

撰南法学第 49 号抜刷

August 2014.

現代アートフェア・ユース
— *Cariou* 判決から浮かび上がる課題

家 本 真 実

現代アートのフェア・ユース

—*Cariou* 判決から浮かび上がる課題

Fair Use of Contemporary Art-What issues are left to be resolved in *Cariou*?

家本 真実

はじめに

I. *Cariou* 事件判決

1. フェア・ユースの4要素
2. 事実の概要
3. 第1審（ニューヨーク州南部地区合衆国地方裁判所）判決
4. 控訴審（第2巡回区合衆国控訴裁判所）判決
 - (1) Parker 裁判官による法廷意見（Hall 裁判官同意）
 - (2) Wallace 裁判官による反対意見

II. *Cariou* 先後の判決における「トランスフォーマティブ」

1. 「トランスフォーマティブ」とは
2. 先例における「トランスフォーマティブ」
3. *Cariou* 控訴審判決後の判決
 - (1) *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170 (9th Cir. 2013)
 - (2) *Kienitz v. Scornie Nation LLC*, No. 12-cv-464-slc., 2013 WL 4197454 (W.D.Wis. Aug. 15, 2013)
 - (3) *Neri v. Monroe*, No. 11-cv-429-slc, 2014 WL 793336 (W.D.Wis. Feb. 26, 2014)
4. 比較と検討

III. *Cariou* 控訴審判決への反響

1. 法学研究者および法曹による批評
2. 芸術関係者からの批評

IV. 残された課題と今後の展望

1. 「トランスフォーマティブ」な外観
2. 被告による原著作物使用の意図
3. 「合理的な観察者」
4. 原著作物に対するコメント
5. フェア・ユースが視覚芸術に関する日常的な活動や業務にもたらす影響

おわりに

はじめに

Cariou v. Prince, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013)は、著作物のフェア・ユースが問題となっている裁判として、アメリカ合衆国の法学研究者や法曹だけではなく、芸術関係者にも注目された裁判である。その理由の1つは、被告のRichard Princeが、アプロプリエーション(流用)という手法によって作品を制作することで知られる、アメリカの現代アートを代表するアーティストであることだといえる。また、そのように注目されているながら、第1審のニューヨーク州南部地区合衆国地方裁判所判決¹および控訴審の第2巡回区合衆国控訴裁判所判決²において、芸術作品を使用して制作した新たな著作物がフェア・ユースとされる場合の基準がはっきりと示されていないことも、議論を引き起こす原因となっている³。さらに、第2巡回区合衆国控訴裁判所の判決が、フェア・ユースが争いとなっているほかの事例においても大きな影響力をもつという点でも、*Cariou* は注目されてきた⁴。

フェア・ユースは、1976年著作権法においてもっとも厄介な規定であると言われる⁵。著作者に対して、その著作物に関する権利を一定期間、独占させることによって、技芸や文化の発展を促すのが著作権法の役割であるとする一方で、他人の著作物を基にして新たな著作物が作られること、そしてそれ

¹ *Cariou v. Prince*, 784 F.Supp.2d 337 (S.D.N.Y. 2011). また、家本真実「アプロプリエーション・アート (appropriation art) におけるフェア・ユース—*Cariou v. Prince*, 784 F.Supp.2d 337 (S.D.N.Y. 2011) を中心に」撰南法学第46号29頁(2013)において分析をおこなった。

² *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013).

³ たとえば、See JUDITH B. PROWDA, VISUAL ARTS AND THE LAW, 88-92(2013).

⁴ Barton Beebe は1978年から2005年に著作権のフェア・ユースが争われた判決を分析した論文において、第2および第9巡回区合衆国控訴裁判所の判決が他の裁判所に与える影響の大きさを指摘している。12ある巡回区合衆国控訴裁判所によって同期間におこなわれたフェア・ユースに関する判決の数のうち、第2巡回区合衆国控訴裁判所の判決の数が38.6%、第9巡回区合衆国控訴裁判所の判決の数が28.4%を占める。また第2および第9巡回区合衆国控訴裁判所によるフェア・ユースに関する判決が、ほかの合衆国地方裁判所および控訴裁判所によって引用される数も、第2および第9巡回区以外の合衆国控訴裁判所に比べるとはるかに多く、1件のフェア・ユースが争いとなっている事例において、第2巡回区合衆国控訴裁判所の判決は平均1.55件、第9巡回区合衆国控訴裁判所の判決は平均0.68件、それぞれの裁判所以外の裁判所の判決において引用されているという。ちなみに、第2および第9巡回区の次に影響力がある第5巡回区の判決がそれ以外の裁判所によって引用される数は0.14件だという。See Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions*, 1978-2005, 156 U. PA. L. REV. 549, 566-568(2008).

⁵ *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662(2d Cir. 1939).

によって芸芸や文化が発展してきたことも事実であるため、他人の著作物を公正に使用しているとされる場合には、許諾を得ていなくても著作権侵害とならないことを認めたのがフェア・ユースである。現代アート作品についてフェア・ユースが争いとなった事例は、*Cariou* 以前では、やはり現代アート作家である Jeff Koons が被告となった *Rogers v. Koons*⁶ や *Blanch v. Koons*⁷ の2件が挙げられる。

このように、現代アート作品に関するフェア・ユースについてはいくらか判例が積み重ねられてきたところであるが、はたしてこれらの判例が、現代アート作品について同様の問題が生じる場面において、指針となるような判断を示してきたと言えるのだろうか。そこで本稿においては、*Cariou* 控訴審判決において現代アート作品のフェア・ユースに関してなされた判断を通じて、芸術作品がフェア・ユースであるかどうかの判断基準がどのように示され、また示されなかったのかを分析し、またこれらの判決に対する研究者の論説や芸術関係者の批評などから何が問題だと指摘されているのかを検討したい。そのうえで、アーティストが他人の著作物を使用して新たな芸術作品を制作するとき、また法律家が芸術関係者から相談を受ける場合に、*Cariou* がどのように指針となり得るのかについて検討を加えたい⁸。

I. *Cariou* 事件判決

1. フェア・ユースの4要素

フェア・ユースは、一定の要件のもとでは他人の著作物を無断で使用しても著作権侵害とならないとする法理であり、判例によって発展させられたのちに、「学術および有益な芸芸の発展を促進する」⁹のために著作権者に一定期間、著作物に関する排他的権利を認めることを目的として制定されている

⁶ *Rogers v. Koons*, 751 F.Supp 474 (S.D.N.Y. 2005), *aff'd*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992).

⁷ *Blanch v. Koons*, 396 F.Supp.2d 476 (S.D.N.Y. 2005), *aff'd*, 67 F.3d 244, 252 (2d Cir. 2006).

⁸ この事件の控訴審判決に関して、アメリカ合衆国においては、後掲「III. *Cariou* 控訴審判決への反響」の「1. 法学研究者および法曹による批評」参照。また日本では、木村剛大「現代アートと向き合う米国著作権法～アプロプリエーションアートを正当化するフェア・ユースの新基準～」ユアサハラ法律特許事務所企業法務ニュース 2013年11月12日54号1頁以下 (http://www.yuasa-hara.co.jp/news/pdf/houmu_54.pdf、最終アクセス日・2014年2月24日)、など。

⁹ アメリカ合衆国憲法第1編第8節 (U.S. Constitution Art.1 Sec.8)。

1976年著作権法の107条¹⁰に明文化された。107条には、他人の著作物の使用がフェア・ユースにあたるかどうかを判断するにあたって、次のような要素が判断材料に含まれるとしている。それらは(1)その使用の目的および性質、つまりその使用が商業的性質をもつかどうか、非営利の教育上の目的であるかどうかなど、(2)著作権で保護されている著作物の性質、(3)著作権で保護されている著作物全体と関連して使用された部分の量と実質性、そして(4)その使用が、著作権で保護されている著作物の潜在的市場または価値に対して与える影響、の4つであるが、裁判所がこれらに限定してフェア・ユースの判断をおこなうべきだとしているのではなく、他の要素を考慮しても構わないし、またこれらの4要素についてすべてを考慮しなくてもよいとされている。しかし、現実には、フェア・ユースが争われる裁判において、4要素のすべてが考慮されることが多い。

2. 事実の概要

Cariou は、アプロプリエーションという芸術の手法がフェア・ユースであるといえるかどうか争われた事例である。フランスの写真家である Patrick Cariou は、ジャマイカのラスタファリアンやその居住する地域を撮影して、それらの写真を“*Yes, Rasta*”と題した写真集にして2000年に出版していた。一方、Richard Prince は、他人の創作した既存の作品を利用して新たな作品を創作するという「アプロプリエーション」の手法で現代アート作品を制作することで著名な芸術家である。Prince は、Cariou の“*Yes, Rasta*”に掲載されている写真をスキャナーで読み取り、それらのイメージを拡大したり、切り取って数点を合わせてコラージュに仕上げたり、写真の上からアクリル絵の具などで彩色するなどして新たな作品を30点制作した。そして2007年頃からそれらを Gagosian Gallery などでおこなわれた展覧会で“*Canal Zone*”と名付けたシリーズ作品として発表し、いくつかの作品については40,000 ドルから2,430,000 ドルで売却していた。Cariou は、“*Yes, Rasta*”に掲載している作品の30から40点について個展を開き、それらの複製を写真のサイズに応じて3,000 ドルから20,000 ドルの価格で売却することを計画していたが、Prince が展覧会をおこなったことを理由に、Cariou の個展は中止された。Cariou は、これらの Prince の作品に自らの写真が無断

¹⁰ The Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. §107.

で使用され、著作権が侵害されているとして、その使用や展示、販売などの差止め、また損害賠償を求めて2009年に提訴した。

3. 第1審(ニューヨーク州南部地区合衆国地方裁判所)判決¹¹

第1審判決において合衆国地方裁判所は、結論として被告の作品におけるフェア・ユースを認めなかったが、その理由付けでもっとも重要なのは、107条の第1要素である「使用の目的および性質」に関する分析であろう¹²。

地方裁判所は、ある作品がフェア・ユースとされるには「新たな著作物は原著物について何らかの批評をおこなう」などする必要があり、「原著物にトランスフォーマティブな批評をおこなっていないのにフェア・ユースであると判断した先例がない」ことから、「被告の絵画は、原告の写真に何らかのコメントをおこなう範囲においてのみ、トランスフォーマティブである」とした¹³。そのうえで、被告が、作品の創作にあたって既出の「画家たちへの敬意や賛辞を表わす目的で描いたもの」であり、原著物や文化に対する批評をする意思はなかったと証言したことから、被告が原著物について批評をする意思はなかったとし、被告が何らかの創作的な新たな作品を作る意思はあったものの、全体として、107条の意図するトランスフォーマティブな意思をもっていなかったとした¹⁴。

また、被告の作品が商業的利用であるかどうかについて、結果として被告の作品8点が合計1,048万ドルで売却され、7点の作品が600万ドルから800万ドルの価値のある作品と交換され、個展のカタログの売り上げは6,784ドルに上ったことから、芸術作品の展覧会が公の利益につながり、文化的価値をもつことを考えても、原告の写真を被告が使用して利益を上げていることは本質的に商業的であるとした¹⁵。

さらに、被告が原告に使用許諾を求めようとしなかったことなど、被告やギャラリーによる不誠実な行為があったとして、結果的に、第1要素につい

¹¹ Cariou, 784 F.Supp.2d 337. 判決の詳細については、家本真実「アプロプリエーション・アート (appropriation art) におけるフェア・ユース—Cariou v. Prince, 784 F.Supp.2d 337 (S.D.N.Y. 2011) を中心に」撰南法学第46号29頁(2013)も参照いただきたい。

¹² See PROWDA, *supra* note 3, 89.

¹³ Cariou, 784 F.Supp.2d at 348-49 (citations omitted).

¹⁴ *Id.* at 349.

¹⁵ *Id.* at 350-351 (citations omitted).

ては、フェア・ユースを認めるのに不利に働く結論付けた¹⁶。

4. 控訴審(第2巡回区合衆国控訴裁判所)判決¹⁷

第1審の原告勝訴とするサマリー・ジャッジメントに対し、被告はフェア・ユースを主張するとともに、合衆国地裁が「トランスフォーマティブであるかどうかは作品ごとに違う」と認識していながら、被告の30点の作品について個別に分析することなくフェア・ユースかどうかを判断することはできないはずであることなどを理由に控訴した¹⁸。これに対し、第2巡回区合衆国控訴裁判所は、以下のように述べて、Prince の作品のうち25点はフェア・ユースであるとし、5点についてはフェア・ユースかどうかを判断するためにニューヨーク州南部地区合衆国地方裁判所に差し戻した。

(1) Parker 裁判官による法廷意見(Hall 裁判官同意)

① 107条の第1要素: 使用の目的および性質

地方裁判所が課した要件は、フェア・ユースの抗弁を主張するには、二次的な使用が「歴史的な文脈に批評をおこなったり、原著物を批判的に参照する」ものでなければならないというものである¹⁹。たしかに、パロディや風刺といったフェア・ユースの多くの形態においては、常に原著物もしくは大衆文化、またはその両方について批評をおこなっている²⁰。たとえば、ラップ・グループの2 Live Crew は、Roy Orbison の“*Oh, Pretty Woman*”という曲のパロディ曲において「白人の中流階級(white-bread)が創作した原著物をからかう意図が明らかである」²¹。キャンベル・スープの缶やマリリン・モンローのイメージを流用して制作された作品をはじめとするアンディ・ウォーホルの作品の多くも、消費文化を批評し、有名人の文化と広告の関係を探求している²²。しかしながら原告も認めているように、地方裁判所の法的前提

¹⁶ *Id.* at 351 (citation omitted).

¹⁷ 714 F.3d 694(2013).

¹⁸ See Joint Brief and Special Appendix for Defendants-Appellants, *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694(2013) (No. 11-1197-cv), 2011 WL 5325288.

¹⁹ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d at 706(2013) (*quoting* *Cariou v. Prince*, 784 F.Supp.2d at 348(S.D.N.Y. 2011)).

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.* (*quoting* *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579(1994) (quotation marks omitted)).

²² *Id.*

は正しいとはいえない²³。法は、ある作品がトランスフォーマティブであると認められるにあたって、原著作物またはその作者に対して批評をおこなうという要件を課してはいない²⁴。また二次的な作品は、制定法の前文に示されている目的(批評、解説、ニュース報道、教授、研究、および調査)以外の目的をもつものであっても、フェア・ユースとなりうる²⁵。合衆国最高裁判所や当裁判所の判決が強調してきたのは、フェア・ユースであるとされるためには、新たな著作物は一般的に、「新たな表現、意味、またはメッセージ」を用いることによって原著作物を変えているものでなければならないことである²⁶。

被告の作品のうち、5点を除くすべてに、トランスフォーマティブな性質がみられ、それら25点には、原告の写真とは完全に異なる美が表現されている²⁷。原告の穏やかで慎重に構成されたポートレートや風景写真は、ラスタファリアンと彼らを取りまく環境の自然美を映し出したものであり、一方で被告の粗削りで衝撃的な作品は、目まぐるしくて挑発的である²⁸。原告の白黒の写真は9.5 インチ×12 インチの書籍として発行されたが、被告はキャンバスにカラージュを作成するにあたって、色を付けたり、人物やその他の形や背景を変形させて使用したり、原告の写真を10倍から100倍にまで拡大した²⁹。被告による構成、提示方法、規模、使用した色、そして表現の手段は、写真と比較すると根本的に異なっていてまた新しいものとなっており、それこそが被告の作品の表現の本質なのである³⁰。

被告の証言録取書にはさらに、被告のアプローチや美学が原告のそれらとは劇的に異なることが示されている³¹。被告の証言によると、被告は「(他の芸術家もっていた)当初の意図については全く興味がない。というのも…

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*(quoting Campbell, 510 U.S. at 577; Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 561 (1985)).

²⁶ *Id.*(quoting Campbell, 510 U.S. at 579; see also Blanch, 467 F.3d at 253(原著作物は「新たな情報や、新たな美、新たな見解や理解を作り出す」ために使用されていない(quotations marks omitted)); Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Grp., Inc., 150 F.3d 132, 142(2d Cir. 1998)).

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*(citing Campbell, 510 U.S. at 579).

³¹ *Id.*

私がおこなおうとしているのは、原著作物を完全に異なるものへと変えようという試みに徹することです。私は、素晴らしくて、とても格好の良い、最新で現代的な解釈を、音楽の世界において作り出そうとしたのです³²。地方裁判所が決定したように、被告の一連の“Canal Zone”シリーズの作品は、被告が案を練っていた「世界滅亡後を題材にした脚本」に関わるもので、「(被告が計画していた脚本の)テーマである性別の平等を強調したものであり、『世の中の3つの関係、つまり男性と女性、男性と男性、女性と女性の関係』を際立たせるものであり、また音楽界における現代的な解釈を表現したものである³³。

地方裁判所は、被告の作品がほとんどトランスフォーマティブとはいえないという結論を導くにあたって、被告の証言録取書における「メッセージはとくにない」という被告の証言や、被告が「新たな意味または新たなメッセージを用いて何かを作り出そうと試みた」のではないとの証言、また被告が「(原告の)原著作物のもつ意味にはまったく興味を持っていなかった」という証言を根拠としている³⁴。控訴審において原告が主張したのは、被告の証言を重視すべきだとし、被告自身が自らの作品を風刺またはパロディであると主張しない限りは、被告の作品が一般的にどのように認知されるかについて考慮すべきではないということである³⁵。そのようなルールは存在しないし、当法廷は風刺やパロディと他のトランスフォーマティブな利用とを区別して分析しない³⁶。

驚くべきことではないが、トランスフォーマティブな使用が争点となっている場合、著作権侵害だと主張された当事者は、自らの使用がトランスフォーマティブであることを、言葉を尽くして説明し、正当性を主張するが、被告は本件においてそのようなことはしていない³⁷。証言録取の際にそのような類の説明がおこなわれていれば被告の正当性の主張を強力に支持するものとなったであろうが、それでも、被告が説明をおこなっていないという事実は、

³² *Id.* at 706-707 (quoting Prince Dep. 338:4-339:3, Oct. 6, 2009).

³³ *Id.* at 707 (quoting Cariou, 784 F.Supp.2d at 349; citing Prince Dep. 339:3-7, Oct. 6, 2009).

³⁴ *Id.* (quoting Cariou, 784 F.Supp.2d at 349; citing Prince Dep. 45:25-46:2, 338:5-6, 360:18-20, Oct. 6, 2009).

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

決定的事実ではない³⁸。重要なことは、問題となっている作品が合理的な観察者にとってどのように映るかということであり、ただ単に芸術家が作品の1つについてまたは一連の作品について何を言うかということではない³⁹。被告の作品は、原告の作品または文化について批評をしていなくても、そして被告が批評をする意思について述べなくとも、トランスフォーマティブとなり得る⁴⁰。当法廷の調査を、自らの作品に対する被告の説明だけに限定するのではなく、被告の芸術作品がどのように「合理的に認識される」可能性があるのかを、トランスフォーマティブな性質を評価するために調査すべきである⁴¹。当法廷の著作権侵害の分析は、主として被告の作品そのものに注目するのであり、法律問題として、被告の作品のうち25点がトランスフォーマティブであると考え⁴²。

第7巡回区合衆国控訴裁判所の *Brownmark Films, LLC v. Comedy Partners*, 682 F.3d 687 (7th Cir. 2012) 判決はこの点に関して示唆に富む⁴³。同控訴裁判所は、著作権侵害の主張は訴え却下の申立て (motion to dismiss) の段階では却下されるべきではないという控訴人の主張を拒否し、連邦民事訴訟規則12(b)(6)に基づいて、地方裁判所が訴えを却下したことを支持した⁴⁴。テレビのアニメ番組、サウスパークのある1話が、“What What (In The Butt)” というタイトルでインターネットの映像共有サイトにアップされたビデオ (viral internet video) のパロディであった (そしてそれゆえ、フェア・ユースとして保護される) かどうかを判断するにあたって、同控訴裁判所は「2つの作品が・・・隣り合わせて視聴されたとき、サウスパークのほうは明らかに原著作物の・・・ビデオのパロディであった」とした⁴⁵。このような理由で、「[*Brownmark* 判決]においてフェア・ユースの問題を解決するのに必要とされた唯一の証拠が、原著作物となった[ビデオ]と、問題となっ

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.* (quoting *Campbell*, 510 U.S. at 582, 114 S.Ct. 1164; *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109, 113–14 (2d Cir. 1998) (パロディの性質をもつ広告を評価するにあたって、どのように「合理的に認識される可能性がある」のかを考慮している。))。

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.* (citing *Brownmark Films, LLC v. Comedy Partners*, 682 F.3d 687, 690 (7th Cir. 2012)).

⁴⁵ *Id.* (quoting *Brownmark Films*, 682 F.3d at 692).

た(サウスパークの)1話であった」⁴⁶。

ここで、問題の作品と写真とを隣り合わせにして見ると、当法廷は、被告の作品で使われたイメージは、以下で別に議論するものを除いては、異なる性質を持ち、原告の写真に新たな表現を加え、原告のものとは異なる創造力とコミュニケーションの効果を用いている、と判断する⁴⁷。しかしながらこの当法廷の結論が、この写真に対するいかなる表面的な変更も、必然的にフェア・ユースを構成することになる、ととらえられるべきではない⁴⁸。二次的な作品は、トランスフォーマティブでないかたちで、原著作物を変更できる可能性がある⁴⁹。たとえば、二次的著作物が単に同じものを新たな形態で展示しているような場合、具体的にはテレビ番組のあらすじを本にしたものなどは、トランスフォーマティブではない⁵⁰。被告の作品のうち25点については、被告は、原告と同じものを異なる形態で示したというのではなく、「何か新たなものを付け加え[た]」のであり、根本的に異なる美をもってそれらのイメージを示したのである⁵¹。

第1のフェア・ユースの要素はその利用の目的および性質であるが、同時に、著作権を侵害していると主張されている作品が、原著作物を商業的目的で利用しているのか、または非営利の教育上の目的で利用しているのかを考慮するよう、裁判所に要求している⁵²。とはいっても、「107条の前文に列挙されている例示的な使用、批評、解説、ニュース報道、教授、研究、および調査のほぼすべてが、・・・一般的には利益を追求しておこなわれるものである」⁵³。「商業的か非営利かという二分法は、二次的な利用者が著作権で保護されている著作物を複製し、その直接の結果として大きな収益を得ることを目的として、許諾を得ずに他人の著作物を利用する場合に生じる不正を懸念している」⁵⁴。この要素は、適用にあたって注意を要する。なぜなら、合衆国最高裁判所が認める通り、議会は商業的な利用が公正でないと推定され

⁴⁶ *Id.* (quoting *Brownmark Films*, 682 F.3d at 690).

⁴⁷ *Id.* at 707-708.

⁴⁸ *Id.* at 708.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* (citing *Castle Rock*, 150 F.3d at 143; *Twin Peaks Prods., Inc. v. Publ'ns Int'l. Ltd.*, 996 F.2d 1366, 1378(2d Cir. 1993)).

⁵¹ *Id.* (quoting *Leibovitz*, 137 F.3d at 114).

⁵² *Id.* (citing *Blanch*, 467 F.3d at 253).

⁵³ *Id.* (quoting *Campbell*, 510 U.S. at 584, 114 S.Ct. 1164 (quotation marks omitted)).

⁵⁴ *Id.* (quoting *Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 922(2d Cir. 1994)).

るルールを「意図していたはずがない」からである⁵⁵。それよりも、「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、商業性といったフェア・ユースとされるのに不利となるような他の要素の重要性は低くなるであろう」⁵⁶。被告の作品が商業的であることは疑いようもないが、トランスフォーマティブな性質を考えると、当法廷はこの事実をそれほど重要視しない⁵⁷。

② 107条の第4要素

第4要素は、潜在的な市場における二次的な利用が、著作権で保護された作品の価値に対して与える影響を考慮するものであるが、その理由は、こうした影響に関する議論は、一般的には、被告の作品と原告の作品との重大な違いをより一層示すものとなるからである⁵⁸。

地方裁判所の判決の大部分においては、被告とギャラリーのオーナーである Gagosian が原告の著作権を侵害したとしたが、これは原告の写真展をおこなうことを予定していたギャラリーのオーナーである Celle が、Gagosian において被告の“Canal Zone”の展覧会がおこなわれたことを知った後、“Yes, Rasta”の写真展を開催しないことを決めたという事実によるものであることは明らかである⁵⁹。地方裁判所は、この要素が被告に対して不利に働くとしたが、それは被告が「原告の原著作物に関する実際の市場と潜在的な市場の両方に対して、また原告の原著作物についての二次的な使用の許諾に関する潜在的な市場に対しても、不当に損害を与えた」ためである⁶⁰。

地方裁判所の判決とは異なり、この要素を適用する際には、基本的には原告の二次的市場に対する損害の問題に注目するものではない⁶¹。当裁判所が明らかにしてきたことは、「我々の懸念は、問題となっている二次的な利用が原著作物や潜在的な二次的著作物を押さえ込むとか市場を破壊するとかいうことではなく、問題となっている二次的な利用が原著作物の市場を強奪するかどうか」である⁶²。「二次的な利用の潜在的な市場は、原著作物の著者が

⁵⁵ *Id.* (quoting Campbell, 510 U.S. at 584).

⁵⁶ *Id.* (quoting Campbell, 510 U.S. at 579).

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* (quoting Cariou, 784 F.Supp.2d at 353).

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.* (quoting Blanch, 467 F.3d at 258 (quotation marks omitted); NXIVM Corp. v. Ross Inst., 364 F.3d 471, 481–82 (2d Cir. 2004)).

通常であれば参入したであろう市場か、または他の者に使用許諾を与えて参入したであろう市場が含まれる」⁶³。当裁判所が、著作権を侵害したとされる者が二次的著作物の市場を含む著作権で保護されている作品の市場を奪ったと判断するのは、侵害者の標的とする観客および侵害している内容が、原著物と同じ場合である。たとえば、テレビ番組の「となりのサインフェルド」に関するトリビア本がテレビ番組の市場を奪ったとしたのは、そのトリビア本が、「テレビ番組の著作権者・・・が通常参入した、または他の者に使用許諾を与えて参入したであろうとされるような二次的著作物の市場において取って代わった」からである⁶⁴。この分析をおこなうにあたって当裁判所が留意しておくべきことは、「二次的な利用がトランスフォーマティブであればあるほど、二次的な利用が原著物に取って代わる可能性は低くなる」ことであり、それはたとえ「そのフェア・ユースがトランスフォーマティブなものでありながら、原著物の市場を侵害したり破壊するであろうと思われる」⁶⁵、である⁶⁵。

上述の通り、Celleは“Yes, Rasta”の写真展を開催しないことを決めた理由として、Gagosianですで行われたためとしているが、しかしそれは、Celleが、Gagosianの展覧会で原告が被告とコラボレーションしたものと誤って信じたためである⁶⁶。被告の作品のうちいくつかについては、原告の写真の大部分を利用しているものもあるが、被告も“Canal Zone”の展覧会も、原告の写真の市場を奪うものではなかった⁶⁷。被告の観客は原告の観客とは大きく異なるもので、また被告の作品が原告の作品の一次的または二次的市場のいずれかに抵触したことがある—これは奪うと言うには程遠い—との証拠さえ存在しない⁶⁸。記録の中には、原告が被告の作品の領域に参入するか、二次的な利用の使用許諾を与えようとしたかもしれないことを示すものは一切存在しない⁶⁹。それどころか、記録の中には、被告の作品が写真の市場にいくらかでも影響を与えたことを示すものも存在しない⁷⁰。実際のところ、原告は積極的に自身の作品を売り込むことはしてこなかったし、“Yes,

⁶³ *Id.* at 708-709 (quoting Campbell, 510 U.S. at 592).

⁶⁴ *Id.* at 709 (quoting Castle Rock, 150 F.3d at 145 (quotation marks omitted)).

⁶⁵ *Id.* (quoting Castle Rock, 150 F.3d at 145 (quotation marks omitted)).

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

Rasta”を出版して得た印税は8,000ドルほどであった。原告はこの本から4枚の写真を売却したが、それらの買い手はすべて、個人的に知っている人々であった⁷¹。

被告の作品は、原告の作品の収集家とは完全に異なる人々向けのものであり、“Canal Zone”の作品のいくつかは、200万ドルかそれより高い金額で売却された⁷²。Gagosianが“Canal Zone”の展覧会のオープニングとあわせておこなった食事会の招待客リストには、裕福で有名な人々が数多く含まれており、ミュージシャンのJay-ZとBeyonce夫妻、芸術家のDamien HirstやJeff Koons、NFL選手のTom BradyとモデルのGisele Bündchen夫妻、Vanity Fair誌の編集者であるGraydon Carter、Vogue誌編集者であるAnna Wintour、作家のJonathan FranzenやCandice Bushnell、さらに俳優のRobert DeNiro、Angelina Jolie、そしてBrad Pittなどである⁷³。被告は8点の作品を1,048万ドルで売却し、別の7点を画家のLarry Riversの作品および彫刻家のRichard Serraの作品と交換した⁷⁴。一方、原告は自身の作品を積極的に売り込むことはせず、高額で作品を売却することもしていないし、被告の作品が市場を取り上げたせいで、原告の作品およびトランスフォーマティブではない二次的な作品(原告自身の作品であろうと使用許諾を与えた作品であろうと)を誰も買わなくなったということを示す記録はない⁷⁵。このフェア・ユースの要素は、被告に有利に働く⁷⁶。

③ 107条の第2要素

次に検討するのは著作権で保護されている作品の性質であるが、原告の作品が、創作的であり出版されているものであることには争いがない⁷⁷。したがって、フェア・ユースであるとの判断には不利に働く⁷⁸。しかしながら、被告の作品の商業的性質と相まって、この要素は本件のように「創作的な芸術作品がトランスフォーマティブな目的で使用されている」という場合に

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.* at 709-710.

⁷⁸ *Id.* at 710.

は、限定的にしか役に立たない」⁷⁹。

④ 107条の第3要素

最後に検討するのは、著作権で保護された作品全体に関して使用された部分の分量と実質性であり、「使用された部分の分量と価値が、複製するという目的のために合理的といえる範囲内であるかどうか」である⁸⁰。

言い換えれば、当裁判所が考慮するのは原著作物から使用された分量であり、二次的な作品が金額にして原著作物のどのくらいを占めるのかということではない⁸¹。

被告の作品の多くは、原告の写真を利用しており、とくに“*Yes, Rasta*”の118頁に掲載されているドレッドヘアのラスタファリアン、83頁と84頁に掲載のロバに乗ったラスタファリアン、108頁のドレッドヘアにひげを生やしたラスタファリアンらのポートレートを、全部または大部分、使用している⁸²。いくつかの作品においては、たとえば“*Charlie Company*”という作品では、被告は元の写真をほとんど変更していないに等しい⁸³。他の作品、たとえば“*Djuana Barnes*”、“*Natalie Barney*”、“*Renee Vivien*”、および“*Romaine Brooks take over the Guanahani*”においては、写真の全体が利用されているが、かなりほんやりとしていて、原告の著作物であるとほとんど認識できないほどにまで変えられている⁸⁴。「当裁判所も他の巡回区控訴裁判所でも、作品全体を複製しているにもかかわらずフェア・ユースであるとしたことはなく、・・・そのような複製が必ずフェア・ユースに不利に働くことされる必要もない、なぜならある作品の全部を複製することが、時には、そのイメージをフェア・ユースであるとされるかたちで利用するのに必要な場合もあるからである」⁸⁵。「第3の要素の調査においては、使用の目的や性質によって、複製が許容される範囲は変わってくることに留意しなければならない」⁸⁶。

⁷⁹ *Id.* (quoting *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 612(2d Cir. 2006)).

⁸⁰ *Id.* (quoting *Blanch*, 467 F.3d at 257 (quotation marks omitted)).

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.* (quoting *Bill Graham*, 448 F.3d at 613).

⁸⁶ *Id.* (quoting *Bill Graham*, 448 F.3d at 613 (internal quotation marks omitted)).

地方裁判所は、被告が「必要な範囲を大きく超えて利用している」とした⁸⁷。当裁判所は、地方裁判所がどのようにしてその結論に達したのか、よくわからない。とにかく、法は、二次的な作品の著作権者が必要以上に流用してはならないと要求してはいない⁸⁸。当裁判所は、使用された部分の分量だけではなく、原著作物にとって「使用された部分の質と実質性」をも考慮するのである⁸⁹。二次的な利用は、トランスフォーマティブであるという目的を満たすためには、「原著作物を『呼び起こす』のに最低限必要とされるほどの利用が[認められ]なければならない」⁹⁰。被告は原告の写真のうち、いくらかにおいては重要な部分を利用している。しかしながらそうすることで、被告の作品のうち25点は、被告がこれらの写真を新たな、そして異なるものへと変形させているのであり、結果としてこの要素は大きく被告に有利に働くのである⁹¹。

⑤ 被告の作品のうち、5点に関して

上述の通り、“Graduation”、“Meditation”、“Canal Zone(2008)”、“Canal Zone(2007)”、および“Charlie Company”については、被告は最低限の変更を加えており、それによって原告の伝統的な人物写真や風景写真とは異なる方向性を与えているが、現時点では明確に、これらの作品が「新たな表現、意味、またはメッセージ」を表しているとは言えない⁹²。

明らかに、これらの芸術作品と、それらに取り入れられた写真とを比べると大きな違いがある。たとえば“Graduation”という作品は、くすんだ青色で、背景のジャングルは原告の原著作物よりも焦点がぼやけた感じとなっている⁹³。原著作物が強い個人を表現していたのに対し、ひし形が人物の目と口の部分に描かれ—これはしばしば“Canal Zone”シリーズの作品において見られる変更であるが—、名のない人物となっていたり、拡大された手とエレクトリック・ギターが被告のキャンバス上で加えられるという変更により、もはや主題は人間ではないのではないかとの印象をもたせる⁹⁴。一方、原告

⁸⁷ *Id.* (quoting Cariou, 784 F.Supp.2d at 352).

⁸⁸ *Id.* (citing Campbell, 510 U.S. at 588; Leibovitz, 137 F.3d at 114).

⁸⁹ *Id.* (quoting Campbell, 510 U.S. at 587).

⁹⁰ *Id.* (quoting Campbell, 510 U.S. at 588; Leibovitz, 137 F.3d at 114).

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* at 711 (quoting Campbell, 510 U.S. at 579).

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*

の写真は、人間を自然の環境のなかで見せ、意図的に視線を先の方に向けさせたりして、誰かが自然の中で快適にしている様子を表現しているのに対し、“Graduation”は様々な要素を組み合わせて当惑感を表現している⁹⁵。しかしながら当法廷は、“Graduation”がフェア・ユースとされるかどうか、または被告が原告の作品をトランスフォーマティブとするのに十分な程度の変形をおこなったかどうか、確信をもって言うことができない⁹⁶。

当法廷は、同様の懸念を“Meditation”、“Canal Zone(2007)”、“Canal Zone(2008)”、および“Charlie Company”に対して有しており、これらの作品はそれぞれ、原告の写真とはいくらか異なるが、主要な芸術的手法においては類似のものと言うことができる⁹⁷。“Meditation”では、被告は“Graduation”で使用したのと同じ写真を使用し、ここでもひし形とギターを加え、その背景を切り落とし、顔の向きを変え、このイメージをキャンバス上にテープで貼り付けている⁹⁸。“Canal Zone(2007)”では、被告は原告の写真を31点使用して格子状のコラージュを制作したが、それらの写真のほとんどについて写真全体または大部分を使用し、そのうちの数点の写真においては、ひし形や漫画のような四肢を付け加えるといった程度の変更をおこなっている⁹⁹。“Canal Zone(2008)”においては、“Meditation”および“Graduation”で使用したのと同じ写真を含む6点の原告の写真を全体または大部分、使用している¹⁰⁰。この作品において被告は、人物にひし形とギター加え、背景には何種類かの風景写真を組み合わせて、テープで貼り付けているが、そのように写真を組み合わせるという効果によって、草木の生い茂った居住環境にたたずむ人物が表されており、原告の“Yes, Rasta”の写真の多くと変わらない¹⁰¹。そして“Charlie Company”では、原告の撮影したロバに乗ったラスタファリアンの写真を複製したものが4枚、大きく示されているが、これらはほとんど変更が加えられていない¹⁰²。さらに全裸で座っている女性の同じ写真が2枚加えられており、6つの顔全部にひし形が加えられ

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

ている¹⁰³。他の4点と同じように、“Charlie Company”は美という観点からは原告の写真とほぼ同じであるといえるが、それは田園の風景も、原告の写真のロバにのった男性の焦点も、被告の作品においてそのまま維持されているからである¹⁰⁴。ひし形を描き加えたり、イメージを繰り返し使用したり、全裸の女性を加えたことで、この作品の方向性を変更したことに議論の余地はないが、これらの変更が、新たな作品がトランスフォーマティブであるとするにあたって、原告の芸術作品を十分に変容したとするのに十分な変更であるかどうかは不明である¹⁰⁵。

当法廷は、被告によるこれらの最小限とも言える変更が、まず原告の“Graduation”、“Meditation”、“Canal Zone (2008)”、“Canal Zone (2007)”、および“Charlie Company”のフェア・ユースであるとされるか、そして原告の著作物であるこれらの写真について許容されないような著作権侵害がおこなわれたのかを判断するにあたって、地方裁判所が最適の立場にあると考える¹⁰⁶。この点については本件を差し戻す¹⁰⁷。

⑥ 結論

上述のような理由で、当法廷は“Graduation”、“Meditation”、“Canal Zone (2008)”、“Canal Zone (2007)”、および“Charlie Company”以外の被告の作品については原告の写真のフェア・ユースであるとし、これら5点についてフェア・ユースの抗弁が可能かどうかに関しては、当法廷の見解を示さない¹⁰⁸。したがってこれら5点に関しては地方裁判所に差し戻し、適切な基準を適用して、まずはこれらのなかに原告の著作権を侵害しているかどうか、また被告がこれらの作品においてもフェア・ユースの抗弁を主張できるかどうか、判断してもらいたい¹⁰⁹。地裁判決を一部破棄し、一部取消す。本判決にしたがって手続をおこなうために、本件を差し戻す¹¹⁰。

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.* at 712.

¹¹⁰ *Id.*

(2) Wallace 裁判官による反対意見

Wallace 裁判官は「法廷意見の法律問題に関する判断の大部分、つまり著作権を侵害したと主張される作品について、フェア・ユースの抗弁が主張できるとされるには、原著作物に対して批評をおこなっている必要があるという要件を、地方裁判所が誤って課したという判断については同意する」としながらも、「法廷意見とは相容れない部分がある」としてその理由を次のように示した¹¹¹。

① 控訴裁判所の役割

控訴裁判所は、二次的な作品がフェア・ユースであるかどうかについて、特定の場合においては判断することができる一方、通常の事例においては、地方裁判所が採用した間違った法的基準を正した後、その基準に従って判断を見直すよう求めて差し戻す¹¹²。この基準は、本件のように事実認定が再評価されるべき—そしておそらく、新たな証拠や専門家による証言が事実認定者にとって必要と思われる—場合においても適用されるべきで、その後、正された法的分析を経て新たな判決をおこなうことができるようになる。私は考える¹¹³。しかし、法廷意見は、法に基づいて公正な結論を出すための、そうした伝統的な取調べを避けている¹¹⁴。私ならばそのようなショートカットは適用せず、それでもサマリー・ジャッジメントを取り消して、本件をすべて地方裁判所に差し戻し、地方裁判所が重要な証拠を適切な基準の下で分析することを認めるであろう¹¹⁵。

② 被告の証言

法廷意見とは異なり、私は地方裁判所がフェア・ユースを再度検討するにあたって、被告の証言を考慮することを認めたであろう¹¹⁶。フェア・ユースにおいては被告の証言は必須条件ではないが、私は法廷意見のように被告の証言を軽視する理由はないと考える¹¹⁷。フェア・ユースを主張する被告が、

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.* (quoting Harper & Row, 471 U.S. at 560(1985)).

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.* at 712-713.

¹¹⁶ *Id.* at 713.

¹¹⁷ *Id.* (quoting Blanch, 467 F.3d at 255 n. 5(2d Cir. 2006)).

例によってフェア・ユースだと主張するのに虫のいい証言を後からおこなうことも直感的には考えられることであるが、当裁判所はそれでも、このような質問を投げかける場合には、たとえそれが当裁判所の分析を裏付けるものに過ぎなかったとしても、そのような証言に信頼をおいてきた¹¹⁸。したがって、被告が理解しているように、「自らの作品それぞれの目的および効果についての彼の見解」から成る被告の証言について、トランスフォーマティブかどうかを分析するにあたって関連性があるとみるべきである¹¹⁹。

③ 法廷意見の依拠する *Brownmark* 判決について

法廷意見は、第7巡回区合衆国控訴裁判所の *Brownmark* 判決に依拠して、トランスフォーマティブであるかどうかを判断するために当裁判所にとって必要なことは、原著作物と二次的な作品を見たうえで、当裁判所による芸術的判断をおこなうことを、明らかに提案している¹²⁰。私の見解では、*Brownmark* 判決は、そこまで拡大解釈されるべきではない¹²¹。*Brownmark* 判決は、通常とは異なる手続きの下で起きた事例である。まずフェア・ユースの(積極的)抗弁が主張されないまま訴え却下の申立て(motion to dismiss)がおこなわれたが、控訴審においてはサマリー・ジャッジメントを求める申立てに変更された¹²²。*Brownmark* 判決において裁判所は、原著作物の著作権を侵害しているとされるビデオを見て、その二次的な作品が許容される範囲のパロディであるかどうかを判断するとしたのである¹²³。私にはしかしながら、*Brownmark* 判決は、フェア・ユースかどうかを判断するにあたって、通常とは異なる手続きにおいては、新たな証拠を採用する可能性を残したのだと思われる¹²⁴。

¹¹⁸ *Id.* (citing *Blanch*, 467 F.3d at 252-53, 255; citing also *Castle Rock*, 150 F.3d at 142 (二次的な作品の目的と性質を分析するにあたって、著作権を侵害していると主張されているクリエイターの供述を参照している。))。

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.* (citing *Brownmark Films*, 682 F.3d at 687)。

¹²³ *Id.* (quoting *Brownmark Films*, 682 F.3d at 692-93)。

¹²⁴ *Id.* (citing *Brownmark Films*, 682 F.3d at 692 n.2 (サマリー・ジャッジメントを求める通常の手続きで争われた事例であれば、被告はフェア・ユースの抗弁を補強する追加の証拠を提出することができたであろうことを確認している。); *id.* at 692 (被告のビデオが潜在的な市場において及ぼす影響に関して「とりわけ、[原告が]具体的な陳述を何らおこなわなかったことをふまえて」、原告のビデオと被告のビデオを考慮することを地方裁判所が要求されたのみである、と述べている。))。

さらに、*Brownmark* 判決は、純粹なパロディの事例であることは明白であり、第7巡回区合衆国控訴裁判所も、フェア・ユースの事例であることは、原著物と二次的な作品を「ほんの一瞬」見ただけでも明らかだという地方裁判所の判断を支持している¹²⁵。私は、本件の被告の作品が一パロディや風刺として制作されたものではないのであるが—トランスフォーマティブであるかどうかを容易に判断できるものとは思わない¹²⁶。本件は広範囲にわたるディスカバリーと、当事者による弁論がおこなわれたあとで起きたものであるため、私は、当裁判所が自身の芸術的認識と、原著物および二次的な作品とに限定して調査をおこなうべきであるとの判断には同意できない¹²⁷。

実際のところ、私は率直に自分が芸術の批評家や専門家でないことを認める一方で、法廷意見が控訴裁判所という役割において、どのように「自信を持って」25点の作品をフェア・ユースであるとし、残りの5点はフェア・ユースと判断するには適しないとの区別をすることができるのか、理解できない¹²⁸。法廷意見の判断が、サマリー・ジャッジメントの審査という場において、どのような証拠が差戻し審において追加で提示されるかについては把握することなくおこなわれたことを、よく覚えておくべきである¹²⁹。さらに私は、法廷意見が5点の作品について地方裁判所に差し戻すことには異議はないが、これらの作品のみ、判断ができないとして地方裁判所に差し戻すことを決めるにあたって依拠した原理がわからない¹³⁰。地方裁判所が何点かの絵画について、フェア・ユースであるかどうかを判断するのに最適の立場にあるというのなら、なぜ他のすべての絵画についても同じことがいえないのだろうか¹³¹。私たちが、本件の事実に対して新たな法の適用をおこなうために、単に私たちの個人的な芸術に対する見解を用いることを期待されていないことは確実であろう¹³²。私の控訴裁判所の裁判官としての役割において、まして私の限られた芸術に対する経験を利用して、そのような行動をとることに

¹²⁵ *Id.* (quoting *Brownmark Films*, 682 F.3d at 689-690).

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.* at 713-714.

¹³² *Id.* at 714 (citing *Campbell*, 510 U.S. at 582 (「[作品] の価値について最終判断をおこなう者として、法に関してのみ訓練を受けた者を充てることは、ほとんどの場合、危険であろう。」) (quoting *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251 (1903))).

は非常に違和感がある¹³³。

私の見解では、フェア・ユースが争われる事例においては事実認定をおこない、認定した事実に法を適用するにあたって地方裁判所が中心的な役割を担い、そのあとでもし求められれば、控訴裁判所が審査をおこなうものであると考えるため、私は被告の絵画それぞれについて被告がフェア・ユースの抗弁を主張する資格を正しい法的基準に照らしてもっているといえるかを「判断するにあたって、まず第一に地方裁判所が最適の立場にある」と結論付ける¹³⁴。私は法廷意見を軽視する意図はまったくないが、私個人としては、法廷意見の基準に合格した25点の作品について、事実と理由をしっかりと判断すべき判決をおこなう立場にあるとの確信をもっていない¹³⁵。私は正しい法の基準の下で、どのような証拠が追加されるべきものとされるのかについてはわからないし、最初から芸術に関する意見をおこなう者としても訓練を受けていない¹³⁶。

したがって私なら、本件をすべて一被告の絵画30点すべて一について差し戻し、地方裁判所でさらなる手続きをおこない、必要とされる追加の証拠を採用して正しい法的基準を適用するよう命じる¹³⁷。以上の理由で、私は謹んで法廷意見に反対する¹³⁸。

II. *Cariou* 先後の判決における「トランスフォーマティブ」

フェア・ユースの判断にあたっては、第1要素の「トランスフォーマティブ」に関する分析が重要であるとされており、「フェア・ユースの魂」であると表現されることもある¹³⁹。芸術作品のフェア・ユースが争われた事例ではこれまで、原著物をどのように変容させていけば、トランスフォーマティブであると判断されてきたのだろうか。また、*Cariou* 控訴審判決後におこなわれたいくつかの判決においては、どのような判断がおこなわれたのだろうか。ここでは、これらの判決と *Cariou* とで、「トランスフォーマティブ」の判断

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.* (citing *Cariou*, 714 F.3d at 711-12).

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ See Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1116 (1990).

に違いがみられるのかどうかを検討したい。

1. 「トランスフォーマティブ」とは

「トランスフォーマティブ」がフェア・ユースの判断にあたって考慮されるようになった理由は、そもそも、1976年著作権法107条前文が列挙しているフェア・ユースと推定される6つの使用目的、つまり批評、解説、ニュース報道、教授、研究、および調査が、原著作物を変容して使用するものである、ということである。これらは例示にすぎないのであるから、これら6つ以外の目的であっても被告が原告の作品を変容させていけば、やはりフェア・ユースとされる可能性が高いと考えるべきだとされたのである。

また、たとえ前文の6つの目的で使用されている、つまり外観としては何らかの変更が加えられている場合であっても、ただそれだけでフェア・ユースと断定されるわけではなく、107条の第1要素である「目的と性質」をあわせて判断し、フェア・ユースかどうかを見極めるべきだと考えられてきた。したがって、6つ以外の目的で使用されている場合には、被告が原告の作品を変容させているかどうか、言い換えれば「トランスフォーマティブ」であるかどうかを、第1要素の「目的と性質」とあわせて考慮すべきだとされてきたのである。

この「トランスフォーマティブ」という概念は、1994年に判決がおこなわれた *Campbell v. Acuff-Rose Music*¹⁴⁰ において合衆国最高裁判所が Pierre L. Leval 合衆国地方裁判所裁判官の論文¹⁴¹ から引用したものである。Leval 裁判官は、他人の著作物を使用して新たな著作物に仕立て上げるといった二次的な使用が「さらなる目的や異なる性質をもつような何らかの新たなものを原著作物に付け加えている、つまり、他人の著作物が原材料として使用され、新たな情報、美、見解、そして理解を創作するにあたって変容 (transform) させられていけば、これは社会を豊かにするためにフェア・ユースの法理によって保護されることが予定される活動そのものである」と説いた¹⁴²。この概念を合衆国最高裁判所が *Campbell v. Acuff-Rose Music* で引用し、判断基準としたことで、その後のフェア・ユースの裁判においては必ず考慮される要

¹⁴⁰ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

¹⁴¹ Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

¹⁴² *Id.* at 1111.

素となった¹⁴³。

2. 先例における「トランスフォーマティブ」

Cariou 以前にも、アプロプリエーションの手法で制作された現代アートの作品が、フェア・ユースであるかどうか争われた事例がある。

*Blanch v. Koons*¹⁴⁴ は、女性向けファッション雑誌に掲載された原告撮影の写真の一部分(女性の足)に加えて他の写真を使用して絵画作品を制作した被告が、写真の使用はフェア・ユースであると主張した事例である。Andrea Blanch はプロの写真家であり、2000年8月発行の *Allure* という雑誌のメイクアップ特集記事に、“Silk Sandals by Gucci”(以下“Silk Sandals”)というタイトルで Blanch が撮影した写真が掲載された¹⁴⁵。この写真は、女性の足の膝下部分がそのほとんどを占めており、爪にはブロンズ色のマニキュアが塗られグッチ社のサンダルを着用し、飛行機のファーストクラスの座席に座っているらしい男性の膝の上に載せられているという構図である¹⁴⁶。被告はこの写真を見て、「(写真に写されている)その足の特定の身体的特徴は、私にとっては広告においてしばしば示される女性の典型的な特定のタイプ]であると感じ、「これらの物や製品やイメージを見ながらその人たちの個人的な経験について考えてほしい、そして同時にこれらの物が私たちの人生にどのような影響を与えているのかについて新たな見識をもってもらいたい」と考えてこの写真を流用し、“Niagara”と題した作品に仕上げることにしたという¹⁴⁷。被告がこの写真を使用するにあたって原告の許可を得ていなかったことから、原告は著作権侵害であるとして訴えを起こした。

第2巡回区合衆国控訴裁判所は、被告による原告の写真の使用がトランスフォーマティブであるかどうかの判断において、まず同裁判所の先例である *Davis v. The Gap*¹⁴⁸ が、「トランスフォーマティブ」という言葉をはじめ使った *Campbell v. Acuff-Rose Music* を引用し、トランスフォーマティブと判断されるためには「新たな作品が単に原著物『そのもの』に取って代わる』のか

¹⁴³ See *Campbell*, 510 U.S. at 579.

¹⁴⁴ *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006). また、この判決については家本・前掲注(1)46-57頁も参照いただきたい。

¹⁴⁵ *Id.* at 247.

¹⁴⁶ *Id.* at 247-248.

¹⁴⁷ *Id.* at 248, 252 (citations omitted).

¹⁴⁸ *Davis v. The Gap, Inc.*, 246 F.3d 152, 174 (2d Cir. 2001).

どうか、それともさらなる目的や異なる性質をもつような何らかの新たなものを付け加えており、その際、新たな表現や意味、またはメッセージを用いて原著物を変えているのかどうか」を検討する必要があるとしたことを確認した¹⁴⁹。そして原告が写真の撮影にあたって「エロティックな感覚を表現しなかった」と考えていたのに対し、被告が「原告のイメージを利用したのは、マス・メディアの社会や美に対する影響について批評する」ためであったことから、原告が写真を撮影したときの目的と、被告がその写真を使用するときの目的とははっきりと異なるとして、被告による原告の写真の使用はトランスフォーマティブな性質をもつとした¹⁵⁰。また、著作権で保護された作品が「原料」として利用され、異なる創作的目的またはコミュニケーション上の目的へと推し進めているのであれば、その利用はトランスフォーマティブであるとの先例の判断に言及した¹⁵¹。そしてトランスフォーマティブであるかどうかを判断するにあたってさらに、「単に原著物に取って代わるものか、もしくは新たなものを付け加えてさらなる目的や異なる性質をもたせて、元の著作物に新たな表現や意味またはメッセージを加えて変えている」のかが問われるべきだとした¹⁵²。本件においては、被告が、「高級なアメリカの『ライフスタイル』を扱う雑誌の出版のために撮影されたファッション写真を、色やその背景、媒体、対象物のサイズ、対象物の細部を変更し、そして決定的であるのはまったく異なる目的と意味に変更して、壮大な絵画の一部とした」と判断された¹⁵³。そのうえで結論として、被告が原告の写真を流用して作品を制作するにあたって、「トランスフォーマティブ」なものとする意思があったこと、また「トランスフォーマティブ」な外観となっていることなどから、第1要素については被告に大きく有利であるとした¹⁵⁴。

3. *Cariou* 控訴審判決後の判決

著作物のフェア・ユースが争われる事例について、第2巡回区合衆国控訴裁判所によっておこなわれた判決は、ほかの裁判所によって引用されること

¹⁴⁹ Blanch, 467 F.3d at, 251.

¹⁵⁰ *Id.* at 252-253 (citations and internal quotations omitted).

¹⁵¹ *Id.* at 253 (citations and internal quotations omitted).

¹⁵² *Id.* (citations and internal quotations omitted).

¹⁵³ *Id.* (citations and internal quotations omitted).

¹⁵⁴ *Id.* at 256.

が多く、影響力が大きいと指摘されている¹⁵⁵。*Cariou* 事件控訴審判決も、判決から11か月が経過しようとしている2014年3月現在、7件の裁判において議論されたり、引用・言及されたりしている¹⁵⁶。それらのうち、「トランスフォーマティブ」に関して *Cariou* 控訴審判決を引用しながら議論がおこなわれている判決を3件取り上げて、具体的にどのような議論がおこなわれているのかを紹介したい。

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

本件は、アーティストである Derek Seltzer による“Scream Icon”と題されたイラストの著作権が侵害されたとして、訴えが提起された事例である。原告である Seltzer は、2003年に“Scream Icon”というタイトルでイラストを描き、そのイラストをポスターやステッカーにして販売するなどしていたが、これらはロスアンジェルス市内などの壁にストリート・アートとして貼付されていた¹⁵⁷。写真家であり、プロの舞台照明やビデオ映像作家としても活動している Roger Staub は、ロックバンドの Green Day が 2009年から 2010年にかけておこなうコンサート・ツアーのステージで使用する背景映像の制作をおこなうことになった際、Green Day がツアーで演奏することになっていた曲の1つである“East Jesus Nowhere”に触発されて、ロスアンジェルス市内で2008年にカメラで撮影していた“Scream Icon”のイメージを使用して、約4分間のビデオを制作した¹⁵⁸。そしてこの映像が Green Day のコンサート・ツアーや、テレビ番組で演奏する際の背景としても使用された。

Seltzer は“Scream Icon”のイメージを Staub や Green Day に無断で使用されたと主張して訴えを提起した。カリフォルニア州中部地区合衆国地方裁判所は、被告勝訴のサマリー・ジャッジメントをおこなったため、原告が控訴した。

Seltzer は“Scream Icon”について、「若者の文化、スケート・ボード文化、内部者と外部者の文化(insider/outsider culture)をテーマにしており、・・・このイラストを描いたときのロスアンジェルス文化や時代に象徴的に言及

¹⁵⁵ 参照、前掲注(4)および本文。

¹⁵⁶ 2014年3月1日に Westlaw で *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694(2013)の判決を調べ、判決参照文献(citing references)を表示したところ、この判決について議論、引用、言及している裁判の件数が7件表示された。

¹⁵⁷ *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170, 1173-1174(9th Cir.2013)。

¹⁵⁸ *Id.* at 1174.

しているのです」と述べている¹⁵⁹。一方、Staubが制作したビデオには、赤いスプレーで彩色され、コントラストがいくらか変更されたうえに黒い筋を入れられた“Scream Icon”が、ほぼ最初から最後まで画面の中央に映し出されており、そのような変更がなされているにもかかわらず、“Scream Icon”であると認識することができる¹⁶⁰。このビデオ制作の着想となったGreen Dayの“East Jesus Nowhere”という曲は、「信心深い人々が、ある行動をとるよう説きながら、反対の行動をおこなっているという偽善」をテーマとしており、「この曲は宗教の名のもとにおこなわれる暴力をうたったもの」とあるとStaubはいう¹⁶¹。

第9巡回区合衆国控訴裁判所は、本件において“Scream Icon”は単に「原材料」として使用されているのであって、ただ引用していたり再発行しているのではないとし、さらに“Scream Icon”がとくに宗教について言及しているものではないのに対し、Staubのビデオが宗教の偽善を内容とする曲のために、宗教的な図像とともに“Scream Icon”を使用していることからすれば、Staubのビデオは「新たな情報や、新たな美、新たな見解や理解」を作り出しているとして、原著物とは明らかに異なるものであるといえるとした¹⁶²。

そして「著作権侵害であると主張されている作品は、一般的に、新たな表現が加えられた内容や、新たなメッセージが明らかに見て取れる限り、トランスフォーマティブであるとされる。このことは、本件のように、著作権侵害であると主張されている作品が物理的には原著物に対してわずかな変更しか加えていない場合や、原著物に対して何らかのコメントをおこなっていない場合でも、同様であるとされる」とし、そのような判断をおこなった先例の1つとして、*Cariou* 控訴審判決が「根本的に異なる美」を表現していることを理由にトランスフォーマティブであると認めたことを挙げて、第1要素はGreen Dayに有利に働くとした¹⁶³。

さらに、第2要素についてはSeltzerにいくぶん有利であるとしたものの、第3要素はGreen Dayに不利に働くものではないとし、第4要素についてはGreen Dayに有利に働くとして、最終的にGreen DayによるSeltzerの写真

¹⁵⁹ *Id.* at 1177.

¹⁶⁰ *Id.* at 1174.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.* at 1177.

¹⁶³ *Id.* (citing *Cariou*, 714 F.3d at 708).

の使用はフェア・ユースであると結論付けた¹⁶⁴。

(2) *Kienitz v. Sconnie Nation LLC*, No. 12-cv-464-slc., 2013 WL 4197454 (W.D.Wis. Aug. 15, 2013)

本件は、ジャーナリストで写真家でもある Michael Kienitz が撮影した、Paul Soglin ウィスコンシン州マディソン市長の写真が、無断で Sconnie Nation LLC ら (以下 Sconnie) によって T シャツに転載されて販売され、Kienitz の著作権が侵害されたとして訴えが提起された事例である。

原告の Kienitz は、2011年4月19日に Soglin 市長の就任式において市長の写真を撮影した後、市長に口頭で、商業的利用でない写真の使用を、また市長のスタッフに対しては、市長の政治的活動に関連のあるかたちでの利用や報道機関による商業的でない利用を、許可していた¹⁶⁵。またこれらの以外の使用については、とくに制限を設けていたわけでもなく、市長やそのスタッフに使用料を請求することもなかった¹⁶⁶。この写真は、2011年4月26日から、マディソン市の公式ホームページに市長の写真として掲載された¹⁶⁷。

2011年9月10日のニューヨーク・タイムズ紙のインタビューにおいて、Soglin 市長は、ウィスコンシン大学マディソン・キャンパスで1969年から毎年行われている Mifflin Street Block Party と呼ばれる学生の抗議運動の一環としてのイベントで、同大学の学生だった頃に抗議運動のリーダーとして参加していて逮捕された経験があると話した¹⁶⁸。ところが、この Block Party は政治問題として議論されるような問題のある催しとなってきたことから、2011年の Block Party が開催された後、市長は「私はこのイベントが終了することを望むばかりだ」と発言し、この発言がウィスコンシン・ステイト・ジャーナル (*Wisconsin State Journal*) という日刊紙に掲載された¹⁶⁹。この市長の発言に抗議の意を示すため、Sconnie は2012年のイベントでは T シャツを作って販売し、市長にユーモアのある方法で抗議することとした¹⁷⁰。T シャツには黒い生地が使われ、マディソン市の公式ホームページからダウンロー

¹⁶⁴ *Id.* at 1178-79.

¹⁶⁵ *Kienitz v. Sconnie Nation LLC*, No. 12-cv-464-slc., 2013 WL 4197454, at *2 (W.D.Wis., Aug. 15, 2013).

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ *Id.* at *3.

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *Id.*

ドした Kienitz 撮影の写真的イメージを緑色に加工したイメージがプリントされ、その左側に「パーティしてごめんなさい(Sorry For Partying)」という青、ピンク、緑色のギザギザの文字があしらわれた。ScconnieはこのTシャツを2012年4月2日からBlock Partyの翌日である5月6日までの間に1枚24.99ドルで販売して54枚を売り上げ、経費を差し引いて910.44ドルの利益を得た¹⁷¹。Kienitzは2012年4月24日に、市長からの知らせでこのTシャツの販売を知り、5月1日にはアメリカ合衆国著作権局に市長の写真を著作権登録した¹⁷²。市長の写真がプリントされたTシャツをScconnieが販売したことにより、Kienitzが販売利益や使用許諾による収益について被った損失については、Kienitzは特定していない¹⁷³。

ウィスコンシン州西部地区合衆国地方裁判所は、*Cariou*の控訴審判決が、*Cariou*の写真を流用したPrinceの絵画がトランスフォーマティブであると判断した理由を「異なる性質をもち、完全に異なる美を表現し、原告の写真に新たな表現を加えていること、また原告の写真が穏やかで慎重に構成されている一方、被告の作品は粗削りで衝撃的であり、目まぐるしくて挑発的である」¹⁷⁴としていたことから、本件のTシャツにプリントされた市長のイメージについて、原告が撮影した市長の写真の輪郭をほぼ単色にし、そこにネオンカラーの緑色で彩色しており、写真のネガのような外観となっているため、結果として、原著作物の性質や表現とは完全に異なっているとした¹⁷⁵。そしてKienitzの写真は、現職の市長の公式な写真として期待されるような重々しく清廉な市長の様子を記録したものである一方、被告が原告の写真を使用した目的は、未熟なユーモアと政治批判であることから、被告は、原告の商業的に価値のある権利を奪う意図は持っておらず、異なる美、メッセージや意味をもつまたく新たなものを制作するにあたって原材料として原告の写真を使用したのだと認定した¹⁷⁶。さらに原告が、被告のTシャツは二次的著作物そのものであり、トランスフォーマティブな使用という概念は、パロディのように、複製している原著作物そのものについて批評がおこなわれているような事例にふさわしいと主張したことに対し、*Cariou*の控訴審判決が

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.* at *5 (*citing* *Cariou*, 714 F.3d at 706-07).

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *Id.*

「作品は、原著作物または文化について批評をしていなくても、そして被告が批評をする意思について述べなくとも、トランスフォーマティブとなり得る。・・・重要なことは、問題となっている作品が合理的な観察者にとってどのように映るかということである」¹⁷⁷としたことを引用し、パロディだけがフェア・ユースの一種として保護の対象となるのではなく、問題となっている作品に1976年著作権法107条に挙げられている4要素を適用してフェア・ユースであるかどうかを判断するとした¹⁷⁸。

そして第2要素についてはどちらの当事者にも有利となることから、本件のフェア・ユースの分析においてはあまり考慮しないとし、第3および第4要素については *Sconnie* に有利に働くと検討したうえで、*Sconnie* による *Kienitz* の写真の使用はフェア・ユースであると判断した¹⁷⁹。

(3) *Neri v. Monroe*, No. 11-cv-429-slc, 2014 WL 793336 (W.D.Wis. Feb. 26, 2014)

本件は、吹きガラス・アーティストの Quincy Neri が制作した吹きガラス作品が、無断で写真撮影されインターネット上で公開されていたことにつき、Neri が著作権侵害であるとして訴えを提起した事件である。

Architectural Building Arts (以下 ABA) という社名で建物のリフォーム業を営む Melinda Monroe らが請け負ったマンションのリフォーム工事にあって、Neri は、そのマンションの所有者が雇い入れたインテリア・デザイナーに依頼されて、玄関から続く廊下の天井に設置する吹きガラス作品を制作することになった¹⁸⁰。リフォーム業者の慣習にならい、Monroe は ABA のおこなったリフォームを記録し、宣伝などに使用する目的でリフォーム開始前からリフォーム終了後に至る様子を撮影する許可をマンションの所有者から得ていた¹⁸¹。そしてリフォーム終了後には、Monroe は玄関や廊下、寝室、居間、台所などを ABA のおこなったリフォームの詳細がわかるように写真撮影した¹⁸²。それらの写真のうち、玄関から続く廊下の写真2枚には、天井に設置された Neri のガラス作品や廊下に置かれている家具などを含む玄関全

¹⁷⁷ *Id.* at *6 (*citing* *Cariou*, 714 F.3d at 707).

¹⁷⁸ *Id.* at *6-7.

¹⁷⁹ *Id.* at *7-10.

¹⁸⁰ *Neri v. Monroe*, No. 11-cv-429-slc, 2014 WL 793336, *1-2 (W.D.Wis. Feb. 26, 2014).

¹⁸¹ *Id.* at *3.

¹⁸² *Id.* at *4.

体のリフォーム終了後の様子が撮影されていた¹⁸³。Monroe は2009年末から2010年初めにかけて、ABA のホームページにそれらをアップロードしていたが、2011年4月になってそれらに気付いた Neri が、Monroe らが無断で自らの作品を撮影しインターネット上で公開していることで、Monroe らが自らの作品を「複製した」として、Monroe らにインターネット上の写真を削除してそれらを使用しないよう求めて訴えを提起した¹⁸⁴。

ウイスコンシン州西部地区合衆国地方裁判所は、Monroe らが撮影した、Neri の作品を含む写真についてトランスフォーマティブであると判断するにあたって、Neri の作品は「まぎれもなく芸術作品である。複数の色で彩色された半透明のガラスを使い、アーチ型天井に渦を巻いたような陰影が映し出されるようにデザインされた、印象派の立体作品であり、その場を水中であるように思わせる」とし、「この作品の目的は、マンションを美しく見せ、廊下を歩きながらこの作品を見た者が視覚的にも美的にも満足を得られるようにすることであると推定される」とした¹⁸⁵。一方、被告の写真は「インテリアをそのまま撮影した平面の写真で」あり「商業的な美をもつ」ものだとし、「美しく見せるのではなく、ABA によっておこなわれたマンションのリフォームを記録し広く知らせることで、ABA のデザインや建築の仕事を紹介するもの」であるとした¹⁸⁶。そしてこの写真が「[Neri の作品] そのものを撮影することや、[Neri の作品] を利用するために『芸術的な』写真を撮影することを目的としたのではなく、マンションの玄関、つまり玄関全体がリフォーム後にどのように変化したのかを、正確にそして写実的に見せるのが目的であって、写真撮影にあたって意図された対象は天井の [Neri の作品] ではなく部屋全体であり、実際の写真の対象も部屋全体であると言える」とした¹⁸⁷。そして Monroe の写真と Neri の作品そのものとは「表現手段、構図、規模、性質、表現、および意図された使用とが完全に異なっている」ことから、「写真は大きくトランスフォーマティブであり、[第1] の要素は Monroe に有利となる」とした¹⁸⁸。そしてこの結論を補強する根拠として、*Cariou* 控訴審が、「被告の絵画が原告の写真とは異なる性質をもち、完

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.* at *4-5.

¹⁸⁵ *Id.* at *6.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ *Id.*

全に異なる美を表現し、原告の写真に新たな表現を加えていること、また原告の写真が穏やかで慎重に構成されている一方、被告の作品は粗削りで衝撃的であり、目まぐるしくて挑発的である」としていることを挙げた¹⁸⁹。

そして第2要素については *Neri* に有利であると、第3および第4要素は *Monroe* に有利であるとして、結論として、全体的に *Monroe* に大きく有利であり、*Monroe* による *Neri* の作品の使用はフェア・ユースであるとした¹⁹⁰。

4. 比較と検討

上述の芸術作品のフェア・ユースが争われた判決においては、「トランスフォーマティブ」であるかどうかを判断するにあたって、どのような事実が考慮され、理由付けが示されたといえるだろうか。また、*Cariou* 控訴審判決先後においていくらか変化がみられるだろうか。

Cariou 控訴審判決において示された「トランスフォーマティブ」に関する議論で注目されるのは、「被告の作品は、原告の作品または文化について批評をしていなくても、そして被告が批評をする意思について述べなくとも、トランスフォーマティブとなり得る」こと、またトランスフォーマティブな性質を評価するためには「自らの作品に対する被告の説明だけに限定するのではなく、被告の芸術作品がどのように『合理的に認識される』可能性があるのかを、・・・調査すべき」であって、「主として被告の作品そのものに注目」して分析するのだという点である¹⁹¹。この考えに基づいて、第2巡回区合衆国控訴裁判所は、原告の写真と被告の絵画とを隣り合わせに並べて比較し、被告の絵画が原告の写真に新たな表現を加えていると言うことができるうえに、「被告は、原告と同じものを異なる形態で示したというのではなく、『何か新たなものを付け加え[た]』のであり、根本的に異なる美をもってそれらのイメージを示した」と判断した¹⁹²。このように、原告と被告の作品そのものを比較して、原告の写真に新たなものを付け加えて被告の絵画が制作され、根本的に異なる美や完全に異なる美が感じられるかどうか、つまり外観の変更を重視して、原告の写真撮影の意図や被告の絵画の制作の意図はほぼ不問

¹⁸⁹ *Id.* (citing *Cariou*, 714 F.3d at 706-07).

¹⁹⁰ *Id.* at *7-9.

¹⁹¹ *Cariou*, 714 F.3d at 707.

¹⁹² *Id.* at 708.

に付した。

Cariou 控訴審判決以前である2006年の *Blanch* は、トランスフォーマティブであるかどうかの判断にあたって、フェア・ユースに関する先例の伝統的な判断の枠組みを採用している。つまり、当事者の作品そのものの外観だけではなく、原告と被告それぞれの作品の制作における「意図」に大きく依拠して、被告による原告の写真の使用がトランスフォーマティブであるかどうかを判断しているということができる。

Blanch の被告の絵画は、原告の写真の一部を切り取って使用し、その向きや大きさなども大幅に変更して使用していたことから、外観からして大きくトランスフォーマティブであると判断された。しかしそれ以上に第2巡回区合衆国控訴裁判所が検討を費やしたのが、原告と被告がそれぞれの作品を制作する際に、どのような意図をもっていたかということである。裁判所は、原告がファッション雑誌に掲載する写真として、「エロティックな感覚を表現しなかった」と考えていたのに対し、被告が「原告のイメージを利用したのは、マス・メディアの社会や美に対する影響について批評する」ためであったことから、元の著作物に新たな表現や意味やメッセージを加えて変えていると判断できるとし、このような被告による原告の写真の使用にあつての意図が、トランスフォーマティブであると判断するのに決定的であるとした¹⁹³。

一方、*Cariou* 控訴審判決後の3つの判決ではすべてにおいて、原著作物とそれを流用して制作された新たな著作物とが、完全に異なる美や根本的に異なる美を表現していると認められる場合にはトランスフォーマティブであるという、*Cariou* 控訴審判決における言葉を引用して当該判決の判断をおこなっている。*Seltzer* においては、被告の映像に使用された原告の写真にはそれほど大きな変更は加えられておらず、被告の映像においても原告のものと認識できるほどのものであった。それでも、原告の作品が制作当時のロスアンジェルス文化や時代に象徴的に言及する意図をもっていたのに対し、被告は宗教の偽善を内容とする曲のために原告の作品を使用したことから、やはり原告と被告の意図に差があることを大きく考慮に入れて、トランスフォーマティブであると判断している。したがって、やはり当事者の意図に重きを置いてトランスフォーマティブの判断をおこなっているといえる。

¹⁹³ See *Blanch*, 467 F.3d at 252-53.

Kienitz においては、原告の撮影した市長のポートレートに彩色したり文字を加えるなどの加工を経て、被告のイメージは原著物の性質や表現とは完全に異なっているとされた。そして被告が市長の姿を記録した原告の写真を使用したのは、ユーモアをもってその市長への抗議の意を示すためであり、やはり原著物に変更を加えてまったく異なる性質をもたせているとした。

Neri では、原告の芸術的なガラス細工作品とそれを撮影した被告の写真とは、立体的な芸術作品と平面の写実的な写真作品という違いがあること、また原告の作品が空間を美しく見せるための芸術作品であるのに対し、被告の写真はリフォーム工事の記録や広告として商業的に使用することを意図していることから、それぞれの作品の目的は大きく異なるとされた。

このように、*Cariou* 控訴審判決後の3つの判決ではそれぞれ、原告と被告がどのような意図をもって著作物を制作したのかを大きく考慮しており、単に外観の違いのみを重視しているとはいえない。*Cariou* 控訴審判決を引用して判断をおこないながらも、具体的な判断においては *Cariou* 控訴審判決以前のフェア・ユースに関する先例における判断の方法にならっているといえることができ、*Cariou* 控訴審判決の「トランスフォーマティブ」についての判断基準がそのまま踏襲されているものではないといえる。今後の芸術作品に関する事例において、*Cariou* 控訴審判決のようにトランスフォーマティブの判断にあたって外観をおもに判断材料とする例がみられるかどうかは注目される点だと言える。

Ⅲ. *Cariou* 控訴審判決への反響

1. 法学研究者および法曹による批評

法律の専門家たちは、*Cariou* 控訴審判決に対してどのような反応を示したのだろうか。弁護士であり、Sotheby's Institute of Art でアート・ビジネスについて講義も担当する Judith Prowda は『視覚芸術と法：専門家のためのハンドブック』と題した自らの著書のなかで「フェア・ユースの分析が不明瞭で不明確」¹⁹⁴としている。

スタンフォード大学ロースクールでサイバー法の実習コースを担当し、フェア・ユースを研究分野とする Julie Ahren は「既存のイメージを流用して、

¹⁹⁴ PROWDA, *supra* note 3, at 88.

新たな意味を持った極めて表現に富んだ作品を制作することで大きく成り立っている現代アートにおいておこなわれている重要な伝統が、判決によって肯定された」とし、「原著作物を批判したり、批評するかたちで使用してなくてもフェア・ユースとなりうるという原則が確認された」ことや、「アーティストが原著作物を使用した目的について述べることは、トランスフォーマティブかどうかを判断するにあたって必須条件ではないと判断されたことは重要」であること、「地方裁判所が、被告の作品を原告が破壊することも可能とした終局的差止命令も破棄された」こととしたのは「非常に素晴らしい」とコメントした¹⁹⁵。そして裁判所が、5点については被告による原告の写真の使用は主要な芸術的手法において類似のものであること、そして新たな表現、意味またはメッセージが表されていると判断するには最低限の変更しかおこなわれていないことを理由に、フェア・ユースであると断定するのは難しいとして地方裁判所に差し戻したことにつき、「被告の一連の絵画全体という文脈でとらえると、被告の作品には、原告の作品とは異なる意味やメッセージが現れていないという判断には賛同できない。しかし裁判所は、被告のこれら [5点] の作品が、[原告の] 写真から流用した量が多すぎることから、外見上トランスフォーマティブと判断するのが難しいと考えたようだ。これは私たちが長い間知っていることの繰り返しに過ぎない—つまり、フェア・ユースの判断が難しい事例もあり、明確なルールは存在しない、ということである」との考えを示した¹⁹⁶。

知的財産を専門に活動する弁護士の Paul Fakler は、控訴審判決が原告と被告の採用した「構成、提示方法、規模、使用した色、そして表現の手段」の違いに注目したが、これらの違いのみで原著作物を使用して制作された新たな作品をトランスフォーマティブと判断することができるのであれば、どのような二次的な作品を制作することが原作者の排他的権利として残されているのか、正確にまたは説得力をもって説明できていないと指摘する¹⁹⁷。

全米写真家協会の顧問弁護士である Mickey H. Osterreicher は、ニュー

¹⁹⁵ Julie Ahren, *Second Circuit Victory for Richard Prince and Appropriation Art*, THE CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY AT STANFORD LAW SCHOOL (Apr. 25, 2013), <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2013/04/second-circuit-victory-richard-prince-and-appropriation-art> (last visited Jan. 23, 2014).

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ Paul Fakler, *Second Circuit Rules Most Appropriation Art is Fair Use: Cariou v. Prince*, TITLE 17: THE S(C)ITE FOR COPYRIGHT LAW (Apr. 29, 2013), <http://title17.net/archives/319> (last visited Feb. 04, 2014).

ヨーク・タイムズ紙に対し「フェア・ユースは著作権法の例外として始まった」ものの、「今では著作権がフェア・ユースの例外になってしまったようだ」とコメントした¹⁹⁸。

ロスアンジェルスで著作権を専門の1つとする弁護士の Sarah L. Cronin と Joshua M. Keesan は、*Cariou* によって「フェア・ユースの抗弁を評価するにあたって最も重要な調査は、著作権侵害であるとされている作品が法律問題としてトランスフォーマティブであるといえるかどうかを分析することとなった。トランスフォーマティブでないといわれるのなら、フェア・ユースの抗弁は失敗する可能性が高い。しかしトランスフォーマティブであるという結論に至るのは、裁判所が様々なアプローチを採用することからすれば、口で言うほどたやすいことではない」と述べている¹⁹⁹。

2013年4月26日付の NY タイムズ紙には、控訴審判決の紹介とともに、原告および被告それぞれの代理人弁護士らのコメントなどが合わせて掲載されている²⁰⁰。原告の代理人を務めた Daniel Brooks 弁護士は、控訴審判決がフェア・ユースの判断をおこなうにあたってすでに混乱している領域をさらに混乱させることにしからならないのではとの懸念を示し、「この判決が、この類の判決を扱うことになる芸術家や裁判所にとって、将来的に大きな指針となることや予測可能性としての意味をもつことはない」と述べた。それとともに、芸術と法に関する事例について自らの見解を発信するブログを有する Donn Zaretsky 弁護士の「この争点について何らかの明確性をしっかりと示す機会を逃した」、「何がトランスフォーマティブで、何がトランスフォーマティブとされるのに十分でないのか、どうやって決めればいいのか」という指摘を紹介している²⁰¹。

このように、法律の専門家たちは *Cariou* 控訴審判決に対して否定的な評価をしていることが多い。

¹⁹⁸ Patricia Cohen, *Photographers Band Together to Protect Work in 'Fair Use' Cases*, N.Y. TIMES, Feb. 22, 2014 at C1.

¹⁹⁹ Sarah L. Cronin & Joshua M. Keesan, *The Art of Appropriation*, LOS ANGELES LAWYER, March 2014 at 27.

²⁰⁰ Randy Kennedy, *Court Rules in Artist's Favor*, N.Y. TIMES, Apr. 26, 2013 at C26.

²⁰¹ *Id.*

2. 芸術関係者からの批評

Cariou においては、現代アートに関わる芸術関係の人々や団体の多くは、被告である Richard Prince を支持してきた。たとえば、アンディ・ウォーホル財団をはじめとする数多くの現代アートに関する団体やギャラリー関係者などが、amicus curiae として裁判所に書面を提出してきた。一方、原告の Patrick Cariou を支持してきたのは写真家をはじめとする、写真に関わる団体や人々であり、こちらもやはり amicus curiae として裁判に関わってきた。

アートに関する著書のある Daniel Grant は「作品に既存のイメージを使用するアーティストにとって、手引きは存在しない。安全のために、アーティストは、使用したいイメージの著作権者に許可を求めるほうがよいかもしれない。しかしそのように許可を求めるということは、使用に同意が得られなかった場合、その著作権者から訴訟を提起されれば著作権を侵害することになることを認識していると自ら認めることになる。それでも、そのアーティストは、誠実に交渉しようと努力したという反論は可能になるかもしれない。・・・ともかくこの事例は、著作権法がよりアーティストにとって好意的になる道を開いたといえる」と述べている²⁰²。

フリーのライターである Ben Mauk は *The New Yorker* 誌のインターネット版の記事で、*Cariou* のような事例が「潜在的な『フェア・ユーザー』をいくらか不安にさせている。というのも、こうした事例は著作権法が当てにならないとか、判断は裁判官の直感に委ねられている、というイメージを示すものであるからだ。しかしその代わりとなる『許諾を求める文化(permission culture)』²⁰³もまた、カフカの的不条理の状態にある」とし、やはり判決がフェア・ユースについて明晰な分析をおこなわなかったことがもたらす影響について懸念を示している²⁰⁴。

²⁰² Daniel Grant, *A (Semi-) Victory for Appropriation Art*, THE HUFFINGTON POST (Apr. 26, 2013), http://www.huffingtonpost.com/daniel-grant/a-semi-victory-for-appropriation-art_b_3162644.html (last visited Jan. 18, 2014).

²⁰³ Patricia Aufderheide & Peter Jaszi, *Copyright, Permissions, and Fair Use among Visual Artists and the Academic and Museum Visual Arts Communities: An Issuer Report* (Feb. 2014) 24, available at <http://www.collegeart.org/news/2014/01/29/caa-publishes-fair-use-issues-report/> (University of Chicago Press で編集長を務める Susan Bielstein などにより使用された言葉で、視覚芸術のコミュニティにおいて、第三者が著作権を有する資料に関して「許諾を求める文化(permission culture)」があるとされる)。

²⁰⁴ Ben Mauk, *Who Owns This Image?*, THE NEW YORKER (Feb. 14, 2014), <http://www.newyorker.com>

このように、どのような場合にフェア・ユースであって著作権侵害はないとされるのか、反対にどのような場合に著作権者から訴えられる可能性があるのかがわからないため、たとえフェア・ユースがやや広く解釈されることになった点を評価する場合でも、控訴審判決に対して納得できないというのが芸術関係者の意見であるといえる。

IV. 残された課題と今後の展望

1. 「トランスフォーマティブ」な外観

Cariou では、第1審判決、控訴審判決ともに、被告の作品30点のそれぞれについて、トランスフォーマティブであると判断することができる点、またはトランスフォーマティブでないと判断することができる点について、まったく述べられていない。第1審判決は、被告の作品すべてについて「全体として、被告の絵画においてトランスフォーマティブなものが占める割合は良く言っても最低限である」²⁰⁵と述べるにとどまり、各作品についての分析はまったくおこなわれなかった。控訴審判決でも、被告の30点の作品のうち25点がフェア・ユースであると判断する一方で、残り5点についてはフェア・ユースであるかどうかの判断を地方裁判所に委ねるとしただけで、フェア・ユースかどうかの境界線がどういった点にあるのかは明言されなかった。またフェア・ユースであるとした25点について、原告の作品とは根本的に異なる美が表現されているとしたものの、各作品が具体的にどのような点においてトランスフォーマティブであるのか、またそうでないのかについては言及されなかった。外観においてどの程度トランスフォーマティブであるのかについて、2006年の *Blanch* 控訴審判決は、争いとなっている作品がフェア・ユースであると判断するにあたって、Koons が *Blanch* の写真を部分的に使用し、向きや大きさを変えたり、*Blanch* の写真以外の写真と組み合わせていることを挙げて、Koons は *Blanch* の作品を大きく変化させていると判断したが²⁰⁶、そうした具体的な指摘は *Cariou* においてはおこなわれなかった。

唯一、*Cariou* 控訴審判決は5点の作品を地方裁判所に差し戻すという判断

www.newyorker.com/online/blogs/currency/2014/02/who-owns-this-image.html
(last visited Feb. 21, 2014).

²⁰⁵ *Cariou*, 784 F.Supp.2d at 350.

²⁰⁶ See *Blanch*, 467 F.3d at 253.

をおこなうにあたって、被告の作品についてその構成や要素、加えられた変更について言及している。たとえば、これら5点において被告は「最低限の変更を加えており、それによって原告の伝統的な人物写真や風景写真とは異なる方向性を与えている」が、「これらの作品が『新たな表現、意味、またはメッセージ』を表しているとはいえないとし、原告の写真とはいくらか異なるが、主要な芸術的手法においては類似のものと言うことができるとした²⁰⁷。また5点それぞれについて、簡潔にはあるが、作品を構成する外観的要素について、被告が原告の写真を切り抜いてキャンバスに貼り付けたうえに、アクリル絵の具で塗りつぶしているといった分析はされている²⁰⁸。しかし結論としてはトランスフォーマティブであると断言できないとしており、具体的にどのような場合にトランスフォーマティブであるのかを示唆するようなものではない。

また一般的に、芸術作品は、1点ずつ個別に鑑賞してその作品が持つ意味やメッセージ、文脈を判断できるものばかりというわけではなく、それ以外の作品と合わせてはじめて理解できる場合もある²⁰⁹。本件で問題となった“Canal Zone”シリーズも、1点ずつだけでなく、シリーズ全体としてとらえた場合にトランスフォーマティブであるとの評価が可能であったかどうか、検討する必要があったといえるだろう。

Cariou の被告の作品のなかには、原告の写真に外観上、大きく変化を加えていると思われるものと、そうでないものがある。被告の作品の何点かは、原告の写真以外の写真をあわせて使用したうえ、アクリル絵の具でかなりの彩色がおこなわれており、一目見ただけでは原告の写真が使われているのかどうかわからないほど、かなりの変化が加えられていると断言できるような作品もある。しかし、その他の作品、とくに地方裁判所に差し戻された作品のなかには、ほぼ原告の写真をそのまま使用し、目や口を青いアクリル絵の具で塗りつぶして原告の写真以外の小さな写真を貼り付けただけというものもあり、一見してあまり大きな変化が加えられたとはいえないような作品もある。これらの作品のどういうところがトランスフォーマティブであるのか、そうでないかを示さない限り、類似の事例において先例として果たす

²⁰⁷ *Cariou*, 714 F.3d at 711 (quoting *Campbell*, 510 U.S. at 579).

²⁰⁸ *See id.*

²⁰⁹ 大野左紀子『アート・ヒストリー なんでもかんでもアートな国・ニッポン』58頁(河出書房新社、2012)。

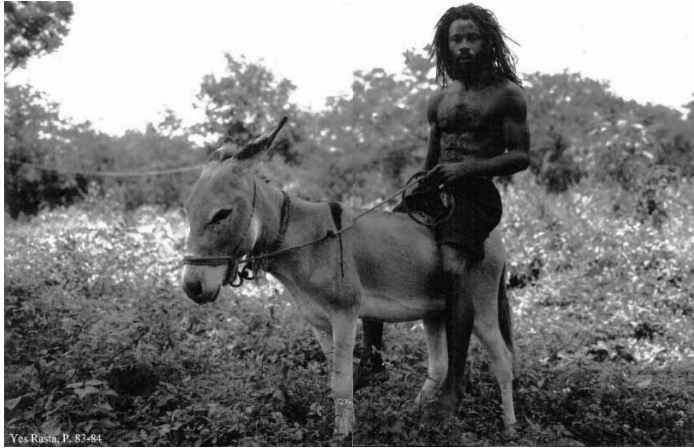


図1 Patrick Cariou, “Yes, Rasta” pp.83-84 (縦約32cm ×横約50cm)

役割はあまりないといえる。

さらに、控訴審判決においてフェア・ユースと判断された作品と地方裁判所に差し戻された作品とで、あまり大きな違いがみられない、といえるものもある。たとえば図1から図3は控訴審判決に付属している原告と被告の写真であり、原告の作品である図1を基に、被告の作品である図2および図3が制作されている²¹⁰。

控訴審判決では、図2についてはフェア・ユースであると判断されたが、図3はフェア・ユースであるかどうかの判断がおこなわれることなく地方裁判所に差し戻された。しかし、このように作品を見比べてみると、図2と図3の違いはどのような点にあるのか、つまりそれぞれが、どういった点においてトランスフォーマティブであるのかそうでないのかの区別は難しい。

このように、被告の作品について具体的にどのような点がトランスフォーマティブであるのか説明がなされていない以上、*Cariou* 控訴審判決がフェア・ユースの判断基準を詳細に示したということとはできないだろう。したがって、同様の事例における指針としてはやはり、あまり役に立たないと言わざるを得ない。

²¹⁰ これらの写真は、第2巡回区合衆国控訴裁判所の HP の以下の URL より入手した。
<http://www.ca2.uscourts.gov/docs/opn1197/11-1197apx.html> (last visited Jan. 30, 2014).



図2 Richard Prince, *Back to the Garden* (縦203cm × 横304cm)



図3 Richard Prince, *Charlie Company* (縦332cm × 横254cm)

フェア・ユースの判断は、ケース・バイ・ケースでおこなわれるものであり、1976年著作権法107条として規定された後も、何がフェア・ユースであるのかは不確定で、予見することが難しいとされてきた²¹¹。しかし、まったく同じ争点の問題とされているものでなくても、類似の事例で争いが起これば先例として参考とされることからすれば、*Cariou* 控訴審判決において芸術作品を使用して新たな芸術作品を制作すれば、どういう場合に「トランスフォーマティブ」であると判断することができるのかについて、ある程度判断基準を示しておくべきだったのではないだろうか。

2. 被告による原著作物使用の意図

控訴審判決では、フェア・ユースを主張している当事者がどのような意思をもって原著作物を使用したのかについて、その当事者本人が説明しなくてもよいことを明言している。ところが同時に、被告の美学が原告との美学とは異なることを示すにあたって、被告の「(他の芸術家ももっていた)当初の意図については全く興味がない。というのも・・・私がおこなおうとしているのは、原著作物を完全に異なるものへと変えようという試みに徹することです。私は、素晴らしくて、とても格好の良い、最新で現代的な解釈を、音楽の世界において作り出そうとしたのです」²¹²という言葉を引用している。したがって控訴審判決が実際のところ、被告の原著作物使用の意図や、自らの作品のもつ意味についての説明をある程度考慮すべきであると判断したのか、それとも考慮する必要はないと判断したのか、不明瞭になっている。

それでも、芸術作品に関するものであるかどうかを問わずフェア・ユースが争われた先例においては、*Cariou* と同じ第2巡回区合衆国控訴裁判所による *Blanch* のように、当事者による原著作物使用の意図をある程度重視してトランスフォーマティブであるかどうかを判断するという流れがあったとこ

²¹¹ See PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT, 12:2(2008) (著作権に関する法理のなかでも、フェア・ユースほど不確定なものは他にない。とくに議会が制定法に規定しておくことが到底できないような個々の状況において、特定の事実を要件とする法理が責任について協議することを目指すものである場合には、その法理が確定的でないことは代償として必要である。しかしそれは同時に、顧客が責任を負う危機を回避して安全にプロジェクトを遂行することができるかどうかを知る必要がある弁護士にとっては、不満の種となる); *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662(1939) (フェア・ユースに関する問題は、・・・著作権法全体のなかでもっとも厄介なものである)。

²¹² *Cariou*, 714 F.3d at 706-707 (quoting Prince Dep. 338:4-339:3, Oct. 6, 2009).

ろ、*Cariou* は必ずしも作品の意図を説明する必要はないということを示した。この点では、当事者の意思はともかく、外観として変化がみられる場合にはトランスフォーマティブであると判断する道を広げたということができらるだろう。

美学・音楽学を専門とした渡辺護は、その著書『芸術学』のなかで、「芸術作品を作るのは、本来は創作をしたいという欲求から行うのであり、美術館を訪れる者は、絵画を見たいという気持から訪れるのである。つまり芸術的行動は、その外に目的があるのでなく、それ自身のうちに目的があるという意味で、自己目的性 *Autotelie* を持つといえる」と述べて、基本的に芸術というのは自らの内なる欲求を表現するものだとしている²¹³。そして、そのように自己目的性を持つ芸術は、同時に「伝達性を必要とする構造を持つ。創作する者は創作したいから創作するが、この創作によって創り出された作品は他人が鑑賞する。それゆえ作家も他人によって鑑賞されることを希望し、それを顧慮して作品を作る。鑑賞者もその鑑賞の対象を芸術家の作り上げた『作品』としてとらえようする」と分析している²¹⁴。そのうえで、このような自己目的性と伝達性を内包する芸術は、「客体的に固定存在となった作品の集積であるばかりでなく、人間の行動でもあることを忘れてはならない、創作や享受などの芸術に携わる活動そのものも、それが自己目的的である故に、それ自身価値を持っている」のであるから、「作品自体の中にも、行為としての創作が伝えられることになる。・・・つまり画家が何を、どのように表現しようとしたか、その心的な過程が伝えられるのであり、またその表現を実現するためにいかなる困難を克服したか、その技巧的能力が伝えられるのである。・・・芸術作品に於いて表現が重要な意味を持つのはまさにこの故である」のだという²¹⁵。

芸術がこのようなものであるのなら、作品を制作するにあたって、アーティストはその内心において何かを考え、それを表現しようと苦心するのであって、芸術作品はそうした内心の過程があってはじめて成立することになる。つまり、アーティストは通常、作品に何らかの意味、目的やメッセージをもたせているということである。もちろん、作品のもつ意味について、アーティスト本人が制作の当初から明らかに意識できているとは限らない。制作の過

²¹³ 渡辺護『芸術学』26-27頁(東京大学出版会、改訂版、1983)。

²¹⁴ 渡辺・前掲注(213)30頁。

²¹⁵ 渡辺・前掲注(213)31頁。

程においてわかってくることも、また作品が完成した後にはじめて、何かしら伝えようとして表現を試みてきたものが意識できるということもあるだろう。

そのような作品に関する説明を、アーティスト本人がおこなう必要は、本当にないのだろうか。言葉では伝えられないものを伝えるのが芸術であるという考え方からすれば、一般的に、芸術について言葉で説明することほどナンセンスなことはないといえるが、伝達性をもつ芸術活動は、その内心の過程が必ずしも、鑑賞者に正確に伝達されるとは限らない。この点につき、前出の渡辺護は「芸術に於ける伝達はきわめて複雑であり、不確かである。作者の側から言えば、(一)伝達内容には意図せざるものが含まれており、それが何であるかは判っていない。(二)意図した伝達内容が正しく発信されているかどうか判らない。鑑賞者の側から言えば、(一)作者の意図した伝達内容を正しく把握することが難しい。(二)作者の意図しなかった内容を正しく把握することも難しい」と説明する²¹⁶。しかし、芸術に関しては、「容易に明るみにもたらされ得ないところに積極的な意味がある。芸術の創作は不確定性に対する賭けの性格を持ち、芸術の享受は神秘的に秘匿されたものへの探求とその発見に始まる」という²¹⁷。つまり、作者と鑑賞者の両方が作品を通じて伝達し、受け取るものは、意図されたものであることも、また意図されないものであることもある。そうであれば、作者と鑑賞者の双方による説明を基に、トランスフォーマティブであるかどうかを判断してよいのであって、アーティストがおこなう芸術作品についての説明を必ずしも軽視する必要はない。提出された証拠を基に判断をおこなう司法制度の俎上に載せられた以上は、芸術作品のもつ意味について、アーティストが説明を求められることもやむを得ないだろう。Wallace 裁判官が控訴審において反対意見で示したように、後付けで都合のいいように説明をする可能性はあっても、アーティストがすすんで説明をするのであれば、トランスフォーマティブの判断材料の1つとすればよい²¹⁸。とくに現代アートの作品のなかには、作品のもつ意味やメッセージを外観のみからはうかがい知ることが難しいと思われるものも多い。そのような場合には、トランスフォーマティブの判断にあたって作者本人の制作の意図を説明する本人の言葉をも参照する必要があるのではない

²¹⁶ 渡辺・前掲注(213)42頁。

²¹⁷ 渡辺・前掲注(213)42頁。

²¹⁸ See *Cariou*, 714 F.3d at 713. 前掲注(118)およびその本文も参照されたい。

だろうか。

また一般的には、*Cariou* における被告の Prince のように、自らの作品について「とくに意味はない」などという説明をすることはまれであると考えられる。前掲の事例においても、*Blanch* でその作品がフェア・ユースであるとされた Koons は、自らの作品について説明をおこなっているし、*Cariou* 控訴審判決後の3件においても原告、被告それぞれが制作の目的を明らかにしている。したがって法廷意見が示したように、フェア・ユースを主張する当事者の作品制作の意図は考慮しないとする必要はなく、説明がなされれば判断材料の1つとし、説明がなされなくても被告の不利益に扱わないということではいいのではないだろうか。

3. 「合理的な観察者」

Cariou 控訴審判決は、問題となっている作品を制作した芸術家自らがどう考えるのかはトランスフォーマティブと判断するにあたって決定的なものではなく、原告の作品と被告の作品とを比べて「合理的な観察者」であればどのように判断するかが、トランスフォーマティブであるかどうかを見極めるにあたって重要であるとした²¹⁹。そのうえで、被告の作品のうち25点はトランスフォーマティブであり、フェア・ユースであると、控訴裁判所自ら判断した。Wallace 裁判官は反対意見のなかで、控訴裁判所という立場においてこうした判断をおこなうことに疑問を呈し、事実問題について判断をおこなう役割を担う地方裁判所に差し戻して、新たな証拠などを基に判断すべきであるとした。

25点についてはフェア・ユースであると控訴裁判所が判断したという点からすれば、裁判所の裁判官が「合理的な観察者」としての役割を担ったということになるのであろう。しかし、他方で5点の作品については地方裁判所に差し戻したことからすれば、これらの5点がトランスフォーマティブであるかどうかについては陪審が判断する可能性もあることになると前出の Zaretsky 弁護士は指摘する²²⁰。

このように「合理的な観察者」の役割を最終的に担うのは裁判官または陪審ということになるとしても、トランスフォーマティブかどうかの判断にあ

²¹⁹ *Cariou*, 714 F.3d at 707.

²²⁰ See Donn Zaretsky, *First Thoughts*, THE ART LAW BLOG (Apr. 25, 2013), <http://theartlawblog.blogspot.jp/2013/04/first-thoughts.html> (last visited Jan. 29, 2014).

たつては提出された証拠を基にするのであるから、そうした証拠においてトランスフォーマティブであるかどうかを主張するのが誰であるかということも、「合理的な観察者」の問題になる可能性があると思われる。控訴審判決の後、差戻し審に向けて、原告を支持する現代アート関係の団体および被告を支持する写真関係の団体の双方が、それぞれの立場で意見を示した書類を提出することを、地方裁判所は認めていた²²¹。これは、地方裁判所が、これらの意見書を「合理的な観察者」によってトランスフォーマティブかどうかを主張されたものであるとして、判断材料の一部とすることを考えていたということだと思われる。

ここで注意すべき点は、「合理的な観察者」を誰とするのかによって、その結論が大きく変わる可能性があることである。*Blanch* において被告である Koons の代理人を務めた John Koegel 弁護士によると、「芸術の世界では大きく認められている2つの原則を、法は受容していない。1つは、媒体の変更はトランスフォーマティブであるということである。平面の作品を立体に変更すれば、それは何かを変更したのだとされ、以前とはまったく違うものになったとされる。2つ目は、再度提示することはトランスフォーマティブであるということである。あるものを使用し、それについて批評をおこなえば、その批評の対象となったあるものが比較的知られていないものであっても、その批評は著作権によって保護されたイメージのフェア・ユースであるとして保護されるのである」²²²。このような認識が、芸術のコミュニティにおいては共有されているとしても、芸術のコミュニティに属していない者にとっては常識とはいえないかもしれない。つまり、芸術関係者がトランスフォーマティブであると判断するようなものであっても、それ以外の一般的な鑑賞者にはトランスフォーマティブではないと判断されることがあり得る。

さらに同じコミュニティに属する者のうちでも、意見が異なることもある。*Blanch* や *Cariou* において、原告は写真家であり被告は現代アートの作家で

²²¹ *E.g.*, Motion for Leave to File Brief Amici Curiae of The Andy Warhol Foundation for The Visual Arts, Inc. et al., *Cariou v. Prince*, No. 1-08-cv-11327-DAB (S.D.N.Y. Dec. 16, 2013); Brief Amici Curiae of The American Photographic Artists et al., *Cariou v. Prince*, No. 1-08-cv-11327-DAB (S.D.N.Y. Dec. 16, 2013).

²²² Daniel Grant, *Color This Area of the Law Gray*, THE WALL STREET JOURNAL, (Jan. 29, 2009), <http://online.wsj.com/news/articles/SB123319795753727521> (last visited Feb. 17, 2014).

あったことから、芸術のコミュニティの内においても、著作権や複製といった事柄に対する認識に大きな差があり、Koegel 弁護士という原則が広く受け入れられているとは言い難いことをうかがい知ることができる。

アートに関する著書のある Daniel Grant は「一般の鑑賞者は、芸術の世界における慣習や理論に精通しているわけではないので、皮肉として受け取るより、額面通りに受け取ることもある。このような芸術の世界と一般の世界における不一致が、著作権に関する問題が不明確性をはらむ原因となっているのである」と分析しており²²³、芸術関係者と一般の人々との間における認識の差が芸術作品における著作権の問題に大きく影響を与えていることがわかる。これらの指摘から、誰が「合理的な観察者」に指名されるのかによって、トランスフォーマティブであるといえるかどうかの結論は正反対になり得ると思われる。したがって、控訴審判決において「合理的な観察者」とは誰を指すのかが、はっきりと示される必要があったといえるだろう。

4. 原著作物に対するコメント

Cariou 控訴審判決は、被告の作品が「原著作物または文化について批評をしていなくても、・・・トランスフォーマティブとなり得る」という判断をおこなった²²⁴。第1審の「被告の絵画は、原告の写真に何らかのコメントをおこなう範囲においてのみ、トランスフォーマティブである」との判断とは、正反対の結論を導き出したことになる²²⁵。

1976年著作権法107条前文は、フェア・ユースと推定される6つの使用目的の1つとして「批評」を挙げているが、その文言は批評の対象をとくに制限していない。したがって本来、原著作物を使用する場合には、とくにその原著作物そのものについて批評を加えたり、またはその原著作物から読み取ることでできる社会の一面や文化について批評を加えている必要はないことになる。

これまでのフェア・ユースの判断においては、とくにパロディ作品が争いとなっている際に、原著作物そのものに対して批評をおこなっているのかが争われてきた。「トランスフォーマティブ」の概念をはじめて示した、

²²³ Daniel Grant, *A (Semi-) Victory for Appropriation Art*, THE HUFFINGTON POST (Apr. 26, 2013), http://www.huffingtonpost.com/daniel-grant/a-semi-victory-for-appropriation-art_b_3162644.html (last visited Feb. 01, 2014).

²²⁴ *Cariou*, 714 F.3d at 707.

²²⁵ *Cariou*, 784 F.Supp.2d at 348-49.

上述の *Campbell* 判決では、パロディについて「既存の作品の要素をいくらか使用して新たな作品を創作するのは、その既存の作品について少なくとも部分的に、批評をおこなうためである」と判断した²²⁶。そしてパロディを、より広く社会に対して批評をおこなうものである風刺と区別して、パロディのために他人の著作物を使用することはフェア・ユースになり得るが、風刺のために他人の著作物を使用することはフェア・ユースとはならないという二分法を採用した²²⁷。しかしこの二分法は、のちの裁判において引用されるにつれて、他人の著作物を使用した新たな著作物が、原著作物について批評をおこなっているのであればパロディであるからフェア・ユースとなり、原著作物そのものについて批評していないのであれば風刺であるから原著作物を使用する必要がなくフェア・ユースではない、と判断する基準とされることとなった²²⁸。

Blanch では、原告の写真が体现している「広告においてしばしば示される女性の典型的な特定のタイプ」についてコメントをするために原告の写真を使用したという被告の説明を考慮して、トランスフォーマティブであると判断したことから²²⁹、原著作物そのものについて部分的にでも批評をしている必要はないと暗に示したともいえる。*Cariou* 控訴審判決はその点をより明らかにし、パロディと風刺という二分法や、原著作物そのものについてのコメントを問うことが間違いであることをはっきりと示したと言える。

5. フェア・ユースが視覚芸術に関する日常的な活動や業務にもたらす影響
アーティストや芸術関係者などで構成される College Art Association が、アメリカン大学のコミュニケーション学部教授である Patricia Aufderheide と同大学ロースクール教授の Peter Jaszi に調査を依頼して作成され、2014年2月に発表された“Copyright, Permissions, and Fair Use among Visual Artists and the Academic and Museum Visual Arts Communities”と題された報告書²³⁰では、視覚芸術のアーティストや、芸術に関する歴史家、教育

²²⁶ Campbell, 510 U.S. 569, 581 (*citing* Fisher v. Dees, 794 F.2d 432, 437; MCA, Inc. v. Wilson, 677 F.2d 180, 185 (2d Cir. 1981)).

²²⁷ *Id.*

²²⁸ See Bruce Keller and Rebecca Tushnet, *Even More Parodic than The Real Thing: Parody Lawsuits Revisited*, 94 TRADEMARK REP. 979, 984-99 (2004).

²²⁹ Blanch v. Koons, 467 F.3d at 248.

²³⁰ Aufderheide & Jaszi, *Copyright, Permissions, and Fair Use among Visual Artists and the Academic and Museum Visual Arts Communities: An Issuer Report* (Feb.

者、大学教授といった研究者、編集者や出版業、美術館やギャラリーのキュレーターなどの職員が、著作権法やフェア・ユース、それらに関する裁判によって日常的にどのような影響を受けているのかを、アンケート調査をおこなって明らかにしている²³¹。

この報告書において指摘されているのは、視覚芸術のコミュニティには、第三者が著作権を有する資料に関して「許諾を求める文化(permission culture)」が存在するということである²³²。アンケートでは、自らの作品や業務において、他者が著作権を有する作品を扱ったことがあると回答した者が70%近くにのぼっており、芸術以外の分野と比べると圧倒的にその率は高いという²³³。さらにこれを職種別にみると、編集者や出版業に従事する者のなかで、他者が著作権を有する作品を扱ったことがある者は約95%であるのに対し、アーティストは約37%にとどまっている²³⁴。これは、アーティストと、アーティストが制作した作品のうえに自らの業務が成り立つ者とに二分されるという、視覚芸術のコミュニティの構図を表している²³⁵。ここでは、アーティスト以外の者は業務にあたってほぼ日常的に著作権の問題に面していることになるが、業務を円滑におこなうために、1976年著作権法上、許諾を得る必要がない場合でも、使用を希望する者は必ず著作権者に対して許諾を求めるようにするという「許諾を求める文化」が視覚芸術のコミュニティに広く根付いており、デジタル化が進むにつれて、さらなる圧力もたらされているのだという²³⁶。

アーティストに対しておこなわれたインタビューからは、アーティストは他の芸術関係者に比べて、著作権で保護された著作物を使用するにあたってより楽観的であるとみられるものの、それでも使用許諾が壁となって制作が

2014), available at <http://www.collegeart.org/news/2014/01/29/caa-publishes-fair-use-issues-report/>.

²³¹ この報告書では、過去および調査時に College Art Association に所属していたメンバー 35,000人に調査票を送付し、2,828人から得られた回答を分析している。See *id.* at 85 n.2.

²³² See *id.* at 24(シカゴ大学出版局で芸術、建築、考古学、古典などの分野で編集長を務める Susan Bielstein をはじめとする論者によって、第三者の資料を使用するにあたって「許諾を求める文化」が存在することが指摘されていることに言及している。See also SUSAN BIELSTEIN, PERMISSIONS, A SURVIVAL GUIDE: BLUNT TALK ABOUT ART AS INTELLECTUAL PROPERTY (2006).).

²³³ See *id.*

²³⁴ See *id.*

²³⁵ See *id.*

²³⁶ See *id.* at 30-31.

阻まれる場合があることが明らかにされている²³⁷。たとえば書籍に掲載された作品を使用してコラージュを制作しようとしたアーティストは、書籍の出版社から許諾を得ることができず、質の劣る代替物の使用を余儀なくされたという²³⁸。また、著作権で保護されている様々な資料を使用するアーティストは、「フェア・ユースの抗弁を主張できることを知っているが、原則として可能な限り、許諾を得るようにしようと決めている」という²³⁹。

報告書はその結論において、「視覚芸術のコミュニティにおける日常的な活動において、著作権法の性質およびフェア・ユースの有用性に対する混乱と誤解という問題が共通して生じて」おり、「彼らの作品や仕事は抑圧され検閲されているが、そのような抑圧や検閲は、自らによってもっとも強力におこなわれている。その理由は、[著作権法の性質およびフェア・ユースの有用性に対する]混乱と、それによって生み出される不安と心配」の存在であると指摘している²⁴⁰。

このような混乱状態は、芸術活動を委縮させる効果をもたらし、社会や文化の発展の妨げになるばかりであろう。そしてそうした混乱の原因の一端は、視覚芸術の作品に関するフェア・ユースが争いとなった *Cariou* をはじめとする裁判において、どのような場合にフェア・ユースとされるのかがはっきりと示されないため、実際にそのような状況におかれる可能性のある芸術家や芸術作品を扱う人々にとっては、他人の作品をどのように使用すればフェア・ユースであり著作権侵害の心配をしなくてよいのかがわからないことにある。芸術作品に関するフェア・ユースが争点となる裁判において、ある程度の指針とすることができるようなより具体的な判決がおこなわれることが期待されるのと同時に、芸術のコミュニティにおいて著作権やフェア・ユースに対する理解を広めることは急務であるといえる。

おわりに

現代アートをめぐって著作権侵害であるかどうか争われた *Cariou* は、控訴審判決の後、原告が2013年5月8日に第2巡回区合衆国控訴裁判所に対し

²³⁷ See *id.* at 56.

²³⁸ See *id.*

²³⁹ See *id.* at 40.

²⁴⁰ See *id.* at 59.

て、所属裁判官全員による法廷における再度の審理の申立て(Petition for Rehearing EN BANC)をおこなったが6月10日に却下され、さらに同年9月25日には合衆国最高裁判所に対して裁量上訴の申立てをおこなったものの11月12日にやはり却下の判断がなされた。その後、控訴審判決にしたがって、ニューヨーク州南部地区合衆国地方裁判所による再審理において5点の作品がフェア・ユースであるかどうかの判断を仰ぐため、当事者が書面を提出するなどして準備がおこなわれていたが、2014年3月18日付で当事者間の和解が成立したため、連邦民事訴訟規則41(a)(1)(A)(ii)に基づいて訴えの取下げが認められることとなった²⁴¹。よって、ニューヨーク州南部地区合衆国地方裁判所に差し戻された5点の被告の作品を通して、芸術作品に関するフェア・ユースについて裁判所がどのような判断をおこなうのかを見届ける機会は失われた。

芸術が、目の前の事象や事実を説明するのとは違って、言葉にならない、できないといった五感を超えたものを表現する手段として存在し発展してきたことからすると、言葉を使って説明された証拠により判断をおこなう司法の場で芸術作品が争いの対象となり、それについて判断がなされることはいくらか皮肉なことのように思われる。それでも、著作権法という法によって著作物が保護され、また新たな著作物の創作が推進されていることからすれば、争いが訴訟に持ち込まれることはあるし、そうした場においては芸術活動について当事者が言葉で説明する必要も出てくる。*Cariou* 控訴審判決において、Wallace 裁判官が懸念したように、後付けで都合のいい説明をするかもしれないことがあるとしても、芸術の性質にかんがみれば、やはりアーティストに説明をしてもらう必要があるだろう。

世の中の活動の多くが先人の成したものを基におこなわれることを考えると、芸術や文化の発展のためにも、他人の著作物がある程度自由に使用することができるというフェア・ユースを広く認めるべきであると考えられる。しかし何の脈絡もなく他人の著作物を使用することを認めるのなら、それは単なる複製とフリーライダーの増産を奨励するにすぎないこととなり、著作物について一定の排他的権利を認めることで制作のインセンティブとし、技芸の発展を目指すという著作権法の当初の目的は達成されないことになってしまう。多くのものについて簡単に複製することが可能となっている、現在

²⁴¹ Stipulation of Voluntary Dismissal With Prejudice Pursuant To F.R.C.P. 41(a)(1)(A)(ii), *Cariou v. Prince*, No. 1-08-cv-11327-DAB (S.D.N.Y. Mar. 18, 2014).

の高度にデジタル化された社会では、この点はとくに注意する必要がある。ジョージタウン大学ロースクール教授で著作権法をはじめとする知的財産法を専門とする Rebecca L. Tushnet が、*Cariou* 控訴審判決に寄せて「裁判所の判断を説明するうえで(必要だということ)写真が広く頒布されることになり、判例集にも転載されることになったという現状からすると、Patrick Cariou が自身の写真のイメージについて、Prince によって変更が加えられていないものも含めて、どれほどコントロールできなくなってしまっているのかは、注目すべき点である。これを悲劇ととるか、皮肉ととるかは人によるだろう」と述べているように、作品のイメージは作者の意図を超えて、いとも簡単に流布される²⁴²。だからこそ、他人の著作物に対して敬意を払い、単なる複製や偶然の産物によってむやみに他人の著作権を侵害しないことを原則に、どのような場合に他人が著作権をもつ作品を無断で使用することが認められ、反対に認められないのかを、その著作物が使用される環境における慣習をも考慮して判断をおこなうことで、裁判所はフェア・ユースの考え方を市民にも浸透させていくべきであろう。

Cariou の第1審および控訴審判決が、アプロプリエーション・アートをはじめとする芸術作品についてフェア・ユースかどうか争いとなった際に、当事者が指針として参照できるものであるとは言い難い以上、今後、芸術作品が問題となるような類似の事例において何らかの指針が示されることを待つほかない。アメリカの芸術関係者にとっては、今後もしばらく、グレー・エリアのなかで模索を続けるという不安定な状態が続くことになるであろう。しかしそのような状況にあっても、芸術のコミュニティの内部にある認識の違いについて理解し、問題が発生していると考えられる場合には裁判をおこなう以外にどのような解決方法があるのかを探ることは可能であるし、また芸術の発展において大きな障害になっている「許諾を求める文化」について改めて考えることは、今後のさらなる文化の発展のために大いに有益といえるのではないだろうか。

日本でも、これまでに、アメリカのフェア・ユース規定のような一般規定の導入が検討されてきた²⁴³。また新たな規定の導入をしなくとも、日本の著

²⁴² Rebecca Tushnet, *Prince v. Cariou*, REBECCA TUSHNET'S 43(B) LOG (Apr. 25, 2013), <http://tushnet.blogspot.jp/2013/04/prince-v-cariou.html> (last visited Feb. 21, 2014).

²⁴³ 2012年改正著作権法においては、いわゆる「写り込み」を著作権侵害としない旨などを定めた個別規定の追加にとどまっている(著作権法30条の2～4、47条の9)。

著作権法1条が「著作物並びに実演、レコード、放送及び有線放送に関し著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与する(下線筆者)」ことを著作権法の目的としていることから、「公正な利用」という文言を根拠に、裁判所がフェア・ユースの判断をおこなうことも可能であるとも指摘されてきた²⁴⁴。いずれの方法を採用するにしても、フェア・ユースの法理を導入し、一定の場合には使用許諾を得ることなく他人の著作物を使用して新たな著作物を制作することを認めることは、他人の著作物を使用して新たな作品を制作しようとする者が抱くであろう不安を取り除き、多様な表現に対する挑戦を促すことにつながるものであり、結果的に文化や社会の発展が期待できる。

本稿の執筆にあたっては、芸術作品の制作の過程におけるアーティストの考えや、芸術のコミュニティにおける常識的な考えなどについて、京都で「KUNST ARZT」というギャラリーを運営され、成安造形大学で非常勤講師も務めておられる美術家の岡本光博さんにご教授いただいた。ここに感謝の意を表したい。

なお、本研究は、JSPS 科研費24730008の助成を受けておこなったものである。

²⁴⁴ たとえば、阿部浩二「講演録 日本著作権法とフェア・ユースの理論」コピライト41号11頁(2001)。