

Google 対 Oracle 事件連邦最高裁判所判決にみる フェアユースの判断枠組み

才 原 慶 道

前稿¹⁾では、Google 対 Oracle 事件について、2 回目の第一審判決²⁾、2 回目の控訴審判決³⁾、そして、上告審判決⁴⁾の多数意見と反対意見が、フェアユースの4つの要素について、それぞれ、どのように判断したのかを紹介した。本稿では、MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT (Matthew Bender) (以下、単に「NIMMER」という。)⁵⁾の分析を中心に、WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT (Sep. 2023, Thomson West) (以下、単に「PATRY」という。)およびPAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT (3d ed. Supp. 2023-2, Aspen Publishers) (以下、単に「GOLDSTEIN」という。)の見解も交えながら、まず、問題となった、約11,500行のコンピュータプログラムのコードの著作物

1) 拙稿「フェアユースをめぐる Google 対 Oracle 事件の経過を振り返って」商学討究 74 巻 1 号 79 頁 (2023 年) (<http://hdl.handle.net/10252/0002000014>)。

2) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 2016 WL 3181206 (N.D.Cal. 2016)。

3) Oracle America, Inc. v. Google LLC, 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2018)。

4) Google LLC v. Oracle America, Inc., 141 S.Ct. 1183 (2021)。

5) 本稿は、Release 118 (2022 年 12 月発行) までの NIMMER に基づいている。4 NIMMER § 13.05 の初め (p.13-155) には、「2021 年に、最高裁判所は、フェアユースについて、大型爆弾のような判決を言い渡したが、その影響はまだ十分には法の中に浸透していない。Google 対 Oracle 判決を取り込むためにこのセクション全体を改訂するまでの間、このセクションの終わりで、その判決の最初の手引きを提供するとともに、それに続く判決に及ぼしうるその影響について概観する。」という編集者の注記があった。そして、「Google v. Oracle」という見出しの下で、§ 13.05[I] というサブセクションにその分析がまとめられていた。このサブセクションは、BJ Ard と共同して執筆したという (4 NIMMER § 13.05[I] の p.13-290.2(2) の n.856)。なお、Release 119 (2023 年 6 月発行) 後の 4 NIMMER § 13.05 には、「このセクションの内容は、……改訂されて、この専門書の他の箇所へ組み込まれている。」という編集者の注記があり、§ 13.05 自体は削除されている。

性について触れ、そのうえで、上告審判決の多数意見におけるフェアユースの判断枠組みについてみていきたいと思う（なお、本稿でも、便宜上、第一審、控訴審、上告審を通じて、「原告」、「被告」という表記で統一することにする。）。

1. 宣言コードの著作物性

この上告審判決では、原告のJava APIパッケージの宣言コード⁶⁾の著作物性と、被告によるその複製についてのフェアユースの成否が問われていた。すなわち、1回目の控訴審判決⁷⁾は、1回目の第一審判決⁸⁾の「Google社によって複製された特定の要素は、著作権法のもとですべての者が自由に利用することができた。」⁹⁾という判示を否定し、「マージャーは、Sun社/Oracle社がそれらを書くのに1つの方法、あるいは、限られた数の方法しか有していなかったのではない限り、宣言ソースコードのどの行の著作権保護も妨げることはできない」¹⁰⁾「証拠は、Oracle社が、『Google社が模倣した^{原文ママ}7000行の選択と配置に関して無限の選択肢』を有していたことを示した。」¹¹⁾などと述べて、その著作物性を肯定していた¹¹⁾。また、2回目の控訴審判決は、フェアユースを認めた陪審の評

6) もっとも、NIMMERは、宣言コード (declaring code) というこの呼び方が、この訴訟に影を落とすと指摘している (4 NIMMER § 13.05[I][2] の p.13-290.2(2)(c)-(d) の n.884)。つまり、「連邦巡回区による分析に難がある根本的な原因は、一連の37のJava API declarations—同裁判所が紛らわしくも宣言『コード』と呼んだもの—をコンピュータシステムに欠かせない機能上の仕様としてではなく、ソフトウェアのコードとして扱ったことにある。」(Peter S. Menell, *Rise of the API Copyright Dead?: An Updated Epitaph for Copyright Protection of Network and Functional Features of Computer Software*, 31 Harv. J. L. & Tech. 305, 442 (2018)) というのである。

7) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1339 (Fed. Cir. 2014)。

8) Oracle America, Inc. v. Google Inc., 872 F.Supp.2d 974 (N.D.Cal. 2012)。

9) 拙稿「プログラムの著作物と De Minimis の法理」商学討究 73 巻 4 号 57 頁 (2023 年) (<http://hdl.handle.net/10252/00006185>) (以下、「前々稿」という。) の 64 頁 (Oracle, 872 F.Supp.2d at 1002)。

10) 前々稿 64 頁 (Oracle, 750 F.3d at 1359)。

11) もっとも、この判断は、連邦巡回区控訴裁判所が第 9 巡回区の法を解釈したものであるから、先例としての価値に乏しいという指摘がある (1 NIMMER § 2A.10[B][4])。

決を支持した、2回目の第一審判決に対して、「著作権で保護された作品を一語一句違えず利用して、それを競合するプラットフォームにおいて元の作品と同じ用途および機能のために使用することについて、何も公正なことはない。」「Androidの公開は、Oracle社の著作物を供給するものとして、事実上、Java SEに取って代わり、Oracle社が成長中の市場に参加するのを妨げた。この取って代わる使用は本質的に不公正である。」¹²⁾として、フェアユースを否定していた。ちなみに、4つの要素のそれぞれについては、前稿84～86頁で紹介したように、第2の要素（利用された著作物の性質）こそ肯定の方向へ働くとしたものの、第1（利用の目的および性質）および第4（著作物の潜在的な市場や価値への影響）の要素は否定の方向へ、第3の要素（利用された部分の量と実質）も、せいぜい中立的であり、おそらくは否定の方向へ働くこと判断していた¹³⁾。

これらの争点に対して、Breyer判事の執筆に係る、最高裁判所の多数意見は、「私たちは、単に議論を進めるためにはあるが、Sun Java APIの全体が、著作権で保護されるものの定義の中に入ることを前提とする。」¹⁴⁾として、ま

12) 前稿86頁 (Oracle, 886 F.3d at 1210)。

13) これに対して、最高裁判所の多数意見は、いずれの要素についても、肯定の方向へ働くこと判断した（前稿87～90頁参照。）が、これについて、NIMMERは、「……フェアユースの最終的な結論に達するために、最高裁判所の多数意見がすべての要素を被告に有利になるように整合させることは必要ではなかった。」(4 NIMMER § 13.05[I][6][a][ii] の p.13-290.2(2)(q) の n.1007) と述べ、そのうえで、「多数意見では、それらのすべてを同じ方向へ『一斉に走らせること』によって、ある要素と他の要素の比較衡量を無用なものにした。」(4 NIMMER § 13.05[I][4][d] の p.13-290.2(2)(1)) と批判する。なお、反対意見は、第2の要素を除く、3つの要素について、いずれも否定の方向へ働くこと判断している（前稿91～93頁参照。）。このように、たとえ同じ要素であっても、それらを判断する者によって、その評価が正反対になってしまう「不安定性」(4 NIMMER § 13.05[I][6][a][i] の p.13-290.2(2)(p)) を伴うのが、フェアユースの宿命であるのかもしれない。さらに、陪審の判断についても、NIMMERは、「複数の要素を比較衡量するための確立した尺度がないことを考えれば、陪審が、たとえ任意のある決まった単一の要素（または1組）をOracle社に有利に判断したとしても、フェアユースを支持する評決を下すことは大いに起こりうる。」(4 NIMMER § 13.05[I][6][c] の p.13-290.2(2)(v)) とも指摘している。

14) 前稿87頁 (Google, 141 S.Ct. at 1197)。

ず、著作物性の判断を回避した¹⁵⁾。これに対しては、反対意見（Thomas判事が執筆した。）が、「そのようにする唯一の見たところの理由は、多数意見が、その根本的に難のあるフェアユースの分析について、宣言コードが著作権の対象になるという判断と折り合いをつけることができないからである。」¹⁶⁾「多数意見は、フェアユースを使って、議会によって熟考された政策判断を骨抜きにした。」¹⁷⁾と厳しく批判している^{18) 19)}。この点について、NIMMERは、多数意見の理由づけの多くは、APIの著作物性の問題を扱うのにも通用することを指摘し²⁰⁾、著作権法102条(b)項²¹⁾が、「システム」や「運用の方法」を挙げ、アイ

15) その理由について、NIMMERは、2名の判事が多数意見に反対したことに加え、最高裁判所での口頭弁論における他の2名の判事の発言（4 NIMMER § 13.05[I][3]のp.13-290.2(2)(e)のn.899）から、宣言コードの著作物性を否定するという判断を下すことについて、「……その論拠に基づいてGoogle社に有利に判示するという同社の意見に十分な数の判事の納得が得られなかったと推測しうる。」（4 NIMMER § 13.05[I][3]のp.13-290.2(2)(e)）と述べている（ちなみに、1名の判事はこの判決に関与していない（Google, 141 S.Ct. at 1189））。同様に、PATRYも、著作物性に関して多数派がなかったのであろうと指摘している（4 PATRY § 10:138）。なお、それに先立つ、4 PATRY § 10:138のn.8には、「著者は、その雇い主のためにこの訴訟に関与した。とはいえ、私は、この裁判の功罪を議論することを避けてきた。私のこの訴訟への関与を考えれば、私は、この事件について少しも議論したくはなかったのだが、しかし、その重要性からして、それは不可能であり、また、そうすることは読者へのあだとなろう。」という注記がある。

16) 前稿93～94頁（Google, 141 S.Ct. at 1220）。

17) Google, 141 S.Ct. at 1220。

18) しかし、PATRYは、「……著作権の範囲についての論争を調停する際に果たすフェアユースの役割に与えられた重要性は否定されるべきではない。」（4 PATRY § 10:138）と述べる。

19) もっとも、反対意見が指向するのは、宣言コードの著作物性を認めたくえて、前稿93頁で紹介したように、フェアユースの成立を否定することである。そのように解しない多数意見について、反対意見はこのように批判するが、NIMMERは、多数意見に従ったからといって、「……『議会によって熟考された政策判断を骨抜きにした』ということには必ずしもならない。フェアユースのその判示は、この個別の事案の事実の下での、その宣言コードとGoogle社の再実装に限定されたものである。したがって、別の事案において別のコードの著作権を強制する可能性は、フェアユースの関連事項をそれとは違うように評価することによって、その道は依然として開かれている。」（4 NIMMER § 13.05[I][5][a]のp.13-290.2(2)(m)）と指摘する。

20) 1 NIMMER § 2A.10[B][4]。

21) 同項は、「いかなる場合でも、著作者の創作的な作品への著作権保護は、それが

ディアとともに、コンピュータプログラムの機能的な特徴を除外していることを踏まえて、「……法律そのものがSun社の宣言コードを保護から排除していると多数意見が判断したとしても、大きな飛躍はなかったであろう。」²²⁾と述べ、宣言コードの著作物性を否定するという解決策を示唆している²³⁾。そして、「……もし多数意見が著作物性という困難に敢然と立ち向かうことを決めていたなら、さらにより適切な分析が現れるのを心に描くことができよう。」²⁴⁾と悔やむ。

当該作品において記述され、説明され、例解され、または収録される、その形式にかかわらず、着想、手順、過程、システム、運用の方法、概念、原理、発見のいずれにもまったく及ばない。」と規定している。なお、この条項の訳出にあたっては、公益社団法人著作権情報センターのウェブサイト中の「著作権データベース」の「外国著作権法」の「アメリカ編」(山本隆司訳) (<https://www.cric.or.jp/db/world/america.html>) を参考にした。

- 22) 4 NIMMER § 13.05[I][3] の p.13-290.2(2)(e)。もっとも、1 回目の控訴審判決では、「102 条 (a) 項は創作的な作品に著作権保護を与えるが、その一方で、その作品が機能的な構成部分を備えていれば、102 条 (b) 項がそれを取り上げる、二段構えの著作物性の分析がある」という被告の提言は退けられている (Oracle, 750 F.3d at 1356-1357)。
- 23) また、NIMMER は、the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU) の最終報告書を引きながら、「……宣言コードはその保護が限られていると判断しても、それは、『特定の命令が、たとえかつては著作権で保護されていたとしても、所定のタスクを遂行する唯一かつ必須の手段になっているときは、それらを他者が後に使用しても侵害にはならないであろう』という指針に反映された、議会の意思に適合する。」(4 NIMMER § 13.05[I][5][a] の p.13-290.2(2)(m) の n.971) とも述べる。
- 24) 4 NIMMER § 13.05[I][6][a][ii] の p.13-290.2(2)(r) の n.1014 (4 NIMMER § 13.05[I][6][d] の p.13-290.2(2)(y) の n.1066 も参照)。そして、それに続けて、「機能性および関連した制約は、一異なったやり方ではいへ—著作物性や侵害、フェアユースに関係する。しかし、著作物性や侵害の分析は、概念的にフェアユースに先立っており、また、機能性の扱いにおいてより系統立てられている。それらの分析を飛ばして、……全面的にフェアユースに重きを置くことは、一特に、……複数の要因によって決定づけられる結果と一致するようにもっていくために、すべての要素を同じ方向へ走らせたいという衝動があることを考えると、著作権法のその法理をゆがめる恐れがある。」(4 NIMMER § 13.05[I][6][a][ii] の p.13-290.2(2)(r) の n.1014) と述べ、フェアユースの枠組みの中だけで解決しようとすることの危険性を指摘する。

2. 第2の要素（利用された著作物の性質）

このように最高裁判所が著作物性の判断を回避したことから、侵害の存否は、専らフェアユースの成否にかかることになった。これまで最高裁判所がフェアユースを扱った事件は4件ある²⁵⁾。フェアユースの判断にあたって、これらの判決は、条文で規定された順序に従い、第1の要素から順に検討を加えたのに対して、この判決の多数意見は、「説明のために」²⁶⁾といて、第2の要素から検討を始めた。そのことが重要な意味をもつとNIMMERは指摘する²⁷⁾。「第2の

25) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984), Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985), Stewart v. Abend, 495 U.S. 207(1990), Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)。これらの4つの事件では、この問題の審理にあたって、陪審に付されることはなかった(4 NIMMER § 13.05[I][6][c]の p.13-290.2(2)(t)の n.1031も参照)。その点で、フェアユースの審理に関して、この事件は、最高裁判所に最終的に陪審の評議を再考する機会を与えたといえることができる(4 NIMMER § 13.05[I][6][c]の p.13-290.2(2)(t))。そして、フェアユースの問題における陪審と裁判所の役割について、「……『フェアユース』は陪審が決定すべき問題である、……私たち(筆者注:裁判所を指す。)は私たちの再審理を『実質的な証拠』が陪審の判断を正当化するかどうかに限るべきである」(Google, 141 S.Ct. at 1199)という被告の主張に対して、「……『フェアユース』の問題は事実と法の混合した問題である、再審理する裁判所は陪審による基となる事実の認定を適切に尊重すべきである、しかし、それらの事実が『フェアユース』を指し示すかどうかという最終的な問題は裁判官が初めから判断すべき法的な問題である」(Google, 141 S.Ct. at 1199)と考え、被告の主張に異議を唱えた2回目の控訴審判決について、多数意見は、「私たちは、この問題についての連邦巡回区の解答を正しいと認める。」(Google, 141 S.Ct. at 1199)というが、NIMMERは、多数意見「の解決策が名目上は退けられたその基準とどれほど異にしたかは明白ではない。というのは、各論となると、最高裁判所は、その評決の勝者に有利に判断したかもしれないものを最も拡張的に見ることを受け入れたように見えるからである。」(4 NIMMER § 13.05[I][6][c]の p.13-290.2(2)(w))と指摘する。そうであるとすれば、陪審が証拠の重みに逆らって事実の認定をしたり、あるいは、陪審の判断を支持する証拠がまったくなかったりといった特殊な状況を別にすれば、「……それらの事情がない場合に、Google対Oracle判決の結果として、誰か訴訟当事者は、フェアユースの争点について陪審の評決を覆すことができるのであろうか、そして、どのようにすればできるのであろうかはまだわからない。」(4 NIMMER § 13.05[I][6][c]の p.13-290.2(2)(x))ということになるであろう。

26) Google, 141 S.Ct. at 1201.

27) 4 NIMMER § 13.05[I][4]の p.13-290.2(2)(e)。

フェアユースの要素から始めることで、*Google 対 Oracle* 判決は、著作物性を判断するのに別の方法で機能する制限的な法理が代わりにフェアユースの評価を方向づけるであろうことを暗に示した。²⁸⁾「かつての事件では、第2の要素は、往々にしてほとんど基準を動かさず、4つの中で最も重要ではないものと解釈されてきた。この2021年の判決はそれを第一の地位にまでもってくるのである。」²⁹⁾ というのである³⁰⁾。また、PATRYも、「*Oracle* 判決は、第2の要素は相対的に重要でないという……多くの主張への必要な正措置としてみなされるかもしれない。」³¹⁾と述べている。確かに、多数意見の分析は、「宣言コードは、たとえ著作権で保護されるべきであるとしても、（実行コードのような）大多数のコンピュータプログラムよりも著作権の核心からはより遠い。」³²⁾ という認識から始まっている³³⁾。しかし、宣言コードの機能性という、「……これだけを理由に第2の要素がGoogle社に有利に働くと判断すれば、……コンピュータコードに関する事案はすべて同様の結論を招」³⁴⁾ きかねない。そこで、多数

28) 4 NIMMER § 13.05[II][4][a] の p.13-290.2(2)(e)-(f)。しかし、前述のように、多数意見が著作物性の判断を回避したことから、「……—マージャーや scènes à faire といった—他の制限的な法理の根底をなす原理がまた、どのようにして第2の要素の下での分析を方向づけるのか」、つまり、それらの原理が、著作物性とフェアユースの判断の中でそれぞれ、どのように機能するのか、それらの地位は未解決のまま残った（4 NIMMER § 13.05[II][6][d] の p.13-290.2(2)(x)-(y)）。

29) 4 NIMMER § 13.05[II][4][a] の p.13-290.2(2)(f)。

30) NIMMER は、「この法廷意見が含意する多くの内容は他の種類の作品にも容易に一般化しうる。」（4 NIMMER § 13.05[II][6][d] の p.13-290.2(2)(x)）と述べ、このような方向性が、今後、ソフトウェアにとどまらず、他のジャンルの作品にも及んでいく可能性を指摘している。

31) 4 PATRY § 10:138。それに続けて、PATRY は、「（私自身のものを含めて）それらの主張は、事実を慎重に調べる代わりに、安易な判断を招いてきた。」（4 PATRY § 10:138）とも指摘する。

32) 前稿 87～88 頁（Google, 141 S.Ct. at 1202）。

33) このように宣言コードを他のコンピュータプログラムと区別することについて、PATRY は、「この手法は、『フェアユースが、著作権の対象であることが明らかな書物や映画の中で相違を認めるのとまったく同様に、それはまた、コンピュータプログラムの中でも線を引く必要がある。』（141 S.Ct. at 1199）というそれに先立つ意見の表明から生じた。」（4 PATRY § 10:138）と指摘している。

34) 4 NIMMER § 13.05[II][4][a] の p.13-290.2(2)(f)。

意見は、宣言コードについて、「それは、著作権で保護される、他の多くの種類のコンピュータコードとは異なる。」とし、その理由として、宣言コードは、「著作権の対象として適切であると誰も主張することはない、コンピューティングタスクの区分という一般的なシステム」や「戸棚、引き出し、書類差しと私たちが呼んだものの中にタスクを整理するという、これもまた著作権では保護されないアイデア」、 「……メソッドコール（……）と呼ばれる、プログラマーに周知の特定のコマンドの使用」、 「著作権で保護されているものの、模倣されることはなかった実行コード」³⁵⁾と切り離せないほどに結びついているということを挙げた³⁶⁾うえて、「単なる機能性を超えた……類いまれな特徴」を有するという宣言コードの特殊性を強調することによって、これまで以上に第2の要素に重きを置くことになった³⁷⁾。しかし、宣言コードについて、それが、実行コードとは異質であることを強調しながら、その一方で、実行コードと切り離せないほどに結びついていると述べることに對しては、疑問がないわけではない³⁸⁾。そして、このことが、後に述べるように、第3の要素における「利用された部分の量」についての判断に影響を与えることになる。

35) Google, 141 S.Ct. at 1201 (メソッドコールの使用という部分は、前稿 87 頁)。

36) 「これらの特徴を描写して、暗黙のうちに、最高裁判所は、102 条 (b) 項において成文化されている制限的な法理に水路を開いた。」(4 NIMMER § 13.05[I][4][a] の p.13-290.2(2)(f)-(g)) と NIMMER は評している。

37) 4 NIMMER § 13.05[I][4][a] の p.13-290.2(2)(f)。さらに、NIMMER は、「第2の要素から始めることで、最高裁判所(筆者注:多数意見を指す)は、模倣されたものの要保護性に合わせてフェアユースの分析を調節することの重要性を暗に示した。」(4 NIMMER § 13.05[I][6][d] の p.13-290.2(2)(x)) と論ずる。

38) これに関連して、NIMMER は、第2の要素と第3の要素の間の判断手法の違いについて、「特に際立つのは、多数意見が、第3の要素では、どちらのコードの一群も1つの一体化した作品の一部を構成すると主張したのとは著しく異なり、第2の要素の下でのその分析では、宣言コードと実行コードの間の区別に焦点を置いたことである。」(4 NIMMER § 13.05[I][6][d] の p.13-290.2(2)(x)) と指摘している。また、それに続けて、そこから「得られるべき教訓は、第2の要素の下で重要なのは、作品全体としての性質や要保護性ではなく、むしろ模倣されたその部分の性質や要保護性であったということである。」(4 NIMMER § 13.05[I][6][d] の p.13-290.2(2)(x)) とも述べている。

3. 第1の要素（利用の目的および性質）

次に、多数意見は、第1の要素に戻り、前稿88頁で指摘したように、被告の使用が商業的利用であることは認めながらも³⁹⁾、それをインターフェースの再実装と評したうえで、「Google社が、新たなプラットフォームを開発するために、プログラマーがすぐに使えるであろうSun Java APIの一部を使用したという点では、同社の使用は、著作権自体の根本的な憲法上の目的である創造的な『進歩』と一致していた。」⁴⁰⁾などと述べつつ、「『インターフェースの再実装は、人気のあるプログラミング言語の広範にわたる受容を促進する』」⁴¹⁾などとその効用を挙げた法廷助言者の意見書の記載にも言及し⁴²⁾、「Google社の

39) また、第1の要素の中で検討されることがある、誠実・不誠実の問題に関しては、「……私たちの陪審は、Google社によるJava APIの一部の促進剤としての使用が、（同社が使用しなかった）実行コードの場合はライセンスが必要であるものの、少なくとも（同社が使用した）宣言コードとSSOを使用するのは自由であるという誠実な確信に基づいて始められたと合理的に結論づけたのかもしれない。」(Oracle, 2016 WL 3181206 at *7) とした2回目の第一審判決に対して、2回目の控訴審判決が、「……私たちは、陪審はただ単にGoogle社が不誠実であるという証拠を説得力のあるものとは判断しなかったと想定しなければならない。」(Oracle, 886 F.3d at 1203) としたうえで、第1の要素について、「……私たちは、陪審がGoogle社は不誠実に行動したとは説得されなかったと想定するけれども、その使用の極めて商業的な、そして、非変容的な性質が第1の要素はフェアユースの認定に不利に影響するという結論を強く支持すると判断する。」(Oracle, 886 F.3d at 1204) と判示していたところ、多数意見は、「不誠実に関しては、Campbell事件における私たちの判決は、不誠実がフェアユースの分析において何か役割をもつかどうかについて多少懐疑的な態度を表明した。……『著作権は態度のよい人たちのための特権ではない』(Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1126 (1990)) から、私たちはこの懐疑的な態度をもっともなものとする。誠実が一般的な問題として有用な質問であるかどうかを断定する根拠は本件にはない。私たちは、他の要素がフェアユースの方向を強く指し示していることと、熱心に争われた証拠に基づいて陪審がGoogle社に有利に判断したことからして、事実拘束されたその事柄を考慮することは、この状況では決定力のあるものではないということだけをただ単に指摘する。」(Google, 141 S.Ct. at 1204) と述べるにとどめた。

40) 前稿88頁 (Google, 141 S.Ct. at 1203)。

41) Google, 141 S.Ct. at 1204 (Brief for 83 Computer Scientists as *Amici Curiae*)。

42) これに関連して、NIMMERは、従来から第4の要素に属している、模倣による市場への影響について、多数意見が、第1の要素の検討の中で向き合ったことを指

模倣の『目的および性質』は、この要素もまたフェアユースに有利に影響する点まで一変容的であった⁴³⁾と判断した⁴⁴⁾。しかし、前掲注25)の*Campbell*判決では、最高裁判所は、「さらに進んだ目的や別の性質をもった、何か新しいものを加え、新たな表現や意味、意図でもってもとの物を変える⁴⁵⁾」ことが変容的であると判示していた。そして、反対意見は、「多数意見は、変容的利用を二次的利用と誤って混同する。変容的であるためには、作品は、もとの物とは根本的に異なった何かにならなければならない。ただ単に別の状況において同じ目的にかなう作品は、一そのことは本件において当てはまると多数意見は認めている一変容的でなく、二次的である。」⁴⁶⁾と強く批判する。また、多数意見が、次のように「一つには」と限定するものの、「Google社は、Sun Java APIの一部を正確に複製した。しかも、同社がそうしたの、一つには、Sun社がそれらの部分を作成したのと同じ理由、すなわち、特定のタスクを遂行する実行コードをプログラマーが呼び出すことを容易にすることであった。」⁴⁷⁾

摘する(4 NIMMER § 13.05[I][6][a][ii]のp.13-290.2(2)(q)-(r)およびそのn.1013)。これは、要素間の垣根が必ずしも高いわけではないことを物語っているのかもしれない。また、多数意見は、ここでも、後に述べる、「新たな作品の創造と利用可能性という公衆の利益」(4 NIMMER § 13.05[I][6][a][iii]のp.13-290.2(2)(r))を取り上げている。

43) 前稿88頁(Google, 141 S.Ct. at 1204)。

44) もっとも、GOLDSTEINは、「Google社が成し遂げた『進歩』が、表現上の創造的なもの一著作権の目的一ではなく、技術的なものであり、したがって、合衆国憲法の目的の特許法に向けた部分であったということは、問題になっているコンピュータコードの機能的な性質が変容的利用の分析をどれだけしっかりと封じ込めるかを専ら際立たせる。」(GOLDSTEIN § 12.2.2.1.c)と指摘し、「*Google LLC 対 Oracle America, Inc. 事件*……における連邦最高裁判所の……判決は、*Campbell*判決の変容的利用の定式化を107条の第1の要素の重要な因子として承認するとはいえ、実質的には第1の要素を第2の要素において考慮すべき、係争中の特定の対象一特定のタスクを実行するために採用された原告のソフトウェアの部分一の性質についての問題より下位に置いた。」(GOLDSTEIN § 12.2のn.7.7)「……最高裁判所による変容的利用の概念の第2の適用例において、同裁判所は、その概念を第2の要素一『利用された著作物の性質』一に吸収した(GOLDSTEIN § 12.2.2.1.c)と評する。

45) *Campbell*, 510 U.S. at 579。

46) 前稿93頁(Google, 141 S.Ct. at 1219)。

47) Google, 141 S.Ct. at 1203。

と言いつつ、それを変容的利用であるとしたことについて、NIMMER は、「裁判所は、過去の事件では、被告が素材をもとの作品とは異なる目的または機能に使用したと判断したうえで変容的利用を認めてきた。」⁴⁸⁾と述べて、これまでの裁判例との相違を指摘する⁴⁹⁾。そして、反対意見は、「……多数意見は、『変容性』の解釈を変容する。今や、私たちは、『変容性』とは、要するに、一少なくともコンピュータコードについては一他者が『新しい製品を創造する』のを促進するであろう使用を意味すると告げられる。」⁵⁰⁾と批判する⁵¹⁾。

4. 第3の要素（利用された部分の量と実質）

続いて、第3の要素に移った多数意見は、ここで、「『分母』問題に直面した。」⁵²⁾という。というのも、「もし宣言コードを別個に考えるなら、Google社が複製したものの量的な分量は多い。Google社は、合計して約11,500行になる、Sun Java APIの37のパッケージの宣言コードを複製した。それらのコードは、何百というさまざまなタスクを呼び出すために必要とされる宣言コー

48) 4 NIMMER § 13.05[I][4][b] の p.13-290.2(2)(h)。

49) 続けて、NIMMER は、「被告が素材を一『目的』はもとより一同じ『理由』で使用したと認定しながら、変容的利用の要件とどのようにして折り合いをつけることができるか。」と問いかけ、「その答えは、模倣行為の目的は一つ以上ありうるといふ多数意見の暗黙の認識の中に見いだされる。」と分析する。すなわち、多数意見に従えば、「熟練したJavaプログラマーから成る既存の基盤を活用して、スマートフォンのために最適化された新しいシステムを創出する」ことが、もう一つの目的であったという（4 NIMMER § 13.05[I][4][b] の p.13-290.2(2)(h)-(i)）。

50) Google, 141 S.Ct. at 1219（一部は、前稿93頁）。

51) そして、続けて、「そのような新たな解釈は、著作権を形骸化させる。」として、反対意見は、「許諾を得ずに書籍を映画化する映画スタジオは、新しい製品（その映画）を創造するだけでなく、他者が『製品』—映画批評記事、グッズ、YouTubeのハイライト映像、深夜のテレビ放送のインタビュー番組など『を創造する』ことも可能にする。ほとんどすべてのコンピュータプログラムは、ひとたび複製されれば、新しい製品を創造するために使用されうる。」と具体的に例を挙げる（Google, 141 S.Ct. at 1219）。これに関して、NIMMER は、「……多数意見が反対意見の性格づけに特に反駁しなかったことには、なお注目すべきである。」（4 NIMMER § 13.05[I][5][b] の p.13-290.2(2)(m)）と指摘している。

52) 4 NIMMER § 13.05[I][4][c] の p.13-290.2(2)(i)。

下のほとんどすべてになる。それに対して、もしSun Java APIのソフトウェア全体を考えるなら、複製された量的な分量は少ない。Sun Java APIのコンピュータコードは、実行コードを入れると、全体で286万行にのぼり、複製された11,500行は、そのうちの0.4パーセントにすぎなかった。」⁵³⁾ からである。この点について、多数意見が「分母」としてどちらを採ったのか、前稿88頁の記述からうかがえるように、私にはよく読み解くことができなかったが、NIMMERは、「Breyer判事は、後者の見解を採って、利用された部分の量と実質はフェアユースを支持すると判示するための道を開いた。」⁵⁴⁾ と述べている⁵⁵⁾。しかし、前で少し触れたように、ここで宣言コードと実行コードを併せて見るのかどうかは、第2の要素で検討された宣言コードの特殊性とも関わってくるはずである。すなわち、「この宣言コードだけを分母とみなすことは、宣言コードの法的な地位は実行コードのそれとは異なるという第2の要素の下での多数意見の判断には適合する。」⁵⁶⁾ のに対し、「このプラットフォームの全体を分母として採用することは、宣言コードと実行コードは異質であるという判断とは調和しないが、それでもなお、宣言コードが実行コードと『切り離せないほどに結びついて』いる (Google, 141 S.Ct. at 1201) という多数意見の前の判断とは一致する。」⁵⁷⁾ ということになる。

5. 第4の要素 (著作物の潜在的な市場や価値への影響)

そして、最後の第4の要素では、反対意見が、前稿92頁で紹介したように、「Oracle社の作品を模倣することによって、Google社は、Oracle社の市場に打

53) 前稿88頁 (Google, 141 S.Ct. at 1204-1205)。

54) 4 NIMMER § 13.05[I][4][c] の p.13-290.2(2)(j)。

55) 確かに、Google, 141 S.Ct. at 1205 には、「Google社の模倣のいくつかの特徴がそれとなく示すのは、その数を判断するためのより良い方法は、Google社が模倣しなかった数百万行を考慮に入れることである。」というくだりがある。

56) 4 NIMMER § 13.05[I][4][c] の p.13-290.2(2)(i)。

57) 4 NIMMER § 13.05[I][4][c] の p.13-290.2(2)(i)-(j)。

撃を与えて、現在、25億を超える、実際に使われている機器の内部のモバイルオペレーティングシステムを作成し、毎年、何百億ドルも稼いだ。もしも Oracle 社の潜在的な市場へのこれらの影響が Google 社に有利に働くのであれば、私たちのフェアユースの分析は、何かが一ひどく間違っている。」⁵⁸⁾ と厳しく批判するにもかかわらず、多数意見が、この要素についても、フェアユースに有利に影響すると判断した⁵⁹⁾ ことについて、NIMMER は、「……従来と多少異なった種類の、市場への影響、すなわち、Sun 社が逸した可能性がある何かしらの金額に対応する、公衆にとっての創造力関連の潜在的な利益を考慮する重要性を提言した。」⁶⁰⁾ と指摘する。それは、多数意見がいうように、「Google 社の Android プラットフォームは、Java ソフトウェアとは別個の（しかも、より先進の）市場の一部であった」⁶¹⁾ としても、反対意見がいうように、「Oracle 社

58) 前稿 92 頁 (Google, 141 S.Ct. at 1218)。

59) 多数意見は、第 4 の要素について、*Campbell*, 510 U.S. at 590 を引きながら、「私たちは、Google 社『が携わった、その種の行為が制限されず、広まれば、原著作物』およびその二次的著作物『の潜在的な市場への実質的に不利な影響』をもたらすであろうと結論を下す。……したがって、第 4 の要素は、Oracle 社に大いに有利に影響する。」(Oracle, 886 F.3d at 1210) とした 2 回目の控訴審判決の判断を覆すにあたって、「陪審は、Java SE の主な市場はラップトップとデスクトップであるという十分な証拠を聞いた。」(Google, 141 S.Ct. at 1206)、陪審「はまた、携帯電話市場に進出しようとする Sun 社の多くの努力が結果として不首尾に終わったことを聞いた。」(Google, 141 S.Ct. at 1206)、「陪審は、Google 社の Android プラットフォームを使った機器が、Sun 社の技術をライセンスされたそれとは本質的に異なることを繰り返し告げられた。」(Google, 141 S.Ct. at 1206-1207)、「……Google 社の経済の専門家は、陪審に Android は Java のソフトウェアの市場における代替品ではないと述べた。」(Google, 141 S.Ct. at 1207) などと被告がその主張を裏付けるために提供した証拠を挙げるが、「それらのどれも陪審が実際に選び出したというしるしは何もない」(4 NIMMER § 13.05[II]6[c] の p.13-290.2(2)(w)) ことを NIMMER は指摘する。

60) 4 NIMMER § 13.05[II]4[d] の p.13-290.2(2)(j)。

61) Google, 141 S.Ct. at 1207。そのうえ、多数意見は、「……問題になっている市場は 2 つあるので、1 つの市場（スマートフォン）で仕事をするために Java 言語を習得したプログラマーは、さらに、その技能をもう一方の市場（ラップトップ型コンピュータ）に持っていくことができる。」(前稿 89 頁 (Google, 141 S.Ct. at 1207)) と述べている。これは、「……Java を使ってプログラムコードを記述する用意ができたプログラマーのさらにより大きなネットワークをもたらす」(4 NIMMER § 13.05[II]4[d] の p.13-290.2(2)(k)) ことを意味し、このことを多数意見が指

がそのコードを Androidでの使用のためにライセンスすることができたということに疑いを差し挟む者はいない。」⁶²⁾ というのであれば、少なくとも、「Oracle社は、その宣言コードをライセンスすることによって、Google社の現在の市場に参入することができた……。しかし、そのコードを模倣して Androidを公開することによって、Google社は、その用途のためにそのコードをライセンスする、Oracle社の機会をなくした。」⁶³⁾ とはいえるのであるから⁶⁴⁾、「Google社の並外れた成功は、急成長するスマートフォン市場における潜在的なマーケットシェアのかなりの部分を Sun社に失わせたように見えそうであり、「Sun社にとっては、市場への損害に向かってまっすぐに進む事案であった。」⁶⁵⁾ にもかわからず、多数意見は、「プログラマーの Sun Java APIの習得への投資を考えると、本件において Oracle社の著作権の強制を認めることは、公衆への損害の危険を冒すであろう。」⁶⁶⁾ として、公衆の利益を持ち出した⁶⁷⁾ から

摘したことについて、NIMMERは、「……最高裁判所（筆者注：多数意見を指す。）は、損害を埋め合わせる、模倣による潜在的な利益に目を向けた。」（§ 13.05[I][4][d]の p.13-290.2(2)(k)）と評する。しかし、これについて、反対意見は、多数意見「はまた、Oracle社が Androidから多少の付随的な利益を受けたかもしれないと示唆する。」「しかし、それが本当であると仮定しても、それは、フェアユースではなく、損害賠償の問題になるであろう。しかも、何か利益がもう少しで Oracle社の巨大な損失を埋め合わせるどころであったとすら示す証拠はない。」（Google, 141 S.Ct. at 1217の n.7）と多数意見を批判する。その批判を、NIMMERは、「……再審理の基準は、個々の証拠を有利な判決を得た当事者に最も有利な見方で見ることを求めるが、だからといって、いかなる証拠もそれが実際に証明しうる以上のものをもってると認めることを許容しない。」（4 NIMMER § 13.05[I][5][c]の p.13-290.2(2)(o)）と代弁する。

62) Google, 141 S.Ct. at 1217.

63) 前稿 92 頁（Google, 141 S.Ct. at 1217）。

64) しかし、これに対しても、多数意見は、4 NIMMER § 13.05[A][4]（2019）を引きながら、「『原告が潜在的な市場の損失を被るのは、その潜在性が係争中のまさにその使用をライセンスするための仮定の市場として設定されるのであれば、すべてのフェアユースの事案において当然のことである』から、実現されていないライセンスの可能性を考慮することによって『提起される堂々巡りの危険』」（Google, 141 S.Ct. at 1207）を指摘している。

65) 4 NIMMER § 13.05[I][4][d]の p.13-290.2(2)(j)。

66) 前稿 90 頁（Google, 141 S.Ct. at 1208）。

67) 多数意見は、この公衆の利益を原告への損害に対する釣り合いおもりとして持ち

である。つまり、「プログラマーに対して同様の魅力をもった、代替りの API を作成する費用と難しさを考えると、本件において強制を認めることは、Sun Java API の宣言コードを、新たなプログラムを、今後、創造する力を制限する錠にするであろう。」⁶⁸⁾ というのである⁶⁹⁾。ここでも、第 1 の要素に続いて、「新たな作品の創造と利用可能性という公衆の利益」⁷⁰⁾ が取り上げられている。多数意見は、「私たちは、これらの問いがフェアユースの適用に、コンピュータプログラムの世界においてでさえ、常に当てはまるとは言わない。私たちはまた、これらの問いが裁判所が問うことがある唯一の質問であるとも言わない。しかし、私たちは、本件ではそれらが Google 社の再実装による市場への影響の可能性を見極めることを助けるのに意味があるものと理解する。」⁷¹⁾ とは断りながらも、「……私たちは、模倣が生み出す可能性があるであろう公衆の便益を考慮に入れなければならない。例えば、それらの便益は、これまでにない表現を創造的に創作するという著作権の関心事と関係があるか。それらは、失

出したと NIMMER は指摘する (4 NIMMER § 13.05[I][6][b] の p.13-290.2(2)(s) の n.1023)。
 68) 前稿 90 頁 (Google, 141 S.Ct. at 1208)。これに対して、反対意見は、このような「……多数意見の懸念……を『ロックインを引き起こす力』の一つであるとみなした。」(4 NIMMER § 13.05[I][5][c] の p.13-290.2(2)(o) うえで、「Android の最新のバージョンは、その複製されたコードをもはや利用していない」(4 NIMMER § 13.05[I][5][c] の p.13-290.2(2)(o) ことを前提に、「活動中の Android 機器のうちの約 7.7% だけが今でも係争中のバージョンを動かしているにすぎない。ロックイン効果についての多数意見の懸念は、仮にこの訴訟が広く使用されているか、広く使用されるであろう Android のバージョンに関わるのであれば、より重要であるかもしれない。その懸念は、時代遅れに近いバージョンについての訴訟では、ほとんど意味を成さない。」(Google, 141 S.Ct. at 1217) と指摘し、さらに、「Oracle 社には、決してロックインを引き起こす力はなかった。多数意見は、Apple 社や Microsoft 社が Oracle 社の宣言コードを使わずにモバイルオペレーティングシステムを作成したことを(またしても)見落としている。」(前稿 92 頁 (Google, 141 S.Ct. at 1217)) などと批判した。

69) そして、そのようにいえる前提として、「……Sun 社の API の価値の多くは、Sun 社によるコーディングや投資の力ではなく、むしろ第三者—幅広いネットワークをもつ、それを採り入れたプログラマー—の投資に起因した。」と多数意見はみているのである (4 NIMMER § 13.05[I][4][d] の p.13-290.2(2)(k))。

70) 前掲注 42) (4 NIMMER § 13.05[I][6][a][iii] の p.13-290.2(2)(r))。

71) Google, 141 S.Ct. at 1206。

う可能性がある金額と比べて（損失の原因の性質もまた考慮に入れて）、かなり重要であるか、それとも、重要ではないか。」⁷²⁾と問いかける。このような判示からすれば、「……新たな作品の創造から結果として生じる公衆の利益が著作権者の失った市場に勝るときはいつでも、模倣は許されるべきである」ということにもなりそうであるが⁷³⁾、多数意見が、フェアユースの役割について、「それは、著作物を創作する動機づけを与えることについて、さらに一層の保護がどの程度まで他の市場において、あるいは、他の製品の開発に対して無関係または不合理な不都合をもたらすかを調べながら、その理由が正当であるかに焦点を当てることが可能である。簡単に言えば、それは、著作権による独占状態を法にかなった範囲内にとどめるのに資することができる、事情に即した歯止めを提供するという、その基本的な目的を果たしうる。」⁷⁴⁾とも述べていることから、NIMMERは、「……文脈に照らせば、多数意見は、主に、著作権と反競争的行為の間の境界を監視することに関心があったように見える。」⁷⁵⁾とする。このように、本件のような機能的な著作物については、フェアユースの検討の場面においても、競争法的な視点が必要になってくることを示している。そして、その視点に関して、NIMMERは、「最高裁判所（筆者注：多数意見を指す。）がした、Oracle社が独占しようとするものの特定は、より新しく興味深い。」⁷⁶⁾と切り出したうえで、「従来の相互運用性やリバースエンジニアリングの事件は、デジタル作品中の保護されていない技術的な側面を他者が解読するのを止めるために著作権が主張される場合を扱う。それとは対照的に、本件で多数意見が懸念したのは、プログラマーの既存の技能にとって『相互運用可能な』プラットフォームを他者が設計するのを著作権が止めてしまうことである。」⁷⁷⁾と述べる。そして、その懸念も、前者と同様、根底には、「著作権者は

72) Google, 141 S.Ct. at 1206.

73) 4 NIMMER § 13.05[I][6][a][iii] の p.13-290.2(2)(r).

74) Google, 141 S.Ct. at 1198.

75) 4 NIMMER § 13.05[I][6][a][iii] の p.13-290.2(2)(r).

76) 4 NIMMER § 13.05[I][6][a][iii] の p.13-290.2(2)(s).

77) 4 NIMMER § 13.05[I][6][a][iii] の p.13-290.2(2)(s).

その著作権の正当な範囲を越えて支配を及ぼそうと企て、それによって反競争的行為を行なっている」という理由からどうやら生じているらしいと指摘する⁷⁸⁾。

78) 4 NIMMER § 13.05[1][6][a][iii] の p.13-290.2(2)(s)。しかし、「その論理的根拠が他の状況にどこまで適用されるかはまだわからない。」とも付け加える（4 NIMMER § 13.05[1][6][a][iii] の p.13-290.2(2)(s)）。

