

一 複製権の概念

1 複製権の定義

複製権を定める著作権法二一条は、「著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。」と規定する。そして、著作権法二条一一項一五号は、「複製」を「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること」と定義する。

したがって、旧著作権法(明治三二年法律第三九号)一条一項に定められていた複製権とは概念を異にする。旧著作権法上は、複製権は有形的複製のみならず無形複製をも含む概念として理解されていた。現行法においては、複製権による保護を有形的複製に限定し、無形複製に対しては上演権、演奏権、公衆送信権、口述権、上演権等として二二条以下に個別に規定し、また翻案に対しては翻案権を規定して、複製権から除いた。したがって、現行法の複製権は、有形的な狭義の複製を意味する。

	有形媒体	無形媒体
狭義の「複製」	複製権	上演権、演奏権、公衆送信権等
翻案	翻案権	

最高裁(ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件・最判昭和五三年九月七日民集三二卷六号一一四五頁)は、複製権の概念について、「旧著作権法……にいう著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきである」と判示する。この判例に従って、一般的に、複製とは著作物への「依拠性」と、著作物と「同一性(その内容及び形式を覚知させる)」のあるものの作成と解されている。この判例は旧著作権法上の複製に関するものであるので、現行法上は、複製概念に「有形性」を付加しなければならない<sup>1</sup>。さらに、現行法上の複製概念を翻案概念と区別して解釈される必要がある。複製概念と翻案概念との区別については、つぎのとおり、多くの議論がある。

2 複製と翻案の区別

(1) 学説および判例

著作権法二七条は、「著作者は、その著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する権利を専有する。」と規定する。(複

<sup>1</sup> 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」裁判実務大系 27 知的財産関係訴訟法一二〇頁

製に対立する概念としての翻案は、ここでいう「翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する」行為である広義の翻案概念である。)

複製と翻案の区別については、著作物の要素を「内容」と「形式」に分け、形式のうち「外面的形式」を利用するのが複製であり、「内面的形式」を利用するのが翻案であるとのアプローチ（以下「内面的形式利用説」という）がある<sup>2</sup>。この解釈は、概念的には理解しやすいが、「外面的形式」と「内面的形式」を分ける基準が明確ではない。結局、複製と翻案を「外面的形式」と「内面的形式」に言い換えただけにとどまり、実務的処理の道具とはならないという問題がある。

他方、翻案を「既存の著作物を基にして利用し、これに新たな創作性を加えて別個の著作物（二次的著作物）を創作すること」と捉え、既存の著作物に修正、増減、変更等が加えられ、これに創作性が認められる場合が「翻案」であり、創作性が認められない場合が「複製」であるとするアプローチ（以下「二次的著作物作成説」という）がある<sup>3</sup>。

江差追分事件（最判平成一三年六月二八日民集五五卷四号八三七頁）において、最高裁は、二次的著作物作成説をとることを明らかにした。すなわち、「言語の著作物の翻案（著作権法二七条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。」と判示した。

したがって、二次的著作物作成説によれば、既存の著作物に対する修正、増減、変更等の有無・大小によって、次のように区別されることとなる。

①修正、増減、変更等がない場合（デッドコピー）・・・複製

---

<sup>2</sup> たとえば、春の波濤事件・名古屋地判平成六年七月二九日知的裁集二六卷二号八三二頁は、「著作物についてその翻案権の侵害があるとするためには、問題となっている作品が、右著作物と外面的表現形式すなわち文章、文体、用字、用語等を異にするものの、その内面的表現形式すなわち作品の筋の運び、ストーリーの展開、背景、環境の設定、人物の出し入れ、その人物の個性の持たせ方など、文章を構成する上での内的な要素（基本となる筋・仕組み・主たる構成）を同じくするものであり、かつ、右作品が、右著作物に依拠して制作されたものであることが必要である。」と判示する。

<sup>3</sup> 橋本英史「著作物の複製と翻案について」（現代裁判法体系 27 知的財産権三七九頁）。「思うに、既存の著作物の複製（複製物）か翻案（二次的著作物）かの区別は、既存の著作物に創作的な行為がなされ、創作的な要素が加えられたか否か、さらに、創作的な要素が加えられた場合でも、それが既存の著作物としての同一性に影響しない多少の修正、増減、変更にとどまるのか、それとも、既存の著作物としての同一性を損なわせる程度のものであり、別個の著作物の創作といえるかということ判断してなされることになると考えられる。」という。

- ②修正、増減、変更等があるがこれに創作性がない場合・・・複製
- ③修正、増減、変更等に創作性があるが、同一性を維持している場合・・・  
翻案
- ④修正、増減、変更等に創作性があり、同一性を喪失している場合・・・非  
侵害

二次的著作物作成説は、複製と翻案を分ける基準（「修正、増減、変更等」、「創作性」、「同一性」の概念）が明確で、実務的にも処理しやすい。

## （２）私見（具体的表現説）

しかし、私は、二次的著作物作成説にも疑問なしとしない。翻案権を、二次的著作物を作成する権利と捉える見解が一般的<sup>4</sup>であるが、そもそも、「翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する」行為があっても、それに創作性がなければ翻案権の侵害にならないのか。すなわち、翻訳や編曲や脚色や映画化は、不可避またはありふれたものとして創作性が否定される場合がありうるが、一般的見解ではこのような行為には翻案権が及ばないこととなる。しかし、このような創作性のない翻訳や編曲や脚色や映画化には複製権が及ぶというのも、なんら著作権侵害を生じないというのも、奇異である。やはり文理に忠実に、著作権法二七条は、創作性の有無（＝二次的著作物の成立の有無）を問わず、「翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する」行為に及ぶと理解すべきではないかと考える。たとえば、外国語の言語著作物を日本語に単純に機械翻訳してできたものは、創作性を認めることは困難であるが、「複製」というよりは「翻案」というべきであり、翻案権が及ぶというべきであろう。

したがって、前述の「②修正、増減、変更等があるがこれに創作性がない場合」について、「複製」というべき場合も「翻案」というべき場合もありうると思う。再び「複製」と「翻案」の区別の問題に戻ることになるが、第一に、翻訳や編曲や脚色や映画化は、表現形式の種類に変更を生ずるので、修正、増減、変更等の大小を問わず、典型的に「翻案」と解すべきであろう<sup>5</sup>。第二に、変形や（狭義の）翻案は、修正、増減、変更等の問題であるので、複製との区別がもっとも困難であるが、具体的表現の一部が削除、付加または変更されるにとどまる場合には元の著作物の主要な具体的表現が残っているので「複製」と考え、元の著作物の主要な具体的表現が残らない場合には「翻案」と考える（以下「具体的表現説」という）。ここでいう「具体的表現」とは、「抽象的表現」と対置する概念である。この概念は、内面的形式利用説の「外面的形式」や「内面的形式」の概念と異なり、その意味するところは明確である。たとえば、言語著作物は、「言語」（文字）を表現媒体として成立するが、言語著作物の表現としての保護は、文字によって描き出された「ストーリー」などの抽象的要素にまで及ぶ。この「言語」（文字）のレベルの表現が「具体的表現」（literal

<sup>4</sup> 加戸守行「著作権法逐条講義三訂新版」一九九頁。半田正夫「著作権法概説第9版」一五一頁。齊藤博「著作権法」七七頁

<sup>5</sup> 西田・前掲一二五頁

elements of expression)であり、「ストーリー」などの抽象的レベルの表現が「抽象的表現」(non-literal elements of expression)である。

翻って考えれば、第1の類型的に「翻案」と考えるべき翻訳や編曲や脚色や映画化も、元の著作物の主要な具体的表現が残らない場合であるから、具体的表現説によれば、翻訳や編曲や脚色や映画化と「翻案」と考えるべき変形や(狭義の)翻案とを、元の著作物の具体的表現が残らない場合として、統一的に理解することができる。したがって、創作性のない翻訳や編曲や脚色や映画化について矛盾を生ずる二次的創作物作成説の問題点も存在しない。また、「外面的形式」か「内面的形式」かの区別の基準は明確ではないが、「具体的表現」か「抽象的表現」かの区別の基準は明確であって、内面的形式利用説の問題点も存在しない。

ところで、具体的表現説においては、部分的に修正、増減、変更等があり、主要な具体的表現を維持しているが、修正、増減、変更等に創作性がある(=二次的著作物の成立)場合(たとえば、小説のストーリーを後半から変更してしまう場合)には、どのように考えるべきか。ここでは複製の概念と翻案の概念が重なり合うが、できあがった著作物としては一個のものであるから、包括して一個の「翻案」とみるべきであろう。

したがって、具体的表現説によれば、既存の著作物に対する修正、増減、変更等の有無・大小および創作性の有無によって、次のように区別することとなる。

- ①修正、増減、変更等がない場合(デッドコピー)・・・複製
- ②修正、増減、変更等に創作性がなく、かつ、主要な具体的表現を維持している場合・・・複製
- ③修正、増減、変更等に創作性がないが、主要な具体的表現を残していない場合・・・翻案
- ④修正、増減、変更等に創作性があるが、同一性を維持している場合・・・翻案
- ⑤修正、増減、変更等に創作性があり、同一性を喪失している場合・・・非侵害

以上の区別の仕方は、これまで実際に行われてきた複製と翻案の区別に最も則した結果となるのではないだろうか。

## 二 複製権侵害の要件事実

### 1 差止請求権や損害賠償請求権の要件事実

複製権侵害に対して、差止請求権や損害賠償請求権が発生する。原告は、複製権侵害に対する差止を求めるには、以下の要件事実を主張・立証する必要がある。

- ①原告が複製権(著作権)を保有していること
- ②被告が複製権を侵害したこと

なお、原告は、被告が侵害行為を中止した事実を主張・立証する場合には複

製権侵害の「おそれ」<sup>6</sup>を主張・立証する必要がある（著作権法一一二条一項）。

また、原告は、複製権侵害に対する損害賠償を求めるには、以下の要件事実を主張・立証する必要がある（民法七〇九条）。

- ①原告が複製権（著作権）を保有していること
- ②被告が複製権を侵害したこと
- ③被告の複製権侵害が故意または過失によること
- ④被告の複製権侵害によって原告が損害を受けたこと

## 2 複製権侵害の要件事実

前述のとおり、複製は著作物の有形的再製であり、著作物への「依拠性」、著作物との「同一性」（その内容及び形式を覚知させるに足りる）および「有形性」を要件とすると解される。したがって、前掲②の複製権侵害の事実、以下の要件から成ると解される。

- (i) 被告が有形的作品を作成したこと（有形性）
- (ii) 被告の作品が原告の著作物に依拠すること（依拠性）
- (iii) 被告の作品が原告の著作物の内容及び形式を覚知させるものであること（同一性）

以下ではこれらの問題点について検討する。

## 三 有形性の要件

### 1 有形性の意義

有形的作品の作成として、著作権法の定義規定（二条項一五号）は、「印刷、写真、複写、録音、録画」を例示するが、およそ「具体的に存在する物の中に著作物等を収録する行為」<sup>7</sup>である。いいかえれば、紙、磁気テープ、CD-ROMなどの「有形的媒体」への「固定」を意味する。

「固定」の意義については、スターデジオ第1次訴訟に対する東京地裁の判決が参考になる。この判決は、「著作権法上の『複製』、すなわち『有形的な再製』に当たるというためには、将来反復して使用される可能性のある形態の再製物を作成するものであることが必要であると解すべき」と判示した<sup>8</sup>。この判旨に則して考えれば、「反復して使用される可能性」があるときに「固定」が認められることになる。

「反復して使用される可能性」を複製の解釈に持ち込むアプローチは、米国著作権法における「複製」概念に近い考え方である。米国著作権法においては、複製物（コピーとレコード）は「著作物を固定した有体物」と定義され、また「固定」は「通過的期間以上の時間にわたって著作物を覚知し、複製しまたは伝達することが可能な程度に永続的または安定的に、著作物をコピーまたはレコードに収録したとき」と定義される。すなわち、米国においては、永続的蓄

<sup>6</sup> たとえば、パンシロントリム包装箱事件・大阪地判平成一一年七月八日判時一七三一号一一六頁は、「おそれ」を否定して差止請求を棄却した。

<sup>7</sup> 加戸・前掲五一頁

<sup>8</sup> 東京地判平成一二年五月一六日判時一七五一号一二八頁

積の場合のほか、瞬間的蓄積でない限り一時的蓄積であっても複製に該当する。

## 2 RAM への電子的蓄積

### (1) RAM での一時的蓄積

有形的作品の作成として、RAM への電子的な一時的蓄積が問題となる。著作物が有形的媒体に蓄積される形態は、永続的蓄積、一時的蓄積、瞬間的蓄積に分類できる。永続的蓄積は、紙やレコードや CD-ROM やハードディスクなどへの記録のように、媒体自体が破棄されるか改めて抹消するまで、永続的に蓄積が存続するものである。一時的蓄積は、RAM への蓄積のように電源を切るまで継続して蓄積が存続するが必ず蓄積の終期があるものである。瞬間的蓄積は、テレビのブラウン管や電話線内での蓄積のように瞬間的にのみ存在し、継続することがないものである。永続的蓄積が複製に該当することにも、瞬間的蓄積が複製に該当しないことにも、疑問はない。その中間の蓄積形態である一時的蓄積が、コンピュータの登場とともに問題となってきた。

昭和四八年二月の著作権審議会第二小委員会（コンピュータ関係）報告書がこれを否定する多数意見を報告した<sup>9</sup>後、わが国においては否定説が支配的であったが、その後の世界の趨勢はこれを肯定する解釈が支配的<sup>10</sup>であり、わが国も

---

<sup>9</sup> 「①「複製」については、従来、有形的に再製されたものが瞬時よりも長い時間知覚することができる程度に永続性または安定性を有することを要すると解されているので、内部記憶装置におけるプログラムの瞬間的かつ過渡的な貯蔵を著作物の「複製」に該当するものと解することには無理があること、②世界の定説は、著作権によってプログラムの実施を規制することはできないと解しており、わが国のみがプログラムの実施を著作物の「複製」に該当すると解し、事実上実施権的な権利をプログラムについて認めることは妥当ではないこと、さらに③プログラムの実施を「複製」に該当すると解する場合、オーディオおよびビデオの信号が電信線または電話線により電送されている間著作物が電信線または電話線にたくわえられているので、これをも著作物の「複製」であると解さなければならず、現行法の体系を乱すことになることを理由とする反対意見が強かった。したがって、プログラムの実施に関し複製概念を拡張することについては世界の動向を見つつ慎重に決定すべきであるが、現時点においては、プログラムの実施は、著作物の「複製」に該当しないと解すべきである。」しかし、否定説の根拠として挙げられている三点は、いずれも事実と誤認があるように思われる。①については、RAM は、永続的ではないが、任意の時間安定的に著作物を蓄積できる媒体である。②については、本文のとおり、肯定説が世界の趨勢である。この報告書が「世界の定説」といったのは、その当時米国の連邦議会で現行著作権法（1976年法）の法案審議中に主張されていた一意見をとらえたものと思われる。また、③については、RAM は記憶媒体であり、RAM へは任意の時間、蓄積することができるが、ケーブルや電話線は伝達媒体にすぎず、ケーブルや電話線に伝送時間以上の蓄積を実行させることはできない。

<sup>10</sup> 米国においては、米国連邦議会在現行著作権法制定直後この問題を検討する

WIPO 新条約（WIPO 著作権条約および WIPO 実演・レコード条約）の締結に従ってこれに付帯する合意声明によって肯定説をとる義務を負うこととなった。ついに平成一四年初め、政府は肯定説に立つことを表明し<sup>11</sup>、また米国に対してこれを公約するに至っている<sup>12</sup>。

前掲東京地判（スターデジオ第 1 次訴訟）は、RAM には「反復して使用される可能性」がないと判示したが、その判断には明らかな事実誤認がある。たとえば、この原稿を作成している数時間、私はコンピュータ上にこの原稿のファイルといくつかの文献のファイルを開いて、作業を行っている。この間、この原稿のデータは RAM に蓄積され反復して使用されている。したがって、およそ RAM には「反復して使用される可能性」がないということ是不可能的。

---

ために「著作物に関する新しい技術使用についての委員会」（CONTU）を設置したが、CONTU は一九七八年七月に最終報告書を提出し、RAM への電子的蓄積が「コピーの作成」に当たると報告した。また、裁判例（MAI Systems Corp. v. Peak Computer, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)等）においても、RAM への電子的蓄積が「複製」に該当するとの解釈されている。さらに、一九九八年一〇月二八日に制定された「デジタル・ミレニアム著作権法」において、連邦議会は RAM への電子的蓄積が「複製」に該当するとの前提に立って、サービス・プロバイダーの責任を制限する規定を置いた（二〇二条）。

他方、欧州連合は、一九九一年、加盟各国に対する「コンピュータ・プログラムの法的保護に関する理事会指令」を制定し、RAM への電子的蓄積が「複製」に該当することを明らかにしている（第四条(a)項）。また、二〇〇一年、WIPO 新条約を履行するなどの目的を有する「情報社会における著作権および関連権に関する指令」を制定し、一時的複製を一般的に複製権の範囲としている（二条）。

さらに、わが国が加盟するベルヌ条約および万国条約における「複製」概念について、WIPO とユネスコが一九八二年六月に共同で開催した「コンピュータの著作権問題に関する第二回政府専門家委員会」は、RAM への電子的蓄積が「複製」に該当するとの解釈をとるよう各国政府に対して勧告した。また、一九九六年一二月に採択された WIPO 新条約の解釈に関して、日本も参加して同時に採択された「WIPO 著作権条約に関する合意声明」および「WIPO 実演・レコード条約に関する合意声明」において、デジタル形式により電子媒体に蓄積することが複製に当たると合意された。

<sup>11</sup> 文化庁著作権課「文化審議会『著作権分科会』の『審議経過の概要』について」コピーライト 2002 年 2 月号 26 頁

<sup>12</sup> 平成一四年六月二五日、日米両政府は、一年間にわたる日米協議の成果をまとめ、『日米間の「規制改革及び競争政策イニシアティブ」に関する日米両国首脳への第一回報告書』を共同で発表し、その中で、日本政府は、「2001 年 12 月の文化審議会著作権分科会の報告を受けて、日本政府は、いわゆる「一時的蓄積」は、経済的意義を持たない音楽 CD プレーヤー内部で自動的に生じる機械的蓄積など、裁判所によって除外され得る場合を除き、「複製」となり得ると理解する。」と表明した。

## (2) RAMでの瞬間的蓄積

つぎに、使い方によってはRAMへの蓄積はきわめて短時間であり得るが、このような短時間の蓄積形態の場合に、瞬間的蓄積に該当するのかが問題となる。コンピュータによって「将来反復して使用される可能性」が重要であるから、瞬間的に該当する短時間は、人間の感覚に基づくのではなく、機械の機能に基づいて判断されるべきである<sup>13</sup>。現実的には、RAMへの蓄積が使用されるのは反復使用可能な蓄積媒体としてであるから、RAMへの瞬間的蓄積は論理的にはあり得ても現実的にはあり得ない<sup>14</sup>。

## 四 依拠性の要件

### 1 「依拠」の意義

#### (1) 表現への依拠

依拠とは、他人の著作物（表現）に基づいて自己の作品（表現）を作成する関係をいう。しかし、著作物に含まれるアイデアを利用することは著作権の及ぶところではない<sup>15</sup>（アイデア自由の原則）から、他人の著作物の表現ではなく他人の著作物から抽出されたアイデアに基づいて自己の作品（表現）を作成することは、ここでいう依拠には当たらない。

したがって、いわゆるクリーンルームでの独立開発（他人のプログラムと同じ目的・機能を持つ新たなプログラムを開発したいと考える会社が、その技術者を当該他人のプログラムからアイデアを抽出するグループとそのアイデアのみの提供を受けて新たなプログラムを開発するグループに分けて、これを実施する手法）は、理想的に行われれば、依拠性が存在しないこととなる。しかし、現実には、一つの社内である以上、プログラムを開発するグループを完全に当該他人のプログラムから隔離することは客観的に担保することが困難であるか

---

<sup>13</sup> 前掲W I P O・ユネスコ共同「コンピュータの著作権問題に関する第二回政府専門家委員会」は、「著作物の利用または創作のためのコンピュータ・システムの使用から生ずる著作権問題の解決のための勧告」において「機能的」に解釈すべきと勧告する。

<sup>14</sup> 二〇〇一年の米国著作権局長DMCA報告書は、「情報がRAMに蓄積される時間は短いため、読み込み、表示、コピーまたは送信を行わないようにすることも理論的には可能であるが、実際にはありえない。」という。

<sup>15</sup> たとえば、前掲最判平成一三年六月二八日（江差追分事件）は、「被上告人に特有の認識ないしアイデアであるとしても、その認識自体は著作権法上保護されるべき表現とはいえず、これと同じ認識を表明することが著作権法上禁止されるいわれはな[い]」、また、「著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから（同法2条1項1号参照）、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である。」という。

ら、安易にクリーンルームの主張を認めることには疑問がある<sup>16</sup>。

### (2) 依拠性の構成要素

依拠性の構成要素として、①「既存の著作物の表現内容の認識」と②「その自己の作品への利用の意思」が挙げられることがある<sup>17</sup>。

しかし、「無意識による依拠」の場合には「その自己の作品への利用の意思」があるとはいえないが、「無意識による依拠」の場合でも複製権侵害が認められるべきと考える。たとえば、夢遊状態では②の「意思」があるとはいえないであろうが、夢遊状態で自動車の運転でもできるのであるから引き写しでも可能であろう。このような引き写しの「事実」があれば十分であって、その「意思」までは要件とすべきでないと思う。

また、そもそも①の「認識」も、依拠性の構成要素ではないと思う。たとえば、自己の書類の中に他人の著作物が紛れ込んでおり、誤って他人の著作物を複製した場合、①の「認識」は存在しなくとも、できた複製物に依拠性を否定することはできない。

したがって、依拠の構成要素としては、「既存の著作物を自己の作品へ利用する事実」と考えれば足りる。

既存の著作物を自己の作品へ利用する事実が必要であるから、他人の著作物を知らなかった場合には、たとえ「過失」によって知らなかったとしても、複製権侵害は成立しない<sup>18</sup>。

### (3) 間接依拠

他人の著作物の複製物または翻案物に基づいて自分の作品を作成する場合（間接依拠）、依拠性が認められるのか。複製物は具体的表現において同一性が維持されているのであるから、複製物に基づいて自分の作品を作成するには、依拠性が認められることに問題はない<sup>19</sup>。翻案物に基づいて自分の作品を作成する場合でも、具体的表現において一部に同一性が維持されておりまた抽象的表現も維持されているのであるから、他人の著作物（表現）に基づいて自己の作品（表現）を作成する関係である依拠は、存在すると考えられる<sup>20</sup>。

### (4) アクセスとの相違

ところで、依拠性について「アクセス」という言葉が使われることがあるが、依拠性は、米国著作権法上のいわゆる「アクセス」の概念とは同じものではな

<sup>16</sup> クリーンルームによる独立開発の成立は、私見では本文のとおり立証の問題であるが、田村・前掲五六頁は法的評価の問題として否定されるようである。

<sup>17</sup> 西田・前掲一二七頁

<sup>18</sup> 前掲最判昭和五三年九月七日（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件）

<sup>19</sup> 前掲大阪地判平成一年七月八日（パンシロントリム包装箱事件）

<sup>20</sup> 同旨：小西禮・最判解説昭和五三年度四一八頁、田村善之「著作権法概説第2版」五七頁

い。米国著作権法においては、被告による複製権侵害の立証は、被告による複製現場を視認した証人のような直接証拠または「アクセス」プラス「実質的類似性」<sup>21</sup>という間接事実による。この場合における「実質的類似性」には、日本法における「依拠性」の間接事実である「証拠的類似性」（誤字やトラップのような、創作性のない部分についての類似性でもこれに入る）と、「同一性」に相当する狭義の「実質的類似性」（保護を受ける要素についての類似性であって、創作性のない部分の類似性は入らない）とが含まれる<sup>22</sup>。したがって、日本法における「依拠性」に相当するのは、間接事実としての「アクセス」プラス「証拠的類似性」であり、「アクセス」自体ではない。また、「アクセス」は、被告が原告の著作物に触れることのできる機会をいうので、①「既存の著作物の表現内容の認識」とも異なる。

## 2 依拠性の認定

### （1）間接事実による認定

前述のとおり、依拠性の構成要素は、「既存の著作物を自己の作品へ利用する事実」と解すべきであるが、何ら関係のない被告について、直接証拠をもってこれらの事実を立証することはほとんど不可能である。ましてや、①「既存の著作物の表現内容の認識」と、②「その自己の作品への利用の意思」または「その自己の作品への利用の事実」と解する場合、元来、「認識」や「意思」といっ

---

<sup>21</sup> たとえば、アルタイ判決（*Computer Associates Intern., Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992)）は、「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持っていたことと（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。」という。

<sup>22</sup> ゲイツラバー判決（*Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries, Ltd.*, 9 F.3d 823 (10th Cir. 1993)）は、「著作権侵害の請求を成り立たせるためには、原告は、〈1〉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。……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持っているか、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持ったこと、および（2）当該著作物と複製の嫌疑を受け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、独立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。」という。

た主観を直接証明することは極めて困難である。その結果、通常、これらの事実を推認する間接事実を積み重ねて、これらを認定することとなる。

では、どのような間接事実をもってこれを認定するのか。以下の類型に分けて検討することが可能であろう。

(i) 被告が原告の著作物を明らかに認識していた場合<sup>23</sup>…被告の作成した作品に類似性が認められる限り、依拠性を推認することができる。ただし、被告は、原告の著作物を認識する時点以前に独立して創作していたことを証明することによって、依拠性の推認を妨げることができる。

(ii) 被告が原告の著作物に触れる機会があった場合<sup>24</sup>…その機会の大きさと「証拠的類似性」の大きさととの相対的關係に基づき、経験則上、「偶然の暗合」で生ずる可能性を越える類似性が認められる場合には、依拠性を推認することができる。ただし、被告は、被告が原告の著作物に触れる機会がなかった事情や原告の著作物を認識する時点以前に独立して創作していた事実を証明することによって、依拠性の推認を妨げることができる。

(iii) 被告が原告の著作物に触れる機会がなかった場合<sup>25</sup>…依拠性を認定することはできない。ただし、被告の作成した作品に、偶然の暗合で生ずることはあり得ないほど強い「証拠的類似性」が認められる場合には、このような強い証拠的類似性自体が、被告が原告の著作物に触れる機会があった証拠となりうる。

## (2) いわゆる独立創作の「抗弁」

ところで、独立創作の位置付けについては議論がある。同一性のある作品であっても他人の著作物を「複製」して、したがって他人の著作物に「依拠」して作成されたものでなければ、複製権は及ばない。すなわち、他人の著作物に「依拠」せずに同一性のある作品を作成すること（「偶然の暗合」、「独立創作」）

---

<sup>23</sup> たとえば、著作物の制作に関与した場合：版画の写真事件（東京地判平成一〇年十一月三〇日知的裁集三〇巻四号九五六頁）、三沢市勢映画製作事件（東京高判平成五年九月九日判時一四七七号二七頁）、智恵子抄事件（最判平成五年三月三〇日判時一四六一号三頁）、永禄建設会社案内事件（東京高判平成七年一月三一日判時一五二五号一五〇頁）など。原告から直接著作物を受領した場合：当落予想表事件（東京高判昭和六二年二月一九日判時一二二五号一一頁）、シノブ設計事件（福島地判平成三年四月九日知的裁集二三巻一号二二八頁）など

<sup>24</sup> たとえば、原告の著作物が広く公衆に開示・販売されていた場合：古文単語呂あわせ事件（東京高判平成一一年九月三〇日判タ一〇一八号二五九頁）佐賀錦袋帯事件（京都地判平成元年六月一五日判時一三二七号一二三頁）など。

<sup>25</sup> 米国のアーンシュティン判決（*Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946)）は、この類型に当たる。原告の作成した楽曲は未発表であったが、原告は被告が原告の住居に密かに入り込んで盗んだと主張した。判決は、「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ぬ。」という。

は、著作権侵害を生ずることにはない<sup>26</sup>。独立創作をもって、被告が立証責任を負う「抗弁」と解する学説がある<sup>27</sup>。この学説は依拠性の構成要素を「アクセス」と「独立創作のないこと」と捉える帰結であるが、そもそも要件事実自体の問題と要件事実を推認する間接事実とは異なり、「アクセス」や「独立創作」は、前述のとおり、要件事実自体（依拠性の構成要素）ではなくこれを推認する間接事実の一つでしかない。したがって、独立創作は抗弁ではなく、間接反証にすぎないと考える<sup>28</sup>。

## 五 同一性の要件

### 1 同一性の意義

同一性の意義について、前掲最判昭和五三年九月七日（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件）は、「既存の著作物…の内容及び形式を覚知させるに足りるもの」という。また、翻案権侵害の事案であるが、前掲最判平成一三年六月二八日（江差追分事件）は、「既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる」場合に侵害を認める。

著作物を内容と形式という概念で捉えるのは、フィヒテの見解である<sup>29</sup>が、内容は公有に帰するが形式は著作権の保護の対象になるとする。前掲最判昭和五三年も「内容及び形式」とするのは、形式（表現）が覚知されその結果として内容（アイデア）も覚知される場合に同一性を認める趣旨であって、内容（アイデア）または形式（表現）として内容（アイデア）のみが覚知される場合にも同一性を認める趣旨とは考えられない。明らかに、前掲最判平成一三年は、アイデアに対する保護を否定する<sup>30</sup>。

また、覚知ないし感得される対象として、前掲最判平成一三年は、「表現」や「表現上の特徴」とはいわず「表現上の本質的特徴」というが、その趣旨は、翻案においては具体的表現における同一性ではなく抽象的表現における同一性が問題となることを念頭に置くものと思われる。

さらに、覚知も感得も「さとり知ること」を意味し、同一の観念である。

以上を総合して考えると、複製権侵害における同一性は、「既存の著作物の表現上の特徴」が「覚知」（「感得」）される場合に認められる。下級審の裁判例はいずれも、これと同一または類似の判断基準をとっている<sup>31</sup>。

---

<sup>26</sup> 前掲最判昭和五三年九月七日（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件）は、「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきであるから、既存の著作物と同一性のある作品が作成されても、それが既存の著作物に依拠して再製されたものでないときは、その複製をしたことにはあたらず、著作権侵害の問題を生ずる余地はない」という。

<sup>27</sup> 田村・前掲五一頁

<sup>28</sup> 前掲ゲイツラバー判決参照

<sup>29</sup> 半田・前掲八二頁

<sup>30</sup> 脚注15参照

<sup>31</sup> たとえば、照明器具カタログ事件・東京地判平成一一年一〇月二七日判時一

## 2 「表現上の特徴」の認定要素

### (1) 表現の要素

第一に、同一性の認定において、覚知されるか否かが問われる「既存の著作物の表現上の特徴」は、著作権の保護の対象となる「表現」それ自体でなければならない。表現される「思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など」が覚知されるとしても、同一性の認定には関係しない<sup>32</sup>。

他方、著作物に含まれる「表現」の要素には、具体的表現と抽象的表現がある。著作物の成立（成立要件）には、具体的表現が必要であるが、著作権による保護（保護範囲）は、具体的表現のみならず抽象的表現にも及ぶ。

したがって、表現の要素の観点からは、「既存の著作物の表現上の特徴」から思想、感情、アイデア、事実など自体を排除しつつ、具体的表現のみならず抽象的表現が覚知できるか否かを検討しなければならない。

抽象的表現とアイデアなどとの限界がしばしば問題となるのは、言語著作物である。言語著作物においては、具体的表現は「言語」（文字）レベルにおける表現である。抽象的要素のうち、詳細なストーリー展開や情景描写などのレベルは抽象的表現であるが、粗筋や基本設定は、アイデアである<sup>33</sup>。なお、言語著作物におけるキャラクターは、漫画などの絵画的キャラクター<sup>34</sup>と異なり、表現には入らないと思われる<sup>35</sup>。

複製権の侵害においては、抽象的表現のみの同一性が問題となることはないが、具体的表現の同一性と抽象的表現の同一性がともに問題となることがある。たとえば、原告の著作物が具体的表現A、B、Cの3つから成り、被告がこれに依拠して具体的表現A、b（Bとは具体的表現においては異なる）、Cから成る作品を作成した場合、具体的表現から見れば、同一性のある部分はAとBのみであるが、全体によって構成される抽象的表現から見れば、全体として同一であり得る。このアプローチの違いは、損害賠償額の計算において、異なった結論となる。このような事案であるホテルジャンキーズ事件<sup>36</sup>において、地裁は、

---

七〇一号一五七頁、書道文字事件・大阪地判平成一二年九月二八日判時一七三二号一三七頁

<sup>32</sup> 前掲最判平成一三年六月二八日（江差追分事件）参照

<sup>33</sup> 江差追分事件における地裁の判決（東京地判平成八年九月三〇日判時一五八四号九頁）は、「基本的な筋、構成」を表現の要素と解し、「本件プロローグ」におけるその同一性を認定したが、前掲最判平成一三年六月二八日は、「本件プロローグ」におけるその同一性は表現における同一性ではないと認定した。

<sup>34</sup> サザエさん事件・東京地判昭和五一年五月二六日判時八一五号二七頁など

<sup>35</sup> 米国のエアー・パイレーツ判決（*Walt Disney Productions v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978)）は、「多くの文字的キャラクターは保護されないアイデア以上のものをほとんど表していないが、漫画キャラクターは概念的内容のみならず物理的内容を持っており、ユニークな表現の要素をもっと含みうる。それゆえ、漫画キャラクターは文字的キャラクターとは区別しうる」と判示する。

<sup>36</sup> 東京地判平成一四年四月一五日判時一七九二号一二九頁、東京高判平成一四

同一性のある具体的表現の部分の割合に対応した損害賠償を認定したが、高裁は、全体として同一性の認められる抽象的表現の全体に対応した損害賠償を認定した。

## (2) 創作性の要素

第二に、同一性の認定において、覚知されるか否かが問われる「既存の著作物の表現上の特徴」は、著作権の保護の対象となる「創作的な」表現でなければならない。「創作的」でない表現が覚知されとしても、同一性の認定には関係しない<sup>37</sup>。したがって、創作性の要素の観点からは、「既存の著作物の表現上の特徴」のうち「創作性」のあるものが覚知できるか否かを検討しなければならない。

すなわち、創作性は、著作物成立の要件であるとともに、保護されるべき表現要素の保護要件でもある。著作物成立の問題としては、一つの小説の中に一カ所でも創作性のある表現の要素があればその小説は著作物となる。他方、保護要素の問題としては、その小説に含まれるすべての表現の要素が保護の対象になるわけではなく、創作性のある表現の要素のみが保護の対象になる（一つの小説の中に含まれる創作性のある表現の要素ごとに著作物が成立するわけではない）。したがって、裁判例の中には、原告著作物の著作物性に関して、原告の著作物に含まれる一部の表現の要素に創作性を認定して著作権の成立を認める一方で、被告による侵害に関して、当該創作性の認められる表現の要素以外の表現の要素について類似性を認定して侵害を判定するものがある<sup>38</sup>が、著作物成立の要件としての創作性と保護要件としての創作性とを混同するものといわざるを得ない。

創作性の意義については、わが国では、表現における「著作者の個性の表れ」と一般に理解されている<sup>39</sup>。その結果、表現されるアイデアを表現する上で「不可避の表現」や「平凡な表現」は、著作者の個性の表れを欠くので、創作性が認められない<sup>40</sup>。

「不可避の表現」や「平凡な表現」として創作性を欠く表現の要素は、コンピュータ・プログラムなどの機能的著作物や学術論文、歴史書、報道記事などの事実的著作物に多くみられる。表現の方法がその記述するアイデア（目的や機能や事実など）から少なからず制約を受けるからである。なお、目的や機能も階層的に存在することに注意を要する<sup>41</sup>。

---

年一〇月二九日（最高裁HP）

<sup>37</sup> 前掲最判平成一三年六月二八日（江差追分事件）参照

<sup>38</sup> たとえば、サイボウズ仮処分事件・東京地決平成一三年六月一三日判時一六七一号一三一頁

<sup>39</sup> 前掲東京高判昭和六二年二月一九日（当落予想表事件）など

<sup>40</sup> システムサイエンス仮処分事件・東京高決平成元年六月二〇日判時一三二二号一三八頁など

<sup>41</sup> たとえば、前掲東京地決平成一三年六月一三日（サイボウズ仮処分事件）は、ビジネスソフトに関して、「債権者ソフトは、検索の迅速性を維持するため、無

### (3) デッドコピー論

ところで、デッドコピーについては創作性の程度が低くても同一性を認定する考え方（以下「デッドコピー論」という）がある。たとえば、ホテル・ジャンキーズ事件・東京高判平成一四年一〇月二九日（最高裁HP）は、「創作性の低いものについては、複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみであって、少し表現が変えられれば、もはや複製行為とは評価できない場合がある、というように、創作性の程度を表現者以外の者の行為に対する評価の要素の一つとして考えるのが相当である。」という<sup>42</sup>。

しかし、創作性のない表現は保護を受けず、創作性のある表現は保護を受けるのは、創作性の存在が保護の要件だからである。そこでは創作性の程度は問題とならず、有るか無いかだけが問題となる<sup>43</sup>。

そもそも創作性の高い場合とか低い場合とはどういうものを言うのか。第一に、原告の著作物中の表現に占める創作的表現が量的に少ないことをもって創作性が低いといい、このような場合には全体に対するデッドコピーがなければ同一性は認められないという意味か。しかし、このような場合には、数少ない創作的表現の個々について被告作品にこれを覚知できるかを検討し、そのいずれかについて肯定されれば（すなわち全体に対するデッドコピーがなくても）同一性を認定していいはずである。

第二に、創作性の高低は質的なものであって、原告著作物中の個々の表現に対する質的評価という意味か。その場合、その評価の基準は何か。①芸術性の程度、②個性発揮の程度、③表現方法に対する制約の大小、などが考えられる。しかし、そもそも、①何らかの芸術性が存在するか否かの判断はともかく、芸

---

用の階層化をせず、基本的にアプリケーションのトップ階層から二階層程度までに全ての情報（画面表示）をおさめるとともに、どの階層からも必ずトップページに戻れるようにするとか、画面の機能を直感的に把握することを容易にするため、例えばタブ利用による一画面多機能設定の方法を避け、一機能に必ず一画面を与えるとか、誰が行ってもほとんど同じにならざるを得ないとは言えない程度の個性的な選択・配列方法 [がある]」と認定する。しかし、「検索の迅速性を維持するため」という目的はアイデアであるが、それを実施するために「基本的にアプリケーションのトップ階層から二階層程度までに全ての情報（画面表示）をおさめるとともに……一機能に必ず一画面を与える」という機能もアイデアであり、表現ではない。この機能が当該目的を実現する手段として「不可避」や「平凡」でないことに基づいて、この裁判例は創作性を認めているものである。いくらアイデアが個性的であってもその表現方法において個性的でなければ、創作性は認められない。

<sup>42</sup> 同旨、サイボウズ仮処分事件・東京地決平成一三年六月一三日判時一六七一号一三一頁。青柳吟子「著作物性の認定」民事弁護と裁判実務 8 知的財産権 五五八頁も同旨か。

<sup>43</sup> 齊藤・前掲七三頁

術性の程度を裁判所が認定することは適当とは思われない<sup>44</sup>。②個性発揮の有無は認定しうるとしても、その程度の大小は芸術性の程度と同様、裁判所がよく認定しうるところではないであろう。

③表現方法に対する制約の大小は、裁判所による評価が可能である。しかし、(i)表現方法に対する制約が大きく、不可避や平凡な表現方法でしかない場合には、創作性が否定され、そもそもその表現方法は保護されない。たとえば、アイデアや事実を簡潔に伝える表現（方程式や新聞の見出し）は、デッドコピー論によれば、そのアイデアや事実を利用したいと思う者がこれを自ら書き直せばその創作性は否定されるがこれを photocopy すれば複製と評価されることになるというのか。しかし、著作権法は、アイデアや事実の自由利用のために創作性のない表現の流布を奨励こそすれ阻害しようとするものではない。そうすると、これを書き直すよりはその部分をコピーすることが簡便かつ正確であって、奨励こそすれ阻害されるべきものではない。デッドコピーであるからという理由で安易に複製と評価することはできない。

では、(ii)創作性が否定されない程度に表現方法に対する制約が存在する場合には、デッドコピー論は実用性があるのか。創作性が否定されない以上、原告の表現方法以外に（原告の表現を覚知させない）表現方法があるはずである。したがって、ここでの同一性の検討は、被告作品が原告の表現方法を覚知させない表現方法を採用しているか否かを検討すれば足り、デッドコピーであるか否かで評価方法を変える必要はないと思われる。

### 3 「覚知」の認定要素

同一性は、「既存の著作物の表現上の特徴」を「覚知」（「感得」）できる場合に認められるが、直接人間の視覚・聴覚で覚知できることを要しない。機械や装置を用いて間接的に視覚・聴覚で覚知できる場合であっても、覚知に当たる。かつて米国では、音楽を円盤状の穴に記録するピアノロールが登場したときに、裁判所<sup>45</sup>が複製というためには直接人間の視覚・聴覚で覚知できることを要すると判示した。その不合理な結果を回避するため、連邦議会は著作権法を改正し

---

<sup>44</sup> 米国のブラインシュティン判決（*Bleinstein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903)）は、「法律にのみ熟練した者が絵画の価値の判定者になることは、極めて狭く明白な範囲を除いては、危険な安請け合いである。極端な場合、天才の作品に価値を見出すことができないであろう。社会が天才のメッセージを理解しうるようになるまで、天才の作品の新奇性が嫌悪感を感じさせるであろう。たとえば、はじめてゴヤのエッチングやマネの絵が世に現れたとき、保護を受けえたであろうか否かは極めて疑わしい。また、極端な場合、裁判官より教養のない一般大衆に受けのいい絵には、著作権の保護が否定されてしまうであろう。大勢の観衆を集めるものであれば、商業的価値がある。それらに美的価値がないとか教養的価値がないと決めつけるのは、不敵にすぎるであろう。」と判示する。

<sup>45</sup> アポロ判決（*White-Smith Music Pub. Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908)）

て間接的に視覚・聴覚で覚知できる場合も含むよう定めた<sup>46</sup>。日本法には、このような明文はないが、音楽著作物を直接聞くことのできないレコードに固定すること<sup>47</sup>も、コンピュータプログラムを直接に読むことのできないROMチップに固定すること<sup>48</sup>も、覚知の要件を満たすものとして複製に当たると解されている。

他方、複製の事実があっても、複製物が極端に縮小されてしまった場合など、既存の著作物の表現上の特徴を「識別」して覚知できないときには、同一性は否定される<sup>49</sup>。

#### 4 同一性の認定方法

同一性の認定には、特に言語著作物においては、原告著作物の表現上の特徴と被告作品の類似部分を対比する対比表を作成して検討されることが多い<sup>50</sup>。対比表に基づいて、まず、表現上の特徴が覚知される類似箇所を抜き出し、つぎに、各類似箇所について創作性があるかどうかを検討し、その結果、当該類似箇所に創作性があるものが残っている場合に、同一性が認定されることとなる。

なお、このような対比表を用いた場合、対比されるのが具体的表現にとどま

---

<sup>46</sup> 米国の現行著作権法は、その結果、複製物（コピーとレコード）の定義に「著作物を直接または機械もしくは装置を使用して覚知し、複製しまたは伝達することができるもの」（一〇一条）という文言を入れている。

<sup>47</sup> たとえば、前掲最判平成五三年（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件）

<sup>48</sup> たとえば、スペース・インベーダー・パートⅡ事件・東京地判昭和五七年一月二日六日判時一〇六〇号一八頁

<sup>49</sup> 前掲東京地判平成一一年一〇月二七日（照明器具カタログ事件）は、和室のイメージ写真の片隅に写っている原告の「雪月花」の書に対する複製の主張について、「書は、本来情報伝達という実用的機能を有し、特定人の独占使用が許されない文字を素材とするものであるが、他方、文字の選択、文字の形、大きさ、墨の濃淡、筆の運びないし筆勢、文字相互の組合せによる構成等により、思想、感情を表現した美的要素を備えるものであれば、筆者の個性的な表現が発揮されている美術の著作物として、著作権の保護の対象となり得るものと考えられる。そこで、書について、その複製がされたか否かを判断するに当たっては、右の趣旨に照らして、書の創作的な表現部分が再現されているかを基準としてすべきである。……他方、被告各カタログ中の原告各作品部分は、……通常の注意力を有する者がこれを観た場合、書かれた文字を識別することはできるものの、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い等、原告各作品の美的要素の基礎となる特徴的部分を感得することは到底できないものと解される。」と判示する。

<sup>50</sup> たとえば、前掲東京地判平成一四年四月一五日（ホテルジャンキーズ事件）。美術の著作物について、キューピー事件・東京地判平成一一年一月一七日判時一七〇四号一三四頁

り、抽象的表現が対比の対象から落とされることがあるのに注意する必要がある<sup>51</sup>。個々の具体的表現の要素がありふれたものであっても、それらによって構成される抽象的表現の要素は個性豊かなものでありうる。たとえば、小説において、個々の文章はありふれたものであっても、これらを組み合わせて個性的なストーリーを描くことは可能と考えられる。また、編集物において、具体的な素材の選択または配列だけが表現の要素と考えられるにとどまらない。一定範囲の具体的な素材のグループが意味を持った集合項目を構成する場合、かかる抽象的レベルにおける集合項目の選択または配列も表現の要素と考えられ、の選択・配列に個性が存在することがありうると考えられる<sup>52</sup>。

---

<sup>51</sup> たとえば、前掲ホテルジャンキーズ事件では、一審は抽象的表現の対比を落としたが、控訴審は抽象的表現の対比を付け加えた。

<sup>52</sup> 米国の裁判例として、*Churchill Livingstone, Inc. v. Williams & Wilkens*, 949 F. Supp. 1045 (S.D.N.Y. 1996)、*Educational Testing Service v. Simon*, 95 F.Supp.2d 1081 (C.D. Cal. 1999)などがある。