青山法学論集　第57巻　第3号　(2015年)

《翻訳》

ヴォルフガング・シュトラウプ*「著作権の重要な基準としての個性」GRUR Int. 2001, 1–8

松　川　　実**

I. 著作権理論の課題

最近，コンピュータ・プログラムやインターネット上の掲示物など新しい種類の著作物が登場し，その保護基準として伝統的な著作権法の諸原則が果たして適切なのかどうかという実務上の問題が増加した。

精神的成果の法的保護の要件はいかに適切に設定するか。それは，まさに工業所有権法の中心的課題である[1)]。何が著作権の保護に値するかは，最

---

*　筆者はスイス連邦共和国ベルン市の弁護士である。貴重な示唆と提案に対して，筆者は，特に，弁護士フリドリン・ヴァルター氏 (Fridolin Walther, LL.M)，弁護士シュテファン・ボイトラー氏 (Dr. Stephan Beutler, LL.M.)，マルセル・キュヒラー氏 (Marcel Küchler, LL.M.) に感謝申し上げる。

**　原文筆者は上述のようにベルンの弁護士であり，バーセル大学より法学博士号およびジュネーブ・ローザンヌ大学欧州国際経済法コースでLL.M. 取得。ベルン大学およびフリーブルグ大学非常勤講師。写真家でもある。略歴は，https://de.wikipedia.org/wiki/Wolfgang_Straub を参照。2015年10月22日，本稿の日本語への翻訳に快諾を頂いた。訳者として，この場を借りて御礼申し上げる。

1)　一見すると，工業所有権の諸法は，まず，それぞれの適用範囲を定めている (たとえば，文学と芸術の著作物〔スイス著作権法2条1項〕，工業意匠〔スイス意匠モデル法1条〕あるいは工業上適用可能な発明〔同特許法1条1項〕)。次に，質的基準［たとえば，個性〔同著作権法2条1項〕，非自明性〔同特許法1条2項参照〕，特徴 (スイス・デザイン法案［BBL 2000, 2784頁以下］2条参照)］と，形式的要件［たとえば，登録 (同特許法49条等，同意匠モデル法5条，スイス商標・原産地表示法5条］，優先権 (たとえば，同特許法7条以下との関係で同1条1項) と阻却事由の不存在 (たとえば，同特許法2条，同商標・原産地表示法2条以下参照) に基づいて，どの工業所有権が法的保護を享受するかを明示している。もっとも詳細に見てみると，量的基準と質的基準の区別は裁判官

終的には極めて政治的な問題である。一方，著作権法学の課題は，立法者の基本的価値を可能な限り確実かつ効率的に法的に実現できるように運用可能な基準を練り上げることである。

保護期間が長いことを勘案すれば，適切な著作権理論の原理には新しい芸術的表現形式や新しい媒体にも対応できるように柔軟性を認めるべきである。ベルヌ条約の同盟国では，著作権は登録を要せず成立することが認められているので[2]，著作権の成否に決定的な基準は，同時に高度な法的安定性に資することも必要である。一方，その基準の中身を見ずに，個人の絶対権の成立要件を決めることもできない。

スイス著作権法は，この難しい課題に著作権保護のために3つの要素を充足しているか否かを判断して適切に対応しようとしている。つまり，「著作物とは，その価値や目的とは無関係に文学と芸術の精神的創造であり，それに個性（individueller Charakter）があるもの」をいう[3]。したがって，著作権で保護される著作物は，第1に（広義の）文学と芸術の領域に該当しなければならない。第2に，それは精神的創造物でなければならない。第3に，それには個性がなければならない[4]。そこで，これらの基準が実際にどの程度適切にそれぞれ役割を果たしているのか，またどのように現代的形式の著作物に具体化され得るのかという点を検討しなければならない。

II. コミュニケーション・ツールとしての文学と芸術

スイスの立法者は，ベルヌ条約2条との関係で文学と芸術の定義づけを

の価値判断によって具体化されなければならず，それもそう簡単にはできないことが分かる。たとえば，「文学と芸術」という概念の質的要素については，下記II，個性の量的性格は下記IVを参照。

2) ベルヌ条約5条2項。

3) スイス著作権法2条1項。

4) 文学と芸術の範囲に属するか否かの基準は，ベルヌ条約2条で十分明らかではあるが，各国の著作権法には，保護のための質的要件が多種多様に定められている。たとえば，ヨーロッパ諸国とアメリカの保護基準の概観については，Alain Strowel, Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, étude de droit comparé, Paris 1993, S. 398 ff. を参照。

意識的に放棄し，その代わりに，制限的ではないが，著作物を列挙し[5]，さらに法的擬制を設けた[6]。しかし，多数の研究者は，文学と芸術に属することが果たして著作権保護の可否の基準として適切であるかどうかという点に疑問を呈しているのも現実である[7]。裁判実務では，従来から，文学と芸術に属していないという理由で著作権での保護が否定された例はほとんどない。

スイス著作権法2条2項で列挙されたケース・グループには，まず，かなり異種のものが含まれているように見える。この列挙グループには，物に固定された著作物だけでなく，即興のパフォーマンスもあり，芸術的な著作物だけではなく，学問的，技術的，職人工芸の性格のある著作物も含まれている。それにもかかわらず，共通点を見つけようと試みると，コンピュータ・プログラムを除き，結局は，すべてコミュニケーションの手段として理解することができる[8]。

それらは，形式を使って内容を伝達するが，その形式は美的に形成され

5) スイス著作権法2条2項は，特に，言語著作物，音響・視聴覚著作物，振り付け著作物，パントマイム，造形芸術の著作物，建築物の著作物，応用芸術の著作物，さらに学問的，技術的内容のある著作物を列挙する。

6) スイス著作権法2条3項は「コンピュータ・プログラムも著作物とみなす」と定めている。

7) この点については，Roland von Büren, SIWR II/1, S. 72 f.; Denis Barrelet/Willi Egloff, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 1994, N. 7 zu Art. 2 URG を参照。

8) コミュニケーションは，この関係では，広く情報の伝達と理解される。工業デザインや建築にもコミュニケーションの性格がある。そのような性格は，「スタイル要素 (Formensprache)」や「建築要素 (Architektursprache)」という概念の中に表れている。Victor Hugo, Notre Dame de Paris, Paris 1832, 第2章2: によれば，「…このように，グーテンベルグにとって建築は主な文書であり，普遍の文書である ("..Ainsi, jusqu'à Gutenberg l'architecture est l'écriture principale, l'écriture universelle..")」という。建築家の著作物の著作権での保護に関しては，スイス連邦裁判所 BGE 125 III 328; 同 117 II 468; 同 100 II 167; 同 58 II 290 E. 3 そして同 56 II 413 E. 2 を参照。

る[9]こともある[10]。そのような美的な形成可能性によって，それらは，場合によっては合理的に把握できるメッセージを超えて情緒的に感銘を与えることもあるかも知れない。しかし，受信者によってその著作物が美的に知覚されたかどうか，受信者の情緒に触れたかどうかは，著作権法では問題とならない。スイス著作権法２条２項は，著作権による保護が著作物の価値や目的には依存しないように定めたので美的価値判断も黙示的には除外したことになる。

スイス著作権法２条３項で挙げられたコンピュータ・プログラムは，その性質から文学と芸術の著作物から区別されている[11]。コンピュータ・プログラムも，必ずというわけではないが，コミュニケーションの手段である。感覚を使った知覚可能性は，人間のコミュニケーションの前提条件である。しかし，ソフトウェアの著作権保護には，主にそのユーザーの目には見えないプログラム構造が含まれている[12]。実際，著作権で保護されるソフトウェアの保護内容も，多くの点でその他の著作物の保護とは違って

---

9) 個性に代わる創作の幅（Gestaltungsspielraum）の意味については，下記 IV 参照。

10) ある著作物が文学と芸術に分類される際に決定的なことは，その著作物が，場合によって美しく作成され，感性によって認識でき，特に，光的，音響的，言語的手段を利用していることである。単なる学問上のデータは，それ故，文学と芸術という概念には該当しない。ただし，場合によっては，グラフィックな表現やその言語的な転記に含まれることもあるかも知れない。さらに，SMI 1995, S, 101 ff., 1994 年 6 月 3 日の公刊されたスイス連邦裁判所の判決（Laborergebnisse）も参照。

11) 立法者は，コンピュータ・プログラムと文学と芸術の著作物との本質的の違いをスイス著作権法２条３項の擬制によって法体系的に明確にした。それゆえ，コンピュータ・プログラムを著作権で保護したからといって，その他の種類の著作物，たとえば，他の純粋に技術的な製品が文学と芸術の概念に包摂することができると推論することはできない。しかし，コンピュータ・プログラムのその他の保護条件に関しては，原則として，その他の著作物と同様に同一の条件が適用される。

12) コミュニケーションという性格があるインタラクティブ（特に，マルチメディアの）プログラムは，完全にユーザー・インターフェイスを介して存在するが，その他のプログラム（例えば，プログラム・ライブラリー，ドライバー等）は，ユーザーによって全く認識することはできない。コンピュータ・プログラムの著作権上の保護の多様なレベルに関しては，後述 IV を参照。

いる[13]。コンピュータ・プログラムから目を離せば，コミュニケーションという基準は，純粋に技術的な著作物との区別を可能にする。電子回路基板には，たとえば，かなり独自の美的な魅力を醸し出しているかも知れないが，しかし，専門家に何かを伝達する著作権で保護される配線図とは違ってコミュニケーション手段ではない。しかしながら，基板も，額縁が付けられ，壁に掛けられたならば，見る者には何かを訴えかけ，コミュニケーションのコンテンツになるだろう。

それが文学と芸術の著作物に該当するかどうかに疑問があるときには，果たして諸々の事情をもとに判断しなければならないのか。マックス・クンマー (Max Kummer) はいわゆる「プレゼンテーション理論 (Präsentationstheorie)」[14] を提唱した。それによれば，問題となるケースでは著作者が自分の行動によって芸術の著作物であるということを認識させなければならないという。しかし，この理論は学説上批判に晒されており，その批判は正当である[15]。確かに，コミュニケーション上のメッセージが著作物それ自体の中にはっきりと現れていなければならないという主張は，法的

13) 特に，スイス著作権法10条3項，4項（複製物の貸与），同12条2項（消尽），同17条（職務著作），同19条4項（私的使用），同21条（リバースエンジニアリング），同24条2項（リカバリ・コピー），同29条2項，30条1項，31条2項（保護期間）参照。立法者は特別法で規制することを諦めたために，さらに，少なくともコンピュータ・プログラムの著作権内容に関する規定が準用される。

14) Max Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, S. 75 ff.; ders., Der Werkbegriff und das Urheberrecht als subjektives Privatrecht, in: 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 123 ff., S 128.

15) 特に，Manfred Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht, 3. A., Bern 2000, S. 91, Rz. 76; Elmar Heim, Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda, Diss. Fribourg 1971, S. 45, さらにドイツ法に関しては，Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997, S 79 Rz. 156; Ulrich Loewenheim, in: Urheberrecht, Kommentar, hrsg. von Gerhard Schricker, München 1999, N. 16 f. zu §2 UrhG（多数の関連文献が挙げられている）。それに対して，Roland von Büren, Gesetzliche Neuerungen im Bereich des Urheberrechts, ZSR 1993 (112) 1. Halbband, S. 193 ff., S. 197; Mario M. Pedrazzini/Roland von Büren/Eugen Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, Rz. 186, さらに Von Büren, SIWR II/1, S. 73 の異論を参照。

安定性という利益に資することになる。著作物がある時点でコミュニケーションの内容となったのかどうかは，具体化された著作物からでは必ずしも見て取れないので，著作者がその著作物をコミュニケーションのつながりの中に置いたとしても，それだけでは十分とはいえない（たとえば，美術展覧会で展示すること）。

物理的個体（例えば，CD-ROM）を形成する著作物[16]は，しばしば，文学や芸術の領域に分類される側面があるだけではなく，純粋に理念的に存在し，技術的ないしは学問的性質である側面もある[17]。特に，人文科学の著作物[18]や応用美術の著作物[19]の場合には，個別のケースでその限界を確定することは非常に難しく，いずれにせよ，形式と内容の区別に基づいて行われるが，それも容易でない[20]。もっとも，この場合に著作物の要素のコミュニケーション機能が重要な手掛かりを与えることがあるかも知れない。

16） 著作物の限界に関して著作物か否かの困難な区別問題は，個々のケースで発生することがある。たとえば，インストールは第三者によって創作されたミュージアム・ルームも含むか，あるいはプレインストールされたプログラム・ライブラリーはそれ自体に関連するコンピュータ・プログラムに属するか。著作物の限界に関しては，さらに後記Ｖを参照。

17） さらに，この点には脚注（52）の例示を参照。

18） たとえば，スイス連邦裁判所 BGE 120 IV 208（Lizentiatsarbeit），さらに SMI 1996, S. 3 ff.，公刊されたスイス連邦裁判所 1994 年 5 月 26 日判決（Normverweisungen Schönenberger/Gauch）参照。

19） さらに，たとえば，スイス連邦裁判所 BGE 113 II 190 E I/2a（Le Corbusier）; 同 110 IV 102 E. 1（Harlekin）さらに同 105 II 299 E. 3（van Cleef & Arpels）を参照。

20） 著作権で保護可能な形式を，保護できないアイディアからどの程度，区別することができるか，あるいは，区別すべきかは，スイス連邦裁判所 BGE 19, S. 943 ff. 以降，すでにスイスで論争がある。さらに，根本的には，Ivan Cherpillod, L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction entre forme et idée, thèse Lausanne 1985, S. 59 ff. 及び 171 ff. 参照。Kamen Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Band I, 2. A., Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 244 f.; François Dessemontet, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, S. 98 ff.，さらに Botschaft, BBl. 1989 III, S. 523 参照。その立法理由書（Botschaft）によれば，たとえば，コンピュータ・プログラムの基礎になっている問題解決原理は著作権上保護されないという。法の比較については，Strowel（Fn. 4）, S. 413 ff. 参照。

そこで主張された見解によれば，アイディアは，しかし，少なくともそのアイ

III. 精神的創造という基準

「精神的な創造」の基準は，著作物を偶然の単なる発見や機械的な製作から区別するためにある。著作権上の創造は，新しい権利対象を発生させ，主観的新規性[21]を前提とするが，決して絶対的新規性[22]を前提としない。偶然の並行創造 (Parallelschöpfungen) は大いにあり得ることである[23]。創造は，性質上精神的でなければならない[24]。これは，人間[25]の創造者[26]を前提としている。以前に発見した物を逸失物 (objet trouvé) として自分の物にしても，それは創造ではない[27]。それに対して，以前に発見された要素

ディアが著作物自体の中に現れている場合にしか著作権で保護されない。特定の形式に流し込まれたコンテンツ (たとえば，舞台作品の中身の展開，絵画の動機) は，合理的に把握可能なメッセージを超えているかも知れない。しばしば，アイディアはメタ構造によっても伝達される (たとえば，コンピュータ・プログラムの構造，判じ絵クイズの意味)。メタ構造の分析と著作物の本来の解釈の間には，もっとも，微妙な限界付け，つまり，著作物性の問題が生じる。著作権での保護は，著作物のあり得る内容解釈すべてに拡張することはできない。ただし，著作物に何が含まれるかという問題への答えは，一定のレベルまで解釈を前提とする。

21) 同じ芸術家が昔の著作物を単に繰り返して作っても，新しい著作権は発生しない。なぜなら，創造的な行為が存在しないからである。著作権に変更を加えたことが新しい著作権を発生させるかどうかは，それぞれの個性に基づいて検討しなければならない。

22) それに対して，スイス特許法7条以下の新規性の客観的定義について参照。

23) 同一の著作物の創造がなされた場合の個性については，ただし，後述IVを参照。

24) スイス著作権法2条のフランス語版は，フランス知的財産法典 (CPI) 第112-4条の「精神の著作物 (oeuvre d'esprit)」を類推している。

25) スイス著作権法6条によって，法人は創作者にはならない。しかし，共同創作者のグループに入ることはある。コンピュータ・プログラムの利用権限に関しては少なくともスイス著作権法17条参照。

26) たとえば，チンパンジーが製作した図面は著作権を発生させることはない。なぜなら，少なくとも，現行法上，チンパンジーは主観的権利の権利者になることはできないからである。チンパンジーに絵の具を手渡しした芸術家も，それによって創造者にはならない。

27) たとえば，ジョン・ケージ (John Cage) の伝説上のピアノ楽曲「4分33秒」は，ピアニストに4分33秒の間，沈黙してピアノの前に座っているように要求し，その結果，コンサート・ホールで偶然，騒音が発生しても，それは精神的創造の概念には該当しない。さらに，Max Kummer, Die Entgrenzung der Kunst und das Urheberrecht, in: Homo creator, Festschrift für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, S. 89 ff., S. 106 参照。

（たとえば，出来合いのもの）を結合しただけのものの中にも創造が存在することがある。

フォン・ビューレン（von Büren）[28] は，偶然がしばしば著作物生成の際に重要な役割を演じ，創造者も自分の著作物がどのように出来上がるかを事前にはほとんど正確に知ることはないと指摘しているが，それも正当であろう。スイス著作権法２条１項の考え方は，著作物で明らかに示された個性が精神的創造に基づいているという前提から，純粋に偶然に生成した著作物を権利保護から排除する[29]。しかし，自分が創作しているという意識のレベル[30]や詳細設計の意思によるコントロールはあまりに高いレベルを要求すべきではない。

ある著作物がどの程度，人間の創造の結果であるかは，必ずしもその著作物に注目する必要はない。もっぱら著作物から明らかになる性格を手がかりに著作権保護の可否を決定することは，確かに法的安定性の利益には資するが，立法者は「精神的創造」というメルクマールを使って著作者に関わる要素を著作権法の中にはっきりと導入した。

この基準は，コンピュータ・プログラムをスイス著作権法の中に導入したために，特別，目下焦眉の問題となった。ソフトウェアが開発される時に大規模に開発ツールが投入される。それは，プログラムの独立したモジュールを一定のコードによって実行することができるものである[31]。ソ

28） Von Büren, SIWR II–1, S. 65.

29） ジャックソン・ポロック（Jackson Pollock）は，アクション・ペインティングに絡んで著作権法研究者の手を相当煩わせた。揺れ動く絵の具の缶からカンバスに落ちる一滴一滴の色の配列は，常に統計上は一度限りかも知れない。アーティストが使用する色の選択は意図的に行われるが，個々の色の垂れる場所は限られた範囲でしか制御できない。著作権は著作物しか保護しないので，いずれにせよ，偶然の方法の利用自体は保護されない。

30） スイス連邦裁判所 BGE 116 II 351（Medium）も参照。アーノルフ・ライナー（Arnulf Rainer）の LSD による幻覚絵画は精神的創造である。しかし，未露光フィルムは，たとえば，写真家の意思とは無関係に材質の劣化によって風変わりに着色することがあるが，それは著作権上保護されない。

31） プログラマーの実務での開発ツールには，非常に多様な機能がある。一定の

フトウェア開発ツールの例は，著作者が精神的創造を自分のコードによって決めている場合，その限りでは，一般的にその著作物は著作者の精神的創造である[32]。

IV. 個性と統計上の一意性

文学と芸術の精神的創造が存在しただけでは著作権は認めることはできない。実際，どの国の著作権法も，著作物に対する創造者保護の利益と，特定の形式による公衆の利用の利益との間を調整するために追加的な要件，つまり，著作物性の基準を用いてきた[33]。たとえば，その作品が創造者の努力に基づいているかどうか[34]，創造者の人格を表しているかどう

ツールは，生成プログラムとして固定されたソースコード文字列を提供する。他のツールは，ランタイム・ヴァージョンとしてプログラムへ集積され，プログラムが動作している間にインタラクティブに機能しなければならない。さらに，Neff/Arn, SIWR II/2, S. 157 ff.; Dessemontet, droit d'auteur (Fn. 20) , S. 91 も参照。

32) 開発ツールを使って製作されるプログラムの諸部分は，果たしてツール製作者の創造といえるか。その著作物が協働した偶然の結果でも，最後のプログラマーのコードナンバーの結果でもなければ，間接的創造を考慮してもよい。最終結果で認識できる場合には，特定のタスクのために特定のツールを投入することが，設計上の決定と見なされるかも知れない。さらに，後述 IV. 2 参照。

33) そのような著作物性の追加基準は，法律に規定されるか，判例によって発展させられている。比較法上の研究については，Alain Strowel (Fn. 4), S. 392 ff.; Jean-Sylvestre Bergé, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle, Paris 1996, S. 22 ff.; André R. Bertrand, Le droit d'auteur et les droits voisins, 2. A., Paris 1999, S. 143ff. を参照。スイス著作権法 2 条 1 項は著作物の個性的性格を保護要件として明白に定めた。アメリカ著作権 102 条 (a) は，「著作権の保護は，本法に従って創作活動によるオリジナルな著作物に及ぶ」と定める。つまり，「創作活動による著作物」はオリジナリティを前提とする。フランス知的財産法 (CPI) 112–4 条は，著作物の題号に関してだけ明確にオリジナリティを要求する。つまり，「精神の著作物の題号は，それがオリジナルな性格を示す場合には，著作物それ自体として保護される」。

34) イギリス，アメリカにおけるアングロアメリカ系の「額に汗の理論 (sweat of the brow doctrine)」の発展については，Strowel (Fn. 4), S. 443 ff. 及び 461 ff., さらに Bergé (Fn. 33), S. 22 f. 参照。合衆国最高裁判所は，Feist Publications Inc. vs. Rural Tel. Service Co., 499 U.S. 340 (1991) 事件判決で「額に汗の理論」に一定の距離を置いた。労苦に目を向けたアプローチは，最低限の精神的労苦を問題とするならば，スイス連邦裁判所の判例にも一部見受けられる。たとえば，

か[35]，あるいはそれが特別な創造行為[36]，ないしは特別な美的価値[37]があるかどうかによって判断されている。

それにもかかわらず，単なる隣接権的保護[38]を超えた構想にはすべて，もともと難しい価値判断が必要となる。抽象芸術，コンセプチュアル・アートなどの現代的な芸術形式も，著作権法に導入されたコンピュータ・プロ

スイス連邦裁判所 BGE 100 II 167 E. 7 参照。しかしながら，単なる職人工芸の仕事は保護されないということが常に強調されている。これについては，脚注 (36) の解説参照。

35) スイス著作権法における人的刻印のメルクマールについては，スイス連邦裁判所 BGE 125 III 328 E. 4b; 同 113 II 190 E. I/2a (Le Corbusier); 同 110 IV 102 E. 2 (Harlekin); 同 106 II 71 E. 2a (Handpuppen); 同 105 II 297 E. 3a (van Cleef & Arpels) を参照。割と新しい学説では人的刻印の要件は圧倒的に拒否されている。それには，Botschaft, S. 521; von Büren, SIWR II/1, S. 69; ders., ZSR (Fn. 15), S. 197; Dessemontet, droit d'auteur (Fn. 20), S. 109; Rehbinder (Fn. 15), S. 91, Rz. 76 を参照。しかし，反対説として，Barrelet/Egloff (Fn. 7), N. 8 zu Art. 2 URG も参照。

フランス著作権法における著作物の人的刻印については，Bertrand (Fn. 33), S. 133; Strowel (Fn. 4), S. 401 ff. 参照。ドイツ著作権法 2 条 2 項は，人的精神的創造を要求するが，そこから著作物の人的刻印を演繹できるかどうかについては，もっとも見解に争いがある。それには，Wilhelm Nordemann/Kai Vinck/Paul W. Hertin, Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Stuttgart 1998, N. 12 zu §2 UrhG を参照。

36) スイス連邦裁判所 BGE 113 II 190 E. V2a (Le Corbusier); 同 110 IV 102 E. 1 (Harlekin); 同 106 II 71 E. 2a (Handpuppen) 参照。それらによれば，「単なる職人工芸の仕事」は著作権の保護を享受しないという。そして，スイス連邦裁判所 BGE 105 II 297 E. 3a (van Cleef & Arpels) は，「著作物は，…創作活動の痕跡と著作者の個性を担っていなければならない」という。その点につき，Kamen Troller (Fn. 20), Band I, S. 255 は賛成，Dessemontet, droit d'auteur (Fn. 20), S. 127 は反対。ドイツの創作性の高低という考えに類似している。それについては，Nordemann/Vinck/Hertin (Fn. 35), N. 14 zu §2 UrhG, Loewemheim (Fn. 15), N. 32 ff. zu §2 UrhG，さらに Schack (Fn. 15), S. 78 Rz. 154 (批判的) を参照。フランス著作権法における特別な知的労力の基準については，Strowel (Fn. 4), S. 401 ff. 参照。

37) ドイツの「美的余剰の理論」によれば，著作権法上保護される著作物は，美的な中身を通常よりも持っている場合にはじめて認められるという。さらに，Nordemann/Vinck/Hertin (Fn. 35), N. 13 zu §2 UrhG を参照。

38) 著作権法上の純粋な隣接権保護は，もっとも英米法でも今日，もはや主張されていない（この点は脚注 (34) 参照）。

グラムも，判断基準がないために，裁判官に常に困難な裁量問題を課し，法的安定性を害することになる。

この裁判官の価値判断という伝統的な基準を克服しようと，マックス・クンマーは統計上の一意性を使って著作物の保護の可否を判断することを提案した。このアプローチによれば，同一の著作物がすでに存在するかどうか，あるいは少なくとも誰かが同一の著作物を無関係に創作することができる顕著な蓋然性が存在するかどうかを検討しなければならないという[39]。したがって，既存の同一著作物が存在せず，同時に，同一著作物を創作する蓋然性の存在も否定された場合にはじめて著作権保護が発動されるという。

クンマーのアプローチは，一度は国際的に集中的に議論されたことがあるけれども，結果として実務や他の学説に与えた影響は少ない。広く国際的にみても，クンマーのアプローチは圧倒的に否定されている[40]。統計上の一意性という考え方を，著作者による著作物の人的刻印を前提[41]とする著作権法へ導入することは，実際，特別な困難を伴うだろう。少なくとも，統計上の一意性とは，創造者の人格が著作物に明示された兆候である。つまり，他の人間が同じように創作することができない著作物は，通常，その創造者の人格構造に基づいているはずである。

そこで，問題はスイス法においても，つまり，スイス著作権法2条がいう個性は統計上の一意性と同一視することができるかという点である。スイス著作権法の立法理由書は，確かに黙示的ではあるが，統計上の一意性を前提としているようである[42]。しかし，立法者は個性という概念を合理的に具体化することは最終的に実務に委ねている。

---

39)　さらに，Kummer, Werk (Fn. 14), S. 30 ff., 47 ff. さらに80参照。

40)　ドイツでは，統計上の一意性という考え方は，今日一般的に否定されている。Loewenheim (Fn. 15), N. 31 zu §2 UrhG; Schack (Fn. 15), S. 82 Rz. 162参照。

41)　この点については，脚注(35)参照。

42)　立法理由書521頁は「人的性格や，現存する別の創造，潜在的な創造から，ある創造を選別する徴候も，もっぱらその著作物の中で探すべきである」という。

もともと，学説も確かにこの統計上の一意性の基準に大いに興味を示したが，スイスの実務では用いられていない[43]。スイス連邦裁判所の実務でも今までのところその影響はほとんどない[44]。新著作権法が発効して以降，スイスの通説といわれる見解は，確かに人的刻印の要件[45]を否定しているが，研究者の中には，個性という概念を解釈する際に様々にクンマーの見

43） たとえば，チューリッヒ高等裁判所第1民事法廷1979年1月18日判決（Werbebrief）ZR 78/1979, Nr. 80は否定。それに対して，同裁判所同法廷1983年6月30日判決（E.I/1），SMI 1985, S. 221では肯定。

44） 著作権保護の要件をどのように具体化するかについては，スイス連邦裁判所の実務は複数の方法によって対処している。スイス連邦裁判所BGE 110 IV 1022.2（Harlekin）は以下のように判断した。つまり，「確かに著作者は既知の（道化師人形の）形を借用はしていないが，その形があまりに慣れ親しまれているために，誰でも同じ形で創作することができたような場合には，著作者の精神において発生した創造にもオリジナリティも個性もない」という。この判決においては，クンマーの方法論が黙示的に用いられているが，同時に人的刻印も考慮に入れられている。スイス連邦裁判所BGE 113 II 190 E. I/2a（Le Corbusier）で，スイス連邦裁判所は著作権保護の要件を以下のように定義づけた。つまり，「スイス（旧）著作権法1条がいう保護される著作物の概念には，パブリック・ドメインを含まないだけではなく，総じて個人の刻印のある精神的創造の結果として，あるいは新しいオリジナルなアイディアの表現として評価される具体的表現が該当する」という。それゆえ，個性やオリジナリティは，著作権上保護される著作物の本質的特徴としても妥当する。最も印象的なのは，著作物がその著作者の人格の烙印を担い，取り違えられる恐れがない特徴があり，そして同種の著作物の表現からはっきりと区別できる場合に，この保護要件を充足するということである。スイス連邦裁判所BGE 125 III 328 E. 4bにおいてさらに確認されたことは，「著作権は，パブリック・ドメインの要素しか含んでいないものは除き，全体として個人の知的創造やオリジナルな新たなアイディアの発現の結果であると思われる作品の具体的な表現を保護する。個性やオリジナリティは，著作権で保護される著作物を特徴づける」という。

45） Botshaft S. 521; Roland von Büren, SIWR II/1, S. 69; ders., ZSR（Fn. 15），S. 197; Dessemontet, droit d'auteur（Fn. 20），S. 109; Manfred Rehbinder（Fn. 15），S. 91, Rz. 76; Ursula Widmer, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, ZSR 1993, 1. Halbband, S. 247ff., S. 252参照。それに対して，Barrelet/Egloff（Fn. 7），N. 8 zu Art. 2 URG; Denis Barrelet, Droit de la communication, Bern 1998, S. 501, Rz. 1713も参照。スイス連邦裁判所BGE 125 III 328（E. 4b）から引き続き人的刻印の基準を維持していることは明らかである。

解を参考にしている者もいる[46]。しかしながら，どのようにこの統計上の一意性という考え方を実務に置き換えることができるかは，今までほとんど議論されたことはなかった。それゆえ，次に検討すべき問題は，スイス著作権法2条がいう著作物の個性を確定するために，統計上の一意性という基準を果たして具体化できるのか，あるいはどのように具体化できるのかという点である。

この統計上の一意性の概念はその本質上，決して絶対的なものではないということをあらかじめ確認しておかなければならない[47]。一意が起きるはずがないと杜撰に判断したケースで実は一意が発生したり，たとえば蓋然性を判断する基準が変化したために事前の評価では一意が起こりうると証明されていたケースで[48]，全く無関係に並行創造が生じることがあるかも知れない。したがって，独立して同一著作物の並行創造が事前にも事後にも存在しないとしても，それが直接，統計上の一意性を否定することにはならない。しかしながら，並行創造は，仮にそれが実際発生してしまったとしても，ほとんどそれに反論できる手がかりを与えるものではない。

---

46) von Büren, SIWR II/1, S. 69; Pedrazzini, von Büren/Marbach (Fn. 15), Rz. 182, 否定説として Dessemontet, droit d'auteur (Fn. 20), S. 113ff.; さらに出来れば Barrelet/Egloff (Fn. 7), N. 8 zu Art. 2 URG と，多少異なるが Cherpillod, L'objet du droit d'auteur (Fn. 20), S. 134 f. も参照。旧著作権法に関しては，Alois Troller, Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S. 265 ff.; Wolfgang Larese, Urheberrecht in einem sich wandelnden Kulturbetrieb, eine vergleichende Untersuchung der Urheberrechtsordnungen Frankreichs und der Schweiz, Bern 1979, S. 105; Baiz Hösli, das urheberrechdich schützbare Rechtssubjekt, Bern 1987, zugl. Diss. Zürich 1986, S. 47 ff. 参照。

47) 統計上の一意性という概念は，ある著作物の一意性が統計上確認できなければ誤解を招くかもしれない。せいぜい偶然に反復する蓋然性が査定される程度であるかも知れない。それゆえ，問題は数学の専門用語ではなく，法律学上の専門用語である。根本的に見れば，問題は仮説上の並行創造が起こりえないかどうかである。そのためにクンマーが用いた統計上の一意性という概念は，この間に一般的に利用されるようになったので，ここでもこの概念を用いることにする。

48) 判定のために重要な時点については，後述 IV. 6 を参照。

1. 課題設定の定義

並行創造の確率を算定する場合，まず，仮想の並行創造者が前提とする課題の設定を明確にしなければならない。一枚の絵を描く課題があったとして，任意の数の被験者を揃え，そのうち誰かが偶然にも，たとえば，単色3本のストライプからなる絵，つまり，マーク・ロスコ（Mark Rotho）のno.61, ryst & blue（1953年）のような絵を再現することは全くあり得ないことだろう。とはいえ，3色のストライプの抽象的な絵を描くことが課題であった場合には，少なくとも大変に類似した結果に達することは十分にあり得るかも知れない。

著作権上重要な著作物は，常に，特定の課題設定ないしは特定の基本的欲求への回答と理解することができるかも知れない（たとえば，装飾オブジェの製作，椅子の設計[49]，住所管理のコンピュー・プログラムなど）。これらの課題設定は，いってみれば，創造者の創作性が発展するフレームを形作っている。すべての著作物の基礎にある課題設定は，しばしば，詳細な企画によって制約されることがある。つまり，技術的制約（たとえば，ヘッドフォン，マイク，選択のための10個のブロックのある電話機の設計），あるいは，それ自体，創造上の決断に基づく制約（たとえば，キャンペーン広告の中身に関する注文主の企画，コンクール公募のテーマ，コンピュータ・プログラム作成のための仕様書）もある。これらの詳細な企画は，もともとの課題設定を超えて，場合によっては，これから創作される著作物の要素を含んでいることもあり，その要素に十分個性があれば，それは著作権で保護されることもあるかも知れない。

しばしば，技術的企画の枠組みがあまりに狭いために，独自の創造力を発揮できる余地がほとんど残されていない場合もある。この点につき若干の混乱があったため，クンマー[50]は目的自由の基準で対処しようとし

49） 脚注（67）参照。
50） Kummer, Werk (Fn. 14), S. 70 ff.

た[51]。しかし，目的自由の基準は，課題設定が統計上の一意性という解決策を達成するために，独自の創造力が発揮される十分な幅が残っていなければならない。確かに，本来の芸術著作物では通常，目的自由が広い（この意味で，「芸術には芸術（l'art pour l'art）」という表現は適切である）。しかし，学問や応用美術の著作物（技術的図面，商業書簡，コンピュータ・プログラム等）では，設計決定に対する創造的な選択の幅が目的によって強く制限されている[52]。

スイス連邦裁判所でも，おそらく通説でも，創作の余地の幅が小さいところでは，個性は低い程度でしか要求されていない[53]。しかし，個性を統計上の一意性から解釈した場合にも，創作の選択の幅が小さい時に，個性の要求を下げてよいという根拠はほとんどない。ドイツで展開されている「小さいコイン」[54] という法概念をスイス著作権法に移植する必要はない。

51）さらに，たとえば，Heinz Zollinger, Urheberrechtlicher Markenschutz, SJZ 17/1979, S. 282 ff., さらにベルン高等裁判所 1979 年 3 月 7 日判決（JPS), SMI 1980, S. 83 ff. 参照。目的自由とは，著作物が全く目的に叶わないことを前提としているのではなく，目的が個々の著作物の創作のためにまだ十分な選択の幅（Spielraum）を残していることを前提とする。この点には，Kummer, Werk (Fn. 14), S. 73, さらに，Roland von Büren, Überschneidungen zwischen Markenschutz und Urheberrecht, in: Melanges Joseph Voyame, herausgegeben von Franois Dessemontet, Lausanne 1989, S. 21 ff., S. 25 参照。

52）さらに，たとえば，スイス連邦裁判所 BGE 20, S. 1040 (Fahrplan); 同 25 II 966 (Mathematikschulbuch); 同 70 II 57 („Habla-Notenschriftsystem"); 同 BGE 64 II 162 („Maag-Tabellen" zur Berechnung von Zahnradformen); スイス連邦裁判所 1994 年 6 月 3 日判決（Laborergebnisse), SMI 1995, S. 101ff.; 同 1994 年 5 月 26 日判決（Normverweisungen in Gesetzesausgabe), SMI 1996, S. 3 ff.; ルツェルン高等裁判所 1997 年 11 月 20 日判決（Kontenrahmen KMU), SIC 1998, S. 178 ff.; シュヴィッツ州裁判所長 1996 年 12 月 13 日判決（Luftdrucktabellen für Autoreifen), SIC 1997, 143ff.; さらにチューリッヒ高等裁判所第 2 刑事法廷 1992 年 9 月 1 日判決（Eurotax-Lacktabelle), SMI 1993, S. 331 の事実関係を参照。

53）さらに，スイス連邦裁判所 BGE 125 III 328 E. 4b; 同 113 II 190 E. I/2a (Le Corbusier) 参照。本判決への批評として Büren, SIWR II/1, S. 71; Barrelet/Egloff (Fn. 7), N. 8 zu Art. 2 URG; Kamen Troller (Fn.20), Band I, S. 256, さらに，異論として Dessemontet, droit d'auteur (Fn. 20), S. 129 ff. を参照。

54）さらに，Nordemann/Vinck/Hertin (Fn. 35), N. 20 zu §2 UrhG; Loewenheim (Fn.15), N. 38 ff. zu §2 UrhG 参照。

個性が閾値に達し得ないほど，課題設定が例外的に狭い時にも，通常，考え得る解決策の少ないところに空きを残しておく必要である。しかし，普通，多くの技術的仕様によって形成される課題設定も，統計上の一意性の解決を許している[55]。しかし，スイス著作権法では，著作物の多種多様なカテゴリーで個性の限界をそれぞれ高く設定するような根拠を見いだすことはできない[56]。

2. 重要な創作要素の判断について

現存する著作物と並行創造されたと仮定する著作物とを比較する場合，どのような要素に基づいて統計上の一意性が判断されるかが問題となる。

デジタル化の原則に従うと，二次元作品（絵画，写真等）は，ピクセルの組み合わせとして理解できる。また音響やテキストもそれぞれデジタル情報に変換し，相互に比較することができる。

解像度が 10×10 ピクセル，あるいは文字が 50 字である場合には，同一の組み合わせで偶然再現できることは，もう統計上，簡単にいって望めないだろう。しかし，このようなうわべだけの分析はあまり意味がない。というのも，我々の習慣で 2 人の人間が同時にそれぞれ別個に 50 字を同じ文章に並べることもあるからである（たとえば，手紙の結びのことばで「敬具」に相当する文字群「Veuillez agréer, Monsieur, Madame, l'expression de mes sentiments bien dévoués（ムッシュウー，マダーム，私の心からの

55） たとえば，ソケットの設計が素材，形状，寸法といった技術的基準によって制限されている場合にも，統計上の一意性は，たとえば，表面装飾，構造などのさらなる形成要素を取り込むことによって，理論上はまだ可能であろう。それに対して，考え得る基本形式が少なければ，普通，形成要素に空きを残しておく必要がある。

56） その点には Dessemontet, Droit d'auteur (Fn. 20), S. 129 ff を参照。それに対して，ドイツでは著作物のカテゴリーによって様々に高い保護限界が採用されている。さらに，Nordemann/Vinck/Hertin (Fn. 35), N. 14 zu §2 UrhG; Loewenheim (Fn. 15), N. 32 ff. zu §2 UrhG，さらに批判的な Schack (Fn. 15), S. 78 Rz. 154 を参照。

気持ちの表現をお受けとり下さい)」)。統計上の一意性は，したがって，別の要素によって検討しなければならない。

著作物の成り立ちは，多数の段階に分けることができる。通常，その段階ごとに連続して創作の決断が下される。たとえば，エッフェル塔を撮影したいと思っている者は，撮影地点を選択してから，どの焦点距離で，どのような露光で，どのような種類のフィルムで，どれだけ離れて撮影するかなど，さらにいつ撮影するかを決定しなければならない。これらすべての要素の一定の組み合わせは，疑うまでもなく統計上の一意であるかも知れない。著作権法研究者としてみれば，単純にいって，創作上のそれらの決定の個数と，それぞれの決定で存在する可能性の数を掛け算して積を求めることに心を引かれるかも知れない[57]。しかし，そのような考察方法は，またあまりにも短絡的に見える。なぜなら，創造者の創作決定がいくつもあっても，その決定が著作物の創作につながる場合にしか，著作権法上は意味がないからである。上記の例では，1枚の写真もその外見からは，別のカメラマンが別のカメラで，別の時点で撮影した何千枚もの写真とはほとんど区別できないような場合もある。著作物に個性があるかどうかを判断しようとする場合，著作物それ自体から認識できるような創作上の決定しか考慮することはできない。換言すれば，どの地点で，どのような絞りで撮影したかを問うことはできないが，創作動機がどのように再現されているか，どのような創作方法がその写真に明確に表れているかは問うことができる[58]。基本的に，どのような技術的方法でその結果に到達したかは，著作権法上は意味がない。それゆえ，精神的創造の著作物とは違って，個

57) たとえば，可能な絞り16段階×10通りの露出時間×10通りの距離×50種類のフィルムタイプ×10通りの焦点距離＝再現の確率。答えは，80万分の1。ズームレンズ，無段階カメラ・シャッター，撮影時刻と撮影場所でも，このような計算に直面する。ただし，カメラを自動に設定したときにカメラマンが創作の決定を自ら行うのかどうかは疑問である。

58) クンマーの統計上の一意性というアプローチは，彼のもともとの意見には反するが，写真を著作権法上保護できるかどうかを判断するためには適している。Kummer, Werk (Fn. 14), S. 207 参照。スイス連邦裁判所は BGE 8, S. 762 事件

性という基準はもっぱらその著作物それ自体としか関わりがなく，全く著作者という人物[59]から独立している。

著作物は創作要素に基づいて現実の著作物と仮説的な代替物とで比較しなければならないが，しかし，その創作要素の大きさはどのように決定されなければならないのか。たとえば，ある作家の創作上の決定が個々の文字のレベルに存在した場合に，簡単にいって，各行が統計上一意であるかも知れない。それに対して，創作上の決定が全思考過程であるならば，長い文書もおそらくまだ一意ではない。創作上の決定が存在する時には，著作者がどの次元でそれに対応する著作物を考えているのかについて判断しなければならない。その場合，各媒体はそれ独自の構造をもっている。言語著作物にとっては，創作上の決定は，しばしば文章の一部一部のレベルで行われるかも知れないが，個々の（特にオリジナルの）単語の文節や，文章全体（たとえば，挨拶定型文）においても存在することもあるかも知れない。コンピュータ・プログラムの場合には，尺度として，特に，コースコードの行数，標準シーケンス，ファンクション・ポイント[60]が考慮される。さらに，創作上の決定はメタ構造のレベルでも行われる。コンピュータ・プログラムでは，たとえば，個々のコマンドのシーケンスも，プログラム

判決で写真の著作権保護の問題を扱ったが，当時の国家契約法のもとでその保護を否定した。しかし，スイス旧著作権法2条2項はいずれにせよ明確に写真を著作権法上保護可能な著作物に列挙している。さらに，Thomas Ackermann/Ueli Buri, Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft, recht 1998, S. 144 ff., S. 152 f.; Gitti Hug in: Copyright and photographs, an international survey, hrsg. von Ysolde Gendreau/Axel Nordemann/Rainer Oesch, London/Den Haag/Boston 1999, S. 259 ff. も参照。特に，チューリッヒ高等裁判所は，すでに繰り返し，写真の著作権保護に関して判断している。さらに，たとえば，スイス連邦裁判所第2民事法廷の判決 ZR 85/1986, Nr. 57, E. 7c（レントゲン画像の著作権保護を否定），同第1民事法廷 1983年6月30日判決 SMI 1985, S. 221（写真トリミングの統計上の一意性を否定），同1972年3月2日判決 SJZ 68/ 1972, S. 308 ff.（連邦議会議事堂テラスの3人の流行歌歌手の写真の著作権保護否定）参照。

59) さらに，前述 III を参照。

60) Robert Hürten, Transparenz in Streitfallen durch „Software Metrik", CR 1999, S. 596 ff. 参照。

の構造上の構成も[61]，ユーザー・インターフェイスの形成も[62]，ファンクションの組み合わせも[63]，統計上一意であるかも知れない。

3. 容易に思いつく特定の創作

特定の創作問題に関する回答のうちいくつかは，著作者以外の者にはそうでなくとも，著作者自身には容易に思いつくものである。技術状態も，特定の結果が到達する確率に影響する。異常な回答が選択された場合，創作上の決定が少なくとも統計上の一意性は達せられるが，容易に思いつく決定結果の場合には，より長い連鎖が必要である[64]。

おそらく，スイスの通説は，ありふれた要素の単なる並べ合わせが個性を生み出すことは否定している[65]。スイス著作権法にコンピュータ・プロ

---

61) プログラムの構成の保護については，特に立法理由書 BBl. S. 523，さらに Neff/Arn, SIWR II/1, S. 141 を参照。Kamen Troller (Fn. 20), Band II, S. 313 f. は，構造のオリジナリティには基本的にプログラムの個性に対する徴表しか認めていない。しかし，構造とアイディアの緊張関係については，Dessemontet (Fn. 20), Rz. 141ff., さらに前掲注 (20) も参照。

62) ユーザー・インターフェイスの保護ないしはその一部の保護については，Neff/Arn, SIWR II/2, S. 150 f. を参照。

63) さらに，Ursula Widmer (Fn.45), S. 253 を参照。少なくとも，プログラムの機能性はたいていそのタスクから明らかとなる。さらに前述 IV. 1 も参照。

64) 合理的な選択の基準は再現の確率を高める。さらに，Kummer, Werk (Fn. 14), S. 46 参照。エッフェル塔の前での経験的調査がおそらく示すことは，たいていの写真家が，カメラの自動露出と自動焦点に任せ，被写体を標準的な焦点距離で小型フィルムにフルフォーマットで固定し，それゆえ，被写体が立ち位置から一定の焦点距離内に止まっている。また，並外れた眺望のような更なる創作手段を取り入れたため，同じ画像結果が偶然に再現されることは実際ほとんどあり得ないようなエッフェル塔の写真も若干存在する。

65) この点では，たとえば，通常の決まり文句で書かれ，一定の長さを超えれば，統計上の一意性が達成される商業書簡の例が挙げられる。なぜなら，同一の組み合わせが偶然に繰り返される確率は指数的に減少するからである。チューリッヒ高等裁判所第 1 民事法廷 1879 年 1 月 18 日判決 ZR 78/1979, Nr. 80 (もっとも，同法廷 1983 年 6 月 30 日判決 SMI 1985, S. 221 及び 1986 年 5 月 20 日判決 SMI 1987, S. 79 において限定されている)，さらに，Kamen Troller (Fn. 20), Band I, S. 256; von Büren, SIWR II/1, S. 70 参照。

グラムを導入することによって，特にこの問題は現実化した。特定の目標は，情報科学でも，通常，多種多様な多かれ少なかれオリジナルな方法で達成される。割と大きいプログラムはほとんど，もともと単独で見れば，多くはありふれているが，一定の長さになると統計上の一意性に達するコマンド・シーケンスの並べ合わせから出来ている[66]。統計上の一意性という概念を実行する場合，それは著作物が価値を有しているかどうかとは関係がないが，これは著作物の要素がありふれていることや，それらの要素の組み合わせが偶然の再現の確率に影響を受ける。

本当に偉大なデザイナーは，常に，要素を絶対最小限に制限することによって再び「最高級作品」を創作することに成功している。マルセル・ブロイヤー（Marcel Breuer）の金属パイプのワシリー・チェアや，ハンス・ヒフィカー（Hans Hilfiker）のスイス鉄道時計は，数十年経っても未だにモダンである。なぜなら，それらがそれほど多くの方針を含まないからである[67]。しかし，美的に特別に魅力があると受け取られるプロポーションへ

66）もっとも，コンピュータを著作権で保護する実際上の意味は，ソフトウェアの発明を世界中で特許法によって保護すれば減少する。欧州特許条約 52 条 2 項 c は，データ処理装置プログラムの特許化を原則として排除しているが，技術的ソフトウェアの発明は特許化できる。さらに，基本的に欧州特許庁公報 1999, S. 609 で公刊された T 1173/97 判決，さらに欧州特許庁の従来の実務の概観については，Margarete Singer/Dieter Stauder, Europäisches Patentübereinkommen, Kommentar, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 2000, N. 36 ff. zu Art. 52 EPÜ を参照。スイス精神的所有権研究所（IGE）の実務はこの欧州特許庁の実務を模範としている。さらに，Peter Heinrich, Kommentar zum Schweizerischen Patentgesetz und den entsprechenden Bestimmungen des Europäischen Patentübereinkommens, Zürich 1998, Rz. 1.17 ff., und Ziff. 223.4 der Richtlinien des IGE für die Sachprüfung der Patentgesuche 参照。プログラムの表面のグラフィックのレイアウトに関しては，背景が見本として考慮される。さらに，著作権上の個性の閾値にまだ達していないプログラムのデットコピーは，スイス不正競争防止法 5 条 c に違反するものと思われる。

67）高性能チェアの保護に関しては，スイス連邦裁判所 BGE 113 II 190（Le Corbusier）; ドイツ最高裁判所 1961 年 2 月 27 日判決 GRUR 1961, S. 635 ff.; 同 1981 年 5 月 27 日判決 GRUR 1981, S. 820 ff.（Mart Stam）; さらに，ケルン高等裁判所 1989 年 2 月 17 日判決 GRUR 1990, S. 356 f.（Mart Stam）を参照。

調整しようとすると，第三者がそれに一致する文化的範囲で，同一の結果に到達するかも知れない確率を高めることになる[68]。統計上の一意性という基準が同一の並行創造の蓋然性に関して確実に言明できるためには，すでに一定の流行に服している当該創造者のグループ[69]の慣習も考慮に含めなければならない。

4. 起こり得ることと起こり得ないことの限界

著作物の統計上の一意性は，創作要素が多ければ多いほど，より明確に判断することができる。ある著作物あるいは争点となっている著作物の一部が，非常に少ない創作決定にしか基づいていない場合には，裁判官にとってみれば，それらの決定が仮説的な第三者によっても選択されることができたかどうかを評価することは困難である[70]。比較のために創作要素の数を増やした場合には，同一の組み合わせの偶然の到達の確率は急速に減少し，そして，すぐに人間の創造力の限界を上回ってしまう。組み合わせの可能性は，創作要素が20であっても，それぞれ2つの選択肢があれば，それだけでも数百万通りに達する。創作要素が100あったとすると，現在生

アールガウ高等裁判所1987年12月18日判決SMI 1988, S. 128 ff. も適例である（スポーツ・ピクトグラム Otl Aicher）。

68) デザイン賞や美術館での展示で美術質が評価されたという事実からは，おそらく，その製品のコミュニケーション価値を推し量ることはできても，その個性を推し量ることはできない。それに対して，ルツェルン高等裁判所1998年6月24日判決SIC 1998, S. 567 ff. (Bo Hansen) 参照。本件では，「ウォッチ・フレミング」という機能的デジタル時計の保護が問題になった。

69) ある決定が著作権自身にも明白に存在するかどうかに掛かっている。それゆえ，損害賠償法で過失の客観的判断と同様，相応する著作物の理念型の著作者の行動と比較すべきである。このターゲット・グループをどのように詳細に定義づけるかは，もっとも，ほとんど一般的，抽象的に決定することはできない。

70) そのような問題が発生するのは，特に，著作物の題号が独立して保護されるかどうかが問題となる場合である。なぜなら，題号は，例外ケースでしか，著作権上の個性の域に達しないからである。たとえば，スイス連邦裁判所BGE 77 II 377 (Mickey Mouse) E. 3c; 同 BGE 64 II 111 (Zeitschriftentitel) E. 1. を参照。

存する人間が全員生きている間に，もっぱらそれを探求することだけに専念したとしても，同一の組み合わせ自体には，恐らく，決して到達することはないだろう[71]。

しかし，クンマーが[72]統計上の一意性を純粋に数字の上だけで定義づけることを避けようとしたことは適切である。そのような定義も見せかけの精度にしか導かないからである。なぜなら，並行創造の統計上の確率の計算はどれも，その著作物に関連する創作要素に関して限定され客観化された推定に基づいているからである。それにもかかわらず，たいていのケースでは，このような方法でも偶然の再現が十分に想定可能か，あるいは人間の想像力を超えたところに存在するのかどうかは評価できるかも知れない。たとえば，カジミール・マレーヴィチ（Kasimir Malewitsch）の伝説上の「黒の正方形（schwarzes Quadrat）」は数少ない創作上の決定（特に，正方形の形，大きさ，単色，色調，素材）にしか基づいていないが，「モナリザ（Mona Lisa）」を偶然に描く確率は，実際，ゼロに等しい。

5. 個性と保護範囲

ある著作物の個性とその保護の範囲は相互にどのような関係にあるのか。著作権上保護される最初の著作物の創造者には自分の著作物の個性がそのまま認識できる第三者の著作物に対して排除請求権がある[73]。したがって，先行する著作物の個性が後発の著作物の中に認識できる時に問題となる。個性というものが，統計上の一意性という概念によって判断される場合に，

71） さらに，スイス連邦裁判所 1994 年 5 月 26 日判決 SMI 1996, S. 3 ff. の事実関係も参照。Schönenberger/Gauch 編のスイス民法・債務法にもさらなる法律条項への多数の参照指示がある。そのうち容易に考え付く物もあるが，その著作者らの主観的な解釈に基づいているものもある。その主観的解釈に基づく参照指示は，一定の数からは統計上の一意性に達し，その結果，その参照指示を全部借用することは著作権上許されない。

72） Kummer, Werk (Fn. 14), S. 45.

73） スイス著作権法 3 条 1 項および 4 項，同 9 条 1 項参照。

後発の著作物が先行する著作物の統計上一意的な特徴[74]を取り入れているかどうかを検討しなければならない[75]。結果として，1つの著作物が個性的であればあるほど，その著作物から取り入れが出来るものは少なくなる[76]。換言すれば，2番目の創造者は最初の著作物の創作上の要素が総じてまだ統計上一意でない場合には，その限度で，自由利用の要件も充足すれば，第1の著作物の要素を取り入れることが許される[77]。たとえば，誰でも，3本のモノトーン・ストライプからなる絵画を描くことが許される。もっとも，それはすぐにマーク・ロスコの絵画を連想させるかも知れない。しかし，ロスコの作風は保護されない[78]。たとえば，ロスコのno.61, rust

74) 例外的に，数人の著作者が1つの全集に一緒に協力したために，全集全体からみれば個性的であるが，各人の寄与はまだ個性の閾値に達していないこともある。そのような場合には，共同著作になったり，翻案者にだけ著作権の保護があるかも知れない。共同著作は，特に，1つのチームとして全集を完成させた場合に考えられる。さらに，Eugen Marbach, Rechtsgemeinschaften im Immaterialgüterrecht, Bern 1987, S. 66 ff. を参照。著作物が段階的に生成された場合，その全集作成に対する彼独自の寄与を超えて，最初の寄与の選択も完成者に配分されることもある（たとえば，メロディーのヴァリエーション，単独では保護されないコマンドのシーケンスをコンピュータ・プログラムへ容易に思いつかない組み込み）。

75) それに対して，スイス意匠モデル法は防御請求権を結果的に混同の危険がなければ認められない。スイス意匠モデル法24条1号，同デザイン法案8条（BBl. 2000, S. 2784 ff.）参照。スイス商標・原産地表示法（MSchG）も混同という概念を構築し，商標権者の利益だけでなく，公衆の利益もサービス不一致から保護している。

76) 割と大きい著作物は，多くの創作要素が含まれているので，個々の部分もすでに統計上一意性を達していることがある。たとえば，イーゴル・ストラビンスキー（Igor Strawinsky）の「春の祭典（Le sacre du printemps）」の範囲内で100の拍子の個々の連続はすべて一意的かも知れない。

77) この関係で，ジュネーブ州裁判所1993年11月19日判決SMI 1994, S. 185は適例である。本件では建築本から458の写真を引き写した点が問題となった。それゆえ，写真家の権利だけではなく，編集者の権利にも関わる。その点には明確に定めているスイス著作権法4条2項も参照。

78) 様々な著作物から，もともと未だに個性が表れていない創作要素を引き写すことによって，特定の著作者あるいは芸術家グループへの連想を呼び起こされた場合には，作風も問題となる。作風が保護されないことは通説も同様である。さらに，この点については，さらなる指摘を含めて，von Büren, SIWR II–1, S. 68,

& blue という絵画の色調やレイアウトを全く同じに引き写すことは，それが同じ絵筆構造に達することがなければ，許されないだろう。

とはいえ，著作権上の排除請求権も自由利用の原理によって制約される。つまり，自由利用の原則によると，既存の著作物の保護され得る要素も例外的に引き写すことができる。ただし，それも既存の要素の意味が新しい著作物の個性に完全に従属するようになった場合だけである[79]。そのようなケースでは，結果として，双方の創造者の利益の衡量が行われる。

6. 個性の判断のための決定的な時点

著作物の創造時点では統計上の一意と見なされるものも，その後，多かれ少なかれ，ありふれたものと判明するかも知れない。なぜなら，重要な創作要素も，その後の時間の流れの中で予見されたり，すっかりほかでも創作されてしまっているかも知れないからである。さしあたり新種のコンピュータ・プログラムの構造設計も，たとえば，類似のソリューション（必ずしも，著作権侵害になるわけではないが）によって，時の経過とともに誰にでも考えつくようになってしまうかも知れない。それゆえ，統計上の一意性は，時系列の点からも明らかにされなければならない。

革新的な最初の創作が正当に評価されるならば，その権利の発生はその著作物創造の時点が基準とならなければならない[80]。それに対して，著作

同様にスイス連邦裁判所 BGE 85 II 120（Sherlock Holmes）を参照。ジュネーブ州裁判所 1993 年 6 月 4 日判決（Softwatch Salvador Dal）SMI 1994, S. 193 ff. も適例である。

79） さらに，Cherpillod, objet du droit d'auteur（Fn. 20）, S. 145 ff.; ders., SIWR II/1, S. 277 ff.; Barrelet/Egloff, N. 12 zu Art. 11 URG; Kamen Troller（Fn. 20）, Band I, S. 259, 反対説として，Dessemontet, droit d'auteur（Fn. 20）, Rz. 400 ff. 参照。自由利用の原則は，スイス連邦裁判所 BGE 125 III 328 E. 4c 事件判決でスイス新著作権法が適用され追認された。旧法を適用した判決としては，スイス連邦裁判所 BGE 85 II 120（Sherlock Holmes）E. 8. を参照。

80） さらに，ケルン高等裁判所 1989 年 2 月 17 日判決 GRUR 1990, S. 356 f.（Mart Stam）, von Büren, SIWR II/1, S. 69 も参照。

権の長い保護期間を鑑みれば，著作物の保護範囲の決定に対しては，その判断時点を基準にしなければならない。このようにさらなる発展への利益も適切に顧慮されなければならない。

V. 基準の統合

すでに冒頭で論じたように，著作物がスイス著作権法2条の3つの基準を累積的に充足していなければ，著作権の保護は否定される。同条項は精神的創造が成立し，個性を持っているものとして，文学と芸術，コンピュータ・プログラムを列挙している。しかし，著作権保護を要求する作品には，これらの基準を部分的にしか充足していないこともしばしばある。たとえ，どのように個性が定義づけられようとも，たいていの著作物には，個性的な文章と，単独で観察するともともと非個性的な文章も含まれている。著作物には人間の創造によって成立したものもあれば，単なる偶然によって発生したものもある[81]。さらに，著作物は文学や芸術に分類される観点もあれば，技術や学問などの領域に分類される観点もある[82]。著作権で保護されるコンピュータ・プログラムには，ハードウェア・コンポーネントと一体として結合していることもある（たとえば，ファームウェア）。著作権はこれらの要素が統合している場合にしか保護されない。そうすると，著作権の権能の中核，つまり，第三者に対する排除請求がこの統合領域に制限されると，著作物がどこで始まり，どこで終わるのかという困難な限界付け問題も実務上広く意味がなくなってしまう。

VI. 結論

著作権保護はスイス著作権法の考えによれば，3つの法律上の要件が統

81）　さらに，前掲 III を参照。

82）　さらに，たとえば，スイス連邦裁判所 BGE 120 IV 208 (Lizentiatsarbeit)，スイス連邦裁判所 1994 年 5 月 26 日判決 SMI 1996, S. 3 ff. (Normverweisungen Schönenberger/Gauch)，ホルゲン単独裁判官 1988 年 2 月 4 日判決 (Computerhandbuch) を参照。

合して充足する場合に認められる。つまり，文学と芸術ないしはコンピュータ・プログラムへの帰属，精神的創造，個性である。文学と芸術の著作物とは，本稿で提案した解釈によれば，それがその内容を，美的創作可能性を提供する形式で伝達することによって性格づけられる。その場合，コミュニケーション性格はその著作物自体から明らかにならなければならない。しかし，具体的な著作物に美的価値があるかどうかは問題とならない。

個性の基準は，3個の保護要件の範囲内では特別に実務上の意味がある。裁判所が用いる比較基準がないため，著作権保護を美的価値や人格に関係する価値から引き離す必要性から，前述のように，すでに1968年，マックス・クンマーは未来志向の統計上の一意性というコンセプトを提唱した。それによれば，第三者が同一の著作物を創作することが確実に近い確率で不可能性である場合には個性が存在する。この理論上の概念を実務で適用できるように具体化するために，著作物はその創作要素から分析し，そして，その創作上の決定とその都度，該当する創作者グループにとって，その創作要素の組み合わせが果たして誰にでも容易に考えつくかどうかを検討しなければならない。しかし，このような創作決定の想定は個別のケースでは限定された範囲でしか客観化できないが，それら全体から多くの場合には，偶然の並行創造が蓋然的であったかどうかを明確に評価することができるだろう。統計上の一意性というように具体化された概念は，別の質的基準と比較しても法的安定性により資する判断ができるので，この概念は，スイス法の域を超えて，著作物の保護可能性に根拠を与えることができるかも知れない。

THE

AOYAMA LAW REVIEW

Vol. 57, No. 3 December 2015

Article:

Patent Fair Use and Works Fair Use (21)

MATSUKAWA Minoru …… (1)

Note:

Artificial Intelligence and Law: Autonomous Vehicle Technologies and Legal Hurdles, especially on Product Liability

SATO Chiaki …… (27)

Translation:

Wolfgang Straub, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, 1–8

MATSUKAWA Minoru …… (43)

Material:

Erroneous news reports in recent Japan (1990–2015) (1)

OISHI Yasuhiko …… (69)

Lecture:

How We can Prevent Re-Offending?
—Introduction of the Partial Suspended Execution of Sentence—

IMAFUKU Shoji …… (95)

AOYAMA GAKUIN DAIGAKU HŌGAKKAI

(THE AOYAMA GAKUIN UNIVERSITY LAW SOCIETY)

TOKYO JAPAN

ISSN 0518-1208

季　刊

青山法学論集

第 57 巻　第 3 号

論　説

特許のフェア・ユースと著作物のフェア・ユース (21)
松　川　実……(1)

研究ノート

人工知能と法
——自動運転技術の利用と法的課題，特に製造物責任に着目して——
佐　藤　智　晶……(27)

翻　訳

ヴォルフガング・シュトラウブ
「著作権の重要な基準としての個性」GRUR Int. 2001, 1–8
松　川　実……(43)

資　料

「誤報」一覧 (1)
——近時 (1990～2015) の日本における事例——
大　石　泰　彦……(69)

講　演　会

どうすれば再犯を減らすことができるか
——刑の一部執行猶予の創設——
今　福　章　二……(95)

青山学院大学法学会

2015