

## 未承認国の著作物の保護範囲(2・完) —北朝鮮映画放送事件—

最高裁平成23年12月8日第一小法廷判決  
(民集65巻9号3275頁、判時2142号79頁、判タ1366号93頁)

丁 文 杰

### 三 未承認国の著作物の利用行為と一般不法行為 ——最高裁の一般論の位置づけ及び射程——

#### 1 問題の所在

次に、本判決のもう一つの重要な論点は、未承認国の著作物の利用行為と一般不法行為との関係である。すなわち、著作権法により明文で規律されていない未承認国の著作物の利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるか、ということが問題とされている。

この問題に関し、最高裁は、著作権法6条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用行為による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当であるとした上で、本件においてX2が主張する本件映画を利用することにより享受する利益は、同法が規律の対象とする日本国内における独占的な利用の利益をいうものにほかならず、本件映画が著作権法6条3号所定の著作物に該当しない以上、Yの放送がX2に対する不法行為を構成するとみることができないと判断した。仮に、X2の主張が、Yの放送はX2の営業妨害となるというものであると解し得るとしても、テレビニュース番組において北朝鮮の国家の現状等を紹介することを目的とする約2分20秒間の企画の

中で1時間17分の本件映画のうち合計2分11秒間分を放送したに過ぎないなどの上記放送の態様などを考慮すれば、同放送が自由競争の範囲を逸脱し、X2の営業を妨害するものであるとはいえず、不法行為は成立しないと判断した<sup>49</sup>。

このような最高裁の判示は、民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性をめぐる従来の裁判例や学説との関係でどのように位置づけるべきであろうか。

## 2 不法行為法理による著作権法の補完の可能性

——最高裁の一般論の位置づけ——

### (1) 最上級審判決

従来、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるか<sup>50</sup>、という問題を扱った裁判例は多数存在するものの、最上級審段階の裁判例はその数が限られている(大判大正3.7.4刑録20輯1360頁[桃中軒雲右衛門]、大判大正14.11.28民集4巻670頁[大学湯]、最判平成16.2.13民集58巻2号311頁[ギャロップレーサー上告審]、最判平成24.2.2判時2143号72頁[ピンク・レディー上告審]など)。さらに、不法行為法理による知的財産法の補完の可能性を扱った従来の最上級審判決のアプローチを整理すれば、i) 厳格な解釈を採用したもの、ii) 柔軟な解釈を採用したもの、iii) 限定的な解釈を採

<sup>49</sup> 判例時報2142号(2012年)79～80頁、判例タイムズ1366号(2012年)94頁の匿名コメントを参照。

<sup>50</sup> この論点を扱った論文として、田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)3～50頁、同・前掲注36)48～58頁、同・前掲注7)コピライト26～44頁、同・前掲注7)『ライブ講義知的財産法』494～531頁、窪田充見「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究36号(2009年)29～57頁、島並良「一般不法行為法と知的財産法」法学教室380号(2012年)147～153頁、今西頼大「著作権非侵害行為と一般不法行為」同志社法学60巻7号(2009年)1177～1211頁、松本信夫「他人の成果の冒用と不法行為」知財管理57巻6号(2007年)859～874頁などがある。

用したもの、という三つの立場に分類することができる。

### i) 厳格な解釈を採用した大審院判決

——桃中軒雲右衛門判決——

平成16年改正<sup>51</sup>までの民法709条は、不法行為責任の成立要件の一つとして「権利侵害」が必要であることを明確にしている<sup>52</sup><sup>53</sup>。これは、「故意ま

<sup>51</sup> 民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定している。この条文は、平成16年に施行された改正までは、「故意又は過失により他人の権利を侵害した者は、これにより生じた損害を賠償する責めに任ず」という文言であった。すなわち、平成16年の民法改正により、不法行為責任の成立要件の一つとして、「他人の権利」の侵害が、「他人の権利又は法律上保護される利益」の侵害に変わったのである。立案担当者によれば、この現代語化に伴う民法709条の改正は、「確立された判例・通説の解釈で条文の文言に明示的に示されていないものを規定に盛り込む」ことを目的として行われたのであり、これまで権利侵害に関して判例や学説が行ってきた展開、とりわけ、権利侵害を違法性に読み替え、さらにそれを相関的に判断するという枠組みを採ることにより、権利が侵害されたとはいえない場合にも不法行為責任を拡大してきた判例の立場を反映したものであるとす。法務省民事局参事官室「民法現代語化案補足説明」NBL791号(2004年)87頁を参照。

<sup>52</sup> 旧民法709条は、「他人に損害を生じさせる人の行為は、いかなるものであっても、フォート(faute)によって惹起した者に、その損害を賠償する義務を負わせる」と定めているフランス民法1382条を受けて、「過失」又は「懈怠」によって他人に「損害ヲ加ヘタル」者が賠償責任を負担するとしていた旧民法財産編370条1項の規定を改め、「権利」の侵害という要件を入れたものである。潮見佳男『不法行為法I』(第2版・2009年・信山社)60～61頁を参照。

<sup>53</sup> 裁判例や学説の変遷については、吉田邦彦『債権侵害論再考』(1991年・有斐閣)、瀬川信久「民法709条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年III』(1998年・有斐閣)559頁、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権理論の視点から」法学論叢154巻4=5=6号(2004年)、大河純雄「民法709条『権利侵害』再考—法規解釈方法との関連において」原島重義先生傘寿『市民法学の歴史的・思想的展開』(2006年・信山社)525頁、前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」平井宜雄先生古稀記念『民

たは過失によって他人に直接・間接に損害を生じさせることがあっても、権利を侵害する程度に至らないときは、損害賠償請求権を発生させるべきではない」という趣旨に立脚した要件であるとされる<sup>54</sup>。そこには、既存の法律体系において権利と認められたものを侵害したのでなければ不法行為は成立しないという厳格な解釈を採用することにより、法的安定性を確保しようとする立法者の意図が窺える。

このような起草趣旨に沿って、厳格な意味での権利侵害のみが不法行為になるとする立場を採用した最上級審判決として、浪曲レコードの複製に関する前掲大判〔桃中軒雲右衛門〕が有名である。

この事件は、有名な浪曲師の桃中軒雲右衛門が浪花節をレコードに吹き込んで著作権登録をし、これを原告に譲渡したところ、被告らが購入したレコードから原盤を作成し、無断でレコードを複製販売した。そこで、原告が被告らを刑事告訴するとともに、附帯私訴<sup>55</sup>として複製レコードの販売の差止めと損害賠償を請求した事案である。

大審院は、「本件雲右衛門ノ創意ニ係ル浪花節ノ楽曲ニシテ前示ノ如ク確乎タル旋律ニ依リタルモノト認ムヘキ事蹟ノ存セサル以上ハ瞬間創作ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サルモノニシテ之ヲ目シテ著作権法ニ所謂音楽的著作物ト謂フコトヲ得ス」と判示し、雲右衛門の浪花節は著作権法の保護を受けることはないとした上で、「他人カ出捐ヲ為シテ蓄音機ノ蠟盤ニ吹込マシメタル楽曲ヲタノ蠟盤ニ写シ取りテ音譜ヲ製造シ利ヲ営ムコトノ正義ノ觀念ニ反スルハ論ヲ竣タサル所ナリト雖モ是レ独リ雲右衛門ノ演奏シタル楽曲ニ付キテ然レトモ之ニ関スル取締法ノ設ケナキ今日ニ在テハ之ヲ不問ニ付スル外他ニ途ナシトス」と述べて、刑事事件を無罪にしたばかりでなく、原告の不法行為を理由とする損害賠償請求の附帯私訴も

法学における法と政策』(2007年・有斐閣)445頁など。

<sup>54</sup> 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録5』(1984年・商事法務研究会)249頁、潮見・前掲注52)61頁を参照。

<sup>55</sup> 明治23年の刑事訴訟法5条は、「被告人免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ民法ニ従ヒ被害者ヨリ賠償、返還ヲ要ムル妨碍ト為ルコトナカル可シ」と規定しており、公訴について無罪の判決がなされても、同じ裁判所で附帯私訴についても判決することができるかと解されている。

棄却したのである。

すなわち、大審院は、即興的な音楽が著作権法の保護を受けるためには、反復可能性を有する程度にその旋律が固定されたものでなければならず、演奏とともに消滅してしまう程度では、音楽の著作物として著作権法の保護を受けることはないと判断した<sup>56</sup>。そのうえ、被告の行為が正義の觀念に反するとしても、明文で権利が定められていない限り、民法709条で保護されるべき権利には該当しないという立場を示したのである<sup>57</sup>。

この判決に対して、当時の民法学者からは、「音楽理論に拘泥して浪曲の上の著作権を否定した理論にも承服できないが、それよりも、権利侵害のない以上このような不正な行為も不法行為にならない、という根本理論が反省されねばならない」<sup>58</sup>という厳しい批判がなされてきたが、最近は、刑事事件の附帯私訴であるから、罪刑法定主義が妥当すべき刑事事件に与える影響を慮って請求を棄却せざるを得なかったという肯定的な評価もみられる。たとえば、能見善久教授は、「仮に、附帯私訴を用いずに、民事裁判で純粋に不法行為の事件として訴えたならば、あるいは著作権侵害についても、単に民事の不法行為の問題に限定されるので、より柔軟な判断(拡張的な解釈)がなされた可能性もないではない。しかし、附帯私訴を用いた結果、裁判官としては、事実上、刑事裁判の判断との連動を強く

<sup>56</sup> 本判決が契機となって、1920年の旧著作権法改正でその1条1項の著作物の例示に「演奏歌唱」が加えられ、演奏歌唱者は著作者として保護されることになった。齊藤博『雲右衛門』判決へのもう一つの評価』北川善太郎編『知的財産法制』(1996年・東京布井出版)114頁を参照。因みに、著作隣接権制度が導入された現行法下では、浪曲師が創作的な旋律を加えなかったとしても実演家として著作隣接権を享受し得る。

<sup>57</sup> その後、著作権の及ばない蓄音機音譜(レコード)を制作した者が、これを複製した者に対して差止めや損害賠償を請求した、大判大正7.9.18民録24輯1710頁も、「何等法令ノ禁止スル所ニ非スシテ各人ノ自由ナレハ之ニ依リテ利益ヲ営ミ創製者ノ営業上ニ損害ヲ被ラシムルモ為メニ複製者ノ行為ヲ目シテ不法行為ト謂フヲ得ス」とし、著作権や実用新案権等の権利がない以上、原告は請求権を有しないと判断している。この判決を契機として、1934年の旧著作権法改正により、レコード製作者も著作権を享有することとなった。齊藤・前掲注56)116頁を参照。

<sup>58</sup> 我妻榮=有泉亭=川井健『民法2債権法』(第2版・2005年・勁草書房)425頁。

意識せざるをえなくなったと思われる。不法行為の成立を柔軟に判断するために著作権侵害の判断を柔軟にする(拡張的に解釈)と、事実上連動している刑事事件としての著作権法違反の判断も拡張的に認めることになってしまう。しかし、これは刑事における厳格な罪刑法定主義の考え方からしてできないことである<sup>59</sup>、と指摘している。

ともあれ、知的財産法の観点からすれば、この大審院判決は、即興で旋律を創作しながら歌唱する浪花節につき、著作権法が著作権と認めていないことを理由に、民法709条に基づく不法行為の成立を否定しており、事実上、不法行為法理による著作権法の補完の可能性を否定したと評価することができるだろう。

## ii) 柔軟な解釈を採用した大審院判決

### ——大学湯判決——

その後、大審院が上記の桃中軒雲右衛門判決で採用した権利侵害の厳格な解釈は、前掲大判[大学湯]によって覆されたのである<sup>60</sup>。

この事件の原告Xは先代の代から被告Y1が所有する建物賃借し「大学湯」の名称で湯屋業を営んでいた者である。被告Y1は、右賃借借契約が合意解除により終了した後、他の共同被告Y2とY3に当該建物を賃借して湯屋の営業をさせた。しかし原告Xは、先代が借り受ける際に、被告Y1との間に、湯屋業にかかる老舗は被告が買い取るか、先代が任意に他

<sup>59</sup> 能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌44巻2号(2009年)219頁。

<sup>60</sup> 民法の学者によると、桃中軒雲右衛門判決から大学湯判決への転換は、不法行為の成立要件の一つとして「権利侵害」を置くことによって不法行為責任の拡張を抑制しようとする民法制定当初の意図が、その後の社会情勢の変化に伴い不法行為的保護を与えられるべき社会的利益が増加するにつれ、それらの利益を権利として構成する方向へと変化せざるを得なかったとされる。林良平「不法行為法における相関関係理論の位置づけ」同『近代法における物権と債権の交錯』(1989年・有信堂)267頁、四宮和夫『不法行為』(1987年・青林書院)396頁、前田達明「権利侵害と違法性」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座2 権利侵害と被侵害利益』(1998年・日本評論社)4頁、潮見・前掲注52)63頁など。

に売却することを許す特約が存在したと主張し、債務不履行と不法行為を理由に損害賠償を請求した事案である。

大審院は、「七百九条ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テテ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」とし、「当該法上ニ『他人ノ権利』トアルノ故ヲ以テ」、「必スヤ之ヲ夫ノ具体的権利ノ場合ト同様ノ意味ニ於ケル権利ノ義ナリト解シ凡ノ不法行為アリト云フトキハ先ツ其ノ侵害セラレタルハ何権ナリヤトノ穿鑿ニ腐心シ吾人ノ法律観念ニ照シテ大局ノ上ヨリ考察スルノ用意ヲ忘レ求メテ自ラ不法行為ノ救済ヲ局限スルカ如キハ思ハサルモ亦甚シト云フヘキナリ」と判示した。そして、本件老舗が取引の対象となるものである以上、法規違反の行為によりその売却が妨げられたことにより、得べかりし利益が失われたとすると、それは所有権の場合と変わるところはなく、かかる利益も不法行為により保護する必要があるとして、不法行為の成立を認めた。

すなわち、大審院は、「権利」概念そのものについては厳格な理解を維持しつつ、不法行為を「法規違反の行為」と捉えたときには民法709条の「権利侵害」行為に関する規律だけでは規律の欠缺が存在するから、これを「法律上保護された利益」に対する侵害行為に関する規律を立てることで補完しようとする立場を採っている<sup>61</sup>。

ここでは、大審院が不法行為制度の中核と捉えている「法規違反の行為」とは一体どのような行為をいうのかという問題が残されているが、ともあれ、法律上保護される利益であれば、特に何々権という形で明文がなくても、その利益の侵害として不法行為が成立し得るという柔軟な解釈を採ったことは明らかである<sup>62</sup>。この意味では、桃中軒雲右衛門判決と異なり、不法行為法理による著作権法の補完的な保護を認める途が開かれたと理解することができるだろう。

<sup>61</sup> 広中俊雄『民法解釈方法に関する12講』(1997年・有斐閣)12頁、潮見・前掲注52)64頁を参照。

<sup>62</sup> 林・前掲注60)267頁、四宮・前掲注60)396頁、前田・前掲注60)4頁、潮見・前掲注52)63頁など。

### iii) 限定的な解釈を採用した最高裁判決(その1)

#### —ギャロップレーサー上告審—

その後、この論点に関する最上級審判決は途絶えていたが、最近になって、上記の大学湯事件の大審院が採用した立場を完全に否定したわけではないが、不法行為法理による知的財産法の補完的な保護を制限しようとする判決が幾つか登場している。その一つが、いわゆる物のパブリシティ権<sup>63</sup>に関する前掲最判[ギャロップレーサー上告審]<sup>64</sup>である。

この事件は、競走馬の所有者が、その競走馬の名称を無断で利用してゲーム・ソフトを製作、販売した業者に対して、その競走馬の名称等有する顧客吸引力などの経済的価値を独占的に支配する財産的権利(物のパブリシティ権)を侵害したことを理由に、ゲーム・ソフトの製作、販売等の差止め及び不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である<sup>65</sup>。

<sup>63</sup> 田村善之『不正競争法概説』(第2版・2003年・有斐閣)505～541頁、上野達弘「パブリシティ権をめぐる課題と展望」高林龍編『知的財産法制の再構築』(2008年・日本評論社)185～207頁、北村二郎「芸能人の肖像写真が雑誌の記事に利用された場合のパブリシティ権侵害の成否—ピンクレディー・パブリシティ事件—」知的財産法政策学研究25号(2009年)301～343頁など。

<sup>64</sup> この最高裁判決の評釈として、田村善之「競走馬の馬名をゲーム・ソフトに無断利用する行為と物のパブリシティ権侵害の成否—競走馬パブリシティ権I事件—」法学教室294号(2005年)21頁、井上由里子「競走馬の名称と『パブリシティ権利』」ジュリスト1291号(2005年)272～273頁、手嶋豊「競走馬の所有者による無断ゲームソフト制作者への差止め・損害賠償請求」私法判例リマックス(2005年・下)54～57頁、木村和成「物のパブリシティ権侵害に基づく差止請求・損害賠償請求の可否」法律時報76巻11号(2004年)87～90頁、三浦正広「競走馬のパブリシティ権をめぐる最高裁判決」コピーライト2004年7月号26～32頁などがある。

<sup>65</sup> 名古屋地判平成12.1.19判タ1070号233頁[ギャロップレーサー]、名古屋高判平成13.3.8判タ1071号294頁[同一審]は、GIレースへの出走経験のある馬の馬名(一審)もしくはGIレースでの優勝経験のある馬の馬名(二審)には顧客吸引力があると物パブリシティ権の成立を肯定するとともに、不法行為の成立を認めていた。しかし、ほぼ同様の事案で、東京地判平成13.8.27判時1758号3頁[ダービースタリオン一審]、東京高判平成14.9.12判時1809号140頁[同一審]は、実体法上の根拠がないとして請求を棄却した。

最高裁は、「現行法上、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている」とした上で、「競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一形態である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできないものというべきである」と判示し、物のパブリシティ権に基づく差止め及び不法行為の成立を否定した。

すなわち、最高裁は、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、著作権法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反面として、使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしていることに鑑みると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に排他的な使用権等を認めることは相当ではないと判断した。

この判決を厳しく読めば、最高裁が不法行為法による知的財産法の補完的な保護を否定したと理解されることも可能である<sup>66</sup>。しかし、この事件の調査官である瀬戸口壯夫の解説によれば、最高裁が判示したのは、本件のようなケースで所有権や物のパブリシティ権を持ち出したとしても不法行為は成立しないということに過ぎず、「本件とは異なる事実関係のもとで競走馬の名称等が利用された場合に、他の法律構成によって不法行為

<sup>66</sup> 木村・前掲注64)90頁は、ギャロップレーサー上告審の最高裁判決が、競走馬の名称等の無断使用につき不法行為が認められる余地を全面的に閉ざしたと批判している。

の成立等が認められる可能性があることまで全面的に否定するものではない」とする。そして、「どのような事実関係があれば、いかなる立場の者に、どのような範囲において不法行為に基づく損害賠償請求権が認められるかは、今後の裁判例や学説の積み重ねによって明らかにされるべき問題」である、と指摘する<sup>67</sup>。その意味では、物のパブリシティ権という新たな権利ではなく、他の法律構成に絞って主張した場合には、その侵害に対して不法行為の成立が認められる余地はあったと思われる。

したがって、ギャロップレーサー上告審は、著作権法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反面として、使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしていることを理由に、原則として、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為法による補完的な保護を控えるべきという厳しい態度を採用しつつも、例外的に不法行為の成立が認められる場合があることを示唆したと評価することができるだろう。

#### iv) 限定的な解釈を採用した最高裁判決(その2)

——ピンク・レディー上告審——

もう一つは、パブリシティ権が人格権に由来する権利の一内容を構成するとして、その排他的な権利性を認めた最高裁判決の位置づけが問題となり得る、前掲最判[ピンク・レディー上告審]<sup>68</sup>である。

この事件は、ピンク・レディーのメンバーである原告らが、原告らを被写体とする写真を無断で週刊誌に掲載した被告に対し、原告らの肖像が有する顧客吸引力を排他的に使用する権利(いわゆるパブリシティ権)が侵

害されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である<sup>69</sup>。

最高裁は、「人の氏名、肖像等(以下、併せて『肖像等』という。)は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される…。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利(以下『パブリシティ権』という。)は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものといえることができる」とし、「肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もある」と説示した上で、「肖像等を無断で使用する行為は、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である」という一般論を展開した。そして、被告の行為が、専ら原告らの肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものではないことを理由に、不法行為の成立を否定し、上告を棄却した。

すなわち、最高裁は、人の氏名、肖像等有する顧客吸引力を排他的に利用する権利(パブリシティ権)が人格権に由来する権利の一内容を構成するとした上、肖像等を無断で使用する行為は、「専ら顧客吸引力の利用を目的とする場合」に、パブリシティ権を侵害するものとして不法行為法上違法になると判断した。そして、「専ら顧客吸引力の利用を目的とする場合」として、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用する場合、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付する場合、③肖像等を商品等の広告として使用する場合という三類型を示している。

<sup>67</sup> 瀬戸口壯夫「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成16年度(上)』(2007年・法曹会)118～119頁。

<sup>68</sup> 一審及び控訴審の評釈として、北村・前掲注63)301頁、奥邨弘司「判批」判時2078号(2010年)188頁、上告審の評論として、田村善之「パブリシティ権侵害の要件論考察—ピンク・レディー事件最高裁判決の意義」法律時報84巻4号(2012年)1頁、内藤篤「『残念な判決』としてのピンク・レディー最高裁判決」NBL976号(2012年)17頁などがある。

<sup>69</sup> 一審(東京地判平成20.2.2判時2023号152頁[ピンク・レディー一審])、及び控訴審(知財高判平成21.8.27判時2060号137頁[同二審])は、被告が本件各写真を原告らに無断で週刊誌に掲載する行為は、パブリシティ権を侵害するものではなく、不法行為法上違法とはいえないとして、原告らの請求をいずれも棄却した。

一見すれば、違法とされる行為の範囲、態様が法令等により明確になっていない、いわゆるパブリシティ権を判例で創設したこの最高裁判決と、不法行為法による補完的な保護に厳しい態度を示した前掲最判[ギャロップレーサー上告審]との整合性が問題となり得る<sup>70</sup>。なぜならば、ギャロップレーサー上告審が、競走馬の名称等に顧客吸引力があるとしても、法令等の根拠なしに排他的な使用権等を認めることはできないと判示していることは、自然人の氏名や肖像等有する商業的価値につき、実定法上の権利ではない財産権としてのパブリシティ権を認めることは困難であるからである<sup>71</sup>。また、パブリシティ権の保護を認めることは、氏名や肖像等を利用する他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味するのだから、それを根拠づけるためには、財産権とは異なる他の法的な根拠を探求することが必要となったと思われる<sup>72</sup>。

結局、物のパブリシティ権に関する前掲最判[ギャロップレーサー上告審]の射程を考慮するならば、人のパブリシティ権の保護を根拠づけるには、「人は、その肖像等をみだりに利用されないことに関して、法的な保護に値する人格的利益を有している」という人格権的構成を採用する以外にないことが導かれるのではないだろうか<sup>73</sup>。その理由は、人は自己の肖像等が無断で広告に利用されたり商品化されることにより、特定の商品等

と結びつけられることに対して、格別の精神的な憤りや困惑、苦痛を生じ、そこに保護されるべき人格的利益が認められるからである<sup>74</sup>。このような利益は、「みだりに自己の肖像等が商品等と結びつけられることのない人格的利益」であって、個別の知的財産法とは異なる分野における利益であるから、その保護が直ちに知的財産法の趣旨を潜脱することにはならないと思われる。そして、人格的利益に配慮するために、この種の行為を制約したところで、表現の自由や経済活動の自由の不当な制限とまではいえないだろう<sup>75</sup>。

その意味では、ピンク・レディー上告審の最高裁判決が、「専ら顧客吸引力の利用を目的とする場合」として、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用する場合、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付する場合、③肖像等を商品等の広告として使用する場合という三類型を示したことの趣旨は、まさにパブリシティ権が人格権に由来する権利の一内容を構成するとして、その法的権利性を正面から認める反面、表現の自由や経済活動の自由等に対する萎縮的効果を防ぐために、侵害となるべき行為をできるだけ限定しようとする点にあるだろう<sup>76</sup>。

また、この最高裁判決の調査官である金築誠志の補足意見も、「顧客吸引力を有する著名人は、パブリシティ権が問題になることが多い芸能人や

<sup>70</sup> 島並・前掲注50)151頁を参照。

<sup>71</sup> 設楽隆一「パブリシティの権利」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務体系 22 著作権関係訴訟法』(2004年・青林書院)552頁、宮脇正晴「パブリシティ権・不正競争防止法への招待」法セ692号(2012年)12～13頁などを参照。

<sup>72</sup> 従来の裁判例には、パブリシティ権の法的性質を財産権として捉えるものとして、東京地判平成元.9.27判時1326号137頁[光GENJI]、東京高判平成3.9.26判時1400号3頁[おニャン子クラブ本案控訴審]、横浜地判平成4.6.4判時1434号116頁[土井晩翠]、東京地判平成10.1.21判時1644号141頁[キング・クリムゾン一審]、東京高判平成11.2.24平成10(ネ)673号[キング・クリムゾン控訴審]、前掲名古屋地判[ギャロップレーサー一審]、前掲名古屋高判[ギャロップレーサー控訴審]、東京地判平成16.7.14判時1879号71頁[ブブカスペシャル7第一審]、東京地判平成17.3.31判時1189号267頁[長島一茂]、東京高判平成18.4.26判時1954号47頁[ブブカスペシャル7控訴審]などがある。

<sup>73</sup> 橋谷俊[判批]知的財産法政策学研究41～42号(2013年)に掲載の評釈を参照。

<sup>74</sup> 田村・前掲注63)506～507頁、同・前掲注68)4頁を参照。

<sup>75</sup> 従来の裁判例には、パブリシティ権の法的性質を人格権として捉えるものとして、東京地判平成2.12.21判時772号253頁[おニャン子クラブ本案一審]、前掲東京地判[ダービースタリオン一審]、前掲東京高判[ダービースタリオン控訴審]、東京地判平成17.6.14判時1917号135頁[矢沢永吉]、東京地判平成17.8.31判時1208号247頁[@BUBKA]、東京地判平成18.8.1判時1957号116頁[プロ野球選手パブリシティ一審]、知財高判平成20.2.25平成18(ネ)10072号[プロ野球選手パブリシティ控訴審]、前掲東京地判[ピンク・レディー一審]、東京地判平成20.12.24判時1298号204頁[中山麻理第一審]、前掲知財高判[ピンク・レディー控訴審]、東京地判平成22.4.28平成21(ワ)12902号[ラーメン我聞I]、東京地判平成22.4.28平成21(ワ)25633号[ラーメン我聞II]、東京地判平成22.10.21平成21(ワ)4331号[ベ・ヨンジュン]、京都地判平成23.10.28平成21(ワ)3642号[The・サンデー一審]、大阪高判平成24.6.29平成23(ネ)3493号[The・サンデー控訴審]などがある。

<sup>76</sup> 中島基至[判解]Law & Technology 56号(2012年)72頁を参照。

スポーツ選手に対する娯楽的な関心をも含め、様々な意味において社会の正当な関心の対象となり得る存在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約するようなことがあってはならない」こと、また、「パブリシティ権について規定した法令が存在せず、人格権に由来する権利として認め得るものであること」、そして、「パブリシティ権の侵害による損害は経済的なものであり、氏名、肖像等を使用する行為が名誉毀損やプライバシーの侵害を構成するに至れば別個の救済がなされ得ること」、という三つの理由を挙げて、パブリシティ権の侵害を構成する範囲をできるだけ明確に限定すべきである、と解している。

したがって、ピンク・レディー上告審は、不法行為法による補完的な保護に厳しい態度を示した前掲最判[ギャロップレーサー上告審]の趣旨を覆したと評価することはできないだろう。

#### v) 小括

以上の最上級審判決の考察からは、不法行為法理による知的財産法の補完の可能性をめぐって、大正期には、厳格な解釈を採用した前掲大判[桃中軒雲右衛門]から柔軟な解釈を採用した前掲大判[大学湯]への転換があったものの、最近の最高裁判決(前掲最判[ギャロップレーサー上告審]、前掲最判[ピンク・レディー上告審])の傾向は、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為法による補完的な保護をなるべく制限しようとする限定的な解釈を採用していることが明らかである。

以下では、節を改めて学説を俯瞰することにする。

## (2) 学説

従来、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるかという問題につき、日本の学説上は、主に厳格な解釈論<sup>77</sup>、柔軟な解釈論<sup>78</sup>、及び限定的な解釈

<sup>77</sup> 井上由里子「パブリシティの権利の再構築」『現代企業法学の研究』(筑波大学大学院企業法学専攻10周年・2001年・信山社)180頁は、既存の知的財産法により禁止

論<sup>79</sup>という三つの側面から議論されてきた。なお、上記の最上級審判決の検討から明らかになったように、最近の最高裁判決の傾向は、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を完全に否定する厳格な解釈論と、この問題を一義的に民法上の解釈問題として捉える柔軟な解釈論をいずれも採用せず、その折衷説ともいべき立場を採ることを明確にした。それゆえ、以下では、限定的な解釈論に着目した学説を概観しながら、如何なる

されていない模倣行為に対し、一般不法行為に基づき損害賠償限りの救済を求めることがあるのかという論点につき、「たとえ損害賠償限りであっても、何ら立法の措置なくこうした模倣行為を違法なものとして問責することで萎縮効果の生ずることは否定できない。フリーライドを放置することが社会全体にとってマイナスの効果があるという政策判断がありうるとしても、個別の事案の違法性を判断するにすぎない裁判所が、大局的な見地から政策的判断をなすことは容易ではない。仮に裁判の蓄積により内容が明らかになるとしても、それまでに時間がかかり法的安定性を欠く。その意味では、差止を伴わない損害賠償限りの救済であっても、立法がない場合には、一般的には慎重な姿勢をとるべきであろう」と述べている。

たとえ井上教授の懸念が正当なものであるとしても、そのために一般不法行為の成立を認めないとする解釈を採用する必然性はなく、要件論の設定の仕方の問題であって、萎縮効果を想定し得るほど不明確な規範しか定立できない場合には介入を断念するという方策によっても相当程度、解消することができよう。また、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではないという指摘も、知的財産権を創設する方向での司法による介入を謙抑的に止めるべきであるとする理由ではあるが、司法による介入を完全に否定する理由にはなり得ない(田村・前掲注50)45～46頁を参照)。

<sup>78</sup> 知財高判平成17.10.6平成17(ネ)10049号[ライントピックス二審]の評釈である潮見佳男「新聞記事見出しの著作物性と記事見出しの無断利用による不法行為」コピライト538号(2006年)55頁は、「より近時の不法行為法学における権利スキーマからは、この問題は、故意・過失の要件の中で扱われるべきものである。この問題は、営業活動の自由および営業利益さらには財産権というX側の基本権と、同様に営業活動の自由および営業利益を有するY側の基本権との衡量問題として捉えられるべきである。ここでは、前者の基本権を保護するために後者の基本権を制約すべきか否かとその程度とを、権利保護の必要性和権利制約という観点から一権利侵害要件と故意・過失要件のもとで一検討していくことになる」と述べている。

<sup>79</sup> 田村・前掲注50)42～43頁、同・前掲注36)56頁、上野・前掲注1)Law & Technology 65頁、同・前掲注1)AIPP1574～575頁、島並・前掲注50)151頁など。

場合に不法行為法による補完的な保護が可能なのか、という要件論の検討に焦点を当てることにしたい。

ところで、限定的な解釈論の論拠を整理すれば、おおむね次のとおりである。

#### i) 自由競争の観点からのアプローチ

従来の学説の中には、著作権等、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為であっても、自由競争の観点から正当化できない場合には、不法行為に当たる場合があるとする考え方があり。本稿では、これを「自由競争の観点からのアプローチ」という。

たとえば、上野達弘教授は、前掲知財高判[北朝鮮映画放送控訴審]の評釈において、次のように述べている。いわく、著作権法上も不正競争防止法上も違法でない行為が「正当な競争行為によって行われるのであれば公正な自由競争をより促進するものとして正当化されようが、それが必ずしも正当な競争行為といえないような場合であれば、これを自由競争の観点から正当化することはできない。実際のところ…、従来の裁判例においても、著作権法上も不正競争防止法上も違法でない行為については、自由競争の観点から原則としてこれを自由としつつ、ことさら相手方に損害を与えることのみを目的としてなされたような特段の事情のある場合は、これを自由競争の観点から正当化することはできず、例外的に不法行為が成立する余地を認めるものが多数存在する。これはまさに以上のような観点から正当化できるものとする。」<sup>80</sup>

こうした議論は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為が、「ことさら相手方に損害を与えることのみを目的としてなされたような特段の事情のある」という前提を満たした場合には、その行為を「自由競争の観点から正当化することはできない」ことを理由に、一般不法行為法による保護が成立することがあるとする、限定的な解釈論の中でも相対的に緩やかな基準を採用している。しかし、個別の知的財産法は、特定の目的のために、どのような行為を違法とすべきかを民主的に決定してい

<sup>80</sup> 上野・前掲注1) Law & Technology 65頁、同・前掲注1) AIPPI 574～575頁。

るのだから、同一の目的のために、当該知的財産法に規律されていない行為を違法とすることは民主的な決定に違反することに鑑みると、例外的に不法行為の成立を肯定するためには、「自由競争の観点」というやや循環論法的なものを超える論拠が必要であるだろう。

このような疑問に対する上野教授の反論は、次のとおりである。いわく、「知的財産法によって与えられる保護のあり方と、不法行為法のみによるそれとは、差止請求権の有無、保護範囲の明確性、保護期間等の点において実質的に大きな相違がある。そのような観点からすれば、知的財産法による保護から漏れた情報の利用について不法行為法による保護を与えたとしても、直ちに知的財産法の趣旨を潜脱することにはならない…。むしろ、不法行為法による保護は、相対的に柔軟な侵害判断の下に、損害賠償のみによる救済という中間的な解決を提供するものであり、さしあたり固有の意義を有する。」<sup>81</sup>

確かに、民法709条に基づいて差止請求を主張することはできないとする通説的な理解に立脚するならば、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、相対的に柔軟な判断基準の下で、損害賠償請求のみを認めたとしても、知的財産法による保護と同等の法的保護を与えたいえないから、その理由づけには一定の説得力があるように思われる。ただし、知的財産権の立法がなされる場合には、論理必然的に差止請求権が認められるわけではなく、商業用レコードの二次的使用料請求権(著作権法97条)、期間経過商業用レコードの貸与に対する報酬請求権(同97条の3)、私的録音録画補償金請求権(同104条の3)など、報酬請求権に止められる条文も若干存在する<sup>82</sup>。また、この理論の下では、既存の知的財産法と同じ目的のために知的財産法で規定されていない行為を違法とする危険性も孕んでいる。たとえば、創作性のない表現が利用されたに過ぎないことを理由に著作権侵害を否定しながら、その行為について不法行為の成立を肯定した後述の知財高判平成18.3.15平成17(ネ)1005号等

<sup>81</sup> 上野・前掲注1) Law & Technology 65～66頁、同・前掲注1) AIPPI 574頁。横山久芳「情報誌『ケイコとマナブ』編集著作権事件」コピライト523号(2004年)37～38頁も参照。

<sup>82</sup> 田村・前掲注50)43頁の注100)を参照。

[通勤大学法律コース控訴審]がその典型例であるだろう。

むしろ、個別の知的財産法に規律されていない利用行為について、不法行為法の保護を与えたとしても、直ちに知的財産法の趣旨を潜脱することにならないのは、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律するのであれば、そこまで民主的な決定がなされたわけではないからであると思われる<sup>83</sup>。たとえば、著作権の保護は競争行為に限らず広汎に他人の利用を制約する権利であり、その存続期間も著作者の死後50年を原則とするというように長期である。こうした強力な権利を表現ではないアイデアや創作性のない表現に及ぼすわけにはいかないとするのが、著作物性の要件として創作的表現であることを要求した著作権法の趣旨である。そうだとすると、網羅型のデータ・ベース（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中間判決]）や書体（結論として否定された事例ではあるが、大阪地判平成元.3.8無体集21巻1号93頁[写植機用文字書体]、大阪地判平成9.6.24判タ956号267頁[ゴナU]、大阪高判平成10.7.17民集54巻7号2562頁参照[同二審]等）などに対して、競争行為に限定して、一般に投下資本を回収し得ると目される期間、一般不法行為法の保護を与えたとしても、著作権法の趣旨が潜脱されるということにはならないだろう<sup>84</sup>。

## ii) 知的財産法の趣旨からのアプローチ

従来の学説の中には、不法行為法による知的財産法の補完的な保護が可能なのかという問題を、特別法と一般法の調整問題として捉えつつ、既存の知的財産法が保護を否定している趣旨に立ち返って考えるべきとする見解がある。ここでは、これを「知的財産法の趣旨からのアプローチ」という。

たとえば、島並良教授は、「知的財産法は、一般不法行為法に対して、侵害成立要件を明確化しその効果を拡大しているのだから、両者は特別法と一般法の関係である」とし、「知的財産法による不保護という結果が、(a)一般法たる不法行為法による弱い保護までおよそ否定する強い意図の

<sup>83</sup> 田村・前掲注50)45頁、同・前掲注7)コピライト44頁を参照。

<sup>84</sup> 田村・前掲注50)45頁を参照。

現れであるのか、それとも (b) 侵害に対する拡大された効果(差止請求権)を付与することを否定したに過ぎず、損害賠償止まりの効果については何も触れていない(原則どおり一般法たる不法行為法に委ねる)趣旨であるのかを、個別に検討する必要がある…。そうすると一般不法行為法による補完的保護の可否を決するためには、個別のケースごとに、なぜ知的財産法の保護が及ばないのか、それが(a)と(b)のいずれのパターンなのかを性質決定する必要性が生じることになる…。基本的には、行為者の予測可能性を担保するためにも、(a)パターンが原則となり、一般不法行為法による補完的保護は例外的にのみ認められると解すべきである、との見解を示した<sup>85</sup>。

こうした議論も、知的財産法の規定が保護を否定している趣旨が、「侵害に対する拡大された効果(差止請求権)を付与することを否定したに過ぎず、損害賠償止まりの効果については何も触れていない」場合(いわゆる(b)パターン)には、不法行為法による補完的な保護が可能であるとする、限定的な解釈論の中で相対的に緩やかな基準を採用している。そして、(b)パターンの具体例として、島並教授は、「著作権法が創作性のない表現について著作物性を否定している(著作2条1項1号)のは、創作性のない表現の産出を、特に強い効果を持つ著作権法上の保護をもって誘引する必要性を認めなかったに過ぎないから、別の制度趣旨から一般不法行為による弱い保護が認められる余地はなお残されている」<sup>86</sup>ことを挙げている。知的財産法の規定が保護を否定している趣旨はともかくとして、この理論は、個別の知的財産法に規律されていない利用行為であっても、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律する可能性を示唆しており、この点については一応肯定的に評価することができると思われる。

他方で、島並教授は、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべき理由として、行為者の予測可能性を担保する必要があることを挙げている<sup>87</sup>。しかし、これは個別の知的財産法が規律した利益と

<sup>85</sup> 島並・前掲注50)151頁を参照。

<sup>86</sup> 島並・前掲注50)152頁。

<sup>87</sup> 横山・前掲注81)38頁も、「知的財産法により保護されない情報については模倣が自由であるという期待が一般に生じているから、不法行為の成否を論じる場合には、

同質の利益を保護した場合、常に問題となり得る競争の萎縮効果ではないだろうか。なぜならば、後述する前掲知財高判[通勤大学法律コース控訴審]のように、既存の知的財産法と同じ目的のために知的財産法で規定されていない行為を違法とする場合は、行為者の予測可能性を過度に害する結果、競争を過度に萎縮させるおそれがあるからである。

むしろ、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべき積極的な理由は、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えないからではないだろうか<sup>88</sup>。なぜならば、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立を認めるということは、個別の知的財産法で認めていない知的財産権を裁判所の権限で創設することを意味しており、それが民法709条の解釈論として可能だとしても、それなりに知的財産政策に影響を与えてしまうからである。たとえば、不正競争防止法上の商品形態のデッド・コピー規制が制定される以前、デッド・コピーに対して不法行為の成立を認めた東京高判平成3.12.17知裁集23巻3号808頁[木目化粧紙二審]を一つの契機として、1993年の不正競争防止法改正により商品形態のデッド・コピーを規律する2条1項3号が導入されることになったが、これは裁判所の判断が知的財産政策に影響を与えた典型例といえよう。

### iii) プロセス志向の解釈論からのアプローチ

従来の学説の中には、民法709条が抽象的な要件を擁するものであって、ルールとスタンダードの分類論<sup>89</sup>に従えばスタンダードに該当し、司法による規範の具体化が要請されることを理由に、個別の知的財産法と民法709条の関係を、立法(個別知的財産法)と司法(民法709条)の役割分担の問題として把握しつつ、「知的財産法のように、市場を活用する仕組みであって、権利の存在意義自体が効率性に求められるところが大きく、そ

情報の利用者の予測可能性に十分配慮しなければならない」と指摘する。

<sup>88</sup> 田村・前掲注50)42～43頁、井上・前掲注77)180頁を参照。

<sup>89</sup> 精緻な紹介として、森田果「最密接関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト1345号(2007年)66頁以下。

れによる効率性の改善の度合いの測定が困難であるがゆえに帰結主義だけで正当化することが困難な法制度の場合には、立法、司法ばかりでなく、市場や行政との役割分担をも考察の対象に包含しながら、いわばプロセス志向で問題の解決に当たらざるを得ない<sup>90</sup>とする見解がある。これが、本稿の推奨する「プロセス志向の解釈論からのアプローチ」である。

たとえば、田村善之教授は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるのかという問題につき、「組織化されやすい者の利益の保護が問題となっているのであれば、早晚、政策形成過程に反映されることになるのであるから、技術的適格性の問題や、政治的な責任の問題があることに鑑みれば、知的財産権を創設する方向の作業は立法の決定に任せるか、あるいは自由放任という形で市場に委ねておくことを原則とし、司法による保護の創設には、慎重であって然るべき」であるが、「例外的に、問題のフリー・ライドを放置しておく、インセンティブが過度に不足し、成果開発の投資が過少となる場合であって、必要となる成果の供給が過度に不足することが裁判所にとって明らかな場合には司法による介入も許される」と指摘した上で、「ただし、第一にその種の利用行為を規律しないとする立法による決定がなされている場合に介入を許されなくなることはいうまでもない。第二に、政策形成過程に反映されにくい者の自由を守る砦としての司法の機能は存分に発揮すべきであるから、帰結主義的な観点からは正当化が可能である事例であっても、表現の自由や私人の行動の自由等に対する過度の制約となりうる懸念を払拭しえない場合には、不法行為による保護は否定すべき」である、との見解を示した<sup>91</sup>。

こうした議論は、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立が認められるのは、そのような行為を許容してしまうと、成果開発のインセンティブが過少となることが明らかである場合に限られるとする、限定的な解釈論の中でも相対的に厳しい基準を採用している。しかも、その場合でも、具体の民主的な決定がなされている場合には、知的財産権を創設する方向に関してはその決定を変更する必要はな

<sup>90</sup> 田村・前掲注36)54頁を参照。

<sup>91</sup> 田村・前掲注50)42～43頁、同・前掲注36)56頁など。

いと考えている。

他方で、文献の中には、例外的に不法行為該当性を肯定するためには、「社会的」な「承認」が必要である旨を説く見解もある。たとえば、窪田充見教授は、個別の知的財産法との関係を視野に入れつつ、一般不法行為の成立について次のような立場を示している。いわく、「一定の利益が法的保護に値するという社会的な価値判断が形成されたとしても、それによって、自動的に問題が解決されるわけではない。こうしたいわば生成途上の権利は、所有権のような形で保護されるわけではないだろう。すでに権利として確立している著作権等の知的財産権においても、それを権利として承認することによって問題が尽きているのではなく、そうした権利はどのような行為との関係で保護されるのかという形のルールが示され、はじめて法的救済の全体構造が決まっていると言える。こうした判断構造のプロセスは、知的財産法によって直接はカバーされていないが、しかし、知的財産法による保護が適当だと考えられるような生成途上の権利についても、同様に当てはまるとみるべきであろう。」<sup>92</sup>

この議論は、一定の利益が法的保護に値するという社会的な承認がなされることが前提となっている。しかし、田村教授のプロセス志向の解釈論は、個別の知的財産法の総体の向こうには、産業や文化の発展のために、必要なインセンティブに不足があるときは、フリー・ライドを規律することも許されるという法の価値判断を看取し得ると考えている<sup>93</sup>。仮にそうだとすれば、すでにメタの原理となる規範は成立しており、裁判所が謙抑的でなければならない理由は、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任をとれないからであり、それ以上に社会的な承認に正統化を求める必要はないだろう<sup>94</sup>。

<sup>92</sup> 窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティー生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商法雑誌133巻4・5号(2006年)741頁。

<sup>93</sup> 長谷川晃「<競争の繁栄>と知的財産法原理—田村善之教授の知的財産法の原理の基礎に関する法哲学的検討」知的財産法政策学研究3号(2004年)18~24頁は、このような前提を「競争の繁栄」論と名づける。

<sup>94</sup> 田村・前掲注36)56頁を参照。

#### iv) 小括

以上の学説の分析をまとめれば、次のようになる。個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるのかという問題をめぐる従来の学説は、主に厳格な解釈論、柔軟な解釈論、及び限定的な解釈論という三つの側面から議論されてきた。一方、最近の最高裁判決の傾向は、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を完全に否定する厳格な解釈論と、この問題を一義的に民法上の解釈問題として捉える柔軟な解釈論をいずれも採用せず、その折衷説ともいべき立場を採ることを明確にした。

本稿では、個別の知的財産法は、特定の目的のために、どのような行為を違法とすべきかを民主的に決定しているのだから、同一の目的のために、当該知的財産法に規律されていない行為を違法とすることは民主的な決定に違反することに鑑みると、個別の知的財産法に規律されていない利用行為について、一般不法行為法の保護を与えたとしても、直ちに知的財産法の趣旨を潜脱することにならないのは、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律するのであれば、そこまで民主的な決定がなされたわけではないからであると考えている。

また、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立を認めるということは、個別の知的財産法で認めていない知的財産権を裁判所により創設することを意味しており、それが民法709条の解釈論として可能だとしても、それなりに知的財産政策に影響を与えることになる。そして、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えないことから、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべきであると主張する。しかし、知的財産の適度な創出を実現するインセンティブに不足することが明らかである場合にまで、その保護を否定する必要はない。

そうすると、産業や文化の発展のために、必要なインセンティブに不足があるときは、フリー・ライドを規律することも許されるという法の価値判断を前提に、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立が認められるのは、そのような行為を許容してしまうと、成果開発のインセンティブが過少となることが明らかである場合に限

られるとする、限定的な解釈論の中でも相対的に厳しい基準を採用すべきであるだろう。

### (3) 本判決の位置づけ

本判決は、一般不法行為法による著作権法の補完の可能性につき、「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている」と述べて、前掲最判[ギャロップレーサー上告審]の説示を踏襲した上で、「同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法6条もその趣旨の規定であると解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象とはならないものと解される」とし、「同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではない」という一般論を展開した。

上記の判旨をみる限り、最高裁は、著作権法が権利の及ぶ範囲と限界を明らかにしていることを理由に、著作権法6条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用行為による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為該当性を否定するという限定的な解釈を採用したことが明らかである。その意味では、本判決は、個別の知的財産法が規律対象とする利益については、原則として、別途不法行為が成立するものではないことを示してきた最近の最高裁判決（前掲最判[ギャロップレーサー上告審]、前掲最判[ピンク・レディー上告審]など）の立場を確認したという点に意義があると思われる。

また、本判決は、例外的に不法行為が成立する特段の事情として、初めて「同法（著作権法一筆者注）が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益」が侵害された場合を、一つの成立要件として明示したということで注目される。ここでいう「著作権法が規律

する利益と異なる趣旨の法的な利益」とは、著作権法と規律対象が異なる利益であって（後述するが、利益の法的性質まで異なることは要求しない）、まさに本稿の提唱する「既存の知的財産法にない目的に基づいて規律し得る、しかも民主的な決定がなされていない利用行為」と解することができると思われる。そうすると、本判決は、前述した「プロセス志向の解釈論からのアプローチ」という学説に親和的な態度を示した最高裁判決に位置づけることができるだろう。

以下では、節を改めて最高裁の示した「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」という要件論の射程を考察することにする。

## 3 著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益

——最高裁判決の射程——

### (1) 本判決の射程

本判決では、著作権法により明文で規律されていない未承認国の著作物の利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるか、ということが問題となっている。

最高裁は、著作権法6条「各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではない」という一般論の下で、「本件映画は著作権法6条3号所定の著作物に該当しないことは前記判示のとおりであるところ、X2が主張する本件映画を利用することにより享受する利益は、同法が規律の対象とする日本国内における独占的な利用の利益をいうものにほかならず、本件放送によって上記の利益が侵害されたとしても、本件放送がX2に対する不法行為を構成するとみることはできない」とし、「仮に、X2の主張が、本件放送によって、X2が本件契約を締結することにより行おうとした営業が妨害され、その営業上の利益が侵害されたことをいうものであると解し得るとしても、前記事実関係によれば、本件放送は、テレビニュース番組において、北朝鮮の国家の現状等を紹介することを目的とする約2分20秒間の企画の中で、同目的上正当な範囲内で、1時間17分の本件映画

のうちの合計2分11秒間分を放送したものにすぎず、これらの事情を考慮すれば、本件放送が、自由競争の範囲を逸脱し、X2の営業を妨害するものであるとは到底いえないのであって、X2の上記利益を違法に侵害するとみる余地はない」と判示して、不法行為該当性を認めた原判決（前掲知財高判[北朝鮮映画放送控訴審]）を破棄し<sup>95</sup>、不法行為の成立を否定した。

### i) 独占的な利用の利益

まず、最高裁は、X2が主張する本件映画を利用することにより享受する利益は、著作権法が規律の対象とする日本国内における独占的な利用の利益をいうものにほかならず、本件映画が著作権法6条3号所定の著作物に該当しない以上、Yの放送がX2に対する不法行為を構成するとみることはできないと判断した。

もっとも、確定された事実関係によれば、X2は、平成14年9月30日、X1との間で、映画著作権基本契約を締結し、本件映画につき、日本国内における独占的な上映、放送、第三者に対する利用許諾等について、その許諾を受けたことが認められる。しかし、このような日本国内における独占的な利用は、本件映画が著作権法の保護を享受する著作物に該当することが前提として保護されることになる。そうだとすれば、現行著作権法が、その保護の発生に国家承認を要求しているにも拘わらず、未承認国である北朝鮮の著作物に独占的な利用を認めることは、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規律されていない行為を違法とする結果にならざるを得ない。著作権法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反

<sup>95</sup> 前掲知財高判[北朝鮮映画放送控訴審]の裁判所は、「著作物は人の精神的な創作物であり、多種多様なものが含まれるが、中にはその製作に相当の費用、労力、時間を要し、それ自体客観的な価値を有し、経済的な利用により収益を挙げ得るものもあることからすれば、著作権法の保護の対象とならない著作物については、一切の法的保護を受けないと解することは相当ではなく…、利用された著作物の客観的な価値や経済的な利用価値、その利用目的及び態様並びに利用行為の及ぼす影響等の諸事情を総合的に考慮して、当該利用行為が社会的相当性を欠くものと評価されるときは、不法行為法上違法とされる場合があると解するのが相当である」と判示し、不法行為の成立を認容した。

面として、使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている旨を示した、前掲判例[ギャロップレーサー上告審]の判旨に照らせば、著作権法が規律の対象とする利益に対して、いったん著作権法の保護を否定しつつ、返す刀で不法行為法による救済を認めることは、著作権法との関係で整合的に位置づけることが困難であるだろう。

なお、従来の裁判例の中には、著作権法が規律の対象とする利益に対して、いったん著作権法の保護を否定しつつ、返す刀で不法行為法による救済を認めた裁判例がある（前掲知財高判[通勤大学法律コース控訴審]）。

たとえば、一般人向けの法律解説書「図解でわかる 債権回収の実際」ほか計3冊の書籍と、個別の論述や全体の構成等がよく似ている「通勤大学法律コース」なる文庫シリーズの一環として3冊の書籍を発行した被告の行為に対して、不法行為の成立を認めた前掲知財高判[通勤大学法律コース控訴審]<sup>96</sup>をみてみよう。知財高裁は、原審（東京地判平成17.5.17判時1950号147頁[通勤大学法律コース]）の判断を覆し、原判決では侵害が認められた3カ所についても、「法令の内容や判例から導かれる当然の事項を普通に用いられる言葉で表現したものにすぎず、創作的な表現であるとはいえない」ということを理由に、類似性の要件を充足しないとして著作権侵害を否定しながら、「一般人向けの解説を執筆するに当たっては、表現等に格別な創意工夫を凝らしてするのでない限り、平易化・単純化等の工夫を図るほど、その成果物として得られる表現は平凡なものとなってしまう、著作権法によって保護される個性的な表現からは遠ざかってしまう弊を招くことは避け難いものであり、X各文献の場合も表現等に格別な創意工夫がされたものとは認められない。もっとも、X各文献を構成する個々の表現が著作権法の保護を受けられないとしても、故意又は過失によりX各文献に極めて類似した文献を執筆・発行することにつき不法行為が一切成立しないとするのは妥当ではない。執筆者は自らの執筆にかかる文献の発行・頒布により経済的利益を受けるものであって、同利益は法的保護に値するものである。そして、他人の文献に依拠して別の文献を執

<sup>96</sup> この判決の評釈として、山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否」知的財産法政策学研究18号(2007年)221～278頁などがある。

筆・発行する行為が、営利の目的によるものであり、記述自体の類似性や構成・項目立てから受ける全体的印象に照らしても、他人の執筆の成果物を不正に利用して利益を得たと評価される場合には、当該行為は公正な競争として社会的に許容される限度を超えるものとして不法行為を構成するというべきである」との一般論の下で、不法行為に基づく損害賠償の請求を認容した。

この判決は、不法行為法上の保護を必要とするインセンティブに不足があるという特段の事情（たとえば、後述する創作投資の保護、取材体制の構築など）を挙げることなく、単純に平易化・単純化等の工夫を指摘して不法行為の成立を認めている。しかし、そのような平易化・単純化等の工夫は、著作権法が保護しようとする著作物の創作活動と不可分の関係にあり、著作権法は、まさにそれが創作的な表現に至って初めてこれを保護することを宣言しているように思われる<sup>97</sup>。

結局、本判決の射程を考慮するならば、前掲知財高判[通勤大学法律コース控訴審]のように、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規定されていない行為を違法とする場合には、行為者の予測可能性を過度に害する結果、競争を過度に萎縮させるおそれがあるから、破棄されるべきものとなるだろう。

## ii) 営業上の利益

次に、最高裁は、仮にX2の主張が、Yの放送はX2の営業妨害となるといえるものであると解し得るとしても、テレビニュース番組において北朝鮮の国家の現状等を紹介することを目的とする約2分20秒間の企画の中で1時間17分の本件映画のうち合計2分11秒間分を放送したに過ぎないなどの放送の態様などを考慮すれば、同放送が自由競争の範囲を逸脱し、X2の営業を妨害するものであるとはいえず、不法行為は成立しないと判断した。

これに対し、本判決の調査官である山田真紀の解説によれば、「本判決が、本件放送の具体的な態様を示してX2の営業を妨害するものであるとはいえないとの判断を示している点に関連して、たとえば本件放送が本件

<sup>97</sup> 田村・前掲注50)32・47頁を参照。

映画全体を放映するものであった場合に不法行為が成立するの否か、議論があり得るところである。どの程度の行為によって営業妨害との評価が可能かの個別的な問題であり、本判決は、本件の具体的な事情の下で不法行為成立の余地がないことを示したにすぎず、営業妨害の不法行為の成否の限界事情を示唆するものではない」とする<sup>98</sup>。すなわち、この解説からすれば、本判決は営業上の利益を「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」の典型例として考えており、他人の営業妨害により営業活動上の利益が侵害された場合には、別途不法行為が成立する余地があることになる。

実際、従来の下級審裁判例の中にも、営業上ないし事業活動上の利益という観点から、個別の知的財産法で規律されていない行為に対して一般不法行為の成立を認めているかのように読める裁判例がある（前掲東京高判[木目化粧紙二審]、前掲東京地判[スーパーフロントマン中間判決]<sup>99</sup>など）。

たとえば、他人の製造販売する木目化粧紙をフォト・コピーし、全く同じ柄の木目化粧紙を競合地域で廉価販売した行為に対して、不法行為の成立を認めた前掲東京高判[木目化粧紙二審]<sup>100</sup>をみてみよう。東京高裁は、木目化粧紙の模様の原画について、純粋美術と同視できないとして著作物

<sup>98</sup> 山田・前掲注1)86頁。

<sup>99</sup> 前掲東京地判[スーパーフロントマン中間判決]の裁判所は、「人が費用や労力をかけて情報を収集、整理することで、データベースを作成し、そのデータベースを製造販売することで営業活動を行っている場合において、そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、その者の販売地域と競合する地域において販売する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する場合がある」と判示した。

<sup>100</sup> 事案は、木目化粧紙の原画を作成し、これを原画として着色・印刷したものを販売していたXが、X製品をそのまま写真撮影し、製版印刷した木目化粧紙を販売したYに対して、著作権法等に基づく請求を行ったものである。一審判決（東京地判平成2.7.20無体集22巻2号430頁[木目化粧紙一審]）はXの請求を棄却しており、Xは控訴審において、Yの行為は不法行為に該当すると追加的に主張した。この判決の評釈として、田村善之「他人の商品のデッド・コピーと不法行為の成否—木目化粧紙事件—」特許研究14号（1992年）32～43頁などがある。

性を否定しながら、「Yは、X製品の模様と寸分違わぬ完全な模倣であるY製品を製作し、これをXの販売地域と競合する地域において廉価で販売することによってX製品の販売価格の維持を困難ならしめる行為をしたものであって、Yの右行為は、取引における公正かつ自由な競争として許される範囲を甚だしく逸脱し、法的保護に値するXの営業活動を侵害するものとして不法行為を構成する」と判示し、不法行為に基づく損害賠償請求を認容した。

この判決は、不正競争防止法2条1項3号が新設される以前に、個別の知的財産法で規律されていない行為に対して一般不法行為の成立を認めたものである。文献の中には、この判決を、営業上の利益ないし経済活動上の利益を民法709条にいう「法律上保護される利益」と捉えることで、知的財産法とは別の観点から、当該営業上の利益ないし経済活動上の利益を侵害する行為を不法行為とみて、これにより利益主体に生じた損害を賠償の対象として認めたものと理解する見解がある<sup>101</sup>。しかし、そもそも競争というものが必然的に他者の営業に不利益を与える以上、「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的な概念を持ち出したからといって特に違法とすべき競争の類型が浮かび上がるわけではない<sup>102</sup>。たとえば、競争会社の開業により他社の営業の継続を困難にしたとしてもそれだけでは違法となるものではない。また、営業上の利益というものが、論理必然的に個別の知的財産法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益になるわけでもない。たとえば、不正競争防止法4条の本文は、「故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる」と規定しており、ここでいう「営業上

<sup>101</sup> 潮見・前掲注52)92～93頁を参照。なお、潮見教授は、「営業権」あるいは「営業上の利益」と呼ばれるものが、所有権などと違い、外延が固定した絶対権・排他的性質を持つ権利といえないことを理由に、「被害者とされる者のもつ営業上のさまざまな利益の営業権・営業利益としての要保護性は、加害者とされる者(競業者の場合もあれば、そうでない場合もある)のさまざまな権利、すなわち、この者の営業の自由、職業活動の自由、表現の自由(ボイコット・不買運動などの例)、各種の労働基本権(労働争議などの例)などとの衡量を経て、はじめて確定されることになる」とする。潮見・前掲注52)96頁。

<sup>102</sup> 田村・前掲注63)459頁の注1)を参照。

の利益」は個別の知的財産法が規律している利益にはかならない。それゆえ、最高裁の示した「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」という要件論の射程を考察するには、「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的なものを超える具体の論拠が必要であるだろう<sup>103</sup>。

ところで、以上のような理論的な側面はともかくとして、とりわけ前掲東京高判[木目化粧紙二審]の具体的な事案に照らしてみれば、この判決は、被告が木目化粧紙の模様をデッド・コピーして被告製品を製作し、これを原告と競合する販売地域において廉価販売することによって、原告製品の販売価格の維持を困難ならしめたことを斟酌している。しかし、たとえ廉価販売がなかったとしても、被告はデッド・コピーすることにより商品化のための時間を節約し、原告の市場先行の利益を失わしているから、それのみで被告の行為を違法とするに十分であったと思われる。

もっとも、他人の商品の模倣手段がデッド・コピーではない場合には、たとえばアイデアが盗用されたとしても、模倣は自由であることを原則とすべきである。しかし、単なるアイデアの模倣とは区別してデッド・コピーを問題としなければならないのは、デッド・コピーによる競争まで放任する場合には、模倣者が市場に通用するための商品とする過程、すなわち商品化のための時間、労力、費用を節約することができる結果、先行者の市場先行の利益が失われるからである。それゆえ、市場先行の利益を保護する個別の立法がなされていない当時は、明文の知的財産権による法的保護の外側で働いているインセンティブを守るために、既存の知的財産法と異なる趣旨でデッド・コピーを一般的に規制する必要があったのである<sup>104</sup>。

したがって、知的財産権という権利の枠を超えて包括的に世の中に存在

<sup>103</sup> たとえば、会社の工場を不法に占拠して営業妨害を行ったとか(営業の自由ないし所有権の侵害の視点)、信用毀損行為が行われたとか(不当需要喚起の視点)、原価割れ売買を行い当該地域内の市場の独占を図ったとか(競争減殺の視点)、営業秘密を不正に利用したとか(成果冒用の視点)、自身が競業避止義務に違反して開業したり、競業避止義務がある従業員を引き抜いたり、そうではなくとも大量の従業員を引き抜いて営業の継続を困難にしたなど(債権侵害の視点)の事情の有無により、違法か否かが判断されることになる。

<sup>104</sup> 田村善之『知的財産法』(第5版・2010年・有斐閣)30～32頁、同「商品形態のデッド・コピー規制の動向」前掲注7)『ライブ講義知的財産法』71～78頁などを参照。

している、商品開発のインセンティブとなる市場先行の利益を担保するために、民法709条の不法行為に基づいてデッド・コピーする行為を規制したとしても、こうした市場先行の利益は個別の知的財産法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益であるから、直ちに知的財産法の趣旨を潜脱することにはならなかったと思われる。

しかし、前掲東京高判[木目化粧紙二審]を一つの契機として、1993年の不正競争防止法改正により商品形態のデッド・コピーを規律する2条1項3号が導入されており、市場先行の利益を保護する個別の立法がなされている現在は、市場先行の利益も個別の知的財産法が規律の対象とする利益にほかならず、本判決の射程外であるだろう<sup>105</sup>。

### iii) 小括

以上の分析をまとめれば、次のようになる。現行著作権法が、その保護の発生に国家承認を要求している以上、未承認国である北朝鮮の著作物に独占的な利用を認めることは、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規律されていない行為を違法とする効果があるから、著作権法との関係で整合的に位置づけることが困難である。したがって、本件映画の独占的な利用を否定した本判決の判断は妥当であるだろう。

また、本判決は、営業上の利益を「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」の典型例として考えており、他人の営業妨害により営業活動上の利益が侵害された場合には、別途不法行為が成立する余地があることを示唆している。しかし、そもそも競争というものが必然的に他者の営業に不利益を与える以上、「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的な概念を持ち出したからといって特に違法とすべき競争の類型が浮かび上がるわけではない。そして、営業上の利益というものが、論理必然的

<sup>105</sup> ただし、不正競争防止法2条1項3号は、販売開始から3年に限り、商品形態のデッド・コピーを規制する旨を定めており、3年の保護期間経過後であっても、市場先行の利益という観点とは別に、先行者に営業上、信用上の損害を被らせたというような特段の事情が存する場合には、不法行為の成立を認める余地がある。山根・前掲注96)251～252頁を参照。

に個別の知的財産法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益になるわけでもない。したがって、本判決の示した「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」という要件論の射程を考察するためには、「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的なものを超える具体の論拠が必要である。

以下では、「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」という要件論の下で、一体どのような場合に不法行為法が成立するのか、その射程を考察することにする。

なお、ここで注意すべきなのは、著作権法は、著作者の財産的利益を保護する著作権と、著作者の人格的利益を保護する著作者人格権とを明確に区別する、いわば二元的構成を採用しているという点である<sup>106</sup>。たとえば、著作権法60条1項は、「著作権は、その全部又は一部を譲渡することができる」と規定する一方、同法59条は、「著作者人格権は、著作者の一身に専属し、譲渡することができない」と規定し、両者を別々の者に分属し得る別の権利として観念している。また、著作権の存続期間と、著作者死後の人格的利益の侵害に対する民事上の請求権の行使可能期間(同116条)や刑事罰が科され得る期間(同60条、120条)が異なっていることも、二元論を補強するものといえよう<sup>107</sup>。

したがって、本判決の示した「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」の射程についても、財産的利益と人格的利益とを区別して議論する必要があるように思われる。

## (2) 著作権法が規律する利益と異なる趣旨の「財産的利益」

まず、著作権法等の知的財産法で規律されていない財産的利益について、

<sup>106</sup> なお、学説には、著作権と著作者人格権とを分属不可能な一個の権利として観念すべきであると説く見解もある。半田正夫「著作権の一元的構成について」同『著作権法の研究』(1971年・一粒社)39～42・56・76～78頁など。これに対し、山本桂一『著作権法』(新版増補・1973年・有斐閣)13頁は、一元論には、日本の著作権法の構造に反してまでこれを採用するほどの実益は認められないと批判している。

<sup>107</sup> 田村・前掲注104)『知的財産法』502頁を参照。

不法行為法上の保護を認めることは、その反面、他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味するのだから、そのような制限を正当化する根拠が必要である（前掲最判[ギャロップレーサー上告審]など）。ここでは、著作権法等で規律されていない利益に財産的価値が認められるという命題だけで、広く他者の自由を制約することを正当化することは困難であると思われる。このような場合には、他者の自由を制約する原理として、社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するために、一定のフリー・ライドを規制することも必要である、というインセンティブ論の観点を入れざるを得ない。すなわち、産業や文化の発展のために、必要なインセンティブに不足があるときは、フリー・ライドを規律することも許されるという法の価値判断を前提にするならば、著作権等の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立が認められるのは、そのような行為を許容してしまうと、成果開発のインセンティブが過少となることが明らかである場合に限られることになる<sup>108</sup>。

このように、社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するために、著作権法等の知的財産法が規律する利益と異なる趣旨の財産的利益について、不法行為法上の保護を認めた従来の裁判例のアプローチを整理すれば、i) 創作投資の保護に着目したもの、ii) 取材体制の構築に配慮したものの、という二つの立場に分類することができる<sup>109</sup>。

<sup>108</sup> 田村・前掲注104)『知的財産法』7～9頁、同・前掲注27)1頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号(2010年)6～7頁などを参照。

<sup>109</sup> 従来、個別の知的財産法によって規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めた下級審の裁判例は少なからず存在するものの、具体的な事案との関係でみれば、商品等主体混同行為(京都地判平成元.6.15判時1327号123頁[佐賀錦袋帯]、大阪地判平成16.11.9判時1897号103頁[ミーリングチャック])や不当廉売(大阪地判平成14.7.25平成12(ワ)2452号[オートくん])、契約締結上の信義則違反(東京地判昭和63.7.1判時1281号129頁[チェストロン])、あるいは、在職中の地位を利用した競争行為(大阪地判平成10.3.26平成5(ワ)4983号[コンペヤベルトカバー設計図])など別の法理により不法行為該当性を認めれば足りる裁判例が多く、単純に他人の成果の利用行為を決め手として不法行為の成立を認めた裁判例は極めて稀である(前掲東京高判[木目化粧紙二審]、大阪地判平成8.12.24判不競

## i) 創作投資の保護に着目した裁判例

従来の裁判例の中には、創作投資に必要なインセンティブを法的に確保するために、著作物性が否定された創作物の利用行為に対して不法行為の成立を認めた裁判例がある(前掲東京地判[スーパーフロントマン中間判決]、傍論ながら、前掲大阪地判[写植機用文字書体]<sup>110</sup>、前掲大阪地判[ゴ

224ノ320頁[断熱壁パネル]、前掲東京地判[スーパーフロントマン中間判決]、前掲知財高判[ライントピックス二審]、前掲知財高判[通勤大学法律コース控訴審]、前掲知財高判[北朝鮮映画放送控訴審]など)。田村・前掲注50)12～25頁、同・前掲注36)50～52頁などを参照。

他方で、個別の知的財産法によって規律されていない利用行為に対して、結論として不法行為の成立を否定した裁判例がほとんどであり、大阪地判昭和58.10.14無体集15巻3号630頁[修理の時代ちらし]、大阪地判平成7.6.29平成5(ワ)3653号[製装飾柱]、松江地判平成8.3.13平成5(ワ)143号[シートシャッター]、広島高判平成9.7.25平成8(ネ)26号[同二審]、大阪地判平成9.12.25判不競224ノ477頁[シヤレンチ]、京都地判平成11.12.24平成10(ワ)2980号[化粧箱]、名古屋地判平成12.10.18判タ1107号293頁[主要自動車部品250品目の国内における納入マトリックスの現状分析]、東京地判平成13.9.6判時1804号117頁[宅配箱]、東京地判平成14.9.5平成13(ワ)16440号[サイボウズ本案]、大阪地判平成14.11.28平成13(ワ)11198号[家具調仏壇Ⅱ]、大阪高判平成15.7.29平成15(ネ)68号[同二審]、東京地判平成15.1.28判時1828号121頁[PIMソフト]、広島高判平成15.9.16平成15(ネ)44号[広島風お好み焼せんべい]、東京地判平成15.10.31判時1849号80頁[換気口用フィルタ]、東京地判平成15.11.28判時1846号90頁[多湖輝の新頭脳開発シリーズ]、東京高判平成16.3.31平成16(ネ)39号[同二審]、東京地判平成16.3.24判時1857号108頁[ライントピックス]、東京地判平成16.3.30平成15(ワ)285号[ケイコとマナブ]、東京高判平成17.3.29平成16(ネ)2327号[同二審]、大阪地判平成17.7.12平成16(ワ)5130号[初動負荷トレーニング]、東京地判平成22.6.17平成21(ワ)27691号[月刊ネット販売]、東京地判平成21.12.24平成20(ワ)5534号[弁護士のかず]等がある。

<sup>110</sup> 前掲大阪地判[写植機用文字書体]の裁判所は、写真植字機用文字書体の機械的複製行為につき、書体の創作のためには多くの労力と時間、費用を要すること、書体を使用する際には書体の製作者に代価を支払う慣行が存在することを指摘した上で、傍論ながら、「著作物性の認められない書体であっても、真に創作性のある書体が、他人によって、そっくりそのまま無断で使用されているような場合には、

ナU]<sup>111</sup>、前掲大阪高判[同二審]など)。

たとえば、他人が開発に5億円以上、維持管理に年間4,000万円の費用を投入して製造した自動車整備業者向けの車両データ・ベースのデータを大量に複製し、競合地域で販売した行為に対して、不法行為の成立を認めた前掲東京地判[スーパーフロントマン中間判決]<sup>112</sup>をみてみよう。東京地裁は、自動車整備業者向けの車両データ・ベースについて、対象となる自動車の選択やデータ項目の選択、ベータ・ベースの体系的な構成に創作性を欠くことを理由に著作物性を否定しつつ、「人が費用や労力をかけて情報を収集、整理することで、データベースを作成し、そのデータベースを製造販売することで営業活動を行っている場合において、そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、その者の販売地域と競合する地域において販売する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する場合がある」と判示し、民法709条に基づく不法行為の成立を肯定した。

そもそも、データ・ベースが著作権法の保護を受けるためには、素材の選択や配列に創作性がなければならず、誰がなしても同じ表現になるものは著作権法の保護を受けないのが原則である(著作権法2条1項10号の3、12条の2第1項)。しかし、現実におけるデータ・ベースの価値は膨大な情報を蓄積している点にあり、作成者の立場からしても情報の収集にこそ多大な投資を要するのであるから、データ・ベースに対する実質的な保

---

これについて不法行為の法理を適用して保護する余地はあると解するのが相当である」と判示した。

<sup>111</sup> 前掲大阪地判[ゴナU]の裁判所も、同じく傍論ながら、「真に創作的な書体であって、過去の書体と比べて特有の特徴を備えたものである場合に、他人が、不正な競争をする意図をもって、その特徴ある部分を一組の書体のほぼ全体にわたってそっくり模倣して書体を作成、販売したときは、書体の市場における公正な競争秩序を破壊することは明らかであり、民法709条の不法行為に基づき、これによって被った損害の賠償を請求することができる余地がある」と判示した。

<sup>112</sup> この判決の評釈として、蘆立順美「創作性のないデータベースからのデータの流用に対する不法行為の成立」コピライト486号(2001年)25頁、平嶋竜太『「車両データベース事件」について』AIPPI47巻9号(2002年)598頁などがある。

護の要請と著作権法の保護との間には齟齬があるといえる<sup>113</sup>。また、相当の投下資本をかけて開発されるデータ・ベースについて、他の競合者がこれにフリー・ライドすることを無制限に許容する場合には、データ・ベースの創作投資へのインセンティブが失われることは明らかである。それゆえ、データ・ベースの開発が促進されることが社会的に望ましいのだとすると、他者の無断利用により、そうした開発が不可能となるか、あるいは、著しく困難となる場合には、一定の法的保護を及ぼすべきであるという点については見解が一致しているところである<sup>114</sup>。

したがって、データ・ベースの開発にかかる創作投資のインセンティブを確保するために、競争行為に限定して、一般に投下資本を回収し得ると目される期間、一般不法行為法の保護を与えたとしても、こうした創作投資の保護は著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益を守るものであるから、著作権法の趣旨が潜脱されることにはならないだろう。

## ii) 取材体制の構築に配慮した裁判例

従来の裁判例の中には、もう一つ、取材体制の構築に必要な投資を法的に保護するために、著作物性が否定された新聞記事見出しの利用行為に対して不法行為の成立を認めた裁判例もある(前掲知財高判[ライントピックス二審])。

たとえば、日刊新聞の発行等を業とする原告が運営するウェブサイトを「YOMIURI ONLINE」に掲載された25字以内のニュース記事見出し(以下、「YOL見出し」という。)を使用し、インターネット上で「ライントピックス」(以下、「LT」という。)と称するサービスを提供した行為に対して、不法行為の成立を認めた前掲知財高判[ライントピックス二審]<sup>115</sup>をみて

---

<sup>113</sup> 田村・前掲注7)『著作権法概説』27頁、山根・前掲注96)255頁を参照。

<sup>114</sup> 蘆立順美「データベースの保護」著作権研究36号(2010年)79頁。

<sup>115</sup> 一審判決(前掲東京地判[ライントピックス])は、原告がYOL見出しをインターネット上で無償提供していた点を重視し、被告が図利加害目的を有するなど特段の事情のない限り、著作権法の保護を受けないYOL見出しを利用することは自由であるとして、不法行為に基づく請求を棄却した。

みよう。知財高裁は、原告のニュース記事見出しについて、ありふれた表現であって創作性がないとして著作物性を否定しつつ、「価値のある情報は、何らの労力を要することなく当然のようにインターネット上に存在するものでないことはいうまでもないところであって、情報を収集・処理し、これをインターネット上に開示する者がいるからこそ、インターネット上に大量の情報が存在し得るのである。そして、ニュース報道における情報は、原告ら報道機関による多大の労力、費用をかけた取材、原稿作成、編集、見出し作成などの一連の日々の活動があるからこそ、インターネット上の有用な情報となり得るものである」と説示した上で、「本件YOL見出しは、原告の多大の労力、費用をかけた報道機関としての一連の活動が結実したものといえること、著作権法による保護の下にあるとまでは認められないものの、相応の苦労・工夫により作成されたものであって、簡潔な表現により、それ自体から報道される事件等のニュースの概要について一応の理解ができるようになってきていること、YOL見出しのみでも有料での取引対象とされるなど独立した価値を有するものとして扱われている事情があることなどに照らせば、YOL見出しは、法的保護に値する利益となり得るものというべきである。一方、…被告は、原告に無断で、営利の目的をもって、かつ、反復継続して、しかも、YOL見出しが作成されて間もないいわば情報の鮮度が高い時期に、YOL見出し及びYOL記事に依拠して、特段の労力を要することもなくこれらをデッドコピーないし実質的にデッドコピーしてLTリンク見出しを作成し、これらを自らのホームページ上のLT表示部分のみならず、2万サイト程度にも及ぶ設置登録ユーザのホームページ上のLT表示部分に表示させるなど、実質的にLTリンク見出しを配信しているものであって、このようなライントピックスサービスが原告のYOL見出しに関する業務と競合する面があることも否定できないものである」と判示し、被告の行為は、原告の法的保護に値する利益を違法に侵害したものであるとして、不法行為の成立を認めた。

この判決に対して、文献の中には多くの批判がなされている。たとえば、茶園成樹教授は、前掲知財高判[ライントピックス二審]の評釈において、被告が無断利用したYOL見出しの個数は1日あたり7個と低い割合であったにも拘わらず、原告が掲出したYOL見出し全体に対する被告のコピーの割合を考慮することなく不法行為の成立を認めたことや、市場の競合

性が厳格に要求されておらず、単に相手方のサービスが先行者の業務と競合する面があるという認定にとどまっていることについて、疑問を呈している<sup>116</sup>。また、蘆立順美教授も、前掲東京地判[ライントピックス]の評釈において、「インターネット上の新聞記事の提供については…、Xはこれらを無償で提供していることから、Xが投資回収を予定している市場と認定できず、保護が否定されることとなろう。仮に広告料により投資回収を予定しているとしても、この場合には広告料収入獲得の市場において、直接の競業関係の有無、YのライントピックスがXのホームページと同様の機能・目的を有しているかどうかを検討される必要があり、本件の事案からはこれを肯定するのは困難である」との見解を示した<sup>117</sup>。

これらの批判は、いずれもニュース見出しの酷似的なコピーや、競争関係の有無など被告の行為に焦点を当てたものであるが、この判決ではむしろ、その配信行為の背後にある報道機関における取材体制の保護が決め手となっていると思われる。すなわち、新聞社である原告が即時にニュース見出しを作成しアップする体制を整えるまでには、取材体制の構築に莫大な投資がなされていることに鑑みると、ニュースとしての価値が失われないうちに、ニュース見出しの酷似的なコピーを配信する被告の行為を許容する場合には、取材体制の構築のインセンティブが過度に阻害されることは明らかである。しかも、報道機関における取材体制の構築にかけられた投資は、著作権法が保護しようとする著作物の創作とは別個独立に存在するものである<sup>118</sup>。

したがって、取材体制の構築に必要な投資を誘引するために、民法709条の不法行為に基づいて一定の競業行為を規律したとしても、その保護対象は著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益であるから、ニュース見出しについて著作権法の保護を否定したと平仄が合わないこ

<sup>116</sup> 茶園成樹「記事見出しの著作物性とその利用による不法行為の成否」知財管理56巻7号(2006年)1067～1068頁を参照。

<sup>117</sup> 蘆立順美「新聞記事見出しの著作物性と見出しの利用に対する不法行為の成否」コピライト521号(2004年)63頁。

<sup>118</sup> 田村・前掲注50)28～29頁、同・前掲注36)52頁、同・前掲注7)コピライト31～34・41～42頁、山根・前掲注96)257頁を参照。

とにはならないだろう。

### iii) 小括

以上の分析をまとめれば、次のようになる。著作権法等の知的財産法で規律されていない財産的利益について、不法行為法上の保護を認めることは、その反面、他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味するのだから、他者の自由を制約する原理として、社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するためには、一定のフリー・ライドを規制することも必要である、というインセンティブ論の観点を入れざるを得ない。

従来の裁判例のうち、創作投資の保護に着目した裁判例(前掲東京地判[スーパーフロントマン中間判決])と、取材体制の構築に配慮した裁判例(前掲知財高判[ライントピックス二審])は、いずれも社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するために、著作権法等の知的財産法が規律する利益と異なる趣旨の財産的利益について不法行為法上の保護を認めたものであり、まさに最高裁の示した「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」という要件論の射程内にあるものと評価することができる。

### (3) 著作権法が規律する利益と異なる趣旨の「人格的利益」

次に、著作権法等の知的財産法で規律されていない人格的利益について、不法行為法上の保護を認めることも、基本的には他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味する。しかし、著作権法で規律されていない財産的利益とは異なり、このような場合には、他者の利用の自由を制約する正当化原理として、インセンティブ論よりも基本的人権の一つである人格権<sup>119</sup>の方が強力であるために、あえてインセンティブ論を持ち出す

<sup>119</sup> 五十嵐清『人格権法概説』(2003年・有斐閣)10頁は、人格権とは「主として生命・身体・健康・自由・名誉・プライバシーなど人格的属性を対象とし、その自由な発展のために、第三者による侵害に対し保護されなければならない諸利益の総体である」と定義している。これに対し、潮見・前掲注52)194頁は、「人格権とは、

意義は乏しいと思われる。そして、著作権法で規律されていない人格的利益に対して不法行為法上の保護を認めるためには、その対抗原理である表現の自由との利益衡量が必要であるだろう<sup>120</sup>。

### i) 著作権法が規律する人格的利益

さて、本判決の示した「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」の射程を考察するためには、まず、著作権法で保護する著作者人格権とは、如何なる人格的利益であるのか、という問題を明確にしておかなければならない。以下では、著作権法が規律する人格的利益について簡単に触れることにする。

著作者人格権とは、著作者が創作した著作物に対して有する人格的利益を保護する権利であり、公表権(著作権法18条)、氏名表示権(同19条)、同一性保持権(同20条)、著作者の名誉、声望を害する方法によりその著作物を利用する行為を禁止する権利(同113条6項)が認められている。著作者人格権は、民法上の一般的人格権が具体化したものであり、「著作物に顕現された著作者の人格的利益」そのものが保護法益となっている<sup>121</sup>。

---

人間の尊厳に由来し、人格の自由な展開および個人の自律的決定の保護を目的にするとともに、個人の私的領域の平穏に対する保護を目的とする権利である」と定義している。

<sup>120</sup> 著作権法学会「討論」著作権研究36号(2010年)114~118頁における田村教授の発言部分を参照。

<sup>121</sup> 斉藤博『人格権法の研究』(1979年・一粒社)232頁を参照。従来の学説では、著作者人格権に関して、自然人が享有する一般的人格権と本質的に同質のものなのか(同質説、斉藤・前掲注29)143頁、同「著作者人格権の理論的課題」民商法雑誌116巻6号(1997年)818頁など、それとも異質の権利であって著作権法が特別に定めたものなのか(異質説、半田・前掲注29)113頁、三浦正広「著作者人格権の法的性質に関する一考察—一般的人格権と個別的人格権の二重構造論」岡山商大法学論叢7号(1999年)75頁など、ということが対立している。近時は、「著作者人格権には、一般的人格権に相当するものと、著作権法が特に認めたものが混在しており、前者については放棄できないが、他の部分は放棄できるという柔軟な解釈も可能である」という中間的な考え方もある(中山信弘『著作権法』(2007年・有斐閣)362頁、

これは、著作権人格権を著作者の一身専属権として、権利行使をなすか否かを著作者に決定させる現行法の体系に適合したものであると思われる<sup>122</sup>。

また、私的領域一般における人格的利益を保護する民法上の一般的人格権は、憲法13条にその基礎を有している。憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めており、従来の判例は、新たな人格権を承認するために、常に憲法13条を活用している<sup>123</sup>。たとえば、名誉権に関する最判昭和61.6.11民集40巻4号872頁[北方ジャーナル]は、「表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護(憲法13条)と表現の自由の保障(同21条)とが衝突し」と説示し、また、氏名権に関する最判昭和63.2.16民集42巻2号27頁[在日韓国人名前]も、氏名は、「人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成する」と述べている。

ただし、「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」という本判決の射程を考察するには、著作権人格権が民法上的人格権と同質のものであるとか、憲法13条に由来する権利である、などの大上段の議論まで行く必要はないと思われる。なぜならば、本判決の直後に下された前掲最判[ピンク・レディー上告審]が、「みだりに自己の肖像等が商品等と結びつけられることのない人格的利益」という個別の知的財産法とは異なる分野における人格的利益について、その法的権利性を認めたことに照らせば、本判決のいう「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」とは、著作権法の規律対象とする利益ではない利益のことを指し、ただ著作権人格権が規律の対象とする「著作物に顕現された著作者の人格的利益」と異なる趣旨の法的な利益であれば足りる、と解することができるからである。

---

知的財産研究所「Exposure'94—マルチメディアを巡る新たな知的財産ルールの提唱」NBL 541号(1994年)52頁など。

<sup>122</sup> 田村・前掲注7)『著作権法概説』404頁。

<sup>123</sup> 五十嵐・前掲注119)14～18頁を参照。

## ii) 著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益

ところで、従来の判例の中には、「著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」という著作権人格権ではない著作者の人格的利益に対して、その法的保護を認めた最高裁判決がある(最判平成17.7.14民集59巻6号159頁[船橋市公立図書館上告審])。

たとえば、公立図書館の職員が閲覧図書廃棄について不公正な取扱いをすることが、当該図書の著作者の人格的利益を侵害し、国家賠償法<sup>124</sup>上違法となるか否かが争われた前掲最判[船橋市公立図書館上告審]<sup>125</sup>をみてみよう。最高裁は、「公立図書館は、住民に対して思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場とすることができる」とし、「公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的

---

<sup>124</sup> 国家賠償法1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定している。

<sup>125</sup> この判決の評釈として、竹田稔『公立図書館職員による蔵書除籍・廃棄事件』最高裁判決「コピライト536号(2005年)32～35頁、松田浩「公立図書館の不公正な蔵書廃棄と著作者の表現の自由」法セ612号(2005年)124頁、山崎友也「公立図書館職員による蔵書廃棄と表現の自由」法学教室306号別冊付録判例セレクト2005(2006年)9頁、中川律「公立図書館での司書による蔵書廃棄と著者の表現の自由—船橋市西図書館蔵書廃棄事件最高裁判決」季刊教育法149号(2006年)77頁、中林暁生「公立図書館による図書廃棄と著作者の表現の自由」ジュリスト1313号(2006年)17頁、山本順一「船橋市立図書館蔵書廃棄事件最高裁差戻し判決の意義」早稲田法学81巻3号(2006年)55～79頁、斉藤博「公立図書館の職員が図書の廃棄について不公正な取扱いをすることと当該図書の著作者の人格的利益の侵害による国家賠償法上の違法」民商法雑誌135巻1号(2006年)169～179頁などがある。

利益であると解するのが相当であり、公立図書館の図書館職員である公務員が、図書の廃棄について、基本的な職務上の義務に反し、著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは、当該図書の著作者の上記人格的利益を侵害する」と判示し、国家賠償法に基づく損害賠償請求を認容した。

すなわち、最高裁は、公立図書館を、住民に対して思想、意見その他の種々の情報を提供してその教養を高めること等を目的とする「公的な場」と把握して、その公立図書館に著作物が閲覧に供されている著作者が有する「著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」は、法的保護に値する人格的利益であると判断し、公立図書館の職員が図書の廃棄について著作者の思想や信条を理由とするなど独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは、著作者の人格的利益を侵害すると判断した<sup>126</sup>。

この事件で最高裁が法的保護に値すると認めた「著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」という著作者の人格的利益は、公立図書館で閲覧に供された著作物によって著作者が受ける利益であり、閲覧に供されることにより著作者が取得するものであって、著作者の著作物に対する名誉、声望等の人格的利益ではなく、創作と同時に発生するものでもない。換言すれば、著作権法で著作者人格権として認めている著作物に対する名誉等の利益ではなく、公立図書館において著作物が閲覧に供されることにより取得する、思想の自由、表現の自由を脅かすおそれのある行為から守られる人格的利益という著作権法とは異なる分野における利益が侵害されたと判断したのである<sup>127</sup>。

<sup>126</sup> ここでは、著作者の「思想、意見等を公衆に伝達する利益」が無制約に保護されるものではなく、同じ図書の廃棄であっても、除籍基準の定める範囲内での廃棄など、正当化事由があるときは、「利益」の侵害とはならず、本件のように、閲覧図書が、本件除籍基準の範囲を超え、「不公正な取扱い」によって廃棄されたとき、著作者の利益の侵害、国家賠償法1条の違法が導き出されることになる。斉藤・前掲注125)175頁を参照。

<sup>127</sup> この判決の調査官である松並重雄の解説によれば、「本判決は、公立図書館において閲覧に供された図書の著作者の思想、意見等伝達の利益を法的な利益として肯

この最高裁判決は、厳密に言えば、個別の知的財産法により規律されていない利用行為に対して、民法709条に基づく不法行為の成立を認めたものではないが、著作権法が規律する利益と異なる趣旨の人格的利益が侵害された場合には、他の法律構成による補完的な保護が認められることを示唆したと評価することができるだろう。

### iii) 民法上の名誉及び名誉感情

また、本判決の調査官である山田真紀の解説によれば、著作権法が規律する利益と異なる趣旨の人格的利益として、前掲裁判[船橋市公立図書館上告審]の最高裁が示した「著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」以外にも、「名誉」がそれに該当するとされる<sup>128</sup>。ここでいう「名誉」を、一体どのように理解すべきであるのか。

実際、著作権法113条6項には、著作物の利用行為による著作者の名誉毀損として、「著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用する行為は、その著作者人格権を侵害する行為とみなす」と規定されている<sup>129</sup>。ここでいう名誉又は声望の侵害とは、著作者の社会的な名誉の毀損、すなわち著作物の著作者が公衆から受ける評価を低落せしめる行為を

---

定したが、図書館職員がその基本的義務に違反して、独断的な評価や個人的好みに基づく不公正な取扱いによって蔵書を廃棄したという場合について、閲覧に供されていた図書の著作者の上記利益の侵害の救済を認めたものであって、著作者が、上記利益の侵害を理由として、一般的に、公立図書館における図書の選択、排列、除籍・廃棄等に介入することを認めるものではなく、その射程を広くとらえるべきではない」とし、「また、私立図書館等については、本判決の射程外というべきである」とされる。松並重雄「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(下)』(2008年・法曹会)415～416頁。

<sup>128</sup> 山田・前掲注1)86頁。上野・前掲注1)AIPPI578頁も参照。

<sup>129</sup> この規定は、著作物をそのまま利用しているために同一性保持権侵害に該当しない行為であっても、その利用態様如何では、表現が著作者の真の意図とは全く異なる意味合いを持つものとして受け取られることがあるから、著作者の名誉、声望を害する方法によりその著作物を利用する行為を著作者人格権の侵害行為とみなしたものである。田村・前掲注7)『著作権法概説』452頁を参照。

指すものである<sup>130</sup>。また、著作物の同一性を害さない行為であるにも拘わらず、著作物人格権侵害行為とみなすからには、それ相応の行動の基準というものが明確にならないことは著作物の利用者に不測の不利益を与えることになりかねないから、単なる名誉感情の毀損は、著作権法113条6項の枠の外にあると解される<sup>131</sup>。この条項は、著作物の民法上の名誉権の保護とは別に、その著作物の利用行為という側面から、著作物の名誉又は声望を保つ権利を実質的に保護する趣旨に出たものであることに照らせば、同項所定の著作物人格権侵害の成否は、他人の著作物の利用形態に着目して、当該著作物利用行為が、社会的にみて、著作物の名誉又は声望を害するおそれがあると認められるような行為であるか否かによって決せられるべきである<sup>132</sup>。

そうすると、山田調査官が本判決の解説において、著作権法が規律する利益と異なる趣旨の人格的利益として示唆した「名誉」とは、著作権法113条6項が保護する「著作物の利用に係わる著作物の社会的な名誉」以外のもの、すなわち民法上の名誉及び名誉感情などを指すものではないだろうか。

民法710条及び723条は、「名誉」が不法行為法上の保護を受けることを明記しており、従来の判例は、この規定を根拠にして、名誉の保護に努めてきた。たとえば、市長選挙の選挙運動の一環として、対立候補を推薦していた対立政党の党員に対し、自党が推薦する候補の選挙対策委員に委嘱する旨の文書を送付したことが、その送付を受けた者の名誉を毀損する不

法行為になるか否かが争われた最判昭和45.12.18民集24巻13号2151頁[選挙対策委員委嘱状]では、「名誉とは、人がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的名誉を指すものであって、人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価、すなわち名誉感情は含まない」と定義している。ここで名誉を名誉感情と区別する意味は、名誉毀損については、金銭賠償の原則(民法722条1項)の例外として、謝罪広告などの名誉回復処分(同723条)による救済が規定されている点にある。名誉回復処分は、被害者に主観的な満足を与えるためではなく、金銭による損害賠償のみでは填補されない社会的・客観的評価自体を回復することを可能ならしめるために規定されたものであり、社会的評価の低下を要件とする名誉毀損であるがゆえにこのような救済が与えられるのである<sup>133</sup>。

また、知事選立候補予定者を「天性の嘘つき」「詐欺師」などと誹謗する記事を掲載する予定であった地方雑誌に対する出版の事前差止めの仮処分が違法であるか否かが争われた前掲最判[北方ジャーナル]<sup>134</sup>では、「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償(民法710条)又は名誉回復のための処分(同723条)を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる」と述べて、初めて人格権としての名誉権の概念を名実ともに認めたのである<sup>135</sup>。

<sup>130</sup> 田村・前掲注7)『著作権法概説』452頁、中山・前掲注121)407頁、加戸守行『著作権法逐条講義』(5訂新版・2000年・著作権情報センター)664頁、上野達弘「著作物の論評における名誉毀損と著作物人格権—『運鈍根の男』事件」知財管理54巻1号(2004年)85頁、小泉直樹「著作物人格権」民商法雑誌116巻4=5号(1997年)602頁、村越啓悦「著作物人格権等の侵害に対する救済」牧野=飯村編・前掲注71)602頁などを参照。

<sup>131</sup> 田村・前掲注7)『著作権法概説』452頁を参照。

<sup>132</sup> 東京高判平成14.11.27判時1814号140頁[古河市兵衛の生涯]を参照。この判決の評釈として、上野・前掲注130)79頁、松川実「著作物人格権侵害と名誉毀損」齊藤博先生御退職記念『現代社会と著作権法』(2008年・弘文堂)144頁、同「名誉声望を害する利用」中山ほか編・前掲注1)176頁などがある。

<sup>133</sup> 前掲最判[選挙対策委員委嘱状]の判旨を参照。能見善久=加藤新太郎『論点体系判例民法7不法行為I』(2009年・第一法規)297頁[前田陽一執筆部分]も参照。

<sup>134</sup> 最高裁は、(a)「人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきである」、(b)「公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等」は、「公共の利害に関する事項」であって、かかる表現行為に対する事前差止めは原則として許されないが、(c)①公共性がある場合でも、②「その表現内容が真実ではなく、②'又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって」、③「かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」には、例外的に事前差止めが許される、として請求を否定した。

<sup>135</sup> 詳しくは、五十嵐清『人格権論』(1989年・一粒社)177頁以下を参照。

すなわち、民法上の名誉毀損が規律する利益は、「人に対する社会的評価に関係する人格的利益」である。この利益は、著作権法113条6項の「著作物の利用に係る著作者の社会的な名誉」とは規律の対象が異なるために、本判決の射程に鑑みるならば、著作権法が規律する名誉声望を害する行為ではない著作物の利用行為が<sup>136</sup>、その態様如何によっては、別途、民法上の名誉毀損に該当することはあり得ると思われる。

それでは、著作権法が規律する名誉声望を害する行為ではなく、他人の社会的評価を低下させるものでもない行為、すなわち単なる名誉感情を毀損する行為に対して不法行為が成立することがあるのか。

前掲最判[選挙対策委員委嘱状]が定義したように、名誉感情の毀損が規律する利益は、「自己自身に対する主観的評価に関係する人格的利益」であって、著作権法が規律する利益とは異なる趣旨の人格的利益であるから、社会的評価を低下させる行為ではないとしても、一定の限度を超えて他人の名誉感情を毀損した場合には、別途、不法行為として慰謝料の請求が認められる<sup>137</sup>。たとえば、タクシーの乗客の漫才師が車内で運転手を誹謗侮辱した行為が、不法行為になるか否かが争われた大阪高判昭和54.11.27判タ406号129頁[漫才師暴言]では<sup>138</sup>、「Yの右発言は、Yのために高速料金を立替支弁したXをいわれなく誹謗侮辱したもので、通常の醜行の指摘と

<sup>136</sup> 著作権法119条2項1号は、著作者人格権を侵害した者は、5年以下の懲役若しくは1,000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科すると規定しており、民法の人格権侵害よりは強く保護されている。それゆえ、著作物の創作的表現を利用しているにも拘わらず、著作者の名誉、声望を害する行為であって初めて、重い罰金額を科す119条2項1号の刑事罰の規律を正当化できると解される。田村・前掲注7)『著作権法概説』453頁を参照。

<sup>137</sup> 五十嵐・前掲注119)26頁を参照。

<sup>138</sup> この事件で確認された事実によれば、高速道路通行の際、タクシーの運転手が乗客の負担である高速料金を一時立替えたところ、それまで酔って妻の方へもたれかかるようにしていた漫才師が、「今は運転手と呼ばれているが昔は駕籠かきやないか」「客の立替などできる身分でない」「人間面をしているが、人間並みには扱わない」「我々の利用によって生活をしているのやないか」などと言出し、その後妻の制止にも拘らず目的地に着くまで20分余りの間同趣旨の言辞を繰返したとされる。

異なりタクシー運転手としてのXの社会的評価信用を害うものでないとしても、その内容が極めて不当でしかも相当時間繰返され、公然非公然を問わずXの名誉心を著しく傷つけこれに精神的苦痛を与えるものといわねばならず、単なる酔客の道義的マナーの問題あるいは社会生活上の受忍限度を超えた違法なもので、法律上損害賠償の対象となるものと解すべきである」と述べて、漫才師は運転手の被った精神的苦痛に対し慰謝料を支払う義務があると判断した<sup>139</sup>。

しかし、多くの場合は、名誉感情の侵害は、名誉毀損やプライバシーの侵害に吸収されるために、名誉感情の侵害は補充的に主張されることが多いだろう<sup>140</sup>。

#### iv) 小括

以上の分析をまとめれば、次のようになる。著作権法等の知的財産法で規律されていない人格的利益について、不法行為法上の保護を認めることも、基本的には他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することになるが、この場合には、著作権法で規律されていない財産的利益とは異なり、他者の利用の自由を制約する正当化原理として、インセンティブ論よりも基本的人権の一つである人格権の方が強力である。

前掲最判[船橋市公立図書館上告審]の最高裁が示した「著作者が著作物

<sup>139</sup> ほかに、名誉感情の侵害を理由に慰謝料を認めた下級審裁判例として、東京地判昭和46.8.7判時640号5頁[女性弁護士]、大阪地判昭和60.2.13判タ554号266頁[無実犯人]、名古屋地判平成6.9.26判時1525号99頁[容貌の揶揄的表現]、東京高判平成7.10.30判時1557号79頁[幸福の科学]、大阪地判平成11.3.11判タ1055号213頁[駅員侮辱言動]、名古屋高判平成12.10.25判時1735号70頁[女高生・OL連続誘拐殺人]、東京地判平成13.12.25判時1792号79頁[SF評論家]などがある。

<sup>140</sup> たとえば、Aが執筆してYが発行する雑誌で公表された小説の登場人物B(Xと同定可能)について、顔面に完治の見込みのない腫瘍があること、父が韓国でスパイ容疑により逮捕された経験があること、高額寄付を募ることに問題があるかのような団体として記載されている新興宗教に入信したという虚偽の事実などが述べられた事案において、名誉毀損やプライバシーの侵害とともに名誉感情の侵害も認めた最高裁判決として、最判平成14.9.24判時1802号60頁[石に泳ぐ魚]がある。

によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」と、山田調査官が本判決の解説で示唆した「民法上の名誉及び名誉感情」は、いずれも著作権法が規律する利益と異なる趣旨の人格的利益であるために、最高裁の示した「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」という要件論の射程内にあるものと評価することができる。

#### 四 おわりに

本判決は、日本が国家として承認していない北朝鮮の国民の著作物につき、日本がベルヌ条約上の保護義務を負わないことを初めて明示した最高裁判決である。また、そのような未承認国の著作物の利用行為が不法行為に該当するとして損害賠償請求を認容した原判決を取り消し、不法行為の成立を否定した点でも注目される。

本判決は、日本が未承認国である北朝鮮に対してベルヌ条約上の保護義務を負うのかという争点につき、従来の裁判例の一元的な解釈にこだわることなく、「ベルヌ条約の解釈+ $\alpha$ （政府の立場）」という二元的な要件論を掲げており、また、未承認国の著作物の利用行為と一般不法行為との関係については、著作権法が権利の及ぶ範囲と限界を明らかにしていることを理由に、著作権法6条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用行為による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為該当性を否定するという限定的な解釈を採用している。

このような要件論は、いずれも最高裁として初めて判断を示したものであり、今後の実務上重要な意義を有すると思われる。

#### 【付記】

本稿は、2012年11月29日北海道大学にて開催された知的財産法研究会における報告原稿を加筆修正したものである。本稿の作成に当たり、執筆から脱稿まで田村善之先生に懇切丁寧なご指導を賜った。また、同研究会のメンバーからも多くの貴重なご教示を頂いた。この場をお借りして皆様に感謝を申し上げる。