

米国著作権法の判例法理

マージ理論

1 はじめに

私がアメリカ著作権法に接して最初に関心を持つようになったのは、このマージ理論であった。表現とアイデアの二分法に従い、著作権法が表現を保護し特許法がアイデアを保護するとしても、アイデアとマージする表現には単純に著作権と特許の重畳適用を考えれば足りるのではないか、という素朴な疑問をもった。アメリカ著作権に関するコンピュータ関連判決に始まり、1879年のベーカー判決に至ってようやく、その思想がみえてきた。マージ理論を論じた判決をこれまでに分類整理したところを以下にご紹介する。

マージ理論は、先に紹介したベーカー判決において展開され、著作権法上確立された。マージ理論は、表現とアイデアの二分法と並んで、著作権の本質を成す二大法原理である。すなわち、知的財産権のうち、特許権と著作権はともに創作活動の促進を目的とする制度であるが、両者の違いは、（特許権が技術の創作を目的とし、著作権が芸術の創作を目的とするのではなく）、特許権がアイデアの創作を目的とするのに対して著作権は表現の創作を目的とする（＝アイデアと表現の二分法）。そして、アイデアの公共性は表現の公共性よりも大きく、アイデア使用の自由が表現保護よりも優先するので、ある要素がアイデア即表現である場合（アイデアに対する特許権による保護と著作権による保護とが独立的に適用されるのではなく）、アイデアの自由使用のために表現に対する著作権による保護が否定される（＝マージ理論）。

伝統的著作物である音楽や美術の著作物においては、その著作物の要素の中に表現の要素は見出せてもアイデアの要素は見出しにくかった。ここでは、マージ理論の適用が議論されることはなかった。しかし、伝統的著作物でも小説等の言語著作物においてはその要素のなかにアイデアの要素と表現の要素が容易に見出せたので、従来マージ理論はもっぱ

らこの分野において発展してきた。コンピュータ・プログラムの登場によって、マージ理論はその重要性を発揮している。コンピュータ・プログラムの開発者は、どのような機能を持たせるかの工夫（アイデア）に他社との差別化を図るが、これをプログラム言語でコード化すること（表現）は比較的機械的作業であり他人との間で差別化する余地があまりないので、プログラムのうち機能の側面を著作権で保護することを期待する。しかし、プログラムに対する著作権判例の発展は、プログラムのうち機能の要素はアイデアであって保護されない（アイデアと表現の二分法）、また表現の要素であってもアイデアとマージする要素は保護されない（マージ理論）ことを明らかにする過程であったといえる。コンピュータ・プログラムにおいては、その機能性が全体の構成原理であるだけに、アイデアとマージする部分がきわめて広くなる。マージ理論が特にコンピュータ・プログラムにおいて重要な役割を果たしている所以である。

そこで、マージ理論の思想と適用範囲を検討し、これに関連する創作性の概念を論じてみたい。マージ理論の思想は、前述のベーカー判決が論ずるとおり、アイデアは特許権で保護されないかぎり何人も自由にこれを使用することができなければならない（アイデア使用の自由）、アイデア使用の自由は表現の保護に優先するというものである。マージ理論の適用範囲については、表現とマージする「アイデア」には何が入るのか、アイデアと表現はどのような「態様」においてマージするのか、また、アイデアと表現がマージする場合に著作権の保護の「効果」はどうか、という3つの論点があるが、これについては以下に紹介する判例によって解答を明らかにしていきたい。また、マージ理論と創作性の概念については、「II 創作性の概念」「5 ファイスト判決」の解説においてすでに論じたが、さらに最近話題となっている「スイ・ジェネリス権」との関係をつまえて、「まとめ」において検討を加えたい。

2 メイザー判決

Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954)

[事実]

原告シュタインは、電気ランプの製造販売業者であるが、テーブルランプの台として使用する目的でダンサーを型取った像を作成した。この像にランプやシェードをつけて電気ランプとして販売したが、後にこの像だけについて「美術著作物」として著作権登録を行った。

原告と同じく電気ランプの製造販売業者である被告メイザー等は、原告に無断で原告のダンサー像を複製し、これを使って電気ランプを製造販売した。

これに対して、原告は、被告メイザー等を著作権侵害で訴えた。被告は、原告の著作物は実用品に利用されたのでその著作権が無効であると主張した。連邦地裁は、被告の主張を認めたが、第4巡回区連邦控訴裁判所は被告の主張を退け、原告の著作権の有効性を認めた。そこで、被告は、装飾的価値があっても実用性をもつ製品は意匠特許権によって保護されるべきであるからこれに対する著作権は無効であると主張して、連邦最高裁に上告した。

[争点]

実用品に使用する目的で複製することを意図された物は、意匠特許権によって保護され、著作権の保護は与えられないか。

[判旨]

連邦最高裁は、まず、立法の経過から、1909年著作権法に定める「美術著作物」が「純粹美術」にかぎられるものではなく、実用品に使用する目的で複製することを意図された著作物を含むと認定した。

次に、被告が工業的用途に使用される像に対する保護は意匠特許権によってのみなされるべきであると主張する点に関して、最高裁は、意匠特許権(design patent)制度が商品に複製された著作物の保護を否定するか否かについて次のように論ずる。

「当裁判所は、ランプとして特許性があるがなかろうが、当該像の特許性が美術著作物としての著作権を妨げることはない」と判断する。著

著作権法も他の法律も、ある物が特許性があるから著作権が認められないとは、っていない。当裁判所もそうは考えない。

特許権と異なり、著作権は開示された技術に排他的権利を与えるものではない。著作権の保護は、アイデア自体ではなく、アイデアの表現にのみ与えられる。・・・美しいものに対する保護の区別は、美か実用性かにあるのではなく、著作権の対象となる美的表現か意匠特許の対象となる創作的かつ装飾的デザインの発明かにある。当裁判所は、著作権の対象となりうるものを工業目的で使用しまたは使用する意図があることによってこれに対する著作権登録を妨げまたは無効にするという主張には、著作権法上なんらの根拠もないと認定する。当裁判所は、著作権法にこのような制限を読み込むことはしない。

また、当裁判所は、工業製品の一部として発行された著作物をその後著作権登録することが著作権のミスユースとも考えない。これは、像を著作権登録した後に工業製品に使用するのは異なる・・・。

『著作権法は、特許権と同様に、その保有者に二次的報酬を与えるものである』。しかし、著作権法は、明らかに『過大な要件を課すことなく著作者、出版社等に経済的価値があり法的強制力のある権利を与えること、また言語著作物や美術著作物の製作をより大きく振興させることを、意図している。』

特許権及び著作権を与える立法権限を連邦議会に付与する連邦憲法の条項の背後にある経済思想は、個人的な利得を与えることによって個々の努力を振興することが『科学及び有用な技芸』の分野における著作者や発明家の才能を通じて公衆の福利を促進する最良の方法であるとの確信である。かかる創造的活動に費やした犠牲的日々は、行われたサービスに相応しい報酬をもって報いられる。よって、控訴審判決を維持する。」

	芸術	技術
アイデア		発明
表現	文学・音楽・美術	

[解説]

このメイザー判決は、直接的にはマージ理論を論じるものではない。この判決のマージ理論における重要性は、美術工芸品等実用品における著作権の保護に関し、アイデアと表現の二分法を適用し、実用品におけるマージ理論適用の道を開いたことにある。

美術工芸品等実用品の保護については、特許権や意匠権（米国では意匠特許権）による保護と著作権による保護との関係が問題となる。日本では、美術工芸品等実用品は意匠権で保護されるから著作権の保護は原則的に否定するアプローチをとっている。ここでは、特許権や意匠権の保護と著作権の保護の違いを技術作品か芸術作品かの違いと見る思想がある。米国では、本件事件の被告の主張のように、ベーカー判決以降もこのメイザー判決以前は日本と同じような発想があった。これに対して、このメイザー判決は、ベーカー判決と同じアプローチをとり、美術工芸品等実用品の保護について、意匠権は機能性等アイデアを保護し、著作権はその表現を保護すると判示して、同じもののうち保護する要素が違ふと考えた。

その結果、美術工芸品等実用品において、機能性等アイデアとその表現がマージする場合、マージ理論に基づき、当該表現に対する著作権の保護は否定されなければならない。著作権法 101 条における下記の「絵

画、図形及び彫刻の著作物」の定義にその趣旨が規定されている。著作権法には、マージ理論そのものについて明文規定はないが、この定義規定がマージ理論に関する唯一の規定である。

「『絵画、図形及び彫刻の著作物』(pictorial, graphic and sculptural works)には、純粹美術、グラフィック・アート、応用美術、写真、印刷その他複製美術、地図、地球儀、図表、技術図面、図形および模型に関する平面的または立体的著作物を含む。この著作物は、構造特性または実用性ではなく、形式自体に関するかぎり美術工芸の著作物を含む。・・・実用品のデザインは、その物の実用性から識別されかつその実用性から独立する絵画、図形または彫刻の著作物としての特徴を有するときは、そのかぎりにおいて、絵画、図形または彫刻の著作物とみなされる」。

3 ハーバート・ローゼンタール・ジュエリー判決

Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian, 445 F.2d 738 (9th Cir. 1971)

[事実]

原告と被告は、ともに宝飾品の製造販売業を営んでいた。原告が金で作ったミツバチに宝石をちりばめたピンを製造販売したところ、被告が原告のミツバチをデッドコピーして同じピンを製造販売した。そこで、原告が被告を著作権侵害で訴えたが、被告が著作権侵害を認め今後これを製造販売しないということで、両者間に和解が成立した。

その後、被告は、独自のミツバチをデザインし、金で作ったミツバチに宝石をちりばめたピンを製造販売した。これに対して、原告は、この被告の製品も原告の著作権を侵害すると主張して、カリフォルニア北部地区連邦地方裁判所に訴えた。

連邦地裁は、同じようにミツバチに見えるという点を除き、原告の製品と被告の製品とは実質的類似性はないと認定して、原告の訴えを退け

た。原告は、「通常の観察者」からみて外形上実質的に類似する物に対して原告の著作権による排他的権利が及ぶから、連邦地裁の実質的類似性についての判断には誤りがあるとして、第9巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

アイデアとマージする表現における類似性は、原・被告著作物間の実質的類似性、したがって複製行為の存在を否定するのか、それともアイデアとマージする表現自体の保護が否定されるのか。

[判旨]

第9巡回区連邦控訴裁判所は、特許権と著作権の違いについて論じた後、問題の所在について次のように述べる。

「著作権は複製を禁止するにとどまるので、被告が原告のミツバチ・ピンを複製していないとの地裁の認定に基づいて本件を処理することもおそらく可能であったと思われる。被告が原告のピンにアクセスをもったことおよび原告のピンと被告のピンとの間に明らかな類似性が存在することは、間違いない。これら二つの事実は、複製行為の強い状況証拠となる。しかし、これらは決定的なものではなく、被告が実際に独自創作を行ったという地裁の事実認定を支える十分な証拠がある。・・・被告のミツバチ・ピンが原告のものを複製したのではなく独自のものであるという認定を支持する証拠があるが、問題の解決としては、完全に満足しうるものではない。というのは、複製は意識的に為される必要はなく、『過去のいずれかの時点で著作物を見聞きした潜在的記憶からの成果であってもよい』という法理があるからである。・・・被告が独自のものをデザインするさいに原告の大いに成功した宝飾ミツバチ・ピンのことを意識から排除しえたというのは、現実的とは思えない。

しかし、このような意味で被告が原告のピンを『複製』したという事実認定は、被告を敗訴させる判決を必ずしも正当化しない。当裁判所が判示してきたとおり、著作権は著作物中のアイデアの『表現』の使用を

禁止するが、『アイデア』それ自体の使用を禁止しはしない。他人は、『表現』を盗用しない限り『アイデア』を自由に利用することができる。・・・

本件における問題は、基本的に、著作権者の独占権の範囲、すなわち、連邦議会がいかなる行為について著作権者に他人を排除する権利を与えることを意図していたかにある。宝飾ミツバチ・ピンを製造することは、連邦議会が著作権者に特許権なしに市場を独占する権利を与えることと意図していた範囲を越えると当裁判所は考える。すなわち、宝飾ミツバチ・ピンは、被告が自由に複製できるところの『アイデア』である。原告はこれに同意しているものと思われる。というのは、原告は、被告が宝飾ミツバチ・ピンそのものを製造販売できないとの請求ではないと主張しており、宝飾ミツバチ・ピンに対する原告の特定のデザインないしは『表現』がその著作権によって保護されていると主張しているからである」。

控訴裁判所は、以上のように宝飾ミツバチ・ピンを作るというのは「アイデア」であり、このアイデアに付随する「表現」が著作権の保護を受けるか否かに問題の所在があるとする。そして、

「前述のとおり、本件における難問は、記録によれば、『アイデア』とその『表現』が識別不能(indistinguishable)であることにある。原告のピンと被告のピンとの間には、宝石で装飾したミツバチ型の使用に不可避(inevitable)である以上の類似性はない。

『アイデア』とその『表現』がこのように不可分(inseparable)である場合には、『表現』の複製は禁止されない。というのは、このような状況において『表現』を保護することは、著作権者に特許権に伴う条件および制限を加えることなく『アイデア』に対する独占権を与えることになるからである。(ベーカー対セルデン判決)。・・・

よって、原審判決を維持する。」

以上のように、アイデアと「不可分」な表現には著作権の保護がないと論じた。

[解説]

ベーカー判決は、「著作物が教えるところの技法がその本に書かれていた表現方法や図表やこれに類したものを使わずには実行できない場合には、このような表現方法や図表はその技術に必然的に付随するものと考えられ、別の本でこの技術を説明し出版するためではなくその技術を応用するためには、その方法や図表は公衆に帰属するものというべきである」と述べて、アイデアの使用のために必要な表現に対する著作権の保護を否定した。ここでマージ理論としてアイデアと表現の関係について適用された基準は、いわば「必要性のテスト」である。しかし、アイデアと表現がいかなる関係にあるときに、アイデアの使用のために必要な表現とどういうのか。アイデアの使用に必要な場合を厳格に考えてあるアイデアの表現方法が一つしかない場合にかぎられるのか、それともあるアイデアの表現方法が複数あっても表現方法が有限であったり類似が不可避である場合にも認められるのか。

ここに紹介した判決は、アイデアと表現が識別不能ないしは不可分であって、アイデアの使用のために「不可避な（類似的）表現」について、著作権の保護を否定している。マージ理論を適用する判決例の多くは、このハーバート・ローゼンタール・ジュエリー判決を引用して、アイデアの使用に「不可避な表現」についてマージ理論を適用している。

しかし、マージ理論の適用は、次に紹介するモリセイ判決以下にみるように「不可避な表現」にとどまらない。

4 モリセイ判決

Morrissey v. Procter & Gamble Co., 379 F.2d 675 (1st Cir. 1967)

[事実]

原告は、販売促進に使うスweepステークくじについて一連のルールを書き、これに著作権登録を取得した。

被告は、販売促進に使うスweepステークくじについて一連のルールを作ったが、そのルール1は、原告のルール1とほとんどそっくりそのままであった。

原告がマサチューセッツ地区連邦地方裁判所に被告を著作権侵害で訴えたが、被告は、原告著作物の著作物性およびこれに対する被告のアクセスを争った。連邦地裁は、原告著作物の著作物性およびこれに対する被告のアクセスを否定して、原告の訴えを棄却した。そこで、原告は、第1巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

アイデアの表現方法が一つ以上ある場合には、その表現方法にはマージ理論の適用はないか。

[判旨]

第1巡回区連邦控訴裁判所は、原告著作物に対する被告のアクセスの争点について論じた後、原告著作物の著作物性について次のように論じた。

「地裁は、裁判例に従って、当該くじの内容に著作物性がなく（これは明らかに正しい）その内容は相対的に単純であるから原告のルールはその内容から直接的に生じてくるものであって『創作的創造的著作』を含まない、との立場をとった。当裁判所はこれを支持しない。著作権は表現形式に生じ、被告がアクセスの争点について裁判所に大量に提示した証拠自体によって、この単純な内容であっても一つ以上の表現方法があることが証明されている。原・被告のルールがほとんど正確に類似していることにかんがみると、被告は、いくつかの裁判所が採用する目的物のその表現方法にほとんど変更を加える余地のない場合に侵害を認定する厳格な基準の法理を、主張することはできない。

それにもかかわらず、当裁判所は、被告を支持しなければならない。著作権の保護を受けない対象物がきわめて狭く、そのため当該トピックが唯一の表現形式またはせいぜい有限数(limited number)の表現形式を

不可避免的に必要とする場合において、著作権の保護を与えることは、ある人またはある人たちが一握りの表現形式を著作権化することによってその内容の将来における使用のすべての可能性を枯渇させることができるということを意味する。このような状況においては、正確には、ある特定の表現形式が当該対象物から生ずるとはいえない。しかし、当該対象物がその表現の著作権化によって権利化されてしまうことを指摘する必要がある。当裁判所は、著作権を、公衆がいき場を失うことになるゲームとみることはできない（ベーカー対セルデン判決参照）。

審理の結果、ルール1の具体化されている事項は、この制限法理を適用すべきと考えられるほど直裁かつ単純である。さらに、これを適用するには、すべての可能な表現形式が著作権化されようとしている状況を待つ必要はない。被告が内容から排除されようとしている方法が最後の一つでない場合もありうる。むしろ、当裁判所は、このような状況において、著作権は内容にまったく及ばず、原告はその特定の表現が任意的に採用されたものであっても訴えを起こすことができないと判断する。

よって、原審判決を維持する。」

[解説]

この判決は、アイデアと表現がいかなる関係にあるときにマージ理論が適用されるかという点について、マージ理論の適用範囲を拡大した。すなわち、アイデアの使用のために「不可避な表現」のみならず、アイデアの「表現方法が有限」である場合にもマージ理論が適用され、その表現方法に対する著作権の保護が否定されると判示した。すなわち、表現方法が1つしかない場合ではなく、複数ある場合であっても、それが有限数であるときにはマージ理論の適用があるとした。

では、表現方法が複数ある場合であっても、それが有限数であるときにマージ理論の適用を認めることは、適当か。マージ理論の理論的根拠はベーカー判決が示す「アイデア自由の原則」である。すなわち、著作権による表現の保護がアイデアの自由使用の妨げになる場合には、著作権による表現の保護が否定される。表現方法が複数ある場合であっても、それが有限数であるときには、本件判決が論じるとおり、一部の人が表現方法を著作権化することによって、事実上アイデアを独占できることになり、アイデアの自由使用の妨げとなる。したがって、表現方法が複

数ある場合であっても、それが有限数であるときにマージ理論の適用を本件判決が認めたことは、適当であったと考えられる。

次に、ではアイデアの表現方法がたとえば3つある場合に、第一の表現方法と第二の表現方法が著作権化され、第三の表現方法を著作権化しようとするときにはじめて、第三の表現方法に対する著作権の保護が否定されるのか。それとも、そもそも第一の表現方法を著作権化することが否定されるのか。本件判決は、後者であると論じている。アイデアの自由使用を徹底させる考え方をとっている。

この判決は、マージ理論の広がりを示した重要な判決であり、その後多くの判決で引用されている。しかし、後述の「ありふれた情景の理論」(scene a faire doctrine)がコンピュータ・プログラムの分野において利用されはじめると、この判決の「有限数の表現方法」に対するマージ理論の適用はあまり行われなくなる。表現方法が多数ある場合に、それが有限であるといい切るよりも問題の表現方法が「ありふれた表現方法」であるという方がいいやすいのであろう。

5 アレキサンダー判決

Alexander v. Haley, 460 F.Supp. 40 (S.D.N.Y. 1978)

[事実]

被告は、「ルーツ」で有名なアレックス・ハーレイである。

原告は、1966年に小説「ジュリビー」を書いた。原告の祖母を主人公に1835年から始まり、南北戦争前、戦争中、戦争後の黒人奴隷の生活を描いている。被告は、1976年に「ルーツ」を書いたが、1750年から始まり、被告の先祖がアフリカで暮らしていたときから、被告に至るまでの黒人奴隷の家族の歴史を描いている。

ジュリビーとルーツとは、類似点よりも相違点の方が際だっていたが、原告はルーツがジュリビーの著作権侵害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訴えた。

[争点]

実質的類似性の認定は事実認定の問題（陪審が判断しうる事項）か法律解釈の問題（裁判官の判断に専属する事項）か。

[判旨]

ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所は、まず、著作権侵害の認定方法について次のように述べる。

「著作権侵害事件において勝訴するには、原告は、被告による原告著作物に対する現実の複製および被告作品と原告作品との間の実質的類似性という二つの要件を証明する責任を有する。Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464, 468 (2d Cir. 1946), Heim v. Universal Pictures Co., 154 F.2d 480, 487 (2d Cir. 1946). 現実の複製の要件は、直接証拠、またはアクセスの証拠に加えて類似性その他複製を証明する状況証拠によって立証されうる。前掲 Arnstein v. Porter, 154 F.2d at 468.」

そして、裁判所は、原告が被告によるジュリビーへのアクセスを肯定したが、原告が示した原告作品と被告作品との類似性は被告による現実の複製の事実を示すものでもないし、法律問題として実質的類似性を証明するものでもないと認定した。実質的類似性が法律問題である点について、裁判所は次のように論ずる。

「実質的類似性は、通常、事実認定の問題であって、事実審理省略判決の申立てにおいて判断が与えられるものではない。前掲 Arnstein v. Porter, 154 F.2d at 469. しかし、本件では、被告の主張する類似点が原告作品のうち著作権によって保護されていない側面にのみ関するものであるので関連性がない、と被告は主張している。このような状況が証明されるならば事実審理省略判決が付与されうることは、法律上明白であると思われる。・・・

当裁判所は、被告の主張を支持する。すなわち、原告が主張する類似点はいずれも、著作権法の保護を受けない著作物の要素のカテゴリーの一つまたは二つ以上に該当する。

主張される類似性の多くは、歴史上のまたは現在の事実事項に基づくものである。ハーレイがジュリビーを読んで問題の事実を知ったと仮定しても、著作権の保護は、原告が記述したかかる歴史的または事実的事項には生じない。・・・

もう一つのカテゴリーは、共通の出所、パブリック・ドメインまたは民俗習慣に起源を有する素材である。すなわち、侵害を主張されるものの多くは、黒人アメリカ人の文化的歴史を具体化したもの、または黒人と白人が織りなす白人支配の奴隷制度の過酷な悲劇を具体化したものである。主張される類似性が共通の出所を有するか、その他類似点が原告の創作にかかるものでない場合には、侵害は存在しない。・・・主張される侵害事実に関するこのグループは、歴史上の日付や大統領の名前やその他平凡な歴史的情報を使用するのと同じように、著作権保護の対象とはならない。

主張される類似性の第三のカテゴリーは、ありふれた情景(scene a faire)と呼ばれているものに該当する。・・・これらは、与えられたトピックを扱ううえにおいて実際上不可欠(indispensable)または少なくとも標準的(standard)であるところのできごと、登場人物または場面設定である。逃亡の試み、吠える犬に追われて森のなかでの疾走、奴隷の悲しみのまたは喜びの歌声、人身売買の非道さ、その他の悲哀は、ストーリー作品以前に見出すことができる。誰も純然たる創作的な内容の本を書いてはいない。いずれにしても、原告はこのようなありふれた情景を侵害行為に列挙することにおいて著作権法の保護を誤解している。・・・

主張される類似性のもう一つのグループは、月並みな言葉や比喻やこのような言葉をなす語句である。語句や比喻は、かぎられた数のありふれた様式によってのみ、または多くの場合にその様式によって表現されるアイデアを含むだけの言葉や表現は著作権の保護の対象ではない。・・・平凡なアイデアを後に他人が使用することも著作権侵害ではない。・・・原告は、これらの法理に相反する主張を再三繰り返している。というのは、予期された情景を原告と被告の両者が記述するのに明白な用語を使用していることを示すことによってのみ、原告の作品に点在している語

句を抜き出し、ハーレイのルーツに点在している部分と対比しているからである。

主張される侵害要素の他のグループは、表現または言葉における類似性を示すものではなく、せいぜい主題または設定における類似性を示すものである。これらの事項、すなわち創作的な著作物の肉ではなく骨は、著作権法によって保護されるものではない。・・・著作権法が保護するのは、これらの要素を表現する手段のみである。・・・

最後に、類似性が主張されるもののいくつかは、原・被告両方の本を読めば、明白かつ完全に事実における根拠のないものであることが明らかである。」

裁判所は、以上のように述べて、類似点には法律上保護される要素はないと認定し、被告勝訴の事実審理省略判決を下した。

[解説]

この判決は、2つの点で注目に値する。第一に、著作権侵害認定方法の構成である。著作権侵害の第一の要件は原告による著作権の保有であり、第二の要件は被告による原告著作物の違法な複製である。第二の要件については、「I 著作権侵害の認定方法」で指摘したとおり、アーンシュティン判決（1946年）の解釈を通じて、クロフト判決（1977年）以来アルタイ判決（1992年）に至るまで実質的類似性をアクセスとともに複製の事実の状況証拠として構成している。しかし、私がアーンシュティン判決の解釈として指摘したように、第二の被告による原告著作物の違法な複製という要件は事実としての被告による複製と違法な複製であるという実質的類似性の要件に分けられ、実質的類似性は事実としての被告による複製の要件ではない。この構成はゲイツラバー判決（1992年）が採用するところであるが、本件判決（1978年）も正しくアーンシュティン判決を解釈し、この構成をとっている。すなわち、本件判決は図中の下線部分に言及している（図2）。

図2 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（実質的類似性）：

b-1 複製が保護要素に及ぶこと・・・抽象化テスト

排除テスト

b-2 保護要素の複製が実質的であること・・・比較テスト

第二に、この判決は著作物のうち非保護要素を五つに分類しており、その第一は「事実」(fact)であり、第二は「創작성」(originality)であり、第三は「ありふれた情景」(scene a faire)であり、第四に「マージした表現」であり、第五に「アイデア」(idea)である。本件判決はありふれた情景の理論を最初に本格的に論じたものとして注目に値する。ありふれた情景の理論は、「平凡な表現」を著作権の保護から排除するものと一般に理解されている。平凡な表現とは何か。絶対的に平凡な表現に対する保護を否定するものか、それともいわば相対的に、すなわち表現されるアイデアとの関係において平凡な表現に対する保護を否定するものか。本件判決は、この点について「これらは、与えられたトピック[アイデア]を扱う上において実際上不可欠(indispensable)または少なくとも標準的(standard)であるところのできごと、登場人物または場面設定である」と述べるように、ありふれた情景の理論を、表現されるアイデアとの関係において「平凡な表現」に対する保護を否定するものととらえている。その趣旨は、前述のゲイツラバー判決において「ありふれた情景の理論(scene a faire doctrine)に基づき、ある話題に標準的(standard)、平凡(stock)もしくはありふれた(common)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」と述べられているように、アイデア使用の自由を貫徹するところにある。

ありふれた情景の理論はマージ理論から独立して発展したので、別個の原理のように一般的に考えられているが、いずれもアイデア使用の自由を貫徹するために表現に対する著作権の保護を否定するものであって、

同根の原理である。したがって、マージ理論の適用範囲を考える場合は、ありふれた情景の理論をマージ理論の適用におけるアイデアと表現の関係に関する一対無限数の態様として捉え、次の三態様を考える必要がある。すなわち、

不可分ないし不可避の表現（１対１）、

表現方法が有限な場合（１対有限数）、

平凡ないしありふれた表現（１対無限数）。

6 プレインズ・コットン判決

Plains Cotton Co-op. v. Goodpasture Computer Serv., 807 F.2d 1256 (5th Cir. 1987)

[事実]

原告は、テキサス州およびオクラホマ州の綿花農家の農業協同組合であり、テルコットというコンピュータ・プログラムを開発した。テルコットは、オフコンを使って会員に綿花の価格と需給の状況の情報、会計処理サービス、および綿花取引の電子決済サービスを提供するものであった。

原告においてテルコットの開発に当たった従業員が原告を退社後、コンピュータサービス会社である被告に入社し、テルコットと同様の機能を有するがパーソナル・コンピュータで使用できるプログラムの開発にあたった。被告は、その従業員の入社にあたって、前に勤めていた会社に対する秘密保持義務を破らないことを誓約させていた。被告は、ジェムスというプログラムを開発した。

原告は、ジェムスがテルコットの著作権およびトレードシークレットを侵害するなど主張して、被告をテキサス北部地区連邦地方裁判所に訴えた。被告は、訴状受領後、前記従業員がテルコットのソースコードを持ち出し、そのサブルーチンの一部をジェムスに使用したことを発見したので、直ちに当該部分を書き直し、前記従業員を担当から外した。改訂後のジェムスに対する差止の仮処分(preliminary injunction)の申立

について、連邦地裁は、仮処分命令に要する「本案での勝訴の可能性」および「回復不能の損害」の要件を欠くとして、申立を却下した。原告はこれを不服として第5巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

プログラムの構造は、著作権によって保護される要素か。

[判旨]

最初に、第5巡回区連邦控訴裁判所は、仮処分の申立には(1)本案で勝訴する実質的可能性、(2)回復不能の損害、(3)相手方の損害との均衡、(4)公益に反しないことの四つの要件の証明が必要であるが、著作権侵害の請求について本案での勝訴の可能性および回復不能の損害に関する地裁の認定を審査する。

まず、地裁の依拠した著作権侵害の認定方法に誤りがあると原告が主張するので、連邦控訴は、地裁の著作権侵害の認定方法に誤りはないと論じて、次のように判示した。

「著作権侵害は、被害を受けた当事者が著作権のあるものを保有していることおよび侵害者がこれを複製したことの証拠によって証明される。……次に著作権の保有は、創作性、著作物性および然るべき形式要件の具備の証拠によって証明される。……複製の直接証拠は通常見出しえないので、複製は、著作権のあるものへのアクセスおよび両作品間の実質的類似性の二つの証拠によって証明される」。

次に、連邦控訴は、地裁の認定事実にはこれを裏付ける証拠がないと原告が主張する点について、その主張の誤りを論じた。また、原告が他の巡回区の判例を援用して回復不能の損害は推定されるべきであると主張する点について、連邦控訴は、第5巡回区ではこのような推定はとらないと判示した。

さらに、保護される表現の要素について地裁の認定には誤りがあると原告が主張した点について、連邦控裁は次のように論じた。

「地裁による法律判断は、詰まるところ、控訴人の著作権によって保護される範囲についての判断に基づいている。この争点について、当裁判所は、シナコム判決 (Synercom Technology, Inc. v. University Computing Co., 462 F.Supp. 1003 (N.D. Tex. 1978))における我々の同僚であるヒギンボサム判事の意見に負うところが大きい。その事件において、ヒギンボサム判事は、コンピュータ・プログラムの『インプット・フォーマット』 - コンピュータに入力する情報の構成および配列 - は表現ではなくアイデアであって、著作権によって保護されないと判示した。

.....

インプット・フォーマットはコンピュータ・ソフトウェアの設計レベルにおいて機能的設計よりは具体的であり、また一行毎のプログラム設計よりは一般的であるという点で、その著作権性は、ジェムスが保護されるテルコットの要素を侵害しているかという問題と関連する。控訴人は、ヒギンボサム判事の学究的な意見と相容れないことを自認するウエラン判決 (Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc., 797 F.2d 1222 (3rd. Cir. 1986))の判決理由を当裁判所が採用すべきであると主張する。ウエラン判決は、コンピュータ・プログラムの構造、手順および組織は著作権性があると判示して、シナコム判決において展開された『コンピュータの関係における手順や方式とその他の関係における手順や方式との間における著作権性の相違』の理論を排除している。

当裁判所は、二つの理由でウエラン判決には与しない。第一に、当裁判所に、当該争点は仮処分命令の申立却下の審査として提示されている。したがって、議論は部分的にしか展開されておらず、当裁判所の審査は本案の審理から切りはなされた一過程でしかない。第二に、被控訴人は、ジェムスとテルコットというプログラムの類似性の多くが綿花市場の外形的要因に規定されたものであることを示す証拠を提示している。そのかぎりにおいて、本件の事実関係は、ギア・スティック・パターンの仮説例を使ったシナコム判決における説得力ある推論に、ぴったりあてはまる。.....記録によれば、市場要因が綿花市場ソフトウェアの手順および組織を決定する重要な役割を果たしていると推認することができ、当

裁判所は、このようなパターンがコンピュータとの関係において『アイデア』を成しえないと認定することはできない」。

連邦控裁は、以上のように述べて保護される表現の要素について地裁の認定には誤りがあるとの原告の主張をも退け、その結果著作権侵害に関する地裁の判断を支持した。

次に、トレードシークレット侵害に関する地裁の判断に関しても、連邦控裁は、テルコットとジェムスとの間の類似性は綿花市場の外形的要因および従業員自身の知識・経験に基づく以上のものではないと認定して、地裁の判断を支持した。

[解説]

この判決は、「表現」とマージする「アイデア」に「事実」が含まれることを論じ、マージ理論の適用の広がりにより重要な一里塚を築いた。

このプレインズ・コットン判決は、プログラム構造が著作権によって保護される要素であるか否かという問題点について、ウエラン判決と好対照をなすものである。ウエラン判決の誤り（前述「III 表現とアイデアの二分法」「6 ウエラン判決」参照）を軌道修正し、アルタイ判決に導くターニングポイントをなした重要な判決である。

ウエラン判決は、データ構造は「表現」であり、プログラムの目的のみが「アイデア」であると論じた。このプレインズ・コットン判決は、プログラム構造を規定する外部的要因という「事実」も、「表現」と「アイデア」の二分法における「アイデア」であって、著作権の保護要素ではないと論ずる。

そして、この判決は、外部的要因という「事実」に拘束されるプログラム構造の要素も著作権によって保護されない要素であると論ずる。すなわち、ここでは、「事実」にマージ理論を適用し、事実とマージする表現の保護を否定しているのである。プログラム構造に関して、「事実」にマージ理論を適用したのはこの判決がはじめてのものである。コンピュータ・プログラム、特にビジネス・プログラムの構造は、プログラムの外部的要因である「ビジネスの流れ」に拘束される部分がほとんどで

あり、著作権の保護を受ける部分はあまりない。ウエラン判決がこの点を見逃し、プログラム構造のほとんどに対して著作権の保護を及ぼしたが、この判決は短い説示ではあるがこの点を正しくとらえている。

この判決以降、「事実」とマージする「表現」にマージ理論を適用化することが一般化していく。

7 データ・イースト判決

Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc., 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988)

[事実]

原告データ・イースト社は、1984年からテレビゲーム「カラテ・チャンプ」を製造販売していた。被告エピクス社は、英国のシステム・サード・ソフトウェア社からその「インターナショナル・カラテ」のライセンスを受け、1986年から、「ワールド・カラテ・チャンピオンシップ」を製造販売していた。

ワールド・カラテ・チャンピオンシップのゲームの進め方がカラテ・チャンプと似ていたので、原告は、被告をカリフォルニア北部地区連邦地方裁判所に著作権侵害、商標侵害およびトレードドレス侵害で訴えた。連邦地裁は、商標侵害およびトレードドレス侵害は認めなかったが、細部を除いて表現が同一であると認定して著作権侵害を認めた。そこで、被告は、第9巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

[争点]

被告の作品には、原告の作品との間に実質的類似性があるか。

[判旨]

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

「著作権侵害を立証するには、データ・イースト社は、有効な著作権の保有とエピクス社による当該著作権の『複製』の両方を証明しなければならない(クロフト判決)。……データ・イースト社が『カラテ・チャンプ』の各バージョンについて視聴覚著作物の登録著作権者であることに争いはない。したがって、当裁判所はエピクス社が『カラテ・チャンプ』を複製したか否かだけを判断すればよい。これは簡単そうに見えるがそうではない。……

この種の大半の侵害事件と同様に、システム・サード・ソフトウェア社またはその他の者がデータ・イースト社の製品を複製したことについての直接証拠は提出されていない。このような問題について直接証拠があることは希にしかない。それゆえ、複製は、直接証拠に代えて、(1)被告作品の作成前に被告に原告作品へのアクセスがあったこと、および(2)原告作品と被告作品の間に総体的アイデアおよび表現における実質的類似性があることについての状況証拠で証明できる。……要するに複製の問題は、合理的な推認の問題である。当裁判所は、実質的類似性の存在を認めないので、アクセスの問題には言及しない」。

そして、控裁は、被告が提起する第一の論点、すなわち証拠の十分性についてこれを肯定し被告の主張を退ける。

次に、被告が提起する第二の論点、すなわち実質的類似性の有無について、次のように判示する。

「二つの作品が実質的に類似していることを立証するには、原告は、当該二つの作品がアイデアと表現の両方において実質的に類似していることを証明しなければならない。……原告はまずアイデアが実質的に類似していることを証明しなければならないが、アイデアそれ自体は著作権によって保護されないので、著作権侵害を生じさせない。著作権は著作者によるアイデアの表現のみを保護し、アイデア自体を保護しないというのは、著作権法の大原則である(メイザー判決)。この原則の口

ラリーとして、保護されている表現が使用されないかぎり、著作物に含まれるアイデアを誰でも自由に使用することが許されるという強い公共政策が存在する。・・・したがって、原・被告作品間の類似性がアイデアと一般的概念にとどまっているかぎりは、この類似性は著作権侵害を生じない。

第9巡回区は、実質的類似性を認定する方法として二段階テスト(two-step test)を開発している。.....第一に、『外部的』テストは、両者のアイデアの実質的類似性を判断するために使用される。これは、列挙・分析されうる一定の基準に基づく客観テストである。.....第二に、『内部的』テストは、表現形式を比較するのに使用される。これは、合理的な通常人の反応に基づく主観テストである。.....

本件におけるようにいったんアイデアが類似または同一であると認定されると、第二の内部的テストがアイデアの表現における類似性が生じているかを認定するのに適用される。この類似性は、『作品の全体的概念と感覚』(total concept and feel of the works)が実質的に類似する場合に存在する。・・・類似点ではなく非類似点を分析することは、合理的な観察者の注意を作品の全体的概念と感覚の比較からそらすことになるので、このテストにおいては適当ではない。.....

しかし、第9巡回区の法理においては、『アイデアとその表現が.....不可分(inseparable)である』場合には表現の類似性を認定しない。というのは、このような状況において表現を保護することは、著作権者にアイデアに対する独占権を与えることになるからである。・・・

また、アイデアに必要に伴う表現の要素、または『ありふれた情景』、すなわち『与えられた[アイデア]の取り扱いにおいて実際上不可避的(indispensable)または少なくとも標準的(standard)な』表現にも、著作権の保護は与えられない。.....

類似性が保護されない表現の要素から生ずるものであるかどうかを判断するには、類似性を分析的手法で解析することが許される。その結果表現における全ての類似性が共通のアイデアの使用から生ずることが証明されれば、実質的類似性の存在は認定されない。.....

地裁が列挙した 15 の[類似的]特徴は、『カラテについてのアイデアを含んでいる』。これらの特徴は、ゲームの手順、一般的なカラテの動作、背景についてのアイデア、時間の要素、審判、コンピュータ・グラフィ

クスおよびボーナス・ポイントに関するものであるが、カラテというスポーツまたはコンピュータ上の制約から生ずるものである。これらの特徴を詳細に検討・観察した結果、当裁判所は、各特徴が武道であるカラテの武闘ゲームのアイデアから必要的に生ずるかまたはカラテというスポーツの取り扱いにおいて不可分、不可避もしくは標準的なものであると認定する。『アイデアと表現が重なり合う場合には、同一的複製を除いて保護は与えられない』。クロフト判決。本件では、両作品の比較によって、同一的複製は争点とならない。……

地裁は、データ・イースト社の著作権の保護の範囲を著作者の寄与部分、すなわちスコアボードと背景に限定しなかった点において誤っている。ところが、現実には、背景は全く似ていないし、スコアボードも似てはいるがささいなものである。これら二つの特徴を前提にすれば、分別のある 17.5 歳（訳注：原告ゲームを購入する子供の平均年齢）の子供が両作品に実質的類似性を認めるはずはない。したがって、データ・イースト社の著作権はいずれの点においても侵害されていない。」

控裁は、以上のように認定して、地裁の判決を破棄し、事件を地裁に差し戻した。

[解説]

プログラム中の保護要素について（狭義の）マージ理論を適用した判決はすでにみたようにウエラン判決やプレインズ・コットン判決があった。このデータ・イースト判決は、プログラム著作物についてありふれた情景の理論を適用した最初のものである。

この判決では、（狭義の）マージ理論とともにありふれた情景の理論を適用している。そして、先に訳出したところから明らかなように、「ありふれた情景の理論」を「アイデア」との関係において「平凡な表現」に対する著作権の保護を否定する理論としてとらえている。日本では、一部に、「ありふれた情景の理論」について「平凡」をアイデアとの関係概念としてではなく、絶対的概念としてとらえ、単に「平凡な表現」であれば直ちに著作権の保護を否定するものと理解する向きがある。しかし、この判決が明示するように、「ありふれた情景の理論」は「アイデア」と

の関係において「平凡な表現」に対する著作権の保護を否定する理論である。この理解にたてば、(狭義の)マージ理論とありふれた情景の理論とは同源の法理であって、著作権が事実上アイデアに対して独占権を与えることを否定するものである。いい換えれば、アイデア使用の自由が著作権による表現の保護に優越することを貫徹させる法理である。したがって、(狭義の)マージ理論とありふれた情景の理論は(広義の)マージ理論として統一的に理解しその適用範囲を検討する必要がある。(私が、本章において「マージ理論」としてありふれた情景の理論を含めて検討する所以である)

8 まとめ

(1) マージ理論の思想

特許権と著作権はともに創作活動の促進を目的とする制度であるが、両者の違いは、特許権がアイデアの創作を目的とするのに対して著作権は表現の創作を目的とする。そして、アイデアの公共性は表現の公共性よりも大きく、アイデア使用の自由が表現保護よりも優先するので、ある要素がアイデア即表現である場合、アイデアの自由使用のために表現に対する著作権による保護が否定される。すなわち、マージ理論の思想は、ベーカー判決が論ずるとおり、アイデアは特許権で保護されないかぎり何人も自由にこれを使用することができなければならない(アイデア使用の自由)、アイデア使用自由は表現の保護に優先するというものである。

(2) マージ理論の適用範囲

(狭義の)マージ理論とありふれた情景の理論は、それぞれ独立の系譜をたどって発展してきた。しかし、いずれもアイデア使用の自由を表現の保護に優先させる思想に基づくものであり、違いはアイデアと表現がマージする「態様」の違いに過ぎない。そして、マージ理論における「アイデア」には、表現の保護よりも優先すべきものは狭義のアイデアにかぎられず、アイデアよりも公共性の強い「事実」が含まれる。したがって、(狭義の)マージ理論とありふれた情景の理論は(広義の)マージ理論として統一的に理解しその適用範囲を検討する必要がある。すなわち、広義のマージ理論の適用範囲を図示すれば次のようになる。

		表現の様態		
		不可避の表現	有限な表現	ありふれた表現
アイデアの内容	アイデア（目的、機能、テーマ等）	ハーバート・ローゼンタール・ジュエリー判決 データ・イースト判決	モリセー判決	アレキサンダー判決 データ・イースト判決
	事実	プレインズ・コットン判決 データ・イースト判決		データ・イースト判決

（３）マージ理論の効果

アイデアとマージする表現は「保護されない」(unprotectable)のか。一般的には、アイデアとマージする表現は著作権の保護を受けないと理解されている（保護否定説）。

しかし、第9巡回区は、アイデアとマージする表現は著作権の保護が完全に否定されるものではないととらえている（保護制限説）。すなわち、アイデアとマージしない表現に対する保護は「実質的に類似する」(substantially similar)表現にまで及ぶが、アイデアとマージする表現に対する保護は「事実上同一の」(virtually identical)表現に限定されると考えられている [クロフト判決、データ・イースト判決、アップル対マイクロソフト判決]。

（４）創作性の概念再考

1996年3月に、欧州連合は、創作性のないデータベースに15年間の独占権を与える「スイ・ジェネリス権」(sui generis right)を創設することを決定し、加盟各国に国内法を整備するよう指令を出した。米国でも5月に創作性のないデータベースに25年間の独占権を認める法案が提出された。欧州では創作性の概念のレベルが高く、著作権では保護されない創作性のないデータベースの存在する余地が大きいからである。米国でも、伝統的な創作性の概念は「自分で作った」ことのみを意味したので創作性のないデータベースが存在する余地はほとんどなかった。ところが、ファイト判決が不可避または平凡な表現について「創作性」を否定したので、創作性のないデータベースが存在する余地が生まれた。そのために米国でもスイ・ジェネリス権を創設する動きが出たものである。

省みて、ファイト判決の創作性の概念構成は正しいのか。ファイト事件は、電話帳に対する著作権の保護が争われた。電話帳の保護は3つのレベルで考えうる。一番保護範囲を広くとる「額の汗の理論」は保護のレベルを「事実の発見」に置き、電話帳に選択配列された「事実」自体が著作権で保護されると考える。したがって、この考え方では被告は独自に当該「事実」を発見しなければ著作権侵害を免れない。次の考え方は、伝統的な創作性の概念に基づき、著作権による保護のレベルを原告が作成した表現（選択配列の仕方と選択配列した版面）におき、電話帳に選択配列された「事実」自体は著作権で保護されないが「事実の」選択配列は著作権で保護されると考える。したがって、この考え方では（特に第9巡回区の考え方では明確に）、不可避または平凡な選択配列はマージ理論の適用にとどまるので、被告は原告の電話帳を参照して書き直せば適法な場合もある（実質的類似性の有無による）が、電話帳の版面を写真コピー（デッド・コピー）すれば著作権侵害を免れない（事実上の同一性）。第三の考え方は、不可避または平凡な表現は創作性を欠くという日本法的な創作性概念（平成元年のシステムサイエンス事件東京高裁決定）に基づき、不可避または平凡な選択配列は創作性を欠くので電話帳の版面を写真コピーしても著作権侵害を問われないと考える。ファイト事件では被告は原告の電話帳を参照して書き直ただけで電話帳の版面を写真コピーしたわけではなかった。原告は「額の汗の理論」に基づき電話帳に選択配列された「事実」自体が著作権で保護されると主張したが、連邦最高裁は、これを否定するのに何も伝統的創作性の概念から離れて、マージ理論を取り込んだ日本法的な創作性概念をとる必要はなかった。伝統的創作性概念に基づきマージ理論の適用によって原告・被告の電話帳の間の実質的類似性を否定すれば足りたのである。

スイ・ジェネリス権の話に戻れば、そもそも連邦最高裁がファイスト判決の創作性概念をとらず、伝統的な創作性概念を維持しておれば、ほとんどのデータベースに創作性が認められ著作権の保護を与えることができた。伝統的な創作性概念に基づきデータベースに著作権の保護を与えつつ、アイデアとマージする選択配列には（事実上同一的な複製を除き）保護を否定する方が妥当な結論が得られる。というのは、データベースをスイ・ジェネリス権で保護したとしても「アイデア使用自由の原則」からスイ・ジェネリス権の保護を否定する必要が生ずると思われるからである。スイ・ジェネリス権を設定することには、「アイデア使用自由の原則」がなおざりにされないかという懸念をいだかざるをえない。
