HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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
Author(s)	比良, 友佳理
Citation	知的財産法政策学研究, 37, 303-378
Issue Date	2012-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49036
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ37_010.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

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―

一審：東京地判平成21.12.24平成20年(ワ)5534号
二審：知財高判平成22.6.29平成22年(ネ)10008号

比　良　友佳理

Ⅰ　事案の概要

一．当事者及び請求の内容

原告は東京弁護士会に所属する弁護士で、平成５年から平成13年までの間に弁護士として体験した事件（以下「本件事件」という。）を基に、ノンフィクション小説である原告書籍[1]「懲戒除名“非行”弁護士を撃て」を執筆し、平成13年９月28日に株式会社太田出版から発行した。原告は、原告書籍について著作権及び著作者人格権を有している。

被告株式会社小学館（以下「被告小学館」という。）は、雑誌書籍の出版等を目的とする株式会社であり、「ビッグコミックオリジナル」(以下「本件雑誌」という。）を毎月２回、全国の書店、販売所において発行している。

被告Ｙは漫画家であり、平成16年頃から本件雑誌に漫画「弁護士のくず」を連載している。「弁護士のくず」は、白石誠法律事務所に所属する九頭（くず）弁護士（以下「九頭」という。）を主人公とする物語であり、他の登場人物として、白石誠所長（以下「白石所長」という。）、白石所長の息

[1] 内田雅敏『懲戒除名“非行”弁護士を撃て』(太田出版・2001年)。

子で九頭の同僚である白石寿仁也（じゅにや）弁護士（以下「寿仁也」という。）、同じく九頭の同僚である新人の武田弁護士等がいる。

本件は、原告が、①被告Ｙが執筆し、本件雑誌に掲載された漫画「弁護士のくず」のエピソードの一つである漫画『蚕食弁護士』[2]（以下「被告書籍」という。）の出版、頒布行為は、原告書籍について原告が有する著作権（翻案権）及び著作者人格権（氏名表示権、同一性保持権、著作者の名誉声望）を侵害する、又は②被告書籍は、原告書籍を無断で利用して作成されたものであり、被告書籍を出版、頒布する行為は、社会的に許容される限度を超えた違法な行為であって民法上の一般不法行為（709条）が成立すると主張して、被告らに対し、著作権及び著作者人格権侵害の停止又は予防として被告書籍の出版等の差止めを求めるとともに、主位的に、著作権及び著作者人格権侵害の不法行為に基づき、予備的に、民法上の一般不法行為に基づき、損害賠償を求めた事案である。

二．本件事件の経緯

α１は、昭和52年に第二東京弁護士会に弁護士登録をし、同会に所属していた元弁護士であり、後記のとおり、本件事件に関与したことを理由に、平成９年３月、同弁護士会から除名処分を受けた。

α２は、（株）α８の代表取締役であり、同社の発行済株式の全てを所有していた。α３はα２の妻であり、α４はα２とα３の子である。

（株）α８は駐車場を経営しており、その土地の時価は100億円以上と評価されていた。

α１は（株）α８の顧問弁護士を務め、昭和61年にα２から本件株式の信託を受け、昭和62年に（株）α８から本件土地の信託を受けていたところ、以下の事件が起った。

① （株）α８が所有する土地に対しα１が担保権を設定し、さらにその担保権が実行され、（株）α８は当該土地の所有権を失った。

② α１が（株）α８の新株を発行し、株式の一部をα３へ贈与した。

③ 上記の事件を受け、α１に不審を抱くようになったα２は、α１を（株）α８の顧問弁護士から解任し、α２及び（株）α８とα１との間の法律事務の委任契約並びに本件土地及び本件株式の信託契約を解除することを弁護士である原告に委任した。

④ これに対しα１は、α２を（株）α８代表取締役から解任した。そこではα２の知らないうちに、α２を（株）α８の代表取締役から解任してα７を代表取締役に選任した旨の取締役会議事録が作成され、その旨の登記手続がされていた。さらにα２が保有していた株式を差し押え、競売に出していた。

⑤ そこでα２は、平成５年、原告を訴訟代理人として、α１が上記のとおり（株）α８に株式を差し押えさせ、競売によりこれを喪失させたことは、α２とα１との間の信託契約に違反する等と主張して、α１に対して約13億円の損害賠償を求める訴えを東京地方裁判所に提起した。東京地方裁判所は、平成10年３月、α１に対して損害賠償金約１億円の支払を命じる判決を言い渡した。それと同時期、それまでα１を信頼し、株式の差押え及び競売や、α２を（株）α８の取締役から解任することに協力していたα３、α４が、α１に対して不信感を抱くようになり、原告に対して協力するようになった。また、その他にも（株）α８は、原告を訴訟代理人として、α１らに対する損害賠償請求訴訟を提起し、いずれの訴訟においても、原告勝訴（一部勝訴のものや、一審で敗訴したが控訴審で勝訴したものを含む。）の判決が言い渡された。

⑥ その後α２は、平成５年８月、原告を代理人として、α１の所属していた第二東京弁護士会に対し、α１に対する懲戒請求の申立てをした。第二東京弁護士会は、平成９年３月、上記請求を理由あるものと認め、α１を除名する旨の懲戒処分を行った。

[2] 平成22年11月18日、最高裁が原告の上告を受理しないことを決定したことにより、著作権侵害が成立しないとした本件一審、二審判決が確定したため、その後本エピソードは「蚕食弁護士①」～「蚕食弁護士④」として単行本に収録されるに至った。井浦秀夫『弁護士のくず　第二審　２』（小学館・2011年）。

Ⅱ　争点

(1) 被告書籍は、原告が原告書籍について有する翻案権を侵害するものか

(2) 被告らは、原告が原告書籍について有する著作者人格権（氏名表示権、

同一性保持権、原告の名誉声望)を侵害したか
(3) 差止請求の可否
(4) 被告らが被告書籍を制作、出版した行為が一般不法行為に当たるか
(5) 原告の損害

Ⅲ　判旨

【一審】
請求棄却。

一．翻案権侵害の有無

１．翻案権侵害の判断枠組みについて

裁判所はまず、翻案権侵害の判断枠組みについて以下の一般論を示した。

「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)、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（最高裁第１小法廷平成13年６月28日判決・民集55巻４号837頁)。」

２．原告書籍と被告書籍のストーリー上の共通点に対する判断

「原告書籍及び被告書籍に、それぞれ、別紙対照表の『原告書籍』欄及び『被告書籍』欄記載の部分が存在することは、前記認定のとおりであり、原告は上記の部分につき翻案権侵害を主張しているところ、原告書籍と被告書籍とは、上記の部分において、その具体的表現において異なるものの、

〔1〕100億円の資産を有する不動産管理会社のオーナー社長（以下「オーナー」という。）から、会社資産を食い物にしている（横領している）顧問弁護士（以下「顧問弁護士」という。）を解任してほしい旨の依頼を受けた弁護士（以下「オーナー側弁護士」という。）が、事件を解決した際には相当の報酬を得ることができるかもしれないと期待すること（別紙対照表の番号１)、

〔2〕オーナー側弁護士は、顧問弁護士の事務所を訪れ、顧問弁護士に対して解任を通告し、会社書類の引渡しなどを求めるが、顧問弁護士の要望により、数日間引渡しを猶予すること、オーナー側弁護士は、この事件を簡単に解決することができると甘く考えたこと（同番号２、３)、

〔3〕オーナー側弁護士は、約束の日に再度顧問弁護士の事務所を訪れるが、顧問弁護士から、先日開催された取締役会においてオーナーは代表取締役を解任され、新しい代表取締役から新たに顧問弁護士を依頼されたので、書類を返すことはできないと告げられること（同番号４)、

〔4〕オーナー側弁護士は、本当に取締役会を開いたのか、開催通知はいつ行ったのかなどと顧問弁護士を追及するが、口頭で伝えたなどとはぐらかした返答をされ、憤慨すること（同番号５)、

〔5〕オーナー側弁護士は、顧問弁護士に対抗するためにオーナーの妻の協力を得ようと考え、妻に面会を求めるが、妻は、顧問弁護士から、今回の騒動はオーナーの愛人が仕掛けたものであり、背後には別の団体がいる、オーナーに株式を渡せば裏の世界（闇の世界）に株が流れてしまうおそれがあるなどと説得され、顧問弁護士の言葉を信じて、オーナー側弁護士との面会を断ること（同番号６)、

〔6〕顧問弁護士は、オーナーに対する報復として、オーナーに対する毎月の報酬の支払を止めた上、会社のオーナーに対する架空の債権に基づきオーナーの預金口座を差し押さえ、オーナーを無一文に追い込むこと（同番号７)、

〔7〕顧問弁護士は、会社の金で、オーナーの愛人にプレゼントを贈ったり、オーナーと一緒に愛人同伴で海外旅行に行くなどしていたこと（同番号８）を表現している点において共通し、同一性があることが認められる。

…しかしながら、上記〔1〕ないし〔7〕の事柄がいずれも実在の事実ないし事件であることについては、当事者間に争いがないので、上記の点に

おける同一性は、表現それ自体でない部分において同一性が認められるにすぎず、翻案権の侵害の根拠となるものではない。また、上記事実の中には、原告書籍の出版以前には一般に知られていなかった事実（原告が顧問弁護士の事務所を訪問した際の同弁護士とのやりとりや、原告がオーナーの妻の自宅を訪問するが面会を拒否されることなど）も存在するが、これらの事実も、あくまで事実である以上、一般に知られた事実と異なる取扱いがされるものではない。」と述べ、原告書籍と被告書籍のストーリーの共通点について翻案権侵害を否定した。

３．別紙対照表の番号１から８に対する判断

「事実ないし事件を素材とする作品であっても、素材の選択や配列、構成、具体的な文章表現に著作者の思想又は感情が創作的に表現された場合は、著作物性が認められ、このような表現上の創作性がある部分において既存の著作物と同一性を有する場合は、翻案権の侵害となり得る。」との一般的基準を示しつつも、別紙対照表の番号１から番号８につき、それぞれ以下のように判断し、結論として創作的表現の利用とは認められないとした。

(1) 別紙対照表１について

原告は、「原告書籍において、事件を受任するときに抱いた様々な気持ちの中から経済的に多額な事件が入ってきたと安易に報酬を期待している感情を選択した表現が創作的表現に当たり、被告書籍はこの創作的表現を利用している」と主張していたが、裁判所は「両者は、オーナーからの依頼を受けた弁護士が事件を解決した際には相当の報酬を得られるかもしれないと期待する点を描いている点については同一性が認められるものの、事件を受任する際に弁護士が報酬を期待するという感情を表現すること自体はごく自然でありふれたものというべきであり、この点に創作性を認めることはできないから、両者が表現上の創作性のある部分において同一性を有するとは認められない。また、この点についての表現内容をみても、原告書籍においては、原告が悪徳弁護士を懲らしめてやらなければならないという正義感に基づく感情と経済的に多額の事件の依頼を前にして成功報酬を期待する感情という、二つの入り混じった感情を抱いたことが表現されており、安易に報酬を期待した様子は感じ取れないのに対し、被告書籍においては、寿仁也が、安易に多額の報酬を期待するとともに、マスコミにも取り上げられることを夢想する軽薄な様子が表現されていることが認められるのであって、両者の表現は異なるというべきである。」とした。

(2) 別紙対照表２について

「原告書籍には、『(株)林田の事務所を自分の法律事務所のあるビルの１階上に移転させ、そこに(株)林田の社長室及び弁護士室の表示をして同室を自由に使い、(株)林田を場所的にも完全に支配したのである。』、『５階の社長室、弁護士室と書かれた部屋に通され』との記述が存在する。

これに対し、被告書籍では、『亜喰妖児法律事務所』の表示の下に『(株)富鳥』の表示が書かれたドアの前で、寿仁也が、『(株)富鳥は、会社と言っても自分の社屋があるわけじゃなし、ここが事務所ってことになるのか…』とつぶやく描写があるだけで、顧問弁護士の事務所の１階上に会社の事務所があることや、『弁護士室』、『社長室』との表示がある部屋が存在すること、弁護士が会社を場所的に完全に支配したことなどは、描かれていない。

そうすると、上記の点につき、原告書籍と被告書籍とは、その表現を異にするというべきである。

原告は、原告書籍の前記表現は『弁護士と依頼人との逆転した支配関係』を表現したものであると主張する。しかしながら、このような支配関係を表現することはアイデアにすぎず、仮にこのようなアイデアが同一であったとしても、それだけでは、翻案には当たらないというべきである。」

(3) 別紙対照表３について

（ア）部屋の様子について

「原告は、顧問弁護士による会社及びオーナーの支配状況に基づく弁護士事務所内の部屋の異様な状況を示すために、弁護士事務所の様子を表した点が創作的表現である旨主張する。

この点につき、原告書籍には、『５階の社長室、弁護士室と書かれた部屋に通され、やがて稲山があらわれた。別段判例集や法律書が並べられているわけでもなく、あまり人の出入りのある部屋のようには見えなかった。』との記述が存在するものの、これは、単なる事実をそのまま

述べたごく短い文章にすぎず、表現上の創作性は認められない。また、被告書籍では、オーナー側弁護士が顧問弁護士と面談している際の背景として、弁護士事務所の応接間の様子がわずかに描かれているだけで、部屋内での判例集や法律書の有無や人の出入りの多寡を意識させるような描写がされているとは認められない。

上記の点について、原告書籍と被告書籍とは、その表現を異にするというべきである。」

（イ）顧問弁護士の様子（解任通告に慌てた様子）について

原告は、「顧問弁護士が解任通告に慌てた様子を表した表現が創作的表現であり、被告書籍がこの創作的表現を利用している」と主張していた。

しかし裁判所は両者の表現を比較した上で、原告書籍には「単に慌てるだけではない顧問弁護士の様子が描かれているのに対し、被告書籍では、寿仁也の要望を受けて困惑し、汗をかきながら寿仁也に対して一方的に懇願する亜喰の様子が描かれており、原告書籍と被告書籍はその表現を異にするというべきである。」とした。

（ウ）顧問弁護士を侮る様子について

原告は、「オーナー側弁護士が顧問弁護士を侮った様子を表した表現が創作的表現であり、被告書籍がこの創作的表現を利用している」と主張していた。しかし裁判所は「原告書籍と被告書籍は、オーナー側弁護士が顧問弁護士を侮る感情を表しているという点において同一性が認められるものの、原告書籍において、オーナー側弁護士は顧問弁護士の一見ひ弱そうな外観を見て同人を侮る感情を抱いたとされているのに対し、被告書籍においては、寿仁也は、亜喰が解任通告を受けて慌てた様子を見て同人を侮る感情を抱いたとされており、侮る感情を抱いた理由が異なること、原告書籍においては、オーナー側弁護士は顧問弁護士を見下すような態度を示している様子が描かれていないのに対し、被告書籍においては寿仁也が亜喰を見下すような態度を示している様子が描かれていることなどから、両者はその表現内容を異にするというべきである。」とした。

(4) 別紙対照表 4 について

原告は、「顧問弁護士がオーナーを解任するという予想外の事態に直面して呆然とする、という感情を表した表現が創作的表現であり、被告書籍がこの創作的表現を利用している」と主張していた。しかし裁判所は、「原告書籍と被告書籍は、顧問弁護士から会社の書類等の返還を受けるために同人の事務所を訪れたオーナー側弁護士が、顧問弁護士側から、先日開催された取締役会においてオーナーは代表取締役を解任され、新しい代表取締役から新たに顧問弁護士を依頼されたので、書類を返すことはできないと告げられ、呆然とする場面が描かれている点について、同一性が認められるものの、予想外の事態に直面して呆然とするという流れはごく自然でありふれたものであり、この点の表現に創作性を認めることはできず、その余の点については、事実を共通にするにすぎないから、両者は、表現上の創作性のある部分において同一性を有するとは認められない。」と述べた。

(5) 別紙対照表 5 について

原告は、「オーナー側弁護士が、顧問弁護士の態度に憤慨して大声を出したことを表現した点や実際にあった事実の中から『招集通知は口頭でしました。』との顧問弁護士の発言を選択して表現した点が創作的表現であり、被告書籍がこの創作的表現を利用している」と主張していたが、裁判所は、「原告書籍と被告書籍とは、オーナー側弁護士が、本当に取締役会を開いたのか、開催通知はいつ行ったのかなどと顧問弁護士を追及するが、口頭で伝えたなどととぼけた返答をされ、憤慨して大声を上げる場面が描かれている点について、同一性が認められるものの、不誠実な対応をする相手方に対し憤慨して大声を出すという流れはごく自然でありふれたものであって、この点の表現に創作性を認めることはできず、その際の顧問弁護士の実際の発言（口頭で取締役会の開催通知をしたこと）を選択した点についても、開催通知の有無を追及されたことに対する回答として同発言を取り上げることはごく自然な流れであって、そのことにも創作性を見出すことはできない。その余の点については事実を共通にするにすぎないから、両者は表現上の創作性を有する部分において同一性を有するとは認められない。」とした。

また、原告は、原告書籍における別紙対照表の番号 3 から番号 5 にかけての一連の流れ、すなわち、オーナー側弁護士が、顧問弁護士の慌て振り（演技）にだまされて同人を侮るが（番号 3 ）、顧問弁護士の事務所を再訪

した際の同人の態度の豹変に呆然とし（番号４）、烈火のごとく怒る（番号５）、という、原告が取捨選択し配列した創作的表現が、被告書籍においてそのまま利用されている旨主張していた。

しかし裁判所は、「本件事件を基にしてオーナー側弁護士を主人公とする作品を制作する以上、主人公が顧問弁護士と初めて顔を会わせる場面、すなわち、顧問弁護士に対して顧問弁護士の解任を通告するが、同人の懇願を受けて書類等の引渡しを一時猶予する場面（同番号３）、及び、主人公が顧問弁護士の悪質性、異常性に最初に気付く場面、すなわち、書類を受け取りに顧問弁護士の下を再訪するも、オーナーを代表取締役から解任するというまったく予期せぬ反撃を受ける場面（同番号４、５）は、いずれも本件事件の経過の中で極めて重要な場面というべきであるから、本件事件を題材とした原告書籍を書くに当たって上記事実を選択したことに創作性を認めることはできず、その配列についても、基本的には時系列で記述されているので、創作性を認めることはできない。」とした。

(6) 別紙対照表６について

原告は、「実際にあった事実の中から、オーナーの家族が顧問弁護士のマインドコントロール下に置かれていた事実及びオーナー側弁護士がこのことを知らずに家族の説得を試み、失敗に終わった事実を選択し、配列したことが創作的表現に当たり、被告書籍は、この創作的表現を利用している」と主張していた。

しかし裁判所は、両書籍を比較した上で、「原告書籍と被告書籍は、オーナー側弁護士が、顧問弁護士に対抗するためにオーナーの妻の協力を得ようと考え、妻に面会を求めるが、妻は、顧問弁護士から、今回の騒動はオーナーの愛人が仕掛けたものであり、背後には別の団体がいる、オーナーに株式を渡せば裏の世界（闇の世界）に株が流れてしまうおそれがあるなどと説得され、その言葉を信じて、オーナー側弁護士との面会を断ることなどの記述内容において似通った点もある。

しかしながら、原告が選択、配列に創作性があると主張する前記の事実は、オーナー側弁護士が、顧問弁護士を相手とする闘いに当初は苦労するものの、最終的にはオーナーの家族の協力も取り付けながら勝利していくという本件事件の経過の中で、オーナーの妻が、なぜ当初は夫（オーナー）に協力せず顧問弁護士の側に立ったのかということを説明する重要な事

実であり、本件事件に関連してα2がα1に対して損害賠償を請求した事件…の判決でも指摘されている…事実であるから、本件事件を題材とした原告書籍を書くに当たって上記の2つの事実を選択したことに創作性を認めることはできず、その配列についても特段の工夫があるということはできないから、この点に創作性を認めることはできない。従ってこれらの事実を被告書籍が用いたとしても原告書籍の創作的表現を利用したものということはできない。」とした。

(7) 別紙対照表７について

原告は、実際にあった事件の中から、顧問弁護士がオーナーへの送金を停止し、預金口座も差し押えるという攻撃を加えたこと、オーナー側弁護士が自ら困窮するオーナーに対し本来してはならないはずの援助をしたことという事実を選択して表現したことが創作的表現であり、被告書籍はこの創作的表現を利用していると主張していた。それに対し裁判所は、「原告書籍と被告書籍は、顧問弁護士が、オーナーに対する報復として、オーナーに対する毎月の報酬の支払を止めた上、会社のオーナーに対する架空の債権に基づきオーナー個人の預金口座を差し押さえ、オーナーを無一文に追い込むことなどの記述内容において似通った点もある。

しかしながら、原告が選択に創作性があると主張する前記の事実は、オーナに雇われているはずの顧問弁護士が、顧問弁護士を解任されたことに対する報復として、オーナを代表取締役から解任したにとどまらず、役員報酬の支払を中止しオーナーの個人口座も差し押さえることにより、オーナーを無一文にしてしまうという事実であり、顧問弁護士の悪質性を示すものとして、本件事件の経過の中でも重要な事実ということができ、原告書籍において実在の事実の中から上記の事実を選択して記述したことをもって創作的表現と認めることはできず、被告書籍がこれらの事実を用いたとしても原告書籍の創作的表現を利用したものということはできない。」と述べた。

(8) 別紙対照表８について

原告は、実際にあった事実の中から、顧問弁護士がオーナーと一緒に愛人を同伴して海外旅行に行った事実、オーナーの愛人にプレゼントを贈った事実及びこれらの資金が会社の金で賄われていた事実を選択して表現したことが創作的表現であり、被告書籍はこの創作的表現を利用している

と主張していた。

それに対し裁判所は、「原告書籍と被告書籍は、顧問弁護士が、会社の金で、オーナーの愛人にプレゼントを贈ったり、オーナーと一緒に愛人同伴で海外旅行に行くなどしていたことなどの記述内容において、似通った点もある。

しかしながら、原告が選択に創作性があると主張する前記の事実は、顧問弁護士が会社の金でオーナーの愛人まで接待していたという、同弁護士の悪質性を示すものとして、本件事件の経過の中で重要な事実であるということができるから、実在の事実の中から上記の事実を選択して記述したことをもって創作性があると認めることはできず、被告書籍がこれらの事実を用いたとしても原告書籍の創作的表現を利用したものということはできない。」とした。

以上の各場面に関する対比を行った上、裁判所はさらに原告書籍と被告書籍の分量について言及し、最終的に以下のように結論を述べている。

「原告書籍と被告書籍のうち別紙対照表の番号1ないし8の記述が存在するのは、原告書籍の第1章ないし第3章と、被告書籍の第1話であるが、この範囲で両書籍を比べてみても、前記のとおり、被告書籍の分量は、原告書籍よりも相当短く、書籍の内容も、原告書籍では、オーナーが顧問弁護士に対して不信感を抱いた原因として、池袋の土地の地上げに絡む同土地の購入及び転売の際の問題が中心であることが紹介され、原告の学生運動仲間が対稲山の共同戦線に加わり、情報収集や資金援助の面で重要な役割を果たすことについても、相当な分量の記述がされているのに対し、被告書籍では、このような記述は存在しないなど、多くの相違点が認められる。

…被告書籍は、事実若しくは事件という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原告書籍と同一性を有するにすぎず、被告書籍に接する者が原告書籍の表現の本質的な特徴を感得することはできないというべきであるから、被告書籍は、原告書籍に関する原告の翻案権を侵害するものとは、認められない。」

二．著作者人格権侵害の有無について

裁判所は、被告Ｙが被告書籍において原告書籍を翻案したとは認められない以上、これを前提とする著作者人格権侵害の主張は理由がないとした。

三．一般不法行為の成否について

「原告は、仮に被告書籍の出版、頒布行為が原告の原告書籍に対する著作権及び著作者人格権の侵害に該当しないとしても、被告らの行為は民法上の一般不法行為に該当すると主張する。

しかしながら、被告書籍は、原告書籍に記載された実在の事実を利用して執筆されたものであり、事実については特定の者に独占させることは許されないものであるから、被告Ｙが原告書籍を参照して被告書籍を執筆し、これを被告小学館が本件雑誌に掲載して出版したとしても、これを違法な行為であるということはできず、民法上の一般不法行為を構成することもないというべきである。原告の主張は理由がない。」

【二審】

控訴棄却。

原審の判断を支持し、二審で原告が新たに主張した点についてはそれぞれ以下のように述べた。

(1) 別紙対照表1（原、被告書籍第1部分）について

「原告は、原告書籍第1部分は、正義の闘いを行う弁護士が、報酬への期待を抱いているとの内容を記載した部分であるが、同記載部分は、事実とは異なるものであり、それ故に表現上の特徴があると主張する。

しかし、原告の主張は、採用の限りでない。すなわち、原告書籍第1部分の…記述は、ごくありふれたものであり、個性的な表現が用いられているものではない。表現された内容が事実に反するものであったとしても、そのことの故に、当該表現が特徴的なものと解することもできない。

他方、被告書籍は、弁護士が報酬を期待したという内容を、『それより顧問弁護士が数億円も横領した事件を解決すれば、ニュースになるぞきっと。』、『俺は正義のヒーローだ。』、『きっとあの番組からオファーが来るな…』、『うふふ　モテモテだぜ』などの台詞によって表現しているものであり、原告書籍第1部分とは、表現において相違し、原告書籍第1部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。被告書籍第1部分は、原告書籍第1部分の翻案には当たらない。」

(2) 別紙対照表 2（原、被告書籍第 2 部分）について

「原告は、原告書籍第 2 部分は、依頼人が場所的にも顧問弁護士に支配されていることを説明するために、依頼人と顧問弁護士の事務所の住所が同一であることを記述した部分であるが、描写する必然性がないにもかかわらず、記述した点で、創作性があり、他方、被告書籍第 2 部分にも似通った記載があるから、被告書籍第 2 部分は、原告書籍第 2 部分を翻案したものであると主張する。

しかし、原告の主張は採用の限りでない。原告書籍第 2 部分の…記述は、ごくありふれたものであり、個性的な表現が用いられているものではない。表現された内容が、全体の流れとの関係で、読者にわかりやすく印象づけるものであるとしても、そのことの故に、当該表現が特徴的なものであると解することもできない。

他方、被告書籍第 2 部分には、顧問弁護士法律事務所のドアの表示の下に依頼者の会社の表示があることが描かれ、『(株)富鳥は、会社と言っても自分の社屋があるわけじゃなし、ここが事務所ってことになるのか…』と記載があり、原告書籍第 2 部分とは、表現において相違し、原告書籍第 2 部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。被告書籍第 2 部分は、原告書籍第 2 部分の翻案には当たらない。」

(3) 別紙対照表 3（原、被告書籍第 3 部分）について

「ア　部屋の様子を記述した部分について

原告は、原告書籍第 3 部分は、顧問弁護士の事務所の様子を詳しく描写する必要性がないにもかかわらず、これを記述した点で表現に特徴があり、他方、被告書籍第 3 部分も、同様に、亜喰弁護士事務所の部屋について、背景に判例集や法律書を並べずに落ち着いた応接間風の異様な情景を記述しているから、原告書籍第 3 部分の翻案に当たると主張する。

しかし、原告の主張は、以下のとおり失当である。すなわち、弁護士事務所で面談の場面を描く際に、『別段判例集や法律書が並べられているわけでもなく、あまり人の出入りのある部屋のようには見えなかった』とした記載は、ごくありふれたものであり、個性的な表現が用いられているものとは解されない。他方、被告書籍第 3 部分の情景の描写は、原告書籍第 3 部分の表現において共通することもなく、原告書籍第 3 部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。

イ　解任通告に慌てた様子を記述した部分について

原告は、原告書籍第 3 部分は、実際には、顧問弁護士は慌てていなかったにもかかわらず、慌てているように記述した点等に表現上の特徴があり、他方、被告書籍第 3 部分も、顧問弁護士が慌てているように描かれている点で、被告書籍第 3 部分は、原告書籍第 3 部分を翻案したものであると主張する。

しかし、原告の主張は採用の限りでない。すなわち、原告書籍第 3 部分は、不正発覚の端緒となり得る関係書類の返還を催促され、慌てるという動きを、ごくありふれた言葉で表記したものであり、個性的な表現が用いられているものとは解されない。被告書籍の当該部分は、原告書籍第 3 部分の表現において共通することもなく、その表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。

ウ　顧問弁護士を侮る様子を記述した部分について

原告は、原告書籍第 3 部分では、交渉の際、顧問弁護士の慌てた様子に欺されたとの結論部分を倒置させて記述している点で、表現上の特徴がある、被告書籍第 3 部分も顧問弁護士の慌てた様子と外見により侮ったものと理解されるように描かれている点で共通性があるから、被告書籍第 3 部分は、原告書籍第 3 部分の翻案に当たる旨主張する。

しかし、原告書籍第 3 部分では、顧問弁護士について『一見ひ弱そうで粘液質な感じ』と記述されているが、同記述は、ごくありふれたものであり、個性的な表現が用いられているものではない。これに対して、被告書籍第 3 部分は、顧問弁護士は、ひ弱な姿には描かれていない点において、相違し、原告書籍第 3 部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。被告書籍第 3 部分は、原告書籍第 3 部分の翻案とはいえない。」

(4) 別紙対照表 4（原、被告書籍第 4 部分）について

「原告は、顧問弁護士の手法・やり口の悪質性と、オーナー側弁護士の間抜け振りを読者に強く印象づけるため、事実に反して、『そんなことがあり得るのかと、一瞬呆然としてしまった』とオーナー側弁護士の内心の動きを誇張して記述した点に表現上の特徴がある旨主張する。

しかし、原告書籍第 4 部分の『そんなことがあり得るのかと、一瞬呆然としてしまった。』との記述は、ごくありふれたものであり、個性的な表

現が用いられているものではない。表現された内容が、事実とは異なるものであったとしても、そのことの故に、当該表現が特徴的なものであると解することもできない。これに対して、被告書籍第4部分では、オーナー側弁護士（寿仁也）は、非常に驚いた顔つきを戯画的に表現している点において、原告書籍第4部分と相違し、原告書籍第4部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。被告書籍第4部分が原告書籍第4部分の翻案に当たるとはいえない。」

(5) 別紙対照表5（原、被告書籍第5部分）について

「原告は、原告書籍第5部分は、〔1〕実際には、オーナー側弁護士は、憤慨して大声を上げなかったにもかかわらず、大声を上げた状況を記述した点、〔2〕顧問弁護士の悪質性を示す数多くの事実の中から、慌てた振りをしてオーナー側弁護士を欺く顧問弁護士の性格の異常さ、オーナー側弁護士の間抜け振りと怒りを爆発させて弁護士らしからぬ態度を取った様子を選択した点に、表現上の特徴があると主張する。

しかし、原告の主張は採用の限りでない。すなわち、原告書籍第5部分は、オーナー側弁護士と顧問弁護士との会話から成り立っているが、その記述は、ごくありふれたものであり、個性的な表現が用いられているものではない。表現された内容が事実に反するものであったり、流れの一部のみを選択して、会話形式としたとしても、そのことの故に、当該表現が特徴的なものと解することもできない。他方、被告書籍第5部分におけるオーナー側弁護士と顧問弁護士との会話は、『ふざけるな。』と『ふざけるなーっ！』とが類似しているのみで、その他の表現は相違し、原告書籍第5部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。被告書籍第5部分が原告書籍第5部分の翻案に当たるとはいえない。」

(6) 別紙対照表6（原、被告書籍第6部分）について

「原告は、原告書籍第6部分は、顧問弁護士の異常性・特質性（依頼者と顧問弁護士の『支配関係』『逆転した主従関係』）を、物語を通底するテーマ・背景と設定し、それを効果的に著すために、オーナーの妻が、当初は夫（オーナー）に協力せず顧問弁護士の側に立ったのかということを説明する場面や、オーナー側弁護士が面会を求めて拒否されるといった場面を選択し、配列したものであり、必要不可欠な事実でないにもかかわらず表現したものであるから、表現上の特徴があると主張する。

しかし、原告の主張は採用の限りでない。すなわち、原告書籍第6部分は、オーナーの妻が顧問弁護士に協力的であったことの説明をごくありふれた言葉で記述したものであり、個性的な表現が用いられているものとは解されない。被告書籍の当該部分は、原告書籍第6部分の表現において共通することもなく、原告書籍第6部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。被告書籍第6部分は、原告書籍第6部分の翻案に当たるとはいえない。」

(7) 別紙対照表7（原、被告書籍第7部分）について

「原告は、原告書籍第7部分は、顧問弁護士の悪質性、異常性を示す多くの出来事の中から、『送金停止』等の事実を選択した点に、表現上の特徴があると主張する。

しかし、原告の主張は採用の限りでない。すなわち、原告書籍第7部分は、『送金停止』等の事実経緯を述べるに当たり、ごくありふれた言葉で記述したものであり、個性的な表現が用いられているものとは解されない。多くの事実経緯の中から、『送金停止』等の事実を選択したとしても、そのことの故に、表現が特徴的なものと解することもできない。被告書籍第7部分は、原告書籍第7部分と表現において共通するとはいえず、原告書籍第7部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものということはできない。被告書籍第7部分は、原告書籍第7部分の翻案に当たるとはいえない。」

(8) 別紙対照表8（原、被告書籍第8部分）について

「原告は、原告書籍第8部分は、顧問弁護士の異常性を印象づけるべく、実際の出来事の中から、顧問弁護士が、『女性を利用した方法』を選択して記載した点に表現上の特徴があると主張する。

しかし、原告の主張は採用の限りでない。すなわち、原告書籍第8部分中の『女性を利用した方法』に関する事実経過の記述は、ごくありふれた言葉で表記したものであり、個性的な表現が用いられているものとは解されない。これに対して、被告書籍第8部分は、『一緒に』『海外旅行に行ったり』しているとの台詞を共通にしているのみで、その他、表現における共通点はなく、原告書籍第8部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものとはいえない。被告書籍第8部分が原告書籍第8部分の翻案に当たるとはいえない。」

Ⅳ 評釈[3]

一．はじめに

本件は、原告が実際に体験した事件を基にして執筆したノンフィクション小説と、同じ事件をベースにした連載漫画の翻案権侵害の成否が争われた事例で、一審、二審ともに侵害が否定されている。

ノンフィクション作品の著作権侵害が問題となった裁判例は過去に数件あるものの、多くは小説、脚本、伝記等言語の著作物同士の侵害が争われたもので、ノンフィクション小説と漫画間の翻案が問題となった事案は管見の限り存在せず、本判決は、ノンフィクション作品の利用行為の中でも、特に異なる表現媒体での利用行為に対し一判断を下したものとして注目される。また、ノンフィクション作品の利用行為一般に関しても、アイディアの抽出行為がどこまで許容されるのかを知る上で参考になる事案であるといえよう。くわえて、被告書籍は現実の事件をモデルにしているものの、基本的には実在しない弁護士事務所を舞台としたフィクションのストーリーによって構成された作品である。ノンフィクション作品をフィクションの作品の中で利用する際の著作権侵害の成否をどう考えるかという問題に取り組んでいる点でも注目に値するだろう。

以下では、最初に翻案権侵害の判断枠組みを大まかに検討した上で、創作性及び類似性が争われた裁判例の分析を行い、従来の裁判例がいかなる要素を重視して結論を下しているのかを明らかにし、最後にそれらの裁判例と比較しながら本判決の位置づけを探っていく。

二．翻案権侵害成否の判断基準

１．創作性要件の判断枠組み

はじめに、創作性と類似性要件について、その一般的な判断枠組みがいかなるものであるかを検討する。

著作権の保護を受けるには、思想又は感情の創作的表現でなければならないとされている（著作権法２条１項１号）。この文言を細分化すると、

[3] 本件を紹介する文献として、柵木澄子「最近の著作権裁判例について」コピライト598号（2011年）７頁。

第一に、思想又は感情を何らかの形で表現していることが必要で、第二に、当該表現が創作的なものでなくてはならないということになる。

このうち前者の「思想又は感情」の「表現」であることという要件は、頭の中で反芻しただけで外部から窺い知れない、未だ表現と呼べないものを保護の対象から排除する意味をもつと解されており[4]、さらに数値等のデータそのものやコンピュータ自動生成物といった、思想・感情を包含していないものもこの要件によって保護が否定されるといわれている[5]。

本件との関係でより重要である、後者の「創作性」の要件の意味するところについては、何らかの知的活動の成果であることが求められるという説明[6]や、著作者の個性が創作物に反映されていることを意味するとする説明[7]がなされることがある。しかし、これは決して高度な独創性や芸術性、学術性を求めるものではなく、他人の著作物と異なるものを作成したということで十分満たすものであるといわれている[8]。

さらに、著作権法の究極目的が、情報の豊富化による文化の発展に求められるという点に基づき、創作性概念を「表現の選択の幅」の有無によって再構築する見解も近時有力である[9]。これは、ある作品に著作権を付与しても、なお他の者に創作を行う余地が残されている場合に創作性を認め

[4] 田村善之『著作権法概説』（第２版・有斐閣・2001年）11頁。

[5] 加戸守行『著作権法逐条講義』（四訂新版・社団法人著作権情報センター・2003年）、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（有斐閣・2009年）17頁。もちろん、数値やデータを収集し一定の考えをもって配列した場合には、別途、編集著作物として保護を受ける可能性はある。

[6] 加戸・前掲注(5)20頁。

[7] 作花文雄『著作権法 制度と政策』（第３版・発明協会・2008年）12頁、角田政芳＝辰巳直彦『有斐閣アルマ 知的財産法』（第５版・有斐閣・2010年）299頁。

[8] 田村・前掲注(4)12頁、14頁。多様性が重視される文化の世界においては、他と異なるものを創作するという活動にインセンティヴを与えるべきである反面、技術に比べ一方向に収束しづらい著作物が同じものとなることは滅多にない以上、権利が重複する弊害もさして大きいものではないので、ここでいう「他と異なる」とは主観的な新規性で足りるとされている。

[9] 中山信弘『著作権法』（有斐閣・2007年）52頁以下、同「創作性についての基本的考え方」著作権研究28号（2003年）10頁。

て良いとするもので、仮に選択の幅の狭いものに独占権を認めると、後発者の創作行為の妨げになり、却って文化の発展の阻害要因になるであろうことが理論的根拠となっている。ただし、この「選択の幅」を後発者にとってどれほど選択肢が残されているかという後発者目線で決する見解に対しては批判があり[10]、創作性を判断する基準として選択の幅論は唯一万能というわけではない。選択の幅論は差し当たり、後述するアイディア・表現二分論においてアイディアと表現を区分する際に斟酌されるものであるとしておこう。

そして、いかなる場合に創作性が認められるのかを正確に把握するには、こうした抽象論を突き詰める作業よりも、実際の事案を基に創作性の認められる限界線を掴んでいく作業の方が有益であろう。創作性のより詳細な考察については後述する裁判例の分析の項に譲ることとしたい。

2．類似性要件の判断枠組み

最判平成13.6.28民集55巻4号837頁［江差追分上告審］は、著作権侵害訴訟における類似性の判断枠組みを確立した最高裁判決として知られている。この最高裁判決以前は、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[11]や、基となった著作物の「本質的な特徴」を被疑侵害物から「直接感得」することができるか否かによって侵害の成否を決める見解[12]、あるいは、被疑侵害物が元の著作物の「内容及び形式を知覚させるに足りる」か否かという基準[13]等の諸説が対立していた。しかし、これらの裁判例はその抽象論の文言こそ違えど、具体的な事案に対する当てはめを見ると、いずれも著作権法が保護しようとしている元の著作物の創作的表現が被疑侵害物に再生されているか否かという点を検討しているように読むことができる[14]。

そして、最高裁判決［江差追分］は、これらの議論に一応の決着をつける形で、著作権法27条にいう翻案を「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」と定義し、続けて、「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）、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」と述べ、創作的表現の再生[15]を基準として類似性を判断する姿勢を明らかにしている。

---

[10] 本来、著作権に関するその後の取引のことを考えれば、著作物性の有無は創作の時点で確定していることが望まれるところ、「選択の幅論」によれば、創作後の事情（創作後に環境が変化し選択の幅が狭まる等）により、かつて著作物であったものが創作性を否定されかねないという問題が指摘されている。侵害時の競争者を基準として創作性の判断がなされるならば、従来の裁判例が著作者の認定を著作物の創作過程を検証する方法で行っていることとの整合性が求められる。上野達弘「著作者の認定」牧野利秋＝飯村敏明『新・裁判実務体系22 著作権関係訴訟法』（青林書院・2004年）235-236頁、同「著作物性(1)総論」法学教室319号（2007年）166-169頁。

[11] この基準を用いる裁判例として、東京地判平成1.3.27判時1305号114頁［ぺんたくん一審］（東京高判平成1.12.25平成1年(ネ)1224号［同二審］もこれを維持。）、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。

[12] この基準を用いる裁判例として、後掲［悪妻物語？一審］、後掲［同二審］、京都地判平成7.10.19知裁集27巻4号721［アンコウ］、東京地判平成8.9.30知裁集28巻3号464頁［江差追分一審］、後掲［地獄のタクシー］、東京地判平成10.10.29知裁集30巻4号813頁［SMAP大研究］、東京高判平成13.3.28平成12年(ネ)1268号［企業主義の興隆二審］、後掲［大地の子］等がある。

[13] この基準を用いる裁判例として、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二審］等がある。

[14] 田村・前掲注(4)61頁、野一色勲［SMAP大研究判批］著作権研究26号（2000年）314-315頁。

[15] 創作的表現の再生を著作権侵害の成否のメルクマールとすることをいち早く提唱した文献として、D.S.カージャラ＝椙山敬士「日米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』（日本評論社・1989年）293頁以下、田村善之「著作権法講義ノート⑤」発明92巻8号（1995年）98頁。

ただし、この最高裁判決の説示の捉え方には議論がないわけではない。この説示は後半部分で「創作的表現の再生」基準を用いる旨述べているが、その前半部分では「表現上の本質的な特徴の直接感得」との基準に言及しており、これらの関係が問題となりうる[16]。[江差追分上告審]の調査官を担当した髙部眞紀子判事は、写り込み等の事案を念頭に置いた上で、既存の著作物の創作的表現が再生されていると形式的にはいいうる場合であっても、既存の著作物に修正、増減、変更を加えた結果、新たに大量に創作的な表現が加わったことによって、新しい著作物の中では付加された部分に特徴が現れ、同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的特徴を直接感得することができない状態になる場合がありうるとし、「本質的特徴の直接感得」という基準はこうした場合に翻案の成立に絞りをかける役割を有していると述べ、[江差追分上告審]説示の前半部分にある「本質的特徴の直接感得」に独自の意義を認めている[17]。

しかしながら、創作的表現たりうる部分が盗用されているのならば、それは著作権法上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してしまっていても、著作権侵害は免れえないとする反論も強く唱えられている[18]。創作的表現再生説と本質的特徴感得説とで類否の結論を違える場面としては、第一に髙部判事の挙げているような写り込みの事案が、そして第二に、写り込みとまでいえなくとも、原告著作物からの盗用部分が、被告の著作物の全体ではなく一部のみを構成しており、被告が新たに付加した創作的表現が大きな割合を占めるという事案が考えられうる。どちらの場面も、創作的表現再生説に立脚するならば、創作的表現が再生されている限りは類似性が

[16]「表現上の本質的特徴の直接感得」という最高裁判決の示した文言に必ずしもとらわれずに、著作物の創作的表現に着目しながら裁判例を詳細に分析する文献として、田村・前掲注(4)63頁以下、荒竹純一『ビジネス著作権法』(産経新聞出版・2006年) 344頁以下、島並＝上野＝横山・前掲注(5)252頁以下等。

[17] 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) 18頁。

[18] 田村・前掲注(4)60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) 28頁、前田哲男「『思想・感情の創作的表現』とは何か」コピライト599号 (2011年) 17頁。

肯定されることになるが、本質的特徴感得説を用いると、被告の著作物から原告著作物の本質的特徴が感得できないと判断された場合には、類似性が否定されることになろう。

だが、前者の写り込みのような利用態様について、創作的表現再生説は利用を一切認めるつもりがないわけではない。写り込みの事案で利用を許容するには、類似性の認められる範囲を狭めに取り、非類似との結論にするという類似性要件に消化させる方法[19]の他に、引用 (著作権法32条１項) をはじめとする既存の制限規定の活用[20]や米国のフェア・ユースの法理の

[19] 照明器具のカタログ中の写真に、室内に掲げられた掛け軸の書の著作物が写り込んだという事案で、東京地判平成11.10.27判時1701号157頁 [雪月花一審]、東京高判平成14.2.18平成11年(ネ)5641号 [同二審] は、墨の濃淡やかすれ具合、運筆、筆の勢いといった点を原告の書の著作物における創作的表現とした上で、それらが被告の写真の中に再現されていないことを理由に、引用の成否に立ち入ることなく類似性を否定し、翻案権侵害には当たらないとしている。

[20] 絵画の鑑定書の裏面に原画の縮小カラーコピーを付す行為の是非が争われた知財高判平成22.10.13判時2092号136頁 [美術鑑定書二審] は、著作権法32条１項の引用につき従来の裁判例の多くが採ってい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、本件美術鑑定書を取り巻く諸事情 (その目的が鑑定対象である絵画を特定し、かつ、鑑定書の偽造を防ぐためであって、添付の必要性・有用性が認められること、鑑定業務が適正に行われることは著作権者等の権利の保護を図ることにつながること、当該複製物が鑑定書と分離して利用に供されることや鑑定書が当該絵画と別に流通することも考え難いこと、著作権者が当該絵画の複製権を利用して経済的利益を得る機会が失われることも考え難いこと) を重視し、かなり柔軟に同条文を解釈して引用が成立すると結論づけている (なお、その原審である東京地判平成22.5.19判時2092号142頁 [美術鑑定書一審] は侵害を肯定している)。従来の裁判例の基準であれば引用が認められなかったであろう利用に対し、総合考慮という手法を用いることにより、結果としてフェア・ユースのような形で引用の規定を運用している点で注目される。

また、バスの車体に描かれた絵が絵本の表紙等に用いられたという事案で、美術の原作品が屋外に恒常的に設置された場合にその自由利用を認める46条の規定が適用されるとした判決がある (東京地判平成13.7.25判時1758号137頁 [はたらくじどうしゃ])。バスを「恒常的に設置されているもの」であると判断するという、やや強引な解釈を行うことにより、映り込みの事案に対処した事例と位置づけることができる。村井麻衣子 [判批] 知的財産法政策学研究10号 (2006年) 247頁、田村善

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するという方法があるからである。写り込みでは原告著作物が変形されずそのまま取り込まれているという点を考慮すると、そのような事案の解決として類似性要件で処理すべき必然性はさほど高くないように思われる[21]。写り込みの場合の処理まで類似性要件によるとなると、予測可能性が失われるおそれがある以上、類似性判断の場面ではとりあえず創作的表現が再生されているか否かだけを判断し、著作権の制限規定のところで別途、利用の是非を判断した方が、より簡便な判断となるのではないだろうか。

後者の、相違部分が共通部分を上回っているような利用態様のケースについては、いくつかの裁判例が本質的特徴感得説に傾斜するような形で、全体を比較して侵害否定の結論を導き出している（東京地判平成14.9.5判時1811号127頁［サイボウズ本案］、東京地判平成14.11.14平成13年(ワ)15594号［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］、大阪高判平成14.9.18平成14年(ネ)287号［コルチャック先生Ⅱ二審］[22]）。だが、著作物「全体」というとき、そ

之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号（2010年）15-16頁も参照。

21 前掲［雪月花］は墨の濃淡やかすれ具合に創作性が認められる書が問題となった事案であったため類似性要件で処理することが可能であったが、写り込んだ著作物が、構図自体に創作性が認められる絵画等であった場合には、小さな写真中の利用であっても当該創作的表現が再生されているので、［雪月花］判決が用いた法理は使えないのではないかという問題がある。田村・前掲注(20)15頁。

22 原告が被告に事前に包括許諾を行っていたことが認定されたことで請求が棄却されているため、傍論ではあるが、大阪高判平成14.9.18平成14年(ネ)287号［コルチャック先生Ⅱ二審］は、一部のシーンが原告著作の翻案であると認めるも、それ以外の場面については翻案権侵害には該当しないとし、複製ないし翻案とされる部分が被告の戯曲において有している意味・効果を考慮すると、被告の戯曲全体に占める重要性や分量が小さく、その他の各場面の占める重要性や分量が大きいとして、被告の戯曲全体が原告の著作の複製又は翻案であるとすることはできないと判示している（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］も特に理由を述べず同旨を説く。これに対する批判として、駒田泰土「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』（弘文堂・2008年）312－313頁）。しかし、被告の著作物に占める割合がいくら小さくて

の「全体」の指す輪郭は不明確である。「一体性」、あるいは「完結性」がメルクマールとされることがあるが、いずれも問題が指摘されているところである[23]。裁判例でもこうした点を意識してか、全体比較論とは袂を分かつものがいくつか存在している。ストーリーの後半部分に相違があるとしても、前半部分の創作的表現が共通している以上は著作権侵害を免れえないとした東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁［悪妻物語？一審］、東京高判平成8.4.16知裁集28巻2号271頁［同二審］や盗用部分が被告書籍217頁中わずか2頁を占めるに過ぎなくとも侵害を肯定した東京地判昭和53.6.21無体裁集10巻1号287頁［日照権］等がそれであり、さらに近時出された東京地判平成22.1.29平成20年(ワ)1586号[富士屋ホテル一審]、那覇地判平成20.9.24平成19年(ワ)347号［写真で見る首里城］もこれらの立場に与するものと位置づけることができる。

したがって、上記見解が述べるような埋没状態において「本質的特徴の直接感得」基準を用いることにより、創作的表現が再生されているものについてあえて類似性を否定すべき事例が実際に存在しうるのかという点には疑問が残るところであり、「本質的特徴の直接感得」基準それ自体に独自の意義はさほど存しないように思われる。

むしろ「表現上の本質的特徴の直接感得」という基準からは、著作物の「本質的」な部分、あるいは「特徴」と呼べる部分を抽出する作業が想起されるため、原著作物の創作的な表現ではない部分や、アイディアの部分が同一であるに過ぎない場合にも、そこがひと度「本質的」あるいは「特徴」であると認定されれば、「本質的な特徴を直接感得しうる」というこ

も、原告の創作的表現が再生されていれば著作権侵害を認めるに足りるというべきであり、それ以上に被告の著作物“全体”が原告の著作物を侵害しているといえるかまで検討する必要はないと考えられる。

23 駒田泰土「著作物と作品概念との異同について」知的財産法政策学研究11号(2006年)153頁。さらに、著作物が未完成の段階にある場合、創作的表現自体は成立しているにもかかわらず、「作品」全体は完成しているとはいえないので、全体比較論では保護が否定されるおそれがあると指摘するものとして、駒田・前掲注(22)317－321頁。

とで類似性を肯定してしまいかねないという問題がある[24]。この点に鑑みても「創作的表現の再生」基準を以てして十分であるというべきだろう。

実際、先ほどの[江差追分上告審]も、具体的な事案への当てはめの後半部分で「本質的特徴の直接感得」基準を一応当てはめてはいるものの、実際には創作的表現が再生されているか否かで非侵害の結論を導き出している[25]。

[24] 田村善之「創作的表現でないところに同一性があるにとど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）218頁。そのような傾向が見受けられる判決として、祇園祭を撮影した風景写真とそれに基づいて描かれた水彩画とで、祇園祭における神官の差上げの直前の「厳粛な雰囲気」が増長されていることに着目して両者の類似性を肯定した東京地判平成20.3.13判時2033号102頁［八坂神社祇園祭ポスター］や、女性キャラクターのイラストにつき、原告のイラストが「独特の透明感のあるクールなタッチで、知的で好奇心がおう盛な若い独り暮らしの女性」、被告イラストが「比較的平凡なタッチで、柔和で優しく親しみやすい若い母親」を印象づけるものであると述べ、「特徴的な部分において相当顕著に異なる」ことを理由に著作権侵害を否定した大阪地判平成21.3.26判タ1313号231頁［マンション読本］がある。拙稿「写真の著作物の保護範囲―写真に依拠して製作された水彩画が翻案権侵害に当たるとされた事例―」知的財産法政策学研究25号（2009年）136-137頁、丁文杰「キャラクターの絵画的表現の保護範囲―マンション読本事件―」知的財産法政策学研究30号（2010年）260-262頁。

[25] ［江差追分上告審］の当てはめ部分の説示は以下のとおりである。

「本件プロローグと本件ナレーションとは、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、江差町では９月に江差追分全国大会が開かれ、年に１度、かつてのにぎわいを取り戻し、町は一気に活気づくことを表現している点及びその表現の順序において共通し、同一性がある。しかし、本件ナレーションが本件プロローグと同一性を有する部分のうち、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は、一般的知見に属し、江差町の紹介としてありふれた事実であって、表現それ自体ではない部分において同一性が認められるにすぎない。また、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が江差町民の一般的な考え方とは異なるもので被上告人に特有の認識ないしアイデアであるとしても、その認識自体は著作権法上保護されるべき表現とはいえず、これと同じ認識を表明することが著作権法上禁止されるいわれはなく、本件ナレーションにおいて、上告人らが被上告人の認識と同じ認識の上に立って、江差町では９月に江差追分全国大会が開かれ、年に１度、かつてのにぎわいを取り戻し、町は一気に活気づくと表現したことにより、本件プロローグと表現それ自体でない部分において同一性が認められることになったにすぎず、具体的な表現においても両者は異なったものとなっている。さらに、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はあるが、その記述順序自体は独創的なものとはいい難く、表現上の創作性が認められない部分において同一性を有するにすぎない。しかも、上記各部分から構成される本件ナレーション全体をみても、その量は本件プロローグに比べて格段に短く、上告人らが創作した影像を背景として放送されたのであるから、これに接する者が本件プロローグ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。」

三．創作性及び類似性の判断で考慮される具体的要素

それでは、裁判例は具体的にどのような要素に基づいて著作権侵害の成否を判断しているのか。以下ではまず創作性及び類似性の判断でいかなる要素が重視されているのかという傾向を大まかに把握し、著作物の性質や長さによって決まる表現の自由度が、アイディアと表現を区分する重要な一要素となることを明らかにした上で、本件のように事実を基にしているために創作の幅がある程度限られる著作物では、どこまで著作権の保護を受けうるのかを、事実を基にしていない著作物と比較しながら検討する[26]。

１．アイディア・表現二分論

まず、保護を受けるには創作的な表現でなければならないが、これは換言すると、未だ抽象的なアイディアに過ぎないものや、単に事実をそのまま表しただけのものは保護を享受できないということを意味する。アイディアを著作権法で保護すべきでない理由は、アイディア保護法である特許法や実用新案法に比べ、著作権法による規制は競業行為にとどまらず私人の文化活動全般に及ぶ広範なものであるからという点に求められる。具体的な表現に限って保護を付与し、抽象的なアイディアは広く自由利用を認めることで、アイディア・表現二分論は、ともすれば私人の自由に過度な

[26] 絵画やイラストに関する事例を中心に、過去の裁判例を網羅的に整理・分析する文献として津幡笑「絵画的な表現の著作物の保護範囲―博士イラスト事件―」知的財産法政策学研究24号（2009年）97頁、丁・前掲注(24)。

規制を及ぼしかねない著作権法の保護に対し、歯止めをかける役割を果たしているのである[27]。

裁判例では、ドレン滞留開始時の負荷率及びその時の外気温度を簡便に算出する目的で作られた、温度や蒸気圧力、負荷率を軸に付し方眼状の図表につき、技術的知見ないしアイディアそのものがそのまま表現されているに過ぎないことを理由に創作性を否定したものや（東京地判平成17.11.17判時1949号95頁［ドレン滞留チャート］（【第２図】参照））、職場等における問題点をテーマ候補として選び、それを縦線と横線を交差させて作成した単純な表に記入したマトリックスの表につき、内容（アイディア）の独創性いかんはともかく、表現としては極めてありふれたものであるとし、やはり創作性を否定したものがある（大阪地判平成22.2.18平成20年(ワ)172号［テーマ選定マトリックス］（【第３図】参照））。これらの裁判例が示しているように、あるアイディアをありふれた方法で表現しても著作権法上の保護を受けることはできず、いくらアイディアや技術自体が独創的、新規性を有するものであっても関係ないということになる[28] [29]。

[27] 田村・前掲注(4)18頁。

[28] この点、後掲［パズルの帝国］で侵害が肯定された3つのパズルのうち、パズルEについて、裁判所は、「日没前に東を向いて写真を撮影すると、足元付近から先を撮影した写真には西日による撮影者の影が映り込むのに対し、そうでないものには撮影者の影が写り込まない」という着想によるパズルが、原告が平成３年に発表する以前には見当たらず、着想自体が作者に特有のものであるという点を、原告のパズルの創作性を裏づける一根拠として用いている。被告のパズルが、必然性がないにもかかわらず原告同様アフリカの砂漠と山を用いたイラストとなっていた上、解答の文書の具体的表現も相当類似していたといった事情があったので、侵害を肯定した裁判所の結論自体には賛成できるが、パズルの基となった着想そのものはアイディアに過ぎないのであるから、いくら新規であろうと独創的なものであろうとも、その着想の共通性は創作性の判断に影響を及ぼすべきではないように思われる。

[29] 対して、作花文雄「表現物としての創作性の評価と公正な利用秩序―個性に基づく独自の表現物の創作に対する適正な保護と侵害性判断局面の在り方―」コピライト547号（2006年）６頁は、思想・感情自体に創作性があれば、それを特別なレトリックを用いることなく一般的な表現方法により表現しても、当該表現物は「ありふれた表現」ではなく「創作性のある『思想・感情の表現物』」になりうる可能性があるとしている。この考えには「思想・感情自体を直接の保護対象とすることを意図するものではなく、保護対象物を画する差異の著作物の創作性の設定の在り方を問うているものである」と断り書きが付されているが、創作性を判断する際に、表現の内容の独創性を加味してしまっては、まさしく断り書きが危惧しているように、著作権法の保護対象を思想・感情自体にまで拡張してしまうことになりかねないように思われる。

同様に、アイディアが一旦決まれば、誰が表現しても同じものになるものは創作性が否定される（牽引表を設け色彩で分類した万年カレンダーにつき、大阪地判昭和59.1.26判タ536号442頁［万年カレンダー］（【第４図】参照）、姓名判断の方法を示した図につき大阪地判平成14.3.12平成13年(ワ)12680号［ネームウォッチング］（【第５図】参照））[30]。

言語の著作物においてもこうした基準は当てはまり、アイディアをそのまま表現しただけのものには保護が与えられない。「城とは人によって住居、軍事、政治目的をもって選ばれた一区画の土地と、そこに設けられた防御的構築物をいう。」という城の定義は学問的思想そのものに過ぎないとして創作性が否定される（東京地判平成6.4.25判時1509号130頁［日本の城の基礎知識］）。

そして、原告と被告の共通部分がアイディアのレベルにおいて類似しているに過ぎない場合には、著作権侵害が否定される。例えば、外国人児童向けの漢字教材で、「昔」という漢字を学習させるために原始人のイラストを使用しても、イラストの具体的表現が異なっているのであれば、それはアイディアの共通に過ぎないとされる（東京地判平成20.10.23平成19年(ワ)25428号［外国人児童向け漢字教材］（【第６図】参照））。また、栓をした瓶の中の物体が瓶に触れていなくても、瓶が密閉されている以上瓶全体の重量は変わらないという発想に基づいて作られたパズルにつき、天秤を用い、密閉した瓶の中に動物を入れるという点が共通していても、天秤や瓶の形状が異なった描かれ方をしており、瓶の中の物体が鳥と蛙で違って

[30] この他、同様の判決として、用語辞典の紙面の割付用レイアウト・フォーマット用紙につき、一旦レイアウトのアイディアが決まればそれを表現する選択肢は限られ、著作権の保護を与えるとアイディアの独占を招くことを理由に保護を否定した東京地判平成10.5.29知裁集30巻２号296頁［知恵蔵一審］がある（東京高判平成11.10.28判時1701号146頁［同二審］もこれを支持）。

いる場合には、具体的表現のレベルで相違しているので著作権侵害とはならない（東京地判平成20.1.31平成18年(ワ)13803号［パズルの帝国］の原告パズルD(【第7図】)を参照)。

言語の著作物も同様で、文章のアイディアが同一性を有しているに過ぎない場合(東京地判平成20.6.11平成19年(ワ)31939号［数霊占術講義一審］、知財高判平成20.11.27平成20年(ネ)10058号［同二審］[31])や、書籍を執筆する際の着眼点が共通しているというだけ（東京地判平成12.1.28平成7年(ワ)23527号［企業主義の興隆一審］、東京高判平成13.3.28平成12年(ネ)1268号［同二審］[32])では著作権侵害が否定されることになる。

2．表現の自由度

著作物の性質上、表現の自由度が小さく、誰が表現してもほとんど同様にならざるをえないようなものについて、著作権法によって特定人に独占させてしまうと、これまで検討したアイディアの独占問題同様、他者に与える影響が大きい。したがって、表現の自由度が小さい著作物については、その程度に応じて、保護範囲を限定すべきであろう。

例えば、学術論文は自然法則や学説を客観的な文体で簡潔にわかりやすく記述することが望まれるので、文章表現の語彙や言い回しに工夫を施すことが性質上難しく、結果として創作性を欠く表現にならざるをえない場合が多い。また、学術論文の著作権侵害が争われる事案では、とりわけ自然法則や学説それ自体の独占を招来することのないよう注意を払わなくてはならないという要請もある[33]。これらの点を加味すると、学術論文の場合は記述の中身、内容に共通点があるというだけでは侵害にはならず(東京地判昭和57.12.10無体裁集15巻2号586頁［光学的縮小投影露光装置一審］、大阪地判平成16.11.4判時1898号117頁［インド人参薬理学的研究論文一審］、大阪高判平成17.4.28平成16年(ネ)3984号［同二審］)、具体的な文章の表現まで利用されてはじめて侵害とすべきである（東京地判平成21.11.27平成18年(ワ)2591号［ニューロレポート論文一審］[34])。

[31] 占術で用いる「生年数」の算出方法を記述した文章につき、原告の「生年数を出す時、一番大事な観点は、暦における節入で、入門初心者がかならずと言ってよいほど、間違いを起こすところですから、何回も繰り返して、ご記憶下さい。毎年の立春から翌年の節分までを一年として区分けします。立春は、平年は二月四日頃、閏年は二月五日頃が節入りとなります。従って一月生れ、二月節入り前に生れた場合は、前年で計算します。」という文章と、被告の「ひとつだけ気をつけていただきたいのは、この占いは旧暦がベースになっているということ。ですので、一年間は、節分の2月3日までとなります。つまり、1月1日～2月3日までの間に生まれた方は、前年生まれになるのです。」という文章とは、「旧暦に従って、毎年の立春から翌年の節分までを1年として区分する」というアイディアにおける同一性を有するに過ぎないことを理由に、侵害が否定されている。

[32] 日本の企業経済を取り扱った書籍に関し、日本の企業経営の現状を分析し、外国の企業経営との比較等を行って特徴を説明し、資本主義及び社会主義との比較を行っているという着想は共通していても、具体的な章立てや論述の順序・構成、主題や主題の位置づけが異なっている以上、原告と被告の書籍は全体として全く別の著作物であるとし、翻案権侵害が否定されている。

[33] 田村・前掲注(4)63-65頁。裁判例でも、学説や思想自体は著作権法の保護の範疇に属するものではないと述べた東京地判昭和59.4.23判タ536号440頁［三浦梅園］や、学説の盗用は著作権侵害にはならないとした東京地判平成4.12.16判時1472号130頁［中国塩政史の研究］がある。

[34] 侵害とされたのは論文全体のうちDiscussionと呼ばれる章の部分であった。この点に関し裁判所は、Discussion部分は「論文の研究によって得られた研究結果に基づいて結論に至ったプロセスを論証し、考察する項目であり、研究結果の分析、先行研究と関連づけた研究の解釈、優位性、重要性等が盛り込むべき内容となるが、論述の仕方には特に制約はないものと解される」と述べており、論文の中でも比較的表現の自由度が大きい部分であると考えていたようである。

もっとも、表現の自由度によって創作性の高低を判断するという基本的な思考形式が同じであっても、いかなる場合に表現を自由に選ぶ余地があるとするかによって結論は変わりうるので注意が必要である。この［ニューロレポート論文一審］では、学術論文であっても内容の記述の順序、各文章の配列、言い回し等において多様な表現が可能であることを理由に、原告が創作性を主張する英文表現の一部につき創作性を肯定したが、その控訴審である知財高判平成22.5.27判時2099号125頁［同二審］は、「ある内容を表現するに当たり、他の表現の選択が可能であったとしても、そのことから、当然に、当該表記部分に創作性が生じると解すべきではなく、創作性を有するとするためには、表現に個性が発揮されていることを要する」と述べ、原審が創作性を認めた各表現につき、語句の選択、順序、配列を含めて格別の個性の発揮された表現であるということはできないとし、翻案権侵害が成立しないと判断している。

また、新聞記事[35]も、実際に起った出来事を限られた文字数で正確に表現するという制限がある以上、表現の自由度は比較的限られた著作物に分類されよう。ある程度の長さのまとまりをもった日刊新聞の新聞記事につき、要約し英訳した文章を配布目的で印刷する等の行為がなされていたという事案（東京地判平成6.2.18判時1486号110頁［コムライン・デイリーニュース］）では、原告の新聞記事の主要な部分と同一内容であったという被告の利用態様が判断の決め手となっている。したがって、同じニュースを別の新聞社が記事にした結果、叙述の順番や語彙等に違いが生じているような場合にまで、保護の範囲が及ぶものではないと理解される。

情報や事実をありのままに伝えたに過ぎないものも、自ずと表現の自由度が限られることが多いため、保護が否定されやすくなる。雑誌の休廃刊を伝える挨拶文のデッドコピーが問題となった東京地判平成7.12.18知裁集27巻4号787頁［ラストメッセージin最終号］（【第8図】参照）では、短い文章で定型的な表現を用いた文章については保護が否定されている一方、ある程度の長さがあり、独特の言い回しや工夫が施され、休廃刊を伝えるという枠に必ずしもとらわれていないようなものについては保護が認められている。限られた分量で休廃刊となる旨伝えるとなると、使用できる単語や言い回しが限られてくるので、紋切り型の表現が用いられている文章は独占に適さないということであろう[36]。

その他、著作権侵害を警告する催告書につき、東京地判平成21.3.30平成20年(ワ)4874号［新聞販売黒書］（【第9図】参照）は、原告の文書が被告のウェブサイトに掲載されているという事実及び掲載された文書の削除を求める旨をありふれた表現方法で表しているに過ぎないことを理由に、傍論ながら創作性を否定している。これも、催告書のような機能的な文書では用いることのできる表現が限られてしまうということなのだろう。

むろん、表現の自由度が一般的には小さいジャンルに分類される著作物であっても、表現に創意工夫が凝らされており、ありふれた表現とはいえないような場合には、その限度で創作性を肯定しても構わない。例えば転職情報は、募集要項や仕事内容、雇用形態等最低限含まなければならない情報が多数あり、また分量も制限があるので、相対的に表現の自由度があまり大きくない著作物と考えられるが、読者の興味をひくような疑問文を用いたり、文章末尾に余韻を残して文章を終了したりする等の表現方法の創意工夫が見られる場合には、その限りで創作性が肯定される（東京地判平成15.10.22判時1850号123頁［シャンテリー転職情報］（【第10図】の1、2、4、5を参照））。

受験用参考書に掲載された、宅建試験受験者に理解しやすいように法令の規定事項をまとめた図表の創作性が争われた東京地判平成6.7.25知裁集26巻2号756頁［出る順宅建一審］、東京高判平成7.5.16知裁集27巻2号285頁［同二審］では、問題となった複数の図表のうち一部には創作性を肯定し、一部は否定している（【第11図】参照）。裁判所は、法文の内容を要

この二審判決に対しては、学術論文の創作性につき「個性の発揮」を求める基準はやや厳格に過ぎるとの批判がある（岡邦俊［判批］JCAジャーナル57巻9号（2010年）65頁）。

[35] なお、著作権法10条2項は、事実の伝達に過ぎない雑報及び時事の報道は言語の著作物に該当しないと規定している。これは、思想又は感情を創作的に表現したものとはいえないからであり、具体的には天気予報やごく短い死亡記事等に適用されると考えられている。他方、本文で紹介している裁判例で問題となった報道記事等は表現に多かれ少なかれ工夫がなされているので、通常の言語の著作物と同様の過程で創作性を判断すべきである。田村・前掲注(4)21-22頁。新聞記事に著作物性を認めた裁判例は本文に掲げたものの他、東京地判昭和47.10.11無体集4巻2号538頁［民主青年新聞一審］、福岡地判大牟田支部昭和59.9.28無体集16巻3号705頁［日刊情報］がある。

[36] この他、新選組に関する書籍のうち、史跡への交通機関のアクセス方法を単にそのまま記述した部分の創作性を否定した東京地判平成13.1.23判時1756号139頁［ふぃーるどわーく多摩］や、文言、言い回しが日常よく用いられる表現やありふれた表現によって構成されているに過ぎないことを理由に創作性を否定したものとして、大阪地判平成17.3.17平成16年(ワ)6804号［ダスキン取締役会議事録一審］、大阪高判平成17.10.25平成17年(ネ)1300号［同二審］、裁判傍聴記につき、事実の伝達に過ぎず表現の幅が狭い点や、時系列に従って順序を入れ替えることはありふれている点等を根拠に創作性を否定した後掲［ライブドア裁判傍聴記一審］、後掲［同二審］がある。

約又は字義どおり明らかにしたもので、誰が作成しても表形式、配列が同様の表現になるものについては創作性がないとし、他方、必ずしも条文の枠にとらわれずに複雑な法令の規定内容を整理要約したものには創作性を認めている。しかし、受験用参考書は読者にとってわかりやすく簡潔に要点を押さえて記述しなければならないという制約が存在するところ、条文に従い表記を簡素化していこうとすると、自ずと原告の図表のような形に収斂していくものであろうから、裁判所が創作性を認めた図表は限界線上のものであるように思われる[37]。

表現の自由度が小さく、保護が限定的な範囲でしか認められないような著作物であっても、被告の利用態様がデッドコピーもしくはそれに近い程の同一性を有している場合には著作権侵害が成立することがある。前掲［シャンテリー転職情報］では、文章末尾がですます調になっていたり、平仮名と漢字の用字上の相違があったりする以外はデッドコピーに近い利用であったため、侵害が肯定されている。また、日照権問題について記述した書籍の文章の類似性が争点となった前掲［日照権］では、侵害が肯定されているが、日照権問題について客観的に記述した文章であり分量もさほど多くないことを考えると、決して原告書籍の記述に高い創作性があったわけではなく、どちらかというと被告書籍が原告書籍に必要以上に似通っていた点が強く斟酌されているように思われる[38]。

さらに、短いフレーズや俳句のように文字数の限られた著作物では、やはり表現の自由度が小さいため、保護が否定される方向に斟酌される[39]。「ママの胸より チャイルドシート」という交通標語が、原告の「ボク安心 ママの膝より チャイルドシート」という交通標語の著作権侵害に該当するかが争われた事案で、裁判所は、原告の交通標語に一応の創作性を認めつつも、その保護範囲をかなり狭い範囲に限定し、結論として侵害を否定している（東京地判平成13.5.30判時1752号141頁［交通標語一審］、東京高判平成13.10.30判時1773号127頁［同二審］[40]）。

また、ホームページ上の掲示板に書きこまれた投稿文章の創作性が争われた東京地判平成14.4.15判時1792号129頁［ホテルジャンキーズ一審］、東京高判平成14.10.29平成14年（ネ）2887号［同二審］では、一部の投稿文章については創作性を肯定しつつも、文章が比較的短く、表現方法に創意工夫をする余地のないものやただ単に事実を説明、紹介したものであって、他の表現が想定できないもの、具体的な表現が極めてありふれたものについては創作性を否定している（【第12図】参照）。

この点に関し限界線を示したと評価できるのが、有名ホテルの経営者に関するノンフィクション作品が問題となった東京地判平成22.1.29平成20年（ワ）1586号［富士屋ホテル一審］、知財高判平成22.7.14判時2100号134頁［同二審］である。一審では原告書籍の「正造が結婚したのは、最初から孝子というより富士屋ホテルだったのかもしれない。」との記述部分と、被告書籍の「彼は富士屋ホテルと結婚したようなものだったのかもしれない。」との記述部分について、「正造が孝子と離婚後も富士屋ホテルにとどまり、生涯結婚することなく、富士屋ホテルの経営に精力を注いだ事実を表現する場合には、多様な具体的表現が可能であって、その中で、『富士屋ホテル』を正造の結婚相手に喩えて表現した原告書籍記述部分は、筆者の個性が現れており、ありふれた表現とは言えないから、『～と結婚したようなもの』という言い回しそのものが何かに一心不乱に打ち込む状態を表す際に用いられる表現であるとしても、そのことをもって、表現上の創作性を否定することはできない」とし侵害を肯定している。しかしながら、原告書籍も被告書籍も同じ事実を取り扱ったノンフィクションであって、事実をありのままに伝える際の表現の幅はある程度限られたものになる

[37] 田村・前掲注(4)16頁も参照。

[38] この他同様の判決として、租税論に関する書籍の著作権侵害が肯定された東京地判平成19.5.28平成17年（ワ）15981号［現代租税論］がある。

[39] 表現の長さによる選択の幅や表現の自由度に着目しながら裁判例を分析する研究として、渡部俊英「事実に基づく表現と創作性－ライブドア裁判傍聴記事件－」知的財産法政策学研究28号（2010年）225頁がある。

[40] ［交通標語二審］は、交通標語は、交通安全に関する主題（テーマ）を盛り込む必要性があり、かつ交通標語としての感銘さ、わかりやすさも求められ、長さや内容に関し大きな制約があることを考慮すると、著作権法による保護の及ぶ範囲は一般に狭いものとなり、ときにはデッドコピーの類の使用を禁止するだけにとどまることも少なくないと述べている。

と考えられるので、単なる内容の一致だけでは侵害とすべきではない。さらに、短い文章の創作性が否定されやすいというこれまでの裁判例の傾向を念頭に置くと、この程度の短い一文は、本来著作物性が否定されるべきものとなるはずである。そのように考えると、正造が生涯結婚せず富士屋ホテルの経営に打ち込んだという事実に基づいて、「富士屋ホテルと結婚した」と比喩を用いて言い表し、またそれに「かもしれない」と付して推測のニュアンスを付加した点が共通しているだけでは、著作権侵害にはならないとすべきであろう。同様の事実を踏まえた後発者が、同じ事実を表す際に、このような短くありふれた表現を使用できないとすべきではない。二審はこの表現につき、事実に接した者が「正造は、富士屋ホテルと結婚したようなものだったのかもしれない。」との感情を抱くことは、それ自体ごく自然なことであって、原告書籍記述部分と被告書籍記述部分との共通点は、結局、正造と富士屋ホテルとの関係という事実に関して共有されるであろうごく自然な感想であるというべきであると述べ、侵害を否定している。二審の結論を是とすべきだろう。

この他、ごく短い著作物につき著作権侵害が否定された事案として、古文単語を覚えるための語呂合わせに関する東京高判平成11.9.30判タ1018号259頁［ゴロで覚える古文単語二審］[41]や、新聞記事見出しに関する東京地判平成16.3.24判時1873号108頁［ヨミウリオンライン一審］、知財高判平成17.10.6平成17年(ネ)10049号［同二審］等がある。これらの裁判例に比べ、1700文字を超える裁判傍聴記の創作性を否定した東京地判平成19.11.26平成19年(ワ)9982号［ライブドア裁判傍聴記一審］、知財高判平成20.7.17判時2011号137頁［同二審］は、文字数だけを見る分には創作性が認められてもよさそうであるが、前述のとおりありふれた表現で構成されていたものであるから、その意味では例外的な事案であると思われる。

以上、裁判例の一般的な傾向をまとめると、表現の自由度が低い場合には、アイディアとされて保護が否定される領域が広くなり、逆に表現の自由度が比較的高い場合には、創作性が認められる余地が広がるということができよう。

[41] 原審の東京地判平成11.1.29判時1680号119頁［ゴロで覚える古文単語一審］は一部の語呂合わせにつき複製権侵害を肯定している。

3．ノンフィクション作品の保護範囲

以上で概観した裁判例の判断手法をまとめると、裁判所は、著作物のうち抽象的なアイディアの部分と具体的な表現の部分を区分し、前者には著作権法の保護を付与せず、また、内容面や文字数等からくる制限のために表現の自由度が限られてくる著作物に関しては、その保護範囲に絞りをかけ、保護範囲が広範なものにならないようにしているということができる。

それでは、本件で問題となったいわゆるノンフィクション作品の場合、どこまでがアイディアや事実であるとされ、どこからが表現と認められるのか。実在の人物や史実を忠実に描いたノンフィクション作品の場合、表現の自由度は一定程度限られたものになると推測されるが、そのような場合にどの限度で創作性が認められるのか。また、基となる著作物と被疑侵害物との距離の問題として、アイディアの共通に過ぎないとして許容される場合と、表現までもが同一であるとして侵害が肯定される場合との境界線はどこにあるのだろうか[42]。これらの点を、同じくノンフィクション作品が問題となった事案の分析を通して明らかにしたい。

ノンフィクション作品の著作権侵害が争われた裁判例の傾向を一言で述べると、事実に基づいた大まかなストーリーに共通点があってもそれだけでは著作権侵害が成立せず、侵害が肯定されるには、個別具体的な表現が一致していることを要するのが原則となっている。さらに、事実の選択・配列に工夫があり、かつそれらが一致している場合には、別途その選択・配列限りで保護される可能性を抽象論レベルで示唆する判決も出されている。

例えば、大まかなストーリーが共通していても細かい記述が異なっていたために、結論としては翻案権侵害が否定された例として、自らの体験を基に著述したノンフィクション小説と、日中の歴史を背景とした長編小説の類似性が争われた東京地判平成13.3.26平成９年(ワ)442号［大地の子］(【第13図】参照）がある。まず、大まかなストーリーが類似していると主張された点について、例えば、被告小説の主人公らが長春を脱出してチャーズに向かい、チャーズを脱出するまでの場面が原告の該当部分を翻案し

[42] これらの問題については、吉田大輔「事実に密着した著作物の著作権の侵害」斉藤博＝牧野利秋編『知的財産関係訴訟法』（青林書院・1997年）117頁も参照。

たものであるかどうかが争点となっていたが、裁判所は、ようやくチャーズから脱出するという大まかな筋において共通又は類似するが、「当時長春に残った者が…過酷な体験をするということは、体験者に共通したいわば一つの歴史的事実というべきもので、その歴史的事実に沿った範囲内で基本的あらすじが類似しているからといって、そのことだけで」被告小説が原告小説の翻案権を侵害するものではないと判断した（【第13図】の対照表二を参照）。次いで、原告は57項目にわたって被告小説の構成要素の記述が原告小説と類似していると主張していたが、こうした細かい記述に関しては、そもそも極めて短い文章であるために原告の記述に創作性が認められなかったり、語彙の選択や具体的状況が異なっていたりすることを理由に翻案権侵害が否定されている（例えば、【第13図】の対照表一を参照）。

また、ソニーを題材とするノンフィクション原稿とノンフィクション書籍のうち、ソニー最高相談役の井深大氏のソニーグループ葬に関する部分が問題となった東京地判平成12.12.26判時1753号134頁［ソニー燃ゆ一審］、東京高判平成14.1.30平成13年(ネ)601号［同二審］（【第14図】参照）でも、いずれも井深大氏の葬儀という同一の歴史的事実を対象として、これを客観的に記述するという内容、表現態様の論稿である以上は記述された内容が事実として同一であることは当然にありえ、場合によっては具体的な表現も類似となることがありうると述べた上で、「記述部分の多くは、葬儀という事実を伝えるにあたって一般的に記述する事項について、いかなる者が記述しても同様な表現にならざるを得ないような慣用的表現ないしありふれた表現により記述されたもの」であるとして著作権侵害が否定されている。確かに両者の記述を見比べると、実際に起った出来事を忠実に時系列に沿って記述しているものであり、かつ、言い回しの選択等もかなりありふれたものであったといえる。事実に正確でなければならず、その上できるだけ主観を排除した文体にしたいというノンフィクション書籍の要請に鑑みても、似ざるをえない部分が似ているに過ぎないといえよう[43]。

このように、実在の人物や史実を忠実に描いた伝記等のノンフィクション作品では、固有名詞や大まかな筋、登場人物、選択した事実、記述の順

[43] 荒竹・前掲注(16)353頁も参照。

等に多少の共通点が生じてもやむをえないとされることが多い。そうした点にまで著作権法の保護を付与すると、後発者は同じ史実や人物についてノンフィクション作品を創作することが不可能になってしまうので、こうした取扱いは妥当であると評価できる。この他、同様に歴史上の事実に基づく筋の運びやストーリーの展開が同一であるだけでは翻案権侵害が成立しない旨述べる判決として、実在する女優の伝記とテレビドラマが問題となった名古屋地判平成6.7.29知裁集26巻2号832頁［春の波濤一審］、名古屋高判平成9.5.15知裁集29巻2号467頁［同二審］、最判平成10.9.10平成9年(オ)1509号［同上告審］や、実在の人物の生涯を描いた書籍と同人物を描いた戯曲の類似性が争われた大阪地判平成13.8.28平成11年(ワ)5026号［コルチャック先生Ⅰ一審］及び京都地判平成13.12.20平成11年(ワ)111号［コルチャック先生Ⅱ一審］[44]、実在した人物を描写した文章が問題となった東京地判昭和55.6.23昭和51年(ワ)6568号［エース列伝］がある。

ここまで紹介した裁判例からは、実在の人物や史実に基づいた著作物の創作性は極めて限定的にしか認められないということが窺い知れるが、完全に保護が否定されるわけではない。すなわち、たとえ歴史的事実に基づいた著作物であっても、その歴史的事実を表現した文章の創作的表現をそのまま、あるいは細部にわたって利用していれば、当然ながら著作権侵害となる。ティリンスキー事件という実在の事件を物語的に再構成した原稿と、同じくティリンスキー事件を叙述した書籍の類似性が争われた事例では、歴史的事実に関する記述であっても、数多く存在する基礎資料からどのような事実を取捨選択するか、またどのような視点でどのように表現するかについては様々な方法がありうるので、歴史的事実に関して叙述された作品であっても創作性の発揮される余地があるとされ、また、基礎資料の翻訳・紹介・引用・要約をする際に、どのように表現するか等に創意工夫を伴えば、個性的な表現と認められる余地があるとされた（東京地判平成10.11.27判時1675号119頁［壁の世紀］（【第15図】参照））。具体的な当てはめにおいても、原告の著作物中、実在する英文の契約書を、直訳的表現

[44] なお、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］、大阪高判平成14.9.18平成14年(ネ)287号［コルチャック先生Ⅱ二審］は利用に許諾があったとして控訴人の主張が退けられているが、傍論で一部翻案に当たるとしている。

を避け、一文の原文を二文に分け、構文を変化させる等の工夫を行って翻訳した部分や、第三者が訳した裁判記録の文章を、取捨選択したり日本語としてわかりにくい表現を改めたり、説明を付加して記述したといった部分に関して、それとほぼ同一の表現を用いた被告書籍は複製権侵害が成立するとされている。例えば【第15図】に掲げた部分で被告書籍は「主な」を「おもな」、「騙し」を「だまし」にする等、ごく一部の語彙に変更を加えたものの、それ以外の語彙や文章は原告の表現のデッドコピーと呼べるものとなっている。原告の記述がそれほど長くないという点や、被告書籍も史実に基づいた記述であることが求められていた点を考慮に入れてもなお、原告の記述と同一である必要性のない表現まで一致していた事案であると評価することができよう。このように、いくら事実に基づいていようとも、原告の創作的表現を不必要なレベルまでそのまま利用しているのならば侵害を肯定してもよいということであろう。

この点、原告の体験に基づいて書かれた子供向けのノンフィクションの読み物と、同じ原告の体験を題材とした童話が問題となった横浜地判平成14.8.27判時1824号119頁［すて犬シェパードの涙］は、ストーリー展開、登場人物や場面の設定、描写方法等が一致しているとして翻案権侵害を肯定しているが、裁判所が認定している原告と被告の共通点は文章の具体的な表現ではなく、抽象的なアイディアに過ぎないのではないかと思われるもので占められている。判決文から窺い知れる類似点を見る限りでは、表現がほぼデッドコピーの形で利用されていた前掲［壁の世紀］に比べ、原告と被告の著作物の距離がかなり離れた事案であると位置づけられるところ、この程度の抽象的な共通性で侵害を肯定してしまっては、事実上、原告の体験という事実の独占を原告に許してしまうことになりかねない。原告の体験という一つの事実を、原告の著作物とは違った言葉、違った言い回しで表現している以上、前掲［大地の子］や前掲［ソニー燃ゆ］のように侵害を否定すべき事案であったように思われる[45]。

[45] なお、この［すて犬シェパードの涙］事件で被告は、原告作品ではなく、原告の体験を紹介した新聞記事に基づいて執筆したのだと主張し、依拠性の要件も争っていた。そのためか裁判所は、類似性を判断する場面で、原告と被告の著作物の対比に加え、当該新聞記事とも対比し、当該新聞記事には書かれていない、あるいはそこから直ちには導かれない内容が被告の作品内にあることを繰り返し強調して説示を行っている。しかしながら、翻案権侵害に当たるか否かは、あくまで原告作品の創作的表現を利用したかによって判断すべきであって、原告作品から事実ないしアイディアだけを抽出する行為は自由であり、たとえそれを世の中にはじめて発表したのが原告であったとしても結論は変わらないはずである。原告作品にアクセスしなければ知りえない内容（当該新聞記事には書かれていない内容）が被告作品にあるという事情は、依拠の要件を充足させる一要素にはなりえても、著作権侵害の要件としての類似性を肯定する根拠にはならないはずである。著作権侵害の要件としての類似性と、依拠を証明するための類似性は異なる概念であるところ（田村・前掲注(4)51-52頁、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」斉藤＝牧野編・前掲注(42)125頁）、両者を融合させてしまっている裁判所のこの部分の説示は問題があるといわざるをえない。その意味でも、ノンフィクション作品の侵害肯定例は数少ないとはいえ、この判決の先例的価値はそう高くないように思われる。

このように、基本的には類似部分の抽象度を検証し、具体的表現の一致によって侵害を肯定するのが多くの裁判例で採られている考え方であるが、個別具体的な表現が一致していなくとも、伝記等のノンフィクション作品を創作する過程においては、基となる大量の事実の中から選択し配列する作業や、基礎資料の引用や要約の仕方において創作性が発揮されるのではないかという主張がなされることがある。この点に関して、前掲［富士屋ホテル］では、前述した個別の文章表現の類似性に加え、事実の選択・配列の創作性が主張され、一連のまとまりをもった記述の類似性も争われた。前掲［富士屋ホテル二審］は、「選択された事実又は思想の配列は、それ自体としてひとつの表現を構成することがあり得る」と述べ、抽象論としては事実の取捨選択・配列が保護される可能性を否定しなかったが、事案に対する判断では、選択・配列の創作性があると主張された部分について、いずれも翻案権侵害を否定している。具体的には、例えば仙之助という人物の出生から養子に入るまでの出自に関する記述部分において、〔1〕仙之助の戸籍上の出生地が実在しない地名であること、〔2〕仙之助の実父の紹介、〔3〕仙之助が山口粂蔵の養子となったこと、〔4〕粂蔵が横浜で「伊勢楼」という遊郭を営んでいたこと、〔5〕粂蔵が新たに「神風楼」という遊郭も開き、「伊勢楼」を姪に任せ、自らは「神風楼」の経営に当たったこと、〔6〕当時の横浜で、外国人客を取ることが許されていた遊郭は「岩

亀楼」という遊郭だけであったが、粂蔵の働きかけによりどの店でも外国人客を取ることができるようになったこと、という6点の事実が記述されている点で共通していたが、裁判所はこれら事実の選択及び配列自体に表現上の格別な工夫があるとはいえず、さらに被告書籍では異なる順序で記載されている上、原告書籍にはない記述も存在する以上、事実の選択及び配列が異なっていると判断している[46]。事実の選択・配列の共通性だけで侵害が肯定されるには、少なくともこの[富士屋ホテル]の記述のようなありふれた選択、ありふれた配列が共通するだけでは足りないということであろう[47]。

以上がノンフィクション作品に関し裁判所が示した侵害成否の一応の境界線であるが、これはフィクション作品の場合と比べると何か違いがあるのだろうか。表現の自由度に着目すると、ノンフィクション作品では史実に正確でなくてはならないという性質上、表現の自由度が低く、共通する部分がかなり具体的でないと侵害が肯定されないが、反対にフィクション作品の場合は、ストーリーや設定を著作者の思うがままに描くことができるので、表現の自由度が高いということになり、一見するとノンフィクションの場合に比べ比較的緩やかに類似性が肯定されるということになりそうである。

[46] なお前掲［富士屋ホテル一審］判決も、仙之助の出自を説明するに当たってこれらの事実を取り上げることに格別の独自性がなく、具体的表現も異なると述べ、同様にこれらの点について著作権侵害を否定しているが、一般論としてノンフィクション作品において事実の選択・配列に創作性が認められることがありうるかについては沈黙している。

[47] ただしこれはあくまでも侵害否定例であるので、事実の選択・配列のみが共通しているに過ぎず、個別具体的な表現が異なっているという事案で、侵害を肯定すべき場合が本当に存在するかは未知数な部分が残るように思われる。ある事実を記述する際、通常は選択しなくてもよい瑣末なエピソードをあえて採用したり、それらを時系列ではない順で配列したりしたとしても、そうした選択・配列自体は構想・プロットのようなアイディアに過ぎない場合の方が多いように考えられるからである。もっとも、この点は編集著作物の問題として扱った方が適切なのかもしれない。

しかし、裁判例を俯瞰すると、基本的ストーリー等の抽象的なアイディアしか類似していない場合には侵害を否定し、基本的ストーリーに加え細部のセリフ等の具体的な表現までもが類似していれば侵害を肯定しており、これまで見てきたノンフィクション作品の場合と、保護範囲の決定手法が大きく異なるわけではない。

例えば、ラジオドラマの脚本とテレビドラマの脚本につき、「ゲイ・バーに勤める女装の主人公が、以前の主人公をよく知っている副主人公の年配の男性と出会い付き合うが、主人公が本当は男性であることを副主人公が知ることなく別れる」という大まかな筋書きしか共通しておらず、原告の脚本がモノローグを中心として主人公の成長を描いたものなのに対し、被告の脚本は会話の面白さに重点が置かれたコミカルな作品であり、さらに基本的な内容のみならず個々の点についても異なっており、相違度が高いといえる事案で侵害が否定されるのはもちろん（東京地判平成6.3.23判時1517号136頁［ぼくのスカート］）、主人公が非現実の世界に入り込み、そこで等身大化したネズミから手術をされるという抽象的な点で共通していても、基本的ストーリー、人物の描き方、ストーリー展開、セリフが異なっている場合には、やはり侵害が否定される（東京地判平成10.6.29判時1667号137頁［地獄のタクシー］（【第16図】参照））。また映画「七人の侍」と大河ドラマ「武蔵 MUSASHI」の類似性が争われた東京地判平成16.12.24平成15年(ワ) 25535号［武蔵 MUSASHI 一審］、知財高判平成17.6.14判時1911号138頁［同二審］でも、登場人物の人物設定、ストーリー全体の展開やテーマにおいて相違がある以上、野盗に狙われた弱者に侍が雇われて、これを撃退する等の一部の場面の大筋が共通しているのみではアイディアの共通に過ぎず、翻案権侵害とはならないとされている。

これら3件の水準と比較すると、同じく侵害否定例である東京地判平成2.5.23判時1404号114頁［ザ・心臓］は、基本的ストーリーの共通点がやや具体的であると評価できなくもないが[48]、被告が原告の企画に基づいて映

[48] 原告と被告のシナリオとでは、
① 全問正解をした人に希望するあらゆる商品を叶えるというテレビのクイズ番組に出場し、全問正解をした主婦(主人公)が、
② その商品として心臓移植手術のための心臓を希望し、

画のシナリオを執筆することにつき原告の許諾があったとの認定が決め手となって翻案権侵害が否定されたものであるので、上記の裁判例と同列に扱うべきではないだろう[49][50]。

他方で侵害肯定例である、ルポルタージュ風読み物とテレビドラマ間の翻案権侵害が争われた前掲［悪妻物語？一審］、前掲［同二審］では、前半の基本的ストーリーがかなりの具体性をもって極めて類似していたことに加え、登場人物の名前や、キャラクター、設定、セリフの文言までも類似していたことを理由に侵害が肯定されている（【第17図】参照）。

このようにフィクション作品の事案を俯瞰すると、結局はアイディアのような抽象的なレベルで共通していても直ちに類似性が肯定されるわけではなく、個別具体的なセリフ等の表現が類似しているかが侵害の成否の

③　テレビの取材を条件としたテレビ放送局の資金協力によってアメリカに行き、

④　同国の病院において息子（被告シナリオでは夫）に心臓移植手術を受けさせることになったが、

⑤　アメリカにおいて適当な心臓提供者が現れず、息子ないし夫が末期症状的な心臓発作に見舞われるという危機的状況が生じ、

⑥　医師団の説得でバブーンの心臓の移植手術を受けさせることを主人公が決意し、その手術が行われる、という基本的なストーリーが共通しているとされた。

[49] 三山裕三「判例に見る翻案権侵害の判断基準」コピライト591号（2010年）12頁も、原告の許諾がないと認定されていれば翻案権侵害が肯定された可能性がある事案であったと述べている（岡邦俊「映画シナリオにおける基本的ストーリーの一致と翻案権侵害の成否」村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法』（東京布井出版・2001年）704頁も同様の可能性を指摘する）。

[50] この他、小説同士の類似性が問題となった東京地判平成19.7.25平成19年（ワ）7324号［愛の流刑地］は、原告が著作権侵害を主張した部分はアイディアの同一に過ぎない点や極めてありふれた表現の共通に過ぎない点、そもそも類似していない点であることを理由に侵害を否定している。問題となっている著作物の対照表が付されていなかったため詳細は不明だが、原告が侵害を主張していた部分につき「そのほとんどは、1ないし2単語の語句である。」と述べられていることから、当然侵害が否定される事案であったと推察される。

分かれ目となっているようであり、その点はノンフィクション作品の事案と同じであるといえる。原告の著作物がフィクション作品である場合、ノンフィクション作品に比べ制約が少ない分、より創作性を発揮することが容易であるという点を強調すれば、フィクション作品は表現の選択に高い自由度が認められることになるが、いくら表現の自由度が高くとも、そこからアイディアのみを抽出して利用する行為は著作権法上侵害に問われることはないということなのだろう[51]。反対に、原告著作物がノンフィクション作品の場合、ストーリー等の大きな点での表現の自由度が低いとはいっても、語彙の選択等の個別具体的な表現には多種多様な選択が可能である以上は、そうした創作的表現をそのまま利用する行為は侵害となりう

[51] この点、学説では、前掲［春の波濤］で、共通部分に原告独自の着想が混ざっていたことを念頭に置き、実在の人物を素材とする以上、大筋で類似することは不可避だと述べつつも、被告のドラマには原告の書籍を参考にしたり、そこからヒントを得たりしている部分がいくつもあるとした上で、「X書籍が…単なる伝記ではなく文芸作品というべきもの、すなわちXの創作性の顕現たる部分が多いことをも考慮するならば、本件ドラマ（引用者注：被告ドラマを指す）作成に当たってX書籍を離れた表現形式を採用する自由度はある程度は高かったものと考えられる」とし、「X書籍と本件ドラマ等との共通部分についても両者の創作性の軽重をさらに吟味すべきであった」と述べるものがある（高林龍［判批］著作権判例百選（第3版・2001年）151頁、同「歴史的事実とドラマ―春の波濤事件」小野昌延先生喜寿記念刊行事務局編『知的財産法最高裁判例評釈体系　著作権法・総合判例索引』（青林書院・2009年）300-301頁）。これは、むしろ被告の著作物の性質に着目した上で、ノンフィクション作品同士で事実が共通しているのは似ざるをえない部分だが、原告の著作物中のフィクション的な要素まで、被告のノンフィクション作品中で引き継いで利用する必然性は低いという発想に基づいていると思われる。しかし、似る必要のない部分が類似している場合に侵害を肯定する方向に斟酌するという考え方自体は妥当であるものの、そもそも大前提として、その類似部分はアイディアではなく創作的表現である必要がある。原告独自のフィクション的な要素の中から、アイディアのみを抽出し具体的表現を違えて再構成する行為は、いくら似せる必然性（アイディアを拝借する必然性）が低くとも、自由であるはずだからである。事案に対する判断としても、「偽電報が女優引退のきっかけとなった」という着想が、いくら原告独自のものであったとしても、この程度の抽象的なものはアイディアとして扱うべきであろう。田村・前掲注(4)78頁も参照。

る。

さらに、そもそもの問題として、ノンフィクション作品がフィクション作品に比べ事実に即していなければならない分、制約に縛られるという理が、どれだけ妥当するかにも疑問が生じる。具体的な事案を見ても、前掲［ソニー燃ゆ一審］、前掲［同二審］や前掲［壁の世紀］、あるいは前掲［エース列伝］のように、事実を客観的な文体で淡々と記録したようなものもあれば、前掲［大地の子］や前掲［コルチャック先生］のように、事実をどちらかというと物語用に脚色しながら描いたものもあり、ノンフィクション作品と一括りに分類されるようなものであっても、記述の仕方にはバリエーションがあるといえ、後者のような類型はさほど表現の自由度が制約されないとも考えられるからである[52]。さらに前者のような、ノンフィクションの中でも特に客観的な類型、すなわち淡々と事実を正確に記述することが求められるような類型であっても、事実（記述する内容）から直ちに具体的表現の細部（細かな語彙の選択、記述の順等）が全てにわたって決定されるわけではない。そのように考えると、フィクション作品はノンフィクション作品に比べ、抽象的なアイディアの部分をどうするかという点の自由度は大きいかもしれないが、著作権法で保護される表現の自由度に関しては、両者で大きな差異がないのかもしれない。

したがって、類似性を判断するに際しては、描かれている内容が事実に基づいているのか、それとも架空のストーリーなのか、という点を吟味する実益はほとんどないということになると思われる。つまり、創作性が問題となっている著作物がフィクションか、それともノンフィクションかというカテゴリー分けを行ったところで著作権侵害の成否が一概に決まるわけではなく、やはり共通部分が創作的表現なのかアイディアなのかという点を突き詰めていくほかないということなのだろう。

[52] 特に前掲［すて犬シェパードの涙］は子供向けの読み物ということもあり、おそらく後者に分類されるであろう。荒竹・前掲注(16)360頁は、ノンフィクションの中でも［すて犬シェパード］を記述の自由度が高い事案と位置づけており、史実を扱う場合の記述に比べ、［すて犬シェパードの涙］のように個人の体験を記述する場合は、事実の中から何をどの程度の比重で取り上げるかに関し事実から由来する拘束はなく、記述の自由度は小説等のフィクションと同程度の高さになるとし、限界事例としつつも翻案が肯定されるとしている。

そして、ノンフィクションかフィクションかという点が侵害の成否にあまり違いが生じないということを踏まえると、ノンフィクション作品で事実に即したストーリー等に保護が与えられない理由は、事実に即しているから選択の幅が狭いという点や、事実は原告が創作したわけではないからという点よりも、それが未だ抽象的なアイディアの域を出るものではなく、著作権法でアイディアの独占を認めるべきではないという点に求められるのかもしれない。

そのように考えると、結局のところここでの問題は、何がアイディアとされ、どこからが表現といえるのかという点に行き着く。アイディアと創作的表現は抽象度によって大まかに区分することができるものの、両者は連続的・段階的な関係にあり、その境界線がどこにあるのかを明確に示すことは不可能に近いという点は多少なりとも認めざるをえない[53]。この点、著作権法の究極の趣旨に立ち返ると、創作活動に適度なインセンティヴを与えるために、まずは表現を同じくする範囲で保護の最大限の輪郭を定めた上で、アイディアとして自由利用とすべき部分をそこから除くことで後発者の創作活動を過度に妨げないようにし、著作物の「創作」と「利用」の促進を目指すという発想を採ることが望まれよう。そうであれば、アイディアと表現の区分の判断は、権利範囲に対する予測可能性が失われることのないよう、従来の裁判例が示す一定の水準から逸脱しないような配慮をしつつ、最終的には、当該表現がありふれているかどうかや、先行著作物に独占を認めた場合に第三者の自由な創作活動を著しく侵害してしまわないか（独占適応性）を考えるという、規範的判断に帰着していくと解することが許されよう[54]。

四．本判決の検討

１．翻案権侵害の判断枠組みについて

それでは本判決がこうした裁判例の中でどのように位置づけることができるのかを検討しよう。

[53] 中山信弘「著作権法における思想・感情」特許研究33号（2002年）6頁。

[54] 田村・前掲注(4)61-62頁。

まず、翻案権侵害の判断枠組みに関して、本判決は、[江差追分上告審]の説示を引用した上で、まず、実在の事実ないし事件における同一性は「表現それ自体でない部分において同一性が認められるに過ぎず、翻案権侵害の根拠となるものではない」との前提を示し、さらに「事実ないし事件を素材とする作品であっても、素材の選択や配列、構成、具体的な文章表現に著作者の思想又は感情が創作的に表現された場合には、著作物性が認められ、このような表現上の創作性がある部分において既存の著作物と同一性を有する場合には、翻案権の侵害となり得る」と述べ、一審二審ともに原告書籍と被告書籍とで表現上の創作性のある部分において同一性を有するか否かを検討している。この抽象論自体は[江差追分上告審]及び従来の裁判例の判断枠組みをそのまま継承したものであると評価できる。

ただし、一審判決では、原告が翻案権侵害を主張していた対照表１～８部分の対比を行った後、それに付け足すような形で、原告書籍と被告書籍の全体の分量を比較し、原告書籍には被告書籍に存在しない記述が多いということを相違点として指摘している。前半の、各部分の対比においては、被告書籍に原告書籍の創作的表現が再生されているかを検討しているので、この点に関しては創作的表現再生説に立脚した判断を行っていると評価できるが、他方、後半で両者の全体の分量を比較している説示部分は、文面どおり受け取ると本質的特徴感得説に与しているように思われる。

しかしながら、既に述べたとおり原告と被告の著作物の分量を対比させて、相違部分と類似部分のいずれが多いかを比較する手法に対しては、作品の「全体」概念が曖昧であることを理由にした強い批判がある。近時の裁判例でも、縦４㎝、横５㎝程度と頁全体の大きさと比べても極めて小さい写真１点だけが著作権を侵害していた事案で著作権侵害を肯定したものや（前掲[写真で見る首里城][55]）、書籍のうちわずか２行の文章について著作権侵害であることに基づき、差止請求を認容する判決（前掲[富士屋ホテル一審]）が相次いで出されており、全体比較論とは距離を置く判決

[55] ただし、この判決は著作権侵害を肯定して損害賠償請求は容認したものの、損害の額が軽微である点、被告が既に多額の投資をしている発行済の写真集の販売ができなくなる点を理由に、差止請求を権利濫用に当たるとして棄却している点に注意が必要である。

が少しずつ主流となってきている。

一審判決自身、この全体の比較について言及する説示より前の段階で、対照表各部分の対比によって翻案権侵害が成立しないという結論を既に導いているわけであるから、この点が裁判所の結論に大きく影響しているわけではなく、裁判所としてはいわば念押しのようなつもりでこの説示を加えたと考えるのが自然だろう。その意味で一審判決の基本的な判断形式は、創作的表現であると認められる一定のまとまりが再生されていれば著作権侵害が成立するという本稿の立場とさほどかけ離れていないはずである。そうであればなおのこと、原告が対照表のように著作物の部分ごとに侵害を主張しているにもかかわらず、あえて全体比較論のごとき説示を付け加えたこの説示部分は、蛇足であったように思われてならない。

この点、二審判決は、結論部分で「表現上の本質的な特徴を直接感得」という言葉を一応使用してはいるものの、こうした全体比較論に傾斜しているかのような説示は行わず、原告が主張した対照表１～８の対比に徹して結論を導き出しており、純粋に創作的表現の再生基準に立脚した判決であると評価することができる。

２．ストーリー上の共通点に対する判断について

原告が翻案権侵害を主張する対照表について、一審は個別の具体的表現の対比に入る前に、ストーリー上の共通点が[1]～[7]まであると認定をした上で、それらが実在の事実ないし事件であることを理由に、翻案権侵害の根拠とはならないと述べている。全体のストーリーが事実に裏づけされたものである場合、それが共通していても著作権侵害になるわけではないということは既に前掲[大地の子]や前掲[ソニー燃ゆ一審]、前掲[同二審]で見たとおりであるが、これらは原告に加え被告もノンフィクション作品であった事例であった。そのため、被告にとってしても事実に即してストーリーを展開する必要が強かった事例であるといえる。

それらに対し、本件が特徴的である点に、ノンフィクション小説である原告書籍の表現を、フィクション作品である被告書籍が利用したという点が挙げられる。被告書籍は架空の弁護士事務所を舞台としたフィクション

であるといってよいものと思われるが[56]、こうした物語の中において、本件事件を素材としてストーリー漫画を描くという場合には、ノンフィクション作品やドキュメンタリー作品中の描写と比べ、本件事件に忠実でなければならないという要請は強くない。そうすると、話の展開等がここまで原告書籍と似ている必要がないのではないかという主張が考えられうるのである。その点を強調すれば、被告書籍のストーリーがわざわざ[1]～[7]の経過を辿っていることが侵害を肯定する方向へ斟酌されうるのかもしれない。この論をこれまで見てきた表現の自由度に即した形で換言するならば、被告が本件事件をフィクション作品で描く時の表現の自由度は、事実に忠実でなくてはならないという制約が少ない以上、広いものというべきであり、原告に認める保護範囲をある程度広げることも許容される、となろう。

つまり、「実在の事件ないし事実である」という理由づけは、被告が原告同様ノンフィクション作品であった場合には説得的であるが、本件のように被告がフィクション作品であった場合、共通点が実在の事実だというだけでは翻案権侵害を否定する理由として弱いのではないかということである。

しかしながら、ノンフィクション作品同士、あるいはフィクション同士の類似性が争われた過去の事例を見る限り、結局は共通部分が創作的表現なのかアイディアなのかという点こそが類似性判断において重視されており、事実に依拠する必要性の有無や、問題となっている著作物が選択の幅が広いフィクションか、それとも選択の幅が狭いノンフィクションかという区別で一概に結論が出されるわけではなかった。そして、本件と同様、基となる著作物が事実に即したルポルタージュ、被告が必ずしも事実に即

[56] 本件で問題となったエピソード「蚕食弁護士」が収録された単行本裏表紙には、「現実の事件をモデルに描き、物議を醸した『蚕食弁護士』等３編収録!!」と記されているが、実際の本件事件では登場していないキャラクターが多数出てきており、それらが独自のストーリーを展開している。また、固有名詞も現実と異なっている。これらの点から、被告書籍は事実を忠実に描きとらなければならないという制約を受けているものではなく、完全なノンフィクション作品には分類し難いものと考える。

する必要のないフィクションのドラマであった前掲［悪妻物語？一審］、前掲［同二審］でも、被告がフィクションであるという点はほとんど考慮せずに、ストーリーの細部やセリフの具体的文言等の創作的表現が再生されていることをもって侵害を肯定している。

これらの裁判例の基準に照らし合わせれば、本件も、本件事件を描いた原告書籍のうち、ストーリーの大まかな展開がアイディアであると一度判断されれば、アイディアに過ぎないものを抽出して利用する行為が著作権侵害に問われない以上、その抽出したアイディアをフィクションの漫画中に再構築する行為も自由とすべきであろう。

そうであれば、本件も被告書籍がフィクションとノンフィクションいずれに分類されるのかといった問題、すなわち被告がどれだけ本件事件の経緯に沿って創作する必要性があったかという問題よりも、重要なのはむしろ、共通部分がアイディアなのか表現なのかという点であろう。

そこで重要となるのが、これら[1]～[7]のストーリーの経過が、アイディアといえるほど抽象的なのか、それとも著作権法で保護すべき表現であるのかという点である。一連のストーリーの流れの類似性が争われた裁判例と比較すると、主人公がようやくチャーズから脱出するという大まかな筋が共通するに過ぎない前掲［大地の子］や、井深氏の葬儀が映像と音楽に囲まれていたと述べる点が共通しているだけの前掲［ソニー燃ゆ一審］、前掲［同二審］、あるいは主人公が非現実の世界で等身大化したネズミから手術を受けるという大まかな筋が共通していた前掲［地獄のタクシー］等、過去に侵害が否定された事案よりは、本件の[1]～[7]の共通点の方が、時間の経過やそれに応じて変化する登場人物の心情等が含まれているため、詳細なものとなっている。しかし、侵害が肯定された前掲［悪妻物語？一審］、前掲［同二審］と比較すると、ほぼ同程度か、もしくは評価が分かれそうであるが、本件[1]～[7]の共通点の方が若干抽象的なレベルにとどまっているように思われる。前掲［悪妻物語？］では、大まかなあらすじが類似しているだけでなく、登場人物の名前や設定、性格、さらに具体的な内容までが、かなり詳細に類似している事案であった点に注目すべきだろう。それに比べ本件の場合、登場人物の名前、設定、性格といったいわばストーリーの“味つけ”のような細かい描写が原告と被告とで相違しているといえる。

また、前掲［悪妻物語？］では、セリフに用いられる具体的文言まで共通していた点が、侵害肯定の結論を導く過程においてかなり重視されていた。その点に鑑みると、前掲［悪妻物語？］は、あらすじの類似だけでは侵害を肯定するつもりがなかったものと推察される。したがって、ストーリーの共通性単独で類似性が肯定されるには、ストーリーの共通点に前掲［悪妻物語？］でのレベルよりも、さらに高い具体性が求められるはずである。故に、仮に本件の[1]～[7]の共通点が、前掲［悪妻物語？］と同程度の抽象度であると解したところで、結論は変わらず、やはりアイディアの域を脱しないものであると考えられる。したがって、以上をまとめると、本件は一連のストーリーの流れに関する従来の侵害否定例に比べると、ストーリーの共通点の具体性が相対的に高い方に位置づけられるが、それでもストーリーの展開という共通点単独で翻案権侵害が肯定されるほどのレベルには達していないということができるだろう。

また、ストーリーの抽象度という観点から少し離れ、独占適応性という観点から検討しても、本件の[1]～[7]のストーリーの展開が原告に独占されてしまっては、第三者が同じ事件を題材に別の著作物を作成することが事実上妨げられてしまい適当ではないだろう。これら[1]～[7]の事実は、本件で題材とされた事件を描くに当たって触れるのがごく自然なものばかりであって、これらの事実を利用することなしにこの事件を描写することは不可能に近いと考えられるからである。これら[1]～[7]の事実をその他多くの事実の中から選択し配列する際には、創作性の入り込む余地が多少なりとも存在するかもしれないが、実際の出来事を記述する際の事実の選択・配列に独自性や特段の工夫がない場合に保護が否定されるのは前掲［富士屋ホテル一審］及び前掲［同二審］で見たとおりである。そして、ごく自然に選択される事実をおおむね時系列順に配置した本件[1]～[7]の共通点は、事実の選択・配列という観点から見ても、侵害否定例である前掲［富士屋ホテル］と比べ独占になじむほどの独自性や特段の工夫があるものとは到底いえないだろう。

以上より、本件の[1]～[7]のストーリー上の共通点があるだけでは翻案権侵害にはならないとした本件一審判決の結論は支持しうるものである。しかし、理由づけとしては本判決が述べるように、それが「事実である」から、という点よりも、むしろ共通点が未だアイディアの範疇から出るものでないという点が結論に大きな影響を与えているように思われる。

そのため、これら[1]～[7]のストーリーを、事実を描く必要のないドラマや映画等フィクション作品に用いたとしても、それだけではアイディアの利用に過ぎない以上、侵害が肯定されるわけではないと考えるべきであろう。

3．対照表各部分に対する判断について

次に、原告が翻案権侵害を主張していた各部分について具体的に検討しよう。原告が翻案権侵害であると主張していた対照表1から8のうち、対照表7は顧問弁護士がオーナーへの送金を停止したという事実が、対照表8は顧問弁護士がオーナーと一緒に愛人同伴で海外旅行に行くという事実及びオーナーの愛人にプレゼントを贈った事実が、それぞれ共通しているに過ぎない。これらの部分に対応する原告の記述は事実を淡々と客観的に述べているだけのものであるから、前掲［ラストメッセージin最終号］における、紋切り型の表現で伝達すべき情報を伝えただけの文章や、伝達したい内容を箇条書きに羅列しただけの前掲［シャンテリー転職情報］で創作性が認められなかった文章等と比較すると、被告書籍との類似性以前の問題として、そもそも創作性がほとんどないといっても差し支えないように思われる。

次に、表現が大きく異なっていたり、原告の表現に対応する表現が被告書籍に見当たらない箇所として、対照表1、2、3、5が挙げられる。対照表1では事件を引き受ける弁護士が報酬を期待するという抽象的なレベルの共通性が認められるのみで、具体的な表現に着目すると、原告書籍が成功報酬への期待と正義感に基づく感情を表しているのに対し、被告書籍は成功報酬に加え、マスコミに取り上げられることを期待していることが「…ニュースになるぞ きっと」「きっとあの番組からオファーが来るな…」等のセリフを用いて表されており、表現が異なっている。対照表3も、セリフの内容自体は同じであるが、具体的な言い回しや言葉の選択が異なっており、さらに顧問弁護士の風貌や表情、態度（「慇懃無礼」「細身で、頬と顎に髭をはやした、一見ひ弱そうで粘着質な感じ」「ニヤニヤしながら」等）、部屋の風景の描写（「判例集や法律書が並べられているわけでもなく…」）等の原告書籍の地の文の表現が被告書籍の絵の描写と一致していな

いか、もしくは対応する部分が見当たらない。同様に対照表２でも、原告書籍に描写されている顧問弁護士の事務所と会社の事務所の位置関係、場所的な支配関係に対応する部分が被告書籍には見当たらない。これらについては、一般に、文章作品を漫画化する場合には、ある程度描写が捨象されうるという、書籍と漫画の表現媒体に由来する性質の違いを考慮に入れても、具体的な表現が異なっているといえる以上、やはり翻案権侵害は成立しないとすべきだろう。対照表５に対応する原告書籍の記述はほとんどセリフで構成されているが、セリフ一つ一つはごく短い文章であり、具体的な言葉遣いが被告書籍とでは異なっている。唯一、原告の「ふざけるな。」と被告の「ふざけるなーっ！」が言葉の選択として同一であるといえるが、この程度のありふれた短いフレーズに独占が認められないのは、前掲［交通標語一審］、前掲［同二審］等で見たとおりである。

そして、話の展開に似ている点がなくはないものの、原告書籍の記述に創作性がほとんどないといえる箇所として、対照表３、４、５、６が挙げられる。これらの点の原告書籍の記述はいずれも、実際の事実をおおむね時系列に沿って書き表したものであるが、話の流れや展開が事実に即したものであれば保護をほとんど与えないのがこれまでの裁判例の傾向であったことに鑑みると、前掲［壁の世紀］のように、より細かい具体的な表現がデッドコピーに近い形で利用されてはじめて侵害が肯定されるといえよう。

したがって、これらの点につきいずれも翻案権侵害を否定した本件一審、二審判決は、従前の裁判例の基準に整合的な判断を下したものと位置づけることができる。

４．真実に反する記述の創作性

以上のように、一審、二審とも創作的表現が類似していないという結論に至ったわけであるが、二審で原告が特に強く主張していたのが、実際に原告が本件事件を体験して感じた感情と、書籍で記述した表現とが異なっており、そこに創作性が認められるはずであるという点である。具体的には対照表１部分で原告が依頼を受けた際、実際には報酬への期待を抱いていなかったにもかかわらず、報酬を期待する感情を表現した点、対照表３部分で、現実には顧問弁護士は慌てふためいたわけではないが、衝撃的場面を際だたせるために慌てた様子を記述した点、対照表４部分で、事実に反して「唖然とした」と原告の内心の動きを誇張した点でそのような主張がなされている。このように、真実に反する記述について、そのことを理由に創作性は認められるものなのだろうか。

過去の裁判例を見ると、東京地判平成10. 10. 30判時1674号132頁［血液型と性格の社会史］では、昭和初期に血液型と性格を結びつけるブームが起ったことを叙述する文章につき、当該ブームは歴史上の客観的事実ではなく原告の独創であるから、原告書籍と対応する形でそうした記述が存在する被告書籍には翻案権侵害が成立するとの主張が原告からなされた。それに対し裁判所は「仮にそのことが原告の独創であっても、それはあくまで事実として記述された事柄又は思想そのものに過ぎず、それを…記述しても、翻案権の侵害に当たるものではない」と述べ退けている。そして、学説でも、この判決を念頭に置いた上で、ノンフィクションとされる作品に創作的なものや虚偽のものが含まれていても、歴史的事実、ドキュメンタリー、体験記等と銘打って発表した以上は歴史的事実として取り扱うべきとする見解がある[57]。

確かに、世の中に「事実」として発表しておきながら、著作権侵害訴訟の場面になるとそれを覆し、事実に反することを創作性の裏づけとして主張することは、禁反言的な主張であって許容し難いという発想は理解しうる[58]。しかしながら、どのような建前で著作物が発表されたかを重視する

[57] 大家重夫［大地の子事件判批］判時1761号（2001年）200頁。また、中山・前掲注(53) 8頁、中山・前掲注(9)38頁も、著作権法で保護されない事実とは、「絶対的真理としての事実ではなく、創作者により事実として提示されていると客観的に判断されるもの」をいうとしており、この見解と同様、どのような形で世間に提示されているかという点を、アイディアと表現の区別の判断において加味しているようである。

[58] 実際、米国では禁反言の法理（rule of estoppel）を用いてこのような主張を退ける裁判例がある。あるものを真実として公表した者が、後になってそれがフィクションであったと主張することは許されないとした Davies v. Bowes, 209 F. 53 (S.D.N.Y. 1913), aff'd, 219 F. 178 (2d Cir. 1914) や、事実の記述に基づく正確な歴史的伝記であって架空の部分が一切ない旨を書籍の前書で明示していた場合につき、著作権による保護を否定し、パブリック・ドメインに帰すことになるとした Lake v. Columbia

前掲［血液型と性格の社会史］及び上記の学説には問題点がある。そもそもフィクションとノンフィクションというジャンル自体、渾然一体としたもので明確に区分し難いところ、このような作品のレッテル貼りで創作性の認められる範囲が変化しうるとなれば法的安定性を欠くことになる。歴史的事実等と銘打って発表したという点が重視され、著作権で保護される範囲が限定される（「事実」であるとして保護が認められない範囲が広くなる）となると、ノンフィクションという前提で著作物を発表することが著作者にとって不利に働くということになるが、同じ著作物でも「ノンフィクション」と銘打った途端にそのような不利な扱いに転じるべきではないだろう。さらに、フィクションとノンフィクションのどちらの建前で発表されたものかが判然としない場合も現実には多いところ、結局は著作者の自己申告によらざるをえない発表時の建前というものを、著作権侵害の成否で特別に重視すべき理由も見当たらない[59]。したがって、著作物の発

Broadcasting System, Inc., 140 F. Supp. 707 (S.D. Cal. 1956) を参照。

こうした禁反言の法理に従うと、歴史的事実について独自調査をして真偽を確かめることを怠って他人の情報を当てにした不注意な模倣者を自ずと保護することになるが、理論的根拠として、先に発表した著作者が、フィクションかノンフィクションかをわざと偽って伝えたことによって何らかの利益を受けるべきではないという考え方が背後にあるという。とはいえ、上記の裁判例のように、事実として公表した著作物の保護を求める原告の主張を退ける際に禁反言を適用するという場合とは逆に、実は真実の記述に基づいていたにもかかわらずフィクションであると公表した著作物については、本来保護されないはずの事実の記述が、フィクションであるとカテゴライズされていたことを理由に一転、著作権による保護を受けられるようになるとすべきではないとされている。John A. Taylor, The Uncopyrightability of Historical Matter: Protecting Form Over Substance and Fiction Over Fact, 30 Copyright L. Symp. 33, 42-47 (1983) を参照。

[59] 例えば小説などの中には、物語の臨場感や面白みを引き出すために、あえて物語がさも本当にあったことであるかのように記述するものがある。その場合、読み手はフィクションであることを十分認識しているし、書き手も技法の一つとしてノンフィクションの形を採用しているに過ぎないので、「ノンフィクション風」の記述がされていても、むしろフィクションに分類した方がよいこともある。このように、フィクションとノンフィクションの区別は必ずしも明らかではない。

米国の裁判例では、Phylon the Thibetan という名の惑星に住む生物の言葉を一語一

表時にいかなる建前で売り出したものであったかという点は、著作物の創作性の範囲に影響させるべきではないと考えられる。

それでは、本件の原告や前掲［血液型と性格の社会史］の原告が主張していたように真実に反するという点が創作性を裏づける要素になるかというと、それにも問題がある。真実に反する記述内容が原告の独創にかかるものであっても、それが単なる抽象的な着想に過ぎない場合には、アイディアであることを理由に保護を否定すべきだからである。著作権法は具体的な表現にのみ保護を与え、抽象的なアイディアにとどまるものに関しては自由利用とすることで、表現の創作活動に対するインセンティヴを確保しつつ後発者の表現活動にも配慮するという原則を採っていた（アイディア・表現二分論）。そのように考えると、いくら真実から離れていようとも、アイディアに過ぎないような記述の内容が虚構であると判明した途端に表現に昇華するわけではないということになろう。つまり、重要なのはあくまでも当該記述が具体的な表現といえるか否かという点であって、真実に反するか否かは決定的なメルクマールとはならないというべきである[60]

裁判例を見ても、真実に反する（かもしれない）記述の創作性が争われた過去の事案で侵害が否定された実質的な理由は、当該表現が客観的事実に反しているか否かという問題よりもむしろ、具体的な表現が原告と被告

句記述したものである旨、書籍の前書に記していたという事案につき、事実であると銘打って公表し、一旦読者に真実だと信じこませた以上、著作権の保護を受ける目的で、訴訟の場面になってその立場を変えることは公平及び善良の風俗に反するとして、禁反言の法理を適用して原告の訴えを退けたものがある（Oliver v. Saint Germain Foundation, 41 F. Supp. 296 (S.D. Cal. 1941)）。しかし、ノンフィクションであるとの自己申告が明らかに虚構である場合にまで禁反言の法理を適用すべきかについては疑問が呈されている（Taylor, supra note 58, at 43-44）。

[60] さらに真実に反するか否かで創作性の認められる範囲が変化しうるとなると、裁判所は当該「事実」の真偽を厳密に判断するという困難な作業を強いられることになってしまうという問題もある。歴史的事実に関する内容ならまだ検証の余地はあるが、本件のように原告書籍の記述による以外に知るすべがない個人的な事件の詳細な内容や、それに対し原告が抱いた感情等、他人が知る由もないものの真偽は裁判所でも検証できないだろう。

とで異なっており、原告の創作であると主張されていた部分の借用が抽象的なアイディアのレベルにとどまっていた点に求められていることがわかる。前掲［血液型と性格の社会史］では、そもそも対応箇所として指摘されている原告書籍の記述が一連のものでなく頁が隔たっているばかりか、記述の順序も異なり、具体的な表現の詳細さも全く異なる等、原告と被告の記述がかなり隔たったものであった。

また、前掲［江差追分上告審］でも、現在の江差町で最も賑わうのは８月の夏祭りであるということが、江差町での一般的な考え方であるにもかかわらず、原告はこれを江差追分全国大会の時であるとしていたが、最高裁はそうした考え方が原告に「特有の認識ないしアイデアであるとしても、その認識自体は著作権法上保護されるべき表現とはいえず、これと同じ認識を表明することが著作権法上禁止されるいわれはなく」同じ認識の上に立っていても直ちに侵害となるわけではない旨を判示しており、具体的な表現において異なっているという点を決め手に翻案権侵害を否定している（【第18図】参照）。一審及び控訴審が、原告と被告の著作物の類似点に原告特有の認識が含まれていることを理由の一つとして翻案権侵害を認めていたのとは対照的であるといえよう。

したがって、問題となっている記述がアイディアをそのまま表したに過ぎないというべきものである場合には、それが歴史的な事実であったか、それとも真実に反して著作者が創作したものなのかということは、著作権侵害の成否に影響しないこととなる[61]。そしてこの点は、当該著作物がどのような前提で（ノンフィクションなのか、フィクションなのか）発表されたかによって左右されるべきではないだろう。

よって裁判所としては、その表現の内容の真偽を検証する以前に、これまで述べてきたように創作的表現の再生か否かを判断すればそれで足りるというべきである。

この点につき本件の二審は、「表現された内容が、事実とは異なるものであったとしても、そのこと故に、当該表現が特徴的なものであると解することもできない。」として原告の主張を退けている。知財高判として、描かれた内容の真偽を翻案権侵害の成否の根拠とはしないということを

[61] 田村・前掲注(24)・［江差追分事件判批］220-221頁。同・前掲注(4)78頁も参照。

明らかにした点で、本件控訴審は意義がある。

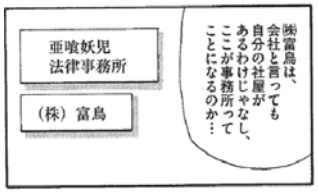
［付記］本稿は、北海道大学大学院・知的財産法演習における報告原稿を加筆修正したものである。本稿の執筆に当たっては田村善之教授から懇切丁寧なご指導を賜った。また、演習の参加者の方々からは貴重なコメントを頂いた。ここに記して感謝申し上げる。

【第1図】 東京地判平成21.12.24平成20年(ワ)5534号［弁護士のくず一審］
知財高判平成22.6.29平成22年(ネ)10008号［同二審］

［対照表1］

原告書籍	被告書籍
「男は林田則男といい，…100億円近い資産を食い潰されそうなので，…取り戻したいという依頼であった。」 「私は，軽い気持ちで，同業としてそんな面汚しはとことん懲らしめてやらねばならないと思うと同時に，この依頼を首尾よく解決すれば，わが貧乏弁護士事務所にもそれなりの潤いがもたらされるかもしれないとの期待も抱いた。」(15頁4～8行目)	 第1話87頁(3コマ目)

［対照表2］

原告書籍	被告書籍
①「稲山は就任するや，まず則男が有していた㈱林田の株式すべてと，主要資産である駐車場約5200坪の土地の信託を受け，同社を完全に支配し運営することになった。さらに，同社の3名の取締役のうち，則男を除く2名に自分の法律事務所の事務職員，野本弘夫と魚沼昭雄を就任させ，同じく監査役にも自分の管理下の事務職員を配置し，㈱林田の経営を完全に支配できるような体制を作った。㈱林田の事務所を自分の法律事務所のあるビルの1階上に移転させ，そこに㈱林田の社長室及び弁護士室の表示をして同室を自由に使い，㈱林田を場所的にも完全に支配したのである。」(16頁5～11行目) ②「4月27日当日，私は則男とともに銀座にある稲山法律事務所を訪れた。あらかじめアポイントを取っておいたので，5階の社長室，弁護士室と書かれた部屋に通され，やがて稲山があらわれた。別段判例集や法律書が並べられているわけでもなく，あまり人の出入りのある部屋のようには見えなかった。」(32頁17行目～33頁2行目) ③「約束の5月9日に，β2弁護士，則男とともに，約束どおり書類等の返還を受けるために稲山法律事務所を訪れた。前と同じ5階の社長室，弁護士室の表示の出ている部屋に通されると，稲山が野本弘夫，魚沼昭雄の両取締役を率いて待ち構えていた。」(34頁7～9行目)	 第1話90頁(3コマ目)

［対照表3］

原告書籍	被告書籍
「5階の社長室，弁護士室と書かれた部屋に通され，やがて稲山があらわれた。別段判例集や法律書が並べられているわけでもなく，あまり人の出入りのある部屋のようには見えなかった。 『何の御用でしょうか』と稲山の言葉遣いは慇懃無礼。細身で，頬と顎に髭をはやした，一見ひ弱そうで粘液質な感じの男だった。私は，なんだ，こんなガキかと思った。依頼者を犬のように飼いならし30億円近くを食い潰した悪党とはとても見えない。被害の額や平ロからして，もっと違った感じを持っていたのだが，こんなガキなら一発骨かしてやれば，簡単に解決すると侮った。これが大きな間違いであった。 『林田則男さんから依頼を受けた弁護士のXです』と名刺を渡して，さっそく用件に入った。 『あなたに不正があることが明らかになりましたので，解任します。㈱林田及び則男さん関係の書類をすべてお返し下さい』 『ちょっと待って下さいよ，いきなり来て，解任だなんて。不正って，社長，どういうことなんですか』とあわてた様子。 『いや，要するにあなたを信用できないから解任するっていうことですよ。則男さん，そうでしょう』と私が引き取って則男の同意を求める。うなずく則男。 『さあ，もう解任ははっきりしたんですから，書類を返して下さい』 『分かりました。返しますよ。といっても訴訟関係書類も多数ありますし，急にいますぐといっても。それに精算しなければならないものもありますしね』と今度はニヤニヤしながら稲山。 『いいですよ，じゃあ，いつ渡していただけますか』 『そうですね，連休もありますし，いろいろ整理しなくてはならないこともありますので，連休明けの5月9日にして下さい』 『連休明けですか，……随分先ですね。……まあ，いいでしょう，じゃあ5月9日にもう一度来ますから，それまでに整理しておいて下さい』 私は則男とともに引き上げた。ちょっと先に延びてしまったが，関係書類等を受け取って，それを分析し，それから稲山の責任を追及すればいいと考えていた。これが甘かった。」(32頁18行～34頁6行目)	 第1話90頁(4～7コマ目)

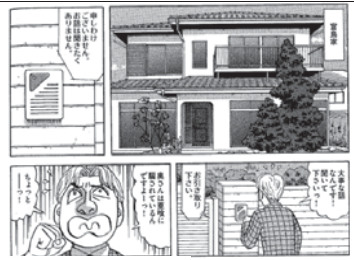
［対照表4］

原告書籍	被告書籍
①「本日がその指定された日だった」(12頁14行目) ②「約束の5月9日に，…約束どおり書類等の返還を受けるために稲山法律事務所を訪れた。」(34頁7～8行目) ③「ところが解任されたはずの弁護士は席につくや，我々の鼻先に会社の商業登記簿を示し，『4月27日の取締役会で林田則男氏は代表取締役を解任され，ここにおられる魚沼昭雄さんが新たに代表取締役に選任されました』と述べた。」(12頁14～16行目) ④「弁護士は涼しい顔付きでさらに続けた。『私は新代表取締役の魚沼さんの委任を受け，引き続き会社の顧問弁護士の任にあります。したがいましてお約束の書類等は返還できません』」(13頁2～4行目) ⑤「そんなことが起こりうることなのか。」(13頁10～11行目) ⑥「そんなことがあり得るのかと，一瞬呆然としてしまった。」(34頁14～15行目)	 第1話90頁(2コマ目) 第1話91頁(1～5コマ目)

［対照表5］

原告書籍	被告書籍
①「…林田氏が単なる雇われ社長ならともかく，オーナー社長から解任された弁護士が，逆に彼を代表取締役の地位から追放し，自分の息のかかった者を代表取締役に就け，その者から新たに委任を受ける，そんなことが起こりうることなのか。」(13頁8～11行目) ②「…ついでに横に座っている魚沼と称する初老の男を怒鳴りつけた。『代表取締役に就任しただと……あんたも共犯だぞ』『いや，私は単に形式的社長でして』と男はあわてて弁解した。」(13頁15～17行目) ③『なにっ……取締役会で解任？　そんな取締役会がいつなされた。開催通知だって受け取っていないぞ……』」(13頁5～6行目) ④「弁護士は涼しい顔付きでさらに続けた。」(13頁2行目) ⑤『通知は口頭でしました』とニヤニヤしながら件の弁護士。」(13頁7行目) ⑥『ふざけるな。こんなことが許されると思っているのか。これは犯罪だ。弁護士がこんなことをしてただで済むと思ったら大間違いだぞ！』とつい大声を上げた。」(13頁12～13行目)	 第1話91頁(6コマ目)～92頁(1～4コマ目)

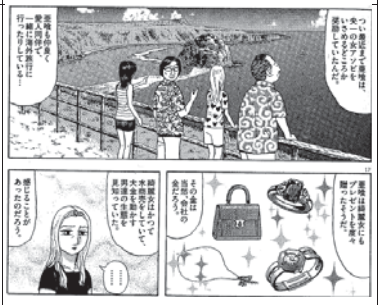
［対照表6］

原告書籍	被告書籍
①「稲山による主従逆転のマインドコントロール下にあったのは，則男にとどまらない。則男の家族ならびに彼と親密な周囲の者も同様であった。稲山は則男と家族との関係に着目した。則男は，これまでにもいろいろと女性問題を起こし，家族を悩ませていたが，この当時もβ3という女性と同居しており，時々家に帰るという生活を繰り返していた。当然，家計についても十分な手当てをしないため，則男の家族は経済的にも苦しい時期があった。稲山は則男に対する㈱林田の役員報酬の一部を割いて，これを定期的に則男の妻・好子に送って，好子ら家族の面倒をみた。このことが好子が稲山に対する感謝の気持ちを抱き，後に則男が稲山の不正に気付いた後も，なお頑なに稲山を信用する立場を崩さず，則男に敵対する原因となる。 稲山は則男の家族の気持ちを掌握する一方，他方では則男と同居していたβ3も含め，一緒にゴルフや海外旅行に行ったりして『家族ぐるみの付き合い』をしていた。」（30頁4～14行目） ②「さて，このように則男とその周囲は稲山のマインドコントロール下にあったが，則男と愛人のβ3だけが，ついに稲山の作った主従逆転の関係から離脱を始める。」（31頁16行目～32頁1行目） ③「依頼者であった則男を㈱林田の代表取締役から追放するにあたっては，稲山に大義名分が必要だった。彼は則男の家族を巻き込むことによってそれを達成しようとした。今回の騒ぎの契機となった稲山弁護士解任策動の背後には，則男の愛人のβ3がいると，則男の家族に言いふらした。β3が同和団体と組んで㈱林田の乗っ取りを図り，則男に稲山弁護士を解任させた，このままだと㈱林田はβ3の自由になり，あなた方家族は則男の愛人のβ3から生活費を支給してもらうことになりますよ，それでもいいですかと，則男の家族に迫ったという。」（45頁14行目～46頁3行目） ④「この点について稲山側は，則男が手持ちの株式を第三者，たとえば裏世界の人物に譲渡するおそれがあり，そうなったら大変なので差し押え，競売によって予防的に則男の手持ち株式を確保したと弁明した。」（51頁1～3行目） ⑤「私は，則男の家族の気持ちを稲山側から取り戻さなければならないと思い，則男とともに好子のところを訪れることにした。応対したのは則男の継母・β6と妻・好子だった。説明すれば理解してもらえると安易に考えていた。誰が見ても，稲山の不正は一目瞭然だと思っていたのだ。しかし，この説得は失敗した。」（46頁6～9行目） ⑥「この2週間後，則男の家族，とりわけβ6の説得を試みようと，再び好子，β6らのところに向かった。今度はアポイントを取らずに出かけた。夜7時頃訪れるつもりであったが，他の仕事が長びき，結局8時過ぎとなってしまった。ちょっと遅くなってしまったな，と思いながら訪れたところ，インターホン越しに好子が応対し，β6は不在だという。それならば好子にと思って話しかけるが，帰ってくれの一点張りである。またしても説得に失敗してしまった。」（47頁13～17行目） ⑦「これらの失敗は，林田家における則男の位置についての理解が欠けていたことが大きな原因であった。想像以上に稲山は好子らの気持ちを取り込んでいたのであった。」（47頁18行目～48頁1行目）	 第1話94頁（3～6コマ目）  第1話97頁（5～8コマ目）～98頁（1，2コマ目）

［対照表7］

原告書籍	被告書籍
①「戦争と同様，裁判闘争もまた兵糧がモノをいう。そのへんを知り抜いている稲山はさっそく則男への糧道を断ってきた。それまで㈱林田の代表取締役として支給してきた月額100万円の報酬の支払いを拒絶してきたのだ。」（73頁2～4行目） ②「さらに則男から預かっていた個人の預金口座も，㈱林田の則男に対する債権と称するもの（判決を取る手間を省くため，あらかじめ公正証書を作っておくという周到さであった）で差し押え，則男を無一文としてしまった。」（73頁4～6行目） ③「私も少しは援助した。本来，弁護士としては，そのようなことをしてはならないのであるが，」（73頁9行目） ④「則男は，…この当時もβ3という女性と同居しており，時々家に帰るという生活を繰り返していた。」（30頁6～8行目）	 第1話95頁（2～10コマ目）～96頁（1～3コマ目）

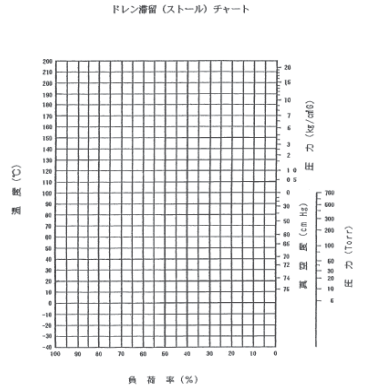
［対照表8］

原告書籍	被告書籍
①「稲山は，…則男と同居していたβ3も含め，一緒に…海外旅行に行ったり…していた。」（30頁13～14行目） ②「こうした旅行は，稲山の妻と一緒のこともあったが，他の女性，例えばクラブのホステス…と一緒のこともよくあった。」（31頁1～2行目） ③「これらの旅行の手配はすべて稲山が行ない，…それは㈱林田の金であった。」（31頁5～6行目） ④「まだある。則男の愛人のβ3に対しても，息子の就職祝いと称して，仕立券付きのワイシャツ生地を10本贈ったという。10本とはあきれてしまった。 これらの贈り物の代金が㈱林田から支払われたことはもちろんである。だいたい弁護士が依頼者から受け取るのならともかく，依頼者に，しかもその妻や愛人宛に中元や歳暮を贈るなどという話は聞いたことがない。」（48頁10～14行目）	 第1話99頁（5，6コマ目）

（裁判所HPより）

【第2図】

東京地判平成17.11.17判時1949号95頁
［ドレン滞留チャート］



（判時1949号95頁より）

【第3図】

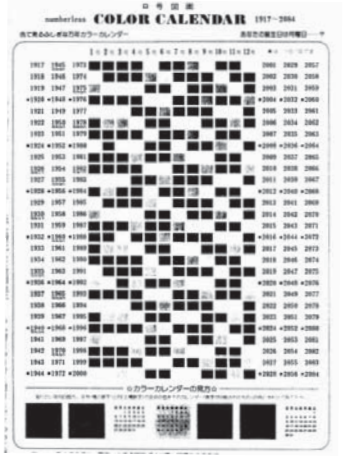
大阪地判平成22.2.18平成20年(ワ)172号
［テーマ選定マトリックス］



（裁判所 HPより）

【第4図】

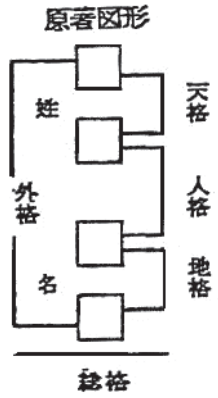
大阪地判昭和59.1.26判タ536号442頁
［万年カレンダー］



（判タ536号442頁より）

【第5図】

大阪地判平成14.3.12平成13年(ワ)12680号
［ネームウォッチング］



（裁判所 HPより）

【第6図】

東京地判平成20.10.23平成19年(ワ)25428号［外国人児童向け漢字教材］

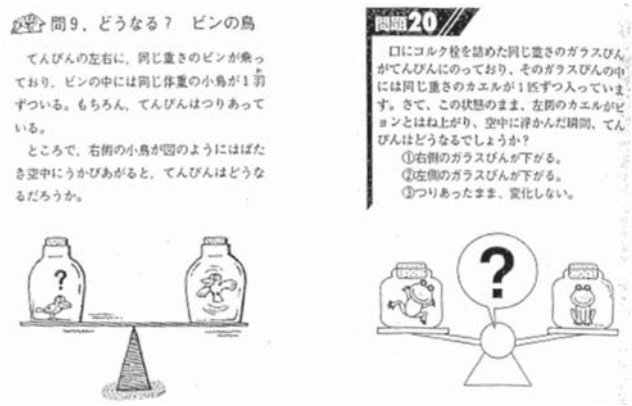


（裁判所 HPより）

【第7図】

東京地判平成20.1.31平成18年(ワ)13803号［パズルの帝国］

原告パズル　　被告パズル



（裁判所 HPより）

【第8図】

東京地判平成7.12.18知裁集27巻4号787頁［ラストメッセージin最終号］

著作物性肯定例	新創刊のお知らせ 長い間ご愛読いただきましたBON TONは今月号(5月号)をもって休刊し、誌面を一新して7月発売で新雑誌としてデビューいたします。どうぞ、ご期待ください!!　編集部
著作物性否定例	休刊のお知らせ 東京地方の桜の開花が待たれる、昨年の3月23日、ニューシングルの人たちが心地よく住まうことをテーマにしたライフスタイルの提案誌として、「NESPA」が誕生しました。創刊号を読んでくださった方から、“本屋さんで見て気に入ったので買ってしまいました。がんばってください”という激励のハガキから、“内容をもう少し充実させて下さい”というお叱りの言葉まで、いろいろなご意見をお寄せくださいました。それ以来、毎号毎号、ハガキが増え続けました。皆様の思いを込めたハガキは、今でも大切に保管してあります。いつかまた、皆様とお逢いできる日のために、貴重な資料として私たちの財産にさせていただきます。1年と2か月間の短いおつきあいでしたが、「NESPA」ご愛読、本当にありがとうございました。

(判時1567号134-135頁より)

【第9図】

東京地判平成21.3.30平成20年(ワ)4874号［新聞販売黒書］

催告書

冠省　貴殿が主催するサイト「新聞販売黒書」に2007年12月21日付けでアップされた「読売がYC広川の訪店を再開」と題する記事には、真村氏の代理人である江上武幸弁護士に対する私の回答書の本文が掲載されています。

しかし、上記の回答書は特定の個人に宛てたものであり、未公表の著作物ですので、これを公表する権利は、著作者である私が専有しています(著作権法18条1項)。

貴殿が、この回答書を上記サイトにアップして公表したことは、私が上記回答書について有する公表権を侵害する行為であり、民事上も刑事上も違法な行為です。

そして、このような違法行為に対して、著作権者である私は、差止請求権を有しています(同法112条1項)ので、貴殿に対し、本書面到達日3日以内に上記記事から私の回答を削除するよう催告します。

貴殿がこの催告に従わない場合は、相応の法的手段をとることになりますので、この旨を付言します。

不一

(岡邦俊「続・著作権の事件簿(123)」JCAジャーナル56巻5号66頁より)

【第10図】

東京地判平成15.10.22判時1850号123頁［シャンテリー転職情報］

	原告転職情報	被告転職情報A
1	【表題部】 その案件は，エンジニアにとってスキルの向上につながるか・・・ キャリアアップに役立つ業務知識やノウハウが得られるか・・・ 開発環境や条件は希望を満たしているか・・・ ひとつのプロジェクトが完了したとき，関わったエンジニア自身があらゆる面から深い満足を得られるような仕事であること。 それが，シャンテリーが案件を選択するときの基準です。	【案件の選択基準】 その案件は，エンジニアにとってスキルの向上につながるか・・・ キャリアアップに役立つ業務知識やノウハウが得られるか・・・ 開発環境や条件は希望を満たしているか・・・ 一つのプロジェクトが完了したとき，関わったエンジニア自身があらゆる面から深い満足を得られるような仕事であること。 それが，シャンテリーが案件を選択するときの基準。
2	【仕事内容】 オープン系を中心に，アプリケーション，Web系，制御系に至るまで幅広い分野での開発を手がけている当社で，あなたの希望するプロジェクトに携わっていただきます。	【仕事内容】 Web系とオープン系を中心に，汎用系，制御系に至るまで幅広い分野での開発を手がけている当社で，あなたの希望するプロジェクトに携わっていただきます。
3	【仕事内容】 ■開発実績の一例 Web系・・・介護情報ネットワークシステム開発・インターネット証券トレードシステム開発 オープン系・・・在庫管理システム，戦略シュミレーションシステム開発 制御系・・・各種OA機器の組込みアプリケーションソフトウェア開発 【NEW！】ナスダック上場企業のB to Bサイト構築，共同プロジェクト進行中！シャンテリーからはプロジェクトマネージャーが参加しています。	【開発実績の一例】 Web系・・・介護情報ネットワークシステム開発・インターネット証券トレードシステム開発 オープン系・・・在庫管理システム，戦略シュミレーションシステム開発 制御系・・・各種OA機器の組込みアプリケーションソフトウェア開発 汎用系・・・大手都銀統合システム開発 【NEW！】ナスダック上場企業のB to Bサイト構築，共同プロジェクト進行中！シャンテリーからはプロジェクトマネージャーが参加しています。
4	【仕事内容】 ひとつのプロジェクトは約3～6ヶ月という短い期間のものがほとんど。それだけにさまざまなジャンルの開発に携わることができます。 ※もちろん中には1年程度という長いスパンでの開発案件もあります。	【仕事内容】 ひとつのプロジェクトは約2～3ヶ月という短い期間のものがほとんど。それだけにさまざまなジャンルの開発に携わることができます。 ※もちろん中には1年程度という長いスパンでの開発案件もあります。
5	【資格】 学歴不問21歳～32歳位迄（契約社員は40歳位迄） ■プログラマーもしくはエンジニアとしての開発実務経験を1年以上お持ちの方，歓迎します。 ※スキルアップが望めない・・・新しい分野の開発をしたい，キャリアアップしたいが機会がない・・・そんなエンジニアの方，ぜひ一度ご連絡下さい。 ※もちろん経験年数3年以上レベルの方は即戦力として活躍できます。	【応募資格】 学歴不問21歳～33歳位迄 ■プログラマーもしくはエンジニアとしての開発実務経験を1年以上お持ちの方，歓迎します。 ※スキルアップが望めない・・・新しい分野の開発をしたい，キャリアアップしたいが機会がない・・・そんなエンジニアの方，ぜひ一度ご連絡下さい。 ※もちろん経験年数3年以上レベルの方は即戦力として活躍できます。
6	【勤務地】 ※横浜線・小田急線・田園都市線・相鉄線・東海道線沿線でのプロジェクトが多数あり，自宅から近い場所を選ぶ社員が多くいます。	【勤務地】 ※横浜線・小田急線・新玉川線・相鉄線・東海道線沿線でのプロジェクトが多数あり，自宅から近い場所を選ぶ社員が多くいます。

(判タ1162号273頁より)

1, 2, 4, 5…侵害肯定

3, 6……侵害否定

【第11図】

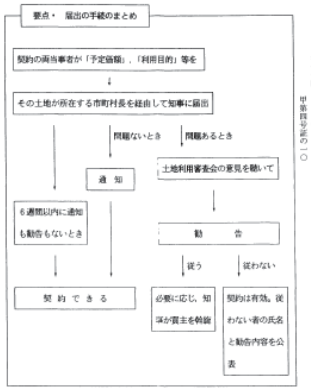
東京地判平成6.7.25知裁集26巻2号756頁［出る順宅建一審］
東京高判平成7.5.16知裁集27巻2号285頁［同二審］

◆侵害が肯定されたもの

原告図表



被告図表



◆侵害が否定されたもの

原告図表

1.　都市計画の決定権者

(1)　決定権者

原則――都道府県知事および市町村（15Ⅰ）。

①市街化区域・市街化調整区域の線引			知事
②地域地区	用途地域		知事または市町村
	補助的地域地区	特別用途地区・高度地区・高度利用地区・特定街区・防火地域・準防火地域・美観地区	市町村
		風致地区	知事
③地区計画			市町村
④都市施設			知事または市町村
⑤市街地開発事業			知事または市町村
⑥市街地開発事業等予定区域			知事
⑦促進区域			市町村

原告表(3)　甲第七号証の五

被告図表

要点・　都市計画の決定権者(1)

都市計画の種類			決定権者
①市街化区域・市街化調整区域			知事
②地域地区	用途地域		知事または市町村
	補助的地域地区	特別用途地区、高度地区、高度利用地区、特定街区、防火・準防火地域、美観地区	市町村
		風致地区	知事
③促進区域			市町村
④遊休土地転換利用促進地区			市町村
⑤都市施設			知事または市町村
⑥市街地開発事業			知事または市町村
⑦市街地開発事業等予定区域			知事
⑧地区計画			市町村

被告表(3)　甲第三号証の五　甲第四号証の五

（知裁集26巻2号756頁より）

【第12図】

東京地判平成14.4.15判時1792号129頁［ホテルジャンキーズ一審］
東京高判平成14.10.29平成14年(ネ)2887号［同二審］

別紙〈抄〉　　原告記述及び転載文一覧表

	原告記述	転載文	
5－(1)	ありーさん、はじめまして。 昨年の4月に、バンコールラウトへ行く前泊として、KLリージェントに泊まりました。 リージェントは道路の反対側がKLプラザ、ロット10や伊勢丹などのショッピングモールなのでお買い物には最高のロケーションです。雨が降っても地下道で道を渡れるので傘要らずですし。(マレーの人は小雨程度では傘を使わないみたいですけど) リージェント自体はスタンダードルームに泊まったせいもありますが、まあ、普通です(でもヒルトンよりいいです)。南国らしい花が咲いている外観や、ロビーの雰囲気が好きなので、次回KLに行くとしたら、またリージェントに泊まると思います。 KLでお買い物中心の滞在だったら、この Bukit Bintan 通り周辺か、最近新しいホテルが増えているペトロナスタワー周辺が便利かな？ KLにはまた行きそうなので、Lさんのコメントを私も楽しみに待っています。	15頁 昨年の四月に、バンコールラウトへ行く前泊として、「クアラルンプールリージェント」に泊まりました。「リージェント」は道路の反対側がクアラルンプールプラザ、ロット10や伊勢丹などのショッピングモールなのでお買い物には最高のロケーションです。雨が降っても地下道で道を渡れるので傘要らずですし（マレーシアの人は小雨程度では傘を使わないみたいですけど)。「リージェント」自体はスタンダードルームに泊まったせいもありますが、まあ、普通です。でも「ヒルトン」よりいいです。南国らしい花が咲いている外観や、ロビーの雰囲気が好きなので、次回クアラルンプールに行くとしたら、また「リージェン」トに泊まると思います。クアラルンプールでお買い物中心の滞在だったら、この Bukit Bintan 通り周辺か、最近新しいホテルが増えているペトロナスタワー周辺が便利かな？（どきん）	創作性肯定
5－(2)	キョウコさん、はじめまして。シンガポールのどきんです。ここ最近シンガポールにいらっしゃる方が多く、このサロンでもシンガポールのホテルについての会話が活発に交わされていました。取りあえず、上のタイトル下にある「検索」機能で、"シンガポール"をキーにして検索すると、最近の投稿を読むことが出来ます。私があれこれ書くより good な、実際にホテルに滞在された Yossie さんや志津保さんのコメントが読めますよ。それからその前の会話は Hotel Junkies Vol.21にばっちり載っています（ちょっと恥ずかしい)。 グッドウッドパークについてですが、レストランは良いけどホテルの部屋はそれほどでも……と言うのが良く聞く意見です。人からの受け売りでゴメンナサイ！ あと、こちらの HP でグッドウッドパーク体験者のお話が読めます。ご参考までに。(シンガポール自由旅行専科) http://www.asahi-net.or.jp/~pp7j-tzk/hotel/goodwood.html もし、具体的に行くメンバー（ご夫婦とか）やホテルのイメージ（景色よりコロニアル性重視とかオーチャード近辺とか利便性重視、などなど）が分かれば、Lさんがもっと的確なアドバイスをしてくださると思います。ではでは。	23頁 「グッドウッドパーク」についてですが、レストランは良いけど、ホテルの部屋はそれほどでも……というのがよく聞く意見です。人からの受け売りでゴメンナサイ！（どきん）	創作性否定

（判タ1098号219頁より）

【第13図】

東京地判平成13.3.26平成９年(ワ)442号［大地の子］

◆対照表一(構成要素について)

	原告『卡子 出口なき大地』	被告『大地の子』
1	城内とは、昔、「匪賊」から守るための城壁があったところで、中国人ばかりが住む、いわゆる中国人街である。新京時代には、“満人街”と呼ばれていた。(略)興安大路の道幅の四分の一くらいしかない狭い道路には、馬車がのろのろとしか走れないほど人が溢れ出て、その両側には派手な彩りの招牌(看板用の垂幕)が垂れ下がる、にぎやかな商店街が続いていた。油と肉とニンニクをごったまぜにして小麦粉で固めたようなにおいと、かびついた古本のようなにおいがたちこめていた。	両側に飲食店や衣類、薬、日用雑貨などの商店と、焼餅、焼鳥、豚肉などの屋台がならび、油やニンニクの匂いがたっていたが、なぜか吐き気を催した。多くの人々がひしめくように歩き、道端にしゃがんで話している者もいるから、狭い道は混雑していた。大福は、先生を見失いそうになっては、慌てて先生の腕に縋った。 「心配しなくていい、ここは日本が支配していた時、城内といわれた中国人街で、日本人街とは区別されていた処だよ」
3	街路樹の根元には倒れた人がそのまま放置されていた。	道端の街路樹にもたれたままの死人もいた。

◆対照表二(ストーリー構成について)

原告『卡子 出口なき大地』	被告『大地の子』
1. 包囲戦下の長春の惨状についての描写 ↓(詳細略) 2. 父が長春脱出を決意する ↓ 3. 父が市長に留用解除を要請に行ったところ市長から餞別として大量に食糧を渡され、思わぬところで脱出に必要な食糧を手に入れる ↓ 4. 他の人たちが集団で出るという情報が入り同行することになって脱出の日取りが決まる ↓ 5. 手に入れた食糧をみんなで食べ体力をつける (以下略)	1. 包囲戦下の長春の惨状についての描写 ↓(詳細略) 2. 父が長春脱出を決意する ↓ 3. 母がひそかに食糧を準備していたことがわかり、思わぬところで脱出に必要な食糧を手に入れる ↓ 5. 父が食糧を子に食べさせようとする但し母に拒否される ↓ 4. 卡子の門が中秋節には開くことが多いという情報が入り脱出の日取りが決まる (以下略)

(裁判所HPより。いずれも抜粋であるため、詳しくは裁判所HPにある別紙資料を参照されたい。)

【第14図】

東京地判平成12.12.26判時1753号134頁［ソニー燃ゆ一審］

東京高判平成14.1.30平成13年(ネ)601号［同二審］

原告	被告
葬儀の形式は井深が敬虔なクリスチャンだったので、キリスト教スタイルだったが、宗教色のさほど強くない「映像と音楽による葬儀」だった。	井深氏は敬虔なクリスチャンだったが、葬儀の形式それ自体は宗教色のあまり強くなく、むしろAVメーカー「ソニー」を育てた井深氏に相応しい「映像と音楽」で彩られていた。
午前十一時五十五分の献灯で式が開始された。(中略) 時計の針が正午を指した時、ショパンの「葬送行進曲」が流れ始めた。祭壇の左端に置かれたグランドピアノを使った演奏である。桜井はピアニストを紹介しなかったが、演奏したのは大賀夫人の緑だった。	午前十一時五十五分、献灯で式が始まった。 正午と同時に、祭壇の左隅に置かれたグランドピアノからショパンの「葬送行進曲」が流された。演奏者は、葬儀委員長を務めるソニー会長・大賀典雄の夫人、緑である。

(判タ1079号282頁より)

【第15図】

東京地判平成10.11.27判時1675号119頁［壁の世紀］

◆対照表・終章(抄)

原告	被告『壁の世紀』
E　起訴状の主な内容は、主犯被告ティリンスキーに対しては、偽造書類を使って人々を騙し、返済するあてのない借金あるいは商品購入の詐欺を行ったというものであり、エミリーとアルベルトに対しては、ティリンスキーへの直接共犯及び幇助罪の疑いがある、というものであった。	e　起訴状のおもな内容は、主犯被告人ティリンスキーにたいしては、偽造書類をつかって人々をだまし、返済する意思のない借金あるいは商品取込みの詐欺をおこなったというものであり、エミリーとアルベルトにたいしては、ティリンスキーとの直接の共犯および幇助罪の疑いがある、というものであった。
F　ベルン法廷がどのような公判を行ったのか、ベルン法廷記録によってその過程を、犯罪行為の調査、証拠物件の評価、関係者たちの証言、判決、処罰という順を追ってみていこう。	f　ベルン法廷がどのような審理をおこなったか、ベルン法廷記録によってその過程を、犯罪行為の調査、証拠物件の評価、関係者たちの証言、判決、処罰という順を追ってみていこう。

(判タ992号254-255頁より)

【第16図】

東京地判平成10.6.29判時1667号137頁［地獄のタクシー］

◆題材

原告(漫画)	被告(TVドラマ)
①実験用動物であるモルモットの命の尊さを忘れた医師が、等身大化した実験用動物のモルモットによって逆に実験台にされ、その結果殺される。	①医学の進歩のためには実験動物はもちろん、患者の命すら実験台と考え病院経営をする院長が、実験動物のように扱った患者の亡霊に襲われ、また等身大化した実験用動物のネズミによって足を切断され、最後に地獄行きのタクシーに乗せられて姿を消すことにより死が暗示される。
②医師が睡眠を取ることにより等身大化したモルモットにより実験台にされるという夢の世界に入り、目を覚ますと現実に戻っているが、次第にそれが夢か現実かわからなくなり、最後には現実にモルモットによって殺されてしまう。	②タクシーに乗り、病院に戻ると患者の亡霊に襲われ、等身大化したネズミによって足を切断されるという奇妙な世界に入り、目を覚ますと再びもとのタクシーに乗っているが、脚は現実に切断されており、夢か現実かわからないまま最後にはタクシーに乗ったまま地獄に送られてしまう。

(判タ992号265頁より)

【第17図】

東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁［悪妻物語？一審］

東京高判平成8.4.16知裁集28巻2号271頁［同二審］

	原　　告	被告
あらすじの類似点	①　海外に支社をもつ大手建設会社の会社員のサウジアラビアへの海外単身赴任という事件が基礎になっている ②　夫の海外単身赴任令を知った妻が夫への愛情(共に暮らしたいというごく自然な要求)から夫の海外単身赴任先に行きたいと切実に思う気持ちと会社の論理との対立葛藤。 ③　妻は、夫の転勤先に同行するべく夫の会社への直談判、海外に支社をもつ他会社の転勤状況の情報収集活動を行い、さらに会社が妻の同行を許さないとわかるや自ら旅行社と交渉しビザの手配を行い、ひとりでも夫の転勤先にゆくまでにこぎつける。 ④　会社は、会社の論理を貫くため、妻が個人の意志で夫の転勤先に行くことを現実のものにしたことを知ると、妻を止めることは不可能と判断し、会社の業務命令で夫を海外の転勤先から日本へ呼び戻すという決定をする。	同

登場人物の類似点	(1)主人公の名前	章子	同
	(2)子ども有無	なし	
	(3)共働きかどうか	専業主婦	
	(4)夫の勤務先	海外に支社をもつ建設会社	
	(5)夫の転勤先	サウジアラビア	
	(6)妻のキャラクター	愛することにひたむきな女性	
	(7)夫のキャラクター	まじめで穏やかであるが、結婚したら妻との愛情生活より会社の論理を優先的に考える典型的なサラリーマンのタイプ	

◆セリフなどの具体的な内容の類似点(抄)

	原告	被告
単身赴任命令に対する妻の問題意識	「結婚というのは、二人が一緒に住むからこそ結婚なんでしょ。一緒に住まないなら結婚なんて意味がない」 「夫婦を引き離すなんてとんでもない会社だ。辞めて。どうしても辞めて。妻を置いていって当たり前なら、離婚していくのが当然じゃないの。いくなら別れてからいってちょうだい。離婚していってちょうだい。」	「ひどいわ！夫婦は一緒に居てこそ夫婦でしょ。あたし、土漠にテントはってでも、マーちゃんと一緒に暮らす！」 「妻を置いて行っていいなら、離婚して行くのが当然じゃない」 「行くんなら、別れて行って！離婚していって！いいの？マーちゃん、あたしと離婚しても……」 「じゃあ会社をやめて、そんな会社、やめて……」
同行できないことを知った妻の対応	「ひどいわ。前例がなくたって私が前例になればいいもの。どうしてもいく。ついていく」 「あなたがいえないんなら、私が自分で会社に言いにいくわ。何が何でもついていくって」 それでも夫が帰宅すれば毎晩くり返されるやりとりの中で…	「前例がないなんて、それならあたしが前例になってあげればいいじゃない」 「あなたが言えないなら、あたしが会社に言ってあげる」 「それからは、毎晩毎晩、同じ議論のくり返しだった(ナレーション)」

(判時1571号128頁より)

【第18図】

最判平成13.6.28民集55巻4号837頁［江差追分上告審］

原告(TV番組のナレーション)	被告(ノンフィクション書籍)
日本海に面した北海道の小さな港町、江差町。古くはニシン漁で栄え、「江戸にもない」という賑いをみせた豊かな海の町でした。 しかし、ニシンは既に去り、今はその面影を見ることはできません。 九月、その江差が、年に一度、かっての賑いを取り戻します。民謡、江差追分の全国大会が開かれるのです。大会の三日間、町は一気に活気づきます。	むかし鰊漁で栄えたころの江差は、その漁期にあたる四月から五月にかけてが一年の華であった。…(6文省略)…「出船三千、江差の五月は江戸にもない」の有名な言葉が今に残っている。…(4文省略)… 鰊の去った江差に、昔日の面影はない。…(6文省略)… その江差が、九月の二日間だけ、とつぜん幻のようにはなやかな一年の絶頂を迎える。日本じゅうの追分自慢を一堂に集めて、江差追分全国大会が開かれるのだ。町は生気をとりもどし、かつての栄華が蘇ったような一陣の熱風が吹き抜けていく。

(民集55巻4号842頁より)