

第二章 日本案例

案例 2.1 動畫錄影帶使用電腦遊戲軟體人物圖樣之侵害著作權行為

案例 2.2 著作權侵害事件損害賠償之計算

案例 2.3 字體型態非不正競爭法上之著名商標

案例 2.4 三島由紀夫未發表書信之著作權

案例 2.5 外國利用日本國內著作物，國際裁判管轄權

案例 2.6 「kewpie」漫畫人物之著作權侵害

案例 2.7 電視遊樂器軟體不構成著作權法上之「電影著作」

案例 2.8 歌曲著作的侵權認定標準

案例 2.9 編輯著作的成立要件

案例 2.10 卡拉OK裝置出租業者的侵權責任

案例 2.1

動畫錄影帶使用電腦遊戲軟體人物圖樣之侵害著作權行為

國別：日本

案例類型：人格著作權保護

關鍵字：改作權、重製權、著作人格權、同一性保持權、禁止不當改變權

案號：東京地方裁判所平 10 第 11575 號

日期：1999 年 8 月 30 日

壹、案情摘要

本案原告係一製作、販賣電腦用遊戲軟體及其他遊樂器為業務內容之公司。被告則係以宜宜為名，企畫、製作及販賣動畫、記錄影像及趣味遊戲等相關作品之人物。

1994（平成 6）年 5 月 27 日，原告以其名義發表公司職員於職務上創作之遊戲軟體，命名為「記憶深處」（以下稱「本案遊戲軟體」），因而取得著作權及著作人格權。

本案遊戲軟體內容為，遊戲操作者以虛擬的高中「星光高中」的在校男生之立場，進行在校三年當中的校園生活及日常生活的所有行動，當達成某些條件時，主要的主角人物籐崎詩織及其他女生們，將在畢業典禮當天到傳說中的大樹下，向該男生進行愛的告白。

本案被告未經原告同意，擅自委託訴外人赤紙堂，使用本案遊戲軟體主角籐崎詩織之圖案（以下稱「本案籐崎圖案」），製作命名為「臉紅心跳幻想」的動畫錄影帶（以下稱「本案錄影帶」），1997（平成 9）年 1 月左右，陳列位在東京都秋葉原而名為「密西桑歐」公司總店，對一般大眾公開販賣。而且，被

告更於本案錄影帶公開發售之後，連續重製及販賣本案錄影帶。

本案原告主張對於電腦遊戲軟體有著作權，被告使用本案藤崎圖案而製作錄影帶之行為，侵害其著作權及著作人格權，請求(1)禁止被告製作、販賣與散佈、(2)銷毀前述錄影帶、(3)損害賠償，同時要求登報道歉。

貳、 法律問題

(一) 被告是否侵害原告之著作權（重製權、改作權）及著作人格權（同一性保持權或禁止不當改變權）。

(二) 損害賠償額如何計算。

參、 法院判決

(一) 被告不得製作、販賣或散佈附件目錄記載之錄影帶。

(二) 被告應銷毀附件目錄記載錄影帶之在庫品。

(三) 被告應給付原告 227 萬 5 千日幣及自 1998（平成 10）年 7 月 19 日起至清償日止，按年息百分之 5 計算之利息。

(四) 原告之其他請求均駁回。

(五) 訴訟費用，原告負擔三分之二，其餘由被告負擔。

(六) 本判決主文第三項，准予假執行。

肆、 判決理由

(一) 關於構成著作權（重製權、改作權）及著作人格權之侵害

雖然，本案錄影帶確實並未使用主角人物藤崎詩織之名字，但(1) 本案錄影帶封面包裝所使用之高中女生圖案，與本案遊戲軟體包裝所使用之高中女生圖案對照比較之，其容貌、髮型、制服等，存在極多相同之處，且例如頭後方的頭髮往左梳攏、頸部稍左傾、頭頂的頭髮極短、頭髮上都加飾有白色亮光等，這些相當細微部份，也都相當酷似。(2) 本案錄影帶包裝所選擇使用之名稱，各個文字的字型設計及色彩、藍色波浪的底色設計等等，均與本案遊戲軟體封面包裝上所設計者近似。(3) 本案錄影帶標記有「真正心情的告白」之字樣，其說明也足以讓人認為與本案遊戲軟體有關連性。由前述諸事實，足認可能導

致本案錄影帶之購買者認為錄影帶中的主角是高中女生藤崎詩織。

據上所論，被告應於在本案錄影帶，改變本案圖案為進行性行為之情形，侵害原告所有本案藤崎圖案之同一性保持權。

（二）關於損害賠償額之計算

本案遊戲軟體在 1998（平成 10）年 3 月份，一個月之銷售量為 120 萬部，是暢銷商品，且受到相當好評。而且原告曾於 1995 年因該軟體得到日本電腦軟體大賞等諸多獎項。主角人物的藤崎詩織也相當受歡迎，人氣指數很高，1995 年電腦遊戲雜誌所舉辦的的遊戲角色人物人氣票選活動中，藤崎詩織勇奪第一名。因此，也產生了一些衍生著作，例如，以藤崎詩織為虛擬的偶像歌手的 CD、軟體出場人物的改作版集及其他相關商品，上演以真人拍攝的電影、出版小說等等。可見本案遊戲軟體中的主角人物的藤崎詩織，是一個品學兼優的優等生，創作者所賦予的清純善良之性格，對遊戲軟體及其他相關產品之暢銷，應有相當大的貢獻。

而反觀被告錄影帶之內容，完全赤裸裸地描寫其主角人物之女高中生，與男高中生連續反覆進行性行為之性事，完全是成人取向的動畫錄影帶，而雖然儘管被認為應是清純女高中生的藤崎詩織。被告之行為，故意扭曲原告賦予藤崎的性格之創作意圖與目的，應可謂係極為惡質之行為。

據上所述，應可認定被告之行為致原告之信用受到相當之毀損，如綜合上述一切情事，原告因被告之不當改變行為所產生之無形損害，如以金錢計算之，應以 200 萬日幣為相當。

又，被告因販賣所得利益為 27 萬 5 千日幣，故原告所生損害，合計為 227 萬 5 千日幣。

伍、評析

（一）

本案原告已取得原告軟體之著作權，主張被告以該軟體上主角人物藤崎詩織之圖案製作動畫錄影帶之行為，侵害其著作權（重製權、改作權）及著作人格權（同一性保持權或禁止不當改變權），請求法院禁止製造錄影帶等行為、損害賠償及登報道歉。

本案遊戲軟體係以虛擬的「星光高中」校園內的生活為內容，由遊戲操作者以該校在校男生之身份進行遊戲，由入學至畢業的在校三年當中之校園生活

及日常生活情形為發展主軸，當遊戲進行達成某些預設的條件時，遊戲操作者將於畢業典禮當天到傳說中的大樹下，受到來自主角人物籐崎詩織及其他女生們的「愛的告白」。被告卻以乍看即知是籐崎詩織的女生為主角，由該女生與男生們一再反覆不斷地進行性行為的情節為內容，製作動畫錄影帶，同時並陳列於一般向大眾販賣之店面內。

(二)

本案之主要法律爭議點在於：(1) 被告錄影帶是否侵害其著作權（重製權、改作權）及著作人格權（同一性保持權或禁止不當改變權），(2) 原告之受損害金額如何計算。

關於(1)之問題，法院將原告軟體中之籐崎圖案，與被告錄影帶出現的高中女生之圖樣對照比較，認為二者近似，認定被告侵害重製權，將前述圖案影像化製作錄影帶之行為，侵害改作權。而且，關於同一性保持權，法院也認為，被告製作的錄影帶中之籐崎圖案，已被改變為進行性行為之形態，而認定有侵害之情節。由判決理由書亦可得知，出場人物之角色本身，並非著作權保護之對象。

關於(2)之問題，法院認為原告軟體是暢銷商品，且受到相當好評，並得過許多獎。因此，出場主角人物的籐崎相當受歡迎，人氣很高，相關產品不少且銷售情況良好，主要是拜該主角人物清純的性格所賜。因此，被告的改變行為，明顯惡意扭曲原告賦予籐崎的性格之創作意圖與目的，侵害同一性保持權，判決應賠償原告損害賠償金額日幣 200 萬。本判決就是否侵害同一性保持權之認定以及損害賠償額之計算，應可提供實務上諸多參考。

過去，日本法院以侵害著作人格權為理由而判決應支付精神損害賠償之裁判例，有東京地方裁判所 55 年 9 月 17 日之判決（判例 times423 號 51 頁），賠償額也是日幣 200 萬。

參考法條：

著作權法第二十條、第二十一條、第一百十二條、第一百四條第一項、第一百五條、民法第七百零九條、第七百十條

案例 2.2

著作權侵害事件損害賠償之計算

國別：日本

案例類型：著作權侵害賠償金額的計算

關鍵字：著作權、請求損害賠償、著作權使用費、授權金

案號：東京地方法院判決第 14615 號

日期：1992 年 3 月 18 日

壹、案情摘要

擁有大力水手漫畫著作權之 King pheasant syndicate incorporated 美國公司控告日本山和公司電動鋼珠店之海報、招牌繪製大力水手漫畫，侵害著作權。美國公司對於侵害著作權之損害賠償請求額度為日幣 200 萬元，東京地方法院判決，侵害著作權之程度不一定與銷售額之高低有關聯性。

貳、法律問題

本案係侵害著作權，請求損害賠償額度之可容許案例

參、 法院判決

原告公司係擁有大力水手漫畫著作權之美國 King pheasant syndicate incorporated 公司，此大力水手漫畫不論在世界著作權條約或是日本均擁有著作權。日本山和電動鋼珠店在海報、招牌繪製大力水手漫畫。是項侵害著作權，不一定與銷售額之高低有關聯性，東京地方法院判決原告公司請求侵害著作權之損害賠償額度日幣 200 萬元，被認為適當。

肆、 判決理由

擅自使用劇中人物之類侵害著作權，雖然使用劇中人物與銷售額之高低不一定有關聯性，因此不能以銷售額與定額之乘積作為計算標準。但是，考慮侵害程度、使用期間等因素，可以獲得一些具體地、客觀地使用費計算情形。

伍、 評析

美國 King pheasant syndicate incorporated 公司擁有大力水手漫畫之著作權，此大力水手漫畫不論在世界著作權條約或是日本均擁有著作權。日本山和電動鋼珠店在海報、招牌繪製大力水手漫畫，擅自使用劇中人物侵害美國公司之著作權，雖然使用劇中人物與銷售額之高低不一定有關聯性，因此不能以銷售額與定額之乘積作為計算標準。但是，考慮侵害程度、使用期間等因素，美國公司可以獲得一些具體地、客觀地計算損害額度。

本案侵害著作權而東京地方法院在 1992 年之判決，其與 1999 年 11 月「丘比變體作品」之判決有些值得深思之處。兩侵害著作權案之相同處，均係實物化著作權衍生之人物。東京地方法院判決，認為山和公司電動鋼珠店之海報、招牌繪製大力水手漫畫侵害著作權，即使不一定與銷售額之高低有關聯性，但是原告公司請求賠償損害之額度，在可容許之程度內。

然而 1999 年 11 月「丘比變體作品」原告之請求均駁回，主要原因，本件娃娃與被告變體作品娃娃等，確實具有共同之處，但是這些共同點之絕大多數，均出現於羅斯·歐尼爾 1903 年作品 II 及 1905 年所創作之作品中，難謂係本件娃娃被創新而附加之創作性部份。而且，兩者間存在不少相異之處。據上綜合判斷，不得謂被告變體作品娃娃等具有本件娃娃之本質性特徵，二者並非近似。因此，縱本件娃娃成立著作權，製作、散佈被告變體作品娃娃等之行為，亦不得謂有構成侵害前述著作權之情事。

且東京地方法院認為原告本身有侵害「丘比(kewpie)」著作權而獲取不法利益之行為，卻於本案訴訟中，主張被告本案著作權，請求禁止使用及賠償損害，原告之請求無理由。

案例 2.3

字體型態非不正競爭法上之著名商標

國別：日本

案件類型：智慧財產權、不當競爭

關鍵字：著名商標、不當競爭、著作權

案號：東京地方裁判所平 9 第 7268 號

判決日期：2000 年 1 月 17 日

壹、案情摘要

原告 POP 研究所股份有限公司（以下稱「原告 POP 研究所」），基於視覺效果的考量，創作了所謂的 POP 字體。並於 1989（平成元）年 8 月發行了刊載有關所謂的 POP 字體計 2820 文字（以下總稱之為「原告 POP 文字」），書名為「POP 文字」（瑪璐出版社股份有限公司出版）之書籍以外，業務範圍也包括授權他公司使用其所製作之大眾流行字體。包括原告尼斯在內的多家公司，均取得其使用 POP 文字之授權。

原告尼斯股份有限公司（以下稱「原告尼斯」）開發高品味描外線印刷體 (outline font)，經取得原告流行研究所授權使用其所創作之 POP 字體之許可後，遂以之為基礎，開發出 POP 文字的描外線印刷體，稱為 NIS-POP，將之記錄於電腦磁片等磁氣性磁碟片、光碟片等記憶媒介物，也有單品販售，也有組入電腦販售之情形。

被告創英企畫股份有限公司（以下稱「被告創英企畫」），係以製作電腦用的文字體軟體，記錄於磁碟片、磁帶、光碟片等等記憶媒介物，然後販售給個人電腦或文字處理機的製造廠商之營利事業。另一被告帝魯企畫股份有限公司（以下稱「被告帝魯企畫」），則製作字型軟體提供各廠商或自行販售之公司。

1992（平成3）年3月，被告創英企畫製作與POP字體同一或類似的字體（以下稱「被告POP文字」）軟體，並與其他訴外人公司合作販售。被告帝魯企畫則是根據被告創英企畫所製作之被告POP文字，開發並販賣可以使用的描外線印刷體，商品之包裝名稱為「字林」。

原告等對於被告等，主張其行為構成不正競爭防止法第2條第1項第1款或侵權行為，請求禁止記錄被告POP文字之各種媒介物之製造、販賣行為及損害賠償。

貳、 法律問題

- （一）原告POP文字之字體是否為著名商標等。
- （二）被告POP文字是否與原告POP文字為同一或近似，且有混同出處之虞。
- （三）被告等之行為是否構成侵權行為。
- （四）原告等所受損害額之計算。

參、 法院判決

- （一）原告請求全部駁回。
- （二）訴訟費用由原告負擔。

肆、 判決理由

- （一）

商品形態雖未必以表示商品之出產處所為目的，但必須具有可以識別出與其他商品不同之獨特的特徵，而且有長期間獨佔性地使用，或短期間使用但有強力性宣傳之事實，於一般消費大眾當中已被廣泛地當作商品等之標示，方能得認為該商品型態為商品等標示。

原告等所指之原告POP文字之字體形態上之特徵，不能說是僅存在於原告POP文字所獨具之特徵。即便就各個形態之組合上有其獨特性，就原告POP文字所搭配出售的印刷關連機器之販賣數量及宣傳等狀況而言，此種組合之特色，並未給予一般消費大眾強烈的印象。因此，無法認定以原告POP文字之

字體形態上之特徵，已成為原告等之出產處所標示或商品等標示，且就此點已為眾所周知之事實。

因此，原告等根據不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款所為之請求，並無理由。

(二)

如上所述，縱以原告等所主張之事實為前提，亦無法認定（其所主張）被告等之行為侵害原告等之法律上利益；是故，原告等之主張，不僅主張失當，綜觀本案全部相關證據，亦無法採認上述主張。

伍、評析

(一)

本案係以創作設計之字體形態是否為著名商品而爭執之案例。所謂的 POP 用文字，係指在一般的零售量販店或超級市場，為引起顧客之注意，以促進銷售效果，而使用於價格標示上之字體，或於報紙夾帶的摺頁上所使用，具有某種視覺效果，經過設計而已經定型化的大眾流行字體。

被告等製作、販賣與原告等創作的 POP 文字為同一或近似之 POP 文字用字體，原告主張被告行為構成不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款或侵權行為，向法院請求禁止記錄被告 POP 文字之各種媒介物之製造、販賣行為及損害賠償。

本案所爭執的原告 POP 文字，是原告 POP 研究所的代表人所創作，並以該公司之名義發行了刊載的文字字體。原告等認為被告製作、販賣的被告 POP 文字與原告 POP 文字相近似，有致使產生誤認混同之虞，遂主張被告等行為構成不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款及侵權行為。本案的主要法律爭點為：(1) 原告 POP 文字是否得謂之為不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款之著名商標、(2) 被告行為是否構成侵權行為。

本判決對於(1)之問題，雖認為字體形態係屬不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款稱之著名商品之標示，有受保護之餘地；但認定原告等所指之原告 POP 文字之字體形態特徵，均已於該文字發表之前，已然存在，而且原告等所指的各種形態，亦不得謂係原告 POP 文字所獨具之特徵。再者，參酌原告 POP 文字與被告 POP 文字之販賣經緯，難為原告 POP 文字的字體形態已獲得著名性。其次，關於(2)被告行為是否構成侵權行為，法院認為被告等之行為，不

能為有侵害原告等之法律上利益，不採被告主張。

(二)

關於字體或印刷字體之法律保護範圍，引起各種討論。曾有多項裁判例否定字體之著作性，判定不受著作權法之保護(東京高判昭58、4、26判例times495號238頁，東京地判昭54、3、9判例times383號149頁，大阪地判平1、3、8判例times700號229頁)。然亦有學者主張，字體得依其他新式樣法、不正競爭防止法、一般侵權行為之規定而受保護(田村善之，「著作權法概說」，38頁)。於本案中，字體形態可否認定係不正競爭防止法第2條第1項第1款之「他人之商標等標示」而受保護，更進而依據一般侵權行為之規定保護之，則為有待探究。

就本案原告主張字體亦得以著名商品之形態存在，一般而言，關於不正競爭防止法第2條第1項第1款規定之解釋，的確字體被認係該款之商品標示。然本判決雖肯認前述見解，卻於具體的事實認定上，否定原告等之主張。原告POP文字之特徵於該文字出現之前，已經存在於其他先行出現之各種字體字形上，故否定原告等之主張，應屬合理。

關於字體受不正競爭防止法第2條第1項第1款規定之保護，相關裁判例，有採否定見解者，如東京高判昭57、4、28判例times499號161頁；有採肯定看法者，如東京高決平5、12、24判例時報1505號136頁。本判決對於保護字體之應有的合理方式之釋示，應可提供實務運作上諸多參考。

參考條文：

不正競爭法第二條第一項第一款、第三條、第四條。民法第四十四條、第七百零九條、第七百十五條。

(註)不正競爭防止法第二條第一項第二款規定：「本法所稱「不當競爭」係指下列行為：
一、……。二、當作自己的商品標示等，而使用他人同一或類似標示，或轉讓或交付使用該商品標示之商品，或為轉讓或交付而展示、出口或進口之行為。……。」

案例 2.4

三島由紀夫未發表書信之著作權

國別：日本

案例類型：私人信函享有著作權

關鍵字：著作權、散佈

案號：東京高等法院判決第 5631 號，判例時報 1697.114

日期：1999 年 10 月 18 日

壹、案情摘要

三島遺族認為有關福島次郎刊登在平成 10 年文藝春秋的一篇「三島由紀夫-劍與寒紅」，連續地侵害各信件之複製權，死者三島由紀夫之發表權，請求出版社、出版人員中止此文章之出版，銷毀書籍，賠償各信件複製權之侵害，以及道歉廣告。

福島次郎在此文章中細膩地描寫三島由紀夫另一種層面，文中有 15 篇未曾公開三島由紀夫寫給福島次郎之信件。文中分別記載有福島次郎對於三島由紀夫信件之回信，福島次郎某些小說之意見、感想，三島由紀夫之文學上主題，或是自導自演電影「憂國」之感想，國外旅行之近況，到熊本拜訪福島次郎之行程感想等。

貳、 法律問題

- (一) 依照著作權法中著作物之定義，交際上私人間之信件是否也屬於著作物。
- (二) 著作權法第 113 條第 1 項第 2 款明定放置於流通過程之侵權著作物，是否「散佈」該著作物，必須以知悉為要件方能夠被認定屬於「著作物之侵權行為」。

參、 法院判決

東京高等法院第二審之判決，1.)依照著作權法中著作物之定義，即使為交際上私人間之信件也屬於著作物，而上述書籍中之信件當然屬於著作物。2.)著作權法第 113 條第 1 項第 2 款明定放置於流通過程之侵權著作物，若再有轉賣、借貸之現象，解釋時添加「明知為侵權之出版物」為要件。三島由紀夫信件之揭示、出版均係福島次郎本人主導，並無「散佈」之問題；然而，福島次郎有侵害信件複製權之部分或一部分行為。3.)中止出版之請求，既無違反誠信義務或違反憲法第 21 條，也無濫權之嫌。4.) 三島由紀夫生前並不認為上述信件會被發表，三島遺族擔心一般人會誤認為三島由紀夫了解到信件會被散佈，因此損及三島由紀夫之名譽、聲望。為保護著作權法、遺族之著作權、保護死後人格利益，對於福島次郎「自行散佈信件、出版」之行為，回復三島由紀夫島名譽應是一項適當之措施；其上訴駁回。

著作權法第 113 條第 1 項第 2 款明定「散佈」「侵權之著作物」，被認定侵權行為以知悉為要件。在本案認為只要「散佈」該「侵權之著作物」，即被認定屬於侵權行為，不須以知悉為要件。

著作權法第 115 條處理有關回復名譽事項，一般請求刊登「道歉」廣告。不論作者之名譽、感情是否受損，但是作者受到社會之客觀評價，必須以「道歉」廣告回復聲望、名譽。本判決可作為侵害「散佈權」，足以造成作者名譽低下指標之判決。

肆、 判決理由

東京高等法院第二審之判決，1.)依照著作權法中著作物之定義，即使為交際上私人間之信件也屬於著作物，而上述書籍中之信件當然屬於著作物。2.) 三島由紀夫信件之揭示、出版均係福島次郎本人主導，並無「散佈」之問題；然

而，福島次郎有侵害信件複製權之部分或一部分行為。因此著作權法第 113 條第 1 項第 2 款明定放置於流通過程之侵權著作物，只要「散佈」該「侵權之著作物」，即被認定屬於侵權行為，不須以知悉為要件。3.)中止出版之請求，既無違反誠信義務或違反憲法第 21 條，也無濫權之嫌。4.) 三島由紀夫生前並不認為上述信件會被發表，三島遺族擔心一般人會誤認為三島由紀夫了解到信件會被散佈，因此損及三島由紀夫之名譽、聲望。為保護著作權法、遺族之著作權、保護死後人格利益，對於福島次郎「自行散佈信件、出版」之行為，回復三島由紀夫名譽應是一項適當之措施；其訴訟駁回。

伍、評析

(一)

本案係中止出版有關福島次郎刊登在平成 10 年文藝春秋的一篇「三島由紀夫-劍與寒紅」，福島次郎在此文章中細膩地描寫三島由紀夫另一種層面，文中有 15 篇未曾公開三島由紀夫寫給福島次郎之信件。文中分別記載有福島次郎對於三島由紀夫信件之回信，福島次郎某些小說之意見、感想，三島由紀夫之文學上主題，或是自導自演電影「憂國」之感想，國外旅行之近況，到熊本拜訪福島次郎之行程感想等。

三島遺族認為此文連續地侵害各信件之複製權，死者三島由紀夫之發表權，請求出版社、出版人員中止此文章之出版，銷毀書籍，賠償各信件複製權之侵害，以及道歉廣告。

第一審東京地方法院判決¹。本案三島由紀夫之信件，不儘記載著一般信件之時令問候、回音、酬謝、委託等事務，尚且有三島由紀夫以平素語氣敘述對於自己作品之感想、意見，福島次郎某些小說之意見、感想，人生觀，世界觀，各時節之心情等等。因此，從三島由紀夫非文藝性筆觸敘述信件之內容，可以感受到其中表現著三島由紀夫之思想、個性。

法院同意三島遺族之請求，但是賠償金額，以每本書市價日幣 1,429 元在中止出版之假處分下，販賣 9 萬冊計算約賠償日幣 500 萬元。回復名譽方面，三島遺族因為出版社僅以毫無道歉意義之「通知」廣告，而非依照請求之「道歉」廣告，另提訴訟。

(二)

在東京高等法院第二審之訴訟，出版社認為 1.) 信件屬於著作物之判例，

¹ 詳見刊登於平成 11 年 10 月 18 日判例時報 1697.114。

也尚無有利之多數學說支持，因此無所謂過失問題。2.)著作權法第 113 條第 1 項第 2 款雖然明定「知悉係侵權之出版物」時，得停止「散佈」；但是三島遺族請求停止發行，並無「知悉係侵權之出版物」之要件。3.)認為三島遺族請求中止出版有濫權之嫌，因為違反誠信義務。另外，三島遺族因受到本案書籍之同性戀資料所刺激，基於對同性戀者存在之特別感情而提出訴訟。原本沒有中止散佈必要，假借信件屬於著作物，而中止一個高文學水準書籍之出版。提出是項訴訟之人，已經違反憲法第 21 條言論、出版之自由權。4.) 三島由紀夫之名譽、聲望並無因為書籍信件之散佈，發生降低現象，出版社認為回復名譽之請求不適當。

東京高等法院第二審之判決，1.)依照著作權法中著作物之定義，自昭和 50 年已經認為信件屬於著作物，即使為交際上私人間之信件也屬於著作物，而上述書籍中之信件當然屬於著作物。2.)著作權法第 113 條第 1 項第 2 款明定放置於流通過程之侵權著作物，若再有轉賣、借貸之現象，解釋時添加「明知為侵權之出版物」為要件。三島由紀夫信件之揭示、出版均係福島次郎本人主導，並無「散佈」之問題；然而，福島次郎有侵害信件複製權之部分或一部分行為。3.)中止出版之請求，既無違反誠信義務或違反憲法第 21 條，也無濫權之嫌。4.) 三島由紀夫生前並不認為上述信件會被發表，三島遺族擔心一般人會誤認為三島由紀夫了解到信件會被散佈，因此損及三島由紀夫之名譽、聲望。為保護著作權法、遺族之著作權、保護死後人格利益，對於福島次郎「自行散佈信件、出版」之行為，回復三島由紀夫島名譽應是一項適當之措施；其訴訟駁回。

(三)

著作物係表現思想、感情之創作，隸屬於文藝範圍；但是，並非必須優美之文學才能具備著作物性質。包括時令問候之類平常信件，或是商品訂購之類商業信件，由於缺乏創作性，依照高松高等法院判例(平成 8 年 4 月 26 日判 926.207)認為不屬於著作物。但是，從許多判例或是相關學說，可認為包括小說、電影之感想，近況報導，反映個人之個性等等之信件，被認為屬於著作物。

(四)

著作權法第 113 條第 1 項第 2 款明定「散佈」「侵權之著作物」，被認為屬於侵權行為以知悉為要件。以往，東京地方法院判決²認為「散佈」而必須賠償「侵害複製權」之理由，係以「知悉係侵權之出版物」作為成立之要件；此外東京地方法院³判決假處分，認為只要「散佈」「侵權之著作物」，即被認為屬於侵權行為，不須以知悉為要件。

² 刊登於平成 7 年 10 月 30 日判例時報 1560.24，或是刊登於平成 9 年 9 月 5 日判例時報 1621.130

³ 平成 7 年 10 月 18 日之判決，或是平成 7 年 12 月 18 日刊登於知裁集 27.4.787

(五)

著作權法第 115 條處理有關回復名譽事項，一般請求刊登「道歉」廣告。不論作者之名譽、感情是否受損，但是作者受到社會之客觀評價，必須以「道歉」廣告回復聲望、名譽。本判決可作為侵害「散佈權」，足以造成作者名譽低下指標之判決。

案例 2.5

外國利用日本國內著作物，國際裁判管轄權

國別：日本

案例類型：國際裁判管轄權

關鍵字：著作權、國際裁判管轄權

案號：東京地方法院 15207 號判決，判例時報 1681.147

日期：1999 年 1 月 28 日

壹、案情摘要

本案係利用外國著作物之權益請求，以探討日本是否具備國際裁判管轄權。原告對於創作於日本、已發表之著作物，並未讓與被告其著作權、或承諾被告可利用該著作物，因此 (1) 雖然被告提示偽契約書稱在泰國擁有專屬授權，原告請求確認本身之著作權，以及被告不得擅自使用該著作物；(2) 原告請求中止被告繼續陳述虛偽事實，以及散佈上述著作物；(3) 原告請求損害之賠償。

而居住在泰國擁有日本國籍之被告，提出答辯質疑日本是否具備國際裁判管轄權，請求確認自己之利益，及駁回原告之指控。

原告主張日本之國際裁判管轄權，應該合併侵權行為發生地，及財產所在地，同時實施裁判管轄權。

貳、法律問題

一般就無體財產權而言，屬地主義之原則被認為適當。

一般就有關財產上請求之事件，只要符合民事訴訟法土地管轄之任何規定，即被認為可歸屬國際裁判管轄權範圍，即使符合規定，但是「特別情況」時卻存在著被否定之判例。

參、 法院判決

東京地方法院判決，以不符合侵權行為地之管轄規定，以及財產所在地之管轄規定作為結論駁回訴訟。

肆、 判決理由

東京地方法院判決本案所請求之標的，不符合侵權行為地之管轄規定，以及財產所在地之管轄規定。

亦即，有關本案著作物相關事務之信函，HARUDANESU 法律事務所第一次將其送到 BANDAI 位於東南亞之各子公司，其後該法律事務所基於此等子公司對於信函內容無法提出實質之答覆，因此對 BANDAI 發出通知宣稱『已經將信函送到上述各子公司』。假設該法律事務所送達信函之行為構成侵權，但其行為主要係以香港為發信地，將信函送到 BANDAI 位於香港、泰國等東南亞地方各子公司，因此該侵權行為發生在日本以外之地區。

本著作物雖然創作於日本為日本之著作物，但是在日本以外國家利用該著作物時，應該基於各國著作權法之相關法規，研判該著作物所應有之著作權問題。自然不得以。此等權利之所在地為日本，解釋相關之著作權問題。

東京地方法院分別就著作權適用實體法或屬地主義、國際裁判之管轄權、侵權行為地區、主張財產所在地、合併管轄、請求確認證書真偽等六項目之認定，據以作成「綜合此等情形，無法同意原告所主張之侵權行為地區、財產所在地之管轄權等任一者」之結論。

判決內容另外指出「在我國法院，強迫被告就本訴訟進行答辯，有違期待當事人間之公平、適當裁判、迅速裁判之理念，並且顯然存在著否定我國國際裁判管轄權之特殊情形」。

對於請求確認證書真偽，法院以括號註記「另外，就請求確認本案契約書真偽部分，欠缺確認之利益」。

伍、評析

同意東京地方法院之判決，雖然對於判決之一部份仍有疑點，但是不可避免的以駁回本案作為結論。

（一）適用實體法或屬地主義

本案之癥結在於國際裁判管轄權，而其前提為利用外國著作物應依據哪一國之法律請求著作權？探討此問題，亦可說是關於國際裁判管轄權之前提。於實際訴訟程序上最重要部分，係承認國際裁判管轄權後，如何進行實體判斷之問題。

（1）著作權係依據屬地主義

就無體財產權而言，一般原則上認為著作權係依據屬地主義。一般解釋其意義，著作權係依據各國法律所認可之無體財產。著作權僅於該國內之行為發生效力，就地理上與該國無關係之行為，則不具任何意義。此點並非本案之爭議點，判決中肯定著作權係依據屬地主義。

在無體財產權中，專利等工業所有權亦依據屬地主義。因此，各國家進行專利之審查、登錄等手續，與該國無關係之場所不足以影響其獨占權之實施。

但是，由於著作權並沒有經過特別登錄之程序，仍然依照條約規定受到各國之保護，因此各國之保護法則可能有不同之見解。現在，創作國之著作權一般亦可適用於其他國家。

（2）屬地主義之依據

屬地主義在習慣法之依據，相對於專利權而言並非十分明確。可從 1886 源流國之保障依其國內法，而第五條第二項第二款以及第三款亦規定「各項權利之享有與行使，不須履行任何形式，並獨立於該著作源流國現行保障制度之外。故除開本公約之規定，著作人權利之保障範圍及其救濟途徑，應絕對受當地國法律之拘束。但受本公約保障而非該國國民者，仍應享有該國國民同等之權利。」因而定認定其係屬地主義。

對於此點，存在著不同之見解。因為有「所謂於源流國以外之其他聯盟國境內，享有各該聯盟國法律現在或將來賦予其內國民之同等權利」之規定，其中並非受到利用行為地法律之約束，而受到當地法院之法律所約束。但是，適用當地法院之實體法，將會變成 *Forum Shopping*，此種解釋因此被認為不適

當。若解釋為當地法院之國際私法時，則可避免此問題，但是必要時適用當地法院之國際私法，此為當然之事，根本無庸作成規定，其適當性仍有疑問。

「依照聯盟國法律加以保護」之說法，基本上與利用行為地或當地法院之概念相同；不過例如本案，概念不相同時則被認為並無明確之規定。就此種意義，上述所論及之不同意見仍有些道理。可能將此條款解釋為利用行為地之實體法，應該頗適當。因此將此條款解釋為當地法院似乎不適當，因此認為沒有必要作如此之考慮。

（二）國際裁判之管轄權

（1）一般性

有關財產之請求事件，只要符合民事訴訟法中土地管轄之任何規定部分，日本即被認可擁有國際裁判管轄權。即使符合規定，但是「特別情況」時卻存在著被否定之判例⁴。

本判決將此彙整出下列要點，其內容「被告即使係在本國無住所之外國人，對於和我國發生法律相關之事件，應肯定我國具有國際裁判管轄權，且不得否定之。就某種國際上有所謂不承認國際裁判管轄權之一般性規則時，並且國際上不成文法尚未充分成熟，雖然我國具有國際裁判管轄權，仍然應以當事人間之公正或者適法裁判、迅速裁判之理念，依照法理作裁決。若是可歸納在我國民事訴訟法規定之任何國內審判權，原則上就應該於我國法院進行訴訟事件之審理，令被告服從我國裁判權；但是該訴訟事件於我國進行裁判，足以導致違反當事人間之公平、裁判適法、迅速等理念之期待之類特別情況時，即屬於否定我國之國際裁判管轄權」。

（2）本案之問題

大體上如上所述，本案屬於處理日本國外之著作權問題。假若以第一項目屬地主義為前提時，此問題即為法院是否適宜審理外國著作權法。

（3）專利權之情形

此種問題亦存在於有關專利權之論點，以往曾有依據屬地主義而持否定之見解。豐崎先生⁵提出有關「在外國，是否可由第三國之法院訴請追究該國人，侵害該國工業所有權者之責任」之疑問，依照清瀨一郎「專利法原理」⁶見解，

⁴ 詳見最判昭和 56 年 10 月 16 日民集 35 卷 7 號 1224 頁馬來西亞航空事件。

⁵ 詳見豐崎光衛「工業所有權法」第 37 頁，1980 年。

⁶ 詳見清瀨一郎「專利法原理」第 500-1 頁。

所擬定之法規第十一條第二項，認為「在我國則以屬地主義而否定此訴訟。」

然而目前大致上均否定此見解，亦即在我國法院訴請追究在外國侵害該國工業所有權者之責任，理論上是可能的。

(4) 著作權之情形

就著作權而言，原則上為了在各國之間存在著相同之權利，如工業所有權之限定，向來不加以考慮。目前「元水」、「駒田」或者「茶園 2」⁷等，大致上認為外國之行為，理應適用該國之著作權法給予救濟。

如前所述，因為屬於外國著作權事件，因此該事件不得否定國際裁判管轄權，但可將此作為「特別情況」加以探討。不過本判決係以特別情況，指出原告於泰國難以提出訴訟，以及被告欠缺於我國接受訴訟之能力等事項，似乎並未真正地加以深入探討。

(三) 侵權行為地

原告所主張之事務，首先為侵權行為地區之管轄權。原告認為，由香港法律事務所向原告交易對象送達警告信函屬於侵權行為，因此其中一部份送至日本，即發生在日本之侵權行為。

判決書以「該行為乃係香港法律事務所由香港發出信函，將其送到 BANDAI 位於香港、泰國等東南亞地方各子公司，認為該侵權行為發生在日本以外之地區。」駁回原告之主張。判決之認定理由，在於第一次由香港將信函送到 BANDAI 位於香港、泰國等東南亞地方各子公司，其後該法律事務所基於此等子公司對於信函內容無法提出實質之答覆，因此對 BANDAI 發出通知，宣稱『已經將信函送到上述各子公司』。

本案原告主張香港法律事務所信函到達地為日本，因此日本為「侵權行為發生地」；然而在判決書「注釋 1」⁸內，說明當遭受「詐欺性內容之信函」損害時，「其發信地以及到達地皆屬於侵權行為地」為例，加以解釋該項主張。

判決書結論，以「其主要行為乃係在日本國外之行為」，認定不符合侵權行為地之管轄規定。在此直接指明送達香港等地為其主要之行為；而評論者認為更重要部份應是該信函之內容是否與在國外利用著作物之行為有關聯。即使通知信函到達日本，也難以說明其侵權行為在日本已產生結果，因此被認為並非於日本之侵權行為。

⁷ 詳見茶園成樹，阪大法學 45 卷 3 號 565 頁，1995 年。

⁸ 詳見注解民事訴訟法(1)第二版 1991 年。

另外有關「侵權行為地」之意義，在「侵權行為地」屬於國際裁判管轄權可處理部分之前提下，可區分為「加害行為地」以及「損害發生地」兩者；然而曾經發生「損害發生地」是否被承認為侵權行為地之疑慮。原告主張到達地屬於國際裁判管轄權，此點可解釋為原告認為「加害行為地」相當於上述之「損害發生地」，不過仍然受上述論點之限制。該論點係假設，加害者無法預見加害行為產生之結果，本案為信函到達地當事人之情形，因此並不適用。

另外判決書指明，關於送達侵權文件的委任人有可能排除於被告以外，此部份難免被駁回。

（四）財產所在地

原告一部分之主張，為財產所在地之管轄。原告主張「在日本以外之國家利用本案著作物」之權利，係認為因所在地位於日本可成為管轄地之根據。

（1）本案判決之結論

對於此點判決「所在地無法確認係位於我國」，因此認為不符合管轄規定。此與原先之認定相符，於結論中無異議。將在外國利用之權限求諸於日本國內，此為多麼奇妙之主張。

（2）根據單一主義之論點

考慮支持原告之主張，或許可獲得下列說法。上述「澤木」⁹介紹法國之「單一主義」，應為普遍適用於本國法之主義，其係根據著作權之標準法探討所在地之見解，「就公開發表物而言其公開發表地為所在地，未公開發表物而言以著作人國籍為其所在地」。如依照字面之意義，原告之主張有可能被認可。

但以認可屬地主義之前提下，則無法得到上述之解釋，其判決仍然適當。

（3）消極確認之請求部分

關於原告此主張，亦存有某些疑問。舊民事訴訟法第八條(相當於現行法第五條第四項)規定「提出訟狀之法院，應為請求或擔保之標的，或被告可扣押之財產所在地」，但本案原告主張「請求標的所在地」。然而本案為消極確認之訴，否定此部份之意見被認為有力之學說。

但若試著考慮支持原告之主張，不宜單純地以不存在而否定；因為此與請求確認債務不存在之現象不同，因為自己享有此種權利，即使以上述之否定說

⁹ 詳見澤木敬郎「映畫の頒布權」，著作權判例百選 208 頁，1987 年。

為前提，亦被認為得以適用。況且否定學說，已經不太被重視了。

(4) 其他請求之可能性

考量上述說法，將產生原告應該請求確認自身權利之主張，或許較為適當之問題。另外基於「著作權存在於著作人之居所」，若原告主張自己為權利者，有可能將問題之權利所在地變為日本。更進一步，即使採取請求消極確認之訴，於內容上原告主張自己為權利者，或許可以產生相同之主張。

如同本案之案例，在第三國所在地發生之利用行為、應依據第三國所在地之法律處理之權限，僅依據權利人本身居所因而認為在日本之行為，可能質疑上述見解之適當性。

並且，此種主張方式，類似以「持參債務」為前提之債務履行地作為依據之情形，很有可能被認定為「特別情況」而否定國際裁判管轄權。

(五) 合併管轄

「高部」¹⁰指出有關專利權之合併管轄，論及完全非關於侵害外國專利權之訴訟標的物，存在著客觀性合併之認可問題。而本案之客觀性合併管轄主張，只不過係同一著作物之各種請求加以合併，因此沒有上述之問題。無論如何，為排除作為前提之管轄主張，因此對於此點並沒有判示。

(六) 請求確認證書真偽

關於請求確認證書真偽本案判決書，於括號中註記，認為欠缺確認之利益。關於國際裁判管轄權部分，認為駁回係適當之判決；因此在結論上並無疑慮，然而請求確認證書真偽部分，認定欠缺訴訟要件則令人產生質疑，認為過於嚴苛。

判決書認為請求確認證書真偽部分，欠缺確認利益之理由列於判決所摘錄事實之第二項。亦即「本案原告與被告間之爭執中心在於是否同意成立獨占利用契約，即使本契約書係證明上述契約是否成立之重要書面文件；但由原告1996年7月23日之信函證明此契約僅為共同證據之一而已。因此原告與被告間契約關係是否存有，不能僅由本案契約書之真偽判定其間之關連性，亦無法藉由判斷本契約書是否成立而一次解決原告與被告間之糾紛」。由此看來，限於「是否存在著契約關係與契約書是否成立有關」之情形下，請求確認契約書真偽之確認利益始被承認。

¹⁰ 詳見高部真歸子「特許權侵害訴訟と國際裁判管轄」第134頁，信山社，1999年。

雖然處分證書以外狀態，不至於發生「與契約是否成立有關」之情形，即使請求確認證書真偽並非處分證書，亦會被認可，一般來說並不作如此之要求。因此就請求確認證書真偽而言，「確定此判決雖然無法對當事人之間書面文件真偽產生判定。由於對構成契約內容之法律關係無法判定，即使確定書面之真偽，仍未解決糾紛本身之情形非常多。此種情況必將重新提起訴訟，因此提起本條之訴訟變成二倍手續，實際上不常被利用。」與相較之下，本判決所要求之要件似乎過於嚴格。

一般請求確認證書真偽，應以確認利益為訴訟要件，但是也有並不嚴格要求確認利益之判例。如紛爭之實體在於是否有存款退還之請求權，訴訟時由日銀發函給北海道拓殖銀行，尋求確認標題為「關於處理外地關係之存款等代付事宜之文件」之真偽性，此文件確實存在著確認之利益。雖然該文件之效力受到爭議，然而文件之真偽與現實沒問題。

與此相比，如本案爭議之契約書真偽，一般難道不會構成確認之利益嗎？

案例 2.6

「kewpie」漫畫人物之著作權侵害

國別：日本

案例類型：著作權，不當競爭

關鍵字：重製物、改作物、不當競爭、近似性

案號：東京地方裁判所平 10 第 13236 號

判決日期：1999 年 11 月 17 日

壹、案情摘要

被告係以製造、販售美乃滋及其他一般的沾醬食品為目的之股份有限公司，長期以來使用丘比之變體作品（以下稱「被告變體作品」）於被告商品之商標、商品包裝、商品容器、電視節目及網路網頁上，被告將背後印製有被告商標「丘比美乃滋」之丘比娃娃，與其自行製造之美乃滋商品一起包裝販售。被告於其製造、販售之商品，附加「丘比」之商品等標示（以下稱「本案商品等標示」）。

被告於 1957（昭和 32）年 9 月 12 日，將其原來商號「食品工業股份有限公司」變更為「丘比股份有限公司」，之後，一直使用「丘比」之文字於其商號。目前，被告擁有網址為「kewpie.co.jp」網站，於網路上開設網頁，以供該公司及公司製品廣告宣傳之用。

本案原告主張，一九一三年，美國人羅斯·歐尼爾創作了「丘比」（kewpie）娃娃（本案娃娃），在美國發行而取得著作權。根據「日美著作權條約」之規定，羅斯·歐尼爾應亦同時在日本取得著作權（以下稱「本案著作權」）。原告於 1998（平成 10）年 5 月 1 日，自「羅斯·歐尼爾遺產財團」受讓本案著作

權。

因此，本案原告起訴主張：(1) 丘比娃娃著作權為原告所有，被告複製丘比之圖案等行為，侵害原告著作權（重製權、改作權），(2)「丘比」為商品等之標示，係原告所有之著名商品標示，因被告之上述使用行為而構成不當競爭，故請求命令禁止上述行為、損害賠償及不當得利之返還。

貳、 法律問題

- (一) 近似性之有無。
- (二) 不當競爭之有無。
- (三) 權利濫用之有無。
- (四) 是否成立侵權行為、不當得利。

參、 法院判決

- (一) 原告之請求均駁回。
- (二) 訴訟費用由原告負擔。

肆、 判決理由

(一) 關於近似性

(1) 首先，關於被告變體作品等，是否為本案娃娃之重製物等，即是否構成侵害本案著作權之問題（是否成立著作權、著作權之歸屬、著作權是否因保護期間屆滿而消滅等點，暫且不論。）

關於本案娃娃，原被告雙方對於如下事實，並無爭執：(1) 羅斯·歐尼爾所創作之原著作物存在之事實、(2) 例如，1903 年作品 II 與 1905 年之作品存在之事實、(3) 前述二作品均於「日美著作權條約」發生效力前所發行，不受日本著作權法保障之事實。

惟原告請求依著作權法予以保護之著作物，如認該著作物係利用既有的著作加以改作而成的所謂衍生著作時，解釋上應認為其著作權僅存在於改作物所創新而加諸原著作的創作部份，至於與原著作共同且實質上相同部份，則無著作權。改作物由原著作物獨立出來而另成一新的著作物並受著作權保護者，乃

因其利用既有存在之著作，於原著作添加新的創作要素，改作物所內含的與原著作物共同部份，並未重新添加任何新的創作要素，如無以另一單獨存在之著作而加以保護之理由（最高裁判所平成 9 年 7 月 17 日第一小法庭判決，民集 51 卷 6 號 2714 頁參照）。

(2) 鑑於上述，本案娃娃因被認定係根據 1903 年作品 II 與 1905 年作品所為之衍生著作，故於判斷被告變體作品與本案娃娃是否相同時，應就下列二點檢視創作部份是否共同：(a)原告於本案請求保護之本案娃娃，與 1903 年作品 II 及 1905 年作品對照比較，本案娃娃是否存在有創作部份，如有創作部份，究竟何在。(b)被告變體作品等與本案娃娃相對照比較，於上述創作部份是否共同。

(3) 就本案娃娃與 1903 年作品 II 及 1905 年作品對照比較結果，眼、眉、口、手之形狀雖有不同（又，站姿或變體之不同，應非重要之點），然縱使考慮此等不同之處，亦存在相當多的共同點，尤其是以頭部極具特色之髮型與背部之雙翼、裸體、中性而胖嘟嘟的小嬰兒等之共同特徵上，本案娃娃幾乎具備了 1903 年作品 II 及 1905 年作品的所有特徵，創新添加之要素，可說僅是些微不足道的小地方。因此，可以說本案娃娃與兩作品近似。就本案娃娃係立體的玩具娃娃之點而言，可謂係構成兩作品之衍生著作之要件（又，因為認定本案娃娃與兩作品均為羅斯·歐尼爾所作成，故推定本案娃娃係兩作品之衍生著作）。

(4) 本案娃娃雖與被告變體作品有其共同之處，然其共同點幾乎均已表現於 1903 年作品 II 及 1905 年作品中，不能說是本案娃娃添加的新創作部份；另一方面，二者亦存在相當多的相異之處，縱合觀察而為判斷，難謂被告娃娃具有本案娃娃之本質上特徵，解釋上應認二者並非近似。

（二） 於不當競爭

原告主張所謂「丘比」之商品等標示（本案商品等標示）相當著名，應有不正競爭防止法第二條第一項第二款之適用。但是，並無任何證據足認，本案商品等標示，係標示於原告或羅斯·歐尼爾之關係人的商品之商品標示，或營業之營業標示，而成為著名或眾所周知之事實。故本案商品等標示，並非著名商標，原告主張無理由。

（三） 關於權利濫用

原告一方面主張，於 1998（平成 10）年 5 月 1 日受讓本案著作權，另一方面卻有下列之行為事實：(A) 卻於自己權利取得前之 1979（昭和 54）年，開始

進行設計製作「丘比」之圖案等及販售丘比有關商品等行為，侵害本案著作權，而獲得利益。(B) 於其自身所主辦有關「丘比」的團體活動時，製造、販售羅斯·歐尼爾所創作之丘比的重製品（以原告之主張為前提）。(C) 而且，原告更猶似自己擁有著作權般地，於自己的商品上附加標示。(D) 原告對於販售有關自行設計之丘比商品之交易相對人，就一般的丘比商品（非原告製作之丘比有關的商品），均要求著作權之授權使用費。因此，原告自己已經先有侵害本案著作權之行為而獲取不法利益，卻於本案訴訟中，主張被告侵害本案著作權，請求命令禁止及損害賠償之情事，該當於權利之濫用。因而，就此點而言，原告之請求無理由。

伍、評析

(一)

本案件係關於在日本擁有高知名度的「丘比」玩具娃娃之訴訟，原告主張自己在日本享有丘比之著作權而提起之訴訟。此一案件受到日本社會極大的關注。其主要原因為，長期以來，日本某著名食品公司除以「丘比」作為該公司名稱外，廣告宣傳亦均使用與「丘比」雷同之玩具娃娃（被告變體作品等）等，卻被質疑侵害著作權。

原告之主要主張如下，即美國人羅斯·歐尼爾創作了丘比娃娃（本案娃娃），於一九一三年在美國發行並取得著作權，依據「日美著作權條約」之規定，羅斯·歐尼爾同時也在日本取得著作權。羅斯·歐尼爾雖已於一九四四年死亡，然根據著作權特例法第十一條之規定，本案著作權存續期間至二〇〇五年，被告變體作品等，係模仿自本案丘比娃娃，加以更改、變化等製作而成，具有相當近似性。

本案涉及之爭點甚多，主要者為如下所述之十一點：(1) 羅斯·歐尼爾是否創作本案娃娃，並原始取得著作權、(2) 本案娃娃（亦可認係原著作）是否具創作性、(3) 本案娃娃使用於量產品、應用美術品上，是否易受著作權之保護性、(4) 是否取得美國著作權性、(5) 著作權保護期間是否已屆滿性、(6) 原告是否繼受取得著作權性、(7) 原告是否以轉讓其著作權於第三人性、(8) 有無法源依據性、(9) 被告變體作品娃娃等是否與本案娃娃（亦可認係原著作）具近似性、(10) 權利是否已失效性、(11) 是否有權利濫用之情事。本判決僅就(9)之「近似性」及(11)是否為「權利濫用」兩項加以判斷，而駁回原告之請求。

(二)

關於近似性之爭點。法院認為，本案娃娃係羅斯·歐尼爾塑創作之原著作物（例如，1903年作品Ⅱ與1905年之作品）存在，此二作品均為日美著作權條約效力發生前所發行，不受日本著作權法之保障（關於此點，並無爭執）。本件娃娃，與1903年作品Ⅱ及1905年作品相比較，眉、眼、口、手等形狀雖有不同，仍存在及多相同之處，尤其是「頭部頂端極具特性之頭髮、背部之雙翼，中性、裸體而胖嘟嘟的小嬰兒」之共同特徵，因此本件娃娃，既具1903年作品Ⅱ及1905年之作品之絕大部份之特徵，其後創新附加之創作要素極少。故可說本件娃娃與前述兩作品近似，應為第二次著作。是故，於判斷被告變體作品娃娃等與本件娃娃是否近似時，應檢視何者為本件娃娃之創作性部份，再將被告變體作品娃娃等與本件娃娃對照比較，判斷該創作性部份是否相同，自有必要。在此前提下，檢視被告變體作品娃娃等與本件娃娃是否相近似時，本件娃娃與被告變體作品娃娃等，確實具有共同之處，但是這些共同點之絕大多數，均出現於1903年作品Ⅱ及1905年作品中，難謂係本件娃娃被創新而附加之創作性部份。而且，兩者與存在不少相異之處。據上綜合判斷之，不得謂被告變體作品娃娃等具有本件娃娃之本質性特徵，二者並非近似。因此，縱本件娃娃成立著作權，製作、散佈被告變體作品娃娃等之行為，亦不得謂有構成侵害前述著作權之情事。

(三)

其次，關於權利濫用之有無，法院亦作如下之判斷，原告(a)早於受讓本案著作權而取得權利很久以前，即已開始販售以丘比圖形設計、製作之商品，其本身已構成侵權行為並獲利、(b)縱於其自身所主辦之之丘比有關的團體活動中，亦販售所製作的羅斯·歐尼爾所設計的丘比之重製品（以原告之主張為前提）、(c)原告所製作的丘比之相關產品上，標示原告擁有著作權之字樣、(d)對於販賣自己所設計之丘比相關產品的交易相對人，就一般商品（原告製作的商品以外之產品）請求支付使用許可費。根據上述之事實，原告本身已經構成侵害著作權之行為，且從其中獲取利益，故其以被告為被告，主張侵害著作權而請求損害賠償及發給禁止命令，係屬權利之濫用。

(四)

關於第二次著作保護之範圍，本判決亦援用最高裁判所之判決（最一小判平9.7.17民及51卷6號2714頁），作如下之認定。亦即，法院認為「所謂第二次著作的創作性部分之著作權，應解為僅發生於嶄新地添加於第二次著作的創作性部份，而不包括與原著作物共同而實質上相同之部份。蓋

第二次著作之所以獨立於原著作物，成為個別著作物而受著作權之保護，係因其於原著作物上添加上新的創作性因素，與原著作物共同相同之部份，並不包含任何新的創作性因素，並無作為個別著作物而受著作權之保護之理由」。本判決可說是以前述最高裁判所之理論為前提，就第二次著作之近似性為具體之判斷。

參考條文：

不正競爭防止法第二條第一項第二款。著作權法第二條第一項第十一款、第二十一條、第二十七條、第二十八條、第五十一條、五十八條、第一百十二條、第一百十四條第二款。民法第一條第二項、第三項第、第七百零三條、第七百零九條

（註）不正競爭防止法第二條第一項第二款規定：「本法所稱「不當競爭」係指下列行為：

一、……………。二、當作自己的商品標示等，而使用他人同一或類似標示，或轉讓或交付使用該商品標示之商品，或為轉讓或交付而展示、出口或進口之行為。……………」

案例 2.7

電視遊樂器軟體不構成著作權法上之「電影著作」

國別：日本

案例類型：電影著作之散佈

關鍵字：二手電動遊樂器軟體、電影著作、散佈權

判決案號：東京高等裁判所 平成 11 年行本 第 3355 號判決

判決日期：2001 年 3 月 27 日

壹、案情摘要

本案是有關家庭用電視遊樂器「Play Station」所使用的遊戲軟體著作權糾紛。著作權人為電動遊樂器之製造商，向法院請求禁止二手電視遊樂器業者販賣二手電視遊樂器。

被上訴人主張，其所開發之電視遊樂器軟體，是一種「電影著作」，依其販售上訴人公司二手電視遊樂器軟體之行為，已侵害上訴人之散佈權，因此請求被上訴人停止散佈該軟體。上訴人則向法院起訴，請求確認被上訴人對其販售二手電視遊樂器之「排除侵害請求權」不存在。

原審東京地方法院在 1999 年 5 月 27 日判決，認為上訴人對各該遊戲軟體無「散佈權」，因而「確認上訴人基於各該遊戲軟體著作權之排除侵害請求權不存在」。上訴人不服判決，提起本件上訴。

在本件判決中，東京高等法院認為：

1. 電視遊樂器軟體屬於著作權法第 2 條第 3 項所定義之「電影著作」。
2. 電視遊樂器軟體之著作權人，依著作權法第 26 條第 1 項規定，擁有「散佈權」。
3. 電視遊樂器軟體重製物並非著作權法第 26 條第 1 項「散佈權」對象範圍內之「重製物」。
4. 因此，上訴人不得基於著作權法「散佈權」之觀念，禁止被上訴人販賣二手電視遊樂器軟體。

針對上述問題，本件判決揭示了如下的認定：

電視遊樂器軟體是否電影著作？

所謂電影著作，依著作權法第 2 條第 3 項規定，是指「以產生類似於電影效果之視覺或聽覺效果之方法所表現，且附著於物上之著作物」。法律對「電影」雖未予定義，但判決則認為是指附著在軟片上為在電影院等對大眾公開之目的而製作者，即所謂「劇場用電影」。此外，法條規定為「類似」電影，因此電影著作也應包括電視用、錄影帶用之著作。

電影著作之要件：表達要件

所謂「視覺之效果」是指具有如劇場用電影之各種效果中之「視覺效果」。廣辭苑第 5 版中對「電影」的定義為：「在長長的軟片上所存在，以連續攝影所得之多數靜畫面，將其透過放映機急速依序投影，由於眼睛殘留現象，而看見有動作之畫像」。此種效果（從攝得之影像中可以看到動作之效果，即所謂電影的視覺效果）。至於所謂的「視聽視覺效果」，則是指以聲音伴隨上述視覺效果所獲得之效果。

電影著作之要件：存在形式要件

在存在形式要件方面，是指「附著在物上」。在電視現場轉播節目，如形成影像之同時也消失之連續影像，則不屬「電影著作」，因其不具上述要件。因此，所謂「附著在物上」是指著作物無論用何方法，結合至軟片、碟帶等有體物之媒體，其存在、內容及歸屬處在容易界定之狀態下。

電影著作之要件：內容要件

所謂「著作物」是指「對思想或情感具有創作性之表現，而屬於文藝、學術、美術或音樂之範疇者」。因此，以上述方式表達之連續影像，如要符合電影著作之要件，必須具有「創作性」（具有剪接、蒙太奇、運鏡等專業等等各種知性活動之成果）。如無創作性，而只是單純的連續影像，則不得稱為著作。

電影著作之散佈權：

著作權法第 26 條第 1 項規定，「著作人就其電影著作物專有散佈其重製物之權利」。該法條所規定之「散佈權」，只適用在「電影著作物」。這是一種關於「重製物」之「散佈」的物權。而所謂「散佈」，依據同法第 2 條第 19 款規定，則指「無論有償或無償，將重製物讓渡或出租於公眾；於電影著作物，…則包括將著作物展示於公眾之目的，而讓渡或出租該當電影之著作物之重製物。」著作人依其散佈權，對於著作物之重製物之讓渡或出租於公眾，可以完全支配其散佈之對象、時間及地點。

貳、 法律問題

- (一) 電視遊樂器軟體是否電影著作？
- (二) 電影著作的構成要件。
- (三) 電視遊樂器軟體是否為散佈權的規範對象？

參、 法院判決

- (一) 上訴駁回。
- (二) 上訴費用由上訴人負責。

肆、 判決理由

- (一) 電視遊樂器軟體是否「電影著作物」？

「著作權法第 10 條第 1 項第 7 款例示「電影著作」為受該法保護之對象「著作物」之一種。同法第 2 條第 3 項則定義，本法所稱之「電影著作物」包括「以能產生類似電影效果之視覺或聽覺效果的方法所表現，且固著在物上之著作物」。而「電影」乙詞本身，法律中並無定義。但綜合全辯論意旨，可認為此處所稱之「電影」，是指固著在軟片上，在電影院等，作一般公開為目的而製作者，亦即以在劇場用電影為主要觀念而設之規定。」

「依據著作權法第 2 條第 3 款之文意，所需之要件為 (1) 以可產生與電影

之效果類似之視覺或聽覺效果之方法所表現（所謂「表現之要件」），（2）固著在物上（所謂「存在形式之要件」），及（3）著作物係指「將思想或感情以創作性加以表現，而屬於文藝、學術、美術或音樂範疇者」。（即所謂「內容之要件」）」

「在「表現之要件」方面，所謂「視覺效果」是指劇場用電影所含有之各種效果中之視覺效果，亦即「將長軟片上連續拍攝之多數靜止畫面，在放影機上急速、依序放映，利用眼睛之影像殘留現象而呈現具有動作之影像。（廣辭苑第5版「映畫」項下參照）之效果（即所放映之影像可以看見動作之效果）。而聽覺效果則指配合上述視覺效果之聲音所產生之效果。」

「在「存在形式之要件」方面，「固著在物上」之必要性，對於錄影機之現場轉播節目而言，因在生成之同時消失，其連續影像並不包括在「電影之著作」之內，如此一來，將喪失其意義。因此，所謂「固著在物上」就著作物而言應解釋為：不論以何種方法附著在軟片、磁帶等有體物之媒介物上，而可據以確定其存在，其內容及歸屬之狀態。」

「至所謂「內容之要件」，著作權法第2條第1項第1款早已規定，「以創作之方式表現思想或感情，而屬於文藝、學術、美術或音樂之範疇者」。因此以這種方法表現之連續影像，即可認為是電影著作；必須具有創作性（以切入、蒙太奇、攝影機操作等技巧，而為某種知性活動之成果者。不具創作性，單純為影像之連續者，應解為不具內容之要件。）」

「被上訴人主張，所謂「固著於物上」之意義，是指以特定之有體物為媒介，具有「將一定內容之影像，經常以一定之順序再生」之狀態者。但由第2條第3項之文意看來，被上訴人所主張之上述要件，無法遽予採信。」

「本案各電視遊樂器軟體，已滿足上述之3項要件，極為明確，應該當於著作權法第2條第3項所規定之「電影著作物」。」

（二） 本案各電視遊樂器軟體是否該當「具有發行權」之電影著作物？

「著作權法第26條第1項所規定之發行權，依據上述，對著作物之「重製物」之流通，具有極強有力之支配權。」

「同法條所指之「重製物」，是指「重製」後之物品，極為明確。因此，依同法第2條第1項第15款之定義，「重製係指以印刷、攝影、影印、錄音、錄影或其他方法，有形之重複製作」。依此定義，本案各電視遊樂器重製物明顯是因原作品之重製所得之結果。另一方面，著作權法第26條第1項在文意上對茲所謂之「重製物」並未加以特別之限制。因此由該法第26條第1項之文意直接解釋，本案各電視遊樂器之重製物，應為本件電視遊樂器之發行權所及。」

「然而，本院依據同法第26條第1項立法原意，認為同條項規定具有發行權之重製物，乃是因為採用「配給制度」方式流通之形態之電影著作物之重製

作，同時由同法條之立法原意，可以享有相同保護之重製物，是指將一個一個重製物提供給多數人之視聽之情形下之重製物。因此，通常只在製造少數之重製物之情形下，才能適用，如為製作大量重製物，而將一個一個重製物提供給少數人之視聽之情形，則不屬之。」

「本案各電視遊樂器軟體重製物，因明顯屬上述大量製作之重製物，而將一個一個重製物提供給少數人視聽之情形，因此，其等應不該當著作權法第 26 條第 1 項所稱之「重製物」。因此，並非發行權之適用對象。」

伍、評析

(一)

電視遊樂器軟體乃是因為科技發展而出現的著作權法新問題。這種軟體可以在電視上顯示特定的連續聲、光效果（「視覺聽覺效果」），每一段畫面也有其故事性，但與傳統定義下的「電影」不同的，則是其「自動性」。亦即，其情節的變化相對地依據使用者的輸入指令，而產生不同。通常而言，任兩次遊戲間，不會有相同的過程（情節）。這種不同，是否影響電視遊樂器軟體作為一種「電影著作」，乃是本案所討論的第一個問題。在本件判決中，法院認為電視遊樂器軟體是一種電影著作。這種認定，在其他具互動性的軟體，也可以參考。

(二)

依據本案判決的看法，電影著作之所以享有散佈權，乃是因為「電影」發行的商業特性使然。就此而言，電視遊樂器軟體並無相似的發行制度，因而不能適用電影著作的散佈權。這種見解雖有其依據，但考慮到著作權法將各種著作加以分類，並針對各類著作給予不同的保護與限制。因此在法律邏輯上，把某種著作歸類到一個種類，都不能適用特別為該類著作而設的規定，顯有矛盾。有時候，法官在審理案件時是依據既有的構成要件條列式檢驗，一一判斷，卻忘了將法律規範的目的併入考慮，得到與法律規範目的不同的結論。

(三)

在日本有關電視遊樂器軟體的散佈權，本案並不是唯一的案例。同一時間大阪高等法院也針對類似案件，作出不同理由的判決。在該案件中，大阪地方法院判決認為：電視遊樂器軟體是種電影著作，電視遊樂器軟體著作權人有散佈權；該散佈權在將電視遊樂器軟體讓渡於他人時，並未耗盡。因此准許著作

權人的請求¹¹。不過，被告上訴之後，大阪高院則認為，著作權人的散佈權，在其將電視遊樂器讓渡第三人時，即以耗盡。因而廢棄原判，駁回被上訴人的請求¹²。

上述大阪高院判決及本件東京高院判決，均已經上訴至最高法院。未來最高法院的判決意見，將成為日本法界的統一見解，值得繼續觀察。

¹¹ 大阪地院判決平成 11 年 10 月 7 日，平 10（ワ）6979 號。

¹² 大阪高院平 13 年（2001 年）3 月 29 日，平 11（ネ）3484 號判決。

案例 2.8

歌曲著作的侵權認定標準

國 別：日本

案例類型：歌曲著作實質近似

關 鍵 字：歌曲著作、旋律、實質近似

案 號：東京地方法院平成 10 年行ワ第 17119 號、21184 號、21285
號判決

判決日期：2000 年 2 月 18 日

壹、案情摘要

原告小林是「どこまでも行こう」(歌曲一)乙曲之作者及著作權人，原告金井公司則是發行人。原告認為被告所作之「記念樹」(歌曲二)乙曲，乃是重製原告歌曲一之作品，侵害其「姓名表示權」及「同一性保持權」，因而起訴請求被告賠償原告小林日幣一億元，及賠償原告金井公司 312 萬元。被告則提起反訴請求確認其對歌曲二有著作人格權。

在本案中，雙方各別針對下列問題，提出主張：

1. 歌曲一與歌曲二是否構成相同？
2. 歌曲二是否依據歌曲一所作成？
3. 歌曲一乃是使用慣用句之音型，不具創作性？
4. 原告所受之損害若干？

不過，法院並未審查全部爭點，而是針對兩歌曲是否構成實質近似，而判決駁回原告之請求；並確認被告擁有著作人格權。

依據原告之主張，判斷歌曲同一性，首先應考慮音樂的「四元素」，即「旋

律」、「和聲」、「節奏」及「格式」。而在流行音樂之情形，則推「旋律」(melody)為最重要。但是被告則認為，決定歌曲同一性之因素，不單是以旋律為準，而是應考慮歌曲整體之氣氛、格式、和聲、節拍、節奏、韻律等，作綜合判斷。

法院判決則認為，判斷兩歌曲是否相同，最重要的因素乃是旋律，但也應考慮和聲、格式及節拍。依據本件判決的認定，兩歌曲每一段落(phrase)個別比對，確實可以發現兩者具有相當的近似性，但整體加以比對，則無法認定為近似。而在和聲方面，兩者均使用相同的和聲結構，但具體而言，個別和聲則有不同。此外，兩者節拍也各自不同。因而判定兩歌曲並非相同，歌曲二不是歌曲一之重製。

原告收到判決後，已上訴至東京高等法院。

貳、 法律問題

- (一) 歌曲著作的近似性如何判斷
- (二) 歌曲著作之創作性

參、 法院判決

原告之訴駁回。
確認被告對歌曲二有著作人格權。

肆、 判決理由

- (一) 「歌曲一為廣告歌曲，歌曲二為流行歌曲。兩歌曲都是以簡短、淺顯的旋律所組成，因此比較兩者是否相同，首先應考慮其旋律、…但在必要情形下，也需考慮其他之元素(和聲、節拍、韻律、節奏及其他元素)。」
- (二) 「在本案中所應判斷者，為某歌曲全體是否由其他歌曲全體重製而得。在比對旋律的同一性時，應以個別之段落(phrase)為單位，逐一比對，其後再作綜合判斷。」
- (三) 「歌曲一與歌曲二經逐段比對後，雖可認定具有部份具相當程度類似性之段落，但各別段落之間並不能認定為相同。因此由各該段落所構成的歌曲二之旋律，與歌曲一之旋律之間，不能認為具有整體之同一

性。」

- (四)「歌曲二之和聲基本上也是以與歌曲一相同之三種和聲為基礎所結構而成。兩歌曲在和聲方面應可認定只具有相同之基本結構。」
- (五)「然而具體而言，歌曲一之和聲只是以三種組成，和聲本身之變化不大，較為單純。與此相比，歌曲二之和聲則具有以多數多樣性之短和聲配搭之特徵，在同一和聲上，可以展現具有調和旋律之細小變化。」
- (六)「歌曲一為二分之二拍子，而歌曲二則為四分之四拍子。…二拍子與四拍子具有不同之重音(accent)，對聽眾而言則可感受到不同之感覺。」
- (七)「歌曲在比對時最重要之元素乃是其旋律。兩歌曲在旋律上不能認為相同。在和聲上，雖可認定屬於相同之基本結構，但具體之個別和聲則並不相同，節拍也有差異。因此不必判斷其他爭點，即可認定歌曲二與歌曲一並非同一，歌曲二並未重製歌曲一。」

伍、評析

(一)

著作權法最古典的目的乃在保護文學、藝術創作。自古以來，歌曲也是一種最重要的文藝創作，但是各國對於歌曲著作的「實質近似」，如何判斷，各國均少有案例。本件判決對於上述問題，則提出原創性的標準，並對具體歌曲之旋律，作出評細的比對。

(二)

兩歌曲的第 1 句分別如下：

歌曲一：1 2 3 — 1 7 — 1 2 1 — — —

歌曲二：1 2 3 — 3 2 — 2 1 1 — — —

判決認為：兩者具有相同的句長，都是以Do Re Mi為開頭，句末都是Do — — —。其音階具有相對的共通性。但是整體看來，則是分別由不同音階變化所構成，因此不能認為是相同的段落。

兩歌曲第 2 句分別為：

歌曲一：1 1 4 — 4 4 4 5 6 5 — — —。

歌曲二：1 1 4 4 4 4 6 6 5 4[#] 5 — — —。

判決認為：兩者都具有Do Do Fa及其後三個八分音符及空出二個八分

音符後之Sol，以及最後之結尾Sol——相同。不過，比較之下，兩者只是在前半部有音符變化之共通性，但其音符數及長度也不相同。至於後半部，則有明顯差異。因此並不是相同的段落。

兩歌曲之第3句：

歌曲一：5 5 6 —— 5 4 — 5 6 5 —— 3 1 。

歌曲二：5 5 6 — 6 5 4 — 5 6 5 5 3 2 1 。

判決認為：兩句除結尾之Mi Do與Mi Re Do不同外，完全相同，兩者具有極高近似度。但是相同之音階中，音符數及其長度均有不同，且其結尾也不同，應認為是不同之段落。

兩歌曲之第4句：

歌曲一：1 2 3 —— 1 7 — 1 2 1 —— 。

歌曲二：1 2 3 —— 1 6 — 3 — 2 —— 。

判決認為：兩句前半部使用共同之音階，但後半部則並不相同，因此並非相同之段落。

(三)

由上述判決中之比對可以得知，承審法官比對之方式不但是逐段比對，而且認為必須幾乎完全相同，才能構成著作權法所要求的「實質近似」。這種比對方式以及標準，是否符合音樂創作上一般所接受的學術理論，乃至於是否符合著作權法保護創作的目的，確實值得研究。具體而言，著作權法所要求的「著作」，必須是前人所未曾提出的表現。著作權法應不鼓勵因襲他人著作，稍加變化，即可成為另一著作。在此背景下，判斷有無構成著作權侵害，應以「實質近似」為標準，而非以「高度近似」為標準。本件判決雖然也認為「旋律不能作為判斷歌曲近似與否的唯一標準」，以及「必須由整體旋律，綜合判斷」，但就上述「段落」之比對而言，所要求之近似程度確實太高，對著作權人之保障應不夠充分。

(四)

事實上，著作權法所要保護的著作，包羅萬種。受著作權法保護的創作，分屬不同專業領域，各有其在學術上共同接受的判斷方式及標準。法院在判決時雖不必對各專業領域的學術見解全盤接受，但也應參考各該領域的專業見解，依據法律的目的性，進行判斷。舉例而言，在逐句判斷其「旋律」是否相同時，「音符」、「音階」等等雖是重要因素，但充其量只是構成「旋律」的元素。段落間之旋律是否相同，並不能只機械性地單純考量其「音符」及「音階」等。就此而言，本件判決並未說明為何段落之組成元素未完全相同，即可判斷段落未構成近似。此外，在較大型的樂曲中，主題的展開、和

聲、對位均有學術上可接受的法則可循。超出這些作曲原理的變化，雖然未必即可稱為「創作」，但在各種已存在的法則範圍內的變化，如果是屬於淺顯易知的變化，也應稱為「重製」，才能符合著作權保護的目的。

（五）

在本案中，因涉及的歌曲乃是廣告歌、流行歌，一般而言，其創作性較低，因此法院在判斷「實質近似」時，可能應以較高的近似程度，作為標準。不過，在本件判決中並未揭示這種看法。

（六）

著作權法發展至今，已應用至各種科技創作、涉及科技產業的著作權法糾紛，不但損害、求償金額鉅大，且更需參考各領域之專業理論，才能作出妥適的判斷。此外，因為科技日新月異，更有不少學者以嶄新的理論，挑戰傳統的著作權法理論。例如十年前所提出的「**Look-and-Feel**」，即是一例。未來有關著作權侵害糾紛的「近似性」判斷，應依據現代社會的發展，以案例在各個專業領域中，建議個別的具體標準，才能因應。

無論如何，本件案例中所揭示的著作近似性(同一性)判斷步驟與原理，與過去著作權理論，應無不合，不但可以作為歌曲著作侵害的判斷原則，也可作為其他領域著作判斷近似性時，作為有用的參考：

- 判斷長度較短，主題明顯的歌曲近似性，應先考慮其旋律，再考慮其他樂曲的元素。作出整體綜合判斷。
- 判斷歌曲旋律是否近似，應以段落為單位，逐一比對，之後再作整體的綜合判斷。

案例 2.9

編輯著作的成立要件

國別：日本

案例類型：編輯著作著作權

關鍵字：色卡簿、資料庫、電話簿、編輯著作、創作性

案號：東京地院平 8 (ワ) 第 9325 號判決 (案例 1)

東京地院平 11 (ワ) 第 16101 號判決 (案例 2)

案例 1

案例 2

平成 12 年 (2000 年) 3 月 17 日

平成 12 年 (2000 年) 3 月 23 日

原告：日本電信電話株式會社

原告：リンテック株式會社

被告：株式會社グイケイ

被告：大王製紙株式會社

「Town page database」資料庫

「彩繪用紙色卡簿」編輯著作

〔案例 1〕

壹、案情摘要

原告主張其自行創作之「資料庫」(稱為「Town Page Database」)及職業別之資料庫(稱為「業種別資料」)，侵害其著作權，因而訴請：禁止侵害行為，銷毀侵害物品及賠償損害。

依據原告之主張，上述 **Town Page Database** 不單只是羅列電話號碼資料(電話號碼、住址、刊登名稱、業別、商品名稱等)而已。而是原告獨特研究精髓，在電話號碼的選擇、體系構成上，具有其獨特性，使用者易於檢索：

1. 在電話號碼的選擇上，考慮刊登者及使用者雙方之方便性，外人不會想打的電話號碼，以及使用者不會打來詢問或訂貨的電話號碼，不予刊登。

2. 在刊登名稱方面，並不一定刊登其全名，在必要時也刊登其俗稱，或省略其綴名、刊登大樓的名稱，具有廣告效益的名稱，或以五十音順查詢時，特別有意義之名稱等。

3. 在職業分類方面，提供獨創之職業分類體系，其分類方式乃是依照使用者查詢電話時，希望找到某商品或服務時，可能想到的辭彙(職業)，作為職業名稱。此外，在職系上，則依據職業分類的一般社會通念，與他業種重複的可能性，平衡各業種的刊登數量等，獨創新職業分類體系，並將刊物之電話號碼，適切地納入體系中。

4. 在電話號碼的更正方面，則提供隨時更正之功能。

此外，為方便使用者檢索，**Town page database** 提供使用者與刊登者連結方式。包括：

1. 設立 **key word**：使用者輸入關鍵字後，即可找到所需之電話號碼。

2. 設立資料標頭：為方便以電腦檢索，特別設立獨特之資料標頭。

據此，原告乃認為本件 **Town page database** 具有著作權。

在另一方面，被告則主張原告在系爭著作「資料之選擇」及「體系構成」上，並無創作性。尤其是其職業分類，也是以五十音順編排，雖然職業名稱與日本標準產業分類(**JIS**)有些不同，但仍難同意其具有創作性。

在本案中，雙方在下列爭點，存有爭執：

- **Town page database** 是否為資料庫著作物？(即前述爭點)
- 被告有無侵害原告著作權？
- **Town page** 是否為編輯著作？
- 被告有無侵害原告著作權？

法院判決結果，就上述爭點認定如下：

- Town page database 整體構成具創作性之資料庫著作。
- 被告之「業種別資料」是拷貝原告 Town page database 之職業分類及電話號碼資訊所得。
- Town page 在利用職業分類體系，將電話號碼資料分配至各職業別內，就此而言可認為編輯著作。但因 Town page 無全國版，其編輯著作權只限於各地方版本身。
- 因被告之「業種別資訊」已網羅了全國之電話號碼，其「業種別資訊」所收錄之電話號碼資訊有多數與 Town page 不同，因此不能認為「業種別資訊」是拷貝 Town page 而得。

判決結果，除禁止被告重製、散佈侵害物品，應銷毀侵害物品外，並應賠償被告 3252 萬日元。不過，原告所請求之賠償金 3 億日元，大部分遭到駁回。本案經上訴後，因上訴人撤回而確定。

貳、 法律問題

- (一) 編輯著作之構成要件。
- (二) 編輯著作之素材為何？
- (三) 資料庫是否編輯著作？
- (四) 編輯著作的近似性認定。

參、 法院判決

- (一) 被告不得製作及散佈附表物品。
- (二) 被告應銷燬附表之物品。
- (三) 被告應賠償原告 3252 萬及利息。
- (四) 原告其餘請求駁回。
- (五) 訴訟費用由被告負擔 7 分之 2，餘由原告負擔。
- (六) 原告得假執行。

肆、 判決理由

「Town page database之職業分類體系，由檢索之便利觀點而言，因將各別職業加以分類，形成一多階層體系，而構成網羅所有職業之體系，可認為原告施以獨特工作之成果，此前尚未有近似之物品存在。因此，依據此種職業分類體系，將電話號碼資訊歸類於各職業別所得之Town page database，整體而言，乃屬一種在體系結構上，具有創作性之「資料庫」著作物。」

「Town page與Town page database之職業分類及電話號碼資訊，除因再版日期不同而異之部分外，其個別內容並無不同。…Town page應可認為在材料之編輯上具有創作性之編輯著作。」

「Town page乃是依據各都道府縣，甚至於更細小之區域而記載各該區域內之電話號碼資訊，將之歸類到職業分類內，形成之電話簿，並無全國版之存在。因此Town page之編輯著作權應以上述地域為單位。因此職是之故…Town page之職業分類，因地域而異其內容。」

〔案例 2〕

壹、 案例摘要

原告是彩繪用紙之製造販賣業者。原告製作色卡簿，以色彩及色名為素材。原告主張其在選擇色卡(色彩及色名)上具有創作性，其色卡簿為「編輯著作」。被告為其同業，製成兩種色卡簿，兩者在全部 55 種色彩及其色名中，與原告之色卡簿中共 52 種中之 51 種完全一致。因此主張被告已侵害其著作權(重製權)及著作人格侵權(同一性保持權及姓名表示權)，故而請求排除侵害。

原告之主張包括：彩繪用紙之產品上，應具有何種色彩，足以左右其商業價值。原告以其業務上之努力，所運用之色彩及色名竟為被告原原本本加以不當襲用。在本案中系爭實物與作成商品之彩繪用紙具有類似性。不過原告所主張者並非「彩繪用紙」本身，而是在彩繪用紙之販賣時分發之「樣本簿」之著作權侵害。因此，本案之爭點在於色卡簿是否以色彩及色名為素材之「編輯著作權」。

東京地方法院審理結果，認為原告之色卡簿並非「編輯著作」，而駁回其訴。該法院亦以相同理由駁回其假處分聲請。原告不服判決，提起上訴，嗣後撤回上訴。全案確定。

貳、 法律問題

- (一) 編輯著作的構成要件。
- (二) 編輯著作的素材為何？
- (三) 色卡簿是否編輯著作？
- (四) 素材選擇及編排的創作性。

參、 法院判決

- (一) 原告之訴駁回。
- (二) 訴訟費用由原告負擔。

肆、 判決理由

1. 「著作權法第 12 條第 1 項規定，在編輯物中，對其素材之選擇或編排具有創作性者，得為著作物（編輯著作）而受法律保護。於此所稱之「素材之選擇、編排」乃是知性活動之成果，其具體表現乃可受法律保護。如果將其素材，乃至於其選擇及編排之結果所產生之真實的編輯物加以抽離，成為抽象的選擇、編排方法，則不屬於著作權之保護範圍。至於該當編輯物是由何種素材所組成，則應依據該編輯物之用途，以及其實際上之表達形式等，綜合判斷。」

2. 「在本案中，首先雙方對原告之色卡簿及被告之各色卡簿分別具有何種素材，頗有爭議。但由前開事實認定以觀，原告之色卡簿不外是原告所販售商品之樣本，而其素材則是原告所販售商品之彩繪用紙的顏色、材質、用途、尺寸、包裝形態等等商品資訊，而非單純似色彩及色名為其素材。」

3. 「因此，原告主張其色卡簿為以色彩及色名為素材所為之編輯著作物，並非正當，被告之各色卡簿並未侵害原告色卡簿之著作權及著作人格權。」

「據此，原告之色卡簿之素材，乃是原告所販售商品之資訊，而為揭示該商品全部之種類之資訊。對該商品資訊之選擇，不能認為具有創作性。」

伍、評析

本件兩個案例雖在不同時點起訴，但是都在相差不到十天內分別判決。雖些判決結果不同，但是所討論的則是相同的問題，亦即：編輯著作的構成要件。在兩件判決中，法院除揭示了相關的認定標準。

依日本著作權法第 12 條第 1 項規定，在編輯物中，對其素材之選擇或編排具有創作性者，為編輯著作。在此定義下，能享有著作權的編輯著作必須是：

- 編輯物。
- 具有創作性。
- 創作性存在素材之選擇或編排。

將許多「素材」(內容、資料、資訊……) 結集在一起，具有「著作」之型態者，均可稱為編輯物。這種編輯物能享受著作權保護的要件包括：其創作性是存在於「素材之選擇或編排，而不是其選擇或編排的方法、原理。」

其素材之選擇或編排，必須具有創作性。如果只是習知，顯而易知的編排，則無受著作權法保護的價值。

在案例二中，法院即認為創作性如果存在其素材選擇及編排方法，而非素材選擇本身，則不受著作權法保護。而在案例一中，該資料庫之所以能受著作權保護，則是因其創作性乃存在於素材之編排及選擇本身。

在認定有無創作性存在時，首先必須認定所稱之編輯著作，究以何者為「素材」。在案例二，法院認為其素材是在用紙的顏色、材質、用途、尺寸，包裝型態等商品資訊，而非「色彩及色名」。該色卡簿並不再顯示其對「色彩及色名」之選擇與編排，而是對用紙顏色、材質、用途、尺寸、包裝型態之選擇與編排。因不具創作性，而無法受法律保護。

就案例一而言，對於日益增加的電腦資料庫著作權，實有相當啟發作用。依判決所示，電話簿資料庫中所存在的資訊，必須在選擇及編排上有創作性，才能受到著作權保護。如果只是蒐羅一些資料，結集在一起，使不是一種「編輯著作」。這種觀點值得密切注意。

案例 2.10

卡拉 OK 裝置出租業者的侵權責任

國 別：日本

案例類型：使用音樂著作權之未授權

關 鍵 字：卡拉 OK 裝置，出租業者，幫助犯，注意義務

案 號：大阪高等法院平成 6 年行不第 41 號判決

判決日期：1997 年 2 月 27 日

壹、案情摘要

原告日本音樂著作權協會查得被告景山在其經營之酒店中，使用未經合法授權之卡拉 OK 伴唱帶，因而起訴請求酒店負責人及以出租卡拉 OK 裝置為業之出租公司エース公司賠償其損害。

依據被上訴人之主張，酒店經營者在其卡拉 OK 裝置中，利用未經授權之伴唱帶，供應酒客消費時可以唱歌，藉此招徠顧客，以獲得生意上的利益。這種利用卡拉 OK 裝置，依據客人所選擇的曲目，播放未經授權的伴唱帶，乃是侵害「演奏權」的不法行為。因此，酒店負責人應負賠償責任。

同時，為卡拉 OK 裝置提供出租服務之出租業者，也必須負「輔助侵權行為」的損害賠償責任。

本案第一審大阪地方法院 1994 年判決認為：

卡拉 OK 裝置之出租行為，本身並不構成著作權之侵害。

但由卡拉 OK 裝置出租這種商業活動整體觀察，則可認為該出租行為可能產生侵害著作權之危險（發生可能性），故可視為一種產生侵害行為之危險、

使該危險持續，以及支配、管理該危險之行業。

出租業者經由出租行為獲取利益，因此依據法理應有採取防止危險發生之義務，也應有標示，警告該危險存在之義務。

因此認為出租業者也應負輔助侵權行為之責任。

本案於上訴後，二審大阪高等法院判決認為第一審判決觀點正確。大阪高等法院認為，出租業者應有促使其使用者遵守著作權法之義務。亦即：

1. 在出租卡拉 OK 裝置之時，應告知客戶使用該裝置時必須使用合法授權之伴唱帶。
2. 在出租契約簽訂後，如發現使用者並未使用合法授權之伴唱帶，即應敦促使用者改正。
3. 如果使用者堅持使用不合法之伴唱帶，即應解除（終止）其出租契約，收回卡拉 OK 裝置。

在本案中，該出租業者並未履行上述義務，可以視為著作權侵害行為的「幫助犯」，因此判令出租業者應負賠償責任。不過，因為本案在第一審判決後，已經透過律師支付賠償金，故第二審判決乃廢棄第一審判決，駁回被上訴人之訴。

貳、法律問題

- (一) 卡拉OK裝置出租業者的注意義務。
- (二) 輔助侵權行為。

參、法院判決

- (一) 原判決廢棄。
- (二) 被上訴人之請求駁回。
- (三) 第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

肆、判決理由

「上訴人公司雖然並未自己操作本件裝置(卡拉OK裝置),但上訴人公司乃是以反覆繼續提供出租業務之業者,其服務內容乃是供應對被上訴人所管理之音樂著作物之上映權及演奏權,極可能發生侵害的專業用裝置,因此在被上訴人對上訴人公司請求損害賠償之起算日,即昭和62年4月1日當時,本件裝置之使用者已經在未獲被上訴人授權之下,使用本件裝置提供客人唱歌時之伴奏,則其對被上訴人所管理之音樂著作物之上映權及演奏權已遭到侵害的事實,若非已經明知,即是可得而知,故可認為其已知情。」

「上訴人公司對於上訴人則子、同隆等人未得被上訴人授權,在其酒店中使用本件裝置,供客人唱歌之事實,既已明知,卻仍容認該著作權侵害之結果,而仍繼續本件出租契約,或延長出租契約,應認為其對上訴人則子、同隆上述侵害本件著作權行為,有加功作用。」

「上訴人公司出租侵害著作權之危險極高之裝置,因此應負擔下列注意義務:

在與使用者簽訂本件裝置之出租契約時(包括延展契約期間時),因知使用者可能在未獲被上訴人授權下使用本件裝置,因此即應明確告知使用者:未獲授權,可能侵害被上訴人所管理之音樂著作物之播映權及演奏權。為使用本件裝置,必須與被上訴人締結著作權使用許可契約,其後才與使用者簽約。

在契約簽訂後,應隨時調查,確認該使用許可契約是否已經簽訂,如未簽訂使用許可契約,即應敦促使用者趕緊簽訂契約。

如果使用者對這種請求不予回應，即應檢討是否解除出租契約，並設法回收本件裝置。」

「上訴人公司怠於履行上述注意義務，也未採取其他防止著作權侵害的適當措施，就上述著作權侵害行為而言，上訴人公司與上訴人則子及同隆間所簽訂之本件出租契約使其繼續生效，並予延展，而提供本件裝置，即不得不認為上訴人公司為有過失。上訴人公司至少是上訴人則子及同隆在上述著作權侵害行為中之幫助犯，依據民法第 719 條第 2 項規定，應負輔助侵權行為責任。」

伍、評析

依據日本民法第 719 條規定：「數人因共同不法行為而加損害於他人者，均應連帶負賠償責任。共同行為者中，不能知孰為加害者，亦同。教唆人及幫助人，視為共同行為人。」

本案中，作為卡拉OK裝置出租業者的上訴人，如果沒有供應伴唱帶給酒店（或提供遠端存取伴唱帶給用戶），則本身當然不會是侵害著作權的行為人。因此問題乃在於，卡拉OK裝置是一種極可能用來播放違法伴唱帶的機器，這種裝置的「出租」業者，究竟應負何種法律責任。至於酒店私用卡拉OK裝置，播放違法伴唱帶，乃是侵害著作權人的「演奏權」，則已是日本法院的一貫見解¹³。

在本件中，大阪高院引為裁判基礎的，乃是「法理」上的「危險防止義務」及「危險存在的標示，警告義務」。依判決所示之見解，卡拉OK裝置出租業者有隨時檢查客戶是否合法獲得授權，以及敦促客戶取得合法授權的義務。大阪高院因為上訴人公司未履行此種「法理上」的義務，而判認出租業者為「幫助犯」。

違反上述「檢查」、「督促」義務，在民法理論上乃是一種「不作為」的侵權行為。依我國民法第 191-3 條規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致者，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」該法條即明示，某種事業活動在性質上有生損害於他人之危險者，其經營人應負有防止損害發生之義務。此種注意義務，學說上稱為「社會活動安全注意義務」。

¹³ 日本最高法院昭和 63 年 3 月 15 日判決。

(Verkehrspflicht)」¹⁴。

通常而言，不作為之侵權行為責任，必須法律上有明文規定，才能成立。例如我國民法規定之僱用人責任、動物所有人責任、工作物所有人責任、商品製造人責任、動力車輛使用人責任，以及上述一般性的危險責任。不過，有時法律未明文規定。但依「法理」必須負所作為義務，也可能因未履行而構成侵權行為責任。但是如果只是「道德上」的義務，則未加履行並不能構成侵權行為。在本件判決中，大阪高院即是揭示了一種在「法理上」卡拉 OK 裝置出租業者所應負的義務。

依據本件判決，卡拉 OK 裝置出租業者應負防止使用其出租裝置侵害著作權的義務。其應盡的義務，具體而言包括「事前告知」、「隨時檢查」及「中止侵權」。換言之，目前社會上從事有侵權危險的行業，當然都知道在簽訂契約時，必須明白告知，標示該活動有侵害他人權利之危險。例如，出租或出售卡拉 OK 裝置的業者，可能早已在裝置上標示：「請務必使用合法伴唱帶」等警示標語，或在契約上明訂「客戶應使用合法伴唱帶」。不過，這種說明及標示並不能解險業者的責任。因為業者尚有隨時檢查，及無善意回應時終止出租契約的義務。唯有盡了這些義務，才能稱為「已盡相當之注意」。

事實上，卡拉 OK 裝置，並不是唯一可能用來侵害他人著作權的裝置。其他例如電腦設備、網際網路等，也都是侵害著作權的高危險裝置，這種設備的經營者，場所經營者，均應以相同的注意義務，防止侵權行為的發生。不過，本件判決所適用的，應是例如出租業者這種持續性的法律關係。單純只是出售設備，而無管理權能的業者，所負的危險防止義務，應與本案情形不同，自不待言。

本件判決之後，日本最高法院在 2001 年 3 月 2 日平 12(受)第 222 號判決中更進一步認為，卡拉 OK 裝置出租業者，在交付卡拉 OK 裝置之前，即應檢查租用人是否已取得著作權人協會合法授權，否則不應交付機器。這是依據「法理」而負的注意義務。違反這種注意義務，將與侵害人構成「輔助侵權行為」，而需連帶賠償。可為本案作一註腳。

¹⁴ 見王澤鑑著「侵權行為法第一冊」，第 105 頁