

《論説》

特許のフェア・ユースと 著作物のフェア・ユース (36)

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 (36) (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, 本誌第60巻第4号)
 - (カ) Chapman v. Ferry and another, Federal Reporter, Vol. 18, 539 (Circuit Court, D. Oregon, 1883)(以上, 本誌第61巻第1号)
 - (キ) Reed v. Holliday, Federal Reporter, Vol. 19, 326 (Circuit Court, W. D. Pennsylvania, 1884)(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

(キ) Reed v. Holliday, Federal Reporter, Vol. 19, 326 (Circuit Court, W. D. Pennsylvania, 1884)

人気の高い英文法の教科書に、無断で教師用手引き書が作成、印刷、発行、販売された事件である。英文法の教科書の著作者らが原告となり、教師用の手引き書発行の仮差止命令が求められた事件である。本件判決書は、一方で 3~4 頁と簡潔な形でまとめられているが、他方で多くのイギリスの先例が援用されている。しかし、判決書の文章を綿密に検討していくと、必ずしも明確でない記述も多い。そこで、イギリスの先例を紐解きながら、本判決の意味を解明することを目的としている。

原告の一人は、アロンゾ・リード (Alonzo Reed, -1899) である。リードは、ニューヨーク大学の母体の 1 つとなったブルックリンのカレッジエイト・ポリテクニク・インスティテュート (Brooklyn Collegiate and Polytechnic Institute) の英語教師であった。リードは、1880 年ごろから、ブライダード・ケログ (Braiderd Kellogg, 1834-1920) と共著で、「英語の等級分けレッスン (Alonzo Reed, Braiderd Kellogg, Graded Lessons in English, An Elementary English Grammars, consisting of one hundred practical lessons, carefully graded and adapted to the class room, New York: Clark & Maynard, 1880) と、「英語の上級レッスン (Alonzo Reed, Braiderd Kellogg, Higher lessons in English. A work on English grammar and composition, in which the science of the language is made tributary to the art of expression. A course of practical lessons carefully graded, and adapted to everyday use in the schoolroom, New York, Clark & Maynard, 1880) などの英語の文法書を発行している¹⁴⁸⁵⁾。ケログは、ニューヨーク

1485) リードの著作リストは以下のサイトを参照。http://onlinebooks.library.upenn.

生まれで、教師であり、1861年から1868年まで、バーモントのミットレバリー・カレッジ (Middlebury College) のレトリック・英文学教授であった。本書が発行される頃には、リードと同じブルックリンのカレッジエイト・ポリテクニク・インスティテュートで文学、英文法の教授になっている。

被告はロバート・P. ホリデー (Robert P. Holliday) である。しかし、その素性は定かでない。被告は、「リード・ケログの英語レッスンに付随する教師用引き (A Teacher's Manual to accompany Reed & Kellogg's English Lessons)」という、いわゆる教科書ガイドを発行した。この教科書ガイドは、「原告らの英語の教科書から40のダイアグラムをコピーし、設問の文章をダイアグラム化した」¹⁴⁸⁶⁾ ものであったという¹⁴⁸⁷⁾。

そこで、原告らは、著作権侵害を根拠に仮差止命令をペンシルベニア西部地区巡回裁判所に求めた。本件はエクイティ訴訟である。アチソン判事 (Marcus Wilson Acheson, 1828–1906) が担当した。原告らがエクイティ訴訟を提起した動機は定かではないが、それには、(1) 差止命令を求める必要があったか、あるいは(2) 損害賠償を求めて、コモン・ロー裁判所に提訴するには、連邦議会制定の著作権法を適用する必要がある、盗用されたと主張している部分が、制定法上、著作物でなかったというように、著作権法上の欠陥があったことも考えられる。

- 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
本件は1881年1月31日に提訴されていることから、1870年著作権法

edu/webbin/book/lookupname?key=Reed%2c%20Alonzo%2c%20%2d1899
1486) Vinita Gaikwad, The Impact of a Visual Approach Used in the Teaching of Grammar When Embedded into Writing Instruction: A Study on the Writing Development of Chinese First Year University Students, 2013, 67.

1487) ただし、被告書籍を発見することはできなかった。それ故に、原告書籍から、何をどのように引き写したのか、比較をすることができない。

86 条¹⁴⁸⁸⁾が適用され、原告らの作品は著作物であるかどうか、つまり、著作権が認められるかどうかが問題となる。

原告書籍の 1 冊目に挙がっている「英語の等級分けレッスン」の冒頭¹⁴⁸⁹⁾には、「言語について話すこと (A TALK ON LANGUAGE)」として、「教師は授業を担当する前に少なくとも 2, 3 の朗読の時間を割くことが望ましい。言語について生徒たちに話して、クラスの生徒たちの関心が継続するように常に朗読のことを思い出して下さい。そして教師は、生徒が練習に積極的に参加することを許さなければならない。……」などという文章で始まっている。さらに、同じ頁の「レッスン 1」では、「《生徒》私は 3 つの音を聞きました。《教師》その 3 つを言って下さい。黒板に書きますよ。そうすると、あなたは、b-u-d という 3 つの音を目で見ることができますね。この 3 つの文字を別々に考えると、それはあなたにとって何かのサインでしょうか。《生徒》はい。この 3 つの文字は、私がちょうど今耳にした音のサインです。《教師》それでは、これらの文字は、別々に考えて、あなたの目にはどのように映っていますか。《生徒》これらの文字は、私の耳に届いた音を絵に表わしています。《教師》それでは、文字は何のサインですか。《生徒》文字は音のサインです。《教師》それでは、この 3 つの音をもっと早く発音してみます。3 つがくっつくと bud になります。この 3 つの音

1488) 1870 年著作権法 86 条「書籍、地図、海図、演劇、歌劇、彫刻、挿絵、プリント、写真、そのネガティブ、絵画、描画、多色石版画、彫像、塑像、作成者が美術著作物として保護されることを意図している模型やデザインの著作者、発明者、デザイナー、権利者、その遺言執行人、遺産管理人、権利譲受人は、合衆国の市民あるいは合衆国に居住する市民である場合には、それらの印刷、再刷、発行、完成、実施、演奏、終了、販売する独占的な自由を有する。演劇あるいは演劇を公に実演し表現する場合、あるいは他人に実演させ、表現させる場合には、著作者は、自ら自身の著作物をドラマ化し、翻訳する権利を留保することができる」。

1489) Alonzo Reed, Braiderd Kellogg, Graded Lessons in English, An Elementary English Grammars, consisting of one hundred practical lessons, carefully graded and adapted to the class room, New York: Clark & Maynard, Publishers, No. 5 Barclay Street 1880, 9-10.

はくつつくと言葉になります。budという言葉を知ると、何を考えますか。《生徒》私は葉の多い枝や花に成長する小さな丸いものを思い浮かべます。《教師》それを考えたとき、あなたは何か見ましたか。《生徒》いいえ、何も見ていません。《教師》それじゃ、心の中で何かを思い浮かべましたか。私達はその心の絵をアイデアといいます。何がこのアイデアを思い起こさせますか。《生徒》私が聞いた bud という単語でそれが心に浮かびました。《教師》それじゃ、話された単語は何のサインですか。《生徒》話された単語はアイデアのサインです」という文章から始まっている。これらの文章を見る限り、各文章は必ずしもありふれた表現ではなく、それなりの長さがあり、それぞれの文章に多少のオリジナリティを見いだすこともできる。本書は、ほぼこのような文調で最後まで書かれているようであるから、一般的な著作物である。

本件を担当したアチソン判事は、本件判決文の冒頭で、「原告らは、学校で使用するための『英語の等級分けレッスン (Graded Lessons in English)』と、『英語の上級レッスン (Higher Lessons in English)』という2冊の教科書につき、連邦議会制定の著作権法の規定にしたがって保証された著作権の権利者である。原告らは、その2冊の教科書の共同著作者であり共同編集者である」という。つまり、1870年著作権法86条によって、制定法上の著作物であると認定した。しかし、アチソン判事は、さらに、「この2冊の教科書には、1つのオリジナルの方法が含まれている」という。本来、原告書籍の文章を審理して著作物と認定すれば、あえて「オリジナルの方法」というような指摘は不要である。「オリジナルの方法」とは、一般の著作物で使われる表現ではなく、しばしば編集物で使われてきた表現である。編集物は、「書籍」という法律用語に包摂してしまうこともあったが、アメリカでは1909年著作権法で規定が創設されるまで、必ずしも制定法上の著作物ではなかった。

たとえば、1845年のマサチューセッツ地区連邦巡回裁判所 *Emerson v. Davies*, 8 Fed. Cas. 615 (C.C.D.Mass.) では、本件と同様に、初心者向け

の算数教科書の盗用が問題となったが、英語の教科書に比べ、算数では数字や記号の使用が多くなり、長い文章が少なくなるために、単語によってオリジナリティを表現することはより困難になっている。この事件でも算数教科書は書籍ではあったが、制定法上の著作物とはみなされなかった。この事件の原告は、「具体的なものを使って数を表わすという方法によって、数の足し算を例示する方法は、各々の質問や問題、例示との直接の関連で印刷され、そして、生徒の目が、直接、実践的な例示に釘付けになり、数と量の明確な考えを生徒の心に刻まれるように配置されている。II. 被告らは、原告書籍の前述の部分と特徴の点で、例示というプランおよび方法を同じく使用することによって、原告の著作権を侵害した」という。原告が数を表わすために利用した「具体的もの」とは、リンゴの絵を7個並べて、7を表わしたり、瓶を9本並べて9を表わすというように、リンゴ、瓶、オレンジなどの絵を使っていた。被告も、同じ絵ではないが、別の絵を使って数を表わし、原告と同様、素材の配置や編集の方針を模倣して侵害していると主張し、その事件を担当したストーリー裁判官も原告の主張を認めている。

本件でアチソン判事が「オリジナルの方法」の存在を認めたということは、一般の著作物でない部分、つまり、編集物にしか認められないような部分を念頭に置いているものと思われる。

本件判決書では、英語文法書とダイアグラムという単語が頻繁に登場している。英語文法書は、さておき、ダイアグラムとは何か。ダイアグラムとは、「情報を整理し象徴的に線描など幾何学的に図示したものを目指す」¹⁴⁹⁰⁾という。鉄道の時刻表やフローチャートもダイアグラムの1種である¹⁴⁹¹⁾。

1490) <https://ja.wikipedia.org/wiki>

1491) 小林昭世「デザイン形成と記号論的機構：見せるための表現の工夫」VISION 15 巻3号 (2003 年) 151～159 頁 (153 頁) によれば、「表：時刻表、価格表、年表、一覧表、など。グラフ：ビジネスグラフ、など。チャート：家系図、組織図、ネットワーク図、流れ図、など。地図：路線図、統計地図、案内図、天気図、航海図、など。立体図・図解：断面図、解剖図、分解図、など。図によるノーテーション：楽譜、など」を挙げている。

鉄道の時刻表は線と数字から書かれているから、一般的には著作物にはなり得ないが、仮に、著作物になり得るとすれば、それはグラフィックやデザイン、あるいは絵画の芸術作品としてであろう。しかし、本件では、一般の著作物ではなく、編集物を想定しているようで、英文を、オリジナルのルールにしたがって時刻表やフローチャートのようなものを使い解説しているようである。

英文法研究の歴史からみると、「リードとケログは、文の構造を視覚的に表現した最初の人ではなかった。彼らのダイアグラムは、19世紀後半の英文法とそれを教えるためのより効果的な方法を見つけようとする彼らの試みに合致にしていた」¹⁴⁹²⁾ という。本件判決書にも、「被告は、ダイアグラムの助けを借りて文法を教えることは、原告らに起源があるわけではなく、このような体系は、原告らのものの前に、例えば、『パートの実践英語文法 (Burt's Practical English Grammar)』や『クラークの実践文法 (Clark's Practical Grammar)』という著作物に現れていたことを証明した」という。これは、被告が著作物の要件に新規性を加えようとしているが、アチソン判事は、それに対して全く反応をしていない。つまり、著作物は新規である必要はない。

原告らは、確かに、初めてではないが、英文の構造を視覚的に表わすためにダイアグラムを用いた。「マレーの文法書は文法を親しみやすいものにし、マレーの名そのものが『文法書』を示すようになり、学生達は文法を勉強することを『マレーを勉強する』というほどになった。しかしマレーの統語論的分析方法であるパースイングはあまりに細かく、また時間がかかりすぎるとの批判から、時間を短縮させ、さらに文法構造を明確にさせる図2に示したような『センテンス・ダイアグラム』(sentencediagram)がアロンゾ・リードとブライナード・ケログ (Alonzo Reed/Brainerd

1492) The Early History of Sentence Diagrams: <http://www.polysyllabic.com/?q=book/export/html/91>

Kellogg, 1877) によって提唱された」¹⁴⁹³⁾ という。

アチソン判事は、「そのオリジナルの方法で、生徒に容易に理解できるように、一定の分析ルールと原理のもとで、ダイアグラムに書かれた文章の使い方を学ぶことによって、英語の授業が興味深く効果的に行われた。そして、原告らの一般的方法とは、各練習問題の英語の単文を一つのダイアグラムの形式に分解することである。そして、生徒も同様に、各練習問題に含まれている文章をダイアグラムの形で書くことが求められる。ただし、その際に、前述の教科書で定められ、解説され、詳述された英語の法則に合致するように書くことが必要であった」という。このような工夫が、アチソン判事によれば、エクイティ上の著作権の保護に繋がると考えているようである。

② 本件原告書籍の著作者ないしは著作権者は誰か

原告らの著作権の由来を連邦議会が制定した著作権法とエクイティに分けて考える必要があるだろう。つまり、アチソン判事も認めるように、原告らは、連邦議会制定の著作権法の規定にしたがって保証された著作権の権利者である。また、リードとケログが、その2冊の教科書の、制定法上の共同著作者であり共同編集者である。2名の原告が、エクイティ上も著作権者であるかどうかに関しては、明確ではない。そもそも、エクイティ上の著作権者の要件を議論したケースを見たことはない。しかし、エクイティ裁判所が扱ってきた著作権侵害のケースは、本来、制定法の著作権法では明確には認められていなかった編集物の作成者と、制定法上の要件である登録や納本を履践してこなかった一般の著作物の著作者であった。本件の英語文法教科書は、登録や納本に瑕疵があるという指摘はない。そうであれば、前述のように、その多くの部分は一般の著作物として認められるだ

1493) 入部明子「アメリカの国語テキストの史的展開」人文科教育研究20号(1993年)19～31頁(21頁)。引用文にあるように、図2にリード・ケログのダイアグラムの例が掲載されている。

ろうが、あえて、エクイティ裁判所に提訴しているということは、盗用されたという部分が、一般の著作物でないか、あるいは、編集物としか認められない部分であるのかも知れない。仮に、そうであれば、原告らは、原告書籍の一部につき、連邦議会が制定した著作権法によって認められた著作権者であると同時に、他の部分では、エクイティ上の著作権者でもあると考えられているものと思われる。

③ 本件被告書籍は、原告書籍の著作権を侵害しているか

被告は、「リード・ケログの英語レッスンに付随する教師用手引き (A Teacher's Manual to accompany Reed & Kellogg's English Lessons)」という教科書ガイドを発行した。本件判決書は、この教師用手引きを以下のように説明する。つまり、「教師用手引きは、236頁の量で(その中で、序文、備考および索引を含む)、そのうち188ページは、ダイアグラムに形成された文章からなっている。被告の教師用手引きのダイアグラムのうち40は、原告らの著作物の際立った性格と特徴を形成して、その正確なコピーであり、残りは原告らの著作物から文字通り転記することによって構成されている。そして、それらが原告らの書籍に現れる順序で、原告らの上述の著作物に原告らによって、定められたルールのもとで、原理に基づいて、ダイアグラムにこれらの文章をアレンジして、レッスン文章は、原告らによって構成され、選択されたものである。(……中略《筆者》)しかし、被告は、原告のダイアグラムを単にコピーすることで、自らを満足することができなかった。被告は、原告らによって構成または編集されたレッスン文章を丸ごと利用した。そのレッスン文章は、原告らの著作物の重要な部分を構成している。しかし、確かに、被告は原告の著作物のどちらも、全体としても、おそらく大幅には複写していない」という。

ここでは、40のダイアグラムのほかに、残りは原告らの著作物から文字通り転記したが、「大幅には複写していない」と矛盾した事実認定がある。「残りは原告らの著作物から文字通り転記した」とか、「レッスン文章を丸

ごと利用した」と述べられた対象が、前述の原告書籍の1冊目に掲載されている冒頭の文章のような文章であれば、それは一般の著作物として、制定法上の著作権で保護される。それにもかかわらず、エクイティ訴訟を提起したということは、前述のように、(1) 差止命令を求める必要があったために、エクイティ訴訟を選択し、連邦議会制定の著作権法が認める著作権の侵害の主張を断念したのか、あるいは、(2) 本来、損害賠償を求めてコモン・ロー裁判所に提訴することを希望していたが、連邦議会制定の著作権法を適用して、盗用された部分が制定法である著作権法上の著作物でなかったために、エクイティ訴訟にならざるを得なかったという場合もある。ただし、この何れであるかは、判決書からは明らかでなく、また、被告書籍を入手できなかったため、原告書籍と被告書籍を比較できないために、筆者としても確認することはできない。

アチソン判事は、著作権侵害に主観的要件が必要かどうかという点と、連邦議会制定の著作権法に基づき著作物と認められる第1の著作物を引き写して第2の著作物を作成した者は、どのような場合に、制定法上の著作権の侵害になるか、その要件について言及している。

(1) 被告(侵害者)の主担的意図について

被告には、(i) 原告の著作権を侵害するという意図も、(ii) 被告書籍を、原告書籍に取って代えようという意図もなくてよいという。アチソン判事は、「しかしながら、意図は、仮に、違った形で侵害が起きても重要な問題ではない」という。アチソン判事はその先例として2つのケースを援用している。まず、1807年大法官裁判所 *Roworth v Wilkes*, 1 Camp. 98 である。これは、原告がフェンシングに関する専門書を発行し、被告が百科事典 *ロンドネンシス* で、フェンシングにつき原告の専門書を論評した事件である。そのケースを担当した大法官エレンバラ卿 (*Edward Law, 1st Earl of Ellenborough*, 1790–1871) は「論評は、一般的に、論評された本の代替物としては役立たないであろう。論評の場合でさえ、非常に多くが引き写されたならば、それは原著物と同じ知識を伝達するものになり、その論評

は文学的所有権侵害という訴因を与えるものである」と述べた。偽作を作成するという故意は、「この種の訴訟において必要ではない。訴えられた出版物が、実質上一つの複製物であり、それによって、他人に帰属する著作物は侵害されたということでは十分である」と述べている。アチソン判事は、単なるフェンシングの書籍の偽版ではなく、フェンシングの書籍を論評するというように違った形式でも、侵害する意図の存在は不要であるという趣旨を述べたかったのであろう。次に、1877年アメリカ連邦最高裁判所 *McLean v. Fleining*, 96 U.S. 245 を挙げている。これは、著作権侵害事件ではなく、肝臓薬の商標権侵害が問題となった事件であるが、侵害が明らかの場合、侵害者の責任は、商標の不当な使用を通して模倣品を販売するという事実から生じるので、不正な意図の肯定的な証拠は不要と判断した。これも、侵害の事実があれば、それに対応した主観的意図、故意は不要であると明言している。

さらに、アチソン判事は、「侵害を禁止するための差止命令の申請に基づき、著作権の侵害が広範な場合には、侵害著作物が原著作物の代替物であることを証明する必要もない」と述べ、1846年大法官裁判所 *Bohn v Bogue*, 10 Jur.420 を参照している。*Bohn v Bogue* とは、原告ヘンリー・ジョージ・ボーン (Henry George Bohn, 1796–1884) が著作権者であった「ロレンツォ・デ・メディチの生涯のイラスト (Illustrations of the Life of Lorenzo de Medici)」と題された著作物から文章、記事、項目が複写・盗用されて、被告ダニエル・ボーグ (Daniel Bogue) の「ロレンツォ・デ・メディチの生涯 (A Life of Lorenzo de Medici)」という書籍が発行され、その差止命令が求められた事件である。この事件を担当した副大法官シャドウエル卿 (Launcelot Shadwell, 1779–1850) は、被告自身の証言から、原告の著作物の実質的に貴重な部分を盗用したことは明白であるとして差止命令を認めた。その際、「複写された文章が、引用であると反論されたとしても、あるいは、それらの文章がオリジナルの著作物に取って代わるほど、実際の著作物になるほど広範でなくとも、それは、オリジナルの著作物の著作権

侵害になることはある」と述べている。副大法官シャドウエル卿の見解を前提とすると、侵害部分が広範ではないが、実質的に重要である場合にも、アチソン判事は、代替物であることを証明する必要はないという趣旨なのかどうかは、不明であるため、その点は残された問題である。

最後に、副大法官シャドウエル卿は、「当裁判所、つまり、大法官裁判所は常にエクイティ上の利益に目を向けているが、著作権に対するエクイティ上の権利が完全であれば、仮に、コモン・ロー上の財産権の点で欠陥があったとしても、実質的な問題は、当裁判所として審理されるべきであると留意している」という。アチソン判事が、1846年大法官裁判所 *Bohn v Bogue*, 10 Jur.420 を援用した動機は、そこまで及んでいないかも知れないが、本件原告らの権利が、コモン・ロー、つまり、連邦議会制定法である著作権法上、何からの欠陥があったとか、あるいは、原告らのエクイティ上の権利が完璧であったといったかったのかも知れない。しかし、その点も本件判決書からは窺い知れない。

(2) 連邦議会制定の著作権法によって著作物と認められた作品の著作権の侵害

アチソン判事は、「連邦議会制定の著作権法は、著作権者に、著作権のある書籍を印刷等、さらに販売するための『独占的な自由』を保証する。そして、これは、確かに、そこから一字一句引き写されたような著作物の重要で価値ある部分を印刷し販売するための他のいかなる者の権利とも相容れない」と述べている。「独占的な自由」という文言自体は、1870年著作権法 86 条の文言と符合する。しかし、この文章の後段は、多分に意味が曖昧である。まず、2名の著作権者を想定しているようである。少なくとも、一人は、制定法上、著作物と認められるものの著作権者である。もう一人は、その「他のいかなる者」とされ、その主体には何ら限定がない。つまり、連邦議会制定の著作権法によって著作権者と認められた者、エクイティ上の著作権者、あるいは、その他、何かしらの権利者である。仮に、エクイティ上の著作権者を「他のいかなる者」とすれば、制定法上の著作権者

の印刷・販売の権利と、エクイティ上の著作権者の印刷・販売が衝突することがあり、制定法上の著作権者の印刷・販売の権利と相容れない、つまり、後者のエクイティ上の著作権者の印刷・販売の権利の行使が制限される場合があるという意味になる。「そこから」という文言は、前段の制定法上の「著作権のある書籍」であろう。「一字一句」引き写すとは、逐語的に引き写すことである。エクイティ上の著作権者が、制定法上の「著作権のある書籍」から一字一句引き写して著作物を作成した場合に、後者の著作物のうち、一字一句引き写した部分が、後者の著作物の重要で価値ある部分である場合には、後者、つまり、エクイティ上の著作権者の権利は、前者である制定法上の著作権者の印刷・販売する権利と相容れないので、その行使が認められないという結論になろう。

このように理解したとして、さらに、それを前提として反対解釈をすると、3つの例外が考えられる。(i) 引き写したのが、一字一句でない場合は、エクイティ上の著作権者も、その著作物を印刷・販売することができる。(ii) 一字一句引き写したが、その引き写した部分が、あまり重要でない場合には、エクイティ上の著作権者も、その著作物を印刷・販売することができる。(iii) 一字一句引き写したが、その引き写した部分が、あまり価値がない場合には、エクイティ上の著作権者も、その著作物を印刷・販売することができるということになる。ただし、一字一句、引き写した部分が重要か、あるいは価値があるかという要素が、混合した形態の場合にどのように解されるのかが問題となる。

コピンガー (Walter Arthur Copinger, 1847-1910) は、著作権侵害の形態を5つに類型化している。つまり、「第1に、著作物全体を逐語的に盗用すること。第2に、著作物の一部を逐語的に盗用すること。第3に、著作物の全体または一部を模倣し、あるいは、色を付けて改変しただけで全体または一部を再製すること。第4に、著作物全体または一部を要約した形式で再製すること。第5に、翻訳で著作物の全体または一部を再製すること。第1の盗用は、簡単に検出し処罰もできるため、減多には行われない。第

2の性質の盗用は、検出がはるかに困難で、そのケースでも盗用された量が侵害の真の基準となることはない。なぜなら、ある著作物は、他の著作物の侵害であるかも知れないが、複写された文章は引用であると反論されるかも知れないし、複写された文章はオリジナルの著作物に取って代わる盗用著作物であるといわれるほど広範には引き写されていないと反論されることがあるかも知れないからである」という。

アチソン判事の見解では、原告書籍から一字一句引き写し、その引き写した部分が、被告書籍の重要で価値のある部分である場合には、制定法上の著作権の侵害になるという内容であろう。コピンガーの類型化によれば、アチソン判事が想定したケースは、恐らく、第2の類型であろうが、アチソン判事はさらに、2つの例外を想定し、その例外とは、引用と代替物とみなされるほど多くを引き写していない場合である。

コピンガーは、被告の著作物の中で、引き写した部分が重要かどうか、価値があるかどうかという評価の面に注目しているのに対して、アチソン判事は、どちらかというとき多し少ないと量的に考えているようである。

④ 被告には、著作権侵害を免責される事由があるか

本件判決書では、「しかしながら、被告は、被告手引きの中に、原告らの書籍のそれぞれの重要な部分を組み込んだ。これは、侵害になる(1841年マサチューセッツ地区巡回控訴審裁判所 *Folsom v. Marsh*, 2 Story, 100; 1858年マサチューセッツ地区巡回控訴審裁判所 *Greene v. Bishop*, 1 Clift 186)。ただし、著作者がその著作権の中でもつ権限全体と一致する何らかの原則に基づいて、被告が自らを正当化できる場合には、そのかぎりではない」という。アチソン判事は、大変回りくどい表現を用いているが、この「著作者がその著作権の中でもつ権限全体と一致する何らかの原則」とは何か。その表現の直前には、1841年マサチューセッツ地区巡回控訴審裁判所 *Folsom v. Marsh*, 2 Story, 100が掲載されていることから、それがフェア・ユースであることは、容易に想像がつくが、フェア・ユースが、この

ような表現で暗示されたケースはない。アチソン判事が、どのような意図で、このような難解な文章でフェア・ユースを書いたのかは判断できない。

仮に、フェア・ユースが成立する可能性があること、あるいは、その可能性を否定するために、いくつかの疑問点を付記しているようにしか思われない。

(1) 教科書ガイドの形式

アチソン判事は、「それでは、被告の著作物が、原告の教科書に対する手引き書の形式を取っていることは、どんな違いがあるというのであろうか」とか、「したがって、原告の才能、労働、勤勉さの成果をどんな権利で被告は着服することができるのか」と、反語の文章で、それらを強く否定している。つまり、教科書の手引き書であろうが、一般の書籍であろうが同じであり、また、原告の才能、労働力、勤勉さの成果を被告は着服できるような権利は全くないはずであると主張しているようである。

(2) 改良発明と派生的著作物

アチソン判事は、「確かに、改良発明の場合には、第2の発明者が、特許のある機械に改良を加えたという事実は、確かに、その第2の発明者に第1の特許期間その機械を使用する権利を与えるが、しかし、手引き書を作成しても、もはや、被告に都合の良いように、原告の著作権によってカバーされている文学的作品を発行する権利を与えることはない」という¹⁴⁹⁴⁾。まず、改良発明に関する記述は、正確ではない。1870年のアメリカ特許法24条では「新規で有用な技術、機械、製造または組成物あるいはその新しく有用な改良を発明、発見した者は、それがこの発明ないしは発見の前に、既知でなく、この国で他人によって利用されることなく、この国でも外国でも、特許が与えられておらず、印刷物で掲載されてもいない場合、それが放棄されたことが証明されていない限り、法の要求する額を支払い、その他の正当な手続を経れば、それに対する特許を取得することができる」

1494) 類似の事件は、わが国でもある。たとえば、東京高判平成16年6月29日裁判所ウェブサイト「国語教科書準拠教材事件」参照。

と定めている。しかし、基本発明と改良発明の関係を定める規定は見当たらない。たとえば、1793 年アメリカ特許法 2 条では、「特許が付与された機械ないしは合成物の過程の原理につき改良を発見したという者は、そのような改良に対して特許を取得できるが、その者は、基本的な発見を製造したり、使用したり、販売する自由はなく、第一の発明者もその改良を利用する自由はない」と定めていた。これは、基本発明と改良発明の「相互利用禁止の原則」を宣言したものであるが、これは、1793 年アメリカ特許法を起草したジェファースン (Thomas Jefferson, 1743–1826) の思想に始まる。改良発明を冷遇し、基本発明を奨励するアメリカ合衆国の国是である。1876 年アメリカ連邦最高裁判所 *Robertson v. Blake*, 94 U.S. 728, 733 (1876) でも、スウェーン裁判官 (Noah Haynes Swayne, 1804–1884) は 1793 年特許法の文言と同じことを宣言している。つまり、「オリジナルの機械とその改良版の両方に特許が取得されている場合、どちらの特許権者も、他方の特許権者から必要な権限を取得しなければ、自分に属さないものを使用することはできない」という法廷意見を書いている。基本特許の特許権者は自らの基本特許を実施するのに何ら問題はないが、改良発明の特許権者は、基本特許の特許権者の同意がなければ、自らの改良発明を実施することもできないということになる¹⁴⁹⁵⁾。したがって、アチソン判事の改良発明の部分の言及は誤りである。ただし、後半の派生的著作物の著作権に関する記述には、間違いはない。被告の派生的著作物に原告の著作物を引き写すには、原告の同意が必要である。原告の同意がなくても、引き写すことが認められるのは、引用などの場合だけである。本件では、被告からも引用であるという抗弁は主張されておらず、その点の審理もなされていない。

(3) 原告に損害が発生していないという抗弁

本件原告らの申立に反対して、「被告は、原告らが、被告の著作物の販売

1495) ヘンリー幸田「米国特許法逐条解説第 5 版」発明協会 (2009 年) 306 頁。

によって何ら損害を蒙っていない」と反論している。エクイティ裁判所に差止命令が求められている訴訟で、原告に損害が生じていないという抗弁が認められるかどうか。18世紀から、著作権が侵害された場合、イギリスでは著作権者には少なくとも3つの法的手段に訴える可能性がある。(i) 伝統的に、コモン・ローにしたがって損害賠償をコモン・ロー裁判所に訴求する方法、(ii) 1710年以降は、アン法によって、制定法上、罰金ないしは没収をコモン・ロー裁判所に訴求する方法、そして、(iii) 大法官裁判所に侵害の差止命令あるいは利得の引き渡しを訴求する方法である。まず、(i) コモン・ロー上の損害賠償を訴求するには、訴訟原因と令状¹⁴⁹⁶⁾のほか、侵害者の故意 (wrongfully) と不法 (injuriously)、さらに損害を立証する必要がある。裁判官は、説示を行うが著作権の侵害の有無、損害の発生及びその範囲の認定は原則として陪審が行う。(ii) コモン・ロー裁判所に罰金を求めた場合、その額は法定されていたため、低額で実際には被害者救済にはあまり役立たなかったという。(iii) 著作権者は金銭的補償については、「コモン・ロー裁判所での損害賠償の代わりにエクイティ裁判所による利得の引き渡しを請求」¹⁴⁹⁷⁾ することが多かったという。大法官裁判所への差止命令の付与の申立には、コモン・ロー裁判所のように令状はいらず、訴状を提出し、さらに宣誓供述書を提出すればよかった。原告からは一般的に原告書籍と被告書籍の双方が証拠物として提出され、両者の内容が同一であれば、原則として容易に被告書籍の発行の差止命令が付与されたようで

1496) たとえば、イギリスの1777年プリント著作権法 (An Act for more effectually securing the Property of Prints to Inventor and Engravers, by enabling them to sue for and Recover Penalties in certain Cases) では、「その場合には、そのような著作権者は、違反を行った者に対して提訴した特殊な場合訴訟 (a special action upon the case) で、訴訟費用の2倍とともに、そのような訴訟の法廷で陪審あるいは金額確定令状の執行において認められた損害を回復されなければならない」と定められているが、金額確定令状が必要であることが明文化された。

1497) H. Tomás Gómez-Arostegui, What History teaches us about Copyright Injunctions and the Inadequate-Remedy-at-Law Requirement, 81 Southern California Law Review (2008), 1197-1280 (1274).

ある。これらの訴訟の本質をみると、原告に損害が生じていないという抗弁とさらにその立証は、本来、コモン・ロー裁判所で行うものであろう。エクイティ裁判所で、そのような抗弁の申立をすること自体は自由としても、原則として陪審がないために、裁判官が損害の有無や損害額を算定することは困難である。あり得る対応策は、エクイティ裁判所が裁判所主事を使って、損害の有無を算定させることであるが、あまり、そのような例は見られない。

本件被告は、さらに、「それどころか、解答書は原告らの著作物の販売を促進しているので、原告らは経済的恩恵も受けている」と主張している。たとえば、1838 年大法官裁判所 *Saunders v Smith*, EngR 772; 3 My & K 711; 40 Er 1100 でも、被告訴訟代理人は「逆に、被告マックスウェルは、法律書書肆としての長い経験から、それらのケースが被告書籍に引き写されることによって、もともと判例集の販売を害することもなく、かえってもともと判例集の販売を最終的には促進するだろうと本心から予測していた」と反論している。これは、*East's King's Bench Reports*, *Durnford & East's King's Bench Reports (Term Reports)* や *Barnewall & Cresswell's King's Bench Reports* などの王座裁判所の判例集から、被告らが勝手に「リーディング・ケース選集」というものを編集し発行した事件である。この事件は、被告書籍によって経済的恩恵を受けたか否かは全く問題とならずに、コモン・ロー裁判所との関係で、差止命令が付与されなかった事件である。大法官コッテンハム卿 (*Charles Christopher Pepys*, 1st Earl of Cottenham, 1781–1851) は、「しかし、私は法的権利が存在するものと仮定し、原告らの法的権利がどのようなものであっても、この事情からすれば、いずれにせよ、本件で原告らがその法的権限を立証するまでは介入を控え、そのエクイティ上の裁判権の行使を自制することが、エクイティ裁判所の義務であると考え」という。原告らが問題の王座裁判所判例集の著作権者であることをコモン・ロー裁判所で認めて貫くことが先決であると判断した。これは、原告らが著作権者なのかどうか、被告らやその他

の者が、著作権者であるのかという認定につき、後々、コモン・ロー裁判所とエクイティ裁判所の判断に齟齬が生じることを避けるためであった。

アチソン判事も、「原告がその著作権の侵害を証明した場合には、裁判所は現実の損害の証拠がなくとも差止命令を下すだろう」と述べている。つまり、エクイティ裁判所にとって重要なことは、侵害の有無と、原告の著作権の存在が証拠によって立証されることである。その点につき、アチソン判事は、1863年大法官裁判所 *Tinsley v. Lacy*, 32 L.J. Ch. 536 を援用している。この事件は、小説を無断で印刷・発行することは著作権の侵害であるが、小説を劇で演じて、それは著作権侵害にならないことを認めた事件である。現代の専門用語でいえば、無形の複製である。副大法官ウッド (Sir William Page Wood, 1st Baron Hatherley, 1801–1881) は、「私がやったように侵害を立証したならば、損害の量を立証する必要はない。それは、立証というよりも意見の問題である」という。また、演劇化については、「著作権法の意図は、間違いなく、著作者の著作物の全部で完全な利益を確保することであった。それ故、議会は、著作者の作品が演劇化されたり、別の形で利用されるべきではないと法律で定めることは正しいことではないと考えていた。このように行われても、それは制定法によって認められた著作権の侵害ではないと判断されてきたからである」という。そして、この事件では、被告の作品は公正な要約に過ぎないと結論付けられたようである。

アチソン判事は、本件では、「しかし、原告らは、その手引き書の販売の影響につき全く違った見方をしている。原告らは、この点で、手引き書は原告らにとって非常に有害であることが明らかであり、これらの教科書を使っている生徒が解かなくてはならない問題にすべて完全な解答が生徒の手の届く範囲で市販されるという事実は、手引き書が原告らの教科書の人気、有用さ、販売を損なうだろうと主張している。このことが私に衝撃を与えたことを告白する。なぜなら、被告書籍の市販によってこの結果が生じるように思えるからである」と意見を述べている。原告らによって、被

特許のフェア・ユースと著作物のフェア・ユース (36) (松川)

告書籍の販売が与える悪影響について、どれだけの立証がなされたのかは不明であるが、アチソン判事は、原告らの主張を認めた。

⑤ 本件の結論

アチソン判事は、原告らが原告書籍の著作権者であることを認め、さらに、被告が被告書籍によって原告らの著作物の印刷・販売する著作権を侵害することも認め、仮差止命令を付与することを認めた。その際、著作権侵害の事実が立証されれば、被告の主観的意図も、被告の書籍が原告らの著作物の代替物であること、さらに原告らに損害が発生していることを立証する必要はないことを明確にした判断である。