

表現の自由から見た著作権の論点(1) —アメリカの判例に見るパロディ表現の取扱い—

飯野 守

Some Reflections on Copyright from the Point of View of Freedom of Speech (1) —Parody and the Defense of Fair Use—

Mamoru Iino

Abstract

This article discusses the prominent cases of the federal courts of the United States in which the main issue is how parody is treated under U.S. copyright law.

In the U.S., the defense of fair use is thought necessary to fulfill the purpose of protecting copyright “[t]o promote the Progress of Science and useful Arts,” and a new work that uses the elements of the original work may weigh in favor of fair use if it is sufficiently “transformative.” The United States Supreme Court defines parody as a derivative work which uses “some elements of a prior author’s composition to create a new one that, at least in part, comments on that author’s works,” and the Supreme Court treats the parody work which is transformative as fair.

The point is, parody that is sufficiently “transformative” is categorized as a kind of comment, or a creative work, and its use of prior work is fair in case law of the United States. This article points out that the above point of view is very useful when we consider Japanese copyright law, especially when copyright infringement by parody is at issue.

1. はじめに

著作権は究極には文化の発展に資することを目的とする重要な権利である¹⁾。我が国では、この権利は財産権として強く保護されているとともに、人格権としても保護されている。

デジタルとネットワークが結びついた現代の情報環境の中にあつて、この保護がますます重要視されてきていることは周知の通りだが、この保護を強化することが逆に文化の発展の重要な前提である表現の自由や情報の自由を実質的に狭めてしまう場合がある点にも注意が向けられなければならない。

本論の目的は、このように著作権保護と表現の自由の保障という二つの要請が時に緊張関係に立つことがあるとの認識から、著作権を捉え直すことである。この問題を考えるにあたって、重要と思われる領域としては、複製権や同一性保持権など、様々な態様の著作権侵害行為と表現の自由との関わり、著作権の存続期間、近年のデジタルとネットワークに対応した様々な動きなどが差し当たり考えられる。本稿はその手始めとして、既存の著作物を利用することにより成立するという側面を持つため、表現の自由と著作権の緊張関係が最も鮮明に表れると思われる「パロディ」という表現領域について、主としてアメリカの著名判決を素材として考えるものである²⁾。

以下、第2章ではアメリカの著作権法上重要な役割を持つフェア・ユースの抗弁に触れた後に、アメリカにおいてパロディとフェア・ユースの関わりに関する判断の基本視点を明らかにしたものと考えられる、著名なキャンベル事件連邦最高裁判所判決を取り上げ、第3章で、控訴審判決ながら示唆に富むサントラスト事件連邦控訴裁判所判決を取り上げる。以上を経て小括において若干の私見を明らかにすることにしたい。

2. フェア・ユースとパロディー—キャンベル事件連邦最高裁判所判決が示したもの

i. フェア・ユースについての予備的考察

キャンベル事件の検討に入る前に、アメリカの著作権法の重要なキーワードと言える「フェア・ユース」について若干の予備的な検討を行っておきたい。

フェア・ユースはアメリカの著作権法上の抗弁であり、判例上確立したもので、現在は1976年アメリカ著作権法第107条として次のように成文化されている。

「第107条 排他的権利の制限：フェア・ユース

第106条および第106条Aの規定にかかわらず、批評(criticism)、論評(comment)、ニュース報道、教育(teaching)(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利用を含む)は、著作権の侵害とならない。著作物の利用がフェア・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) 利用の目的および性格(利用が営利性(a commercial nature)を有するかまたは非営利的教育目的を含む)。
- (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利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利用の影響。

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。」³⁾

このように、第107条はフェア・ユースについて四つの判断要素(以下、第一から第四の判断要素と呼ぶ)を設定しており、この一つひとつを考察することにより、著作物の利用がフェアか否かを決するものとしている。そして、この規定(第107条)はフェア・ユースについてのこれまでの司法判断を「リステイト」(restate: 原義は判例を整理して条文の形にまとめること)することを意図したものであって、「これを変更したり、狭めたり、拡大したりすること」を意図したものではないとされる⁴⁾。

以上がフェア・ユースの基本だが、本稿との関わりではさらに次の二点を確認しておきたい。第一に、米国では、わが国の法律のように権利侵害とならない行為のカテゴリーを定め、当該するカ

テゴリーについては一律に同じ取扱いを行う、というような定め方はされていない。例えば「引用」や「私的使用のための複製」を著作権の限界の類型として認める条文はなく、裁判になった場合には、上記の四つの判断要素をそれぞれ検討の上、一つずつクリアしてフェア・ユースに該当して責任を免れることができるか否かが判断されることになる⁵⁾。

第二は、アメリカ法では、このフェア・ユースの抗弁と「アイディアと表現の二分理論」(idea/expression dichotomy)が著作権と表現の自由の間の調整をする原理とされることである⁶⁾。

アメリカでは、著作権法上、パロディは以上のようなフェア・ユースの問題として論じられる⁷⁾。

ii. キャンベル事件について

アメリカの連邦最高裁判所がパロディ表現とフェア・ユースの関係を初めて正面から論じたのは、キャンベル事件においてであった⁸⁾。同事件は「Pretty Woman」という作品による著作権侵害が争われた事件である。

基となった作品である「Oh, Pretty Woman」⁹⁾(以下、「本件オリジナル曲」とする)は軽快なロックバラードとして知られる曲である。これに対し、1989年に、人気ラップグループ、2ライブ・クルーのメンバーであるキャンベルは、上記曲を元にそのバス・リフ(bass riff: 繰り返しの部分)を用いて「Pretty Woman」という歌(以下、「本件パロディ曲」とする)を書いた。この歌の歌詞の歌い出し部分は本件オリジナル曲と同じであるが、徐々にオリジナルの歌詞とはかけ離れた歌詞になっていくものだった¹⁰⁾。

キャンベルの宣誓供述書によれば、本件パロディ曲は「コミカルな歌詞を通じて、原作を諷刺する(satarize)」意図で書かれたものである¹¹⁾。

2ライブ・クルー側は、本件パロディ曲のリリースに先立って、本件オリジナル曲の権利を持つエーカフ・ローズ社に対して、本件オリジナル曲をパロディ化しようとしていること、および、法定の音楽使用料を支払うつもりであること等を伝えた。ところが、2ライブ・クルーはこの返答を得る前に、アルバム的一曲として本件パロディ曲をリリースしたため、エーカフ・ローズ社側がパロディ曲の使用を許諾できない旨を伝えてきたのはリリース後となった。

そして、約1年後になり、エーカフ・ローズ社が2ライブ・クルーと同曲をリリースしたレコード会社を著作権侵害で訴えたのが本件である。エーカフ・ローズ社側は、2ライブ・クルーの楽曲のメロディおよび歌詞の最初の一節が本件オリジナル曲と実質的に類似している旨を主張し、これに対して被告側は、本件パロディ曲は著作権法上フェア・ユースを構成するパロディであると主張した。

一審の連邦地方裁判所は、2ライブ・クルーがアルバムをリリースした主要な目的が曲を販売することであるとしても、この事実によって必ずしもフェア・ユースの認定が否定されるものではないとした上で、本件パロディ曲がパロディであることを認め、2ライブ・クルーが「パロディの目的を合理的に遂げるに必要とされる以上に」本件オリジナル曲を利用していないこと、さらに、二つの曲が対象とするファンが完全に違っており、本件パロディ曲が本件オリジナル曲の市場に不利益な影響を与える可能性はほとんどあり得ないことから、本件パロディ曲が本件オリジナル曲のフェア・ユースであることを認めるサマリー・ジャッジメントを行った¹²⁾。

これに対し、第6巡回控訴裁判所は原審のサマリー・ジャッジメントを再審理することになった。連邦控訴裁判所の判断の要点は次のような三点である。

①2ライブ・クルーによる本件オリジナル曲利用の目的がオリジナル曲をパロディ化することにあることは認めるが、利用の性格は別個に判断されるものである。本件では、本件オリジナル曲と本件パロディ曲との間の主題上の関連性を認めることができず、「著作物の全ての営利的利用は」著作権の

「アンフェア(不公正)な利用と推定される」とする連邦最高裁の判断(初出はSony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451(1984))に照らしたとき、結局〔この推定を覆す証明がないため〕、第一の判断要素は、本件パロディ曲が持つ営利的性格のために、フェア・ユースの認定に不利に働くことになる。②2ライブ・クルーが「オリジナル曲の核心部分を借用しそれを新たな曲の核心部分として利用したこと」は「オリジナル曲のエッセンスの実質的盗用(purloin)」にあたり、第三の判断要素もフェア・ユースを支持するものとならない。③営利の目的で利用がなされた場合は、将来の損害の可能性を推定することが許されるので、完全な営利目的である本件では将来の損害の可能性が推定され、第四の判断要素もフェア・ユースを支持する要素とならない。

以上のように、連邦控訴裁判所は本件パロディ曲が営利目的で制作されたことを決め手として、本件パロディ曲による著作物の利用をフェア・ユースと認めず、原審判決を破棄して差戻す判断を行った¹³⁾。

以上要するに、一審の地方裁判所はたとえ販売(営利)目的であっても、フェア・ユースの適用は妨げられないとした上で、本件パロディ曲による本件オリジナル曲の利用がフェア・ユースであることを認めたのに対し、控訴裁判所は、営利目的での利用はそもそもアンフェア(不公正)と推定されるとする前提から、本件オリジナル曲との関連を読み取れないにもかかわらず、その核心部分を利用している本件パロディ曲には、フェア・ユースの適用はないとしたのである。

iii. キャンベル対エーカフ・ローズ社事件連邦最高裁判所判決

上述の連邦控訴審の判断に対し、連邦最高裁判所は事件を原審に差戻す判断を行った。以下、連邦最高裁の判断をいくつかの項目に分けて見ていくことにする。

フェア・ユースについて

連邦最高裁は、まず、著作権保護の黎明期から、著作物について何らかのフェア・ユースの機会があることが、著作権の目的そのものである「科学と有用な学芸の進歩の促進…」(合衆国憲法第1篇8章8条)を実現するために必要と考えられてきたことを指摘した上で、さらに、フェア・ユースの性格として次のような点を指摘した。

①議会は107条をもって「フェア・ユースについての現在の裁判上の理論をリステイトすることを意図した」のであって、これに変更を加えたり、狭めもしくは広げることを意図したのではない(H. R. Rep. (前掲注4) at 66ほかによる)。②法が促進しようとする創造性そのものが抑制されようとする場合には、著作権法の厳格な適用を避けることをフェア・ユースの理論は認めている(Stewart v. Abend, 495 US 207, 236(1990)による)。③フェア・ユースの適用は明瞭なルールに単純化されるべきものではなく、著作権法は事例ごとの分析を求めている(Harper & Row, 471 US 539, 560(1985)ほかによる)。④107条の例は例示であって、フェア・ユースと認められる複製の種類についての一般的ガイダンスを提供しているに過ぎず、また、四つの判断要素は著作権の目的に照らして全体として考察されなければならない。

連邦最高裁は以上の指摘をした上で、フェア・ユースの四つの判断要素に沿って次のように論を進めている¹⁴⁾。

パロディとフェア・ユース(第一の判断要素)

フェア・ユースの第一の判断要素(利用の目的と性格)の判断にあたり、連邦最高裁は、その検討

の中心目的が、新しい作品が単にオリジナルな創作物に取って代わるに過ぎないのか、「あるいは代わりに、それを超える目的や異なった性格を持つ新しい何かを付け加えて、新しい表現、意味ないしメッセージをもって当初の作品を変えているか否か」を確かめることにあるとしている。そして、このことは「別の言葉で言えば、新しい作品が『トランスフォーマティブ』であるか否か、そしてそれがどの程度であるかを問うこと」であり、「新たな作品がトランスフォーマティブであればあるほど、フェア・ユースの認定を妨げ得るような他の判断要素—コマーシャルリズムのような—の重要性は減少する。」とする¹⁵⁾。

続いて、本件の主要な争点であるパロディについて、連邦最高裁は、パロディが「他の論評や批評と同様に」「フェア・ユースの主張をすることができるもの」と判断してきたこれまでの裁判所（下級審）に同意する旨を認めた上で次のように定義する。

「著作権法の目的上は、定義の要、そして、パロディストが既存の素材を引き合いに出す (quote) 主張の核心は、少なくとも部分的にはその著者の作品を論評するような新しい作品を生み出すために、先行する著者の作品のいくつかの要素を利用することである。」¹⁶⁾ (傍点筆者)

そして、最高裁は続けて、「もし逆に、この論評が、オリジナル作品の内容やスタイルに重要な関わりを持たないならば」、「他人の作品からの借用を公正と主張する資格はそれにより減じる…ことになる」とする。判決は加えて、パロディは目的を果たすためにはオリジナル作品を「真似てからかう」(mimic) ことが必要なのであって、そこから「被害者」の作品を利用する主張ができるのに対して、「風刺」(satire) は自らの足で立つことができ、他人の作品を借りる行為それ自体について正当理由を必要とするとして、両者の違いを強調する¹⁷⁾。

このように、連邦最高裁は、パロディを、フェア・ユースを定める著作権法第107条が例として挙げている「論評」の一形態と位置づける結果となった。ただし、最高裁の描くパロディの定義では、その論評はオリジナル作品に向けられるものであり、かつ、オリジナル作品を「真似てからかう」ものなのである。

判決は以上を前提として、原審と異なり、本件パロディ曲が「何らかの程度でオリジナル作品の論評ないし批評であると合理的に認識することができる」ものであることを認めた¹⁸⁾。

次に原審がフェア・ユースを適用しない決め手とした営利的性格に関しては、最高裁は、控訴裁判所が著名なSony事件連邦最高裁判決から見掛け上は抜き出した「著作物のすべての営利的利用は…アンフェアと…推定される」(Sony, 464 US at 451) とする部分(推定)を適用することで、営利性という事実の重要性を過剰に評価したものと指摘し、控訴審はパロディの営利的性格に決定的な重きを置いた点で誤っているとした¹⁹⁾。

利用された著作物の性格（第二の判断要素）

連邦最高裁によれば、第二の判断要素は、「他の作品より著作権の意図する保護の核心に近い」（したがって、その複製がなされた場合にフェア・ユースの成立がより難しい）作品があることを認めることを求めるものである。そして、最高裁は、オービソンの「創作的表現」は著作権保護の目的の核心にあることに同意したものの、「パロディはほとんど例外なく一般に知られた自己表現的作品を複製するものである」ので、このような区別は本件においてはあまり役に立たないとした。

最高裁は要するに、利用された素材につき、創作的作品と単に事実を記述したものなどを対比させて、フェア・ユースの適用上差異を設けるとする考え方(たとえば、創作的作品の利用はフェア・ユースの認定に不利に働く)は、パロディ作品にフェア・ユースが適用されるか否かの判断要素とし

ては重要な意味を持たないとしたのである²⁰⁾。

利用された部分の量と実質性（第三の判断要素）

第三の判断要素は利用された部分の量と実質性が「複製行為の目的との関わりで相当」であるかを問うものである。連邦最高裁は、ここでは個別の複製行為に対する正当化理由の説得力に注意が向くことになる」と述べている。最高裁は続けて、控訴審が、「利用された素材の量のみではなく、質と重要性をも考察することをこの判断要素は求めている」とした点は正しいとしたが、本件がパロディの事例であることを強調して、さらに次のように言う。

「パロディのユーモアあるいは、いずれにせよその論評は、形を変えて模倣することを通じて対象物をそれと認識できるようにほめかすことから生じる。…パロディがある特定のオリジナル作品に狙いを定める場合は、その批評的ウィットの対象を認識させるために、当該オリジナル作品を少なくとも十分に『想い浮かべさせる』(conjure up)ことができるのでなければならない」²¹⁾

最高裁はこのようにして、「原著作の最も特徴的ないし印象的な場面を引き合いに出す(quotation)」ことの重要性を説く。

最高裁は以上を経て「単に利用した部分がオリジナル作品の核心部分であるという理由のみでは、パロディの目的との関連で、その複製は過剰なものとはならない」と述べ、さらにパロディにおいては「コンテキストが全てであり、かつ、オリジナルの核心部分に頼る以上に、パロディストが何を加えたかを、公正さの問題は問うている」とした。

結局、最高裁は、2ライブ・クルーが単にバス・リフを複製して繰り返すだけでなく、他の点で特徴的なサウンドを作り出していることを認め、これは、「パロディの『実質的部分』それ自体がオリジナル作品の『文字通りの』複製で出来上がっている場合」とは言えない(従って、第三の判断要素はパロディスト側に有利となり得る)とした。

連邦最高裁のこの部分の判断はパロディ作品と著作権の関わりの本質に迫る部分である。判決はパロディがパロディであるためには、オリジナル作品をその核心部分も含めて十分に利用することができなければならないことを認めた上で、そこに何かを加えていることが、フェア・ユースと判断される決め手の一つとなるとしたのである²²⁾。

潜在的市場への影響（第四の判断要素）

第四の判断要素に関して、判決はまず、この検討に際しては、オリジナル作品に対する損害のみでなく、「二次的作品の市場に対する損害」(Harper, at 568)も考慮されなければならないと述べて、2ライブ・クルー側がこの市場への影響について証明を怠っていることを指摘する。

他方で、連邦最高裁は、控訴裁判所が、ソニー判決を引用して「著作権のある作品の利用が完全に営利目的である」ことを理由に「エーカフ・ローズに対する将来の損害の可能性が存在する」ことを推定する旨を説いた点については、誤った推定を適用して第四の判断要素を2ライブ・クルー側に不利と判断したものととして、次のように言う²³⁾。

「…二次的な利用がトランスフォーマティブである場合は、市場での代替性は少なくとも〔営利目的の単なる複製より〕不確かであり、市場への損害が簡単に推定されることは許されない。実際に純然たるパロディに関しては、新たな作品は本判断要素の下で認識できるような形では…オリジナル作品の市場に影響を与えない可能性がより高い。」²⁴⁾

こうして、連邦最高裁は、パロディ(トランスフォーマティブな作品)とオリジナル作品の市場は通常異なることを認めた上で、焦点の「二次利用の市場」へのパロディの影響について、次のような三点を指摘する。

①仮に破壊的なパロディがオリジナル作品の需要を失わせたとしても、このような損害は著作権法の下で認められる損害ではない。②「潜在的二次利用の市場」には「オリジナル作品の創作者が一般的に制作するか他人に制作を許諾するであろうもののみ」を含むのであって、[そもそも原著作者が許諾することなどあり得ない]「Oh, Pretty Woman」のパロディに対する市場への損害を考慮に入れたと読める限度で、高裁の判断は誤っている。③パロディが「保護される二次的作品の市場にも」影響を及ぼす(2ライブ・クルーの歌はパロディであるのみならずラップ・ミュージックでもある)という点に関しては、当該市場(ラップ作品の)に対する実質的損害の証拠があればフェア・ユースの認定に不利と判断されるのだが、この場合に関係があるのは「市場にとって代わるような損害」のみである。

連邦最高裁は以上の通り、「保護される二次的作品の市場」に対してパロディが及ぼす影響については考慮すべきとするのだが、本件オリジナル曲のラップ・バージョンの市場に対する本件パロディ曲の影響を示す証拠は提出されていないとした。結局、最高裁は重要な要素について記録(証拠)が不備であることから、サマリー・ジャッジメントに値しないと述べて、この証拠の不備を差戻し審で埋めることを求めたのである²⁵⁾。

連邦最高裁は以上のように、フェア・ユースが著作権の目的そのものを実現するうえで必要な理論であることを示した上で、パロディを論評の一つの形態と認める定義を行い、その特質に沿った判断を行ってフェア・ユースの適用可能性を示した。ここで示された判断はパロディ作品を著作権法上認知する重要な判断であることは疑いないと言える。

それでは、著作権法上パロディ表現をフェア・ユースと認めること(すなわちパロディという表現形式による既存作品に対する「論評」を認めること)は、表現の自由とはどのように関わりがあるのだろうか。下級審ながらこの点に一步踏み込んだものとして知られるのがサントラスト事件連邦控訴裁判所判決である。

3. サントラスト事件連邦控訴裁判所判決

サントラスト事件の連邦控訴裁判所の判断は、キャンベル事件連邦最高裁判所判決が示したパロディとフェア・ユースに関する考え方に拠るものの、これに表現の自由保障規定(アメリカ合衆国憲法修正第1条)から見た視点を加えたものとして知られている²⁶⁾。

本件で争われたのは、自らが黒人と白人の混血である作者が、『風とともに去りぬ』(以下、GWTWとする)²⁷⁾による奴隷制や南北戦争期のアメリカ南部の描き方を批評する目的で書いた、『風はとわに去りぬ』(以下、TWDGとする)という作品²⁸⁾による著作権侵害の有無である。TWDGはその前半分で、GWTWの登場人物、プロット、そして主要なシーンを名前や設定に変更を加えて使っていた。

これに対して、『風とともに去りぬ』の著作権を管理するサントラスト社が、著作権侵害を理由に一般的緊急差止命令並びに暫定的差止命令を求めて提訴した²⁹⁾。サントラスト側は、TWDGが主要な登場人物やその特徴を複製し、また、主要なシーンやプロットのその他の要素をも複製している

ことなどを主張した。これに対し、TWDGの出版元であるミフリン社側はGWTWとTWDGの間に「実質的類似性」がないか、もしくは、GWTWがパロディであることを理由にフェア・ユースの法理により保護されると主張した。

本件で大きな争点となったのは、著作権違反の書籍に対する出版等の差止請求の当否であり、その審理の過程で、憲法の著作権条項(注(1)参照)と修正第1条の関係について踏み込んだ判断がなされることとなった³⁰⁾。

パロディに関する主要な判断は、キャンベル事件連邦最高裁判所判決によって示されているので、ここでは同判決との重複を避けながら、控訴裁判所の判断の主要な内容をいくつかの項目に分けて見ていくこととする。

著作権と修正第1条の関わりについて

判決は、著作権法においては、「修正第1条と著作権のバランスはある程度はアイデアと表現の二分理論およびフェア・ユースの理論によって保たれている」とする。そして特にフェア・ユースに関しては次のように論を進めている³¹⁾。

判決によれば、フェア・ユースは1976年に成文化されるまで「修正第1条の価値を保護することにより、著作権法の合憲性を保つために発達してきた判例上の権利」なのである。判決は続けて、フェア・ユースの定義には「批評、論評、ニュース報道、教育…研究または調査」などが目的として挙げられているが、これらの目的で例外が認められること(例外的に他人の著作物の利用が認められること)こそがフェア・ユースによる修正第1条の保護の核心となるとする。なぜなら、これらの例外により、後の著者が新しいアイデアや概念を公衆に紹介するために先行する著者の著作権を利用することが許されることになるからである。

判決はこのように述べた上で、「アイデアと表現の二分理論とフェア・ユースの理論を通じて、著作権法の中に修正第1条の原理が組み込まれているが故に、多くの場合、裁判所は著作権事件において関連する修正第1条の議論を行う必要がない」とする。

とはいえ、「著作権は作品への論評ないし批評を免れさせる」ものではなく、それ故、「批評家が自己の批評を伝達するために」、「オリジナル作品の保護されている要素」をどの範囲で利用できるかを問う本件においては、その分析(フェア・ユースの判断要素の分析)にあたっては「修正第1条の保護が著作権法に編み込まれていることを意識しているのでなければならない」とする³²⁾。

判決は以上のように、著作権法の合憲性を保ち修正第1条の権利を著作権の領域で保護する要としてのフェア・ユースの重要性を指摘した。そして、修正第1条の原理は著作権法の中にすでに組み込まれているとする論理を紹介しながら、しかし、フェア・ユースの判断要素の分析にあたって、修正第1条を意識すべきことを説くのである。

差止めについて

判決は次に暫定的差止めの当否について検討を進めている。まず、判決は、著作権法が連邦裁判所に差止めの権限を特別に与えていることに言及した上で、「著作物の単純な複製行為ないし『海賊行為』を含む事例」においては差止めによる救済が適切であるとするものの、「著作権を侵害したとされる者が、外見上正当なフェア・ユースの抗弁を主張する事例」においては、差止めという救済は著作権法の目的と適合しない恐れがある旨を連邦最高裁が警告していると述べている³³⁾。

判決は以上の前提に立って、本件において差止めが認められる四つの前提要件(注29参照)が満た

されるか否かを検討しているのだが、実際に判断されているのは第一の前提要件(本案勝訴の実質的可能性)と第二の前提要件(回復不能な損害のおそれ)のみである。そして、パロディとフェア・ユースについての具体的検討は第一の前提要件の判断部分で行われている。

パロディとフェア・ユース

判決は差止めの第一の前提要件に関して、先ず、TWDGの特に前半部分について、その大部分がGWTWの「簡約」にあたるとした地裁の判断を支持して、著作権侵害(複製)の前提となるTWDGとGWTWの「実質的類似性」を認めた上で、フェア・ユースについての検討に進んでいる。

連邦控訴裁は、この検討にあたり、「〔著作権の〕考慮すべき最も重要な目的の一つはアイディアの自由な流れ—特に批評と論評—である」ことを強調する。その上で、パロディのフェア・ユース上の取扱いについては、おおむねキャンベル判決に拠りながら(Campbell, at 579-581)判断を行うのだが、パロディの定義に関しては、連邦控訴裁は最高裁判決が明らかにした定義を「いくらか漠然としている」とした。連邦控訴裁は、連邦最高裁がパロディの目的を「喜劇的効用ないしからかう(ridicule)こと」と示唆しながらも、次にはそれを「論評」の見地からより包括的に論じていること、並びに、パロディとしての特徴を見分けるにあたり、裁判所が作品の質を判定すべきでないと言論していることを指摘して、結局次のようなより幅広い定義を選択する旨を表明するのである³⁴⁾。

「フェア・ユースについての我々の分析の目的上は、学術的ないし報道的の作品と対置される新たな芸術的作品を創作するにあたり、オリジナル作品の要素を利用することにより先行する作品に論評を加えもしくは批評することが作品の目的であるとき、その作品をパロディと扱う。」³⁵⁾

判決はこの定義の下で、TWDGがGWTWの批評であることを認め「TWDGのパロディとしての性格は明か」とした。

このセントラスト判決が採用したパロディの定義は、キャンベル事件連邦最高裁判所判決によるパロディの定義から、喜劇的ないし「からかい」の要素を切り離し、パロディを一般の批評の一類型と認めたことを意味する。この点は、パロディの定義の要素のうち、論評ないし批評という点をより鮮明にしたものと言える³⁶⁾。

フェア・ユースの具体的判断

控訴裁判所は以上の前提に立って、フェア・ユースの四つの判断要素について検討を行っている。

第一の判断要素(目的と性格)については、判決はキャンベル事件連邦最高裁判決に拠りながら、TWDGがGWTWの視点や判断に論駁し論破しようとする批評的作品であることや、ストーリーが非常に異なった物語に形を変えられていることなどから、TWDGは「トランスフォーマティブな価値を体現している」として、この判断要素はフェア・ユースの認定に有利に働くとした³⁷⁾。

第二の判断要素(著作物の性格)に関しては、GWTWはオリジナルなフィクション作品として最高度の保護に値するものの、「パロディはほとんど例外なしに一般に知られた自己表現的な作品を複製するもの」(Campbell, at 586)であることから、パロディ事件に関してはこの判断要素はほとんど重きを置かれることはないとする³⁸⁾。

第三の判断要素(利用された部分の量と実質性)については、パロディがオリジナル作品を少なくとも十分に「想い浮かべさせる(conjure up)ことができるのでなければならない」とするキャンベル事件判決(Campbell, at 588)を引用したうえで、控訴裁判所は、TWDGがGWTWの要素を借用している多数の実例において、それを論評の目的でトランスフォームしていることを認め、また、TWDG

がGWTWの極めて有名なセリフの幾つかを利用している場面では、「そこに完全に新しい意味を与えている」とした。さらに、TWDGによる全ての利用が論評として明確に正当化されるわけではない(パロディとして必要以上に利用している)とするサントラスト側の主張についても、控訴裁判所は、最高裁がキャンベル事件判決において、パロディストに対して「オリジナル作品を想い浮かべさせるに必要な本当の最小限の量」の利用を要求している訳ではないとしてこれを退けている³⁹⁾。

第四の判断要素(市場の価値への影響)については、二次的作品の市場に対する潜在的な損害まで考慮すべきだが、考慮すべき損害とは、市場にとって代わるような損害であるとするキャンベル判決(Campbell, at 590,593)に拠りながら、サントラスト側が、「TWDGが、サントラスト社がライセンスを与えた二次的著作物に対する需要に取って代わるであろうことを証明する証拠や議論」を提出できていないことなどから、判決は、結局サントラスト側の証拠の不十分により、この判断要素もTWDG側に有利に働くとした。

控訴裁判所は以上の検討を経て、TWDGがこの段階では(暫定的差止めの手続き上は：注39参照)フェア・ユースの抗弁に値すると結論づけた⁴⁰⁾。

回復不能な損害について

暫定的差止の要件となる「回復不能な損害」についても、サントラスト側による証明がないことから、控訴裁判所はその存在を認めなかった⁴¹⁾。判決は、この点に関連して特に次のように述べている。

「サントラスト社側に回復不能な損害が存在していないという事情は、論評および批評に関する修正第1条の関心とフェア・ユースの抗弁が認められる可能性と相俟って、差止めという救済を不適切なものとするとする、そして、公共の利益は常に、修正第1条の価値を促進し、かつ、パブリック・ドメインを侵害から保護することにより増進される旨を強調すべきことを除けば、残りの判断要素について意見を述べる必要はない」⁴²⁾。

控訴裁判所は、以上を経て、地裁の命令を取り消した。控訴裁判所は、サントラスト社が損害を被るとしても、金銭的損害は損害賠償により救済が十分に可能であること、さらには、フェア・ユースの抗弁が適用可能であることを指摘して、このような本件においては、「差止め命令を発することは、修正第1条と著作権法の共通の原理に合致せず、ランドルが選択した表現形式によるランドルのアイデアや見解に公衆がアクセスできなかったが故に、[差止めは]言論に対する事前抑制として機能した」とまで述べている⁴³⁾。

判決はこのように、フェア・ユースとパロディに関する基本的判示事項についてはほぼキャンベル事件連邦最高裁判所判決の判断に従いながら、いくつかの点で特徴的な判断を示している。すなわち、①修正第1条が保障する権利と著作権の関係に言及し、フェア・ユースを修正第1条との調整の要とする考えを示した上で、実際の判断にあたって修正第1条の価値が織り込まれていることを意識すべきであると説き、②パロディについては、論評ないし批評という性格をより鮮明にした定義を提唱し、裁判所がその成否(主観的考察)に踏み込むべきでないとする立場を明らかにして、さらに、③差止めという救済手段の機能に特に留意して、単なる「海賊行為」とフェア・ユースの抗弁が外見上正当なものとして主張されるケースを分け、後者については、修正第1条との関わりで慎重であるべきことを説き、本件(後者に属する)については、特に「言論に対する事前抑制」(事前抑制禁止は表現の自由の重要な原則の一つ)という言葉を使ってこれを厳しく批判した。サントラスト

判決は控訴裁判所段階の判決だが、これらの点は示唆に富む重要な判断と思われる。

4. 小 括

以上の2章および3章でみたアメリカ連邦裁判所の判断を基として、パロディに対する著作権上の取扱いについて、いくつかの指摘をすることで小括に代えたい。

第一は、フェア・ユースそれ自体についてである。キャンベル事件連邦最高裁判所判決は、まずフェア・ユースが著作権の目的である「科学と有用な学芸の進歩の促進」延いては創造性の促進そのものを実現するに必要な理論であることを確認した。そして、その判断の方法(四つの判断要素は全体として考察すべきものであり、著作権法の目的に照らして事例ごとの分析を必要とする)を整理して明らかにした。特に、既存の著作物を利用して生み出された二次的作品が「トランスフォーマティブ」であることが、その利用がフェア・ユースと評価される一つのポイントであり、トランスフォーマティブであればあるほど、他の判断要素の重要性は減少するとした点は、パロディを考える上でも重要なポイントだった。

連邦最高裁は、修正第1条とフェア・ユースの関わりを明らかにしている訳では必ずしもないが、後のサントラスト事件連邦控訴裁判所判決は、より明確にフェア・ユースを著作権法の合憲性を保ち、修正第1条の権利を保護する要としている。連邦控訴裁判判決は、このような前提の下に、パロディを「論評」ないし「批評」として取り扱ったのである。このように、著作権法の目的にとどまらず、表現の自由との関わりにも留意して著作権の限界の意義を考え、財産的権利保護とその利用との間の調整を図るという発想は、わが国の著作権を考える上で極めて示唆に富むものと言える。著作権侵害とされる作品が一つの表現物としての価値を持つものと評価され得るケースの判断にあたっては、このような発想が特に重要な意味を持つものと思われる。

第二は、パロディの特質についてである。キャンベル事件において連邦最高裁判所はパロディの定義を行って、パロディを論評の一形態と認めた。そして同時に、パロディ作品をフェア・ユースと認めるためには、オリジナル作品に向けられた論評の要素を含んでいることが重要であることを明らかにし、さらに、パロディは作品を真似てからかう(mimic: 従って、先行する作品を利用する必然性がある)という点で他のジャンルの表現と区別されるとした。これらの点は、主として第一の判断要素に関わる点である。

もちろんすでに見た通り、連邦最高裁はパロディであることによりフェア(公正)であることが推定されるとした訳ではなく、結局フェアであるか否かは事例ごとに判断されるとしている。とはいえ、パロディの表現物としての特質を踏まえて、少なくとも十分にトランスフォーマティブなパロディ作品について、これを論評(従って本来的にフェア・ユースによる抗弁が認められる表現形態)の一種としてフェア・ユースの抗弁を認める姿勢を示したことの意義は大きい。

第三は、パロディの具体的判断方法についてである。キャンベル事件で連邦最高裁は、オリジナル作品の利用が過剰であるか否かの判断(第三の判断要素)にあたって、パロディの特質に配慮し、パロディストが何を加えているかこそが重要だとして、オリジナル作品を思い浮かべさせるような(従って核心部分の)利用が許されるものとした。また、市場に対する影響についての判断(第四の判断要素)にあたって、連邦最高裁は、パロディ作品とオリジナル作品の市場は通常異なるとする立場を取り、また、「二次利用の市場」への影響も限られたものとする慎重な立場を取った。

これらの点は、パロディがパロディとして成立するためにオリジナル作品を(その核心部分さえ

も)利用しなければならず、こうして生まれた作品が時に偽作と捉えられかねないという宿命に対して理解を示し、いわば既存作品を利用する必要性を支持するものと言える。これは、上述の第二の点と相まって、パロディの表現物としての特性に沿った現実的で優れた対応として評価できる⁴⁴⁾。

そして、第四は、差止めについてである。サントラスト事件連邦控訴裁判所判決は、単なる「海賊行為」とフェア・ユースの抗弁が外見上正当なものとして主張されるケースを分け、後者について慎重であるべきことを説いた上で、原審が認めたTWDGについての暫定的差止めを「言論に対する事前抑制」と呼んで批判した。控訴裁判所はここで、フェア・ユース(およびアイデアと表現の二分理論)を通じて著作権法の中に組み込まれているとされる修正第1条の原理が、時に(「論評、批評」というような表現の自由からも重視されるべき表現が妨げられようとするとき)、表舞台に出て重要な役割を果たす場合があることを認めたものと言える。このような発想は、著作権法上、著作権等を侵害するおそれがある者などに対する差止請求権を明文で認めているわが国においても学ぶべきものである。

最後に、以上を基に、我が国においてパロディを著作権法上取扱おうとする場合に注意が求められると思われる点を指摘して、本稿の結びとしたい。

以上に見たことは結局、著作権の(究極の)目的をどう捉えるか、そしてその中でパロディ表現の位置付けをどうするかという問題に対するアメリカの裁判所の解答である。そこには、パロディが伝えるメッセージの価値とパロディ化されるオリジナル作品を保護することにより守られる価値という二つの価値を、著作権の目的に照らして、あるいは創造性の保護という視点から、延いては表現の自由との関わりでどのように捉えるかという問題が横たわっているように思われる。法律の具体的な表現の違いが大きいとはいえ、このような点についての議論は、わが国では十分になされているとは言えない。

わが国でもフェア・ユース導入に向けた議論が始まるとの報道がなされているが⁴⁵⁾、仮にアメリカと同じフェア・ユースの規定が導入され、裁判所の裁量の範囲が広がったとしても、上記のような議論が十分なされるのであれば、本稿のそもそもの関心事である、表現の自由と著作権が時に緊張関係に立つという問題の適切な解決は難しいと考えざるを得ないのである。

注

- 1) 我が国の著作権法は「文化の発展に寄与すること」(1条)を著作権法の目的としている。また、周知の通り、アメリカ合衆国憲法が著作権に関し議会に与えている権限も「著者…に、それぞれの著作…に対する独占的権利を限られた期間保障することにより、科学と有用な学芸の進歩を促進する」ことである(第1篇8章8条)。
- 2) 日本における「パロディ」の著作権法上の問題点については、拙稿「パロディにみる表現の自由と著作権の相克」(湘南フォーラム12号(文教大学湘南総合研究所・2008年))を参照。わが国には、パロディを類型として扱う規定はなく、裁判上は通常の著作権侵害として、剽窃や贋作と同じ基準で処理されていると見ざるを得ないこと、そして、そこには、創作的表現物である可能性を持つパロディに対する配慮はほぼ見られず、また、わが国の実際の裁判例を見たとき、現在ある基準を文字通りに適用してしまうと、パロディはおろか原作品から着想を得た作品まで存在が許されないことになる可能性さえある旨を指摘している。
- 3) 訳は、山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』134頁(太田出版・2004年)による(ただし、本

文の記述との関わりの上で必要なため、訳語の一部を変更している)。なお、本章の記述においては、上記文献のほか、ロバート・ゴーマン、ジェーン・ギンズバーグ共編、内藤篤訳『米国著作権法詳解—原著第6版—』(下)637頁以下(信山社・2003年)を全般に渡り参考としている。

- 4) H. R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 67(1976). 詳解(前掲注3)637頁から9頁に抄訳が収録されている。
- 5) 山本(前掲注3)、138頁から151頁参照。他方で、わが国では条文上「公表された著作物」についてのみ認められる引用が、未公表の作品について認められる場合もあり得る。
- 6) ただし、一般に、この主張がなされる文脈は、著作権法違反事件において表現の自由との関わりが問題とされる場合でも、著作権法の中にはすでに著作権と表現の自由の調整原理として二つの原理が組み込まれているのであるから、著作権法の領域においては修正第1条(表現の自由保障規定)を持ち出す必要はないという文脈においてである。

あるテキストによれば、「[裁判所が著作権事件を修正第1条の問題として審査することを望まないことの] 前提はアイディアと表現の二分理論とフェア・ユースの抗弁が、時に競い合う利益間の適切な調整を整えていること」であるとされる(T. Barton Carter, Juliet Lushbough Dee, Harvey L. Zuckman, *Mass Communication Law*, 6th ed. 41(2007))。連邦最高裁も、著作権保護期間の延長を定めたCTEA(the Copyright Term Extension Act of 1998)が合衆国憲法に違反するか否かが争われた、エルドレッド事件連邦最高裁判所判決(Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186(2003))において、修正第1条が求める司法審査原則を著作権の領域に適用すべきとする主張を退けるにあたり、「著作権法には修正第1条との調整原理が組み込まれている(built-in First Amendment accommodations)」と述べて、「アイディアと表現の二分理論」と「フェア・ユース」の抗弁に言及している(at 219-220)。この点については、さらに、山口いつ子「表現の自由と著作権」(相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題』365頁以下(弘文堂・2005年))、Rodney A. Smolla, *Smolla and Nimmer on Freedom of Speech*, 21-5 ff. を参照(本稿執筆にあたっては、Smollaの著作を全般に渡り参考としている)。

- 7) 日本法については、次のようなことも指摘されている。「…著作権法は、フェア・ユース(米国著作権法107条)などのような権利制限の一般的な規定を有さず、様々な観点から個々具体的に制限規定を設けているので、逆にこれらの個々の制限規定に該当しない場合には、米国等においてであればフェア・ユースに該当する場合であっても、著作権の行使が権利濫用などを理由に制限されることは原則としてない。」(半田正夫ほか編『知的財産権事典』81頁(丸善・2004年))

この点は、例えばパロディの著作権法上の取り扱いについて、彼我の違いを論じる場合の基本的視点の一つともなり得る。

- 8) *Acuff-Rose v. Campbell*, 754 F. Supp. 1150(M.D.Tenn.,1991), 972 F.2d 1429(6th Cir. 1992), *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569(1994). 連邦最高裁判決の抄訳は詳解(前掲注3)639頁から652頁に収録されている。
- 9) 1964年、ロイ・オービソン他作、権利はエーカフ・ローズ社(Acuff-Rose Music, Inc.)に譲渡されている。
- 10) *Campbell*, 510 U.S. at 594-6(Appendix A, B)を参照。
- 11) 754 F. Supp. at 1155. また、高裁判決が引用しているオスカー・ブランド(被告側)の宣誓供述書によれば、2ライブ・クルーは「オービソンの歌が彼らにとりいかに味気なく退屈(bland and banal)なものに映じるかを示そうとしている」のであり、「それは、『白人寄りの』ポピュラー・

ミュージックを嘲笑する (derisive) アプローチの多数ある例のまさに一つ」だという (972 F. 2d at 1433)。他方で、エーカフ・ローズ社側が提出した音楽学者アール v. スパイルマンの宣誓供述書は、両曲の間に「相当量の類似性」があることを指摘する (*ibid.*)。

- 12) 754 F.Supp. at 1152, 1154. サマリー・ジャッジメントは、正式な審理を経ないで行われる判決 (田中英夫ほか編『英米法辞典』(東京大学出版会・1991年)参照)。
- 13) 972 F.2d at 1435-1439.
- 14) 510 U.S. at 575-8. なお、連邦最高裁判決が最高裁判例などの文献を引用ないしは参照している部分には、それぞれ出典が示されているが、本稿では出典として最高裁判例が示されている場合を除き原則として出典の表示を省略している。
- 15) *Ibid.* at 579. 判決中で連邦最高裁は、「トランスフォーマティブな利用」がフェア・ユースの認定に絶対的に必要であるわけではない、とした上で、著作権の目的が一般にトランスフォーマティブな作品の創作により促進されることから、「このような〔トランスフォーマティブな〕著作が、著作権の限界の範囲内で、息つくスペース (breathing space) を保障するフェア・ユースの理論の中心にある」とする (*ibid.*)。
- 16) *Ibid.* at 580.
- 17) *Ibid.* at 580-1 (1994). ただし、最高裁は、パロディが正当性を主張できるとしても、「フェア」であることが推定されるわけではなく、結局パロディも「著作権法の目的に照らして事例ごとに判断」されなければならないとする (at 581)。
- 18) *Ibid.* at 583. 判決は本件作品をパロディ (オリジナル作品に対する論評ないし批評) と認めるにあたり、パロディの抗弁としてフェア・ユースが主張される場合の出発点は「パロディとしての特質を合理的に認識できるか否か」であると述べて、パロディの出来栄え (taste) を問わないという立場を取る (at 582)。
- 19) *Ibid.* at 583-4. 実際は、営利目的は法文上第一の判断要素の一つの要素にすぎず、「利用の営利的性格はフェア・ユース認定の妨げ」とはならないとする (at 584)。
- 20) *Ibid.* at 586.
- 21) *Ibid.* at 588.
- 22) *Ibid.* at 586-589. ただし、連邦最高裁は、歌詞についてはパロディの目的との関わりで複製が過剰であると見ることはできないと認めたものの、音楽 (music) が過剰な複製行為であるか否か (bass riffの繰り返しの部分) については判断せず、より十分な審理をさせるために差戻しの判断をするのだと述べている (at 589)。
- 23) 原審が引用したのは、「意図された利用が営利的利益を得るものである場合は、その〔重要な市場への損害の〕可能性は推定され得る。しかし、それが非営利的目的である場合は、この可能性は証明されなければならない」(Sony, 464 US at 451) とする部分だが、連邦最高裁は、この推定は営利目的の単純な複製以外には適用されないとする (Campbell, 510 U.S. at 591)。
- 24) Campbell, 510 U.S. at 591.
- 25) *Ibid.* at 590-594.
- 26) ある論者はサントラスト事件連邦控訴裁判所判決を「控訴裁判所が著作権の適用に制約を加えるために修正第1条の言論の自由条項を適用した最初」の例と評している (Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 Sta. L. Rev. 1, 2 (2001))。本件の紹介として、山本隆司「パロディによる表現の自由と著作権の保護の限界」(ジュリスト・1215号)172頁以下

を参照。『風はとわに去りぬ』という書名は同論による。

- 27) Margaret Mitchell, *Gone with the Wind* (1936).
- 28) Alice Randall, *The Wind Done Gone* (2001). 表紙カバーには、「無許諾パロディ (The Unauthorized Parody)」とある。同カバーにはさらに、「マーガレット・ミッチェルの著名な1936年の小説—南北戦争前の南部についてのわれわれのイメージを他の何にも増して規定してきた作品—の中で創作された世界をアリス・ランドルはうち破る。」との紹介がある。
- 29) 一般的緊急差止命令 (temporary restraining order) は、相手方への通告を要せず、一方のみの申立により発せられる命令であり、暫定的差止命令 (preliminary injunction) は本案の判決が出るまで現状維持のため仮の処分として差止めを命じる命令である (二つの命令の訳語と意味は、田中英夫編『英米法辞典』による)。連邦地裁は暫定的差止めを認めた (*Suntrust Bank v. Houghton Mifflin*, 136 F. Supp.2d 1357 (N.D.Ga.2001))。これに対し、連邦控訴裁判所は、債権者側が暫定的差止めを認めるに必要な四つの前提となる要件 (①本案についての申立人側の優越の実質的可能性、②回復不能な損害を被る実質のおそれ、③差止めが被申立人側に及ぼすおそれのある害よりも申立人が被るおそれのある損害が上回ること、④暫定的差止が公共の利益に反しないこと) について証明をできなかったことから、差止め決定を修正第1条に違反する違法な事前抑制とし、破棄する判断をした (252 F. 3d 1165, 1166 (11th Cir. 2001))。この事件については、後に別途包括的な法廷意見が示されており、本論で主として取り上げるのはこの包括的意見である (268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001))。本件に関しては、*Information about Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company* <http://www.houghtonmifflinbooks.com/features/randall_url/courtpapers.shtml>が詳しい。
- 30) 本件を担当したバーチ判事はフェア・ユースを「抗弁」としてではなく「権利」と考えるべきであると述べており注目される。彼は当然、最高裁の判例に拘束され (*Campbell*, at 590) これを「抗弁」と扱うものの、「フェア・ユースの権利が手続き上は抗弁として主張されなければならないという事実によって、それが修正第1条の目的のためにアクセスと利用を保障しているという憲法上の意義は損なわれることはない」とまで述べている。このような考え方が本判決の基調となっていることは注目されて良い (*Suntrust*, 268 F. 3d at 1260 FN3)。
- 31) *Suntrust*, 268 F. 3d at 1263. 判決はこの議論に先立って、憲法の著作権条項と修正第1条との関わりに関して、「[憲法の] 著作権条項と修正第1条は、直感的には対立しているが、両者は検閲を防止するために共同で働くべく起草された」とする興味深い議論を行っている (*ibid.*)。
- 32) *Ibid.* at 1264-5.
- 33) *Ibid.* at 1265. この『警告』は、キャンベル判決の本文ではなく注において述べられている (*Campbell*, 510 U.S. at 578 n.10)。
- 34) *Suntrust*, 268 F. 3d at 1266-68.
- 35) *Ibid.* at 1268-9.
- 36) サントラスト判決が採用した定義はパロディに関わる事件の裁判において、裁判所が「主観的な考察」(ユーモアがあるか否かあるいはその試みが成功しているかの判断) に踏み込むことの回避を可能にするものである (268 F. 3d at 1269 Fn 23参照)。この控訴審判決中のパロディの定義を、主観的要素を縮減するとして評価するものとして、*Copyright Law—Fair Use Doctrine—Eleventh Circuit Allows Publication of Novel Parodying Gone with the Wind*, 115 Harv. L. Rev. 2364, 2368ff. (2002) 参照。
- 37) *Suntrust*, 268 F. 3d at 1269-1271. 判決は、ランドルがGWTWの著作権のある要素に大きく拠るこ

となしに「どうやって明確にGWTWを批評できたか」想像することが困難であるとまで言う(at 1271)。

38) *Ibid.* at 1271.

39) *Ibid.* at 1271-3. ただし、この判断要素に関しては、控訴裁判所は、必ずしもランドルによる利用を結論として支持している訳ではない。控訴裁は、ひとたび十分に利用された後に、それ以上にどれだけの利用が合理的かは、①「[作品の] 全体の目的や性格が、オリジナル作品をパロディ化することにある程度」あるいは②「そのパロディが、オリジナル作品の市場に代わるものとなる可能性」次第であるとするキャンベル事件連邦最高裁判決の一節(Campbell, at 588)を引用した上で、①については、TWDGの存在理由がGWTWのパロディであることは明かしたものの、②については、「利用された素材の量と価値」が、「複製の目的との関係で合理的」であるかは現時点の記録からは結論的には決められないとする(at 1273-4)。

40) *Ibid.* at 1274-6. 控訴裁判所のTWDGに対する評価は本文で述べた通りであるが、本件は暫定的差止が求められた事件であった。従って、事件の性格から提出された証拠が限られているという制約がある。加えて、フェア・ユースは抗弁であるため、本来はその主張をした者がフェア・ユースに値することの立証責任を負うのだが(Campbell, at 590)、本件のような差止めの訴えの段階においては、差止めの申立を行った側に本案の勝訴可能性の証明責任がある。したがって、フェア・ユースの抗弁が提出されている場合には、その主張が十分でないことを著作権保持者の側が証明しなければならない(Suntrust, at 1275 FN31)。本件を評価する場合は、このような制約の下で上記の結論が導かれたことも考慮しなければならない。

41) 控訴裁判所は、①「GWTWのファンにほとんどか全くアピールする可能性のない作品」であるTWDGの出版により、「回復不能な損害」がどのように生じるかにつき、サントラスト側による証明がなされていず、また、②金銭的な賠償により救済可能な損害は「回復不能」と考えられることはないとして述べて、回復不能な損害の存在を否定したのである(268 F. 3d at 1276)。

42) 268 F. 3d at 1276.

43) *Ibid.* at 1277.

44) サントラスト事件連邦控訴裁判決はキャンベル事件における連邦最高裁によるパロディの定義に若干の見直しを提唱しているが、これは、面白いか否かあるいは試みが成功しているか否かという主観的要素を取り除くという趣旨であり、必ずしもオリジナル作品を「思い浮かべさせる」(conjure up)ことの重要性に異を唱えた訳ではない。

45) 政府の知的財産戦略本部が、「ネット時代に対応したコンテンツ産業の振興を図るため、包括的な権利制限規定(フェアユース)の導入を含めた議論」を行うとする報道がなされている(『知財戦略2008』、フェアユースや検索キャッシュ合法化盛り込む)
<<http://www.itmedia.co.jp/news/articles/0806/20/news013.html>>参照)。

(2008年10月1日脱稿)