

創作的表現でないところに同一性があるに止まる場合と著作権侵害の成否(消極)
- 北の波濤に唄う事件

田村善之

[*214]

最高裁平成13年6月28日第一小法廷判決
(平成11年(受)922号,日本放送協会外一名対木内宏,損害賠償等請求事件)
民集55巻4号837頁
[参照条文] 著作権法2条1項1号,27条,28条

(事実)

上告審の判示事項に関わる限度で,本件の事案を紹介する。

Xは,江差追分に関するノンフィクション「北の波濤に唄う」と題する書籍(「本件著作物」)の著作者である。Y₁(日本放送協会)は,「ほっかいどうスペシャル・遙かなるユーラシアの歌声 江差追分のルーツを求めて」と題するテレビ番組(「本件番組」)を製作し,放送した。Y₂は,本件番組放送当時,Y₁の函館局放送部副部長であり,本件番組製作の現場責任者として,本件番組の製作に関与した。本件番組は,本件著作物を参考文献の一つとし,これに依拠して製作されたが,本件番組においてその言及はない。

Xが,Y₁,Y₂に対し,本件番組中の一部のナレーション(「本件ナレーション」)が,本件著作物中の短編の冒頭部のプロローグ(「本件プロローグ」)の翻案に当たると主張して,本件番組の製作及び放送により,本件著作物の著作権(翻案権及び放送権)侵害,著作者人格権(氏名表示権)侵害を理由として損害賠償を請求し,本訴に及んだ。

[*215]

【図1】

| | |
|---|---|
| <p>ほっかいどうスペシャル 遙かなるユーラシアの歌声 江差追分のルーツを求めて (被告NHK製作)</p> <p>日本海に面した北海道の小さな港町,江差町。古くはニシン漁で栄え,「江戸にもない」という賑いをみせた豊かな海の町でした。</p> | <p>ノンフィクション「北の波濤に唄う」 (原告木内宏著作)</p> <p>むかし鯨漁で栄えたころの江差は,その漁期にあたる四月から五月にかけてが一年の華であった。……(6文省略)……「出船三千,江差の五月は江戸にもない」の有名な言葉が今に残っている。 ……(4文省略)……</p> |
|---|---|

| | |
|---|---|
| <p>しかし、ニシンは既に去り、今はその面影を見ることはできません。</p> <p>九月、その江差が年に一度、かつての賑いを取り戻します。民謡、江差追分の全国大会が開かれるのです。大会の三日間、町は一気に活気づきます。</p> | <p>鯨の去った江差に、昔日の面影はない。…… (6文省略)……</p> <p>その江差が、九月の二日間だけ、とつぜん幻のようにはなやかな一年の絶頂を迎える。日本じゅうの追分自慢を一堂に集めて、江差追分全国大会が開かれるのだ。</p> <p>町は生気をとりもどし、かつての栄華が蘇ったような一陣の熱風が吹き抜けていく。</p> |
|---|---|

一審(東京地判平成 8.9.30 知裁集 28 巻 3 号 464 頁)、二審判決(東京高判平成 11.3.30 民集 55 巻 4 号 945 頁参照)とも、侵害を肯定し、X の請求を一部認容した。江差町が江差追分全国大会のときに 1 年の絶頂を迎えるという認識が一般的なものとは異なり、くわえて、本件プロローグのような順序で江差町の過去の栄華と現在の様子を描写し、江差追分全国大会の熱気を過去の栄華が蘇ったものと認識するという形式を取っているものは「他に見当たらない」というのである。

Y₁、Y₂ 上告。

なお、X は、このほかにも、本件番組が追分節ウラル源流説を扱った X 著作の小説「ブダベスト非歌」の著作権を侵害している旨の主張に基づく損害賠償請求等や、X が最初にウラル源流説を提唱したにも拘わらず本件番組等で Y₃(放送当時、北海道教育大学学長)が提唱者であるかの如くコメントされた旨の主張に基づく損害賠償請求等を提起しているが(Y₁ 以外の被[*216]告については入れ替えがある)、前者については一審判決で棄却の後、控訴されず、後者については一審判決で請求認容、二審判決で請求棄却の後、上告不受理(最決平成 13.3.13(判例集未掲載)平成 11 年(受)923 号)となっており、いずれも上告審の審理の対象になっていない。

(判旨)

最高裁は、原判決中、Y₁、Y₂ 敗訴部分を破棄し、X の請求を棄却した。

一 翻案の意義について

「言語の著作物の翻案(著作権法 27 条)とは、既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。そして、著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから(同法 2 条 1 項 1 号参照)、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。」

二 本件への当てはめについて

「本件ナレーションが本件プロローグと同一性を有する部分のうち、江差町がかつてニシン漁で栄え、そのにぎわいが『江戸にもない』といわれた豊かな町であったこと、現在ではニシンが去ってその面影はないことは、一般的知見に属し、江差町の紹介としてありふれた事実であって、表現それ自体ではない部分において同一性が認められるにすぎない。また、現在の江差町が最もにぎわうのが江差追分全国大会の時であるとするのが江差町民の一般的な考え方とは異なるもので被上告人に特有の認識ないしアイデアであるとしても、その認識自体は著作権法上保護されるべき表現とはいえず、これと同じ認識を表明することが著作権法上禁止されるいわれはなく、本件ナレーションにおいて、上告人らが被上告人の認識と同じ認識の上に立って、江差町では 9 月に江差追分全国大会が開かれ、年に一度、かつてのにぎわいを取り戻し、町は一気に[*217]活気づくと表現したことにより、本件プロローグと表現それ自体でない部分において同一性が認められることになったにすぎず、具体的な表現においても両者は異なったものとなっている。さらに、本件ナレーションの運び方は、本件プロローグの骨格を成す事項の記述順序と同一ではあるが、その記述順序自体は独創的なものとはいえず、表現上の創造性が認められない部分において同一性を有するにすぎない。しかも、上記各部分から構成される本件ナレーション全体をみても、その量は本件プロローグに比べて格段に短く、上告人らが創作した影像を背景として放送されたのであるから、これに接する者が本件プロローグの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないというべきである。

したがって、本件ナレーションは、本件著作物に依拠して創作されたものであるが、本件プロローグと同一性を有する部分は、表現それ自体ではない部分又は表現上の創造性がない部分であって、本件ナレーションの表現から本件プロローグの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないから、本件プロローグを翻案したものとはいえない。」

〔評釈〕

一 はじめに

翻案権侵害が成立するためには、他人の著作物に依拠してこれと類似する著作物が作成される必要がある(田村善之『著作権法概説』(第 2 版・2001 年・有斐閣)113 頁)。本判決は、このうち 2 番目の要件である類似性(最高裁自身は言葉としてはこの概念を用いていない)の範囲を確定する基準を最高裁として初めて明らかにするとともに、その具体的な適用例を否定例で示した点に意義が認められる。

二 類似性の判断基準

著作権の保護の対象となる著作物となるためには、思想、感情が創作的に表現されたもの

であることが必要である(2条1項1号)。その趣旨を貫徹するためには、著作権の権利範囲に関しても、著作物中の創作性のある表現の部分が再生されていない場合には、その保護を及ぼしてはならないであろう(D. S. カージャラ = 梶山敬士「日米著作権法の基本概念」カージャラ = 梶山『日本・アメリカコンピュータ・著作権法』(1989年・日本評論社)293~294・297~304頁, 東京地判[*218]平成 11.10.21 判時 1701 号 152 頁[雪月花])。したがって、アイデアの部分のみが抽出されているに過ぎない場合であるとか(TRIPS 協定9条2項, WIPO 著作権条約2条も参照)、未だ創作的とはいえない表現が再生されているに過ぎない場合には、著作権侵害が否定されることになる(田村・前掲 58 頁)。

従来裁判例では、侵害の成否は元の著作物の「本質的な特徴を直接感得」しうるか否かという基準(東京地判平成 5.8.30 知裁集 25 巻 2 号 310 頁[悪妻物語?一審], 京都地判平成 7.10.19 知裁集 27 巻 4 号 721 頁[アンコウ], 東京地判平成 8.9.30 知裁集 28 巻 3 号 464 頁[ブダベスト悲歌一審], 東京地判平成 10.6.29 判時 1667 号 137 頁[地獄のタクシー], 東京地判平成 10.10.29 知裁集 30 巻 4 号 813 頁[SMAP 大研究]など)、あるいは、元の著作物の「内容及び形式を覚知させるに足りる」か否かという基準(東京高判平成 4.9.24 知裁集 24 巻 3 号 703 頁[サンジェルマン殺人狂騒曲二審], 前掲東京地判[SMAP 大研究]など)で判断されると説く判決が少なくない。

このうち前者は最判昭和 55.3.28 民集 34 巻 3 号 244 頁[パロディ第一次上告審](田村善之[判批]齊藤博 = 半田正夫編『著作権判例百選』(第2版・1994年・有斐閣))の説示を、後者は最判昭和 53.9.7 民集 32 巻 6 号 1145 頁[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審]の説示をそれぞれ踏襲したものであるが、厳密には、前者は同一性保持権侵害に係るもので、後者も依拠の要件に関する判決の傍論でしかない(岡邦俊『続・著作権の法廷』(1996年・ぎょうせい)120頁, 同『マルチメディア時代の著作権の法廷』(2000年・ぎょうせい)133~136頁)。そのうえ、その文言は、下手をすると、原著作物の創作的な表現ではない部分やアイデアと目すべきところと共通するに過ぎない場合にも、「本質的な特徴を直接感得しうる」とか、「内容及び形式を覚知させる」ということで、侵害が肯定されかねないという問題点を内包していた。実際、これらの基準に賛同する一部の文献にその傾向を看取することができる⁽¹⁾。

しかし、先に引用した従来の下級審の裁判例も、具体的な事案との関係でみれば、元の著作物の創作的表現の再生といえるか否かを基準とする評者らの見解と整合的に読みうる判決のほうが多かった(検討の詳細は、田村/前掲著作権法 58~107 頁に譲る。野一色勲[SMAP 大研究判批]著作権研究 26 号 314~315 頁(2000年)の評価も参照)。現に、前掲東[*219]京地判[雪月花]は前者の説示を具体化して(東京地判平成 11.11.17 判時 1704 号 134 頁[キューピー] 駒田泰士[判批]齊藤博 = 半田正夫『著作権判例百選』(第3版・2001年・有斐閣), 東京高判平成 12.9.19 判時 1745 号 128 頁[赤穂浪士二審]泉克幸[判批]前掲百選(第3版)・蘆立順美[判批]判時 1767 号(2002年), 東京地判平成 13.3.26 判時 1743 号 3 頁[大地の子]も参照)、また、大阪地判平成 11.7.8 判時 1731 号 116 頁[パンシロントリム]は後者の説示を具体化して、創作的表現が再生、再現されているか否かが基準となる旨を説く。最近では、

端的に評者の立場(初出は、田村善之「著作権法講義ノート 5」発明 92 巻 8 号(1995 年))に与する判決が増えてきている(東京地判平成 8.9.27 判時 1645 号 134 頁参照[四進レクチャー審]、東京地判平成 12.3.17 判時 1714 号 128 頁[タウンページデータベース])。

本判決は、前者の基準に言及しつつ、「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過ぎない場合には、翻案には当たらない」旨を説示し、最高裁として、創作的な表現が再生されていない場合には著作権侵害にはならないことを明らかにした。

三 本件事案への当てはめ その 1(アイデアの創作性)

創作的な表現が再生されているか否かという基準の下では、アイデア自体が共通しているだけでは侵害にはならない。したがって、元の著作物に用いられているものが歴史的な事実である場合はもとより、元の著作物の著作者の創作にかかるものであっても、それが表現ではなくアイデアと評価される限り、その共通性は著作権侵害の成否に影響しない。

この点に関しては、従来、(その多くは傍論ながら)下級審の裁判例に混乱が見られないわけではなかったところである。

たとえば、理系の学術論文の類似性の範囲が問題となった事件で、著作権侵害の成否を決するに当たっては「論証の筋道の構成」や「表現された内容の実質的異同」に着目すべきであると説くかなり危うい説示を示すとともに(中山信弘[判批]ジュリスト 1052 号 163~164 頁(1994 年)の評価も参照)、具体的にも、双方の論文内に同一の方程式があることや、[*220]論文の要旨が同じ内容を有していることを問題とする京都地判平成 2.11.28 無体集 22 巻 3 号 797 頁[脳波数理解析論文一審]がある。結論としては、方程式が「既成の方程式」であり(類似の手法を採用する判決として、東京地判平成 4.12.16 判時 1472 号 130 頁[学士院賞])、また、被告論文では原告の論文が適正に引用されているから 32 条により著作権侵害にはならないと帰結したが、方程式の新規性や引用の問題に立ち入るまでもなく、著作権侵害を否定する論法を採用すべきである(大阪高判平成 6.2.25 知裁集 26 巻 1 号 179 頁[脳波数理解析論文二審])。

学説や思想それ自体の保護は著作権法の範疇に属するものではない⁽²⁾(東京地判昭和 59.4.23 判タ 536 号 440 頁[三浦梅園]、前掲東京地判[学士院賞]、東京高判昭和 58.6.30 無体集 15 巻 2 号 586 頁[光学的縮小投影露光装置二審]も同旨)。論文にヒントを得ただけでアイデアが共通するに過ぎない場合には未だ侵害にはならず(仙台高判平成 9.1.30 知裁集 29 巻 1 号 89 頁[知られざる東日流日下王国二審])、さらに全体として論文の内容(学説)が似通っていると、論文の内容自体に著作権法の保護が及ばない以上、侵害は否定される(大阪地判昭和 54.9.25 判タ 397 号 152 頁[発光ダイオード論文])というべきだからである⁽³⁾。

本判決は、「現在の江差町が最もにぎわうのが江差追分全国大会の時である」とすることが江差町民の一般的な考え方とは異なるもので被上告人に特有の認識ないしアイデアであると

しても、その認識自体は著作権法上保護されるべき表現とはいえず、これと同じ認識を表明することが著作権法上禁止されるいわれはない、と説いてこの理を明らかにしている。

四 本件事案への当てはめ その2(歴史的事実・一般的知見)

このように著作者の独創に係る学説などのアイデアが用いられても侵害が肯定されないのであれば、歴史的事実や一般的な知見の共通性だけでは著作権法上の保護に値しないのはむしろ当然のこととなる。アイデアと目されるべき部分が歴史的な事実であったか、それとも著作者の創作したものなのかということは否かは、著作権侵害の成否に影響しないはずである。

従来の裁判例では、名古屋地判平成6.7.29知裁集26巻2号832頁[春の波濤一審]は、大河ドラマ「春の波[*221]濤」中に、音二郎が書生演劇を興すまでの経緯、川上一座のアメリカ巡業、帰国後貞奴が女優として活躍する状況等、原告作品「女優貞奴」と筋が共通しているところがあることを問題視しつつも、「いずれも歴史上の事実であって…、原告の創作に係るものとは言えない」ということを理由に類似性を否定し、また、原告作品が、偽電報が女優引退のきっかけとなったとする点は、先行資料に記載がある事柄ではなく原告の創作に係るものということができるが、ドラマでは偽電報を仕組んだ人物、その目的等において筋が異なるということを理由に類似性を否定している(名古屋高判平成9.5.15知裁集29巻2号467頁[同二審]もこれを維持。その他、歴史的事実を素材として利用することはある程度広く許容されると述べて、自己の体験を元にしたドキュメンタリーと歴史小説の類似性を否定した判決として、前掲東京地判[大地の子])。しかし、これらの程度の抽象的な共通点では未だアイデアの領域を出ず(反対、高林龍[判批]前掲百選(第3版)151頁)、それが歴史上の事実であろうがなかろうが、原告の着想に係るものであろうがなかろうが、著作権侵害を認められないというべきであろう(32条の引用に該当するというので侵害を否定したので傍論ながら、東京地判平成10.10.30判時1674号132頁[小さな悪魔の窪み]の説示にも同様の批判が妥当する)。

本判決には、「本件ナレーションが本件プロローグと同一性を有する部分のうち、江差町がかつてニシン漁で栄え、そのにぎわいが『江戸にもない』といわれた豊かな町であったこと、現在ではニシンが去ってその面影はないことは、一般的知見に属し、江差町の紹介としてありふれた事実であって、表現それ自体ではない部分において同一性が認められるにすぎない」と説いて侵害を否定している件があるが、一般的知見やありふれた事実でなく、原告特有の認識にかかる部分の共通性をもってしても類似性は肯定されえないのであるから、類似性の範囲の境界に近接しているという意味でより重要な説示は三で紹介した判旨の方であるといえよう。

五 本件事案への当てはめ その3(アイデアと表現の区別)

アイデアは保護されず表現のみが保護されるといったところで、どの程度具体的なところまで共通していると、アイデアではなく表現の再生と評価されるのかという線引きの問題は

残る。紙幅の都合上、裁判例の総合的な検討の詳細は既発[*222]表の別稿(田村 / 前掲著作権法 58 ~ 108 頁)に譲り、記述の自由度が似通った事例に関する裁判例との関係を、本件に関連する限度で紹介しておこう。

本件と同程度かどうかはともかく、やや抽象度の高いところでの共通性をもって類似性(翻案権との抵触)を肯定した先例としては、前掲東京地判[小さな悪魔の窪み]、前掲東京地判[大地の子]があるが、いずれも著作権法 32 条の引用に該当することを理由に侵害を否定しており、類似性に関する説示は傍論に過ぎない判決であった。

他方で、侵害肯定例である東京地判平成 5.8.30 知裁集 25 巻 2 号 310 頁[悪妻物語? 一審]、東京高判平成 8.4.16 知裁集 28 巻 2 号 271 頁[同二審]は、ルポルタージュ風の約 1 万 8000 字の読み物に対して正味 44 分のテレビドラマの類似性を肯定している。しかし、この事件の両著作物は、前半部分のストーリーにおいて、「建設会社に勤務する主人公章子の夫がサウジアラビアへ 2 年間の単身赴任を命じられる。章子は、夫と同行したいと願い、夫と議論するが、会社の方針によって許されないまま、夫は赴任する。章子は希望を実現しようと...サウジアラビアに社員を派遣している石油会社や商事会社を訪ね歩き、...企業の海外単身赴任の実情を知るとともに、社員用アパートを提供できるかも知れないという企業まで見つけた。章子は自力でサウジアラビアへ赴こうとするが、回教国である同国へは、女性の単身での入国ビザが得られないという障害にぶつかる。しかし、書類上の操作で入国が不可能ではないことを知る。章子が夫の後を追って行きそうだと知った会社は、夫に帰国命令を下し」とかなり細かい筋立てまでもが共通しており、さらに、会話に関してはその具体的な文言までもが共通している部分もあったという事件であるから(判時 1571 号 128 ~ 131 頁に掲載されている対照表を参照)、本件の先例になるとはいいがたい⁽⁴⁾。

わずかに、本件と同程度の抽象的な共通性で著作権侵害と帰結した例としては、[図 2]に掲げた 2 つの文章(上が被告の英文の文章を翻訳したもの、下が原告著作権者の文章)について類似性を肯定した東京地判平成 6.2.18 知裁集 26 巻 1 号 114 頁[コムライン・デイリー・ニュース](茶園成樹[判批]前掲百選(第 3 版))を数えるぐらいであるが、新聞社に対[*224]する情報サービス業者の容認すべからざるフリー・ライドに対処するために著作権法が持ち出された例であり、むしろ端的に不法行為で対処したほうがよい事件であった⁽⁵⁾。

[*223]

[図 2]

| | |
|---|--|
| コムラインニュースサービス(週刊) | 東京ファイナンシャルワイヤ 1991 年 1 月 30 日 ~ 2 月 5 日 |
| 飛鳥建設、不動産の大型処分を検討 | |
| 建設大手の飛鳥建設はメインバンクの富士銀行に対して 2 年間で約 1,500 億円の動産を売却する計画を提出した。その売却代金をほぼ同額の債務返済に当てるといふ。1990 年 9 月末の同社の負債総額は 3,700 億円強であった。同社によると、ナナミ倒産の成行き次第では、売却予定額を引き上げ | |

る必要が出てくるという。飛鳥建設はナナトミに対する融資や債務保証により 1,200 億円の債務残高を抱えている。同社はさらに系列会社に対して藤田観光株購入用に総額 300 億円を融資している。1993 年 3 月までに不動産を処分したいとしている。

問い合わせ:

出典:1991 年 1 月 30 日日本経済新聞 1 頁

日本経済新聞(平成 3 年 1 月 30 日付 1 頁)

債務 1,500 億円圧縮計画 飛鳥建設, 不動産を売却

飛鳥建設は 3,700 億円を超える借入金のうち 1,500 億円の圧縮に乗り出す。93 年 3 月までに販売する予定の不動産の代金回収を急ぐ。不動産事業への過大投資による借入金が増大に加え, 16 日に和議申請したナナトミ(本社東京, A 氏)に総額 1,200 億円にのぼる債務保証, 貸し付けが明らかになっていた。今後ナナトミの債務の一部を肩代わりする可能性が高く, 思い切った減量に踏み切ることにした。支援の姿勢を示しているメインバンクの富士銀行に債務圧縮計画を示し, 細部を検討する。

飛鳥建設の 90 年 9 月中間期末の借入金残高は 3,730 億円。建設会社は売上高の 2 割程度までが適正な借入金といわれているが, 同社の場合, 91 年 3 月期売上高見通しの 4,550 億円の 8 割に達する。このほか藤田観光株を取得するために関連会社の飛鳥リースに貸し付けた約 300 億円など, グループ企業への融資も膨らんでいる。

主な売却物件は 5 年前にスタートした開発事業で購入した土地などの不動産。売却先がほぼ決まっている物件が多く, 早めの資金回収が可能としている。しかし, 不動産市況が悪化しているため, 売却は難航が予想される。ナナトミの和議の進行状態によっては, 飛鳥建設が肩代わりする債務が膨れ, 不動産圧縮をさらに拡大する必要に迫られる可能性もある。

[*224]

このようにみえてくると, 本件程度の抽象的な共通性で類似性を肯定したうえ著作権侵害を肯定した一審および二審判決は, 従来の裁判例のなかで著作権の保護範囲を最も広く解した裁判例であったといえることができる。しかし, アイディアと表現の区別を前提とする限り, 特定の意見や感想を他人が表現しえなくなる程度にまで類似性の範囲を広くとってはならないことは自明である。評者は, 一審判決に対して, 「この程度に順序が似ているだけで著作権処理を強要したり, 侵害に問うのでは, 創作活動に著しい支障を来すであろう。今後, 原告のプロローグを読んだことがきっかけで, 江差追分に関して同様の感想を持った人間は, いったいどのような表現でそのアイディアを書き表したらよいのか, 見当がつかないからである」(田村・前掲著作権法 68 頁。初出は, 同書初版(1998 年・有斐閣)73 頁)と批判したことがある。最高裁判決が, 被上告人と「同じ認識を表明することが著作権法上禁止されるいわれはなく, ... 具体的な表現においても両者は異なったものとなっている」と述べて, 原判決を破棄し, 侵害

を否定したのは、至当であったといえよう。

六 二段階テストと濾過テスト

すでに検討したところからも明らかなように、本判旨は、原告の著作物と被告の著作物の双方に共通している要素(判旨の言葉を借りれば、「同一性を有する部分」)は何かということ明らかにし(本件では、「江差町がかつてニシン漁で栄え、そのにぎわいが『江戸にもない』といわれた豊かな町であったこと、現在ではニシンが去ってその面影はないこと」、「現在の江差町が最もにぎわうのが江差追分全国大会の時であるとする事」、「本件ナレーションの運び方は、本件プロローグの骨格を成す事項の記述順序と同一であること」の3点であるとされた)、そのうえで、当該要素がアイデアに過ぎないのか、それとも表現といえるのか(前二者はこの点で侵害が否定された)、かりに表現とみることができるとしても、創作的なものといえるのか(最後のものはこの点で侵害が否定された)、ということ吟味している。

著作権侵害の成否を決定する手順としては、原告の著作物(であると主張されているもの。以下、略)のみに着目して創作[*225]性を判断し、そのうえで被告の著作物を観察して、原告の創作的な表現と認められる部分が再生されているか否かということを検討するという二段階作業(=二段階テスト)を行うやり方ばかりではなく、当初から被告の利用している著作物をも睨んだうえで、原被告双方に共通している要素を取り出し、そこが創作的な表現と認められるのかということ吟味するという手法(=濾過テスト。filtering test, abstraction test)を採用することもできる(田村・前掲著作権法 48 頁)。従来の裁判例のほとんどが二段階テストを採用しているが(例外的に、大阪地判平成 12.3.30 平成 10(ワ)13577(<http://www.courts.go.jp/index.htm>) [WARP])、筆者や本判決のように、創作的表現の再生もしくは同一性をもって侵害の成否を決する限り、理論的には、いずれの方法を採っても、著作権侵害の要件に本来、変わるころはないはずである。創作的な表現と認めた部分とは無関係なところが共通しているに過ぎないにも拘わらず類似性を肯定してしまうという、ままた見掛ける過ちを防ぐという点では、むしろ濾過テストの方に分があるとさえ評するうことさえできる。本判決が一つの契機となって、今後は濾過テストを採用する判決が増えるかもしれない。

七 最後に

一番の詳細な事実認定によれば、本件には、Y₁内の函館局と国際局の提案争いが絡み、当初、両者が NHK スペシャルに共同提案した企画が不採択となったあと、国際局に無断で函館局が似たような企画を北海道スペシャルとして制作し本件番組の放送に至ったが、その間に、国際局の担当者が接触し、「原作者」として協力することを承諾していた X が(国際局とともに)なおざりにされたという経緯があるようである(事案はもう少し複雑だが、ここでは分かりやすいように話を図式的に単純化している)。ゆえに、本件の紛争の核心は、「追分節ウラル源流説」(一審判決の用語)もしくはユーラシア大陸深奥部説の提唱者が誰であるかという、もともとアイデアを保護しない著作権法には馴染みにくい性質のものであった。その意味で、上告

審では審理の対象にならなかった名誉毀損を理由とする請求の方が、紛争に適合的であったということができよう。もっとも、二審段階でこの請求は棄却されている。上告審の審理の対象になっておらず、そもそも事実認定にも関わる問題であるから、その当否をここで論じることは控えたい。

[*226]

- (1) ただし、前者の方は「本質的な特徴」の絞り次第では、創作的表現の再生基準と整合的に読むこともできなくはない(橋本英史「著作権侵害の判断について(上)」判例時報 1595 号 29 頁(1997 年)も参照)。現に本判決もこの文言を用いている。なお、後者の基準についても評価を同じくするものとして、橋本/前掲 30 頁)。その他、両者の優劣について、高部眞規子[判解]ジュリスト 1220 号 111 頁(2002 年)。
- (2) 民法の不法行為の問題として法律構成してみても、学説のプライオリティは権利として保護されるものではない(前掲大阪高判[脳波数理解析論文二審])。学問上の評価ないし判定は、その研究の属する分野の学者、研究者等に委ねられるべきであり、裁判所において審査し、法令を適用して解決する法律上の争訟ではないとされることもある(前掲東京地判[学士院賞])。ただし、学説の先後の問題とは別個に、相手方を不必要に中傷する悪口雑言が用いられた場合には、名誉毀損として不法行為を組成しうることは別論である(前掲東京地判[学士院賞])。また、本件一審判決も、「追分節ウラル源流説」を提唱したのが X であるのに、本件番組内でそれが Y₃ であるかのごとく紹介されたことにより X の名誉が毀損されたとして X の損害賠償請求を認容している。もっとも、二審判決は、X に対する社会的評価は追分節ウラル源流説の提唱者ということにあるのではなく、追分節の起源をユーラシア大陸の深奥部に求めることができることを小説の形で初めて提唱した者であるという評価でしかなく、この学術的知識自体は、本件小説の刊行以前から音楽研究家を中心に広く知られていたと認定したうえ、X や本件小説について何ら言及がなく、まして誹謗中傷もない本件番組で X の名誉が毀損されたとはいえないとして、原判決を取消し、X の請求を棄却している。
- (3) 本件の一審判決も、X 著作の恋愛小説とドキュメンタリーである本件番組とが追分節ウラル源流説をテーマとしているという点が共通していることを理由とする請求に関しては、基本的な筋、構成と離れて抽出される抽象的なテーマ自体はアイデアであり、著作権の保護範囲外にあると帰結している。なお、一審のこの非類似という判断に対し、小泉直樹[一審判批]著作権研究 24 号 172 頁(1998 年)は、本質的特徴の直接的感得という基準に立つと、X の独創がウラル源流説にあることに加えて、本件番組の視聴者のなかに X のウラル源流説が無断で利用されると感得した者が複数存在するから「若干腑に落ちない」とし、両作品のさらなる比較を要求している。本文で前述した「本質的特徴の直接的感得」なる文言の危うさを示す一つ例といえよう。
- (4) 小泉/前掲 171 頁は、この事件を後半部分のストーリーが異なるにも拘わらず翻案権侵害を肯定した例であることを理由に、[*227]類似性を広くとった判決として本件と対比するが、本件最高裁判決のような類似性の基準を採用する場合には、そのような全体比較で類似性が決定さ

れることにはならないことに留意すべきである。元の著作物の創作的な表現部分が再生されている限り、その再生部分が侵害者の著作物のごく一部に過ぎなかったとしても、著作権侵害であることに変わりはないからである。たとえば、盗用部分が被告書籍の本文 217 頁中の 2 頁であったとしても、その 2 頁が創作的表現である限り、侵害は侵害である(理由付けとともに、田村 / 前掲著作権法 59 ~ 60 頁)。

関連して、本判決の判旨の末尾の「上記各部分から構成される本件ナレーション全体をみても、その量は本件プロローグに比べて格段に短く、上告人らが創作した影像を背景として放送されたのであるから、これに接する者が本件プロローグの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないというべきである。」という文章について付言しておこう。

第一に、ここでは「全体」という言葉が使われているが、全体比較論を肯定するものではない。そもそも本件では、本件番組中、本件プロローグと(抽象的とはいえ)共通性のある本件ナレーションのみを抽出しており、すでにここからして全体比較論に立脚していないといえることができる。そのうえで、比較対象となった本件プロローグと本件ナレーションの共通性がアイデアではなく表現といえるのかということ吟味するために、その長短が大いに異なるから表現が共通しているとはいえない、アイデアが共通しているに止まる旨を説いたのが、右文章の前半部分なのである。

第二に、影像を背景として放送されているという点を類似性を否定する方向に斟酌している点をどのように評価するかという問題がある。この説示は、楽曲を比較する際にメロディーばかりでなく、和声(ハーモニー)、拍子といった諸要素も必要に応じて考慮すべきであると説いた東京地判平成 12.2.18 判時 1709 号 92 頁[記念樹](批判とともに、田村 / 前掲著作権法 79 頁)を彷彿させるところがある。しかし、たとえば、歌謡曲を制作する過程で、作詩家が誌を創作した段階で他の作詩者の著作権を侵害していたならば、完成品の段階では楽曲に載せられていたとしても、侵害は侵害であり、楽曲が加わったことが侵害の成否に影響することはないというのが通常理解なのではあるまいか。そうだとするならば、それと影像とで何処が違うのかが問われなければならないだろう。評者は判旨のこの説示に与するものではないが(好意的にみるものに、島並良[判批]コピライト 488 号 19 頁(2001 年))、いずれにせよこの部分は判旨のなかで駄目押し的に付言されているに止まる箇所であり、傍論に近いということが許されよう。

[*228]

- (5) この事件の被告は、「コムライン・デイリー・ニュース」等の定期講読サービスをオンライン、FAX、印刷物の形態で頒布、有線送信していた。被告のサービスは、被告の担当者が、毎日、日経新聞等を含む各種日刊新聞等を読んで英語に要約し、読者に頒布、有線送信するものであったようで(被告主張による)、被告の営業案内には毎朝 5 時半から原告の新聞記事をモニターし、毎朝八時半までには FAX で顧客に届ける旨、明記されていたとのことである(原告主張による)。被告の行為は、判旨の言葉を借りれば「報道すべき主題の発見、取材源の探知、素材の収集」の労を省くという点で、フリー・ライドであることは明らかである。もちろん、フリー・ライド即、違法ということにはならないが、少なくとも当日の 8 時半までに FAX で要約を送り届けるなどとい

うサービスをやられた日には、会社の始業時間よりも前に情報が届くという点で、顧客にとっては原告の新聞記事と選ぶところがなく、取材のために莫大な人的、物的資源を投入し、情報の伝達の体制を整えた分、原告の方が競争上、不利となる。被告のような行為を無制限に許容する場合には、過度にフリー・ライドが横行し、取材のために資源を投入する者が過少となる、という事案であった。

しかし、この事件程度の類似性で著作権侵害が肯定されるということになると、社会生活に様々な不都合が生じることになる。たとえば、企業の市場動向調査会議で、上半期の社会、経済情勢と題して、新聞記事をまとめて文書にして紹介することも、著作権侵害に該当することになる(田村・前掲著作権法 86～89 頁参照)。したがって、侵害を肯定したこの判決を正当化するためには、被告が原告の利用の態様如何、特にそれが著作権者に与える影響如何によって著作権の保護範囲の広狭が変化すると理解するほかならう。判決自身、「既に報道された新聞記事によってその記事が主題とした事項や取材源を知り、その取材源から同様の素材を収集し、その結果、元の記事と同様の事実を含む記事が作成されたとしても、元の記事の著作権を侵害するものとはいえない」と判示している。この他、傍論ながら、古文単語の連想法としての「頭打ちつけ突然の死。軽率なバイク事故」(「うちつけ」=「突然だ」「軽率だ」)について創作性を肯定し著作物と認めた判決(東京地判平成 11.1.29 判時 1680 号 119 頁[ゴロで覚える古文単語一審]、東京高判平成 11.9.30 判タ 1018 号 259 頁[同二審])なども、古文単語の連想法以外の利用に対してまで権利を主張できる著作物だとは考えていないのであろう(注(4)にも関連する)。アメリカ合衆国法のように、著作権者の受ける不利益等を衡量しながら侵害の成否を決めることができる fair use の法理のような著作権の制限の一般条項を欠く日本法の下では、その(一部の)代替機能を果たすものとして、類似性が活用されていると評してもよいかもしれない。

[*229]

もっとも、評者自身は、日本法の下では、譲渡や出版権の設定などが可能とされている著作権の権利範囲の方はもう少し固い制度として運用する方が、予測可能性を高め、その経済的利用を促進することを可能とするという点で優れていると考えている。個別の裁判所の工夫の当否はともかく、少なくとも理論としては、具体的事案に即した解決は、不正競争防止法の個別条項や契約法による処理、さらには、不法行為法の一般条項である民法 709 条に委ねるべきであろう(後者に差止請求が認められにくいという問題があるとすれば、不正競争防止法に一般条項を設けることが望まれる)。そのようにして初めて、予測可能性が高められた著作権の制度を、柔軟な処理を志向する他の法制度に併置する意義を見出すことができるように思われる(田村・前掲著作権法 62～63 頁。蘆立/前掲 174 頁も参照)。

本判決の判例評釈等として、島並良[判批]コピライト 488 号(2001 年)、渋谷達紀[判批]判例時報 1770 号(2002 年)、高部眞規子[判解]ジュリスト 1220 号 111 頁(2002 年)がある。一審の判例評釈として、小泉直樹[判批]著作権研究 24 号(1998 年)、同[判批]斉藤博 = 半田正夫編『著作権判例百選』(第 3 版・2001 年)、鈴木真実子[判批]コピライト 428 号(1996 年)がある。

大家重夫「要約文と翻案権侵害」久留米大学法学 34 号(1999 年)も、一審判決の検討を主たるテーマとしている。この他、一審を担当した裁判官が関連テーマについて著した論文として、橋本英史「著作権侵害の判断について(上)(下)」判例時報 1595・1596 号(1997 年)、同「複製権・翻案権侵害の判断の仕方」『知的財産権』(民事弁護と裁判実務 8・1998 年・ぎょうせい)がある。