HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公衆電話ボックスを水槽に見立てた造作物の著作物性とその保護範囲が問題となった事例 ： 金魚電話ボックス事件
Author(s)	李, 遠杰
Citation	知的財産法政策学研究, 65, 55-106
Issue Date	2022-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/87435
Type	departmental bulletin paper
File Information	65_02_Ri.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

公衆電話ボックスを水槽に見立てた造作物の著作物性とその保護範囲が問題となった事例
―金魚電話ボックス事件―

第一審：奈良地判令和元年７月11日平成30年(ワ)第466号
控訴審：大阪高判令和３年１月14日令和元年(ネ)第1735号

李　　遠　杰

Ⅰ　序

本件は、公衆電話ボックスを水槽に見立てた「メッセージ」と題する原告作品を制作した原告が、原告作品と同様に公衆電話ボックスを水槽に見立てた「金魚電話ボックス」と題する被告作品を制作して展示した被告らの行為が、原告の著作権及び著作者人格権を侵害している旨を主張して、被告らに対して差止め及び損害賠償を請求したという事案である【図１】[1]。

第一審判決は、原告作品の著作物性を認めたが、原告作品と被告作品との間に同一性が認められないと述べて、複製権侵害を否定した。控訴審の段階で原告は翻案権侵害の主張を追加したが、控訴審判決は、原告作品の著作物性を認めたうえで、被告作品が原告作品を複製又は翻案したものに該当すると判断して、類似性を肯定した。その結果、公衆電話ボックスを水槽に見立てた造作物をめぐり著作権侵害が争われた本件は、控訴審判決

[1] 本件に係る第一審判決と控訴審判決の別紙が最高裁判所のウェブサイトでは省略されているため、本稿は、ならまち通信社のサイトに掲載されている原告の「訴状」のPDFファイル（https://narapress.jp/message/2018-09-19_complaint.pdf）にアップされている原告作品と被告作品の写真を掲載した。

が第一審判決の判断を覆したということもあり、耳目を集めている[2]。

Ⅱ　事案の概要

原告は美術展に出品するなどして活動している現代美術家であり、被告1は大和郡山市の地域活性化を目指す団体であるケイプールプロジェクト（K-Pool project）の代表者であり、被告2は大和郡山市柳町商店街の区域内の事業者を組合員とする事業協同組合である。

原告は、遅くとも、平成12年12月頃までに、「メッセージ」と題する原告作品を制作し、平成12年12月から平成13年1月まで神奈川県三浦市で開催された現代美術展において発表した。その後、原告は原告作品を各地で展示し続けている[3]。

原告作品は垂直方向に長い直方体で、側面の4面がガラス張りである一般的な公衆電話ボックスを模した形状の造作物内部に水を満たし、その中

---

[2] 本件の評釈として、諏訪野大「内部に金魚を泳がせている公衆電話ボックスを模した造作物について著作物性が認められたが、複製権等の侵害が否定された事例－金魚電話ボックス事件－」発明117巻4号42頁（2020年）、田中浩之「著作物性：金魚電話ボックス事件」ジュリスト1537号8頁（2019年）、大塚理彦「現代美術作品の著作物性－奈良地判令和元年7月11日平成30年（ワ）第466号［金魚電話ボックス事件］－」大阪工業大学紀要64巻2号1頁（2019年）、木村剛大「『アイデア』と『表現』の狭間をたゆたう金魚かな。金魚電話ボックス事件大阪高裁判決の思考を追う」美術手帖MAGAZINE〈https://bijutsutecho.com/magazine/insight/23433〉（2021年12月8日）、室谷和彦「金魚電話ボックス事件－著作物性、著作権侵害の有無について争われた事案－」知財ぷりずむ19巻225号26頁（2021年）、本山雅弘「金魚電話ボックスの造形と著作権侵害の成否」新・判例解説Watch29号285頁（2021年）、高瀬亜富「現代美術作品の著作物性と複製権侵害・翻案権侵害の成否－金魚電話ボックス事件－」コピライト723号38頁（2021年）、村井麻衣子「現代美術の著作物性－金魚電話ボックス事件－」法学セミナー798号131頁（2021年）、金子敏哉「現代美術に関する著作物性・類似性、依拠性の判断」Law & Technology94号65～75頁（2022年）がある。

[3] 原告が原告作品を展示した時期と場所は、平成13年3月から4月まで東京都杉並区、平成14年1月に東京都港区、4月に横浜市、平成16年5月から7月まで横浜市、平成25年3月に横浜市、4月から5月まで福島県伊達市、8月に福島県いわき市、平成26年8月に福島県いわき市、平成28年11月に川崎市、平成29年11月に川崎市、平成30年8月から9月まで福島県いわき市である。

に金魚を泳がせているものであり、同造作物の屋根部分は黄緑色様である。同造作物内部の一角には、二段の正方形の棚板を設置し、上段に黄緑色様の公衆電話機が据え置かれている。上記公衆電話機の受話器は、受話器を掛けるハンガー部分から外されて本体上部に浮いた状態で固定され、同受話器の受話部から気泡を発生させている。

平成23年10月、京都造形芸術大学（現在の名称は京都芸術大学）で訴外Ｐ1教授の指導を受けていた訴外学生６名が創設した団体である「金魚部」は、「テレ金」と名付ける美術作品を制作した。その後、様々なイベント[4]に「テレ金」を展示した。

平成24年８月、原告は、金魚部が平成23年のおおさかカンヴァスに「テレ金」を展示したことと、平成24年の同イベントにも展示しようとしていることに対して、おおさかカンヴァス事務局に、原告作品に係る著作権を侵害するものであると抗議した。そうしたところ、金魚部から連絡があったため、原告は「テレ金」の内容を変えるように求めた。その後、金魚部は出品を辞退した。

平成25年、大和郡山市の地元有志により構成された団体である「金魚の会」は、金魚部から「テレ金」の部材を譲り受け、それを利用し、「金魚電話」と題する美術作品を制作して、「奈良・町家の芸術祭　HANARART 2013」に展示を行った。平成25年12月、原告は上記の展示について、同イベントの実行委員長に電話で抗議したところ、実行委員長から、「金魚電話」が金魚の会の作品であることと、その代表者が被告１であることを聞いた。そこで、原告は被告１に電話により抗議した。

「奈良・町家の芸術祭　HANARART 2013」の展示が終わった後で、被告１は金魚の会から「金魚電話」の部材を承継した。平成26年２月、被告１は「金魚電話」の部材を利用し、「金魚電話ボックス」と呼ぶ被告作品を制作し、被告２が改修した喫茶店に設置した。その後、被告２は被告作品の所有権を取得し、被告１とともに被告作品の管理に当たっている。

被告作品は、実際に使用されていた公衆電話ボックスの部材を利用した、

[4] 金魚部が「テレ金」を展示したイベントとして、平成23年10月、大阪市内で開催されたアートイベント「おおさかカンヴァス2011」、平成24年３月から４月にかけて、大和郡山市で開催された映画の公開記念イベント及び「大和郡山お城まつり」、平成25年３月から４月にかけての「大和郡山お城まつり」がある。

公衆電話ボックス様の造作物内部に水を満たし、その中に金魚を泳がせているものであり、同造作物の屋根部分は赤色である。同造作物内部の一角には、二段の棚板を設置し、上段に灰色の公衆電話が据え置かれている。上記公衆電話機の受話器は受話器を掛けるハンガー部分から外されて本体上部に浮いた状態で固定され、同受話器の受話部から気泡を発生させている。

原告は、奈良市在住の文筆家の仲介で、被告１、被告２の理事長をはじめとする被告側と、被告作品の展示の継続の可否や条件について話し合った。しかし、双方の交渉はまとまらなかった。その結果、平成30年４月、被告は被告作品を撤去するに至った。

そこで、原告は被告作品が原告作品を複製したものであり、それを制作、展示するなどの被告１及び被告２の行為が原告の有する原告作品に係る複製権、同一性保持権及び氏名表示権を侵害している旨主張し、(1) 被告１及び被告２に対し、著作権法112条１項に基づき、被告作品の制作の差止めを求めるとともに (2) 被告２に対し、同条２項に基づき、被告作品を構成する水槽及び公衆電話機の廃棄を求め、また (3) 被告１及び被告２に対し、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

本件における主な争点[5]は、①原告作品の著作物性及び、②被告作品による原告作品に係る複製権又は翻案権[6]侵害の有無である。

---

[5] 本件ではこのほかにも、原告作品に係る同一性保持権及び氏名表示権の侵害の有無や、原告の損害の有無及び額などの争点があるが、本稿では、原告作品に係る著作権侵害の有無に焦点を絞ることとする。

[6] 原告は、第一審では、被告らの行為が原告作品に係る複製権を侵害すると主張していたが、請求を棄却した第一審判決を受けて、控訴審では、複製権侵害に加えて予備的に翻案権侵害も主張した。控訴審判決では、複製権侵害と翻案権侵害が争点となっている。控訴審判決は、複製と翻案を別々に検討し、結論として、被告作品の制作は原告の著作権を侵害したと判示している。

しかし、複製権を侵害したとしても、翻案権を侵害したとしても、いずれにせよ侵害に該当するという結論に変わるところはないから、一般的には、著作権侵害の成否を論じる際に複製権侵害と翻案権侵害を区別する実益はない（田村善之『著作権法概説』（第２版・2001年・有斐閣）58頁を参照）。したがって、以下では、複製権侵害と翻案権侵害を区別することなく検討することとし、また、第一審の判旨につ

Ⅲ　第一審判旨（原告の請求を棄却）

一　原告作品の著作物性について（争点①）

１．著作物性判断に関する抽象論

「著作権法は、著作権の対象である著作物の定義について『思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。』（同法２条１項１号）と規定しており、作品等に思想又は感情が創作的に表現されている場合には、当該作品等は著作物に該当するものとして同法による保護の対象となる一方、思想、感情若しくはアイディアなど表現それ自体ではないもの又は表現上の創作性がないものは、著作物に該当せず、同法による保護の対象とはならないと解される。

また、アイディアが決まればそれを実現するための方法の選択肢が限られる場合、そのような限られた方法に同法上の保護を与えるとアイディアの独占を招くこととなるから、この点については創作性が認められず、同法上の保護の対象とはならないと解される。」

２．本件事案への当てはめ

「原告作品の基本的な特徴に着目すると、〔1〕公衆電話ボックス様の造形物を水槽に仕立て、その内部に公衆電話機を設置した状態で金魚を泳がせていること、〔2〕金魚の生育環境を維持するために、公衆電話機の受話器部分を利用して気泡を出す仕組みであることが特徴として挙げることができる。

このうち、〔1〕については、確かに公衆電話ボックスという日常的なものに、その内部で金魚が泳ぐという非日常的な風景を織り込むという原告の発想自体は斬新で独創的なものではあるが、これ自体はアイディアにほかならず、表現それ自体ではないから、著作権法上保護の対象とはならない。

また〔2〕についても、多数の金魚を公衆電話ボックスの大きさ及び形状

いても、争点②を「被告作品による原告作品に係る複製権又は翻案権侵害の有無」と呼ぶ。

の造作物内で泳がせるというアイディアを実現するには、水中に空気を注入することが必須となることは明らかであるところ、公衆電話ボックス内に通常存在する物から気泡を発生させようとすれば、もともと穴が開いている受話器から発生させるのが合理的かつ自然的な発想である。すなわち、アイディアが決まればそれを実現するための方法の選択肢が限られることとなるから、この点について創作性を認めることはできない。

そうすると、上記〔1〕、〔2〕の特徴について、著作物性を認めることはできないというべきである。

(3) 他方、原告作品について、公衆電話ボックス様の造作物の色・形状、内部に設置された公衆電話機の種類・色・配置等の具体的な表現においては、作者独自の思想又は感情が表現されているということができ、創作性を認めることができるから、著作物に当たるものと認めることができる。」

二　被告作品による原告作品の複製権又は翻案権侵害の有無について（争点②）

１．原告作品と被告作品の対比

「ア　公衆電話ボックス様の造作物

原告作品と被告作品は、いずれも我が国で見られる一般的な公衆電話ボックスを模した、垂直方向に長い直方体で、側面の４面がガラス張りの造作物内部に水を満たし、その中に金魚を泳がせている。

しかしながら、原告作品は屋根部分が黄緑色様であるのに対し、被告作品は屋根部分が赤色である。また、被告作品は実際に使用されていた公衆電話ボックスの部材を利用しているのに対し、原告作品はこれを使用せず、アルミサッシや鉄枠等を組み合わせて制作されている。

イ　造作物内部に設置された公衆電話機

原告作品と被告作品は、いずれも上記造作物内部に棚板を二枚設置し、上段に公衆電話機が設置されている。

しかしながら、原告作品の公衆電話機は黄緑色様であるのに対し、被告作品の公衆電話機は灰色であり、公衆電話機のタイプも異なっている。また、棚板について、原告作品は水色で、形は二段とも正方形であるのに対し、被告作品は銀色で、下段の形は三角形である。

ウ　受話器部分

原告作品と被告作品は、いずれも受話器がハンガー部分又は本体から外された状態で水中に浮かんでおり、受話器の受話部分から気泡が発生している。」

２．原告作品と被告作品における共通点及び相違点についての検討

「ア　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り、既存の著作物に依拠して作成、創作された著作物が、思想、感情若しくはアイディア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、著作物の複製には当たらないものと解される。

イ　前記１で判示したところによれば、原告が同一性を主張する点（前記第２の３(2)ア(ア)）は著作権法上の保護の及ばないアイディアに対する主張であるから、原告の同一性に関する上記主張はそもそも理由がない。

なお、事案に鑑み、具体的表現内容について原告作品と被告作品との間に同一性が認められるか否かについて検討するに、前記(1)で指摘したとおり、原告作品と被告作品は、〔1〕造作物内部に二段の棚板が設置され、その上段に公衆電話機が設置されている点、〔2〕同受話器が水中に浮かんでいる点は共通している。しかしながら、〔1〕については、我が国の公衆電話ボックスでは、上段に公衆電話機、下段に電話帳等を据え置くため、二段の棚板が設置されているのが一般的であり、二段の棚板を設置してその上段に公衆電話機を設置するという表現は、公衆電話ボックス様の造作物を用いるという原告のアイディアに必然的に生じる表現であるから、この点について創作性が認められるものではない。また、〔2〕については、具体的表現内容は共通しているといえるものの、原告作品と被告作品の具体的表現としての共通点は〔2〕の点のみであり、この点を除いては相違しているのであって、被告作品から原告作品を直接感得することはできないから、原告作品と被告作品との同一性を認めることはできない。」

３．結論

以上の考察を踏まえ、第一審判決は、「被告作品によって、原告作品の著作権が侵害されたものとは認められない」と判断した。

Ⅳ　控訴審判旨（第一審判決を変更し、原告の請求を一部認容）

一　原告作品の著作物性について（争点①）

１．著作物性判断に関する抽象論

「著作物とは、『思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの』をいうから（同法２条１項１号）、ある表現物が著作物として同法上の保護を受けるためには、『思想又は感情を創作的に表現したもの』でなければならない。第１に、思想又は感情自体ではなく『表現したもの』でなければならないということであり、第２に、『創作的に表現したもの』でなければならないということである。そして、創作性があるといえるためには、当該表現に高い独創性があることまでは必要ないものの、創作者の何らかの個性が発揮されたものであることを要する。表現がありふれたものである場合、当該表現は、創作者の個性が発揮されたものとはいえず、『創作的』な表現ということはできない。また、ある思想ないしアイデアの表現方法がただ１つしか存在しない場合、あるいは、１つでなくとも相当程度に限定されている場合には、その思想ないしアイデアに基づく表現は、誰が表現しても同じか類似したものにならざるを得ないから、当該表現には創作性を認め難い。」

２．本件事案への当てはめ

「原告作品は、その外見が公衆電話ボックスに酷似したものであり、その点だけに着目すれば、ありふれた表現である。そこで、これに水を満たし、金魚を泳がせるなどしたことにより、原告作品に創作性が認められるかが問題となる。」

「原告作品のうち本物の公衆電話ボックスと異なる外観に着目すると、次のとおりである。

第１に、電話ボックスの多くの部分に水が満たされている。

第２に、電話ボックスの側面の４面とも、全面がアクリルガラスである。

第３に、その水中には赤色の金魚が泳いでおり、その数は、展示をするごとに変動するが、少なくて50匹、多くて150匹程度である。

第４に、公衆電話機の受話器が、受話器を掛けておくハンガー部から外

されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している。

そこで検討すると、第1の点は、電話ボックスを水槽に見立てるという斬新なアイデアを形にして表現したものといえるが、表現の選択の幅としては、入れる水の量をどの程度にするかということしかない。また、公衆電話ボックスが水槽化していることが鑑賞者に強烈な印象を与えるのであって、水の量が多いか少ないかに特に注意を向ける者が多くいるとは考えられない。したがって、電話ボックスを水槽に見立てるというアイデアを表現する方法には広い選択の幅があるとはいえないから、電話ボックスに水が満たされているという表現だけを見れば、そこに創作性があるとはいい難い。

第2の点は、本物の公衆電話ボックスと原告作品との相違であるが、出入口面にある縦長の蝶番は、それほど目立つものではなく、公衆電話を利用する者もその存在をほとんど意識しない部位である。したがって、鑑賞者にとっても、注意をひかれる部位とはいい難く、この縦長の蝶番が存在しないという表現（すなわち、電話ボックスの側面の全面がアクリルガラスであるという表現）に、原告作品の創作性が現れているとはいえない。

第3の点は、これも斬新なアイデアを形にして表現したものである。そして、金魚には様々な種類があり、種類によって色が異なるものがあるから（公知の事実)、泳がせる金魚の色と数の組み合わせによって、様々な表現が可能である。実際、1000匹程度の金魚を泳がせていた『テレ金』は、床面辺りから大量の気泡が発生していることと相まって、原告作品とはかなり異なった印象を鑑賞者に与える作品であると評価することができ、その表現に原告作品との相違があることは明らかである。もっとも、このように表現の幅がある中で、原告作品における表現は、水中に50匹から150匹程度の赤色の金魚を泳がせるという表現方法を選択したのであるが、水槽である電話ボックスの大きさとの対比からすると、ありふれた数といえなくもなく、そこに控訴人の個性が発揮されているとみることは困難であり、50匹から150匹程度という金魚の数だけをみると、創作性が現れているとはいえない。

第4の点は、人が使用していない公衆電話機の受話器はハンガー部に掛かっているものであり、それが水中に浮いた状態で固定されていること自体、非日常的な情景を表現しているといえるし、受話器の受話部から気泡

が発生することも本来あり得ないことである。そして、受話器がハンガー部から外れ、水中に浮いた状態で、受話部から気泡が発生していることから、電話を掛け、電話先との間で、通話をしている状態がイメージされており、鑑賞者に強い印象を与える表現である。したがって、この表現には、控訴人の個性が発揮されているというべきである。」

「なお、第1から第4までの点のほかに、控訴人は、原告作品が環境問題をテーマとしていることから、公衆電話機の色と電話ボックスの屋根の色がいずれも黄緑色であることを特に重視している（控訴人本人）。しかし、原告作品は、実際に存在するいくつかの公衆電話ボックスの中から選択したものとほぼ同じ外観をした水槽から成るところ、公衆電話機の色と屋根の色が黄緑色のものはよく見られるところであるから（公知の事実）、この点だけをみる限り、そこに創作性を認めることはできない。」

3．小括

「以上によれば、第1と第3の点のみでは創作性を認めることができないものの、これに第4の点を加えることによって、すなわち電話ボックス様の水槽に50匹から150匹程度の赤色の金魚を泳がせるという状況のもと、公衆電話機の受話器が、受話器を掛けておくハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生しているという表現において、原告作品は、その制作者である控訴人の個性が発揮されており、創作性がある。このような表現方法を含む1つの美術作品として、原告作品は著作物性を有するというべきであり、美術の著作物に該当すると認められる。」

二　被告作品による原告作品に係る複製権又は翻案権侵害の有無について（争点②）

1．被告作品と原告作品との対比

「ア　共通点

原告作品と被告作品の共通点は次のとおり（以下『共通点〔1〕』などという。）である。

〔1〕公衆電話ボックス様の造作水槽（側面は4面とも全面がアクリルガ

ラス）に水が入れられ（ただし、後記イ〔6〕を参照）、水中に主に赤色の金魚が50匹から150匹程度、泳いでいる。

〔2〕公衆電話機の受話器がハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している。

イ　相違点

原告作品と被告作品の相違点は次のとおり（以下『相違点〔1〕』などという。）である。

〔1〕公衆電話機の機種が異なる。

〔2〕公衆電話機の色は、原告作品は黄緑色であるが、被告作品は灰色である。

〔3〕電話ボックスの屋根の色は、原告作品は黄緑色であるが、被告作品は赤色である。

〔4〕公衆電話機の下にある棚は、原告作品は1段で正方形であるが、被告作品は2段で、上段は正方形、下段は三角形に近い六角形（野球のホームベースを縦方向に押しつぶしたような形状）である。

〔5〕原告作品では、水は電話ボックス全体を満たしておらず、上部にいくらかの空間が残されているが、被告作品では、水が電話ボックス全体を満たしている。

〔6〕被告作品は、平成26年2月22日に展示を始めた当初は、アクリルガラスのうちの1面に縦長の蝶番を模した部材が貼り付けられていた。」

2．被告作品と原告作品とにおける共通点及び相違点についての検討

「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを有形的に再製すること（著作権法2条1項15号）をいい、著作物の翻案とは、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。」

「共通点〔1〕及び〔2〕は、原告作品のうち表現上の創作性のある部分と重なる。なお、被告作品は、平成26年2月22日に展示を開始した当初は、アクリルガラスのうちの1面に、縦長の蝶番を模した部材を貼り付けていた

（相違点〔6〕）。しかし、前記のとおり、この蝶番は目立つものではなく、公衆電話を利用する者にとっても、鑑賞者にとっても、注意をひかれる部位とはいえないから、この点の相違が、共通点〔1〕として表れている原告作品と被告作品の共通性を減殺するものではない。

一方、他の相違点はいずれも、原告作品のうち表現上の創作性のない部分に関係する。原告作品も被告作品も、本物の公衆電話ボックスを模したものであり、いずれにおいても、公衆電話機の機種と色、屋根の色（相違点〔1〕～〔3〕）は、本物の公衆電話ボックスにおいても見られるものである。公衆電話機の下の棚（相違点〔4〕）は、公衆電話を利用する者にしても鑑賞者にしても、注意を向ける部位ではなく、水の量（相違点〔5〕）についても同様であることは前記のとおりである。すなわち、これらの相違点はいずれもありふれた表現であるか、鑑賞者が注意を向けない表現にすぎないというべきである。」

3．結論

「被告作品は、原告作品のうち表現上の創作性のある部分の全てを有形的に再製しているといえる一方で、それ以外の部位や細部の具体的な表現において相違があるものの、被告作品が新たに思想又は感情を創作的に表現した作品であるとはいえない。そして、後記(3)のとおり、被告作品は、原告作品に依拠していると認めるべきであり、被告作品は原告作品を複製したものということができる。」

「仮に、公衆電話機の種類と色、屋根の色（相違点〔1〕～〔3〕）の選択に創作性を認めることができ、被告作品が、原告作品と別の著作物ということができるとしても、被告作品は、上記相違点〔1〕から〔3〕について変更を加えながらも、後記(3)のとおり原告作品に依拠し、かつ、上記共通点〔1〕及び〔2〕に基づく表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、原告作品における表現上の本質的な特徴を直接感得することができるから、原告作品を翻案したものということができる。」

Ⅴ　評釈

一　本件の意義

本件は、原告作品と被告作品が、ともに実用品[7]をベースとして他の要素を付加することにより創作された美術作品であるところ、その実用品や付加要素の選択が、電話ボックスに水を入れ、金魚を泳がせ、電話機のハンガー部から外れて水中に浮いた受話器が気泡を出しているという点において共通していたということを特徴とする。この種の実用品を奇想天外な用途に転用する作品の著作物性や著作権侵害が争われたことはほとんどなく、本件の第一審判決と控訴審判決はこのような珍しい事案に対する判断を示したものとして事例的な意義を有する。

第一審判決と控訴審判決の認定した事実とその結論を、次のとおり整理しておきたい。

	第一審の認定した事実	第一審の結論	控訴審の認定した事実	控訴審の結論
著作物性	第一審特徴① 「公衆電話ボックス様の造形物を水槽に仕立て、その内部に公衆電話機を設置した状態で金魚を泳がせていること」	アイディア	控訴審特徴① 「電話ボックスの多くの部分に水が満たされている」	創作性のない表現
			控訴審特徴② 「電話ボックスの側面の4面とも、全面がアクリルガラスである」	創作性のない表現
			控訴審特徴③ 「その水中には赤色の金魚が泳いでおり、その数は、展示をするごとに変動するが、少なくて50匹、多くて150匹程度である」	創作性のない表現
	第一審特徴② 「金魚の生育環境を維持するために、公	創作性のない表現	控訴審特徴④ 「公衆電話機の受話器が、受話器を掛けておくハン	創作的表現(創作性のない表現で

[7] 厳密にいえば、原告作品は実用品である公衆電話ボックスに酷似した造作物をベースとする一方で、被告作品は実際に使用されていた公衆電話ボックスをベースとしているのである。

	衆電話機の受話器部分を利用して気泡を出す仕組みであること」		ガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」	ある控訴審特徴①と③に創作的表現である④を加えた全体は創作的表現に該当すると判じている)
	第一審特徴③ 「公衆電話ボックス様の造作物の色・形状、内部に設置された公衆電話機の種類・色・配置等」	創作的表現	控訴審特徴⑤ 「公衆電話機の色と屋根の色が黄緑色」	創作性なし
類似性	第一審共通点① 「造作物内部に二段の棚板が設置され、その上段に公衆電話機が設置されている点」	創作性のない表現		
	第一審共通点② 「受話器が水中に浮かんでいる点」	表現（創作性については判断していない)	控訴審共通点① 「公衆電話ボックス様の造作水槽(側面は4面とも全面がアクリルガラス)に水が入れられ…、水中に主に赤色の金魚が50匹から150匹程度、泳いでいる」 控訴審共通点② 「公衆電話機の受話器がハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」	控訴審共通点①と②を組み合わせた全体は創作的表現に該当する
	「外観上ほぼ同一形状の公衆電話ボックス様の造作水槽内に金魚を泳がせている点」と「同造作水槽内に公衆電話機を設置し、公衆電話機の受話器部分から気泡を発生させる仕組みを採用している点」[8]	アイディア		

[8] 原告は、原告作品と被告作品が同一であると主張していたが、第一審判決はこれがそもそもアイディアであり保護されないから主張自体が失当であるとして、同一か否かの判断には立ち入らなかった。

二　原告作品の著作物性

1．はじめに

上記の表に示したように、第一審判決は、第一審特徴①(「公衆電話ボックス様の造形物を水槽に仕立て、その内部に公衆電話機を設置した状態で金魚を泳がせていること」）についてはアイディアであるとし、第一審特徴②(「金魚の生育環境を維持するために、公衆電話機の受話器部分を利用して気泡を出す仕組みであること」）については創作性のない表現としたが、第一審特徴③(「公衆電話ボックス様の造作物の色・形状、内部に設置された公衆電話機の種類・色・配置等」）については創作的表現であるとして著作物性を肯定した。

これに対して、控訴審判決は、第一審特徴①に相当する控訴審特徴①(「電話ボックスの多くの部分に水が満たされている」こと)、控訴審特徴②(「電話ボックスの側面の４面とも、全面がアクリルガラスである」こと）及び控訴審特徴③(「その水中には赤色の金魚が泳いでおり、その数は、展示をするごとに変動するが、少なくて50匹、多くて150匹程度である」こと）については、(第一審判決と異なり)いずれも表現であるとしつつ、結局、創作性がないとしたが、第一審特徴②に相当する控訴審特徴④(「公衆電話機の受話器が、受話器を掛けておくハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」こと）については、「この表現には、控訴人の個性が発揮されている」としつつ控訴審特徴①・控訴審特徴③・控訴審特徴④からなる組合せも表現であって「個性が発揮されており」、創作性があると論じて、著作物に該当すると判示した。したがって、第一審判決と控訴審判決の判断は、著作物性を認めるという結論に変わるところはないものの、その際にいかなる要素に着目するのかという点において理由付けを異にしている。

そこで、以下では、本件事案の特徴（実用品をベースとして他の要素を付加することにより原告作品を制作すること）に着目しつつ、実用品そのもの、実用品として必ずしもその形状を取らなくてよい変形を加える創作物及び実用品をベースとする創作物の著作物性が問題となった事案に関する裁判例を整理することにしたい。従前の裁判例では、実用品が著作物

足りうるかという論点は、一般に応用美術[9]の著作物性という枠組みの下で検討されてきた[10]ことに鑑み、本稿も応用美術に関する裁判例を先例として取り扱うことにする。

２．従前の裁判例

(1) 類型的考察

① 実用品そのものと評しうる応用美術

まず、実用品そのものと評しうる応用美術について検討したい。この類型の応用美術の著作物性を否定した裁判例として、例えば、二種類の曲げた四本のパイプと左右の肘掛、一枚の座席シートという簡素な七点の構成を持ち、折りたたまれる軽便さを備え、量産される椅子（京都地判平成元.10.19　DESIGN PROTECT21号35頁［ニーチェア］、大阪高判平成2.2.14DESIGN PROTECT21号35頁［同二審］、最判平成3.3.28DESIGN PROTECT21号35頁［同上告審］【図２】[11]）、鍋本体側の断面が横長楕円、手元側の断面が縦長楕円の二つの楕円を直線の集合からなる曲面で覆われ

---

[9] 応用美術は純粋美術に対する用語(両用語の淵源と区別について、白鳥綱重「『応用美術』と著作物性判断の潮流－ACEの三角関係の行方－」横浜法学28巻３号265～266頁(2020年)を参照)で、定まった定義はない。著作権法審議会答申説明書(文化庁監修『著作権法百年史・資料編』(2000年)50頁)では、応用美術とは実用に供されあるいは産業上利用される美的創作物である。学説では、一般には、美術を実用品に応用したものとか、美術上の技法や感覚を実用品に応用したものとか、それ自体実用的機能を有する美的な創作物といわれている。中山信弘『著作権法』(第３版・2020年・有斐閣)197頁を参照。

応用美術の例として、美術工芸品、装身具等実用品自体であるもの、家具に施された彫刻等実用品と結合されたもの、文鎮のひな型等量産される実用品のひな型として用いられることを目的としているもの、及び染織図案等実用品の模様として利用されることを目的とするものを挙げることができる。文化庁監修・前掲50頁を参照。

[10] 文化庁監修・前掲注９)50頁、田村・前掲注６)31～36頁、中山・前掲注９)193～218頁、作花文雄『詳解著作権法』(第５版・2018年・ぎょうせい)117～145頁、半田正夫『著作権法概説』(第16版・2015年・法学書院)90～95頁、劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性(一)(二・完)」知的財産法政策学研究６号189頁・７号177頁(2005年)を参照。

[11] DESIGN PROJECT ５巻５号36頁(1992年)から転載した。

ること、鍋本体に近接した部分に指止め部分が設けられていること、下方に折れ曲がったジョイント部があることなどの形態を呈した鍋の持ち手(知財高判平成24.3.22平成23(ネ)10062［三徳包丁二審］【図３】[12])、自らの好みに合わせ、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、改造等をしたりをすることにより人形を作ることができ、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（東京地判平成24.11.29平成23(ワ)6621［カスタマイズドール］【図４】)、漁網としての機能をよりよく発揮させることを唯一の目的として、画一的な工業的方法により大量生産される製品の構成部分を成す漁業用の網の結節構造(名古屋高判平成9.12.25判タ981号263頁［漁網用の結節二審］)、切妻屋根、陰影を作る深い軒、袖壁、全体的な水平ラインといった要素や、インナーバルコニー、テラス、自然石の小端積み風の壁といった洋風建築の要素を配置されている建築物（大阪地判平成15.10.30平成14(ワ)1989［グルニエ　ダインJX］、大阪高判平成16.9.29平成15(ネ)3575［同二審］【図５】)、シンプルなワンボックス型で屋根面を傾斜の緩い片流れ屋根として、内部と連続したウッドデッキ側の外壁面には、天然の木目と色合いをそのままにしたパネリング（羽根板）を使用して、デッキ面以外の三面にガルバリウム鋼板を用いて、ウッドデッキとウッドデッキにつながる高さのある大きな掃き出し窓を設置して、横幅いっぱいのベランダを設けて、ベランダを支える梁と柱を同色とする建築物（東京地判平成26.10.17平成25(ワ)22468［フランクフェイス］【図６】)、本体の円筒状部の下端に内部に水を取り込むための吸水口が、本体の上部に取り付けられたキャップの上端に噴霧口がそれぞれ取り付けられており、この吸水口から内部に取り込んだ水を蒸気にして噴霧口から噴出される構造を備える試験管様のスティック形状の加湿器（東京地判平成28.1.14判時2307号111頁［スティック状加湿器］、知財高判平成28.11.30平成28(ネ)10018［同二審］【図７】)、両脇にダーツがとられ、スクエア型のネックラインを有し、襟首直下にレース生地の刺繍を有するというランニングシャツ（大阪地判平成29.1.19平成27(ワ)9648［Chamois］【図８】)、ファッションショーにおける個々のモデルに施されている化粧や髪型のス

[12] LEX/DBインターネット25444417から転載した。

タイリング、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（東京地判平成25.7.19判時2238号99頁［激安ファストファッション］、知財高判平成26.8.28判時2238号91頁［同二審］【図９】[13]）、幼児の成長に合わせて、座面及び足置き台の固定位置を、左右一対の部材の内側に床面と平行に形成された溝で調整することができるように設計された椅子（東京地判平成26.4.17平成25(ワ)8040［TRIPP TRAPP一審］【図10】）がある。

しかし、実用品そのものと評しうる応用美術についても、例外的に著作物性を肯定した裁判例がある。その稀有な例が、前掲「TRIPP TRAPP」の控訴審である知財高判平成27.4.14平成26(ネ)10063［TRIPP TRAPP二審］である。第一審判決は著作物性を否定していたが、控訴審は、傍論ながら[14]、次の原告椅子の形態的特徴を着目して、著作物性を肯定した。すなわち、「①『左右一対の部材Ａ』の２本脚であり、かつ、『部材Ａの内側』に形成された『溝に沿って部材Ｇ（座面）及び部材Ｆ（足置き台）』の両方を『はめ込んで固定し』ている点、②『部材Ａ』が、『部材Ｂ』前方の斜めに切断された端面でのみ結合されて直接床面に接している点及び両部材が約66度の鋭い角度を成している点」を備える原告椅子において、「作成者である控訴人オプスヴィック社代表者の個性が発揮されており、『創作的』な表現というべきであ」り、したがって、原告椅子の著作物性が認められると控訴審は判示した。これまでのところ［TRIPP TRAPP二審］は上記の従前の同類型の応用美術に係る裁判例と異なる結論を下した唯一の例のようである。

② 実用品として必ずしもその形状を取らなくてもよい変形を加える応用美術

次に、実用品として必ずしもその形状を取らなくてもよい変形を加える応用美術に目を移してみよう。このような応用美術についても、従前の裁判例では、著作物性が否定される傾向にある。例えば、上部にタコの頭部

[13] 渡部友一朗「判批」コピライト632号32頁（2013年）から転載した。

[14] この判決は、結論として、原告椅子と被告椅子の類似性を否定しており、著作物性を肯定した部分の判旨はあくまでも傍論に止まる。

を模した部分を備え、正面に1本、右側面に2本、左側面に1本の計4本のタコの足を有しており、そして、これらのタコの足が、いずれも、子どもたちなどの利用者が滑り降りることができるスライダーとなっており、また、それに利用者がスライダーの上部に昇るための取っ手が取り付けられているという構造を備えるタコの滑り台（東京地判令和3.4.28令和1(ワ)21993［タコの滑り台］、知財高判令和3.12.8令和3(ネ)10044［同二審］【図11】)、縦に楕円形となる頭顔部及び腕、足、尾が付き、円筒状となる胴体部からなるペットのぬいぐるみが組み合わせられた小物入れ（東京地判平成20.7.4平成19(ワ)19275［プチホルダー］【図12】)、実際に使用されている灯具やアームの規格品を適宜選択して組み合わせて作成され、レトロなデザインを採用した装飾用街路灯（大阪地判平成12.6.6平成11(ワ)2377［装飾街路灯］、大阪高判平成13.1.23平成12(ネ)2393［同二審］【図13】)、建築物の外装用資材として使用される装飾用窓格子やフェンス、門扉等のデザイン（東京地判平成4.1.24平成2(ワ)13281［装飾窓格子］、東京高判平成4.9.30平成4(ネ)434号［同二審］【図14】[15]）がある。

③ 実用品をベースとして創作される応用美術

さらに、実用品をベースとして創作される応用美術を分析する。このような応用美術をめぐり著作物性が争われた裁判例として、被告が仏壇彫刻を頒布・展示した行為が、原告の有する仏壇彫刻の著作権を侵害したかが争われた神戸地姫路支判昭和54.7.9無体集11巻2号371頁［仏壇彫刻］【図15】がある。

裁判所は、原告仏壇彫刻の著作物性を判断するに当たって、仏壇彫刻の創作性と美術性に分けて検討している。まず、原告仏壇彫刻の創作性について、裁判所は、原告が「多年に亘り、多くの古文書および古典仏壇彫刻を網羅し参考としつつ、仏壇彫刻師としての美的感覚と技法を駆使し、既製仏壇を模写することなく特異の美的表象を創案すべく、殊に型枠使用による大量生産にも適合するように配慮しながら、右彫刻の紋様を立体的、写実的に精巧かつ端麗な表現を表象するよう、独自の執刀方法で描くことに苦心したすえ、独自の創意による本件彫刻（原型）を完成した」と認め

[15] LEX/DBインターネット28019584から転載した。

たうえで、「本件彫刻は原告が長年の研究の成果として独自の着想により仏教美術の一部に属する仏壇装飾につき感情を創作的に表現したもの」と判示して、創作性を肯定した。そして、原告仏壇彫刻の美術性について、裁判所は、「本件彫刻は仏壇の装飾に関するものであるが、表現された紋様・形状は、仏教美術上の彫刻の一端を窺わせ、単なる仏壇の付加物ないしは慣行的な添物というものではなく、それ自体美的鑑賞の対象とするに値するのみならず、前判示の如く、彫刻に立体観・写実観をもたせるべく独自の技法を案出駆使し、精巧かつ端整に作品を完成し、誰がみても、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うる彫刻であると観察することができるものであり、その対象・構成・着想等から、専ら美的表現を目的とする純粋美術と同じ高度の美的表象であると評価しうるから、本件彫刻は著作権法の保護の対象たる美術の著作物である」と判示して、美術性も肯定した。上記の創作性と美術性についての判断を踏まえて、裁判所は原告仏壇彫刻の著作物性を肯定している。

④ 小括

以上の裁判例によれば、それらの著作物該当性の判断の分かれ目は、次のような傾向にあると思われる。

第一に、実用品そのものと評しうる応用美術（[ニーチェア]、[三徳包丁]、[カスタマイズドール]、[漁網用の結節]、[グルニエ ダインJX] 等）について、例外的な [TRIPP TRAPP二審] を除けば、基本的に著作物性が否定されている。第二に、実用品として必ずしもその形状を取らなくてもよい変形を加える応用美術（[タコの滑り台]、[プチホルダー]、[装飾街路灯]、[装飾窓格子] 等）についても、類型的に著作物性が認められない。第三に、実用品をベースとして創作される応用美術については、そもそも事例に乏しいものの、その数少ない事例においては、著作物性が肯定されている（[仏壇彫刻]）。

(2) 本件の位置付け

本件原告作品は、実用品である公衆電話ボックスに酷似した造作物をベースとして、その内部に水を入れ、金魚を泳がせ、電話機のハンガー部から外れて水中に浮いた受話器から発生する気泡という要素を付加して制

作した美術作品である。この点に鑑みると、本件は実用品である仏壇をベースに彫刻を加える［仏壇彫刻］に近いものということができよう。

しかし、本件と［仏壇彫刻］とでは相違するところもある。すなわち、［仏壇彫刻］では、実用品に付加された要素が極めて精巧かつ端麗な彫刻であり、その部分を創作的表現と認めることは容易である。それに対して、本件では、実用品に付加された要素は単なる水と金魚と気泡を出す受話器といったものであって、それぞれは少なくとも単独では著作物であるとはいい難いものにすぎない。そうすると、これらの要素が組み合わされているとしてもそれで著作物たりうるかということについては相当に議論の余地があるところであろう。少なくとも、［仏壇彫刻］に比肩しうるほどのものでないことだけは確かである。その意味で、本件事案は従前の裁判例に見られない特徴を持ち、実用品をベースとして簡単な要素を付加した造作物の著作物性に関する裁判例として注目に値するということができよう。

3．検討

(1) 原告作品の著作物性

本件における原告作品は実用品である公衆電話ボックスをベースとして、それに水を入れ、金魚を泳がせ、電話機のハンガー部から外れて水中に浮いた受話器が気泡を出すといった要素を付加して制作された美術作品である。

このうち公衆電話ボックスそれ自体は、上記の第一類型の各裁判例における各実用品と同様に、実用性により創作の自由度が技術的に制約されていると考えられる[16]。この種の実用品について、禁止される行為が広汎に

[16] 例えば、［ニーチェア］における椅子について、四本のパイプと座席シートの素材の選択や、パイプの屈曲や左右に取り付けられた肘掛といったデザインは、座り心地のよさと、折りたたみの簡便性さなどの椅子としての実用性を実現するために、技術的に創作されたものであるように見受けられる。また、［三徳包丁二審］における鍋の持ち手は、鍋本体を持ち上げやすくすることや、熱い鍋で指に火傷をさせないことなどの鍋の持ち手としての実用性を全うするために、鍋本体側の断面と手元側の断面をそれぞれ横長楕円と縦長楕円とし、二つの楕円が直線の集合からなる曲

及び、保護期間も長きにわたる著作権の保護を容認してしまうと、後続の実用品の制作が過度に制約されてしまいかねない。そのような創作活動に対するインセンティヴは、禁止行為が業としての実施に限定されており、保護期間も相対的に短い登録意匠制度に委ねるべきであろう。登録を要しない著作権の保護を認めることは、(依拠を不要とすること[17]を除いて) 相対的に禁止しうる行為が狭く保護期間が短い意匠権を取得するインセンティヴを過度に減殺し、登録意匠制度の機能を損ないかねないという問題もある。くわえて、不正競争防止法2条1項3号で定められる商品形態のデッド・コピー規制は、著作権と同様に依拠性を要求するものであり、存続期間が僅か三年に限られている。このような状況下で、商品形態のデッド・コピー規制の対象となる実用品に著作権を付与してしまうと、デッド・コピー規制の趣旨は完全に潜脱されてしまうことになりかねない[18]。

翻って著作権法2条1項1号を鑑みると、同号は文化の範囲に属することを著作物性の要件としている以上、法がこの世の全ての知的創作物に対して著作権の保護を及ぼそうとするものではないことは明らかである。前述したように、登録意匠制度と商品形態のデッド・コピー規制の趣旨を確保するためには、技術的な制約の下で創作された実用品については著作権の保護を否定することが望まれるところ、それを実現するために、著作権法2条1項1号の後段を活用することが許されるのではなかろうか[19]。

面で覆ったり、鍋本体に近接した部分に指止め部分を設けたりするなど、いずれも技術の制約の下で制作されたものであるといえよう。

17 上野達弘「応用美術の著作権保護－『段階理論』を超えて－」パテント67巻4号(別冊11号) 112頁 (2014年) を参照。

18 田村善之「応用美術の著作物性が肯定された事例－TRIPP TRAPP事件－(下)」ビジネス法務15巻11号101頁 (2015年)、白鳥・前掲注9)284～285頁を参照。

19 ちなみに、実用品が著作物に該当しうるかという問題に関しては、現行著作権法は「美術工芸品」が保護されることを2条2項に明定した以外は、特段の措置を講じておらず、解釈の余地が残されることとなった (田村善之「応用美術の著作物性が肯定された事例－TRIPP TRAPP事件－(上)」ビジネス法務15巻10号45頁 (2015年) を参照。詳しい紹介として、劉・前掲注10) 6号200～215頁がある)。かつて裁判例の多くは、文言上、「純粋美術と同視し得るもの」といえる場合に著作物性を肯定するという判断基準を採用しており (田村・前掲注6)32頁を参照)、さらにその一部

他方、原告作品における公衆電話ボックスの屋根と電話機の色、水の量、金魚の数と色、受話器の水中の位置と向き、気泡の大きさといった要素は、実用性により技術的に制約されるものではないから、文化の範囲に属するものと評価することができる。また、個々の要素自体についてはありふれたものと判断されるとしても、少なくとも、それらの要素の組合せについては、裁判所の認定に従えば原告が創作した新規のものと認められるというのであるから[20]、これに着目して著作権を付与したとしても、後発の創作の自由を過度に阻害することにはならないように思われる[21]。そうだとすれば、原告作品における上記の各要素の組合せは著作物に該当するもの

は「高度の創作性」や「高度の美的表現」、「高度の芸術性」等(例えば、「高度の創作性」は大阪高判平成17.7.28判時1928号116頁[チョコエッグ二審]で用いられており、「高度の美的表現」は前掲[仏壇彫刻]で言及されており、「高度の芸術性」は東京高判平成3.12.17無体集22巻2号430頁[木目化粧紙二審]で持ち出されている)、応用美術の著作物性に通常より高い創作性を要求していた。これを一方の極とするならば、他方の極では、実用品であるからといって高度の創作性を課す必要はなく、他の通常の著作物と同様の要件の下で判断すれば足りるとする美の一体性理論が有力に提唱されている(例えば、前掲[TRIPP TRAPP二審]、前掲[スティック状加湿器二審]、知財高判平成28.12.21平成28(ネ)10054[ゴルフクラブのシャフト二審]があり、この見解に与した文献として、上野・前掲注17)96頁、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・219頁(2009年)を参照)。しかし、本稿は、本文で既に述べたような理由により、この両極に位置するいずれの見解にも与せず、実用性を離れた創作性が発揮されているか否かで著作物性を判断する分離可能性説を支持している。

[20] 控訴審は「被控訴人らは、水槽以外の物を水槽化して金魚を泳がせるという表現は大和郡山市内では多数みられ、ありふれたものであると主張する。しかし、平成12年に原告作品が公表される前からそれらの作品が作成されていたと認めるべき証拠はな」いと認定している。

[21] 創作性を満たすには、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であり、創作性の高低が裁判官の判断に馴染まず、その種の要求をなすことは創作性要件の趣旨に悖るおそれがある(田村・前掲注6)12頁を参照)。原告作品における各要素の組合せは、創作性の高低はともかく、新規のものであると認められうるから、自ずと他人の著作物と異なるものであると評しうると思われる。

他方、表現に該当するには、それを保護しても創作活動が過度に萎縮することなく、模倣の余地がある程度残ることが要求されると解されている。田村善之「著作権の保護範囲」コピライト61巻728号16～17頁(2021年)を参照。

といってよいであろう。

(2) 本件判決への評価

本件判決に目を転じてみると、第一審判決と控訴審判決は、いずれも原告作品を応用美術としていないから、文化の範囲の要件を斟酌することなく著作物性を判断したものであるといわざるをえない[22]。第一審判決は、第一審特徴①(「公衆電話ボックス様の造形物を水槽に仕立て、その内部に公衆電話機を設置した状態で金魚を泳がせていること」) 及び第一審特徴②(「金魚の生育環境を維持するために、公衆電話機の受話器部分を利用して気泡を出す仕組みであること」) については著作物性を否定する一方で、第一審特徴③(「公衆電話ボックス様の造作物の色・形状、内部に設置された公衆電話機の種類・色・配置等」) については、著作物に該当すると判示した。第一審特徴③に関する判旨を素直に読むと、実用品である公衆電話ボックス自体を著作物として認定しているという結論を導き出せるかもしれない[23]。もっとも、「等」が文尾に付けられたことから見ると、公衆電話ボックス自体だけではなく、それと水の量、金魚の数と色、受話器の水中の位置と向き、気泡の大きさ等の要素を組み合わせてはじめて著作物になりうるという読み方もありうるであろう。なお、第一審判決は第一審特徴③に著作物性を認めてはいるが、結局、原告作品と被告作品の類似性を否定した。ゆえに、第一審特徴③が著作物に当たる部分の判旨はあくまで

---

[22] 第一審判決と控訴審判決が応用美術のアプローチを採用しなかった理由は定かではないが、次の二点の影響があるのではないかと推測される。第一に、主観的な制作意図から見ると、原告が原告作品を制作する意図は、それを実用品として機能させようとするものではなく、現代美術として鑑賞に供そうとするものである。第二に、客観的な利用態様からすると、原告作品における公衆電話ボックスは、そもそも実際に公衆電話として機能しうる造作物ではなかったうえに、それを水槽に見立てて鑑賞用の現代美術として制作された時点で、公衆電話ボックスとしての実用性を発揮できる形状を脱している。

[23] 判旨が言及したこの部分に創作性が認められないと主張する文献として、大塚・前掲注2) 3頁(「判旨は、『公衆電話ボックス様の造作物の色・形状、内部に設置された公衆電話機の種類・色・配置等の具体的な表現』について創作性を認めているが、これらについては公衆電話ボックスが通常有するありふれた表現であるから創作性を欠くとする判断もあり得るところであろう」とする)。

も傍論にすぎない。

これに対して、控訴審判決は、控訴審特徴①(「電話ボックスの多くの部分に水が満たされている」こと)、控訴審特徴②(「電話ボックスの側面の4面とも、全面がアクリルガラスである」こと)、控訴審特徴③(「その水中には赤色の金魚が泳いでおり、その数は、展示をするごとに変動するが、少なくて50匹、多くて150匹程度である」こと)については著作物性を否定する一方で、控訴審特徴④(「公衆電話機の受話器が、受話器を掛けておくハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」こと)については著作物性を肯定し、かつ、控訴審特徴④に控訴審特徴①と控訴審特徴③を加えてできている表現全体も著作物に該当すると判示した。控訴審判決が着目したのは水の量、金魚の数と色、受話器の水中の位置と向き、気泡の大きさといった要素の組合せではなく、より抽象的な要素、すなわち、控訴審特徴①と控訴審特徴③と控訴審特徴④の組合せである。創作の自由度からすると、この程度の組合せで著作物性が認められてしまうと、後発の創作を過度に制約することになりはしないか、という観点からの検討が不可欠といえよう。もっとも、控訴審判決では、まさにこの組合せが原告作品と被告作品において共通しているものであると述べられているから、それが創作的表現の共通性があると評価できるのかという形で、講学上の類似性の要件のところで問題となる。ゆえに、この点の当否については、次に述べる類似性のところで考察することにしたい。

三　原告作品と被告作品の類似性

1．はじめに

既述したように(Ⅴ一の表)、第一審判決は、まず、「外観上ほぼ同一形状の公衆電話ボックス様の造作水槽内に金魚を泳がせている点」と「同造作水槽内に公衆電話機を設置し、公衆電話機の受話器部分から気泡を発生させる仕組みを採用している点」については、アイディアとしたうえで、第一審共通点①(「造作物内部に二段の棚板が設置され、その上段に公衆電話機が設置されている点」)については創作性のない表現として、第一審共通点②(「受話器が水中に浮かんでいる点」)については表現としたが、そ

の創作性の有無に言及することなく[24]、この共通点を除いて両作品が相違しており、被告作品から原告作品を直接感得できないことを理由に、類似性を否定した。

これに対して、控訴審判決は、控訴審共通点①(「公衆電話ボックス様の造作水槽（側面は4面とも全面がアクリルガラス）に水が入れられ…、水中に主に赤色の金魚が50匹から150匹程度、泳いでいる」こと）と控訴審共通点②(「公衆電話機の受話器がハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」こと）を組み合わせてできた全体について創作的表現であるとしたうえで、ほかにいくつかの相違点があるものの、被告作品が原告作品を複製又は翻案したものということができると判示して、類似性を肯定している。したがって、控訴審判決と第一審判決が類似性についての結論を異にしたのは、いかなる要素が創作的表現に当たるかについて見解が分かれているということに加えて、共通部分以外の相違部分が類似性判断にいかなる影響を与えるかについて異なる立場を示していることに起因しているといえよう。

そこで、以下では、まず、類似性判断の枠組みの問題、すなわち、共通部分が創作的表現であると認められたとしてもなお相違部分があることによって類似性を否定することができるのかという問題を分析する。そのうえで、本件事案の特徴（電話ボックスに水を入れ、金魚を泳がせ、電話機のハンガー部から外れて水中に浮いている受話器が気泡を出しているという点が共通しているということ）に着目しつつ、従前、同様の特徴を持つ事案に対する裁判例において、いかなる場合に創作的表現の共通性が認められるかということ、つまり類似性の判断基準を検討したい。

２．類似性判断の枠組み

(1) 江差追分上告審

従前の裁判例及び学説では、本稿でいうところの類似性に該当する要件に関する判断基準について、実質的な意味内容はともかくとして、その文

[24] 第一審判決は、著作物性判断で「受話器の受話部分から気泡が発生している」ということについて創作性を否定したが、さらに「受話器がハンガー部分又は本体から外された状態で水中に浮かんで」いるということまで特定される表現について、第一審判決が創作性を肯定するか否かということは定かにはされていない。

言に関しては変遷が認められる[25]。とはいうものの、現在、判例法理として通用しているのは、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁［江差追分上告審］[26]である。同事件において最高裁は、「言語の著作物の翻案（著作権法

[25] 類似性の判断基準に関する学説や裁判例については、日本の著作権法学の草創期に、「外面的形式」と「内面的形式」は保護されるが、「内容」は保護されないという学説が提唱されていた（加戸守行『改訂著作権法逐条講義』（1974年・著作権資料協会）29頁を参照）。次いで、最判昭和53.9.7民集32巻6号1145頁［ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審］で、「内容及び形式を覚知させるに足りる」か否かという基準が用いられた（この基準に従う裁判例として、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］、東京高判平成7.1.31判時1525号150頁［会社案内パンフレット］、大阪地判平成7.3.28知裁集27巻1号210頁［商品カタログ］、東京地判平成7.5.31判時1533号110頁［ぐうたら健康法］、大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁［エルミア・ド・ホーリィ］、最判平成9.7.17民集51巻6号2714頁［ポパイ］、東京地判平成10.3.30平成2（ワ）4247［ノンタン］、東京地判平成10.7.17平成6（ワ）9490［のびのび更年期］、東京地判平成10.10.29知裁集30巻4号813頁［SMAP大研究］、東京地判平成10.11.16平成9（ワ）6030［リトルくらぶ］、大阪地判平成11.7.8判時1731号116頁［カッサンドル］などが挙げられる）。その後、最判昭和55.3.28.民集34巻3号244頁［パロディ第一次上告審］が、「本質的な特徴を直接感得」しうるか否かという基準を打ち出している（この基準に従う裁判例として、東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁［悪妻物語？］、東京地判平成10.6.29判時1667号137頁［地獄のタクシー］、前掲東京地判［のびのび更年期］、前掲東京地判［SMAP大研究］、東京地判平成13.3.26判時1743号3頁［大地の子］、東京高判平成13.3.28平成12(ネ)1268［企業主義の興隆］、東京高判平成13.5.30判時1797号150頁［キューピーイラスト商標］、東京高判平成13.5.30判時1797号131頁［キューピー］、京都地判平成7.10.19.知裁集27巻4号721頁［アンコウ］などが挙げられる）。田村善之「著作権の保護範囲に関し著作物の『本質的な特徴の直接感得性』基準に独自の意義を認めた裁判例(1)－釣りゲータウン2事件－」知的財産法政策学研究41号97～124頁（2013年）、同・前掲注21）5頁、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（1）（2・完）－『複製又は翻案』の問題性－」知的財産法政策学研究41号60～62頁・42号57～59頁（2013年）を参照。

[26] 事案は、「ほっかいどうスペシャル・遥かなるユーラシアの歌声－江差追分のルーツを求めて－」と題するテレビ番組における、一部のナレーションを作成し放送するなどの上告人らの行為が、被上告人が有する江差追分に関すノンフィクション「北の波頭に唄う」と題する書籍における、「九月の熱風」という短編の冒頭部のプロローグに係る翻案権、放送権及び氏名表示権を侵害しているかが争われたという

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より、これに接する者が既存の著作物を創作する行為をいう。」（叙述の便宜上、以下、判旨①と呼称する）「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は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」（叙述の便宜上、以下、判旨②と呼称する）と判示し、類似性要件に関する判断基準の一般論を展開した。

（2）学説の対立

学説では、この抽象論の読み方として、二つの見解が対立している。判旨①の「本質的な特徴の直接感得性」が判旨②の「創作的表現の共通性」をいい換えるものにすぎず、独自の意義を持たないと理解すべき旨を説く創作的表現の共通性一元論と、判旨①の「本質的な特徴の直接感得性」が判旨②の「創作的表現の共通性」と異なる独自の機能を発揮すると解すべきと主張する本質的な特徴の直接感得性独自性説である[27]。

このうち前者の創作的表現の共通性一元論は創作的表現が再生されているか否か、すなわち、創作的表現の共通性にのみよって類似性を判断するという見解である。この説に従うと、原告著作物における創作的表現が被告著作物に再生されている限り、被告による付加された部分の多寡を問うことなく、類似性が肯定される[28]。

これに対して、後者の本質的な特徴の直接感得性独自性説は、創作的表現が再生されているとしても、その再生部分が、新たに付加された創作的

ものである。この判決の評釈として、田村善之「創作的表現の共通性－江差追分事件上告審」『著作権判例百選』（第６版・2019年・有斐閣）90頁がある。

[27] 両説の対立については、田村・前掲注25）98頁、上野達弘＝前田哲男『〈ケース研究〉著作物の類似性判断：ビジュアルアート編』（2021年・勁草書房）19～25頁を参照。

[28] 田村・前掲注６）58～59頁を参照。

表現の影響で色褪せた状態になる場合には、類似性を否定するという見解である。この説に従うと、創作的表現が再生されているとしても、他の創作的表現を付加した結果、再生部分が新しい著作物（＝「まとまりのある著作物」あるいは「作品」[29]）の中で埋没されて、表現上の本質的な特徴を直接感得することができないほど色褪せた状態になる場合には、類似性は否定されることになる[30]。

(3) 本件判決における類似性判断の枠組み

本件第一審判決と控訴審判決はともに類似性判断の抽象論において前掲[江差追分上告審]の判旨を引用しており、その意味では同判決を踏襲するものということができる。もっとも、両者は、以下敷衍するように、引用部分を異にしており、また、採用している枠組みも同一ではないように見受けられる。

第一審判決は［江差追分上告審］の判旨②を引用しており、当てはめにおいて、第一審共通点②を表現としたうえで、これ以外のところにおいて原告作品と被告作品が相違しており、ゆえに被告作品から原告作品を直接感得することはできないと論じて、類似性を否定した。この判旨は、共通部分ばかりでなく、相違部分をも吟味したうえで直接感得性を否定し、ひいては類似性を否定したことから見ると、本質的な特徴の直接感得性独自性説に親和的な判断手法を採用していると評価しうると思われる。

他方、控訴審判決は、翻案については前掲［江差追分上告審］の判旨①を引用しており、また、複製については前掲［ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審］の判旨、つまり「内容及び形式を覚知させるに足りるものを有形的に再製すること」を引用しているが、その当てはめにおいて、[江差追分上告審］の判旨②の「創作的表現の共通性」を実際の基

[29] 同説の論者が裁判長を務めている知財高判平成24.8.8判時2165号42頁［釣りゲータウン２二審］では、創作的表現の再生を認めたうえで、さらなる比較の範囲として、「まとまりのある著作物」と「作品」という概念が打ち出されている。

[30] 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号18頁(2008年)、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍＝三村量一＝竹中俊子『知的財産法の実務的発展』(現代知的財産法講座Ⅱ・2012年・日本評論社) 251～262頁を参照。

準として判断をしていると読める[31]。そして類似性判断の枠組みに関して、控訴審判決は、被告作品に原告作品の創作的表現が再生されているとしたうえで、他の相違点が創作的表現であろうがなかろうが、被告作品を制作した行為が原告作品の著作権を侵害するという結論に変わりはないという立場を示しているように読める。この意味で、控訴審判決は創作的表現の共通性一元論に親和的なものと評しうると思われる[32]。

3．類似性の判断基準

(1) 従前の裁判例

本件事案は、既述したように、電話ボックスに水を入れ、金魚を泳がせ、電話機のハンガー部から外れて水中に浮いた受話器が気泡を出しているという点に特徴がある。その意味で、電話ボックスという通常水槽に用いられるわけではないものを水槽に見立てたこと、つまり、物品の用いられ方を変えるという文脈が共通している二つの作品の類似性が問題となったといえよう。この種の事件における従前の裁判例を整理したうえで、本件の位置付けを検討することにしたい。

① 類型的考察

ⅰ　創作の自由度が制約されているものが直接転用された例

まず、創作の自由度が相当に制約されているものを直接転用している事例において、類似性が問題となった裁判例として、東京地判平成28.2.25平成27(ワ)15789［胴体彫刻］【図16】を挙げることができる。事案は、ジ

[31]「被告作品は、原告作品のうち表現上の創作性のある部分の全てを有形的に再製しているといえる一方で、それ以外の部位や細部の具体的な表現において相違があるものの、被告作品が新たに思想又は感情を創作的に表現した作品であるとはいえない」という判文に鑑みる場合には、控訴審判決が［江差追分上告審］の判旨②の「創作的表現の共通性」を複製判断の実際の基準とすることが明らかであると思われる。

[32] もっとも、控訴審判決が本質的な特徴の直接感得性独自性説を否定しているとまで読むことは困難である。控訴審判決は、他の相違点が創作的表現に該当するとしても、未だ両作品に共通している創作的表現を色褪せた状態に追い込むまでには至らないので、依然としてその表現上の本質的な特徴を直接感得できると考えていると説明できる可能性がないわけではないからである。

ュエリー作家である原告が、被告が輸入、販売するアクセサリーについて、原告が制作した指輪に接着された彫刻部分を複製したものであるから、被告による被告製品の国内への輸入又は国内での販売は、原告の著作権を侵害する行為とみなされると主張して、差止め及び損害賠償を請求したものである。

原告作品と被告作品を比較すると、両者はともに美術品である胴体彫刻を転用して、その通常の鑑賞用途を変えてアクセサリーとしているものである。また、両作品は、忠実に女性の胴体を再現しているものであり、表面に光沢を有する白色の素材により制作され、半立体的な板状の全体形状を有して、左の乳房の中心位置で垂直方向にカットして、右（正面視左）の乳房を全部、左（正面視右）の乳房を半分のみ表現して、腹部がへそを中心として微妙に膨らんでいるように見えながらも、全体として痩せて引き締まった肉体を表現するというところが共通している。裁判所はこうした共通している「構図それ自体に創作性は乏しい」と判示して、創作的表現の共通性を否定した。

ⅱ　創作の自由度が制約されているものが組み合わされた例

次に、創作の自由度が相当程度制約されている複数のものを組み合わせているが、その組合せ自体については相当の自由度があるように思われるという事例で、創作的表現の共通性が争われた裁判例として、東京地八王子支判昭和62.9.18無体裁集19巻３号334頁［日野市壁画］【図17】がある。事案は、陶芸作家である原告が、被告らが館林市役所の新庁舎において地名を焼き込んだ煉瓦タイルを組み合わせた壁画を創作する行為が、原告の有する日野市壁画に係る著作権を侵害していると主張し、差止めと損害賠償を請求したものである。

原告壁画と被告壁画を比較すれば、両者はともに技術的制約に即して製造された[33]建築用の赤煉瓦タイルを組み合わせることにより創作された壁画であり、また、タイル内に各市の地名を焼き込んでいること、タイルの地を構成する定型タイルの色とデザインというところも共通している。と

[33] 赤煉瓦タイルは本来の建築用途の制約の影響で、その大きさ(産業規格への配慮が必要)と形状(一般的に立方体にされる)がかなり限られているであろう。

はいえ、両壁画におけるタイルは壁画の構成要素にすぎず、複数に存在しているほか、その組合せも相当に自由度があると思われ、実際、原告と被告の組み合わせ方はかなり相違しており、壁画の形状自体もかなり異なったものとなっている。それにもかかわらず、裁判所は「赤色系の特殊な大型煉瓦タイルを使用しており、本件壁画に使用された右大型煉瓦タイルのデザインは日野市壁画に使用されたデザイン七種のうち三種類を使用していること、両壁画ともタイル内に各市の地名を焼き込んでおり、また右大型タイルの地を構成する定型タイルと大型タイルと同色同系統のタイルを使用している点に類似性、共通性を有していること」を指摘しつつ、結論として「本件壁画は日野市壁画の変形物に該るものと断ぜざるを得ない」と判示して、創作的表現の共通性をより緩やかに肯定した[34]。

---

[34] ［日野市壁画］判決を支持するものとして、松尾和子「日野市庁舎の壁画の変形権侵害と同一性保持権侵害の成否」ジュリスト985号129頁（1991年）（「従来、この種の壁画は存在しなかったのであるから、この内面的形式が館林市壁画の製作について、日野市壁画の存在を感知させる程に維持されているとみるのが自然であろう。言い換えれば、館林市壁画は日野市壁画の変形著作物であると解するほかないが、限界的ケースと思われる」とする）、千野直邦「館林市庁舎の壁画は、日野市庁舎の壁画に依拠した著作権法上変形物であるとして、その一部の撤去を命じた事例（陶壁画事件）」発明85巻６号73～77頁（1988年）（「本件壁画を日野市壁画の変形物と認めた本判旨は正当であり、美術の著作物について二次的著作物の成立を肯定した事例として、判例上の意義を有する」、「本判旨は、本件壁画においてはタイルの配置上Ｙ」の地理的要素を考慮している点に独自性が認められるが、美術の著作物としてその表現形式的評価に立った場合には、その独自性の故に本件壁画が日野市壁画から全く独立した別個の著作物とは認められないと判示しており、両壁画間に多数の相違点があっても、全体的に両壁画を比較対照して観察すれば、十分に変形物と認めうるとする前判示部分をフォローするものとして評価しる。この点は、『壁画の評価としては個々の手法なり素材の分析よりも、全体的観察を重視』すべしとする判旨１の判示部分と併せて把握すれば、今後美術作品一般の著作権法による保護の具体的な判断基準として参考になるものと思われる」とする）。

これに対して、同事件判決に反対するものとして、田村・前掲注６）73頁（「地名のタイルを用いたということ自体はアイデアであって未だ表現ではなく、タイルを張り付けた結果、できあがった幾何学的模様やそこに書かれた地名で構成されるデザインをもって初めて創作的な表現と認めるべきである（多分に価値判断の要素を

もっとも、[日野市壁画]では、被告作品を創作する前に、被告関係者が原告に対して日野市壁画と同様の壁画の創作を依頼するために原告と連絡を取ったのだが、原告はふたたび日野市壁画と同様の作品を創作する意思がないということを伝えていたという事情がある。それにもかかわらず、被告らは原告に無断で館林市壁画を創作し、完成後に原告に「デザイン料」の支払いを申し出たという事情[35]が認められている。こうした本件特有の事情が、被告らに対する裁判所の心証を悪くし、違法とすべきであるという価値判断を形成させた結果、創作された両壁画の外形がかなりの程度相違しているものの、創作的表現の共通性を肯定する方向に斟酌させたもの

含む)」とする)、上野＝前田・前掲注27)147頁(「本件は、赤色系の特殊な大型煉瓦タイルに地名を焼き込んだものを組み合わせて壁画にするという点では共通するものの、それ自体は抽象的なアイディアであり、具体的なタイルの形状には相違があるほか、土地が異なるため当然のことながら地名も異なっていること等に鑑みると、創作的表現における共通性は認められないようにも思われる」とする)、伊藤真「陶壁画の著作物性－館林市壁画事件」『著作権判例百選』(第2版・1994年・有斐閣)18頁(「判決の結論においても、赤系統の色を基調とする煉瓦タイルを使用して地名をタイルに焼き込んで配列した壁画が広く『原告著作物の変形物』とされることになり、一定の表現方法を広く原告に独占させることにつながる点でも、問題が多いといわざるを得ない」とする)、岡邦俊『著作権の法廷』(1991年・ぎょうせい)120～125頁(「『素材自体の類似性にもかかわらず、その組み合わせ・配置は相違する』として著作権侵害を否定する方が論理的に一貫するのではないか」とする)。

[35] 具体的にいえば、「原告は昭和五五年一一月頃被告阿部窯業の営業部長であるA(以下『A』という。)より被告館林市長が日野市役所を見て非常に気に入つたので、一度原告を連れて来てくれと言われたと告げられ、同行を請われたため、Aとともに館林市庁舎の建築事務所を訪れ、同所で被告館林市の企画課長ほか市職員三名、本件共同企業体事務所長落合諄一、被告桂設計に所属する一級建築士Cらと会い、さらに同市役所会議室において右の者らと壁画製作の下話をしたが、原告としては日野市と同様な作品を製作する意思がなかつたのでその旨を述べ、一応考えておくということでその場は別れたが、その後被告らから正式の依頼がなかつたため、そのまま放置していたところ、昭和五六年七月に至り、突然Aより館林市の壁画が完成したのでデザイン料として一〇〇万円を支払いたい旨の電話を受けたが、館林市の壁画については原告としては何もしていないし、同壁画を見てもいなかつたため、右申出を断つた経緯があつた」。

ではないかという推測もなされている[36]。

ⅲ　創作の自由度が高いものがベースとされた例

最後に、創作の自由度が高いものがベースとされた事例で類似性が争点となった裁判例として、京都地判平成 7.10.19知裁集27巻 4 号721頁［アンコウ］【図18】が挙げられる。事案は、美術品の制作を営む原告が、被告が行灯を製造した行為が、原告が創作した「アンコウ」と題する作品についての著作権侵害に当たると主張して、差止めと損害賠償を請求した事案である。

原告作品と被告作品[37]を比較すると、両者はともに元来物入れとして使われる陶製容器をベースとして創作された行灯であり、原告作品と被告作品は、陶製容器に「液体を満たして、その表面上に発光体を浮かべ」るというところも共通していた。しかし、陶製容器について、創作時に多少の陶芸上の制約を受けているとはいえ、創作の自由度はかなりの程度残されているといえよう。例えば、イ号作品のように「わずかに引き延ばされた球形」にしたり、ロ号作品のように「釣鐘状」にしたり、あるいは他の何らかの形状にしたりするという選択肢のほかにも様々な態様が考えられよう。裁判所は結論として原告作品と被告作品の共通点が「個々の著作物を離れた抽象的なアイデアに属するものであ」ると判示して、その創作的表現の共通性を否定している[38]。

---

[36] 上野＝前田・前掲注27)147頁を参照。

[37] ［アンコウ］において問題となった原告作品は三個（本件作品一の一と本件作品一の二と本件作品二）、被告作品は二個（イ号作品とロ号作品）ある。しかし、うち本件作品一の一と同二は被告製品のような陶製容器で創作されたものではなく、本件事案とやや遠いものであると思われる。したがって、ここで取り上げて比較するのは本件作品二とイ号作品とロ号作品という三つのものに止まる。

[38] 他方、［アンコウ］の判決に反対するものとして、土門宏「本質的特徴(2)－アンコウ事件」『著作権判例百選』（第 3 版・2001年・有斐閣）124頁（「筆者には、イ・ロ号作品の火の光から本件各作品の『幽玄な世界』（本件作品一）、『神秘的な空間』（本件作品の二）をのぞくような表現［X表現］と火を包む器［X］の存在を直接感得できるのである。判決は、器の形状に気を取られ、火を灯したとき人は火に意識を集中し、器の外部の形状を意識しないということを看過しているように思われる」とする）。

このほか、同種の事案における他の否定例として、東京高判平成12.9.19判時1745号128頁［赤穂浪士二審］【図19】がある。事案は造形美術家である原告が、被告が上演する舞台演劇「赤穂浪士」において被告作品を舞台装置として用いた行為が、原告の創作した「復活を待つ群」と題する一連の造形美術作品についての著作権の侵害に当たると主張して、差止めと損害賠償を請求したというものである。

原告作品と被告作品はともにパネルをベースとして創作された造形美術である[39]。パネルは、創作時に表面を平らとするという程度の制約を受けてはいるものの、全体の形状は相当自由に変形することができるといえよう。例えば、縦長の四角形あるいは五角形にするか、横長の三角形あるいは六角形にするか、他の何らかの形状にするか、いずれも可能である。それにもかかわらず、両作品におけるパネルはともに「頂部が偏平、等辺又は不等辺の山形とされた縦長の四角形あるいは五角形」にされている。パネルに「『内側に∩状先端を有する円柱様形態』の円柱様の造形物が描かれており、その彩色が濃い藍色と金色である」というところも共通している。しかし、裁判所は、こうした共通点が「表現手法あるいはアイデア」であると判示して、その創作的表現の共通性をより厳しく否定した[40]。

---

[39] 原告作品と被告作品におけるパネルについて、絵の基盤としての用い方が残存しているが、創作活動によってそれ自体も既に鑑賞用の一部となっている。この意味で、両者のパネルもその通常用途以外の形で用いられていると看取できるであろう。

[40] ［赤穂浪士二審］判決を支持するものとして、蘆立順美「造形美術における類似性の判断基準」判例評論516号171～174頁(2002年)(「本件で問題とされた支石墓の形状や金と藍色の組み合わせ自体はパブリックドメインであり、それらを素材にして造形作品を創作しようとした場合、表現の選択肢は多くないと思われるからである。そして、①～④にあげたシンプルな形状については、保護を及ぼした場合に他者の創作行為を狭める範囲も広くなるため、他者の創作意欲を減じさせる危険性がある。判旨も指摘するように、こうした場合に保護を認めてしまうと、以後、長期にわたって著作権者が同様の形状と色彩を素材とした創作物を独占することが可能となり、多様な創作物の促進を妨げる危険性が高いと言えよう。また、本件著作物は視覚的な印象が重要な美術的著作物であるため、具体的な形状や模様が全体の類似性に与える影響が大きいこともこの判断を妥当と評価する要素となり得よう」とする)。

ⅳ　小括

以上より、従前の裁判例において、素材の用い方を変えるという文脈が共通する事例における創作的表現の共通性の判断に関して、以下の特徴が見受けられる。

第一に、創作の自由度が制約されているものが直接転用された［胴体彫刻］は、素材のレベルにおいても作品のレベルにおいても創作自由がかなり限定されている。したがって、同事件における原告彫刻と被告彫刻は、人の胴体の彫刻をアクセサリーとするという意味での「文脈」は共通しているといえるものの、それのみでは創作的表現の共通性を肯定することは困難であったといえよう。侵害を否定した裁判所の判断は穏当なものといえる。

第二に、創作の自由度が制約されてはいるが、その組合せはかなりの程度自由であったと思われる［日野市壁画］では、完成した両作品は素材の組合せ、さらには壁画自体も形状を異にしており、その共通度は低い。それにもかかわらず、裁判所は、素材の抽象的な特徴の共通性に着目して、創作的表現の共通性を緩やかに認定している。もっとも、［日野市壁画］では、被告が事前に原告と交渉が整わなかったにもかかわらず、原告に無断で被告作品を制作したという事情が判断に影響している可能性があり、もしそうだとすると、同事件は特殊な事情における大岡裁きとして位置付けるべきであるのかもしれない。

第三に、創作の自由度が高いものをベースとしている事例であった［アンコウ］は、素材の創作の自由度が［胴体彫刻］に比して相当に高いように思われるものの、できあがった両作品の共通度は高いものとはいい難く、未だにアイディアと目すべきものが似ているにすぎないというべき事案であった。実際、裁判所も侵害を否定している。これに対して、［赤穂浪士二審］は、素材の創作の自由度は［アンコウ］よりもさらに増しており、くわえて、両作品の共通度もより酷似しているように見える。［赤穂浪士二審］の裁判所は共通点がアイディアであると解し、侵害を否定しているが、共通点はもはやアイディアを脱しており、表現の域に到達していると評価して類似性を肯定するという判断もありえたように思われる。

② 本件の位置付け

まず、本件において素材となった公衆電話ボックスは技術的制約の下で制作されたものであり、その創作の自由度はかなり低いと思われる。この点に着目する場合、本件は［胴体彫刻］に近いものと評価することができるであろう。しかし、本件は［胴体彫刻］と比すれば、次の点で区別することができる。［胴体彫刻］では、素材がほぼそのままの形で作品となっているから、素材の創作の自由度が限定されている以上、それとほぼ同視できる作品の創作の自由度も限定されているといえる。これに対して、本件では、公衆電話ボックスは完成作品のベースにすぎず、加えられた水、金魚、気泡が発する受話器といった要素は新たな創作空間を作り出している。これらの付加的な要素をも合わせ考慮すると、作品全体の創作の自由度は［胴体彫刻］に比して相応に高いといえるであろう。結論として、本件において創作的表現の共通性を肯定する余地は［胴体彫刻］よりも少し広いといってよいように思われる。

他方、素材の創作の自由度がかなり低いという点に鑑みると、本件は［日野市壁画］に近いと評価することも可能である。しかし、本件は［日野市壁画］と比すれば、次の点で区別することができる。［日野市壁画］では、素材が作品全体からするとその一部を占めている要素にすぎない一方で、本件では、素材が作品の大部分を占めるベースとなっている。そのため、両作品はともに素材のレベルの創作の自由度は同様に低いものであるとはいえ、作品全体のレベルの創作の自由度はかなり異なっており、［日野市壁画］ではより自由に赤煉瓦タイルを配置できるのに対して、本件ではベースとなった公衆電話ボックスの枠組みの中で創作を実現しなければならない。その結果、本件における両作品の外形の共通度は［日野市壁画］よりかなり高いものとなっている。この相違点に鑑みると、かりに［日野市壁画］で類似性を肯定する判決に与したとしても、なお本件では類似性を否定するというように、両事件で結論を異にする余地は大いにあるようにも思われる[41]。

[41] もっとも、本件控訴審では、［日野市壁画］と同様の特有の事情があることも認定されている。具体的にいえば、本件の原告は、被告作品及びその原型となる「テレ金」と「金魚電話」が制作された際、それらの著作者を含む関係者たちに抗議をな

そうすると、本件にとって参考となるのは、むしろ上記の第ⅲ類型の裁判例であるといえるかもしれない。その中で、まず［アンコウ］と比較すると、本件においてベースとなった公衆電話ボックスの形状は技術的制約の下で創作されたものであるから、その創作の自由度は［アンコウ］においてベースとなった陶製容器よりかなり低いものといわざるをえない。したがって、本件における創作的表現の共通性は、侵害が否定された［アンコウ］よりさらに肯定することが困難であるように思われる。次に、［赤穂浪士二審］と比較してみると、［赤穂浪士二審］では、両作品はパネルの形状、パネル上の絵の形状と色といった外観上の要素までもが共通しており、（これらの要素はそれぞれ個別的にはありふれたものと評しうるかもしれないが）その全体の組合せは、より自由に選択しうる中での具体的な創作と評価することができ、ゆえにその組合せをもって創作的表現であると判断することが不可能ではないように思われる。これに対して、本件の両作品に共通している要素は、公衆電話ボックスを金魚の水槽と見立てつつ、水中に浮いた受話器が気泡を出しているという抽象的な共通性に止まっ

して、話し合いがもたれたこともある。被告はこれらの交渉に関与していたにもかかわらず、原告の意に反して被告作品を創作して展示していた。このほか、控訴審の本人尋問において被告は原告と話をしたこと等を否認したが、裁判所は被告の供述を信用することができないと判断している。こうした特有の事情も、［日野市壁画］のように創作的表現の共通性を肯定する方向に斟酌させたものかもしれないという推測もなされている。例えば、室谷・前掲注２）37頁（「本件の判断にあたっては、その他の周辺事情が結論に影響した可能性が高いのではなかろうか。たとえば、①当初の作品『テレ金』から、『金魚電話』を経て、『金魚電話ボックス』（Ｙ作品）に変容しているが、その形態はむしろＸ作品に近づいている点、②ＸとＹらとの交渉経緯におけるそれぞれの態度ないし誠実度、③Ｙ作品が郡山の名所になりつつあり、マスメディアでも取り上げられており、本件訴訟についても注目されていたことなどである」。「Ｘが、控訴審において、Ｙ作品に到る経緯やＸとの交渉経緯を詳細に主張・立証した点は、少なからず結論に影響を与えたのではないかと思われる」とする）、木村・前掲注２（「金魚電話ボックス事件でも、大阪高裁は、原告作品を知らなかったという小山氏の供述の信用性を否定している上、《テレ金》を承継したはずの《金魚電話ボックス》が金魚の数（約1000匹→約50～150匹）や気泡の発生方法（底面から大量に発生→受話器から発生）の点で原告作品の表現に近づいている事実関係も、原告を勝たせるべき事件だという判断に作用したものではないだろうか」とする）。

ており、[赤穂浪士二審] ほどの具体的な共通性のレベルには到達していない。抽象的である分、要素の組合せの自由度は [赤穂浪士二審] より劣るといわざるをえない。さらに、そもそも本件のベースである公衆電話ボックスの形状の創作の自由度が [赤穂浪士二審] よりかなり低いということを加味すると、本件において創作的表現の共通性を肯定する余地は [赤穂浪士二審] よりかなり狭くなっていると考えられる。

以上より、本件は、従来の裁判例と次のように区別することができる。

第一に、創作の自由度がかなり制約されているものを素材としている点で、侵害が否定された [胴体彫刻] と共通している。しかし、[胴体彫刻] は素材がほぼそのまま完成作品となっているのに対して、本件は創作的な付加的要素があり、それが一定程度共通している点で区別される。したがって、本件は [胴体彫刻] よりは、侵害を否定しにくい事案といえる。

第二に、創作的な要素の共通性という点で、[日野市壁画] と比すると、同様に創作の自由度がかなり制約されているものを素材としているが、[日野市壁画] における両作品は、素材の組合せや作品全体の形状に相当の隔たりがあった。これに対して、本件の共通度は相応に高い。そうすると、[日野市壁画] で類似性が肯定されている以上、本件でも類似性を肯定すべきであったという見方がなりたちうるかもしれない。しかし、そもそも [日野市壁画] において類似性を肯定したことは、保護の範囲として広すぎたのではないかというのが本稿の見立てである。

同様の視点から [アンコウ] と比すると、[アンコウ] における原告作品と被告作品の中で最も近い二つの作品よりも、本件はその共通性の程度が高い。他方、[赤穂浪士二審] の両作品は、本件以上に酷似しているといえ、本来は侵害を肯定すべきであったというのが本稿の見立てである。本件は、ちょうど、この両者の中間に位置しているといえる。もっとも、本件は実用品である公衆電話ボックスの形状をベースとしている点で、ベースの創作の自由度が高かった [アンコウ] や [赤穂浪士二審] と区別される。その意味で、[アンコウ] よりも共通度が高いといっても、本件は、その創作の自由度がかなりの程度制限されているものをベースとしているといえるから、共通度の高さをあまり重視すべきではないといえるかもしれない。

したがって、本件は、創作自由度がかなり制約されている素材をベースとして、創作自由度がさほど高くない要素を付加することにより制作され

た美術作品について、著作権侵害が争点となった最初の裁判例としての意義を有しているといってもよいであろう。

(2) 検討

① 原告作品と被告作品の類似性

原告作品と被告作品において共通するところは、既述したように、電話ボックスに水を入れ、金魚を泳がせ、電話機のハンガー部から外れて水中に浮いている受話器が気泡を出しているという文脈である。この文脈により原告作品と被告作品の類似性を肯定するか否かということを決するには、それが創作的表現に該当するか否かということを判断しなければならない。また、本件の事案に鑑みると、この文脈は原告が独自に創作した新規のものであると認められうるから[42]、創作性の要件は満たされていると思われる。したがって、本件における類似性判断の決め手になるのは、原告により創作され被告作品と共通しているこの文脈がアイディアに止まるのか、それとも表現の域に達しているのか、つまり、アイディアと表現の線引きの問題であると考えられる[43]。

---

[42] 第一審は「公衆電話ボックスという日常的なものに、その内部で金魚が泳ぐという非日常的な風景を織り込むという原告の発想自体は斬新で独創的なものではある」と述べており、控訴審は「被控訴人らは、水槽以外の物を水槽化して金魚を泳がせるという表現は大和郡山市内では多数みられ、ありふれたものであると主張する。しかし、平成12年に原告作品が公表される前からそれらの作品が作成されていたと認めるべき証拠はな」いと認定している。

[43] 表現であると指摘しているものとして、金子・前掲注２)74頁(「本件控訴審が認定した共通点①②が共通するだけでは、なお、これらの要素を利用した具体的表現を多様化するために(本件の事案に即していえば、原告作品に依拠した者が、屋根や公衆電話機の色・形状等の具体的表現が異なる別の作品を創作することを著作権法上許容すべきと考えるために)、アイデアのみが共通するものとして原告作品と被告作品の類似性を否定すべきであったと考える」とする)、本山・前掲注２)287頁(「原告作品に関しては、『水槽でないものの水槽化』の点に、表現の可視的範囲からリバース可能な『アイデア』を認めることも、十分可能であろう。このような『アイデア』の捉え方によれば、当該『アイデア』を具体化した『電話ボックスの金魚水槽化』の表現には、判旨認定の通り、その選択にかかる①『電話ボックスの水槽化』と②『金魚の投入』の両表現要素には、いずれも『斬新』性が認め得るというの

本件で共通の文脈は公衆電話ボックス、水、金魚及び気泡という四つの要素からなるものでしかない。そのうち水と金魚と気泡は、いうまでもなく、パブリックドメインに属するものである。また、公衆電話ボックスは技術的制約の下で制作されたものである。これらの要素を素材として美術作品を創作しようとした場合の創作の自由度はそれほど高いものとはいい難いように思われる。かりに各構成要素の具体的な特徴（例えば、公衆電話ボックスの屋根と電話機の色、水の量、金魚の数と色、気泡の大きさなど）を問わず、この程度の文脈が著作権の保護範囲に入るということになってしまうと、原告作品のような上記の四つの要素の組合せが長期にわたって原告に独占されてしまい、原告作品にひとたび接した者が公衆電話ボックスと水と金魚と気泡を素材として創作しようとすると、大半が著作権を侵害するものになりかねない。これでは、後続の創作者の創作空間が著しく狭められ、創作の自由を確保するという表現の要件の趣旨[44]も損なわれてしまうといえるのではなかろうか。

あるいは、控訴審判決を擁護する立場からは、まさにこうした事態に陥らないように、控訴審は、本件で共通している文脈を「公衆電話機の受話器がハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」と限定するという歯止めをかけているのであるから、これに当たらないように創作する自由は後続に残されているという反論がなされるかもしれない。[45] しかし、この歯止め自体は受話器を水槽の通気装置として用いるという文脈にほかならず、公衆電話ボックスを水槽に見立てたとすれば誰でも思い付くような着想であって（第一審判決の評価を参照）、この程度の限定で侵害が肯定されてしまうのであれば、やはり何人目かからは公衆電話ボックスを水槽化する表現に困ることになる

であるから、創作的表現性を認めることは困難ではないだろう」とする）。

[44] 田村・前掲注21）16～17頁を参照。

[45] 控訴審判決と同様に受話器をどのように配するかということを重視する文献として、大塚・前掲注２）６頁（「[金魚電話ボックス事件]におけるＸ作品とＹ作品も電話ボックスと水と金魚を組み合わせた作品ということができようが、これらの素材をどのように組み合わせるかの選択肢はおよそＸ作品とＹ作品による表現に限られる。そこで、受話器をどのように配するかというところに制作者による個性の表出を求めざるを得ない」とする）。

ように思われる。実際、本件の両作品はその具体的な特徴（受話器の色、水中の位置と向きなど）を相当程度、異にしているように見えるにもかかわらず、侵害が肯定されている以上、控訴審におけるこの歯止めが保護範囲の限定に資する効果はそれこそ限定的といえるように思われる。したがって、本件において両作品に共通する文脈自体は未だ表現ではなく、アイディアにすぎないものと評価して、著作権の保護範囲から外した方が穏当な解決をもたらすように思われる。

② 本件判決への評価

翻って本件判決を見てみると、第一審判決は、まず、「外観上ほぼ同一形状の公衆電話ボックス様の造作水槽内に金魚を泳がせている点」と「同造作水槽内に公衆電話機を設置し、公衆電話機の受話器部分から気泡を発生させる仕組みを採用している点」をアイディアとしたうえで、第一審共通点①（「造作物内部に二段の棚板が設置され、その上段に公衆電話機が設置されている点」）を創作性のない表現として、第一審共通点②（「受話器が水中に浮かんでいる点」）を表現としたが、その創作性の有無に言及することなく、この共通点以外のところにおいて両作品が相違しており、被告作品から原告作品を直接感得できないことを理由に、類似性を否定した。事案と結論の関係からすると、類似性を否定した第一審判決の結論は妥当なものといえよう。

しかし、結論は正当なものであるとしても、用いた法律構成には疑問を覚えざるをえない。アイディアにすぎないと思われる第一審共通点②について、第一審判決は、何らの理由付けを付すことなく、具体的な表現であると判断しているからである。第一審判決は、結局、本質的な特徴の直接感得性独自性説に親和的な判断枠組みを採用して、原告作品と被告作品が第一審共通点②以外のところが相違していることを理由に、被告作品から原告作品を直接感得できないという理由を打ち出すことにより、類似性を否定しているが、あえて本質的な特徴の直接感得性独自性説を持ち出さずとも、第一審共通点②は表現に当たらないと判断することにより、同様の結論を導き出せたというのが本稿の理解である。

他方、控訴審判決は、控訴審共通点①（「公衆電話ボックス様の造作水槽（側面は4面とも全面がアクリルガラス）に水が入れられ…、水中に主に

赤色の金魚が50匹から150匹程度、泳いでいる」こと）と②(「公衆電話機の受話器がハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」こと）の組合せによる全体について創作的表現であるとしたうえで、ほかにいくつかの相違点があるものの、被告作品が原告作品を複製又は翻案したものということができると判示して、類似性を肯定している。本稿の立場からすると、かかる法律構成と結論は妥当なものとはいい難い。

法律構成から見ると、前述したように、控訴審は、著作物性判断の部分においては、控訴審特徴④(「公衆電話機の受話器が、受話器を掛けておくハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」こと）について、「この表現には、控訴人の個性が発揮されているというべきである」と述べて、その創作的表現の該当性を認めていた。この控訴審特徴④は、まさに類似性判断における控訴審共通点②に該当する。この著作物性の判断に従うと、控訴審共通点②も創作的表現に当たると解されることになろう。しかし、このように、電話ボックスや金魚といった要素（控訴審共通点①）を考慮することなく、控訴審共通点②の共通性のみをもって著作権侵害を肯定してしまうと、理屈の上では、被告作品が電話ボックスを金魚の水槽に見立てるものでなかったとしても（例えば、被告作品がバスに水を注入して公衆電話機を設置しその受話器を水中に浮かばせて気泡を出させるものである場合)、そこに控訴審共通点②を看取することができることを理由に、原告作品に係る著作権を侵害することになる。これでは、原告作品の保護範囲が不当に拡張されてしまうといわざるをえない[46]。実際、この危険性を意識したのかどうか定かではないが、控訴審も、著作物性の判断においては、控訴審特徴④が創作的表現であると認めつつ、なお続けて、さらに創作性がないと判断されている控訴審特徴①と③を加えてできた全体も著作物に該当すると判示し、また、類似性判断においても、この控訴審特徴①と③と④の組合せに相当する控訴審共通点①と②の全体のレベルで著作権侵害を検討している。この類似性判断における手法の方が、著作物性判断における手法に比すれば、(あくまでも相対的であるが）過大な保護範囲を招来する危険性を幾分か

[46] 金子・前掲注２)70～71頁も参照。

和らげるものといえよう。とはいえ、これはせいぜい法律構成に関する問題にすぎず、いずれにせよ侵害が肯定されている以上、少なくとも本件における結論には直接影響していない。

他方、本件の結論に密接に影響したという点でより重要な問題は、控訴審が、控訴審共通点①と②（あるいは控訴審特徴①と③と④）について、何らの説明を加えることなく、ただちに（アイディアではなく）表現であると断じているところにある。その結果、控訴審は、本件において相対的に認めやすい創作性の共通性のみを理由に、緩やかに類似性を肯定している。このような判断手法は、実際に創作の自由の確保に関連する表現要件の判断を空洞化させてしまい、創作性のあるアイディアの共通性をもって類似性を認めてしまうことを防ぎえない。今後、原告作品に接した者は、同様のアイディアを参考にして異なる表現を創作することが禁止されることになる。これは後続の創作自由を過度に制限するものといえるのではなかろうか。

四　残された問題―レディ・メイドの著作物性とその保護範囲―

１．問題の所在

本件に関するこれまでの検討を振り返ってみると、原告作品の著作物性については、ベースとなった公衆電話ボックスが技術的制約の下で制作されたものであり、文化の範囲に属するものではないものの、付加された要素の組合せ次第では、それが創作的表現と認められ、著作物性が肯定される余地がある。他方、原告作品と被告作品の類似性については、両者が共通するところが付加要素で作り出した文脈にすぎない場合には、それは未だアイディアの域を脱しえておらず、表現には該当しないことがあり、その場合には類似性を否定すべきことになる。本件はまさにこのような事案であったというのが本稿の理解である。

このような本稿の見解に立脚する場合には、本件における原告作品のように、実用品をベースとして創作自由度がさほど高くない要素を付加してその実用品の用い方を変えるという手法により創作される美術作品について、著作物性は認められるかもしれないが、その保護範囲は極めて狭いことになる。しかし、こうした手法は、まさに現代美術の一種であるレデ

ィ・メイド[47]においてよく使われるものではないかと思われる。本稿の見解の下では、ほとんどのレディ・メイドの著作権の保護範囲は相当に狭くなると予想できる。

さらにいうと、本件の原告作品についてなんとか著作物性が認められうるのは、実用品そのものではなく、他の要素が付加されており、それにより創作的表現と目しうるものが作出されているからである。しかし、レディ・メイドには、本件の原告作品と異なり、実用品に創作的表現にならないほどの要素を付加する、若しくは、他の要素を付加せずに、そのままの形で文脈を付与することにより創作されたものも少なくない。例えば、フランスの美術家であるマルセル・デュシャンが1917年に創作した「Fontaine」【図20】[48]は、現代美術の走りとして著名な作品であるが、既製品である男性用小便器を鑑賞品として美術館に展示することで創作されたものにすぎない。本稿の見方に従うと、「Fontaine」のような実用品そのものであるレディ・メイドは著作物性からして否定されることになる。

このような本稿の見解に対しては、レディ・メイドに対する保護に悖り、現代美術家の創作意欲を過度に失わせるのではないかという疑問が投げかけられるかもしれない。

2．レディ・メイドに即した保護の提言

既に学説では、著作権法の解釈論として何らかの調整を施すことにより、レディ・メイド等の現代美術の創作を保護する解釈論を展開するものがある。

例えば、「創作者がつけた作品の表題等のように創作者自身がつくり出

---

[47] レディ・メイドは既製品を利用して作品を創作することを特徴とするといわれている。小島立「現代アートと法－知的財産法及び文化政策の観点から－」知的財産法政策学研究36号３頁（2011年）、上野＝前田・前掲注27）156頁、木村剛大「現代美術のオリジナリティとは何か？著作権法から見た『レディ・メイド』(1)」美術手帖MAGAZINE〈https://bijutsutecho.com/magazine/series/s22/20046〉（2021年11月21日）を参照。

[48] 「Fontaine」を紹介するウィキペディアのウェブページ〈https://ja.wikipedia.org/wiki/%E6%B3%89_(%E3%83%87%E3%83%A5%E3%82%B7%E3%83%A3%E3%83%B3)〉から転載した。

した表現といえる『文脈』は、現行著作権法の解釈としても表現の構成要素となる場合があると解してよいと考えている」と説いたうえで、本件に対する当てはめとして「特に本件控訴審が重視した水中に浮いた受話器からの気泡については、この点が創作的な表現と評価されるためには、表現であることについての第三者の予見可能性の確保の観点からも、少なくとも、原告作品が『メッセージ』というタイトルのもとで展示されていることと結びついたものであることが必要であると思われる」と評して、「被告作品については、『メッセージ』に類する通話をイメージするような表題が用いられていないことに鑑みれば、共通点①②の存在のみではなおアイデアの共通性にとどまるものとして複製・翻案を否定すべきであったと思われる」と説く見解がある[49]。この理屈の下では、被告作品が「メッセージ」その他の「通話をイメージするような表題」が用いられるものであった場合には、そうでなければ類似性を否定すべきであるとしていた論者の結論が一転し、著作権侵害が肯定されることになる。

このほか、「現代アートの適切な保護のためには、アイディアと表現の境界線をちょっとずらす」という提案[50]や、「現代アートにおいて、『どのように』表現するのかということが重要であるとするならば、創作過程における経時的要素に立ち入った考察が求められる」という指摘も見られる[51]。

さらに学説の中には、類似性の枠組みに、依拠の要素も取り込んでレディ・メイドを保護する可能性を模索するものもある。例えば、「後発者がことさらに先行者の作品を模倣しようという強い依拠性がある場合に、類似の範囲を通常よりも広げる解釈はなり立ちうるかもしれない」という指摘[52]がその例である。

---

[49] 金子・前掲注２）74～75頁。

[50] 上野＝前田・前掲注27）160頁［前田哲男発言］。

[51] 小島・前掲注47）29頁。

[52] 木村剛大「現代美術のオリジナリティとは何か？著作権法から見た『レディ・メイド』(2)」美術手帖MAGAZINE〈https://bijutsutecho.com/magazine/series/s22/20291〉(2022年１月13日)。

3．文化政策と著作権法の構造から見たレディ・メイドの保護のあり方

しかし、レディ・メイドの支援が必要であるからといって、それがただちに著作権法による保護でなければならないということにはならないであろう。こうした目的を達成するために用いることが可能な政策手段は複数存在し[53]、著作権法はそうした選択肢の一つにすぎない。

この観点からすると、レディ・メイドは、そもそも著作権法からの支援に馴染まないものであり、他の政策手段に委ねた方が穏当であるかもしれない。例えば、学説では、レディ・メイドのように文脈に意味合いがあるタイプの現代美術は著作権法に馴染まないことを指摘するものとして、「創作者が創作した著作物とそれを受け入れる受け手というリニアな関係を前提とする著作権法は、そのような関係を前提としない現代美術の有する美術観を捉えきれてない。しかし、文脈に意味合いがあるタイプの現代美術は、著作物という複製に馴染みやすい固定的な客体をまさに前提としないからこそ、その複製に対して権利を与えるという著作権法のもたらすインセンティヴ構造を必要としない。ゆえに、文脈の創作性を理由に著作権法を与える必要はない」と説くものがある[54]。

本件における原告作品は、公衆電話ボックスのほか、水・金魚・気泡を出す受話器などの要素が加えられているから、完全に文脈により創作されたレディ・メイドとはいえないが、作品全体の肝となったのはこれらの些細な表現ではなく、公衆電話ボックスを水槽に見立てるという文脈であると思われる。このような文脈の創作の支援は、果たして著作権法の役割であろうか、かりにそれを肯定するとして、いかに、どの程度まで支援すべきであるのかといった課題を本件は喚起しているようにも思われる。

---

[53] 例えば、国家による文化芸術助成のような形での「直接的な補助金」、私人又は私的団体が文化セクターへ行うフィランソロピー、著作権を含めた知的財産制度などが挙げられる。詳しい検討は、小島・前掲注47)35～44頁を参照。

[54] 田村善之「現代美術と著作権法」民事判例Ⅲ2011年前期112頁(2011年)。

【図１　金魚電話ボックス】

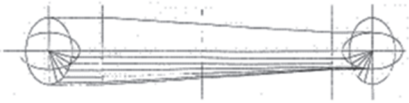
原告作品（メッセージ）

被告作品（金魚電話ボックス）

【図２　ニーチェア】

原告椅子

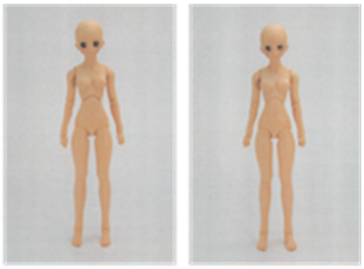
【図３　三徳包丁】



原告鍋の持ち手

【図４　カスタマイズドール】

原告作品



被告作品

【図5　グルニエ ダイン JX】

原告建物

被告建物

【図6　フランクフェイス】

原告建物

被告建物

【図7　スティック状加湿器】

原告加湿器

被告加湿器

【図 8　Chamois】

原告商品　　被告商品

【図 9　激安ファストファッション】

原告ファッションショー

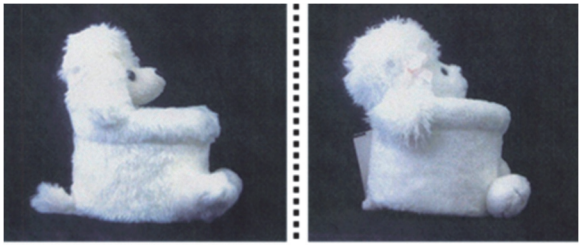
【図10　TRIPP TRAPP】

原告椅子　　被告椅子

【図11　タコの滑り台】

原告滑り台　　被告滑り台

【図12　プチホルダー】



原告商品　　被告商品

【図13　装飾街路灯】

原告装飾街路灯

【図14　装飾窓格子】

原告装飾窓格子

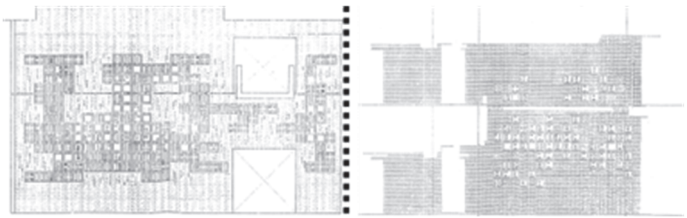
【図15　仏壇彫刻】

原告仏壇彫刻

【図16　胴体彫刻】

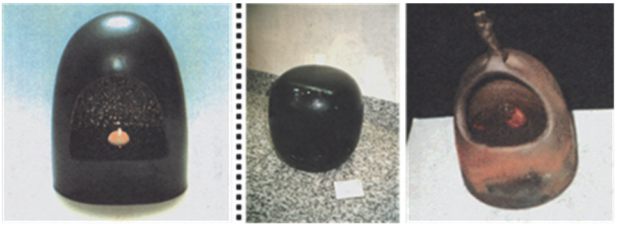
原告彫刻　　被告彫刻

【図17　日野市壁画】



原告壁画　　被告壁画

【図18　アンコウ】

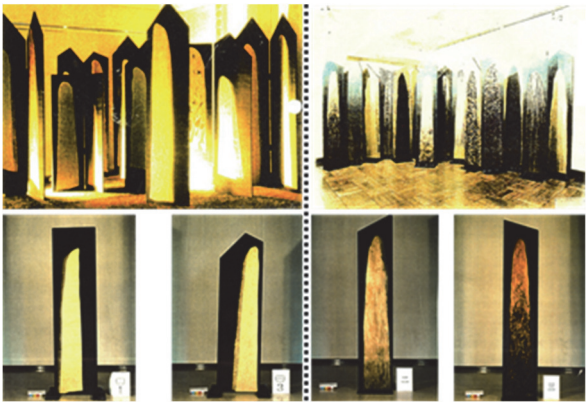


本件作品二
原告作品

イ号作品

ロ号作品
被告作品

【図19　赤穂浪士】



原告作品

被告作品

【図20　Fontaine】