

No. 159(2018/4)

ORACLE AMERICA, INC., v. GOOGLE LLC 米連邦巡回区控訴裁判所 (CAFC) 2018 年 3 月 27 日判決 —フェアユースの適用を否定—

弁護士 梶山 敬士

1. はじめに

SLN138 号で石新智規弁護士が詳細に報告した事件の第 2 ラウンドである。2010 年、ORACLE は自己が保有する Java のアプリケーション・プログラム・インターフェイス(API) の著作権が、GOOGLE の携帯用 OS である Android に複製されたとして、カリフォルニア州北部地方裁判所に提訴した。同裁判所は、API の著作物性を否定した¹。

控訴審である CAFC²は、GOOGLE が Java API の 37 パッケージの declaring code 及び SSO(structure, sequence, organization)を侵害したとして原審判決を破棄し、フェアユースの判断をするために原審に差し戻した³。

GOOGLE は certiorari (裁量上告) の申立をしたが、最高裁は却下したため、差戻審であるカリフォルニア州北部地方裁判所に係属したが、同裁判所はフェアユース (アメリカ著作権法 107 条⁴) の適用を認めた⁵。

¹ Oracle Am., Inc. v. Google Inc., 872 F. Supp. 2d 974 (N.D. Cal. 2012).

² この事件は特許権侵害も同時に主張されていたため、控訴審は特許に関する専属的控訴審である CAFC に係属した (特許権侵害については控訴されなかったが、1 審で特許権侵害が含まれていれば控訴審は CAFC になる)。著作権事件の控訴審はその地区を管轄する全米の 12 の巡回区控訴裁判所に係属することになるので、CAFC は通常は著作権事件を扱わない。本件のように特許権侵害も含まれていたために CAFC に控訴審が係属する場合、CAFC は当該地裁の地域を管轄する巡回区控訴裁判所 (本件では第 9 巡回区) の先例に従うことになる。

³ Oracle Am., Inc. v. Google Inc., 750 F.3d 1339, 1348 (Fed. Cir. 2014), SLN138 号。

⁴ (107 条) 106 条及び 106A 条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、授業 (教室において使用するための多数の複製を含む。)、研究又は調査等を目的とする著作物の公正使用 (複製物又はレコードへの複製その他同条に明記する手段による使用を含む) は著作権侵害とならない。特定の場合に著作物の使用が公正使用となるかどうかを判定する場合には、考慮すべき要素として以下を含むものとする。

(1) 使用の目的及び性格 (使用が商業性を有するかどうか又は非営利の教育を目的とするかどうかの別を含む。)

これに対し、ORACLE は控訴した。CAFC はフェアユースの適用を否定し、原審判決を破棄、損害賠償額の決定のために再び原審に差戻した（本件判決）。

2. フェアユースを認めた原審判断

原審のカリフォルニア州北部地方裁判所は、フェアユースの4つの判断要素につき次のように判断して、フェアユースを認めた。

第1要素（使用の目的及び性格）GOOGLE の使用は商業的であるが、スマートフォンのために必要な要素を選択し自分のコードと統合した点で transformative⁶ であるとした。

第2要素（著作物の性質）「高度に創作的」とは言えないし、「設計においては機能的考慮が支配的である。」とした。

第3要素（使用された部分の量及び実質性）transformative な使用のために合理的に必要なだけしかGOOGLE はコピーしておらず、コピーされた行数は最小限である。

第4要素（市場への害）著作物の市場であるデスクトップやラップトップには害がない。

3. フェアユースを否定したCAFCの判断

CAFC のフェアユースに関する実体的判断は次のとおり。

(1) 第1要素（使用の目的及び性格）

CAFC は、この要素を商業的利用、transformative な使用、悪意の3つの項に分けて論じる。

a. 商業的利用

まず一般論として、従来の判例を踏まえ、利用の商業性はフェアユースの認定に不利に働くが、107条の柱書の利用もほぼ商業的であるとして、二次的使用者の商業的利用の程度（商業における付随的利用と比して）が意味を持つとする。

GOOGLE はこの点について、(1) Android はオープンソースとして提供しているから非商業的である、(2) GOOGLE の収入は Android 以前のサーチエンジン上の広告から得ている、と主張した。

CAFC は次のようにこの主張を認めなかった。(1) については、Android が無償であるからといって、GOOGLE の Java API の利用が非商業的になるわけではない。ナップスター判決⁷を引いて、「利用者が通常購入するものをただで提供することも商業的利用たり得る。」。

GOOGLE が非商業的動機を持っていても法律問題としては無関係である。Harper & Row 最高裁判決⁸を引いて、被告が原告の本から抜粋したことは、部分的には公衆に

(2) 著作物の性質

(3) 著作物全体との関連において、使用された部分の量及び実質性

(4) 著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響。作品が未公表であるという事実は、上記全要素を考慮した上認定される限り、それ自体で公正使用の認定を妨げるものではない。

⁵ Oracle Am., Inc. v. Google Inc., No. 3:10-cv-3561 (N.D. Cal. June 8, 2016)

⁶ フェアユースを認めた有名な最高裁判決（プリティーウーマン判決）で用いられた用語。Cambell v. Acuff-Rose Music Inc., 510 U.S. 569(1994), SLN56 号。変容的などと訳されるが後に詳述する。

⁷ A & M Records, Inc., v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), SLN87 号。

⁸ Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

ニュースの価値のある情報を提供するという目的のためであっても、問題は「利用の目的がもっぱら金銭的目的であったかどうかではなく、ユーザーが通常の料金を支払わずに著作物を利用することから利益を得ることになるかどうか、である。」。

(2) GOOGLE は収入を Android からではなく広告から得ているとしても、商業性は GOOGLE がどのように収入を得るかに依存しない。「商業的利用を立証するために直接的経済的利益は要求されない。⁹⁾。GOOGLE の商業的利用はフェアユースの認定に不利に働く。

b. transformative な利用

著作権法に transformative という言葉はないが、最高裁はプリティーウーマン判決で、第1要素の「中心的目的は、新しい作品が transformative であるかどうか、どの程度 transformative かである」とした。利用が transformative になるのは、「それが何か新しいものを付け加え、さらなる目的または別の性格をもって、先行作を新しい表現、意味又はメッセージで変更すること」をいう。決定的な問題は「新しい作品が原作の目的を単に代替するものか、・・・新しいものを付け加えているかどうか」にある。

プリティーウーマン判決は、「transformative な利用がフェアユースの認定のために絶対に必要なわけではない」としつつ、「新しい作品が transformative であればあるだけ、(フェアユースの認定に不利に働きうる) 商業性といった他の要素の重要性が低くなる。」としている。

原審は、コピーされた declarations が同じ機能、目的であることを認めつつ、GOOGLE がコピーする部分を選択し、スマートフォンの限定的な作動環境に適合するようコードをインプリメントしたことは、「コピーされたコードに新しい表現、意味又はメッセージを付与する新規なコンテキスト」を作り出しているとした。また GOOGLE は、Java API パッケージの小部分を使って、「デスクトップやサーバーではなく、スマートフォンのプラットフォームである Android」という新しいコンテキストにおいて新しい作品を創造した、と主張する。

当審は、GOOGLE の議論は認められない。GOOGLE の利用は transformative ではない。その理由として、(1) 107 条の柱書に列挙する利用に合致しない、(2) Android における Java API パッケージの目的は Java プラットフォームにおけるパッケージと同じ利用である、(3) スマートフォンは新しいコンテキストではない、を挙げた。

(1) について、GOOGLE の利用は 107 条柱書の「批判、コメント、又はニュース報道等」に当たらない。

(2) について、API パッケージは両作品において同じ機能に仕えることは争いがない。GOOGLE が選択的にコピーしたとしても、それ自体 transformative とは言えない。自らコードをインプリメントしたかどうかも transformative かどうかについて関連性がない。ただコピーして別のプラットフォームに変更なく移し替えることは transformative ではない。

(3) について、Java SE は、ライセンス等でスマートフォンで既に使われており、

⁹⁾ A & M Records, 239 F.3d at 1005

新しいコンテキストではない。そもそも、あるものを新しいコンテキストに移してもそれ自体で **transformative** ではない。第9巡回区控訴裁判所は、GOOGLE によるサムネイル画像のサーチエンジンでの利用を認めた判決¹⁰で、「利用が **transformative** と考えられるのは、被告が原告作品を変更したか、原告著作物を別のコンテキストで利用して原告作品を新しい創作の中に移されるようにした場合である。」と述べている。同審が **transformative** としたのは、原作品が娯楽、審美的又は情報提供的であるのに対し、サーチエンジンでは画像をユーザーに情報の出所を指摘するポインターにしている。したがって、同事件において、コンテキストの変更自体が重要だったのではなく、コンテキストの変更が目的の変更を促進したことが利用を **transformative** にしたことは明らかである。そのままのコピーであり、同じ機能と目的の為であり、表現内容又はメッセージに何の変更もない場合、単なるフォーマットの変更（例えば、デスクトップやラップトップコンピューターからスマートフォンやタブレットへの変更）は、**transformative** な利用となるには不十分である。

c. 悪意(bad faith)

フェアユースは衡平法(equity)上の原理なので、悪意はフェアユースの認定を妨げる。原審において ORACLE は GOOGLE がライセンスの必要性を認識していたことなどから悪意を主張したが、原審は認めなかった。当審としては、陪審は端的に GOOGLE の悪意を認定する証拠を認定しなかったのだと考える。それ以上に、作品の利用許諾を否定されただけでフェアユースの認定に不利に働くわけではない。

第一の要素については結論として、GOOGLE が悪意で行動したことに陪審が説得されなかったとしても、GOOGLE の利用は高度に商業的であり、**transformative** でない性質であるから、第1の要素はフェアユースの認定に不利に働く。

(2) 第2要素（著作物の性質）

この要素は、作品が情報提供的か創作的かという点にかかる。地裁は、「**declaring code** や **SSO** は著作権保護を認められるのに十分な創作性を有するが、その設計には機能的な考慮が支配的である、と陪審は合理的に認定したはずである」と結論した。

当審も、機能的考慮は実質的であり、重要だと結論する。第2の要素はフェアユースの認定に有利に働く。しかし、第9巡回区控訴裁判所は、この第2の要素は「典型的にフェアユースの全体的な判定において特に重要ではない」としてきた。したがって、陪審の見解として第2の要素がフェアユースに有利だと想定したとしても、全体的な分析の上で重要性は低い。

(3) 第3の要素（使用された部分の量及び実質性）

この「使用された量及び実質性は」侵害作品においてではなく、非侵害作品において見ることになる。この要素の判断は、量と質的価値の双方をみることになる。この判断は柔軟なもので単なるパーセンテージの問題ではない。地裁は、GOOGLE が ORACLE の作品の1%という小さな部分をコピーした点に注目した。両当事者は Java 言語で書くのに必要なのは170行のコードに過ぎないことに同意したが、GOOGLE は11,500行もコピーしたので、11,330行も必要な数より多い。また、37のAPIパッケージ

¹⁰ Perfect 10, Inc. v. Google, Inc. 508 F. 3d 1146 (9th Cir. 2007)

ジのSSOもコピーしている。地裁は、Javaのプログラマー達がJavaのシステムとAndroidのシステムの間で混同しないようシステム間の一貫性を保持しようとしたGOOGLEの希望を強調した。GOOGLEは当審において相互運用性(interoperability)の議論に依拠していない(GOOGLEはJavaプラットフォームと非互換に設計している)。GOOGLEは、ソフトウェア開発者が問題のJava APIパッケージを使うのに既に訓練と経験をしているという事実を利用することを求めた。しかし、著作物の人気を利用することや想定されるユーザーの期待に合うためにコピーするという固有の権利などない。ソフトウェア開発者が慣れている著作物のアスペクトをこれらの同じ開発者に受け入れられるために取ることはフェアユースではない。小部分をコピーしたにすぎないとしても、質的に重要でないとはいえない。

以上のような理由から、第3の要素は、フェアユースの判断においてせいぜい中立的であり、むしろ不利と言えよう。

(4) 第4の要素(潜在的市場への影響)

この要素は、フェアユースは「コピーされる作品の市場性を実質的に損なわないような他人によるコピーに限定される」¹¹という考えを反映している最高裁はかつて第4の要素が「疑いもなくフェアユースの最も重要な要素である」¹²と言った。しかし、その後プリティーウーマン判決では4つの要素を別個に考察すべきではなく、すべてを検討し、著作権の目的に照らして結果を合せて衡量すべきであるとした¹³。

第4の要素の評価に当たっては、著作物の現実的又は潜在的な市場への害だけでなく、「潜在的な派生的使用の市場」への害も考慮すべきであり、それには、「原著作物の創作者が一般に展開するだろう市場や他人に展開を許諾するだろう市場を含む。」¹⁴

原審は、Androidがリリースされる以前に、Sun(ORACLEの先代)がすべてのJava APIパッケージをOpenJDKという名称で無償のオープンソースで提供していた(GPLの条件にのみ服する)ことに注目し、Androidにおける使用はデスクトップやラップトップの市場の害にならないとした。そして、著作物の市場へのAndroidの影響は、SunがOpenJDKによって既に予想していたことに相当するとした。

当審においてORACLEは現実的、潜在的市場への影響は甚大であると主張するが、当審は同意する。

第一に、現実的害に関し、Java SEはAndroidのリリース以前にBlackberry, SavaJe, Danger, and Nokia等のスマートフォンで使用されていた。タブレットについては、AmazonはキンドルでJava SEを使っていたが、Androidに乗り換えた。AndroidはJava SEの代わりに使われたのであり、直接的な市場の害があった。

仮に、ORACLEがJava SEをライセンスしていたかどうかにつき争いがあるとしても、フェアユースは現実的だけでなく潜在的な市場も問題にする。Androidにおけるコピーは、ORACLEが参入する市場、自ら創作したり他人にライセンスして創作させる

¹¹ Harper & Row, 471 U.S. at 566-67.

¹² Harper & Row, 471 U.S. at 566.

¹³ Cambell, 510 U.S. at 578.

¹⁴ Cambell, 510 U.S. at 592.

派生的市場に影響を与える。ORACLE が装置メーカーではなく、今までスマートフォンを作っていなかったとしても、ライセンスできるのであるから、市場が害される。

以上より、第4の要素はORACLEにおおいに有利に働く。

(5) 4つの要素のバランス

著作権法の目的に照らして、GOOGLEにORACLEの作品の商業的利用を許すことは著作権の目的を高めることにならない。GOOGLEは自分自身のAPIを開発することにより、または新しいプラットフォームの開発にORACLEのAPIのライセンスを受けることにより、創作的表現やイノベーションを促進するという著作権の目標を増進することができたはずであるにもかかわらず、GOOGLEはORACLEの創作的努力をコピーすることを選んだ。著作物をそのまま奪い競合するプラットフォームにおいて原作品と同じ目的や機能のために使用することはフェアではない。

第2の要素はGOOGLEに有利に、第3の要素はせいぜい中立的であるが、全ての要素を考慮するとフェアユースには決してならない。

(結論) ORACLEの申立を認め、地裁判決を破棄し、損害額の認定のために差し戻す。

4. 検討

いくつかの問題点を検討する。

(1) CAFCによる著作権判断の問題点

先に述べたように、アメリカの特許と著作権の管轄の仕組みからして、CAFCは普段は著作権事件を扱わないし、各事件の原審が所属する各巡回区控訴裁判所の先例に従うことになる。いわば付け焼刃で事案を処理することになる。普段から著作権事件を扱っているなら、実際の事件を多数経験できるだけでなく、他の裁判所も含めた過去の事例を、歴史的経過も踏まえてバックグラウンドとして持ちうることになる。しかし、CAFCはそのような立場に立ちえない。このことは、1回目の控訴審において、1986年のWhelan判決¹⁵の認めたSSO (structure, sequence, organization) の保護に無批判に従ったことに端的に表れていたといえよう。たしかに、同判決は第9巡回区控訴裁判所の判例であるが、アメリカ全体の流れを見ると、1991年のFeist判決¹⁶におけるシンプルなインセンティブ論の否定を受けて、1992年の第2巡回区のCA対アルタイ判決¹⁷でプログラムの特性に応じた制限的な保護に落ち着いたという歴史があり、この流れは大多数の学者、実務家から20年以上是認されてきたのである。CAFCの1回目の判決は先祖返りのような驚きを斯界に与えた。このことは、2回目の判決においても指摘しなければならない。すなわち、フェアユースの判断においても、SSOの保護は持ち出されており、これを疑いなく墨守しているからである。

総じていえば、CAFCによる著作権法判断は、経験と厚みを欠いたものであり、プログラムを著作権で保護する際の特異性（技術的特性）に対する十分な配慮がなされていないと思われる。

¹⁵ Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab. Inc., 97 F.2d 1222 (3rd Cir. 1986), SLN1 号。

¹⁶ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co. 111 S.Ct 1282 (1991), SLN26 号。

¹⁷ Computer Assocs., Int'l v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2nd Cir. 1992), SLN38 号。

(2) transformative の意義

次に、transformative の意義について一言しておく。trans とは、transportation, transfer, translation などのように別の状態に移ることという。form とは形である。よって、transformative は移形的ということになるが、日本語にならないので、原語のまま用いることとする。

プリティーウーマン事件の事案は、オリジナルのポップスをラップに変えたというもので作品自体を変更する態様のものであった。しかるに、前出の perfect10 の事件では、サムネイル画像にしたというだけで作品としての変更はなかった。それでも裁判所は索引的な利用という利用態様をみて、transformative であってフェアユースにあたるとした。これは、本 CAFC 判決も感じているようにプリティーウーマン判決の用語法とは合わないと思われる。transformative という語の「変容」が生じた一つの原因は、プリティーウーマン判決の、先に引用した説示自体にあったように思われる。すなわち、「決定的な問題は、新しい作品が原作の目的を単に代替するものか、・・・新しいものを付け加えているかどうか」にある。同事件において、被告作品は「新しいものを付け加えている」ものであったし、「単に代替するもの」ではなかった。しかし、この2つの事柄(A or B という形式における A と B)はきれいに反対概念をなしているわけではない¹⁸。したがって、「代替的利用」(A)ではないからといって作品として「新しいものを付け加えている」(B)とは限らない。したがって、フェアユースの判断において transformative(A)か否かを判断する際に、「代替的でなければよい」(not B)ということによいのであれば、サムネイルの事案でも(作品の変更はなくとも)代替的ではないからフェアユースにあたる、とすることができるのである。ただ、このような拡張的論法を用いると、判断基準としては極めてあいまいなものとなる。現に、被告の抗弁として、他の教会で用いられているテキストは別の教会で用いることは新たな提供になるから transformative であるとか、通信線を伸ばして放送をより広い範囲に及ぼすことは transformative であるというような主張がなされる事案も見られるようになった。

プリティーウーマン判決が transformative という語をキーワードとして用い、代替的利用と対置させたことがフェアユースに関する裁判のその後の混乱の一因となったことは確かだと思われる。したがって、CAFC がこの語を本来の意義に近づけて判断したのも無理からぬ面がある。

しかし、翻って考えてみると、107 条は本来 transformative という一語だけで代表させるようなものではなかったはずである。具体的事案における著作物を巡る様々な事情を考慮に入れることは当然に予定されているし、107 条の文言もそうであろう。本件のような事案でも、フェアユースの判断においてプログラムの特性という点について、よくよく吟味される必要がある。

(3) 技術的特性

本件において、フェアユースの判断にあたっては、(CAFC の判断による) SSO 保護を不適切とし、コードの量的な少なさを前提としたうえで、技術的特性として評価するべ

¹⁸ 「使用が商業性を有するかどうか又は非営利の教育を目的とするかどうかの別を含む。」という第1要素のカッコ書きもそうである。「商業性」と「非営利」はほぼ反対概念であるとしても、「商業性」の反対が「非営利の教育」に限定されるわけではない。

き重要な点は「ソフトウェア開発者が問題の Java API パッケージを使うのに既に訓練と経験をしているという」事実である。通常の著作物であれば、このような現象は全く起きようがない。しかし、社会全体の効率、効用を考えると、当然に一考しなければならない事柄である。このことは、技術そのものというのではないが、技術に関わる社会的対応の問題ということになる。ユーザーインターフェイスの保護は限定的である¹⁹。これは、ユーザーが一定の操作になれると別のインターフェイスに移り難いという、いわゆるユーザーロックインという現象を考慮に入れているからだと言えよう。このような特性は他の著作物には見出しがたい。同様に、開発者が一定の言語、ツールに慣れている場合にも似たようなことが起きうるわけである。この場合は、デベロッパーロックインということができよう。

本件は間違いなく最高裁で判断が出るであろう。グーグルブックス事件²⁰にみるように、アメリカの裁判所の傾向としてはグーグルのイノベーションについて寛容な政策的判断をしているようにも思われる。特許事件で CAFC の多くの判例が最高裁で覆されていることから、予断を許さないところといえよう。今後のプラットフォームの帰趨にも大きな影響を与えることだろう。

以 上

¹⁹ Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corporation, 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994), SLN59 号、Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l Inc., 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995), SLN62 号。

²⁰ The Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 2d Cir. 2015 804 f 3d 202, SLN149 号。 Certiorari denied, April 18, 2016.