

最近のアメリカの著作権侵害訴訟にみる De Minimis の法理

才 原 慶 道

1. はじめに

ラテン語で、*de minimis non curat lex*という法格言がある¹⁾。法は些事に関せず、といった意味になる。日本法ではあまりなじみがないかもしれないが、アメリカ法では、この*de minimis*の法理²⁾が、訴訟の場で主張されることがある。本稿では、アメリカの著作権侵害訴訟において、*de minimis*が主張された最近の事例から2件を取り上げ、*de minimis*の法理がどのように機能しているのかを見てみたいと思う。

2. ECIMOS 事件

まずは、2020年8月21日に、第6巡回区連邦控訴裁判所³⁾から判決が下された、ECIMOS, LLC v. Carrier Corp., 971 F.3d 616 (6th Cir. 2020)を見てみよう（ここでは、便宜上、第一審、控訴審を通じて、「原告」、「被告」という

1) この法格言は、ときに“the law does not concern itself with trifles”と英訳される、という(Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc., 126 F.3d 70, 74 (2d Cir. 1997))。

2) 著作権侵害の場面における*de minimis*の法理を扱った日本語文献としては、安藤和宏「アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟に関する一考察(1)」知的財産法政策学研究22号(2009年)201頁、「同(2・完)」同23号(2009年)231頁、橋谷俊「著作物等の写り込みと些少な侵害に関する一考察(2)」知的財産法政策学研究55号(2020年)249頁がある。

3) ケンタッキー州、ミシガン州、オハイオ州、テネシー州を管轄区域とする。

表記で統一することにする。)

<事案の概要>

被告Carrier社は、住宅用の暖房・換気・空気調節システム、すなわち、HVACシステムの製造業者であり、原告ECIMOS社は、そのHVACユニットを検査する、IPCSと呼ばれる自動品質管理検査システムを有している。原告は、IPCSを、1992年に初めて、被告の工場に設置し、その後、アップグレードのほか、定期的なメンテナンスを行ってきた。IPCSは、原告の組み立てラインの末端にあるランテストステーションで、完成品のHVACユニットを検査していた。ところが、被告は、2011年に、新たな品質管理ソフトウェアの開発について、第三者であるAmtec社と検討を始め、2015年10月には、同社が開発したシステム（RESと呼ばれるソフトウェアアプリケーションと、MESと呼ばれるストレージデータベースから成るが、この判決では、これらをまとめて「RES」と便宜的に呼んでいる。）が、被告の工場で稼働を始めた。

原告は、被告が、RESの開発を援助するために、IPCSのソフトウェアのソースコードなどを不正に利用したなどとして、同月、テネシー州の州裁判所に、ライセンス契約違反のほか、IPCSの検査結果を保存するデータベースについての著作権侵害などを主張して提訴したところ、被告の申立てにより、事件はテネシー州西部地区連邦地方裁判所に移送された。

陪審は、IPCSのソフトウェアスクリプトのソースコードについては著作権侵害を認めなかったものの、データベーススクリプトのソースコードについて著作権侵害を認め、著作権侵害に起因する現実の損害賠償として100万ドルと、同侵害によって被告が得た利益の吐き出しとして500万ドルを認めるとともに、くわえて、ライセンス契約違反については、IPCSに関する原告資料の秘密を保持しなかった点と、当時、Windows XP上で使用していた、IPCSのソフトウェアをWindows 7上にインストールして使用していたことに対して、ライセンス料を支払わなかった点に関して、150万ドルの損害賠償を認めた。そして、同地方裁判所は、著作権侵害に起因する現実の損害賠償については、

100万ドルから28万2800ドルに減額した。この第一審判決に対して、両者が控訴した。(なお、原告は、このほか、RESの使用や、原告の営業秘密の使用や開示の差止めも求めたが、本稿では、それらの点は割愛する。)

<著作権侵害の成否>

控訴審では、両者ともに、賠償額の増額又は減額を主張したが、本稿では、第一審で認められた、データベーススクリプトのソースコードについての著作権侵害の成否の部分に絞って紹介する。第6巡回区控訴裁判所(以下、この<著作権侵害の成否>の項では、単に「裁判所」という。)は、まず、*Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 361, 111 S.Ct. 1282 (1991)⁴⁾を引き、著作権侵害の請求には、「(1)有効な著作権の保有と(2)作品の創作的な構成要素の模倣」が必要であると述べた。原告が、IPCSのデータベーススクリプトのソースコードについて有効な著作権を有していることに争いはない。しかし、被告は、その侵害を争い、保護されるべき要素の模倣はなく、たとえその模倣があったとしても、それはde minimisであると主張した。これに対して、裁判所は、被告が、実際に、原告のデータベーススクリプトのソースコードの一定の部分を模倣し、それをRESのデータベースのためのコードの開発に利用したことは、正式事実審理での証言によって立証されている、と指摘した(被告の当時の従業員が、IPCSのデータスクリプトのソースコードを使用して作成した、同様のデータ記憶用の結果表を、この判決では、その従業員の名をとって「Hoal Table」と呼んでいる。そして、控訴審では、被告は、Hoal TableがRESのコードの中に組み込まれていることを争っていない。)

そして、裁判所は、de minimisの主張に対して、まず、一般論として、「当裁

4) ちなみに、この判決は、「創作的とは、その言葉が著作権の中で使われるとき、作品が(他の作品から模倣されたのではなく)作者によって独立して創造されたこと、そして、それが少なくとも何らかの最低限の程度の創造性を備えていることしか意味しない。」(*Feist Publications*, 499 U.S. at 345)と述べ、著作物性における創作性の基準を示した画期的な判決でもある。

判所は、著作権侵害の請求に対する *de minimis* の抗弁を認める。」と述べたうえで、*Ringgold*, 126 F.3d at 74⁵⁾ を引いた、*Gordon v. Nextel Communications and Mullen Advertising, Inc.*, 345 F.3d 922, 924 (6th Cir. 2003) を挙げ、「*de minimis* の抗弁は、被告による著作権の技術的な侵害を、その模倣が、『訴えうる模倣に常に必要とされる要件である、実質的類似性の量的な最低水準を下回るほど些細』であれば、その責任から免れさせる。」と位置づけた。続けて、裁判所は、同じく *Gordon*, 345 F.3d at 924 を引きながら、「被疑侵害作品が実質的に類似しているかどうかを判断するには、私たちは、『被疑侵害作品における著作物の観察可能性と同様に、模倣された著作物の量に注目する。』」と述べた。被告は、*Hoal Table* は、わずか167行のコードであるのに対して、IPCSのデータベーススクリプトのソースコードは2008行、IPCSのソフトウェア全体は約2700万行のコードであり、*Hoal Table* の開発・使用から生じる著作権の技術的な侵害は、*de minimis* であると主張した。しかし、裁判所は、「*Hoal Table* が167行のコードしかないという事実は、重要ではない。重要なのは、模倣されたコードの量ではなく、プログラムにとってのそのコードの重要性であり、さらに重要なことには、その模倣から得られうる結果である。」として、*de minimis* の抗弁を退けた。しかも、「*Hoal Table* は、単にデータベーススクリプトのソースコード全体が模倣されたことを示すにすぎず、それが、行われた唯一の模倣行為であるとみなされるべきではない。」と続けたうえで、「実際、陪審は、これらの証拠を用いて、被告は許諾を得ずにIPCSのデータベーススクリプトのソースコードを利用してRESの中に同様の処理手続を作成したのであ

5) この判決は、*de minimis* について、「著作権法の文脈において、*de minimis* という概念は、関連するが、分けて考えられるべき、3つの事項において意味を有する。」と指摘する。すなわち、1つは、「法が法的結果を課さないであろうほど些細な、権利の技術的な侵害」を、2つは、この *ECIMOS* にも引かれることになる、「模倣が、訴えうる模倣には常に不可欠な要素である、実質的類似性の量的な最低水準を下回るほどの些細な限度で行われたこと」を意味することもあり、3つは、「*de minimis* は、フェアユースの抗弁に関連があるとみなされるかもしれない。」という。もっとも、その3つめについては、「その概念は、フェアユースの分析に入れられるには不適当なものである。」とも付け加える。(*Ringgold*, 126 F.3d at 74-76)

り、それが著作権侵害を構成する、と結論を下したのかもしれない。」と述べ、「したがって、私たちは、被告が原告の著作権を侵害したと判断した陪審の評決を覆さなかった地方裁判所の判断を支持する。」と結論づけた。

ちなみに、裁判所は、著作権侵害に起因する現実の損害賠償については、さらに16万4800ドルに減額し、ライセンス契約違反についても、IPCSに関する原告資料の秘密を保持しなかった点については、損害の立証が不十分であると、被告が、ライセンス契約に違反して、IPCSのソフトウェアをWindows 7上にインストールして使用した点についてのみ損害賠償を認め、40万1250ドルに減額した。

ここまで紹介してきたように、この判決は、一般論としては、de minimisの抗弁を認めるものの、この事案でのその適用は否定している。しかも、模倣されたのが、167行のコードしかない「Hoal Table」に対応する部分だけではなく、2008行のソースコードから成る、IPSのデータベーススクリプトの全体であった疑いがあり、そうなると、単に量的にみても、そもそも些細とは言えない事案であったかもしれない。その意味では、先例的な価値はあまり高くないのかもしれない。しかし、Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd., 847 F.2d 255, 267-268 (5th Cir. 1988)における、原告フロッピーディスクに収められた、原告の顧客であるソフトウェア会社のプログラムの無断複製を防止するための、約50ページ相当のソースコードから成る原告プログラムから模倣された、約30文字の一連のソースコードを含み、約80ページ相当のソースコードから成る、原告フロッピーディスクに収められたプログラムの、十分に機能しうる複製物の作成を容易にする被告プログラムについて、実質的類似性を認めなかった⁶⁾という事案に照らせば、この判決の「重要なのは、模倣されたコー

6) この判決文の中には、de minimisという言葉自体は使われていないが、Ringgold 126 F.3d at 75, それから、PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT §7.0.4 (3d ed. Supp. 2022-1) のn.23とそれに対応する本文では、この判決をde minimisを認めた事例として紹介している。

ドの量ではなく、プログラムにとってのそのコードの重要性であり、さらに重要なことには、その模倣から得られうる結果である。」というくだりにその意義を見出せるかもしれない⁷⁾。

3. Solid Oak Sketches 事件

次に、2020年3月26日に、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所（以下、この3.では、単に「裁判所」という。）から判決が下された、Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc., 449 F.Supp.3d 333 (S.D.N.Y. 2020) を見てみよう。この判決は、地方裁判所の判決ではあるが、また、フェアユースとともにではあるものの、de minimisの法理の適用が認められた事案である。

<前提になる事情>

この事件で問題になった著作物は、NBAのプロバスケットボール選手の腕に描かれたタトゥーであった。原告のSolid Oak社は、そのタトゥーの排他的なライセンシーであった。被告は、ビデオゲームの開発・販売会社であるTake-Two社とその完全子会社2K Games社の2社であり、両社は、毎年、最新のNBAのバスケットボールのシミュレーションゲームを発売していた。

このゲームは、本物のNBAの試合の様子や雰囲気を正確に再現するように作られており、バスケットボール、ゴール、コート、選手のほか、コーチ、レフェリー、チアリーダー、観客、ゲームクロックなども見られ、選手たちは、可能な限り、実物そっくりに描かれていた。また、コートとこすれるシューズの音、観客の歓声、ホイッスル、ショットクロックの経過やタイムアウトの終了を告げるブザーの音、テレビのアナウンサーの実況放送の声なども聞かれた。

7) de minimisの法理について、「裁判所は、質的な考慮への留意なしに、この法理を適用することはない。」という2 PETER S. MENELL, MARK A. LEMLEY, ROBERT P. MERGES, & SHYAMKRISHNA BALGANESH, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE New TECHNOLOGICAL AGE: 2021, at 669 (2021)の指摘は、この判示と軌を一にするものかもしれない。

本件において原告が著作権侵害を主張したのは、被告らが2013, 14, 15年にそれぞれ発売した2K14, 2K15, 2K16というバージョン（この判決では、この3つを合わせて「NBA 2K」と呼んでいる。）の中の、3名の選手の腕に描かれた、計5つのタトゥーであった。NBA 2Kにおいてユーザーが選択可能な選手は400名以上おり、これらのタトゥーに充てられたのは、総ゲームデータのわずか0.000286～0.000431%にすぎなかった。また、ユーザーがその3名の選手を選んだとしても、画面に映る、これらのタトゥーの大きさは、実際の4.4～10.96%ほどであり、被告らが提出したビデオクリップでは、すっかりぼやけていた。しかも、3名の選手の動きは速く、コートを行ったり来たりし、それらのタトゥーもしばしば他の選手らの陰になるなど、ゲームプレイ中、これらのタトゥーがユーザーにはっきりと見えることはなかった。ちなみに、これらのタトゥーのモチーフは、それぞれ、赤ん坊の写真、330という数字と炎、文字に渦巻き模様と雲と鳩、魔法使い、バスケットボールに星と文字、というものであったが、これらのタトゥーが、このゲームの販売にあたり、広告などに描かれることはなかった。

被告Take-Two社は、その3名の選手の肖像の使用について、NBAからライセンスを得ており、3名の選手は、自己の肖像の使用について、NBAに第三者へライセンスする権利を与えていた。くわえて、3名の選手は、直接、被告らにも許諾を与えていた。ちなみに、これらのタトゥーをビデオゲームで利用するためにライセンスを求めてくるような需要はなく、また、原告が、これらのタトゥーのデザインをライセンスしたことも、それらを描いた商品を売ったこともこれまでなかった。

被告らは、本件タトゥーの使用はde minimisおよびフェアユースに当たることの確認を求めて反訴を提起するとともに、サマリー・ジャッジメント⁸⁾を求めた。

8) サマリー・ジャッジメントとは、「重要な事実について真の争点がなく、法律問題として勝訴する資格が申立人にある、請求または防御方法について与えられる判決」をいう。「この手続によって、正式事実審理を必要とせず、紛争の迅速な決着を可能にする。」(BLACK'S LAW DICTIONARY 1736 (Bryan A. Garner et al. eds., 11th ed. 2019))

< De Minimisの法理の位置づけ >

裁判所は、まず、第2巡回区控訴裁判所⁹⁾の先例¹⁰⁾を引き、「著作権侵害を請求するには、有効な著作権を有する原告が、(1) 被告が実際に原告の作品を模倣したこと、そして、(2) 被告の作品と、原告の作品の保護されるべき部分との間に実質的類似性が存在するために、その模倣が違法であることを証明しなければならない。」と前置きしたうえで、実質的類似性について、「後者(実質的類似性)は、模倣が量的におよび質的に、侵害(訴えうる模倣)が行われたという法的な結論を支持するのに十分であることを要求する。質的な部分は、アイデアではなく、表現の模倣にかかわり」、「量的な部分は、一般に、模倣された著作物の量にかかわ」という *Ringgold*, 126 F.3d at 75の判示を引用した、*Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 138 (2d Cir. 1998) を示し、「実質的に類似しているというためには、模倣された量が de minimis 以上のものでなければならない。」と述べ、さらに、de minimis について、同じく、脚注5でも紹介した、「de minimis という語は、模倣が、訴えうる模倣には常に不可欠な要素である、実質的類似性の量的な最低水準を下回るほどの些細な限度で行われたことを意味することがある。」という

9) コネチカット州、ニューヨーク州、バーモント州を管轄区域とする。

10) *Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Development Corp.*, 602 F.3d 57, 63 (2d Cir. 2010)。この判示は、*Fisher-Price, Inc. v. Well-Made Toy Manufacturing Corp.*, 25 F.3d 119, 122-23 (2d Cir. 1994) が定式化したものである。すなわち、*Laureyssens v. Idea Group, Inc.*, 964 F.2d 131, 139-140 (2d Cir. 1992) が、*Folio Impressions, Inc. v. Byer California*, 937 F.2d 759, 765 (2d Cir. 1991) を踏まえて、「原告は、まず、『アクセスと、両者の作品の間の実質的な類似性』を証明することによって、原告の作品が実際に模倣されたことを示さなければならない」、「原告は、次に、実質的な類似性が、保護されるべき素材にかかわることを証明することによって、その模倣が、*Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 468 (2d Cir. 1946) がいう『不適切な』あるいは『不法な』利用になることを示さなければならない。」と判示したものを、*Fisher-Price* が定式化し、その後、第2巡回区において、*Knitwaves, Inc. v. Lollytogs Ltd. (Inc.)*, 71 F.3d 996, 1002 (2d Cir. 1995), *Hamil America Inc. v. GFI*, 193 F.3d 92, 99 (2d Cir. 1999), *Peter F. Gaito Architecture* と引き継がれてきたものである。なお、*Laureyssens* における、ここでの「実質的な類似性」という言葉の使い方は、本文の(2)でいう実質的類似性とは異なるものである。今では、それと区別して「証拠となる類似性」と呼ばれている。

Ringgold 126 F.3d at 74の説示を受けて述べた, *Sandoval v. New Line Cinema Corp.*, 147 F.3d 215, 217 (2d Cir. 1998) の判示を引用し, 「著作権の侵害が de minimis であり, その結果, 訴ええないというためには, 被疑侵害者が, 保護された素材の模倣が, 『訴えうる模倣には常に不可欠な要素である, 実質的類似性の量的な最低水準を下回るほど』些細であることを証明しなければならない。」と述べた。続けて, その量的な要素について, *Ringgold* 126 F.3d at 75に倣い, 「de minimisの検討における量的な要素は, (i) 『模倣された著作物の量』, (ii) 『模倣された著作物の観察可能性, すなわち, 模倣された著作物が被疑侵害作品の中において観察しうる時間の長さ』, そして, (iii) 『焦点や照明, カメラの角度, 目立っているかどうか』といった要素にかかわる。」と述べ, 特に, 「『被疑侵害作品の中における著作物の観察可能性』は, 実質的類似性の『量的な最低水準』を超えているかどうかの判断にとって重要である。」とした。

そして, 実質的類似性の判断にあたっては, *Ideal Toy Corp. v. Fab-Lu Ltd. (Inc.)*, 360 F.2d 1021, 1022 (2d Cir. 1966) や *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 307 (2d Cir. 1992) が採用するオーディナリー・オブザーバー・テスト¹¹⁾によらなければならないと述べ, 被告らが求めるサマリー・ジャッジメントについては, 「『合理的な事実認定者であれば, 両作品を実質的に類似していると判断することはありえないであろう』場合には, de minimisの使用という主張について, サマリー・ジャッジメントが与えられうる。」とした。

< De Minimis の法理についての判断 >

それを踏まえ, 裁判所は, 「合理的な事実認定者であれば, 本件タトゥーが

11) この判決を含め, これらの判決は, オーディナリー・オブザーバー・テストを, 「平均的な, 専門家でない観察者であれば, 被疑模倣作品を, 著作権で保護された作品から不当に利用されたものであると認識するであろうかどうか」を問うものであるとするが, 同テストをこのように定式化することについては, 「この定式化は, 模倣の問題を実質的類似性の問題と混同しているように思われる。」という批判がある (TYLER T. OCHOA, SHUBHA GHOSH & MARY LaFRANCE, UNDERSTANDING INTELLECTUAL PROPERTY LAW 381 (4th ed. 2020))。

NBA 2Kの中に現れるとき、それらを、原告にライセンスされたタトゥーのデザインと実質的に類似していると判断することはありえないであろうから、被告らは、法律問題として、原告の著作権侵害の請求を退ける、サマリー・ジャッジメントを求める権利がある。」と判断した。

その理由として、裁判所は、「本件タトゥーは、それらが入れられた選手とともに現れるだけであり、それは、400名を超える選択可能な選手のうちのほんの3名である。」、「平均的なゲームプレイは、本件タトゥーを入れた選手を含みそうはなく、そうした選手が含まれたときでも、本件タトゥーの表示は、小さく、不明瞭であり、選手らの集団の中で急速に動く姿の、急速に動く視覚的な特徴として現れる。」、すなわち、「本件タトゥーは、ぼやけて現れ、本件選手らの腕にある、はっきりしない黒っぽい陰としてしか観察できない。そのうえ、バスケットボールコートを行ったり来たりする、本件選手らの素早く不規則な動きが、そのはっきりしない黒っぽい陰でさえ識別するのを難しくしている。」と指摘した。そして、「本件タトゥーは、そのゲームの販促資料のいずれにも呼び物にされていない。」とも付け加えた。

そして、結論として、「被告らのNBA 2Kにおける本件タトゥーの使用は、実質的類似性の量的な最低水準を下回っている。合理的な事実認定者であれば、原告が、被告らによる著作権で保護された素材の使用が原告の著作物に実質的に類似していること、を証明する責任を果たした、と結論を下すことはありえないであろう。したがって、被告らは、法律問題として、著作権侵害の請求のみを主張する、原告の…請求を退ける判決、および、被告らによる本件タトゥーの使用がde minimisであることの確認を求める権利がある。」と述べた。

くわえて、黙示の許諾の主張についても、裁判所は、「本件選手らは、自らの体に入れられたタトゥーのイメージを見せたり描いたりしないように要求されても、また、そうしないことを承諾してもおらず、本件タトゥーを自己の容姿の要素として使用する、黙示のライセンスを有していた。」と判断し、本件選手らから、NBAを介して、また、直接に、ライセンスを与えられていた被告らには、この点からも、サマリー・ジャッジメントを求める権利があるとした。

<フェアユースについての判断>

続いて、裁判所は、被告らが求めていた、本件タトゥーの使用がフェアユースに当たることの確認についても、フェアユースを定めるアメリカ著作権法107条¹²⁾が挙げる、4つの要素である、利用の目的および性質、利用された著作物の性質、利用された量と実質、市場への影響について、順に検討した。それぞれ簡潔に述べると、第1の要素である、利用の目的および性質については、1つには、本件タトゥーは、ボディアートを通じた、自己表現の手段であるのに対して、被告らの使用は、プロバスケットボール選手を忠実に描写するためのものであり、目的が異なること、それから、以下に挙げる4点は、前の<De Minimisの法理についての判断>の項の中で挙げられたものとはほぼ重なるが、2つには、NBA 2Kに現れる本件タトゥーの大きさは、実物の4.4～10.96%にすぎず、その結果、それらを注意深く見ることがより困難になっていること、3つには、本件タトゥーが、NBA 2Kの中で現れることはまれであり、現れても不明瞭にしか見えず、しかも、他の多数の視覚的・聴覚的要素とともに目にされるにすぎないから、その表現上の価値の利用は最小限にとどまっていること、4つには、本件タトゥーは、400名を超える選択可能な選手のうち、3名の選手を選んだときにしか現れないなど、NBA 2Kの中では些細な部分にすぎないこと、5つには、NBA 2Kには商業目的があるものの、ゲームプレイ中、本件タトゥーの見分けはつかず、また、その販促資料でも呼び物になっておらず、本件タトゥーは、NBA 2Kの商業的な価値にとっては副次的にすぎないことを根拠に、被告らによる本件タトゥーの使用は変容的であるとした。

第2の要素である、利用された著作物の性質については、本件タトゥーは、NBA 2Kの発売前から公表されていること、また、別の事実的な作品に基づくか、あるいは、タトゥーにしばしば見られる、よくある事物やモチーフの写実的な表現から成っており、そのデザインは、表現的というよりも事実的であ

12) アメリカ著作権法の条文は、例えば、Office of the Law Revision Counselのウェブサイト (<https://uscode.house.gov/browse.xhtml>) で見る事ができる。United States Code の Title 17 が著作権法である。

るといえることから、フェアユースを肯定する方向に働くとした。そして、第3の要素である、利用された量と実質については、本件タトゥーは、それぞれ、その全体が利用されているものの、それは、本物のようなゲーム体験を生み出すという変容的な目的を実現するためであるから、その点は、フェアユースを否定する方向へは働かないとした。続いて、第4の要素である、市場への影響についても、被告らによる本件タトゥーの使用は、変容的であり、それゆえ、他の媒体における、そのデザインの利用の代替にはなりえないこと、ビデオゲームやその他の媒体での使用のための、タトゥーのライセンス市場が今後も発展しそうにはないことから、フェアユースを否定する方向へは働かないとし、被告らには、本件タトゥーの使用がフェアユースに当たることの確認を求める権利があると判断した。

このように、この判決は、de minimisの主張を認めるとともに、フェアユース該当性も肯定した。この判決をみてもわかるように、de minimisとフェアユースとは、そこで検討される事情にかなりの重なりがある。この事件で言えば、ゲーム内で現れる本件タトゥーの大きさや、それらが実際にゲーム中に現れる頻度、現れたときの見え方、本件タトゥーの、このゲーム全体に占める割合、また、このゲームの販売にあたっての本件タトゥーの利用の有無、というような事情は、de minimisの検討でもフェアユースの検討でも挙げられている。そこで、de minimisの法理は、それ自体、独自の意義を有さず、フェアユースの中に解消しうるものでないか、と考える向きもあるかもしれない。

しかし、フェアユースは、著作権侵害について prima facie case となった場合¹³⁾に、それに続いて検討される、抗弁として機能するのに対して、de minimisの法理は、*Solid Oak Sketches*が「実質的に類似しているというためには、模倣された量がde minimis以上のものでなければならない。」と述べる

13) 「2. ECIMOS 事件」の節で挙げた、*Feist Publications* の判示に従えば、「(1) 有効な著作権の保有と (2) 作品の創作的な構成要素の模倣」が認められた場合、ということになる。

ように、請求原因である実質的類似性の中で検討されており、その評価障害事実と位置づけることが可能であろう。また、フェアユースでは、その検討にあたって、多様な要素を取り込んだ、総合的な判断が求められているのに対して、de minimisの法理には、それが、量的要素という、相対的に客観的な指標に基づくという点で、より安定的な判断を期待するという利点があるように思われる¹⁴⁾。もっとも、フェアユース規定を有するアメリカ法においては、実際に、de minimisの法理を適用しうる場面は、そう多くはないかもしれないが、被疑侵害者にとっては、フェアユースとは別途、独立した防御方法として、その存在意義はあるように思われる。次稿では、あらためて、これまでの著作権侵害訴訟においてde minimisの法理の適用が争われた事案を遡って渉獵してみたいと思う。

14) ROBERT A. GORMAN, JANE C. GINSBURG & R. ANTHONY REESE, COPYRIGHT: CASES AND MATERIALS 651 (9th ed. 2017) は、de minimis とフェアユースとを比べて、「フェアユースの抗弁は、多くの要素の慎重な検討を含み、しばしば裁判所に面倒な作業を突きつける。もし被疑侵害作品による著作物の利用が、訴えうる模倣に必要とされる最低水準を下回るほど量的にわずかであれば、抗弁を認めるために手の込んだフェアユースの分析を引き受けるよりもむしろ、それに基づいて請求を退け、侵害でないと判断するのは、より合理的である。」と指摘する。