうかである。[パロディの防御として、フェア・ユースが持ち出されるとき、閾値となるのは、パロディとして

の性格が合理的に認識され得るかである。]

(筆者注：Campbell 事件で) 最高裁は、パロディ（著作物が標的とされる場合）と風刺（他の標的に対するおもしろさを突きつけるために、著作物が単なる乗り物となる場合）の違いを指摘した。[パロディは、その主張を行うために、原作品をまねする必要があり、そのためその犠牲者（または犠牲者集団）の創造力の産物を利用する何かしらの資格があるが、一方で風刺はそれ自身で自立するので、借用行為に関して正当化を必要とする：Campbell (J)] ケネディ判事が、同意意見で述べたように、[パロディは、原作品のスタイル、原作品が所属する芸術のジャンル、または全体としての社会ではなくて、原作品を標的にしなければならない。(もともと、原作品を標的とするなら、スタイル等を同様に標的とすることはできる。)]第2巡回区控訴裁判所も、Rogers 事件控訴裁判決⁹において、原告の著作物が少なくとも部分的に被告の風刺の標的でなければ、被告の作品は法的な意味でパロディではないと強調した。

本件については、

- ・ Y 作品は A 氏の特徴的なスタイルをまねてはいるが、それをあざ笑ってはいない。
(筆者注：Y 作品の) 詩は、X 作品の実質やスタイルについて批判的な意味を持たない。B 氏および C 氏は、The Cat のシルクハット、語り手 (Dr. Juice)、タイトル (The Cat NOT in the Hut!) を、[注目を得るため] または [何か新鮮なものを作り上げる際に苦勞することを避けるため：Campbell (I)] に利用しただけである。…… [新しい表現、意味、または主張を伴って] 変容力のある作品を創作する努力がないので、侵害作品の商業性は、フェア・ユースの抗弁に更に不利に働く。

○第2要素 → フェア・ユースに不利

[一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心 (core) により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)] を引用して、創作的な作品は、情動的・機能的な性質の作品よりもフェア・ユースになり難いとした上で次のように述べる。

- ・ この要素は一般に、全体的なフェア・ユースの比較衡量においてあまり重要性を持たないが、X 作品とその中心的なキャラクターに埋め込まれた創造性、創造性、独創性は、目盛りをフェア・ユースに不利に傾ける。

○第3要素 → Yに不利

この要素は、当該利用がフェアかどうかよりも……実際には実質的類似性の問題を提起する。

この要素の下で、我々は、[行われた特定の複製に対するパロディストの正当化の説得力] にも注目する。[許されるべき複製の程度は、利用の目的と性格によって変化する……ので、第1要素に戻って問いかけを行うことになる。] と述べた上で、Y の主張 (X 作品は道徳上のジレンマを扱っているところ、O.J.Simpson 裁判に関する道徳上のジレンマを伝えたいので、X 作品のパロディという形式を採用した) は後付で、説得力がないとした。

○第4要素 → フェア・ユースに不利

⁹ Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)

- ・この要素の下で、我々は、Y 作品の出版と販売によって引き起こされる市場の害の程度と、限定のない広範な普及が、X 作品の原作品と派生物の潜在的な市場を害するか否かの両方について考慮する。〔Campbell (V)(W)〕

第 2 巡回区控訴裁判所は、この要素を、当該利用が許された場合に公衆が受け取る利益と、当該利用が否定された場合に著作権者が受け取る個人的な利益の間の比較考慮を求めるものとして性格付けてきた。侵害と主張されている利用が、著作権者の期待利益に与える有害な影響が少なければ少ない程、当該利用を正当化するために証明されるべき公衆の利益は少なくなる。

本件に関しては、

- ・提示された事実に基づけば、Y による X 作品の利用は、変容力のないものであり、そして明らかに商業的なもので、我々は、市場代替性は少なくともより明らかであり、市場への害はより容易に推定される、と結論する。
- ・フェア・ユースは積極的抗弁なので、主張する側が立証責任を負う。故に、Y は関連市場について、自分に有利な証拠を提出する必要がある。しかし、原作品の市場に対する害の証拠しか提出していないので、この要素に関して、Y は仮差止め命令から逃れる資格を失うと、解する以外にない。

【事案の概要】

被告・被控訴人 Y (FormGen 社等) は、Duke Nukem 3D というタイトルのゲーム (Y ゲーム) を開発販売し、その権利を保有している。Y ゲームには、「Build Editor」というツールが同梱されていて、ユーザー自身でゲームのレベル (背景設定、異星人、その他の冒険内容の組み合わせ) を設計できるようになっている。ユーザーは、Y の勧めもあって、自ら作成したレベルをインターネットにアップロードし、他人にダウンロードさせている。

原告・控訴人 X (Micro Star) は、コンピュータ・ソフトウェア販売業者である。X は、インターネットからユーザーが作成したレベルを合計 300 ダウンロードし、CD-ROM に焼き付けて、「Nuke It」(X 商品) と名付けて販売した。X 商品のパッケージボックスには、それに収録されているレベルのスクリーンショットがいくつか印刷されている。

X は、地裁に X 商品が Y の著作権を侵害していないことの確認を求めて提訴した。それに対して、Y は X 商品の更なる製造頒布を禁ずる仮差止めを求めて訴えた。

【地裁判決】 X 商品は著作権侵害ではない。
X 商品の包装上のスクリーンショットについてはフェア・ユースを否定した。(仮差止めを命じた)

地裁は、X 商品は Y ゲームの派生的著作物ではないとして、著作権侵害を認めなかった。ただし、X 商品のパッケージ上のスクリーンショットは Y ゲームのキャラクターの無断複製であるとして、仮差止めを認めた。地裁は、X のフェア・ユースの主張を退けた。

X および Y 共に、自らの敗訴部分について控訴した。

【控訴裁判決】 X 商品は著作権侵害ではないとしたところは覆して差し戻した。(フェア・ユースも認めなかった。)
なお、スクリーンショットについては地裁判決を維持。

<前提としての著作権侵害>

各レベルは MAP ファイルの形式で記述されている。Y ゲームのエンジン部分は、MAP ファイルを解釈して、レベルの内容を実現したゲーム画面を表示している。キャラクターその他の図柄は、MAP ファイル内には含まれず、エンジン部分が、Y ゲームの図柄ライブラリーから呼び出す構成になっている。

以上を前提とした上で、控訴裁は、MAP ファイルは Y ゲームの派生的著作物であると判断した¹⁰。

<フェア・ユース>

¹⁰ 派生的著作物であるためには、固定されていることと、既存の著作物の保護される要素を取り込んでいることの 2 つが必要である。この点、MAP ファイルによって記述されるレベルは、Y ゲームの続編のようなものであって、Y ゲームのストーリーを取り込んでおり、また MAP ファイルはそれを記述したものとして CD-ROM に固定されているから、派生的著作物になると解された。

(Nintendo ゲーム機に関して、ソフトのパラメーターを変化させる機器が問題となった Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc. 780 F.Supp. 1283 (N.D.Cal. 1991)では、問題の機器の使用の結果、派生的著作物は生み出されていないと判断したが、控訴裁は、本件とは事案が異なるとした。)

○第1要素 → フェア・ユースに不利

- ・ XがYの保護された表現を利用したのは、金銭的な収入のためである。もっとも、それによって検討が終わるわけではない〔Campbell (N)〕が、＜著作物の全ての商業的な利用は、著作権者に属する独占的な特権の不正な利用であると推定される：Sony (C)＞

○第2要素 → フェア・ユースに不利

〔一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心（core）により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)〕を引用した上で、フェア・ユースの抗弁は、創作的な（fictional）作品または空想的な（fantasy）作品に適用されるとき、成功する可能性が大いに低くなる。電話帳のような事実的作品の場合は逆である、とし、本件ゲームはファンタジーである、と結論付けた。

○第3要素 → フェア・ユースに不利

- ・ 本件 MAP は、＜明確に、（筆者注：本件ゲームの）ストーリーのユニークな設定、キャラクター、筋を利用している：Stewart＞Xが利用した部分の質と重要性は共に、実質的なものである。

○第4要素 → フェア・ユースに不利

- ・ 本件 MAP を販売することで、Xは＜（本件ゲーム）のストーリーの新バージョンを売り出す（Yの）能力を侵害した：Stewart＞ Yのみがそれを市場投入する権利を持つ。そうするかどうかは、完全にYの問題である。

○総合的な評価

- ・ 本件 MAP は＜107条に列挙されたいずれの類型にも当てはまらず、107条に規定された4つの基準にも当てはまらない：Stewart＞ 故に、フェア・ユースによって保護されない。

【事案の概要】

原告・被控訴人 X (Sony Computer Entertainment 等) は、ゲーム機 PlayStation を製造販売しており、同機の BIOS の著作権者である。

被告・控訴人 Y (Connectix Corporation) は、Virtual Game Station というソフト (Y ソフト) を製造販売している。Y ソフトは、パソコン上で、PlayStation をエミュレートする機能を持ち、Y ソフトのユーザーは、PlayStation 用のソフトをパソコン上でプレイできる。

Y ソフト中には、X の著作物は一切含まれていない。しかし、Y ソフト作成の過程で、Y は、PlayStation の BIOS をリバースエンジニアリングするため、何度も複製した。

X は著作権侵害で Y を訴え、仮差止めを求めた。

【地裁判決】 フェア・ユースは認められそうにない (仮差止めを命じた)

地裁は、Y による中間的複製はフェア・ユースによって保護されないため、X は著作権侵害に関して勝訴する見込みがあるとして、Y が Y ソフトを販売すること、他のエミュレーターソフトを開発するために、X の BIOS を複製し利用すること、を禁止する仮差止命令を下した。

Y が控訴した。

【控訴裁判決】 仮差止命令を取り消し、地裁に差し戻した

<前提としての著作権侵害>

開発過程で、Y の技術者は PlayStation のチップから BIOS を抽出して、それをパソコンの RAM にコピーし、その機能を観察した。またデバッグ・プログラムを利用する際に、パソコンの電源を起動する度に、RAM への複製を繰り返した。また、Y ソフトを一応開発した後には、そのデバッグのため、BIOS を繰り返し複製し、関係する部分を逆アSEMBルした¹¹。

Y による上記中間的複製の存在については争われず、それがフェア・ユースによって保護されるかが論じられた。

<フェア・ユース>

○総論

Sega 事件控訴裁判決¹²において、当裁判所は、たとえ最終製品自体に著作物が含まれていなくても、中間的複製は著作権侵害となり得ることを認めた。

我々の今回の判決の中心は、Sega 事件控訴裁判決において定められた次のルールにある。すなわち、<逆アSEMBルが、著作権のあるコンピュータ・プログラムに埋め込まれたアイデアや機能にアクセスする唯一の方法であり、そのようなアクセスを求めることに正当な理由があるとき、逆アSEMBルは、法律の問題として、著作物のフェア・ユースになる : Sega>

このようなアプローチは、<一般公衆の利益のために、芸術的創作性を鼓舞しようという、(著作権法の) 究極の狙い : Sony> に合致するものである。

¹¹ なお、開発中に Y は X に技術的助言を求めてコンタクトしたが、X から拒否されている。

¹² Sega Enterprises Ltd., v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992)

○第2要素¹³ → Yに大いに有利

- ・〔一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心（core）により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)〕を引用した上でXのBIOSは、複製なしには調査できない非保護的要素を含む故に、核心から遠いところにある。結果的に、我々はXのBIOSにくもって伝統的な文字的作品に比べればより低いレベルの保護を：Sega>与えることになる。
- ・問題は、YがXのBIOSをリバースエンジニアリングした手法が、プログラム内の保護されない機能的要素にアクセスするために必要なものだったか否かであるが、我々は必要なものであったと結論づける。Yはリバースエンジニアリングのために、著作物の中間的な複製を必要とする、様々な手法……を採用したが、いずれも、フェア・ユースによる保護を適用不可能にするものではない。

○第3要素 → Yにとって不利（ほとんど重要性はない）

- ・YはXのBIOSの各部分を逆アセンブルし、かつ何度もその全体を複製した。故にこの要素はYにとって不利である。しかしながら、Sega事件で結論づけたように、最終製品自体が侵害的素材を含んでいない中間的侵害の場合に、この要素は、<ほとんど重要性持たない：Sega>

○第1要素 → Yにとって有利

- ・第1要素の下で……我々は、Yソフトが原作品の目的を単に置き換えるだけか否かを問う、または最初の作品を新しい表現や、意味、もしくは主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否か、別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある」か、それはどの程度かを問うことである。〔Campbell (C)(D)〕
 - ・Campbell事件最判の判示を踏まえて、地裁が、商業的利用に対して、不公正の推定を与えたことを非難し、かわりに、YによるXのBIOSの複製が商業目的であるという事実は、〔フェア・ユースを見出すに不利になりがちな1要素に〕に過ぎない、とする。
 - ・Yソフトは、控えめではあるが変容力がある。同ソフトは、消費者がPlayStation用のゲームをプレイできる、新しいプラットフォーム（パーソナルコンピュータ）生み出す。……より重要なのは、PlayStationとYソフトの間の利用方法や機能の類似性にもかかわらず、Yソフト自身は全く新しい商品であることだ。
 - ・最後に、Yソフトの変容力の程度と、フェア・ユースに不利に働く他の要素（商業性を含む）の重要性とを比較検討する必要がある〔Campbell (F)〕。Yによる著作物の商業的な利用は中間的なものであった、それ故に<間接的または派生的：Sega>なものである。さらに、YによるBIOSのリバースエンジニアリングは、PlayStation用のソフトに互換性のある製品を作り出すためであった。当裁判所は、この目的は、フェア・ユースの第1要素の検討において、正当なものであると考えてきた。
- ・地裁は、Infinity事件の判示<フォーマットの変更は、有意義ではあっても、法的に

¹³ 本判決では、第2要素、第3要素、第1要素、第4要素の順に検討が進められているため、ここでもその順に扱うこととする。

は変容ではない：Infinity>を踏まえて、ゲームをPlayStationでプレイするのとパソコンでプレイするのは、置き換え可能なので、YソフトはPlayStationの代替物であると判断した。しかし、Infinity事件の侵害者は、著作権のあるラジオ放送を単に取り込んで、電話線を通じて再送信しただけであった。そこには、新しい表現は存在しなかった。したがって、Infinity事件は当裁判所の結論を変更しない。

○第4要素 → Yにとって有利

- ・〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度（を考慮する）：Campbell (V)〕と〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かである：Campbell (W)〕を踏まえた上で、他の作品と単に取って代わったり、それを置き換えたりするような作品は、原作品の潜在的な市場に実質的な悪影響を与えがちであるが、変容力のある作品はそのような傾向が少ない〔Campbell (X)〕。
- ・Yソフトは変容力があり、そしてPlayStationの単純な代替物ではないので、Yソフトは、XまたはXのライセンシーのゲームをプレイできるプラットフォームとして、市場における正当な競争者である。故に、この競争によってXが被る経済的損失は、フェア・ユースを否定することを強制しない。Xが、自らが製造またはライセンスしたソフトをプレイできる装置の市場にコントロールを及ぼしたいとすることは理解できるが、著作権法はそのような独占を与えない<Sega>。

○総合的な評価

- ・法定のフェア・ユースの4つの要素は〔著作権の目的に照らして、まとめて考慮される：Campbell (B)から部分引用〕4要素中3つがY有利、1つがX有利となったが、その1つはほとんど重要性がない。もちろん、<法定の要素は排他的ではない：Harper & Row (B)から部分引用>が、我々の分析に影響を与えるような未だ考慮されていない他の要素の存在は不知である。

【事案の概要】

原告・被控訴人 X (Sony Computer Entertainment America) は、ゲーム機 PlayStation と、同機でプレイするゲームソフトを製造している。

被告・控訴人 Y (Bleem 等) は、パソコン上で PlayStation をエミュレートする機能を持つソフト (Y ソフト) を製造販売している。Y ソフトのユーザーは、PlayStation 用のソフトをパソコン上でプレイできる。

Y は、Y ソフトを宣伝するに際して、PlayStation でゲームをプレイした場合と、Y ソフトを用いてパソコン上でゲームをプレイした場合のスクリーンショットを利用した。

X は、Y によるスクリーンショットの利用が著作権侵害であるとして、Y を訴えた。(Y ソフト自体の適法性は、本件訴訟の対象ではない。)

【地裁判決】 著作権侵害の可能性が高い (仮差止めを命じた)

地裁は、X に有利な判断を示して、Y に対して仮差止め命令を出した。
Y は控訴した。

【控訴裁判決】 フェア・ユースを認め、仮差止め命令を取り消し、地裁に差し戻した

<前提としての著作権侵害>

Y がスクリーンショットを作成することで、X のゲームを複製したことに争いはない。

<フェア・ユース>

○総論

現行法のフェア・ユースの起源が Folsom 判決に求められることに触れた後、「著作権保護の揺籃期から、「科学および有用な技芸の発展を促進するため」著作物をフェア・ユースする機会が必要であると考えられてきた：Campbell (A)] を踏まえ、フェア・ユースは著作権が目的とする創作性を涵養するため、著作権法の厳密な適用を避ける点に意義があることを述べた上で、フェア・ユースはケースバイケース判断であること、[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)] であること、について述べる。

著作物の商業的な利用は、不公正という推定を受ける訳ではなく、むしろ、商業的利用は考慮すべき 4 要素の 1 つに過ぎない。…… (Campbell 事件の) 最高裁は、第 4 要素が最も重要ではあるけれども、4 つの要素は全て考慮されるべきで、複製の商業的な性格は、広範な検討のわずか 1 項目に過ぎないことを強調した。

Y が商業目的で X の著作物を複製した事実は、107 条の第 1 要素および第 4 要素と関連してくる。……Y によるスクリーンショットの利用は比較広告となる。

2 つの会社が競争しているかどうかの問いかけは、重要な考慮事項である。なぜなら、第 1 要素に関しては、複製を比較広告として解釈することは、フェア・ユースの結論に至りやすくなる一方で、第 4 要素に関しては、複製が著作権者の利益に有害な影響を及ぼすだろうという判断は、フェア・ユースの結論に至るのを難しくするからである。故に、これらの問題は、互いに相殺し、双方の主張者をやっかいな論点に追い込んでしまう。

……Y のエミュレーターは明らかに X の PlayStation と競合している。

○第1要素 → Yに有利

比較広告にフェア・ユースの適用があるかを判断した第5巡回区控訴裁¹⁴は、第1要素に関して、公衆により多くの情報を提供する手段としての比較広告の公益性に注目して、この要素は被告に有利となると判断した。

本件に関しては、

- ・著作権制度の活力ある原則に照らして考慮するなら、第1要素はYに有利となる。Yは自らの販売を増加させるという商業的目的のために、確かにXの著作物を複製したが、そのような比較広告は、Xの著作物の完全性をほとんど害することなく、購入者である公衆の利益を大いに増大させる。

○第2要素 → 中立

- ・この要素がフェア・ユース分析に最も関連するのは、原作品と複製物とが異なる性格の場合である。……本件では、著作物と複製物は共に、商業的なビデオゲームである。
- ・第5巡回区控訴裁が Triangle Publications 事件で判断したように、我々も、この要素はくフェア・ユースの抗弁が本件で適当であるとする（被告の）主張を支持もしなければ害しもしない： Triangle Publications>と結論づける。

○第3要素 → フェア・ユースを支持する

明らかに、複製の程度が大きく、また複製が著作物の本質に近づくほど、複製がフェア・ユースになる可能性は少なくなる。

本件に関しては、

- ・ビデオゲームは1秒当たり30コマからなるから、スクリーンショットは、ビデオゲーム1秒分の30分の1の価値しかない。……これらのゲームは、プレイヤーがインタラクティブにコントロールでき、数時間にも及ぶプロットを含む以上、スクリーンショットは全体的な著作物にとって、ほとんど中身（substance）がないだろう。
- ・この（筆者注：スクリーンショットに関するフェア・ユースの）分析において、第3要素は、ほとんどいつも、ビデオゲーム製作者にとって不利になるだろう。なぜなら、スクリーンショットは、全体として複雑な著作物の取るに足らない部分だからである。

○第4要素 → Yに有利

第4のそして、最も重要な要素を扱う上で、最高裁は〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって引き起こされた市場の損害の程度だけでなく、被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与える事になるか否か： Campbell (W)〕についても考慮した。

本件に関しては、

- ・本件で問題となる市場は、スクリーンショットの市場である。しかし、スクリーンショットの市場はそもそも存在しないか、少なくとも、Xによってライセンス

¹⁴ Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspaper, Inc., 626 F.2d 1171 (5th Cir. 1980)

を拒絶されたとすれば、Yが参加する市場はなかった。

- ・スクリーンショットの市場を想定したとしても、この要素は未だ Y に有利である。……なぜなら、ほとんど全ての先例が示すように、この種の利用は X を十分には害さないからである。
……〔痛烈な劇場評のような、致命的なパロディが原作品に対する需要を葬り去ってしまうとしても、それは著作権法の下で認識可能な害ではない：Campbell (Y)〕に触れた上で、X のゲーム機の販売が減少したとしても、それは Y のエミュレーターが PlayStation に比べて技術的に優れていたからであり、Y がその競争を説明するためにスクリーンショットを利用したからではない。

○総合的な評価

- ・4要素全てが、Yによるスクリーンショットの利用がフェアであるという結論に有利である……。
- ・Yによる比較広告をフェア・ユースとした結論は、PlayStationのゲームが実際にテレビ画面でどのように見えるのかと、エミュレーターを利用したコンピュータ上でどのように見えるのかとを、比較するのに必要であるという事実関係に大いに依存している。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Worldwide Church of God) は、非営利の宗教組織である。X の創始者 Armstrong 牧師は、Mystery of the Ages というタイトルの 380 頁の書籍 (本件書籍) を執筆した。X は本件書籍の著作権は自らが有していると主張している。本件書籍は 900 万冊以上が配布されたが、内容が社会的にデリケートであり、また人種差別的に受け止められかねない部分があることもあって、Armstrong 師の死後、X は本件書籍の頒布と使用を中止した。もっとも、現存する在庫等については廃棄等の処分をせず、回収もしなかった。

被告・被控訴人 Y (Philadelphia Church of God) は、X の牧師 2 人が創始した非営利の宗教組織である。Y は、Armstrong 師の教えに忠実に従うことを教義とし、信者は本件書籍を読むことを求められた。Y は、本件書籍の在庫が足りなくなると、本件書籍を複製して配布し始めた。結果 3 万冊以上が配布された。

X は、Y に対して、著作権の侵害と配布の継続の中止を求めたが、Y は無視したため、X が提訴した。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Adjudication)

X は部分的な Summary Judgement と、本件書籍を含む X の著作物を印刷、配布することを禁止する仮差止め命令を求めた。一方、Y は Summary Adjudication を求めた。

地裁は、X の申し立てを退け、Y の申し立てを認めた。地裁は、X が本件書籍の著作権を有していない、および Y による本件書籍の使用はフェア・ユースに当たると判断した。(フェア・ユースに当たるとした理由として、Y は本件書籍を「宗教上の非商業的かつ教育的目的のために」利用したこと、完全な宗教的文章の複製は「その利用との関連で合理的である」こと、X は Y による配布によって信者を失ったことについて証拠を示していないこと、X が (予定しているとする) 本件書籍の注釈書は Y による本件書籍の複製物とは競合しないこと、本件書籍が絶版であるため Y による本件書籍の複製に追加の正当性が与えられること、をあげた。)

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を覆し、差し戻した

<前提としての著作権侵害>

本件書籍に関する著作権は、Armstrong 師から X に譲渡され、現在 X が著作権を保有している。Y が本件書籍を複製し配布したことに争いはない。

<フェア・ユース>

○総論

- ・第 1 修正条項に基づく表現の自由を理由として、X が本件書籍を配布しなくなったので、フェア・ユースが認められるべきとする Y の主張は支持されない。

○第 1 要素 → フェア・ユースに不利

[この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否か : Campbell (C)] [最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異

なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)] を引用した上で、Story 判事によればそこには、素材に対する現実かつ実質的な考慮が存在しなければならず、それらに対して知的労働および判断が与えられなければならない。単なる安易な録音での作業や、原作品の主要な価値を構成する本質的な部分の抽出ではいけない：Folsom>

本件に関しては、

- ・Xによる本件書籍の全体的な複製には、<知的労働および判断>の存在が示されていない。それは宗教的な実践や教育に資するために、原作品である本件書籍の<目的を代替する>ものでしかない。

最高裁は〔作品の商業的または非営利教育的目的というのは、その目的や性格に関する第1要素の分析において1要素に過ぎない：Campbell (N)] とした。出版が商業的であるという事実は、フェア・ユースにとって不利になるが、商業的利用の欠如は、不公正の推定を取り除くに過ぎない。〔利用が教育的なものかつ非営利的なものであるということだけでは、そのような利用を侵害と認定することから遠ざけるわけではない。〕

<営利と非営利の区別のポイントは、利用の唯一の動機が金銭的收入かどうかではなくて、利用者が、通常の価格を支払うことなく著作物を利用することから利益を得ようかどうかである：Harper & Row (D)から部分引用>

本件に関しては、

- ・Yが収入を得るために本件書籍を利用したかどうかについての論争は無視するとともに、宗教は学問のように、一般的に「金銭至上主義ではない」ものとみなされていることを念頭に置いても、Yは、本件書籍を使用することによって費用を掛けることなく、信者の宗教的儀式に必須の核心的な文章を提供できている。また、本件書籍の配布を通じて、Yに収入の10%を納める新しい信者を引きつけ、聖職者を増加することが可能となっている。……本件書籍の複製がYの為にしていることは論争の余地がない。Yは、著作権者に会計報告する必要もなく、本件書籍の配布と利用によって、有利になりまたは恩恵を受けている。

○第2要素 → フェア・ユースに不利

第2要素については……作品が情動的なものか創作的なものかにかかってくる。<法は一般に、創作的な (fictional) 作品や空想的な (fantasy) 作品に比べて、事実に基づく作品を世に広める必要性をより強く認識している：Harper & Row (E)><ニュース番組の複製は、映画の複製よりも、より強力なフェア・ユースの主張が可能である：Sony>

本件に関しては、

- ・Yは本件書籍を主として「聖書の真実に関する Armstrong 師の考え方についての原典上の、歴史上の評価」と述べている。本件書籍は、Armstrong 師の宗教的信念を共有する読者にとっては「事実に基づく」なものとして見られるかもしれないが、本件書籍に盛り込まれた創作性、創造性、そして独創性は、はかりを、フェア・ユースと反対方向に傾ける。

○第3要素 → フェア・ユースに不利

大量の複製は当然にフェア・ユースを否定しないが、全体を複製したことはフェア・ユースを見出すに不利に働く。さらに<侵害作品の実質的な部分が逐語的に複製されたものであるという事実は、原作者と剽窃者 (他者の著作物性のある表現を販売して利益を得ようとする者) の双方にとって、複製された作品に質的な価値があることに

ついでに証拠となる：Harper & Row (G)＞

本件に関しては、

- ・〔許される複製の程度は利用の目的と性格によって異なる：Campbell (R)〕 ……しかし、Campbell 事件の場合と違って、Y は X と同じ目的のために本件書籍を利用している。……＜問題となっている侵害者が著作物を、著作権者が利用しようとしていたのと本質的に同一の目的のために利用しているという事実は、フェア・ユースではないと言うことの強い兆しとなる。＞
- ・Sony 事件では、全部の複製でもフェア・ユースとされたが、同事件の最高裁は、全部の複製は同事件のユニークな状況の下では、＜フェア・ユースを見出すに不利になる通常の影響を持つわけではない：Sony＞としたのである。本件では、Y が全部を複製することを正当化するような環境は存在しない。

○第4要素 → 中立

＜フェア・ユースは、適切に適用されるとき、他人による複製のうち、複製された作品の市場性を著しく害すことのないような複製に限定される：Harper & Row＞

- ・本件はフェア・ユース法理の適用の新場面である。なぜなら著作権者が非営利組織だからである。予想されるように、公刊されている判例は、営利目的の作品を扱っている。

著作権法の文言は、市場への影響のみに限定されているわけではなくて、「当該利用が著作物の価値に与える影響」も含んでいる。Sony 事件最判も言うように、＜非商業的目的のための複製でさえ、著作権者が持つべきと議会が意図した報酬を得る能力を害することがある：Sony＞ここに言う報酬は金銭的なものに限られる必要はない。報酬は様々な形態を取りうる。

本件に関しては、

- ・X の指摘のように、Y の宣伝に応じる人というのは、X が計画している原作品の注釈本や、将来の再出版物に興味を持つ人と同じである。……故に、Y による本件著作物の無許諾版の配布は、潜在的な信者や寄付を X から転じてしまうことで、X の営業権 (goodwill) を傷つける。
- ・X が 10 年間に渡って本件書籍を利用してこなかったこと、また新判の出版について具体的な計画がないことは、Y による作品の配布によって害されるような経済的な価値が、本件書籍に関して X に存在しないことを示している、と Y は主張するが、我々はそれには同意しない。生涯の間、作品を出版する意図を否定する著者でさえ著作権による保護を与えられる。なぜなら、考慮すべきは「潜在的な市場」であり、また、気持ちを変える権利も有するからだ。

公刊された判決で、批評もなく、書物を丸ごと逐語的に複製することを、フェア・ユースによって保護するものを見いだせない。

○総合的な評価

- ・結局、本件書籍の（筆者注：出版に関する）フェア・ユースの抗弁は否定される。なぜなら、最初の 3 つの要素が X に有利、第 4 要素は、最悪でも、中立だからだ。

【事案の概要】

原告・被控訴人 X (A&M Records 等) は、商業的レコードの製造販売を行っている。
被告・控訴人 Y (Napster) は、集中管理型と呼ばれるファイル交換システムを開発運営している。Y は、そのユーザーが、自身のコンピュータ上の音楽ファイルを MP3 ファイルに変換すること、他のユーザーが持っているファイルを検索すること、インターネット経由でユーザー間で MP3 ファイルを転送すること、を可能とするユーザー用のソフトウェアおよび Y サーバー、技術サポート等を提供している。

X は、Y による寄与侵害および代位責任を主張して Y を訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースが否定される可能性が高い（仮差止めを命じる）

地裁は、ユーザーの行為についてフェア・ユースを認めず、Y に対して、自らまたは他者をして、X の楽曲およびレコードを、X の許諾なく、複製、ダウンロード、アップロード、転送、頒布することを禁ずる仮差止め命令を下した。

Y が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

なお、本件では、Y は寄与侵害責任等を問われており、その前提として、Y システムのユーザーによる直接侵害の存在が問題となっている。更にいえば、ユーザーによる直接侵害（アップロードは頒布権侵害、ダウンロードは複製権侵害）に関して prima facie case が証明されていることについては控訴されていない。フェア・ユースの成否が争点となっている。

判決は、まず Y システムのユーザーの行為の一般的なフェア・ユース適合性を論じた上で、次に Y が主張する個別の利用形態について、フェア・ユース適合性を論じるという構造になっている。以下、その構造に沿ってまとめる。

<フェア・ユース>

○総論

・ユーザーは著作物をフェア・ユースしているので、X の著作権を直接侵害していないと Y は主張している。……Y がフェア・ユースを主張している利用形態は次の 3 つである。

- (a) サンプリング（ユーザーは、購入前に作品の一時的複製を作成する）
- (b) スペースシフト（ユーザーは、既に音楽 CD として所有している音楽を、Y のシステムを通じてアクセスする）
- (c) 新人または有名なアーティストによって黙認された録音物の頒布

○第 1 要素 → フェア・ユースに不利

まず、一般論として、この要素は〔変容力があるかそれほどの程度か：Campbell (D)からの部分引用〕を問うものである、旨を明らかにする。その上で、

・MP3 ファイルのダウンロードは著作物を変容しない、という地裁の結論は支持できる。Infinity 事件などを参照すると、裁判所は、原作品が単純に異なったメディアで送信されるだけのとき、フェア・ユースを認定するのをいやがってきた。

つぎに、商業的か非商業的かが問題になるとした上で、商業的な使用はフェア・ユースに不利になるが、問題に対して決定的なものではない、旨を指摘する。そして、次のような判断を示す。

Worldwide Church of God 事件等を参照すると、商業的利用を証明するために、直接的な経済的利益は要求されない。むしろ、著作物の繰り返しのそして搾取的な複製は、たとえ複製物が販売のために提供されなくても、商業的利用を構成しうる。

- ・我々の前の証拠によると、許諾された複製物を購入する費用を節約するために、繰り返しのそして搾取的な著作物の無許諾複製が行われていることを示すことで、商業的利用は証明される。

○第2要素 → フェア・ユースに不利

- ・事実的作品よりも創作的な作品の方が、[意図された著作権保護の核心により近い：Campbell (Q)からの部分引用] として、楽曲および録音物が創作的でありフェア・ユースの認定に不利になるとした地裁の判断は間違いではないとした。

○第3要素 → フェア・ユースに不利

- ・Worldwide Church of God 事件を参照して、<全部の複製は当然にフェア・ユースを排除するものではないが、作品全体の複製はフェア・ユースの認定に不利に働く：Worldwide Church of God> として、Y のユーザーが著作物の全部を複製していることから、この要素はフェア・ユースに不利とした。

○第4要素 → フェア・ユースに不利

<フェア・ユースは、正しく適用されると、複製される作品の市場性を著しく害さないような他者による複製に限定される：Harper & Row>

[この要素の重要性は、害の量によって変わるだけでなく、他の要素の証明の相対的な強さによっても変わってくる]

[もし、意図された利用が商業的な利益目的なら、そのような可能性は推定されるだろう：Sony (E)] [もし非商業的な目的のためなら、可能性は証明されなければならない：Sony (F)] を踏まえると、現在のまたは将来の市場の害を立証するために要求される証明は、利用の目的と性質によって異なってくる。

本件については、

- ・地裁は、Y が少なくとも2つの方法で市場を害していると判断した。すなわち、大学生の間での音楽 CD 販売の減少と、X がデジタル音楽ダウンロード市場に参入する上での障壁を引き上げることの2つである。
- ・上記2点について、地裁は、現在のそして将来のデジタルダウンロード市場に、Y が有害な影響を与えることを正しく認定した。
- ・デジタルダウンロードを Y システム上で無料で可能とすることは、同じダウンロードについて課金しようとする著作権者の試みを、必然的に害する。

(a) 試聴のための利用

- ・地裁は、たとえユーザーの中に音楽の購入者がいたとしても、試聴のための利用は商業的であることは変わらないと判断した。……記録によれば、無料の販促用ダウンロードについて、Xが大いに規制していることが明らかである。同じく、Xはインターネットの販売サイト上で音楽の試聴を可能にすることについて利用料を徴収している、ということも明らかである。……証拠によれば、レコード会社によって提供されている無料ダウンロードは、30秒から60秒程度の短いものであるか、1曲丸ごとの場合は、ダウンロードした者のコンピュータに短時間のみ存在する「時限式」にプログラムされているものであることを明らかである。一方、Yのユーザーは、録音物の1曲丸ごとを、無料で、そして永久にダウンロードできる。試聴のための利用の目的と性格についての地裁に認定に明白な誤りはない。
- ・たとえYシステム上で行われる試聴の類が非商業的利用であったとしても、当該試聴が、広範囲に行われれば、著作物の潜在的な市場に悪影響を与えることについての実質的な可能性をXは示した、と地裁は判断した。記録は、①試聴するユーザーがより多くの音楽をダウンロードすればする程、音楽録音物を購入する可能性は少なくなってしまうこと、②たとえ音楽CDの市場が害されなくても、Yは発展中のデジタルダウンロード市場に悪影響を与えていること、を支持している。
- ・Yは、試聴によって音楽CDの販売が増加していることを示す証拠を地裁が拒絶したことを誤りだと主張したが、Xの販売が潜在的に拡大するからといって、フェア・ユース分析を結論的にY有利に傾けることはない。……無許諾利用によって著作物の販売が増加しても、著作権者は、当該著作物をライセンスする権利を奪われぬ。また、ある市場（ここでは音楽CD市場）における肯定的な影響が、特定された代替的な市場（ここではデジタルダウンロード市場）を発展させる権利を著作権者から奪うこともない。

(b) スペースシフト

- ・YはYシステムのユーザーが既に音楽CDとして所有している音楽を聞くために、YシステムからMP3ファイルをダウンロードすることは、スペースシフトであって、Diamond Multimedia Systems 事件¹⁵や Sony 最判に照らせば、フェア・ユースであると主張した。しかし、両事件とも（筆者注：依拠するには）不適當である。なぜなら、これらの事件でシフトを行った手法は、（筆者注：シフトと）同時に公衆に対して著作物を配布することはないからだ。著作物のタイムシフトもスペースシフトも、著作物を元々のユーザーに対してのみ提供するだけである。……一方で、あるユーザーが、自身が既に持っている音楽を、他の場所でその音楽にアクセスするために、Yシステム上に一度リストアップすると、音楽は、元々のCD保有者だけでなく、何百万という他の個人にも利用可能となってしまう、ことは明らかである。

(c) 黙認された利用

- ・インディーズアーティスト、または有名アーティストによって黙認された複製というのが、Yによって最後に主張されるフェア・ユースである。……しかし、原告はこのような、または他の種類の非侵害の利用を禁じることを求めている。

¹⁵ Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999)

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Los Angeles News Service) は、独立報道組織であり、他のニュースメディアに報道素材を提供している。ロス暴動発生後、X のヘリコプターは、白人レジナルド・デニー氏が暴行を受けているところを上空から撮影し、本件映像を含む 4 本の映像作品を作成した。X は本件映像等を各種報道機関にライセンスしている。

X は、被告・被控訴人の一人である CBS のニュース配信組織が、X に無断で本件映像を無断で配信していることを見つけた。配信先の一つと思われるのが、被告・被控訴人 Y (Court Television Networks) であった。

Y は、本件映像の中で、ウィリアム氏がデニー氏に煉瓦を投げつけているシーンを、ウィリアム氏等の公判を報道する番組を宣伝するティーザー広告中に利用した。また、Y は同じシーンを、自らの番組「プライム・タイム・ジャスティス」のオープニングのモニタージュ映像に (オレンジ色の時計をかたどったフレームの後ろに、粒子の粗い、薄い、白黒映像として) 数秒間利用した。

X は Y 等を訴えたが、一旦和解のための話し合いが行われ、その間訴訟は取り下げられた。しかし、和解は失敗し、X は再び Y 等を訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

地裁は、(a) 完全ではないが、主として、非営利的なニュース報道目的であること、(b) モンタージュへの利用は変容力があること、(c) 利用した部分が少ないこと、(d) Y はニュース速報をしているわけではなくて公判中継をしており、X の競合者ではないため、本件映像の利用をライセンスする市場に著しく影響することはないこと、を理由にフェア・ユースを認め、被告勝訴のサリージャッジメントを下した。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

Y が本件映像を (入手経路は別として) ライセンスを得ることなく利用したことに争いはない。

<フェア・ユース>

○総論

フェア・ユースを判断するにあたって、明確な線引きができるルールはなく、ケースバイケース判断が必要であるとした上で、[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである : Campbell (B)] を引用。

○第 1 要素 → わずかにフェア・ユースに有利

まず、「利用の目的と性格」について問う上で、もっとも重要なのは、フェア・ユースを主張している利用が変容力があるかないかという点である旨を述べ、[最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである : Campbell (D)] と同趣旨の内容に言及した上で、[変容力があることは、

フェア・ユースの認定のために絶対的に必須のものではない：Campbell (E)] を引用。
具体的な当てはめとして、

- ・我々は以前に、Xの暴動ビデオのニュース報道性にかかわらず、それらの単純な再放送はそれ自身では変容力があるとは言えないと判断した。……多くの部分で、Yによるビデオクリップの利用は変容力を持っていないようだ。Xの9分間の映像から、最も映像的に印象的な抜粋を抜き出すだけでは、何か新しいものを付け加えたとは言えない。<そこには、素材に対する現実かつ実質的な考慮が存在しなければならず、それらに対して知的労働および判断が与えられなければならない。単なる安易な録音での作業や、原作品の主要な価値を構成する本質的な部分の抽出ではいけない：Folsom>……本件で、デニー氏暴行のビデオクリップを単純に抜粋し、デニー氏の証言の最新状況からのビデオクリップと並べるとは、デニー氏暴行の様子を描写するという目的——そのニュース報道性……——を何も変更しない。
- ・ドラマ風の効果の編集の後に、プライム・タイム・ジャスティスを紹介するビデオモンタージュへ当該クリップを取り込むことは「変容」という概念によりあてはまると主張できるであろう。少なくとも、モンタージュの展開は、単なる再発行 (republication) を超えた、創作的な要素を含んでいる点で説得的である。そして、それはニュース報道性を超えた目的に資している。
- ・今一点、この要素に影響を及ぼす追加の考慮事項は、Yの利用が、単純なニュース報道、またはニュースについての報道というよりもむしろ、その番組内容を宣伝する等の目的を持った、大いに商業的なものであることだ。Yが利益を得る目的で作品を利用したことは決定的ではないが、分析の1項目である。しかしながら、Yが当該クリップを活用したのは大いに商業的であったとしても、それは大いに変容力のあるものであり、結果、商業目的の重要性を減じることになる。番組のオープニングのモンタージュ部分は、番組の宣伝という意味で大いに商業的であるが、そのモンタージュは大いに変容力があるので、商業的な利用の重要性は薄れる。
一方で、番組内容を示すティーザーにおけるクリップについては、変容力が少なく、故に、商業目的はより重要になる。そして、この利用は、モンタージュの場合よりも、もっともらしくニュース報道 (著作権法上有利な利用形態) と関連している。事実、ジャーナリズムに特有のことができことはウィリアム氏等の公判をカバーしていることであり、それはXのビデオが中心的に特集しているところでもある。ニュース報道性のある出来事は、暴行シーンではなくて公判であるので、YはXと直接の競合関係にはない。
- ・宣伝利用とモンタージュ利用の両方とも、KCAL-TV 事件等の純粋侵害的な利用から区別できるような側面を持っている。もっとも、著作物が証拠として裁判所に提出される時の様子を報道している場合なら別として、どちらの場合もYの商業的 목적は完全には減じられなかった。結局、この要素は、わずかにフェア・ユースに有利である。

○第2要素 → フェア・ユースに有利

- ・KCAL-TV 事件で判示したように、<デニー氏暴行ビデオは情報的で、事実に、報道的である。それぞれの性格は大いに利用者に有利である。侵害者と主張されている者による利用の前に発行されていたことも同様である。撮影者のカメラの能力の結果として、創作的な側面がないとは言えないが、それでもこの要素は、フェア・ユースを認めるのを容易にする：KCAL-TV>

○第3要素 → 中立

- ・ Yによって利用されたのは数秒間である。
- ・ 利用された部分がわずかであっても、それは著作物の核心——最も価値があり関係している部分——であるという主張は、本件でも一定程度適用される。しかし、本件での利用はわずか数秒である。また Xは、Reuters 相手の訴訟¹⁶でデニー氏が暴行されている 45 秒間が核心だと主張していたことを考えると、数シーンが核心だという X の主張は説得力が弱い。

この要素の解釈に関する判例法は、もちろん法の求め（著作物全体との関係で利用された部分の実質性を考慮すること）に忠実であるが、分子を考慮する上では、利用の目的と性質も関係してくることに言及している。本件に関しては、

- ・ Yが宣伝目的で使ったフレームは、Yが宣伝している対象物（ウィリアムス氏等の公判）に密接に結びついている。（筆者注：Yは）最も認識可能なフレームを採用することで、必要以上に取り込むことを避けた。
- ・ 我々の判例法は、作品の最も重要な部分の侵害の方が、全体の複製に比べて、公正であるとはしないが、そのような論理に限界がないわけではない。重要なフッターの選択的な抜粋は、ある時点で、もはや「核心（heart）」の剽窃だとは性格付けられなくなる。Yが利用したフレームの重要性——核心でなくても、少なくとも心臓部（ventricle）に等しい——を否定しないが、デニー氏のビデオに関する以前の事件において第3要素がXに有利であったのと比べると、今回はそれ程Xに有利ではないと考える。その重要性に比して、複製された部分の短さを考慮して、この要素は中立である。

○第4要素 → フェア・ユースに有利

〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度（を考慮する）：Campbell (V)〕〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かである：Campbell (W)〕を引用した上で、

- ・ プライム・タイム・ジャスティスのモンタージュ・シーンでの変容力のある利用は、関連市場に影響する可能性はまずない。〔Campbell (X)〕
- ・ 公判の報道範囲を宣伝するための再放送——それは（以上で述べたように）変容力が少ない——はより問題である。Xは次のように主張する：まさにその当時、当該暴動とそれを象徴するものとなった映像に対する関心が、公判によって再び強まっていた。それゆえにYは不正使用をしたのだ。（筆者注：Yが不正使用をした）そのとき、デニー氏の映像のための正真正銘の市場が存在した。しかしながら、関連する問題は、Xの作品の3秒間の利用——すなわち、既に供給過剰な市場における単なる追加利用というだけではなく、報酬を支払われていない利用——が、本件映像全体を見せるためにライセンスする市場に実質的に影響するか否かである。もし、フッターをライセンスする唯一または最も重要な理由が、ここで問題となっている特定の映像を何かしら利用する特権を得るためであれば、そのような影響はあったかもしれない。しかし、Xの以前の訴訟における立場は、45秒全部の価値こそが作品の「核心」と呼ばれるにふさわしい、というものであった。更に、Xのライセンシーの全部ではないが多くは、映像を数秒間以上（筆者注：利用すること）を必要とするニュースや関連番組の中で映像を利用した。
- ・ 公正と主張している利用が広がった場合の市場への影響を想像しなければならないという Campbell 事件最判の忠告を、我々は心している。しかしながら、Yは、

¹⁶ L.A. News Serv. V. Reuters television Int'l, Ltd., 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998)

Xとは全く異なる市場でビジネスを行っている。Yは、暴動の様相を見せるという点で、そして同一の一般的なタイプのニュース速報を見せるという点でさえ、Xと競争していない。

○総合評価

中立とした実質性を除いて、各要素（特に著作物の性質）は、フェア・ユースに有利であると結論づける。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Kelly 氏) は、プロの写真家である。

被告・被控訴人 Y (Arriba Soft Corporation) は、画像検索エンジンを提供している。Y の検索エンジンでは、クローラーと呼ばれるプログラムがインターネット上を巡回してフルサイズのイメージを見つけ、Y のサーバーにダウンロードしサムネイルを作成する。検索結果の表示画面にはサムネイルが表示される。サムネイルをクリックすると、元のサイトに接続してオリジナルの画像が表示される（具体的な表示方法は時期によって異なる。）

X は、Y の検索サイトに自分の写真 35 枚 (X 作品) がサムネイルとして表示されることを発見した。X の抗議を受けて、Y はサムネイルを削除し、X サイトをクローラーの巡回対象から外した。数ヶ月後、Y は X からの訴状を受け取った。第三者のサイトに掲載された X 作品が検索結果として表示されることを問題としたものであった。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

X は Y によるサムネイルの利用は、複製権、展示権 (display right)、頒布権の侵害になると主張して Summary Judgement を申し立てた。この申し立てに関して、X が prima facie case を証明できていることを Y が認めたので、フェア・ユースに当たるか否かが争点となった。

地裁は、第 1 要素と第 4 要素が Y に有利としてフェア・ユースを認めた。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

(地裁において、Y は、X が prima facie case を証明できていることを認めている。)

(なお、地裁はフルサイズイメージの表示に関しても Y 勝訴の Summary Judgement を下したが、これは当事者が申し立てていない事項であるとして、この部分については覆した。)

<フェア・ユース>

○総論

フェア・ユースの意義として、[著作権法が、創作性——著作権法がまさに育てようとしているもの——を窒息させるような時、裁判所が著作権法の厳格な適用を避けることを認める: Stewart (A)] を引用した上で、我々はこの(筆者注: 法定の) 4 要素を、決定的、確定的なテストとして見るのではなくて、著作権法の目的に照らして、比較考慮しなければならない。

○第 1 要素 → Y 有利

最高裁は、著作物の商業的な利用は、この要素の下での検討を終わらせるという命題を拒否した、とした上で、[この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否か: Campbell (C)] [最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、

それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)] [新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利になるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は小さくなる：Campbell (F)] を順次引用。以下、具体的な当てはめとして、

- ・地裁が認定したように、X 作品の（筆者注：Y による）そのような利用は商業的であるが、それは伝統的な商業的利用と比べると、より付随的なものである一方、あまり搾取的なものとはいえない。Y は X 作品を自身のサイトを直接的に宣伝するために利用しているのでもなければ、X 作品を販売することで利益を得ようと試みているわけでもない。それどころか、X 作品は Y の検索エンジンデータベース中の何千とあるイメージの一部に過ぎない。X 作品の利用が著しく搾取的というわけではないため、利用の商業的な性質はわずかにフェア・ユースに不利になるのみである。
- ・この要素についての第 2 の検討は、利用が変容力のある性質のものか否かである。我々は、Y の利用が原作品の目的を単に代替するものか、それとも更なる目的や異なる性質を付け加えるものかを検討する必要がある。我々は、Y による X 作品のサムネイルとしての利用は、変容力があると考える。
- ・Y は X 作品の正確な複製を作成したが、サムネイルは小さく、低解像度で、X の原作品とは全く異なる目的に供される。X 作品は芸術的なものであるが、Y による X 作品のサムネイルとしての利用は、芸術的な目的とは全く関係がない。Y の検索エンジンは、索引を作ることを助け、インターネット上のイメージや関係するサイトへのアクセスを改善するためのツールとして機能する。事実、サムネイルは原作品よりもずっと低解像度なので、ユーザーが、サムネイルを拡大して、芸術的目的のために使うことはありそうにない。
- ・Y は X 作品を正確に複製し何も付け加えていないので、Y による利用は変容力があるとは言えない、と X は主張する。
裁判所は、原作品を異なるメディアで再度伝達するに過ぎないときには、フェア・ユースを認定するのをためらってきた。その例として Infinity 事件、KCAL-TV 事件等があげられる。しかし、それらの事件では原作品と同目的に利用されていたが、この事件には、X 作品を異なるメディアで再送信 (retransmission) するだけ以上のものがある。Y による X 作品の利用は、X が目的としていたところと異なる機能（インターネット上の情報へのアクセスを改善することと芸術的表現との違い）を果たす。……Y の利用は X の利用を代替せず、むしろイメージのための異なる目的を産み出すので、Y の利用は変容力がある。

著作権法は、創造性を促進し、その結果芸術家と公衆を利することを意図されている。教育、研究、批評、そしてニュース報道のために、芸術的な作品を将来潜在的に利用することを守るために、議会は、フェア・ユースの例外を作り出した。

本件に関しては、

- ・Y による X 作品の利用は著作権法とフェア・ユース例外の目的とするところを促進する。サムネイルは説明的または芸術的な目的のためには利用されず、それゆえ原作品の需要を代替しないので、芸術的な創作性の首を絞めることはない。
- ・さらに、インターネット上の情報収集技術を向上させることによって、公益に資する。フェア・ユースを認めた Bleem 事件では、比較広告は公益に資するとして第 1 要素をフェア・ユースに有利に解したが、同様に、検索エンジンは公益性を有する一方で、X 作品の完全性に対する損失は名目的なものではないので、この要素は Y に有利である。

○第 2 要素 → わずかに X 有利

＜創作的な性格を持つ作品は、事実的な作品よりも、意図された著作権保護の中心により近い：A&M＞、また、作家の表現が最初に世に出ることは既にすんでしまっているので、発行された作品はよりフェア・ユースになりやすい、とした上で、

- ・情報的かつ芸術的目的で公衆によって見られるものであることを意図されている X 作品のような写真は、一般的に創作的な性質である。
- ・ X 作品は、 Y がそれらを検索イメージ中に利用する前にインターネット上に登場していた。
- ・ これら両方の要素を考慮すると、この要素はわずかではあるが X に有利である。

○第 3 要素 → 中立

＜大規模な複製がそれ自体でフェア・ユースを排除することはないが、作品全体の複製はフェア・ユースの認定に不利に働く： World Church of God＞ しかし、許される複製は、利用の目的と性格によって異なる。もし、後続の利用が、意図された利用に必要なだけ複製するのなら、この要素は利用者にとって不利にはならない。本件に関しては、

- ・ この要素はいずれの当事者にも有利にも不利にもならない。
- ・ (筆者注：検索結果画面において) ユーザーがイメージを認識し、当該イメージやオリジナルのサイトに関するより詳しい情報を求めるかどうかを決めるためには、 Y がイメージの全体を複製することは必要である。部分しか複製しないと役に立たない。

○第 4 要素 → Y に有利

〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度（を考慮する）： Campbell (V)〕〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かである： Campbell (W)〕を引用した上で、変容力のある作品は、著作物を単に代替する作品に比べて、原作品の市場に不利な影響を与える可能性が少ない〔Campbell (X)〕。具体的には、

- ・ X 作品の潜在的な市場としては、① X が自身の Web サイトにインターネットユーザーを誘引するために利用する場合、②他のサイトや写真データベース等に販売する場合、が考えられる。
- ・ ①について、検索結果としてサムネイルを表示することで、検索エンジンは、ユーザーに、他のどこか別のサイトではなくて、 X のサイトを案内する。たとえユーザーが（筆者注：検索結果）ページ上の情報よりもイメージ自身に関心を持ったとしても、それでも、フルサイズのイメージを見るためには X のサイトを訪れるしかない。……このことは、サムネイルが Y のデータベース中にのみ存在する場合だけではなくて、もっと広がって、他の検索エンジンのデータベース中にも存在するようになっても、依然として正しい。
- ・ ②について、 Y による X 作品の利用は、 X がフルサイズのイメージを販売したりライセンスしたりするのを害しない。 Y はサムネイルを、他者に販売したりライセンスしたりしていない。サムネイルは解像度が低いので、サムネイルをダウンロードした者が、それを拡大してフルサイズイメージとして販売するのに成功することもない。きれいなフルサイズイメージを見るため、作るため、販売するためには、 X のサイトを訪れる以外ない。

○総合判断

4つの要素を検討して、2つがYに有利、1つが中立、1つがわずかながらXに有利であったことを踏まえて、YによるX作品の検索エンジン上でのサムネイルとしての利用はフェア・ユースであると結論づける。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Elvis Presley Enterprises 等) は、エルビス・プレスリーに関する映像、写真等について著作権を有している会社等である。

被告・被控訴人 Y (Passport Video 等) は、「The Definitive Elvis」と題する 16 時間に及ぶドキュメンタリービデオ (Y 作品) を作成し販売している。Y 作品は、エルビスに関する徹底的な伝記であり、製作に当たって、プロデューサーは 200 人あまりにインタビューした程である。

Y 作品では、X が著作権を有する著作物を様々に利用している。例えば、テレビへの出演シーン (数秒から 30 秒程度) に、インタビューによるコメントなどを付け加えたものは、Y 作品全体の 5～10% 程度になる。また、エルビスの登場シーンについて論じた後で、コメント的な音声を重ねることなしに、エルビスの映ったビデオクリップをそのままがす場合もあった。多くは 10～30 秒程度であったが、累積すると、元の番組等のかかなりの部分に匹敵した。写真は、その内容についてのコメントがないのに、画面を埋めるために使われており、また、音楽はバックグラウンドミュージック的に使われることもあった。

X は、Y 作品が著作権を侵害するとして、Y を訴えた。

(なお、Y は X 中の一部の物にライセンスを求めたことがあったが、X の側で、類似する作品を検討していたためにライセンスを拒否されている。)

【地裁判決】 フェア・ユースが否定される可能性が高い (仮差止めを命じた)

地裁は、Y による利用はフェア・ユースにならないとして、販売禁止の仮差止めを命じた。

Y が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

Y が X の著作物を、ライセンスを得ることなく、Y 作品中に利用したことに争いはない。

<フェア・ユース>

○総論

フェア・ユースの検討は、明確な線引きで単純化できず、ケースバイケースの分析を必要とする、とした上で、[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)] を引用する。

○第 1 要素 → 互角 (地裁はフェア・ユースに不利)

<決定的ではないが、新しい作品が、非営利の対照としての商業的であることは、フェア・ユースの認定に不利である：Harper & Row (C)から部分引用> さらに、新しい利用者が著作権を商業的な収入のために活用する度合いは——商業的事業の一部として付随的に利用するのと対照的に——私たちが、(筆者注：第 1 要素を構成する) 1 項目としての商業的な性質に与える重要性に影響する。

ただ、第 1 要素についてより重要なのは、新しい作品に変容力があるかどうかである

として、[この要素の検討の中心は、Story 判事の言葉のように、新しい作品が、単に原作品の「目的にとってかわる (supersede the objects)」か否か：Campbell (C)] [最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)] [新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利になるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は小さくなる：Campbell (F)] を引用。

本件についての具体的当てはめとしては次のようになる。

- ・まず、Y の利用は、伝記ではあるが、性質として明らかに商業的な物である。より明確には、Y は自身がライセンス無く利用した著作権から直接的に利益を得ている。
- ・次に、Y による X の著作権の利用は、首尾一貫して変容力があるわけではない。……この要素は互角である。裁判所は、新しい作品が著作権のある素材を元の素材の目的とは異なる目的で利用するとき、新しい作品に「変容力がある」としてきた。Y による TV 番組の場面の利用の多くは変容力がある。なぜなら、それらは、傑出したエンターテナーの人生における歴史的参照点として引用されているからである。Y 作品の伝記としての性格により、これらの場面を表示する目的は、純粋娯楽から、エルビスの人生の物語の一部を語ることに変容している。しかし、映画の場面の多くは、この良性の目的を超えて使われてしまっている。それよりも、原告が正当に所有する娯楽目的で再放送しているだけである。Y 作品はそのパッケージに（筆者注：娯楽目的であることを）大いに宣伝しているので、これは視聴者にとっては驚くべきことではない。
- ・我々は、この要素を、一から再吟味する場合ならどう解決するかを決する必要はない。我々の審理は、地裁が（筆者注：仮差止め命令を出すに当たって）その裁量権を濫用したかどうかである。地裁は第 1 要素はフェア・ユースに不利と結論づけたが、それが誤った法的規準によるとか、明らかに事実誤認があるとまでは言えない。

○第 2 要素 → 互角（地裁は X に有利）

まず一般論として「法は一般に、創作的または創造的な作品よりも、事実に基づく作品の流布の必要性をより大きく認識している：Harper & Row (E)」とした上で、[一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心 (core) により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)] を引用し、更に、発行された (published) 作品は、後続する利用者によるフェア・ユースを認めやすい、旨も付け加える。

本件への具体的当てはめについては、

- ・テレビ番組の場面は互角である。一方で、出演シーンやコンサートシーンは創作的な性質である……他方で、それらのシーンは、「ニュース性のある」イベントと性格付けられるような意味も持つ。
- ・写真は、大抵の場合、ニュース性のあるイベントを描写しているわけではなくて、むしろ写真家の芸術的作品となっている。更に、オリジナルの楽曲が本質的に創作的であることは、議論の余地がない。
- ・地裁は全体として、この要素を X に有利と判断したが、そのような結論に達するのは裁量権の濫用であるとは言えない。

○第3要素 → Xに有利

〔この要素は、取り込まれた作品の量と取り込まれた部分の重要性を評価する。〕量に関して言えば複製は、それが侵害作品の関係で非実質的だからと言って、免責されない：Harper & Row (F)＞一方で、利用されている量が侵害作品に関して実質的であれば、それは当該（筆者注：利用された）著作物の価値の証拠である。利用された作品の質的性格については、著作物の「核心（the heart）」が取り込まれたかどうか……を見る。最後に、新しい利用者が、彼または彼女の意図した利用のために必要なだけ複製する場合、この要素はフェア・ユースに不利にはならない。

本件に関しては次のように判断した。

- ・わずかのシーンを伝記的な目的のために、（筆者注：過去の）出来事の参照として利用することは公正であろうが、シーンを何度も何度も利用することは、もはや伝記的な目的とは言えない。……しかも利用されているシーンは、多くの場合、作品の核心部分である。
- ・地裁は、この要素もX有利と判断したが、この結論は裁量権の濫用ではない。

○第4要素 → 互角（地裁はXに有利）

まず一般論として、この要素は、＜疑いなく最も重要な要素である：Harper & Row (H)＞と述べる。

〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度（を考慮する）：Campbell (V)〕〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かである：Campbell (W)〕を引用した上で、新しい作品に変容力があればあるほど、新しい作品による著作物の利用が当該著作物の市場に影響する可能性は低くなる〔Campbell (X)〕。

もし、新しい作品の目的が商業的なものなら、＜市場の害の可能性は推定される：Sony (E)から部分引用＞

本件に関しては次のように判断した。

- ・第1に、Yの利用は商業的であり、故に市場の害は推定できる。
- ・第2に、この種の利用（筆者注：本来ならお金を払って利用するテレビ出演シーンを利用すること）が広範囲に広がれば、Xが著作物を販売する市場を傷つける可能性が高い。しかし、この結論は、音楽や写真には当てはまらない。これらの作品に関する市場において、Y作品を、適正にライセンスされた製品の代わりに買おうと思う者は居そうにもないからだ。
- ・第3に、Yによるテレビ出演シーンの利用は、ときに、変容力がないものであり、これらの利用はXの原作品と同一目的で機能しているので、これらの利用は市場に影響する可能性がある。
- ・我々は、この要素がどちらかに強力に有利ではないと考えるが……この要素を分析する上で、地裁が裁量権を濫用したとは思わない。

○総合評価

この事案を地裁判事のように一から判断するのなら、どのように判断するかを表明するつもりは本日の判決にはないことを強調しておきたい。代わりに、我々の検討は、地裁がその裁量権を濫用したか否かに限っている……。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Matel Inc.) は、バービー人形で有名なおもちゃメーカーである。被告・被控訴人 Y (Thomas Forsythe。別名 Walking Mountain Productions) は、独学の写真家である。Y は、社会的・政治的に含意のある写真を撮っている。1997 年、Y は Food Chain Barbie (Y 写真) と名付けられた 1 連の写真 78 枚を撮影した。それらは、ヌードのバービー人形にセクシーなポーズを取らせ、古いキッチン用品と共に並べたものであった。Y は、その写真を通じて、「バービーと関連づけることで、女性を物として見ることへの批判を行い、バービーが体現している因習的な美の神話と女性を物として受け取る社会的風潮をこき下ろすこと」を試みたと言う。また、バービーのパロディを選んだのは、「バービーは、美と強迫概念的な完璧さに関する消費者の文化の不確実さを糧とするもっとも永続的な商品である」と考えたからだとする。

Y 写真の販売はあまり成功せず、葉書や名刺にして配ったり、Web サイトに掲載して販促活動を行ったりしたが、売り上げは限られていた。

X は、Y 写真が自身の著作権等を侵害するとして、Y を訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

地裁は、Y 写真は、①バービーを批判するパロディである、②目的のため必要な部分のみ複製した、③X の製品やそのライセンスの製品に対する市場の需要に影響しない、ことをあげて、フェア・ユースが成立するとして、Y 勝訴の Summary Judgement を下した。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

X は、バービー人形の頭部およびその部分 (腕、脚、首、肩、臀部) の著作権を有している。Y がバービー人形を写真に撮り、それを複製したことは明らかである。

<フェア・ユース>

○総論

フェア・ユースは、著作権法の厳密適用が著作権法の目的に却って害になるとき、それを避けるためのものであり <Stewart (A)>、ケースバイケースで判断されるべきであり、4 要素は全てが検討されるべきであり、結果はまとめて考慮されるべき <Campbell (B)> である。

○第 1 要素 → 大いに Y に有利

この要素の検討においては、新しい作品にどの程度変容力があるか、そして原作品を置き換えないか、そして当該作品の目的が営利かまたは非営利か、を問うことになる。

[Campbell (C)(D)(N)]

パロディに関しては次のように述べる。

当巡回区では、<パロディストは、パロディの対象を思い出すかまたは想起するために必要なもの以上を取り込まないなら、著作物のフェア・ユースを許される : Dr. Seuss> とした上で、[著作権法の目的に照らして、関係する要素をクリアしなければならない : Campbell (K)] を引用する。

< 閾値となるのは、パロディとしての性格が合理的に認識され得るかである : Dr. Seuss >

X は、パロディになるかどうかの判断に、アンケート調査の結果を利用することを求めたが、パロディかどうかの問題は、法の問題であり、公衆の多数の意見の問題ではない、として退けた。

[先行する著者の作品に、少なくとも部分的に、コメントするような新しい作品を創作するために、先行する著者の作品の要素をいくらか使用していることである : Campbell (G)] を引用した上で、**原作品がパロディの唯一の対象である必要はない。パロディは、[一定程度、原作品を注釈し、または批評する物として、合理的に受け止めることができる] かぎり、[もっと緩やかに原作品を標的にできる]**

次のように本件に関する当てはめを行った上で、この要素は大いに Y に有利と判断した。

- ・ Y の作品はバービーのパロディとして合理的に受け止めることができる。
- ・ Y が意図した批判や、彼が感じた悪影響——バービーがジェンダーの役割や女性の社会的地位に与えている悪影響——を見出すことは難しくない。
- ・ バービー人形との組み合わせを進め変容することで、Y は一種の社会的な批評とパロディ的な言論——修正第 1 条項によって保護され著作権法によって促進される言論——を創作した。

なお、Y 作品の商業性については、[商業性がフェアさの認定を否定する上で推定力を持つならば、そのような推定は、ニュース報道、解説、批評、教育、学術、研究のような、107 条の前文に説明的に列挙された利用方法のほとんどすべてを飲み込んでしまう。なぜなら、これらの行為は、我が国においては一般に利益を求めて行われるからである : Campbell (O)] [新しい作品が変容力を持てば持つほど、フェア・ユースを認定する上で不利になるであろう要素、たとえば商業性のような他の要素の重要性は小さくなる : Campbell (F)] を引用した上で、

- ・ Y 作品の非常に変容力のある性格と、パロディ的な質を考慮すると、その商業的な質は、それ程重要ではなくなる。

○第 2 要素 → Y に少し不利

Dr. Seuss 事件控訴最判の、創作的な作品は、情動的・機能的な性質の作品よりも、著作権保護の核心に近く、フェア・ユースになり難い、と言う部分を引用した上で

- ・ バービー人形は創作的であるが、<この要素は一般に、全体的なフェア・ユースの比較衡量において、あまり重要性を持たない : Dr. Seuss >

○第 3 要素 → Y に有利

我々は、[許されるべき複製の程度は、利用の目的と性格によって変化する : Campbell (R)] ことを認識した上で、[行われた特定の複製に対するパロディストの正当化の説得力] を評価する。

本件については、

- ・ 本件で著作物は人形のデザインであり、侵害作品はその人形を含む写真である。Y は、人形をバラバラに分断すること (筆者注 : という、付け加えを伴わない行

為)を除けば、人形のまわりの状況を創作し、写真の中に、その状況を捉えることによって、人形に付け加えることを行わなければならない。我々の目的のためには、Yによる利用は、楽曲の基本的部分を取り込んだ上で、作品を変容する要素を付け加えたパロディスト(筆者注:2 Live Crew)による利用との間に異なるところがない。

また〔特定を保証するために十分なものが、ひとたび取り込まれたならば、それ以上どれだけが合理的かは、作品の主たる価値が原作品をパロディすることである程度と、パロディが原作品の市場における代替物として機能する可能性による: Campbell (T)〕を引用した上で

- ・Yによるバービー人形とその頭部の複製の程度は、Yのパロディ的な目的と利用されたメディアに照らして、正当化できる。

○第4要素 → Yに有利

第4要素は(筆者注:2つのことを問うものである。すなわち)、実際の市場の害が、原告の保護された作品を被告が利用したことから生じるのか否か、そして、〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に〕原作品またはその派生物の〔潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになる: Campbell (W)〕か否かである。

この要素は、<当該利用が許された場合に公衆が受け取る利益と、当該利用が否定された場合に著作権者が受け取る個人的な利益の間の比較考慮を求める: Dr. Seuss>ことを試みるものである。<侵害と主張されている利用が、著作権者の期待利益に与える有害な影響が少なければ少ない程、当該利用を正当化するために証明されるべき公衆の利益は少なくなる: Dr. Seuss>

本件については、

- ・Y作品のパロディ的な性格故に、それがXの市場における、またはXのライセンスの市場における製品を代替することは、まずあり得ない。
- ・バービーに非常に批判的な作品を創作する芸術家に対して、Xがライセンスすることもありそうにない。〔創造的な作品の創作者が、自分の作品の批判的な論評や風刺をライセンスすることはありそうにもないため、そのような利用は、潜在的なライセンス市場の考えから、除いて良い。〕
- ・Yがバービーの価値を害したとXは主張する。しかし、第4要素は、特に強力な批評的作品の結果として著作物の価値が減少しても(筆者注:著作権法上の問題としては)認識しない。
- ・我々は批評的な作品が批評的な側面を超えた次元を持ち、著作物の潜在的な市場に影響する可能性を認識する。故に、市場の害を判断する上では、作品の批評的な側面を見るだけでなく、もっと一般的に、作品それ自身も見なければならない。しかし、Y作品はヌード、そしてしばしばセクシーな姿を描写するので、それは、Xがまずライセンスしそうにもない芸術写真の類型である。……Y作品はバービーの大人向けの芸術的写真市場における作品の代替物になり得るのみである。我々は、Xはそのような市場に参入しないし、ライセンスして他者にそれをさせることもないだろうと、考えても大丈夫だろう。Campbell事件最判も言うように、〔潜在的な派生的利用の市場には、原作品の創作者が一般的に活用し、活用のために他者にライセンスするもののみが含まれる: Campbell (Z)〕
- ・批評や注釈のための参照としてバービーを利用する芸術作品の類に対しての完全なコントロールをXに許すことは、公衆の利益にはならない。

○総合評価

- ・ Y 作品は、バービーのパロディであり、大いに変容力がある。X の人形を利用した分量も正当化可能である。Y による侵害的な行為は、派生的利用に対する X の市場に認識可能な影響を持たない。最後に、そのような利用を許すこと——芸術的自由と、表現と、文化的偶像への批判を許すこと——が公衆に与える利益は大きい。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Wall Data 社) は、特定 OS を利用しているコンピュータが別の OS を利用しているコンピュータに保存されているデータを利用可能とするソフトウェア (X ソフトウェア) を製造販売している。

被告・被控訴人 Y (Los Angeles County Sheriff 局等) は、新築のツイン・タワーのコンピュータに X ソフトウェアを導入することとした。当初は、1 台ずつインストールしていたが、手間がかかりすぎることと、またどのパソコンが X ソフトウェアを必要とするか予め分からなかったこともあって、途中からインストール方法を変更した。具体的には、1 台のコンピュータに基本的な構成をインストールし、そのハードディスクの内容を残りのコンピュータに同時に転送する方法であり、ハードディスク・イメージングと呼ばれている。

Y は合計 3663 台分のライセンスを購入したが、実際には、6007 台のコンピュータに、ハードディスク・イメージングを施した。もっとも、Y のコンピュータはネットワークに接続されており、ネットワーク上のサーバーに導入されているシステムによって、同時に X ソフトウェアを利用できるのは 3663 台を超えないように管理されていた。

実情を知った X が Y を訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを否定 (Summary Judgement)

Y は、自らの行為は契約違反ではなく、また著作権法 107 条または 117 条によって著作権侵害とはならない旨主張した。

地裁は、Summary Judgement でフェア・ユースの抗弁を退け、その後の陪審公判の結果、著作権侵害と損害賠償が認められた。

Y が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

著作権侵害行為自体は争いになっていない。

<フェア・ユース>

○総論

1 世紀以上にわたって、裁判所はフェア・ユース法理の下で、さもなくば侵害となる著作物の利用を免責してきた。……著作権法はフェア・ユースの抗弁を条文化し、フェア・ユースとなる 6 つの例に言及した……。

フェア・ユースの抗弁は、著作権法の基本的な目的 (著作物を「公益が個人の権利と十分に合致するように」もっとも有益に利用すること) を支えている。

4 要素全てが Y に有利である必要はない。

これらの要素を検討するときには、「合理的な著作権者」であれば当該利用に同意するだろうというような場合、例えば、その時点での「慣例または公序 (custom or public policy)」が当該利用を合理的なものとするようなとき、フェア・ユースは適切であるということを中心に留めおく。

Yは、ライセンスで許された利用を最大限に拡げるために、技術を適用したに過ぎないのであるから、自らはフェア・ユースの抗弁を与えられると主張している。われわれは、フェア・ユースは著作権法を活発な技術的革新に適合させ、著作権法の過剰な厳格適用に抵抗するための道具であることを心に留めている。にもかかわらず、〔著作権法の目的に照らして：Campbell (B)からの部分引用〕、控訴審においてフェア・ユースの4要素を改めて検討した結果、我々は、Yはフェア・ユースの抗弁を与えられないと結論する。

○第1要素 → フェア・ユースに不利

最初の関心は、Yの利用が変容力のあるものかどうかである。〔新しい作品が変容力を持たず持つほど、他の要素の重要性は少なくなる：Campbell (F)からの部分引用〕被告が原告の著作物を変更するような場合や、被告が原告の著作物を新しい創作に変容するような異なる文脈で利用する場合のみ、利用に変容力があると考えられる。

- ・ YはXソフトウェアの正確な複製物を作り出した。Yはそれらの複製物を、オリジナルのソフトウェアと同一の目的で利用した。そのような利用は変容力があるとは考えられない。
- ・ 次に、Xソフトウェアを複製するためにYがハードディスク・イメージングを利用したことは、知識や芸術の進歩（著作権法が保証したいと意図している目的）を促していない。……故にそのようなものを「フェア・ユース」として許すことは、著作権法の究極の目的を推進しない。
- ・ 最後に、Yの利用は商業的な性質のものである。Yは、Xソフトウェアの複製物の全てが実際に使われるわけではなく、YはXと競合しない政府組織なので、その利用は「商業的に意味がない」と主張する。我々はこれに同意しない。Worldwide Church of God 事件で説明したように、＜著作物の繰り返される搾取的な複製は、たとえ複製物が販売に供されなくても、商業的な利用となり得る：Worldwide Church of God＞＜著作物の繰り返される搾取的な無許諾複製が、許諾済み複製物の購入にかかる費用の節約に役立つことを示すことで、[商業的な利用は] 証明される：A&M＞
- ・ Xソフトウェアのライセンス契約は、特定の1台のコンピュータのみへのインストールを規定し、複数コンピュータや複数人での利用を禁止している。にもかかわらず、Yはツイン・タワーのほとんど全てのコンピュータに、Xソフトウェアをインストールした。Yは、ハードディスク・イメージングを利用することで、ツイン・タワーの各コンピュータに個々にソフトウェアを個別にインストールすることに伴う、人件費を削減し、可能性のあるミスを取り除いた。また、ハードディスク・イメージングを利用することで、仕事のために割り当てられたコンピュータがどれであっても、Xソフトウェアを利用する必要のあるユーザーが、ソフトウェアにアクセスできることを確実にした。このような柔軟性は、ソフトウェアがロードされるコンピュータ毎にライセンスを購入すること、またはより制限的でないライセンスをXと交渉することでのみ実現されるはずである。したがって、＜許諾済みの複製物の購入にかかる費用を節約するために当該複製物は作成された＞ので、Yの利用の「目的と性格」は、商業的であると我々は、結論づける。

○第2要素 → フェア・ユースに不利

フェア・ユースの第2要素を分析する上で、我々は著作物の性質（創作的な作品は＜情報的かつ機能的な作品に比べて、著作権が意図する保護の核心により近いところにある：Dr Seuss＞）を見る。また、我々の同輩の控訴裁は、この要素の下で、著作物が＜財政的な見返りを期待した、時間と労力の実質的な投資＞を象徴しているかどうかを考慮してきた。

- ・Xソフトウェアは純粋に創作的な作品ではない。にもかかわらず著作権法はコンピュータ・ソフトウェアを保護している。
- ・さらに、Xソフトウェアが数年にわたって開発され、Xが数百万ドルの投資をすることが必要であったことに関して、Xは争いのない証拠を提出した。

○第3要素 → フェア・ユースに不利

「著作物全体にとって利用された部分の量と実質性」が「複製の目的にとって合理的」かどうかを考慮する。

- ・Yは、ツイン・タワーの全てのコンピュータが同一の複製物を保有することを確実にするために、Xソフトウェアの全体を複製した。〈作品の目的が原作品と異なるとき、全部の逐語的な複製は正当化できる：Matel〉が、Yは、オリジナルのソフトウェアのライセンスが購入されるのとまさに同じ目的のために、複製物を利用した。

○第4要素 → フェア・ユースに不利

フェア・ユースの最後の要素に関しては、著作物の通常の市場に焦点をあてると共に、侵害と主張されている利用が、著作物の潜在的な市場や価値を脅かすか否かに焦点を当てる。

〈この要素は、当該利用が許された場合に公衆が受け取る利益と、当該利用が否定された場合に著作権者が受け取る個人的な利益の間の比較考慮を求めることを試みるものである。侵害と主張されている利用が、著作権者の期待利益に与える有害な影響が少なければ少ない程、当該利用を正当化するために証明されるべき公衆の利益は少なくなる：Matel〉

- ・著作権のあるソフトウェアを、ユーザーが契約した以上に利用するときはいつでも、製品の正当な市場に影響する。ハードディスク・イメージングはコンピュータ・ソフトウェアをインストールする効率的かつ効果的方法かもしれないが、〔被告によって行われた類の行為が限定されずそして広範囲に行われた：Campbell (W) からの部分引用〕とき、それはソフトウェアの数を超えた利用に結びつく。
- ・Yのシステムによって、Xは、どのコンピュータがXソフトウェアにアクセスしているかを独自に検証することができないため、XはYを信じるしかない。故にシステムは、(物理的なインストールが不要なので) 著作権侵害をより容易にし、数を超えた利用の探知をより難しくする。
- ・ソフトウェアは(筆者注：ライセンス) 数を超えて利用されることが容易であることを認識して、裁判所は、ソフトウェアの著作権侵害を容易にする手段に保護を拡大することに慎重であった。
- ・ライセンスを超えたハードディスク・イメージングの「広範な利用」は、Xソフトウェアの市場を深刻に害し得る。

○総合評価

- ・フェア・ユースの4要素を考慮した結果……何も、Yのフェア・ユース抗弁に有利に作用するものはない。我々は故に、Yはフェア・ユースの抗弁を与えられないと判断する。我々は、Yのフェア・ユースの抗弁に関する地裁の summary judgement を肯定する。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Perfect10) は、ヌードモデルの画像のライセンスや販売を行っている事業者である。X はパスワードによるログインが必要な会員制有料サイトでユーザーに画像 (X 画像) を提供している。また、携帯電話向けの利用のために訴外 A 社に、縮小サイズの画像をライセンスしている。

被告・被控訴人 Y (Google) は、画像検索エンジンを提供しており、同じく被告・被控訴人である Amazon.com は、Y の検索エンジンを利用したサービスをユーザーに提供している。Y の検索エンジンでは、クローラーと呼ばれるプログラムがインターネット上を巡回してフルサイズのイメージを見つけ、Y のサーバーにダウンロードしサムネイルを作成する。検索結果の表示画面にはサムネイルが表示される。サムネイルをクリックすると、元のサイトに接続してオリジナルの画像がインラインリンクで表示される。Y は検索エンジンの運営だけではなく、AdSense と呼ばれるシステムによっても収入を得ている。このシステムに参加する web サイト (パートナーと呼ばれる) には、Y が送信するデータにしたがってサイトの内容に関連した広告を自動的に表示する。広告収入は Y とパートナーで配分している。

Y のクローラーはパスワードを必要とするサイトにはアクセスできず、そこに掲載された画像が検索対象になることはない。しかし、X のユーザーが、X に無断で X のサイト以外に掲載した X 画像は Y 検索エンジンの対象となる。したがって、Y のユーザーの検索要求に応じて、サムネイルが表示され、また無断で X 画像を掲載しているサイトへのリンクも表示される。

X は Y 等を訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めなかった (仮差止めを命じる)

地裁は、Y によるサムネイルの利用が、X の展示権 (display right) を侵害するか否かについて、X が勝訴する可能性は高いとした上で、Kelly 事件と本件は異なるとして、フェア・ユースを認めなかった。

地裁は、Y が X の画像につきサムネイルを作成し展示することを禁じる仮差止め命令を出したが、フルサイズの X 画像を無許諾で掲載するサイトにリンクすることは禁じなかった。

X が控訴し、Y も控訴した。

【控訴裁判決】 フェア・ユースを認めた (二次的侵害については差し戻し)

<前提としての著作権侵害>

Y によるサムネイルは、X の展示権を侵害することについて、X は prima facie case を証明できている。

<フェア・ユース>

○総論

(筆者注：フェア・ユースの) 抗弁は、先行するアイデアの上に築かれる新しいアイデアの発展を推奨すると共にそれを可能とし、故に、創作者の作品を保護するという著作権法の目的に対して必要な均衡をもたらす。〔著作権保護の揺籃期から、「科学および有用な技芸の発展を促進するため」著作物をフェア・ユースする機会が必要であると考えられてきた：Campbell (A)〕および〔著作権法が、創造性——著作権法がまさに育てようとしているものを窒息させるような時、裁判所が著作権法の厳格な適用を避けることを認める：Stewart (A)〕を引用。

我々はフェア・ユースの分析において柔軟であるべきだ。明確な線引きのできるルールはなく、ケースバイケースの分析が必要である。4つの要素は独立に扱われるべきではなくて、[すべての要件が探求されるべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B)]

- ・本件でフェア・ユース分析を行う上で、我々は Kelly 事件によって先導される。同事件では、本件で問題となっているのと、実質的に同じ形で著作権のある写真が利用された。

○第1要素 → Yに大いに有利

この検討の中心的な目的は、[新しい作品が「変容力がある」かどうか、それはどの程度かである：Campbell (D)] [原作品の目的に単に取って代わるのではなくて：Campbell (C)]、むしろ、[最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加え：Campbell (D)] しているとき、作品は「変容力がある」。逆に、新しい作品が [原作品の利用に取って代わる：Harper & Row] とき、当該利用はフェア・ユースではない。

Campbell 事件最判が言うように、[変容力がある作品] というのは [原作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させる] ものである。<被告が原告の著作物を変更するような場合や、被告が原告の著作物を新しい創作に変容するような異なる文脈で利用する場合のみ、利用に変容力があると考えられる：Wall Data>

- ・ Yによるサムネイルの利用は大いに変容力がある。Kelly 事件で我々は、Arriba によるサムネイルの利用は変容力があるとした。
- ・ 画像は元々、娯乐的、芸術的、または情報的な機能を果たすために創作されただろうが、検索エンジンは画像を、ユーザーに情報の出所を示すポインターに変容した。[パロディは、先行作品に光を投じることによって、社会的な利益を提供することができる] 故に、[パロディが、変容力のある価値に値する明らかな資格を有している] のとちょうど同じように、検索エンジンは、原作品を新しい作品、すなわち、電子的な参照ツールに組み入れることによって、社会的な利益を提供できる。事実、検索エンジンは、パロディよりも変容力がある、なぜなら、パロディは典型的には、原作品と同じ娯楽目的を持つ一方で、検索エンジンは原作品の完全に新しい利用を提供するからだ。
言葉を換えれば、検索エンジンは、画像を新しい創作に変容するような異なる文脈に、画像を置くことになる。
- ・ YがX画像の全体を検索エンジンの結果に取り込んだという事実は、Yの利用の変容力のある性格を減じない。……Kelly 事件で判断したように、<原作品と異なる機能を果たしている限り、作品の正確な複製であっても変容力がある：Kelly>
変容力を肯定した Nez 事件と、否定した World Church of God 事件および Infinity 事件を比較した上で、本件では、YはXの画像を異なる目的を果たす新しい文脈で利用している。
- ・ 地裁は、Yによるサムネイルの利用は、Xが縮小サイズの画像を携帯電話向けに販売する権利を代替する（ユーザーは、Xから縮小サイズの画像を購入する代わりに、無料で提供されるYのサムネイルをダウンロードする）ので、Arriba 事件の場合と比べて変容力が弱いと判断した。
また、Kelly 事件では、その商業的な側面は典型的なものよりも非搾取的なので、フェア・ユース認定にわずかに不利にすぎないとされたが、地裁は、AdSense プログラム（Yの収益に直接関係する）を利用している Web サイトの所有者が、侵害作品を掲載しているので、商業的性格は強化され、本件は Kelly 事件とは違うとした。

- ・著作権法の目的に照らして、事案毎の分析を行うならば〔Campbell (B)〕、我々は、Yによるサムネイルの代替的かつ商業的な利用と、Yによる重要な変容力ある利用とを比較衡量しなければならない。同様に、Yの検索エンジンが著作権の目的を促進し、公衆の利益に役に立つ程度も比較衡量する必要がある。
- ・我々は、本件における代替的な利用は現時点で著しいものではないと特筆する：地裁は携帯電話での利用のためのダウンロードが生じたことを認定していない。さらに、ユーザーを侵害コンテンツを掲載している AdSense パートナー（筆者注：の web サイト）へと誘導するためにサムネイルを利用することによって、Kelly 事件には存在しなかった商業的な側面を付け加えるが、この商業的な要素が著しいものであるとは決められなかった。
- ・我々は、付随的な代替利用や、Yの検索エンジンやwebサイトの重要でない商業的な側面と比べると、Yによる利用の変容力のある性格は著しいものであると結論する。故に、この要素は大いにYに有利である。

○第2要素 → Xにわずかに有利

Kelly 事件での第2要素に関する判断を踏まえた上で、

- ・地裁は、Xの画像は創作的であるが、すでに以前に発行されていると結論づけた。
- ・ひとたび、Xがその画像を有料会員のためにインターネット上に掲載することによって、この商業的に価値のある第一発行権を利用してしまえば、Xはもはや、未発行作品に適用可能なこの拡大された保護を与えられなくなる。
- ・したがって、この要素はわずかにXに有利とした地裁の認定は間違っていない。

○第3要素 → いずれの当事者にも有利ではない

Kelly 事件において、我々は、Arribaによる写真画像全体の複製は、検索エンジンの目的に照らして合理的であると述べた。……また、<（筆者注：検索結果画面において）ユーザーがイメージを認識し、当該画像やオリジナルのサイトに関するより詳しい情報を求めるか決めるためには、Yが画像の全体を複製することは必要である。部分しか複製しないと役に立たない：Kelly>旨も特筆した。その結果、この要素はいずれの当事者にも有利ではないと結論付けた。

- ・YによるX画像の利用に同様の分析を適用したので、地裁が、この要素はいずれの当事者にも有利でないと判断したことに誤りはない。

○第4要素 → いずれの当事者にも有利ではない

Kelly 事件では、サムネイルはフルサイズの画像の代替物ではないので、フルサイズ画像の市場に影響を害さない旨結論づけた。

- ・フルサイズ画像の市場への影響に関して、地裁が Kelly 事件に倣って同様の結論に至ったことに対して、Xは、意図された画像の利用が商業的収入のためなら、市場の害の可能性は推定されるので、地裁の判断は誤っていると主張した。しかし、この推定は作品に変容力がある場合生じない。なぜなら〔市場代替性は、少なくとも、はっきりとはせず、市場の害も容易には推定されない：Campbell (F)からの部分引用〕からだ。既に論じたように、Yによる検索エンジン目的でのサムネイルの利用は大いに変容力があるので、市場の害は推定され得ない。

- ・ Xは縮小サイズ画像の市場も有している。これは Kelly 事件には存在しなかった。……地裁はYから無料でX画像を入手できる人は、ダウンロードにお金を払う可能性は少ないだろう、そして、Yがサムネイル画像を利用可能としたことは、Xの携帯電話向けダウンロード市場を害する、と説いた。
- ・ 既に論じたように、地裁は、Yのユーザーが携帯電話での利用のため、サムネイル画像をダウンロードしたという認定をしていない。Xの市場に対する、この潜在的な害は、仮定のものである。

○総合判断

- ・ 4つ全ての要素についての事実に基づく分析を踏まえて、今度は、〔著作権の目的に照らして：Campbell (B)からの部分引用〕これらの要素をまとめて考慮する。本件において、YはXの（筆者注：画像の）サムネイル画像を（他の何百万というサムネイルイメージと共に）Xによって意図された利用と完全に異なる形で利用した。この著しく変容力のある利用と、証明されていない携帯電話用ダウンロードのためのYサムネイルの利用とを比較衡量し、他のフェア・ユースの要素を考慮して、全てを著作権の目的に照らして考えるなら、YによるX（筆者注：画像の）サムネイルの利用はフェア・ユースであると結論する。
- ・ 地裁はく法定の要素のそれぞれを評価するに十分な事実を認定したので……さらなる事実認定のために差し戻す必要はない：Harper & Row> Yがフェア・ユースの抗弁で勝利する可能性は高いと結論づけ、故に、Yによるサムネイル画像の利用についての仮差止めを取り消す。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Leadsinger 社) は、カラオケ装置のメーカーである。本件で問題となっているのは、楽曲を録音した IC チップが埋め込まれたマイクロフォン型のカラオケ装置であり、テレビにつなぐと、音楽に合わせて歌詞が表示される機能を有している。歌詞のバックには、許諾を得て使っている静止画が表示される。また、X は、歌詞カードも同梱していた。

被告・被控訴人 Y (BMG Publishing 社等) は、音楽出版社である。Y は、X に対して、115 条に基づく強制メカニカルライセンスを発行していた。Y はカラオケメーカーには、115 条のメカニカルライセンス料以外に、「歌詞複製料」と「シクロナイゼーション料」を請求していたが、X はそれを支払うのを拒絶した。その後 X は、115 条の下で支払うべきライセンス料を超えて支払うことなく、音楽と同時に歌詞を表示する権利があり、また歌詞カードを同梱することが可能である旨の確認を求めて、X を提訴した。

【地裁判決】 X の訴えを却下した。フェア・ユースは認めなかった。

視聴覚著作物の場合、115 条は適用されないとした上で、フェア・ユースの適用を否定した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

視聴覚著作物の場合、115 条は適用されないことを前提とする。

<フェア・ユース>

○総論

著作権法は、著作権者の作品を複製するための排他的な権利を著作権者に与えているわけではない。著作権法 107 条は、フェア・ユースの場合著作権侵害とならないと定めている。……フェア・ユースを分析するとき、これら（筆者注：107 条）の 4 要件には限定されない。むしろ、分析は柔軟なものであり、ケースバイケース分析を行うこととなる。さらに、これらの要件をばらばらに考慮してはいけぬ。著作権法の目的に照らして、全てをまとめて考慮する必要がある。[Campbell (B)]

- ・カラオケ装置は、録音された音楽と共にユーザーが歌うことを可能とするので、歌い方を教授する潜在的な能力を持つと推測したとしても、X が著作権のある歌詞を利用した本当の目的が歌い方の教授であると推測することは合理的ではない。

○第 1 要素 → フェア・ユースに不利

- ・X の主張は商業的利用であることを支持するのみである。また訴状は、X による著作物の利用に変容力があるとは言っていない。……X が著作権のある歌詞に何かを付け加えたり、変更したりすることはないとの推測は合理的である。（筆者注：逆に）そうしてしまうと、顧客が、録音済みの音楽と共に歌うことを可能とする装置の能力を害してしまうからである。
- ・X は、自らによる歌詞の利用は、顧客が歌詞を理解することを助け、不愉快な歌詞の言葉に対してペアレンタル・コントロールを容易にすると主張したが、顧客が著作物を利用する最終的な目的は無関係である。……X の基本的な目的は商業目的——そ

のカラオケ装置を利益のために販売すること——のままである。そして、著作物の商業目的での利用は<著作権者に対して帰属する独占的な特権 (privilege) の不公正な利用と推定される : Sony (C)>

○第2要素 → Yに有利

- ・原曲の歌詞は、情報的な作品の正反対としての創作的表現の作品であり、まさに、著作権法が保護しようとする類の表現である。

○第3要素 → Yに有利

- ・Xは自らが録音した曲の歌詞を印刷または表示する権利があると主張している上に、顧客が著作権のある歌詞を部分的に利用していることを示唆していないので、Yが著作権のある楽曲全体を利用していると推測するのは合理的である。

○第4要素 → フェア・ユースに不利

- ・Xは楽曲の歌詞だけの市場は存在しないと主張している。……しかし、Xの訴状はカラオケ以外の録音の実情を明らかにするものであるとともに、音楽出版社がカラオケ利用のために「歌詞印刷」料金を要求していることも明らかである。レコード会社がカラオケではない録音物と一緒にするために歌詞の印刷を行うことを、著作権者が認めているから、全く異なるカラオケの状況における歌詞の印刷と表示から害は生じないと推測することを我々は合理的とは思わない。地裁が認めたように、Xはその装置が著作物の潜在的な市場や価値に与える効果について主張し損なっている。
- ・我々はXの利用は商業的利用を意図していると結論づけた。そして、<意図された利用が商業的な利益目的 : Sony (E)からの部分引用>のとき、市場の害は推定されうる。我々はこの推定を適用するのを過去ためらってこなかった(たとえば、Elvis Presley 事件)が、本件でそれを適用するのを嫌がっているわけではない。さらに、[[市場の影響]要素の重要性は、害の程度だけではなくて、他の要素の立証の相対的な強さによっても異なってくる。] 107条の他の要素全ての立証も強力(筆者注: にフェア・ユースに不利)である。

その他の巡回区控訴裁判所（一部）

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Nunez) は、プロの写真家である。X は、1997 年のミス・プエルトリコ・ユニバースである A さんのモデル宣伝プロフィール用写真を数枚撮影した。X は撮影した写真を、プエルトリコのモデル業界に配布した。業界では通常のことであった。

ところが、X が配布した写真中に、ヌードもしくはヌードに近い写真 (X 写真) が含まれていたことから、ミス・プエルトリコ・ユニバースとして適切なのかという騒動が起こり、地元テレビ局で報道されるに至った。

被告・被控訴人 Y (Caribbean International News Corp.) は、El Vocero という新聞 (Y 新聞) を発行している。Y は、X 写真数枚を様々な手段を通じて入手し、その内の 3 枚を Y 新聞に、騒動を報じる記事と共に掲載した。

Y による X 写真の掲載は X の許諾なく行われたため、X は著作権侵害を主張し、Y を訴えた。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

地裁は、写真がニュース価値を持っていることに焦点を当て、写真なくしては騒動を伝えるのが難しいこと、および X の写真ビジネスに与える影響が最小限であることを考慮して、フェア・ユースの要件を満たすと判断し、X の訴えを退けた。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

Y が X 写真を許諾なく複製したことについて争いはない。

<フェア・ユース>

○総論

4 要素は排他的なものではなく、全部をまとめて評価する必要がある <Harper & Row (A)>。利用がフェアかどうかの究極的な判断は、4 要素を [著作権の目的に照らしてまとめて考慮 : Campbell (B)からの部分引用] すべき。ケースバイケースの分析を必要とする。

○第 1 要素 → 中立または Y に有利

一般論として、[最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである : Campbell (D)] を引用した上で、Y による利用の目的・性格について、商業性、ニュース報道性、変容力の順に検討する。

- ・写真は、新聞の購入を促進するようなセンセーショナルなトップページを作るために使われた面がある。故に Y は、利益を生む事業の通常の一部としてだけではなく、その収入を増大させる試みに力点をおいて、写真を利用した。この故に、複製の商業的な性質はフェア・ユースを認めない事を勧める。

- ・ Y は、新聞の購入者に働きかけるために写真を複製しただけでなくて、文脈の中でニュース記事を掲載するために、写真を複製したのである。……写真を複製することなく騒動を説明するのは、大変に難しいはずである。そのような説明を行う際の必要性が、常にフェア・ユースの認定に結びつくわけではないが、Y に有利にはなる。
もっともこれは、写真がニュース報道目的で使われたことのみを理由に、Y による写真の利用をフェアとするわけではないし、一般的な「ニュース価値」の例外を確立したわけでもない。まず、最高裁はそのような例外を明らかに認めなかった。＜記事がおそらく「ニュース」であり、故に生産力のある利用であるという事実は、フェア・ユースの分析において1つの項目に過ぎない：Harper & Row＞
- ・ より重要なのは、X の写真は元々モデルの宣伝プロフィールに掲載されることを意図されており、ニュース報道目的ではなかった。後者（筆者注：ニュース報道目的）ではなくて前者（筆者注：宣伝プロフィール掲載目的）が、作品の創作動機であった。故に、解説記事と結び付けて写真を使うことによって、Y は単に〔原作品の目的を代替した〕わけではなくて、かわりに作品に新しい〔意味やメッセージ〕を付け加えることで、〔更なる目的〕のために利用した。107 条の第 1 要素をフェア・ユースに有利とするのは——作品自身のニュース価値だけではなくて——作品をニュースにする変容力である。
- ・ また追加的な項目も検討する。すなわち、Y の誠意（good faith）もまた、この要素におけるフェア・ユースのテストを、Y 有利とする。誠意の内容としては、具体的には、①X の写真であることを明示したこと（明示したからといって侵害の言い訳にはならないが、明示の欠如は侵害者にとって不利となる）、②Y が写真を合法的に入手したこと（著作物の違法な入手は、一般にフェア・ユースの認定に不利となる）、③Y は X と競合したり、その第一発行を代替するために写真を使うつもりではなかったこと（写真は既にモデル業界に配布されている）、④写真は既に一般的に入手可能であると Y が誠実に信じていたこと、があげられている。
- ・ まとめとして、Y が新聞の一面で写真を強調したことは、侵害的な利用の商業的側面を露わにし Y に不利となる。しかし、利用の情動的な性質、Y の誠実さ、そして写真を複製することなくニュースを報じることが難しかった事実は、全体として、この要素が中立またはフェア・ユースに有利となることを示している。

○第 2 要素 → Y に有利

より広範な配布を必要とする事実的作品とは対照的に、創作的な著作物がより広範な著作権保護を享受する程度を考慮する必要があるとした上で、

- ・ 写真は事実的著作物でもあり、創作的著作物でもある。写真の性格を明らかにすることの難しさを考慮すると、フェア・ユース認定に創作性が与える影響は中立である。

第一発行権が関係するとき、未発行かどうかを考慮する必要があるとした上で、

- ・ 本件では、第一発行権は問題ではない。というのも、雑誌への紹介的掲載（serial publication）の前に、Harper & Row の原稿がそうであったのとは違い、本件の写真は機密でも秘密でもなかった。A さんは、まさにほとんど公衆向けといえる配布のために写真を注文した。……X は限定的な配布を行っている間に、更なる配布をコントロールしようとはしなかった。

○第 3 要素 → 本件の結論にほとんど関係ない

第 3 要素の検討は、利用された割合で単純に決定するよりも、柔軟なものでなければ

ならない。この検討は、複製の程度が、(筆者注：問題となっている)利用の目的と性格を促進するために必要なものであるか、またはそれよりも多いものかに、焦点をあてなければならない。〈Castle Rock〉

- ・本件で、Yは明らかに写真の全体を複製した。しかし、それよりも少なく複製することは、記事にとって写真を利用価値のないものにしてしまう。

○第4要素 → フェア・ユースに有利

- ・地裁は、この要素を分析するに当たって、「(写真の市場よりもむしろ)写真家としてのXのビジネスが害されたかどうか」を吟味し、Xの全体的なビジネスが害された証拠がないと結論した。しかし、我々はこのアプローチに同意できない。

「利用された著作物の潜在的な市場または価値に対する影響」という法律の文言は、我々の分析を、複製された写真の市場に当該複製が与える影響に限定することを示唆する。Xのビジネスに対する全体的な影響は、フェア・ユースの認定に無関係である。結局、この要素は<原作品に対する代替物を提供することによって、本来は著作権者に属する市場を奪うような後続の利用に関連する：Infinity>のである。

〔侵害者と主張されている者の特定の行為によって生じた市場の害の程度(を考慮する)：Campbell (V)〕と〔被告によって行われた類の行為が、限定されずそして広範囲に行われた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かである：Campbell (W)〕を踏まえた上で、

- ・我々は、この出版が市場に与える影響を吟味し、また一般に、プロが撮った写真を新聞用に(または類似する目的のために)広範に複製することが、そのような写真撮影術の市場に影響するかどうかを決定しなければならない。
- ・まずYの行為がもたらした市場への影響については、これらの特定の写真の市場にとってほとんど影響を認めない。地裁曰く、問題の写真の配布の目的はお金を稼ぐためではなくて、宣伝することであり、写真は利益のために販売されるのではなくて、モデル業界にただで配られた。相対的に画質の良くない複製が新聞の表紙に掲載されたという事実は、宣伝用プロフィールへの需要を変化させない。あったとしても、それを増加させるだろう。
- ・写真に関する潜在的な市場には、まさにこの目的(騒動を説明すること)のために、写真を新聞に販売することも含んでいるかもしれない。Yが許可なく写真を利用したことは、本質的にこの市場を破壊する。しかし、本件においてそのような市場が存在したという証拠はない。Xは自身が宣伝用写真を新聞に売ろうと試みたことがあると示唆していないし、Aさんとの契約でそうする権利を持っていたとさえ言っていない。他の写真家がそのような販売をすることはもっとありそうで、故に、Yが行ったような類の行為が広まれば、そのような新聞に販売する市場を全体として破壊するだろう。しかし、ここでは改めて本件の文脈に注目すべきだ。写真に関わる話題のみが理由で出版の価値のあるようなプロカメラマン撮影のモデルの写真の市場は、本当に小さいか存在しない。Ringgold事件曰くこの要素において巡回性の問題を避けるためには、「伝統的な、合理的な、または高い可能性で利用される」市場を考慮すべきである：Ringgold>
- ・Yによる出版の目に見える効果が問題の写真への需要を増すことのみであり、新聞社へ直接再販売するという潜在的な市場は利用されそうにもないので、この要素はフェア・ユースに有利である。

○総合的な評価

- ・第1要素、第2要素、第4要素は、全体としてフェア・ユースの認定に有利である。第3要素は、この文脈では特に関係がないようである。

【事案の概要】

原告・控訴人X (Video Pipeline, Inc.) は、被告・被控訴人Y (Buena Vista Home Entertainment, Inc.等) を含む映画会社から許諾を得て、映画の「予告編」を集めたビデオテープを作成し、ホームビデオ販売業者に店舗での上映用として提供している。

Xは、VideoPipeline.net (サイトA) と VideoDetective.com (サイトB) という2つのWebサイトを運営している。Xは、これまで入手した映画予告編を元にしたデータベースを維持管理しており、同データベースはサイトAからアクセス可能である。

サイトAの顧客は、ホームビデオをインターネット上で販売している業者であり、自身のサイトに用意した Preview ボタンをサイトAにリンクすることで、消費者に対して予告編を提供している。サイトAの顧客は、再生された予告編のデータ量に応じてXに費用を支払っている。

サイトBは様々な条件で映画を検索可能なサイトであり、サイトBの訪問者が映画を購入できるように、検索結果は、それを販売している業者のWebサイトにリンクしている。なお、サイトBでも、サイトA経由で予告編を再生することが可能となっている。

サイトAおよびサイトBでの映画予告編の利用は、映画会社からの許諾の範囲外であったため、YはXにデータベースから映画予告編を削除するように求めた。XはYの求めに応じたが、その後、自らの行為はフェア・ユースであるとして、確認判決を求めて提訴した。Yは、Xに予告編の利用を許諾していた契約を解除した。

Xは、Yの求めに応じてデータベースから削除した予告編の代わりに、自分で「抜粋版」を作成し、データベースに収録した。X作成の抜粋版は、映画の冒頭2分程度を抜き出したものであった。(Y作成の予告編は、様々なシーンを編集し、ナレーションや各種効果を付けるなどしており、Xの抜粋版とは異なる。) Xは訴えを修正して、抜粋版の利用を認める確認判決を求めた。

なお、Yも自身のWebサイト上で予告編を提供しており、他の事業者にリンクに関するライセンスも付与している。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めない (仮差止めを命じた)

地裁は、Xの行為は、派生物を作成する権利、公の上映権 (public performance right of motion pictures)、(映画の静止画としての側面に関しての) 公の展示権 (public display right) を侵害するとして、Xが作成した抜粋版を、インターネットを通じて上映することを禁止する仮差止め命令を下した。

Xが控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

X作成の抜粋版のWebサイトへの掲載が、公の上映権と公の展示権に関わる行為であることには間違いがない。

<フェア・ユース>

○総論

法定の4要素はくその内で多数を勝利した者が (筆者注: 最終的な) 勝利を約束されるスコアカードのようなものではない: Leval¹⁷>。むしろ、[すべての要件が探求され

¹⁷ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990)

るべきであり、結果は、著作権の目的に照らして、まとめて考慮されるべきである：Campbell (B) の言うように、著作権の目的に照らして、それぞれ検討し、あわせて考慮すべきである。

複製者が、原作品を変容するために自身の創作的な能力を何ら利用しない場合、フェア・ユース法理を適用しないことを宣告しても、創作性を推奨しようとする著作権法の目的が害されることはまずないだろう。

○第1要素 → フェア・ユースに不利

新しい作品が、非商業的目的よりも商業的目的で利用されている場合、その利用はフェアにはなりにくい〔Campbell〕とした上で、

- ・Xは抜粋版の提供に関して料金を課しているので、複製物の利用は商業的と言える。

しかし、商業的かどうかは決定的ではないという〔作品が、商業的目的または非営利教育目的であることは、作品の目的と性格について問う第1要素の検討において、1つの検討項目に過ぎないことを明らかにしている：Campbell (N)〕同様の認識を示した上で、〔最初の作品を新しい表現や、意味、または主張を伴って変化させることで、さらなる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているか否かであり、それは別の言葉で言えば、新しい作品が「変容力がある (transformative)」か、それはどの程度かを問うことである：Campbell (D)〕を引用して、抜粋版の変容力の有無について検討する。

- ・抜粋版はYの作成する派生物である予告編と同一の性質を共有する。……結果的に、抜粋版はYの派生物の目的を〔代替する〕可能性が高い。
- ・Arriba Soft のデータベースの検索結果はオリジナルサイトへのリンクを提供するが、XのデータベースはArriba Softのサーチエンジンと同一の機能は果たさない。……サイトAは、他のWebサイトに存在する許諾を受けたプレビューのアクセスを改善しない。むしろそれは、著作物の無許諾の複製物の索引を作りそれを表示してしまう。
- ・Xの抜粋版は……Yのオリジナルの表現にはっきりとしたものは加えない。……〔侵害作品の実質的な部分〕または実際にはほとんど全てが、追加的な創作的行為なく〔著作物から逐語的に複製されている〕という事実は、〔変容力のある性質や目的が欠如していることを明らかにする。〕
- ・抜粋版に変容力がない以上、抜粋版の商業的性質は、Xの利用に大いに不利に働く〔Campbell〕。……抜粋版と予告編とが性格と目的を共有し、抜粋版の創作に創作的な工夫が欠如していることを考慮すると、第1要素は本件において、フェア・ユースに大いに不利になる。

○第2要素 → フェア・ユースに不利

〔許されるべき複製の程度は、利用の目的と性格によって変化する：Campbell (R)〕を引用した上で、

- ・問題となっているYの映画は……創作的、非事実的表現の典型である。そしてYの宣伝は原作と創作的な側面を共有する。

また、発行済みか否かという点については、

- ・公衆が原作品に既にアクセス可能だったからということだけで、法定の第2要素がフェア・ユースに必ずしも有利になるわけではない。むしろ、Yの映画と予告編は、主として創作的な表現を含んでおり、事実に基づいた作品ではないので、原作品が発行済みか未発行かに関わらず、当該利用がフェアではないことを示唆する。

○第3要素 → Xに有利

- ・2時間程度の映画に対してXの抜粋版は2分程度なので、量的には、取り込まれた部分は本当に小さい。

しかし、第3要素は〔利用された素材の量だけでなく、その質と重要性についても考慮することを必要とする。〕

- ・2分間の抜粋版が、その程度の短時間で、映画の「核心」部分をなんとか盗もうとした、もしくはそれを意図したと、信じる理由はない。
- ・抜粋版は、原作品である映画全編の相対的に小さな部分のみ複製し、映画の「核心」には至らない。したがって、地裁の決定に反して、この要素はXによる抜粋版の上映をフェアと判断するのに有利となる。

○第4要素 → フェア・ユースに不利

この最後の要素は〔原作品への害……だけではなくて……派生物の市場への害も考慮する必要がある：Campbell (V)(W)からの部分引用〕

- ・(筆者注：映画全編の)派生物であるYの予告編の市場に対する潜在的な害についての問題は、より簡単な問題である。よって、我々はこの分野に分析の焦点を合わせ、原作品である映画全編の市場への害について地裁が示した結論は検討しない、とした上で、
 - ・証拠によって明らかにされた、Xによる抜粋版の商業的な利用状況とYによる予告編の利用状況とに照らせば、侵害作品の利用が第4要素の下で認識可能な有害な効果を有し得るような十分な市場、またはその他の価値が、映画のプレビューにはあると、我々は容易に結論づける。
 - ・抜粋版は質の面で変容力を欠く、と我々は既に判断した。……結果として、もしXがインターネットを通じて抜粋版の配信を続ければ、それは予告編の〔市場代替物として機能〕し、派生物に対する認識可能な市場の害を生じさせるだろう。

○まとめ

4要素中3要素が、Xによる抜粋版のインターネット配信がフェア・ユースに当たらないことを示している。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (William C. Bond) の妻 A と、その元夫 B は、3 人の子供達の親権を巡って争っていた。その訴訟の過程で、B の弁護士は、X が少年時代に犯した殺人事件についての自伝の原稿 (本件原稿) のコピーを、X と A の家庭が子供達にとって適切な場所でないことを示すための証拠として提出した。

本件原稿のコピーは、A の父親である Blum, Sr. が、X の様子に不審を持って雇った探偵が入手してきたものであった。X は、かつて本件原稿を出版すべく自ら試みたが失敗し、知り合いの弁護士に助力を求めて本件原稿のコピーを 1 部渡していた。同弁護士の死後、原稿は未亡人が保管する形になっていたが、彼女は手元に留めることを望まず、探偵の求めに応じて引き渡した。探偵は、複製を作り、B に渡した。

X は Blum, Sr. および B の弁護士等を被告 Y (後に被控訴人) として、Y による本件原稿の使用の禁止と現存する複製の返還を求める、仮差止および恒久的差止命令を求めて、提訴した。

【地裁判決】 フェア・ユースを認めた (Summary Judgement)

地裁は、フェア・ユースを認めて X の訴えを退け、Y 勝訴の Summary Judgement を下した。地裁のフェア・ユース分析をまとめると次のようになる。すなわち、①本件原稿の被告による利用の目的および性格は、著作権法が保護しようとするものに反しない、②本件原稿の性格は、フェア・ユースに不利には働かない、③本件原稿全部を証拠としようとしたが、これはフェア・ユースに不利である、④問題の利用は、著作物の潜在的な市場を全く害せず、逆に、市場での価値を増すであろう。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

Y が、本件原稿の複製を、親権に関する裁判の証拠として利用したことに争いはない。

<フェア・ユース>

○第 1 要素 → X に不利

まず一般論として次のようにのべる。すなわち、商業目的での著作物の利用は、問題の利用が「フェア・ユース」であると認定するのに不利になりがちである：Harper & Row (C) > < 営利と非営利の区別のポイントは、利用の唯一の動機が金銭的收入かどうかではなくて、利用者が、通常の価格を支払うことなく著作物を利用することから利益を得ようかどうかである：Harper & Row (D) > もし、著作物の問題の利用が、非営利なら、侵害を主張する側は、< 特定の利用が有害であること、またはもしそれが広範に広がれば、当該著作物の潜在的な市場に悪影響を与えること：Sony (D) > を示さなければならない。

本件への当てはめとして、

- ・この要素の適用は、X の侵害主張に大いに不利に働く。Y による本件原稿の利用は商業目的ではない。Y は通常の価格を払わずに著作物を利用しようとしたわけではない。実際、Y による利用は、X の表現様式とは全く無関係である。
- ・問題の利用が非商業的なので、X は裁判における証拠として原稿を利用されたこ

とが彼の原稿の潜在的価値を害することを示す必要があるが、示せていない。

○第2要素 → フェア・ユースに不利であるが、大いに減じられる

〔一定の作品は、他の作品に比べて、意図された著作権保護の核心（core）により近くなるため、前者が複製された場合、フェア・ユースの立証はより難しくなる、という結論を、この要素においては認識する必要がある：Campbell (Q)〕を引用した上で、

- ・本件原稿は未発行である。また、歴史的な事実について、Xの感覚を一定の様式で表現している。これらのことは、フェア・ユースに不利に働く<Harper & Row>。しかし、Campbell 事件最判が命じるように、107条の要素を〔独立して、ひとつもうひとつ〕と考えるのではなくて、〔著作権の目的に照らして〕まとめて考慮すべきである。
- ・本件書籍を州裁判所において利用することが、当該原稿の潜在的な市場に悪影響を与えるという証拠はなく、いかなる意味でも、創作性へのインセンティブが害されたということはない。そして、司法手続きに、全ての関係する情報が開示される社会的な利益は、重要なものであるため、そうすることが、著作者が創作物について持つ権利を不当に傷つけないなら、それは更に進められるべきである。

○第3要素 → Xはほとんど有利ではない

〔許されるべき複製の程度は、利用の目的と性格によって変化する：Campbell (R)〕を引用した上で、

- ・この文脈における著作物の利用は、たとえ原稿全部であっても、著作権法による保護を害さないばかりか、事実認定者に証拠を提供するという重要な社会的利益に資する。
- ・本件原稿は著作権法によって与えられる権利を害すためには使われなかったため、Xは本件での文脈では、この要素からはほとんど利益を得られない。

○第4要素 → Xはほとんど有利ではない

この要素はく疑いもなく、フェア・ユースの唯一の最も重要な要素：Harper & Row (H) >である。このように言われるのは、著作者が労力の成果を得る能力と、それゆえに生じる著作者の創作へのインセンティブとに、この要素がもっとも密接に関係するからである、とした上で、

- ・この核となる検討において、我々は、Yによる本件原稿の証拠としての提出が、当該作品の市場性を大いに害するか、そしてそれは市場代替物として機能するか、について決めることになる。
- ・本件原稿を証拠として認めることが、その市場性に悪影響を与えることはない。

【事案の概要】

原告・控訴人 X (Veeck) は、非営利の Web サイトである Regional Web を運営している。同サイトにはテキサス北部の情報が掲載されており、そこには、地方の建築基準条例も含まれていた。

被告・被控訴人 Y (Southern Building Code Congress International Inc.) は、非営利組織であり、各種の建築基準条例のモデル (モデル条例) を開発し、地方自治体がそれを条例として採用することを求める活動を続けて来た。Y は、モデル条例のコピーの販売を活動資金に充てている。なお、Y はモデル条例に対する著作権を主張している。

モデル条例が地方自治体によって条例となった場合、自治体の事務所や図書館等で複製物を入手することができる。

X は、自分の住んでいる Denison 市がモデル条例を採用したことを知り、地元の書店や図書館で尋ねたが Denison 市の条例を入手できず、Y にモデル条例を注文し CD-ROM 版を入手した。もっとも、同市は 1988 年版のモデル条例を採用していたが、彼が入手したのは 1994 年版であった。X はテキサス北部の 20 の町を回って建築基準条例の複製を入手しようとしたが、全ては揃わなかった。なお、X は市の書記官事務所は訪れなかった。X は CD-ROM のライセンス契約を無視して、Y から入手したモデル条例を自身の Web サイトに掲載した。その際、Y のモデル条例であることは明示せず、X が条例を入手できなかった 2 つの市のものとして表示した。

Y が掲載を止めるよう X に要請したため、X は著作権侵害に当たらないことの確認を求めて訴えたところ、Y は著作権侵害で X を反訴した。

【地裁判決】 フェア・ユースを否定 (Summary Judgement)

双方が Summary Judgement の申し立てをしたところ、地裁は、Y は有効な著作権を持ち、X によるフェア・ユースの抗弁は成立しない等として、Y 勝訴の Summary Judgement を下すとともに、X による著作権侵害に関して、恒久的差止め命令と損害賠償命令を下した。

X が控訴した。

【控訴裁判決】 地裁判決を維持

<前提としての著作権侵害>

同様の問題を扱った、他の 3 つの巡回区控訴裁の判断に歩調を合わせる形で、民間によって作成された建築基準が地方自治体等によって採用された場合も、その著作権保護を失うわけではないと結論づけた。なお、X が Y のモデル条例を複製して Web サイトに掲載したことに争いはない。

<フェア・ユース>

- ・本件における X の行為のように、著作物の利用が非商業的であるとき、フェア・ユースの抗弁を打ち負かすためにはく特定の利用が害をあたるものであるか、もしそれが広範囲広がったとき、著作物の潜在的な市場に害を与えるか：Sony (D)からの部分引用>のいずれかを必要とする。
- ・X が Y の作品を利用したことに関して、たとえそれ自体が害を与えるものではなくても、もし、そのような利用が広範囲になれば、その作品の市場をひどく害すことがあり得る。本件において、Summary Judgement の記録に基づくなら、将来の害を及ぼす可能性が存在する。

インターネットにモデル条例を掲載したXの行為は、Yの市場を減じ、モデル条例を作成し、宣伝し、見直すという社会的に価値のある努力に使われる収入をYから奪うものであり、害が証明され得るものである。4つの要素に照らしてXの行為を評価すると、潜在的な害はフェア・ユースの抗弁で勝利することを妨げる。

<補足>

本件は、翌年、全裁判官参加の法廷で再検討され、「法」として利用されている限り、Yはモデル条例に関して著作権保護を主張できない旨の判断が示された。(293 F.3d 791) 結果、フェア・ユースについては論じるまでもないとされた。

2. 参考資料リスト

(1) 米国法

- ・ 山本隆司「アメリカ著作権法の基礎知識第2版」(太田出版 2008年) 110-132頁
- ・ Barton Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, 156 Pennsylvania Law Review 549 (2008)
- ・ 横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究 35号 (2008年)
- ・ 村井麻衣子「フェア・ユースの市場の失敗理論をめぐって」著作権研究 35号 (2008年)
- ・ 村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論とその修正——著作権制限規定の現代的意義——」財団法人知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(雄松堂、2008年) 167頁
- ・ 村井麻衣子「市場の生成と fair use—Texaco 判決を端緒として (1) (2完)」知的財産法政策学研究 6号 155頁 ・ 7号 139頁 (2005年)
- ・ 松川実「米著作権法上の著作権の制限規定：図書館及び文書資料館による複製 (1)」青山法学 49巻 4号 73頁(2008年)
- ・ 玉井克哉「アメリカ著作権法における権利失効原則—コンテンツ流通を支える法制度の観点から—」InfoCom REVIEW 37号 49頁 (2005年)
- ・ ジェーン・ギンズバーグ「アメリカにおけるフェアユース問題について」著作権研究 26号 147頁 (2000年)
- ・ 白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社・2004年) 209-233頁
- ・ エリック・J.シュワルツ (高林龍・監修、安藤和宏=今村哲也・訳)『アメリカ著作権法とその実務』272-329頁 (雄松堂出版・2004年)
- ・ マーシャル・A・リーファー (牧野和夫・監訳)『アメリカ著作権法』(レクシスネクシス・ジャパン・2008年) 671-751頁
- ・ アーサー・R・ミラー=マイケル・H・デービス (藤野仁三・訳)『アメリカ知的財産権法』(八朔社・2008年) 290-307頁
- ・ ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ編 (内藤篤・訳)『米国著作権法詳解 — 原著第6版— (下)』(信山社・2003年) 637-775頁 [ケースブック；下院報告書 (H.R. Rep. No.94-1476 (1976)) も掲載]
- ・ アラン・ラットマン=ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ編 (中山信宏・監修、内藤篤・訳)『1990年代 米国著作権法詳解 (下)』586-674頁 (信山社・1992年) [ケースブック；こちらの旧版にのみ掲載されている判決もあり]

(2) 英国法

- ・ 横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究 35号 (2008年)
- ・ J・Robert Burrell-Allison Coleman, Copyright Exceptions: The Digital Impact, Cambridge University Press 2005

- The Copyright, Designs, and Patents Act 1988
(<http://www.ipo.gov.uk/cdpact1988.pdf>)
- Burrell & Coleman, Copyright Exceptions: the Digital Impact (Cambridge University Press, 2005)
- Gowers Review of Intellectual Property November 2006

(3) 大陸法

① フランス

- 駒田泰土「大陸法における権利制限」著作権研究 35 号 (2008 年)
- 駒田泰土「3 step test はどこまで有用な原則か—フランスにおける議論を参考に—」上智法学 51 巻 3=4 合併号 9 頁 (2008 年)
- 井奈波朋子「マルホランド・ドライブ事件 DVD のコピーガードと著作権」コピーライト 2007 年 6 月号 30-33 頁。
- V. -L. BENABOU, 《Les dangers de l' application judiciaire du triple test à la copie privée》, Legipresse, no 231, Mai 2006, pp. 71 et s.
- C. GEIGER, 《La transposition du test des trois étapes en droit français》, D. 2006, pp. 2164 et s.
- M. VIVANT, 《Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1er août 2006》, D. 2006, pp. 2159 et s.
- C. VILMART, 《Copie privée : il faut raison garder et appliquer la Loi!》, JCP E 2006, 148, p. 551 et s.
- J. -C. GALLOUX, 《Exceptions et limitations au droit d' auteur : Exception française ou paradoxe français?》 in IRPI / Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (éd.), Rencontres franco-allemandes : Perspectives d' harmonisation du droit d' auteur en Europe, Litec, 2007, pp. 329 et s.
- C. GEIGER, 《Les exceptions au droit d' auteur en France Critiques et prospective》 in IRPI / Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (éd.), Rencontres franco-allemandes : Perspectives d' harmonisation du droit d' auteur en Europe, Litec, 2007, pp. 349 et s.

② ドイツ

- 駒田泰土「大陸法における権利制限」 「シンポジウム『権利制限』」著作権研究 35 号 (2008 年)
- Jan Poeppel, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, V&R Unipress 2005
- Frank Findeisen, Die Auslegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen, Nomos 2005
- Heimo Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, PERSPEKTIVEN DES GEISTIGEN EIGENTUMS UND

WETTBEWERBSRECHTS, FS-Schricker, 2005 S.510

- Peter Raue, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, URHBERRECHT IM INFORMATIONENZEITALTER, FS-Nordemann, 2004 S.327
- Achim Förster, Fair Use: Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenkatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, 2008
- Mario Rehse, Zulässigkeit und Grenzen ungeschriebener Schranken des Urheberrechts, 2008
- Thomas Hoeren, Die Schranken des Urheberrechts in Deutschland, Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, 2007, S.265
- Susen Sattler, Der Status quo der urheberrechtlichen Schranken für Bildung und Wissenschaft - Eine Untersuchung anhand der konventions- und europarechtlichen sowie der verfassungsrechtlichen Vorgaben, 2009

(4) その他の諸外国

① カナダ

- Copyright Act of Canada (<http://laws.justice.gc.ca/en/ShowFullDoc/cs/C-42///en>)
- Bill C-61, An Act to Amend the Copyright Act
(<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=3570473&file=4>)
- Giuseppina D'Agostino, Healing Fair Dealing? A comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing and US Fair Use, CLPE Research Paper 28/2007, pp51-52
- Canada's Bill C-61: Questions and Answers
(http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/eng/h_rp01153.html)

② オーストラリア

- Australian Copyright Act 1968 (<http://scalextext.law.gov.au/html/pasteact/0/244/top.htm>)
- Fair Use and Other Copyright Exceptions
(http://www.cr-international.com/2005_Australia_Fair_Use_and_Other_Copyright_Exceptions.pdf)
- Copyright Amendment Act 2006 (No. 158, 2006)
(<http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/C8E557D7AAAED1F2CA257242000CE35D?OpenDocument>)
- COPYRIGHT AMENDMENT BILL 2006: EXPLANATORY MEMORANDUM
(http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/bill_em/cab2006223/memo_0.html)

③ イスラエル

- Niva Elkin-Koren, Users' Rights, in READINGS IN THE NEW COPYRIGHT ACT (Michael

Birnhack and Guy Pessach, eds.) (forthcoming 2009) (※原文はヘブライ語。本報告書別冊資料に和文要約を掲載)

④ 台湾

- ・ 章忠信「台湾著作権法逐条解説」(財団法人経済産業調査会・2008年)
- ・ 謝銘洋「台湾著作権法中的合理使用」(※原文は中国語。本報告書別冊資料に和訳を掲載)

⑤ 韓国

- ・ 「著作権法一部改正案：公正利用法理の導入」著作権文化 2007年11月号4-9頁(※原文は韓国語。本報告書別冊資料に和訳を掲載)
- ・ 「公正利用条項の導入議論」ソフトウェアと法律 2007年12月号3-29頁(※原文は韓国語。本報告書別冊資料に一部和訳を掲載)
- ・ 「韓米 FTA 協定の締結に伴うフェアユース規定の導入背景」(※本報告書別冊資料に掲載)

(5) 条約、スリー・ステップ・テスト

- ・ Christophe Geiger, Reto M. Hilty, Jonathan Griffiths, Uma Suthersanen et al, DECLARATION, A BALANCED INTERPRETATION OF THE “THREE-STEP TEST” IN COPYRIGHT LAW, 2008 (http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_english.pdf)
- ・ Christophe Geiger, Rethinking Copyright Limitations in the Information Society – The Swiss Supreme Court Leads the Way, 8/2008 IIC, pp.943.
- ・ Christophe Geiger, The Answer to the Machine Should Not be the Machine: Safeguarding the Private Copy Exception in the Digital Environment, [2008] E.I.P.R, pp.121.
- ・ 小島立「条約における権利制限」 「シンポジウム『権利制限』」著作権研究 35号(2008年)
- ・ 加納昌彦「スリーステップ・テストの基本概念の形成過程——ベルヌ条約改正会議での検討を中心に——」『第6回著作権・著作隣接権論文集』(著作権情報センター、2007年) 23頁
- ・ 前田哲男「著作権法30条とスリーステップ・テスト」『I.P. Annual Report 2005』(商事法務、2005年)
- ・ 小泉直樹「序論」ALAI 日本支部『2007年度国際研究大会講演録～シンポジウム『権利の制限と3-step-test』』(2008年) 33頁
- ・ 同「著作権法30条の在り方」ALAI 日本支部『2007年度国際研究大会講演録～シンポジウム『権利の制限と3-step-test』』(2008年) 58頁
- ・ 鈴木将文「TRIPS 協定と著作権法上の権利制限」ALAI 日本支部『2007年度国際研究大会講演録～シンポジウム『権利の制限と3-step-test』』(2008年) 39頁

- ・山本隆司「スリー・ステップ・テストに基づく『引用』の位置づけ」ALAI 日本支部『2007年度国際研究大会講演録～シンポジウム『権利の制限と 3-step-test』』（2008年）62頁
- ・駒田泰士「著作権法と国際法の関係」ALAI 日本支部『2007年度国際研究大会講演録～シンポジウム『権利の制限と 3-step-test』』（2008年）34頁
- ・WTO, UNITED STATES – SECTION 110(5) OF THE US COPYRIGHT ACT -Report of the Panel-, WT/DS160/R, 15 June 2000
- ・道垣内正人・内記香子「米国の著作権法に関する WTO パネル報告——TRIPs 協定 3 ステップ・テストの下における各国の制限・例外規定の許容性（上）（下）」国際商事法務 29 巻 3 号 277 頁・29 巻 4 号 414 頁（2001 年）
- ・Martin Senftleben, Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Kluwer 2004
- ・LUCAS, 《Le “triple test” de l’ article 13 l’ Accord ADPIC à la lumière du rapport du Group spécial de l’ OMC Etats-Unis – Article 110 5) de la loi sur le droit d’ auteur》, in P. GANEA / C. HEATH / G. SCHRICKER (Herg.), Urheberrecht : Gestern-Heute-Morgen : Festschrift für ADOLF DIETZ zum 65, C.H. Beck, 2001, pp. 423 et s.

(6) 我が国に一般規定を導入する意義・必要性と仮に導入する場合の課題に関連するもの

- ・上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト 560 号 2 頁（2007 年）
- ・上野達弘「総論 —シンポジウム『権利制限』の趣旨—」著作権研究 35 号（2008 年）
- ・島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号（2008 年）
- ・飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究 35 号（2008 年）
- ・山本隆司「権利制限の共犯従属性—権利制限の従属性と一身性—」著作権研究 35 号（2008 年）
- ・渡辺修「フェア・ユース —東京地裁平成 16 年 5 月 28 日判決「小中学校国語教科書家庭用学習教材」—」著作権研究 35 号（2008 年）
- ・山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」『知的財産権法と競争法の現代的展開』紋谷暢男先生古稀記念（発明協会、2006 年）885 頁
- ・田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—（1）（2）（3・完）」知的財産法政策学研究会 16 号 73 頁、17 号 79 頁、18 号 31 頁（2007 年）
- ・斉藤博「著作権の制限又は例外に関する—考察（1）（2 完）」知財管理 55 巻 9 号 1193 頁・55 巻 10 号 1355 頁（2005 年）
- ・著作権情報センター附属著作権研究所・権利制限委員会『著作権法の権利制限規定をめぐるとの諸問題』（著作権情報センター、2004 年）
- ・田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255

号 124 頁 (2003 年)

- ・ 高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(商事法務、2008 年) 307 頁
- ・ 茶園成樹「著作権法の最近の諸問題——権利制限に関する 3 つの問題」ジュリスト 1326 号 62 頁 (2007 年)
- ・ 土肥一史「著作権の制限」コピーライト 517 号 2 頁 (2004 年)
- ・ 高林龍「著作権の制限」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系第 22 巻著作権関係訴訟法』(青林書院、2004 年) 420 頁
- ・ 梶山敬士「フェアユースと教育利用」『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古稀記念論集(法学書院、2003 年) 293 頁
- ・ 大野幸夫「Disintermediation(:中抜き効果)と Transformation(:変容創造)——インターネット IT による変革とフェアユース理念の採用」特許研究 35 号 13 頁 (2003 年)
- ・ 阿部浩二「日本著作権法とフェア・ユースの理論」コピーライト 482 号 2 頁 (2001 年)