

《論説》

特許のフェア・ユースと
著作物のフェア・ユース (34)

松 川 実

《目次》

- I. はじめに
- II. 特許のフェア・ユース
 1. アメリカ判例の推移
 2. アメリカ判例の思想的背景
 3. 検討 (以上, 本誌第 53 巻第 1 号)
- III. 著作物のフェア・ユース
 1. アメリカの著作権法の誕生
 - (1) アメリカ著作権法の前史
 - (2) フィラデルフィア憲法制定会議と著作権条項 (以上, 本誌第 53 巻第 2 号)
 - (3) 1790 年連邦著作権法の立法過程
 - (ア) 請願
 - (イ) 下院法案 10 番 (H.R.10) (1789 年 6 月 23 日, ハンティントン提出)
 - (ウ) ウェップスター草案 (1789 年 4 月 16 日～17 日起草)
 - (エ) ジョージ・ワシントン大統領の演説 (1790 年 1 月 8 日)
 - (オ) 下院法案 39 番 (H.R.39) (1790 年 1 月 28 日, バーク提出)
 - (カ) 下院法案 41 番 (H.R.41) (1790 年 2 月 16 日, バーク提出)
 - (キ) 下院法案 43 番 (H.R.43) (1790 年 2 月 25 日, ブーディノー提出)
 - (以上, 本誌第 53 巻第 3 号)
 - (4) 1790 年連邦著作権法の規定内容
 - (ア) 題号
 - (イ) 総則 (以上, 本誌第 53 巻第 4 号)
 - (ウ) 違反行為 (以上, 本誌第 54 巻第 1 号)
 - (エ) 登録, 納品 (以上, 本誌第 54 号第 2 号)
 - (オ) 外国人の著作物

特許のフェア・ユースと著作物のフェア・ユース (34) (松川)

- (カ) 原稿の損害賠償とコモン・ロー
- (キ) 訴答 (以上, 本誌第 54 号第 3 号)
- (ク) 小括

2. フェア・ユース法理の成立と発展

- (1) 1790 年法, 1802 年法および 1831 年法と翻案
- (2) イギリス法における公正な要約の法理
 - (ア) *Burnet v Chetwood* (1721)
 - (イ) *Austen v Cave* (1739)
 - (ウ) *Gyles v Wilcox, Barrow, and Nutt* (1740)
(以上, 本誌第 54 号第 4 号)
 - (エ) *Pope v Curl* (1741)
 - (オ) *Tonson v Walker* (1752) (以上, 本誌第 55 巻第 1 号)
 - (カ) *Duke of Queensberry v Shebbeare* (1758), 2 Eden, 329
 - (キ) *Dodsley v Kinnersley* (1761), Amb. 403 (以上, 本誌第 55 巻第 2 号)
 - (ク) *Bell v Walker and Debrett* (1785), 28 E.R. 1235
 - (ケ) *Roworth v Wilkes* (1807), 1 Camp. 94 (以上, 本誌第 55 巻第 3 号)
 - (コ) *Wilkins v Aikin* (1810), 34 E.R. 163 (以上, 本誌第 55 巻第 4 号)
 - (サ) *Mawman v Tegg* (1826), 2 Russ. 385 (以上, 本誌第 56 巻第 1 号)
 - (シ) *Bramwell v Halcomb* (1836), 3 Mylne & C. 737
(以上, 本誌第 56 巻第 2 号)
 - (ス) *Lewis v Fullarton* (1839), *The Jurist*, vol. ii. P. 127
(以上, 本誌第 56 巻第 3 号)
- (3) ストーリー裁判官とフェア・ユース
 - (ア) *Gray v. Russell*, 1 Story 11, 10 F. Cas. 1035 (C.C. Mass. 1839)
(以上, 本誌第 56 号第 4 号)
 - (イ) *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)
 - ① 伝記, 書簡・手紙, 演説は著作権法によって保護されるか (以上, 本誌第 57 巻第 1 号)
 - ② 未発行の著作物は保護されるか
 - ③ 手紙の書き手の権利はどのように保護されるか
 - ④ 編集物は著作権法によって保護されるのか
 - ⑤ 本件原告書籍の著作者ないしは著作権者は誰か
(以上, 本誌第 57 巻第 2 号)
 - ⑥ 本件被告書籍は本件原告書籍の何を侵害しているのか
(以上, 本誌第 57 巻第 3 号)
 - ⑦ エクイティ訴訟とコモン・ロー訴訟 (以上, 本誌第 57 巻第 4 号)

- ⑧ 本件法廷意見に引用されたイギリスの判決
 - (i) 公正で誠実な要約
 - (ii) 許されない短縮
 - (iii) 手紙の著作権 (以上, 本誌第58巻第1号)
 - (iii-1) 手紙の著作権 (続) (以上, 本誌第58巻第2号)
 - (iv) 差止命令の要件 (以上, 本誌第58巻第3号)
 - (iv-1) 差止命令の要件 (続)
- ⑨ 公的文書の著作権 (以上, 本誌第58巻第4号)
- ⑩ ブッシュロッド・ワシントンとスパークスとの契約
(以上, 本誌第59巻第1号)
- (ウ) Emerson v. Davies, 8 Fed. Cas. 615 (C.C.D. Mass. 1845)
(以上, 本誌第59巻第2号)
- (エ) 小括 (以上, 本誌第59巻第3号)
- (4) 19世紀中葉から20世紀初頭のフェア・ユース
 - (ア) Story v. Holcombe, 23 Fed. Cas. 171 (C.C.D. Ohio 1847)
(No. 13,497) (以上, 本誌第59巻第4号)
 - (イ) Webb v. Powers, 2 Woodbury & Minot 497; 10 Law Rep. 152. (C.C.D. Massachusetts 1847) (No. 17,323) (以上, 本誌第60巻第1号)
 - (ウ) Greene v. Bishop, Federal Cases, Volume 10, 1128 [Case No. 5,763]; Clifford, Vol. 1, 186 (Circuit Court, D. Massachusetts, 1858)
(以上, 本誌第60巻第2号)
 - (エ) Lawrence v. Dana, Federal Cases, Volume 15, 25 [Case No. 8,136] (C.C.D. Mass. 1869) (以上, 本誌第60巻第3号)
 - (オ) Banks et al. v. McDivitt et al., 2 Federal Cases, Volume 2, 759 [Case No. 961]; Blatchford's U.S. Circuit Court Reports, Vol. 13, 163 (Circuit Court, S. D. New York, 1875) (以上, 本誌本号)

IV. 結論

III. 著作物のフェア・ユース

2. フェア・ユース法理の成立と発展

- (4) 19世紀中葉から20世紀初頭のフェア・ユース
 - (オ) Banks et al. v. McDivitt et al., 2 Federal Cases, Volume 2, 759 [Case No. 961]; Blatchford's U.S. Circuit Court Reports, Vol. 13, 163 (Circuit Court, S. D. New York, 1875)

本件は、ニューヨーク州裁判所裁判官大会で定められた州最高裁判所規則集を注釈付きで発行していた発行人が、新たに類似の規則集を発行した競業者に対して、著作権侵害を根拠に類似書籍の発行の差止命令および仮差止命令を求めたエクイティ訴訟である。原告規則集の注釈には、旧規定や先例など、パブリック・ドメインとして誰でも利用できるものが含まれていたが、本件は、確かにパブリック・ドメインであったとしても、被告らが原典や情報源を調査・探査することなく、原告らの規則集から勝手にそのまま孫引きすることは、原告らの労働や骨折りを窃取するものであるとして、仮差止命令が認められた事件である。

本件の判決には、いくつかの問題が孕んでいるようである。①制定法である著作権法が保護することを明言していない作品であっても、エクイティ裁判所は、たとえば、労働理論を根拠に、それらをエクイティ上の著作物であると認め、その無断利用には救済を認めてきた。そこで、エクイティ上の著作物と認められないものにも、一種、むき出しの労働理論を根拠として同様に救済を認めることができるかという点である。②これをさらに敷衍していくと、パブリック・ドメインになった原典を使って派生的な編集物を創作した場合に、その派生的な編集物が制定法の著作権法でもさらにエクイティ上も著作物と認められる場合に、パブリック・ドメインである原典も、制定法上ないしはエクイティ上、著作物として復活するのかという点である。

原告らは、ディビット・バンクス (David Banks, 1786–1871)、チャールズ・バンクス (Charles Banks)、アントニー・ブリーカー・バンクス (Anthony Bleecker Banks) である。苗字が同じことから同族で、Banks and Brothers という商号で会社を営んでいた。1829 年のニューヨーク州の (エクイティ) 規則・命令集¹⁴⁴⁶⁾には、バンクスという者が、ニューヨーク州

1446) Rules and orders of the state of New-York, Albany: Published by William Gould & Co. Law Booksellers, No. 95, State-Street, Sign of Lord Coke; and By Gould & Banks, Law Booksellers, Corner of Nassau and Spruce-Streets, opposite the city Hall, New York. G. M. Davison, Printer, Saratoga Springs, 1829, p. 196.

オールバニーでニューヨーク州庁舎の向かい側にあった会社で、法律書書肆ウィリアム・グールド (William Gould) と一緒に商売をしていた。1849年、最高裁判所まで係属した *Eleazer F. Backus v. William Gould and David Banks*, 48 U.S. 798 (1849)¹⁴⁴⁷⁾ 事件では、それは1831年法6条¹⁴⁴⁸⁾の解釈につき争われた事件であるが、バンクスとグールドは、判決の表記では、被告として記載されているが、これは公式の誤植であって、実は、本当の原告はジョン・L. ウェンデル (John L. Wendell) 判事であって、その代理を務めた訴訟の原告であった。この事件は、講学上は「違反者の占有制限」という用語で取り上げられるが、1843年10月、原審である第2巡回控訴審裁判所のコクリング (Alfred Conkling Coxe Sr., 1847–1923) 判事は、1831条6条の文言を無視して、著作権者は違反者ないしは侵害者によって発行され、発行のために調達された素材のシートごとに50セントの賠償を受ける権利があり、それらの素材のシートが違反者ないしは侵害者の占有にあるかどうかは問題とならないという判断を下した。しかし、それに対する侵害者の上告により、1849年、最高裁判所のジョン・マクレーン (John McLean, 1785–1861) 裁判官は法廷意見で1831年法6条の罰金は刑罰規定であるので厳格に解釈されなければならない、同条項が「違

1447) 松川実「特許のフェア・ユースと著作物のフェア・ユース (7)」青山法学論集 54巻1号 (2012年) 139～167頁 (148, 161頁) 参照。

1448) 1831年法6条「本法に従って書籍の題号を登録した以降、本法で制限された期間内に、書籍の複本を、とりあえず2名以上の信頼できる証人の立ち会いのもとで、その著作権を法的に付与された者の文書による署名された同意がなく、印刷、発行、輸入ないしは印刷、発行、輸入させた者、あるいは、その複本がそのように印刷ないしは輸入されたことを認識した上で、そのような書籍の複本を、そのような文書による同意なく、発行、販売、販売のために陳列し、ないしは発行、販売、販売のために陳列させた者は誰でも、違反者として、その当時その書籍の著作権を法的に付与された者のために、そのような書籍のすべての複本を没収され、さらに、本法の意図に反して、印刷済み、印刷中の、発行され、輸入され、且つ、その違反者の占有にある製版ごとに50セントを没収され、支払わなければならない。それに関する管轄権を有する裁判所で金銭債務訴訟によって回復されなければならない、その半分は前述のように著作権の法的な保有者に、残りの半分は合衆国の使用に供せられる」。

反者の占有にある」ものに限定している以上、それ以外に解釈する余地はなく、第2巡回控訴審裁判所のコクリング判事の判断は同条項に違反するものであって、その教示に基づく陪審の判決も取り消されると判断した。その結果、バンクスとグールドは敗訴しているが、この論争は、そもそも1831年法6条を民事法の規定とみるか、刑事法の規定とみるかというアメリカだけではなくイギリスの判例を前提とし、100年以上にわたって議論のある論点であった。

その最高裁判所判決から20年以上経過したあと、バンクスとグールドが他人に送付した封書が現在も残っている。その封書の差出人表示には、会社名と住所等を印刷したシールが使われている。バンクスの表示は、消印が1870年代のものは、「Banks & Brothers, Law Publishers, 473 & 475 Broadway Albany, N.Y.」という記載があり、グールドの1880年代のシールには、「William Gould Jr. & Co. William Gould & Son. Law Publishers, Albany, N.Y.」¹⁴⁴⁹⁾という記載がある。両社とも、少なくとも50年から60年にわたり、法律書の出版社としてニューヨーク州オールバニーで出版業を継続して営んでいたようであり、この間に、当然ながら、世代が替わっているものと思われる。

被告らは、マクディビット (John R. McDivitt)、ハワード・キャンベル (Howard Campbell)、フランクリン・G. キャンベル (Franklin G. Campbell) であり、マクディビット・キャンベル社 (McDivitt, Campbell and Co.) という会社を経営していた。しかし、被告らの詳細については記録が定かではない。

本件で原告らが著作権を侵害されたと主張している書籍は2冊ある。1冊目は、「ニューヨーク州最高裁判所実務規則集 (Rules of Practice of the Supreme Court of the State of New York, 1871)」であり、2冊目は、

1449) <https://www.ebay.com/itm/New-York-Albany-1880s-William-Gould-Law-Publisher-Advertising-Cover-/333007739866?oid=332937030865>

「ニューヨーク州記録裁判所実務の一般規則集 (General Rules of Practice of the Courts of Record of the State of New York, 1874)」である。両書は旧版と新版の関係ではない。前者の1871年ニューヨーク州最高裁判所実務規則集は、判決書によれば、1870年12月20日と21日のニューヨーク州裁判官大会で採択された規則や実務さらに各規則に注釈が付けられているものであるという。また、別の資料では、ニューヨーク州法の定めに従い、2年に1度開催されることになっていた裁判官大会が、1870年8月の第1水曜日、アルバニー市州議会議事堂で開催され、その大会で採択された規則の改正、変更、廃止、創設等であり、これらの規定は実務に適用できる限り、ニューヨーク州立のすべての記録裁判所を拘束するという¹⁴⁵⁰⁾。これには、「連邦議会の法律を遵守して、1871年、バンクスとその兄弟は、ワシントンで、連邦議会図書館司書の事務所にて登録した」という記載がある。

筆者が入手できたのは、前述のように、原告らの1829年ニューヨーク州の(エクイティ裁判所)規則・命令集くらいである。この1829年の版について、原告らは著作権登録を行って著作権を取得している¹⁴⁵¹⁾。さらに入

1450) E. Ellery Anderson, David Banks, Charles Banks and Anthony Bleecker Banks, Complainants, Against John R. McDivitt, Howard Campbell and Franklin G. Campbell, defendants: pleadings, evidence, exhibits, &c., New-York: Amerman & Co., Law Printers, 1876, 2 [Making of Modern Law: Trials, 1600–1926].

1451) 1829年版のNY州最高裁判所規則命令集の著作権登録をみると, Southern District of New-York, ss. Be it remembered, that on the 6th day of July, A.D. 1829, in the 54th year of the Independence of the United States of America, Gould and Banks, of the said district, have deposited in this office the title of a book, the right whereof they claim as proprietors in the words following, to wit: “Rules and Orders of the Court of Chancery of the State of New York. Revised and established by the present Chancellor, pursuant to the directions of the act concerning Courts and Ministers of Justice, and proceedings in civil cases, and adapted to the several provisions of the Revised Statutes; with precedents of writs, orders, &c., approved by the Chancellor.”と記されている。

手できた 1847 版¹⁴⁵²⁾も、原告らが発行人として発行し、著作権の登録を済ませている¹⁴⁵³⁾。ということは、本件原告らは、少なくとも 1829 年から 40 年以上にわたり、2 年ないしは数年おきに、このような規定集を発行していた可能性がある。

後者のニューヨーク州記録裁判所実務の一般規則については、原告らは、1858 年には、すでに類似の書籍を発行した。それから約 16 年後の 1874 年に発行されたニューヨーク州記録裁判所実務一般規則は、1874 年 11 月 24 日、裁判官大会で採択され、そして 1875 年 2 月 1 日に発効した実務の規則を含み、また、1871 年の書籍の計画に基づいた注釈と参照をも含んでいた。

しかし、1871 年の書籍は 70 頁であったが、1874 年の書籍は大幅に頁数を増やして 120 頁になったという。資料によると、この書籍の執筆者は、多額の対価と引き換えに、原告らにこの原稿を引き渡し、著作権を含むすべての権利を原告らに譲渡したという¹⁴⁵⁴⁾。もっとも、誰が執筆者であるかは記載がない。

1875 年、被告らは「裁判所の新規則、総則および各論 1875 年版 (New Rules of the Courts, General and Special, 1875, &c)」と題する書籍を発行した。その書籍の編集者は、被告らではないが、誰であるかは不明である。

そこで、原告らは、1875 年 2 月、エクイティ訴訟を提起して、被告らの書籍のはしがき、注釈、索引は、1874 年の原告らの書籍のコピーであると主張し、著作権に関する合衆国の法律によって、原告らに保証された権利

1452) 1847 年版の表紙: Rules of Practice of the Supreme Court of the State of New York, at Law and in Equity: as established by the court at July Term, 1847. With Precedents of writs, orders and bills of costs, and notes of decisions. Albany: Gould, Banks & Gould, 104 State-Street. New York: Banks, Gould & Co., 144 Nassau-Street. H.H. Van Dyck Printer, Atlas Office. 1847.

1453) 1847 年版の著作権登録: Entered according to act of Congress, in the year eighteen hundred and forty-seven, By Gould, Banks & Gould, in the office of the Clerk of the Northern District of New-York.

1454) Anderson 前掲注 (1450) 2.

の侵害であって、原告らは、差止命令と仮差止命令のための申立を行った。ただし、エクイティ訴訟で、制定法である著作権法を根拠として著作権侵害を主張することは異例である。

① 本件原告書籍は著作物か。著作物とすれば、どのような種類の著作物か。

本件訴訟の対象物は、70頁ないしは120頁の書籍であるようであるが、法規集であるから、小説や詩集のような著作物ではない。それゆえ、1831年法1条¹⁴⁵⁵⁾によって著作物として保護されることはない。さらに、本件原告らは差止命令等を請求するためにエクイティ裁判所に訴えている。エクイティ裁判所の先例によれば、判例集や法規集も、名簿、地図、ガイドブック、道路本、統計表、ダイジェストと同様に編集物として扱われることになる。

本件原告らの規則集の構成要素は、規則、注釈、索引である。本件判決書によれば、原告らは、自分たちがその規則集に対して何らかの権限を取得したとは主張しなかったといわれている。そもそも裁判官集団がその職務の一環として定めた訴訟規則に対して、何人かが1831年法1条に基づき、小説や詩集に認められるような著作権を取得しうるのは問題となる。この点については、1834年最高裁判所 *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 事件判決で、ジョン・マクレーン裁判官が執筆した法廷意見では「当裁判所は全員一致で、判決報告者は当裁判所から提供された判決文に何ら

1455) 1831年法1条:「合衆国の市民ないしは居住者であって、本法成立後、書籍、地図、海図、楽曲を作成し、作曲したが、それらが印刷も発行もされていない場合、あるいは、本法成立後に、書籍、地図、海図、楽曲を作成し、作曲した場合には、その者は著作者として、あるいは、発明、設計、食刻、彫刻、刺繍し、ないしは、彫刻させ、食刻させ、自分のデザインないしは何らかの捺染あるいは彫版から刺繍させた者、さらにその遺言執行人、遺産管理人、権利承継人は、そのような書籍、地図、海図、楽曲、捺染、版画、あるいは彫版を全体としてあるいは部分的に、印刷、再版、発行、そして販売する独占的権利と自由を、その題号が記録されてから28年間、以下に定めるように保有する」。

の著作権もなく、占有することもなく、さらに当裁判所の裁判官も判決報告者にその著作権を付与する (confer) ことはできない」と、判例集編纂者には連邦最高裁判所の判決文に対して著作権がないことを明言した。確かに、本件では、訴訟の対象となっているのは、連邦裁判所の判決ではなく、州の裁判所の裁判官らが定めた訴訟規則であって、1834 年 *Wheaton v. Peters* 事件判決が適用されるものではない。しかし、1834 年 *Wheaton v. Peters* 事件と本件とを比べると、連邦、州、さらに判決と規則という違いはあるものの、公的機関が作成した言語の公文書という表現物である点で同様であり、本件の規則も 1831 年法による著作権の保護の対象外であろう¹⁴⁵⁶⁾。もっとも、本件のようにニューヨーク州では、「裁判官と判決報告者は州によって手当が支払われ、裁判官らの精神的な労働の産物は州の財産となり、それが合法的に処分できるように州自体が著作権を取得する」というような規定が存在するようである。したがって、連邦の判例集とは扱いが異なるかも知れない。本件を担当したシップマン (William Davis Shipman, 1818–1898) 判事も、ニューヨーク州訴訟規則はパブリック・ドメインであると断言している。

次に、原告らは、各規則に付いた注釈や索引について著作権を主張することができるかが問題となる。シップマン判事によれば、被告らが 20 番, 22 番, 33 番, 35 番, 37 番, 43 番, 45 番, 47 番, 51 番, 53 番, 56 番, 58 番, 61 番, 63 番, 66 番, 68 番, 69 番, 71 番, 72 番, 77 番, 78 番, 82 番, 85 番, 80 番, 87 番, 88 番, 92 番, 93 番, 94 番, 96 番と 97 番の規則へ付けた注釈は、原告書籍の注釈とさらにその番号も同一であったという。そして、その注釈には、主として、ニューヨーク州裁判所の判決と州法の要約、制定法の法令集の巻数と頁数、その規則に関する判決の判決集の巻数と頁数が参照として記されていたという。被告書籍の注釈の大部分、原告

1456) Theodor Megaarden, Copyright, in: David S., et al., Editors Garland. American and English Encyclopaedia of Law, Vol. 7, 2d ed., 1898, 508–598 (540).

らの書籍にあったのと同じであり、原告らによってアレンジされたように正確に同じ順序に並べられたという。ただし、このニューヨーク州裁判所判決と州法の要約とは、どのようなものであったのかについては、全く説明がなされていない。その代わりに、判決書によれば、「原告らは、規則の編集物の計画や、体系やアレンジ、あるいは被告らの索引に新規なものがあるとも主張していない」という。ということは、要約も以前から何処かで利用されていたものであるかも知れない。さらに、索引については、「被告らの索引は10頁であるが、ほとんど、原告らの索引の複製である。ただ、被告の索引は、規則の番号に基づき、原告らの索引のように頁数に基づいていないだけである」といって、この索引と注釈を複写したことを根拠に仮差止命令を出した。ただし、シップマン判事は、「仮に、侵害が明瞭であって、仮差止命令が被告に重大な侵害を及ぼさない場合には」仮差止命令が認められると一定の条件は付けている。本件では、被告らの行為は原告らの権利の侵害が明瞭であって、被告らに被告書籍の販売の禁止を命じて被告らに深刻な効果はないと判断したようである。

このようなシップマン判事の判断には、批判がある。まず、シップマン判事が明瞭な侵害があるといった被侵害物、つまり、注釈や索引は、エキイティ上の著作物と認められるのかという疑問である。索引のために選択された項目が同一であるからといって、単なる複写と認定し、さらに注釈の中身を全く吟味することなく、違法な侵害であると断定しているように見える。シップマン判事が仮差止命令を認めた実質的な根拠は、恐らく、「書籍の編集者は、ある事実を誰でも使っても良い出典に由来する情報から得ようとする場合にも、自分自身で調査しなければならない。編集者は、窃盗の意思 (*animo furandi*) をもって先行する編集物の編集者の労働を利用することは許されない。後進の編集者は、独立した自分の労働によって同じ結果が得られたとすれば、自分自身の時間を先行の編集者の研究の結果をコピーすることによって節約することは許されない」という点であろう。つまり、Aがパブリック・ドメインの原典から素材を集めて甲編集物

を作成した場合に、B が、同様の編集物を作成することを計画した時に自分の労力を節約するために、甲編集物から、パブリック・ドメインの素材を引き写すことは許されないという見解である。シップマン判事は、1939 年 *Gray v. Russell*, 1 Story 11, 10 F. Cas. 1035 (C.C. Mass.) 事件判決や、1845 年 *Emerson v. Davies*, 8 Fed. Cas. 615 (C.C.D. Mass.) 事件判決を援用して、後進の編集者に一種、調査義務を課し、それに違反するとエクイティ上の著作権侵害と判断したようである¹⁴⁵⁷⁾。

著作物として制定法、法規、条文は、1831 年法によって保護されない。そうすると、制定法がエクイティ上、保護される著作物かが問題となる。エクイティ裁判所が保護を認めてきた著作物は編集物である。しかし、本件判決書によれば、原告らは、編集物としての規則集の計画や体系やアレンジ、あるいは索引に新規なものがあるとは主張していないという。

制定法上は保護されないが、エクイティ上、保護され得る編集物が、エクイティ上で実際に保護されるには一定の要件を充足することが必要である。1839 年 *Gray v. Russell* 事件判決でストーリー裁判官 (Joseph Story, 1779–1845) 裁判官は、ラテン語文法書「の注の計画とアレンジ、組み合わせは、もっぱらグールド氏に排他的に帰属することになる。なぜなら、そのような計画とアレンジ、組み合わせは、その形式上、グールド氏の文法書にまとめて表現されていたからである。従って、グールド氏は、それらの注の実際の形式と組み合わせにおいて計画とアレンジ、組み合わせにつき著作者であると思われ、それゆえ、それにそった著作権を与えられるものである。多数のいろいろな出典から抜き取られたが、最初に、同じような計画、アレンジ、組み合わせで集められた素材から構成されたような作品は、その素材がもともと多数の様々な書物に、恐らく何百冊、何千冊もの書物に散らばって記され、それ故、巧みさと入念さの点でも等しく、

1457) Marc R. Stein, Motion Picture Exhibition without a License: Alchemy in the Second Circuit, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 1 (1978), 277–309 (291).

しかし、別の考えによる同じような研究によって同じように集められたものかも知れないので、我々の法が、そのような作品を著作権という特権を与えることができる著作物とはみなさないならば、本当は、今日の科学的・専門的な論文の多くに何らかの著作権があるのだと言うことは困難であろう¹⁴⁵⁸⁾ という。これは、パブリック・ドメインのような著作物を含め、制定法である著作権法によって保護されない素材を多く集めて、一定の計画にしたがい、アレンジや組み合わせに創作性があれば、それはエクイティ上、著作物として保護され、その編集者は著作者として保護されるということになる。そして、その目的は学問の発達である。

1847年オハイオ地区巡回裁判所 *Story v. Holcombe*, 23 Fed. Cas. 171 (C.C.D. Ohio 1847) (No. 13,497) 事件判決でジョン・マクレーン巡回裁判所裁判官(なお、1830～1862年は最高裁判所裁判官)は、「しかし、被告ホルコムは、ストーリー裁判官によって編集された抜粋を複写することによって、ストーリー裁判官の労働を利用することはできない。これは、よく確立された原理である¹⁴⁵⁹⁾」と述べて、マクレーン裁判官はストーリー裁判官の労働理論を援用している。さらに、マクレーン裁判官は、「著作物それ自身とは違って、アイデアに著作権が存在できないのと同様に、計画にも著作権は存在できないといわれている。これは認められているが、アイデアが表わされている言葉は財産権の対象であり、本件で議論されている対象もそのように分類されている」と述べて、アイデアも言葉として表現されれば著作権として保護されることを示唆している。1869年マサチューセッツ地区巡回裁判所 *Lawrence v. Dana*, Federal Cases, Vol. 15, 25 [Case No. 8,136] (C.C.D. Mass.) 事件判決で、ネイサン・クリフォード

1458) 松川実「『翻訳』英米知的財産権法関連判決集——*Sawin v. Guild*, 21 F. Cas. 554 (C.C.D. Mass. 1813); *Gray v. Russell*, 1 Story 11, 10 F. Cas. 1035 (C.C. Mass. 1839)——」青山法学論集 53巻2号(2011年)149～164頁(160頁)。

1459) 松川実「『翻訳』英米知的財産権法関連判決集〔公正な要約〕——*Story v. Holcombe*, 23 Fed. Cas. 171 (C.C.D. Ohio 1847) (No. 13,497)」105～118頁(117頁)。

(Nathan Clifford, 1803–1881) 最高裁判所裁判官と、ジョン・ローウェル (John Lowell, 1824–1897) 巡回裁判所判事は、「誰でも自由に利用できる出典から既存の資料を引き写したり、既存の資料をアレンジして組み合わせたり、既存の資料を以前には知られていなかった方法で用いたりして創作した著作物の著作者が、それに著作権を主張することは正当である。なぜなら、選択やアレンジ、組み合わせをしたとき、あるいは新規で有益な物に達したときに、著作者のスキルと裁量が行使されたからである」¹⁴⁶⁰⁾ という。

編集物の計画、アレンジ、組み合わせが保護されるには新規であることが要求されている。そこで、労働やスキルや裁量は、アイデアでもなく、計画、アレンジ、組み合わせでもない。しかし、労働やスキルが投入され、裁量が行使されて編集物ができあがった場合に、新規なアイデア、計画、アレンジ、組み合わせが言葉として表現されていなくとも、編集物として保護されるかが問題である。

本件を担当したシップマン判事のように、いわばむき出しの労働理論を適用して、エクイティ上の著作物と認められない物にも救済を認めることができるかという点である。本件では、規則集の規則はパブリック・ドメインである。パブリック・ドメインの規則をそのように編集するかという計画、アレンジ、組み合わせに、本件原告らに何らの新規性もないようである。つまり、訴訟記録が明瞭でないため判断できないが、本件訴訟の対象物は長年編集発行され、本件で問題となった規則集の計画、アレンジ、組み合わせが従来のものと同一であったのかも知れない。

② 本件原告書籍の著作者ないしは著作権者は誰か

本件原告らの規則集の構成要素は、前述のように規則、注釈、索引であ

1460) 松川実「『翻訳』英米知的財産権法関連判決集〔フェア・ユース〕——Lawrence v. Dana, Federal Cases, Vol. 15, 25 [Case No. 8,136] (C.C.D. Mass. 1869) (1)」本誌本号参照。

る。そこで、これらの構成要素の著作者ないしは著作権者が誰かが問題である。まず、ニューヨーク州裁判官大会で定められた規則は、シップマン判事によれば、パブリック・ドメインである。そのため、規則には著作者はいないはずである。しかし、ニューヨーク州の州裁判所の判例集に関しては、別の法律があるようである。つまり、前述のように、ニューヨーク州裁判所判例集の発行を州から請け負った本件原告らに関して、「州法の下で、役人が高額な対価と引き換えに、固定価格で判例集を印刷して販売することに同意するバンクス及び兄弟 (Banks & Brothers) に限られた期間の間の著作権の保護を与えた」¹⁴⁶¹⁾ という記録がある。本件の規則に関しては、判決書ではないが、本件訴訟記録によると、「この書籍の著作者は、多額の対価と引き換えに、原告らにこの原稿を引き渡し、著作権を含むすべての権利を原告らに譲渡した」という記録がある¹⁴⁶²⁾。つまり、ニューヨーク州裁判所判決集の権利移転の文章とニューヨーク州裁判所規則の権利移転の文章はほとんど同一である。ということから、本件規則も、ニューヨーク州の見解では、その著作権者はニューヨーク州ということになるだろう。

次に、注釈と索引の著作者は誰か。著作者は、原告らから多額の対価と引き換えにその著作権を含むすべての権利を譲渡しているが、この注釈や索引が制定法上、あるいはエクイティ上、著作物と認められて全部が有効になる契約である。訴訟記録では、その著作者が誰であるかは定かでない。とはいえ、ニューヨーク州の機関で働く役人か、あるいは、そのような州機関から注釈や索引の作成の委託を受けた民間の弁護士であると考えるのが素直であろう。しかし、注釈や索引がパブリック・ドメインとすれば、著作者は存在しない。しかし、「この書籍の著作者は、多額の対価と引き換えに、原告らにこの原稿を引き渡し、著作権を含むすべての権利を原告らに譲渡した」という契約もあり、このような契約は、少なくとも当事者間では有効である。

1461) Megaarden 前掲注 (1456) 540.

1462) Anderson 前掲注 (1450) 2.

原告らは、1874 年 12 月にワシントン D.C. の連邦議会図書館事務所に登録して記録させ、その記録のために手数料を支払った。原告らは、本件書籍の発行後 10 日以内に、その複本 2 冊を同事務所に納本¹⁴⁶³⁾した¹⁴⁶⁴⁾という。もっとも、原告の規則集が一部であれ全部であれ、パブリック・ドメインであったとすれば、それは無効な登録である。1790 年法以降、従来の納品・納本は、連邦地方裁判所の書記官室であったが、1865 年 3 月 3 日法によって、連邦議会図書館事務室へと変更されている。

③ 本件被告書籍は、原告書籍の著作権を侵害しているか。

判決書によると、原告らは、「被告らが、もともとの情報源を利用せず、原告が苦勞して調査し発見した引用をそのまま複写することで、自分たちの労働を節約する方法を取っていた」と訴えた。そのように、後進の著作者や編集者が先行する他人の労働を利用することは、連邦議会の著作権法によって保証された権利の無権限の侵害であるという。また、本件判決書によれば、被告らの書籍の編集者は、宣誓供述書の中で、「自分の注釈と参照は、主として、1858 年と 1871 年の原告書籍と、1872 年、原告らが発行したミシガン州ランシング市の法令と規則 (Lansing's Code and Rules) から借用した。しかし、自分は、1874 年の原告らの書籍からは実質的には

1463) 1865 年 (写真・ネガ・プリント・彫刻) 法 (An Act supplemental to an act entitled "An Act to amend the several acts respecting copyright," approved February third, eighteen hundred and thirty-one, and to the acts in addition thereto and amendment thereof [1865 年 3 月 3 日]) 2 条:「前述の著作権法によってその著作権が保証されている、すべての書籍、小冊子、地図、図表、楽曲、版画、彫刻、写真の印刷複写物は、その著作者ないしは著作権者が郵送料ないしはその他の費用を負担した上で、発行日の 1 か月以内に、ワシントンの連邦議会図書館の使用のために、同図書館に送付しなければならない。連邦議会図書館の司書は、それを受領したならば、書面で受領書を発行しなければならない」。

1464) 1874 年版の著作権登録: Entered according to Act of Congress, in the year one thousand eight hundred and seventy four, by Banks and Brothers, in the office of the Librarian of Congress at Washington.

借用していない」と述べたという。

それゆえ、シップマン判事は、原告らの主張を全面的に認容して、「1875年、被告らは『裁判所の新規則、総則および各論 1875年版 (New Rules of the Courts, General and Special, 1875, &c)』と題する書籍を発行した。これには、1875年、1874年に裁判官大会で採用された規則と各規則に注解が付き、その規則に関する判決集の巻数と頁のみを記載した。被告らは、自分たちの書籍を編集する際に、1874年の原告らの書籍にあった引用を複写したが、1871年の原告書籍にあった引用と、自分自身の研究の結果によって、1874年の原告書籍にあった引用を補充した。被告らの書籍にある注釈の大部分の引用は、原告らの1874年書籍と同一で、同一の順序に並べられている。それゆえ、被告らは原告らの1874年の著作権を侵害した」と判断した。

しかし、その当時から、シップマン判事のこの判決には疑問が呈されていた。たとえば、「事実を十分に調査した後であれば、仮差止命令の申立を却下しても、本件の結論に『深刻な疑い』を生じさせなかったであろう」¹⁴⁶⁵⁾。つまり、確かに、「侵害があった。なぜなら、原典をいちいち調査していたのでは掛かる時間と苦労を節約するために、原告の書籍に頼っていたことは明らかであるからである。引用は同じ順序で行われ、索引も原告の書籍の索引をほとんど再印刷したものであった」¹⁴⁶⁶⁾からであるという。本件の侵害行為といわれているものは、実は孫引きに過ぎないということである。

④ 被告らには、著作権侵害を免責される事由があるか。

被告らは、原告らの書籍は保護に値しないと反論した。なぜなら、原告らは、先行する類似の発行物を侵害していたからである。これは、抗弁で

1465) Mark A. Lemley, Eugene Volkh, Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property cases, *Duke Law Journal*, Vol. 48 (1998), 147-242 (152).

1466) Recent American Decisions, *American Law Register*, Vol. 33 (1885), 506-538 (526).

なく、別訴で主張すべきものであるが、シップマン判事は、「私は、原告らが侵害したといわれているすべての書籍を参照したことはない。ただし、1858年、W.C. Little & Co. によって発行された実務の規則は手に取ってみた。そして、私がこの書籍を精査したが、原告らがそれを不正に使用したものと判断することはできなかった」と被告らの反論を却下している。しかし、そもそも、本件で著作権の侵害であると認定された行為が、著作権の侵害ではないということになれば、免責を主張するような事由も存在しない。

とはいえ、本件訴訟は、文献等にフェア・ユース、公正な要約というテーマで取り上げられているケースである。シップマン判事は、「ダイジェスト、道路本、人名録、または地図の編集者は、労働者の誰もが手に入れることが許されている領域で、自分自身で検索して調査することは許される。しかし、他人の手による産物を自分自身のものとして採用することはできない」と述べて、その根拠に、ストーリー裁判官の「エクイティ法律学」の中の一文を引用している。つまり、後進の編集者は「同じオリジナルの素材をもとに創作することは許される。しかし、他人の技能、勤勉、費用によってすでに収集され、具体化された素材を排他的かつ誤魔化して使用することはできない」¹⁴⁶⁷⁾ という一文である。シップマン判事は、このストーリー裁判官の一文で、ストーリー裁判官は「孫引き」を禁止していると理解した。さらに、それを補強するために、「このルールは、1803年大法官裁判所 *Hogg v Kirby*, 8 Ves. 215; 1806年大法官裁判所 *Matthewson v Stockdale*, 12 Ves. 270; 1809年大法官裁判所 *Longman v Winchester*, 16 Ves. 269; 1810年大法官裁判所 *Wilkins v Aikin*, 17 Ves. 422; 1839年大法官裁判所 *Lewis v Fullarton*, 2 Beav. 6; 1863年大法官裁判所 *Hotten v*

1467) Joseph Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence, as Administered in England and America*, 9th Edition, Vol. II, Boston 1866, §940. 松川実『《翻訳》ジョセフ・ストーリー『エクイティ法律学コンメンタール第5版第2巻(1849年)第930章～第951章』青山法学論集57巻4号(2016年)365～387頁(374頁)参照。

Arthur, 1 Hem. & M. 603; 1839年マサチューセッツ地区巡回裁判所 Gray v. Russell, [Case No. 5,728]; 1841年マサチューセッツ地区巡回裁判所 Folsom v. Marsh, [Id. 4,901]; 1845年マサチューセッツ地区巡回裁判所 Emerson v. Davies, [Id. 4,430]; George Ticknor Curtis, A Treatise on the Law of Copyright in Books, Dramatic and Musical Compositions, Letters and other Manuscripts, Engravings and Sculpture, as Enacted and administered in England and America; with some Notices of the history of literary property. Boston: Charles C. Little and James Brown. London: A. Maxwell and Son, 1847, 174–177」とイギリス大法官裁判所およびマサチューセッツ地区巡回控訴審裁判所の先例、さらに権威的な文献もずらりと並べて援用した。しかし、ストーリー裁判官も、その後の英米の裁判所の先例も権威書の執筆者も、必ずしも「孫引き」を禁止はしていない。

このように、フェア・ユースや公正な要約の先例を援用したために、本件は、いかにも、現在でもフェア・ユースの事例かのように取り上げられているが、それは誤った引用である。

⑤ 本件の顛末

前述のように、ストーリー裁判官は「エクイティ法律学」の中で述べた後進の編集者は「同じオリジナルの素材をもとに創作することは許される」とは、そもそも先行編集者も後進編集者も原典から同じ素材を使って創作活動を行うことは許される。しかし、先行編集者「の技能、勤勉、費用によってすでに収集され、具体化された素材を排他的かつ誤魔化して使用することはできない」とは、先行編集者が具体化、翻案した物を後進編集者が、いかにも自分自身の創作物かのように誤魔化して利用することは許されないという意味である。

本件訴訟の対象である規則、注釈、索引は、当事者間では契約上、著作物であると定められているが、一般的には、規則はそもそもパブリック・ドメインであり、原告らの注釈に含まれている情報も索引も著作物とは認

められていない。さらに、原告らの注釈に含まれている情報の選択、アレンジ、組み合わせについても原告らには何ら権利もない。したがって、本件被告らが利用したものは、すべて非著作物であるという。非著作物を後進編集者が複写しても、それは、本来、著作権法上も、エクイティ上も著作権侵害ではない。しかし、本件のシップマン判事は、パブリック・ドメインを他人の著作物を介して利用すると、それは著作権侵害であると判断した。

本件 *Banks et al. v. McDivitt et al.*, 2 Federal Cases, Volume 2, 759 は、弁護士マーク・シュテイン (Marc R. Stein, 1947-) によれば、「直接コピー・ケース (direct coping case)」であるといわれている¹⁴⁶⁸⁾。シュテインによれば、直接コピー・ケースとは、パブリック・ドメインである原典から、第1編集者が素材をそのまま編集物に取り込んで完成させ、第2編集者が第1編集者の編集物からパブリック・ドメインの素材を引き写して編集物を完成させた場合に、それが著作権侵害になったケースという。顕著な例として、1960年第9巡回控訴審裁判所 *Axelbank v. Rony*, 277 F.2d 314 事件では、アクセルバンクという原告は、ロシア革命のパブリック・ドメインのニュースリール映像のみからなる映画を制作した。原告は、このパブリック・ドメインの映像を編集してアレンジし、結果として映画につき制定法上の著作権を取得した。被告は、ロシア革命に関する自分自身の映画を製作する過程で、同一のパブリック・ドメインのニュースリール映像を編集した。原告は、被告が自分の著作物をコピーしたと主張して著作権侵害の訴訟を提起した。それに対して、第9巡回控訴審裁判所は、原告の著作権保護はその作者の新規かつオリジナルな寄与に限定されると指摘し、原告の映画における編集やアレンジが、被告によってコピーされたかどうかを検証すると、原告の保護されている映画の部分と被告の映画に全く類似性がないと認定した事実審裁判所の認定を是認したという¹⁴⁶⁹⁾。

1468) Stein 前掲注 (1457) 290.

1469) Stein 前掲注 (1457) 288.

さらに、シュテインは、「判例集における『直接コピー』理論が最も早く示唆されたものは、Folsom v. Marsh 事件判決であったといわれている。……Folsom v. Marsh 事件判決は我々の現在の議論には重要である。なぜなら、Folsom v. Marsh 事件判決は、『直接コピー』ケースという枠組みの中に入るからではない——これは明らかに直接コピー・ケースではない——しかし、それはその後の Banks v. McDivitt 事件という、まさに『直接コピー』ケースで、誤って Folsom v. Marsh 事件判決が『直接コピー』ケースであると持ち出されたからである」¹⁴⁷⁰⁾ という。

この「直接コピー」ケースは、現在のアメリカの著作権法理論では、「編集著作物と派生的著作物」というテーマで説明されることが多いが、パブリック・ドメインを素材として派生的な編集著作物を創作した場合に、それを著作権によって保護するには、一般の著作物に要求する創作性のレベルに比べて、より高い創作性を要求しなければならないという。なぜなら、派生的な編集著作物の創作性のレベルが低いのに、それを著作権法で保護してしまうと、実質的にパブリック・ドメインを再び著作権の保護の中に復活させてしまうからであるという¹⁴⁷¹⁾。

本件は、「パブリック・ドメインの素材の複写が、派生的な編集著作物の著作権者の著作権を侵害するという結論を支持するために、(フェア・ユースに関する) Gray 事件判決、Emerson 事件判決が援用されている」¹⁴⁷²⁾ に過ぎないといわなければならない。

1470) Stein 前掲注 (1457) 289–290.

1471) マーシャル・A・リーファー (牧野和夫ほか訳) 「アメリカ著作権法」レクシスネクシス・ジャパン (2008年) 83～89 頁参照。

1472) Stein 前掲注 (1457) 291.