

米国著作権法フェアユース判決
(1978-2005年)の実証的研究(2・完)

Barton BEEBE
城所 岩生(訳)

はじめに

．背景	
．統計の要約	
．要件相互の関係分析(以上、前号)	
IV．要件内分析(以下、本号)	163
A．第1要件：使用の目的および性格	167
1．商業性についての検討	168
2．変容性についての検討	175
3．悪意についての検討	180
4．前文の目的についての検討	182
B．第2要件：著作物の性質	183
1．創造的作品か事実関連の作品かの検討	184
2．公表された作品か未公表の作品かの検討	186
C．第3要件：使用部分の量および重要性	189
D．第4要件：市場への影響	191
V．結論	197
付表：意見の収集とコード化	198

．要件内分析

第 章から第 章では、第107条テストとその構成要件についてマクロ的に観察した。本章では、要件内の分析を行う。どの副次的要件についての考察が当該要件の結論に導き、その考察を通じて、総合判定の結論に導

いているかについて考察する。表9はフェアユース・テスト結果を下記1) (2)の関数としたロジスティック回帰モデルの結果を示しており、本章の探求を助けるものである:(1)297件の最終意見において判事達が行った多様な事実認定¹⁴¹、(2)意見が第2巡回区または第9巡回区内の地裁または控裁のいずれによるものであるか¹⁴²。この分析モデルの結果は、297件の意見の結論の85.1%を正しく分類し、また、以下のより詳細な検討に値するいくつかの驚くべき仮説を示唆した。

本章の内容は、原則として説明的なものであるが、多数のより理論的な(あるいは少なくとも一般化が可能な)テーマについても検討する。テーマの一つは、「先例意見の反対解釈の皮肉」と呼べるかもしれない。つまり、最高裁はたとえば、「x」という判定はフェアユースを否定するとの意見を確立しているが、「xではない」との判定については、何も決定していないという状況が繰り返されている。皮肉にも、以降の判例法において、「x」との判定は、裁判所によるフェアユースに関する判定に重要な影響を何も与えていないように見える一方、「xではない」との判定は、フェアユースを支持する判定に重大な影響を与える結果をもたらしている¹⁴³。これは副次的要件の原則に関わる多くの分野で発生している。

第二の一般的なテーマは、フェアユース判例法における先例の作用の「非エルゴード性(nonergodicity)」に関するものである¹⁴⁴。システム理論の

¹⁴¹ 意見中の「事実の循環性」の問題に関しては以下を参照、see Hall & Wright, *supra* note 13, at 18-21.

¹⁴² 表9は、表示されたすべての変数を通してみると、被告がフェアユース抗弁に成功する確率は、第2巡回区の地裁および控裁が他のどの巡回区よりもはるかに高いことを示している。

¹⁴³ See *infra* text accompanying notes 158-164.

¹⁴⁴ Cf. Johan Deprez, Comment, *Risk, Uncertainty, and Nonergodicity in the Determination of Investment-Backed Expectations: A Post Keynesian Alternative to Posnerian Doctrine in the Analysis of Regulatory Takings*, 34 *LOY. L.A. L. REV.* 1221, 1223-24 (2001) (エルゴード性(ergodicity)および非エルゴード性の経済理論を法規にもとづく収用の原則に適用)。See generally Oona A. Hathaway, *Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*, 86 *IOWA L. REV.* 601(2001) (コモンローの展開を評価するためにパス依存の理論(path dependence theory)を採用)。

表9: 297件の最終意見におけるフェアユースのテスト結果を事実認定の関数とした場合のロジスティック回帰

従属変数: フェアユース認定(1)
フェアユース否認(0)

n = 297
擬似決定係数 = .425
対数尤度 = -116.341
正しく分類された割合: 85.14%

	事実認定	オッズ比	回帰係数	標準誤差	P 値	95%信頼区間
要件1: 被告の 使用目的	商業目的	.702	-.353	.403	.381	-1.143 .437
	非商業目的	9.446*	2.248	.580	.000	1.111 3.385
	変容的	33.572*	3.514	.843	.000	1.861 5.167
	パロディ	11.215*	2.417	.930	.009	.594 4.241
	教育目的	.377	-.976	.701	.164	-2.349 0.398
	研究目的	1.263	.233	.680	.731	-1.099 1.566
	批評目的	1.369	.314	.681	.645	-1.020 1.648
	原告作品への不当なアクセス	3.761	1.325	.779	.089	-.202 2.851
	悪意の使用	.116	-2.150	1.156	.063	-4.416 .115
要件2: 原告作品 の性格	創造的作品	.402*	-.912	.406	.025	-1.707 -.117
	事実関連の作品	2.979*	1.091	.484	.024	.142 2.041
	未公表	1.031*	.031	.569	.957	-1.084 1.146
	公表済み	3.631*	1.290	.611	.035	.092 2.487
要件3:	原告作品全体の使用	.247*	-1.399	.409	.001	-2.201 -5.97
	原告作品の中核部分の使用	.018*	-4.019	.945	.000	-5.870 -2.167
	第2巡回区連邦裁判所での抗争	2.348*	.853	.428	.046	.014 1.693
	第9巡回区連邦裁判所での抗争	1.993	.690	.442	.119	-.177 1.557
	定数		-.622	.385	.107	-1.377 .134

*は .05の水準で統計的に有意であることを示す。

概念としての「非エルゴード性」は、小さな無視できるような初期の事件が、システムの発展に伴って長期的には巨大な影響をシステムに与える結果をもたらす可能性があるというものである¹⁴⁵。フェアユースの場合、この最初の事件にあたるのは、アメリカ合衆国におけるフェアユース原則の歴史を大きく変化させることになった、最高裁の傍論である。さらに関連するのは、覆された判例の不滅性である。最高裁が、過去の誤りを訂正しようとして試みた後でさえ、下級裁判所は、引き続きこの誤った意見を引用している。傍論が、下級裁判所の判断を支持する場合には特にそうである。

最後に、覆された判例の不滅性に関連するが、判例を積み重ねる際の「シンタクティック (syntactic)」対「サイバネティック (cybernetic)」フィードバック¹⁴⁶の作用について考察する¹⁴⁷。コミュニケーション理論から借用したこの用語は、強い感染力を持ち、またアメリカ合衆国のフェアユース原則が、なぜある程度、第107条の規定を離脱しなければならないかを

¹⁴⁵ See, e.g., Hathaway, *supra* note 144, at 629(「結果が増幅するというコモンの性格から、三つの結論が推測できる。一つは、小さな初期の事件が、最終的には大きな影響を持つという非エルゴード性である。判事達は、公共部門および民間部門の関係者が、彼らの判決にどのように反応するかを完全に推定することはできないので、長期間にわたる意見の影響を読むことは難しい。そのため、意見が予期せず、意図しなかった大きな影響を与える可能性がある。たとえば、初期の意見中のたった一行が、時間の経過につれて、重要な意味を持つかもしれない。」)。

¹⁴⁶ See generally Martin Shapiro, *Toward a Theory of Stare Decisis*, 1 J. LEGAL STUD. 125, 126(1972) Shapiroの著作はもっと注目されてよい。Shapiroは、シンタクティックおよびサイバネティック・フィードバックを次のように区別する：

シンタクティック・フィードバックとサイバネティック・フィードバックを識別することは重要である。前者は、システム内の送受信者間の誤送または誤受信という意味での返信に関連する。後者は、システムによる外部世界への誤った調整という意味での誤った伝送に関連する。したがって、高いレベルのサイバネティック・フィードバックが存在する場合には、感受性や学習に問題があるが、高いシンタクティック・フィードバックの場合は、システムの伝送施設に問題があることを意味する。

Id.

¹⁴⁷ 先例の蓄積については、see generally Stefanie A. Lindquist & Frank B. Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, 80 N.Y.U. L. REV. 1156 (2005)。

理解するために非常に重要である。最高裁は、フェアユース判例法におけるその誤りを、基本的に「シンタクティック・フィードバック」によって訂正しようとして試みた。つまり、最初のコミュニケーションが、目標とした対象にとって、適切でなかったことをサイバネティック・フィードバックを通じて認めるかわりに、最高裁は一貫して、最初のコミュニケーションを下級裁判所が、単に誤解しただけだとシンタクティック・フィードバックによって主張しているのである¹⁴⁸。言い換えれば、最高裁は繰り返し、明確に撤回して、置き換えるべき意見を再解釈しようとして試みている。この慣行は、フェアユース原則にとって災難だったことが証明されている。

A. 第1要件：使用の目的および性格

第1要件は裁判所に、「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を含む）」を考慮することを要求する¹⁴⁹。われわれはすでに、この要件によるテスト結果が、総合的なフェアユース・テストの結果と非常に強い関連性を持っていることを観察している。実際、第1要件が、フェアユースを否定すると判定した148件の意見の95.3%が、最終的にフェアユースを否定しているのに対し、この要件がフェアユースを支持すると判定した意見のうちの90.2%が、最終的にフェアユースを認

¹⁴⁸ See Shapiro, *supra* note 146, at 133-34. Shapiroは次のように説明している：

先例拘束の原則に従えば、法律変更の要請は、法律が環境に適応することに失敗した結果、喚起されるものである。したがって、サイバネティック・フィードバックであるが、過去の判例が伝える真のメッセージ（それらの「真の原則」）を、判事または弁護士が正確に受け取らなかったことの表明という、シンタクティック・フィードバックの形態を採る。このような方法を採ることにより、サイバネティック・フィードバックの情報の多くを、高いレベルの冗長度を必要とする通信システムの中に詰め込むことが可能となる。また階層構造を持たない組織間の協調に必要な相互サポートに介入することなく、詰め込むことも可能となる。

Id.

¹⁴⁹ 17 U.S.C. § 107(1)(2000 & Supp. IV 2004)。

定した。これより高い勝率を誇れるのは、第4要件だけである。第1要件が、フェアユースを支持または否認するとした裁判所の動機を解明するためには、この要件の実際の適用には、表面的には限定された影響しか与えていないように見える法律の文言の下にあるものを検討し、第1要件に関連する多様な副次的要件を判事達が、どのように考察したかを評価する必要がある。これらの副次的要件とは、原告の使用の性格が商業的または非商業的であるか、被告による使用がどの程度原告の作品を変容しているか、あるいは生産的に使用しているか、被告の行為の専有性(the propriety)あるいは善意性、および被告による使用の目的が、第107条の前文に記載されている多数の目的の一つにあたるかどうかである。以下、それぞれについて個別に検討する。

1. 商業性についての検討

学究的なコメントに関するかぎり、変容性の概念に圧倒的な関心が向けられているが¹⁵⁰、ここでは判例法の中で、特に下級審の意見において圧倒的な関心を集めている商業性の概念についての検討から始める。306件の意見の84.0%が、第1要件にもとづいて、当該使用が商業的な性格のものであるか非商業的なものであるかを明示的に考慮しているのに対し、被告による使用の変容性を明示的に考慮したのは、38.2%にすぎない。さらに、図7が示すように、裁判所の商業性へのより強い関心は、時代を超えて一貫している。これは残念なことである。また、実際の第107条の条文上の文言や条文起草者の期待に反するものである。Campbellにおける最高裁を含め、いくつかの裁判所と多くの論者が、商業性の検討を強く批判し、否定的でさえある。その第一の理由は、われわれの文化においては、ほとんどすべての表現物が営利目的、または営利目的でなくとも何らかの意味で、収益を生み出すために作成されていることである¹⁵¹。Campbell

¹⁵⁰ See, e.g., Kudon, *supra* note 119; Laura G. Lape, *Transforming Fair Use: The Productive Use Factor in Fair Use Doctrine*, 58 ALB. L. REV. 677 (1995); Diane Leenheer Zimmerman, *The More Things Change, the Less They Seem "Transformed": Some Reflections on Fair Use*, 46 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 251 (1998)

¹⁵¹ See Zimmerman, *supra* note 150, at 252-55.

を書いた Souter 裁判官は、「愚か者は別として、金銭以外の目的で物を書いた者は誰もいない。」という Samuel Johnson の言葉を引用した¹⁵²。にもかかわらず、商業性に関する検討はデータが明確に示すように生き残っている。

商業性の検討の不滅性は、主に1984年のSony意見に端を発した、最高裁の一連の過ちの結果であるように見える。少なくとも、アメリカ合衆国のフェアユース訴訟において再生産されているという意味で、フェアユースの原則は、これらの過ちから完全には立ち直っていない。最高裁はSonyにおいて、ベータマックス・ビデオ・テープレコーダーによる「タイムシフト」¹⁵³を目的とした、テレビ番組の家庭における許諾なしの使用をフェアユースであると判定した。多数意見を書いたStevens裁判官は、第1および第4要件に関する議論の中で、「Sonyの推定」と呼ばれるようになる原則を設定した¹⁵⁴。同裁判官によるこの推定の定式化は、アメリカ合衆国のフェアユース判例法に、多くの重大な問題を発生させているので、少し長い以下に引用する。第1要件の検討において、Stevens裁判官は以下のように説明している：

どんなフェアユースに関する決定を行う際にも、第1要件が「行為の性質が商業的であるかまたは非営利的なものであるか」について、それが決定的であるとはいえないが、それについて検討することを要求している。商業的または営利的な目的のためのコピーの作成にベータマックスが使用された場合、そのような使用はフェアでないとい推定される。しかし、ここでは逆の推定をするのが妥当である。地裁は家

¹⁵² Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 584 (1994) (変更箇所は原文にもとづく) (3 BOSWELL'S LIFE OF JOHNSON 22 (George Birkbeck Hill ed. 1934) を引用)。

¹⁵³ See Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 423 (1984) (「タイムシフティング」を「後で一度だけ見て、その後、消去する目的で番組を録画する慣行」と定義)。

¹⁵⁴ See, e.g., James Boyle, *Intellectual Property Policy Online: A Young Person's Guide*, 10 HARV. J.L. & TECH. 47, 99 (1996); Stacey L. Dogan, Comment, *Sony, Fair Use, and File Sharing*, 55 CASE W. RES. L. REV. 971, 973 (2005)

庭内での使用を目的としたタイムシフトは、非商業的、非営利的な活動であると認定されなければならない点を明示したからである¹⁵⁵。

Stevens 裁判官は、第4要件の検討においてこの推定を再び取り上げている。第4要件は、家庭における録画が、著作権のあるテレビ番組の価値および市場に与える影響についてのテストである：

したがって、著作物の商業的使用はすべて、著作権者に属する独占的権利のフェアでない搾取と推定されるが、非商業的使用は別である。著作権を付与された作品の非商業的使用に挑戦する場合は、問題の使用が有害なものであること、またはそのような使用が広範に行われた場合、著作物の将来の市場に有害な影響を与えることを証明しなければならない。現在、実害が存在することを示す必要はない。なぜなら、そのような証明を要求すれば、著作権者は予測可能である損害に対して、抗弁できない状況に追いやられるからである。将来必ず損害を受けることを証明する必要もない。必要なのは、損害が将来発生するということを、優越する証拠によって示すことである。意図した使用が、商業的なものである場合は、一般的に将来の損害が推定される。しかし、使用目的が非商業的である場合には、将来損害が発生する可能性を示さなければならない¹⁵⁶。

以上二つの引用文を一緒にすることによって、第107条の驚くべき解釈が形成されたのである。驚くべきというのは、被告による使用の「商業的性質」は、第1要件に関連して考察される、いくつかの副次的要件のうちの一つとして引用されているにすぎないからである。しかも、商業的性質に関する記述を含む従属節が、「非営利的で教育を目的とする」活動に従事する者達からの憂慮に応える目的で、法案作成の最終段階で挿入されたという事実を考えるとさらに驚くべきことである¹⁵⁷。他方、第4要件は

被告による使用目的の商業性にまったく触れていない。にもかかわらず Sony は結果的に、第1要件にもとづけば、商業的「目的」はフェアでなく、非商業的目的はフェアであると推定され、第4要件にもとづけば、商業的使用は原告の作品の市場に損害を与えるとの主張を代表するものとされた。

翌年の *Harper & Row* において、最高裁は事態をさらに悪化させた。最高裁は明らかに、第1要件の分析において行き過ぎたことを感知し、Sony で述べたことを変更しようとした。O'Connor 裁判官は、多数意見において、「出版が、非営利的と対立する意味で商業的であるとされる事実は、フェアユースを否認する傾向を持つ別の要素である。」と記した¹⁵⁸。ここまでは良いのだが、その後、O'Connor は、彼女が否定しようとした Sony の傍論そのものから、フェアユースを否認する傾向とフェアユースを否認する前提とは同一のものであるかのように下記を引用した——「著作物の商業的な使用はすべて、独占権に対するアンフェアな搾取であると推定される」¹⁵⁹。「冗長性 (redundancy)」の印象を維持するために¹⁶⁰、最高裁は、「サイバネティック・フィードバック」が必要な場面で、「シntaxティック・フィードバック」を使用したのである¹⁶¹。その後、1990年の *Stewart* 意見において、最高裁は第1要件の分析の中で、*Harper & Row* で引用された Sony からの同じ一節を、*Harper & Row* を無視して引用した¹⁶²。*Harper & Row*、*Stewart* のどちらにおいても、第4要件にもとづく商業性の問題は取り扱われなかった¹⁶³。最後に、1994年の *Campbell* 法廷

¹⁵⁸ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 562 (1985)

¹⁵⁹ *Id.* (修正箇所省略) *Sony*, 464 U.S. at 451を引用)

¹⁶⁰ *See Shapiro, supra note 146*, at 127 (「先例拘束の原則によって組織化された法律論議は、その成功が高いレベルの冗長度に依存していることを強調し、主張する...」)

¹⁶¹ *Cf. id.* at 133 (「システムが高レベルのシntaxティック冗長度を採用した場合、サイバネティック・フィードバック情報の多くを受信側に送信する『余地 (space)』を持ってなくなる。」)

¹⁶² *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 237 (1990)

¹⁶³ *See Harper & Row*, 471 U.S. at 566-69 (第4要件の市場への影響を商業性に触れずに適用); *Stewart*, 495 U.S. at 238 (商業性について議論することなく、フィルムの公開は短編小説の市場に影響を与えると判定した控裁の結論を支持)

¹⁵⁵ *Sony*, 464 U.S. at 448-49 (脚注省略)

¹⁵⁶ *Id.* at 451.

¹⁵⁷ *See PATRY, supra note 29*, at 351-53.

において、最高裁は *Sony* の前提は、現時点では法律上正当なものではなくなると明示したが、再解釈というシタクティック的な方法でそれを行った：「*Harper & Row* において説明したように、*Sony* は、『出版が、非営利的に対峙する意味で商業的であるという事実は、フェアユースを否認する傾向を持つ別の要素である。』という主張を代表している¹⁶⁴。」

このようにして、*Sony*、*Harper & Row* における *Sony* のいいかげんな処理 (gloss)、*Stewart* における *Sony* の復活、そして、*Campbell* における *Harper & Row* のいいかげんな処理の復活を通してわれわれが認識するのは、先例の洗練というよりは先例の累積である。第107条の起草者達の当初の意図に反して、フェアユースの第1要件にもとづく分析の前面に商業性の検討を出し続けたのは、先例の単なる数量であり、その内容ではないように見える。図7は、第1要件にもとづく商業性の検討に対する裁判所の注目度が、*Sony* および *Harper & Row* のすぐ後に頂点を迎え、その後、注目を復活させたと思われる *Stewart* まで下降を続けたことを示している。商業性の検討を実施した裁判所の割合は *Campbell* 以降少し減少したが、その後、ほぼ *Campbell* 以前のレベルに回復した。

裁判所は、第1要件に関する *Sony* の前提をどのように取り扱ったであろうか？図7は、第1要件の分析の中で、*Sony* の前提を引用した意見の割合が、*Sony* および *Harper & Row* のすぐ後に頂点を迎え、シタクティック的にはあるが、明確にこの前提を否認し、それを永久に埋葬すべきであった、*Campbell* まで下降を続けたことを示している。最高裁が、*Campbell* を出した直後の記事において、Leval 判事はその意見を、「Souter 裁判官によるフェアユースの救済」と記述している¹⁶⁵。*Campbell* 以前は、問題とされている商業的な使用が何らかの理由でフェアでないと判断した場合、裁判所は *Sony* の前提を採用した。反対に裁判所がフェアユースを認定したいと望んだ場合には、「単純に商業性についてまったく言及しなかった¹⁶⁶。」*Campbell* は、「フェアユースに関する議論から、これらの何

¹⁶⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 585 (1994) (*Harper & Row*, 471 U.S. at 562を引用)。

¹⁶⁵ Pierre N. Leval, *Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use*, 13 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 19, 19 (1994)。

¹⁶⁶ *Id.* at 20-21.

の役にも立たないスローガン、特に『商業的使用』に関する有害な前提を排除した¹⁶⁷。」

しかし、データはそれを示していない。反対に裁判官が *Sony* の前提をどのように使用したかに関して、Leval 判事は、*Campbell* 以前については、過度に悲観的であるが、*Campbell* 以降については過度に楽観的であることを暗示している。*Sony* から *Campbell* までの間に出された108件の意見のうち、45件 (108件中の41.7%) が、第1要件分析の中で *Sony* の前提を引用している。この中の29件は、被告による使用を商業的と判定したが、14件がフェアユースを認定し、フェアユースの勝率は0.311である。*Sony* の前提に触れなかった同期間中の61件の意見のうち、29件がフェアユースを認定し、フェアユースの勝率は0.475である。統計学的には重要な意味を持つが、上記の2組の意見群の勝率の差は、裁判所が、原告に有利な判定をした場合にしか、*Sony* の前提を取り上げないという主張をもちろん支持しない。しかし、*Campbell* 以降に出された162件の意見に関しては状況がいくらか異なり、Leval 判事の期待を裏切る結果となっている。図7が示すように、*Campbell* は第1要件の分析の中で、*Sony* の前提を引用する意見の割合を年々減少させたが、その後にはいくつかの下級裁判所で、この前提への関心の復活が続いた。具体的には、*Campbell* 以降の162件の意見のうちの12件で、第1要件に関連して *Sony* の前提が取り上げられ、この12件のうち11件が、被告による使用は商業的なものであり、第1要件は原告を有利にし、最終的にもフェアユースはまったく認められないと判定した¹⁶⁸。これは、特定の裁判所は *Campbell* にもかかわらず、意図的にまたは無意識のうちに、*Sony* の前提を使用するということを証明している¹⁶⁹。

¹⁶⁷ *Id.* at 22.

¹⁶⁸ See, e.g., *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 886 F. Supp. 1120, 1130 (S.D.N.Y. 1995) (競争紙の記事の再掲載はフェアユースでないと判定)。これら12件の意見のどれも、被告による使用が変容的であるとはしなかった。特に6件は、被告による使用は変容的でないとし、6件は変容性の問題の検討すらしなかった。

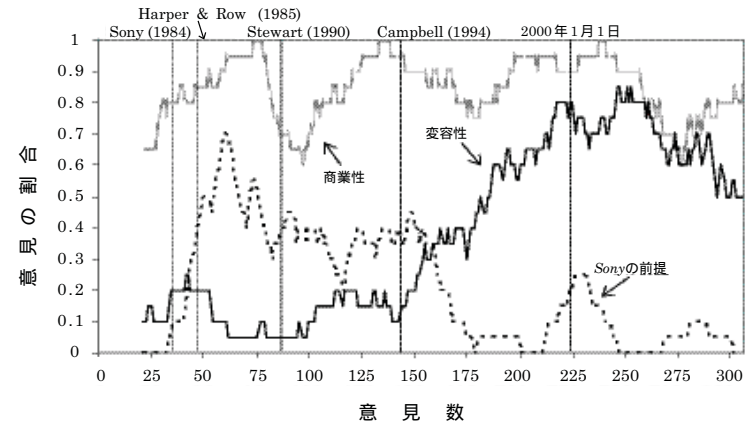
¹⁶⁹ サンプルとして使用した *Campbell* 意見以降の162件の意見のうちの35件は、明確に *Campbell* が、第1要件にもとづく商業的使用の前提を廃棄したことを認めている。

全体的に、第107条の文言にもかかわらず、商業性の検討、そして特に *Sony* の前提は、フェアユース判例法における頑強な模倣子 (memes 訳注: 訳語は *weblio* 辞書 (<http://www.weblio.jp/content/meme>) によった) として例外的に存続している¹⁷⁰。これは疑いなく、全面的にはないとしても、商業的意図が浸透している訴訟環境に、これらが大変うまく適応していることを反映している。しかしまた、単純に取り消すべきあるいは取り替えるべきものを再解釈することにより、体面を維持しようとする、最高裁の繰り返された試みの結果でもある。それにしても、被告による使用の商業性への注目に対して、最後の奇妙な皮肉が存在する。表9に示された回帰分析の結果は、*Sony* の前提にもかかわらず、そして、*Campbell* における「非営利的 [使用] に対峙する意味での商業的 [使用] の事実」は、フェアユースを否認する傾向を持つ別の要素である¹⁷¹ という *Harper & Row* のいいかげんな処理の復活にもかかわらず、被告による使用の目的は商業的である (意見の64.4%がそう判定している) という判定が、フェアユースを否認する最終的判定を支持するのに大きく影響していないことを示している。むしろそれは、被告による使用の目的が非商業的なものである (意見の15.4%がそう判定) という判定が、フェアユースを認定する最終的判定に大きな影響を与えていることを示している。われわれは、先例を垂直的にも水平的にも良く知っている。しかし、過去において特定の法律上の原則を適用した判事達が、どのようにその原則を適用したかについての経験分析にもとづく、経験的または一般的な先例というものがあるとすれば、これはその一例であり、これを分析することには意味がある。被告による使用目的が商業的である事実は、一般的に、フェアユースの認定において重要な役割を果たすべきではないが、被告による使用目的が非商業的であるという事実は、実務においてはすでにそうであるようだが、フェアユースの認定を強力に支持するものとして理解されるべきである。

¹⁷⁰ 模倣子の頑強性に関しては以下を参照。See J.M. BALKIN, CULTURAL SOFTWARE: A THEORY OF IDEOLOGY 74-90(1998)。

¹⁷¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 585(1994) [*Harper & Row, Publishers, Inc., v. Nation Enters.*, 417 U.S. 539, 562(1985) を引用]。

図7: 商業性および変容性の検討を行い、*Sony* の商業的使用に関する前提を引用した20意見移動平均



2. 変容性についての検討

「フェアユースの標準に向けて」と題する、1990年の *Harvard Law Review* の論文で¹⁷²、Leval 判事は、フェアユースを分析する際に、被告による使用がどの程度「変容的 (transformative)」であるかについて、より綿密な分析を行うよう裁判所に促した。Leval 判事は、「著作権者を有利にする要件に対抗する2次使用者の正当性¹⁷³」を量る際に、「2次的使用は原作品に価値を付加したか。つまり、引用物を素材として使用したと仮定して、新たな情報、新たな美的価値観、新たな洞察および理解、の創造に変容された¹⁷⁴」かを裁判所は考慮すべきである、なぜなら、「これこそ、フェアユースの原則が、社会を豊かにするために保護しようと意図した種

¹⁷² Leval, *supra* note 93, at 1111.

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ *Id.*

類の活動である。」からであると主張した¹⁷⁵。4年後、*Campbell* 法廷において最高裁は、2 Live Crew によるパロディー¹⁷⁶の第1要件分析において、変容性の概念および Leval 判事の説明に大きく依存した。これ以降、裁判所および論者達は、変容性の概念をフェアユース分析の指針として取り扱っている：それは、「フェアユースの分析に不可欠で重要な検討」であるといわれている¹⁷⁷、「フェアユースの検討の核心¹⁷⁸」に迫るものである。ある裁判所が指摘したように、「『変容性』は原則として、フェアユースの第1要件に関連して分析されているが、フェアユース分析全体の基盤を形成するものである¹⁷⁹。」実際、変容性の検討は、アメリカ合衆国のフェアユース原則の背骨として、第107条に取って代わったと示唆する者もいる¹⁸⁰。

¹⁷⁵ *Campbell*, 510 U.S. at 578-79 (Leval, *supra* note 93, at 1111を引用)(著作権の目標は「変容的な作品の創作により強化された」と主張)。

¹⁷⁷ Leval, *supra* note 93, at 1111.

¹⁷⁸ *On Davis v. Gap, Inc.*, 246 F.3d 152, 174(2d Cir. 2001) (Leval, J.) (*Campbell*, 510 U.S. at 579を引用)。

¹⁷⁹ *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00-3802, 2001 WL 1111970, at *3 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2001) (*On Davis*, 246 F.3d at 174-76を引用)。

¹⁸⁰ この主張を変容性が重要であることを強調しているNIMMER, *supra* note 139, at § 13.0[A][1] (脚注省略)と比較してみよう：

第2控裁のこれらの意見は、「変容的でない」使用を「フェアでない」の略称として、また、相対的に「変容的」な使用を「フェア」の略称としてラベル付けているように見える。そのような戦略はこの用語の意味を空洞化してしまう。「変容的」という形容語はフェアユース分析を確認するものではなく、導くものなので、結論的なラベル以上のものでなければならないからである。

変容性が重要であることを記述しているSag, *supra* note 9, at 388 (脚注省略)とも比較してみよう：

変容性のテストの支配は、非商業的な使用と教育的な使用に関する実際の条文上の言葉をほとんど無意味なものとしている。

また、「変容性」は明らかにメタ要件 (metafactor) である。つまり、ある使用が対象である作品をどの程度変容するかは、原作品の性質、作品間の類似性の質と量、および使用が原作品の価値に与える影響というような他の要件を考慮することなしに確定できない。

しかし、裁判所および論者達は、アメリカ合衆国のフェアユース判例法に対する変容性の原則の影響を誇張している。地裁のレベルにおいて、*Campbell* 以降の119件の意見のうちの41.2%は、この原則にまったく触れていない。また、*Campbell* 以前の92件の意見のうちの90.2%が、これに触れていない(変容性、または時々使用される言い方である「生産的使用」のどちらについても¹⁸¹)。控裁のレベルでは、その割合はより高いが、フェアユースの検討の基礎をなすといわれている原則に対して、われわれが期待する割合にはほど遠い。*Campbell* 以降の43件の意見のうちの18.6%、また *Campbell* 以前の45件の意見のうちの84.4%が、この原則に触れていない。しかも、この原則は影響力を失いつつあるように見える。図7は、変容性に何らかの形で触れた意見の割合の時間的な変化を示している。この原則の引用数が下降線を描き始めたのは、この10年の早い時期からである。

しかし、変容性は、それが影響力を持った意見においては、第1要件テストの結果だけでなく、フェアユース・テストの総合的な結論に、ほぼ決定的ともいえる影響力を発揮している。より具体的なデータによれば、変容性の認定が必ずしも、総合的なフェアユースの判定の引き金になるとはいえない。しかし、十分に強い影響を与えている。*Campbell* 以降のフェアユースを認定した68件の意見のうちの25件(または36.8%)は、変容性にまったく触れず、そのうちの4件は、被告による使用は変容的ではないと明確に判定している。被告による使用は変容的であると判定した、13件の控裁意見および29件の地裁意見の中の27件の意見は、使用がフェアユースでもあることも認めている。2件のフェアユースを否定した意見のうち

¹⁸¹ See, e.g., *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of Am.*, 659 F.2d 963, 970 (9th Cir. 1981) (「第107条の最初の文章が示すように、フェアユースは伝統的に『著作物の生産的使用』とも呼べるような行為に関連している。」) *rev'd*, 464 U.S. 417(1984)。

¹⁸² See *Sun Trust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 136 F. Supp. 2d 1357, 1378-85 (N.D. Ga. 2001) (パロディーの商業性その他の性格が、変容性より重要であるとして、フェアユースを否認し、仮差止めを認めた) *vacated*, 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001) (per curiam) and 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)。唯一の覆されなかった例外は、*Castle Rock Entertainment v. Carol Publishing Group, Inc.*, 955 F. Supp. 260 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd*, 150 F.3d 132 (2d Cir. 1998)。これらのケースについてのさらなる

の1件は、控裁で覆されている¹⁸²。この事実に照らせば、変容性の認定は、フェアユースの認定に対して十分な(または十分に近い)影響を与えていると推定することができる。さらに、いくつかの裁判所が明示したように¹⁸³、変容性の判定は、第1要件にもとづいてフェアユースが認められるかどうかを決定する目的では、被告による使用が商業的であるという判定を打ち負かしている。裁判所は、28件の意見の中で被告による使用は、第1要件にもとづけば商業的であり、かつ変容的であると判定し、26件では、第1要件および総合的なテストの両方が、フェアユースの認定を支持するとし、残り2件のうちの1件は控裁で棄却された¹⁸⁴。

これらのデータは、表9が高い相関係数とオッズ比で変容性を見出している理由を説明している。この表の回帰分析の結果をよりわかりやすい言葉で説明すると、作表のために使用した回帰モデルによれば、創造的で、公表されている作品を、変容的でない商業的な形態で使用した被告のフェアユース抗弁の勝率は、35.5%である。同じ使用が変容的であると認定された場合には、勝率は94.9%に跳ね上がる。

興味深いのは、変容性の発見が、フェアユース・テストの結果に決定的な影響を与えるように見えるにもかかわらず、その他の要件のテスト結果を誘導してはいない点である(訳注:誘導(stampede)については前号164頁参照)。被告による使用を変容的であると認定した43件の意見のうち、

議論は、see Julie E. Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 *FORDHAM L. REV.* 347, 363-64 & nn 54-55(2005) [Sun Trust Bank and Castle Rockについて議論]。

¹⁸³ See, e.g., *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 948 F. Supp. 1214, 1223(S.D.N.Y. 1996) [「Nielsen 広告の高度に変容的な性格は、誰もが認める商業的目的を超えると判定することによって、著作権の目的に最も奉仕できると判断できる。したがって、フェアユースの第1要件は、僅少差ではあるが、被告に有利である。」]; *Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 802 F. Supp. 1, 12-13(S.D.N.Y. 1992) [「したがって、裁判所は営利目的が存在する場合でも、第1要件において変容的な二次的使用に有利な判定をくり返し下している。つまり裁判所は、スローガンのように、儀式的にすべての商業的使用は、『前提的に』アンフェアであると宣言するが、この前提は変容的で代替されない使用によって容易に乗り越えられる。(引用省略) order amended and superseded, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994)。

¹⁸⁴ See *supra* note 182.

4要件すべてがフェアユースの認定を支持するとしたのは、たった6件である。26件は、原告の作品の性格に関する第2要件が、フェアユースの認定を否定するとし、これら26件のうちの6件は、被告による使用の量と質に関する第3要件もまたフェアユースを否認するとしている。この結果は理解できる。事実に関する作品よりも創造的な作品の方が、被告が作品を変容的な使用の対象とする可能性がずっと高く、また変容的な使用の多くが、原告の表現をかなり盗用する可能性が高いからである。裁判所が面目を施しているのは、変容的な使用を取り扱っている意見は、一般的に第2要件および第3要件をありのままに考察しており、総合的なテスト結果に適合するように歪曲したりしていない点である(訳注:補足すると、変容的作品の方が、第2要件および第3要件でフェアユースを認められない可能性が高いので、総合判定でフェアユースを認めた場合に、裁判所は第2要件および第3要件を総合判定に合わせて誘導していないかという疑問が生ずるが、それはしていないようである。)しかし、例外はある。被告による使用は変容的でないが、第2または第3要件がフェアユースの認定を支持していると判定した意見の中には、司法の不器用(judicial slight of hand)の実例がいくつか見られる¹⁸⁵。

¹⁸⁵ See, e.g., *Núñez v. Caribbean Int'l News Corp.*, 235 F.3d 18, 24(1st Cir. 2000) (第3要件に関する議論の中で、「この事件では、El Vocero は写真全体をコピーしたことを自認しているが、これは全体のコピーでないと、ストーリーに対する写真の価値がなくなるからである」とした上で、「したがって、地裁と同様、同要件はわれわれの分析にほとんど影響を与えないと考える」としている); *Blanch v. Koons*, 396 F. Supp. 2d 476, 481-82(S.D.N.Y. 2005) [「写真全体は、著作権の保護を受けるに十分な程度に創造的で、オリジナルであり、著作権が付与されているが、作品がアメリカ合衆国全土で一般的に公表された事実は、フェアユースの認定を支持する…。Blanchは、Gucciのサンダルの外見(写真の中で最も人目を引く要素と考えられる)に対して何の権利も持たず、Koonsは組んだ足以外何も写真から盗用していない。それだけ見ると(サンダルを無視した場合)他の要件は創造的というよりは凡庸である。第2要件は被告を支持する。」(引用省略)]; *Newport-Mesa Unified Sch. Dist. v. Cal. Dep't of Educ.*, 371 F. Supp. 2d 1170, 1177-78(C.D. Cal. 2005) [「フェアユースの第2要件にもとづけば、著作物の性質は情報伝達というよりは創造的である。」テストに使用する質問の開発、特定のテスト形式への集積は、創造的、想像的、そしてオリジナルな過程である。このオリジナルな性質がフェアユースの判定を否定する。しかし、生徒の回答を追加することにより、質

3. 悪意についての検討

フェアユースが認定されるためには、被告による使用は、「フェア」でなければならないのか？裁判所によるフェアユース分析において、被告の行為の「適切性」の考慮は必要だろうか？Lloyd Weinrebはこれらが必要であると考え、裁判所に被告による使用の「フェアネス」を追加の支配要件として考慮するよう呼びかけた¹⁸⁶。他の論者達は、フェアネスはあまりにも主観的な、または循環論法的な基準であるという理由で、フェアネスの検討の実効性を疑問視している¹⁸⁷。フェアネスの検討は、どんな結果が最終的に人間の創造性の発展を推進するか、そして、フェアユースの決定を形づくるべきかについて探求する本来功利的な問題を、必要以上に複雑にすると主張する者もいる¹⁸⁸。

フェアユースは「衡平原則」である、とする意見が頻出している。しかし、データはフェアネス、専有性、そして善意か悪意かの検討が、アメリカ合衆国のフェアユース判例法においては、重要な役割を果たしていない

問と回答の性格が情報伝達的なものとなっており、これがフェアユースの認定を支持する。(Coll. Entrance Examination Bd. v. Pataki, 889 F. Supp. 554, 569 (N.D.N.Y. 1995)を引用し変更箇所は原文にもとづく(引用符号省略); Penelope v. Brown, 792 F. Supp. 132, 138 n.7 (D. Mass. 1992)第2要件にもとづき、「Penelopeの作品は学究的なものであり、したがって...その頒布を法律は支持する」)

¹⁸⁶ See Weinreb, *supra* note 19, at 1138 (「フェアユースはその言葉どおり、フェアな使用は著作権侵害の例外とされてきたし、将来も残すべきである。」); *id.* at 1141 (「裁判所は、法律を立法者の意図に沿って解釈するものとされているが、最初から衡平の原則の影響を受けており、その言葉が示すように、法律の目的には直接関連していないフェアネスの考慮を取り入れている。」)

¹⁸⁷ See, e.g., BRUCE P. KELLER & JEFFREY P. CUNARD, COPYRIGHT LAW §8:1 (2003) (「この原則の基盤にある中心的な概念、つまり数個の要件の衡平にもとづく使用のフェアネスの評価は、本質的に主観的なものである。したがって、ある判事が個人的にフェアユースと考える使用が、他の同僚判事の判断と鋭く対立するかもしれない。」)

¹⁸⁸ See, e.g., Leval, *supra* note 93, at 1126 (「モラルテストの追加を正当化する理由は何もない」と主張); Madison, *supra* note 7, at 1555-56 (原告による使用の正当性ではなく、むしろ、それが社会の福祉に与える影響を考慮するよう裁判所に要請)

ことを示している¹⁸⁹。裁判所が明確に、被告の行為は悪意によるものであると判定した少数の事件においては、ほとんど例外なくフェアユースがまったく否認されている。被告の行為の専有性またはフェアネスの分析の妥当性に何らかの形で触れているのは306件中の49件(あるいは16.0%)で、そのうちの25件は、第1要件に関連したものである¹⁹⁰。14件が不当な行為を認定しており、12件はフェアユースをまったく認めず、7件は4要件すべてが最終結論を支持していると判定している。反対に、裁判所が、被告の行為は不当なものではなかったと判定した28件の意見のうち24件が、フェアユースを認定した。善意を認定した意見は、悪意を認定した意見と異なり、要件テストを誘導する傾向を見せていない¹⁹¹。

データは、悪意の認定がフェアユースを全面的に否認する引き金になることを示しているが、その解釈には他のどの副次的要件の考慮に関してよりも注意を払う必要がある。これは、フェアネスの決定は基本的に循環論法に陥りやすい傾向を持つからである：裁判所は、被告の行為が不当であるため、被告による使用をアンフェアと判定したのか、使用がアンフェアであるため、被告の行為を不当であると判定したのか？フェアネスであるとの判定をした意見は、その事件特有の事実にもとづいた判定をする傾向

¹⁸⁹ 裁判所は、通常フェアユースの原則は単純に、「著作権法が、その目的である創造性そのものをまさに阻害することになるような場合に、裁判所が、著作権法の厳格な適用を回避することを許す衡平的な判断のルール」であるとしている。Stewart v. Abend, 495 U.S. 207, 236 (1990) (引用および引用符号省略) (Sony corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 448 (1984)とIowa State Univ. Research Found., Inc. v. Am. Broad. Cos., 621 F.2d 57, 60 (2d Cir. 1980)を引用); see also Shubha Ghosh, *Deprivatizing Copyright*, 54 CASE W. RES. L. REV. 387, 485 (2003) (「フェアユースは衡平規則というより法規則であるが、衡平原則がしばしば、この原則の適用方法に浸透している。」)

¹⁹⁰ 意見の一つは、被告の悪意を第1要件および追加要件にもとづいて考察している。See *Haberman v. Hustler Magazine, Inc.*, 626 F. Supp. 201, 211 (D. Mass. 1986) (被告の行為の専有性は、第1要件にもとづく使用の「性質」に関連していると記述); *id.* at 214 (衡平的な行為を追加要件として再考)

¹⁹¹ 悪意を認定した14件の意見の中誘導の中間値は-2.43 (標準偏差=2.06)で、他方、悪意を認定しなかった28件の意見中の誘導の中間値は1.82 (標準偏差=2.31)であった(訳注：誘導値については前号166頁参照)

を示しており、この問題の答えを得る助けになるような強力な一般論を提供してくれない。しかし、被告の悪意がなければ、フェアユースを認定したであろうと裁判所が明確に判定した意見が1件だけある¹⁹²、これ以外には、フェアネスの考慮が決定的な影響を持ったことはほとんどない¹⁹³。これは、悪意という変数は、重要な係数とはならなかったことを示す表9の回帰分析の結果と一致する。より一般的には、フェアネスの判定は他の考慮にもとづいてすでに決定された、または過度に決定された(overdetermined)結論を支持する単なる追加的考慮として機能しているにすぎないようである。

4. 前文の目的についての検討

第107条はその前文で、フェアな目的の例をいくつか挙げている。具体的には、被告による原告の表現の使用が、「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」ものである場合には、その使用はフェアであると解釈される可能性があるとして規定している¹⁹⁴。表10は被告による

¹⁹² See *Softel, Inc. v. Dragon Med. & Scientific Comm'ns, Inc.*, No. 87-0167, 1992 U.S. Dist. LEXIS 9502, at *57 (S.D.N.Y. June 29, 1992)。「この事件では、被告がルーチンを利用する際に善意を欠いていたという事実が、要件の考慮の結論をフェアユース否認の方向へ導くことになった。したがって、*Hairy Cell Roche* と *Low Back Pain* のプログラムにおける原告のイメージ取出し手順を、被告が文字通りコピーしたことに対する著作権侵害の申し立てに対して、原告は損害賠償を受ける権利を有する。」この事件では、*Softel* の誘導値は0であった。

¹⁹³ See, e.g., *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 309 (2d Cir. 1992) (使用の目的と性質に関連した被告の悪意を考慮); *New Line Cinema Corp. v. Bertlesman Music Group, Inc.*, 693 F. Supp. 1517, 1530 (S.D.N.Y. 1988)。「裁判所の結論はまた、この事件における *Zomba* の行為の専有性(propriety)の検討によりさらに強化されている。」*Original Appalachian Artworks, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 642 F. Supp. 1031, 1036 (N.D. Ga. 1986) (原告の善意に依存して取引しようとした被告の意図は、フェアユースを否認する悪意の要件とみなされる)。

¹⁹⁴ 17 U.S.C. § 107 (2000 & Supp. IV 2004) See generally *Madison*, *supra* note 7, at 1552-57 (第107条の前文に列記されたフェアユースの例の妥当性について議論)。

使用が、これらの項目の範囲内にあると判定した意見の数と割合を示している。これらの意見では、被告は一般的にはかなり高いフェアユース認定の勝率を得ているが、「教育的」目的の使用に関わっている被告は例外である。この驚くべき結果を説明する27件の教育目的に関連した意見には、特に目立った特徴はない¹⁹⁵。いずれにせよ回帰モデルは、その他の判定の影響を無視した場合、被告の使用は前文に記載された分野の一つに含まれるとの判定が、フェアユース・テストの結果に重要な影響を与えないことを示している。悪意の判定の場合と同様に、前文に含まれた目的に関する検討に代わって、その他の考慮にもとづいて、判定結果が決められているように見える。

表10：前文の目的を明確に検討した意見の分布とフェアユース抗弁の勝率

前文に記載された目的	件数	306件中の%	フェアユース認定
調査目的	22	7.2	.409
批評目的	29	9.5	.621
ニュース報道	27	8.8	.778
教育目的	27	8.8	.482

B. 第2要件：著作物の性質

第2要件は、「著作物の性質」に関するものである¹⁹⁶。第2要件に関するデータは、条文の文言そのものと同様に、曖昧で多様な解釈が可能であるように見える。第107条の「考慮すべき要件には」第2要件「も含まれる」¹⁹⁷との指示にもかかわらず、306件の意見の17.7%は、第2要件にまったく触れていない。6.5%は第2要件に触れてはいるが、フェアユースには無関係であるとしている。われわれは、表5の相関係数と表6の回帰係数は、第2要件のテスト結果が、フェアユース・テストの総合判定に、通常大きな影響を与えていない事実を示していることを学んだ。裁判所と

¹⁹⁵ 標準化されたテストを実施しているのは、これらの意見中の4件のみである。

¹⁹⁶ 17 U.S.C. § 107.

¹⁹⁷ *Id.*

論者達の多くも長い間、同じように考えてきた。しかし、表9に示された、第2要件に関連したある種の副次的要件の考察に関わる回帰係数は、この要件を除去することはできないことをわれわれに暗示している。反対に、第2要件に関連するある種の考察が、フェアユース・テストの結果に重大な影響を与えており、その影響はある時には結論の基礎にある原則の当初の意図とは反対、または少し異なる方向を向いたものである場合さえある。

比較的多様に解釈できる第2要件の文言から、原告の作品は創造的な性質のものか/事実に関連したものであるか、公表済みの作品か/未公表の作品か、の二つの副次的考察要件を生み出した。以下それぞれについて考察する。

1. 創造的作品か事実関連の作品かの検討

Campbell 法廷で説明したように、第2要件には、「ある作品は意図された著作権保護の核心に近い場合、その使用に対して、フェアユースを認定することはより困難である¹⁹⁸」との認識が要求される。この枠組にもとづけば、「仮想的または幻想的な」創作は¹⁹⁹、著作権による保護の核心に位置し、したがって、その使用がフェアユースと判定される可能性は比較的小さいが、著作権保護の外縁に位置する事実関連の作品の使用については、フェアユースが認定される可能性はより大きい。

裁判所も論者達も、第2要件の創造的作品/事実関連作品に関する検討の重要性を、その他の同要件の副次的要件も含めて過小評価している。しかし、調査対象とした意見では、原告作品の創造的性格とフェアユース認定の可能性の間には、逆相関関係があることをデータが示している。306件の意見のうち41.4%が、原告の作品は事実に関連しているというよりは、創造的なものであると明確に判定し、そのうちの34.1%がフェアユースを認定している。他方、16.3%の意見が、原告の作品は創造的というよりは、

事実に関連したものであると判定し、そのうちの54.0%がフェアユースを認定している。この結果から何らかの因果関係を確立することは、不可能であると思われるが、原告の作品を創造的または事実に関連したものと明確に判定した裁判所の意見が、かなり高い誘導値を示したことは興味深い。原告の作品は、創造的な性質のものであると判定した126件の意見の中で、相対的多数派の43.4%が、4要件すべてがフェアユースを支持すると判定したが、原告の作品は、事実に関連したものであると判定した50件の中では、28.0%だけが、4要件すべてがフェアユースを支持すると判定した²⁰⁰。

したがって、驚くような事実ではないが、表9に示された回帰モデルの分析結果から、被告が創造的な性質であると判定された公表作品を、商業目的で使用(他の変数はすべて0に設定)した場合、被告のフェアユース抗弁の勝率は35.5%であり、事実に関連した性質であると判定された公表作品を、商業目的で使用(他の変数はすべて0に設定)した場合の勝率は、80.3%であると推測される。この勝率の差は重要であり、表5および表6に示された相関係数および回帰係数にもかかわらず、フェアユース問題を判事達が決定する際に、原告作品の性質が創造的なものであるか、事実に関連したものであるかが影響力を持つことを示している。

これも規範的事項として注目に値する経験的先例である。原則として、第107条の4要件は、「公共の利益となる作品を創作するのに十分な動機を個人に提供する必要と、情報の頒布に対する公衆の利益とのバランス」をはかることをその目標としている²⁰¹。したがって、第107条のテストは、被告による使用が、「著作物の将来の市場またはその価値」に与える影響の範囲を、単に第4要件にもとづいて評価するのにとどまらず、それ以上のことをするべきである²⁰²。この検討は、バランス評価の一方の側だけを問題としている。第107条の第1および第2要件は、「情報の配布に対す

²⁰⁰ これら50件の意見のさらに26.0%が、誘導値は-2、つまり3要件がフェアユースを否定し、1要件がフェアユースを支持している。これらの意見は、すべてフェアユースを否認し、1件を除きすべてが、意見の結論を支持していないのは第2要件だけであると判定している。

²⁰¹ *Hustler Magazine, Inc. v. Moral Majority, Inc.*, 796 F.2d 1148, 1151 (9th Cir. 1986).

²⁰² 17 U.S.C. § 107.

¹⁹⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 586 (1994).

¹⁹⁹ *See Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 563 (1985) (「法律は一般的に、フィクションまたはファンタジー作品よりも、事実に関する作品に頒布する必要性をより強く認める。」)

る公衆の利益」に関する、バランスの反対側の要件を裁判所が忘れずに検討させるために存在している²⁰³。喜ばしいことに、少なくとも、創造的か/事実関連かという要件の検討に関しては、多くの裁判所がまさしくこれを行っているように見える。

2. 公表された作品か未公表の作品かの検討

第2要件にもとづく、作品が公表済みか未公表かの検討は、エルゴード的な意図しなかった結果と判例の累積、という展開に関するものである。1984年の*Harper & Row*意見においてO'Connor裁判官は、「作品が未公表であるという事実は、作品の『性格』に関連した非常に重要な要因である。」そして、「未公表作品に対するフェアユースの範囲はより限定されている。」と述べている²⁰⁴。O'Connor裁判官はまた、「通常の場合では、未公表の表現を最初に公表する著者の権利は、フェアユースの主張より重要である。」としている²⁰⁵。Brennan裁判官は反対意見の中で、「(O'Connor裁判官の)上記の声明は、本件の分析に公表以前のフェアユースを全面的に否定する前提を導入している。」と声明した²⁰⁶。3年後、*Salinger v. Random House*において、第2控裁は、多数意見に対する挑戦的な解釈を試みた*Harper & Row*の反対意見を採用した:「最高裁の未公表作品に関する全体の議論の流れは、未公表作品は通常、表現の複製に対し完全に保護されている、との考えを伝えている²⁰⁷。」これ以降、多くの第2巡回区およびその他の地区の裁判所の意見が、この解釈を発展させた²⁰⁸。その結果、1991年に

²⁰³ See generally Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L. REV. 257, 286-90 (2007) (フェアユース抗弁の正しい理解のために重要な、肯定的な外部性または「溢出効果 (spillovers)」について議論)。

²⁰⁴ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 564 (1985)。

²⁰⁵ *Id.* at 555 .

²⁰⁶ *Id.* at 595 (Brennan, J., dissenting)。

²⁰⁷ 811 F.2d 90, 97 (2d Cir. 1987)。

²⁰⁸ See, e.g., *New Era Publ'ns Int'l v. Henry Holt & Co., Inc.*, 873 F.2d 576, 583 (2d Cir. 1989) (「使用した作品が『未公表の』資料からなる場合、フェアユースの第2要件は、侵害者に有利に適用されることはなかったし、われわれもそれをしない。」);

は、第2控裁は、*Wright v. Warner Books, Inc.*の意見で、「未公表の作品は、第2要件のお気に入りの息子であり」また、「われわれの先例によると...著作物が未公表であると、いったん決定されると、この要件に関する議論を継続する余地はほとんど残っていない」と言明している²⁰⁹。当時、裁判所は未公表作品の使用についても、*Sony*に似た新たな前提を打ち立てたかのように見えたが²¹⁰、1992年、議会在り出して第107条を改定し、その最後に「作品が未公表である事実自体は、4要件すべてを考慮した結果のフェアユースの認定を阻止するものではない。」と付け加えた²¹¹。

この奇妙な一連の事件の結果は、*Harper & Row*法廷には予測することは難しかったが、調査対象とした意見にもとづけば、原告の作品が未公表であったという事実は、フェアユース・テストの結果に何ら重要な影響も与えていないが、原告の作品が公表済みであるという事実は、フェアユースを認定するテスト結果に強い影響力を発揮しているように見える²¹²。一方で、作品の公表済み/未公表の検討に関連した多様な先例が累積されており、その結果、裁判所は未公表か公表済みかという作品の状態が、フェアユースを認定するかまたは否認するかを決定する際に、先例を引くことができるようになった。37件の意見が、明確に原告の作品は未公表であると判定している。そのうちの29件が、この事実がフェアユースを否認し、3件は(被告の作品がなければ原告の表現が公開されなかったことを理由に)フェアユースを認めた²¹³。残る5件は、原告の作品が未公表である

Ass'n of Am. Med. Colls. v. Carey, 728 F. Supp. 873, 885 (N.D.N.Y. 1990) (「公表されている事実に関する著作物は、未公表の小説作品よりフェアユースの適用に適している...」) *rev'd sub nom. Ass'n of Am. Med. Colls. v. Cuomo*, 928 F.2d 519 (2d Cir. 1991); *Love v. Kwitny*, 706 F. Supp. 1123, 1133-34 (S.D.N.Y. 1989) (原告の作品が未公表であるという状況が、作品は事実に関するものであり、流通範囲も限定されているという事実を考慮しても、原告を「強力に」支持すると判定)。²⁰⁹ 953 F.2d 731, 737 (2d Cir. 1991)。

²¹⁰ See generally *Crews*, *supra* note 28, at 40-42 (第2控裁が、未公表作品のフェアユースの申し立てを否認する「決定的な前提」を効果的に確立する際に、これらの判例が与えたインパクトについて分析)。

²¹¹ Pub. L. No. 102-492, 106 Stat. 3145 (1992) (codified as amended at 17 U.S.C. § 107 (2000 & Supp. IV 2004))。

²¹² See *supra* Table 9 .

²¹³ See, e.g., *Maxtone-Graham v. Burtchell*, 631 F. Supp. 1432, 1437 (S.D.N.Y.

という状態は、フェアユースの分析には重要ではないと結論づけた。これらの意見の約半分(48.6%)で、裁判所はフェアユースを認定している。これに比べると、原告の作品は公表されていると明確に判定した42件の意見のうちの36件では、この事実がフェアユースの認定を支持するとし、4件がフェアユースを否認し(原告の作品は、いずれにせよ消費者一般に提供されているという理由で)¹⁴、2件はフェアユース・テストの結果に何の影響も与えないと推定している。裁判所は、公表済みであるという原告の作品の状態が、フェアユースの判定を支持するとした36件の意見のうちの77.8%、42件の意見全体の69.1%でフェアユースを認定した。上記で検討した副次的要件の変数と同様に、これらのデータの内部作用は、(商業的使用を1とし、その他の変数を0とした)回帰モデルが以下の推定をする理由を説明するのに役立つ。回帰モデルは被告のフェアユース抗弁での成功率が、原告の作品の状態が、未公表から公表済みに変化した場合に、27.4%から57.8%に増加し、また、原告の作品の状態が、未公表から未公表ではないに変化した場合には、まったく変化しないことを示している。

データはまた、フェアユース最大化信奉者の視点からは、勇気づけられるが、皮肉な結果を示している。上述したように、最高裁は、特定の判定(ここでは作品が未公表であること)が、フェアユースを否定するという原則を設定しようと試みた。下級裁判所は、この傍論に賛同せず、これを

1986 年「リベラルな、しかし、フェアな資料の使用を許可することにより、重要な問題に関する社会科学および公開の論議の発展をより促進することができる。」); cf. *Penelope v. Brown*, 792 F. Supp. 132, 138 (D. Mass. 1992) (「*Teaching About Doublespeak*はまだ印刷され、大学の本屋で販売されているが、広く公衆に提供されているとはいえない。広範に提供されていないという事実は *Brown* による複製を強力に正当化する。」)。

²¹⁴ See, e.g., *Encyclopaedia Britannica Educ. Corp. v. Crooks*, 558 F. Supp. 1247, 1251 (W.D.N.Y. 1983) (「原告の作品のコピーを、短期間通常のチャンネルを通して取得することはできるが、この事実が、被告のフェアユースの主張に有利に働くことはまったくない。」); *Encyclopaedia Britannica Educ. Corp. v. Crooks*, 542 F. Supp. 1156, 1177 (W.D.N.Y. 1982) (「原告全員が、作品を供給し、販売する用意があると証言した…。つまり、この事件では、特定の著作物のコピーが提供されていないことを根拠に、フェアユースを正当化する必要のある事実は何も無い。」)。

逆転し、逆の判定(ここでは作品が公表済みであるとの判定)がフェアユースを支持すると結論づけた²¹⁵。

C. 第3要件: 使用部分の量および重要性

第3要件は裁判所に、「著作物全体に対する使用部分の量と重要性」を考察するよう指示する²¹⁶。言い換えれば、多くの意見が認識しているように、この要件は、被告が使用したのは、量的および質的に原告の作品のどの程度の部分であるかを評価することを裁判所に要請する²¹⁷。われわれはすでに、第3要件のテスト結果が、第1要件および第2要件のテスト結果と強い相関関係を持つだけでなく、総合的なテスト結果にも強い相関関係を持つことを観察した。これらの相関関係は、第3要件がフェアユースを支持する場合には特に強いが、これは決して驚くような事実ではない。原告の作品の重要でない使用は、将来の市場や作品の価値に意味のある影響を与えないと推定され、多分この理由だけでもフェアユースの判定の引き金になる可能性がある。実際、第3要件がフェアユースを支持すると判定した79件の意見のうち、76件が最終的にフェアユースを認定し、うち72

²¹⁵ 創造的作品/事実関連の作品に関する検討と、公表済み/未公表作品に関する検討のうちのどちらが、第2要件のテスト結果により大きな影響を与えたのかについて、データは明快な結論を示していない。創造的、未公表作品の使用を検討した11件の意見のすべてが、第2要件はフェアユースを支持しないと判定し、事実に関連した公表済みの作品を検討した7件の意見のうちの6件は、第2要件はフェアユースを支持すると判定した。これらの結果は驚くようなものではない。第2要件に関連した二つの副次的要件が、反対方向を指した場合には何が起こるのだろうか? 創造的な公表済み作品の使用を検討した22件の意見のうち、19件は第2要件がフェアユースを支持すると判定したのに対し、事実に関連した未公表作品を検討した6件の意見のうちの4件が、第2要件はフェアユースを支持しないと判定した。この結果からわれわれは暫定的に、創造的作品であるという事実は、公表済みという事実を打ち負かすが、事実関連の作品であるという事実は、必ずしも未公表であるという事実を打ち勝てないという結論を導き出せる。

²¹⁶ 17 U.S.C. § 107 .

²¹⁷ しかし、10件の意見が被告の作品全体に対する盗用部分の割合を査定し、2件の意見は、原告の作品全体および被告の作品全体に対する盗用部分の割合を査定した。

件は、第4要件もまたこの判定結果を支持しているとしている。

要件すべての中で、第3要件は最も対立が少なく、理解のしやすい原則であることを示している。一般的に、被告による原告の作品の盗用が多ければ多いほど、使用がフェアユースと認められる可能性が少なくなる。もし、被告が原告の作品全体を使用した場合はどうなるだろうか。裁判所および論者達は、「作品全体がコピーされた場合には、一般的にフェアユースは認められないかもしれないが²¹⁸」、「異なる機能を果たす目的で作品全体をコピーした場合のような、極めて限定された状況では、フェアユースが認められる可能性はある。」とする²¹⁹。データはしかし、少し異例のこのような状況が、実際にはそれ程、限定されてはいないことを示している。被告が、原告の作品全体を使用した事実を検討した99件の意見のうち、27.3%がフェアユースを認定した(これら27件のうちの9件の意見が変容的な使用を認定し、4件が非変容的使用を認定した)。裁判所が、被告は原告の作品を使用していない、またはその「エッセンス」または「核心」を使用していない、と判定した場合には、状況はより極端である。37件の意見において裁判所は、被告が利用したのは原告の作品の核心であることを明確に認定し、そのうちの35件はフェアユースをまったく認めていない。裁判所は25件において、被告は原告の作品の核心を盗用していないというまったく反対の判定を下し、23件においてフェアユースを認定した。

第1および第4要件が明らかに支配力を持つ状況では、フェアユース・テストの結果に対する、第3要件分析の重要性を過小評価するのは簡単である。しかし、もしわれわれが、次に議論するようにほぼすべての状況において、第4要件は、裁判所がこれを利用して、第1から第3までの要件の統合を行うある種のメタ要件(metafactor)であることを了解するならば、フェアユース・テストの結果、つまり、第4要件のテスト結果に、第3要件がどのくらいの影響力を実際に持っているかを評価できることになる。ここでは、表9に示された回帰分析の結果が、特に興味深いものである。これらの結果は、作品全体の盗用、特に核心部分の盗用に及ぶ副次的

要件の考慮は、テスト結果に重要な影響を与えることを示す。具体的には、回帰分析は被告が創造的で公表されている作品を商業目的で、全部を使用した場合には、被告がフェアユース抗弁で成功するチャンスは35.5%から12.0%に減少し、作品の核心を使用した場合には1.0%に減少することを示している。

D. 第4要件：市場への影響

第4要件は裁判所に、「著作物の将来の市場またはその価値に与える使用の影響」を検討するよう要請する²²⁰。すでに説明したように、*Harper & Row* 法廷は、この要件が「疑いなくフェアユースの最も重要な要件である」と明言しており²²¹、*Harper & Row*以降の(しかし、*Campbell*以前の)意見の59.0%に、この主張が明確に引用されている。10年後に *Campbell* 法廷が、*Harper & Row*の傍論を変更しようと試みたが、最高裁はまたもや、それを撤回して、置き換えるかわりに、再解釈する方法を選び、フェアユースに関する問題を決定する際には、「すべての[要件]を探求すべきであり、その結果を著作権の目的に照らして、包括的に評価しなければならない。」と遠回しに述べた²²²。この介入は、表8が示しているように下級裁判所に小さな影響しか与えていない。*Campbell*以降の意見の26.5%が、引き続き第4要件が最も重要な要件であると述べている。

最高裁が特定の問題に関する傍論において、原則の現状を説明しようとしているのか、または原則のあるべき姿を指図しようとしているのかは明確でない。伝統的な理解によれば、最高裁が述べたことに関係なく、第4要件の分析は、総合的なテストの結果に引き続き最も大きな影響力を持っている。しかし、データはこれとは異なる状況を示している。われわれは、107条テストを適用する際に、第4要件の分析が果たす真の役割を正しく評価することに失敗していることを示している。第4要件は基本的に、裁判所が他の3要件の分析を統合し、それによって、単に第4要件のテスト

²¹⁸ *Infinity Broad. Corp. v. Kirkwood*, 150 F.3d 104, 109 (2d Cir. 1998) (NIMMER, *supra* note 139, § 13.0[A][3] を引用)。

²¹⁹ NIMMER, *supra* 139, § 13.0[D][1]。

²²⁰ 17 U.S.C. § 107。

²²¹ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 566(1985)。

²²² *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578(1994)。

結果だけでなく、総合的なテスト結果に到達するためのメタ要件である。第4要件が、フェアユースを否認した141件の意見のうち、140件がフェアユースをまったく認めなかった。フェアユースを認定した周辺の1意見は、大変あいまいな方法で、第4要件は「原告の本および被告の本が両方とも同じ読者層を対象としているので、フェアユースの認定に若干不利となる。」と理由づけている²²³。他方、第4要件が、フェアユースを支持すると判定した116件の意見のうち、6件以外はすべてフェアユースを認定している。4件の反対意見は、原告の書籍には市場が存在しないので、同要件は原告に有利にならないとし²²⁴、他の2件は、Scientology事件で、ここでは裁判所は被告の限定的な使用は、信者を獲得しようとする宗教的努力に重大な影響を与えないと理由づけた²²⁵。

第4要件の分析の統合的で決定的な性質が、多分、第4要件に関しては、107条のその前の3要件を除いて、それ自体としての副次的要件が何も展開されず、かつ裁判所がこの要件にもとづく具体的な事実認定をほとんど行なわなかった理由かもしれない。その代わりに、大部分の意見は単に、支持する証拠が示されていない未構築の論拠ルール分析(rule-of-reason analysis)としかいえない分析を行ったにすぎない²²⁶。裁判所が、第4要件分析を何かしら行った場合には、多様な比較的弱い法的前提を中心にしている。その一つは、「意図した目的が商業的利益を求めたものである場合は、第4要件にもとづく市場への損害の可能性が「推定」されるとい

²²³ Williamson v. Pearson Educ., No. 00-8420, 2001 U.S. Dist. LEXIS 17062, at *19 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2001).

²²⁴ See Batesville Servs. v. Funeral Depot, Inc., No. 02-01011, 2004 U.S. Dist. LEXIS 24336, at *25 (S.D. Ind. Nov. 10, 2004); Lamb v. Starks, 949 F. Supp. 753,757 (N.D. Cal. 1996); Lish v. Harper's Magazine Found., 807 F. Supp. 1090, 1104 (S.D.N.Y. 1992); Softel, Inc. v. Dragon Med. & Scientific Comm'ns, Inc., No. 87-0167, 1992 U.S. Dist. LEXIS 9502, at *54 (S.D.N.Y. June 30, 1992).

²²⁵ See Religious Tech. Ctr. v. Lerma, No. 95-1107, 1996 U.S. Dist. LEXIS 15454, at *28-31 (E.D. Va. Oct. 4, 1996); Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Comm'cn Servs., Inc., 923 F. Supp. 1231, 1248-49 (N.D. Cal. 1995).

²²⁶ Cf. Leval, *supra* note 93, at 1107 (「意見は一貫した原則にもとづいているわけではなく、むしろ個別の事実のパターンに対する直感的な反応の結果であるように見える。」)。

う Sony が設定した前提である²²⁷。最高裁の Campbell は、同事件で第6控裁の多数意見が大きく依存したこの傍論を書き換えようとした。Campbell 法廷は最初に、単にこの前提を直裁に、「ここで適用するのは間違っている前提」であるとして却下した²²⁸。その上で最高裁は、当初の前提を極めて微妙に洗練させた：

Sony では支持されたと推定できる、市場への損害の「前提」、あるいは予測のどれも、商業目的での単なるコピー以上の何かを含む事件には適用できない。Sony の前提についての議論では、原作品の商業目的での全体のコピーという状況と、Sony 自体の非商業的な背景(家庭でのテレビ番組のコピー)が対比されている。前者の状況では、Sony に述べられていることが単純に常識的に適合している：商業的使用が、単に原作品全体のコピーに留まるならば、それは明らかに原作品という「対象物に置き換わり」、市場での代替物として機能し、市場においてオリジナル作品に測定可能な損害を与える。しかし反対に、第2の使用が変容的である場合は、市場における代替が少なくともそれ程確実でなく、市場での損害を簡単に予測することはできない²²⁹。

しかし、表8が示すように、Campbell以降の数年間、多くの下級裁判所がこの洗練を無視するかそれに対して無知であった²³⁰。Sony以降、

²²⁷ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451 (1984).

²²⁸ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 591 (1994).

²²⁹ *Id.* (変更箇所は原文にもとづく) (引用省略) (Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 348 (D. Mass. 1841) を引用) (Sony, 464 U.S. at 451 を引用)。Sony 法廷では、「著作物の非商業的使用に挑戦する場合には、具体的な使用が有害なものである、またはそれが広範囲に行われた場合、著作物の将来市場に有害な影響を与える、ことを証明する必要がある」とした。464 U.S. at 451。この傍論は非商業的使用に関するものであるが、Campbell 法廷も含め、裁判所はこれをいっそう有力な理由で(a fortiori) 商業的使用に用いた。

²³⁰ 第4要件が最も重要であるという主張のために Harper & Row を引用し、またさらに Campbell による変更と元の Sony の前提の両方を引用した、第9控裁の注目すべき Campbell 後の意見を考察してみよう：

Campbell以前の108件の意見のうち、33件が Sony の市場への損害という前提を引用した²³¹。Campbell以降の162件の意見のうちの25件が、引き続き Sony の当初の前提を引用し(そのうちの76.0%が最終的にフェアユースをまったく否認)²³²、たった14件のみが、Campbellによる Sony の修正を引用した(そのうちの57.1%が最終的にフェアユースを否認)²³³。

Sony は、裁判所が第4要件分析を構築する際に基礎構造として利用する、基本的に「滑りやすい坂道原則」であるもう一つの法的前提も設定した²³⁴。Campbell は、第4要件が、「裁判所は、侵害を申し立てられている

最後の、そして「疑いなく(すべての要件の中で)最も重要な」要件は、使用が著作物の将来の市場およびその価値に与える影響である。Harper & Row, 471 U.S. at 566...。新しい作品が変容的であればあるほど、新しい作品による著作物の使用が、著作物の将来の市場に影響を与える可能性が低くなる。See CBS Broad., 305 F.3d at 941。最後に、新しい作品の目的が商業的な性質のものである場合、「[市場への損害の]可能性を推定することができる。」A & M Records, 239 F.3d at 1016 (quoting Sony, 464 U.S. at 451...)。

Elvis Presley Enters., Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622, 630-31(9th Cir. 2003) (変更箇所は原文にもとづく)。

²³¹ このうちの2件だけが、被告による使用を変容的と判定し、両意見とも第4要件および総合的なテストが、フェアユースを支持すると判定した。See Maxtone-Graham v. Burtchaeil, 803 F.2d 1253, 1260(2d Cir. 1986) (借用した著者が「一字一句変えない引用に多大な知的労働をつぎ込んだ」場合にフェアユースを認定した); Rubin v. Brooks/Cole Publ'g Co., 836 F. Supp. 909, 916 (D. Mass. 1993) (無許可の心理学的測定尺度 (psychological scale) の再印刷は「生産的かつ学究的」であり、測定尺度の「有効性を疑問視するよう読者に促した」場合にフェアユースを認定)。

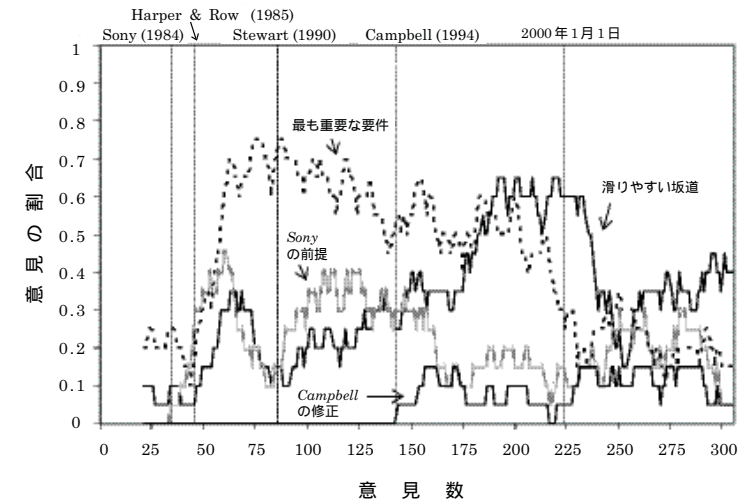
²³² これら5件の意見において、裁判所は、明確に被告による使用を変容的なものと判定した。しかし、裁判所が、これらの意見それぞれにCampbellによる修正を適用しなかったことが、フェアユース・テストの結論に悪影響を与えたようには見えない。これらの5意見それぞれの中で、裁判所は、第4要件および総合的なテストとともにフェアユースの認定を支持すると判定した。

²³³ これら14件の意見のうちの6件において、裁判所は第1要件にもとづき、被告による使用は変容的であると判定し、6件中の1件を除き、裁判所は、第4要件および総合的なテストがフェアユースの認定を支持すると判定した。例外の1意見は例によって、Sun Trust Bank v. Houghton Mifflin Co., 136 F. Supp. 2d 1357 (N.D. Ga. 2001) vacated, 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001)である。

²³⁴ Sony, 464 U.S. at 451。

者の具体的な行為によって引き起こされた、市場における損害の範囲を考慮するだけでなく、さらに「被告が行ったタイプの行為が、制限されずまた広範囲に広がった場合に... 原作の将来の市場に重大かつ、有害な影響を与える結果をもたらすかどうかについて考慮することを要求する」と述べて、この前提を強化した²³⁵。図8は、最初に Sony、次に Campbell による、この原則の支持が、フェアユース判例法に与えたインパクトを示している。最高裁が出した多くの他の原則に関する表明と同様に、「滑りやすい坂道原則」は、最高裁による支持があった時は、いつも直後に急激な人気の増加を享受したが、同じように急激な人気の降下をある種の平衡地点に到達するまで経験した。その結果、最近では、下級裁判所のフェアユース意見の約35%で、最高裁の原則が引用されている。データは、いつの時点でも、裁判所による、「滑りやすい坂道原則」の引用と、フェアユースを認定しない判定の間には、意味のある関係は何も存在しないことを示している。

図8：多様な第4要件関連の主張を引用した意見の割合の20意見移動平均



²³⁵ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 590 (1994) (引用省略) (省略は原文にもとづく) (NIMMER, supra note 137, § 13.0[A][4] を引用)。

第4要件の究極的なパラドックスは、第4要件は、フェアユース・テストのすべてであり、それゆえ何でもないということである。言ってみれば、これは規範的な事項という意味では重要すぎて²³⁶、無意味である。なぜなら、基本的にこれは要件ではなく、独立した変数でもまったくない。その代わりに、われわれの期待あるいは恐れとは無関係に、第4要件の実際の原則は、判事達が他の要件にもとづいて決定した多様な事実に関する判定を総合する際に(93.6%の意見が要件を条文の順番で分析している)留意すべき数個の法的前提で構成されているからである。理論的には、第107条は裁判所に、*Campbell*が説明するように、著作権の目的に照らし、要件の4次元それぞれに沿って、バランステストを実施するよう指示する²³⁷。実際には判事達は、第1および第3要件にもとづく被告による当該使用の正当化の強靱さと、その使用の原告の動機に与える影響を比較衡量するという、経験的事実にもとづいたより親しみやすい2面性のバランステストとして、第107条を適用しているように見える²³⁸。第4要件は、このバランステストを可能にする分析空間を提供し、第4要件にもとづく多様な教義上の主張は、単に量りを一方に傾けるために存在するだけである。つきつめれば、4要件そのものと同様に、それらは法的な主張ではなく政策的な主張である。

²³⁶ Leval 判事は以下のように記している。

市場に関する要件は重要であるが、最高裁はその重要性をなぜか誇張しすぎている。二次的要件が著作物の市場を大幅に阻害する場合は、[*Harper & Row*] の場合と同様に、この要件がフェアユースを強く否認する。しかし、逆は成立しない。二次的要件は原作品の市場を害さないという事実は、二次的使用が正当化されることを保証するわけではない。したがって、市場の要件の重要性にもかかわらず、特に二次的使用が市場に損害を与えた場合に、フェアユースに必須の第1要件にもとづく正当化の必要性を見劣りさせてはならない。

Leval, *supra* note 93, at 1124 (脚注省略)。

²³⁷ *Campbell*, 510 U.S. at 578 .

²³⁸ See generally Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, in *THE COMMODIFICATION OF INFORMATION* 149 (Neil W. Netanel & Niva Elkin-Koren eds., 2002) (不法行為の言い訳と正当化の概念をフェアユースの原則に適用)。

．結論

全般的に、本稿ではフェアユース判例法への代表的事件によるアプローチは、説明的な試みとしても、規範的な試みとしても、根本的な欠陥を持っていることを示そうと試みた。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代表していない、という意味で説明に失敗している。また、その比喩的な方法は、判事達、事件、そして、いくつもの原則によって構成された複雑な制度を解明するという作業に適合していない。より重要だが、より微妙なのは、代表的ケース・メソッドは、代表的でないケースは代表的なケースに従うという神話を必要とするため、この神話を不滅なものにするので、規範的な試みとしては欠陥があるのである。学術的研究が、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ことを知ること²³⁹、最高裁と評価の高い控裁の意見が、必ずしも大きな影響力を持っていないことを知ことはまったく別である。もしわれわれが、慣習的に合意した代表的な事件が、規範的な力を持つと推定し続けるなら、裁判所で適用されているフェアユース原則の実態を改善できるという希望を持つことはできない。

より具体的には、本稿は選択的また批判的という条件付ではあるが、一組の儀式的な規範的慣行を、フェアユースの分野で作り出すことを試みた。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。この意味で、本稿が前提としたのは(批判の対象となるものでもあるが)判事達は、長期的には本原則のより良い実務的使用への道を、組織的に示していることから

²³⁹ フェアユース判例法に対する学術的研究の影響の簡単な指標は、ロー・レビューの論文をフェアユース分析の中で引用した意見の割合である。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%が引用している。しかし、Leval 判事の *Toward a Fair Use Standard*, *supra* note 93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 判事以外に裁判所が最も多く引用した論文は Gordon, *supra* note 7 (訳注:前号121頁参照)で、6つの裁判所が引用している。

信頼できるという推定である。その断片性にもかかわらず、判事達は、フェアユースの適用をまさにフェアに行ったように見える。代表的でない事件が、代表的な事件に追従しなくなった時、判事達は繰り返し、そして組織的に、フェアユース抗弁の範囲を拡大するような方法で行った。確かにデータは、原則を損なう多くの一般的な慣行を明らかにした：裁判所は要件を機械的に適用する傾向があり、時には対立する先例を便宜的に使用する。これらは組織的な失敗であり、介入を必要とする。しかし、全体としては、代表的ではない多数の事件が研究に値する価値を持つことを示した。

付表：意見の収集とコード化

関連のある意見の収集には以下の方法を使用した：LexisのLexis *Federal Court Cases, Combined database* で下記のサーチを実施し、557件の意見を入手した：copyright and “fair use” and 107 and date(geq 1/1/1978) and leq(12/31/2005)。さらに、Westlawの*All Federal Cases*で下記のサーチを実施し、575件の意見を取得した：copyright & “fair use” & 107 & da(aft 1977) & da(bef 2006)。その後、リサーチアシスタントが、LexisおよびWestlawのサーチ結果の中で、LexisまたはWestlawのサーチそれぞれに独自の結果があったかを検証した。この検証の結果、両データベースからの合計578件の意見が確定した。さらに1名のリサーチアシスタントがこれら意見全部を個別にレビューし、フェアユースに何の関係もないものを除外した結果、327件の意見が残った。これら327件を筆者がさらに個別に読み、著作権のフェアユースに無関係またはほとんど無関係と判定した20件を除外した。残った307件の意見のうち、306件が第107条テストを実質的に利用している。筆者は、「実質的に利用」を次のように定義した：第107条のテスト要件のうちの少なくとも二つの要件に、どんなに短くとも言及し、それを利用した意見。筆者はこの最終結果を、72個の変数で構成されるコーディング指標に沿って、Excel 2003 SP2のスペッドシート上に打ち込んだ。新しいスペッドシートにもう1回同じ打ち込みを行い、誤りがないか2枚のスペッドシートを比較した。

コーディングの指標は、次の4種類の記録を作成する目的でデザインさ

れた：(1)意見に関する一般的なデータ(表題、引用、判事、裁判地、方針(態度))、(2)各意見の著作権特有のデータ(裁判所のフェアユース抗弁の審査の範囲、抗弁に対する判定、審理された事実の中にソフトウェア、ソフトウェアのリバースエンジニアリング、および/またはインターネットが含まれていたか、意見が合衆国憲法第一修正またはパロディーを取り上げていたか)、(3)意見の中の各要件に特有の情報(裁判所は、各要件がどちらの当事者に有利であると判定したか、変容性または商業性のような副次的要件を裁判所はどのように取り扱ったか)そして(4)意見に関する多様な副次的データ(裁判所はロー・レビューの記事を引用したか、立法経緯を引用したか、あるいは特定の産業分野の慣習に依存したか等)。

3回目のコーディングの際に、筆者は306件の意見のデジタル版をAtlas.tiに乗せ、248個のコードを持つコードリストに沿って、個別の意見の質的コーディング²⁴⁰を実施した。Atlas.ti使用の利点の一つは、他の研究者達も、コード化の決定が意見の本文に対して正しく行われたかどうかを個別に検証する際に、本調査で使用されたAtlas.tiの説明ユニットを、審査できる点にある。

コーディング指標、エクセル・スペッドシート、Stataデータファイル、およびAtlas.tiの説明ユニットは、要請があれば筆者から提供され、本論文の公開後は、筆者のウェブサイトに提示される。

[訳者付記] 本論文は、Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. PA. L. Rev. 549の翻訳である。翻訳をご快諾いただいたBeebe先生とUniversity of Pennsylvania Law Reviewに感謝申し上げます。

²⁴⁰ 社会科学で広く使用されているデータの質的分析プログラムであるAtlas.tiを利用した他の法学研究については以下を参照。Art Jipson, *The Post-September 11th Era: Interpretations of Security and Civil Liberties in the Political Margins of the Left and Right*, 2003 J. INST. JUST. INT'L STUD. 40 (政治家のテロリズムに対する態度をAtlas.tiを使用して検証) Ronald Weitzer, *Racialized Policing: Residents' Perceptions in Three Neighborhoods*, 34 LAW & SOC'Y REV. 129, 132 (2000) (質的な質問票データをAtlas.tiを使用して類推)。

