HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 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 ： 通勤大学法律コース事件 |
| Author(s) | 山根, 崇邦 |
| Citation | 知的財産法政策学研究, 18, 221-278 |
| Issue Date | 2007-12 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/43544 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 18_221-278.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

# 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
## －通勤大学法律コース事件－

知財高判平成18年３月15日平成17(ネ)10095等最高裁HP
原審：東京地判平成17年５月17日判時1950号147頁

山　根　崇　邦

### 【事案の概要】

Ｘは、弁護士であり、Ｘ文献１～３の著作者である。Ｘ各文献は、債権回収や署名・捺印、手形・小切手などの法律問題に関して、法律の専門家ではない一般人向けに、図表を用いて分かりやすく解説する法律書籍である。

Ｙ５は、書籍、雑誌の出版・販売等を行う法人であり、「通勤大学法律コース」なる文庫シリーズの一環としてＹ文献１～３を出版した。Ｙ各文献は、Ｘ各文献と同様に、債権回収などの法律問題に関して、一般人向けに、図表を用いて簡潔かつ平易に解説する法律書籍である。Ｙ各文献には、執筆者としてビジネス戦略法務研究会の名前が、出版社としてＹ５の名前が、そして監修者として、Ｙ文献１及び３にはＹ１・Ｙ２・Ｙ４の名前が、Ｙ文献２にはＹ１・Ｙ３・Ｙ４の名前が、それぞれ記載されている。また、Ｙ各文献の出版時期として、Ｙ文献１はＸ文献１の約４ヶ月後に、Ｙ文献２はＸ文献2-1の約11年後及びＸ文献2-2の約７年後に、Ｙ文献３はＸ文献３の約６ヶ月後に、それぞれ出版されている。

| 当事者 | |
|---|---|
| X：小林英明（弁護士） | Y1：古橋隆之（税理士）<br>Y2：辛島茂〔本名：市原郁雄〕<br>（経営コンサルタント）<br>Y3：荒井浄（司法書士）<br>Y4：舘野完（弁護士）<br>Y5：総合法令出版株式会社（出版社） |
| **X文献** | **Y文献** |
| (1) 小林英明著『図解でわかる 債権回収の実際』（メディアクロス、2002年7月25日） | (1) 舘野完＝古橋隆之＝辛島茂監修/ビジネス戦略法務研究会著『通勤大学法律コース 債権回収』（総合法令、2002年12月4日） |
| (2-1) 小林英明著『熱血選書 署名・捺印のすべてがわかる本』（総合法令、1991年11月28日）<br>(2-2) 小林英明著『新版 印鑑・文書・契約の法律』（ダイヤモンド社、1995年10月19日） | (2) 舘野完＝古橋隆之＝荒井浄監修/ビジネス戦略法務研究会著『通勤大学法律コース 署名・捺印』（総合法令、2002年11月6日） |
| (3) 小林英明著『図解でわかる 手形・小切手の実際』（メディアクロス、2002年7月25日） | (3) 舘野完＝古橋隆之＝辛島茂監修/ビジネス戦略法務研究会著『通勤大学法律コース 手形・小切手』（総合法令、2003年2月5日） |

Xは、Y各文献に記述された文章及び図表（Y各表現）は、X各文献に記述された文章及び図表（X各表現）と、合計145箇所（X文献1につき51箇所、同2-1につき38箇所、同2-2につき33箇所、同3につき23箇所）において同一ないし極めて類似しており、Xの著作権及び著作者人格権を侵害しているとして、著作権法112条に基づきY各文献の発行、販売及び頒布等の差止め、及び、民法709条に基づき損害賠償の支払い等を求めた。

**【1審判決】** 一部認容（著作権侵害を肯定）

**1．Y1、Y2及びY3の執筆の有無について**

Y各文献には、著者として「ビジネス戦略法務研究会」、監修者としてY1、Y4らが記載されているが、執筆者について具体的な個人名は一切





記載されていない。Xは、本件訴訟提起に先立ち、Y5に対し、再三にわたり、Y各文献の執筆者を明らかにするように求めたが、Y5はこれに応じなかった。

Y5は、準備書面において、Y各文献につき、Y5が主催するビジネス戦略法務研究会を構成する2名（A・B）が分担執筆した旨主張した。Y5は当該2名の個人名を明らかにしていないが、その主張に係る執筆担当者A・Bの生年、学歴、経歴と、Y1・Y2の生年、学歴、経歴を比較すると、両者は完全に一致ないし極めて類似していること、また、Y1・Y2の氏名は監修者としてではあるがY各文献に記載されていることに照らせば、Y1及びY2は、Y各文献の執筆者であると推認することができる。

他方、Y3の経歴は執筆担当者 A・B いずれの経歴とも異なっており、本件全証拠によっても、Y3がY各文献を執筆したと推認することはできない。

**2．依拠性について**

「既存の著作物の表現内容を認識し、それを自己の作品に利用する意思を有しながら、既存の著作物と同一性のある作品を作成した場合は、既存の著作物に依拠したものとして複製権侵害が成立するというべきであり、この理は、翻案権侵害についても同様である。

そして、Y各文献は、いずれもX各文献が出版された後に出版されているが、特に、Y文献1は、X文献1の出版から約4ヶ月後、Y文献3は、X文献3の出版から約6ヶ月後という極めて近接した日にそれぞれ出版され、また、X文献2の1は相当数販売されたものであって、Y1及びY2はこれに接する機会があったこと……、現にY2は、X各文献を知っていたこと……、Y各文献は、それぞれ対応するX各文献と、基本的な概念及び構成、章立ての順序、各章の内容、さらに記載されている内容も類似している箇所が多いこと……、後記認定のとおり、Y各文献の中には、そこに記述されている順序及び構成で表現される必然性のない文章等について、X各文献の各対応部分とほぼ同一の表現がされている部分があること、以上の事実を総合すれば、Y文献1はX文献1に、Y文献2はX文献2の1及び2の2に、Y文献3はX文献3に、それぞれ依拠して執筆されたことは明らかである。」

**3．著作物性、複製権及び翻案権侵害の成否**

「ある法律問題について、関連する法令の内容や法律用語の意味を説明し、一般的な法律解釈や実務の運用に触れる際には、確立した法律用語をあらかじめ定義された用法で使用し、法令又は判例・学説によって当然に導かれる一般的な法律解釈を説明しなければならないという表現上の制約がある。そのゆえに、これらの事項について、条文の順序にとらわれず、独自の観点から分類し普通に用いられることのない表現を用いて整理要約したなど表現上の格別の工夫がある場合はともかく、法令の内容等を法令の規定の順序に従い、簡潔に要約し、法令の文言又は一般の法律書等に記載されているような、それを説明する上で普通に用いられる法律用語の定義を用いて説明する場合には、誰が作成しても同じような表現にならざるを得ず、このようなものは、結局、筆者の個性が表れているとはいえないから、著作権法によって保護される著作物としての創作性を認めることはできないというべきである。よって、上記のように表現上の創作性がない部分において同一性を有するにすぎない場合には、複製にも翻案にも当たらない。

他方、表現上の制約がある中で、一定以上のまとまりを持って、記述の順序を含め具体的表現において同一である場合には、複製権侵害に当たる場合があると解すべきである。すなわち、創作性の幅が小さい場合であっても、他に異なる表現があり得るにもかかわらず、同一性を有する表現が一定以上の分量にわたる場合には、複製権侵害に当たるというべきである。」

「複製権侵害が認められるのは、Ｙ表現1-14、Ｙ表現2-2-66、Ｙ表現2-2-76であり、それ以外は複製権及び翻案権のいずれも侵害しない。」

「Ｘは、著作権及び著作者人格権に基づき、Ｙ5、Ｙ1及びＹ2に対し、Ｙ表現1-14、Ｙ表現2-2-66、Ｙ表現2-2-76の複製及び頒布の差止めを請求することができる（著作権法112条1項）。Ｘは、Ｙ各文献自体についての差止めを請求するところ、Ｙ各表現のそれぞれを物理的に分離することはできないから、著作権及び著作者人格権を侵害する上記各表現を含むＹ文献1及び2の発行及び頒布の差止めを請求する限度で理由があることに帰する（すなわち、Ｙ5、Ｙ1及びＹ2は、上記各表現を削除しない限りＹ文献1及び2の発行及び頒布をしてはならないことになる。）。」





**4．損害額**

1審判決は、財産的損害について、著作権侵害を肯定したＹ表現の頁数の割合（Ｙ表現1-14／Ｙ文献1＝1頁／189頁、Ｙ表現2-2-66及び2-2-76／Ｙ文献2＝2＋2頁／221頁）に応じて使用料相当額を算定し（Ｙ文献1及び2の発行部数×同定価の10%×頁数割合）、1万9881円を認容した。また、慰謝料として15万円、弁護士費用として10万円をそれぞれ認容し、合計で26万9881円の損害賠償を認めた。

**【本判決】**　一部変更（著作権侵害を否定、不法行為の成立を肯定）

Ｘは、1審判決を不服として、控訴した（Ｙ1・Ｙ2・Ｙ5のみを被控訴人とする）。本判決は、Ｙ1及びＹ2をＹ各文献の執筆者であると認定したうえで、依拠性、著作権侵害の成否、不法行為の成否について、以下のように判示した。

**1．依拠性について**

「両文献を子細に比較すると、単に読者層や著作の目的・性格が同一であるというだけでは説明しがたいほどに構成、文章等が酷似しており、執筆者が異なれば多少の相違が生じるのが自然であると思われる部分についても共通していることが認められる。」

**2．著作物性、複製権及び翻案権侵害の成否について**

「本件において著作権侵害の成否を判断するに当たっての基本的な考え方を示す総論部分に関しては、原判決が……説示するとおりであるから、これを引用する。」

「Ｙ各表現について著作権侵害が成立するか否かについての判断……については、Ｙ表現1-14、2-2-66、2-2-76に関する部分を除くほか、原判決……のとおりであるから、これを引用する。

Ｙ表現1-14、2-2-66、2-2-76については、それ以外の部分と同様に、Ｘの複製権及び翻案権を侵害しないものと判断し、原判決の判断を次のとおりに変更する。」

(1)　Ｙ表現1-14について

「Ｘ表現1-14とＹ表現1-14とは、……ことをその順序で記載した点において共通する。

上記共通部分は、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。

確かに、上記共通部分は、約1頁にわたるものであり、また、一般の法律書や解説書に記述されている表現と必ずしも同一ではない表現が用いられている部分も含まれているものの、その表現自体がありふれたものであることは否定できず、Xの個性が表現されたものということはできない。」

(2) Y表現2-2-66について

「X表現2-2-66とY表現2-2-66とは、……ことをその順序で記載した点において共通する。

上記共通部分は、約2頁にわたるものであり、用語等において同一性はあるものの、法令の内容や実務の運用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。」

(3) Y表現2-2-76について

「X表現2-2-76とY表現2-2-76とは、……ことをその順序で記載した点において共通する。

上記共通部分は、法令や判例・学説及び実務の運用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。」

**3．一般不法行為の成否**

本判決は、まず、「Xが民法709条に基づき求めている損害賠償請求は、Yらの著作権侵害行為を不法行為とするもののほか、Yらが故意又は過失によって、Xが多大な労力をかけて作成したX各文献のデッドコピーを行い、Xに無断で発行・頒布した行為を不法行為とする請求を含むものである」と確認的に述べたうえで、一般不法行為の成否を検討している。

「X各文献を執筆する上で様々な工夫が図られているとしても、その成果物としては、Xのした様々な工夫は普通に考えられる範囲内にとどまり、かつ、このために表現そのものがありふれたものとなっている以上、著作権侵害の成立が認められないことは、前記……において認定したとおりである。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い、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ことは妥当ではない。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。」

「Y5は、書籍、雑誌の出版・販売等を行う法人であって、「通勤大学法律コース」なる文庫シリーズを出版しており、Y各文献は、いずれも、同シリーズの一環として発行されたものである……。上記「通勤大学法律コース」は、「通勤電車の中でもビジネス実務にかかわる法律、日常生活にまつわる法律をやさしく、おもしろく、しかも内容を読めば必要な法律知識をほぼ身につけられる」……という方針の下に出版されているものであり、X各文献と同様に、法律問題に関し、法律の専門家ではない一般人向けに、図や表を多用し、簡潔かつ平易な記述をもって解説する文献である。

また、Y各文献がX各文献に依拠して執筆されたことは、前記……に認定したとおりである。しかも、両文献は、単に基本的構成や章立ての順序が類似しているにとどまらず、各章内における項目立てや記載順序も酷似している。また、個々の表現をみても、文章や図表が類似する箇所が文献全体の相当部分を占め、中には、1頁ないし2頁にわたって類似し、実質的に同一である箇所も存在する。これらを総じてみれば、XがX各文献を執筆するに当たり、一般人に理解しやすいように平易化・単純化したり、記述の順序や分類の仕方を工夫したり、図表化した部分が、ほぼそのままY各文献に取り入れられているのであり、Yらによる表現の組み換えや書き換えが介在するとしても、Xが執筆に当たり工夫した点の多くは両文献

の類似点として残存しているといえる。

そして、YらがX各文献に依拠してY各文献を執筆・発行したからこそ、Y文献1についてはX文献1が発行されてから約4か月後に発行することができ、Y文献3についてはX文献3が発行されてから約6か月後に発行することができたのであり……、また、Y5は、執筆者に対して執筆料を支払うことなくY各文献を発行することができたのである……。

以上によれば、Yらは、X各文献に依拠して、記述自体の類似性や構成・項目立ての全体に照らしてX各文献に酷似しているY各文献を、X各文献と同一の読者層に向けて、特にY文献1及び3についてはX文献1及び3の出版後極めて短期間のうちに、執筆・発行したものであるから、Xの執筆の成果物を不正に利用して利益を得たものというべきである。」

「したがって、YらがX各文献に依拠してY各文献を執筆・発行した行為は、営利の目的をもって、Xの執筆の成果物を不正に利用して利益を得たものであるから、Yらの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（民法719条1項による不真正連帯責任）を構成するというべきである。」

**4．損害額**

本判決は、Y文献1及び3の発行による財産的損害として、民訴法248条の趣旨に照らして、X文献1及び3の売上低下による逸失利益を算定し（Y文献1及び3の売上冊数の1割×X文献1及び3の利益率（定価の10%））、24万2638円を認容した。また、弁護士費用として2万円を認容し、合計で26万2638円の損害賠償を認めた。なお、Y文献2の発行による財産的損害については、X文献2-1、同2-2の発行から相当年数が経過していることを理由に、逸失利益の発生を否定した。また、慰謝料の発生についても否定している。

## 【評釈】

### 一　はじめに

本判決は、著作権侵害を否定しながらも、不法行為の成立を認めた点に特徴を有する。また、著作権侵害の成否の判断において、具体的表現が約





1 ～2頁にわたり実質的に同一であると評価しうる場合に類似性を否定した点でも注目される判決である。そして、こうした判断が知的財産高等裁判所によって示されたという意味において、本判決の意義は大きく、考察に値するものと思われる[1]。そこで本稿では、まず、著作権侵害の成否について、類似性判断の検討を中心に、後掲の対照表を利用しながら考察を進めたい。次に、一般不法行為の成否について、従来の裁判例における本判決の位置づけの検討を中心に、考察することにしたい。

### 二　著作権侵害の成否

**1．依拠性**

1審判決は、「既存の著作物の表現内容を認識し、それを自己の作品に利用する意思を有しながら、既存の著作物と同一性のある作品を作成した場合は、既存の著作物に依拠したものとして複製権侵害が成立する」と述べている。これは、複製権侵害（21条）の成立要件として、①既存著作物の表現内容の認識、②自己の作品へ利用する意思（以上、依拠性）、③既存著作物と同一性のある作品の作成（実質的同一性）、という3つの要素を提示したものであるが、翻案権侵害（27条）に関しても当てはまる旨を説いている。そして、本判決も1審判決の説示を是認して引用している。従来、依拠の要件として①②要素を明示する裁判例はほとんど見あたらないことから、注目に値する説示であるといえよう[2]。

---

[1] 本判決の評釈として、小倉秀夫［評釈］Lexis 判例速報8号150頁（2006年）、宮脇正晴［評釈］L&T 34号56頁（2007年）、松川実［評釈］青法48巻4号1頁（2007年）がある。

[2] 依拠の要件として、①元の著作物の表現内容の認識、②利用の意思という2要素を掲げる見解は、西田美昭判事の提唱に係るものである（西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」斉藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系27 知的財産関係訴訟法』（青林書院、1997年）127頁）。しかし学説上は、①②要素を依拠の要件とすることに対して批判が強い。例えば、書類中に他人の著作物が密かに紛れ込んでおり、それに気付かずにコピー機で複写した場合、プログラムの内容を見ずに CD-ROM にコピーした場合、夢遊状態において引き写しを行った場合等において、「認識」や「利用の意思」の欠如を理由に依拠性を否定することは適切でない、などの批判

ところで、一般に、依拠の存在の主張・立証責任は、著作権侵害の存在を主張する原告にあると考えられている。もっとも、上記①②のような被告の主観的態様を直接証拠により立証することは困難であるから、通常は、間接事実を積み重ねて依拠を推認することになる[3]。本判決は、この依拠を推認するための間接事実をかなり詳細に認定している点に特徴がある。具体的には、①ＸＹ両文献の出版時期の近接性（Ｘ文献の出版から約４～６ヶ月後）、②Ｘ文献2-1の販売部数に基づくＹ１・Ｙ２におけるアクセスの機会の推認、③Ｙ２によるＸ各文献の存在の認識、④両文献の基本的な概念・構成、章立ての順序、各章の小見出し、文章や図表の類似性、⑤著作の目的・性格・読者層の共通性によっては説明しえないほどに不自然な項目立て・記載順序・表現の酷似性、⑥一般の法律書ではあまり使用されない用語（e.g.「現状凍結型の仮処分」「権利実現型の仮処分」「ハクをつけるためのもの」）の一致などである（下記の一覧表を参照）。

こうした背景としては、1審判決が「既存の著作物の表現内容の認識」や「自己の作品へ利用する意思」といった主観的要素を依拠の要件と解したことに起因するとも考えられるが、それ以上に、本件においては、Ｙらがｙ文献１～３の執筆者を明らかにしなかったという事情が作用しているものと推測される。

【依拠の認定に関する一覧表】

| | Y文献1 | Y文献2 | | Y文献3 |
|---|---|---|---|---|
| 出版時期の近接性 | ○ X文献1の約4ヶ月後に出版 | × X文献2-1の約11年後に出版 | × X文献2-2の約7年後に出版 | ○ X文献3の約6ヶ月後に出版 |
| Y1（古橋） | | X文献2-1に接する機会あり | | |

がなされている（田村善之『著作権法概説（第２版）』（有斐閣、2001年）50頁、山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系22 著作権関係訴訟法』（青林書院、2004年）320頁、前田哲男「『依拠』について」紋谷暢男教授古稀記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』（発明協会、2006年）770頁、大野聖二「複製権侵害について」牧野＝飯村＝三村＝末吉＝大野編『知的財産法の理論と実務４ 著作権法・意匠法』（新日本法規、2007年）187～188頁）。

[3] 田村・前掲注２）50～52頁、大野・前掲注２）189～191頁。





| Y2（市原） | X文献1を認識 | X文献2-1を認識 | X文献2-2を認識 | X文献3を認識 |
|---|---|---|---|---|
| X文献との類似性 | ・法律問題が共通<br>・基本的概念・構成、章立ての順序、各章内の小見出しが類似<br>・文章や図表が類似 | ・法律問題が共通<br>・基本的概念・構成、章立ての順序、各章内の小見出しが類似<br>・文章や図表が類似 | ・文章や図表の類似 | ・法律問題が共通<br>・基本的概念・構成、章立ての順序、各章内の小見出しが類似<br>・文章や図表が類似 |
| （破線以下は、本判決において追加的に認定された事実） | ア）構成の類似<br>・経験則に照らして不自然なほど項目立てや記載順序が共通<br>イ）文章・図表の類似<br>・51箇所にのぼる文章や図表の類似<br>・Y表現1-14は、約1頁にわたり、X表現1-14と実質的に同一<br>・記述順序や分類方法が類似<br>・特殊な用語の一致 | ア）構成の類似<br>・経験則に照らして不自然なほど項目立てや記載順序が共通<br>イ）文章・図表の類似<br>・38箇所にのぼる文章や図表の類似<br>・記述順序や分類方法が類似<br>・特殊な用語の一致 | イ）文章・図表の類似<br>・33箇所にのぼる文章や図表の類似<br>・Y表現2-2-66は、約2頁にわたり、X表現2-2-66と実質的に同一<br>・Y表現2-2-76は、約2頁にわたり、X表現2-2-76と実質的に同一<br>・記述順序や分類方法が類似<br>・特殊な用語の一致 | イ）文章・図表の類似<br>・23箇所にのぼる文章や図表の類似<br>・記述順序や分類方法が類似 |

## ２．類似性

(1) 本判決の意義

本件で問題となった法律解説書は、法律的素養のない人でも各種の法律テーマに関する基本的知識を習得できるように、図表を多用しながら、関連法令の内容や判例・学説の見解を簡潔・平易に解説することを目的として執筆されたものである。そのため、本件の著作物には、一般向けの法律解説書という性質に由来する表現上の制約が存在している。

１審判決は、表現上の制約が存在するとしても、一定以上のまとまりを

持って、記述の順序を含め具体的表現において同一である場合には、複製権侵害を肯定しうると説いて、Y表現1-14、2-2-66、2-2-76の3箇所につき著作権侵害を肯定した。

これに対し、本判決は、1審判決が著作権侵害を認めた3箇所について、法令や判例・学説及び実務の運用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、創作的な表現部分が共通しているとはいえないとして、著作権侵害を否定した。

従来、表現の自由度が小さい部類に属する事案において、本件程度のまとまりをもって同一性が認められる場合にまで著作権侵害を否定した裁判例は見あたらないことから、本判決は、今後の実務に少なからず影響を与えるものと思われる。

(2) 江差追分上告審における類似性の判断基準―創作的表現の共通性―

著作権侵害訴訟における類似性の判断枠組みは、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁［江差追分］によって確立されたといえる。最高裁は、保護範囲を画する類似性の判断基準として、表現上の本質的特徴を直接感得できるか否かという基準に言及しているものの、実質的には著作権法2条1項1号に基づいて、創作的な表現部分が共通しているか否かという基準を採用したものと評価することが可能であろう[4]。同最判は、その具体的な当てはめにおいて、両著作物に共通する点はアイデアや表現上の創作性が認められない部分にすぎないこと、換言すれば、創作的な表現が共通していないことを理由に、著作権侵害を否定しているからである[5][6]。

[4] 蘆立順美［評釈］ジュリ1224号294頁（2002年）、田村善之［評釈］法協 119巻7号217～219頁（2002年）。

[5] 具体的には、①「江差町がかつてニシン漁で栄え、そのにぎわいが『江戸にもない』といわれた豊かな町であったこと」「現在ではニシンが去ってその面影はないこと」という共通点は、一般的知見に属するものであり、アイデアが共通するにすぎない、②「現在の江差町が最もにぎわうのが江差追分全国大会の時であるとすること」というX特有の認識も、その認識自体はアイデアにすぎない、そして、③「本件ナレーションの運び方は、本件プロローグの骨格を成す事項の記述順序と同一」であるという共通点についても、本件記述の順序自体には表現上の創作性が認められない、という判示がなされている。





[6] もっとも、前掲最判［江差追分］の調査官を担当された髙部眞規子判事（本件1審判決の裁判長でもある）は、2007年5月26日の著作権法学会シンポジウムにおいて、表現上の本質的特徴の直接感得基準の意義が失われたわけではなく、X著作物の創作的表現が再生されていると形式的には言いうる場合であっても、Y著作物に新たな創作的要素が多量に付加された結果、X著作物の表現上の本質的特徴が埋没してしまうような場合には、X表現の本質的特徴を直接感得しえないことを理由に類似性を否定しうる旨を明言された。そして、その実質的な理由として、現行著作権法における権利制限規定がかなり硬直的であり、妥当な結論を導くためには複製権や翻案権といった権利範囲のところで調整せざるを得ないということを指摘された。

髙部判事の見解は、X著作物とY著作物を対比し、その共通部分と相違部分を把握したうえで、これらの部分の各著作物における創作的価値を比較衡量して侵害判断を行うという、「創作性の相関関係理論」と呼ばれる考え方を支持したものであると考えられる。同理論は、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）（下）」判時1595号27頁・29頁注6）、1596号11～12頁（1997年）によって主張され、その後、島並良「二次創作と創作性」著研28号31～33頁（2001年）においても同様の見解が提示されている。

また、近時の裁判例においても、「複製ないし翻案に当たるかどうかを判断するに当たっては、Xソフトの各表示画面における画面全体としての創作的特徴が他社ソフトの対応する表示画面においても共通して存在し、他社ソフトの表示画面からXソフトの表示画面の創作的な特徴が直接感得できるかどうかを判断すべきものである。そして、この場合、Xソフトの表示画面の特徴的構成の一部分が他社ソフトの表示画面においても共通して見られる場合であっても、①共通する当該一部分のみでは画面全体としての創作的特徴を基礎付けるには足りないときや、あるいは、②他社ソフトの表示画面にXソフトにない構成部分が新たに付加されていることにより、表示画面の全体的構成を異にすることとなり、これを見る者が表示画面全体から受ける印象を異にすることとなったときは、他社ソフトの表示画面からXソフトの表示画面全体としての創作的特徴を直接感得することができないから、他社ソフトの表示画面をもってXソフトの表示画面の複製ないし翻案ということはできない。」（下線筆者）という一般論を説く判決が登場している（東京地判平成14.9.5判時1811号127頁［サイボウズ本案］。他にも、大阪高判平成14.6.19平成13(ネ)3226最高裁HP［コルチャック先生Ⅰ］、大阪高判平成14.9.18平成14(ネ)287最高裁HP［コルチャック先生Ⅱ］、東京地判平成14.11.14平成13(ワ)15594最高裁HP［エンブレムサーガ1審］を参照。）。

相関関係理論は、共通部分がY著作物全体との関係で本質的なものといえる場合にのみ侵害を肯定しようとする点に特徴があり、その背後には著作物市場において

本件の１審判決は、同最判を引用したうえで、「複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との同一性を有する部分が、著作権法による保護の対象となる思想又は感情を創作的に表現したものであることが必要である（著作権法２条１項１号）。」と説示していることから、創作的表現の共通性という基準を採用していることが伺える。また、同最判で採用された濾過テストと呼ばれる判断手法[7]についても、本件において踏襲されている[8]。

このように、創作的な表現の共通性を類似性判断の基準にすえ、濾過テストを採用する場合、アイデアと表現の区別が重要であるとともに、かりに表現が共通しているとしても、どの程度の抽象度における表現レベルで共通していると創作性が肯定されるのか、ということが問題となる。それゆえ、著作物の種類、表現の自由度、創作性の高低等を総合的に考慮して、保護の境界線を探っていくことになろう[9]。

(3) 本判決の検討

本判決は、１審判決と同様の類似性の判断基準を採用しながらも、１審では複製権侵害と判断されたＹ表現1-14、2-2-66、2-2-76について、著作権侵害を否定する結論を導いている。本判決において対照的な判断がなされたのは、共通部分が約１～２頁にわたることや一般の法律書ではあまり使用されない表現も含まれていることなど、１審判決が著作権侵害を肯定する方向に斟酌した要素について、「その表現自体がありふれたものであることは否定できず、Ｘの個性が表現されたものということはできない」

競合する可能性の低いものをあえて侵害とするまでもないという fair use 的な発想があると考えられている。駒田泰土「著作物と作品概念との異同について」知的財産法政策学研究11号150～151頁（2006年）。

[7] 髙部眞規子［判解］曹時 55巻３号349頁・343頁注20）（2003年）を参照。具体的には、ＸＹ著作物の双方に共通している部分をまず特定したうえで、当該共通部分が創作的な表現であると認められるか否かを検討する手法である。濾過テストについて詳しくは、田村・前掲注２）48頁を参照。

[8] 判時1950号148頁の匿名コメント参照。

[9] 大野聖二「翻案権侵害について」牧野＝飯村＝三村＝末吉＝大野編・前掲注２）204頁。





と評価したことが大きいと考えられる。

本判決は、１審判決が侵害を否定した箇所（上記３箇所以外すべて）についてはこれを是認していることから、１審判決が定立した法律解説書に関する類似性の判断基準のもとでは、本件でＸＹ表現の同一性が争われた145箇所すべてについて、創作的表現が共通しているとは認められないと判断したことになる。そこで以下では、本判決も是認する１審判決の示す類似性判断の総論部分を確認したうえで、結論の分かれたＸＹ表現1-14、2-2-66、2-2-76への当てはめを中心に検討することにしたい[10]。

[10] なお、本件で類似性が争われたＸＹ表現145箇所には、文章のみならず、図表も含まれている。そこで、１審判決が類似性を否定（本判決もこれを是認）した図表についても一言しておく。本件で問題となった図表を概観すると、手続きの流れや法令の内容などを条文の順序にそって整理して図表化したような非常にシンプルなものばかりであることが目につく。この点に関しては、宅建試験受験者に理解しやすいように法令の規定事項をまとめて図表化した要点ブロック等を、ライバルの受験予備校が無断で受験参考書に転載して出版する行為につき複製権侵害を認めた東京地判平成6.7.25知裁集26巻２号756頁［出る順宅建１審］、東京高判平成7.5.16知裁集27巻２号285頁［同２審］との比較が有益であろう（なお、この事件では、要点ブロックなどの図表のみが著作権侵害訴訟で争われ、文章については争われていない。）。

前掲東京高判［出る順宅建２審］は、宅建試験の受験対策用に国土利用計画法23～27条が規定する土地に関する権利の移転等の届出手続の流れを時系列的に図表化した要点ブロック（Ｘ表(8)）について、必ずしも条文の枠にとらわれずに、条文に明示されていない事項も含めて場合分けして整理し、解釈に基づく契約の効力についても含めて要約記載してブロック化したものであることを理由に、創作性を肯定した（なお、田村・前掲注２）16頁注１）・77頁注３）の批判も参照）。他方、同じく国土利用計画法27条の２等に規定された監視区域の指定手続の流れを図表化した要点ブロック（Ｘ表(7)）については、条文に従い、手続の流れに沿って整理し、各規定の内容を要約記載したものをブロック化したにすぎず、創意工夫がこらされているとはいえないとして、創作性を否定した。

前掲東京高判［出る順宅建2審］で創作性が認められた要点ブロックと本件で問題とされた図表を比較すると、本件の図表に独自の観点からの分類整理といった創意工夫を見出すことは困難であると言わざるを得ない。よって、本件において著作権侵害を否定した裁判所の判断は妥当であろう。

（ⅰ）本件法律解説書に関する類似性の判断基準

1審判決によれば、一般人向けの法律問題の解説書においては、ＸＹ著作物の同一性を有する部分が、①法令や通達、判決や決定等である場合[11]、②法令の内容や法令・判例・学説によって当然に導かれる事項である場合、③手続きの流れや法令の内容等を法令の規定に従って図示したものである場合、④ある法律問題に関する筆者の見解または一般的な見解である場合、⑤ある法律問題に関する法令の内容や法律用語の意味、一般的な法律解釈や実務の運用について、法令の内容等を条文の順序に従って簡潔に要約し、普通に用いられる法律用語の定義を用いて説明したものである場合には、アイデアないし表現上の創作性が認められない部分が共通しているにすぎないから、著作権侵害には該当しない。他方、⑥法令の順序にとらわれることなく独自の観点から分類し、一般に用いられることのない表現を用いて整理要約したなど、表現上の格別の工夫が認められる部分が共通している場合や、⑦表現上の制約がある中で、記述の順序を含め具体的表現が一定以上のまとまりをもって同一である場合には、創作的表現が共通しているといえるから、著作権侵害に該当しうる、と説いている。

両判決は、こうした判断基準のもとで、ＸＹ表現1-14、2-2-66、2-2-76への当てはめについて、結論が分かれたことになる。そこで、当てはめの検討に移ろう。

（ⅱ）当てはめの検討（後掲の対照表を参照）

ＸＹ表現1-14、2-2-66、2-2-76に共通するのは、その具体的表現に相当程度の同一性が認められる点であるが、同様のことはＸＹ表現1-26、1-41、1-52についても当てはまるように思われる[12]。それでは、これら6箇所について、両判決はどのような根拠に基づき侵害の成否を決したのだろうか。

まず、両判決の結論の一致したＸＹ表現1-26、1-41、1-52について検討しよう。

ＸＹ表現1-26について、Ｘは、一般的には「係争物に関する仮処分」と「仮の地位を定める仮処分」に分類して仮処分の説明がなされるところ、「現状凍結型の仮処分」と「権利実現型の仮処分」というＸ独自の分類に基づいて説明を行っている点に創作性が認められると主張した。これに対し、1審判決は、Ｘ独自の分類方法や見解はアイデアにすぎないとして、Ｘ主張を一蹴している。問題となった記述内容は仮処分の類型についての一般的な説明ないしＸの見解であり、学説や思想の独占を認めるわけにはいかない以上、Ｘ特有の用語が含まれるとしても表現上の創作性は否定されよう[13] [14]。裁判所の判断は妥当である。

---

[11] 法令や判決等については、その性質上、国民に広く知らせ、自由に利用させるべきであるという公益的な見地から著作権法の対象外とされている（13条）ことに照らせば、当然であろう。加戸守行『著作権法逐条講義（5訂新版）』（著作権情報センター、2006年）136頁。

[12] 従来の裁判例では、一般論として、創作性の高低を侵害判断において考慮し、創作性の低い著作物に関してはその保護範囲をデッドコピーに限定すると説くものが散見された。これに対し、本判決は、具体的表現が実質的に同一であるからといって直ちに侵害が肯定されるわけではないということを確認した点に、その意義を見出すことができるかもしれない。もっとも、本判決の直後に出された知財高判平成18.3.29平成17（ネ）10094最高裁HP［スメルゲット2審］は、「本件各写真の創作性は極めて低いものであるが、Ｙらの侵害行為の態様は、本件各写真をそのままコピーしてＹホームページに掲載したというものである（同事実は当事者間に争いがない。）から、本件各写真について複製権の侵害があったものということができる。」と述べて、デッドコピーを理由に侵害を肯定している。この判決は、本判決と同じ知財高裁第4部（塚原朋一裁判長）が担当した裁判例であり、注目される。

なお、創作性の高低によって保護範囲の広狭が変わることを一般論ながら示した裁判例として、東京高判平成12.11.30平成10（ネ）3676最高裁HP［アサバン印刷］、東京高判平成13.10.30判時1773号127頁［交通安全標語2審］、東京地決平成13.6.13判時1761号131頁［サイボウズ仮処分］（侵害肯定）、前掲東京地判［サイボウズ本案］、東京高判平成14.10.29平成14(ネ)2887等最高裁HP［ホテル・ジャンキーズ2審］（侵害肯定）、東京高判平成13.9.27判時1774号123頁［解剖学実習2審］、大阪地判平成16.11.4判時1898号117頁［薬理学論文1審］、東京高判平成16.11.24平成14（ネ）6311最高裁HP［エンブレムサーガ2審］などがある。

[13] もっとも、前述したように、Ｘ特有の用語の共通性は依拠を推認する有力な証拠となりうる。

[14] 学説や思想それ自体は著作権法で保護されないというのが通説・判例である。学説として、中山信弘［脳波数理解析研究論文1審評釈］ジュリ1052号161頁（1994年）、同「著作権法における思想・感情」特研33号5頁（2002年）、田村・前掲注2）64頁・76～77頁注1）2）。裁判例として、大阪地判昭和54.9.25判タ397号152頁［発

また、ＸＹ表現1-41についても、質権の効力及び抵当権との相違点について条文に従って説明しようと思えば似たような叙述とならざるをえないと考えられることから、創作性を否定した裁判所の判断は適切であろう。

他方、ＸＹ表現1-52は、長さの点から見ればＸＹ表現1-14とほぼ同一であり、やや限界線に近いものと考えられる。これについてはＸＹ表現1-14と比較しながら検討することにしたい。

そこで、両判決の結論の分かれたＸＹ表現1-14、2-2-66、2-2-76の検討に移ろう。

１審判決は、これら３箇所について、共通部分の個々の内容は法令・判例・学説等から導かれるものであると認めながらも、一般の法律書に記述されている内容や表現とは必ずしも同一ではないことや、約１～２頁にわたって実質的に同一であることを理由に、侵害を肯定している。１審判決が約１～２頁の「まとまり」が実質的に同一である場合に保護を肯定する理由は、保護を認めた場合の弊害の少なさ、すなわち、後発の創作者の表現の自由を過度に害することにはならない、という点に求めることができよう[15]。１審判決の言葉を借りれば、「誰が作成しても同じような表現にならざるを得ない」のか、それとも「他に異なる表現があり得る」のかということである。1審判決自身は「創作性の幅」という言葉を用いているが、創作性概念を表現の選択の幅と結びつける見解は、近時の学説の考え方を踏襲したものである[16]。ここでは、創作性要件が独自の要件として機能し

光ダイオード学位論文］、東京高判昭和58.6.30無体集15巻２号586頁［光学的縮小投影露光装置２審］、東京地判昭和59.4.23判タ536号440頁［三浦梅園］、東京地判平成4.12.16判時1472号130頁［学士院賞］、大阪高判平成6.2.25判時1500号180頁［脳波数理解析研究論文２審］、前掲東京高判［解剖学実習２審］、前掲大阪地判［薬理学論文１審］、大阪高判平成17.4.28平成16(ネ)3684最高裁HP［同２審］、大阪地判平成17.7.12平成16(ワ)5130最高裁HP［初動負荷トレーニング１審］、大阪高判平成18.4.26平成17(ネ)2410最高裁HP［同２審］。

[15] 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著研28号10頁（2001年）、同・前掲注14）「思想・感情」11～13頁、田村・前掲注２）61～62頁を参照。

[16] 中山・前掲注15）「創作性」２頁、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義―『創作性』の判断構造の検討を中心として―」著研30号139頁（2004年）。なお、中山教授が後発者（競争者）にとっての「選択の幅」を問題とすることに対しては、次の





ているというよりも、事実やアイデアの不保護という原則を実質的に担保するための補完的な要件として機能しているものといえよう[17]。

もっとも、共通部分の量的な観点からみれば、ＸＹ表現1-14と1-52では実質的な差異はない。そこで、１審判決が両者について保護の有無を違えた根拠およびその妥当性が問題となろう。

ＸＹ表現1-14は、債権の二重譲渡における対抗要件に関する記述であり、民法467条や判例のルールを説明したものである。他方、ＸＹ表現1-52は、破産手続における別除権の行使や破産管財人の受戻し等に関する記述であり、旧破産法92・95・96条のルールを説明したものである。１審判決によれば、両者とも法令や判例から導かれる事項を説明したものであるが、前者は一般の法律書の内容や表現と必ずしも同一ではないのに対し、後者は普通に用いられる言葉で表現したものにすぎないと判断されている。１審判決が実際にどの部分を念頭に置いていたかは定かではないが、ＸＹ表現1-52を読むと、別除権の内容が条文に沿って平易に解説されているのに対し、ＸＹ表現1-14を読むと、確定日付を公証人役場で取得するとか、取引先が倒産直前である場合には配達証明付内容証明郵便を速達で送るのが適切であるといった、条文や判例のルールのもとでの具体的な手段が記述されていることが目につく。かりにこうした相違が保護の有無を分けたのであれば、適切ではないと思われる。これらは確定日付の取得方法や倒産直前期における通知方法に関する一般的な例示であり、その表現自体はありふれたものである以上、アイデアが共通しているにすぎないからである。その意味で、ＸＹ表現1-14について、ありふれた表現であることを理

ような異説も唱えられている。例えば、上野准教授は、中山説を「競争法的選択の幅論」と位置づけたうえで、創作性概念を「表現の選択の幅が広く存在する状態において著作者が特定の表現を選択する知的活動を意味するもの」として捉える「創作法的選択の幅論」を提唱する。上野説は、著作者にとっての選択の幅を問題とする点で、中山説と異なっている。上野達弘「著作者の認定」牧野＝飯村編・前掲注２）235～236頁、同「著作物性(1)総論」法教319号166～169頁・167頁注22）（2007年）を参照。

[17] 現在の著作権法における創作性要件が、特許法における新規性・進歩性要件のような独自の要件として意義を有していないことにつき、横山久芳「創作投資の保護」工所法30号147頁注６）（2007年）。

由に創作性を否定した本判決の判断は、妥当であると思われる[18]。

これに対し、ＸＹ表現2-2-66、2-2-76の程度の長さになると、表現上の制約があるとはいえ、事実上、後発の創作者にとって選択肢の幅が拡がることに疑いはないだろう。ある程度表現が似ざるを得ないとしても、他と異なる表現をなしうる場合にまで、あえて先行者と実質的に同一の表現を用いる行為を容認する理由は見出しがたい[19]。よって、ＸＹ表現2-2-66、2-2-76については、著作権侵害を肯定した１審判決の判断が妥当であろう。ありふれた表現であることを理由に類似性を否定した本判決の判断は、やや厳格に過ぎるように思われる。

（ⅲ）従来の裁判例との比較

従来の裁判例を眺めてみても、表現の自由度が小さい部類に属する事案において、少なくともＸＹ表現2-2-66、2-2-76程度のまとまりをもって同一性が認められる場合に、類似性を否定した判決は見当たらないように思われる。以下では、３つの裁判例と比較検討することにしたい。

まず、同一性の程度に着目すれば、大阪地判平成16.11.4判時1898号117頁［薬理学論文１審］、大阪高判平成17.4.28平成16（ネ）3684最高裁HP［同

[18] なお、１審判決がＸＹ表現1-14について創作性を肯定した背景には、ＸＹ表現1-14について著作権侵害を否定すると、ＸＹ文献１の他の共通部分についても、類似性の程度や量的な観点から侵害を否定せざるを得なくなり、Ｙ文献１全体について何ら責任を追及しないことになるとの懸念があったのかもしれない。Ｙ文献１に対して著作権侵害を否定しながら不法行為の成立を認めた本判決にも、同様の懸念を看取しうるところがある。

[19] 従来の裁判例では、家庭教師・学習塾・進学塾を比較し、その特徴・長所・短所を一覧表にまとめたパンフレットに掲載されている17個の短文について、各文章は「毎日曜日の入試モギ試験の結果順がわかり、競争心がわく。」「生徒の依頼心が強くなる。」「よい塾に当たればよいがその逆に当たれば取り返しがきかない。」といったかなり短い１～２文で構成される箇条的文章であるが、ＸＹ表を比較すると、17個のうち9個について要旨のみならず用語の選択、言い回し等の文章表現までが同一ないし極めて類似しており、また残りの８個のうち５個についても要旨が共通していることを理由に、複製権侵害を肯定したものがある（東京地判昭和62.7.10判時1258号123頁［家庭教師協会入会案内］）。この他、東京地判平成7.12.18知裁集27巻４号787頁［ラストメッセージ in 最終号］（田村善之［評釈］ジュリ1113号256頁（1997年）、同・前掲注２）15～17頁）も参照。





２審］との比較が有益であろう。同事件では、京都薬科大学の生薬学教室の責任者であるＹらが執筆し、Bioorganic & Medicinal Chemistry 誌2001年９月号に掲載されたインド人参の成分の薬理学的研究論文について、1997年３月から1999年４月まで研修員（98年３月まで指導教員はＹ）として生薬学教室に在籍したＸが訴外Ｚの指導の下で作成した論文（98年12月末までに完成）との類似性が争われた。

| 〔Ｙ論文〕 | 〔Ｘ論文〕 |
|---|---|
| Clonidine (0.3 to 100 nM) produced a concentration-dependent inhibition of twitch responses on electrically stimulated guinea-pig ileum. The $EC_{50}$ value of clonidine was 4.2 nM. After 90-min incubation with clonidine (10 nM) that gave an initial reduction in twitch height of 69±11%($n$=5), their effective concentrations in the first treatment were less effective to the twitch responses. Namely, $EC_{50}$ value shifted to 15 nM (Table 2). | Clonidine (0.3 to 100 nM) produced a dose-dependent inhibition on twitch response of the ileum; The $IC_{50}$ value of clonidine in this curve response is 4.2 nM. After 90-min prolong with a concentration of clonidine that gave an initial reduction in twitch height of 68.6±11.4% (n=5), or 10 $\mu$M, the original active doses were less effective in causing a reduction in the twitch, $IC_{50}$ value shifted to 15 nM (see Table 2), …… |

（判時1898号128頁より）

前掲大阪地判［薬理学論文１審］は、ＸＹ記載について、個々の表現において類似する点があるものの、それは同一の自然科学上の知見や事実関係を説明しようとすれば、誰が書いても類似した表現とならざるを得ない部分であって、そこに創作性を認めることはできない。また、前後の文章も含めた形で比較すれば、その文章表現や論述の構成は明らかに異なっているとして、類似性を否定した。前掲大阪高判［同２審］も、Ｘ記載について、実験結果等を読者に一義的かつ明確に伝達するために一般的な表現を用いているにすぎず、文章の順序も、実験結果やこれにより導かれる自然科学上の知見を論理的に表現するための一般的なものであるとして、創作性を否定し、ＸＹ記載の具体的表現の相違点も併せて指摘して、類似性を否定している。

本判決と比較すると、類似性の程度に加えて、誰が書いても似ざるを得ない部分であるとか、一般的な表現にすぎないなど、創作性や類似性を否定する際の理由づけが似ている点が注目される。他方、本件に比べると共

通部分の量が少ない点で相違している。前掲大阪地判［薬理学論文1審］は、一般論として、「論文全体として、あるいは論文中のある程度まとまった文章として捉えた上で、個々の文における表現に加え、論述の構成や文章の配列をも合わせて見たときに作成者の個性が現れている場合」には、創作性を肯定しうる旨を説いていることから、ＸＹ表現2-2-66、2-2-76程度の「まとまり」がほぼそのままコピーされたような場合には、著作権侵害が肯定される可能性があろう（東京高判平成13.9.27判時1774号123頁［解剖学実習２審］も参照）。

次に、共通部分の「まとまり」に着目するならば、史実に基づいて、第二次世界大戦において日本の「撃墜王」と呼ばれた戦闘機パイロット西沢広義中尉の経歴等を記述した文章の類似性が争われた、東京地判昭和55.6.23最新著作権関係判例集Ⅲ28頁［エース列伝］との比較が有益であろう。

| Ｘ『日本海軍戦闘機隊付・エース列伝』 | Ｙ「物語／にっぽん歴代撃墜王列伝」 |
|---|---|
| (1) 西沢広義中尉に関する記述 | |
| 太平洋戦争で日米両軍を通じてのトップ・エースとして知られている。<br>大正９年、父酒造治、母みよ志の５男として、長野県の山村に生まれた。高等小学校卒業後、一時生糸工場で働いたが、予科練募集のポスターを見て応募し合格、昭和11年６月乙７期生として採用され14年３月飛練課程を71人中16位の成績で終了、大分空、大村空、鈴鹿空勤務を経て、開戦直前の16年10月、内南洋防空の千歳空に配属された。17年２月、四空に転入してラバウルに進出、２月３日、ラバウル上空の迎撃戦で初撃墜を記録した。<br>･･･（２段落省略）･･･<br>11月飛曹長に進級し、203空に属し厚木から北千島防空に転じたが、19年10月捷号作戦の発動により、北方部隊の一員として24日ルソン島のマバラカットに進出した。翌25日、神風特攻第１次攻撃の直援隊長として列機３機をひきいて出動、F6F の妨害を排除して２機を撃墜、任務を完遂したのちセブ島に着陸したが、乗機を置いて翌26日輸送機で帰還する途上、ミンドロ島カラバン上空で F6F2機に襲撃され戦死した。<br>かねてから空戦では絶対に落とされないと確信していた不死身のエースも、輸送機上ではなすすべもなかった。戦死後、連合艦隊司令長官から全軍布告の２階級特進の栄誉を受けたが、戦争末期の混乱で公報がおくれ、葬儀は22年12月２日に執行され、武会院広範義航居士とおくり名された。<br>･･･（３段落省略）･･･ | まず海軍航空隊のトップ・エース、西沢広義中尉であるが、大正九年、長野県の生まれで高等小学校卒業後、生糸工場につとめたが予科練の募集広告をみて試験をうけ、合格したのだという。<br>昭和十一年六月、乙種飛行予科練習生第七期生に採用され、終了後、大分空、大村空、鈴鹿空をへて、十六年十月、千歳空に配属された。<br>太平洋戦争開始直後の十七年二月、四空に転属しラバウル上空での初の撃墜を記録している。<br>･･･（４段落省略）･･･<br>十月末にまた本土に帰り、十一月、飛曹長に進級、二〇三空に配属されて厚木空から千島の防空に転じた。二十四日、ルソン島に進出し、二十五日には神風特攻隊第一次攻撃隊の直援隊長をつとめ、グラマン F6F 一機を撃墜したが被弾し、セブ島に不時着した。<br>そこで翌二十六日、零式輸送機に搭乗してマバラカットに帰還するとちゅう、不幸にもミンドロ島カラバンの上空で F6F に追撃され、乗機と運命をともにした。<br>空戦では落とされないトップ・エースも、輸送機に乗せられていたのではどうしようもなかった。そこで連合艦隊司令長官は、彼の戦死を全軍に布告、二階級特進をもってむくいた。<br>･･･（３段落省略）･･･ |

（最新著作権関係判例集Ⅲ41～43頁より）

本件と比較すると、一定のまとまりを持った部分（ＸＹ表現2-2-66、2-2-76よりも量は多い）が類似している点、史実に基づいて記述を行うという表現上の制約がある点、叙述の順序が類似している点で共通している。他方、本件では実質的に同一であると評価しうるほど記述全体が具体的表現レベルで類似しているのに対し、エース列伝事件では一部の記述を除いて、具体的表現レベルでは相違が見られる点で異なっている。前掲東京地判［エース列伝］は、史実としての性質上、Ｘ独自の個性的な表現が多いとはいえないことや、具体的表現が大部分において同一であるとは言えないことを理由に、類似性を否定した。しかし、一般論としては、対応部分の具体的表現が全部または大部分共通する場合には複製権侵害を肯定する余地を認めている。

最後に、日照権に関する記述の類似性が争われた東京地判昭和53.6.21無体集10巻１号287頁［日照権］と比較しよう。同事件は、本件のように一般向けの法律解説書という性質に起因する制約（例えば、各項目の記述は見開き２頁以内に収めるとか、一般的な判例・学説の見解を簡潔に叙述する等）がないために、本件よりも表現の自由度が大きいと考えられる事案であるが、本件と同程度のまとまりをもった部分がほぼデッドコピーされた事案である点で、比較対象として適切であろう。

| Ｙ書籍『日照紛争と環境権』 | Ｘ書籍『日照権』 |
|---|---|
| 〔130頁７行目～16行目〕<br>日本では日照と採光が混同されている、といわれることがある。たしかに、日照（妨害）と採光（妨害）とは厳密には同じでない。日照は直射日光（陽光）であり、太陽の位置に見あう一定の方位からしか得られない。これに対し採光は要するに明るさである。これは天空光からでも得られる。ために、日照がゼロになっても、採光がゼロになるということはまずありえない。しかし実際には、日照と採光、日照妨害と採光妨害は重なりあう面が多い。太陽は最も強力な光源である。だから、日照妨害それ自体が室内の照度の著しい低下をもたらすだけでなく、日照を妨害するような建築物はこれまで被害住宅のまわりにあった空間をせまくし、天空量（ある地点から見える天空の面積の全天に対する割合）を低下させる。そのことによって採光を悪化させる。この場合、正確には「日照および採光の妨害」というべきかもしれない。しかし、いずれにせよ日照妨害はほとんどの場合に採光の妨害を伴って現れる。よって両者は事実上不可分の関係にある。 | 〔16頁４行目～17頁１行目〕<br>日本では日照と採光が混同されている、といわれることもある。たしかに、日照（妨害）と採光（妨害）とは厳密には同じでない。日照は直射日光＝陽光であり、太陽の位置に見合う一定の方位からしか得られないが、採光は要するに明るさであり、天空光からでも得られる。だから日照がゼロになっても、採光がゼロになるということはまずありえない。しかし実際には、日照と採光、日照妨害と採光妨害は重なり合う面がきわめて多い。太陽は最も強力な光源だから、日照妨害それ自体が室内の照度の著しい低下をもたらすだけでなく、日照を妨害するような建築物はこれまで被害住宅のまわりにあった空間をせまくし、天空量（ある地点から見える天空の面積の全天に対する割合）を低下させることによって採光を悪化させる。この場合正確には「日照および採光の妨害」というべきかもしれないが、いずれにせよ日照妨害はほとんどの場合に採光の妨害をともなって現われ、事実上不可分の関係にある点が重要であろう。 |

（無体集10巻１号304～305頁より）

前掲東京地判［日照権］は、ＸＹ書籍は日照紛争という限定された範囲のテーマに関する記述であり、著述に用いる参考資料もある程度似たものになると仮定しても、両者の共通部分を比較対照してみると、叙述の順序、用語の選択、いいまわし等、文章表現上の各要素において殆ど同一であることを理由に、著作権侵害を肯定している。この判決のように、日照権という記述対象の制約がある場合であっても、具体的な語彙、語順、叙述順序等の主体的な選択という点に、表現上の創作性を見出すことができるのであれば、本件のＸＹ表現2-2-66、2-2-76に関しても、その具体的な語彙





の選出、語順の決定、叙述順序の決定等にＸの表現上の創作性を見出すことができるのではないだろうか。しかし、前掲東京地判［日照権］と本判決とで結論が分かれたのは、やはり表現の自由度の相違、すなわち、Ｘが主体的に選択できる選択肢の多寡にあるのであろう。

(iv) 本判決以後の裁判例との比較

本判決の後、租税論における原理・原則・定説を分かりやすく解説した入門的教科書について著作権侵害の成否が争われた東京地判平成19.5.28平成17(ワ)15981最高裁HP［現代租税論］が登場した。共通の指導教官の発案のもとＸＹの共著で出版した教科書『租税論』について、新学期を間近に控えた段階で、Ｘの了承が得られないために在庫切れの共著の再版発行ができないという事態が発生し、急遽、Ｙが単独で初学者向けの教科書『現代 租税論』を執筆した（Ｙ主張による）という事案において、判決は、共著『租税論』のＸ執筆部分とＹ単著『現代 租税論』を比較し、類似する部分のうち61箇所について、著作権侵害を認めた。

同事件で問題となった著作物は初学者向けの租税解説書であり、原理・原則・定説を平易に説明するという表現上の制約が存する点で、本件の一般向け法律解説書と共通している。したがって、表現の自由度の観点からみれば、比較対象として最適な裁判例であろう。侵害肯定例のうち限界線に位置すると思われるのが、公債発行の問題点について説明した次の箇所である。

| ＸＹ共著『租税論』のＸ執筆部分 | Ｙ単著『現代 租税論―理論・法・制度―』 |
|---|---|
| 〔８頁14行目～22行目〕<br>しかしながら，問題点も指摘されています。強制的な租税とは違い，公債発行による財政支出の場合には負担感がありません。このため，財政規模の拡大につながる財政錯覚を引き起こす恐れがあります。また，自発的に購入してもらうためには，金利を高くしなければなりません。高金利政策は，経済投資をはじめとして，民間部門に大きな影響を及ぼすでしょう。さらに租税とは異なり，将来的には，債務である公債は償還しなければなりません。 | 〔12頁２行目～９行目〕<br>しかし問題点も指摘されています。強制徴収である租税とは違い，公債発行による財政支出には負担感がありません。このため，財政錯覚を引き起こす恐れがあり，やがては財政規模の拡大をもたらしていきます。また，公債は人々の自発的な購入を期待しているために，金利を高く設定する必要があります。さらに租税とは異なり，将来的には償還しなければならない債務ですから，金利の支払いと償還のために財政の硬直化を招くことがあります。 |

| | |
|---|---|
| 財政規模の拡大や財政の硬直化に加えて，とくに赤字公債の場合には公債費を賄うための増税による将来世代への負担の転嫁も起きるでしょう。 | とくに赤字公債の場合には，公債費を賄うための増税によって，将来世代へ負担の転嫁が起きることが考えられます。 |

（別紙「対照表2」104頁より）

裁判所は、本件のＸＹ表現1-14と同程度のまとまりをもった上記共通部分について、公債発行の問題点として指摘された内容自体は他の文献にも見られる一般的なものであると認めながらも、その具体的表現はありふれたものであるとか、他の表現を選択する余地がないものとはいえず、Ｘの個性が発揮されているとして、著作権侵害を認めている。

他方で、次の租税の転嫁に関する説明箇所について、裁判所は、共通部分は租税の転嫁の定義や具体例を一般的な用語を用いて説明したものにすぎず、表現上の創作性がない部分において同一性を有するにすぎないとして、著作権侵害を否定している。

| ＸＹ共著『租税論』のＸ執筆部分 | Ｙ単著『現代 租税論―理論・法・制度―』 |
|---|---|
| 〔36頁22行目～37頁15行目〕<br>租税はいつの時代においても，どこの国においても嫌われてきました。このことは J.S.ミルが租税負担を犠牲と呼んだことからもわかります。納税者の誰もが，自分の納税額を重すぎると感じて，負担が軽くなることを望んでいるでしょう。たとえば，アメリカで行われた所得税に関するアンケート調査では，所得税を全く支払っていない低所得者までが所得税の負担を重すぎると答えています。このように租税は拒絶反応を起こしかねないほど嫌われていますから，租税を支払わずに済ます方法を考える人がいるとしても当然でしょう。本節では，その方法の１つである租税の転嫁の懸念と形態を取り上げます。<br>租税の転嫁は，課税に対して民間部門で起きる経済現象です。たとえば， | 〔52頁９行目～20行目〕<br>租税の負担は J.S.ミルが犠牲と表現しているように，いつの時代もどこの国においても歓迎されないようです。誰もが，自分の負担が軽くなることを望んでいるのではないでしょうか。租税を支払わずに済ませる方法を考える人もいるでしょう。本節では，合法的に租税を負担しない形態の一つである租税の転嫁を取り上げましょう。<br>租税の転嫁とは，課税の負担に対して民間部門で起きる一つの経済現象です。たとえば，小売売上税が導入されたとしましょう。法律上の納税義務者 |





| | |
|---|---|
| 卸売売上税が導入されたとしましょう。法律上の納税義務者である卸売業者は，課税に対してどのように対応するでしょうか。卸売業者は，負担を転嫁するために，卸売価格に税額分を上乗せするかもしれません。小売業者も同様の行動をとり，最終的には税額分が上乗せされた小売価格を支払うことによって，消費者が売上税を負担することになるかもしれません。 | である小売業者は，課税に対しどのような経済行動をとるでしょうか。<br>一つは，課税の負担を他の人にさせるために，小売価格に税額分を上乗せして販売します。税額分が上乗せされた小売価格を支払う消費者が実質的に売上税を負担することになります。すなわち，納税義務者は小売業者ですが，税を負担する人（担税者）は消費者になりました。 |

（別紙「対照表2」124～125頁より）

上記の共通部分は、租税の転嫁の背景、定義、具体例の順で記述している点で一致しており、その具体的表現についても、具体例が卸売と小売という形で多少相違しているものの、実質的に類似していると見ることも可能であろう。しかし裁判所は、共通部分の記述が一般的な言葉を用いて表現したものにすぎないことを重視して、著作権侵害を否定したのである。

本判決と比較した場合、表現の自由度が比較的小さい著作物において、ある程度のまとまりをもって共通するとしても、共通部分が普通に用いられる言葉で表現したものであると評価される場合には、著作権侵害を肯定することはできないと判断した点で一致している。それゆえ、共通部分の具体的記述がありふれた表現であるか否かという評価によって、著作権侵害の成否が分かれうることを確認した点に、前掲東京地判［現代租税論］の意義を見出すことができよう。

(4) 本判決の評価

以上のように、従来の裁判例は、一般論として、表現上の制約がある場合であっても、一定以上のまとまりを持った部分が実質的に同一であるような場合には、著作権侵害を肯定しうる旨を説いている。本判決も、こうした従来の裁判例の立場を否定するものではない。上述の裁判例を著作物の表現の自由度に着目して整理すれば、表現の自由度の小さい方から順に、自然科学論文（薬理学論文事件）、伝記（エース列伝事件）、一般向け法律解説書（本件）、社会問題解説書（日照権事件）という整理が可能であろ

う[20]。そうすると、伝記ほど表現上の制約はないが、かといって社会問題解説書ほどには表現上の自由も認められない本件の法律解説書に関して、共通部分が法令・判例・学説等から明確に導かれる事項であり、ありふれた表現であると評価される場合には、約1～2頁といった程度のまとまりでは保護に値する創作的表現と見なすことはできない旨を明確にした点に[21]、本判決の意義を見出すことができよう（現代租税論事件との比較も参照）。

もっとも、本判決の類似性判断に関する射程を考えるにあたっては、本判決が著作権侵害を否定しながらも不法行為の成立を認めた点に、留意する必要があろう。不法行為の成否については次節で検討するが、本判決は、民訴法248条の趣旨に照らして損害額を算定し、結果的に1審判決とほぼ同額の26万2638円（1審26万9881円）を損害額として認定している。こうした事案の解決手法から看取できるのは、本件においては書籍の発行・頒布の差止めを回避し、著作権という排他権を一種の対価請求権として扱おうとする態度である。それゆえ、本判決が類似性を厳格に判断した背景には、本件特有の事情が関係しているとも考えられ、その射程は必ずしも広いものではないと解される。

## 三．一般不法行為の成否

### 1．序

本判決は、X各文献には一般人向けの法律解説書として種々の工夫が施されているものの、その表現自体はありふれたものであり、格別な創意工夫が凝らされているとは認められないとして、著作権侵害を否定しながらも、YらがX各文献に依拠してY各文献を執筆・発行する行為は、営利の

[20] なお、水戸重之「『ありふれた表現』の法理」牧野＝飯村＝三村＝末吉＝大野編・前掲注2）9～18頁は、著作物を①芸術作品、②事実作品、③機能作品、④理論作品の4つに類型化したうえで、本件の法律解説書を、④の中でも一般向けに分かりやすく著した実用書（準理論作品）として位置づけている。

[21] 駒田泰土［発言］「シンポジウム『創作性』討論」著研28号45～46頁（2001年）参照。





目的で、X執筆にかかる成果物を不正に利用して利益を得たものであるから、公正な競争として社会的に許容される限度を超えると述べて、Yらの不法行為責任を肯定している[22]。

本判決のように、ありふれた表現が共通しているにすぎないと判断した書籍の出版行為について、不法行為の成立を認めた裁判例はこれまでのところ見あたらない。むしろ従来の裁判例は、著作権侵害を否定した書籍の出版行為に対して民法709条の適用を明確に否定している（後述）。もっとも、周知のとおり、著作権法に限らず知的財産法によって違法視されない行為について不法行為の成立を認める裁判例は少なからず存在する。そこで以下では、従来の裁判例を整理・分析し、本判決の位置づけを探ることにしたい。

### 2．従来の裁判例

知的財産権を侵害しない行為について民法709条の適用を認める裁判例は、情報の模倣行為一般に対して不法行為による救済を与えているわけではない。それらの裁判例は、情報の公共財的性質に鑑み、創作者と利用者の利益のバランスを政策的に決定した知的財産法の趣旨を潜脱することのないよう、慎重に配慮してきた。具体的には、以下のような、知的財産法によっては汲み尽くされていない特殊な事情の存在を認定してきたのである[23]。

[22] なお、本判決は、一般不法行為の成否の検討にあたり、「Xが民法709条に基づき求めている損害賠償請求は、Yらの著作権侵害行為を不法行為とするもののほか、Yらが故意又は過失によって、Xが多大な労力をかけて作成したX各文献のデッドコピーを行い、Xに無断で発行・頒布した行為を不法行為とする請求を含むものである（Xの請求が当初からこの両者を含むものであることについては、平成17年12月22日付けX準備書面により明確にされた。……）」と前置きをしている。しかし、1審におけるXの主張をみる限り、一般不法行為に関する主張は見あたらない。また、判決文からは、控訴審においても、Xは一般不法行為について特段の主張をしていないように読める。そして、上記準備書面の日付から約3ヶ月で判決が出されていることに鑑みれば、Y側の反論の機会が事実上制限されていたように思われ、訴訟手続として疑問が残るところである。

[23] なお、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］が、明

(1) 成果冒用型の不法行為の肯定例

第1に、多大な費用・労力・時間をかけて創作された成果物について、被告が特段の創作・投資活動を行うことなく殊更に模倣したうえ、同種の製品を競合地域で販売したり、情報の鮮度が高い時期に競合サービスに流用する等、フリーライドの態様が悪質であるという事情である。

こうした成果冒用型の不法行為のリーディングケースとなったのが、東京高判平成3.12.17知裁集23巻3号808頁［木目化粧紙2審］[24]である。判決は、天然木目模様という創作的な模様を施すことで商品価値が高められた木目化粧紙について、純粋美術と同視できないとして著作物性を否定しながらも、Yが木目化粧紙の模様をデッドコピーしてY製品を製作し、これ

確性の観点から本件馬名の顧客吸引力へのフリーライドの不法行為該当性を否定したことから、個別の知的財産法で違法視されない行為について民法709条の適用を認めた従来の下級審裁判例の意義が問題となりうる。最高裁は、実在の競走馬の馬名をゲームソフトに無断利用した行為について、各種の知的財産法が禁止権の及ぶ範囲・限界を明確にして第三者の文化・経済活動の自由に配慮している点を重視し、競走馬の馬名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対し排他的権利を認めることはできず、当該馬名の無断利用行為に対する不法行為の成否についても、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確化されていない現時点では肯定することはできない、と判示して、G1優勝馬の馬名には顧客吸引力が認められることを理由に不法行為の成立を認めた原判決を破棄した。

調査官解説によれば、本最判は物のパブリシティ権侵害に基づく不法行為の成立を否定したにすぎず、他の法律構成によって不法行為の成立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説かれている。そして本最判の事案のもとでは、一般不法行為の成立を認めるほどの「特段の事情」は認められないとも説かれている（瀬戸口壯夫［判解］曹時59巻3号225～227頁（2007年））。したがって、東京高判平成3.12.17知裁集23巻3号808頁［木目化粧紙2審］を嚆矢とする従来の下級審裁判例の先例的価値は、依然として失われていないといえよう（田村善之［評釈］法教 294号別冊付録判例セレクト2004・21頁（2005年）、手嶋豊［評釈］私判リ31号57頁（2005年）、井上由里子［評釈］ジュリ1291号273頁（2005年）、諏訪野大「知的財産権非侵害行為による不法行為の成立」紋谷古稀・前掲注2）39～41頁、茶園成樹［発言］工所法30号165頁（2007年））。

[24] 田村善之［評釈］特研14号32頁（1992年）、土肥一史［評釈］判時1439号（判評408号）222頁（1992年）。竹田稔「模倣」発明90巻4号103頁（1993年）も参照。





をX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、X製品の販売価格の維持を困難ならしめたことを理由に、不法行為の成立を認めた[25]。

もっとも、前掲東京高判［木目化粧紙2審］が契機となって、平成5年に、市場先行の利益の保護を目的とする不競法2条1項3号が制定された[26]。同規定は、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定めている。それゆえ、同規定の保護対象外である販売開始後3年を経過した商品のデッドコピー行為については、成果冒用の観点から不法行為の成立を認めることはできない、というのが裁判例の趨勢である[27]。ただし、3年の保護期間経過後であっても、成果冒用という観点とは別に、商

[25] 他にも、断熱サンドイッチパネルの形状について、商品等表示には該当しないとして不正競争防止法2条1項1号の請求を棄却しつつ、当該分野の後発参入業者であるYがX製品の形態を積極的に模倣して各部の寸法までほぼ同一のY製品を製造し、X製品と互換性のある製品であることを利用して圧倒的シェアを誇るX製品からの受注変更を獲得したことを理由に、不法行為の成立を認めた判決がある（不競法2条1項3号施行前の事件として、大阪地判平成8.12.24判不競224ノ320頁［断熱壁パネル］）。判決が製品の互換性を利用した競争行為であることを不法行為を肯定する方向に斟酌している点には、疑問も呈されている。田村善之『不正競争法概説（第2版）』（有斐閣、2003年）282頁注1）を参照。

[26] 詳しくは、田村・前掲注25）282～287頁。

[27] 大阪地判平成9.12.25判不競224ノ477頁［シャーレンチ］、大阪地判平成14.11.28平成13(ワ)11198最高裁HP［家具調仏壇Ⅱ1審］、大阪高判平成15.7.29平成15(ネ)68最高裁HP［同2審］。なお、例外的に、X仏壇の販売から3年9ヶ月後にYが完全な模倣品をXの販売地域と競合する地域において廉価で販売したという事案において、仏壇が投下資本の回収に一定期間を要するライフサイクルの長い商品であることを斟酌して、不法行為の成立を認めた判決もある（大阪高判平成12.9.29平成11(ネ)3070最高裁HP［家具調仏壇Ⅰ2審］）。しかし、結論としては損害の発生の立証がないとしてXの請求を棄却しており、先例的価値に乏しいといえよう。

もっとも、学説においては、3号が保護期間を法定した趣旨が主として競業者の予測可能性や法的安定性を確保する点にあるとすれば、3年の保護期間経過後の模倣行為を容認すると開発者の市場先行の利益の確保を著しく困難にすることが客観的に明らかである場合には、市場先行の利益の確保に最低限必要と考えられる期間内の模倣行為に限り、例外的に不法行為の保護が許容されうる、という見解も提示されている。詳しくは、横山・前掲注17) 150～151頁注29) を参照。なお、後掲注39) も参照。

品形態が商品等表示として周知性を獲得することにより不競法２条１項１号の保護を受けることは可能である[28]。また、公正な競争秩序を破壊する著しく不公正な方法をもって、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も、不法行為の成立を認める余地があるとされている[29]。

この他、従来の裁判例では、一般論として、タイプフェイスについて不法行為法の保護を認めるものが散見された。文字フォントとして媒体に収められて取引されるタイプフェイスは、特に日本語の場合、ひらがな・カタカナ・漢字と文字種が膨大であるためその作成には多大な投資と労力が必要となるが[30]、物品性（意匠法２条１項）を欠くために意匠登録の対象外であるうえ[31]、裁判実務上、美術の著作物と同視しうるような美的創作性を具備していない限り、著作物性は認められないと扱われていることか

[28] 不競法２条１項３号施行後において、3年の保護期間が経過した商品形態について２条１項１号の請求を認容した裁判例として、東京地判平成7.2.27知裁集27巻１号137頁［ローズ形チョコレート本案］、大阪地判平成9.1.30知裁集29巻１号112頁［ROYAL MILK TEA］、東京地判平成9.2.21判時1617号120頁［キッズシャベル］、新潟地三条支判平成9.3.2平成６(ワ)101 LEX/DB 28052732［床下換気孔］、新潟地三条支判平成9.5.30平成７(ワ)53 LEX/DB 28060033［折りたたみ式動物輸送カゴ］、東京地判平成10.2.25判タ973号238頁［ニュータマゴウォッチ］、東京地判平成11.6.29判時1693号139頁［PLEATS PLEASE］、東京地決平成11.9.20判時1696号76頁［iMac］、大阪地判平成14.12.19平成13(ワ)10905最高裁 HP［マグライト］、東京地判平成16.7.28判時1878号129頁［MARINA MILITARE］などがある。

[29] 前掲大阪地判［シャーレンチ］、前掲大阪地判［家具調仏壇Ⅱ１審］、前掲大阪高判［同２審］。なお、前掲大阪高判［家具調仏壇Ⅱ２審］が、特段の事情の存否の判断にあたって、商品の特質や商品開発に要した費用・労力の程度等を考慮することは相当でないと述べていることからも、成果冒用とは別の観点から不法行為の成立を認めるものであることが伺える。

[30] 大家重夫『タイプフェイスの法的保護と著作権』（成文堂、2000年）i～ii 頁、上野達弘「著作物性⑵各論⑴」法教323号164頁（2007年）。

[31] もっとも、写植機用文字盤に搭載されたタイプフェイスについては、文字盤の模様として意匠登録が認められる可能性があるが、その場合でも、文字の配列・間隔等が変更された場合には非侵害とせざるを得ないという問題がある（田村善之『知的財産法（第４版）』（有斐閣、2006年）406～407頁）。





ら[32]、著作権法の保護を受けることも困難である。また、不競法２条１項１号の保護に関しても、書体が商品等表示として需要者の間で周知性を獲得し、その範囲内で混同のおそれが生じるケースは稀であると考えられることから[33]、法の欠缺が存在してきたといえる。そうしたなか、著作物性までは認められなくとも真に創作性のある書体について、これをそっくりそのまま無断使用する行為は不法行為に該当する余地がある旨を説く判決[34]や、同じく真に創作的であり、過去の書体と比べて特有の特徴を備えた書体について、不正競争の意図をもって、その特徴の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たものを制作・販売する場合には、不法行為の成立する余地がある旨を説く判決[35]が登場し、民法709条により補完を図る傾向がみられたのである[36]。

しかし現在では、文字盤に固定された書体のみならずデジタルフォントについても商品の形態として不競法２条１項３号の保護を受けうるとする

[32] 最判平成12.9.7民集54巻７号2481頁［ゴナU上告審］。また、書と同視しうることを理由に書体の著作物性を認めた裁判例においても、文字の形が類似しているにすぎない場合には非侵害とされ、保護範囲は酷似しているものに限定される旨、説かれている（東京地判昭和60.10.30無体集17巻３号520頁［動書Ⅰ］、東京地判平成元.11.10無体集21巻３号845頁［動書Ⅱ］、大阪地判平成11.9.21判時1732号137頁［商業書道］）。

[33] 田村・前掲注２）40頁注１)、同・前掲注25）132頁注５)。不競法２条１項１号の適用を認めた東京高決平成5.12.24判時1505号136頁［リュウミンL-KL２審］も参照。

[34] 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］（田村善之［評釈］ジュリ1015号283頁（1993年））。当てはめにおいて、書体の創作性および機械的複写の存在を否定している。

[35] 大阪地判平成9.6.24判タ956号267頁［ゴナU１審］、大阪高判平成10.7.17民集54巻７号2562頁［同２審］。当てはめにおいて、過去の書体に比したゴナ特有の特徴および書体全体にわたる模倣行為の存在を否定している。

[36] もっとも、X書体をトレーシングペーパーで引き写して模倣し、Y書体を完成させて販売等するYらの行為は不法行為を構成する旨、Xらが主張したところ、「Xらの主張を前提としても、（その主張に係る）Yらの行為がXらの法的利益を侵害するものと解することはできない」と述べて、不法行為の成立を否定した判決もある（東京地判平成12.1.17判時1708号146頁［ポップ用書体］）。

立場が有力であり[37]、書体の販売後３年以内であれば、不正競争の意図等を問題とすることなく、模倣行為から保護されると解される。そこで、３年の保護期間が経過した後の模倣行為に対して、成果冒用の観点から不法行為の成立を認める余地はあるのかということが問題となろう。

この点に関する裁判例は未だ見あたらないが、学説では、タイプフェイスは短ライフサイクル商品ではなく意匠登録の対象外でもあるから、必ずしも保護期間を限定した趣旨に悖ることにはならないことや、販売開始から長期間が経過したようなタイプフェイスについては不正競争の意図の解釈により妥当な解決を図ることも可能であること等を理由に、タイプフェイスの特質に応じた立法がなされるまでは[38]、成果冒用行為に対する不法行為の成立を肯定すべきであるという見解が主張されている[39]。

また、情報収集にかかる投資を不法行為法によって保護したと評価しうる裁判例も存在する。開発に５億円以上、維持管理に年間4000万円もの費

[37] 田村善之『不正競争法概説』（有斐閣、1994年）222頁注４)、渋谷達紀「商品形態の模倣禁止」F.K.バイヤー教授古稀記念『知的財産と競争法の理論』（第一法規、1996年）368～369頁、松村信夫『不正競業訴訟の法理と実務（第４版)』（民事法研究会、2004年）309頁、宮脇正晴「不法行為法によるタイプフェイスの保護―ゴナ書体事件下級審判決の示す要件論を中心に―」L&T 22号55・59～60頁（2004年)、小野昌延編『新・注解不正競争防止法（新版）上巻』（青林書院、2007年）451～452頁〔泉克幸執筆〕など。

[38] 近時の動向として、知的財産戦略本部『知的財産推進計画2007』（平成19年５月31日）46頁において「タイプフェイスに関する保護の在り方について検討し、必要に応じ適切な措置を講ずる」という項目が盛り込まれており、注目される。諸外国の保護状況やウィーン協定に関しては、大家・前掲注30）76～101・105～117・138～161・163～220頁を参照。

[39] 田村・前掲注２）39～40頁、同・前掲注24）299～300頁注２)、宮脇・前掲注37）60頁、上野・前掲注30）164頁。なお、タイプフェイスの場合に限らず、３年の保護期間が経過した後の模倣行為一般について、デッドコピーに加えて競合地域での廉価販売など何らかの特段の事情が加わるのであれば、民法709条の適用を認めても３号の期間限定の趣旨に悖ることにならないのではないか、という指摘もなされている（田村・前掲注25）313頁注２)。橘高郁文「デッド・コピーと不法行為法」小野昌延＝山上和則編『不正競争の法律相談（改訂版)』（青林書院、2002年）258～262頁も参照)。





用をかけて作成された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、データベースの体系的構成には創作性は認められないとして著作権法の保護を否定しつつ、ＹがＸの車両データ12万件のうち、じつに約６万件ないし10万件ものデータをそのまま複製してＹ製品を作成し、これをＸの営業地域と競合する地域で販売したことを理由に、不法行為の成立を認めた東京地判平成13.5.25判時1774号132頁［スーパーフロントマン（中間)］、東京地判平成14.3.28判時1793号133頁［同（終局)］[40]がそれである。

データベースは、その情報の選択または体系的構成に創作性が認められる場合には著作権法の保護対象となる（２条１項10号の３、12条の２第１項)[41]。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（特に網羅型のデータベースの場合)[42]。また、データベースの情報自体は物理的な形態を有していないために、不競法2条1項3号の保護対象外であると一般には考えられている[43]。それゆえ、データベースにおける情報集積活動に対しては保護が欠缺しているといえ、前掲東京地判［スーパーフロントマン］はまさに不法行為法による補完を図ったものと評価することができよう。

さらに近時、Ｙomiuri On-Line に掲載される25字以内のニュース記事見出しについて、ありふれた表現であるとして著作物性を否定しながらも、

[40] 蘆立順美［評釈］コピ486号25頁（2001年)、平嶋竜太［評釈］L&T15号61頁（2002年)、上野達弘［評釈］判時1806号（判評529号）183頁（2003年)、松村信夫［評釈］知管53巻６号649頁（2003年)。

[41] データベースについて著作物性を認めた裁判例として、東京地判平成12.3.17判時1714号128頁［タウンページデータベース］、東京地判平成14.2.21平成12(ワ)9426最高裁HP［新築分譲マンションデータベース（中間)］がある。

[42] 田村・前掲注２）27頁、平嶋・前掲注40）64・68頁注10)。

[43] 田村・前掲注37）215頁、渋谷・前掲注37）372頁注38)、梅谷眞人『データベースの法的保護』（信山社、1999年）106頁、蘆立順美『データベース保護制度論』（信山社、2004年）155～156頁、松村・前掲注37）310頁、小野・前掲注37）452頁〔泉克幸執筆〕。

Xが報道機関として多大な費用・労力をかけた一連の活動の結晶であり、限られた文字数の中で報道ニュースの概要を端的かつ正確に伝達するために相応の苦労・工夫が施されており、単体で取引の対象とされるなど独立した価値を有していることから、YOL見出しの法益性を肯定したうえで、Yが営利の目的をもって反復継続して、YOL見出しをその作成後まもない情報の鮮度が高い時期に実質的にデッドコピーしてリンク見出しを作成し、これを約2万サイトにも及ぶ登録ユーザのHP上に表示させるなど、実質的にリンク見出しを公衆送信する行為について、XのYOL 見出しに関する業務と競合する面があることを斟酌して、不法行為の成立を認める判決が現れた（知財高判平成17.10.6平成17(ネ)10049最高裁HP［ライントピックス2審］[44]）。

同1審の東京地裁は、X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、Y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一蹴していたことから[45]、知財高裁の判断は一種の衝撃をもって迎えられたといえよう。不法行為の成否に関して対照的な判断がなされたのは、知財高裁において、X側がYOL見出しの作成にかかる労力やニュース配信サービスに関するビジネスの実態を丁寧に立証したことが大きいと考えられる。

前掲知財高判［ライントピックス2審］に対しては批判が強いものの[46]、

[44] 潮見佳男［評釈］コピ538号51頁（2006年）、茶園成樹［評釈］知管56巻7号1063頁（2006年）、帖佐隆［評釈］知財ぷりずむ4巻41号1頁（2006年）、諏訪野大［評釈］法研79巻1号97頁（2006年）。

[45] 東京地判平成16.3.24判時1857号108頁［ライントピックス1審］。判旨に好意的な評釈として、蘆立順美［評釈］コピ521号60頁（2004年）、奥邨弘司［評釈］著研31号81頁（2006年）。これに対し、判旨反対のものとして、三浦正広［評釈］岡山商大社会総合研究所報25号49頁（2004年）がある。

[46] 例えば、Y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（Yの行為によってXの投資回収が害されたとは必ずしもいえない）にもかかわらず、Xが掲出したYOL見出し全体に対するY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対して批判がなされている（茶園・前掲注44）1067～1068頁、宮脇・前掲注1）62頁）。他方で、紛争解決の観点からみれば、自己の労苦の結晶であるYOL見出しを無断利用されたうえ、その恩恵をY及び訴外ヤフーが享受しているのであり、Xにおける不満感やXとYらの公平性に鑑みて、少額の損害賠償という形で代償を認めることもやむを得なったという評価もなされている（帖佐・前掲注44）13頁）。なお、判決が損害額の算定にあたり、YOL見出しの使用料相当額を基礎とするのが適切であるとしながらも、実際の使用許諾契約締結例における使用料を下回る額を基礎としたことに対する批判もある（潮見・前掲注44）56～57頁、茶園・前掲注44）1068頁）。





次のような視点から判決を正当化することも可能であろう。すなわち、新聞記事の要約を英語で作成し、オンライン、FAX、印刷物の形態で顧客に頒布・送信するYの行為が問題となった東京地判平成6.2.18知裁集26巻1号114頁［コムライン・デイリー・ニュース］[47]に目を向けると、裁判所は、思想・感情の主要な部分が共通していることを理由に著作権侵害に基づく損害賠償請求を認容したのであるが、学説では、端的に民法709条により解決を図るべきであったという見解が有力である[48]。その理由として、Yサービスは毎朝8時半までに当日の新聞記事の要約を FAXで送り届けるものであるというX主張を前提とすれば、自らは取材源に当たることなく、莫大な人的・物的資源を投入したXの取材活動の成果にフリーライドしたうえ、情報の鮮度に商品価値のある新聞記事を当日のうちに競業行為に流用するYの行為は、これを放置すればX新聞社の取材体制に対する投資意欲が減退し、社会的不利益が生じることが明らかだからである、と指摘されている。こうした視点からは、前掲知財高判［ライントピックス2審］に対して、自らは特段の取材活動を行うことなく、Xの新聞社としての活動が結実したYOL見出しにフリーライドして、ニュースとしての価値が失われないうちに競業サービスに流用するYの行為は、これを放置すればXら新聞社のインターネット上での創作投資意欲が減退し、社会的不利益の発生が明らかであるから、不法行為による救済を図ったものと評価する

[47] 山神清和［評釈］ジュリ 1141号183頁（1998年）、茶園成樹［評釈］『著作権判例百選（第3版）』（有斐閣、2001年）142頁。

[48] 田村・前掲注2）88～89頁。中山信弘監修『IT 時代の報道著作権』（新聞通信調査会、2004年）36～44頁〔横山久芳執筆〕も参照。

ことが可能であろう。

以上、成果冒用型の不法行為の肯定例を整理すると、社会的にみて創作の奨励が望ましい成果物について、現行法のもとでは保護の欠缺が存在する場合や、後発者のフリーライド行為を放置していたのでは社会的不利益の生じることが明らかである場合に、不法行為法による救済を図ってきたといえよう。

(2) その他の不法行為の肯定例

第2に、模倣行為が介在しているものの、他人の成果物へのフリーライドという事情ではなく、①粗悪品の販売により商品の性能・品質に対する信用を毀損する、②無償頒布（原価割れの廉売）により競争者を市場から駆逐する、③契約締結の可能性に対する誤信惹起により本格的な宣伝販売の機会を奪う、④在職中に要職の地位を利用して競業行為を行う、等々の事情に着目して、不法行為の成立を認めたと評価しうる裁判例がある。これらの裁判例は、模倣行為の存在が認められる場合であっても、成果冒用という点を決め手とするのではなく、他の法理に基づいて違法性や不法行為該当性を導いている点に意義がある。

例えば、上記①の事情を重視した裁判例として、京都地判平成元.6.15判時1327号123頁［佐賀錦袋帯］[49]がある。裁判所は、図柄の組合せと構図に独創性がある佐賀錦袋帯について、著作物性を否定しつつ、Ｙが正絹のみから成るＸ袋帯の図柄を参考にして類似の袋帯を制作し、クラフト加工糸を一部使用しているにもかかわらず純粋な正絹であることを示す西陣織工業組合制定の証紙を貼付して、Ｘ袋帯の半額程度の単価で約20本を問屋に販売したために[50]、Ｘが自己の袋帯に類似した品質の劣る袋帯を安価で別途販売しているように誤解され、問屋から多数の苦情を受けたことを理由に、不法行為の成立を認めた（信用回復措置として謝罪広告の請求を認容）。また、近時の裁判例でも、工作機械の主軸に固定される、切削刃を把持する工具ホルダであるミーリングチャックについて、形態の周知表示該当性を否定し不競法２条１項１号の請求を棄却しながらも[51]、Ｘ製品は品質や性能が重要視される工作機械部品において需要者から高い評価を得ていたところ、元取引業者であるＹが、品質性能の劣る形態の酷似したＹ製品を製造し、ＸＹ製品のコード番号を受発注および納品の際に混在させるとともに、Ｙ社カタログにおいてＸ製品の写真等を使用し、更には、Ｘ製品を発注した顧客に対しＹ製品を混交して納品するなどしたために、複数の顧客からＸ製品の性能が低下したものと誤解されるなど、Ｘ製品に対する評価を下落させたことを理由に、Ｙの不法行為責任を認めたものがある（大阪地判平成16.11.9判時1897号103頁［ミーリングチャック］）。

なお、前掲京都地判［佐賀錦袋帯］に対しては、袋帯の図柄の類似性ゆえに苦情が来るということは、問屋段階ではＸ袋帯の図柄がＸを示す商品表示として周知であることを意味していると考えられ、端的に不競法２条１項１号により救済すべき事案であった、と指摘されている[52]。この点を意識してか、前掲大阪地判［ミーリングチャック］は、同規定の請求を棄却する際に、Ｘ製品の取引業者はその品質性能に対する評価や製品に付されたＸ商標に対する信頼に基づいて出所を認識しており、製品形態の酷似性ゆえに出所の誤認混同が生じるおそれはない旨の説示を付加している。もっとも、同事件において、Ｙは製品の形態を酷似させたほかに、様々な態様の混同招来行為を行っている。したがって、不競法２条１項１号が本来予定している混同招来行為（周知の商品等表示と類似する表示を用いて混同を招来させる行為）とは異なるルートでの混同惹起行為（かつ、混同を

[49] 田村善之［評釈］ジュリ1033号110頁（1993年）。

[50] なお、Ｘ袋帯の販売単価は１本12～13万円であるところ、Ｙ袋帯の１本６万２千円という販売単価は、Ｙ袋帯の製造コストが１本約２万５千～３万円であることに照らせば、不当廉売とまではいえない旨説示されている。

[51] 裁判所は、不競法２条１項１号の請求について、Ｘ製品には「NIKKEN」という商標が必ず付されていること、Ｘ製品形態の個々の構成は技術的機能から選択されたものであり、組合せ全体についても、同種製品より際立った形態的特徴であるとは認めがたいものであること、ＸがＸ製品形態の特徴を宣伝広告の対象としてきた事実も伺われないこと等を理由に、Ｘ製ミーリングチャックの形態の周知表示該当性を否定している。そして慎重にも、商品形態の酷似性ゆえに誤認混同のおそれが生じるか否かについても検討し、Ｘ製品の取引業者は、その品質性能に対する評価や製品に付されたＸ商標に対する信頼に基づいて出所を認識している旨を認定して、ＸＹ製品の形態が酷似していることを理由に出所の誤認混同が生じるおそれはないと説示している。

[52] 田村・前掲注49）113頁、同・前掲注25）495頁注５）。

実際に引き起こした行為）が問題になった事例である、と考えることもできよう。

また、上記②の事情に着目した裁判例として、大阪地判平成14.7.25平成12(ワ)2452最高裁HP［オートくん］[53]を挙げることができる。裁判所は、Excel に対応した高知県提出用公共事業関係書式の作成支援ソフトについて、ＸＹソフトウェアにはプログラムの構造が相違することを理由に著作権侵害を否定しつつ、Ｙソフトに含まれる土木関係書式の帳票が記入された Excel ワークシート35枚のうち、22枚（62.8%）はＸが県の制定書式により近い形式となるよう試行錯誤を重ねて作成したワークシートをコピーないし一部改変したものと認められるとして、依拠性を肯定したうえで、Ｘが独立後にＹ顧客を狙い撃ちして営業を行ったことへの対抗措置として、機能面で劣るＹソフトウェアを作成し、Ｘの営業活動を妨害する意図をもって、Ｘソフトウェアの販売が本格的に開始された頃から、Ｘと競合する販売地域（高知県下）においてＹソフトウェア50～100本を無償頒布等した、というＹの行為について、「他人の労力及び資本投下により作成された商品の価値を低下させ、投下資本等の回収を困難ならしめるものであり、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」ことを理由に、不法行為の成立を認めている。

判決の説示上、投下資本の回収阻害に言及していることから、（図利加害目的のある）成果冒用型の一事例として位置づけることも可能なのかもしれないが、事案としては、無償頒布という原価割れの廉売行為によってＸの事業活動を困難にさせるおそれが認められうる（独禁法２条９項２号、一般指定６項〔不当廉売〕）事例において民法709条を適用した判決と位置づけた方が、坐りがよいように思われる。例えば、裁判所は、損害額の算定において、Ｙソフトウェアの無償頒布開始後５ヶ月間で、Ｙの行為が原因でＸソフトウェア（定価20万円[54]）の商談が不成立となった例が27件（Ｘソフトウェア延べ49本）に上ることを認定している。そうすると、不当廉

[53] 関堂幸輔［評釈］岡村久道編『サイバー法判例解説』（商事法務、2003年）201頁。

[54] ただし、同一ユーザに２本以上販売する場合には、２本20万円（各10万円）、５本25万円（各５万円）という形で割引を行う場合もあったことが認定されている。





売による独禁法19条違反が認められた判審決例[55]に照らしても、Ｙが廉売行為の市場において有力な事業者であるか否かに係わらず[56]、５ヶ月間にわたる無償頒布行為によってＸの商談を不成立に追い込む行為は、「具体的な場合における行為の意図・目的、態様、競争関係の実態及び市場の状況等を総合考慮」した場合に[57]、公正競争阻害性を有するものと認められる可能性があろう。

次に、上記③の事情を重視した裁判例として、東京地判昭和63.7.1判時1281号129頁［チェストロン］[58]が存在する。裁判所は、従来の電子楽器の

[55] 東京高決昭和50.4.30判時776号30頁［中部読売新聞社］、公取委同意審決昭和52.11.24審決集24巻50頁［中部読売新聞社］、公取委勧告審決昭和57.5.28審決集29巻13頁［マルエツ］、公取委勧告審決昭和57.5.28審決集29巻18頁［ハローマート］、名古屋地判平成11.2.10審決集45巻475頁［名古屋生コンクリート］。平成17年独禁法改正後の事例として、公取委排除措置命令平成18.5.16平成18(措)３公取委HP［濵口石油］。なお、公取委には不当廉売であるという申告が多数寄せられるものの、その大半は注意・警告によって処理され、正式な審決・判決は非常に数が少ないと言われている（中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』（有斐閣、2001年）247～249頁)。一般指定６項の不当廉売に関する判審決例の詳しい紹介・検討については、中川・同書250～297頁、白石忠志「独禁法事例の勘所 第７回」法教313号96～101頁(2006年）を参照。

[56] 一般指定６項の要件として、廉売の時点で行為者が市場において有力であることが必要であると解するのは適切ではないと説く見解として、白石忠志『独禁法講義(第３版)』（有斐閣、2005年）85頁、同『独占禁止法』（有斐閣、2006年）149～150頁。白石教授によれば、廉売時点において行為者が有力でなくても、他の市場で得た高収益を検討対象市場に注ぎ込むことによって他の事業者の事情活動を困難にさせることは可能であり、従来、有力であることが要件であるかのように論じられてきたのは、有力であれば弊害要件が相対的に満たされやすい場合が多いからに過ぎないものとされている。従来の判審決例においても、行為者の有力性は必ずしも認定されてこなかった点については、中川・前掲注55）290～295頁。

[57] 最判平成元.12.14民集43巻12号2078頁［東京都と畜場］（棄却)。なお、公益目的や公共性が公正競争阻害性を否定する一要因となることを示した判決として、前掲最判［東京都と畜場］、大阪高判平成6.10.14判時1548号63頁［お年玉付年賀葉書２審］(棄却)、大阪地判平成4.8.31判時1458号111頁［同１審］（棄却）（白石忠志［評釈］ジュリ1020号42頁（2000年))。

[58] 小泉直樹［評釈］特許39巻８号973頁（1989年)。

制約を打破したXの携帯用電子楽器について、Yから独占的販売委託契約の申込みがなされ、XY間で契約締結に向けて交渉を続けていたところ、Yは、契約締結の意思を完全に喪失していたにも係わらずその旨を通告せず、Xが契約の締結を期待してX楽器の本格的な宣伝・販売活動を差し控えていたことを奇貨として、Xから購入したX楽器を分解して知りえた情報をもとにY楽器（X楽器の機構に若干の変更を加えた程度で、構造・機能において類似する模倣品）の開発を秘密裏に継続し、開発に成功するや契約締結の意思のない旨を通告して、直ちにY楽器の宣伝・販売活動を大々的に開始した、というYの一連の行為について、不法行為該当性を認めた。

契約法の分野では、契約成立前であっても契約交渉破棄者が一定の法的責任を負う場合のあることが確立しており、一方当事者が契約締結の可能性がほとんどないのに締約に関する誤信を惹起し、相手方がその誤信に基づき行動したために損害を被った場合には、誤信惹起行為それ自体が説明義務違反として違法視されると説かれている[59]。こうした視点からは、前掲東京地判［チェストロン］に関して、模倣行為が介在しているものの、締約意思を喪失していたYの故意による誤信惹起行為に対して不法行為

[59] 契約準備段階における交渉破棄者の責任について、帰責根拠の違いに着目し、「誤信惹起（説明義務違反）型」と「信頼裏切り（契約締結利益侵害＝誠実交渉義務違反）型」に類型化して分析を行う業績として、池田清治『契約交渉の破棄とその責任』（有斐閣、1997年）25～37・329～372頁。近時の最高裁判例において、3当事者以上が交渉および契約に関与しているために、誤信惹起者単独の判断では締約しえない場合であり、かつ、交渉決裂原因を作出したのが他人であった場合（誤信惹起者≠締約権限保有者かつ誤信惹起者≠交渉決裂原因作出者）において、締約が確実であるとの過大な期待を抱かせたことを理由に誤信惹起者の損害賠償責任を認めるものが登場した（最判平成19.2.27判タ1237号170頁）。誤信惹起型における帰責の根拠が誤信惹起行為自体にある点を明確に示した判例として注目されよう。なお、Yには本件サービスを開始する義務はないにしても、交渉段階における信義則上の義務違反を理由に、Xの損害（開発費用等）を賠償する義務を認めることもできた事案（交渉破棄の事例）において、本件サービスを開始する債務の不履行による損害として費用賠償を認めた東京地判平成17.9.21判時1943号46頁も参照。





責任を認めた事例であると位置づけることが可能であろう[60]。

最後に、上記④の事情に着目したと評価しうる裁判例として、大阪地判平成10.3.26平成5(ワ)4983 LEX/DB 28032939［コンベヤベルトカバー設計図］[61]がある。裁判所は、FRP製コンベヤベルトカバーの設計図やカラーサンプルについて、著作物性や営業秘密該当性を否定しながらも[62]、X退職前は営業課長の職にあったYがその地位を利用して、Xの下請先にXからの注文であるかのように装ってY製品製造のためのマスターやモールド等の製作を発注したり、作成に相当の費用・時間を要し一定の財産的価値を有することが明らかなX設計図のコピーを大量に複写して持ち出したうえ、退職後にX設計図とほぼ同一のY設計図を大量に作成し、在職中に入手したX製品のカラーサンプルについてもほぼそのままY製品の営業活動に流用し、更にはY製品のパンフレットの表紙にX製品を設置した現場の写真を掲載した、というYの一連の行為に対して、Yに職業選択の自由があることを考慮しても、社会通念上許容される正当な事業活動の範囲を逸脱し、公正な競争秩序を著しく破壊するものであるとして、不法行為の成立を認めた。

同事件におけるYの行為のうち、Y製品パンフレットにX製品を掲載する行為を捉えて違法性を基礎づけることも可能なのかもしれないが[63]、事

[60] 判決は、Yの行為の違法性について、契約締結を期待して本格的な販売を差し控えていたXを黙示的に欺罔し、Xがスピーロンの開発者として他者に先駆けて本格的に宣伝販売しえたであろう機会を不当に奪ったうえ、模倣品であるY楽器を大々的に販売し、もってXの営業上の利益を故意により違法に侵害した旨説示しており、欺罔行為の存在を重視していることが伺える。

[61] 松村信夫［評釈］知管49巻3号365頁（1999年）。

[62] 裁判所は、X設計図について、一般的な製図法のルールに従ってX製品の形状・寸法等を忠実に表現したものにすぎないとして著作物性を否定したうえ、営業秘密該当性についても、X設計図に表された技術情報はX製品自体から容易に認識することができるものであり、納入先の顧客に対して特別の守秘義務を課していたという事実も認められないとして、秘密管理性ないし非公知性の充足を否定している。営業秘密該当性については、Xカラーサンプルについても同様の判断をしている。

[63] 例えば、実用新案権の対象となっているX社製の輸送機械について、Xと競業関係にあるYが、実際には製造販売を行っていないにも係わらず、X社のカタログに

案としては、営業課長という要職にあったＹには少なくとも利益衝突回避を目的とする黙示的な競業避止義務を認めることが可能であるところ、要職の地位を利用した在職中のＹの行為に対し、忠実義務・職務専念義務違反の責任を追及した判決と位置づける方が、坐りがよいように思われる[64]。

(3) 不法行為の否定例

上記(1)(2)のような特殊な事情が認められないケースでは、情報の自由利用や自由な市場競争という原則論に立ち戻り、不法行為の成立が否定されている。とりわけ近時、情報の模倣行為に対して安易に不法行為による救済を求める訴訟傾向が顕著であることから、これに一定の歯止めをかけるという意味で原則論を強調する裁判例も増えている[65]。不法行為の成立が否定された裁判例は多数にのぼり網羅的に検討することは困難であるので、ここでは、著作権侵害が否定された書籍の出版行為につき不法行為の成否が争われたという点で、本判決と共通する裁判例を概観するにとどめたい。

まず比較すべきは、趣味のお稽古事から仕事に役立つ講座まで様々な分野のスクール・講座情報に関する広告記事を掲載した月刊情報誌の出版行

掲載された当該機械の写真を剽窃して自社の宣伝用カタログに転載する行為は、自由競争の範囲を逸脱して不当にＸの営業活動を妨害する行為であると判示して、Ｙの不法行為の成立の余地を認めた判決がある（京都地判昭和32.9.30下民集８巻９号1830頁［カタログ機械写真］）。同じく傍論ながら、東京高判平成15.1.31平成14(ネ)1292最高裁 HP［パイプ２審］も参照。

64 松村・前掲注61) 376頁注19)。在職中の競業避止義務に関しては、田村・前掲注25) 462～465頁を参照。

65 横山・後掲注66) 37頁を参照。具体的には、東京地判平成13.9.6判時1804号117頁［宅配鮨］、前掲東京地判［サイボウズ本案］、前掲大阪地判［家具調仏壇Ⅱ１審］、前掲大阪高判［同２審］、東京地判平成15.1.28判時1828号121頁［PIM ソフト］、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１審］、東京高判平成16.3.31平成16(ネ)39最高裁 HP［同２審］、前掲東京地判［ライントピックス１審］、東京地判平成16.3.30平成15(ワ)285最高裁ＨＰ［ケイコとマナブ１審］、東京高判平成17.3.29平成16(ネ)2327最高裁 HP［同２審］、前掲大阪地判［初動負荷トレーニング１審］など。





為について不法行為の成否が争われた東京地判平成16.3.30平成15(ワ)285最高裁HP［ケイコとマナブ１審］[66]であろう。事案は、Ｘが平成14年４月にＸ情報誌（東海版、首都圏版、関西版）のリニューアル号を発行し、読者の情報検索や講座内容の把握を容易にする「ツメ見出し」（大分類項目に対応）や「カプセル」（小分類項目に対応）を設けるという編集体系を採用したところ、Ｙが同年８月下旬に、Ｘ情報誌と類似した編集体系に沿って同種の各種スクール・講座情報（ただし、個々の広告記事は基本的に異なる）を掲載したＹ情報誌（東海版）の創刊号を発行、その後、平成15年１月下旬に首都圏版、関西版の創刊号を発行したというものである。判決は、Ｘ情報誌の具体的な編集対象物（＝広告記事）から離れた「ツメ見出し」「カプセル」による分類体系という抽象的な体系的構成は、編集著作物として保護することはできないとして、著作権侵害を否定したうえで、市場における自由競争の理念や言論活動の自由の理念に照らせば、図利加害目的のような特段の事情の認められない限り、Ｙの行為が不法行為を構成することもないとして、Ｘの請求を棄却している[67]。

この事件は、ＸＹ情報誌の性質や読者層が共通している点、広告記事の分類体系や分類配列方法などＸ情報誌の商品価値を構成する主要部分が取り込まれている点、そして、Ｘ情報誌の各リニューアル号が出版されて間もない時期にＹ情報誌の創刊号が次々に発行されている点で、本判決と事案が共通していることから、注目される。

次に、「多湖輝の新頭脳開発シリーズ」と題する年齢別の幼児教育用ドリルの出版行為につき不法行為の成否が争われた東京地判平成15.11.28判時1846号90頁［多湖輝の新頭脳開発シリーズ１審］と比較しよう。Ｙ書籍の制作自体には関与していないＸらが、制作に際して案出した具体的なノ

66 横山久芳［評釈］コピ523号32頁（2004年）。

67 控訴審である前掲東京高判［ケイコとマナブ２審］も、Ｘ情報誌の配列方法、アイコン一覧表、レイアウト等は、著作権法上の保護を受けるものではなく、Ｘがその独占的使用を主張しえる筋合いのものでもないから、Ｙがこれらのノウハウを使用する行為は、それがデッドコピーに当たるなど自由競争の範囲を逸脱したものと認められる特段の事情がある場合を除き、何ら違法性を帯びるものではないとして、Ｘの請求を棄却している。

ウハウ[68]がＹ書籍に無断利用されたことを理由に訴えたという事案において、判決は、Ｘら主張のノウハウはアイデアであって表現それ自体ではないから、著作権侵害は成立しないと述べたうえで、Ｙの本件各書籍の出版行為は、著作権侵害のみならず契約違反にも該当しないのであるから、Ｙの行為にはそもそも不法行為を基礎づける違法性が存しないと説示した。そして、かりに著作権侵害にも契約違反にも該当しない場合に、なお民法上の不法行為が成立する事例があり得るとしても、Ｘらの主張する「シリーズを通じての企画、ノウハウ、プログラム、構成及び信用等の総体」なる概念は極めて曖昧なものであり、当該ノウハウ等は既に他の同種の書籍において使用されていたものでもあるから、民法上も保護に値する利益とはいえないとして、不法行為の成立を否定している[69]。

この判決は、Ｘらが創作活動に従事したとは認められなかった点で特殊な事案といえるが、幼児向け学習教材特有のノウハウが流用されただけでは民法709条による救済は認められないと判断した点で注目される。

### ３．本判決の検討

(1) 本判決の位置づけ

本判決は、不法行為の成立要件として、執筆者が書籍の発行・頒布により受ける経済的利益を被侵害利益として捉えたうえで、他人の書籍に依拠して別の書籍を執筆・発行する行為が、営利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、他人が

[68] Ｘらの主張によれば、①単独の年齢別とすること、②「かず」「ひらがな」「めいろ」等、分野別とすること、③一枚ずつ外して使えるものとすること、④学習意欲を高めるために「おけいこシール」「おべんきょうシール」「がんばりシール」等のシールを利用すること、⑤描いたものを消すことができ、繰り返し練習することができるボードをつけること、などのノウハウである。

[69] 控訴審である前掲東京高判［多湖輝の新頭脳開発シリーズ２審］は、１審の説示に加えて、前掲最判［ギャロップレーサー上告審］と同様の一般論を展開し、Ｘらの主張するノウハウ等が著作権法上保護されないものでありながら、なお不法行為法上保護に値する利益であるということは到底できないと述べて、Ｘの請求を棄却している。





執筆した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、違法性が認められるとしている。そして、Ｙの行為の違法性を基礎づける具体的要素として、①両文献とも、一般人向けにビジネスや日常生活にまつわる法律問題を図表を用いて平易に解説する書籍であること（書籍の性質や読者層の共通性)、②書籍全体の相当部分において、基本的構成、章立て、項目立て、記載順序、文章や図表が類似しており、１～２頁にわたって実質的に同一である部分もあり、Ｘ文献の執筆上の工夫の大部分がそのまま取り込まれていること（商品価値をなす主要部分の取込み)、③Ｘ各文献に依拠してＹ各文献の執筆を行うことで、Ｘ文献１及び３の出版後極めて短期間のうちにＹ文献１及び３の発行を行うことが可能となり、出版社Ｙ5は執筆者への執筆料の支払いを節約することが可能となったこと（費用・労力の節減)、などの要素を斟酌している。

これら①～③の考慮要素をみる限り、Ｘの成果を冒用することによりＹが競争上有利な地位を得ていることを問題としており、成果冒用型の不法行為類型に位置づけることができるように思われる。少なくとも、成果冒用型以外の不法行為、すなわち、信用毀損、不当廉売、締約可能性に対する誤信惹起、在職中の競業行為などに着目した不法行為類型とは明らかに異なっているといえよう。

(2) 本判決の評価

しかし、上記で検討したように、従来の成果冒用型の不法行為においては、現行法のもとでは保護の欠缺が存在する場合や、自由競争の名のもとに後発者のフリーライド行為を放置していたのでは創作投資意欲が減退し、社会的不利益の生じることが明らかである場合など、特別な事情が認められる場合に初めて不法行為による救済を認めてきたといえる。

これに対し、本判決では、成果物の執筆上の工夫に投下された資本・労力の多くが文献作成上のアイデアと同質のものといっても過言ではなく（前掲東京地判［多湖輝の新頭脳開発シリーズ１審］との比較)、上記①において書籍の性質や読者層の共通性など市場の競合性に一応の言及があるものの、上記③で示された後発者の利益は執筆時間や執筆料の節減という程度のもので、それにより後発者が先行者との競争上どの程度有利な地位を得ているのかということが不明確である（前掲東京地判［ケイコとマ

ナブ１審］との比較)[70]。そのうえ、本判決が上記②で考慮している要素は、著作権侵害の成否においてありふれた表現が共通しているにすぎないと判断されたものであり、まさに著作権法が汲み尽くした要素であるといえる。こうした場合にまで不法行為の成立を認めることは、後発者の予測可能性を過度に害する結果、模倣一般が禁止されるに等しい効果をもたらす恐れがあろう[71]。

著作権法によって違法視されない行為について不法行為による救済を図る場合には、アイデアの自由利用や市場における自由競争の原則を無意味なものとしないよう、後発の創作者の文化・経済活動の自由を過度に制約することにならないかという点を、絶えず考慮する必要がある[72]。確かに、保護の必要性が認められる情報と現実に知的財産法が保護している情報との間には、常に間隙が生じているという指摘は、正鵠を射たものである[73]。しかし、知的財産法を創設しようとする者の利益は、立法過程において反映されやすい利益であると考えられることから、そうした利益を保護するか否かの判断は、原則として民主的な決定に委ねておけばよく、司法限りでの介入は謙抑的であるべきではなかろうか[74]。

【付記】本稿は、北海道大学知的財産法研究会（2007年９月８日）および著作権法学会判例研究会（同９月26日 於：専修大学）において報告した内容を中心に、研究会の席上での議論を踏まえて、加筆修正したものである。報告の機会を与えてくださった田村善之先生および斉藤博先生に改めて御礼を申し上げたい。また、後掲の対照表の作成においては、本件原告の小林英明先生のご厚意により、裁判関係資料に接する機会に恵まれた。その他、裁判例の分析に関して、北海道大学大学院法学研究科博士後期課程在籍の大島梨沙氏、同法科大学院在籍の時井真氏からご教示を受けた。記して感謝申し上げる。

[70] 松村信夫「他人の成果の冒用と不法行為」知管57巻６号873頁注22)（2007年)。なお、本判決は、原告Ｘが出版社ではなく著者であったにもかかわらず、Ｘ各文献の売上減退による逸失利益という構成の損害額の賠償を認容している。もっとも、そこでは利益率を定価の10％と見積もっており、この料率が一般的な相場にほぼ合致することに鑑みれば、結局、印税相当額を逸失利益として把握していると理解しうるように思われる（ただし、印税相当額を逸失利益として把握するのであれば、本件において不法行為が肯定されたＹ文献１～３の各発行部数に、定価の10％を乗じることになるとも思われる。そして、これはまさに、１審においてＸが主張していた財産的損害（Ｙ文献１～３の発行部数×各定価の10％＝238万円〔印税相当額〕）である。)。

これに対し、使用料相当額の賠償は、著作権という対世的な禁止権の存在を前提として初めて認められるという立場も十分に考えられる。この立場によれば、著作権侵害を否定した本判決のもとでは、著作権という対世的な排他権が存在しない以上、規範的な損害賠償もなく、割り当て内容もないので、不当利得の請求も無理、ということになろう。しかしながら、先行裁判例である知財高判平成17.10.6平成17(ネ)10049最高裁 HP［ライントピックス２審］は、使用料相当額の賠償は「著作権等の対世的な特定の権利を有することを基礎にするもの」であると認めながらも、「他人の形成した情報について、契約締結をして約定の使用料を支払ってこれを営業に使用する者があるのを後目に、契約締結をしないでそれゆえ無償でこれを自己の営業に使用する者を、当該他人に実損害が生じていないものとして、何らの費用負担なくして容認することは、侵害行為を助長する結果になり、社会的な相当性を欠くといわざるを得ない」と述べて、結論としては、適正な使用料に相当する金額を逸失利益として認定するのが適切であるとしている。そうすると、対世的な禁止権が存在せずとも、社会的相当性の観点から、使用料相当額の賠償を認めることが許容されるのであろう。これに関連して、研究会の席上、本判決の立場のもとで、Ｘに実損害がなく人格的利益も存しない場合に使用料相当額の賠償を認めることは可能か、ということが議論になった。上記の検討を踏まえれば、前掲知財高判［ライントピックス２審］を前提とする限り、Ｘに実損害等が認められなくとも、社会的相当性の観点から、使用料相当額の賠償を認めることが可能であるということになると思われる。

[71] なお、宮脇・前掲注１）65～66頁、横山・前掲注17) 152～153頁注37) の評価も参照。

[72] 井上由里子「パブリシティの権利の再構成―その理論的根拠としての混同防止規定―」筑波大学大学院企業法務専攻10周年記念『現代企業法学の研究』（信山社、2001年）142～143・180～181頁、中山・前掲注48) 55頁〔横山久芳執筆〕。

[73] 横山・前掲注66) 37頁。松村・前掲注70) 860頁の指摘も参照。

[74] 田村善之「競争政策と『民法』」NBL863号91～93頁（2007年)。窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティ―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133巻４＝５号737～748頁（2006年)、同『不法行為法』（有斐閣、2007年）131～133頁も参照。

**対照表**（1審判決別紙「対照表1」「対照表2-2」「複製権及び翻案権侵害に関する当事者の主張並びに当裁判所の判断」をもとに作成）

| | X文献1<br>『図解でわかる 債権回収の実際』 | Y文献1<br>『通勤大学法律コース 債権回収』 | 裁判所の判断 |
|---|---|---|---|
| 1-14 | 84ページ4行目～14行目 | 88ページ4行目～89ページ9行 | |
| | このように、債権の譲受人が二人以上出現した場合の優先権は、どちらが債務者により早く通知をしたか、第三債務者から承諾を受けた者にある。この場合の通知・承諾は、確定日付つきのものでなければならない。注意したいのは、確定日付のある通知が二つ以上あった場合、優先権をもつのは確定日付の年月日の早いほうではなく、確定日付の通知の到達したのが早いほうである。<br>したがって、たとえ確定日付を公証人役場などで早くとっていても、その通知が債務者に届かなければ優先権はない。また、郵便を発送した日が早くても、その到達が遅れれば優先権はない。倒産直前で、他にも債権譲受人が出現する可能性のあるときに、最も適切な通知方法は、配達証明付内容証明を速達で送ることである。いうまでもないが確定日付のない通知をした者と、確定日付のある通知をした者とがいた場合には、それらの通知書が到達した時期を | このように債権の譲受人が二人以上いた場合の優劣は、「どちらがより早く債務者に通知したか、第三債務者から承諾を得たか」にあります。ですから、通知あるいは承諾は、確定日付つきのものでなければなりません（そうでないと証明できません）。<br>確定日付のある通知が二つ以上あった場合に優先権を持つのは、「確定日付の年月日」が早いほうではなく、「確定日付つきの通知の到達」が早いほうであることに注意が必要です。したがって、確定日付を公証人役場で早く取得しても、その通知が債務者に届かなければ優先権はありません。また、内容証明郵便を出しても、その到達が他より遅ければこちらの優先権はありません。<br>つまり、取引先が倒産の危機に瀕しているような場合は、配達証明付内容証明郵便を速達で送ることが確実な方法だということです。なお確定日付のない通知をした者と、確定日付のある通知をし | 〔1審判決〕<br>X表現1-14とY表現1-14とは、約1頁にわたり、債権の譲受人が二人以上いる場合の優先権が、より早く債務者に通知したか、第三債務者から承諾を受けた者にあること、通知承諾は確定日付つきのものでなければならないこと、確定日付のある通知が二つ以上あった場合、優先権を持つのは確定日付の年月日が早い方ではなく、確定日付の通知の到達が早い方であること、したがって、確定日付を公証人役場で早くとっても、その通知が債務者に届かなければ優先権はないこと、郵便を出したのが早くても、その到達が遅れれば優先権はないこと、倒産直前で最も適切なのは配達証明付内容証明郵便を速達で送ることであること、確定日付のない通知をした者と確定日付のある通知をした者がいた場合には、それらの通知書が到達した時期を問わず、確定日付のある通知をした者が優先権をもつことをその順序で記載した点において共通する。上記共通点のうち個々の内容は、法令の内容や判例から導かれる事項であり、創作性の幅は大きくないが、表現上の制約がある中で、一般の法律書や解説書に記述されている内容や表現と必ずしも同一ではなく、X表現1-14の具体的表現についてはXの個性が表現されたものということができる。<br>債権の二重譲渡における対抗要件について記述するのに創作性の幅は大きくないが、他に異なる表現があり得るにもかかわらず、Y表現1-14は、約1頁にわたり、記述の順序を含め、具体的表現において「である」調を「ですます」調にしたことなど些細な違いを除き、X表現1-14と酷似しており、実質的に同一である。 |
| | 問わず、確定日付のある通知をした者が優先権をもつ。 | た者がいた場合には、それぞれの通知書が到達した時期に関係なく、確定日付のある通知をした者が優先権を持つことになります。 | また、上記のとおり、Y表現1-14は、X表現1-14とその使用している用語、論じる順序及び構成に至るまでほぼ同一であり、一般の法律書等に表現されていない部分においても、ほぼ同一の表現が使用されているから、X表現1-14に依拠して再製されたものといわざるを得ない。<br>したがって、Y表現1-14は、複製権侵害に当たる。<br>〔本判決〕<br>X表現1-14とY表現1-14とは、債権の譲受人が二人以上いる場合の優先権が、より早く債務者に通知したか、第三債務者から承諾を受けた者にあること、通知承諾は確定日付のあるものでなければならないこと、確定日付のある通知が二つ以上あった場合、優先権を持つのは確定日付の年月日が早い方ではなく、確定日付の通知の到達が早い方であること、したがって、確定日付を公証人役場で早くとっても、その通知が債務者に届かなければ優先権はないこと、郵便を出したのが早くても、その到達が遅れれば優先権はないこと、倒産直前で最も適切なのは配達証明付内容証明郵便を速達で送ることであること、確定日付のない通知をした者と確定日付のある通知をした者がいた場合には、それらの通知書が到達した時期を問わず、確定日付のある通知をした者が優先権をもつことをその順序で記載した点において共通する。<br>上記共通部分は、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。<br>確かに、上記共通部分は、約1頁にわたるものであり、また、一般の法律書や解説書に記述されている表現と必ずしも同一ではない表現が用いられている部分も含まれているものの、その表現自体がありふれたものであることは否定できず、Xの個性が表現されたものということはできない。 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 1-26 | 110ページ5行目～14行目 | 108ページ3行目～109ページ4行目 | |
| | ①現状凍結型の仮処分･･･売買契約を解除して、納入した商品の引渡しを要求したところ、取引先がそれに応じないため裁判になった場合、判決を得て強制執行する前に、その商品の占有が他人に移されたり、売却・質入れなどの処分をされるのを防ぎ、現状を凍結するために行う仮処分である。この型の仮処分の代表例は、「占有移転禁止の仮処分」と「処分禁止の仮処分」である。<br>②権利実現型の仮処分･･･前の例で取引先が商品の引渡しを拒んでいる理由にまったく根拠がなく、しかも処分禁止の仮処分などをしていては、その商品が陳腐化して商品価値がなくなるなどのさしせまった特別の理由がある場合、正式裁判を経ずに、商品の引渡しそのものを命令する場合がある。このような仮処分においては、申立てた者は完全な満足を得るため、これを満足的仮処分とか断行の仮処分という。 | まず、仮処分には「現状凍結型の仮処分」と呼ばれるものがあります。<br>たとえば売買契約を解除して、納入した商品の引き渡しを要求したところ、取引先がそれに応じないために裁判になったとしましょう。この場合、判決を得て強制執行しようとする前に、その商品の占有が他人に移されたり、売却や質入れなどの処分がなされたりするのを防ぐために行う仮処分が「現状凍結型の仮処分」です。いわゆる「占有移転禁止の仮処分」や「処分禁止の仮処分」などが、これに当たります。<br>次に「権利実現型の仮処分」というものがあります。<br>前述の例のように、相手方が商品の引き渡しを拒む理由もなく、しかも処分禁止の仮処分をしているとしましょう。それにより、商品価値が著しく劣っていくというような特別の理由がある場合において、商品の引き渡しそのものを裁判所に命令してもらうことがあります。これは「満足的仮処分」や「断行の仮処分」などといわれます。 | 〔１審判決〕<br>Ｘ表現1-26とＹ表現1-26とは、仮処分を「現状凍結型の仮処分」と「権利実現型の仮処分」という２種類に分類し、その意義及び例示をした点において共通するが、上記共通点は、法令の内容や判例・学説によって導かれる事項ないしＸの見解であり、表現それ自体ではない。そこに記述されている「現状凍結型の仮処分」や「権利実現型の仮処分」という分類の仕方は、思想ないしアイデアにすぎない。<br>したがって、Ｘ表現1-26とＹ表現1-26は、表現それ自体でない部分又は表現上の創作性のない部分において同一性を有するにすぎないから、複製又は翻案に当たらない。 |





| | | | |
|---|---|---|---|
| 1-41 | 168ページ7行目～12行目 | 140ページ3行目～8行目 | |
| | 質権者＝債権者は、債務が弁済されるまで担保として提供された物を手元に留置することで、債務者に心理的圧迫を加えて弁済を強制する。期限までに債務が弁済されないときは、その物を一定の手続きにしたがって換価して、その代金から優先的に弁済を受けることができる。質権は譲渡可能な物であれば、動産はもちろんのこと不動産、債権、株主権などの財産権にも設定することができる。この点でも、法律上決められた物にしか設定できない抵当権と異なる。 | 債権者は、債務が弁済されるまで担保として提供された物を手元に留置することで、債務者に心理的圧迫を加えて弁済を強制します。これを留置的効力と呼んでいます。<br>そして期限までに債務が弁済されないときは、その物を一定の手続きに従って換価して、その代金から優先的に弁済を受けることができます。<br>質権は譲渡可能な物であれば、動産はもちろんのこと、不動産や債権などにも設定することができます。この点で、法律上決められた物にしか設定できない抵当権と異なります。 | 〔１審判決〕<br>Ｘ表現1-41とＹ表現1-41とは、質権の意義に関し、その留置的効力、優先弁済的効力及び抵当権との相違点を記載した点において共通するが、上記共通点は、法令によって当然に導かれる事項を普通に用いられる言葉で表現したものにすぎず、表現上の格別な工夫があるとはいえない。<br>したがって、Ｘ表現1-41とＹ表現1-41は、法令の内容又は表現上の創作性がない部分において同一性を有するにすぎないから、複製又は翻案に当たらない。 |
| 1-52 | 228ページ2行目～13行目 | 162ページ9行目～163ページ | |
| | だが破産者の特定の財産に対して、抵当権や質権などの担保権をもっていた債権者は、この破産手続とは関係なく、担保権を実行して、個別的・優先的に弁済を受けられる。<br>この抵当権や質権などの担保権は破産宣告を境に別除権と名前を変える。別除権者は、破産手続が進行していても、それには関係なく別除権を行使して自分の債 | また、破産者の特定財産に対して、抵当権や質権などの担保権を有している債権者は、破産手続きとは関係なく担保権を実行して、個別的・優先的に弁済を受けられます。このような抵当権や質権などの担保権は、破産宣告があったときから「別除権」と呼ばれます。そして別除権者は、破産手続が進行していても、それには関係なく担保権を実行して、個別的・優先 | 〔１審判決〕<br>Ｘ表現1-52とＹ表現1-52とは、破産手続における別除権の行使及び破産管財人の受戻し等を記載した点において共通するが、上記共通点は、法令によって当然に導かれる事項を普通に用いられる言葉で表現したものにすぎず、表現上の格別な工夫があるとはいえない。<br>したがって、Ｘ表現1-52とＹ表現1-52は、表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において同一性を有するにすぎないから、複製又は翻案に当たらない。 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 権を回収できる。しかし、破産管財人は破産財団から一般債権者に少しでも多くの配当をする義務を負っている。そこで、破産管財人には別除権者に被担保債権を弁済して、担保物件を受け戻すことが認められているし、別除権者が別除権を行使しなければ、破産管財人がかわって担保物件を換価することもできる。別除権者の被担保債権額より担保物件価額が大きい場合には、その差額を破産財団に組み入れて、一般債権者への配当財源とするのである。その反対に、担保物件だけでは、被担保債権全額が弁済されないときには、別除権者はその不足額について一般の破産債権者とともに、破産財団から配当を受けることができる。 | 的に弁済を受けられます。<br>一方、破産管財人は、別除権者に被担保債権を弁済して、担保物権を受け戻すことが認められています。別除権者が別除権を行使しなければ、破産管財人が代わって担保物権を換価することもできます。別除権者の被担保債権より担保物権価額が大きい場合には、その価額を破産財団に組み入れて、一般債権者への配当財源とするのです。<br>なお、別除権者が、担保物権だけでは被担保債権全額が弁済されないときは、その不足額について一般の破産債権者と共に破産財団から配当を受けることができます。 | |





| | X文献2-2<br>『新版 印鑑・文書・契約の法律』 | Y文献2<br>『通勤大学法律コース 署名・捺印』 | 裁判所の判断 |
|---|---|---|---|
| 2-2-66 | 36ページ～37ページ6行目 | 158ページ～159ページ | |
| | 文書作成日は法律上重要な意味を持ちます。しかし、自分一人で作成した文書であれば自分の思うがままに、また契約書などのように二人以上当事者がいてもその当事者間で共謀すれば、日付をさかのぼらせたり遅らせたりすることができます。したがって、文書に日付さえあればそれが作成日である確固たる証拠になるというわけにはいきません。そのため作成日が非常に重要な意味をもつ場合には、公の機関に文書が作成された日を証明してもらう必要があります。この公の機関に証明してもらった日付が「確定日付」なのです。確定日付を入れてくれるのは公証人役場です。<br>公証人役場に確定日付を入れてもらいたい文書を持参すると、確定日付のスタンプを押してくれます。こうしておけばその文書の作成日を誰に対しても主張することができ、十分な証拠力を持ちます。もちろん、確定日付は持参した当日の日付で押されます。10月1日に行って、きのう押してもらうのをうっかり忘れていたか | 前に述べたように、文書の作成日というのは法律上、重要な意味を持っています。<br>しかし、自分一人で作成した文書であれば、自分の思うとおりに日付を変えることができます。また、契約書のように二人以上の当事者がいても、その当事者間で共謀するならば、日付をさかのぼらせたり、遅らせたりもできます。このようなことから、作成日が重要な意味をもつ場合には、公の機関に文書が作成された日を証明してもらう必要があります。それが「確定日付」です。これは公証人役場で入れてくれます。<br>公証人役場に確定日付を入れてもらいたい文書を持っていくと、確定日付のスタンプを押してもらえます。これにより、その文書の作成日を誰に対しても主張することができ、十分な証拠力を持つものになるのです。<br>確定日付は持参した当日の日付で押されます。たとえば9月1日に行って、8月31日の日付で押してくれと申し出ても、受けつけてはもらえません。 | 〔1審判決〕<br>X表現2-2-66とY表現2-2-66とは、約2頁にわたり、文書の作成日が法律上重要な意味を持つこと、自分一人で作成した文書であれば自分の思い通りに、二人以上の当事者がいても当事者間で共謀すれば日付を遡らせたり遅らせたりすることができること、そのため作成日が重要な意味を持つ場合には、公の機関に文書が作成された日を証明してもらう必要があること、それが確定日付であり、公証人役場で入れてもらえること、公証人役場に確定日付を入れてもらいたい文書を持参すると、確定日付のスタンプを押してくれること、これによりその文書の作成日を誰に対しても主張することができ、十分な証拠力をもつこと、確定日付は持参した当日の日付で押されること、前日の日付で押してくれといっても認められないこと、重要な会議の議事録、相手方の承諾書、メモ、供述書などどんな文書にも確定日付を入れることができること、通常は原本にだけ押してもらえること、印紙が必要な文書には印紙を貼っていかなければならないこと、公証人役場が内容について立ち入ることはないこと、確定日付はその日付以前に作成された旨を証明するものであり、確定日付の日に作成されたことを証明するものではないことをその順序で記載した点において共通する。上記共通点のうち個々の内容は、法令の内容や実務の運用から導かれる事項であり、創作性の幅は大きくないが、表現上の制約がある中で、一般の法律書や解説書に記述されている内容や表現と必ずしも同一ではなく、X表現2-2-66の具体的表現についてはXの個性が表現されたものということができる。<br>確定日付の必要性や手続、意義について記述するのに創作性の幅は大きくないが、他に異なる表現があり得るにもかかわらず、Y表現2-2-66は、約2頁にわたり、記述の順序を含め、具 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | ら9月30日の日付で押してください、などということは認められません。重要な会議の議事録、相手方の承諾書、メモ、供述書など、どんな文書にも確定日付を入れることができますが、通常は原本にだけでコピーには押してくれません。印紙が必要な文書には印紙を貼っていかなければなりませんが、公証人役場が内容について立ち入ってくることはありません。<br>確定日付はその日付以前に作成された旨を証明するものであって、確定日付の日に作成されたことまでを証明するものではありません。 | しかし、重要な会議の議事録や相手方の承諾書、メモ、供述書など、どんな文書にも確定日付を入れることができます。通常は原本にのみ押してもらえます。<br>印紙が必要な場合には、印紙を貼っていかなければなりません。しかし、文書の内容については公証人役場が立ち入るわけではありません。<br>なお確定日付は、文書がその日付以前に作成された旨を証明するものであり、確定日付の日に作成されたことを証明するものではない点に注意が必要です。 | 体的表現において「である」調を「ですます」調にしたことなど些細な違いを除き、X表現2-2-66と酷似しており、実質的に同一である。<br>　また、上記のとおり、Y表現2-2-66は、X表現2-2-66とその使用している用語、論じる順序及び具体例に至るまでほぼ同一であり、一般の法律書等に表現されていない部分においても、ほぼ同一の表現が使用されているから、X表現2-2-66に依拠して再製されたものといわざるを得ない。<br>　したがって、Y表現2-2-66は、複製権侵害に当たる。<br>〔本判決〕<br>X表現2-2-66とY表現2-2-66とは、文書の作成日が法律上重要な意味を持つこと、自分一人で作成した文書であれば自分の思い通りに、二人以上の当事者がいても当事者間で共謀すれば日付を遡らせたり遅らせたりすることができること、そのため作成日が重要な意味を持つ場合には、公の機関に文書が作成された日を証明してもらう必要があること、それが確定日付であり、公証人役場で入れてもらえること、公証人役場に確定日付を入れてもらいたい文書を持参すると、確定日付のスタンプを押してくれること、これによりその文書の作成日を誰に対しても主張することができ、十分な証拠力をもつこと、確定日付は持参した当日の日付で押されること、前日の日付で押してくれといっても認められないこと、重要な会議の議事録、相手方の承諾書、メモ、供述書などどんな文書にも確定日付を入れることができること、通常は原本にだけ押してもらえること、印紙が必要な文書には印紙を貼っていかなければならないこと、公証人役場が内容について立ち入ることはないこと、確定日付はその日付以前に作成された旨を証明するものであり、確定日付の日に作成されたことを証明するものではないことをその順序で記載した点において共通する。上記共通部分は、約２頁にわたるものであり、用語等において同一性はあるものの、法令の内容や実務の運用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。 |





| | | | |
|---|---|---|---|
| | | | えない。 |
| 2-2-76 | 216ページ11行目～217ページ２行目(あ)<br>218ページ１～７行目(い) | 178ページ～179ページ6行目 | |
| | (あ)<br>このような示談をした場合には必ず示談書を作成しておくべきです。契約の一般原則通り、口頭だけの示談（和解契約）も有効ですが、示談というのはすでに紛争が生じている者同士で行うのですから、その内容を書面にしておかないと新たなる紛争を生じる可能性がきわめて高いからです。<br>せっかく話し合いがついたのなら、もう一歩、その内容を書面にして、当事者双方の署名か記名捺印をもらっておくことを心がけなければなりません。<br>(い)<br>示談書には「本和解条項のほか双方とも今後一切の異議申立てはしない」「両当事者には本和解条項以外一切の債権債務関係がない」という旨の請求権放棄条項、債権・債務関係不存在確認条項を記載します。示談契約は、当事者間の争いを最終的に解決するための契約ですので、今後再び紛争が起こらないようにしなければならないからです。 | 示談が成立した場合、必ず示談書を作成しなくてはなりません。<br>もちろん、示談も契約の一種ですから、口頭だけでも有効に成立します。しかし、示談というのは、既に紛争が生じている当事者同士で行うものであるため、示談内容を書面上で明確にしておかないと、再び争いが起きることは目に見えているからです。<br>せっかく、話し合いで示談が成立したのですから、さらにそれをきちんと書面にしたうえで、当事者双方の署名（記名）、押印をすべきといえるでしょう。<br>示談書には、「本契約条項のほか双方とも今後一切の異議申立てはしない」や「両当事者には本和解条項以外一切の債権債務関係がない」という旨の「請求権放棄条項」、あるいは「債権債務不存在確認条項」を盛り込むようにします。というのは、示談は当事者間の争いを最終的に解決するためのものであり、今後再び争いが起きないようにしなくてはならないからです。このように示談は | 〔１審判決〕<br>　X表現2-2-76とY表現2-2-76とは、約２頁にわたり、まず示談が成立した場合書面を作成することが必要であること、口頭だけでも有効であるが、既に紛争が生じている者同士で行うものであるから、内容を書面にしておかないと新たな紛争が生じる可能性が高いからであること、せっかく話し合いがついたなら、その内容を書面にして当事者双方の署名か記名押印をもらうべきであること、示談書に請求権放棄条項や債権債務関係不存在確認条項を記載すべきこと、今後再び紛争が起こらないようにしなければならないからであること、示談をすれば再び争えないのが原則であること、事実関係の正確な把握が必要であることをその順序で記載した点において共通する。上記共通点のうち個々の内容は、法令や判例・学説及び実務の運用から導かれる事項であり、創作性の幅は大きくないが、表現上の制約がある中で、一般の法律書や解説書に記述されている内容や表現と必ずしも同一ではなく、X表現2-2-76の具体的表現についてはXの個性が表現されたものということができる。<br>　示談書の意義や必要性、記載事項及び効果等について記述するのに創作性の幅は大きくないが、他に異なる表現があり得るにもかかわらず、Y表現2-2-76は、約2頁にわたり、記述の順序を含め、些細な違いを除き、X表現2-2-76と酷似しており、実質的に同一である。<br>　また、上記のとおり、Y表現2-2-76は、X表現2-2-76とその使用している用語や論じる順序に至るまでほぼ同一であり、一般の法律書等に表現されていない部分においても、ほぼ同一の表現が使用されているから、X表現2-2-76に依拠して再製されたものといわざるを得ない。 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | したがって、示談をすれば同じ件を再び争えないのが原則です。示談書を作成する際には事実関係を正確に把握し、この示談書の内容で後日不満を持つことがないように慎重に行うべきです。 | 後日、再び争うことができないのが大原則です。<br>よって、示談書の作成には、事実関係を正確に記載し、後に不満を残すことのないようにしなくてはなりません。安易な気持ちで署名・押印をしないことが大切です。 | したがって、Y表現2-2-76は、複製権侵害に当たる。<br>〔本判決〕<br>X表現2-2-76とY表現2-2-76とは、まず示談が成立した場合書面を作成することが必要であること、口頭だけでも有効であるが、既に紛争が生じている者同士で行うものであるから、内容を書面にしておかないと新たな紛争が生じる可能性が高いからであること、せっかく話し合いがついたなら、その内容を書面にして当事者双方の署名か記名押印をもらうべきであること、示談書に請求権放棄条項や債権債務関係不存在確認条項を記載すべきこと、今後再び紛争が起こらないようにしなければならないからであること、示談をすれば再び争えないのが原則であること、事実関係の正確な把握が必要であることをその順序で記載した点において共通する。<br>上記共通部分は、法令や判例・学説及び実務の運用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。 |