HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ファッションショーにおける化粧、髪型のスタイリング、衣装やアクセサリーの選択とコーディネートにつき著作物性を否定した事例（1）
Author(s)	橋谷，俊
Citation	知的財産法政策学研究，47，367-405
Issue Date	2015-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60336
Type	departmental bulletin paper
File Information	47_15.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

ファッションショーにおける化粧、髪型のスタイリング、衣装やアクセサリーの選択とコーディネートにつき著作物性を否定した事例（1）

第一審：東京地判平成25年７月19日判時2238号99頁[1]
控訴審：知財高判平成26年８月28日判時2238号91頁[2]

橋　谷　　俊

【事案】

イベント等の企画制作コンサルティング等を行う原告・有限会社マックスアヴェール（以下「原告会社」という。）と、原告会社から業務委託を受けた原告Ａ（以下「原告Ａ」といい、原告会社と総称して「原告ら」という。）は、平成21年（2009年）６月６日、いわゆるファストファッションのブランド「Forever 21」の衣装等を使用したファッションショー（以下「本件ファッションショー」という。）を開催した。

訴外・株式会社JFCC（以下「訴外JFCC」という。）は、原告らの許諾を得て本件ファッションショーを収録し、自らが運営するファッション専門テレビチャンネル「fashion TV」において、収録した映像（以下「本件映像」という。）を放送した。

被告・NHK（以下「被告NHK」という。）は、平成21年６月12日、テレ

[1] 本件第一審の評釈として、渡部友一郎［判批］コピライト632号（2013年）32頁、角田政芳［判批］AIPPI 58巻12号（2013年）２頁がある。

[2] 本件控訴審の評釈として、小泉直樹［判批］ジュリスト1475号（2014年）６頁、本山雅弘［判批］ジュリスト1479号（平成26年度重要判例解説・2015年）278頁、角田政芳［判批］DESIGNPROTECT 106号（2015年）７頁、奥邨弘司［判批］判例評論678号（2015年）20頁がある。

ビ番組「特報首都圏　“激安”ファストファッション～グローバル企業が狙うニッポン～」（以下「本件番組」という。）を放送した。被告NHKは本件番組内において、訴外JFCCより映像データの提供を受けた本件映像の一部を、約40秒間使用した（本件番組内で使用された本件映像の部分を、以下「本件部分映像」という。）。

本件部分映像は、別紙映像目録によると、前半10秒間、後半31秒間の二つの部分に分かれる。前半部分は四つの場面で、後半部分は六つの場面でそれぞれ構成されている。各場面の再生時間は約２秒間から９秒間で、化粧・髪型をセットして衣装・アクセサリーを着用したモデルが、歩いてポーズを取るなどの動作をする様子が、それぞれ映っている。

前半部分10秒間

（1）Iline １着目　写真①及び②

（2）Anna ２着目　写真③及び④

（3）Anna １着目　写真⑤及び⑥

（4）Izabella ２着目　写真⑦及び⑧

後半部分31秒間

（1）Iline １着目　写真⑨～⑪

（2）Anna １着目　写真⑫及び⑬

（3）Anna ２着目　写真⑭及び⑮

（4）Iline １着目　写真⑯及び⑰

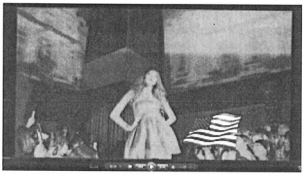
（5）Tamra ２着目　写真⑱～⑳

（6）Izabella ２着目　写真㉑～㉔

㋐モデルの髪型、化粧、衣服の組み合わせ等

㋑ギフトを配布するポーズをとるモデル

㋒写りこんだ背景映像とモデル



【渡部・前掲注(1)33頁より】

原告らは、原告Ａが本件ファッションショーにかかる以下①から⑦の著作物を創作した著作者であり、原告Ａから原告会社に対してそれらの著作権（放送権）が譲渡された結果、原告会社が以下①から⑦の著作権者となり、被告NHKの放送によって、以下①から⑦にかかる原告会社の著作権（公衆送信権、放送権）ならびに原告Ａの著作者人格権（氏名表示権）が侵害されたと主張した。

さらに、原告らは、原告Ａは本件ファッションショー（の全体）を構成・演出等した実演家であり、実演家の権利を有するとして、被告NHKの放送によって原告Ａの実演家の権利（氏名表示権）も侵害されたと主張した。

①化粧や髪型のスタイリング
②衣服の選択及び相互のコーディネート
③アクセサリーの選択及び相互のコーディネート
④ポーズの振り付け
⑤衣服を脱ぐ動作の振り付け
⑥化粧、衣服、アクセサリー、ポーズ及び動作のコーディネート
⑦出演順序及び背景に流される映像

以上の主張により、原告らは、被告NHKおよび前記ファッションブランド「Forever 21」の日本におけるプロモーション代理店である被告・株式会社ワグ（以下「被告ワグ」という。）に対して、前記著作権等侵害の共同不法行為責任（被告ワグについてはその従業員が訴外JFCCをして被告NHKへ本件部分映像の映像データを提供させたことについての使用者責任）に基づく損害賠償の支払いを求めた。

【争点】

１．著作権、著作隣接権及び実演家人格権侵害の成否
２．原告らの損害額

【判旨】

第一審—請求棄却

１．著作物性について

①化粧や髪型のスタイリング

「（ア）　本件映像部分の各場面におけるモデルの化粧及び髪型は、別紙

映像目録添付の各写真のとおりであり、『Iline 1 着目』は下ろした髪全体を後ろに流した髪型、『Anna 1 着目』及び『Anna 2 着目』は緩やかにカールを付けた髪を下ろした髪型、『Izabella 2 着目』は耳上の髪をまとめ、耳下の髪にカールを付けて下ろした髪型、『Tamra 2 着目』は全体に強めにカールを付けて下ろした髪型であり、また、いずれのモデルにも、アイシャドーやアイライン、口紅等を用いて華やかな化粧が施されているものということができる。

（イ）　しかし、上記化粧及び髪型は、いずれも一般的なものというべきであり、作成者の個性が創作的に表現されているものとは認め難い。

また、本件映像部分における各場面は、約 2 秒ないし 9 秒間のごく短いものである上、動くモデルを様々な角度から撮影したものであることから、各モデルの顔及び髪型が映る時間は極めて短いものであるということができる。これに加えて、本件映像部分は、暗い室内において、局所的に強い照明を当てながら撮影されたものであるため、本件映像部分から、各モデルの化粧及び髪型の細部を見て取ることは困難であるというべきであり、原告らが主張するような、細部におけるアイラインの引き方やまつ毛の流し方、目元、唇等における微妙な色の工夫等（甲 4 ～甲 7 ）を看取することはできないものである。そうすると、仮にこれらの点に創作性が認められるとしても、本件映像部分において、上記創作的表現を感得できる態様で公衆送信が行われているものとは認められない。

（ウ）　したがって、これらの点には著作物性がなく、また、仮に著作物性が認められる点があるとしても、これが本件映像部分において公衆送信されているものとは認められない。」

②衣服の選択及び相互のコーディネート

③アクセサリーの選択及び相互のコーディネート

「（ア）　本件映像部分の各場面におけるモデルの衣服、アクセサリー等は別紙映像目録添付の各写真のとおりであり、①『Iline 1 着目』として黒のレース素材のトップス、豹柄のスカート、黒のベルト、紫色の輪状の耳飾り及び黒のヘッドドレスの組み合わせが、②『Anna 2 着目』として白地に黒の水玉模様のワンピースに黒のベルト、パールネックレス、ピンクと黒のヘッドドレスの組み合わせが、③『Anna 1 着目』として緑色のワンピ

ース、銀色の腕輪、黒のヘッドドレスの組み合わせが、④『Izabella 2 着目』として黒のワンピースと黒のヘッドドレスの組み合わせが、⑤『Tamra 2 着目』として黒の毛皮のコート、紫色のトップス、黒のスカート、紫色のバッグ、ヘッドドレスの組み合わせがなされていることが認められる。

（イ） しかし、上記衣服及びアクセサリーは、いずれも既製品であり、かつ、そのほとんどは『Forever 21』の商品であって（甲 2 ないし 7)、大量販売が予定されているものということができるところ、このような衣服及びアクセサリーについては、消費者がこれを適宜選択して様々に組み合わせ、身に着けることが当然に予定されているものというべきである。そうすると、このような衣服又はアクセサリーの選択及び組み合わせについては、通常考えられるところと著しく異なる特殊な組み合わせ方であるなど、組み合わせを行った者の独自の個性の表れとみることのできるような特殊又は特徴的な点がない限り、ありふれたものであり創作性がないものと解するのが相当である。

（ウ） 本件映像部分に表れた上記衣服及びアクセサリーの選択及び組み合わせ方に、上記のような特殊又は特徴的な点を認めることはできないから、これらの点に創作性は認められず、著作物性は認められない。」

④ポーズの振り付け

⑤衣服を脱ぐ動作の振り付け

「(ア） 本件映像部分において、『Iline 1 着目』では、モデルが手を前後に大きく振りながら歩き、立ち止まって両手を腰に当てた上で、腰を向かって左、右（向かって左、右を指す。以下同じ。）の順にゆっくりと大きくひねる様子（ただし、場面 1 (1)では手を前後に振る様子は映っておらず、腰をひねる様子も、その一部が映っているにとどまる。）が、『Anna 2 着目』では、モデルがゆっくりと前方に歩く様子が、『Anna 1 着目』では、場面 1 (3)においてモデルが両手を腰に当てて歩き、立ち止まって、手を腰に当てたまま、肩を揺らす様子が、場面2(2)においてモデルが腕を下ろして揺らしながら歩き、やや斜め前方を向いて立ち止まって、左右に向きを変えながら肩と下ろした腕を揺らす様子が、『Izabella 2 着目』では、モデルが左手に持った紙袋から右手で中身を出し、左手に移し替えた上、右の手の平を広げて耳に当て、さらに、体の横で両手の平を上に向けて観客

をあおるようなそぶりをした上、左手に持っていた物を右手で投げる様子が、『Tamra 2 着目』では、モデルが両手を腰の高い位置に当てて歩き、立ち止まって体をひねった後、後ろを向き、歩きながら毛皮のコートを脱ぐ様子が映っていることが認められる。

（イ） 各モデルの上記ポーズ又は動作は、ファッションショーにおけるモデルのポーズ又は動作として特段目新しいものではないというべきであり、上記ポーズ又は動作において、作成者の個性が表現として表れているものとは認められない。したがって、これらのポーズ又は動作の振り付けに著作物性は認められない。」

⑥化粧、衣服、アクセサリー、ポーズ及び動作のコーディネート

「前記①ないし⑤の点がいずれもありふれたものであって創作性が認められず、又は創作的表現を感得できる態様で公衆送信が行われているものと認められないことは前述のとおりであるところ、これらの各要素が組み合わされることにより、作成者の個性の表出というべきような新たな印象が生み出されているものとは認められないから、前記①ないし⑤の点の組み合わせに著作物性を認めることはできない。」

⑦出演順序及び背景に流される映像

「（ア）（出演順序について：筆者注）証拠（甲２）によれば、本件ファッションショーには合計８名のモデルが、それぞれ２着ないし３着（合計20通り）の衣装を身に着けて出演したものであることが認められる。

上記出演順序は、モデルの着替え時間やギフト配布のタイミング等の便宜的な要素を考慮して決定されたものであるとされるところ、上記出演順序が、ドレスの順序（モノトーンの次は明るい色彩に、その次はシックに、その後は再びカラフルに等）も考慮して決定されたものであるとされることを考慮しても、上記出演順序に、思想又は感情が創作的に表現されているものとは認められない。

加えて、本件映像部分における場面１(1)ないし(4)は上記出演順序の１番目、11番目、２番目、13番目に、場面２(1)ないし(6)は上記出演順序の１番目、２番目、11番目、１番目、14番目、13番目に各対応していることが認められるのであって、本件映像部分は、本件ファッションショーの映像

を順不同に流したものであることが認められる。そうすると、仮に上記出演順序に創作性が認められるとしても、本件映像部分において、上記創作性を感得できる態様で公衆送信が行われているものとは認められない。

（イ） 背景映像について

原告らは、本件ファッションショーの背景映像は、『City』や『Resort』を印象付けるものとして、モデルや衣装に合わせて場面毎に選択されたものであり、本件映像部分のうち、場面１(3)（別紙映像目録添付写真⑤）に甲21号証の写真21が、場面１(4)及び２(6)（同目録添付写真⑦、⑧、〈23〉、〈24〉）に甲21号証の写真54が、場面２(2)（同目録添付写真⑬）に甲21号証の写真32がはっきりと映っている旨主張する。

しかし、場面１(3)（別紙映像目録添付写真⑤）における背景映像は、甲21号証の写真21とは明らかに異なるものであり、上記場面に同写真が映っているものとは認められない。

また、確かに、証拠（甲１）によれば、場面1(3)及び場面２(2)（同目録添付写真⑬）には甲21号証の番号32の写真が、場面１(4)及び２(6)（同目録添付写真⑦、⑧、〈23〉、〈24〉）には甲21号証の写真54が映っていることがうかがわれる。

しかし、上記各場面においても、背景映像はややぼやけて映っている上、背景映像がスクリーン上で左から右に流れるように動いて映されているものであることから、上記背景映像が、甲21号証の写真32及び54と同一であるか否かも判然としない。加えて、本件映像部分において、背景映像が映る時間はそれぞれ数秒程度と極めて短いものであることから、上記映像の具体的内容を看取することは困難であるというべきである。

そうすると、本件映像部分において、背景映像に係る創作的表現を感得できる態様で公衆送信が行われているものとは認めることができない。」

２．実演該当性について

「ア　放送権及び実演家としての氏名表示権侵害が認められるためには、『その実演』を放送し、又は公衆に提供・提示する場合であることを要するところ（著作権法92条１項、90条の２第１項)、『実演』とは、『著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の

方法により演ずること（これらに類する行為で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するものを含む。）』をいうものとされる（同法２条１項３号）。

イ　原告らの主張する『実演』の内容は明確ではないが、モデルの動作、ポーズ等が実演に当たると主張するものであるとすれば、上記動作等が著作物に当たらないことは前記(2)ウのとおりであるから、モデルが上記動作やポーズを取ることは、『著作物を…演ずる』ことに当たらず、『実演』には当たらない。

また、原告らが、本件ファッションショーを『実演』として主張するものであるとしても、原告らは、本件ファッションショーが『シティとリゾートのパーティースタイル（都会的な女性のドレスアップコーディネートとリゾートラグジュアリーパーティースタイル）』をコンセプトとするものであること、安価なブランドを用いて高級感を演出したものであること等を主張するのみで、本件ファッションショーが『実演』に当たる理由につき、前記第３の１の『原告らの主張』(1)イの①ないし⑦の点が著作物に当たること以外に具体的主張をするものではない。そして、本件ファッションショーのうち、上記①ないし⑦の点に、背景写真を除いていずれも著作物性が認められないことは前記(2)でみたとおりである。また、背景写真に著作物性が認められるとしても、その展示が『著作物を…演ずる』ことに当たるものではない。したがって、これらの点により、本件ファッションショーが『著作物を…演ずる』ものに当たるものとは認められない。

ウ　本件ファッションショーの、本件映像部分に表れている部分以外の具体的内容については明らかではなく、本件各証拠及び弁論の全趣旨を総合しても、本件ファッションショーが『これらに類する行為で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するもの』に当たるものとは認められない。

エ　以上によれば、本件ファッションショーの一部である本件映像部分を放送することが、『その実演』を公衆に提供し、又は放送する場合に当たるものとは認められないから、本件映像部分の放送が、原告会社の放送権又は原告Ａの実演家としての氏名表示権を侵害するものとは認められない。」

控訴審―控訴棄却

1. 著作物性について

②衣服の選択及び相互のコーディネート
③アクセサリーの選択及び相互のコーディネート

「(ア)　本件映像部分の各場面におけるモデルの衣服、アクセサリー等は原判決別紙映像目録添付の各写真のとおりであり、①『Iline 1 着目』として黒のレース素材のトップス、豹柄のスカート、黒のベルト、紫色の輪状の耳飾り及び黒のヘッドドレスの組み合わせが、②『Anna 2 着目』として白地に黒の水玉模様のワンピースに黒のベルト、パールネックレス、ピンクと黒のヘッドドレスの組み合わせが、③『Anna 1 着目』として緑色のワンピース、銀色の腕輪、黒のヘッドドレスの組み合わせが、④『Izabella 2 着目』として黒のワンピースと黒のヘッドドレスの組み合わせが、⑤『Tamra 2 着目』として黒の毛皮のコート、紫色のトップス、黒のスカート、紫色のバッグ、ヘッドドレスの組み合わせがなされていることが認められる。

(イ)　しかし、着用する衣服の選択及び相互のコーディネート及び装着させるアクセサリーの選択及び相互のコーディネートは、その美的要素(外観や見栄えの良さ)について、他の者から見られることが想定されるものであるとしても、本件映像部分の各場面におけるモデルの衣服・アクセサリー等はそのほとんどがファストファッションである『Forever 21』製作のものを使用しただけであり、控訴人らのデザインに係るものではないだけでなく、前記(1)ウ認定のとおり、これらはシティやリゾートのパーティ等の場面において実用されることを想定するものであり、それ全体が美的鑑賞を目的とするものではなく、また、実用目的のための構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えた部分を把握できるものでもない。

(ウ)　以上によれば、着用する衣服の選択及び相互のコーディネート及び装着させるアクセサリーの選択及び相互のコーディネートについて著作物性は認められない。」

①化粧や髪型のスタイリング

「（ア）　本件映像部分の各場面におけるモデルの化粧及び髪型は、原判決別紙映像目録添付の各写真のとおりであり、『Iline 1 着目』は下ろした髪全体を後ろに流した髪型、『Anna 1 着目』及び『Anna 2 着目』は緩やかにカールを付けた髪を下ろした髪型、『Izabella 2 着目』は耳上の髪をまとめ、耳下の髪にカールを付けて下ろした髪型、『Tamra 2 着目』は全体に強めにカールを付けて下ろした髪型であり、また、いずれのモデルにも、アイシャドーやアイライン、口紅等を用いて華やかな化粧が施されているものということができる。

（イ）　しかし、控訴人らの主張を前提とすると、上記化粧及び髪型は、控訴人Ｘが、『企画・指示書』（甲 4 ないし12）に記載された事項や写真（甲14ないし16）をヘアメイク担当者に示し、ヘアメイク担当者が髪型や化粧を施し、その上で控訴人Ｘが修正したものであるというのであるから、そもそも控訴人Ｘが上記化粧及び髪型の創作の主体になり得るのかどうかも判然としない。

また、仮に控訴人Ｘが上記化粧及び髪型の創作の主体であるとしても、上記化粧及び髪型について、その美的要素（外観や見栄えの良さ）は、他の者から見られることが想定されるものではあるものの、前記（1）ウ認定のとおり、シティやリゾートのパーティ等の場面において実用される衣服やアクセサリーとのコーディネートを想定する実用的なものであり、それ全体が美的鑑賞を目的とするものではなく、また、実用目的のための構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えた部分を把握できるものでもないから、美術の著作物に当たるともいえない。

（ウ）　以上によれば、個々のモデルに施された化粧や髪型のスタイリングにつき、控訴人Ｘが著作者であるとは認められないか、又は著作物性が認められない。」

④ポーズの振り付け

⑤衣服を脱ぐ動作の振り付け

「（ア）　本件映像部分において、『Iline 1 着目』では、モデルが手を前後に大きく振りながら歩き、立ち止まって両手を腰に当てた上で、腰を向かって左、右（向かって左、右を指す。以下同じ。）の順にゆっくりと大き

くひねる様子（ただし、場面１(1)では手を前後に振る様子は映っておらず、腰をひねる様子も、その一部が映っているにとどまる。）が、『Anna 2 着目』では、モデルがゆっくりと前方に歩く様子が、『Anna 1 着目』では、場面１(3)においてモデルが両手を腰に当てて歩き、立ち止まって、手を腰に当てたまま、腰を揺らす様子が、場面２(2)においてモデルが腕を下ろして揺らしながら歩き、やや斜め前方を向いて立ち止まって、左右に向きを変えながら肩と下ろした腕を揺らす様子が、『Izabella 2 着目』では、モデルが左手に持った紙袋から右手で中身を出し、左手に移し替えた上、右の手の平を広げて耳に当て、さらに、体の横で両手の平を上に向けて観客をあおるようなそぶりをした上、左手に持っていた物を右手で投げる様子が、『Tamra 2 着目』では、モデルが両手を腰の高い位置に当てて歩き、立ち止まって体をひねった後、後ろを向き、歩きながら毛皮のコートを脱ぐ様子が映っていることが認められる。

（イ）　各モデルの上記ポーズ又は動作は、そもそも応用美術の問題ではなく、ファッションショーにおけるポーズ又は動作が著作物として保護されるかどうかとの問題である。しかし、これらのポーズ又は動作は、ファッションショーにおけるモデルのポーズ又は動作として特段目新しいものではないというべきであり、上記ポーズ又は動作において、作成者の個性が表現として表れているものとは認められない。したがって、これらのポーズ又は動作の振り付けに著作物性は認められない。また、同様の理由で、これを舞踊の著作物と解することもできない。

控訴人らは、上記ポーズ又は動作の特徴的な点として、モデルが紙袋を持ったり、右の手の平を広げて耳に当てる行為や、両手の平を上に向けて観客をあおるようなそぶりを指摘する。しかし、控訴人らの主張によれば、これらの動作は、本件ファッションショーの中でギフトを与え、スポンサーであるメイベリンがサンプリングを行えるようにするためのもので、観客のスクリーミングを誘うなどの目的でなされたというのである（原審における2012年12月21日付け原告ら第２準備書面16頁ないし17頁）。そして、上記目的のための表現として上記ポーズや動作をすること自体は特段目新しいものとはいえない。

また、控訴人らは、ファッションショーにおいて上記のような動作等をさせることが控訴人Ｘに独創的なものである旨主張する。しかし、仮にフ

ァッションショーにおいて上記のような動作をさせることが目新しいものであったとしても、それ自体は思想又は感情の創作的表現であるとはいえず、上記動作等に著作物性が認められることの根拠となるものではない。

よって、控訴人らの上記主張を採用することはできない。」

⑥化粧、衣服、アクセサリー、ポーズ及び動作のコーディネート

「前記…①ないし⑤の点につき、控訴人Ｘが著作者であると認められないか、又は著作物性が認められないことは前記…認定のとおりであるところ、これらの各要素が組み合わされることにより、作成者の個性の表出というべきような新たな印象が生み出されているものとは認められないから、前記①ないし⑤の点の組み合わせに著作物性を認めることはできない。」

⑦出演順序及び背景に流される映像

「(ア)　(出演順序について：筆者注) 証拠（甲２）によれば、本件ファッションショーには合計８名のモデルが、それぞれ２着ないし３着（合計20通り）の衣装を身に着けて出演したものであることが認められる。

上記出演順序は、モデルの着替え時間やギフト配布のタイミング等の便宜的な要素を考慮して決定されたものであるとされるところ、上記出演順序が、ドレスの順序（モノトーンの次は明るい色彩に、その次はシックに、その後は再びカラフルに等）も考慮して決定されたものであるとされることを考慮しても、上記出演順序に、思想又は感情が創作的に表現されているものとは認められない。

加えて、本件映像部分における場面１(1)ないし(4)は上記出演順序の１番目、11番目、２番目、13番目に、場面２(1)ないし(6)は上記出演順序の１番目、２番目、11番目、１番目、14番目、13番目に各対応していることが認められるのであって、本件映像部分は、本件ファッションショーの映像を順不同に流したものであることが認められる。そうすると、仮に上記出演順序に創作性が認められるとしても、本件映像部分において、上記創作性を感得できる態様で公衆送信が行われているものとは認められない。

(イ)　背景映像について

控訴人らは、本件ファッションショーの背景映像は、『City』や『Resort』

を印象付けるものとして、モデルや衣装に合わせて場面毎に選択されたものであり、本件映像部分のうち、場面１(3)（原判決別紙映像目録添付写真⑤）に甲21号証の写真21が、場面１(4)及び２(6)(同目録添付写真⑦、⑧、㉓、㉔）に甲21号証の写真54が、場面２(2)(同目録添付写真⑬）に甲21号証の写真32がはっきりと映っている旨主張する。

しかし、場面１(3)(原判決別紙映像目録添付写真⑤）における背景映像は、甲21号証の写真21とは明らかに異なるものであり、上記場面に同写真が映っているものとは認められない。

また、確かに、証拠（甲１）によれば、場面１(3)及び場面２(2)(原判決別紙映像目録添付写真32が、場面１(4)及び２(6)(同目録添付写真⑦、⑧、㉓、㉔）には甲21号証の写真）には甲21号証の写真54が映っていることがうかがわれる。

しかし、甲第21号証の各写真につき、原審における控訴人ら代理人作成の2013年５月17日付け『原告ら証拠説明書（甲14～21)』においては作成者不明とされており、他に撮影者に関する主張もなく、撮影者すら判然としないものというほかない。しかも、本件全証拠によっても、控訴人らに上記各写真の著作権が帰属する根拠も判然としない。この点、被控訴人NHK作成の控訴答弁書９頁ないし10頁には、平成25年５月17日の原審第５回弁論準備手続において、控訴人ら訴訟代理人が、本件ファッションショーで背景映像として使用された写真は、控訴人Ｘがカメラマンに撮影させた旨陳述したとの記載がある。しかし、上記証拠説明書の記載に照らすと、上記陳述の内容が正確なものであるかどうかについては疑問が残るというほかないし、仮に上記陳述に係る事実を前提としたとしても、上記カメラマンが上記各写真の著作者であると解されるところ、控訴人らが上記カメラマンから上記各写真の著作権の譲渡を受けたことを認めるに足りる証拠もない。

また、控訴人らの主張する写真の選択に何らかの創作性があるものとも認められない。

そうすると、被控訴人NHKが、上記写真を用いた背景映像を含んだ本件映像部分を放送した行為は、控訴人らの著作権を侵害するものとはいえない。」

２．実演該当性について

「ア　放送権及び実演家としての氏名表示権侵害が認められるためには、『その実演』を放送し、又は公衆に提供・提示する場合であることを要するところ（著作権法92条１項、90条の２第１項）、『実演』とは、『著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること（これらに類する行為で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するものを含む。）』をいうものとされる（同法２条１項３号）。

イ　控訴人らは、モデルのポーズと動作の振り付けの演出が実演に当たる旨主張するが、上記動作等が著作物に当たらないことは前記(2)ウのとおりであるから、モデルが上記動作やポーズを取ることは、『著作物を…演ずる』ことに当たらず、『実演』には当たらない。

また、控訴人らは、前記（１）イ記載の①ないし⑦は著作物であるので、モデルが、ヘアメイクや衣類を着用等しながら、ポーズや動作を取ることは著作物を演じることに該当し、控訴人Ｘは、これを演出したので実演家の権利を有する旨主張する。

しかし、上記①ないし⑦の点につき、背景映像に用いられた写真を除いていずれも著作物性が認められないことは前記(2)認定のとおりである。また、背景映像に用いられた写真に著作物性が認められるとしても、その展示が『著作物を…演ずる』ことに当たるものではない。したがって、控訴人らの主張に係るモデルが、ヘアメイクや衣類を着用等しながら、ポーズや動作を取ることが『著作物を…演ずる』ものに当たるとはいえない。

よって、控訴人らの上記主張を採用することはできない。

さらに、控訴人らは、本件ファッションショーは、全体として『これらに類する行為で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するもの』（著作権法２条１項３号）に当たり、実演に該当する旨主張する。

しかし、本件全証拠によっても、本件ファッションショーの本件映像部分に表れている部分のうち、前記(1)イ記載の④及び⑤以外に、著作権法２条１項３号に挙げられた『演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること』やこれらに類する行為に該当する部分があるものとは認められない。また、本件ファッションショーのうち本件映像部分に表れていない部分については、その内容自体明らか

ではない。したがって、本件ファッションショーのうち上記④及び⑤以外の点が、『演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること』に『類する行為』に当たるものとはいえない。また、上記④及び⑤の点も、前記（2）ウ認定のとおりのポーズや動作をとったものにすぎず、しかも、その態様もありふれたものにすぎないのであるから、『これらに類する行為で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するもの』に該当するものということはできない。

よって、控訴人らの上記主張を採用することはできない。

ウ　以上によれば、本件ファッションショーの一部である本件映像部分を放送することが、『その実演』を公衆に提供し、又は放送する場合に当たるものとは認められないから、本件映像部分の放送が、控訴人会社の放送権又は控訴人Ｘの実演家としての氏名表示権を侵害するものとは認められない。」

【検討】

１．はじめに

本件は、ファッションショーの模様を撮影したビデオの一部を、被告NHKが報道番組で約40秒間使用してテレビ放送したことについて、ファッションショーにおけるモデルの化粧等や所作といったものの著作物性、実演該当性が主な争点となった、はじめての事例とされる[3]。

被告NHKが、番組内で使用した本件部分映像に映っていたファッションショーの各場面や背景映像は、いずれも数秒間のごく短いものであった。本件第一審は、化粧や髪型、衣装等の組み合わせ、モデルの振り付けなどに創作性を認めず、仮に創作性が認められるとしても、部分映像からはその細部を看取することができないため創作的表現は感得できないとして類似性を否定した。この点、後掲・東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁［雪月花一審］の判断枠組みと似ている。

これに対して本件控訴審は、本件部分映像において各場面が映し出され

[3] 角田・前掲注(1)7頁参照。

た数秒間の時間について特に言及することなく、モデルの化粧や髪型、衣装等の組み合わせをいわゆる応用美術と捉えた上で、それらの応用美術は実用の域を出ないものと解して美術著作物該当性を否定、カテゴリカルに著作物性を否定したのである。

このように裁判所は、結論として、ファッションショーの模様を撮影した映像に映ったごく短い各場面や背景映像にかかる著作物性、あるいは実演該当性のいずれも否定して、被告NHKの放送について侵害を否定したものであるが、本稿が特に注目するのは、本件控訴審が、本件の事案をいわゆる応用美術の問題として取り上げて処理したことである。

というのも、応用美術をめぐる従前の議論は、大量生産される工業製品との関係を主に念頭に置いて展開されてきたと思われるからである。本件控訴審のように、化粧や髪型、衣装の組み合わせといった美的創作物を応用美術の問題として取り扱った裁判例も、管見の限り見当たらない。

本稿の結論を先取りして述べるならば、本件控訴審は、本件の事案を応用美術の問題と捉えて、類型的に「文化の範囲」[4]の該当性を判断することによって、著作物として保護する必要のない美的創作物をあぶりだすという応用美術の機能を新たに示した判決、ということができるだろう。

また、本件は、ファッションショーの模様を撮影した映像（控訴審は映画の著作物であると付言）の一部を放送で使用したことによって問題となった、その部分映像の中に写り込んでいたさまざまなものの著作権侵害の成否、すなわち、写り込みの事例としての側面もあるように思われる[5]。後に述べるとおり、本件は写り込みを非侵害とするための権利制限規定、著作権法30条の２（付随対象著作物の利用）の施行前の事件であったところ、同条の要件論は未だ明らかとはいえない中[6]、創作性ないし類似性の判断によって軽微な写り込みの問題を具体的に処理した本件第一審の実

---

[4] 田村善之『著作権法概説〔第２版〕』(2001年・有斐閣) 30-31頁参照。

[5] 渡部・前掲注(1)38頁以下は、写り込みをどのように処理するかという観点から、本件第一審の判旨を分析している。

[6] 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論－デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて－」知的財産法政策学研究44号 (2014年) 117頁以下参照。

務的な意義は、決して小さくないと思われる。

そこで以下では、応用美術、写り込み、所作にかかる著作物性ないし実演該当性をめぐる事例を中心に、関連する裁判例が、どのような点を重視して侵害／非侵害を判断したのかを分析する。そして、従前の裁判例との比較によって、本判決の位置付けを検討したい。

各論点の検討に入る前に、本件第一審と控訴審の要旨を、以下のとおりまとめておく。本件控訴審は先に見た判旨のとおり、まず②③衣装等の組み合わせ、次いで①化粧・髪型の順に、本件の著作物性を判断した。

<table>
<tr><th></th><th>事案</th><th>第一審</th><th>控訴審</th></tr>
<tr><td rowspan="6">著作物性</td><td>①化粧・髪型</td><td>一般的なもので創作性なし。
化粧・髪型自体いずれも一般的なもので、わずか数秒間の動きのある映像からは、細部の工夫は見て取れず。</td><td>応用美術であり実用目的を離れた美的特性なし。
著作者になれるのは、原告Ａではなく、ヘアメイク担当者。</td></tr>
<tr><td>②③衣装等の組み合わせ</td><td>ありふれたもの。</td><td>応用美術であり実用目的を離れた美的特性なし。</td></tr>
<tr><td>④⑤ポーズ・動作の振り付け</td><td colspan="2">特段目新しいものではない。</td></tr>
<tr><td>⑥上記［①～⑤］の組み合わせ</td><td colspan="2">創作性のないものの組み合わせであり、作成者の個性の表出というべき新たな印象もない。</td></tr>
<tr><td rowspan="2">⑦出演順序・背景映像</td><td colspan="2">モデルの出演順序に創作性はなく、映像はそれと順不同。</td></tr>
<tr><td>背景映像の写真はぼやけており、動きのあるわずか数秒間の映像からは具体的な内容は不明。</td><td>背景映像の写真は撮影者不明であり、原告らが著作権譲渡を受けているとは認められず。写真の選択にも創作性なし。</td></tr>
<tr><td>実演該当性</td><td>振り付けの演出
モデルのポーズ・動作
ファッションショー全体</td><td colspan="2">上記④⑤が著作物でない以上、振り付けの演出やモデルのポーズ・動作は著作物を演ずることに当たらず、実演には当たらない。ファッションショー全体は、「著作物を演じないが芸能的な性質を有するもの」にも当たらない。</td></tr>
</table>

２．応用美術をめぐる論点について

(1) はじめに

応用美術とは、彫刻が本立てになるとか、絵画がポスターになるとか、美術が実用品に用いられるなど、創作的な表現が工業的に量産される物品等のデザインとして用いられたもので、美的な創作物といえる実用品が（美術）著作物として保護されるか否か、という問題である[7]。本件の事案は、ビデオ撮影されて映像の内容として再生された、ファッションショーに出演したモデルの化粧や髪型、衣服等の組み合わせで、本件控訴審はこれらを応用美術の問題であるとした。

よって、応用美術をめぐる裁判例のうち、純粋な工業製品ではない、立体・平面表現による美的創作物をめぐる事例が本件の事案に近く、後掲のとおり美術著作物該当性の判断は事案によって分かれるため、関連する裁判例を検討する。

さらに、著作物性の要件を定める著作権法２条１項１号の後半（文化の範囲）をうまく活用して美術著作物の該当性を否定した本件控訴審に呼応するかのように、大胆かつ詳細な説示を展開して原告子ども用椅子について美術著作物に該当するとした最近の事例（知財高判平成27年４月14日平成26(ネ)10063号［TRIPP TRAPPⅡ二審］【図１】裁判所ホームページより）その他工業製品を事案とする応用美術の事例の動向も検討し、応用美術をめぐる裁判例と本件とを比較して、応用美術の問題としての本件控訴審の位置付けを考える。

【図1】

[7] 田村・前掲注(4)31頁、上野達弘「応用美術の法的保護」知財年報2009(2009年)211頁、中山信弘『著作権法〔第２版〕』(2014年・有斐閣)164-165頁参照。

(2) 裁判例

1）立体・平面表現による美的創作物をめぐる事例

美術著作物の該当性を肯定した事例としては、次のようなものがある。工芸品である素焼きの原型人形をそのまま複製し、量産品であっても美術工芸的価値としての美術性も備わっているとして美術工芸品として保護されるべきとされた博多人形（長崎地佐世保支決昭和48年２月７日無体集５巻１号18頁［博多人形赤とんぼ］【図２】無体集５巻１号25頁より)、キューピーイラストの原著作者が彫った美術著作物である小さな彫像を複製したキューピーの人形（東京高判平成13年５月30日判時1797号131頁［キューピーⅠ二審］、東京高判平成13年５月30日判時1797号111頁［キューピーⅡ二審］【図３】裁判所ホームページより[8])、一体一体手作りされ、美術工芸品的な美術性を備えた石膏製の妖精人形を模したぬいぐるみ（東京地判平成14年１月31日判時1818号165頁［トントゥぬいぐるみ］【図４】裁判所ホームページより)、誰が見て

【図2】

【図3】

[8] 食品メーカーのキューピーが被告となった第二事件（第一事件の被告は日本興業銀行）の第一審（東京地判平成11年11月17日判時1704号134頁［キューピーⅡ一審］）では、原告キューピー人形の美術著作物該当性が争点の一つであったところ、裁判所は、ローズ・オニールが著作したキューピーのイラストの二次的著作物である原告キューピー人形は、原著作物であるキューピーイラストの創作的表現とほぼ共通し、原告キューピー人形において新たに加わった創作的部分は些細なものであるとした。そして、被告キューピー人形において共通する創作的表現は、原告キューピー人形のものではなく、原著作物のキューピーイラストのものであり、かつ、被告キューピー人形には原告キューピー人形との多数の相違点が見られるとして、被告キューピー人形と原告キューピー人形の類似性を否定し、応用美術をめぐる争点には立ち入ることなく、被告による著作権侵害を否定した。駒田泰土［判批］著作権判例百選〔第３版〕(2001年) 126頁参照。

【図4】

【図5】

【図6】

【図7】

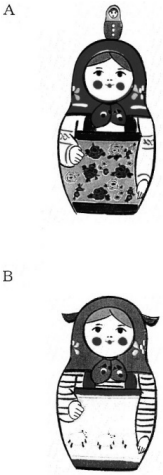
も仏教美術的色彩を背景とした、それ自体で美的鑑賞の対象たり得る彫刻と観察できる木彫りの原型から模ったプラスチック製の仏壇の彫刻（神戸地姫路支判昭和54年７月９日無体集11巻２号371頁［仏壇彫刻］【図５】無体集11巻２号386頁より[9]）、Ｔシャツの模様として印刷するという実用目的のために、美の表現において実質的制約を受けることなく専ら美の表現を追求して制作され、純粋美術としての絵画と同視し得るとされたＴシャツの図案（東京地判昭和56年４月20日無体集13巻１号432頁［アメリカＴシャツ］【図６】無体集13巻１号453頁より）、雑誌広告という実用目的で制作されたものではあるが、ロゴマーク、キャッチフレーズ、キャラクター画などが組み合わせて構成され、作者の個性が表れている創作的な表現物であるとされたレイアウトデザイン（東京地判平成10年11月16日平成９（ワ）6030号［リトルくらぶ広告］【図７】LEX/DBインターネット28041737より。美術著作物該当性は言及せず。）、デザイナーによって通常の絵画と同様の方法によって作成されており、独立して美的鑑賞の対象となり得る美的創作性を備えた著作物であるとされた、便箋、封筒、カレンダー等の金魚、水草等の絵柄（東京地判平成15年７月11日平成14（ワ）12640号［レターセット］【図８】裁判所ホームページより）、マトリョーシカ人形をモチーフとしたイラスト（東京地判平成17年7月20日平成17（ワ）313号［マト

[9] 評釈として、青木博通［判批］著作権判例百選〔第４版〕（2009年）34頁などがある。

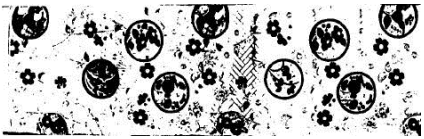
リョーシカ]【図９】裁判所ホームページより)。

他方、美術著作物の該当性が否定された事例として、枝垂れ桜、二重桧垣、丸紋など帯の図柄としてはそれなりの独創性を有するが、実用性の面を離れてもなお一つの完結した美術作品として美的鑑賞の対象となり得るほどのものとは認め難いとされた袋帯の図柄(京都地判平成元年６月15日判時1327号123頁［佐賀錦袋帯］【図10】判タ715号239頁より[10])、実用品の模様として用いられることのみを目的とする図案であって、天然木部分のパターンの組み合わせに通常の工業上の図案とは質的に異なった高度の芸術性を感得し、純粋美術としての性質を認める者は極めて稀とされた木目化粧紙（東京高判平成３年12月17日知裁集23巻３号808頁［木目化粧紙二審］【図11】無体集

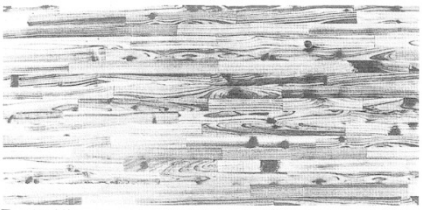
【図8】



【図9】



【図10】



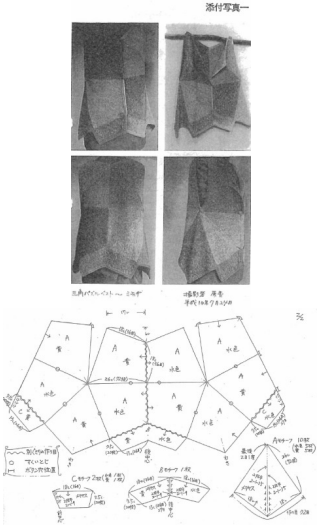
【図11】

[10] 評釈として、田村善之［判批］ジュリスト1033号(1993年)110頁などがある。

22巻2号443頁より[11])、ペットボトル烏龍茶の商品パッケージ（東京地判平成20年12月26日判時2032号11頁［黒烏龍茶］【図12】裁判所ホームページより[12])、ワイングラスのイラストと文字で構成されるワイナリーの広告看板用図柄（知財高判平成25年12月17日平成25(ネ)10057号［シャトー勝沼二審］【図13】裁判所ホームページより)、量産された編み物のデザインと雑誌に掲載された当該編み物の図面（「応用美術」という言葉は使わず）（東京地判平成23年12月26日判時2159号121頁［編み図一審］、知財高判平成24年4月25日平成24(ネ)10004号［編み図二審］【図14】判時2159号131-132頁より)、ファービー人形（仙台高判平成14年7月9日判時1813号150頁［ファービー二審］【図15】判時1763号215頁より[13])、実在した人物の写真から図柄をデザインして商品化した色紙、暖簾、キーホルダー、置き物などのキャラクターグッズ商品（仙台地判平成19年10月2日判時2029号153頁［福の神仙臺四郎］【図16】原告ホームページ＜http://www.tk-omiyage.com/product/character/chara04/post_31.html＞より)、東京ギフトショーで受賞したプードル犬のぬいぐるみ小

【図12】

【図13】



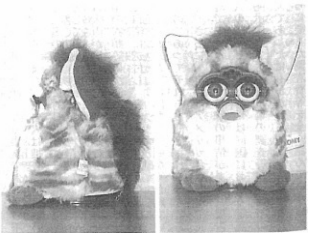
【図14】

[11] 評釈として、田村善之［判批］特許研究14号(1992年)32頁などがある。

[12] 評釈として、比良友佳理［判批］知的財産法政策学研究35号(2011年)383頁などがある。

[13] 評釈として、水戸重之［判批］著作権判例百選〔第4版〕(2009年)32頁などがある。

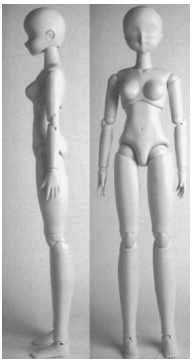
物入れ（東京地判平成20年７月４日平成19(ワ)19275号［プチホルダー］【図17】裁判所ホームページより)、「頭部、胴体及び四肢部分で構成された人の裸体の外観形態を模写したヌードボディである『素体』に、自らの好みにあわせ、ウィッグ（かつら)、衣類等を組み合わせたり、彩色（アイペイント、メイク等)、加工、改造等をすることにより作り上げる人形」（東京地判平成24年11月29日平成23(ワ)6621号［カスタマイズドール］【図18】裁判所ホームページより）などがある。



【図15】

【図16】

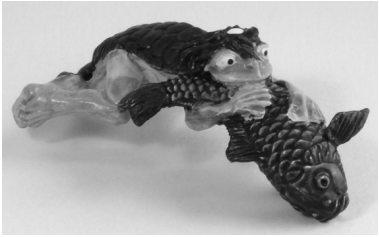
【図17】



【図18】

また、第一審（否定）と控訴審（一部肯定）で著作物性の判断が分かれた著名な事例として、チョコエッグ事件がある。お菓子のおまけであるイノシシ、ツチノコ、土蜘蛛といったいわゆるフィギュア（模型）で、国内外の美術館・博物館で収蔵・展示された現代美術として高く評価されているものについて、第一審（大阪地判平成16年11月25日判時1901号106頁［チョコエッグ一審］【図19】上野・後掲注(29)103-104頁より）は、動物、妖怪のフィギュアについて、作者の個性が表れているとして創作的表現の存在は認めつつ、大量に製造され安価で頒布される小型のおまけであることから美術著作物には該当せず、結論として著作物性を否定した。また、ルイス・キャロルの物語「不思議の国のアリスの冒険」「鏡の国のアリスの冒険」の挿絵としてジョン・テニエルが描いた線画を忠実に立体化させたフィギュアについて、造形に際しての創作的表現は認められないとした。

これに対して控訴審（大阪高判平成17年７月28日判時1928号116頁［チ



【図19】動物フィギュア・妖怪フィギュア

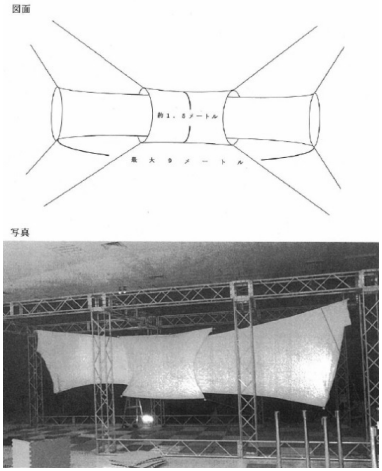
ョコエッグ二審]14）では、動物、妖怪、アリスの各フィギュアについて、作者の個性が表れているとして創作的表現の存在を認めつつ、美術著作物該当性の当否については、次のとおり結論を異にした。すなわち、動物フィギュアとアリスフィギュアについては、極めて精巧であるものの、作者の個性が強く表れているとはいえず、その創作性はさほど高くないとして美術著作物該当性を否定した。他方、妖怪フィギュアについては、ある種の物語性を帯びた造型で著しく独創的であり、彩色も独特であることから、制作過程において制作者の個性が強く表れた高度の創作性が認められるとして美術著作物該当性を肯定し、著作物であると認めた。

同様に、第一審（一部肯定）と控訴審（否定）で判断が分かれた近時の事例に、スペースチューブ事件がある。伸縮性のある布を二重の筒状になるように成形し、5～6本のロープを使用して、上下左右の角を引っ張り、床面から浮かせた状態で固定することにより、筒状の布の中に人が入ったときに、左右方向及び下方向からの反力を体感し、「浮遊」や「無重力状態」を体験できるとされる「スペースチューブ」15と呼ばれる体験型装置の形状の著作物性が争われた。第一審（東京地判平成23年8月19平成22(ワ)5114号［スペースチューブ一審］【図20】裁判所ホームページより）は、ロープで左右斜め上方向に引っ張られることによって中心部分が反って、両端部分が尖っている形状について、神社の屋根や日本刀の刃先を思

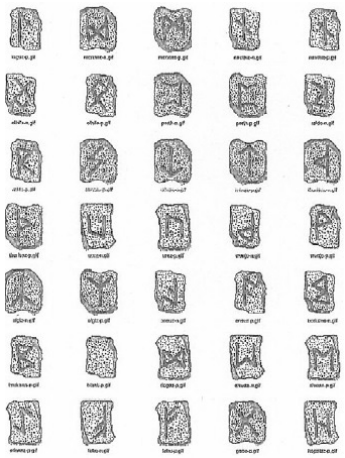
---

14 評釈として、本山雅弘［判批］著作権判例百選〔第4版〕(2009年) 36頁などがある。

15 原告のウェブサイト「福原哲郎＆東京スペースダンス」には、スペースチューブを体験する人の写真が多数掲載されている。＜http://www.ne.jp/asahi/tokyo/sd/A_sdinthetube.html＞参照。



【図20】



【図21】

わせることから独自の美的な要素が備わっており美術的な創作性を認めることができるとして著作物性を肯定した。これに対して控訴審（知財高判平成24年２月22日判時2149号119頁［スペースチューブ二審］）は、このような体験型装置は応用美術であるとした上で、布製のチューブを宙釣りにするためにロープで引っ張れば、反りやたわみが生じるのは当然であり、神社の屋根や日本刀のような美観を仮に観察できたとしても、創作的な表現とまではいえないとして、著作物性を認めた第一審の判断を取り消した。なお、原告があわせて主張した、「スペースチューブ」を構成する（体験できる)「閉じた空間・やわらかい空間」「浮遊を可能にする空間（宙吊り)」「見た目の日本的美しさをもつ空間」の著作物性は、第一審、控訴審ともに空間の性質ないし機能・構成、すなわちアイディアにすぎないとして創作性を否定した。

このほか、東京地判平成22年４月28日平成18(ワ)24088号［恋愛の神様一審］と、知財高判平成23年２月28日平成22(ネ)10051号［恋愛の神様二審］(【図21】裁判所ホームページより）も、創作性の判断を分けた。相性占いや心理テストなどをサービス内容とする携帯コンテンツにおいて、占い結果に応じて該当する画像が読み込まれ画面に表示される41種のルーン石の白黒およびカラー画像について、第一審は、白黒画像について、古

来伝わるルーン文字とその背景となる石版で構成されるところ、不規則に欠けた長方形に点を打ち込んで石を表現しているにすぎないとして創作性は認めなかった一方、カラー画像については、白黒画像の各ルーン石部分と新たに設定した背景部分にルーン石同士で同じ色の組み合わせが生じないように配色したほか、ルーン文字を影付き文字として石に刻み込まれた状態を表し、さらにルーン石の下に影を付けており、25個のルーンとその背景の配色にはほぼ無限の組み合わせがあるとして創作性を認めた。他方、控訴審は、カラー画像についても、ルーン石やルーン文字の形状は白黒画像と変わるところがなく、また、配色の仕方も特段の創意があるとまではいえないとして著作物性を否定した。

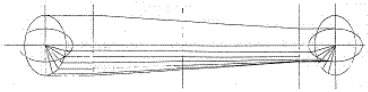
２）工業製品である子ども用椅子の美術著作物該当性を認めた最近の事例

応用美術である工業製品について美術著作物の該当性を認めた裁判例は、これまで見当たらなかった。

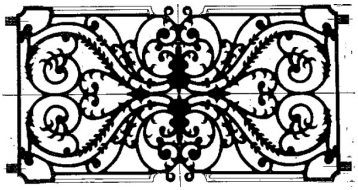
近代美術館収蔵品となった椅子（大阪高判平成２年２月14日平成元（ネ）2249号［ニーチェア二審］、最判平成３年３月８日平成２（オ）706号［ニーチェア上告審］【図22】藤栄ホームページ＜http://www.fujiei.co.jp/nychairx/＞より[16]）、子ども用椅子（東京地判平成22年11月18日平成21（ワ）1193号［TRIPP TRAPP Ｉ］前掲・【図１】参照）、片手鍋の持ち手（知財高判平成24年３月22日平成23（ネ）10062号［三徳包丁二審］【図23】LEX/DB インターネット25444417より）、装飾窓格子等の図面（東京高判平成４年９月30日平成

【図22】

別紙原立体図面



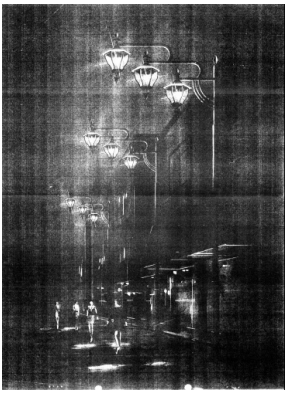
【図23】



【図24】

[16] 評釈として、松尾和子［判批］著作権判例百選〔第２版〕（1994年）30頁がある。

4(ネ)434号［装飾窓格子二審］【図24】LEX/DBインターネット28019584より)、装飾街路灯のデザイン（大阪高判平成13年1月23日平成12(ネ)2393号［装飾街路灯二審］【図25】裁判所ホームページ)、グッドデザイン賞を受賞した一般住宅の外観デザイン（大阪高判平成16年9月29日平成15(ネ)3575号［積水ハウス・グルニエダインJX二審］【図26】判時1861号126頁より)、ログハウス調木造住宅（東京地判平成26年10月17日平成25(ワ)22468号［フランクフェイス］【図27】裁判所ホームページより）などいずれの事案も、美術著作物の該当性は否定されてきた。



【図25】

【図26】

【図27】

ところが最近、座面と足置き台の固定位置を2本足の椅子の両脚の内側に切られた水平の溝に沿って動かして、幼児の成長に合わせて椅子の高さを調整できるように設計された、前掲［TRIPP TRAPPⅠ］と同じ形状の原告子ども用椅子について、「このような実用的な機能を離れて見た場合に、美的鑑賞の対象となり得るような美的創作性を備えているとは認め難い」として美術著作物該当性を否定していた第一審（東京地判平成26年4月17日平成25(ワ)8040号［TRIPP TRAPPⅡ一審］）を取り消し、美術著作物該当性を認める知財高裁判決（知財高判平成27年4月14日平成26(ネ)10063号［TRIPP TRAPPⅡ二審］前掲・【図1】参照)[17]が現れたのである。

知財高裁は、次の点に着目して原告子ども用椅子の著作物性（美術著作

[17] 評釈として、田村善之［判批］ビジネス法務15巻10号43頁・11号96頁（2015年）などがある。

物該当性）を肯定した。すなわち、2本足の椅子の脚が約66度の鋭角で床面から斜めに立ち上がっており、床面と平行に2本足の溝にはめ込まれた座面と足置き台から見える角度と結合態様から、他の2本足の椅子に比べて鋭角的な鋭い印象を醸し出しているとし、このような「形態的特徴が、幼児用椅子としての機能に係る制約により、選択の余地なく必然的に導かれるものということは、できない。」とした。ゆえに、これらの形態的特徴には原告の個性が発揮されており、創作的な表現であるとして美術著作物該当性を認めた。

そして、本件控訴審［激安ファストファッション二審］および上記［TRIPP TRAPPⅡ一審］の判旨でもあり、応用美術の美術著作物該当性の当否を判断する基準として多くの裁判例（前掲［仏壇彫刻］［アメリカTシャツ］［佐賀錦袋帯］［装飾窓格子二審］［装飾街路灯二審］［ファービー二審］［積水ハウス・グルニエダインJX二審］［チョコエッグ一審］［福の神仙臺四郎］［黒烏龍茶］［カスタマイズドール］等）が採ってきた「美的鑑賞の対象となり得るか」という基準[18]について、［TRIPP TRAPPⅡ二審］は、「応用美術には様々なものがあり、表現態様も多様であるから、明文の規定なく、応用美術に一律に適用すべきものとして、『美的』という観点からの高い創作性の判断基準を設定することは、相当とはいえない。

また、特に、実用品自体が応用美術である場合、当該表現物につき、実用的な機能に係る部分とそれ以外の部分とを分けることは、相当に困難を伴うことが多いものと解されるところ、上記両部分を区別できないものについては、常に著作物性を認めないと考えることは、実用品自体が応用美術であるものの大半について著作物性を否定することにつながる可能性があり、相当とはいえない。

加えて、『美的』という概念は、多分に主観的な評価に係るものであり、何をもって『美』ととらえるかについては個人差も大きく、客観的観察をしてもなお一定の共通した認識を形成することが困難な場合が多いから、判断基準になじみにくいものといえる。」と説示して、美的価値の高低をある種裁判所が判断するという側面も有する従前の基準は採らなかった。

---

[18] 劉曉倩「応用美術の著作物該当性－日本の裁判例の検討を中心として」知財年報2009（2009年）277頁参照。

３）小括

以上の裁判例によれば、応用美術にかかる美術著作物該当性の判断の分かれ目は、次のような傾向があると思われる。

まず、純粋美術たる絵画（原画）がそのまま実用品に応用されたと見ることのできる平面表現（[アメリカＴシャツ]［レターセット］［マトリョーシカ]）や、高度な創作性を有すると見ることのできる立体表現（[博多人形赤とんぼ］［仏壇彫刻］［チョコエッグ二審］の妖怪フィギュア、［トントゥぬいぐるみ]）といったものは、著作物性が肯定されている[19]。［キューピー］のキューピー人形も、アメリカ人イラストレーターであるローズ・オニールが描いたキューピーイラストを、ローズ・オニール自身が立体的に表現して彫った小さな彫像を原著作物とするものであるから、上記と同様に考えてよかろう。

このように道具としての実用性の低いものに対して、文芸、学術、音楽などの著作物一般と同様に著作権による禁止権を与えたとしても、道具としての実用性の高い工業製品に対して与えるのと比べて、後発の創作の自由やこれらに接する私人の行動の自由が規制されることによる弊害は、著作物一般と同程度に止まり許容され得ると考えられるため、差し支えないと裁判所は判断しているのだろう。このようなものは、応用美術というよりも純粋美術の一類型と考えるべきとの指摘[20]もある。

他方、基本的に著作物性を否定されるのが、工業製品である（[ニーチェア二審］［ニーチェア上告審］［TRIPP TRAPPⅠ］［TRIPP TRAPPⅡ一審］［三徳包丁二審］［装飾窓格子二審］［装飾街路灯二審］［積水ハウス・グルニエダインJX二審］［フランクフェイス]）。このような工業製品が著作権による保護を否定される理由は、これらのデザインが、一義的には実用品

---

[19] 同上275頁参照。ただし、本山雅弘「応用美術問題の本質とその展開」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『現代知的財産法講座Ⅰ　知的財産法の理論的探究』(2012年・日本評論社) 320-322頁は、前掲[博多人形赤とんぼ]、[仏壇彫刻]を、1993年改正にかかる不正競争防止法２条１項３号による商品形態のデッド・コピー規制が設けられる前の裁判例であることに着目し、同号制定後はその射程を限定的に解すべきであるとする。

[20] 中山・前掲注(7)168頁参照。

としての機能的な観点から選択されるものだからである。つまり、実用的な側面によりデザインの表現が技術的に制約されている場合、デザインの表現は、機能面や実用面からの制約が多ければ多いほど、表現の自由度が狭くなり、創作者の選択の余地が制限されてしまう[21]。工業製品のように道具としての実用性の高いものは、いくら魅力的なデザインであっても、対象物の技術的性質により創作の自由度が狭められている中で創作されているものである以上、純粋美術やその他著作物一般と同様の著作権による保護が与えられてしまっては、少なくとも50年以上の長期間にわたって機能改善のためのデザインの改良すらできないことになる。これでは、後発の創作の自由を著しく規制することになるため、ひいては産業の発展を阻害することになりかねない[22]。それゆえ裁判所は、このような工業製品のデザインの保護は基本的に、著作権による過剰に広く強い保護を与えるのではなく、出願と新規性、非容易創作性を要件とする実体審査、意匠登録を経てはじめて、登録日から20年間存続する（意匠法21条）意匠権による保護（同23条）を付与する登録意匠制度に委ねておくのが適当との政策判断を踏まえて、純粋美術と同視し得ないとの理由付けによって特に工業製品の美術著作物該当性を否定してきたものと見られる。すなわち、工業デザインに対する法的保護につき、意匠法と著作権法との棲み分けを図ってきた、というのが従前の裁判例の基本的な立場であろう[23]。

---

[21] 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（2009年）25頁、劉・前掲注(18)278頁参照。

榎戸道也「著作権法による応用美術の保護」牧野利秋ほか編集『知的財産法の理論と実務第４巻〔著作権法・意匠法〕』（2007年・新日本法規出版）43-44頁は、「『純粋美術と同視し得るものか』という応用美術の著作物性の判断においては、実用目的のために美の表現において実質的な制約を受けているかどうかを、当該応用美術の作品の具体的な表現に即して判断するという手法が多くの裁判例で採用されており、この点は重要な考慮要素ということができる。」とする。

[22] 田村善之＝高瀬亜富＝平澤卓人『ロジスティクス知的財産法Ⅱ著作権法』（2014年・信山社）12-13頁、横山久芳「著作権法における応用美術の保護のあり方」小泉直樹＝田村善之編『はばたき－21世紀の知的財産法－中山信弘先生古稀記念論文集－』（2015年・弘文堂）568頁参照。

[23] 劉・前掲注(18)277頁以下、中山・前掲注(7)170頁参照。

このような裁判例の流れからは、［TRIPP TRAPPⅡ二審］はあくまで例外的な判決、といわざるを得ない[24]。しかも、床面に対して斜め後方に鋭角的に立ち上がった椅子の脚の内側の溝に、座面と足置きを床面と並行にはめ込んで固定することによって得られる鋭角的な鋭い印象の外観ではなく、特に原告（２本脚）と被告（４本脚）の椅子の脚の本数の違いを取り上げて被告子ども用椅子の類似性を否定し、非侵害の結論に至っている。椅子の脚を何本で構成するかということは、それこそアイディアの範疇に止まるものではないかとも思われるところ、果たしてこのような工業製品のデザインについて、被告子ども用椅子の類似性を否定して侵害を否定するのならば、原告子ども用椅子についてわざわざ美術著作物該当性を認める必要があったのかどうか、事案との関係では疑問がないともいえない。

もっとも、［TRIPP TRAPPⅡ二審］も説示するとおり、美的か否かの程度の判断を裁判所に委ねているともいえる、多くの裁判例が採ってきた「美的鑑賞の対象となり得るか否か」という判断基準に対しては、論者からは適切ではないとの批判[25]があった。

上野達弘ほか「早稲田大学・北海道大学グローバルCOEジョイント著作権シンポジウムパネル２　応用美術の法的保護」企業と法創造５巻３号(2009年)73-74頁［三村量一発言］は、「我々、裁判官としては、個別の事案の判断に当たっては、著作権は非常に保護期間が長いのですが、そういう長期間、ただ１人の人間に当該表現方法を独占させてよいのかという観点とか、ほかの権利の制度との関係で矛盾が出ないかということを、考えることになります。…私は個人的には、ファービー人形のような、飾るだけのものとか、見て楽しむもの、つまり鑑賞目的のものについては、著作権の範囲を拡張して、意匠法の範囲と多少だぶってもよいと思っています。しかし、実用品の場合には、機能的な関係でのデザインというのがあります。機能に結び付いたデザインについては、著作権ということで保護期間が長期にわたることは、困るということが言えます。」とする。

[24] 田村・前掲注(17)11号99頁参照。

[25] 田村・前掲注(4)12頁、田村・前掲注(21)25頁、中山・前掲注(7)172頁、作花文雄「著作権制度における美的創作物（応用美術）の保護－法目的制度間調整に基づく著作物相応性の視点による対象範囲の画定規準－」コピライト544号(2006年)56頁および58頁、劉・前掲注(18)277頁参照。

この点、奥邨・前掲注(2)22-23頁は、「著作権法的にいえば、そもそも表現の美醜や芸術的な評価は問題にしないのが大前提である。よって、美という言葉に惑わ

また、応用美術について、純粋美術においては芸術性の高低は保護の要件ではなく、問題は創作性の程度であり、美術性の程度や純粋性によって保護の有無を区別するのは正当ではないとの指摘[26]、必ず高度な美術性や芸術性の要素を要求すると、著作権法上保護される範囲が極めて限定的となってしまい、保護が不十分となるとの指摘[27]や、実用品に応用されなければ高度な芸術性がなくても著作物扱いされるのに、たまさか応用されれば当該芸術性が要求されるというのは奇妙との指摘[28]、さらには、主に工業製品を念頭に置いたものとみられる最近の学説には、著作権法上の創作的表現といえるものであれば、応用美術について広く著作物性を認めたとしても、その創作性は低い場合が多いと考えられるため、類似性が肯定されにくく（保護範囲が狭い）、ほぼデッド・コピーの場合に限って類似性が肯定されると考えられるため、これにより他者による同種デザインの創作が阻害されるという現実の弊害は大きくないとの指摘[29]もあったところ

されてはならない。美的鑑賞や美的特性といっても、著作権法の世界では、美しいか否かは全く問題とならない。」とする。

なお、意匠は美感性が登録要件とされるところ（意匠法２条１項）、田村善之『知的財産法〔第５版〕』（2010年・有斐閣）364頁は、「効率性等の明確な尺度のない美の問題は裁判官の司法判断に馴染むものではない。奨励すべき美であるか否かの判断を裁判官の手に委ねることは危険であり、むしろ市場の選択に委ねさせるべきであろう。」とする。

[26] 満田重昭「デザインと美術の著作物」斉藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系27知的財産関係訴訟法』（1997年・青林書院）95頁参照。

[27] 内藤裕之「応用美術と美術の著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務体系22 著作権関係訴訟法』（2004年・青林書院）170頁参照。

[28] 駒田泰土「応用美術の著作権保護について－美の一体性の理論に示唆を受けて」知財年報2009（2009年）221頁参照。

[29] 上野達弘「応用美術の著作権保護－『段階理論』を越えて－」パテント67巻４号（2014年）113頁参照。同論文115頁において上野教授は、「ファービー、佐賀錦袋帯、装飾窓格子、ニーチェア、TRIPP TRAPP、動物フィギュア、仙臺四郎のように、従来の裁判例において著作物性が否定されたものであっても、そこに通常の創作性が認められるならば、結論として著作物性が肯定される可能性があることになろう。」とする。［TRIPP TRAPP二審］の判旨は、同論文で展開されている上野教授の学説に近いと思われる。

である。

問題は、純粋美術でも工業製品でもない、応用美術である美的な平面表現や立体表現といったものの取り扱いであろう。実際、類似の事案で当否の判断が分かれており、第一審、控訴審で結論を異にしている場合もあるからである。

たとえば、平成元年の京都地判［佐賀錦袋帯］は、枝垂れ桜等の帯の図柄について美術著作物該当性を否定していたが、平成15年の東京地判［レターセット］は、便箋等に用いられた金魚、水草等の絵柄について著作物性を認めている。［佐賀錦袋帯］の図柄は、［木目化粧紙］の模様（著作物性否定）よりも純粋美術に近く、［アメリカＴシャツ］の図案（著作物性肯定）よりも絵画の要素は低いことから限界線に近い事例とされるが[30]、［レターセット］がその絵柄につき美術著作物該当性を認めていることからも、［佐賀錦袋帯］は応用美術をめぐる裁判例や学説の展開の黎明期に出された若干厳しすぎる判決、と位置付けても差し支えなさそうである。

また、大阪地判平成22年２月25日平成21(ワ)6411号［猫のぬいぐるみ］では、原告の猫のぬいぐるみの著作物性に争いがなかったところ、見る者にほのぼのとした印象を与える猫のぬいぐるみの頭部や顔の部分について創作的表現の存在を認めて、被告ぬいぐるみとの類似性を肯定した。一方［プチホルダー］では、小物入れにプードル犬のぬいぐるみを組み合わせた原告商品の小物入れとしての実用面を重視して、著作物性を否定した。さらに、［チョコエッグ一審］は、動物フィギュアや妖怪フィギュアには作者の個性が表れているとして創作的表現の存在を認めつつも、お菓子のおまけであることを重視して著作物性を否定した。一方［チョコエッグ二審］は、創作性の程度を比較して動物フィギュアとアリスフィギュアについて美術著作物該当性を否定し、妖怪フィギュアについて高度の創作性を認めて美術著作物該当性を肯定した。［ファービー二審］は、ファービー人形の著作物性を否定した事例ではあるが、刑事事件であった[31]。裁判所

---

[30] 田村善之［判批］ジュリスト1033号（1993年）111頁、劉・前掲注(18)279頁注(32)参照。

[31] 知的財産法研究者・コンテンツと著作権法研究会のメンバーによる共同声明「『ハイスコアガール』事件についてー著作権と刑事手続に関する声明ー」＜http://www.

は、一審（山形地判平成13年９月26日判時1763号212頁［ファービー一審］）と同様、殊に刑事罰の適用に関してはより慎重でなければならない旨を説示している。このように、美術著作物該当性を否定した［プチホルダー］、［チョコエッグ］（動物フィギュアとアリスフィギュアについて）、［ファービー二審］も、著作物性の認定に関して、事案との関係で見れば少々厳しい判決だったといえるのかもしれない[32]。

以上のように、限界線に関してはやや厳しめの判決が少なくないとはいえ、応用美術に関する従前の裁判例は、直近の例外的な判決（［TRIPP TRAPP二審］）を除いて、著作物性の当否を判断するにあたって、創作的表現の有無だけで判断するのではなく、後発の他者の表現の選択の自由を害さないために、先行の実用的な美的創作物に著作権による強力な保護を与えてしまって差し支えないかどうか、という観点を重視して規範的・政策的に検討した場合に、その結論をおおむね支持し得るものであるといえよう[33]。たとえば［福の神仙臺四郎］は、証拠によれば、明治時代の実在の人物で知的障害者であった仙台四郎が訪れた店は繁盛するという言い伝えとともに、大正から昭和初期にかけてハガキとして配布された四郎の写真が仙台市内に多数流通し、飲食店等の店内に商売繁盛の福の神としてまつられ、これが代々引き継がれるとともに、福の神の象徴としての仙台四郎の呼称とその容姿はすでに広く仙台の人々に周知されているところ、四郎の写真の細部を修正した原告図案に対していまさら著作権による禁止権を与えてしまっては、仙台の人々が四郎の写真を福の神の象徴として自由に使用できなくなってしまうことになる。このようなものを著作物として保護してしまうことによって、私人の自由が過度に規制されることがあってはならない[34]ということを考慮すべきであろう。

---

kisc.meiji.ac.jp/~ip/20141222seimei.pdf＞参照。

[32] 劉・前掲注(18)277頁および279頁注(32)参照。

[33] 横山・前掲注(22)571-574頁参照。

[34] 劉・前掲注(18)277頁参照。

（3）本件控訴審判決の位置付け

１）意義

本件に目を転じてみると、本件第一審は、②③衣装等の組み合わせに関して、「応用美術」という言葉こそ使わなかったものの、本件ファッションショーにおける衣服、アクセサリーはいずれも既製品で、大量販売が予定されており、消費者がこれらを適宜選択、組み合わせて着用することは当然に予定されているとして、衣装等の組み合わせが美術の範囲に属する著作物に該当するとの原告の主張を退けていたところ、衣装等の組み合わせが特殊・特徴的なものであれば、著作物性が認められる余地を残していた。同様に①化粧や髪型も、化粧の仕方等が一般的なものでなければ、著作物性が認められる可能性があると読み取れる説示であった。

これに対して本件控訴審は、まず、②③衣装等の組み合わせは実用されることを目的とするもので、美的鑑賞目的は認められないとの判断を示した上で、それを受けるかたちで、①化粧や髪型は、実用目的の衣装等に合わせて行う実用的なものであると結論付けて、美的鑑賞目的は認められないと判断して原告の主張を完全に退けた。すなわち、産業上利用される美的創作物――応用美術ではない①化粧や髪型、②③衣装等の組み合わせといったものに対して、応用美術の該当性を判断する基準を当てはめることによって、カテゴリカルに著作物性を否定している点が特に注目される。確かに、本件控訴審は、応用美術の美術著作物該当性に関して何か新たな判断基準を示した判決ではないが[35]、事案との関係を見れば、応用美術をめぐる従前の裁判例とは明らかに一線を画するものと思われる。

市販される既製品の衣服やアクセサリーを、どのように選択して組み合わせて着用しようが、あるいは他人に着用してもらうおうが、あるいは他人の着用の仕方を真似しようが自由であり、他人の関知するところではないだろう。化粧や髪型も然り。もしもこのようなものに対して著作権の保護が与えられるならば、私人が好みの衣服を選んで組み合わせて着用し、化粧をし、髪型を整えるといった行動の自由が著しく侵害されることにな

[35] 判時2238号（2014年）93頁［説明］参照。

りかねない[36]。この点、応用美術に広く著作物性を認めた場合に何らかの弊害が懸念されるようならば、応用美術に固有の権利制限規定を設けることによって対処し得るという学説[37]に対して、無用な訴訟リスクを回避するために、本来適法であるべき物品の開発行為や利用行為まで抑制されるおそれがあり、そもそも物品の開発者や需要者が日常一般的に著作権法のことを気にかけなければならないこと自体、物品の開発行為や利用行為に過度の萎縮効果を生じさせるとの指摘[38]がある。

また、一般消費者向けの衣服やアクセサリーの組み合わせやコーディネートに対して著作権による保護が与えられなかったとしても、当該衣服やアクセサリーのデザイナーや製造業者に認められて然るべき営業上の利益が損なわれることもないだろう。すなわち、化粧や髪型、衣装等の組み合わせといったものは、従前著作物とは無関係に行われてきており、世の中にありふれすぎているので、いまさら著作物としての保護を及ぼしてはならず、その必要もないとの価値判断に基づいているように思われる。本件控訴審によれば、化粧や髪型等は、著作権法によって創作が奨励されるべき類のものではない、ともいえよう。

つまり、本件控訴審で展開された議論の要点は、従前の意匠法と著作権法の棲み分けといった観点からではなく、また、化粧や髪型等が応用美術に当たるか否かが問題なのではなく、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」（著作権法２条１項１号）＝「文化の範囲」を確定する定義規定が持っている特別の機能に着目しているというところではないか。この定義規定は、創作的表現だからといってすべてに著作権が与えられるわけではないということを明らかにしていると思われるところ[39]、本件控訴審は、この機能を活用することによって、著作権保護を及ぼすべきではないと考えられ

---

36 劉・前掲注(18)277頁参照。

37 上野・前掲注(29)114-115頁参照。

38 横山・前掲注(22)587頁参照。

39 田村・前掲注(4)30-31頁、中山・前掲注(7)81-82頁、横山・前掲注(22)566頁、金子敏哉「出版における美術的作品の利用－応用美術の著作物性、46条の類推を中心に」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題　その理論と実務』(2015年・日本評論社) 169-170頁参照。

る化粧や髪型、衣装等の組み合わせを著作物の範疇から類型的に弾き出した、画期的な判決であると評価したい。

2）射程

さて、本件控訴審が応用美術の問題として判断した事案は、①化粧・髪型、②③衣装等の組み合わせのみであった。したがって、本件控訴審によれば、化粧や髪型、衣装やアクセサリーの選択・コーディネートといったものは、本件第一審のように創作性の程度問題として著作物性を判断するのではなく、文化の範囲の問題としてカテゴリカルに著作物性を判断することになる。本件控訴審判決は、純粋な工業製品でも美術作品でもない、立体または平面表現による美的創作物の著作物性を判断する際に、予測可能性により優れるという点で、社会における行為規範、企業活動における行動規範を積極的に示したものとして実務的に重宝され得るのではないか[40]。

本件控訴審は、④モデルの舞台上でのポーズや衣服を脱ぐ動作の振り付けについて、「そもそも応用美術の問題ではなく、…著作物として保護されるかどうかの問題」と説示し、応用美術の問題として取り上げなかった。ではこれを特に舞踊著作物の問題として取り上げたのかというと、そうでもない。判示の流れを見ると、まず創作性を判断して著作物性を否定した上で、「同様の理由で」舞踊著作物とは解されないと付言したに止まる。確かに、ある美的創作物について、単なる例示規定にすぎない著作権法10条1項各号のいずれに該当するか否かが問題なのではなく、判旨のとおり2条1項1号の定める著作物性の要件を満たすか否かが問題なのであり、論者もそのように指摘していたところである[41]。

そこで、本件控訴審判決の射程について少し考えを推し広げるならば、従前、舞踊著作物の問題として考えられてきたと思われる、フィギュアス

---

[40] 三村量一「判例の規範定立機能について」知財管理61巻9号(2011年)1304-1305頁参照。

[41] 田村・前掲注(4)40-41頁、中山・前掲注(7)89頁参照。中山・同89頁注(17)は、舞踊著作物の該当性には触れず、創作性を否定して著作物性を否定した本件第一審について、「『舞踏の著作物』の事例か否かは判らないが、」とする。

ケート、シンクロナイズドスイミング、新体操といった、美しさや芸術性を一要素として競うスポーツ競技も、本件控訴審判決を敷衍することによって、創作性の問題ではなく文化の範囲の問題として類型的に著作物から除外することができるのかもしれない。というのも、スポーツにおける動作の芸術的な美しさも、実用的な側面により表現が技術的に制約を受けている実用品と同様、各スポーツのルールや型といった実用的な側面により可能な表現が技術的に制約を受けていると見ることができ、相当に自由な表現を選択できるわけではないと考えられるからである[42]。

学説に目を向けると、舞踏とほとんど変わりないフィギュアダンスや新体操等は、理論的に著作物性を否定することは難しいとしつつも、スポーツや社交ダンスなどに著作物性を認めることは、他者の行動の自由を規制することになりかねないため弊害が大きいとする指摘[43]や、身振りや動作が鑑賞用に工夫されているフィギュアスケートなどは舞踊の著作物として保護されるとの指摘[44]があった。もっとも、後者の説について、ショーとして行われるものとそうでないものの区別は付け難いとの指摘[45]もあった。

このように、著作物性を認めることによる弊害が比較的大きいと考えられる一方、創作性にのみ着目すると著作物性を否定し難いようなスポーツ競技も、それらの美的な表現が技術的に制約を受けているか否かに着目すれば、文化の範囲の問題として著作物性の当否を類型的に線引きできるのかもしれない。スポーツ競技における動作、あるいは翻って本件の事案である髪型や化粧、衣装等の組み合わせは、物品ではないから実用品のように登録意匠制度による保護を受けることはできない（意匠法２条１項）。これらのものについて仮に法的保護の不足があったとしても、著作権によってそれを補うというのは、鉈が大きすぎて、上記のとおり付随的に他の

---

42 田村・前掲注(21)25頁参照。

43 中山・前掲注(7)89頁参照。同89頁は、スポーツに著作物性を認めて不都合が生じたならば、権利濫用等の一般法理で解決することになるとする。

44 島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年・有斐閣) 36頁［横山久芳執筆］参照。

45 中山・前掲注(7)89頁参照。

多くの問題をもひきずり込んでしまうことになるため、穏当な解決策とはいえないということになろう[46]。

[46] 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(2009年)138頁[田村善之発言]参照。