

## 著作物の創作性と無体物性

### Originality and Immateriality of a Copyrightable Work

近藤 紀男

Michio KONDOH

#### Abstract

A work must be original, if it is intended to be copyrighted. There has long been a general understanding that even a modicum of individuality or personal traits will be enough to render a work copyrightable, but recent courts decisions require originality for copyright protection.

Human creation is by nature immaterial. We can only realize it through such tangible media of expression as books, canvases, disks, etc. in which original works are embodied.

Copyright in traditional sense is no more than the property right that protects ownership of the said material existence and other economic interests. It does hardly prevent author's intangible creation from unfair modification and other derogatory action when it is published and fallen into the public domain. It is moral rights that guarantee the integrity of creative expression per se.

Copyright in this genuine sense is correlative to freedom of thought and conscience and freedom of expression.

#### はじめに

著作権法の保護する対象を著作物という。ある作品が著作物と認められるのでなければ、著作権法による保護は受けられない。その作品には著作権は与えられないのである。

このような著作権法の要となる著作物については、その冒頭に定義が置かれている。著作物とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、

文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」(第2条1項1号)。

著作物は創作的な表現でなければならない。そして、この創作性という要件について従来の学説は、「著作者の個性が著作物の中になんらかの形で現れていればそれで十分」<sup>(1)</sup>とか、「極めて単純に著作者の個性、独自性と解してよい」<sup>(2)</sup>というように、比較的輕易なものと考えてきた。しかるに平成12年9月7日の最高裁判所判決は、印刷用書体の著作物性について、「従来の印刷用書体に比して顕著な特徴を有するといった独創性を備えることが必要であり、かつ、それ自体が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていなければならない」という判断を示したのである<sup>(3)</sup>。

応用美術に関するそれまでの下級審判決は、創作性について、おおよそ「純粋美術に該当すると認めうる高度の美的表現を具有しているとき」<sup>(4)</sup>、あるいは、「高度の芸術性(すなわち、思想又は感情の高度に創作的な表現)を有し、純粋美術としての性質をも肯認するのが社会通念に沿うものであるとき」<sup>(5)</sup>は、これを美術の著作物として著作権法による保護を認めることができるとしていた。最高裁判決は、これらを総括して、創作性に関し裁判所としての最終的な見解を示したものと位置づけられる。

創作性をめぐる学説と判例のこのような相違は、単なることばの綾にすぎないと見るのか<sup>(6)</sup>、それとも根本的な見解の違いであるのか、本稿はこの創作性の要件について吟味するとともに、創作の成果である著作物は無体物であって、それを体现するにすぎない複製物は有体物であるから、複製物は財産権の対象ではあっても著作権の対象とはなり得ない、従ってまた、著作財産権は、人格権ないしは表現の自由に関わるどころの著作権法には属さない、ということ論じようとするものである。

## 1. 著作物の創作性

### (1) 創作的な表現——その内容と形式

日本国語大辞典によれば、創作とは「新しいものを最初につくりだすこと、ものを生みだすこと。また、そのもの、創造」であり、独創とは「模倣によらないで、自分の考えや着想でこれまでにないものをつくり出すこと。また、そのもの」である。他方、個性とは「個々人または個々の事物に備わっていて他から区別させている固有の性質」であり、独自性とは「他と違いその人またはその物だけに備わっている固有の性質。独自の個性」であるとされる。これによって見ると、個性と独自性は共に存在の性質についての言辞であるが、創作や独創は行為又はその成果に関することばである。そうだとすると、

著作物の定義にいう「創作的に表現したもの」とは、新しいものをつくり出すような仕方ではなされる表現行為ないしはその成果という意味に解することができる。

そのような成果は、通常、従来のものとは異なった固有の性質、従って個性又は独自性を備えているであろう。しかし、常にそうであるとは限らない。他のものに依拠しないで全く独自に創作を進めた結果が、それと同一又は類似になることがあり得る。そういう場合は、その各々に独自の著作権が認められる<sup>(7)</sup>。著作権は相対的な独占権であるとされるのである。そこでは成果の独自性ではなく、創作行為の独自性が問題なのである。著作権法の目的は、創作自体の保護にあると考えられる。

この創作の根源には人の思想又は感情という精神内容がある。それは心中に納められている限り外部からは窺い識ることができない。しかし、表情や身振り、ことば、図形等の外的徴表によってそれが具体化されたとき、その無形、無定の内容が本人にとっても客観的に明確な存在となり、他人もこれを識ることができるようになる。ここで識るとは、単に媒介となる外的存在を認識することではなく、そういう媒介物（メディア）を通してその源にある思想感情を理解することをいう。一冊の本は文字の印刷された紙の束であるが、これを読むことによって人はその背後にある著者の思想感情を自らの胸中脳裡に再生してこれを識る。読むこと、理解することがなければ、そこには著作物も、また、その内容である他人の思想感情も存在しないのである。

人の精神内容とその外的媒介物との関係がこのようなものであるとすれば、表現とはメディアを手段、道具として思想感情を外化する行為であると捉えることができる。それは外的に無であるところから出発して、外的な有をつくり出すのであるから、文字どおり創造である。人の精神内容という無体のものに形を与えてこれを作品に形成することは、創作であると同時に表現でもある。しかし、著作物がとくに「創作的に表現したもの」とであるとされるのは、それが表現の成果だけでなく、表現ないし創作の行為そのものに関係することを意味するであろう。内容に形を与える行為自体の創作性が問題なのである。

もっとも、著作権法の目的は、内容である思想、感情やアイデアではなく、その表現の保護にあると一般に説かれている。しかし、表現における内容と形式が上記のような関係のものである以上、単なる表現だけの保護を論ずるのは、文字どおり無内容、無意味であるといわねばなるまい<sup>(8)</sup>。内容に形を与えること、メディアを道具とする形成が表現なのであるから、内容すな

わち思想感情の独自性、新規性がその表現を個性的ならしめるだけでなく、道具、技術の使用における個性も表現の独創性に寄与するのである<sup>(9)</sup>。

## (2) 創作の法的保護

しかし、このような独自の表現は、そのすべてが著作権法によって保護されるのではない。法的な保護の必要性も内容も、その対象の重要性や法秩序全体における位置づけによって定まる。「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のもの」である「発明」には、特許権という強力な独占権が与えられるのに対し、軽易な「考案」には、審査なしに短期の実用新案権が認められるに止まる（特許法第2条1項、実用新案法第2条1項）。

著作権は、特許権に匹敵する程の手厚い保護を享受するからには、その対象である「創作的な表現」もそれに相応する程度のもでなければなるまい。しかも著作権は、特許権のような審査・登録という手続を要しないから、そのような独占権の安易な行使を認める場合には、公正な競争を阻害し、社会的な混乱を招くおそれがある。現に英国では、もともと創作性の要件が軽易なものとしていた上<sup>(10)</sup>、1968年の改正著作権法が登録意匠権と著作権の重畳を認めたことから、登録意匠の実施である工業品の製造を著作権によって差し止める類の妨害的な訴訟が頻発することになった。そして、これを是正する法改正が実現する迄の実に20年間は、かかる弊害の阻止を専ら裁判所に頼らねばならなかったのである<sup>(11)</sup>。

わが国の意匠法第3条2項は、意匠登録の要件を次のように定めている。登録しようとする意匠の属する分野における通常の知識を有する者が、公然知られた意匠に基づいて容易に創作できるようなものは、意匠登録を受けることができない、と。つまりプロのデザイナーが公知のデザインを基に容易に創作できるようなものは、意匠権を認めてまで保護する必要はないとするのである<sup>(12)</sup>。

応用美術、とりわけ意匠をめぐる著作権法事件の裁判例は、表現の違いはあれ、いずれもこの意匠法の適用を前提としている。すなわち、意匠の保護は原則として意匠法によるべきであるとしながら、高度の芸術性、従って思想感情の高度に創作的な表現を備えるものは著作権法の保護する対象となり得るというのである<sup>(13)</sup>。これを上述の意匠法第3条2項との関連で見ると、当業者が容易に創作できる程度の作品は、著作物の要件とされる高度の創作性を備えるものではないから、著作権法による保護は認められないということになる。

特許権や意匠権とは異なり、著作権は無方式主義によっている。そういう「著作権の成立に審査及び登録を要せず、著作権の対外的な表示をも要求しない我が国の著作権制度の下においては、わずかな差異を有する無数の…著作権が成立することとなり、権利関係が複雑となり、混乱を招く…」おそれがあることを、前述の最高裁判決は指摘するのである<sup>(14)</sup>。しかし、それは当該事件の対象であった印刷用書体だけに限られないことである。そうだとすれば、同判決が「従来の…に比して顕著な特徴を有するといった独創性を備えることが必要」とあるというのは、著作物一般に妥当する要件であるとしなければならない。著作物の創作性は、当該分野の専門家が容易に創作できる程度のものであってはならないのである。

### (3) 創作性の程度

著作物の要件として、このように高度な創作性を必要とすることは、著作権法が定める著作物の定義（第2条1項1号）の中にすでに示されているのである。その後段の解釈については、従来とりたてて重要性は与えられておらず<sup>(15)</sup>、「文芸・学術・美術・音楽をそれぞれ区分けして、どの分野に属するかという考え方ではなくて…文芸学術美術音楽という知的・文化的な包括概念の範囲に属する」かどうか<sup>(16)</sup>という、むしろジャンル相互の関係が問題とされる程度にすぎなかった。しかし、著作権法第10条は、単なる「事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道」は、言語による表現であるにもかかわらず言語の「著作物には該当しない」(第2項)とする一方で、第1項6号は、「図面、図表、模型その他の図形の著作物」については「学術的な性質を有する」ものであることをとくに明示し、また、建築の著作物についても、学説判例はこれを「歴史的建築物に代表されるような知的活動によって創作された建築芸術と評価できるようなもの…建築家の文化的精神性が見る人に感得されるようなものでなくてはならない」<sup>(17)</sup>とするのである<sup>(18)</sup>。

一般の用語法としても、「学術的」、「芸術的」という形容は、ありふれたレベルの論述や作品ではないことを意味し、同様に「文学的」あるいは「音楽的」という言辭は、専門の作家や作曲家の作品ではなくても、それに準ずる程の内容と形式を備えたものを指しているのである。このように、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」という文言は、単に産業の範囲ではないとか上述のような横の関係だけでなく、創作性の程度についても含意しており、前述の最高裁判決がいう「独創性及び美的特性」も、同様の趣旨からのものであると解される。

創作性の要件をこのように高度なものとするに対しては、従来の個性ないし独自性で足りるとされてきたのに比べて、著作物の範囲、従って著作権法の保護対象を狭くする結果をもたらし、法的保護を弱めることになるとの批判があり得るであろう。しかし、それは著作権法だけで対処すべきことではなく、法体系全体としての問題である。著作物に該当しないとされ、従って著作権法による保護が与えられない場合であっても、一般法（民法）や競争法、事業法等により保護することは可能である。現に木目化粧紙事件の高裁判決では、著作物性が否定されたため著作権法による保護は与えられなかったけれども、民法の不法行為による損害賠償の請求は認められている<sup>(19)</sup>。もちろん、一般法による法的救済では不十分であるという指摘はあり得るが、特別法がとくに定める要件に該当しなければ、その特別の法的効果も認められないのは当然である。このようにして、著作物に対する保護は、特許法、意匠法、不正競争防止法その他諸法律との関連において、適正な位置づけを与えられねばならないと思うのである。

2002年11月に制定された知的財産基本法は、わが国の知的財産立国の実現に向けての基本的な理念と施策を定めたものであるが、その中で著作権は、特許権等の産業財産権と並ぶ知的財産権の一つに挙げられている<sup>(20)</sup>。しかし、それはいわゆる著作財産権という創作の成果の専ら財産法的側面に関するものである。

## 2. 著作物の無体物性

### (1) 労働の成果と創作性

著作物の要件として、創作性を要しないとする立場がある。いわゆる「額に汗」(sweat of the brow)の理論である。それによれば、表現行為も労働であって、その成果は創作性の有無に拘わらず保護されねばならない。著作者は額に汗して労働を投入したのであるから、それに報いるのは当然であり、そこに著作権を認める根拠があるとするのである。こういう素朴な考え方は、心情的に受け入れ易いものがある。現に少し前の米国における下級裁判所では、このような見解が採用されていたが、連邦最高裁判所は1991年の Feist 事件判決において、データの選択、配列に獨創性 (originality) があるかどうかの問題であって、氏名や電話番号を単にアルファベット順に並べただけの電話帳は著作物とはいえないとして、このような考え方を斥けたのである<sup>(21)</sup>。

著作権を専ら財産権として捉える英米法系の国においてすらそうであった。著作物を人格の表出として、その人格的な創作を著作物の本質と見る獨

仏等の大陸法系諸国では、当然に、創作性のない作品は著作物とはされ得ず、著作権法による保護は認められない。それ故にであろう。1996年の欧州連合閣僚理事会指令は、創作性のないデータベースを著作権とは別の「独自の権利」(sui generis right) によって保護することとした<sup>(22)</sup>。欧州連合加盟国は、閣僚理事会の指令をそれぞれの国内法でもって実施する義務を負うが、例えばその一つである英国では、翌年の法改正を経て1998年1月からデータベース権が創設されたのである。それによれば、データベースのうち創作性のあるものは、従来のように著作権法による保護を受けることができるが、創作性のないデータベースも「その内容の収集、整理、提供について相当の投資がなされた場合は」データベース権によって保護されることになった<sup>(23)</sup>。データベース権の保護期間は15年で、権利者は製作者(maker)とされる。当然のことながら著作者(author)ではない。データベース権は創作ではなく、投資を保護するものだからである。

このように、創作性のない、従って著作物性が認められない場合であっても、労働の成果は所有権その他の財産権によって保護することができる。そして、その保護内容を独占的なものとするか否かは、ひとえに経済政策の問題であって、創作とは必ずしも関係がないのである。これに対して著作権は、著作物という創作の成果であるところの無体物に関わっている。

## (2) 所有権と著作権

前述のように、創作とは無形、無体の思想又は感情を内容とし、それを何らかのメディアを媒体として五感により認識可能な外的存在にまで形成することであった。しかし、その成果である表現それ自体は、媒介物とは別のその奥にある構成物として、なお無体の世界に留まっている。媒介となる有体物はこの無体物を体現するにすぎない。それ故、小説における紙とインク、絵画におけるキャンバスと絵具は著作物ではない。すなわち、本や絵画等の原作品あるいはその複製物は、著作権ではなく財産権の対象なのである。

このような、無体物を対象とする著作権と有体物を対象とする所有権との相違を明解に説いたのが、顔真卿真蹟複製事件における最高裁判決であった<sup>(24)</sup>。それは次のようにいう。「美術の著作物の原作品は、それ自体有体物であるが、同時に無体物である美術の著作物を体現している ... 所有権は有体物をその客体とする権利であるから、美術の著作物の原作品に対する所有権は、その有体物の面に対する排他的支配権であるにとどまり、無体物である美術の著作物を直接排他的に支配する権能ではない ...。」すなわち、所有権

と著作権とはそれぞれ対象を異にし、従ってまた、その権利内容も相違する。所有権は保護期間の定めがないのに対して、著作権にはそれがある。この保護期間が満了すれば著作権は消滅するから、「著作物は公有（パブリック・ドメイン）に帰し、何人も、著作者の人格的利益を害しない限り、自由にこれを利用しうることになる」というのであった。

無体物である著作物とそれを体现するところの有体物とは区別されねばならないのである<sup>(25)</sup>。現行著作権法においても、譲渡権に関する第26条の2は、この区別を前提に、「著作者は、その著作物...をその原作品又は複製物...の譲渡により公衆に提供する権利を専有する」と定めている。頒布権(第26条)、貸与権(第26条の3)についても同様に「複製物により」と明記する。無体物である著作物そのものを譲渡又は貸与することはできないから、それを体现する本やテープのような有体物によってこれを行うものとして、その有体物の譲渡、貸与についての排他的な支配権を認めたわけである。

同様の区別は、展示権を定めた第25条にも示されている。すなわち、著作者は、美術の著作物をその原作品により公衆に展示する権利を専有する。美術の著作物そのものの展示はできないから、それを原作品や複製物によって行うものとして、原作品による場合についてのみ、著作者の排他的支配権を認めたのである。従って、複製物による展示については、そのような権利は認められていないから、それは一般商品の展示と異なるものではないのである。

この区別は、第21条の複製権の規定についても同様に適用されるはずである。「著作者は、その著作物を複製する権利を専有する」。複製とは、無体の著作物を「印刷...その他の方法により有形的に再製すること」(第2条1項15号)であるから、著作者がその思想又は感情を外的手段により表現するという創作行為そのものをいうのであり、21条はそれについて著作者の排他的権利を認めたものに他ならない。しかし、複製の結果生成する複製物は有体物であって、複製物を複製することは創作行為ではないから、著作者の専有するこの複製権の対象ではないのである。

### (3) 複製物と著作物

複製物は有体物であるから、所有権をはじめとする財産権の対象である。「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」(憲法第29条2項)とされる。そして、このような法令の制限内では、所有者は自らの所有する有体物を自由に使用、収益、処分することができる(民法第



206条)。この有体物が著作物を体現する場合であっても、所有者はそれを破壊し、焼却することさえ可能である。しかし、著作者は、これを阻止することはできない。「有体物の面に対する排他的支配権」は所有権であり、著作権は無体物に関する権能にすぎないからである。

複製物の複製、送信、譲渡、貸与等についても、同様に、著作権の力は及び得ない。それらの規律は、一般商品の製造、販売、使用に関するのと同じく財産法によるべく、事業法や経済法の所管するところである。上述の譲渡権、貸与権等は、その種の権利であって、著作権法には属さないのである<sup>(26)</sup>。

著作物は複製物の上に有形的に固定されるのであるが、それによって無体の著作物が管理の可能性を取得するわけではない。財産的な管理の対象は、無体の著作物を体現するところの有体物である。この有体物は、市場において商品として取引されるが、それを規律する財産法は、所有権を基礎とするものであるから、無体の著作物にまでその支配が及ぶものでないことは明らかである。およそ著作物は、財産的管理の対象ではなく、商品とはなり得ないのである。従って、商品につけられる価格は、著作物に対するものではない<sup>(27)</sup>。

他方において、出版物がそうであるように、複製物は著作物を公表する手段でもある。公表によって著作物は、公衆に対して提供し提示されるから、その時点で著作物は公衆に周知され、公知となり、公有（パブリック・ドメイン）に帰するのである<sup>(28)</sup>。それはもはや著作者の専有するところではなく、公衆の自由な利用に委ねられたものとなる。もちろん、公有となった著作物は、公衆もそれを私物化することは許されず、その利用は「著作者の人格的利益を害しない」限度で、公正になされねばならない。フェアユースの法理は、ここにその根拠を有するのである。著作権は、公有物の自由な利用、従ってそれによる公衆の表現の自由に関わっている<sup>(29)</sup>。

このように、著作物は、個人的な専有の対象となる複製物とは別のものである。それは、著作者の思想又は感情を内容とする表現であるから、著作者は、その侵害に対して、自らの人格的利益を主張しうる。複製権、公表権、同一性保持権、氏名表示権、名誉声望保持権等はそれを保護するのである。著作者は、これによって自己の創作を冒用、改変から防ぐことができる。しかし、それは人格権ないしは表現の保護の領域に属しており、財物の保護に関わるものではない。

現行法は、前述のように、複製物の複製には、著作権を認めてはいない。しかるに、理論上も実務上も、これを著作物に対する独占権と同視するのが

一般的となっている。例えば、図書やビデオ等の出版物に著作権の一支分権としての複製権が及ぶとする類である。しかし、これは複製物を著作物と同一視することから来る誤りである。無体の著作物とそれを体現するにすぎない有体物である複製物とは同じではないのである。

### 3. 著作財産権と著作権

著作物は、無体物であるから、有体物を客体とする財産権の保護対象ではあり得ない。財産権の対象となる「物」とは、有体物をいう（民法第85条）。著作物が物に固定され、体現された場合には、その有体物が財産権の対象なのである。著作財産権は、このような有体物についての財産的専有を認めるものである。それは、物に固定される以前の、無体の創作的表現を保護の対象とする著作権とは区別されねばならない<sup>(30)</sup>。

そうだとすれば、著作財産権は、創作に根拠を有する著作権とは異なる独自の権利（*sui generis right*）であるということになる。例えば、貸与権は、貸レコード業の普及により、レコードの売れ行きに顕著な影響がもたらされるようになったことから、著作者や実演家、レコード製作者の財産的利益を保護するために設けられたものである。その目的は、明らかにこれら権利者の経済政策的保護にある。著作財産権は、このような意味において、産業財産権と並び知的財産権の一つに位置づけられるのである。

この著作財産権は、特許権における「特許を受ける権利」に相当している。それは、創作という管理可能性のない無体物についての、公的確認を経ていない権利として、一定の財産的保護は与えられるものの、未だ排他的な独占権ではなく、その侵害に対する差止請求権も認められてはいない。著作財産権は、これと同様の、いわば「インフォーマルな権利」であるに過ぎない<sup>(31)</sup>。そして、このような主観的な存在を客観的な権利にまで形成するのが、特許庁の審査や登録であり、著作財産権の場合は裁判所の審理、判決なのである<sup>(32)</sup><sup>(33)</sup>。

これに対して著作権は、前述のように、創作そのものの保護を目的とする。創作の成果である著作物それ自体は無体物であって、著作者の人格的利益に関わる限りにおいて、人格権の対象にはなり得ても、財産権の対象とされるものではない。英米の著作権法では、物への固定が著作物の要件とされるから、著作物は有体物であり、従って、著作権は財産権である<sup>(34)</sup>。しかし、わが国の著作権法では、物への固定は著作物の要件ではないとされるから、著作物は無体物であり、それを対象とする著作権は財産権には属さない<sup>(35)</sup>。

「思想又は感情を創作的に表現」することは、すぐれて「思想及び良心の自由」（憲法第19条）の問題であり、その成果の公表は「表現の自由」（同21条）に関係するのである。

## おわりに

わが国の著作権法は、インターネット時代を迎えて、国際化や技術的革新に対処するため、毎年のように法改正を重ねており、その全体は今や甚だわかりにくいものとなっていることが指摘されている。その単純化が求められるのはもっともであり、文化審議会著作権分科会も、従来のような権利や権利制限に関する規定を含めて、著作権法の構造の見直しを課題として掲げるに至っている<sup>(36)</sup>。しかし、そのような必要性は、著作物と複製物、従って無体物と有体物の混同という根本的な誤謬に起因すると考えられる。

本稿は、まず著作物の要件である創作性について、従来の見解とは異なる独創性の程度が要求されることを論じ、著作権法が特別法として法体系中における正しい位置づけを与えられる必要のあることを述べた。次いで、著作権の対象は無体物としての著作物であるから、複製物の複製は複製権の対象とはなり得ないこと、従って、一般的に有体物は著作権の保護する対象ではないから、現行法が複製物に対して認めている排他的諸権利は著作権とは別のものであること、そして、著作権は有体物を離れた創作的表現という人格権及び表現の自由に関わるものであることを論述した。

## 注

- (1) 半田正夫「著作権法概説 第12版」法学書院（2005）p.73
- (2) 齊藤博「著作権法 第2版」有斐閣（2004）p.74
- (3) 最高裁平成12年9月7日第一小法廷判決（ゴナ書体事件）。判決は、上告人の印刷用書体が、従来からあるデザインから大きく外れるものではなく、本文に述べたような独創性及び美的特性を備えているということはできないから、著作物に当たるとはいえないとして、著作権法による保護を認めなかった。
- (4) 神戸地裁姫路支部昭和54年7月9日判決（仏壇彫刻事件）。事案は、仏壇内部の装飾にかかる彫刻部品を無断で複製して販売したのを著作権侵害により訴えたものである。判決は、この彫刻が「専ら美的表現を目的とする純粹美術と同じ高度の美的表象であると評価しうる」という理由で、これを著作権法の保護対象である美術の著作物に当たるとした。
- (5) 東京高裁平成3年12月17日判決（木目化粧紙事件）。事案は、他社の製造販売する木目模様の化粧紙を写真撮影することにより製版印刷し、同一模様の製品を製造して廉価に販売したのが、複製権の侵害により訴えられたものである。判決は、本件原画の天然木部分のパターンの組合せは、通常の工業上の図案（デザイン）

と質的に異なる高度の芸術性を感得させず、社会通念上純粋美術と同視し得るものではないとして、その著作物性を認めなかった。

- (6) 佐藤恵太「デザイン書体」(著作権判例百選 第3版)有斐閣(2001) p.31は、判決のいうこの独創性は、「他人の真似をしていないという要件 (... 独自性 ...)」を文字の特性にあわせて読み替えたものとみるべきである」とする。  
「独創性」は、英語の 'originality' に相当すると考えられる。英国著作権法第1条1項 (a) の著作物の例示の中で使用する 'original' については、従来から skill and labor 程度の軽易なもので足りるとされているが、1998年にデータベース権が創設された際に第3A条が追加され、データベースに限っては、より高度なものが必要とされることになっている。Sir Hugh Laddie et al., 'The modern law of copyright and designs. 3rd ed.' Butterworths (2000) p.82-3. なお、後掲注(10)及び(23)参照。
- (7) 最高裁昭和53年9月7日第一小法廷判決(ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件)。事案は、類似の楽曲を作成したのを複製権の侵害により訴えたものであるが、判決は、「既存の著作物と同一性のある作品が作成されても、それが既存の著作物に依拠して再製されたものではないときは、その複製をしたことにはあらず、著作権侵害の問題を生ずる余地はない」と判示した。
- (8) 大観は、古画模写の修行時代を回顧して、「この古画の模写というのはなかなか容易なものではない。... 古画を見て、ただそれを写すとその精神を捉えることができな。だから古画を毎日掛けてはしまい、掛けてはしまい、一週間くらい何もせずにそれを見ていて、古画がすっかり脳裡に入ってしまったから、これを初めて写す」ということを続けたと述べている。横山大観「大観自伝」講談社学術文庫(1981) p.33
- (9) 著作物の同一性を判断する基準について、外面的な表現形式ではなく内面的形式が考慮されねばならないとされ、あるいは、表現上の本質的特徴を直接感得することができるか否かによると説かれるのは、それが形式に関する判断でありながら、内容との関わりを無視できないことを示している。
- (10) Simon Stokes, 'Digital copyright : law and practice.' Butterworths (2002) p.5, 58によれば、英国の著作権法は、伝統的に著作者の「独自の技能と努力(『独創性』)(independent skill and effort ('originality'))」を保護すべきものとしているが、しかし、これはいわゆる「額に汗」(sweat of the brow)の理論の一種にすぎず、「著作物は、何ら新規という意味において『独創的』(original)あるいは創作的(creative)である必要はなく、単に若干の、極めて控えめな量の創作的努力を含むだけで充分であり、他のものとの酷似的なコピーでなければよい」という程度の要件で足りるとされ、従って、汽車の時刻表、電話帳等の編集物も容易に著作物として保護され得るのであるとする。
- (11) 1911年著作権法もそれを受け継ぐ1956年法も、登録意匠権と著作権とを峻別し、意匠権の存続期間中はもちろん、その消滅後も著作権は主張することができないとしていた。ところが、宝石業界の圧力によって成立した1968年改正法の結果、一方では意匠権の存続期間中に著作権を主張して製品の生産を妨害することもできるし、更に、意匠権消滅後に同じ物品について著作権を持ち出してその法的保護の継続を求めることも可能となったのである。ちなみに、意匠権の保護期間は

登録後15年であるのに対し、著作権のそれは著作者の死後50年であった。これに対しては、最高裁判所である貴族院や枢密院が、British Leyland 判決、Interlego 判決等によってその防止に努めたのである (Laddie, *ibid.* p.1896-7)。

1988年著作権法は、このような混乱を避けるため、著作権と意匠権の重畳を明確に否定した(第53条1項)ほか、軽易な要件の下に保護期間15年という登録を要しない「デザイン権」を創設している(第213条)。なお、欧州連合の統一意匠法においては、保護期間3年の無登録意匠権が設けられている(Laddie, *ibid.* p.2284, 2299)。

- (12) 松尾和子「意匠制度110周年と改正意匠法の意義」特許研究 no.28 (1999) p.4-13は、平成10年の意匠法改正は、同法の目的が創作性の保護にあることを確認し、創造的デザインの保護を強化して質の高い意匠を権利化するために、第3条2項に規定する創作容易性の水準を引き上げ、公知の意匠やモチーフに基づいて容易に創作できる意匠を拒絶ないし無効の対象としたとする。その際、無審査主義の導入が検討されたが、これは権利の乱立、紛争の多発、無用の防衛的出願を誘発する等の弊害が多いため、その導入が見送られたと述べている。
- (13) 例えば前掲注 (5)
- (14) 前掲注 (3)
- (15) 齊藤・前掲注 (2) p.77は、この要件は、創作性等の要件に比べ著作物の「要件としての重要度が低い」とし、「これらのジャンルを包括した大枠の中に収まるものであれば」この要件は充たされているとされる。
- (16) 加戸守行「著作権法逐条講義 四訂新版」著作権情報センター (2003) p.22
- (17) 加戸・同上 p.121。福島地裁平成3年4月9日決定(シノブ設計事件)、大阪地判平成15年10月30日(積水ハウス事件)
- (18) 著作権制度審議会答申(昭和41年4月20日付)説明書(「著作権法百年史 資料編」著作権情報センター(2000) p.48-49)は、「建築物を著作物として保護する趣旨は、建築物によって表現された美的形象を模倣建築による盗用から保護することにある。従って、通常のありふれたビル、住居等の建物が著作物として保護されるものではない... 社会通念上美術の範囲に属すると認められるもの...」を保護するのであるとしている。
- (19) 前掲注 (5)。また、東京地裁平成13年5月25日中間判決(車両データベース事件)も、自動車整備業用システムに収録されたデータベースの著作物性は否定したが、民法709条により不法行為に基づく損害賠償請求を認めている。
- (20) その概要については、久貝卓「知的財産基本法の制定について」法律のひろば 2003.2, p.4-13参照。
- (21) *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). 事案は、Rural 電話会社が刊行した電話帳 (white pages) のデータを、Feist 出版社がその許諾を得ないで広域の電話帳を作成するために使用したところ、Rural 社がこれを著作権侵害で訴えたものである。原審は、電話帳にも著作権が認められるとしたので Feist 社が上告した。

判決は、米国「憲法第1条第8節第8項は、独創性を著作権保護の必須な要件としている」ことから説き起こし、「編集者の著作権保護を選択及び配列だけでなく事実それ自体にまで広げるところの『額に汗』(sweat of the brow) 又は『勤勉な

収集』(industrious collection) という基準を採用する下級審裁判所は、1909年法の解釈を誤り、何人も事実やアイデアに著作権を持つことはできないという著作権法の根本原理に悖るものである」と論じて、原審の判決を破棄した。

なお、英国の著作権法が、創作性の要件として、実際には「額に汗の理論」と同程度のもので足りるとしていることについては、前掲注(10)及び後掲注(23)参照。

- (22) Directive of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (Database Directive 96/9/EC)  
chap. 3 (Sui generis right) art. 7 (Object of protection) 1.

Member States shall provide for a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilisation of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database.

- (23) Copyright and Rights in Databases Regulations 1997 (SI 1997/3032)  
art. 13 (Database right) (1).

A property right ('database right') subsists, in accordance with this Part, in a database if there has been a substantial investment in obtaining, verifying or presenting the contents of the database.

なお、同法第6条は、1988年著作権法に第3A条(データベースの定義)を加え、その第2項で「データベースの著作物(a literary work consisting of a database)は、データベースの内容の選択又は配列により、そのデータベースが作者の知的な創作(creation)を構成する場合に、かつ、その限りにおいて、独創的(original)である」と定めて、著作権法によって保護されるデータベースに関する独創性の要件を明確にしている。Laddie, *ibid.* p. 1056は、これを「従来の英国法で適用されてきたものとは異なる(より高度な)独創性の基準であろう」とし、「他の編集物や文芸の著作物についての独創性の基準は、単に技能と労働(skill and labour)を要するというだけの相変わらず低いものである」と述べている。なお、前掲注(6)、(10)参照。英国著作権法が独創性を重視していないのは、後掲注(34)のように著作権を物への固定を要件とし、従って有体物にかかる財産権と捉えることと関係するのであろう。

- (24) 最高裁昭和59年1月20日第二小法廷判決(顔真卿真蹟複製事件)。事案は、顔真卿真蹟の書を所有する原告が、その写真乾板を適法に取得して図書を印刷、発行した出版社に対して、所有権に基づいて販売の差止め等を請求したものである。判決は、本文に述べたような論拠によって、これを斥けた。

- (25) 著作権の対象は無体物であって有体物ではないから、美的創作の成果ではあっても「物品」(意匠法第2条1項)への体现である意匠(デザイン)は、著作権の対象ではない。そのことは、明治32年制定の旧意匠法の「物品ニ応用スヘキ形状...」から、大正10年法の「物品ニ関シ形状...」を経て、現行法の「物品...の形状、模様...」に至る同項の改正が、「物品の形態そのものが意匠であることを明確にした」ものであったという経緯(斎藤瞭二「意匠法概説 補訂版」有斐閣(1995) p.55-56)に徴しても明らかである。

同じことは、純粹美術と応用美術の区別についてもいうことができる。純粹美術は無体物として著作権の対象であるが、実用品にそれが具体化された応用美術は著作権の対象ではないのである。判例が応用美術の保護は原則として意匠法に委ねられると説くのはこのような理解に基づいていると解される。意匠法は応用美術という産業財産の規律を目的とする。デザインは、技術的思想の商品化についての排他的支配を容認する特許法や、標章の商品等への排他的使用を規律する商標法と同じく、産業財産法の対象なのである。

- (26) 著作物再販制度の存続をめぐる問題が、規制緩和の推進により消費者利益の向上を図ることとの関係における「出版」事業者の保護という経済政策上のものであることは、最近の論議からも窺われるところである。「著作物再販制度の取扱いについて」公正取引委員会 平成13年3月23日 (<http://www.jftc.go.jp>) 参照。
- (27) 洋画家の故中川一政氏が所有していた作品が、当初の落札予想価格は1~2万円であったのが、オークション直前にゴッホの真作と判明したため6,600万円で落札されたという(中日新聞2003年4月15日夕刊)。落札者であるウッドワン美術館の中本館長は、欧州から大勢のバイヤーがやって来て、入札価格が1億円を超えるようであったのなら買っていないであろう、と後日述べている(同紙5月9日夕刊)。この場合の価格は、ゴッホの創作に対するものではなく、まさしく需要と供給の関係によって定まる商品としてのものである。創作、従って、著作物は、金銭をもって評価することはできないのである。
- (28) 著作物は、相当部数の複製物が作成、頒布された場合に、発行されたものとされる(著作権法第3条1項)。そして、「発行され、又は...上演、演奏、上映、公衆送信、口述若しくは展示の方法で公衆に提示された場合...において、公表されたもの」とされる(4条1項)。
- そうだとすると、著作権法が第22条から25条までに規定する上演権、演奏権、上映権、公衆送信権、口述権、展示権は、いずれも公表権(第18条)の各種態様であると考えられるから、その最初の行使によりそれらは役割を終えて消尽するのである。譲渡権の消尽を定める第26条の2第2項も、同様の理由によっている。
- (29) フェア・ユースの法理、あるいはわが国著作権法における著作権の制限規定は、著作者による著作物の独占に対する例外的な解除として捉えられてきたが、それは著作者が公表後もその著作物を専有できるとする謬見を前提としている。しかし、公表された著作物は公知・公有となるのであるから、これに対する専有は著作者といえども許されなければならずである。
- 従って、著作者が契約等によりフェアでない態様の利用制限を課するのは違法である。この意味において、フェア・ユースの法理ないしは著作権の公共的制限規定は、強行法規であると考えられる。
- また、不公正な利用によって得た利得は、不当利得となるが、公表された著作物は著作者の専有に属さないから、その帰属主体は著作者ではあり得ず、一種の公法的な制裁であると解される。その性質については、独占禁止法違反行為に対する課徴金納付命令の制度が参考になろう(最近の論点については、諏訪園貞明「改正独占禁止法の概要」ジュリスト no.1294 (2005) p.2-3参照)。
- (30) 著作権侵害に対して認められる差止請求権(第112条)を、著作権が物権的な性質の権利であるとして物権的請求権に類比させる見解は、著作物が物に固定され

る以前の無体物であることを看過するものである。著作権は有体物に根拠を有しない以上、およそ物権的ではあり得ない。

- (31) David Bainbridge, 'Intellectual property. 5th ed.' Longman (2002) p.255-257は、特許、商標、意匠その他寄託又は登録を要件とする権利の登録又は効力の訴訟に関しては、裁判管轄及び判決の執行に関するブラッセル条約第16条4項が、寄託又は登録の行われる加盟国に特別の裁判権を認めているとしながら、「インフォーマルな権利 (informal right)」である著作権については、この規定は適用されないと述べている。この「インフォーマル」という用語は、formal (公式の、正式の) に対する informal (非公式の、略式の) を意味するが、著作財産権の本質を示し得て妙である。
- (32) 確かに、発明を含めて創作という行為自体は普遍的なものではあるが、それによって直ちにそれを保護する権利が普遍的なものとなるわけではない。方式主義をとる特許権については、パリ条約が属地主義の原則をとることは一般に認められているが、著作権の享有について無方式主義をとるベルヌ条約も、その保護は「保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる」(第5条2項)として、属地主義によることを明らかにしている。それ故、著作権保護の内容や方法は、各国毎の著作権法に基づいており、究極的にはその国の裁判所の解釈と判断に係っているのである。

このような著作権の地域性が、EU 域内の財物の自由な移動を阻害し、統一市場の形成を妨げるおそれのある点では、特許権、商標権等と異なるものではないことを、David T. Keeling, 'Intellectual property rights in EU law. Vol.1: Free movement and competition law.' Oxford Univ. Press (2003) p.263-284は指摘する。そして、著作権者の利用の許諾又は拒絶が、事業者の協調行為や支配的地位の濫用となる場合には、他の知的財産権と同様に、共同市場における競争の制限を禁止する EU 条約第81条及び82条に抵触して無効とされるのである (ibid. p.317-324, 374-)。

- (33) 無方式主義は、制作をしたというだけで権利を認めるわけであるから、客観的な手がかりや公(共)的な承認を要しないことを意味する。この点で、審査や登録という方式をとることによって権利が認められる特許権、意匠権等とは根本的な相違があるが、それだけにまた、権利の存在、内容が明確にされていないというみがある。それは新しい創作に対する畏縮効果を持ち得るであろう。

それ故、Robert Burrell, Allison Coleman, 'Copyright exceptions: the digital impact.' Cambridge Univ. Press (2005) p.15-41 は、著作権の行使が権利者にとって好ましくない情報の公表、流通を抑制禁止することになる事例を挙げて、アイデア/表現二分論を含め、著作権と表現の自由との対抗関係を看過又は軽視することが、公権力によるのみならず私的な検閲制度 (private censorship) の容認になるおそれがあるとし、英国法がこれに十分な対応をしていない点を著作権制限規定見直しの端緒としている。

- (34) Copyright, Designs and Patents Act 1988,  
s 3 (2) Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; ...  
s 1 (1) Copyright is a property right ...



Copyright Act of 1976 (17 U.S.C., July 2001)

§ 101 A work is “created” when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time; …

§ 102(a) Copyright protection subsists … in original works of authorship fixed in a tangible medium of expression, …

このように英米の著作権法では、無体物がそこに固定された文書、複製物、録音物等の有体物が著作物として保護の対象とされる。例えば、英国著作権法の「録音物」(sound recordings) (第5A条)には、「音それ自体と、文芸的、演劇的、音楽的著作物の記録物の両者を含んでいる。著作物の記録物だけでなく、鳥の声、銃声、蒸気機関車の音等の記録物も含まれる」(「外国著作権法概説」著作権情報センター(2003) p.9)。すなわち、創作性は著作物の要件ではないのである。英米法においては、著作者人格権は「著作権概念に包摂される余地は全くないということになろう」(半田・前掲注(1) p.5-6)といわれる所以である。

実際にも、英国はベルヌ条約の創設時からの加盟国であるが、1928年のローマ改正条約が著作者人格権の法制化を加盟国に義務づけたにも拘わらず、1988年著作権法でこれを *moral rights* として導入する迄は、その保護を専らコモン・ローの名誉保護法等に委ねてきたのである (Laddie, *ibid.* p.585-6)。また、遅れてようやく1989年に同条約へ加盟することになった米国が、その際、著作者人格権に関する国内法上の立法措置をとくに行っていないのも、同様の理由からであった (斉藤・前掲注(2) p.139-140)。

- (35) 第2条1項1号。半田・前掲注(1) p.74; 斉藤・前掲注(2) p.73。判例も同様である(前掲注(24))。
- (36) 文化審議会著作権分科会審議経過報告2003/01/24 ([http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/index.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/index.htm))