

著作権侵害に対する損害賠償請求における依拠の要件と故意・過失の内容



会員 中村 彰吾

目次

1. はじめに
2. 裁判例
3. 「依拠」について
 - (1) 総論
 - (2) 各論
4. 「故意」又は「過失」について
 - (1) 総論
 - (2) 各論
5. 結び

1. はじめに

著作権の侵害の要件の一つとして、著作権者の著作物に「依拠」して、著作権法21条等に規定される行為を行うことが要求される。即ち、ある著作権者の著作物に「依拠」せずに、全く独自に著作物を作成した結果、偶然その著作物に類似しても著作権侵害とはならない（相対的独占権）。この理由としては、「著作者は著作物を複製する権利を占有する（著作権法21条）」のであり、「複製」とは複製者が著作物の存在、内容を知っていることを前提とする⁽¹⁾、という文言上の理由と、「文化の世界では、他と異なるものが創作されることに意味がある以上、独自創作を奨励するために、別個独立に創作された著作物に対しては、著作権の権利範囲の外にあると解すべき」⁽²⁾という制度趣旨上の理由が挙げられる。そのために、特許権侵害事件等と比較して、著作権侵害事件の場合には、原告側に被告側が原告の著作物にアクセスしたことの挙証責任が加重される。

さらに、著作権侵害に対する損害賠償請求（民法709条）をする場合には、特許事件等のように過失の推定（特許法103条等）が働かない。この理由は、特許等のように権利が公示されないためであるが、そのために、特許権侵害事件等と比較して、著作権侵害事件の場合には、原告側に被告側の故意又は過失の挙証責任が加重される。

特許等の工業所有権の侵害事件とは異なる、著作権の侵害事件におけるこのような構成要件は、我々弁理士にとっては余り馴染みのないものである。しかし、著作権に関する契約代理を業務として行うに際しては、著作権侵害の要件・効果等についての理解を深めておく必要がある、と考える。

そこで、素人たる筆者の浅学を顧みず、これら著作権の侵害事件特有の相違点について考察を加えてみた。誤解等についてご教授頂ければ幸いである。

なお、以下において「原告」「被告」とは、著作権侵害訴訟における損害賠償請求訴訟の「原告」「被告」を意味する。

2. 裁判例

著作権侵害（特にコンピュータプログラムやゲーム映像関係）における「依拠」及び「故意」又は「過失」が問題となった裁判例（いずれも最高裁ホームページから引用）を紹介する。

なお、筆者のコメントを太字で、裁判所の判断を赤字で、それぞれ示した。

(1) 東京地判 H4(ワ)19495号著作権 民事訴訟事件 事件の概要

被告が頒布した書籍（以下「本件書籍」という）の付属ディスクに収納したゲームのプログラム（以下「Chomp」という）の映像が、原告が著作権を有するビデオゲーム「パックマン」（以下「本件ビデオゲーム」という）の映像の複製である、として提訴した事件である。

ちなみに、本事件では、ゲームのプログラム自体ではなく、そのプログラムによってゲーム機上に生じる映像の映画の著作物の複製が争点となった。

「依拠」について

(1) 原告の主張

本件ビデオゲームの映像と Chomp の映像との間に

は、若干の相違があるものの、これらは本件ビデオゲームにおける画面の構成要素の一部を省略したものが、若しくは、枝葉部分に僅かな変更を加えた結果にすぎず、何ら創作的な部分が付加されたわけではないから、本件ビデオゲームの影像と実質的に同一である。

影像の類似

したがって、Chomp は、本件ビデオゲームを有形的に複製した複製物である。

(D) 被告の主張

本件ビデオゲーム及びChomp に共通する点は、追跡劇ゲームの特徴として他の多くの追跡劇ゲームにも多かれ少なかれ共通するところである。そして本件ビデオゲームとChomp の相違点を考慮すれば、両者は同一とはいえない。

類似部分は依拠しなくても自然に類似してしまう部分である

(H) 判旨中の判断

主に以下の理由を挙げ、判旨では「Chomp の影像は、本件ビデオゲームの影像に依拠し」と認定している。

() 両者の影像が共通点を有し、本件ビデオゲームの影像を知る通常人であれば、Chomp の影像が本件ビデオゲームに僅かな修正を加えただけのもので、覚知できる程度の同一性があるものと認められる

通常人から見た客観的類似性

() 訴外 Chomp の作者も本件ビデオゲームの影像に似せて作ったことを述べている

関係者の「依拠性」の証言

() 本件書籍中にも「Chomp の影像は本件ビデオゲームの影像とほぼ同一である」旨の記載がある

被告による「依拠」の示唆

「故意」、「過失」について

(I) 原告の主張

被告が発行する雑誌中で本件ビデオゲームの影像写真を無断で掲載し、原告からの指摘を受けて謝罪広告を掲載している。

被告が原告ゲームの存在を知悉

本件書籍中に、「あのパックマンゲームだ！」などと大きく紹介されているので、Chomp の内容が本件ビデオゲームの模倣であることを被告が本件書籍の発行前に知らないはずがなく、

被告が原告ゲームの存在を知悉

更に、原告は、被告に対し本件書籍の発行の中止を求めたにもかかわらず、被告がこれを拒絶した。

原告から被告への警告

(D) 被告の主張

被告は誰でも入手できるシェアウェアのプログラムである Chomp を出版社として読者に紹介する行為が著作権侵害行為に当たるとも原告がこれにより損害を被るとも認識していなかったもので、

直接原告著作物を知らずに行ったので無過失

また、原告が損害を被ることについて予見できたと思われる事情も何ら存在しないから、被告には著作権侵害及び著作者人格権侵害について故意も過失もない。

損害を予見できなかったから無過失

なお、被告は、本件ビデオゲームをそのまま複製したフリーウェアのゲームソフトをその出版物において紹介したことについて、原告に対し謝罪したことがあるが、これは、右ゲームソフトが本件ビデオゲームと全く同一のものであったからである。

被告ビデオゲームの影像は原告ビデオゲームの影像と異なっているから、違うものと思った。

(H) 判旨中の判断

主に以下の理由を挙げ、判旨では「被告は故意に、あるいは少なくとも漫然と Chomp が本件ビデオゲームについての映画の著作権を侵害するものでないと判断した過失」を認定している。

() 被告が以前、本件ビデオゲームの影像著作権を侵害したフリーウェアをその雑誌に紹介したこと等に対する原告からの抗議に対して謝罪広告を掲載したことがある 下記(a)(b)(d)

() 本件書籍中に、Chomp の中身は本件ビデオゲームの内容とほぼ同一である、旨記載されている 下記(c)

そして、「故意」、「過失」の内容としては、

(a) 本件ビデオゲームの影像についても映画の著作物として著作権が生じること

(b) 原告がその著作権者であること

(c) Chomp は、本件ビデオゲームと同じ内容をほぼ再現したシェアウェアのゲームソフトであること

(d) シェアウェアであっても、第三者に対する著作権侵害の問題が生じること

の4要素の認識を「故意」とし、不注意によりこれら4要素を認識しなかったことを「過失」としている。

(2) 大阪地判 H10(ワ)10259号著作権 民事訴訟事件
事件の概要

原告は、昭和55年から訴外三菱電機にプログラム(以下「原告プログラム」という)(被告が作成したが職務著作により著作権は原告に帰属(著作権法15条2項))を組み込んだハードウェア(以下「マイコンテストボックス」という)を納入していた。その際の原告と三菱電機間の契約書には工業所有権の帰属については約定があったが、本件プログラムの著作権については記載がなかった。

被告は、原告会社を退社後、平成7年2月以降、三菱電機から原告プログラムの貸与を受け、それを編集して別プログラム(以下「被告プログラム」という)を作成し、三菱電機に納入した。

なお、判旨中で、三菱電機には原告プログラムの著作権、複製権、翻案権は無く、被告は三菱電機のこれらの権利に基づいて原告プログラムの作成を行ったものではないことが認定されている。

「依拠」について

(イ) 原告の主張

具体的に原告プログラムと被告プログラムのプログラムコードを比較し、かなりの部分に同一・類似の関係が存在すること、

プログラムの類似

及び、コメント部分がそのまま複製されていること、

依拠しなければ複製が考えにくい部分の類似

等を主張している。

(ロ) 被告の主張

被告プログラムの機能は、原告プログラムの機能の数倍の処理能力を持つ新型のものである。

被疑侵害プログラムの機能の相違

(ハ) 判旨中の判断

主に以下の理由を挙げ、判旨では「被告プログラムは、原告プログラムに依拠し」と認定している。

(理由) 被告は、三菱電機から M62352, M62358, M62359(原告プログラム)のプログラムの貸与を受け、M62352 を構成するプログラムに編集を加える手法により被告プログラムを作成し、平成10年9月25日、これを三菱電機に納入した。

被告は原告プログラムを基に編集を行った

「故意」、「過失」について

(イ) 原告の主張

明示的には無し。

(ロ) 被告の主張

明示的には無し。

(ハ) 判旨中の判断

「以上の認定によれば被告に少なくとも過失があったことは明らか」として、それまでの判断全体から、被告の過失を認定している。

筆者の解釈によれば、被告は、

()一応の証拠を示して、三菱電機の正当な権限に基づいて被告プログラムを作成したと認識している

()原告プログラムより各段に処理能力の高い別プログラムを開発した、と主張している

()被告には弁護士が付かず、本人訴訟を行っていること

等を考慮して、「故意」の認定はせず、「少なくとも過失」の認定に留めたものと考えられる。

なお、「過失」の内容が何であるかは明示していない。

(3) 大阪地判 H9(ワ)12402号著作権 民事訴訟事件
事件の概要

原告が被告に開示したソースプログラムを基に、被告がソースプログラムに変更を加えたプログラム製品を顧客に販売し、被告は原告に契約基本料金2,400万円、及び販売されたプログラム製品(以下「本件プログラム」と呼ぶ)当り70万円を支払う契約を締結していた。

被告はソフトプロ(原告の元社員のプログラマーAが属する)に依頼して、独自に別のプログラム製品(以下「LECS」と呼ぶ)を製造・販売し、原告には何ら対価を支払わなかった。

「依拠」について

(イ) 原告の主張

Aは原告を退社後、被告から本件プログラムのソースコードの提供を受け、これに変更を加えてLECSを作成した。

被告の補助者が被告プログラム作成に際して原告プログラムにアクセスした。

本件プログラムとLECSのソースコードを比較すると、強い類似性(83%が同一)が認められる。

プログラムの類似性

「本件プログラム」が原著物であり、被告が無断で本件プログラムに依拠して「LECS」を作成したと

ころ、その「LECS」の機能には不用であり、かつ本件プログラムに係るプログラムが「LECS」に含まれている。

被告プログラムの機能に不必要なプログラムが存在し、それが原告プログラムと類似する。

(0) 被告の主張

() プログラムについて著作権侵害が認められるためには、実質的類似性だけでなく、プログラムの構造、順序及び構成に関し、比較が必要。よって、LECSには本件プログラムと比較して新規機能が膨大なもので、本件プログラムの複製物又は翻案物とはいえない。

プログラムの構造、順序及び構成も類似しなければ非侵害。被告プログラムは機能が異なる。

() あるアイデア若しくは機能を達成するためには必然的に付随的なもので表現とアイデアが一致する部分、外部的条件部分、公有に属する部分を著作権保護の対象から外した上で、保護すべき表現のみを比較対照しなければならない。

アイデア等、著作権の保護対象外のものを除外して判断すべき。

(1) 原告の再反論

() 被告側証人の証言中にすら「(両者には)ほぼ同じ内容のファイルが散見され」「(少なくとも類似したファイルについては)共通のソースから分岐したと考えるとよい」との意見が付されている。従って、本件は、構造、順序及び構成を比較するまでもなく、十分に実質的類似性が認められる。

被告側証人の証言にも依拠性、類似性を根拠付けるものが存在する。

() 本件で新規事項が付け加えられていたとしても、それが無断複製、無断翻案という違法行為を正当化する理由とはなり得ない。

仮に新規な部分があっても、依拠した類似部分は侵害である。

() 本件プログラムのどの具体的なコードが、LECSの具体的なコードと、どのように必然的に一致するのか明らかにしていない。

原告は、被告プログラムのどの部分がアイデア等、著作権の保護対象外かを示していない。

(II) 判旨中の判断

主に以下の理由を挙げ、判旨では「LECSは、本件プログラムに依拠したものと推認できる」と認定している。

(理由) A(被告の補助者:プログラム作成者)は証言において「LECS作成にあたって、被告は本件プログラムをAに開示し、Aは本件プログラムを参考にした」と述べた。

被告の補助者(プログラム作成者)の証言により、被告が原告プログラムに依拠したことが認定できる。

「故意」、「過失」について

(1) 原告の主張

Aは、原告に対し、被告から本件プログラムのソースコードを受け取ってLECSを開発したことを認めるとともに、被告から、本件プログラムの著作権を買い取ったとの説明を受けたと述べた。これによれば、被告に本件改変について故意又は過失があったことは明らかである。

証人の証言「被告から、原告プログラムに依拠したプログラムの作成を依頼された。」

(0) 被告の主張

仮に、LECSが本件プログラムの複製物又は翻案物であるとしても、被告には過失がない。

被告は、顧客からの新たな需要を充たし、最新カーンマイヤー社製の機種に対応するため、新しい画像データ出力のためのレースデザインシステムに関するソフトウェアの開発をソフトプロに委託した。被告は、ソフトプロが新たにLECSを開発したと信じていたので、LECSが本件プログラムと類似するかどうかは知らなかった。

被告の補助者(プログラム作成者)が独自にプログラムを開発したと信じていた。

被告は、ソフトプロに本件プログラムのソースコードを開示したことはなく、

被告の補助者(プログラム作成者)に原告プログラムを開示していない。

上新電機が有していたLECSのソースコードの内容を調査する機会もなかった。

原告プログラムの内容を調査していない。

(II) 判旨中の判断

主に以下の理由を挙げ、判旨では「被告の故意、あるいは過失」を認定している。

(理由) 被告はAにLECSの作成を依頼するに当たり、本件プログラムのソースプログラムを開示しており、いわば、被告が主体となってソフトプロをして本

件プログラムに変更を加えさせた。

被告が原告製品に依拠してそれに類似する被告プログラムを作成させた。

そして、「故意」、「過失」の内容は明らかにしていない。

3. 「依拠」について

(1) 総論

「依拠」については、被告が当該著作物を作成した際の「独自性」の有無が判断される。

ここで、「独自性」なる表現を用いたが、被告が「依拠」していれば「独自」に創作していないはずであるし、「独自」に創作していれば「依拠」していないのであるから、両者は裏腹の関係にある。

民事訴訟においては原告・被告間に挙証責任の分配がなされ、通説たる法律要件分類説によれば、原告側は権利発生要件たる「被告の依拠の存在」の挙証責任を負うが、逆に、被告が権利障害要件たる「被告の独自性の存在」の挙証責任を負う、と考えることも可能である。

学説によれば、「依拠」の内容を、「被告による原告の著作物へのアクセスの存在」+「被告による独自創作の不存在」の2つに分けて、これらの要件を組成する具体的な事実を主要事実ととらえ、「被告による原告の著作物へのアクセスの存在」については原告に証明責任を課し、「被告による独自創作の存在」を被告の抗弁事実と捉える考え方が提案されている⁽³⁾。抗弁事実とするならば、「被告による原告の著作物へのアクセスの存在」と「被告による独自創作の存在」が両立することになるが、上記学説によれば、例えば、被告が独自に創作した後に原告の著作物にアクセスした場合などが該当するとされている。

著作権侵害（ここでは複製権侵害）が成立するためには、被告の著作物が原告の著作物に類似する必要があるが、この場合の「類似」は、専ら原告・被告の著作物の「表現」のみに基づいて判断される。著作権はアイデアを保護するものではなく、表現を保護するものだからである。

従って、プログラムの著作物の著作権侵害が問題となっているときに、原告・被告のプログラムのアルゴリズムが如何に類似していても、表現（プログラムコード）が似ても似つかぬものであれば、著作権侵害の問題は生じない。

しかし、「依拠性」の判断においては、両プログラム

のアルゴリズムの類似も、依拠したことの間接証拠の1つとなりうる⁽⁴⁾。更に、表現の類比には影響を与えない、表現の非本質的部分、例えば上記裁判例(2)（大阪地裁 平成 10(ワ)10259 著作権 民事訴訟事件）の、「(プログラムの)コメント部分がそのまま複製されていること」、つまり、「依拠しなければ複製が考えにくい部分の類似」も依拠性の判断の根拠となりうる。要するに、依拠したことを推認させる証拠であれば「何でもあり」なのである。

(2) 各論

ここに、上記裁判例中に現れた、原告（権利者側）の主張、被告（被疑侵害者側）、及び、裁判所の主張を表形式にまとめてみた。

依拠性が認められやすい理由

本稿で取り上げた3件の裁判例では、いずれも「依拠性」が肯定されている。他方、著作権判例でも、音楽著作物の場合などには、この「依拠性」が否定され

表1 依拠性についての主張・判断

原告側 (依拠性あり)	a. 映像の類似 b. プログラムの類似 c. 依拠しなければ複製が考えにくい部分（例えばコメント文）の類似 d. 被告の補助者が被告プログラム作成に際して原告プログラムにアクセスした e. 被告プログラムの機能に不必要なプログラムが存在し、それが原告プログラムと類似する f. 被告側証人の証言にも依拠性、類似性を根拠付けるものが存在する g. 仮に新規な部分があっても、依拠した類似部分は侵害である h. 原告は、被告プログラムのどの部分がアイデア等、著作権の保護対象外かを示していない
被告側 (依拠性無し)	i. 類似部分は依拠しなくても自然に類似してしまう部分である j. 被疑侵害プログラムの機能の相違 k. プログラムの構造、順序及び構成も類似しなければ非侵害 l. アイデア等、著作権の保護対象外のものを除外して判断すべき
裁判所の判断 (依拠性あり)	m. 通常人から見た客観的類似性 n. 関係者の「依拠性あり」の証言 o. 被告による「依拠」の示唆 p. 被告は原告プログラムを基に編集を行った q. 被告の補助者の証言により被告が原告プログラムに依拠したことが認定できる

て、非侵害との結論となる事例が目につく⁽⁵⁾。音楽著作物の場合には、当該音楽が有名でなく、被疑侵害者の職歴等から当該音楽に接する機会が無い、と認定される等の理由が考えられる。

しかし、コンピュータプログラムの著作権について言えば、依拠せずにコーディングすれば、ほとんどの場合非類似のプログラムとなることが予想されるため、プログラムの「表現」が類似すれば、それだけで「依拠性」が強く推認されるのではないかと考えられる。また、ゲーム映像の場合には、必ずしも同様ではないと考えられるが、上記裁判例(1)のような場合(被告自身が「依拠」を示唆しているような場合)には依拠性が認められやすいであろう。

原告・権利者側がなすべき主張・立証

総論部分でも述べたが、「依拠性」の証拠には制限が少ない。およそ、被告が原告著作物にアクセスしたことを推認させる証拠であれば、それが主要事実、間接事実、補助事実に関する証拠のいずれか、の問題はあっても、証拠となりうるであろう。

但し、表1の「裁判所の判断」欄からわかるように、裁判所に対して説得力を持つ証拠となるためには、その一般的基準として、

(イ) 通常人から見た客観的判断ができる証拠であること

(ロ) 原告(権利者)側のバイアスがかかり得る証拠ではなく、被告側から出た不利な証拠や第三者による証言などの、中立的な証拠であることが必要であると考えられる。

そして、具体例としては、

(イ) 被告著作物が原告著作物と類似(表現、アイデアのいずれでも可)している

(ロ) プログラム中のコメント文等、依拠しなければ有り得ない被告著作物の部分が存在する

(ハ) 被告プログラムの機能上不必要なプログラムが存在し、しかも、その部分が原告プログラムと類似するが挙げられる。

被告・被疑侵害者側でなすべき主張・立証

上述のように、コンピュータプログラムの著作権侵害では、仮に本当に依拠していた場合に、「依拠性」を否定するのは困難と考えられるが、「依拠(アクセス)していない」ことを導くためには、「否認」としての、以下のような主張・立証が考えられよう。

(イ) 類似部分は依拠しなくても自然に類似してしまう部分である

アルゴリズムに直結したプログラムであり、誰がコーディングしても同様のプログラムにならざるを得ない(原告の「類似しているので依拠しているはず」という主張に対する「仮に類似していても、依拠による類似ではない」との主張)。

(ロ) 被疑侵害プログラムの機能の相違

プログラムの機能が異なり、表現も非類似となっている。

(ハ) プログラムの構造、順序及び構成は非類似

プログラムの構造、順序及び構成が異なり、表現も非類似となっている。

(ニ) アイデア等、著作権の保護対象外のものを除外して判断すべき

表現とアイデアが一致する部分、外部的条件部分、公有に属する部分を著作権保護の対象から外した上で、保護すべき表現のみを比較対照しなければならぬ(但し、具体的に、どの部分が、なぜ、著作権の保護対象外となるのかを指摘する必要がある)。

以上の他、総論部分で述べたように、「被告による独自創作の存在」を「抗弁」として提出(即ち「依拠している」ことを「否認」するのでなく、「独自創作」を積極的に「主張」)することもできる。即ち、仮に原告プログラムにアクセスがあったとしても、被告は独自に被告プログラムを創作した、と主張し、その根拠として、ソフトウェアの開発計画の経緯、議事録、発注の経緯、アルゴリズムからコーディングに至るまでの経過を示した書類等を提出することが考えられる。

4. 「故意」又は「過失」について

(1) 総論

民法709条の損害賠償権が認められるためには、責任能力、故意又は過失、違法な行為、損害の発生、違法な行為と損害の間の因果関係、の全ての構成要件が充足される必要がある。ここで、著作権(例として複製権)では、「違法な行為」とは「原著作物に依拠して、複製物を作成し、その複製物が原著作物の類似範囲に入ること」となる。

そして、民事訴訟法上、これらの構成要件は主要事実とされ、弁論主義の第一テーゼによれば、当事者が

主張しない限り、裁判所はこれらの存否を認定してはならない。更に、通説たる、法律要件分類説によれば、(被告の)故意又は過失(権利根拠事実)の存在については原告側に挙証責任が存在する。

ここで、故意とは「自分の行為から一定の結果が生じることを知りながら、あえてその行為をすること」であり(主観的要件)、過失とは「自分の行為から一定の結果が発生することを認識できたのに、不注意でそれを認識しないこと」(主観的要件)あるいは「損害発生を回避するように行動しなければならない注意義務違反の行為(判例)」、(客観的な注意義務違反)である⁽⁶⁾。

故意について

故意については、以上のように、純粋に行行為者の主観的要素(例えば他人の著作物に依拠してその複製物を作ろうという意思)であることに争いが無い。しかし、次に述べるように、過失についての近時の判例・学説の理解が、故意のような純粋な主観的要素では無く、むしろ「注意義務に違反して違法な行為を行った」という、客観的要素に近いため、両者の相違が問題となる。

結論から言えば、「故意が認定できるときには、過失の場合より(イ)損害賠償の範囲を拡張できる点と、(ロ)ある種の債権侵害については過失では不法行為が成立せず、故意の場合のみに成立する点、の2点が両者の相違点とされている⁽⁷⁾」。

過失について

古くは、過失とは上記故意と同様に、純粋に主観的要素と考えられていたが、近時の判例によれば、過失とは、「その終局において、結果回避義務の違反をいうのであり、かつ具体的状況のもとにおいて、適正な回避措置を期待しうる前提として、予見義務に裏づけられた予見可能性の存在を必要とするもの⁽⁸⁾」とされている。

著作権関連の判例⁽⁹⁾でも、カラオケ装置のリース業者が、カラオケ楽曲の著作権侵害に使用される蓋然性の高いカラオケ装置を、カラオケ装置利用店の経営者がJASRACとの著作物使用許諾契約を締結等したことを確認することなく、当該経営者に漫然と引き渡した点に、条理上の注意義務を肯定し、過失の存在を認定している。

つまり、過失の存否が問題となる場合には、発生した損害が発生しないような、(注意義務を前提とする)

作為義務等が必要であって、その前提として、そのような損害が発生することについての予見可能性が要求される。そして、客観的に、そのような(注意義務を前提とする)作為義務等に違反することが「過失」とされるのである。

なお、過失が無い、と判断されうる事例としては、「あるものを著作物ではないと思って複製したり、権利が満了していると思じて他人の著作物を複製したときに、それが問題となる。また、同一性がなく再製には当たらないと思っていたときや、既存の著作物を素材としたという認識がないとき 既存の著作物に接近した事実を忘れていた場合を含む⁽¹⁰⁾」が挙げられる。

(2) 各 論

ここに、上記裁判例中に現れた、原告(権利者側)の主張、被告(被疑侵害者側)、及び、裁判所の主張を表形式にまとめてみた。

なお、上記裁判例(2)では、当事者は過失の存否についての主張・立証をしていないにも関わらず、裁判所によって、「被告に少なくとも過失あり」との判断がなされている。

裁判例(2)では、当事者は過失の存否についての主張・立証をしていないにも関わらず、裁判所によって、「被告に少なくとも過失あり」との判断がなされている点について

故意又は過失の挙証責任は、原告権利者側に存在する(上述の法律要件分類説)(特許権侵害の場合には、被疑侵害者側に過失の推定がなされ(特許法 103 条)、被疑侵害者側によって無過失が立証されない限り過失の存在が認定されるのと対照的である。)よって、裁判例(2)で原告権利者側が被告の過失の存在の主張をしなければ、原則として被告の過失無し、として原告敗訴となるはずである。ところが、裁判所は、被告の過失の存在を認定して原告勝訴とした。

「裁判所は、判決をするに当たり、弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、原告が主張した事実についての主張(被告に過失ありという事実の主張)を真実と認めるべきか否かを判断する(民訴法 247 条)」が、これは、あくまで、請求レベルで原告が「被告に過失ありという事実の主張」をなしたことを前提として、その上で、攻撃防御方法レベルでの当事者の主張・立証を、裁判所が自由に評価

できること（自由心証主義）を示したにすぎず、請求レベルには妥当しない。

総論で述べたように、近時の「過失」の解釈から言えば、「被告が（以下で述べるように、当業者が誰もが持つであろう、「著作権侵害をしてはならない」という注意義務に違反して）原告プログラムに依拠して、それに類似する被告プログラムを作成した」ことの主張自体が、裁判所によって、「『過失あり』の主張を内包している」と判断された、と解することもできる。

他方、民事訴訟法上、「（『過失』等の）一般条項の場合には、不特定概念を基礎づける具体的事実（例えば依拠+類似プログラムの複製）が主要事実であり、不特定概念は右具体的事実に対する法的評価であって主要事実ではないとする見解がある⁽¹¹⁾。」従って、この見解によれば、原告は正に、法的評価たる「過失」の基礎となる、主要事実たる具体的事実（依拠+類似プログラムの複製）の主張・立証を行っているとも考えられる。

いずれにしても、コンピュータプログラム等の著作権侵害事件における、「故意・過失プロパーの問題」の

表2 故意・過失についての主張・判断

原告側 （故意又は過失あり）	a. 被告が原告ゲームの存在を知悉 b. 原告から被告への警告 c. 証人の証言「被告から、原告プログラムに依拠したプログラムの作成を依頼された」
被告側 （故意も過失も無し）	d. 直接原告著作物を知らずに行ったので無過失 e. 損害を予見できなかったから無過失 f. 被告ビデオゲームの映像は原告ビデオゲームの映像と異なっているので、違うものと思った g. 被告の補助者（プログラム作成者）が独自にプログラムを開発したと信じていた h. 被告の補助者（プログラム作成者）に原告プログラムを開示していない i. 原告プログラムの内容を調査していない
裁判所の判断 （故意又は過失あり）	a. 原告ビデオゲームの映像についても映画の著作物として著作権が生じること b. 原告がその著作権者であること c. 被告ビデオゲームは、本件ビデオゲームと同じ内容をほぼ再現したシェアウェアのゲームソフトであること d. シェアウェアであっても、第三者に対する著作権侵害の問題が生じることが被告が認識、あるいは不注意により認識しなかった

占める重要性は、相対的に低い、と考えられる。

作為義務等及び予見可能性が争われていない点

日経コンピュータ等のいわゆる業界紙においても、著作権等について知的財産権関係の記事を良く見かけられるように、本稿で取り上げた、コンピュータプログラムやゲーム映像の著作権事件では、紛争の当事者はコンピュータプログラムやゲーム映像の著作権については、かなりの理解を持っていると考えられる。

従って、「他人のコンピュータプログラムを真似してはいけない」と言った程度の規範意識は、当業者が共通に持っていると考えてよいであろう。

よって、コンピュータプログラムやゲーム映像の著作権の紛争においては、当事者には「著作権侵害を行わない」という不作為義務等、及び、「自分が他人のプログラム等の著作物を複製すれば、当該他人に損害を与えるであろう」という予見可能性が当然予定されている、と解される。

そうすると、過失の成立のために必要なのは、作為義務等に違反したこと、即ち「依拠、類似範囲での複製」という純粋に客観的な構成要件の立証である。

上記裁判例(1)(2)(3)のいずれにおいても作為義務等及び予見可能性が争われていないのは、このような理由によると考えられる。

更に、上述の3つの裁判例では、著作権特有の「依拠性」が認められた上での「過失」の有無の判断であることにも留意しなければならない。「依拠した」のであれば、その結果が「類似範囲での複製」になるかは別として、通常、著作権侵害に向けての「故意」に近い心理状態が推定されよう。

このような「過失」の理解を前提にすると、我々弁理士が遭遇することが多いであろう、コンピュータプログラム関連の著作権事件においては、改めて「過失」を意識する必要は少なく、むしろ特許侵害事件での「過失の推定(特許法103条)」のベネフィット(被告にとってはデメリット)を、ほぼそのまま踏襲した意識で業務を行っても、さほど大きな間違いは無い、と考える。

勿論、上述のカラオケ装置のリース事件のように、直接的な著作権侵害を行った者を、幫助したようなケースでは、過失の有無がクローズアップされる場合もあり、安易に判断することは避けなければならないのは当然である。

原告・権利者側がなすべき主張・立証

以下のような主張・立証が考えられる。

- (イ) 被告が原告著作物の存在を知悉していた（少なくともアクセスがあり）
- (ロ) 原告から被告への警告があった（警告後は少なくとも「認識ある過失」は認められるはず）
- (ハ) 被告が原告著作物に依拠して被告著作物を作成した、という中立的な証人の証言を得る
被告・被疑侵害者側がなすべき主張・立証

以下のような主張・立証が考えられる。

- (イ) 直接原告著作物を知らずに複製等を行った
- (ロ) 損害を予見できなかった
- (ハ) 被発注業者が独自にプログラムを開発したと信じていた
- (ニ) 被発注業者に原告プログラムを開示していない
- (ホ) 原告プログラムの内容を調査していない
- (ヘ) 著作物ではないと思って複製した
- (ト) 権利が満了していると信じて他人の著作物を複製した（但し現実問題として、現時点で 50 年前に創作されたプログラムが技術的価値を持つかは疑問である）
- (チ) 同一性がなく再製には当たらないと思っていた
- (リ) 既存の著作物を素材としたという認識がない
- (ヌ) 既存の著作物にアクセスした事実を忘れていた

5. 結 び

今まで我々弁理士にとっては縁が薄かった、特許等とは似て非なる著作権に関する契約代理を業として行うに際しては、工業所有権との相違点を良く理解する必要があると考えられる。

ライセンス契約締結には個人意思自治の原則（民法 116 条）が妥当するので、ライセンサー・ライセンシー間で契約締結の意思が合致すれば、仮に客観的にはライセンス契約無しでも著作権侵害とならない状態であっても、ライセンシーには債権的なライセンス料支払い義務が発生する。従って、そのような場合のライセンス契約締結はルーチン的になされ得ると考えられる。

しかし、ライセンス交渉の初期段階で、ライセンサー・ライセンシー間で、必ずしも著作権侵害事実についての意思の合致が無い場合（依拠性、類似性等が争われる場合）には、上述のような理論武装をして相手方を説得する必要がある。

そのような場合、著作物の過去の利用に対する対価

請求の根拠は、債権的な、損害賠償請求権（民法 709 条）、あるいは不当利得返還請求権（民法 703 条、704 条）であり、これらの請求権を主張するためには、「故意又は過失」（損害賠償請求の場合のみ）、「依拠性」、「類似範囲での複製」等を立証しなければならない。

また、将来の著作物の利用に対する対価請求の根拠は、物権的な、差止請求権（著作権法 112 条等）であり、その請求のためには、「依拠性」、「類似範囲での複製等」を立証しなければならない。

いずれにしても、上述のように「故意又は過失」については、ほとんどの場合、大きな論点にはならない、と考えられるが、「依拠性」についてはその根拠付けが必要である。「もし訴訟になれば、上述のような裁判例から考えて、依拠性が認められる可能性が高い」（権利者側）、あるいは「上述のような裁判例から考えて、依拠性は否定されると考える（ライセンシー側）」といった議論が必要となろう。

更に、著作権侵害の有無の判断中で最もクリティカルな「類似範囲での複製」も大きな論点となりうるが、これは、特許発明と被疑侵害製品の比較における類比判断との親近性がある⁽¹²⁾、と考えられる。

最後に、著作権ライセンス契約の代理業務に際して、本稿がお役に立てれば幸いです。また、筆者も勉強中の身であるので、本稿中の誤りについてのご指摘やご意見を頂き、一緒に勉強できることを期待する。

注

- (1) 東京地判 H12.2.18 H10(ワ)17119 号等：最高裁ホームページ
- (2) 田村善之「著作権法概説」第 2 版 有斐閣 49 頁
- (3) 田村善之「著作権法概説」第 2 版 有斐閣 51・52 頁
- (4) 泉克幸 別冊ジュリスト「著作権判例百選」第 3 版 有斐閣 9 頁
- (5) 例えば、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件（最判 S53.9.7）
- (6) 「法律学小辞典」有斐閣
- (7) 内田貴「民法」東京大学出版会 331 頁
- (8) 東京地裁 S53.8.3 判例時報 899-48、スモン判決
- (9) 最高裁判所第二小法判 H13.3.2 H12(受)222 号：最高裁ホームページ
- (10) 渋谷達紀「著作権判例百選」有斐閣
- (11) 篠田省二 別冊ジュリスト「民事訴訟法判例百選」有斐閣 197 頁
- (12) 田村善之「著作権法概説」第 2 版 有斐閣 102・103 頁
(原稿受領 2002.4.1)