

## 技術的思想の保護をめぐる著作権法と特許法の関係

川 口 博 也

コンピュータ・プログラムの保護をめぐる通産省のプログラム権法案と文化庁の著作権法改正案の調整の結果、昭和六〇年六月成立の著作権法の一部改正により、コンピュータ・プログラムは著作権法の保護を受けることになったが、本稿は、無体財産権法全体の体系的理解の一ステップとして、技術的思想の保護を目的とする特許法と文化財一般ないし知的活動の成果一般の保護を目的とする著作権法の基本的な関係を整理しようとして試みたものである。

### 一 保護対象

特許法は技術的思想を保護するのに対し、著作権法は思想自体を保護するのではなく、内面的形式を含む表現

形式のみを保護するものであるとの考え方が一般に支持されているようであるが、まず、この点を再考してみたい。内面的形式は、作品の基本的モチーフ・構成・ストーリー性などを含むものと理解されているので、これを思想自体というか、その表現形式であるというかは、多分に言葉の問題だという一面もある。しかし、内面的形式は外面的形式の抽象化によって認識できるものである点を考慮すると、これを思想自体だといわないで表現形式として捉えなければならない理由、つまり、思想自体とその表現形式をあたかも異質な別のものであるかの如く二分する方法（以下には二分法と略称する）の根拠を考え直してみる必要が感じられる。二分法の適用の実態をみると、後に例証するように、抽象度の高いものは著

著作権法で保護されない思想自体に、そして、逆に、具象度の高いものはそれにより保護される表現形式に当ると判断されている。これは、保護対象に当るか否かの実質的判断基準が抽象度・具象度であって、その対象が同質のものであることを示唆していると、理解できる。思想は表現されてはじめてその法的保護が問題になるもので、とくに、その表現形式だけが保護されるといふ構成にメリットがあるとは考え難く、むしろ、所与の表現形式を通して認識できる、一定の具象度を有する思想自体が保護対象であると考え方が、保護対象該当性の実質的判断基準を明確にすると共に、無体財産権法全体の保護対象該当性判断の整合性を確保するのに役立つといえよう。例えば、意匠は「物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起させるもの」といふように、その表現形式によって定義されているが、意匠法の保護対象はその表現形式を通して認識される美的思想自体だと解されている。

以下には、アメリカ判例により、上記の主張の根拠を例証しておきたい。ここでも、日本の判例・学説と同様、二分法を適用するものが主流のようなので、まず、それ

を分析する。

精神病院での患者の実験データをまとめた学術レポート(原告の著作物)の著作権が、これを読んだ劇作家の脚本(被告の著作物)によって侵害されたか否かが争われた事例で、次の争点についていずれも権利侵害は成立しないと判断されている。自分がキリストであると信じている者どうしを対決させその確信がどう変るかをみる手法が双方の著作物で用いられている点について、この手法を芸術的にどう取扱うかは保護対象に当るが、この手法自体は著作権法によっては保護されない思想自体であると判断されている。双方の主人公が自分をキリストだと信じており、双方の著作物に精神科医が登場するという筋も保護対象である表現手段に当らず、また、主人公の性格描写についても芸術上まったく異なる人物像として描かれているとされている。<sup>(2)</sup>

同様に、自分の服役中の生活をまとめた物語り(原告の著作物)の著作権が、それに基づいたテレビ映画(被告の著作物)により侵害されたか否かが争われた事例において、服役中に法律を勉強した元囚人の物語りという抽象的レベルでは両者は共通するが、被告のテレビ映画

では主人公の社会復帰後の弁護士としての活躍に重点がおかれているのに対し、原告の物語りにおいては主人公の服役中の生活や更生のための努力が主に描かれているうえ、筋、主人公の性格描写、文芸的手法もまったく異なるという理由で著作権侵害に当たらないと判断されている。テーマ、主人公、場面などの新しい表現方法を創出した著作者が、そのテーマなどを独占的に利用できること、著作権法は、そのテーマなどの具体的展開や利用の余地を狭くし文芸的創作活動を促進するというよりも、むしろ、阻害することになる、と考えられているためである。<sup>(3)</sup>

これに対し、比較的少数であるが、対象の抽象度・具象度が保護対象該当性の判断基準であると明言している判例もある。ターザン物語（原告の著作物）が、その映画化作品（被告の著作物）によって侵害されたか否かが争われた事例である。ジャングルに住むターザンと文明社会から来たジェーンの恋物語というもともと抽象度の高いレベルでは両作品は類似するが、このレベルは保護対象に当たらず、全体の内容、登場人物、出来事など具象度の高いレベルは保護対象に当るが類似性がないから著

作権侵害にならないとされる。内容についていうと、原告の著作物はターザンの生来の性質・育ち・出自の探究などの描写に重点をおき、ヒロインジェーンとの出会いはその一部にすぎないのに対し、被告の映画ではジェーンの関心を中心に物語が展開し、ターザンの生い立ちや両親は殆んどふれられていないので、類似性がないと判断されているのである。<sup>(4)</sup>

全文三五頁の子供用絵本（原告の著作物）の著作権が、雑誌に掲載されている二頁の絵入り物語、および、テレビ用寸劇により侵害されたか否かが争われた事例でも、迷子になった子供にとっては、他人の目にはそう見えなくても、母親が世界中で一番美しいというテーマや迷子が他人の助力で母親に再会できるという筋に関しては、両著作物は共通であると認めながら、原告の著作物では、場面がウクライナで、家の様子、母子の性格が描写されているのに対して、被告の絵入り物語の挿し絵によると場面がアフリカになっていて点や登場人物の性格描写がないなど具象的要素に重点をおいて、両著作物は、雰囲気・細部・性格描写を含む全体の印象は異なり、侵害は成立しないと判断されている。判旨は、抽象度の高いテ

「マヤ筋は保護対象に当たらない」とは明言していないが、保護対象該当性の判断をする際具象度の高い要素を重視しているのとみてよいであろう<sup>(5)</sup>。一般に、複数の著作物を比較する場合、具象的要素を捨てれば捨てる程、そこに共通のパターンが成立してくるから、同一思想について他の著作者の創作活動の余地をある程度残すことができ、抽象度をもって、保護対象の限界としていけると理解してよいであろう。特許法においても、抽象的な思想は保護されないとの原理は確立しており、当業者が容易に実施しえる程度の具体性のある特許請求範囲の記載を基準にして、例えば、均等物などある程度の抽象化を許容して特許権の技術的範囲が決定されるのである(特三六条四項・七〇条)。発明の困難性は著作物創作性のそれよりも一般に高い、権利取得の困難さにおいても同様であり、しかも、権利存続期間は著作権の方がはるかに長期であることなどを考慮すると、著作権侵害の要件としての類似性などを判断すべき抽象性のレベルは、特許権の技術的範囲の限界を画する抽象度よりも低い、つまり、著作権の保護範囲の具象性はより高くそれだけ狭いと解すべきであろう。

- (1) 紋谷暢男・著作権と工業所有権との関係・ジュリスト 六九二号六〇頁(一九七九・六・一)——本稿よりも、よりひろい観点から包括的に問題点が検討されている。
- (2) Rokeach v. Avco Embassy Pictures Corp, 197 USPQ 155, 157, 160—61 (D. C., S. D. N. Y. 1978)
- (3) Miller v. CBS, Inc, 209 USPQ 502, 504—05 (D. C., C. D. Ca. 1980)
- (4) Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc, 215 USPQ 495, 506 (2d Cir. 1982)
- (5) Reyher v. Children's Television Workshop, 190 USPQ 387, 391—92 (2d Cir. 1976)

## 二 法的地位の比較

思想自体が著作権法の保護対象だと考えると技術的思想も学術著作物または知的文化的精神活動の所産として著作権法により保護されることになり、技術的思想の保護を目的とする特許法とも関連する問題が生じる。これに係る主な問題点を次に検討する。

### (一) 権能の比較

特許法は技術的思想を技術として利用する地位を「実施」の概念(特二条三項)により保護するのに対し、著

作権法においては技術的思想は録音・録画物として無形的複製権により保護されることもあるが、主として技術的複製権により保護されることもあるが、主として技術的複製権により保護されているところ、文獻として有形的複製権により保護されているところ、いずれの複製権の行使によっても技術的效果は生じない(例外―著二条二項一五号ロ)。しかし、コンピュータ・プログラム(すべて映像を伴うビデオゲームのそれである)を著作物として保護する判例が確立したのに伴い、それを技術として利用する地位が上映権(著二六条)により保護されることとなった。<sup>(6)</sup>さらに、昭和六〇年六月の著作権法改正により、違法に複製されたプログラムの使用行為(プログラムを技術として利用する行為)が、使用権限取得時の悪意を要件としてであるけれども違法とされたので(著一一三条二項)、コンピュータ・プログラムを技術として利用する地位がそれだけひろく著作権者に認められ、その意味で特許法による保護に近づいたといえる。これは、コンピュータ・プログラム自体が技術としての性格をもつ特殊な著作物であることによる著作権法の変質として理解できる。

## (二) 独禁法の適用除外との関係

著作権の行使は、特許権の行使と並んで、独禁法の適

用から除外されているが、両者は権能その他にかなりの相違があるので、同様の適用除外の根拠が妥当するのかを検討する。日本の事例がほとんどないので、アメリカの事例によるが、日本の独禁法二三条の「権利行使」の概念を、アメリカの合理性の原則による利益考量により構成する方法をとれば、アメリカ判例の分析の成果は、日本の独禁法二三条の解釈に転用しうる余地は大きいと思われる。

著作権の行使が、一定の場合、反トラスト法違反と判断されるのは、特許権の行使の場合と同様である。例えば、上映権の行使、より特定すれば上映許諾に付随する制限が、シャーマン法一・二条違反とされた、連邦最高裁判決がある。全米の五大映画製作・配給会社が、映画フィルムを映画館に賃貸し上映許諾を与えるに際し、実質上統一的な最低入場料の定めを課していた事案において、五大映画会社間の水平的共謀およびそれらと映画館との垂直的共謀による上映価格の決定は、映画館相互間の入場料金による競争が規制されるので違法だと判断されている。その際、特許権者でさえも価格拘束を含む実施許諾によって業界全体を規制しえないのであるから、

特許権より強力でありえない著作権については、特許権行使についての反トラスト法違反の判断を下した先例が妥当すると述べている。また、他の映画の上映を条件に、製作前の映画の上映を一括許諾する、いわゆる一括予約制 (block booking<sup>(8)</sup>) も抱き合せ条項を禁止する特許判例に反するとされる。

次に、著作権の行使が、競争制限効果を有するにもかかわらず、それが持つ著作権法上の有益な効果を優先させ違法とは判断しないのは、どのような場合かを検討する。

アメリカの二大音楽著作権団体である、ASCAPとBMIが提供している包括利用許諾 (blanket license) — 許諾者のレパートリーに属する全曲目を一括して利用許諾する制度) には、次のような競争制限効果が認定されている。団体に属する著作権者相互間の競争がなくなり、それ程人気のない曲目の許諾者の売上高が個別取引の場合にくらべて大きくなるばかりではなく、人気のある曲目の許諾者も、個別取引によると包括許諾による利用者のすべてがその曲目の利用許諾を求めるとは限らないので、同様の利益を受けるのに対して、利用者側は

利用する曲目の量(経費)を調整できない。しかし、演奏権市場の特殊性のゆえに、利用者がバー、レストラン、ナイトクラブなどの小規模事業者である場合には次のような合理性が認められるので全体として違法性はないとされる。すなわち、この市場には数千の売手買手が存在し個別取引の経費が大きいので売手側の結合に規模の利益(取引効率の向上、個別取引よりも経費が小)が認められる外、一部曲目の許諾の場合には許諾者は監視する必要があるが包括許諾によるとそのための経費を節約できる。また、利用者(小規模事業者)側にも、リクエストに応える場合など演奏曲目を事前に知りえないことによる困難や個別的利用許諾を著作権者に求める困難を回避できるメリットがある。

利用者がCBSのような巨大テレビネットワークである場合には、前記の競争制限効果の存在にもかかわらず、相当な時間をかければ、個別取引のための機構を作り著作権者から直接に個別の利用許諾をえることも可能であって、そのための経費・時間も負担になるとはいえないので、違法な取引制限に当たらないとされる。

このように、比較考量される利益の具体的内容は、特

許権の行使の場合と異なっていないでも、利益考量により反トラスト法の適用を除外するという抽象的レベルでは、著作権の行使と特許権の行使に共通の構成が妥当している。

次に、特許法と著作権法の法的保護の具体的相違が、著作権の行使と特許権の行使を同列に独禁法の適用から一般的に除外することの合理性に影響を与えるか否かを検討する。それぞれの一般的適用除外の根拠は、それぞれの権利保護の立法政策的要請の強弱に係る問題であると思われるが、それはそれぞれの法により与えられる権能などの全体を一体として比較し確認すべきものである。ところで、特許権の排他効は独立別個の発明者に対して及ぶのに対して、著作権のそれは独立別個の著作者に及ばない点だけを捉えると、特許権保護の立法政策的要請の方が著作権保護のそれに比べて強いといえるが、権利取得や国際的保護の容易性、保護期間からみると逆の結論が出るように、いずれの立法政策的要請がより強いかを確定するのは困難である。少くとも、著作権保護の立法政策的要請が特許権保護のそれよりも弱いとはいえないであろう。その意味で、著作権の行使を特許権の

それと同列に、独禁法の適用から一般的に除外するのは立法論として妥当でないとの結論を導くのは難しい。これは、それぞれの権能等の具体的相違が、所与の権利行使を独禁法の適用から除外すべきか否かの具体的判断において考慮されるのとは別問題である。

### (三) 国際的保護

著作権は著作物の創作時に当然発生するのに対し、特許権は出願に対する国家の権利付与行為により発生するという国内法上の相違を反映して、著作物の国際的保護は発明のそれに比べて、より容易で経費もかからない。もっとも、コンピュータ・プログラムについては、保護が求められている外国の国内法上それが著作物として保護されていなければならないが、主要な先進工業国はその方向に進んでいる。

保護が求められている外国が、ベルヌ条約同盟国であるか万国著作権条約締約国であるかにより、国際的保護が違ってくるので以下に分説する。

#### (1) ベルヌ条約同盟国

同盟国の国内法が内国民待遇の原則により著作者に認める権利およびその行使は、いかなる方式の履行をも要

せず、しかも、著作物の本国（同条約五条四項）における保護から独立しているとされるので（同条約五条二項）、同盟国において、同盟国国民および一定の場合の非同盟国国民の著作物は無方式かつ自動的に保護される（同条約三条）。一九八三年一月一日現在で、アメリカ・フィリピン・スペインおよび一部の中南米諸国の方式主義国を除いて、七四カ国が同盟国になっており、上記の国際的保護を与える国が数のうえでは主流である。

(2) 万国著作権条約締結国

締結国においては、国外で最初に発行された外国人著作物のすべての複製物に一定の著作権表示（著作権者名、最初の発行年および©の記号よりなる）がなされていると、保護が求められているその締結国の国内法が課している方式の履行が免除されるが（同条約三条一項）、免除される方式はベルヌ条約の場合よりも狭く解され、著作権の発生・存続要件としての方式のみを意味し、権利行使の要件としての方式は含まれていないとされる<sup>(11)</sup>。例えば、アメリカ著作権上の訴訟要件としての著作権登録は免除対象に当たらないので（同条約三条三項）、アメリカにおいては著作権登録がなされていないと著作権侵害訴訟

訟は却下される。このように、一定の方式を履行しないと、締結国における著作物の国際的保護が制約されるが、それでもなお、発明の国際的保護に比べ、より容易でしかも経費を要しないことを、アメリカ著作権法により例証する。

① 著作権表示

著作権者の許諾に基づいて公衆への流通過程におかれた、可視的複製物およびレコード（外国で発行された物を含む）については、万国著作権条約三条一項所定のそれと同様の表示義務が課せられており（アメリカ著四〇一条a項）、無表示の著作物が発行された場合においては、その発行前にすでに著作権登録がなされているときを除き、または、その発行後五年以内に著作権登録をなし、かつ、表示の不存在を知った後に合州国内において公衆への流通過程におかれたすべての可視的複製物またはレコードに著作権表示をなす適正な努力がなされているときを除き、著作権は消滅する（アメリカ著四〇五条a項2号<sup>(12)</sup>）。侵害者に対する関係においても、その侵害者が他人の著作物を複製していることを認識していても、著作権表示の不存在の故に権利侵害にならないと誤信し

たことに合理性が認められる場合においては、その侵害者は、その著作物に係る著作権登録が存在している旨の現実の通知を受領する前に完了した侵害行為については、現実および法定額の損害賠償責任を負わない外、裁判所の裁量いかんによっては利得返還や差止の請求にも応じなくてもよい（アメリカ著四〇五条b項）。

著作権表示に誤りがある場合は、著作権の消滅という強力な制裁はないが、やはり、著作権の行使は制限される。著作権者名に誤りがある場合、著作権者の許諾に基づき公衆への流通過程におかれた複製物の表示を信頼し、著作権者として表示された者からの権利譲渡または利用許諾に基づいて善意で侵害に当る事業を開始した者は、<sup>(13)</sup> 真実の著作権者に対し権利侵害の責任を負わない。但し、侵害者の事業開始前に、真実の著作権者名義の著作権登録または移転登録がなされているときはこの限りではない（アメリカ著四〇六条a項）。最初の発行年の誤りについては、それが真実のものより繰り上げられているときは、表示された年が最初の発行年とみなされるのに対し、それが一年以上繰り下げられているときは、無表示の発行とみなされ前記のように著作権の行使は制限され

る（アメリカ著四〇六条b項）。このように、表示義務違反の効果として、著作権の行使が制限されているが、この義務の履行は特許の国際的出願に比べきわめて容易である。

## ② 著作権登録

著作権登録は任意的であるが、未発行および外国で最初に発行された著作物の登録を含め、音声・映像を伴う著作物の場合を除き、権利侵害訴訟の訴訟要件とされている（アメリカ著四〇八条a項・四二一条）。なお、著作物の寄託が登録の方式要件になっている（アメリカ著四〇八条b項）。

実務では審理開始前に登録証を提出すると訴訟を維持できるが、登録申請手続が係属中の場合は訴は却下される<sup>(14)</sup>。また、登録前に開始された侵害行為（未発行著作物に対するそれを含む）については、音声・映像を伴う著作物の場合を除いて、著作権者は法定額賠償請求権および弁護士費用請求権を行使できない（アメリカ著四二一条）。もっともこの場合においても、著作権者は現実の損害賠償および利得返還の請求をなしうるが、損害額等の立証責任を負うので、これを負わない法定額の賠償請

求権が認められないことは、著作権者にとりかなり不利益な効果である。<sup>(15)</sup>但し、発行著作物の侵害については、最初の発行後三カ月以内に著作権登録がなされると、その間に開始された侵害行為に対し、著作権者は、前記のような制限を受けることなく、権利主張をすることができる(アメリカ著四一二条二号)。この外、最初の発行前またはその後五年以内になされた登録には、訴訟手続において、著作権の発生および記載事項の一応の証拠としての効力が認められている(アメリカ著四一〇条c項)。

登録申請がなされると、著作権発生の実体要件(創作性)の審査はなく、登録料未払いなどの方式違反の存否が審査されるだけで、殆んど自動的に登録がなされ、特許出願に関する技術文献の調査等の手続は不要である。<sup>(16)</sup>適式な登録申請が不当に拒絶された場合には、申請人は、行政手続法によりその違法性を争うことができる(アメリカ著七〇一条d項)。また、不当な拒絶がなされた場合に侵害行為が発生すると、著作権者は、その旨の通知および訴状の謄本を著作権庁長官に送達すれば、侵害訴訟を提起することができるので(アメリカ著四一一条a

項)、無審査主義国における特許出願と比べても、権利主張はより容易になしうる。

#### (四) 重複保護の問題点

著作物が特許要件をも備えている場合、現行法の解釈としては重複保護が可能と解する外なく、そうすると、次のような技術進歩阻害効果の存在が考えられる。例えば、コンピュータ・プログラムが特許装置・方法の一部となっていて、それを除くと、その装置などが特許発明としてほとんど無価値になるような場合には、その特許装置などの改良発明者にとっては、特許期間満了後の著作権保護の存続は実質的に特許期間の延長に等しい効果を有する。その外、一般的に、保護期間が短い方が技術開発競争の促進効果は大きいと考えるとよさそうであり、その意味でも、特許期間満了後の著作権保護は望ましくはない。<sup>(17)</sup>これに関連したならかの立法的解決が望まれる。例えば、コンピュータ・プログラムの保護期間について著作権法に特則をもうけ特許権のそれと同程度とする、あるいは、特許保護を受けた場合における特許保護期間満了後の著作権失効などの案が考えられる。

(6) 東京地判昭和五九年九月二八日、昭和五六(ウ)第八三七

- 一号、損害賠償請求事件、認容(確定)、判例時報一一二九号一二〇頁。
- (7) 公正取引委員会が、日本レコード協会に対し、独禁法八条一項四号(構成員の機能活動の制限)または五号(単独の取引拒絶)に当るまされがあるとして警告した事例(昭和五七年十一月十五日 公正取引三八九号三四頁)がある。
- (8) *U. S. v. Paramount Pictures et. al.*, 68 S. Ct. 915, 921—23, 929 (1948).
- (9) *Broadcast Music, Inc. et. al. v. Moor-Law, Inc.*, 212 USPQ 873, 879—81 (D. C., Del. 1981).
- (9) *CBS v. ASCAP*, 205 USPQ 880, 886—87 (2d. Cir. 1980).
- (11) *A. Bogsoch, The law of copyright under Universal Convention*, p. 34 (1964).
- (12) *Shapiro & Son Bedspread Corp. v. Royal Mills Associates*, 568 F. Supp. 972, 976 (D. C., S. D. N. Y. 1983).
- (13) *Quinto v. Legal Times of Washington*, 506 F. Supp. 554 (D. D. C. 1981).
- (14) *International Trade Management, Inc. v. U. S.*, 553 F. Supp. 402, 403 (Cl. Ct. 1982).
- (15) 法定額は、最高一万吨最低二五〇ドルの範囲内で裁判所の裁量により定まる(アメリカ著作五〇四条一項一号)。  
*Nimmer on Copyright*, § 14. 04 [A] 14—23.
- (9) *Midway Mfg. Co. v. Bandai-America, Inc.*, 216 USPQ 812, 824 (D. C., N. J. 1982).
- (12) *Michael J. Kline, Requiring an election of protection for patentable/copyrightable computer programs Part II*, 67 JPTOS 339, 342, 360, 365 (1985).

(香川大学教授)