

視覚的作品における他の著作物の利用 と De Minimis の法理

才 原 慶 道

前稿¹⁾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件を取り上げて紹介した。1件は、コンピュータプログラムのソースコードの模倣について争われた*ECIMOS*事件²⁾であり、もう1件は、プロバスケットボール選手の腕に描かれたタトゥーの、シミュレーションゲームにおける使用について争われた*Solid Oak*事件³⁾である。de minimisの主張について言えば、*ECIMOS*判決では否定され、*Solid Oak*判決では肯定された。まず、本稿では、*Solid Oak*判決の事案のように、著作物が視覚的または視聴覚的な作品に利用された場合について、de minimisの主張がどのように扱われてきたか、これまでの裁判例を概観してみたいと思う（なお、本稿では、便宜上、第一審、控訴審を通じて、「原告」、「被告」という表記で統一することにする。）。

1. *Ringgold* 事件

de minimisの法理を取り上げるときに、必ずと言ってもよいほど言及され

1) 拙稿「最近のアメリカの著作権侵害訴訟にみる De Minimis の法理」商學討究 73 巻 1 号 (2022 年) 1 頁 (<http://hdl.handle.net/10252/00006140>)。

2) *ECIMOS, LLC v. Carrier Corp.*, 971 F.3d 616 (6th Cir. 2020) (本稿では「*ECIMOS* 判決」という。)

3) *Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc.*, 449 F.Supp.3d 333 (S.D.N.Y. 2020) (本稿では「*Solid Oak* 判決」という。)

るのが、*Solid Oak* 判決でも引かれていた、第2巡回区連邦控訴裁判所⁴⁾から出された、*Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.*, 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997) (本稿では「*Ringgold* 判決」という。)である。これは、独特の絵画調の作品がテレビドラマのセットの一部として使用されたという事案であった。まずは、この事件から紹介しよう。

<事案の概要>

この事件の原告Ringgoldは、「Church Picnic Story Quilt」という題を付けられた芸術作品の著作権を有する現代芸術家である。原告が「ストーリーキルトデザイン」と呼ぶ表現形式は、絵画と手書きの文章、キルト縫いの布地から成り、それらの3つを原告が結合して寓話を伝えるというものである。その作品は、この独特の美術の表現形式の一例であり、1900年代初期のアフリカ系アメリカ人の体験の様子を伝えている。その作品自体は、アトランタのハイ美術館によって所有され、ハイ美術館は、1988年から、その作品をポスターとして複製してその複製品を販売する、非排他的なライセンスを保有している。その「Church Picnic」ポスターは、1枚につき20ドルで売られている。そして、同年以来、何千枚も販売されてきた。

一方、被告Home Box Office社の一部門は、バルティモアに住む中流階級のアフリカ系アメリカ人家族についての、テレビのホームコメディシリーズ「ROC」を制作していた。そして、1992年より前に、おそらくハイ美術館によって販売された「Church Picnic」ポスターがセットの装飾の一部として使用された、「ROC」の一話を制作した。その一話を締めくくったのは、新しく改装された教会のホールにおける演奏会の5分間の場面であった。「Church Picnic」ポスターは、その教会のホールの壁掛けとして使用された。その場面では、そ

4) 第2巡回区連邦控訴裁判所が de minimis の原理に対して果たしてきた役割について、PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT § 11.7 (3d ed. Supp. 2022-2) は、「第2巡回区控訴裁判所は、de minimis の著作権侵害に対して事案に応じて線を引いて先導してきた。」と評する。

のポスターの少なくとも一部が合計9回現れる。それらの例のいくつかでは、会話や演技、カメラワークにおいてそのポスターへの視聴者の注意を特に喚起するものはないとはいえ、そのポスターは画面の中央にある。その一話は、1992年に、あるテレビ放送網が初めて放送し、ケーブルテレビでは、1994年10月に、もう1名の被告Black Entertainment Television社が初めて放送した。

第一審において、被告らは、そのストーリーキルトの使用はde minimisまたはフェアユースであるから、著作権侵害の責任はないなどと主張して、サマリー・ジャッジメントを求めた。一方、原告は、そのホームコメディの一話における彼女の作品のそれ以上の放映を防ぐために、予備的差止めを求めた。ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所（Martin判事）は、被告らのフェアユースの抗弁の成立を理由に、原告の著作権侵害の請求を退け、原告の予備的差止めの申立てを認めず、被告らのサマリー・ジャッジメントの申立てを認めた⁵⁾。そこで、原告が控訴した。なお、原告は、このほかに、コモンローの不正競争とニューヨーク州法の違反を主張したが、これらの主張も退けられた。

< De Minimis についての判断 >

控訴裁判所（以下、この< De Minimis についての判断 >の項、次の< フェアユースについての判断 >の項では、単に「裁判所」という。）は、de minimisのみならず、フェアユースも否定した。まず、裁判所は、de minimis について、前稿4頁の脚注5)で紹介したように、その概念が著作権法の文脈において有する3つの意味を指摘した⁶⁾が、ここでは、2つめの意味である「模

5) Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc., 40 U.S.P.Q.2d 1299 (S.D.N.Y. 1996)。

6) なお、この判決が指摘する、de minimis の概念の1つめの意味は、「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」であったが、これは、「ほとんどの法的な文脈において意味するもの」とであると言う。そして、裁判所は、この1つめの意味の例として、後記8.の *Knickerbocker* 判決を挙げ、「私たちは、de minimis の法理に基づいて、玩具製造業者による、競争相手の製品の展示カードの控え中の自社製品の写真に基づく請求について、その展示カードが決して使用されることがない場合に、これを退けた。」と述べている。しかし、MARSHALL A. LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW 424 (7th ed. 2019) は、「訴えうる模

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」か否かが、その判断の基準になると言う。すなわち、「被告らがそのポスターの使用は de minimis であると主張するとき、被告らが議論するのは、認められた模倣が、訴えうる模倣、すなわち、侵害を構成するのに足りる程度に生じたかどうかである。」と指摘する。そして、その判断にあたっては、「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」と判示した⁷⁾。うえて、*Solid Oak* 判決でも挙げられていたように、その量的な要素について、「本件のように、視覚的な作品に関連する事件においては、実質的類似性の量的な要素は、さらに、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、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。」と述べた。

倣とは、実質的類似性の最低水準を満たすのに十分なほどのかなりの模倣である。それとは対照的に、de minimis の模倣、すなわち、非常に些細で取るに足りないもので、法的責任が結果として生じえない模倣とは、実質的類似性の反対である。」と述べ、後掲 24) 2 NIMMER ON COPYRIGHT § 8.01[G] と同様に、この 1 つめの意味は認めないようである。このように捉えると、de minimis は、実質的類似性がないことを言い換えたにすぎず、その位置づけは、積極否認ということになるのであろう。一方で、de minimis の法理に対する裁判所の態度について、TYLER T. OCHOA, SHUBHA GHOSH & MARY LAFRANCE, UNDERSTANDING INTELLECTUAL PROPERTY LAW 382-383 (4th ed. 2020) は、「保護される表現の類似性が『実質的』であったかどうかを判断するにあたって、裁判所は、模倣された保護される表現の量が『de minimis 以上』であったかどうかを時に問う。しかしながら、*Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.* では、裁判所は、de minimis という句は、著作権侵害事件において 3 つの異なる方法で使われることがあると説明した。」「*On Davis v. The Gap, Inc.* (筆者注:後記 7. の *Davis* 事件で紹介する。)では、裁判所は、その第一の意味について詳しく述べた。」「しかしながら、他の裁判所は、……de minimis の法理に対するより懐疑的な見方を表明してきた。」と評する。

7) この判示について、CRAIG JOYCE, TYLER T. OCHOA & MICHAEL CARROLL, COPYRIGHT LAW 703 (11th ed. 2020) は、「おそらく控訴審という手続上の立場のために、量的なまたは質的な部分が評価されるべき、その観点や見方についての言及はなかった。」と指摘する。

そして、裁判所は、「そのポスターの一部が見える、被告らのテレビ番組における9つの例は、個々に、そして、全体として、模倣の量（または、少なくとも観察できる模倣の量）が訴えうる模倣の最低水準に達しないという意味において、de minimisであった」という被告らの主張に対して、これらの要素を検討した。まず、放映される時間について、「どんな程度であれ、そのポスターが見える、その番組の各場面は、1.86秒と4.16秒の間で続いた。すべての9つの場面の総計の時間は26.75秒であった。」と述べ、次に、その時間が最も長い場面について、「4から5秒の間の、最も長い場面では、そのポスターのほぼ全体が、少なくとも80パーセントが見える。」「カメラは聴衆の一部に正確に焦点を合わせているので、彼らの左側に貼られた、そのポスターは、焦点が完全に合っているわけではないが、彼らのごく近くにあるので、たとえ焦点が正確に合っていないなくても、はっきりと識別できる。観察者は、貼られているものが、背景に池を配し、アフリカ系アメリカ人の大人と子供の集まりを描いた、ある種類の芸術作品であることがわかる。」と指摘し、さらに、時間がより短かったり、ポスターがより小さく、明瞭でなかったりする、その他の場面について、「それらの繰り返しの結果が、たった今、描写された、識別可能な4から5秒の場面の視覚効果をいくぶん強める。」と付け加え⁸⁾、de minimisの模倣ではないと判断した。

<フェアユースについての判断>

続いて、裁判所は、フェアユースについて、4つの要素を順に検討した。ま

8) さらに、裁判所は、公共放送事業者による、発行された絵画、図形、彫刻の著作物の利用に対して支払われるべき使用料を規定した、当時の連邦規則 37 C.F.R. (Code of Federal Regulations の略である。) § 253.8 が、呼び物としての展示と背景としての展示の間を区別し、背景としての展示を、全画面または実質的に全画面に至らない展示、あるいは、3秒間以下の全画面での展示と定義していることに言及し、「仮に被告らの番組が公共テレビで放映されるようなことがあれば、原告は、『全画面に至らない』展示に対する『背景』としてのライセンス料の権利を与えられるであろう。」と述べ、de minimis を否定する根拠の1つとする。このような類比について、前掲注7) CRAIG JOYCE ET AL., COPYRIGHT LAW 589 は、後記4.の Gordon 事件と対比して、疑問を投げかける。

ず、第1の要素（利用の目的および性質）については、「いかなる意味においても、被告らの使用は『変容的』ではない」「被告らは、Ringgoldの作品を、それが創作された、まさに中心的な目的、すなわち、装飾用として使用した。」「視覚的な作品は、通常、反復的な鑑賞のために、創作され、販売またはライセンスされる。したがって、ROCのその一話が、そのポスター（またはその原作品）を何度も見て味わいたいというテレビ視聴者の需要や欲求に取って代わらないという事実があるからといって、被告らの使用が、フェアユースに有利に働く『目的および性質』を持つことを意味しない。」と述べ、そのポスターの「存在は、その場面にとって付随的であった」という地方裁判所の判断を批判し、第2の要素（利用された著作物の性質）については、「地方裁判所は、フェアユースの第2の要素は、彼女の作品の創造的な性質のゆえに、彼女に有利に働くという原告の主張を認めた。」と述べるにとどめ、第3の要素（利用された部分の量と実質）については、「私たち自身がその一話を見ると、Martin判事がしたほどには、被告らの方に強く第3の要素を比較衡量したくはない気持ちにさせるが、私たちは、事実認定者ではなく、最終的な結論は法と事実の混交した問題ではあるとはいえ、妥当な法的基準のもとで、フェアユースの各要素に適切に事実認定を行うことは、地方裁判所の職責である。」「たとえ第3の要素が被告らに有利であるとしても、他の視覚的な作品の中に模倣され、または、展示された視覚的な作品の文脈においてフェアユースの抗弁を検討する裁判所は、この要素が、フェアユースの総合的な評価をあまりに容易に他の3つの要素が有利ではない人たちに有利に傾けることを許さないように気をつけなければならない。」と述べ、地方裁判所の判断に疑問を呈し、第4の要素（著作物の潜在的な市場や価値への影響）について、地方「裁判所が、主に、そのROCの一話がポスターの売上に不利な影響を及ぼした可能性はほとんどなかった、彼女がそのポスターをライセンスする機会に『否定的な影響』が与えられたとRinggoldが主張しなかったという事実に基づいて、被告らに有利に評価したことに対して、「その第1の理由は、慣習的なライセンス料を支払わない利用であると主張する原告に対してほとんど説得力を持たない。その第2の理由は、特定の損害のうちの

1つの項目の欠如を潜在的な市場への不利な影響の欠如と混同している。」と地方裁判所の判断を批判し、「特に、Ringgoldが主張している事柄、そして、立証の準備ができている事柄から判断して、フェアユースの第4の要素についての裁判記録は、被告らのためにサマリー・ジャッジメントを許容するには不足している。」と述べたうえで、「その裁判記録のより一層の充実の機会を与えるために」、第一審判決を取り消して、事件を地方裁判所に差し戻した。

2. Sandoval 事件

次に、このRinggold判決における説示に従って、de minimisを認めた判決を3つ紹介しよう。いずれも、Ringgold事件の事案と同様に、著作物が映画などの動画のセットとして使用されたという事案である。まず、1つめの判決は、映画のセットの一部として、写真が使用されたという事案について、Ringgold判決の翌年に、同じ第2巡回区連邦控訴裁判所から出された、Sandoval v. New Line Cinema Corp., 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998) (本稿では「Sandoval判決」という。)である。

<事案の概要>

写真家である原告Sandovalは、映画「Seven」の製作者および配給者である被告らが、その映画の中で原告の許諾なしに原告の著作権で保護された写真10点を使用したことに対して、著作権侵害のほか、プライバシーの侵害などを主張して訴訟を提起した(もっとも、著作権侵害以外の請求は、その後、取り下げられた)。第一審のニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、被告らがしたそれらの写真の使用は、フェアユースであるとして、被告らのサマリー・ジャッジメントの申立てを認め、原告のサマリー・ジャッジメントの申立てを認めず、原告の著作権侵害の請求を退けた⁹⁾ことから、原告が控訴した。

9) Sandoval v. New Line Cinema Corp., 973 F.Supp. 409 (S.D.N.Y. 1997)。

原告は、1991年から1994年の間に、自己を被写体とする、52点の一連の白黒の作品を創作した。とりわけ、それらの中には、針金できつく巻き付けられた原告の顔、シャボン玉で覆われた原告の顔、とげのベッドのように見えるものに横たわっている原告の写真があった。これらの写真は、発行されたことも公に展示されたこともなかった（なお、第一審判決を含め、判決文を読んでも、これらの写真を被告らがどのようにして入手したのかは、判然としない。）。

被告New Line Cinema社は、1995年に、映画「Seven」を製作してその配給を始めた。その映画は、それぞれが、ローマ・カトリック教会の教義において承認されている、伝統的な七つの大罪の1つを喚起または表現するように意図された、7つの拷問のような殺人を犯す、墮落した写真家についての架空の物語をもとに構築されている。ある場面では、その写真家のアパートの後ろの壁に、多数の、透き通って見える写真が貼られた、大きなライトボックスがある。それらの写真のうちの10点は、原告の作品の複製物であることについて、当事者間に争いが無い。そのライトボックスに明かりがつくと、それらの写真の透明な部分を光が通り抜けることができる。1分30秒の間に、そのライトボックスと原告の写真は、11の異なるカメラショットの中でちらっと見える。そのライトボックスが最も長く途切れずに見えるのは6秒続くが、それ以外にも、全体があるいは一部が、合計で約35.6秒の間見える。それらの写真は、焦点が合って現れることは決してなく、2つのショットを除けば、遠く離れた背景の中に見えるにすぎず、しばしば俳優の1人によって視界から遮られる。1つは4秒間、もう1つは2秒間続く、これらの2つのショットにおいても、写真の中の人物はほとんど見分けられない。

< De Minimis についての判断 >

控訴裁判所は、「当該事件において、地方裁判所は、その著作物の使用が de minimis であるかどうかをまず確かめることなく、フェアユースの問題を判断した。私たちは、主張された侵害が de minimis であるかどうかをまず確定することなく、フェアユースの主張を解決することは、誤りであったと考える。」

と述べて、de minimisの検討に入った。まず、Ringgold判決の説示を踏まえて、「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。」¹⁰⁾と述べた¹¹⁾うえで、これもRinggold判決に倣って、「被疑侵害作品が、著作物との実質的類似性の量的な最低水準を下回っているかどうかを判断するにあたって、裁判所は、その著作物の模倣された量だけでなく、(視覚的な作品を含む事案では、)被疑侵害作品の中における、その著作物の観察可能性にしばしば目を向ける。観察可能性は、その著作物が被疑侵害作品において現れる時間の長さや、また、その著作物への照明やその位置によって現されるときに、その作品の中でそれがどの程度目立っているかによって判断される。」と述べた。そして、Ringgold判決の事案と比較したうえで、「その映画の中で使われたときのSandovalの写真は、平均的な、専門家でない観察者にとって、それらの写真の主題はおろか、それらを作成するにあたって用いられた表現法すら特定するのに十分には詳細に示されていない。」と指摘し、「被告らによるSandovalの写真の模倣は、実質的類似性の量的な最低水準を下回る」と判断した。具体的には、「それらの写真は、弱い照明の中で、遠く離れた所に示されている。そのうえ、それらは、焦点が合っておらず、11の異なるショットの中で短時間示されているだけである。Ringgold事件とは違って、……ここでの11のショットには、それらの写真に写されている像が見分けられないから、累積的な効果はない。」と述べ、それらの写真の使用はde minimisであるとして¹²⁾、地方裁判所の判決を維持した。

10) 前稿9頁で指摘したように、この部分は、Solid Oak判決において引用されている。

11) ここでは、模倣がde minimisであることについて、被疑侵害者側が立証責任を負っている旨を説示していると読める。de minimisをそのように捉えれば、前稿13頁で指摘したように、それは、実質的類似性における評価障害事実ということになる。

12) この事案について、前掲注4) GOLDSTEIN ON COPYRIGHT § 11.7は、「これは、Ringgold判決の裁判所が、『ある状況においては、視覚的な作品が、たとえ主題との関連性から、あるいは、少なくともその装飾的な価値から制作スタッフによ

3. *Gottlieb* 事件

同様に de minimis を認めた2つめの判決は、これも映画のセットの一部として、ピンボール機が使用されたという事案について、*Ringgold*判決の11年後に、同じ第2巡回区内のニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所から出された、*Gottlieb Development LLC v. Paramount Pictures Corp.*, 590 F.Supp.2d 625 (S.D.N.Y. 2008) (本稿では「*Gottlieb*判決」という。)である。

<事案の概要>

この事件は、原告Gottlieb社によって販売されたピンボール機「Silver Slugger」が、2000年に被告によって公開された映画「What Women Want」の一場面において、原告の許諾なしに使用されたことから、原告が、著作権侵害、商標の侵害、不正競争などを主張して、被告を訴えたものである。被告は、特に、そのピンボール機の使用は de minimis であり、それゆえに、訴ええないと主張して、連邦民事訴訟規則12条 (b) 項 (6)¹³⁾に基づき、その訴えを却下するよう申し立てた。Silver Sluggerは、3つの創作的なデザインを特色として持っている。それらは、1つに、そのピンボール機の直立した後部であるバックガラス上の野球のダイヤモンドの描写、2つに、そのピンボール機の盤面であるプレイフィールド上のもう1つの野球のダイヤモンド、3つに、そのプレイフィールドの部品の配置である。それらのデザインは著作権で保護されており、原告がその著作権を有している。さらに、「GOTTLIEB」という商標が、Silver Sluggerのいくつかの場所に見える。一方、その映画は2時間を少し超

て選ばれたとしても、結局、その芸術作品がそのセットに与える装飾的な効果を典型的な番組視聴者が少しも気づかないであろうほど離れた所で、しかも、焦点が外れたままに撮影されるかもしれない。」と述べたときに予期した類型の事案である。」と指摘する。

13) 同項は、柱書きにおいて、「訴答書面における救済を求める請求への防御はすべて、必要であれば、答弁書において主張されなければならない。しかし、当事者は、申立てによって、次の防御を主張することができる。」と規定し、その(6)は、「それに基づけば救済が与えられうる請求を陳述しないこと」を挙げる。

えて続き、問題の場面は約37分のところで現れる。3分半の場面が、広告代理店の事務所内でのブレインストーミング会議を描いている。そこでは、約8名の人々が輪になって座っている。主演のMel Gibsonが演じる登場人物が、広告のためのさまざまなアイデアをしゃべっている時に、Silver Sluggerが、その背景に別のピンボール機と隣り合って断続的に現れる。Silver Sluggerは、どのショットにもそれだけでは現れず、筋の要素でもない。それは、その映画の他のどこにも現れず、また、どの登場人物もそれに言及することは一度もない。

< De Minimis についての判断 >

まず、裁判所は、Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group Inc., 150 F.3d 132, 137-138 (2d Cir. 1998) を挙げた、Tufenkian Import/Export Ventures, Inc. v. Einstein Moomjy, Inc., 338 F.3d 127, 131 (2d Cir. 2003) を引き、「実質的類似性を証明するには、原告は、『(i) 模倣されたのがより前の作品における保護された表現であったこと、(ii) 模倣された量が〔de minimis 以上〕であること』を示さなければならない。」と述べた¹⁴⁾ うえで、Ringgold 判決が提示した判断枠組みを示し、Sandoval 判決の事案にも言及しながら、「問題の場面はほんの3分半しか続かず、そして、Silver Slugger は、その場面において、時折、一度にはわずか数秒間現れるにすぎない。さらに重要なことには、そのピンボール機は常に背景にある。」「それがそれだけで、あるいは大写しで現れることは一度もない。それは一度も言及されることはなく、筋の中で何らの役割も演じない。それは、ほとんど常に(Gibsonといくつかの調度品によって)部分的に覆い隠され、その場面全体の間数秒間だけ

14) ここでは、実質的類似性の証明における、その対象を明らかにしているが、de minimis については、前記2.のSandoval 判決とは異なり、模倣がde minimis でないことについて、著作権者側が立証責任を負っている旨を説示していると理解することができよう。このようにde minimis を解すれば、脚注6)で指摘したように、それは、実質的類似性の積極否認以上の意味を有しないことになるのかもしれない。

完全に見える。(そのピンボール機のバックグラスとプレイフィールドの) デザインは、決して完全に見えることはなく、焦点が合っていないか、または、覆い隠されている。実際、平均的な観察者は、そのデザインをピンボール機の一般的なデザイン以外の何かであるとは認識しないであろう。」と指摘したうえで、*Ringgold* 事件の事案にも言及して、「そのポスターは、その一話の終わりの5分の場面の間に9回、全体がまたは一部が示された。そのポスター（またはその一部）は、一度には1.8秒から4.16秒の間、合計で26.75秒の間見えた。いくつかの例では、そのポスターは画面の中央に現れた。」「さらに重要なことには、そのポスターとその番組の間には質的なつながりがあった。」のに対し、「『平均的な、専門家でない観察者』は、様式化された、先進的なウェアを着た野球選手たちという Gottlieb 社のデザインのどの特徴的な要素も認識することはできないであろう。平均的な、専門家でない観察者がその背景に見てとることができるのは、せいぜい、典型的な本塁のレイアウトと、それを取り巻いて配された野球選手たちである。そのデザインの独自の表現的な要素は、そのバックグラスが見える短時間の動きの中では見分けられない。そのバックグラスのうちの他の唯一の保護される要素は、上部左側角の『Silver Slugger』のロゴであるが、それは、その場面の間、つかの間、ちらりと見え、しかも、焦点の調節は不十分な状態である。カメラは、そのロゴのそばを、そこにとどまったりそれに焦点を合わせたりすることはせずに、さっと通る。平均的な、専門家でない観察者は、そのロゴがその場面の背景に現れる方法を踏まえれば、Gottlieb 社に帰することができる、そのロゴの様式化された外観を見分けることはないであろう。」と指摘し、「Silver Slugger の使用は、法律問題として、*de minimis* であった。」として、著作権侵害の請求を退けた。併せて、裁判所は、商標の侵害等のその他の請求についても、「本件では、混同のおそれについてのもっともらしい主張がない。」などとして、これらを退けた。

4. *Gordon* 事件

同様に de minimis を認めた 3 つめの判決は、テレビコマーシャルのセットの一部として、歯のイラストが使用されたという事案について、*Ringgold* 判決の 6 年後に、第 6 巡回区連邦控訴裁判所から出された、*Gordon v. Nextel Communications*, 345 F.3d 922 (6th Cir. 2003) である。

< 事案の概要 >

メディカルイラストレーターである原告は、被告 Nextel 社とその広告代理店である被告 Mullen 社に対して、Nextel 社の双方向文字通信の、歯科用治療椅子にかける男性が出演する、テレビコマーシャルに、原告の歯のイラストのいくつかを許諾を得ずに使用して著作権を侵害したとして、訴訟を提起した。原告の著作権で保護された美術作品の中に、10 枚の歯のイラストから成る小冊子がある。それらのイラストのうちの 2 つが、拡大されてそのコマーシャルの中で見られる。1 つは、架工義歯のイラストであり、もう 1 つは、歯根管のイラストである。制作会社のアートディレクターは、レンタルポスターの一部を読み込んで拡大し、そのコマーシャルのセットの装飾として使われた、額縁入りの絵を製作したことを認めている。原告は、前者については 10.6 秒間、後者については 7.3 秒間、そのコマーシャルの中で現れると主張する。被告らは、フェアユースと de minimis の使用の 2 つの抗弁を主張した。ミシガン州東部地区連邦地方裁判所は、被告らの使用は、フェアユースを構成し、かつ、de minimis であると判断して、サマリー・ジャッジメントを求める被告らの申立てを認めた（なお、原告は、著作権表示の除去に関しても請求しているが、その点は割愛する。）。

< De Minimis についての判断 >

控訴裁判所は、まず、*Sandoval* 判決と同様に、「一般的には、裁判所は、訴えうる模倣が生じたかどうかをまず判断するために、de minimis の抗弁を検

討する。」「裁判所は、訴えうる模倣に相応しい de minimis の最低水準が超えられた場合に限り、フェアユースの抗弁を検討する。」と述べ、de minimis の検討に入った。控訴裁判所は、*Sandoval* 判決と同様に、「著作権侵害が de minimis であるというためには、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。」と述べたうえで、*Ringgold* 判決が提示した判断枠組みを示して、その2つのイラストの観察可能性を検討し、「架工義歯のイラストは、少しも焦点が合っておらず、単に遠く離れた背景として現れるにすぎない。」「その美術作品は、『[平均的な、専門家でない観察者]が、*Ringgold* の色彩豊かな、ほぼ二次元の表現法の中に、アフリカ系アメリカ人たちを識別するのに十分に、観察できるほど詳細にはっきりと見える』と裁判所が判断した、……*Ringgold* 判決の事案と比べて、そのコマーシャルの中に歯根管のイラストを使用する主要な効果は、著作権の対象とならない、その語（筆者注：歯根管を意味する root canal）に対する注目から来ている。そのイラスト自体への最初の注目は、非常に短時間である。」と指摘して、それらの使用を de minimis であると判断し、地方裁判所がサマリー・ジャッジメントを認めたことを支持した。なお、控訴裁判所は、フェアユースの抗弁の検討には立ち入らなかった。

5. *Hirsch* 事件

de minimis を認めた3つの判決の次に紹介するのは、テレビ番組に関してはあるが、セットとしてではなく、ドキュメンタリー番組において、その中で取り上げられた人物の写真が使用されたという事案について、連邦民事訴訟規則12条(b)項(6)に基づく却下の申立てに対して、*Ringgold* 判決の事案および *Sandoval* 判決の事案と比較したうえで、de minimis ではないと判断される可能性があるとして、その申立てを認めなかった判決である、第2巡回区内のニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所から出された、*Hirsch v. CBS*

Broadcasting Inc., 123 U.S.P.Q.2d 1689 (S.D.N.Y. 2017) である。

<事案の概要>

フォトジャーナリストである原告は、被告CBS Broadcasting社と被告CBS Interactive社（判決文は、両社を合わせて「CBS」と言う。）に対して、被告らは、テレビ番組の一話において、原告が撮影した、マンハッタンの裁判所庁舎から歩いて出る一人の男性の写真を、許諾や原告の同意を得ずに使用した（著作権侵害）、また、被告らは、故意にその写真から原告の「ガッター・クレジット」を切り取った（著作権管理情報の改変）と主張して、訴えを提起した。

原告は、2010年4月2日ごろ、その写真を撮影し、その使用をNew York Post紙に許諾した。同紙は、その日のうちにその写真をオンライン記事中に掲載した。ほぼ7年後の2017年2月25日、CBSは、テレビ番組「48時間」の一話「Stalked」を放送し、そのウェブサイトにおいてその一話をオンラインで視聴可能にした。その一話の一部では、その人物のストーカー行為の来歴と、それが招いた、広範囲に及ぶニュース報道を重点的に取り扱った。その中で、見出しとここで問題になっている写真を含む、その記事のスクリーンショットが、ゆっくりと時計回りに回転しながら、約2秒間使用された。写真のおよそ下半分は切り落とされていたので、原告のガッター・クレジットは、削除されて、その一話では示されなかった。

<De Minimisについての判断>

被告らによるその写真の使用は、法律問題として、それが著作権侵害の請求を支持しえないほどのde minimisであるという被告らの主張について、裁判所は、実質的類似性には、問題になっている模倣が、「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量的におよび質的に十分である」ことが必要であるとした、Ringgold判決に従い、まず、その質的な部分については、「その一話の中で展示された画像は、その写真の正確な複製物であり、たとえその写真のかなりの部分が切り取られているとしても、平均的な、専

門家でない観察者は、それを複製物として認めるであろう。」と述べて、質的な部分は満たされると判示した。続いて、量的な部分については、de minimisを認めなかったRinggold判決の事案、そして、de minimisを認めたSandoval判決の事案と比べ、「焦点や照明、カメラの角度、目立っているかどうかという観察可能性の要素はすべて、侵害がde minimisにとどまるという認定に賛成しない。その一語は、その写真の重要な部分をはっきりと合った焦点で展示し、そして、その写真は、画面の全部ではないとはいえ、その大部分を占める。」と指摘して、「本件は、Sandoval判決よりもRinggold判決に明らかに近い」と述べ、「合理的な陪審であれば、CBSによるその写真の使用は、量的な実質的類似性のテストを満たし、法律問題としてde minimisではないと判断するかもしれない。」と判示した。また、被告らが主張するフェア・ユースの抗弁についても、「1つの争点は、CBSによる使用が、『ニュース報道』または『批評』としての基準を満たすかどうか……であろう。」と述べ、「この抗弁が最終的に法的勝利に値することになろうとならなかりと、CBSによるその写真のフェアユースは、『却下を支持するほど明白に訴状によって確立』されてはいない。」「CBSのフェアユースの主張は、却下の申立てにおいては解決されえない」として、著作権管理情報の改変についてとも併せ、被告らの申立てを認めなかった。

6. Greenberg 事件

また、雑誌のバックナンバーをデジタル化したという事案において、著作権法201条(c)項¹⁵⁾の「権利」を認めて、著作権侵害を否定した第一審判決¹⁶⁾に対して、この「権利」を否定したうえで、そのデジタル化にあたって、その雑

15) 同項の第2文は、「著作権またはその中の権利の明示の譲渡がない場合、集合著作物の著作権者は、当該集合著作物、当該集合著作物の改訂版、同じシリーズもののその後の集合著作物の一部としてその構成作品を複製および頒布する権利のみを取得したと推定される。」と規定している。

16) Greenberg v. National Geographic Society, 1998 WL 36031016 (S.D.Fla. 1998)。

誌の表紙を飾った写真の中から10枚を選んでそれらを動画化した中に、原告が撮影した1枚の写真が使われたという点についても、フェアユースおよび de minimis を認めなかった判決として、第11巡回区連邦控訴裁判所¹⁷⁾ から出された、Greenberg v. National Geographic Society, 244 F.3d 1267 (11th Cir. 2001) がある。なお、本稿では、de minimis の使用の成否が争われた、10の表紙の動画化に関する部分に絞って紹介する。

<事案の概要およびDe Minimis についての判断>

被告National Geographic Society (この判決文は、「Society」と言う。)は、National Geographic Magazine誌を発行している。被告Societyはまた、営利目的の完全子会社である、被告National Geographic Enterprises社を通じて、他の教育用商品に加えて、テレビ番組やコンピュータソフトウェアを制作している。フリーランスの写真家である原告Jerry Greenberg (以下、判決文からの引用部分を除き、単に「原告」という。)は、30年の間にわたって、被告Societyのために4件の写真撮影の仕事を完了し、その写真は、同誌の1962年1月号、1968年2月号、1971年5月号、1990年7月号にそれぞれ掲載された(被告Societyは、これらの写真におけるすべての権利をいったんは取得したが、その後、それらの著作権は原告に戻されている)。

1996年に、被告Societyは、被告Mindscape社と共同して、その雑誌の1888年から1996年までのあらゆる号をデジタル形式で集録する30枚のCD-ROMの全集である、「The Complete National Geographic」(判決文は、「CNG」と言う。)と名付けられた商品の開発を始めた。その商品の中には、ディスクが作動している時に自動的に再生される、動画化されたクリップ(この判決文では、「Sequence」と呼ばれる。)がある。そのクリップは、その雑誌の過去の号の実際の表紙の画像から始まる。この画像は、コンピュータアニメーションの使用を通じて、別の表紙の画像と重なり合いながら消えていき(モーフィン

17) アラバマ州、フロリダ州、ジョージア州を管轄区域とする。

グ)、その表紙の途中で約1秒間中断し、それから、別の表紙の画像へモーフィングし、10のそれぞれ異なる表紙が表示されるまで、同様のことが続く。その一続きの全体は、25秒間続き、音楽と効果音を添えられている。その一連の動く表紙に使われた画像の1つは、1961年に原告によって撮影され、1962年1月号に掲載された、ダイバーの写真であった。

被告らは、被告Societyは、原告の写真が載った、その雑誌の元の号の著作権を保有しているから、201条(c)項に基づいて、その商品において原告の写真を複製および頒布する権利を有していると主張して、サマリー・ジャッジメントを求めた(原告も、サマリー・ジャッジメントの申立てをした)。第一審のフロリダ州南部地区連邦地方裁判所は、その商品は、201条(c)項に基づく被告Societyの権利の範囲内である、その雑誌のハードコピーの改訂版に相当すると判断して、被告らのサマリー・ジャッジメントの申立てを認めたことから、原告ら(この事件では、彼の妻も原告になっていた。)が控訴した。

控訴裁判所は、まず、201条(c)項については、議会の立法時の解説を引用しながら、その適用を否定する¹⁸⁾とともに、原告のダイバーの写真の、そのクリップへの無許諾の使用に関しては、まず、フェアユースについて、「結果として生じる、動き、モーフィングする、その視覚的な創作物は、107条の文脈の範囲内においてフェアである使用を超える。」として、これを否定し、さらに、de minimisの使用を構成するという被告Societyの主張に対して、「Greenbergの写真は、Societyによって選択され、配置された10枚のうちの1枚であり、案分すると、そのSequence全体の10分の1を構成する。」「私たちが、108年の発行にわたる、その雑誌のおよそ1200の表紙の母集団からたった10の表紙だけが、この作品のために選ばれたということを考慮するとき、こ

18) この点に関しては、その後、Greenberg v. National Geographic Society, 488 F.3d 1331 (11th Cir. 2007) によって取り消されたが、大法廷での再審理が認められ(497 F.3d 1213 (11th Cir. 2007)), 533 F.3d 1244 (11th Cir. 2008) が、「CNGは、……National Geographic Magazine 誌の許される複製物である。」「検索機能や索引、ズーム機能、前置きのsequenceのような、CNGの付加的な要素は、……National Geographic から201条(c)項の権限を奪わない。」と判示している。

のことは、質的な点において、とりわけ強調される。」「CNGの利用者は、その30枚のディスクのどれを見てもそのたびに、そのSequenceを見ることになる。すなわち、そのSequenceの投影は、利用者からの何らの指示なしに、自動的である。」と指摘したうえで、「CNG全体の文脈において、Sequenceの使用は、訴えうる著作権侵害の最低水準に達しないde minimisの使用ではない。」として、サマリー・ジャッジメントを取り消して、差し戻した¹⁹⁾。

7. Davis 事件

また、動画ではないものの、装身具が広告の中で使用されたという事案について、de minimisおよびフェアユースを否定して、著作権侵害による損害賠償を否定した第一審判決²⁰⁾を取り消した判決として、第2巡回区連邦控訴裁判所から出された、On Davis v. The Gap, Inc., 246 F.3d 152 (2d Cir. 2001) (本稿では「Davis判決」という。)がある。

<事案の概要>

原告Davisは、眼鏡のように目を覆ってかけられるが、機能をもたない、「Onoculiiデザイン」という名のアイウェアのクリエイターかつデザイナーである。そのアイウェアは、眼鏡であればレンズがある場所に、フレームが、装飾的な、穴の開いた金属製の円盤や板を支えている。1995年頃以来、原告は、その商品をブティックや眼鏡店を通じて販売してきた。それらのアイウェアは、1点につき、約30から45ドルの卸売価格で売れた。裁判記録中の証拠は、1995年において、小売りでは1点につき65から100ドルで売れたことを示している。

一方、衣料品および装身具の国際的な小売業者である被告Gap社は、合衆国中の至る所に広く表示されている、「GAP」という商標のもとで経営してい

19) なお、被告らの裁量上訴の申立ては却下されている (534 U.S. 951 (2001))。

20) On Davis v. The Gap, Inc., 50 U.S.P.Q.2d 1680 (S.D.N.Y. 1999)。

る店舗の広告に、原告の許諾なしに、原告の著作権で保護されたアイウェアをかけている人物の写真を使用した。この訴訟のもとになった、その特定の1点は、眉の高さにある水平の棒から、光沢のある金属で作られた、わずかに凸状の一对の円盤が吊るされ、それが目を覆い、それには針で刺したようなごく小さい穴が多数穿たれていた。被告は、原告の著作権登録より前の1996年5月に、Gapの衣料品を着る、さまざまなライフスタイルの人々の写真を見せる、一連の広告を制作した。問題の広告は、赤で飾られた「fast」という見出しをもち、カメラをじっと見つめながら、V字形に散開して立っている、おそらく20代の若者7名のグループを写し出している。そのV字形の頂点に立つ、中央の人物が、原告の非常に特徴的なアイウェアをかけ、金属の円盤越しに真っすぐにカメラのレンズを見つめている。被告の「fast」広告は、さまざまな雑誌に掲載された。また、1996年8月から9月の間の5週間、その広告は、ニューヨークなどのバスの側面に展示された。

そこで、原告は、著作権侵害の確認判決と損害賠償を求めて訴えを提起した。これに対し、被告は、特に、原告には損害賠償を受ける権利はないこと、原告の請求はde minimisの法理およびフェアユースの法理によって妨げられることを主張して、サマリー・ジャッジメントを求めた。第一審のニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、原告の著作権法504条(b)項に基づく現実の損害賠償および侵害者の利益を求める請求は、あまりにも推論的であるので、賠償を支持することはできないことなどを理由に、被告のためにサマリー・ジャッジメントを認めた。そこで、原告が控訴した。

< De Minimis についての判断 >

控訴審において、まず、原告は、「地方裁判所が、被告が原告の著作権を侵害したかどうかを先に判断せずに、原告の著作権の請求について、サマリー・ジャッジメントを認めたことは不適切であった」と主張した。控訴裁判所は、これを是認し、「その判決が宣言による救済を求める請求を検討せずに退けた限りにおいて、私たちは、その判決を取り消して、その請求の考慮のために差

し戻さざるを得ない。」と判断した。

de minimis の法理については、控訴裁判所は、「些細な模倣の事例について訴訟が提起されることは滅多にないから、de minimis の法理が著作権に関する法廷意見において論じられることはまれである。それでもなお、それは著作権法の重要な観点である。些細な模倣は、現代の生活の重要な一部である。現代社会では、たいていの誠実な市民は、しばしば、ためらうことなく、de minimis の法理がなければ、厳密に言えば、法の違反を構成するであろう些細な模倣を行う。私たちは、別の友人に見せるために友人からの手紙のコピーを作成したり、冷蔵庫に貼るためにお気に入りの漫画の 1 コマのコピーを作成したりすることを躊躇しない。親は、セントラルパークで、ホセ・デ・クリーフトの不思議な国のアリスの彫刻に腰掛ける子供の写真を撮ったりする。私たちは、外出中に放送されるテレビ番組を録画して、それをより都合のよい時間に見たりする²¹⁾。あるレストランでウェイターたちが顧客のテーブルの所で『Happy Birthday』を歌ったりする。私たちがそのようなことをするとき、私たちは法を破ってはいるが、高い訴訟費用を考えれば、訴えられそうもない、というのではない。de minimis の法理のゆえに、些細な模倣の事例では、私たちは実際に法を破っていないのである。仮に著作権者が些細な模倣をした者を訴えるようなことがあれば、判決は被告を擁護するであろう。些細な模倣は侵害ではないから、その事件は退けられるであろう。」²²⁾ と一般論を展開した

21) ここには、「最高裁判所は、*Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 447-56 (1984) において、そのような録画はフェアユースの法理によってもまた保護されるであろうことを見出した。」という脚注が付されている。なお、この *Sony* 判決は、家庭用ビデオテープレコーダーによるテレビ番組のタイムシフトのための録画について、5 対 4 という僅差で、フェアユースに当たることを認めた、フェアユースについての連邦最高裁判所の代表的な判決の 1 つである。

22) ここで論じられている de minimis の法理について、WILLIAM F. PATRY, 3 PATRY ON COPYRIGHT § 9:60 (Sep. 2022) は、「Leval 判事（筆者注：*Davis* 判決の主任裁判官）は、de minimis という言葉を特定の意味で使った。すなわち、それが、たとえ 106 条の権利の 1 つを包含するとしても、原告の権利の実質的な損傷であるとは考えられないゆえに許されるであろう使用。」と指摘する。これは、*Ringgold* 判決が言う de minimis の概念の 1 つめの意味を指すことになろう。そして、さらに続けて、前掲 3 PATRY ON COPYRIGHT § 9:60 は、「その言葉には他に 2 つの使い方があ

ものの、本件では、『fast』広告において、その物は非常に目立っている。これは一つにはDavisのデザインと着想が著しく風変わりであるからである。すなわち、その装用者が彼のOnoculli越しに私たちを見つめているのを見るのはびっくりさせられる。言うまでもなく、目は注意の焦点であり、しかも、その装用者はそのグループの中心、すなわち、V字形の頂点にいるから、見る人の注目もDavisの作品に大いに引き付けられる。」と指摘して、その適用を否定した。なお、判決文の中では、Ringgold判決とともに、後記8.で紹介するKnickerbocker判決についても言及されている。

<フェアユースについての判断>

続いて、フェアユースの法理については、法定の4つの要素について、「著作権の目的の観点から、すべてが検討され、そして、その結果が総合して比較衡量されるべきである。」と説示した、Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) に照らして、4つの要素を検討し、第1の要素（利用の目的および性質）については、「この事案では、Sony事件におけるのと同様に、その二次的な使用は変容的ではない。」と、第2の要素（利用された著作物の性質）については、「この事案では、Campbell事件²³⁾におけるのと同様に、原告の著作権で保護された作品には、『著作権の保護目的の核心』の近くにある芸術的な創作物という性質がある。」と、第3の要素（利用された部分の量と実質）については、「Gap社の広告は、中央に配され、目立って扱われたDavisの作品の真正面からの全部の外観を提示する。」と、第4の要素（著作物の潜在的な市場や価値への影響）については、「この事案では、指摘したように、

つは、原告の権利の prima facie の侵害ではあるが、フェアユースの段階で許される使用。そして、2つは、それが原告の権利の1つも包含しないほど非実質的である使用。」と述べる。この前者は、Ringgold 判決が言う3つめの意味を指す。そして、この後者は、その2つめの意味を指すことになろう。

23) ちなみに、この最高裁判決は、第2の要素については、「この要素は、作品の中には、他の作品よりも目指している著作権保護の核心により近いものがあるという認識を求める。その結果、前者の作品が模倣されたときには、フェアユースは成立するのより難しくなる。」と指摘している。

Gap社の使用は変容的ではない。それは取って代わるものである。その広告にDavisのデザインを無償で使用することによって、Gap社は、Davisが彼のデザインの使用の代価として請求する権利を与えられる『通常の価格』を支払うことを免れた。」「Davisは、その状況において、当然、権利を与えられる使用料収入の損失を通じてだけでなく、他人はDavisのデザインをGap社の広告によって専有されていると考えるかもしれない、そのような他人にライセンスする機会の減少を通じて、市場における損害を被った。」と指摘し、フェアユースの法理についても、その適用を否定した。

これらの結果、控訴裁判所は、原告の宣言的救済および504条(b)項に基づく「現実損害の賠償」を求める請求に関して、地方裁判所の判決を取り消して、事件を差し戻した。

8. *Knickerbocker* 事件

これから紹介する、第2巡回区連邦控訴裁判所から出された、*Knickerbocker Toy Co. v. Azrak-Hamway International, Inc.*, 668 F.2d 699(2d Cir. 1982) (本稿では「*Knickerbocker*判決」という。)は、de minimisを認めた事例ではあるが、その理由は特に示されていない。これは、著作物である製品を写した写真が、企業内で見本の一部として使用されたというやや特殊な事案であった。脚注6)で指摘したように、*Ringgold*判決は、同判決が言うde minimisの概念の3つの意味のうち、その1つめの意味の例として、この判決を挙げている²⁴⁾。

24) もっとも、前掲注4) GOLDSTEIN ON COPYRIGHT §11.7は、n.10とそれに対応する本文を見ると、この判決のみならず、同じ第2巡回区連邦控訴裁判所または第2巡回区内の連邦地方裁判所から出された、*Sandoval*判決、*Gottlieb*判決、*Solid Oak*判決についても、*Ringgold*判決が言う1つめの意味の例として捉えているように見受けられる。そして、de minimisの原理を1つめの意味として捉える見解を「抗弁としてのde minimis」と呼ぶ。また、それに対峙するものとして、「侵害の一要件としてのde minimis」と呼ぶものを挙げるが、これは、de minimisの原理を*Ringgold*判決が言う2つめの意味として捉える見解を指すと思われる(そ

<事案の概要および著作権侵害についての判断>

この事件の原告は、「Wrist Racers」という商品名の玩具を発売していた。この玩具は、子供の手首にバンドで留められる透明なプラスチック製の覆いから成り、ボタンを押すことによって、子供は、覆いの蓋を開き、ミニチュアの手巻きぜんまいで動く自動車を発進させ、覆いの基部から傾斜路を下って滑走させることができる。Wrist Racersの発売の翌年、被告は、「Shooters」と名付けられた同様の玩具を発売することを決定した。Wrist Racersの中にもShootersの中にも、ジェネラルモーターズ社のコルベットの型があった。そのため、原告は、Shootersのコルベットが、Wrist Racersのモデルから模倣され、その結果、原告の著作権を侵害した、などと主張して訴えを提起した。また、原告は、原告がどうやらディスクバリーにおいて入手したらしい、被告の「ブリスター」展示カードが、原告の著作権を侵害してWrist Racers製品の写真を使用していると主張する請求原因を追加した。Wrist RacersのコルベットとShootersのコルベットについて、事実審（ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所）の裁判官は、2つの玩具のデザイナーは、ジェネラルモーターズ社のコルベットの異なる型にそれぞれのデザインの基礎を置いたと認定して、被告は、原告のコルベットを模倣していないと結論づけた。また、ブリスターカードは、被告のShootersに関係のある広告文を表示していたが、原告のWrist Racers製品の実例を使用していたところ、被告の副社長は、そのカードは、被告が図

の見解に最も強力に立つものとして、後記9のBell判決を挙げる。)。これらの見解の違いについて、「その相違はまた、立証責任の分配に対する重要な影響がある。」と言う。これに対して、2 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 8.01[G] (2022) は、その本文の中で、「『de minimisの模倣』は、単に実質的類似性の反対を表している。」と述べ、そのn.86で、「多くの事件における『de minimisの侵害』への言及は、この意味を言っている。」と指摘する。そして、続けて、「実質的類似性の要素が満たされ、フェアユースが適用できないときでも、de minimisの防御が侵害を否定することがあるかどうかについては、問題がまだ残っている。」とは言うものの、「de minimisという言葉のいくつかの可能な意味の中で、その防御は、実質的類似性かフェアユースを判断するために主としてその役割を限られるべきであることは明らかである。」と述べ、そのような場合にde minimisの法理を活用することには消極的であるようである。

版の位置を定めるために制作した見本にすぎないと証言し、事実審の裁判官は、「単刀直入に言えば、それは、決して使用されることがない控えにすぎない。」と述べて、この請求も退けた。そこで、原告が控訴した。控訴裁判所は、模倣に関する事実審の裁判官の認定は明らかに誤っているとはいえないとし、また、「本件の裁判記録によれば、プリスターカードについての著作権の主張は、明らかに *de minimis non curat lex* の原則の範囲内であり、その主張を退けたことは支持される。」と判示し、特に理由を示すことなく、*de minimis* を認めた。

9. Bell 事件

続いて、写真がウェブサイトに掲載されたという事案について、*Knickerbocker* 判決を頼りに *de minimis* を認めた第一審判決²⁵⁾ を取り消した判決として、第9巡回区連邦控訴裁判所²⁶⁾ から出された、*Bell v. Wilmott Storage Services, LLC*, 12 F.4th 1065 (9th Cir. 2021) (本稿では「*Bell* 判決」という。)がある。

<事案の概要>

原告 Bell は、2000年3月か5月に、インディアナポリスのスカイラインの風景写真（この判決文は、「Indianapolis photo」と呼ぶ。ちなみに、第一審判決は、「Indianapolis Photograph」と呼ぶ。）を撮影した（もっとも、そもそも、原告がその写真を撮影したのかどうかについて、真剣な論争はない、と控訴裁判所は指摘する。）。当時、原告は、インディアナポリスの法律事務所にて弁護士として勤めており、その写真は、ある時期にその法律事務所の公式ウェブサイトに掲載された。原告は、さらに、オンライン写真ギャラリー上でその写真を公表した（そのギャラリーから、原告は、商業的に彼の写真の使用の許諾を与

25) *Bell v. Wilmott Storage Services, LLC*, 2019 WL 4391117 (C.D.Cal. 2019)。

26) アラスカ州、アリゾナ州、カリフォルニア州、アイダホ州、モンタナ州、ネバダ州、オレゴン州、ワシントン州、ハワイ州等を管轄区域とする。

えている。)。2018年に、原告は、その写真を使って、Google の画像検索でリバータイム検索を行ったところ、その写真を VisitUSA.com というウェブサイトと関連したデータベースサーバー上に見つけた。そのウェブサイトは、2012年に、被告 Wilmott社が、第三者から買い取ったものであり、その写真は、少なくとも、新たに更新されたウェブサイトを被告が始めた、2014年12月23日にはすでに、そのウェブサイトをホストするサーバー上に存在した。もっとも、その画像は、原告がしたようなりバータイム検索を行う利用者や、「ピンポイントアドレス」を知っている人たちにとってしかアクセスできなかった。2018年4月7日、原告は、被告に、被告がその写真を原告の許諾なしに展示していると通知した。それより前には、被告は、その写真がそのサーバー上にあることを知らなかったが、原告の要請に応じて、その写真をそのアドレスから取り除いた。(しかし、原告がこの訴訟を提起した6か月後の、2019年3月には、被告は、その写真の複製物をそのサーバー上の、今度は前とはわずかに異なるアドレスに展示していた。原告は、被告がその写真の、この複製物もまた取り除くように要請し、被告はそのようにした。)

原告は、2018年に、被告を著作権侵害で訴えた。その後、双方がサマリー・ジャッジメントの申立てをした。第一審のカリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所は、被告が主張する de minimis の使用の抗弁について、*Knickerbocker* 判決を頼りに、「それがそのウェブサイトのウェブページ上に展示されたという証明力のある証拠はなく、単にそのウェブサーバー上に眠っているように蓄積されたファイルとして存在するにすぎない Indianapolis Photograph は、*Knickerbocker* 事件において単に控えとして使用されていたプリスターカードに似ているという Wilmott 社の見解を支持する。」と述べ、「Wilmott 社のウェブサーバー上に存在する Indianapolis Photograph の複製物は、……結局、せいぜい、法律問題として訴ええない、de minimis の、『技術的な』侵害になるにすぎない。」と判断して、被告にサマリー・ジャッジメントを与えた。

<公の展示および De Minimis についての判断>

控訴裁判所は、まず、その画像が、リバースイメージサーチを行う利用者や、ピンポイントアドレスを知っている人たちにとってしかアクセスできなかった、という点について、いわゆる「サーバーテスト」を是認した Perfect 10, Inc. v. Amazon, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) に従い、「どのような利用者であっても、……Indianapolis photoのためのピンポイントアドレスを訪れば、Wilmott社のサーバーは、その写真をその利用者へ送信し、そして、その写真は、『そのコンピュータのメモリに固定された [Indianapolis photo] の複製物を使って、[その利用者の] コンピュータの画面にいっぱい広がる』だろう。」「Wilmott社のサーバーは、Indianapolis photoを、そのピンポイントアドレスまたはリバースイメージサーチを使う、公衆のどのような一員にでも送った。」と指摘して、被告がその写真を公に展示したことを認めたとうえで、続いて、de minimisの使用について、「本件では、『模倣の程度』は全体であった。すなわち、侵害作品は、著作権で保護されたIndianapolis photoの全く同じ複製物であった。したがって、de minimisの模倣があったかどうかについて審理の余地はない。」とした。さらに、de minimisの法理の位置づけについて、「私たちの巡回区および他の巡回区の大多数は、de minimisの法理を侵害に対する抗弁としてではなく、むしろ侵害作品と著作権で保護された作品が、その模倣を訴えうるものにするほど実質的に類似しているかどうかという問題への解答としてみている。」と述べる²⁷⁾とともに、Design Data Corp. v. Unigate Enterprise, Inc., 847 F.3d 1169 (9th Cir. 2017) (この判決は、次稿で紹介する予定である。)等を挙げ、「私たちは、しばしば、著作権におけるde minimisの原理の特徴を、保護された作品の被告による『使用』に集中する原理として捉えてきたが、……この文脈における『使用』は、Wilmott社や原裁判所がその言葉を解釈するように、明白に侵害している作品を被告がどの範囲

27) このくだりは、脚注24)で紹介した、「『de minimisの模倣』は、単に実質的類似性の反対を表している。」と述べる前掲2 NIMMER ON COPYRIGHT § 8.01[G]に通じるものである。

で使用するか、ということには言及していない²⁸⁾。それどころか、『使用』という言葉によって、私たちは、2つの作品が実質的に類似しているかどうかを判断するにあたって、侵害していると申し立てられた複製物を作成するために被告によって『使用』された、保護された作品の質または量に一貫して言及してきた。」と述べ、*de minimis*の法理を実質的類似性の中に位置づける。また、*Knickerbocker*判決については、「*Knickerbocker*判決は、……Azrak社（筆者注：*Knickerbocker*事件における被告）が*Knickerbocker*社の玩具を模倣したという主要な請求と比べると、そのプリスターパックの保護された写真の相対的な非重要性をよく考えたうえで、Azrak社による、*Knickerbocker*社の保護された写真の『使用』は、ただ、要するに*de minimis*の、すなわち、訴ええない模倣になるにすぎないただけ判断するものとして解釈されうる。」とする。そして、「Indianapolis photoのような、他人の保護された作品をすっかり模倣または複製することは、当然、*de minimis*の模倣ではありえない。」として、地方裁判所のサマリー・ジャッジメントを取り消して、差し戻した。

10. Straus 事件

最後に、写真がそのライセンス契約の範囲を超えて使用されたという事案において、そのような使用のうちの2つについて、*de minimis*を認めて、著作権侵害を否定した判決として、第5巡回区²⁹⁾内のテキサス州南部地区連邦地方裁判所から出された、*Straus v. DVC Worldwide, Inc.*, 484 F.Supp.2d 620 (S.D.Tex. 2007)（本稿では「*Straus*判決」という。）があるが、この判決が*de minimis*を認めた2つの使用のうちの1つは、その写真を使った店内用広告材料が、その契約の終了後も、ある店舗において片付けられずに残されていた、という興味深い事案であった。

28) この部分は、*de minimis*の法理について一般論を展開した*Davis*判決に対する批判にもなりうるであろう。

29) ルイジアナ州、ミシシッピ州、テキサス州等を管轄区域とする。

< 事案の概要 >

プロの写真家である原告は、被告Smithkline Beecham社（ただし、事業では、「Glaxosmithkline」という名称を使用している。判決文は、「GSK」と言う。）と、そのマーケティング代理店である被告DVC社を、両社が、原告が1989年にプロゴルファーであるArnold Palmerを撮影した写真、または、それと実質的に類似した画像を、Palmerに被告GSKの禁煙プログラムおよび製品のためにスポークスパーソンとして務めてもらう、2001年11月から2002年2月の禁煙キャンペーンの中で、原告が応じた許諾の範囲を超えて使用することによって、その著作権を侵害したと主張して訴えた。この事件の争点は多岐にわたるが、原告の請求の中には、(1) 原告の写真を使った店内用広告材料「shelftake」が、(それを含む広告材料の取り付けおよび片付けのために被告GSKが雇った第三者が、不注意にもそれを片付け損なったために、) 原告と被告GSKの間のライセンス契約が終了した後も1か月以下の間、ヒューストンのEckerdドラッグストアの棚に片付けられずに残されていたこと、(2) 2001年12月から2002年3月に流れた、30秒のテレビコマーシャルが、被告GSKの「Quitting Together Kit」のパッケージ上の原告の写真（そのパッケージ上での使用については、当事者間のライセンス契約で認められていた。）の、短時間の「スニペット」を含んでいたこと、があった。そのコマーシャルは、大きさが縮小された、3つのGSKの禁煙グッズが、その終わりに展示され、それらの製品は、その表面に原告の写真の付いた箱形のパッケージとして現れる「Quitting Together Kit」、どちらもただ同定する商品名のみ付いた製品パッケージとして示されるNICORETTEの箱とNICODERM CQの箱であり、上に原告の写真を見せるKit、下にその他の2つの製品の箱という三角形型に配置されていた。原告のこれらの請求に対して、被告らは、いずれもde minimisであると主張して、部分的サマリー・ジャッジメントを求めた。被告らは、特に、(2)の請求に対しては、4つの30秒のコマーシャルのうちの一つの中でほんの数秒間現れるにすぎず、大きさは縮小され、その広告キャンペーンにおいて使われたPalmerのその他の写真のどれとも見分けがつかないほど小さく、かつ、焦点

が合っていないと主張した。

< De Minimis についての判断 >

裁判所は、*Ringgold*判決が指摘した de minimis の概念の3つの意味を、それぞれ「『技術的な』些細な侵害」、「些細な程度の模倣」、「模倣された著作物の部分の陳腐さ」と名付けつつ、(1)の請求については、「Strausの1989年のPalmerの写真を含む、1点のshelftake広告物が、その写真の使用が4か月間、2万3000店での広告物での利用のために許諾された、全国的な広告キャンペーンに続く1か月以下の間、—2万3000店中の—1店で残されていた……。この無許諾の使用は、訴えうる模倣のために必要とされる最低水準を下回るほど些細である³⁰⁾。Strausの請求は、法律問題として、功を奏さない。」と判断し、(2)の請求については、*Sandoval*判決の事案も紹介しながら、「Strausの写真は、その30秒のコマーシャルの終わりに2から3秒間現れる。」「幅13.5インチ、高さ11.5インチの画面上では、その写真の大きさは1インチ、1インチである。それは、焦点が合っておらず、Arnold Palmerの写真と見分けはつくが、特定の写真とは見分けがつかない。*Sandoval*判決の事案において、その映画の中の『スニペット』を de minimis にした側面は、このコマーシャルにも存在する。法律問題として、Strausの写真の、その無許諾の使用は、量的に de minimis である。」と判断するとともに、そのほか、被告GSKが、2002年8月中に、同

30) この言い回しだけを見れば、この判決は、ここで、*Ringgold*判決が言う de minimis の概念の2つめの意味を指しているようにも思われる。もっとも、*Ringgold*判決やそれに倣ったいくつかの判決における de minimis についての検討過程を見ればわかるように、その2つめの意味は、実質的類似性の存否を問うものである。しかし、このshelftake広告物が(もっとも、それがどのようなものであったかは、この判決文からは判然としないが)、その写真と実質的に類似していないとすることができるであろうか。この判決が、ここで de minimis を認めたのは、たった1点の広告物が、せいぜい1か月の間、わずか1店舗で残されていたにすぎないという点から、この違反を些細であると評価したからであると解される。そうであれば、ここで認められた de minimis は、*Ringgold*判決が言う1つめの意味に当たると捉えるべきであろう。このことは、この判決が、「使用」という言葉を、*Bell*判決が批判的に指摘した、「明白に侵害している作品を被告がどの範囲で使用するか」という意味で使っていると考えられることに起因しよう。

じく Palmer の、別の写真家が撮影し、被告 GSK が色を暗くしたり明るくしたりなどして改変した写真をこのキャンペーンの広告材料に使用したことに対する、原告の請求についても、その改変された写真は原告の写真と実質的に類似していないとして、これらの3つの請求について、被告らの部分的サマリー・ジャッジメントの申立てを認めた。なお、被告 DVC 社が、潜在的な顧客に見せるために、自社のウェブサイトに掲載した広告材料の中に、原告の写真を使った広告が含まれていたことについて、フェアユースまたは黙示の許諾を主張して被告 DVC 社がした、部分的サマリー・ジャッジメントの申立ては退けられている。

以上のように、著作物が視覚的または視聴覚的な作品に利用された場合について、de minimis の主張がどのように扱われてきたか、前稿で紹介した *Solid Oak* 事件を含めれば、11 件の裁判例を見てきた。*Knickerbocker* 判決や、*Straus* 判決の shelftake についての判断を除けば、多くの場合、その主張の可否を判断するにあたって、そこで使用された著作物の観察可能性が検討されていると言ってよいであろう。さて、次稿では、これも前稿で紹介した *ECIMOS* 判決の事案のように、コンピュータプログラムのコードが模倣された場合などについて、これまでの裁判例を概観してみたいと思う。

前稿13頁の注14)に誤りがありました。下記のとおり、お詫びして訂正いたします。

誤：ROBERT A. GORMAN, JANE C. GINSBURG & R. ANTHONY REESE, COPYRIGHT: CASES AND MATERIALS 651 (9th ed. 2017) は、

正：Ringgold, 126 F.3d at 76 は、

