

米国著作権法の判例法理

序

よく知られているとおり、米国は判例法の国である。たとえば、連邦憲法が成立した直後に制定された著作権法はわずかの規定しか持っていなかったが、裁判所が判例上さまざまな法理を生み出し、現在の著作権法はこれらの判例法理を条文化し一つの法典として成り立っている。このことは、いろいろな点において日本法との違いを意味する。

第一に、日本と違い、米国では裁判所は法を創造する機関である。日本では裁判所は法を解釈することはできても法を創造することはできないとされているから、解釈論と立法論の概念区分が重要であるが、米国では裁判所の法創造機能が真正面から認められているので、解釈論と立法論の概念区分は重要ではない。たとえば、米国では、著作権法にフェアユースの規定（107条）を設けるにあたって、連邦議会は、わざわざこの規定は裁判所によるフェアユース法理の発展を制約するものでないとコメントしている。したがって、米国では裁判所が制定法がなくとも当事者間の利益を衡量して正義と考えられるルールを法として宣言するので、議会の立法化の遅れに足を引っ張られることなく、柔軟に法を発展させている。もちろん、登記制度のような物的施設を必要とする法制度の発展が弱くなるという欠点もあるが、米法は一つの思想を持った体系として発展している。たとえば、米国著作権法は、1879年のベーカ―対セルデン判決に示された「表現の保護・アイデアの非保護」の思想を中心とした体系として完結しているとみることができる。かえって、日本法は、法律制度は一定の法原理を中心に演繹的に構築されているようであるけれども、著作権法等では、場当たりの法律改正が重ねられているだけで、そこに貫かれた思想があるようには必ずしもみえない。それゆえに、大勢の法律家の努力の成果である米法の思想と展開されている法理は、日本著作権法の改正と解釈の参考としてわれわれにとって学ぶべき価値がある。

日米法の違いの第二は、米国では、条文の文理解釈や条文間の合理解釈は行われないことである。条文の解釈はその条文の元になった判例の分析からはじまる。すなわち、われわれが学ぶべき対象は、条文の解釈ではなく、条文の根幹をなす重要判例に展開された思想と法理である。

以上の視点から、本稿では、米国著作権法の重要判例を、解説を交えながらご紹介したい。著作権侵害が争われる場合、まず、その「認定方法」が問題となる。また、侵害認定にあたって著作物の保護範囲が問題となる。保護範囲を画する法理は、「創作性の概念」、「表現とアイデアの二分法」および「マージ理論」がその主たるものである。著作権侵害があると認定されても、「フェアユース」の抗弁が可能である。この5つのトピック、すなわち、「著作権侵害の認定方法」、「創作性の概念」、「表現とアイデアの二分法」、「マージ理論」および「フェアユース」について、特にコンピュータ著作権の分野において発展著しい判例法理を中心に、議論を進めることとする。

著作権侵害の要件事実

原告による著作権の保有

被告による原告著作物の複製：

- (a) 複製行為の存在：直接証拠または間接証拠：
 - (a - 1) 被告による原告著作物へのアクセス
 - (a - 2) 原・被告著作物間の証拠的類似性
- (b) 複製行為の違法性：
 - (b - 1) 複製が保護要素に及ぶこと…抽象化テストおよび排除テスト
 - (b - 2) 保護要素の複製が実質的であること

I 著作権侵害の認定方法

1 はじめに

著作権侵害を認定するためには、原告は、原告による著作権保有、被告による原告著作物の複製を立証しなければならない。その立証があると、被告がフェアユースの成立など抗弁を立証する順番となる。

ここでの複雑な問題は、「被告による原告著作物の複製」の要件である。というのは、第一に、原告の著作物に著作権が成立するとしても、当該著作物のすべての要素が著作権によって保護されるわけではないからである。保護されない要素としては、創作性のない要素、著作権保護期間が切れた著作物等パブリック・ドメインに属する要素、事実・アイデアに属する要素、表現であっても事実・アイデアとマージする要素等である。被告がこれら保護されない要素を複製するにとどまっている場合には、違法ではない。したがって、この要件は、もっと正確には、「被告による原告著作物の保護される要素の複製」である。問題は、たとえ原告著作物の複製があっても、それが非保護要素の複製にとどまるのか、それとも保護要素の複製におよぶのかをどのように判定するかである。

第二に、複製は、原告の著作物と被告の作品がすべてにおいて同一である場合のほか、一部において類似しているにとどまる場合にも認められる。では、どの程度類似していれば、違法なのか。この要件を、さらに正確に言えば、「被告による原告著作物の保護される要素の実質的な複製」に関する問題である。

以下に、判例理論の根幹をなしている判例を年代順に紹介する。判例は、複製の要件を（a）複製行為の存在、（b）複製行為の違法性〔（b-1）複製が保護される要素に及ぶこと、（b-2）保護される要素の複製が違法な程度に実質的であること〕の枝要件に分解してゆき、それぞれの認定方法を発展させている。この過程で、今日革新的判決のように言われているアルタイ判決が実はそれまでの伝統的法理の積み重ねであって、その真の重要性はそれまで支配的であったクロフト判決やウエラン判決の考え方が伝統的法理の軌道から外れていたのを元に戻した点にあることが明らかになると思う。そして、ゲイツラバー判決において著作権侵害認定方法が完成されたといえるであろう。

2 ニコルズ判決

Nichols v. Universal Pictures Corporation, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930)

[事実]

原告は、「アービーのアイリッシュローズ」という演劇の作者であった。被告は、「コーヘン家とケリー家」という映画を作製した。原告は、被告の映画は原告の演劇を盗用したものであると主張した。

原告の「アービーのアイリッシュローズ」では、ニューヨークに住む金持ちのやもめのユダヤ人を父に持つ息子と、カリフォルニアに住むカトリックに信心深いやもめのアイルランド人を父に持つ娘とが、恋に落ち親には内緒で結婚する。父親は両方とも、宗教上の違いから二人の結婚を認めない。しかし、二人に双子が生まれ、クリスマスの日、孫に会いに行く。そのときの事情で、それぞれの父親は、二人の結婚を認めそれぞれ孫の名付け親になり、大団円となるコメディである。

被告の「コーヘン家とケリー家」では、両家ともニューヨークの片隅に住み、昔からいがみ合っているユダヤ人の家族とアイルランド人の家族である。ユダヤ人の家族には、父親・母親と娘がいる。アイルランド人の家族には、父親・母親と息子がいる。息子と娘は恋に落ち、親には内緒で結婚する。それを知らないユダヤ人の家族は、突然親類の遺産が転がり込んできて、娘を連れて大邸宅に引っ越す。息子が娘を連れ戻しにくるが、娘の父親が追い返す。そうこうしているうちに、娘に子供が生まれ、父親は娘を勘当し、娘は子供を連れて貧しい家に住む息子のもとに行く。後で、実はユダヤ人の家族の受け取った遺産の本当の相続人がアイルランド人の家族であることがわかり、ユダヤ人の父親は改心し、アイルランド人の家族に詫び、財産の引渡しを申し出る。ここで両家は、仲直りするという、暴力シーンをも含むシリアスな物語である。

原告は、被告の映画は原告の演劇を盗用したものであると主張して、被告をニューヨーク南部地区連邦地方裁判所に著作権侵害で訴えた。一審が訴えを棄却したので、原告が第2巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

物語の文字的要素ではなく非文字的要素、すなわち筋や登場人物を複製することは、著作権侵害となるか。

[判旨]

第2巡回区連邦控訴裁判所は、著作物の保護範囲について次のように判示した。

「当然のことであるが、権利の及ぶ範囲が文章の字句に限定されえないということは、コモンロー上の権利であるか制定法上の権利であるかを問わず、言語的財産に対する保護として本質的である。さもなければ、盗用者は、些細な変更によって、侵害を免れることとなってしまう。・・・ゆえに、問題は、盗用された部分が『実質的』であって、そのため著作物の『公正な使用』ではないか、である。それは、他の著作物においても発生する同じ問題である。・・・しかし、盗用者が設定の中の一部分を丸ごと盗用するのではなく、全体を抽象化したものを盗用する場合には、もっと厄介な判断が必要となる。いかなる作品であれ、特に演劇作品においては、作品から一つ一つ物語中の出来事を除いていくと、一般性を増した多くの手法だけになる。おそらく、最後には、その演劇が言いたいことの最も抽象的なメッセージだけになる。場合によっては、その題名だけになるかもしれない。しかし、抽象化の過程の一点において、もはや保護されないところが現れてくる。というのは、さもなければ、劇作家は、表現とは区別され財産権の及ばないアイデアの使用さえも排除できることになるからである。・・・誰もその境界を固定したこともないし、誰もこれをなしうるものではない。」

次に、裁判所は、非文字的要素の盗用が表現に及ぶのかそれともアイデアにとどまるのかを検討する。

「演劇に関しては、論争は、登場人物と出来事の経過に集中する。これらが物語の中身をなしている。・・・

本件の両演劇においては、出来事と登場人物のいずれについても、たとえ何らかのものを盗用したとしても、法が許す以上のものを被告が盗用したとは考えられない。それぞれの物語は、まったく異なる。・・・両方に共通するものは、わずかに、ユダヤ人とアイルランド人の父親同士のいがみ合いと、それぞれの子供の結婚と、孫の誕生と、両者の和解だけである。・・・それは、原告のアイデアの一部でしかない。

原告の主張は、登場人物についても成り立たない。・・・被告は、何十年も前から手本にされてきたもの以上のものを、原告の作品から盗用してはいない。・・・

両演劇に共通するのは四人の登場人物だけである。恋人たちと、父親たちである。恋人たちは、舞台装置程度にわずかな存在としてしか表されていない。・・・原告のユダヤ人の父親は、被告のそれとはまったく異なる。・・・アイルランド人の父親たちは、もっと似ていない。・・・

原告の著作権は、その作品から引き出されるものすべてに及ぶわけではない。その内容には、パブリック・ドメインに属するものが含まれている。われわれは、その程度を認定しなければならない。その線を引くことがいかに恣意的に見えるかを知っていても、線を引かないことの弁解にはならない。これは、ほとんどすべての事件において裁判所が回答しなければならない問題である。先験的にはいかに困難であっても、当該事件がその線のどちら側にあるのかという問題に直面する。ロミオとジュリエットの筋が著作権の保護を受けないのと同じように、アイルランド人とユダヤ人との間のいがみ合いに子供達の結婚が巻き込まれるコメディというものは、著作権の保護を受けない。」

第2巡回区連邦控訴裁判所の著名なラード・ハンド判事は以上のよ
うに述べて、原告の控訴を棄却した。

[解説]

この判決は、複製が保護される要素に及ぶのかという問題を認定する方法について、いわゆる「抽象化テスト」を確立したものである。

著作権は、表現を保護するが、表現されるもの（アイデア）は保護しない。アイデアは、特許権によって保護されることがあるのみである（後述のベーカー判決）。この判決は、著作物の文字的要素だけが表現ではなく、文字的要素を抽象化した非文字的要素には抽象化の低いレベルにおいては表現である要素があり、抽象化の高いレベルにおいてはアイデアである要素があることを明らかにする。この考え方は、「抽象化テスト」と呼ばれているものである。この判決は、後の判決に大きな影響を与え、非文字的要素の複製について、それがアイデアの複製にとどまるのか、表現の複製に及んでいるのか、複製部分を分析的に検討するアプローチを確立した。

3 アーンシュティン判決

Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946)

[事実]

原告は、被告の楽曲「ビギン・ザ・ベギン」等6曲が原告の「ザ・ロード・イズ・マイ・シェパード」等6曲の盗作であると主張して、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所に著作権侵害訴訟を提起した。原告の楽曲の多くは未発表のもので、ラジオ放送局や映画会社等にサンプルレコードを送ったが、被告には送っていない。原告は、被告が「私を尾行し、監視し、自分のアパートに密かに住み込んで」、数回にわたり家捜しして原告の作品を盗んだと主張したが、これを裏付ける証拠は原告本人の証言以外何も提出しなかった。被告は、これらの主張を否定するとともに、訴え棄却の事実審理省略判決(summary judgment)を求めた。一審が訴え棄却の事実審理省略判決を下したので、原告は、第2巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

複製の事実は、どのような方法ないしは誰によって認定されなければならないか。

[判旨]

第2巡回区連邦控訴裁判所は、事実審理省略判決は「事実」についてわずかの疑いさえない場合にのみこれをなしうると事実審理省略判決の適用基準を示すとともに、著作権侵害訴訟における「事実」上の争点の所在について、次のように述べた。

「当該基準を本件に適用するに当たって、原告が立証すべき次の二つの要件を混同しないようにすることが重要である。すなわち、(a)原告が著作権を保有する著作物を被告が複製したことと、(b)当該複製が不当な使用をなすに至っていることである。

第一の複製については、(a)被告が複製したことの自白、または(b)事実認定者が複製を合理的に推認できるような状況証拠(通常アクセスの証拠)が、複製の事実の証拠となる。もちろん、類似性がなければアクセスの証拠がいくら有っても複製の証拠としては不十分である。アクセスと類似性の証拠が有れば、事実認定者は、類似性が複製の証明として十分であるか否かを認定しなければならない。この問題については、分析的手法は相当であり、鑑定意見が事実認定者の補助手段として受け入れられる。もしアクセスの証拠を欠くならば、類似性は、原告と被告が別個独立に同じ結果を生み出したとの可能性を排除するほどの顕著なものでなければならない。

複製が立証されると、次に、違法な複製(不当な使用)という第2の争点が問題となる。この争点においては、通常の素人の聴衆の反応が基準となる。したがって、この問題については、分析的手法および鑑定意見は相当ではない。

以上の二つの争点(複製と不当使用)のいずれも、事実上の問題である。」

裁判所は、第一の要件の検討を行い、つぎのようにアクセスの証拠がありうるとした。

「被告が提出したレコードを聴取したところ、当裁判所は類似性があると認める。しかし、それだけで被告が複製したとの決定または推認に至るほど明白なものではない。その類似性は、事件を陪審員の判断にあげるに足るアクセスの証拠があれば、陪審員が偶然の類似性でないと認定しうるだけのものである。

それゆえ、被告に原告の楽曲へのアクセスが明らかになれば、事実審理省略判決は相当であった。この問題について、地裁判事は、口頭での証言を聞いてはいないが、原被告の証言録取書を読んだ。地裁判事は、原告の話を「空想的」とみなした。被告の証言に対する評価に述べられたところから判断すると、明らかにアクセスおよび複製についての被告の証言を鵜呑みにしている。・・・しかし、原告の話の中のありえない部分を無視するにしても、決して『空想的』でない部分が残る。記録によれば、原告の楽曲の一つは 100 万枚以上売れ、他の楽曲も数は少ないが販売またはラジオ放送局、バンドリーダー、出版者に配布され、また、一部公衆の前で演奏されている。陪審員が両当事者の証言を聞いた後被告の証言を信用できないと判断すれば、陪審員がこれらの事実からアクセスを認定することは合理的に可能である。」

次に、裁判所は「違法な」複製について、以下のように本件の類似性が違法な程度に至っているかを陪審員の判断に委ねる必要があると判示した。

「複製の証明があったとしても、それで十分なわけではない。というのは、違法ではない『許される複製』がありうるからである。被告が不当に使用したか否かも、事実の問題である。その問題についての適当な基準は、書面上での比較や訓練された音楽家の判断による比較のような分析その他の比較による個々の楽曲の比較ではない。原告の法的に保護される利益は、音楽家としての名声ではなく、素人の公衆の鑑賞によって楽曲から得られる潜在的な経済的報酬に対する利益である。それゆえ、

問題は、被告が、このような流行曲が対象とする聴衆である素人の聴衆の耳に喜ばれるものを原告の作品から盗用し、原告に帰属するものを不当に使用したか否かである。

間違いなく、特に陪審員による決定が適当な事実上の問題がある。裁判官による事実審理であったとしても、この問題については、諮問的陪審員にその決定を委ねることが望ましい。

・・・原被告の楽曲を聴取したところ、当裁判所は、不当使用の問題について地裁判事が被告勝訴の指示判決を適法に下しうるほど些細な類似性にとどまっていると、結論づけることはできない。」

最後に、判決は、原告による著作権保有の問題を論じて、事件を一審に差し戻した。

[解説]

この判決は、著作権侵害を証明するには(1)原告による著作権の保有および(2)被告による原告著作物の複製の立証が必要であることを前提に、後者の立証のためには、(2-a)被告による複製行為と(2-b)複製行為の違法性の証明が必要であるとする。そして、この判決は、(2-b)複製行為の違法性は、通常人の反応に基づく主観的テストによって認定されるとして、いわゆる「通常の素人による観察者のテスト」(ordinary lay observer test)を確立した。原告の著作物を被告が複製しただけでは必ずしも違法ではなく、複製には違法な複製と適法な複製があること、これを判断するのは(公衆を鑑賞の対象とする著作物においては)専門家ではなく、素人の感性であることを説いた。

なお、この判決における侵害認定方法は、複製行為の違法性の認定において、ニコルズ判決が論じた抽象化テストによる「著作物から保護されない要素の排除」というステップを組み込んでいないことに注意を要する。この判決には、ニコルズ判決を書いたラウンド・ハンド判事も参加していた。この判決においては、目的著作物が音楽著作物であった。音楽著作物を抽象化して、表現である要素とアイデアである要素に分解することにあまりなじまない。そのため、抽象化テストによる「著作物

から保護されない要素の排除」というステップが必要なかったものと想像される。

4 クロフト判決

Sid & Marty Krofft Television v. McDonald's Corp, 562 F.2d 1157 (9th Cir.1977)

[事実]

原告は、不思議の国にすむ住人達を描いた子供向けテレビ番組「パフンスタッフ」を作成した。これが大人気となったところ、被告が自社のハンバーグのコマーシャルにそのキャラクターを使いたいと申し出、原告と協議に入った。しかし、原告の他のライセンシーとの契約と抵触するので、原告は、交渉を取り消した。ところが、被告は、原告のキャラクターに類似したキャラクターを使って、コマーシャルを作成し、放送した。

そこで、原告は被告をカリフォルニア中部地区連邦地方裁判所に著作権侵害で訴えた。地裁は著作権侵害を認定し 50,000 ドルの損害賠償を認めたが、原被告それぞれが第9巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。原告は、賠償額を不服とし、被告は、著作権侵害を争った。

[争点]

実質的類似性をどのように認定するか。

[判旨]

第9巡回区連邦控訴裁判所は、著作権侵害の認定方法について、次のように判示した。

「著作権侵害を立証するには原告は著作権の保有と被告による『複製』を証明することが必要だと、よくいわれている。・・・そこでいう『複製』は、状況証拠として、著作物に対するアクセスと原被告著作物間の実質的類似性によって証明できるといわれている。・・・

これらの命題によれば、侵害は、著作権の保有、アクセス、および実質的類似性の証拠によって証明されることになる。しかし、この命題を適用すると、支持できない結果を生み出してしまふ。というのは、たとえば、著作権は安く作った石膏の裸婦像にも生ずる。著作権の保有が証明されるので、その後に裸婦像を作ろうとする者は、実質的類似性とアクセスが証明されれば侵害者と認定される重大なリスクに直面することになってしまう。大抵の裸婦像は安く作った石膏のものと常に実質的に類似しているので、原告の証明責任はささいなものとならう。

明らかに、著作権の保護範囲は、そこまで及ばない。何らかの制約原理が必要である。『アイデア』とそのアイデアの『表現』との区分という古典的な原理が、これを与えてくれる。この原理は、著作物に与えられる保護はアイデアの特定の表現のみに及び、アイデアそれ自体に及ぶことはないという、著作権法の大原則である。この原理は、二つの相反する社会的利益を調和させようとするものである。すなわち、個人の創作活動と努力に対して報償を与えること、そして、同時に、国民にそれを使用することによる恩恵と進歩を享受させることである。

それゆえ、著作権侵害訴訟における真の課題は、アイデアそのものの複製ではなく、アイデアの表現の複製があるか否かを判定することである。・・・困難は、保護される表現から保護されないアイデアを分離しようとするところにある。ニコルズ判決に定式化されたラード・ハンド判事の有名な『抽象化テスト』以上の理論を提唱する裁判所も学者も現れていない。・・・

したがって、侵害の認定方法は、新しい局面に来ている。著作権の保有と著作物に対するアクセスがなければならない。しかし、また、一般的アイデアのみならず当該アイデアの表現にも実質的類似性がなければならない。このように、実質的類似性の要件には、分析過程における二段階を暗示している。

アイデアにおける実質的類似性の有無の判断は、往々にして、単純である。裸婦像の例に戻れば、そこに体现されたアイデアは、裸婦の石膏

による再生という単純なものである。アイデアの類似性の認定は、事実認定者によって決定されるべき事実問題である。・・・

これを外部テスト(extrinsic test)と呼ぶべきである。事実認定者の反応ではなく、列挙および分析されうる基準に基づくので、外部的である。この基準には、含まれる図版の種類、使用される材料、主題、および主題のための設定が、含まれる。これは外部テストであるので、分析的手法や鑑定意見が適当である。さらに、この問題は、場合によっては法律問題として決定されうる。

表現方法における実質的類似性の有無の判断は、常に、微妙かつ複雑である。・・・アイデアにおける実質的類似性がある場合、事実認定者は、侵害を構成するような表現における実質的類似性の有無を判断しなければならない。

表現における実質的類似性の有無を認定するテストは、通常の合理的な人の反応に基づくので、内部テスト(intrinsic test)と名付けられるべきである。・・・外部テストにあたるような外部的基準や分析に基づかないので、内部的である。・・・これは内部テストであるので、分析的手法や鑑定意見は適当ではない。

アーンシュティン判決は、いまわれわれが明快に示したアイデアと表現の二分法をいいかけたものと思われる。アーンシュティン判決では『複製』自体を侵害とはいわないので、それは、単に、著作権で保護されないアイデアの複製を意味するに違いない。侵害を構成するには、複製は『不当な使用』または保護される表現の複製に至っていなければならない。」

被告は、原告の著作物のアイデアを使用したことは認めたが、表現までは使用していないと主張した。そして、被告は、表現の非類似性を分析的に立証した。これに対して、裁判所は、表現の類似性の認定には上記の「内部テスト」が適用され、分析的手法は不適當であるとしてこれを退けるとともに、陪審員による事実認定に明白な過誤はないと判断した。

次に、裁判所は、被告の主張するマージ理論の抗弁について検討する。

「被告は、分析的手法が適当である、また、争いになっている著作物が演劇著作物ではなく物であるから複写もしくはほぼ同一であることが必要だ、と主張する。そして、被告は被告側の著作物が原告側の著作物にほぼ同一であるが故に侵害が認められた数多くの判決を引用する。・・・しかし、被告は、当該著作物が物であるからではなく、著作物の表現とアイデアが不可分であるがゆえに、ほぼ同一であることが必要とされる場合があるということを理解していない。・・・

表現がアイデアに新規または付加的なものを何も与えない場合に、アイデアと表現が重なり合う(coincede)。・・・われわれの挙げた例に戻れば、石膏の裸婦像のアイデアは、安価な製造方法を使った場合には、おそらくアイデアの表現に重なり合うこととなろう。その石膏像の表現には、石膏の裸婦像というアイデアを越えた分離可能な特徴は見出せないだろう。

アイデアと表現が重なり合う場合には、まったく同一の複製行為以外には保護が与えられない。・・・

本件では、実質的類似性の基準以外の基準を適用するべきではない。本件は、法律上の問題としてアイデアがそのアイデアの表現から分離不可能の場合ではない。」

被告は、さらに、著作権法が連邦憲法修正 1 条の表現の自由に違反すると主張した。これに対して裁判所は、つぎのように論じた。

「連邦最高裁判所は、著作権法が芸術的創作活動に対するインセンティブを与えるために必要であり、これが結局は公共の福祉を増進することを認めている。

しかし、最高裁は、修正 1 条の著作権に及ぼす影響については論じていない。最高裁がこれを論じていないのは、これを無視したのではなく、アイデアと表現の二分法がすでに著作権と修正 1 条の相反する利益を調和させているとの事実があるからだと思われる。著作権は表現の保護にとどまるから著作権はアイデアの「市場」を制限しない。・・・

公共的利益をなすアイデアは、著作権に服さない。アイデアの特定の表現方法が服するのである。・・・同様に、歴史的人物についての事実は、すべての人が自由に使うことができる。しかし、伝記中の事実の表現が実質的に複製された場合には、侵害が認められる。」

以上のように論じて、実質的類似性を認めたが、アクセスについても、被告の代表者が原告の本社を訪れ、技術・設計について協議している事実から、裁判所は被告の原告著作物へのアクセスを認めた。

最後に、裁判所は、一審の著作権侵害の認定を支持しながらも、原告の主張どおり損害賠償額の算定について一審の判断の誤りを認め、事件を差し戻した。

[解説]

この判決は、実質的類似性の認定に外部テストと内部テストの二段階テストを提唱し、三段階テストをとる後掲のアルタイ判決がでるまでの15年間、第9巡回区のみならず他の巡回区にも大きな影響を与えた。

複製(copying)は、状況証拠として、アクセスと実質的類似性の立証によって、認定される。クロフト判決は、□実質的類似性をアイデアの複製ではなく表現の複製を認定するための類似性であるとする。そして、□実質的類似性は、アイデアの類似性を認定する外部テストと表現の類似性を認定する内部テストとのいわゆる二段階テストによって、認定されるとする。しかし、このクロフト判決の考え方には、いくつかの問題点がある。

第一の問題点は、「実質的類似性」の概念である。類似性には2種類ある。一つめは、被告が原告の著作物を（保護要素に及ぶかどうかは別にしても）複製した行為があるかどうか[問題A]を認定するための類似性である。二つめは、被告にこのような複製行為があった場合に、複製がアイデアの要素の複製にとどまらず表現の要素の複製に及んでいる[問題B]として、表現の要素における複製が表現の違法な複製に当たるか[問題C]を認定するための類似性である。直接証拠またはアクセスと実質的類似性による状況証拠で証明されるという複製行為は、複製行為の直接証拠である複製の自白とか目撃証言で証明されるところの(ア

アイデアの要素か表現の要素かを問わない)複製行為と同じものである。その状況証拠として必要なのは、Aの類似性であってもCの類似性ではない。ところが、Bの問題やCの問題は、複製行為があった場合における、当該複製行為の違法性の問題である。したがって、クロフト判決にいう「実質的類似性」の概念は、Aの類似性とは、別個に検討されるべきBの問題やCの問題を先取りしている。Aの類似性の問題は、純粹に客観的な事実存否の単純な問題である。たとえば、被告のプログラムに原告のプログラムと共通のエラーがあったとすれば、Aの類似性認定の決定的証拠となるが、BやCの問題を認定する証拠とは必ずしもならない。というのは、エラー部分が保護される要素とは限らないからである。

第二の問題点は、二段階テストの中身である。クロフト判決は、表現の複製の有無を判定するためにアイデアの類似性と表現の類似性に分けて類似性を検討する。すなわち、外部テストでアイデアの類似性が認められれば、内部テストで表現の類似性を検討するとする。しかし、アイデアに類似性のある表現には、表現自体に類似性のあるものと表現自体には類似性がないものがある。したがって、内部テストでは、類似性が表現の要素に及ぶのか否かを判断しないまま、実質的類似性の認定が素人の感性でなされることとなる。すでに少なくともアイデアにおいて類似しているのであるから、何がアイデアで何が表現かの区別基準を持たない素人が類似性を肯定するのは当然である。すなわち、この二段階テストでは、事実上アイデアが類似していれば即実質的類似性があると認定される危険がある。

論理的には、Bの問題として表現の要素が類似している場合に、表現の類似性が表現の複製に至るものかというCの問題が次にくる。類似しているのがアイデアの要素にとどまるのか、表現の要素に及ぶのかというBの問題は、ニコルズ判決が述べるように、抽象化の過程でどこに線を引くかという、困難ではあるが単純な問題である。クロフト判決でも、外部テストとしてアイデアの類似性を外部テストによって判断できるとしているので、アイデアの要素と表現の要素を分けることは、外部的基準でできる問題であることを前提にしているはずである。

次の問題、表現の要素に類似性があるとしてそれが表現の複製に至るのかという問題は、(著作物の性質によっては素人の感性による)主観的な判断が必要である。ところが、クロフト判決の「内部テスト」は、

このBの問題とCの問題をまとめて、素人の感性にゆだねるものである。さらに、Aの問題までこの判断で含まれている。

クロフト判決は、その二段階テストについてアーンシュティン判決を援用しているが、アーンシュティン判決の方が正しい。アーンシュティン判決においては、二つの類似性の問題をはっきり別のものであるとしている。すなわち、Aの複製認定の「類似性」の問題に外部テストを適用し、Cの「違法な複製（不当な使用）」の問題に内部テストを適用している。複製がアイデアの要素にとどまるか表現の要素に及ぶかというBの問題には内部テストを適用していない。

5 ブラウンバッグ判決

Brown Bag Software v. Symantec Corp., 960 F.2d 1465 (9th Cir. 1992)

[事実]

被告シマンテック社は、1983年に、最初のコンピュータ・アウトライナー（プログラムをディスプレイ上で作成・編集できるようにするプログラム）である ThinkTank を開発し、販売した。被告フレンドは、ThinkTank に啓発されて PC-Outline というアウトライナーを開発し、その著作権を原告に譲渡した。その譲渡契約において、被告フレンドは、原告から PC-Outline の一定のライブラリーとルーティンの使用許諾を受けた。

他方、被告フレンドは、被告シマンテックの委託を受けて ThinkTank の改良版である Grandview を開発し、被告シマンテックは、これを販売した。Grandview のコンピュータ・ディスプレイと機能が原告の PC-Outline のそれと似ていたため、原告は、被告らを著作権侵害等でカリフォルニア北部地区連邦地方裁判所に訴えた。

地裁は、クロフト判決の二段階テストを修正し、外部テストはアイデアのみならず表現の類似性についても分析的手法によって検討する客観テストであり、内部テストは表現の類似性を合理的な通常人の反応によ

る主観テストであるとした。そして、両プログラムの類似点（５点）を分析的に検討し（外部テスト）、類似点のなかからアイデア、アイデアとマージした表現、創作性の無い表現等の保護されない要素における類似点を排除し、類似点のうち残った保護される表現の要素は被告が使用許諾を受けているものであると認定して、内部テストを経ずに、事実審理省略判決(summary judgment)をもって原告の請求を棄却した。

そこで、原告は、地裁の二段階テストの適用の仕方には誤りがあるなどとして、第９巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

実質的類似性の認定に二段階テストを適用するに当たって、外部テストにおいて、アイデアの類似性のみならず表現の類似性をも分析的手法で判断してもよいか。（その他の争点については省略）

[判旨]

第９巡回区連邦控訴裁判所は、著作権侵害訴訟において原告は原告による著作権の保有と被告によるその複製を立証しなければならず、複製の立証のためには被告による原告の著作物へのアクセスと原・被告著作物間の実質的類似性を立証できると述べたのち、次のように実質的類似性の認定方法について判示した。

「当裁判所は、クロフト事件において、実質的類似性の二段階テストを定めた。クロフト判決の外部テストの当初の公式にしたがえば、原告は、当該両プログラム間の『アイデアの類似性』のみを証明すれば足りた。しかし、現在では、外部テストは、アイデアの類似性以上のものを審査する。本件の地方裁判所が理解したように、外部テストは、『列挙・分析される一定の基準に基づく客観テスト』である。したがって、外部テストは、表現の客観的分析になっている。[ショー判決]・・・

当裁判所は、外部テストを書き換えることによって、アイデアのみならず表現をも比較する道具として『分析的手法』を残すつもりである。したがって、地裁が、両プログラムの表現の比較に分析的手法を用いたのは、誤りではなかった。特に、地裁がオープニングメニューを表す両

スクリーンにおけるプログラムの表現を比較した [訳者注：その結果、地裁は審理に付すまでもなく明らかに類似性はないと判断した] のは、適切であった。

保護されていないかまたは保護されえない著作物に含まれる5つの類似点に地裁が分析的手法を用いたのもまた適切であった。しかし、理由は全く異なる。この分析的手法は、実質的類似性の評価とは関係がなく、したがって、クロフト判決が分析的手法の利用に課した制限に服するものではない。ところが、地裁は、保護されない表現から生じた類似性であるか否かを決定するために分析的手法を適用した。ここでは、分析的手法は、類似性の比較や侵害の判定のために使用されるのではなく、原告の著作権の範囲を確定するために使用されるのである。

この点を強調しておく。分析的手法は、侵害の要件に関係するだけではなく、著作権の保有にも関係する。著作権保有の要件の一端は対象物の著作物性であるが、もっといえば、著作権が認められる範囲である。原告の著作物が保護されないかまたは保護されえないかぎりにおいて、著作権は、制限されなければならない。・・・したがって、データースト判決が言うように、原告の著作物における著作権の範囲とは無関係に両著作物間に類似性が認められる場合、類似性によって立つところが特定され、かつ特定されたものに原告の著作権が及ぶのかについて判断がなされなければならない。」

以上のように論じて、地裁の著作権侵害についての判断を支持したが、地裁が原告の連邦商標法（ランナム法）上の請求について判断を落としているとして、事件を地裁に差し戻した。

[解説]

本件判決は、ショー判決(本件と同じ第9巡回区連邦控訴裁判所の1990年判決)で示された修正二段階テストをコンピュータ・プログラム著作物に適用した最初のものである。

クロフト判決の解説において述べたとおり、クロフト判決の二段階テストでは、素人の主観による内部テストに、複製行為の存否を認定す

るための類似性、 アイデア等の非保護要素の排除、および 違法な複製にいたる表現の類似性の3つの問題を負わせている。

本件の地裁判決(1989年)は、前二者(および)を分析的手法による外部テストに移した。これによって、クロフト判決の解説において指摘したその致命的欠陥を回避した。その結果、地裁判決のアプローチは、最後の点()を素人の主観的テストに委ねることを除き、後述のアルタイ判決(1992年)と同じアプローチを先取りしていた。

ところが、本件控裁判決は、 の問題を著作権保有の問題であるとする。 との問題については、ショー判決を受けて、類似性の判断を素人による主観テストに委ねる前に分析的手法による客観テストに服せしめる。このアプローチは、クロフト判決が持っていた致命的欠陥を回避はしているが、 の問題を著作権保有の問題としているところで、概念的整理が不十分であり、コンピュータのような著作物について素人の主観的テストを必要としているところで、アーンシュティン判決に示された「通常の素人による観察者のテスト」の思想を克服できていない。後述のアルタイ判決の解説を参照されたい。

6 アルタイ判決

Computer Associates Intern., Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992)

[事実]

原告は、IBMコンピュータ用の業務管理プログラム「CA - スケジューラ」を開発し、販売していた。「CA - スケジューラ」には、IBMコンピュータ 370 シリーズで使用されている3種類のオペレーティング・システム(「OS」)のいずれでも作動するように、翻訳プログラム「アダプター」が組み込まれている。

被告は、同じく、IBMコンピュータ用の業務管理プログラム「Z E K E」を開発し、販売していた。しかし、「Z E K E」は、1種類のOSで作動するだけであった。そこで、被告は、原告から移籍してきたブ

プログラマに、他の種類のOS用の「Z E K E」の開発をさせた。しかし、そのプログラマは、それぞれのOS用に「Z E K E」を書き直すのではなく、「Z E K E」に各OS用翻訳プログラムを組み込むことを提案し、承認を得た。当該プログラマは、原告を辞めるときに「アダプター」プログラムのソースコードのコピーを持ってきており、「Z E K E」用翻訳プログラム「オスカー 3.4」の作成にあたって、約 30%を複製した。

そこで、原告は被告をニューヨーク東部地区連邦地方裁判所に著作権侵害とトレードシークレット侵害で訴えた。被告は、上記プログラマによる「アダプター」プログラム複製の事実を訴状によって知り、当該プログラムを外したメンバーで「オスカー 3.4」を書き直し、「オスカー 3.5」を作成し、これを販売するとともに、「オスカー 3.4」の購入者には無償で「オスカー 3.5」と取り替える処置をとった。連邦地裁は、「オスカー 3.4」について著作権侵害を認め、「オスカー 3.5」については著作権侵害を否定し、トレードシークレット侵害は州のトレードシークレット法が連邦著作権法によって無効であるとしてこれを否定した。そこで、原告が第 2 巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

プログラム著作物の非文字的要素を複製することは著作権侵害となるか。州のトレードシークレット法が連邦著作権法によって排除されるか。

[判旨]

第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、著作権侵害認定の要件および著作権保護の範囲について、次のように論ずる。

「著作権侵害訴訟においては、原告は、自分が有効な著作権を保有していること、および、被告が当該著作物を複製したことを立証しなければならない。・・・原告は、直接証拠によって、または、たいていの場合がそうであるように（１）被告が原告の著作物にアクセスをもっていたことと（２）被告の著作物が原告の著作物性のある素材に実質的に類

似していることを証明することによって、被告による複製を証明することができる。・・・

一般的に、また程度はさまざまであるが、著作権の保護は、言語著作物の厳格な意味での文字的形式を越えて、非文字的構成部分に及ぶ。当裁判所が[ニコルズ判決において]判示したように、『権利の及ぶ範囲が文章の字句に限定されえないということは、・・・言語的財産に対する保護として本質的である。さもなければ、盗用者は、些細な変更によって、侵害を免れることとなってしまう』。・・・

コンピュータ・プログラムは前記の制定法上の定義規定中に特に列記されてはいないが、立法過程をみれば、連邦議会がこれを言語著作物と考えていたことは疑問の余地がない。・・・この前提からの三段論法には、説得力がある。言語著作物の非文字的構造が著作権によって保護され、かつ、立法府のいうようにコンピュータ・プログラムが言語著作物であるならば、コンピュータ・プログラムの非文字的構造は著作権によって保護される。・・・当裁判所は、この論理に与する判例群に参加することに何の留保ももたない。・・・しかし、検討すべきことはこの結論で終わるわけではない。・・・」

次に、裁判所は、非文字的要素のうちいかなるものが著作権によって保護されるかを検討する。アイデアと表現の二分法およびマージ理論について、次のように論ずる。

「著作権はアイデアを保護するものではなく、アイデアの表現のみを保護するというのが、著作権法の大原則である。・・・このコモンロー上の法理は、制定法に成文化されている。著作権法 102 条 b 項は、『創作的著作物に対する著作権の保護は、著作物を記述、説明、描写または収録する形式のいかんを問わず、いかなる場合においても、アイデア、手続、処理方法、方式、操作方法、概念、原理、または発見には及ばない。』と規定する。・・・

連邦議会は、コンピュータ・プログラムについて特別の例外を設けなかった。反対に、立法過程をみれば、コンピュータ・プログラムに対す

る保護は、アイデアそれ自体とは区別して、プログラムによる創作的アイデアの表現にのみ及ぶことが明らかである。・・・

アイデアと表現との間に線を引くことは、困難な仕事である。ランド・ハンド判事は、『誰もその境界を固定したこともないし、誰もこれをなしうるものではない。』と述べている。・・・

さらに、コンピュータ・プログラムの実用的性質が、アイデアをその表現から分離する仕事を複雑にしている。コンピュータ処理と抽象的アイデアを具現化するために、プログラムの内容は、創作的表現と技術的表現が合わさったものとなっている。実用的著作物における表現と異なり、純粋に創作的な作品における表現の多様性は、実際の適用を目的とはしていない。・・・

実用著作物を分析する法理のはじまりは、成熟した形ではないが、ベーカー対セルデン事件にある。・・・会計学の教科書とコンピュータ・プログラムはともに一定の結果をもたらす規則または指示の組み合わせであるという範囲において、両者はほぼ類似している。前者では、人間が手順を処理するが、後者では、電子的手段が手順を処理する。いずれの場合においても、前述のとおり、処理方法(processes)は保護されない。しかし、ベーカー判決の判示は、これにとどまらない。最高裁判所は、著作物が伝えるところのアイデアや方式や手順に付随して使われることが必要である著作物の要素も、著作権の保護を受けないと、判示した。・・・この理由付けに基づいて、同様に、当裁判所は、コンピュータ・プログラムの機能に必然的に付随するその要素は保護されないと考える。」

そして、裁判所は、アイデアを表現からどのように分離するか、またアイデアにマージした表現をそうでない表現からどのように見分けるか、について方法を検討し、三段階テストを立てる。

「ウエラン事件において、当該裁判所 [第3巡回区連邦控訴裁判所] は、本件におけると同じ問題に直面した。・・・当該裁判所は、その二つ [アイデアと表現] を分けるにあたって、次のような概念的アプローチをたてた。すなわち、『アイデアと表現との間の線引きは、問題となっている著作物が達成しようとしている目的に照らしてなされうる。い

い方を変えれば、実用著作物の目的ないしは機能は、当該著作物のアイデアであり、当該目的ないしは機能に必要なでないものは全てアイデアの表現の一部である。』・・・この分野における代表的学者[ニマー]は、『ウエラン判決の理由付けにおける致命的欠陥は、著作権法上の用語としての“アイデア”がコンピュータ・プログラムには一つしかなく、いったん一つのアイデアをみつければ後はすべて表現だと考えたところにある』と述べている。・・・すでに述べたように、コンピュータ・プログラムの究極の機能ないしは目的は相互に作用するサブルーティンの複合的結果である。各サブルーティンはそれ自身プログラムであり、したがって、それぞれアイデアをもっているので、プログラム全体の目的をプログラムのアイデアと同視するウエランの一般的定式は、ものごとを正しく表していない。・・・

当裁判所は、ウエラン判決におけるコンピュータ・プログラムのアイデアを表現から分けるアプローチは形而上学的概念区分に重きをおきすぎており、実際の配慮に十分な重点を置いていないと考える。・・・当裁判所が論ずる事件が示すように、この問題に対する満足のいく答は、先験的に哲学的な原理に頼っているとは、得られるものではない。

当裁判所は、ここに論ずるとおり、地方裁判所がコンピュータ・プログラム間の非文字的要素が実質的に類似しているか否かを決定するには、抽象化テストに基礎を置く三段階手続を行うべきであると考えます。このアプローチは、何も新しいものをもち込もうというものではない。むしろ、マージ理論(merger doctrine)やありふれた情景の理論(scenes a faire doctrine)やパブリック・ドメイン(public domain)のような著作権法上なじみのある理論を利用するものである。しかし、当裁判所は、このアプローチをとるにあたって、コンピュータ技術が司法判断を時代遅れにする程ダイナミックな領域であることを認識している。したがって、問題となっている技術が以下に述べる手続を文字どおりに適用することを許さない場合においては、当巡回区所在の地方裁判所は、その修正版の使用が許されないものと当裁判所の意見を読んではならない。

このアプローチに基づいて実質的類似性を判定するについては、裁判所は、まず、侵害されたと主張されるプログラムをその構成要素である各構造部分に分解する。次に、これら構成部分から、組み込まれているアイデア、これらアイデアに必ず付随する表現、およびパブリック・ドメインから持ってこられた要素を検査することによって、裁判所は、保

護されない素材を排除することができるようになる。この排除手続の後に創作的表現の核心が残されるので、裁判所の最後の手続は、その素材について、侵害すると糾弾されている被告のプログラムと比較することである。この比較の結果は、問題となっているプログラム間に、保護される要素について著作権侵害となるだけの実質的類似性があるか否かを決するものである。」

以上のように三段階テストによって実質的類似性を判断すると判示したのに続いて、各ステップを詳述する。まずは、抽象化(abstraction)のステップについて、次のように述べる。

「第1ステップ： 抽象化

[ニコルズ判決の] 抽象化テストはもともと小説や演劇の著作物に関連して適用されたが、コンピュータ・プログラムにも応用可能である。ウエラン判決のアプローチとは対称的に、抽象化テストは、当該著作物は多くのアイデアと表現からできていることを暗黙の前提としている。・・・

まず、裁判所は、理論的にはリバースエンジニアリングに似た方法で、侵害されたと主張される著作物を分解し、著作物中の抽象化の各レベルを分離していく。このプロセスは、コードからはじまり、プログラムの究極的機能を一言で表すことで終わる。この過程においては、プログラムの創作のさいにとられたのとは逆の順序で、設計者の各ステップを追跡し、書き留めていくことが必要不可欠である。」

裁判所は、第2のステップ、排除(filtration)テストについて次のように述べる。

「第2ステップ： 排除

このプロセスは、抽象化の各レベルにおいてそれぞれを構成する要素を検討し、各要素がアイデアであるかもしくは効率性の観点によって決

定されたものか、それともプログラム自体の外部的要因によって必要とされたものか、それともパブリック・ドメインから取られたもので非保護的表現か、を判定することを必要とする。・・・

(a) 効率性によって決定された要素

マージ理論の基本となっている原理は、アイデアを表現する方法が基本的には1つしかない場合には、アイデアとその表現は不可分であり、その表現を複製することは禁止されない、というものである。・・・著作権者にアイデアに対する独占権を与えないためには、かかる表現は保護されてはならない。・・・

さらに、プログラマたちがもっとも効率的な方法でユーザーのニーズにあうプログラムを作ろうと競い合っているという事実に鑑みれば、マージ理論をコンピュータ・プログラムに適用することは必要不可欠である。・・・したがって、モジュールの組み合わせが効率的であればあるほど、当該プログラムの構造に具現されたアイデアないしは手順に近づいてくる。・・・

マージ理論によってプログラムのある構造部分に対する著作権の保護が排除されるか否かを判定するには、裁判所は、このモジュールの組み合わせが当該プログラムの手順を効率的に実行するために必要なものか否かを検討しなければならない。もし、答が肯定的であるなら、当該プログラマが選択したモジュールの組み合わせである表現は、その元にあるアイデアとマージしており、保護されない。・・・

二つのプログラムが同じ効率的な構造を含んでいるという事実は、一方が他方を複製したという認定に至る可能性と同じくらい、独自創作によって生じたという認定に至る可能性がある。したがって、類似した効率的構造を示す証拠は取り分けて複製の事実を示す蓋然的証拠ではないので、全体の実質的類似性の分析においては無視されるべきである。・・・

(b) 外部的要因によって決定された要素

当裁判所は、ある時代またはある仮定的主題を書くのに一定のありふれたまたは標準的な道具を使用しないことが事実上不可能である場合には、かかる表現は著作権の保護を受けない、と判示している。・・・これは、ありふれた情景の理論(scenes a faire doctrine)として知られてい

るが、マージ理論と同様に、コンピュータ・プログラムにも類推的に適用される。

プログラムの設計上の選択は、多くの場合、次のような外部的考慮によって制限されている。すなわち、(1)プログラムが作動することを予定されているコンピュータの機械的仕様、(2)当該プログラムとともに作動するように設計されている他のプログラムとの互換性の要件、(3)コンピュータ生産者の設計標準、(4)使用する産業における要求、および(5)コンピュータ産業において広く受け入れられているプログラミング上の慣行等である。・・・

かかる現在の判例法を組み立てていって、当裁判所は、裁判所が外部的要因によって決定されているかも知れない構造的内容についてをも検討しなければならないと考える。・・・

(c) パブリック・ドメインからもってこられた要素

裁判所は、実質的類似性の検討の最終段階にはいる前に、侵害されたと主張されるプログラムからこの要素をも排除しなければならない。」

裁判所は、第3ステップ、比較テストについて次のように述べる。

「第3ステップ： 比較

この時点において、裁判所による実質的類似性の検討は、被告が保護される表現の要素を複製したかという問題と、原告のプログラム全体との関係で被告の複製した部分の評価の問題に焦点が移る。」

そして、実質的類似性の認定に鑑定意見を使用できるかという問題に関して、裁判所は、複製の有無の判断については鑑定意見を使用できるが、その複製が違法であるかの判断については素人の感性によるというアーンシュティン判決の「通常の素人による観察者のテスト」について、次のように論じて、コンピュータ・プログラムへの適用を否定した。

「分析の対象になっているものが通常の素人にそのまま理解でき一般的になじみのある著作物の形態にかぎられているときには、そのアプローチは、その目的をよく果たした。・・・むしろ、コンピュータ・プログラムは裁判官であれ陪審員であれ素人の観察者には少々理解しがたいようであり、したがって、アーンシュティンテストを編み出した人々が予想していた著作物の範疇には入らない、という現実を当裁判所は認める。・・・コンピュータ・プログラムに関して、実質的類似性の事実認定については、当裁判所は、事実認定者は自己の素人的観察眼に縛られることを要しないと信ずる。・・・以上のように判示したからといって、音楽や映像や文学のような芸術を含む著作権事件における実質的類似性の判定について、素人の観察者の伝統的役割を変更するつもりはない。」

以上のようなアプローチから、裁判所は、被告の「オスカー 3.5」中のパラメーター・リストとマクロに二、三の類似性を認めたものの侵害の認定を否定した地裁の事実認定を、明らかな誤りはないとした。

最後に、州のトレードシークレットが連邦法である著作権法によって排除されるかの争点について、排除されるとした地裁の解釈に誤りを認め、この争点についての事実審理を尽くさせるために、事件を地裁に差し戻した。

[解説]

この判決は、実質的類似性の認定に（抽象化 - 排除 - 比較の）三段階テストを提唱し、その後の裁判に大きな影響を与えている。

クロフト判決の致命的な問題点は、非保護要素の排除の手順がすべて素人の感性に委ねられていることであった。このアルタイ判決においては、三段階テストにおいて、客観テストによる非保護要素の排除の手順を組み入れて、クロフト判決の問題点を克服している。クロフト判決の二段階テストでは、前述のとおり、アイデアの類似性を表現の類似性から分離しないまま実質的類似性の認定が素人の感性でなされることとなり、事実上アイデアが類似していれば即実質的類似性があると認定されるおそれがあった。また、ウエラン判決ではマージ理論の適用が狭すぎ

て、伝統的著作権法理からすれば保護されるべきでないものにまでコンピュータ・プログラムに対する保護の及ぶことが問題であった（拙稿「ウエラン対ジャスロー事件」N B L 468 号 54 頁参照）。アルタイ判決は、伝統的著作権法理に基づいてアイデアと表現の二分法とマージ理論をとらえ、抽象化と排除のステップにおいて、アイデアやアイデアとマージした表現を分析的に排除するので、クロフト判決やウエラン判決に見られる問題を一掃している。

しかし、このアルタイ判決においては、三段階テストを複製の違法性の問題ではなく、複製行為存否の問題としている点で、クロフト判決と同じ概念上の混乱を犯している。概念的には、三段階テストの目的は複製行為の認定ではなく、複製の違法性の認定である。「1. はじめに」で述べたとおり、著作権侵害を認定するには原告による著作権の保有と被告による原告著作物の保護される要素の違法な複製の立証が必要である。この要件を分解すると、(a)複製行為の存在、(b)複製の違法性（複製が保護される要素に及ぶこと、および保護される要素の複製が違法な程度に及ぶこと）である。そして、(a)の要件はさらに、(a-1)アクセスと(a-2)実質的類似性によって立証される。(a-2)の実質的類似性は、事実として被告の複製行為があったかなかったかの問題にとどまるのであるが、アルタイ判決では、三段階テストを通じて(a-2)および(b)を含めて「実質的類似性」認定の問題としている。ここに概念的混乱がある。しかし、クロフト判決のような実害はない。

7 ゲイツラバー判決

Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries, Ltd., 9 F.3d 823 (10th Cir. 1993)

[事実]

原告は、工業用ゴムベルトを製造販売しており、販売員用にユーザーの機械に応じた規格のベルトを計算判定するプログラム「デザインフレ

ックス 4.0」を開発した。被告は、日本企業であるが、原告の元従業員を雇って米国で工業用ゴムベルトを製造販売していたところ、原告の元従業員であるピデリーに同様の販売員用プログラム「ショウファー」を開発させた。ピデリーは、原告を辞めるときに「デザインフレックス 4.0」のコピーをもって出ていた。そこで、原告は、コロラド地区連邦地方裁判所に被告を著作権侵害、トレードシークレット侵害等で訴えた。

地裁は、著作権侵害とトレードシークレット侵害をともに認めた。これに対し、被告は、著作権侵害については保護範囲の認定に誤りがあると主張して、また、トレードシークレット侵害については州のトレードシークレット法が連邦著作権法によって排除されるなどと主張して、第 5 巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

著作物に対する著作権による保護は、事実やアイデアに及ぶか。(トレードシークレットについての争点は省略)

[判旨]

第 5 巡回区連邦控訴裁判所は、著作権侵害の認定方法および著作権保護の範囲について次のように論ずる。

「著作権侵害の請求を成り立たせるためには、原告は、(1) 有効な著作権の保有、および(2) 被告による著作物の保護される要素の複製を証明しなければならない。・・・著作権証明書は、期限内に取得されたものであるなら、有効な著作権の一応の証拠(*prima facie evidence*)となる。・・・合衆国法典 17 卷 410 条 c 項によって法律上の推定が成立すれば、被告がこれを覆す責任を負う。

原告は、有効な著作権を保有することを証明すれば、次に被告が著作物の保護される部分を違法に使用したことを証明しなければならない。この問題は、二つの別個の検討を要する。すなわち、(1) 事実上の問題として、被告が原告のプログラムの一部を複製したか、また、(2) 法律上の問題と事実上の問題が混ざった問題であるが、複製されたプロ

プログラムの要素が保護された表現であり、かつその複製された部分の使用が訴えに値するだけの重要性をもっているか、という二つの問題である。・・・

原告は、直接証拠を提出することによって、または(1)被告が当該著作権のあるプログラムにアクセスをもったこと、および(2)当該著作物と複製を糾弾されているプログラムとの間に証拠的類似性があることを示す間接証拠によって、被告による原告プログラムの複製を証明することができる。・・・原告が間接証拠によって複製を証明した場合、被告が原告のプログラムの一部を使用したとの推認を受けるだけである。被告は、独自創作の証拠を提出して、アクセスと事実的類似性による複製の推認を反証することができる。・・・

裁判所による検討は、被告が原告のプログラムを複製したとの事実認定で終わるものではない。著作権侵害責任は、著作物の保護される要素が複製された場合にのみ発生する。[ベーカー対セルデン判決]・・・したがって、著作権侵害責任を課すには、裁判所は、被告が原告のプログラムの保護される要素を複製したこと、および当該保護される要素が全体的にみたときに原告のプログラムの実質的部分をなすことを認定しなければならない。・・・

プログラムのどの要素が保護されるかを決定することは、困難な仕事である。しかし、著作権侵害の範囲を決定する有効な基準は、憲法および制定法上の制約から形成され、判例法が手本を示してくれている。その実質的内容として、当裁判所は、仮処分の事例であったがオートスキル判決においてすでにその使用を承認した『抽象化 - 排除 - 比較』のテストを採用するものである。・・・

当裁判所は、分析の枠組みとして、裁判所は次のようにすべきだと考える。第一に、抽象化テストに定められているように、一般化のレベルを変えていきながら当該プログラムを分解する。第二に、この枠組みに従って、保護されないプログラムの要素を排除するために抽象化の各レベルを検討する。排除テストは、アイデア、手順、事実、パブリック・ドメイン情報、マージした素材、ありふれた情景的素材、その他当該プログラムの事実によって拘束される非保護要素を比較テストから排除する。第三に、裁判所は、残った保護要素を、侵害していると弾劾されているプログラムと比較して、被告が原告のプログラムの実質的要素を不正使用しているか否かを決定する。」

裁判所は、次に抽象化テストについて次のように説明する。

「 1 . 抽象化テスト

分析の第一段階は、侵害されたと主張するプログラムを抽象化テストに従って分解することを含む。・・・抽象化テストは、プログラムの典型的な開発過程と相似した方法でプログラムを解体するので、コンピュータ・プログラムの分解に特に適する。・・・抽象化テストは、それ自体は、プログラムの保護要素を特定するものではない。むしろ、その仕事をなすために使える道具の一つにすぎない。抽象化は、特に、裁判所がアイデアと手順を保護される表現から排除するのに役立つ。

抽象化テストの適用は、必ず、事件ごとに、またプログラムごとに異なる。コンピュータ技術には複雑さと発展がとどまることがないという性格があるので、コンピュータ・プログラムに対して厳密な方法論を述べることはしたくない。大半の事件では、抽象化テストの適用において、鑑定証人が実質的な指針を示すものと予想される。しかし、コンピュータ・プログラムは、多くの場合、少なくとも6つの抽象化レベルに分けることができる。すなわち、(1)主たる目的、(2)プログラムの構造またはアーキテクチャ、(3)モジュール、(4)アルゴリズムおよびデータ構造、(5)ソースコード、ならびに(6)オブジェクトコードの6つである。・・・」

裁判所は、続いて、6つの抽象化レベルについて説明するが、ここでは省略する。次に、排除テストについて、次のように、論ずる。

「 2 . 排除テスト

裁判所は、いったんコンピュータ・プログラムの抽象化諸レベルを確定したら、著作権によって保護されないプログラムの要素を排除しなければならない。著作権法は、『アイデア、手続、処理方法、方式、操作方法、概念、原理、または発見』は保護されないと規定する[法典 17 卷 102 条 b 項]。したがって、裁判所は、これらの非保護要素を排除し

なければならない。また、著作権法の目的を実効的あらしめるために、マージ理論(merger doctrine)およびありふれた情景の理論(scene a faire doctrine)を適用して、非保護要素を排除するのが適当である。

(a) アイデアと表現の二分法

著作権の保護が創作者の創作的表現にのみ及び、その表現に化体されているアイデアには及ばないというのは、著作権法の基本原則の一つである。合衆国法典 17 卷 102 条 b 項は、この基本原則を成文化し、アイデア、概念および原理に対する保護を否定している。・・・たとえば、プログラムの主たる目的または機能は、常に保護されえないアイデアである。同様に、各モジュールも通常それぞれの目的または機能に従って書かれており、モジュールの基本的機能または目的はほとんど常に保護されえないアイデアまたは処理方法(process)である。抽象化の過程の他方の端は、ソースコードとオブジェクトコードである。これらは、プログラムの文字的要素であって、マージ理論およびありふれた情景の理論が働く場合でないかぎり保護されうる表現であるとほとんど常に認められるであろう。・・・構造や、手順や組織等のような抽象化の中間レベルは、一般化しにくい。あるプログラムの構造はアイデアを成しているために保護されえないかもしれないが、他のプログラムの組織や配列は表現であって保護されうるかもしれない。また、もちろん、一つのプログラムにおいて、ある構造的要素は保護されうる表現であり、他の要素は保護されえないアイデアのような要素であることもありうる。

(b) 処理方法と表現の二分法

・・・合衆国法典 17 卷 102 条 b 項は、手続、処理方法、方式および操作方法に対する保護を否定している。・・・処理方法自体は著作権性はないが、その処理方法の記述に創作性が認められるかぎり、その記述は保護されうる。・・・処理方法は、主たる目的の抽象化レベルを除き、どのレベルにおいても見出される。もっとも多くの場合、処理方法は、システム・アーキテクチャの一部として、モジュール内の操作手順として、または、アルゴリズムとして、見出される。

(c) 事実

また、著作権法は、発見に対しても保護を否定する。・・・アイデアや処理方法と同様に、事実自体は、保護されえないが、著作者による創作的な事実の配列や選択は著作権によって保護されうる。・・・しかし、

著作権は当該選択や配列に限定される。いかなる場合であれ、著作権が事実自体に及ぶことはない。コンピュータ・プログラムにおいては、事実は、多くの抽象化のレベルにおいて見出されうるが、データ構造の一部としてまたはソースコードやオブジェクトコードの文字的要素として見出されることが多い。

(d) パブリック・ドメイン

・・・著作権法における創作性は、著作物が当該著作者によって独自に創作したことおよび最低限の創造性を有していることを要件とする。・・・したがって、著作権侵害を認定する場合、裁判所は、パブリック・ドメインに属する要素等、プログラムのうち創造性のない要素を排除しなければならない。・・・プログラムにおいては、創作性のない要素は、どのレベルにおいても見出されうる。・・・

(e) マージ理論

マージ理論に基づき、著作権の保護は、表現の背後にあるアイデア、処理方法または発見と不可分または一体となった表現に対しては、否定される。・・・裁判所がアイデアの表現方法が一つまたは二、三しかない場合にその表現方法に対して独占権を与えると、アイデアに期せずして保護を与えることになる。マージ理論は、これを防止する手段として、適用される。・・・

(f) ありふれた情景の理論

ありふれた情景の理論に基づき、ある話題に標準的、平凡もしくはありふれた表現、またはあるありふれたのテーマや設定に必ず付随する表現に対する保護は否定される。・・・アイデアの必要的付随物に著作権の保護を与えると、事実上、このようなアイデアを表現した最初のプログラマに独占権を与えることになる。・・・さらに、ある表現があるアイデア、処理方法または発見の扱い方としてありふれたものである場合には、著作権保護の必要条件である創作性を欠くこととなる。

ありふれた情景の理論は、また、外部的要因に拘束されたプログラムの要素をも、保護の範囲から排除する。・・・コンピュータ・プログラムの分野においては、このような外部的要因は、ハードウェアの規格や機械的仕様、ソフトウェアの規格や互換性の必要、コンピュータ生産者

の設計仕様、使用する産業の慣行や必要性、およびコンピュータ産業のプログラミング慣行に見出される。・・・」

そして、裁判所は、比較テストについて、次のように論ずる。

「 3 . 比較テスト

裁判所が当該創作的プログラムの中から保護されないと認定した要素を排除した後は、保護される要素の部分のみが残り、これが著作権侵害と糾弾されているプログラムと比較される。最終的には、裁判所は、当該創作的プログラムの保護される部分のうち複製されたものが当該創作物の実質的部分であるか否かを認定しなければならない。・・・これは、純粋な量的分析ではなく、本質的に質的分析であり、ケースバイケースで行う必要がある。」

以上のように述べた後、裁判所は、アイデアと表現の二分法やマージ理論等、前記で適用すべきとした法理を憲法・著作権法・判例法から基礎づける作業をする。（この部分は興味深いが、以上に引用した部分と重複するところが多いので本稿では省略する。）

次に、裁判所は、上記の侵害認定方法を一審の認定に適用し、一審の認定方法においては非保護要素の排除がなされていないことから、判決を破棄し（トレードシークレットの争点については判決を支持した）、一審に差し戻した。なお、一審判決が原被告のプログラム間に共通のエラーがある点をとらえて著作権侵害を直ちに認定したのに対して、控訴裁判所は、次のようにこれを否定した。（複製行為の有無を認定するための「類似性」と複製の違法性を認定するための「類似性」が別のものであることを明解に説明するものであるので紹介する。）

「共通のエラーは事実上の問題としての複製行為を証明する強力な証拠であるが、著作権法上何が保護されうるかを決定する役にはたかない。・・・エラーを含む表現は、前述した保護要件に合致するならば保護されうるが、エラーは当然には、保護されるものではない。判決には

このような分析が欠けている。したがって、この点について、差し戻す必要がある。」

[解説]

この判決は、著作権侵害の認定方法を完成させたといっていいいであろう。比較テストにおいて素人の感性によって認定するのか（第9巡回区のアプローチ）鑑定意見を使用できるとするのか（第2巡回区のアプローチ）については論じていないが、侵害の認定要件と保護範囲を画する法理を見事に整理している。この点において、もっとも優れた判決である。

ただし、注意を要するのは、保護範囲を画する法理の枠組みはこの判決の論ずるとおりであるが、個々の法理の概念構成・適用範囲については、完成しているとは思えない。この判決は、たとえば、マージ理論を保護要素の排除のテストとして位置づけるのは正しいが、マージ理論の適用場面についての検討は十分になされてはいない。後述（「IV マージ理論」）のとおり、この判決以前の判例をよく検討すればまだまだ整理の余地はある。したがって、個々の法理については、今後の判例によって発展する余地が多分に残されている。

8 まとめ

[1] 侵害認定要件

著作権侵害を証明するためには、原告は、原告による著作権の保有および被告による原告著作物の保護される要素の実質的な複製を証明しなければならない。（ゲイツラバー判決）

の原告による著作権の保有を証明するうえで、著作権登録証および譲渡届出証が一応の証拠となり、法律上の推定を与える。[410 条 c 項、204 条 b 項]

の被告による原告著作物の保護される要素の実質的な複製を証明するためには、原告は、(a) 被告による複製行為および(b) 複製行為の違法性を立証しなければならない(ゲイツラバー判決)。

(a) の被告の複製行為を立証するには、(a ') 自白や目撃証言のような直接証拠かまたは(a " - ア) 被告の原告著作物に対するアクセスおよび(a " - イ) 原被告著作物間における証拠的類似性の証明による間接証拠によって、証明しなければならない。間接証拠による複製の証明に対して、被告は、独自創作の証明によって複製を覆うことができる。ここでの証拠的類似性は、被告による複製行為の立証のための類似性であって、保護要素の類似性か非保護要素の類似性かを問わない。したがって、原被告の著作物に共通のエラーは、この証拠的類似性の強力な証拠となる(ゲイツラバー判決)。

(b) の複製行為の違法性を立証するには、(b - ア) 複製が保護要素に及んでいることおよび(b - イ) 保護要素の複製が実質的であることを立証しなければならない。(b - ア) の複製が保護要素に及んでいるかの問題に関して、著作物に含まれる要素のうち、事実やアイデア等(処理方法を含む)、(創作性の欠如や著作権期間の終了等のために) パブリック・ドメインに帰した表現、および事実やアイデア等とマージしたまたはありふれた表現は、保護されない。被告の複製が原告著作物のデッドコピーでない場合、すなわち原告著作物の一部要素を複製している場合には、原告著作物を徐々に抽象化し、各抽象化レベルにおける要素を特定し(抽象化テスト)、次に各要素が保護要素であるか非保護要素であるかを判定し、非保護要素を排除する(排除テスト)。被告の複製が原告著作物のデッドコピーの場合には、抽象化テストを経る必要はなく、直ちに、排除テストに入ることになる。最後に、(b - イ) の複製の実質性の問題として、原告の著作物中の保護要素と被告の著作物を比較して、保護要素の複製の有無とその要素の原告著作物における実質性を判定する(比較テスト) (ゲイツラバー判決)。

なお、いわゆる3段階テストは、ゲイツラバー判決では、(b) の複製の違法性の要件の問題であるが、アルタイ判決では、(a " - イ) の証拠的類似性に(b) の複製の違法性の要件が取り込まれ、3段階テストもここに適用されている。また、ブラウンバッグ判決では、(b) の複製の違法性の要件の問題を の著作権保有の問題としている。

[2] 認定方法

の原告による著作権保有、(a) の被告による複製行為、および複製の違法性の要件のうち(b - ア) の保護要素の複製の判定が、客観的な分析的手法によってなしうることには争いはない。

複製の違法性の要件のうち(b - イ) の複製の実質性の判定については、芸術的著作物の場合、素人の感性による(アーンシュティン判決)。しかし、コンピュータ・プログラムのようにそのマーケットが人の感性に依存せず、著作物の機能性に依存する場合には、アルタイ判決がいうように、鑑定意見を使用できるとするのが妥当なように思う。しかし、第9巡回区のブラウンバッグ判決はこの要件の認定に関し素人の感性による判定を必要とし、鑑定意見の使用を認めない。
