HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	リレーショナル・データベースの著作権侵害が争われた事例(1) : 旅nesPro事件
Author(s)	丁, 文杰
Citation	知的財産法政策学研究, 50, 371-422
Issue Date	2018-04
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/70597
Type	bulletin (article)
File Information	50_10tei.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

リレーショナル・データベースの著作権侵害が争われた事例（1）
―旅nesPro事件―

知財高判平成28.1.19平成26(ネ)10038
（原審：東京地判平成26.3.14平成21(ワ)16019）

丁　　文　杰

Ⅰ．事案の概要

原告（株式会社ブロードリーフ）は、翼システム株式会社が制作した旅行業者向けシステム「旅行業システムSP」(以下、「原告システム」という。)に含まれる検索及び行程作成業務用データベース（以下、「原告CDDB」という。）に係る著作権を同社から譲り受けた会社（以下、「旧原告会社」という。）を吸収合併し、訴訟を承継した株式会社である。旧原告会社は、平成17年12月16日に設立されたコンピュータ・ソフトウェアの開発、販売、情報提供サービス、情報処理サービス等を業とする会社であった。

一方、被告（株式会社アゼンス）は、原告システムの開発、営業等を担当していた旧原告会社の社員であった被告Ｙ2、被告Ｙ3、被告Ｙ4、被告Ｙ5、被告Ｙ6らが、旧原告会社を退職した後、被告Ｙ1らと共に設立した、コンピュータ・システムの開発、各種情報提供サービス、各種情報処理サービス等を業とする株式会社であり、検索及び行程作成業務用データベース（以下、「被告CDDB」という。）を含む旅行業者向けシステム「旅nesPro」（以下、「被告システム」という。）を製造し、顧客らに販売した。

本件は、原告が被告らに対し、被告CDDB（「当初版」、「2006年版」、「現行版」、「新版」）を含む被告システムを製造、販売する行為が、原告CDDBについて原告が有する著作権（複製権、翻案権、譲渡権、貸与権、公衆送

信権）の侵害に当たる等と主張して、著作権法112条１項に基づき、被告CDDBの複製、翻案等の差止めを、同条２項に基づき、被告CDDBを格納したCD-ROM等の記録媒体の廃棄等を求めると共に、著作権侵害の不法行為に基づく損害賠償又は一般不法行為に基づく損害賠償として９億1,037万978円及び遅延損害金の連帯支払を求めた事案である。

原判決（東京地判平成26.3.14平成21(ワ)16019［旅nesPro一審］）は、原告の請求のうち、差止請求及び廃棄等請求に関する部分は、被告CDDBの当初版、2006年版及び現行版の複製、頒布又は公衆送信の差止め及びこれらを格納したCD-ROM等の記録媒体の廃棄等を認める限度で認容し、損害賠償請求に関する部分は、著作権侵害の不法行為に基づく損害賠償として、被告らに対し１億1,215万1,000円及び遅延損害金の支払等を求める限度で認容し、その余の請求をいずれも棄却した。

これに対し、原告、被告らはそれぞれ控訴を提起した。

Ⅱ．判旨

請求一部認容（なお、下線部は、知財高裁が原判決の記載を訂正した箇所で、全て筆者によるものである。）

一．被告CDDBが原告CDDBに依拠して作成された複製物ないし翻案物といえるか

１．データベースの複製ないし翻案について

「ア　…著作権法12条の２第１項は、データベースで、その情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するものは、著作物として保護する旨規定しているところ、情報の選択又は体系的構成について選択の幅が存在し、特定のデータベースにおける情報の選択又は体系的構成に制作者の何らかの個性が表れていれば、その制作過程において制作者の思想又は感情が移入され、その思想又は感情を創作的に表現したものとして、当該データベースは情報の選択又は体系的構成によって創作性を有するものと認めてよいものと解される。

そして、リレーショナルデータベースにおける体系的構成の創作性を判断するに当たっては、データベースの体系的構成は、情報の集合物から特定の情報を効率的に検索することができるようにした論理構造であって、リレーショナルデータベースにおいては、テーブルの内容(種類及び数)、各テーブルに存在するフィールド項目の内容(種類及び数)、どのテーブルとどのテーブルをどのようなフィールド項目を用いてリレーション関係を持たせるかなどの複数のテーブル間の関連付け(リレーション)の態様等によって体系的構成が構築されていることを考慮する必要があるものと解される。また、リレーショナルデータベースにおいては、一般に、各テーブル内に格納されるデータの無駄な重複を減らし、検索効率を高めるために、フィールド項目に従属関係を設定して、新たなテーブルを設けたり、テーブル内に格納されているデータの更新を行う際にデータ間に不整合が起こらないようにするために、関連性の高いデータ群だけを別のテーブルに分離させるなどの正規化が行われており、その正規化の程度にも段階があることから、正規化がもたらす意義や正規化の程度についても考慮する必要があるものと解される。」

「イ　複製とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することをいい(著作権法2条1項15号)、著作物の複製(同法21条)とは、当該著作物に依拠して、その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを有形的に再製する行為をいうものと解される。また、著作物の翻案(著作権法27条)とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいうものと解される(最高裁平成13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照)。

そして、リレーショナルデータベースにおいては、データベースの一部分を分割して利用することが可能であり、また、テーブル又は各テーブル内のフィールドを追加したり、テーブル又はフィールドを削除した場合であっても、既存のデータベースの検索機能は当然に失われるものではなく、その検索のための体系的構成の全部又は一部が維持されていると評価できる場合があり得るものと解される。

以上を前提とすると、被告CDDBが原告CDDBを複製ないし翻案したものといえるかどうかについては、まず、被告CDDBにおいて、原告CDDBのテーブル、各テーブル内のフィールド及び格納されている具体的な情報（データ）と共通する部分があるかどうかを認定し、次に、その共通部分について原告CDDBは情報の選択又は体系的構成によって創作性を有するかどうかを判断し、さらに、創作性を有すると認められる場合には、被告CDDBにおいて原告CDDBの共通部分の情報の選択又は体系的構成の本質的な特徴を認識可能であるかどうかを判断し、認識可能な場合には、その本質的な特徴を直接感得することができるものといえるから、被告CDDBは、原告CDDBの共通部分を複製ないし翻案したものと認めることができるというべきである。」

２．被告CDDB（当初版・2006年版）

(1) 体系的構成の共通部分についての原告CDDBの創作性の有無等

「…原告CDDBは、それまで存しなかった団体旅行の行程検索・行程表作成のため、顧客である旅行業者等からのヒアリングや寄せられた要望等に基づき、出発地、到着地、交通手段、経由地である観光施設、宿泊施設をデータベース化してこれをコンピュータで効率よく検索できるようにするためのデータベースであるところ，上記被告CDDB（当初版・2006年版）と共通するテーブルに関してみると、原告CDDBの『01市区町村テーブル』、『32駅テーブル』、『20ホテル・旅館テーブル』、『21観光施設テーブル』、『09地点名テーブル』、『11接続テーブル』及び『10道路テーブル』により、代表道路地点の情報を用いて、出発地、経由地、目的地に面した道路に関するデータの検索を可能にし（体系的構成①）、次に『09地点名テーブル』、『10道路テーブル』、『11接続テーブル』、『12禁止乗換テーブル』、『14区間料金テーブル』及び『15首都高速料金テーブル』により、代表道路地点の情報を用いて、道路を利用した移動に関する経路探索・料金の算出に必要なデータの検索を可能にしていること（体系的構成②）、また、『20ホテル・旅館テーブル』、『21観光施設テーブル』、『22観光設備備考テーブル』、『05緯度経度テーブル』、『06URLアドレステーブル』、『07URL種別テ

ーブル』及び『08URL分類テーブル』により、ホテル・旅館、観光施設に関する情報を検索することを可能にしていること（体系的構成③）、そして、『01市区町村テーブル』、『02地区・県名テーブル』、『09地点名テーブル』、『20ホテル・旅館テーブル』、『21観光施設テーブル』及び『32駅テーブル』により、道路と地図を関連付けて行う地図からの検索、及び、道路地点、ホテル・旅館、観光施設、駅について市区町村、地区、県名からの検索を可能にしていること（体系的構成⑤）、観光施設も『21観光施設テーブル』から選択し、絞り込みは、『02地区・県名テーブル』、『01市区町村テーブル』から行うことができること、観光施設の名称は『21観光施設テーブル』に、検索結果の観光施設について、当該観光施設に関する様々の情報は、『22観光施設備考テーブル』に格納されており、観光施設に関するホームページの情報も『06URLアドレステーブル』、『07URL種別テーブル』から参照可能であり、最終的に行程に入れるかどうかを判断することができること、が認められる。

…以上のとおり、これら共通するテーブルについては、いずれも各テーブルを構成するフィールドにつき、原告CDDBと、被告CDDB（当初版・2006年版）とでほとんどが共通し、リレーションのとり方もほぼ共通するものである。

そして、両者で共通するこれらの体系的構成は、原告CDDBの制作者において、それまでのデータベースにはなかった設計思想に基づき構成した原告CDDBの創作活動の成果であり、その共通する部分のみでデータベースとして機能し得る膨大な規模の情報分類体系であると認められ、データベースとして制作者の個性が表現されているものということができる。

したがって、被告CDDB（当初版・2006年版）と共通する上記原告CDDBの部分については、データベースの体系的構成としての創作性を有するものと認めるのが相当である。」

「そうすると、これら被告CDDB（当初版・2006年版）が原告CDDBと共通性を有する部分は、原告CDDBの創作的表現の本質的特徴の同一性が維持されており、これを直接感得することができるものというべきであり、被告CDDB（当初版・2006年版）において変更が加えられた部分については、創作性を有しない部分であるということができる。」

(2) 情報の選択における共通部分についての原告CDDBの創作性の有無等

「原告CDDBと被告CDDB（当初版・2006年版）とで一致する、地点名テーブルの道路情報、緯度経度情報、接続テーブル及び禁止乗換テーブルの情報、県範囲定義テーブルの各情報は、いずれも原告CDDBの制作者において、…それぞれ選択の幅のある中から一定の選択方針に基づき選定し、あるいは全く任意に番号等設定したものであり、それぞれ創作性を有するものと認められる。」

「さらに、原告CDDBにおいては、…旅行会社に対する実情調査等の結果を踏まえ、主たる目的として、大型観光バスによる団体旅行を主眼とした行程表作成のための便宜から、通常使用されるロードマップとは異なる観点である、貸切観光バスが通行するのに適した道路として、都道府県道については約10％、市区町村道では約0.004％程度を選択して『10道路テーブル』に格納し、道路地点として選択した地点における情報も緯度及び経度のデータとして格納することとし、これを大型観光バスが通過するのに適切と考えられる道路のうちの、行程表を作成する上で必要と考えられる適切な地点である、交差点、インターチェンジ、サービスエリア、パーキングエリア、観光施設、宿泊施設、駅、役所等の代表道路地点とするのに適切な地点を選別し、パソコンのマウスを地図上でクリックする方法で選択して、実際に入力したものである。また、施設と関係する代表道路地点の選択においても、施設が存する場所の緯度経度による地点ではなく、大型観光バスでの出入りの観点から、当該施設の近辺の道路地点を選び、当該施設の代表道路地点として適宜設定している。

このように、原告CDDBと被告CDDB（当初版・2006年版）との共通部分である、道路、道路位置、代表道路地点等の選別・選択についても、原告CDDBの制作者による創作活動の成果が表れており、創作者の個性が表現されているものといえる。

したがって、被告CDDB（当初版・2006年版）と共通する上記原告CDDBの部分については、データベースの情報の選択としての創作性を有するものと認めるのが相当である。」

「そして、これら被告CDDB（当初版・2006年版）が原告CDDBと同一性を有する情報の選択に関する部分も、原告CDDBの創作的表現の本質的

特徴を直接感得することのできる同一性が維持されているものというべきである。」

(3) 依拠性について

「被告らは、被告CDDB（当初版・2006年版）につき、前記記載の複数のテーブルについて、データを原告CDDBからコピーして利用した事実を認めている」。

(4) 被告 CDDB（当初版・2006版）についての結論

「以上の検討によれば、被告CDDB（当初版・2006年版）は、原告CDDBに依拠して制作されたものであって、被告CDDB（当初版・2006年版）において原告CDDBの共通部分の体系的構成及び情報の選択の本質的な特徴を直接感得することができるものといえるから、原告CDDBの共通部分の複製物であると認めるのが相当である。」

3．被告CDDB（現行版）

省略

4．被告CDDB（新版）

(1) 体系的構成の共通部分についての原告CDDBの創作性の有無等

「原告CDDBでは、『01市区町村テーブル』、『32駅テーブル』、『20ホテル・旅館テーブル』、『21観光施設テーブル』、『09地点名テーブル』、『11接続テーブル』及び『10道路テーブル』により、代表道路地点の情報を用いて、出発地、経由地、目的地に面した道路に関するデータの検索を可能にする構成（体系的構成①）、『09地点名テーブル』、『道路テーブル』、『11接続テーブル』、『12禁止乗換テーブル』、『14区間料金テーブル』及び『15首都高速料金テーブル』により、代表道路地点の情報を用いて、道路を利用した

移動に関する経路探索・料金の算出に必要なデータの検索を可能にする構成（体系的構成②）が構築されている。

原告CDDBの体系的構成①及び②に係る上記各テーブルは、いずれも被告CDDB（新版）における原告CDDBと共通する20テーブルに含まれている。

加えて、被告CDDB（新版）における原告CDDBと共通する20テーブル内に存在する、原告CDDBの対応するフィールドと同一のフィールドの内容、上記各テーブルにおけるプライマリー・キーの設定状況及びテーブル間のリレーションの態様…に鑑みると、被告CDDB（新版）においては、被告CDDB（現行版）と同様に、原告CDDBの体系的構成①及び②に係る検索をすることができ、体系的構成①及び②が存在するものと認められる。

「次に、原告CDDBでは、『20ホテル・旅館テーブル』、『21観光施設テーブル』、『22観光施設備考テーブル』、『05緯度経度テーブル』、『06URLアドレステーブル』、『07URL種別テーブル』及び『08URL分類テーブル』により、ホテル・旅館、観光施設に関する情報を検索することを可能にする構成（体系的構成③）を有しているところ、これらのテーブルのうち被告CDDB（新版）と共通するテーブルは、『20ホテル・旅館テーブル』、『21観光施設テーブル』、『22観光施設備考テーブル』及び『06URLアドレステーブル』であり、『05緯度経度テーブル』、『07URL種別テーブル』及び『08URL分類テーブル』の3テーブルについては一致するテーブルが被告CDDB（新版）には存在しない。

しかしながら、『05緯度経度テーブル』が保有していた緯度経度情報は、『20ホテル・旅館テーブル』及び『21観光施設テーブル』にも保有されており、また、『07URL種別テーブル』及び『08URL分類テーブル』については、いずれもURLアドレスの検索効率を高めるためのテーブルと認められるから、これらの3テーブルは、体系的構成③に係る検索を行うために不可欠なテーブルであるとはいえない。したがって、被告CDDB（新版）において、上記3テーブルが存在しないとしても、体系的構成③に係る検索が可能であるものと認められる。」

「さらに、原告CDDBの『01市区町村テーブル』、『02地区・県名テーブル』は、道路と地図を関連付ける情報として、地図から検索をするときに用いられるものであり、これら2テーブルと『09地点名テーブル』、『20ホ

テル・旅館テーブル』、『21観光施設テーブル』、『32駅テーブル』によって、道路と地図を関連付けて行う地図からの検索、及び、道路地点、ホテル・旅館、観光施設、駅について市区町村、地区・県名からの検索を可能としている（体系的構成⑤）。

原告CDDBの体系的構成⑤に係る上記各テーブルは、いずれも被告CDDB（新版）における原告CDDBと共通する20テーブルに含まれている。

これに加え、原告CDDBの体系的構成⑤に係る上記各テーブルと共通する被告CDDB（新版）のテーブル内に存在する，原告CDDBの上記各テーブル内に存在するフィールドと同一のフィールドの内容、上記各テーブルにおけるプライマリー・キーの設定状況及びテーブル間のリレーションの態様…に鑑みると、被告CDDB（新版）においては、被告CDDB（現行版）と同様に、原告CDDBの体系的構成⑤に係る検索をすることができ、体系的構成⑤が存在するものと認められる。」

「一方、原告CDDBでは、『32駅テーブル』、『33路線構成テーブル』、『34路線テーブル』、『36路線検索テーブル』、『39便テーブル』、『40運行日定義テーブル』、『42会社テーブル』及び『43交通機関種別テーブル』により、公共交通機関を利用した経路探索に必要なデータの検索を可能にしているが（体系的構成④）、それらに対応する被告CDDB（新版）の『43路線マスタ』、『47駅マスタ』には『駅すぱあと』との連動のためのフィールドが設けられ、また、『46路線構成マスタ』に『出発駅コード』、『到着駅コード』の各フィールドが設けられたことに伴い、『47駅マスタ』とのリレーションが変化している。」

「以上によれば、被告CDDB（新版）のうち、原告CDDBと一致する20のテーブル、フィールド及びテーブル間のリレーションにおいては、被告CDDB（現行版）と同様に、原告CDDBの体系的構成①ないし③及び⑤に係る体系的構成が依然として維持されていると認められる。

そして、かかる体系的構成は、原告CDDBの制作者において、それまでのデータベースにはなかった設計思想に基づき構成した原告CDDBの創作活動の成果であり、依然としてその部分のみでデータベースとして機能し得る膨大な規模の情報分類体系であると認められ、データベース制作者の個性が表現されたものということができる。

したがって、上記のとおり被告CDDB（新版）と共通する原告CDDBの

部分については、データベースの体系的構成としての創作性を有するものと認められる。

他方で、被告CDDB（新版）では、…体系的構成④の点に変化が生じているほか、…新たに追加された『130食事土産マスタ』、『131施設別詳細種別マスタ』、『132施設種別マスタ』、『133施設詳細種別マスタ』、『134提携施設マスタ』、『135提携種別マスタ』、『136提携会社マスタ』及び『137単経路補完マスタ』の各テーブルが存在することやこれに伴うフィールドやリレーションの追加、原告CDDBと共通性があるテーブル内に新たに設置されたフィールド及びこれに伴うリレーションの変化等が存在すること、これらのテーブルに含まれるフィールドの内容や機能等に照らすと、被告CDDB（新版）においては、新たな検索等のための体系的構成が生じていることが認められる。

しかしながら、被告CDDB（新版）における体系的構成④に係る上記の変化は、それ以外の体系的構成①ないし③及び⑤の同一性を失わせるものではない。また、上記のとおり被告CDDB（新版）に新たに付け加えられたテーブル並びにこれに関連するフィールド及びリレーションは、地図上での単経路の表示を実際の道路の形状に即したものとする『137単経路補完マスタ』、食事処や土産施設の情報を『23観光施設マスタ』から移行させた『130食事土産マスタ』、全ての施設について種別による横断的な検索を可能とする『131施設別詳細種別マスタ』、『132施設種別マスタ』及び『133施設詳細種別マスタ』、提携施設に関する情報を新たに格納した『134提携施設マスタ』、『135提携種別マスタ』及び『136提携会社マスタ』というものであり、あくまでも体系的構成①ないし③及び⑤の存在を前提に、検索の利便性をさらに向上させるものと位置付けられるものであるから、それによって体系的構成①ないし③及び⑤の同一性が失われたということはできない。これ以外に被告CDDB（新版）に新たに付け加えられたフィールドやリレーションについても、これと同様である。

そうすると、被告CDDB（新版）においては、原告CDDBの体系的構成①ないし③及び⑤の本質的な特徴が認識可能であるものと認められる。

したがって、被告CDDB（新版）に新たに付け加えられたテーブル、フィールド及びリレーションの存在によって生じた体系的構成の部分が創作性を有するとしても、被告CDDB（新版）においては、原告CDDBの体

系的構成①ないし③及び⑤の本質的な特徴が認識可能であり、その本質的な特徴を直接感得することができるものというべきである。」

(2) 情報の選択における共通部分についての原告CDDBの創作性の有無等

「被告CDDB（新版）の『35地点マスタ』には、2万3213件のレコードが存在するところ、そのうち1万1872件については、原告CDDBの『09地点名テーブル』のレコードと道路地点において一致すると認められる。

そうすると、少なくとも、原告CDDBと被告CDDB（新版）との共通部分である代表道路地点等の選別・選択については、原告CDDBの制作者の創作活動の成果が表れており、その個性が表れているというべきである。

したがって、被告CDDB（新版）と共通する上記原告CDDBの部分については、データベースの情報の選択としての創作性を有するものと認めるのが相当である。なお、旅行業者向けのデータベースにおいては、道路地点についての情報の選択に当たって特定の道路地点を選ぶことに制作者の創作性の発揮があるというべきであり、その緯度経度に関する情報はこれに依存しており、これを離れて独自の創作性があるということはできないから、たとえ緯度経度が一致しないレコードが大部分を占めているとしても、道路地点が一致する以上は、その限度で存する共通部分に原告CDDBの制作者の創作活動の成果が表れていると評価すべきであることは、被告CDDB（現行版）について説示したところと同様である。

そして、被告CDDB（新版）の『35地点マスタ』に存在するレコードのうち半分を超えるレコードが、原告CDDBの『09地点名テーブル』に存在するレコードと道路地点において一致するのであるから、これら被告CDDB（新版）が原告CDDBと共通性を有する部分は、原告CDDBの共通部分の情報の選択における本質的な特徴を直接感得することができるものというべきである。

他方、上記共通部分を除く被告CDDB（新版）のデータベースとしての情報の選択については、1審被告らによる新たな創作的表現が付け加わっているものと容易に認めることができるから、被告CDDB（新版）は、データベースの情報の選択において、原告CDDBの翻案物に当たると認めるのが相当である。」

(3) 依拠性について

「被告CDDB（新版）が、被告CDDB（当初版・2006年版）に改変等を重ねる形で制作されたと認められること、誤記等を含む具体的な情報の同一性等が依然として認められることに照らし、被告CDDB（新版）が、原告CDDBに依拠して作成されたことは明らかである。」

(4) 被告CDDB（新版）についての結論

「以上の検討によれば、被告CDDB（新版）は、原告CDDBに依拠して制作されたものであって、原告CDDBの共通部分の体系的構成及び情報の選択の本質的な特徴を認識可能であり、その本質的な特徴を直接感得することができるものといえるから、原告CDDBの共通部分の複製物ないし翻案物であると認めるのが相当である。」

二．一般不法行為に基づく損害賠償請求の成否

「1審原告は、平成18年6月から平成22年11月までの間の1審被告らによる被告CDDBの複製、頒布等の行為に関して、著作権侵害に基づく損害賠償請求と一般不法行為に基づく損害賠償請求を選択的に行い、一般不法行為に基づく損害賠償請求においても、著作権侵害に基づく損害額と同額（合計9億1037万0978円）の損害額を主張している。

しかるところ、1審原告における一般不法行為に基づく損害額が、前記4認定の著作権法114条1項に基づく損害額を超えることを認めるに足りる証拠はないから、その余の点について判断するまでもなく、1審原告の一般不法行為に基づく損害賠償請求は理由がない。」

Ⅲ．評釈

一．はじめに

本件は、被告の旅行業者向けシステム「旅nesPro」に含まれる検索及び

行程作成業務用データベースが、原告の旅行業者向けシステム「旅行業システムSP」に含まれる検索及び行程作成業務用データベースを複製又は翻案したものであるか否かが争われた事案である[1]。

原判決（前掲東京地判［旅nesPro一審］）は、被告CDDB（当初版・2006年版・現行版）について著作権侵害を肯定したが、他方で、被告CDDB（新版）については、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁［江差追分上告審］が示した「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という基準に独自の意義を認めた近時の裁判例（知財高判平成24.8.8判時2165号42頁［釣りゲータウン2控訴審］、東京地判平成25.11.29平成23(ワ)29184［大熱狂‼プロ野球カード一審］、知財高判平成27.6.24平成26(ネ)10004［同控訴審］等）と同じく、被告CDDB（新版）から「原告CDDBの創作的表現上の特徴を直接感得することができない」ことを理由に、著作権侵害を否定した。

本判決は、原判決が示した著作権侵害の判断枠組みをそのまま維持しているものの、結論としては原判決の判断を覆し、被告CDDB（新版）についても著作権侵害を肯定したという点で大きな注目を集めており、さらに、リレーショナル・データベースの著作権侵害の成否について、極めて精緻な判断を示したものとして今後の実務の参考になると思われる。

二．複製権・翻案権侵害の判断基準

1．「複製」ないし「翻案」の意義

従来の裁判例の中には、複製権・翻案権侵害の成否が争われた膨大な数

[1] 本判決の評釈として、高瀬亜富「リレーショナルデータベースについて著作権侵害が認められた事例」コピライト664号(2016年)37～46頁、野口明生「表現としてのデータベースーデータベースの著作物における翻案について」パテント70巻5号(2017年)56～64頁がある。また、原判決の判例紹介として、生田哲郎＝森本晋「リレーショナル・データベースの複製権・翻案権侵害の成否」発明111巻6号(2014年)45～47頁、三井大有「最近の著作権裁判例について」コピライト647号(2015年)10～13頁、石神恒太郎「旅行業システムデータベース事件ーデータベースの複製・翻案及び一般不法行為の成否が争われた事例」パテント68巻10号(2015年)23～28頁等がある。

の裁判例があるが、「複製」と「翻案」について、それぞれ別の最高裁判決を引用していることから、形式的には異なる基準を採用しているかのように読めるものが少なくない。すなわち、一方で、複製権侵害の判断基準については、最判昭和53.9.7民集32巻6号1145頁［ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審］[2]に基づき、既存の著作物の「内容及び形式を覚知させるに足りる」か否かという基準を採用し[3]、他方で、翻案権侵

[2] この判決の評釈として、内田晋「偶然の暗合(2)－『ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー』事件」池原季雄＝斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』(1987年・有斐閣)16～17頁、同「偶然の暗合－ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件」斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』(第2版・1994年・有斐閣)8～9頁、渋谷達紀「偶然の暗合－ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件」斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』(第3版・2001年・有斐閣)6～7頁、市川正巳「依拠性(ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件)」中山信弘＝大渕哲也＝小泉直樹＝田村善之編『著作権判例百選』(第4版・2009年・有斐閣)86～87頁、三尾美枝子「依拠性(ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件：上告審)」小泉直樹＝田村善之＝駒田泰土＝上野達弘編『著作権判例百選』(第5版・2016年・有斐閣)106～107頁等を参照。

[3] 東京高判平成4.9.24知裁集24巻3号703頁［サンジェルマン殺人狂騒曲］、東京高判平成7.1.31判時1525号150頁［会社案内パンフレット］、大阪地判平成7.3.28知裁集27巻1号210頁［商品カタログ］、東京地判平成7.5.31判時1533号110頁［ぐうたら健康法］、大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁［エルミア・ド・ホーリィ］、最判平成9.7.17民集51巻6号2714頁［ポパイ］、東京地判平成10.3.30平成2(ワ)4247［ノンタン］、東京地判平成10.7.17平成6(ワ)9490［のびのび更年期］、東京地判平成10.10.29知裁集30巻4号813頁［SMAP大研究］、東京地判平成10.11.16平成9(ワ)6030［リトルくらぶ］、大阪地判平成11.7.8判時1731号116頁［カッサンドル］、東京地判平成11.7.23平成10(ワ)29546［坂井真紀］、東京地判平成11.9.28判時1695号115頁［新橋玉木屋］、名古屋地判平成12.3.8平成4(ワ)2130［ショッピングセンター設計図］、東京高判平成13.5.30判時1797号150頁［キューピーイラスト商標］、東京高判平成13.5.30判時1797号131頁［キューピー］、東京高判平成14.1.30平成13(ネ)601［井深大とソニースピリッツ控訴審］、東京高判平成14.2.18判時1786号136頁［雪月花控訴審］、東京地判平成14.9.5判時1811号127頁［サイボウズ］、東京地判平成17.5.17判時1950号147頁［通勤大学法律コース一審］、知財高判平成18.3.15平成17(ネ)10095等［同控訴審］、東京地判平成19.5.28平成17(ワ)15981［租税論］、東京地判平成20.1.31平成18(ワ)13803［パズル］、東京地判平成20.2.15平成

害の判断基準については、前掲最判［江差追分上告審］に基づき、既存の著作物の「表現上の本質的な特徴を直接感得」できるか否かという基準を採用する裁判例が主流となっている[45]。

18(ワ)15359［さわってごらん ぼくの顔］、大阪地判平成21.3.26判時2076号119頁［マンション読本］、大阪地判平成22.2.25平成21(ワ)6411［猫のぬいぐるみ］、東京地判平成22.5.19判時2092号142頁［絵画鑑定証書］、東京地判平成22.12.10平成20(ワ)27432［データ復旧サービス一審］、知財高判平成23.5.26平成23(ネ)10006［同控訴審］、大阪地判平成24.7.5 平成23(ワ)13060［江戸のニューメディア 浮世絵 情報と広告と遊び］、知財高判平成25.4.18平成24(ネ)10076［治療薬ハンドブック2008 薬剤選択と処方のポイント］、知財高判平成26.3.12判時2229号85頁［群刻］、東京地判平成27.1.30平成25(ワ)22400［司法書士試験受験用テキスト］、大阪地判平成27.9.24平成25(ワ)1074［大阪市観光案内図］、東京地判平成27.11.30平成26(ワ)22400［イメタン］、知財高判平成28.3.23平成27(ネ)10102［字幕制作用ソフトウェア控訴審］等。

[4] 東京地決平成13.12.19平成13(ヨ)22090［チーズはどこへ消えた?］、東京地判平成13.12.18平成13(ワ)14586［デス・ゲーム2025］、前掲東京高判［井深大とソニースピリッツ控訴審］、前掲東京高判［雪月花控訴審］、大阪高判平成14.6.19平成13(ネ)3226［コルチャック先生控訴審］、東京地判平成14.7.26平成13(ワ)19546［咬み合わせの不思議］、前掲東京地判［サイボウズ］、東京高判平成14.9.6 判時1794号3頁［記念樹控訴審］、大阪高判平成14.9.18平成14(ネ)287［劇曲『コルチャック先生』ある旅立ち］、東京地判平成14.11.26平成14(ワ)5467［運勢を開く 姓名判断］、東京地判平成15.1.28判時1828号121頁［pimca］、東京高判平成16.3.31平成16(ネ)39［多湖輝の頭脳開発シリーズ］、前掲東京地判［通勤大学法律コース一審］、前掲知財高判［同控訴審］、大阪高判平成18.4.26平成17(ネ)2410［初動負荷理論］、前掲東京地判［租税論］、前掲東京地判［パズル］、前掲東京地判［さわってごらん ぼくの顔］、東京地判平成20.3.13判時2033号102頁［八坂神社祇園祭］、東京地判平成20.7.4 平成18(ワ)16899［博士キャラクター］、東京地判平成20.10.23平成19(ワ)25428［外国人児童向け漢字教材］、前掲大阪地判［マンション読本］、東京地判平成22.1.29判タ1334号223頁［箱根富士屋ホテル］、前掲大阪地判［猫のぬいぐるみ］、東京地判平成21.12.24平成20(ワ)5534［弁護士のくず一審］、知財高判平成22.6.29平成22(ネ)10008［同控訴審］、東京地判平成23.5.20平成22(ワ)18968［吹きゴマ］、前掲東京地判［データ復旧サービス一審］、前掲知財高判［同控訴審］、前掲大阪地判［江戸のニューメディア 浮世絵 情報と広告と遊び］、前掲知財高判［釣りゲータウン2控訴審］、東京地判平成24.12.18平成24(ワ)5771［iDupli Bravo with Disk Publisher］、前掲知財高判［治療薬ハンドブック2008 薬剤選択と処方のポイント］、東京地判平

一見すると、前掲最判［ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審］の最高裁判決が「旧著作権法（明治32年法律第39号）の定めるところによれば、著作者は、その著作物を複製する権利を専有し、第三者が著作権者に無断でその著作物を複製するときは、偽作者として著作権侵害の責に任じなければならないとされているが、ここにいう著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきである…」と説示しているため、複製権侵害の判断基準として「内容及び形式を覚知させるに足りる」か否かという基準を採用しているように見える。しかし厳密にいえば、これは依拠性が著作権侵害の要件であることを明らかにしたものであり、「複製」に関する

成25.3.14平成23(ワ)33071［風にそよぐ墓標一審］、知財高判平成25.9.30判時2223号98頁［同控訴審］、東京地判平成25.10.21平成24(ワ)10382［シャロン］、東京地判平成25.11.22平成25(ワ)13598［帰省］、前掲知財高判［群刻］、東京地判平成26.5.27平成25(ワ)13369［三越伊勢丹看板写真］、東京地判平成26.12.19平成25(ワ)9673［こんな教科書で学びたい 新しい日本の歴史］、東京地判平成26.12.24平成26(ワ)4088［問答集9 大目附問答・町奉行所問合挨拶留・公邊御問合］、前掲東京地判［司法書士試験受験用テキスト］、前掲東京地判［大熱狂‼プロ野球カード一審］、前掲知財高判［同控訴審］、前掲東京地判［イメタン］、東京地判平成28.1.29平成27(ワ)21233［風水甲］、前掲知財高判［字幕制作用ソフトウェア控訴審］、知財高判平成28.4.27判時2321号85頁［接触角計算プログラム］、東京地判平成27.2.25平成25(ワ)15362［THE ナンバー2～歴史を動かした陰の主役たち一審］、知財高判平成28.6.29平成27(ネ)10042［同控訴審］、大阪地判平成28.7.19平成26(ワ)10559［日本画］、東京地判平成28.8.19平成28(ワ)3218［ONE TAKE ON JAPANESE CINEMA］、東京地判平成27.9.30平成26(ワ)10089［『性犯罪被害にあうということ』映画化一審］、知財高判平成28.12.26平成27(ネ)10123［同控訴審］等。

[5] その他、ドイツの古い学説に依拠しつつ、著作物の要素を表現の「形式」と「内容」とに分け、さらに形式のうち「外面的表現形式」を利用するのが複製であり、「内面的表現形式」を利用するのが翻案であるとの見解として、榛村専一『著作権法概論』（改訂版・1936年・厳松堂書店）63～65頁、加戸守行『改訂著作権法逐条講義』（1974年・著作権資料協会）29頁等がある。この基準を採用した裁判例として、東京地判平成元.3.27判時1305号114頁［ぺんたくん一審］、東京高判平成元.12.25平成1(ネ)1224［同二審］、名古屋地判平成6.7.29知裁集26巻2号832頁［春の波濤一審］等がある。

部分はあくまで依拠の要件に関する判決の傍論でしかない[6]。また、「内容」、「形式」の意義が明らかにされていないために、字面通りに受け取れば、この基準は、侵害を主張している著作権に係る著作者が創作したわけではないところ、あるいは未だ表現には至らずアイディアと目すべきところが似ているに過ぎない場合にも、「内容」、「形式」を「覚知」することができることを理由に侵害が肯定されかねない[7]。

他方で、学説の中でも、複製権侵害と翻案権侵害とを区別して、それぞれ別個の基準を定立する必要があると主張する見解がある、例えば、西田美昭判事（当時）は、「訴訟の観点からすれば、複製権侵害を主張するのか、翻案権侵害を主張するのかは、根拠法条が異なるから弁論主義の適用があり、当事者が一方のみを主張している場合には、それが認められない結果、請求棄却となることもあり得る…。また、双方を選択的に主張している場合でも、複製権侵害か翻案権侵害かのいずれかは認められるというような択一的認定は避けるべきであるから、それぞれの要件を考慮して、いずれか一方の侵害を認定する必要がある。その意味では、複製と翻案との境界線を確定する実益はある」[8]と述べて、適用法条が異なるから弁論主義の適用があることに、複製と翻案との境界線を確定する実益を求めている[9]。しかし、具体的な侵害訴訟において、原告が主張すべき事実に変わ

---

[6] 岡邦俊『続・著作権の法廷』(1996年・ぎょうせい) 120頁、同『マルチメディア時代の著作権の法廷』(2000年・ぎょうせい) 133～136頁。

[7] 田村善之「著作権の保護範囲に関し著作物の『本質的な特徴の直接感得性』基準に独自の意義を認めた裁判例(1)－釣りゲータウン２事件－」知的財産法政策学研究41号 (2013年) 122頁を参照。

[8] 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」斉藤博＝牧野利秋編『裁判実務体系27 知的財産関係訴訟法』(1997年・青林書院) 126頁。

[9] また、橋本英史「著作権 (複製権、翻案権) 侵害の判断について(上)」判例時報1595号 (1997年) 33頁は、「複製権侵害と翻案権侵害とでは、具体的な請求原因事実が異なる場合も多く、両者のそれぞれの判断基準を検討して、これらを定立する実益は実務上否定することができない」と主張し、「複製権と翻案権とを統一的にとらえて著作権侵害としての一元的な基準 (要件) を設定しようとする場合は、例えば、翻案権侵害と同じ基準となり、本来翻案権として保護されるべきものよりも具体的な創作的な表現形式の同一性を要求するなど、著作権 (翻案権) を十分に保護しない結

りがない以上、適用法条の問題が弁論主義の問題に直結するわけではないであろう。むしろ、実定法の観点からすれば、複製権侵害であっても、翻案権侵害であっても著作権侵害であるとの判断には影響しないから、複製権と翻案権が別人に帰属していない限り、著作権侵害の成否を決する場面で、複製か翻案か、その境界線を確定する実益はないだろう[10]。

実際のところ、最近の裁判例の中には、複製権侵害と翻案権侵害とを区別せずに、前掲最判［江差追分上告審］が示した「本質的な特徴の直接感得性」という基準を採用するものが増え始めている[11]（前掲東京地判［咬み合わせの不思議］、前掲東京地判［pimca］、前掲東京地判［箱根富士屋

果となるおそれも否定することができないと考えられるのであり、そのためにも、複製権侵害と翻案権侵害とのそれぞれの基準（要件）を検討して、これらを定立する必要がある」と述べている。しかし、同見解によれば、複製権侵害と翻案権侵害の主張における差異といっても、「著作物の同一性の要件」（複製権侵害）と「著作物の本質的同一性の要件」（翻案権侵害）という程度の差にしか過ぎず、このような差異があるからといって、両者を区別する実益があるとはいえない。大野聖二「翻案権侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務４　著作権法・意匠法』（2007年・新日本法規）197～198頁を参照。

[10] 田村善之『著作権法概説』（第２版・2001年・有斐閣）46～47頁、同・前掲注７）123～124頁を参照。その他、「複製」と「翻案」を一元的に理解するものとして、大野・前掲注９）194～198頁、上野達弘「ドイツ法における翻案－『本質的特徴の直接感得』論の再構成」著作権研究34号（2008年）46～47頁、同「著作権法における侵害要件の再構成(1)－『複製又は翻案』の問題点－」知的財産法政策学研究41号（2013年）60～77頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ』（片山英二先生還暦記念論文集・2010年・青林書院）347～348頁、髙部眞規子「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『現代知的財産法講座Ⅱ　知的財産法の実務的発展』（2012年・日本評論社）239～240頁等がある。

[11] 例えば、箱根の老舗の富士屋ホテルの草創期の歴史を描いたノンフィクション作品の著作権侵害が問題となった前掲東京地判［箱根富士屋ホテル］の裁判所は、「被告書籍記述部分がこれに対応する原告書籍記述部分の複製又は翻案に当たるか否かを判断するに当たっては、被告書籍記述部分において、原告書籍記述部分における創作的表現を再製したかどうか、あるいは、原告書籍記述部分の表現上の本質的特徴を直接感得することができるかどうかを検討する必要がある」という一般論を展開している。

ホテル]、前掲東京地判[吹きゴマ]、前掲東京地判[風にそよぐ墓標一審]、前掲知財高判［同控訴審]、前掲東京地判［シャロン]、前掲東京地判［旅nesPro一審]、東京地判平成26.5.30平成22(ワ)27449［サン・ドニ風景鑑定証書]、東京地判平成26.10.30平成25(ワ)17433［ふわふら 四季のたより]、前掲東京地判［大熱狂‼プロ野球カード一審]、前掲知財高判［同控訴審]、前掲知財高判［接触角計算プログラム］等)。

さらに、稀ではあるが、著作権侵害の有無を判断するに当たり、前掲最判［江差追分上告審］が示した「本質的な特徴の直接感得性」という基準を採用せず、「類似性」という基準を採用した裁判例も登場している。例えば、幼児用椅子の著作権侵害が争われた知財高判平成27.4.14平成26(ネ)10063［TRIPP TRAPPⅡ][12]を見てみよう。知財高裁は、「脚部の本数に係る前記相違は、椅子の基本的構造に関わる大きな相違といえ、その余の点に係る共通点を凌駕するものというべきである。以上によれば、被控訴人製品は、控訴人製品の著作物性が認められる部分と類似しているとはいえない」と判断した。

以下では、前掲最判［江差追分上告審］を手掛かりとして、著作権侵害の判断枠組みについて具体的に考察することにしたい。

２．江差追分最高裁判決

著作権法27条は、「著作者は、その著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する権利を専有する」と規定

[12] 本判決を扱った論文及び評釈として、田村善之「応用美術の著作物性が肯定された事例－TRIPP TRAPP事件－(上)(下)」ビジネス法務15巻10号43～46頁・11号96～102頁(2015年)、同「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性－著作権法・不正競争防止法の交錯－」コピライト676号(2017年)２～37頁、林娜「応用美術の著作権による法的保護に関する日中比較」AIPPI62巻３号(2017年)２～42頁、清水節「応用美術に関する裁判例について－『TRIPP TRAPP事件』以降の裁判例を中心として－」外川英明＝高松孝行＝加藤暁子＝藤田晶子編『知的財産法のモルゲンロート』(土肥一史先生古稀記念論文集・2017年・中央経済社)605～634頁等がある。

している[13]。すなわち、著作権法27条は、既存の著作物に新たな創作的表現を付加して作成された二次的著作物（同法２条１項11号）に対しても原著作物の禁止権（翻案権）が及ぶことを規定している[14]。周知のとおり、言語の著作物に関する翻案権侵害の判断基準を示した最高裁判決として、前掲最判［江差追分上告審］[15]がある。

この事件は、被告NHKが製作したテレビ番組「ほっかいどうスペシャル・遥かなるユーラシアの歌声－江差追分のルーツを求めて－」のナレーションの部分が、原告が著述したノンフィクション「北の波濤に唄う」と題する書籍のプロローグの著作権を侵害したか否かが争われたものであ

---

[13] 著作権法27条の規定する権利に関して、学説上は、翻訳権、編曲権、変形権と並ぶものとして、翻案権が定められており、脚色、映画化を翻案権の例示と見る見解（斉藤博『著作権法』（第３版・2007年・有斐閣）186頁、加戸守行『著作権法逐条講義』（六訂新版・2013年・著作権情報センター）212～215頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年・レクシスネクシス・ジャパン）490～491頁〔高橋淳執筆〕、中山信弘『著作権法』（第２版・2014年・有斐閣）152～154頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（第２版・2016年・有斐閣）165頁〔島並執筆〕等）と、翻案権の意義をより広義に捉えて、翻訳、編曲、変形も翻案の例示とする見解（半田正夫『著作権法概説』（第16版・2015年・法学書院）155頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール２（26条～88条）』（第２版・2015年・勁草書房）48頁〔椙山敬士執筆〕、駒田泰土＝潮海久雄＝山根崇邦『知的財産法Ⅱ 著作権法』（2016年・有斐閣）94頁〔駒田執筆〕、平嶋竜太＝宮脇正晴＝蘆立順美『入門知的財産法』（2016年・有斐閣）147頁〔蘆立執筆〕等）がある。

[14] 厳密にいえば、翻案によって作成された二次的著作物の利用行為は、著作権法の条文上は、「翻案」を定義する著作権法27条の問題ではなく、二次的著作物の利用に関する同法28条の問題のはずであるが、本文では、28条に係る権利に関しても「翻案」という言葉をあてはめる。上野・前掲注10）知的財産法政策学研究35～60頁を参照。

[15] この判決の評釈として、田村善之「創作的表現でないところに同一性があるに止まる場合と著作権侵害の成否（消極）－北の波濤に唄う事件」法学協会雑誌119巻７号（2002年）214～229頁、蘆立順美「翻案権侵害における類似性の判断」ジュリスト1224号（2002年）292～294頁、山本隆司「翻案権（江差追分事件：上告審）」中山ほか編・前掲注２）『著作権判例百選』100～101頁、同「類似性(1)総論（江差追分事件：上告審）」小泉ほか編・前掲注２）『著作権判例百選』108～109頁等がある。

る[16]。

最高裁は、「【判旨①】言語の著作物の翻案（著作権法27条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。そして、著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから（同法２条１項１号参照）、【判旨②】既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である。」という一般論を示している。

そのうち、判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という判断基準は、最判昭和55.3.28民集34巻３号244頁［パロディ上告審］[17]に由来す

---

[16] 第一審（東京地判平成8.9.30判時1584号39頁）は、翻案権侵害の要件として依拠性と表現形式上本質的な特徴の直接感得性を挙げ、本件ナレーションと本件プロローグは、江差追分全国大会の時に町が最も賑わうという一般的知見と異なる認識が記載されていること、ほぼ同じ趣旨の表現が同じ順序で掲載されていること、外面的な表現形式においてもほぼ類似の表現となっているところが多いことを理由に本件ナレーションから本件プロローグを直接感得し得ると判断し、翻案権侵害の成立を認めた。原審（東京高判平成11.3.30民集55巻４号945頁参照）も第一審を支持し、江差追分全国大会を「年に１度の賑わい」と捉え、これを江差町の過去の栄華と対比して構成されている本件ナレーションの表現は、本件プロローグの江差追分全国大会に対する深い思いに基づく思想又は感情の創作的な表現を直ちに感得させるものであり、単なる客観的事実の説明とはいえないとして侵害を認定した。これに対し、最高裁は、原審中被告らの敗訴部分を破棄し、第一審判決を取り消し、原告の請求をいずれも棄却した。

[17] この判決の評釈として、林修三「写真の改変－『パロディー』事件」池原ほか編・前掲注2）『著作権判例百選』118～119頁、田村善之「写真の改変－パロディ事件第一次上告審判決」斉藤ほか編・前掲注2）『著作権判例百選』（第２版）140～141頁、伊藤真「写真の改変－パロディ事件第一次上告審判決」斉藤ほか編・前掲注2）『著作権判例百選』（第３版）116～117頁、飯村敏明「引用(1)－パロディ（モンタージュ写真事件：上告審）」中山ほか編・前掲注2）『著作権判例百選』118～119頁、同「引

るものである。この事件では、スキーヤーが雪山の斜面を波状のシュプールを描きつつ滑降する場景を撮影したカラー写真の一部をカットし白黒の写真に複製した上、右上に自動車タイヤの写真を合成した本件モンタージュ写真を自作の写真集及び週刊誌に掲載した行為が、原告の同一性保持権を侵害するか否かが争われた[18]。最高裁は、「本件モンタージュ写真から本件写真における本質的な特徴自体を直接感得することは十分できるものである」と述べて、被告による本件写真の利用は、原告が本件写真の著作者として保有する同一性保持権を侵害する改変であると判断した[19]。パロディ最高裁判決は、江差追分最高裁判決とは異なり、翻案権等に関する現行法27条の権利が問題となった事件ではなく、旧著作権法上の著作者人格権（旧著作権法18条１項）の侵害が問題となった事件に過ぎないにも拘わらず、その後の裁判例においては、「本質的な特徴の直接感得性」という基準を、複製権、翻案権及び著作者人格権を含めた著作者の権利一般について採用したものが現れていた[20]。

用(1)－パロディ（モンタージュ写真事件：上告審）」小泉ほか編・前掲注2）『著作権判例百選』144～145頁等がある。

[18] 第一審（東京地判昭和47.11.20無体集４巻２号619頁）は、原告の請求を認容したが、原判決（東京高判昭和51.5.19無体集８巻１号200頁）は、被告の行為は正当な範囲内の「節録引用」（旧法30条１項２号）に当たり原告の著作権を侵害することはないと説いて、第一審判決を取り消し、原告の請求を棄却した。しかし、最高裁は、原判決を破棄した。

[19] 前掲最判［パロディ上告審］は、引用の法理に関して明瞭区別性、附従性の二要件を定立した判決として著名である。しかし、オーソドックスな判例研究の立場からは、最高裁の判決理由中の旧法30条１項２号について示した判示部分は傍論に過ぎないと指摘するものとして、飯村・前掲注17)小泉ほか編・前掲注2）『著作権判例百選』144～145頁がある。

[20] 江差追分最高裁判決以前の裁判例として、大阪地判昭和60.3.29無体集17巻１号132頁［商業広告］、東京地判平成5.8.30知裁集25巻２号310頁［悪妻物語？一審］、京都地判平成7.10.19知裁集27巻４号721頁［アンコウ］、東京地判平成10.6.29判時1667号137頁［地獄のタクシー］、最判平成10.7.17裁判所時報1223号12頁［雑誌『諸君！』反論文掲載上告審］、前掲東京地判［SMAP大研究］、東京高判平成12.9.19判時1745号128頁［赤穂浪士二審］、東京高判平成13.1.23判時1751号122頁［サンリオ・キャラクター控訴審］、東京地判平成13.1.23判時1756号139頁［ふぃーるどわーく多

また、江差追分最高裁判決は、判旨①において、パロディ最高裁判決の説示を踏襲し、「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という基準に言及しつつ、判旨②において、「思想、感情若しくはアイディア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらない」ことを述べており、翻案権侵害が認められるには、既存の著作物と同一性を有する部分が創作的な表現であることを求める、という「創作的な表現の共通性」の基準を提示した。

なお、江差追分最高裁判決は、原著作物の「表現上の本質的な特徴」とは何なのか、どの部分から「表現上の本質的な特徴」を直接感得できるのか、判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」と、判旨②の「創作的な表現の共通性」が一体どのような理論的関係に立つのか、という点に関しては一切言及していない。したがって、学説上は、判旨①と判旨②の関係について、「創作的表現の共通一元説」と「本質的特徴の独自基準説」との二つの理解が対立している。

(1) 創作的表現の共通一元説

従来の学説の中には、江差追分最高裁判決が示した判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」と、判旨②の「創作的な表現の共通性」がどのような理論的関係にあるのかという問題について、「表現上の本質的な特徴の直接感得性」=「創作的な表現の共通性」と把握する考え方が最も有力であったといえる[21]。

摩]、東京地判平成13.3.26判時1743号3頁[大地の子]等がある。

[21] 田村・前掲注10)60～61頁、同・前掲注7)98～105頁、駒田泰土「著作物と作品概念の異同について」知的財産法政策学研究11号(2006年)148～155頁、同「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘=牧野利秋編『現代社会と著作権法』(斉藤博先生御退職記念論集・2008年・弘文堂)304～324頁、山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否－通勤大学法律コース事件－」知的財産法政策学研究18号(2007年)231～234頁、上野・前掲注10)著作権研究44～49頁、同・前掲注10)知的財産法政策学研究52～72頁、同「著作権法の柔軟

ⅰ）学説－著作物の定義規定からのアプローチー

この学説を早期に明確な形で提言した田村善之教授は、著作権法２条１項１号の趣旨を貫徹するためには、著作権の権利範囲を決する際にも、著作物中の創作的な表現が模倣されていない場合、例えばアイディアの部分のみが抽出された場合や、ありふれた表現が共通する場合には著作権侵害を否定すべきであり、逆に、著作物中の創作的な表現が共通する場合には、付加された部分の多寡とは関係なく著作権侵害を肯定すべきであるとし[22]、江差追分最高裁判決が示した判旨①の意味を、著作物の保護範囲を決する基準を説いたパロディ事件という先行する最上級審判決が存在する以上、それとの連続性を保つために、単なる枕詞として前置いたことに求めている[23]。

また、駒田泰土教授は、「作品の一部であるとしても、著作権法２条１項１号の意味における創作的な表現といいうるのであれば、そこに著作物性を認めるべきである」とし、「原告作品の一部であってもそこに著作物性を認めうるとすれば、被告作品においてそれが再製されている限り、そのことをもって著作物の複製または翻案を認めるに十分である。」「些細な模倣に関しては、これを非複製・非翻案と解するのではなく、むしろ正面から複製・翻案であると認めたうえで、最終的に著作権の行使を否定するような法律構成を採用すべきである」と述べている[24]。

そして、上野達弘教授も、「最高裁判決における『他人の著作物におけ

性と明確性」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法』（野村豊弘先生古稀記念論文集・2016年・商事法務）34～36頁、比良友佳理「ノンフィクション小説と漫画の類似性が争われた事例－弁護士のくず事件－」知的財産法政策学研究37号（2012年）322～328頁、村井麻衣子「『風にそよぐ墓標』事件－ノンフィクション作品における翻案権侵害の成否－」著作権研究42号（2016年）192～197頁等。

[22] 田村・前掲注10）58頁。D.S. カージャラ＝椙山敬二「日本著作権法の基本概念」同『日本・アメリカ コンピュータ著作権法』（1989年・日本評論社）293～304頁も参照。

[23] 田村・前掲注７）104～105頁。

[24] 駒田・前掲注21）『現代社会と著作権法』317～321頁。同・前掲注21）知的財産法政策学研究148～155頁も参照。

る表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得』(下線筆者)というフレーズからは、①『表現』であること、②『本質的な特徴』であること、という2つの要素を抽出できる。そして、①はアイディアではなく『表現』の部分が問題になることを述べ、②は表現のうち『本質的な特徴』が問題になることを述べているものと理解できる。ここで『本質的な特徴』というものを『創作性のある部分』と読み替えれば、結局のところ、『表現形式上の本質的な特徴』というのは『創作的表現』に他ならないことになる」との見解を示した[25]。

以上の「創作的表現の共通一元説」ともいわれる学説の特徴は、各論者によって、著作権の付与がなぜ認められるのかという原理論のレベルでは相異なる立場を採っているとはいえ[26]、現行著作権法のルールや制度構造からどのように著作権の権利範囲を決するべきなのかという解釈論のレベルでは見解が一致している、という点を挙げることができよう[27]。すなわち、著作権法上の保護の対象となる著作物は、思想又は感情を創作的に表現したものでなければならず(著作権法2条1項1号)、その趣旨を貫徹するためには、著作権の権利範囲を決する際にも、既存の著作物の創作的表現が残っているか否かという基準で臨むべきであり、被告の利用行為

[25] 上野・前掲注10)著作権研究47頁、同「著作権法における侵害要件の再構成(2・完)－『複製又は翻案』の問題点－」知的財産法政策学研究42号(2013年)65頁。

[26] 例えば、田村教授は、著作権制度の存在意義の積極的な根拠をインセンティヴ論に特化し、自然権論は消極的な根拠にとどまるという立場を採っている。田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号(2010年)6～7頁を参照。一方、上野教授は、著作権保護の本質論について、概ね自然権的な考え方に近い、基本権間衡量論という立場を採っている。基本権間衡量論は、「人はその創作的表現に対して権利を有する」という考え方を前提としつつ、著作権保護の積極的な根拠を憲法上の基本権に求める見解である。上野達弘「応用美術の保護－著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察－」著作権研究36号(2010年)102頁を参照。この立場に対し、栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程(一)(二・完)－ドイツにおける憲法判例と学説の展開を手がかりとして－」民商法雑誌140巻6号639～687頁・141巻1号45～91頁(2009年)は、ドイツ法における著作権の正当化原理をめぐる議論を詳しく紹介している。

[27] 山根崇邦「Robert P. Mergesの知的財産法概念論の構造とその意義」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013年・弘文堂)33～34頁を参照。

を許容すべきかという規範的判断は、むしろ著作権の権利範囲の解釈ではなく、権利制限の解釈又は立法論の中で行うことが適切であると主張している[28]。

ⅱ）裁判例の動向

従来の裁判例を俯瞰して見ると、江差追分最高裁判決以前の裁判例の中には、「本質的な特徴の直接感得性」という基準を言及しつつ、具体的な判断においては創作的な表現の共通性が著作権侵害の成否の分岐点となったもの（東京地判平成11.10.21判時1701号152頁［雪月花］、東京地判平成11.11.17判時1704号134頁［キューピー］、前掲東京高判［赤穂浪士二審］、前掲東京地判［大地の子］等）、「本質的な特徴の直接感得性」という基準に言及せず、端的に創作的な表現の共通性に基づき著作権侵害の成否を判

[28] これに対し、島並良教授は、「原告の創作性だけに着目して、ちょっとでも原告側の創作的表現が被告の作品に使われた場合には翻案権侵害だという考えは、もしかすると自然権的な発想が背景にあるのではないか。つまり、自分の著作物はあくまで私のものだ、私の『所有』物だという観念がまずあって、それが無断で使われている以上は、財産的価値の奪取を問わずどこまでも追いかけていくという発想が背景にあるのではないか」と指摘している（斉藤博ほか「討論（シンポジウム　翻案）」著作権研究34号（2008年）118頁）。

こうした島並教授の指摘に対して、田村教授は次のように反論している。いわく、「インセンティヴ論に立脚する立場からも、…なぜ、保護を拡張する方向に関しては、創作的表現でない限り保護を及ぼさないという原則を貫くのかということが問題となるかと思います。」「個別の行為に関して逐一インセンティヴ論に基づいて、それを規制することが効率的な解をもたらすのかどうかはよく分からないことのほうが通常です。そこで、大数の法則で、個別事件はよく分からないが全体としてより効率的な解をもたらしそうなところで、裁判所で判断がしやすく、市場においても行為者が遵守しやすい義務論的な規範を設けていく。しかも、その大数の判断ですら困難である以上、そこは政治的な責任を負う立法のところで規範化する、そういった作業が必要で、まさにそれによってもたらされたものが、創作的表現であれば著作物となり、その創作的表現が再生される形で利用される場合には著作権侵害となるという著作権法のルールだと思うのです」（田村善之ほか「討論（シンポジウム　著作物の隣接領域と著作権法）」著作権研究36号（2010年）112頁）。

断したもの(東京地判平成 8.9.27判時1645号134頁参照[四進レクチャー]、東京地判平成12.3.17判時1714号128頁［NTTタウンページ］等）が多く見られる。

その後、江差追分最高裁判決の影響を受けて、具体的な事案との関係で見れば、創作的な表現が共通しているか否かが決め手となっているにも拘わらず、抽象論のレベルで「本質的な特徴の直接感得性」の基準に言及する裁判例が主流となっている[29]。

しかし、最近の裁判例の中には、「本質的な特徴の直接感得性」という

[29] 前掲東京地決[チーズはどこへ消えた?]、前掲東京地判[デス・ゲーム2025]、前掲東京高判[井深大とソニースピリッツ控訴審]、前掲東京高判[雪月花控訴審]、前掲大阪高判[コルチャック先生控訴審]、前掲東京地判[咬み合わせの不思議]、前掲東京地判[サイボウズ]、前掲東京高判[記念樹控訴審]、前掲大阪高判[劇曲『コルチャック先生』ある旅立ち]、前掲東京地判[運勢を開く 姓名判断]、前掲東京地判[pimca]、前掲東京高判[多湖輝の頭脳開発シリーズ]、前掲東京地判[通勤大学法律コース一審]、前掲知財高判[同控訴審]、前掲大阪高判[初動負荷理論]、前掲東京地判[租税論]、前掲東京地判[パズル]、前掲東京地判[さわってごらん ぼくの顔]、前掲東京地判[八坂神社祇園祭]、前掲東京地判[博士キャラクター]、前掲東京地判[外国人児童向け漢字教材]、前掲大阪地判[マンション読本]、前掲東京地判[箱根富士屋ホテル]、前掲大阪地判[猫のぬいぐるみ]、前掲東京地判[弁護士のくず一審]、前掲知財高判[同控訴審]、前掲東京地判[吹きゴマ]、前掲東京地判[データ復旧サービス一審]、前掲知財高判[同控訴審]、前掲大阪地判[江戸のニューメディア 浮世絵 情報と広告と遊び]、前掲知財高判[釣りゲータウン2控訴審]、前掲東京地判[iDupli Bravo with Disk Publisher]、前掲知財高判[治療薬ハンドブック2008 薬剤選択と処方のポイント]、前掲東京地判[風にそよぐ墓標一審]、前掲知財高判[同控訴審]、前掲東京地判[シャロン]、前掲東京地判[帰省]、前掲東京地判[三越伊勢丹看板写真]、前掲東京地判[こんな教科書で学びたい 新しい日本の歴史]、前掲東京地判[問答集9 大目附問答・町奉行所問合挨拶留・公邊御問合]、前掲東京地判[司法書士試験受験用テキスト]、前掲東京地判[大熱狂‼プロ野球カード一審]、前掲知財高判[同控訴審]、前掲東京地判[イメタン]、前掲東京地判[風水甲]、前掲知財高判[字幕制作用ソフトウェア控訴審]、前掲知財高判[接触角計算プログラム]、前掲東京地判[THE ナンバー2～歴史を動かした陰の主役たち一審]、前掲知財高判[同控訴審]、前掲大阪地判[日本画]、前掲東京地判[ONE TAKE ON JAPANESE CINEMA]、前掲東京地判[『性犯罪被害にあうということ』映画化一審]、前掲知財高判[同控訴審]等。

基準に触れることなく、複製権及び翻案権侵害の判断基準として、明確に「創作的表現の共通一元説」の立場を採ったものも登場している（東京地判平成24.11.30平成24(ワ)15034［不動産物件表示プログラム］、東京地判平成25.3.25平成24(ワ)4766［いのちを語る］等)。しかも、興味深いのは、いずれの判決も、後述の「本質的特徴の独自基準説」の立場に親和的な大須賀滋判事[30]が裁判長を務めたという点である。

まず、プログラムの複製権侵害が問題となった、前掲東京地判［不動産物件表示プログラム］（大須賀滋裁判長）を見てみよう。

本件は、原被告間の別件訴訟において、被告が「光商事物件の検索はこちら」と題する書証を提出する目的で、原告プログラムが記録されているサーバにアクセスしてダウンロードした上で、原告プログラムを被告のコンピュータ上で使用（入力、演算及び出力）し、モニタに表示された画像を紙媒体に印刷したところ、原告が被告に対し、複製権侵害及びプログラム著作物の著作権侵害を理由とする損害賠償を求めたものである。

東京地裁は、「法にいう『複製』とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することをいうが（法２条１項15号)、著作物を有形的に再製したというためには、既存の著作物の創作性のある部分が再製物に再現されていることが必要である」とし、「これを本件についてみると、紙である別件乙３（書証：筆者注）…に記載されているのは画像であって、その画像からは本件プログラムの創作性のある部分（指令の表現自体、その指令の表現の組合せ、その表現順序からなる部分）を読み取ることはできず、本件プログラムの創作性のある部分が画像に再現されているということはできないから、別件乙３の印刷が本件プログラム

[30] 大須賀滋「翻案権侵害の主張立証」論究ジュリスト２号(2012年)257頁は、「翻案権侵害の判断の難しさは、…相関関係説的判断における諸要素の総合的な判断をバランスよくすることの難しさにあると思われる。そして、そのような難しい判断を適切に行うためには、当事者の主張立証活動において、①著作物の性質に応じた創作性の構成要素を抽出し、②その創作性の構成要素を形作る具体的な表現を明らかにし、③その上で具体的な表現の共通点、相違点の全体を踏まえて、表現上の本質的特徴を感得できるか否かを検討するという段階を踏んだ主張立証を組み立てていくことが必要である」と述べている。

の複製に当たるということはできない」と判示し、書証の印刷が原告プログラムの複製に当たらないと判断した。

次に、映画作品の一部に関する翻案権侵害が争われた、前掲東京地判［いのちを語る］（大須賀滋裁判長）を見てみよう。

この事件は、原告が「A Man of Light」（光の人）と題する映画作品を製作したところ、被告が「いのちを語る」と題する書籍において、原告の映画作品の中のインタビュー部分を一部改変し収録したので、原告が被告に対して、映画に係る翻案権等が侵害されたと主張し、書籍の出版等の差止め及び損害賠償等を求めたものである。

裁判所は、「著作権法は、著作権の対象である著作物の意義について、『思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう』（著作権法２条１項１号）と規定しているから、同法による保護の対象となるためには、当該作品に思想又は感情が創作的に表現されていること、すなわち当該作品が著作物に該当することが必要であり、思想、感情若しくはアイデアなど表現それ自体ではないもの又は表現上の創作性がないものについては、著作物に該当せず、同法による保護の対象とはならない。また、著作権侵害を主張するためには、当該作品全体に表現上の創作性があるのみでは足りず、侵害を主張する部分に思想又は感情の創作的表現があり、当該部分が著作物性を有することが必要となる」という一般論を展開した上で、インタビュー内容の字幕部分における訳語及び訳文が創作的表現に当たると認めたものの、被告記述部分がインタビュー内容において本件字幕部分と共通しているとしても、本件字幕部分の原告に係る創作的表現を利用したことにはならないことを理由に、被告記述部分の作成は、本件インタビュー部分の翻案権を侵害するものに当たらないと判断した。

これらの裁判例は、「本質的な特徴の直接感得性」という基準に言及せず、端的に創作的な表現の共通性に基づき著作権侵害の成否を判断した従来の裁判例（前掲東京地判［四進レクチャー］、前掲東京地判［NTTタウンページ］等）の判断枠組みを踏襲したものであり、著作物の定義規定に着目した「創作的表現の共通一元説」に親和的であるといえよう。

(2) 本質的特徴の独自基準説

他方で、近時の学説の中には、江差追分最高裁判決が示した判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という基準に、判旨②の「創作的な表現の共通性」と異なる独自の機能を発揮することを認める見解も主張され始めている[31]。こうした学説は、「本質的特徴の独自基準説」又は「全体比較論」ともいわれており、重視される考慮要素を糸口にして整理すれば、主に（ⅰ）色あせ論に着目したもの、（ⅱ）一般的な鑑賞者の視点に着目したもの、及び（ⅲ）市場代替性に着目したもの、という三つの立場に分類することができる。

ⅰ）学説（その１）－色あせ論からのアプローチ－

近時の学説の中で、江差追分最高裁判決が示した判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」に初めて独自の意義を認めたのは、2007年の著作権法学会シンポジウムにおける髙部眞規子判事（江差追分最高裁判決の調査官）の報告である。

髙部判事は、判旨①の存在意義について、次のように説明している。いわく、「創作的な表現において同一性が認められる場合であっても、それが表現上の本質的特徴を直接感得することができない場合があり得るものと解される。つまり、創作性とは、何らかの個性が発揮されていればよ

[31] 橋本英史「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設樂隆一編『現代裁判法大系(26)知的財産権』(1999年・新日本法規) 374～401頁、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号(2003年) 28～36頁、髙部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号(2008年) 4 ～27頁、同「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(2008年・商事法務) 307～338頁、同『実務詳説著作権訴訟』(2012年・きんざい) 240～284頁、同・前掲注10) 239～267頁、同「著作権侵害の判断再考」中山編・前掲注21) 43～64頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村ほか編・前掲注21) 281～303頁、同「翻案権侵害の判断基準の検討」コピライト609号(2012年) 2 ～32頁、奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論－米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討－」L＆T66号(2015年) 22～31頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻 2 号(2016年) 1 ～42頁等。

いとされ、必ずしも高度のものは要求されていない。また、既存の著作物が別の著作物の中の一部に取り込まれた場合に、新たに思想又は感情を創作的に表現されたものが加わったことによって、同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没していまい、表現上の本質的特徴を直接感得することができないほど色あせた状態になる場合があり得よう。そして、そのときは、判決要旨1の翻案の要件のうち、…『表現上の本質的な特徴の同一性の維持』及び…『表現上の本質的な特徴の直接感得』の要件を欠き、これにより翻案とはいえないとの判断をされることになる。」[32]

この学説は、原告著作物の創作的表現が被告作品に再現された場合でも、被告著作物に新たな創作的表現が加わったことにより表現上の本質的な特徴が直接感得できないとして侵害が否定される場合があると考える立場であり、その背後には、著作物市場において競合する可能性の低いものをあえて侵害とするまでもないというフェア・ユース的な価値判断がある[33]。すなわち、写り込みやパロディ等について議論した結果、結局フェア・ユース法理に相当する一般条項を定めなかった現行著作権法においては、制限規定で全ての事案を妥当な解決に導くことは困難であり、妥当な結論を導くためには複製権や翻案権等の権利範囲のところで調整せざるを得ないとする[34]。

しかし、創作的な表現が盗用されているのならば、それは著作権法上の保護に値する著作物と判断されたものが模倣されているにほかならず、たとえその部分が量的に少なく埋没されたとしても、著作権侵害は免れ得ない[35]。さらに、法的安定性や予測可能性を担保するという観点からも、侵

---

[32] 髙部・前掲注31)著作権研究18頁。

[33] 駒田・前掲注21)知的財産法政策学研究151頁。

[34] 髙部・前掲注31)著作権研究17～18頁を参照。その他、島並・前掲注31)33頁も、「今後は複製や翻案について、外形的に既存著作物の創作的要素が再現されているかというような形式的解釈ではなく、再現によりいかなる結果が惹起されたかをも問うような実質的な解釈が承認される必要があり、それを通じて単なる海賊的な複製と、情報の改良により著作物の多様化に貢献する二次創作という、本質的に異なる二つの営みを区別することが求められる」とし、写り込みやパロディなど二次創作に関して侵害を否定する余地があることを認めている。

[35] 田村・前掲注10)60頁、同・前掲注7)117頁、前田哲男「『思想・感情の創作的表

害判断の場面においては、とりあえず原告著作物と被告著作物の共通部分が創作的な表現に該当するか否かを判断した上で、高部判事が念頭に置いている写り込みやパロディ等の問題は、むしろ引用（著作権法32条１項）等の既存の制限規定の活用や米国のフェア・ユースの法理のような一般条項を導入する等、権利の制限規定の枠内で処理した方が、より望ましいといえるだろう[36]。

ⅱ）学説（その２）－鑑賞的価値からのアプローチ－

学説の中には、江差追分最高裁判決が示した判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」は、被告著作物が有する鑑賞性に着目した基準であり、その判断においては、主に被告著作物を享受する一般的な鑑賞者の視点を考慮すべきとする見解もある。

例えば、横山久芳教授は、「著作物は、著作者の思想、感情の創作的成果をその受け手に伝達することを目的として創作されるものであり、受け手によってその成果が現実に感得されて初めて社会的意義を有するものである。このような著作物の機能にかんがみれば、客観的にみて被告著作物が原告著作物の保護に値する内面的要素（の全部または一部）を含んでいたとしても、被告著作物が原告著作物の有する鑑賞的価値を現実に奏しない限りは、原告著作物と被告著作物は、著作権法的に別個の著作物として取り扱うのが妥当」であるとし、「直接感得性説においては、両著作物の表現形式の異同にも注視しつつ両著作物を全体的に観察し、最終的には

現』とは何か」コピライト599号（2011年）17頁、上野・前掲注10）著作権研究28頁、比良・前掲注21）324頁等。

[36] 例えば、写り込み問題については、2012年の著作権法改正により30条の２の制限規定が導入されており、パロディ問題については、32条１項の引用の問題として処理することが可能であろう。近時の裁判例の中でも、引用につき従来の裁判例の多くが採用してきた明瞭区分性と附従性という二要件に固執することなく、32条１項の文言に忠実に、正当な目的の範囲内といえるか否かによって適法引用の成否を判断し、結果としてフェア・ユースのような形で運用しているものとして、絵画の鑑定書の裏面に原画の縮小カラーコピーを添付する行為について引用該当性を肯定した知財高判平成22.10.13判時2092号136頁［美術鑑定書二審］等がある。

両著作物の共通点、相違点を質的、量的な観点から分析した総合評価によって直接感得性の有無を判断する」と述べている[37]。

この学説は、フェア・ユース的な観点から全体観察を行うのではなく、被告著作物の受け手である一般的な鑑賞者の視点を基準として、原著作物の本質的特徴を直接感得できるか否かを判断する手法である[38]。前述の「色あせ論」とは、著作権侵害の判断において、原告著作物と被告著作物の共通部分・相違部分の創作性の程度を衡量し、全体的に観察するという点で共通しているといえる。他方で、髙部判事が念頭に置いている写り込みやパロディ問題については、直接感得性のある利用形態であれば、いったん権利侵害を肯定し、その上で日本版フェア・ユース規定の導入等を含めて著作権の制限規定を活用するという考え方を示している点で異なっている[39]。

---

[37] 横山・前掲注31)野村ほか編・前掲注21)295～296頁。同・前掲注31)コピライト14～17頁も参照。

[38] 前田・前掲注31)13頁も、「著作物とは、思想又は感情の創作的表現であり、文化的所産である。著作物の意義が一定の観賞的価値を受け手に伝えて受け手にそれを知覚・享受させることにあると解されることからすれば、著作物の類似性は、その具体的表現と同一の表現(本質的に同一であれば厳密に同じでなくてもよい)を用いていない場合は否定され、また、同一の観賞的価値を受け手に伝達していない場合にも否定されると解すべきである。そのように解することで初めて、創作者が現に生み出した価値に依存する場合に保護範囲を限定することができる」と述べて、同じ趣旨である。

[39] 例えば、写り込みに関して、巨大なポスターの中に、ドラえもんの絵画が目立たない程度に小さく写っていた場合、「色あせ論」の立場からすれば、壮大なポスターには膨大な創作的表現が新たに付加された結果、作品全体においてドラえもんの本質的な特徴が埋没され、その本質的な特徴を直接感得することができないことを理由に、著作権侵害が否定されるかもしれない。他方で、一般的な鑑賞者の視点から判断すれば、ポスターからドラえもんの部分を分離して知覚することが十分に可能である限り、その鑑賞的価値の利用はあるといえるので、この事例では侵害が肯定される(前田・前掲注31)20頁を参照)。また、パロディ問題に関しては、「色あせ論」の立場からすれば、現行著作権法にフェア・ユース法理に相当する一般条項がないことを理由に、パロディの問題を権利範囲のところで調整するのに対し、一般的な鑑賞者の視点からすれば、パロディ問題についても直接感得性を否定すること

しかし、横山教授が示した「両著作物の表現形式の異同にも注視しつつ両著作物を全体的に観察し、最終的には両著作物の共通点、相違点を質的、量的な観点から分析した総合評価によって直接感得性の有無を判断する」という抽象的な基準だけでは、原著作物と創作的な表現が共通するにも拘わらず、著作権侵害が否定されるような決め手となるべき要素は如何なるものなのか、その具体的な帰結が不明確となっており、前述の「色あせ論」と同じく、法的安定性や予測可能性を欠く曖昧な基準であることは変わりない[40]。

ⅲ）学説（その３）－市場代替性からのアプローチ－

学説の中には、全体比較論を採用するのであれば、市場代替性の問題を正面に据えるところまで舵を切るべきと主張する見解がある。

例えば、奥邨弘司教授は、米国の著作権法における「二関門テスト」という全体比較論を紹介した上で、「全体比較を是とする背景には、著作権の排他性を市場のレベルで担保すべしとの政策判断が存在する」とし、「米国の議論に照らせば、わが国の全体比較論では、結論のバランスが重視される一方、それを超えて何を目的とするかが必ずしも明確ではない、という点に問題があるように思われる。この点、パロディなど二次的創作の自由確保があげられることもあるが、一定のパロディがフェア・ユースによって許容されている米国で、それでもなお全体比較が行われている事実に照らせば、目的としては弱いといわざるを得ない。全体比較論が、説得力を強めるためには、やはり、著作権の排他性を市場のレベルで担保するという視点を侵害判断の場面に取り込むべき、との主張を明確にし、それに沿って再構成される必要がある」と述べている[41]。

確かに、市場において競合しない作品にまで著作権を及ぼすことはでき

なく、著作権の制限規定の適用に委ねることになる（横山・前掲注31）コピライト24～25頁を参照）。

[40] この点、前田・前掲注31）40頁は、「直接感得性の判断に曖昧な部分が残る」と自覚している。

[41] 奥邨・前掲注31）30頁。

ないというフェア・ユース的な発想に鑑みると、著作権の排他性を市場のレベルで担保するという観点から、原告著作物と被告著作物を比較する作業を需要者の自然な判断に委ねるのが最も適切である。しかし、「本質的特徴の独自基準説」は、保護される要素も保護されない要素も区別せずに、原告著作物と被告著作物を全体として比較するのではなく、あくまで表現上の本質的な特徴を基礎付ける創作的な表現がその比較の対象となっている。すなわち、「本質的特徴の独自基準説」は、表現上の本質的な特徴に注目しつつ、分析的な視点から行われるものであり、それでは被告著作物が原告著作物の市場にどのような影響を与えるのか十分に評価できないと思われる[42]。その意味では、「本質的特徴の独自基準説」を、著作権の排他性を市場のレベルで担保するためのものとして位置付けることは困難であるだろう。

ⅳ）近時の裁判例

裁判例の中でも、原告著作物と被告著作物を対比し、その共通部分と創意部分を把握した上で、相違部分が共通部分を上回る場合には、「本質的な特徴の直接感得性」という基準に独自の意義を認めて著作権侵害を否定しているかのように読めるものが幾つか現れている（前掲東京高判［サンジェルマン殺人狂想曲］、前掲東京地判［サイボウズ］、東京地判平成14.11.14平成13(ワ)15594［ファイヤーエムブレム］、大阪高判平成14.6.19判タ1118号238頁［コルチャック先生Ⅰ二審］、前掲大阪高判［劇曲『コルチャック先生』ある旅立ち］等)。しかし、具体的な事案との関係で見れば、裁判所が著作権侵害の否定という結論を導き出した理由は、いずれも共通部分がアイディアのレベルに止まるか、既存のものと比較してありふれた表現であるため、創作的表現とはいい難いものであったからであり、実際に「本質的特徴の独自基準説」を活用したものではない[43]。

ところが、近時は、明示的に江差追分最高裁判決が示した判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という基準に独自の意義を持たせて侵

[42] 奥邨・前掲注31)30頁を参照。

[43] 駒田・前掲注21)『現代社会と著作権法』309～317頁を参照。

害を否定する裁判例が登場し始めている（前掲知財高判［釣りゲータウン2控訴審］、前掲東京地判［大熱狂‼プロ野球カード一審］、前掲知財高判［同控訴審］、前掲東京地判［旅nesPro一審］等）。

その嚆矢となったのが、ゲームの主要画面の変遷に係る著作権侵害が争点となった、前掲知財高判［釣りゲータウン2控訴審］[44]（髙部眞規子裁判長）である。

この事件は、原告が釣りを題材とした携帯電話機用インターネット・ゲームソフト「釣り★スタ」を製作し、SNS（ソーシャル・ネットワーキング・サービス）等を提供するウェブサイト「GREE」の会員向けに配信を開始したところ、被告らが同じく携帯電話機用ゲームソフト「釣りゲータウン2」を共同製作し、「モバゲータウン」の会員向けに配信したので、原告が被告に対し、両作品は魚を引き寄せる動作を行う画面の映像及びその変化の態様や、ユーザーがゲームを行う際に必ず辿る主要画面の選択及び配列等において類似することを理由に、著作権侵害に基づく差止め及び損害賠償を求めたものである[45]。

知財高裁は、「抽象的にいえば、原告作品の魚の引き寄せ画面と被告作品の魚の引き寄せ画面とは、水面より上の様子が画面から捨象され、水中のみが真横から水平方向に描かれている点、水中の画像には、画面のほぼ中央に、中心からほぼ等間隔である三重の同心円と、黒色の魚影及び釣り糸が描かれ、水中の画像の背景は、水の色を含め全体的に青色で、下方に岩陰が描かれている点、釣り針にかかった魚影は、水中全体を動き回るが、

[44] 本判決の評釈として、小泉直樹「いわゆる全体比較論を採用した事例」ジュリスト1446号（2012年）6～7頁、田村・前掲注7）79～124頁、金子敏哉「携帯電話機向け釣りゲームの画面表示に係る翻案権侵害の成否」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅵ 2012年後期』（2013年・日本評論社）164～167頁等がある。

[45] 原判決（東京地判平成24.2.23平成21（ワ）34012）は、「被告作品の魚の引き寄せ画面は、原告作品の魚の引き寄せ画面との同一性を維持しながら、同心円の配色や、魚影が同心円上のどの位置にある時に魚を引き寄せやすくするかという点等に変更を加えて、新たに被告作品の製作者の思想又は感情を創作的に表現したものであり、これに接する者が原告作品の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるものと認められる」と判断し、「魚の引き寄せ画面」に係る著作権及び著作者人格権の侵害を一部認容した。

背景の画像は静止している点において共通するとはいうものの、上記共通する部分は、表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分にすぎず、また、その具体的表現においても異なるものである。」(**共通部分**)「そして、原告作品の魚の引き寄せ画面と被告作品の魚の引き寄せ画面の全体について、同心円が表示された以降の画面をみても、被告作品においては、まず、水中が描かれる部分が、画面下の細い部分を除くほぼ全体を占める略正方形であって、横長の長方形である原告作品の水中が描かれた部分とは輪郭が異なり、そのため、同心円が占める大きさや位置関係が異なる。また、被告作品においては、同心円が両端に接することはない上、魚影が動き回っている間の同心円の大きさ、パネルの配色及び中心の円の部分の図柄が変化するため、同心円が画面の上下端に接して大きさ等が変わることもない原告作品のものとは異なる。さらに、被告作品において、引き寄せメーターの位置及び態様、魚影の描き方及び魚影と同心円との前後関係や、中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、円の中心部分の表示に応じてアニメーションが表示され、その後の表示も異なってくるなどの点において、原告作品と相違するものである。その他、…同心円と魚影の位置関係に応じて決定キーを押した際の具体的表現においても相違する。なお、被告作品においては、同心円が表示される前に、水中の画面を魚影が移動する場面が存在する。」(**相違部分**)「以上のような原告作品の魚の引き寄せ画面との共通部分と相違部分の内容や創作性の有無又は程度に鑑みると、被告作品の魚の引き寄せ画面に接する者が、その全体から受ける印象を異にし、原告作品の表現上の本質的な特徴を直接感得できるということはできない」(**本質的な特徴の直接感得性**)と判断し、「魚の引き寄せ画面」に係る著作権及び著作者人格権の侵害を認めず[46]、そ

[46] 本判決の結論に対して、同じく「創作的表現の共通一元説」に立つ学者の中でも賛否両論がある。例えば、金子・前掲注44)166頁は、「本件ではアイデアとそのありふれた表現が共通するに過ぎず、侵害を否定した本判決の結論を妥当なものと考える」との見解を示したが、田村善之「著作権の保護範囲に関し著作物の『本質的な特徴の直接感得性』基準に独自の意義を認めた裁判例(2・完)ー釣りゲータウン2事件ー」知的財産法政策学研究42号(2013年)121頁は、「本件の先例は、むしろ、ソフトウェアの事件ではないが、個別の頁の共通性とその配列があいまって総体と

の余りの点も含め原告の請求を棄却した[47]。

その後、原告著作物と被告著作物の共通部分が創作的な表現であることを認定しつつ、表現全体から受ける印象は異なるために本質的特徴の直接感得性が認められないとして侵害を否定した裁判例として、前掲東京地判［大熱狂‼プロ野球カード一審］（東海林保裁判長）及び前掲知財高判［同控訴審］[48]（設樂隆一裁判長）も続々登場している。

本件は、原告がプロ野球カードを題材としたSNSゲームである「プロ野球ドリームナイン」を製作し、携帯電話等のプラットフォームである「GREE」において配信していたところ、被告も「大熱狂‼プロ野球カード」というプロ野球ゲームを、他のプラットフォームである「Mobage」においてその提供・配信を開始したので、原告が被告に対し、著作権侵害等を理由とする損害賠償及び差止めを求めたものである。

東京地裁は、「原告ゲームと被告ゲームとは、『選手ガチャ』において、その具体的表現をみれば、パッケージの表示内容のみならず、パッケージの登場の仕方や開封の具体的態様、在中する選手カードの登場の仕方に至るまでことごとく相違しており、前記認定の共通点の創作性の程度を加えてこれを全体的に観察すれば、被告ゲームの『選手ガチャ』は原告ゲームとの対比において、表現全体から受ける印象を異にし、原告ゲームの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないというべきである」と判

して侵害が認められたと考えるべき会社案内パンフ事件〔東京高判平成7.1.31判時1525号150頁［会社案内パンフ］〕に求めるべきである」とし、「本件の被告作品は原告作品の著作権の保護範囲に属する侵害作品というべきである」との見解を示した。

[47] 本件では、主に「魚の引き寄せ画面」及び「主要画面の変遷」の著作権侵害の成否が争点となったところ、知財高裁は、いずれも「本質的な特徴の直接感得性」という基準に基づいて侵害を否定しており、また初めて「まとまりのある著作物性」と「作品」という新たな概念を導入したという点で特徴がある。しかし、如何なる基準をもって「まとまりのある著作物」なる範囲を確定するのかということについては一切言及していない。

[48] 本判決の評釈として、泉克幸「ソーシャルネットワーキングサービスゲームと著作権侵害－プロ野球ドリームナイン事件－」京女法学9号(2016年)143～168頁、上村哲史「プロ野球ドリームナイン事件」著作権研究42号(2016年)161～173頁等がある。

断し、著作権侵害を否定している[49]。

これに対し、知財高裁は、「控訴人ゲームと被控訴人ゲームの選手ガチャは、共通する点があるとはいえ、その共通する部分のほとんどは、そもそも事実の表現又はありふれた表現であり、したがって、創作性がないか、又は表現上、特徴的とはいえない表現にすぎない。そして、両ゲームの選手ガチャは、…一連の流れの中の個々の具体的な表現内容において大きく相違し、その相違点は創作性がある共通点の部分から受ける印象を大きく上回るものというべきであるから、両ゲームの選手ガチャに接する者が、その一連の動画全体から受ける印象は異なり、被控訴人ゲームの選手ガチャから控訴人ゲームの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないというべきである」と判断し、ゲームの「選手ガチャ」については原判決と同じく侵害を否定したが、中島選手とダルビッシュ選手の「選手カード」の個別表現について著作権侵害を認め、損害賠償の一部を認容した[50]。

これらの近時の裁判例は、原告著作物と被告著作物の共通する部分が創作的な表現に該当するか否かを判断した上で、被告著作物の受け手である一般利用者の視点を基準として、被告著作物からその共通部分をそれ自体として直接感得することができるかどうかを判断しており、著作物の鑑賞的価値に着目した「本質的特徴の独自基準説」に親和的な立場を採っている。

(3) 小括

以上、「創作的表現の共通一元説」と「本質的特徴の独自基準説」との

---

[49] 前掲東京地判[大熱狂‼プロ野球カード一審]は、(ⅰ)選手ガチャ、強化、試合(リーグ)及び選手カードの「個別表現」ごと、(ⅱ)「ゲーム全体」、について著作権侵害(複製権、翻案権、公衆送信権)の成否を判断し、さらに(ⅰ)との関係で、(ⅲ)選手ガチャ、強化、試合(リーグ)及び選手カードの「まとまった表現」の面から検討した上で、原告の請求をいずれも棄却している。

[50] 知財高裁は、中島選手とダルビッシュ選手の選手カードにおける著作権侵害を認め、当該著作権侵害による損害12万3,322円、弁護士費用20万円及び遅延損害金の請求を認容した。

大きな分岐点は、形式的には、江差追分最高裁判決が示した判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という基準に独自の意義を持たせるのかということにあるものの、実質的には、現行著作権法のルールや制度構造から著作権の権利範囲をどこまで規範的に解釈することが許されるのか、という点に現れている[51]。なお、事案ごとの実質的な利益衡量を行うことは現行法の構造と整合せず、また法的安定性や予測可能性を担保するという観点からも、著作権の権利範囲を決する際には、既存の著作物の創作的表現が残っているか否かという基準で判断すべきであり、被告の利用行為を許容すべきかという規範的判断は、むしろ著作権の権利範囲の解釈ではなく、権利制限の解釈又は立法論の中で行うことが適切であるだろう。

3.「二段階テスト」と「濾過テスト」

ところで、著作権侵害の成否を判断する手法としては、原告作品のみに着目して創作性を判断し、被告作品に原告作品の創作的な表現と認められる部分が再生されているか否かを判断する「二段階テスト」と、原告作品と被告作品に共通している要素を取り出し、その共通要素が創作的な表現と認められるか否かを判断する「濾過テスト」との二つがあるといわれている[52]。

江差追分最高裁判決は、原告の著作物と被告の著作物の共通要素は何かということを明らかにし、その共通要素がアイディアに過ぎないのか、それとも表現といえるのか、仮に表現と見ることができるとしても、創作的なものといえるのかということを吟味しており、「濾過テスト」を採用し

[51] 山根・前掲注27)33～35頁は、「根本規範論と中層原理論とを区別して論じる視点を欠いていることが、議論の錯綜を招く主たる要因になっている」とし、各議論の対立点は、「根本規範理論の役割や機能についての考え方、とりわけ、現行法上の中層原理の運用において根本規範理論に基づく解釈を許容し得るのはどのような場面か、という点の考え方にある」と指摘している。

[52] 田村・前掲注10)48頁、同・前掲注46)96頁、髙部・前掲注31)『実務詳説著作権訴訟』247頁、前田・前掲注31)30～31頁等。

ていることが明らかである[53]。具体的には、まず、「江差町がかつてニシン漁で栄え、そのにぎわいが『江戸にもない』といわれた豊かな町であったこと」、「現在ではニシンが去ってその面影はないこと」という共通点は、一般的知見に属するものであり、アイディアが共通するに過ぎない、次に、「現在の江差町が最もにぎわうのが江差追分全国大会の時であるとすること」という原告特有の認識も、その認識自体はアイディアに過ぎない、そして、「本件ナレーションの運び方は、本件プロローグの骨格を成す事項の記述順序と同一」であるという共通点についても、本件記述の順序自体には表現上の創作性が認められないと判示し、創作的な表現が共通していないことを理由に、著作権侵害を否定している。

さらに、従来の下級審裁判例の網羅的な分析を通じて、その判断手法の時代的な変遷を整理してみると、主にⅰ)「二段階テスト」主流時代(～平成13年)、ⅱ)過度期(平成13年～平成24年)、ⅲ)「濾過テスト」主流時代(平成24年～)に分類することができる。

(1)「二段階テスト」主流時代(～平成13年)

平成13年の江差追分最高裁判決が登場する以前、下級審裁判例の中では、著作権侵害の判断手法として、著作物性の要件と著作権侵害の要件を分けて判断する「二段階テスト」が主流となっている(例えば、言語の著作物に関する裁判例として、東京地判昭和53.6.21無体集10巻1号287頁[日照権]、前掲東京地判[悪妻物語?一審]、東京地判平成6.2.18知裁集26巻1号114頁[コムライン・デイリー・ニュース]、東京高判平成8.4.16知裁集28巻2号271頁[同二審]、前掲東京地判[SMAP大研究]、前掲東京地判

[53] 田村・前掲注10)48頁は、「創作的な表現と認めた部分とは無関係なところが共通しているに過ぎないにも拘わらず類似性を肯定してしまうという、まま見掛ける過ちを防ぐという点では、むしろ、濾過テストの方に分がある」と述べており、髙部・前掲注31)『実務詳説著作権訴訟』247頁も、「…2段階テストにおいては、原告作品の著作物性を先に認定する必要があるが、原告作品のどの範囲を捉えるかが問題となり、それは被告作品と対比すべき範囲において著作物性を検討すれば足りるところからも、…濾過テストが妥当する事案が多い」との見解を示した。

［ふぃーるどわーく多摩］、前掲東京地判［大地の子］等、美術の著作物に関する裁判例として、前掲大阪地判［商業広告］、東京地八王子支判昭和62.9.18無体集19巻3号334頁［館林市壁画］、東京地判平成6.4.25判時1509号130頁［日本の城の基礎知識］、東京高判平成7.5.16知裁集27巻2号285頁［出る順宅建二審］、前掲京都地判［アンコウ］、大阪地判平成11.7.8判時1731号116頁［パンシロントリム］、前掲東京高判［赤穂浪士二審］、前掲東京高判［サンリオ・キャラクター控訴審］等、写真の著作物に関する裁判例として、東京地判平成11.12.15判時1699号145頁［みずみずしいすいか一審］、東京高判平成13.6.21判時1765号96頁［同二審］等、編集物及びデータベースに関する裁判例として、東京地判昭和59.5.14無体集16巻2号315頁［時事英語要領辞典一審］、東京高判昭和60.11.14無体集17巻3号544頁［同二審］、前掲東京地判［NTTタウンページ］、東京地判平成13.5.25平成8(ワ)10047［スパーフロントマン中間判決］等)。

このように、「二段階テスト」が裁判例の大勢を占めている中、例外的に「濾過テスト」を採用した裁判例も幾つか登場している（東京地判平成11.7.23平成10(ワ)29546［女優イラスト］、東京地判平成11.12.21平成11(ワ)20965［タウンページ・キャラクター］[54]、大阪地判平成12.3.30平成10(ワ)13577［WARP］、東京地判平成12.8.29平成12(ワ)4632［サンリオ・キャラクター］等)。

その嚆矢となったのは、キャラクターの絵画的表現の著作権侵害が争われた一連の事案において、東京地方裁判所の森義之判事が裁判長を務めた裁判例である（前掲東京地判［女優イラスト］、前掲東京地判［タウンページ・キャラクター］、前掲東京地判［サンリオ・キャラクター］)。

[54] 前掲東京地判［タウンページ・キャラクター］(森義之裁判長)は、被告が発行するハローページ東京都渋谷区版の図柄(タウンページと記載している三体のキャラクターがマンホールから出ているイラスト)が、原告漫画の著作権を侵害するのか否かが争われたものである。裁判所は、「原告漫画のキャラクターと被告イラストのキャラクターには、次のような違いがあるものと認められるから、被告イラストのキャラクターが、原告漫画のキャラクターを複製又は翻案したものであるとは認められない。なお、原告漫画のキャラクターと被告イラストのキャラクターは、本を擬人化したという点は共通しているが、それ自体はアイデアであって、著作権法で保護されるものではない」と判示している。

まず、実在する女優の似顔絵の複製権侵害が争われた、前掲東京地判[女優イラスト](森義之裁判長)を見てみよう。

この事案は、原告が女優の人物画であるイラストレーションを含む映画宣伝用のチラシを作成したところ、被告がTV LIFE誌に被告イラストレーションを使用したタレント等のオーディションの広告を掲載したので、原告が被告に対し、複製権に基づく被告イラストレーションの使用差止めを求めたものである。

東京地裁は、「被告イラストレーションは、本件著作物とは、顔の輪郭の上半部が円形であること、目の形状が銀杏の実のような形状で、瞳が大きく描かれていること、鼻が口に近い位置に配置されていること、片手を前、もう一方の手を後ろにし、足はこれと左右逆であること、バッグを肩から後ろへ向かって掛けていることが共通する。しかし、本件著作物と被告イラストレーションとでは、 顔のうち、その同一性を左右する主要な部分について右2(一)ないし(七)認定のとおり違いがあるから、右のような共通する点があるとしても、顔について同一性を認めることはできず、また、顔以外の部分にも、右2(八)、(九)認定のとおり違いがある。したがって、本件著作物と被告イラストレーションの同一性を認めることはできない」とし、被告イラストレーションが本件著作物の複製であるとは認められないと判断した。

次に、一審と控訴審で、結論は同じであるものの、異なる判断手法を採用したものとして、擬人化したカエルの図柄の著作権侵害が問題となった、前掲東京地判[サンリオ・キャラクター](森義之裁判長)、前掲東京高判[同控訴審](山下和明裁判長)を見てみよう。

本件は、ケロケロケロッピの名称で、グリーティングカードを始めとするギフト商品に使用した被告の図柄が、原告のカエルをモチーフにしたイラストレーションの著作権(複製権・翻案権)を侵害するか否かが争われたものである。

東京地裁は、「濾過テスト」を採用し、「本件著作物と被告図柄の間には、顔の輪郭が横長の楕円とそれに交差する目を表す二つの真円で形作られているという共通点があるが、顔の輪郭について右1(一)認定の、顔を構成する主要な要素である鼻、目、頬及び口について右1(二)ないし(五)認定の、手、足及び頭と身体のバランスについて右1(六)ないし(八)認定の、

色について右１(九)認定の各相違点が存することが認められる」とし、「本件著作物と被告図柄の間の共通点は少なく、全体として受ける印象もかなり異なっているということができるから、本件著作物と被告図柄の同一性を認めることはできないし、被告図柄から本件著作物の表現形式上の特徴を直接感得することもできない」と判断した上で、著作権侵害を否定した。

これに対し、東京高裁は、著作権侵害の判断手法として「二段階テスト」を採用し、侵害を否定している。すなわち、「本件著作物は、上記認定の形状、図柄を構成する各要素の配置、色彩等による細部の表現により表現全体として独自の創作性を認めることができるものであるから、被控訴人図柄が本件著作物を複製又は翻案したものであるといい得るか否かは、上記細部の表現について、両者の表現が共通していて、その結果、被控訴人図柄から本件著作物を直接感得できる状態にあるか否かにより定まることになる」とし、「独自の創作性を認めることができる本件著作物の形状、図柄を構成する各要素の配置、色彩等による具体的な表現全体に関して、本件著作物…と、被控訴人図柄…を、それぞれ個別的に対比してみると、輪郭の線の太さ、目玉の配置、瞳の有無、顔と胴体のバランス、手足の形状、全体の配色等において、表現を異にしていることが明らかであり、このような状況の下で、被控訴人図柄を見た者が、これらから本件著作物を想起することができると認めることはできないから、被控訴人図柄を、そこから本件著作物を直接感得することができるものとすることはできないというべきである」と判断した。

その他、同時期に「濾過テスト」を採用したもう一つの裁判例として、画面上のアウトプットの著作権侵害が争われた、前掲大阪地判［WARP］（小松一雄裁判長）がある。

この事案は、建具工事積算システム、意匠内外装総合積算システム、RC造建物・体積算システム及び見積書作成システム等のソフトウェアがパッケージされたアプリケーションソフト「積算くん」の著作権を有する原告が、意匠内外装積算を行う建築積算アプリケーションソフト「WARP」を作成し、販売する被告らに対し、複製権等を理由に差止めを求めたものである。

大阪地裁は、「複製権侵害が認められるためには、WARPの表示画面と積算くんの表示画面とが実質的に同一であること、換言すれば、WARPの

表示画面から積算くんの表示画面の創作的表現形式が直接覚知、感得できなければならないと解されるが、そのように評価できるためには、少なくとも、両表示画面の共通する表現形式において、積算くんの著作者の思想又は感情が創作的に表現されていなければならないというべきである。そこで、積算くんの表示画面において、思想又は感情が創作的に表現されているかどうかは、…WARPの表示画面から積算くんの創作的な表現形式を直接覚知、感得することができるかどうかを検討するに当たって、両表示画面の共通する表現形式を抽出した後に、当該共通する表現について検討する」とし、「積算くんの表示画面とWARPの表示画面との間には、表現が共通する部分が存在するものの、異なる表現も多々存在するのであり、しかも、両表示画面において表現が共通する部分に、積算くんの著作者の思想又は感情の創作的な表現があるとみることはできない」と判断し、複製権侵害を否定した。

(2) 過度期(平成13年～平成24年)

その後、江差追分最高裁判決を契機として、下級審裁判例の中では、「濾過テスト」を採用する裁判例が増えている。

しかし、興味深いのは、江差追分最高裁判決が、「言語の著作物の翻案(著作権法27条)とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう」と述べて、言語の著作物に関する翻案権侵害の成否を判断したために、前掲知財高判［釣りゲータウン2控訴審］が登場する前は、「濾過テスト」の主戦場は言語の著作物に限られている[55](前掲東京地決［チーズはどこへ消えた?］、前掲東京高判［井深大とソニースピリッツ控訴審］、前掲大阪高判［コルチャック先生控訴審］、前掲東京地判［咬み合わせの不思議］、前掲大阪高判［劇曲『コルチャック先生』

[55] 例外的に、言語の著作物についても「二段階テスト」を採用した裁判例として、前掲東京地判［租税論］(清水節裁判長)がある。

ある旅立ち］、前掲東京地判［運勢を開く 姓名判断］、前掲東京高判［多湖輝の頭脳開発シリーズ］、前掲東京地判［通勤大学法律コース一審］、前掲知財高判［同控訴審］、前掲大阪高判［初動負荷理論］、知財高判平成20.2.12平成19(ネ)10079［受注率が90％に跳ねあがる経営法］、前掲東京地判［さわってごらん ぼくの顔］、前掲東京地判［外国人児童向け漢字教材］、東京地判平成21.11.27平成18(ワ)2591［第２論文］、前掲東京地判［箱根富士屋ホテル］、知財高判平成22.7.14平成22(ネ)10017等［同控訴審］、前掲東京地判［弁護士のくず一審］、前掲知財高判［同控訴審］、前掲東京地判［データ復旧サービス一審］、前掲知財高判［同控訴審］、前掲大阪地判［江戸のニューメディア 浮世絵 情報と広告と遊び］等)。

他方で、非言語著作物、例えば、美術の著作物、音楽の著作物、写真の著作物、映画の著作物、プログラムの著作物、編集著作物、データベース等については、江差追分最高裁判決の抽象論を踏襲しつつ、依然として「二段階テスト」が採用されている（例えば、美術の著作物に関する裁判例として、前掲東京高判［雪月花控訴審］、東京地判平成15.11.12判時1856号142頁［武富士イラスト］、前掲東京地判［パズル］、前掲東京地判［博士キャラクター］、前掲大阪地判［マンション読本］、前掲大阪地判［猫のぬいぐるみ］、前掲東京地判［吹きゴマ］、東京地判平成23.12.26平成22(ワ)39994［優雅で新鮮な輝きを］等、音楽の著作物に関する裁判例として、前掲東京高判［記念樹控訴審］等、写真の著作物に関する裁判例として、知財高判平成18.3.29判タ1234号295頁［スメルゲット二審］、前掲東京地判［八坂神社祇園祭］、東京地判平成22.12.21平成21(ワ)451［廃墟写真］、知財高判平成23.5.10判タ1372号222頁［同控訴審］、東京地判平成23.2.9 平成21(ワ)25767［都議会議員ビラ写真］等、映画の著作物に関する裁判例として、知財高決平成24.3.16平成24(ラ)10001［パチンコ機］等、プログラムの著作物に関する裁判例として、東京地判平成15.1.31判時1820号127頁［Quite（クワイト） 鉄道編］、東京地判平成23.1.28判時2133号114頁［ベクター・チャート2007］、知財高判平成24.1.31平成23(ネ)10041等［位置郎］等、画面上のアウトプットに関する裁判例として、前掲東京地判［サイボウズ］、前掲東京地判［pimca］等、データベースに関する裁判例として、東京地判平成14.2.21平成12(ワ)9426［新築分譲マンションデータベース］、東京地判平成22.12.21平成22(ワ)12322［住宅ローン商品

金利情報]、東京地判平成22.4.28平成18(ワ)24088［恋愛の神様一審]、知財高判平成23.2.28平成22(ネ)10051［同控訴審］等)。

(3)「濾過テスト」主流時代（平成24年～）

その後、ゲームの画面表示という非言語著作物の著作権侵害の判断において「濾過テスト」を採用した、前掲知財高判［釣りゲータウン2控訴審］(髙部眞規子裁判長）が契機となって、著作権侵害の判断手法に関する裁判例の流れは一転し、「濾過テスト」が主流となっている（言語の著作物に関する裁判例として、前掲東京地判［風にそよぐ墓標一審]、前掲知財高判［同控訴審]、前掲東京地判［こんな教科書で学びたい 新しい日本の歴史]、前掲東京地判［問答集9 大目附問答・町奉行所問合挨拶留・公邊御問合]、前掲東京地判［司法書士試験受験用テキスト]、前掲東京地判［イメタン]、前掲東京地判［風水甲]、前掲東京地判［THE ナンバー2～歴史を動かした陰の主役たち一審]、前掲知財高判［同控訴審]、前掲東京地判［ONE TAKE ON JAPANESE CINEMA]、前掲東京地判［『性犯罪被害にあうということ』映画化一審]、前掲知財高判［同控訴審］等、美術の著作物に関する裁判例として、前掲東京地判［シャロン]、前掲東京地判［帰省]、前掲東京地判［三越伊勢丹看板写真]、前掲東京地判［ふわふら 四季のたより]、前掲東京地判［大熱狂‼プロ野球カード一審]、前掲知財高判［同控訴審］等、映画の著作物に関する裁判例として、前掲東京地判［いのちを語る］等、プログラム著作物に関する裁判例として、前掲東京地判［iDupli Bravo with Disk Publisher]、前掲知財高判［群刻]、前掲知財高判［接触角計算プログラム］等、編集著作物及びデータベースに関する裁判例として、前掲知財高判［治療薬ハンドブック2008 薬剤選択と処方のポイント]、前掲東京地判［旅nesPro一審］)等)。

このように、既に「濾過テスト」が裁判例の主流を占めているとはいえ、「二段階テスト」を採用した裁判例も幾つか現れている（データベースに関する後述の東京地判平成26.9.30平成24(ワ)24628［テンプレートデータベース]、前掲大阪地判［日本画］等)。

そのうち、写真の著作物の著作権侵害が争われた、前掲大阪地判［日本画］(森崎英二裁判長）を見てみよう。

本件は、日本画家である原告が、同人の撮影した舞妓の写真を利用して日本画を制作し、その日本画を展覧会に出展した日本画家である被告に対し、著作権侵害を理由として、写真の翻案の差止め及び損害賠償を求めたものである。

大阪地裁は、本件写真の著作物性について、「本件写真①は、舞のポーズをとった舞妓を、やや斜め左前の位置で、舞妓をごく僅かに見上げる高さから撮影したものであるが、舞を踊るポーズを取る舞妓の表情及び全身を捉える撮影位置、撮影アングル、構図を選択したのは撮影者の原告であり、本件写真①は、このことにより撮影者である原告の思想又は感情が創作的に表現されているといえるから、これによりその著作物性が肯定され得る」とした上で、「本件写真①と本件絵画①とを対比すると、本件絵画①は、その全体的構成が本件写真①の構図と同一であり、本件写真①の被写体となっている舞妓を模写したと一見して分かる舞妓を本件写真①の撮影方法と同じく、正面の全く同じ位置、高さから見える姿を同じ構図で描いていることで本件写真①の本質的特徴を維持しているが、その背景を淡い単色だけとし、さらに舞妓の姿が全体的に平面的で淡い印象を受ける日本画として描かれることにより創作的な表現が新たに加えられたものであるから、これに接する者が本件写真①の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物が創作されたものとして、本件写真①を翻案したものということができる」と判断した。

(4) 小括

以上の内容をまとめると、次のようになる。著作権侵害の成否を判断する手法としては、「二段階テスト」と「濾過テスト」という二つの方法がある。理論的には、運用の仕方さえ誤らなければ、いずれの方法を採っても、著作権侵害の要件に本来、変わるところはないはずであるが、創作的な表現と認めた部分とは無関係なところが共通しているに過ぎないにも拘わらず侵害を肯定してしまうという、まま見掛ける過ちを防ぐという点

では、むしろ「濾過テスト」の方に分があるといえる[56]。その意味で、江差追分最高裁判決は「濾過テスト」を採用することを明らかにしており、下級審裁判例における「二段階テスト」主流時代から「濾過テスト」主流時代へ変遷したことについては、積極的な評価を与えることができよう。

4．本判決の検討

(1) 本判決の一般論

まず、本判決は、一般論として、「複製とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することをいい（著作権法２条１項15号）、著作物の複製（同法21条）とは、当該著作物に依拠して、その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを有形的に再製する行為をいうものと解される。また、著作物の翻案（著作権法27条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいうものと解される」と説示し、従来の多くの裁判例のように「複製」と「翻案」の定義の区別に拘ることなく、いずれも前掲最判［江差追分上告審］が示した「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という一元的基準を採用したという点に特徴がある。

(2) 本判決の判断枠組み

次に、本判決は、データベースの著作権侵害の判断基準について、次のように述べている。すなわち、「まず、被告CDDBにおいて、原告CDDBのテーブル、各テーブル内のフィールド及び格納されている具体的な情報（データ）と共通する部分があるかどうかを認定し」（**第１段階：共通要素の確定**）、「次に、その共通部分について原告CDDBは情報の選択又は体系

[56] 田村・前掲注10)48頁。

的構成によって創作性を有するかどうかを判断し」（**第2段階：共通要素の創作性**）、③「さらに、創作性を有すると認められる場合には、被告CDDBにおいて原告CDDBの共通部分の情報の選択又は体系的構成の本質的な特徴を認識可能であるかどうかを判断し」（**第3段階：本質的特徴の直接感得性**）、「認識可能な場合には、その本質的な特徴を直接感得することができるものといえるから、被告CDDBは、原告CDDBの共通部分を複製ないし翻案したものと認めることができるというべきである」。

この判旨を見る限り、本判決は、江差追分最高裁判決が示した判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という基準に、判旨②の「創作的な表現の共通性」と異なる独自の意義を認めた近時の裁判例（前掲知財高判［釣りゲータウン2控訴審］、前掲東京地判［大熱狂‼プロ野球カード一審］、前掲知財高判［同控訴審］等）と同じ判断枠組みを採用している。

実際、原判決（前掲東京地判［旅nesPro一審］）は、被告CDDB（新版）と原告CDDBとの「体系的構成」については、「従前の一致部分が削除されたり、新たな創作的表現が付け加えられたりしている被告CDDB（新版）全体からみた場合には、原告CDDBと共通性を有する部分は、被告CDDB（新版）の全体の中からみれば、もはや原告CDDBの表現の本質的な特徴を直接感得することができなくなっていると認めるのが相当である」と判示し、「情報の選択」については、「被告CDDB（新版）においては、もはや、情報の選択においても、原告CDDBと共通性を有する部分は少なく、共通性を有する部分については創作性を有するものとは認め難いか、あるいは原告CDDBの創作的表現上の特徴を直接感得することができないものであると認めるのが相当である」と判示し、結論として著作権侵害を否定している。すなわち、江差追分最高裁判決が示した判旨①の「表現上の本質的な特徴の直接感得性」という基準に独自の意義を認めており、「本質的特徴の独自基準説」に親和的な立場を採っている。

これに対し、本判決は、被告CDDB（新版）と原告CDDBとの「体系的構成」については、「被告CDDB（新版）のうち、原告CDDBと一致する20のテーブル、フィールド及びテーブル間のリレーションにおいては、被告CDDB（現行版）と同様に、原告CDDBの体系的構成①ないし③及び⑤に係る体系的構成が依然として維持されていると認められる。」（**第1段階：共通要素の確定**）また、「かかる体系的構成は、原告CDDBの制作者

において、それまでのデータベースにはなかった設計思想に基づき構成した原告CDDBの創作活動の成果であり、依然としてその部分のみでデータベースとして機能し得る膨大な規模の情報分類体系であると認められ、データベース制作者の個性が表現されたものということができる。」「したがって、上記のとおり被告CDDB（新版）と共通する原告CDDBの部分については、データベースの体系的構成としての創作性を有するものと認められる。」（**第2段階：共通要素の創作性**）さらに、「被告CDDB（新版）における体系的構成④に係る上記の変化は、それ以外の体系的構成①ないし③及び⑤の同一性を失わせるものではない。また、上記のとおり被告CDDB（新版）に新たに付け加えられたテーブル並びにこれに関連するフィールド及びリレーションは、地図上での単経路の表示を実際の道路の形状に即したものとする『137単経路補完マスタ』、食事処や土産施設の情報を『23観光施設マスタ』から移行させた『130食事土産マスタ』、全ての施設について種別による横断的な検索を可能とする『131施設別詳細種別マスタ』、『132施設種別マスタ』及び『133施設詳細種別マスタ』、提携施設に関する情報を新たに格納した『134提携施設マスタ』、『135提携種別マスタ』及び『136提携会社マスタ』というものであり、あくまでも体系的構成①ないし③及び⑤の存在を前提に、検索の利便性をさらに向上させるものと位置付けられるものであるから、それによって体系的構成①ないし③及び⑤の同一性が失われたということはできない。これ以外に被告CDDB（新版）に新たに付け加えられたフィールドやリレーションについても、これと同様である。」（**第3段階：本質的特徴の直接感得性**）と判断し、「情報の選択」については、「被告CDDB（新版）の『35地点マスタ』には、2万3213件のレコードが存在するところ、そのうち1万1872件については、原告CDDBの『09地点名テーブル』のレコードと道路地点において一致すると認められる。」（**第1段階：共通要素の確定**）また、「少なくとも、原告CDDBと被告CDDB（新版）との共通部分である代表道路地点等の選別・選択については、原告CDDBの制作者の創作活動の成果が表れており、その個性が表れているというべきである。」「したがって、被告CDDB（新版）と共通する上記原告CDDBの部分については、データベースの情報の選択としての創作性を有するものと認めるのが相当である。」（**第2段階：共通要素の創作性**）そして、「被告CDDB（新版）の『35地点マスタ』に

存在するレコードのうち半分を超えるレコードが、原告CDDBの『09地点名テーブル』に存在するレコードと道路地点において一致するのであるから、これら被告CDDB（新版）が原告CDDBと共通性を有する部分は、原告CDDBの共通部分の情報の選択における本質的な特徴を直接感得することができるものというべきである。」（**第3段階：本質的特徴の直接感得性**）と判断した上で、結論としては原告CDDBの共通部分の体系的構成及び情報の選択から本質的な特徴を直接感得することができることを理由に、著作権侵害を肯定した。

本判決が、原判決の判断枠組みをそのまま維持しているものの、結論としては原判決の判断を覆し、被告CDDB（新版）についても著作権侵害を肯定した理由は、具体的な事案へのあてはめにおいて、第3段階の「本質的特徴の直接感得性」が独自の基準として活用されていなかったからではないだろうか。すなわち、形式的には、前掲知財高判［釣りゲータウン2控訴審］の判断枠組みを踏襲し、第3段階において「本質的特徴の直接感得性」に言及したものの、実質的には、第2段階の「共通要素の創作性」、すなわち「創作的表現の共通性」が決め手となったように思われる。

また、本判決のもう一つの意義は、前掲知財高判［釣りゲータウン2控訴審］以降、「濾過テスト」が主流となっている中、データベースに関する地方裁判所の判断が、二段階テストを採用したもの（前掲東京地判［テンプレートデータベース］）と濾過テストを採用したもの（前掲東京地判［旅nesPro一審］）に分かれているところ、知財高裁のレベルにおいて「濾過テスト」を採用したという点に求めることができよう。

（本研究は、JSPS科研費JP17K1366107の助成を受けたものである。）