

SOFTIC判例ゼミ

Brammer v. Violent Hues Productions, LLC

2019/10/25

担当: 栗田 英一、石橋 茂

4つの要素とは

- (1) 使用の**目的及び性格**、その**使用が商業的性質**を有するか否か、又はその使用が**収益を伴わない教育的目的**のためであるか否かを含む
(the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes)
⇒「A」で検討
- (2) **著作物の性質**
(the nature of the copyrighted work)
⇒「B」で検討
- (3) 著作物の全体との関連における、**使用された部分の量及び実質性**
(the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole)
⇒「C」で検討
- (4) 著作物の**潜在的市場又は価値**に対する当該**使用の影響**
(the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work)
⇒「D」で検討

A: 第1の要素の検討(1)

第1の要素は、二次的使用の「目的及び性格 (purpose and character)」を取り扱う。

[検討の流れ]

1. その使用が

➤ 『何か新規でオリジナルとは異なるものを伝達するか否か、or、その有用性を拡張するか否か』

⇒ その使用が『トランスフォーマティブ(変容的: transformative)』であるか否か

客観的な審査(オリジナルと2次利用著作物を並べて比較)

⇒ トランスフォーマティブと認められない

➤ 新しいコンテキストに置くことでトランスフォームさせたとのViolent Huse(VH)の主張の検討

・第1類型に該当するか

・第2類型に該当するか

2. その使用が商業的性質を有するか、あるいは、非営利の教育的な目的のためか

3. 自社が善意 (good faith) で行動したから、第1の要素 (factor) は自社に有利である、とのVHの主張の検討

A: 第1の要素の検討(2)

1. トランスフォーマティブの検討(1)

➤ 審査の「中心的目的」

⇒「新しい著作物が、オリジナルに創作された『その目的物にとって代わる』だけか否か」を決定
(Campbell判決・510 U.S. at 579)→参考裁判例(1)

⇒「オリジナルの著作物を再包装あるいは再出版する以上の何か」

(Authors Guild, Inc. v. Hathitrust判決・755 F.3d 87, 96)→参考裁判例(2)

※新しい著作物がトランスフォーマティブ(変容的)であればあるほど、フェアユースの認定に不利にはたらくようなその他の要素(other factors)は重要でなくなる→参考裁判例(1)

※何か新規なものを作り上げる際の骨折り仕事を回避するために為される場合、フェアユースの主張は説得力がなくなる

➤ トランスフォーメーション(変容性)の審査は、主として客観的である

(注3)原審の地方裁判所が行った両当事者の主観的意図の分析に焦点を当てる手法を拒絶

⇒ただ2つの証拠のピース・・・は、オリジナルのバージョンと、問題となっている[二次的使用物]

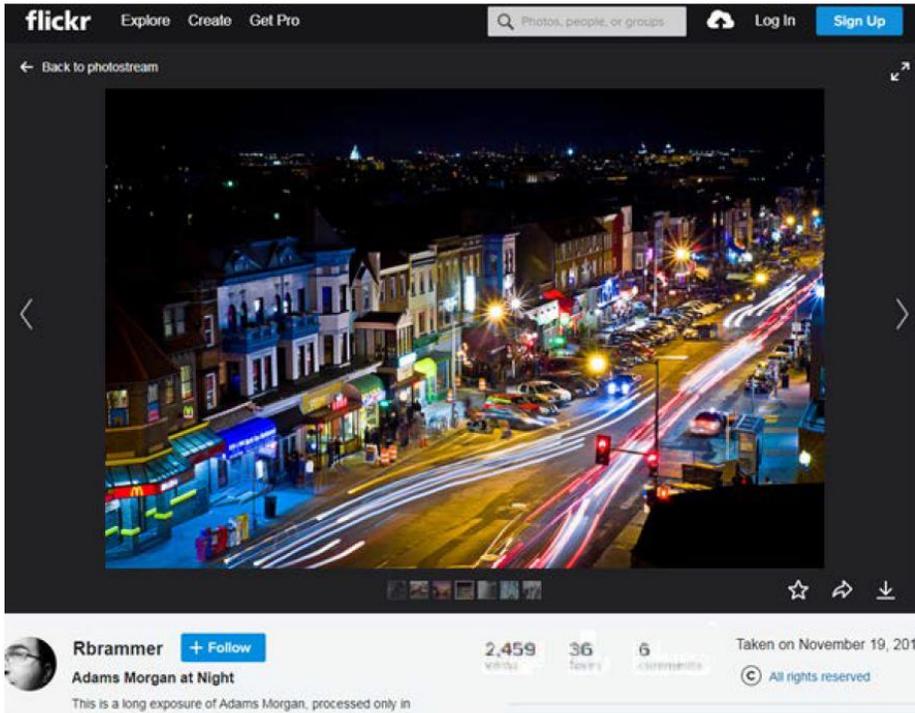
(Brownmark Films, LLC v. Comedy Partners判決・682 F.3d 687, 690)→参考裁判例(3)

A: 第1の要素の検討(3)

1. トランスフォーマティブの検討(2)

■ あてはめ: Brammerのオリジナルの写真とVHの当該写真の二次的使用物を並べて検討

Appendix A オリジナル写真



Appendix B Violent Huseの写真



National Harbor, MD



Adams Morgan, DC



Arlington National Cemetery, VA

- VHがその写真の内容に対して行った唯一の明らかな変更は、ネガティブ・スペース(不要な空間)を除去するために、当該写真の縁をカットしたことだけ
⇒他者による**ノン・トランスフォーマティブな(非変容的な)使用**の一類型

A: 第1の要素の検討(4)

1. トランスフォーマティブの検討(3)

- 観光客のアトラクションのリスト中にその画像を置くことによって(新しいコンテキストに置くことによって)、その写真をトランスフォームさせたとのVHの主張を検討
- 2つの想定される状況(技術上の使用及び記録上の使用)において、コンテキストの改変は、十分にトランスフォーマティブ(変容的)である

- 第1の類型: 著作物が、新しい技術上の機能のために、新しい材料を提供
例) 剽窃探知サービスのために学生の論文を全体的に再製することはトランスフォーマティブ
(A.V. exrel. Vanderhye v. iParadigms, LLC判決・562 F.3d 630, 639)
例) オンラインのブック・アーカイブは、ユーザ達が興味のある語句を求めて書籍を探索することを許容するという目的を提供するので「高度にトランスフォーマティブ」
(Google Books判決・804 F.3d at 216-17)

※反対の判断は、これらの新しい情報ソーティング技術の機能をあえて損なう

- 第2の類型: 記録上の目的を提供し、歴史上の事件の正確な叙述のために重要
例) the Grateful Deadの写真上の歴史において再製された場合、コンサートのポスターは、トランスフォームされる(変容される)
(Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.判決・448 F.3d 605, 609)

※フェアユースがなければ、著作権保有者は、絶大な影響力を、歴史的な対象及び事件の新しい描写に対して及ぼすことができてしまい、ある歴史的なモーメント(瞬間)を公共財産(パブリック・ドメイン)から効果的に削除することができてしまう

(Bouchat v. Balt. Ravens Ltd. P'ship判決・737 F.3d 932, 944-45)

A: 第1の要素の検討(5)

1. トランスフォーマティブの検討(4)

■ あてはめ

- 本件では、その複製は、これらの種類の**いずれにも当てはまらない**
←データの組織化又は歴史的保存のためより、むしろ、アダムス・モーガンを描写するために(その内容物のために)使用しているから

➤ 唯一のVHのトランスフォーメーション(変容性)の主張:「自己の本件写真の二次的使用は、映画祭の出席者にアダムス・モーガンに関する『**情報**』を**与えた**」

⇒そのような使用は、必ずしも、**人間の思想を拡張する新しい機能又は意味を創造しない**

➤ VHがBrammerの著作権に従わなければならないとしても、VHの観光アトラクション地域に関する情報を伝達する目的を達成する能力は、妨害されるようなことはない

⇒社会は、**それゆえにより貧困のまま**でおかれるということはない

➤ 結論: Violent Huesの複製は、**トランスフォーマティブ(変容的)**ではなかった

←本件写真の内容及びコンテキスト(論脈)に対する最小限度の変更を理由

➤ このことは、**フェアユースの認定に不利**にはたらく

2. その使用が商業的性質を有するか、あるいは、非営利の教育的な目的のためか

- 営利か非営利かの区別の核心は、単にその使用の動機が金銭を獲得するものであるかどうかではなく、その**使用者が通常対価を支払うことなくその著作物の利己的利用(搾取)から利益を得そう**であるか否か、である
(Harper & Row判決・471 U.S. at 562) →参考裁判例(4)
- 被疑侵害の使用が、その著作物にとって直接的な代替物として行われる場合において、商業性の検討は、最も重要である
(第5次Bouchat判決・737 F.3d. at 941-42)
- あてはめ
 - 商業的企業が、自社のウェブサイトをイラストしようとする場合に、適切なストックされた画像の使用のための許諾を有償で得るのが通例
 - Brammerは、彼の写真のストック使用のためのそのようなライセンスを販売していた
 - VHは、決して、これらのライセンスのひとつを買おうとしなかったし、同社の本件写真のストック使用は、トランスフォーマティブ(変容的)ではなかった
- 結論: Violent Huesが商業的企業であり、商業的市場がストック画像のために存在しているのであれば、同社の**通常料金の不払い**は、**搾取的**なものであった
- フェアユースの**判断に不利**にはたらく

3. 善意(good faith)で行動したから第1の要素は自社に有利である、とのVHの主張(1)

- 最高裁判所は、二次的使用者の**悪意(bad faith)**を当該**二次使用者に不利に考慮**することを承認してきた (Harper & Row判決・471 U.S. 562-63)
- しかし、この悪意(bad faith)のアプローチは、必ずしも、「**善意(good faith)の主張**が二次的使用が**公正であるとの認定に有利に働く**」という結論に到らない
 - ← 著作権侵害は、厳格な責任の攻撃方法であり、違反は、内心の過失状態を要求しない
- フェアユースは、**善意(good faith)**及び公正取引(fair dealing)を**前提**としている
- ほとんどの上訴審裁判所は、使用者の内心の状況を検討する際に、「**悪意(bad faith)のサブファクター(従たる要素)**が原告にとって重要か否か」のみを問題にしている (NXIVM Corp. v. Ross Inst.判決・364 F.3d 471, 479)

■ あてはめ

- しかし、「主張された侵害者の心的状態に重きをおいたとしても」、我々は、Violent Huesに有利なように形勢を一変させる理由を見出さない
- VHは「同社が**善意(good faith)**で行動した」といういかなる**証拠も提出していない**
- VHのオーナーであるFernando Micolは、「自分は、本件写真が自由に利用可能であると信じていた」と主張した
- Micolは、そのすべての現在の写真がおそらく 17 U.S.C. § 302(a)所定の著作権に基づいており、かつ、彼自身が「自分が、Flicker(それは、写真の説明文の中に「C All rights reserved」と表示している)から本件写真をダウンロードした」と認識しているという状態で、この**信頼が合理的である理由を説明しなかった**ので、問題を解決しない

A: 第1の要素の検討(8)

3. 善意(good faith)で行動したから第1の要素は自社に有利である、とのVHの主張(2)

- 結論: Violent Huesの善意(good faith)の主張は、同社のフェアユースの抗弁に何も寄与しない
- 原審裁判所である地方裁判所は、そうでない認定をしたことによって、明らかに誤っている

第1の要素の結論

- Violent Huesによる本件写真の再製(複製)は、
 - ノン・トランスフォーマティブ(非変容的)で
 - 且つ商業的であったから、第1の要素(factor)はフェアユースの認定に不利にはたらく

◆ 第2の要素は著作物の性質「the nature of the copyrighted work」を取り扱う

1. 著作者の排他的(独占的)権利の**厚さあるいは薄さ**
2. その著作物が二次的使用の時点で**既に出版されていたか否か** を検討する
(Swatch Grp. Mgmt. Servs. Ltd. v. Bloomberg L.P.判決・756 F.3d 73, 87)

1. Brammerの権利の厚さを検討

- 写真の著作権の厚さの判断要素:「ライティング、カメラアングル、フィールドの深さ、ならびに、前景要素及び背景要素の選択」のような様相を検査しつつ、「その写真の要素の選択及び編集において利用可能な、創造的選択の範囲」を考量する

(Rentmeester v. Nike, Inc.判決・883 F.3d 1111, 1120-21)→参考裁判例(5)

- 究極的には、保護されない「ある著作物中に表現されている事実またはアイデア(思想)」を、保護される「著作者による、それらの事実及びアイデア(思想)の表現の仕方」から、区別すること
(Google Books判決・804 F.3d at 220)

- 写真は、「一般的に、風景またはイメージの**創造的、美術的な表現**」であり、**長らく厚い著作権上の保護を享受**してきている。写真が**現実のイメージ**をとらえる場合でも**同様**。

(Monge判決・688 F.3d at 1177)→参考裁判例(6)

例) 今しばしば事件を記録するアイコンとして認識している写真: ライト兄弟の飛行機の飛行、対日戦勝記念日におけるタイムズスクエアでの水兵のキス、月面への最初の着陸、ベルリンの壁の崩壊など

B: 第2の要素の検討(2)

◆ 第2の要素は著作物の性質「the nature of the copyrighted work」を取り扱う

1. Brammerの権利の厚さを検討(続き)

■ Brammerは、**多くの創作的選択**を行った(あてはめ)

- プライベート(私的)な屋上のロケーションでセットアップ
- おびただしいシャッタースピード及びレンズ口径の組み合わせの実験をした
- その結果、本件写真は、鮮やかな色彩及び鳥の視点から俯瞰した様式化されたイメージ
- とりわけ、車両の交通は、ライトの筋のように見える
- 本件写真の対象は、現実世界のロケーションかもしれないが、そのロケーションは、現実には、見られたように現れていない

➤ 結論: この創作性は、本件写真を、**厚い著作権により保護**することを正当化させる

2. 著作物の公表度合いを検討(その著作物が二次的使用の時点で既に出版されていたか否か)
 - ある著作物が出版されていない場合(非公表の場合)には著作物の『性質』の決定的な要素
 - ある著作物が出版されていない場合(非公表の場合)、フェアユースの射程範囲はより狭い
←その著作者は「彼の表現の最初の公衆への公開をコントロールする権利」を有するから
(Harper & Row判決・471 U.S.471 at 564)
 - VHの要求:「Brammerが本件写真を出版した」という事実が必然的にフェアユースに有利にはたらくようにしなければならない
 - しかし、我々は、この議論を拒絶する→参考裁判例(4)
 - ✓ 合衆国最高裁判所は、「公表の度合いがすべてのフェアユースの発動に関係している」とは示唆してこなかった
 - ✓ 文芸の著作物の領域にHarper & Row判決のルールを拡張する叡智がどのようなものであれ、その考察は、写真の領域においては異なる。「ビジュアル著作物は、通常は反覆される鑑賞のために、創作され、販売され、ライセンス(使用許諾)される」のであるから
(Ringgold判決・126 F.3d at 79) →参考裁判例(7)
 - 第2の要素の結論
 - Brammerの本件写真は厚い保護に値し、
 - 我々は本件写真の公表の度合いは本件には無関係であると認めるので、第2の要素(factor)も、フェアユースに不利にはたらく

◆ 第3の要素は「使用される部分の量と実質性」(amount and substantiality of the portion used)

第3の要素の規範

- 二次的使用者の目的を成し遂げるために『**必要なこと以上のことが行われたか否か**』
(HathiTrust判決・755 F.3d. at 98 (Campbell判決・510 U.S. at 589を引用)) → (2)
- 複製の許容範囲は、その使用の目的及び性質によって変化する
(Sundeman判決・142 F.3d at 205-06)
- もし正当化されるのであれば、実質的行為はフェアユースを構成することがあり得る
(TCA Television Corp. v. McCollum判決・839 F.3d 168, 185)
- しかし、その使用がトランスフォーマティブでない限り、その全部において著作権登録された著作物を使用することは、通常フェアユースの認定に不利にはたらく
(第4次Bouchat 判決・619 F.3d at 311)

■ 第3の要素のあてはめ

- 本件では、VHは、**本件写真のほぼ半分**を使用した
- VHは、ネガティブ・スペースを削除したり、**最も印象的な特徴**(それは「その著作物の心臓部(heart of the work)」を構成する)を**維持している**に過ぎない
- VHの使用が非変容的であるとしたら、この**相当部分の獲得は正当化されなかった**
- VHは、同社固有の写真を撮影し、または、フリー・ライセンスの基での画像を見つけることによって、まさにより容易に、アダムス・モーガンの描写という自らの目標を達成することができた
- 第3の要素の結論
第3の要素(factor)は、**フェアユースに不利にはたらく**

- ◆ 第4の要素は「著作物の潜在的市場又は価値に対する当該使用の影響」
(the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work)

第4の要素の規範

- 被疑侵害者の特定の行為により引き起こされる**市場の損壊の範囲**だけではなく、被告によって関与されたその種の無制約且つ広範な行為が、そのオリジナル著作物のための**潜在的な市場**にとっての**実質的に不利益**なインパクトという結果になるか否か
(Campbell判決・510 U.S. at 590)→参考裁判例(8)
- ある商業的使用が、変容的ではなく、むしろ「オリジナル著作物の**全体を複製するだけに等しい**」場合には、認識可能な**市場の損壊への常識的な推定**がはたらく(同判決の591頁)→(8)

■ 第4の要素のあてはめ

- VHは、本件写真の商業的使用を行い、**本件写真の最も印象的な特徴をコピー**することで、当該**著作物の心臓部を複製**した
- したがって、Brammerは、「VHの振る舞いが広範に広がることで、彼の写真のための**ライセンス市場が押し下げられる**(不景気にされる)こと」を**示す必要はない**
- しかし、「2つの場面において、彼が、この特定の写真を、オンライン使用のために、使用許諾したこと」を証明する証拠を提出した
- もしVHの振る舞いが普通に行われ許容されるようになったら、Brammerの著作物のためのライセンス市場は、明確に、そして**職業的写真はより広範に、立ち枯れる**であろう

D: 第4の要素の検討(2)

- ◆ 第4の要素は「著作物の潜在的市場又は価値に対する当該使用の影響」
(the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work)
- 第4の要素のあてはめ(続き)
 - VHは、「『BrammerがVHの使用が開始された後に本件写真を2回販売したから、Brammerが市場損壊を証明していない』という原審の地方裁判所の結論を認容すること」を要請する
 - その原審の認定は正しくない。
 - もし、それに**引き続く販売**という事実だけが**市場損壊の主張を論破**するために提出されたのであれば、**商業的に成功する著作物は、この要素(第4の要素)をほとんど充足できないことになるだろう(それはよくない)**
- 第4の要素の結論
第4の要素(factor)は、**フェアユースに不利**にはたらく

4つの要素検討後のまとめ

- 「Violent Huesにとって**有利にはたらくもの(要素)はない**」と結論する
- 本件における複製行為はフェアユースの『**究極テスト**』に**不合格であることが明白**である。
- VHのBrammerの本件写真のオンライン展示は、著作権法上の権利(利益)をもたらさない (Cariou判決・714 F3d at 705)

以下著作権の目標との関係のコメント

- フェアユースは派生物ではなく**新しい著作物の「創造性及び著作者性を刺激する」**ために存在 (Pierre N. Leval著「Toward a Fair Use Standard」103 Harv. L. Rev. 1105, 1109(1990))
- VHのストックイメージとしての本件写真の「情報的な」使用は、この知的な目的を促進しない
←VHは、この使用を通じて、**何も新しいことを言わない**から
- むしろ、VHの抗弁を受け入れることは、著作権の中心的な目標(への到達)を妨げる
- 仮にストック写真の通常の商業的使用がフェアユースを構成するのであれば、職業的写真家は彼らの**著作物を創造する経済的インセンティブを、ほとんどもたなくなってしまう**だろう
- シェアリングがフェアユースを構成するか否かについて意見を述べることはしないが、VHの使用がこのような種類のものではないことを述べておく

著作権の目標との関係のコメント(続き)

- VHは、本件写真を論評しなかったし、本件写真を広告宣伝しなかったし、本件写真をリミックスしなかったし、新規な洞察を刺激するような方法でその他の本件写真への関与もしなかった
(H. Brian Holland著「Social Semiotics in the Fair Use Analysis」24 Harv. J.L. & Tech. 335, 390-91 (2011))
- VHが行ったことは、ある商業的イベントのための観光ガイドの出版であり、その最終製品をもっとビジュアル的に興味深いものにするために、本件写真を含ませること
- そのような使用は、印刷物上で行われる場合にはフェアユースを構成することはないし、そのような使用がインターネット上で行われてもフェアユースを構成しない
- Violent Huesの積極的抗弁は、法的問題として、適切ではない

III. 判決

前述した理由により、我々は、**原審である地方裁判所の判断を覆し**、本意見に従った更なる手続のために**本件を差し戻す**

原判決の取り消し及び差し戻し

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.

Cite as: 510 U. S. 569 (1994)

579

Opinion of the Court

ing, and the like, see § 107. The central purpose of this investigation is to see, in Justice Story's words, whether the new work merely "supersede[s] the objects" of the original creation, *Folsom v. Marsh, supra*, at 348; accord, *Harper & Row, supra*, at 562 ("supplanting" the original), or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is "transformative." Leval 1111. Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, *Sony, supra*, at 455, n. 40,¹¹ the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright, see, e. g., *Sony, supra*, at 478–480 (BLACKMUN, J., dissenting), and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.

transformativeの定義

transformativeと
他の要素の関係

Authors Guild, Inc. v. Hathitrust

An important focus of the first factor is whether the use is “transformative.” A use is transformative if it does something more than repackage or republish the original copyrighted work. The inquiry is whether the work “adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning or message . . .” *Campbell*, 510 U.S. at 579 (citing *Leval*, 103 HARV. L. REV. at 1111). “[T]he more transformative the new work, the less will be the significance of other factors . . .

**transformative
の定義の補足**

1986). “[T]he extent of permissible copying varies with the purpose and character of the use.” *Campbell*, 510 U.S. at 586-87. The crux of the inquiry is whether “no more was taken than necessary.” *Id.* at 589. For some purposes, it may be necessary to copy the entire copyrighted work, in which case Factor Three does not weigh against a finding of fair use. See *Bill Graham Archives*, 448 F.3d at 613

第3の要素の規範

Brownmark Films, LLC v. Comedy Partners

Despite Brownmark's assertions to the contrary, the only two pieces of evidence needed to decide the question of fair use in this case are the original version of WWITB and the episode at issue. Brownmark's copyright infringement claim in its amended complaint was limited to the distribution of one episode on television, *South Park's* website, iTunes and Amazon.com, and DVD and

transformative検討の手法

Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.

The fact that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that tends to weigh against a finding of fair use. "[E]very commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright." *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S., at 451. In arguing that the purpose of news reporting is not purely commercial, *The Nation* misses the point entirely. The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price. See *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F. Supp., at 1144; 3 Nimmer 13.05[A]1., at 13-71, n. 25.3. **営利/非営利の区別の核心**

The fact that a work is unpublished is a critical element of its "nature." 3 Nimmer 13.05[A]; Comment, 58 St. John's L. Rev., at 613. Our prior discussion establishes that the scope of fair use is narrower with respect to unpublished works. While even substantial quotations might qualify as fair use in a review of a published work or a news account of a speech that had been delivered to the public or disseminated to the press, see House Report, at 65, the author's right to control the first public appearance of his expression weighs against such use of the work before its release. The right of first publication encompasses not only the choice whether to publish at all, but also the choices of when, where, and in what form first to publish a work. **文芸の著作物において最初の出版の権利が重要であること**

Effect on the Market. Finally, the Act focuses on "the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work." This last factor is undoubtedly the single most important element of fair use. ⁹See 3 Nimmer 13.05[A], at 13-76, and cases cited therein. "Fair use, when properly applied, is limited to copying by others which [471 U.S. 539, 567] does not materially impair the marketability of the work which is copied." 1 Nimmer 1.10[D], at 1-87. The trial court found not

ご参考: 第4の要素の重要性

Rentmeester v. Nike, Inc.

with the other choices Rentmeester made with respect to lighting, camera angle, depth of field, and selection of foreground and background elements—resulted in a photo with many non-standard elements. Rentmeester’s selection and arrangement of those elements produced an image entitled to the broadest protection a photograph can receive.

写真の著作権の厚さの判断要素

Monge v. Maya Magazines, Inc.

[10] Photos are generally viewed as creative, aesthetic expressions of a scene or image and have long been the subject of copyright. See 17 U.S.C. § 102(a)(5) (extending copyright protection to “pictorial, graphic, and sculptural works”). In the seminal case protecting photos, the Supreme Court held that a photographic portrait of Oscar Wilde was entitled to copyright protection because of various creative elements employed by the photographer. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 61 (1884). Although the Court expressly declined to rule on whether “the ordinary production of a photograph” necessarily exhibits the ability to claim copyright, *id.* at 59, our court has held that individual photos merit copyright protection. *Hokin v. Skyy Spirits, Inc.*, 225 F.3d 1066 (9th Cir. 2000) (“Indeed, the idea that photographs [copyright] protection reflects a longstanding principle of American law.”).

写真の著作物としての権利の厚さ

Admittedly, the point-and-shoot images here are hardly the work of famous photographers like Richard Avedon, Diane Arbus, or Annie Liebovitz. But neither are they entirely factual in nature, as Maya argues. Simply because a photo documents an event does not turn a pictorial representation into a factual recitation of the nature referenced in *Harper & Row*. Photos that we now regard as iconic often document an event—whether the flight of the Wright Brothers’ airplane, the sailor’s kiss in Times Square on V-J Day, the first landing on the moon, or the fall of the Berlin Wall. See generally PHOTOS THAT CHANGED THE WORLD (Prestel Verlag 2000).

Ringgold v. Black Entm't Television, Inc.

In considering whether a visual work has been "supplant [ed]" by its use in a movie or a television program, care must be taken not to draw too close an analogy to copying of written works. When all or a substantial portion of text that contains protectable expression is included in another work, solely to convey the original text to the reader without adding any comment or criticism, the second work may be said to have supplanted the original because a reader of the second work has little reason to buy a copy of the original. Although some books and other writings are profitably reread, their basic market is the one-time reader. By contrast, visual works are created, and sold or licensed, usually for repetitive viewing. Thus, the fact that the episode of ROC does not

文芸の著作物と比較して、ビジュアル著作物は反復して鑑賞される点の指摘

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. (再掲)

The fourth fair use factor is “the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.” § 107(4). It requires courts to consider not only the extent of market harm caused by the particular actions of the alleged infringer, but also “whether unrestricted and widespread conduct of the sort engaged in by the defendant . . . would result in a substantially adverse impact on the potential market” for the original. Nimmer § 13.05[A][4], p. 13–102.61 (footnote omitted); accord, *Harper & Row*, 471 U. S., at 569; Senate Report, p. 65; *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas., at

第4の要素の規範

(home copying of television programming). In the former circumstances, what *Sony* said simply makes common sense: when a commercial use amounts to mere duplication of the entirety of an original, it clearly “supersede[s] the objects,” *Folsom v. Marsh, supra*, at 348, of the original and serves as a market replacement for it, making it likely that cognizable market harm to the original will occur. *Sony, supra*, at 451.

第4の要素の規範

第1の要素

項目	地裁判決	本件判決
transformativeか	機能及び目的において transformativeである。映画祭の出席者にローカル地区の情報を提供する目的。	transformativeでない。写真の縁を切っただけ。コンテキストに置くことによって変容的になる2種類でもない。
商業的目的か	商業的でない。ある製品を広告宣伝していないから。	商業的である。商業的企業が支払うべきストック画像の通常料金の不払いは搾取的だから。
善意か	善意であった。フェアユースには有利な考慮要素。	善意であったとしても、フェアユースの有利な考慮要素にならない。
結論	フェアユースの認定に有利	フェアユースの認定に不利

第2の要素

項目	地裁判決	本件判決
著作物の性質	創作的な要素は含んでいるが、実際の世界の地域（アダム・モーガン）の事実の描写であった。	厚い著作権の保護の対象。多くの創作的選択により現実世界のロケーションが現実に見えるのとは異なっている。
それ以前の出版	公表済みであったことはフェアユースの認定に有利にはたらく。	ビジュアル著作物は反復される鑑賞のために販売されるため、公表済みであったことはフェアユースの認定には有利にはたらない
結論	フェアユースの認定に有利	フェアユースの認定に不利

第3の要素

項目	地裁判決	本件判決
使用部分の量	およそ2分の1を切ることにより編集したことは適切(相当)。	最も印象的な特徴を維持している。非変容的であったら正当化されない。
使用の実質	VHの情報伝達の目的を超えて使用しなかった。	自社で撮影した写真又はフリーライセンスの画像で目標を達成することができた。
結論	フェアユースの認定に有利	フェアユースの認定に不利

第4の要素

項目	地裁判決	本件判決
第4の要素の重要性	疑いなくフェアユースの単独の最も重要な要素（参考裁判例（4））	言及なし
不利益な影響の証拠	存在しない	商業的使用が変容的でない場合は、市場の損壊への常識的な推定が働くため、示す必要はないが、オンライン使用のための使用許諾の証拠が提出された
侵害後に写真が販売されたこと	市場に影響がないことの根拠となる	市場破壊の根拠とならない。もしそうならば、商業的に成功する著作物は第4の要素をほとんど充足できないことになり、よくない。
結論	フェアユースの認定に有利	フェアユースの認定に不利

END