第2章　著作権法

第 2 章、著作権法です。これは何の第 2 章かといいますと、教材 54 ページの第 2 編、インセンティヴ創設型の第 2 章です。著作権法は、この教材、あるいは田村先生の教科書では、インセンティヴ創設型の知的財産法であるという分類になっています。

インセンティヴ創設型というのは、商標法や不正競争防止法とは違うもので、放置しておくとうまくいかないタイプです。商標法や不正競争防止法は、放置しておいてもある程度何とかなりますが、インセンティヴ創設型は、法律を作らないとうまくいかない例です。特許では発明がその保護の対象でしたが、著作権法では表現が保護の対象になります。

著作権は、簡単に言うと複製権、すなわち、コピーを禁止する権利です。英語で言うとコピーライト、コピーをする、複製をする権利であり、正確に言うと、複製をさせない権利です。ですから、表現について複製をさせない権利というのが、著作権法のベースになるわけです。それを念頭に置きながら、これからの話を聞いていただければと思います。

最初に、どうして著作権というものが必要なのかが、教材 91 ページの上の方に書いてあります。皆さんが小説をノートに書いた、あるいは学校で何かを書いたとします。今は携帯小説などがはやっていますので、携帯電話でちょっとした小説を書くということもあるかもしれません。そのような場合、それに目を付けた出版社が来るかも分かりませんし、映画化されるかもしれません。

その人は、出版社に原稿を渡して、著作権料、版権などと言いますが、原稿料をいただくということでビジネスが成立するわけです。ですから、その対価がインセンティヴになっているわけです。

小説を書けば、誰かが買ってくれるということになれば、お金を掛けて小説を書いてみようかと思うでしょう。頭の中の妄想を書くだけだったらほとんど投資は要らないですが、例えば歴史小説を書いたり、ドキュメンタリーなどを書くと、やはり取材にお金が掛かるではないですか。それも立派な投資です。あるいは、インタビューで世界各国旅をしなければいけないかもしれません。そのように投資が掛かるわけです。ですから、その先行投資を出版社からの原稿料でペイするということで、先行投資回収の機能があるわけです。

ではどうやってその先行投資を回収するのかといいますと、教材の問 1 のところには、原稿を渡すところでストップを掛けると書いてあります。ですから、書いた原稿を渡す代わりに対価を請求するということです。同時履行の抗弁のように、対価を支払われない限り、完成した原稿を渡さなければ、出版社は出版することができないので、そこで禁止権のようなものが働くわけです。

それは著作権がなくても契約でできることですが、では著作権は必要ないのかというと、そんなことはありません。出版社と著作者の 2 人の間の問題だったら、この問 1 だけで十分ですが、やはり市場には A のライバルの B という出版社がいるわけです。この B はフリーライダーですが、A 出版社から本が出た後に、B 出版社は、あれは売れていると目を付けて、A の本を書店で買ってくるわけです。売られている以上、書店で買ってくることは合法です。書店で買ってきて、自分の会社のコピー機でコピーをし、OCR か何かで取り込んで、B 出版社からまったく同じものを出版するわけです。

そうすると、当然市場で競合するわけです。A は B のライバル、B は A のライバルなので、市場を食い合ってしまうわけです。教材には A の売り上げは 1,000 部プラス 2,500 部、B の売り上げは 2,500 部と書いてありますので、本来だったら、A が 5,000 部プラス 1,000 部、すなわち 6,000 部売れたはずなのに、B に

よって 2,500 部持っていかれてしまったというようなケースがあげられています。

A としては、この B を追い出したいというわけです。B を追い出せば、A のところに利益が入ってきて、その分著作者に高い対価を払うことができるわけです。そのために著作権が必要ということになります。ただし、ここの教材の A には一応、市場先行の利益はあるはずですということは書いてあります。ですから、著作権がなくても、市場先行の利益すなわち、小説がヒットするまでの利益は確保できます。B というのはたいてい、ヒットしたものに目を付けて海賊版を出すわけですから、ヒットするまでは A の事実上の独占になるわけです。

ですから、市場先行の利益のうちいくらかを著作者に対価として払うことができるわけです。逆に言うと、この市場先行の利益の額を超えることはないわけです。経済合理的に考えれば、著作者の対価というのは、この 1,000 部の利益を超えることはないわけです。

そうだとすると、やはり A に独占させた場合よりも対価が安くなるということですので、この程度しか対価がもらえないのであれば、小説なんか書いていられないということもあり得るわけです。ですから、著作者に十分な対価を払えば、それだけ頑張って創作をしてくれるでしょうから、それを狙って、著作権という排他権を設定したわけです。

ですから、このように著作権という排他権を設定しておくと、市場先行の利益だけではなく、もっとたくさん利益を得ることができ、その分著作者にお金を支払うことができるわけです。そのようなものが著作権法であるということになります。

今までの全部の知的財産法についてインセンティヴ論を説明していますので、今のお話のだいたいのストーリーは、もう何度目かになると思います。著作権法を含め、知的財産法には、どうして知的財産法が必要なのかという根拠付けの議論において、インセンティヴ論というものと自然権論というものが対立といいますか、大きく二つの説があると言われています。

田村先生はインセンティヴ論で貫徹されておりますので、不正競争防止法から著作権法まで、全部インセンティヴ論で説明をしています。この教材やこの授業もそうなっています。他方、自然権という考えもいまだに根強くて、最近はインセンティヴ論も昔よりもかなり数を増やしていますが、著作権法については、実は自然権論を採っている先生の方が、おそらく数としては多いのではないかと思います。

自然権論というのは非常に素朴な発想です。著作物のなかでも、芸術的なもの、例えば、ルーブル美術館に並んでいる絵や彫刻、あるいは音楽のようなものを念頭に置いてください。そのようなものは、著作者の才能によるところが非常に大きいということなので、著作者がいなければ、もうこの世に生まれなかっただろうということです。そうであれば、その著作物から生み出される経済的な利益や名誉感情などは、すべて著作権者に帰属するべきものだと考えるのです。

ですから、著作者がいなければ、そもそも利用ができないのだから、その著作物を第三者が利用することができなくなっても仕方ないというのが、自然権の根本です。自然権論者に言わせると、著作物というのは自分の分身といいますか、子供のようなイメージなのです。ですから、自分の子供をかわいがるというのに理論は必要ありませんので、著作者が保護してほしいと思えば、保護されるべきだというのが、自然権という発想です。

インセンティヴ論というのは、経済合理的に行動するときに、どうすればいいのかということを考えるわけです。この教材では、インセンティヴ論で著作権法を説明しています。どちらが間違いでどちらが正しいということではなく、理由付け、根拠付けの仕方が異なってくるということです。

I　著作物性

では 91 ページの下の方にいきましょう。著作物性のお話をします。

著作物性というのは非常に奇妙な言葉ですが、要するに、著作権法で保護の対象になるものという意味です。

要件の一つめが思想または感情の創作的表現、二つめが、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属するもの、になっております。

2 条 1 項 1 号には、著作物とは何かという定義があります。著作権法の 2 条は 9 項までありますが、1 項だけで 23 号まであります。その第 1 号に著作物の定義があります。

「思想または感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属するものを言う」という定義があります。これに含まれますと、著作権法の対象になるわけです。逆に言いますと、これに該当しないと著作物ではないということになりますので、著作権法の保護の対象から外れることになります。ですから、著作物でないということは、著作権を主張することができないという意味です。

まず思想または感情の創作的表現をみていきます。最初に要求されるのが、創作性という要件です。表現が創作的である必要があるわけです。

この「表現」というものですが、表現が何らかの媒体に固定される必要はないと言われています。ですから、例として、講義と書いてありますように、私がべらべらしゃべっていることも、IC レコーダーとカメラがなくても、表現に該当するのですね。表現されていればいいわけです。皆さんの心の中、頭の中で想像しているだけではだめですので、外に向かって表現される必要があるのですが、表現についてはそれ以上の要求はないわけです。

固定されていない表現もたくさんあります。芝居なんかはそうですよね。脚本などもありますが、振りなどは固定されるものでありません。他には、例えば都市伝説、あるいは平家物語などです。大昔、紙も墨も貴重だった時代には、琵琶法師の間で語り継がれていくというようなものもありましたが、あれも立派な表現です。ですから、固定される必要はありません。

その次に、創作性という要件が要求されます。これは学術的、芸術的に優れていることは不要であり、他人の著作物と異なるということで十分と書いてありますように、創作性というのは、他と異なっていればよいということです。ですから、芸術的評価が高いとか、格調高いとか、そのようなことは要求していません。ただ、ありふれているものは認められないのですが、ありふれているレベルを超えれば、もう創作性があると言われます。

これはどうしてかというと、ありふれているレベルを超えた状態の話ですが、例えば、芸術的評価の低い、あるいはまったくない絵だとしても、それに排他権を認めても、どうせ誰も使わないだろうから、弊害は特にありません。

92 ページにいきます。例えば、特許は、発明すれば保護されるというわけではなくて、新規性や進歩性のような要件を満たしたものだけに排他権が発生するというシステムでしたが、著作権法は国際条約の関係もありまして、著作権というのは誰かがその創作性を事前にチェックするような処理ができません。ですから、創作されただけで、即、著作権が発生し、著作物性があるかどうかというのを裁判所で判断するというようなシステムが採られています。

そうだとすると、例えば高度に学術的とか芸術的であるということを要求しますと、まず、それを評価するのが難しいということになります。特に裁判所で評価をしてもらうということになると、裁判所のような国家機

関が、これは芸術的であるとか、これは学術的であるとかということを決めることになります。そのようなことに対する嫌悪感があります。

特に、文化は多様性の世界で、特許のような、技術のような集約性、すなわち1つの目的に向かって技術が修練していくという性質はありません。表現というのはいろいろな方向に広がっていきます。何度も例に出して言いますが、発明は常に便利になる方向、優れた方向、性能がよくなる方向にしか進歩しません。携帯電話が黒電話になることはあり得ません。けれども、例えば芸術の世界では、何かレトロチックにした方が、物が売れたりすることがあります。あるいは、ファッションの世界というのは、私が見るとぐるぐる回っているだけだと思いますが、昔にはやったものの繰り返しが何度も波のように来るわけです。

ですから、文化というのは、目的や目標のものがあって、そちらに向かってまい進していくというようなものではなくて、いろいろな方向に広がっていくものです。ですから、これを超えたら保護の対象にすべきだとかいうことをなかなか定立しがたいのです。ですから、それを要件とすることはやめましょうということになりまして、ほかの著作物と異なっていれば十分だということにいたしました。

ただ、逆に言うと、ありふれているとだめなのです。ありふれているというレベルは超えている必要があります。ありふれているかどうかということは、裁判所の判断でもそれほど難しくはありません。ごく常識的な範囲で考えていけば済むわけです。

ですから、皆さんが、おはようとか、昨日何時に寝たとか、朝までカラオケを歌っていたとかいう会話をすると思いますが、そのような断片的な会話はごくありふれた会話ですので、そこには著作物性はないということです。ある程度長さといいますか、まとまりがありますと、著作物性がだんだん認められていく方向になるわけです。

2 番目としましては、アイデアと表現の区別ということが書いてあります。これは著作権法の世界では必ず言われます。これは自然権でもインセンティヴ論でも、両方ともあると言われている、アイデア・表現二分論の話です。

どのような内容かというと、別に難しいことではなくて、アイデアと表現のうち、著作権法で保護するのは表現だということです。逆に言うと、著作権法はアイデアを保護しないということです。このように、アイデアと表現を2つに分けて、表現だけ保護をして、アイデアは保護しませんよというのが二分論の内容です。これは、インセンティヴでも自然権でも異論がないところですが、著作物をどちらに分けるかというところに傾向が出てきます。

では、アイデアと表現はどこで分けるのかというと、これは非常に難しいですが、誤解を恐れずに言ってしまうと、抽象度が高くなるとアイデアであり、具体性が高くなると、表現です。ですから、具体的な表現を保護の対象、つまり排他権の対象にするという意味です。要するに、抽象的なアイデアを保護すると保護が広すぎるということです。具体的な表現を保護すると、保護の範囲は狭くなります。

例えば、誰が表現しても同様な表現になるようなものは創作性を欠くという例が教材にのっています。これはありふれていると言っても構いませんし、これぐらいではまだアイデアであると言っても同じです。

私は読んだことがありませんが、これは川端康成の小説の冒頭らしいです。川端康成の頭の中で――これは東京から新潟に向かうときのトンネルらしいですが、昔の汽車ぽっぽに乗って、山の中を長いトンネルを抜けていくという情景があったとします。冬に群馬から新潟に抜けるときというのは、関東地方の冬というのは常に晴れで、雨や雪が降ることはほとんどなくて、ものすごく乾燥しているのに対し、一歩新潟の方に入ると大雪なのです。雪の量からすると、新潟はきっと札幌より多いかもしれません。

ですから、トンネルを抜けると景色が一変します。ですから、晴れて乾燥した雪のないところを汽車が走っていて、トンネルを抜けると雪がどかどか降っていて、景色が一変してびっくりしたというようなことをイメージしながら、きっと川端康成はこの有名な冒頭の文章を書いたのだろうと思います。でも、それは川端康成の頭の中にあっただけで、川端康成のアイデアを表現するとこうなったということです。

ですから、トンネルを抜けると景色が一変したというだけでは、まだアイデアの段階に止まるということです。ですから、これをまねしても非侵害です。これをまねしても著作権侵害になることはないということです。

特に著作権侵害の正否の判断をする場合では、著作物がどのようなプロセスを経て、あるいは、誰の手によって著作されたのかということは考えません。客観的に分からないからです。確かに有名な小説の一文であり、ノーベル賞も取った有名な作家が書いた冒頭の一文ですが、そのようなことは捨象して、著作物だけから著作物性、あるいは侵害の正否を判断するということです。

もう少し例を出します。教科書 394 ページを見てください。ここにはラストメッセージ in 最終号という事件の図が載っています（東京地判平成 7.12.18 判時 1567 号 126 頁）。この『ラストメッセージ in 最終号』というのは、雑誌が廃刊になるときに、廃刊のあいさつというのがその廃刊になる雑誌の最後のページに載りますが、その廃刊メッセージを集めたものです。150 ページぐらいありますが、ひたすらこの 394 ページのようなラストメッセージがべたべた貼り付けられている本です。

この 394 ページのラストメッセージに目を通して、これはどこから著作物と言われたか、どこから保護するか、どこまで保護しないかと、線引きをしてほしいのです。①から⑨まで、だんだん文章が長く、あるいは複雑になる方向にいっています。雑誌は廃刊のあいさつですから、例えば図①のように、「本誌はこの号でおしまいです、長い間のご愛読に感謝します」というようなことは廃刊のあいさつですから、どんな人も必ず書くわけです。ですから、この最後のあいさつというだけに止まるのであれば、それはまだアイデアの領域を脱しない、あるいはありふれているということになって、保護を否定されます。

いかがでしょうか。皆さんはどのあたりから保護すべきだと思いますか。まず、ありふれているかどうかという観点があります。それから、著作権を認めるということは、排他権を認めるということですから、権利者以外の者はまねをできないというように、強力な権利を与えるわけです。さらに、もう 1 つの観点としては、この表現に排他権を認めた場合に、他の創作が制限されすぎないかという観点からも見てほしいわけです。

境界は⑦と⑧の間で、①から⑦までは著作物性はないと言われました。このうち著作物性があると認められたのは、⑧と⑨だけです。ですから、逆に言うと、⑥は結構長いですが、これをそっくりまねしても非侵害だということなのです。著作物性がないということは、そっくりまねをしても構わないということを意味します。

皆さん、いかがでしょうか。これには賛否両論がありまして、⑦と⑧の間には何があって区別されるのかということが問題になります。⑧が認められるなら、⑦も認められそうだなという人もいるわけです。今まで聞いた感じでは、⑨を認めないという人はいません。⑤くらいまでは、認めなくていいのではないか。すなわち、⑨は認める、⑤より上は認めないというのが大半で、悩むのが、⑥、⑦、⑧あたりです。ですから、⑥、⑦、⑧あたりで迷ったというのであれば、感覚としてはだいたいそんなにずれていません。

たまたまこの裁判官は、⑦と⑧の間で線を引きました。⑨は、表現にかなり工夫が見られます。東京地方の桜の開花が待たれる昨年 3 月 27 日、ニューシングルの人たちが云々、とあるので、特徴的な表現が

あるとともに、激励のはがきの内容を紹介しています。何より長いです。

長いということは選択の余地がたくさんあるということですから、それだけ選択の余地があるなかから1つを選択したということですので、表現に工夫がある、ありふれていないと言うことができます。図 9 について、著作物性を認めないという人は、今のところ私は聞いたことがありません。図 8 と図 7 の間が微妙です。著作物性というのは、だいたいこのあたりで線が引けます。

他の裁判例で、万年カレンダーという例もあります（大阪地判昭和 59.1.26 無体集 16 巻 1 号 13 頁［万年カレンダー］）。これはまさしくアイデアと表現が争われた例です。万年カレンダーは 396 ページに図が載っていますが、これはカラーのカレンダーなので、白黒だとよく分からないですね。

これは、アイデア自体は非常に優れています。カレンダーを月、日について七色の色を塗っていくと、永遠に使えるというものです。1 週間は 7 日ですから、カレンダーというのは全部で 7 パターンしかないらしいのです。ですから、その数だけカレンダーのパターンを作っておいて、この年はこの色のカレンダーを見てください、この年はこの色のカレンダーを見てくださいというふうにしておくと、永遠に使えるというようなものです。これをまねした人がいるわけです。

七色も使って見た目も結構きれいなカレンダーですが、それはまだアイデアに止まるというように裁判所で判断されました。これをまねしたのはアイデアをまねしたにすぎず、表現と言うには具体性が足りないとされたのが、この万年カレンダーの事件です。

アイデアと表現の二分論は、抽象的であればアイデアですし、具体的であれば表現です。線を引くのは、やはりなかなか難しいことです。この話は類似性のところでももう一度出てくる話ですので、類似性のところでもう一度お話をしたいと思います。

その次に編集著作物とコンピュータープログラムというのをあげています。編集著作物というのは、いろいろな著作物の寄せ集めです。編集著作物を保護するというのは、寄せ集めの仕方を保護するという意味です。

皆さんになじみのある編集著作物というと、判例百選がよく出てきます。いろいろな先生が評釈を書いた評釈集ですが、評釈一個一個にその評釈を書いた先生の著作権があるということは、皆さん分かると思います。でもそれだけではなくて、この 100 個の判例を集めてきたところには何か意味があるはずです。重要な判例なのかもしれない、いろいろな判例があるかもしれない。その 100 個集めてきたということに創作性を認めることがあるという意味です。

ですから、百選の 2～3 個の解説をコピーしても、個々の解説の著作権を侵害するというのに止まるのですが、百選を 1 ページから 300 ページ、要するに全部コピーする場合には、個々の先生に許諾をいただくだけではなくて、編者の先生にも許諾をいただかなければいけないということです。

編者の先生は、たくさんある著作権の裁判例の中からこの 100 個を選びました。たくさんある中から選んだということは、それだけ工夫がある、意味があるということです。順番も、その順番に並べたというのは、大事だから、あるいは、このような説で著作権を考えていくためには、このような順番で並べなければいけない、ということであり、このような配列はありふれていないと言うに十分ですので、表現として保護の対象になることがあり得るわけです。

ただ、編集著作物は、どちらかというと保護されにくいタイプの著作物です。編集著作物を構成する個々の著作物が個別に保護されるということに疑いはないですが、例えば情報の単なる集積物、すなわち、学生名簿や、日本の全裁判例のデータベースというのは、名前や裁判例を全部集めますので、誰が

やっても全部は全部です。選ぶ場合は、何かの考えによって選んでいくわけなので、人それぞれ表現が異なることがあり得ますが、全部持ってきなさいというと、選びようがないわけです。そこに表現としての工夫があったと言うことができません。

現在これが、本当は保護したいけれども、著作権法という枠では保護できないものだと言われています。この集合型であるデータベースが、著作権法の枠組みでは保護が難しいと言われている例です。とにかく全部集めているというのでは、選択の余地がありません。選択の余地がないということは、著作物性がないということになってしまうのですが、データベースというものは、作ってもらうと、利用する人は非常に便利です。他方、データベースを構築するためにはとてもお金が掛かります。特にデータベースというのは、初期投資が大変大きなタイプの著作物です。完成させるのに時間もかかり、お金も掛かります。

しかし、全部集めてくるというタイプのデータベースは、工夫のしようがなく、頑張れば誰でもできるものです。これは「額に汗」と呼ばれます。

ですから、このようなデータベースタイプの編集著作物は、著作権法の枠組みでは保護が難しいので、どのような法律を作ったらいいのかと、今、国際的に困っています。ヨーロッパ、アメリカ、日本でいろいろな工夫がされていて、ヨーロッパは一部新しい立法がなされたようです。著作権法では保護できないので、ほかの法律、要するに独自立法として、新しい法律を作る必要があるのではないかと言われている領域です。

日本では不法行為を活用するしかないと言われています。裁判例が挙がっていますように、実際、このスーパーフロントマンという事件では、不法行為でデータベースの表複製を侵害としました（東京地判平成 13.5.25 判時 1774 号 132 頁［スーパーフロントマン］）。今は、データベースといってもコンピューターデータベースですから、複製はハードディスクさえ持っていけば容易にできます。非常に価値が高いのに、簡単に複製されてしまうというように、非常に脆弱です。ですから、不法行為で何とか保護してあげましょうということになっております。もしかしたら、今は過渡期なのかもしれません。

その次に、コンピュータープログラムですが、現在では、コンピュータープログラムは著作権法で保護されます。特許の方でも、今はコンピュータープログラムが保護されますが、この違いはまさにアイデア・表現の区別です。

特許法はアイデアを保護する法律です。アイデアをむやみに保護すると広くなりすぎるので、新規性や進歩性といったハイレベルの要件を課しています。そのため事前に審査をして、間違いがないということにするわけです。著作権法のほうは、事前に審査をして権利を設定することをせず、裁判所が判断をしますので、権利の要件に対して難しいことは言わず、取りあえず著作物性がありふれていなければいいということにしたわけです。

ですから、コンピュータープログラムについては、特許法では、いわゆるアルゴリズム、要するにフローチャートみたいなもののような処理の流れを保護します。それに対し、著作権法では、コンピュータープログラムといっても、もう少し具体的になった現実のソフト、ワードやエクセルやファイナルファンタジーといった、具体的なプログラムをまねしてはいけないというように、一応区別されています。ですから保護の範囲としては、特許の方が、抽象的なので広く、著作権法の方が、相対的には狭いということになります。

ただ、このコンピュータープログラムは 1985 年に著作権法に取り込まれたのですが、これについては非常に議論がありました。コンピュータープログラムは、一応著作権は保護するということになったのですが、どちらかというと、テクノロジーに関するものですので、本当は特許法のように、新規性、進歩性、あるいは

事前の審査を必要とする法制の方がなじむのではないかというような議論が、改正前は主流でした。

特にコンピュータープログラムは、やはり便利になる方向に収斂していくという性格のものですから、著作権を与えてしまうと、保護が強くなりすぎてしまうという問題があります。後で説明しますが、著作権法の保護というのは著作者の死後 50 年ですので、余命プラス 50 年です。コンピュータープログラムについては公表後 50 年ですが、特許の 20 年と比べると非常に長いです。長いということは、他人を制限する機会が大きくなるということですので、技術として収斂していくタイプのものを保護するためには、ちょっと長すぎるのではないかというような指摘がありました。

日本はその方向で、ではコンピュータープログラムについては独自立法をしましょうという方向で動いたのですが、著作権法に入ってしまったのは、ひとえにマイクロソフトが原因です。マイクロソフトが、著作権法での保護を要求し、アメリカ政府を動かしたわけです。基本的に日本はアメリカの属国なので、アメリカがやると言ったら、その方向でまとまるのですね。

マイクロソフトにとっては、コンピュータープログラムを著作権で保護した方が、非常に有利なわけです。特許で保護されれば 20 年ですが、著作権の保護であれば 50 年ですから。独自立法のときは、10 年で存続期間を切ろうとかいう議論もあったくらいですので、マイクロソフトにしてみればもっと長く保護してほしいということです。

アメリカは、国際条約に、コンピュータープログラムは著作権法で保護しなければならないという条文を強行に入れたわけです。そうすると、世界もその方向にいくわけです。そのようなことで、プログラムは著作権法で保護されるということになってしまったのです。

教材 93 ページで、そもそも著作権法にプログラムを混入させたことが誤りと、非常にダイレクトなことを田村先生が書いていらっしゃいますが、その通りなのですね。コンピュータープログラムを著作権法に入れたことで、著作権法がまたひとついびつになったと言われます。ですが、立法はこのようになっておりますので、ご理解ください。以上が著作物性の最初の、思想または感情の創作的表現のところのお話になります。

その次に、1 号の場面がもう 1 つありまして、文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属するもの、という要件が課されています。これを引き継ぐ形で 10 条 1 項という条文があり、1 号から 9 号まで、著作物というのはこのようなものが挙げられますということが書いてあります。法律に書いてある通り、おおむね次の通りであるそうなので、もちろんこれは限定立法ではないということです。

ですから、これに含まれない著作物も、いくらでもありえます。もっと言えば、著作物を 1 号から 9 号のどの著作物に分類するかという作業も、基本的には無用の作業です。ですから、これは脚本の著作物なのか、舞踊の著作物なのか――芝居やオペラなどはそうかもしれませんが――どちらなのかという議論は、法律的にはまったく無意味です。

ただ、例えば映画の著作物や、写真、プログラムは、条文によっては法的効果が違うことがありますので、どちらの著作物に該当するのかということに議論の価値があります。

2 つの類型に該当する場合ももちろんあります。オペラやミュージカルは、音楽の著作物でもあるし、舞踊も著作物でもあったりするわけです。建築の著作物にしても、芸術的な建築物であれば、建築の著作物であるし、4 号にその他の美術の著作物とありますので、美術の著作物であるということもあり得ます。ですから、この 2 つ、あるいは 3 つに該当する著作物というのもあり得ます。相互に排他的ではないわけです。

ですので、文芸、学術、美術、音楽の、どの概念に入るのかという議論も、これまた無用です。もちろん、複数兼ね備えてもいいのですが、どれかに入っていれば十分だということです。

さらに、どれにも入らないのかということも、あまり議論の価値がないと言われています。これから話すことを除いては、ほとんど意味のない要件というふうに考えられています。

法的に非常に大きな意味があるのは、実用品の問題です。基本的には、皆さんがこれから著作権法を勉強していく上でイメージしてほしいのは、どちらかというと芸術的なもの、彫刻や絵、写真、小説などを想像しながら勉強してほしいのですが、実際に問題になるのは実用品についてです。もっと言えば、工業製品です。要するに、工業製品も著作権法で保護されるのかどうかという話です。

最近は工業製品だからこそデザインに凝っている製品もたくさんあるというのは、常識です。携帯電話も、昔は小さく軽くなる方向だけでしたが、充電器がザクの頭になっている充電器もあるぐらいですから、非常に凝ったデザインもたくさんあります。そのようなものは保護されるのかどうかという問題です。

講義の前半に話したように、原則、ありふれていなければ著作物だというと、工業的なデザインについても、ありふれていなければ著作物だと考えていいように思われます。特に、ありふれていなければいいという基準を立てたのは、著作物が高度であるとか芸術的であるとかという判断を裁判所がするのは難しいし、裁判所にさせるのはなじまないということでしたので、工業製品についても、これが工業製品だという判断はなじまないと言うこともできるのかもしれません。

しかし、ここだけは、ありふれていなければ著作物だというテーゼが若干へこむところです。それはどうしてかというと、ほかの法律との住み分けの問題です。ほかの法律というのは意匠法です。意匠法は、基本的には、物品のデザイン、さらに言うと、工業製品のデザインのために作られた法律です。物品の形状、色彩、模様について保護をする法律で、日本の意匠法は特許型です。特許型というのは、出願、それから審査、登録を経て発生する排他権ということです。

もちろん要件としては、新規性や、あるいは今までの工業製品に比べ工夫されているといった要件が求められていますが、非常に特許に近いタイプの法律です。保護の期間は、教材には登録後 15 年と書いてありますが、条文の改正があって、現在では登録から 20 年になっています。このように、特許型で手続きを必要とする法律であり、登録から 20 年で保護が終わりとなります。

他方、著作権法の構造は、何度も説明しているように、権利の発生に手続きを必要としません。出願も要らない、審査もない、登録もない――登録をすることもできますが、してもしなくても、権利の範囲には影響はありません。要件としても、他と異なっていたり、ありふれていなければ保護が認められます。存続期間も著作者の死後 50 年です。余命プラス 50 年ですので、これから 30 年生きる人であれば 80 年です。

要するに、意匠と著作権法を比べると、意匠の方が、手間がかかるわりには保護期間が短いです。著作権法は、保護のための手続きは訴えるだけですから、簡単で、しかも存続期間も長く、基本的に維持のためのお金も掛かりません。意匠権は権利の維持のためにお金が掛かるわけです。

そのようなことなので、どちらも選べるとすると、みんな著作権法を選ぶことになります。特に出願が要らないというのが大きな理由です。まねされた、しまった、意匠出願していない、というときも、もし著作権法が選べるのであれば、著作権法は出願も登録も要りませんから、著作権を使うことができます。

意匠というのは、あらかじめ出願をしておかないと保護されません。紛争が起こるかどうか分からないけど、取りあえず出願しておくことが必要なのですが、著作権はそんなことは必要ないので、両方選べるとすると、著作権法ばかり選ばれます。これは、この 2 つの制度を作った趣旨に反するだろうということです。

工業的なデザインについて意匠法を作った以上は、基本的には実用品、工業製品については意匠法を利用してもらい、著作権法は、工業製品以外のものを保護の対象とするというのが、この「文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属すること」という条文の意味だと言われています。

教材では、文化の範囲に止まっているという価値判断の表れということが書いてありますが、解釈論として徹底すると、そのような説明になります。実際にその制度を設計した人がそれを意識していたかどうかということは、よく分かりません。もしかしたら、役所の縦割り行政が原因なのかもしれないですね。意匠法というのは産業財産権、昔の工業所有権で、管轄は経済産業省なのに対し、著作権法は文部省の外局の文化庁ですから、縦割り行政の影響という可能性も多々あります。

ですが、法律でこのように決まっていて、制度もこのように組まれている以上、制度が 2 つあるというところに意味を見いだすとすれば、このような説明になると言うのが、今までの話です。実際には分かりません

ですが、やはりそれだけで問題は解決しません。基本的には、工業的なデザインには意匠法を適用し、文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属すれば著作権法を適用するとしても、重なってしまうところはどうしても残ってしまいます。

ですから、やはり調整をする必要があります。意匠法と著作権法の中間ぐらいにあるもののことを応用美術と言ったりします。実用品に応用される美術の意味です。応用美術が著作権で保護されるのかどうかというのは、意匠法との切り分けの話だと理解してください。彫刻が本立てになる、あるいは絵画がポスターとして用いられるということはたくさんありますが、このようなものの保護がどうなるのかということです。

教科書 403 ページをご覧ください。応用美術として、著作権法で保護されるのかどうかということが議論になったものです。左の上の図①は博多人形です（長崎地佐世保支判昭和 49.2.7 無体 5 巻 1 号 18 頁［博多人形赤とんぼ］）。右側の図②は、竜のような彫刻がされていますが、仏壇の彫刻です（神戸地姫路支判昭和 54.7.9 無体 11 巻 2 号 371 頁［仏壇彫刻］）。

図③は、T シャツのプリントです（東京地判昭和 56.4.20 無体集 13 巻 1 号 454 頁［アメリカ T シャツ］）。この絵が T シャツにプリントされています。サーファーがサーフィンをしている絵で、両サイドの絵がイルカですが、説明されないと分からない絵です。

図④は、木目化粧紙の事件です。木目化粧紙というのは、合板の上に木目のプリントを貼り付けるための模様です。このあたりが、応用美術として保護されるのか、著作権法で保護されるのかどうかというのが争いになった例です。

図①、図②、図③は、著作権法で保護する文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属するものだと言われ、図④はそれに入らないと言われました。図③と図④の間で線が引けるわけです。

図①、図②あたりで議論されたのは、量産性があれば、意匠の範囲なのではないかということだったのですが、図①、図②の事件では、量産品といえども、著作物と言えるとした裁判例です。博多人形はお土産で人気があるものでしょうから、量産されるのでしょう。仏壇もそうです。一品製作ということは考えにくいです。一品製作物であれば、それは文芸、学術、美術、または音楽に属すると言いやすいですよね。でも、量産品だからといって、直ちに著作物ではないということではないです。

では、著作物性はどこで決まっているのかといいますと、裁判例の規範では、純粋美術と同視し得るかどうかで判断すると述べています。すなわち、工業製品のデザインが、純粋美術と同視できるかどうかで判断していると言われています。これは現在でも踏襲されていると言われています。仏壇彫刻の事件やイルカ T シャツの事件でそのような判断がなされました。

純粋美術と同視できるかと考えると、403ページの4つの例だけ見ると、分からなくはないという感じがいたします。木目化粧紙というのも、作っている方としては、いろいろ工夫があるようです。ある程度の長さしかありませんから、継ぎはぎしていっても、継ぎ目が見えないような工夫がされているらしいです。そのように、作った方としては頑張ったのでしょうけれども、やはりこれを純粋美術と言うのは、ちょっと難しいような気がいたします。

ですが、本当に裁判所が、純粋美術と同視し得るかという基準で判断しているかどうかというと、私はそうではないと思います。

純粋美術とは何かと裁判所で判断するということは、最初に言った、ありふれていればそれ以上の要件は問わないということとは矛盾しているわけです。しかし、意匠法と調整を図る必要がありますので、ここだけ矛盾せざるを得ないです。裁判所でそのようなことを判断するのは難しいし、なじまないから、判断しませんという説明がうまく通用しない部分です。

ただ、この純粋美術と同視し得るかどうかで判断という基準もよく分かりません。なぜかというと、ファービーという事件があります（山形地判平成 13.9.26 判時 1763 号 212 頁［ファービー一審］、仙台高判平成 14.7.9 平成 13 年（う）第 177 号［同控訴審］）。ファービーは、5 年ぐらい前にはやった、グレムリンをもう少しかわいくしたような縫いぐるみですが、あれをまねしたという事件がありました。その縫いぐるみが、文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属するものではないということで、山形、仙台で著作物性が否定された事件です。

ファービーが否定されて、博多人形が肯定されるというのは、なかなか説明が難しいですが、説明するとすれば、このファービーの事件は、実は刑事事件だったのです。刑事事件だったので、罪刑法定主義の観点から、この文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属するものというのを厳格に解釈すると、ファービーは含まれないといった、例外的な事件だと理解するべきなのかもしれません。ですが、やはり純粋美術と同視し得るか否かという判断は、かなり微妙なものがあります。

まとめを兼ねて検討のところを説明していきます。まず、切り分けの観点として、製作者の意図がどこにあったのか、すなわち、工業製品向けのデザインだったのか、あるいは芸術家としての作品なのかということを判断すべきだという意見もないわけではありません。しかし、著作物それ自体から、著作者の意思を――何らかの芸術家の表現したいものを感じ取ることはあるとしても、量産目的であったのか、美の追求なのか、それを判別することは不可能です。

著作権というのは他人に対する排他権ですので、やはり第三者である利用者の予測可能性を、保護してあげる必要があります。例えば、量産品であるところ、意匠登録が利用できると考えていたら、実は製作者は美を追求していたとすると、第三者には分からない話です。ですから、このような製作者、著作者の主観的な意図という基準は採用できません。

また、創作された後の創作物の利用態様というのも考慮すべきではありません。つまり、最初は芸術品として作った後に、これはなかなかいいということで、ポスターや広告に利用されたということは、いくらでもあります。逆の場合もあるでしょう。工業製品として作られたのだけれども、アバンギャルドだと評価され、芸術的価値が認められるということもないわけではないです。

ですから、その後どのように利用されたか、芸術品として利用されたのか、工業製品として利用されたのかというところで区別することも、なかなか難しいだろうということになります。著作物それ自体から、どうにか判別できなくてはいけないわけです。

ですので、最初の方で、著作権法と意匠法で、2 つ制度がある以上は切り分けなければいけないと言いましたが、やはり競合領域、要するにダブルプロテクション、2 つの法律で同時に保護される場合というのは、認めなければいけないということです。

ですから、この博多人形や仏壇彫刻についても、もしかすると意匠出願がされていて、意匠権が取られているのかもしれません。だからといって、それで著作物性を否定されるということではありません。両方で保護されるということはあり得ます。逆に言うと、そうするしかないのです。今までは、著作物それ自体から分からなければいけないということで、第三者の予測可能性を話してきましたが、製作者、創作者の方の予測可能性も考えなくてはいけません。

例えば、判断が分かれるケースでは、特許庁は著作物と考えて登録時の出願を拒絶したとします。特に意匠法の方は、一品製作物であり、量産可能性がないと、保護を否定するという実務があります。他方、その後で著作権侵害で訴訟を提起した場合に、これは工業製品だから、著作権法の範疇ではないと言われてしまうと、両方で保護されないということもあり得ます。

本当は、やはり著作権法と意匠法の間で明確な調整規定があるべきでしょうが、ない状況では、創作者の方の予測可能性も保護してあげる必要があります。そのためには両方の法律で保護される領域を認めざるを得ないということになります。

ですから、創作物の外形、すなわち著作物それ自体から、一応言葉上は、純粋美術と同視し得るかという基準で判断をして、意匠法の領域である量産品や工業製品についても、ある程度保護を認めていくというような裁判所の基準は、まあよろしいのではないか、というのが教材 94 ページの結論になっています。

裁判例は、純粋美術と同視し得るか否かという基準で決めていますが、純粋美術が何かと決めるのは、なかなか難しいですね。ですから、創作者の保護のためには、迷ったら保護するという方向で考えていくしかないのではないかと考えられます。

本日の講義を通して大事なのは、著作権の保護というのは、特許庁を介さずに裁判所が行うので、ありふれていなければ保護するという基準を立てておき、ただし、工業製品の場面だけは意匠法の問題があるので、純粋美術と同視し得るかという判断基準が入ってきているというふうに理解していただきたいと思います。