II 著作権侵害の成否

前回の講義で、著作権の1条の説明を飛ばしてしまった気がいたします。著作権法の1条には目的が書いてありまして、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作権者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とするということで、この講義は不正競争防止法から一貫してそのような話をしているつもりです。権利者を保護するという法律ですが、それ自体は目的ではありません。権利者の保護というのは手段にすぎなくて、権利者を保護することによって世の中の全ての人々が豊かになるというところが知的財産法の狙いです。

著作権者を保護するということは、著作権は排他権ですので、著作権者しかその著作物を利用することができないことになってしまいます。ですから、権利が強すぎると、今度は第三者の著作物の利用が図られないので、あくまでも著作権者とそれ以外の人のバランスを図るところに気を付けなくてははいけないということです。

特許はその色彩が強く、発明者、出願人の保護はある程度にとどめ、秘密にしたいような技術を公開させて、世の中の便宜の向上を目指すということですが、著作権については、前回もお話した通り自然権の発想が強く、多少第三者、我々利用者を犠牲にしても、著作権者を守るべきだという色合いがないわけではありません。

95 ページに参ります。前回は、著作権法の対象になる著作物とは何かというお話をしました。創作性と実用品の問題がありましたが、本日は、そのような著作物についての侵害の成否というところになります。

教材に沿っていきます。総説に書いてある著作権侵害の21条から28条ですが、著作権の排他権というのは、21条から28条に列挙されているものの束だと言われています。21条には、著作者は、その著作物を複製する権利を専有すると書いてあります。22条は上演、演奏、22条の2は上映等、26条は頒布や口述、26条の3は貸与等、27条は翻訳等、いろいろ書いてあります。著作権はこのような細かい権利の集合体だと言われています。各条に挙がっている権利のことを支分権と言います。

ですから、逆に言うと、この21条から28条に該当しない行為は著作物の利用行為になっていないということです。これは、次回の法定の利用行為のところでもう少し詳しく話をすることになります。

もっとも中心的な権利が21条の複製権です。著作者はその著作物を複製する権利を専有すると書いてあります。これは特許法も同じです。特許だと、特許権者は発明を実施する権利を専有すると68条に書いてあります。それとそっくり同じ条文です。特許でも問題にしたように、この複製する権利を専有するというのは、著作権者だけが著作物を複製することができるという権利なのか、それとも、著作権者以外の人が複製できないという権利なのかという疑問があるわけです。

著作権者しか複製できないという積極的な意味なのか、著作権者以外の人は複製できないという意味なのか。答えも特許のところと同じで、後者です。著作権者は、他人が著作物を複製することを禁止できる権利だというふうに考えられています。ですから、21条は複製権と書いてありますが、正確に言うと複製禁止権です。複製する権利ではなくて、複製することをやめさせる権利です。

これは、どこが異なるのかという説明も、特許のときの繰り返しになります。他人の権利に抵触する場合は、自分が著作権者であっても、複製はできないということです。複製することができる権利ではなくて、他人の複製を禁止することができるので、お互い禁止し合う状態というのがあり得るということです。ですから、ある著作物について著作権を持っているということは、他人の著作権を侵害しないという保証にはならないのです。

何かについて著作権を持っている場合に、自分が著作権者だからそれを利用するということでも、他人の著作権を侵害しないように気をつけなければいけません。著作権を持っているということは、他人の著作権を侵害しないという保証にはならないのです。この説明は、翻訳文のときの二次的著作物について説明されますが、本日はこの説明はいたしません。

教材の「(2) 依拠」から著作権侵害の要件に入ります。著作権侵害の要件は、3 つないし 4 つです。

教材に沿っていきますと、1 つ目が依拠、2 つ目が、類似性、それから、法定の利用行為です。この 3 つが著作権侵害の要件であり、この 3 つが満たされると著作権侵害であるということになるわけです。

ただ、これとは別に、私は 4 つ目の要件として著作物性というのを立てた方がいいと思っています。

依拠、類似性、法定の利用行為の 3 つで説明する場合、著作物性は類似性のところで考慮するという事です。ですから、必要なものをどこで考慮するかの違いにすぎませんので、説によって要件が違うということではなくて、どのように説明するかの問題です。ですから、前回みました著作物性を満たしている必要があるわけです。これを別の要件で考えるのか、類似性で考えるのかというのは、それは説明の仕方次第ということになります。

この依拠、類似性、法定の利用行為の 3 つを満たしていれば著作権侵害ということで、ありふれた著作物についてまで著作権を主張できると誤解してしまう人が時々いますが、もちろんそうではありません。著作物性というのは、3 つの要件で説明する人も、前提として必要だと考えていることです。

具体論に入っていきます。1 つ目の依拠というのは、要するに誰かの著作物を模倣したという意味です。いわば被疑侵害者の主観を問うているわけです。権利者としては、自分の著作物が模倣をされたのだということを証明しなくては行けないのです。

ですから、真実、神様の目から見ると、偶然に同じ著作物が創作されてしまったという場合には、著作権侵害とはならないという意味です。もちろん、被疑侵害者が、たまたま同じになってしまった、と言うに決まっていますが、そのような意味ではなく、本当に偶然、著作物が同じになってしまったという場合は、非侵害だということです。

一字一句同じものがたまたま別のところで創作されるということは考えにくいですが、著作権は、完全に一緒ではなく、多少違っていても、類似性が認められれば侵害となるので、類似性の範囲内でたまたま同じような著作物ができてしまうということは、ないわけではありません。実際の訴訟でも、依拠が否定されて非侵害になった事例が複数存在します。

この依拠ですが、実は特許法の方では不要とされています。ですから、特許法の場合は、たまたま同じ発明を作ってしまった場合でも侵害になります。著作権の方は非侵害になりますから、この点では、被疑侵害者からすると、著作権法の方が有利、特許法の方が厳しいということになります。それを指して、特許の方は絶対的排他権で、著作権の方は相対的排他権だと書いてある教科書もあります。

これはどうして違うのかということを説明します。文化の世界は多様性で技術の世界は効率性です。一般に著作権法は文化の世界を規律する法律で、文化の世界は多様性の世界といわれます。文化というのは、いろいろなものがたくさんあることそれ自体が素晴らしく、それ自体が文化的だということです。

ですから、いろいろなものが創作されることそれ自体に価値があるということです。創作者としては、これは自分のオリジナルだと思って創作したにもかかわらず、たまたま他人の著作物と類似しているからといって著作権侵害になるというのでは、創作者に不測の損害を与えることになります。これが積極的理由です。

特許法でももちろん、オリジナルの発明だということがあり得ます。特許法は技術の世界ですので、効率性の世界です。ですから、ある程度幅はありますが、技術というのは必ず一方向に収斂していくという性格があります。これは、法律をどう決めるということではなくて、技術というものが持っているそもそもの性質です。どう考えても、20年たったら携帯電話が黒電話に戻っているということはありません。

でも、文化の方はそうではないですね。ファッションなどもそうですが、レトロ調で昔のファッションが急に復活したり、あるいは映画だったら『ALWAYS 三丁目の夕日』のように、昭和30年代の時代を背景にした映画がヒットしたりします。文化というのは行ったり来たりするものです。ですから、たまたま同じになってしまうということは、非常に少ないわけです。

また、技術の世界は発展していく方向が収斂するために、狭いところでみんながせめぎ合っているところ、たまたま同じになったからといって非侵害にすると、特許権が弱くなりすぎてしまうということです。

もう1つは、消極的理由です。著作権の方は、たまたま同じになる確率は低いので、依拠を要件にしても、権利が弱くなるということがそれほどないということになります。

特許の方のもう1つの理由は、特許法は公示の制度があります。抽象的な文言ですので分かりにくいということがあります。一応、公示の制度があります。特許が付与され、特許権が設定されると、特許公報が発行され、権利者が誰かということや、特許請求の範囲が公示されます。

ですから、依拠が要らないわけです。特許の方で、たまたま同じだったら非侵害にするよというとなるとどうなるかという、みんな特許公報を見ずに発明するようになります。見てしまうと模倣をしたということになりますので、なるべく特許公報を見ないで発明をするということになってしまうわけです。そうだとすると、何のために特許公法を発行しているのか、何のために権利の公示をしているか、さっぱり分からないことになってしまいます。ですから、公示の制度が特許法にはありますので、特許法の方では依拠を要件としていないことになります。

著作権の方が、排他権、物権的権利などに公示を要求していないというのは、1つは国際条約の関係があります。もう1つは、表現ですので、頭の中で考えているだけでは著作物にはなり得ません。外に向かって表現して初めて著作物ですので、表現したということが公示の代わりのようなものです。ですから、著作権は物権的権利ですが、公示の制度がありません。

でも表現したといっても、それを聞いた人にしか、公示とのような効果がないわけです。そうだとすると、そんなのは聞いていないという人はどこかにいるわけで、では、その人は非侵害にしようということになります。特許ですと、きっちりした文書の形で発行されますので、これは見ていない方が悪いということになるわけです。

これが、著作権が依拠を要求する、あるいは特許の方でなぜ要求していないかということの説明になります。

問題は、依拠の証明です。被疑侵害者、つまり模倣をした人の主観を証明することになりますので、かなり困難であるということが予想されます。

教材96ページにはワン・レイニーナイト・イン・トーキョーというかなり古い事件があります(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])。依拠は、このワン・レイニーナイト・イン・トーキョー事件で最高裁が必要であると述べたために、今では侵害の要件だと言われています。ですから、条文で要求されている要件ではありません。判例法理ですが、反対する人はいません。

実際、この事件は、依拠が必要であると抽象論を述べた後に、実際に依拠が必要だということを事件に

当てはめ、依拠がなかったということで非侵害にしましたので、これは判決の *ratio decidendi* (傍論の反対) として、下級審を非常に強く拘束する効力があるということになります。

話をもとに戻します。依拠の証明ですが、実際に、模倣しただろうと問い詰めて、模倣しましたと裁判で言う人は、そうはいないわけです。ですので、今では、本当に模倣しただろうという証明が要求されるわけではなく、依拠の要件というのは、アクセス、プラス独自創作の抗弁だと言われます。

ですから、依拠というのは依拠それ自体を証明するのではなく——アクセスの方を請求原因として、権利者が証明する、すなわち、著作権者としては、侵害者が著作物に接したことがあるだろうというところを証明すればそれでいいと言われていました。

独自創作の抗弁というのは、抗弁ですので被疑侵害者が出すものです。著作権者に、著作物にアクセスしたことがあるだろうと言われたら、自分は独自創作したということを被疑侵害者側に証明させると言われています。

今問題になっている著作物に接したことがあるかどうかというのは、主観的に模倣したのかどうかということよりは証明が楽だと思われれます。つまり、例えば、有名な著作物であれば、その業界の人はだいたい接したことがあるはずだと裁判官は思うわけですし、あるいは、ある程度の部数が出版された出版物であれば、接したことがあって当然だということになります。

もちろん、接したことがあるけれども、独自創作だということはありません。それはどのような場合かという、被疑侵害物を独自創作してから、問題となった著作物にアクセスした場合です。つまり、今問題になっている著作物を知らずに、独自創作をした後に接したということです。問題になっている著作物をその後知ったという場合は、アクセスはあるけれども、独自創作ですということになるでしょう？ ですから、その場合は、独自創作の抗弁が成り立つということで、非侵害になります。アクセスというのは、裁判所はわりと容易に認めますので、依拠の要件というのは、事実上は、独自創作の抗弁にすり変わっていると言っているのかもしれませんが

次に類似性です。類似性については最高裁判決がありまして、江差追分事件、あるいは北の波濤事件と言われます(最判平成 13.6.28 民集 55 卷 4 号 837 頁[江差追分])。類似性というのは、著作物の創作性ある表現を再生していることというふうに考えられています。創作的表現の再生ですね。

これは何を言っているかと言いますと、抽象的なアイデアが似ているだけでは、類似性は満たされないという意味です。最初にアイデア・表現二分論、あるいは二分論というお話をしました。これも条文にはありませんが、著作権法は表現を保護する法律であって、抽象的なアイデアを保護する法律ではありませんと申し上げました。

類似性についての具体例を見てほしいと思います。本日配った資料を見てください。図 1、図 2、図 3、これらは実際の事件に取り上げられたものです。右側が著作権者のもので、左側が被疑侵害物です。ですから、左側のものが右側を模倣したか、あるいは似ているかどうかということです。

ではまず、図 1 の方からいきましょう。これはマグネシウムとカドミウムなどの結晶ですから、無機化学の論文です(大阪地判昭和 54.9.25 判タ 397 号 152 頁[発光ダイオード論文])。原告の方は、結晶は褐色で、2分の1は赤色であるとかいてあります。これらの結晶は、ラウエ写真では六方晶系と思われる対象性を示すが、粉末解説では立方晶系である。マグネシウム、カドミウム～3 は、白黄色結晶で、ラウエでは六方晶系の対象性を示す。へき開性は六方晶系に属するものである云々、とかいてあります。

左側の方を見てみますと、有機物の原子の構成が書いてありまして、その結晶がラウエ写真では六方

晶系と思われる対象を示すが、粉末解析では立法晶系である、云々と書いてあります。皆さん、これはいかがでしょうか。似ていると思いますか。

似ていると思うかどうかということと、著作権侵害に当たるかどうかということは、少し異なります。著作権侵害かどうかと考えるときは、およそ2つの観点から考えてくださいと言っています。1つは、似ているところがありふれていないか。もう1つは、これを侵害としてしまうと、第三者が創作活動をするのが非常に困難になりすぎないかということです。

つまり、似ているところがありふれていなければ、侵害だということになりますし、左側のものが創作できないとしたときに、第三者は創作活動が著しく妨げられれば、それを非侵害にしなければいけないし、それほど妨げられないだろうと思えば、侵害にできるということです。

著作権というのは、あくまで著作権者を保護すればそれでいいということではなく、著作権者を保護することで世の中が豊かになるということを目指しています。著作権者を保護することは簡単ですが、著作権者を保護することで、かえって創作物が減ってしまえば、それは文化的に豊かにならないということです。著作物の創作活動が著しく妨げられることになりはしないかということを気にしてほしいのです。

図1を見ますと、確かに表現それ自体はよく似ていると思います。ですが、文章の性質を考えますと、これは要するに理系の学術論文であり、実験のレポートです。ですから、事実をそのまま書かなくては、レポートになりません。実験でこのような結果が出たということは、事実を事実として書くしかないというものです。

あるいは、理系の学術論文というのは、比較的テクニカルタームが多いです。六方晶系の結晶は、六方晶系と書くしかないのです。このような結晶の形があったら、それは六方晶系であるという定義がありますので、そう書かなくてははいけないのです。

何が言いたいかといいますと、この文章の性質は、非常に自由度が狭い、表現の幅が狭い文章だと言えます。それは、その文章を書いた人がいいとか悪いとか、そのような問題ではないですね。特にこの図1のような文章というのは、実際に起こったことを他人に正確に伝えなくてはいけないわけです。表現の幅が狭い表現について幅広い著作権を認めてしまうと、これから同じような実験をやった人がレポートを書けないということになってしまいます。ですから、表現の幅が狭い分野は、著作権もまた狭いということになるわけです。

ですから、図1は、似ていないとして類似性が否定された判決です。これは類似性が否定される、著作権法的に言えば、似ていないという事例です。

では、図2にいきましょう。これは撃墜用列伝という、第二次世界大戦のときに零戦の有名なパイロットで撃墜王だった西沢中尉の伝記です。右も左もそうです。伝記と言うには少し短いですが、西沢中尉を紹介した文章です。太平洋戦争、日米両方を通じて、トップエースとして知られており、大正9年長野県に生まれ、このような学校を出て、予科練のポスターを見て応募し、何年何月に採用され、何年何月に配属になって、何年何月にどこどこで戦ったということが書いてあります。下の方のものは西沢中尉の評価です。非常に素晴らしいパイロットで、帰ってこない場合は司令官が待っていたというぐらい大事にされたパイロットだということです。

左側の文章を見てください。一般用語で言うところですが、これも非常によく似ている文章だと思われま

す。これも、考え方は同じです。この右側の文章を見た人は、西沢中尉の伝記を書けるかどうかということ

から考えてほしいわけです。図 1 と同じように、文章の性格を考えますと、伝記ですから、これも事実は事実として伝えなければいけない部分があるはずです。

当たり前ですが、右側の表現の西沢中尉が大正 9 年に生まれたというところを、模倣できないからといって、大正 10 年に生まれたことにはできないですね。西沢中尉の伝記を書こうと思えば、何年に生まれたということは必ず書かなくてはならないはずです。それを勝手に変えることはできないわけです。勝手に変えたら、伝記ではなくなってしまいます。以下も同じです。何年何月に採用されて、どこそこで戦ったということは事実ですので、この通り書かなくてはならないことです。

ただ、例えば、書く人によって、西沢中尉のどこを紹介したいのか、どこを評価したいのかということによって、紹介するプロフィールが若干変わってくるということはきっとあるでしょう。あるいは、例えば西沢中尉にまつわるエピソードというのは、ある程度選択の余地があるわけです。司令が彼の身を案じてずっと待っていて、帰ってきたからほっとしたというエピソードのほかにも、いろいろなエピソードがあったと思います。

そのエピソードのうちのどれを紹介するのかということには、選択の幅があるわけです。ですから、図 1 の文章に比べると、図 2 の文章は、伝記という性格はありますが、少し表現の幅の広い文章だと言うことができそうです。しかし、実は、図 2 の事件も侵害が否定されています。つまり、著作権法的に言えば、これは似ていないと判断されたものです。

やはり伝記というところが大きいと思います。彼は、特に零戦のパイロットだったわけなので、注目するところは必然的に限られてきます。パイロットだった人がバナナを好きだったというようなことはあまり関係ないわけです。どのようなところでどのような戦果を挙げて、どのような最期を遂げたというところがポイントなわけです。あるいは、少し生い立ちを紹介してもいいのかもしれませんが、有名なエピソードは、どんな表現者としてもやはり紹介したいでしょうし、昔の人ですから、残っているエピソードがそんなに多くないのかもしれないですね。

このように、理系の実験レポートに比べれば、表現の幅は広いですが、まだこのぐらいでは似ているとは言えないわけです。これを似ていると言ってしまうと、西沢中尉の伝記を書く人がみんな著作権侵害になってしまいます。著作権は、特に、作者の死後 50 年続く長い権利で、余命が 30 年あれば 80 年続きますから、それだけの保護を認めるためには、まだこれは表現の幅が狭いといえるでしょう。図 2 の文章は、もう少し似ていて、そっくりそのままコピーしたような文章でなければ、著作権侵害とは言えないのではないかと考えそうです。

では、図 3 に参ります。図 3 は、日照権についての記事です。右側が新聞記事で、左側が書籍です。住宅地の日照を高層化の推進とともに一方的に奪われていくような事態は、明治 29 年の民法の立法時は予想もなかったことであり、学説や裁判例も、この新しい事態に即応して、実効的な解決を与えることはできなかった、云々とかかれています。

左側を見てみましょう。住宅地の日照が高層化の推進とともに一方的に奪われていくというような事態は、明治 29 年の民法の立法時は予想もなかったことである。裁判例も、この新しい事態に必ずしも十分に即応して、実効的な解決を与えることはできなかった、とかかれています。これはかなり似ています。でも、これぐらいの似ている程度でしたら、図 1 も図 2 も似ている程度としては同じぐらいかもしれません。

ポイントは、やはり文章の性質にあります。表現の幅が広いかどうかということです。日照権というのはどのようなものであるかということを読者に伝えるためには、それなりに説明をしなければいけないと思います。ですが、図 1 と図 2 を比較するとどうでしょう。図 1 は、事実をありのままに伝えなければいけない文

章です。図2の方も、事実をねじ曲げることはできません。

図3では、もう少し書きようがあると思いませんか。日照権紛争と環境権というテーマが同じだということは認めましょう。しかし、このテーマを読者に伝えるためには、この両者は似すぎているような気がしませんか。もう少し工夫のしようがあるような気がいたします。

実際、図3の事件は、似ているとして、著作権侵害であると言われた事件です。

ですから、図1、図2、図3の全部を通して言えることは、法律の言葉と離れて、似ているという尺度では、だいたい同じぐらいだというのが私の印象ですので、決め手になっているのは、文章の性質です。何を伝える文章なのかというところが分岐点になっているような気がいたします。

では、文章だけではつまらないので、『SLAM DUNK』の事件にいきましょう。これは世の中では事件になりましたが、裁判にはなっていません。3年ほど前に、『SLAM DUNK』パクリ騒動というのがありまして、『SLAM DUNK』がパクられたという事件です。

末次由紀さんという少女漫画化が『SLAM DUNK』のシーンをたくさん模倣しているということ、いわゆる『SLAM DUNK』のファンがインターネットで騒ぎ始めたわけです。この資料は、『SLAM DUNK』のファンが、似ているだろうという部分を、並べて切り出してきたものです。

まず左側のページからいきますと、右側が模倣したと言われる漫画、左側が『SLAM DUNK』のシーンです。

まず左側の方からいきましょうか。11番、流川くんのシュートシーンです。9番、手前は沢北です。左側のページの左側、模倣したと言われる末次由紀さんの絵は、ウサギの耳が付いた帽子をかぶっている男の子が描かれており、これもバスケットのシーンです。ボールはないですけれども、手前側にバスケットのゴールがあり、そこに向かってシュートをしているシーンです。シュートのシーンというのは、バスケットの漫画の見せ場ですよ。これは裁判にはなっていないので、裁判所の判断は下っていないのですが、いかがでしょうか。

私は、左側のページは非侵害だと思っています。バスケット漫画を描くときは、バスケットのシュートシーンを省くわけにはいきません。右利きの選手がバスケットのシュートをするというシーンを描くとすると、だいたいこうなるのではないのでしょうか。それ以外にどうやって描けと言うのでしょうか。これはワンハンドシュートですが、ボースハンドのシュートもあります。では、『SLAM DUNK』の井上雄彦の絵以外はボースハンドで全部シュートを描かなければいけないのかということ、そんなことはないですよ。

また、着ているものは全然違いますね。シャツと、ユニホームですし、顔も全然違うわけです。背景も全然違います。他にも、ディフェンスの選手の格好も全然違うわけです。似ているのは、流川くんのシュートシーンだけです。これについては、私は、似ている部分はありふれている部分にすぎないと思います。

他方、この『SLAM DUNK』の流川くんのシュートシーンを1回見た人が、これからバスケットのシーンを描けなかつれば、井上雄彦が亡くなってから50年たつまで、バスケットの漫画は描けなかつてしまうわけです。これは保護し過ぎだろうと私は思います。

では、右側のページに参りましょう。これは『SLAM DUNK』の一番盛り上がっているシーンです。インターハイ2回戦、絶対勝てないと言われている山王工業高校を倒すシーンですが、手前の7番の選手、宮城リョータくんが、背面パスで流川にパスを通していているシーンです。流川の方は、若干右寄りに流れたボールを、多少体の向きを変えながらキャッチしているというシーンです。当然、ディフェンスの選手はそれに翻弄されているわけです。

右側のページを見てみますと、2 人ともウサギの耳が付いている帽子をかぶっていますが、構図がまったく同じです。この絵は先ほどの絵とは異なり、3 人とも全部構図が同じなのです。ディフェンスしてくる選手は、顔も似ているような気がしますが、パスを出している人、手の角度、あるいは視線、パスを受けている人の足、あるいはキャッチしている手などが、似すぎているような気がします。

パスのシーンも、バスケットの漫画で非常に大事なシーンですが、これはかなりトリッキーなパスです。この構図でこのような3人の2対1の場面のパスを出しているわけですが、背中からパスを通して、キャッチしている選手、あるいはディフェンスに来る選手という特徴的なシーンが、似すぎているような気がいたします。

他方で、これを模倣するとしても、例えば、パスをキャッチしている選手の角度を変える、あるいは、パスを出している選手の顔の角度を変える、あるいは、ディフェンスの立つ位置を変えてみるというように、避ける余地はかなり残されているような気がいたします。ですので、私は、この右側のページの方は侵害でいいだろうと思っています。

このように、似ているかどうかというのは間違い探しをするような感覚で似ているかどうかというのを判断するものではありません。似ている部分がありふれていないかどうか、あるいは、これを似ていると言ってしまうと、創作活動が著しく妨げられないかといった観点で説明していく必要があります。

例えば、文章の方に戻って、図2が非類似で図3が類似であるとされたことについて、類似性というのは判断が難しい、と評価する論文や評釈も少なくありません。しかし、裁判所には着眼点がありますので、それを見抜くのが我々の役目です。皆さんもそれを見抜く感覚を身に付けてほしいと思います。

最後に、図4のお話をしたいと思います。図4は『北の波濤に唄う』という事件で、右側が原著作物、左側が被疑侵害物です(最判平成13.6.28民集55巻4号837頁[江差追分])。右側のページは、「昔ニシン漁で栄えたころの江差は、その漁期に当たる4月から5月にかけてが1年の華であり、江差の5月は江戸にもない、という有名な言葉が今に残っている」、という江差の雰囲気を表した文章です。

左側の方は、実は文章ではなく、テレビ番組のナレーションです。江差町を紹介した文章ですが、江差町や海岸に押し寄せる波などを撮影しながら、ナレーターが、「日本海に面した北海道の小さな港町、江差町」と言うと、ぱーんと波が砕け、「古くはニシン漁で栄え」と言うと、ニシン番屋が映って、という感じで想像してください。この2つが似ているかどうかということが問題になりました。これは最高裁まで争われ、一審では非侵害、二審では侵害となり、一審、二審の判断が分かれた事例です。

いかがでしょうか。この文章を読みながら、頭の中でその光景を思い描いてください。ニシンの去った江差には昔日の面影はない。その江差が、9月の2日間だけ突然幻のように華やかな1年の絶頂を迎える。江差追分全国大会が開かれるのだ。おそらく、江差追分を歌っているシーンが思い浮かぶのではないのでしょうか。左側も同じです。江差追分で全国大会が開かれる、とありますので、江差追分全国大会の映像が流れているのでしょう。

この2つの文章を読んだときに読者が頭の中に描くイメージは、かなり重なっているような気がいたします。ですが、最高裁では、この2つは似ていないという判断が出ました。学説の評価としては、反対する人もいないわけではないのですが、ほとんどの人が賛成しています。

この事件は、アイデア・表現二分論を明示した事件だと言われています。つまり、似ているのは抽象的なアイデアであり、表現自体は似ていないとした判断です。

確かに、文章それ自体はだいぶ異なっている気がします。頭の中に思い描くイメージはきっと同じだ

ろうと思いますが、そのようなものは抽象的なアイデアが似ているにすぎず、表現それ自体は似ていないということで、この判決は、非類似だという結論に至っています。

アイデアか表現かというのは、非常に分類が難しいですが、抽象度が高いものがアイデア、具体度が高いものが表現だと思ってください。文章対ナレーションですが、もう少し似ていなければ、著作権侵害とは言えないとした事件です。皆さんが読んで、頭の中に思い描くシーンが同じ、あるいは極めて似ているというだけでは、侵害にはならないということです。

この平成13年の最高裁判決ができるまでは、一部の学説には、部分的に抽象的なアイデアまで保護される、あるいは、似ている部分の抽象度がかなり高くても保護をした結果、ある程度アイデアが保護されても、著作権者の保護のためにはやむを得ないという考えも一部にはありましたが、それが否定された事件だというふうにとらえられています。これが、類似・非類似の問題です。

もう1つ、教材の97ページに戻りまして、コムライン・デイリーニュースという事件です(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])。これはどのような事件かといいますと、下の段が原著作物で、新聞です。上の段は、これを要約して、契約している会社にファクスで届けるというサービスです。このコムライン・ニュースサービスというのは、もちろん日経新聞だけでなく、ほかの産経新聞や日刊工業新聞など、30社ぐらいの新聞を寄せ集めまして、そこで面白そうな記事をまとめて会社にファクスして流すというものです。アメリカの企業なので、本当は英語に翻訳して流しています。

記事の内容は、飛鳥建設の評価です。債務を抱えており、どこかから融資を受けているというような話が書かれているわけです。実際の事件では、著作権侵害は肯定されています。つまり、似ているという判決が出ています。

この記事は、裁判では似ていると類似性を肯定されてしまった事件ですが、本日配った資料の中では、図2の『撃墜王列伝』と同じ程度の表現の自由度でしょうか。理系の実験レポートよりは表現の自由度がありますが、内容がニュースですので、うそを書くことができないわけです。飛鳥建設が何億円債務を抱えていて、どこかから融資をされたということを伝えなければ、記事として成り立ちません。表現の自由度はかなり狭い方の部類に入ります。ですから、これは、本来であれば類似性が否定され、著作権侵害でないとされていた事件であろうと考えられています。

ところが、どうして裁判所は著作権侵害を肯定したかという、別の要素を考慮していたのではないかと考えられます。つまり、このコムライン・ニュースサービスというサービスは、かなりフリー・ライドの程度が強いサービスではないかということです。コムライン・ニュースサービスは、自分で取材はせず、たくさん新聞を取ってきて、その中から面白そうな記事を寄せ集め、会社にファクスしてお金をもうけるというサービスをしているわけです。

ですから、各新聞が取材に掛けている費用を節約することができるのです。面白そうな記事だけピックアップすればいいのですから。かかるコストは、新聞を買うお金とファクスで送信するお金だけです。そのようなフリー・ライドをして、サービスの契約者からお金を集めているものですので、これはどちらかといいますと、競業行為の問題です。表現を保護するかどうかということではなくて、ニュースを配信する間での競業の不正として、フリー・ライドあり・なし、という問題に近いわけです。それを著作権侵害の名を借りて、日経新聞が止めにいった事件だと理解するのが自然でしょう。

ですから、これは本来であれば、著作権侵害は否定し、あとは不法行為として、許すべきでないフリー・ライドであるか、すなわち、これを許してしまうと、過少投資につながるかを判断すべきであったでしょう。

要するに、新聞社がやっていけなくなる、新聞を出す人が少なくなってしまうといった悪影響があるのであれば、止めなければいけない、という判断の仕方をするべきではなかったのかというのが、教材 98 ページの上の方に書いてあることです。ですから本当は、著作権侵害は否定して、不法行為で損害賠償を認めるべきだったような気がいたします。

不法行為というのは便利な法律です。知的財産法というのは、フリー・ライドが生じたら、それを定型化して法律を作るということで、後追いにならざるを得ないのです。後追いになるということは、新しい法律ができるまでは、ある程度不法行為を活用して、そのような行為をやめさせるということをしていかなければならないと考えられています。

知的財産法のそれぞれの法律で禁止されていない行為を、どこまで不法行為でやめさせていいのかと、というのが、知的財産法における現在のホット・ 이슈です。

以上がコムライン・ニュースサービスです。最近、ヨミウリ・オンラインという、配信をインターネットにした、似たような事件が非常に学会を騒がせています(知財高判平成 17.10.6 平成 17(ネ)10049[ヨミウリ・オンライン])。

最後はおまけになりますが、他人の小説を映画化する場合には、当然これは許諾が必要で、無許諾でやれば侵害となります。この『悪妻物語』事件は、本当は 2 時間ドラマですが、10 回か 11 回の連続ドラマを想定していただいて、ラストだけ差し替えたなら非侵害なのか侵害なのかということです(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 判時 1571 号 98 頁[同控訴審])。『悪妻物語』というのはテレビドラマで、原作は小説でした。原作は、夫婦が離婚してそれぞれの道を歩むという小説だったのですが、テレビ化したときは、離婚してそれぞれの道を歩むというのは悲しすぎるということで、やはりやり直して 2 人で頑張ろうというラストに変えたのです。そのラストに至るまでの道のりというのは、ほぼ同じでした。

それが問題になりまして、被疑侵害者としては、ラストが違うということは、視聴者に訴え掛けるメッセージも逆なはずですから、非侵害であると主張したのですが、裁判所は侵害の判決を下しました。

要するに、ラストだけを差し替えたなら非侵害かという、そのようなことはないわけです。皆さんよく考えてください。連続ドラマは全部で 11 回まであります。10 回まで同じで、11 回だけ差し替えれば非侵害という、こんなばかな話はないですよ。『悪妻物語』は、それが連続しているだけです。映画であっても、2 時間ぐらいのなかでラストの 10 分だけ逆の結論にすれば非侵害になるかといったら、そんなことはないでしょう?

要約しますと、著作権侵害であるものに何を付け足しても、著作権侵害です。これは特許でも同じですが、付け足しても侵害を逃れるわけではありません。著作権侵害を免れるためには、似ていると言われている部分から何かを取り除いた結果、両者の全体を対比して、似ていないということに至れば、非侵害ということになります。

どこかの名画にひげを描いたら、非侵害になるのかというと、そんなことはないでしょう? モナリザは(権利が)切れているけれども、モナリザにひげを付けたような絵は自由だとは、誰も思わないでしょう? 何かを取り除かないと、非侵害にはなりません。

他方で、他人の小説の続編は、少し話が違います。最近は同人誌が大変はやっております、完結した小説の続編やサイドストーリーを、著者に無許諾で書いています。よくインターネットに流れています。有名なので、知っている人も多いと思いますが、本日、絵を紹介した『SLAM DUNK』の続きを、小説です

けれどもインターネットで公開しているサイトがあります。皆さん、これはいかがでしょうか。『SLAM DUNK』は、最後に山王工業と激戦を繰り広げて、突然のごとく終了してしまったのですが、やはり続きを読みたいという人はいるわけです。

この続編の問題については説が分かれています。私は非侵害の立場です。田村先生も非侵害ですが、侵害と言う人の方が多いです。続編の漫画、あるいは、サザエさんの研究書などとは話が違います。つまり、漫画の続編を書こうとすると、絵を模倣することになりますので、侵害になります。ただ、漫画の続編を小説で書く場合をよく考えてみてください。漫画の続編を小説で書くというのは、絵は模倣していないということになります。

では、ストーリーは模倣なのかというと、書いていないところを付け足すだけなので、模倣ではありません。模倣しているのは何かというと、いわゆるキャラクター設定や舞台設定と言われている部分です。ですから、漫画の続編を小説で書くというのは、キャラクター設定や舞台設定を模倣することになるのです。

問題は、キャラクター設定や舞台設定というのが、アイデアなのか、表現なのかということです。私は『SLAM DUNK』の続編を読みたいので非侵害の立場であり、キャラクター設定や舞台設定というのは、まだアイデアにすぎず、具体的な表現には至っていないと考えます。

確かに『SLAM DUNK』の後日ストーリーというのは、本にして出版すればかなり売れると思います。ですから、そうしてお金を稼いだということは、要するに『SLAM DUNK』のフリー・ライドに当たるわけです。でも、著作権侵害とは言えないだろうと私は思っています。

この場合、『SLAM DUNK』と『SLAM DUNK』の後日談の小説は、競合はしません。競合するということは、片方が売れたら、もう片方が売れなくなるということです。『SLAM DUNK』の後日談の小説が売れたからといって、『SLAM DUNK』の漫画を買う人が減るとは思えません。逆に増えると思います。そのような観点から考えてほしいと思います。