

判例研究

〔商法四六〇〕

ニュース報道における記事見出しに著作物性はないとされたが、無償でこれを自己の営業に使用することは社会的な相当性を欠き不法行為が成立するとされた事例

知財高裁平成一七年一〇月六日判決
平成一七年（ネ）一〇〇四九号著作権民事訴訟事件著作権侵害差止
等請求控訴事件
最高裁ホームページ「知的財産権判決速報」、確定

〔判示事項〕

一 記事見出しについて一般的に著作物性が認められると断ずることはできず、多大の労力、費用をかけて取材し、記事を作成し、記事見出しの作成に至っているからといって、そのことゆえに、当然にすべての記事見出しに創作性があるというべきことにはならない。

二 不正競争防止法二条一項三号における「商品の形態」とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によ

って認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感であると解するのが相当であり、記事見出しを模倣したとしても、不正競争防止法二条一項三号における「商品の形態」を模倣したことに該当しない。

三 記事見出しは、多大の労力、費用をかけた報道機関としての一連の活動が結実したものといえること、著作権法による保護の下にあるとまでは認められないものの、相応

の苦勞・工夫により作成されたものであって、簡潔な表現により、それ自体から報道される事件等のニュースの概要について一応の理解ができるようになっていて、記事見出しのみでも有料での取引対象とされるなど独立した価値を有するものとして扱われている実情があることなどに照らせば、記事見出しは、法的保護に値する利益となり得るものというべきである。

〔参照条文〕

著作権法二条一項一号、不正競争防止法二条一項三号、

民法七〇九条

〔事実の概要〕

X (読売新聞東京本社) は、日刊新聞の発行等を業とする株式会社であり、その運営するホームページ「Yomiuri On-line」(以下「ヨミウリ・オンライン」という。)において、X のニュース記事本文(以下「YOL 記事」という。)及びその記事見出し(以下「YOL 見出し」という。)を掲出している。X、読売新聞大阪本社、同西部本社は、全国三四〇箇所(以下「箇所」という。)に取材拠点を設け、六〇人を越える取材記者を派遣しており、日々の取材活動

により様々な情報を収集し、その得られた情報をもとに記事が作成されている。情報は、これらの全国に配された記者が実際に現場に足を運び関係者から話を聞くなどという取材活動によって取得されている。

ヨミウリ・オンラインに掲載される YOL 記事は、一日一六〇本ないし二〇〇本である。これらの掲載記事は、X から出稿されたものが九割、大阪本社、西部本社からの出稿が一割程度であり、メディア戦略局編集部に集められる。メディア戦略局編集部の編集記者は、これらの記事について、YOL 見出しを作成する。YOL 見出しの作成は、平日夕刊帯で二〜三人、朝刊帯で三〜四人、宿直体制時間に一人の編集記者が担当しており、一日一人平均三〇〜四〇本の記事について YOL 見出しを作成している。

新聞紙面上の記事見出しは、通常八字以内とされている(新聞紙面上の見出しには、「トッパン見出し」、「主見出し」、「割り見出し」、「袖見出し」がある。)が、YOL 見出しは、全角文字で二五字以内(新聞紙面上のトッパン見出し、主見出し、割り見出しを合わせた文字数に相当)となっており、新聞紙面上の一つの記事見出しに比べて、多くの情報量を盛り込めることになっている。YOL 見出しは、簡潔な表現により、それを読んだだけでも、報道され

ヨミウリ・オンラインに掲載されたYOL見出し及びYOL記事は、一般読者がインターネット上でアクセスし、

Yは、デジタルコンテンツの企画・制作等を業とする有限会社であり、インターネット上で「ライントピックス」と称するサービス（以下「ライントピックスサービス」という。）を提供している。

Yは、Yサイトにおいて、ヤフーの開設するウェブサイトに「Yahoo! Japan」(以下「ヤフーサイト」という。)上のニュース記事のウェブページ(以下「Yahoo! ニュース」という。)へのリンクを張り、そのリンクボタンの多くをニュース記事の「見出し」語句と同一の語句を使用している(上記リンクボタンとされた見出しを以下「Yリンク見出し」という。)

ライントピックスサーピスは、色やデザインのカスタマイズ機能等の有無などにより、複数のタイプがあるが、最新ニュースのページにリンクしたYリンク見出しをホームページ上に表示する機能を有する点で共通する。その概要は、次のとおりである。

ライトピックスサービスの利用を希望する者は、Yサ

イトにユーザ登録をする(上記登録をした者を以下「ライントピックスサービス登録ユーザ」という。)

イ ライントピックス設置用 HTML データの送信

Y は、他のウェブサイトに Y リンク見出し部分を表示させる制御情報を表す HTML データ (Y の管理するサーバ内の Y リンク見出しに係る SWF ファイルの再生を制御するもの) を作成し、同データを、Y サーバから、ライントピックスサービス登録ユーザに対し、インターネットを通じて、送信している。ライントピックスサービス登録ユーザは、上記データをダウンロードし、Y サービスにおいて指定された手順を踏むことにより、そのウェブサイト上に、Y リンク見出しを表示させることができる(以下、Y がライントピックスサービスにおいて作成した見出しを「LT 見出し」という。そして、LT 見出しをクリックすることで「Yahoo! ニュース」に掲載された記事本文にリンクする機能の付いたものを「LT リンク見出し」という。Y ホームページ上で LT 見出しを表示している部分が「LT 表示部分」である)。

ウ LT リンク見出しの表示

ライントピックス設置用の HTML データは、ライントピックスサービス登録ユーザのホームページに設置された

ライントピックスに、Y の管理するサーバ内の SWF ファイルを FLASH ムービーにより再生するよう制御するものである。そして、この SWF ファイルには、LT リンク見出しのデータ及びそのリンク先のウェブページの URL データが含まれており、ライントピックスサービス登録ユーザのホームページに設置されたライントピックスには、LT リンク見出しが表示される。また、ライントピックスに表示された LT リンク見出しはリンク先 URL にリンクしており、LT リンク見出しをクリックすると、指定された URL のウェブページが別ウィンドウで開くように設定されている。

エ LT リンク見出し等の更新

Y は、ヤフーが運営するヤフーサイト上に表示される「Yahoo! ニュース」の最新の記事見出し及びその記事のウェブページの URL を参考にして、ライントピックスサービス登録ユーザのライントピックスに表示される SWF ファイルのデータ、すなわち LT リンク見出し及びそのリンク先ウェブページの URL を定期的に更新している。Y は、平日は一日三回(一〇時頃、一三時頃、一八時頃)、土日休日は一日一回の LT リンク見出しの更新を努めて行うようにしていた。これにより、ライントピックスサービ

ス登録ユーザのライントピックスに、更新されたYリンク見出しが表示されることになる。また、LTリンク見出しのリンク先ウェブページ(URL)は、「Yahoo!ニュース」の記事のウェブページとなり、Yリンク見出しをクリックすると、リンク先の「Yahoo!ニュース」の記事のウェブページが別ウィンドウで開く。

Yは、Yサイトにおいて、LTリンク見出しを表示している。このYリンク見出しも、ライントピックスサービス登録ユーザのホームページにおいて、ライントピックスに表示されるものと同様、「Yahoo!ニュース」の記事のウェブページにリンクしており、LTリンク見出しをクリックすると、リンク先の「Yahoo!ニュース」の記事のウェブページが別ウィンドウで開く。Yは、Yahoo!ニュースの記事ページを閲覧し、YOL記事を含むYahoo!ニュース記事の中から、重要度、ユーザの関心度が高いと思われるニュースを選択し、LT見出し及びそのリンク先ウェブページのURLを、Yウェブサイトサーバ内の管理用サイト内にある管理画面の所定位置に手動で入力することにより、Yホームページ上のLT表示部分に上記手動入力によるLTリンク見出し(Yahoo!ニュースの記事にリンクする機能を有するLT見出し)を表示

し、さらに、ライントピックスサービスにより、設置ユーザのホームページ上のLT表示部分にも、同じLTリンク見出しを表示させた。Yは、YOL見出しと全く同一の表現でLTリンク見出しを入力する場合もあれば、YOL見出しと多少異なるLTリンク見出しとすることもあった。ただし、各LTリンク見出しには、Yがそれを作成する際に閲覧したYahoo!ニュースの記事を作成した新聞社等の名は、記載されていない。

Yは、ライントピックスサービスにおいて、時事ニュースについては、六個のLTリンク見出し(すべてがYOL見出しに依拠しているわけではない。)と二個の広告をLT表示部分に順に表示されるようにしており、「記事一↓記事二↓記事三↓広告A枠↓記事四↓記事五↓記事六↓広告B枠」(ここという「記事」とは「LTリンク見出し」のことである。)のように、LTリンク見出しが一周する間に広告が広告A枠と広告B枠にそれぞれ一回ずつ表示されるように設定されている。この広告は、有料であり、Yは、第三者の広告を掲載することによって、広告掲載料を得ている。広告掲載料は、広告A枠と広告B枠に計二回表示される権利を一ポイントとして、二万円で五〇万ポイント、三万九千円で一〇〇万ポイント(ライトプランの場合

合」といったように、ポイント数に応じて設定されている。

Y の運営するライントピックスサービスは、平成一四年二月時点で、設置登録ユーザ数が約七五〇〇サイト、月間アクセス数は一二〇〇万アクセスであり、同年六月二〇日には、設置登録ユーザ数が一万三〇〇〇サイトを越え、同年一二月三日には設置登録ユーザ数が二万サイトを越え、月間アクセス数は三〇〇〇万アクセスを越えた。

平成一六年七月までの三か月間に合計一六〇万一千三八二円の広告収入を得た。この間の一か月平均の広告収入は、五万一千六五七円である。LT表示部分に表示されたLTリンク見出しの数は、合計三六五個であり、期間は六一日間であるから、一日平均約六個である。

X とヤフーは、平成一三年八月二〇日、X がヤフーに対し、ヨミウリ・オンラインの主要なニュースを有償で使用許諾することなどを内容とする契約を締結した。この契約に基づき、「Yahoo! ニュース」には、YOL 見出しと同一の記事見出しが表示されており、同記事見出しをリンクボタンとして、ヨミウリ・オンラインのYOL記事のウェブページにリンクし、YOL記事と同一の記事が表示される。なお、「Yahoo! ニュース」には、X のYOL見出し以外に、他の報道機関の記事見出しも表示されて

おり、それらの記事見出しも、提供先の各報道機関のニュースサイトにおける記事本文のウェブページをリンク先としたリンクボタンとされている。X は、平成一四年一〇月八日から同年一二月七日までの間、YOL見出しを作成し、ヨミウリ・オンラインに掲出するとともに、ヤフーに許諾して、ヤフーにより同一のYOL見出し及びこれに対応するYOL記事を「Yahoo! ニュース」に表示させた。

X が、Y ホームページにおいて、X ホームページ上に掲出される記事見出し及びこれと類似する記事見出しの複製・使用等の差止め、ならびに六八二五万円の損害賠償を求めて訴えを提起した。

原審（東京地判平成一六年三月二四日、最高裁ホームページ「知的財産権裁判例集」）は、Y サイト上にYリンク見出しを掲出させる等のYの行為は、X がYOL見出しについて有する著作権（複製権及び公衆送信権）を侵害するかにつき、「YOL見出しは、YOL記事で記載された事実を抜きだして記述したものと解すべきであり、著作権法一〇条二項所定の『事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道』（著作権法一〇条二項）に該当するものと認められる。……Xの挙げる具体的なYOL見出しはいずれも創作的表現とは認められないこと、また、本件全証拠によるも

YOL見出しが、YOL記事で記載された事実と離れて格別の工夫が凝らされた表現が用いられていると認めることはできないから、YOL見出しは著作物であるとはいえない。」と述べ、YOL見出しの著作物性を否定した。また、Yサイト上にYリンク見出しを掲出させる等のYの行為は、Xに対する不法行為を構成するかについては、「YOL見出しは、X自身がインターネット上で無償で公開した情報であり、……著作権法等によって、Xに排他的な権利が認められない以上、第三者がこれらを利用することは、本来自由であるといえる。不正に自らの利益を図る目的により利用した場合あるいはXに損害を加える目的により利用した場合など特段の事情のない限り、インターネット上に公開された情報を利用することが違法となることはない。そして、本件全証拠によるも、Yの行為が、このような不正な利益を図ったり、損害を加えたりする目的で行われた行為と評価される特段の事情が存在すると認めることはできない。」との判断を示して、Xの請求を棄却した。

Xが控訴。

〔判 旨〕

一 見出しの著作物性について

「一般に、ニュース報道における記事見出しは、報道対象

となる出来事等の内容を簡潔な表現で正確に読者に伝えるという性質から導かれる制約があるほか、使用し得る字数にもおのずと限界があることなどにも起因して、表現の選択の幅は広いとはいえず、創作性を発揮する余地が比較的少ないことは否定し難いところであり、著作物性が肯定されることは必ずしも容易ではないものと考えられる。

しかし、ニュース報道における記事見出しであるからといって、直ちにすべてが著作権法一〇条二項に該当して著作物性が否定されるものと即断すべきものではなく、その表現いかんでは、創作性を肯定し得る余地もないのではないのであって、結局は、各記事見出しの表現を個別具体的に検討して、創作的表現であるといえるか否かを判断すべきものである。」

「ニュース報道における記事見出しは、その表現いかんでは、創作性を肯定し得る余地もないのではあるが、一般には、著作物性が肯定されることは必ずしも容易ではないものと考えられるのであり、結局は、個々の記事見出しの表現を検討して、創作的表現であるといえるか否かを判断すべきものであって、およそYOL見出し一般に著作物性が認められるべきであるとのXの主張は、直ちに採用し難いというほかない。」

「YOL見出しの性質や作成過程等についてXが種々主張するところを考慮しても、X作成のYOL見出しについて一般的に著作物性が認められると断ずることはできない(後に判示するように、Xが多量の労力、費用をかけて取材し、記事を作成し、YOL見出しの作成に至っているからといって、そのことゆえに、当然にすべてのYOL見出しに創作性があるというべきことにはならない。)」

二 見出しの「商品の形態」該当性

「不正競争防止法二条一項三号における『商品の形態』とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感であると解するのが相当である(平成一七年六月二二日成立の平成一七年法律第七五号『不正競争防止法等の一部を改正する法律』は、上記と同旨の定義規定を設けた。本件に同改正法が適用されるものではないが、上記改正は、従来の判例などにより一般に受け入れられた解釈に基づいて規定を明確化したものと解されるので(産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会『不正競争防止法の見直しの方向性について』平成一七年一月)、改正前の法律の解釈としても相当なものである。)

そうすると、仮に、YOL見出しを模倣したとしても、不正競争防止法二条一項三号における『商品の形態』を模倣したことには該当しないものというべきであって、その余の点について判断するまでもなく、Xの不正競争防止法違反を理由とする本訴請求は、理由がない。」

三 不法行為成立の可否について

「不法行為(民法七〇九条)が成立するためには、必ずしも著作権など法律に定められた厳密な意味での権利が侵害された場合に限らず、法的保護に値する利益が違法に侵害がされた場合であれば不法行為が成立するものと解すべきである。」

インターネットにおいては、大量の情報が高速度で伝達され、これにアクセスする者に対して多大の恩恵を与えていることは周知の事実である。しかし、価値のある情報は、何らの労力を要することなく当然のようにインターネット上に存在するものでないことはいうまでもないところであって、情報を収集・処理し、これをインターネット上に開示する者がいるからこそ、インターネット上に大量の情報が存在し得るのである。そして、ニュース報道における情報は、Xら報道機関による多大の労力、費用をかけた取材、原稿作成、編集、見出し作成などの一連の日々の活動があ

「Yがライントピックサービスを一定期間行っていたからといって、その分、XのYOL見出しにアクセスする数が現実には減少したなどの事情が証拠上認めることができないのであるから、この視点からは、Xには実損害が生じているわけではないともいえなくもない。しかしながら、そうであるからといって、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。そうすると、結局のところ、Yが行った侵害行為によるXの損害及び損害額については

XとYが契約締結したならば合意したであろう適正な使用料に相当する金額をXの逸失利益として認定するのが相当である。

以上のように、XにはYの侵害行為によって損害が生じたことが認められるものの、使用料について適正な市場相場が十分に形成されていない状況の現状では、損害の正確な額を立証することは極めて困難であるといわざるを得ない。そうであつてみると、民訴法二四八条の趣旨に徴し、一応求められた上記損害額を参考に、前記認定の事実及び弁論の全趣旨を勘案し、Yの侵害行為によってXに生じた損害額を求めると、損害額は一か月につき一万円であると認めるのが相当である。」

「一般に不法行為に対する被害者の救済としては、損害賠償請求が予定され、差止請求は想定されていない。本件において、差止請求を認めるべき事情があるかを検討しても、……本件をめぐる事情に照らせば、Yの将来にわたる行為を差し止めなければ、損害賠償では回復し得ないような深刻な事態を招来するものとは認められず、本件全証拠によつても、これを肯認すべき事情を見いだすことはできない。」

〔研究〕

判旨の結論に賛成、理論構成の一部に疑問。

一 本件は、ニュース記事の見出しの法的保護に関して、知的財産法と不法行為法との両面から検討し、後者による保護を認めた初めての判決である。また、Xがわが国を代表する新聞社の一つであることから、社会的にも注目を集めた事件である。

とくに、本判決では、知的財産法に違反しない行為が不法行為を構成する場合の一例を示したものとして、今後にも影響を及ぼすと思われる。

本件は次の三つの点について争われた。すなわち、争点①が著作権侵害（YOL見出しの複製権侵害及び公衆送信権侵害並びにYOL記事の複製権侵害（後者は当審で追加）を理由とする差止請求及び損害賠償請求（使用許諾料相当額四八〇万円）、争点②が不正競争防止法二条一項三号の不正競争行為（当審で追加）を理由とする差止請求及び損害賠償請求（同上の四八〇万円）、ならびに争点③が不法行為を理由とする差止請求及び損害賠償請求（同上の四八〇万円のほか、無形損害一〇〇〇万円、弁護士費用一〇〇〇万円の合計二四八〇万円）である。

以下、この三つの争点に関する判旨をそれぞれ検討して

いくこととする。

二 争点①について―見出しの著作物性

著作権の発生には登録等何らの方式を要せず（著作権法一七条二項）、創作されたものが「著作物」（著作権法二条一項一号）に該当すればその著作者は著作権を有する。Y O L見出しが著作物と認められれば、Xは著作権を有することとなり、その場合、YはY O L見出しをほぼデッドコピーの形で複製・公衆送信していることから著作権侵害となるのは明らかであるため、Y O L見出しの著作物性が問題となる。

著作権法二条一項一号は著作物を「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」と定義し、著作物たりうるための五要件を挙げている。これらの要件について、立法担当者は次のように説明をしている。すなわち、第一に思想・感情を核としたものでなければならない。フィリピン海溝の水深が何メートルであるか、五月の大阪の平均気温が何度であるかなどのデータは思想・感情を包含していないため、それ自体は著作物たり得ない。第二に創作性が必要とされる。これは作品に何らかの知的活動の成果がなくてはならないという考え方であり、ここから外れるものと

して、既存の絵画の模写や美術作品を単に忠実に機械的に複製した写真などが挙げられる。人間の機械的・技術的な労苦は知的創造活動の現れではなく、いくら努力しても著作物たり得ない。また、キャッチフレーズ、スローガン、著作物の題号なども創作的表現ではないという理解の仕方をする。第三に「表現」であることが必要である。アイデア、理論、キャラクターなどは著作物とはたり得ず、それらに基づいて具体的に表現された小説・論文・楽曲・絵画などのように具体的に表現された形式を指して著作物という。第四は「もの」という抽象的なものであることである。例

えば、絵画は著作物であつても、キャンバスに塗られた絵具という具体物を指して著作物というのではなく、そこに表現されている抽象的なものを指して著作物というのであつて、保護しようとしているのは精神的・抽象的な存在である。第五は「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」であるが、これは文芸、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、四つを包括的に解すべきものである。つまり、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で判断することとなる（加戸守行『著作権法逐条講義四訂新版』一九頁以下）。

YOL見出しは二五字以内で構成されており、このような短さで著作物性が認められるかという意味で、右の第二要件である創作性要件を満たすかが焦点となる。

判決は個々のYOL見出しの創作性の有無を判断し、すべて否定した上で、「YOL見出しの性質や作成過程等についてXが種々主張するところを考慮しても、X作成のYOL見出しについて一般的に著作物性が認められると断ずることはできない」とした。

この点、短い表現であることのみをもって著作物性が否定されるわけではない。わが国の伝統として俳句(一七文字)、短歌(三二文字)に著作物性があることに異論はない。また、立法担当者が著作物から除外していたチャイルドシート着用促進スローガンについても著作物性を認めた判決が近時現れている(東京地判平成一三年五月三〇日判時一七五二号一四一頁、東京高判平成一三年一〇月三〇日判時一七七三号一二七頁「交通標語事件」)。同事件判決では「チャイルドシートの着用習慣を普及させたいと願って、……リズムカルに表現されていること、……幼児の視点から見て安心できるとの印象、雰囲気表現されていること、……家庭的なほのぼのとした車内の情景が効果的かつ的確に描かれているといえることなどの点に照らすならば、筆

者の個性が十分に発揮されたものということができる。」とされており、この意味で、YOL見出しにも同様のことが当てはまるように思われる。

しかし、スローガンは「チャイルドシートを着用させた方が安全であるという考えを多くの人に理解してもらい、チャイルドシートの着用習慣を普及させたい」というような思想または感情の表現、つまり著作物になりうる場合があるといえるが、YOL見出しは記事の概要を読者に分かりやすく伝えるための表題であって、同列には扱えない。

また、事実の伝達に過ぎない雑報及び時事の報道は著作物に該当せず(著作権法一〇条二項)、このことからそもそも記事自体が必ず著作物であるとは限らない。記事が著作物でない場合、その見出しに著作物性を認めることは矛盾する感が否めない。したがって、YOL見出しについて一般的に著作物性が認められると断ずることはできないとした判旨は妥当である。

三 争点②についてー見出しの商品形態性

本判決で問題となった不正競争防止法旧二条一項三号は「他人の商品(最初に販売された日から起算して三年を経過したものを除く。)の形態(当該他人の商品と同種の商品(同種の商品がない場合にあっては、当該他人の商品と

その機能及び効用が同一又は類似の商品）が通常有する形態を除く。）を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入する行為」を不正競争行為として定めていた。

同号の立法趣旨については次のように立法担当者から説明されている。すなわち、商品ライフサイクルの短縮化、流通機構の発達、複写・複製技術の発展を背景として他人が市場において商品化するために資金・労力を投下した成果の模倣がきわめて容易に行いうる事態が生じており、模倣者は商品化のためのコストやリスクを大幅に軽減することができ、一方で、先行者の市場先行のメリットは著しく減少し、模倣者と先行者との間には競争上著しい不公正が生じ、個性的な商品開発市場開拓への意欲が阻害されることとなる。このような状況を放置すれば、公正な競争秩序を崩壊させることにもなりかねない。このような状況を踏まえれば、個別の知的財産権の有無にかかわらず、他人が商品化のために資金・労力を投下した成果を他に選択肢があるにもかかわらずことさらに完全に模倣して、なんらの改変を加えることなく自らの商品として市場に提供し、その他人と競争する行為は、競争上、不正な行為として位置づけられる必要がある。「模倣」といえるためには、他人に

商品にアクセスすることと結果の実質的同一性が判断の要素として挙げられる。「形態」の語は、実際に市場に出された商品が有する形状、模様、色彩等の要素を包括的に示すものである。（経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法（平成一五年改正版）』四八頁以下）。「商品」とは、商取引の目的となつて市場における流通が予定されている有体物のうち主として動産をいう（山本庸幸『要説不正競争防止法第三版』一三一頁・六三頁）。

YがXの作成したYOL見出しを「模倣」していることは疑いのないところであり、立法担当者の想定を越えて無体物であるYOL見出しが「商品」に該当するかが問題となる。

旧不正競争防止法一条一項一号（現行不正競争防止法二一条一項一号にあたるもの）の事件においては、無体物である書体が「商品」に該当するとした決定が一例存在する（東京高決平成五年一二月二四日判時一五〇五号一三六頁「モリサワタイプフェイス事件」）。同決定では、「書体メーカー」と有償の使用許諾契約等を締結してその書体を使用しているものということができるから、原告人らの書体メーカーによって開発された特定の書体は、正に経済的な価値を有するものとして、独立した取引の対象とされていることは明らかというべきである。そうすると、かかる性格を

有する書体を単に無体物であるとの理由のみで不正競争防止法一条一項一号の『商品』に該当しないとすることは相当ではないというべき」とされた。YOL見出しも独立した取引の対象とされており、同決定の理論を採用すれば、見出しの『商品』該当性も認められうることとなる。

しかし、同決定は混同惹起行為を禁じた旧不正競争防止法一条一項一号（現行不正競争防止法二条一項一号）に関するものである。先行者の市場先行のメリットを保護する不正競争防止法二条一項三号とは利益状況が異なるのである。同様の理論をそのまま採用することはできない。また、同決定については、『商品』の概念を拡張し過ぎているとの批判が多く、実際、その後、同様の判断を示した裁判例は皆無である。その裏付けとして、判決文の述べる通り、平成一七年改正は従来の判例などにより一般に受け入れられた解釈に基づいて規定を明確化し、『商品の形態』を「需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感」と定義しており（不正競争防止法二条四項）、同決定の立場を採らないことを明らかにしている。

したがって、YOL見出しのような無体物は『商品』に

は当たらず、模倣があつたとしても、不正競争防止法二条一項三号には該当しない。したがって、判旨は妥当であり、賛成する。

四 争点③について—不法行為成立の可否

平成一六年改正による現代語化以前の民法七〇九条は「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と定めていたが、判決も述べる通り、「必ずしも著作権など法律に定められた厳密な意味での権利が侵害された場合に限らず、法的保護に値する利益が違法に侵害がされた場合であれば不法行為が成立するものと解すべきである」と解されている。その解釈を受けて現行民法七〇九条では「故意又は過失によつて他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによつて生じた損害を賠償する責任を負う。」と定められている。したがって、ある時点の法制度において知的財産権を侵害しないからといって、不法行為の成立が全く否定されるわけではない。実際、後述するように本判決以前にもそのような場合において不法行為の成立を認めた著名な裁判例があつた。

本判決では、既述の通り、Yの行為の著作権侵害、不正競争防止法違反をとともに否定した上で、次のような理由で

不法行為の成立を認めた。すなわち、「本件YOL見出しは、Xの多大の労力、費用をかけた報道機関としての一連の活動が結実したものと見えること、著作権法による保護の下にあるとまでは認められないものの、相応の苦労・工夫により作成されたものであって、簡潔な表現により、それ自体から報道される事件等のニュースの概要について一応の理解ができるようになっていいること、YOL見出しのみでも有料での取引対象とされるなど独立した価値を有するものとして扱われている実情があることなどに照らせば、YOL見出しは、法的保護に値する利益となり得るものというべきである。一方、前認定の事実によれば、Yは、Xに無断で、営利の目的をもって、かつ、反復継続して、しかも、YOL見出しが作成されて間もないいわば情報の鮮度が高い時期に、YOL見出し及びYOL記事に依拠して、特段の労力を要することなくこれらをデッドコピーないし実質的にデッドコピーしてLTリンク見出しを作成し、これらを自らのホームページ上のLT表示部分のみならず、二万サイト程度にも及ぶ設置登録ユーザのホームページ上のLT表示部分に表示させるなど、実質的にLTリンク見出しを配信しているものであって、このようなライントピックスサービスがXのYOL見出しに関する業務と競合す

る面があることも否定できないものである。……Yのライントピックスサービスとしての一連の行為は、社会的に許容される限度を越えたものであって、Xの法的保護に値する利益を違法に侵害したものであるとして不法行為を構成するものというべきである。」とした。

不法行為の成立は、まさにその都度の事情による。本判決の判断が全く新規な理論を展開したものであるのかを判断するためには他の裁判例との比較が必要である。そこで、知的財産権非侵害行為であっても不法行為の成立（もしくはその可能性）が認められたこれまでの事例と比較し、本判決の位置づけを明確にすることとする。

(1) 「木目化粧紙事件」 東京高判平成三年二月一七日知財集二三巻三号八〇八頁

木目化粧紙を販売する者がそのデッドコピー製品を販売する者に対して訴えを提起したものであり、不正競争防止法二条一項三号創設の契機ともなった著名な事件である。

判決は木目化粧紙の著作物性を否定した上で、「人が物品に創作的な模様を施しその創作的要素によって商品としての価値を高め、この物品を製造販売することによって営業活動を行っている場合において、該物品と同一の物品に実質的に同一の模様を付し、その者の販売地域と競合する地

域においてこれを廉価で販売することによってその営業活動を妨害する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する」と判示した。

(2) 「自動車データベース事件」東京地判平成一三年五月二五日判時一七七四号一三二頁

作成した自動車データベースを複製された者がその複製した者に対して訴えを提起したものであり、最終的に五六〇〇万円余の損害賠償が認められた事件である。裁判所は、当該データベースには情報の選択や体系的な構成に創作性がないとして著作物性を否定した上で、「人が費用や労力をかけて情報を収集、整理することで、データベースを作成し、そのデータベースを製造販売することで営業活動を行っている場合において、そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、その者の販売地域と競合する地域において販売する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する」と判示した。

(3) 「写真植字機文字盤事件」大阪地判平成元年三月八日

無体集二一卷一号九三頁

写真植字機文字の製作を行う者が、その書体を模倣されたとして訴えを提起したものである。裁判所は、書体の著作物性を否定した上で、「本件書体のような実用的な文字の書体についても、その製作者は、これをよりよくその実用目的に適したものにするために、あるいはより見やすく美しいものにするために等様々な観点から、創意、工夫を凝らし、新しい書体の製作や改良に努めていること、こうした書体の製作や改良の作業には、多くの労力と時間、そして費用を要すること、そのため、原告が所属する写植業界等では、他人が製作した書体の文字を使用する場合には、その製作者ないし保有者に対し、使用についての許諾を求め、更に対価を支払うことも、かなり広く行われるようになってきていること、以上のような事実を認めることができる。……右のような事実を参酌すると、前記判示の著作物性の認められない書体であっても、真に創作性のある書体が、他人によって、そっくりそのまま無断で使用されているような場合には、これについて不法行為の法理を適用して保護する余地はがあると解するのが相当である。」と判示した。ただし、「被告書体の文字と本件書体の文字との間にいくつかの相違点がみられることも、前示のとおりで

ある。こうしたことを総合考慮すると、一見、被告書体が、本件書体に似ていることは否定できないとしても、だからといって、直ちに、これをそっくりそのまま流用したものであるとまで断じることができない。」と結論としては不法行為の成立を認めなかった。

これらの裁判例を俯瞰すると、多大な労力と時間、費用を要して作成されたものをデッドコピーし、それを競合して販売を行うような場合に不法行為の成立を認める傾向が認められる。この傾向を本件について照らし合わせてみると、本件YOL見出しは、Xの多大の労力、費用をかけた報道機関としての一連の活動が結実したものといえると考え、また、Yは、YOL見出し及びYOL記事に依拠して特段の労力を要することもなくこれらをデッドコピーないし実質的にデッドコピーしてLTリンク見出しを作成し、実質的にLTリンク見出しを配信しているものであって、このようなライントピックスサービスがXのYOL見出しに関する業務と競合する面があることも否定できないと認定しており、これまでの裁判例に沿ってXの「法的保護に値する利益」の判断を示していると言える。

一方で、不法行為の成立には損害の発生も要件とされているが、この点の判旨については疑問がある。本判決は、

「Yがライントピックスサービスを一定期間行っていたからといって、その分、XのYOL見出しにアクセスする数が現実には減少したなどの事情が証拠上認めることができないのであるから、この視点からは、Xには実損害が生じているわけではないともいえないかもしれない。しかしながら、そうであるからといって、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。そうすると、結局のところ、Yが行った侵害行為によるXの損害及び損害額については、XとYが契約締結したならば合意したであろう適正な使用料に相当する金額をXの逸失利益として認定するのが相当である。」と述べる。しかし、これでは、実損害が生じていないにもかかわらず、侵害行為を助長する結果となり社会的相当性を欠くという理由で、XとYが契約締結したならば合意したであろう適正な使用料に相当する金額をXの逸失利益を損害額として認めることとなって、損害の填補を原則とするわが国の不法行為責任に懲罰的な色彩を帯び

させることになり妥当ではない。

すでに見た通り、知的財産権非侵害行為により不法行為が成立するのは、多大な労力と時間、費用を要して作成したものを無断利用する場合である。つまり、このような場合には、法令により独占権が認められていなくとも、作成されたものにより生じる利益はその作成者が享受すべきものであるという判断が基礎にあるのであるから、他人による無断利用の時点で損害があったと認定すべきである。その上で、損害額の認定が困難であれば、民事訴訟法二四八条を適用して、使用料相当額をXの逸失利益と認めることで同様の結論を導ける。したがって、判旨の結論には賛成するが、損害発生および損害額の認定の仕方には疑問がある。

五 ギャロップレーサー事件最高裁判決との関係

知的財産法と不法行為法との関係を述べた最高裁判決としてギャロップレーサー事件（最判平成一六年二月一三日民集五八巻二号三一頁）がある。同事件は、実在する競走馬の名称をゲームにおいて使用する際、その所有者が競走馬の名称等の無断利用に対して差止めや損害賠償の請求ができるかが争われたものであり、いわゆる「もののパブリシティ権」に関する判決として著名である。

最高裁は、「競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできないものというべきである。」と判示した。

この判断からすると、YOL見出しの使用というようなものは、まさに違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっていないため、不法行為は成立しないと結論が導かれるべきとも思われる。また、この最高裁判決は本件以前になされたものであることも看過できない。

しかし、両者は整合性を有すると解される。最高裁判決はあくまで「もののパブリシティ権」に関するものであり、顧客吸引力が問題となるものである一方、本件ではYOL見出しの顧客吸引力は問題とならず、あくまでその作成過程におけるXの多大の労力、費用やYOL見出しの取引の実情等に基づいて不法行為の成立が認められたものであり、両者は同一平面上で比較されるものではないからである。

この意味で、本件判決はギャロップレーサー事件最高裁判決の射程が「もののパブリシティ権」についての知的財産法と不法行為法との関係にとどまる点を明確にしたという意義も有するものとして評価されるべきである。

諏訪野 大