

複製物に物理的加工を施して 販売する行為に著作権は及ぶか (3)

谷 川 和 幸*

目次

- 一 はじめに一問題の所在
- 二 諸外国の事例
 - 1 イギリス
 - 2 カナダ
 - 3 ニュージーランド (以上本誌61巻4号)
 - 4 アメリカ
 - (1) はじめに
 - (2) 1976年法施行前の判例群 (以上本誌62巻1号)
 - (3) 1976年法施行後の判例群 (以上本号)
 - (4) 検討
 - 5 オランダ及び欧州司法裁判所
- 三 わが国の議論
- 四 検討
- 五 おわりに

*福岡大学法学部講師

二 諸外国の事例

4 アメリカ¹

(3) 1976年法施行後の判例群

(A) 1976年法の規律

前号で見た通り、1976年著作権法よりも前の時期においては、複製権、販売権、そしてごく一部の事例において翻案権について、その侵害の成否が問題とされていた。そこでまず、これらの権利が1976年法によってどのように整理されたかを確認することから始めよう。

複製権は1909年法においては「著作物を印刷、再印刷、出版、複製(copy)及び販売すること」(1条(a))として規定されていた。もっとも、そこで言う複製(copy)の意味について、人間の目に見える形での複製でなければならず、機械により読み取られるものは含まれないと狭く解する判例²が存在していた。そこで1976年法は「複製物(copies)」について次のような定義を置くとともに、複製権を「著作物を複製物又はレコードに複製することに関する排他的権利(the exclusive rights ... to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords)」³と定義し、機械によって読み取られる媒

¹ (前号の脚注1と同内容だが、参照の便宜のために再掲する。) この問題に関するアメリカの議論状況を概観する文献として、以下のものがある。Amy B. Cohen, *When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?*, 17 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 623 (1999); Michael K. Erickson, *Emphasizing the Copy in Copyright: Why Noncopying Alterations Do Not Prepare Infringing Derivative Works*, 2005 *B.Y.U. L. Rev.* 1261 (2005); Daniel Gervais, *The Derivative Right, Or Why Copyright Law Protects Foxes Better than Hedgehogs*, 15 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 785 (2013).

² *White-Smith Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908). (オルゴールや自動ピアノに読み取らせる紙製のロール(piano rolls)への音楽の掲載が複製(copy)に当たらないとされた事例。1909年法よりも前の著作権法の下での事件であるが、1909年法の複製権(right to copy)にも妥当するものとされた。もっとも、1909年法にはこの判例の非侵害とする帰結を否定するために、1条(e)の規定が置かれることとなった。); *Corcoran v. Montgomery Ward & Co.*, 121 F.2d 572 (9th Cir. 1941). (詩をレコードに録音した事例で、同様に、機械により読み取られる媒体への記録は複製に当たらないとした。)

体への固定を含むことを明らかにした⁴。

「複製物 (Copies) とは、レコード以外の有体物であって、その中に現在知られ又は将来開発されるあらゆる手段により著作物が固定されており、それによって直接に又は機械や装置を用いることで、当該著作物を知覚し、再生し、その他伝達することが可能なものをいう。この『複製物』には、当該著作物を最初に固定した有体物 (レコードを除く) を含む。」⁵

次に販売権 (right to vend) については、贈与や貸与など、販売以外の態様での所有権移転及び占有移転を含ませるべく、頒布権 (right to distribute) として整理された。すなわち、「著作物の複製物又はレコードを、販売その他の所有権移転又は貸与により、公衆に頒布することに関する排他的権利 (the exclusive rights ... to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending)」⁶である。そして消尽の原則についても、次の通り規定された。

「106条 (3) の規定にかかわらず、本編の下で適法に作成された特定の複製物又はレコードの所有者、及び当該所有者の許諾を得た者は、著作権者の許諾を得ることなく、当該複製物又はレコードについて販売その他の占有の処分をすることができる。」⁷

³ 17 U.S. Code § 106(1).

⁴ H.R. Rep. No. 94-1476, 9th Cong., 2d Sess. 52 (1976). (「複製物」の広範な定義は、複製の形式や媒体によって複製権が及ぶかどうかが変わってくるという不自然で大いに不当な区別を避けることを意図したものである。として、White-Smith Publishing Co.判決をオーバールールするものであることを明言する。)

⁵ 17 U.S. Code § 101.

⁶ 17 U.S. Code § 106(3).

最後に翻案権については、文学的著作物を外国語に翻訳する行為や音楽を編曲する行為等、著作物の類型に応じて限られた範囲の行為だけを限定列挙していた1909年法の規律が大幅に拡張された。すなわち、1976年法106条(b)は「著作物に基づいてその二次的著作物を作成することに関する排他的権利 (the exclusive rights ... to prepare derivative works based upon the copyrighted work)」を一般的に承認するとともに、二次的著作物を次のように定義した。

『二次的著作物』とは、翻訳、編曲、脚色、小説化、映画化、録音物、美術複製、抄録、要約、その他著作物を改作し、変形し、翻案するあらゆる形式のように、一つ以上の既存の著作物を基礎とする著作物をいう。改訂、注釈、発展その他の改変により構成される著作物で全体としてオリジナルな著作物であるものは『二次的著作物』である。⁸

ここでは、既存の著作物を「基礎とする (based upon)」や「その他著作物を改作し、変形し、翻案するあらゆる形式 (any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted)」という文言が抽象的であり、その外延が問題となる⁹。この点の詳細は以下に見る具体的事例の中で触れられ

⁷ 17 U.S. Code § 109(a) 第一文。日本著作権法26条の2第2項が譲渡（所有権移転）のみを許しているのは異なり、ここでは貸与（占有移転）もすることができる。もっとも、録音物とコンピュータソフトウェアについては営利目的で貸与をすることはできないとする例外規定が存在する（109条(b)）。

⁸ 17 U.S. Code § 101. 原文は次の通り。“A ‘derivative work’ is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a ‘derivative work.’”

ることとなる。

以上の整理を踏まえて、以下では、1976年法の下で複製物への物理的加工や当該加工品の販売が著作権侵害となるかが争われた10件の判例を時系列に沿って見ていくこととしよう¹⁰。

(B) 1976年法施行後の判例群

[13] *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341 (9th Cir. 1988), *cert. denied*, 489 U.S. 1018 (1989)

Mirage 判決と呼ばれて議論の中心に位置づけられる重要判決である。前出のカナダの *Theberge* 事件最高裁判決でも言及されていた。事案は以下の通りである。

故 Patrick Nagel は、プレイボーイ誌などに多数のイラストを発表していた画家であった。Nagel が死亡し、その著作権は妻と Mirage 社が保有している。Nagel の死後、彼の作品を集めた追悼画集 “*NAGEL: The Art of Patrick*

⁹ 翻案権の外延について論じる文献として、前注1の諸文献のほか、Paul Goldstein, *Derivative Right and Derivative Works in Copyright*, 30 J. Copyright Soc’y U.S.A. 209 (1983); Kindra Deneau, *The Historical Development and Misplaced Justification for the Derivative Work Right*, 19 B.U.J. Sci. & Tech. L.68 (2013) などがある。

¹⁰ なお Erickson, *supra* note 1 は1976年法の下で非複製的改変が問題となった事例を静的改変型（複製物への一回きりの改変）と動的改変型（再生たびに起こるリアルタイム改変）に分類し、後者の類型としてビデオゲームの改変や映画の残酷シーンのスキップ等の事例を取り上げている。これに対し、カレンダー事件に端を発する本稿の問題関心はもっぱら前者の静的改変型であるから、以下で扱う事例もこの類型のものにとどまっている。

また商品に加工を施して転売する行為がパブリシティ権との関係で問題となった事例がある (*Allison v. Vintage Sports Plaques*, 136 F.3d 1443 (11th Cir. 1998))。そこでは原告の許諾に基づいて作成、販売されたトレーディングカードそれ自体の転売として消尽の原則の適用があるのか、元のカードとは異なる別の商品として販売されたものとしてパブリシティ権の侵害となるのが問題となっており、本稿の問題関心と共通する。ただ、著作権とパブリシティ権とでは侵害の成否の判断に際して考慮すべき事項もおのずから異なってくるであろうから、本稿ではこの事件についても扱わない。この点については別稿を予定している。

Nagel”（本件書籍）が著作権者の許諾を得て発行された。発行した出版社は Alfred 社であり、同社は絵画の著作権は保有していないが、おそらくは編集著作物であろう本件書籍についての著作権を有しているとして、妻及び Mirage 社とともに本件訴訟の原告に名を連ねている。

被告 A.R.T.は、1984年以降、市販の書籍から絵画の掲載されたページを切り取ってタイルに貼り付けて販売する事業を開始した。具体的な工程は次の通り。(1) 良い画質で絵画が印刷されている書籍を購入する、(2) 書籍から切り取った絵画を、その周囲に黒い枠ができるように、黒い長方形のプラスチックシートの上に接着する、(3) その黒いプラスチックシートを、長方形の白いセラミックタイルの上に接着する、(4) セラミックタイル、プラスチックシート及び絵画の上から、透明なプラスチックフィルムを貼り付ける、(5) このようにして絵画と一体化させたタイルを市場で販売する。

被告はこの手法で本件書籍から多数のタイルを作成し、販売した。Mirage 社らは、被告の行為は Nagel の絵画及び本件書籍の著作権（翻案権）の侵害であるとして、切り取り、接着及びタイルの販売行為の差止めを請求した（商標権侵害及び不正競争の点は省略する。）。ここでは、これまでに登場した事例と同様、被告は書籍を再印刷したわけではなく、市場で購入した本件書籍の紙をそのまま切り取って利用している点及び絵画の内容自体には手を加えていない点に注意が必要である。

原審が著作権侵害を肯定したので被告が控訴。第9巡回区控訴裁判所も次のように述べて翻案権の侵害を認めた。

「翻案権の保護によって、単なる無許諾の複製から保護されることを越えて、当該著作物の別のバージョンを作成する権利が著作権に含まれるように拡張された。」「本件で明らかに被告が行ったのは、Nagel の絵画について別のバージョンを作成する行為であった。これは二次的著作物の作成に該当する。著作権者—絵画について妻と Mirage 社、本件書籍について Alfred 社—の

許諾なく既存の著作権により保護される個別の絵画を取り入れて貼り付けることによって、被告は二次的著作物を作成し、著作権を侵害した。」

被告は美術複製¹¹をしていないと反論するが、それは著作権法の「『その他著作物を改作し、変形し、翻案するあらゆる形式』という選択的な文言を無視している。1976年法の制定史は、議会在、翻案権の侵害が起こるためには『侵害品が何らかの形式で著作物の一部を組み込んでいなければならない』と意図していたことを示している。『改作し、変形し、翻案する』という文言は、単純な美術複製に加えて他の可能性を包含しているように見える。本件書籍から個別の絵画を切り取り、タイルに貼り付けた行為によって、確かに、被告は複製をしていないかもしれない。しかし、我々は、絵画をタイルにする工程において被告は個別の絵画を組み込むことによって、確かにそれらを改作または変形したものであると結論付ける。」

109条(a)に規定されている消尽の原則(ファースト・セール・ドクトリン)については、確かに「被告は本件書籍を購入し、その所有権を他人に移転することができる。しかし、この移転の権利が適用されるのは、被告が購入した本件書籍の特定の複製物のみについてであって、ほかのものではない。」「翻案権は依然として、損なわれないうままで著作権者のもとに残っている。」したがって、消尽の原則によって侵害が否定されることはない。

画集から絵画のページを切り取ってタイルに貼り付けた行為が二次的著作物の作成行為だとされ、また翻案権侵害について消尽の原則の適用がないとされた事例である。ここでは二次的著作物という概念がかなり広く理解されており、原著作物の一部を組み込んだものはすべてこれに当たるかのような説示になっている。

¹¹ 著作権法101条の二次的著作物の定義に含まれる「美術複製 (art reproduction)」を指す。

わが国では、二次的著作物の作成行為すなわち翻案行為¹²というためには、既存の著作物の表現上の本質的特徴の同一性を維持しつつ（この部分が本判決が言うところの原著作物の一部を組み込むということと同義であろう¹³）、そこに改変を加えることで、新たな創作性を付与した別の著作物を作成する行為でなければならないと理解されているが¹⁴、本件ではこの後者（すなわち新たな創作性の付与）は要件とはされておらず、およそ共通性（類似性）があればすべて翻案権の範囲に入ってくるものと理解されているようである¹⁵。もし仮にわが国のように、新たな創作性の付与を翻案の要件として取り入れるのであれば、本件のような加工行為については、それが新たな創作性の付与のある翻案行為が、そうではない単なる原著作物の複製物のそのままの利用行為であるのかの区別がなされ（以上が加工行為の侵害該当性の議論）、そのうえで、後者のような場合にその販売について消尽の原則の適用があるのかという議論（例えば109条(a)にいう「特定の複製物」に当たるのかという解釈論。これが販売行為の侵害該当性の議論）に進むことになる。ところが本判決の枠組みでは、翻案に該当するとされる結果、そして、翻案

¹² ここでは日本著作権法27条に列挙されている4つの行為（翻訳、編曲、変形、翻案）を総称する意味で広義の「翻案」という用語を用いており、このような用語法に問題があることについては次注の上野論文の指摘の通りである。しかしそれにもかかわらず本稿では広義の「翻案」という用語を用いる。というのは、27条の権利に相当する外国著作権法上の権利も同様に細分化されており、これらとの対比を行う際に、狭義の「翻訳権」「翻案権」等に厳密に対応させることが煩雑となるためである。

¹³ これはわが国では「類似性」と呼ばれている要件であり、翻案権のみならず、すべての著作権に共通する要件であると理解されている。上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成——『複製又は翻案』の問題性——（1）」「同（2・完）」知的財産法政策学研究41号33頁、42号39頁（2013年）参照。

¹⁴ 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分〕。

¹⁵ そのような理解の根拠として本判決は、制定史において「議会在、翻案権の侵害が起こるためには『侵害品が何らかの形式で著作物の一部を組み込んでいなければならない』と意図していた」ことを挙げている。しかしこれは翻案権侵害の必要条件ではあっても、十分条件ではないから、これだけをもって翻案権侵害の要件だと即断することは論理的には誤りであろう。

権については消尽の原則の適用はないとされる結果、既存の著作物の複製物に何らかの手を加えたものは、その手の加え方を問題とせずに、広く二次的著作物の作成として翻案権侵害で捕捉できることとなった。このような広範な二次的著作物概念は、これに続く第9巡回区の【15】【16】事件でも踏襲されることとなるが、他方、学説からの批判が高まり、後に第7巡回区控訴裁判所がこれを明確に否定することで（【17】 Lee 判決）、巡回区間での対立が生じることとなる。

ところで、本判決において裁判所は、被告の行為を翻案権侵害として規制すべき実質的な理由を述べていない。この点については、同じ第9巡回区控訴裁判所が後の事件¹⁶において本判決を引用する中で、次のように述べていることが参考になる。

「被告が作成したセラミックタイルは、販売可能な形式で、原告の著作物を物理的に組み込んでいた。おそらく、より重要なのは、このタイルの販売行為が既存の著作物に対する購入者の需要を代替したことであろう。もしも被告が単に原告の複数の絵画を同時に見ることができるようなレンズを販売したという事案であれば、判断はかなり異なっていたことだろう。」

ここでのキーワードは「需要の代替」である。とはいえ、中古品が新品の需要を代替しうるにもかかわらず中古品の販売は消尽の原則で許されているのであり、需要を代替するからといって直ちに著作権が及ぶものとは考えられていない。とりわけ今回の事例では、被告は原告著作物の海賊版を新たに印刷・販売したわけではなく、原告著作物の正規品を正規の価格で市場で購入し、その紙を加工して転売しているのであるから、被告の購入によって原

¹⁶ Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc., 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992). (ファミコンの本体とゲームカートリッジの間に取り付けて、内部でやり取りされる値を書き換えることによってゲームの内容を改変することが可能となる Game Genie という装置を販売した被告に対し、任天堂が翻案権侵害を理由に提訴した事例。)

告には十分な対価の還流が既に行われている（それゆえ、原告に新たな対価獲得の機会を与える必要はない）と見る余地がある¹⁷。しかし裁判所はそのことに十分な配慮を払っておらず、実質論としても説明不足の感が否めない。

【14】 Paramount Pictures Corp. v. Video Broadcasting Systems, Inc., 724 F. Supp. 808 (D. Kan. 1989)

ビデオカセットの冒頭に広告動画を上書きして販売した事例である。

原告 Paramount は有名な映画会社であり、様々な映画の著作権を有している。原告はまた、子会社を通して、映画のビデオカセットを販売していた。そのカセットの冒頭（映画が始まる前の部分）には、原告と契約をした企業の広告動画を収録し、これにより広告収入を得ていた。

被告 VBS は原告が発売したビデオカセットを入手し、この冒頭部分に、もともと収録されていた企業のものとは異なる、被告が独自に契約をした別の企業の広告動画を上書きしてレンタルビデオ店に販売した。このように、映画本編には手を加えずに、その前の部分に新たな動画を上書きする行為が映画の著作権の侵害となるかが争点である（商標権侵害等については省略）。

原告が被告によるカセットの上書きと販売について仮差し止めを求めたことから、裁判所は本案での勝訴の可能性について審理し、著作権侵害の争点について勝訴の可能性は無いとして申立てを否定した。著作権侵害について、具体的には、①著作者人格権（moral rights）、②翻案権、③頒布権の侵害が検討されている。

①著作者人格権について当時のアメリカ著作権法には明文の規定が存在し

¹⁷ 前出【12】 C.M. Paula判決が「原告のイラストが付された陶器の飾り額を1つ販売するためには、原告が市場に出した原告製品を1つ購入して使用する必要がある。」と指摘しているのは、この趣旨を言うものと理解できよう。同判決を引用する後出【17】 Lee 判決（一審）も参照。

ないところ、原告は3件の先例¹⁸を引用してその侵害を認めるよう主張した。しかし裁判所はその拡張には気が進まないとして、3件の先例の事案を精査したうえで、それらの事案において見られた著作物の歪曲 (distortion) が本件の映画については見られないとして、侵害を否定した。

②翻案権については【13】Mirage 事件との違いが強調された。すなわち、同事件では「二次的著作物は、元の著作物を新しい異なる著作物 (a new and different one) に変形、翻案、改作した。」これに対し「被告の宣伝動画をビデオカセットに追加する行為を、映画を『改作し、変形し、翻案するあらゆる形式』だと認めることはできない。追加の結果は、映画の新しいバージョンではない」と述べる。

③頒布権については消尽の原則の適用があるとされた。「頒布権侵害の主張が認められるかどうかは先に見た二つの主張の成否にかかっている。」「二次的著作物が存在しない以上、原告の頒布権の主張は消尽の原則により阻まれる。」

以上、いずれの侵害も勝訴の可能性がないから、仮差止めは認められない。

本稿では著作者人格権の点は扱わないこととしているので①の点は措くとして、②の翻案権については【13】判決との区別に関する説明に疑問をさしはさむ余地がある。本判決はおそらく、映画の本編については全く手が加えられておらず、ただそれに先行する冒頭の部分に被告の宣伝動画が追加されたに過ぎないのだから、これは「映画の新しいバージョンではない」と考えたのであろう。しかし【13】事件でも同様に、絵画の内容それ自体には手が加えられていない。著作物の内容に手を加えずに、ただその周辺に加工が施

¹⁸ WGN Continental Broadcasting Co. v. United Video, 693 F.2d 622 (7th Cir. 1982); Gilliam v. American Broadcasting Companies, Inc., 538 F.2d 14 (2nd Cir. 1976); National Bank of Commerce v. Shaklee Corp., 503 F.Supp. 533 (W.D. Tex. 1980).

されたという点で両事件は共通するのに、一方は「絵画について別のバージョンを作成する行為」であり、一方は「映画の新しいバージョンではない」と考えるのは一貫していないように見える（実際、後の【17】Lee 判決（一審）は、【13】事件と同じタイトル加工について、「購入者は著作物それ自体には変更を加えず、ただ、追加的な素材によってその著作物の周囲を取り囲んだに過ぎない」事案だとして本件との共通性を見出し、どちらも翻案ではないとする一貫した評価をしている。）。つまり、翻案権侵害を否定するためには、【13】判決とは事案が違うとして区別するのではなく、正面から【13】判決を批判し、これと異なる見方をするのだと明言すべきだったのではなかろうか。

【15】 *Munoz v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 829 F.Supp. 309 (D. Alaska 1993), *aff'd*, 38 F.3d 1218 (9th Cir. 1994)

【13】 *Mirage* 事件で被告とされた A.R.T. が同様の行為についてまた別の画家から訴えられた事件である。【13】事件では画集からの切り抜きであったが、今回はもともと一枚ずつ印刷された便箋（notecard）であった点が異なる。また、【13】事件では被告が自ら書籍を購入して加工を施していたが、今回は被告とは異なる者が便箋を買い集め、被告に加工だけを依頼していた。

このような事案の違いがあったものの、第一審裁判所は、【13】判決をそのまま踏襲し¹⁹、次のように述べて翻案権の侵害を認めた。

「被告は、便箋をセラミックタイルに貼り付ける行為は絵画の展示にすぎず、絵画を額に入れる行為と異なるところはないとして二次的著作物に当たらな

¹⁹ 【13】判決は第9巡回区控訴裁判所の判決であり、本件のアラスカも第9巡回区に属する。本判決は脚注4において、【13】判決に対する学説の批判があることに触れ、その批判に再反論しつつも、「これらの学説の見解にかかわらず、当裁判所はこの巡回区において確立された法を適用することに拘束される」と述べている。

いと主張する。しかし、この主張は二次的著作物に関する法律の定義を無視している。」「当裁判所は、便箋を取り外せないようにセラミックタイルに貼り付ける行為が元の絵画を『改作し、変形し、翻案する』ものではないとする被告の議論に同意することができない。絵画を額に入れてガラスで覆う行為は絵画の改作、変形ではない。これが単なる展示の方法に過ぎないということは一般に理解されている。さらに、所有者が違う方法で展示したいと思えば、絵画を額から取り外すことは比較的容易なことである。これに対し、セラミックタイルに貼り付けられた絵画についてはこれらが両方とも当てはまらない。さらには、タイルはプライベートや壁紙として役に立つ。結局、**【13】** 事件で第9巡回区控訴裁判所は被告の行為が二次的著作物の作成に該当し、著作権法に違反することを明示的に判示している。」

「同判決は、消尽の原則に関する被告の議論についても決着をつけている。」「本件では被告でない者が便箋を買い、被告はそれに加工を施した。最初の購入者として他者が関与したことで **【13】** 判決と帰結が異なるとする理由を見出すことはできない。**【13】** 判決は当裁判所に対し、被告が原告の著作権を侵害したとの結論を強制する。」

この地裁判決に対し A.R.T.が第9巡回区控訴裁判所に控訴をしたが、裁判所は **【13】** 判決と同様に侵害であると簡単に述べてこれを退けた。

【16】 Greenwich Workshop, Inc. v. Timber Creations, Inc., 932 F.Supp. 1210 (C.D. Cal. 1996)

【13】 【15】 事件と類似の加工が問題となった事例である。

訴外 Doolittle は水彩画家であり、そのいくつかの絵画の著作権は原告 Greenwich が有していた。原告は “*The Art of Bev Doolittle*” と題する書籍を製作し、販売した。その中には、原告が著作権を有する Doolittle の絵画を縮小サイズにした蔵書票 (bookplates) が印刷されていた。被告は同書籍

を入手し、蔵書票の部分を切り取り、それをキャンパスや敷物の上に接着し、額に入れてガラスで覆って販売した。そこで原告が、【13】Mirage 判決、【15】Munoz 判決等²⁰を引用し、被告のこの行為は二次的著作物の作成すなわち翻案権の侵害に当たるとして提訴。被告は【15】判決が「絵画を額に入れてガラスで覆う行為は絵画の改作、変形ではない」と述べていたことに着目し、本件と【15】判決とを区別すべきであると主張した。

裁判所は第9巡回区に属するため、【13】Mirage 判決を先例として引用して翻案権の侵害を肯定した。その際に、蔵書票として利用された特定の絵画と書籍の2つの著作物について、どちらも侵害に当たるとした。

「被告の侵害は、とりわけ、著作権により保護される書籍の文脈で明白である。被告はページを物理的に切り取って、壁に掛ける絵画としてそれを翻案したことにより、明らかに、書籍を『改作』し、『変形』した。」

単なる額装に過ぎないとする被告の反論については、「専ら書籍に包含されることが意図されていた縮小版の絵画〔すなわち蔵書票の部分〕を書籍から切り取った被告の行為は、展示目的で絵画を単に額装する行為と同等ではない。」として退けられた。

ここでは専ら蔵書票のために印刷したという著作権者の意図に言及されていることが注目されるだろう。

さて以上のように、【13】【15】【16】と、いずれも第9巡回区の裁判所において、絵画が印刷された紙の物理的加工を翻案権侵害とする判例が積み重なってきた。しかし学説からは強い批判を受けていた（詳細は後述）。その

²⁰ さらに未公表判例として Bannister v. Anderson et al というミシシッピの地裁判決も引用されているが、未公表であり、本稿の執筆に際して参照することができなかった。本判決に引用されているところから推測する限り、広告カタログに用いられた縮小サイズのカラー絵画を切り取って額装した行為が「改作し、変形し、翻案する」行為であり、翻案権の侵害にあたることされた事例のようである。

ような批判を受けて、この頃から他の巡回区ではこれと異なる立場が打ち出されるようになる。その皮切りとなったのが第7巡回区で争われた次の事件の第一審判決である。

【17】 Lee v. Deck The Walls Inc., 925 F.Supp. 576 (N.D. Ill. 1996), *aff'd sub nom.* Lee v. A.R.T. Co., 125 F.3d 580 (7th Cir. 1997)²¹

第一審の事件名においては省略されているが、共同被告は A.R.T.であり、

【13】 【15】 事件と同様のタイル加工が問題となった事例である。

原告 Lee は画家であり、本件で問題となった絵画の著作権者である。原告はこれらの絵画を便箋 (notecard) に印刷して販売していた。被告 Deck The Walls は小売店であり、原告から430枚の便箋を仕入れた。そして加工を行う被告 A.R.T.にこれを売り渡し、タイル加工を施すように依頼した。タイル加工の手順は、便箋上の絵画を切り取り、セラミックタイルに接着し、上からエポキシ樹脂で覆うというものである。このようにして加工されたタイルを Deck The Walls が A.R.T.から買い戻して店頭で販売した。原告が著作権 (翻案権及び頒布権) 侵害を主張して提訴。

第一審裁判所はまず、類似の事案について第9巡回区には【13】及び【15】判決が存在すること、とりわけ【15】事件と本件の事実関係は極めて共通性が高いことを確認しつつも、結論は大いに異なると述べる。実際、これに続けて、翻案権侵害に当たらないこと及び消尽の原則の適用があることが判示され、結論として原告の請求は棄却される。その根拠をやや詳しく見ていこう。

翻案権侵害の成否について、【15】判決 (一審) はタイル加工と絵画を額に入れる行為とを区別する議論を展開していた。しかしそのような区別は「疑

²¹ 本判決を紹介する邦語文献として、大楽光江「米国判例：複製物のタイルへの切り貼り―連邦控訴裁判所間の対立―」コピーライト1997年11月号24頁。

わしく、根拠のないものである。」「当裁判所は著作物が貼りつけられた素材にではなく、絵画の著作物それ自体に焦点を当てることを選択する。」侵害の成否の判断に際して探究されるべきなのは「A.R.T.のセラミックタイルへの加工工程が、Lee のオリジナルな著作物を、新しい異なるオリジナルな著作物（a new and different original work）に変形、翻案、改作したかどうかである。【14】判決参照。したがって、この事件の結論は、新たな著作物だと主張されているもの—すなわちセラミックタイル—が、二次的著作物となるために憲法及び著作権法によって要求されることの十分なオリジナリティを含んでいるかどうかによって決まる。」

「原告は、著作権侵害に基づく請求の際に、裁判所が〔二次的著作物の成立について〕オリジナリティ要件を課すのは不適切であると主張する。第9巡回区はこれに同意している。しかし当裁判所はそうではない。第9巡回区控訴裁判所は、著作権法の『二次的著作物』には、実のところ、二つの異なった定義があると判示した²²。同巡回区の判例によれば、二次的著作物について著作権の登録を求める者は、102条（a）の要件を満たす必要がある。すなわち、オリジナリティと有体物への表現の固定を示す必要がある。これに対し、二次的著作物作成に関する排他的権利の侵害を主張して提訴する者は、〔相手方の二次的著作物について〕これらの要件の充足を示す必要はない。しかし、このような二重の定義を採用すると、（1）裁判所がこのような広範な定義を単純に適用することで、より正しく見れば著作権の範囲を完全に超えると思われるような活動を侵害だと判断するおそれを生じさせ、また（2）議会が特別にオリジナリティ要件を含めた101条の『二次的著作物』の定義を無視することになる。」

第2巡回区の先例²³では「侵害が主張されている『二次的著作物』が著作

²² 前注16の Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc. が引用されている。

権の侵害となるためには、それが十分な創作性とオリジナリティを含んだものでなければならない。第2巡回区によれば、ある著作物が『二次的著作物』となるためには、それ自体で『独立して著作権保護の対象となる』ことが必要である。著作権保護の対象となるためには『二次的著作物において著作者のオリジナリティが示されていないといけない。オリジナリティは制定法及び憲法の要請である。』」

「便箋をセラミックタイルの上に配置するというありふれた行為は、まったく知的なひらめきの存在しない類型である。それゆえ、セラミックタイルは新しく異なるオリジナルな著作物ではなく、完全に同じ著作物を異なる支持体の上に配置しただけである。A.R.T.はLeeの著作物を異なるものの表面に貼り付けるに際して、何の創作性も発揮していない。絵画を複製したわけでも、絵画のサイズを拡大・縮小したわけでも、絵画それ自体に何らかの変更を加えたわけでもない。そうではなくて、A.R.T.は単にDeck The WallsがLeeから購入してきた便箋をそのままセラミックタイルに貼り付けてエポキシ樹脂でコーティングしただけなのである。それゆえ、便箋はLeeが作成したのと同じ『形式』のままなのであり、『著作物を改作し、変形し、翻案する形式』ではありえない。便箋をタイルに移し替えるためには何らの知的労力も創作性も必要がない。これは『二次的著作物』の定義に当てはまらない。」

裁判所はまた、1976年法の事案ではないとしつつも、前出の【12】C.M. Paula事件（グリーティングカードを陶器の飾り額に移し替えた行為について複製権侵害が否定された事例）に言及し、本件との共通性を指摘する。同事件において被告製品を1つ作成するためには原告製品を1つ購入しなければならないと判示されていたのと同様の状況が本件においても認められるとする。

²³ Woods v. Bourne Co., 60 F.3d 978 (2nd Cir. 1995).

またビデオカセットの冒頭に広告動画を上書きした【14】事件も本件と類似の事案であり、どちらも「購入者は著作物それ自体には変更を加えず、ただ、追加的な素材によってその著作物の周囲を取り囲んだに過ぎない」。

結論として、セラミックタイルは二次的著作物ではなく、「A.R.T.の行為はLeeから大量に購入した個別の商品を転売することでLeeと競争したに過ぎない。高度に表現的な芸術的著作物の市場であっても、競争は侵害ではない。」したがって、翻案権侵害は認められない。

頒布権侵害の点についても消尽の原則の適用が認められた。セラミックタイルは単に便箋の展示方法の違いに過ぎないものと裁判所は述べる。「A.R.T.は便箋について何らの変更、改変、複製、変形、翻案も行っておらず、代わりに、同じ便箋を異なった展示方法を用いて転売したに過ぎない。この転売は著作権法の下で許された行為である。」

複製権については本件で争点となっていないものの、裁判所は脚注6において複製権侵害も認められないことを確認的に述べている。「本件では、既に議論した通り、複製は関わっていない。Deck The WallsはA.R.T.のタイル加工工程に用いられた個々の便箋を購入した。複製が関わる事案においては著作権者は侵害者が最終的に販売する複製物の総量をコントロールすることができないが、そのような事案とは異なり、本件では原告は販売される複製物の総量については完全にコントロールしており、また、どの会社が便箋を入手するかを管理することができた。原告は、そもそもDeck The Wallsに対する便箋の販売を拒絶したり、あるいは被告らとの間でライセンスの合意を行うことで、A.R.T.がタイル加工を行うことを排除することができた。さらに原告は、A.R.T.と同じ方法を用いて自分自身で自分の作品をタイル加工することができる。タイル加工工程には十分なオリジナリティがないため、その工程についてA.R.T.の著作権は認められず、望む者は誰でもその手法を利用できるからである。」

以上の通り、第一審裁判所は、二次的著作物について権利発生の場面と翻案権侵害の場面とで二重の定義を採用する第9巡回区の立場を批判し、侵害の場面でもオリジナリティ要件を課すべきであるとの立場に立った。そのうえで、被告 A.R.T. の加工工程にはオリジナリティは認められず、二次的著作物の作成には当たらないとして翻案権侵害を否定した。頒布権については消尽の原則を適用して侵害を否定し、複製権については複製物の数のコントロールが重要であることを示唆している。

これに対し Lee が控訴。しかし第7巡回区控訴裁判所の Easterbrook 判事は次のように述べて控訴を棄却した。

「A.R.T. が加工したタイルは [106条 (2) 第一文にいう] 美術複製ではない。A.R.T. は原告のオリジナルな著作物を購入し、貼り付けたのである。残るのは『その他著作物を改作し、変形し、翻案するあらゆる形式』という部分である。これらのいずれも、A.R.T. が行ったことに当てはまらない。原告の著作物は『改作』も『翻案』もされていない。より近いのは『変形 (transform)』であり、第9巡回区に絵画とその支持体の間の接着の永続性が重要であるという見方の手がかりを与えた部分である。しかし著作権により保護されている便箋は全く『変形』されていない。絵画はセラミックの板に接着される過程において変更を加えられていない。それは原告のスタジオから出荷されたときに描かれていたものと全く同じものを依然として描いている。もしも接着が『変形』を引き起こすのだとすると、絵画の額や写真のマットを取り替える行為も同様に二次的著作物の作成に該当する。実際、もしも106条 (2) 第一文を原告が言うように [オリジナリティ要件を課さないものとして] 理解することが正しいのだとすれば、著作物に対するあらゆる変更 (alteration) は、それがどんな些細なものであれ、著作権者の許可を必要とすることになるだろう。」そのように考える場合、「アメリカは、裏口を通じて、

途方もなく幅広い著作者人格権を承認しており、芸術家は、その著作物に対する彼が同意しないあらゆる変更を禁止することができることになる。ヨーロッパの著作者人格権でさえ、そこまでは認めていない。」1990年の視覚芸術家権利法（Visual Artists Rights Act; VARA）で部分的に著作者人格権が導入されたが、保護される著作物の限定があるほか、変更が侵害となるのは著作者の名誉や評判を害する場合に限られている。「視覚芸術家権利法が意図的に芸術家の排他的権利に含めなかったような権利を106条（2）を用いて認めることは妥当ではないだろう。それゆえ当裁判所は、【13】 Mirage 判決及び【15】 Munoz 判決に従うことを拒否する。」

控訴審判決においては、オリジナリティ要件を課さない二次的著作物作成権を承認することが広範な著作者人格権（同一性保持権）の承認を意味することになるところ、視覚芸術家権利法やヨーロッパですら保護していないような広範な著作者人格権を翻案権という裏口を通じて保護することの不当性が問題とされたといえる。

このように第7巡回区控訴裁判所が被疑侵害者の二次的著作物にオリジナリティ要件を課す立場をとったことから、これを要件としない第9巡回区との間で対立が生じることとなった。これ以降、控訴裁判所のレベルでの判例は登場していないが、地裁レベルではいずれの立場に立つものもあり、現在まで対立が続いている。

【18】 Precious Moments, Inc. v. La Infantil, Inc., 971 F.Supp. 66 (D.P.R. 1997)

絵柄の描かれた正規品の布を赤ちゃん用のベッドに加工する行為が翻案権の侵害となるかが争われた事例。

原告 Precious Moments は絵柄の描かれた布や赤ちゃん用品について第三者にライセンスする業務を行っている著作権者である。訴外T社は原告の布

の正規品を適法に入手し、それを加工して赤ちゃん用のベッドを製造した。被告 La Infantil は赤ちゃん用品を販売する小売店であり、T社からこれらの赤ちゃん用のベッドを仕入れて転売していた。原告が被告によるベッドの販売が著作権等の侵害に当たるとして仮差し止めを求めて提訴。「争点は、T社が原告の布を用いて製造した製品が原告の著作権を侵害する『二次的著作物』かどうかである。」と整理したうえで、裁判所は、二次的著作物と見ることに肯定的な【13】【15】【16】判決と、否定的な【17】Lee 判決（一審）があることを指摘し、後者の立場に立つ。

「当裁判所は、【13】Mirage 判決とそれに続く判決が『二次的著作物』の定義からオリジナリティ要件を省き、非常に些細な改変であっても二次的著作物となる可能性を認めることになってしまおうとしてこれを批判する【17】判決（一審）に同意する。〔オリジナリティ要件を課すという〕適切な基準を本件に当てはめるならば、当裁判所は、原告の布を用いて製造された製品には、必須の要素であるところのオリジナリティが欠落しているものと判断する。したがって、これらの製品は原告の著作権を侵害する『二次的著作物』ではない。」

【19】Peker v. Masters Collection, 96 F.Supp.2d 216 (E.D.N.Y. 2000)

前出のニュージーランドの Benchmark 事件一審判決で言及されていた事件である。

カナダの Théberge 事件やアメリカ【12】C.M. Paula 事件と同様のインク移し替え技術を用いて紙のポスター上の絵画をキャンバスに移し替えた事例だが、アクリル層の表面に油絵の具を塗って油絵風にするという手間が加わっている点が本件の特徴である。

原告 Peker は画家であり、本件で問題となった絵画（油絵）の著作権者である。原告は訴外G社とライセンス契約を締結し、本件絵画を紙のポスター

に印刷して販売することを許諾していた。被告 Masters Collection はG社が販売する正規品のポスターを1枚につき約5ドルで合計21枚購入し、このポスターの紙を用いて油絵レプリカに加工した。具体的な工程は次の通り。「各ポスターを油絵レプリカにするため、被告はまずポスターの表面をアクリル塗料で薄くコーティングした。これによりポスターのインク層を、絵画を毀損することなく、その背後の紙の支持体から分離することが可能となった。いまやポスターのインクの画像を体現しているところのアクリル層が、今度はキャンバスに貼り付けられる。貼り付けた後、被告は、特別な研鑽を積んだアーティストを使用して、元の絵画の色合いやスタイルに適合するように努めながら、絵筆を用いてその絵画の上に油絵の具を塗らせた。筆で塗った後、油絵で用いられるのと似た種類のニスを薄く塗って表面を保護した。〔このようにして完成した〕新たな油絵レプリカは、油絵の具が塗られた部分について手で触れられる凹凸を備えるものであり、これが美術館レベルの額に入れられて販売された。」

被告はこのようにして作成された油絵レプリカを「元の油絵とほとんど区別がつかないほど精巧である」などと宣伝して販売した。本件絵画のレプリカも全部で15部が売られ、最も高く売れたものは約322ドルだったという。

原告が複製権及び翻案権の侵害を主張して提訴。被告は複製該当性を争うとともに、消尽の原則の適用があると主張した。

しかし裁判所は被告の反論をどちらも排斥し、複製権の侵害を認めた。

まず複製行為該当性については、これを否定した前出【12】C.M. Paula 判決との事案の違いが次のように述べられている。「C.M. Paula 事件で地裁が複製行為がないと判断したのは、被告の工程は原告のオリジナルな保護される絵画を増量する目的ではなく、単に元の絵画を異なる媒体で展示するために移動させたに過ぎなかったためである。同事件の被告の工程は、ポスターを買ってきてそれを額に入れて高値で転売するという適法な行為に類似する

ものであった。【17】 Lee 判決参照。」しかし本件の被告のレプリカはこれとは異なる。同事件と本件の「二つの工程は、それぞれ異なる目的を有している。本件の被告の工程は、元の絵画をその外観や質感、素材の使用の点で再現する (replicate) ことを目的としている。被告は単にポスター上の画像を新たな媒体に移し替えただけではない。被告は油絵の具を塗るためのテンプレートとしてもその絵画を利用した。これにより元の絵画の正確な色合いや独特のスタイル、さらには絵筆によって残された絵の具の盛り上がりの部分をも複製することが容易となった。これに対し【12】事件では、絵画は変更されることなく移し替えられ、その展示のされ方について被告がほんの些細な改変を施したに過ぎない。本件の被告は〔移し替えた後に油絵の具を塗るといふ〕さらなる過程を踏んでいるので、もはやポスター画像の単なる再展示の域を超え、原告のオリジナルな絵画の明白なコピーの域に達している。」

「キャンバスに移し替えられた絵画の上からさらに絵の具を塗ったことにより、被告は原告の絵画を『模倣 (imitate)』した。」「絵画を模倣するためのより露骨な方法としては絵画の上にトレーシングペーパーを置いて写す等の方法があるが、被告の方法も目的や結果の点で実質的にこれらと異ならない。」

被告は1枚のレプリカを作成するためには1枚のポスターを購入する必要があるとして【12】判決を援用したが、このことは複製該当性を否定する根拠にはならないとされた。「第一に、原告はポスター1枚につき約50セントのロイヤリティを受け取る一方で、被告は各レプリカを300ドル以上で売ることができた。最終製品における原告の寄与の正確な価値がいくらであるにせよ、50セントという金額は原告が確保すべき公正な補償 (fair compensation) の額であるとは到底思われぬ。加えて、原告がG社との間でポスター制作に関するライセンス契約を締結した際、その契約はポスター制作以上のことを何も考えていなかった。この契約をすることで、許諾なく無数の油絵

レプリカが合法的に作成されることが可能となるというようなことは原告にとって全く想像もできなかつたであろう。」

「各レプリカがポスターを使用したものであるということは、消尽の原則の適用があるかという限度でのみ関わりがある。」「しかし、消尽の原則により当該製品の流通をコントロールすることに関する著作権者の排他的権利は消尽するが、複製権などその他の排他的権利には影響がない。」したがって複製権侵害について消尽の原則は抗弁とはならない。

以上の通り、裁判所は複製権の侵害を認めた。他方、原告が主張していた翻案権侵害については、以下のように述べて否定している。

「第2巡回区控訴裁判所は『ある作品が二次的著作物となるためには、それが独立して著作権保護の対象となるものでなければならない』と説明している²⁴。」「作成するために『物理的技能』や『特別の訓練』が必要であるということは、それだけではオリジナリティ要件を充足しない。」「これらの原則に照らせば、本件で被告のレプリカが二次的著作物に当たるとする主張には根拠がない。被告のレプリカは明らかに原告の絵画及びその特定のスタイルをコピーすることを目的としており、確かにその制作には特別の技能が必要かもしれないが、独立した著作権保護が認められるようなオリジナリティを有するものではない。」

以上の通り、本判決は翻案権侵害の成立のためにオリジナリティ要件を課す立場に従ったうえでオリジナリティを否定し、翻案権侵害を否定した。他方、ここまで見てきた1976年法の下での判例とは異なり、複製権の侵害を肯定した。単なるインク移し替えにとどまらず、移し替え終わった絵画の平面に油絵の具を塗ることで元の油絵の色合いやスタイル、表面の凹凸を立体的

²⁴ *Ibid.*

に再現しているという事案だったためである。とはいえ、何もない所から新たに複製物を生み出したわけではなく、あくまでも原告が許諾して製作された正規品のポスターのインク層を流用して油絵風に行っているのであるから、複製物の数の増加がないと見ることもできる。本件で裁判所を複製権侵害という結論に駆り立てたのは、複製物の個数ではなく、むしろその質の違いであった。許諾の際に著作権者が認識していた複製物(ポスター。ロイヤリティ50セント相当)と、実際に加工された最終製品(油絵レプリカ。300ドル以上で取引された)とで質や市場価値が異なることから、「公正な補償」がなされていないと判断したのである。ニュージーランドの Benchmark 事件一審判決が広告カタログの上にステッカーを貼り付ける事案で本件との共通性を指摘しているのも、複製物の数の増加はないが、元の複製物とは質が異なっている点に着目したためであろう。それではこのように質の変化や公正な補償の有無に着目して複製行為該当性を判断すべきなのだろうか。この問題は後の箇所であらためて検討することとしたい。

【20】 Ryan v. Editions Ltd. West, Inc., 2012 WL 2571326 (N.D. Cal. 2012)

【19】 事件のような油絵の具による加工を施さない、ポスターからキャンバスへの単純な移し替え (canvas transfer) が問題となった事例である。具体的な工程は裁判所によって次のように説明されている。「キャンバスへの移し替えは紙のポスターのインクを取り出し、それをキャンバスに貼り付けることによって行われる。まずポスターに化学溶液が塗られる。そしてポスターはプラスチックのキャリア・シートに接着され、インクが紙から取り出される。そしてそのシートがキャンバスに貼られる。」

原告 Ryan は画家であり、本件で問題となった絵画の著作権者である。被告 ELW はポスター等の製造販売業者であり、原告との間で、原告の絵画をポスターとして発行、販売することについてライセンス契約を締結していた。

被告はまた、ポスターとして販売する絵画について、ポスター以外の形態での二次利用を望む第三者からの許諾の窓口ともなっていたようであり、具体的には、ポスターをキャンバスに移し替えて販売したいと望む ArtSelect 社に対し、そのような移し替えの許諾をしていた²⁵。その際、(著作権が及ぶのであれば)原告に許諾を得るべきであったのだろうが、これをする事なく、原告に無断で、原告絵画の移し替えを ArtSelect に許諾した。この無断許諾が本件紛争の中心である。

原告は、自分の知らないうちに自己の絵画がキャンバスとしてインターネット上で販売されていることに気づき、被告に連絡を取った結果、被告が原告に無断で ArtSelect に対して移し替えの許諾をしたことを知った。そこで、ArtSelect がポスターからキャンバスへの移し替えを行った行為が直接侵害に当たることを前提に、被告の無断許諾が寄与侵害または代位侵害に当たるとして提訴したのが本件である。以下では ArtSelect による直接侵害の成否について述べる個所に焦点を当てて裁判所の判断を見ていこう。

本件の裁判所は第 9 巡回区の連邦地裁であるから、先例である【13】Mirage 判決に従って著作権侵害の成否について判断している。

まず複製権については、【13】判決が「本件書籍から個別の絵画を切り取り、タイルに貼り付けた行為によって、確かに、被告は複製をしていないかもしれない」と判示した箇所を引用し、「本件において複製権は関係がない」と一言述べて終わる。

次に翻案権についても同様に【13】判決に従い、「ArtSelect がキャンバスへの移し替えを行ったことは、原告の翻案権の侵害である」と述べる。そ

²⁵ ほかに、デジタルデータを用いて高精細で印刷をするジークレー (giclée) という技法や、巨大な壁紙として印刷するウォールミューラル (wall mural) についても、ArtSelect その他の者に対し無断許諾をしていた。しかしこれらについては実際にその技法を用いて原告絵画が利用された証拠がなく、侵害の成否は問題となっていない。

の根拠は次の通り。「【13】事件において第9巡回区控訴裁判所は、被告が著作権のある便箋²⁶をタイルに貼り付けたことによって、便箋は十分に『変形』され、それによってタイルを二次的著作物たらしめた、と判示した。確かにこの判示によれば、画廊や美術館、絵画収集家が絵画の額を取り替えるたびに二次的著作物が作られることを意味し、広範に著作権侵害を引き起こす可能性があるが、当裁判所は第9巡回区控訴裁判所の先例に拘束されるのである。」(途中の、広範に著作権侵害を引き起こす可能性があるとして先例の問題点を指摘する個所に脚注が付されており、【17】Lee判決が引用されている。)

以上のことから直接侵害(翻案権侵害)が認められた。なお、販売行為が問題となっているわけではないので、頒布権や消尽の原則についての言及はない。

【21】Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F. Supp. 2 d 640 (S.D.N.Y. 2013)²⁷

Apple社の音楽配信サービスであるiTunesを利用して購入された音楽ファイルについて、その中古販売を可能にするサービスを提供する行為が著作権(複製権及び頒布権)の寄与侵害・代位侵害に当たるかが争われた事例である。複製物に物理的加工を施す事案ではないが、複製行為該当性が争点となっているため、参考のために紹介する。

原告はレコードレーベルであり、本件で問題となっている音楽についての

²⁶ 便箋(notecards)とするのは原文ママ。しかし【13】は画集のページの切り取りの事案である。便箋が利用された事例は【15】及び【17】であり、裁判所が混同したものと思われる。

²⁷ この事件について詳しくは、谷川和幸「デジタルコンテンツの中古販売と消尽の原則—欧米の近時の動向」同志社大学知的財産法研究会『知的財産法の挑戦』(弘文堂、2013年)420頁、奥邨弘司「電子書籍の中古販売・流通」ジュリスト1483号(2014年)43頁、難波隼人「デジタル音楽ファイルの転売に対するファースト・セール理論の適用」国際商事法務42巻3号(2014年)466頁を参照。

著作権を有している。被告 ReDigi 社は中古音楽ファイルの売買をするための場として ReDigi という名前のインターネット上のサービスを立ち上げた。ReDigi の利用者は、アカウントの登録とともに、専用のソフトウェアをパソコンにインストールすることを求められる。利用者はこのソフトウェアを介して、被告が提供するクラウドロッカーに音楽ファイルをアップロードすることができる。アップロードの際、この専用ソフトウェアは、利用者のコンピュータおよびそこに接続されたデバイスのすべてを確認して、アップロードされたものと同じファイルが別の場所に保存されていないかを確認し、発見した場合には削除を行う。事後的に接続されたデバイス内で同じファイルが発見された場合には、利用者はその削除を許可するように求められ、これを拒否すると ReDigi のアカウントが凍結される。このように、利用者の手元から ReDigi のクラウドロッカーに転送（アップロード）する際に、ファイルの数が常に1つになるような工夫がなされている（自動削除技術）。

もしも複数の利用者が同じ音楽のファイルを ReDigi のクラウドロッカーにアップロードすることになっても、それぞれのファイルは別々に保存される。そして、特定のファイルに結び付けられた利用者のみが、そのファイルにアクセスすることができる。つまり、ある特定の音楽ファイルは、そのファイルの所有者にしか、アクセスが許されていない。

クラウドロッカーに音楽ファイルをアップロードした利用者は、①インターネット経由でストリーミング受信してその音楽を聴く、②ファイルをクラウドロッカーからダウンロードする（これにより、クラウドロッカー上のファイルは削除される。つまりここでも自動削除技術が用いられている。）、③ファイルを ReDigi 上で販売可能に設定する、の3つの行動をとることができる。この③がデジタル中古市場としての ReDigi の特徴である。③の設定がなされた音楽ファイルは、ReDigi のサービスにおいて検索可能となる。他の利用者は自分が買いたい音楽ファイルを検索し、発見すると、それを購

入することができる。購入された音楽ファイルは、クラウドロッカー内のデータそのものを移転することなく、ただ、そのファイルに結び付けられた所有者情報のみが書き換えられる。これにより、売主はアクセス権限を失い、買主が新たにそのファイルへのアクセス権限を取得する。つまりここではファイルへのアクセス権限が売買の対象とされており、売買に伴ってファイル自体の送信は行われない。

このことから明らかなように、ReDigiの戦略は、自動削除技術を用いることでファイルの数を増やさないという方針を徹底したものである。確かにReDigiの想定した仕組みが回避されることなくうまく動くのであれば、ファイルの数は常に1つである。そしてそこへのアクセス権限を有する者も1人に限られる。これは有体物の中古販売の場合と同じであり、それゆえ消尽の原則の適用があるというのが被告の主張である。このようないわば「デジタル消尽」が認められるかが本件の中心的争点だが、本稿ではこの議論ではなくむしろ複製権の直接侵害の成否についての議論に着目したい。

複製権に関して原告が問題視するのは、利用者による当初のアップロード行為である。すなわち、いくら自動削除技術が用いられているとは言っても、クラウドロッカーへのアップロードは複製そのものではないか、との主張である。これに対する被告の反論は次のようなものである（フェア・ユースの反論は省略）。アップロード過程ではファイルの一部分ずつが逐次的に送受信され、同一の情報が同時に2か所に存在することはない。これはいわばファイルの「移住(migrating)」であり、複製には当たらない。被告はまた、【12】C.M. Paula 判決を援用して、複製行為該当性を否定する主張をしている。

裁判所は次のように判示し、複製行為該当性を肯定した（さらにフェア・ユースの抗弁も排斥し、複製権の直接侵害及び間接侵害を認めた。）。

「インターネットを通じてデジタル音楽ファイルを許可なく増量(duplication)する行為については、裁判所は一貫して複製権侵害だと判断してきた

(Napster 判決参照)。しかし、インターネットを通じてデジタル音楽ファイルを許可なく移転 (transfer) する行為—移転の前後を通してファイルの数が1つに限られている場合—が複製に該当するかどうかについては、過去に裁判所が判断を示したことはなかった。当裁判所は、これが複製に該当するものと判断する。「著作権法の文言は、著作物が新たな媒体に固定された (fixed in a new material object) ときに複製が生じるということを明らかにしている。」「違った言い方をすれば、複製権とは、著作物を新たな媒体に化体させる (embody) ことに関する排他的権利である。」「インターネットを通じて『媒体』そのものを移転させることは不可能である。」「インターネットを通じたデジタル音楽ファイルの移転に伴って当該ファイルが新たな媒体〔送信先のパソコン等の記録媒体〕に化体されざるを得ないのであるから、当裁判所は、新たなハードディスクへのデジタル音楽ファイルの化体が著作権法における意味での複製に該当するものと判断する。」「この判断は、〔移転の後に〕存在するファイルの個数が1つか複数かということとは関係がない。」「端的に言えば、複製権の範囲を決めるのは新たな媒体の作成 (creation of a new material object) であって、追加的な媒体の作成 (creation of...an additional material object) ではない。」「たとえ被告が言うようなファイルの逐次的な『移住』であるとしても、ある媒体—ユーザーのコンピューターから別の媒体—被告のサーバーへファイルが移動したという事実は、複製が起こったことを意味する。」

【12】判決を援用して複製行為該当性を否定しようとする被告の主張については、同事件との事案の区別がなされている。「あの事件では、著作権により保護される絵画あるいは媒体がグリーティングカードから浮かび上がらせられて、全体としてセラミックタイルの上に移し替えられた。そこでは新たな媒体は作成されていない。」

以上の通り、移転の前後でファイルの数が増えない事案において、裁判所は、複製とは複製物の数を増加させる行為ではなく、新たな媒体に著作物を化体させる行為を意味すると解して複製行為該当性を肯定した。【12】 C.M. Paula 事件ではグリーティングカードのインク層がそのまま全体として移転しており、新たな媒体の作成が行われていない、として事案の区別がなされている。

複製該当性の判断に際して新たな媒体への固定の有無に着目するという点では、カナダの *Théberge* 事件最高裁判決における反対意見の立場と同じである。しかしこの反対意見ではポスター上のインク層のキャンバスへの移し替えは新たな媒体への固定だと捉えられていたのに対し、本判決は【12】事件におけるグリーティングカード上のインク層の飾り額への移し替えを新たな媒体の作成とは捉えておらず、この点では上記反対意見とは評価を異にしていることに注意が必要である。

なお、消尽の原則や頒布権についても本判決は判断をしているが、①消尽の原則は頒布権侵害に対する抗弁であって複製権侵害に対する抗弁とはならない、②頒布権に関しても、消尽の原則により許されるのは適法に入手した特定の複製物の頒布であるところ、本件では当該複製物（ハードディスク）それ自体が頒布されたわけではなく、それとは異なる新たな媒体が作成されたのであるから、消尽の原則は適用されない、として侵害が肯定された。

【22】 *Rosebud Entertainment, LLC v. Professional Laminating LLC*, 958 F. Supp.2d 600 (D. Md. 2013)

雑誌の表紙を飾り額 (plaques) に加工して販売した行為について消尽の原則の適用があるかが争われた事例。

原告 *Rosebud Entertainment* は月刊誌 “*Baltimore*” の発行元であり、表紙や記事等の著作権を有している。同誌2010年11月号では “*Top Doctors*”

と題して、医者ランキングを掲載する特集を組んだ。

被告 Professional Laminating は新聞や雑誌記事に取り上げられた人から依頼を受けて、その記事等を飾り額に加工して販売している業者である。被告は“Top Doctors”のランキングに登場する医者全員に、掲載の記念として同誌の飾り額を購入しないかと勧誘するメールを送信した。これを受けて約20個の飾り額の注文が入り、被告は本件雑誌の表紙を用いて飾り額を約20個作成し、販売した。本件雑誌の表紙の紙をそのまま利用して加工したものもあれば、表紙をコピーして加工したものも含まれている。加工の方法は、表紙の現物又はコピーをラミネート加工して木製の額に貼り付けるというものであった。

そこで原告が、表紙を無断で利用して飾り額に加工して販売した被告の行為が複製権、翻案権、頒布権の侵害に当たるとして提訴。被告は消尽の原則の適用があると主張して侵害を争った。

裁判所は消尽の原則の適用を否定した。まず表紙をコピーして利用したものについては複製権の侵害であり、消尽の原則は複製権侵害に対する抗弁となるものではない。それでは表紙の現物をそのまま加工したものについてはどうか。裁判所は以下のように述べる。

「記念品の飾り額について109条(a)の消尽の原則が適用されるのか、あるいは106条(2)が適用される二次的著作物なのかについて、第4巡回区控訴裁判所はまだ判断をしていないようである。他の巡回区ではこの問題については立場が割れている。Allison 判決(前注10参照)及び【17】Lee 判決と、【16】Greenwich Workshop 判決を対比せよ。」

「Allison 判決や【17】Lee 判決の事案とは異なり、本件の被告は単に原告の著作物の周囲を取り囲むような素材を追加する以上のことを行った。被告は雑誌からその表紙だけを物理的に分離し、木製の板にフィットするように表紙を切り取ることで、本件雑誌を²⁸著しく変更した。」「オリジナルな本件

雑誌に加えられたこれらの変更のため、被告製品について一表紙の現物を利用したものも含めて一消尽の原則は適用されない。」

本判決が消尽の原則に関して述べている部分については、二つの理解の可能性がある。一つは、二次的著作物が作成されたと言える場合には消尽の原則の適用はないという立場（【14】判決参照）を前提に、本件において二次的著作物が作成されたという認定をした、という理解である。もう一つは、二次的著作物の作成に当たるかどうかとは無関係に、複製物に重大な変更が加えられた場合には消尽の原則の適用はないという立場を前提に、本件においては重大な変更が加えられたという認定をした、という理解である。

直前の部分において「記念品の飾り額について109条(a)の消尽の原則が適用されるのか、あるいは106条(2)が適用される二次的著作物なのか」という二者択一の枠組みを提示していることからすれば、前者の理解が素直であるようにも考えられる。もっとも、被告の飾り額が二次的著作物に当たると明言しているわけではない。【13】Mirage判決を引用していないのも気になるところである。そうすると、後者の理解のように、消尽の原則の適用範囲の問題と、二次的著作物該当性の問題を直結させないという立場で理解することも、必ずしも不可能ではないように思われる。

(C) 小括

ここまで見てきた1976年法施行後の判例群の事案と結論を表にまとめると

²⁸ 念のため述べておくと、原文では“altered the Works”とされているが、ここでの“the Works”は抽象的な「著作物」のことではない。別の箇所では“Baltimore magazine’s November 2010 and 2011 issues (the ‘Works’)”という定義がなされ、“the Works’ covers and copies of the covers”や“marketability of the Works”という用語法も見られることから、“the Works”は本件雑誌の2010年及び2011年の11月号を指すものと理解されるべきである（なお本文の事案の説明では簡略化のため2011年の記事については省略した。）。

次のようになる。(番号欄に※印があるものは第9巡回区の裁判所の判断を意味する。)

番号	流通に置かれた複製物	物理的加工を施された結果	結論と根拠
13※	画集	特定のページの絵画を切り出して貼り付けたタイル	侵害(二次的著作物に当たる、消尽しない)
14	広告映像+映画本編	別の広告映像+映画本編	非侵害(二次的著作物に当たらない、消尽する)
15※	便箋	便箋を貼り付けたタイル	侵害(二次的著作物に当たる、消尽しない)
16※	画集(蔵書票)	キャンパスに接着し額装	侵害(二次的著作物に当たる)
17	便箋	便箋を貼り付けたタイル	非侵害(二次的著作物に当たらない、消尽する)
18	布	赤ちゃん用のベッド	非侵害(二次的著作物に当たらない)
19	ポスター	油絵レプリカ	侵害(複製に当たる、二次的著作物に当たらない)
20※	ポスター	キャンパス	侵害(二次的著作物に当たる)
21	デジタル音楽ファイル	デジタル音楽ファイル	侵害(複製に当たる、消尽しない)
22	雑誌の表紙	飾り額	侵害(消尽しない)

前号の表と対比すれば一目瞭然だが、1976年法の下では翻案権侵害の成否(二次的著作物に当たるかどうか)が問題となった事案が半数を超える。他方で、複製行為該当性も依然として問題となっており、複製とは複製物の数を増加させることを意味するのかという他の国でも議論された問いに正面から応答した重要な判決も登場している(【21】)。

ここまでの判例群の紹介を踏まえて、今回はアメリカ著作権法における複製概念、二次的著作物概念、消尽の原則等に関する学説の議論の検討に進みたい。

(続く)