

No. 123(2010/10)

フェア・ユースの成否と暫定的差止命令の要件が争点となったサリンジャー事件について

地裁決定(Salinger v. Colting, 641 F.Supp.2d 250 (S.D.N.Y. 2009))および
控訴裁決定(Salinger v. Colting, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010))の概要*

奥邨弘司[†]・中村佑^{††}・平井直子^{†††}

はじめに

小説家 J.D. Salinger 氏が亡くなったことを伝えるニュースが世界を駆け巡ったのは、本年(2010年)はじめのことであった。その Salinger 氏の代表作であり、またあまりにも有名な小説「ライ麦畑でつかまえて」に関連する裁判である本件は、作者や作品がもたらす話題性を超えて、法律上も注目に値する論点を含んでいる。地裁ではフェア・ユースに関して、特に変容力(transformative)とは何かについて興味深い議論が展開され、また控訴裁では、暫定的差止命令の要件について(少なくとも第2巡回区では影響力の大きい)注目されるべき判断を示した。事件自体、未だ係争中であることを割り引くとしても、米国著作権法を理解する上で、少なからず参考になるかと思われるので、以下その概要を紹介することとしたい。

1. 事案の概要

原告である J.D. Salinger は、小説「ライ麦畑でつかまえて」(以下「つかまえて」という)の著作者・著作権者である。被告である Fredrik Colting は、John David California というペンネームで、小説「60 Years Later: Coming Through the Rye」(直訳すると60年後:ライ麦畑を通り抜け)(以下「60年後」という)を執筆し、2009年5月9日、英国イングリ

* 念のために付言すると、本稿は執筆者らの個人的見解を示すものであり、各人が所属する組織のそれを代表等するものではない。(執筆者名は50音順)

[†] 神奈川大学経営学部准教授。奥邨は、はじめに、4-1(2)、4-4および7-4の執筆、ならびに全体の構成を担当した。

^{††} 株式会社日本総合研究所法務部所属。中村は、控訴裁決定に関する5-7(7-4を除く)を担当した。

^{†††} パナソニック株式会社法務本部東京法務室所属。平井は、1. 事案の概要ならびに地裁決定に関する2-4(4-1(2)および4-4を除く)を担当した。

ドにおいて、自身が経営する出版社 Windupbird Publishing Ltd から出版した。なお、Colting は、「60 年後」の出版に際して Salinger の許諾を求めなかった。

「つかまえて」は、16 歳の少年 Holden Caulfield の成長物語で、発表後 10 年間で 100 万部以上を売り上げ、世界的なベストセラーとなった。「60 年後」は、「Mr.C」と呼ばれる 76 歳の Holden Caulfield の物語で、Mr.C の著作者である「小説上の人物とされた Salinger」(90 歳と設定されている)がいる世界の物語である。

2009 年 6 月 1 日、原告 Salinger は、「60 年後」は「つかまえて」の派生的著作物であり、また、「60 年後」のキャラクター「Mr. C」は「つかまえて」のキャラクター Holden Caulfield を侵害しているとして、Colting、「60 年後」の出版社である Windupbird Publishing Ltd、Nicotext A.B.および ABP, Inc. (Nicotext の米国販売会社) (以下まとめて「被告」という)に対し、著作権侵害およびコモン・ロー上の不正競争を主張して、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所に訴えを提起した。

原告が、前記訴訟の審理の間、被告による米国内での「60 年後」の出版、広告その他の頒布を禁じる暫定的差止命令 (preliminary injunction) を申立てたところ、地裁はそれを認容する決定を行った (641 F.Supp.2d 250 (S.D.N.Y. 2009)。以下、「地裁決定」という)。これを不服とした被告は、第 2 巡回区連邦控訴裁判所に控訴した¹。控訴裁は地裁の決定を取消し、事件を差し戻した (607 F.3d 68 (2d Cir. 2010)。以下、「控訴裁決定」という)。

2. 地裁決定の争点

地裁では、まず被告による著作権侵害を一応認定した上で、暫定的差止命令が認められるかどうかをめぐって、①フェア・ユースの抗弁の成否 (成立すれば結果的に著作権侵害とはならない)、および②暫定的差止命令の適否が争点となった。

3. 地裁決定の概要

3-1 結論

2009 年 7 月 1 日、地裁は、原告の暫定的差止命令の申立てを認容した。

3-2 被告による著作権侵害の認定

地裁は、地裁決定の序文において、①原告が「つかまえて」について有効な著作権を有していること、②「Holden Caulfield のキャラクターは、侵害主張を見出しうる程度に十分に描写されている」こと、③「被告は『つかまえて』にアクセスしており、両作品間には複製されたと思わせるだけの類似性がある」こと、④「『つかまえて』と『60 年後』、Holden Caulfield のキャラクターと Mr. C のキャラクターとは、それぞれ実質的に類似しており、これは原告の著作権の不当な侵害に当たる²」ことを認定し、被告による著作権の侵害を認

¹ 原告 (被控訴人) J.D.Salinger 氏は、地裁判決後の 2010 年 1 月 27 日に死亡し、それ以降、J.D. Salinger Literary Trust が原告の地位を引き継いだ。

² 本稿でいうキャラクターとは、漫画のキャラクターのように図示されるものではなく、文字的・言語的なものをいう。なお、2 Nimmer on Copyright § 2.12(2009)は、裁判所の判断は分かれているものの、キャラクターについて著作権が認められた見解が明らかに優勢であるとしている。また、著作権による保護が認められた事件では、原告の作品中で当該キャラクターが独特なものとして描写されている一方、保護が認められなかった事件では、被告の作品との一般的な類似性は、キャラクターの単なるタイプの類似性で

めた上で、フェア・ユースの抗弁についての検討を行った。

3-3 争点① フェア・ユースの抗弁について

被告は、「『60年後』とその主人公 Mr. C は、原告の著作物のフェア・ユース（米国著作権法第 107 条³）に該当する」旨を主張した。これに対して地裁は、第 107 条所定のフェア・ユースの第 1 要素から第 4 要素のそれぞれについて検討した上で、総合衡量の結果、被告の主張は認められないと判断した。

(1) フェア・ユースの第1要素 — 利用の目的および性格

(i) 変容力の重要性

第 1 要素の検討においては、「『新しい作品が、単に原作品の目的にとってかわる (supersede the objects) ものなのか、あるいはそうではなく、原作品を新しい表現、意味づけ、メッセージで改変することで、更なる目的や異なる性格を伴い、何か新しいものを付け加えているものなのか、すなわち、“変容力がある” (transformative) かどうか』 (Campbell 事件最高裁判決⁴) が検討の中心となる。……『新しい作品に変容力があるほど、商業性等の、フェア・ユースを認めるのを困難にする他の要素の意義が小さくなりうる』 (Campbell 事件)。」

「第 1 要素の『利用の目的および性格』の検討に際しては、『第 107 条の前文で示された例示が指針とされるのであり、当該利用が批評(criticism)、論評、ニュース報道等に該当するかを検証することになる。』さらに、Campbell 事件で、裁判所は、第 107 条の文言には明示的に含まれていないが、『パロディは、変容力がある価値に明らかに値する』のであり、したがって、『他の批評や論評と同様に、第 107 条に基づきフェア・ユースに該当する』と判示している。」

(ii) パロディと風刺の区別およびパロディに当たるか

「当裁判所は、まず、被告による、『60年後』はパロディの要素を含んでおり、変容力がある性質を有する、との主張を検討する。」

はじめに、Campbell 事件の判断を引用して、パロディと風刺(satire)についての区別を示

あり、独特なものとしての描写の類似性ではない、としている。

³ 米国著作権法第 107 条 (排他的権利：フェア・ユース)

第 106 条および 106 A 条の規定にかかわらず、批評、論評、ニュース報道、教育（教室での利用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究、調査などの目的での、著作権のある著作物のフェア・ユース（コピーまたはレコードへの複製その他 106 条に定める方法による利用を含む）は、著作権の侵害とならない。特定の場合において著作物の利用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 利用の目的および性格（利用が商業的性質のものか、非営利的教育目的かを含む）
- (2) 著作権のある著作物の性質
- (3) 著作権のある著作物全体との関係で、利用された部分の量および実質性
- (4) 著作権のある著作物の潜在的市場や価値に与える利用の影響

上記の要素の全てを考慮してフェア・ユースであると判断された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、フェア・ユースであるとの判断を妨げない。

⁴ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)。

す。「風刺は、より広く社会の側面につき批評や論評を行うものであるところ、パロディは、それが借用してきた作品そのものに批評の刃を向けるものである。よって、『パロディは、その伝えたいことを分かってもらうために原作品を真似る必要がある、そのために、その犠牲者の想像力の産物を利用する何らかの資格があるが、風刺は、それ自身で自立するものなので、風刺における借用行為については、正当化が要求される。』（Campbell 事件）」

「被告は、『60年後』は『つかまえて』とその著者に対しての直接の論評であり、単なる風刺やその他の形態の批評というよりも、パロディの一例である、と主張する。しかし、裁判所は、さもなくば侵害となる作品が、107条の下でパロディとなるかどうかを分析する前に、まずそれが『パロディ的な性格を合理的に感得されうるか』を判断しなければならない。……Campbell 事件他により、パロディは、著作者自身に対してではなく、著作者の作品そのものに対する批評や論評の要素のみを含むものとして限定されている。……しかしながら、『60年後』には、『つかまえて』のキャラクターやテーマに対する合理的で明確な応答も、特定の批評も存在しない。」

「『60年後』の明白な目的は、Holden の孤独感、不合理さや滑稽さを暴き立てることではなく、むしろ、Holden のファンが Holden のそのような性格に対して抱く感情を満足させることにある。ところで、Holden のそのような性格は、既に『つかまえて』により保護されうる創造的な表現の領域にまで高められたものに他ならない。故に、当裁判所は、『60年後』には、『つかまえて』や Holden についての、合理的に感得できるパロディ的な性格は含まれないと判断した。」

さらに、「『60年後』に Salinger を登場させたことは確かに新規なことではある、しかし、……被告は、Salinger の隠遁者的な性格と願望、すなわち『自分が創作したキャラクターや物語を、他人が他のメディアに改作することを拒絶する、自分の知的財産権に対する鉄壁の管理』をしようとしていることを批評するために、Salinger を『60年後』のキャラクターとして利用したとする。しかしながら、これは、せいぜい、著作者 J. D. Salinger とその想定される性格について批評と論評する道具に過ぎず、原作品や Holden 自体を批評していないため、パロディの一例とはならない。」とした。

(iii) パロディ以外の変容力がある利用か

「『60年後』がパロディ的な変容力を欠いていることを認定した上で、当裁判所は、次に、『60年後』にそれ以外の変容力のある内容が含まれているかを検討する。

第一に、『つかまえて』と Holden のキャラクターにつき変容的な利用を行ったとの被告の主張について検討する。『60年後』は、被告主張のように、Holden の神経質、憂鬱、孤独、不合理、人として成長する能力に欠けているという性格を強調し論評しているかもしれないが、Holden のこれらの特徴は、原作品にあふれており、おそらく『つかまえて』の物語の中心でさえあるから、『60年後』のこれらの側面については、『最初の作品を新しい表現や意味、または主張により変化させることで、更なる目的や異なる性格を伴って、何か新しいものを付け加えている』（Campbell 事件）とはいえない。」

第二に、「被告が、Salinger を『60年後』のキャラクターとして利用し、Salinger の隠遁者的な性格と願望、すなわち『自分が創作したキャラクターや物語を、他人が他のメディアに改作することを拒絶する、自分の知的財産権に対する鉄壁の管理』をしようとしてい

ることを批評した点には、原告も認めるように、ある程度変容力のある価値がある。」しかし、(i)被告自身が「60年後」を「つかまえて」の続編と認めており、(ii)原告のキャラクターは277頁中わずか40頁にしか登場せず、その多くは1つの章(第20章)であり、(iii)「60年後」が「つかまえて」から内容とスタイルをあまりにも広範に借用しすぎている。

「したがって、著作者である J.D. Salinger を批評するために、Salinger というキャラクターを利用したことに関して、『60年後』にはパロディ的ではない変容力のある要素が存在している一方で、その効果は上記の理由により減殺されており、『60年後』がフェア・ユースとなるかは、残りの要素に大いに依存する。」

(iv) 商業性

なお、「第107条の第1要素のもう一つの判断基準は、著作権侵害をしているとされる著作物の『利用が商業的性質のものか、非営利的教育目的か』どうか、ということである。本件では、被告は『60年後』が営利目的で販売されていることを争っておらず、従って、この判断基準については、フェア・ユースの認定に不利である。」

(2) フェア・ユースの第2要素 — 利用された著作物の性質

「本件において、『つかまえて』が『著作権の保護の目的の核に存在する、公に広められる創造的な表現』(Campbell 事件)であることに疑いはない。従って、これはフェア・ユースの認定に不利である。」

(3) フェア・ユースの第3要素 — 利用された著作物全体との関係で、利用された部分の量および実質性

「現在当裁判所に提出されている記録に基づく、本件において被告は、Salinger 氏とその態度や振る舞いを批評するという、被告の主張によれば変容力のある目的のために必要とされるものよりも、質的にも量的にも、多くのものを『つかまえて』から取り込んだ。……『パロディは、批判的な機知を働かせる対象を認識可能にするために、少なくとも、原作品を十分に想起させることができなければならない』(Campbell 事件)ことを踏まえると、『つかまえて』や Caulfield のキャラクターを対象とするパロディ作品を補完するためなら、頻繁かつ広範な Caulfield のキャラクターの利用でさえ必要であったと主張できるかもしれない。しかし、Salinger の作品ではなくて、Salinger 自身を論評するというパロディにはあたらぬ目的のためには、被告 Colting が、繰り返し、かつ広範なディテールを伴い、原作品をほのめかしつつ、原作品と同じ主人公を利用する必要性はなかった。」とした上で、「つかまえて」と「60年後」それぞれにつき、ポイントとなる文章を抜き出して比較すると、「被告は、『つかまえて』から、被告の主張する批評目的のために必要なもの以上を沢山取り込んでいるので、第3要素に関しては、フェア・ユースの認定に大いに不利に働く。」

(4) フェア・ユースの第4要素 — 利用された著作物の潜在的市場や価値に与える利用の影響

「第4要素は、裁判所に『侵害者と主張されている者による特定の行為により生じた市場の害の程度のみならず、被告によって行われた類の行為が限定されずかつ広範囲に行わ

れた場合に、原作品の潜在的な市場に実質的に悪影響を与えることになるか否かについても考慮する』（Campbell 事件）ことを求める。また、その検討に際しては『原作品の市場のみならず、派生的作品の市場に対する害についても考慮しなければならない。……潜在的な派生的利用には、原作品の著作者が一般的にいって、発展させ(develop)、または他人に発展的な利用を許諾(license others to develop)するようなもののみが含まれる』（Campbell 事件）。」

「本件については、被告が『60年後』を続編と呼ぼうが呼ぶまいが、裁判所は、『60年後』は、前述…のように、『つかまえて』とその主人公を継続させる小説として、著作者が“一般的に”「つかまえて」を発展させ、または他者に発展的利用や変形等を許諾するような作品であり、著作権法第 101 条で定義される派生的著作物を構成する、と認定した。……『60年後』は、『つかまえて』自体の市場はまず害さないだろうが、『60年後』を出版し、または類似の作品を広く出版することは、『つかまえて』の本当の続編や解説書であるという誤解によってか、あるいは単に新規性やマスコミ報道が減少することによってか、そのいずれにせよ、『つかまえて』の続編や他の派生的著作物の市場を実質的に害することは大いにありうる。……さらに、Salinger は、『つかまえて』の続編やその他の派生的著作物を出版することに何らの関心も示していなかったが、当第 2 巡回区裁判所は、以前から、仮に『著作者が自分の生きているうちは著作物の派生物を出版する意図を否定していた場合であってさえも』、著作者は、『自分の考えを変える権利がある』し、『自分の（著作物の派生物）を販売する機会を保護する権利がある』のだから、検討されるべきは、著作物やその派生物の『潜在的市場』であると強調してきた。……従って、『60年後』を出版することは『つかまえて』の続編やその他の派生的著作物の潜在的市場を害する可能性が高いので、第 4 要素に関しては、フェア・ユースの認定にわずかながら不利である。」

（5）フェア・ユースについての総合判断

「第 107 条に規定される 4 要素を著作権の目的に照らして考慮したところ、裁判所は、前述のように、『60年後』には、何らかの限定された変容力がある性質を見出せるものの、主張されているようなパロディ的要素は合理的に感じ取れず、また、パロディ的ではない限定的な変容力のある要素は、作品の明らかな商業的性格を凌駕できそうになく、『つかまえて』の派生的著作物の潜在的市場を害する可能性が高く、そして、特に、『60年後』が『つかまえて』と Holden Caulfield のキャラクターから借用している程度が実質的かつ広範であると認定した。」

3-4 争点② 暫定的差止命令の適否について

暫定的差止命令が認められるための要件については、Bronx Household of Faith v. Board of Educ. of City of New York, 331 F.3d 342, 349 (2d Cir. 2003)⁵を引用して、「連邦民事訴訟規則第 65 条に基づき、『申立人は、暫定的差止命令を得るためには、(1)差止命令がなければ回復不能な損害を被るであろうこと、および(2)(a)本案勝訴の見込み、または(b)訴訟の正当な

⁵ Forest City Daly Housing, Inc. v. Town of North Hempstead, 175 F.3d 144, 149 (2d Cir. 1999)も引用。

根拠となる、本案に進むべき十分に重大な問題を含み、負担のバランスが明らかに申立人に有利であること、を立証しなければならない』とした。そして、*ABKCO Music, Inc. v. Stellar Records*, 96 F.3d 60,66 (2d Cir. 1996)他を引用して、「原告が著作権侵害につき一応の証明を行った場合、回復不能な損害は推定される。」とした。

3-5 地裁決定の結論

「原告が著作権侵害訴訟の本案で勝訴の見込みがあるという裁判所の判断と、回復不能な損害が推定されることを前提として、裁判所は、被告に対し、米国または米国に対する『60年後』の複製物またはその一部の製造、出版、頒布、出荷、広告、宣伝、販売その他の流布を暫定的に禁じる。」

4. 地裁決定についての考察・コメント

4-1 「続編」についてのフェア・ユース

(1) 地裁決定は、「続編の執筆がフェア・ユースに当たるか」という問題の検討に際して、フェア・ユースおよびパロディに関するリーディング・ケースとされる *Campbell* 事件最高裁判決がフェア・ユースの第1要素・第4要素について示した判断枠組をいかに適用するかを示したものとして、注目されるものである。

Campbell 事件では、第1要素の検討の中心を「変容力がある」か否かであるとした上で、一般的にパロディには変容力がある」とする。また、単なる風刺と区別されるパロディの本質として、原作自体に対する批評や論評として原作を真似るものであるがゆえに、原作の表現の借用が正当化されるとしている。

地裁決定では、これらを前提とした上で、「60年後」はパロディには当たらないと判断している。その理由として、地裁決定は、①「60年後」は原作自体についての批評を目的とせず、むしろ、原作で描かれた主人公の特徴的な性格（神経質で憂鬱で孤独で不合理等）を描くことで主人公のファンを満足させることを目的にしていること、また、②「60年後」に、批評として「変容力のある」要素があるのは、著作者である原告を小説中に登場させている部分だが、これは著作者に対する批評ではあっても、原作自体に対する批評とはいえないこと、をあげる。

(2) 第1要素の検討に関して、地裁決定を理解する上で参考となるのは、「風と共に去りぬ」を混血女性の視点で描き直した小説「*The Window Done Gone*」が著作権侵害を問われた *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)事件決定であろう⁶。同決定では、被告の作品は、「『風と共に去りぬ』の歴史観、価値判断および神話的信仰を反駁・破壊しようとする批判的意見表明である⁷」と位置づけられた上で、被告作品の著作者は「『風と共に去りぬ』に戦いを挑むために、そこで徴用された要素を十二分に利用したものである⁸」として、変容力のある利用であることを認めた。

地裁決定は続編に関するもの、*Suntrust Bank* 決定はパロディに関するものという違いは

⁶ 詳しくは、山本隆司編：山本隆司・奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』（太田出版・2010）145～150頁（山本担当）参照。

⁷ 山本・前掲注6）147頁（山本担当）。

⁸ 山本・前掲注6）148頁（山本担当）。

あるが、ただ両決定を読み比べてみると、ポイントは、いかに原作品に対して批評や論評をしているかという点にあるように思われる。逆に言えば、本件でも、単に60年後の世界を描くというのではなくて、その世界を描くことで、原作品そのものに対する痛烈な批評や論評となっていれば、フェア・ユースが成立したかもしれない。（事実、Salinger氏を批評等するためにキャラクターとして登場させたところの変容力があるとされている。ただその部分は、被告作品全体の中で、質量共に限定的であったために、被告作品全体をフェア・ユースとするには「力不足」であったが、仮に全編を通じてであった場合は、どのような結論となっていたであろうか。）いずれにしても、地裁決定とSuntrust Bank決定を比較することで、原作と同様の主人公が登場する小説において、いかなる場合にフェア・ユースが成立しうるかについて一定の傾向を読み取ることができよう。今後、同様の事件を検討する際の参考になるものとして評価できる。

また、裁判例の中には、被告の作品がパロディであるか否かを問うて、パロディでないとすれば直ちに変容力無しとする事例（例えば、*Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997)⁹）と、パロディは変容力のある場合の典型であり、パロディでない場合も例えば風刺として変容力がないかを問う事例（例えば、*Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)¹⁰）があるが、本地裁判決は、後者に近いものであろう。なぜなら、パロディではないとしつつ、パロディ以外の変容力のある利用方法ではないかを問うているからである。Campbell事件判決自体は、パロディの場合にのみフェア・ユースを認め、パロディにあたらぬ風刺の場合は一切それを認めないとするものではないが、その点を反映した裁判例として本決定を捉えることもできよう。

(3) 第4要素の潜在的市場については、原作品のみならず派生的作品の潜在的市場も含まれるとしたCampbell事件を引用した上で、本件の原告Salingerのように、本人は続編その他原作の派生的作品の作成を自ら行ったり、他人に許諾したりするつもりがないことを表明していた場合でも、一般論としては続編の潜在的市場は想定しうることを示唆した。これは、潜在的市場については著作者の主観を離れた客観的な概念として想定されるとの見解を示したものと理解できよう。

4-2 キャラクターの著作権侵害(日本との比較)

なお、漫画的ではない文字的・言語的キャラクター（以下、単にキャラクターという）に関する著作権侵害の成否一般の問題について、日本の著作権法との比較につき若干言及したい。

米国著作権法上は、キャラクターにつき著作権による保護を認める判例が優勢とされており¹¹、地裁決定でも、「Holden Caulfieldのキャラクターは、侵害主張を見出しうる程度に十分に描写されている」ことを理由に、被告による著作権侵害を認めている。

一方、日本の著作権法においては、複製とは、「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足るものを再製すること」（最高裁昭和53年9月7日判決民集32巻6号1145頁〔ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件〕）をいい、翻案とは、「既

⁹ 山本・前掲注6)135～139頁（奥邨担当）参照。

¹⁰ 山本・前掲注6)159～166頁（奥邨担当）参照。

存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう」「既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である。」(最高裁平成13年6月28日判決民集55巻4号837頁〔江差追分事件])とされている。したがって、続編中に原作と同じキャラクターが登場していても、そのキャラクターが単なる抽象的な概念として原作と同一といえるに留まる場合は、複製権侵害にも翻案権侵害にもならない。一方で、それとは異なり、原作でキャラクターを描写した具体的表現が再製されているような場合は複製権侵害となりえ、また、具体的表現は同一ではなくても、その表現上の本質的な特徴を直接感得できるような場合は翻案権侵害になりうるものと考えられる¹²。

地裁決定中で「つかまえて」の主人公 Holden のキャラクターの著作権侵害の根拠とされている「キャラクターの…十分な描写」が、抽象的な概念に留まらない具体的表現を意味しており、かつ、それが「60年後」の主人公 Mr. C の描写に再製されている、またはその表現上の本質的な特徴が現れているということであれば、日本の著作権法上も、複製権なり翻案権なりの侵害になったとも考えられる。しかし、本稿では言及しなかったが、地裁決定中、フェア・ユースの第3要素の検討箇所、「Holden のキャラクターとの類似性を示す例」として挙げられている Mr. C の特徴(「常に嘘をついていること、始終文句を言っていること、体調不良であること」等)を見る限りでは、単なるイメージを離れた Holden についての具体的表現についての再製や、その本質的な特徴が感得できる状態にあったといえるかについては、判断が分かれそうである。

4-3 いわゆる「日本版フェア・ユース」について

また、現在、わが国でも権利制限の一般規定(いわゆる日本版フェア・ユース)の導入が議論されているが、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会が2010年4月に公表した「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」(以下「中間まとめ」という)¹³によれば、地裁決定や Campbell 事件がフェア・ユースに該当するとしているパロディとしての利用は、その対象には含まれない模様である¹⁴。

他者の著作物のパロディとしての利用を権利制限の一般規定に含めるか否かは、権利制限の一般規定のとらえ方にもかわり、議論のあるところだろう。中間まとめにおいても、わが国では、そもそも権利制限の対象となるパロディとは何かという定義の論点をはじめ、「検討すべき重要な論点が多く存在すると考えられるので、その解決を権利制限の一般規

¹¹ 前掲注2) 参照。

¹² 中山信弘『著作権法』(有斐閣・2007)148頁は、「他人の小説の続編を無断で執筆した場合には、当然に主人公等の氏名、性格、役柄等を使用することになり、小説のキャラクターの典型的使用例といえるが、原作小説の具体的表現を模倣していない限り著作権侵害とはならない」とする。なお、早稲田祐美子「Q&A(著作権相談から)／続編と著作権」コピーライト583号(2009)44頁も参照。

¹³ http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/kenriseigen_matome_2204.pdf

¹⁴ 中間まとめ・前掲注13)23頁参照。

定の解釈に委ねるのは必ずしも適当ではない」とされている¹⁵。

しかし、ここで、パロディを権利制限の一般規定に含めるべきか否かという問題を離れて、権利制限の一般規定の意義について考えるに、その最大の意義は、技術や文化の発展等により、これまで想定しえなかった新たな著作物や、著作物の新たな利用形態が登場した場合にも、著作権の保護・利用のバランスの観点から合理的な結論を導くことを可能にする点にあると考えられる。

そうだとすると、形式的な著作権侵害行為があった場合に、著作物の公正な利用との均衡から、一定の場合に著作権侵害を否定する道具概念として、フェア・ユースの第1要素の判断の中心とされる、変容力があるか否かの基準は、著作物の種類や属性を問わない基準として機能しうる点で一定の評価ができると考える。地裁決定のフェア・ユースの判断においては、被告の主張に従い、まず「60年後」がパロディに当たるかを検討しているが、これは **Campbell** 事件においてパロディに当たれば変容力がありフェア・ユースに該当するとされたからであり、地裁が続けてパロディ以外の変容力があるかを検討していることから、結局は変容力があるか否かの基準が著作物の種類を超えた判断基準として機能しているといえる¹⁶。

もとより、米国著作権法での考え方をそのまま日本の著作権法に持ち込めると考えるものではなく、変容力があるか否かの基準をそのまま採用すべきと主張するものでもないが、日本版フェア・ユースの導入・その適用範囲の条文化に際しては、文言上は対象の属性等により適用場面が限定されないという、本来あるべき一般規定の本質を踏まえた上での検討がなされることを期待するものである。

4-4 暫定的差止命令の発令基準

なお地裁決定では、フェア・ユースが否定され、本案訴訟において著作権侵害が認められる見込みがあることを理由に、回復不能な損害を推定し、暫定的差止命令を認めた。地裁決定の立場は、著作権侵害が認められる見込みがあれば、暫定的差止命令が自動的に認められる、に等しいといえるが、果たしてそれでよいのかが争点となったのが、次にみる控訴裁決定であった。

5. 控訴裁決定の争点

地裁の判断を不服として控訴した被告（控訴人）は、その主な理由として、地裁決定は **eBay** 事件最高裁判決（**eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C.**, 547 U.S. 388 (2006)）において示された基準に矛盾する旨を主張したため、その点が控訴裁における主要な争点となった。

3-4でも触れたように、本件以前、第2巡回区控訴裁判所は、「(1)差止命令がなければ回復不能な損害を被るであろうこと、および、(2)(a)本案勝訴の見込み、または、(b)訴訟の正当な根拠となる、本案に進むべき十分に重大な問題を含み、負担のバランスが明らかに申立人に有利であること」を認定した場合、著作権法に基づく暫定的差止命令を発してき

¹⁵中間まとめ・前掲注13) 23頁。

¹⁶ 「変容力があるか」の基準が多様な著作物のフェア・ユースの判断基準として機能している例として、例えば、新聞記事についての **Nihon Keizai Shimbun, Inc. v. Comline BusData**, 166 F.3d. 65 (2d Cir. 1999) や写真についての **Nunez v. Caribbean Int'l News Corp.**, 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000) があげられる（山本・前掲注6) 84頁（奥邸担当）、同87頁～88頁（山本担当）。）

た。もっとも、「ひとたび原告が本案勝訴の見込みを立証すれば、他に満たすべき要件は暫定的差止命令が発令されなければ原告が回復不能な損害を被るという立証のみである。また、当裁判所は、伝統的に、原告が著作権請求の本案で勝訴する見込みがある場合は、差止命令が発せられなければ原告が回復不能な損害を被る見込みもまた存在すると推定してきた」。そのため、実態は、「ほとんど常に、本案勝訴の見込みの認定に基づいて当然のこととして差止命令を発してきた」という状況であった。「被告は、地方裁判所が当巡回区の長年の暫定的差止命令基準を適用しなかったと主張してはいない。むしろ、被告は、当該基準が言論の事前抑制にあたり憲法違反であること、および eBay 事件において示された最高裁の判決に矛盾することの双方を主張し（た）。」

補足的に述べると、eBay 事件は、特許権を侵害した場合の終局的差止命令をどのような基準で発するかについて争われた事案である。eBay 事件の最高裁は、特許権の侵害に伴う終局的差止命令を発するにあたっては、次の伝統的なエクイティ上の 4 要素テストに合格する必要があると判示した。すなわち、

「十分に定着しているエクイティの原則に従えば、終局的差止命令を求める原告が 4 要素テストに合格した後でなければ、裁判所は、当該命令による救済を付与することができない。原告は、

- (1) 回復不能な損害を被っていること、
- (2) 損害賠償金等、コモン・ローによる救済が当該損害を補償するには不十分であること、
- (3) 原告と被告との困難のバランスを考慮するとエクイティによる救済が当然とされること、および、
- (4) 恒久的差止により公共の利益が損なわれないことを証明しなければならない。」

eBay 事件についての詳細は後述する。

6. 控訴裁決定の概要

6-1 結論

2010 年 4 月 30 日、控訴裁は、地裁の判断について、eBay 事件および Winter 事件 (Winter v. Natural Resources Defense Council, 129 S. Ct. 365(2008)) において最高裁が示したエクイティ上の基準を採用しなかったとして、地裁の決定を取消し、事件を地裁に差し戻した。

6-2 eBay 事件の基準の著作権事件への適用

eBay 事件の基準が著作権事件にも適用できることについて、控訴裁は、2つの根拠を挙げた。

まず、控訴裁は、「eBay 判決の文章または論理のいずれも、当該原則が特許事件に限定されるものであるとは読み取れない。それどころか、eBay 事件の最高裁は、同判決が採用したエクイティの伝統的な原則は、あらゆる文脈における差止命令に関する推定的基準であることを強く示唆するものである」と指摘した。この点に関して控訴裁は、eBay 判決が、上記の 4 要件テストを提示した後に、連邦水質汚染防止法 (Federal Water Pollution Control

Act) の違反に伴う終局的差止命令に関する事案 (Weinberger v. Romero-Barcelo, 456 U.S. 305,311-13 (1982)) およびアラスカ国家利益土地保護法 (Alaska National Interest Lands Conservation Act) の違反に伴う暫定的差止に関する事案 (Amoco Production Co. v. Village of Gambell, 480 U.S. 531, 542 (1987)) という特許と関わりのない事案を引用し、それらの事案における考え方が特許の事案にも適用されるとしていることを指摘した。

次に控訴裁は、eBay 事件の「最高裁は、結論に達するにあたり、明示的に著作権事件に拠っている」と指摘した。「特許法の権利が排他権であることは、差止救済が好ましいという点を正当化する、という CAFC の理由付けに応えるにあたって、最高裁は『権利の創設と当該権利の侵害に関する救済の提供とは別物である』としている。この区別の根拠として、最高裁は『特許の所有者同様に、著作権者も、自身の財産権の利用を排除する権利を有している』……『特許法と同様に著作権法は、裁判所が著作権侵害を予防または抑止するために相当であると考えられる条件で差止命令による救済を認容することができない』旨規定している¹⁷⁾』ことをあげた。これらの類似性ゆえに、『最高裁は、伝統的なエクイティ上の衡量を、著作権が侵害されたという判断の後自動的に差し止めるというルールに置き換えることを、ずっと拒否し続けてきたのだ』と最高裁は強調する。eBay 事件で裁判所が引用した事件の背景およびそれらに特有の事情がどうあれ、最高裁が、特許に関する差止命令と著作権に関する差止命令とを別種のものであると考えなかったこと、また別の基準が必要なものであると考えなかったことは、明らかである。」

6-3 eBay 事件の基準の暫定的差止命令への適用

eBay 基準が暫定的差止命令にも適用できることについても、控訴裁は、2つの根拠を挙げた。すなわち、「第一に、上述のように、eBay 事件最高裁判決が伝統的なエクイティ上のテストを提示するにあたって依拠した2件の判決のうちの1件は、暫定的差止命令に関するもの(筆者注:具体的には前述の Amoco Production Co.の事案)であった」こと。そして第二に、暫定的差止命令について認定基準を示した「Winter 事件において、最高裁は、実際に、eBay 基準を適用した」ことの2点である。なお、Winter 事件の最高裁は、暫定的差止命令の基準について、次の通り判示した。

「暫定的差止命令は、決して権利として認められることのない例外的な救済である。各々の事件において、裁判所は、競合する損害の主張を比較衡量しなければならず、また、求められた救済の認容または拒絶が各当事者に及ぼす影響を考慮しなければならない。適切な裁量権を行使するにあたって、エクイティ裁判所は、差し止めという例外的救済を採用することによる公衆への影響について、特別の配慮を払わなければならない。」

6-4 著作権事件における暫定的差止

「著作権事件においてどういった場合に暫定的差止命令を発することができるかに関す

¹⁷⁾ 米国著作権法第 502 条(a) (差止命令)

本編において生じる民事訴訟の管轄権を有する裁判所は、第 28 編第 1498 条の規定に従い、著作権の侵害を防止または排除するために妥当だと考える条件に基づいて、暫定的そして終局的差止命令を発することができる。

る eBay 以前の当控訴裁判所の基準は、eBay 判決において示されたエクイティの原則に矛盾する。Winter 事件における最高裁の判決は、当裁判所が、少なくとも、『差止命令がなければ回復不能な損害が発生する恐れがある』か否かを検討しなければならない、『競合する損害の主張を比較衡量し』なければならない、また、『例外的な差止命令による救済を採用することによる公衆への影響について特別の配慮を払』わなければならないということをお教えるものである。故に、Winter 事件および eBay 事件に照らして、地方裁判所は著作権事件において原告の暫定的差止命令の申立てを容認するか否かを決定するにあたって次の審理を行わなければならない。」第一に、当巡回区の他の事件の大多数のように、裁判所は、原告が『(a) 本案勝訴の見込みがあること、または、(b) 訴訟の正当な根拠となる、本案に達する相当程度深刻な問題のいずれか、および負担の衡量が明らかに [原告] に有利であること』を立証した場合に限り、著作権事件において暫定的差止命令を発令することができる。第二に、裁判所は、原告が『差止命令がなければ回復不能な損害が発生するおそれがある』ことを立証した場合にのみ差止命令を発令することができる。その際、裁判所は、『典型的』または『一般的』ルールを採用したり、原告が回復不能の損害を被ることを推定したりしてはならない。(もっとも議会がそのような『長い伝統的なエクイティの慣習から離脱する』ことを求める場合は別である。) かわりに裁判所は、原告が暫定的差止命令は得られなかったものの本案で最終的に勝訴した場合に、原告が被る損害を実際に考慮しなければならない。その際には、『金銭賠償のような、コモン・ロー上の救済が、損害の弁償として不十分である』かどうか、特に注意を払わなければならない。第三に、裁判所は、原告と被告との間の負担の衡量を検討し、負担の衡量が原告に有利である場合にのみ差止命令を発しなければならない。最後に、裁判所は、暫定的差止命令の発令により『公共の利益が害されない』ようにしなければならない。」

なお、以上の4点について、控訴裁は、次の通り付言している。

第一の点について、控訴裁は、「この点を評価するにあたって、裁判所は、特に暫定的差止命令のヒアリングにおいて著作権請求の本案審理を予測することの困難さを認識すべきであることを当裁判所は強調したい」と指摘した。その理由として、「判事の熟慮期間は限られている」こと、および、「当事者の趣意説明の時間は限られている」ことを挙げた。また、「この困難さは、被告がもっともらしいフェア・ユースの抗弁を主張した場合に著しく増加する」とも指摘した。

第二および第三の点について、控訴裁は、「いずれも当事者の損害を検討するものであり、互いに関連する」として、あわせて検討している。ここでいう損害について、控訴裁は、「(a)当事者の法的利益に対して生じる損害と(b)損害賠償によってであれ、終局的差止命令によってであれ、最終裁判の後では治癒することができない損害」とする。これらの損害は、「損失の差し替えが困難である、または、算定が困難であるという理由や、その者が予期していたはずではない損害であるという理由等の数多くの理由により、治癒不可能又は回復不能である可能性がある」。そのため、従来裁判所は推定等を行ってきたわけであるが、「eBay 判決後においては、裁判所は、回復不能な損害を単純に推定してはならず、「むしろ、原告は、その事件の事実を基に、差止命令を発しないことにより実際に回復不能な損害が生じるであろうことを証明しなければならない」とした。そして、「たとえ、これまでの歴史的傾向にも目配りするとしても、エクイティ上の原則に差止命令の基

準をしっかりと据え付けることによって、裁判所はこの急速に変化する技術分野における革新に対応していくことができる」とした。

最後の点について、控訴裁は次の通り指摘した。「著作権法の目的は、一般に公開される知識の貯蔵を促進することであり、「同法が、知識の貯蔵に寄与する金銭的インセンティブを個人に提供することによってこの目的を達成する限り、公共の利益は、既に原告の利益によって十分説明されていることになるかもしれない」。しかし、一方で、「自由な表現における公共の利益は、当事者の言論の利益とは区別されるもの」である。「アイデアの市場に参加することを望む者を政府による攻撃から保護することにより、憲法第1修正は、情報を受け取るという公共の利益を保護している」。そして、「本案に関する最終判決の前に発令されるあらゆる差止命令は、憲法第1修正によって保護されている言論を禁止するという危険を冒している。もっとも、中には、実にもっともらしいフェア・ユースの抗弁さえ生じさせないぐらい明らかに第三者の著作権を侵害するために、そこには憲法第1修正上の価値が事実上存在しないような利用もある。」

6-5 控訴裁決定の結論

「本暫定的差止命令事件において、地裁は、eBay 判決および Winter 判決で最高裁によって示されたエクイティの基準を適用しなかったことによって誤った。したがって、我々は〔筆者注：地裁判決を〕破棄し、本決定にしたがった形で更なる手続きを進めるために差し戻す。」

7 控訴裁決定についての考察・コメント

7-1 エクイティ上の救済としての差止め

米国において差止命令は、終局的なものも暫定的なものも、いずれもエクイティ上の救済とされる。米国においては、権利の侵害への救済の方法としては、損害賠償が原則であり、差止めは、衡平か否かの観点から認められるものである。事実、米国著作権法（第 502 条(a)）は、差止命令について、終局的なものも暫定的なものも、いずれも「裁判所が」差止を命じることが「できる」と定めている。この点について、日本の著作権法（第 112 条第 1 項）が著作権者等の権利として差止請求権を認めていることと異なる点留意を要する¹⁸。

暫定的差止命令は、Winter 事件でも触れられている通り、例外的な救済手段である。にもかかわらず、従来、第 2 巡回区控訴裁判所は、著作権の侵害に関する事案において、本案の勝訴が見込まれる（つまり、著作権の侵害が認められる）と、自ずと暫定的差止命令を発してきた（Mark A.Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 Duke L.J.147, 159 (1998)等）。今回の決定は、この実態に対して、伝統的なエクイティの原則に立ち返るよう促したものである。

7-2 eBay 事件

控訴裁決定が先例として依拠する eBay 事件最高裁判決について紹介したい。

¹⁸ 日本の著作権法第 112 条第 1 項（差止請求権）

著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

eBay 事件の原告 (MercExchange, L.L.C.) は、インターネットにおける物品の売買等に関するビジネス方法特許を含む多くの特許を保有している有限責任会社である。なお、原告は、自ら特許を実施していない。一方、被告は、オークションサイト等を運営している eBay Inc. およびその子会社等である¹⁹。

eBay 事件は、インターネット上にて被告等の提供するオークション等のサービスが原告の有する特許権を侵害するものとして、原告が特許訴訟を提起した事案である。なお、eBay 事件において争われた特許は、3 件 (USP5845265、USP6085176、USP6202051) あり、いずれもインターネット上での物品の売買等に関連するものである。当初原告は、自らの有する特許を被告らにライセンスするつもりであったものの、合意を得られず訴訟に至った。eBay 事件において特に注目すべきは、特許権侵害が認められた場合に、常に終局的差止命令が認められるか否かという点である²⁰。

バージニア東部地区連邦地方裁判所 (275 F.Supp.2d 695 (2003)) は、3 件の特許のうち 2 件について被告による侵害を認めた上で、伝統的な 4 要素テストに言及しつつも、「その特許をライセンスしようという原告の意欲」および「当該特許の実施における原告の商業活動の欠如」等により差止命令を発令しなくても、特許所有者に回復不能な損害は発生しないものとして、差止めを命じなかった。また、原告の控訴を受けた連邦巡回区控訴裁判所 (CAFC) (401 F.3d 1323 (2005)) は、3 件の特許のうち 1 件について被告による侵害を認めた。CAFC は、例外的な場合を除き、特許権の侵害が認められる場合には終局的差止命令を出すのが一般原則であると判断し、地裁の判決を破棄した²¹。最高裁 (547 U.S. 388 (2006)) は、差止命令について、「十分に定着しているエクイティの原則に従えば、終局的差止命令を求める原告が 4 要素テストに合格した後でなければ、裁判所は、当該命令による救済を付与することができない」とした。また、「特許法は、差止救済は『エクイティの原則に従って』発することが『できる』旨を明示的に定めている」と述べた上で、地裁および控訴裁の判断のいずれをも否定した²²。下級審の判断を否定する根拠について、「地方裁判所は、伝統的な 4 要素のテストに言及したが、広範な事件類型において差止命令による救済が付与されえないことを示唆する一定の拡張的な原則を採用したようである」とし、「控訴裁判所は、4 要素テストから反対の方向に逸脱してしまった」とした。なお、最高裁判決以降、eBay 事件の当事者は、3 件の特許等を eBay が買い取ることで双方が合意し、2008 年 2 月 28 日和解した。和解金は公開されていない²³。

eBay 事件の背景には、いわゆる「パテント・トロール」への対応があったと考えられている²⁴。特許権侵害に対する終局的差止命令について、特許法 (第 283 条) ではエクイティ

¹⁹ 財団法人知的財産研究所『平成 19 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書 日米韓における特許権の行使に関する諸問題についての調査研究報告書』(2008) [以下、「研究報告書」という] 54 頁参照。

²⁰ 研究報告書・前掲注 19) 47 頁参照。

²¹ 研究報告書・前掲注 19) 54 頁参照。

²² 米国特許法第 283 条 (差止命令)

本編に基づく訴訟について管轄権を有する裁判所は、エクイティの原則に従い、特許により守られた権利への侵害を防止するために裁判所が合理的と認める条件に基づいた差止命令を発することができる。

²³ 研究報告書・前掲注 19) 54 頁参照。

²⁴ 研究報告書・前掲注 19) 121～125 頁参照。

の原則による救済が明文化されているにもかかわらず、eBay 事件以前の裁判所は、権利の侵害を認めると自ずと差止めを認める傾向にあった²⁵。こうした硬直的な運用は、差止めによるビジネスの停止を避けたい事業者に対して高額な金銭を請求するパテント・トロールの利益に資するものであった。これに対し、eBay 事件の最高裁は、特許権の侵害が認められる場合の終局的差止命令について、エクイティの原則に戻り柔軟な対応をするよう判示した。

第2巡回区控訴裁判所は、本件において、eBay 事件最高裁判決と同様に、著作権事件についても裁判所の従来の硬直的な運用を批評し、様々な状況に柔軟に対応すべく、エクイティの原則に戻って暫定的差止命令を認定するよう求めたものとする。

7-3 Winter 事件

控訴裁決定が依拠するもう一つの先例である Winter 事件最高裁判決についても紹介したい。

Winter 事件は、軍用ソナーの発する周波数によってクジラが殺されているとして、Natural Resources Defense Council (天然資源保護評議会、NRDC、原告) が、米海軍 (海軍長官 Donald C. Winter、被告) に、当該軍用ソナーの使用の停止等を求めた事案である。Winter 事件の最高裁 (2008 年 11 月 12 日判決) は、「敵の潜水艦によってもたらされる脅威に対応するために、海軍がアクティブ・ソナーを使用し実際の訓練を実施する必要性の方が、原告により主張された利益よりも重要だということは明白だ」として、被告を支持した。当該判断の際に、6-3 で示した基準を示している。

本件で、eBay 事件に加えて Winter 事件が引用される背景には、eBay 事件が終局的差止命令に関する事案である一方、Winter 事件が暫定的差止命令に関する事案であることが影響しているものとする。本件の控訴裁は、エクイティの原則に基づく判断について、終局的差止命令に関して判断した eBay 事件の判断が暫定的差止命令の事案にも適用できると判断したが、Winter 事件を引用することにより、その判断の正当性を、より明らかにする意図があったものとする。

7-4 本決定の射程

本決定の結果として、今後、第2巡回区においては、著作権侵害事件において暫定的差止命令を求める場合に、本案訴訟での勝訴の見込みを証明したからといって、回復不能な損害についての推定を受けることはできなくなった²⁶。もっとも、翻って考えるなら、上記のような推定を認めていたのは、何も第2巡回区に限られていたわけではない。むしろそれは、通説的な考え方であり、広く採用されていたことが指摘されている²⁷。とすると、今後他の巡回区においても、本件同様の問題、すなわち、eBay 判決と上記推定との関係につ

²⁵ 研究報告書・前掲注 19) 47 頁参照。

²⁶ なお、控訴裁は、フェア・ユースが認められそうにないことについて、地裁に同意するとする。ただ、その理由として、地裁がフェア・ユースの第1要素の判断において、「Salinger 氏やその人格を批評することが主目的であったとする被告の主張は信用性がない」との判断に基づいたことが、明白な誤りとはいえないことをあげている。

²⁷ 4 Nimmer on Copyright § 14.06[A][2][b]

いて、改めて議論されることとなろう²⁸。そしてそのとき、本決定の考え方が支持されていくのか、それとも異なる考え方が主流となるのか、今後大いに注目される部分であろう²⁹。

本決定自体は、エクイティの原則、また、eBay 事件判決や Winter 事件判決との整合性に鑑み、十分な説得力を持つものとする³⁰。その意味では、本決定の問題はそこではなく、むしろその先にある。

本件は差し戻され、地裁で改めて審理されることとなったが、そこでは、何をもって回復不能な損害と捉えるかが問題となってくる。本決定は、回復不能な損害を推定することを否定したが、何をもって回復不能な損害と判断するかについて具体的な言及は行われていない。果たしてどのような場合がそれにあたるのか、今後重要な問題となっていくものと思われる。憲法第 1 修正との関係にも触れる本決定からは、そのハードルは決して低いものではないだろうというイメージも持つが、いずれにしても、現時点では、軽々に論じることが避けるべきだろう³¹。今後の動向を注視することが求められよう。

以上

²⁸ 判例データベースを検索する限り、本稿執筆時点で、控訴裁レベルでこの問題について詳しく論じたのは、本決定に限られるようである。なお、eBay 判決の示した基準が、著作権侵害事件における「終局的差止命令」にも適用されることを示した裁判例は複数存在する。

²⁹ *Jacobsen v. Katzer*, 535 F.3d 1373 (Fed Cir. 2008) 事件において、連邦巡回区控訴裁判所（いわゆる CAFC）は、ほとんど議論することなく、従来通り、回復不能の損害を推定して暫定的差止命令を認めている。もともと、同事件は特許侵害と著作権侵害が共に問題となったため CAFC が扱った（特許侵害事件の控訴審は CAFC が排他的な事物管轄権を有する）ものであり、そのため、著作権侵害に関する部分は、本来の控訴審である第 9 巡回区控訴裁の「法」に基づいて判断されたという事情がある。その意味で、CAFC に第 9 巡回区で従来行われていた上記推定とは異なる判断を求めるのは酷であったかもしれない。

事実、判決中では、暫定的差止命令について検討する際に上記推定を行って良いのか再検討の必要がある旨を指摘した *Grokster* 事件差戻審判決〔*MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 518 F.Supp.2d 1197, 1212 (C.D.Cal.2007)〕が注記的に引用されており、CAFC としてこの問題を全く考慮していなかったわけではないことが分かる。

³⁰ 本決定の意義は、eBay 事件の基準が、「著作権侵害事件」にも適用されること、および、「暫定的差止命令」にも適用されることを明らかにした点にある。本稿では主として後者に注目して論じてきたが、前者に注目すれば、著作権侵害事件にも適用されるのならば、商標権侵害事件の場合はどうなるのかという疑問が当然出てこよう。この点、派生的な論点として触れておきたい。

³¹ この点は、本決定後に発行された米国弁護士事務所のクライアント・アラートで既に指摘されているところである。回復不能な損害についての推定がなくなったことで、暫定的差止命令を求める上で負担が増えたことについて指摘すると共に、回復不能な損害が何かは明らかではない点についても注意喚起する内容となっている。（例えば、Kaye Scholer, LLP, “Second Circuit Rejects Presumption of Irreparable Harm in Copyright Cases, Signals Applicability of Ebay Injunction Standard to Trademark Infringement and Other Cases”, May 3, 2010, http://www.kayescholer.com/news/client_alerts/201005031/_res/id=sa_File1/IPCA05032010.pdf 参照。また関連して、Fisher & Richardson P.C., “Don’t Presume Anything: Copyright Holders Must Establish Irreparable Harm to Be Entitled to an Injunction”, <http://www.fr.com/copyright-injunction-alert/> および Proskauer Rose LLP, “Second Circuit Adopts More Stringent Standard For Preliminary Injunctions In Copyright Cases”, May 5, 2010, <http://www.proskauer.com/publications/client-alert/second-circuit-adopts-more-stringent-standard/> 参照。いずれも 2010 年 10 月 16 日確認。）