



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権法におけるスタンダード型規範の司法による法形成：権利制約メニューとしての引用規定、著作物性、類似性について
Author(s)	陳, 信至
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第12969号
Issue Date	2018-03-22
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k12969
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/88655
Type	doctoral thesis
File Information	Hsin-chih_Chen.pdf



博士論文題名

著作権法におけるスタンダード型規範の司法による法形成
—権利制約メニューとしての引用規定、著作物性、類似性について

陳信至

2018 年 2 月 26 日

目次

第1章 序論—著作権制度の危機と司法による矯正の可能性 2

- 第1節 著作権制度の危機—背景となる議論 2
- 第1項 ユーザーの日常行動の自由の確保及び著作権の実効性の問題の顕在化 2
- 第2項 著作権法の条文とユーザーの理解との乖離 8
- 第3項 政策形成過程に存する構造的なバイアス 30
- 第4項 バイアスの具体例—日本版フェア・ユース規定導入の挫折 37
- 第5項 スタンダード型規範の司法による法形成—バイアスに対する矯正の可能性 47
- 第2節 本稿の目的と構成 52

第2章 スタンダードとしての性格を有する引用規定 59

- 第1節 ルールとスタンダード 59
- 第2節 「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件から条文の文言への回帰 61
- 第1項 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕及び東京地判・高判〔藤田嗣治〕に由来する「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件説 62
- 第2項 東京地判〔絶対音感・一審〕（飯村裁判長）に由来する 32 条 1 項の文言に従う総合衡量説 69
- 第3項 多様な基準が用いられている現在 82
- 第4項 検討—二要件説と総合考慮説の実質的な違いはあるのだろうか 86
- 第3節 判決の結果からみた利用の目的ごとに異なる判断基準をとる傾向 93
- 第1項 第1類型—被引用著作物を批評する目的で批判の対象部分を採録した事案 93
- 第2項 第2類型—利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在するとは言い難く、むしろ単なる冒用・転載に近い事案 95
- 第3項 第1類型と第2類型の中間的類型として、利用の目的としてはが外部性に起因する市場の失敗が生じる事案 96
- 第4項 検討—引用規定の厳しい解釈からフェア・ユース化の活用ないし柔軟な解釈への転換の可能性 99
- 第4節 引用規定の司法によるバイアスに対する矯正の失敗 105
- 第1項 引用規定の趣旨 107
- 第2項 各個別のルール型の制限規定の限定列举という方式を採用した条文の構造による法のインテグリティ 108
- 第5節 小括 110

第3章 ルールとスタンダードの区別という視点からみた著作物の定義規定 113

- 第1節 スタンダードとしての性格を有する著作権法 2 条 1 項 1 号 113
- 第2節 思想・感情の要件 115
- 第3節 表現性の要件 119
- 第1項 外部的な認識可能性 119

第2項	アイデアと表現の区別	120
第4節	創作性の要件	123
第1項	創作者の個性に基づいて創作性の有無を検討するもの	124
第2項	個性によらず創作性の有無を検討するもの	138
第3項	「競争法的選択の幅論」対「創作法的選択の幅論」	151
第4項	検討—著作物の成立要件としての創作性の機能について	155
第5節	文化の範囲の要件	160
第1項	ルールとしての著作権法10条1項1号、6号、8号、9号等	162
第2項	スタンダードとしての著作権法2条2項・10条1項4号	165
第3項	小括	167
第6節	小括	170

第4章 著作物の成立要件として機能させる美術の範囲の要件—いわゆる応用美術問題 174

第1節	問題提起	174
第2節	物品の形態	175
第1項	分かれるように見受けられる裁判例と近時の考え方	179
第2項	判決の結果からみた物品形態の類型ごとに異なる判断手法をとる傾向	242
第3項	著作物性を判断するには、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件とは別に、美術の範囲の要件を活用すべきか	257
第3節	物品にとらわれない視覚表現	277
第1項	美術の範囲の要件の問題とせず、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件の判断のみによって結論が出される傾向にある裁判例	277
第2項	美術の範囲の要件を活用して特別な付加条件が必要とるように見受けられる裁判例	283
第4節	小括	330

第5章 著作物の成立要件として機能させる創作性 333

第1節	創作者が接した既存の原作をそのまま複製したもの	333
第1項	独自創作の趣旨	333
第2項	創作者にとっての選択の「創意」「工夫」という質的な基準について	335
第3項	独自創作をなしていないことの「事実上の推定」とその覆滅	337
第4項	著作物を創作する「著作者」の推定とその覆滅	344
第2節	アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に当たるもの—言語表現の裁判例を中心に	353
第1項	言語表現の裁判例を中心とする理由	353
第2項	短い言語表現	354
第3項	若干長い言語表現	393
第4項	単純に決まり文句の組合せた言語表現	403
第5項	比較的長い言語表現	421

第6項 「easy to copyright」から「difficult to copyright」への政策転化？ 441

第3節 創作性の有無の判断主体とその判断基準時 442

第1項 裁判例 443

第2項 学説 446

第3項 検討 446

第4節 小括 449

第6章 著作物の保護範囲を画する要件としての類似性 452

第1節 類似性要件の位置付け—複製・翻案との関係 452

第2節 類似性の判断基準に関する裁判例の変遷 460

第1項 ドイツ学説等に由来する「内面的形式」の維持基準 460

第2項 最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕に由来する「内容及び形式の覚知」基準 464

第3項 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕に由来する「本質的な特徴の直接感得性」基準 470

第4項 東京地判〔日照権〕等に由来する「創作的表現の共通性」基準 479

第5項 最判〔江差追分〕等に由来する「本質的な特徴の同一性」（創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価値の共通性） 481

第6項 最判〔江差追分〕後の裁判例の傾向 494

第3節 創作的表現の共通性とその判断手法 510

第1項 問題提起—いわゆる「二段階テスト」と「濾過テスト」 511

第2項 類否の判断に立ち入る前に著作物性の判断を先行させるか否かについて 518

第3項 創作的表現の共通性を判断するのに「濾過テスト」の採否について 532

第4項 創作的表現の共通性を何と捉えるか 566

第4節 ユーザーによる表現価値の共通性基準の独自性の有無について 582

第1項 創作的表現の共通性の一元化説 583

第2項 ユーザーによる表現価値の共通性の独自基準説 589

第3項 検討—創作的表現の共通性に加えて、市場における代替可能性の問題を正面に据えるべき 591

第5節 小括 606

第7章 各スタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義と残された課題 610

第1節 ここまでの考察の成果 610

第2節 各スタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義 615

第1項 制限規定とは異なる権利制約メニューの確保 615

第2項 美術の範囲の該当性 615

第3項 著作物としての創作性 616

第4項 類似性 617

第3節 残された課題 619

目次

	第1章	序論—著作権制度の危機と司法による矯正の可能性.....	2
	第1節	著作権制度の危機—背景となる議論.....	2
5	第1項	ユーザーの日常行動の自由の確保及び著作権の実効性の問題の顕在化	2
	第2項	著作権法の条文とユーザーの理解との乖離	8
	第3項	政策形成過程に存する構造的なバイアス.....	30
	第4項	バイアスの具体例—日本版フェア・ユース規定導入の挫折.....	37
10	第5項	スタンダード型規範の司法による法形成—バイアスに対する矯正の可能性 47	
	第2節	本稿の目的と構成.....	52

第1章 序論—著作権制度の危機と司法による矯正の可能性

第1節 著作権制度の危機—背景となる議論

5 第1項 ユーザーの日常行動の自由の確保及び著作権の実効性の問題の顕在化

著作権法の起源は、1710年英国議会に立法されたアン法と呼ばれる最初の著作権法に遡るとされている。それは15世紀の活版印刷技術の発達に伴って、英国における出版業の独占的支配を得ようとする、出版社から結成された書籍出版業組合（ギルド）の働きかけにより発展したものである¹。この印刷特権から出発した著作権法は排他権（支分権）の及ぶ範囲を印刷、出版、販売という商業的利用に限定していたが、時の経過に従って、著作権者に付与される権利は拡大され、著作物を有形的に複製する「複製権」、二次的著作物の権利、そして放送などの著作物を公に使用する権利もまた加えられた²。もっとも、長きにわたっ

¹ アラン・ラットマンほか編（内藤篤訳）『1990年代 米国著作権法詳解（上）』（1991年12月）1-2頁、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解—原著第6版—（上）』（2003年5月・信山社）1-2頁、ティナ・ハート（牧野和夫監訳）『イギリス知的財産法』（2007年9月・レクシスネクシス・ジャパン）217頁、アーサー・R. ミラー＝マイケル・H. デービス（藤野仁三訳）『アメリカ知的財産権法』（2008年3月・八潮社）187頁、Paul Goldstein（金海口訳）『著作の道：从谷登堡到数字点播机（COPYRIGHT'S HIGHWAY：From Gutenberg to the Celestial Jukebox）』（2008年11月・北京大学出版社）32-35頁、マーシャル・A. リーファー（牧野和夫監訳）『アメリカ著作権法』（2008年12月・レクシスネクシスジャパン）6-8頁。

また、活版印刷技術の普及につれて登場した当時の著作権法は、もともと出版業者の投資回収を保護することを目的としていたのであるが、市民革命を経てギルドに対する反感が強い中、あからさまに出版業者のロビイングの結果できたとはいわず、創作者の利益の保護という思想と結合し、作者の権利として制定されるに至ったとされる。田村善之「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012年6月・弘文堂）419頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア 2010年12月号・2011年1・2月号）。白田秀彰『コピーライトの史的展開』（1998年7月・信山社）407-410頁も参照。

² 著作権者への対価還流を保障するためには、著作物の使用価値に応じた対価を権利者に還流させたほうがよいものの、著作権法が複製禁止権を原則とし、後は公の使用行為を禁止することを旨としているのは、前者については、当時の技術水準を前提にすると、効率的な伝達手段は本などのパッケージメディアの流通に限られているので、「どんぶり勘定」として、複製数はある程度、著作物の使用価値を反映するから、複製のところで著作権者に対価を払うようなシステムを採用することは効率的かつ現実的であること、後者については、著作物の公の使用行為を監視することが可能であるため、より直接的に著作物の使用価値に応じた対価を著作権者に還流せしめること、という趣旨であると解されるものとして、田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法（10）情報と法』（1997年・岩波書店）297頁（初出ジュリスト1057号（1994年12月）、田村善之「著作権法講義ノート11」発明93巻5号（1996年5月）90-91頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）109頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）425頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号（2016年5月）36頁。

また、前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『し

て、著作物の複製物を大規模に流通させるには事実上、多額の資金が必要であった³ため、規制の対象となる複製や放送といった利用行為は、出版社、レコード会社、映画会社、放送局など限られた特定の企業しか行うことができなかった著作物の利用行為であった。そのため、こうした活版印刷技術の普及につれて登場した著作権法は、競争を規制するものではなく、ユーザーによる非商業的利用を規律するものではなかったのである⁴。ともに、規制

なやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』(2017年4月・信山社)84-85頁は、前者について、パッケージメディアとして著作物を化体する有体物を新たに生み出す複製行為は、著作権者の利益にかかわる最も中核的な行為であること、後者について、パッケージメディアによらずに著作物を消費者のもとに届ける行為、と位置付けている。

³ 逆に、活版印刷技術の発達がなければ、伝達手段は基本的に手書きの複製に限られていて、効率的・大規模な複製が不可能だったから、著作権のような保護制度は必要ではなかったといえる。野口祐子『デジタル時代の著作権』(2010年10月・筑摩書房)52頁参照。

⁴ 田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 (10) 情報と法』(1997年・岩波書店)297頁(初出 ジュリスト 1057号(1994年12月)、同「インターネットと著作権—著作権法の第三の波—」アメリカ法 1999-2号(2000年)212-213頁、同「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方—」北大法学論集 53巻4号(2002年11月)48頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20号(2008年3月)19頁、同「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23号(2009年6月)24頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)418頁、同(比良友佳理訳)「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1号(2010年11月)26頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』(2012年6月・弘文堂)419-420頁(初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—(前編)(後編)」二弁フロンティア 2010年12月号・2011年1・2月号)、同「著作権法の政策形成と将来像」(2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録)著作権研究 39号(2014年4月)129頁、同「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3月)67頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42号(2016年5月)35頁、Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19 (1996)

(HTML Version, <https://www.law.cornell.edu/copyright/commentary/litrvtxt.htm> より、2017年4月22日確認)、Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, Iowa L. Rev. 96, no. 1 12-13, 38 (2010). 同(比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム(1)」知的財産法政策学研究 38号(2012年6月)194-197頁、同「真の著作権リフォーム(2・完)」知的財産法政策学研究 39号(2012年9月)29頁、相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』(2005年12月・弘文堂)334頁、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)2頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、同「著作権法改正の潮流」中山信弘＝韓相郁『日韓の各視点から知的財産制度を考察』(2010年12月・信山社)215頁(初出「講演録 著作権法改正の潮流」コピーライト 2009年6月号)、同「著作権法の憂鬱」パテント 2013号1月号107頁、同「著作権制度の俯瞰と課題」ジュリスト 1461号(2013年12月)81頁、Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617-618 (2008). ローレンス・レッシング(山形治生訳)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(2010年2月・朔風社)93-94、257-258頁、Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1193 (2010)、同(石新智規＝橋本有加共訳)「著作権の原則プロジェクト—リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書」(2011年3月)73頁、野口祐子『デジタル時代の著作権』(2010年10月・筑摩書房)54-55頁、島並良「著作権法に

の対象となる行為をすることができる者が限られていたその時代においては、相対的には監視が容易であり、複製、放送などのところで対価を徴収する、という権利の実効性を図ることもできた。そのため、複製禁止権と公の使用行為禁止権という二本柱を構築している著作権制度はうまく機能していた⁵。

5

ところが、技術革新とその普及により、20世紀の後半から複製が、20世紀末からは公衆送信が、物理的には極めて容易になしうる行為になる。このように著作権法をめぐる技術的・社会的環境の変化に伴って、ユーザーが簡単に自由に行動しうる領域というものが拡大していく現在、なぜ著作権制度がうまく機能していないのかという点について、広く議論を喚起することである。この点に関して、田村教授の「著作権法の第三の波」という考え方は、著作権法が前提としていた技術的・社会的環境の変化により、非商業的利用を伴うユーザーの日常行動の自由を制約する行為規制に変容してきたが、著作権の実効性、すなわち複製と公の使用のところで対価を徴収する著作権制度の枠組みは現実にはうまく対応できなくて、過去にもないような緊張関係を著作権者とユーザーにもたらしめていることを炙り出している⁶。

10
15

おけるルールとスタンダード・再論—フェアユース規定の導入に向けて—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）703頁。

また、著作権は事実上、競業を規制する権利に止まるとすると、①複製者が少数であったために相対的には監視も容易であり、権利の実効性を図ることもできること、②競業だけが規制されるから、非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由はあまり害さないこと、という2つの利点があることを意味するのである。田村善之「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方—」北大法学論集 53巻4号（2002年11月）48-49頁、同「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23号（2009年6月）24頁、同（比良友佳理訳）「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1号（2010年11月）26頁、同「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3月）67頁。

⁵ 田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法（10）情報と法』（1997年・岩波書店）297頁（初出 ジュリスト 1057号（1994年12月）、同「著作権法講義ノート11」発明 93巻5号（1996年5月）90-91頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）109-111頁、同「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方—」北大法学論集 53巻4号（2002年11月）48-49頁、同「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23号（2009年6月）24頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）452-453頁、同（比良友佳理訳）「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1号（2010年11月）26頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012年6月・弘文堂）419-420頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア 2010年12月号・2011年1・2月号）、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究 39号（2014年4月）129頁、同「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3月）67頁。

⁶ 田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』（1999年5月・北海道大学図書刊行会）208-209頁、同「インターネットと著作権—著

敷衍すると、20 世紀の後半になって、録音、録画、複写等のアナログの複製技術が相次いで私的領域にも普及するようになる（第二の波）結果、ユーザーのレベルで誰でも容易に著作物の複製行為が可能となったことで、ユーザーとして我々の生活に広く普及した複製機器の使用を著作権法において規制することは、著作権法が当初の競業規制法から非商業的利用を伴うユーザーの行動の自由を規制する法に変化し始め、人々の活動の自由が害されている問題を深刻に引き起こすようになったのである。それだけではなく、権利者にとっても、複製者の数や複製回数が激増するために、監視が困難であり、交渉費用がかさむこととなっているから、活版印刷技術の普及（第一の波）につれて登場した著作権法が現在に至るまで堅持する複製禁止権は、その実効性を欠くことが問題になる⁷。

こうした問題に対する対応が適切、かつ、効率的に解決しないうちに、デジタル・ネット

著作権法の第三の波—」アメリカ法 1999-2 号（2000 年）211～214 頁、同『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）193-194 頁、同「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方—」北大法学論集 53 巻 4 号（2002 年 11 月）48-50 頁、同「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255 号（2003 年 10 月）128-129 頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号（2008 年 3 月）18-20 頁、同「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23 号（2009 年 6 月）23-25 頁、同『知的財産法』（第 5 版・2010 年 5 月・有斐閣）418-419 頁、同「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1 号（2010 年 11 月）25-28 頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012 年 6 月・弘文堂）419-420 頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア 2010 年 12 月号・2011 年 1・2 月号）、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012 年 4 月 21 日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究 39 号（2014 年 4 月）129-130 頁、同「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 3 月）64、66-76 頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号（2016 年 5 月）35 頁。

技術の革新が新たな問題を著作権法に突きつけることについて、相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』（2005 年 12 月・弘文堂）334-339 頁も参照。

「著作権法の第三の波」論に与するものとして、上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト 2007 年 12 月号 7、27 頁の注 19、比良友佳里「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（3）」知的財産法政策学研究 47 号（2015 年 11 月）99-106 頁、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test（6・完）—厳格解釈から柔軟な解釈へ—」知的財産法政策学研究 45 号（2014 年 10 月）136-141 頁参照。

⁷ ただし、当時、アナログ環境においては著作物の複製物の品質、複製を行うために必要な時間、複製媒体の費用といった要因が存在していたため、権利者に与える影響はデジタル環境における現在ほどには大きくはなかったと指摘されている（小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test（6・完）—厳格解釈から柔軟な解釈へ—」知的財産法政策学研究 45 号（2014 年 10 月）137 頁の注 554 参照）。もっとも、レコードなど、現実にはアナログのコピーでも十分オリジナルに代替しうるものとして通用していることに留意しておく必要がある。斉藤博「私的録音、録画と報酬請求権」『レコードと法』（1993 年 11 月・青山学院大学法学部）451 頁参照。

ワーク時代の到来により、デジタル複製技術に加えてコンピューティング・通信技術が普及し、ネットワークが整備されたこと（第三の波）により、誰もがデジタル著作物の完璧なコピーを極めて容易に作ること⁸になり、ブログまたは交流サイト（SNS）への投稿など様々な手法で、個々のユーザー自身が公に情報を発信することが物理的には極めて容易となっており、その機会も劇的に増えている。このようにデジタル・ネットワーク技術の普及により、誰でもが複製が極めて容易にでき、そして誰でもが情報を極めて容易に公に発信できるようになった結果、複製禁止権ばかりではなく、公の使用行為禁止権もその実効性も欠くことが問題になる。また、このように非商業的利用を伴うユーザーの行動しうる領域は拡大し、しかも私的領域と公的領域が渾然一体化になる⁹ため、日々著作物の複製・送信行為の介在が不可避となっている現在において、公の使用行為規制という枠組みまでもが、非商業的利用の場面でユーザーの日常行動の自由への過度の介入を防ぐ安全弁として機能しなくなっているのである。

以上をまとめると、著作権法を取り巻く技術的・社会的環境の変化により、表現手段の大

⁸ もっとも、デジタル・ネットワーク技術はユーザーが著作物を利用する能力を高めただけでなく、著作権者がコピー・プロテクションといったデジタル権利管理技術を活用することにより、著作権の防衛体制の構築を可能になるため、著作権者の多くは、こうした技術的な解決策で対応している。たが、フィルタリングのような手段によって、侵害活動だけではなく、私的複製のように合法的な、ユーザーの活動も妨げられるだろうという懸念である。この点に関して、デジタル・ネットワーク技術の普及によってもたらされるはずの便益をユーザー全員が存分に享受することに失敗しかねないから、種々のコピー・プロテクションはあくまでも著作権者への利益の還流を容易とするための中間的な手段として用いられるべきであって、その解除技術の普及と課金体制の構築が並行しておこなわれる必要があることに留意する必要がある。田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』（1999年5月・北海道大学図書刊行会）208-209頁、同「インターネットと著作権—著作権法の第三の波—」アメリカ法1999-2号（2000年）頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）193-194頁、同「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方—」北大法学論集53巻4号（2002年11月）49頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年3月）19-20頁、同「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3月）69-70頁。

⁹ 従来の著作権法が想定していたユーザーは、かつての純粋美術の鑑賞者という比較的小規模なエリート集団であったが、今日においては、積極的に文化作品を消費し、インターネット経由で交換し、デジタル・コンテンツを自分たちのニーズに合わせて変形しようとする多くの人々が分散した多数派に変わってきていることを指摘するものとして、Antonina Bakardjieva（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（2・完）」知的財産法政策学研究23号（2009年6月）33-34頁。また、前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）89頁、同注22も、伝統的な表現手段・伝達手段は文章による出版それのみとも言えたが、技術的・社会的環境の変化による「万人が出版者になる時代」では、ネット上で文章による発信はもちろん、絵画、写真、音楽など、多様な表現手段による自己発信が可能になっていると指摘する。相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』（2005年12月・弘文堂）338-339頁も参照。

- 衆化、そして伝達手段の大衆化の結果、長らく限られた業界内にのみ関係していた著作権制度は、ユーザーの日常行動に対する規制に変容してきた¹⁰。デジタル通信ではいたるところで複製・送信を伴うため、複製権、公衆送信権という支分権は、実質上一般条項として機能している¹¹にもかかわらず、従来と同じ複製、公の使用行為を規制するままでは、著作権の保護とユーザーの日常行動の自由のバランスが崩れたものと考えている。その意味では、現代はいかにして著作権を保護するかという実効性の問題だけが著作権法の課題なのではなく、逆に我々が日常行っている行為が形式的に著作権の排他的権利の対象となる場面は飛躍的に増えており、著作権者から許諾を得る必要があるとされている著作権法との抵触が頻繁に問題になっている¹²ので、過剰な権利保護による弊害を除去することも著作権

¹⁰ 野口祐子『デジタル時代の著作権』（2010年10月・筑摩書房）80頁は、これを「業界法」から「お茶の間法」への変質と呼んでいる。島並良「著作権法におけるルールとスタンダード・再論—フェアユース規定の導入に向けて—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）703頁も参照。

¹¹ 潮海久雄「サーチエンジンにおける著作権侵害主体・フェアユースの法理の変容—notice および Google Book Search Project における opt-out 制度を中心に」筑波法政 46 号（2009 年 2 月）24 頁、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 3 月）116 頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム 107 号（2016 年 11 月）13 頁。

それに対して、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）165、223頁は、著作権法は著作権の内容となる複製権以下の権利を限定的に列挙しており、著作権の外延を法律上明確にする立法手法を採っていると異なる見解を示している

¹² この点に関して、著作権は身近雑事の多くを包含するようになった現代社会では、複製や送信など、日常のありふれたやりとりはその多くが著作権侵害を構成しうる違法な行為とされるので、もはやほとんどの人々が著作権と抵触することなしに時を過ごすことができなくなっていると指摘するものとして、Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 34-35 (1994)。

また、中山教授は我々の生活は諸々の新しいデジタル機器に囲まれており、ネットに代表されるように、ユーザーであってもネットを通じて公に発信することができるようになった「万人が出版者になる時代」の結果、私的と公の境界が曖昧になりつつあり、我々は日々侵害行為を冒しながら生活をしているのが現状であると指摘する（中山信弘「著作権のリフォームに際し」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—』（2008年3月）（<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017年5月7日確認）1-2頁、同「著作権法改正の潮流」中山信弘＝韓相郁『日韓の各視点から知的財産制度を考察』（2010年12月・信山社）247-248頁（初出「講演録 著作権法改正の潮流」コピーライト 2009年6月号）、同「フェアユース規定の導入に期待するもの」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（2010年3月・第一法規）3頁、同「著作権法の憂鬱」パテント 2013号1月号 107頁、同「著作権制度の俯瞰と課題」ジュリスト 1461号（2013年12月）82頁）。

ほかに、ローレンス・レッシング（山形治生訳）『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』（2010年2月・朔泳社）95、257-258頁（デジタル世界でのあらゆる著作物の利用は必然的に複製を伴うから、著作権法の規制の対象となることを指摘する）、Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1177 (2010)、同（石新智規＝橋本有加共訳）「著作権の原則プロジェクト—リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—

法の課題になっている¹³。

第2項 著作権法の条文とユーザーの理解との乖離

- 5 こうした劇的な環境の変化を迎えた日本の著作権法は、状況に応じ、確かにいくつかの改正がなされてきた。複製者の数や複製回数が飛躍的に増大し、複製禁止権の実効性が問われるようになった第二の波に対しては、個々のユーザーとの交渉費用がかさみ、権利処理が煩雑となる反面、侵害を監視することが困難であるために、許諾を求めるように仕向ける制度的保障がないとの問題を解決する技術革新がなされない限り、著作権の実効性を
- 10 確保するために、複製回数や利用数を反映できる行為に規制のポイントとして、公の貸与禁止権（26条の3）やデジタル方式の複製機器・記録媒体に対する私的録音録画補償金制度（30条2項、102条1項）の導入などの「応急処置」¹⁴が施されてきた。また、コピー・

報告書」（2011年3月）58頁（専門的な芸術家や作家と同様に素人も、現在、定期的に著作権の問題に遭遇しており、著作権の諸ルールは、一般人の多くの日常活動に関係する）、島並良「著作権法における消費者の地位」川濱昇ほか編『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線〔根岸哲先生古稀祝賀〕』（2013年10月・有斐閣）739頁（ユーザーが著作物を享受する際に複製などの利用が不可避免的に随伴する機会が多くなっていることを指摘する）。蘆立順美「私的複製の範囲と主体—30条1項柱書き—」著作権研究40号（2015年1月）42-48頁、上野達弘「講演録 著作権法における権利の在り方—制度論のメニュー—」コピーライト2015年6月号4頁も参照。

¹³ 上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト2007年12月号7頁。

¹⁴ 田村善之「著作権法講義ノート17」発明93巻11号（1996年11月）87頁、同「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』（1999年5月・北海道大学図書刊行会）208頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）124-141、193頁、「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方—」北大法学論集53巻4号（2002年11月）49頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年3月）19頁、同「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3月）68頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号（2016年5月）43頁。

もっとも、立法論としては、著作権者への対価還流を保障しつつ、非商業的利用の自由を確保するために、デジタル方式の録音、録画に限らず、アナログを含めてすべての複製機器、記録媒体に対する課金制度を充実させるのと引換えに、著作権の対象外となる私的複製の範囲を現行30条1項の家庭内複製から企業内複製等に拡張すべきであることを指摘するものとして、田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』（1999年5月・北海道大学図書刊行会）231頁の注79、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）135、193頁、同「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方—」北大法学論集53巻4号（2002年11月）49頁。

ただし、相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』（2005年12月・弘文堂）337頁は、複製機器の製造者や販売者からの補償金の徴収という方法として、権利者にとって便宜であるが、どのような著作物が複製されているのか、その複製は無権限でなされているのかということとは不明確なので、このような対価の徴収や分配には不明瞭さがつきまとうことになる」と指摘する。

コントロールの技術的保護手段やアクセス・コントロールの技術に対する法的な支援（30
条1項2号（技術的保護手段等の回避等に係る法的規制）、120条の2第1号（技術的保護
手段回避装置等の罪）、113条3項2号、同3号（権利管理情報の改変等に係る法的規制））
は、公の使用行為規制の土台をも揺るがす第三の波対策という意味合いもある¹⁵。そのほ
5 か著作権を強化する方向の改正というのは、TRIPs 協定やWIPO 著作権条約に対応するもの
で、より広く送信可能化や公衆送信という形で包括的に権利を創設する改正になった。

しかし、その一方で、著作権法をめぐる技術的・社会的環境が変化する中で、簡単に自由
に行動しうる領域の拡大とともに、私的領域と公的領域が渾然一体化になることから、非商
10 業的利用を伴うユーザーの日常行動の自由を確保する必要も高くなっているにもかかわらず、現実には、著作権の保護強化と均衡を図るのに十分なほど制限規定はなされてこなかった。

著作権制限規定の特定性の程度については、立法と司法の役割分担をとらえる視点から、
15 相対的にはルール型の制限規定とスタンダード型の制限規定に大別される。ルール型の制
限規定は、事前に議会での具体性の高い要件の制約によってその適用場面・範囲が特定され
た。それに対して、スタンダード型の制限規定は、著作物の公正な利用を広く許す米国型フ
ェア・ユースのような権利制限の一般条項を典型例として、他の具体的要件による適用場
面・範囲の制約すら受けなくて、議会で抽象的な概念をもったスタンダードな基準だけを決
20 めておいて、あとはその具体化の作業を裁判所に委ねる¹⁶。確かに、2007年改正では、パソ
コンや携帯電話を保守、修理する際の一時的保存（2007年改正当時は47条の3、2009年改
正後は47条の4）、2009年改正では、検索サイトが検索のためにウェブのデータを取り込
んだり表示する場合の複製（47条の6）、オークションサイトでの美術品のサムネイル表示
等（47条の2）、情報解析ツールを用いて網羅的にデータを研究する際の複製（47条の7）、
25 キャッシングなど、送信の障害の防止等のための複製（47条の5）やコンピュータを利用す
る際に不可避免的に生じる複製（47条の8）、といった適用場面・範囲が特定された個別のル
ール型の制限規定はたびたびの法改正により追加されることになった。そのなか、現行法は
コンピュータで技術的な処理の過程で起こる「一時的蓄積」の問題に対して、上記47条の
5、47条の8というルール型の制限規定を新設することによって対応したが、著作物の経済

¹⁵ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）141-153頁、同「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号（2003年10月）129頁。

¹⁶ 抽象的な概念そのものは、適用範囲を特定する機能を有しないのであるから、スタンダード型規範を採る制限規定の最大の特徴は、その適用場面・範囲の開放性、すなわちその目的や場面を特定することなく、著作物利用を適法と位置づけることができる点にあると指摘するものとして、島並良「著作権法におけるルールとスタンダード・再論—フェアユース規定の導入に向けて—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）705頁。

の利用を伴わないゆえに、そもそも規範的に「複製」に当たらないとも解釈できる¹⁷。47条の5、47条の8を除き、結局のところ、改正が実現するのはピンポイントでパソコン業界、携帯電話産業、検索エンジンやオークションサイト業者等の特定の利益集団の集中した利益を保護する個別のルール型の制限規定に止まる¹⁸。

¹⁷ キャッシングなど、コンピュータで技術的な処理の過程で起こる一時的蓄積は、著作物自体を享受することを目的とするものではなく、著作物の経済的価値を利用する行為とは評価されないのであれば、「複製」の概念をより規範的に解釈すべきだとの立場を採用し、著作物の経済的利用を伴わない一時的蓄積は「複製」とは解釈しないということにも障害はない（デジタル放送サービスにおいて、商業用レコードを使用したラジオ音楽番組を放送することについて、レコード製作者が有する著作隣接権の侵害が否定された事例として、東京地判平成12年5月16日判タ1057号221頁〔スターデジオI〕（三村量一裁判長）、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）118-120頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）213-215、311頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）134-135頁（島並良執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）134頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクスネクシス・ジャパン）134-136頁（小倉秀夫執筆）参照）。

他方、モバイル装置など、コンピュータの仕組みがどんどん進化して、RAMに貯めたデータがすぐには消えず、ずっと保存されていたり、キャッシュがコンピュータに残る時間が長くなってきたりした結果、「一時的」なデータの蓄積と言っても、ダウンロードした場合と何が違うのか、その境目が分かりにくくなってきたことも背景にはあった（野口祐子『デジタル時代の著作権』（2010年10月・筑摩書房）70頁参照）。そのため、いったんは複製にあたると解釈したうえでそれを適法視する制限規定を設けるという立場を現行法が取っている（加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）53-54頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会 報告書」（2009年1月）100-101頁参照）。

（http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h21_hokaisei/pdf/21_houkaisei_houkusho.pdfより、2017年5月29日確認）。

いずれにせよ、一時的蓄積の問題に対して、どの立場に立っても、著作物の経済的価値を利用する行為と評価されるかどうかはが重要視されよう。ただし、個別のルール型の制限規定を新設することによって対応したこの現行法の立場について、外生的に決定される法の適用頻度（訴訟紛争が発生し規範を適用する回数）が低くて、規制環境の変化が速いために法を陳腐化させる速度も速い場合には、紛争解決が迫られる都度、裁判所がスタンダードを妥当に運用していくことは望ましいところ（島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号（2008年12月）97-98頁、同「著作権制限の一般規定」村林隆一先生傘寿記念知的財産権侵害訴訟の今日的課題」編集委員会編『知的財産権侵害訴訟の今日的課題—村林隆一先生傘寿記念』（2011年4月・青林書院）489頁、ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ（和久井理子訳）「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究15号（2012年3月）323-330頁）、コンピュータ等の機器利用の過程では一時的な蓄積が日々行われているが、そのような問題が著作権侵害訴訟で争われた事例は極めて稀であり、しかも新たな技術が開発される速度の速いため、こうした規範適用による訴訟紛争解決の頻度が低く、法の陳腐化が速いこのような事象に対して、具体的事案に即した解決を裁判所に委ねて、複製の規範的解釈あるいは権利制限の一般条項の導入というスタンダード的な処理によって対応することが望ましいと考えられる。そこで現行法のように一時的蓄積に対して権利制限の細かなルールを予め設定することは、立法のコストをかけるに値しなかったといわざるを得ないのではなかろうか。

この点に関して、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号（2008年12月）98、101-102頁も参照。

¹⁸ 大半の権利制限規定の背後には、そのような制限規定を必要とする特定の利益集団が存在す

それに対して、米国型フェア・ユースのような著作権を制限する一般条項はいうまでもなく、企業内複製といった特定の業者が突出して利益を受けるわけではなく、ユーザーによる非商業的利用についてまでそのような利用を許すための制限規定も新設されなかった。と

5 いうよりはむしろ、デジタル・ネットワーク技術の進化・普及にあわせて、今まであった著作権の制限規定の適用場面・範囲を狭めることにより権利が強化されることがある。例えば、著作権法 30 条 1 項柱書きは「私的複製」を許容しているが、私的領域における著作物の複製の量的な拡大と質的な向上を受けて、私的領域における複製であっても、必ずしも著作権者が被る損害が少ないとは言えない状況が生じたことで、著作権者の利益の確保のために、

10 私的複製の範囲をより制限すべきとの要請が出ている¹⁹。そこで、1999 年改正によって、コピー・コントロールの技術的保護手段の回避による私的複製は権利制限の対象外となったが（30 条 1 項 2 号）、2012 年改正で、著作権法上の保護を受ける「技術的保護手段」の範囲が拡張され（2 条 1 項 20 号）、「暗号型」のアクセス・コントロールであっても、実態としてコピー・コントロールとして機能している技術が含まれるなど、私的複製に関する制

15 限規定の適用場面・範囲が狭められている。また、2007 年に議員立法で制定された映画盗撮防止法により、映画館内で上映される映画を撮影する行為は、私的目的のための複製であっても、著作権侵害となり、民事上及び刑事上の責任を負うことになる（映画盗撮防止法 2 条・4 条）。そして、2009 年著作権法改正により、著作権を侵害してネットにアップされている有償著作物を、違法にアップロードされたサイトから、その事実を知らず、ダウン

20 ロードして録音、録画する行為は私的目的のためであっても違法とされている（30 条 1 項 3 号（ダウンロードの違法化））。さらに、従来、違法性に対する意識の低さや違法性の程度²⁰

ると指摘するものとして、田村善之「著作権法へのフェア・ユース規定導入の是非を議論する際のポイント」ウエストロー・ジャパン（2009 年 8 月）

（<http://www.westlawjapan.com/column/2009/090803/>より、2017 年 5 月 11 日確認）、同「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト 1404 号（2010 年 7 月）37 頁、同「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 12 月）9-10 頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012 年 6 月・弘文堂）406 頁（初出 「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア 2010 年 12 月号・2011 年 1・2 月号）、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報 63 巻 5 号（2011 年 5 月）1046 頁、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012 年 4 月 21 日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究 39 号（2014 年 4 月）118 頁、同「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 3 月）34 頁。

¹⁹ 文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成 21 年改正）について」コピーライト 2010 年 1 月号 25-26 頁、池村聡『著作権法コンメンタル別冊—平成 21 年改正解説—』（2010 年 5 月・勁草書房）12 頁、山神清和「私的複製の例外」著作権研究 40 号（2015 年 1 月）55 頁。

²⁰ 文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成 21 年改正）について」コピーライト 2010 年 1 月号 46 頁、池村聡『著作権法コンメンタル別冊—平成 21 年改正解説—』（2010 年 5 月・勁草書房）16 頁、同「違法ダウンロードの刑事罰化」ジュリスト 1457 号（2013

を考慮して、民事上の責任が負わせられる一方で、私的複製であれば刑事罰は科されなかったが（119条1項）、前掲2007年に制定された映画盗撮の刑事罰化に係る規定（映画盗撮防止法4条）に続き、2012年改正では、違法ダウンロードに対する刑事罰までもが科されるようになった（119条3項（違法ダウンロードの刑事罰化））。

5

以上のように、アナログ世界の法とデジタル世界の法の交錯の「過渡期」において、今まで著作権法を取り巻く技術的・社会的環境の変化に対応するための改正は、非商業的利用を伴うユーザーの日常行動の自由への過度な介入を防ぐ方策として十分とはいえない²¹。その

年8月）75頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013年3月・勁草書房）11頁。

²¹ フェア・ユースのような権利制限の一般条項に対置されるフェアド・ユース（fared use）という概念を提唱した Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use?*, 76 N. CAROLINA L. REV. 557, 596-600 (1998) は、権利制限の適用場面・範囲が縮減され、権利者がユーザーから対価を徴収する領域が拡大することになるという認識の下、デジタル技術のおかげで権利者とユーザーの直接の取引が従前よりも容易となっており、かかる費用が従前に比して低廉なものとなっているために、権利処理システムによって対価が権利者に還流するようになるとしたところで権利者とユーザーはウィン・ウィンの関係になるのだから、権利制限の適用場面・範囲の縮減を嘆く必要はないと論じている。

また、Ginsburg 教授は、著作物の利用を認めるが、著作権者に報酬を払う制（Permitted-But-d）を主張している。消費的利用、とりわけ、GoogleBooks のような著作物全体を複製している場合には、フェアユースを認めるかわりに著作権者に報酬を支払うべき、と主張している。その理由は、著作者の報酬請求権は、侵害の場合とフェアユースなどの著作権制限規定による全く自由な場合の中間であり、著作権者に利益を還流すべきとする点にある Jane C. Ginsburg, *Berkely Tech. L.J.* 1383 (2014)。

もっとも、権利制限規定により無許諾・無償で利用できる場合と異なり、フェアド・ユースの下では利用量が制限されることに対する配慮がないという限界がある（田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号（2016年5月）58頁の注40参照）。また、図書館に赴いて情報を調べる場合など、こうしたコストフリーでの利用が許されている事実上の価格差別の下で、ユーザーが自己の利害得失に応じた選択を行なうことができるという点に、厚生観点からは望ましいといえる。

また、潮海久雄「大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大—著作権法（個別制限規定）の没落と自生的規範の勃興—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）245頁は、Ginsburg 教授の主張する制度は、実質は強制利用許諾であろうが、フェアユースについて、当事者間の利益考量を静的なものとみている。特に、フェアユースが、利用者側が著作権者側の潜在的市場への損害を軽減するなど、当事者の行動の変容による、利益状況の動的な変化を見過している。その上、社会全体の厚生が増大する、という積極的外部性（市場の拡大、公共財の提供）を無視していると指摘する。小島立「『デジタル環境における情報取引』知的財産法政策学研究 11 号（2006年4月）177-178、183-184頁、同「デジタル環境における情報取引についての基本的視座」知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』（2008年6月・丸善雄松堂）152、158頁も参照。

また、ここで注意する必要があるのは、いかにデジタル技術が進歩しようともアナログの世界は残る、というアナログ世界の法とデジタル世界の法の交錯の「過渡期」において、アナログの世界に関しては現在の技術状況と変化がない以上、法制度としても、著作権法のすべてをデジタル対応にするということもできないという状況にあるため、アナログ社会とデジタル社会との両者をどのように調和させるのかという難問を解決しない限りは、折角の技術の進展に法制度

ため、著作権法の条文と、著作権で規制されている行為はどのようなものかということに関する国民の一般意識との間には大きな乖離が存在する、という問題²²は未解決のまま残されている。具体的には、まず、私的複製に対して著作権を制限する規定として30条1項があるため、本来であれば、映画館やコンサート会場などの管理者の権限による撮影・録音禁止の指示に違反して、撮影・録音を行う者については、私的目的ならば、契約違反に係る責任を問うのみである。ところが、映画盗撮防止法により、私的目的であっても、映画館における映画の撮影は著作権侵害となり、しかも通常の著作権侵害と同様の刑事罰が科せられることになる一方で、コンサート等において行われる撮影・録音など、類似の行為については従来どおりの著作権法による規律がなされる。こうした映画盗撮に関しては、私的目的であ

が追いつけないということになる。田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 (10) 情報と法』(1997年・岩波書店) 303-304頁(初出 ジュリスト 1057号(1994年12月))、「座談会 著作権法は何をめざすのか—中山信弘先生を囲んで—」L & T 51号(2011年4月) 2頁(中山信弘発言) 参照。

²² 著作権法の条文の文言どおり適用すると、ユーザーが生活の多くの場面で著作権侵害を冒すという滑稽な状態を生んでしまうことを具体的に例証しながら、法律の条文と国民の一般意識との乖離を論じるものとして、米国法につき、Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 34-35 (1994); Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, Iowa L. Rev. 96, no. 1 14-16, 25 (2010)、同(比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム(1)」知的財産法政策学研究 38号(2012年6月) 198-200, 213-214頁、John Tehranian, *Infringement Nation: Copyright Reform and the Law/Norm Gap*, Utah Law Review, Vol. 2007, 537 (2007)。日本法につき、田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255号(2003年10月) 124頁、同「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト 1404号(2010年7月) 39頁、同「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12月) 3-4頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』(2012年6月・弘文堂) 401頁(初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—(前編)(後編)」二弁フロンティア 2010年12月号・2011年1・2月号)、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報 63巻5号(2011年5月) 1046-1047頁、同「著作権法の政策形成と将来像」(2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録) 著作権研究 39号(2014年4月) 114, 133頁、同「メタファの力による”muddling through”政策バイアス vs. 認知バイアス: 『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告」(2013年3月) 100-101頁、同「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3月) 35, 100-101頁、上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト 2007年12月号 7-8, 16頁、同「総論—シンポジウム『権利制限』の趣旨—」著作権研究 35号(2008年12月) 2頁、同上野執筆、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書(2009年3月・三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社) 5-10頁、同「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』(2010年3月・第一法規) 27-43頁、中山信弘「著作権のリフォームに際し」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—』(2008年3月)(<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017年5月7日確認) 2頁、同「著作権法の憂鬱」パテント 2013号1月号 106-107頁、野口祐子『デジタル時代の著作権』(2010年10月・筑摩書房) 61-88頁。

っても、量刑及び法制度としてのバランスが図られているのかという問題がある²³。

また、私的目的のダウンロードの違法化、さらにそれに対する刑事罰の導入²⁴は、レコード協会を中心とする音楽業界に議員へのロビー活動等が行われるに至ったもの²⁵である。そ

²³ 作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）207頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）326-327頁。

²⁴ これにより、違法な著作物の流通が抑止され、正規ビジネスの成長と権利者への適切な利益還元の促進が可能となったと評するものとして、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）337頁参照。

ただし、青少年や中・高生が違法ダウンロードを行う場合が多いといわれていることから、2012年の改正では、附則7条1項で「国民全体に対する啓発義務」を国及び地方公共団体に課すのに加えて、2項では「未成年者に対して教育を行う義務」を規定しており、学校をはじめとしてさまざまな場を通じて「普及啓発」に努めていく必要があると指摘するものとして、永山裕二「講演録 著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト2012年11月号23頁、文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成24年改正）について」コピーライト2012年11月号37頁の注19参照。

この点に関して、中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号111頁は、違法ダウンロードを行っている者は未成年の中学・高校生が中心であり、彼らの小遣いではCDを買うことは土台無理である反面、極めて容易に複製でき、それを送信できるということがデジタルに最大のメリットであり、多くの者が一度その味を知ってしまった以上、私的領域に対してまで著作権を押し及ぼして、違法ダウンロードの刑事罰の規定を設けても、もはやこれを止めることはできない。法律で厳しく縛るのではなく、新しいビジネス・モデルで勝負する以外にない、と批判している。同様に、ローレンス・レッシング（山形治生訳）『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』（2010年2月・朔詠社）271-273頁は、インターネットから音楽をダウンロードする行為は「海賊」だとする規制が子供たちの生活の中心的な領域で過剰な犯罪化を進めたら、子供たちの生活の他の部分や法全般に対する態度の面でも、マイナスの効果が生じてしまうという懸念を示している。Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1198 (2010). 同（石新智規＝橋本有加共訳）「著作権の原則プロジェクト—リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書」（2011年3月）108-109頁も参照。

他方、前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）136-138頁は、著作権をめぐる取引の秩序を破壊するといえる、原作のまま全部を公衆に提供する「海賊行為」によって行われる場合には、違法ダウンロードに対する刑罰も、海賊行為の対向行為と評価できるうえ、個々のユーザーのダウンロード行為は小さいがそれが集積すれば権利者の損害が軽微とはいいがたく、発見は極めて困難であり単なる金銭的サンクションの有効性も疑わしいとすると、少なくとも罰金刑により刑罰とラベリングすることによって抑止効果を狙うことは正当化する余地がある、との異なる見解を示した。

²⁵ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号111頁、小泉直樹＝池村聡＝高杉健二「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号（2013年1月）20-21頁（高杉健二発言）、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013年3月・勁草書房）11頁、池村聡「違法ダウンロードの刑事罰化」ジュリスト1457号（2013年8月）75頁、京俊介「著作権法の立法過程分析—政治学の視点から—」著作権研究39号（2014年4月）79頁。

ただし、最終的に議員立法という形ではなく、内閣が提出した著作権法改正案の審議の過程で、議員修正という形で、違法ダウンロードの刑事罰化が提案されるに至り、これが可決、成立した。永山裕二「講演録 著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト2012年11月号5-7頁

れはネットにおける情報取得の自由に関する一般意識からの乖離が著しい改正であり、様々な批判を呼んでいる²⁶。

- 次に、私的目的として許される複製を家庭内に準じる領域において使用する場合に限る
- 5 著作権法の条文（30条1項）の文言を墨守する限り、家庭内での借用物の丸ごと複製²⁷やライブラリー作成のための複製²⁸、企業内における複製や研究機関における内部利用のため

参照。

また、京俊介「著作権法の立法過程分析—政治学の視点から—」著作権研究 39 号（2014 年 4 月）81-82 頁は、2012 年の違法ダウンロード刑事罰化を実現させた要因について、政治家にとって利益集団であるレコード業界の要求に応えたときに得られる利益が大きいのにに対し、2009 年のダウンロード違法化の改正が成立したことにより、違法ダウンロードの刑事罰化は、既に著作権法において違法とされている行為に対して罰則を設けるのみの相対的に簡単な立法作業であるため、そのコストは小さい、と分析している。

²⁶ ダウンロードの違法化は、情報取得の自由を尊ぶインターネットを巡る社会規範からの乖離が著しい改正であるため、特に「知りながら」の認定について慎重な運用が必要であると指摘するものとして、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）164 頁（島並良執筆）、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁。池村聡「違法ダウンロードの刑事罰化」ジュリスト 1457 号（2013 年 8 月）80 頁も、119 条 3 項の定める違法ダウンロードの刑事罰化については、実質的には議員立法の性質を持ち、国民からの反対の声が多かったにもかかわらず国会において条文解釈に関する審議が十分に尽くされたとは言えないことを指摘したうえで、罰則の適用範囲を拡大しようとする解釈の方向に対する懸念を示している。

²⁷ 山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会『知的財産権法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古稀記念』（2006 年 8 月・発明協会）892—893 頁は、他人から借り受けた CD や書籍を丸ごと複製することにはなんら優越的価値は存在しない反面、このような複製物は市販複製物の販売機会を奪うので、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第二要件を満たさず、権利制限は許されないと述べている。

²⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義』（5 訂新版・2006 年 3 月・著作権情報センター）225 頁、同（6 訂新版・2013 年 8 月・著作権情報センター）頁、個人的に鑑賞する目的であっても、家庭用のハードディスクレコーダーで大量のテレビ番組を録画して保存する行為について、30 条 1 項の立法趣旨からすれば、複製数自体が閉鎖的な範囲内での複製として予定されていた少数の零細な複製であることが必要であるとして、度を過ぎたライブラリーの作成行為は 30 条 1 項の許容する限りではないと厳格に解すべきであり、ベルヌ条約上許容されるケースとしての「著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しないこと」という条件も充足していないと指摘する。また、山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会『知的財産権法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古稀記念』（2006 年 8 月・発明協会）893-894 頁も、「テレビ放送を放送終了後も繰り返し鑑賞するために録画」という「ライブラリー作成のための複製」は、新たな鑑賞の機会を生み出すものであるから、これに対して権利制限を及ぼすことは、「当該著作物の通常の利用を妨げない」というスリー・ステップ・テストの第二要件を満たさないと述べている。ただし、同 899-900、909 頁は「タイム・シフティングのための複製」は、視聴後に消去する場合に限り、著作権者に被害を与えるものではないので、これに対して権利制限を及ぼすことは、「通常の利用を妨げない」、「著作者の正当な利益を不当に害しない」というスリー・ステップ・テストの第二、第三要件を満たすと指摘する。

それに対して、少数ながら異論を唱えるものとして、蘆立順美「私的複製の範囲と主体—30 条 1 項柱書き—」著作権研究 40 号（2015 年 1 月）41-42 頁は、①現行法立法時、新たな技術の普及に合わせ、複製手段の限定を付さないこととした趣旨、②30 条 1 項は自己の使用のために行う複製数についての制限は課していないこと、③個人が多数の複製を行うことを可能とする新

規な複製装置の開発行為が、常に複製権侵害を惹起することにもなりかねないこと、④私的使用目的が認められる複製とライブラリー化にあたる複製とを区別する基準の設定が事実上困難であることを考慮したうえで、ライブラリー化において考慮される複製数は複製の対象となる著作物等を基準とするものではなく、使用者個人を基準とした複製数の多寡を問題とすべきであり、個人が自己の観賞用ライブラリーを作るために多数の映像等を複製する行為は、個人的に視聴することを目的としてなされるものであるから、原則として私的使用目的の要件を満たすと解すべきであると指摘する。

の複製²⁹・職業上もしくは研究を目的とする複製³⁰（例えば、アナログの記事や書籍をコピー

²⁹ 企業内において従業員が組織の一員として業務の過程で行う複製、あるいは研究機関における内部利用のための複製については、「個人的に」又は「家庭内に準ずる限られた範囲内」での私的目的のための複製には当たらないとする解釈が通説となっている。文化庁「第4小委員会（複写複製関係）報告書」（1976年9月）（http://www.cric.or.jp/db/report/s51_9/s51_9_main.htmlより、2017年4月23日確認）、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン）217頁、同『著作権法詳説―判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）330頁、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）226頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会『知的財産権法と競争法の現代的展開―紋谷暢男教授古稀記念』（2006年8月・発明協会）905-906頁（企業が行う僅少部分の複製であっても、①これを反復継続する以上、取引金額の総額は大きくなり、取引費用が過大という市場の失敗とはならない、②営業的に行う以上、権利者の利益の犠牲を回避するしくみを構築するよう企業努力を行うことが期待される、③企業が行う僅少部分の複製に権利制限規定を及ぼす場合には、これが隠れ蓑としてグレー・ゾーンにおいて濫用されるおそれ大きいから）、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）300頁、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）229頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）244-245頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）199頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）313-314頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2』（2009年1月・勁草書房）146-147頁（宮下佳之執筆）、横山久芳「著作権の制限（1）」法学教室341号（2009年2月号）141頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（2009年4月・世界思想社）166頁（三山峻司執筆）、斉藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年4月・ミネルヴァ書房）120頁（吉田大輔執筆）、末吉互「判批」（オークション出品カタログ）知財管理60巻8号（2010年8月）1360頁、茶園成樹「改正著作権法の経緯と概要」人工知能学会誌25巻5号（2010年9月）658頁、三村量一「著作権侵害訴訟の実務上の問題点」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（2011年3月・成文堂）28-29頁、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）282頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』（第6版・2012年4月・有斐閣）366頁（角田政芳執筆）、渋谷達紀『著作権法』（2013年2月・中央経済社）211頁、辻田芳幸「判批」（舞台装置設計図）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）139頁。

他方、上野達弘「講演録 著作権法における権利の在り方―制度論のメニュー―」コピーライト2015年6月号26、29-30頁は、企業内複製について排他権を維持したまま集中的契約スキームによる問題の解決を目指すだけでなく、権利制限と補償金請求権によって対応することを検討する意義はあるとしたうえ、制限規定によって排他権を制約する際にスリー・ステップ・テストの観点から「著作者の正当な利益を不当に害しないこと」が求められることになるので、企業内複製について、仮に排他権を制約すべきだと判断されとしても、権利者には補償金請求権が付与されるべきであると指摘する。

それに対して、少数ながら異論を唱えるものとして、田村善之「著作権法講義ノート17」発明93巻11号（1996年11月）87-88頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）200頁、同「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号（2003年10月）130-131頁は、企業内における複製であっても、多様な消費者層ではなく、購入時に著作物への対価を支払い済みであるゆえに、著作権者に還流する対価と大きくバランスを失することのないような場合には、その購入物の内容へのアクセスに必要な行為を認めないとする、複製技術の恩恵を公衆が享受することができなくなることを理由に、30条1項の類推解釈ないしは権利濫用で対処すべきであると解する。

また、蘆立順美「私的複製の範囲と主体―30条1項柱書き―」著作権研究40号（2015年1月）44、48頁は条文の文言上は、①複製される場が私的領域内であることを直接には要求しておらず、②非営利要件が現行法の立法の際に明記されなかったこと、③保護の実効性の欠如を私

一したり、PDF ファイル化したりすること又はパソコンに取り込むこと、ネット上の情報をコピー&ペーストしてハードディスクに保存したり、社内資料を作成したりすること³¹、フ

的複製の根拠の一つと解する場合にも、私的領域における複製と同様に企業内の複製についても権利行使の実効性が低いといえることから、企業の内部で業務に関連してなされた複製のすべてについて企業の関与の一事をもって私的複製該当性を否定するのではなく、個別の状況に即した、より柔軟な解釈を検討すべきであると指摘する。

結論において同旨のものとして、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）162頁（島並良執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁（出張先への荷物を減らすために書籍のコピーを取る行為や、老眼の社長が新聞の拡大コピーを取る行為などについては、「個人的」な私的複製と評価し得るとする）、前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究 40号（2012年12月）204頁、同「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）102-104頁（許諾の仕組みが高コストな場合には、最初の販売時に予想される利用まで含めた対価を課した方が合理的であるならば、企業内での利用などすべて書籍購入時の代価に含まれていると解する方が適切とする）。

³⁰ 個人的な職業である学者、医師、弁護士等がそれらの職業上の複製は、間接的な営利性が問題となり得るが、こうした複製が私的複製に該当するかどうかについては、必ずしも見解が一致しているわけではない。職業上の複製は企業内複製と同様に、私的目的の要件を満たさないとする見解として、中山信弘「著作権のリフォームに際し」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用—の好循環の実現に向けて—』（2008年3月）（<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017年5月7日確認）2頁、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）330、343頁（①一個人の単独利用であっても業務ともなれば膨大な量の複製をすること、②私的領域内における複製は権利者に与える影響が軽微であること、事前にいちいち許諾を得るのは効率的ではないことという30条1項の二つの立法趣旨からは許されない）、加戸守行『著作権法逐条講義』（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）231-232頁、茶園成樹「改正著作権法の経緯と概要」人工知能学会誌 25巻5号（2010年9月）658頁参照。

一方で、職業に関連することのみをもって、私的目的の要件の充足は否定されないと解する見解（作作文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）199頁（職業に関連する利用なのか、個人の探究心に基づくのかは明確に区別が難しいことを指摘しつつ、特定の具体的な業務との関連性の度合いにより判断すべきである）、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）313頁（法目的から常識的な判断をせざるを得ないが、完全に職業的な要素を払拭し得ることまでは要求されないとする）、蘆立順美「私的複製の範囲と主体—30条1項柱書き—」著作権研究 40号（2015年1月）43-44頁（企業の内部で業務に関連してなされた複製のすべてについて企業の関与の一事をもって私的複製該当性を否定すべきではないので、企業内複製と職業上の複製とは、著作権者に与える経済的影響が定型的に異なるとは言えず、両者の帰結が異なるとする根拠は明らかではない）、辻田芳幸〔判批〕（舞台装置設計図）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231号（第5版・2016年12月・有斐閣）139頁（当初から職業に資するために文献資料を複製するような場合は、私的目的というべきではないが、自己使用のための複製が結果的にその職業に奉仕する結果となるような場合は、許容されるべきである）もある。

³¹ たしかに他社はウェブサイトを開いているという以上、そのウェブサイトが第三者によって複製されることについて黙示的に許諾していると解釈できる場合もあるが、当該他社のサイトが他人の著作物を無断で利用している場合、その点につき当該他社には許諾権限がないので、黙示の許諾論だけでは解決できない。田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255号（2003年10月）131頁、上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト 2007年12月号 8頁参

アクセス送信に伴う複写や PDF ファイル化したうえで送信すること、電子メールに関するコピー＆ペースト³²、さらには、会社で英語が読めない人のために外国語の新聞や文書を翻訳すること、テレビで放送された自社に関するニュースを社内で録画すること等）という日常的に頻繁に行われている行為ばかりでなく、教育現場との関係での非商業的利用（校庭にアニメ等のキャラクターをかたどった雪だるまを作成すること、幼児が絵画展に出品するためにキャラクターを真似た絵を描くこと等）までもが著作権の禁止対象に含まれていることになりかねない。

さらに、38 条 1 項により非営利の公の使用行為が非侵害とされるのに対し、「送信可能化」、「公衆送信」に該当すると、その種の条文がなく、ゆえに非営利であっても侵害とされることになる。そのため、音楽 CD や映画 DVD、あるいは漫画、写真集、書籍や雑誌等の出版物を、個人売買するオークションやフリーマーケットサイトに出品する際に、CD や DVD のジャケット画像、出版物の表紙画像が掲載される場合があるが、こうした行為について著作権を侵害するおそれがある³³。また、交流サイトに投稿あるいは個人ページにアップするのは日記を書く感覚であっても、記事、写真など、あらゆる著作物をネットにアップロードするだけで著作権侵害とされるようになった。確かに非営利といえども、著作権者が現に経済的利益の獲得を追求している、書籍、レコード、映画という特定の著作物がネット上で利用される場合には、著作権者の受ける経済的不利益は無視しえず、創作のインセンティブに与える悪影響も無視しえないものとなる場合があることは否めない³⁴。しかしながら、共有

照。

³² 返信機能を用いる場合には元の送信者に黙示の許諾を認める事ができる場合が大半であろうが、他人の著作物が紛れこんでいる場合などには黙示の許諾の法理を適用することが困難である。田村善之「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト 1404 号（2010 年 7 月）39 頁の注 24、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報 63 巻 5 号（2011 年 5 月）1046-1047 頁の注 41 参照。

³³ 2009 年の著作権法改正によって創設された同法 47 条の 2（美術又は写真の著作物の原作品又は複製物を譲渡した場合に、その譲渡の申出に伴う複製等に関する制限規定）が適用されるかが問題となる。ここで、売買の対象となっている著作物の複製物については、商品のジャケットや表紙に掲載された写真または美術の著作物の複製物ではなく、あくまで CD に収録されている音楽の著作物、DVD に収録されている映画の著作物、あるいは出版物自体であるとそれぞれ考えれば、いずれも本条は適用されないと解することになる。しかしながら、47 条の 2 は著作権と所有権との調整規定であること、同一商品の重複購入を防止するという観点からも、取引上こうした画像情報を出品サイトに掲載する必要性があるので、音楽 CD や映画 DVD 等のジャケット画像や書籍等の出版物の表紙画像の掲載についても、本条は適用になるものと解されるべきである。池村聡『著作権法コンメンタール別冊—平成 21 年改正解説—』（2010 年 5 月・勁草書房）64 頁参照。

³⁴ もっとも、無断で音楽や映画をインターネットでアップロードすることは、著作権者が対価の回収を予定している CD 等の正規品の売上げによる収入を減らしているのかという逸失利益の損害については、そもそも代替関係にない場合もあり、ネットでの配信が宣伝広告の効果を伴うために市場拡大に寄与するという補完的な関係を働かせることもあるので（潮海久雄「私的複製の現代的意義—私的録音録画補償金制度からライセンスモデルへ—」著作権研究 40 号（2015

- する SNS の存在、カメラ付きスマホの普及で、記事、写真や動画の撮影・投稿が容易になる中、こうした著作権法を取り巻く技術的・社会的環境の変化を生み出す時代においては、黙示の許諾³⁵あるいは著作権法 30 条の 2 の付随対象著作物の利用（いわゆる「写り込み」）に関する制限規定³⁶の適用がなければ、カラオケで自分の歌う姿を録音・録画したカラオケ動画（いわゆる「歌ってみた」）のユーチューブやニコニコ動画への投稿、又は「美術の著作物」とみなされるものをメインの被写体とした写真、記事などを、交流サイトや個人ページにアップロードすることだけで、公開の美術の著作物等の利用（46 条）を除いて、知らないうちに権利を侵している³⁷。

年 1 月）91-93 頁参照）、一概には決まらない。実証的なデータからはむしろ反対の結論が示されている（田中辰雄＝大木良子「私的コピーは被害を与えているか」新宅純二郎＝柳川範之編『フリーコピーの経済学—デジタル化とコンテンツ・ビジネスの未来—』（2008 年 7 月・日本経済新聞出版社）117 頁以下参照）。ただし、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 3 月）101-102 頁、同注 159 が指摘するように、そもそも正規品の売り上げに影響を与えているか否かということとは別に、規範的に新たなビジネス・モデルによる収益チャンスから相応の対価を著作権者に還元させたほうがよいと判断すべき場合もあるから、違法アップロードを著作権侵害としなくてよいという結論への短絡を迫るものではないことには注意が必要である。³⁵ テマパークにおける着ぐるみは客から写真を撮られること及びそれがブログにアップされることは認識しているから、著作権制限規定によるまでもなく、客からの要望があれば撮影に応じるのである以上、あるいは歩いている着ぐるみを無断で撮影したという場合も、着ぐるみが場内を歩いていることがすでに著作権者による黙示の許諾があるとは考えられるが（上野達弘「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（2010 年 3 月・第一法規）41-42 頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年 3 月・勁草書房）102 頁の注 17（池村聡執筆）参照）、それ以外の美術の著作物を、本来の撮影対象として撮影した写真をブログに掲載する場合、やはり著作権者の許諾が必要となってしまうのである。

³⁶ 著作権法 30 条の 2 の付随対象著作物の利用（いわゆる「写り込み」）に関する制限規定が 2012 年法改正によって新設されたが、他人の著作物が写り込むことを認識しながら写真撮影をした場合など、写真の写り込み方が多様で、本来の撮影対象が何であるのかによって、分離困難性や付随性の当否が変わってくるとも考えられるため、「分離することが困難であるため付随して対象となる」でなければならないとの要件が満たされるかどうかに関してはいろいろな議論がある。ただし、少なくとも特定の美術の著作物とみなされるものに焦点を当て、これのみを写真撮影するといった場合は、当該美術の著作物はまさに本来の「撮影対象事物」なのであり、本条の適用はないと考えられる。文化庁「いわゆる『写り込み』等に係る規定の整備について（解説資料）」（<http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/utsurikomi.html> より、2017 年 5 月 19 日確認）、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年 3 月・勁草書房）（池村聡執筆）102 頁の注 17、村尾治亮＝持田大輔「出版物に掲載する写真における写り込み」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題その用論と実務』（2015 年・日本評論社）159 頁を参照。

³⁷ 楽曲の著作権はユーチューブやニコニコ動画が JASRAC と利用許諾契約を締結しているので（<http://www.jasrac.or.jp/info/network/ugc.html> より、2017 年 7 月 14 日確認）、ユーザーが個別に JASRAC へ利用許諾手続きを行なわなくとも、JASRAC 管理楽曲を利用した動画をアップロードすることが可能となっている。ただ、音源を自作することではなく、CD 音源あるいはカラオケ音源を利用する場合、別途、音源製作者（レコード会社あるいはカラオケ音源を作成したカラオケ機器メーカー）の許諾を得る必要がある。そうしなければ、ユーチューブへのカラオケ動画投稿が音源製作者の著作隣接権を侵害することになる（東京地判平成 28 年 12 月 20 日裁

- 以上をまとめると、著作権法に触れるが実際には誰も違法だとは思っていない非商業的利用は数多く存在している。こうした非商業的利用に代表される、著作権法の条文とユーザーの著作権に対する意識や社会の現実との間の溝は埋まらないまま、現在に至っている。もっとも、著作権侵害に該当するように読めるこれらの事例は、実際には侵害しても発見されないゆえに権利行使ができない³⁸、あるいは訴訟を迫行することは不可能ではないにしても、ユーザーによる非商業的利用に対して、権利者の多様化現象やコストと便益に起因するもの³⁹により、ほとんどの著作権者が権利行使をしないため、現実には、大半のユーザーは

判所 HP [カラオケ動画投稿] (長谷川浩二裁判長) 参照)。

この点に関して、「友達とカラオケで盛り上がると、よくスマホで動画を撮っていた。交流サイト (SNS) に投稿された。カラオケ動画もよく見るし、法に触れるとは知らなかった」と、カラオケを楽しむ若者らの間には戸惑いが広がると報道される。安藤和宏教授は「メーカー側にカラオケ音源の権利があることがあまり認知されておらず、知らないうちに権利を侵害しているおそれがあり注意が必要だ」と呼びかけていながらも、「削除されても次々に別の動画が投稿され、メーカー側と投稿者のたちごっこが続いていた」と指摘する。「カラオケ歌い動画投稿『違法なの!?』 音源に著作権隣接権」日本経済新聞電子版 2017 年 7 月 13 日 (http://www.nikkei.com/news/print-article/?R_FLG=0&bf=0&ng=DGXLASDG07H6S_T10C17A7CC1000&uah=DF_SOKUHO_0010 より、2017 年 7 月 14 日確認) 参照。

³⁸ ネット上の情報取得の自由を認めず、私的領域に対してまで著作権を押し及ぼして、ダウンロードの違法化、さらに刑事罰が踏み込んできても、これらの規定の実効性はなく、宣伝効果くらいがあるにすぎないと指摘するものとして、中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント 2013 号 1 月号 110 頁。

James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Property*, 53 VAND. L. REV. 2030 (2000)は、このように私的領域において著作権侵害しても発見されないのであれば、実質上無料の利用を許容していることになる、という見方の中では、友人のためにコピーするといった違法複製を権利者が完全には把握しえないということすら、ユーザーに限界費用の近くで情報を利用することを可能とする価格差別を実現する手段として機能している、と理解しうることを指摘する。

この点に関して、田村善之「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方—」北大法学論集 53 巻 4 号 (2002 年 11 月) 55 頁の注 21 には、著作権法は競業活動に限らず、多様なユーザー層を規律する分、より多くの調整が必要となると位置づけられている。

³⁹ 訴訟迫行は可能であるが、ほとんど著作権者がお目こぼししていることには大きく理由が二つあると考えられる。第一に、権利者の多様化現象に起因するものである。全ての著作物には著作権という強力な効果がついているが、田村教授の指摘するように、デジタル・ネットワーク時代にあっては、技術の普及による表現手段の大衆化、そして、伝達手段の大衆化の結果、利益を目的とするものでないとしてもネットを通じて流通する機会が激増した。そのため、利用しうようになった著作物の中には、創作に大きな投資を必要とするレコード・映画等と同様の保護を著作権行使に無関心の著作権者が必要としていないものも当然少なからず含まれている。実際に利用に供されている著作物の権利者は分化し、その中には著作権の保護の強化を求める者ばかりではなく、より弱い保護でもよいと思っている者や、さらには著作権には一切関心がない者も含まれているのである。田村善之「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリ 1405 号 (2010 年 8 月) 30 頁、同「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 12 月) 40-41 頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』(2012 年 6 月・弘文堂) 421-422 頁 (初出 「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と

日々違法行為を冒しながら、権利侵害に該当するにもかかわらず、訴えられずに済んでいる。このように著作権を押し及ぼしても実効性がないことや著作権者が権利行使をしない、という「寛容的利用 (Tolerated Use)」⁴⁰により、人々が著作権法の条文を知らず、著作権が及んでいないと誤解しているか、あるいは、著作権者が権利行使することはないと考えているために、非商業的利用が萎縮することはなく、ユーザーが著作物を利用しようとする意思に支えられている。その結果、事実上の権利制限又は分化した権利者に合わせた保護の棲み分けが達成されている事実上のオプト・イン方式が具現化している⁴¹。このように、寛容的利

将来像—(前編)(後編) 二弁フロンティア 2010年12月号・2011年1・2月号)、同「著作権法の政策形成と将来像」(2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録) 著作権研究 39号(2014年4月) 131-132頁、同「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3月) 73頁。この見解に与するものとして、前田健「著作権法的设计—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘=金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』(2017年4月・信山社) 89-90頁も参照。

同様に、デジタル・ネットワーク時代における権利者の多様化現象にもかかわらず、著作権法は著作権が有効に働く著作物と働かない著作物とを同一に扱っており、大きな問題となっていることを指摘するものとして、ローレンス・レッシング(山形治生訳)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(2010年2月・朔詠社) 278頁、Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1198 (2010)、同(石新智規=橋本有加共訳)「著作権の原則プロジェクト—リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書」(2011年3月) 79頁、中山信弘「著作権の権利制限」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』(2012年5月・日本評論社) 276-277頁。知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会「次世代知財システム検討委員会次世代知財システム検討委員会報告書—デジタル・ネットワーク化に対応する次世代知財システム構築に向けて—」(2016年4月)

(http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2016/jisedai_tizai/hokokusho.pdf より、2017年6月15日確認) 5-6頁も参照。

第二に、コストと便益に起因するものである。著作権を積極的に行使していこうとする権利者にとっては、多数のユーザーによる著作物の私的利用に対して訴訟を迫ることは不可能ではないにしても、証拠を個別に収集するためにその費用は高くつくこと、さらにいえば、究極的には著作物の消費者であり、市場を体現しているユーザーを敵に回すことは、権利者の利益にならないこともある。Antonina Bakardjieva ENGELBREKT(田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権: アクター・利益・利害関係と参加のロジック(1)」知的財産法政策学研究 22号(2009年3月) 48-49頁参照

⁴⁰ 「寛容的利用」という用語は、Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617, 619-620, 630-633 (2008)による。同論文の定義によれば、「tolerated use」とは「侵害に該当する著作物の利用行為のうち、著作権者は気付いているかもしれないが、それについて何も行動を起こしていないもの」を指す。そして番組のファンサイト等を例にとり、権利者の提供する著作物に対して代替するのではなく、補完的な関係にある大半のものを寛容しつつ、権利者にとって害となりそうな少数のものを排除するという、事後的なオプト・イン方式が効率的であるということ論に主眼が当てられている。

⁴¹ 形式的に著作権侵害にあたる利用行為は寛容されている場合、実際に権利行使されることはないという事実により、私的秩序形成が実現し、政策形成過程におけるバイアスに対する矯正が働いている。それによって、デジタル・ネットワーク技術の恩恵の享受に失敗したり、文化活動が過度に萎縮するという事態が避けられていると評価するものとして、田村善之「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト 1404号(2010年7月)

用は過剰規制の多い著作権法の弊害を緩和し、非商業的利用を伴うユーザーの日常行動の自由への過度な介入を防ぐ方策として重要な役割を果たしていると評価することができる。

- ただ、寛容的利用に頼った私的秩序は、制度的裏付けがない脆弱なものでしかない⁴²。非商業的利用にしても、何か別の目的が絡んだ場合には、それ自体としてはユーザーに対する訴訟提起がなされることもありうるからである。実際にはカラオケ音源を利用してカラオケ動画をユーチューブで配信した行為に対して、カラオケ機器メーカーがカラオケ音源の著作隣接権の侵害だとして投稿者に削除を求めた訴訟で、東京地判平成28年12月20日裁判所HP「カラオケ動画投稿」（長谷川浩二裁判長）はカラオケ音源を作成したカラオケ機器メーカーの送信可能化権の侵害に当たるとして、カラオケ動画の公開禁止や記録媒体からの消去を投稿者に命じた⁴³。

- また、権利行使や訴訟提起に至らないことがほとんどであるとしても、こういう日常的に頻繁に行われる侵害が常態化することで、法的モラルや著作権に対する規範意識が下がると、著作権法の条文が守られないことが当然視されることになる⁴⁴にも問題がある。そもそも

40 頁、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究39号（2014年4月）133-134頁、同「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3月）77頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号（2016年5月）51頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号（2016年11月）16頁。

この「寛容的利用」による政策形成過程のバイアスに対する矯正機能に与するものとして、前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）113頁も参照。

⁴² 政策形成過程のバイアスの結果である条文そのものの著作権法を初中等教育で刷り込み、さらにこれを超えて、保護の実効性を高めるために、著作物の無断利用行為に対して「海賊」というレッテルを貼ることにより、著作権を保護することは道徳的な要請であることが殊更に強調されれば、非商業的利用行為を控える態度を醸成し、その結果として、かかるバイアスの矯正の芽を摘み取ることには危険があると指摘するものとして、田村善之「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト1404号（2010年7月）40頁、同「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3月）79-80、101頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号（2016年11月）16頁。

⁴³ 前掲注0に述べたように、本来であれば、ユーザーを敵に回すことは、権利者の利益にならないが、カラオケ機器メーカーは訴訟に踏み切って、カラオケ動画のユーチューブへの投稿を禁止するメリットがあるのだろうか。実は本件カラオケ機器メーカーは「DAM★とも」というサービスでカラオケ動画サイトもやっている。やはりユーチューブの集客力、注目度とは比べ物にならないから、司法判断が示されたことで、ユーチューブへの投稿が違法になることをカラオケ店から利用客に伝えるよう求めるなど、動画投稿サイトサービスを使っているユーザーの自分サイトへの移行を促したと、という別の目的が絡んだに違いない。

⁴⁴ 田村善之「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

- も著作権制度というものは、著作権の保護と著作物の利用の促進のバランスを図って文化の発展に寄与することを前提に成り立っている制度だから、著作権制度はこのバランスを欠き、ユーザーが日常行っている行為に著作権が抵触するような形で設計されることになれば、多くのユーザーが著作権制度に不信感を抱くようになり、著作権制度の存立自体が危うくなる⁴⁵。なぜなら、物理的には容易になしうる行為に対して、法の遵守を要求することには多大なコストが随伴する、損害賠償や刑事罰のような外的なサンクションがなくても、法を正しいと思って守ってもらえるような「内的視点」⁴⁶の獲得に失敗している⁴⁷からであ

12月) 38頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報 63巻5号(2011年5月) 1049頁、同「著作権法の政策形成と将来像」(2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録) 著作権研究 39号(2014年4月) 135頁は、こういう日常的に頻繁に行われている侵害行為の放任が蔓延すると、著作権法の条文は実効的な著作権からは懸け離れており無意味であるという理解を一般に浸透させ、過度に条文違反を誘発する結果、著作権法は守らなくてよいという風潮を生み、本来保護すべき場合にも保護されなくなる、と懸念している。

同旨のものとして、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書(2009年3月・三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社) 10-11頁(上野達弘執筆)、中山信弘「著作権法改正の潮流」中山信弘=韓相郁『日韓の各視点から知的財産制度を考察』(2010年12月・信山社) 226頁(初出「講演録 著作権法改正の潮流」コピーライト 2009年6月号)、辻田芳幸[判批](舞台装置設計図)小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231号(第5版・2016年12月・有斐閣) 139頁、前田健「著作権法的设计—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘=金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』(2017年4月・信山社) 114頁参照。

⁴⁵ Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, Iowa L. Rev. 96, no. 1 15-16, 18, 25 (2010) 同(比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム(1)」知的財産法政策学研究 38号(2012年6月) 200、203、213-214頁は、公衆の視点から著作権の正当性の腐食は著作権制度の健全性にとって問題を孕んでいるのである。人々が著作権法の正当性について冷ややかな態度をとっているような状況下で単に著作権の取締りが怖いからという理由だけで著作権法を遵守する人は、いずれ著作権の取締りから逃れる方法を見付けるからである、と指摘する。ローレンス・レッシング(山形治生訳)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(2010年2月・朔詠社) 271-273頁、Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1230 (2010)、同(石新智規=橋本有加共訳)「著作権の原則プロジェクト—リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書」(2011年3月) 108-109頁、「座談会 著作権法は何をめざすのか—中山信弘先生を囲んで—」L & T 51号(2011年4月) 22頁(横山久芳発言)も参照。

⁴⁶ 法哲学者 H. L. A. ハートは、法が損害賠償や刑事罰のような外的なサンクションがなくても、規範の内容に正当性を認めて遵守するという意欲を人々に喚起する場合、そのような法は「外的視点」のみではなく、「内的視点」をも獲得したとされる、と指摘する。H. L. A. ハート(長谷部恭男訳)『法の概念』(第3版・2014年12月・ちくま学芸文庫) 97-100頁、107-108頁。

また、Branislav Hazucha(田村善之=丹澤一成訳)「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」知的財産法政策学研究 24号(2009年9月) 63-66頁は、いくらサンクションを高めても、かえって法に対する公衆の反発を招くという悪循環が起こるから、実効的な法制度を作るには、内的視点を獲得する法がどのようなものなのかということに関する分析が必要であると述べている。

⁴⁷ 田村善之「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』(2012年6月・弘文堂) 425頁(初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—(前編)(後編)」二弁フロンティア 2010

る。

そこで、デジタル・ネットワーク技術の進化・普及により、表現手段の大衆化、そして伝達手段の大衆化によって、我々が日常行っている行為に著作権が抵触しうようになった現状において、著作権制度をより効率的にし、著作権法の条文とユーザーの著作権に対する意識の間の溝を埋うためには、「著作権法のリフォーム」というとゼロから著作権制度を設計し直す必要性が唱えられている。具体的には、米国著作権法に関して、Litman は非商業的利用の場面でユーザーの行動の自由を確保することの重要性を強調し、複製に対する排他権が著作権の中心的な権利とされてきたことに対し、歴史的な意味以上のものはないと指摘したうえで、時代が変わり、デジタル・ネットワーク技術が発展した現代において、複製に着目するアプローチの合理性が失われ始めている以上、複製はもはや侵害の基準として適切ではなく、排他権として著作権の権利の内容を、その正当化根拠を直接に反映させる形で改正を行うために、著作権者の経済的機会を失わせるような大規模な商業的利用のみを侵害とすべきであり、著作権の排他的権利を商業的利用に一元化することを提唱する⁴⁸。同様に、複製自体を規制すべきではなく、経済的インセンティブに直結する利用を規制すべきとの主張として、Lessig は非商業的利用を著作権の排他的範囲から外したり、著作権者と競合し得る商業的利用に限って規制したりするという方策⁴⁹のほかに、権利者の多様化、孤児著作物問題等を意識しながら、存続期間が満了した後、保護を維持するために権利者に対して著作物の登録を義務付け、登録がなされない著作物を利用可能にするオプト・イン方式の更新登録制度の導入⁵⁰を主張している。似たような提案として、Samuelson ほか「著作

年12月号・2011年1・2月号)、同「著作権法の政策形成と将来像」(2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録)著作権研究39号(2014年4月)136頁、同「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3月)112-113頁。

⁴⁸ 著作権は著作物を商業的に活用する権利を保障すべきであるのと同時に、ユーザーに対して、排他的権利を商業的利用に限定することにより、非搾取的な方法で著作物を利用するユーザーの行動の自由を確保することができる。なぜなら、①非商業的利用は、商業的活用を通じて著作権者が収入を得る機会を過度に害することなく、著作物の利用を奨励することによって著作権の利益を促進する、②非商業的利用の場面で著作権者の過度な干渉を受けずに、ユーザーが自由に著作物を利用できるということが、著作権制度の正当性は拡大するからである。Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19 (1996)

(HTML Version, <https://www.law.cornell.edu/copyright/commentary/litrvtxt.htm> より、2017年4月22日確認); JESSICA LITMAN, *DIGITAL COPYRIGHT* 181 (2d ed, Prometheus Books, 2006).

(<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=books> より、2017年6月22日確認); Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, Iowa L. Rev. 96, no. 1 41-45, 48 (2010). 同(比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム(2・完)」知的財産法政策学研究39号(2012年9月)35-39、44-45頁。

⁴⁹ ローレンス・レッシング(山形治生訳)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(2010年2月・朔泳社)244、256-259頁。

⁵⁰ ローレンス・レッシング(山形治生訳)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(2010年2月・朔泳社)249-254頁。

権の原則プロジェクト・リフォームの方向性」は、商業的利用又は商業的な効果は著作権が侵害されているか否かを検討する際に考慮されること⁵¹、そして著作物の私的利用は、一定程度の特別な保護が与えられること⁵²のほかに、保護すべき著作物とそうではない著作物を簡単にふるい分けるために、保護範囲や侵害に対する救済に段差を付けるオプト・インに類似する登録制度を導入すること⁵³も提案する。さらに、2013年当時、米国著作権局局長であった Pallante は、講演で次世代の米国著作権法の改正について、著作物は著作権者の許諾がある場合に限り、複製又は頒布されなければならないという著作権法のデフォルト・ルールを逆転させる「オプトアウトシステム」の選択可能性を言及している⁵⁴。

10 他方、日本著作権法に関しては、まずは、政策形成過程におけるバイアスの矯正⁵⁵、又は

ここでの文脈では、権利を発生するためには、権利者が何らかの積極的な行動（＝オプト・イン）を起こす必要がある方式のことを指すと思う。

⁵¹ Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1209-1214 (2010)、同（石新智規＝橋本有加共訳）「著作権の原則プロジェクト・リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書」（2011年3月）89-93頁。

⁵² Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1229-1232 (2010)、同（石新智規＝橋本有加共訳）「著作権の原則プロジェクト・リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書」（2011年3月）108-111頁参照。

⁵³ Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1198-1202 (2010)、同（石新智規＝橋本有加共訳）「著作権の原則プロジェクト・リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書」（2011年3月）78-82、113-114頁。

⁵⁴ Maria A. Pallante, *The Next Great Copyright Act*, 36 *Colum. J.L. & Arts* 337-338 (2013)、同（石新智規＝山本夕子共訳）「次世代の偉大な著作権法」知的財産法政策学研究 45号（2014年10月）67-69頁。

ここでの文脈では、異議など、権利者が何らかの積極的な行動（＝オプト・アウト）を起こさない限り、著作権者から許諾を得る必要がなくその著作物を利用することができるという方式のことを指すと思う。

⁵⁵ 田村善之「著作権法の政策形成と将来像」（2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究 39号（2014年4月）138頁、同「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3月）138頁。

著作権制限の一般条項について、立法にチャンネルを持たない人たちのニーズを裁判官が汲み取る道が拓ける、という政策形成過程におけるバイアスの矯正機能に与するものとして、野口祐子『デジタル時代の著作権』（2010年10月・筑摩書房）217頁（新たな利用態様が権利制限の対象となるまでのタイムラグを解消する機能も言及）、相山敬士「はじめに」（2012年4月21日著作権法学会シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成講演録）著作権研究 39号（2014年4月）17-18頁も参照。

同様に立法と司法の役割分担に着目した議論として、政策形成過程におけるバイアス問題も取り込んでいるが、法と経済学の文脈で、適用場面・範囲が特定されたルール型の制限規定と、適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定という異なる定め方のどちらが効率的

あらゆる利用態様を事前に予測して制限規定に織り込むことは不可能であるから、新たな

かに関するものとして、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号（2008 年 12 月）94-103 頁、同「著作権制限の一般規定」村林隆一先生傘寿記念知的財産権侵害訴訟の今日的課題編集委員会編『知的財産権侵害訴訟の今日的課題—村林隆一先生傘寿記念』（2011 年 4 月・青林書院）485-490 頁、同「著作権法におけるルールとスタンダード・再論—フェアユース規定の導入に向けて—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017 年 4 月・信山社）704-715 頁。

利用態様が権利制限の対象となるまでのタイムラグを解消する⁵⁶、といった機能⁵⁷に着目

⁵⁶ 適用場面・範囲が開放された一般条項が果たすべき機能は、政策形成のアリーナを立法から司法へ移転させるという点において同旨であるが、政策形成過程におけるバイアスの矯正という機能に着目しているわけではなく、将来における変化と多様性に対応するために、あらゆる利用態様を事前に予測して制限規定に織り込むことは不可能であるから、新たな利用態様が権利制限の対象となるまでのタイムラグを解消するということを論じることにより主眼を置くものとして、相山敬士「フェアユースと教育利用」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）300-301頁、同「講演録 現行著作権法の主要課題と『著作権リフォーム』論—弁護士の視点から—」コピライト2008年8月号12頁、同「フェアユースを中心とした著作権法の新潮流」ジュリスト1405号（2010年8月）37-38頁、相澤英孝「著作権法のパラダイムへの小論」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』（2005年12月・弘文堂）345-348頁、上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト2007年12月号23-24頁、同上野執筆、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書（2009年3月・三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社）13、15頁、「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（2010年3月・第一法規）50-51頁、同「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）158-162頁、横山久芳「フェアユース」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—』（2008年3月）（<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017年5月7日確認）34頁、同「著作権の制限（1）」法学教室341号（2009年2月号）138-139頁、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント2009年5月号49頁（スタンダード型とルール型の制限規定の効率性も言及）、中山信弘「著作権法改正の潮流」中山信弘＝韓相郁『日韓の各視点から知的財産制度を考察』（2010年12月・信山社）248-250頁（初出「講演録 著作権法改正の潮流」コピライト2009年6月号）、同「フェアユース規定の導入に期待するもの」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（2010年3月・第一法規）5-7頁、同「著作権の権利制限」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）288頁、同「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号114-116頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）216-218頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）205-206頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁（一般的包括的権利制限規程に関連して、解釈論として著作権法1条の「文化的所産の公正な利用」に、米国のフェア・ユース規定と同様の一般的包括的権利制限規定の性格を肯定したうえで、これを明確化するために、立法論として一般的包括的権利制限規定を新設すべきであることも言及されている）、土肥一史「平成24年改正著作権法を振り返る」文化庁月報531号（2012年12月）

（http://www.bunka.go.jp/pr/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_02/special_02.htmlより、2017年4月19日確認）、岩倉正和「フェアユース規定導入の比較法的再検討—現状最新の世界各国法制の動向について」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6月・弘文堂）590頁、知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会「次世代知財システム検討委員会次世代知財システム検討委員会報告書—デジタル・ネットワーク化に対応する次世代知財システム構築に向けて—」（2016年4月）

（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2016/jisedai_tizai/hokokusho.pdfより、2017年6月15日確認）10頁、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）346頁、前田健「著作権法的设计—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）110-114頁（スタンダード型とルール型の制限規定の効率性、そして権利者にペナルティ・フォルトとしての権利制限の一般条項を見せることは、当事者の交渉をより促進させる機能も言及されている）。

し、米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を置くことで、立法から司法へと著作権の制限に関する政策形成のアリーナを移行したうえで、ユーザーの行動の自由を確保する裁判例の登場を促すことが提案されている。そして、田村教授は孤児著作物問題を抜本的に解決するためには、著作権法の立法過程に反映されにくい者の意思の表明を容易とする目的として、保護を享受することを望む権利者に保護のための行動をとるというデフォルト・ルールの変更、すなわちかつて米国に存在した更新登録制度のように、相対的に緩やかなオプト・イン方式の更新登録制度への転換として、保護を要する権利者と、保護を要しない権利者を振り分け、前者にのみ保護を与えることを可能とする更新登録制度の導入⁵⁸を提案する⁵⁹。

他方、ベルヌ条約の存在によりフリーハンドで、著作権法のリフォームのような抜本的な改革とまではいかずとも、上野教授は、差止請求権により完全な排他権か、それとも制限規定により無許諾・無償での利用か、という制度論のメニューだけでは、帰結としてオール・オア・ナッシングになりがちな側面があるため、著作物の保護と利用の適切なバランスをとる方法として、①「私的録音録画補償金制度」といった権利行使が集中処理に委ねられているものから、②一定の条件が整った場合に裁定で集中処理を組み合わせる「拡大集中許諾制度」、③学校教育番組の放送や教科用図書等の掲載等に関しては立法により補償金が定められているもの、さらには④個別の事件で裁判所により差止請求権の制限まで、金銭支払請求だけは認めるという「ライアビリティ・ルール」の権利の在り方は、より積極的に活用されてよいとしたうえで、立法論を語る際にはこうした制度論のメニューのなかから何を選ぶかという視点を持つことの重要性が説かれている⁶⁰。また、前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」は、現行法の枠組みを尊重することを前提に、著作権制限規

⁵⁷ ほかに、著作権法以外の多様な自生的規範の生成を助けるとともに、その公正さをチェックする制御機能に着目するものとして、潮海久雄「大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大—著作権法（個別制限規定）の没落と自生的規範の勃興—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）183頁以下参照。

⁵⁸ 田村善之「著作権法の政策形成と将来像」（2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究39号（2014年4月）138頁、同「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3月）138頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号（2016年5月）48頁。

⁵⁹ 著作権法は登録などオプト・イン方式の制度が適合的だとする見解について、野口祐子『デジタル時代の著作権』（2010年10月・筑摩書房）273-275頁も参照。

田中辰雄「ぼくのかんがえたさいきょうのちょさくけんせいど—新しい方式主義の構想—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）頁。

⁶⁰ 上野達弘「講演録 著作権法における権利の在り方—制度論のメニュー—」コピーライト2015年6月号10-28頁、同「著作権法の柔軟性と明確性」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）38-41頁。

定を見直し自由利用の領域を拡充すること、および権利者とユーザーの直接契約が困難であるという市場の失敗を治癒する対策として、法定許諾、裁定許諾、拡大集中許諾制度、権利者のオプト・アウトなどの手段を適宜に選択していく必要があると提言する⁶¹⁶²。

5 第3項 政策形成過程に存する構造的なバイアス

10 以上をまとめると、著作権者と競合し得る商業的利用に限って規制することやオプト・イン方式の更新登録制度の導入など、著作権法のリフォームを視野に入れて議論することは、著作権法の条文と人々の意識との乖離を解消するために、著作物の非商業的利用を求めるユーザーの利益を吸い上げるように抜本的な改革を試みるとして位置付けることができよう。しかしながら、著作権法のリフォームが叫ばれるようになってきたが、このように技術的・社会的環境の変化に起因して抜本的な改革を迫られているにも関わらず、著作権制度の抜本見直しをしようとする動きは極めて鈍い。現実には抜本的な改革をしてデジタル・ネットワーク時代に相応しい著作権法を作り上げることは難しいことには大きく理由が二つあ

⁶¹ 前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）92・135、139・140頁。

田中辰雄「ぼくのかんがえたさいきょうのちょさくけんせいど—新しい方式主義の構想—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）頁。

⁶² 著作物の利用の許諾にかかる市場の失敗を解決する法定許諾、裁定許諾、拡大集中許諾などの手段について、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3月）133・136頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号（2016年5月）48・52頁は、法定許諾（法定の報酬請求権）であれば、立法者の判断が事前であるがために一律処理という点で特にユーザーにとっては相対的に簡便な手続となりやすいことが長所となるが、逆に、まさにそれがゆえに個々の著作物や利用の特性といった個別事情を汲み取れないという短所がある。これに対して、個別の裁定許諾であれば、個別事情を斟酌することが可能となる点は長所であるが、その反面、個別処理を必要とする点でユーザーにとって煩雑なところが短所となる。これら二つの制度に比して、拡大集中許諾制度は、事後判断で権利者代表とユーザー間の契約という市場的決定を活用するところに特徴があるため、利用態様を踏まえた個別事情を斟酌することが可能となり、非構成員の著作物も含めて一挙にワン・ストップで処理することができるという長所を発揮しうる。他方、著作物毎の個別事情を斟酌しえないという意味では法定許諾と同様の短所を抱えることになり、また、ユーザーからみると、少なくとも個別の申請は必要であるという点で、法定許諾よりも、相対的に手間がかかる。さらに、非構成員に対して一律に効果を拡張する点で、非構成員の手続保障の問題も残るため、効果が及ぶことを嫌う権利者のためにオプト・アウトが認められれば、教育、研究目的のように外部経済効果がある利用に関しては、オプト・アウトを認めて個別交渉を許していたのでは利用の供給が過少となるおそれがある。そもそもアンチ・コモنز対策という観点から見ても、オプト・アウトが多数見込まれるために権利処理が煩雑となったり、ロイヤルティ・スタッキングやホールド・アップのおそれがあったりする場合には、オプト・アウトを否定する必要がある。結局のところ、権利行使に全く関心がない権利者の利益を保護する必要があるとすれば、孤児著作物問題の最適解は、保護を要する権利者にのみ保護を与えることを可能とする更新登録制度である、と指摘する。

と考えられる。

- 第一に、抜本的な改革を実現するには、著作権制度の基本を定めたベルヌ条約、そして TRIPs 協定 9 条 1 項を介してベルヌ条約 1 条ないし 21 条の実体規定を取り入れ、さらに、
- 5 TRIPs 協定 10 条ないし 13 条にベルヌ条約の保護水準を上回る保護を義務付ける規定(「ベルヌ・プラス」)を設ける TRIPs 協定はの制約がネックとなっている。無方式主義を義務づけた国際条約に違反する可能性が高く⁶³、いわゆるスリー・ステップ・テスト(ベルヌ条約

⁶³ ベルヌ条約 5 条 2 項が無方式主義を採用していることとの関係が問題となるが、自国を本国とする著作物について同盟国が登録制度の方式主義を採用することは否定されていないと解されるものとして、小川憲久「著作権リフォームとベルヌ条約、TRIPs 協定」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—』(2008 年 3 月)(<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017 年 5 月 7 日確認) 18 頁、田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23 号(2009 年 6 月) 27 頁、同「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 3 月) 136-137 頁、菱沼剛『孤児著作物問題の研究—既存規範の動態的な分析と新規範の確立に向けての可能性—』(2011 年 12 月・成文堂) 100-101 頁参照。

また、そもそも自国を本国とする著作物のみを差別化する理由はなく、自国を本国としない著作物についても同様の制度としなければ抜本的な解決とはならない。そこで、自国を本国としない著作物についても、少なくともベルヌ条約の求める最短の保護期間である死後 50 年(7 条 1 項)を経過した後は、著作権保護の継続にオプト・インの更新登録という方式主義を採用することはベルヌ条約に違反するものではないとする見解(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 3 月) 136-137 頁、上野達弘「講演録 著作権法における権利の在り方—制度論のメニュー—」コピーライト 2015 年 6 月号 34 頁の注 101 参照)がある。

一方で、ベルヌ条約が同盟国に義務付ける著作権の保護期間以後の保護は、著作権としての性質を有する限り、条約上の義務が及ばず、同盟国が自由に決定できると解することはできない、というオプト・イン方式の更新登録制度の導入を否定的に解する立場に与する見解もある(茶園成樹「著作権法の最近の諸問題—権利制限に関する 3 つの問題」ジュリスト 1326 号(2007 年 1 月) 69 頁の注 33 参照)。

なお、登録を著作権の発生の要件とせず、保護の範囲と救済手段に段差を付けるに止める場合には、そもそもベルヌ条約が要求する無方式主義に違反するものではないと考えられる。Pamela Samuelson and Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1199 (2010)、同(石新智規＝橋本有加共訳)「著作権の原則プロジェクト—リフォームの方向性」デジタルコンテンツ協会「コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの 10 年とこれから—報告書」(2011 年 3 月) 80 頁参照。

9条2項、TRIPs協定13条)⁶⁴との整合性も問題とされる⁶⁵⁶⁶。しかも、実体規定のみならず、ベルヌ条約の改正を行うためには、同盟国の全会一致によらなければならないという手続的な障害が存在する(27条3項)。ベルヌ条約の改正は困難な状況にあるために、自国の著作権法のリフォームがこのベルヌ条約の枠内での改正しかできないという状況に陥て、

5 抜本的な改革というのは容易にできるものではない⁶⁷。

⁶⁴ ベルヌ条約8条以下では、複製、上演、演奏、放送又は公の伝達、朗読、翻訳、翻案、映画化、といった行為に排他的権利を著作権者に付与しなければならないとされている一方で、9条2項はいわゆるスリー・ステップ・テストを定め、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②著作物の正当な利益を不当に害しない、③特別な場合には、著作物の複製を認める権能は同盟国の立法に留保される。

TRIPs協定13条は、加盟国は、排他的権利の制限又は例外を、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②権利者の正当な利益を不当に害しない、③特別な場合に限定すると規定している。

また、TRIPs協定違反の問題がWTOの紛争解決制度という実効的なエンフォースメント制度の中に含まれることになった結果、加盟国の立法者にとっては、自国の政策に基づいて制限規定を設けることにより条約違反の責任が問われるという可能性が現実のものとなったと指摘するものとして、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (2) — 厳格解釈から柔軟な解釈へ —」知的財産法政策学研究 27号(2010年2月)151頁参照。

⁶⁵ 山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会『知的財産権法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古稀記念』(2006年8月・発明協会)885頁、斉藤博『著作権法』(第3版・2007年4月・有斐閣)225-226頁、斉藤博＝吉田大輔『概説著作権法』(2010年4月・ミネルヴァ書房)(吉田大輔執筆)119頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)(三山峻司執筆)172頁、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む14章』(第10版・2016年12月・勁草書房)325-326、328頁は、ベルヌ条約9条2項、TRIPs協定13条において著作権の制限に関する、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②権利者の利益を不当に害しない、③特別な場合という「スリー・ステップ・テスト」法理は、新たな制限規定を設ける際には基準とされなければならない、自由利用の範囲を広げすぎた場合には、条約違反ということもありえると指摘する。

他方、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (1) — 厳格解釈から柔軟な解釈へ —」知的財産法政策学研究号(2011年10月)226-227頁、同「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (6・完) — 厳格解釈から柔軟な解釈へ —」知的財産法政策学研究 45号(2014年10月)136-141、162-172、187-202頁は、一般条項を設けることがスリー・ステップ・テストに適ったものであるか否かが問題となるとしたうえで、国際的な条約交渉の場面やWTO紛争解決手続きにおけるバイアスを含めて包括的に議論を俯瞰し、3 step testを柔軟に解釈することによって、スリー・ステップ・テストの問題点を解消すべきであると説くものである。

マックス・プランク研究所が公表した3 step testに関する「宣言」は、3 step testを文言に従って厳格に解釈するのではなく、文言の抽象性を活用して柔軟な解釈を行い、著作物へのアクセス等の公の利益を確保すべきであるとしている。

⁶⁶ 著作権の排他的権利を商業的利用に限定する提案について、Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, Iowa L. Rev. 96, no. 1 44(2010)、同(比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム(2・完)」知的財産法政策学研究 39号(2012年9月)38-39頁は、ベルヌ条約は同盟国に対し、著作権者に複製と公の使用の排他権を付与するよう義務付けているが、非商業的利用については排他権の範囲から除外する裁量を認めている、と指摘する。

⁶⁷ 中山信弘「著作権法改正の潮流」中山信弘＝韓相郁『日韓の各視点から知的財産制度を考察』(2010年12月・信山社)231頁(初出「講演録 著作権法改正の潮流」コピーライト2009年6月号)、同「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号106-107頁、同「著作権制度の俯瞰と課題」ジュリスト1461号(2013年12月)84頁、野口祐子『デジタル時代の著作権』(2010年

第二に、ベルヌ条約、TRIPs 協定の存在により著作権法のリフォームが難しいが、長期的な視点で著作権制度の将来像を考えるのであれば、こうした国際条約を含めて、更新登録制度の導入、著作権者と競合し得る商業的利用に限って規制するという方向への著作権制度の抜本的な改革というものこそを、検討の俎上から外す理由はない。しかし、そもそも著作権法の条文と著作権に対する一般の理解に埋め難いギャップがあるのは、声の小さく、意見が通らないユーザーの利益は反映されてこなかった、という著作権法の政策形成過程におけるバイアスに起因するもの⁶⁸である。そのため、こうした政策形成過程の構造的なバイアスが存在している限りは、上に掲げた抜本的な改革を妨げていることは明らかになっている。

政策形成過程に存する構造的なバイアスについて、議論の概要を記しておく、まず、民主的な決定には、公共選択論の集合行為の問題が関わっている。Buchanan と Tullock の公共選択論⁶⁹に従い、政治家は利己心が彼らの行動の強力な動機となりうるので、集団からの見返りの利益を最大化するように行動をする者として措定するのであれば、決定の帰結は、影響力の大きい集団に有利な方向に進んでしまったものとなることが予想される⁷⁰。もし

10月・筑摩書房) 89-90 頁、「座談会 著作権法は何をめざすのか—中山信弘先生を囲んで—」L & T 51 号 (2011 年 4 月) 22 頁 (横山久芳発言)、田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号 (2016 年 5 月) 48 頁 (更新登録制度が導入される可能性について)。

⁶⁸ 田村善之「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 12 月) 35 頁、同「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 3 月) 111 頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム 107 号 (2016 年 11 月) 13 頁。

⁶⁹ ジェームズ M. ブキャナン = G. タロック (宇田川璋仁監訳)『公共選択の理論—合意の経済論理』(1979 年 12 月・東洋経済新報社)。Antonina Bakardjieva ENGELBREKT (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック (2・完)」知的財産法政策学研究 23 号 (2009 年 6 月) 32 頁、京俊介「著作権法改正の政治学的分析」新世代法政策学研究 7 号 (2010 年 7 月) 423 頁、Dennis C. Mueller (口旭ほか訳)『公共□□理□ (第 3 版) (PUBLIC CHOICE III)』(2010 年 8 月・中国社会科学出版社) 366-392、512-541 頁も参照。

⁷⁰ 仮に政治家は社会全体の幸福を追求し、善良に行動することが仮定されており、この利己心が彼らの行動の強力な動機となりうるという理論を受け入れなかったとしても、情報に基づいて形作られている政策形成過程において、情報収集コストを規範決定の主体が負担するという点から、ロビイング活動には、情報提供という側面があるので、利益集団によるロビイング活動を受けることで、政治家は正しい情報が吸い上げられることもあれば、同時に誤った圧力が加わり情報がゆがむおそれもある (島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号 (2008 年 12 月) 96 頁参照)。そして、情報を操作することが可能となるのはまさにロビー活動のできる特定の利益集団となるため、決定プロセスの帰結について心配しなければならないことには変わりはない (Antonina Bakardjieva (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック (2・完)」知的財産法政策学研究 23 号 (2009 年 6 月) 32 頁参照)。

て、Olson の「集合行為論」⁷¹や Komesar の「制度選択論」⁷²は薄く広く拡散している利益に関する集合行為への参加にアクターが関心を持たない理由を提示したうえで、政策形成過程には、少数の者に集中した利益のほうが多数の者に拡散した利益よりも反映されやすいことを教える。利益が広く拡散されているということは他者のロビイング等の政策形成過程に影響を与えうる活動にフリー・ライドしたほうが得となるただ乗り問題が発生し、さらに一人当たりの平均的な利益が小さい場合には、そもそも組織化するためのコストを払って、ロビイング活動に値するほどの便益がないので、人は経済合理的に行動する限り、政策形成過程に影響を与えうる活動をするのではない、という「合理的無知」な状態に陥っていることを招来するからである⁷³。その結果、立法を中心とする政策形成過程には、強い利害関係性を有しており、少数の者に集中した組織化されやすい利益のほうが、薄い利害関係しか有しておらず、広く拡散した組織化されにくい利益よりも、ロビイングなどの結果として反映されやすい政策形成過程には、少数の者に集中した利益のほうが多数の者に拡散した利益よりも反映されやすいのである。Komesar は、この状況を「少数派バイアス」ケースと名付けた⁷⁴。

⁷¹ マンサー・オルソン（依田博＝森脇俊雅訳）『集合行為論—公共財と集団理論』（新装版・1996年7月・ミネルヴァ書房）10-11、41-42、157-159、181-182、202-203 頁参照。

⁷² NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 53-97 (University of Chicago Press 1994). Antonina Bakardjieva ENGELBREKT（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（1）」知的財産法政策学研究 22 号（2009 年 3 月）36-37、44-46 頁、同（2・完）知的財産法政策学研究 23 号（2009 年 6 月）32-33 頁も参照。

⁷³ ほかに、政策形成過程の特徴であるプリンシパル＝エージェント問題に起因するものでもある。政策に利害関係を持つ利益集団が強い関心を持って政策形成過程に働きかけを行うものであることは前提としつつ、利益集団の政策形成過程への関与とその結果できあがった立法の帰結だけに注目することなく、利益集団のロビイングに加えて、政治家（プリンシパル）と官僚（エージェント）も含めた政策形成過程に関与するアクターの行動様式とその相互作用の分析が必要であるということを指摘するものとして、京俊介「著作権政策形成過程の分析（一）、（二・完）—利益集団、審議会、官庁の行動による法改正メカニズムの説明」阪大法学 57 巻 2 号（2007 年 7 月）103-125 頁、3 号（2007 年 9 月）53-79 頁、同「官庁・利益集団・政権党の戦略的相互作用—著作権法全面改正の政治過程—」公共政策研究 9 号（2010 年 2 月）67-80 頁、同「著作権法改正の政治学的分析」新世代法政策学研究 7 号（2010 年 7 月）413-438 頁、同『著作権法改正の政治学—戦略的相互作用と政策帰結』（2011 年 12 月・木鐸社）、同「著作権法の立法過程分析—政治学の視点から—」著作権研究 39 号（2014 年 4 月）65-87 頁参照。

⁷⁴ NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 76 (University of Chicago Press 1994).

他方、人数が多いにもかかわらず、少数派の権利の侵害のような「多数派バイアス」もありうる。Komesar は、①一人当たりの平均的な利益が高ければ、集合行為が起こりうる可能性が高くなること、②集団内の利害関係が不均衡に分配されている状況は、大きな集団の分析を、小さな集団のそれに近接させること、③強力な比喩的表現を用いて容易にコミュニケーションをなすことができるものである場合、眠っている多数派を動員する機会が大きくなること、という公共的な行動の成功をもたらす要因を列挙する。NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 82 (University of Chicago Press 1994). Antonina Bakardjieva ENGELBREKT（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（1）」知

こうした状況下においては、田村教授の指摘するように、組織化して集中された利益を追求するロビイングが悪いということでもなく、薄く広く拡散している利益の享受者が怠慢であるということでもないが、単にそれぞれが自分の利益に適った行動をするだけである。

5 しかしながら、社会全体からみると、組織化されていない拡散した利益のほうが少数の者に集中した利益の総和よりも大きいものであるにもかかわらず、少数派の利益のほうが政策形成過程において優先されてしまって、結果的に全体が歪んでくる。だからこそ悲劇であり、少数派バイアスが働くことになるということである⁷⁵。

- 10 こうした政治経済学的手法を著作権法の場面で考えてみると、著作権法は構造的に少数派の著作権者の利益に偏った政策形成がなされやすい分野である。すなわち、著作権法は業界同士の事業上の利害調整に止まる特許法（「業者」対「業者」という構図）とは異なり、ユーザーの行為を広範に規律する法律であるという特徴を有しているところ（「著作権者」対「ユーザー」という構図）、営利的に大きな利益を上げる権利者側のみが政策形成過程に
- 15 深く関わる反面、ユーザーの利益は反映されにくい傾向にある⁷⁶。そして、Peter Drahos は、有体物の物理的な利用という概念上のブオーカル・ポイントがあるために無限定に権利が拡大することに対する歯止めが存在する所有権とは異なり、そのような概念的な歯止めがかかることがない著作権は、極めて人工的かつ自由に制度設計することができる権利であり、その分、ロビイング等のレント・シーキングによって得られる便益も大きいから、結果的に著作権は社会的にみて望ましいレベルを超えてしまったこのような構造的なバイ
- 20 アスの弊害を受けやすい体質を持っていることを理論的に解明したうえで、こうした状況下においては、政策形成過程に対する権利者側の関与により、著作権保護はユーザーの犠牲

的財産法政策学研究 22 号（2009 年 3 月）37-38 頁も参照。

⁷⁵ 田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23 号（2009 年 6 月）22 頁、同「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト 1404 号（2010 年 7 月）38-39 頁、同「知的財産法からみた民法 709 条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL 936 号（2010 年 9 月）61 頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）12-13 頁、同「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 12 月）35 頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報 63 巻 5 号（2011 年 5 月）1044 頁、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012 年 4 月 21 日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究 39 号（2014 年 4 月）136 頁、同「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 3 月）31 頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム 107 号（2016 年 11 月）12 頁。

⁷⁶ Antonina Bakardjieva（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（2・完）」知的財産法政策学研究 23 号（2009 年 6 月）31-33 頁参照。もっとも、同論文 34-38 頁は、インターネット時代においてネットワークにアクセスしうようになったユーザーが政治プロセスに影響を与えうる可能性、あるいは欧州における消費者団体の活用の可能性についてやや楽観的な見方を示す。

の下に過度に拡大され、強化されてしまう、と警鐘を鳴らしたのである⁷⁷。

5 このように不特定多数のユーザーの行為を広く浅く規制する著作権を特定少数の権利者側に集中する著作権制度にあっては、著作権の維持拡大に利益を感じる少数派の権利者側がロビイング等、政策形成過程に影響を与える活動に熱心になる反面、多数のユーザーがその種の活動に従事するほどのインセンティブを持たないために、少数派の著作権者の利益に偏った政策形成がなされやすい⁷⁸と指摘されている。米国著作権法について、Litmanは関連産業の利害関係者の妥協により改正を成立させるためには、誰にとっても改正が現状に比して一方的に不利になることがなく、なにがしか得るところがあるようにしなければならず、ゆえに著作権保護は広範に規定される反面、著作権制限規定に関しても、特定の利益集団のみを保護したものになりがちであるために、多種多様な利害を有しており適切に代表されえないユーザーの利益は、適用場面・範囲が特定されたルール型の制限規定の中に

⁷⁷ PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, 183-185, 188-189, 195-197 (2016 ANU eText) (<https://press.anu.edu.au/publications/philosophy-intellectual-property> より、2017年4月27日確認)、同(山根崇邦訳)「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究 39号(2012年9月)247-249、254、261-263頁。

この見解を与えるものとして、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20号(2008年3月)5-6頁、同「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23号(2009年6月)20頁、同「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト 1404号(2010年7月)38頁、同「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリ 1405号(2010年8月)25頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36号(2010年12月)5頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』(2012年6月・弘文堂)420-421頁(初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—(前編)(後編)」二弁フロンティア 2010年12月号・2011年1・2月号)、同「メタファの力による”muddling through”政策バイアス vs. 認知バイアス：『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告」(2013年3月)99-100頁、同「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3月)31頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム 107号(2016年11月)12頁も参照。

⁷⁸ 田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23号(2009年6月)19-20頁、同「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト 1404号(2010年7月)38頁、同「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリ 1405号(2010年8月)25-26頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36号(2010年12月)12-13頁、同「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12月)34-35頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報 63巻5号(2011年5月)1043-1046頁、同「メタファの力による”muddling through”政策バイアス vs. 認知バイアス：『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告」(2013年3月)98-100頁、同「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3月)30-33頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム 107号(2016年11月)12-13頁。

は反映されにくい、という構造的なバイアスがあることを指摘する⁷⁹。日本の著作権法について、既述したように、立法には政策形成過程のバイアスの影響がみられ、特に権利制限規定に関しては、改正が実現するのは主にロビー活動のできる特定の利益集団の集中した利益を保護する個別のルール型の制限規定に止まる反面、今まであった私的複製の制限規定の適用場面・範囲を狭めることにより権利が強化されている。このように権利者の利益と抵触するユーザーの利益を、権利制限規定の立法に十分に反映させることができないという問題が生じている。

第4項 バイアスの具体例—日本版フェア・ユース規定導入の挫折

2012年著作権法改正に至る経緯の中で、著作権を制限する一般条項としての「日本版フェア・ユース」⁸⁰の採否が議論されたが、結局、特定の利益集団のような後ろ楯がなかった権利制限の一般条項を導入しようとする試みは頓挫してしまった。その経緯について敷衍すると、2008年に知的財産戦略本部に設置された「デジタル・ネット時代における知的財産専門調査会」は、「権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利
公正な利用を包括的に許容し得る『権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）』を導入することが適当である」⁸¹とした。そして、「知的財産推進計画2009」では、「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る『権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）』の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる」⁸²

⁷⁹ JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 166-170 (2d ed, Prometheus Books, 2006).

(<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=books> より、2017年6月22日確認)。

田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年3月)25頁の注19、「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリ1405号(2010年8月)26頁の注24、同「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト1404号(2010年7月)38頁の注21、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号(2011年5月)1046頁、同「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3月)33頁も参照。

⁸⁰ 2007年9月19日の講演で、日本法に適合した著作権制限の一般条項に関する問題提起を行い、これを「日本版フェアユース」と名付けたものとして、上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト2007年12月号2頁以下参照。

⁸¹ 知的財産戦略本部 デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」(2008年11月)11頁(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf>より、2017年4月28日確認)。

⁸² 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2009」(2009年6月)3頁(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf>より、2017年4月28日確認)。

とされ、同「知的財産推進計画 2010」では、『権利制限の一般規定』について、これまでの検討結果を踏まえ、2010 年度中に法制度整備のための具体的な案をまとめ、導入のために必要な措置を早急に講ずる」⁸³とされた。それを受け、文化審議会著作権分科会による検討が開始されることになったが、その審議の途中段階で公表された「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」⁸⁴、「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」⁸⁵、そして最終的に 2011 年 1 月に公表された「文化審議会著作権分科会 報告書」⁸⁶には、「権利制限の一般規定」の対象となる行為として、A 類型の「著作物の付随的な利用」（その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの）、B 類型の「適法利用の過程における著作物の利用」（適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの）、C 類型の「著作物の表現を享受しない利用」（著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用）、という縮小された三つ類型の権利制限の「一般規定」⁸⁷が最終的に提案された。

⁸³ 知的財産戦略本部「知的財産推進計画 2010」（2010 年 4 月）22 頁（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/2010keikaku.pdf> より、2017 年 4 月 28 日確認）。

⁸⁴ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 権利制限の一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」（2010 年 1 月）（文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」付属資料）31-39 頁。

⁸⁵ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」（2010 年 4 月）17-21 頁（search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000064945 より、2017 年 6 月 10 日確認）。

⁸⁶ 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会 報告書」（2011 年 1 月）43-50 頁（http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2301_shingi_hokokusho.pdf より、2017 年 4 月 28 日確認）。

⁸⁷ 立法担当者によれば、そもそも審議会における政策形成過程では、米国型フェア・ユース規定のような抽象度の高い一般条項の導入は多数の支持を得ることができず、ヒアリング等で出された具体的な要望等を基に、三類型というある種特定された形での結論になっている。小泉直樹＝池村聡＝高杉健二「鼎談 平成 24 年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト 1449 号（2013 年 1 月）13 頁（池村聡発言）、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年 3 月・勁草書房）6-7 頁参照。

この点、ここで「一般規定」と称されるものは、適用範囲の広い個別規定とあまり変わらないものであり（茶園成樹「改正著作権法の経緯と概要」人工知能学会誌 25 巻 5 号（2010 年 9 月）659 頁の注 23）、審議会の報告書の考え方は米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を認めるのではなくて、従来の個別のルール型の制限規定に比べて、要件が緩和された「中間的、折衷的な一般条項」を導入しようというもの（「座談会 著作権法は何をめざすのか—中山信弘先生を囲んで—」L&T 51 号（2011 年 4 月）9 頁（横山久芳発言）や、それは米国型フェア・ユースのような「総合考慮型の一般規定」というよりは、「柔軟性を持った類型的な規定」となっている（村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（5）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 49 号（2017 年 5 月）83 頁）、と解されている。

ただ、かかる限定が付されたこの三類型の制限規定は適用場面・範囲が狭すぎるということで、

そして、このように審議会を通過した三類型の原案は、政府提出法案にいたるまでの法案審査過程で、罪刑法定主義の「明確性の原則」に抵触するおそれがあること⁸⁸や、立法の必

もはや米国型フェアユース規定や権利制限の一般条項とは言い難いと批判するものとして、野口祐子『デジタル時代の著作権』（2010年10月・筑摩書房）221-222頁、同梶山敬士司会「シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成」著作権研究 39号（2014年4月）157頁（野口祐子発言）、「座談会 著作権法は何をめざすのか—中山信弘先生を囲んで—」L&T 51号（2011年4月）9頁（『実を捨てて名を取った』フェアユース」であると批判する。中山信弘発言）、同中山信弘「著作権の権利制限」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）290頁、同「著作権法の憂鬱」パテント 2013号1月号112-113頁、田村善之「著作権法の政策形成と将来像」（2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究 39号（2014年4月）120頁、平澤卓人〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究 43号（2013年11月）313頁、岩倉正和「フェアユース規定導入の比較法的再検討—現状最新の世界各国法制の動向について」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6月・弘文堂）頁、島並良「著作権制限の一般規定」村林隆一先生傘寿記念知的財産権侵害訴訟の今日的課題 編集委員会編『知的財産権侵害訴訟の今日的課題—村林隆一先生傘寿記念』（2011年4月・青林書院）491頁（より直截に著作権者の経済的損害の不存在を軸とした広範な権利制限規定を置く方がいいと指摘する）も参照。

この点に関して、フェア・ユース規定のような権利制限の一般条項を導入する必要があるとされた知的財産戦略会議の立場と、文化庁での審議のプロセスには大きなずれがあったと指摘するものとして、梶山敬士司会「シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成」著作権研究 39号（2014年4月）157頁（野口祐子発言）。

⁸⁸ 権利制限規定は犯罪の成立を否定する規定であるが、支分権の内容と制限が一体となって権利の範囲を画定していると考えれば、結局のところ、権利制限規定についても一般条項を設けると罪刑法定主義やこれに基づく明確性の原則に反するのではないかという指摘について、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35号（2008年12月）104頁、小泉直樹「個別的制限規定の根拠をめぐって」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務・2016年3月）249-254頁、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 権利制限の一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」（2010年1月）（文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」付属資料）48-49、53頁、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」（2010年4月）28-29頁

（search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000064945 より、2017年6月10日確認）、

文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会 報告書」（2011年1月）59頁（http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2301_shingi_hokokusho.pdf より、2017年4月28日確認）も参照。

要性を示す具体的な「立法事実」を欠くこと⁸⁹との反対論に見舞われた結果⁹⁰、結局、三類型の一般規定の導入さえ見送られた。その代わりに、2012年6月27日法律43号として改正されたのは、A類型に関しては、新たに「録音又は録画…の方法によって著作物を創作するに当たって」「分離することが困難であるため」という要件が課される（「付随対象著作物の利用」に関する30条の2）。B類型に関しては、当初念頭に置いていた「著作権者の許

5

⁸⁹ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 権利制限の一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」（2010年1月）（文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」付属資料）52頁には「権利制限の一般規定の導入の必要性については、関係団体等へのヒアリング結果によれば、権利制限の一般規定の導入について、積極意見と消極意見に分かれており、双方の意見を踏まえると、導入の検討に当たっては、法改正を必要とする立法事実をどこに求めるかが重要だと考えられる」とされた。

⁹⁰ 立法担当者によれば、できれば審議会報告書でまとめた3類型に忠実な形で条文化をしたかったが、法案審査過程で「明確性の原則」や「立法事実」の有無との関係で適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定は問題があることに配慮した結果、最終的に、30条の2、30条の3、30条の4及び47条の9という形で特定されることとなった。小泉直樹＝池村聡＝高杉健二「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号（2013年1月）14、16頁（池村聡発言）、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013年3月・勁草書房）7-8頁。永山裕二「講演録 著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト2012年11月号5-7、9、13頁も参照。

⁹¹ 「立法事実」が存しないことに対して、特定された行為について個別の制限規定を設けるべきか否かというような立法事実があるのであれば、まさにそれに即したルール型の制限規定を設ければ足りる。このため、フェア・ユースのような権利制限の一般条項、あるいは三類型の中間的な一般条項のような、ある程度、抽象的な要件をもったことにより、相対的には適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定を立法する際に要求されるべき「立法事実」は、ルール型の制限規定の必要性に関する「立法事実」ではなく、適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定の真の意義に則した、最終的にいかなる行為を制限するのかということを判断する役割を、立法ではなく司法に委ねるという、立法と司法との役割分担に関する立法事実なのである、と批判するものとして、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3月）116頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号（2016年11月）13頁。

同旨のものとして、上野達弘「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）178-180頁。潮海久雄「大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の役割の拡大—著作権法（個別制限規定）の没落と自生的規範の勃興—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）187-188頁も参照。

また、罪刑法定主義の「明確性の原則」に抵触する懸念に対して、既に条文の文言として包括的な行為を著作権の侵害とする条文が設けられている中で、それに対して、私人の自由を確保するために、著作権制限規定を新設しようとしているのだから、違法性阻却事由を定める刑法35条が抽象的な規定で足りるとされているのと同様に、明確にされた適用場面・範囲での制限規定となることを要しない、と批判するものとして、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3月）116-117頁参照。

結論において同旨のものとして、上野達弘「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）176頁。

諾に基づく利用」と「個別権利制限規定に基づく利用」のうち後者が落とされる（「検討の過程における利用」に関する30条の3）。C類型に関しては、当初解釈の仕方次第では「著作物の経済的利用」とは評価されない利用行為について、著作権侵害を否定するものとして活用される可能性があった⁹²、相対的には射程の広いスタンダード型の制限規定の新設は、

5 結局、「技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用」に関する30条の4、「情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用」に関する47条の9、という適用場面・範囲が特定されたルール型の制限規定二つのみが部分的に残されたに止まる。

- 10 このように当初、高らかに「公正な利用を包括的に許容し得る『権利制限の一般規定』」の導入が謳われたにもかかわらず、審議会における政策形成過程で個別の三類型に縮小され、そこから法制化に至る過程で要件の明確化のみが重視され、様々な限定が加えられた結果、結局、適用場面・範囲が開放された一般条項はほど遠い、「名も実も捨てたフェアユース」⁹³と評される四つのルール型の制限規定のみ立法化されるに至って、挫折に終わった⁹⁴。

⁹² 土肥一史「平成24年改正著作権法を振り返る」文化庁月報531号（2012年12月）（http://www.bunka.go.jp/pr/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_02/special_02.htmlより、2017年4月19日確認）、清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）428-429頁、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3月）116頁、前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）95-96頁。

また、山本隆司「フェアユースはどこまで認められたか 2012年改正著作権法の内容」ビジネス法務2012年7月号74頁はC類型における著作物の鑑賞価値を使用しない利用の方法や態様に対する権利制限こそが、デジタル化・ネットワーク化に対応しうる一般条項となるはずであったが、立法されなかったとしている。同様に、末吉互「日本版フェア・ユース再論」情報管理55巻10号（2013年1月）769頁は、C類型の想定局面のうち、「技術の急速な進歩への対応やインターネット等を活用した著作物の利用」に対応した立法手当はない、と述べている。

⁹³ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号114頁、同「著作権法の課題—フェアユースを中心として—」伊藤眞ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』（2013年・商事法務）1289頁。

⁹⁴ フェア・ユースのような権利制限の一般条項というには程遠い、これまでと同様のルール型の制限規定が加わったに過ぎない、という改正に対する理解として、福井健策「保護と利用のバランスが再び焦点」ビジネスロー・ジャーナル51号（2012年4月）27頁、中山信弘＝松田政行＝岩倉正和＝横山久芳＝相澤英孝「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」L&T57号（2012年10月）2頁（岩倉正和発言）、同4頁（横山久芳発言）、同8頁（中山信弘発言）、山本隆司「フェアユースはどこまで認められたか 2012年改正著作権法の内容」ビジネス法務2012年7月号72、74頁、中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号114頁、同「著作権制度の俯瞰と課題」ジュリスト1461号（2013年12月）84頁、清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）430-431頁、山内貴博「引用」ジュリスト1449号（2013年1月号）78頁、平澤卓人「判批」美術鑑定証書・控訴審」知的財産法政策学研究43号（2013年11月）314頁、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3月）34、114-119頁、比良友佳里「デジ

政策形成過程のバイアスの矯正策として、著作権法の中に、適用場面・範囲が開放された米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を置き、その具体化をロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねる、という政策形成過程に反映されにくい利益を裁判所が汲み取る道が拓けるように抜本的な改革を試みる方策⁹⁵は抜本的な解決策ともいえるが、日本版フェア・ユース規定に向けた著作権法改正への動きは、結局、四つのルール型の制限規定として条文化されるに止まった。このような状況に至っている背景には、いくつかの要因があると考えられる。

- 10 第一に、米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を立法しようとする、著作権法の立法過程に構造的なバイアスがあるのだとしたならば、避け難い悲劇が立法にはあるこうした構造的課題を前提にした上で上に掲げた抜本的な改革はどのようにしたら実現することができることに大きな陥穽がある⁹⁶。猫の首に鈴を付けるのように、著作権法の政策形成過程の歪みが存在している限りは、そもそも特定の利益集団のロビイング活動の強い反対により、他の具体的要件による適用場面・範囲の制約すら全く受けないことになるスタンダード型の制限規定の導入が潰される可能性が高い⁹⁷。また、政治家のほかに、政策課

タル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(3)」知的財産法政策学研究 47号(2015年11月)110-111頁、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む14章』(第10版・2016年12月・勁草書房)344、346頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(5)—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 49号(2017年5月)84-85頁、岩倉正和「フェアユース規定導入の比較法的再検討—現状最新の世界各国法制の動向について」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6月・弘文堂)591-593頁参照。

ただし、改正によって設けられたこの四つの条文は、少なくとも美術の著作物の原作品を譲渡した場合に、その譲渡の申出に伴う複製等について、施行令や施行規則まで用いて極めて詳細な規定を定めている47条の2のようなルール型の制限規定と比較すると、シンプルな条文であり、とりわけ、47条の9はそれなりに柔軟性のあるゆえに、活用可能性があると思えるものとして、上野達弘「立法過程の見直しも大きな課題」ビジネスロー・ジャーナル 51号(2012年4月)31-32頁、同上野発言、相山敬士司会「シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成」著作権研究 39号(2014年4月)154-155頁、奥邨弘司「講演録 フェア・ユース再考—平成24年改正を理解するために—」コピーライト 2013年9月号頁参照。同旨と考えられるものとして、渋谷達紀『著作権法』(2013年2月・中央経済社)198頁。

⁹⁵ 前掲注O参照。

⁹⁶ 田村善之「メタファの力による”muddling through”政策バイアス vs. 認知バイアス：『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告(2013年3月)103頁、同「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3月)138-139頁。

⁹⁷ ロビー活動から得られるレントを最大にする方策として、スタンダードでなく、ルールを制定することに予めコミットすることが、立法者の利益になりうるものであると思えるものとして、ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ(和久井理子訳)「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究 15号(2012年3月)336頁。

これに対しては、Mahoney, Paul G.; Sanchirico, Chris William, 'General and Specific Legal Rules', Journal of Institutional and Theoretical Economics 161 (2005), 329 は、スタンダー

- 題の問題状況、既存の政策の実施状況、新しい政策と法案を立案する上での専門知識などについて、官僚（エージェント）は政治家（プリンシパル）よりも情報優位者であるが、京俊介「著作権法の立法過程分析—政治学の視点から—」は、著作権法は一般に有権者と政治家の関心と呼びにくい「ロー・セイリアンス（low-salience）」の政策分野であるという現状
- 5 分析を前提に、①政治家が現状の変更に対抗するだけで大きなコストはかからないため、現状の変更を止めるためのロビイングは、利益集団にとって相対的に容易であること、②著作権法の立法過程において重要な役割を担っている文化庁の官僚にとって、著作権法のリフォームのような抜本的な改革には大きなリスクが伴うにもかかわらず、それを成し遂げた際に得られる利益は大きくないのであれば、官僚が大きな変革を積極的に進めるという想定は現実的ではないことから、著作権法のリフォームの実現性に乏しい⁹⁸、と分析している。
- 10 さらに、情報の非対称性を通じて、官僚が被規制者から頻繁に情報を獲得し、政策形成過程に被規制者を参画させ、あるいは被規制者を退官後の天下り先として念頭に置いている場合には、かかる人的な交流が公共選択論でいうところのいわゆる「規制の虜」（Regulatory

ドは、立法機関がロビー活動の有効性を低めるために用いる道具たりうることを示唆した。また、フェア・ユースのような、抽象度の高い、大きな枠組みの場合、ロビイングの攻撃目標は必ずしも明確にはならないので、それによって、ロビイングをかわし、立法のところはスタンダードでなんとか大まかな合意を取り付けておくことができる、との権利制限の一般条項が立法される可能性についてやや楽観的な見方を示すものとして、田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23 号（2009 年 6 月）22-23 頁、同「著作権法へのフェア・ユース規定導入の是非を議論する際のポイント」ウェストロー・ジャパン（2009 年 8 月）

（<http://www.westlawjapan.com/column/2009/090803/>より、2017 年 5 月 11 日確認）、同（比良友佳理訳）「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1 号（2010 年 11 月）30 頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）19 頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012 年 6 月・弘文堂）424 頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア 2010 年 12 月号・2011 年 1・2 月号）、同「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 12 月）35-36 頁、同「muddling through としての法政策学—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告—」新世代法政策学研究 10 号（2011 年 2 月）293 頁、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012 年 4 月 21 日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究 39 号（2014 年 4 月）136 頁、同「メタファの力による”muddling through”政策バイアス vs. 認知バイアス：『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告」（2013 年 3 月）102 頁、同「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 3 月）111 頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム 107 号（2016 年 11 月）13 頁。村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（5）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 49 号（2017 年 5 月）90-91 頁も参照。

ただし、同「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 3 月）138 頁は、フェア・ユースの導入にすら失敗した現在、少なくとも短期的には、著作権法の条文が一般の著作権の認識からはかけ離れているという状態が解消される見込みは小さい、と指摘する。

⁹⁸ 京俊介「著作権法の立法過程分析—政治学の視点から—」著作権研究 39 号（2014 年 4 月）77-78 頁。

Capture)⁹⁹の現象を誘い、米国型フェア・ユースのようなタンダード型の制限規定の導入が潰されることに拍車をかけているかもしれない。

5 第二に、今までと同様に、適用場面・範囲が特定された個別のルール型の制限規定を立法しようとする場合、田村教授の指摘するように、立法の段階においては、権利制限の具体的な内容の検討において攻撃目標が明確化されるために、定められようとする個別的なルールに対して、権利者側に有利な方向に定めようとする圧力を誘うおそれがある。そのようなロビイングの影響を受けて権利者側に有利なバイアスがかかった結果、権利者よりのほうのユーザーにとっては高めのハードルが課されるところで立法が妥結することになったのである¹⁰⁰。

第三に、権利制限の一般条項の導入の是非をめぐって、個別具体的にいかなる利用行為に対して著作権が制限されるべきであるのかに関しては、そもそも既に審議会の報告書の説明に端的に表れている¹⁰¹。このように審議会における政策形成過程では、個別具体的にど

⁹⁹ ジョセフ・E. スティグリッツ=カール・E. ウォルシュ（藪下史郎ほか訳）『スティグリッツミクロ経済学』（第3版・2006年3月・東洋経済新報社）426頁。ジョージ・J. スティグラー（余語将尊=宇佐美泰生訳）『小さな政府の経済学 規制と競争』（1981年1月・東洋経済新報社）（「規制の経済理論」）も参照。

¹⁰⁰ 田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究23号（2009年6月）22頁、同「著作権法へのフェア・ユース規定導入の是非を議論する際のポイント」ウェストロー・ジャパン（2009年8月）

（<http://www.westlawjapan.com/column/2009/090803/>より、2017年5月11日確認）、同（比良友佳理訳）「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法2010-1号（2010年11月）30頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年12月）19頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012年6月・弘文堂）424頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア2010年12月号・2011年1・2月号）、同「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12月）35頁、同「muddling throughとしての法政策学—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告—」新世代法政策学研究10号（2011年2月）293頁、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究39号（2014年4月）136頁、同「メタファの力による”muddling through”政策バイアス vs. 認知バイアス：『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告」（2013年3月）102頁、同「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3月）111頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号（2016年11月）13頁。

¹⁰¹ 審議会の報告書のとおり、A類型の具体的な利用形態として、「写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映像を公衆送信等するといった利用」（報告書44-45頁）、B類型の具体的な利用形態として、「CDへの録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製や、漫画のキャラクターの商品化を企画するに際し、社内会議用の資料や著作権者に許諾を得るための申込みに当たって必要となる企画書、提案書等における当該漫画の複製」（著作権者の許諾に基づく利用）、「第33条第1項に基づく教科書への掲載に関し、企画会議用の資料や初稿原稿等その他教科書の企

のような行為が免責されるのかについて議論を詰めないと、権利制限の一般条項導入の是非を判断できないとする姿勢が見られた¹⁰²。確かに一般条項として、適用場面・範囲が開放されたスタンダード型の制限規定を導入するに際しては、どのようなときに著作権を制限することが望ましいのかという議論を抜きにしてこれを語ることはできない。しかしながら、適用場面・範囲が開放された一般条項の機能が、現段階では予測困難な事態に備えるところにあるのだとすれば、いま予測しうる具体的な利用形態について議論することにさしたる意味はない¹⁰³。逆にいえば、具体的な利用形態について議論をなし、その結果、当該行為について著作権を制限すべきことが明らかとなれば、あえてスタンダード型の制限規定を導入するののかということの意義を見出すことは困難となり、むしろ、わざわざスタンダード型の制限規定を導入する必要はないという誤った結論に陥りがちである¹⁰⁴。さらにいってしまえば、政策形成過程にバイアスがかかることを回避するところに、適用場面・範囲が開放された一般条項の機能があるとすれば、そもそも著作権の立法過程において具体的な利用形態について検討すること自体が、スタンダード型の制限規定にとって自殺行為となるといわざるを得ない¹⁰⁵¹⁰⁶。

画・作成過程等での複製や、第38条第1項に基づく非営利・無料の音楽演奏に際し、進行や会場設備の都合上、楽曲毎にCDを入れ換えて再生（演奏）することが困難なやむを得ない事情がある場合に、予め複数枚のCDから再生（演奏）する楽曲を演奏順に編集して一枚のCDに複製すること」（個別権利制限規定に基づく利用）（報告書46頁）、C類型の具体的な利用形態として、「映画や音楽の再生に関する技術の開発や、当該技術の検証のために必要な限度で映画や音楽の複製を行うといった場合」、「技術開発・検証の過程で当該映画等の上映等（表現の知覚）が行われる場合」（報告書49頁）をそれぞれ例示する。

¹⁰² 同様にフェア・ユースのような権利制限の一般条項を導入するためには、スタンダードの下で個別具体的にどのような行為が制限されることになるのかを見極めるべきだ、ということが語られるものとして、大淵哲也「著作権の権利制限の一般条項（いわゆる日本版フェアユース）」法学教室2009年8月号2-3頁。

¹⁰³ 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3月）106-107頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号（2016年11月）11、14頁。

¹⁰⁴ 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3月）106-107頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号（2016年11月）11、14頁。

¹⁰⁵ 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3月）106-107頁、同「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号（2016年11月）11、14頁。

¹⁰⁶ したがって、権利制限の一般条項を導入するに際しては、予め議論すべきことがあるとすれば、それは適用場面・範囲が開放されたスタンダードの下で個別具体的にどのような行為が制限されるのかということに関する判断ではなく、むしろ「市場の失敗としてのフェア・ユース（fair use as market failure）」など、いかなる場合に著作権を制限すべきなのかということに関する抽象的な方法論である。田村善之「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号（2016年11月）14頁参照。

以上のことに鑑みれば、2012年の改正で適用場面・範囲が特定された四つのルール型の制限規定として条文化されるに止まったことは、驚くに値しないだろう。なお、2012年著作権法改正の後、スタンダード型の制限規定の立法化への動きについて、知的財産戦略本部のもとに設置された「次世代知財システム検討委員会」の2016年報告書¹⁰⁷及びその後の「知的財産推進計画2016」¹⁰⁸が著作権への「柔軟性のある権利制限規定」の導入を打ち出した議論を受けて、2017年2月「文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会 新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム」の報告書¹⁰⁹、2017年4月文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」¹¹⁰は、は、「柔軟性のある権利制限規定」について、異なる明確性と柔軟性を備えた複数の権利制限規定による「多層的」な体系を構築することをもって、著作物の利用を三層に分けて、第一層は権利者の利益を通常害さないと評価できる利用（具体的な利用形態は、システムのバックエンドにおける複製、所在検索サービスや情報分析サービスのための検索・分析用データベースを作成する行為、リバース・エンジニアリング）、第二層は権利者に及び得る不利益が軽微な利用（具体的には、所在検索サービスや情報分析サービスの結果提供の際に付随して行われる著作物の表示行為）、第三層は外部性があり著作物の利用の促進が期待されるもの（具体的な利用形態は、翻訳サービス、CPS（サイバーフィジカルシステム）による情報提供サービスの中の教育支援サービスや障害者支援サービス等）は著作権侵害とすべきではない、との意見がまとまった。このようにして、2012年改正の後、ふたたび日本版フェア・ユース導入の議論が再燃し、立法化への動きが見られるが、結局のところ、前回改正と同じ轍を踏むように¹¹¹、IT情報サービス業者等のロビー活動のできる利益集団の特定の行為について免責を

¹⁰⁷ 知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会「次世代知財システム検討委員会次世代知財システム検討委員会報告書～デジタル・ネットワーク化に対応する次世代知財システム構築に向けて～」(2016年4月) 20頁

(http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2016/jisedai_tizai/hokokusho.pdfより、2017年6月15日確認)。

¹⁰⁸ 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2016」(2016年5月) 11頁

(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20160509.pdf>より、2017年6月19日確認)。

¹⁰⁹ 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会 新たな時代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム「新たな時代のニーズに的確に対応した権利制限規定の在り方等に関する報告書」(2017年2月) 26-39頁

(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h28_06/pdf/shiryo_1.pdfより、2017年8月20日確認)。

¹¹⁰ 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」(2017年4月) 38-56頁

(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdfより、2017年8月20日確認)。

¹¹¹ 権利制限の一般条項の導入の是非をめぐって、「柔軟性のある規定を導入すべきかどうか」といったことを漠然と議論することも必ずしも有益ではなく、制度設計に当たっては、「実際に関係するステークホルダーにどのような効果や影響を与えるのかなどについて分析を行うことが必要」など(文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」(2017年4月) 8頁)、

与えることを企図するものが大半を占めている一方で、適用場面・範囲が開放された米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項はいうまでもなく、ユーザーによる非商業的利用を許すための制限規定を新設しようとする動きは依然として力強さを欠いている。立法レベルで著作物の公正な利用を広く許す米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を導入しようとした抜本的な改革を達成するのは、ロビイング活動の強い反対を受けるといふ政治的な理由から、少なくとも日本では容易ではないということが明らかになった。

第5項 スタンダード型規範の司法による法形成—バイアスに対する矯正の可能性

以上をまとめると、政策形成のアリーナとして立法だけを考えると、政策形成過程におけるバイアスがかかる結果、薄く広く拡散した利益は反映されないという限界が構造的に存在する。日本の著作権法に関しても、既述したように、立法には政策形成過程のバイアスの影響がみられ、ロビイングの影響を受け少数派の集中した利益に適う形で権利強化の方向に進んでしまう、という立法過程の歪みが存在している。特に非商業的利用の問題はまさに薄く広く拡散した組織化されにくいユーザーの利益が関わっているからこそ、この問題に特定した解決を立法に期待することに構造的な限界がある。極めて長いスパンで語るのであればともかく、選挙制度、そして著作権法の領域において従来の立法過程の歪みが今後も維持されると前提とすれば、短期的には、著作権者と競合し得る商業的利用に限って規制することや登録制度の導入といった抜本的な改革の見込みは薄いといわざるを得ない¹¹²。

個別具体的にいかなる利用行為に対して著作権が制限されるべきであるのかに関しては、既に審議会の報告書の説明に端的に表れている。

¹¹² 京俊介「著作権法の立法過程分析—政治学の視点から—」著作権研究 39号（2014年4月）78-79頁は著作権法が大きくリフォームされる可能性に乏しいと指摘しながらも、抜本的な改革が進むための条件を提示している。第一に、エネルギー政策への関心度を大幅に上昇させた東日本大震災の原発事故のように、ある出来事によって、著作権法は政治家が積極的に関与しようとする政策分野に変化する。第二に、次の選挙の当落を気にせず、そして著作権法に強い関心を持ち、かつ、自分の意見について与党内でコンセンサスを得られる「変わった」議員が登場する。第三に、著作権法のリフォームのような抜本的な改革に強い関心を有する「変わった」官僚が現れ、それをサポートする体制が確保される。以上の条件が一つでも整えば、抜本的な改革は実現するかもしれないが、いずれの条件が整うのは困難であると指摘されている。

なお、1998年の台湾著作権法改正で米国著作権法におけるフェア・ユース規定のそのままの導入が実現した積極的要因について、①著作権侵害問題が発生することによって、アメリカの貿易上のスーパー301条の報復措置の脅威の下、著作権法は政治家が積極的に関与しようとする政策分野に変化すること、②選挙制度について、当時国会（立法院）の選挙制度は先住民枠と華僑枠を除いて、122議席の大選挙区制と30議席の比例代表制からなる（1995年12月に行われた選挙である）。有権者は選挙区の候補者にのみ投票（1票制）、比例代表は選挙区における各政党の得票率に応じて比例配分される。「厳正拘束名簿」を使っている比例代表制度であり、政党によって選ばれる候補は主に社会的弱者や公益団体の代表、学者などの有識者で構成されており、政党の顔としての役割を担っている。そのため、比例代表の議員は政党内部に事前に候補者のコ

そこで、こうした構造的な問題の短期的な解決を図るためには、著作権法の立法過程に生じるバイアスを矯正する方策を編み出す必要がある。この点に関して、政策形成過程に存する構造的なバイアスは著作権法固有の問題というわけではなく、少数派、あるいはたとえ多数派でもその意見を集約しにくい主体の利益が民主主義の政治プロセスにうまく反映されないという問題に関して、拡散した匿名の貧困層、あるいは匿名で孤立した同性愛者（多数派バイアス¹¹³）等のように、政策形成過程において反映されにくい層の利益についても同様の問題が指摘されており、その解決手段として、司法の違憲審査によるそれらの利益の保障が説かれているところである¹¹⁴。政策形成のアリーナが議会から裁判所へと展開した背景には、立法の場では常に無視される層の利益の保護という役割が裁判所に期待されている。なぜなら、裁判所は立法過程において反映されにくい層の利益の代表という点では、直接的なアクセスを保証し、終身制、慎重な選出プロセス、高額報酬、専門的な訓練課程等の制度的仕組みが、政治的圧力や情報の操作から隔離された組織による慎重での審理を保証するという利点があるから、ロビイング耐性が相対的に強い司法プロセスの特徴は、少数派バイアスあるいは多数派バイアスに政策形成過程が苦しんでいる場合のように、歪んだ利益の分配状態に対処することに裁判所が向いていることを示すものである¹¹⁵。

ントロールが容易であるかもしれないが、次の選挙の当落を気にしない者も多い、③1998年の台湾著作権法改正はWTOに加盟するため、TRIPs協定並みの水準を確保する修正を図ったものであるが、官僚によってこの権利拡大と引換えに、米国著作権法におけるフェア・ユース規定の移植をセットされている政府提出法案が出ていた。以上のように、同論文の指摘する後二者の条件が整えたと考えても差し支えないだろう。

¹¹³ 政策形成過程のバイアスについて、人数が多いにもかかわらず、少数派の権利の侵害のような「多数派バイアス」もありうる。Komesar は、①一人当たりの平均的な利益が高ければ、集合行為が起こりうる可能性が高くなること、②集団内の利害関係が不均衡に分配されている状況は、大きな集団の分析を、小さな集団のそれに近接させること、③強力な比喩的表現を用いて容易にコミュニケーションをなすことができるものである場合、眠っている多数派を動員する機会が大きくなること、という公共的な行動の成功をもたらす要因を列挙する。NEIL K. KOMESAR, *IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY* 82 (University of Chicago Press 1994). Antonina Bakardjieva ENGELBREKT (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック (1)」知的財産法政策学研究 22 号 (2009 年 3 月) 37-38 頁も参照。

¹¹⁴ Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 Harv. L. Rev. 742 (1985). 比良友佳里「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究 (5)」知的財産法政策学研究 49 号 (2017 年 5 月) 59-60 頁も参照。

また、ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ (和久井理子訳)「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究 15 号 (2012 年 3 月) 336 頁は、特定の利益を擁護するロビー活動のリスクを減じる制約を長期的かつ効果的に設けることができるのは、憲法の制度的制約のような、より上位に位置する法規範のみだと指摘する。

¹¹⁵ Antonina Bakardjieva ENGELBREKT (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック (1)」知的財産法政策学研究 22 号 (2009 年 3 月) 38 頁。島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35 号 (2008 年 12 月) 95-96、100 頁、同「著作権制限の一般規定」村林隆一先生傘寿記念知的財産権侵害訴訟の今日的課題 編集委員会編『知的財産権侵害訴訟の今日的課題—村林隆一先生傘寿記念』(2011 年 4 月・青林書院) 488 頁も参

このように、立法の場においてうまく汲み取れない利益の保障を、最後の砦としての裁判所が担うことに意義がある。ただし、違憲審査¹¹⁶にまで持ち込まずとも、同様の立法と司法の役割分担に着目する議論として、次のように、既存の抽象的な概念をもったスタンダード型規範の司法による法形成を通じて、裁判所の判断で政策形成過程におけるバイアスの問題を回避できる可能性があることを指摘できる¹¹⁷。

- 5 著作権法の場合で考えてみると、非商業的利用を伴うユーザーの日常行動の自由が許諾なしで他人の著作物を利用しようとするユーザー側の利益として主張された場合、それは
- 10 著作権に対する制約にほかならない。著作権侵害を否定するための制約メニュー（選択肢）としては、米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項があれば、当然、司法に大き

照。

また、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号（2008 年 3 月）8、13-14 頁、同「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255 号（2003 年 10 月）129 頁は、技術的な環境が変化するにつれて、著作権法が認めていた著作権による著作物のユーザーの自由の制約の意味あいに変質した場合、政策形成過程にバイアスの問題があることを踏まえて、構造的に立法に反映されにくいユーザーの利益を擁護するのに最も適した機関として司法の積極的な介入が要請されると指摘する。

¹¹⁶ 米国において著作権法を取り巻くユーザーの表現の自由の保障に関して、議会の立法権限の行使に積極的に制限を加えるべきであり、厳格な違憲審査を行うべきとする代表的な見解を紹介するものとして、比良友佳里「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（5）」知的財産法政策学研究 49 号（2017 年 5 月）64-68 頁参照。

¹¹⁷ 政策形成過程に利益集団が関わることにより政策に歪みが生じることを回避するために、相対的にロビイング耐性があり、バイアスがかかりにくい裁判所に政策形成のアリーナを移行させる試みとして、Dan L. BURK and Mark A. LEMLEY（山崎昇訳）「特許法における政策レバー（2・完）知的財産法政策学研究 15 号（2007 年 6 月）65-110 頁は、特許法における非自明性、有用性、明細書の開示要件、クレーム解釈や均等論など、既存の抽象的な概念に着目し、これを特許法の政策レバー（Policy Levers）と称し、ロビイング耐性の強い司法によるイノベーション構造に則した事後的な法形成を提唱した。

著作権法のように政策形成過程に顕著にバイアスがかかっていることが明らかな分野においては、著作権者の経済的機会を失わせるような大規模な商業的利用のみを侵害とすべきであり、その実現は、立法過程において反映されにくい層の利益の代表という点で、司法に委ねるべきことを提唱するものとして、JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 181 (2d ed, Prometheus Books, 2006).

（<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=books> より、2017 年 6 月 22 日確認）。

また、ロビイングと無関係に行動することが多く、バイアスがかかりにくい司法を活用するために、司法における法形成を可能とするよう、スタンダードを用いるという法策があると指摘するものとして、田村善之「muddling through としての法政策学—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告—」新世代法政策学研究 10 号（2011 年 2 月）292-293 頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012 年 6 月・弘文堂）407 頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア 2010 年 12 月号・2011 年 1・2 月号）、同「メタファの力による”muddling through” 政策バイアス vs. 認知バイアス：『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告」（2013 年 3 月）102 頁。

な期待が寄せられるが、フェア・ユースがない状況でも、既に存在する法規範に目を向ければ、権利制限の細かなルールを予め設定することによって限られた目的・場面にのみ著作物の利用を許す多くの個別のルール型の制限規定とは異なり¹¹⁸、多少なりとも相対的には適用場面・範囲が開放された著作権制限規定としては、私的複製（30条1項）と引用（32条1項）がある¹¹⁹。また、狭い意味で著作権を制限する規定のほか以外にも、著作権侵害を否定するためには多様な著作権の広い意味での制約メニューがすでに存在している¹²⁰。著作権法は、著作権侵害の要件についての基本的なパラメーターを定めているが、こうしたスタンダードを如何に適用するかについて詳細に定めているものではない。まず、創作性及びアイデアと表現の区別、美術ないし文化の範囲という抽象的・規範的要件によって構成されている著作物の定義規定（2条1項1号）により、特定の創作物について完全に著作権の保護を与えないとする際は、そもそも著作物性を否定するという手法が選ばれる。そして、著作物性が肯定されたとしても、著作物の保護範囲を画する要件としての類似性に関しては、著

¹¹⁸ 例えば、31条の図書館における複製、33条の教科書への掲載、35条の教育機関における複製、36条の試験問題としての複製、37条の視覚障害者のための複製、42条の裁判手続等における複製、46条の公開の美術の著作物等の利用など、行為の対象あるいは行為の主体、場所などで適用の場面・範囲が特定されている。これに対して、30条1項の私的複製と32条1項の引用規定には、そのような特定性がない。

¹¹⁹ 米国型フェア・ユースのような権利制限の一般条項を欠くことによる問題については、著作権法において相対的には射程の広い開放的規定であり、柔軟な解釈が可能な著作権の制限規定である「私的複製」と「引用」を活用する方策が説かれているものとして、田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255号（2003年10月）128頁、同「講演録 著作権法 32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト 2007年6月号6頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（1）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究 16号（2007年8月）119頁。

また、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35号（2008年12月）100、106-108頁、同「著作権制限の一般規定」村林隆一先生傘寿記念知的財産権侵害訴訟の今日的課題」編集委員会編『知的財産権侵害訴訟の今日的課題—村林隆一先生傘寿記念』（2011年4月・青林書院）489頁は、私的複製（30条1項）、引用（32条1項）、営利を目的としない公の使用行為（38条）、公開の美術の著作物等の利用（46条）といった制限規定については、個々人の意見を国会で集約することは困難であり、また私的活動の内容は定型性が低く、おのおのが強い個性を持っていると考えられるので、スタンダードで裁判官の裁量的な規範形成にゆだねるほうが望ましいことを示唆する。もっとも、同「権利制限の立法形式」101頁では、引用は、規範適用による訴訟紛争解決の頻度が高いことからすれば、ルール型の制限規定の方が望ましいとされている。前後の見解が矛盾しているように見受けられる。

¹²⁰ 民法の権利濫用や信義則のように、アイデアと表現の区別、創作性、類似性（本質的特徴の直接感得性）といったさまざまなスタンダード型の既存規範が著作権法においては多用される傾向にあると指摘するものとして、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究 35号（2008年12月）92頁、同「著作権法におけるルールとスタンダード・再論—フェアユース規定の導入に向けて—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）714-715頁、上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト 2007年12月号頁、同「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（2010年3月・第一法規）46-50頁、同「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）170頁。

著作権法の条文上、複製権・翻案権侵害を決する基準を直接定めたものさえ存在しないため、著作権侵害訴訟において創作的表現が再生しないか、本質的特徴が直接感得できないなど、最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分・上告審〕によって作り出された「創作的表現の共通性」と「本質的な特徴の直接感得性」というスタンダードな基準の適用

5 のような多くの場合においては、著作物の保護範囲の外での利用は著作権侵害とはならないという形で柔軟な処理が図られている。さらに、著作権侵害が肯定される場合でも、著作権者の権利行使が信義誠実の原則に反していたり、権利の濫用に該当したりする場合には、一般条項として民法1条2項、3項により差止めや損害賠償請求が棄却されることもありうる。著作権法のように政策形成過程に顕著にバイアスがかかっていることが明らかな分野

10 においては、非商業的利用の場面でユーザーの日常行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐ手立てとして、著作物性の否定、あるいは類似性が認められる範囲を限定的に解釈したり、私的複製や引用の制限規定を柔軟的に解釈したりすることによって、裁判所がこうした既存のスタンダード型規範の解釈を駆使して、非商業的利用行為を非侵害とする妥当な結論を導くという司法の力で、相当程度、ユーザーの日常行動の自由を確保している可能性が

15 あるのである¹²¹⁾。

¹²¹⁾ 従来の裁判例において、著作物性の否定（文化の範囲に属さないとして、東京地判平成9年12月22日判時1637号66頁〔PC-VAN（オンライン会話サービス）〕、複製の規範的解釈（東京地判平成12年5月16日判タ1057号221頁〔スターデジオリ〕）あるいは本質的特徴の直接感得性（東京地判平成11年10月27日判タ1018号254頁〔雪月花・一審〕、東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔同控訴審〕）、引用や公開の美術の著作物の利用など、既存の権利制限規定の柔軟解釈（東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁〔血液型と性格〕、東京地判平成13年7月25日判タ1067号297頁〔はたらくじどうしゃ〕、知財高判平成22年10月13日判時2092号136頁〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判平成26年5月30日裁判所HP〔美術鑑定証書Ⅱ〕）、権利濫用（著作者人格権侵害行為に関して東京地判平成8年2月23日知裁集28巻1号54頁〔やっぱりブスが好き〕）など、既存規範のさまざまな解釈論を駆使して、著作権侵害を否定するものがある。田村善之「講演録 著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト2007年6月号6-11頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年3月）14頁、同31頁の注59、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号（2011年5月）1037-1038頁、同「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3月）49-52頁、上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト2007年12月号12-15、19-21、24-25頁、同「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（2010年3月・第一法規）46-50頁、同「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）169-171、173頁。中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）311頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、同「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号112頁、横山久芳「フェアユース」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—』（2008年3月）（<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017年5月7日確認）41頁、同「著作権の制限（1）」法学教室341号（2009年2月号）138頁の注10、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント2009年5月号50頁、三村量一「著作権侵害訴訟の実務上の問題点」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』

第2節 本稿の目的と構成

5 以上をまとめると、著作権法を取り巻く技術的・社会的環境の変化により、表現手段の大衆化、そして伝達手段の大衆化の結果、著作権制度はユーザーが簡単に自由に行動しうる領域に介入しうる法制度に変容してきたが、複製と公の使用のところで対価を徴収する著作権制度の枠組みは現実にはうまく対応できなくなった。こうしてユーザー日常行動の自由の確保及び著作権の実効性の問題を顕在化し、過去にもないような緊張関係を著作権者とユーザーにもたらしめていることになる。そこで著作権制度のように構造的に少数派バイアスに晒されやすい分野では、ロビイング耐性が相対的に強い司法の場に法形成のプロセスを移行するために、フェア・ユースのような権利制限の一般条項の導入が望まれるところであるが、結局は挫折するに至った。現状では、司法の場における解釈論としても、既存のスタンダード型規範を通じて、非商業的利用の場面でユーザーの日常行動の自由を確保するための風穴を空け、著作権法の条文と一般の著作権に対する理解とのギャップを埋める手段としての意味を既存のスタンダード型規範に認めるべきであろう¹²²。

では、短期的にはデジタル・ネットワーク時代に相応しい著作権制度の抜本的な改革に立法が期待されない状況において、いきおい裁判所に期待が寄せられるところであるが、裁判所は現行の著作権法における法解釈論の枠内で、侵害訴訟における判断構造に即して著作権侵害を否定するための権利制約メニューの中、著作権侵害の要件、私的複製や引用の制限規定、民法の権利濫用、といったスタンダード型規範の間にはどのような相違点が存するものと考えればよいのか、各スタンダード型規範をどのように、また、どの程度に権利者とユーザー側のバランスを図ることができるか、司法によるバイアスの矯正が機能しているのだろうか。

25 より具体的には、まず、著作権侵害を否定するための権利制約メニューのなか、司法による解決は不可避免的に、訴訟当事者以外の利害関係者の利益に将来にわたって大きな影響を与えることになるため、マクロ的に波及効果が大きい著作物性ないし類似性の著作権侵害

(2011年3月・成文堂) 30頁も参照。

¹²² 中山信弘「著作権法改正の潮流」中山信弘＝韓相郁『日韓の各視点から知的財産制度を考察』（2010年12月・信山社）248頁（初出「講演録 著作権法改正の潮流」コピーライト2009年6月号）、同「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号112頁は現実には、多くの裁判例はフェアの観念に基づいて既存の概念を柔軟に解釈する方法で具体的な妥当性を図っていることには、著作権法と社会の実態の乖離を埋める役割が果たしうるものであると指摘する。田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号（2016年5月）39頁も、裁判所の判断でユーザーの行動の自由を確保するための風穴を空け、著作権法の条文と一般の著作権に対する理解とのギャップを埋めることを可能とするというメリットがあることを重視する必要があると強調する。

の要件の判断に比して、権利濫用あるいは私的複製や引用の制限規定を柔軟に解釈することによってミクロ的に侵害を否定する手法を活用するという選択肢の方が、著作権の保護とユーザーの日常行動の自由のバランスを図るという観点から優れている。そのうち、権利濫用の法理は、いかなる場合に侵害が否定されるのかという要件の具体化の作業のほぼ全
5 てが裁判所に委ねられているところに特徴があり、特に著作権を制限する一般条項を欠く日本法の下では、技術的・社会的環境の変化に法制度が追いつかず、旧態依然とした著作権の権利範囲によりユーザーが技術の恩恵を享受することに失敗することのないよう、最終的には、権利濫用の法理を活用して、著作権法の究極の目的である文化の発展に資する解決策を導くべきである¹²³と指摘される。この見解に与したいが、実際のところ、権利濫用の
10 法理に基づき、著作権請求が棄却されることは滅多にない¹²⁴。その原因については、異な

¹²³ 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255 号（2003 年 10 月）頁。

¹²⁴ 権利の濫用を簡単に否定した裁判例として、東京地判昭和 54 年 6 月 20 日無体集 11 巻 1 号 322 頁〔小林ビル設計図〕（秋吉稔弘裁判長）、東京地判昭和 55 年 9 月 17 日無体集 12 巻 2 号 456 頁〔旧制静岡高校戦没者遺稿集「地のさざめごと」〕判タ 423 号 51 頁（秋吉稔弘裁判長）、東京地判昭和 52 年 3 月 30 日無体集 9 巻 1 号 360 頁〔竜溪書舎・一審〕（佐藤栄一裁判長）、東京高判昭和 57 年 4 月 22 日無体集 14 巻 1 号 193 頁〔同控訴審〕（荒木秀一裁判長）、東京地判昭和 59 年 8 月 31 日無体集 16 巻 2 号 547 頁〔藤田嗣治・一審〕（牧野利秋裁判長）、東京高判昭和 60 年 10 月 17 日無体集 17 巻 3 号 462 頁〔同控訴審〕（蕪山巖裁判長）、東京地判平成元年 10 月 6 日無体集 21 巻 3 号 747 頁（清永利亮裁判長）〔藤田画伯展覧会カタログ〕、東京地判平成 2 年 2 月 19 日無体集 22 巻 1 号 34 頁〔ポパイ漫画・一審〕（清永利亮裁判長）、東京高判平成 12 年 5 月 23 日判タ 1063 号 262 頁〔三島由紀夫手紙・控訴審〕（山下和明裁判長）、東京地判平成 13 年 12 月 25 日判例工業所有権法〔国語科検定教科書準拠書籍〕（森義之裁判長）、東京高判平成 13 年 9 月 18 日裁判所 HP〔建築エスキース・控訴審〕（山下和明裁判長）、東京地判平成 14 年 4 月 15 日判タ 1098 号 213 頁〔ホテル・ジャンキーズ・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京高判平成 14 年 10 月 29 日裁判所 HP〔同控訴審〕（山下和明裁判長）、東京地判平成 14 年 8 月 28 日判タ 1129 号 258 頁〔「はだしのゲン」講談上演差止請求〕（飯村敏明裁判長）、知財高判平成 19 年 5 月 31 日判時 1977 号 144 頁〔東京アウトサイダーズ写真・控訴審〕、福岡高判平成 14 年 12 月 26 日裁判所 HP〔日本舞踊・控訴審〕（宮良允通裁判長）、東京地判平成 15 年 2 月 26 日判タ 1140 号 259 頁〔創価学会写真ビラ・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京地判平成 16 年 5 月 28 日判タ 1195 号 225 頁〔国語教科書ドリル〕（高部眞規子裁判長）、東京高判平成 16 年 11 月 29 日裁判所 HP〔創価学会写真ビラ・控訴審〕（篠原勝美裁判長）、東京地判平成 20 年 3 月 13 日判タ 1283 号 262 頁〔八坂神社祇園祭写真〕（設楽隆一裁判長）、東京地判平成 22 年 5 月 19 日裁判所 HP（清水節裁判長）、知財高判平成 22 年 10 月 13 日判タ 1340 号 257 頁〔同控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）、東京地判平成 24 年 9 月 28 日判タ 1407 号 368 頁〔霊言 DVD〕（大須賀滋裁判長）東京地判平成 25 年 6 月 28 日裁判所 HP〔かなめ行政書士事務所（ブログ記事）〕（大須賀滋裁判長）、東京地判平成 26 年 5 月 30 日裁判所 HP〔美術鑑定証書Ⅱ〕（東海林保裁判長）など参照。

他方、権利濫用の法理に基づき、請求が棄却される事例に関しては、東京地判平成 11 年 11 月 17 日判タ 1019 号 255 頁〔キューピーⅠ（キューピー株式会社）・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京地判平成 11 年 11 月 17 日判タ 1019 号 255 頁〔キューピーⅡ（日本興業銀行）・一審〕（飯村敏明裁判長）は、原告キューピー人形と被告人形、イラストは類似していないとして、著作権侵害を否定したが、権利濫用の点についても、傍論として著作権を侵害することになる行為を多年にわたって継続し多額の利益を得ていた原告が、その後、米国の著作権者から権利を譲り受けたと主張して差止等を請求することは権利の濫用に該当すると付言した。なお、東京高判平成 13 年 5 月 30 日判タ 1106 号 210 頁〔キューピーⅠ・控訴審〕（篠原勝美裁判長）、東京高判平成 13

る利害を調整することに焦点を当てて著作権を制限する手法とは違って、権利濫用は、権利者による権利行使の態様や権利者の主観的意図など権利者側の事情に焦点を当てて権利行使を否定する法律構成である¹²⁵と解されるならば、著作権の保護とユーザーの行動の自由のバランスを調整するには不向きになるといわざるを得ないのではなかろうか¹²⁶。また、

年5月30日判タ1106号210頁〔キューピーⅡ・控訴審〕（篠原勝美裁判長）は、被告が本件人形の複製又は翻案をしたものとは認められないから、権利濫用の成否については判断しないとした。

同じ傍論として、東京地判平成17年9月9日裁判所HP〔キューピー著作権・一審〕（高部眞規子裁判長）、知財高判平成18年1月31日裁判所HP〔キューピー著作権〕（佐藤久夫裁判長）は、原告が主張する被告の侵害行為は、原告が著作権の譲渡を受けたと主張する時点よりも前の行為であって、仮にそれより以前に被告の侵害行為があったとしても、原告の著作権を侵害するものと認めることはできないから、原告の請求は理由がないとした上で、「念のため」、権利濫用について、①原告がキューピーについての著作権の侵害行為を行って利益を得ていたと指摘する判決があったこと、②原告は上記著作権の日本における保護期間が満了するまで残り2か月にも満たない時点で、上記著作権を譲り受ける旨の契約を締結したものであるがその譲渡代金の支払は、譲渡対象の権利が日本の判決により認められることを前提とするなど、不自然な契約内容であること、③原告は上記譲り受けからわずか1か月後に本件訴えを提起していること、④原告が著作物を利用した事実を認めるに足りないこと等の事情に照らして、原告による上記著作権の取得は、被告が著作権の侵害行為を行って利益を得ていたと指摘する判決に目を付けて、その利益を損害賠償金として取得しようとして、これに関する著作権を取得しようとの意図に基づくものと推認することができ、このような原告の請求が司法機関を利用しつつ不当な利益を追求するものであって、文化的所産の公正な利用を目的とする著作権法の趣旨に反するものであるから、原告の主張に係る著作権に基づく請求は、権利濫用として許されないと判示した。

また、旧版写真集に掲載された写真の再掲載の事案であり、写真集の改訂版の最終頁に掲載された、40mm×50mmの1枚写真のみが著作権を侵害していたという事件で、那覇地判平成20年9月24日判時2042号95頁〔写真で見る首里城〕（田邊実裁判官）は、掲載された本件写真は、掲載した写真の点数延べ177点であるB5版95頁の写真集の全体に比して、極小さい割合を占めているにすぎないものであり、損害が軽微である反面、既に多額の資本を投下して発行済みの写真集を販売等することができなくなるという重大な不利益が生じる等の諸事情を考慮した上で、損害賠償請求計15万円を認容する一方で、権利濫用を理由として差止請求を棄却した。

ほかに、著作権ではなく著作者人格権侵害行為に関して、権利濫用の法理により著作者からの請求を棄却した判決として、東京地判平成8年2月23日知財集28巻1号54頁〔やっぱりブスが好き〕（西田美昭裁判長）がある。具体的には、連載漫画の著作者が、事前の約束に反して、皇族を連想させる表記や似顔絵を用いた原画を締切を大幅に徒過して引き渡し、しかも、印刷の単位を考えると、当該作品のみを抜き取ることはできず、代替掲載用のストックもなかったという事情の下で、著作者が長時間の電話による説得にもかかわらず、依然として、表記や似顔絵の変更に応じなかったという事案で、編集長がなした似顔やセリフの修正に対して、著作者が同一性保持権を行使することは、権利の濫用であると判断した裁判例である

¹²⁵ 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書（2009年3月・三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社）13頁（上野達弘執筆）、横山久芳「フェアユース」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーメーションコンテンツの創造・保護・活用 of 好循環の実現に向けて一』（2008年3月）（<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017年5月7日確認）43頁。

¹²⁶ 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書（2009年3月・三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社）13頁（上野達弘執筆）は、権利者側が単純に「しかるべき許諾料を支払ってくれ」という意図だけで訴えているのであれば、害意は認められないから、権利濫用の主張は難しいと指摘する。

そもそも著作権侵害を否定するための権利制約メニューのなか、著作権に関して適用がありうるということが意識されにくい民法の権利濫用ではなく、著作権が制限されることがありうるのだという明瞭なメッセージを公衆に伝達する制限規定のほうが、司法によるバイアスの矯正として優れている¹²⁷といえる。

5

そして、著作権の制限規定のなか、30条1項の私的複製と32条1項の引用規定は他のルール型の制限規定に比べると、要件の抽象度が高く、解釈の余地が大きいので、その適用場面・範囲が比較的に開放されている。しかし、ユーザーによる非商業的利用に対して、前述どおりほとんどの著作権者が権利行使をしないため、私的複製の制限規定に関連する裁判例は極めて数が少ない¹²⁸。結局のところ、私的複製はその制限規定の柔軟な解釈により、今後の積み重ねによって、司法によるバイアスの矯正が行われることが期待されにくい。それに対して、引用規定に関連する裁判例が多数出されている。ただし、著作権法の制限規定に関して政策形成過程においてバイアスがかかっているので、司法プロセスはこのバイアスの産物そのものである各個別ルール型の制限規定に関する条文構造の歪みをそのまま反映し、引用規定は厳格かつ限定的に解釈されることになってしまえば、結局のところ、政策形成過程のバイアスに対する矯正策として、ユーザーの日常行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐためにはあまり有望な手立てとは言えないのではないか。

こうなってくると、著作物性、類似性を否定する判決も多くあり、こうしたバイアスがかかっていない既存のスタンダード型規範に頼らなければならないということになるだろう。しかし、類似性の判断に立ち入る前、著作物性を否定するという解釈論は、著作権法の保護の入り口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられないということになるので、帰結としてオール・オア・ナッシングになりがちな側面がある。それとは対照的に、著作物の保護範囲を画する類似性の要件において、創作的表現が再生しているか否かを判断するに当たって、アイデアと表現の区別は相対的なものであ

¹²⁷ 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号（2016年5月）39頁。

¹²⁸ 私的複製に関しては、前掲東京地判〔カラオケ動画投稿〕のほかに、舞台装置の製作を請け負った会社は、競業会社が作成した設計図を入札のための社内用資料として複製したという行為について、企業において内部的に業務上利用するために著作物を複製する行為は、その目的が個人的な使用にあるとはいえないので、私的複製の要件を満たさないと判断されている、東京地判昭和52年7月22日無体集9巻2号534頁〔舞台装置設計図〕（秋吉稔弘裁判長）がある。また、書籍をスキャンし電子ファイル化する作業を代行した業者が複製行為の主体に当たるとしたうえ、私的複製の適用を否定した知財高判平成26年10月22日判時2246号92頁〔自炊代行・控訴審〕（富田善範裁判長）は、一般論としていわゆる「手足論」を認めてはいるものの、独立した複製代行業者が書籍の電子ファイル化という複製をすることは、私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、私的複製の量を抑制するとの30条1項の趣旨が損なわれるおそれがあるから、「その使用する者が複製する」との要件を充足しないと判示した。

以上の裁判例は、後二者を特殊な事例として位置付けることができるかもしれないが、いずれも私的複製の制限規定を限定的に解釈する傾向が強まっているように見える。

るから、こうしたメタファーを通じて、著作物の保護範囲を調整する解釈方法によって、ユーザーの行動の自由領域を適切に確保するという考えがないわけではない。しかし、ユーザーによる非商業的利用は元の著作物のそのままの利用の場合が多いため、いくら保護範囲を狭くする解釈方法によっても、他人の表現のそのままの利用を控える萎縮効果を解消させることにならない。そのため、裁判所は妥当な結論を得るために、著作物性又は類似性の判断において、かなり無理な法解釈を駆使して、著作権侵害を否定するということ¹²⁹も指摘された。

そこで、本稿では、以上に述べた著作権制度の危機と司法による矯正の可能性という問題意識に基づいて、著作権侵害を否定するための権利制約メニューとして、各スタンダード型規範の司法による法形成のメリット・デメリットを探る視点で、関連の裁判例が積み重ねられてきた引用規定、著作物性、類似性に焦点を当てて、それらの裁判例を考察するとともに、ユーザーの日常行動の自由を確保し、著作権保護とのバランスを図るためには、どのような解釈論的手法が望ましいかを検討したい。

本稿の構成は、以下のようになっている。まず第2章において、引用規定に関する裁判例を整理しつつ、立法バイアスの産物そのものである各個別のルール型の制限規定に関する条文構造の歪みを司法プロセスにそのまま反映した結果、引用規定を厳格かつ限定的に解釈する裁判例が主流を占めていることを明らかにする。そして、第3章では、ルールとスタンダードの区別という視点から、著作権法2条1項1号の著作物の定義規定に焦点を当てて、関連する議論や裁判例を概観し、著作物の成立要件として実際に機能させるものは、2条1項1号前段要件の「創作性」と後段要件の「美術の範囲」という二つの要件のみになることを明らかにしたうえで、美術の範囲の該当性（第4章）及び著作物としての創作性（第5章）、保護範囲を画する要件としての類似性（第6章）を順に検討する。特に鋭い対立がみられる論点として、保護の入り口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられない美術の範囲に属さないもの及び創作性を欠くもの、また、類

¹²⁹ 著作権侵害の要件の無理な解釈によって妥当な結論が図られてきた手法としては、文化の範囲につき、東京地判平成9年12月22日判時1637号66頁〔PC-VAN（オンライン会話サービス）〕、写り込みによる複製（本質的特徴の直接感得性）につき、東京地判平成11年10月27日判タ1018号254頁〔雪月花・一審〕、東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔同控訴審〕。田村善之「講演録 著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト2007年6月号8頁（〔PC-VAN（オンライン会話サービス）〕について）、上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト2007年12月号12-15、19-21、24-25頁、同「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』（2010年3月・第一法規）48-49、52頁、同「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）165-166頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）311頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、同「著作権法の憂鬱」パテント2013号1月号112頁参照。

似性を判断するにあたって、「創作的表現の共通性」と「本質的な特徴の直接感得性」の取扱いに関わる裁判例を考察したい。最後に、議論を総括し、本稿が明らかにしたことをまとめたうえ、各スタンダード型規範の司法による法形成のメリット・デメリットを評価するとともに、ユーザーの日常行動の自由を確保し、著作権保護とのバランスを図るためには、どのような解釈論的手法が望ましいことの検討に加えて、残された課題を提示する。

本稿で取り上げる引用規定、著作物性、類似性そのものについてはそれらを個別に論ずる多数の論稿がすでに存在するが、本稿の特徴は、技術的・社会的環境の変化がもたらす著作権制度の危機への対応として、著作権法に関する政策形成過程のバイアスを矯正するために司法を活用するという観点から、裁判例の検討を通じて、権利制約メニューの中、どのような解釈手法が望ましいかを探るものである。こうした解釈論の検討が、権利制限の一般条項をめぐる立法論を検討するためにも、有益な作業といえるのではないかと思う。

目次

	第2章	スタンダードとしての性格を有する引用規定.....	59
5	第1節	ルールとスタンダード.....	59
	第2節	「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件から条文の文言への回帰.....	61
	第1項	最判〔パロディ・モンタージュ写真〕及び東京地判・高判〔藤田嗣治〕に由来する「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件説.....	62
10	第2項	東京地判〔絶対音感・一審〕（飯村裁判長）に由来する32条1項の文言に従う総合衡量説.....	69
	第3項	多様な基準が用いられている現在.....	82
	第4項	検討—二要件説と総合考慮説の実質的な違いはあるのだろうか.....	86
	第3節	判決の結果からみた利用の目的ごとに異なる判断基準をとる傾向.....	93
15	第1項	第1類型—被引用著作物を批評する目的で批判の対象部分を採録した事案	93
	第2項	第2類型—利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在するとは言い難く、むしろ単なる冒用・転載に近い事案.....	95
	第3項	第1類型と第2類型の中間的類型として、利用の目的としてはが外部性に起因する市場の失敗が生じる事案.....	96
20	第4項	検討—引用規定の厳しい解釈からフェア・ユース化の活用ないし柔軟な解釈への転換の可能性.....	99
	第4節	引用規定の司法によるバイアスに対する矯正の失敗.....	105
	第1項	引用規定の趣旨.....	107
25	第2項	各個別のルール型の制限規定の限定列挙という方式を採用した条文の構造による法のインテグリティ.....	108
	第5節	小括.....	110

第2章 スタンダードとしての性格を有する引用規定

第1節 ルールとスタンダード

5 議会は法規範を定立し、裁判所はその法規範を具体的事案に当てはめるという作業をするものとされるのであるが、「法を適用する」という司法プロセスは一定の裁量を伴わざるをえないので、実際には司法も法形成の一端を担っている。そこで、立法と司法の役割分担をとらえる視点に加え、法と経済学の文脈で、法内容の具体的なあり方については触れることなしに、法を定立する際に議会で法の内容が事前に定まっている「ルール」として定立する
10 のが望ましいのか、それとも、法の内容を事後的に定める「スタンダード」として定立するのが望ましいのか、という法の「定め方」についての分析枠組みがある¹。一般的には、共通した特徴をもつ状況下で頻繁に生じる訴訟紛争にかかわる法的問題については、特定性の高いルールが望ましい。なぜなら、法の適用頻度が高い場合には、法を適用する度に法の内容を確定するためのコストが必要になる上、個人の行動の頻度も高いので、情報を取得
15 するためのコストも必要になる。そして、①効率性という観点からは、法が頻繁に適用されるのであれば、司法的判断にかかる平均費用が減る限度で、ルールを立案するためにより多額の固定費用を投資することが正当化される。また、ルールの方が低い費用で知ることができるのであるから、個人が法が何であるかを知るために費やす費用は少なくてすむ。したがって、法が頻繁に適用されるときには、ルールの方がスタンダードよりも効率的である。②
20 事前に当事者の行動にどの程度の影響を与えるのかという視点から、ルールの方が法の内容を確認することが容易だから、個人が情報を得てから意思決定するケースが増加し、ルールにより望ましい行動が惹起される蓋然性が高まる²。

もっとも、スタンダードは将来の出来事にかかる不確実性に議会が対処する上でも有用
25 である。なぜなら、法の特定性の程度をさほど要求しないスタンダードが用いられるということは、裁判所による事後的な規制が行なわれるということである。その法規範を具体化する上で裁判官により大きな裁量の余地を残すことから、事後の視点からみれば、スタンダードの方が、事件をめぐる様々な状況によりよく適合することができる。規制事項にかかる現在ないし将来の状況についての情報を十分にもたないとき、そのように順応しやすい司法
30 的判断によって規制環境の予期しない事柄に対して、より容易に対処することができるためである³。さらに、政策形成過程に顕著にバイアスがかかっていることが明らかな分野に

¹ Louis Kaplow, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557(1992).

² 森田果「最密接関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト 1345 号 (2007 年 11 月) 68 頁、ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ (和久井理子訳)「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究 15 号 (2012 年 3 月) 328、340 頁参照。

³ ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ (和久井理子訳)「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究 15 号 (2012 年 3 月) 334 頁参照。

においては、立法機能と司法的判断機能を最適化する一つの方法として、議会が意図的に抽象的な概念をもったスタンダード型の法規範を作り出すことによって、事前に法形成の役割をロビイング耐性が相対的に強い裁判所に引き渡すことがある⁴。法が細部まで定めなければ、条文が抽象的であるほど、解釈の幅は広くなり、司法による法形成の役割が大きくなるからである⁵。このように議会によって作り出されたスタンダード型規範は、その具体化の作業を立法から司法に移行させる機能を有するゆえに、決定プロセスを立法から司法の場へ移すこととなる⁶。この場合、スタンダードの具体化の作業はロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねることにより、立法過程において反映されにくい層の利益を司法の場において汲み取ることが可能となり、司法によるバイアスの矯正が行われることが期待されるのである。

著作権を制限する制限規定のなか、私的複製と引用は他のルール型の制限規定に比べると、文言の抽象度が高く、解釈の余地が大きいので、その適用場面・範囲が比較的に開放されている。ただし、第1章で述べたように、ユーザーによる非商業的利用に対して、ほとんどの著作権者が権利行使をしないため、私的複製に関連する裁判例は極めて数が少なく⁷、今後の積み重ねによって、私的複製の制限規定の柔軟な解釈により、司法による立法のバイアスに対する矯正が行われることが期待されにくい。それに対して、32条1項の引用規定に関連する裁判例が多数出されている。また、32条1項によれば、「公表された著作物は、引用して利用することができる」。ここで、「利用することができる」という文言は、他の権

⁴ ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ（和久井理子訳）「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究 15 号（2012 年 3 月）320 頁。

⁵ 相山敬士「はじめに」（2012 年 4 月 21 日著作権法学会シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成講演録）著作権研究 39 号（2014 年 4 月）17 頁。

⁶ ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ（和久井理子訳）「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究 15 号（2012 年 3 月）337 頁。

⁷ 私的目的の利用に関しては、カラオケ音源を作成したカラオケ機器メーカーの送信可能化権の侵害に当たるとして、カラオケ動画の公開禁止や記録媒体からの消去を投稿者に命じた東京地判平成 28 年 12 月 20 日裁判所 HP [カラオケ動画投稿]（長谷川浩二裁判長）のほかに、舞台装置の製作を請け負った会社は、競業会社が作成した設計図を入札のための社内用資料として複製したという行為について、企業において内部的に業務上利用するために著作物を複製する行為は、その目的が個人的な使用にあるとはいえないので、私的複製の要件を満たさないと判断されている、東京地判昭和 52 年 7 月 22 日無体集 9 卷 2 号 534 頁 [舞台装置設計図]（秋吉稔弘裁判長）がある。また、書籍をスキャンし電子ファイル化する作業を代行した業者が複製行為の主体に当たるとしたうえ、引用規定の適用を否定した知財高判平成 26 年 10 月 22 日判時 2246 号 92 頁 [自炊代行・控訴審]（富田善範裁判長）は、一般論としていわゆる「手足論」を認めてはいるものの、独立した複製代行業者が書籍の電子ファイル化という複製をすることは、私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、私的複製の量を抑制するとの 30 条 1 項の趣旨が損なわれるおそれがあるから、「その使用する者が複製する」との要件を充足しないと判断した。

以上の裁判例は、後二者を特殊な事例として位置付けることができるかもしれないが、いずれも私的複製の制限規定を限定的に解釈する傾向が強まっているように見える。

利制限規定の多くが「複製することができる」といったような形で特定の利用行為に限定されているのに比べて、きわめて広範な適用範囲をもっている。そのため、複製行為のみならず、公衆送信といった公の利用行為すべてが、この規定によって許され得るものと解される。

- 5 ただ、引用規定の適用場面・引用に該当するための要件をめぐって、裁判例において多様な要件論が展開されているので、帰一するところがない状況にある。

第2節 「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件から条文の文言への回帰

- 10 著作権法 32 条 1 項の文言によると、①上記公表されたものであることのほか、②報道、批評、研究その他の引用の目的で利用すること（＝「引用の目的」要件）、③公正な慣行に合致するもの（＝「公正な慣行」要件）および④引用の目的に対応した正当な範囲内であること（＝「目的上正当な範囲内」要件）の四つの要件にすべて該当している場合に、許諾なしに他人の著作物を利用することが著作権侵害とならないと読み取ることができる⁸。ただ、
- 15 上記 32 条 1 項の文言あるいはそこから導かれる適法引用の要件は漠然としており、「引用」の定義はなく、「公正な慣行」と「目的上正当な範囲内」の明示的判断基準もないので、その当てはめを示した具体例での裁判例の蓄積が必要となるゆえんである⁹。そこで、従来の

⁸ 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26 号（2000 年 9 月）94 頁、川原健司「引用の適法要件」東京大学法科大学院ローレビュー 1 号（2006 年 8 月）56、62-63 頁、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第 4 巻 著作権法・意匠法』（2007 年 6 月・新日本法規）262 頁、中山信弘『著作権法』（2007 年 10 月・有斐閣）260 頁、同（第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣）324 頁、茶園成樹「講演録『引用』の要件について」コピーライト 2008 年 5 月号 12 頁、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）L & T 51 号（2011 年 4 月）90-91 頁、同「出版物における引用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015 年 7 月・日本評論社）139-140 頁、横山久芳「著作権の制限（1）」法学教室 341 号（2009 年 2 月号）144 頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017 年 4 月・信山社）338 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）167 頁（島並良執筆）、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）183 頁、岡村久道『著作権法』（2010 年 11 月・商事法務）240 頁、同（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）232 頁、同（第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会）頁、板倉集一〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知財管理 2011 年 8 月号 1251 頁、栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013 年 11 月・弘文堂）274 頁、山内貴博「引用」ジュリスト 1449 号（2013 年 1 月）75 頁、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231 号（第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣）151 頁参照。

また東京高判平成 14 年 4 月 11 日裁判所 HP〔絶対音感・控訴審〕（山下和明裁判長）は、著作権法 32 条 1 項 1 項の文言を根拠に、「公表された著作物の全部又は一部を著作権者の許諾を得ることなく自己の著作物に含ませて利用するためには」、当該利用が「〈1〉引用に当たること、〈2〉公正な慣行に合致するものであること、〈3〉報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものであること、の 3 要件を満たすことが必要である」と判示した。

⁹ 山中伸一〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 128 号（第 2 版・有斐閣・1994 年 6 月）157 頁、田村善之「著作権法講義ノート 21」発明 94 巻 3 号（1997 年 3 月）84 頁、大楽光江〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判

裁判例には、32条1項の文言から導かれる要件を直接論じるのではなく、以下のように「明瞭区別性」（＝利用する側と被引用部分が明瞭に区別されていること）、かつ、「主従関係性」（＝利用する側が主、被引用部分が従の関係にあること。「附従性」とも呼ばれる）という「二要件」を定立し、この二つの要件が充足されているかどうかによって引用の該当性を判断するものが少なくなかった。

第1項 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕及び東京地判・高判〔藤田嗣治〕に由来する「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件説

- 10 引用に該当するための具体的要件を説示した唯一の最高裁判決として、最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審〕がある。この事件では、写真集や保険会社の広告用カレンダーに掲載したスキーヤーが雪山の斜面を波状のシュプールを描きつつ滑降する場景を撮影したカラー写真に関し、被告がその一部をカットし白黒としたうえ、右上に自動車タイヤの写真を合成したモンタージュ写真を作成し、自作の写真集及び週刊誌に自己の写真として複製掲載する行為が、原告が本件写真に対して有する同一性保持権（旧著作権法18条1項）を侵害するか否かということが争われた。被告は、かかる表現について、自動車公害に追われる人間の悲しさを示すように受け取られるとして、写真の美術的意図を批評するとともに、自動車公害の現状及び自動車関連企業の姿勢に対する割り切れない感情を風刺するものであると主張した。判決は「自己の著作物中に正当の範囲内に於て節録引用すること」と規定していた旧著作権法30条1項2号について、「ここにいう引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない」と判示した。具体的な事案への当てはめにおいては、被告モンタージュ写真に取り込み利用されている原告写真部分は、被告モンタージュ写真の「従たるもの」として引用されているということはいえないから、非侵害とした原判決（東京高判昭和51年5月19日無体集8巻1号200頁〔パロディ・モンタージュ写真・控訴審〕〔駒田駿太郎裁判長〕¹⁰）を破棄差戻した。判旨に

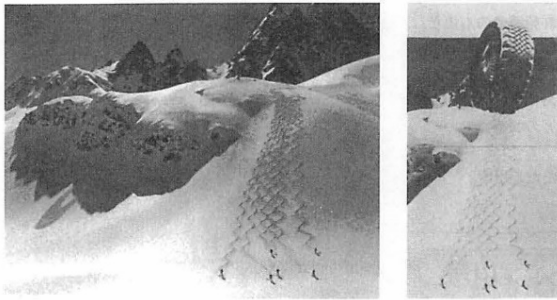
例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）163頁、辻田芳幸〔判批〕（ラストメッセージ）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）165頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）310頁、平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）187頁参照。

¹⁰ 原判決は、被告の主張を容れて、同パロディ作品は、被引用著作物たる写真を批判し、かつ世相を風刺することを意図していたと認め、かかる目的のため写真を引用することが必要であったとして適法な引用であると判断したうえで、被告は自己の著作物中に正当の範囲内において原告の写真を節録引用するものであって、被告のした原告の写真の改変は原告において受忍す

より引用に該当するための要件については、①明瞭区別性、かつ、②主従関係性という二つに分けることができる¹¹。

〔パロディ・モンタージュ写真〕事件（コピライト2012年1月号4頁より抜粋）

5 左 原告写真 右 被告モンタージュ写真



べき限度を超えていないとして著作者人格権侵害にあたることを否定し、一審判決を取り消し、原告の請求を棄却した。

¹¹ ただ、最判は「更に、法18条3項の規定によれば、引用される側の著作物の著作者人格権を侵害するような態様とする引用は許されることが明らかである」と判示した。引用に該当する第三の要件として、著作者人格権を侵害しないことという要件については、著作権が譲渡され著作者と著作権者が異なるものとなる場合に、他の点では正当な引用にあたりうるのに著作者人格権を侵害する態様で用いられたとき、著作者の人格的利益の侵害のみが問題となるのにもかかわらず、著作権者の許諾が必要となってしまうため、著作権と著作者人格権を混同する結果になるとして、誤りであるといわざるを得ない。田村善之〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト128号（第2版・1994年6月・有斐閣）141頁、同「著作権法講義ノート 21」発明94巻3号（1997年3月）87頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）244頁、同「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号（2006年9月）1319頁の注17、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（3・完）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究18号（2007年12月）32頁、村井麻衣子〔判批〕（脱ゴーマニズム宣言・一審）北大法学論集51巻3号（2000年9月）290頁の注11、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）313-314頁の注6（ただし、判決のいう「著作者人格権を侵害していないこと」とは、引用自体の要件として述べられたわけではないと解する余地もある）、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）264頁参照。

実際のところ、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕以降の下級審裁判例でも、東京高判昭和58年2月23日無体集15巻1号71頁〔パロディ・モンタージュ写真・差戻控訴審〕（石澤健裁判長）を除いてこの要件は踏襲されていない。

また、旧著作権法30条1項2号は、正当の範囲内において節録引用することが許されるわけであるが、最判〔パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審〕の判示した「明瞭区別性」と「主従関係性」という伝統的二要件がその条文のうち、「正当の範囲内において節録引用すること」の判断基準であるのか、あるいは「節録引用」の判断基準なのかは不明である。飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号（2000年9月）91-92頁、大須賀滋「制限規定（1）—引用—」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014年6月・青林書院）175頁参照。

もっとも、この事件において、原告は著作権及び著作者人格権侵害になるとして慰謝料の支払等を求める本件訴を提起し、一審において請求を認容されたが（東京地判昭和47年11月20日無体集4巻2号619頁〔パロディ・モンタージュ写真・一審〕（荒木秀一裁判長））、控訴審に入った段階で著作権侵害に基づく請求の方を取り下げているから、最高裁の前に提示された原告の請求は著作者人格権侵害を理由とするもの一本であった。そして、引用は同事件に適用される旧著作権法の時代からして、あくまでも著作権の制限なのであって、著作者人格権の成否とは関係がないとされていたので（旧法18条3項、現行法50条）、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕の法律構成は、引用に当たれば著作者人格権を侵害しないとする原判決の構成にとらわれすぎて、そもそもこの事件の原告の著作者人格権侵害に基づく請求に対して引用云々を論じる必要はなかった¹²。詰まるところ、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕は著作者人格権侵害になるか否かという点が争われた事案において、傍論として、著作権侵害の具体的な判断において、引用の抗弁を否定した事案にすぎない¹³。

¹² 松井正道〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）判例タイムズ338号43頁（1976年11月）、斉藤博〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）法政理論9巻1号（1976年）156-157頁、田村善之〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト128号（第2版・1994年6月・有斐閣）141頁、同「著作権法講義ノート21」発明94巻3号（1997年3月）87頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）258頁の注3、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）99-100頁の注8、飯村敏明〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）119頁、同〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）144頁参照。

¹³ 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号（2000年9月）93頁、同〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）118-119頁、同〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）144-145頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）258頁の注36、同（第2版・2014年10月・有斐閣）322頁の注90、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）323頁、横山久芳「著作権の制限（2）」法学教室342号（2009年3月）114頁の注15、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント2009年5月号59頁の注17、斉藤博〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）判例時報2114号（2011年8月）176頁、栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討—」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）280頁、青木大也〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）ジュリスト1460号（2013年11月号）108頁。

それに対して、確かに正当の範囲内において節録引用するものであるというだけでは著作者人格権侵害を否定することはできないが、一方において、正当の範囲内における節録引用が著作権侵害にならないとされているのに、他方において、正当な範囲内における節録引用であつても著作者人格権侵害を免れることはできないとすることは、正当の範囲内における節録引用を自由利用に委ねている法の趣旨を没却することになるから、正当の範囲内における節録引用であるならば、著作者人格権侵害を構成しない場合もある。この意味において、著作者人格権侵害の有無が争われている本件において被告による原告の写真の節録引用の有無を論ずる意義があり、傍論とはいえない。最判〔パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審〕判例タイムズ415号（1980年8月）100頁参照。同様に、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕を擁護する立場か

ただ、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕後の下級審の裁判実務では、東京地判昭和 59 年 8 月 31 日無体集 16 巻 2 号 547 頁〔藤田嗣治・一審〕（牧野利秋裁判長）（美術全集の内の
 5 巻中の美術史に関する解説文の数頁に一人の画家の絵合計 12 点の図版が他の画家の絵の
 図版と共に掲載された事案）¹⁴、東京高判昭和 60 年 10 月 17 日無体集 17 巻 3 号 462 頁〔同
 控訴審〕（蕪山嚴裁判長）¹⁵を嚆矢として、他人の著作物を引用して利用することが許される
 ためには、現行著作権法 32 条 1 項の趣旨を根拠に、明瞭区別性、かつ、主従関係性という
 10 二要件を必要なものとして、引用に当たるかどうかを判断してきた。特に東京高判〔藤田嗣
 治・控訴審〕には、同判決の二要件の判示と現行著作権法 32 条 1 項の文言との関係が必ず
 しも明確でなかったこともあるが、「節録引用」を適法と定めていた旧著作権法 30 条 1 項 2
 号に関する最判〔パロディ・モンタージュ写真〕を援用せずに、しかも主従関係性を判断す
 るのに「両著作物の関係を、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量並びに
 被引用著作物の採録の方法、態様など」、主従関係性の判断の際の考慮事項を具体的に示し
 ている¹⁶点で、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕の提示した伝統的二要件は、東京高判

ら、小酒禮〔判解〕法曹界編『最高裁判所判例解説 民事篇』（昭和 55 年度）（1985 年 2 月）153-154 頁は、引用に当たれば著作者人格権侵害に該当しないというのが原判決の法律構成であったのだから、引用は著作者人格権侵害に影響しないと応えてもよいが、引用の該当性を肯定することによって著作者人格権侵害を否定した原審の判断につき、その前提を覆すために、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕が「明瞭区別性」と「主従関係性」という引用に該当するための要件を提示し、引用に当たらないという応え方をなしても間違いではないとし、判旨は現行法の解釈にもそのまま参考になる、と異なる見解を唱えている。また、作花文雄『『引用』概念による公正利用と法制度上の課題—『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷—』コピーライト 2011 年 9 月号 44-45 頁は、現行法制定の前後において、日本社会において社会通念として捉えられていた「引用」概念が変容しているわけではなく、旧法の適用事例であるとしても、現行法の解釈において参考となると指摘する。

¹⁴ 判決は抽象論として、32 条 1 項の規定の趣旨に照らせば、引用が「公正な慣行に合致し」かつ「引用の目的上正当な範囲内で行なわれた」の要件に合致するというためには、「少なくとも、引用を含む著作物と引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができること、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係にあると認められることを要する」と判示した。

¹⁵ 判決は抽象論として、「引用」とは、「報道、批評、研究等の目的で他人の著作物の全部又は一部を自己の著作物中に採録することであり」、また「公正な慣行に合致し」、かつ、「引用の目的上正当な範囲内で行なわれる」ことという要件は、著作権の保護を全うしつつ、社会の文化的所産としての著作物の公正な利用を可能ならしめようとする 32 条の規定の趣旨に鑑みれば、「引用して利用する側の著作物と引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができること及び右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められることを要する」としたうえ、「主従関係は、両著作物の関係を、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量並びに被引用著作物の採録の方法、態様などの諸点に亘って確定した事実関係に基づき、かつ、当該著作物が想定する読者の一般的観念に照らし、引用著作物が全体の中で主体性を保持し、被引用著作物が引用著作物の内容を補足説明し、あるいはその例証、参考資料を提供するなど引用著作物に対し付従的な性質を有しているにすぎないと認められるかどうかを判断して決すべきもの」と判示した。

¹⁶ 山中伸一〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 128 号（第 2 版・有斐閣・1994 年 6 月）157 頁は、東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕の考慮事項は

〔藤田嗣治・控訴審〕により洗練されて具体化・精緻化されている¹⁷といえる。

東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕は抽象論として、明瞭区別性、かつ、主従関係性という二要件が現行著作権法のもとにおいて妥当することを判示した高裁レベルの判決として、その後の裁判例にも大きな影響を与えたと見られるものである¹⁸。同判決後の裁判例¹⁹でも

経済的側面への考慮が少ないが、その点を除けば米国著作権法におけるフェア・ユースと同様な事項を考慮することであると指摘している。

¹⁷ 田村善之〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト128号（第2版・1994年6月・有斐閣）141頁、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）264頁参照。東京高判平成15年7月31日判時1831号107頁〔「脱ゴーマニズム宣言」謝罪広告請求・控訴審〕（西田美昭裁判長）判旨も参照。

また、大須賀滋「制限規定（1）―引用」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014年6月・青林書院）176-177頁は東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕における主従関係性の判断の要素は、一般条項における考慮要素を挙げたような体裁となっており、主従関係性という要件の考慮要素とされているものの、むしろ、「公正な慣行に合致し」又は「引用の目的上正当な範囲内で行われる」という要件の考慮要素を説明したものとも解することができると指摘する。

¹⁸ 今井弘晃「引用の抗弁」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）394-395頁、川原健司「引用の適法要件」東京大学法科大学院ローレビュー1号（2006年8月）59-60頁、高部真規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）324、328頁、同〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）121頁、同『実務詳説著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）268-269頁、同〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）147頁。

¹⁹ 二要件を用いた現行法下の裁判例の分析について、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）311頁、同314-315頁の注7、注8、田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号（2006年9月）1310-1311頁、同「講演録 著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト2007年6月号11-12、14頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（3・完）―寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等―」知的財産法政策学研究18号（2007年12月）31-33、35頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた―美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に―」法曹時報63巻5号（2011年5月）1036-1037、1039頁、同「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3月）49、56頁、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）263-268頁、平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）188-194頁、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）302-306、308頁、茶園成樹「講演録『引用』の要件について」コピーライト2008年5月号11-12頁、同18-19頁の注42、同19頁の注47、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）L & T 51号（2011年4月）89頁、90頁の注4、同「出版物における引用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）140-142頁、同143頁の注12、横山久芳「著作権の制限（1）」法学教室法学教室341号（2009年2月号）145頁、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント2009年5月号51頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて―コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）338頁、同338-339頁の注6、栗田昌裕「引用の要件について―下級審裁判例の再検討」

- (後述の32条1項の文言に従う総合衡量説を採用し、二要件に全く触れない東京地判平成13年6月13日判タ1077号276頁[絶対音感・一審](飯村敏明裁判長)が出される前に、例えば、東京地判昭和61年4月28日無体集18巻1号112頁[「豊後の石風呂」論文](元木伸裁判長)²⁰、東京地判平成7年12月18日知財集27巻4号787頁[ラストメッセージ]
- 5 (西田美昭裁判長)²¹、東京地判平成3年5月22日判タ784号233頁[英語教科書準拠録音テープ](清永利亮裁判長)²²、大阪地判平成8年1月31日知財集28巻1号37頁[エルミア・ド・ホーリィ贋作・一審](下村浩藏裁判長)²³、大阪高判平成9年5月28日知財集29巻2号481頁[同控訴審](中田耕三裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成8年9月27日判時1645号134頁[四谷大塚問題解説書(四進レクチャー)・一審](西田美昭裁判長)²⁴、
- 10 東京高判平成10年2月12日判時1645号129頁[同控訴審](伊藤博哉裁判長)²⁵、東京地判平成10年2月20日知財集30巻1号33頁[バーンズ・コレクション](西田美昭裁判長)²⁶、

同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013年11月・弘文堂)282-295頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(5)―日本著作権法の制限規定に対する示唆―」知的財産法政策学研究49号(2017年5月)94-95、97-98頁参照。

²⁰ 判決は抽象論として、32条1項の趣旨に照らせば、引用が同条項に定める要件に合致するというためには、「少なくとも引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができること、右両著作物の内容が前者が主、後者が従の関係にあると認められることを要する」とし、「他人の著作物を自己の著作物としてもしくは自己の著作物と誤解されてしまう体裁で自らの著作物中に取り込むことは、適法な引用ということとはできない」と判示した。

²¹ 判決は抽象論として、著作権法32条1項所定の引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうものであり、また、「引用に該当するためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められることを要するもの」とし、そして「編集物の素材として他人の著作物を採録する行為は、引用に該当する余地はないもの」と判示した。

²² 判決は抽象論として、著作権法32条1項にいう「引用」に当たるというためには、「引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に、前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない」と判示した。

²³ 判決は抽象論として、著作権法32条1項の趣旨に照らせば、同項にいう「正当な引用」に該当するためには、「少なくとも、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められることを要するもの」と判示した。

²⁴ 判決は抽象論として、著作権法32条1項所定の引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で、自己の著作物中に他人の著作物の原則としてその一部を採録することをいい、「引用に該当するためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される著作物と明瞭に区別して認識することができ、かつ右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係にあると認められることが必要である」と判示した。

²⁵ 判決は原判決の理由を引用したうえ、著作権法32条一項が「その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない」と規定していることから、引用の目的と切り離された引用の主張自体成り立ち得ないものである上、批評活動を引用とは独立した主張であるとしても、原判決が説示したところがそのまま当てはまるから、控訴人のこの点の主張は理由がないと判示した。

²⁶ 判決は抽象論として、著作権法32条1項にいう引用とは、「報道、批評、研究等の目的で自

東京地判平成10年10月30日判タ991号240頁〔血液型と性格の社会史〕（八木貴美子裁判長）²⁷、水戸地裁竜ヶ崎支判平成11年5月17日判タ1031号235頁〔飛鳥昭雄の大真実〕（納谷肇裁判長）（ただし、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕を援用する）²⁸、東京地判平成11年8月31日判タ1016号217頁〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕（森義之裁判長）²⁹、
5 東京高判平成12年4月25日判時1724号124頁〔同控訴審〕（山下和明裁判長）³⁰、東京地

己の著作物中に他人の著作物の全部又は一部を採録するもの」であって、引用を含む著作物の表現形式上、「引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物を明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があるものをいう」としたうえ、「本条項の立法趣旨は、新しい著作物を創作する上で、既存の著作物の表現を引用して利用しなければならない場合があることから、所定の要件を具備する引用行為に著作権の効力が及ばないものとするにありと解されるから、利用する側に著作物性、創作性が認められない場合は、引用に該当せず、本条項の適用はないものである」と判示した。

²⁷ 判決は抽象論として、著作権法32条1項の趣旨からすれば、ここにいう引用とは、「報道、批評、研究等の目的で自己の著作物中に他人の著作物の全部又は一部を採録するものであって、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物を明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があるものをいう」と判示した。

²⁸ 判決は抽象論として、著作権法32条1項でいう引用とは、報道、批評、研究その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、「右引用に当たるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して識別することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない」（最判〔パロディ・モンタージュ写真〕参照）と判示した。

²⁹ 判決は抽象論として、著作権の保護を図りつつ、文化的所産としての著作物の公正な利用を可能ならしめるための著作権法32条1項の趣旨に鑑みると、同項にいう引用とは、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物の全部又は一部を自己の著作物中に採録するものであって、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する著作物と、引用されて利用される著作物を明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係にあるものをいうと判示した。

当てはめにおいては、明瞭区別性については、漫画と論説という性質の異なる著作物で欄外に出典が表示されているし、明瞭に区別して認識することができるということで、肯定している。主従関係性については、批評者は漫画の著作者の意見に対する批評を行っているのであり、絵に対する批評を行っているのではないから、絵を含めた作品全体を引用する必要性はないという原告の主張に対し、判旨は、漫画の著作者は漫画によって自己の主張を展開しているのであるから、絵自体を批評の対象とする場合はもとより、その主張を批評の対象とする場合であっても、批評の対象を正確に示すには、文のみならず、絵についても引用する必要があるとしたうえで、原告漫画のごく一部を採録しているにすぎないこと、原告漫画のカットの採録はいずれも被告論説の対象を明示して、その資料を提示すること、被告論説の理解を助けるものとし、かつ、原告漫画のカットがそれ自体完結した独立の読み物となるというような事情もないから、原告漫画作品が漫画表現形式によって意見を表現しているのに関して、こうした意見を批評しようとするれば、当該意見を正確に指摘する必要がある、漫画のカットを引用することにならざるを得ないなどの事情を挙げ、採録頁における面積割合などの分量を考慮しても、主従関係性は失われなと判断し、引用の該当性を肯定した。

³⁰ 判決は、東京高判昭和60年10月17日無体集17巻3号462頁〔藤田嗣治・控訴審〕（蕪山厳裁判長）の判示を取り入れながら、被告の書籍が原告の漫画による意見を批評したり批判したり反論したりすることを目的とするものであるということ、被告の書籍に引用された原告のカットが原告漫画のごく一部にすぎず、批評、批判、反論に必要な限度を超えて原告漫画の魅力を

判平成12年2月29日判タ1028号232頁〔中田英寿（詩）・一審〕（三村量一裁判長）³¹、東京高判平成12年12月25日判時1743号130頁〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）³²、東京高決平成12年9月11日裁判所HP〔国語教科書準拠テスト〕（田中康久裁判長）³³など、引用に該当するためには明瞭区別性かつ主従関係性という二要件を満たす必要があると述べるものが多く、また、「少なくとも」二要件を満たすことを要すると述べているものもあったので、主流であった。

第2項 東京地判〔絶対音感・一審〕（飯村裁判長）に由来する32条1項の文言に従う総合衡量説

ところが、引用に該当するための要件として、前掲東京地判昭和59年8月31日〔藤田嗣治・一審〕（牧野利秋裁判長）、前掲東京高判昭和60年10月17日〔同控訴審〕（燕山巖裁判長）及びその後の裁判例に提示された、明瞭区別性と主従関係性が現行著作権法32条1項のどの部分と対応するのかが明確ではないので、この二要件が32条1項のどこに位置づけられるか、どの文言についての判断基準なのかということが問題になる³⁴。議論の実益は、こ

取り込んでいるとは認められないことなど、引用の目的、両著作物の性質・内容、分量、被引用著作物の採録の方法・態様等を総合的に考慮して、主従関係性を認め、原告カットに独立した鑑賞性があるとしても、主従関係性が失われるということはできないということで、引用の該当性を肯定した。

³¹ 判決は抽象論として、「引用」とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の全部又は一部を採録することをいい、これが著作権法32条1項所定の「その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない。」との要件に該当するといえるためには、「引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される著作物とを明瞭に区分して認識することができ、かつ、右両著作物間に、前者が主、後者が従の関係があることを要するもの」と判示した。

³² 判決は原判決の理由を引用したうえ、本件詩については、原告の自筆による原稿が写真製版によりその全文をそのまま複写する形で掲載されていること、被告書籍の本文中に本件詩について直接言及した記述が一切見られないこと等をも考慮すると、本文と本件詩の主従関係において、前者が主、後者が従と認めることはできないとして、本件詩の掲載が著作権法32条1項にいう「引用」に当たるといえることはできないと判示した。

³³ 判決は抽象論として、著作権法32条1項の趣旨に照らし、ここでいう「引用」とは、一般に、報道、批評、研究その他の目的で、自己の著作物中に、他人の著作物の原則として一部を採録するものであって、「引用する著作物の表現形式上、利用する側の著作物と引用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができるとともに、両著作物間に、利用する側の著作物が主であり、引用される側の著作物が従である関係が存する場合をいうもの」と判示した。

³⁴ 問題提起について、上野達弘〔判批〕（脱ゴーマニズム宣言・控訴審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）167頁、同「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）312、326頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）259頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）324頁、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）323、328-329頁、同〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐

の二要件が適法引用のための必要十分条件なのか、それとも必要条件の一つにすぎないのか、という点である。前者とすれば、適法引用の成否は二要件のみで判断されることになるが、後者とすれば、二要件以外にも、条文の文言どおりに「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」か否かを検討する必要が生じるところ、新たな要件を明瞭区別性や主従関係性と並列される要件として提示されれば、適法な引用にあたるためにはさらに限定する方向に働く可能性は否定できないので、その当否が問題となろう³⁵。

まずは、明瞭区別性、かつ、主従関係性という二要件を採用した上記判決においては、引用の該当性を肯定した、東京地判〔血液型と性格の社会史〕、水戸地裁竜ヶ崎支判〔飛鳥昭雄の大真実〕、東京地判〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕、東京高判〔同控訴審〕を除いて、結論的にはほとんど引用を否定したものであるから、要件のすべてを尽くしているといえるか、すなわち、明瞭区別性かつ主従関係性という二要件が引用の該当性を肯定するための必要条件であるが、十分条件であるか否かは不明である³⁶。

そして、前掲東京地判昭和59年8月31日〔藤田嗣治・一審〕（牧野利秋裁判長）、前掲東京高判昭和60年10月17日〔同控訴審〕（蕪山巖裁判長）を嚆矢として、明瞭区別性、かつ、主従関係という二要件はあくまで現行著作権法32条1項の趣旨からなるものであるこ

関・2009年12月）121頁、同〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）147頁、茶園成樹「講演録『引用』の要件について」コピーライト2008年5月号3頁、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）L&T51号（2011年4月）89-90頁、同「出版物における引用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）141頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）208頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）174頁、大須賀滋「制限規定（1）—引用」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014年6月・青林書院）175-176頁、富岡英次「引用についての判断基準特に引用の目的について」渋谷達紀教授追悼論文編集委員会編『知的財産法研究の輪—渋谷達紀教授追悼論文集』（2016年9月・発明推進協会）624頁参照。

³⁵ 結論において同旨のものとして、山内貴博「引用」ジュリスト1449号（2013年1月）75頁、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）151頁、大須賀滋「制限規定（1）—引用」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014年6月・青林書院）183頁参照。

³⁶ 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕について、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号（2000年9月）92頁、高部真規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）323、328-329頁、同〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）121頁、同『実務詳説著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）269-270頁、同〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）147頁。

それに対して、茶園成樹〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）L&T51号（2011年4月）89頁は、二要件を採用した最判〔パロディ・モンタージュ写真〕後の下級審の裁判例では、二要件以外の要件は特に検討されておらず、また、二要件を満たすことから適法引用の成立を認めた裁判例もあったことから、明瞭区別性と主従関係性が適法引用の必要十分条件と、異なる見解を唱えている。

とを明らかにしてきたため、上記引用の該当性を否定する裁判例に限らず、引用の該当性を肯定した裁判例においても、二要件に合致することを認定するのだが、並列的に現行著作権法 32 条 1 項の条文そのものである「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」への当てはめをもやっているものが多い（前掲東京地判平成 10 年 10 月 30 日〔血液型と性格の社会史〕（八木貴美子裁判長）³⁷、前掲水戸地裁竜ヶ崎支判平成 11 年 5 月 17 日〔飛鳥昭雄の大真実〕（納谷肇裁判長）³⁸、前掲東京地判平成 11 年 8 月 31 日〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕（森義之裁判長）³⁹、前掲東京高判平成 12 年 4 月 25 日〔同控訴審〕（山下和明裁判長）（原判決引用））。

- 5 さらにもう一つ重要なこととして、二要件のうち、明瞭区分性は、利用する側と被引用部分の他人の著作物とを区分できるか否かについて比較的容易に判断可能であるに対して、主従関係性は、量的な基準のように見えるが、これが果たして量的な範囲をもって「主」・「従」を区別するということを意味するのか⁴⁰。仮に利用する側の全体と被引用部分との分量のみを量的に比較するならば、利用する側のほうがその分量が多いと思われる事案において、主従関係性についての具体的な判断基準を示したリーディング・ケースである、前掲東京高判昭和 60 年 10 月 17 日〔藤田嗣治・控訴審〕（蕪山巖裁判長）（前掲美術全集の内の一巻中の美術史に関する解説文の数頁に一人の画家の絵合計 12 点の図版が掲載された事案⁴¹⁴²）をはじめとして、前掲東京地判昭和 61 年 4 月 28 日〔「豊後の石風呂」論文〕（元木

³⁷ 判決は著作権法 32 条 1 項の解釈として、引用が原著作物をそのまま使用する場合に限定されると解すべき根拠はないし、実際上も、新たな言語の著作物を創作する上で、他人の言語の著作物の全体あるいは相当広い範囲の趣旨を引用する必要がある場合、それを原文のまま引用するのは、引用の名の下に他人の著作物の全部又は広範な部分の複製を認めることになり、その著作権者の権利を侵害する程度が大きくなる結果となり、「公正な慣行に合致するものとも、正当な範囲内のものともいえないおそれがある」こと等から、他人の言語の著作物を新たな言語の著作物に引用して利用するような場合には、他人の著作物をその趣旨に忠実に要約して引用することも同項により許容されるものと判示したうえ、当てはめにおいては、被告書籍の文脈の中で、先行文献として血液型研究の歴史的経緯に関する原告 231 頁の書籍を 11 頁に大幅に要約して被告書籍に利用した行為について、32 条 1 項により許容される引用と判断している。

³⁸ 判決は「本件書籍は原告の仮説を科学的論理的に検証ないし批評する目的のものであるから、原告の著作部分を引用する必要がある」と判示した。

³⁹ ①漫画は絵と文が不可分一体となった著作物であるところ、絵自体を批評の対象とする場合はもとより、原告の主張を批評の対象とする場合であっても、批評の対象を正確に示すには、文のみならず、絵についても引用する必要があること、②漫画の内容を批評する場合に、絵を引用している例も多数存することが認められるのであるから、漫画によって示された主張を批評する場合に、絵を引用することなく批評するような慣行が成立していると認めることもできないことを理由に、「被告書籍中の原告カットの採録は、いずれも著作権法 32 条 1 項にいう引用の要件を充たすものであるから、原告の複製権侵害の主張は理由がない」と判示した。

⁴⁰ 問題提起について、半田正夫「はじめに」「シンポジウム 著作物の引用」著作権研究 26 号 著作権研究 26 号（2000 年 9 月）87 頁参照。

⁴¹ 本件絵画が本件書籍に掲載されていることの寄与率は 5%と認定された。東京地判昭和 59 年 8 月 31 日無体集 16 巻 2 号 547 頁〔藤田嗣治・一審〕参照。

⁴² 判決は主従関係性判断の考慮要素として、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及

仲裁判長）（他人の論文を被告刊行の著書に被告が著作したかのような体裁で収録された事案）⁴³、前掲東京地判平成7年12月18日〔ラストメッセージ〕（西田美昭裁判長）（雑誌の最終号に掲載された出版元から読者宛に書かれた挨拶文をまとめて掲載した書籍を発行した事案）⁴⁴、前掲東京地判平成10年2月20日〔バーンズ・コレクション〕（西田美昭裁判長）（新聞社が「バーンズ・コレクション展」を美術館で開催するのに関連し、入場券、カラー特集の新聞記事にピカソの絵画を複製掲載した事案）⁴⁵、前掲東京地判平成12年2月

び分量、被引用著作物の採録方法、態様等を挙げたうえで、事案への当てはめとしては、引用著作物である富山論文は美術史の記述としての性質・内容を有し、洋画の歴史を読者に理解させる目的で絵画の複製物を掲載したとしつつも、本件絵画の図版の大きさが8分の1頁から3分の2頁に及び、印刷適性の高い上質紙に印刷されていること等から、当該絵画の複製物がそれ自体鑑賞性を有し独立性を持つことに加え、論文の当該絵画に関する記述と同じページに掲載されているのは二点に過ぎず、論文に対する結びつきが強いことから、論文に対し絵画が従たる関係にあるとはいえないとした。

東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕は引用された絵画の複製物の鑑賞性が主従関係性を否定するキーポイントとなった事案であると指摘するものとして、山中伸一〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト128号（第2版・有斐閣・1994年6月）157頁、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）265頁参照。

⁴³ 判決は他人の著作物を自己の著作物と誤解されてしまう体裁で自らの著作物中に取り込むことは、適法な引用ということではできないとしたうえ、被告が他人の著作物に係る論文を自己の著書中に転載するにあたり、被告が著作したかのような体裁となっていること、②同書の本編中のはじめの部分には、他人の著作物を選んで巻頭に掲げた旨の記述はあるものの、その題名の指定もなく、その論文が他人の著作物であるとは一読して容易に理解し得る体裁となっていないから、他人の論文と被告著作にかかる部分と明瞭に区別して認識できるとはいえず、また本件両論文がその余の部分に対して従たる関係にあるものともいえないとして、適法引用を否定した。

⁴⁴ 判決は著作権法32条1項の規定内容から、編集物の素材として他人の著作物を採録する行為は引用に該当する余地はないと判断した。

⁴⁵ ①入場券・割引引換券への掲載については、入場券・割引引換券のうち本件絵画を除く部分の記載事項は単にコレクションの名称等、展覧会の開催についての事実の記載に過ぎず、創作性を有する著作物ということではできないから、引用による利用の抗弁は認められないとした。②「幻のバーンズコレクション日本へ」という記事については、バーンズコレクションから選りすぐった作品を公開する展覧会の開催が前日までに決まったことを中心に、コレクションが公開されるに至った経緯、出品される主作品とその作家等を報道するものであるから、「時事の事件」の報道に当たる、また、複製された絵の大きさ、記事全体の大きさとの比較、カラー印刷とはいえ通常の新聞紙という紙質等を考慮し、「報道の目的上正当な範囲内」であるとして、時事の事件の報道のための利用に当たるとした。③「ピカソの『苦行者』今度はじっくりと」という記事については、ピカソの絵画に対応する女優の談話による新たな創造部分は僅少であり、内容的にも本件絵画を引用する必要性は微弱で、外形的にも読者の受ける印象は談話よりカラー印刷で本件絵画の方が大きいことから、主従関係性が認められず、むしろ主眼は絵画の複製にあったと認定して主従関係性を否定した。④「幻のコレクション展、きょうから前売り開始」という記事については、本件絵画を除く部分の記載は著作物性を有しないから、引用による利用とはいえず、また、その内容は、本件展覧会的主催者が前売り券を今日から発売することを告知するもので、当日の出来事の予告ではあるが客観的な報道ではないから、時事の事件報道による利用ともいえないとした。⑤「秘蔵の名画 バーンズコレクション展から4」という記事については、その中の本件絵画についての叙述部分の内容は曖昧で抽象的であり、対象絵画の表題を他のピカソ作品と入れ替えても文章として成立するものであり、本件絵画を紙面に紹介することのみを目的とした記事という外はないから、主従関係性が認められず、引用による利用とはいえないとし

29日〔中田英寿（詩）・一審〕（三村量一裁判長）（原告の中学生時代の詩の全文を、プロスポーツ選手の生立ちを著述した被告書籍に掲載した事案）⁴⁶、前掲東京高判平成12年12月25日〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）⁴⁷などによって示されている「主従関係性」は、その内容自体が規範的なものとなっており、単に量的ではなく、質的な判断がなされるため⁴⁸、

た。⑥「はじめて世界はこの美に出あった」という記事については、本件展覧会に出品される絵画の中から、著名画家一人につき一点ずつを紙面に複製して紹介することを目的とした企画であり、主従関係性は認められないから、引用による利用とはいえないとした。

五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）266頁は、引用著作物の創作性の程度、引用の必要性、分量等が主従関係性を否定する際の要素とされたと指摘する。

⁴⁶ 判決は①本件詩は学年文集に原告の自筆による原稿が写真製版された形で掲載されていたところ、被告書籍の65頁の中央部にこれがそのまま複写された形で掲載されていること、②詩には「中学の文集で中田が書いた詩。強い信念を感じさせる」との簡単なコメントを付すのみであったこと、③被告書籍の本文中には本件詩に言及した記述は一切ないことから、読者は詩を独立して鑑賞でき、被告が被告書籍中に本件詩を引用して利用しなければならなかったからではなく、本件詩を紹介すること自体に目的があったと認定して主従関係性を否定した。

五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）266頁は、被引用著作物の鑑賞性、引用の合理性、関連性から主従関係性が否定された事案であると指摘する。

⁴⁷ 判決は本件詩については、原告の自筆による原稿が写真製版によりその全文をそのまま複写する形で掲載されていること、被告書籍の本文中に本件詩について直接言及した記述が一切見られないこと等から、本文と本件詩の主従関係において、前者が主、後者が従と認めることはできず、本件詩の掲載が「引用」に当たるとすることはできないと判示した。

⁴⁸ そもそも利用する側と被引用部分との分量のみを比較する際にも、利用する側のうち、どれだけの部分を比較の対象とするかが問題となる。例えば、書籍又はその中の論文に絵画を採録した事例について、書籍、論文全体あるいは掲載頁のいずれを比較の対象とするかによって、結論は変わり得る。平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）188-190頁、栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）289-290頁参照。

この点について基準を明示した例として、東京地判平成16年3月11日判タ1181号163頁〔2ちゃんねる小学館・一審〕（三村量一裁判長）は、電子掲示板のスレッドを一体としてみれば、対談記事の被引用部分が「従」であるとの被告の主張に対して、「電子掲示板に、発言者が自由に書き込みをしているような場合には、書き込みごとに独立した著作物と解すべきである」として、各書き込みを比較の対象としている。また、東京高判平成12年4月25日判時1724号124頁〔脱ゴーマニズム宣言・控訴審〕（山下和明裁判長）は、漫画カットに対して文章が「主」と認められるためには、文章の方が量的にみて圧倒的なボリュームがなければならないというものではないとしたうえで、漫画カットと文章とを量的に比較するための一つの指標として、被控訴人書籍のカット採録頁中における、文章と控訴人カットとの占める面積割合を根拠として、主従関係性を判断しようとする控訴人の主張に対し、引用された漫画カットを例または資料とする論説がカット採録頁の前後の頁にわたって書かれていることを認定し、「カット採録頁における文章と控訴人カットとの占める面積割合をもって主従関係を判断すべきものではない」と判示している。

裁判例の傾向に鑑みると、分量の比較にあたっては、形式的な基準がとられるわけではなく、利用する側のうち、内容上、被引用部分と関連する部分は比較の対象に算入される例が多い。具体的には、書籍単位（東京地判昭和61年4月28日無体集18巻1号112頁〔「豊後の石風呂」論文〕（元木伸裁判長）、東京地判平成10年10月30日判タ991号240頁〔血液型と性格の社会史〕（八木貴美子裁判長）、東京地判平成15年3月28日判タ1166号223頁〔教科書準拠国語テスト・一審〕（森義之裁判長）、東京高判平成16年6月29日裁判所HP〔同控訴審〕（北山

主従関係性への当てはめにおいては、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量、被引用著作物の採録方法、利用態様など、事案に応じて実質的に様々な要素を総合的に考慮して行われるのである⁴⁹。その結果、そこにいう主従関係性の考慮要素はかなり広範なものであって、むしろ「公正な慣行」又は「引用の目的」「目的上正当な範囲内で」という要件の考慮要素とみた方が自然なものとなっている⁵⁰。

以上のように、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕後の下級審は、適法引用の判断基準として、明瞭区別性と主従関係性を挙げているものの、特に主従関係性の要件に関して、現

元章裁判長（一審判決引用）、書籍の中の論文単位（東京地判昭和59年8月31日無体集16巻2号547頁〔藤田嗣治・一審〕、東京高判昭和60年10月17日無体集17巻3号462頁〔同控訴審〕（燕山厳裁判長）、書籍数頁（東京高判平成13年9月18日裁判所HP〔建築エスキース・控訴審〕（山下和明裁判長））を、それぞれ引用著作物における比較の対象とした例がある。平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）194頁、栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）290頁も参照。

⁴⁹ 村井麻衣子〔判批〕（脱ゴーマニズム宣言・一審）北大法学論集51巻3号（2000年9月）274、276-277頁（東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕について）、同「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（5）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究49号（2017年5月）94-95頁（東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕について）、辻田芳幸〔判批〕（ラストメッセージ）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）165頁（東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕について）、上野達弘〔判批〕（脱ゴーマニズム宣言・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）167頁、同「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）320-323頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）313-316頁、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）263-266頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）258-259頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）323頁、作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）235頁、同『「引用」概念による公正利用と法制度上の課題—『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷—』コピーライト2011年9月号51頁、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）323-324頁、同〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）121頁、同〔判批〕（藤田嗣治・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）147頁、横山久芳「著作権の制限（1）」法学教室341号（2009年2月号）145-147頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）352-354頁、渋谷達紀『著作権法』（2013年2月・中央経済社）247-248頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタル』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）624頁（金井＝小倉執筆）、栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）284-295頁、大須賀滋「制限規定（1）—引用」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014年6月・青林書院）177、182頁、富岡英次「引用についての判断基準特に引用の目的について」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪—渋谷達紀教授追悼論文集』（2016年9月・発明推進協会）623-624頁参照。

⁵⁰ 大須賀滋「制限規定（1）—引用」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014年6月・青林書院）177頁。

実には様々な衡量が入れられており、もはや最判「パロディ・モンタージュ写真」の提示した伝統的二要件の枠を超えて、明確なルールだったはずの主従関係性を変容してきたようにも考えられる⁵¹。このように多種多様な考慮要素を主従関係性の判断に包摂させることには限界があり、要件の中身が肥大化しているという問題があるという旨の指摘⁵²がなされていることが注目される。そこで、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」を嚆矢として、過度に「主従関係性」要件に振り回される必要はなく、元の条文に立ち戻って、文言通りの要件に基づいて総合衡量をしたほうがよいと説く見解、いわゆる「総合衡量説」⁵³が

⁵¹ 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26 号（2000 年 9 月）92-93 頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003 年 3 月・法学書院）325 頁。

⁵² 上野達弘「判批」（脱ゴーマニズム宣言・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号（第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣）167 頁、同「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003 年 3 月・法学書院）324-326、332 頁。飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26 号（2000 年 9 月）94 頁も参照。

⁵³ 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26 号（2000 年 9 月）94-96 頁、同「判批」（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・有斐閣・2009 年 12 月）119 頁、同「判批」（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231 号（第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣）145 頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003 年 3 月・法学書院）327-332 頁。

引用としての利用に対する著作権制限が認められるかどうかについては、様々な事情の総合的な考慮によるとして、「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」がどのような意味を持つのかという点に差異はあるものの、少なくとも 32 条 1 項の文言に従うことに賛意を表するものとして、田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255 号（2003 年 10 月）133 頁、同「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理 56 巻 9 号（2006 年 9 月）1311 頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（3・完）一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等一」知的財産法政策学研究 18 号（2007 年 12 月）34 頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた一美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に一」法曹時報 63 巻 5 号（2011 年 5 月）1038 頁、同「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けてー」知的財産法政策学研究 44 号（2014 年 3 月）54 頁、中山信弘『著作権法』（2007 年 10 月・有斐閣）258-260 頁、同（第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣）322-324 頁、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008 年 5 月・商事法務）329 頁、同「判批」（藤田嗣治・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・有斐閣・2009 年 12 月）121 頁、同『実務詳説著作権訴訟』（2012 年 1 月・金融財政事情研究会）274 頁、茶園成樹「講演録『引用』の要件について」コピーライト 2008 年 5 月号 12-16 頁、同「出版物における引用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015 年 7 月・日本評論社）142-147 頁、大鷹一郎「判批」（創価学会写真ウェブ掲載）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・有斐閣・2009 年 12 月）125 頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 2』（2009 年 1 月・勁草書房）207 頁（盛岡一夫執筆）、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013 年 5 月・レクシスネクシス・ジャパン）624 頁（金井＝小倉執筆）、大須賀滋「制限規定（1）一引用」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014 年 6 月・青林書院）182-183 頁参照。

また、今井弘晃「引用の抗弁」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004 年 11 月・青林書院）412-413 頁は、現行法下における裁判例の蓄積を踏まえて、

有力に主張されるようになっている。この総合衡量説により、適法引用の成否は著作権法 32 条 1 項の文言に従って判断されるべきであり、特に「引用目的」及びその目的に対応した「目的上正当な範囲内」という要件を判断する際には、「『目的』、『効果』、『採録方法』、『利用の態様』」（飯村説）⁵⁴、あるいは、「『被引用側の元の著作物全体における被引用部分の割合』、『被引用著作物の権利者に与える経済的影響』、『著作物の性質、引用の目的や態様等を相関的に考慮して』」判断する（上野説）⁵⁵というのである。

以上の指摘を受けて、飯村裁判長が担当した東京地判平成 13 年 6 月 13 日判タ 1077 号 276 頁〔絶対音感・一審〕は、書籍「絶対音感」のある一章に英語版演劇台本の翻訳文を掲載した行為について引用の成否を判断するにあたり、二要件には言及せず、条文の文言どおりの「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という要件への当てはめの際には、「①本件書籍の目的、主題、構成、性質、②引用複製された原告翻訳部分の内容、性質、位置づけ、③利用の態様、原告翻訳部分の本件書籍に占める分量等を総合的に考慮」という衡量要素を示したうえ、当てはめにおいては、原告の許諾を得ずに翻訳文を複製して掲載することが、公正な慣行に合致しているということもできないし、また、引用の目的に対応した正当な範囲内で行われたものであるということもできないとして、引用の成立を否定

二要件と現行法の文言との関係につき、さらに詳細な検討が必要としながらも、条文の文言に立ち戻って検証することに好意的な評価を与えている。

⁵⁴ 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26 号（2000 年 9 月）96 頁。

⁵⁵ 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003 年 3 月・法学書院）327-329 頁。

した⁵⁶。その後の裁判例⁵⁷でも、二要件を用いずに32条1項の文言に従う立場を採用する

⁵⁶ 他方、東京高判平成14年4月11日裁判所HP〔絶対音感・控訴審〕（山下和明裁判長）は著作権法32条1項の文言に沿って、①引用にあたること、②公正な慣行に合致するものであること、③引用の目的上正当な範囲内で行われるものであることを述べたうえで、明瞭区別性の要件のほうは、引用の性質上、当然に導かれる要件である旨を説く。当てはめにおいては、引用の目的上正当な範囲内で行われたものと評価することができるとし、この点については原審と判断を異にしつつも、出所の明示を怠った点において公正な慣行に合致しないとして、引用の成立を否定し、著作権侵害を肯定した原審の判断を維持している。

東京高判〔絶対音感・控訴審〕を、「第一審判決と同様に二要件説を採用せず」、著作権32条1項の文言に回帰する試みであると評価する見解として、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）326頁、田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号（2006年9月）1311頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（3・完）一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等」知的財産法政策学研究18号（2007年12月）34頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた―美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に―」法曹時報63巻5号（2011年5月）1038頁、同「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3月）54頁、富岡英次「引用についての判断基準特に引用の目的について」渋谷達紀教授追悼論文編集委員会編『知的財産法研究の輪―渋谷達紀教授追悼論文集』（2016年9月・発明推進協会）624-625頁参照。

それに対して、「主従関係性」要件を引用に該当するための要件としては明示的に用いない点で、従前の二要件説を採る裁判例とは異なるものの、「引用した範囲、分量も、本件書籍全体と比較して殊更に多いとはいえないから、原告翻訳部分の本件書籍への引用は、引用の目的上正当な範囲内で行われたものと評価することができる」と認定されており、実質的には、主従関係性の判断が行われているともいえるから、判断枠組みとしては実質的に大きな転換がなされているものではないと解するものとして、作花文雄『『引用』概念による公正利用と法制度上の課題―『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷―』コピーライト2011年9月号48-49頁、栗田昌裕「引用の要件について―下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）296-297頁。判決は引用した範囲や分量という主従関係性において勘案されてきた要素を「引用の目的上正当な範囲内」で考慮していると解するものとして、平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）197頁も参照。

また、少なくとも東京高判〔絶対音感・控訴審〕は引用に当たるためには明瞭区別性が必要であると裁く裁判例と位置付ける見解として、茶園成樹〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）L & T 51号（2011年4月）90頁、同「出版物における引用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）142頁。

⁵⁷ 条文の文言に沿った総合衡量説による現行法下の裁判例の分析について、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）315-316頁の注8、同326頁、田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号（2006年9月）1311-1312頁、同「講演録 著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト2007年6月号13-14頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（3・完）一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等」知的財産法政策学研究18号（2007年12月）34-35頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた―美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に―」法曹時報63巻5号（2011年5月）1038-1039頁、同「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3月）53-55頁、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）267-268頁、平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）194-198頁、同〔判批〕（美術鑑

ものが次第に増えてきている。いずれも引用の該当性の否定例であるが、東京地判平成 15 年 2 月 26 日判タ 1140 号 259 頁〔創価学会写真ビラ・一審〕(飯村敏明裁判長)(公明党などを政治的に批判することを目的として、第三者の撮った肖像写真をビラに掲載して、これを配布した事案)⁵⁸、東京高判平成 16 年 11 月 29 日裁判所 HP〔同控訴審〕(篠原勝美裁判長)⁵⁹、

5 東京地判平成 23 年 2 月 9 日裁判所 HP〔都議会議員写真ビラ〕(岡本岳裁判長)(都議選の候補者であった議員について不正があったとの主張を宣伝広報し、当該議員を批判するために第三者の撮った当該議員の肖像写真をビラ等に掲載した事案)⁶⁰、知財高判平成 23 年 10

定証書・控訴審) 知的財産法政策学研究 43 号(2013 年 11 月) 306-311 頁、茶園成樹「講演録『引用』の要件について」コピライト 2008 年 5 月号 11-12 頁、同 19 頁の注 46、同〔判批〕(美術鑑定証書・控訴審) L&T 51 号(2011 年 4 月) 90 頁、同「出版物における引用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015 年 7 月・日本評論社) 141-142 頁、横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 2009 年 5 月号 51 頁、同 59-60 頁の注 19、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』(2017 年 4 月・信山社) 340 頁、同 340-341 頁の注 10、栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013 年 11 月・弘文堂) 296-300 頁、富岡英次「引用についての判断基準特に引用の目的について」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪—渋谷達紀教授追悼論文集』(2016 年 9 月・発明推進協会) 624-627 頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (5) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 49 号(2017 年 5 月) 96-103、111-113 頁参照。

⁵⁸ 判決は抽象論として、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、「引用して利用する方法や態様が、報道、批判、研究など引用するための各目的との関係で、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであり、かつ、引用して利用することが公正な慣行に合致することが必要である」としたうえ、①被告写真ビラは専ら、公明党、原告を批判する内容が記載された宣伝用のビラであること、②原告写真の被写体の上半身のみを切り抜き、被告写真ビラ全体の約 15% を占める大きさで掲載し、これに吹き出しを付け加えていること等の掲載態様に照らすならば、原告写真の著作物を引用して利用することが、前記批判等の目的との関係で、社会通念に照らして正当な範囲内の利用であると解することはできず、また、このような態様で引用して利用することが公正な慣行に合致すると解することもできないと判示した。

⁵⁹ 原判決を引用したうえ、被告写真ビラ自体としては、原告、公明党を政治的に批判することを目的としたものであるとしても、そこに掲載された被告ビラ写真は、ビラの表面に大きく目を引く態様で印刷されている上、原告写真の被写体の上半身部分のみを抜き出し、原告写真の創作意図とはむしろ反対の印象を見る者に与えることを意図したことをうかがわせる揶揄的な内容の吹き出しを付したものであるから、このような態様による写真の掲載を、公正な慣行に合致し、かつ、政治的に批判する批評の目的上、正当な範囲内で行われた引用と解することはできないと判示した。

⁶⁰ 判決は抽象論として、引用は「公正な慣行」に合致するものでなければならず、また、「報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内」で行われるものでなければならぬとしたうえで、本件各ビラ等が被告の政治的言論活動のために作成されたものであることを考慮しても、①原告写真それ自体や原告写真に写った被写体の姿態、行動を批評するものではなく、当該議員の特定あるいはイメージのためであれば、他の写真によって代替することは可能であるので、ビラ等を見た者に具体的に当該議員をイメージさせる目的との関係で、本件各ビラ等に原告写真を引用しなければならない必要性がないこと、②身振り手振りも含めた原告写真の全体を引用すべき必要最小限性もないこと、③原告写真の出所が一切明示されていないことなどから、被告が原告写真を掲載したことは「公正な慣行」に合致し、「引用の目的上正当な範囲内」で行われたものということとはできないとして、引用の成立を否定した。

- 月31日裁判所HP〔同控訴審〕（中野哲弘裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成24年9月28日判タ1407号368頁〔靈言DVD〕（大須賀滋裁判長）（宗教法人の代表役員の配偶者が当該宗教法人とその代表役員に対し提起した名誉毀損を理由とする損害賠償請求に関する記者会見終了後、批判、反論等の目的で名誉毀損と主張する「靈言」を記録したDVD等を配布した事案）⁶¹、東京地判平成25年12月20日裁判所HP〔毎日オークションカタログ・一審〕（大須賀滋裁判長）（美術作品を売買する目的でオークションカタログに美術作品の写真（50 cm²を超える表示の大きさ）⁶²を掲載した事案）⁶³、知財高判平成28年6月22日判時

⁶¹ 判決は抽象論として、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、「引用して利用する方法や態様が、報道、批判、研究等の引用するための各目的との関係で、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであり、かつ、引用して利用することが公正な慣行に合致することが必要である」としたうえで、①「訴状の概要」を含む被告の説明、批判、反論において名誉毀損として具体的に摘示されている箇所は原告各霊言の一部にすぎないことや、名誉毀損とは関係のない内容も多数含まれていることから、原告各霊言全体を複製・頒布して利用した行為について、上記の説明、批判、反論等の目的との関係で、社会通念に照らして正当な範囲の利用であると解することはできない、②本件DVD等の配布の時期については、被告の主張によれば記者会見の翌日に、原告の主張によれば本記者会見の翌週に、また、記者会見の席上においては本件DVD等を後日、記者会見における説明等に必要なものとして配布する旨を述べていなかったことから、被告複製頒布行為が公正な慣行に合致するものと認めることもできないとして、引用の成立を否定した。

⁶² 2009年の著作権法改正によって創設された同法47条の2（美術の著作物の原作品を譲渡した場合に、その譲渡の申出に伴う複製等に関する制限規定）の施行日（平成22年1月1日）以降に発行された本件カタログの一部複製については、施行令7条の2第1項第1号及び同施行規則4条の2第1項第1号により、著作権法47条の2が適用されるためには、当該複製により作成される複製物に係る著作物の表示の大きさが50 cm²以下（デジタル方式により複製を行う場合、当該複製により複製される著作物に係る画像を構成する画素数が32,400以下）であることが必要であるとして、本件カタログ318号に係る複製は、額縁部分を除く作品部分について、縦約6 cm×横8.3 cmの写真を印刷したものであり、その表示の大きさは約49.8 cm²であることから、著作権侵害を否定した。

⁶³ 判決は抽象論として、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、「引用して利用する方法や態様が、報道、批評、研究等の引用するための各目的との関係で、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであり、かつ、引用して利用することが公正な慣行に合致することが必要である」としたうえで、被告カタログにおいて美術作品を複製する目的は、被告オークションにおける売買である一方で、被告カタログの各ページに掲載された美術作品の写真の大きさが当該美術作品のロット番号、作家名、作品名、予想落札価格、作品情報などの文字記載部分の大きさを上回るものが多く、この文字記載部分に主眼が置かれているとまでは認め難いとし、オークションでは被告カタログの配布とは別に、出品された美術作品を確認できる下見会が行われていることに照らして、美術作品の写真を被告カタログに50 cm²を超える表示の大きさに掲載する合理的な必要最小限性は見出せないことから、被告カタログにおいて美術作品を複製するという利用の方法や態様が、オークションにおける売買の対象作品を特定する目的との関係で、公正な慣行に合致し、正当な範囲内のものであるとは認められないと判示した。

この点に関して、高畑聖朗〔判批〕（毎日オークションカタログ・一審）パテント68巻10号（2015年10月）22頁は、判決は「公正な慣行に合致」及び「引用の目的上正当な範囲内」であるかという32条1項の文言のみに基づいて引用の該当性を否定しているように見えるが、オークションにおける売買という利用の目的との関係で、カタログにおいて美術作品を複製するという利用の方法や態様が正当な範囲内であるか否かの判断に際しては、文字記載部分と、美術作品の写真の大きさを比較し、写真の大きさの方が文字記載部分の大きさを上回るものが多いことを決め手としていると理解して、二要件のうち「主従関係性」が判断要素として32条1項

- 2318号81頁〔同控訴審〕（清水節裁判長）⁶⁴、東京地判平成27年4月27日裁判所HP〔肖像写真投稿者情報開示請求〕（嶋末和秀裁判長）（創価学会ないしその名誉会長を批判することを目的として、インターネット上の電子掲示板「Yahoo!知恵袋」に投稿記事とともに、第三者の撮った創価学会の名誉会長の肖像写真を掲載した事案）⁶⁵、大阪地判平成27年9月24日裁判所HP〔大阪城ピクトグラム〕（高松宏之裁判長）（「大阪街歩きガイド」と題する冊子に実在する施設をグラフィックデザインの技法で描いた個々の「ピクトグラム」を小さくそのまま掲載した事案）⁶⁶、東京地判平成27年11月30日裁判所HP〔肖像写真投稿者情報開示請求Ⅱ〕（嶋末和秀裁判長）（インターネット上の電子掲示板「Yahoo!知恵袋」に投稿記事とともに、第三者の撮った写真創価学会の名誉会長の肖像写真を掲載した事案）⁶⁷、東京地判平成28年1月18日裁判所HP〔創価学会発信者情報開示請求〕（嶋末和秀裁判長）（創価学会の名誉会長を批判することを目的として、ウェブサイト「NAVERまとめ」に「創

の「引用の目的上正当な範囲内」に包含されるとの考え方に立つものという見方ができると指摘する。

⁶⁴ 判決は抽象論として、他人の著作物を引用した利用が許されるためには、「その方法や態様が、報道、批評、研究等の引用目的との関係で、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであり、かつ、引用して利用することが公正な慣行に合致することが必要である」としたうえで、被告カタログにおいて美術作品を複製する目的が、被告オークションにおける売買の対象作品を特定するとともに、作品の真贋、入札への参加意思や入札額の決定に役立つようにする点にある一方で、各頁に記載された美術作品の写真の大きさがロット番号、作家名、作品名、予想落札価格、作品の情報等の記載の大きさを上回るものが多く、掲載された写真は、独立して鑑賞の対象となり得る程度の大きさといえ、上記の情報等の掲載に主眼が置かれているとは解し難いとしてうえ、被告オークションでは被告カタログの配布とは別に、出品された美術作品を確認できる下見会が行われていることなどに照らして、美術作品の写真を被告カタログに記載された程度の大きさで掲載する合理的な必要最小限性は見出せないことから、被告カタログにおいて美術作品を複製するという利用の方法や態様が、被告オークションにおける売買という目的との関係で、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることや公正な慣行に合致することを肯定できる事情も認められないと判示した。

⁶⁵ 被告は本件各記事が、原告創価学会ないしその名誉会長に対する批評に当たり、原告写真はその対象である名誉会長を明示するために必要な資料として掲載されたものであるとして、引用に該当すると主張するが、判決は掲載された写真には、①原告写真の被写体である名誉会長の額に一つないし三つの目のような模様が描き加えられていることから、このような写真の掲載が被写体である名誉会長に対する批評のために、正当な範囲内で行われたものであると認めることはできないこと、②原告写真と同一であるものの、「創価学会は永遠に不滅です。2014年も素晴らしく大活躍することは間違いないでしょう」との記述が、創価学会やその名誉会長に対する批評に当たらず、この記述のために原告写真を掲載することが必要であったともいえないとして、引用の成立を否定した。

⁶⁶ 判決は抽象論として、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、「引用の目的との関係で正当な範囲内、すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要である」としたうえで、本件冊子における原告ピクトグラムの掲載は、原告ピクトグラムが有する価値を、本来の予定された方法によってそのまま利用するものであり、他の表現目的のために原告ピクトグラムを利用しているものではないから、このような利用態様をもって、目的上正当な範囲内で行われた引用であるとはいえないとして、適法引用の成立を否定している。

⁶⁷ 判決は、①本件記事は掲載写真を説明する記述はなく、本件記事において原告写真を掲載する必要性は明らかではないこと、②本件記事は原告写真を掲載するにあたってその出典を明示していないことから、引用の成立を否定した。

価学会教祖Aレイプ事件」とのタイトルが付された投稿記事と共に、第三者の撮った創価学会の名誉会長の肖像写真を掲載した事案)⁶⁸、東京地判平成28年1月29日裁判所HP「[「風水」発信者情報開示請求](東海林保裁判長)(「風水」に関するブログ記事の内容を揶揄する目的でその表現を改変した上、それをウェブサイトにて匿名で投稿した事案)(後述参照)、
5 などがある。

他方、引用の該当性の肯定例として、引用としての利用に当たるか否かの判断においては、米国著作権法におけるフェア・ユースの四要素、すなわち①利用の目的と性質、②利用された著作物の性質、③利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値、④
10 利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響、を彷彿させる衡量要素「他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない」旨を説いたうえで、具体的な結論としても、利用の目的という考慮要素を同事件の事案に当てはめる際には、鑑定証書の鑑定対象となった絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を
15 防止する目的で行っていると認められること、そして、その目的達成のためには、「鑑定対象である絵画のカラー・コピーを添付することが確実であって、添付の必要性・有用性も認められること」に加え、「著作物の鑑定業務が適正に行われることは、贋作の存在を排除し、著作物の価値を高め、著作権者等の権利の保護を図ることにもつながるものであることなどを併せ考慮すると、著作物の鑑定のために当該著作物の複製を利用することは、著作権法
20 の規定する引用の目的に含まれる」と解しつつ、パウチラミネート加工されて製作された鑑定証書の裏面に鑑定対象の絵画の面積の約23.8%のカラー・コピー(縦16.2cm×横11.9cm、面積192.78cm²)を添付した利用態様については、鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐために必要である反面、有体物の絵画の原作と所在を共にすることが想定されており、パウチラミネート加工されて製作された鑑定証書のみが独立して流通するとは考えにくく、著作権者が絵画の複製に関して経済的利益を得る機会が失われ
25 るということも考え難いことを理由に、公正な慣行に合致し、引用の目的に対応した正当な範囲内のものであると論じて、著作権侵害を否定する判決が現れている(知財高判平成22年10月13日判タ1340号257頁[美術鑑定証書・控訴審](滝澤孝臣裁判長)⁶⁹)。

30 知財高判[美術鑑定証書・控訴審]は32条1項の文言に従う総合考慮説により、引用の

⁶⁸ 判決は①本件記事のうち本件掲載写真を説明する記述はないこと、②本件記事において本件掲載写真を掲載する必要性は明らかではないこと、③本件記事は、本件掲載写真を掲載するにあたってその出典を明示していないことから、本件掲載写真の掲載が著作権法32条1項にいう引用に当たらないとした。

⁶⁹ なお、原審の東京地判平成22年5月19日判時2092号142頁[美術鑑定証書・一審]では引用の抗弁が主張されておらず、引用には触れずに著作権侵害を認めて原告の請求を一部認容した。

抗弁を認めた初めての高裁レベルの判決である。その後、それと同じ二要件に全く触れずに引用の該当性を肯定した裁判例としては、美術鑑定証書についてほぼ同内容の判断を示した東京地判平成26年5月30日裁判所HP〔美術鑑定証書Ⅱ〕（東海林保裁判長）、パンフレットの表紙に使われたイラストの二次利用の許諾範囲が問題となった大阪地判平成25年7月16日裁判所HP〔岡山県パンフレット〕（山田陽三裁判長）⁷⁰、などがある。ただし、大阪地判〔岡山県パンフレット〕はパンフレットの表紙に使われたイラストのウェブページの掲載は、岡山県の事業を紹介する目的との関係で、その利用態様が当該利用の目的に適うものであって、著作権者の利益を不当に害するようなものでもないとして、適法な引用にあたりと判示したが、その判断の前段階で、イラストのウェブページの掲載は原告による二次利用に係る許諾の範囲内の行為であると認めることから、後段階の引用に対する判断は傍論にすぎないと解し得ること⁷¹に留意する必要がある。

第3項 多様な基準が用いられている現在

以上のような経緯を経て、最近の裁判例のすべてが、明瞭区別性と主従関係性という二要件に言及しないものというわけではなく、著作権法32条1項でいう「引用」とは、二要件を満たす場合をいうとの説示を含む裁判例や二要件に他の要件を加えて判断する裁判例も存在しているなど、裁判例により多様な基準が用いられている。具体的には、二要件を掲げながら、単に言及がなされているというだけで、32条1項の文言上の要件の吟味がなされている裁判例として、原告が中国語で書いた詩9編を日本語に翻訳して被告の小説中にストーリーの一部を構成するものとして全文掲載した行為について、東京地判平成16年5月31日判タ1175号265頁〔X0 醬男と杏仁女・一審〕（高部眞規子裁判長）⁷²、東京高判平成16年12月9日裁判所HP〔同控訴審〕（佐藤久夫裁判長）⁷³は、二要件については当てはめをなすことなく、被告が著した自伝的な小説において、交際していた男性の兄である原告の詩9編を、ストーリーの内容として、もしくは、主人公の心情を描写するための利用目的と

⁷⁰ 判決は抽象論として、「引用の目的上正当な範囲内とは、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要であり、具体的には、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない」と判示した。

⁷¹ 本判決を特殊な事例と位置付ける見解として、青木大也〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）ジュリスト1460号（2013年11月号）109頁参照。

⁷² 判決は抽象論として、著作権法32条1項でいう「引用」とは、自己の著作物中に、他人の著作物の原則として一部を採録するものであり、引用を含む著作物の表現形式上、「引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、上記両著作物の間に、前者が主、後者が従の関係があると認められる場合をいう」最判〔パロディ・モンタージュ写真〕参照）と判示した。

⁷³ 原判決を引用したうえ、被告小説の当該場面において、主人公の心情を表現する手段として本件詩を掲載しなければならない必然性を認めることはできず、また、被告小説における本件詩の全文の掲載は、必要最小限度の引用といえる程度のものとは認められないとして、引用の成立を否定した。

の関係で、これらの詩を使う必然性がなく、原告詩9編をその全文にわたって掲載したことが必要最小限の引用ということもできないから、公正な慣行に合致し、かつ、引用の目的に対応した正当な範囲内で行われたものということとはできず、引用には当たらないという判断をした⁷⁴。

5

それに対して、引用に当たるためには、あくまでも明瞭区別性と主従関係性の二要件を堅持する裁判例もある。いずれも引用の該当性の否定例であるが、東京高判平成13年9月18日裁判所 HP [建築エスキース・控訴審] (山下和明裁判長) (書籍の中に建築家が建築物を設計するにあたり、その構想をフリーハンドで描いたスケッチ(「エスキース」)を掲載し、これを解説する文章を付した事案)⁷⁵、東京地判平成13年12月25日判例工業所有権法 [教科書準拠教材Ⅰ] (森義之裁判長) (国語教科書に掲載された作品を利用して市販の教材を作成した事案)⁷⁶、東京地判平成14年12月13日裁判所 HP [教科書準拠教材Ⅱ] (森義之裁判長) (国語教科書に掲載された作品を利用して市販の教材を作成した事案)⁷⁷、東京地判平成15年3月28日判タ1166号223頁 [教科書準拠国語テスト・一審] (森義之裁判長) (国語教科書に掲載された作品を利用して市販の教材を作成した事案)⁷⁸、東京高判平成16年6月29日裁判所 HP [同控訴審] (北山元章裁判長) (一審判決引用)、東京地判平成16年3月11日判タ1181号163頁 [2ちゃんねる小学館・一審] (三村量一裁判長) (インターネット上の電子掲示板に対談記事を転載した事案)⁷⁹、東京地判平成16年5月28日判タ1195号

⁷⁴ 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(3・完) 一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等一」知的財産法政策学研究18号(2007年12月)57頁の注169は、この事件では、明瞭区別性はなされており、主従関係性の要件も、見方によるが、小説の中に詩が9編ということなので、少なくとも量的には圧倒的に小説の方が多く、32条1項の条文の文言上は、引用の目的上正当かどうかということが肝要であり、二要件を満足しているからといってそれだけで32条1項該当性が肯定されるととはならないということを、本判決は明確にしたと評している。

⁷⁵ 本件書籍の各頁においては、原告エスキースこそが表現の中心なのであり、原告エスキースが主、原告エスキースを説明するものが従たるものであるから、原告エスキースの掲載が引用に当たらないとした。

⁷⁶ 判決は抽象論として、著作権法32条1項の趣旨に照らすと、ここでいう「引用」とは、報道、批評、研究その他の目的で、自己の著作物中に、他人の著作物の原則として一部を採録するものであって、引用する著作物の表現形式上、「利用する側の著作物と引用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができる」とともに、両著作物間に、利用する側の著作物が『主』であり、引用される側の著作物が『従』である関係が存する場合をいうもの」としたうえ、被告書籍の設問部分は、原告各著作物の理解を問うものであって、生徒に原告各著作物をいかに正確に読みとらせ、また、それをいかに的確に理解させるかという点にあるものの、被告書籍における原告各著作物とそれ以外の部分の量的な割合等を総合すると、引用される側の著作物である原告各著作物が「従」であり、利用する側の著作物である被告書籍が「主」とあるという関係が存するということとはできないとして、引用を否定した。

⁷⁷ 東京地判 [教科書準拠教材Ⅰ] と同旨。

⁷⁸ 東京地判 [教科書準拠教材Ⅰ] と同旨。

⁷⁹ 判決は抽象論として、「著作権法32条1項にいう「引用」とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうところ、上記引

- 225 頁〔教科書準拠国語ドリル〕（高部真規子裁判長）（国語教科書に掲載された作品を利用して市販のドリルや入試用問題集を作成した事案）⁸⁰、東京地判平成 19 年 10 月 29 日ウエストロー・ジャパン〔ジュース販売サイト発信者情報開示請求〕（金子順一裁判長）（オンラインオークションにおいて商品メーカーの宣伝用写真を掲載した事案）⁸¹、東京地判平成 21 年 11 月 26 日裁判所 HP〔オークション出品カタログ〕（阿部正幸裁判長）（オークションの出品カタログに美術品の画像を掲載し、また、その一部をインターネットで公開した事案）⁸²、

用に当たるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、「引用して利用する側の著作物と引用されて利用される側の著作物を明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない」と判示した。

当てはめにおいては、①本件対談記事 1 は本件書籍の 18 ページ分、本件対談記事 2 は本件書籍の 11 ページ分をそれぞれ占めるものであること、②本件各発言においては、本件各対談記事がほぼそのまま掲載されていること、それに続けて掲載されたものであることから、本件各発言を閲覧した者は本件各文章を独立した著作物として鑑賞することができるのであり、本件発言者がその発言の書き込みにおいて本件各対談記事の内容を転記したのは、本件発言者らが創作活動をする上で本件各対談記事を引用して利用しなければならなかったからではなく、本件各対談記事を閲覧させること自体を目的とするものであったとして、本件各発言においては、本件各対談記事の転載部分が従であるとはいえないから、本件発言者がその発言の書き込みに際して本件各対談記事の内容を転載した行為が、著作権法上許された引用に該当するということとはできないと判示した。

なお、東京高判平成 17 年 3 月 3 日判タ 1181 号 158 頁〔同控訴審〕（塚原朋一裁判長）は原判決を取消したが、引用の成否は争点となっていない。

⁸⁰ 判決は抽象論として、著作権法 32 条 1 項の趣旨に照らすと、ここでいう「引用」とは、報道、批評、研究その他の目的で、自己の著作物中に、他人の著作物の原則として一部を採録するものであって、引用する著作物の表現上、「利用する側の著作物と引用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができるとともに、両著作物間に、利用する側の著作物が『主』であり、引用される側の著作物が『従』である関係が存する場合をいうもの」としたうえ、本件の掲載態様に照らして、原告各著作物は、設問部分と明瞭に区別して認識することはできるものの、引用される側の著作物である原告各著作物が「従」であり、利用する側の著作物である被告教材が「主」とあるという関係が存するということとはできないから、被告教材における原告各著作物の複製が引用に当たるということはできないとした。

⁸¹ 判決は抽象論として、「引用」とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、「引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない」としたうえ、本件発信者が、オークションサイト内の本件ウェブページにジュースを販売するために掲載した本件タイトルと本件写真を組み合わせた出品商品の表示のうち、本件写真を除く本件タイトルの記載事項は、商品の名称、個数、代金額等の販売条件の記載が主たるものであるということとはできないから、本件写真をジュースの販売のために利用したことは、「引用」の要件を満たさないものと判示した。

⁸² 判決は抽象論として、著作権法 32 条 1 項にいう引用とは、報道、批評、研究その他の目的で、自己の著作物の中に他人の著作物の全部又は一部を採録することをいうと解され、「この引用に当たるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない」（最判〔パロディ・モンタージュ写真〕参照）とした上で、問題となったフリーペーパーの綴じ込みカタログ（掲載された画像は縦 1.5 cm から 2.7 cm、横が 2 cm 程の大きさのもの）、パンフレットのカタログ（掲載

東京地判平成22年5月28日裁判所HP[がん闘病記転載](岡本岳裁判長)(月刊誌に連載していたがん闘病記の一部を被告が自己のホームページ上に転載した事案)⁸³、などがある。

5 他方、引用の該当性の肯定例として、原告各図表を被告書籍に掲載した事案において、東京地判平成22年1月27日裁判所HP[月刊ネット販売(図表編集)](清水節裁判長)⁸⁴は、原告各図表は編集著作物とは認められず、また、「仮に、原告各図表が編集著作物であるとしても」、被告が掲載した各図表は被告書籍の表現形式上、利用する側の著作物である執筆部分と明確に区別して認識すること、また、執筆部分の記載内容を読者に視覚的に分かりやすく伝えるための補足資料として利用されたものにすぎず、執筆部分が主、各図表が従という関係にあるとし、そして、被告書籍における原告各図表の利用に当たり、出典が明記されていることから、被告書籍に原告各図表を掲載した行為は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、引用の目的上正当な範囲内で行われたものとして、適法引用の成立を肯定した。

15 さらに、32条1項の「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」の文言従って解釈することを基本としつつ、明瞭区別性と主従関係性の二要件に加えて、①社会通念上の相当性、②利用目的との関係で引用しなければならない必要性、③絵画、写真の場合には鑑賞の対象となり得ない程度に縮小すること(著作権者に経済的な損害を与えない利用態

された画像は縦4cm、横が5.7cm程の大きさのもの)、冊子カタログ(掲載された画像は、A作品1については縦約14.5cm、横約7.5cmの大きさで、D作品については縦約16.5cm、横約13cmの大きさのもの)は、出品作品の絵柄がどのようなものであるかを画像により見る者に伝えるためのものである一方で、作品の画像のほかに記載されている作者名、作品名、画材及び原寸等の箇条書きがされた文字記載部分は、作品の資料的な事項にすぎないので、これらカタログ等の主たる部分は作品の画像であることは明らかであるとして、引用に該当すると認めることはできないと結論付けた。

⁸³ 判決は抽象論として、著作権法32条1項の所定の「引用」とは、報道、批評、研究等の目的で自己の著作物中に他人の著作物の全部又は一部を採録するものであって、「引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物を明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があるものをいう」(最判[パロディ・モンタージュ写真]参照)とし、同項の立法趣旨は、新しい著作物を創作する上で、既存の著作物の表現を引用して利用しなければならない場合があることから、「利用する側に著作物性、創作性が認められない場合は『引用』に該当せず、同項の適用はない」としたうえで、本件転載に係る記事は、いずれも冒頭の題号の下に、1文ないし2文から成る被告の導入文が記載され、それに続けて数頁にわたって原告記事を掲載するという体裁になっているが、原告記事を除く部分は、いずれも短文の上、内容も平凡なものとして、著作物性を認めることは困難であり、仮に、これらの部分に著作物性が肯定される余地があるとしても、その分量、内容からして、引用して利用する側の著作物と引用されて利用される側の著作物との間に、前者が主、後者が従の関係があるものと認めることはできないから、引用を否定した。

⁸⁴ 判決は抽象論として、著作権法32条1項でいう「引用」とは、報道、批評、研究その他の目的で、引用を含む著作物の表現形式上、「引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ(明瞭区別性)、かつ、両著作物の間に、前者が主、後者が従の関係(主従関係)がある場合をいうもの」と判示した。

様の必要最小限性)、という五要件を課している⁸⁵判決も出ている(東京地判平成19年4月12日裁判所HP[創価学会写真ウェブ掲載](設楽隆一裁判長)(ある人物の宗教者としての名誉欲を露わにした行動を批評・揶揄する目的でその人物を被写体とする第三者の撮った写真をホームページ上に掲載した事案)⁸⁶。

5

第4項 検討—二要件説と総合考慮説の実質的な違いはあるのだろうか

10 以上をまとめると、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、抽象論として裁判例により多様な基準が用いられている現状を俯瞰すると、裁判例が明瞭区別性かつ主従関係性という従来の二要件との訣別という方向で収束するのか否か、二要件あるいは条文の文言どおりの要件に加えて、利用目的との関係で引用しなければならない必要性、著作権者に経済的な損害を与えない利用態様の必要最小限性などの他の要件を付加すべきか、その趨勢は未だに確定していない状況にある⁸⁷。ただ、留意しなければならないのは、従来の二要件を維持する立場でさえ、前掲東京地判昭和59年8月31日[藤田嗣治・一審]

⁸⁵ 平澤卓人[判批](創価学会写真ウェブ掲載)知的財産法政策学研究17号(2007年11月)187頁、上野達弘[判批](創価学会写真ウェブ掲載)速報判例解説2号(2008年4月)278頁、田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号(2011年5月)1039頁、同「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3月)56頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(5)—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究49号(2017年5月)98頁参照。

⁸⁶ 判決は当てはめの結果として、①被告がある人物の宗教者としての名誉欲を露わにした行動を非難する記事を創作するために、本件写真を使用しなければならない必要性はないこと、②被告が記事したのは、わずかに「Cの御尊体アルバム」との表題の下に、「↓西洋かぶれの出来そこない!(笑)↓」と「名誉も地位も要りません。そのような人間が世界に一人ぐらいいてもいいでしょう。(D博士との対談から)」との記載だけであるにすぎず、被告ホームページにおけるこれらの表題や上記記載部分と被告写真とは、前者が「主」で、後者が「従」という関係を有しないこと、③本件写真は上記認定のように、被写体を揶揄するような態様において使用することは、本件写真の著作者の制作意図にも強く反し、正当な引用として許容するとは考えがたいことから、被告ホームページにおける写真の掲載行為を「公正な慣行に合致」し、かつ、「引用の目的上正当な範囲内で行なわれるもの」ということはできないとして、引用の該当性を否定した。

⁸⁷ 岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)241頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)233-234頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、茶園成樹[判批](美術鑑定証書・控訴審)L&T51号(2011年4月)90頁、同「出版物における引用」上野達弘=西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015年7月・日本評論社)141-143頁、井関涼子[判批](美術鑑定証書・控訴審)ジュリスト臨時増刊1420号(2011年4月10日号)333-334頁、田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号(2011年5月)1038-1039頁、同「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3月)54-56頁、平澤卓人[判批](美術鑑定証書・控訴審)知的財産法政策学研究43号(2013年11月)306-308頁、「村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(5)—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究49号(2017年5月)97-98頁参照。

(牧野利秋裁判長)、前掲東京高判昭和60年10月17日〔同控訴審〕(蕪山嚴裁判長)を嚆矢として、明瞭区別性、かつ、主従関係性という二要件はあくまで現行著作権法32条1項の趣旨からそういう解釈を基礎付けるものであることを明らかにしてきたため、二要件説にせよ、総合衡量説にせよ、32条1項の文言から導かれる①「引用の目的」、②「公正な慣行」⁸⁸および③引用の目的に対応した「目的上正当な範囲内」という三つの要件が必要であ

⁸⁸ 「公正な慣行」要件の具体的解釈として、これを従来から尊重されてきたルールや業界における常識などに置き換えるならば、権利の保護と利用とのバランスを尊重すべきとする著作権法の趣旨と相容れないルールや業界の常識は「公正な慣行」とは認められないと指摘するものとして、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)169頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)176頁。

また、侵害でないということが明らかにならない限り、ユーザーとしては権利者からの警告等に屈さざるをえず、慣行などは形成しようもないという場合も少なくないので、「公正な慣行」なるものを要求してしまうと、新しく生成されつつある利用形態の場合には、未だ「慣行」は存在しないという理由で、カテゴリー的にこの要件の充足が否定されてしまいかねないから、新たな利用形態の場合には、公正な慣行の存在を要求すべきではなく、32条1項の文言解釈としては、本要件は公正な慣行がある場合にはそれに合致することを要する旨を示しているに過ぎず、公正な慣行が存在していない場合には、そのような事情が引用の該当性を否定する方向には働かないと解するものとして、田村善之「著作権法講義ノート21」発明94巻3号(1997年3月)84頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)241頁、同「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006年9月)1314-1315頁、同「講演録 著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト2007年6月号16頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(3・完)―寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等―」知的財産法政策学研究18号(2007年12月)40頁、同「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3月)54頁の注62。

似たような見解として、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号(2000年9月)95-96頁は、裁判所が「慣行の存在」及び「慣行の公正さ」を審理しなければならないとすると、審理負担は大きいし、審理することにどれだけ意味があるのかという点で疑問も生じるため、この要件は「引用方法ないし引用態様が公正であること」程度の要件として、緩やかに運用すべきであると指摘する。

また、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)257頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)321頁は、新しい分野においては引用が否定されてしまうおそれがあるとして、実例が乏しい分野については公正な慣行が存在しないという理由で引用を違法とすべきではなく、「条理」で判断すべきであると指摘する。高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(2008年5月・商事法務)329頁も参照。

それに対して、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタル』(2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン)626頁(金井＝小倉執筆)は慣行が確立しておればそれに従い、慣行が不明なら厳格に対応するという異なる見解を示している。

なお、横山久芳「著作権の制限(1)」法学教室341号(2009年2月号)147-148頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて―コンテンツと著作権法の役割』(2017年4月・信山社)356-357、360頁は、問題となる利用態様との関係で参照されるべき慣行が存在しない分野には、「社会通念」に照らして引用の利用態様が「社会的に相当なもの」であることが必要となると指摘する。もっとも、慣行が存在しない分野には、そもそも「社会通念」あるいは「社会的に相当なもの」というコンセンサスを得ることが困難といわざるを得ないのではなかろうか。

他方、茶園成樹「講演録『引用』の要件について」コピーライト2008年5月号15頁、同〔判批〕(美術鑑定証書・控訴審)L&T51号(2011年4月)93-94頁、同「出版物における引用」

るとして、審理判断を行うという点においては方向性が一致しているといえる⁸⁹。そして、仮に明瞭区別性、かつ、主従関係性が認められれば、「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という要件をも充足したものと評価される、すなわち、明瞭区別性と主従関係性は条文の文言どおりの適法引用要件の充足性を判断するための評価要素又はメルクマールとして機能しているもの⁹⁰と考えられるとしても、そのうち、前述したように、「主従関係性」という抽象的な要件の下で裁判所は価値判断を行っており、実は様々な要素を総合衡量している⁹¹以上、そもそも当てはめの際には「主従関係性」というメルクマールに振り回される実益はない。また、適法な引用にあたるためには、明瞭区別性は他人の著作物と区別すべきであることが要件になるとする程度の意味であれば、引用される著作物を別個独立したものとして提示して論評を加える「批評・研究目的型」の場合には、妥当といえるが、

上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）145-146頁は、ベルヌ条約9条2項、TRIPs協定13条において著作権の制限に関する、「著作物の通常の利用を妨げず」、「権利者の正当な利益を不当に害しないこと」という「スリー・ステップ・テスト」の第2ステップ及び第3ステップに照らして、ここで問題となっている「公正な慣行」とは、ある特定の分野において現実に行われている引用の方法や態様を問題としているのではなく、引用一般を対象とするもので、他人の著作物を引用する場合には、引用される著作物の通常の利用を妨げてはならず、その権利者の正当な利益を不当に害してはならないというルールのことであり、公正慣行要件はこのルールに合致することを求めるものと、と解している。

⁸⁹ 結論において同旨のものとして、大鷹一郎〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）125頁、作花文雄『『引用』概念による公正利用と法制度上の課題—『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷—』コピライト2011年9月号51-52頁、栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）304-305頁参照。

⁹⁰ 村井麻衣子〔判批〕（脱ゴーマニズム宣言・一審）北大法学論集51巻3号（2000年9月）231頁は主従関係性については、その具体的な考慮要素として、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量、被引用著作物の採録方法、態様等が実質的に「引用の目的」と、その目的にとって「正当な範囲内」であるかを判断するためのものとして機能している、と指摘する。同様に、明瞭区別性と主従関係性の二要件は適法引用の充足性を判断するためのメルクマールとして機能すると指摘するものとして、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン）228-229頁、同『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）361頁、板倉集一〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知財管理2011年8月号1252頁、作花文雄『『引用』概念による公正利用と法制度上の課題—『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷—』コピライト2011年9月号46、51頁（「指標」ないし「媒介」となる要件との表現を用いている）、栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）293-294、301-304頁参照。

⁹¹ それに対して、平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）190-192、194頁、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）303頁は、裁判所は利用の目的から見て、新たな創作活動に向けられた利用であるとされれば、利用する側が「主」であり、被引用部分が「従」であると判断される一方で、逆に、被引用部分を認識させるための利用であり、新たな創作活動に向けられていない利用と判断されれば、被引用部分こそが表現の中心として「主」であるとの評価を受ける、との異なる見解を唱えている。栗田昌裕「引用の要件について—下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）286-287、302、305頁も参照。

引用される著作物を利用する側の表現と一体化させて提示する「取込目的型」の場合にまで要件として機能するとなると、取り込んで創作する態様によっては、自由な創作を大幅に制約する危険性が生じる⁹²。そして、「取込目的型」については、明瞭区別性の要件を満たさない場合が多いとされることもあって、二要件によってすべてが説明しきれないことがある反面、32条1項の文言に従う総合衡量説の下でも、明瞭区別性は必要となる「取込目的型」の場合とそうでない「批評・研究目的型」の場合とに分けて、こうした類型論的アプローチ⁹³も可能であると考えられる⁹⁴。したがって、引用の該当性を判断するのに元の条文に立ち戻って、その文言どおりの要件に基づいて総合衡量をした「総合衡量説」に支持したい。

- 10 ただし、条文の文言どおりの要件へのあてはめとして、諸要素を総合的に衡量して判断するからといって、引用規定の適用場面・範囲を広く、緩く解するとは限らないことに留意しておく必要がある。この点に関して、二要件を維持する説と総合考慮説の実質的な違いは、前者が二要件を維持することで引用の成立を厳密に判定しようとするところにあるが、これに対しては、条文に根拠のない「明瞭区別性」と「主従関係性」の要件に関して、その
- 15 文言からすると柔軟な解決を阻む可能性があり、引用の成立範囲を不当に狭くしすぎる懸念があるとの見解⁹⁵がある。しかしながら、もともと32条1項に立ち戻っても、その際に検討の対象となるのは抽象度の高い「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という要件であり、それらの要件の具体的な事案への当てはめにおいては、裁判例の蓄積による具体化に委ねた部分が大きく、これらの要件に照らして目的、性質、内容、分量、採録方法、

⁹² 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号（2000年9月）93-94頁、同〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）119頁、同〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）145頁。

⁹³ 「取込目的型」の場合と「批評・研究目的型」の場合とに類型化し、批評・研究目的型の場合には二要件は妥当するが、取込目的型の場合には二要件は妥当せず、①利用する側の表現の目的上、他の代替措置によることができないという必要性があること、②必要最小限の引用に止まっていること、③著作権者に与える経済的な不利益が僅少なものに止まること、という三要件を満足する利用態様を適法な引用と認めるものとして、田村善之「著作権法講義ノート21」発明94巻3号（1997年3月86）頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）242-244頁、同「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号（2006年9月）1312頁、同「講演録 著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト2007年6月号14-15頁、同「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3月）49頁の注53参照。

⁹⁴ この点に関して、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）627頁（金井＝小倉執筆）は「明瞭区別性」や「主従関係性」は、「公正な慣行」「正当な範囲」の判断の一要素に吸収されるので、主従関係性に言及する従来の裁判例もこの観点から再検討されるべきであると指摘する。

⁹⁵ 山内貴博〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）151頁。

- 採録態様等、様々な要素を総合考慮していくという点では、従来の主従関係性の議論と本質的な差異はないといわざるを得ないのではなかろうか⁹⁶。そして、条文の文言どおりに「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」か否かを検討するところ、利用目的の正当性や明瞭区別性⁹⁷などの具体的な要件としては要求されれば、二要件説と同じ、他人の著作物を引用して利用することが許されるためにさらに限定する方向に働く可能性⁹⁸は否定できないだろう。結局のところ、32条1項の引用規定の趣旨⁹⁹及び著作権法上他人の著作物を自由に利用できる旨の各個別のルール型の制限規定に関する条文構造のインテグリティ¹⁰⁰との関係で、裁判所の裁量をどこまで認めるかが焦点になり、そこでの考察が不可欠

⁹⁶ 川原健司「引用の適法要件」東京大学法科大学院ローレビュー1号（2006年8月）62頁、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン）227頁、同『著作権法詳説―判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）359頁。

また、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）169頁の注10、同（第3版・2016年12月・有斐閣）175-176頁の注14は、明瞭区別性と主従関係性の二要件を離れて著作権法32条1項の条文に従い「公正な慣行」と「引用の目的上正当な範囲内」の要件を吟味して様々な要素を総合考慮していくことを示した東京地判〔絶対音感・一審〕は、考慮の指針が示されていないという意味で、明瞭区分性と主従関係性を要件とした従来の裁判例と大差ないと指摘する。

⁹⁷ 学説では、二要件説に批判的な見解においても、被引用著作物と区別すべきであることが要件になるとする程度の明瞭区別性は適法引用の当然の要件と理解されることが多い。例えば、32条1項の文言に従う総合衡量説を提唱する、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号（2000年9月）93頁、同〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）119頁、同〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）145頁参照。また、斉藤博〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）判例時報2114号（2011年8月）176-177頁は、公正な慣行への合致と引用の目的上正当な範囲内は、これまでの明瞭区別性と主従関係性をも包摂しうる不確定概念であるので、現行規定の用語でいえば、これまでの二要件は公正な慣行なり、引用の目的上正当な範囲の中で読み込むことができると指摘する。

⁹⁸ 例えば、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）167頁（島並良執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）184頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）168、169頁の注9、同（第3版・2016年12月・有斐閣）174-175、175頁の注13は、「引用」という言葉の意味から、明瞭区分性と主従関係性が引用該当性の前提要件として、明文規定のある「公正な慣行」や「目的上正当な範囲内」のような規範的要件は明瞭区別性・主従関係性を充たした引用の中から、さらに適法なそれを選別する機能を担うと解している。

⁹⁹ この点を示唆するものとして、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）319頁の注27、栗田昌裕「引用の要件について―下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年11月・弘文堂）304頁参照。

¹⁰⁰ この点を示唆するものとして、斉藤博〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）判例時報2114号（2011年8月）177-178頁は、「引用」は「転載」（32条2項、39条1項）、掲載（40条2項、47条）、「利用」（40条1項）など、著作権法上他人の著作物を自由に利用できる場合をあらかじめ定めた自由利用の中の一つの類型にすぎず、他人の著作物を自由に利用できる旨の諸制限規定との意味連関から、引用の内包外延は自ずと定まってくるので、このことは報道、批評、研究その他の目的の解釈にも一定の限界付けを求めることになり、引用の目的上正当な範囲内の解釈も無際限なものとはならないと指摘する。

であるといえよう。

実際のところ、前述したように、二要件に全く触れずに32条1項の文言に従う立場を採用する裁判例をみても、否定例がほとんどである。そのうち、引用の該当性を肯定した裁判例としては、美術鑑定証書についてほぼ同内容の判断を示した、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕を除いて、「二要件を充足しない場合であっても」、条文の文言どおりの要件に基づいて総合衡量をした結果、32条1項に該当することにより、著作権侵害を否定した裁判例はそもそも存在していなかった。

また、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕の事案に即して、有体物の美術作品の真贋を鑑定するという利用の目的及び鑑定証書に鑑定対象の絵画の縮小コピーを添付する事実に着目すれば、判決ははたして「引用」あるいは「引用の目的」を規範的に広く解して、批判、研究に準じる表現目的とは無関係の様々な著作物の利用を、引用として許容する可能性を示唆したものと位置付けることができるだろうか。そもそも従来の明瞭区別性及び主従関係性という二要件をこの事案において検討するとしても、利用する側の鑑定証書本体と、被利用部分の絵画の縮小コピーという性質の異なる表現であることから、両者を明瞭に区別できることは明らかであろうし、両者の間に鑑定証書本体が主、鑑定対象の絵画の縮小コピーが参照資料として従であるとの理由から、主従関係性も充たされと考えれば¹⁰¹、引用該当性を肯定できるとして、同じ結論に至るだろう。また、確かに問題となった鑑定証書本体には日付け、鑑定人、鑑定対象の絵画に係る「作品題名」「作家名」「寸法」等しか記載されないものの、鑑定証書においては多少なりとも有体物の鑑定対象の絵画の原作に対する研究的要素があること¹⁰²を理解すれば、条文の文言どおりの研究その他の「引用の目的」要件を満たさないとはいき切れなくなるといわざるを得ないのである。

さらに、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕は従来の引用に該当するための要件とされてきた「明瞭区別性」と「主従関係性」の二要件に全く触れることなく、米国著作権法におけるフェア・ユースの四要素と類似した諸要素の総合的な衡量による判断枠組みを示し、またその当てはめを行った上で、美術鑑定という利用の目的との関係で、有体物の絵画の原作と所在を共にすることが想定されており、パウチラミネート加工されて製作された鑑定証書のみ鑑定対象の絵画のコピーを添付するという、著作権者の経済的利益を得る機会が失われるということが考え難い利用態様が適法な引用として著

¹⁰¹ 山内貴博〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）判タ別冊32号（2011年9月）311頁、同「引用」ジュリスト1449号（2013年1月）77頁、愛知靖之〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）商事法務2035号（2014年6月）46頁。

¹⁰² 山内貴博「引用」ジュリスト1449号（2013年1月）77頁。

作権侵害を否定した点で、特徴的な判決といえる。しかしながら、その後、「風水」に関する 87 字、143 字のブログ記事の内容を擲揄する目的でその表現を改変した上、それをウェブサイトにて匿名で投稿した事案において、ブログ記事の著作権者の経済的利益を得る機会が失われるということも考え難い利用態様であるものの、前掲東京地判平成 28 年 1 月 29 日

5 「風水」発信者情報開示請求（東海林保裁判長）は、同じ米国著作権法におけるフェア・ユースの四要素を彷彿させる衡量要素、すなわち「他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などを総合考慮すべきである」旨を説いたが、当てはめる際には、本件情報は原告記事の内容を擲揄することを意図して、記事 1 の「自然科学」を「妖怪学」に変更

10 したり、記事 2 の「学術発表」を「詐欺発表」に変更したりしたものであり、引用元等を明示することもなく引用元の表現を改変した上、それをウェブサイトにて匿名で投稿したものであって、これが議論を目的としたものとはいえないばかりか、公正な慣行に合致した正当な範囲内での引用であるともないとして、引用の成立を否定した。そういう意味では裁判例の趨勢を見極める必要は残っている。

15

「風水」発信者情報開示請求 事件

対比表（裁判所 HP より）

原告記事 1（87 字）	情報 1
風水とは、何なのかを述べるにあたり、一言で述べるならば「自然科学」だということです。自然科学の定義とは、自然に属する諸対象を取り扱い、その法則性を明らかにする学問のことです。	風水とは、何なのかを述べるにあたり、一言で述べるならば「妖怪学」だということです。妖怪学の定義とは、風水に属する諸対象を取り扱い、その法則性を明らかにする学問のことです。
原告記事 2（143 字）	情報 14
これまで台湾における五術文化の学術発表にかかわってきて、とても不愉快な文化の冒涇・歪曲にしか思えない独創と捏造による江湖派理論や、悪質な宗教による術数を利用した洗脳と金儲けを目撃する度に胸くそが悪かったのですが、こういった国家規模での認定試験ができたことで時代は着実に変わり始めました。	台湾における五術の詐欺発表にかかわって、とても愉快な文化の笑い話・小説に思える独創な江湖派理論や、宗教による術数を利用した金儲けを目撃する度に、呆れたのですが、こういった国家機関での検閲制度ができたことで、新たな手口を防止する時代に変わりました。 五術とか言ってみても、基本的には占いと割り切るべきで、俗的な迷信文化という肩書きの中で永遠に暮らすのが占い師の定めです。とかく流派が多く玉石ではなく、玉石混淆の

	理論が入り乱れる五術ですが、陥れやすい騙されやすい、統一見解を得た見本が既に発刊されており参考になりますね。

第3節 判決の結果からみた利用の目的ごとに異なる判断基準をとる傾向

ここまで本稿は、各判決の文言に着目して裁判例を分類してきた。引用規定に関する裁判例を整理するに際して、以上のように各判決の抽象論に重きを置いて検討しても、得るところは少ないように思われる。「主従関係性」は言うまでもなく、たとえ著作権法32条1項の文言に従うとしても、引用の該当性を肯定した判決も否定した判決も、「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」を繰り返しているにとどまり、抽象的な文章だけからは、いったいどのような場合に引用の該当性が成立するのか、よく分からないからである。裁判例の実像を探るためには、引用の該当性を判断するにあたり、条文の文言どおりの規範的な要件への具体的な当てはめを検討することが肝要となる¹⁰³。

そして、一般に、権利制限の要件は、利用目的の正当性を問う要件と、利用態様の相当性を問う要件から構成されているところ、著作権法32条1項の引用については、利用目的の正当性を問う要件として「引用の目的」要件が、利用態様の相当性を問う要件として「公正な慣行」要件と「目的上正当な範囲内」要件が規定されているものと解することができる¹⁰⁴。そこで、「引用の目的」という利用目的の正当性を問う要件及び「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問う要件に焦点をあてて、各要件の個別的な説示そのものではなくて、判決の抽象論を離れ、それを適用した判決の結論に従って引用の該当性の有無の分岐点に着目すると、以下のように裁判例には具体的にどのような事案で肯定され、どのような事案で否定されるのかについて、利用の目的ごとに異なる判断基準をとる傾向にあるといえる。

第1項 第1類型—被引用著作物を批評する目的で批判の対象部分を採録した事案

被引用著作物の表現それ自体を批評することを目的として、批判の対象部分を採録した

¹⁰³ 田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理 56 卷 9 号(2006 年 9 月) 1311 頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(3・完) 一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等一」知的財産法政策学研究 18 号(2007 年 12 月) 34 頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた一美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に一」法曹時報 63 卷 5 号(2011 年 5 月) 1038 頁、同「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』の克服に向けて一」知的財産法政策学研究 44 号(2014 年 3 月) 54 頁。

¹⁰⁴ 横山久芳「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』(2017 年 4 月・信山社) 354 頁参照。

事案においては、①前掲水戸地裁竜ヶ崎支判平成11年5月17日〔飛鳥昭雄の大真実〕（納谷肇裁判長）（被引用著作物の主張する仮説を「科学的論理的に検証ないし批評する目的」で、「とんでも本」といわれるような漫画本中の多数の記載や図絵を利用した事案）、前掲東京地判平成11年8月31日〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕（森義之裁判長）、前掲東京高判平成12年4月25日〔同控訴審〕（山下和明裁判長）¹⁰⁵（漫画という表現形式によって意見を主張、表明する被引用著作物の一部を、その意見に対する批評、反論を目的とした書籍のなかに、当該漫画のカットを多数引用した書籍を発行するに当たり、画像に目隠しを施したり、コマの配置を変更したりする事案）のように、他人の著作物を翻案して自己の著作物に取り込む行為¹⁰⁶や複製物の鑑賞性、分量の大小がまったく問われない場合すらあるなど、利用態様の相当性、そして引用の該当性が認められやすいのである¹⁰⁷。ただし、例外として、引用されるものと引用するものが別の媒体であって、かつ、時間的にも離隔した状況で利用されたという事案¹⁰⁸において、批評、反論とは関係のない内容も多数含まれていること等を理由に、引用の該当性を否定した事例がある（前掲東京地判平成24年9月28日〔靈言DVD〕（大須賀滋裁判長）参照）。

¹⁰⁵ ただし、漫画のコマの引用に際して加えられた改変が著作権法20条4号にいう「やむを得ないと認められる改変」に当たり適法であるとされた東京地判〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕に対し、東京高判〔同控訴審〕は漫画のコマの配置等を変えた行為について同一性保持権を侵害するとした。

¹⁰⁶ それに対して、渋谷達紀『著作権法』（2013年2月・中央経済社）250頁は他人の著作物を翻案して自己の著作物に取り込む行為は、公正利用行為ではないので、画像に目隠しを施したり、コマの配置を変更したりする行為は引用として許容されると判示した東京地判〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕、東京高判〔同控訴審〕の解釈は妥当でないと批判している。

¹⁰⁷ 東京高判〔脱ゴーマニズム宣言・控訴審〕について、小塚莊一郎〔判批〕（絶対音感・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）123頁、同〔判批〕（絶対音感・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）149頁（ただし、出典の表示など引用の態様は問題となっていると指摘する）。

また、平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）193-194頁も、掲載した漫画カットが独立した鑑賞性を有することを認めつつ、利用する側が被引用著作物を批判・批評するという関係にあることを根拠に引用の該当性を肯定した東京高判〔脱ゴーマニズム宣言・控訴審〕のように、著作権者に与える経済的不利益が若干大きいと考えられる掲載態様であっても、そのような掲載態様でなければ批評、批判等の目的を達成できないと判断されれば、引用が認められると指摘する。

他方、〔脱ゴーマニズム宣言〕事件では、引用は批評を目的としていたという点以外に、もう一つの要素として、被引用著作物は漫画であり、視覚的要素にくわえて、コマに従っていく経時的要素を併有しているので、そのうちの一部だけを取り出すということにより、元の経時的要素に存する鑑賞性が減殺され、結果として引用の該当性が肯定されやすい方向にはたらいいたものと解する見解として、上野達弘〔判批〕（脱ゴーマニズム宣言・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）167頁、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）327頁参照。

¹⁰⁸ 青木大也〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）ジュリスト1460号（2013年11月号）108頁参照。

第2項 第2類型—利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在するとは言い難く、むしろ単なる冒用・転載に近い事案

- 5 利用の目的としては、外部性に起因する市場の失敗が存在するとは言い難く、むしろ単なる冒用又は転載に近い利用の場合、具体的には①他人の論文を被告刊行の著書に被告が著作したかのような体裁で収録された事案（前掲東京地判昭和61年4月28日〔「豊後の石風呂」論文〕（元木伸裁判長））、②自己の書籍に雑誌の最終号に掲載された出版元から読者宛に書かれた挨拶文をまとめて掲載した事案（前掲東京地判平成7年12月18日〔ラストメッセージ〕（西田美昭裁判長））、③他人の著作物をインターネット上の電子掲示板や自己のホームページ上に転載した事案（前掲東京地判平成16年3月11日〔2ちゃんねる小学館・一審〕（三村量一裁判長）、前掲東京地判平成22年5月28日裁判所HP〔がん闘病記転載〕（岡本岳裁判長））、④原告テスト問題を使用した学習教材であることを宣伝広告の目的として、同様にテスト問題として利用した事案（前掲東京地判平成8年9月27日〔四谷大塚問題解説書（四進レクチャー）・一審〕（西田美昭裁判長）、前掲東京高判平成10年2月12日〔同控訴審〕（伊藤博裁判長））、⑤教科書の補助教材として、英語教科書の内容を録音したテープを製作販売する事案（前掲東京地判平成3年5月22日〔英語教科書準拠録音テープ〕（清永利亮裁判長））、⑥試験の問題として教科書に掲載された作品を利用して市販の教材を作成した事案¹⁰⁹（前掲東京高決平成12年9月11日〔国語教科書準拠テスト〕（田中康久裁判長）、前掲東京地判平成13年12月25日〔教科書準拠教材Ⅰ〕（森義之裁判長）、前掲東京地判平成14年12月13日〔教科書準拠教材Ⅱ〕（森義之裁判長）、前掲東京地判平成15年3月28日〔教科書準拠国語テスト・一審〕（森義之裁判長）、前掲東京高判平成16年6月29日裁判所HP〔同控訴審〕（北山元章裁判長）（一審判決引用）、前掲東京地判平成16年5月28日〔教科書準拠国語ドリル〕（高部眞規子裁判長））、⑦美術品の贋作（前掲大阪地判平成8年1月31日〔エルミア・ド・ホーリィ贋作・一審〕（下村浩藏裁判長）、前掲大阪高判

¹⁰⁹ 著作権法36条1項の規定の趣旨から、入学試験等又は検定の公正な実施のために、その問題としていかなる著作物を利用するかということ自体を秘密にする必要性があり、そのために当該著作物の複製についてあらかじめ著作権者から許諾を受けることが困難である試験又は検定の問題でない限り、同項所定の「試験又は検定の問題」ということはできないと解される。そうすると、一般書店で販売されている学習教材は著作権法36条1項所定の「試験又は検定の問題」としての複製に当たるとはいえない（東京高決平成12年9月11日裁判所HP〔国語教科書準拠テスト〕、東京地判平成15年3月28日判タ1166号223頁〔教科書準拠国語テスト・一審〕、東京高判平成16年6月29日裁判所HP〔同控訴審〕（一審判決引用）、東京地判平成16年5月28日判タ1195号225頁〔教科書準拠国語ドリル〕参照）。

このように、著作権法は他人の著作物を試験問題として利用する場合に関して、36条1項所定の要件の下で特別にこれを許容しているが、学校用教科書に準拠した市販のテスト教材に他人の著作物を掲載した事案で、36条1項の要件を充足しない場合でも、32条の引用規定によって敗者復活を認めるとすれば、秘密性・有償性を要件としている36条1項の意義を失わせることになり、各個別のルール型の制限規定による法のインテグリティに反するようにも考えられる。

平成9年5月28日〔同控訴審〕（中田耕三裁判長）（一審判決引用）（ピカソの原画とよく似通っており、その画面下方にピカソの署名を記載する贋作）、⑧売買する目的で、オンラインオークションにおいて商品を販売する際に商品メーカーが撮影した宣伝用写真をウェブページ上に掲載した事案（前掲東京地判平成19年10月29日ウエストロー・ジャパン〔ジューズ販売サイト発信者情報開示請求〕（金子順一裁判長））、⑨観光ガイドに実在する施設をグラフィックデザインの技法で描いた個々の「ピクトグラム」を小さくそのまま掲載した事案（前掲大阪地判平成27年9月24日〔大阪城ピクトグラム〕（高松宏之裁判長））のように、裁判所は、利用目的の正当性を問うところ、比較的簡単に引用の該当性を否定している。なお、肯定例であるが、二次利用に係る許諾の範囲内の行為であるとの理由から、傍論と位置づけられるべきものとして、前掲大阪地判平成25年7月16日〔岡山県パンフレット〕（山田陽三裁判長）がある。

第3項 第1類型と第2類型の中間的類型として、利用の目的としてはが外部性に起因する市場の失敗が生じる事案

15

第1類型と第2類型の中間的類型として、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が生じる事案においては、裁判所は利用目的の正当性を問うところ、第2類型のように比較的簡単に引用の該当性を否定することはないが、「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問うところ、厳しく審査し、利用目的との関係で被引用著作物を利用しなければならない必要性、著作権者に経済的な損害を与えない利用態様の必要最小限性が認められなければ適法な引用であるとは考えないのである。具体的には、まずは、批評する目的ではないが、利用する側の文脈の中で、引用側が一定の主張を展開するにあたり、解説の対象・先行文献・参考資料・補足資料として被引用著作物が利用されている場合には、いずれも引用の該当性の否定例であるが、①前掲東京地判昭和59年8月31日〔藤田嗣治・一審〕（牧野利秋裁判長）、前掲東京高判昭和60年10月17日〔同控訴審〕（蕪山巖裁判長）¹¹⁰（美術全集の内の一巻中の美術史に関する解説文の数頁に一人の画家の絵合計12点の図版が他の画家の絵の図版と共に掲載された事案）、②前掲東京地判平成12年2月29日〔中田英寿（詩）・一審〕（三村量一裁判長）、前掲東京高判平成12年12月25日〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）（原告の中学生時代の詩の全文を、プロスポーツ選手の生立ちを著述した被

25

¹¹⁰ 判旨は、採録頁に上質紙を使い、各図版の大きさも小型のもので8分の1頁、大型のものは3分の2頁に割り付けられており、解説文の絵画に関する記述も当該絵画と同じ頁に記載されているものは2点にすぎないために解説文の記述との結びつきが希薄であるので、こうした採録の方法は、論文に対する理解を補足するといった性質を超えてそれ自体観賞性を有する図版として独立性を有するものであるから、引用の要件を満たさないと判示している。

この点に関して、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）315-316頁は解説書等においては、独立鑑賞性がある形態で採録する必要最小限性はないからであると評している。

告書籍に掲載した事案)¹¹¹、③前掲東京地判平成13年6月13日〔絶対音感・一審〕(飯村敏明裁判長)、前掲東京高判平成14年4月11日〔絶対音感・控訴審〕(山下和明裁判長)(書籍「絶対音感」のある一章に英語版演劇台本の翻訳文に掲載した事案)、④前掲東京高判平成13年9月18日〔建築エスキース・控訴審〕(山下和明裁判長)(書籍の中に建築家が建築物を設計するにあたり、その構想をフリーハンドで描いたスケッチ(「エスキース」)を掲載し、これを解説する文章を付した事案)¹¹²、⑤前掲東京地判平成16年5月31日〔X0 醬男と杏仁女・一審〕(高部真規子裁判長)、前掲東京高判平成16年12月9日〔同控訴審〕(佐藤久夫裁判長)(中国語で書いた詩9編を日本語に翻訳して被告の小説中にストーリーの一部を構成するものとして全文掲載した事案)¹¹³、などがある。

10

以上に対して、極めて少ない引用の肯定例として、前掲知財高判平成22年10月13日〔美術鑑定証書・控訴審〕(滝澤孝臣裁判長)¹¹⁴、前掲東京地判平成26年5月30日〔美術鑑定証書Ⅱ〕(東海林保裁判長)のほかに、京都地判平成2年11月28日無体集22巻3号797頁〔脳波数理解析論文・一審〕(露木靖郎裁判長)(参考文献としての論文引用)、前掲東京地判平成10年10月30日〔血液型と性格の社会史〕(八木貴美子裁判長)(被告書籍の文脈の中で、先行文献として血液型研究の歴史的経緯に関する原告231頁の書籍を11頁に大幅に要約して被告書籍に利用した事案)がある。もっとも、京都地判〔脳波数理解析論文・一審〕は、本来ならば創作的な表現とは認めがたい文章が共通しているに過ぎなかったところを引用の問題とした判決に過ぎない(大阪高判平成6年2月25日知財集26巻1号179頁〔同

15

¹¹¹ この事案について、著作物を利用する側が新たな創作活動をしているとは言えず、単なる冒用に近い場合、裁判所は、比較的簡単に引用の適法性を否定していると、本稿の第2類型に近い類型に位置付ける見解として、平澤卓人〔判批〕(創価学会写真ウェブ掲載)知的財産法政策学研究17号(2007年11月)190-191頁、小塚莊一郎〔判批〕(絶対音感・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・有斐閣・2009年12月)123頁、同〔判批〕(絶対音感・控訴審)小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号(第5版・2016年12月・有斐閣)149頁参照。また、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む14章』(第10版・2016年12月・勁草書房)360-361頁はこの事案について、報道、批評、研究等の目的がなかったことを理由に引用を否定してもよかったと指摘する。

¹¹² この事案について、著作物を利用する側が新たな創作活動をしているとは言えず、単なる冒用に近い場合、裁判所は、比較的簡単に引用の適法性を否定していると、本稿の第2類型に近い類型に位置付ける見解として、平澤卓人〔判批〕(創価学会写真ウェブ掲載)知的財産法政策学研究17号(2007年11月)190-192頁参照。

¹¹³ この事案について、小塚莊一郎〔判批〕(絶対音感・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・有斐閣・2009年12月)123頁、同〔判批〕(絶対音感・控訴審)小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号(第5版・2016年12月・有斐閣)149頁は、裁判所は利用態様の相当性を厳しく審査し、被引用著作物を利用しなければならない必然性が認められなければ適法な引用であるとは考えないと解している。

¹¹⁴ この事案では被引用著作物を利用しなければならない必要性などが詳細に論じられていると指摘するものとして、小塚莊一郎〔判批〕(絶対音感・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・有斐閣・2009年12月)123頁、同〔判批〕(絶対音感・控訴審)小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号(第5版・2016年12月・有斐閣)149頁参照。

控訴審〕（潮久郎裁判長）参照¹¹⁵。また、東京地判〔血液型と性格の社会史〕は、血液型研究の歴史的経緯に関する231頁の書籍を11頁に要約する行為が問題とされており、被引用著作物における記述の筋道等の創作的表現が再生されたともいえないであろうから、そもそも類似性のところで著作権侵害が否定されるべき事案であったといえる¹¹⁶。なお、被引用部分5は著作物とは認められず、傍論と位置づけられるべきものとして、前掲東京地判平成22年1月27日〔月刊ネット販売（図表編集）〕（清水節裁判長）がある。

また、批評する目的ではないが、揶揄・パロディの目的で被引用著作物を利用して、それとまったく性質を異にする著作物が創作される場合には、前掲東京地判平成28年1月29日10〔「風水」発信者情報開示請求〕（東海林保裁判長）（「風水」に関するブログ記事の内容を揶揄する目的でその表現を改変した上、それをウェブサイトにて匿名で投稿した事案がある。

第二に、被引用著作物の表現自身を批評、揶揄することなく、他の対象を批評する目的でこの第三者の著作物を利用する場合には、いずれも引用の該当性の否定例であるが、①前掲15東京地判昭和47年11月20日〔パロディ・モンタージュ写真・一審〕（荒木秀一裁判長）、前掲最判昭和55年3月28日〔同第一次上告審〕、②前掲東京地判平成15年2月26日〔創価学会写真ビラ・一審〕（飯村敏明裁判長）、前掲東京高判平成16年11月29日〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）、③前掲東京地判平成19年4月12日〔創価学会写真ウェブ掲載〕（設楽隆一裁判長）、④前掲東京地判平成23年2月9日〔都議会議員写真ビラ〕（岡本岳裁判長）、20前掲知財高判平成23年10月31日〔同控訴審〕（中野哲弘裁判長）（一審判決引用）、⑤前掲東京地判平成27年4月27日〔肖像写真投稿者情報開示請求〕（嶋末和秀裁判長）、⑥前掲東京地判平成27年11月30日〔肖像写真投稿者情報開示請求Ⅱ〕（嶋末和秀裁判長）、⑦前掲東京地判平成28年1月18日〔創価学会発信者情報開示請求〕（嶋末和秀裁判長）、などがある。

第三に、宣伝広告又は販売する目的で美術の著作物の原作品の展示又は譲渡の申出に伴う複製の場合¹¹⁷には、いずれも引用の該当性の否定例であるが、①新聞社が「バーンズ・

¹¹⁵ 田村善之「著作権法講義ノート 21」発明94巻3号（1997年3月）90頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）259頁の注5。

¹¹⁶ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）260頁の注6、村井麻衣子〔判批〕（血液型と性格の社会史）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）135頁、同〔判批〕（血液型と性格の社会史）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）161頁。本判決の後に出了た、最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差迫分・上告審〕も参照。

¹¹⁷ 2009年著作権法47条の2が改正された前、日本の著作権法がフェア・ユースのような権利制限の一般規定を欠くことに鑑み、「引用」の解釈において著作権者の利益と著作物を利用する者の利益のバランスを図る必要があるところ、検索サイトにおける検索結果の表示やインターネットのオークションにおける画像の掲載等にも引用規定の適用を認める解釈が主張されるのは、田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号

コレクション展」を美術館で開催するのに関連し、入場券、カラー特集の新聞記事にピカソの絵画を複製掲載した事案（前掲東京地判平成10年2月20日〔バーズ・コレクション〕（西田美昭裁判長））¹¹⁸、②オークション出品カタログに美術品の画像を掲載した事案（前掲東京地判平成21年11月26日〔オークション出品カタログ〕（阿部正幸裁判長）¹¹⁹、前掲東京地判平成25年12月20日〔毎日オークションカタログ・一審〕（大須賀滋裁判長）、前掲知財高判平成28年6月22日〔同控訴審〕（清水節裁判長））、などがある。

第4項 検討—引用規定の厳しい解釈からフェア・ユース化の活用ないし柔軟な解釈への転換の可能性

以上に見られる利用の目的ごとに異なる判断基準をとる裁判例の考え方は、まずは被引用著作物の表現それ自体を批評することを目的として、批判の対象部分を採録した第1類型の利用に対して、複製物の鑑賞性、分量の大小がまったく問われない場合すらあるなど、利用態様の相当性、そして引用の該当性が認められやすいのである。また、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在するとは言い難く、むしろ単なる冒用・転載に近い第2類型の利用に対して、裁判所は利用目的の正当性を問うところ、比較的簡単に引用の該当性を否定している。さらに、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が生じるも

（2006年9月）1312-1315頁、同「講演録 著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト2007年6月号15-16頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（3・完）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究18号（2007年12月）36-38、39-40頁、平澤卓人〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）315頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（5）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究49号（2017年5月）頁参照。

同様に、47条の2が改正された前、美術の著作物の原作品を展示・譲渡する者の利益と著作権を有する者の利益を調整するために、辰巳直彦〔判批〕（ダリ）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）165頁は、オークション作品を単に「特定」する態様であれば「引用」に当たると解している。さらに、同165頁は現在においては、大きなポスターはともかく、絵画展の入場券に小さく展示絵画を複製利用することも、新聞等における絵画展の広告記事に小さく展示絵画を複製利用することも、絵画展を「特定」し、著作権者の経済的利益を不当に害する態様とは認められない限り、公衆に美術の著作物をその原作品を展示することにより提示するための申し出として、47条の2の要件を類推して、「引用」に当たると解している。

¹¹⁸ この事案について、著作物を利用する側が新たな創作活動をしているとは言えず、単なる冒用に近い場合、裁判所は、比較的簡単に引用の適法性を否定していると、本稿の第2類型に近い類型に位置付ける見解として、平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）190-193頁、小塚莊一郎〔判批〕（絶対音感・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）123頁、同〔判批〕（絶対音感・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）149頁参照。

¹¹⁹ 著作権法47条の2が施行された前、オークションカタログへの美術の著作物の複製行為につき、32条1項の適用を否定した先例である。

の、第1類型の批評の利用目的なら別として、それ以外の目的とする第3類型の利用に対して、裁判所は「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問うところ、比較的厳しく捉えており、引用規定の適用を制限しようとする態度であると総括することができる。

5

その結果、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在しないと判断される場合には、東京地判〔ジュース販売サイト発信者情報開示請求〕事件のように、著作権者、すなわち商品メーカーの市場機会に与える影響は些少なもので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかない、というよりむしろ商品メーカーが撮影した宣伝用写真を利用することによって、同商品の販売促進に資することであっても、適法な引用と解する余地はないとされる。また、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が生じるものの、被引用著作物の表現自身を批評、揶揄することなく、他の対象を批評する目的でこの第三者著作物を利用する場合には、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕、東京地判〔創価学会写真ビラ・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、東京地判〔創価学会写真ウェブ掲載〕、東京地判〔都議会議員写真ビラ〕、知財高判〔同控訴審〕、東京地判〔肖像写真投稿者情報開示請求〕、東京地判〔肖像写真投稿者情報開示請求Ⅱ〕、東京地判〔創価学会発信者情報開示請求〕のように、利用態様の相当性を問うところ、利用目的との関係で被引用著作物を利用しなければならない必要性を満たさない場合が多いから、適法な引用にならないとされる¹²⁰。さらに、たとえ被引用著作物を利用しなければならない必要性があったとしても、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕を除いて、東京地判〔「風水」発信者情報開示請求〕のように、利用態様の相当性を問うところ、利用行為によって被る著作権者の経済的利益を得る機会が失われるという逸失利益を優先的に考慮されたため、32条1項の引用規定の適用が否定される傾向がある。

25 「引用の目的」という利用目的の正当性を問うところ、本稿で鑑定証書の裏面に鑑定対象

¹²⁰ 分類の仕方について異なる点があるものの、平澤卓人〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）188-199頁、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）293、306、346-348頁は、「引用の目的」を規範的要件として緩やかに解釈した〔美術鑑定証書・控訴審〕が現れたまでの裁判例は、批評、研究を典型例とする表現活動に向けられた他人の著作物の利用であったとみられる事案についてのみ、引用の該当性を肯定していたものに限られており、それ以外の目的の利用を適法な引用として認める裁判例は存在していなかったと指摘したうえで、同〔判批〕（創価学会写真ウェブ掲載）知的財産法政策学研究17号（2007年11月）209-212頁は、東京地判〔創価学会写真ウェブ掲載〕は被写体の行動を批評するために第三者の写真を引用する必要性がないとした判断、掲載態様が著作者の製作意図に反することを考慮した判断、複製物の鑑賞性を独立した要件と位置付ける判断は、批評活動全体が大きく制約することになりかねないと、判決を批判する。また、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）348頁は、〔都議会議員写真ビラ〕事件はビラの写真以外の記載が主、写真が従である従来の主従関係性及び明瞭区別性を満たす限りで、引用の該当性を肯定してもよいと解する。

の絵画の縮小カラー・コピーを添付する事案（知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕）について、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在することや広い意味での研究的要素があるものとして、第3類型に分類される読み方に対して、学説においては、そのような事案はそもそも研究等の新たな創作活動に向けられたものではないので、むしろ本稿の単なる転載に近い第2類型に属する事案と位置付けられたうえで、上記第2類型に属する裁判例の傾向と違って、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕は引用の目的の正当性を広く解した判決だと理解されている¹²¹。ともあれ、「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問うところ、鑑定証書に鑑定対象の絵画のカラー・コピー（面積192.78 cm²）については、絵画の特定・偽造防止のため相応に鮮明でなければならないはずであり、少なくともライセンス料など、著作権者の経済的利益を得る機会が失われるという逸失利益が生じるようにも思われるが、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕ではそれを問題視されていないのである¹²²。その意味では、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在しない第2類型に属する裁判例はいうまでもなく、外部性に起因する市場の失敗が生じる第3類型に属する裁判例の傾向とも一線を画するものといえる。このように問題となる利用の目的が著作権法上正当なものと評価し得るか否かという観点から、「引用の目的」を規範的に判断するような解釈を推し進めていくなれば、利用の目的が正当であって、その利用の目的に照らして利用態様が相当なものであれば、適法な引用とみなすことが可能となり、引用規定を権利制限の一般条項として活用する余地が生じること、いわゆる「引用規定のフェア・ユース化」の活用¹²³になるということである。

¹²¹ 例えば、平澤卓人〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究 43 号（2013 年 11 月）293 頁は知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕の事案は、新たな創作活動に向けられた利用形態ではないため、「引用」の目的を広く解した裁判例と理解できると述べている。

¹²² 青木大也〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）ジュリスト 1460 号（2013 年 11 月号）110 頁は、絵画の特定・偽造防止のため相応に鮮明でなければならないはずであり、利用の程度が強度である本件コピーについては、判旨では問題視されておらず、注意が必要であると指摘する。

¹²³ 引用規定のフェア・ユース化の活用に対する批判的見解を含めて、横山久芳「フェアユース」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—』（2008 年 3 月）（<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017 年 5 月 7 日確認）43 頁、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 2009 年 5 月号 51-52 頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017 年 4 月・信山社）342 頁、井関涼子〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）ジュリスト臨時増刊 1420 号（2011 年 4 月 10 日号）334 頁、作花文雄『「引用」概念による公正利用と法制度上の課題—『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷—』コピーライト 2011 年 9 月号 35、52 頁、平澤卓人〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究 43 号（2013 年 11 月）293、310-315 頁、青木大也〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）ジュリスト 1460 号（2013 年 11 月号）109 頁、茶園成樹「出版物における引用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015 年 7 月・日本評論社）143-144 頁、辰巳直彦〔判批〕（ダリ）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231 号（第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣）165 頁、上野達弘「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテン

5 以上のように、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕は引用の目的の正当性、そして利用態様の相当性を緩く解した裁判例だと理解されれば、裁判例には、32条1項の引用規定は「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」といった
 10 特定の利用の場面・範囲に適用される個別のルール型の規定として立法化されたものであるから、引用規定の適用場面・範囲を狭く制限しようとする裁判例もあれば、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕のように、「引用の目的」という利用目的の正当性を問う入口要件、そして「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問うところ、適法な引用として許される利用態様を利用の目的に照らして緩やかに解釈して、引用規定のフェア・ユース化の活用をいとわない裁判例もある。引用の該当性を判断するにあたり、二要件説と条文の文言どおりの要件に従う総合衡量説との両者を対立的に捉えるというよりも、議論がむしろ著作権の制限規定として、引用規定を厳格かつ限定的に解釈すべきか、それともフェア・ユース的に活用して柔軟に解釈すべきか、という基本姿勢の対立に移っているように見える¹²⁴。実際、裁判所の傾向というのはこうした二
 15 つの立場に分かれていることも指摘できる¹²⁵。

著作権を制限する引用規定は厳格かつ限定的に解釈すべきとする前者の立場¹²⁶では、二

ツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）173頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（5）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究49号（2017年5月）107頁。

¹²⁴ 結論において同旨のものとして、山内貴博〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）判タ別冊32号（2011年9月）311頁、同〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）151頁参照。

¹²⁵ 結論において同旨のものとして、田村善之「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12月）10-11頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012年6月・弘文堂）408-409頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア2010年12月号・2011年1・2月号）、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号（2011年5月）1039-1041頁、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究39号（2014年4月）121頁、同「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3月）63頁参照。

¹²⁶ 学説においては、引用規定のフェア・ユース化の活用に対抗し、「引用」あるいは「引用の目的」を制限的に解釈したうえで、鑑定業務において鑑定証書に絵画のコピーを添付したことが、「引用」あるいは「報道、批評、研究その他の『引用の目的』」に含まれているとはいえず、適法引用を理由に著作権侵害を否定した知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕の判断に批判的な見解が示されているものとして、横山久芳「フェアユース」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—』（2008年3月）（<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017年5月7日確認）43-44頁、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント2009年5月号52-53頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）343、347頁（鑑定証書の偽造を防止

- 要件又は条文の文言どおりの要件により引用の適用場面・範囲は限定されていたところ、商業的利用はもちろん、企業内あるいは職業上の複製、教育現場との関係での非商業的利用、出品サイトに音楽 CD 等のジャケット画像や書籍等の出版物の表紙画像の掲載、交流サイトに記事や写真、動画のアップロードなど、上記ユーザーによる非商業的利用の事案において
- 5 も、利用目的の正当性を問うところ、そもそも多くの場合には何らかの外部性が伴うわけでもないばかりか、利用態様の相当性を問うところ、利用の際に利用目的との関係で引用しなければならない必要性、著作権者に経済的な損害を与えない利用態様の必要最小限性を要求するように厳格に解釈する従来の裁判例に従うと、こうした他人の著作物が有する価値を、本来の予定された方法によってそのまま利用する、いわゆる「消費的利用」が 32 条 1
- 10 項により救済される余地はないと判断されることになる。

一方で、引用規定をフェア・ユース的に活用して柔軟に解釈すべきとする立場¹²⁷では、

する目的で鑑定の対象となった絵画を複製する行為は、表現活動を目的とした利用行為ではないため、引用の目的に含まれない)、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)171頁の注15、同(第3版・2016年12月・有斐閣)178頁(明瞭区分性や主従関係性を用語の意味として包含している「引用」との文言からも、また、許容される引用の目的を「報道、批評、研究その他」と表現した著作権法32条1項の文意からも、引用は新たな創作活動に資するために許容されるというべきであるから、引用して利用する側は著作物でなければならない)、茶園成樹[判批](美術鑑定証書・控訴審)L&T51号(2011年4月)90-93頁、同「出版物における引用」上野達弘=西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015年7月・日本評論社)143-145、147頁(絵画のコピーが鑑定対象である絵画を特定すること以外には、自己の鑑定結果の記載と鑑定対象の絵画のコピーとの関係を表すものではないため、引用の目的に含まれない)、井関涼子[判批](美術鑑定証書・控訴審)ジュリスト臨時増刊1420号(2011年4月10日号)334-335頁(引用の目的を社会的正当性に置き換える解釈は、32条1項が「引用」を要件とした意味を失わせるものであって、妥当ではない)、板倉集一[判批](美術鑑定証書・控訴審)知財管理2011年8月号1253頁(鑑定業務が報道、批評、研究その他との関係で含まれるとはいえない)、斉藤博[判批](美術鑑定証書・控訴審)判例時報2114号(2011年8月)176-178頁(本判決は32条1項の引用規定に隣接し類似の機能を有する諸制限規定との意味連関を見ることなく、著作物の自由利用全般を引用の中に包摂するかのように判断をしたことは妥当とはいえない)、作花文雄『「引用」概念による公正利用と法制度上の課題—『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷—』コピーライト2011年9月号38-40、50-52頁(日常の用語や社会通念として、鑑定証書へ絵画の縮小コピーが添付されていることをもって、当該絵画が「引用」されていると観念できない)、富岡英次「引用についての判断基準特に引用の目的について」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法政策研究の輪—渋谷達紀教授追悼論文集』(2016年9月・発明推進協会)636頁(単に当該鑑定書の対象を特定するだけの目的のものであれば、正当な目的と認められない)。愛知靖之[判批](美術鑑定証書・控訴審)商事法務2035号(2014年6月)47頁も参照。

¹²⁷ 引用規定のフェア・ユース化の活用、又は知財高判[美術鑑定証書・控訴審]を支持するものとして、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(3・完)一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究18号(2007年12月)36-39頁、「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号(2011年5月)1038-1039、1050-1051、1054頁、同「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3月)55、58頁、山内貴博[判批](美術鑑定証書・控訴審)判タ別冊32号(2011年9月)311頁、同「引用」ジュリスト1449号(2013年1月)78頁、渋谷達紀『著作権法』

制限規定は実質的には支分権の要件を立法技術的観点から書き分けているものにすぎないから、制限規定が例外規定であることを理由に厳格解釈を求めるのは妥当でない¹²⁸。著作権といえども法律が創造した人工的なものであり、著作権法1条が「文化的所産の公正な利用」と「著作者等の権利の保護」を同等のものとして挙げていることからしても、著作権者の経済的利益を得る機会を当然に優先すべきではなく、著作権者の利益と著作物を利用する者の利益の調整が必要である¹²⁹。そして、明文にない二要件をいうまでもなく、32条1項の文言上「引用」あるいは「引用の目的」という要件は、適法引用の利用場面を特定するための要件ではなく、利用する側の利用目的に照らして当該利用目的を達成するための利用態様の相当性を判断するための要件にすぎないのである¹³⁰。このように利用の目的それ自体を限定させる意味を持たせないと解されるならば、引用規定をフェア・ユース的に活用することが可能となる。そして、文化の発展が不当に妨げられないように、司法による事後的救済という安全弁の存在が不可欠であるため、引用規定は立法機関が事前に利用の目的

(2013年2月・中央経済社) 248頁、平澤卓人〔判批〕(美術鑑定証書・控訴審) 知的財産法政策学研究 43号(2013年11月) 315、346頁、中山信弘『著作権法』(第2版・2014年10月・有斐閣) 326頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(5) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究 49号(2017年5月) 108-114頁。

さらに、最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト・上告審〕は映画著作物の頒布権(について消尽を認め、もって明文規定のない著作権の制限を承認したことから、個別制限規定以外にも法解釈によって著作権の制限を認めるものであり、実質的に例示説に立つことを意味するとしうえて、一般的包括的権利制限規に關連して、解釈論として著作権法1条の「文化的所産の公正な利用」に、米国のフェア・ユース規定と同様の一般的包括的権利制限規定の性格を肯定する見解として、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務) 216-218頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会) 205-206頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会) 頁。

¹²⁸ 作花文雄『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい) 308頁、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務) 162、217-218頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会) 154、206頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会) 頁。

¹²⁹ 内貴博「引用」ジュリスト1449号(2013年1月) 78頁参照。

¹³⁰ 著作権法32条1項の文言から導かれる「引用して利用すること」や「引用の目的」という要件により、引用の適用場面は限定されるという格別の意義を否定する見解として、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号(2000年9月) 94-95頁は「引用」とは、「翻案」行為を別にして、「複製」行為と同じ行為を指す用語にすぎないから、批判、研究に準じる表現目的とは無関係の様々な著作物の利用にも、他人の著作物を引っ張って、自己のものに取り込むことも広い意味での「引用」に含めることができると指摘する。この見解を与するものとして、杉原嘉樹『「引用」の成否及び日本版フェア・ユースについて』学習院法務研究4号(2011年7月) 87、111頁、山内貴博「引用」ジュリスト1449号(2013年1月) 77頁も参照。

また、引用の目的に関しては、「報道、批評、研究」は例示にすぎず、絵画の鑑定書を作成するために当該絵画を複製して鑑定書の裏面に表示するように、社会的に正当と認められる目的であればよいと広く解する見解として、渋谷達紀『著作権法』(2013年2月・中央経済社) 248頁(ただし、誹謗中傷文書を作成するためなどの不当または違法な目的は除かれる) 参照。大須賀滋「制限規定(1) —引用」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』(2014年6月・青林書院) 184頁は、「引用」であるかが問題となるのは、引用物と被引用物との物理的・時間的一体性に疑問が生じるような例外的な場合に限られると解している。

や場面を限定することなく、広く適用可能なフェア・ユース規定と捉えるような考えに従うならば、上記他人の著作物をそのままの形で利用しているに過ぎない消費的利用にも、裁判所が利用態様の相当性を問うところ、利用目的との関係で引用しなければならない必要性、著作権者に経済的な損害を与えない利用態様の必要最小限性を厳しく要求せず、「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」を緩く解釈すれば、引用の該当性が認められることになる。つまり、フェア・ユースのような権利制限の一般条項の導入が実現するまでは、フェア・ユースの代替措置として、司法による法解釈で引用規定をフェア・ユース的に活用し、一般条項として機能させることが可能となり、著作権者による利用と競合する可能性がある商業的利用に限って規制するという方策は、既存の引用規定に理解の仕方を変更するという形で実現していくのである。

政策形成過程のバイアスが存在するという問題、特に、フェア・ユースの導入が実現しなかった現在の日本著作権法においては、引用規定をフェア・ユース的に活用することによって柔軟な解決を図る必要性は、より高まったといえることができる。このような観点からは、政策形成過程のバイアスを矯正するための望ましい司法のあり方として、引用規定をフェア・ユース的に解釈した見解を支持したい。

第4節 引用規定の司法によるバイアスに対する矯正の失敗

以上をまとめると、著作権の制限規定として、32条1項の引用規定を厳格かつ限定的に解釈すべきか、それともフェア・ユース的に活用して柔軟に解釈すべきか、裁判所の傾向というのは二つに分かれている。どのような考えを持った裁判官が担当するかで、大きく解釈が違ってくるかもしれないが、裁判例においては引用規定に関して厳格かつ限定的な解釈を採用するものが趨勢を占めている一方で、この趨勢とは対極に位置するアプローチを示す知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕も存在するが、主流派を形成するには至っていない¹³¹。なぜなら、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕により、引用のフェア・ユース化の活用の可能性が開かれたとしても、その後の裁判例をみると、前述したように、第1類型と第2類型の中間的類型としての利用について、同じく美術鑑定証書についてほぼ同内容の判断を示した前掲東京地判平成26年5月30日〔美術鑑定証書Ⅱ〕（東海林保裁判長）、被引用部分は著作物とは認められず、傍論と位置づけられる前掲前掲東京地判平成22年1月27日〔月刊ネット販売（図表編集）〕（清水節裁判長）を除き、裁判所は利用目的の正当性を問うところ、外部性に起因する市場の失敗が生じるため、直ちに引用の該当性を否定することはないが、「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様

¹³¹ 結論において同旨のものとして、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3月）63頁参照。

の相当性を問うところ、利用目的との関係で引用しなければならない必要性、著作権者に経済的な損害を与えない利用態様の必要最小限性が過度に強調された結果、最終的に適法な引用と認めて侵害を否定した裁判例は見受けられない¹³²。

- 5 というより、むしろ、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕に示した理由のように、パウチラミネート加工されて製作された鑑定証書のみで鑑定対象の絵画のコピーを添付することは、贋作の存在を排除し、著作物の価値を高め、「著作権者等の権利の保護を図ることにもつながる」こと、かつ、有体物の絵画の原作と「別に流通することも考え難い」ことこそ、当該利用行為が著作権者の権利の保護に資することか否か、
- 10 及び著作権者に経済的な損害を与えるか否かが適法な引用になるかどうかの決め手だと考えられる。そうだとすると、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕判決の射程は、絵画の鑑定業務と同程度に著作権者の保護につながる、及び著作権者に経済的な損害を与えないという要素を見出せる限りにおいてのみ、という限定的なものと位置づけられてしまうことになる。実際にところ、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕の後、
- 15 たとえ利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が生じる事案においても、前掲東京地判平成23年2月9日〔都議会議員写真ビラ〕、前掲知財高判平成23年10月31日〔同控訴審〕、前掲東京地判平成25年12月20日〔毎日オークションカタログ・一審〕、前掲知財高判平成28年6月22日〔同控訴審〕、前掲東京地判平成27年4月27日〔肖像写真投稿者情報開示請求〕、前掲東京地判平成27年11月30日〔肖像写真投稿者情報開示請求Ⅱ〕、
- 20 前掲東京地判平成28年1月18日〔創価学会発信者情報開示請求〕、前掲東京地判平成28年1月29日〔「風水」発信者情報開示請求〕のように、他人の著作物の複製を利用することは、著作権者の保護につながるという要素を見出せない限り、適法な引用として32条1項により救済される余地はないとされる。
- 25 では、なぜ、引用規定に関しては厳格かつ限定的に解釈する裁判例が主流を占めているか。裁判所は政策形成過程において反映されにくい層の利益の代表という点では、本来であれば、抽象的な要件が法で定められているところでは、法改正を待つことなく、その気になりさえすれば、ただちに司法による舵取りが可能となるはずである。しかしながら、裁判所は引用規定の拡張ないし類推解釈の手法を取ろうとしても、引用規定の趣旨及び各個別のル
- 30 ール型の制限規定に関する条文構造のインテグリティに反することができない以上、そこにはおのずと限界が生じると考えられる。

¹³² 〔美術鑑定証書・控訴審〕の後の引用規定に関連する裁判例の分析について、青木大也〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）ジュリスト1460号（2013年11月号）109頁、平澤卓人〔判批〕（美術鑑定証書・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）346-348頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（5）—日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究49号（2017年5月）111頁、同111-113頁の注513参照。

第1項 引用規定の趣旨

5 まずは、そもそも32条1項の引用が認められる正当化根拠については、引用を「付加価値を伴った利用」として、アイデアばかりではなく、どうしても既存の著作物を利用しなければならない場合には、著作権を制限することにより、著作物の利用を促進したほうがよい、という公益的な理由に根拠を求めている¹³³点は注目される。付加価値について、情報の「質的な多様化」に寄与するもの¹³⁴、あるいはさらに利用する側に著作物性、創作性が認められない場合は、引用には該当しないとした見解¹³⁵又は裁判例¹³⁶もあるが、著作権法1条に鑑みれば、少なくとも「文化の発展」に寄与するものを求めていると考えらる。この点、公益的な理由によらず、人間の行動の自由を過度に害することのないよう、定型的に著作権者に与える影響が少ないと考えられる、私的複製・非営利の公の使用等の一定の行為について、著作権を制限する30条1項、38条1項という制限規定¹³⁷と趣を異にする。その反面、企業内あるいは職業上の複製、交流サイトに記事や写真、動画のアップロードなど、上記ユーザーによる非商業的利用の事案においては、たとえ著作権者に与える経済的な不利益が僅少なものに止まるとしても、文化の付加価値を伴わない単なる消費的利用は、32条1項により救済される余地はないと考えられる。権利制限を認めるためには、30条1項私的複製、30条の2写り込み、38条1項非営利の公の使用、47条の2オークションサイトでの美術品のサムネイル表示等の制限規定の類推解釈、あるいは、やはり個別のルール型の制限規定又は権利制限の一般条項を導入することが不可欠であると思われる。オークションにおける売買という利用の目的との関係で、カタログにおいて美術作品を複製するという利用行為が「引用の目的」「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」であるか否かの判断に際しては、結局のところ、2009年の著作権法改正によって同法47条の2という個別のルール型の制限規定が創設されるまでは、適法な引用として許容する余地はないと窺われる（前掲東京地判平成19年10月29日ウエストロー・ジャパン〔ジュース販売サイト発信者情報開示請求〕（金子順一裁判長）、前掲東京地判平成21年11月26日〔オークション出品カタログ〕（阿

¹³³ 田村善之「著作権法講義ノート 20」発明94巻2号（1997年2月）114頁、同「著作権法講義ノート 21」発明94巻3号（1997年3月）84頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）231、240頁。

¹³⁴ 横山久芳「著作権の制限（1）」法学教室341号（2009年2月号）頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）372頁。

¹³⁵ 学説

¹³⁶ パーンズ東京地判平成10年2月20日知財集30巻1号33頁〔バーンズ・コレクション〕（西田美昭裁判長）、東京地判平成22年5月28日裁判所HP〔がん闘病記転載〕（岡本岳裁判長）、など参照。

¹³⁷ 30条1項私的複製、38条1項非営利の公の使用等の制限規定の趣旨について、田村善之「著作権法講義ノート 17」発明93巻11号（1996年11月）85頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）頁。

部正幸裁判長)、前掲東京地判平成25年12月20日[毎日オークションカタログ・一審]
(大須賀滋裁判長)、前掲知財高判平成28年6月22日[同控訴審](清水節裁判長)参照。

第2項 各個別のルール型の制限規定の限定列举という方式を採用した条文の構造による法のインテグリティ

政策形成過程においてバイアスがかかっているならば、司法プロセスにおいてもこのバイアスの産物そのものである規定の歪みをそのまま反映するおそれがある¹³⁸と指摘できる。著作権法の場面で考えてみると、著作権の権利を認める方向では、複製、公衆送信、二次的著作物の利用など一般的な形で定められており、他方で制限の方は、フェア・ユースのような権利制限の一般条項がなく、かつ、特定の利用の場面を前提として、一定の要件を定めるルール型の各個別規定によって権利制限を行うというスタンスを採用している。著作権法が個別規定の限定列举という方式を採用した理由としては、著作権の制限を認めるべきか否かは関係当事者の政策的な利害調整が必要となる問題であるため、裁判所よりも立法府の判断にゆだねることが適切である¹³⁹と考えられるが、権利を認める規定は包括的に、それを制限する規定は個別的にピンポイントで定められているという、著作権の制限規定に対して厳格かつ限定的な態度を取っている日本の著作権法の構造はまさに政策形成過程の少数派バイアスのなせる技である。

具体的には制限規定の条文の構造からみると、32条1項の意味をより大きい公益的理由に基づく制限規定として、31条(図書館等における複製)、35条(学校その他の教育機関における複製)、42条(立法、行政、司法の内部資料としての複製)がある。著作物の単なる消費的利用をも例外的に許容するが、図書館、学校、行政機関などの具体的なルールによって、著作権の制限が許容される場面は限られている。それは立法府が特定の種類の利用行為につき、関係当事者の利害調整の結果として、所定の要件を定めた上で権利を制限していることが明らかとなっている場合に、裁判所が要件を充足しない当該種類の利用行為に関して拡張ないし類推解釈による権利制限を認めることは、たとえ裁判所が公正な利用やそのような利用により著作権者に経済的な損害を与えないと考える場合であっても、立法趣旨に反し妥当でない。このような拡張ないし類推解釈を認めると、個別の制限規定の存在意義そのものが失われることになりかねないからである¹⁴⁰。その意味では、引用規定を柔軟に

¹³⁸ Antonina Bakardjieva ENGELBREKT (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック(1)」知的財産法政策学研究22号(2009年3月)47頁。

¹³⁹ 横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント2009年5月号49頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けてーコンテンツと著作権法の役割』(2017年4月・信山社)頁。

¹⁴⁰ 横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント2009年5月号52頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向け

解釈しようとしても、32条1項が許容する「報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるもの」に文化の付加価値を伴わない単なる消費的利用が含まれると解すれば、個別規定の立法趣旨が軽々とオーバーライドされるようなことになる。

- 5 こうした著作権法の条文の構造を前提にした各個別のルール型の制限規定が残る限り、引用の制限規定のみをオープン・エンドにして、判断を立法から司法に移すことが可能になるとしても、政策決定や政治的対立事項などに関するルールの定立を、政治的な責任を負うことを免れている司法に委ねるのは、民主的正統性からは望ましくない、特に引用規定が問題となる事案の中には、政策的な判断を要するため裁判所の判断に馴染みにくく、議会における民主的な手続による解決を図ることが望ましいのであるから（オークションサイトでの美術品のサムネイル表示等の47条の2という適用場面・範囲が特定された個別のルール型の制限規定はまさにその産物であると言える）、結局のところ、主流を占めている裁判例は、立法過程に民主的な正当性があることを前提にして行動するため、ユーザーによる非商業的利用の自由の確保に重点を置くアプローチではなく、あくまでも著作権法の条文の構造を前提にして、著作権が制限されるのは例外的な場合に限られるとするアプローチを採用した上、引用規定に関して厳格かつ限定的に解釈してしまうのである¹⁴¹。
- 10
- 15

- こうした引用規定の司法による厳格かつ限定的な解釈が、まさに立法バイアスの産物そのものである各個別のルール型の制限規定に関する条文の構造の歪みをそのまま体現した
- 20 ものといっても過言ではなく¹⁴²、司法による立法のバイアスに対する矯正の失敗であると

て—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）頁。

¹⁴¹ 学説では、山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会『知的財産権法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古稀記念』（2006年8月・発明協会）885-886頁、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）225-226頁、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）328-329頁は、ベルヌ条約9条2項、TRIPs協定13条において著作権の制限に関する、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②権利者の利益を不当に害しない、③特別な場合という「スリー・ステップ・テスト」法理は、新たな制限規定を設ける際には基準とされなければならない、自由利用の範囲を広げすぎた場合には、条約違反ということもありえると指摘する。また、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2』（2009年1月・勁草書房）303-304、310-311頁（本山雅弘執筆）は、ベルヌ条約、TRIPs協定13条などの国際条約との整合性という観点から、非営利・無料・無報酬の公の使用行為が非侵害とされる著作権法38条の制限規定の解釈にあたり、公益を著作権者の私益に優越させる結果として、著作権者の正当な利益を不当に害することがあってはならないという厳格解釈を唱える。

同旨のものとして、斉藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年4月・ミネルヴァ書房）（吉田大輔執筆）119頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）（三山峻司執筆）172頁参照。

¹⁴² 田村善之「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12月）10-11頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012年6月・弘文堂）408頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア2010年12月号・2011年1・2月号）、同「著

評価することができるだろう。したがって、引用規定の司法による法形成はユーザーの行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐためにはあまり有望な手立てとは言えない。

第5節 小括

5

他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、裁判例においては抽象論として「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件から条文の文言への回帰という動きがあるが、多様な基準が用いられている現状を俯瞰すると、裁判例が明瞭区別性かつ主従関係性という従来の二要件との訣別という方向で収束するのか否か、二要件あるいは条文の文言ど
10 おりの要件に加えて、利用目的との関係で引用しなければならない必要性、著作権者に経済的な損害を与えない利用態様の必要最小限性などの他の要件を付加すべきか、その趨勢は未だに確定していない状況にある。ただ、32条1項の文言から導かれる①「引用の目的」、
②「公正な慣行」 および③引用の目的に対応した「目的上正当な範囲内」という三つの要件が必要であるとして、審理判断を行うという点においては方向性が一致しているといえ
15 る。そこで、「引用の目的」という利用目的の正当性を問う要件及び「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問う要件に焦点をあてて、判決の抽象論を離れ、それを適用した判決の結論に従って引用の該当性の有無の分岐点に着目すると、裁判例には利用の目的ごとに異なる判断基準をとる傾向にあるといえる。まずは被引用著作物の表現それ自体を批評することを目的として、批判の対象部分を採録した第1類型の利用に対
20 して、複製物の鑑賞性、分量の大小がまったく問われない場合すらあるなど、利用態様の相当性、そして引用の該当性が認められやすいのである。そして、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在するとは言い難く、むしろ単なる冒用・転載に近い第2類型の利用に対して、裁判所は利用目的の正当性を問うところ、比較的簡単に引用の該当性を否定している。また、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が生じるものの、第1類
25 型の批評の利用目的なら別として、それ以外の目的とする第3類型の利用に対して、裁判所は「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問うところ、比較的厳しく捉えており、引用規定の適用を制限しようとする態度であると総括することができる。その結果、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在しないと判断される場合には、著作権者の経済的利益が失われるということが考え難い利用であっても、適法な引
30 用と解する余地はないとされる。また、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が生じるものの、被引用著作物の表現自身を批評、揶揄することなく、他の対象を批評する目

作権法の政策形成と将来像」(2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録) 著作権研究 39号(2014年4月) 121頁。

Antonina Bakardjieva ENGELBREKT(田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権:アクター・利益・利害関係と参加のロジック(1)」知的財産法政策学研究 22号(2009年3月) 47頁も、財産権という形で制定法により権原が与えられているという著作権制度の構造に鑑みれば、訴訟が権利者によって支配されていることは驚くに値しないと指摘する。

的でこの第三者の著作物を利用する場合には、利用態様の相当性を問うところ、利用目的との関係で被引用著作物を利用しなければならない必要性を満たさない場合が多いから、適法な引用にならないとされる。さらに、利用行為によって被る著作権者の経済的利益を得る機会が失われるという逸失利益を優先的に考慮されたため、引用規定の適用が否定される傾向がある。このように引用規定を厳格かつ限定的に解釈する裁判例が主流を占めている一方で、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕のように、「引用の目的」という利用目的の正当性を問う入口要件、そして「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問うところ、適法な引用として許される利用態様を利用の目的に照らして緩やかに解釈して、引用規定のフェア・ユース化の活用をいとわない裁判例も存在するが、主流派を形成するには至っていない。こうして引用の該当性を判断するにあたり、二要件説と条文の文言どおりの要件に従う総合衡量説との両者を対立的に捉えるというよりも、議論がむしろ引用規定を厳格かつ限定的に解釈すべきか、それともフェア・ユース的に活用して柔軟に解釈すべきか、という基本姿勢の対立に移っているように見える実際、裁判所の傾向というのはこうした二つの立場に分かれていることも指摘できる。

裁判所は政策形成過程において反映されにくい層の利益の代表という点では、本来であれば、抽象的な要件が法で定められているところでは、法改正を待つことなく、その気になりさえすれば、ただちに司法による舵取りが可能となるはずである。しかし、裁判所は引用規定の拡張ないし類推解釈の手法を取るとしても、引用規定の趣旨及び各個別のルール型の制限規定に関する条文構造のインテグリティに反することができない以上、そこにはおのずと限界が生じると考えられる。こうした引用規定の司法による厳格かつ限定的な解釈が、まさに立法バイアスの産物そのものである各個別のルール型の制限規定に関する条文の構造の歪みをそのまま体现したものであり、司法によるバイアスに対する矯正の失敗が明らかである。したがって、引用規定の司法による法形成はユーザーの行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐためにはあまり有望な手立てとは言えない。

目次

	第3章	ルールとスタンダードの区別という視点からみた著作物の定義規定	113
	第1節	スタンダードとしての性格を有する著作権法2条1項1号	113
5	第2節	思想・感情の要件	115
	第3節	表現性の要件	119
	第1項	外部的な認識可能性	119
	第2項	アイデアと表現の区別	120
	第4節	創作性の要件	123
10	第1項	創作者の個性に基づいて創作性の有無を検討するもの	124
	第2項	個性によらず創作性の有無を検討するもの	138
	第3項	「競争法的選択の幅論」対「創作法的選択の幅論」	151
	第4項	検討—著作物の成立要件としての創作性の機能について	155
	第5節	文化の範囲の要件	160
15	第1項	ルールとしての著作権法10条1項1号、6号、8号、9号等	162
	第2項	スタンダードとしての著作権法2条2項・10条1項4号	165
	第3項	小括	167
	第6節	小括	170
20			

第3章 ルールとスタンダードの区別という視点からみた著作物の定義規定

第1節 スタンダードとしての性格を有する著作権法2条1項1号

- 5 日本の著作権法1条は、著作物に関し著作者の権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とすることを述べる。著作権が侵害されることで救済が認められるためには、「著作物」が成立して、かつ、それと類似するものが利用されていることが必要である。著作権法2条1項1号は、保護の対象とする「著作物」の定義規定を設けている¹。本号によって著作物として保護されるためには「思想又は感情を創作的に表現したもの」、かつ、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」という成立要件をすべて充足することが要求される。ここでいう成立要件にすべて合致すれば、保護の対象である著作物になるか否かとの適格性、いわゆる「著作物性」があるとされる。学説ではここから著作物性を検討するために、①「思想又は感情」、②「表現性」、③「創作性」、④「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」、という四つの要件は細かく分析されている²。
- 10
- 15

¹ 旧法（明治32年（1899年）法律第39号）においては著作物の定義に関する規定はなく、いくつかの著作物を例示的に掲げていた一条文にすぎなかった。そこで昭和41年（1966年）現行法への全面改正に当たって、本号は新法（昭和45年（1970年）5月6日法律48号）の制定を機に、大阪控判昭和11年5月19日新聞4006号12頁〔訟廷日誌〕が判示した「著作物とは、精神的労作の所産たる思想感情の独創的表白であって客観的存在を有し、しかも文芸学術もしくは美術の範囲に属するものである」に拠って、著作物を定義づけ、解釈上の疑義を一掃しようと図ったものであると指摘されている。半田正夫『著作権法概説（第15版・2013年2月・法学書院）75-76頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁。同旨のものとして、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）19頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）59頁。旧著作権法に関する裁判例および学説について、上野達弘「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）182-186頁。

² 加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）19-23頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）59-61頁、同齊藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年4月・ミネルヴァ書房）（吉田大輔執筆）27-31頁、早稲田祐美子〔判批〕（PC-VAN（オンライン会話サービス））齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）17頁、井奈波朋子「香りの著作物性」著作権研究30号（2004年7月）188-192頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）131-144頁、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクスネクシス・ジャパン）29-47頁、同『著作権法詳説―判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）頁、大淵哲也「講演録 法的保護システムの面からみた著作権法の特徴―特許法等との対比を軸として―」コピーライト2006年5月号12-15頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）25-28頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）6-8頁、上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室2007年4月号160-169頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）5-22頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済

- 著作物の定義規定の「定め方」について、立法と司法の役割分担に着目し、法と経済学におけるルールとスタンダードの区別という視点からすると、著作権法2条1項1号の特徴は、議会在事前に「著作物」を具体的に特定しておくルール型の法規範を定立しておらず、
- 5 「創作的に表現したもの」又は「美術の範囲に属するもの」、といった抽象的な概念をもったスタンダードな基準だけを設定して、その具体化は裁判所に委ねる手法を採用しているという点を挙げることができる。司法による著作物性の具体化が要請される理由について、確かに著作物性の問題については、侵害訴訟で頻繁に争われたので、こうした著作物の定義規定の適用頻度が高い場合には、スタンダードよりも、法の特定性の程度の高いルールが望ましいかもしれない。しかし、著作権法に関しては、保護客体が無体物であり、利用の態様
- 10 も多様であるために、著作物といえる範囲を立法の段階であらかじめ明確に定めることが困難である³からこそ、スタンダードという法の定め方が採られている。また、著作権法を取り巻く環境の変化が速いために法を陳腐化させる速度も速いので、細かなルールを予め設定することは、立法のコストをかけるに値するかということ⁴も加味して、具体的事案に
- 15 即した解決を裁判所に委ねて、スタンダード的な処理によって対応することが望ましいと考えられる。

社) 頁、水戸重之『『アイデアのありふれた表現』の法理』牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規) 4-5頁、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣) 34-68頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣) 頁、大橋正春「著作物性の主張立証」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008年6月・弘文堂) 186-193頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)(金井重彦執筆) 17-52頁、同金井重彦執筆、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』(2013年5月・レクスネクシス・ジャパン) 18-49頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣) 16-34頁(横山久芳執筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣) 頁、作花文雄『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい) 80-83頁、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務) 41-60頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会) 頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会) 頁、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣) 19-33頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣) 頁、半田正夫『著作権法概説』(第15版・2013年2月・法学書院) 75-78頁、同(第16版・2015年11月・法学書院) 頁、茶園成樹編『著作権法』(2014年4月・有斐閣)(濱口太久未執筆) 18-25頁。

他方、著作物として保護されるためには、①「表現性」、②「創作性」、③「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」という三つの要件を満たす必要がある旨を説くものとして、高部真規子『実務詳説 著作権訴訟』(2012年1月・金融財政事情研究会) 101-116頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的発展』(2012年9月・日本評論社) 241-248頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号(2013年11月) 138頁。

³ 上野達弘「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』(2017年4月・信山社) 170頁。

⁴ 規制環境が不安定であるために法的秩序が陳腐化しそうであるときには、法の特定性の程度は低い水準に設定されるべきことを示すものとして、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号(2008年12月) 102頁、ヴィンシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ(和久井理子訳)「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究15号(2012年3月) 329、340頁。

もっとも、ルールとスタンダードの区別は相対的な程度問題⁵である。そして、司法による法の適用段階において、異なる事案に対する裁判所における判断が蓄積することで、法文には書かれざるルールが解釈上形成されて、それが先例として後の適用においては拘束性を持つような場合は、スタンダードはルールへと転化することになる⁶。また、2条1項1号の著作物の定義規定は、「創作的に表現したもの」、「美術の範囲」といった抽象的な概念を含む条項であるが、そこには他の「思想又は感情」、「音楽の範囲」といった指し示す内容が社会常識上、より明確な要件も存在する。さらに著作権法10条1項各号に「著作物」の例として「言語」（小説、脚本、論文、講演等）、「音楽」、「舞踊」、「建築」、「地図」、「図形」（図面、図表、模型等）、「映画」、「写真」、「プログラム」、といったより具体的なカテゴリが掲げられており、それによって「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」はある程度特定されている。そのため、規定の各要件の抽象度に反比例して、要件の具体化が必要とされる部分だけが裁判所に移行することになる。

著作物の定義規定の条文から著作物性問題をどこまで規範的に捉えるべきかという解釈論の問題にあるが、その規範的解釈のあり方を探求するには、著作権がどのような根拠で認められる権利であるのかということを検討しておくことが有益である。そこで以下では、著作物の定義規定の各要件に焦点を当てて、関連するルールとスタンダードの区別を巡る議論を参考としつつ、検討を加えることにしたい。

第2節 思想・感情の要件

まずは、著作物たりえるためには、「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。思想・感情という概念は著作物性が認められるための要件として、人の考えや気持ちという創作者の何らかの精神活動が現れているものであれば足りると緩く解される⁷。

⁵ 島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号（2008年12月）93頁、同「著作権法におけるルールとスタンダード・再論—フェアユース規定の導入に向けて—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）713頁。

⁶ Louis Kaplow, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L. J. 577-579(1992)、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号（2008年12月）93頁。

⁷ 思想・感情の要件に関するリーディング・ケースと目される東京地判昭和59年9月28日無体集16巻3号676頁〔パックマン（ビデオゲーム）〕（牧野利秋裁判長）は、「思想又は感情」は、厳格な意味で用いられているのではなく、人間の精神活動全般を指すものであると解するのが相当であると判示している。同旨の裁判例としては、東京地判昭和61年3月3日無体集18巻1号47頁〔当落予想表・一審〕（元木伸裁判長）、東京高判昭和62年2月19日無体集19巻1号30頁〔同控訴審〕（蕪山嚴裁判長）、東京地判平成10年10月29日知財集30巻4号812頁〔SMAP大研究・一審〕（三村量一裁判長）、東京高判平成11年5月26日判例工業所有権法〔同控訴審〕（田中康久裁判長）（一審判決引用）がある。また、東京地八王子支判昭和59年2月10日無体集16巻1号78頁〔ゲートボール競技規則書〕（安間喜夫裁判長）では、ゲートボールに関する規則書について、競技規則を表現した部分は思想、感情抜きで機械的に表現されているという被

- 一般に自然人がなにものかを表現しようとする場合にはそこに何らかの考えや気持ちが表出しているから、この要件が機能する場面は人工知能が生み出したコンテンツ等にとどまり、極めて限られている⁸。また、思想・感情の要件と創作性の要件をどのように捉えるのかということにも関係するが、思想・感情の要件との関係で著作物性を否定した裁判例（東京地判昭和40年8月31日下民集16巻8号1377頁〔船荷証券用紙〕（古関敏正裁判長）⁹、

告の主張に対して、裁判所がスポーツの競技の仕方のうち、どの部分をいかなる表現で競技規則として抽出、措定するかは作者の思想を抜きにしては考えられないと結論した。

このような立場を採る学説として、半田正夫『著作権法概説（第15版・2013年2月・法学書院）76頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）60頁、同齊藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年4月・ミネルヴァ書房）（吉田大輔執筆）28頁、上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室2007年4月号160頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）5-6頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁、水戸重之『『アイデアのありふれた表現』の法理』牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）4頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）（金井重彦執筆）17頁、同金井重彦執筆、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）18頁、前田健〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）ジュリスト1384号（2009年8月）151頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）16頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、作花文雄『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）80頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）45頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）19頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、高部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）101頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号（2013年11月）140頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）（松村信夫執筆）15頁、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）（濱口太久未執筆）19頁、大鷹一郎「著作物性（1）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）5頁、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）（濱口太久未執筆）18-25頁。

⁸ 上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室2007年4月号160頁。同旨のものとして、水戸重之『『アイデアのありふれた表現』の法理』牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）4-5頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）16-17頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）60頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、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4月・信山社）3頁参照。

⁹ 旧著作権法に関する東京地判昭和40年8月31日下民集16巻8号1377頁〔船荷証券用紙〕（古関敏正裁判長）では、船荷証券用紙に表示されているものは、海上物品運送取引契約を締結しようとする当事者双方の将来なすべき契約の意思表示にすぎず、契約当事者以外の作者の思想はなんら表白されていないから、著作物とはなり得ないと判断された。この事例に関して、著作物性を否定する〔船荷証券用紙〕判決の理論構成は不十分なものであり、思想・感情の要件を否定するよりもむしろ、創作者の選択が編集著作物として保護される可能性を検討したうえで創作性を否定すべきであったとの指摘として、D. S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D. S. カージャラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』（1989年11月・日本評論社）268-270、274頁。また、契約書は人為的作成されたものであるため何がしかの作者の考えや気持ちが現れているから、思想・感情の要件との関係で著作物性を否定するというよりも、むしろこのような契約条項はある程度似ているので、表現の選択肢が限られていることを理

名市屋地判平成12年10月18日判タ1107号293頁〔自動車部品調査データ〕（野田武明裁判長）¹⁰は、「思想又は感情」を表現したものであることを否定するよりもむしろ、問題の対象物は思想または感情が「創作的に表現されていない」と認定することが多く、ほとんどの結論は創作性に関連して説明することができる¹¹。つまり、思想・感情というものは著作物性を肯定するための要件として創作性と近似した概念である一方、著作物性を否定するための要件としてアイデアと表現二分論におけるアイデアの一類型であるもの¹²、このように思想・感情の要件が創作性の要件に吸収されて、創作的表現であるか否かとの観点から判断すれば足りる¹³とも考えられる。

- 10 それに対して、思想・感情とは、創作者の考えや気持ちが現れているか否かという事実判断の問題として捉えるのではなく、規範的に思想・感情の範囲から漏れるものを検討し、何が著作物から外れるかという形で、事実、データ、自然法則、ルールなど、ネガティブリストを例示する見解¹⁴も示されている。つまり、消極的要件として規範的に思想・感情に該当

由に創作性を否定すべきとの見解として、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）21頁の注4。同旨と考えられるものとして、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）40-41頁、86頁の注26、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）23頁、85頁の注29、水戸重之『『アイデアのありふれた表現』の法理』牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）19-20頁の注3、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）19-20頁（金井重彦執筆）、同金井重彦執筆、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクスネクシス・ジャパン）20頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）（三山峻司執筆）34-35頁、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4月・信山社）3頁。

¹⁰ 名市屋地判平成12年10月18日判タ1107号293頁〔自動車部品調査データ〕（野田武明裁判長）には、問題となったデータは自動車部品メーカーの会社名、納入先の自動車メーカー別の部品の調達量及び納入量、シェア割合の調達状況や相互関係のデータなどをまとめたものであって、そこに記載された各データは、客観的な事実そのものであり、思想・感情が表現されたものではないから、著作物性を有しないとされた。この事例に関して、創作性概念をどのように捉えるのかということにも関係するが、創作性を欠くという理由で著作物性を否定するものとして、位置することもできるとの指摘として、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）36頁の注7、37頁の注9、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁。

¹¹ D.S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D.S. カージャラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』（1989年11月・日本評論社）270、274頁。同旨のものとして、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）131-132頁、大淵哲也「講演録 法的保護システムの面からみた著作権法の特色—特許法等との対比を軸として—」コピーライト2006年5月号12頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）42頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁。

¹² 奥邨弘司＝金子敏哉「言語の著作物における創作性と翻案権侵害の判断基準」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題Ⅱ』（2012年9月・成文堂）97-98頁（金子敏哉講演）。

¹³ 高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）20頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、前田哲男「講演録『思想・感情の創作的表現』とは何か」コピーライト2011年3月号5頁。

¹⁴ ①株価や気温等のデータ、自然法則、歴史といった事実それ自体、②雑報および時事の報道、③スポーツやゲームのルールそれ自体、④技術的思想それ自体、⑤契約書案等。中山信弘「著作

しないものを著作物の概念から除外するための役割を担わせている点にある。

人工知能が生み出したコンテンツ等を除き、全ての事象は人の知覚を通して認識されるものであり、人の主観を経由せずには表現することができない。創作者は事象を主観的に感得したうえで、主観的に表現を選択してその事象叙述をなすのであるから、事実、データ、自然法則、ルールなどの事実に・技術的な情報を対象とした表現にも、その背後に創作者の思想・感情が控えることはむしろ通例のことであるといえる。したがって、思想・感情について事実判断の問題として捉えようとすれば、多くの場面でこの要件はほとんど機能しないことになる。かといって、事実の問題ではなく、規範的判断の問題として捉えようとしても、実際に消極的要件として思想・感情の範囲から漏れるものを検討する手法を採用した見解でも、契約書案や事実、自然法則などを扱ったものにも、それらの著作物性は定型的に否定されることなく、「創作的に表現したもの」であれば著作物として保護され得る。そして独占による弊害が生じた場合には、著作物の保護範囲を画する機能を有している類似性要件の問題として処理されることになる¹⁵と解されている。結局、ネガティブリストに例示された思想・感情の範囲外のものにも、直ちに著作物性を否定することなく、著作権侵害における類似性の判断に当たってはさらにアイデアと表現との区別¹⁶が行わなければならない。そうすると、規範的に思想・感情の範囲から漏れるものを検討すること自体は益のないことであろう。

権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』（2010年12月・信山社）198-205頁（初出 特許研究33号2002年3月）、同『著作権法』（2007年10月・有斐閣）36-43頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁参照。同旨と考えられるものとして、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）19-20頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）26頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）7頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）17-19頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、土肥一史『知的財産法入門』（第13版・2012年3月・中央経済社）259頁、同（第15版・2015年9月・中央経済社）頁、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）19-20頁（濱口太久未執筆）。

¹⁵ 中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』（2010年12月・信山社）199-205頁（初出 特許研究33号2002年3月）、同『著作権法』（2007年10月・有斐閣）37-43頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁。同旨と考えられるものとして、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）18-19頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）43、45頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、高部真規子「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的発展』（2012年9月・日本評論社）244-245頁、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）20頁（濱口太久未執筆）。

¹⁶ 奥邨弘司＝金子敏哉「言語の著作物における創作性と翻案権侵害の判断基準」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題Ⅱ』（2012年9月・成文堂）98頁（金子敏哉講演）は、事実が思想・感情がないから著作物ではないという言い方について、思想・感情があるかないかということよりも、事実というカテゴリが、アイデアの一類型であると理解するほうがよいと指摘する。

第3節 表現性の要件

著作物として保護されるためには、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。表現したものである「表現性」という要件には、二つの意味がある¹⁷。第一に、
5 外部的な認識可能性。すなわち、アイデアが外部に看取できるような態様で現されてはじめて著作物として保護されるということである¹⁸。第二に、アイデアと表現の区別。すなわち、著作権法によって保護されるのは「表現したもの」自体であり、思想又は感情自体に保護が及ぶことがあり得ないのはもちろん、思想又は感情を創作的に表現するに当たって採用された表現を生み出すもとになったアイデアも、それ自体としては保護の対象とはなり得ないものというべきである¹⁹。
10

第1項 外部的な認識可能性

著作物たりえるためには、外部に認識できる形で現実に表現されたものでなければならない。
15 外部的な認識可能性がなく、創作者の内心の領域にとどまっている限り、著作物としての保護は受けられない²⁰。その趣旨について、外部から窺い知れないものは未だ文化の発

¹⁷ 上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室 2007 年 4 月号 161-162 頁、同 [判批]（脳波数理解析論文・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣）4 頁。同旨と考えられるものとして、田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）11 頁、中山信弘『著作権法』（2007 年 10 月・有斐閣）44 頁、同（第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣）頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008 年 6 月・弘文堂）286 頁、同横山久芳執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）19-21 頁、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁、岡村久道『著作権法』（2010 年 11 月・商事法務）46-47 頁、同（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）頁、同（第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会）頁、茶園成樹編『著作権法』（2014 年 4 月・有斐閣）20-21 頁（濱口太久未執筆）、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌 66 巻 2 号（2016 年 9 月）9 頁。

¹⁸ この趣旨をいう裁判例として、東京高判平成 12 年 11 月 30 日裁判所 HP [アサパン職業別電話帳・控訴審]（山下和明裁判長）、東京高判平成 13 年 1 月 23 日判時 1751 号 122 頁 [サンリオ・ケロッピー・控訴審]（山下和明裁判長）等参照。

¹⁹ 東京高判平成 12 年 9 月 19 日判時 1745 号 128 頁 [舞台装置（赤穂浪士）・控訴審]（山下和明裁判長）判旨参照。

また、アイデアと表現の区別に由来する規定については、プログラムの保護はその著作物を作成するために用いる「プログラム言語」、「規約」、「解法」には及ばない、と規定する著作権法 10 条 3 項である。田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）22 頁、加戸守行『著作権法逐条講義』（5 訂新版・2006 年 3 月・著作権情報センター）127-128 頁、同（6 訂新版・2013 年 8 月・著作権情報センター）頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）21 頁（横山久芳執筆）、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁参照。

²⁰ 小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—』（2010 年 11 月・第一書房（初版・1958 年 3 月・文部省）26 頁。同旨のものとして、田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）11 頁、中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』（2010 年 12 月・信山社）206 頁（初出 特許研究 33 号 2002 年 3 月）、同『著作権法』（2007 年 10 月・有斐閣）44 頁、同（第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣）

展に寄与したとはいいがたく、かえって、そのようなものに権利を付与する場合には徒に紛争を誘発するだけに終わるからである²¹。ただし、外部に認識できる形で現実に表現がなされていれば足り、何かの媒体に固定されることは不要である（著作権法17条2項参照）²²。また、外部に表示されていればよく、未完成であっても、作品の一部であっても、著作物自体は成立しうる²³。一般に創作者が文字や記号、線、面、色彩、音階などの手段によって客観的に外部から窺い知れる視聴覚的なものがなされていれば、そこに創作性があるかどうかは別として、表現性のなか、外部的な認識可能性の要件に簡単にクリアすることができるのは通常であるといえる²⁴。

10 第2項 アイデアと表現の区別

外部的な認識可能性に対して、アイデアと表現の区別は後発の創作活動が過度に制約さ

頁、上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室2007年4月号161頁、作花文雄『著作権法 制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）10頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）82頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）286頁、同横山久芳執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）19-20頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）46-47頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）29頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、土肥一史『知的財産法入門』（第13版・2012年3月・中央経済社）259頁、同（第15版・2015年9月・中央経済社）頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』（第6版・2012年4月・有斐閣）（辰巳直彦執筆）314頁、半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）77頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁。

²¹ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）11頁参照。同旨と考えられるものとして、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）20頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁。

²² それに対して、映画著作物としての保護を受けるためには物への固定が必要であると解されている（著作権法2条3項）。東京地判昭和59年9月28日無体例集16巻3号676頁[パックマン（ビデオゲーム）]（牧野利秋裁判長）、東京地判平成6年1月31日知財集26巻1号1頁[パックマン（ビデオゲーム）Ⅱ]（西田美昭裁判長）参照。

²³ 半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）74頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁。同旨のものとして、中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』（2010年12月・信山社）206頁（初出 特許研究33号2002年3月）、同『著作権法』（2007年10月・有斐閣）44頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、駒田泰士「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4月）154頁。

²⁴ 外部的な認識可能性を否定する稀な例として、前掲東京高判平成12年11月30日[アサパン職業別電話帳・控訴審]（山下和明裁判長）がある。この事件において、原告電話帳の第二ないし第六分冊がいまだ作成されていないことは当事者間に争いがない。判決は著作権法によって保護されるのは、創作性そのものではなく、現実になされた表現を通じて示された限りにおいての創作性である。原告電話帳の第二ないし第六分冊がいまだそのものとしては存在しておらず、仮に、近い将来作成される予定であり、どのような編集方針に基づいて編集され、どの区を掲載対象とし、どのような内容となるのかなどが事前に示されていたとしても、原告主張の電話帳としての表現が存在しないのであるから、著作権法上の保護を受ける余地はないと判示した。

れないようにするためのものである。敷衍すると、表現のみが保護され、アイデアは保護されないというアイデアと表現の区別について、アイデア保護法である特許法は、保護されるべきアイデアを、自然法則を利用したものに限るとともに、新規性、進歩性等を要求し、さらに、業としてアイデアが利用される場合に侵害となるべき行為を限定しているに対して、

5 著作権は簡易な要件で長期間にわたって文化活動全般に及ぶ広範なものであるため、著作権法におけるアイデアの保護の否定のように、後発者の自由を確保するところにあるものである²⁵。

²⁵ 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)18頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)425頁。同旨と考えられるものとして、中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』(2010年12月・信山社)208-209頁(初出 特許研究33号2002年3月)、同『著作権法』(2007年10月・有斐閣)46-47頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、上野達弘「著作物性(1)総論」法学教室2007年4月号161-162頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008年6月・弘文堂)286頁、同横山久芳執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)22-23頁、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号7頁、作花文雄『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい)82頁、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)47頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁参照。

また、アイデアを著作権で保護しないことは、後発者の自由を過度に規制することのないように消極的根拠以外にも、多様な表現を確保し、結果として情報の豊富化、多元の文化の発展に寄与することにつながる、という積極的根拠と位置づけられる見解として、中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』(2010年12月・信山社)208-209頁(初出 特許研究33号2002年3月)、同『著作権法』(2007年10月・有斐閣)45-47頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁。同旨のものとして、上野達弘「著作物性(1)総論」法学教室2007年4月号162頁、同[判批]「脳波数理解析論文・控訴審」中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)5頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008年6月・弘文堂)286頁、同横山久芳執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)22頁、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号7頁、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)46頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)30頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁。

ただし、そもそも法的な禁止がなければ、著作物の利用行為は誰でも何処でも行えるところ、それでは創作活動のインセンティブが損なわれることに鑑み、フリー・ライドをある程度防がないと、著作物を創作しようとする者が過度に減少し、一般公衆が不利益を被るという厚生ないし効率性を理由に、あえて禁止権を設定して著作権という人工的なインセンティブを法的に作り出すことを自己目的とする著作権制度としては、文化の発展に資する一面が積極的に示されたとしても、①個々人の著作物の利用に対する効用を比較することが不可能であること、②現時点における短期的な静態的効率性を犠牲にして、将来の長期的な動態的効率性の改善を図るという時間的な比較の問題も加わってくること、③著作権制度を採用することによって社会の効率性が改善したのか、悪化したのかということを検証することすら困難であること、といった効率性の測定が困難であるということは、ある特定の制度を採用したとしても、その正当性を効率性の改善の度合いのみによって帰結主義的に正当化することが困難であることを留意されたい。田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)7頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)9頁参照。

作成されたものが表現であるか否かという判断について、アイデアと表現は抽象度・具体度の度合いによって大まかに区別することができるものの、どこまで具体化されれば著作権の保護を受けることができ、どこまで抽象化されれば著作権の保護対象から外され、保護を受けることができなくなるのかを区別することは必ずしも容易なものではなく、結局は、保護を認めた場合の後発の創作活動に及ぼす影響を考慮しつつ、保護を受けなくなる程度まで抽象化されたものを「アイデア」と称し、保護を受けるものを「表現」と称している、という規範的な観点から判断せざるをえない²⁶。

また、未だ事実、データやアイデアであるものに止まっている場合であっても、かかるアイデア等の選択、配列という組み合わせ次第では、その組み合わせの度合いがアイデアの域を脱し表現として評価されることもありうる²⁷。かくして、抽象的アイデアと具体的表現とは連続的な関係にある規範的、かつ、相対的な概念であり、両者の間に線引き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認めざるをえない。実際の裁判例においても著作権で保護される表現と、保護されないアイデアとの区別はしばしば争われるところである。

アイデアと表現の区別が問題となるのは、以下の二つの場面である。第一に、著作権侵害の成否を決する類似性の要件のところで、権利を主張する側の対象物と被疑侵害物との両者の間で共通しているところは未だアイデアの域を脱しておらず、表現ではないということとを理由に、類似性を否定する場面である。この場面にはアイデアと表現の区別というメタファーを通じて、著作物の保護範囲を調整する作業が行われる。詳しい議論は第5章の「著作物の保護範囲を画する要件としての類似性」に譲りたい。

第二に、類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物性の成否のところで、誰が同じアイデアを表現しようとすれば表現の選択肢がごく限られている場合（「アイデアの不可避免的な表現」）、あるいは同種の表現を行う後発者がアイデアをありふれた形で表現したにすぎないものと同様の表現を利用する可能性が大きい場合には（「アイデアのありふれた表現」）、これらの表現が著作物として保護されてしまうと、アイデアを保護した場合と同様、後発の創作活動に対し過剰な制約を課することになりかねないために、次

²⁶ 中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』（2010年12月・信山社）196頁（初出 特許研究33号2002年3月）、同『著作権法』（2007年10月・有斐閣）34頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法－斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）293頁。

²⁷ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）109頁、駒田泰土〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）126頁。

節の著作物としての創作性を否定する場面である。その際にはアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現を保護してしまうと、結果として先に同じアイデアを表現した創作者に当該アイデア自体の独占を認めることになる。ゆえに、表現性の中のアイデアと表現の区別にも反するものであるため、端的にアイデアと表現の区別を理由として著作物性を否定するという結論を根拠づけることができるとの見解²⁸がある。もっとも、表現の選択の幅に焦点を当て、後発者が同じアイデアを表現しようとすれば先発の創作者と同様の表現にならざるを得ないことを理由に、著作物の成立要件として求めている創作性が否定されると理由づけることもできる²⁹。その意味では、著作物の成立要件として求めている創作性は、アイデアと表現の区別の趣旨を実質的に担保する機能を果たしているもの³⁰であり、著作物の成否を判断する際には、アイデアと表現の区別が著作物としての創作性の解釈において吸収されているといえる。

第4節 創作性の要件

著作権法2条1項1号前段は、思想又は感情を「創作的に表現したもの」を保護の対象と

²⁸ D. S. カージアラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D. S. カージアラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』（1989年11月・日本評論社）280頁、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」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6月・青林書院）68頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）135頁、大淵哲也「講演録 法的保護システムの面からみた著作権法の特色—特許法等との対比を軸として—」コピーライト2006年5月号14頁、水戸重之「『アイデアのありふれた表現』の法理」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）5頁、20頁の注6、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4月・信山社）8-9頁。

²⁹ 山本隆司「著作権法における『創作性』の概念とマージ理論」NBL456号（1990年9月）27-32頁、田村善之「著作権法講義ノート 2」発明92巻5号（1995年5月）91頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）15頁、『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）422-423頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）135頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）58頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）44-46頁（金井重彦執筆）、前田哲男「講演録 『思想・感情の創作的表現』とは何か」コピーライト2011年3月号5頁。

³⁰ 山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会『知的財産権法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古稀記念』（2006年8月・発明協会）894—895頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）58頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）286頁の注15、前田健「判批」（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）ジュリスト1384号（2009年8月）152頁、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4月・信山社）5頁。

この点に関して、奥邨弘司「判批」（激安ファストファッション・控訴審）判例時報2259号（2015年8月）150、155頁の注30は日本では、アイデアと表現の区別は「表現」に関するもの、マージ理論は「創作性」に関するもの、と分けて理解される傾向もあるが、両者は表装の関係にあると評している。

するのであって、アイデアそれ自体ではなく、アイデアを「創作的に」、かつ、「表現したもの」が著作物として保護されるということである。表現されたものに、アイデアの創作性とは区別されるものとしての創作性がなければ、著作権法上の保護を受けることができない。そうでなければ、アイデア自体を保護することにならざるを得ないからである³¹。したがって、創作性の有無を検討する際、アイデア自体の創作性とは無関係に、決まったアイデアを表現するところに、その表現にどれほどの創作性があるのかということに着目しなければならない³²。

10 著作物の保護範囲を画する類似性の判断に立ち入る前、著作物としての創作性を否定するという解釈論は、著作権法の保護の入り口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられないということになるので、この創作性の要件をめぐる、日本において裁判例、学説上様々な議論が展開されることになったが、創作性の要件の趣旨はどのように説明され、また、具体的にどのような基準で創作性の有無が判断されるかについて、共通の認識があるとは言い難い。そこで以下は、機能の視点から創作性の有無をめぐり議論を総括した上で、検討すべき課題を明らかにすることを目的とする。

第1項 創作者の個性に基づいて創作性の有無を検討するもの

20 多数説といわれているが、創作者の「個性」に対する共通の認識があるとはいえず、判断基準が統一されていないのは「個性説」である。上野達弘教授によると、それは最初に現行法制定後まもない1974年に初版が公刊された半田正夫教授の概説書において、創作性は創作者の個性がなんらかの形で表れていればそれで十分だと述べられているのが注目され、この見解に倣って、東京地判昭和59年9月28日無体集16巻3号676頁[パックマン](牧野利秋裁判長)判決を経て、その後の裁判例・学説においても、創作者の個性に基づいて創

³¹ 東京高判平成12年9月19日判時1745号128頁[舞台装置(赤穂浪士)・控訴審](山下和明裁判長)判旨参照。

³² D.S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D.S. カージャラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』(1989年11月・日本評論社)278-286頁。同旨のものとして、田村善之「著作権法講義ノート2」発明92巻5号(1995年5月)91-92頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)15頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)422-423頁、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として—」著作権研究30号(2004年7月)159頁、同横山久芳執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)30-31頁、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁、大淵哲也「講演録 法的保護システムの面からみた著作権法の特色—特許法等との対比を軸として—」コピーライト2006年5月号13頁、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)61-66頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、上野達弘[判批](脳波数理解析論文・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)5頁、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)51頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号(2016年9月)34頁、同注73。

作性の有無を検討するものが増えており、定着するに至ったと分析されている³³。

第1款 緩く解釈するために使われるもの

- 5 半田教授によれば、創作者の個性に基づく創作性の有無に関する検討の趣旨については、著作物の作成に際して、先人の文化的遺産を土台として完成するものが大部分であって、著作物全体が創作者の自力で貫かれている場合はほとんどないと考えられるものである³⁴。また、前掲東京地判昭和59年9月28日[パックマン]（ビデオゲームの映像、音楽について、著作物の創作性肯定、そのままの利用だから類似性も肯定）やその後の東京地判昭和61年
- 10 3月3日無体集18巻1号47頁[当落予想表・一審]（元木伸裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性否定）、東京高判昭和62年2月19日無体集19巻1号30頁[同控訴審]（蕪山嚴裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性も肯定）も、抽象論として、創作性の有無については完全なる無から有を生じさせる、といった厳格な意味での独創性とは異なり、創作者の個

³³ 詳しくは、上野達弘「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）188-196頁。

³⁴ 半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）77頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁。

性が何らかの形で表れていれば足ると判示している。その後の裁判例³⁵や学説³⁶において

³⁵ その後、類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物性を判断する裁判例の中、同旨を述べる裁判例としては、東京地判平成6年1月31日知財集26巻1号1頁[パックマン（ビデオゲーム）Ⅱ]（西田美昭裁判長）、東京地判平成10年5月29日知財集30巻2号296頁[知恵蔵・一審]（八木貴美子裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成10年11月16日判例工業所有権法[「リトルくらぶ」広告]（森義之裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、東京地判平成11年1月29日判時1680号119頁[古文語呂合わせ・一審]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性肯定否定両方ある、類似性肯定否定両方ある）、東京地判平成12年3月31日判タ1029号271頁[テレホンカード磁気テープ]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成13年5月30日判タ1060号249頁[チャイルドシート（交通標語）・一審]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性否定）、東京地判平成13年7月25日判タ1067号297頁[はたらくじどうしゃ]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、大阪地判平成14年3月12日裁判所HP[熊崎式姓名判断法]（図形）（小松一雄裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成14年4月15日判タ1098号213頁[ホテル・ジャンキーズ・一審]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性肯定否定両方ある、類似性肯定）、東京高判平成14年10月29日裁判所HP[同控訴審]（山下和明裁判長）（著作物の創作性肯定、少数を除き類似性肯定）、東京地判平成15年10月22日判タ1162号265頁[シャンテリー転職情報]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、東京地判平成15年11月12日判タ1160号229頁[世界名所旧跡イラスト]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、東京地判平成16年3月24日判タ1175号281頁[ライントピックス（YOL）・一審]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成16年6月30日判タ1173号291頁[「Webcel 8」（インターフェイス）]（飯村敏明裁判長）、知財高判平成17年5月26日裁判所HP[同控訴審]（塚原朋一裁判長）（一審判決引用）（著作物の創作性否定）、東京地判平成19年1月31日裁判所HP[里見学園八剣伝]（清水節裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成19年5月28日裁判所HP[租税論教科書]（清水節裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、東京地判平成20年7月4日裁判所HP[博士絵柄]（阿部正幸裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性否定）、知財高判平成20年7月17日判タ1274号246頁[ライブドア裁判傍聴記・控訴審]（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成21年3月30日最高裁HP[読売新聞催告書]（清水節裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成23年11月29日裁判所HP[CTは魔法のナイフ]（大鷹一郎裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、知財高判平成24年4月25日判タ1393号316頁[同控訴審]（滝澤孝臣裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、東京地判平成25年6月5日裁判所HP[シャトー勝沼Ⅰ]（大須賀滋裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成25年6月28日裁判所HP[かなめ行政書士事務所（ブログ記事）]（大須賀滋裁判長）（著作物の創作性肯定否定両方ある、類似性肯定）、東京地判平成25年7月18日裁判所HP[自動車用部品の整理表]（長谷川浩二裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成25年7月19日判時2238号99頁[激安ファストファッション・一審]（大須賀滋裁判長）（著作物の創作性否定）、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁[同控訴審]（設楽隆一裁判長）（美術の範囲の該当性否定）、東京地判平成26年7月30日裁判所HP[銀座櫻風堂（修理規約）]（嶋末和秀裁判長）（修理規約という文書全体について著作物の創作性肯定、類似性肯定）、東京地判平成26年11月7日裁判所HP[建替マンション設計図]（東海林保裁判長）（著作物の創作性否定）、知財高判平成27年5月25日裁判所HP[同控訴審]（設楽隆一裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性否定）、東京地判平成27年3月20日裁判所HP[英会話教材キャッチフレーズ]（嶋末和秀裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成27年3月26日裁判所HP[幻想ネーミング辞典]（沖中康人裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、知財高判平成27年4月14日裁判所HP[TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審]（清水節裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性否定）、東京地判平成28年1月29日裁判所HP[「風水」発信者情報開示請求]（東海林保裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性肯定）、知財高判平成28年11月30日裁判所HP[加湿器・控訴審]（清水節裁判長）（著作物の創作性否定）、知財高判平成28年12月21日裁判所HP[シャフトデザイン・控訴審]（清水節裁判長）（著作物の創作性否定）などがある。

も、「創作的に」表現された著作物であるというためには、従前から存在するものに比して新規性や学術的、芸術的に優れたものが必要とされず、創作者の個性が何らかの形で表れていれば足りると、緩やかに解釈されている³⁷。

- 5 もっとも、前掲東京地判昭和59年9月28日[パックマン]（牧野利秋裁判長）は、当てはめの際に「個性」という用語を用いずに、ビデオゲーム「パックマン」の影像、音楽とによって表現されているところは、創作者の「精神活動」の所産として産み出されたものであるから、創作性を有する著作物であると認めた（「パヅクマン」ビデオゲーム機のそのままの無断複製品だから、類似性も肯定）。さらに、東京地判昭和60年10月30日無体集17巻

³⁶ このような立場を採る学説として（賛同するか、単に引用するか再確認 T）、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）60、62-63頁、同吉田大輔執筆、齊藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年4月・ミネルヴァ書房）29頁、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（下）」判例時報1596号（1997年5月）13頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設樂隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）393頁、牛木理一[判批]（「Asahi」ロゴマーク・控訴審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）33頁、井奈波朋子「香りの著作物性」著作権研究30号（2004年7月）191頁、同[判批]（ホテル・ジャンキーズ・控訴審）著作権研究30号（2004年7月）202頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）133-134頁、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクススネクシス・ジャパン）31頁、同『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）26頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）7頁、本山雅弘「知的財産保護の広がり」と交錯—デザイン保護—」渋谷達紀ほか編『別冊NBL116 I.P. Annual Report 知財年報2006』（商事法務・2006年11月）225頁、上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室2007年4月号164頁、齊藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）75-77頁、横山久芳「著作物性（3）各論（2）」法学教室2007年12月号132頁、133頁の注7、同島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）24-25頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、同[判批]（TRIPP TRAPP（椅子）II・控訴審）IPマネジメントレビュー19号（2015年12月）30頁、作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）12頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）80、84-85頁、帖佐隆[判批]（ホテル・ジャンキーズ・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）14頁、大橋正春[判批]（ゴナ書体・上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）39頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）21-22頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』（第6版・2012年4月・有斐閣）（辰巳直彦執筆）315頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）16頁（松村信夫執筆）、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）21-22頁（濱口太久未執筆）、大鷹一郎「著作物性（1）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）6頁、高橋彩「著作物性（3）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）37頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）34頁。

³⁷ それに対し、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）16頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁は、個性とは、著作物の種類、性質ごとに異なって解釈されることがあり、印刷用文字書体のようなものと他の著作物については、すべて等しく緩やかに解釈されるべきではないとの異なる見解を唱えている。

3号520頁〔動書Ⅰ〕（元木伸裁判長）は、抽象論さえ個性という用語を用いずに、その代わりに「書」は創作者の「精神活動」の所産であり、創作的に表現した著作物であると判断された（そのままの利用だから、類似性も肯定）。その後、同様に個性という用語を用いずに、創作性とは、何らかの形で人間の「精神活動」の成果が表れていることをもって足りる旨を説く判決³⁸もある。

著作権の保護の根拠を「個性」が表れていることや「精神活動」の所産に求めるとしても、創作者の個性の顕現の度合いは表現ごとにさまざまであるから、権利を主張する側の対象物にどの程度の個性が表れていれば著作物として保護を認めるべきなのかということが一義的に定まるわけではない³⁹。そのため、創作性を個性と言い換えるだけで、従前見られないような新規的なものは要求されていないものの、前出の思想・感情の要件に示されている何らかの創作者の精神活動が表れているもの以上に何が求められるか、いかなる基準をもって創作者の個性の表れるものが著作物としての保護に値するかということを正面から論ずることもなければ、個性の表れそれ自体としては、創作性の有効な判断基準とならないといわざるを得ないのではなかろうか。

第2款 個性のないものとは独自創作をなしていないことを要件としている

そこで創作性については、抽象論として創作者の個性が何らかの形で表れていれば足りると緩やかに解されつつも、個性をさらに消極的な定義づけに、独自創作をなしていないこと、すなわち創作者が接した既存の原作をありのままに複製しているという模倣の事実と、創作者の個性が表れていないものを結びつけて論じており、創作性を否定した裁判例が表れ始めている。類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を否定した裁判例としては、大阪地判平成7年3月28日知財集27巻1号210頁〔三光商事〕（水野武裁判長）（イラストでの説明図について）⁴⁰、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〕（小松一雄裁判長）⁴¹、東京地判平成22年1月

³⁸ 名古屋地判昭和62年3月18日判時1256号90頁〔用字苑〕（高橋利文裁判長）（約4万3200語数を収録した辞典について、編集著作物の創作性肯定、類似性も肯定）、東京地判平成8年9月27日判時1645号134頁〔四谷大塚問題解説書（四進レクチャー）・一審〕（西田美昭裁判長）（編集著作物の創作性肯定、類似性肯定（デッド・コピー））、東京高判平成10年2月12日判時1645号129頁〔同控訴審〕（伊藤博裁判長）（原判決引用）、大阪地判平成11年9月21日判時1732号137頁〔商業書道〕（小松一雄裁判長）（著作物の創作性肯定、類似性否定）。

³⁹ 横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピライト2012年1月号29頁の注16参照。

⁴⁰ 上飾り芯地の用途説明として芯地のカット方法をイラストで説明し、平成3年発行の原告商品カタログに掲載された原告説明図について、判決は平成元年発行の同業者カタログに掲載された図と対比して、原告説明図はこれを複製し、上段下段各三本のカット線のうち各一本を省略しているのみであるから、著作物としての創作性を否定した。

⁴¹ 物語の挿絵に描かれた人物を立体化させた「アリスフィギュア」について、著作物としての創

27 日裁判所 HP [月刊ネット販売 (図表編集)] (清水節裁判長) (図表 3、4)⁴²、などがある。

- 5 学説にも、創作性が認められるためには、他人の模倣をしないことや接した既存の原作をありのままに複製してはならないという「非依拠性」を挙げて、創作者が接した既存の原作をそのまま模倣して作成されたものは創作者の個性が表れていないものとして、創作性が否定されることになる⁴³と解されている。

第3款 個性とは創作者の意思による選択を要件としているもの

- 10 それに対して、上記創作者の個性が表れていないものとして独自創作をなしていないという個性の消極的な定義づけに満足せず、著作権の要保護性をいかに基礎づけるという観点から、個性を積極的な定義づけをする試みもある。創作性が認められるためには、創作者の個性の表れるものと、創作者の自らの意思による選択を結びつけて論じる裁判例は多数存在する。ただし、結果としてはほとんど創作性を肯定したものである。類似性の判断に立

作性を否定する一方で、「動物フィギュア」「妖怪フィギュア」について創作性肯定。ただし、美術の著作物（純粋美術と同視できる美術性）否定。

⁴² 図表 3、4 については、経済産業省が公表した『平成 18 年度電子商取引に関する市場調査』の結果公表について」と題する資料の図表 7「日本における業種別 2006 年 B to C-EC 市場規模の推移」の「小売」の欄に記載された業種分類、各業種ごとの平成 17 年と平成 18 年の電子商取引市場規模という素材の選択をそのまま利用したものと認められるから、このような素材の選択に編集著作物としての創作性を否定した。

⁴³ 橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（下）」判例時報 1596 号（1997 年 5 月）20 頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第 26 巻—知的財産権—』（1999 年 3 月・新日本法規）398-399 頁、満田重昭 [判批]（簿記仕訳盤・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』（第 2 版・1994 年 6 月・有斐閣）78 頁、潮海久雄「編集著作物の保護に関する基礎理論的考察—創作性・保護範囲の判断に与える影響—」著作権研究 27 号（2003 年 2 月）176、185 頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004 年 11 月・青林書院）134-135 頁、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む 16 章』（新版改訂・2005 年 5 月・レクシスネクシス・ジャパン）31 頁、同『著作権法詳説—判例で読む 14 章』（第 10 版・2016 年 12 月・勁草書房）頁、斉藤博『著作権法』（第 3 版・2007 年 4 月・有斐閣）75 頁、作花文雄『著作権法制度と政策』（第 3 版・2008 年 4 月・発明協会）12 頁、同『詳解著作権法』（第 4 版・2010 年 4 月・ぎょうせい）80 頁、84-85 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）25 頁（横山久芳執筆）、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁、高部真規子『実務詳説著作権訴訟』（2012 年 1 月・金融財政事情研究会）108-109 頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的発展』（2012 年 9 月・日本評論社）246 頁、同「著作権法の守備範囲」パテント 66 巻 13 号（2013 年 11 月）144 頁、斉藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010 年 4 月・ミネルヴァ書房）29 頁（吉田大輔執筆）、茶園成樹編『著作権法』（2014 年 4 月・有斐閣）23 頁（濱口太久未執筆）。

なお、旧法の時代に小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—』（2010 年 11 月・第一書房（初版・1958 年 3 月・文部省））27-29 頁は、著作権保護の対象たるためには、「個性」の存する作品でなければならないが他人の作品を模倣したものではなく、独自創作と認定されるものであればよいと述べている。

- ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例としては、言語のカテゴリについて、東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁〔日照権〕（秋吉稔弘裁判長）（日照権に関する公知の事実や法律問題を一般向けに解説するものについて、類似性も肯定）、東京地判平成10年10月29日知財集30巻4号812頁〔SMAP大研究・一審〕（三村量一裁判長）、東京高判平成11年5月26日判例工業所有権法〔同控訴審〕（田中康久裁判長）（一審判決引用）（SMAPのメンバーに対するインタビューを内容とする1,289字の記事などについて、著作物としての創作性肯定、類似性も肯定）、東京地判平成11年1月29日判時1680号119頁〔古文語呂合わせ・一審〕（飯村敏明裁判長）（短い言語表現）⁴⁴、東京高判平成11年9月30日判タ1018号259頁〔同控訴審〕（永井紀昭裁判長）⁴⁵、東京地判平成13年1月23日判時1756号139頁〔新選組ガイドブック〕（三村量一裁判長）（新選組に関する史実や歴史人物に関する記述を通して多摩地方の史跡等を紹介したガイドブック全体について、デッド・コピーだから類似性も肯定）、東京地判平成17年11月17日判タ1227号332頁〔ドレン滞留ポイントチャート〕（説明文）（設楽隆一裁判長）（チャートの具体的作図方法を説明した文書（412字）について、類似性否定）、東京地判平成23年12月22日裁判所HP〔火災保険改定説明書面〕（大鷹一郎裁判長）（火災保険改定の内容を顧客向けに491字で説明する本文部分とそれに関連した図表などからなるものについて、デッド・コピーだから類似性も肯定）、東京地判平成25年6月28日裁判所HP〔かなめ行政書士事務所（ブログ記事）〕（大須賀滋裁判長）（通知書、苦情申告書について）⁴⁶、東京地判平成25年9月12日裁判所HP〔EF0 CUB入力フォーム〕（高野輝久裁判長）（サービスの説明資料について、類似性も肯定）⁴⁷、東京地判平成28年1月29日裁判所HP〔「風水」発信者情報開示請求〕（東海林保裁判長）（「風水」に関する記事（87字）、デッド・コピーに近い利用だから類似性も肯定）、などがある。

- 美術のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として）、東京地判平成10年11月16日判例工業所有権法〔「リトルくらぶ」広告〕（森義之裁判長）（「リトルくらぶ」のロゴマーク、キャラクターの図柄及びキャッチフレーズなどが組み合わせて構成された雑誌広告について、類似性も肯定）、東京地判平成13年7月25日判タ1067号297頁〔はたらくじどうしゃ〕（飯村敏明裁判長）（バス一台の車体に描かれた絵について、そのままの利用だから類似性も肯定）、

⁴⁴ 「朝めざましに驚くばかり」といった古文語呂合わせについて、著作物の創作性肯定否定両方ある、類似性肯定否定両方ある。

⁴⁵ 著作物の創作性肯定否定両方ある、類似性肯定否定両方ある。

⁴⁶ 弁護士が代理人として送付した13行程度の通知書について著作物の創作性否定、弁護士が東京行政書士会に提出したA4版で全5ページの苦情申告書について著作物の創作性肯定、そのままの利用だから類似性も肯定。

⁴⁷ ウェブサイトの入力フォームのアシスト機能に係るサービスを説明するための原告資料2の3頁並びに原告資料1の5ないし9頁及び15頁の各記載について、いずれも著作物の創作性肯定、類似性も肯定。

東京地判平成15年11月12日判タ1160号229頁〔世界名所旧跡イラスト〕（飯村敏明裁判長）（世界の名所旧跡を横長に並べて描いた図柄について、類似性も肯定）、大阪地判平成27年9月24日裁判所HP〔大阪城ピクトグラム〕（高松宏之裁判長）（実在する施設をグラフィックデザインの技法で描いた個々の「ピクトグラム」について、そのままの利用だから類似性も肯定）、などがある。

地図又は図形のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として）、東京地判平成17年5月12日判タ1210号258頁〔空港案内図〕（三村量一裁判長）（旅行案内書の各空港案内図について、類似性も肯定、知財高判平成18年5月31日裁判所HP〔同控訴審〕（塚原朋一裁判長）（一審判決引用）、などがある。

映画又は写真のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として）、東京地判昭和62年7月10日判時1248号120頁〔真田広之プロマイド〕（長野益三裁判長）（そのままの利用だから、類似性も肯定）、青森地判平成7年2月21日知財集27巻1号1頁〔猪垣写真〕（片野悟好裁判長）（石垣を撮影した写真について、当該写真を撮影者に無断で書籍に掲載するから類似性も肯定）、大阪地判平成7年3月28日知財集27巻1号210頁〔三光商事〕（水野武裁判長）（商品カタログ用の写真について、類似性否定）、大阪地判平成14年11月14日裁判所HP〔ベースボールカタログ用写真〕（小松一雄裁判長）（ベースボール用品に掲載したカタログ用に撮影された写真について、そのままの利用だから類似性も肯定）、東京地判平成15年2月26日判タ1140号259頁〔創価学会写真ビラ・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京高判平成16年11月29日裁判所HP〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）（一審判決引用）（肖像写真について、類似性も肯定）、東京地判平成19年4月12日裁判所HP〔創価学会写真ウェブ掲載〕（設楽隆一裁判長）（被写体たる人物の全身を撮影したものについて、類似性も肯定）、東京地判平成23年11月29日裁判所HP〔CTは魔法のナイフ〕（大鷹一郎裁判長）（マンモスの頭部をCT撮影したデータを基に作成した三次元CG画像について、類似性も肯定）、知財高判平成24年4月25日判タ1393号316頁〔同控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）（同旨）、東京地判平成24年9月28日判タ1407号368頁〔霊言DVD〕（大須賀滋裁判長）（「霊言」と呼ばれる宗教行為を撮影した動画映像について、それを収録したDVDを複製・頒布したから、類似性も肯定）、東京地判平成27年12月9日裁判所HP〔SNIP STYLE No. 348（写真）〕（東海林保裁判長）（女性モデルの顔等を被写体とする写真。複製について当事者間に争いが無い）、などがある。

プログラムのカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として）、大阪地判平成21年2月26日裁判所

HP〔連結解放装置プログラム・一審〕(山田知司裁判長)(プログラムについて、著作権の確認の請求を認容した)、知財高判平成24年1月25日判タ1402号293頁〔同控訴審〕(滝澤孝臣裁判長)(ただし、著作物の創作性否定⁴⁸⁾、東京地判平成24年11月30日裁判所HP〔不動産物件表示プログラム〕(大須賀滋裁判長)(類似性否定)、知財高判平成25年7月2日裁判所HP(塩月秀平裁判長)(一審判決引用)、などがある。

編集物について(類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として)、東京地判平成5年8月30日知財集25巻2号380頁〔ウォール・ストリート・ジャーナル・一審〕(一宮和夫裁判長)、東京高判平成6年10月27日知財集26巻3号1151頁〔同控訴審〕(伊藤博裁判長)(英字日刊新聞「THE WALL STREET JOURNAL」の特定日付けの紙面全体の編集について、類似性も肯定)、大阪地判平成7年3月28日知財集27巻1号210頁〔三光商事〕(水野武裁判長)(商品カタログの編集物について⁴⁹⁾、類似性否定)、東京地判平成27年3月26日裁判所HP〔幻想ネーミング辞典〕(沖中康人裁判長)(読者層が好みそうな単語を恣意的に採り上げて収録語数1,200語程度のコンパクトで廉価なネーミング辞典の編集について、類似性も肯定)、などがある。

創作者の自らの意思による選択を要件として、個性ないし創作性の有無を判断する立場であるが、実際、上記裁判例は別途、後述アイデアの不可避的な表現又はアイデアのありふれた表現を要件として最終的に創作性を否定したものがあるが、この主観的な要件のみをもって個性ないし創作性を否定した先例は存在しない。なるほど、創作者が自らの意思により、選択の幅がある中から表現を選択したか否かの判断対象は、あくまで創作者の主観的認識であり、人工知能が生み出したコンテンツ等を除き、一般に自然人がなにか表現した場合にはそこに創作者自らの意思決定で何らの表現を選択する活動を行ったことが通常であるから、結局のところ、創作性が認められるためにはそのような主観的要件の敷居は極めて低いといわざるを得ない。

第4款 個性のないものとはアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現を要件としている

一方で、判断対象となるのは、創作者にとって接した既存の原作を模倣したかどうかや、

⁴⁸ 選択の幅がある中から、プログラム制作者が選択したものであり、かつ、それがアイデアのありふれた表現ではなく、プログラム制作者の個性、すなわち表現上の創作性が発揮されているものであることを認めるに足る証拠はないとして、著作物性を認めた原判決が取り消された。

⁴⁹ 蘆立順美〔判批〕(三光商事) 齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号(第3版・2001年4月・有斐閣)72頁は、判旨は商品の区分の仕方、各章における説明文、商品写真の具体的な配置については創意がなされている点に編集著作物としての創作性を認めたと評している。

創作者が自らの意思により選択の幅がある中から表現を選択したか否か、という主観的認識自体ではなく、著作物であると主張されている対象物であるため、たとえ他人の著作物の模倣でなくとも、創作者が自らの意思により選択したものであっても、結果として著作物であると主張されている対象物は、①「アイデアの不可避的な表現」（アイデアと表現がマージするから、誰が同じアイデアを表現しようとすれば、ほぼ同様の表現にならざるを得ない場合）や、②「アイデアのありふれた表現」（表現として平凡でありふれたものである場合）に当たれば、創作者の個性が現われず、創作性がないとして著作物性が否定されることになる。創作性が認められるためには、こうした創作者の個性が表れていないものと、「アイデアの不可避的な表現」又は「アイデアのありふれた表現」を結びつけて論じているような形で、創作性がないとして著作物性を否定した裁判例が相次いでいる。主に類似性の判断に立ち入る前に、著作物であると主張されている対象物の創作性を否定する裁判例としては、言語のカテゴリについて、旧著作権法に関する大阪高判昭和38年3月29日下民集14巻3号509頁〔簿記仕訳盤・控訴審〕（加納実裁判長）（短い言語表現）⁵⁰、東京地判平成7年12月18日知財集27巻4号787頁〔ラストメッセージ〕（西田美昭裁判長）（決まり文句の組合せ）⁵¹、前掲東京地判平成11年1月29日〔古文語呂合わせ・一審〕（飯村敏明裁判長）（短い言語表現）、前掲東京高判平成11年9月30日〔同控訴審〕（永井紀昭裁判長）、東京地判平成13年5月30日判タ1060号249頁〔チャイルドシート（交通標語）・一審〕（飯村敏明裁判長）（「ボク安心 ママの膝（ひざ）より チャイルドシート」という短い言語表現、ただし、著作物の創作性肯定、類似性否定）⁵²、東京地判平成13年8月27日裁判所HP〔消防試験業務用書式〕（飯村敏明裁判長）（決まり文句の組合せ）、東京地判平成14年4月15日判タ1098号213頁〔ホテル・ジャンキーズ・一審〕（飯村敏明裁判長）⁵³、東京地判平成14年11月15日裁判所HP〔Qシート（FFS80問診票）〕（森義之裁判長）（短い言語表現）⁵⁴、東京地判平成15年10月22日判タ1162号265頁〔シャンテリー転職情報〕（飯村敏明裁判長）⁵⁵、東京地判平成16年3月24日判タ1175号281頁〔ライントピックス（YOL）・一審〕（飯村敏明裁判長）（ニュース記事の見出し）⁵⁶、大阪地判平成17年3月17日裁判所HP〔ダ

⁵⁰ 「資産の増加」、「負債の減少」などの各文句、「仕入商品を返品する」といった日常ありふれた取引例を列挙したもののような普通に専門用語として使用される極り文句に著作権を認めることとなると、その著作者以外は使用できないこととなって、社会文化の進歩を阻害するおそれもあると判示した。

⁵¹ 「本誌はこの号でおしまいです。永い間のご愛読に感謝します。」といった雑誌の廃刊の際の挨拶文について著作物の創作性肯定否定両方ある、そのままの利用だから類似性も肯定。

⁵² 被告スローガン「ママの胸より チャイルドシート」。

⁵³ 旅行の愛好者のインターネットのホームページ上の掲示板に投稿した各投稿文章について、著作物の創作性肯定否定両方ある、デッド・コピーだから類似性も肯定。

⁵⁴ 文字数最小5字、最大34字の個性分析用の一つ一つの質問文について、著作物の創作性否定。。

⁵⁵ 転職情報について著作物の創作性肯定、デッド・コピーだから類似性も肯定。

⁵⁶ 「マナー知らず大学教授、マナー本海賊版作り販売」といったニュース記事の見出しについて、著作物の創作性否定。

- スキン営業秘密・一審] (田中俊次裁判長) (取締役会議事録)、大阪高判平成 17 年 10 月 25 日裁判所 HP [同控訴審] (若林諒裁判長)、東京地判平成 19 年 1 月 31 日裁判所 HP [里見学園八剣伝] (清水節裁判長) (短い言語表現)⁵⁷、東京地判平成 19 年 5 月 28 日裁判所 HP [租税論教科書] (清水節裁判長)⁵⁸、知財高判平成 20 年 7 月 17 日判タ 1274 号 246 頁 [ライブドア裁判傍聴記・控訴審] (飯村敏明裁判長) (ライブドア事件の証人尋問を傍聴した結果をまとめた 1,792 字、426 字の傍聴記について、いずれも著作物の創作性否定)、東京地判平成 21 年 3 月 30 日裁判所 HP [読売新聞催告書] (清水節裁判長) (約 400 字の催告書のような短い言語表現の組合せ)、東京地判平成 23 年 6 月 10 日裁判所 HP [バイナリーオートシステム] (岡本岳裁判長) (短い言語表現)⁵⁹、東京地判平成 25 年 3 月 21 日裁判所 HP [ワールドメイトの実態] (高野輝久裁判長) (475 字のメールについて、著作物の創作性肯定、そのままの利用だから類似性も肯定)、東京地判平成 25 年 3 月 25 日裁判所 HP [いのちを語る (光の人映画)] (大須賀滋裁判長) (短い言語表現等)⁶⁰、前掲東京地判平成 25 年 6 月 28 日 [かなめ行政書士事務所 (ブログ記事)] (大須賀滋裁判長)、前掲東京地判平成 25 年 9 月 12 日 [EF0 CUB 入力フォーム] (高野輝久裁判長)、東京地判平成 26 年 7 月 30 日裁判所 HP [銀座櫻風堂 (修理規約)] (嶋末和秀裁判長) (約 5,000 字の修理規約という文書全体について著作物の創作性肯定、デッド・コピーだから類似性も肯定)、東京地判平成 27 年 3 月 20 日裁判所 HP [英会話教材キャッチフレーズ・一審] (嶋末和秀裁判長) (「ある日突然、英語が口から飛び出した！」等のキャッチフレーズについて、著作物の創作性否定)、知財高判平成 27 年 11 月 10 日裁判所 HP [同控訴審] (清水節裁判長)、前掲東京地判平成 28 年 1 月 29 日 [「風水」発信者情報開示請求] (東海林保裁判長) (ただし、前掲「風水」に関する 87 字の記事について、著作物の創作性肯定)、などがある。

- 舞踊のカテゴリについて (類似性の判断に立ち入る前に、著作物であると主張されている対象物の創作性を否定する裁判例として)、東京地判平成 25 年 7 月 19 日判時 2238 号 99 頁 [激安ファストファッション・一審] (大須賀滋裁判長) (舞台上のポーズの振り付けや衣服を脱ぐ動作の振り付けについて)、知財高判平成 26 年 8 月 28 日判時 2238 号 91 頁 [同控訴審] (設楽隆一裁判長)、などがある。

⁵⁷ コミュニケーション・ゲーム「里見学園八剣伝」のウェブサイトに記載されている、「里見学園八剣伝」、「里見学園」、「スクエア」及び「空き教室」という名称について、いずれも著作物の創作性否定。

⁵⁸ 原理・原則・定説を内容とする租税論の入門的教科書について、著作物の創作性肯定、類似性も肯定。

⁵⁹ 「左右小数の方で計算し支払いを決める。」(18 字) という一文について、著作物の創作性否定。

⁶⁰ ノンフィクションを内容とするドキュメンタリー映画「A Man of Light」(「光の人」)のうち、博士とのインタビュー前のナレーション (58 字) について創作性否定、博士回答部分の日本語訳 (251 字) について創作性肯定、類似性否定。

美術のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、著作物であると主張されている対象物の創作性を否定する裁判例として）、東京地判平成16年6月30日判タ1173号291頁[「Webcel 8」（インターフェイス）]（飯村敏明裁判長）⁶¹、知財高判平成17年5月26日裁判所HP[同控訴審]（塚原朋一裁判長）（一審判決引用）、仙台地判平成19年10月2日判
5 時2029号153頁[福の神仙台四郎]（潮見直之裁判長）⁶²、東京地判平成25年6月5日[シャトー勝沼Ⅰ・一審]（大須賀滋裁判長）、知財高判平成25年12月17日裁判所HP[同控訴審]（清水節裁判長）、知財高判平成26年1月22日裁判所HP[シャトー勝沼Ⅱ・控訴審]（清水節裁判長）（ワイナリーの案内看板について、ただし、著作物の創作性肯定、類似性
10 否定）、知財高判平成27年4月14日裁判所HP[TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審]（清水節裁判長）（椅子のデザインについて、ただし、著作物の創作性肯定、類似性否定）、前掲大阪地判平成27年9月24日[大阪城ピクトグラム]（高松宏之裁判長）、知財高判平成28年11月30日裁判所HP[加湿器・控訴審]（清水節裁判長）（加湿器のデザインについて）、知財高判平成28年12月21日裁判所HP[シャフトデザイン・控訴審]（清水節裁判長）（ゴルフシャフトの外装デザイン及びその原画、カタログデザインについて）、などがある。

15 地図又は図形のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、著作物であると主張されている対象物の創作性を否定する裁判例として）、大阪地判平成14年3月12日裁判所HP「熊崎式姓名判断法」（図形）小松一雄裁判長⁶³、東京地判平成15年2月26日裁判所HP[事務所設計図コンペ]（飯村敏明裁判長）（建築設計図につて、ただし、著作物の創作性肯定、類似性否定）、前掲東京地判平成17年5月12日[空港案内図]（三村量一裁判長）、前
20 掲知財高判平成18年5月31日[同控訴審]（塚原朋一裁判長）（一審判決引用）（前掲旅行案内書の各空港案内図について、ただし、著作物の創作性肯定、類似性も肯定）、東京地判平成17年11月17日[ドレン滞留ポイントチャート]（図表）（設楽隆一裁判長）⁶⁴、東京地判平成23年6月10日裁判所HP[バイナリーオートシステム]（岡本岳裁判長）（図につ
25 いて⁶⁵）、知財高判平成24年3月22日裁判所HP[鍋の持ち手（三徳包丁）・控訴審]（飯村敏明裁判長）（鍋の持ち手のデザインの図面）、東京地判平成26年11月7日裁判所HP[建

⁶¹ ユーザーの作成したデータベースのデータと表計算ソフトで作成する表などを相互に関連させる機能を有するソフトウェアのインターフェイスについて、各画面表示には、ソフトウェアの機能ないし操作手順を普通に表現したものにはすぎないなどの理由から、創作的な表現があると認めることはできないとした。

⁶² 他人の写真に接してデザインした図柄について、二次的著作物の創作性否定。

⁶³ 「熊崎式姓名学」による姓名判断の方法を図で示した原告「姓名判断鑑定図形」について、著作物としての創作性否定。

⁶⁴ 左縦軸と右縦軸と横軸に目盛りを設定した方眼状の原告チャート（1）や原告チャート（1）の使用方法に従って、具体的なラインを記載した原告チャート（3-1）について、いずれも著作物としての創作性否定。

⁶⁵ 19個の円と18本の直線を組み合わせた「バイナリーオートシステム」という組織図様の図形と、この組織図様の図形の頂点にある円から下方向に伸びた1本の破線と、組織図様の図形の略上半分を囲むように描かれた略三角形の図形から成る図形について、著作物の創作性否定。

替マンション設計図】（東海林保裁判長）⁶⁶、知財高判平成27年5月25日裁判所HP〔同控訴審〕（設楽隆一裁判長）（ただし、著作物の創作性肯定、類似性否定）⁶⁷、などがある。

5 プログラムのカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、著作物であると主張されている対象物の創作性を否定する裁判例として）、知財高判平成18年12月26日判時2019号92頁〔宇宙開発事業団・控訴審〕（篠原勝美裁判長）（プログラム11（STAT）について）、大阪地判平成21年2月26日裁判所HP〔連結解放装置プログラム・一審〕（山田知司裁判長）（「混鉄車自動停留ブレーキ及び連結解放装置」に組み込まれたプログラムについて、ただし、著作権の確認の請求を認容した）、知財高判平成24年1月25日判タ1402号293頁
10 〔同控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）⁶⁸、知財高判平成23年2月28日裁判所HP〔恋愛の神様・控訴審〕（飯村敏明裁判長）、東京地判平成23年1月28日判タ1399号317頁〔増田足ソフトウェア〕（大鷹一郎裁判長）（ただし、プログラム著作物の創作性肯定、類似性も肯定）⁶⁹、などがある。

15 編集物のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、著作物であると主張されている対象物の創作性を否定する裁判例として）、東京地判平成10年5月29日知財集30巻2号296頁〔知恵蔵・一審〕（八木貴美子裁判長）（レイアウト・フォーマット用紙）、前掲東京地判平成14年11月15日〔Qシート（FFS80問診票）〕（森義之裁判長）（80問の質問文全体の編集について、ただし編集著作物の創作性肯定、類似性否定）、前掲東京地判平成22年
20 1月27日〔月刊ネット販売（図表編集）〕（図表1～2、5～9）（清水節裁判長）、東京地判平成25年7月18日裁判所HP〔自動車用部品の整理表・一審〕（長谷川浩二裁判長）、知財高判平成26年2月19日裁判所HP〔同控訴審〕（清水節裁判長）、東京地判平成25年7月19日判時2238号99頁〔激安ファストファッション・一審〕（大須賀滋裁判長）（モデルの化粧や髪型のスタイリング、個々のモデルの衣服やアクセサリーの選択及び相互のコーディネート）、などがある。
25

〔熊崎式姓名判断法〕事件

⁶⁶ 建物の設計図の創作性否定。

⁶⁷ 建築設計図面全体について、著作物の創作性肯定。

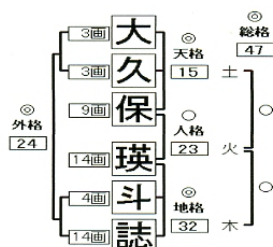
⁶⁸ 選択の幅がある中から、プログラム制作者が選択したものであり、かつ、それがアイデアのありふれた表現ではなく、プログラム制作者の個性、すなわち表現上の創作性が発揮されているものであることを認めるに足りる証拠はないとして、著作物性を認めた原判決が取り消された。

⁶⁹ 株価チャートを作成、分析するためのソフトウェアに係るプログラムについて、各株価チャート分析のための多様な機能を実現するものであり、膨大な量のソースコードからなり、そこに含まれる関数も多数にのぼるものであって、原告プログラムを全体としてみれば、特段の事情がない限りは、原告プログラムにおける具体的記述をもって誰が作成しても同一になるものであるとか、あるいは、ごくありふれたものであるなどとして、作成者の個性が発揮されていないものと断ずることは困難だから、全体として創作性の認められるプログラム著作物であるとした。類似性も肯定。

原告「姓名判断鑑定図形」⁷⁰

(被告は被告パンフレットに、原告図形を複製して縦図を横図に改変したものを掲載した)

熊崎式姓名學 五聖閣

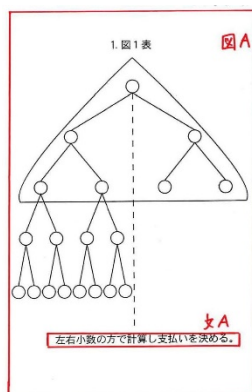


地裁（小松一雄裁判長） 著作物の創作性否定

5

[バイナリーオートシステム] 事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告図 A、文 A 右 被告図 B1、B2



地裁（岡本岳裁判長） 著作物の創作性否定

10

学説も裁判例に追従するような形で、創作性の有無の判断にあたって、著作物であると主張されている対象物はアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現にあたる場合には、創作者の個性が表れているとはいえず、著作物性が否定されるものとして、両者を結びつけて論じている⁷¹。

⁷⁰ <http://www.b-garden.com/kuma.html> より、2015年7月1日確認。本件で争点となったキャラクターの立体模型とは若干相違するかもしれない。

⁷¹ 橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（下）」判例時報 1596号（1997年5月）13頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）392頁、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）62-63頁、同吉田大輔執筆、齊藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年4月・ミネルヴァ書房）29頁、松田政行＝松葉栄治「プログラムの著作物の複製権、翻案権侵害訴訟を遂行する場合の諸問題」新日本法規清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）403頁、早稲田祐美子〔判批〕（PC-VAN（オンライン会話サービス））

他方、同一事実を別の表現を用いて記述することが可能である場合（前掲東京地判平成10年10月29日〔SMAP大研究・一審〕（三村量一裁判長）、東京高判平成11年5月26日判例工業所有権法〔同控訴審〕（田中康久裁判長）（一審判決引用）、又は決まり文句による時候のあいさつを除いた場合（東京高判平成14年10月29日裁判所HP〔ホテル・ジャンキーズ・控訴審〕（山下和明裁判長）（最短366字の旅行の愛好者のインターネットのホームページ上の掲示板に投稿した各投稿文章について、著作物の創作性肯定、少数を除き、デッド・コピーだから類似性も肯定）には、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に当たらないとの限縮的な説が示された判決や学説⁷²もある。

第2項 個性によらず創作性の有無を検討するもの

第1款 創作性とは独自創作をなしていないことを要件としている

前述したとおり、著作物の成立要件としての創作性の有無の判断にあたって、独自創作を

齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）17頁、潮海久雄「編集著作物の保護に関する基礎理論的考察—創作性・保護範囲の判断に与える影響—」著作権研究27号（2003年2月）176頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）135-136頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）16-17頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁、作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）13頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）86頁、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）315頁、『実務詳説著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）108-109、259頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的発展』（2012年9月・日本評論社）246-247頁、大橋正春「著作物性の主張立証」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法【齊藤博先生御退職記念論集】』（2008年6月・弘文堂）188-192頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）26頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、清水節〔判批〕（城と城下町（城の定義））中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）7頁、大橋正春〔判批〕（ゴナ書体・上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）39頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）16-17頁（松村信夫執筆）、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）50頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）23-24頁（濱口太久未執筆）、大鷹一郎「著作物性（1）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）6頁、高橋彩「著作物性（3）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）37-38頁、森本晃生〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）パテント68巻10号（2015年10月）72-74頁。

⁷² 作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）13-15頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）81、85-87頁、角田政芳「著作物の創作的要件に関する比較法的考察—とくに、広告用ウェブサイトの著作物性を中心として」日本国際知的財産保護協会月報56巻8号（2011年）543頁。

なしていないことと、創作者の個性が表れていないものを結びつけて論じている裁判例や学説がある。接した既存の原作をそのまま模して作成されたものについて創作者が独自創作をなしていないから著作物とならないことは異論がないが、それを上位概念として創作者の個性が表れていないものに比喻しなくても、創作性が認められるためには、創作者が接した既存の原作をありのままに複製しているかどうかという「非依拠性」を検討するほうがより直截的であろう。実際、創作性の有無をどのように判断するかが問題となる裁判例の中には、個性云々を論じることなく、端的に創作性が認められるためには、創作者が接した既存の原作をありのままに複製してはならないことが求められる判決も少なくはない。類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を判断する裁判例としては、旧著作権法に関する大阪地決昭和45年12月21日無体集2巻2号654頁〔天正菱大判〕（大江健次郎裁判長）⁷³、東京地判昭和58年6月20日判タ499号218頁〔同期の桜（楽曲）〕（牧野利秋裁判長）⁷⁴、東京地判平成10年11月30日知財集30巻4号956頁〔版画事典写真〕（森義之裁判長）⁷⁵、東京地判平成11年2月25日判タ998号252頁〔松本清張作品映像化リスト〕（三村量一裁判長）⁷⁶、名古屋地判平成12年3月8日〔ショッピングセンター設計図〕裁判所HP（野田武明裁判長）⁷⁷、横浜地判平成17年5月17日コピライ
5
10
15
イト2006年9月号43頁〔スメルゲット写真・一審〕⁷⁸、知財高判平成18年3月29日判タ

⁷³ 大判の模様については、既存の天正菱大判に接して、それをなぞっただけで、著作物の創作性に関する点では模造品の域を出ないものと結論した。

⁷⁴ 1943年から1944年にかけて作曲した「神雷部隊の歌」の楽曲については、遅くとも1940年5月までに第三者が作曲した「戦友の唄」の楽曲を複製したものであるから、原告が「神雷部隊の歌」の楽曲の著作権を有しているものということとはできないと結論した。

⁷⁵ 平面に近い版画を書籍に掲載するために平面的に撮影した写真について、正面から撮影する以外に撮影位置を選択する余地がない上、原画をできるだけ忠実に再現するためにされるものであって、撮影者がほかに何かを付け加えるものではないから、写真の著作物としての創作性を否定した。

⁷⁶ 松本清張の小説の映画化及びドラマ化に関する事項を一覧表にまとめたものについて、題名、封切年など、それぞれ項目として選択しその順序に従って配列して編集することは、従来の事実情報資料においても採られていたものであって、原告リストがこの点において何らかの独自性を有するとは認めることができず、編集著作物の創作性を有するものとは認められないと判示した。

この点に関して、佐藤恵太〔判批〕（松本清張作品映像化リスト）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）75頁は、判旨が「何らかの独自性」に言及したのは、松本清張が執筆した小説の映像化された事項の整理は、誰が行っても同一の結果になるものであり、採り上げる項目や整理方法は誰でも思いつくありふれたものであれば、およそ創作性あるとはいえないので、本判旨が思想または感情の新規性を要求したものとする理解は、判旨の本意に反するであると指摘する。

⁷⁷ ショッピングセンターの建築設計図のうち、原告図面1の公図の写しについて、原告図面1は、建物の敷地付近の公図の写しに、敷地の周囲の道路の幅、敷地となる土地の周りの長さや面積を記入した図面と敷地の所有者名と地番、地積を記載した敷地面積表からなるものであるが、公図は登記所に備えられているものであり、原告もそれを写したにすぎないから、公図の写し部分に創作性はなく、著作権は発生しないとした。

⁷⁸ ホームページで商品を広告販売するために撮影されたカタログ写真について、商品を正面から写しただけの平凡なものであるから、そこに写真の著作物としての創作性を否定した。

1234号295頁〔同控訴審〕（塚原朋一裁判長）⁷⁹、仙台地判平成20年1月31日判タ1299号283頁〔堤人形〕（小野洋一裁判長）⁸⁰、平成22年4月28日東京地判裁判所HP〔恋愛の神様・一審〕（岡本岳裁判長）（携帯電話画面上に表示されるルーン石の白黒画像について、著作物の創作性否定、カラー画像について著作物の創作性肯定）⁸¹、知財高判平成23年2月28日裁判所HP〔恋愛の神様・控訴審〕（飯村敏明裁判長）（白黒画像、カラー画像について、いずれも著作物の創作性否定）⁸²、東京地判平成22年6月17日裁判所HP〔月刊ネット販売Ⅱ（図表編集）〕（阿部正幸裁判長）（図表3）⁸³、知財高判平成23年3月22日裁判所HP〔同控訴審〕（塩月秀平裁判長）（一審判決引用）、などがある。

- 10 学説にも、個性の表れ云々を論じることなく、創作性が認められるためには、創作者が接した既存の原作をありのままに複製してはならないという非依拠性や独自性が必要とする見解⁸⁴がある。

第2款 創作性とは創作者の意思による選択を要件としている

15

前述したとおり、著作権の要保護性をいかに基礎づけるという観点から、創作者が自らの意思により選択の幅がある中から表現を選択したことは、「個性」を積極的な定義づけを試みてきたが、それを上位概念として創作者の個性の表れるものに比喩しなくても、創作性が認められるためには、要件として創作者の自らの意思による選択を求めるほうがより直截

⁷⁹ 写真の著作物としての創作性肯定、それを別のホームページに転載することから類似性も肯定。

⁸⁰ 伝統工芸品である堤人形に関して、高度の創作性までは認められないとして著作物性を否定した。

⁸¹ 携帯電話画面上に表示されるルーン石の白黒画像については、接した既存の「ルーンの手」に描かれたルーン石の絵を離れて創作が加えられたと評価することはできないから、そこに著作物性は認められない一方、ルーン石のカラー画像については、接した既存の「ルーンの手」に描かれたルーン石の絵を離れた新たな創作性が付与されたものとして、著作物の創作性肯定、そのままでの利用だから類似性も肯定。

⁸² 白黒画像、カラー画像については、いずれも接した「ルーンの手」に描かれたルーン石の絵を離れて、創作が加えられたと評価することはできないから、そこに著作物性は認められないとした。

⁸³ 図表3については、平成19年5月に経済産業省が公表した「『平成18年度電子商取引に関する市場調査』の結果公表について」と題する資料の図表7「日本における業種別2006年B to C-EC市場規模の推移」の「小売」の欄に記載された業種分類と全く同一の分類を利用するとともに、各業種ごとの2005年と2006年の電子商取引市場規模の各数値についても、ほぼそのまま利用したものと認められるから、素材の選択に編集著作物の創作性を認めることはできないとした。

⁸⁴ 加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）20頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、土肥一史『知的財産法入門』（第13版・2012年3月・中央経済社）260頁、同（第15版・2015年9月・中央経済社）頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」『パテント』64巻1号（2011年1月）54頁。

的であろう。実際、裁判例の中には、個性云々を論じることなく、端的に創作者の意思による選択の有無を基準に、著作物の成立要件としての創作性の有無を判断する判決が相次いでいる。ただし、この基準だけで結果としてほとんど創作性を肯定したものである（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例としては、言語のカテゴリについて、旧著作権法に関する東京地判昭和47年10月11日無体集4巻2号538頁〔民青の告白〕（荒木秀一裁判長）（週刊新聞「民主青年新聞」、月刊雑誌「青年運動」に掲載された手記、論文について、そのままの利用だから類似性も肯定）、東京地八王子支判昭和59年2月10日無体集16巻1号78頁〔ゲートボール競技規則書〕（安間喜夫裁判長）（類似性否定）、福岡地大牟田支判昭和59年9月28日無体集16巻3号705頁〔日刊情報〕（糟谷邦彦裁判長）（労働組合機関紙の記事について、そのままの利用だから類似性も肯定）、東京地判昭和62年7月10日判時1258号123頁〔家庭教師協会パンフレット〕（元木仲裁判長）（家庭教師、予備校等の長所、短所を比較した表について、類似性も肯定）、東京地判平成8年9月30日知財集28巻3号464頁〔江差追分・一審〕（設楽隆一裁判長）（ノンフィクション作品の中の短編「九月の熱風」の冒頭の合計974字のプロローグについて、類似性も肯定）、東京高判平成11年3月30日民集55巻4号945頁〔同控訴審〕（一審判決引用）、東京地判平成10年6月29日審決公報4号2581頁〔パッティング美容法〕（森義之裁判長）（『素肌復活美容ガイド 特製版』と題する20ページの横長の小冊子であり、パッティング美容法及びその基本となる考え方の要点をイラストと文を組み合わせて記載したもの（著作物3）等⁸⁵について、類似性否定）、東京高判平成11年3月25日判例工業所有権法〔同控訴審〕（永井紀昭裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成17年9月28日判タ1222号254頁〔神聖館開運暦〕（清水節裁判長）（「一白水星」ないし「九紫火星」九星ごとに一年の運勢判断を100ページ、160ページ程度でそれぞれ記述したものについて、類似性否定）、東京地判平成19年11月26日ウエストロー・ジャパン〔ライブドア裁判傍聴記・一審〕（森剛裁判長）（前掲ライブドア事件の証人尋問を傍聴した結果をまとめた1,792字、426字の傍聴記について、ただし、いずれも著作物の創作性否定⁸⁶）、などがある。

舞踊のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著

⁸⁵ ほかに、『素肌復活美容講習会のためのプリトーク』と題する小冊子であり、パッティング美容法及びその基本となる考え方の要点をイラストと文を組み合わせて記載したもの（著作物4）、『シミがとれ美しくなる パッティング美容法』の題名で発行された書籍のうち、「パッティング美容法とその実際」と題する部分（20-86頁）、『甦った私の素顔』の題名で発行された書籍のうちの「第三章 新しい美容理論の確立」と題する部分（86-115頁）であり、「パッティング美容法」と称する美容法を推奨し、その具体的な方法や優れている理由等を写真や絵を交えながら、著述したもの（著作物1、著作物2）について、いずれも著作物の創作性肯定。

⁸⁶ 原告がいかなる視点に立って事実を取捨選択し、また、選択した事実からいかなることを読者に伝達しようとしたのかは不明であり、その表現方法としても、単に箇条書きのように書き連ねた域を出ないのであって、原告独自の思想が反映されたものということとはできないから、著作物の創作性を否定した。

作物としての創作性を肯定する裁判例として)、福岡高判平成14年12月26日裁判所HP[日本舞踊](宮良允通裁判長)(独自の振付がされたある流派を象徴する日本舞踊について、そのままの利用の予定だから、類似性も肯定)、などがある。

- 5 美術のカテゴリについて(類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として)、旧著作権法に関する東京地判昭和36年10月25日下民12巻10号2583頁[動物写真画](三宅正雄裁判長)(科学雑誌に登載する目的で動物の生態を写實的に描いた原画について、そのままの利用だから類似性も肯定)、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](砂山一郎裁判長)(仏壇内部のプラスチック製の彫刻について、デッド・コピーだから類似性も肯定)、東京地判昭和56年4月20日無体集13巻1号432頁[アメリカティーシャツ](秋吉稔弘裁判長)(ティーシャツの図柄について、そのままの利用だから類似性も肯定)、大阪地判昭和60年3月29日無体集17巻1号132頁[三和通商広告](潮久郎裁判長)(図案化された環状の鎖、シルエット状の石油採取設備、工具の部品等の写真及びそれぞれの各英文文字を構成素材としてこれを一紙面に配置し、全体として一つの纏まりのある絵画的な表現物について、類似性否定)、京都地判平成7年10月19日知財集[アンコウ行灯](鬼沢友直裁判長)(類似性否定)、東京地八王子支判昭和62年9月18日無体集19巻3号334頁[館林市壁画](安間喜夫裁判長)(東京都日野市庁舎の地名入り陶壁画について、類似性も肯定)、東京地判平成6年4月25日判時1509号130頁[城と城下町](西田美昭裁判長)(歴史上の建物等を概念的に描いた想像図について、類似性も肯定)、東京地判平成15年7月11日裁判所HP[レターセット(便せん絵柄)](三村量一裁判長)(便箋の金魚と水草、スイカ、花火、猫の絵柄について、類似性否定)、などがある。

- 25 建築のカテゴリについて(類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として)、大阪地決平成25年9月6日判時2222号93頁[希望の壁(新梅田シティ内庭園)](谷有恒裁判長)(複合施設である「新梅田シティ」内の庭園について⁸⁷⁾、などがある。

- 30 地図又は図形のカテゴリについて(類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として)、旧著作権法に関する東京地判昭和44年5月31日判時580号92頁[地球儀用世界地図(刑事)・一審](近藤暁裁判長)(そのままの利用だから、類似性も肯定)、東京高判昭和46年2月2日判時643号93頁[同控訴審](栗田正裁判長)(同じ理由)、東京地判昭和54年6月20日無体集11巻1号322頁[小林ビル設計図](秋吉稔弘裁判長)(そして、原告設計図書5ないし8とこれに対応する被告

⁸⁷ 著作者の意に反した庭園の改変にはあたるものの、著作権法20条2項2号が類推適用される結果、同一性保持権の侵害は成立しないことになる。

設計図書2ないし4について、類似性も肯定)、東京地判平成23年5月20日判タ1379号210頁[「吹きゴマ」(折り紙の折り図)](大鷹一郎裁判長)(折り紙の折り図について、類似性否定)、知財高判平成23年12月26日判タ1382号329頁(同控訴審)(飯村敏明裁判長)(一審判決引用)、などがある。

5

- 映画又は写真のカテゴリについて(類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として)、津地判平成6年1月31日判例工業所有権法[津医療生活協同組合写真・一審](橋本勝利裁判長)(複数の人物を主題とした記念写真や行事又は活動の場面を記録した写真について、そのままの利用だから類似性も肯定)、名古屋高判平成6年10月27日判例工業所有権法[同控訴審](稲守孝夫裁判長)(同じ理由)、仙台高判平成9年1月30日知財集29巻1号89頁[猪垣写真・控訴審](小林啓二裁判長)(前掲石垣を撮影した写真について、当該写真を撮影者に無断で書籍に掲載するから類似性も肯定)、東京地判平成11年3月26日判タ1014号259頁[イルカ写真](森義之裁判長)(自然の中におけるイルカの生態等を撮影した写真について、当該写真を上下又は左右をトリミングして写真に文字を重ねて掲載したので類似性も肯定)、東京高判平15年2月26日裁判所HP[スカイダイビング写真・控訴審](篠原勝美裁判長)(スカイダイビング中の他の参加者を空中で撮影した写真について、そのままの利用だから類似性も肯定)、大阪地判平成15年10月30日判タ1146号267頁[グルニエ・ダイン写真(積水ハウス)](小松一雄裁判長)(建物を撮影し、コンピュータグラフィックス処理したカタログ用の写真について、被告がこれをさらにコンピュータグラフィックス処理した写真を利用したが、類似性も肯定)、東京地判平成18年12月21日判時1977号153頁[東京アウトサイダーズ写真](設楽隆一裁判長)(父子の姿を捉えた家族の写真のうち、被写体たる人物の上半身部分がトリミングされ、そのまま掲載されているが、類似性も肯定)、知財高判平成19年5月31日判時1977号144頁[同控訴審](中野哲弘裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成20年3月13日判タ1283号262頁[八坂神社祇園祭写真](設楽隆一裁判長)(八坂神社の西楼門前に祇園祭のイベントである神幸祭のある一瞬の風景を捉えた風景写真について、当該写真に依拠して水彩画を制作した行為は翻案権侵害に当たるとされた)、東京地判平成23年2月9日裁判所HP[都議会議員写真ビラ](岡本岳裁判長)(政治家の肖像写真について、同政治家が広報用に開設したウェブサイトからダウンロードして無断で同写真を利用したビラを作成し、又は自らのウェブサイトに掲載したので、類似性も肯定)、知財高判平成23年10月31日裁判所HP[同控訴審](中野哲弘裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成25年5月17日判タ1395号319頁[総合格闘技競技](大須賀滋裁判長)(総合格闘技の大会における試合を撮影した動画映像であり、各場面に応じて選手、観客、審判等の被写体を選び、撮影する角度や被写体の大きさ等の構図を選択して撮影・編集され、映像に選手等に関する情報等を文字や写真により付加する等の加工を加えたものについて、当該映像をインターネットにアップロードしたので、公衆送信権を侵害するとして)、東京地

判平成 25 年 7 月 19 日裁判所 HP [HONDA エンジン写真・一審] (大須賀滋裁判長) (本田技研工業がかつて製造販売していたオートバイの 4 気筒エンジンを被写体とする写真について、そのままの利用だから類似性も肯定)、知財高判平成 25 年 12 月 25 日裁判所 HP [同控訴審] (設樂隆一裁判長) (一審判決引用)、東京地判平成 27 年 1 月 29 日判時 2249 号 86 頁 [イ
5 ケア製品写真] (高野輝久裁判長) (イケアの家具・雑貨製品の広告写真について、そのままの利用だから類似性も肯定)、大阪地判平成 28 年 7 月 19 日判タ 1431 号 226 頁 [舞妓写真] (森崎英二裁判長) (舞を踊る最中の舞妓を撮影した写真につて、当該写真に依拠して日本画を制作した行為は翻案権侵害に当たるとされた)、などがある。

- 10 プログラムのカテゴリについて (類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として)、東京地判平成 26 年 4 月 24 日裁判所 HP [接触角計算プログラム] (高野輝久裁判長) (接触角を自動で測定するための自動接触角計に搭載するプログラムについて⁸⁸⁾、知財高判平成 28 年 4 月 27 日 [同控訴審] (高部眞規子裁判長) (類似性の判断のみ)、などがある。

15

編集又はデータベースのカテゴリについて (類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を肯定する裁判例として)、大阪地判昭和 57 年 3 月 30 日判タ 474 号 234 頁 [広告電話帳] (金田育三裁判長) (類似性も肯定)、名古屋地判昭和 62 年 3 月 18 日判時 1256 号 90 頁 [用字苑] (高橋利文裁判長) (約 4 万 3200 語数を収録した辞典について、類似性も肯定)、東京地判平成 4 年 10 月 30 日判時 1460 号 132 頁 [観光
20 タクシータリフ] (西田美昭裁判長) (観光タクシーによる観光コース、時間、料金等を記載した各コース表及び案内図について、類似性も肯定)、東京高判平成 7 年 1 月 31 日判時 1525 号 150 頁 [会社案内パンフレット] (竹田稔裁判長) (A4 版サイズで本文 22 頁の文章と写真による会社案内の編集について、具体的な素材の選択及び配列に強度の共通性があるので、
25 類似性も肯定)、東京高判平成 7 年 10 月 17 日知財集 27 巻 4 号 699 頁 [JAMIC システム・控訴審] (竹田稔裁判長) (JAMIC システムの中核をなす工事別分類項目表及び工事分類項目別メーカーリストについて、被控訴人が JAMIC システムを使用、販売していることは当事者間に争いがないから類似性も肯定)、東京地判平成 8 年 9 月 27 日判時 1645 号 134 頁 [四谷大塚問題解説書 (四進レクチャー)・一審] (西田美昭裁判長) (入学試験対策用のテスト問題
30 における各設問の選択又は配列について、類似性も肯定)、東京高判平成 10 年 2 月 12 日判時 1645 号 129 頁 [同控訴審] (伊藤博裁判長) (一審判決引用)、東京地判平成 12 年 3 月 17 日判タ 1027 号 268 頁 [タウンページデータベース] (森義之裁判長) (①職業分類体系によ

⁸⁸⁾ 原告接触角計算プログラムのソースコードは、多様な記載方法があるところ、上記の目的を達成するために 2000 行を超える分量で作成されたものであり、プログラム全体として創作性を有する著作物であると認められる。被告旧接触角計算プログラムについて類似性肯定、新接触角計算プログラムについて類似性否定。

って電話番号情報を職業別に分類したデータベースについて、類似性も肯定⁸⁹、②職業別電話帳の編集について、依拠性否定)、大阪地判平成16年2月12日裁判所HP〔誕生花写真集(日めくりカレンダー)〕(季節・年中行事・花言葉等に照らして365枚の花の写真を選択し、その画像データを一年間の日ごとに対応させたデジタル写真集の編集について、被告のなした週一回の配信行為が原告の黙示の同意があったと判示した)、知財高判平成20年6月23日判時2027号129頁(中野哲弘裁判長)〔同控訴審〕(被告のなした週一回の配信行為が上記編集著作物に関する著作者人格権としての同一性保持権を侵害しないと判断した)、東京地判平成21年8月28日裁判所HP〔手あそびうたブック(編集)〕(大鷹一郎裁判長)(書籍本体掲載曲63曲及びDVD収録曲29曲における歌の曲名の選択について、類似性否定)、などがある。

学説では、選択の幅の中からある表現を採用したこそが、著作権法に固有の著作者人格権の発生を基礎付けること⁹⁰や、創作者が自らの意思により表現を選択することに創作性の本質があることは、編集著作物において最も純粋な形で表れる⁹¹と指摘されている⁹²。ただ、前述したとおり、一般に自然人がなにものか表現した場合にはそこに創作者自らの意思決定で何らの特定の表現を選択する活動を行ったことが通常であるから、この主観的要件の敷居は極めて低いといわざるを得ない。実際、上記裁判例では、創作性を否定した前掲東京地判平成19年11月26日〔ライブドア裁判傍聴記・一審〕(森剛裁判長)⁹³一件を除けば、

⁸⁹ 職業分類体系によって電話番号情報を職業別に分類したデータベースについて、その職業分類体系に係る「検索の利便性の観点」からの分類と階層的積み重ね、「体系的な構成によって創作性を有する」とし、「職業分類体系によって電話番号情報を職業別に分類した点」においてデータベースの著作物性を肯定した。被告の業種別データベースは原告データベースの創作性を有する体系的な構成がそのまま再現されているので、類似性も肯定。

この理由の説示に対しては、小川憲久〔判批〕(タウンページデータベース)著作権研究27号(2003年2月)265、273頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)628頁(小川憲久執筆)は、著作権法によるとデータベースは「電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したもの」であり、データベース著作物にはその「体系的な構成」に創作性が求められる以上、本件データベースの「体系的構成」に創作性があるというためには、単に職業を分類して階層的に積み重ねたというだけではならず、そこにコンピュータによる検索という観点からどのような体系、構造が創作的に形成されているのかとの説示が必要であり、本判決の理由は不十分であると指摘する。

⁹⁰ 上野達弘司会「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」季刊企業と法創造第17号(2009年3月)73頁(田村善之発言)。

⁹¹ 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号(2011年1月)54頁。

⁹² ほかに、旧法の時代に小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈－著作権法全文改正の資料として－』(2010年11月・第一書房(初版・1958年3月・文部省))27-28頁は、創作者の独自の意図をもって題材を選定し、独自の形式を付与することによって、独創性ある成果が生れるこそ、初めて創作者の人格が作品中に包蔵されるに至る、と述べている。

⁹³ もっとも、一審判決を維持した同控訴審判決(知財高判平成20年7月17日判タ1274号246頁〔ライブドア裁判傍聴記・控訴審〕)は、アイデアのありふれた表現として創作性を否定したものである。

すべて著作物の成立要件としての創作性を肯定した事案であることに留意が必要である。

第3款 創作性を有するものとはアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に
当たらないもの—表現の選択の幅論

5

前述したとおり、創作性の有無の判断にあたって、たとえ他人の著作物の模倣でなくとも、創作者が自らの意思により選択の幅がある中から表現を選択したとしても、結果として著作物であると主張されている対象物がアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現にあたる場合には創作者の個性が表れているとはいえず、著作物性が否定されるものとして、両者を結びつけて論じている裁判例や学説がある。しかし、創作性が認められるためには、上位概念として創作者の個性が表れていないものを結びつけることなく、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であるかどうかを検討するほうがより直截的であろう。実際、裁判例の中には、個性云々を論じることなく、端的にアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現を要件とした判決も多く存在している。類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の創作性を否定する裁判例としては、言語のカテゴリについて、東京地判平成6年4月25日判時1509号130頁〔城と城下町〕（西田美昭裁判長）（52字の「城」の定義）⁹⁴、東京地和解平成9年1月22日判時1595号134頁〔父よ母よ！〕（設楽隆一裁判長）（書籍の題号「父よ母よ！」）、東京高判平成13年10月30日判タ1092号281頁〔チャイルドシート（交通標語）・控訴審〕（前掲スローガン「ボク安心 ママの膝（ひざ）より チャイルドシート」について、ただし、著作物の創作性肯定（抽象論のみ））、大阪地判平成17年7月12日裁判所HP〔初動負荷理論〕（田中俊次裁判長）（「初動負荷」及び「終動負荷」という名称）、知財高判平成17年10月6日裁判所HP〔ライントピックス（YOL）・控訴審〕（塚原朋一裁判長）（前掲「マナー知らず大学教授、マナー本海賊版作り販売」といったニュース記事の見出し）、大阪地判平成20年5月29日裁判所HP〔時効の管理・一審〕（山田知司裁判長）（時効に関する法律実務書の題名「時効の管理」）、大阪高判平成20年10月8日裁判所HP〔同控訴審〕（若林諒裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成21年8月28日裁判所HP〔手あそびうたブック〕（大鷹一郎裁判長）（手あそびうたの既存の歌詞から「にんじゃ」、「ねこさん」、「たこさん」、「とりさん」と置き換えた歌詞）、東京地判平成22年12月21日裁判所HP〔住宅ローン金利比較表・一審〕、知財高判平成23年4月19日裁判所HP〔同控訴審〕（一審判決引用）、大阪地判平成23年12月15日裁判所HP〔浄水器取扱説明書〕、東京地判平成23年4月27日裁判所HP〔出願手続補正書〕（岡本岳裁判長）（実用新案登録出願の明細書の実施例についての短い言語表現）、東京地判平成27年7月16日裁判所HP〔建築士設計製図受験テキスト〕（長谷川浩二裁判長）（過去の建築士本試験問題について⁹⁵）、

⁹⁴ 「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の構築物をいう。」という。

⁹⁵ 原告表現1、2、12～19、21～23について、過去の建築士本試験問題の一部であり、変更によ

などがある。

美術のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の創作性を否定する裁判例として）、東京地判平成24年11月29日〔カスタマイズドール〕（大鷹一郎裁判長）（カスタマイズドール用の素体）、東京地判平成24年12月27日〔大道芸研究会ウェブサイト〕、東京地判平成25年3月8日ウエストロー・ジャパン〔「アイケアショップ」ロゴマーク〕、東京地判平成25年7月2日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕（長谷川浩二裁判長）（前掲ワイナリーの案内看板について）、などがある。

- 10 舞踊のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の創作性を否定する裁判例として）、東京地判平成21年8月28日裁判所HP〔手あそびうたブック（手あそびうたの歌詞に対応する振付け）〕、東京地判平成24年2月28日裁判所HP〔Shall we ダンス？〕（阿部正幸裁判長）（ダンス映画のなかに写った社交ダンスのステップ）、などがある。

15

写真のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の創作性を否定する裁判例として）、前掲東京地判平成10年11月30日〔版画事典写真〕（森義之裁判長）、前掲横浜地判平成17年5月17日〔スメルゲット写真・一審〕、知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁〔同控訴審〕（塚原朋一裁判長）（ただし、写真の著作物の創作性肯定、類似性も肯定）、那覇地判平成20年9月24日判時2042号95頁〔首里城写真〕（ただし、写真の著作物の創作性肯定、類似性も肯定）、などがある。

20

建築のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の著作物としての創作性を判断する裁判例として）、前掲大阪地決平成25年9月6日〔希望の壁（新梅田シティ内庭園）〕（谷有恒裁判長）（著作物の創作性肯定）、東京地判平成26年10

25

る相違は僅かなものであるし、問題の一部を変更することはアイデアの域を出ないものであり、原告による変更後の表現自体はいずれもありふれたものであるから、これらについて原告による表現上の創作性を認めることはできず、被告表現が原告表現を機械的に複写したものであるとしても、原告の著作権を侵害することはない。

原告表現7及び8について、給水方式及びエレベーターの特徴等を項目に分類して表の形式にまとめること自体アイデアのありふれた表現方法である上、各表の記載内容は給水方式又はエレベーターの定員等に関する一般的な知見であって、これを簡潔な文言（短い単語又は数値）を用いて表の形式で記載する場合には、表現の幅に制約があるから、誰が表現しても同様の表現にならざるを得ないものであるから、原告表現7及び8について表現上の創作性を認めることはできない。

原告表現10の階段及び11のエスカレーターの側面図については、実際の建築設備の形状ないし構造を視覚的に容易に認識できる形で図示したものであり、図示に当たって特別な手法が用いられていることはうかがわれないから、原告表現10及び11に表現上の創作性があるとは認められない。

月17日裁判所HP〔ログハウス調木造住宅〕（著作物の創作性否定）、などがある。

5 地図又は図形のカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の創作性を否定する裁判例として）、前掲東京地判昭和54年6月20日〔小林ビル設計図〕（秋吉稔弘裁判長）、東京地判平成9年4月25日判タ944号265頁〔スモーキングスタンド設計図〕（西田美昭裁判官）⁹⁶、知財高判平成17年5月25日裁判所HP〔京都大学学位授与石油論文図表・控訴審〕、知財高判平成19年3月27日裁判所HP〔ポニー交通システム（くるの運行系統図）・控訴審〕、名古屋地判平成12年3月8日〔ショッピングセンター設計図〕裁判所HP（野田武明裁判長）⁹⁷、東京地判平成12年3月23日裁判所HP〔増田足チャート〕（三村量一裁判長）⁹⁸、東京地判平成17年9月28日判タ1222号254頁〔神聖館開運暦（方位盤）〕（清水節裁判長）（方位を八分割した八角形の図に吉凶を示す事項を記載する方位盤について）、などがある。

15 プログラムのカテゴリについて、前掲東京地判平成26年4月24日〔接触角計算プログラム〕（高野輝久裁判長）⁹⁹、知財高判平成28年4月27日〔同控訴審〕（高部眞規子裁判長）（類似性の判断のみ）、などがある。

⁹⁶ スモーキングスタンド、ダストボックス等の工業的に大量生産を予定した実用品の設計図について、誰が作っても似たような表現とならざるを得ないものであるから、著作物の創作性を否定した。

⁹⁷ ショッピングセンターの建築設計図のうち、①原告図面1の公図の写しについて、原告図面1には、建物の敷地の面積、周りの長さ及び道路幅が記載されており、また、所有者ごとに土地の地番や面積等をまとめた敷地面積表が記載されているが、これらの記載は、客観的な事実であって、何人が記載しても同一となるはずのものであり、その表現方法も同一とならざるを得ないから、創作的表現ということはできず、原告に著作権は成立しないとした。

②原告図面6の現況敷地平面図について、原告図面6は、建物の敷地の現況図であるが、現況図とは、原告が設計を依頼された建物自体ではなく、その敷地について、道路との境界線や、長さ、杭の位置などを、現況どおりに図面化したにすぎないものであり、客観的な事実の記載であり、縮尺、方角さえ決まれば、ほぼ同一の記載となるものであって、その記載には創作的表現と評価できるものではないとした。

③その余の配置図、外構図等の図面について、原告がその一級建築士としての知識と技術を駆使して、創作したものと認められ、そこには原告の思想が表現されているといえるから、原告の著作物であるとした。

⁹⁸ 「増田足」と呼ぶ株式の値動きを記載した図表について、株式の値動きを図表として表現するに当たり、縦軸に価格、横軸に時間をとること、日、週、月ごとの価格の変動の幅を長方形により表すこと等などは、従前から一般に行われているアイデアのありふれた表現方法であるから、創作性否定。

⁹⁹ 接触角を自動で測定するための自動接触角計に搭載するプログラムについて、判決は接触角計算のために必要な処理の流れに関する思想はアイデアないし解法であるというべきであるとしても、これを実現するためのプログラムの具体的な記載において、別の記載方法を採用する、すなわち表現に選択の余地があるということは、まさに表現の幅の問題であって、これがアイデアや解法の問題であるという被告の主張は、採用することができないとした。

- 編集物又はデータベースのカテゴリについて（類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の創作性を否定する裁判例として）、前掲東京地判平成22年6月17日〔月刊ネット販売Ⅱ（図表編集）〕（図表1～2、4～9）（阿部正幸裁判長）、前掲知財高判平成23年3月22日〔同控訴審〕（塩月秀平裁判長）（一審判決引用）、東京地判昭和59年5月14日
- 5 無体集16巻2号315頁〔アメリカ語要語集・一審〕（牧野利秋裁判長）（ただし、編集著作物の創作性肯定）¹⁰⁰、東京高判昭和60年11月14日無体集17巻3号544頁〔同控訴審〕（蕪山巖裁判長）（一審判決引用）、前掲東京地判平成4年10月30日〔観光タクシータリフ〕（西田美昭裁判長）（ただし、編集著作物の創作性肯定）、前掲東京高判平成7年1月31日〔会社案内パンフレット〕（竹田稔裁判長）（ただし、編集著作物の創作性肯定）、東京地
- 10 判平成平成5年6月28日知財集27巻4号715頁〔JAMICシステム・一審〕（前掲工事別分類項目表及び工事分類項目別メーカーリストについて、ただし、編集著作物の創作性肯定）¹⁰¹、前掲東京地判平成8年9月27日〔四谷大塚問題解説書（四進レクチャー）・一審〕（西田美昭裁判長）（ただし、編集著作物の創作性肯定）、前掲東京高判平成10年2月12日〔同控訴審〕（伊藤博裁判長）（原判決引用）、東京地判平成10年7月24日判例工業所有権法〔アサ
- 15 パン職業別電話帳〕（森義之裁判長）¹⁰²、東京高判平成12年11月30日裁判所HP〔同控訴審〕（山下和明裁判長）¹⁰³、東京地判平成13年5月25日判タ1081号267頁〔スーパーフロントマン（自動車データベース）〕、東京地判平成14年2月21日裁判所HP〔オフィス・キャスター（新築マンションデータベース）〕（ただし、編集著作物の創作性肯定）、大阪地判平成15年2月8日裁判所HP〔風呂保温ヒーター取扱説明書・一審〕（田中俊次裁判長）、大
- 20 阪高判平成17年12月15日裁判所HP〔同控訴審〕（小野洋一裁判長）（商品取扱説明書における、章立て、文章、イラストの「配列」としてありふれたものであるから、原告取扱説明書には編集著作物性が認められないとした）、東京地判平成22年2月25日裁判所HP〔通販新聞の図表〕、などがある。
- 25 学説では、個性という統一のメタファーを用いずに、端的に後発者の自由への制約という視点に立って、創作性の有無を判断する立場も広まっている¹⁰⁴。それを理論化する嚆矢と

¹⁰⁰ 約3,000語のアメリカ語の単語、熟語を見出し語として選び出した上、それらの文例、日本語訳等を収録した英和辞典は、アメリカ語を素材にしてその選択と配列に創作した一つの編集著作物と認めた一方で、単語、熟語、慣用句、文例及び日本語訳、見出し語の英語による言換えそれ自体について、創作性を否定した。

¹⁰¹ 前掲工事別分類項目表及び工事分類項目別メーカーリストについて、創作性肯定。

¹⁰² 東京23区の職業別電話帳を更に細かい地域の電話帳に分冊することはありふれた発想であって、素材の選択配列に編集著作物としての創作性があるとは認められないとした。

¹⁰³ 東京23区のうち4区を選び、会議メモ、住所電話書抜欄、求人広告欄のほか割引券付き広告をも掲載しつつ、4区内の電話加入者に係る電話帳に素材の選択又は配列を含めた電話帳全体の具体的な表現は、誰が行っても同じになるであろうといえるほどにありふれたものとはいえないから創作性肯定、類似性否定。

¹⁰⁴ 三村量一「著作権侵害訴訟の実務上の問題点」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（2011年3月・成文堂）9頁。

して、中山教授は創作性が肯定されるための必要十分条件として、「個性」と捉えず、その代わりに後発者の情報の利用の自由との調和点を探るという観点から、「表現の選択の幅」という新たなメタファーを定立すべき、「表現の選択の幅論」は大いに注目を集めている。中山教授によれば、独占の弊害および後発者の自由を配慮するため、創作性の有無を判断するにあたって、创作者の主観的認識を離れ、その作成した結果物に着目して、創作性の判断対象を捉えて、後発者にとって同じアイデアを表現するのに他の表現の選択可能性がどの程度残されているのかという観点から説明をすべきものであり、排他権を与えてもその他の採り得る表現が十分に残されている場合に限って、創作性があると考えられるものである¹⁰⁵。

10

上記表現の選択の幅論は、創作性を创作者の「個性」という観点からの従来の説明を否定し、その代わりに「表現の選択の幅」という観点から創作性概念を統一的に捉えてみたものである。また、「表現の選択の幅」というのは、作成時において创作者が数ある表現の中で選んだという行為に創作性があるという创作者の主観的認識ではなくて、作成された結果物を後から見て、それが著作物として保護されるとすれば、後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されているかどうかということである¹⁰⁶。かくして創作性の概念として「表現の選択の幅」と捉えるべきだという見解が中山教授はじめ、有力に唱えられるようになり、支持を増やしつつある¹⁰⁷。

20

それに対し、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現にあたらぬことは、著作物の成立要件として機能させる創作性が肯定されるための必要条件であるが十分条件ではないので、创作者の自らの意思による選択も不可欠であるという批判¹⁰⁸がなされている。なぜなら、主張されている対象物が著作物として保護されるとすれば、後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されているからといって、既存の原作をそのまま模して作成され

¹⁰⁵ 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究 28 号（2003 年 5 月）6-7 頁、同『著作権法』（2007 年 10 月・有斐閣）52-53、57 頁。

¹⁰⁶ 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究 28 号（2003 年 5 月）45 頁（シンポジウム討論の発言）、同『著作権法』（2007 年 10 月・有斐閣）57 頁、同（第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣）頁。

¹⁰⁷ 横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として」著作権研究 30 号（2004 年 7 月）153-156 頁、同横山久芳執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年・有斐閣）28-30 頁、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁、上田大輔〔批判〕（Shall we ダンス）コピーライト 2012 年 7 月号 38 頁。

¹⁰⁸ 作花文雄『詳解著作権法』（第 4 版・2010 年 4 月・ぎょうせい）85 頁、92 頁の注 15、岡村久道『著作権法』（2010 年 11 月・商事法務）55 頁、同（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）頁、同（第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会）頁、高林龍『標準著作権法』（2010 年 12 月・有斐閣）23 頁の注 1、同（第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣）頁、前田哲男「講演録『思想・感情の創作的な表現』とは何か」コピーライト 2011 年 3 月号 11-12 頁、同「設計図面などの機能的著作物における創作性について」高林龍編『著作権ビジネスの理論と実践 II』（2011 年 12 月・成文堂）383-384 頁。

たものにすぎないものであっても、創作性は肯定されてしまうということになるからである。この点に関して、中山教授は創作性の有無を判断するにあたっては、後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されているかどうかという客観的な問題を純化するため、制作過程において創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかあるいは自らの意思により表現を選択したかどうかという主観的認識は創作性の問題ではなく、「著作者」の認定の問題¹⁰⁹と位置付けている。詳しい議論は第5章の「著作物の成立要件として機能させる創作性」に譲りたい。

第3項 「競争法的選択の幅論」対「創作法的選択の幅論」

創作性というものをどのように説明するかについて、前述したように、従来のような個性論にかわって、「表現の選択の幅」の観点から説明する見解がみられる。そして、選択の幅というものをどのように理解するかという点をめぐって、上記中山教授の選択の幅論に対して、「選択の幅」とは個性の観点からの説明を否定するものではなく、前掲知財高判平成18年12月26日〔宇宙開発事業団・控訴審〕（篠原勝美裁判長）¹¹⁰にならって、従来の議論において「個性」と言われてきたものを「選択の幅」という観点から再構成する試みもある。代表的な見解は上野教授による「創作法的選択の幅論」である。この説は中山教授の説を「競争法的選択の幅論」と位置付けたうえで、創作性というものは、創作者の観点からみて、その作成時において表現の選択の幅が広い中で特定の表現を選択したということの意味するものである。それゆえ、創作者にとって選択の幅が著しく狭い場合には、選択活動の働きようがないため、創作者の個性の表れる余地もなく、著作権保護を与える理由を欠くことになり、消極的に創作性が否定される一方、創作者にとって表現の選択の幅が十分である場合には、数多ある表現の選択肢の中から一つの特定の表現を選び出したところにこそ著作権の保護に値することになり、創作者の個性が表れているものとして積極的に創作性が認めら

¹⁰⁹ 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究28号（2003年5月）7頁、45頁（シンポジウム討論の発言）、同『著作権法』（2007年10月・有斐閣）58頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁。同旨のものとして、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）50-51頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁。したがって、創作性が肯定されても、接した既存の原作をそのまま複製した者は、創作性のある表現を創作した者にあたらないから、著作者となることはできないと考えられる。

また、この説によれば、作者の考えや気持ちといった主観的認識に関わる思想・感情の要件が創作性の要件とは別に、独自の意味があるとも考えられる。この点に関して、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）58頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁は、著作物は人格の流出物であるという点は否定できないが、その要件は「創作性」の中で判断するのではなく、「思想・感情」要件の中で判断すべき問題と位置付けている。

¹¹⁰ 12個のサブルーチンからなる「軌道伝播解析プログラム」については、座標変換する式、軌道伝播要素の公式は公知のものであっても、これを軌道伝播の解析に使用するに当たって、式の展開、入出力その他の条件の設定に対応して、各ステップの組合せ、その順序、サブルーチン化などで、多様な記載が可能であり、その中で、作者なりの表現がこらされており、その個性が認められるから、著作物の成立要件としての創作性を有するものとされた。

れる¹¹¹。

その後、このような立場を採る裁判例としては、前掲東京地判平成23年11月29日〔CTは魔法のナイフ〕（大鷹一郎裁判長）¹¹²、前掲知財高判平成24年4月25日〔同控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）（同旨）、前掲東京地判平成23年12月22日〔火災保険改定説明書面〕（大鷹一郎裁判長）¹¹³、前掲東京地判平成25年6月28日〔かなめ行政書士事務所（ブログ記事）〕（大須賀滋裁判長）¹¹⁴、などがある。なお、上記「創作法的選択の幅論」が登場する前、個性を用いないものの、「創作法的選択の幅論」と似たような抽象論が提示されている判決も存在している（前掲東京高判昭和60年11月14日〔アメリカ語要語集・控訴審〕¹¹⁵）。

創作法的選択の幅論は、創作性を創作者の「個性」という従来の説明を前提にして、創作者の観点からみてその作成時において数多ある表現の選択肢の中から一つの特定の表現を選び出したことを創作性が肯定されるための必要十分条件として創作性を統一的に捉えてみたものである。個性を重視する「創作法的選択の幅論」では、先行の創作者の作成の時点でその「主観的な選択の幅」が検討されるのに対して、独占の弊害および後発者の自由を配慮することに主眼を置く中山教授の「競争法的選択の幅論」では、後発者が利用する時点で

¹¹¹ 上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室2007年4月号166-167頁、同「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究36号（2010年12月）100-101頁、「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）198-202頁。同旨、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）23頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、前田哲男「講演録『思想・感情の創作的な表現』とは何か」コピライト2011年3月号12頁、同「設計図面などの機能的著作物における創作性について」高林龍編『著作権ビジネスの理論と実践Ⅱ』（2011年12月・成文堂）384、386頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』（第6版・2012年4月・有斐閣）（辰巳直彦執筆）315-316頁。

¹¹² マンモスの頭部をCT撮影したデータを基に作成した三次元CG画像について、様々な表現の可能性があり得る中で特定の選択が行われて、その選択に従った表現が行われているのであり、これらを総合した結果物である画像は、写真の著作物に当たるものと判断された。

¹¹³ 火災保険改定の内容を文章で説明する本文部分と、それに関連した図表などが記載された別添資料部分とからなる説明書面について、その構成やデザインは、改定の内容を説明するための表現の選択肢として様々な可能性があり得る中で特定の選択を行い、その選択に従った表現を行ったものとして、創作的に表現した著作物であると判断された。

¹¹⁴ 原告が東京行政書士会に提出した苦情申告書については、A4版、全5ページからなる文書であって、苦情の趣旨及び苦情の理由を記載し、さらに、東京行政書士会に調査、対応を求める旨と、状況の改善がない場合には対象行政書士の東京都知事に対する懲戒を申し立てる所存である旨などを記載したものである。苦情の内容、事実関係、その法的評価等に関する点については、記載すべき内容が形式的かつ一律に定まるものではなく、これらをどのような順序で、どのような表現について、様々な可能性がある中で、記載の順序や内容、文章表現を工夫した点に、当該苦情申告書には著作物の成立要件としての創作性が認められた。

¹¹⁵ 抽象論として言語辞典のような編集物において、見出し語に対する文例が多数ありうるものであつて、選択の幅が広いというように、その選択によつて編集物に創作性を認めることができる場合と、見出し語に対する文例選択の幅が狭く、当該編集者と同一の立場にある他の編集者を置き換えてみても、おおむね同様の選択に到達するであろうと考えられ、その選択によつて編集物に創作性を認めることができない場合があると示されている。

「客観的な選択の幅」が問題となるから、同じ創作性概念を「表現の選択の幅」という観点から統一的に説明するものの、両者は同一の基準ではない¹¹⁶。つまり、選択の幅という用語が同じであっても、「競争法的選択の幅論」の判断対象となるのは、作成された結果物であることに対して、「創作法的選択の幅論」の判断対象となるのは、作成された結果物ではなく、創作者の主観的認識であると理解することができる。創作者の主観的認識での「選択の幅」と、後発者にとっては作成された結果物と同じアイデアを表現するのに残される「選択の幅」と、それぞれの意味内容は異なっていることに留意する必要がある。

もっとも、「創作法的選択の幅論」のような考え方に対しては、創作者の観点からみてもその作成時において表現の選択の幅が広い中で、創作者があえて数多ある表現の選択肢の中からアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現を選んだ場合には、実際に選択されたアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に創作性は認められるかが問題となる¹¹⁷。同様に創作者があえて広い選択の幅の中から接した既存の原作を選択し、ありのままに複製した場合はむしろ創作性が否定されるべきではないか¹¹⁸。結局のところ、創作性を認めるために、創作者にとって数ある表現の中で一つを選んだことだけでは足りず¹¹⁹、独自創作をなしていないこと、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であること、という消極的の要件も必要だと言わざるを得ない。

この点に関して、上野教授は、所与とされた前提条件をどのように設定するかによって創作者にとっての選択の幅の捉え方が変わってくるため、創作者が接した既存の原作をありのままに複製した場合に、制作の前、何でも自由に表現してよいという意味では確かに選択の幅が広いと言えるが、その後、複製した制作過程においては、機械的作業を行っているにすぎず、創作者の観点からみてもその作成の時点での選択の幅はないと言える。創作者がアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現を選んだ場合においても、広い選択の幅の中にアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現が含まれていると捉えるのか、そもそも実際に選

¹¹⁶ 井上由里子〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）13頁は、「個性」の表れを重視する「創作法的選択の幅論」では、先行の作者の表現の時点での主観的な「選択の幅」が検討されるのに対して、独占の弊害および後発者の自由を配慮することに主眼を置く中山教授の選択の幅論では、後続の表現者が利用する時点での客観的な「選択の幅」が問題となるから、同一の基準とはいえないと指摘している。

¹¹⁷ 知財高判平成22年5月27日判タ1343号203頁〔脳機能画像解析学術論文・控訴審〕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判示している。

¹¹⁸ 上野達弘「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）202-204頁も、確かにそのような表現は広い選択の幅の状態の中から選んだものだとしても、既存の原作の複製にすぎないことを理由に、その創作性は否定されるべきだと指摘している。

¹¹⁹ 上野達弘「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）200-201頁。

択の幅がない中で選択されたアイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現であると捉えるのかが問題となり、創作的な選択の幅論に関してはなお検討すべき課題が残されている¹²⁰、と述べている。

- 5 確かに所与とされた前提条件をどのように設定するかによって、創作者の作成の時点での主観的な「選択の幅」の捉え方が変わってくるため、創作者が接した既存の原作をありのままに複製した場合に、創作者にとって制作過程においては選択の幅がないと解することは、規範的観点からみて正しいと思われる。しかしながら、創作者が独自で創作した場合には、創作者の観点からみてその作成の時点でたくさんある可能性の選択の中から、結果としてアイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現を選んだ場合には、創作性を否定することを認めるとすれば、それは創作性の主観的概念を維持することにつながらないということになる。結局のところ、作成時において創作者が主観的に認識していた表現の種類、性質ごとに既に決まっている選択の幅の状態に着目することだけでは足りず、後から著作物であると主張されている対象物にも着目しないと、そもそも所与とされた前提条件を設定することができない¹²¹。例とすると、情報を客観的かつ正確に伝達することを目的とする翻訳文という表現類型の場合にも、構文や訳語の選択・配列、原文への忠実度、語調、語感などの表現で構成された、長ければ長いほどの翻訳文は、誰が翻訳しても似たようなものとなるものは少なく、創作性を有する著作物に該当する。しかし、翻訳では、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに記述全体を貫く抽象化した主題、設定、構成、ストーリーなど、これらの抽象的なレベルの表現をみる限り、それは原作者の創作にかかり、
- 10 15 20 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100 101 102 103 104 105 106 107 108 109 110 111 112 113 114 115 116 117 118 119 120 121 122 123 124 125 126 127 128 129 130 131 132 133 134 135 136 137 138 139 140 141 142 143 144 145 146 147 148 149 150 151 152 153 154 155 156 157 158 159 160 161 162 163 164 165 166 167 168 169 170 171 172 173 174 175 176 177 178 179 180 181 182 183 184 185 186 187 188 189 190 191 192 193 194 195 196 197 198 199 200 201 202 203 204 205 206 207 208 209 210 211 212 213 214 215 216 217 218 219 220 221 222 223 224 225 226 227 228 229 230 231 232 233 234 235 236 237 238 239 240 241 242 243 244 245 246 247 248 249 250 251 252 253 254 255 256 257 258 259 260 261 262 263 264 265 266 267 268 269 270 271 272 273 274 275 276 277 278 279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296 297 298 299 300 301 302 303 304 305 306 307 308 309 310 311 312 313 314 315 316 317 318 319 320 321 322 323 324 325 326 327 328 329 330 331 332 333 334 335 336 337 338 339 340 341 342 343 344 345 346 347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000

¹²⁰ 上野達弘「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）202頁。

¹²¹ 上野達弘「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）202頁は、真っ白なキャンパスに絵を自由に描くという条件が与えられた場合、作者にとって作成時に既に存在している表現の選択の幅の状態は広いと言えるが、既存の絵画を模写するという条件が作者に与えられた場合は、作者にとっての表現の選択の幅の状態は狭い。また、1万文字程度で交通安全に関する作文を書くという条件が与えられた場合と、チャイルドシート普及のためのスローガンを作成するという条件が与えられた場合と比べると、前者の表現の選択の幅の状態ははるかに広いといえると指摘している。

¹²² 東京地判平成10年7月17日判例工業所有権法〔のびのび更年期〕判旨参照。

含まれていると捉えることなく、実際に選択の幅がない中で選択されたアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であると捉えることになる」と解されれば、ここでいう「選択の幅」の判断対象となるのは、もはや訳者の作成の時点での主観的認識であることなく、上記中山教授の選択の幅論と同様に、作成された結果物ということになる。つまり、作成された結果物を後から見て、後発者にとって同じアイデアを表現するのに他の表現の選択可能性がどの程度残されているのかという観点から検討するものである。

したがって、創作法的選択の幅論とは、「個性」と同様に創作性という概念自体の多様性を統一してきれいに説明しようとしたメタファーにすぎないと言わざるを得ない。そういう意味では、裏を返せば、「創作法的選択の幅」という統一のメタファーを用いずに、創作性が認められるためには、消極的要件として、独自創作をなしていないこと、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であること、また、積極的要件として自らの意思により表現を選択すること、などの個々の必要条件を求めるほうがより直截的であろう。

第4項 検討—著作物の成立要件としての創作性の機能について

以上をまとめると、著作物の成立要件として要求すべき「創作性」をめぐって、創作者の個性に基づいて検討するも裁判例と、個性によらず検討する裁判例とに大別できる。前者は著作物の成立要件としての創作性を「個性」という比喻で統一的に説明して来たが、こうした統一のメタファーに関する説示を度外視し、各判決の示した下位要件に着目すると、個性とは、創作性を緩く解釈するために使われるもののほか、創作者の個性が表れていないものとして、①独自創作をなしていないこと、②アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であること、また、創作者の個性の表れるものとして、③創作者が自らの意思により表現を選択すること、それぞれを要件に創作性の有無を判断するために使われるものである¹²³。いずれの要件は、個性を上位概念として統一的に理解することはできるかもしれないが、こうした「個性」という用語が同じであっても、それぞれの意味内容は全く異なっていることに留意しておく必要がある。

また、本来創作性が肯定されるための必要十分条件であるはずの「個性の表れ」自体、正面から確たる定義を与えられることもなく、上記三つの異なる条件をそれぞれ結びつけなければ、判別する手がかりを欠くため、具体的な事案における判断を統御する指針たりえるものにはなりえない。つまるところ、個性とは、創作性という概念自体の多様性を統一してきれいに説明しようとしたメタファーにすぎないと言わざるを得ない。著作物の成立要件

¹²³ なお、私信といった特定の種類の表現について、作者の個性が表れていないものとして、典型的に著作物の対象から外したものと認定した例外的判決（高松高判平成8年4月26日判タ926号207頁〔腐敗への挑戦（少林寺拳法連盟）〕）が存在している。

として創作性が認められるためには、消極的要件として、①独自創作をなしていないこと、②アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であること、また、積極的要件として、③創作者が自らの意思により表現を選択すること、という趣旨がまったく異なる要件に求められる基準が運用されていることが理解することができる。

5

そして、この三つの要件がどのような論理的関係に立つのかという問題に関して、上記裁判例の中には、客観的な新規性を有するもの（前掲東京地八王子支判昭和59年〔ゲートボール競技規則書〕¹²⁴）、あるいは既存の原作をそのまま模して作成されたものとする確証は存在しないところであるから（前掲東京地判昭和44年〔地球儀用世界地図（刑事）〕¹²⁵、前掲東京地判昭和47年〔民青の告白〕¹²⁶、前掲東京地判昭和53年〔日照権〕¹²⁷、前掲神戸地姫路支判昭和54年〔仏壇彫刻〕¹²⁸、前掲東京地判昭和62年〔家庭教師協会（比較表と円グラフ）〕¹²⁹、前掲京都地判平成7年〔アンコウ行灯〕¹³⁰など）、主張されている対象物は創作者が独自で創作したものとして、創作性を有する著作物であるという、独自創作を行ったと

¹²⁴ ゲートボール競技の発明者が作成した当該ゲートボールに関する規則書については、この新たに創作されたスポーツ競技の意義、やり方、規則の全部ないし一部を固有の精神作業に基づき、言語により表現したものであって、スポーツという文化的範疇に属する創作物として著作物性を有するとされた。

¹²⁵ 既存の地図を編集して作成された地球儀用の世界地図は、編図者において他の既存の地図をそのまま模倣したものとは認められず、かえって編図者が適宜取捨、選択してこれに応じた英文の注記を表示したものであって、その全体を総合的に観察すれば、他の類似の作品と対比して区別し得る創作性を有する著作物であると認められた。

¹²⁶ 抽象論として「創作」とは「模倣」でないことを意味するものと判示したうえで、当てはめの際に、週刊新聞「民主青年新聞」、月刊雑誌「青年運動」に掲載された27篇の手記、論文はいずれも労働者としての立場から自己の経験に根ざした意識に立脚して表現されたものであることが認められ、これらが、模倣であるとする証拠資料のない本件では、いずれも思想、感情の創作であると判断された。

¹²⁷ 「問題は、法律が全然予想もしない付近住民の同意書を要求するような行政指導が、現行法に真正面から違反するのではないかという点である。実際上の効果からいつても、指導要綱のききめはてきめんで、住民の同意がとれないため申請を取り下げた例も少なくないといわれる。」（125字）、といった書籍『日照権』中の各記述とほぼ同一のテーマを扱った各書証が見受けられるが、その具体的表現において彼此類似するものとはいえないから、各書証をもつて各記述の独自性を否定すべき資料とはなしえないと判断された。

¹²⁸ プラスチック製の仏壇内部の飾る彫刻については、既製仏壇を模写することなく、作者の独自の創意工夫により完成したものであり。これに反する、被告が問題となった彫刻の完成前からあった仏壇彫刻と主張する証も、当該彫刻と対照するに、これと類似するものではないと検証することができ、他に当該彫刻が先人の模写に留まるものとする確証は存在しないところであるから、問題となった彫刻は作者の創作的に表現したものと認めるとされた。

¹²⁹ 宣伝用パンフレットに掲載された、「家庭教師と予備校・進学教室・学習塾との比較」と題する比較表と、「家庭教師・学習塾の利用目的」「家庭教師・学習塾の利用の満足度」と題する円グラフは、創作者の独自の調査結果に基づいて作成されたものであって、著作物であると認められた。

¹³⁰ 本件における全証拠を検討した結果、原告行灯と同一の作品が過去に存在したことを認めることはできず、原告行灯は古来から存在する「火もらい」に類似しているから著作物性がないという被告の主張を採用することはできないとされた。

いう評価事実のみによって創作性を認めるように見受けられる。

確かに創作者が独自で創作した場合には、①独自創作をなしていないという消極的要件及び③創作者が自らの意思により表現を選択するという積極的要件をクリアすることができる。しかしながら、独自創作を行ったという評価事実のみによって創作性を認めてきた背景には、同じアイデアを表現するのに採り得る表現が制限されているかどうかという検討が省略されても、模倣ではなく独自に創作していれば著作物の成立要件としての創作性が存在することが推定できたこと、つまり独自創作によって創作性を肯定しうることになるにすぎない。判旨は創作者が独自で創作したものに著作物として排他権を与えても後発者にとってその他の採り得る表現がどれだけあるのかという考慮が全く必要ないまでと考えられていたと読み込む必要はないだろう¹³¹。

実際、上記裁判例の中には、事案によって明示的に複数の要件を併用することで判断がなされている判決は少なくない。類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物の創作性を判断する裁判例としては、前掲東京地判昭和54年〔小林ビル設計図書〕、前掲東京地判平成4年〔観光タクシータリフ〕、前掲東京高判平成7年1月31日〔会社案内パンフレット〕、前掲東京地判平成10年11月30日〔版画事典写真〕、前掲東京地判平成11年1月29日〔古文語呂合わせ・一審〕、前掲東京高判平成11年9月30日〔同控訴審〕、前掲東京地判平成11年〔松本清張作品映像化リスト〕、前掲東京地判平成22年〔月刊ネット販売（秀和システム）〕、前掲東京地判平成25年3月25日〔いのちを語る（光の人映画）〕、前掲東京地判平成25年6月28日〔かなめ行政書士事務所（ブログ記事）〕、前掲大阪地決平成25年〔希望の壁（新梅田シティ内庭園）〕、前掲東京地判平成25年〔EF0 CUB 入力フォーム〕、前掲東京地判平成28年1月29日〔「風水」発信者情報開示請求〕（東海林保裁判長）¹³²、などがある。また、主流となっている学説¹³³は独自創作を行ったとしても、主張されている対

¹³¹ この点に関して、蘆立順美「編集著作物およびデータベースにおける創作性」著作権研究28号（2003年5月）25頁は、伝統的芸術的表現の類型に関しては作者が独自で創作したことによって創作性を肯定しうることになるが、独自で創作されたとしても個性の生じる余地の少ない表現の類型に関しては、その創作性の判断の際に、他者が同様の表現を採用する可能性がどの程度存在するのか、ほかに表現の方法がどの程度残されているのかといった検討が省略できないということになると指摘している。

¹³² 判決は、抽象論として「創作的」に表現されたというためには、厳密な意味で独創性が発揮されたものであることは必要ではなく、筆者の個性が何らかの形で表れていれば足りるとし、個性の表れが認められるか否かについては、「表現の選択の幅がある中で選択された表現であるか否かを前提として」、当該著作物における用語の選択、全体の構成、特徴的な言い回しの有無等の当該著作物の表現形式、当該著作物が表現しようとする内容・目的に照らし、「それに伴う表現上の制約の有無や程度、当該表現方法が、同様の内容・目的を記述するため一般的に又は日常的に用いられる表現であるか否か等の諸事情を総合して判断するのが相当である」と判示した。

¹³³ 吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）63頁、同齊藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年4月・ミネルヴァ書房）29頁（吉田大輔執筆）、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村

象物と同じアイデアを表現するのにその他の採り得る表現が制限されている場合は、創作性が否定されると解している。そのなか、そもそも創作性とは、独自創作をなしていないことと個性が表れていないものを結びつけることなく、「独自創作」（非依拠性）と「個性」という二つの要件に分けて論じている説¹³⁴もある。

5

したがって、ここで留意すべきは、消極的要件として、①独自創作をなしていないこと、②アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であること、また、積極的要件として、③創作者が自らの意思により表現を選択すること、いずれの要件は創作性が肯定されるための必要条件であるが十分条件ではないということである¹³⁵。すなわち、既存の原作をそのまま模して作成されたものであれば、創作性が否定されることになるが、逆に創作者が接した既存の原作を模倣しない限り、作成された結果物に創作性が肯定されると捉えるのは間違いである¹³⁶。創作者が接した既存の原作をありのままに複製してはならないという「非依拠性」は創作性が肯定されるための必要条件であるが十分条件ではないので、たとえ新規的なものであるからといって、直ちにそこに創作性が認められるわけではなく、後発者にとって同じアイデアを表現するのに採り得る表現が十分に残されていない場合は保護に値しないのである。同様に主張されている対象物がアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現で

10

15

敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）135-136頁、作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）13頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）86頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）26頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）54頁、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）108-109頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的発展』（2012年9月・日本評論社）246-247頁、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）23-24頁（濱口太久未執筆）、泉克幸「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」知財管理48巻9号1487頁、1489-1490頁。

¹³⁴ 齊藤博『著作権法概説』（2014年12月・勁草書房）39頁は、創作性とはその表現物が他の著作物に依拠することなく独立して作成され、それなりの個性が備わっていることであると定義付けている。同旨として、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）15頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁。ほかに、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）（金井重彦執筆）25-29頁は創作性については、「独創性」（「独立性」originality）と「創造性」（作者の創造的「個性」が表れていること）という二つの概念が包摂されるとの見解を示している。

¹³⁵ 知財高判平成24年1月25日判タ1402号293頁〔同連結解放装置プログラム控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）は、選択の幅がある中から、プログラム制作者が選択したものであり、かつ、それがアイデアのありふれた表現ではなく、表現上の創作性が発揮されているものであることを認めるに足りる証拠はないとして、著作物性を認めた原判決を取り消した。

¹³⁶ この趣旨をいう裁判例として、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〕は「たとえ他人の模倣ではないとしても、表現としてありふれたものであったり、表現方法が限定されているために誰が表現しても同じような表現となったりする場合には、創作者の個性が現れているということではできず、創作性が否定される」旨を説く。

同旨の学説として、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）54頁、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）112-113頁。

あるときは、創作性がないということになるが、逆は必ずしも真ならず、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現にあたらぬものについても、既存の原作をそのまま模して作成されたようなものは当然創作性が否定されることになる。

- 5 創作者の意思による選択という積極的要件について、前述したように、一般に自然人がなにものか表現した場合にはそこに創作者自らの意思決定で何らの特定の表現を選択する活動を行ったことが通常であるから、その敷居は極めて低いといわざるを得ない。また、独自創作をなしていないことを消極的要件として創作性の有無を判断する場合には、創作者にとって接した既存の原作を模倣したかどうかという主観的認識自体が判断の対象となる一方、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であることを消極的要件として創作性の有無を判断する場合には、主張されている対象物を判断対象としており、規範の問題として捉えられているため、個々の判決のアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現の具体的なあてはめを検討することが肝要となる。
- 10
- 15 また、制作過程において創作者の主観で既存の原作に認識していたかどうかは事実問題として捉えられるため、創作者が既存の原作に模倣したという事実の証明ができなければ、①の独自創作をなしていないこと、という消極的要件をクリアすることになる。また、仮に創作者が既存の原作を模倣したという主観的認識が証明された場合にも、作成された対象物が創作者の接した原作に新たな創作的表現が付加されることにより、二次的著作物になれるかどうかを判断するには（権利者側の対象物と既存第三者の原作との距離を測ること）、
- 20 又も後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されていない「アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現」であるかどうかを検討しなければならない¹³⁷。つまり、機能の

¹³⁷ それに対して、山本隆司「著作権法における『創作性』の概念とマージ理論」NBL456号（1990年9月）28-31頁は創作者の「個性」的表現を上位概念として統一的に理解したうえで、①既存の原作を単純に引き写したにとどまる場合（「単純な模写」、本稿の①類型に該当）、②アイデアや事実の表現として他の表現をとりうる余地がない場合又は平凡な表現にとどまる場合（「アイデアの不可避的な表現」・「アイデアの平凡な表現」、本稿の②類型に該当）、③既存の原作を改変しているがそれがささいなものにとどまる場合（「ささいな改変」）、に分ける。二次的著作物として著作権の保護を受けるためには、創作性がなければならないが、ここで問題になるのは、要求される創作性の程度である。つまり、二次的著作物に対しては、そのハードルを一般の著作物よりも高く設定するのかという問題である。

この問題に対し、本稿と同じ、二次的著作物からといって、その創作性についてはハードルを高くすべきではなく、通常の著作物と同じ扱いをするべきであるとする見解として、奥邨弘司[判批]（ぐうたら健康法）著作権研究23号（1997年3月）179、182-183頁、野一色勲[判批]（SMAP大研究）著作権研究26号（2000年9月）314頁。

他方で、山本隆司「著作権法における『創作性』の概念とマージ理論」NBL456号（1990年9月）27-29頁は、既存の原作から識別不能のささいな改変に創作性を認め、著作権による保護を与えた場合には、保護の及ぶ範囲が作者の創作にかかる改変部分にとどまらず、既存の原作にまで至ることになるので、ささいな改変が既存の原作から識別不能の場合には創作性を否定することが必要であるとする。また、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2003年5月）34頁二次的著作物の成立により重疊的権利関係が発生することになり、著作物の円滑な流通に

観点からみれば、著作物の成立要件として要求すべき「創作性」としては、著作物の保護範囲を画する類似性の判断に立ち入る前、既存の原作をそのまま模して作成されたものに加えて、後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されていない「アイデアの不可避免的表現・ありふれた表現」をも著作権法の保護の入り口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられないということを機能しているといえよう。

以上をまとめると、どのようなものが創作性のないものとして著作物性は否定されるかに関して、①創作者が接した既存の原作をそのまま複製したもの、②アイデアの不可避免的表現・ありふれた表現に当たるもの、と分類できるように思われるが、事案に対する具体的な当てはめの分析が必要である。詳しい議論は第5章の「著作物の成立要件として機能させる創作性」に譲りたい。

第5節 文化の範囲の要件

最後に、著作物として保護を受けるためには、「文芸、学術、美術または音楽の範囲」¹³⁸（以下、便宜上、「文化の範囲」と呼称する）に属することが必要である。著作権法2条1項1号後段によって、四つの分野が示されているが、どの分野に属するかを詮索する必要はなく、文化の範囲に属するものを指すと捉えれば足りる¹³⁹。文化の範囲に属しなければ著作物と

として過剰な障害となるおそれがあるという問題を提起し、これを回避するために、マクロ的に見れば、翻案物は原作の表現の利用行為である分、二次創作については一次創作よりも表現の幅が必然的に狭まってくるゆえに、二次的著作物の成立には創作性の基準を一般の著作物よりも高く設定すべきとする。ほかに、村井麻衣子〔判批〕（豆腐屋（図絵模写）・控訴審）知的財産法政策学研究15号（2007年6月）355-356頁は、表現の選択の幅が狭い範囲の方向へなされた変更については創作性のハードルを高くし、逆に表現の選択の幅が広い方向へなされた変更については創作性を肯定するという違う基準を捉えるべきとする。

¹³⁸ 小林先生によれば、日本著作権法2条1項1号後段の用語「文芸、学術、美術または音楽の範囲」は旧法1条1項で明言するところであり、ベルヌ条約2条1項の後半に用いている「文学的、科学的及美術的著作物（Oeuvre litteraire, scientifique et artistique）」に照応するものである。原法律が国会に提出された時の政府原案では、「文学、科学及美術ノ範囲ニ属スル」としていたのであるが、同法案審議の貴族院で、かかる用語では狭きに失するとの意見が出て、旧著作権法の如き用語に修正を受けたものである。小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈－著作権法全文改正の資料として－』（2010年11月・第一書房（初版・1958年3月・文部省）30頁）。

¹³⁹ 文化の範囲の要件に関するリーディング・ケースと目される東京地判昭和59年9月28日無体集16巻3号676頁〔パックマン（ビデオゲーム）〕（牧野利秋裁判長）は、「文芸、学術、美術又は音楽」というのは、厳格に区分けして用いられているのではなく、作者の精神活動の所産全般を指すものであると解するのが相当で、該著作物がどの分野に属するかを確定する実益はないと判示している。同旨の裁判例として、東京地判昭和61年3月3日無体集18巻1号47頁〔当落予想表〕（元木伸裁判長）、東京高判昭和62年2月19日無体集19巻1号30頁〔同控訴審〕（蕪山嚴裁判長）、東京地判平成6年1月31日知財集26巻1号1頁〔パックマン（ビデオゲーム）Ⅱ〕（西田美昭裁判長）、東京地判平成10年10月29日知財集30巻4号812頁〔SMAP大研

しないという成立要件は、「文化の発展に寄与する」との著作権法 1 条に示す目的に鑑み、著作権法の守備範囲はあくまで文化の範囲に止まるべきであるという価値判断を明らかにしたもの¹⁴⁰である。すなわち、著作権法が 2 条 1 項 1 号後段で文化の範囲に属することを著作物の成立要件としている以上、同法が全ての創作的表現に対して著作権法の保護を及ぼそうとするものではなく、文化の範囲に属すると言えるものでなければ、著作物性は肯定されないということになる¹⁴¹。

究・一審]（三村量一裁判長）参照。

このような立場を採る学説として、加戸守行『著作権法逐条講義』（5 訂新版・2006 年 3 月・著作権情報センター）22 頁、同（6 訂新版・2013 年 8 月・著作権情報センター）頁、田村善之「著作権法講義ノート 3」発明 92 巻 6 号（1995 年 6 月）68 頁、同『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）30 頁、同『知的財産法』（第 5 版・2010 年 5 月・有斐閣）431 頁、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997 年 6 月・青林書院）61 頁、同齊藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010 年 4 月・ミネルヴァ書房）31 頁（吉田大輔執筆）、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 4 月）145 頁の注 1、齊藤博『著作権法』（第 3 版・2007 年 4 月・有斐閣）78 頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第 2 版・2007 年 6 月・有斐閣）19 頁、同『著作権法』（2013 年 2 月・中央経済社）頁、作花文雄『著作権法 制度と政策』（第 3 版・2008 年 4 月・発明協会）17 頁、同『詳解著作権法』（第 4 版・2010 年 4 月・ぎょうせい）82 頁、上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室 2007 年 4 月号 169 頁、中山信弘『著作権法』（2007 年 10 月・有斐閣）66 頁、同（第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣）頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 1』（2009 年 1 月・勁草書房）（金井重彦執筆）46-47 頁、同金井重彦執筆、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013 年 5 月・レクシスネクシス・ジャパン）43-44 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）（横山久芳執筆）33 頁、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（2009 年 12 月）219 頁、高林龍『標準著作権法』（2010 年 12 月・有斐閣）33 頁、同（第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣）頁、岡村久道『著作権法』（2010 年 11 月・商事法務）60 頁、同（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）頁、同（第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会）頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第 2 版・2013 年 3 月・世界思想社）松村信夫執筆）25 頁、高部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』（2012 年 1 月・金融財政事情研究会）116 頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的發展』（2012 年 9 月・日本評論社）248 頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』（第 6 版・2012 年 4 月・有斐閣）（辰巳直彦執筆）316 頁、茶園成樹編『著作権法』（2014 年 4 月・有斐閣）24 頁（濱口太久未執筆）、大鷹一郎「著作物性（1）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ－著作権法、その他、全体問題』（2014 年 6 月・青林書院）6 頁。

¹⁴⁰ 田村善之「著作権法講義ノート 3」発明 92 巻 6 号（1995 年 6 月）68 頁、同『著作権法概説』（第 2 版・2001 年・有斐閣）31 頁、同『知的財産法』（第 5 版・2010 年 5 月・有斐閣）431 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）（横山久芳執筆）33 頁、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁、横山久芳 [判批] (TRIPP TRAPP (椅子)Ⅱ・控訴審) IP マネジメントレビュー 19 号（2015 年 12 月）30 頁。同旨と考えられるものとして、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 1』（2009 年 1 月・勁草書房）（金井重彦執筆）46 頁、同金井重彦執筆、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013 年 5 月・レクシスネクシス・ジャパン）43 頁。

¹⁴¹ 田村善之「著作権法講義ノート 3」発明 92 巻 6 号（1995 年 6 月）68 頁、同『著作権法概説』（第 2 版・2001 年・有斐閣）30-31 頁、同『知的財産法』（第 5 版・2010 年 5 月・有斐閣）431 頁、同 [判批] (TRIPP TRAPP (椅子)Ⅱ・控訴審) (下) ビジネス法務 15 巻 11 号（2015 年 11 月）102 頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択－続・日本の著作権法のリフォーム

第1項 ルールとしての著作権法10条1項1号、6号、8号、9号等

問題となるのが、いかなる判断基準をもって、文化の範囲に属するものを選別するかという
 5 うことである。そもそもどのカテゴリの表現を著作権法で保護し、どれを外すかということ
 は、著作権法2条1項1号後段所定の「文芸」「学術」「美術」「音楽」の範囲に属するもの、
 という著作物の成立要件として求めている文化範囲の要件の定義から一義的に導くことは
 困難となっているため、この文化のメルクマールでは判断できないものが多発しており、文
 10 化の範囲に属するものを選別することは立法に決定されることが多いのである¹⁴²。すなわ
 ち、まずは、立法の場で著作権法10条1項各号に「著作物」の例として「言語」（小説、脚
 本、論文、講演等）、「音楽」、「舞踊」、「美術」（絵画、版画、彫刻等）、「建築」、「地図」、「図
 形」（図面、図表、模型等）、「映画」、「写真」、「プログラム」といったより具体的なカテゴ
 15 りが掲げられている。これは著作物の種類の例示にすぎないから、主張されている対象物が
 これらの特定の種類の表現に該当しないとしても、それは特則の適用が受けられないとい
 うだけのことであり、それ以上に主張されている対象物が例示のいずれに該当するかを明
 らかにする必要はない¹⁴³との指摘は一理ある。というより、むしろ逆に主張されている対

論一」著作権研究42号（2016年5月）23、35頁、作花文雄『著作権法 制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）17頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）83頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）33-34頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、同「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6月・弘文堂）586頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）IPマネジメントレビュー19号（2015年12月）30-31頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）33頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）24-25頁（濱口太久未執筆）、井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）14頁、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘ほか編『出版をめぐる法的課題』（2015年7月・日本評論社）169頁、「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）112頁、同2016年4月16日著作権法学会研究大会資料51頁、橋谷俊〔判批〕（1）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）402頁。

それに対して、思想又は感情を創作的に表現したものであるという要件を満たすものは著作物性を肯定するのであるから、文化の範囲の要件が独立に適用されて対象物が除外されるという取り扱いにはなっていないという反対意見がある。荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）27-28頁、84-85頁の注8、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）8頁、84頁の注8参照。

¹⁴² 中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）32、68頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁。

¹⁴³ 田村善之「著作権法講義ノート2」発明92巻5号（1995年5月）88-89頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）10、41-43頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）421頁。同旨と考えられるものとして、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」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6月・青林書院）61頁、同斉藤博＝吉田大輔『概説著作権法』（2010年4月・ミネルヴァ書房）33頁（吉田大輔執筆）、

象物がこれらの特定の種類の表現に該当すれば、当然文芸その他の文化の範囲に属するものになる。例として 1985 年改正でプログラムが著作物の一種として例示される以前から、プログラムが文芸その他の文化の範囲に属するか否かということは必ずしも判明するものではなく、プログラムにおいて真に重要なのは表現ではなく機能であるという点において

5 特質を有しているため、このようなものを著作権法で保護すべきかという点を巡り大論争となった。そこで、司法の場で著作権法 2 条 1 項 1 号後段の定める文化の範囲の要件は新たなカテゴリの表現をも著作物に含めうる開かれた要件として、ゲームのプログラムの文化の範囲に属する著作物性を肯定する判決¹⁴⁴が現れ、次いで 1985 年改正で著作物の例示に加えられた¹⁴⁵。このように立法によりプログラムという表現を著作物の一種として明文で

10 認めていることから、それが文芸その他の文化の範囲に属するか否かに関する議論は打ち切り、著作物の成立要件として求めている創作性と、著作物の保護範囲を画する要件として

荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006 年 9 月・産経新聞) 32-33 頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』(2014 年 2 月・中央経済社) 13-14 頁、上野達弘「著作物性 (2) 各論 (1)」法学教室 2007 年 8 月号 156 頁、中山信弘『著作権法』(2007 年 10 月・有斐閣) 69 頁、同(第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣) 頁、作花文雄『著作権法 制度と政策』(第 3 版・2008 年 4 月・発明協会) 28 頁、同『詳解著作権法』(第 4 版・2010 年 4 月・ぎょうせい) 93 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009 年 10 月・有斐閣) 15 頁(横山久芳執筆)、同(第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣) 頁、岡村久道『著作権法』(2010 年 11 月・商事法務) 41、62-63 頁、同(新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会) 頁、同(第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会) 頁、高林龍『標準著作権法』(2010 年 12 月・有斐閣) 33-34 頁、同(第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣) 頁、前田哲男「複合的な性格を持つ著作物について」中山信弘ほか編『知的財産権 法理と提言 牧野利秋先生傘寿記念論文集』(2013 年 1 月・青林書院) 976-977 頁、茶園成樹編『著作権法』(2014 年 4 月・有斐閣) 26 頁(濱口太久未執筆)、大鷹一郎「著作物性 (1)」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』(2014 年 6 月・青林書院) 5-7 頁。

¹⁴⁴ プログラムを著作物と認めたリーディング・ケースは、東京地判昭和 57 年 12 月 6 日判時 1060 号 18 頁[スペース・インベーダー・パートⅡ]である。それに次いで、横浜地判昭和 58 年 3 月 30 日判時 1081 号 125 頁[スペース・インベーダー]、大阪地判昭和 59 年 1 月 26 日判時 1106 号 134 頁[万年カレンダー]も同様の判決を下している。中山信弘『著作権法』(2007 年 10 月・有斐閣) 97 頁の注 97、同(第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣) 頁参照。

東京地判昭和 57 年 9 月 27 日[スペース・インベーダー]、大阪地判昭和 58 年 3 月 30 日[ワールドインベーダー]によって不正競争防止法上の保護は認められている。

この点に関して、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘ほか編『出版をめぐる法的課題』(2015 年 7 月・日本評論社) 170 頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69 巻 4 号(別冊 14 号)(2016 年 3 月) 112 頁、同 2016 年 4 月 16 日著作権法学会研究大会資料 51 頁は、著作権法 2 条 1 項 1 号後段の文化の範囲の要件は新たなカテゴリの表現をも著作物に含めうる開かれた要件であり、プログラムについては著作物であるとの政策的な判断が形成されたがゆえに、文化の範囲に属するとされたものの一例と指摘している。

¹⁴⁵ 立法の経緯について、プログラムは著作権法ではなく、プログラムのコンピュータを稼働させる手段として技術的な機能性が強い特性を考慮した新規立法により保護すべきであるとの主張もなされたが、最終的には、日米貿易摩擦の問題としてアメリカからの強い圧力があり、新規立法を断念し、1985 年にプログラムというカテゴリの表現を著作物の一種として認める著作権法改正が成立した(中山信弘『ソフトウェアの法的保護』(1986 年 3 月・有斐閣) 11-18 頁、中山信弘「ソフトウェアの法的保護に伴う国際問題」総合研究開発機構編『多国籍企業の法と政策』(1986 年 4 月・三省堂) 参照)。

の類似性の論争に替った¹⁴⁶。現実に1985年改正でプログラムを著作物の一種とすることが明文で規定されて以降は、プログラムという特定の種類の表現は文化の範囲に属さないとして著作物性を否定する裁判例は皆無に近かった。プログラムについては、著作物の一種であるとの立法的な判断により、文化の範囲の要件を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に著作権法2条1項1号後段の文化の範囲に属するものとされたの一例¹⁴⁷といえよう。

次に、著作物の機能は、一定の印象を受け手に抱かせることを通じて、受け手に著作物を知覚・享受させることにある¹⁴⁸が、受け手に対して送り手の情報を伝達するための様々な手段の中、通常受け手の誰でもが創作者の言語の表現からその伝えたい情報を客観的に読み取ることができるので、このように言語の表現を通じて、創作者の伝えたい情報の内容をその受け手に正確に感得させるという機能を果たしている。ゆえに、「言語」と呼ばれて疑いがない表現はそこに創作性があるかどうかは別として、文芸、学術その他の文化の範囲に属するもの、という要件をクリアすることが明らかとなった¹⁴⁹。

また、8号に例示されている「写真」という特定の種類の表現について、その表現の自由度は、カメラという装置に係る制限、被写体の実在を必要とし、人による創作という面が小さいものの、写真を著作物の一種とすることが明確に明文で規定されている以上は、「写真」と呼ばれる視覚表現はそこに創作性があるかどうかは別として、文化の範囲の要件を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に文化の範囲に属するものとして扱われる¹⁵⁰。同様に、

¹⁴⁶ 中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)96-97頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁。

¹⁴⁷ 金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘ほか編『出版をめぐる法的課題』(2015年7月・日本評論社)170頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号(別冊14号)(2016年3月)112頁、同2016年4月16日著作権法学会研究大会資料51頁。

¹⁴⁸ 前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号(2016年9月)8頁。また、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008年6月・弘文堂)295頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号8、15頁、同「判批」(釣りゲータウン2・控訴審)ジュリスト臨時増刊1453号(2013年4月)268頁は、著作物はその受け手に伝達することを目的として創作されるものであり、受け手によってその成果が現実感得されて初めて文化の発展に寄与することになるものである、と指摘している。

¹⁴⁹ 言語の表現に文化の範囲との関係で著作物性を否定した稀な例として、東京地判平成9年12月22日判時1637号66頁[PC-VAN(オンライン会話サービス)]には、パソコン通信のオンライン会話サービスを利用し、他人との間で交わした会話を抜粋して、電子掲示板に掲示した事案において、問題となった交わされた会話文については、日常会話と異ならず、文化の範囲に属さないものとして、著作物性が否定された。ほかに、旧著作権法に関する東京地判昭和33年8月16日週刊法律新聞114号15頁[編物段数早見表]には、問題となった編物段数早見表は、文芸、学術、美術のいずれの範疇にも入らないとして、その著作物性が否定された。

¹⁵⁰ 写真を著作物の一種と認めるべきかという点については早くから議論のあったところであり、また各国においても保護の方法は異なっている。日本において歴史的には低レベルの著作物として、保護期間において冷遇されてきたが、情報化時代を迎え、写真はコンテンツとして経済財

「地図」(6号)¹⁵¹という特定の種類の表現が著作権法に著作物の例として規定されている以上、「地図」として一般に認識されている視覚表現に関しては、一般のカテゴリの表現における通常の創作性より厳しめの創作性が要求されるかどうかは別として、すくなくとも文芸、美術その他の文化の範囲に属する、という文化の範囲の要件をクリアすることが明らかとなったといえよう¹⁵²。

第2項 スタンダードとしての著作権法2条2項・10条1項4号

それに対して、我々の身の回りを見渡せば、物品の外観、立体形状などに利用されている視覚表現、あるいは物品にとらわれない視覚表現もたくさん存在している。例として、家具、家電製品といった、大量生産されている工業製品については、需要者を惹き付けて販売促進ないし新しい需要の増大に寄与するために、その形態にさまざまな美的工夫が凝らされることがある。しかしながら、こうした物品の形態を通じて、「美術」という概念は主観的な評価に係るものであって、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のである。ゆえに、物品の形態あるいは物品にとらわれない無体の視覚表現は創作者の伝えたい情報の内容をその受け手に正確に感得させるという機能を果たすものでないため、そもそも文芸、学術に属するものとは思えない¹⁵³。

的価値を高めている結果、1996年改正で保護期間に関する写真特有の規定（「公表後」50年間）が削除され、通常の著作物と同様に「死後」50年とされるに至った。この間の経緯については、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）349-351頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）90-91頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁参照。

¹⁵¹ 地図としては位置関係等を客観的に伝達するために作成されるものである以上、表現については一定の制約を受けざるを得ない。旧著作権法条においては著作物の例示として地図は掲げられていなかったが、現行法においては本号で地図を著作物として例示するに至ったのである。半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）（宮脇正晴執筆）536-537頁。

¹⁵² 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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（2009年12月）220頁は、地図等の明らかに実用品というべきものを著作物の一種として例示しているため、実用性を有することの一事をもってしては、著作物であることをただちに否定されないのであると指摘している。

¹⁵³ 小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈－著作権法全文改正の資料として－』（2010年11月・第一書房（初版・1958年3月・文部省））42-43頁は、地図のように位置関係等の情報を客観的に伝達するために作成されるのであり、観者の知的判断に訴えるものであれば文芸なし学術の範囲に属するものであり、絵画のように観者の審美感に訴えるものであれば美術の範囲に属するものとなる。ただし、学術的側面を有するからといって、イラスト化された絵地図や鳥瞰図のような場合は、文芸なし学術の範囲に属するものとして保護せられると同時に、美術の範囲に属するものとしても保護せられるものと解釈しようと指摘している。同旨、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）122頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）（宮脇正晴執筆）541頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）（金井重彦＝中谷裕子執筆）306-307頁。

大阪地判昭和51年4月27日無体集8巻1号130頁〔パリー市鳥瞰図〕においては、実測で

そして、確かに「美術の著作物」には「美術工芸品」を含むものとしている著作権法2条2項や「美術の著作物」の例として挙げられている「絵画、版画、彫刻」を規定している著作権法10条1項4号という明文規定がある。しかしながら、何をもって美術¹⁵⁴や美術品ととらえるかについては個人差も大きい¹⁵⁵から、例えば椅子といった大量生産されている工業製品の外観に表れた形象について、単なる物品の立体形状であるから美術品とはならないことを受け取る需要者もいれば¹⁵⁶、美術品となるような造形芸術として受け取る需要者もいる¹⁵⁷。ゆえに、それぞれの物品の形態あるいは物品にとらわれない無体の視覚表現は美術の著作物の一種として著作権法に明確に明文で例示されていない限り、それが絵画、彫刻、美術工芸品その他の「美術の著作物」に該当するか疑問が生じることは言うまでもなく、

はなく、各建造物はもちろん、樹木に至るまで略画的手法をもって手書きし、さらにこれを写真で縮小して観光用パリ市観光地図として完成させた「パリ市鳥瞰図」の一部を拡大して洋服箱及び包装紙の図案として使用したことが著作権の侵害になるとされた。この点に関して、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）93頁は絵地図のように絵画的な要素においては創作的表現と認めうる部分が抽出されているのであれば、それだけで類似性を肯定することができると指摘している。

¹⁵⁴ 大阪地判平成9年6月24日判タ956号267頁〔ゴナ書体・一審〕（水野武裁判長）は、「美術」の著作物は、絵画、版画、彫刻等、「形状や色彩によって思想又は感情を創作的に表現した著作物であって、見る者の視覚に訴え、その美的感興を呼び起こし、審美感を満足させるものである」と定義づけている。また、東京地判平成12年3月31日判タ1029号271頁〔テレホンカード磁気テープ〕（飯村敏明裁判長）は、「美術」の著作物として保護されるためには、創作的に表現したものであり、かつ、「空間や物の形状、模様又は色彩のすべて又は一部を創出し又は利用することによる人の視覚を通じた美的価値を表現したもの」であることが必要であると定義づけている。

¹⁵⁵ 半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）93頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁、知財高判平成27年4月14日裁判所HP〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕判旨参照。

¹⁵⁶ 横山教授は、椅子や自動車等の機能的な工業製品の場合は、たとえその形態自体が美的に洗練されたものであるとしても、需要者は通常、それを「座るため」、「移動するため」に利用されるものであって、美的鑑賞の対象として認識することはないゆえに、そのような工業製品の形態はその通常の使用態様において作者の美的思想を伝達する機能を果たすものでないため、美的範囲に属する「著作物」の性質を欠くとして、著作権法の保護が否定されるとの見解を唱えている。島並良「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6月・弘文堂）582-583頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）IPマネジメントレビュー19号（2015年12月）32-33頁参照。

¹⁵⁷ 上記の見解に対して、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）113頁の注56は、需要者は通常の使用態様においても、スタイリッシュな椅子や流麗なボディの自動車に美的な魅力を感じているので、こうした工業製品にもデザイナーの美的思想を伝達する機能があると反論している。同様に、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）85頁の注10は、西洋において椅子は単なる機能的な工業製品ではなく、空間を飾る主要な調度品であり、美の表現物でもあると指摘している。同旨、河野愛「デザインの法的保護」エコノミア40巻4号（1990年3月）、松尾和子〔判批〕（ニーチュア・上告審）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大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）133頁。

著作物の成立要件として求めている美術その他の文化の範囲に属するものに疑問なしとしない¹⁵⁸。

第3項 小括

5

10 以上をまとめると、著作権法2条1項1号は、著作物の定義規定を定めている。その後段要件の「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」という文化の範囲の要件は、極めて幅広い解釈がなされている。しかし、美術その他の文化の範囲という言葉それ自体から保護対象を選別することは困難となっている。思考の節約や議論の打ち切り機能を有する10条1項1号、6各、8号、9号などに例示されている「言語」「地図」「写真」「プログラム」などのカテゴリのいずれに該当することに疑いのない表現は、定型的に文化の範囲に属するものとして、創作的表現であれば著作物となる¹⁵⁹。それは著作権法のルールであり、このルールに反して、言語・地図・写真・プログラムのカテゴリの表現は文化の範囲に属さないものとして著作物には該当しないとの解釈は許されないだろう¹⁶⁰。

¹⁵⁸ 意匠法との対比という異なる視点が結論において同旨、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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）191頁。

それに対して、応用美術委員会編『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003年3月・著作権情報センター）157頁（野一色勲執筆）は、著作権法2条1項1号後段所定の文化の範囲の要件は、知的文化的精神活動の所産全般を指すものであるから、そのうち「美術」の範囲に属するという「美術」の語の意味も、知的文化的精神活動の所産全般として一括された意味で、同10条1項4号、2条2項「美術の著作物」の「美術」の意味とは別異に解されるべきである、との異なる見解を示している。

¹⁵⁹ 加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）112頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁は、著作権法10条1項各号は保護の対象となる著作物をその表現別に分類して例示し、その範囲を明確にしようとした規定で、同法2条1項1号の定める著作物性の要件を満たすか否かの具体的解釈基準ともなるべき性格のものであると指摘している。また、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）78頁も、個々のカテゴリの表現については、10条1項の言語、プログラム、写真、地図などの例示規定を参照しながら、いずれに包摂されるかを吟味すればよいと説明されている。

理由付けこそ異なるところがあるが、文化の範囲の要件は主として実用品の形態について問題となるがそれ以外の表現について著作物になるために重大な障壁とはならないことをいうものとして、D.S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D.S. カージャラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』（1989年11月・日本評論社）274頁、田村善之「著作権法講義ノート3」発明92巻6号（1995年6月）68頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）31頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）421頁、本山雅弘「知的財産保護の広がり」と交錯—デザイン保護—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL116 I.P. Annual Report 知財年報2006』（商事法務・2006年11月）225-226頁、同〔判批〕（チョコエッグ・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）37頁、上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室319号（2007年4月）169頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）19頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）59頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁参照。

¹⁶⁰ 他方、上野達弘「著作物性（2）各論（1）」法学教室2007年8月号156頁は、著作物性を有するかどうかは著作権法10条1項の問題ではなく、あくまで2条1項1号の定める著作物性の要

それに対して、物品の形態あるいは物品にとらわれない視覚表現をはじめ、著作権法2条2項、10条1項4号「美術の著作物」に例示されている絵画、彫刻、美術工芸品などのカテゴリーのいずれに該当するかどうかは明らかではない視覚表現について、その保護のあり方については裁判所の解釈に委ねられることとなった¹⁶¹。この意味では、美術の範囲の要件とは10条1項4号等に例示されている絵画などのカテゴリーのいずれに該当するかどうかは明らかではない視覚表現の具体化の作業を、立法から司法に移行させる機能を有するものであり、そしてその限度で司法の場で著作権法の守備範囲を画定するために、著作物を否定するための道具として、著作権の保護内容に適合しない特定の種類の表現を著作権法の保護の入り口から排除することも機能するものである¹⁶²と理解することができよう。

件を満たすかどうかのみによって決まるのであって、10条1項各号の著作物の例示規定はせいぜい著作物のカテゴリーごとにどのような点に創作的表現が認められるかという議論にとどまる、との異なる見解を唱えている。また、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)74頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁は、建築の著作物も美術の著作物のひとつであるが、それとは別個独立に例示されている理由は、建築の著作物は住居等として現実に使用することを目的に制作されているように実用的性格が一般に強いことから、建築物の所有者の経済的利用権と著作者・著作権者の権利を調整するため、一定の範囲で著作者の同一性保持権を制限し、建築物の増改築、修繕又は模様替えによる改変を許容する規定(20条2項2号)を置く必要があったこと、常に屋外に設置されるという建築の特質に照らして、美術の著作物に適用される展示権(25条)の対象として適合しないこと等、美術の著作物と異なる取扱をした規定を置く必要があるにすぎない、との異なる見解を示唆している。同旨のものとして、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)(横山久芳執筆)46頁、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁。

¹⁶¹ 上野達弘「著作物性(1)総論」法学教室2007年4月号169頁、同著作権研究36号(2010年12月)108-109頁の注67は、文化の範囲の要件を根拠に、著作物とは視覚または聴覚によって人間に知覚されるもののみが対象とされており、香水のように嗅覚に訴えるものは著作物たり得ないものと解している。また、前田哲男「工業製品の外観などに利用された著作物の『写り込み』的な利用について」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008年6月・弘文堂)338頁は文化の範囲に属する創作的表現の効果は、言語による効果、視覚による効果、もしくは聴覚による効果またはそれらの組み合わせとして知覚されるものであるから、嗅覚による効果、味覚による効果、触覚による効果は著作物としての効果とは認められないと述べている。

それに対して、井奈波朋子「香りの著作物性」著作権研究30号(2004年7月)192頁は、香水も知的、文化的活動の所産として、文化の範囲の要件を満たす、との異なる見解を示している。

¹⁶² 著作権法10条1項の例示規定との関係を言及していないが、この点を除けば、同旨と考えられるものとして、田村善之「著作権法講義ノート3」発明92巻6号(1995年6月)68頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)31頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)431頁、同[判批](TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)102頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号(2016年5月)23、35頁、作花文雄『著作権法 制度と政策』(第3版・2008年4月・発明協会)17頁、同『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい)82-83頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)34頁(横山久芳執筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁、茶園成樹編『著作権法』(2014年4月・有斐閣)24-25頁(濱口太久未執筆)、橋谷俊[判批](1)(激安ファストファッション・控訴審)知的財産法政策学研究47号(2015年11月)402頁。

10 条 1 項 4 号等に例示されている絵画などのカテゴリのいずれに該当するかどうか明らかではない視覚表現について、美術の範囲に属するか否かを判断するに当たって、典型的な問題として議論されてきたのは、意匠制度を意識しながら、実用品に応用された美術、いわゆる「応用美術」の美術の範囲の該当性の問題である。応用美術に対しては、客観的新規性などの登録要件が課されており、保護期間の相対的に短く、業としての実施にしか効力は及ばない意匠法という競業者規制を超えた規制には慎重であって然るべきであるから、1966 年 4 月に出された著作権制度審議会答申の説明書¹⁶³では、①実用品自体、②実用品と結合された物、③量産される実用品のひな型、④実用品の模様、という有体物である実用品の形態に係るものの著作権法上の位置づけを巡り、意匠法との調整問題を主たる理由として、1970 年現行著作権法制定の立法時において議論があったが、結局は、実用品に応用された美術の取扱いに関して、「美術工芸品」が「美術の著作物」として保護されることを著作権法 2 条 2 項に明定する以外、特段の措置が講じられなかった¹⁶⁴。そのため、応用美術の保護のあり方については裁判所の解釈に委ねられることとなった¹⁶⁵。そこで、東京地判

¹⁶³ 旧著作権法の全面改正について諮問を受けた著作権制度審議会は、1966 年 4 月 20 日、著作権制度審議会答申の趣旨をまとめた付属書として答申説明書は「応用美術とは、おおむね以下のような、実用に供され、あるいは産業上利用される美的な創作物をいうもの」と述べた（『著作権制度審議会審議記録（一）』（1966 年 11 月・文部省）56 頁（著作権制度審議会答申説明書））。ただし、その挙げたこの四つの種類のものはいずれも、有体物である実用品の形態に係るものであることに留意する必要がある。

¹⁶⁴ 現行法の制定に際して、ベルヌ条約ローマ規定（1928 年）にのみ加入していた日本にとっては、ベルヌ条約プラッセル規定（1948 年）の条件を満たすことが目指されていたところ、プラッセル規定では、「応用美術の著作物」を著作物の例示に加えることから、同条約に加入するためには、何らかの応用美術が著作権法上保護されるようにしなければならないという事情があった。この点をどう立法するかが課題となっていた。立法経緯については、応用美術委員会編『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003 年 3 月・著作権情報センター）106-112 頁（木村豊執筆）、同木村「応用美術の保護現行著作権法制定の経緯を中心として」森泉章ほか編『民法と著作権法の諸問題 半田正夫教授還暦記念論集』（1993 年 2 月・法学書院）580 頁以下、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）」知的財産法政策学研究 6 号（2005 年 3 月）201-211 頁、上野達弘「著作物性（2）各論（1）」法学教室 2007 年 8 月号 159-160 頁、同「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）212 頁、同応用美術の法的保護「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）90-91 頁、同「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（別冊 11 号）（2014 年 3 月）98-99 頁。

¹⁶⁵ 牛木理一〔判批〕（「Asahi」ロゴマーク・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号（第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣）33 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）」知的財産法政策学研究 6 号（2005 年 3 月）214-215 頁、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）273 頁、駒田泰士「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（2009 年 12 月）220 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 6 月・弘文堂）563 頁、井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—

昭和56年4月20日無体集13巻1号432頁〔アメリカティーシャツ〕（秋吉稔弘裁判長）は上掲著作権制度審議会答申を参考し、「美的価値」と「実用的価値」という対立の観点から、美術とは「鑑賞を目的とする純粋美術と、実用に供する物品に応用することを目的とする応用美術とに区分することができる」と、「純粋美術」と応用美術を分けて定義付けてをして、後者の場合、概ね、①実用品自体、②実用品と結合された物、③量産される実用品のひな型、④実用品の模様が応用美術に属するものとした。そして、応用美術に属するものであっても、純粋美術と同視しうるものに限り、美術の範囲に属する著作物として保護するという解釈を採用した。文献でもが立法時から議論に沿って、有体物の実用品に付されるデザインのような応用美術に関して、著作権法2条1項1号後段の定める美術の範囲に属する著作物、又は2条2項あるいは10条1項4号の「美術の著作物」の属否の問題をめぐる、議論が白熱されている¹⁶⁶。詳しい議論は第3章の「著作物の成立要件として機能させる美術の範囲の要件」に譲りたい。

第6節 小括

以上をまとめると、ルールとスタンダードの区別という視点から、著作権法2条1項1号の著作物の定義規定に焦点を当てて、関連する議論や裁判例を概観したうえで、著作物の成立要件として実際に機能させるのは、2条1項1号前段要件の「創作性」と後段要件の「美術の範囲」という二つの要件のみになることがわかる。著作物としての創作性が認められるためには、消極的要件として、①独自創作をなしていないこと、②アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であること、また、③積極的要件として、創作者が自らの意思により表現を選択すること、という趣旨がまったく異なる要件に求められる基準が運用されている。この三つの要件のいずれは創作性が肯定されるための必要条件であるが十分条件ではない。創作者の意思による選択という積極的要件について、一般に自然人がなにか表現した場合にはそこに創作者自らの意思決定で何らの特定の表現を選択する活動を行ったことが通常であるから、その敷居は極めて低い。また、仮に創作者が既存の原作を模倣したという主観的認識が証明された場合にも、作成された対象物が創作者の接した原作に新たな創作的表現が付加されることにより、二次的著作物になれるかどうかを判断するには、又も後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されていない「アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現」であるかどうかを検討しなければならない。したがって、著作物としての

設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）14頁。

¹⁶⁶ 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・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）155-156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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）189-192頁、上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）212-215頁、奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）242頁参照。

「創作性」の司法による法形成は、著作物の保護範囲を画する類似性の判断に立ち入る前、既存の原作をそのまま模して作成されたものに加えて、後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されていない「アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現」をも著作権法の保護の入り口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられないということを機能している。

思考の節約や議論の打ち切り機能を有する著作権法 10 条 1 項 1 号、6 号、8 号、9 号などに例示されている「言語」「地図」「写真」「プログラム」などのカテゴリーのいずれに該当することに疑いのない表現は、定型的に文化の範囲に属するものとして、創作的表現であれば著作物となる。他方、著作物として保護されるためには、創作性、かつ、美術の範囲という二つの成立要件を同時に満たさなければならないが、10 条 1 項 4 号等に例示されている絵画などのカテゴリーのいずれに該当するかどうかは明らかではない視覚表現の具体化の作業を、立法から司法に移行させる機能を有するため、特に応用美術に関して、定型的に美術の範囲を否定することができれば、創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかや「アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現」にあたるかどうかという個別具体的な創作性の判断が不要になる。そのため、迅速の判断、コストの節約という点でメリットがあることから、著作物の成立要件として前段要件の創作性より、後段要件の美術の範囲を先に検討する方に分がある。実際、裁判の運用では個別具体的な創作性要件より、むしろ美術の範囲の要件を先に検討するものは多数を占めている¹⁶⁷。

¹⁶⁷ 他方では、美術の範囲の要件をどのように判断するかを検討したが、当てはめの際にあえて創作性の要件の検討を先に行う裁判例として、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] (創作性肯定)、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] (砂山一郎裁判長) (創作性肯定)、東京地判昭和 56 年 4 月 20 日無体集 13 巻 1 号 432 頁 [アメリカティーシャツ] (秋吉稔弘裁判長) (創作性肯定)、大阪地判昭和 60 年 3 月 29 日無体集 17 巻 1 号 132 頁 [三和通商広告] (創作性肯定)、京都地判平成元年 6 月 15 日判時 1327 号 123 頁 [佐賀錦袋帯] (創作性肯定)、東京地判平成 2 年 7 月 20 日無体集 22 巻 2 号 430 頁 [木目化粧紙・一審] (清永利亮裁判長) (創作性肯定)、東京高判平成 8 年 1 月 25 日知財集 28 巻 1 号 1 頁 [「Asahi」ロゴマーク・控訴審] (創作性否定)、東京地判平成 10 年 11 月 16 日判例工業所有権法 [「リトルくらぶ」広告] (創作性肯定)、大阪地判平成 12 年 6 月 6 日裁判所 HP [装飾街路灯・一審] (小松一雄裁判長) (完成予想図自体について創作性肯定)、東京地判平成 12 年 9 月 28 日判タ 1044 号 212 頁 [住友建機ロゴ] (創作性否定)、東京高判平成 13 年 5 月 30 日判タ 1106 号 210 頁 [キューピー I (キューピー株式会社)・控訴審] (創作性肯定)、東京高判平成 13 年 5 月 30 日判タ 1106 号 210 頁 [キューピー II (日本興業銀行)・控訴審] (創作性肯定)、東京地判平成 14 年 1 月 31 日判タ 1120 号 277 頁 [トントウぬいぐるみ] (創作性肯定)、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] (小松一雄裁判長) (「動物フィギュア」「妖怪フィギュア」について創作性肯定、「アリスフィギュア」について創作性否定)、大阪高判平成 17 年 7 月 28 日判時 1928 号 116 頁 [同控訴審] (竹原俊一裁判長) (「動物フィギュア」「アリスフィギュア」「妖怪フィギュア」について創作性肯定)、東京地判平成 22 年 7 月 8 日裁判所 HP [表紙図版] (創作性肯定)、知財高判平成 24 年 2 月 22 日判タ 1404 号 287 頁 [無重力状態体験装置・控訴審] (創作性否定)、知財高判平成 25 年 12 月 17 日裁判所 HP [シャトー勝沼 I・控訴審] (創作性否定)、知財高判平成 26 年 1 月 22 日裁判所 HP [シャトー勝沼 II・控訴審] (創作性否定)、知財高判平成 28 年 11 月 30 日裁判所 HP [加湿器・控訴審] (創作性否定) があ

それでは、実用品に応用された応用美術、そして著作権の保護内容に適合しない特定の類型の表現にあたるものとは、具体的にいかなるものなのであろうか。章を改めて、関連する裁判例を分析しつつ考察してみることにしよう。

る。

そのうち、創作性の要件を満たすことを認定したにもかかわらず、美術の範囲（あるいは美術の著作物）に属さないとして結局著作物性を否定したものもあったが、[佐賀錦袋帯]、前掲東京地判平成2年7月20日[木目化粧紙・一審]（清永利亮裁判長）、前掲大阪地判平成16年11月25日[チョコエッグ・一審]（小松一雄裁判長）（「動物フィギュア」「妖怪フィギュア」について、純粋美術と同視できる美術性を備えていないとして、「美術の著作物」には該当しないとされた）、前掲大阪高判平成17年7月28日[チョコエッグ・控訴審]（竹原俊一裁判長）（「動物フィギュア」「アリスフィギュア」について、純粋美術と同視し得る程度の美的創作性を備えていないとして、「美術の著作物」には該当しないとされた）、極めて稀な例外しかない。

また、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69 巻 4 号（別冊 14 号）（2016 年 3 月）105 頁、同 2016 年 4 月 16 日著作権法学会研究大会資料 49 頁は、かつての裁判例では創作性の要件を満たすことを認定したにもかかわらず、美術と同視できないとして著作物性を否定したものもあったが、近年の裁判例では、創作性の判断に立ち入らないまま、美術と同視できないことを理由として著作物性を否定するものが少なくないと指摘している。

目次

第4章	著作物の成立要件として機能させる美術の範囲の要件—いわゆる応用美術問題	174
5	第1節 問題提起.....	174
	第2節 物品の形態.....	175
	第1項 分かれるように見受けられる裁判例と近時の考え方.....	179
	第2項 判決の結果からみた物品形態の類型ごとに異なる判断手法をとる傾向.....	242
10	第3項 著作物性を判断するには、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件とは別に、美術の範囲の要件を活用すべきか.....	257
	第3節 物品にとらわれない視覚表現.....	277
	第1項 美術の範囲の要件の問題とせず、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件の判断のみによって結論が出される傾向にある裁判例.....	277
15	第2項 美術の範囲の要件を活用して特別な付加条件が必要とするように見受けられる裁判例.....	283
	第4節 小括.....	330

第4章 著作物の成立要件として機能させる美術の範囲の要件—いわゆる応用美術問題

第1節 問題提起

5

著作権侵害を肯定するための積極的な要件としては、他人の「著作物」（＝①著作物性）に「依拠」して（＝②依拠性）、作成した「類似」の範囲内にある著作物について（＝③類似性）、著作権法で定められた複製権、翻案権など（21条～28条・113条）（④＝法定利用行為）を行うことである¹。①のうち、著作物の成立要件として機能させる美術の範囲の要件について、「実用品」に応用された「応用美術」にあたるものとは、具体的にどんなものを指すのだろうか。裁判例の当てはめ部分を見ると、椅子、加湿器、練習用箸等のように、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている工業製品は言うまでもないが、実際後述のように著作物性の否定例として、動物ぬいぐるみ型の電子玩具「ファービー」（山形地判平成13年9月26日判タ1079号306頁〔ファービー・一審〕（木下徹信裁判長）、仙台高判平成14年7月9日判タ1110号248頁〔同控訴審〕（松浦繁裁判長）、おまけのフィギュア（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〕（小松一雄裁判長）、大阪高判平成17年7月28日判時1928号116頁〔同控訴審〕（竹原俊一裁判長））、福の神である仙台四郎が持つ商売繁盛の御利益を想起させる、仙台四郎の色紙（仙台地判平成19年10月2日判時2029号153頁〔福の神仙台四郎〕（潮見直之裁判長））なども、「実用品」に応用された「応用美術」にあたるものとされている。また、こうした実用品の形態に係るものが美術の範囲に属するというためには、純粋美術と同視できるとの特別な付加条件を満たす必要性については、意匠法の存在等が理由とされることが多いが、広告、文字の書体、化粧、髪型などといった身体装飾や衣服等のコーディネートは、意匠法による保護の対象ではないがこうした物品にとらわれない視覚表現にもかかわらず、実用品の形態に係るものと同じ、応用美術として美術の範囲に属するものというためには純粋美術と同視できるとの特別な付加条件が適用され

¹ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）47頁。ほぼ同様の判断枠組みを提示するものとして、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）338-339頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）458-459頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号（2008年12月）113頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）248頁（上野達弘執筆）、同上野「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）74頁、横山久芳「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）112頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）432、442頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁。

また、法定利用行為の翻案権侵害について、後述の最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分・上告審〕判旨参照。

ている裁判例もいくつかある²。応用美術にあたるものの範囲に関しては、当事者の主張にもかかるとはいえ、裁判例はより広く応用美術の範疇に入る視覚表現を認めており、答申で意識的に取り上げられた応用美術の対象に比べ相当に広い³。

5 確かに意匠制度等への配慮の理由からは、物品にとらわれない視覚表現については当てはまらない。また、「実用品」あるいは「応用美術」という用語は著作権法のどこにも見当たらず、著作権法2条1項1号の定める著作物の成立要件を満たすものが著作物となるから、実用品あるいは応用美術の概念に包摂されるか否か、という実用品ないし応用美術の定義を正確にすることに特に意味があるわけではない。しかし、権利を主張する側の対象物が美術の範囲に属するものに該当するかどうかについては、純粋美術と応用美術に分けたり、実用品であるかを基準としたりする判断基準を採用する必要はないとしても、ここで肝要なことは我々の身の回りのあらゆる視覚表現は著作権法2条1項1号後段の定める美術の範囲に属する著作物であるか否かということのほうである。すなわち、我々の身の回りを見渡せば、実用品に限らず、実用品以外の物品の形態、そして広告、文字の書体等の物品
10 にとらわれない無体の視覚表現、さらに、人の身体に施される化粧、髪型、入れ墨などといった身体装飾や衣服等のコーディネートは実用品と同じ、それらが著作権法に美術の著作物として例示されている絵画、彫刻、美術工芸品その他の美術に該当するか疑問が生じることは言うまでもなく、著作物の成立要件として求めている美術の範囲に属する著作物に疑問なしとしない。著作権法2条1項1号後段の定める「美術の範囲」に属する著作物の成立要件を満たすか否かが問題になるのは、実用品に限られるわけではないから、例示されている絵画、彫刻、美術工芸品などのカテゴリのいずれに該当するかが明らかではない視覚表現を併せて検討することは有益であると思われる。

そこで本章では、「応用美術」の美術の範囲の該当性の有無の問題について、「物品」は実用品の上位概念として使っており、物品の形態と物品にとらわれない視覚表現を分けて、関連する裁判例を順に検討しながら、著作権法2条1項1号後段の定める美術の範囲の要件を明らかにしたい。

第2節 物品の形態

30

² この点に関して、小川徹〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）日本大学知財ジャーナル9号（2016年3月）105頁は応用美術の検討をすべきシチュエーションは意匠法との抵触による重畳適用を排除するところに理由があり、物品ではない化粧や髪型について、応用美術に関する検討をする実益がないとして、〔激安ファストファッション・控訴審〕判決を批判している。

³ 三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014年6月・青林書院）57-59頁。また、同68-73頁の応用美術の対象表現が争点化された裁判例の整理表参照。

物品の形態が著作物として認められるためには、著作権法2条1項1号所定の著作物の成立要件を充たすかどうかにより判断するほかに、同条2項の定める「美術工芸品」が例示か限定列举かという問題について、応用美術でありながら著作権法により保護されうるのは、同法2条2項の規定によって「美術の著作物」に含まれるものとされる「美術工芸品」

5 に限られると解する考えがあった（これは「厳格説」又は「峻別説」と呼ばれる⁴⁾。すなわち、著作権法2条2項は創設規定として、美術工芸品に限って、応用美術ではあるが美術の著作物に含めて保護することを規定したものであるから、同項を反対解釈すれば、美術工芸品以外の応用美術に属するものは著作物に該当しない趣旨であるとする見解⁵⁾である。

- 10 かつて著作権法2条2項を応用美術のうち美術工芸品だけを特に保護する創設規定と解する裁判例もあったが⁶⁾、これまでの裁判例の多くは、峻別説を採用してこなかった。そもそも著作権法上「美術工芸品」に何が入るのかという定義はなく、文献では量産品ではなく、一品制作の壺や茶碗のような「手工芸的な作品」と解されることが多い⁷⁾が、裁判例の中に

⁴⁾ 奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I. P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009年12月）241頁参照。

⁵⁾ 加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）65-66頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁参照。

また、一般に、「…には…を含むものとする」という表現は、法制執務上、本来ある概念に含まれないものをその概念に含めるのが典型的な用法であるから、創設規定であると解することには根拠がある。吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）453頁参照。

⁶⁾ 東京地判昭和54年3月9日無体集11巻1号114頁〔ヤギ・ボールド・一審〕、東京高判昭和58年4月26日無体集15巻1号340頁〔同控訴審〕。もっとも、事案そのものはタイプフェースのものであって、「物品」に応用された「応用美術」一般の先例と解することは妥当ではない。紋谷暢男「意匠法と周辺法―主として著作権法との関係―」工業所有権法学会年報12号（1989年）123頁、同〔判批〕（仏壇彫刻）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）23頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）50頁（金井重彦執筆）。

⁷⁾ 紋谷暢男〔判批〕（仏壇彫刻）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）23頁、岡邦俊「量産される複製物商品と同一性保持権」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』（2003年3月・法学書院）131頁、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）66頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）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確定基準―」コピーライト2006年8月号58頁の注1、同『著作権法 制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）32頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）31頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）331、342-343頁（大瀬戸豪志執筆）、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）（横山久芳執筆）37頁、同「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6月・弘文堂）564頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）IPマネジメントレビュー19号（2015年12月）29頁、上野達弘「著作物性（2）各論（1）」法学教室2007年8月号158頁、同上野達弘司会「早稲田大学・北海道大学グローバルCOEジョイン

は、「美術工芸品」自体の概念を拡大解釈し、量産される物についても美術工芸品に該当するとして著作物性を認めたもの（大阪地決昭和45年12月21日無体集2巻2号654頁〔天正菱大判〕（大江健次郎裁判長）、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〕、大阪高判平成2年2月14日TKC〔ニーチェア・控訴審〕（抽象論のみ））も存在する。つまり、これらの判決は2条2項にいう「美術工芸品」の範囲を一般の量産品まで広げ、量産品でありながらそれ自体が美的鑑賞の対象となり得るものについても同項の「美術工芸品」として保護する立場を採っている。さらに、2条2項は「美術の著作物」の例示規定にすぎず、例示に係る「美術工芸品」に該当しない応用美術であっても、美術工芸品や純粋美術に準じるようなものなど、2条1項1号所定の著作物の成立要件を満たすものについて、著作権法上保護される「著作物」と解すべきであると判示している裁判例⁸は多くある。学説も同様に、「美術工芸品」は例示にすぎず、それ以外のものにも美術の著作物として著作権法により保護される余地があると解するのが通説となっている（これは「緩和説」と呼ばれる⁹）。

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17号（2009年3月）39頁（上野達弘発言）、同上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I. P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）211頁、同「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究36号（2010年12月）91頁、同「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（別冊11号）（2014年3月）97頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）42頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、土肥一史『知的財産法入門』（第13版・2012年3月・中央経済社）262頁、同（第15版・2015年9月・中央経済社）頁、茶園成樹編『著作権法』（2014年4月・有斐閣）30頁（濱口太久未執筆）、井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）14-15頁、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）164頁、本山雅弘「応用美術問題の本質とその展開」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）312、314、324頁、同〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）ジュリスト臨時増刊1479号（2015年4月）279頁、同〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）新・判例解説Watch 2015年10月号286-287頁。

⁸ 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〕（砂山一郎裁判長）、東京地判昭和56年4月20日無体集13巻1号432頁〔アメリカティーンシャツ〕（秋吉稔弘裁判長）、大阪地判昭和60年3月29日無体集17巻1号132頁〔三和通商広告〕、東京地判昭和54年3月9日無体集11巻1号114頁〔ヤギ・ボード・一審〕、京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁〔佐賀錦袋帯〕、東京高判平成3年12月17日知財集23巻3号808頁〔木目化粧紙・控訴審〕（竹田稔裁判長）、東京高判平成4年9月30日判例工業所有権法〔装飾窓格子の原図・控訴審〕（牧野利秋裁判長）、山形地判平成13年9月26日判タ1079号306頁〔ファービー・一審〕（木下徹信裁判長）、仙台高判平成14年7月9日判タ1110号248頁〔同控訴審〕（松浦繁裁判長）、東京地判平成20年7月4日裁判所HP〔プチホルダー〕（阿部正幸裁判長）、東京地判平成22年11月18日裁判所HP〔TRIPP TRAPP（椅子）I〕（阿部正幸裁判長）、知財高判平成24年2月22日判タ1404号287頁〔無重力状態体験装置・控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）、東京地判平成23年8月29日ウエストロー・ジャパン〔鍋の持ち手（三徳包丁）・一審〕（上田哲哉裁判長）、知財高判平成24年3月22日裁判所HP〔同控訴審〕（飯村敏明裁判長）、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁〔激安ファストファッション・控訴審〕（設楽隆一裁判長）、知財高判平成27年4月14日裁判所HP〔TRIPP TRAPP（椅子）II・控訴審〕（清水節裁判長）。

⁹ 奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I. P. Annual

いずれにせよ、仮に2条2項につき限定列举という創設規定説を採用していたとしても、同項の「美術工芸品」の要件が緩ければ、逆に、確認規定説を採用したとしても、2条1項1号後段で規定されている美術の範囲に入ることができないと著作物とすることはできず、結局、2条2項の「美術工芸品」は限定か例示かという論争にほとんど意味がない¹⁰。物品の形態ないし応用美術の著作物性を認めるための具体的な基準は、後述のように裁判例や論者により一様ではないが、それをさて置いて、著作権法2条1項1号の定める著作物の成立要件を満たすものが著作物となるから、ここで肝要なことは同法2条2項所定の「美術工芸品」に該当するものであるかどうかではなく、2条1項1号の解釈適用の問題として、著作物の成立要件として機能させる、美術の範囲の該当性かつ創作性、という二つの成立要件を同時に満たすものであるか否かということのほうである¹¹。また、「美術の著作物」という用語は、著作権法2条2項、10条1項4号に見られるが、いずれも著作物の例示規定であり、著作物の成立要件に関する条文ではないから、直接に「美術の著作物」に該当するか否かで議論される場合（例えば、前掲大阪地判平成16年11月25日〔チョコエッグ・一審〕（小松一雄裁判長）、前掲大阪高判平成17年7月28日〔同控訴審〕（竹原俊一裁判長）など）も、2条1項1号後段要件の美術の範囲の該当性、かつ、前段要件の創作性を満たすか否かの議論であると理解することである¹²。

Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）241頁参照。

¹⁰ 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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）233-234頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）145頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁参照。

¹¹ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）10、30-36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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）233-234頁、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）274頁の注8、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）140頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、本山雅弘〔判批〕（チョコエッグ・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）37頁、半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）93頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁、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4月・信山社）15、256頁、角田政芳〔判批〕（激安ファストファッション）A.I.P.P.I 58巻12号（2013年12月）頁、同〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）DESIGN PROTECT 106号（2015年6月）15頁。

また、仮に2条2項につき限定列举という創設規定説を採用していたとしても、同項の「美術工芸品」の要件が緩ければ、逆に、例示規定説を採用したとしても、2条1項1号後段で規定されている美術の範囲に入ることができないと著作物とすることはできず、結局、2条2項は限定か例示かという論争にほとんど意味がないと指摘する見解として、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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）233-234頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）145頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁参照。

¹² 本山雅弘〔判批〕（チョコエッグ・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）37頁、吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）453頁。

そこで、今のところ、物品の形態ないし応用美術が著作物といえるためには、①通常の創作性を有するだけでは足りず、美術の範囲の要件を活用して一般のカテゴリの表現と異なる何らかの特別な付加条件が必要であると解釈しており、そのような特別な付加条件を備えていない物品の形態が美術の範囲に属さないもの（あるいは「美的創作性」といった特別な創作性を有しない）として著作物性を否定することになる考え方（以下、「区別説」と呼ぶ）と、②物品の形態ないし応用美術についても、美術の範囲の該当性を吟味する意義を認めず、一般のカテゴリの表現と異なる創作性の要件の判断枠組みで通常の創作性がありさえすれば、著作物として保護することになるという考え方（以下、「非区別説」と呼ぶ）¹³の二つに大別し、両者が対立している。

第1項 分かれるように見受けられる裁判例と近時の考え方

第1款 美術の範囲の要件を活用して特別な付加条件が必要とする区別説を採用した従来の裁判例

では、物品の形態にはどのようなものが美術の範囲に属するものになるか。従来の裁判例は美術の範囲の要件を活用して、物品の形態が応用美術として美術の範囲に属するものというためには、前述した現行著作権法の元となった著作権制度審議会答申を斟酌し、量産性や産業上の利用という対象物の利用態様だけの理由で美術の範囲の該当性を否定することなく¹⁴、制作者の主観的な目的を除外して作成した結果物である物品の形態を客観的、外形

¹³ 上野達弘「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）99 頁、同「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（別冊 11 号）（2014 年 3 月）109 頁は、意匠法等の存在を理由として、応用美術の著作物性について通常の著作物とは異なる何らかの条件を課するという考え方と、意匠法等の存在を理由に応用美術の著作物性を制限しない考え方と対立していると述べ、前者「区別説」、後者「非区別説」との用語法を提示している。本稿も上野論文の用語法に従い、区別説・非区別説の用語を用いる。

なお、奥邨弘司〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）判例時報 2259 号（2015 年 8 月）152 頁、同「講演録 著作権法 》THE NEXT GENERATION—著作権の世界の特異点は近いのか？—」コピーライト 666 号（2016 年 10 月）17 頁は、後者について、「付加要件不要説」と呼ぶ。

¹⁴ 量産品といえどもそれを美術の範囲（あるいは美術の著作物）に属するものと認めたリーディングケースとしては、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〕である。それ以降、量産性のある利用態様であっても著作物性を認められた例が多い。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〕（砂山一郎裁判長）、東京高判平成 13 年 5 月 30 日判タ 1106 号 210 頁〔キューピーⅠ（キューピー株式会社）・控訴審〕、東京高判平成 13 年 5 月 30 日判タ 1106 号 210 頁〔キューピーⅡ（日本興業銀行）・控訴審〕、大阪高判平成 17 年 7 月 28 日判時 1928 号 116 頁〔チョコエッグ・控訴審〕（竹原俊一裁判長）（妖怪フィギュア）参照。

対象物の利用態様がその著作物性に影響しない理由は、物品に応用されなければ通常美術の範囲に属するもの扱いされるのに、偶さか応用されれば特別な付加条件が要求されるように、現

的に観察して¹⁵、抽象論として「純粹美術と同視しうる」や「美的鑑賞の対象となり得る」

実の利用態様の変化により著作物の成立要件に関する判断手法を異にする扱いは困難を極めるからである。田村善之〔判批〕（木目化粧紙・控訴審）特許研究14号（1992年10月）36頁、同〔判批〕（佐賀錦袋帯）ジュリスト1033号（1993年11月）112頁、同「著作権法講義ノート3」発明92巻6号（1995年6月）71頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）34頁、同『知的財産法』434-435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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（2009年12月）221頁参照。また、そもそも著作権法があらゆる種類の表現について大量複製を予定している中で、物品の形態だけを問題にする理由がない。森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）55頁参照。

同様の立場を採る学説として、河野愛「デザインの法的保護」エコノミア40巻4号（1990年3月）頁、清川寛〔判批〕（木目化粧紙・控訴審）村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001年7月・東京布井）132頁、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・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）168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（二・完）」知的財産法政策学研究7号（2005年5月）185-187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確定基準—」コピーライト2006年8月号47-48頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）43-44頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）26頁、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）45頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）49頁（金井重彦執筆）、同金井重彦執筆、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）46-47頁、上野達弘司会「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17号（2009年3月）39頁（上野達弘発言）、松尾和子〔判批〕（ニーチェア・上告審）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大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）133頁、鈴木香織〔判批〕（無重力状態体験装置・控訴審）日本大学法学部知財ジャーナル7号（2014年3月）91頁。

¹⁵ 裁判例において主観的な制作目的を除外して対象物を客観的に判断することは一般的に肯定されている。東京地判昭和56年4月20日無体集13巻1号432頁〔アメリカティーシャツ〕（秋吉稔弘裁判長）、京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁〔佐賀錦袋帯〕、東京地判平成2年7月20日無体集22巻2号430頁〔木目化粧紙・一審〕（清永利亮裁判長）、東京高判平成3年12月17日知財集23巻3号808頁〔同控訴審〕（竹田稔裁判長）、山形地判平成13年9月26日判タ1079号306頁〔ファービー・一審〕、知財高判平成25年12月17日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅰ・控訴審〕（清水節裁判長）、知財高判平成26年1月22日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅱ・控訴審〕（清水節裁判長）参照。

その趣旨について、主観的な制作者の意図が実用・量産の目的にあったのか、それとも美の追求にあったのかという外部に現れない事情より表現の保護を異にするのは、第三者は不測の損害を被ることになり、私法上の安定性を欠く結果をもたらすばかりでなく、刑事罰規定の存在に対する配慮が欠けているからである。田村善之〔判批〕（木目化粧紙・控訴審）特許研究14号（1992年10月）36頁、同〔判批〕（佐賀錦袋帯）ジュリスト1033号（1993年11月）111-112頁、同「著作権法講義ノート3」発明92巻6号（1995年6月）71頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）33-34頁、同『知的財産法』434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確定基準—」コピーライト2006年8月号47頁、59頁の注10、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）55頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）（高橋淳執筆）190頁。

また、そもそも実用目的と観賞目的とは二律背反するものではなく、一品制作の壺や茶碗などのように実用性と美的観賞性を併せもつものがある（作花文雄「著作権制度における美的創作物

ような特性、といった「純粋美術と同視できる」との特別な付加条件が必要であると解釈しており、上記の「区別説」をとる裁判例¹⁶が大勢となっている。学説においても、主流となっている裁判例に示されている「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件を満たす必要性についておおむね賛同する見解が多数を占めている¹⁷。

（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確定基準—」コピライト 2006 年 8 月号 47 頁、斉藤博『著作権法』（第 3 版・2007 年 4 月・有斐閣）79、85 頁、上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）215 頁、高林龍『標準著作権法』（2010 年 12 月・有斐閣）42 頁、同（第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣）頁、井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105 号（2015 年 3 月）17 頁の注 22。

同様の立場を採る学説として、河野愛「デザインの法的保護」エコノミア 40 巻 4 号（1990 年 3 月）頁、土肥一史〔判批〕（木目化粧紙・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号（第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣）29 頁、加藤幸江〔判批〕（佐賀錦袋帯）村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001 年 7 月・東京布井）125 頁、清川寛〔判批〕（木目化粧紙・控訴審）村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001 年 7 月・東京布井）133 頁、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・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004 年 11 月・青林書院）168 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（二・完）」知的財産法政策学研究 7 号（2005 年 5 月）185-187 頁、同「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—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）279 頁、松尾和子〔判批〕（ニーチェア・上告審）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大系Ⅲ』（2009 年 10 月・青林書院）133 頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』（第 6 版・2012 年 4 月・有斐閣）（辰巳直彦執筆）319 頁、吉田和彦「応用美術の保護について—産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関する AIPPI の Q231 をもふまえて—」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013 年 9 月・発明推進協会）476 頁。

¹⁶ 「純粋美術と同視しうる」や「美的鑑賞の対象となり得る」ような特性といった特別な付加条件が必要であると解釈している区別説を示した裁判例の抽象論の整理につき、裁判例の網羅的な一覧表として、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014 年 6 月・青林書院）68-73 頁、中川隆太郎〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）コピライト 2015 年 9 月号 36-40 頁、実際の物品の写真等を示し、具体的な当てはめをも検討するものとして、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（別冊 11 号）（2014 年 3 月）101-104 頁、橘谷俊〔判批〕（1）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究 47 号（2015 年 11 月）385-400 頁、裁判例の結論に従って典型的に検討するものとして、井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105 号（2015 年 3 月）14-16 頁、田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務 15 巻 11 号（2015 年 11 月）96-99 頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピライト 2017 年 8 月号頁参照。

¹⁷ 紋谷暢男「意匠法と周辺法—主として著作権法との関係—」工業所有権法学会年報 12 号（1989 年）132 頁、同〔判批〕（仏壇彫刻）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号（第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣）23 頁、田村善之「著作権法講義ノート 3」発明 92 巻 6 号（1995 年 6 月）72 頁、同『著作権法概説』（第 2 版・2001 年・有斐閣）36 頁、同『知的財産法』（第 5 版・2010 年 5 月・有斐閣）435-436 頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）25 頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務 15 巻 11 号（2015 年 11 月）100-102 頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピライト 2017 年 8 月号頁、生駒正文

ただ、特別な付加条件が必要であるとする区別説を支持しようとしたとしても、主流となっている従来の裁判例の中には物品の形態の美術範囲に属する著作物であるかどうかを区別するために、特別な付加条件として単に「純粋美術と同視しうる」や「美的鑑賞の対象と

「応用美術の保護能力と意匠の保護能力」日本工業所有権法学会年報 22 号 (1998 年) 62 頁、同 [判批] (佐賀錦袋帯) 齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号 (第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣) 27 頁、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・裁判実務大系 (22) 著作権関係訴訟法』(2004 年 11 月・青林書院) 168 頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006 年 9 月・産経新聞) 44 頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』(2014 年 2 月・中央経済社) 26 頁、上野達弘司会「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」季刊企業と法創造第 17 号 (2009 年 3 月) 65-67 頁 (劉曉情発言)、同劉曉情「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』(商事法務・2009 年 12 月) 277、279 頁 (ただし、実用性による制約という特別な付加条件を「創作性」の要件の問題として位置付けている)、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確定基準—」コピーライト 2006 年 8 月号 58 頁、同『詳解著作権法』(第 4 版・2010 年 4 月・ぎょうせい) 144-147 頁、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『知的財産法の理論と実務 第 4 巻 著作権法・意匠法』(2007 年 6 月・新日本法規) 42 頁、中山信弘『著作権法』(2007 年 10 月・有斐閣) 144-146 頁、同 (第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣) 頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 1』(2009 年 1 月・勁草書房) (大瀬戸豪志執筆) 343 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009 年 10 月・有斐閣) 39-41 頁 (横山久芳執筆)、同 (第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣) 頁、同「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 6 月・弘文堂) 582-587 頁、同 [判批] (TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審) IP マネジメントレビュー 19 号 (2015 年 12 月) 30-31 頁、五味飛鳥「応用美術の法的保護について—主として意匠法との交錯に関して」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』(商事法務・2009 年 12 月) 256 頁、岡村久道『著作権法』(2010 年 11 月・商事法務) 69 頁、同 (新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会) 頁、同 (第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会) 頁同 (第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会) 頁、高部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』(2012 年 1 月・金融財政事情研究会) 113 頁、同「著作権法の守備範囲」パテント 66 巻 13 号 (2013 年 11 月) 148 頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』(第 6 版・2012 年 4 月・有斐閣) (辰巳直彦執筆) 319 頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』(2013 年 5 月・レクシスネクシス・ジャパン) (高橋淳執筆) 190 頁、吉田和彦「応用美術の保護について—産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関する AIPPI の Q231 をもふまえて—中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』(2013 年 9 月・発明推進協会) 476-478 頁、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 4 月・信山社) 14-15、254 頁、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』(2014 年 6 月・青林書院) 59-60、64 頁、井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105 号 (2015 年 3 月) 16 頁、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015 年 7 月・日本評論社) 169-170 頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69 巻 4 号 (別冊 14 号) (2016 年 3 月) 112 頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説 (類型的除外説) の立場から—」著作権研究 43 号 (2017 年 4 月) 頁、中川隆太郎 [判批] (TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審) コピーライト 2015 年 9 月号 41 頁、橋谷俊 [判批] (1) (激安ファストファッション・控訴審) 知的財産法政策学研究 47 号 (2015 年 11 月) 400 頁。

なり得る」ような特性といった「純粋美術と同視できる」との要件が示されている判決¹⁸は少なくない。「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件は、物品の形態でありながら、それが著作権法2条1項1号後段の美術の範囲に属する著作物といえるための判断基準としているものであるが、このような抽象的要件に基づいて物品の形態の美術範囲に属するかどうかを分けることに対しては「きわめて抽象的であって基準として不明確である」との批判¹⁹がある。そもそも美術の範囲に属する著作物、すなわち「美術の著作物」となるためには、当然純粋美術と「同視しうる」や美的鑑賞の対象と「なり得る」ような特性を備えなければならない²⁰。しかし、問題なのは、この「美術」というキーワードをどのような意味で理解するのかである²¹。論理上、「美術」の定義ないし「美術の範囲」の該当性を論じないまま、単に物品の形態を規範的に絵画、彫刻その他の純粋美術や美的鑑賞の対象と同視で

¹⁸ 大阪地判昭和59年1月26日無体集16巻1号13頁[万年カレンダー]、東京地判平成2年7月20日無体集22巻2号430頁[木目化粧紙・一審]（清永利亮裁判長）、山形地判平成13年9月26日判タ1079号306頁[ファービー・一審]（木下徹信裁判長）、仙台高判平成14年7月9日判タ1110号248頁[同控訴審]（松浦繁裁判長）、東京地判平成14年1月31日判タ1120号277頁[トントウぬいぐるみ]、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]（小松一雄裁判長）（「動物フィギュア」「妖怪フィギュア」について、純粋美術と同視できる美術性を備えていないとして、「美術の著作物」には該当しないとされた）、東京地判平成16年12月15日判タ1213号300頁[「撃／GEKI」饅頭標章・一審]（飯村敏明裁判長）、知財高判平成17年9月15日裁判所HP[同控訴審]（中野哲弘裁判長）（一審判決引用）、仙台地判平成19年10月2日判時2029号153頁[福の神仙台四郎]（潮見直之裁判長）、東京地判平成20年7月4日裁判所HP[プチホルダー]（阿部正幸裁判長）、東京地判平成20年12月26日判タ1293号254頁[黒烏龍茶]（清水節裁判長）、東京地判平成22年11月18日裁判所HP[TRIPP TRAPP（椅子）Ⅰ]（阿部正幸裁判長）、東京地判平成23年8月29日ウエストロー・ジャパン[鍋の持ち手（三徳包丁）・一審]（上田哲裁判長）、知財高判平成24年2月22日判タ1404号287頁[無重力状態体験装置・控訴審]（滝澤孝臣裁判長）（抽象論のみ）、東京地判平成24年11月29日[カスタマイズドール（ヌードボディ）]、東京地判平成25年7月2日裁判所HP[シャトー勝沼Ⅱ・一審]（長谷川浩二裁判長）、知財高判平成28年10月13日裁判所HP[エジソンのお箸・控訴審]参照。

¹⁹ 半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）93頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁。また、中川隆太郎[判批]（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）コピライト2015年9月号35頁は純粋美術と同視できるとの基準は、単独では判断基準として十分に機能し難く、下位規範が重要となると指摘している。

半田正夫・仙元隆一郎[判批]（ファービー・控訴審）知財管理52巻12号（2002年12月）1863頁。

²⁰ 奥邨弘司[判批]（激安ファストファッション・控訴審）判例時報2259号（2015年8月）152頁は「美的鑑賞の対象となる美的特性」とは、全ての美術の著作物が有する特徴であって、応用美術を美術の著作物に分類する限り、備えて当然の特徴であると説明している。また、横山久芳[判批]（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）IPマネジメントレビュー19号（2015年12月）33頁は、著作権法2条1項1号後段が「美術の範囲」に属するものを「美術の著作物」の保護要件として規定している以上、問題となる応用美術が「美術の著作物」としての最低限の性質を備えているかどうかを判断することは当然に想定されているものと指摘している。

²¹ 清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピライト663号（2016年7月）18頁は、応用美術も当然に美術の著作物なのですから、「美的」な要素はどう判断するのかという点が課題ということになると指摘する。

きる範囲内のものであれば、美術の範囲に属するものとなると解すれば、それはまさに著作権法10条1項4号の絵画、彫刻は同法2条1項1号後段「美術の範囲に属する」著作物と宣言しているに等しく²²、結局「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件は、固有の内容を持たないマジックワードであり、単なる「美術の範囲に属する」の同語反復にすぎない²³。したがって、「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件に関しては、広狭、様々な解釈の余地がありうる反面、単独では物品の形態が美術範囲に属する著作物であるかどうかをめぐる問題を解決する判断基準とは足りえないのである²⁴。

実際、「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件を言及せず、直接に主張されている対象物が美術工芸品あるいは美術の範囲に属するものであるかどうかを判断する裁判例として、粘土を素焼きし彩色した「赤とんぼ」人形には美術工芸的価値が備わっていることを理由に著作権法2条2項にいう「美術工芸品」として美術の著作物性を認める前掲長崎地佐世保支決昭和48年〔博多人形〕（大久保敏雄裁判長）、建築資材として使用される装飾窓格子の原図について、産業用に利用されるものとして制作され、現にそのように利用されているのであるから、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属しないことを理由に、図面としての著作物性を否定した東京地判平成4年1月24日判例工業所有権法〔装飾窓格子の原図・一審〕（一宮和夫裁判長）がある。ほかに、「美術」を定義づけた²⁵が、当てはめているところ、カード式公衆電話機専用のテレホンカードに用いる記録用磁気テープにおける磁性体の配置については、肉眼で何らの模様も見られないから、「人の視覚を通じた美的価値の表現」と解することはできないとして、美術の範囲の該当性を否定した東京地判平成12年3月31日判タ1029号271頁〔テレホンカード磁気テープ〕（飯村敏明裁判長）がある。

そこで、「純粋美術と同視できる」か否かという抽象的な基準を補完するために、①高度の芸術性²⁶、高度の美的表現²⁷や高度な創造性²⁸など、②一つの完結した美術品としての美

²² 田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）100頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁。

²³ 結論において同旨、上野達弘司会「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17号（2009年3月）72頁（駒田泰士発言）、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）56頁。

²⁴ 結論において同旨のものとして、中川隆太郎〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）コピーライト2015年9月号35頁は「純粋美術と同視し得るか」との基準は、単独では判断基準として十分に機能し難く、裁判例の下位規範が重要となると指摘している。

²⁵ 前掲注○参照。

²⁶ 大阪地決昭和45年12月21日無体集2巻2号654頁〔天正菱大判〕（抽象論のみ）、東京高判平成3年12月17日知財集23巻3号808頁〔木目化粧紙・控訴審〕（竹田稔裁判長）参照。

²⁷ 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〕（砂山一郎裁判長）、名古屋高判平成9年12月25日判タ981号263頁〔漁網の結節構造・控訴審〕参照。

²⁸ 大阪高判平成13年1月23日裁判所HP〔装飾街路灯・控訴審〕（鳥越健治裁判長）（完成予想

的鑑賞性²⁹や見る者に与える美的感覚³⁰、ユーザー（需要者）に美術的な感情を満足させる美的創作性³¹、見る者にとっては審美的要素への働きかけ³²、③物品の形態がその表現媒体となる物品の実質的な制約を受けているかどうかとの分離可能性³³、といったより具体的な下位基準を語る裁判例は少なくない。具体的にいかなる場合に「純粋美術と同視できる」と判断されるかに関してはさまざまなバリエーションがあり、軌を一にするところがないが、こうしたサブルールに対して、美術の意味をも含めて、従来の裁判例が何を基準に物品の形態の美術の範囲の該当性の有無を判断しているかに対する学説の理解と評価としては、①高度な創作性、②ユーザーの視点による美的観賞性、③制作者の視点による分離可能性、という三つの考え方に大別できるように思われる。

10

一、高度な創作性

（一）裁判例

15 従来の裁判例の美術の範囲の該当性の有無判断をめぐる「純粋美術と同視できる」との抽象論に対しては、「応用美術」以外の視覚表現には特にこの特別な付加条件を課さず、「応用美術」にのみに一般のカテゴリの表現に比して高度な創作性という高いハードルを求める傾向にあると解する見解³⁴がある。すなわち、主張されている対象物が絵画等の「純粋美術」

図)、大阪高判平成17年7月28日判時1928号116頁[チョコエッグ・控訴審](竹原俊一裁判長)参照。

²⁹ 京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁[佐賀錦袋帯]、京都地判平成元年10月19日TKC[ニーチェア]、大阪高判平成2年2月14日TKC[同控訴審]、最判平成3年3月28日TKC[同上告審](原判決維持)参照。

³⁰ 東京高判平成4年9月30日判例工業所有権法[装飾窓格子の原図・控訴審](牧野利秋裁判長)参照。

³¹ 東京地判平成15年7月11日裁判所HP[レターセット(便せん絵柄)](三村量一裁判長)参照。

³² 知財高判平成25年12月17日裁判所HP[シャトー勝沼Ⅰ・控訴審](清水節裁判長)(傍論)、知財高判平成26年1月22日裁判所HP[シャトー勝沼Ⅱ・控訴審](清水節裁判長)(傍論)参照。

³³ 東京地判昭和56年4月20日無体集13巻1号432頁[アメリカティーシャツ](秋吉稔弘裁判長)、大阪地判平成12年6月6日裁判所HP[装飾街路灯・一審](小松一雄裁判長)(街路灯の立体形状)、大阪高判平成13年1月23日裁判所HP[同控訴審](一審引用)、知財高判平成24年3月22日裁判所HP[鍋の持ち手(三徳包丁)・控訴審]、東京地判平成26年4月17日裁判所HP[TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・一審]、東京地判平成28年1月14日裁判所HP[加湿器・一審](長谷川浩二裁判長)、東京地判平成28年4月21日裁判所HP[ゴルフシャフト図柄・一審]参照。

³⁴ 生駒正文[判批](佐賀錦袋帯) 齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号(第3版・2001年4月・有斐閣)27頁、本山雅弘「知的財産保護の広がり」と交錯デザイン保護」 渋谷達紀ほか編『別冊NBL116 I.P. Annual Report 知財年報2006』(商事法務・2006年11月)226頁、同「応用美術問題の本質とその展開」 高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』(2012年5月・日本評論社)325-326頁、同[判批](チョコエッグ・控訴審) 中山信弘ほか

に属するとされるならば、当然美術の範囲に属するものとして、著作物性が認められるためには一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準の下で判断すれば足りることになる一方、物品の形態の場合に限って通常よりも高度な創作性が必要だとする段階理論的解釈である。このような読み方は以下に述べるような理由から支持することができるかもしれない。従来の裁判例は明示的に「高度の芸術性」、「高度の美的表現」、「高度な創作性」等を要求したうえで、認められる場合には「純粋美術と同視できる」として美術の範囲に属するものになるが、高度な創作性とまではいえない場合には結論として美術の範囲の該当性を否定するものになる。例として、まず東京高判平成3年12月17日知財集23巻3号808頁〔木目化粧紙・控訴審〕（竹田稔裁判長）は、家具に貼付される木目化粧紙の天然の木目のパターンの組み合わせ模様について、「高度の芸術性」を感じ、純粋美術としての性質を肯認する者は極めて稀であるから、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した（ただし、不法行為肯定³⁵）。そして、装飾街路灯を商店街に配置した完成予想図について、大阪地判平成12年6月6日裁判所HP〔装飾街路灯・一審〕（小松一雄裁判長）は完成予想図そのものの自体が全体として構図や色彩等の絵画的な表現において、創作的に表現したものと評価することができ、美術の範囲に属するものとして、美術の著作物に当たるもの

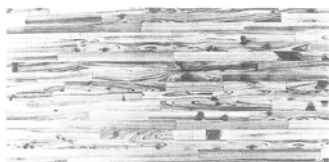
編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）37頁、同「応用美術に関するドイツ段階理論の消滅とわが解釈論への示唆」Law and Technology 64号（2014年7月）48頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）II）・控訴審 新・判例解説 Watch TKC ローライブラリー（2016年1月）2-3頁、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）85頁、上野達弘「著作物性（2）各論（1）」法学教室2007年8月号162-163頁、同「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）216-217頁、同「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究36号（2010年12月）96頁、同「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（別冊11号）（2014年3月）105頁、上野達弘司会「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17号（2009年3月）64頁（劉曉倩発言）、「著作権法およびその他の知的財産法におけるプロダクト・デザインの保護」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（2011年3月・成文堂）130-131、148頁（駒田泰士コメント）（神戸地姫路支判〔仏壇彫刻〕、東京高判〔木目化粧紙・控訴審〕、〔漁網の結節構造・控訴審〕、仙台高判〔ファービー・控訴審〕を例として挙げた）、半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）93頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁、吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）457-459頁、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014年6月・青林書院）60-61頁、奥邨弘司〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）判例時報2259号（2015年8月）152頁、同「応用美術」法学教室2016年3月号9頁、同「講演録 著作権法」THE NEXT GENERATION—著作権の世界の特異点は近いのか？—コピライト666号（2016年10月）17頁、清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピライト663号（2016年7月）6頁。

³⁵ 原告木目化粧紙と全く同じ柄の木目化粧紙を製造し競合地域で廉価で販売したという被告行為に対して、不法行為の成立を認めて廉価販売によって余儀無くされた値下げ分の損害賠償を認容した。

とした³⁶が、大阪高判平成13年1月23日裁判所HP〔同控訴審〕（鳥越健治裁判長）は、全体としての構図や色彩等において絵画的な表現が取られているものの、「高度の創作的表現」まで未だ看取し得るものではないから、美術の範囲に属さないものとして、図面としての著作物性を否定した。

5

〔木目化粧紙〕事件（無体集22巻2号443頁より抜粋）

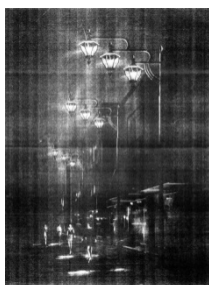


地裁（清永利亮裁判長）³⁷ 著作物の創作性肯定・美術の範囲の該当性否定

高裁（竹田稔裁判長） 美術の範囲の該当性否定・不法行為肯定

10

〔装飾街路灯〕事件（裁判所HP判決別紙より抜粋）



① 完成予想図について

地裁（小松一雄裁判長）

15 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性（美術の著作物）肯定、被告設計図の作成、街路灯の制作について類似性否定

高裁（鳥越健治裁判長） 美術の範囲の該当性否定

②完成予想図により表現しようとした街路灯の立体形状について

20 地裁 美術の範囲の該当性否定

高裁 美術の範囲の該当性否定

また、前掲大阪高判平成17年7月28日〔チョコエッグ・控訴審〕（竹原俊一裁判長）は、おまけの食玩フィギュアとして、下記動物の形態を再現したイノシシなどの「動物フィギュ

³⁶ ただし、被告による街路灯の設計図の作成や当該街路灯を制作、設置する行為は、いずれも原告街路灯の完成予想図の絵画的表現の創作性を有形的に複製する行為とはいえないから、複製権又は翻案権の侵害は否定された。

³⁷ 東京地判平成2年7月20日無体集22巻2号430頁〔木目化粧紙・一審〕（清永利亮裁判長）。

ア」、物語の挿絵に描かれた人物を立体化させた「アリスフィギュア」、『画図百鬼夜行』の原画に描かれた空想上の河童などの妖怪を立体化し、造形した「妖怪フィギュア」はいずれも誰が制作しても同じような表現にならざるを得ないとはいえず、「創作的に表現したもの」としたが、「動物フィギュア」及び「アリスフィギュア」について「創作性は、さほど高く
5 ない」として、「純粋美術と同視し得る程度の美的創作性を具備していると評価されるとま
ではいえず、著作物には該当しない」と判示した一方で、「妖怪フィギュア」について「高
度の創作性が認められる」として、「純粋美術と同視し得る程度の美的創作性を具備してい
ると評価されるもの」であるから、「美術の著作物」に該当するとした。

10 [チョコエッグ] 事件

①「動物フィギュア」のイノシシ（上野達弘「応用美術の著作権保護—『段階理論』を越えて—」103頁より）



- 15 地裁（小松一雄裁判長） 美術の範囲の該当性肯定（当事者において争いのない）、著作物の創作性肯定、美術の著作物（純粋美術と同視できる美術性）否定
高裁（竹原俊一裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の著作物（純粋美術と同視し得る程度の美的創作性）否定

②「アリスフィギュア」のアリスとウサギ（海洋堂公式サイトより³⁸）



- 20 地裁 美術の範囲の該当性肯定（当事者において争いのない）、著作物の創作性否定
高裁 著作物の創作性肯定、美術の著作物（純粋美術と同視し得る程度の美的創作性）否定

25 ③「妖怪フィギュア」の河童（上野達弘「応用美術の著作権保護—『段階理論』を越えて—」104頁より）

³⁸ <http://kaiyodo.co.jp/classica/>より、2016年8月15日確認。本件で争点となった原告商品とは若干相違するかもしれない。



地裁 美術の範囲の該当性肯定（当事者において争いのない）・著作物の創作性肯定、美術の著作物（純粋美術と同視できる美術性）否定

高裁 著作物の創作性肯定、美術の著作物（純粋美術と同視し得る程度の美的創作性）肯定

5

（二）検討

高度な創作性について、従来の裁判例には明示的に高度な創作性を要求していないものであっても、当てはめ部分を見ると、美術と同視できないとして美術の範囲の該当性を否定したものが多く³⁹、さらに、実用性の高い物品の場合、実用的な機能を実現しなければならないという必要性から表現の幅が大きく制約されるため、そうした観点からも高度な創作性が必要とされる見解⁴⁰がある。

かくして通常より高度な創作性が必要だとする段階理論的解釈を採用した裁判例により、物品の形態ないし応用美術の「美術の範囲」に属するものか否かをめぐって議論されていた、2条1項1号後段要件の美術の範囲の該当性問題が、次第に前段要件の「創作性」をめぐり議論に転換し始めている⁴¹ように見受けられるが、通常より高度な創作性という特別な附加条件を、創作性の要件から直接導くわけではなく、美術の範囲の要件を斟酌して創作性の解釈として、応用美術の著作権保護に要される高度な創作性基準を導くわけである⁴²と説明さ

³⁹ 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（別冊 11 号）（2014 年 3 月）105 頁。また、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）」知的財産法政策学研究 6 号（2005 年 3 月）239 頁も、京都地判〔佐賀錦袋帯〕において実用性からの制約の少ない平面的図柄についても観賞的性質を求めることは、実際に高度な創作性を求めることと変わりがないと判決を批判している。

⁴⁰ 劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性（二・完）」知的財産法政策学研究 7 号（2005 年 5 月）196 頁、同上野達弘司会「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 17 号（2009 年 3 月）67 頁（劉曉倩発言）、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）279 頁、上野達弘「著作物性（2）各論（1）」法学教室 2007 年 8 月号 163 頁、同「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）216-217 頁、同「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐり一考察—」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）96 頁。

⁴¹ こうした見解として、上野達弘司会「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 17 号（2009 年 3 月）42 頁（上野達弘発言）参照。

⁴² 本山雅弘「知的財産保護の広がりと言語—デザイン保護—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL116 I.P. Annual Report 知財年報 2006』（商事法務・2006 年 11 月）226 頁、同〔判批〕（チョコエ

れている。

このような読み方に対して、「純粋美術」という言葉が一人歩きし、一般のカテゴリの表現に比して高度な創作性を備えたものを思わせる響きがあるから、「純粋美術」と同視するものという、厳格な取扱いがなされるイメージが生じやすい⁴³。しかしながら、そもそも「純粋美術」とは、実用性のない絵画、彫刻などのものを意味する概念であり、芸術性や美的鑑賞性のレベルとは関係のない概念であるから、判決が物品の形態の美術の範囲の該当性の有無判断において、高度な創作性の有無を論じているといっても、それはあくまで問題となる物品の形態が純粋美術と同視できるか否かという著作物性の判断枠組みの中で行われているので、絵画等の「純粋美術」の著作物性の判断において、表現としての創作性の高低や優劣が問題とならないのだとすれば、物品の形態が純粋美術と同視できるか否かの判断においても、創作性の高低や優劣は問題とならないというべきである⁴⁴。また、実際、従来の裁判例における物品の形態の美術の範囲の該当性の有無判断も、必ずしも一般のカテゴリの表現に比して高めの創作性を求めているわけではない⁴⁵。例えば、美術範囲の否定例として名古屋高判平成9年12月25日判タ981号263頁〔漁網の結節構造・控訴審〕（水野祐一裁判長）は、下記発明の対象である漁網の結び目を説明するための図面により表現しようとした結び目の立体形状について、美術の範囲に属さないものとして、著作物性を否定した。確かに判決では純粋美術と差異のない「高度の美的表現と創造性」が必要であるとの抽象論が説かれているが、特許明細書において発明の構造を簡潔に説明するための図面自体には創作性を有するかどうかは別として⁴⁶、いったん結び目の構造という発明のアイデア

ッグ・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）37頁。

⁴³ 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6月・弘文堂）570頁、田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）100頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁。

⁴⁴ 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6月・弘文堂）570頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）IPマネジメントレビュー19号（2015年12月）30頁。

⁴⁵ こうした見解として、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）44頁（〔レターセット（便せん絵柄）〕について）、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6月・弘文堂）571頁、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4月・信山社）254-255頁、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 Ⅲ』（2014年6月・青林書院）60頁、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）103頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁。

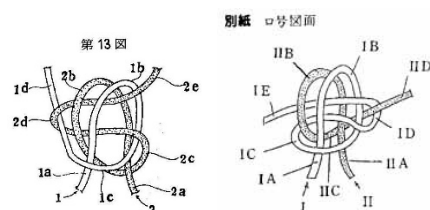
⁴⁶ 図面の表現自体は著作物として主張されていないようである。仮に主張されたとしても、いつ

が決まれば、あとは誰がそれを立体的に表現しようとしてもほぼ同様の結び目にならざるを得ないので、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準でも、創作性を欠くものとして著作物性を否定すべきものであろう⁴⁷。

5 [漁網の結節構造] 事件

左 原告図面（昭和60年5月7日付けの特許公報（昭60-17864）より）

右 口号図面（Westlaw 判決別紙より抜粋）



図面により表現しようとした漁網の結び目の立体形状について

10 地裁 未判断

高裁（水野祐一裁判長） 美術の範囲の該当性否定

同様に著作物性としての創作性を否定しやすい事件として、東京地判平成2年7月20日無体集22巻2号430頁〔木目化粧紙・一審〕（清永利亮裁判長）、前掲東京高判平成3年12月17日〔木目化粧紙・控訴審〕（竹田稔裁判長）では、問題となった天然の木目のパターンの組み合わせ模様は、そもそも自然に存する木目を素材とするものであって、創作性を認めるとすれば、木目の修正、配列のところにすぎない。しかし、材の欠点や不要な節を削除するなどの修正作業や、エンドレス印刷を可能とするために天地の模様が切れ目なく連続するように組み合わせでつなぎ構成するということに、表現の選択の余地が限られている。

20 さらに結果物としては天然の木目のパターンを配列した以上のものを認めることは困難で

たん結び目の構造という発明のアイデアが決まれば、それを図面で説明しようとする表現の選択の幅が限られているので、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準の下でも、少なくとも本件のような図面は創作性を欠くものとして著作物性を否定すべきものであろう。

それに対して、瀬戸豪志〔判批〕（漁網の結節構造）村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001年7月・東京布井）141-142頁は、特許出願の際の図面の記載は、それ自体技術的思想を創作的に表現したものとして著作物性を有することに疑問の余地はないが特許公報により公表されたときは、著作権法13条2号に該当し、著作権の目的となり得ない、との異なる見解を唱えている。

⁴⁷ 結論において同旨、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）56頁、62頁の注45。

他方、大瀬戸豪志〔判批〕（漁網の結節構造・控訴審）村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001年7月・東京布井）144-145頁は、〔漁網の結節構造・控訴審〕は創作性に着目したものであるが、結局のところ、すべての特許発明の実施品についてはそもそも美術の範囲に属するものに該当しないとしてその著作物性を否定することもできると指摘している。

あり、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準でも、そこに創作性があるということには躊躇を覚えざるを得ない⁴⁸。

- 5 他方、肯定例として、明示的に「高度の美的表現」を要求するからといって、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〕（砂山一郎裁判長）は、結論として下記仏壇内部のプラスチック製の彫刻について、その創作性、美術の範囲の該当性、さらに著作権侵害における類似性を肯定した事案であるゆえに、こうした高度の美的表現が美術の範囲の該当性の有無を判断するために必要であるとする立場に立っているかどうかは実は不明であり、著作物性、類似性を肯定する判決における、美術の範囲の該当性を認める方向に働きうる要素として斟酌されているものが、はたしてそれ（のみ）を欠く場合に美術の範囲の該当性を否定する結論に至るのか否かということは定かではなく、傍論と目すべきものであろう⁴⁹。

⁴⁸ 田村善之〔判批〕（木目化粧紙・控訴審）特許研究14号（1992年10月）37頁。また、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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）240頁は、東京高判〔木目化粧紙・控訴審〕は結論としては問題となった天然木目のパターンの配列はありふれた表現に該当し、創作性がないとして原画の美術の著作物性を否定したのであると指摘している。

それに対して、半田正夫『著作物の利用形態と権利保護』（1989年2月・一粒社）58頁、河野愛〔判批〕（木目化粧紙・一審）特許管理42巻3号（1992年）331頁は、木目化粧紙は美術の範囲に属する著作物として保護されるべしとの異なる見解を示し、判決を批判している。

⁴⁹ 結論において同旨のものとして、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）46頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁は〔仏壇彫刻〕事件に関して、彫刻という特定対象部分を仏壇自体から切り離して認識することができるから、この切り離して認識することができる彫刻の部分が美的なものとして評価されるかなどといった観賞的性質や創作性の高低は問うまでもなく、美術の範囲に属する著作物として保護してよいと指摘している。また、美的表現の「程度」を問うことの合理性、あるいは美的表現の「程度」という観点から司法が判断することの妥当性について疑問があるので、本件の仏壇彫刻は著作権制度により保護することにより、当該分野の産業の発展を不当に制約することになる弊害はなく、美術の著作物と評価するに相応のものであると捉えるべきものとの指摘もある（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確定基準—」コピーライト2006年8月号56頁）。

それに対して、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014年6月・青林書院）56頁は〔仏壇彫刻〕は純粋美術に比肩する美的表現を具現しているか否かによって、美術の著作物の保護の対象となるかを判断するものと評している。同様に劉曉倩「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）275頁は、〔仏壇彫刻〕、〔チョコエッグ・控訴審〕事件の「妖怪フィギュア」等の具体の結論によれば、物品の形態にかかる美術の範囲に属する著作物性の判断の分かれ目は、高度な創作性を有する立体的表現といったものであるという裁判例の傾向が窺える、との異なる見解を示している。同旨、橋谷俊〔判批〕（1）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）395頁。もっとも、上野達弘司会「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17号（2009年3月）66頁（劉曉倩発言）、同劉曉倩「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）278頁は、〔仏壇彫刻〕事件の彫刻がその実用面からの制約を受けずに作成されたものであるから、美術の範囲に属する

〔仏壇彫刻〕事件（上野達弘「応用美術の著作権保護—『段階理論』を越えて—」104頁より）



5 地裁（砂山一郎裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性肯定、類似性肯定

また、仮に、美術の範囲の該当性を否定した前掲大阪高判平成13年1月23日〔装飾街路灯・控訴審〕（鳥越健治裁判長）（完成予想図）、美術の著作物に当たらないとした前掲大阪高判平成17年7月28日〔同控訴審〕（竹原俊一裁判長）のように、一部の裁判例において、
10 物品の形態の美術範囲あるいは美術の著作物たりえるためには、一般のカテゴリの表現に比して通常より高度な創作性を求めたとすれば、次のような四つの理由に立脚し、特別な付加条件が不要であるとする非区別説を支持する立場はもちろん、裁判例に対して高度な創作性を求める傾向にあると解する見解⁵⁰も含めて、こうした高度な創作性を求める段階理論

著作物に該当するとも評している。同旨、橋谷俊〔判批〕（1）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）395頁。

⁵⁰ 本山雅弘「知的財産保護の広がり」と交錯—デザイン保護—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL116 I. P. Annual Report 知財年報2006』（商事法務・2006年11月）236-237頁は、〔チョコエッグ〕事件の原審と控訴審のいずれの判旨も一般的な創作性基準のもとではおまけの食玩フィギュアの創作性具備を一致して承認するにもかかわらず、最終的な結論を導くにあたり「高度の美的創作性」基準を適用した帰結は、「妖怪フィギュア」の著作物性を肯定する控訴審とそれを否定する原審とで、違いを見せるのであるから、まさに「高度の美的創作性」基準という評価的要件が同一の応用美術に関する著作物性判断に揺れをもたらしており、評価的な要素を媒介に判断される「高度の美的創作性」基準のほうが、その予測可能性の程度が相対的に低いことは明らかであると指摘している。

また、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（別冊11号）（2014年3月）115頁は、もし美術の範囲に属するものというためには、通常より高度な創作性が必要とする段階理論的解釈は再検討すべきであるような方向性に従うならば、〔佐賀錦袋帯〕、〔ニーチェア〕、〔ファービー〕、〔装飾窓格子の原図〕、〔チョコエッグ〕事件の「動物フィギュア」、〔福の神仙台四郎〕、〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅰ〕、〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・一審〕の裁判例において美術の範囲の該当性が否定されたものであっても、そこに一般のカテゴリの表現と異ならない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ると指摘している。

ほかに、裁判例に対して通常より高度な創作性を求める段階理論的解釈であると解するが、美術の範囲に属するものであるかという点は、創作性の高さで決すべきではないものとして、満田重昭「デザインと美術の著作物」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）95頁、齊藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）85頁、吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）476頁、奥邨弘司「応用美術」法学教室2016年3月号11頁、同

的解釈に反対する学説が主流となっている⁵¹。

一つ目は応用美術が純粋美術と同視できる場合に美術の著作物として保護するとしながら、純粋美術自身が美術の著作物として保護される場合に求められる創作性とは異なるものを応用美術に求めるのは背理でしかない⁵²。

二つ目は、本来、応用美術も含むあらゆる視覚表現は美術の範囲に属する著作物であるか否かという問題であるところ、段階理論的解釈は「応用美術」にのみに高度な創作性を要求するものであるが、絵画等の「純粋美術」には高度な創作性を要求していない。当の「純粋美術」でさえ、すべて高度な創作性を備えたものとは限らないからである。このように「応用美術」についてのみ特別の取扱いをするために、まずは純粋美術と応用美術が截然と区別できるということを前提としていなければならない⁵³。ところで、純粋美術と応用美術を分けて、定義付けをした東京地判昭和56年4月20日無体集13巻1号432頁〔アメリカティーシャツ〕（秋吉稔弘裁判長）のほかに、多くの判決⁵⁴に見られた「実用に供され、又は産

「講演録 著作権法」THE NEXT GENERATION—著作権の世界の特異点は近いのか？— コピライト 666号（2016年10月）17頁。

⁵¹ それに対して、生駒正文「応用美術の保護能力と意匠の保護能力」日本工業所有権法学会年報22号（1998年）49、61-62頁、同「応用美術の著作物性に関する研究—とくに独法による若干の比較検討」森泉章ほか編『民法と著作権法の諸問題 半田正夫教授還暦記念論集』（1993年2月・法学書院）589、598、614-615頁、同〔判批〕（佐賀錦袋帯）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）27頁は、著作権保護と意匠保護の重複保護を認めるためには応用美術の著作物と意匠の限界設定において通常より高度な創作性という基準を持つべきであるとの見解を唱えている。

また、上野達弘司会「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17号（2009年3月）67頁（劉曉倩発言）、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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）279頁は、段階理論を適用するには主張されている対象物を「純粋美術」と「応用美術」とに分けることなく、物品としての実用面に起因する制約大きい小さいかを基準に、実用面の制約を受けない、あるいは少ないような物品の形態については、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準でその著作物性を判断すべきである一方、受けた制約が大きいものについては、通常より高度な創作性がなければ著作物性が認められないとされるべきであると述べ、高度な創作性基準説に傾斜するように見受けられる。

⁵² 奥邨弘司「応用美術」法学教室2016年3月号11頁、同「講演録 著作権法」THE NEXT GENERATION—著作権の世界の特異点は近いのか？— コピライト666号（2016年10月）17頁。

⁵³ 駒田泰士「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（2009年12月）221頁。上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）214頁も「応用美術」というものについて高い創作性を要求するという特別の取扱いをするのであれば、何が「応用美術」に当たるのかという定義は問われざるを得ないと指摘している。

⁵⁴ 東京高判平成4年9月30日判例工業所有権法〔装飾窓格子の原図・控訴審〕（牧野利秋裁判長）、東京地判平成12年9月28日判タ1044号212頁〔住友建機ロゴ〕（三村量一裁判長）、仙台高判平成14年7月9日判タ1110号248頁〔ファービー・控訴審〕（松浦繁裁判長）、東京地判平

業上利用されることを目的とする」という基準を用いているが、こうした利用態様による区別としては、主張されている対象物の現実の利用態様の変化により著作権の保護を異にする扱いは困難を極める⁵⁵のだから、物品に利用されたとしても美術の範囲の該当性あるいは著作物性は失われないと解されざるを得ない。また、主観的な制作者の意図⁵⁶という外部に現れない事情より表現の保護を異にするのも妥当ではない⁵⁷。結局のところ、仮に「応用美術」に限って高度な創作性を要求するとしても、その「応用美術」をはたして明確に定義できるのかという点が問題となり⁵⁸、あらゆる視覚表現はどのような基準により純粋美術と応用美術とに分けられることについて、安定した明確な基準を求めようとしてもどだい不可能である。

10

三つ目は、仮に侵害の時点で主張されている対象物の利用態様をも斟酌し、物品の形態の場合に限って応用美術として高度な創作性を要求すれば、こうした特別な付加的要件は意匠制度・不競法2条1項3号の商品形態のデッド・コピー規制の商品形態との制度間調整の要請から演繹的に導かれるものではなく⁵⁹、著作権法自身の制度の在り方として導かれて

成15年7月11日裁判所HP「レターセット（便せん絵柄）」（三村量一裁判長）、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」（小松一雄裁判長）、東京地判平成16年12月15日判タ1213号300頁「撃／GEKI 饅頭標章・一審」（飯村敏明裁判長）、知財高判平成17年9月15日裁判所HP「同控訴審」（中野哲弘裁判長）（一審判決引用）、仙台地判平成19年10月2日判時2029号153頁「福の神仙台四郎」（潮見直之裁判長）、東京地判平成20年7月4日裁判所HP「プチホルダー」（阿部正幸裁判長）、東京地判平成20年12月26日判タ1293号254頁「黒烏龍茶」（清水節裁判長）、東京地判平成22年11月18日裁判所HP「TRIPP TRAPP（椅子）I」（阿部正幸裁判長）、知財高判平成24年2月22日判タ1404号287頁「無重力状態体験装置・控訴審」（滝澤孝臣裁判長）、東京地判平成23年8月29日ウエストロー・ジャパン「片手鍋の持ち手（三徳包丁）・一審」（上田哲裁判長）、知財高判平成24年3月22日裁判所HP「同控訴審」（飯村敏明裁判長）、知財高判平成25年12月17日裁判所HP「シャトー勝沼I・控訴審」（清水節裁判長）、東京地判平成25年7月2日裁判所HP「シャトー勝沼II・一審」（長谷川浩二裁判長）、知財高判平成26年1月22日裁判所HP「同控訴審」（清水節裁判長）、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁「激安ファストファッション・控訴審」（設楽隆一裁判長）、知財高判平成27年4月14日裁判所HP「TRIPP TRAPP（椅子）II・控訴審」（清水節裁判長）、東京地判平成28年1月14日裁判所HP「加湿器・一審」（長谷川浩二裁判長）、大阪地判平成29年1月19日裁判所HP「Chamois（ノランニングシャツ）」（森崎英二裁判長）。

⁵⁵ 前掲注0参照。

⁵⁶ 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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）46-47頁は、純粋美術と応用美術とは制作者の主観的な制作目的によって分けられると提唱した。すなわち、主観的な制作目的として、実用目的ではなく、鑑賞目的で制作されたとすれば、それは純粋美術に属するものであるから、表現の創作性があれば美術の著作物に当たる。その後にその複製物が実用品に利用され、大量生産されたとしても美術の著作物としての性質を失わないのである。

⁵⁷ 前掲注0参照。

⁵⁸ 上野達弘「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究36号（2010年12月）96頁、同「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（別冊11号）（2014年3月）110頁は、高度な創作性を求める「応用美術」をはたして明確に定義できるのかということは問題となると指摘している。

⁵⁹ 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

いる⁶⁰と説明されているが、解釈論としてなぜに応用美術の場合にだけ高度な創作性のよう
な高いハードルが必要なのか、説明に窮することになり⁶¹、結局のところ、あくまでも応用
美術として物品の形態の美術範囲を原則否定するためのドグマに過ぎない⁶²。

- 5 四つ目は、創作性要件に関してはその高低は裁判官の判断に馴染まないことに鑑みれば、
同じ著作物の成立要件として機能させる美術の範囲の要件においてもその種の要求をなす
ことは、同様の趣旨に反するものである⁶³。また、高度な創作性という基準自体にも予測可

作物相応性の視点による対象範囲の確定基準—」コピライト 2006 年 8 月号 56 頁は、意匠制度
の場合には新規性や非容易創作性の要件の充足を求められるものであり、美的表現の創作性の
「程度」概念で区別されているものではないから、著作権法と意匠法との両制度の相違に基づい
たとしても、高度な創作性を導くことができないと指摘している。また、本山雅弘「知的財産保
護の広がり」と交錯—デザイン保護—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL116 I. P. Annual Report 知
財年報 2006』（商事法務・2006 年 11 月）236 頁、同 [判批]（チョコエッグ・控訴審）中山信弘
ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・有斐閣・2009 年 12 月）37 頁は、理
論的には意匠法による代替的保護を根拠とする「高度の美的創作性」基準のもとで著作権保護対
象から除外された表現が、意匠法の保護対象となり得るか否かは明らかでなく、なり得ない可能
性も否定できないから、意匠法と著作権法との体系的関係を踏まえた考察によれば、その理論的
妥当性は脆弱であると指摘している。

結論において同旨、劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性（二・完）」知的
財産法政策学研究 7 号（2005 年 5 月）193 頁、高林龍『標準著作権法』（2010 年 12 月・有斐閣）
47 頁、同（第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣）頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若
干の考察」パテント 64 巻 1 号（2011 年 1 月）56 頁、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野
利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014 年 6 月・青林書院）63 頁。

⁶⁰ 上野達弘司会「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 17 号（2009 年 3 月）56 頁（本山雅弘発言）、本山雅
弘「ドイツにおける応用美術の法的保護—いわゆる段階理論の理論的意義とその今後の展開を
中心として」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I. P. Annual Report 知財年報 2009』（2009 年 12 月）
240 頁。

⁶¹ 半田正夫『著作権法概説』（第 15 版・2013 年 2 月・法学書院）93 頁、同（第 16 版・2015 年
11 月・法学書院）頁。

また、吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用
」に関する AIPPI の Q231 をもふまえて～」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘
寿記念』（2013 年 9 月・発明推進協会）476 頁は、「美術の範囲に属するもの」かどうかは、創作
性とは別個の要件であるから、創作性を問題にするのは論理的ではないと指摘している。

⁶² 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント 64 巻 1 号（2011 年 1 月）56
頁。

⁶³ 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確定基準—」コピライト 2006 年 8 月号 56、58 頁、同『詳
解著作権法』（第 4 版・2010 年 4 月・ぎょうせい）143、146 頁、五味飛鳥「応用美術の法的保護
について—主として意匠法との交錯に関して—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I. P. Annual Report
知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）277-278 頁、田村善之「未保護の知的創作物という
発想の陥穽について」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）24 頁、森本晃生「応用美術の著作権保
護をめぐる若干の考察」パテント 64 巻 1 号（2011 年 1 月）56 頁、吉田和彦「応用美術の保護に
ついて～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関する AIPPI の Q231 をもふま
えて～」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013 年 9 月・発明推進協
会）476 頁、田村善之 [判批]（TRIPP TRAPP（椅子）II・控訴審）（下）ビジネス法務 15 巻 11 号
（2015 年 11 月）100 頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・

能性が欠けているので、法的安定性を損なう上⁶⁴、司法判断すべきでない芸術性や美的価値の程度を問う方向に流れるおそれがある⁶⁵。

二、ユーザーの視点による美的観賞性

5

(一) 裁判例

明示的に美的観賞性基準を採用し、美術の範囲の該当性を否定した裁判例として、まず京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁〔佐賀錦袋帯〕（露木靖郎裁判長）は、美術と同視しうるか否かの判断においては、対象物が『一つの完結した美術作品』として美的鑑賞の対象となりうるもの⁶⁶であるか否かの基準から判定すべきとの一般論を述べたうえで、下記着物の帯の模様について、枝垂れ梅、二重桧垣、丸紋などの組み合わせの点においては独創性を有するが、「実用性を離れてもなお『一つの完結した美術作品』としての美的鑑賞の対象となりうるほどのものとは認め難い」として、当該模様が美術の範囲に属さないものを理由に著作物に当たらないとしている（ただし、一般不法行為は肯定をして、損害賠償は認めた⁶⁶）。そして、東京高判平成4年9月30日判例工業所有権法〔装飾窓格子の原図・控訴審〕（牧野利秋裁判長）は建築資材として使用される装飾窓格子の原図について、「視覚を通じて見る者に与える美的感覚」が原図からではなく、製品化を通じて具体化される装飾窓格子の立体形状によって初めて与えられるため、このことを予定している図面それ自体は実用的性質を持つものを超えて純粋美術の本質的特徴を合わせ有するものではないから、美術の範囲に属さないものとして、図面の著作物性を否定した。

〔佐賀錦袋帯〕事件（判時1327号129頁より抜粋）

不正競争防止法の交錯―」コピライト2017年8月号頁、設楽隆一「応用美術についての一考察―知財高裁ファッションショー事件を契機として」中山信弘ほか（編）『知的財産・コンピュータと法―野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務、2016年）287頁、奥邨弘司「講演録 著作権法」THE NEXT GENERATION―著作権の世界の特異点は近いのか？―」コピライト666号（2016年10月）17頁。

⁶⁴ 本山雅弘「知的財産保護の広がり」と交錯―デザイン保護―」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL116 I. P. Annual Report 知財年報2006』（商事法務・2006年11月）236-237頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）56頁、井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題―設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに―」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）16頁。

⁶⁵ 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）56頁。

⁶⁶ 判旨は被告の袋帯の図柄が原告の図柄と類似していること、そのうえで被告の袋帯の方が原告のものよりも品質が劣るとか安価であるという事情はそのような袋帯を原告が別途販売しているのだという誤解が生じることにより営業上の信用が毀損されたということから、不法行為を構成するとして、業界紙への謝罪広告請求を認容し、損害賠償は損害の立証が不十分として棄却した。

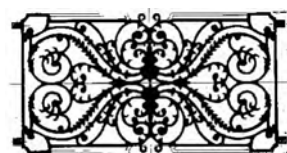
上 原告模様 下 被告模様



地裁（露木靖郎裁判長）著作物の創作性肯定・美術の範囲の該当性否定・不法行為肯定

5

〔装飾窓格子の原図〕事件（上野達弘「応用美術の著作権保護—『段階理論』を越えて—」102頁より）



地裁（一宮和夫裁判長）文芸、学術、美術又は音楽の範囲否定

10

高裁（牧野利秋裁判長）美術の範囲の該当性否定

また、物品の立体形状が美術の範囲に属するものといえるかどうかについて、前後でX字形を形成したパイプの脚と、背から座にかけて一枚のキャンバスシート地を有し、肘かけは丸棒木材で構成する椅子がニューヨーク近代美術館の収蔵品となったものにもかかわらず、

15 京都地判平成元年10月19日TKC〔ニーチェア・一審〕、大阪高判平成2年2月14日TKC〔同控訴審〕、最判平成3年3月28日TKC〔同上告審〕（原判決維持）は、当該椅子のデザインは量産されることを前提とした実用品である椅子に関するものであり、「実用面及び機能面を離れて『完結した美術作品』として専ら美的鑑賞の対象とされるもの」とはいえないから、美術の範囲に属さないものとして、著作物性を否定した。

20

〔ニーチェア〕事件（上野達弘「応用美術の著作権保護—『段階理論』を越えて—」101頁より）



地裁 美術の範囲の該当性否定

25

高裁 美術の範囲の該当性否定

明示的にユーザーの視点による美的観賞性基準を採用したものではないが、東京地判平成20年12月26日判タ1293号254頁〔黒烏龍茶〕（清水節裁判長）は、商品名、機能等の文字で表現したものが中心で、三色が使われていたり、唐草模様の縁取りなどを配置したりすることによって構成された、ペットボトル烏龍茶のパッケージデザインについて、それは当初から原告商品のペットボトル容器のパッケージデザインとして作成されたものであって、完成したデザインも文字で表現したものが中心であることを勘案して、「社会通念上、鑑賞の対象とされるものとまでは認められない」ことを理由に美術の範囲に属さないものとして、著作物性を否定した⁶⁷。また、広告の対象となる施設を表す文字「ワイナリー／工場見学」「シャトー」「勝沼」と、ワイングラスの図柄の組み合わせで構成される、下記ワイナリーの案内看板について、東京地判平成25年7月2日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕（長谷川浩二裁判長）は原告案内看板が「社会通念上、鑑賞の対象とされ、純粋美術と同視し得るものであると認めることは困難である」と言いつつ、念のために他の看板との比較で、原告の案内看板は文字とワイングラスを想起させる一般的な図形の単純な組合せにすぎず、ありふれた表現として創作性がないと補足した。

なお、知財高判平成25年12月17日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅰ・控訴審〕（清水節裁判長）、知財高判平成26年1月22日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅱ・控訴審〕（清水節裁判長）は、応用美術に著作物性を認めるためには、「見る者の審美的要素に働きかける」創作性があり、これが「純粋美術と同視し得る程度のものでなければならない」と、一般論を言いつつ、当てはめているところ、ワイナリーの広告としてワイングラスの図柄が看板の大部分を占めている一般的なワイナリーの広告や、青色と白色のコントラストがなされている他の道路看板と比較して、原告の案内看板はありふれた表現にすぎないものとして、「見る者にとっては宣伝広告の領域を超えるものではなく、純粋美術と同視できる程度の審美的要素への働きかけを肯定することは困難である」と結論づけて、原告看板の著作物性を否定した。確かに判決の抽象論と結論部分だけを見ると、案内看板がユーザーの視点から美術品に類する鑑賞対象と認識されるようなものであるか否かによって美術の範囲の該当性ないし著作物性の有無の認定が左右されるように見受けられる。しかしながら、具体的な当てはめにおいて、他の同種の広告物と比較した結果として、原告の案内看板はありふれた表現にすぎないという創作性が否定された部分を見る者に審美的要素への働きかけを否定することの直接的理由となっている⁶⁸。結局のところ、判決は他の同種の広告物との比較で、具体的な

⁶⁷ 末吉亙〔判批〕（黒烏龍茶）判例タイムズ主要民事判例解説別冊29号265頁は〔黒烏龍茶〕は美術の著作物といえるためには、純粋美術と等しく美術鑑賞の対象となりうる程度の「審美性」を備えていることが必要であるとする裁判例の流れの中にあると解している。

⁶⁸ 〔シャトー勝沼Ⅰ・控訴審〕、〔シャトー勝沼Ⅱ・控訴審〕を担当した清水裁判長は、看板の図柄のワイングラスの形状やその他の表示につき、「ありふれた表現にすぎない」と認定し、美的鑑賞の対象となるか、高い美的な基準に基づいて著作物性を判断しているわけではないと評し

創作性の要件の判断により著作物性を否定したものであり、案内看板が応用美術として美術の範囲に属するものか否かに関する「見る者にとっては純粋美術と同視できる程度の審美的要素への働きかけ」との説示は傍論にすぎないことに留意しておく必要がある。

5 【黒烏龍茶】事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告商品パッケージ 右 被告商品パッケージ



地裁（清水節裁判長） 美術の範囲の該当性否定

10 【シャトー勝沼Ⅰ、Ⅱ】事件（裁判所 HP 判決別紙より抜粋）

左 原告案内看板 右 被告案内看板



ワイナリーの案内看板について

【シャトー勝沼Ⅰ】

15 地裁（大須賀滋裁判長） 著作物の創作性否定

高裁（清水節裁判長） 著作物の創作性否定、美術の範囲の該当性否定（傍論）

【シャトー勝沼Ⅱ】

地裁（長谷川浩二裁判長） 美術の範囲の該当性否定、創作性否定

20 高裁（清水節裁判長） 著作物の創作性否定、美術の範囲の該当性否定（傍論）

さらに、ぬいぐるみや人形であっても、東京地判平成 20 年 7 月 4 日裁判所 HP [プチホルダー]（阿部正幸裁判長）は、下記小物入れにブードルのぬいぐるみを組み合わせた商品について、純粋美術と同視することができるような美術性を見出すことができないとして、著作物性を否定した⁶⁹。ほかに、購入者が自らの好みに合わせて、衣装を着せたり、メイクの

ている。清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成 27 年 4 月 14 日判決『TRIPP TRAPP 事件』を中心として—」コピライト 663 号（2016 年 7 月）16 頁。

⁶⁹ 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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）277 頁の注 30 は、[プチホルダー]では個人差のある美的観賞性という基準で判断が行われたと解している。同様に、高

彩色をするなどして人形を作り上げるための、下記女性の裸体の外観を模したカスタマイズドール用のボディ素体について、東京地判平成 24 年 11 月 29 日 [カスタマイズドール] (大鷹一郎裁判長) はカスタマイズドール用素体を購入するユーザーにおいては、自らの好みにあわせて作り上げた人形本体を鑑賞の対象とすることはあっても、その素材にすぎない女性ボディ素体自体を「鑑賞の対象とするもの」とはいえないから、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した。ただし、念のために、判決は同種の他社製品との比較で、具体的な創作性の要件の判断により、カスタマイズドール用素体としてありふれたものであるから、創作性をも否定すると補足した。

10 [プチホルダー] 事件 (裁判所HPより抜粋)

左 原告商品 右 被告商品



地裁 (阿部正幸裁判長) 美術の範囲の該当性否定

15

[カスタマイズドール] (裁判所HPより抜粋)

左 原告カスタマイズドール用の女性ボディ素体

右 被告カスタマイズドール用の女性ボディ素体



林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣) 44頁の注4、同(第3版・2016年12月・有斐閣) 頁は、[プチホルダー] では大量生産されるプードルのぬいぐるみについては、観賞に堪える美的なものと評価できないから美術の範囲に属する著作物性は否定されたと評している。結論において同旨、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント 64 巻 1 号 (2011 年 1 月) 56 頁、62 頁の注 43。

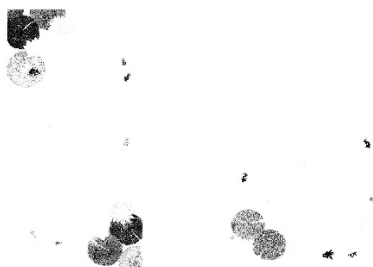
地裁（大鷹一郎裁判長） 美術の範囲の該当性否定・著作物の創作性否定

- 他方、美術の範囲の該当性を認めた例として、明示的に美的観賞性基準を採用した東京地
 判平成15年7月11日裁判所HP「レターセット（便せん絵柄）」（三村量一裁判長）は、絵
 5 はがき、カレンダー等の商品の分野においては、当該商品のユーザーは、専らこれらの商品
 に付された絵柄を「美術的な感情を満足させるために鑑賞することを目的として」商品を購入
 するものであるから、当該作品が美的鑑賞の対象となり得る程度の美的創作性を備えて
 いる場合には、著作権法による保護の対象となり得るものとの一般論を述べたうえで、下記
 10 便箋、封筒、カレンダーの金魚と水草、スイカ、花火、猫などの絵柄について、美的鑑賞の
 対象となり得るような特性を備えたものとして、著作物性を肯定した⁷⁰。

「レターセット（便せん絵柄）」事件（裁判所HPより抜粋）

左 原告絵柄 右 被告絵柄

①金魚と水草



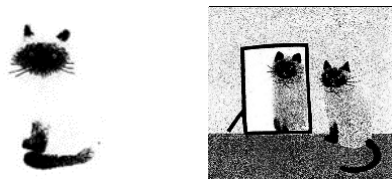
15

②空に花火が広がる様子



③座るシャム猫

⁷⁰ この点に関して、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）44頁は絵柄のような平面的なものは実用目的で作成され実用品に利用されたとしても、客観的、外形的に見た場合に鑑賞目的の純粋美術との判別が困難なことが多いからであると評している。他方、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014年6月・青林書院）56-57頁は当該絵柄の「絵画」の表現としてその著作物性を問えば足り、わざわざ美的鑑賞の対象となり得るような特性に言及する必要はなかったと判決を批判している。



地裁（三村量一裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性（美的鑑賞の対象となり得る程度の美的創作性）肯定、類似性否定

5

（二）検討

従来の裁判例における「純粋美術と同視できる」との抽象論に対しては、ここでいう「純粋美術と同視できる」とは、高度な創作性を要求するわけではなく、ユーザーの視点から見て楽しむという程度の観賞的性質⁷¹にとどまり、物品の形態がユーザーに美術品に類する観賞対象として認識されるかどうかという点が考慮される傾向にあると解する見解⁷²がある。このような読み方は以下に述べるような理由から支持することができるかもしれない。すなわち、従来の裁判例にはユーザーの視点に立って物品の形態から生じる印象に着目して、美術品に類する観賞対象となり得るかという点が考慮される傾向にあり、問題となる物品の形態がユーザーに物品の構成要素としてしか認識されないような場合には美術と同視できないとして、美術の範囲の該当性を否定する一方、ユーザーには当該物品の形態が美術品

⁷¹ 裁判例や学説では「美的『鑑賞』の対象」との用語法が提示されているが、本稿は「純粋美術と同視しうる」や「美的鑑賞の対象となり得る」ような特性といった純粋美術と同視できるという特別な付加条件を上位概念に位置し、そして「美的鑑賞の対象となり得る」か否かという抽象的な基準を補完するために提示されているより具体的な下位基準の中には、特にユーザーの視点から美術品に類する鑑賞対象を受けとめさせるかどうかという基準を「美的観賞性」の用語を用いる。

⁷² 加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）120頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁（見る人に美的な感情を受けとめさせるようなものであるかどうかということが問題になる）、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）44-45頁（美しいものを見て楽しむという程度の意味での美的観賞性を有するかという点が考慮される。ただし、実用的な目的のために美的表現上の制約をどの程度重視するかにもかかっている）、吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）475-477頁（購入者・使用者入手後に、他の美術品と同様に視覚で見て楽しめる要素があるかどうかというよう基準で「美術の範囲」に属するものか否かを決すべきである）、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6月・弘文堂）582、585-586頁、同〔判批〕TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）IPマネジメントレビュー19号（2015年12月）31-33頁（ユーザーの物品の利用行為の自由を確保する観点から、見る者の見て楽しむ美的な鑑賞の対象となり得るかという点が考慮される傾向にある。ただし、物品の実用的な側面による制約を実質的に受けたものであるかという点も重要な考慮要素であり、物品の実質的な制約を受けずに表現されたものであるかという分離可能性基準も併用し、両者を満たすべきとす）。

に類する観賞対象として認識される場合に純粋美術と同視できるとして、美術の範囲の該当性を認めるというものである⁷³と指摘されている。

5 ユーザーの視点による美的観賞性基準を持つべきと主張する見解としては、物品の形態が美術の範囲に属するものというためには、ユーザーに美術品に類する観賞対象として認識されることを求めている。その理由としては、①美術の範囲に属する「著作物」の性質論から演繹的に導き出されたものであること⁷⁴、②観賞的性質を特別な付加的条件とすることによってユーザーの物品の利用行為の自由を確保することがきる⁷⁵と説明されている。

10 確かに論理上、物品の形態がユーザーに美術品に類する観賞対象として認識される場合に、それは美術の著作物としての絵画等と何ら質的に差異のないものといえるなら、美術の範囲属するものであると認められてよい。また、純粋美術と同視できるものに限っては、法のインテグリティに基づけば、取扱いを違える理由がない⁷⁶からである。しかし、このような読み方に対して、前述したとおり、「美術」という概念は主観的な評価に係るものであつて、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く、また、
15 何をもって美術や美術品ととらえるかについては個人差も大きいから、物品の形態が美術の範囲に属するものであるか否かものに疑問なしとしないことが問題の始まりである。し

⁷³ 裁判例の整理として、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）42-45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6月・弘文堂）571-574頁。

⁷⁴ 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6月・弘文堂）582-583頁は、ユーザーは通常、椅子や自動車等の機能的な工業製品を「座るため」、「移動するため」に利用されるものであって、美的鑑賞の対象として認識することはないゆえに、こうした工業製品の形態はその通常の使用態様において作者の美的思想を伝達する機能を果たすものでないため、美的範囲に属する「著作物」の性質を欠くとして、著作権法の保護が否定される一方、物品の形態であっても、人形やフィギュア、ティーシャツの図案などについて、実用品として利用されるにとどまらず、観賞のためにも利用されるものであって、そのデザインを通じて作者の美的な思想を伝達する機能を果たすことになるから、創作性がある限り、美術の範囲に属する著作物であると認められてよいと説明している。

⁷⁵ 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6月・弘文堂）585-586頁は、応用美術がユーザーの観賞の対象となる場合には、当該物品の形態は絵画や彫刻等の純粋美術と同様に利用されることが一般に想定されるため、ユーザーに対して著作権法上当該物品の形態を絵画や彫刻等と同程度に注意して取り扱うことを要求したとしても、不合理なことではない一方、物品の形態がユーザーの観賞の対象となるようなものでない場合には、ユーザーに対して著作権法上当該物品の形態を絵画や彫刻等と同程度に注意して取り扱うことを要求するとすれば、その種の物品の形態が身の周りに多数存在することも相まって、ユーザーの物品の利用行為が過度に萎縮するおそれがあるゆえに、後者の場合は、著作権法の保護を否定すべきであると説明している。

⁷⁶ 田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36号（2010年12月）24頁。

たがって、もし美術の範囲の該当性の有無を判断するための美的観賞性という要件は個人差のあるユーザーの事実的判断に依存していれば、問題の蒸し返ししかない。幼稚園児の描いた絵のようなものは純粋美術といわざるをえないが、そもそもこのような絵は純粋美術であるからといって、美術品に類する観賞対象と認識されることは要件とされていない一方、大量生産されている工業製品である、椅子の外観に表れた形象でさえ、美術品に類する観賞対象となるような造形芸術として受け取るユーザーもいるからである⁷⁷。

また、仮に美的観賞性という要件であるが、全くの事実的判断ではなく、規範的要件であるならば、美という言葉に惑わされず、観賞といっても、醜悪であるかや美しいか否かは全く問題とならない⁷⁸からといって、「観賞性」と「実用性」はそもそも相互排他的な概念ではないので⁷⁹、著作権による保護の入口で「美術」や「観賞的性質」といった概念を巡り哲学や美学理論を引用した不毛な論議に陥るおそれがある⁸⁰ばかりでなく、このような判断基準は裁判官の主観的評価に影響を受ける部分が大きいという問題があり、こうした判断は危険であるから、むしろ司法判断を行ってはならないのである⁸¹。また、理論上は区別でき

⁷⁷ また、半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）93頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁は、個人差のある「審美性」といった基準で法的保護に差異を設けることが妥当ではないと指摘している。同旨として、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）（金井重彦執筆）47頁。ほかに、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）86頁は、著作物として著作権法の保護を受けるか否かの吟味に際し「美感を起こさせるもの」とする意匠法の手法を混入させることは著作物性の要件と意匠の要件との混同を生じさせるものであり、妥当ではないと批判している。

⁷⁸ 奥邨弘司〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）判例時報2259号（2015年8月）152-153頁参照。

⁷⁹ 東京地判昭和54年3月9日無体集11巻1号114頁〔ヤギ・ボールド・一審〕、京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁〔佐賀錦袋帯〕判旨参照。

⁸⁰ 井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）16頁。

⁸¹ 裁判所による「美術」や「芸術性」の判断が不適切であると批判する見解として、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）12頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）422頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年12月）25頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）100頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、牛木理一『意匠法の研究』（4訂版・1994年月・発明協会）376、394頁、半田正夫「転機にさしかかった著作権制度」（1994年11月・一粒社）2、11頁、岡邦俊〔判批〕（ファービー）JCAジャーナル2001年12月号43頁、吉田大輔「「応用美術」の保護に関する創作性基準の二重性」出版ニュース通号2030号（2005年）18-19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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）235頁、同上野達弘司会「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17号（2009年3月）66頁（劉曉倩発言）、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）277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確定基準—」コピーライト2006年8月号56、58頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）143、146頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐

るとしても、客観的なツールがない以上、一般の国民にその判断を求めるのは酷であり⁸²、仮に裁判所では可能と強弁するとしても、予測可能性が欠けているので法的安定性を損ないかねない⁸³。

- 5 実際、前掲否定例の「ニーチェア」、[カスタマイズドール] 事件では、仮にユーザーは椅子を「座るため」に利用されるもの、又はカスタマイズドール用素体を人形作りの「部品」であるように、美術品に類する観賞対象と認識されるようなものではないという理屈は正しい⁸⁴としても、前掲肯定例の「レターセット（便せん絵柄）」事件の便箋の絵柄、否定例の「佐賀錦袋帯」事件の着物の帯の模様⁸⁵、[装飾窓格子の原図] 事件の建築資材の装飾窓格子の原図、[黒烏龍茶] 事件のペットボトルのパッケージデザイン⁸⁶、[シャトー勝沼Ⅰ、
- 10

閣) 146 頁、同 (第 2 版・2014 年 10 月・有斐閣) 頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント 64 巻 1 号 (2011 年 1 月) 56 頁、角田政芳 [判批] (激安ファストファッション) A.I.P.P.I 58 巻 12 号 (2013 年 12 月) 2 頁、同 [判批] (激安ファストファッション・控訴審) DESIGN PROTECT 106 号 (2015 年 6 月) 頁、鈴木香織 [判批] (無重力状態体験装置・控訴審) 日本大学法学部知財ジャーナル 7 号 (2014 年 3 月) 91 頁。

⁸² 五味飛鳥「応用美術の法的保護について」企業と法創造 17 号 (2009 年 3 月) 161 頁、同「応用美術の法的保護について—主として意匠法との交錯に関して」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』(商事法務・2009 年 12 月) 266 頁は無方式で発生しひろく一般国民の行為を規制し得る著作物の成立要件は、明確な基準に拠って判断されるべきであり、裁判所のみで判断可能というような基準では役に立たないと指摘している。

⁸³ 一つの例とすれば、過去において実用品であった日本刀の場合、現在においては鑑賞のためにしか使用されないものであるため、それがユーザーに美術品に類する観賞対象として認識されるかもしれないが、なお自動車や椅子のデザインと同じように、美術の範囲の該当性ないし著作物性が否定されるべきかが問題とされている。金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69 巻 4 号 (別冊 14 号) (2016 年 3 月) 113 頁の注 56、同「日本著作権法における応用美術—区別説 (類型的除外説) の立場から—」著作権研究 43 号 (2017 年 4 月) 頁の注。

⁸⁴ それに対して、斉藤博『著作権法』(第 3 版・2007 年 4 月・有斐閣) 85 頁の注 10 は「ニーチェア」事件の椅子のように美術性をも具備するものについてはより柔軟な吟味が必要であると判決を批判している。同旨、河野愛「デザインの法的保護」エコノミア 40 巻 4 号 (1990 年 3 月) 頁、松尾和子 [判批] (ニーチェア・上告審) 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大系Ⅲ』(2009 年 10 月・青林書院) 133 頁。

⁸⁵ 京都地判 [佐賀錦袋帯] について、加藤幸江 [判批] (佐賀錦袋帯) 村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』(2001 年 7 月・東京布井) 125 頁は、個々の花の図柄はある程度似通ったものになることは避けられないなかで、図柄の組合せには独創性があるというのであるから、美術の範囲に属する著作物として認めてもよいとの見解を唱えている。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)」知的財産法政策学研究 6 号 (2005 年 3 月) 239 頁は、仮に袋帯の模様をパネルに仕立て、装飾品として壁に飾った場合、それが必ずしも美術品として美的鑑賞の対象となりえないものでもないとは指摘している。森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント 64 巻 1 号 (2011 年 1 月) 56 頁、62 頁の注 46 も、京都地判 [佐賀錦袋帯] について、著作物性を認めたうえで類似性の判断で非侵害を導けばよいと判決を批判している。

⁸⁶ 社会通念上鑑賞の対象とされるものとまでは認められないとした [黒烏龍茶] 事件を担当した清水裁判長自身は、「鑑賞の対象として」という基準が、裁判規範としてなじむのかなという疑問を持っていたと述べている。清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—

Ⅱ] 事件のワイナリーの案内看板について、どちらにも平面の視覚表現であるにもかかわらず、一方は美術品として肯定され、一方は否定された。同じ物品の形態に関しても、裁判例の当てはめ部分を見ると、美術の範囲の該当性肯定と否定を分けた、ユーザーの視点からの観賞的性質という特別な付加的条件が必ずしも明確ではなく、判断のばらつきを説明できないといわざるを得ないのではなかろうか⁸⁷。

そこで、この問題を解消するために、前掲神戸地姫路支判昭和54年7月9日[仏壇彫刻]（砂山一郎裁判長）は仏壇内部のプラスチック製の彫刻について、「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」、専ら美的表現を目的とする「純粹美術と同じ高度の美的表象」であると評価しうるから、当該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結論した。また、前掲大阪高判平成17年7月28日[チョコエッグ・控訴審]（竹原俊一裁判長）は動物の形態を再現した「動物フィギュア」、物語の挿絵に描かれた人物を立体化させた「アリスフィギュア」、原画に描かれた空想上の妖怪を立体化した「妖怪フィギュア」は、いずれも「極めて精巧なものであって、一定の美的感覚を備えた一般人を基準に、相当程度の美術性を備えていると評価されるもの」と言いつつ、「動物フィギュア」及び「アリスフィギュア」について「創作性は、さほど高くない」として、「純粹美術と同視し得る程度の美的創作性を具備していると評価されるとまではいえず、著作物には該当しない」と判示した一方で、「妖怪フィギュア」について「高度の創作性が認められる」として、「純粹美術と同視し得る程度の美的創作性を具備していると評価されるもの」であるから、美術の著作物に該当するとした。つまり、前掲神戸地姫路支判昭和54年7月9日[仏壇彫刻]（砂山一郎裁判長）、前掲大阪高判平成17年7月28日[チョコエッグ・控訴審]（竹原俊一裁判長）はユーザーの視点からの観賞的性質のほかに、高度な創作性との基準も併用しており、両者を満たすべきとして物品の形態の美術範囲に属するか否かを判断基準としている裁判例といえる。ただし、高度な創作性基準との併用説は、前述した高度創作性基準と同じ問題を有し、依然として美術の範囲の該当性の有無の問題を解決する基準として不適切である。

以上をまとめると、ユーザーの視点による美的観賞性基準をもって、物品の形態の美術の

知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP 事件』を中心として—」コピーライト663号（2016年7月）16、21頁。

⁸⁷ 上野達弘司会「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17号（2009年3月）66頁（劉曉倩発言）、同劉曉倩「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I. P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）277頁は、[佐賀錦袋帯]事件の帯の図柄や、[ファービー]事件のファービー人形、[チョコエッグ]事件の「動物フィギュア」「アリスフィギュア」、[プチホルダー]事件のプードルのぬいぐるみは、美術の範囲に属する著作物性が否定されているが、それらのものは必ずしも観賞の対象になりえないとは言い切れないところがあると判決を批判している。

範囲の該当性の有無を判断することは適切でないといわざるをえない。

三、制作者の視点による分離可能性

5 (一) 裁判例

明示的に表現媒体となる物品の実質的な制約の有無を吟味すべきとする分離可能性基準を採用した裁判例として、まず前掲東京地判昭和56年4月20日〔アメリカティーシャツ〕（秋吉稔弘裁判長）は、美の表現において「実質的制約を受けることなく」、制作されたものは絵画等の純粋美術と同視しうるものとして美術の範囲に属するものに当たるが、「実質的制約を受けて」制作されているものは、純粋美術と同視しうるものとはいえないとの一般論を述べたうえで、下方に花の模様、両側にイルカ、中央に波にサーファターの姿を描いたティーシャツの図柄について、創作的に表現したものとしたうえで、ティーシャツに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」、制作されたものであるから、純粋美術の絵画と同視しうるものとして、美術の著作物に該当すると判示した。そして、前掲大阪地判平成12年6月6日〔装飾街路灯・一審〕（小松一雄裁判長）は、装飾街路灯を商店街に配置した完成予想図について、絵画的図面として美術の範囲に属するものと認める一方で、同予想図により表現しようとした街路灯という工業製品の立体形状については、以下のように判示した（前掲大阪高判平成13年1月23日裁判所HP〔同控訴審〕（鳥越健治裁判長）も引用）。街路灯は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たものであるから、「実用目的のために美の表現において実質的制約を受けたもの」としたうえで、製品の産業上の利用を離れて、独立に美的鑑賞の対象となり得るものとはいえないから、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した⁸⁸。

25 〔アメリカティーシャツ〕事件（無体集13巻1号453頁より）

⁸⁸ 田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（上）ビジネス法務15巻10号（2015年10月）46頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピライト2017年8月号頁は、〔装飾街路灯〕事件は「美的観賞性」と「分離可能性」両者を相反するものと扱うことなく、実用性による制約を受けていると看取しうることをもって美的鑑賞の対象とならないとされるものであると評している。

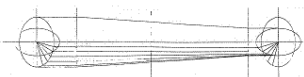
それに対して、劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性（一）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）241頁は、問題となった街路灯の形態部分は同種産業上のありふれた表現に過ぎないものであるから、創作性を欠くものとして著作物性を否定すべきと述べ、判旨は美的鑑賞の対象となりうるかどうかとの基準から美術の範囲の該当性を否定したというより、むしろ創作性の有無のところで著作物性を否定した、との異なる見解を示している。



地裁（秋吉稔弘裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の著作物肯定

そして、前述した分離可能基準とニュアンスが若干違うと思うが、知財高判平成 24 年 3 月 22 日裁判所 HP [鍋の持ち手（三徳包丁）・控訴審]（飯村敏明裁判長）は、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ていることなどの形態を呈した、下記鍋の持ち手のデザインの図面自体及び図面により表現しようとした持ち手の立体形状⁸⁹については、いずれも鍋の取っ手としての持ちやすさ、安定性など、「機能的な観点から選択されたもの」であるから、美的な効果を有するものとはまではいえず、美術の範囲に属さないものとして、図面の著作物性あるいは図面により表現しようとした持ち手の立体形状の著作物性をいずれも否定した。ただし、図面自体の著作物性について、念のために鍋の持ち手のデザインの図面において、その手法はごく一般的な手法であるから、表現上の創作性と認められる点はないと補足した。

15 [鍋の持ち手（三徳包丁）]（TKC 判決より抜粋）⁹⁰



① 鍋の持ち手のデザインの図面自体について

地裁（上田哲哉裁判長）⁹¹ 美術の範囲の該当性否定

高裁（飯村敏明裁判長） 美術の範囲の該当性否定、著作物の創作性否定、類似性否定（包丁の製造行為）

②図面により表現しようとした持ち手の立体形状について

地裁 未判断

高裁 美術の範囲の該当性否定

また、①東京地判平成 26 年 4 月 17 日裁判所 HP [TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・一審]（長谷

⁸⁹ 争点となった「デザイン 1」について、控訴人は「本件デザイン 1 の製品化の経緯に照らし、侵害の客体となる著作物を、『立体のデザインモデル』及び『平面の製作図面』との両者の一方又は双方である」と主張しているが、判決は「それが何を指すかは、必ずしも明らかでない。一応、『立体的な物』を念頭に置いた主張と『平面的な図形』を念頭に置いた主張がされていることを前提として、その両者の場合について、判断する」と述べている。

⁹⁰ 本件で争点となった原告「片手鍋用のデザイン」とは若干相違するかもしれない。

⁹¹ 東京地判平成 23 年 8 月 29 日ウエストロー・ジャパン [鍋の持ち手（三徳包丁）・一審]（上田哲哉裁判長）。

- 川浩二裁判長)は二本足の幼児用椅子、②東京地判平成28年1月14日裁判所HP[加湿器・一審](長谷川浩二裁判長)は試験管のような棒状の加湿器、③東京地判平成28年4月21日裁判所HP[ゴルフシャフト図柄・一審](長谷川浩二裁判長)はゴルフクラブの立体であるシャフトを平面に展開した外装デザイン及びその基となった原画並びにカタログデザイン、④東京地判平成28年4月27日裁判所HP[エジソンのお箸・一審](嶋末和秀裁判長)、知財高判平成28年10月13日裁判所HP[同控訴審](一審判決引用⁹²)(鶴岡稔彦裁判長)は幼児が食事をしながら正しい箸の持ち方を覚えられるようにするための練習用箸、⑤大阪地判平成29年1月19日裁判所HP[Chamois(ランニングシャツ)](森崎英二裁判長)はシャツに付加される花柄刺繍部分の立体デザイン又は同部分を含むシャツ全体の立体デザイン、といった工業製品や衣服の立体形状又はその外装デザイン、カタログデザイン等について、いずれも「実用的機能を離れて(あるいは「衣服に付加されるデザインであることを離れ)」、美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えていないから、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した。
- ほかに、前掲[ニーチェア]事件では椅子は「実用面及び機能面を離れて完結した美術作品として専ら美的鑑賞の対象とされるもの」とはいえないと判示されているが、ユーザーではなく、物品の制作者の視点に立って当該椅子の立体形状は椅子の「実用面及び機能面」からの制約を受けずに制作されたものとはいえないから、美術の範囲に属さないものとして、著作物性は否定されるという趣旨と理解することもできる⁹³。同様に前掲東京地判平成24年[カスタマイズドール]事件では、カスタマイズドール用素体の購入者にとって当該女性ボディ素体自体を「鑑賞の対象とするもの」とはいえないと判示されているが、ユーザーではなく、物品の制作者の視点からも、①人肌に近い色とし、ソフトビニルで覆われた外皮で表現された女性の裸体の外観である点、②可動域の広い関節構造とボディ内部に硬質骨格構造を備えているため様々なポーズをとらせたり、一定のポーズで自立させることができる点で、こうした物品の実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への制約のなかで表現されていると目される立体的なデザインに関しては、美術の範囲に属さないものとして、著作物性が否定されていると理解することができる⁹⁴。

⁹² ただし、駄目押しの付言されているに止まるものであろうか、原審に判断されなかった創作性について、同種の練習用箸の他社製品と比較したうえで、原告製品は特徴的であるとまではいえず、美術の著作物としての創作性を認めないと判断した。

⁹³ 類似の見解として、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)47頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁は、「ニーチェア」という椅子の立体デザインは椅子自体の実用面及び機能面から切り離して認識することができないから、美術の範囲に属する著作物性は否定されるという趣旨と解している。結論において同旨、奥邨弘司[判批](激安ファストファッション・控訴審)判例時報2259号(2015年8月)153頁、155頁の注27。

⁹⁴ 田村善之[判批](TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)99頁の注10、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁は、カスタマイズドールという製品の性質上、著しく表現に制約がかかっていると指摘している。

〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ〕事件（裁判所HPより抜粋）

上 原告椅子 下 被告椅子



5

地裁（長谷川浩二裁判長） 美術の範囲の該当性否定

高裁（清水節裁判長） 美術の範囲の該当性（美術の著作物）肯定・類似性否定

〔加湿器〕事件（裁判所HP 判決別紙より抜粋）

10 左 原告加湿器 右 被告加湿器



地裁（長谷川浩二裁判長） 美術の範囲の該当性否定

高裁（清水節裁判長） 著作物の創作性否定

15 〔ゴルフシャフト図柄〕事件（裁判所判決別紙より抜粋）

① 原告ゴルフシャフトの外装デザインの基となった原画（裏）



地裁（長谷川浩二裁判長） 美術の範囲の該当性否定

高裁（清水節裁判長） 著作物の創作性否定・類似性否定（傍論）

② 上 原告ゴルフシャフトの外装デザイン（ロゴ側）

下 被告ゴルフシャフトの外装デザイン



5

地裁 美術の範囲の該当性否定

高裁 著作物の創作性否定・類似性否定（傍論）

③ 左 原告カタログデザイン 右 被告カタログデザイン



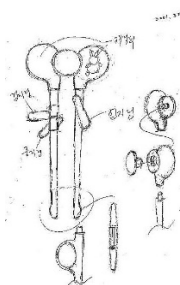
10

地裁 美術の範囲の該当性否定

高裁 著作物の創作性否定・類似性否定（傍論）

〔エジソンのお箸〕事件（裁判所 HP より）

15 左から 原告デザイン画、原告エジソンのお箸 右 被告デラックストレーニング箸



① 練習用箸の立体形状について

地裁（嶋末和秀裁判長） 美術の範囲の該当性否定

高裁（鶴岡稔彦裁判長） 美術の範囲の該当性否定（一審判決引用）、著作物の創作性否定

20

② 練習用箸のデザイン画について

地裁 類似性否定（仮に創作性を認めた場合）・依拠性否定

高裁 依拠性否定、類似性否定

[Chamois (ランニングシャツ)] 事件 (裁判所 HP より)

① シャツに付加される花柄刺繍部分の立体デザイン

左 原告商品

右 被告商品



- 5 地裁 (森崎英二裁判長) 美術の範囲の該当性 (美術の著作物) 否定

② 花柄刺繍部分を含むシャツ全体の立体デザイン

左 原告商品

右 被告商品



- 10 地裁 (森崎英二裁判長) 美術の範囲の該当性 (美術の著作物) 否定 (一般不法行為も否定)

他方、同じ物品の立体形状であっても、街路灯、鍋の取っ手、椅子、カスタマイズドール用のボディ素体、加湿器、練習用箸といった、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている工業製品と違って、物品の機能面からの制約というのはあまりないように思われる立体人形のようなものに関しては、明示的に分離可能性基準を採用したものではないが、立体人形の美術範囲の肯定例として、前掲長崎地佐世保支決昭和 48 年 [博多人形] (大久保敏雄裁判長) は、粘土製の人形生地を素焼きのうえ彩色した、下記「赤とんぼ」人形について、その姿態、表情、着衣の絵柄、色彩から観察してこれに創作性を認めたとうえで、「美術的作品が、量産されて産業上利用されることを目的として製作され、現に量産されたということのみを理由としてその著作物性を否定すべきいわれはない」から、「赤とんぼ」人形は著作権法にいう美術工芸品として保護されるとした。似たような事案として、下記手作りの石膏製の妖精人形について、東京地判平成 14 年 1 月 31 日判タ 1120 号 277 頁 [トントウぬいぐるみ] (三村量一裁判長) はその姿態、表情、着衣の絵柄・彩色等に創作性が認められ、かつ「美術性も備えているもの」として、妖精人形の著作物性を肯定した。手作りの妖精人形はもちろん、「赤とんぼ」のような量産される博多人形であっても、それらの立体的なデザインの表現は表現媒体となる

物品の実用的な機能を発揮させるために由来する創作の自由度への制約を受けていないから、美術の範囲の該当性を認めるものであると理解することができる⁹⁵。

〔博多人形〕事件（無体集5巻1号25頁より抜粋）



5

地裁（大久保敏雄裁判長） 著作物の創作性肯定・美術工芸品（美術工芸的価値としての美術性）肯定

〔トントウぬいぐるみ〕事件（裁判所HP判決別紙より抜粋）



10

地裁（三村量一裁判長） 著作物の創作性肯定・美術の範囲の該当性肯定

他方では、立体人形であっても、美術範囲の否定例として、前述した分離可能性基準とニュアンスが若干違うと思うが、前掲山形地判平成13年〔ファービー・一審〕（裁判長木下徹信）は、下記電子回路やモーター等を内蔵した動物ぬいぐるみ型の電子玩具「ファービー」について、ぬいぐるみとは質感の異なるプラスチック製の目や嘴等が露出しているなどが

15 「『玩具としての実用性及び機能性を離れ独立して』美的鑑賞の対象となる美的特性」を備

⁹⁵ 〔博多人形〕につき同旨として、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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）237頁、同上野達弘司会「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17号（2009年3月）66頁（劉曉倩発言）、上野達弘司会「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17号（2009年3月）63頁（五味飛鳥発言）、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）45頁。

〔トントウぬいぐるみ〕について、橋谷俊〔判批〕(1)（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）395頁は、〔トントウぬいぐるみ〕の具体の結論によれば、美術範囲の属否判断の分かれ目は、高度な創作性を有する立体的表現といったものであるという裁判例の傾向が窺える、との異なる見解を示している。ただし、同395頁は、このように道具としての実用性の低いものに対して、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一般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指摘している。

えていないから、美術の範囲に属さないものとして、ファービーの著作物性を否定した⁹⁶。
 前掲仙台高判平成14年〔同控訴審〕（裁判長松浦繁）も、ファービーに見られる形態には、
 「電子玩具としての実用性及び機能性保持のための要請」が濃く表れているのであるから、
 ファービーの全体として美術鑑賞の対象となるだけの審美性が備わっていないとして、美
 5 術の範囲の該当性を否定し、著作物性を否定した。

〔ファービー〕事件（上野達弘「応用美術の著作権保護—『段階理論』を越えて—」102頁より）



- 10 地裁（木下徹信裁判長） 美術の範囲の該当性否定
 高裁（松浦繁裁判長） 美術の範囲の該当性否定

（二）検討

- 15 従来の裁判例における「純粋美術と同視できる」との抽象論に対しては、ユーザーではなく、物品の制作者の視点に立って物品の形態がその表現媒体となる物品の実質的な制約を受けずに表現されたものであるかという分離可能性をメルクマールとして、「純粋美術と同視できる」という特別な付加的条件を決する傾向にあると解する見解⁹⁷が唱えられている。このような読み方は以下に述べるような理由から支持することができる。すなわち、従来の

⁹⁶ それに対して、岡邦俊〔判批〕（ファービー）JCA ジャーナル 2001 年 12 月号 43 頁は、一審判決はユーザーの視点による美的観賞性基準を採用したものと解したうえで、「美的鑑賞の対象となる美的特性」というような基準は極めて曖昧で、担当裁判官によって判断が分かれる危険が生じるおそれがあるとの見解を示している。

⁹⁷ 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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）42-45頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）46-48頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、「著作権法およびその他の知的財産法におけるプロダクト・デザインの保護」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（2011年3月・成文堂）131、148頁（駒田泰士コメント）（〔佐賀錦袋帯〕、東京地判〔アメリカティシャツ〕、東京高判〔装飾窓格子の原図・控訴審〕、大阪高判〔装飾街路灯・控訴審〕を例として挙げた）、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6月・弘文堂）582頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）IP マネジメントレビュー19号（2015年12月）32頁（ただし、立体的なデザインの表現が物品を離れて見る者の美的な鑑賞の対象となり得るかという点も重要な考慮要素であると解している）、田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（上）ビジネス法務15巻10号（2015年10月）46頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、奥邨弘司「応用美術」法学教室2016年3月号9頁。

裁判例において、問題となる物品の形態がその表現媒体となる物品の実質的な制約を受けて表現されたものである場合には、純粋美術と同視できないとして美術の範囲の該当性を否定する一方、当該形態が物品による実質的な制約を受けずに表現されたものである場合には、純粋美術と同視できるとして美術の範囲の該当性を認めるという傾向にある⁹⁸と指摘されている。

美術の範囲に属するものというためには、物品の制作者の視点に立って表現媒体となる物品の実質的な制約の有無を吟味すべき理由としては、競業者規制の意匠制度・不競法2条1項3号の商品形態のデッド・コピー規制に比して保護期間が長く、保護の要件が本来低いはずの著作権法の保護を正当化しうる場合を抜き出す基準として、分離可能性を論理的に導きうるからである。詳しくは、物品の形態に著作権法の保護を認めるとすれば、その表現媒体となる物品自体の独占を招来し、後発の物品の開発行為が過度に制限され、市場の競争が阻害されないように配慮することが必要である⁹⁹。そこで、意匠法が、著作権法と異なり、その保護の要件として、客観的新規性等の登録要件を要求し、保護の存続期間を著作権より遥かに短くしている理由は、まさに物品による実質的な制約であるがゆえに、物品の制作者の自由度が制限されているからこそ、保護要件を厳格化し、保護期間を短縮する必要があるというところに求められている¹⁰⁰。また、商品形態のデッド・コピー規制による保護は、著作権法のそれと比べて、保護内容が限定的であり、保護期間も格段に短く設定されているが、これも物品に起因する実質的制約に影響されている物品のデザイン表現は広範、かつ、長期の独占を認めるべきではないという価値判断を示したものである¹⁰¹。物品の実質的制約に影響されている物品のデザイン表現に対してフィルターにかけることなくダイレクトに著作権法の保護を認めることは、競業者規制の意匠制度・デッド・コピー規制の制度趣旨

⁹⁸ 裁判例の整理として、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規)42-45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6月・弘文堂)571-574頁。

⁹⁹ 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6月・弘文堂)584頁、田村善之〔判批〕(TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審) (下) ビジネス法務 15巻11号 (2015年11月) 100-101頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト 2017年8月号頁。

¹⁰⁰ 田村善之「著作権法講義ノート3」発明 92巻6号 (1995年6月) 68頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣) 30-31頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣) 431頁、渋谷達紀『知的財産法講義II』(第2版・2007年6月・有斐閣) 32-33頁、同『著作権法』(2013年2月・中央経済社) 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣) 39頁 (横山久芳執筆)、同 (第2版・2016年10月・有斐閣) 頁、同「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6月・弘文堂) 567頁、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4月・信山社) 254頁。

¹⁰¹ 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6月・弘文堂) 584頁。

を没却することになりかねないということに留意する必要がある¹⁰²。逆にいえば、物品の制作者の視点から物品のデザイン表現が空間や平面に自由に表現できる場合には、一般のカテゴリの表現と異なるものではなく、それと同じ通常の創作性基準で著作権法の保護を認めたとしても、表現媒体となる物品自体の独占を招くことにはならず、後発の物品の開発行為を過度に制限するおそれもないからである¹⁰³。

10 [アメリカティーシャツ]事件以来、分離可能性基準の解釈の仕方がニュアンスの差異があるものの、物品の制作者の視点に立って物品のデザイン表現がその表現媒体となる物品に起因する実質的な制約の有無によって美術の範囲の該当性の有無の認定が左右されるという見解は、上記のようにほかの裁判例でも援用されてきた。美術の範囲の該当性の有無判断をめぐる「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件の具体的な判断基準として、おおむね表現媒体となる物品の実質的な制約の有無を吟味すべきとする分離可能性基準を採用すべき考えについて、近時、学説でも次第に支持を増やしつつある¹⁰⁴。

¹⁰² 高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)48頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)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6月・弘文堂)584頁、田村善之[判批](TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)101頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、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4月・信山社)254頁、橋谷俊[判批](1)(激安ファストファッション・控訴審)知的財産法政策学研究47号(2015年11月)396頁。

¹⁰³ 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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』(商事法務・2009年12月)276頁、田村善之[判批](TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)100-101頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁。

¹⁰⁴ 紋谷暢男[判批](仏壇彫刻)齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号(第3版・2001年4月・有斐閣)23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(二・完)」知的財産法政策学研究7号(2005年5月)195-196、198頁、同上野達弘司会「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17号(2009年3月)67頁(劉曉倩発言)、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』(商事法務・2009年12月)279頁(ただし、実用性による制約という判断基準を「創作性」の要件の問題として位置付けている)、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規)42-45頁(ただし、実用品自体が見て楽しむ観賞的性質を有するかという点も重要な考慮要素であるとする)、奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』(商事法務・2009年12月)255頁(実用性からの分離を重視すべきとする)、五味飛鳥「応用美術の法的保護について」企業と法創造17号(2009年3月)164-165頁、同「応用美術の法的保護について—主として意匠法との交錯に関して」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』(商事法務・2009年12月)267-269頁(「実用性」を基準とするのが最適であるが、作者人格権との関係を考慮し、署名の有無をも勘案すべきとする)、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)47-48頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁(「鑑賞対象としての側面の分離可能性」を基準とする)、高部眞規子

しかし、このような読み方に対しては、前述したように、創作性要件の役割は、アイデアと表現の二分論と類似の機能を営むということで、後発者が同じアイデアを表現しようとするれば先発の作者と同様の表現にならざるを得ない場合には、著作物の創作性が否定される。「創作性」の要件の判断枠組みの中で表現の選択の幅に焦点を当てて、表現の際にどの程度制約があるかということが斟酌されるのが一般的である。かくして物品の実質的な制約により支配された物品の形態を著作物から除外することは、不可避な表現・ありふれた表現の法理の下に、一般のカテゴリの表現における通常の創作性の要件という判断枠組みの中でも行われており、分離可能性の判断と内容的には同じ判断である。したがって、このような物品の形態の美術の範囲の該当性の有無判断は、抽象的に区別説を採用したとしても、「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件について、ユーザーの視点による美的観賞性をとるか、物品の制作者の視点による分離可能性をとるかのいずれに力点を置くかで、保護を受ける物品の形態の範囲はかなり異なったものとなる¹⁰⁵。前者のユーザーの視点による美的観賞性基準を持つべきと主張する見解によれば、まず観賞的性質の有無の判断は著作権法2条1項1号前段要件の創作性の問題ではなく、後段要件の美術の範囲の該当性問題として捉えられるべきであるうえ、この美術の範囲の要件とは別個に、創作性の有無を判断するにあたって、表現の選択の幅を考慮し、物品の場合は選択の幅が狭く、誰が制作しても同じようなものになるときは、創作性を否定する¹⁰⁶と説明されている。

『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）113頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号（2013年11月）148-149頁（実用的な機能を離れてみた場合に、美的鑑賞の対象になり得るような創作性を備えているかどうかを基準とする）、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6月・弘文堂）585-586頁（物品の実質的な制約を受けずに表現されたものであるかという分離可能性を基準とするが、ユーザーの物品の利用行為の自由を確保するために、観賞の対象となるべきという基準も併用し、両者を満たすべきとする）、設楽隆一「応用美術についての一考察—知財高裁ファッションショー事件を契機として」中山信弘ほか（編）『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務、2016年）286-289頁、田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）100-102頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）（高橋淳執筆）190頁、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4月・信山社）254頁、中川隆太郎〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）コピーライト2015年9月号41頁（ただし、非区別説でも、創作性の要件の判断枠組みの中で表現の選択の幅に焦点を当てて、実用的機能に係る制約を高い粒度で設定すれば、著作物として保護するか否かの結論は分離可能性説と相当程度近づく」と指摘している）。

¹⁰⁵ 同旨と考えられるものとして、森本晃生〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）パテント68巻10号（2015年10月）71頁。

¹⁰⁶ 吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）477頁。

それに対して、後者の物品の制作者の視点による分離可能性に力点を置くべきと主張する見解によれば、表現媒体となる物品の実質的な制約の有無を吟味すべきとする分離可能性基準を「創作性」の要件の問題として位置付けるか、あるいは「美術の範囲」の要件の中に位置付けても美術の範囲の該当性の有無判断は物品の実質的制約をメルクマールとするならば、議論は元々著作権法2条1項1号後段要件の「美術の範囲に属するもの」を選ぶための基準の定立というところからスタートしたが、いまや前段要件の創作性の一般に問題となる不可避な表現・ありふれた表現の法理と実質的に異ならないものになってきている¹⁰⁷。つまり、分離可能性基準は美術の範囲の要件に該当するかどうかによるものではなく、実のところ表現の選択の幅に焦点を当てており、創作性の一般に問題となる不可避な表現・ありふれた表現の法理を応用美術の場合にふさわしい形で言い換えたものに過ぎない¹⁰⁸と評価されている。かくして分離可能性基準は通常の創作性要件にまで希釈化された結果、物品の形態も含むあらゆる視覚表現は著作物として保護を受けるためには、まず著作権法2条1項1号後段要件の美術の範囲の該当性を検討し美術の範囲に属するものと認定すればさらに前段要件の創作性を有するかという二段階で著作物性のスクリーニングを行う必要はなくなり、創作性の判断枠組みで一本化されていれば足りる¹⁰⁹と主張されている。また、従来の裁判例の多くは、一見すると、美術の範囲の要件、そして創作性の要件という二段階で著作物性のスクリーニングをしているように見えるが、ユーザーの視点による美的観賞性基準に関する説示を度外視し、さらに各判決の当てはめ部分を見ると、表現媒体となる物品の実質的制約を考慮し、表現の選択の幅を問題とする不可避な表現・ありふれた表現の法理による創作性の有無の判断と同内容の判断を行っているので¹¹⁰、創作性の判断枠

¹⁰⁷ 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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（2009年12月）229頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）56頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）パテント68巻10号（2015年10月）72頁。

なお、中川隆太郎〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）コピライト2015年9月号41頁、同45頁の注26は、非区別説でも、創作性の要件の判断枠組みの中で実用的機能に係る制約を高い粒度で設定すれば、著作物として保護するか否かの結論は分離可能性説と相当程度近づくが、分離可能性の要件を条文上どのように位置づけるかは、創作性の中に位置づけるマージ理論のほか、著作権法の趣旨から導く解釈も、今後の検討課題であると述べている。

¹⁰⁸ 奥邨弘司〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）判例時報2259号（2015年8月）153頁。

¹⁰⁹ 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）55-56、59頁。

¹¹⁰ 劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性（二・完）」知的財産法政策学研究7号（2005年5月）197頁、同上野達弘司会「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17号（2009年3月）67頁（劉曉倩発言）、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）279頁は、従来の多くの裁判例が応用美術の著作性の判断を行うにあたっては、「美的鑑賞の対象」であるか否かより、むしろ実用面から独立した「美的創作性」の有無こそが判断の決め手であると評価している。

組みで一本化されていることに読み直すことが可能であり、むしろ従来の裁判例の主流は特別な付加条件が必要であるとする区別説ではなく、特別な付加条件が不要であるとする非区別説と位置づけられうることとなるとの理解¹¹¹も示されている。

- 5 以上をまとめると、物品の制作者の視点に立って表現媒体となる物品の実質的な制約の有無を吟味すべきとする分離可能性基準を「美術の範囲」の要件の中に位置付けるか、それとも「創作性」の要件の問題として位置付けるかという点に関して、見解が対立している。著作物の成立要件として機能させる、美術の範囲の要件あるいは創作性の要件はいずれも不明確な概念であるため、物品の形態がその表現媒体となる物品の実質的制約を受けてい
- 10 るかどうかということは著作物性判断の必要条件の一つとして解すれば、この条件を満たさなければ、結果として著作物性を否定し著作権法上の保護を全面的に否定することになるから、分離可能性をどのように位置づけるかについては、議論の実益がない。ただし、前者と後者の根本的な相違点として、まずは具体的な判断手法としては、美術の範囲の要件を活用して表現媒体となる物品の形態であることのみを理由として定型的に美術の範囲の該
- 15 当性を否定することは、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みの中で事案の事実関係に入念に焦点を当てて、他の同種の商品と比較することなど、具体的な創作性判断を行った結果、創作性を否定したこのような著作物性の否定とは、質的に異なるもの¹¹²として理解すべきであろう。そして、前者の場合には物品の形態はどれだけ斬新的なデザインでも、あるいは後発の制作者にとってその他の採り得る表現が十分に残
- 20 されているとしても、こうした物品の形態の類型に入れば、直ちに美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定することになるのである。

- さらに分離可能性基準自体の解釈の仕方及びその具体的な当てはめも問題になる。すなわち、表現媒体となる物品に起因する実質的制約に関しては、有無の問題だけではなく、物
- 25 品自体の機能を発揮させるために由来する創作の自由度への制約の大きい小さいかも考慮しなければならない。それに加え、物品自体の機能を発揮させるための実用的・技術的な可能性だけでなく、市場における商品である以上、大勢の美意識や流行に左右される市場的

¹¹¹ 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント 64 巻 1 号（2011 年 1 月）59 頁。

¹¹² 井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105 号（2015 年 3 月）16 頁の「実用的機能を発揮することが主目的の実用品」の類型の取扱いに対する評価、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69 巻 4 号（別冊 14 号）（2016 年 3 月）106 頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究 43 号（2017 年 4 月）頁の「プロダクトデザインについての実用品」の類型の取扱いに対する評価、田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号（2016 年 5 月）35 頁のカテゴリを限定する工業製品の機能に制約されたデザイン、化粧や髪型の取扱いに対する評価を参照。

要因も実質的制約として考慮される¹¹³。例とすると、無地の真っ白な品物に絵柄を自由に描くという条件が与えられた場合には、平面にも描けるデザインなので、表現媒体となる物品自体の実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への制約は殆どないと言えるが、商品としてティーシャツや着物の帯、ゴルフクラブのシャフトという市場性に起因する制約はなしとはせず、少なくともティーシャツの場合と比べると、物品の制作者の視点に立って着物の帯の模様がその表現媒体となる帯、ゴルフシャフトの図柄がその表現媒体となるゴルフクラブのシャフト、といった商品の市場性にわずかも影響があるので、表現の選択の幅が制限されているだろう¹¹⁴。結局のところ、所与とされた前提条件として、制約の由来あるいは表現媒体となる物品の属する産業分野をどのように捉えるかによって、当の産業に属する物品による「実質的制約」の解釈の仕方も変わってくる。

これまでは分離可能性基準を採用した従来の裁判例が制約の由来に問わず、実質的な制約を広く認め、物品の属する産業分野も狭く捉えたことで美術の範囲を狭く解釈してきたように見受けられる。具体的に、「平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態」について、平面にも描けるデザインなので表現媒体となる物品自体の実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への制約を受けていないにもかかわらず、美術の範囲の該当性を否定した事案として、前掲東京地判平成28年〔ゴルフシャフト図柄・一審〕は分離可能性基準を採用したうえで、所与とされた前提条件として、物品自体の実用的な機能に由来する制約に拘らず、ゴルフ用品産業に限定し、シャフトという商品の市場性からその図柄の表現がゴルフクラブのユーザーの目を引くことなど専ら商業上の目的のため、わずかも実質的に制約されていることを考慮したものと理解することができるかもしれない。また、明示的に分離可能性基準を採用したものではないが、着物の帯の模様の美術の範囲の該当性を否定した前掲京都地判平成元年6月15日〔佐賀錦袋帯〕は所与とされた前提条件として、物品自体の実用的な機能に由来する制約に拘らず、しかも繊維産業分野に属する商品の市場性による制約を捉えることではなく、その中の染織産業に限定し、着物の帯という商品の市場性から模様の表現がわずかも実質的に制約されていることを考慮したものと理解することもできる¹¹⁵。同様に、家具に貼付される木目化粧紙の美術の範囲の該当性を否定し

¹¹³ 上野達弘司会「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17号(2009年3月)68頁(駒田泰士発言)、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号(2011年1月)55頁。

¹¹⁴ 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確定基準—」コピーライト2006年8月号45、56頁は、物品へ二次元的に付加されるデザインの場合には本来的に、実用性による実質的制約は、さほど受けないものといえるが、産業上の利用性の面では、衣服産業の発展を不当に阻害しないような配慮の下に、著作権法の適用可能性を考える必要があると指摘している。

¹¹⁵ この点に関して、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)」知的財産法政策学研究6号(2005年3月)239頁の注115は、和服の伝統的な雰囲気に合わせて女性用着物の帯は花を題材とする場合が多いから、問題となった図柄のようなデザインについて著作権の保護を与えると、同業の染織業者の表現の選択肢が狭められることを裁判所が配慮した

た前掲東京地判平成2年7月20日〔木目化粧紙・一審〕（清永利亮裁判長）、前掲東京高判平成3年12月17日〔木目化粧紙・控訴審〕（竹田稔裁判長）にも、天地の模様が切れ目なく連続するよう木目の模様は、所与とされた前提条件として木目化粧紙の産業上の利用のために由来する創作の自由度への制約があると当てはまるといえる¹¹⁶。

5

さらに、平面の視覚表現に比して、三次元の立体形状のデザインについては、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するために実質的に制約されているか否かの判断が難しい例が多い。フィギュアの立体形状に関して、前掲大阪高判平成17年7月28日〔チョコエッグ・控訴審〕（竹原俊一裁判長）は「動物フィギュア」「アリスフィギュア」について美術の著作物に該当しないものとした一方で、「妖怪フィギュア」について美術の著作物に該当するものとした。ここでも分離可能性との基準が考慮されていることが看取されるが、所与とされた前提条件として、一般のフィギュア産業ではなく、「大量に製造され安価で頒布される」小型のおまけの食玩フィギュアという限定された産業に属する物品において、実在の動物や物語の挿絵を再現したという実用的な機能を発揮させるために由来する創作の自由度への制約の制約をどの程度重視するかにかかっている¹¹⁷と解されている。同様に、ぬいぐるみや人形であっても、動物ぬいぐるみ型の電子玩具の美術の範囲の該当性を否定した前掲山形地判平成13年〔ファービー・一審〕、前掲仙台高判平成14年〔同控訴審〕は、所与とされた前提条件として一般のぬいぐるみの産業を捉えることなく、電子玩具に限定し、量産に適するような考慮も払われて制作されたものであるから、そのセンサーなどの配置といった機能面からの制約がわずかでもあるとして、美術の範囲の該当性を否定した

と指摘している。また、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確定基準—」コピライト2006年8月号49、56頁は、服地の模様などのようなものについては、機能性による制約がないとしても、当該分野の産業の発展の観点からの弊害なども想定され、意匠制度の趣旨を損なうおそれがあるため、裁判例により形成されてきた法理により美術の範囲に属する著作物性は否定される可能性が比較的高いと指摘している。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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）43頁も、着物の帯という商品の性格から絵柄の表現が実質的に制約されていることを考慮したのでであると評している。結論において同旨、奥邨弘司〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）判例時報2259号（2015年8月）153頁、155頁の注27、同「応用美術」法学教室2016年3月号9頁。

¹¹⁶ 田村善之〔判批〕（木目化粧紙・控訴審）特許研究14号（1992年10月）37頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（上）ビジネス法務15巻10号（2015年10月）46頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピライト2017年8月号頁、清川寛〔判批〕（木目化粧紙・控訴審）村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001年7月・東京布井）132頁。結論において同旨、鈴木香織〔判批〕（無重力状態体験装置・控訴審）日本大学法学部知財ジャーナル7号（2014年3月）89頁の注13。

¹¹⁷ 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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）44-45頁。。

ものであると理解することができる¹¹⁸。

- 5 以上をまとめると、物品の制作者の視点に立って表現媒体となる物品の実質的な制約の有無を吟味すべきとする分離可能性基準を採用したと思われる裁判例のうち、制約の由来、表現媒体となる物品の属する産業分野の捉え方は様々であることが分かる。そもそも文献では、手工芸的なものでさえ、その中にお茶や水を溜めることができるという、実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への制約を大きく受けている壺や茶碗のような立体形状にもかかわらず、通説では一品制作の壺や茶碗のような手工芸的な作品は美術の範囲に属するものとして扱われる¹¹⁹。手工芸的な壺や茶碗は量産される工業製品の関連産業ではなく、手工芸的な産業に属する物品として捉えられるからであろう¹²⁰。かくして表現媒体となる物品に起因する実質的制約を広く認め、影響がわずかでもあるとして美術の範囲の該当性を否定している裁判例もあれば、物品の実用的な機能を発揮させるために立体的なデザインの一部表現においては多少の制約があったとしても、デザイン表現全体にわずかな影響しか与えないことや技術的に不可避ではないことを理由として保護が認められる裁判例もある。こうして、物品の形態がその表現媒体となる物品の実質的な制約に影響されているかどうかという分離可能性に関しては、「純粹美術と同視できる」か否かという抽象的な基準と同様に、広狭、様々な解釈の余地がありうる反面、単独では美術の範囲の該当性の有無の問題を解決する基準として不十分といわざるをえない¹²¹。
- 20 そこで、この問題を解消するために、裁判例は物品の制作者の視点による分離可能性のほかに、ユーザーの視点による美的観賞性基準も併用して、両者を同時に満たすべきものとしている傾向にあると解する読み方¹²²がある。結局のところ、物品の制作者の視点による分

¹¹⁸ 結論において同旨、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規)42-43頁、鈴木香織[判批](無重力状態体験装置・控訴審)日本大学法学部知財ジャーナル7号(2014年3月)89頁。

¹¹⁹ 前掲注0参照。

¹²⁰ この点に関して、本山雅弘「応用美術問題の本質とその展開」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』(2012年5月・日本評論社)304頁、同[判批](激安ファストファッション・控訴審)ジュリスト臨時増刊1479号(2015年4月)279頁、同[判批](激安ファストファッション・控訴審)新・判例解説Watch2015年10月号287頁は、工業上利用することができず、量産性を欠く一品制作のものは意匠法保護対象となり得ず(意匠法3条1項柱書)、著作権法が調整問題なしにその保護を難なく認めやすいとの事情からも支持され得たと指摘している。

¹²¹ 奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I. P. Annual Report 知財年報2009』(商事法務・2009年12月)249-254頁は、米国における概念的分離可能性に関する議論を紹介したうえで、「裁判例、学説ともに収束しておらず、その中身が何であるかは必ずしも明確ではないのが現状である」と指摘している。

¹²² 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6月・弘文堂)573頁は、神戸地姫路支判[仏壇彫刻]、東京高判[木目化粧紙・控訴審]、大阪地判[装飾街路灯・一審](街路灯の立体形状)、仙台高判[ファービー・控訴審]、東京地判[黒烏龍茶]を例として挙げている。すなわち、物品の形態が純粹美術と同視できるというためには、その表現媒体となる物品の実用

離可能性基準というのは、何か客観的な判断基準のようであり、実際には物品の形態の芸術的価値や単に観賞的性質に訴える方向に進むおそれなしとしない¹²³と懸念されている。

第2款 美術の範囲の該当性の問題とせず、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件の判断のみによって結論が出される傾向にある裁判例

一、裁判例

他方では、従来の裁判例に対して、主張されている対象物が物品の形態であっても、判決は応用美術の論点を取り上げず、美術の範囲の要件も問題せずに、他の同種の商品と比較することなど、事案の事実関係に入念に焦点を当てて、個別に具体的な創作性の判断を行うという、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件の判断のみによって結論が出される傾向にある裁判例もいくつかある。

的機能に起因する制約を受けることなく表現され、かつ、その結果として、表現媒体となる物品を離れて、その表現自体がユーザーの観賞の対象となる必要があると説明されている。同旨であるが、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）165頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）103頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁は、東京地判〔アメリカティーシャツ〕、京都地判〔佐賀錦袋帯〕、大阪高判〔ニーチェア・控訴審〕、大阪地判〔装飾街路灯・一審〕（街路灯の立体形状）、大阪高判〔チョコエッグ・控訴審〕、東京地判〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ〕、知財高判〔激安ファストファッション・控訴審〕を例として挙げている。

また、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確定基準—」コピーライト2006年8月号46頁は、〔ファービー・控訴審〕は美的観賞性を明示していないものの、判決においては電子玩具の人形につきセンサーの配置による実用面での制約ゆえに美観がそがれるとして著作物性を否定したと解している。同旨と考えられるものとして、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）166頁の注23、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）104頁の注28、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁の注。

ほかに、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）44頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁は〔ファービー〕は大量生産されるファービーの形態に関して観賞に堪えうる美的なものと評価できないから美術の範囲に属する著作物に当たらないとされる事例であると評している。同旨、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4月・信山社）14、255頁。

結論において同旨のものとして、小川徹〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）日本大学知財ジャーナル9号（2016年3月）103頁（〔激安ファストファッション・控訴審〕について）参照。

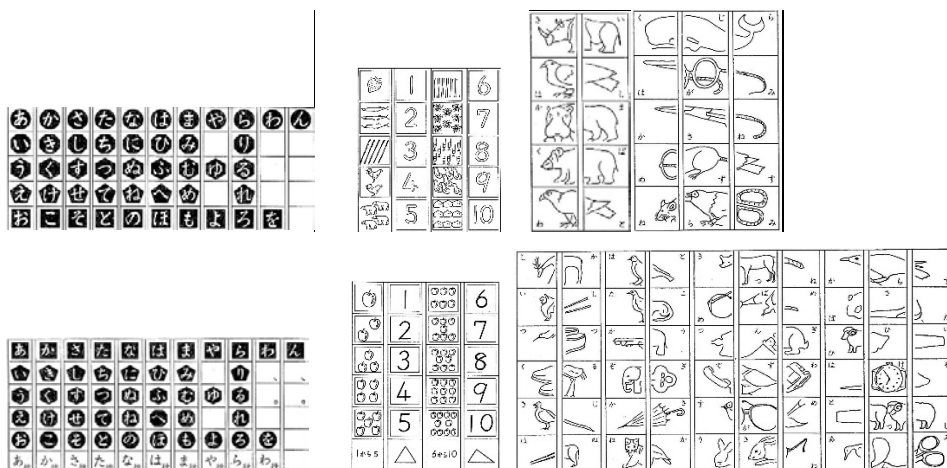
¹²³ 上野達弘司会「早稲田大学・北海道大学グローバル COE ジョイント著作権シンポジウム パネル2 応用美術の法的保護」企業と法創造17号（2009年3月）47-48頁（駒田泰土発言）、駒田泰土「応用美術の著作権保護について—美の一体性の理論に示唆を受けて」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（2009年12月）228頁の注45。

まずは、「平面の視覚表現を物品の表面に付す」のような商品の形態について、東京地判平成元年3月27日無体集21巻1号200頁〔ぺんたくん・一審〕（清永利亮裁判長）、東京高判平成元年12月25日無体集21巻3号1066頁〔同控訴審〕（秋吉稔弘裁判長）は、五角筒柱連結知育玩具「ぺんたくん」の表現において著作物性が認められるのは、五角筒柱のブロックに下記平仮名、数字及び動物等の絵を記載し、これをセットにした平面の表現にあるとしたうえで、原告知育玩具「ぺんたくん」と被告知育玩具とは平面の表現において類似していないものとして、著作権を侵害するものではないとした。そして、横浜市の活性化を図る一環として、横浜市内のバス路線を走る市営バスの車体に横浜市街の特色を打ち出したデザインを施す企画で市営バス一台の車体に描かれた、原告作品について、東京地判平成13年7月25日判タ1067号297頁〔はたらくじどうしゃ〕（飯村敏明裁判長）は、確かに原告作品はバスの車体に描かれたものであるが、それが原告の個性が発揮された美術の著作物であることを認めた¹²⁴。また、幼児向け教育用ビデオ映像のなかで博士をイメージした人物のキャラクターが登場し、商品パッケージや本体ラベルにも描かれている、原告博士絵柄について、東京地判平成20年7月4日裁判所HP〔博士絵柄〕（阿部正幸裁判長）は原告博士絵柄及び被告博士絵柄以外の博士をイメージした七つの博士絵柄と対比して、原告博士絵柄が表現としてありふれているとまでは言えないから、美術の著作物であるとした。ただし、原告博士絵柄と被告博士絵柄とは酷似していないとして、著作権侵害における類似性を否定した。さらに、大阪地判平成25年4月18日裁判所HP〔星座板〕（山田陽三裁判長）は、円形の平面に天空の星を配し、星座線や星座名を記載し、天空における星座の位置等を把握するために用いられる星座盤について、事案の事実関係に入念に焦点を当てて、表現上の選択の幅が狭く、ありふれた又は平凡な表現であって創作性がないから、被告星座板は、表現上の創作性を認めがたい部分において、原告星座板と同一性を有するにすぎないとして、被告の行為は複製に当たらないとした。ほかに、前掲ワイナリーの案内看板について、東京地判平成25年6月5日〔シャトー勝沼Ⅰ・一審〕（大須賀滋裁判長）は他の看板との比較で、原告の案内看板はありふれた表現にすぎないものとして、創作性を否定した。

〔ぺんたくん〕事件（裁判所HP判決別紙より抜粋）

五角筒柱連結知育玩具のブロックに平仮名、数字及び動物等の絵を記載し、これをセットにした平面の表現について
上 原告知育玩具 下 被告知育玩具

¹²⁴ ただし、この市営バスの写真を絵本の表紙に大きく掲げる行為が、当該バスの車体に描かれた絵画の著作権を侵害することになるのかということが争われたところ、判旨は原作品が一般公衆に開放されている屋外や建造物の場所に恒常的に設置されているものを利用して著作権を侵害しない旨、定める著作権法46条を活用して、侵害を否定した。



地裁（清永利亮裁判長） 著作物の創作性肯定、類似性否定

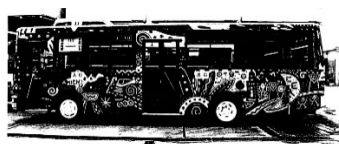
高裁（秋吉稔弘裁判長） 著作物性肯定、類似性否定

5

〔はたらくじどうしゃ〕事件

上 原告作品（裁判所 HP 判決別紙より抜粋）

下 被告書籍（判時 1758 号 142 頁より抜粋）



10

（飯村敏明裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性肯定、46 条権利制限肯定（侵害否定）

〔博士絵柄〕事件（裁判所 HP より抜粋）

15 左 原告博士絵柄 右 被告博士絵柄

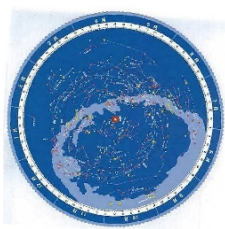
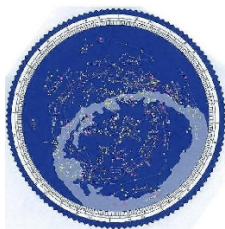




地裁（阿部正幸裁判長） 著作物の創作性肯定、類似性否定

〔星座板〕事件（裁判所 HP より抜粋）

5 左 原告星座板 右 被告星座板



地裁（山田陽三裁判長） 類似性否定

また、主張されている対象物が立体形状に係るものであっても、美術の範囲に属するかどうかをめぐる応用美術の論点を取り上げなかった事案として、京都地判平成7年10月19日知財集〔アンコウ行灯〕（鬼沢友直裁判長）は、器に水を入れ、そこに蠟燭を浮かべて自由に浮遊させ、火の光の陰影効果による神秘的・幻想的な空間を醸し出されている原告行灯が創作的に表現しているものと認め、著作物性を肯定した¹²⁵。また、京都地判平成9年7月17日判例工業所有権法〔ファイブスターのガレージキット・一審〕（井垣敏生裁判長）、大阪高判平成10年7月31日判例工業所有権法〔同控訴審〕（小林茂雄裁判長）は、「ガレージキット」と呼ばれる、マニア向けのキャラクターの立体模型について、創作的表現としての造形物であって、当該キャラクターが描かれた漫画「ファイブスター物語」の登場キャラクターを立体化した二次的著作物にあたるとした。

さらに、科学館や美術館等でのイベントに用いられる空中浮遊の体験型装置「スペースチューブ」について、東京地判平成23年8月19日裁判所 HP〔無重力状態体験装置・一審〕（大須賀滋裁判長）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立体形状の上辺部分の神社の屋根のような美観及び両端部分の日本刀の刃先のような美観の部分の点に独自の美的な要素を有しており、美術的な創作性を認めるとした。また、創作性が認められる部分は、装置の機能から不可避の結果として生じたものではなく、その表現に選択の幅が認められるものであるから、神社の屋根や日本

¹²⁵ ただし、被告行灯と対比し、「容器内部に液体を満たして、その表面上に発光体を浮かべて、一体のものとして幽玄な空間を表現している」という着想が類似しているだけでは著作権侵害を肯定することはできないとしている。

刀のような表現上の特徴として挙げることのできる点はいずれも機能性又は実用性からの帰結にすぎないという被告の主張は当たらないとした¹²⁶。

5 他方、著作物性の否定例として、前掲東京地判平成元年〔ぺんたくん・一審〕（清永利亮裁判長）は、下記実用新案権を有しており、これを商品化した五角筒柱連結知育玩具「ぺんたくん」について、各ブロックを着脱、回転自在に結合して、文字を組み合わせて言葉を作ること、動物の絵を組み合わせて完全な一つの絵にすることができるものであるところ、それ自体あくまでも五角筒柱の形状及び構造が奏する機能であって、著作権法2条1項1号前段にいう「表現」ということはできないとされた。前掲東京高判平成元年〔同控訴審〕（秋吉稔弘裁判長）も、控訴人が思想の表現と主張しているものは結局「ぺんたくん」の五角筒柱の形状及び構造が果たす機能であって、著作権法にいう「思想又は感情を表現したもの」には当たらないとした。また、東京地判平成23年12月26日判時2159号121頁〔編み物及び編み図・一審〕（大須賀滋裁判長）、知財高判平成24年4月25日裁判所HP〔同控訴審〕（塩月秀平裁判長）（一審判決引用）は、手編みのベストについて、「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アなど表現それ自体ではないもの又は表現上の創作性がないものについては、著作物に該当せず、同法による保護の対象とはならない」との一般論を述べたうえで、「形の最小単位は直角三角形であり、この三角形二つの各最大辺を線対称的に合わせて四角形を構成し、この四角形五つを円環的につなげた形二つをさら

10

15

20

につなげた形」と表現される構成は、表現ではなく、アイデアにとどまるものと解されるから、上記の構成を根拠とする原告編み物に著作物性を認めることはできないとした。

〔アンコウ行灯〕事件（裁判所HPより抜粋）

左から原告行灯一の二、原告行灯二、被告行灯イ号



25

（鬼沢友直裁判長） 創作性肯定、類似性否定

〔ファイブスターのガレージキット〕事件

キャラクターの立体模型（レッドミラージュ）¹²⁷

¹²⁶ ただし、被告装置は原告装置の創作性の認められる部分においてこれと異なっており、著作権を侵害するものと認めることはできないとされた。

¹²⁷ http://www.volks.co.jp/fss/hsgk_ledmirage/より、2016年8月11日確認。本件で争点と

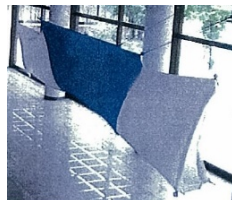
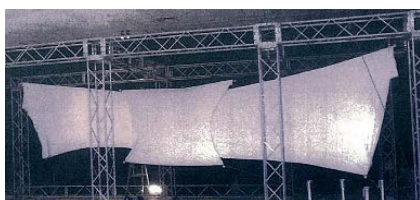


地裁（井垣敏生裁判長） 二次的著作物の創作性肯定
 高裁（小林茂雄裁判長） 二次的著作物の創作性肯定

5 [無重力状態体験装置]（裁判所 HP より抜粋）

左 反訴原告装置

右 反訴被告装置

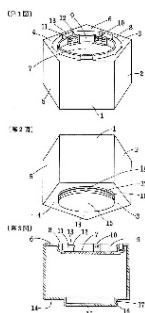


地裁（大須賀滋裁判長） 著作物の創作性肯定、類似性否定
 高裁（滝澤孝臣裁判長） 美術の範囲の該当性（抽象論のみ）、著作物の創作性否定

10

[ぺんたくん] 事件（裁判所 HP より抜粋）

「五角筒柱連結知育玩具」実用新案権（登録番号第 1640353 号）



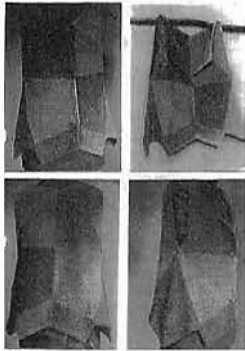
地裁（清永利亮裁判長） 「表現」には当たらない

15 高裁（秋吉稔弘裁判長） 「表現」には当たらない

[編み物及び編み図] 事件（判時 2159 号 131-132 頁より抜粋）

手編みのベストについて

なったキャラクターの立体模型とは若干相違するかもしれない。



地裁（大須賀滋裁判長） 「表現」には当たらない

高裁（塩月秀平裁判長） 「表現」には当たらない（一審判決引用）

5

二、検討

10 [はたらくじどうしゃ] 事件のバスの車体に描かれた絵画的表現、[博士絵柄] 事件の商品パッケージなどに描かれているキャラクターの絵柄については、著作権法 10 条 1 項 4 号の「絵画」という美術として一般に認識されていると解されれば、そもそも美術の範囲に属するものに疑問なしとしていると思われる。また、[アンコウ行灯] 事件において、判旨は原告行灯の器の形状だけでそこに著作物性が認められるのではなく、器に水を入れ、器の形状と器に火を灯しその揺れ動く火の光の陰影効果とが相まって醸し出されている神秘的・幻想的な空間、という視覚表現に創作性を有する著作物であると認定したのである¹²⁸。その意味では物品の形態であっても、それは疑いもなく「絵画」、「彫刻」その他の「美術」として一般に認識されているものであれば、結局、特別な付加条件が必要であるとする区別説であれ、特別な付加条件が不要であるとする非区別説であれ、いずれにせよ、事柄の性質上、どの説を取っても美術の範囲に属するものとなるから、ここで区別説と非区別説との両者を区別する実益はないといえよう¹²⁹。

20 他方、[ぺんたくん] 事件のブロックに描いた平面の表現、[星座板] 事件の星座板、[シヤトー勝沼 I・一審] 事件のワイナリー案内看板について、平面の視覚表現とはいえ、それは疑いもなく著作権法 10 条 1 項 4 号の「絵画」として一般に認識されているものとは言いきれないと思われる。仮にこの見立てが正しいとすると、判旨は「平面の視覚表現を物品の表面に付す」のような物品の形態は平面にも描けるデザインなので、表現内容の実用面・機

¹²⁸ 土門宏 [判批] (アンコウ行灯) 齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号 (第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣) 125 頁参照。

¹²⁹ それに対して、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』(2014 年 6 月・青林書院) 55 頁は、[アンコウ行灯] 事件の照明道具としての行灯の造形について、実用品自体の美術工芸的価値を論じる余地もあったが、当事者間では争点化しなかったために、裁判所も判断していないにすぎない、との異なる見解を示している。

能面に起因する制約を受けても一般のカテゴリの表現と質的に異なるところはないのだから、特に応用美術云々と位置づけることもなく、定型的に「純粋美術」あるいは美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準の下で創作性がありさえすれば、著作物として保護することになるという、特別な付加条件が不要であるとする「非区別説」をとる趣旨だろう。

また、[ファイブスターのガレージキット]、[無重力状態体験装置・一審]では、美術の範囲の要件をどのように解釈するかが明らかにされていないが、いずれも美術の範囲の要件を問題せずに個別の事案の事実関係に入念に焦点を当てて、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件の判断だけで著作物性を肯定したものであるから、物品の立体形状についても視覚表現であるというだけで当然に美術の範囲に属するものという、特別な付加条件が不要であるとする「非区別説」をとる趣旨であろう¹³⁰。ただし、仮に特別な付加条件が必要であるとする「区別説」においても、マニア向けのキャラクターの立体模型は、事案の性質上「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件もクリアすることができると考えれば、結局、いずれにせよ、どの説の立場に立っても、主張されている対象物が美術の範囲に属するものになるという結果は変わらないといえる。

他方、[ぺんたくん]事件の五角筒柱連結知育玩具、[編み物及び編み図]事件の手編みのベストについては、「表現」には当たらないとして、著作物性は否定されるが、要件論としては創作性の判断枠組みで事案の事実関係に入念に焦点を当てて、他の同種の商品と比較することなど、個別に具体的な創作性の判断を行うというよりは、むしろ五角筒柱の立体形状、手編みの衣類であることのみによって、美術の範囲に入らないというほうが理解しやすいといわざるを得ないのではなかろうか¹³¹。

第3款 近時、美術の範囲の該当性の判断はさておき、創作性の判断を先行させた裁判例は有力となりつつある

一、裁判例

上掲美術の範囲の要件の問題とせず、創作性要件の判断のみによって著作物性の有無の

¹³⁰ それに対して、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014年6月・青林書院）56頁は、[ファイブスターのガレージキット]事件のキャラクターの立体模型の造形について、キャラクターの立体化の過程における創作性が争点であるが、応用美術の点は争点化されていないにすぎない、との異なる見解を示している。

¹³¹ それに対して、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014年6月・青林書院）55頁は、大量生産される多角筒柱幼児用玩具について、実用品自体の美術工芸的価値を論じる余地もあったが、当事者間では争点化しなかったために、裁判所も判断していない、との異なる見解を示している。

判断が出される傾向にある裁判例と、具体的な判断手法としては他のものと比較したなど、事案の事実関係に入念に焦点を当てる創作性を持ち出す点において同様であるが、美術の範囲の要件をどのように判断するかをも意識したが、当てはめの際に美術の範囲の該当性の判断はさておき、個別具体的な創作性の要件を先に検討し、一般のカテゴリの表現と同様の創作性基準を採用した裁判例は有力となりつつある。

最初現れ始めたのは、著作物性の肯定例として東京地判平成22年7月8日裁判所HP〔表紙図版〕〔阿部正幸裁判長〕は、書籍の表紙に、正方形と線の配列等のイラストによって構成された表紙図版について、美術の範囲の要件より具体的な創作性の要件を先に検討した結果、創作的に表現されたものであると認めたうえで、「原告図版は原告書籍の表紙のデザインとして用いられており、いわゆる応用美術と評価されるものであるから、著作権法上の著作物には該当しない」という被告主張を否定し、当該表紙図版は「純粋美術」の著作物にあたるとした。また、スケッチするようなタッチで描かれた練習用箸のデザイン画について、前掲東京地判平成28年〔エジソンのお箸・一審〕〔嶋末和秀裁判長〕は、前述した練習用箸の立体形状に対するように美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定することではなく¹³²、美術の範囲の該当性の判断はさておき、個別具体的な創作性、さらに類似性の要件を先に検討した結果、「仮に原告の指摘する影の表現等の絵画的な特徴をもって創作性を認めるとした場合、その特徴は被告各商品には何ら現れていないから」、被告練習用箸の商品が原告デザイン画の複製にも翻案にも当たらないとした。同様に前掲知財高判平成28年〔同控訴審〕〔鶴岡稔彦裁判長〕は事案の事実関係に入念に焦点を当てて、原告の主張は表現上の創作性がない部分において同一性を主張するにすぎないものとして、著作権侵害における類似性を否定した。

他方、結果として原判決である前掲東京地判平成28年〔ゴルフシャフト図柄・一審〕と同じく著作物性を否定し、控訴棄却という結論になったが、知財高判平成28年12月21日裁判所HP〔ゴルフシャフト図柄・控訴審〕〔清水節裁判長〕は、著作権法による保護を求める場合には、「美術の著作物である以上、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならない」が、実用的機能を有することを理由として一律に著作物性を否定することは相当ではなく、高い創作性の判断基準を設定することも相当とはいえないと判示したうえで、前掲ゴルフクラブのシャフトの外装デザイン及びその原画、カタログデザインについて、美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した原判決と違って、美術の範囲の該当性の判断はさておき、個別具体的な創作性の要件を先に検討した結果、問題となったゴルフシャフトの外装デザイン等を縞模様とし、縞の幅を変化させ、縞の色として赤、黒及びグレーを選択したことは、被告シャフト以外にもシャフトのデザイン

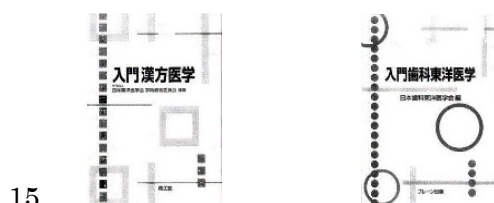
¹³² ただし、スケッチするようなタッチで描かれたデザイン画は著作権法10条1項6号「学術的な性質」を有する図面とはいえないとした。

に用いられた例がある上に、様々な物のデザインとして頻繁に用いられるから、ありふれているとして、著作物としての創作性は認められないとした。

- ほかに、「純粋美術と同視できる」との特別な付加条件が必要とるように見受けられるが、前掲大阪地決昭和 45 年〔天正菱大判〕（大江健次郎裁判長）は、「多量生産を予定している美術工芸品であっても、それが『高度の芸術性』を備えているときは、著作権の対象となりうる」としつつも、美術の範囲の該当性の判断はさておき、具体的な創作性の要件を先に検討した結果、申請人の大判商品の模様については、既存の天正菱大判に接して、それをなぞっていながら、軽微な変更を加えただけで、（二次的著作物の）創作性に関する点では模造品の域を出ないものと結論した。結局、「高度の芸術性」を求めるのは抽象論というべきものである。

〔表紙図版〕事件（TKC 判決別紙より抜粋）

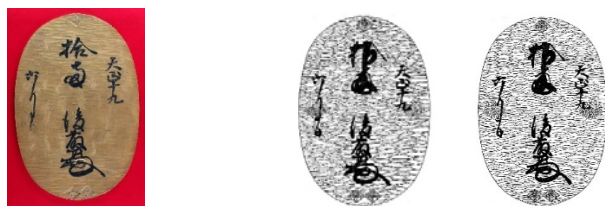
左 原告表紙図版 右 被告表紙図版



（阿部正幸裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性肯定、類似性肯定

〔天正菱大判〕事件（天正菱大判は造幣局造幣博物館 HP¹³³より、申請人・被申請人の大判は裁判所 HP より抜粋）

- 20 左から、天正菱大判、申請人大判、被申請人大判



（大江健次郎裁判長） 美術の範囲の該当性（抽象論のみ）、二次的著作物の創作性否定

- 25 そして、主張されている対象物が立体形状に係るものであっても、東京高判平成 13 年 5 月 30 日判タ 1106 号 210 頁〔キューピー I（キューピー株式会社）・控訴審〕（篠原勝美裁判長）、東京高判平成 13 年 5 月 30 日判タ 1106 号 210 頁〔キューピー II（日本興業銀行）・

¹³³ http://www.mint.go.jp/enjoy/plant-osaka/plant_newexhibition_3.html、2016 年 7 月 7 日確認。

控訴審] (篠原勝美裁判長) は、玩具工場から大量に複製頒布されたキューピー人形のひな型である、手作りの原告キューピー人形について、美術の範囲の要件より具体的な創作性の要件を先に検討した結果、原告キューピー人形は、同著作者ローズ・オニールによって 1903 年及び 1905 年に創作された先行著作物のキューピーイラストを変形して立体的に表現した
5 という点において新たな創作性が付与されたものであって、原著作物であるキューピーイラストの二次的著作物として創作性を有すると判示したうえで、原告キューピー人形は大量に複製頒布されたとしても、このことによってその著作物性が喪失すると解すべき理由はないから、応用美術にあたるから著作権法による保護を受けることはできないという被告の主張を否定した¹³⁴。

10

また、知財高判平成 27 年 4 月 14 日裁判所 HP [TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審] (清水節裁判長) は、抽象論としてはじめて応用美術について通常より高度な創作性を要求すべきではなく、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準をとるべきことを明示するとともに、具体的な当てはめにおいても、美術の範囲の該当性の判断はさておき、具体的
15 な創作性の要件を先に検討した結果、前掲二本足の幼児用椅子については、他社製品との比較で、椅子としての実用的な機能を実現するための制約により、選択の余地なく必然的に導かれるものとはいえず、創作的に表現した「美術」の著作物であることを認めた¹³⁵。清水裁判長が担当した事件であるが、知財高判平成 28 年 11 月 30 日裁判所 HP [加湿器・控訴審] は抽象論として美術の範囲の該当性を肯定するためには美的鑑賞の対象となり得る特
20 性をもって当てるべきである旨が説かれるが、[TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審] と同じ、高い創作性の有無の判断基準を設定することは相当とはいえないとの一般論を述べたうえで、原告加湿器はありふれた形態であることを理由に、美術の範囲の要件を検討するまでもなく、著作物であるとは認められないとした。もっとも、上記同じ清水裁判長が担当した
25 [TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審]、[加湿器・控訴審] は椅子や加湿器のような、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている工業製品にも、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準によるべきことであるが、それでもなお、著作物の成立要件として機能させる、著作権法 2 条 1 項 1

¹³⁴ ただし、原告キューピー人形が原著作物であるキューピーイラストを立体的に表現した点においてのみ創作性を有し、その余の部分に著作権は及ばないから、被告人形及びイラストは、原告キューピー人形の複製物又は翻案物に当たらないとした。

なお、原判決の東京地判平成 11 年 11 月 17 日判タ 1019 号 255 頁 [キューピー I (キューピー株式会社)・一審] (飯村敏明裁判長)、東京地判平成 11 年 11 月 17 日判タ 1019 号 255 頁 [キューピー II (日本興業銀行)・一審] (飯村敏明裁判長) は原告キューピー人形について、立体的な人形とした点で、同著作者ローズ・オニールがその制作に先立って創作したキューピーイラストの二次的著作物に当たるものとした。応用美術の論点を取り上げず、美術の範囲の要件も問題せずに事案の事実関係に入念に焦点を当てて、個別に具体的な創作性判断を行うという、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件の判断のみによって結論が出される裁判例であった。

¹³⁵ ただし、被告製品との類似性を否定し侵害は認めなかった。

号の後段要件「美術の範囲」をどのように解釈するかが明らかにされていない¹³⁶。

さらに、「純粋美術と同視できる」との特別な付加条件が必要とるように見受けられる裁判例のうち、知財高判平成24年2月22日判タ1404号287頁〔無重力状態体験装置・控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）は、応用美術が「純粋美術や美術工芸品と同視することができるような美的特性を備えている場合に限り、著作物性を認めることができる」と前置きしながらも、当てはめ部分を見ると、美術の範囲の要件より具体的な創作性の要件を先に検討した結果、前掲空中浮遊の体験型装置「スペースチューブ」について、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るから、装置の機能や当該機能を発揮させるための構成等にすぎず、また、原判決の前掲東京地判平成23年〔無重力状態体験装置・一審〕が著作物の創作性を認めた上辺部分の神社の屋根のような美観や両端部分の日本刀の刃先のような美観を仮に観察できたとしても、創作性を否定した。結局のところ、控訴審判決は原判決と同じ、空中浮遊の体験型装置の実用的な機能を実現するための大きな制約を受けている「スペースチューブ」に対して表現の選択の幅に焦点を当てて、具体的な創作性の要件の判断により著作物性を否定したもの¹³⁷であり、その応用美術が美術の範囲に属するか否かの判断基準として「純粋美術や美術工芸品と同視できる美的特性」に関する説示は抽象論にすぎない。

〔キューピーⅠ〕、〔キューピーⅡ〕事件（裁判所HPより抜粋）

¹³⁶ この点に関して、〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕を担当した清水裁判長は、美術の著作物なのであるから、「美的」な要素はどう判断するのかという点が、この判決の中では述べられておらず、それが今後の課題ということになることを述べている。清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピーライト663号（2016年7月）16、18頁。また、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）111頁は、〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕は美術の範囲の要件については判断をしていないため、その趣旨が応用美術であれば当然に美術の範囲に属するものかとは判然としないと指摘している。

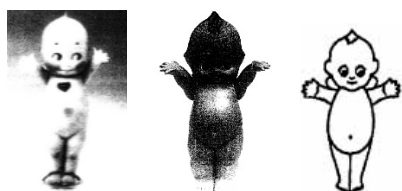
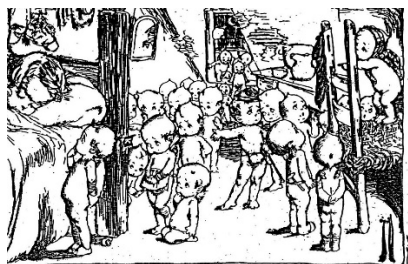
他方、横山久芳〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）35頁は高度な創作性という特殊な基準は不要であることを明らかにした点は評価に値するが、美術の範囲の要件の充足性を検討することなく、創作性があることのみをもって著作物性を肯定した判旨には疑問が残ると、判決を批判している。同旨、本山雅弘〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）新・判例解説 Watch TKC ローライブラリー（2016年1月）3頁。

¹³⁷ 結論において同旨、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）105頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁。

それに対して、香原修也〔判批〕（無重力状態体験装置・控訴審）パテント66巻14号（2013年12月）121頁は、控訴審判決はスペースチューブの著作物性判断において、その各構成要素の機能的な側面について個別に注目して「創作性はない」と判断したが、スペースチューブにかかる表現を全体として捉えていないことから問題があるため、控訴審判決がスペースチューブの著作物性を否定した直接的な根拠が、創作性の否定にあるのか、それとも実用性ゆえに美術範囲の否定にあるのかは明らかでない、との異なる見解を唱えている。

上 先行著作物キューピーイラスト

下 左から 原告キューピー人形、被告キューピー人形、被告イラスト



- 5 地裁（飯村敏明裁判長） 二次的著作物の創作性肯定・類似性否定
高裁（篠原勝美裁判長） 二次的著作物の創作性肯定・類似性否定

二、検討

- 10 [天正菱大判] 事件の大判の模様、[表紙図版] 事件の書籍の表紙図版、[エジソンのお箸] 事件の練習用箸のデザイン画、[ゴルフシャフト図柄・控訴審] 事件のはゴルフシャフトの外装デザイン等について、平面の視覚表現とはいえ、それは疑いもなく著作権法 10 条 1 項 4 号の「絵画」として一般に認識されているものとは言い切れないと思われる。仮にこの見立てが正しいとすれば、判旨は「平面の視覚表現を物品の表面に付す」のような物品の形態
- 15 は平面にも描けるデザインなので、表現内容の実用面・機能面に起因する制約を受けても一般のカテゴリの表現と質的に異なるところはないのだから、特に応用美術云々と位置づけることもなく¹³⁸、定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準の下で創作性がありさえすれば、著作物として保護することになるという、特別な付加条件が不要であるとする「非区別説」をとる趣旨であろう。

20

他方、[キューピー] 事件のキューピー人形については、著作権法 10 条 1 項 4 号の「彫刻」として一般に認識されていると解されれば、そもそも美術の範囲に属するものに疑問なしとしていると思われる。その意味では物品の立体形状であっても、それは疑いもなく「彫刻」という美術として一般に認識されているものであれば、結局、特別な付加条件が必要で

¹³⁸ それに対して、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014年6月・青林書院）57頁は、書籍の表紙のデザインも実用に供され量産される物品に関連する表現で応用美術に属するが、物品の実用的な機能による制約が少なく、かつ意匠法との保護の重複の問題が生じ難いから、応用美術とし扱いが純粋美術に準じるのが正確であると、原告表紙図版を純粋美術に当たるとした判決を批判している。

あるとする「区別説」であれ、特別な付加条件が不要であるとする「非区別説」であれ、いずれにせよ、事柄の性質上、どの説を取っても美術の範囲に属するものとなるから、ここで区別説と非区別説との両者を区別する実益はないといえる。

- 5 問題になるのは、[TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審]の原判決である前掲東京地判平成26年4月17日[TRIPP TRAPP (椅子) II・一審](長谷川浩二裁判長)、前案の東京地判平成22年11月18日裁判所HP[TRIPP TRAPP (椅子) I](阿部正幸裁判長)、[加湿器・控訴審]の原判決である前掲東京地判平成28年1月14日[加湿器・一審](長谷川浩二裁判長)は、
- 10 いずれも従来裁判例に倣って、椅子、加湿器という機能的な工業製品の立体形状につき、個別の事案の事実関係に入念に焦点を当てることなく、美術の範囲の要件を活用して定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定したことに対して、知財高判[TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審]、知財高判[加湿器・控訴審]はこうした従来裁判例とは対照的に、「美術の範囲」をどのように解釈するかが明らかにされていないが、美術の範囲の該当性の判断はさておき、先に具体的な創作性判断を行った。結果としてスティック状加湿器
- 15 の創作性を否定したことや、二本足の幼児用椅子の著作物性を肯定したとしても類似性について否定したことになり、結局はいずれも控訴棄却という結論になったが、具体的な判断手法としては、事案の事実関係に入念に焦点を当て、他の同種の商品と比較することなど、個別に具体的な創作性判断をなしている点から見れば、新たな解釈を提示したものといえる。つまり、椅子、加湿器等、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立
- 20 体的なデザインの表現が大きく制約されている工業製品の取扱いに関しても、定型的に美術の範囲の該当性を否定することではなく、美術の範囲の該当性の判断はさておき、創作性の判断を先行させたうえで、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準を採用した非区別説に近い判断手法であろう¹³⁹。

¹³⁹ [TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審]は立体的なデザインの表現が大きく制約されている工業製品の取扱いについて、定型的に美術の範囲に属するものを前提とした裁判例であると解する見解として、中川隆太郎[判批](TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審)コピライト2015年9月号34-35、41頁、森本晃生[判批](TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審)パテント68巻10号(2015年10月)72頁、角田政芳[判批](激安ファストファッション)A. I. P. P. I 58巻12号(2013年12月)頁、同[判批](激安ファストファッション・控訴審)DESIGN PROTECT 106号(2015年6月)13頁、19頁の注14、奥邨弘司「応用美術」法学教室2016年3月号11頁、今井弘晃「講演録 最近の著作権裁判例について」コピライト2016年3月号5-6頁。

なお、奥邨弘司[判批](激安ファストファッション・控訴審)判例時報2259号(2015年8月)154頁、中川隆太郎[判批](TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審)コピライト2015年9月号41-42頁は[TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審]は、機能・アイデアの抽象度を「幼児が座る椅子」という不必要に高めに設定した結果、機能に係る制約があっても選択の余地があるから創作的であるとの結論に至ってしまっているが、そこで選択の余地があるとされているのは、表現ではなくて、アイデアに過ぎないのであるから、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準でも、問題となった幼児用椅子の形態は実用目的に必要な構成そのものに過ぎず、著作物性を認めるためには、必要な形態を超えたものが求められると述べ、判決を批判した。

〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅰ〕事件（裁判所 HP 判決別紙より抜粋）

左 原告椅子 右 被告椅子



（阿部正幸裁判長） 美術の範囲の該当性否定

5

第4款 小括一揺れる司法判断

10 美術の範囲の該当性の判断を避けているが、少なくとも椅子、加湿器等、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている工業製品の取扱いに関しても、定型的に美術の範囲の該当性を否定しない、清水裁判長が担当した知財高判〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕、知財高判〔加湿器・控訴審〕をきっかけとして、学説でも、創作性を有する限り、広く著作物として保護すべきであるとする非区別説の見解¹⁴⁰は、近時、有力となりつつある。今後、裁判所が応用美術として物品の形

¹⁴⁰ 河野愛「デザインの法的保護」エコノミア 40 巻 4 号（1990 年 3 月）12 頁、満田重昭「著作権と意匠権の累積」森泉章ほか編『民法と著作権法の諸問題 半田正夫教授還暦記念論集』（1993 年 2 月・法学書院）636-637 頁、富岡英次「応用美術、商品化権、キャラクター」西田美昭ほか編『民事弁護と裁判実務 8』（ぎょうせい・1998 年 4 月）610-611 頁、応用美術委員会編『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003 年 3 月・著作権情報センター）（野一色勲執筆）157 頁は、「文芸、学術、美術または音楽の範囲に属する」という文化の範囲の要件は、知的文化的精神活動の所産全般を指すものにすぎないから、そのうち「美術の範囲」という「美術」の語の意味も、知的文化的精神活動の所産全般として一括された意味で、著作権法 2 条 2 項、10 条 1 項 4 号の「美術の著作物」の「美術」の語よりも広義に解されるべきであるから、あらゆる視覚的な表現は「美術の著作物」に該当しないと、それを以って著作物の成立要件とされている美術の範囲に属するものにも該当しない、とすることは論理的でない、との見解を示している。

同旨のものとして、劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性（二・完）」知的財産法政策学研究 7 号（2005 年 5 月）195-196、198 頁、同上野達弘司会「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 17 号（2009 年 3 月）67 頁（劉曉倩発言）、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）279 頁（ただし、美術の著作物としての「美的創作性」の判断は、表現の選択の幅に焦点を当てて、他の同種の商品と比較することなど、実用性による制約の有無を吟味し、個別に具体的な創作性判断を行うべきである。そして、結果的に表現上の制約が強いものについてはより高度な創作性がなければ著作権法の保護を否定すべきであるとする）、斉藤博『著作権法』（第 3 版・2007 年 4 月・有斐閣）85-88 頁、同『著作権法概論』（2014 年 12 月・勁草書房）43 頁、松尾和子〔判批〕（ニーチェア・上告審）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大系Ⅲ』（2009 年 10 月・青林書院）133-135 頁、駒田泰士「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（2009 年 12 月）227-229 頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント 64 巻 1 号（2011 年 1 月）57-59 頁、市村直也「デザインと著作権」NBL1020

態についても広く著作物性を認めるようになるのか、注目を集めている。

もつとも、知財高判〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕の前、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁〔激安ファストファッション・控訴審〕（設楽隆一裁判長）は、ファッションショーにおけるモデルに施された化粧や髪型のスタイリングについて、物品の形態ではないにもかかわらず、応用美術の問題と捉えた上で、「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件をメルクマールとして、個別の事案の事実関係に入念に焦点を当てることなく、美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えていないから、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した¹⁴¹。また、知財高判〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕の後、前掲東京地判〔加湿器・一審〕、東京地判〔エジソンのお箸・一審〕、大阪地判〔Chamois（ランニングシャツ）〕は、加湿器や練習用箸という機能的な工業製品や衣服の立体形状について、知財高判〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕の説示に従わず、むしろ従来通りの、特別な付加条件が必要であるとする区別説の立場に戻って、個別の事案の事実関係に入念に焦点を当てることなく、美術の範囲の要件を活用して美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えていないから、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した。知財高裁の裁判例のレベルにおいても、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状について、〔エジソンのお箸・一審〕の判決理由を引用した知財高判〔エジソンのお箸・控訴審〕は〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕と異なる判断基準が示されたので、裁判例は分かれており、一枚岩わけではない。その後、清水裁判長が担当した〔加湿器・控訴審〕、〔ゴルフシャフト図柄・控訴審〕はまたも〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕の説示に従って、美術の範囲の該当性の判断はさておき、先に具体的な創作性判断をなしている立場に戻ったが、〔TRIPP TRAPP（椅子）

号（2014年3月）21-22頁、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（別冊11号）（2014年3月）114-115頁、半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）93頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁、半田正夫「応用美術の著作物性について」青山法学論集第32巻第1号（1990）45-65頁、同「転機にさしかかった著作権制度」（1994年11月・一粒社）2-18頁、半田正夫・仙元隆一郎〔判批〕（ファービー・控訴審）知財管理2002年12月号1863頁、野一色勲「著作物における表現の創作性」知的財産法研究44巻1号（2003年）1-21頁、同『『美術の著作物』と『美術の範囲に属するもの』の『美術』の語義の相違』牛木古稀 pp425467（2005）、本山雅弘〔判批〕Law & Technology 32号（2006年）94頁、角田政芳〔判批〕（激安ファストファッション）A.I.P.P.I 58巻12号（2013年12月）頁、同〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）DESIGN PROTECT 106号（2015年6月）15頁。

¹⁴¹ 〔激安ファストファッション・控訴審〕に依拠して、知財高裁のレベルで裁判例は一枚岩というわけではないことを評価するものとして、田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）99頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）111頁、今井弘晃「講演録 最近の著作権裁判例について」コピーライト659号（2016年3月）6、24頁。

Ⅱ・控訴審]に比すると、具体的な創作性の要件を先に検討した結果、著作物としての創作性を否定しているものの、知財高判[加湿器・控訴審]、知財高判[ゴルフシャフト図柄・控訴審]は抽象論として、美術の範囲に属するものの外延を画するのに、美的鑑賞の対象となり得るような特性をもって当てるべきである旨が説かれるとともに、かりに創作性が肯定されたとしても、別途、「美的特性」を備えているか否かの吟味は行われうることが示唆されているところに「区別説」に対する配慮を伺うことができない¹⁴²。そもそも[TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審]を担当した清水裁判長は、美術の著作物の「美的」な要素はどう判断するのかという点がこの判決の中では述べられておらず、それが今後の課題を自認していること¹⁴³から、美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定する方策を抽象論としては否定していないという理解¹⁴⁴も一理ある。

ただし、物品の形態の取扱いに関して、個別の事案の事実関係に入念に焦点を当てることなく、美術の範囲の要件を活用して物品の形状であることのみを理由として定型的に美術の範囲の該当性ないし著作物性を否定することができれば、そもそもあえてこうした従来の裁判例とは対照的に、美術の範囲の要件より先に具体的な創作性要件の判断を行うことは通常考え難い。著作物の創作性が否定されたとした知財高判[加湿器・控訴審]、知財高判[ゴルフシャフト図柄・控訴審]のような事例ならばともかく、かりに事案の事実関係に入念に焦点を当て、個別に具体的な創作性を肯定した後、別途、美術の範囲に属しているか否かの判断に当たって、従来通り、物品の形状であることのみを理由として定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定するとは思わない。実際創作性の要件の検討を先に行った裁判例のうち、創作性の要件を満たすことを認定したにもかかわらず、美術の範囲(あるいは美術の著作物)に属さないものとして結局著作物性を否定したものはあったが、前掲京都地判平成元年6月15日[佐賀錦袋帯]、前掲東京地判平成2年7月20日[木目化粧紙・一審]、[チョコエッグ](一審では、「動物フィギュア」「妖怪フィギュア」について「美術の著作物」には該当しないとされた。控訴審では、「動物フィギュア」「アリスフィギュア」について「美術の著作物」には該当しないとされた)、極めて稀な例外しかない。

また、前掲知財高判平成28年[エジソンのお箸・控訴審](鶴岡稔彦裁判長)は練習用箸という機能的な工業製品について、確かに美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した原判決の前掲東京地判平成28年[エジソンのお箸・一審]の判決理由を引用したが、駄目押しの付言されているに止まるものであろうか、原審に判断されなかった創作性について、同種の練習用箸の他社製品と比較したうえで、原告

¹⁴² 田村善之[判批](加湿器・控訴審)WLJ判例コラム93号(2017年1月)12頁(http://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20170110.pdf、2017年1月10日確認。)

¹⁴³ 前掲注0参照。

¹⁴⁴ 田村善之[判批](加湿器・控訴審)WLJ判例コラム93号(2017年1月)12頁(http://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20170110.pdf、2017年1月10日確認。)

製品は特徴的であるとまではいえず、著作物としての創作性を認めないと判断した。原判決を引用したうえで、なお他社製品との比較で具体的な創作性の要件を検討し、創作性をも否定する付加判断は傍論であるかもしれないが、控訴審判決が自ら書いた判決理由である「原告各製品が他社製品（甲 16～26）と比較して特徴的であるとまではいえず、まして美的鑑賞の対象となり得るような何らかの創作的工夫がなされているとは認め難い」という部分
5 「よって・・・創作性を認めることはできない」とあるが、最後に「総合的に見ても何ら美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えるものではない」と結論した。鵜的なので、どうにも捉えにくい判決ではあるが、それでも、他社製品との比較で、創作性を否定していることからすれば、同判決は原判決のように物品の形状ということだけをもって、定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定するのではなく、他の同種の商品と比較した創作性を持ち出しており、結局、具体的な判断手法としてはむしろ、同じ清水裁判長が担当した知財高判 [TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審]、知財高判 [加湿器・控訴審]、知財高判 [ゴルフシャフト図柄・控訴審] 寄りに傾斜しているように思う。

15 以上をまとめると、同じ清水裁判長が担当した知財高判 [TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審]、知財高判 [加湿器・控訴審]、知財高判 [ゴルフシャフト図柄・控訴審]（また、寄りに傾斜しているように思う知財高判 [エジソンのお箸・控訴審]（鶴岡稔彦裁判長））は物品の形態に関して、東京地判 [TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・一審]、東京地判 [加湿器・一審]、
20 東京地判 [ゴルフシャフト図柄・一審]、東京地判 [エジソンのお箸・一審]、大阪地判 [Chamois（ランニングシャツ）] などの従来との区別説との立場を一変させ、具体的な判断手法としては、美術の範囲の該当性の判断はさておき、先に具体的な創作性の要件の判断をなすべきであるという新たな解釈を提示しているが、当てはめにおいては、著作物としての創作性あるいは類似性が認められないため、美術の範囲はどう判断するのかという点が、明らかされていない。当面の間、裁判例にて清水裁判長が担当した上記控訴審判決に追従する流れが生じるのか、あるいは東京地判 [TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・一審]、東京地判 [加湿器・一審]、
25 東京地判 [ゴルフシャフト図柄・一審]、東京地判 [エジソンのお箸・一審]、大阪地判 [Chamois（ランニングシャツ）] のように従来通りの区別説の立場に戻るかが不明¹⁴⁵であるが、この

¹⁴⁵ 中川隆太郎 [判批] (TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審) コピライト 2015 年 9 月号 43 頁、奥邨弘司「応用美術」法学教室 2016 年 3 月号 12 頁、今井弘晃「講演録 最近の著作権裁判例について」コピライト 659 号 (2016 年 3 月) 24 頁。

他方、角田政芳 [判批] (激安ファストファッション) A. I. P. P. I 58 巻 12 号 (2013 年 12 月) 頁、同 [判批] (激安ファストファッション・控訴審) DESIGN PROTECT 106 号 (2015 年 6 月) 15-16 頁は [TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審] は表現物が美術の著作物に該当するかどうかについては、純粋美術と応用美術に分けたり、実用品であるかを基準としたり、することによって分ける判断基準を採用しないという裁判例の到達点に達している、と評している。

それに対して、[TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審] に例外的な判決と位置付ける見解として、橋谷俊 [判批] (1) (激安ファストファッション・控訴審) 知的財産法政策学研究 47 号 (2015 年

点も含めて引き続き裁判例の動向を注視する必要がある。

第2項 判決の結果からみた物品形態の類型ごとに異なる判断手法をとる傾向

- 5 ここまで本稿は、各判決の文言に着目して裁判例を分類してきた。物品の形態が著作物であるかどうかに関する裁判例は、直近の清水裁判長が担当した上記の控訴審判決を除いて、特別な付加条件が必要であるとして、「純粋美術と同視できる」物品の形態に限って著作権法の保護対象となるとする点ではおおむね一致しているが、個々の事件における判断基準は同一とはいえない。この点に関して、個別の事案における当事者の主張、物品の形態の特徴等やそれぞれの事件ごとの具体的結果の妥当性が考慮されたのである¹⁴⁶との説明は一理あるが、裁判例の当てはめ部分を見ると、美術の範囲の該当性ないし著作物性の有無を分けたメルクマールが必ずしも明確ではなく、判断のばらつきを説明できない事例が多く、理論的に一貫した説明がしにくいように見受けられる。
- 10
- 15 しかし、多くの判決は簡略すぎで情報をなんら伝えていないし、各判決の判断基準に関する説示自体も多義的であり、解釈の余地を残している。また、そもそも抽象論としての判断基準の設定は、必ずしもその判決結果と関連しているわけでない。裁判例の実像を探るためには、物品の形態に対する個々の判決の美術の範囲の該当性ないし著作物性の有無の具体的な当てはめを検討することが肝要となる。そのため、物品の形態が美術の範囲に属する著作物というためには、判断基準の個別的な説示そのものではなくて、それを適用した判決の結論に従って物品の形態の美術範囲ないし著作物性の有無の分岐点に着目すると、以下のように裁判例には具体的にどのような事案で肯定され、どのような事案で否定されるのかという点で、物品形態の類型ごとに異なる判断手法をとる、という統一的な傾向が存在し、裁判例が分かれていないと理解することができる。すなわち、物品の形態の美術範囲ないし
- 20
- 25 著作物性の有無が争点となった裁判例は、①平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態や物品の図面自体（第1類型）、②表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状、物品の立体形状（第2類型）、③第2類型以外の物品の立体形状又はそのようなものを第2類型の物品に単に付すような立体形状（第3類型）、という物品の形態のタイプによって分類できるように、物品形態の類型ごとに異なる判断手法をとる傾向にある¹⁴⁷。
- 30

11月）396-397頁を参照。

¹⁴⁶ 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・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）169頁参照。

¹⁴⁷ それに対して、結論において物品区分ごとに裁判例の判断手法が異なるとする見解として、応用美術委員会編『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003年3月・著作権情報センター）122-132頁（岡邦俊執筆）参照。

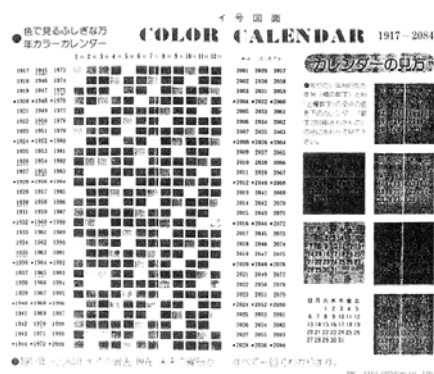
第1款 第1類型—平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態や物品の図面
自体

裁判例の事案とその結論から分類していくと、まず、平面の視覚表現を物品の表面に付す
5 ような形態や物品の図面自体の美術の範囲の該当性の有無判断に関しては、肯定例と否定
例が相半ばしている結果が得られた。美術の範囲の要件の問題とせず、あるいはそれより個
別具体的な創作性の要件を先に検討する裁判例を含む、実質上美術の範囲の該当性の肯定
10 例として、以下の事案がある。①大判の模様（前掲大阪地決昭和45年〔天正菱大判〕。ただ
し、創作性否定）、②サーファーの姿を描いたティーシャツの図柄（前掲東京地判昭和56年
4月20日〔アメリカティーシャツ〕（秋吉稔弘裁判長））、③五角筒柱連結知育玩具のブロッ
クに平仮名、数字及び動物等の絵を記載し、これをセットにした平面の表現（前掲東京地判
平成元年〔ぺんたくん・一審〕、前掲東京高判平成元年〔同控訴審〕（一審判決引用））、④装
飾街路灯を商店街に配置した完成予想図（前掲大阪地判平成12年6月6日〔装飾街路灯・
一審〕（小松一雄裁判長））、⑤横浜市街の活性化及びその特色を打ち出す目的として、横浜
15 市営バスの車体に描かれた絵画的表現（前掲東京地判平成13年〔はたらくじどうしゃ〕）、
⑥便箋の金魚と水草、スイカ、花火、猫の絵柄（前掲東京地判平成15年〔レターセット（便
せん絵柄）〕）、⑦商品パッケージや本体ラベルに描かれている博士絵柄（前掲東京地判平成
20年〔博士絵柄〕）、⑧星座板（前掲大阪地判平成25年〔星座板〕。ただし、類似性否定）、
⑨書籍の表紙図版（前掲東京地判平成22年〔表紙図版〕）、⑩ワイングラスの図柄と文字で
20 構成されるワイナリーの案内看板（前掲東京地判平成25年〔シャトー勝沼Ⅰ・一審〕、前掲
知財高判平成25年〔同控訴審〕、前掲知財高判平成26年〔シャトー勝沼Ⅱ・控訴審〕。ただ
し、創作性否定）、⑪スケッチするようなタッチで描かれた練習用箸のデザイン画（前掲東
京地判平成28年〔エジソンのお箸・一審〕、前掲知財高判平成28年〔同控訴審〕。ただし、
類似性否定）、⑫ゴルフクラブのシャフトを平面に展開した外装デザイン及びその基となっ
25 た原画並びにカタログデザイン（前掲知財高判平成28年〔ゴルフシャフト図柄・控訴審〕。
ただし、創作性否定）。

他方では、美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないものとして著作物性を否
定するように見受けられる事例としては、以下の事案がある。①考案に基づく実施品として
30 作成したものであって、七色を採用したことによって、中段部分の長方形の配列が七色に彩
られ、下段部分の七個の月暦が七色に塗り分けられることとなっている、万年カレンダーに
ついて、鑑賞の対象となるものとはいえないとして、美術の範囲の該当性を否定しつつ、念
のために虹の七色に類する七色を採用することは何人も思いつくことであるから、こうし
た色の選択にも何ら独創性を見出すことはできないことを理由に創作性もを否定した、大
阪地判昭和59年1月26日無体集16巻1号13頁〔万年カレンダー〕（潮久郎裁判長）、②
35 着物の帯の模様（前掲京都地判平成元年6月15日〔佐賀錦袋帯〕（露木靖郎裁判長））、③家

- 具に貼付される木目化粧紙の模様（前掲東京地判平成2年7月20日〔木目化粧紙・一審〕（清永利亮裁判長）、前掲東京高判平成3年12月17日〔同控訴審〕（竹田稔裁判長））、④装飾窓格子の原図自体（前掲東京地判平成4年1月24日〔装飾窓格子の原図・一審〕（一宮和夫裁判長）、前掲東京高判平成4年9月30日〔同控訴審〕（牧野利秋裁判長））、⑤テレホンカードに用いる記録用磁気テープにおける磁性体の配置（前掲東京地判平成12年3月31日〔テレホンカード磁気テープ〕（飯村敏明裁判長）（ただし、判決は磁性体の配列は専ら記録しようとした信号の種類によって必然的に決まるので、こうした配列パターンはアイデアにすぎず、著作物としての創作性にも当たらないとした）、⑥装飾街路灯の完成予想図自体（前掲大阪高判平成13年1月23日〔装飾街路灯・控訴審〕（鳥越健治裁判長））、⑦実在した人物の写真をデザインした図柄をもとに、福の神である仙台四郎が持つ商売繁盛の御利益を想起させる、福の神仙台四郎の色紙について、美的鑑賞性がないとして美術の範囲の該当性を否定しつつ、念のために、事案の事実関係に入念に焦点を当てて、他の同種の商品と比較することなど、個別に具体的な創作性を検討した結果、他人の写真に接してデザインした図柄は、写真に写された人物の容姿の細部を修正したものにとどまり、図柄以外の「福ノ神仙臺四郎」、「商売繁盛」等の文字や背景等を付加した部分にありふれた表現として、二次的著作物の創作性をも否定した、前掲仙台地判平成19年10月2日〔福の神仙台四郎〕（潮見直之裁判長））、⑧ペットボトル烏龍茶のパッケージデザイン（前掲東京地判平成20年〔黒烏龍茶〕）、⑨鍋の持ち手のデザインの図面それ自体（東京地判平成23年8月29日ウエストロー・ジャパン〔鍋の持ち手（三徳包丁）・一審〕（上田哲裁判長）、前掲知財高判平成24年〔同控訴審〕、⑩前掲ワイナリーの案内看板（前掲東京地判平成25年〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕）、⑪前掲ゴルフシャフトの外装デザイン等（前掲東京地判平成28年〔ゴルフシャフト図柄・一審〕。

〔万年カレンダー〕事件（Westlaw 判決別紙より抜粋）



地裁（潮久郎裁判長） 美術の範囲の該当性否定・著作物の創作性否定

〔福の神仙台四郎〕事件（左の千葉写真所の写真は「仙台四郎のなぞ」2008年8月3日記

事より抜粋¹⁴⁸、右の原告仙台四郎の色紙は東洋工芸株式会社 HP¹⁴⁹より抜粋)



(潮見直之裁判長) 美術の範囲の該当性否定、二次的著作物としての創作性否定

- 5 平面の視覚表現を「物品の表面に付す」ような形態や物品の図面自体の美術の範囲の該当性の有無判断の結果から、確かにこうした物品の形態に係る平面の視覚表現について裁判例は分かれているように見受けられる。同じ事件でさえ、第一審と控訴審では美術の範囲の該当性の有無の判断が分かれた事例として、[装飾街路灯] 事件の装飾街路灯の完成予想図、[シャトー勝沼Ⅱ] 事件のワイナリーの案内看板、[ゴルフシャフト図柄] 事件のゴルフシャフトの外装デザイン等がある。しかしながら、美術の範囲の該当性を否定したからといって、それをもって直ちに著作物性を否定することではなく、美術の範囲の該当性の検討とは別個に、事案の事実関係に入念に焦点を当てて、他の同種の商品と比較することなど、具体的な創作性の要件を満たすことを認定したにもかかわらず、判断を行った結果、個別に具体的な創作性も否定した裁判例として、大阪地判[万年カレンダー]¹⁵⁰、東京地判[テレホン
- 10

¹⁴⁸ <http://plaza.rakuten.co.jp/sendaishirou/diary/20080803/>、2016年7月7日確認。本件で争点となった写真とは若干相違するかもしれない。

¹⁴⁹ <http://www.tk-omiyage.com/chara04.html>、2016年7月7日確認。本件で争点となった原告商品とは若干相違するかもしれない。

¹⁵⁰ D.S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D.S. カージャラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』(1989年11月・日本評論社) 272頁、323頁の注37は、大阪地判[万年カレンダー]で著作物性を否認した主な理由は、アイデアと表現の区別にあったもので、いったん月を分類するために虹の七色を採用するというアイデアが決まれば、カレンダーの色彩の配列も決定されるから、そのカレンダーは創作性を欠くものであると指摘している。田村善之「著作権法講義ノート 2」発明 92 巻 5 号(1995年5月) 91-92頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣) 19頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣) 425-426頁も、万年カレンダーの技術的思想が決まれば、あとは誰が表現しても同様の万年カレンダーにならざるを得ないと解している。

結論において同旨のものとして、河野愛「デザインの法的保護」エコノミア 40 巻 4 号(1990年3月) 3頁は大阪地判[万年カレンダー]はカレンダーの著作物性を否定するためには創作性がないことをもって十分であり、美術の範囲の該当性を否定する必要がないと批判している。また、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)」知的財産法政策学研究 6 号(2005年3月) 220頁は大阪地判[万年カレンダー]は創作性の点で著作物性を否定したにすぎないものであり、美術の範囲の該当性を否定する説示については傍論にすぎないと解している。

なお、D.S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D.S. カージャラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』(1989年11月・日本評論社) 273頁は、大阪地判[万年カレンダー]のような取扱いは美術の範囲の要件と創作性の要件とを混同し、それゆえ逆にもし創作性の要件に合致すれば、それは美術の範囲に属せしめて解するおそれがあると懸念している。

カード磁気テープ」、仙台地判〔福の神仙台四郎〕¹⁵¹、〔鍋の持ち手（三徳包丁）・控訴審〕、〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕がある。それらは一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準でも創作性が否定される事例といえよう。同様に、仮に事案の事実関係に
5 いれば、そもそも創作性を否定しうる事件として、前掲東京地判平成28年〔ゴルフシャフト図柄・一審〕（実際、前掲知財高判平成28年〔同控訴審〕はありふれた表現として、創作性を否定したものである）のほかに、前述した東京高判平成3年12月17日〔木目化粧紙・控訴審〕はその種の部類に入るだろう。

10 なお、〔万年カレンダー〕事件のカレンダー、〔シャトー勝沼Ⅰ・Ⅱ〕の事件のワイナリーの案内看板の図柄、〔ゴルフシャフト図柄・控訴審〕事件のゴルフシャフトの外装デザイン等について、創作性が否定されているのはやや厳格に過ぎず、構図や色彩等の絵画的な表現の点において、全体として一つのまとまりのある視覚表現として、著作物性が認めても良かった事案ではなかったかとの見方もあるが、それらの事件はいずれも創作性の有無の限界
15 線に近い事例に位置付ければ、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準でも、創作性を満たさないと判断され得るので、判決が「平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態」についても、美術の範囲の要件を斟酌して創作性の解釈として、通常より高度な創作性を求める趣旨を表明しているとまで読み込む必要はないだろう。

20 他方、〔装飾窓格子の原図〕、〔装飾街路灯〕、〔鍋の持ち手（三徳包丁）〕事件においては、紛争の実態として、①いずれもデザイナーである原告は、被告又はそれと関係のある第三者から、窓格子、街路灯、鍋の取っ手という機能的な工業製品のデザインの依頼を受けて、それらのデザイン画の図面を作成したにとどまること、②そのような工業製品の美術の範囲に属するものは認められがたいことから、便法としてデザイン画の著作権の名を借りて、
25 そのような工業製品自体の保護を原告が求めていることが明らかな事案である。そのため、窓格子、街路灯、鍋の取っ手のデザイン画の図面が無断に複製される場合については、著作権者はそのような工業製品の図面自体の複製が伴うことを奇貨として、著作権が實際上及

¹⁵¹ 金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）105頁の注32、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁の注は、仙台地判〔福の神仙台四郎〕は美的観賞性がないことから純粋美術と同視できないとしつつ、ありふれた表現であることから創作性を否定したものと解している。また、橋谷俊〔判批〕（1）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）400頁は、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、その写真の細部を修正した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、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り、私人の自由が過度に規制されることを考慮されると評している。

ぼされることとなる¹⁵²懸念がないわけではない。そこでデザイン画の図面の対象が機能的な工業製品であるゆえに、「早い段階において」、こうした特定の種類の表現は平面にも描けるデザインであっても定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性が認められないとする判断手法¹⁵³を提唱されている。

5

しかしながら、現実では競争業者が同様又は類似の工業製品を開発し製造するというより多くの場合には、競争業者が同業他社の部内で作成されたデザイン画の図面に直接アクセスし、それを複製したとは考えがたいし、仮にデザイン画の図面の複製が行われていることがあるとしても、競争業者の部内的な作業過程上の複製利用にすぎず、それを証明することは難しいし、デザイン画の著作権に基づく訴訟自体はやはり無理がある。[装飾窓格子の原図]、[装飾街路灯]、[鍋の持ち手（三徳包丁）] 事件に見受けられるように、デザイナーが依頼主に対して便法としてデザイン画の著作権の名を借りて、機能的な工業製品の著作権保護を求めることはあくまでも例外の事例である。工業製品について意匠制度・商品形態のデッド・コピー規制との兼ね合いを配慮する必要があったとしても、そのような例外事例を防ぐために、デザイン画にとどまる早い段階において定型的にあらゆる工業製品の図面それ自体の美術の範囲の該当性を否定することは、鉈が大きすぎて、付随的に他の多くの問題をものに引きずりこんでしまうことになり、穏当な解決策とはいえない。それよりむしろ、物品の図面それ自体の著作物性を判断するに際しては、まず物品の立体形状や構造を前提としてそれを二次元の紙面に納めるための図面それ自体についてみて、実用目的に供されるものであることは確かであるが、そのことだけは美術の範囲の該当性を認める障害とはならない。なぜなら、物品の図面を著作権法で保護したところで、窓格子の製造（[装飾窓格子の原図] 事件）、街路灯についての設計図の作成及び街路灯の設置工事の実施（[装飾街路灯] 事件）、包丁の製造（[鍋の持ち手（三徳包丁）] 事件）、練習用箸の製造（[エジソンのお箸] 事件）のように、図面に従って対象物を実際に作成する行為については、当該図面の創作的表現を有形的に再製したものとは認められず（前掲大阪地判平成12年6月6日[装飾街路灯・一審]（小松一雄裁判長）、前掲知財高判平成24年[鍋の持ち手（三徳包丁）・控訴審]、前掲東京地判平成28年[エジソンのお箸・一審]、前掲知財高判平成28年[同控訴審]）。なお、図面の中、製品の設計図を元にして当の製品を実際に作成する行為について作図上の表記の仕方という創作的表現を利用する行為に該当しないのであるから、設計図

10
15
20
25
30

についての著作権が及ぶことはない大阪地判平成4年4月30日知財集24巻1号292頁[丸棒矯正機設計図]、東京地判平成23年3月2日裁判所HP[USBフラッシュメモリの設計図・

¹⁵² 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確定基準—」コピライト2006年8月号54頁。

¹⁵³ 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確定基準—」コピライト2006年8月号53-54頁参照。結論において同旨、鈴木香織[判批]（無重力状態体験装置・控訴審）日本大学法学部知財ジャーナル7号（2014年3月）89頁の注13。

一審] (傍論)、知財高判平成 23 年 11 月 28 日裁判所 HP [同控訴審] (一審判決引用) 参照)¹⁵⁴、著作権侵害にならないからである¹⁵⁵。したがって、物品のデザイン画の図面に著作物性を認めたとしても、物品それ自体を保護する結果を招来するものではない。

- 5 また、図面の対象は機能的な工業製品であるという事実は、図面それ自体の創作性を否定する方向に向かわせる重要な要素であるにとどまるものと考えていい¹⁵⁶。実際、前述したとおり、知財高判 [鍋の持ち手 (三徳包丁)・控訴審] は、鍋の持ち手のデザインの図面について、美術の範囲に属さないものとして図面の著作物性を否定するとはいえ、念のために、判決は創作性をも否定すると補足したのである。そして、東京地判 [装飾窓格子の原図・一審]、東京高判 [同控訴審] は、知財高判 [鍋の持ち手 (三徳包丁)・控訴審] のように創作性否定の付加判断をしていないが、東京地判 [装飾窓格子の原図・一審] に述べられた窓格子の原図は「大量生産に適するような考慮も払われて製作されたもの」であることは「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属しないもの」であることの直接的理由となっているように思う。つまり、[装飾窓格子の原図] 事件は量産に適するような考慮も払われて制作された図

¹⁵⁴ 応用美術委員会編『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』(2003 年 3 月・著作権情報センター) 131-132 頁 (岡邦俊執筆) は [装飾窓格子の原図] 事件において、装飾窓格子の原図が美術の範囲に属する著作物であることを前提としながら、量産の装飾窓格子を制作する行為が著作権侵害にならないという理由付けが必要であると評している。また、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 1』(2009 年 1 月・勁草書房) 547-548 頁 (宮脇正晴執筆) は、写真を基に同一の外観の彫刻や工業製品を作成する行為には写真自体の著作権が及ばないのと同様の理であると指摘している。

それに対して、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確定基準—」コピーライト 2006 年 8 月号 54 頁は、[装飾街路灯] 事件に見られるように、絵画的図面の対象が機能的な工業製品であるゆえに、実用面からの実質的な制約を受けて作成されたものとして、定型的に美術の範囲に属する著作物性が認められないとする解釈は妥当であると評する一方、著作物性を認めたとうえで、図面の対象物を実際に作成する行為は当該図面の創作的表現を有形的に複製したものとは認められないとする解釈論は変則的なもの、との異なる見解を唱えている。

¹⁵⁵ 他方で、著作権法 2 条 1 項 15 号口の規定により、対象物である建築物に著作物性があれば、建築に関する図面に従って似たような建築物を完成させる行為は、建築の著作物に複製権侵害を構成することになる。

同様に、絵画的図面の対象物である立体キャラクターのようにその著作物性があれば、当該絵画的図面に従って類似する立体キャラクターを完成させる行為は、立体キャラクターの著作物に複製権侵害を構成しうる。また、絵画的図面をそのまま図面として複製する行為も、対象物の立体キャラクターのような著作物に係る著作権侵害となりうる。さらに、著作物性ある立体キャラクターのような対象物から絵画的図面を作成する行為も、対象物の著作権侵害となりうることに注意を要する (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 4 月・信山社) 273-274 頁、井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105 号 (2015 年 3 月) 13 頁参照。)

¹⁵⁶ 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 1』(2009 年 1 月・勁草書房) 546 頁 (宮脇正晴執筆)、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』(2013 年 5 月・レクシスネクシス・ジャパン) (金井重彦＝中谷裕子執筆) 309 頁、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 4 月・信山社) 272 頁。

面であるゆえに表現の選択の余地は少ないという事実の下でもなお創作性がなかったかどうかを検討したうえで、創作性を否定することをもって著作物性を否定すべき事件であったと理解することができる¹⁵⁷。

- 5 したがって、図面の対象が物品であるという事実だけをもって、物品の図面それ自体の美術の範囲の該当性を否定するべきではない¹⁵⁸。言い換えれば、物品のデザイン画の図面であっても、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準で著作物性の認められる余地はある¹⁵⁹。東京地判〔装飾窓格子の原図・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、大阪高判〔装飾街路灯・控訴審〕、東京地判〔鍋の持ち手（三徳包丁）・一審〕は、図面それ自体の著作物性
- 10 性と、図面により表現しようとした物品の著作物性との区別が適切になされておらず¹⁶⁰、いずれも支持することができない。〔装飾窓格子の原図〕、〔鍋の持ち手（三徳包丁）〕事件においては、当事者の納得感を高めるためか、デザイン画の図面としての創作性の判断の中で、図面の対象に著作物性がない機能的な工業製品であることを図面それ自体の創作性否定の

¹⁵⁷ 同じ結論に至るのは、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）93頁、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4月・信山社）272頁は、〔装飾窓格子の原図〕事件について、機能的な工業製品をそのまま図面化したようなものは美術の範囲に属する著作物性を否定されると解している。半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）547頁（宮脇正晴執筆）も参照。

¹⁵⁸ 〔装飾窓格子の原図〕事件について、同じ結論に至るのは、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）546頁（宮脇正晴執筆）、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）（金井重彦＝中谷裕子執筆）309頁。また、設計図について、作図の対象物の著作物性と作図自体の著作物性との関係は同様である。半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）544-548頁（宮脇正晴執筆）参照。

¹⁵⁹ 絵画的図面と鑑みて、創作の自由度はより低い写真や設計図の場合には、被写体や設計図の作図の対象物が機能的な工業製品などの、著作権法の保護対象とならないものであっても、そのことが写真や設計図の美術ないし文化の範囲の該当性の有無の判断に影響を与えないのである。平成17年5月17日コピライト2006年9月号43頁〔スメルゲット写真・一審〕一件を除いて、大阪地判平成7年3月28日知財集27巻1号210頁〔三光商事（商品カタログの写真）〕、大阪地判平成14年11月14日裁判所HP〔ゼットベースボールカタログ用写真〕、知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁〔スメルゲット写真・控訴審〕、札幌地判平成22年11月10日ウエストロー・ジャパン〔NHKニュース風車写真〕、東京地判平成25年7月19日裁判所HP〔HONDAエンジン写真・一審〕、知財高判平成25年12月25日裁判所HP〔同控訴審〕（一審判決引用）など、機能的な工業製品を被写体とする写真の著作物性はほぼ肯定されている。

設計図についても、著作物性を肯定するものとして、大阪地判平成4年4月30日知財集24巻1号292頁〔丸棒矯正機設計図〕、大阪高決平成5年4月15日〔コンベヤベルトカバー設計図・控訴審〕参照。なお、作図の表現がありふれたものであることを理由に設計図の創作性を否定するものとして、東京地判平成9年4月25日判タ944号265頁〔スモーキングスタンドの設計図〕、東京地判平成9年6月30日〔チョコレート製造用機械設計図〕、大阪地判平成10年3月26日〔コンベヤベルトカバー設計図・一審〕。

¹⁶⁰ 東京地判〔装飾窓格子の原図・一審〕、東京高判〔同控訴審〕（完成予想図）について、同じ結論に至るのは、応用美術委員会編『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003年3月・著作権情報センター）131-132頁（岡邦俊執筆）参照。設計図について、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）544頁（宮脇正晴執筆）参照。

補強材料として付言するものにすぎず¹⁶¹、傍論と目すべきものであろう。

他方では、[装飾街路灯]事件の装飾街路灯の完成予想図は絵画的な表現として美術の範囲の該当性ないし著作物性が認めても良かった事案ではなかったかと考えており、著作物性を肯定した前掲大阪地判平成12年6月6日[装飾街路灯・一審]（小松一雄裁判長）を支持したい。

最後に、美術の範囲の要件より具体的な創作性の要件を先に検討した結果、創作性の要件を満たすことを認定したにもかかわらず、美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないものとして結局著作物性を否定したものは、京都地判[佐賀錦袋帯]、東京地判[木目化粧紙・一審]である。しかしながら、前述したとおり、両事件はいずれも著作物性を否定したものの、最終の結論として不法行為の成立を認めたのである¹⁶²。それに加え、原告の木目化粧紙と全く同じ柄の木目化粧紙を製造販売したという被告行為に不法行為の成立を認めた[木目化粧紙]事件を契機に、不競法改正が行われ、2条1項3号の商品形態のデッド・コピー規制の下では、木目化粧紙のような「平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態」について、特に美術の範囲の要件がいまや厳しく課される必要はなくなることを鑑み、先例的価値を重くみるべきではない。また、京都地判[佐賀錦袋帯]の帯の模様は、木目化粧紙の模様よりは絵画に近いが、他方で、美術の範囲を認めた東京地判[アメリカティーマット]の図柄よりも絵画の要素は低いことから限界線に近い事例といえる¹⁶³が、東京地判[レターセット（便せん絵柄）]の絵柄、さらに近時の東京地判[表紙図版]の書籍の表紙図版のようなものでさえ、著作物性を認めていることから、京都地判[佐賀錦袋帯]は「平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態」の美術の範囲の該当性の有無判断をめぐる裁判例の展開の黎明期に出された若干厳しすぎる判決であると位置づけても差し支えない¹⁶⁴。ただし、結論として不法行為の成立を認めたこと、その後商品形態のデッド・コピー規制の立法のことをも合わせて考えると、京都地判[佐賀錦袋帯]は東京地判[木目化粧紙・一審]と同じ先例的価値を重くみるべきではないといえよう。

以上をまとめると、美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないことのみを理由として直ちに著作物性を否定した東京地判[装飾窓格子の原図・一審]、東京高判[同控訴審]、東京高判[木目化粧紙・控訴審]、大阪高判[装飾街路灯・控訴審]、知財高判[同控

¹⁶¹ 井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）14頁の注7参照。

¹⁶² 前掲注0、0参照。

¹⁶³ 田村善之「判批」(佐賀錦袋帯)ジュリスト1033号（1993年11月）111頁。結論において同旨、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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）279頁の注32。

¹⁶⁴ 挙げた例は若干異なるが結論において同旨のものとして、橋谷俊「判批」(1)激安ファストファッション・控訴審)知的財産法政策学研究47号（2015年11月）399頁参照。

訴審]、東京地判[黒烏龍茶]、東京地判[鍋の持ち手(三徳包丁)・一審]、東京地判[ゴルフシャフト図柄・一審]を度外視して、また先例的価値を失った京都地判[佐賀錦袋帯]、東京地判[木目化粧紙・一審]をも除けば、第1類型の平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態や物品の図面自体に関しては、裁判例の趨勢として、物品の形態であることのみを理由として直ちに美術の範囲の該当性ないし著作物性を否定することはない。というより、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準による判断がされる傾向¹⁶⁵にあり、通常より高度な創作性という高いハードルが設定されているわけではない。

10 第2款 第2類型—表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状

他方、平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態に対して、物品の立体形状のうち、同じ清水裁判長が担当し、美術の範囲の要件より個別具体的な創作性の要件を先に検討した知財高判[TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審]、知財高判[加湿器・控訴審]を除いて、①各ブロックを着脱、回転自在に結合している五角筒柱連結知育玩具の立体形状(前掲東京地

¹⁶⁵ ここでいう第1類型の分析結果は、①金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015年7月・日本評論社)166頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号(別冊14号)(2016年3月)104、112頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説(類型的除外説)の立場から—」著作権研究43号(2017年4月)頁の東京地判[アメリカティーシャツ]、[レターセット(便せん絵柄)]など、「平面のイラストが実用品にふされたもの」、②田村善之[判批] (TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)97頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁の「平面的なイラスト、図案が商品や広告に用いられる場合」、③橋谷俊[判批](1)激安ファストファッション・控訴審)知的財産法政策学研究47号(2015年11月)395頁の東京地判[アメリカティーシャツ]、[レターセット(便せん絵柄)]など、「絵画(原画)がそのまま実用品に応用されたと見ることでできる平面表現」との分析結果とほぼ軌を一にしている。また、井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号(2015年3月)17頁の注15も、東京地判[アメリカティーシャツ]のように物品の表面に装飾として付された二次元の表現は美術の範囲の該当性が問題なく認められると解している。

ただし、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号(別冊14号)(2016年3月)104頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説(類型的除外説)の立場から—」著作権研究43号(2017年4月)頁は、本稿にいう第1類型に関する裁判例の中、[佐賀錦袋帯]事件の「帯」という「実用品のプロダクトデザイン」については、当該作品が一般人に「実用品のデザイン」として認識される限り、著作物性が認められないとの形で運用されているもの、との異なる見解を示している。

他方では、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』(2014年6月・青林書院)64頁は量産される実用品の模様や図案は産業上の利用を目的として物品と一体化して評価され、意匠法による産業財産権秩序の中で保護されるため、裁判所は著作権法が介入してそれに著作物性を認めるのに極めて慎重であり、その結果として模様や図案は創作性自体が否定されるのが裁判例の傾向である、との異なる見解を示している。

判平成元年〔ぺんたくん・一審〕、前掲東京高判平成元年〔同控訴審〕、②近代美術館の収蔵品となった椅子（前掲京都地判平成元年〔ニーチェア・一審〕、前掲大阪高判平成2年〔同控訴審〕、前掲最判3年3月28日TKC〔同上告審〕（原判決維持））、③装飾窓格子の原図により表現しようとした窓格子の立体形状（前掲東京地判平成4年1月24日〔装飾窓格子の原図・一審〕（一宮和夫裁判長）、前掲東京高判平成4年9月30日〔同控訴審〕（牧野利秋裁判長））、④特許明細書の図面により表現しようとした漁網の結び目の立体形状（前掲名古屋高判平成9年〔漁網の結節構造・控訴審〕）、⑤装飾街路灯の完成予想図により表現しようとした街路灯の立体形状（前掲大阪地判平成12年6月6日〔装飾街路灯・一審〕（小松一雄裁判長）、前掲大阪高判平成13年1月23日〔装飾街路灯・控訴審〕（鳥越健治裁判長））、⑥二本足の幼児用椅子（前掲東京地判平成22年〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅰ〕）、前掲東京地判平成26年〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・一審〕）、⑦鍋の持ち手のデザイン画の図面により表現しようとした持ち手の立体形状（前掲東京地判平成23年〔鍋の持ち手（三徳包丁）・一審〕、前掲知財高判平成24年〔同控訴審〕）、⑧ソフトビニルで覆われた外皮で表現された女性の裸体であり、可動域の広い関節構造等を備えているため様々なポーズをとらせることができる、カスタマイズドール用のボディ素体（前掲東京地判平成24年〔カスタマイズドール〕）、⑨試験管のような棒状の加湿器（前掲東京地判平成28年〔加湿器・一審〕）、⑩幼児の練習用箸（前掲東京地判平成28年〔エジソンのお箸・一審〕、前掲知財高判平成28年〔同控訴審〕）、⑪手編みのベスト（前掲東京地判平成23年〔編み物及び編み図・一審〕、前掲知財高判平成24年〔同控訴審〕）、⑫花柄刺繍部分を含むシャツ全体の立体デザイン（前掲大阪地判平成29年〔Chamois（ランニングシャツ）〕）に見られるように、知育玩具における五角筒柱、椅子、窓格子、漁網の結び目、街路灯、鍋の持ち手、衣服、カスタマイズドール用の女性ボディ素体、加湿器、練習用箸、といった表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状について、裁判例の趨勢としては、個別の事案の事実関係に入念に焦点を当てることなく、むしろ物品の制作者の視点から制約を受けるということをもって、美術の範囲の要件を活用してそのような物品の立体形状であることのみを理由として直ちに美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定するのが通例である¹⁶⁶といえる。

¹⁶⁶ ここでいう第2類型の分析結果は、①井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）15頁の「実用的機能を発揮することが主目的の実用品」の立体的デザイン、②金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）165-166頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）104、112-113頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁の椅子、街路灯等、実用面や機能面と分離することができないあるいは一般人に実用品のデザインとして認識される「実用品のプロダクトデザイン」、③田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）97-99頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁の「機能を実現するための制約のなかで表現されている」「実用品の立体的な形状」、④橋谷俊〔判

5 なお、前述したとおり、[アンコウ行灯] 事件において行灯の器の形状だけでそこに著作物性が認められるのではなく、器に水を入れ、火の光の陰影効果による神秘的・幻想的な空間を醸し出されているものが著作物であると認定したのである。したがって、それを立体的なデザインの表現が物品の実用的な機能を実現するための大きな制約を受けている第2類型の物品ではなく、下記第3類型の物品に分類した。

第3款 第3類型 第2類型以外の物品の立体形状又はそのようなものを第2類型の物品に単に付すような立体形状

10 それに対して、物品の立体形状のうち、第2類型以外の物品の立体形状、又はそのようなものを第2類型の物品に単に付すような立体形状の美術の範囲の該当性の判断に関しては、形式上肯定例と否定例が相半ばしている。美術の範囲の要件の問題とせず、あるいはそれより創作性の要件を先に検討する裁判例を含む、実質上美術の範囲の該当性の肯定例として、以下の事案がある。①粘土を素焼きし彩色した「赤とんぼ」人形（前掲長崎地佐世保支決昭和48年[博多人形]、②仏壇内部のプラスチック製の彫刻（前掲神戸地姫路支判昭和54年7月9日[仏壇彫刻]（砂山一郎裁判長））、③火の光の陰影効果による神秘的・幻想的な空間を醸し出されている行灯（前掲京都地判平成7年[アンコウ行灯]、④マニア向けのキャラクターの立体模型（前掲京都地判平成9年[ファイブスターのガレージキット・一審]、
15 前掲大阪高判平成10年[同控訴審]）、⑤キューピー人形（東京地判平成11年11月17日判タ1019号255頁[キューピーⅠ（キューピー株式会社）・一審]、前掲東京高判平成13年[同控訴審]、東京地判平成11年11月17日判タ1019号255頁[キューピーⅡ（日本興業銀行）・一審]、前掲東京高判平成13年[同控訴審]）、⑥妖精人形（前掲東京地判平成14年[トントウぬいぐるみ]）、⑦おまけのフィギュアとして、原画に描かれた空想上の妖怪を立
20 体化した「妖怪フィギュア」（前掲大阪高判平成17年7月28日[チョコエッグ・控訴審]（竹原俊一裁判長）は「純粋美術と同視し得る程度の美的創作性を具備していると評価されるもの」であるから、「美術の著作物」に該当するとした）、⑧空中浮遊の体験型装置「スぺ
25

批] (1) 激安ファストファッション・控訴審) 知的財産法政策学研究 47 号 (2015 年 11 月) 392-395 頁の [ニーチェア]、[TRIPP TRAPP (椅子) I]、[TRIPP TRAPP (椅子) II・一審]、東京地判 [装飾窓格子の原図・一審]、東京高判 [同控訴審]、大阪地判 [装飾街路灯・一審]、大阪高判 [同控訴審]、[鍋の持ち手 (三徳包丁)] など、「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」「工業製品」との分析結果と、ほぼ同じ結論に至る。

ただし、[カスタマイズドール] 事件の人形素体については、本稿にいう第2類型の工業製品や上掲田村論文 99 頁にいう「実用品の立体的な形状」に分類されているが、上掲井上論文 15-16 頁はそれを創作性の判断に立ち入らず、定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定する「実用的機能を発揮することが主目的の実用品」に分類することなく、後述の雑貨、玩具、食玩、フィギュア等の「実用目的による形態上の制約が小さいもの」（本稿の第3類型に該当）に分類している、との異なる見解を示している。

ースチューブ」(前掲東京地判平成23年〔無重力状態体験装置・一審〕、前掲知財高判平成24年〔同控訴審〕。ただし、控訴審では創作性否定)。

他方では、美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定するように見受けられる事例としては、以下の事案がある。①動物ぬいぐるみ型の電子玩具(前掲山形地判平成13年〔ファービー・一審〕、仙台高判平成14年〔同控訴審〕)、②おまけのフィギュアとして、動物の形態を再現した「動物フィギュア」(前掲大阪地判平成16年11月25日〔チョコエッグ・一審〕 (小松一雄裁判長) (純粹美術と同視できる美術性を備えていないとして、「美術の著作物」には該当しないとされた)、前掲大阪高判平成17年7月28日〔チョコエッグ・控訴審〕 (竹原俊一裁判長) (純粹美術と同視し得る程度の美的創作性を備えていないとして、美術の著作物には該当しないとされた))、③おまけのフィギュアとして、物語の挿絵に描かれた人物を立体化させた「アリスフィギュア」(前掲大阪高判平成17年7月28日〔チョコエッグ・控訴審〕 (竹原俊一裁判長) (純粹美術と同視し得る程度の美的創作性を備えていないとして、美術の著作物には該当しないとされた))、④前掲「妖怪フィギュア」(前掲大阪地判平成16年11月25日〔チョコエッグ・一審〕 (小松一雄裁判長) (純粹美術と同視できる美術性を備えていないとして、「美術の著作物」には該当しないとされた))、⑤小物入れにプードルのぬいぐるみを組み合わせた商品(前掲東京地判平成20年〔プチホルダー〕)、⑥シャツに付加される花柄刺繍部分の立体デザイン(前掲大阪地判平成29年〔Chamois (ランニングシャツ)〕)。

表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されていない人形、幻想的な空間等を醸し出されている行灯、キャラクターの立体模型、動物ぬいぐるみ型の電子玩具、おまけのフィギュア、空中浮遊の体験型装置、又はプラスチック製の彫刻、プードルのぬいぐるみ、花柄の刺繍を、仏壇¹⁶⁷、小物入れ¹⁶⁸、衣服という第2類型の物品に単に付すような立体形状は、美術の範囲の該当性の肯定例と否定例が相半ばしている結果から、確かにこのようなタイプの物品の立体形状について裁判例は分かれているように見受けられる。同じ事件でさえ、美術の範囲(あるいは「美術の著

¹⁶⁷ 仏壇内部のプラスチック製の飾る彫刻は仏壇と分離して、それ自体は実用的な機能性から制約を受ける物品とはいえない物であると看取することはできるが、仮に飾る彫刻を含む仏壇全体を実用的な機能性から制約を受ける物品の立体的形状と位置付けたとしても、飾る彫刻自体は仏壇の実用的な機能とは無関係に自由に創作されたものだから、仏壇に付加された例と位置付けることもできる。田村善之〔判批〕 (TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審) (下) ビジネス法務15巻11号 (2015年11月) 97、99頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」 コピライト2017年8月号頁参照。

¹⁶⁸ プードルのぬいぐるみは小物入れと分離して、それ自体は実用的な機能性から制約を受ける物品とはいえない物であると看取することもできる。田村善之〔判批〕 (TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審) (下) ビジネス法務15巻11号 (2015年11月) 97頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」 コピライト2017年8月号頁参照。

作物)」の該当性の有無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事例として、前掲「チョコエッグ」事件の「妖怪フィギュア」がある。

この点に関して、田村教授は「立体的な彫像、ぬいぐるみ、フィギュア等が量産される」
5 タイプの立体形状について、一般のカテゴリの表現における通常の創造性と比して高度な創造性や観賞的性質という特別な付加要件が課されていたと評しうること¹⁶⁹を指摘する。また、金子教授は立体形状の中、著作物性が肯定された事例は、「それ自体として美的鑑賞の対象となりうると評価された」仏壇の彫刻（前掲神戸地姫路支判昭和54年7月9日「仏壇彫刻」（砂山一郎裁判長））、「実用というよりは鑑賞がその目的といえる」赤とんぼ人形
10 （「博多人形」事件）、妖精人形（「トントウぬいぐるみ」事件）、おまけのフィギュア（「チョコエッグ」事件）に関する事例に限られている¹⁷⁰と解している。他方、井上教授は「博多人形」事件の「赤とんぼ」人形、「仏壇彫刻」事件の彫刻、「アンコウ行灯」事件の行灯といった「美術工芸品と同類であると一般人に認識されるようなもの」は、一般のカテゴリの表現における通常の創造性の要件を満たせば、著作物性が認められる傾向にある一方、雑貨
15 （「プチホルダー」事件）、玩具（「ファービー」事件）、おまけのフィギュア（「チョコエッグ」事件）、キャラクターの立体模型（「ファイブスターのガレージキット」事件）など、社会通念上、伝統的な美術工芸品に類するものと認識されるようなものでもなく、「実用目的による形態上の制約が小さいもの」というタイプの物品の形態については、裁判例ではいずれも「純粋美術と同視しうる」という応用美術おなじみの用語を用いているが、著作物性が
20 認められるか否か、現状では結論の予測は難しい¹⁷¹と評している。

美術の範囲の該当性の否定例として、確かに「チョコエッグ」事件の「妖怪フィギュア」について、一審は純粋美術と同視できる美術性を備えていないとして、「美術の著作物」に該当しないものとしたが、控訴審は純粋美術と同視し得る程度の美的創造性を具備してい
25 るから、「美術の著作物」に該当するとし、原判決の判断を取り消した。他方、「動物フィギュア」「アリスフィギュア」について、前掲大阪高判平成17年7月28日「チョコエッグ・控訴審」（竹原俊一裁判長）は創造性の要件を満たすことを認定したにもかかわらず、純粋美術と同視し得る程度の美的創造性を備えていないとして、美術の著作物には該当しない

¹⁶⁹ 田村善之「判批」(TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)97頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁。

¹⁷⁰ 金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015年7月・日本評論社)166頁、「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号(別冊14号)(2016年3月)104、112-113頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説(典型的除外説)の立場から—」著作権研究43号(2017年4月)頁。

¹⁷¹ 井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号(2015年3月)15-16頁。

とした。美術の著作物たりえるためには、通常の創作性の要件とは別個に、美術の範囲の要件を活用してこうした純粋美術と同視し得る程度の美的創作性という特別な付加要件を課すように見受けられる。しかしながら、実在の動物や物語の挿絵を忠実に再現したに過ぎないと評価した「動物フィギュア」「アリスフィギュア」につき美術の著作物には該当しない、

- 5 原画にない独自のアレンジがあるとした「妖怪フィギュア」につき美術の著作物に該当する
とした控訴審判決の理由からすれば、それも一般のカテゴリの表現における通常の創作性
の要件という判断枠組みで二次的著作物における創作性判断と内容的には同じ判断による
ものであると解することは可能である¹⁷²。また、[ファービー]事件の動物ぬいぐるみ型の
電子玩具については、確かに美術の範囲に属さないものとして著作物性が否定されるが、前
10 述したとおり、美術の範囲に属さない理由としては、量産に適するような考慮も払われて制
作されたものであるから、それは一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件
の判断枠組みの中で表現の選択の幅に焦点を当てて、表現の選択の余地は少ないという事
実の下でもなお創作性がなかったかどうかを検討したうえで、創作性を否定することをも
って著作物性を否定したものと解することは可能である。したがって、[チョコエッグ]、[フ
15 ァービー]事件もいずれも通常の創作性の要件の判断枠組みで創作性を否定したものであ
ると解釈可能なので、こうした判断手法は上掲第2類型の物品の立体形状であることのみ
を理由としたこのような美術の範囲の該当性ないし著作物の否定と比べて、質的に異なる
ものとして理解すべきであろう¹⁷³。

- 20 また、確かに第2類型以外の物品の立体形状やそのようなものを第2類型の物品に単に
付すような立体形状については、「著作物性」が認められるか否かに関して結論の予測は難
しい。しかしながら、著作物の成立要件として機能させる、著作権法2条1項1号前段要件
の創作性と後段要件の美術の範囲を分けて考えると、東京地判[プチホルダー]、[Chamois
(ランニングシャツ)](シャツに付加される花柄刺繍部分の立体デザイン)を除いて、裁判
25 例の趨勢として、このようなタイプの物品の立体形状であることのみを理由として直ちに

¹⁷² 金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）166頁の注23、「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）104頁の注28、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁の注参照。また、本山雅弘「応用美術問題の本質とその展開」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）320頁も、おまけの食玩フィギュアという立体的表現の著作権保護の可能性を問うのであれば、基となる文献の妖怪等の表現の二次的著作物に該当するか否かを、その立体化や彩色の過程における新たな創作的表現の付加の有無を基準に検討することで、必要かつ十分であったはずであると指摘している。

¹⁷³ 結論において同旨、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）106頁の注38は、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁の注は、雑貨・フィギュア等の実用目的での制約が小さい類型については、一般の創作性判断の要件に一本化すべきとする見解を示唆している。

美術の範囲の該当性ないし著作物性を否定することはないといえよう。ただし、美術の範囲の該当性を認めたとしても、最終的に著作物性が否定された動物ぬいぐるみ型の電子玩具「ファービー」その全体としては独創的な架空の動物のような形態や、空中浮遊の体験型装置「スペースチューブ」の神社の屋根及び日本刀の刃先のような美観の部分の有する表現全体において、一つのまとまりのある視覚表現として、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準で創作性が認めても良かった事案ではなかったかとの見方¹⁷⁴もある。同様に「チョコエッグ」事件の「動物フィギュア」「アリスフィギュア」について、最終的に著作物性が否定されているのは厳格に過ぎず、その根拠がやはり物品の立体形状であるゆえに、美術の範囲の要件を斟酌して創作性の解釈として、高度な創作性あるいは美的創作性といった特別な付加要件が課されていたとの説明も一理ある。もっとも、いずれの事件を創作性の有無の限界線に近い事例に位置付ければ、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準でも、創作性を満たさないと判断され得るので、判決は第2種類の物品以外の物品の立体形状についても、美術の範囲との関係で通常より高度な創作性といった特別な付加要件を求める趣旨を表明しているとまで読み込む必要はないだろう。

以上をまとめると、美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないことのみを理由として直ちに著作物性を否定した東京地判「プチホルダー」（小物入れにプードルのぬいぐるみを組み合わせた商品）、大阪地判「Chamois（ランニングシャツ）」（シャツに付加される花柄刺繍部分の立体デザイン）を度外視して、山形地判「ファービー・一審」、仙台高判「同控訴審（動物ぬいぐるみ型の電子玩具）」、大阪地判「チョコエッグ・一審」、大阪高判「同控訴審」（おまけのフィギュア）、東京地判「無重力状態体験装置・一審」、知財高判「同控訴審」（空中浮遊の体験型装置「スペースチューブ」）といった創作性の有無の限界線に近い事例も除けば、第2種類以外の物品の立体形状又はそのようなものを第2種類の物品に単に付すような立体形状に関しては、裁判例の趨勢として、このようなタイプの物品の立体形状であることのみを理由として直ちに美術の範囲の該当性ないし著作物性を否定することはない。というより、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提として、しかも通常より高度な創作性といった特別な付加要件が課されることなく、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準による判断がされる傾向にあるといえよう¹⁷⁵。

第3項 著作物性を判断するには、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件とは

¹⁷⁴ 「ファービー」について前掲注0参照、「スペースチューブ」について著作物性を肯定した前掲「無重力状態体験装置・一審」参照。

¹⁷⁵ ここでいう第3種類の分析結果は、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」『パテント』69巻4号（別冊14号）（2016年3月）104、112-113頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」『著作権研究』43号（2017年4月）頁の「実用というよりも鑑賞が主目的のフィギュア・彫刻等」との分析結果と、ほぼ同じ結論に至る。

別に、美術の範囲の要件を活用すべきか

第1款 美術の範囲の要件を活用し、特別な付加条件が必要であるとする理由

5 従来の裁判例・通説は、物品の形態が美術の範囲に属する著作物として保護されるためには、視覚表現の創作性を有するだけでは足りず、一般のカテゴリの表現と違って特別な付加条件が必要であると解釈している。このように解釈する理由としては、主に以下の点を指摘することができる。

10 一、著作権法と意匠法・不競法との兼ね合いが必要であること

前述したとおり、著作権法と異なり、意匠法がその保護の要件として、客観的新規性等の登録要件を要求し、保護の存続期間を著作権より遥かに短くしている理由は、物品の実用的な側面であるがゆえに、物品の制作者の自由度が制限されているからこそ、保護要件を厳格
15 化し、保護期間を短縮する必要があるというところに求められている。また、不競法2条1項3号の商品形態のデッド・コピー規制による保護は、著作権法のそれと比べて、保護内容が限定的であり、保護期間も格段に短く設定されているが、これも物品の実用的な側面に起因する制約に影響されている物品の形態は広範、かつ、長期の独占を認めるべきではないという価値判断を示したものである。かかる状況の下では物品の形態をフィルターにかける
20 ことなくダイレクトに著作物として保護すると、実体的問題として競業者規制の意匠制度・デッド・コピー規制の物品形態の保護と利用のバランスを図る趣旨が没却されることになるだけでなく、手続的問題として意匠登録出願をするインセンティブが大きく損なわれかねないのである。したがって、物品の形態は広範、かつ、長期の独占を認めるべきではないという、競業者規制の意匠制度・デッド・コピー規制の制度趣旨を没却にしないように、著
25 作権法と意匠法・不競法との兼ね合いが必要としている¹⁷⁶。

¹⁷⁶ この趣旨をいう裁判例として、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〕（砂山一郎裁判長）、東京高判昭和58年4月26日無体集15巻1号340頁〔ヤギ・ボールド・控訴審〕、大阪地判平成元年3月8日無体集21巻1号93頁〔写植機用文字書体〕、京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁〔佐賀錦袋帯〕、東京高判平成3年12月17日知財集23巻3号808頁〔木目化粧紙・控訴審〕（竹田稔裁判長）、大阪高判平成10年7月17日民集54巻7号2562頁〔ゴナ書体・控訴審〕、大阪地判平成12年6月6日裁判所HP〔装飾街路灯・一審〕（小松一雄裁判長）、東京地判平成12年9月28日判タ1044号212頁〔住友建機ロゴ〕（三村量一裁判長）、山形地判平成13年9月26日判タ1079号306頁〔ファービー・一審〕（木下徹信裁判長）、仙台高判平成14年7月9日判タ1110号248頁〔同控訴審〕（松浦繁裁判長）、東京地判平成16年12月15日判タ1213号300頁〔「撃／GEKI」饅頭標章・一審〕（飯村敏明裁判長）、知財高判平成17年9月15日裁判所HP〔同控訴審〕（中野哲弘裁判長）（一審判決引用）、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〕（小松一雄裁判長）、大阪高判平成17年7月28日判時1928号116頁〔同控訴審〕、仙台地判平成19年10月2日判時2029号153頁〔福の神仙台四郎〕（潮見直之裁判長）、東京地判平成20年7月4日裁判所HP〔プチホルダー〕（阿部正幸裁判長）、東京地判平成20年12月26日判タ1293号254頁〔黒烏龍茶〕（清水

二、制作者にとって著作権の保護による弊害

- 5 確かに物品の形態を美術の範囲に属するものとして保護しようとしても、ミクロ的な視点で見ると、一般のカテゴリの表現と異なる通常の創作性の要件の判断枠組みで表現の選択の幅に焦点を当てて、個別に物品の実用的な側面により支配された物品の形態を著作物から除外することも可能である。しかしながら、マクロ的な視点で考えると、具体

節裁判長)、東京地判平成22年11月18日裁判所HP〔TRIPP TRAPP(椅子)Ⅰ〕(阿部正幸裁判長)、東京地判平成25年7月2日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕(長谷川浩二裁判長)、東京地判平成26年4月17日裁判所HP〔TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・一審〕、東京地判平成28年1月14日裁判所HP〔加湿器・一審〕(長谷川浩二裁判長)、東京地判平成28年4月21日裁判所HP〔ゴルフシャフト図柄・一審〕、東京地判平成28年4月27日裁判所HP〔エジソンのお箸・一審〕、知財高判平成28年10月13日裁判所HP〔同控訴審〕(一審判決引用)。

著作権法と意匠法・不競法との兼ね合いが必要とする学説として、紋谷暢男「意匠法と周辺法—主として著作権法との関係—」工業所有権法学会年報12号(1989年)131-132頁、田村善之「著作権法講義ノート3」発明92巻6号(1995年6月)70-72頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)33-36頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)434-436頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号(2010年12月)24頁、同〔判批〕(TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)101-102頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、生駒正文「応用美術の保護能力と意匠の保護能力」日本工業所有権法学会年報22号(1998年)61-62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確定基準—」コピーライト2006年8月号55-58頁、同『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい)143-147頁、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)144-147頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)(大瀬戸豪志執筆)342-343頁、上野達弘司会「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」季刊企業と法創造第17号(2009年3月)65頁(劉曉倩発言)、同劉曉倩「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』(商事法務・2009年12月)276-277頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)38-39頁(横山久芳執筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁、同「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6月・弘文堂)584-585頁、同〔判批〕(TRIPP TRAPPⅡ・控訴審)IPマネジメントレビュー19号(2015年12月)31-33頁、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)69頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)48-49頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁、高部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』(2012年1月・金融財政事情研究会)113頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』(2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン)(高橋淳執筆)190頁、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4月・信山社)254頁、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015年7月・日本評論社)169-170頁、「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号(別冊14号)(2016年3月)112-113頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説(類型的除外説)の立場から—」著作権研究43号(2017年4月)頁、井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号(2015年3月)21頁。

的な判断手法として、創作性の要件の判断（不可避な表現・ありふれた表現）に委ねる場合には、物品の形態についても事案の事実関係に入念に焦点を当てて、個別に具体的な創作性判断が求められることには判断に多大なコストがかかる上、予測可能性を確保するのが難しくなる。それに対して、個別に微細な創作性の要件の検討に入らず、美術の範囲の要件を活用して機能を実現するための制約のなかで表現されている特定の物品の形態であることのみを理由として直ちに美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定することにはメリットがある¹⁷⁷。

三、保護不足の問題に対する反論

著作権の保護が与えられないと、却ってシリーズ・デザインのようなものに対する保護の欠缺が生じるとの指摘がある。例えば、[木目化粧紙]事件の天然の木目の模様について意匠登録がされていないのは、最初のものであれば格別、その後のデザインは極めて独創的でない限り、最初の模様の類似あるいは創作容易の幅の中に落ちる可能性が高く、設定登録を受けることはできないのような事情に基づくものと推測される¹⁷⁸。確かに[木目化粧紙]事件を契機に不競法改正が行われ、2条1項3号の商品形態のデッド・コピー規制の下では、この問題はこの新しい不正競争行為として一部解決されるが、シリーズ・デザインについて、自己の先行意匠が新規性の妨げとなって、芋づる式に最初のデザインとはおよそ類似しない後期デザインまで、全て意匠権保護を受けられず、デッド・コピーにしか適用がない不競法2条1項3号をかいくぐった模倣行為にさらされる現象について、著作権により保護の欠缺を埋める必要はあるとの指摘¹⁷⁹がなされている。しかしながら、仮にシリーズ・デザインに対する保護の欠缺が生じるような問題があるとしても、その問題に則した対処をすればよいのであって、一律にすべての物品の形態について美術の範囲の該当性を認めるというような手段でその保護の欠缺を埋めるには、鉅が大きすぎて、付随的に他の多くの問題をもひきずりこんでしまうことになり、穏当な解決策とはいえないのである¹⁸⁰。

¹⁷⁷ 井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）16頁参照。

¹⁷⁸ 土肥一史[判批]（木目化粧紙・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）29頁。

¹⁷⁹ 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）57頁。

¹⁸⁰ 田村善之司会「シンポジウム 著作物の隣接領域と著作権法」著作権研究36号（2010年12月）138頁（田村善之発言）。また、同発言はシリーズ・デザインに対する保護の欠缺について、意匠制度に関しては部分意匠を利用するにすれば、最初の先行意匠が妨げになって芋づる式に最初のデザインとおよそ類似しない後期デザインまで保護を受けられなくなることはない。不競法2条1項3号に関しましても、後期デザインにおいて付加した部分があれば、付加した部分と一体となった全体の形状について2条1項3号は及ぶので、大きな問題にはならないと指摘している。

第2款 美術の範囲の要件を問題せず、特別な付加条件が不要であるとする理由

それに対して、物品の形態についても、後段要件の美術の範囲の該当性を吟味する意義を認めず、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みの中創作的表現でさえすれば、著作物として保護することになると解釈している。このように解釈する理由としては、主に以下の点を指摘することができる。

一、意匠法・不競法との兼ね合いの理論的根拠は十分ではないこと

- 10 意匠制度・商品形態のデッド・コピー規制との兼ね合いは著作権法の保護を否定すべき十分な理由とはならない。なぜなら、著作権法の保護はフィルターにかけることなく物品の形態に広く及んだとしても、意匠制度・デッド・コピー規制と著作権では、制度の趣旨、要件、効果、保護の範囲が異なっており、意匠制度・デッド・コピー規制が空洞化することはないのだから、意匠制度・デッド・コピー規制との棲み分けを配慮する必要はない。むしろ、ある客体が複数の法律の保護要件を満たすのであれば、重複保護がされるのが当然である反面、意匠制度やデッド・コピー規制による保護が著作権による保護に優先する法文上の明示的な根拠がないにもかかわらず、要件が満たされているのに、制度の趣旨、要件、効果、保護の範囲の異なる別の権利による保護が認められるからという理由で、著作権保護が否定されるのは合理的根拠が見出し難い¹⁸¹。

¹⁸¹ 河野愛「デザインの法的保護」エコノミア 40 巻 4 号（1990 年 3 月）5、12 頁、同〔判批〕（木目化粧紙・一審）特許管理 42 巻 3 号（1992 年）219 頁、223 頁、半田正夫「応用美術の著作物性について」青山法学論集 32 巻 1 号（1990 年）63-66 頁、満田重昭「著作権と意匠権の累積」森泉章ほか編『民法と著作権法の諸問題 半田正夫教授還暦記念論集』（1993 年 2 月・法学書院）616、636-637 頁、富岡英次「応用美術、商品化権、キャラクター」西田美昭ほか編『民事弁護と裁判実務 8』（ぎょうせい・1998 年 4 月）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（二・完）」知的財産法政策学研究 7 号（2005 年 5 月）187-193 頁、齊藤博『著作権法』（第 3 版・2007 年 4 月・有斐閣）87-88 頁、同『著作権法概論』（2014 年 12 月・勁草書房）43 頁、上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009 年 12 月）216 頁、同「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）97-98 頁、同「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（別冊 11 号）（2014 年 3 月）111-112、115 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—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（2009 年 12 月）227 頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント 64 巻 1 号（2011 年 1 月）56-59 頁、半田正夫『著作権法概説』（第 15 版・2013 年 2 月・法学書院）93-94 頁、同（第 16 版・2015 年 11 月・法学書院）頁、市村直也「デザインと著作権」NBL 1020 号（2014 年 3 月）21 頁、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』（2014 年 6 月・青林書院）64 頁。

なお、本山雅弘「応用美術の保護をめぐる著作権の限界づけと意匠権の保護対象」牛木理一先生古稀記念論文集刊行会編『意匠法及び周辺法の現代的課題牛木理一先生古稀記念』（2005 年・発明協会）485-487 頁は、意匠法の保護対象の解釈をめぐる創作説と混同説の対立が存することをふまえ、同法と著作権法が果たして制度趣旨を同じくするかについて疑問を提起し、その結論

二、説得力が高まること

5 物品の形態について、どういう場合に美術の範囲に属するものといえるか、どういう場合に美術の範囲の該当性を否定されるかという点は、いずれかに生来的に振り分けることが困難である。そもそも著作権であまり強く保護しすぎないようにするというのは、物品の形態を超えた著作権法全体の問題であって、物品の形態のところだけで、著作権保護の入口で美術の範囲の要件を活用してこれは著作権で保護しない、これは保護するというような基準の作成に懸命になるのも生産的でない¹⁸²と指摘されている。権利のあるなしでアドホックな判断をするより、事案の事実関係に入念に焦点を当てて、個別に具体的な創作性の要件の判断、さらに著作物の保護範囲を画する要件としての類似性の判断をなしているほうが、当事者に対して説得力を高めることができる¹⁸³と示唆されている。

三、ユーザーにとって過剰保護の弊害に対する反論

15 物品の形態をフィルターにかけることなくダイレクトに著作権による保護を付与すると、競業者規制の意匠制度・商品形態のデッド・コピー規制の趣旨が没却されることになるだけでなく、物品を利用するに際しては、絵柄が大きく描かれたティーシャツやぬいぐるみ、人形、さらに家具、家電製品などをブログで紹介するたびに著作権侵害を問われるなど、ユー

次第では通常創作性のみで物品の形態の保護を判断しても意匠法の存在意義は失われないと説いておられる。

この趣旨という裁判例として、知財高判平成27年4月14日裁判所HP〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕（清水節裁判長）参照。

¹⁸² 上野達弘司会「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」季刊企業と法創造第17号（2009年3月）69頁（駒田泰土発言）。

¹⁸³ 松尾和子〔判批〕（ニーチェア・上告審）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大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）134-135頁は、椅子の立体形状が美術の範囲に属されないものと判示した京都地判平成元年10月19日TKC〔ニーチェア・一審〕、大阪高判平成2年2月14日TKC〔同控訴審〕に対して、問題となった椅子が作成された当時において、当該立体形状のデザインは同業界で平凡でありふれた表現であったのか、椅子そのものは体を支えるための基本的構造を有する既存の椅子の形態にどのような独自の創作が付加されているのか、また、付加の部分は機能的に必然性のあるものであったかなどの創作性の判断を加えていたならば、判決はより客観性があり、当事者に対しても合理的で説得力があったのであると指摘している。同旨、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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）241頁。

また、〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕を担当した清水裁判長は、純粋美術と同視し得るという基準を重視しないで、表現に即して検討した上で著作物性が与えられないのかという考えを抱いて、〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕の判決に至った。美術の範囲の要件を判断するのではなく、本判決のように従来 of いろいろな表現と対比した中で、ありふれた表現ではないのか、という基準に基づいて判断していくほうが、もう少し客観的ではないのかと考えていると述べている。清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP 事件』を中心として—」コピーライト663号（2016年7月）16、19頁。

ザー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、物品の利用行為に過度の萎縮効果を生じさせるとの懸念¹⁸⁴に対しては、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定するのではなく、30条の2の写り込みについての条文の活用など、侵害となる事案に応じた権利制限規定の解釈によって解決をすべきである¹⁸⁵と指摘されている。

- 5 そもそも写り込みの問題があることを理由に物品の形態の著作物性を否定するのは、一種の「量的」解決であり、本質的な解決にはなっていない。なぜなら、著作権法制定時とは異なり、「万人が出版者」、「誰でも報道者」となった今日、写り込みというのは、物品の形態に限った問題ではなく、著作物一般に問題となっているので、物品の形態のみを著作物から除外すれば、写り込みの問題が消失するというわけでもない¹⁸⁶。また、確かに〔佐賀錦袋帯〕、〔プチホルダー〕、〔Chamois（ランニングシャツ）〕事件においては、着物の帯の模様、プードルのぬいぐるみ、シャツに付加される花柄刺繍の立体デザイン及び衣服全体の立体
- 10

¹⁸⁴ この見解を述べたのは、上野達弘司会「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」季刊企業と法創造第17号（2009年3月）65頁（劉曉倩発言）、同劉曉倩「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009年12月）276-277頁、五味飛鳥「応用美術の法的保護について—主として意匠法との交錯に関して」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009年12月）259-260、263-264頁、田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年12月）24頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）101-102頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、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6月・弘文堂）585-587頁、同〔判批〕（TRIPP TRAPPⅡ・控訴審）IPマネジメントレビュー19号（2015年12月）34頁、中川隆太郎〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）コピーライト2015年9月号41、42-43頁、橋谷俊〔判批〕（1）激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）401-402頁。

¹⁸⁵ この趣旨をいうものこのとして、上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009年12月）216頁、同「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究36号（2010年12月）100頁、同「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（別冊11号）（2014年3月）113-115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—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（2009年12月）227-229頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）58頁、市村直也「デザインと著作権」NBL 1020号（2014年3月）21頁参照。

¹⁸⁶ 上野達弘司会「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」季刊企業と法創造第17号（2009年3月）69頁（駒田泰土発言）、同駒田泰土「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—」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（2009年12月）228-229頁、上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009年12月）216頁、同「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（別冊11号）（2014年3月）114頁、吉田和彦「応用美術の保護について—産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用—」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）473頁の注12、市村直也「デザインと著作権」NBL 1020号（2014年3月）21頁参照。

デザインについて、ユーザーの視点から美術品に類する鑑賞対象と認識されるようなものではないとして美術の範囲の該当性を否定したように見受けられる。しかしながら、前述したとおり、ユーザーの視点による美的観賞性基準をもって、美術の範囲の該当性の有無を判断することは適切でない。その意味では、ユーザーの視点による美的観賞性基準を採用しない限り、美術品に類する鑑賞対象と認識されないものでも美術の範囲に属する著作物として保護されうるので、写り込みの権利制限規定を活用しないと、美術の範囲の要件だけでユーザーの物品の利用行為が依然として萎縮するおそれがあり、普段の日常生活にも支障を来す問題は根本的に解消されないのである。したがって、物品の形態に関して、たとえ写り込みの問題が生じるとしても、この問題は物品の形態に限定されない問題であり、むしろ権利制限等の一般的な対応の中で解消されるべき問題である。

ほかに、市販されている家電製品、家具などの生活用品の営利かつ有償でのレンタルビジネスは多数存在するが、物品について著作物とされる場合、一般的には消尽がないと理解されている貸与権が及ぶ問題が生じ得る懸念¹⁸⁷に対しては、譲渡権が消尽した実用品に限りは、ゲームソフトを含む映画著作物と異なり、貸与先での複製を観念する必要性が小さいのだから、消尽理論を活用する余地がある¹⁸⁸ほか、物品のレンタル、リース業では、取引慣行から黙示の許諾が認定でき、黙示を含む契約に委ねてよい事柄である¹⁸⁹。したがって、物品の形態に著作物性を認めた場合の弊害は実際にはそれほど大きなものではない。

第3款 物品形態の類型ごとに異なる判断手法の適用

以上に挙げられた各理由は、どれが正しいのか。おそらく全部が正しいということになるだろう。なぜなら、前述した物品形態の類型ごとに異なる判断手法をとる傾向にある裁判例において、類型ごとにそれぞれある物品の形態には意味があるからである。以下において

¹⁸⁷ 上野達弘司会「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」季刊企業と法創造第17号（2009年3月）61頁（奥邨弘司報告）、同奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）254頁、同「応用美術」法学教室2016年3月号13頁、上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）216頁の注31、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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）277頁、田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）102頁の注29、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、中川隆太郎〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）コピーライト2015年9月号43頁、45頁の注44。

¹⁸⁸ 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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（2009年12月）228頁の注49。

¹⁸⁹ 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）58頁。

は、それぞれ理由を、それが妥当する物品形態の類型に関連づけることによって、統合してみることとする。

一、第1類型の平面の視覚表現

5

美術の範囲の要件を問題せず、特別な付加条件が不要であるとする理由は第1類型の物品の形態に係る平面の視覚表現に当てはまると考えていい。すなわち、物品の制作者の視点に立って平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態や物品の図面自体はいずれも平面にも描けるデザインなので、表現媒体となる物品自体の実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への制約を殆ど受けておらず、表現内容の実用面・機能面に起因する制約を受けても一般のカテゴリの表現と質的に異なるところはないのだから。そして、仮に意匠制度・商品形態のデッド・コピー規制との兼ね合いを配慮する必要があったとしても、平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態については、物品に応用されなければ通常美術の範囲に属するもの扱いされるのに、偶さか応用されれば特別な付加条件が要求されるように、現実の利用態様の変化により著作物の成立要件に関する判断手法を異にする扱いは困難を極める¹⁹⁰。同様に物品の図面自体については、前述したように、デザイン画にとどまる早い段階において定型的にあらゆる物品の図面それ自体の美術の範囲の該当性を否定することは、鉈が大きすぎて、穏当な解決策とはいえない。そもそも物品のデザイン画の図面に著作物性を認めたとしても、物品それ自体を保護する結果を招来するものではない。したがって、平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態や物品の図面自体は特に応用美術云々と位置づけることもなく、後段要件の美術の範囲の該当性を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みで創作性がありさえすれば、著作物として保護することになって然るべきである¹⁹¹。本稿は、こうした判断手法を採用し、美術の範囲の要件

¹⁹⁰ 前掲注○参照。

¹⁹¹ 結論において同旨、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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）236-237頁、同上野達弘司会「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17号（2009年3月）67頁（劉曉倩発言）、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）279頁、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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）44頁、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）112-113頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁、田村善之司会2009年5月16日著作権法学会「討論（シンポジウム）著作物の隣接領域と著作権法」著作権研究36号（2010年12月）（田村善之の発言）138頁、同田村善之の「判批」（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）101頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、橋谷俊「判批」（1）激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）395頁、井上由里子「3Dプリンタに関する

の問題とせず、あるいはそれより個別具体的な創作性の要件を先に検討する裁判例の趨勢を支持したい。他方、美術の範囲の要件を活用して美術の範囲に属さないことのみを理由として直ちに著作物性を否定したように見受けられる裁判例（東京高判〔木目化粧紙・控訴審〕、東京地判〔装飾窓格子の原図・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、東京地判〔黒烏龍茶〕、東京地判〔鍋の持ち手（三徳包丁）・一審〕、東京地判〔ゴルフシャフト図柄・一審〕）、あるいは創作性の要件を満たすことを認定したにもかかわらず、美術の範囲に属さないものとして結局著作物性を否定したように見受けられる裁判例（京都地判〔佐賀錦袋帯〕、東京地判〔木目化粧紙・一審〕）は行き過ぎであり、そのような裁判例に与しない。

10 二、第2類型の物品の立体形状

美術の範囲の要件を活用し、特別な付加条件が必要であるとする理由は第2類型の物品の立体形状にも当てはまると考えていい。すなわち、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状にまで著作権法の保護が広く及んでしまうと、前述したように、意匠登録出願をするインセンティブが大きく損なわれかねないばかり、競業者規制の意匠制度・商品形態のデッド・コピー規制のもとでの保護と利用のバランスも大きく阻害されるからである¹⁹²。

もちろん、プログラム、地図等の機能的表現をはじめ、契約書、商品の取扱説明書、新聞記事等の実用性の高い言語の表現、電話帳等の編集著作物まで、そもそも制作にあたってさまざまな制約があり、どのカテゴリの表現にも見られるものである。物品の立体形状と他の一般のカテゴリの表現と同じ、創作性の有無と程度は問題となり、要は著作権法の目的に即した表現を生み出すためのインセンティブと後発の創作の自由を確保することとのバランスに求められる。そこで、前述したように、ミクロ的な視点で考えると、一般のカテゴリの表現と異なる通常の創作性の要件の判断枠組みで表現の選択の幅に焦点を当てて、個

る著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）15、17頁の注15、吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）473頁、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4月・信山社）13-14、254頁。

他方、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014年6月・青林書院）64頁は量産される実用品の模様や図案は産業上の利用を目的として物品と一体化して評価され、意匠法による産業財産権秩序の中で保護されるため、裁判所は著作権法が介入してそれに著作物性を認めるのに極めて慎重であり、その結果として模様や図案は創作性自体が否定されるのが裁判例の傾向である、との異なる見解を示している。

¹⁹² その反面、第2類型の物品の立体形状について著作権法による保護が受けられなくとも、意匠法や不競法による限定の保護は受けられるのであるが、その不利益は苛烈なものとはいいえないから、許容しうるだろう。井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）17頁注20参照。

別に物品の実用的な側面により支配された表現を著作物から除外することは可能である。それに加え、著作権を実際に行使しようという場合についても、著作物の保護範囲を画する要件としての類似性を判断するにあたって、機能上の制約があるのだから、デッド・コピーのような複製についてしか著作権の行使を許さないものとして保護範囲を狭く解すれば、
5 限定的に解釈することにより、懸念する著作権保護の弊害にも対処することが可能になるとの説明¹⁹³は一理ある。

しかしながら、ここで重要なのは、具体的な判断手法としてはミクロレベルで他の同種の商品と比較することなど、個別に微細な創作性要件の検討に入らず、マクロレベルで物品の制作者の視点から制約を受けるということをもって、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状であることのみを理由として、直ちに美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定するのである。こうした美術の範囲の要件を活用することによって、判断コストがかからないというメリットがある¹⁹⁴上、そういうタイプの物品の立体形状はどれだけ斬新的なデザインでも、あるいは後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されているとしても、
10 第2類型の物品の立体形状に入れば、著作物性を否定することになるのである。

それでは、仮にこの見立てが正しいとしても、判断の仕方の問題であるが、ミクロレベルで当事者に対して説得力を高めるという側面から考えると、事案の事実関係を逐一吟味することなく、個別に具体的な創作性の要件の検討を全然しないで、第2類型の物品の立体形状であることのみを理由としたこのような著作物の否定とは著作権法の判断として適当といえるか。また、どうして第2類型の物品の立体形状の類型に入れば、直ちに著作物性が

¹⁹³ この趣旨をいう裁判例として、[TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審] 参照。同様の立場を採る学説として、上野達弘司会「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 17 号 (2009 年 3 月) 69 頁 (駒田泰士発言)、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』(2009 年 12 月) 227 頁、上野達弘「応用美術の保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究 36 号 (2010 年 12 月) 100 頁、同「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 (別冊 11 号) (2014 年 3 月) 113、115 頁、吉田和彦「応用美術の保護について—産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関する AIPPI の Q231 をもふまえて—」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』(2013 年 9 月・発明推進協会) 472 頁。

また、清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成 27 年 4 月 14 日判決『TRIPP TRAPP 事件』を中心として—」コピーライト 663 号 (2016 年 7 月) 10 頁は、通常の著作物は翻案などまで権利が広がるが、物品の形態ないし応用美術の場合は、デッド・コピーに近いようなものだけが侵害と考えられており、翻案は想定し難いと指摘している。

この趣旨をいう裁判例として、知財高判平成 27 年 4 月 14 日裁判所 HP [TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審] (清水節裁判長)、知財高判平成 28 年 11 月 30 日裁判所 HP [加湿器・控訴審]、知財高判平成 28 年 12 月 21 日裁判所 HP [ゴルフシャフト図柄・控訴審]。

¹⁹⁴ 井上由里子「3D プリントに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105 号 (2015 年 3 月) 16 頁参照。

否定されるのかというと、意匠制度・デッド・コピー規制による保護が可能だということが理由になるが、前例のようなプログラム、地図等の機能的表現、実用性の高い言語の表現などでも著作権法により長期に保護されるわけであり、それはアンバランスといわざるを得ないのではなかろうか。

5

確かに著作権の過剰保護による弊害はほかのカテゴリの表現でも起こりうるものであるから、ミクロレベルで表現の選択の幅を適切に考慮し、創作性を否定したり、著作権保護の範囲を制限したりすることで、相当程度回避することができる¹⁹⁵。しかしながらここで重要なのは、前例のようなプログラム、地図、実用性の高い言語の表現など、表現内容の実用面・機能面を実現するために由来する創作の自由度への制約を受けている表現類型と、表現媒体となる物品自体の実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への大きな制約を受けている第2類型の物品の立体形状とを区別することである。表現媒体自体の存在形態と関係しておらず、単に表現内容の実用面・機能面を実現するために由来する創作の自由度への制約を受けている表現類型について、著作権法の保護を認めるとしても、無体の創作的表現の保護を超えて、有体物の表現媒体の独占という問題を生じることがない¹⁹⁶。それに対して、第2類型の物品の立体形状についても著作権によって著作者の死後50年を経過するまでの長い間の保護を付与すると、無体の創作的表現の保護を超えて、その表現媒体となる物品自体の存在形態を独占させること¹⁹⁷につながり、制作者の物品の開発行為が過度に制限され、ひいてはそういうタイプの物品の関連産業に関するイノベーションの阻害要因となりかねない。なぜなら、物品自体の実用的な側面に起因する制約について粗い粒度で設定してしまうなど、表現の選択の幅を限定するフィルターとしての役割を十分に果たさない¹⁹⁸のであれば、そういうタイプの物品の立体形状に対する著作物の保護範囲がどこまで及ぶのかということは、複雑な、著作物の保護範囲を画する類似性の判断を行わなければならない、実際に裁判を起こして判決確定までは必ずしも明らかとはいえない¹⁹⁹。確か

¹⁹⁵ この見立てが正しいとすると、実用品のデザインは物品に対するニーズを満たすために既存の優れたデザインを参考にしつつ制作されることが多い傾向があるため、物品のデザインに一律に著作権の成立に審査及び登録を要しない著作権法の保護を与えると、創作性要件が緩やかに解釈されていることも手伝って、類似のデザインに多数の著作権が乱立し、権利関係が錯綜することによって、従来既存の物品のデザインに接してこれを改良することができなくなるとの指摘（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6月・弘文堂）585頁、同注13）は理由にならない。

¹⁹⁶ 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6月・弘文堂）585頁、同注64参照。

¹⁹⁷ 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6月・弘文堂）585、587頁参照。

¹⁹⁸ 中川隆太郎「判批」(TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審) コピライト 2015年9月号 42頁。

¹⁹⁹ 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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I. P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009年12月）276頁、横山久芳「著

に他人の著作物に依拠しない限り、著作権侵害とはならないが、第2類型の物品のようなものが通常大量生産されて社会に流通することを考慮すれば、著作権侵害における依拠性の存在が推認されてしまうため、必ずしも依拠性要件によって適切な結論を導けるとも限らない。そして、第2類型の物品の立体形状でも著作物として保護されることになれば、後発者にとってはその開発の物品の立体形状のデザインが日々大量に制作される同業他社の著作権を侵害するか否かを不明確な状態に陥ることになり、不測の損害を被ることになりかねないため、権利処理を必要とする著作物の数が飛躍的に増大することになるばかりか²⁰⁰、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まで抑制されるおそれがあるし、過度の萎縮効果を生じさせるからである²⁰¹。

もちろん、類似性の解釈には相当な幅があり、予測可能性が必ずしも高くない状況において産業上の弊害が生じるのは第2類型の物品の関連産業に限らず、著作権法は印刷を出发点として、レコード、映画、放送などの技術進歩を取り込みつつ、出版産業、音楽産業、映画産業、放送業など「産業」との関わりの中で発展してきたこと²⁰²も否定できない。しかしながら、それはあくまで著作権法が文化的所産の無体の創作的表現の保護を図ることに
15
10
20
25
において、無体の文化産業とのかかわりにすぎず、表現媒体となる第2類型の物品の立体形状という産業的所産を保護する工業所有権法との差違が存在することを配慮しなければならない。そこで裁判所はまさにマクロ的な視点に立って、表現媒体となる第2類型の物品自体の開発行為が過度に制限するおそれのことを慮って、そんなにも多数の同業者が訴訟を起こす誘因をこれ以上あたえたくなかったであろうことを理解できる。したがって、第2類型の物品の立体形状について、そういうタイプの立体形状のデザインが創作性に富んでいても、あるいは市場拡大にいくら時間や費用をかけようとも、その立体形状の保護を否定するために美術の範囲に属さないという理由付けが用いられる。その反面、第2類型の物品の立体形状について著作権法による保護を認めるよりも、むしろ意匠法・不競法のデッド・コピー規制等による保護に委ねた方が結論として妥当だという、美術の範囲の要件の具体化の作業が裁判所に移行することになると評価することができる。こうして、第2類型の物品の立体形状を著作物から除外することにより、競業者規制の意匠制度・商品形態のデッド・コピー規制による保護と、著作権による保護という法のインテグリティがある程度保たれる

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6月・弘文堂)587頁、同[判批](TRIPP TRAPPⅡ・控訴審) IPマネジメントレビュー19号(2015年12月)34頁。

²⁰⁰ 田村善之[判批](TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)102頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁。

²⁰¹ 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6月・弘文堂)587頁、同[判批](TRIPP TRAPPⅡ・控訴審) IPマネジメントレビュー19号(2015年12月)34頁。

²⁰² 角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』(第6版・2012年4月・有斐閣)(辰巳直彦執筆)313頁。

といえる²⁰³。

そして、付随的な効果としては、著作権を制限する一般条項を欠く日本の著作権法において、著作物の洪水のなかで私人の行動の自由が過度に害されることに本質的な解決にはな
5 っていないが、少なくとも一種の量的解決が期待される。

以上をまとめると、第2類型の物品の立体形状に関しては美術の範囲の要件によって定型的に著作物性が否定されると考えるべきである²⁰⁴。本稿は個別の事案の事実関係に入念に焦点を当てることなく、第2類型のような物品の立体形状であることのみを理由として、
10 直ちに美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定する従来の裁判例の趨勢を支持したい。他方、従来の裁判例の趨勢とは異なり、椅子や加湿器のような、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている工業製品にも、美術の範囲の要件より先に具体的な創作性の要件の判断をなしている [TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審]、[加湿器・控訴審] (また、寄りに傾斜しているように思う、知
15 財高判 [エジソンのお箸・控訴審] (鶴岡稔彦裁判長)) に与しない。

²⁰³ もちろん、実証的なデータを欠く以上、このようなマクロ的な考え方が正しいかどうかは証明されていない。ただし、法の構造に鑑みて、著作権法も意匠法・不競法の商品形態のデッド・コピー規制も同じ知的創作物を保護する法なのだから、法のインテグリティを保つためには両者を可能な限り矛盾のないような制度を構築する法として解釈していく必要がある。田村善之 [判批] (TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審) (下) ビジネス法務 15 卷 11 号 (2015 年 11 月) 101 頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト 2017 年 8 月号頁参照。

²⁰⁴ 結論において同旨、田村善之司会「シンポジウム 著作物の隣接領域と著作権法」著作権研究 36 号 (2010 年 12 月) 138 頁 (田村善之発言)、同 [判批] (TRIPP TRAPP (椅子) II・控訴審) (下) ビジネス法務 15 卷 11 号 (2015 年 11 月) 100-101 頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号 (2016 年 5 月) 35 頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト 2017 年 8 月号頁、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015 年 7 月・日本評論社) 173 頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69 卷 4 号 (別冊 14 号) (2016 年 3 月) 112 頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説 (類型的除外説) の立場から—」著作権研究 43 号 (2017 年 4 月) 頁、橋谷俊 [判批] (1) 激安ファストファッション・控訴審) 知的財産法政策学研究 47 号 (2015 年 11 月) 395 頁、井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105 号 (2015 年 3 月) 16 頁、吉田和彦「応用美術の保護について—産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関する AIPPI の Q231 をもふまえて—中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』(2013 年 9 月・発明推進協会) 473 頁。

それに対して、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 III』(2014 年 6 月・青林書院) 64 頁は量産される実用品の模様や図案は産業上の利用を目的として物品と一体化して評価され、意匠法による産業財産権秩序の中で保護されるため、裁判所は著作権法が介入してそれに著作物性を認めるのに極めて慎重であり、その結果として模様や図案は創作性自体が否定されるのが裁判例の傾向である、との異なる見解を示している。

三、第3類型の物品の立体形状

美術の範囲の要件を問題せず、特別な付加条件が不要であるとする理由は第3類型の物品の立体形状にも当てはまると考えていいだろう。すなわち、[博多人形]事件の「赤とんぼ」人形、[仏壇彫刻]事件の仏壇に単に付すプラスチック製の彫刻、[キューピー]事件のキューピー人形、[トントウぬいぐるみ]事件の妖精人形、[プチホルダー]事件のプードルのぬいぐるみ、[Chamois (ランニングシャツ)]事件のシャツに付加される花柄刺繍の立体デザインのように、物品の制作者の視点からそれらの立体的なデザインの表現は表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への制約を殆ど受けていないため、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準で著作権法の保護を認めたとしても、表現媒体となる物品自体の独占を招くことにはならず、後発の製品の開発行為を過度に制限するおそれもないからである²⁰⁵。また、[アンコウ行灯]事件の火の光の陰影効果による神秘的・幻想的な空間を醸し出されている行灯、[ファイブスターのガレージキット]事件のキャラクターの立体模型、[ファービー]事件の動物ぬいぐるみ型の電子玩具、[チョコエッグ]事件のおまけの「動物フィギュア」「アリスフィギュア」「妖怪フィギュア」、[無重力状態体験装置]事件の空中浮遊の体験型装置等のように、物品の実用的・技術的な機能を発揮させるために立体的なデザインの一部表現においては多少の制約があるとはいえ、第2類型の物品ほど大きくない反面、デザイン全体としての創作の自由度は一般のカテゴリの表現と質的に異なるところはないものと看取することができるのだから、マクロレベルで物品の制作者の視点からみても、著作権法の規律を及ぼしても弊害が小さい。したがって、そういうタイプの物品の立体形状であることのみを理由としたこうした物品の立体形状を定型的に著作物から除外する必要はないだろう²⁰⁶。その意味ではこのようなタイプの物品の立体形状は上掲第1類型の平面の視覚表現と同じ、美術の範囲の要件を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提としたうえで、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みで創作的表現でありさえ

²⁰⁵ また、井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号(2015年3月)17頁の注24は、キャラクターに関して二次元のキャラクターは著作物性が難なく認められるのに、三次元では応用美術の「鑑賞性」のハードルが課せられるとすれば、バランスを欠くと指摘している。

²⁰⁶ [ファービー]事件につき結論において同旨、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)」知的財産法政策学研究6号(2005年3月)240-241頁はファービーの機能上の特徴を発揮させるためにその顔面部分のデザインにおいては多少表現が制約されたとしても、ファービーの全体としては独創的な架空の動物のような形態において、美術の範囲に属する著作物性を認めてもよいと判決を批判している。また、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確定基準—」コピーライト2006年8月号51頁は、物品の立体的なデザインの表現においてある程度の機能上の特徴を発揮させるための制約を受け得るとしても、それゆえに直ちに美術の範囲に属する著作物性が否定されるとの論旨には疑問があると指摘している。

すれば、著作物として保護することになって然るべきである²⁰⁷。

もつとも、問題は物品の立体形状のうち、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている第2類型の物品の立体形状と、
 5 そうではない第3類型の物品の立体形状のような切り分け、いわゆる制作者の視点による分離可能性基準は、選別基準として本当に運用可能なのだろうか。前述したように、所与とされた前提条件として、制約の由来あるいは表現媒体となる物品の属する産業分野をどのように捉えるかによって、当の産業に属する物品の実質的制約の解釈の仕方も変わってくるので、手編みのベストや[Chamois (ランニングシャツ)]事件のシャツという衣服全体
 10 の立体デザインのような類型の表現は第2類型の物品に属するものとし、ぬいぐるみや人形等のような類型の表現はデザイン全体として第3類型の物品に属するものと看取することができるであろうが、[装飾窓格子の原図]事件の窓格子の立体形状、[無重力状態体験装置]事件の空中浮遊の体験型装置、[ファービー]事件の動物ぬいぐるみ型の電子玩具、[チョコエッグ]事件の動物の形態を再現した「動物フィギュア」、物語の挿絵に描かれた人物
 15 を立体化させた「アリスフィギュア」等、さらに食卓を照らす装飾的なランプ²⁰⁸、子ども用の木製の小さな列車のおもちゃ等の物品の立体形状については、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されているか否かの判断が難しいケースがある。

20 そこで、第2類型の物品と第3類型の物品との切り分け、すなわち物品の立体形状は「美

²⁰⁷ 結論において同旨、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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）237頁、上野達弘司会「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17号（2009年3月）67頁（劉曉倩発言）、同劉曉倩「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」渋谷達紀ほか編『別冊NBL130 I.P. Annual Report 知財年報2009』（商事法務・2009年12月）279頁、田村善之司会「シンポジウム 著作物の隣接領域と著作権法」著作権研究36号（2010年12月）138頁（田村善之発言）、同田村「判批」（TRIPP TRAPP（椅子）II・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）100-101頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁、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4月・信山社）13-14、254頁、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）106頁の注38、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究43号（2017年4月）頁の注、橋谷俊「判批」（1）激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）395頁、井上由里子「3D プリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）16頁、吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）473頁。
²⁰⁸ 吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）477頁に挙げられた例。

術の範囲に属するもの」という美術の範囲の要件を充足するかどうかの線引きに関して、学説では、物品の制作者の視点から物品の実質的な制約を受けずに表現されたデザインであるかという分離可能性基準のほかに、ユーザーの物品の利用行為の自由を確保するために、前掲ユーザーの視点による美的観賞性基準も併用し、両者を満たすべきとする裁判例の傾向を支持する見解²⁰⁹や著作者人格権との関係を考慮し、署名の有無をも勘案すべきとする見解²¹⁰を表明するものがある。また、個々の事案における物品の特質及びそれに付されるデザインの態様を考慮した上で著作権法の保護に相応する実用面の制約によるものではないと明確に認識できる程度の創作性が要求されること²¹¹や、関連産業界における秩序への影響という産業政策上の考量が大きなファクターになっており、著作権法により保護することにより当該分野の産業の発展を不当に阻害することとならないよう、法目的制度間調整に照らし「著作物としての相応性」が認められるか否か²¹²、あるいは著作権の重複保護が意匠法秩序に混乱をもたらさないと解されてきたもの²¹³、というやや抽象的な基準で判断すべき見解もある。さらに、法体系全体との整合性や政策的・規範的考慮を加味しなければならないとしたうえで従来の判決²¹⁴にも見られた「社会通念」あるいは「社会的なコンセンサス」をメルクマールとする見解²¹⁵や究極的には応用美術の創作者の利益と物品の開

²⁰⁹ 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『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）42-45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6月・弘文堂）585-586頁。

²¹⁰ 五味飛鳥「応用美術の法的保護について」企業と法創造 17号（2009年3月）165頁、同「応用美術の法的保護について—主として意匠法との交錯に関して」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009年12月）269-270頁。

²¹¹ 結果的に、第2類型の物品のように表現上の制約が強いものについてはより高度な創作性がなければ著作権による保護が制限されるべきであるとの見解であるが（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）」知的財産法政策学研究 6号（2005年3月）237-238頁、同「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性（二・完）」知的財産法政策学研究 7号（2005年5月）198頁、同上野達弘司会「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 17号（2009年3月）67頁（劉曉倩発言）、同「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」渋谷達紀ほか編『別冊 NBL130 I.P. Annual Report 知財年報 2009』（商事法務・2009年12月）279頁参照）、そういうタイプの物品の立体形状であることのみを理由として直ちに美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定することはないように見受けられる。

²¹² 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確定基準—」コピーライト 2006年8月号 56-58頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）147頁。

²¹³ 本山雅弘〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）II）・控訴審）新・判例解説 Watch TKC ローライブラリー（2016年1月）3頁。

²¹⁴ 金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年7月・日本評論社）169-170頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69巻4号（別冊14号）（2016年3月）112頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究 43号（2017年4月）頁。

²¹⁵ 中山敦夫「著作権法における応用美術の保護」武蔵野美術大学研究紀要 24号（1993年3月）

発者の利益のいずれをどの程度重視するかという「政策的な衡量」によって決められるべき問題とする見解²¹⁶も提唱されている。

- 5 他方では、ここでいう「制約」とは、立体的なデザインの表現がその表現媒体となる物品の「技術的」な性質に由来する創作の自由度への制約に限定すべき見解²¹⁷もある。

- 10 ユーザーの視点による美的観賞性基準との併用説は、前述した美的観賞性基準と同じ問題を有し、依然として美術の範囲の該当性の有無の問題を解決する基準として不適切である。また、ぬいぐるみや人形等のような類型の物品は、制作者の視点からデザイン全体として創作の自由度は一般のカテゴリの表現と質的に異なるところはないものと看取することができれば、それ以上にユーザーの視点による美的観賞性を要求する必要はないだろう²¹⁸。同様に物品の制作者の視点から表現に自由度がある範囲で創作がなされたのであれば、そこに通常の著作物と同様に制作者の人格的な利益が付着していると評価しうるから、著作者人格権を認めることを正当化しうる。それ以上に「署名性」を勘案する必要はないといえる²¹⁹。
- 15

また、「著作物としての相応性」や「社会通念」「社会的なコンセンサス」「政策的な衡量」といった概念は不明確であり、なんら客観的基準を立てるものでなく、様々な解釈の余地がありうる反面、保護客体の選別をはっきりさせておかないと、却って混乱することになりか

121、129、131 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（二・完）」知的財産法政策学研究 7 号（2005 年 5 月）198 頁、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015 年 7 月・日本評論社）169-170 頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69 巻 4 号（別冊 14 号）（2016 年 3 月）112-113 頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究 43 号（2017 年 4 月）頁。

²¹⁶ 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 6 月・弘文堂）587 頁。

²¹⁷ 田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）25 頁、同「判批」（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務 15 巻 11 号（2015 年 11 月）100-101 頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピライト 2017 年 8 月号頁。

また、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 4 月・信山社）254-255 頁は美術の範囲に属するか否かを判断するに際しては、対象の「技術的な性質」に由来する創作の自由度への制約が純粋美術と同程度に止まっているために、存続期間が長い著作権の保護を正当化しうるか否かということによって判断すべきであると指摘している。

²¹⁸ 田村善之「判批」（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務 15 巻 11 号（2015 年 11 月）101 頁の注 23、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピライト 2017 年 8 月号頁参照。

²¹⁹ 田村善之「判批」（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務 15 巻 11 号（2015 年 11 月）101 頁の注 23、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピライト 2017 年 8 月号頁。

ねない²²⁰。仮にかかる社会通念等の存在を仮定して、社会通念は時間経過による変化を予定するから、著作者の死後50年にも及ぶ長期の保護期間という強い権利について法的安定性がない²²¹。

- 5 それに対して、確かに物品の「技術的」な機能を発揮させるために由来する創作の自由度への制約に限定すれば、美術の範囲に属さないものとして著作物性が否定される第2類型の物品の立体形状と、美術の範囲に属する第3類型の物品の立体形状との切り分けがより明確になることが期待される。しかしながら、制約の由来を「技術的」なものに限定したとしても、前述したとおり、制約に関しては有無の問題だけではなく、物品の技術的な機能を
- 10 発揮させるために由来する創作の自由度への制約の大きい小さいかも考慮しなければならない。[無重力状態体験装置]事件の空中浮遊の体験型装置のように、物品の制作者の視点から当該物品の技術的な機能を発揮させるために立体的なデザインの一部表現においては多少の制約があるとはいえ、そのことのみを理由として直ちに美術の範囲の該当性を否定することではなく、事案の事実関係に入念に焦点を当てて、個別に具体的な創作性の要件
- 15 の判断をした例がある。

さらに、著作権法と意匠法との両制度の相違に基づいたとしても、意匠制度の場合には物品の形状等の新規性や非容易創作性の要件のみを求められるものであるから、技術性に由来する創作の自由度への制約を導くことができない。

20

- そもそも制約の由来を技術的なものに限定すること自体は狭すぎるのではないかとの疑問を呈している。物品の立体形状はどれだけ斬新的なデザインでも、定型的に著作物性が否定される第2類型の物品の立体形状に入れるとされている[装飾窓格子の原図]事件の窓格子、[編み物及び編み図]事件や[Chamois (ランニングシャツ)]事件の衣服全体の立体デザイン、あるいは量産される茶碗のような工業製品等のように、それらの立体的なデザインの表現が物品の「技術的」な機能というより、むしろ単なる当該物品の実用的な側面により、「実用的」な機能を実現するために由来する創作の自由度への大きな制約を受けていると考えるほうがわかりやすいと思う。

- 30 以上をまとめると、境界線を画定するのは厄介な作業であるということは重々承知しているつもりだが、第2類型の物品の立体形状と第3類型の物品の立体形状との切り分け、すなわち物品の立体形状は美術の範囲の要件を充足するかどうかの線引きに関しては、やはり表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が

²²⁰ 上野達弘司会「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 17号(2009年3月)68-69頁(駒田泰士発言)。

²²¹ 森本晃生「応用美術の著作権保護を巡る若干の考察」パテント 64巻1号(2010年)56頁。

大きく制約されているか否かの判断によって決めるべきものである。確かに解釈論として第2類型の物品の立体形状と第3類型の物品の立体形状とを截然と区別する「分離可能性基準」を打ち立てることに困難がある。しかし、表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されているか否かの分水嶺自身の限界を確定することは困難でも、椅子、街路灯、鍋の持ち手、衣服、加湿器、練習用箸など、当該事案の物品の立体形状が分水嶺のどちらに属しているのかということは判断が可能な場合が多い。同様に、「赤とんぼ」人形、仏壇に付すプラスチック製の彫刻、キューピー人形、妖精人形、プードルのぬいぐるみ、[Chamois (ランニングシャツ)]の花柄刺繍部分の立体デザイン等はいうまでもなく、物品の実用的・技術的な機能を発揮させるために立体的なデザインの一部表現においては多少の制約を受けているキャラクターの立体模型、動物ぬいぐるみ型の電子玩具、おまけの「動物フィギュア」「アリスフィギュア」「妖怪フィギュア」等のように、物品の制作者の視点からこうした制約は上記第2類型の物品の立体形状ほど大きくないことが明らかであるといえよう。

もちろん、[無重力状態体験装置]事件の空中浮遊の体験型装置等のように、物品の実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への大きな制約を受けているかどうかの判断が難しいケースがあり、裁判例の蓄積を待つ以外に方法はないのだが、留意しなければならないこととして、こうした判断に迷う限界事例では、第2類型の物品の立体形状にするか第3類型の物品の立体形状にするかを切り分けるための基準ないしそれを当てはめることの適否を議論するのは非生産的であり、当事者に対して説得力を高めるためにも、そういうタイプの物品の立体形状であることのみを理由として定型的に美術の範囲の該当性ないし著作物性を否定することではなく、第3類型の物品の立体形状に入れて、個別事案の事実関係に入念に焦点を当てて、他の同種の商品と比較することなど、個別に具体的な創作性判断を行ったほうがよいだろう²²²。本稿は、[無重力状態体験装置]事件のようにこうした判断手法を採用する裁判例の趨勢を支持したい。他方、物品の制作者の視点からプードルのぬいぐるみのような立体的なデザインや、シャツに付加される花柄刺繍部分の立体デザインといった表現は、その表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するために由来する創作の自由度への制約を殆ど受けていないにもかかわらず、プードルのぬいぐるみを小物入れに単に付す立体形状あるいはシャツにおける花柄刺繍部分の立体デザインであることのみを理由として直ちに美術の範囲の該当性ないし著作物性を否定したように見受けられる裁判例（前掲 [プチホルダー]、[Chamois (ランニングシャツ)]）は行き過ぎであり、そのような裁判例には賛同できない。

²²² この点に関して、井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題—設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに—」DESIGN PROTECT 105号（2015年3月）16頁は、意匠法等との重複保護によるデメリットも考慮する必要があるが、明確な基準が定立できないのであれば、この類型に関しては、応用美術の問題として扱わず、一般の「創作性」要件にした方がすっきりすると指摘している。

第3節 物品にとらわれない視覚表現

5 有体物の物品にとらわれない視覚表現のタイプの事案では、そういうタイプの視覚表現が著作物として保護されるかが著作権法2条1項1号の定める著作物性の要件を満たすかどうかによって決まるのであるが、後段要件の美術の範囲に属するものであるかどうかをめぐる応用美術の論点を取り上げるべきか否かということ自体が問題となりうる。なぜなら、物品にとらわれない視覚表現は物品の形態のようにその表現媒体となる物品自体の独占を招来するおそれはないからである。また、意匠制度又は不競法2条1項3号の商品形態の
10 デッド・コピー規制は有体物の物品に係るデザインを保護しうるのみであり、物品にとらわれない視覚表現を原則的に保護することはできない²²³。したがって、美術の範囲の要件を活用して特別な付加条件を備えていない物品の形態が美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定するとする「区別説」においては、競業者規制の意匠制度・デッド・コピー規制への配慮として説明されるのが一般的であるが、この理由は物品にとらわれない視覚表現
15 については当てはまらない²²⁴。関連する裁判例を分析しつつ考察したい。

第1項 美術の範囲の要件の問題とせず、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件の判断のみによって結論が出される傾向にある裁判例

20 第1款 裁判例の傾向

裁判例においては、①科学雑誌に登載する目的で動物の生態を写實的に描いた写実画（東京地判昭和36年10月25日下民12巻10号2583頁〔動物写実画〕（三宅正雄裁判長）（著作物性肯定、類似性肯定）、②各建造物等に略画的手法をもって手書きし、さらにこれを縮
25 小して観光用パリ市観光地図として完成させた「パリー市鳥瞰図」（大阪地判昭和51年4月27日無体集8巻1号130頁〔パリー市鳥瞰図〕（大江健次郎裁判長）（類似性肯定²²⁵）、③ビデオゲーム「パックマン」の影像（東京地判昭和59年9月28日無体集16巻3号676頁〔パックマン〕（牧野利秋裁判長）（著作物性肯定、類似性肯定）、④フォント用紙の文字枠に記載された、「岩田書体」という明朝体の書体（東京地判平成5年4月28日知財集25巻1号
30 170頁〔岩田書体・一審〕（一宮和夫裁判長）（創作性否定）、東京高判平成5年11月18日

²²³ ただし、物品の操作の用に供される画像であつて、当該物品又はこれと一体として用いられる物品に表示されるものが意匠として保護される。意匠法2条2項参照。

²²⁴ 文字の書体について、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）155頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、駒田泰土「タイプフェイスの保護」著作権研究36号（2010年12月）62頁、化粧や髪型について、小川徹〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）日本大学知財ジャーナル9号（2016年3月）105頁参照。

²²⁵ 「パリー市鳥瞰図」の一部を拡大して洋服箱及び包装紙の図案として使用したことが著作権の侵害になるとされた。

知財集 25 卷 3 号 472 頁 [同控訴審] (竹田稔裁判長) (一審判決引用))、⑤合同宣伝用ポスターを作成するために作成された、北アルプス連峰、平野、湖沼等を対象とした北アルプス鳥瞰図の原画 (長野地判平成 6 年 3 月 10 日判例地方自治 [白馬村等合同宣伝用ポスター・一審] (前島勝三裁判長) (著作物性肯定、類似性肯定²²⁶))、東京高判平成 7 年 7 月 11 日判例工業所有権法 [同控訴審] (竹田稔裁判長) (創作性肯定・類似性否定)、最判平成 9 年 7 月 15 日 TKC [同上告審] (上告棄却))、⑥角川書店が出版する書籍『ブラック・ティー』の装丁として使用されている、下記羽毛が空中に舞う様子を数枚の羽根相互の間隔とトーンによって表現した図柄 (東京地判平成 12 年 9 月 28 日判タ 1045 号 296 頁 [角川文庫新聞広告] (三村量一裁判長) (類似性肯定))、⑦「Rope Picnic」というブランド商品の広告で使用されていた、原告デザイナーのロシアの民族玩具である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 日裁判所 HP [マトリョーシカ人形イラスト] (市川正巳裁判長) (著作物性肯定、類似性肯定²²⁷))、⑧雑誌に掲載された、下記編み物の図面 (前掲東京地判平成 23 年 [編み物及び編み図・一審] (大須賀滋裁判長) (創作性否定))、前掲知財高判平成 24 年 [同控訴審] (塩月秀平裁判長) (創作性否定))、⑨恋愛の行方の占いをサービス内容とする携帯コンテンツにおいて、ルーン石を利用した占いの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、下記ルーン石の白黒及びカラー画像群 (東京地判平成 22 年 4 月 28 日裁判所 HP [恋愛の神様・一審] (岡本岳裁判長)²²⁸、知財高判平成 23 年 2 月 28 日裁判所 HP [同控訴審] (飯村敏明裁判長)²²⁹)、⑩釣りを題材とした携帯電話機用ゲームの魚の引き寄せ画面 (前掲東京地判平成 24 年 [釣りゲータウン 2・一審] (阿部正幸裁判長) (類似性肯定)、前掲知財高判平成 24 年 [同控訴審] (高部眞規子裁判) (類似性否定))、⑪プロ野球カードを携帯電話で提供されるオンラインゲームの画面 (東京地判平成 25 年 11 月 29 日裁判所 HP [プロ野球ドリームナイン・一審] (東海林保裁判長) (類似性否定)、知財高判平成 27 年 6 月 24 日裁判所 HP [同控訴審] (設楽隆一裁判長) (類似性肯定否定両方ある) 等に見られるように、物品にとらわれない視覚表現については、実際に供されているものであっても、応用美術の論点を取り上げず、美術の範囲の要件も問題せずに事案の事実関係に入念に焦点を当てて、他の同種の商品と比較することなど、個別に具体的な創作性判断を行うという、一般のカテゴリの表現と同様の創作性要件の判断のみによって結論が出される傾向にある判決は主流ともいえる。

30 [岩田書体] 事件 (裁判所 HP 判決より抜粋)

²²⁶ ただし、著作権譲渡に関する合意を肯定。

²²⁷ 原告マトリョーシカ人形のデザインと酷似の図柄を縫い付けた手提げ鞆を製造・販売した被告行為について著作権侵害を肯定している。

²²⁸ 携帯電話画面上に表示されるルーン石の白黒画像群については創作性否定、ルーン石のカラー画像群については創作性肯定。

²²⁹ 携帯電話画面上に表示されるルーン石の白黒画像群については創作性否定、ルーン石のカラー画像群については創作性否定。



地裁（一宮和夫裁判長） 著作物の創作性否定
高裁（竹田稔裁判長） 一審判決引用

- 5 [角川文庫新聞広告] 事件（裁判所 HP 判決別紙より抜粋）
左 『ブラック・ティアー』書籍の装丁 右 角川文庫新聞広告背景



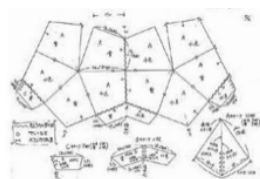
地裁（三村量一裁判長） 類似性肯定

- 10 [マトリョーシカ人形イラスト] 事件（裁判所 HP より抜粋）
上 原告マトリョーシカ人形をモチーフとしたイラスト
下 マトリョーシカ人形の図柄を縫い付けた被告手提げ鞆



- 15 （市川正巳裁判長） 著作物の創作性肯定、類似性肯定

[編み物及び編み図] 事件（判時 2159 号 131-132 頁より抜粋）
編み図の図面について



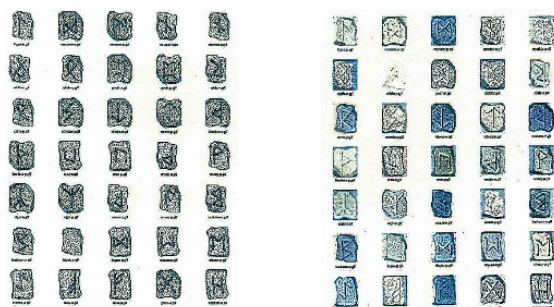
- 20 地裁（大須賀滋裁判長） 著作物の創作性否定

高裁（塩月秀平裁判長） 著作物の創作性否定

〔恋愛の神様〕事件（裁判所 HP 判決別紙より抜粋）

①携帯電話画面上に表示されるルーン石の白黒画像群について

5 左 原告白黒画像群 右 被告カラー画像群

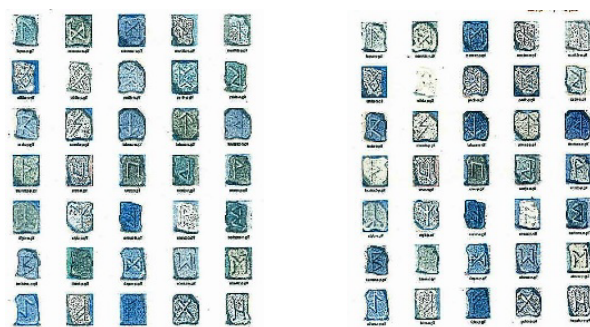


地裁（岡本岳裁判長） 二次的著作物の創作性否定

高裁（飯村敏明裁判長） 二次的著作物の創作性否定

10 ②携帯電話画面上に表示されるルーン石のカラー画像群について

左 原告カラー画像群 右 被告カラー画像群



地裁 二次的著作物の創作性肯定、類似性肯定

高裁 二次的著作物の創作性否定

15

第2款 検討

上記の裁判例のなか、創作性を否定することを根拠に著作物性を否定した事例は三つしかない。まず、前掲東京地判平成5年〔岩田書体・一審〕、前掲東京高判平成5年〔同控訴審〕（一審判決引用）は、「以前から存在した文字に比べて顕著な特徴を有するものでない限り、作成された文字に、著作物性を認めることはできない」と、一般論を言いつつ、当てはめ部分を見ると、フォント用紙に正方形の文字枠内に岩田書体という明朝体の書体の「亜」「哀」「逢」の文字について、以前から存在した明朝体の書体に比べて、いかなる特徴を有し、その創作性がどこにあるのか等についての具体的な主張立証をなしていないから、当該

文字の創作性を否定した。また、前掲東京地判平成23年〔編み物及び編み図・一審〕、前掲知財高判平成24年〔同控訴審〕事件における編み図の図面について、判決は「形の最小単位は直角三角形であり、この三角形二つの各最大辺を線対称的に合わせて四角形を構成し、この四角形五つを円環的につなげた形二つをさらにつなげた形」と表現される図面記載の構成は、アイデアにとどまるものと解されるから、原告編み図について著作物に当たらないと判断した。さらに、前掲東京地判平成22年〔恋愛の神様・一審〕、前掲知財高判平成23年〔同控訴審〕事件の携帯電話画面上に表示される、41種のルーン石の白黒およびカラー画像群について、創作性の有無の判断を分けた。第一審は、ルーン石の白黒画像群について、原告の参考した既刊書『ルーンの手』に記載された石の上にルーン文字が書かれている絵にを照らして比較して、石版の上にルーン文字が書かれているという構成はありふれたものとしたうえで、ルーン文字部分は既刊書のルーン文字をそのまま表現しているだけであるから、原告が作成したといえるのは背景の石版部分だけである。しかるに、不規則に欠けた状態の長方形に点を打ち込んで石を表現するというのはありふれた表現にすぎないものであるから、原告白黒画像群を全体と観察して、そこに既刊書に描かれたルーン文字及びルーン石の絵を離れた新たな創作性が付与されているものとは認め難く、原告白黒画像群に創作性を認めることはできないとした。控訴審も、既刊書に描かれたルーン文字及びルーン石の絵にを照らして比較して、原告白黒画像群の創作性は認められないとした。一方、白黒画像に着色を施し、ルーン文字及びルーン石に影を付けたカラー画像群について、第一審は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いることにより、原告カラー画像群は既刊書の絵を離れた新たな創作性が付与されたものとして、原告カラー画像群に創作性を認めた。しかし、控訴審では、ルーン石やルーン文字の形状は白黒画像群と変わるところがなく、また、配色のしかたについても、創意があるとまではいえないとして創作性が否定される。

前掲〔岩田書体〕事件において、抽象論として明朝体のような書体の著作物性が認められるためには、「以前から存在した文字に比べて顕著な特徴」を有することが必要とされる。この要件は一見、目新しいようにもみえる。第3章で述べたように、著作物の成立要件として求めている創作性について、元来、消極的要件として、①既存の原作をそのまま模して作成されたもの、②アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であるところ、既に存在していた表現を模倣したものという確たる証拠が提示されなかったものの、不可避的な表現・ありふれた表現を超えて、「客観的新規性」といったものが必要であると解すれば、判旨は「客観的創作性」を著作物性の判断に持ち込んで、明朝体の岩田書体には以前から既に存在していた明朝体の書体と比べてその創作性がどこにあるのか等について、権利者側に具体的な主張立証の責任を課しているからである。しかしながら、従来のものに比して顕著な特徴を求める趣旨は、創作性の有無の判断に「客観的新規性」という基準を持ち込むことなく、

一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みで二次的著作物における創作性判断を本文用のテキスト系の書体の特質にあわせて読み替えたものとみるべきである。すなわち、文字は、これを共有する人間相互間において情報を伝達するための手段としての記号であることから、その形は同一することが本来的に予定されているものである。もちろん、漢字の膨大な量を考えれば、一揃いのタイプフェイスのような書体の文字セットを作成するには、多大な労力・費用・時間を要することは想像に難くないと思われる。しかしながら、文字を素材とした書体の造形表現を作成するについて何らかの工夫が加えられたとしても、そもそも明朝体のように、高い可読性が要求される本文用のテキスト系の書体の場合には制作者の自力で完全なる無から有を生じさせるものとは言い難い。というより、むしろ現に製品化されているテキスト系の書体は以前から既に存在していた明朝体などのような書体に接して、それをなぞっていながら、その枠内でいかに接していた従来の書体の改良の積み重ねにより漸進的に制作されるものであるということが出来る。したがって、本文用のテキスト系の書体は二次的著作物としての創作性が認められるためには、当然接していた従来の同種の書体と比べてどこがどのように異なるのかを検討しなければならない。

また、高い可読性が要求され、従来既存の書体の漸進的に改良される本文用のテキスト系の書体は、字体を分かりやすく、読みやすいものとして表現しなければならないということから来る大きな制約があり、エレメントのバランス、字画の多少によるウェイトの調整等に加えることにおいても、その選択の幅が狭い。それに加えて、本文用のテキスト系の書体である以上、文字の大きさもおのずと制限されているので、たとえ従来の書体との違いが客観的に存在したとしても、通常の注意力を有する者が肉眼でこれを観た場合、その違いの区別がつかないのであれば、創作性を認めるには不十分である。したがって、二次的著作物としての創作性が認められるためには、従来のテキスト系の書体と比較して区別しうる差異という「特徴」を有することが必要である。確かに従来のものに比して「顕著な特徴を有する」といった場合、「区別しうる差異を有する」とした場合よりも創作性を認めることが困難になるように思われるが、文字を素材とするため必然的に小さくなって、似ざるをえないテキスト系の書体の場合、従来のテキスト系の書体と明確に区別しうるものはすなわち「顕著な特徴を有する」ということで、「顕著な特徴」であるかは単なる言葉の強調にすぎないだろう。実際〔岩田書体〕事件の当てはめ部分を見ると、問題となった明朝体の岩田書体には以前から既に存在していた明朝体の書体と比べて、どこがどのように区別しうる差異を有し、創作性がどこにあるのか等について権利者側がそもそも具体的な主張立証をなしておらず、二次的著作物としての創作性が認められないのだから、当該書体の著作物性は否定されるのである。つまり、抽象論として「顕著な特徴を有する」ことが求められているからといって、具体的な当てはめにおいては、通常の創作性より厳しめの創作性が要求されるわけではなく、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準が著作物の成否の分岐点とな

っているといえよう。

以上をまとめると、[岩田書体]において「以前から存在した文字に比べて顕著な特徴」を有することが必要とされるものの、それは「不可避免的表現・ありふれた表現」それ以上を5 求めることなく、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みで二次的著作物における創作性判断と質的に変わらない内容と理解することができる。

ほかに[編み物及び編み図]事件の編み図の図面について、いったん編み物の構成というアイデアが決まれば、あとは誰がそれを図面化しようとしてもほぼ原告編み図の図面と同10 様の図面にならざるを得ないので、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準でも、創作性を欠くものとして著作物性を否定すべきものであろう。また、確かに前掲[レターセット(便せん絵柄)]事件の絵柄、さらに[表紙図版]事件の書籍の表紙図版のようなものでさえ、美術の範囲に属するものとして著作物性を認めていることから15 は、[恋愛の神様]事件のルーン石のカラー画像群について、創作性が否定されているのはやや厳格に過ぎず、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いる点において、一つのまとまりのある視覚表現として、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準で創作性が認めても良かった事案ではなかったかとの見方もあるかもしれない。しかしながら、作者の接していた既刊書に描かれたルーン文字及びルーン石の絵にかんがみて、創作性の有無の限界線20 に近い事例に位置付ければ、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準でも、二次的著作物として創作性を満たさないと判断され得るので、判決が美術の範囲の要件を斟酌して創作性の解釈として、高度な創作性やユーザーの視点による美的観賞性を求める趣旨を表明しているとまで読み込む必要はないだろう。

25 第2項 美術の範囲の要件を活用して特別な付加条件が必要とするように見受けられる裁判例

他方では、美術の範囲の要件を問題せずに一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準のみによる判断がされる傾向にある上記の裁判例と異なって、有体物の物品にと30 らわれない視覚表現にもかかわらず、美術の範囲の要件をどのように判断するかを検討する、あるいは当てはめの際に応用美術として著作物たりえるためには、美術の範囲の要件を活用して特別な付加条件が必要とする裁判例もいくつかある。大まかにいって、①広告・ピクトグラム、②文字を素材とした造形表現、③身体装飾や衣服等のコーディネート、という視覚表現のタイプによって分類できるように思われる。

第1款 広告・ピクトグラム

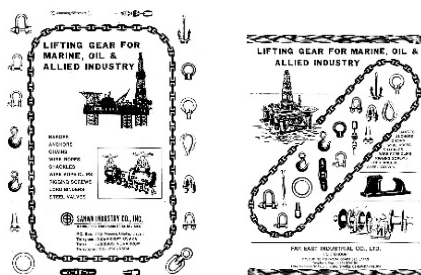
一、裁判例

- 5 まずは、定期刊行の印刷物に掲載した、石油採取設備の広告の著作物性が争われた大阪地
判昭和60年3月29日無体集17巻1号132頁〔三和通商広告〕（潮久郎裁判長）は、問題と
なった広告は図案化された環状の鎖、シルエット状の石油採取設備、18個の工具の部品の
写真、バルブの写真及びそれぞれの各英文文字を構成素材としてこれを一紙面に配置し、全
10 体として一つの纏まりのある絵画的な表現物として、「見る者の審美的感情（美感）に呼び
かけるものがあり」、且つその構成において作者の創作性が現われているとみられるから、
絵画の範疇に類する美術の著作物と認め得るものとした。同じ商業広告の事例として、東京
地判平成10年11月16日判例工業所有権法〔「リトルくらぶ」広告〕（森義之裁判長）では
「リトルくらぶ」のロゴマーク、キャラクターの図柄及びキャッチフレーズなどが組み合わ
15 せて構成された、雑誌広告については創作的表現として著作物性が認められた。そして、判
決は量産品のひな形等について応用美術として著作権法上保護されないとはいいつつ、問題
となった表現は雑誌の広告のためという実用目的で制作されたものであるが、量産品のひ
な形等のものと同視することができるものではなく、著作物性を認めることができるとし
た。
- 20 ほかに、実在する施設をグラフィックデザインの技法で描いた個々の「ピクトグラム」は、
観光案内図等を見る者に視覚的に対象施設を認識させることを目的に制作され、実際にも
相当数の観光案内図等に記載されて実用に供されているものであるから、応用美術の範囲
に属すると認定している事案において、大阪地判平成27年9月24日裁判所HP〔大阪城ピ
クトグラム〕（高松宏之裁判長）は応用美術が「実用的機能を離れて美的鑑賞の対象となり
25 得るような美的特性を備えている場合には、美術の著作物として保護の対象となる」と前置
きしながらも、当てはめているところ、個々のピクトグラムはそれぞれの施設の特徴を拾い
上げ、どこを強調するためにどの角度からみた施設を描くのか、また、どの程度、どのよう
に簡略化して描くのか等の表現において「実用的機能を離れた創作性の幅は十分に認めら
れる」のだから、それぞれのピクトグラムが実用的機能を離れても美的鑑賞の対象となり得
30 るような特性を備えているものと結論づけて、原告ピクトグラムの著作物性を肯定した²³⁰。

〔三和通商広告〕事件（裁判所HPより抜粋）

左 原告広告 右 被告広告

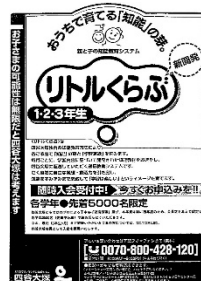
²³⁰ 個々の「ピクトグラム」は、被告「大阪街歩きガイド」と題する冊子に小さくそのまま掲載されているから、類似性は認めたが、契約関係終了後の複製行為等がないことなどが前提となっていて、著作権侵害について請求が認められなかった。



地裁（潮久郎裁判長） 美術の範囲の該当性（見る者の審美的感情に呼びかけるもの）肯定、著作物の創作性肯定、類似性否定

5 「リトルくらぶ」広告事件（TKC 判決別紙より抜粋）

左 原告広告（別紙第一目録記載 d のもの） 右 被告広告（別紙第二目録記載 b のもの）

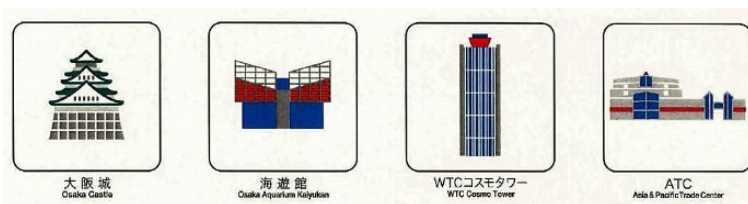


地裁（森義之裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性肯定（傍論）、類似性肯定

10

「大阪城ピクトグラム」事件（裁判所 HP より抜粋）

原告ピクトグラム





(高松宏之裁判長) 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性肯定 (傍論)

二、検討

5

「リトルくらぶ」広告」は美術の範囲の要件より具体的な創作性の要件を先に検討した結果、問題となった商業広告は創作的表現として著作物性が認められた。広告の表現と係わりのない量産品のひな形については応用美術として著作権法上保護されるかどうかに関する説示は傍論にすぎない²³¹。また、確かに「大阪城ピクトグラム」判決の抽象論と結論部分だけを見ると、個々のピクトグラムは実用的機能を離れても美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えているものとして、著作物性が肯定されたように見受けられる。しかしながら、当てはめているところ、ピクトグラムは実在する施設の特徴を拾い上げ、どこを強調するためにどの角度からみた施設を描くのか、また、どの程度、どのように簡略化して描くのか等の表現において「実用的機能を離れた創作性の幅は十分に認められる」という部分は、美的鑑賞の対象となり得ることの直接的理由となっているように理解できる。すなわち、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みの中で、実在する対象施設の外観に基づいたピクトグラムの実用的な側面により、創作の自由度への制約の下での表現の選択の幅に焦点を当てて、具体的な創作性の要件の判断が行われた結果、創作性を認めても後発の創作者にとってその他の採り得る表現が十分に残されているから、個々のピクトグラムの著作物性が肯定されたのである。したがって、判決は創作性が表現されているということを理由に、美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えているものとし

10

15

20

のにすぎない²³²。裏返せば、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件とは別個に、美術の範囲の要件を活用して特別な付加要件を課すことは許されないだろう。

²³¹ 「三和通商広告」について、結論において同旨、田村善之〔判批〕(TRIPP TRAPP (椅子)Ⅱ・控訴審)(下)ビジネス法務15巻11号(2015年11月)97頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト2017年8月号頁。

²³² 清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピーライト663号(2016年7月)19-20頁は「ピクトグラム」は創作性が表現されているということを理由に、美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えているものとして解している。

ほかに、明示的に「見る者の審美的感情（美感）に呼びかけるもの」を要求するからといって、前掲大阪地判昭和60年〔三和通商広告〕は、結論として石油採取設備の広告について、その美術の範囲の該当性を肯定した事案であるゆえに、こうしたユーザーの視点による美的観賞性が美術の範囲の該当性の有無を判断するために必要であるとする立場に立っているかどうかは実は不明であり、著作物性を肯定する判決における、美術の範囲の該当性を認める方向に働きうる要素として斟酌されているものが、はたしてそれ（のみ）を欠く場合に美術の範囲の該当性を否定する結論に至るのか否かということは定かではなく、傍論と目すべきものであろう²³³。

以上をまとめると、広告やピクトグラムというタイプの視覚表現に関しては、裁判例の趨勢として、定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準による判断がされる傾向にあり、通常より高度な創作性という高いハードルが設定されているわけではないと解することができる。広告やピクトグラムというタイプの視覚表現は制作者の視点からその表現内容の実用面・機能面を実現するために由来する創作の自由度への制約を受けても、物品形態の第1類型の平面の視覚表現と同じ、一般のカテゴリの表現と質的に異なるところはないのだから、本稿は、こうした裁判例の傾向を支持したい。

第2款 文字を素材とした造形表現

文字を素材とした造形表現に関しては法的保護を与えるべきではないかが問題となる。前述したとおり、意匠法・不競法のデッド・コピー規制は無体の視覚表現を保護することはできず、しかも意匠法上の「模様」となりうる文字の範囲も、容器に表されている、図案化された欧文字「CUP NOODLE」（東京高判昭和55年3月25日無体集12巻1号108頁〔カップヌードルⅠ・一審〕、最判昭和55年10月16日民集131号13頁〔同上告審〕（上告棄却））又は「Coca-Cola」の文字（東京高判平成2年3月7日無体集22巻1号142頁〔コカコーラ包装用かん〕）が意匠法2条1項にいう「模様」にあたらないとされた裁判例によってきわめて限定されている²³⁴。ゆえに、この問題は主に著作権法、民法の一般不法行為による

²³³ 結論において同旨、田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務15巻11号（2015年11月）97頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピライト2017年8月号。

²³⁴ なお、東京高判昭和58年7月28日特許ニュース6269号1頁〔カップヌードルⅡ〕は意匠が文字部分を含んでいるとしても、その他の部分に新規性が認められるから、これを無効とすべきものでないとした。そして、特許庁1994年の改正意匠審査基準「物品に表されている文字については意匠を構成しない文字であっても削除を要しないものとした」によって、意匠の中に文字をそのまま残した態様で意匠登録することができる。応用美術委員会編『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003年3月・著作権情報センター）（岡邦俊執筆）124—125頁、水野みな子〔判批〕（カップヌードル・一審）中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』別

保護として議論の焦点になっている。

文字を素材とした造形表現が著作物として保護されるかが著作権法2条1項1号の定める著作物性の要件を満たすかどうかによって決まるのであるが、前述したように、字の形の同一性が本来的に予定されている文字そのものはこれを共有する人間相互間において情報を伝達するための手段であることから、文字自体の著作物性が否定されることは学説、裁判例に異論は無い²³⁵。一方、字の形の肉付け部分にあたる、文字の形象に係る書体のような造形表現には、一揃いの「タイプフェイス」や「ロゴ」などと呼ばれる装飾的な文字（デザイン書体）、書道文字など²³⁶があり、それぞれが美術の範囲に属するものとして著作権法の保護の対象となるのかという観点から問題になることが多い。文字を素材とした造形表現が著作物として保護されるためには、一般のカテゴリの表現と異なる何らかの特別な付加条件が必要であるかという点については、いくつかの裁判例があり、異なる議論がされていた。

一、裁判例の概観

（一）一般のカテゴリの表現と異ならない創作性基準を採用した裁判例

応用美術云々と位置づけることもなく、一般のカテゴリの表現と異ならない創作性の要件の判断枠組みで通常の創作性と同程度の審査基準が著作物の成否の分岐点となっている前掲「岩田書体」事件のほか、応用美術の問題と似た論点を取り上げたが、当てはめの際に一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準を採用し、著作物性を認めた裁判

冊ジュリスト188号（有斐閣・2007年11月）97頁参照。

²³⁵ また、たとえ新しい文字が開発されても、その文字自体も著作物として保護されることはない。島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）41頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁参照。

²³⁶ 大阪地判平成9年6月24日判タ956号267頁〔ゴナ書体・一審〕、大阪高判平成10年7月17日民集54巻7号2562頁〔同控訴審〕によると、「タイプフェイス」とは、「個々の漢字、仮名、アルファベット等の字体を実際に印刷などに使用できるようにするために、統一的なコンセプトに基づいて制作された文字や記号の一組のデザインであって、大量に印刷、頒布される新聞、雑誌、書籍等の見出し及び本文の印刷に使用される実用的な印刷用書体」と定義している。他方、知的財産研究所「タイプフェイスの保護のあり方に関する調査研究報告書」（2008年3月）3頁は「タイプフェイス」とは、「形状に関するあるコンセプトに従い創作された一揃いの文字等」をいうように、より広い意味で捉えているように見受けられる。また、長塚真琴[判批]（「Asahi」ロゴマーク・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）42頁は「デザイン書体」をタイプフェイス、ロゴ、書も含めた文字を素材とした造形表現の上位概念であると位置している。かくしてタイプフェイス、ロゴ、デザイン書体、書道文字等、それぞれをどう定義にするかによりカテゴリの重複等があることに留意が必要である。田上麻衣子[判批]（商業書道）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）41頁、同[判批]（商業書道）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）41頁参照。

- 例として、原告の描いた書道文字を掲載した出版物『動書』から、「東山荘」「かいわい」などの墨の濃淡や潤渇等を視認できる書道文字をそのまま複製したものを掲載した出版物が著作権を侵害するか否かについて争われた事例において、東京地判昭和60年10月30日無体集17巻3号520頁〔動書Ⅰ〕（元木伸裁判長）は原告の書道文字が創作的に表現したものであって、知的、文化的精神活動の所産とすることができるとして、著作物性を認めた。傍論ながら、創作されたものが実用目的で利用されることは美術の範囲該当性ないし著作物性の有無に影響を与えないことを示唆した。そして、同じ『動書』中の書道文字に類似する字体を、下記「横山整骨院」という店舗の看板に用いた行為は著作権を侵害するとして、看板を制作した者及びこれを設置した者に対し損害賠償を求めた事案において、東京地判平成元年11月10日無体集21巻3号845頁〔動書Ⅱ〕（裁判長清永利亮）は原告書道文字が創作的に表現したものであって、美術の著作物として著作物性を認めた。傍論ながら、仮に原告において本件書を書いた後、これを使用する者から使用料を徴収するなどの行為をしたとしても、そのことにより本件書の著作物性が失われるものではない旨判示した。ただし、原告の書道文字と被告が看板で用いた書道文字は墨の濃淡・かすれ具合等の字形以外の要素が類似していないから、複製に当たらないとして、著作権侵害を否定した。

〔動書Ⅰ〕事件（Westlaw 判決別紙より抜粋）

原告各書道文字



- 20 地裁（元木伸裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性（知的、文化的精神活動の所産）肯定、類似性肯定

〔動書Ⅱ〕事件（裁判所 HP より抜粋）

上段 原告各書道文字

- 25 下段 被告看板の書道文字





地裁（清永利亮裁判長） 著作物の創作性肯定、美術の範囲の該当性（美術の著作物）肯定、類似性否定

- 5 他方、一見ユーザーの視点による美的観賞性という特別な付加条件が必要とされるように見受けられる裁判例もある。著作物性の否定例として、大阪地判平成元年3月8日無体集21巻1号93頁〔写植機用文字書体〕（上野茂裁判長）は、「美術に関連するもので著作権法で保護されるのは、純粋美術に属するものや美術工芸品であって」、写植機用文字書体のようなテキスト系の書体は著作権法上の保護の対象になるものがあるとすれば、それは「当該書体それ自体が、これを見る平均的一般人の美的感興を呼び起こし、その審美感を満足させる程度の美的創作性を持ったものでなければならない」と、一般論を言いつつ、当てはめの際に原告写植書体には以前から既に存在していた同種の明朝体、ゴシック体の文字と比べて「どこがどのように異なるのか」を検討した上で、原告写植書体は「特有な創作的デザイン要素は何なのか、その創作性の内容を具体的に確定できるだけの資料はない」とし、見る人の美的感興を呼び起こし、その審美感を満足させる程度の美的創作性を有しないものと結論づけて、著作物性を否定した²³⁷。似たような事案として、東京地判平成12年9月28日判タ1044号212頁〔住友建機ロゴ〕（三村量一裁判長）は、「著作物として保護されるの

²³⁷ なお、著作権法による保護を受けられないタイプフェイスの一般不法行為法上の保護を求める請求については、かつてタイプフェイスの模倣行為について不法行為は成立しないかの如くと判示した東京高判昭和57年4月28日無体集14巻1号351頁〔タイポス書体〕とは異なり、本判決が傍論ながら、他人の書体を機械的に複写して書体を制作する行為について不法行為の成立の余地を認めた意義は大きい。具体的に判旨が指摘するように明朝体又はゴシック体に関して活字印刷用の書体がすでに存するところ、原告の写植用書体のどこに創作性があるのか証拠上確定し難いし、被告写植用書体は原告写植用書体をそっくりそのまま流用したものとは認められない旨判示した。

この点に関して、田村善之〔判批〕（写植機用文字書体）ジュリスト1015号（1993年1月）286頁は、①被告書体の制作を違法と断じるためには、書体制作に投入した労費、時間原告と被告とでどのように異なるのかということが解明されることが必要であるから、判決は被告書体が原告書体とは同一とは断じがたいという事案のもとでは妥当な判断過程を示したもの、②原告書体完成後被告書体完成まではほぼ14年の歳月が流れているが、この期間の経過は投下資本の回収に十分なものであり、原告書体は要保護性が失われているという議論もありえる、③被告書体が用いられたのは、デジタル・フォントという技術進歩により形成された書体の新市場であるという事情をいかに考えるかという問題もある、と評している。

は、純粋な美術の領域に属するものや美術工芸品であって」、デザイン書体に著作物性を認め得る場合があるとしても、それは当該書体のデザインの要素が「見る者に特別な美的感興を呼び起こすに足りる程の美的創作性を備えているような、例外的場合に限られる」と前置きしながらも、あてはめの際にデザイン会社と発注者との間の紛争となった、下記文字の右

5 端を丸くしているゴシック体の住友建機の社名ロゴについて、既存の住友重機の社名ロゴと対比した結果、「同様なイメージを表現したものであって、美術としての格別の創作性を有するものではなく」、見る者に特別な美的感興を呼び起こすような程度には達していないと結論づけて、著作物性を否定した。

- 10 著作物性の肯定例として、大阪地判平成 11 年 9 月 21 日判時 1732 号 137 頁〔商業書道〕（小松一雄裁判長）は、美術の著作物として認められるためには「見る平均的一般人の審美感を満足させる程度の美的創作性」を持ったものであり、かつ、その表現に「著作権による保護を与えても、人間社会の情報伝達手段として自由な利用に供されるべき文字の本質を害しないものに限る」と、一般論を言いつつ、当てはめているところ、ダイレクトメールの
- 15 タイトルロゴや店舗ロゴの中の一文字として、墨書される書道文字「趣」及び「華」については、確かに広義の広告のためのデザイン文字としての側面を有するものの、「筆勢、墨の濃淡やにじみ等の様々な要素により多様な表現が可能な中で」、筆者の創作的表現をした書と同視できるほどに、これを「見る平均的一般人の審美感を満足させる程度の美的創作性を有しており、かつ、それに著作権による保護を与えても、人間社会の情報伝達手段として自由な利用に供されるべき文字の本質を害しないものと認めることができる」と結論づけて、
- 20 美術の著作物に該当するとした。ただし、著作物性自体は肯定しつつも、判決は情報伝達手段としての文字を素材とすることから生じる制約を前提に、著作権保護が及ぶ範囲を「極めて類似している場合のみに」限定的に捉えたうえで、原告「趣」「華」と被告「趣」「華」の書道文字は字体や書風が類似していることが肯定できるが、墨の濃淡、かすれ具合等での相
- 25 違点を指摘して著作権侵害における類似性を否定している²³⁸。

〔写植機用文字書体〕事件（Westlaw 判決別紙より抜粋）

上段 被告写植書体

下段 原告写植書体

²³⁸ この点に関して、田上麻衣子〔判批〕（商業書道）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・有斐閣・2009 年 12 月）41 頁、同〔判批〕（商業書道）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231 号（第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣）41 は、書の著作物の保護が及ぶ範囲を「極めて類似している場合のみに」限定的に捉え、相違点を指摘して侵害を否定している〔商業書道〕の手法によると、デッド・コピーの類のみがその保護の射程となり、それ以外の類似のものは保護の網から外れるため、著作物性を認めてもその実益は極めて乏しいが、比較的緩く著作物性を認めた上で、保護の及ぶ範囲を狭くすることにより弊害の最小化を図っているのであり、実用性という文字の有する本来的機能から導き出される保護の限界と言える、と評している。

勅⁹勃⁸闡⁷闖⁶闕⁵ 味⁴ 吻⁷吟⁶鳥⁵
勅⁹勃⁸闡⁷闖⁶闕⁵ 味⁴ 吻⁷吟⁶鳥⁵

地裁（上野茂裁判長） 著作物としての創作性否定、美術の範囲の該当性否定（傍論）

〔住友建機ロゴ〕事件（裁判所 HP より抜粋）

5 上段 原告ロゴ

下段 第三者のロゴ

住
友
建
機
株
式
会
社

住友重機械工業株式会社

地裁（三村量一裁判長） 著作物としての創作性否定、美術の範囲の該当性否定（傍論）

10

〔商業書道〕事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告書道文字 右 被告書道文字

趣
華

趣
華

地裁（小松一雄裁判長） 美術の範囲の該当性（美術の著作物）肯定（見る平均的一般人の
15 審美感を満足させる程度の美的創作性肯定）、類似性否定

（二）美術の範囲の要件を活用して特別な付加条件が必要とする裁判例

それに対して、文字を素材とした造形表現が応用美術の問題と相まって、美術の範囲の要件
20 を活用して前節に述べた物品の形態と類似する特別な付加要件が必要とする〔ヤギ・ボール
ルド〕事件をはじめ、以下のように議論が展開されてきた。

まずは美術の範囲の要件を活用して「美術鑑賞の対象」となりうるか否かという基準から、

書籍のテキストに使用される書体の著作物性を否定した事例として、「ヤギ・ボールド」等の一揃いの文字の書体を、被告が無断で出版物に掲載した事件で、東京地判昭和54年3月9日無体集11巻1号114頁〔ヤギ・ボールド・一審〕（秋吉稔弘裁判長）は著作権法によって保護されるべき応用美術は「絵画、彫刻等専ら美の表現のみを目的とする純粋美術作品と区別しえず、通常美術鑑賞の対象とされうるものに限定されるべき」との一般論を述べたうえで、文字に装飾が施されたものであっても、それが「書籍のテキスト」に使用され、情報伝達のための実用的記号として機能するものであるかぎり、いまだ著作物とはいえず、その文字は絵画ともいえる程度にまで達してはじめて美術の著作物として保護されるべきであるから、「ヤギ・ボールド」等の一揃いの文字の書体はいずれも著作物性を有しないものとした。そして、東京高判昭和58年4月26日無体集15巻1号340頁〔同控訴審〕（荒木秀一裁判長）も抽象論として、著作権法が美術の範囲に属するものとしたのは「鑑賞の対象となるべき絵画、彫刻などと同視しうるような一品制作の美術工芸品である」としたうえで、「ヤギ・ボールド」等の一揃いの文字にはデザインが施されているとはいえ、特定の文字・数字なりとして理解されうる基本的形態を失ってはならないという本質的制約を受けるものである点から、鑑賞の対象として絵画と同視しうる美的創作物とみることはできないとした²³⁹。同じ書籍本文用のテキスト系の書体の著作物性が争点となった事案として、原告がゴシック体の「ゴナ U」「ゴナ M」という印刷用書体の文字盤、フロッピーディスクに記録、搭載し商品化していたところ、18年後、被告が原告ゴナ書体に類似した「新ゴシック体 U」「新ゴシック体 L」という印刷用書体を販売し始めたことから起こった事案において、最判平成12年9月7日民集54巻7号2481頁〔ゴナ書体・上告審〕は印刷用書体が著作物に該当するための要件について、従来の印刷用書体に比して「顕著な特徴を有するといった独創性」、かつ、それ自体が「美術鑑賞の対象となり得る美的特性」という二つ要件を同時に満たすことが必要であるとの一般論を述べたうえで、原告ゴナ書体が従来から印刷用の書体として用いられていた種々のゴシック体を基礎とし、それを発展させたものであって、従来からあるゴシック体のデザインから大きく外れるものではないから、これが前記の「独創性」及び「美的特性」を備えているということではできず、著作権法2条1項1号所定の著作物に当たるとすることはできないとした。そして、前掲東京地判平成25年〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕は、最判の提示した「独創性」の要件を踏襲し、書体の形態は文字の有する情報伝達機能を発揮するため必然的に一定の制約を受けるものであるから、「書体に著作物性を認めるためには書体が顕著な特徴を有するといった独創性があることを要する」との一般論を述べたうえで、案内看板における角張った特徴のある毛筆体の書体で描かれている「シャトー勝沼」の文字にそのような独創性があるとは認められないとして、著作物性を否定した。

²³⁹ 傍論ながら、実用的機能を有するタイプフェイスについても、書や花文字のように文字を素材としたものでも、専ら美的な創作で文字が美的な鑑賞の対象となるものであるときには、文字の実用的記号としての本来的性格を有しないから、美術の範囲に属する著作物性を有するものとすべきと判示した。

他方、高い可読性が要求されずに本文用のテキスト系の書体²⁴⁰のデザインから大きく外れるものであって、題、見出し、ロゴなど、広い意味での広告用に使われる装飾的な文字の著作物性が争点となった事案として、丸味のある字体にし、かつ、その文字に白抜きのハイ

5 ライトを付した、「POPEYE」ロゴについて、東京地判平成2年2月19日無体集22巻1号34頁〔「POPEYE」ロゴ〕（清永利亮裁判長）は、「POPEYE」ロゴは文字に装飾という美的表現を施したものではあるが、書のように専ら観賞の対象とする純粋美術ではなく、文字自体の意味するところを伝達するための手段としての実用的なものであるから、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属さないとして著作物性を否定した。また、「Asahi」の装飾的文字で表現した、

10 ビール会社のロゴマークが控訴審における新たな請求として、著作権に基づき被告が使用する、「AsaX」をデザイン化した文字標章の使用差止め等を求めた事案において、東京高判平成8年1月25日知財集28巻1号1頁〔「Asahi」ロゴマーク・控訴審〕（伊藤博裁判長）は、抽象論として「デザイン書体に著作物性を認め得る場合があるとしても、それは、当該書体のデザイン的要素が美術の著作物と同視し得るような美的創作性を感得できる場合に

15 限られる」との一般論を述べたうえで、「Asahi」のロゴマークはありふれたものであって、デザインの特徴とまではいえず、また、その「A」の書体はその程度のデザイン的要素の付加によっても美的創作性を感得することはできないとして、著作物性を否定した²⁴¹。さらに、東京地判平成16年12月15日判タ1213号300頁〔「撃／GEKI」饅頭標章・一審〕（飯村敏明裁判長）、知財高判平成17年9月15日裁判所HP〔同控訴審〕（中野哲弘裁判長）（一審判決引用）は饅頭の包装に付した、漢字「撃」と欧文「GEKI」の組み合わせ文字標章のロゴ

20 は産業上利用される標章であること、「撃」部分も「GEKI」も「社会通念上、鑑賞の対象とされる文字」とまではいえないから、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定した。ほかに、東京地判平成25年3月8日ウエストロー・ジャパン〔「アイケアショップ」ロゴマーク〕（東海林保裁判長）は、青の「C」様の図形にピンクの棒様の図形を組み合わせ、更に

25 その右横に「アイケアショップ」との片仮名の太文字を組み合わせたロゴマークについて、ありふれたものであって創作性を有しないものとし、また、美的鑑賞の対象となるに足る美的特性を備えるものではないと結論づけて、著作物に当たらないとした。

〔ヤギ・ボールド〕事件（裁判所HP判決別紙より抜粋）

30 左から「ヤギ・ボールド」、「ヤギ・ダブル」、「ヤギ・リンク・ライト」、「ヤギ・リンク・ダ

²⁴⁰ 大家重夫「印刷用書体の著作権法改正による保護—最高裁平成二一年九月七日判決を契機に—」久留米大学法学43号（2002年3月）269頁は判決では「デザイン書体」（〔ヤギ・ボールド・一審〕、〔ヤギ・ボールド・同控訴審〕）、「書体」（〔写植機用文字書体〕、〔岩田書体・一審〕、〔ゴナ書体・一審〕）、「タイプフェイス（印刷用書体）」（〔ゴナ書体・控訴審〕）、「印刷用書体」（最判〔ゴナ書体〕）が使われたが、これらは題、見出しでなく、本文用に使われる文字の書体のことを意味していたと指摘している。

²⁴¹ 最判平成10年6月25日TKC〔「Asahi」ロゴマーク・上告審〕は上告理由について判断することなく上告を棄却した。

ブル」

AΛABBCCDEFGGHIJKLM MNNOPQRS TUUVVWXXYYZ&@ ~;?!(C)-. " " " " %/ «»^+&i AECEØ \$*1234567890^c	AΛABBCCDEFGGHIJKLM MNNOPQRS TUUVVWXXYYZ&@ ~;?!(C)-. " " " " %/ «»^+&i AECEØ \$*1234567890^c	AΛAΔBBBCCDDDEFFG HHIIJJJKLLMNN OOPPQQRRRRSSSSSTTT UUUVVWXXYYYZ&@ AECEØ? !? .;: " " " " +--(C) \$@1234567890/%	AΛAΔBBBCCDDDEFFG HHIIJJJKLLMNN OOPPQQRRRRSSSSSTTT UUUVVWXXYYYZ&@ AECEØ? !? .;: " " " " +--(C) \$@1234567890/%

地裁（秋吉稔弘裁判長） 美術の範囲の該当性否定

高裁（荒木秀一裁判長） 美術の範囲の該当性否定

5

〔ゴナ書体〕事件（民集 54 巻 7 号 2550-2561 頁より抜粋）

①左 原告ゴナU 右 被告新ゴシック体U

大人三会 あいうえ	大人三会 あいうえ

10

②左 原告ゴナM 右 被告新ゴシック体L

大人三会 あいうえ	大人三会 あいうえ

地裁（水野武裁判長） 美術の範囲の該当性（見る平均的一般人の美的感興を呼び起こし、

15 その審美感を満足させる程度の美的創作性）否定

高裁 著作物としての創作性肯定（仮定）、美術の範囲の該当性（見る平均的一般人の美的感興を呼び起こし、その審美感を満足させる程度の美的創作性）否定

最高裁（井嶋一友裁判長） 著作物としての創作性（独創性）否定、美術の範囲の該当性（美的特性）否定

20

〔シャトー勝沼Ⅰ、Ⅱ〕事件（裁判所 HP 判決別紙より抜粋）

左 原告文字 右 被告文字



文字について

25 〔シャトー勝沼Ⅰ〕

地裁（大須賀滋裁判長） 美術の範囲の該当性（見る者に特別な美的感興を呼び起こすに足る程度の美的創作性）否定

高裁（清水節裁判長） 一審判決引用

30 〔シャトー勝沼Ⅱ〕

地裁（長谷川浩二裁判長） 著作物としての創作性（独創性）否定

〔「POPEYE」ロゴ・一審〕事件（裁判所判決別紙より抜粋）

左 原告ロゴ 右 被告ロゴ



- 5 地裁（清水利亮裁判長） 美術の範囲の該当性否定

〔「Asahi」ロゴマーク・控訴審〕事件（裁判所判決別紙より抜粋）

左 原告文字標章 右 被告文字標章



- 10 地裁（伊藤博裁判長） 美術の範囲の該当性（美術の著作物と同視し得るような美的創作性）
否定

〔「撃／GEKI」饅頭標章〕事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告標章 右 被告標章



- 15 地裁（飯村敏明裁判長） 美術の範囲の該当性否定
高裁（中野哲弘裁判長） 一審判決引用

- 次に、「美術鑑賞の対象」となりうるか否かという抽象的な基準を補完するために、明示的にユーザーの視点による美的観賞性基準を採用し、本文用のテキスト系の書体の著作物性を否定した事例として、大阪地判平成9年6月24日民集54巻7号2499頁〔ゴナ書体・一審〕（水野武裁判長）²⁴²は、前掲原告ゴナ書体は従来からあるゴシック体のデザインからそれほど大きく外れるものではなく、書体のデザインに徴しても、その本来の情報伝達機能を発揮するような形態で使用されたときの見易さ、見た目の美しさとは別個に、当該書体それ自体として美的鑑賞の対象となり、これを「見る平均的一般人の美的感興を呼び起こし、その審美感を満足させる程度の美的創作性」を有しないものとして著作物性を否定した²⁴³。

²⁴² 抽象論として「美術」の著作物は絵画、版画、彫刻等、「形状や色彩によって思想又は感情を創作的に表現した著作物であって、見る者の視覚に訴え、その美的感興を呼び起こし、審美感を満足させるものである」と定義づけている。

²⁴³ 前掲〔写植機用文字書体〕と同様に、本判決も傍論ながら、著作権法による保護を受けられない書体であっても、抽象論としては不法行為法での保護の余地があることを認めたが、具体的な当てはめにおいては、被告書体は差異が少なからず存在し、一組の書体のほぼ全体にわたってそっくり模倣して書体を制作、販売したとまではいえないとして、不法行為が認められなかった。

なお、原告書体発売後被告書体発売まではすでに18年の歳月が流れているので、この期間の

また、大阪高判平成10年7月17日民集54巻7号2562頁〔同控訴審〕は、原告「ゴナU」「ゴナM」の各書体のデザインに徴して、タイプフェイスとしての新規性ないし創作性を有していることを肯定することはできるとしても、それとは別個に、当該書体それ自体がタイプフェイスとしての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と社会通念上認められる」ほど、これを「見る平均的一般人の美的感興を呼び起こし、その審美感を満足させる程度の美的創作性」を有しないものとして、美術の著作物性を否定した。ほかに、前掲東京地判平成25年〔シャトー勝沼Ⅰ・一審〕、前掲知財高判平成25年〔同控訴審〕（一審判決引用）は、「書体のデザインの要素が、見る者に特別な美的感興を呼び起こすに足りる程度の美的創作性を備えているような例外的場合に限り、創作性を認め得る」との一般論を述べたうえで、「シャトー勝沼」の文字が上記程度の美的創作性を有するものとは認められないとして、著作物性は否定された。

二、検討—特別な付加条件について

東京地判〔動書Ⅰ〕、東京地判〔動書Ⅱ〕は墨の濃淡や潤濁等を視認できる書道文字が著作物として保護されるかに関して、特に応用美術云々と位置づけることもなく、定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準の下で創作性がありさえすれば、著作物として保護することになるという、特別な付加条件が不要であるとする「非区別説」をとる趣旨であろう。

また、確かに大阪地判〔写植機用文字書体〕、東京地判〔住友建機ロゴ〕、大阪地判〔商業書道〕の抽象論と結論部分だけを見ると、文字を素材とした造形表現がユーザーの視点から美術品に類する鑑賞対象と認識されるようなものであるか否かによって美術の範囲の該当性ないし著作物性の有無の認定が左右されるように見受けられる。しかしながら、具体的な当てはめにおいて、大阪地判〔写植機用文字書体〕は従来の同種の明朝体、ゴシック体の文字と比較した結果として、原告写植書体にはどこに創作性があるのか明らかなでないという創作性が否定された部分は審美感を満足させる程度の美的創作性を有しないことの直接的理由となっている。同様に、東京地判〔住友建機ロゴ〕も文字の右端を丸くしているゴチック体の住友建機の社名ロゴと既存の住友重機の社名ロゴと対比した結果、住友建機の社名ロゴが創作性を有するものではないとした部分は見る者に美的感興を呼び起こすような程度には達していないことの直接的理由となっていると理解することができる。かくして両

経過は投下資本の回収に十分なものであり、原告書体は要保護性が失われているという議論もありえる。この点に関して、駒田泰士「タイプフェイスの保護」著作権研究36号（2010年12月）59頁は不法行為法による保護においては、保護期間が明確ではないため、販売行為が継続しているかぎり無限にこれを保護すべきか、無限に保護すべきでないとしたら何年か、恐らくケースバイケースで判断すべき問題であろうが、不法行為法の保護を肯定する限り、予見可能性ないし法的安定性が欠落することは免れないと指摘している。

判決は明朝体、ゴシック体のようなテキスト系の書体が美術の著作物として保護されるかに関して、具体的な判断手法としてはいずれも個別具体的な創作性の要件を先に検討し、従来の書体と比較したうえで、二次的著作物としての創作性が認められないのだから、当該書体の著作物性を否定するのである。つまるところ、見る者に美的感興を呼び起こすに足りる程の美的創作性を備えていないという結論の部分はいずれも傍論にすぎず、通常の創作性の要件とは別個に美術の範囲の要件を活用して特別な付加要件を課すわけではないと読み取ることができる。

同様に大阪地判〔商業書道〕の具体的な当てはめにおいても、原告の趣及び華は「筆勢、墨の濃淡やにじみ等の様々な要素により多様な表現が可能の中で」、筆者の創作的表現をした書と同視できるという創作性が肯定された部分は、「見る平均的一般人の審美感を満足させる程度の美的創作性を有しており、かつ、それに著作権による保護を与えても、人間社会の情報伝達手段として自由な利用に供されるべき文字の本質を害しないものと認めることができる」ことの直接的理由となっているように理解できる。すなわち、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みの中で、情報伝達手段としての文字の実用的な側面により、創作の自由度への制約の下での表現の選択の幅に焦点を当てて、個別に具体的な創作性判断が行われた結果、墨の濃淡や潤渇等を視認できる書道文字の創作性を認めても後発の創作者にとってその他の採り得る表現が十分に残されているから、原告の趣及び華の著作物性が肯定されたのである。したがって、判決は創作性が表現されているということを理由に、ユーザーの審美感を満足させる程度の美的創作性を有しており、かつ、それに著作権による保護を与えても情報伝達手段としての文字の本質を害しないとしているものにすぎないといえよう。

それに対して、東京地判〔動書Ⅰ〕、東京地判〔動書Ⅱ〕、大阪地判〔商業書道〕、〔写植機用文字書体〕、東京地判〔岩田書体〕、東京地判〔住友建機ロゴ〕と異なって、文字を素材とした造形表現が応用美術の問題として美術の範囲に属するものというためには、美術鑑賞の対象となり得る特性又はその補充基準としてのユーザーの視点による美的観賞性といった特別な付加条件が必要であると解釈しており、前節に述べた物品の形態と類似した「区別説」をとる傾向にある東京地判〔ヤギ・ボールド・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、大阪地判〔ゴナ書体・一審〕、大阪高判〔同控訴審〕、最判〔同上告審〕、東京地判〔シャトー勝沼Ⅰ・一審〕、知財高判〔同控訴審〕、東京地判〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕、東京地判〔「POPEYE」ロゴ〕、東京高判〔「Asahi」ロゴマーク・控訴審〕、東京地判〔「撃／GEKI」饅頭標章・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、東京地判〔「アイケアショップ」ロゴマーク〕などの裁判例もある。以下、最判〔ゴナ書体〕において示された特別な付加条件を検討しておこう。

最判〔ゴナ書体〕は最高裁として初めて本文用のテキスト系の書体の著作物性について、

従来のゴシック体の書体に比して「顕著な特徴を有するといった独創性」（以下、便宜上、最判の略称に従って「独創性」と呼称する）、かつ、それ自体が「美術鑑賞の対象となり得る美的特性」（以下、便宜上、最判の略称に従って「美的特性」と呼称する）という二つの要件を備える場合にのみ、美術の範囲に属するものとして著作物性を肯定することを明言した。判示にかかる内容のうち、美的特性という部分は美術の範囲の要件に、独創性という部分は創作性の要件に、それぞれ対応している²⁴⁴と解されている。

（一）美的特性

本文用のテキスト系の書体が著作物に該当するというためには、それ自体が「美的特性」を有することが必要とされるが、最高裁ではこれ以上のことについては触れていない。この美的特性の具備については、高い可読性が要求されるテキスト系の書体に限らず、広告用の装飾的な文字や書道文字を含む文字の書体につき、美術鑑賞の対象となり得る特性を求める含むその前の下級審判決（東京地判〔ヤギ・ボールド・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、大阪地判〔写植機用文字書体〕、東京地判〔「POPEYE」ロゴ〕、東京高判〔「Asahi」ロゴマーク・控訴審〕、大阪地判〔ゴナ書体・一審〕、大阪高判〔同控訴審〕、大阪地判〔商業書道〕）の立場を承継するものである。

何故、文字を素材とした造形表現が美的特性という特別な付加条件を要するののかに関して、学説では文字の書体であっても、それ自体美的特性を備えたものであれば、それは単に伝達手段であるだけではなく、それ自体の美的表現を鑑賞させることをも目的としたものであるから、実質的に「書」のような美術品に類する鑑賞対象と認識されるものと何ら変わりはなく、このような書体が言語の著作物の複製に利用されている場合には、言語の著作物の権利処理に加えて、書体自体の権利処理を要求したとしても特に不合理ではない²⁴⁵と説明されている。

しかしながら、この美的特性は前節に述べた「純粋美術と同視できる」という特別な付加条件と同じ、固有の内容を持たないマジックワードであり、単なる「美術の範囲に属するもの」の同語反復にすぎず、広狭、様々な解釈の余地がありうる反面、単独では美術の範囲

²⁴⁴ 佐藤恵太〔判批〕（ゴナ書体・上告審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）30-31頁、和久田道雄「書体の著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）179頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）43頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、大橋正春〔判批〕（ゴナ書体・上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）39頁、駒田泰士「タイプフェイスの保護」著作権研究36号（2010年12月）頁。

²⁴⁵ 島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）43頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁。

の該当性の有無の問題を解決する判断基準とは足りえないのである。また、最判〔ゴナ書体〕は原審を含むその前の下級審裁判例（大阪地判〔写植機用文字書体〕、大阪地判〔ゴナ書体・一審〕、大阪高判〔同控訴審〕、大阪地判〔商業書道〕）がこの美的特性という抽象的な基準を補完するために採用したユーザーの視点による美的観賞性基準は明記されなかった。そもそもユーザーの視点による美的観賞性基準の問題点に関して、前節に述べたとおりである。そして、〔ヤギ・ボールド〕、〔写植機用文字書体〕、〔ゴナ書体〕事件のようなテキスト系の書体それ自体は美術品に類する鑑賞対象と認識されるようなものではないから、美的特性の具備を要求することには疑問があり²⁴⁶、観賞しないものに観賞的性質を求めることは、テキスト系の書体の著作物性を否定することを前提にした判断にすぎず、つまり本文用のテキスト系の書体には著作権保護を与えるべきではないとの結論が先にあったから、そういう特別な付加的条件を課したのである²⁴⁷。

また、仮に高い可読性が要求されるテキスト系の書体に分類されるものは情報を伝達する手段として機能し、観賞的性質に訴えるものではないゆえに、ユーザーはそれを単なる情報伝達のための記号であるように美術品に類する鑑賞対象と認識されるようなものではないという理屈²⁴⁸は正しいとしても、前掲〔「POPEYE」ロゴ〕、〔「Asahi」ロゴマーク〕、〔「撃／GEKI」饅頭標章〕事件のそれぞれのロゴ、さらに〔商業書道〕事件の「趣」「華」の書道文字について、一方はユーザーの視点による美的観賞性が肯定され、一方は否定された。同じ文字を素材とした造形表現に関しても、判決の当てはめ部分を見ると、美術の範囲の該当性の肯定と否定を分けた、ユーザーの視点からの観賞的性質という特別な付加的条件が必ずしも明確ではなく、判断のばらつきを説明できないといわざるを得ないのではなかろうか。

さらに、文字を素材とした造形表現の場合、たとえば美術品に類する鑑賞対象と認識される書家の書のみには著作権が発生するのではなく、幼稚園児が書いた書あるいは政治家が書いた達筆とは言い難い書についても美術の範囲に属する著作物として著作権は発生するのであれば、そのような「書」はユーザーの視点から美術品に類する鑑賞対象と認識されることは要件とされていないにもかかわらず、前掲下級審裁判例においてはユーザーの美的感

²⁴⁶ 佐藤恵太〔判批〕（ゴナ書体・上告審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）31頁。

²⁴⁷ 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）16頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁、板倉集一〔判批〕（ゴナ書体・上告審）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大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）309頁。

²⁴⁸ 田村善之〔判批〕（写植機用文字書体）ジュリスト1015号（1993年1月）284頁は、美術の著作物と同視しうる美的創作性を感じ得ない以上、テキスト系の書体を著作物と認める理論的必然性はないから著作物性を認めないと指摘している。また、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）42頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁は、一般にテキスト系の書体は専ら文字による情報伝達を効果的に行うためのものであって、「書」のように美的鑑賞の対象となるものではないから、それを美術の著作物とみることとは困難であると述べている。

興を呼び起こし、その審美感を満足させる程度のようなものを要件とすることは理にかなっていない²⁴⁹。

他方、ユーザーの視点による美的観賞性基準とする見解に対して、最判〔ゴナ書体〕の美的特性とは、情報伝達としての文字の実用的機能の観点から見た美しさでは足りないことを導くために持ちだされたもの²⁵⁰であって、文字の実用的な機能と分離できる造形表現にのみ、著作権法による保護が受けられることを示す見解²⁵¹もある。しかし、こうした書体の制作者の視点に立って表現内容の実用面・機能面を実現するために由来する創作の自由度への制約を吟味すべきとする分離可能性基準の問題点に関して、前節に述べたとおりである。この要件をどのように位置づけるかという問題やその具体的な判断手法はさておいても、文字を素材とした造形表現の場合、特定の文字として理解されうるという文字の可読性は有無の問題だけではなく、読みやすさの度合いの高さか低さかも考慮しなければならない。結局のところ、所与とされた前提条件として、文字としての可読性をどのように捉えるかによって、情報伝達としての文字の実用的機能を発揮させるために由来する創作の自由度への「制約」の解釈の仕方も変わってくる。実際、従来の裁判例において、美術の範囲の該当性ないし著作物といえるためには文字本来の伝達機能が装飾機能に埋没するほどにまで字体にデザインが施されたものに限る必要があるとして、文字の可読性を失わないという点から美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定している裁判例もあれば（前掲〔「POPEYE」ロゴ〕事件の「POPEYE」ロゴ、〔「Asahi」ロゴマーク〕事件の「Asahi」ロゴマーク、さらに〔「撃／GEKI」饅頭標章〕事件の「撃」と「GEKI」の組み合わせ文字標章のロゴ）、特定の文字だと分かるにもかかわらず、手書きの書道文字の場合には保護が認められる裁判例もある（〔商業書道〕事件の「趣」「華」の書道文字）。このように文字を素材とした造形表現がその字の形自体の実用的な機能により影響されているかどうかという分離可能性に関しては、広狭、様々な解釈の余地がありうる反面、単独では美術の範囲の該当性の有無の問題を解決する基準として不十分といわざるをえない。

²⁴⁹ 弥永真生「書体の著作物性」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）101頁。

また、齊藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）86頁は、著作物として著作権法の保護を受けるか否かの吟味に際し「美感を起こさせるもの」とする意匠法の手法を混入させることは著作物性の要件と意匠の要件との混同を生じさせるものであり、妥当ではないと批判している。

²⁵⁰ 板倉集一〔判批〕（ゴナ書体・上告審）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大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）309頁。

²⁵¹ 高林龍〔判批〕（ゴナ書体・上告審）判例タイムズ臨時増刊1096号（2002年9月）148-149頁、同『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）53頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）62頁の注42、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）パテント68巻10号（2015年10月）73-74頁。

(二) 独創性

次に、最判〔ゴナ書体〕は本文用のテキスト系の書体の著作物性を肯定するためのもう一つの要件として、「独創性」を備えていなければならないと述べている。その後、角張った特徴のある毛筆体の書体の著作物性が争点となった事案において、前掲東京地判平成25年〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕は最判の独創性の要件を踏襲した²⁵²。

では、最判〔ゴナ書体〕で示された「独創性」という要件は、他の一般のカテゴリの表現について要求される「通常創作性」の要件と質的に異なるものなのだろうか、それとも同質のものなのだろうか。学説では分かれている。一方では、独創性を、テキスト系の書体のような特定の種類の表現に対し目的論的制限を設けることによって、それらを著作物から排除することを可能にするものとして、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準ではなく、前節に述べた通常より高度な創作性を求める段階理論的解釈に近い見解²⁵³がある。すなわち、独創性の要件については、一般のカテゴリの表現の場合に比べて通常の創作性よりも高度な創作性を求めるものであって、客観的新規性までは要しないとされるが既存のものとの違いがより大きいことを要求していると解されている²⁵⁴。ま

²⁵² ほかに、文字を素材とした造形表現に関する事例ではないが、東京地判平成24年2月28日裁判所HP〔Shall we ダンス〕は社交ダンスの振り付けが著作物に該当するというためには、それが単なる既存のステップの組合わせにとどまらない顕著な特徴を有するといった独創性を備えることが必要であると判示したうえで、問題となった振り付けは「社交ダンスの振り付けとしての独創性が認められるほどの顕著な特徴があるとはいえない」として、著作物性を否定した。

²⁵³ 本山雅弘「知的財産保護の広がり」と交錯—デザイン保護— 渋谷達紀ほか編『別冊 NBL116 I. P. Annual Report 知財年報 2006』（商事法務・2006年11月）237-238頁、同〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）ジュリスト臨時増刊1479号（2015年4月）279頁、同〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）新・判例解説 Watch 2015年10月号287頁。

²⁵⁴ 板倉集一〔判批〕（ゴナ書体・上告審）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大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）308-309頁、大橋正春〔判批〕（ゴナ書体・上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）39頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）52、59、73頁同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁。結論において同旨、著作権情報センター附属著作権研究所応用美術委員会『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003年3月・著作権情報センター）（大家重夫執筆）183頁、小泉直樹「機能的著作物の創作性」著作権研究28号（2003年5月）18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）」知的財産法政策学研究6号（2005年3月）220頁の注84、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン）107-108頁、同『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）16頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁、土肥一史『知的財産法入門』（第13版・2012年3月・中央経済社）260頁、同（第15版・2015年9月・中央経済社）頁、上野達弘「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）191頁、高橋彩「著作物性（3）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）37頁、小川徹〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）日本大学知財ジャーナル9号（2016年3月）103頁、清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について

た、独創性を必要とした趣旨は、テキスト系の書体が表現の選択の幅が狭いため、緩やかな基準で著作物としての保護を認めると、後発の書体の開発を過度に制約することから、特に創作性の有無の判断は厳格に行われるべきであるということを示すためであった²⁵⁵と指摘されている。さらに、渋谷教授は本文用のテキスト系の書体には著作権保護を与えるべきではないとの結論が先にあったから、独創性という高い基準を課した²⁵⁶と評している。

他方では、独創性という考え方は他の一般のカテゴリの表現について要求される「通常創作性」の要件と同質のものと解する見解として、佐藤恵太〔判批〕（ゴナ書体・上告審）は独創性の要件は他人の真似をしていないという従来の創作性要件の内容を意識しつつ、テキスト系の書体の特性にあわせて、「創作性」を「独創性」と言い換えたものにすぎず、従来の創作性の認定と実は殆ど変わらない内容とみるべきであるとする見解²⁵⁷がある。また、選択の幅という異なる視点が結論において同旨のものとして、駒田教授は文字を素材とするため必然的に似ざるをえないテキスト系の書体の性質上、そもそも従来既存の書体と明確に区別しうるものでないと、通常の意味での創作性があるとはいえないのであるから、「顕著」又「独創」であるかは単に言葉の違いにすぎず、最判〔ゴナ書体〕の「独創性」を通常の創作性の意味に解することができる²⁵⁸と解している²⁵⁹。森本先生も独創性は、創作

—知財高裁平成 27 年 4 月 14 日判決『TRIPP TRAPP 事件』を中心として—」コピライト 663 号（2016 年 7 月）14 頁。

²⁵⁵ 島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）43 頁（横山久芳執筆）、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁、高部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』（2012 年 1 月・金融財政事情研究会）113-114 頁、同「著作権法の守備範囲」パテント 66 巻 13 号（2013 年 11 月）149 頁。

また、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む 16 章』（新版改訂・2005 年 5 月・レクシスネクシス・ジャパン）107-108 頁、同『著作権法詳説—判例で読む 14 章』（第 10 版・2016 年 12 月・勁草書房）頁は、テキスト系の書体についてまで強い権利を与えることは文字が情報伝達手段であることから妥当ではなく、創作性についてはより高度なものが要求されると解すべきであると指摘している。

²⁵⁶ 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第 2 版・2007 年 6 月・有斐閣）16-17 頁、同『著作権法』（2013 年 2 月・中央経済社）頁は、裁判所は説得のための常套手法として、著作物性を否定するような結論を導こうとする場合、殊更に高い基準を設け、対象物はその基準を充たしていないと理由づけると、比較的容易に他人を説得することができる」と指摘している。また、板倉集一〔判批〕（ゴナ書体・上告審）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大系Ⅲ』（2009 年 10 月・青林書院）310 頁は最判〔ゴナ書体〕は「独創性」の意味内容を明らかにするものになっておらず、安易にゴナ書体の著作物性を否定したと解している。

²⁵⁷ 佐藤恵太〔判批〕（ゴナ書体・上告審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号（第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣）31 頁。

²⁵⁸ 駒田泰士「タイプフェイスの保護」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）61 頁、同田村善之司会「シンポジウム 著作物の隣接領域と著作権法」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）138-139 頁（駒田泰士発言）。

²⁵⁹ 似たような見解として、奥邨弘司〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）判例時報 2259 号（2015 年 8 月）153 頁、155 頁の注 33 はテキスト系の書体のような実用的な機能性の強い表現類型の場合、既存の同種の表現が有する特徴と大きく異なるものは実用的な機能から分離できないものと解するのであるから、顕著な特徴を有さない限り、創作性があるとはいえ

性とは別の加重要件ではなく、テキスト系の書体に照らして創作性の内容を具体化したものであって、「ありふれた表現でないこと」をいうにすぎない²⁶⁰と解している。

確かに独創性という要件は一見、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と異な
5 て、目新しいようにもみえる。しかしながら、同じテキスト系の書体として、前掲東京地判
平成5年〔岩田書体・一審〕、前掲東京高判平成5年〔同控訴審〕では、「独創性」について
言及されていないが、明朝体の岩田書体の著作物性が認められるためには、「以前から存在
した文字に比べて顕著な特徴を有する」ことが必要とされる基準はすでに提示されている。
ただ、前述したとおり、これは一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判
10 断枠組みで二次的著作物における創作性判断を、高い可読性が要求され、従来既存の書体の
漸進的に改良されるテキスト系の書体の特質にあわせて読み替えたものとみるべきであり、
通常の創作性より厳しめの創作性が要求されるわけではない。この見立てが正しいとすると、最判〔ゴナ書体〕において、テキスト系の書体の著作物性を肯定するための要件の一つ
として、「独創性」とは「不可避免的表現・ありふれた表現」それ以上を最高裁は求めるこ
15 となく、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みで二次的著
作物として、従来からあるゴシック体の書体と明確に区別しうるものを要求することにす
ぎないと解すべきであろう。

また、実際判決の当てはめ部分を見ると、大阪地判〔ゴナ書体・一審〕又は最判〔ゴナ書
20 体〕はいずれも原告ゴナ書体が「従来からあるゴシック体のデザインから大きく外れるもの
ではない」として、著作物性を否定したものである。つまり、抽象論として独創性が求めら
れているからといって、当てはめにおいては一般のカテゴリの表現における通常の創作性
より厳しめの創作性が要求されるわけではなく、ゴナ書体のようなテキスト系の書体は制
作者が接していた従来のゴシック体の書体と比べて、二次的著作物としての創作性が認め
25 られないから、当該書体の著作物性は否定されるのである²⁶¹。したがって、本稿は「独創

ないと指摘している。ほかに、顕著な特徴の独創性については、情報伝達としての文字の実用的
機能を果たすために必然的に一定の形態的制約を受けるというテキスト系の書体の特色に配慮
した要件であるとする見解として、高林龍〔判批〕（ゴナ書体・上告審）判例タイムズ臨時増刊
1096号（2002年9月）149頁、同『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）53頁、同（第3版・
2016年12月・有斐閣）頁。結論において同旨、小泉直樹「機能的著作物の創作性」著作権研究
28号（2003年5月）18頁、土肥一史『知的財産法入門』（第13版・2012年3月・中央経済社）
260頁、同（第15版・2015年9月・中央経済社）頁、高橋彩「著作物性（3）」牧野利秋ほか編
『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）37頁。

²⁶⁰ 森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号（2011年1月）62
頁の注42、同〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）パテント68巻10号（2015年10月）
73-74頁泰土「タイプフェイスの保護」著作権研究36号（2010年12月）61頁。

²⁶¹ 駒田泰土「タイプフェイスの保護」著作権研究36号（2010年12月）65頁の注12も、〔ゴナ
書体・一審〕〔同控訴審〕の判旨からは、テキスト系の書体がいかに過去の書体の微妙な改良に
よって漸進的に開発されるものかを示す一例と評している。

性」を一般のカテゴリの表現について要求される「通常創作性」の要件と同質のものと解する見解を支持したい。

(三) 小括

5

最判〔ゴナ書体〕は最高裁として初めて本文用のテキスト系の書体の著作物性について、「美的特性」、かつ、「独創性」、という二要件を備える場合にのみ、美術の範囲に属するものとして著作物性を肯定することを明言したが、美的特性というメルクマールが必ずしも明確ではなく、独創性という要件は「特別な付加条件」として果たして機能しているか、あるいは一般のカテゴリの表現について要求される「通常創作性」の要件と同質のものかという点で見解も分かれている。そもそも何故、テキスト系の書体が「美的特性」、かつ、「独創性」という二要件を要するのか、その根拠が明らかでないことである。

10

また、判旨は高い可読性が要求され、従来既存の書体の漸進的に改良されるテキスト系の書体以外の文字の書体に射程範囲を有するものではないことに注意しておく必要がある²⁶²。実際、最判〔ゴナ書体〕の後、広告用の装飾的な文字（東京地判〔「アイケアショップ」ロゴマーク〕）について、下級審判決はこの二要件が示された最判〔ゴナ書体〕を引用しなかったのである。

15

20

三、判決の結果からみた文字を素材とした造形表現の類型ごとに異なる判断手法をとる傾向

ここまで本稿は、各判決の文言に着目して裁判例を分類してきたが、文字を素材とした造形表現が著作物であるかどうかに関する裁判例は、一般のカテゴリの表現と異なる何らかの特別な付加条件が必要であるとする「区別説」を採用したものと、特別な付加条件が不要であるとする「非区別説」を採用したものが相半ばしている結果が得られた。判断基準について裁判例は分かれており、美術の範囲の該当性ないし著作物性の有無を分けたメルクマ

25

²⁶² 高林龍〔判批〕（ゴナ書体・上告審）判例タイムズ臨時増刊 1096 号（2002 年 9 月）149 頁は「独創性」の要件については、情報伝達機能を発揮するために必然的に一定の形態的制約を受けるというテキスト系の書体の特色に配慮した要件であって、実用的機能を有する応用美術一般が常にそのような形態的制約を有するわけではないため、この要件がテキスト系の書体以外の実用的機能を有する応用美術一般に要求されるかどうかについてはなお検討が必要であると指摘している。

他方、高橋彩「著作物性（3）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014 年 6 月・青林書院）36 頁、同注 12 はロゴマークもデザイン化した文字から成るものであり、情報伝達という実用的機能をも有することから、最判〔ゴナ書体〕の趣旨に照らし、テキスト系の書体と同様に、独創性を備え、美的特性を有する必要があるものと解しながら、個別の事件においては、テキスト系の書体と比べて創作性が認められやすいと述べている。

ールが必ずしも明確ではなく、理論的に一貫した説明がしにくいように見受けられる。ただし、判断基準の個別的な説示そのものではなくて、それを適用した裁判例の結論に従って文字を素材とした造形表現の美術の範囲の該当性ないし著作物性の有無の分岐点に着目すると、裁判例には具体的にどのような事案で肯定され、どのような事案で否定されるのかという点で、文字を素材とした造形表現の類型ごとに異なる判断手法をとる、という統一的な傾向が存在し、裁判例が分かれていないと理解することができる。すなわち、文字を素材とした造形表現の美術範囲ないし著作物性の有無が争点となった裁判例は、(一) 墨の濃淡や潤濁等を視認できる書道文字、(二) 本文用のテキスト系の書体、(三) テキスト系の書体のデザインから大きく外れる広告用の装飾的な文字、という文字を素材とした造形表現のタイプによって分類できるように思われる。

(一) 墨の濃淡や潤濁等を視認できる書道文字

裁判例の事案とその結論から分類していくと、まず、墨の濃淡や潤濁等を視認できる書道文字が著作物として保護されるかに関して、①前掲東京地判昭和60年[動書Ⅰ]、②前掲東京地判平成元年[動書Ⅱ]、③前掲大阪地判平成11年[商業書道]に見られるように、裁判例の趨勢としては、定型的に美術の範囲に属するものを前提としたうえで、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準の下で創作性がありさえすれば、著作物として保護することになるのが通例である²⁶³。ただし、墨の濃淡や潤濁等を視認できる書道文字に著

²⁶³ 書の墨の濃淡や潤濁等の視認性を言及していない点を除いて、この分析結果とほぼ同じ結論に至るのは、田村善之「著作権法講義ノート3」発明92巻6号(1995年6月)73頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)37-38頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)(三山峻司執筆)45-46頁。

他方、結論において同旨であるが和久田道雄「書体の著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)180頁、高部眞規子「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号(2013年11月)149頁は、「書家」が書いた「観賞用」の書は、筆勢、墨の濃淡や潤濁といった様々な要素を含むものであり、ユーザーをして書家の「精神性までも感得させるもの」であることから、美術の範囲に属する著作物に当たる、との異なる見解を示唆している。

また、純粋美術と同視しうる美的鑑賞性基準は意味があるとする見解として、板倉集一[判批](ゴナ書体・上告審)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大系Ⅲ』(2009年10月・青林書院)307頁は、書の著作物性は「平均的一般人の審美感を満足させる程度の美的創作性」が必要であり、その美的創作性は筆勢、墨の濃淡やにじみ等の要素に見出だされていると指摘している。島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)41頁(横山久芳執筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁も、書道文はその筆勢、墨の濃淡や潤濁などの具体的な表現の点において美的鑑賞の対象となるものだから、美術の範囲に属する著作物として保護されることに異論はないと指摘している。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4月・信山社)276頁は、書や書と同視しうる実用的な書体については「純粋美術と同視しうることを理由に著作物性を認めるのが裁判例の立場であると指摘している。ほかに、知的財産研究所「タイプフェイスの保護のあり方に関する調査研究報告書」(2008年3月)13頁は「純粋に観賞用としての書家による書」の著作物性を認めた裁判例はあると述べている。田上麻衣子[判批](商業書道)中山信弘ほか編『著

作物性を認めたとしても、墨の濃淡やにじみ、かすれ具合といった細かなところまで酷似して初めて、類似性が肯定され、著作権侵害となりうるように、書の著作物保護の及ぶ範囲は非常に限定して認定する傾向が読み取れる²⁶⁴。

5 なお、前掲東京地判平成 25 年〔シャトー勝沼Ⅰ・一審〕、前掲知財高判平成 25 年〔同控訴審〕、前掲東京地判平成 25 年〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕に見られるように、毛筆体を思わせる書体で描かれている「シャトー勝沼」の文字であっても、墨の濃淡や潤濁等の視認性を有していないので、後述のテキスト系の書体として扱われている。

10 (二) 本文用のテキスト系の書体

それに対して、高い可読性が要求され、従来既存の書体の漸進的に改良される本文用のテキスト系の書体が美術の著作物として保護されるかに関して、①書籍のテキストに使用される「ヤギ・ボールド」等の一揃いの文字の書体（前掲東京地判昭和54年〔ヤギ・ボールド・一審〕、前掲東京高判昭和58年〔同控訴審〕）、②明朝体又はゴシック体に分類される写植書体（前掲大阪地判平成元年〔写植機用文字書体〕）、③「岩田書体」という明朝体の書体（前掲東京地判平成5年〔岩田書体・一審〕、前掲東京高判平成5年〔同控訴審〕）、④ゴシック体のゴナ書体（前掲大阪地判平成9年〔ゴナ書体・一審〕、前掲大阪高判平成10年〔同控訴審〕、前掲最判平成12年〔同上告審〕）、⑤文字の右端を丸くしているゴチック体の住友建機の社名ロゴ（前掲東京地判平成12年〔住友建機ロゴ〕）、⑥角張った特徴のある毛筆体の書体（前掲東京地判平成25年〔シャトー勝沼Ⅰ・一審〕、前掲知財高判平成25年〔同控訴審〕、前掲東京地判平成25年〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕）に見られるように、美術の範囲の要件を活用して、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定するというのが裁判例

作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・有斐閣・2009 年 12 月）41 頁、同 [判批]（商業書道）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231 号（第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣）41 頁参照。

264 田村善之「著作権法講義ノート3」発明 92 巻 6 号 (1995 年 6 月) 73 頁、同『著作権法概説』(第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣) 37-38 頁、同『知的財産法』(第 5 版・2010 年 5 月・有斐閣) 437 頁、応用美術委員会編『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』(2003 年 3 月・著作権情報センター)(岡邦俊執筆) 123 頁、和久田道雄「書体の著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22) 著作権関係訴訟法』(2004 年 11 月・青林書院) 180 頁、知的財産研究所「タイプフェイスの保護のあり方に関する調査研究報告書」(2008 年 3 月) 13-14、18 頁、飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『2004 年度 JASRAC 寄付講座 著作権制度概説および音楽著作権』(2006 年 3 月・明治大学法科大学院) 212 頁、板倉集一〔判批〕(ゴナ書体・上告審) 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大系Ⅲ』(2009 年 10 月・青林書院) 307 頁、田上麻衣子〔判批〕(商業書道) 中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号(第 4 版・有斐閣・2009 年 12 月) 41 頁、同〔判批〕(商業書道) 小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231 号(第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣) 41 頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第 2 版・2013 年 3 月・世界思想社)(三山峻司執筆) 46 頁、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 4 月・信山社) 276 頁参照。

の一貫した傾向であった²⁶⁵。

(三) テキスト系の書体のデザインから大きく外れる広告用の装飾的な文字

5 高い可読性が要求され、従来既存の書体の漸進的に改良される本文用のテキスト系の書体に対して、高い可読性が要求されずにテキスト系の書体のデザインから大きく外れるものであって、装飾的效果をねらって字の形を図案化し、主に題、見出し、ロゴなど、広い意味での広告用に使われる装飾的な文字²⁶⁶がある。こうした広告用の装飾的な文字の著作物性について、①丸味のある字体にし、かつ、その文字に白抜きのハイライトを付した「POPEYE」

10 ロゴ（前掲東京地判平成2年[「POPEYE」ロゴ]）、②「Asahi」をデザイン化したロゴマーク（前掲東京高判平成8年[「Asahi」ロゴマーク・控訴審]）、③「撃」と「GEKI」の組み合わせ文字標章のロゴ（前掲東京地判平成16年[「撃／GEKI」饅頭標章・一審]、前掲知財高判平成17年[同控訴審]、④「C」様の図形に棒様の図形を組み合わせ、右横に「アイケアショップ」との片仮名の太文字を組み合わせたロゴマーク（前掲東京地判平成25年[「アイケアショップ」ロゴマーク]）に見られるように、裁判例の趨勢としては、装飾的效果をねらってデザイン性を施した文字がその本来の伝達機能と装飾機能を兼有する場合にあって、

15 ユーザーが文字だと分からないともいえる程度にまで達することを基準に据え、文字として認識される限りは美術の範囲の該当性を認めないという厳しい方向性が定まった傾向にある²⁶⁷。

20

四、文字を素材とした造形表現に美術の範囲に属さないものとして定型的に著作物性を否定すべきか

²⁶⁵ 同じ結論に至るのは、田村善之〔判批〕（写植機用文字書体）ジュリスト1015号（1993年1月）284頁、同「著作権法講義ノート3」発明92巻6号（1995年6月）73頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）37-38頁（書と同視しうるようなものは除いて）、高林龍〔判批〕（ゴナ書体・上告審）判例タイムズ臨時増刊1096号（2002年9月）149頁、同『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）52頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、知的財産研究所「諸外国におけるタイプフェイスの保護の現状と問題点に関する調査研究報告書」（2007年3月）5頁、同「タイプフェイスの保護のあり方に関する調査研究報告書」（2008年3月）13頁、板倉集一〔判批〕（ゴナ書体・上告審）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大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）310頁）、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）（三山峻司執筆）45、47-48頁。

²⁶⁶ 業界では「タイポグラフィ」と呼ばれている。日本タイポグラフィ協会公式サイト（<http://www.typography.or.jp/index.html>。2016年10月20日確認）参照。

²⁶⁷ この分析結果は松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）（三山峻司執筆）45、46-47頁との分析結果と、ほぼ同じ結論に至る。

ほかに、広告用の装飾的な文字の著作物性を厳しくみて否定する傾向がうかがえる見解として（著作物性を厳格に認定して否定的に考えるのが判例の傾向）（駒田裁判実務も概ね消極的な立場をとっていた。

そもそも意匠制度又は商品形態のデッド・コピー規制は文字を素材とした造形表現という無体の表現を保護することはできないのだから、意匠制度・デッド・コピー規制との兼ね合いを配慮する必要があるのではないのである。それだけでなく、前節に述べた平面の視覚表現を物品の表面に付すような形態は平面にも描けるデザインなので、制作者の視点からみても、
5 表現内容の実用面・機能面に起因する制約を受けても一般のカテゴリの表現と質的に異なるところはないのだから、そのような形態は後段要件の美術の範囲の該当性を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みで創作性がありさえすれば、著作物として保護することになって然るべきである。この理由は文字を素材とした無体の造形表現にも
10 当てはまると考えていいだろう。すなわち、字体の独占と特定の書体の独占とは異なるため、文字の「字体」と「書体」を混同した誤りがあり²⁶⁸、書体に排他的権利を認めたとしてもその書体の利用を禁ずるものにすぎず、文字全体を独占させることにはならない²⁶⁹。また、文字を素材とした造形表現の制作者の視点から権利関係の錯綜を招来し、書体の改良を不可能となる懸念²⁷⁰に対する反論としては、本文用のテキスト系の書体の場合、創作性が認められることは少ないであろうが、それ以外、テキスト系の書体のデザインから大きく外れる
15 広告用の装飾的な文字が多少の創作性でも認められれば、著作物であることを認めたいうえで、そのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の場合しか著作権の行使を許さないものとしてその保護範囲を限定して解釈すれば、権利関係が錯綜する結果は生じない。裏返せば、そのような解釈の下に、少なくともそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用から
20 は保護する必要があるから、文字を素材とした造形表現の著作物性を安易に否定すべきではない²⁷¹。さらに、広汎な利用行為を禁止し、保護期間も長期となる著作権の保護に馴染

²⁶⁸ 著作権情報センター附属著作権研究所応用美術委員会『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003年3月・著作権情報センター）（大家重夫執筆）181頁。

²⁶⁹ 三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン）107頁、同『著作権法詳説―判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）155頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁。

²⁷⁰ 書体は文字の有する情報伝達機能を発揮する必要性から必然的にその形態に一定の制約があるため、著作権の成立に審査及び登録を要せず、わずかな差異を有する無数のテキスト系の書体について著作権の成立を認めると、著作権の乱立が権利関係の錯綜を招来し、従来既存の書体に接して類似の書体を制作し、またはこれを改良することができなくなるおそれがある旨を説くものとして、最判〔ゴナ書体〕判旨参照。

同様の立場を採る学説として、知的財産研究所「タイプフェイスの保護のあり方に関する調査研究報告書」（2008年3月）13頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）42頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、板倉集一〔判批〕（ゴナ書体・上告審）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大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）310頁参照。

²⁷¹ 弥永真生「書体の著作物性」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）102頁、それゆえ、保護の範囲を實際上酷似するものに限り、類似するものには及ばないとする裁判例の姿勢は妥当であると考え。（和久田道雄「書体の著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）

みにくい²⁷²に対する反論としては、確かに著作権法による保護期間は長すぎるが、日本では文字の書体を意匠法・不競法によって保護する方法がないから、次善の策として、著作権法によって保護せざるをえない²⁷³との指摘もある。したがって、文字を素材とした無体の造形表現が美術の範囲の該当性ないし著作物性を否定するためには、制作者の視点から制約を受けることとは異なり、他の論拠が必要となるだろう。

この点に関して、著作権の目的は、表現を生み出すためのインセンティブと、文化の発展のための情報の普及との間で効率的なバランスを導き出すことであるから、主に以下の点が指摘されている。第一に、明朝体やゴシック体などの本文用のテキスト系の書体に関して著作物性を認めたとすると、こうしたテキスト系の書体を用いて著作された言語の著作物を複製する場合に、言語著作物の著作権者の許諾とは別個にそのような書体の著作権者の許諾をも必要とすることになり、書体についての権利をクリアしなければことの権利関係の煩雑化により、言語の著作物の利用に支障をきたすおそれがあること、そして権利処理の困難性から言語の著作物の円滑な流通を妨げる結果、情報の流通の阻害要因となるなどの弊害がある²⁷⁴。第二に、著作権フリーとされている言語の著作物や法令を掲載した官報を

181 頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007年6月・有斐閣）26 頁、同『著作権法』（2013年2月・中央経済社）頁）。

創作性の程度が低い場合には二次著作は成立せ、せいぜいアイデア・レヴェルでの借用にとどまると解すべきだからである。駒田泰土「タイプフェイスの保護」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）61-62 頁。

²⁷² 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 4 月・信山社）275 頁参照。

²⁷³ 弥永真生「書体の著作物性」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 6 月・青林書院）96 頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版・2007 年 6 月・有斐閣）27 頁、同『著作権法』（2013 年 2 月・中央経済社）頁、牛木理一『意匠法の研究』[4 訂版] 431 頁、等。タイプフェイスの作成には多大な労力が費やされているにもかかわらず意匠法による保護が受けられないことなどから、著作権法による保護を広く認めるべきである。

²⁷⁴ 玉井克哉「文字の形と著作権」ジュリスト 945 号（1989 年 11 月）76 頁、田村善之〔判批〕（写植機用文字書体）ジュリスト 1015 号（1993 年 1 月）頁、同「著作権法講義ノート 3」発明 92 巻 6 号（1995 年 6 月）73 頁、同『著作権法概説』（第2版・2001 年 11 月・有斐閣）38 頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）24 頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006 年 9 月・産経新聞）49 頁、中山信弘『著作権法』（2007 年 10 月・有斐閣）156 頁、同（第2版・2014 年 10 月・有斐閣）頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）42 頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016 年 10 月・有斐閣）頁、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 4 月・信山社）275 頁、本山雅弘〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）ジュリスト臨時増刊 1479 号（2015 年 4 月）279 頁、同〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）新・判例解説 Watch 2015 年 10 月号 287 頁。

また、最判〔ゴナ書体〕判旨参照。

なお、仮にテキスト系の書体を著作物として保護するとした場合には、個々の書体ではなく、統一的なコンセプトの下に制作された一組の書体全体が著作物を構成すると解することになるから、言語の著作物を少量複製するだけでは著作権侵害にならないが、かなりの量を複製すれば、書体一式が複製されることとなり、依然として著作権侵害となる可能性が生じる。作花文雄『詳

複写した場合、著作権侵害ということとはありえないにもかかわらず、そこで使われたテキスト系の書体の著作権を侵害することになる等、著作権の制限規定を設けて、著作物の公正な利用を図ろうとする著作権法の趣旨に鑑みると、本文用のテキスト系の書体に著作権という強力な保護を与えることには疑問が抱かれることになる²⁷⁵。

5

それに対して、上記文字の書体に著作物性を認めた場合の弊害は、以下の理由から実際にはそれほど大きなものではないと反論されている。第一に、すでに一般化した本文用のテキスト系の書体は国民の自由使用に委ねられているため、それ以外新たに創作された文字の書体のいくつかが個人の私有に帰したとしても国民による文字の自由使用が不可能になるような事態は生じ得ないとする見解²⁷⁶がある。第二に、言語の著作物とそこで用いられる文字書体との権利関係の煩雑化や著作物の公正な利用を図ろうとする著作権法の趣旨が達成されないことに対する反論としては、文字書体の権利者の許諾の下で製品化されたものについては複製が黙示の許諾の範囲内であり、正規品を用いての複製利用には、権利者の黙示の許諾もあるといつてよい。氏名表示権も多くの場合には著作権法19条3項によって制限される²⁷⁷。その他の複製等に関しては問題が残るが、文字の書体の「本来的利用」とはいえないことから、当該複製への権利行使を民法1条3項の権利濫用とするか、又は実質的違法性を欠くなどと評価して対応することも不可能ではない²⁷⁸と主張されている。

以上をまとめると、文字を素材とした造形表現の美術の範囲の該当性を否定する有力な根拠としては、制作者の視点から制約を受けるのではなく、ユーザーの視点からみて言語著作物の権利関係の煩雑化及び著作物の公正な利用を図ろうとする著作権法の趣旨が達成されない、という本文用のテキスト系の書体の著作物性を認めた場合に生じる不利益ない

解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい)160頁、和久田道雄「書体の著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22) 著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)172-173頁参照。

²⁷⁵ 玉井克哉「文字の形と著作権」ジュリスト945号(1989年11月)76頁、田村善之〔判批〕(写植機用文字書体)ジュリスト1015号(1993年1月)頁、同「著作権法講義ノート3」発明92巻6号(1995年6月)頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)38頁、著作権研究、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、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4月・信山社)275頁。

²⁷⁶ 紋谷暢男〔判批〕(タイポス書体)ジュリスト849号(1985年11月)112頁、渋谷達紀「写植用文字書体の著作物性」判評370号50頁。

²⁷⁷ 石田健「タイプフェイス・デザイン」叶芳和＝高石義一編『先端企業の知的所有権』(1990年・東洋経済新報社)236-237頁、弥永真生「書体の著作物性」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6月・青林書院)100-102頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』(第2版・2007年6月・有斐閣)26-27頁、同『著作権法』(2013年2月・中央経済社)頁、駒田泰士「タイプフェイスの保護」著作権研究36号(2010年12月)62頁参照。

²⁷⁸ 駒田泰士「タイプフェイスの保護」著作権研究36号(2010年12月)62頁参照。ただし、これらの法理は、未だ裁判例の蓄積による明確な承認を得ていない。

し弊害のことである。また、それは本文用のテキスト系の書体ならでは論拠であることに留意が必要である。つまり、美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定する根拠として挙げられる理由は、本文用のテキスト系の書体にしか当てはまらない、ということである。

5 まず、墨の濃淡や潤渇等を視認できる書道文字に著作物性を認めたとしても、そのような書道文字を用いて創作された「言語の著作物」はあまりないので、ユーザーの視点からみても言語著作物の権利関係の煩雑あるいは著作物の公正な利用を図ろうとする著作権法の趣旨が達成されない不利益ないし弊害はそもそも生じない。したがって、墨の濃淡や潤渇等を視認できる書道文字について、後段要件の美術の範囲の該当性を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常

10 の創作性の要件の判断枠組みで創作性がありさえすれば、著作物として保護することになって然るべきである²⁷⁹。本稿は、こうした判断手法を採用する裁判例の傾向を支持したい²⁸⁰。

15 次に、本文用のテキスト系の書体の美術の範囲の該当性を認めた場合に生じる言語著作物の権利関係の煩雑化及び著作物の公正な利用を図ろうとする著作権法の趣旨が達成されない不利益ないし弊害を避けるために、具体的な判断手法としては、美術の範囲の要件を活用して、ユーザーの視点に立ってテキスト系の書体であることのみを理由として定型的に美術の範の該当性を否定する裁判例もあれば（東京地判〔ヤギ・ボールド・一審〕、東京高

20 判〔同控訴審〕、大阪地判〔ゴナ書体・一審〕、大阪高判〔同控訴審〕、東京地判〔シャトー勝沼Ⅰ・一審〕、知財高判〔同控訴審〕、〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕）、一般のカテゴリの表現と異ならない通常

25 の創作性の要件の判断枠組みの中で、従来の書体と比較したうえで、二次的著作物としての創作性が認められないのだから、当該書体の著作物性を否定する裁判例もある（〔写植機用文字書体〕、〔岩田書体・一審〕、〔同控訴審〕、最判〔ゴナ書体〕、〔住友建機ロゴ〕）。もっとも、本来は両者の相違点として、前者は創作的表現であるかを問わず、美術の範囲の要件を活用することによって判断コストがかからないというメリットがある上、文字の書体はどれだけ斬新的なデザインでも、あるいは後発の創作者にとってその他の採

30 り得る表現が十分に残されているとしても、本文用のテキスト系の書体に入れば、定型的に美術ないしの範囲に属さないとして著作物性を否定することになる。しかしながら、高い可読性が要求され、従来の書体の漸進的に改良されるテキスト系の書体の特質に鑑みれば、一

²⁷⁹ 結論において同旨、牛木理一〔判批〕（「Asahi」ロゴマーク・控訴審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）33頁。

²⁸⁰ また、田上麻衣子〔判批〕（商業書道）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）41頁、同〔判批〕（商業書道）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）41頁は、現行著作権法の元となった著作権制度審議会答申を参考し、「書」については立法時より「美術の著作物」として保護が想定されていると指摘している。

般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みの中で、従来のテキスト系の書体と比較するなど、個別に具体的な創作性の判断が求められることでも判断にコストがかからないし、通常の創作性と同程度の審査基準で二次的著作物として創作性の要件を満たすようなテキスト系の書体はそもそも現実に存在しないのではないか²⁸¹。結局のところ、どの判断手法をとっても、本文用のテキスト系のようなレベルの書体に著作物性を容易に否定する結果は変わらないから、事柄の性質上、ここで美術の範囲の要件を活用して特別な付加条件が必要であるとする「区別説」と、美術の範囲の要件を問題せずに一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準で特別な付加条件が不要であるとする「非区別説」との両者を区別する実益はないと考えていいだろう。本稿は結論において本文用のテキスト系の書体に著作物性を否定する従来の裁判例の趨勢を支持したい²⁸²。

なお、本文用のテキスト系の書体の開発には相当の労力と費用が必要となる反面、その模倣は極めて容易であるため、書体集無断収録型の紛争では、著作権法以外の不法行為法等で保護する方途に乏しいが、少なくとも競業者がテキスト系の書体をデッド・コピーして競合品を販売する行為などに対しては、不法行為による救済を認めるべきであろう²⁸³。

²⁸¹ 高い可読性が要求される本文用のテキスト系の書体は過去のテキスト系の書体とは異なる創作性が認め難いから、二次的著作物として著作権保護を享受する余地は一般にはないとする見解として、知的財産研究所「諸外国におけるタイプフェイスの保護の現状と問題点に関する調査研究報告書」（2007年3月）11頁、駒田泰士「タイプフェイスの保護」著作権研究36号（2010年12月）61-63頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）43頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）73頁同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、高橋彩「著作物性（3）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）37頁。

²⁸² 学説にはテキスト系の書体が一般に著作物というのは無理であるとする見解として、玉井克哉「文字の形と著作権」ジュリスト945号（1989年11月）76頁、田村善之〔判批〕（写植機用文字書体）ジュリスト1015号（1993年1月）284頁。

これに対し、大家重夫「印刷用書体の著作物性」村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001年7月・東京布井）448頁、著作権情報センター附属著作権研究所応用美術委員会『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』（2003年3月・著作権情報センター）（大家重夫執筆）183、100頁は最判〔ゴナ書体〕の「美的特性」「独創性」という二要件の下であってもゴナ書体につき著作物性を認めてもよかった、との異なる見解を示している。ほかに、テキスト系の書体も著作物と認められる場合があるとする見解として、弥永真生「書体の著作物性」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6月・青林書院）96頁も参照。

²⁸³ 田村善之〔判批〕（写植機用文字書体）ジュリスト1015号（1993年1月）頁、同「著作権法講義ノート3」発明92巻6号（1995年6月）73-74頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）39-40頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）156-157頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、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4月・信山社）頁。島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）44頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、板倉集一〔判批〕（ゴナ書体・上告審）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

最後に、広告用の装飾的な文字については、高い可読性が要求されずにテキスト系の書体のデザインから大きく外れるものであるため、美術の範囲の該当性を認めたとしても、そのような装飾的な文字を用いて著作された「言語の著作物」は少ないので、ユーザーの視点からみても権利関係の煩雑化あるいは著作物の公正な利用を図ろうとする著作権法の趣旨が達成されない不利益ないし弊害はそれほど大きなものではないだろう。したがって、文字として判読できるか否かに関わりなく、後段要件の美術の範囲の該当性を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みで創作性がありさえすれば、著作物として保護することになって然るべきである²⁸⁴。

また、「[「POPEYE」ロゴ] 事件の「POPEYE」ロゴや「[Asahi」ロゴマーク・控訴審] 事件の「Asahi」ロゴマークのような、創作性の有無の限界線に近い事例では、一般のカテゴリの表現における通常の創作性と同程度の審査基準で創作性を満たさないと判断され得るので、書体の制作者の視点からみても、著作物といえるためには文字本来の伝達機能が装飾機能に埋没するほどにまで字体にデザインが施されたものに限る、という特別な付加条件が必要ではないと考えていい。他方、「[「撃／GEKI」饅頭標章] 事件の「撃」と「GEKI」の組み合わせ文字標章のロゴはデザイン全体として、一つのまとまりのある視覚表現として著作物性が認めても良かった事案ではなかったかと考えており、美術の範囲の該当性を否定した判決の理由及び結論には賛同できない。

以上をまとめると、広告用の装飾的な文字についても、文字の可読性の有無が美術の範囲の該当性の有無の分岐点となっている傾向にある裁判例（前掲東京地判平成2年「[「POPEYE」ロゴ]」、前掲東京高判平成8年「[Asahi」ロゴマーク・控訴審」²⁸⁵、前掲東京地判平成16年「[「撃／GEKI」饅頭標章・一審]」、前掲知財高判平成17年「[同控訴審]」）は行き過ぎであり、本稿はそのような裁判例に与しない²⁸⁶。

大系Ⅲ』（2009年10月・青林書院）311頁。

²⁸⁴ 結論において同旨、牛木理一〔判批〕（「Asahi」ロゴマーク・控訴審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）33頁、満田重昭〔判批〕（商業書道）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）35頁。

²⁸⁵ それに対して、長塚真琴〔判批〕（「Asahi」ロゴマーク・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）43頁は、「Asahi」のロゴマークは書籍本文に使われるようなテキスト系の書体ではないが、広告の上にブランド名を消費者に伝えるためにデザインされたものであって、「Asahi」という文字の読みやすさの観点からデザインにおいて一定の制約を受けているので、それを著作物として保護することはできないとした「[Asahi」ロゴマーク・控訴審]」の結論は妥当である、との異なる見解を唱えている。

²⁸⁶ 広告用の装飾的な文字に関しては、視覚的なデザインの一つであり、その著作物性の問題はテキスト系の書体の著作物性の問題とは区別して、より広く著作物性を認めるべきあるとする

第3款 身体装飾

人の身体に施される化粧や髪型のスタイリング、ネイルアート、歌舞伎の隈取りや中国古典劇の京劇にも「臉譜」と呼ばれるフェイスペインティング、入れ墨のようなボディペインティング、さらに衣服やアクセサリーの選択及び相互のコーディネートという広い意味での身体装飾などの特定の種類の表現は（以下、「身体装飾」と呼ぶ）、他の一般のカテゴリの表現とは異なり、表現媒体となるのは物品ではなく、人の身体に施されるという特殊な性質上、人格を有する人の身体の上に他人の排他性を有する著作権が存在することになると、身体装飾を施された者の人格権²⁸⁷や行動の自由と著作権とが衝突することになり、さらに、ユーザーの視点からみて、身体装飾を施された者のまわりの一般ユーザーの身体装飾の利用行為が著作権侵害となる可能性もあり得るので、これまで議論されてこなかった新たな問題を生じる。身体装飾が著作権法2条1項1号の定める著作物性の要件を満たすか否か、また、仮に身体装飾が著作物として認められる場合に生じ得る問題点についての検討も必要である。

一、身体装飾の著作物性について

（一）裁判例

20

身体装飾の著作物性が争点とされた初めての事案として、彫物師である原告は被告の依頼により同人の大腿部に写真の十一面観音立像をモデルとして仏像の入れ墨を施したところ、被告がその太ももに入っている仏像の入れ墨のクローズアップ写真を反転し、セピア色に変えるなどして被告自著の表紙の中心に大きく掲載するなどしたとして、氏名表示権と同一性保持権の侵害が争点となった事案である。

25

見解がある一方で（牛木理一〔判批〕（「Asahi」ロゴマーク・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）32-33頁、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン）頁、同『著作権法詳説―判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）頁、駒田泰士「タイプフェイスの保護」著作権研究36号（2010年12月）61頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）（三山峻司執筆）47頁、高橋彩「著作物性（3）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ―著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）36頁、同注12）、広告のためにデザインにおいて一定の制約を受けているのでテキスト系の書体との共通性を論じる見解もある（長塚真琴〔判批〕（「Asahi」ロゴマーク・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）43頁、和久田道雄「書体の著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）175頁参照）。

²⁸⁷ 三浦正広〔判批〕（合格！行政書士南無刺青観世音・一審）発明109巻6号（2012年6月）50頁は人の身体は、人の氏名や肖像と同様、人格的要素そのものであり、身体に施される入れ墨は、人の身体の一部そのものとして、人格権の保護範囲に属すると指摘している。

東京地判平成 23 年 7 月 29 日裁判所 HP [合格！行政書士南無刺青観世音・一審] (岡本岳裁判長) は十一面観音立像の写真と仏像の入れ墨とを対比した結果として入れ墨の図案そのものに、顔の向き、表情が変える等の変更が加えられていること、さらに入れ墨を施すに際しては人間の大腿部の丸味を利用した表現であり、墨入れの墨の濃淡等により仏像の入れ墨と十一面観音立像の写真との間には表現上の相違が見て取れるから、そこには創作的に表現されているとし、仏像の入れ墨の二次的著作物性を肯定し、被告が仏像の入れ墨の写真を加工して作成した画像は入れ墨の複製物であるとし、その公表による利用について氏名表示権、同一性保持権の侵害を認めた²⁸⁸。控訴審で被告は明示又は黙示の著作者人格権不行使の合意が成立していること、「他人の許諾を得ない限り、自己の身体の利用ができないとすることは社会通念に照らし不合理であることから」、自らが仏像の入れ墨の画像を用いて、書籍に掲載した行為に過失はないなどと主張するが、知財高判平成 24 年 1 月 31 日裁判所 HP [同控訴審] (飯村敏明裁判長) はそれらをいずれも「採用の限りでない」と一蹴し、原判決をほぼ引用するなどしたが、請求認容額を減額変更した。

[合格！行政書士南無刺青観世音] 事件

左 向源寺の十一面観音立像の写真 (寺社巡りドットコム²⁸⁹より抜粋)

右 被告書籍表紙カバー (裁判所 HP 判決別紙より抜粋)



地裁 (岡本岳裁判長) 二次的著作物の創作性肯定、類似性 (氏名表示権、同一性保持権侵害) 肯定

高裁 (飯村敏明裁判長) ほぼ一審判決引用

[合格！行政書士南無刺青観世音] において、問題となった仏像の入れ墨は、『日本の仏像 100 選』に掲載された向源寺の十一面観音立像の写真に接して、それをなぞっていながら、彫物師である原告が改変を加えて作成したものであるから、創作的に表現したものとし

²⁸⁸ 被告が仏像の入れ墨の画像を公表する前に、原告が自ら仏像の入れ墨の写真を公刊物に掲載して公表していたことから、被告の公表権侵害は否定された。

²⁸⁹ <http://www.jisyameguri.com/chiiki/shiga/kougenji/>、2016 年 11 月 13 日確認。本件で争点となった『日本の仏像 100 選』に掲載された向源寺観音堂の十一面観音立像の写真とは撮影角度が若干異なるかもしれない。

て、十一面観音立像の写真の二次的著作物（十一面観音立像との関係では三次的著作物）であると位置づけることができる²⁹⁰。入れ墨のような身体装飾に著作物性を判断するに当たって、創作性が認められる場合があるとしても、著作権法による保護になじまない場合には美術の範囲に属するものであるかが問題となり得る。もっとも、[合格！行政書士南無刺青観世音・一審]、[同控訴審]は美術の範囲の要件を問題せずに、仏像の入れ墨の美術の範囲に属するものであるかどうかをめぐる論点も取り上げなかった。というより、むしろ仏像の入れ墨のような身体装飾についても、美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準で当該仏像の入れ墨の創作性を認めて著作物性・著作人格権侵害を肯定したものであるといえる。

[合格！行政書士南無刺青観世音]事件の後、ファッションショーにおける個々のモデルに施された化粧や髪型のスタイリング、衣服やアクセサリーの選択及び相互のコーディネートコーディネートのような身体装飾の著作物性に係る事案として、東京地判平成25年7月19日判時2238号99頁[激安ファストファッション・一審]（大須賀滋裁判長）は応用美術の論点を取り上げず、美術の範囲の要件も問題せずに、事案の事実関係に入念に焦点を当てて、個別に具体的な創作性判断を検討した結果、モデルの化粧や髪型のスタイリングについてはいずれも一般的なものであり、創作的に表現されているものとは認められないとした。また、個々のモデルの衣服や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はいずれも他社の既製品のようなものの選択及び組み合わせにすぎず、ありふれたものであり、創作性がないとして著作物性を否定した。それに対し、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁[激安ファストファッション・控訴審]（設楽隆一裁判長）は、一審判決のように創作性の問題として著作物性を否定するのではなく、「実用に供され、あるいは産業上利用されることが予定されている『応用美術』の問題と捉えた上で、「実用目的の応用美術」につき、前掲「美的特性」という要件を示した最判[ゴナ書体]を先例として引用し、「実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性」を備えているか否かの判断基準として示したうえで、個々のモデルの化粧や髪型のスタイリング、衣服やアクセサリーの選択及び相互のコーディネートコーディネートのような身体装飾について、いずれも実用目的のための構成と分離して美的特性を備えていないとして、著作物性を否定した。

[激安ファストファッション]事件（コピライト2013年12月号33頁より）

²⁹⁰ 三浦正広[判批]（合格！行政書士南無刺青観世音・一審）発明109巻6号（2012年6月）50頁、木村達矢[判批]（合格！行政書士南無刺青観世音・一審）パテント65巻12号（2012年12月）96頁。

地裁（大須賀滋裁判長） 著作物の創作性否定

高裁（設楽隆一裁判長） 美術の範囲の該当性（美術の著作物）否定（実用目的のための構成と分離して美的特性を備えていない）

5

（二）知財高判〔激安ファストファッション・控訴審〕の読み方

知財高判〔激安ファストファッション・控訴審〕は人の身体に施される化粧や髪型のような身体装飾、衣服等のコーディネート（広い意味での身体装飾）を応用美術の問題として取り上げた点が特徴的であるが、要するに著作物として保護する必要のない特定の種類の表現をあぶり出すために、個別の事案の事実関係に入念に焦点を当てることなく、美術の範囲の要件を活用して定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定したものと評価されている見解²⁹¹もある。その理由については、第一に、他社の既製品の衣服やアクセサリを、どのように選択して組み合わせさせて着用しようが、あるいは他人の着用の仕方を真似しようが自由であり、化粧や髪型のような身体装飾も然り。そ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させて着用し、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りかねないからである。第二に、著作権による保護が与えられなかったとしても、化粧や髪型のデザイナー又は既製品の衣服等の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²⁹²と指摘されている。

他方では、上記の読み方に対して、〔激安ファストファッション・控訴審〕（設楽隆一裁判長）において、化粧や髪型のような身体装飾、衣服等のコーディネートが著作物として保護されるためには、「実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性」を

²⁹¹ 橋谷俊〔判批〕（1）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究 47 号（2015 年 11 月）382、401-403 頁、田村善之〔判批〕（TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審）（下）ビジネス法務 15 卷 11 号（2015 年 11 月）102 頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究 42 号（2016 年 5 月）35 頁、同「講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯—」コピーライト 2017 年 8 月号 13-14 頁。

²⁹² 橋谷俊〔判批〕（1）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究 47 号（2015 年 11 月）401-402 頁。

備えていることが必要であるという点からすれば、判旨はユーザーの視点に立って私人が好みの他人の化粧、髪型等を真似する行動の自由を配慮するものではなく、ファッションデザイナーの視点に立って表現内容の実用面・機能面を実現するために由来する創作の自由度への制約を吟味すべきとする分離可能性基準を取ったものと解される見解もある。奥邨弘司教授はこうした分離可能性基準は後段要件の美術の範囲に属するものに該当するかどうかによるものではなく、創作性の要件の判断枠組みの中で表現の選択の幅に焦点を当てており、創作性の一般に問題となるマージ理論などの法理を、[激安ファストファッション・控訴審]（設楽隆一裁判長）における個々のモデルに施された化粧、髪型のような身体装飾の場合にふさわしい形で言い換えたものに過ぎず、他の一般のカテゴリの表現の場合に求める創作性と変わらないとするもの²⁹³であると評価している。

また、同様の判断手法を採用したものとして、人の身体に施される入れ墨のような身体装飾について、後段要件の美術の範囲の該当性を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性の要件の判断枠組みの中で、創作性が認められるものであれば著作物性を認めて著作権法によって保護されることになる、との見解が多数を占めている。その理由については、第一に、少なくとも一品制作の入れ墨は、純粹美術に属するものとしていること²⁹⁴。第二に、人体に施される点で特殊ではあるが紙や画面等他の媒体上に表されたものと変わるところはなく、人体は著作物が表現される媒体にすぎないこと²⁹⁵。第三に、確かに創作性の観点からだけではなく、社会における入れ墨の許容性、文化的背景なども含めて判断する必要がある、入れ墨の著作権を保護することが著作権法1条所定の文化の発展の目的に適合するかどうかを検討する必要がある。しかし、同条は学術的又は芸術的に優れた表現を低俗な表現と区別し、このうち前者のみを文化の発展に寄与するものとして保護する趣旨ではなく、著作物の学術性又は芸術性のいかにについて著作権法は関与しないと解すべきである²⁹⁶ところ、未成年者に入れ墨を施す行為の公序良俗違反性ないし違法性については問題となり得るが、少なくとも[合格！行政書士南無刺青観世音]事件のように人体に仏像を描いた表現自体が

²⁹³ 奥邨弘司[判批]（激安ファストファッション・控訴審）判例時報2259号（2015年8月）153頁。

²⁹⁴ 岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記論文集』（2015年7月・発明推進協会1070頁）。

²⁹⁵ 木村達矢[判批]（合格！行政書士南無刺青観世音・一審）パテント65巻12号（2012年12月）95頁、角田政芳[判批]（激安ファストファッション）A.I.P.P.I 58巻12号（2013年12月）頁、同[判批]（激安ファストファッション・控訴審）DESIGN PROTECT 106号（2015年6月）15-16頁。

²⁹⁶ 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）（半田正夫執筆）13頁。同旨、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）4頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記論文集』（2015年7月・発明推進協会1070-1071頁）。

公序良俗に反する違法であるとの問題は生じないこと²⁹⁷、などが説明されている。

(三) 身体装飾に美術の範囲に属さないものとして定型的に著作物性を否定すべきか

5

上述のように、知財高判〔激安ファストファッション・控訴審〕（設楽隆一裁判長）はユーザーの視点に立って私人の行動の自由を配慮することによって、美術の範囲の要件を活用して著作権保護を及ぼすべきではないと考えられる化粧、髪型のような身体装飾、衣服等のコーディネートが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か、あるいはファッションデザイナーの視点に立って一般のカテゴリの表現と異なる通常の創作性の要件の判断枠組みで表現の選択の幅に焦点を当てて、化粧、髪型等に創作性が認められないから著作物性を否定したにすぎないものと見るのかについて、読み方が分かれている。

10

もっとも、本来は両者の相違点として、創作的表現であるかを問わず、美術の範囲の要件を活用することによって判断コストがかからないというメリットがある上、身体装飾はどれだけ斬新的なデザインでも、あるいは後発の創作者にとってその他の採り得る表現が十分に残されているとしても、身体装飾という特定の種類の表現に入れば、定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定することになる。しかしながら、身体装飾のうち、化粧については人の顔に化粧料をほどこし、美化することである以上、色の選択、アイメイクやリップメイクの乗せ方などには大きな制約があり、その選択の幅が狭い。髪型についても同様である。したがって、化粧や髪型のようなレヴェルの身体装飾の特質に鑑みれば、個人の場合と言うまでもなく、ファッションショーにおける個々のモデルに施された化粧や髪型についても、一般のカテゴリの表現と異なる通常の創作性の要件の判断枠組みで表現の選択の幅に焦点を当てて、個別に具体的な創作性判断が求められることでも判断にコストがかからないし、通常の創作性と同程度の審査基準で著作物の成立要件として求めている創作性を満たすような化粧や髪型はそもそも現実に存在しないのではないか²⁹⁸。それに対し、歌舞伎の隈取りや京劇の臉譜と呼ばれる隈取の「化粧」なら、著作物としての創作性が認められるかもしれないが、それは「化粧」というより、むしろ「フェイスペインティングアート」と呼ぶに相応しいだろう。こうした絵画のような「フェイスペインティングアート」を被写体とする写真の著作権者が争われた、東京地判平成 27 年 12 月 9 日裁判所

20

25

30

²⁹⁷ 岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念文集』（2015年7月・発明推進協会 1071-1072頁）。

²⁹⁸ それに対して、角田政芳〔判批〕（激安ファストファッション）A.I.P.P.I 58巻12号（2013年12月）頁、同〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）DESIGN PROTECT 106号（2015年6月）17頁は本件におけるメイクアップは、原告が作成したメイクアップの下絵に基づいてモデルに施したものであり、原告の創作としてその個性が表現されている可能性があった、との異なる見解を唱えている。

HP [SNIP STYLE No. 348 (写真)] (東海林保裁判長) がある。

[SNIP STYLE No. 348 (写真)] 事件 (裁判所 HP より)



5

また、他社の既製品の衣服やアクセサリーのコーディネートについて、ファッションショー全体において一定程度の量の衣服やアクセサリーなどの選択及び組み合わせは編集著作物としての創作性²⁹⁹が認められるかどうかという点³⁰⁰は別にして、少なくとも個々のモデルが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する仕方とい

²⁹⁹ 編集著作物は、素材の選択または配列に創作性が認められる著作物であるから、何を選択しどのように配列したかという創作性の要素の中には、ある程度の量の集合体（まとまり）が存在していることが前提となっている。

³⁰⁰ 化粧、衣服、アクセサリー、ポーズ及び動作のファッションショー全体のコーディネートについて、個々の要素を有機的結合体と考えて、ショーそのものを一個の著作物と考えることも理論上考えられるが（文化法研究会『舞台芸術と法律ハンドブック』（2002年5月・芸団協出版部）、（桑野雄一郎執筆）49頁、福井健策＝二関辰郎『ライブ・エンタテインメントの著作権』（2006年6月・著作権情報センター）109頁）、これは映画や演劇と比較したときに、ショー全体を一つの作品と言えるだけの一体性があるかどうか、検討が必要であると指摘されている（永井幸輔 [判批]（激安ファストファッション・一審）（2014年2月）

<http://www.kottolaw.com/column/000706.html>、2016年11月17日確認。

う「アイデア」が決まれば、あとは誰がそれを表現しようとしても当然同様の着装にならざるを得ないので、一般のカテゴリの表現における通常の創造性と同程度の審査基準でも、創造性を欠くものとして著作物性を否定すべきものである³⁰¹。結局のところ、前述した本文用のテキスト系のようなレヴェルの書体と同じ、どの判断手法をとっても、個々のモデルに施された化粧や髪型のような身体装飾、衣服等のコーディネートというレヴェルの表現に著作物性を容易に否定する結果は変わらないから、事柄の性質上、ここで両者を区別する実益はないと考えていい。

問題はむしろ、知財高判〔激安ファストファッション・控訴審〕はユーザーの視点に立つて私人の行動の自由を配慮し、化粧や髪型のような身体装飾という特定の種類の表現であることのみを理由とした、こうした身体装飾を直ちに美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定する趣旨を推し及ぼせば、創造性にのみ着目すると著作物性を否定し難いような、絵画のようなフェイスペインティング、さらに〔合格！行政書士南無刺青観世音〕事件の仏像の入れ墨のようなボディペインティングといったレヴェルの身体装飾にも当該判旨の射程が及ぶかどうかという点である³⁰²。

この点に関して、仮にユーザーの視点に立つて私人の行動の自由を配慮しようとしたとしても、絵画のようなフェイスペインティング、さらに〔合格！行政書士南無刺青観世音〕

³⁰¹ それに対して、小川徹〔判批〕（激安ファストファッション・控訴審）日本大学知財ジャーナル9号（2016年3月）104頁は、衣服やアクセサリーの選択及び相互のコーディネートに創作的に表現されたものがあれば、著作物性が生じる可能性はある、との異なる見解を唱えている。

³⁰² この他、学説では、フィギュアスケート、新体操等、美を競うスポーツでの演技の著作物性が議論されている。

中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）73頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁は、フィギュアや新体操等は実質から見れば舞踏とほとんど変わらないこと、スポーツとしてではなく、ショーとして行なわれるものとそうでないものの区別は付け難いことから、スポーツでの演技に著作物性を認めるとすると弊害も大きい、権利濫用等の一般法理で解決することになると示唆している。また、どの種の競技であるからとか、どのように動き・所作が制限ないし規定されているかという点だけでこれは舞踊ではないと区別するのは妥当ではなく、その振り付けにつき著作物性を論ずる余地があるとの指摘がある（斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）82頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）（関堂幸輔執筆）519頁参照）。ほかにスポーツでの演技は著作物として保護されうるとの見解として、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）60頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）52頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）36頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）（上沼紫野執筆）290頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）（三山峻司執筆）42頁。

その一方、橋谷俊〔判批〕（1）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究47号（2015年11月）404頁は、創造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での演技は、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、美術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、との異なる見解を唱えている。

事件の仏像の入れ墨のようなボディペインティングの大規模な商業的利用の自由があることまでを認める必要がないだろう。また、こうした絵画的な表現は身体装飾に応用されなければ通常美術の範囲に属するもの扱いされるのに、偶さか応用されれば美術の範囲の該当性ないし著作物性が否定されるように、現実の利用態様の変化により著作物の成立要件に関する判断手法を異にする扱いは困難を極めるのである。したがって、知財高判〔激安ファストファッション・控訴審〕の判旨の射程範囲は創作性が認められない化粧や髪型のような身体装飾、衣服等のコーディネートに限定すべきである。その意味では化粧や髪型を含む、あらゆる身体装飾という特定の類型の表現にも、後段要件の美術の範囲の該当性を吟味する意義を認めず、むしろ定型的に美術の範囲に属するものを前提として、一般のカテゴリの表現と異ならない通常の創作性基準の下で創作性がありさえすれば、著作物として保護することになって然るべきである。本稿は、こうした判断手法を採用した前掲東京地判平成25年〔激安ファストファッション・一審〕（大須賀滋裁判長）の判決を支持したい。

二、身体装飾を施された者の人格権及び行動の自由との調和

創作性が認められない化粧、髪型のような身体装飾、衣服等のコーディネートはともかく、絵画のようなフェイスペインティングやボディペインティングなどの身体装飾に著作物性が認められた場合には、身体装飾は人の身体に施されるという特殊な性質上、著作権などと身体装飾を施された者の人格権又は身体装飾を施された者及び第三者の行動の自由とが衝突するところで、身体装飾に著作物性が認められたとしても、身体装飾は人の身体に施されるものであることから、他の一般のカテゴリの表現と比較しても、著作権などの権利行使は制約を受け、限定的なものとならざるを得ないとする点で学説においてはおおむね一致している。具体的には制限規定のほかに、美術の著作物の「原作品」の解釈、権利不行使同意の推認、著作権法20条2項4号の「やむを得ないと認められる改変」など、を活用する必要がある。

（一）美術の著作物の「原作品」の解釈

入れ墨は美術の著作物と考えられるので、人の皮膚に施された入れ墨に有体物としての「原作品」を認めることは疑問なしとしないが、著作権法45条1項の適用を認めて展示権が制限される³⁰³との意見が示されている。

著作権25条によれば、美術の著作物の「原作品」を公に展示する行為は禁止されている。身体装飾は美術の範囲に属するものといえるが、人の身体に施された身体装飾に美術の著

³⁰³ 岡本岳「入れ墨と著作権」設樂隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（2015年7月・発明推進協会1076-1077頁）。

作物の「原作品」を認めるかどうかは疑問である。美術の著作物については、その原作品の「譲渡」又は「貸与」（18条2項2号、26条の2、47条の2、113条の2）、原作品による展示（18条2項2号・25条・45条・47条）、原作品の「所有者」（45条1項）、屋外の場所に恒常的に「設置」されている原作品（45条2項）とその利用（46条）というように、著作権法上「原作品」の語が用いられているが、これは著作物が表現される媒体そのものを意味するものばかりではなく、所有権の客体である有体物、通常の売買の目的物となりうるものである³⁰⁴。また、美術の著作物の場合は、例えば絵画が描かれた有体物の媒体（キャンパス）を「原作品」と呼んで、著作権法上特別の扱いをする理由は、原作品が原作品以外の複製物に比較して多大な価値があるから、特に集客効果や経済的な価値が高い原作品の展示行為に対して、著作権者に権利を認めることにしたものである³⁰⁵。それに対して、人の身体に施された身体装飾という著作物の場合、人の身体は売買の目的物にならないから、「原作品」を觀念してもそこに経済的な価値はない。したがって、身体装飾に関しては「原作品」という概念はなく、著作権者に「展示権」を付与するなどの特別な取り扱いもないと解釈すべきである。

もちろん、著作権者との間で明示の合意をしなかったとしても、契約の目的に照らし、黙示的許諾の推認により、当然に予想された範囲での公の利用は黙示的に許諾されていたと解することもできる。しかしながら、フェイスペインティングやボディペインティングなどの身体装飾を一般公衆に解放されている場所で展示することについて、仮に著作権者が明示的に反対の意思表示があったとしても、「原作品」を觀念できない身体装飾はそもそも展示禁止権の権利の対象とはならないので、身体装飾を施された者が自ら当該身体装飾を公に展示しても、展示権を侵害しないとすべきである。

（二）権利不行使同意の推認

次に、身体装飾を施された者が著作物として保護される身体装飾を一般公衆に解放されている場所で露出したり、身体装飾の写り込んでいる写真をインターネットにアップロードしたりするなどして自ら利用する場合は、著作権者との間に公衆送信権等の著作権侵害になるであろうか、という著作権上の問題が生じる。この点に関して、身体装飾のうち、入れ墨を施した者が入れ墨を展示したり複製したりするなどして自ら利用する利用するとき

³⁰⁴ 齊藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）88頁。

³⁰⁵ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）180頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）30-31頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）11頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）139頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、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4月・信山社）256頁。

は、著作権より入れ墨を施された者の人格権が優越し、著作権者の同意は必要ない³⁰⁶と指摘されている。

著作権者が第三者に対して、著作物の利用を許諾し、その対価を得るというライセンス取引があるが、具体的な事案の下において、黙示的許諾等、権利不行使同意の存在を根拠に著作権侵害が否定される場合がある。出版社・レコード会社等のメディア企業が著作者とユーザーとを結ぶ媒介役³⁰⁷としている著作物関連するビジネスとは違って、当初から第三者の利用を前提として当該第三者のために創作行為が行われる場合、契約において発注者の委託に基づいて創作された著作物をめぐっては、特に出資の発注者が利用主体となる場合の不都合性をいかに解消するかについて議論がなされてきた。請負契約に基づいて創作された著作物の著作権関係についても、権利帰属の場面で画一的に受託元の制作者を著作者とし、著作者人格権及び著作権を有するものとしている（著作権法2条1項2号等）が、創作された著作物を当該著作物の作成を委託し、制作者に対価を支払う義務を負う発注者が利用する場合に、制作者に帰属される著作権及び著作者人格権の行使を認めるか否かについては、発注者と著作権者たる制作者との間で著作物の利用に関する一定の利害調整を図る必要性がある。そこで対価を支払う条件で制作者から発注者への黙示の利用許諾等、権利不行使同意の存在を推認することによって、制作受託者と制作委託者間の利用関係における実際上の不都合を解消することを示唆する先例として、東京地判平成元年6月30日無体集21巻2号587頁〔別冊FM fan写真掲載〕は、カメラマンである原告は広告代理店である被告の注文により商品広告用写真の撮影を、代金は後日支払うとの約定で請負う旨契約し、これに基づき写真を撮影したうえ、被告に対し、その現像済フィルム及びそれを焼き付けた紙焼写真を引き渡したものであるから、契約の目的に照らし、原告カメラマンは写真等の引渡しによつて、被告広告代理店に対し、当該写真を商品広告に使用し、かつ、これにより写真を公表することを許諾したものと認められると認定した。また、契約目的以外の利用に関する事例として、原告フリーのカメラマンが撮影した写真を、その掲載を企画していた被告旅行情報の月刊誌業者の掲載予定号の特集記事以外の同月刊誌の次号等に氏名表示を省略することで使用したことについて、著作権・氏名表示権侵害に基づく損害賠償請求を求めた事案において、東京地判平成5年1月25日判タ870号258頁〔ブランカ写真掲載〕は、原告カメラマンは月刊誌の掲載予定号の特集記事以外にも被告業者が必要に応じて本件写真を使用することを許し、被告業者が本件写真を使用した場合、当初の対価以外の相当な使用料

³⁰⁶ ただし、著作人格権に関しては氏名表示または出所の明示が必要となる場合があると指摘されている。三浦正広〔判批〕（合格！行政書士南無刺青観世音・一審）発明109巻6号（2012年6月）51頁参照。

³⁰⁷ 著作物を多数のユーザーに届けるためには、個人の創作者には負担しきれない多大なコストとリスクの負担が必要である場合が少なくないからである。松田俊治「著作権の利用許諾をめぐる問題点」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）159頁参照。

の支払いを受ける趣旨で、本件写真及びそのネガを被告業者に預けていたものであり、他方、被告業者も、原告に取材を依頼するについては、掲載予定号の特集記事用の写真ばかりでなく、他にも使用できる写真を入手することをも目的としていたものであり、特集記事に使用した写真以外の写真については、使用権限はあるがそれに対する使用料の支払いが必要であると認識であったものであると認定できるとして、後日相当な使用料を支払う条件で本件写真を使用できるという黙示の許諾を認め、原告の著作権侵害に基づく損害賠償の請求を排斥している。それに対して、氏名表示権侵害を理由とする請求について、氏名表示をしない旨の黙示の合意があったことや著作権法19条3項により著作者名の表示を省略することができる場合に該当する被告業者の主張を認めるに足る証拠がないなどとして被告業者の主張を排斥し、氏名表示権侵害を認めた³⁰⁸。

[別冊 FM fan 写真掲載]、[ブランカ写真掲載] 事件のように、発注者の著作物の利用の可否をめぐって、使用料を支払う条件で制作者から発注者への黙示の利用許諾等、権利不行使同意の存在を推認することによって、制作者と発注者間の利用関係における実際上の不都合を解消することを示した判決は、実務上生じることが多い同種事例の解決策を模索する上で、一定の示唆を与えてくれるものである。それはいわば「許諾を得てから利用する」状態から「特に明示的に反対されない限り利用できる」状態へと、著作権のデフォルト・ルールを変更するものだと言える。すなわち、実務上、このような事例が頻繁に生じる背景には、そもそも報酬を受け取る制作者に著作権を帰属させ、しかも制作者の許諾を得ないと、発注者でさえその委託に基づいて創作された著作物を利用することは著作権侵害の責に問われる著作権法のデフォルト・ルールについて、報酬を支払う義務を負う発注者にとっては認識がまだうすい、という実情がある。あらかじめ契約で別段の定めをしておく等、事前の措置を講じられるのであればそれに越したことはないのであるが、取引当事者の法的常識と著作権法のデフォルト・ルールの乖離がある以上、取引当事者に万全の策を講じることを求めるのは酷であり、それゆえ柔軟な法解釈により、取引当事者間の利害調整を図っていく必要も認められるように思われる³⁰⁹。

³⁰⁸ 学説には、入れ墨をプロボクサーの顔面に施した場合、ボクサーの顔写真が雑誌に掲載されたり、ボクシングの試合のテレビ放送にボクサーの顔が映り、その結果、ボクサーの顔面上の入れ墨が雑誌やテレビに写ることは当然に予想されたことであるから、彫物師との間で明示の合意をしなかったとしても、その範囲での利用は黙示的に許諾されていたと解されている。秀桜子 [判批] (合格! 行政書士南無刺青観世音・一審) 34 頁、岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』(2015 年 7 月・発明推進協会) 1076-1077 頁参照。

³⁰⁹ 岡邦俊『続・著作権の法廷』(1996 年 2 月・ぎょうせい) 24-25 頁は、[ブランカ写真掲載] は制作にあたり契約書が作成される例は皆無に近く、安易な人間関係にもたれかかり受発注を漫然と行っている制作者と発注者の双方に対し、目的以外の利用について、当初の対価以外の追加的な使用料を支払う必要がある契約関係を明示するものとして、大きな意義をもつものと評している。

なお、制作委託者の囑託に基づくものではないが似たような事例として、旅行先で見知らぬ観

5 以上の見立てが正しいとすれば、黙示の著作者人格権不行使の合意が成立していることなどの被告の主張を一蹴し、仏像の入れ墨の色彩を変更して書籍に掲載したことについて氏名表示権および同一性保持権を侵害するとした、前掲知財高判平成24年〔合格！行政書士南無刺青観世音・控訴審〕の判断は妥当なものと評価することができる³¹⁰が、判旨の射程をどこまで考えるのかという疑問が呈されている。前述したように、この事件では氏名表示権および同一性保持権という著作者人格権侵害の主張がなされているだけで、著作権侵害の主張はなされていない。仮に著作権侵害を主張した場合には、黙示の許諾の推認が認められる可能性は十分にある。実際、同一性保持権などの著作者人格権侵害については肯定されているものの、複製等の利用行為については黙示の許諾の推認により著作権侵害が否定されている裁判例がある（前掲東京地判平成5年〔ブランカ写真掲載〕のほかに、東京地判平成2年11月16日無体集22巻3号702頁〔法政大学懸賞論文・一審〕、東京高判平成3年

光客に自らを被写体とする写真撮影を依頼するというようなケースでは、①事前あるいは事後的な著作権処理は事実上不可能に近く、撮影時における著作権譲渡が黙示的になされていたと解することが望ましい上に、②頼まれた撮影者の著作権に対する意識が希薄である場合の契約解釈の文脈において、被写体となる依頼者本人への著作権譲渡を認定しても何ら撮影者の期待を害しないのが通常であるから、撮影したスナップ肖像写真のデータが内蔵されているカメラを、撮影終了後に何の留保もなく依頼者に返還しているという場合であれば、撮影者は依頼者本人に対し、当該写真著作物に関する著作権譲渡の積極的な意思を有していたと解することも十分可能である。高瀬亜富〔判批〕（東京アウトサイダーズ写真・控訴審）知的財産法政策学研究32号（2010年12月）298-299頁参照。なお、依頼者本人が構図等を決めたうえ、その場に居合わせた者に撮影を依頼してシャッターを押してもらうというような場合、シャッターを押した人は単なる道具であって、依頼者本人が著作者となり得ると指摘するものとして、三村量一「講演録 マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピーライト594号（2010年10月）12頁。

さらに、著作権意識が希薄で同意の手續など知る由もない当事者間では、そもそも同意を求めることすらなく、著作物が利用等されている場合がある。従業員が職務上作成したイラストに関し、法人名を記載することなくイラストを含む書籍を発行したために法人著作の要件を満たさなくなった事案であるが、東京地判平成9年3月31日判タ951号269頁〔誰でもできる在宅介護・一審〕、東京高判平成10年11月26日判時1678号133頁〔同控訴審〕（一審判決引用）は、①法人が印刷物の作成などを主たる業務としており、当該従業員もイラストなどの作成を主たる職務としているという事実関係のもとでは、こうした法人内には職務著作の要件を満たさない著作物が相当数存在すること、②依頼者との取り引きの継続のためにはこうした著作物の著作権を法人が保有することが望ましいこと、③給与を受けながら職務上こうした著作物を作成する従業員にとっては何らかの権利主張ができるとの意識は全く希薄であったこと、などを理由に、雇用契約の締結時に職務上作成する著作物の著作権は、職務著作が成立しない場合はこれを当該法人に譲渡することを黙示的にかつ包括的に合意していたと判示する。

³¹⁰ なお、著作権法20条2項4号のむを得ない改変に関する裁判例としては、スポンサーが広告代理店にパンフレットの作成を依頼し、広告代理店の注文に基づきイラストレーターが描いたイラストレーションをスポンサーの要望により広告代理店が無断で色を塗り替えたという行為につき20条2項4号の適用を否定した東京地判昭和48年7月27日無体集5巻2号243頁〔レジャー施設パンフレット〕に対し、映画をビデオ化・テレビ放送化する際にトリミングして利用する行為について20条2項4号の適用を認めた東京地判平成7年7月31日知財集27巻3号520頁〔スウィートホーム事件・一審〕、東京高判平成10年7月13日知財集30巻3号427頁〔同控訴審〕がある。

12月19日知財集23巻3号823頁〔同控訴審〕参照）。〔合格！行政書士南無刺青観世音〕事件において、入れ墨の制作を受託した時点までに彫物師の明示的に反対の意思表示がなされていない限り、入れ墨の制作委託者の完成した入れ墨の公表又は展示、複製などの利用に関する同意があったものとして扱うと解するのが相当であろう³¹¹。

5

なお、第三者が身体装飾の写り込んでいる写真等の複製物をインターネットにアップロードしたり、雑誌やテレビの番組、広告等で掲載・放送したりするなどして利用する場合は、人格権あるいはパブリシティ権との関係で身体装飾を施された者の同意が必要である場合はもちろん、権利制限規定30条の2の定める、付随対象著作物の利用が非侵害となる場合の要件を同時に満たすことができないれば、著作権者の同意も必要となるとする見解³¹²がある。他方で、身体装飾のうち、①入れ墨を入れた部位により、公衆が自由にアクセスすることができる状態にあること、②入れ墨は容易に除去することができないことに鑑みれば、屋外の場所に恒常的に設置されている美術の著作物について、その自由利用を認める著作権法46条の解釈・適用が争われた、前掲東京地判平成13年〔はたらくじどうしゃ〕³¹³を先例として引用し、人の身体に施される入れ墨のような身体装飾を「恒常的に設置されているもの」に含めて解釈することで46条の適用範囲を広げて、活用する見解³¹⁴もある。

10
15

（三）著作権法20条2項4号の「やむを得ないと認められる改変」

20 身体装飾のうち、入れ墨を除去しようとしたが、その施術の結果が不完全なために、もと

³¹¹ 結論において同旨のものとして、秀桜子〔判批〕〔合格！行政書士南無刺青観世音・一審〕34頁は当事者の意思の解釈による解決が可能と指摘している。

他方、入れ墨を入れた部位、制作委託者の利用態様により、当然に予想された範囲での利用は黙示的に許諾されていたという見解として、岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（2015年7月・発明推進協会）1076-1077頁は入れ墨を顔面に施した場合には、入れ墨を施された者の顔写真が雑誌に掲載されたり、テレビ放送にその顔が映り、その結果、顔面上の入れ墨が雑誌やテレビに写ることは当然に予想されたことであるから、彫物師との間で明示の合意をしなかったとしても、その範囲での利用は黙示的に許諾されていたと解することができる一方、単に顔を写すという範囲を超えて、クローズアップされた入れ墨を広告に使用するなどした場合には、著作権侵害の可能性が生じると述べている。

³¹² 三浦正広〔判批〕〔合格！行政書士南無刺青観世音・一審〕発明109巻6号（2012年6月）51頁。

³¹³ 判旨は著作権法46条「恒常的に設置するもの」という文言の解釈において、一般人の行動の自由を確保するとい46条の趣旨から、一定の場所へ固定されるようなものに限定する必要はないとし、公道を定期的に運行するバスを「恒常的に設置されているもの」に含めて解釈することで、これまで公園や公道におかれた銅像等が典型例であるとされてきた46条を移動可能なバスの車体に描くことも含まれると判示した。

³¹⁴ 福王寺一彦＝大家重夫『美術作家の著作権—その現状と展望』（2014年2月・里文出版）（大家重夫執筆）244頁、岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（2015年7月・発明推進協会）1077頁。

の入れ墨の創作的表現が残ったとしても、著作者人格権と入れ墨を施された者の入れ墨を除去する利益とを対比し、後者の益を優先し、著作権法 20 条 2 項 4 号所定の「やむを得ないと認められる改変」に該当する一方、それ以外入れ墨そのものの改変について、入れ墨を施された者の保護すべき利益は小さいような場合は「やむを得ない改変」には当たらず、同一性保持権侵害とする³¹⁵と指摘されている³¹⁶。

(四) 著作権法 18 条 2 項 2 号の類推適用

最後に、著作権法 18 条 1 項の定める公表権は、著作者の意に沿わない態様での著作物の公表を禁止することにより、著作者の人格的利益を保護する権利であるから、「美術」の著作物であろうがなかろうが、「原作品」であろうがなかろうが、未公表の著作物が公衆に提供される場合には、著作者の公表権を侵害することになる³¹⁷。もっとも、美術の著作物についての著作権・著作人格権と、有体物としての原作品の所有権という諸権利が異なった人に帰属され、衝突する場合において、所有権との調整の観点から、著作権法は著作権者の展示権を制限し（45 条 1 項）、原作品の所有権の優位を認めたうえで³¹⁸、著作者が当の原作品を譲渡した場合、著作者は原作品を公に展示することを同意したものと推定した（著作権法

³¹⁵ 岡本岳「入れ墨と著作権」設樂隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記論文集』（2015 年 7 月・発明推進協会 1076 頁）。

³¹⁶ それに対して、秀桜子〔判批〕（合格！行政書士南無刺青観世音・一審）コピライト 2012 年 4 月号 34 頁は、入れ墨そのものの改変を同一性保持権侵害とすることは妥当ではなく、原則として否定されるべきであるとする他方、入れ墨以外のボディペインティングボディペインティングのように、身体への固定が弱いものについては入れ墨と比較して除去することは容易と思われること等から、「やむを得ない改変」に当たらない範囲が広いと指摘している。結論において同旨のものとして、三浦正広〔判批〕（合格！行政書士南無刺青観世音・一審）発明 109 巻 6 号（2012 年 6 月）50 頁は入れ墨を施された本人が人格権を根拠として、改変を加えても許容される場合があると述べている。

³¹⁷ 田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）414 頁。
再検討 原作品解釈と公表権 別々？

³¹⁸ 原作品の所有権を取得しても公の展示行為ができないのでは、原作品という有体物に関する取引の安全が阻害されることを防ぐために、所有権との調整の観点から著作権法 45 条 1 項は所有権者の利益を優先することにして、著作権者の有する展示権を制限している。原作品の所有権者の利益を慮って展示権は制限されているので、結局、所有権者に無断で公に展示する場合を除けば、45 条 2 項に定める「屋外の場所に恒常的に設置する場合」に働くに過ぎない。田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）180、221 頁、横山久芳「著作権の制限（2）」法学教室 2009 年 3 月号 119 頁の注 42、半田正夫『著作権法概説』（第 15 版・2013 年 2 月・法学書院）183 頁、同（第 16 版・2015 年 11 月・法学書院）頁、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 4 月・信山社）256-257 頁。同旨と考えられるものとして、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006 年 9 月・産経新聞）319 頁、作花文雄『著作権法 制度と政策』（第 3 版・2008 年 4 月・発明協会）137 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）（島並良執筆）144、175 頁の注 124、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁、土肥一史『知的財産法入門』（第 13 版・2012 年 3 月・中央経済社）276 頁、同（第 15 版・2015 年 9 月・中央経済社）頁、茶園成樹編『著作権法』（2014 年 4 月・有斐閣）（陳思勤執筆）120 頁。

18条2項2号)³¹⁹としている。つまり、45条2項に定める「屋外の場所に恒常的に設置する場合」を除いて、原作品の所有者は公表権および著作権を侵害することなく、原作品を公に展示することができることになる。その趣旨を推し及ぼせば、身体装飾に関しては「原作品」としてそれを譲渡することは観念することができないが、権利間の調整の問題として公表権が原作品の所有権との関係において制限を受ける場合があるのと同様に、著作者の公表権と身体装飾を施された者の人格権や行動の自由とが衝突するところで、後者を優先すべきであるから、著作権法18条2項2号の類推適用を認めて、身体装飾の著作者が明示的に反対の意思表示がなされていない限り、公表に関する同意があったものとして扱うと解するのが相当であろう³²⁰。

第4節 小括

美術の範囲の該当性の司法による法形成は、著作権法10条1項4号等に例示されている絵画などのカテゴリーのいずれに該当するかが明らかではない視覚表現の美術の範囲の属否の具体化の作業を、立法から司法に移行させる機能を有するものであり、そしてその限度で司法の場で著作物性を否定するための道具として、創作的表現であるかを問わず、どれだけ斬新的な表現でも、あるいは後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されているとしても、主に①表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的

³¹⁹ 45条1項により著作権者の展示権が制限されるとしても、著作者人格権の一つである公表権を侵害することになってしまえば、結局、所有権者は公表権者の許諾がない限り、原作品を展示することができない。そこで、著作権法は著作者が美術の著作物の原作品を譲渡した場合、著作者は原作品を公に展示することを同意したものと推定した。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4月・信山社）258頁参照。

³²⁰ 著作者人格権の制限規定につき類推解釈を行って同一性保持権侵害を否定した裁判例として、新校舎建築工事の一環として、キャンパス内に存在する建物、これに隣接する庭園等を解体・移築することにつき、建物家の権利を承継したとする債権者が工事の差止を申し立てた事案（東京地決平成15年6月11日判タ1160号238頁〔ノグチ・ルーム〕）において、裁判所は、著作者人格権に基づく請求をすることができる者としての指定（116条3項）を債権者が受けたことについての疎明がないと判断した上で、傍論ながら、同一性保持権侵害についても判をし、本件工事により同一性保持権侵害が生じうるとしながらも、著作権法20条2項2号につき、建築物の所有者の経済的利用権と著作者の権利を調整する観点から、本件工事は建築の著作物自体の社会的性質に由来する制約として、一定の範囲で著作者の権利を制限し、改変を許容することとした20条2項2号にいう建築物の増改築等に該当するものであるから、イサム・ノグチの同一性保持権を侵害するものではない。仮に、イサム・ノグチの著作物として、上記のような建物全体と庭園とを一体としてとらえた「建築」の著作物ではなく、建物のうちノグチ・ルーム部分と「庭園」を問題とした場合であっても、ノグチ・ルームは建築物の一部分として20条2項2号の適用を受け、庭園もその性質上、同号の規定が類推適用されるものと解するのが相当であるから、上記の結論は変わらないと、同号の「庭園」についても同号の類推適用を受ける旨判示した。

他方、未公表の家族スナップ写真の著作物についても32条の引用の規定を類推適用すべきであるという被告の主張を退けた裁判例として、東京地判平成18年12月21日判時1977号153頁〔東京アウトサイダーズ写真・一審〕、知財高判平成19年5月31日判時1977号144頁〔同控訴審〕参照。

なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状、②本文用のテキスト系の書体のデザインから大きく外れる広告用の装飾的な文字、という著作権の保護内容に適合しない特定の種類の表現を定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定し、著作権法の保護の入り口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権の保護を一切与えないことも機能するものであると理解することができる。それは裁判例により形成されてきたルールそのものであるが、①について、物品の形態を扱う裁判例だけを見ると、行き過ぎの判決を除けば、いわゆる制作者の視点からの分離可能性基準によって決めるものであることを理解できる。椅子、街路灯、鍋の持ち手、衣服、加湿器、練習用箸など、実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状を著作権法によって一般的に保護すべきではなく、意匠法・不競法のデッド・コピー規制等による保護に委ねた方が妥当だという考え方が有力になってきている。そして、付随的な効果としては、著作権を制限する一般条項を欠く日本の著作権法において、著作物の洪水のなかで私人の行動の自由が過度に害されることに本質的な解決にはなっていないが、少なくとも一種の量的解決が期待される。

もっとも、物品の立体形状に限らず、文字を素材とした造形表現を含む、我々の身の回りのあらゆる視覚表現というより広い視野から見れば、裁判例において著作権の保護内容に適合しないものを選別する基準としては、制作者の視点による分離可能性基準という演繹的アプローチだけで作られたものではなく、たとえ意匠制度・デッド・コピー規制との兼ね合いを配慮する必要がないとしても、ユーザーの視点からみて著作物性を認めた場合に生じる不利益が大きいことやその行動の自由を確保するために、美術の範囲の要件を活用して、広告用の装飾的な文字などにも定型的に著作物性を否定する方策が用いられている。

目次

	第5章	著作物の成立要件として機能させる創作性	333
	第1節	創作者が接した既存の原作をそのまま複製したもの	333
5	第1項	独自創作の趣旨	333
	第2項	創作者にとっての選択の「創意」「工夫」という質的な基準について ...	335
	第3項	独自創作をなしていないことの「事実上の推定」とその覆滅	337
	第4項	著作物を創作する「著作者」の推定とその覆滅	344
10	第2節	アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に当たるもの一言語表現の裁判例を中心に	353
	第1項	言語表現の裁判例を中心とする理由	353
	第2項	短い言語表現	354
	第3項	若干長い言語表現	393
	第4項	単純に決まり文句の組合せた言語表現	403
15	第5項	比較的長い言語表現	421
	第6項	「easy to copyright」から「difficult to copyright」への政策転化？ ...	441
	第3節	創作性の有無の判断主体とその判断基準時	442
	第1項	裁判例	443
	第2項	学説	446
20	第3項	検討	446
	第4節	小括	449

第5章 著作物の成立要件として機能させる創作性

第3章で述べたように、著作物の成立要件として要求すべき「創作性」としては、著作物の保護範囲を画する類似性の判断に立ち入る前、創作者が接した既存の原作をそのまま複製したものに⁵加えて、後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されていない「アイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現」をも著作権法の保護の入り口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられないということを機能している。特に実務的に肝要なことは、いかなる場合に著作物としての創作性が否定されるのかというスタンダード型規範への具体的な当てはめの方である。そこで、本章は具体的にどのようなものが創作性のないものとして著作物性は否定されるかに関して、創作者が接した既存の原作をそのまま複製したもの、及びアイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現に当たるものへの事案に対する具体的な当てはめを焦点に当てて、そして創作性の有無の判断主体とその判断基準時に加えて、関連する裁判例を分析しつつ考察したい。

第1節 創作者が接した既存の原作をそのまま複製したもの

第1項 独自創作の趣旨

創作者が接した既存の原作をそのまま複製したものについて、創作者が独自創作を²⁰なしていないから、それを保護することは法が目的とする「文化の発展に寄与すること」にも当たらないし、また著作権の保護期間の潜脱を認めること¹にもなるので、当然そこには著作物としての創作性が否定される。ただし、あくまでも創作者の主観的認識に着目して、創作者が主観的に接した既存の原作を模倣したかどうか²⁵が問題になるのであって、創作者が接した既存の原作をそのまま複製しないで何らの特定の表現を選択したならば、結果として作成された結果物はどのようなものであるかを問わず、たとえ幼稚園児が画いた絵あるいは偶然に既存の原作と同じような表現ができたとしても、後述のアイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現等のような場合は別として、創作性が認められる。この意味で著作物としての創作性は、客観的新規性や学術的、芸術的に優れたものが必要とされるわけではない。

³⁰ ミクロ的に見れば、幼稚園児が画いた絵のような創作性の低いものや客観的新規性のない表現を生み出した創作者は何らの貢献をしていないから、著作権の保護を認める必要はないという考え方もあるかもしれない。また、創作性のレベルが低くても著作権が付与されてしまうと、あまりにも多くの著作物が成立してしまい、後発者の行動の自由又は新たな創作活動に支障を来すのではないだろうか。これらの問いに対しては、独自創作をなしてい

¹ 大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）134頁。

ないという消極的・主観的要件で創作性の有無を判断する趣旨について、以下のものを挙げている。①著作権法が規律しようとしているのが多様性を旨とする文化の世界であり、マクロ的に見れば、文化の多様性を促進するために、創作者が接した既存の原作をそのまま複製しないで何らの特定の表現を選択し、表現する活動にインセンティブを与えるべきである²。

- 5 ②反面、多様性を旨とする文化の世界では、たまたま同じものが作成されることは稀なので権利を与えても弊害が少ない。また、特許法と違って、著作権法が規律する文化は多様性の世界であり、積み重ねの要素が低いので、学術的あるいは芸術的な価値のないものに権利を付与しても、利用されないだけでさしたる弊害がは生じないからである³。③何が学術的あるいは芸術的な価値や優れているものであるかは人によってその基準が異なるために何が著作物となるのかということが不明確となり、客観的な評価基準を定立すること自体は困難である。創作性の高低をもって、著作物の成立要件としての判断基準としようとしても、その当てはめの判断が恣意的になり、法的安定性が害され、真に保護すべきものが保護されないという事態に陥りかねない⁴。④法と市場の役割分担という機能的な視点から、創作性
- 10

² 田村善之「著作権法講義ノート2」発明92巻5号（1995年5月）89-90頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）12、14頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）422頁。同旨のものとして、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として」著作権研究30号（2004年7月）157-158、176頁の注52、177頁の注54、同島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）24-25頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、帖佐隆〔判批〕（ホテル・ジャンキーズ・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）14頁、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4月・信山社）6-7頁。

また、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として」著作権研究30号（2004年7月）176頁の注52は、著作権法は創作者が現実には多様化などへの貢献をもたらしたかどうかに関わらず、多様化をもたらす可能性のある創作行為の奨励を行う法なのである。すなわち、作者がその主観で既存の原作を模倣しないで作成した結果物が既存の原作と同一であったとしても、その作者の創作行為自体は「創作の幅」のある行為なのであり、このものに著作権の保護を与えれば、マクロ的に将来同様の「創作の幅」のある創作行為の誘因を与えること、そして新規性のある作品が生み出される可能性が大きいということを意味すると指摘している。

³ 田村善之「著作権法講義ノート2」発明92巻5号（1995年5月）89-90頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）12、14頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）422頁。同旨のものとして、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタル1』（2009年1月・勁草書房）27頁（金井重彦執筆）、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）24頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、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4月・信山社）6-7頁。

⁴ 田村善之「著作権法講義ノート2」発明92巻5号（1995年5月）89頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）12頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）422頁。同旨のものとして、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として—」著作権研究30号（2004年7月）154、163頁、179頁の注77、同「著作物性（3）各論（2）」法学教室2007年12月号133頁の注7、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）25頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）133-134頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタル1』（2009年

に関してはその高低や学術的あるいは芸術的な価値は裁判官の判断に馴染まず、裁判所に促進させるべき文化とそうでない文化を判別させるのは適正な判断が下される保障はどこにもなく、危険なので、学術的あるいは芸術的な価値や高度の創作性を有しているか否かということを含味することなく、いったん権利を与え、その価値の評価は市場に委ねるというのが適切なアプローチである⁵。

以上のようにマクロ的視点から、創作者が接した既存の原作をそのまま複製しないで何らの特定の表現を選択し、表現するものは著作物になりうるという発想で、著作権法上の保護の積極的正当化根拠として創作性概念を捉えることができる⁶。

第2項 創作者にとっての選択の「創意」「工夫」という質的な基準について

ただし、独自創作をなしていないという消極的・主観的要件にあたらずとも、前掲知財高判平成18年〔スメルゲット写真・控訴審〕と違って、写真や映画の著作物の創作性の有無に関して、判決理由に撮影過程において、撮影者がどのような撮影手法を用いて当該写真の撮影を行ったという「創意」「工夫」が強調されている判決は多い（前掲東京地判昭和62年〔真田広之ブロマイド〕、前掲津地判平成6年〔津医療生活協同組合写真・一審〕、前掲名古屋高判平成6年〔同控訴審〕（同旨）、前掲大阪地判平成7年〔三光商事（商品カタログの写真）〕、前掲仙台高判平成9年〔猪垣写真・控訴審〕（小林啓二裁判長）、前掲東京高判平成15年〔スカイダイビング写真・控訴審〕、前掲大阪地判平成14年〔ゼットベースボールカタログ用写真〕、前掲東京地判平成15年〔創価学会写真ビラ・一審〕、前掲東京高判平成16年〔同控訴審〕（一審判決引用）、前掲横浜地判平成19年〔革人形・一審〕（写真）、前掲知財高判平成19年〔同控訴審〕、前掲東京地判平成19年〔創価学会写真掲載〕、前掲東京地判平成20年〔八坂神社祇園祭写真〕、前掲札幌地判平成22年〔NHK ニュース風車写真・一審〕、前掲札幌高判平成23年〔同控訴審〕（一審判決引用）、前掲東京地判平成23年〔都議会議員

1月・勁草書房）27頁（金井重彦執筆）。また、東京高判平成14年10月29日裁判所HP〔ホテル・ジャンキーズ・控訴審〕判旨参照。

⁵ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）12頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）422頁。同旨のものとして、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）27-28頁（金井重彦執筆）、帖佐隆〔判批〕（ホテル・ジャンキーズ・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・有斐閣・2009年12月）14頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）52頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁。

ただし、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として—」著作権研究30号（2004年7月）174頁の注41は、著作権法が扱う文化の世界には、プログラムやデータベースといった事実性・機能性の強い表現類型も含まれているから、国家が権利付与に際して評価的な判断を下すことが必ずしも不合理とはいえず、むしろ国家が法的保護を与えるべきかについてある種の評価的な判断を行うことが必要不可欠であると指摘している。

⁶ 井上由里子〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）13頁。

写真・一審]、前掲知財高判平成23年[同控訴審]（一審判決引用）、前掲最決平成24年[同上告審]（上告棄却）、前掲東京地判平成25年[総合格闘技競技「UFC」大会]、前掲東京地判平成25年[HONDA エンジン写真・一審]、前掲知財高判平成25年[同控訴審]（一審判決引用）、前掲東京地判平成27年[イケア商品写真]）。

5

他のカテゴリの表現の著作物の創作性の有無に関して、判決理由には同様に制作過程において創作者がどのような手法を用いて特定の表現を選択したという「創意」「工夫」が強調されている判決も少なくない（古文の語呂合わせ（東京地判平成11年1月29日判時1680号119頁[古文語呂合わせ・一審]（飯村敏明裁判長）、英語の日本語訳（前掲東京地判平成25年[いのちを語る（光の人映画）]）、苦情申告書（前掲東京地判平成25年[かなめ行政書士事務所ブログ記事]）、サービス説明書（東京地判平成23年12月22日裁判所HP[火災保険改定説明書面]（大鷹一郎裁判長）、前掲東京地判平成25年[EF0 CUB 入力フォーム]）、書籍（東京地判平成10年6月29日審決公報4号2581頁[パッティング美容法とその実際・一審]、東京高判平成11年3月25日判例工業所有権法[同控訴審]（一審判決引用）、イラスト（前掲東京地判平成15年[世界名所旧跡イラスト]）、入れ墨（前掲東京地判平成23年[合格！行政書士南無刺青観世音・一審]、前掲知財高判平成24年[同控訴審]）、観光タリフ（前掲東京地判平成4年[観光タクシータリフ]）、写真集（前掲横浜地判平成19年[革人形]）、会社案内パンフレット（前掲東京高判平成7年[会社案内パンフレット]）、商品カタログ（前掲大阪地判平成7年[三光商事（商品カタログ）]）、広告電話帳（前掲大阪地判昭和57年[広告電話帳]）、辞典（前掲名古屋地判昭和62年[用字苑]）、工事別分類項目表（前掲東京高判平成7年[JAMIC システム・控訴審]、東京地判平成27年3月26日裁判所HP[幻想ネーミング辞典]（沖中康人裁判長））、データベースの職業分類体系（前掲東京地判平成12年[タウンページデータベース]）、設計図（前掲東京地判平成26年[メゾンA建替え計画・一審]（否定）、知財高判平成27年5月25日[同控訴審]肯定）。

25

以上のように裁判例において、著作物としての創作性を満たすためには、創作者が接した既存の原作をそのまま複製しないで何らの表現を選択したことだけでは足りず、制作過程において創作者にとっての選択の「創意」「工夫」という条件が付けられると読めるかもしれない⁷。しかしながら、上記裁判例について、結論として実はすべて創作性・著作物性を肯定した事案である。こうした「創意」「工夫」が創作性を肯定するために必要であるとすると立場に立っているかどうかは実は不明であり⁸、創作性を肯定する判決における、創作性

30

⁷ このような読み方を採用したものとして、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）137-138頁、設楽隆一[判批]（スメルゲット写真・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）29頁。

⁸ 前掲知財高判平成18年[スメルゲット写真・控訴審]判例タイムズ1234号296頁の解説は、当該創作性を肯定した事案において表現上の創意工夫を認定することが可能であったことから、

を肯定する方向に働きうる要素として斟酌されているものが、はたして選択の「創意」「工夫」(のみ)を欠く場合に創作性を否定する結論に至るのか否かということは定かではなく、傍論と目すべきものであろう。

- 5 また、そもそも「創意」「工夫」とは多義的なものであって、ここでいう「創意」「工夫」とは決して学術的あるいは芸術的な価値や高度な創作性のある表現を選択したことを求めるものではなく、制作過程において創作者が接した既存の原作をそのまま複製しないで自らの意思で何らの表現を選択したならば、そこに「創意」「工夫」があると理解することも可能であろう。そういう意味では、裏を返せば、創作者が接した既存の原作を模倣したことは証明されておらず、作成された結果物もアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現等に
10 あたらない限り、その結果物は著作物としての創作性要件を満たすことが明らかとなったといえよう。

第3項 独自創作をなしていないことの「事実上の推定」とその覆滅

15

- 権利者側の後発の創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかという主観的認識に関しては、立証の困難性の観点からして、前掲写真という特定の種類の表現を除いて、証明責任を後発の表現の創作者側(著作権者を含む)以外の第三者に負担させてしまうと、後発の創作者の主観的認識を証明しなければならない点で酷となる。通常後発の創作者と何ら関係のない者(著作権侵害における依拠性の要件の場合には著作権を主張する者、創作性の消
20 極的要件としての非依拠性の場合には主張されている対象物を利用する被疑侵害者など)にとって、後発の創作者が接した既存の原作を模倣したことの直接証拠をもってこの事実を立証することはほとんど不可能であるからである⁹。とはいうものの、後発の創作者にと

それに言及したにすぎないものと指摘している。

⁹ 著作権侵害における依拠性の要件に係るものであるが、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」斉藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系(27) 知的財産関係訴訟法』(1997年6月・青林書院)128頁、渋谷達紀[判批](ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・上告審)斉藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号(第3版・2001年4月・有斐閣)7頁、泉克幸[判批](赤穂浪士(舞台装置)・控訴審)斉藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号(第3版・2001年4月・有斐閣)50-51頁、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)49頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)440頁、瀬戸さやか「著作権侵害を理由とする差止請求及び損害賠償請求の要件事実」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22) 著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)61頁、山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22) 著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)322頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年9月・産経新聞)340頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』(2014年2月・中央経済社)95頁、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』(2012年1月・金融財政事情研究会)251頁、小倉秀夫ほか編『著作権法コンメンタール』(2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン)(小倉秀夫執筆)137頁、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4月・信山社)19頁、上野達弘「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(2016

って自らは、既存の原作を知らないという消極的事実を証明すること、いわゆる悪魔の証明はこれもまた困難であるから、その証明責任を、後発の創作者側に課すわけにもいかない¹⁰。

(でも、一番証拠に近い)そこで、裁判実務では、著作権侵害における「依拠性」の要件¹¹・創作性の消極的要件としての「非依拠性」について、「独自創作をなしていないこと」の「事実上の推定」とその覆滅という代替策¹²がとられている。すなわち、まずは、後発の表現が既存の原作に接して作成されたものであることを主張立証するために、著作権侵害における依拠性の要件の場合には著作権を主張する先発の創作者側、創作性の消極的要件としての非依拠性の場合には主張される表現を利用する被疑侵害者などは、模倣がなければこれ

年3月・日本評論社)150頁、同「知的財産法要件事実研究会を終えて4」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(2016年3月・日本評論社)230-231頁参照。

¹⁰ 著作権侵害における依拠性の要件に係るものであるが、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)51頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)440頁、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4月・信山社)19頁。

¹¹ 依拠性というものが著作権の侵害要件であることを明らかにしたのものとして、最判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁[ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・上告審]、最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁[江差追分・上告審]参照。

著作権侵害における依拠性の要件(著作権は相対権であること)の趣旨について、①著作権は登録なく発生する権利であるので、たまたま同一の表現を創作した者までもが侵害の責任を免れないとすると、後発の創作者は回避不能な不測の不利益を被りかねない、②他方、たまたま同一の表現が創作されることは稀であるから、そのような場合に侵害を否定したところで、著作権の保護に悖るという事態は想定しがたい、③文化の世界で、独自創作を奨励するために、別個独立に創作された後発の著作物に対しては、先発の著作物の権利範囲の外にあると解すべきであるから、著作権侵害を肯定するためには、被疑侵害者が主張されるに依拠していることが必要となる。渋谷達紀[判批](ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・上告審)齊藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号(第3版・2001年4月・有斐閣)7頁、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)49頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)439-440頁、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)462-463頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、小倉秀夫ほか編『著作権法コンメンタール』(2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン)(小倉秀夫執筆)137頁、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4月・信山社)17-18頁、上野達弘「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(2016年3月・日本評論社)136頁参照。

¹² 著作権侵害における依拠性の要件に係るものであるが、独自創作をなしていないという事実上の推定とその覆滅について、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系(27) 知的財産関係訴訟法』(1997年6月・青林書院)128-130頁、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)51-52頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)440頁、瀬戸さやか「著作権侵害を理由とする差止請求及び損害賠償請求の要件事実」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22) 著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)61頁、小倉秀夫ほか編『著作権法コンメンタール』(2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン)(小倉秀夫執筆)137-138頁、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4月・信山社)19-21頁、伊藤滋夫「民法と知的財産法一般との関係及び知的財産法各法に共通する特質―主として後者に関する要件事実論の視点からみた検討」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(2016年3月・日本評論社)89-90頁、上野達弘「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(2016年3月・日本評論社)156頁参照。

ほど似ないであろうというほどに類似しているものを先に作成されたこと（高度の類似性の既存の原作の存在）¹³、又は誤記、トラップあるいは忍び込ませたダミーデータなど、既

¹³ 著作権侵害における依拠性の要件に係るものであるが、田村善之「著作権法講義ノート4」発明92巻7号（1995年7月）73頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）51頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）440頁、渋谷達紀〔判批〕（ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・上告審）齊藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）7頁、泉克幸〔判批〕（赤穂浪士（舞台装置）・控訴審）齊藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）9頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）340-441頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）96頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）463-464頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、小倉秀夫ほか編『著作権法コンメンタル』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）（小倉秀夫執筆）138頁、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4月・信山社）20頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）454頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、伊藤滋夫「民法と知的財産法一般との関係及び知的財産法各法に共通する特質―主として後者に関する要件事実論の視点からみた検討」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）89頁、上野達弘「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）141-143、156頁参照。

なお、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）250頁（上野達弘執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、同「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）143頁は、東京高判平成11年9月30日判タ1018号259頁〔古文語呂合わせ・控訴審〕を引例として、原告語呂合わせ「朝めざましに驚くばかり」、被告語呂合わせ「朝目覚ましに驚き呆れる」のような短文表現である場合は、創作性が低く、選択の幅が狭いのであるから、独自創作によってもそのように類似した表現が作成される可能性が十分あるため、たとえ客観的には高い類似性があるとしても、それだけで依拠性を推認することには問題があると指摘している。同旨のものとして、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）454頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、吉田和彦「応用美術の保護について～産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用」に関するAIPPIのQ231をもふまえて～」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ 竹田稔先生傘寿記念』（2013年9月・発明推進協会）473頁参照。

しかしながら、そういう場合にはそもそもアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に当たるものとして創作性が否定されるか類似性の要件が否定されるので、あえて同一事由をもって依拠性を推認することには慎重であるべきであるように思わない。

依拠がなければこれほど似ないであろうというほどに類似している場合には、著作権侵害における依拠の存在が推認されている裁判例として、東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁〔日照権〕（秋吉稔弘裁判長）は、両者各対応する記述はいずれも叙述の順序、言い回しの選択等文章表現上の各要素において極めて類似しているとし、これほど似かよった文章表現が別個独立に作出されるとは到底考えられない判示し、依拠を肯定している。同旨の裁判例として、東京地判平成4年11月25日知財集24巻3号854頁〔山の民家（土産物用暖簾）〕、東京地判平成6年4月25日判時1509号130頁〔城と城下町〕、東京高判平成7年1月31日判時1525号150頁〔会社案内パンフレット〕、東京地判平成7年5月31日判タ883号254頁〔ぐうたら健康法〕、東京地判平成10年11月27日判タ992号232頁〔壁の世紀〕、東京地判平成11年9月28日判タ1017号260頁〔新橋玉木屋〕、東京地判平成12年3月17日判タ1027号268頁〔タウンページデータベース〕、東京高判平成13年6月21日判時1765号96頁〔すいか写真・控訴審〕、東京高判平成14年9月6日判タ1110号211頁〔記念樹（楽曲）・控訴審〕、知財高判平成25年9月30日判時2223号98頁〔風にそよぐ墓標（日航機墜落事故）・控訴審〕、知財高判平成18年3月15日裁判所HP〔通勤大学法律コース・控訴審〕、東京地判平成26年7月30日裁判所HP〔銀座櫻風堂（修理規約）〕などがある。

存の原作と不必要・無意味な部分の一致であること¹⁴など¹⁵、後発の創作者にとって既存の原作の存在を知ったこと（アクセス有り）の評価を根拠づける間接事実を立証すれば、一応主張立証責任を尽くしたものとする。この場合に、後発の創作者が独自創作をなしていない、すなわち接した既存の原作を模倣したことが推認されており、後はむしろ推定の効果を争う者（著作権侵害における依拠性の要件の場合には主張されている対象物を利用する被疑侵害者、創作性の消極的要件としての非依拠性の場合には著作権を主張する者）は独自創作をなしていないという事実上の推定を打ち消すために、独自で創作したということを裏付けるに足る具体的事実、又は当該既存の原作を知ったことが不可能であったこと（アクセ

¹⁴ 著作権侵害における依拠性の要件に係るものであるが、中山信弘〔判批〕（ゲートボール規則書）ジュリスト895号（1987年）98頁、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）23頁、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）129頁、田村善之「著作権法講義ノート4」発明92巻7号（1995年7月）73頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）51-52頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）440頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）340-341頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）96-97頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）463頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）251-252頁、小倉秀夫ほか編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）（小倉秀夫執筆）138頁、田村善之＝高瀬重富＝平澤卓人『ロジスティクス 知的財産法Ⅱ 著作権法』（2014年4月・信山社）20頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）454頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、上野達弘「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）140-141、156頁参照。

著作権侵害における依拠の存在が推認されている裁判例として、誤記につき、大阪地判昭和26年10月18日下民集2巻10号1208頁〔学習用日本地図〕、東京地判平成4年10月30日判時1460号132頁〔観光タクシータリフ〕、東京高判平成7年5月16日知財集27巻2号285頁「でる順宅建・控訴審」、東京地判平成10年11月27日判タ992号232頁〔壁の世紀〕、トラップにつき、東京地判昭和60年4月17日判タ566号273頁〔ど忘れ漢字字典〕、名古屋地判昭和62年3月18日判時1256号90頁〔用字苑〕、東京地判平成26年3月14日裁判所HP〔旅 nesPro（リレーショナル・データベース）・一審〕（東海林保裁判長）などがある。

¹⁵ 著作権侵害における依拠性の要件に係るものであるが、依拠性を推認させるとの評価を根拠づける間接事実として、高度の類似性、不必要・無意味な部分の一致であることのほかに、①被告が実際に原告の著作物を受領した場合（東京高判昭和62年2月19日無体集19巻1号30頁〔当落予想表・控訴審〕、東京地判平成10年11月27日判タ992号232頁〔壁の世紀〕）、東京高判平成7年1月31日判時1525号150頁〔会社案内パンフレット〕、②被告が原告著作物の制作に関与していた場合（東京地判平成10年11月27日判タ992号232頁〔壁の世紀〕）、③主張されている対象物が公表された後、ほどなくして類似した内容の作品が被疑侵害者により公表されたという例が繰り返された場合（東京地判平成17年5月17日判タ1243号259頁〔通勤大学法律コース・一審〕）、④主張されている対象物が広く発行されて人気があるなど、著名性が高い場合（東京地判平成11年1月29日判時1680号119頁〔古文語呂合わせ・一審〕、東京高判平成14年9月6日判タ1110号211頁〔記念樹（楽曲）・控訴審〕）、などがある。

なお、被疑侵害者が被疑侵害物品を独自に創作することが時間的、予算的、能力的に困難であったことは、そのみでは依拠を推認する力は強いとはいえないが、他の間接事実と相まって依拠を推認させると指摘されている。東京地判平成4年11月25日知財集24巻3号854頁〔山の民家（土産物用暖簾）〕、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）129頁参照。

スする機会がない)の評価を根拠づける間接事実(当該既存の原作の公表が小規模かつ短期間であり、それに接した機会がなかったことなど)、いわゆる「偶然の一致」によって生じたものを主張・立証しなければならない¹⁶¹⁷。

- 5 創作性の消極的要件としての非依拠性について、独自創作をなしていないという事実上の推定が働くかどうか争点となった裁判例について、肯定例の[同期の桜(楽曲)]、[エルミア・ド・ホーリィ贋作・控訴審]と否定例の[童謡チューリップ(楽曲)]は好素材を

¹⁶ 同旨と考えられるものとして、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)52頁、山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)322頁、山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)323頁、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4月・信山社)21頁、伊藤滋夫「民法と知的財産法一般との関係及び知的財産法各法に共通する特質一主として後者に関する要件事実論の視点からみた検討」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(2016年3月・日本評論社)88-89頁参照。

ほかの独自創作をなしていないという事実上の推定を覆滅する間接事実として、被疑侵害物品と主張されている対象物が共に、同じ既存の原作に依拠したために、その表現の誤り等をそれぞれ引き継いだ可能性があることは、この間接事実による推認を覆す事実である。西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系(27)知的財産関係訴訟法』(1997年6月・青林書院)129頁。

著作権侵害における「独自創作をなしていない」という事実上の推定を覆滅した先例として、既存の著作物に偶然に内容が類似するものを作成しても、既存の著作物の存在・内容を知らずに独自に作成した場合には、競合がありうるとして、これを肯定して、後発の作曲の既存の作曲に対する著作権の侵害を否定した最判昭和53年9月7日民集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]である。この事案は米国内で公表され、日本でヒットしたこともない原曲の公表時から約30年後に日本で作曲された楽曲の原曲に対する依拠性が否定されたものであり、前掲[記念樹(楽曲)・控訴審]とは事案を異にしている。[記念樹(楽曲)・控訴審]判例タイムズ1110号212頁の解説参照。ほかに、東京地判平成11年3月29日判時1689号138頁[赤穂浪士(舞台装置)・一審]では、被疑侵害者の制作過程を具体的に認定できる反面、既存の著作物の展示が小規模かつ短期間であり、掲載雑誌を被疑侵害者が講読したことがないという理由で依拠が否定された(なお、東京高判平成12年9月19日判時1745号128頁[赤穂浪士(舞台装置)・控訴審]は類似性の要件を否定した)。東京高判平成11年9月30日判タ1018号259頁[古文語呂合わせ・控訴審]は、古文単語の語呂合わせを登載した同種の先行書籍の存在、また、語呂合わせは原被告が独自に工夫してもある程度相互に似通った発想や表現が生じ得る必然性がある点を考慮して、被告語呂合わせ「朝目覚ましに驚き呆れる」が原告語呂合わせ「朝めざましに驚くばかり」に依拠して作成されたものを否定した。

他方、被疑侵害者が十分な創作実績・能力を有することを依拠性の推定を覆す間接事実を含めなかった事例として、前掲[記念樹(楽曲)・控訴審]参照。

¹⁷ 著作権侵害における依拠性の要件に係るものであるが、独自創作をなしていないという事実上の推定を打ち消すために、独自創作やアクセス不可能性の評価を根拠づける具体的事実の依拠についての積極否認のレベルではなく、抗弁として主張立証させるべきであるものとして、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)52頁の注1、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)頁、同「知的財産法要件事実研究会 議事録」(田村善之発言)伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(2016年3月・日本評論社)52頁、伊藤滋夫「民法と知的財産法一般との関係及び知的財産法各法に共通する特質一主として後者に関する要件事実論の視点からみた検討」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(2016年3月・日本評論社)89-90頁参照。

提供している。前掲東京地判昭和 58 年 6 月 20 日〔同期の桜（楽曲）〕（牧野利秋裁判長）において、被告レコード会社は、1964 年頃作曲者不詳と表示して「同期の桜」の楽曲を収録したレコードを製作、販売していたところ、原告は、この「同期の桜」の楽曲は自らが 1943 年から 1944 年にかけて作曲した「神雷部隊の歌」の楽曲の複製物にすぎず、被告の行為は

5 原告の「神雷部隊の歌」の楽曲の著作権を侵害すると主張し、「神雷部隊の歌」の楽曲の著作権が原告に属することの確認などを求め、訴えを提起した¹⁸。それに対して、被告は原告の「神雷部隊の歌」の楽曲は、遅くとも 1940 年 5 月までに大村能章が作曲した「戦友の唄」の楽曲（ここでいう既存の原作）を複製したものであると主張する¹⁹。この「独自創作をなしていない」という模倣の事実を証明するために、被告が 1940 年 7 月新譜として、発売した「戦友の唄」のレコードを提出した。レコード上には「西條八十詞・大村能章曲編」と、

10 また、その歌詞カードには「大村能章作曲編曲」と表示されている。判決は、長い間「同期の桜」が作曲者不詳と取扱われていたことや大村能章が「戦友の唄」の存在について名乗り出なかつたことは確かであるが、提出された証拠によれば、「戦友の唄」の楽曲は、遅くとも 1940 年 5 月までに作曲されたものであることが明らかであり、その作曲者は大村能章であると推認され（著作権法 14 条）、これを覆すに足る証拠はない。また、「神雷部隊の歌」の歌詞は、「戦友の唄」の歌詞の部分に極めて近似していると認められ、さらに、「神雷部隊の歌」の楽曲は、「戦友の唄」の楽曲と同一の楽曲というべき程度に類似していると認められる。原告は、「神雷部隊の歌」の歌詞を完成したところ、「戦友の唄」の歌詞に極めて近似したものができあがり、これに付すために楽曲を創作したところ、これも「戦友の唄」の楽曲と同一の楽曲というべき程度に類似したものが偶然にもできあがったということになる。別人が別個の機会に互いに何の関係もなく、それぞれ歌詞とこれに付する楽曲を創作したところ、いずれも互いに極めて近似したものとなるというようなことは経験則上認めがたく、このことと、前記のとおり、「戦友の唄」が、遅くとも 1940 年 5 月には創作され、同年 7 月にはレコード化され、同レコードは少なくとも一年半の間にわたり継続して一般に販売

15 されていた事実が認められることを合わせ考えると、原告が「戦友の唄」を知らないで、これと無関係に、「神雷部隊の歌」の楽曲を独自に創作したことを証するに足る証拠はない。そして、「神雷部隊の歌」の楽曲は、「戦友の唄」の楽曲に新たな創作性を加えてできあがったものとは認められないから、「神雷部隊の歌」の楽曲が「戦友の唄」の楽曲を複製したものであり、原告が「神雷部隊の歌」の楽曲の著作権を有しているものということとはできないと結論した。

20

25

30

¹⁸ 「神雷部隊の歌」の歌詞と「同期の桜」の歌詞もよく似ているが、1938 年に西条八十が雑誌に発表した「二輪の桜」と題する詩に似ている部分も多いことなどから、原告は「神雷部隊の歌」の歌詞については著作権を主張しない。

¹⁹ 「神雷部隊の歌」の楽曲と「同期の桜」の楽曲が楽曲としての同一性を有していること、「戦友の唄」の楽曲と「同期の桜」の楽曲が同一の楽曲というべき程度に類似していることは、当事者間に争いがない。

また、外国人画家の制作した輸絵画が関税定率法所定の著作権侵害物品に当たるとされた事例において、大阪地判平成8年1月31日知財集28巻1号37頁〔エルミア・ド・ホーリィ贋作・一審〕（下村浩藏裁判長）、大阪高判平成9年5月28日知財集29巻2号481頁〔同控訴審〕（中田耕三裁判長）は問題となった輸絵画がピカソの原画とよく似通っており、
5 また、その画面下方にピカソという原画の著作者の署名の存在は、ピカソの原画に依拠していることを端的に示しているというべきであるから、輸絵画の創作者エルミア・ド・ホーリィにとってピカソの原画を認識しておらず、当該輸絵画がピカソの原画とは全く別個独立の著作物であるということは到底できないと判示した。

- 10 他方、独自創作をなしていないという事実上の推定が働かないとした、千葉地判平成元年2月10日判タ700号242頁〔童謡チューリップ（楽曲）・一審〕（清永利亮裁判長）、東京高判平成2年12月18日判時1376号107頁〔同控訴審〕（一審判決引用）（藤井俊彦裁判長）、最判平成4年1月16日判例工業所有権法〔同上告審〕（上告棄却）は、〔童謡チューリップ（楽曲）〕は1951年以降発行の多くの出版物に「チューリップ」の歌が作曲者を井上武士として掲載されている²⁰ところ、これを争う原告が1922年に「真」の作曲者である小出浩平は赤坂小学校創立五十年記念式典のために「チューリップ」の楽曲と同曲の記念歌を作曲し、
15 同式典においてこの記念歌が演奏、唱歌されたことを主張し、「チューリップ」の楽曲について小出浩平が著作権を有することの確認を求めて訴訟を提起した事案である。判旨は①証拠として提出された、1922年に小出浩平自らが作曲後上記式典の演奏唱歌に用いるため
20 ガリ版刷りし多数の者に配付したと称する「楽譜」は、漢字や言葉、歌詞の表記法が当時作成にしては不自然であり、他の式典の整然とした資料と対比しても著しく不均衡であること、②式典用の歌であるにもかかわらず、他の式典の資料に上記楽曲に関する記載がないこと、③教科書その他多くの出版物にも作曲者井上武士として長い間公表されてきたものの、これを争う小出浩平が何ら確固たる措置を講じていないことから、1922年に「チューリップ」の楽曲と同曲である記念歌が小出浩平により作曲され公表されたものとは認められないとした。（創作性？著作者性？）
25

- 独自創作をなしていないという事実上の推定の下では、後発の表現を利用する被疑侵害者などは後発の創作者が接した既存の原作を模倣したという反対事実を主張し、後発の表現と酷似の既存の原作に関する確たる証拠を提出すれば、独自創作をなしているなどの偶然の一致という弁明を主張し難いであるから、殆どの裁判例は後発の表現の創作性が否定されることになる（前掲〔「同期の桜」楽曲〕事件、〔エルミア・ド・ホーリィ贋作〕事件のほか、前掲大阪地決昭和45年〔天正菱大判〕、前掲東京地判平成22年〔月刊ネット販売（秀和システム）〕、前掲東京地判平成22年〔月刊ネット販売（編集著作物）・一審〕、前掲知財高判平成23年〔同控訴審〕（一審判決引用）参照）。他方、前掲〔童謡チューリップ〕事件
30
35

²⁰ また、井上武士は、1949年頃、「チューリップ」の作曲者として、著作権協会に届出を行った。

のように、既存の原作に関する確たる証拠が提出されなかった場合には、後発の創作者が接した既存の原作を模倣したという消極的・主観的要件にあたらないことが明らかとなった。

既存の原作とされるものとの実質的同一性認定の類似の程度からして、別人が別個の機会に互いに関係なく作成したものが酷似であることは経験則上認め難く、同様にそうした不必要・無意味な部分を後発の創作者が独自に作成したとは考え難く、模倣しなければ酷似又は不必要・無意味な部分を一致するはずがないと考えられることから、後発の表現は後発の創作者が接した既存の原作を模倣して作成された蓋然性が高いと考えられる。そのため、高度の類似性又は不必要・無意味な部分の一致は、創作性の消極的要件における「独自創作をなしていない」という事実上の推定を正当化することができる。反面、立証の困難性の観点からして、独自創作をなしていないという事実上の推定を打ち消すために、後発の創作者が当該表現を独自創作したことの立証責任を、後発の創作者側に負わせることは、後発の創作者側にとって過大な負担とはならないものと考えられよう。

第4項 著作物を創作する「著作者」の推定とその覆滅

もちろん、著作権行使しようとする者は、著作権法上の保護資格要件としての創作性だけでなく、著作者であることをも主張立証する必要がある。

第1款 独自創作をなしていないことは創作性の要件なのか、それとも著作者の要件なのか

まずは、著作権法2条1項2号によれば、著作者とは「著作物を創作する者をいう」と規定されているが、この中「著作物」という文言については、前述のように著作権法2条1項1号前段に定義があるが、「創作する」という文言については定義がない。そのため、『『創作的』に表現した著作物を「創作」することをいうとした著作権法2条1項2号には、馬から落馬したという類の混乱がある²¹と指摘されている。さらに、そもそも後発の創作者が接した既存の原作を模倣したという主観的認識を創作性の要件として捉えるべきかについては、意見が分かれている。すなわち、後発の創作者が独自で創作したことをもって後発の創作者に権利が帰属することを正当視できるとはいつても、創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかという消極的・主観的要件の判断対象となるのは、あくまで後発の創作者の主観的認識であって、作成された結果物が創作性の認定に関わることはない。作成された結果物はどのようなものであるかを問わない以上、創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかという消極的・主観的要件は著作権取得原因事実に係わるもの²²にすぎず、創作性

²¹ 三宅正雄『著作権法雑感』（1997年11月・発明協会）89頁。

²² 大橋正春「著作物性の主張立証」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法【斉藤博先生御退職記

の要件よりもむしろ、権利の帰属先を決定するための著作者の要件ではないかという疑問がある。

- この点に関して、飯村元判事は、「著作物性」の判断に関しては、特定の表現について創作的に表現した著作物であると評価できるかどうかの問題となるのに対して、「著作者性」の判断に関しては、著作物があることを前提として、その関与の程度、態様からして、いずれの者が著作者であると評価できるかが問題となる。つまり、2条1項2号は著作者の定義規定というよりも、むしろ権利発生規定と読むべきである²³と指摘している。すなわち、後発の創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかという主観的認識を創作性の消極的・主観的要件として捉え、著作物性を先に検討したものであるから、著作者の判断は既に著作物であると認められたものを「作成する行為」と評価できるかどうかという客観的な問題が純化されることになる。そのため、著作者性の判断対象となるのは、制作過程における客観的な行為であって、模倣かどうかという主観的認識が直接この著作者の認定に関わることはない。こうした判断手法をとった結果、著作者とは、創作的表現である著作物と認められたところに当該著作物を自らが作成した者ということになる²⁴。

また、従来の裁判例における著作者の認定に関しては、判断順序として著作物性というより、著作者の要件を先に検討する前掲東京地判平成21年〔読売新聞催告書・一審〕（清水節

念論集】』（2008年6月・弘文堂）187頁。

²³ 飯村敏明「著作者の認定」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）222、227頁。

²⁴ 飯村敏明「著作者の認定」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）227頁、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）364、366頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）493頁、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4月・信山社）179頁、上野達弘「著作者の認定」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）216頁、同「共同著作の要件論」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）96頁、同「著作者（1）総論」法学教室2008年2月号133頁、同上野達弘執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）69-70頁、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、泉克幸「編集著作物における著作者の認定」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）256頁。

そういう解釈すると、たとえば、A、B二人が共同関与して、著作物を作り上げた事案において、A、Bそれぞれの活動について、これを切り離して個別に判断すると、著作物性を判断する際の創作的表現とまではいえない場合であっても、著作者性を判断する際に創作的表現であった共同著作物を作成した者として差し支えない場合も生じる。飯村敏明「著作者の認定」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）227頁参照。

裁判長)²⁵、知財高判平成21年9月16日裁判所HP〔同控訴審〕(飯村敏明裁判長)²⁶、知財高判平成26年5月21日裁判所HP〔会津若松ウィンドファーム意見書・控訴審〕(富田善範裁判長)²⁷という例外を除けば、創作的表現であると認められた「著作物」の存在することを前提に、証拠から著作物の作成経緯を認定した上、当該著作物の作成経緯に関与したと主張する者が行った行為を客観的に観察し、それが事実行為として、関与の質及び程度から当該著作物を「作成する行為」と評価できるかどうかを検証するのである²⁸。そういう意味では、裏を返せば、従来の裁判例において後発の創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかという主観的認識は、創作性の問題として捉えられているのである。実際、後発の創作者が独自で創作をなしていないことをもって「創作性」を否定した前掲東京地判昭和58年〔同期の桜(楽曲)〕、前掲東京地判平成10年〔版画事典写真〕、前掲大阪地判平成7年〔三光商事(商品カタログのイラスト)〕(水野武裁判長)²⁹、前掲東京地判平成22年〔月刊ネット販

²⁵ 問題となった催告書に新聞社の法務室長の原告の名前が表示されているものの、①原告はこれまで専門的に法律を習得した機会はないこと、②これまで催告書を作成した経験もないところ、原告が数時間程度の期間内で、作成済みの催告書や文例を一切参考にせずに、当該催告書の草案を作成できるとは考え難いこと、③当該催告書と原告代理人催告書とが特異な語を使用していること、文章の構成が酷似していることなどから、当該催告書を作成したのは、原告代理人である弁護士の可能性が極めて高く、原告ではないと判断された。そして念のために、判決は仮に催告書の創作者が原告である場合にも、既存の決まり文句ごとに細分化された各文章がいずれもありふれたものであり、催告書全体の構成についても、実際各種の催告書の文例にも同様の構成を採っていることを理由に、著作物の創作性をも否定すると補足した。

²⁶ 催告書の著創作者に関する一審判決の判断を引用し、問題となった催告書は原告において作成されたと認めず、原告から相談を受けた原告代理人において作成されたものとして、控訴を棄却した。

²⁷ 環境影響評価準備書に対して、創作者が条例の手續にのっとり自らの意見を述べた意見書について、東京地判平成25年8月30日裁判所HP〔会津若松ウィンドファーム意見書・一審〕(大須賀滋裁判長)は、問題となった意見書は著作物であると認めたうえで、事業者に提出された意見書は原告「風の谷委員会」の作成名義となっているものの、この意見書を打ち直したものが「風の谷委員会」の肩書きを付した上で「風の谷委員会」の共同代表の1人である自然人Xの名義で作成されていることから、問題となった意見書の著創作者は、原告「風の谷委員会」ではなく、自然人Xであると認定した。

一方、知財高判平成26年5月21日裁判所HP〔同控訴審〕は、事業者に提出された意見書は原告「風の谷委員会」の作成名義となっているものの、①原告「風の谷委員会」はこの意見書について「著者」欄に「風の谷委員会」の共同代表の1人である自然人Xを表記して、Xとの間でこの意見書に関する著作権の管理委託及び出版権設定契約書を取り交わしたこと、②この意見書を打ち直したものが「風の谷委員会」の肩書きを付した上でXの名義で作成されていることから、問題となった意見書の創作者は、原告「風の谷委員会」ではなく、Xであると認定した。そして、念のために問題となった意見書は著作物であると補足した。

²⁸ 上野達弘「著創作者の認定」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)216、233頁、同「共同著作の要件論」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規)96頁、同「著創作者(1)総論」法学教室2008年2月号133頁、同上野達弘執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)70頁、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁。

²⁹ 上飾り芯地の用途説明として平成3年発行の原告商品カタログに掲載されたイラストでの図は、平成元年発行の同業者カタログに掲載された図を複製したものであることから(ただし、上段下段各三本のカット線のうち各一本を省略している)、創作性は認められないと判断された。

売（秀和システム）]（清水節裁判長）³⁰、前掲東京地判平成22年[月刊ネット販売（編集著作物）]（阿部正幸裁判長）³¹、前掲知財高判平成23年[同控訴審]（塩月秀平裁判長）（一審判決引用）のほかに、前節述べたように、従来の裁判例は一般論として創作者が接した既存の原作をそのまま複製してはならないという非依拠性を創作性の消極的・主観的要件として捉えるのが殆どである（前掲東京地判昭和47年[民青の告白]、前掲東京地判昭和44年[地球儀用世界地図（刑事）]、東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁[日照権]（秋吉稔弘裁判長）、前掲東京地判昭和54年[小林ビル設計図書]、前掲神戸地姫路支判昭和54年[仏壇彫刻]、前掲東京地八王子支判昭和59年[ゲートボール競技規則書]、前掲東京地判昭和62年[家庭教師協会（比較表と円グラフ）]、前掲京都地判平成7年[アンコウ行灯]、前掲京都地判平成9年[ファイブスターのガレージキット・一審]、前掲大阪高判平成10年[同控訴審]、前掲福岡高判平成14年[日本舞踊]、前掲知財高判平成18年[スメルゲット写真・控訴審]、前掲横浜地判平成19年[革人形（写真）・一審]、前掲知財高判平成19年[同控訴審]、前掲仙台地判平成20年[堤人形]、前掲東京地判平成22年[恋愛の神様（画像群）・一審]、前掲知財高判平成23年[同控訴審]）。

それに対して、第3章で述べたように、中山教授によれば、創作性が肯定されるための必要十分条件として、後発者にとって表現の選択の幅が残されていることであり、後発の創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかあるいは自らの意思により表現を選択したかどうかという主観的認識は創作性の問題ではなく、「著作者」の認定の問題と位置づけている。横山教授は独自に発明されたことは「発明」の要件ではなく、「発明者」の要件として捉え、

³⁰ 月刊誌「月刊ネット販売」2007年9月号に掲載された、「B to C-EC 市場の比較」と題する棒グラフ、「B to C-EC 市場のジャンル別シェア」と題する円グラフは、2005年度と2006年度の「B to C-EC 市場」における商品ジャンル別の売上高を、「総合」「衣料・アクセサリ」「食料品」「自動車・パーツ」「家具・家庭用品」「電気製品」「医薬化粧品」「スポーツ・本・音楽・玩具」という商品ジャンルに分類するという素材の選択をした図表であり、2007年5月に経済産業省が公表した『平成18年度電子商取引に関する市場調査』の結果公表について」と題する調査資料の「補足説明」8頁に掲載された図表7「日本における業種別2006年B to C-EC 市場規模の推移」の「小売」の欄に記載された業種分類、各業種ごとの2005年と2006年の電子商取引市場規模という素材の選択をそのまま利用したものと認められ、各図表における素材の選択及び配列の創作性を認めることはできないとされた。

³¹ 月刊誌「月刊ネット販売」2007年9月号に掲載された、2005と2006年度の「B to C-EC 市場」における業種別の売上高に関する棒グラフ、2006年度の「B to C-EC 市場」における業種別の市場規模に関する円グラフは、2005年度と2006年度の「B to C-EC 市場」における商品ジャンル別の売上高を、「総合」「衣料・アクセサリ」「食料品」「自動車・パーツ」「家具・家庭用品」「電気製品」「医薬化粧品」「スポーツ・本・音楽・玩具」という商品ジャンルに分類するという素材の選択をした図表であり、2007年5月に経済産業省が公表した『平成18年度電子商取引に関する市場調査』の結果公表について」と題する調査資料の「補足説明」8頁に掲載された図表7「日本における業種別2006年B to C-EC 市場規模の推移」の「小売」の欄に記載された業種分類、各業種ごとの2005年と2006年の電子商取引市場規模という素材の選択をそのまま利用したものと認められるから、各図表は素材の選択又は配列によって創作性を有するものではないとされた。

冒認出願が真の「発明者」に由来しない出願であることを理由として拒絶・無効とされていることからすれば、著作権法においても、創作者が接した既存の原作をそのまま複製してはならないという非依拠性ことは、創作性の要件ではなく、著作者の要件として捉えるのが妥当である³²と評価している。

5

このような見解を採用した近時の裁判例として、原告が USB フラッシュメモリを台湾の会社に製造委託する被告に対し、被告による当該 USB フラッシュメモリの製造販売は原告の著作物である USB フラッシュメモリの設計図の著作権を侵害することを理由として損害賠償を求める事案において、前掲東京地判平成 23 年 [USB フラッシュメモリの設計図] (大須賀滋裁判長)、前掲知財高判平成 23 年 [同控訴審] (一審判決引用) (中野哲弘裁判長) は、

10 ①原告設計図が被告から原告に提供した第三者名義の設計図と実質的に同一であること、
②被告から原告に対し第三者名義の設計図が送付された後に原告設計図が初めて作製されたことを理由に、原告設計図は第三者設計図を複製したものであると認められるから、「原告の」著作物と認めることはできないとした。ただし、念のために、仮に原告設計図に原告

15 の著作権が認められるとしても、設計図に従って工業製品を製造する被告行為は台湾法上も日本法上も著作権の侵害行為に該当しないと補足した。

以上のように、創作者が接した既存の原作をそのまま複製しないで何らの特定の表現を選択し、表現する活動が存在するということが権利保護の根拠となるが、この非依拠性という消極的・主観的要件を「創作性」の問題として位置付けるか、それとも「著作者」の問題として位置付けるかという点に関して対立見解が存在している。いずれにせよ、権利行使要件について、創作者が接した既存の原作をそのまま複製してはならないという消極的要件自体は否定されておらず、ただ判断順序の優先劣後の問題にすぎないのであれば、創作性の要件として捉えている従来裁判例の判断手法を踏襲する理由は薄くなる³³。ただ、著作権法

20 14 条著作者の推定を適用する場面も含めて検討する場合には議論の実益が生じるのではないか。

25

第 2 款 著作権法 14 条の著作者の推定の効果

30 著作権法 14 条の規定は、権利行使しようとする者が著作者であることの立証の負担を軽減するため、自らが主張されている対象物を作成したことの立証に代えて、書籍の表紙や奥

³² 横山久芳「著作物性 (3) 各論 (2)」法学教室 2007 年 12 月号 133 頁の注 7。

³³ 田村善之『著作権法概説』(第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣) 12-13、95 頁は前掲 [版画事典写真] 事件の版画のような平面的な被写体をそのまま平面の写真に撮影した場合には、版画を忠実に再現するために撮影された写真は新しい表現を創作するものではないから創作性が否定されるが、何ら新たな表現をもたらすものではないから、撮影者は著作者たりえないとも考えられると指摘している。

付に著作者名として表示されているように、主張されている対象物に実名等の表示があれば著作者と推定するというものである。問題になるのは、14条の定める著作者の推定の効果は、表示者が主張されている対象物の作成行為を行ったという客観的事実の推定にとどまるのか、あるいは接した既存表現を模倣していないという主観的認識にまで推定が働くのか。

この点に関して、14条の法文上は、著作者名として表示されている場合、「その著作物の『著作者』と推定する」とあるから、「法律上の事実推定」にとどまらず、「真実」の著作者であるという「法律上の権利関係」も推定している³⁴と考える余地がある。そう解釈すると、この法律上の権利推定の効果を争う者が、表示者でない者が当該著作物を創作したという反対事実の証明だけではならず、表示者が「真実」の著作者ではないことを主張しその立証に成功した場合にのみ推定が覆る³⁵と解されている。

ここで非依拠性という消極的・主観的要件の位置づけ問題を議論する実益が生じる。すなわち、もし仮に14条は真実の著作者の「法律上の権利推定」規定であり、主張されている対象物とほぼ同じ内容の既存の原作の存在が確認されるにもかかわらず、そこに著作者名の表示がない場合³⁶には、主張されている対象物に著作者名の表示をする表示者にも14条

³⁴ 法律上の推定には、事実を推定する「法律上の事実推定」と、権利ないし法律関係そのものを推定する「法律上の権利推定」とがある。高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』（2005年2月・有斐閣）499頁。

³⁵ 小倉秀夫ほか編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクスネクシス・ジャパン）（矢吹公敏執筆）342頁。

著創作者名義の表示に関して当事者間に合意があった事例として、東京地判平成13年12月25日裁判所HP〔コスモ石油中央研究所書籍〕（森義之裁判長）、東京高判平成15年6月26日裁判所HP〔同控訴審〕（山下和明裁判長）では、触媒開発をテーマとする書籍には、原告、C及びDの氏名が記載されているから、原告は同書籍の共同著創作者の一人であるとの推定を受けることになる。しかし、①証拠として提出された同書籍の原稿中には、原告が記載した部分はないこと、②同書籍が作成された1987年秋以降の時期には、原告はその前に本社調査研究部に転出したため、コスモ石油中央研究所に在籍していなかったこと、③同書籍の共同著創作者C及びDは、いずれも原告が同書籍の創作行為に関与していないと証言していることなどから、原告が同書籍の真実の著創作者であるとは認められないとされた。

³⁶ 他方、ほぼ同じ内容の著作物につき、異なる著創作者名が時を異にして表示されたときの取扱いについて、誰でも後から単なる複製物にすぎないものに表示をすれば、簡単に先行表示者の推定表示を無意味なものにすることを避けるために、先行表示者が優先するとし、後行表示者は抗弁として14条を持ち出すことはできないと解すべきである。加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）143頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）（三山裕三執筆）663頁参照。

それに対して、三山峻司「著作権法14条に関する著創作者の認定をめぐる一考察」中山信弘ほか編『知的財産権 法理と提言 牧野利秋先生傘寿記念論文集』（2013年1月・青林書院）1021-1022頁は、法文上は提示の時期によって著創作者の表示の推定を区別していないから、先行表示と後行表示両者をともに著創作者と推定する。但し、先行表示の推定が働く場面で紛争が顕在化した後に後行表示の推定が働き、先行表示の推定を打ち消すというのでは14条の趣旨を

の推定規定の適用を受け得るが³⁷、「法律上の権利推定」の適用を受けて「真実」の著作権者を推定したとしても、表示者が当該既存の原作を模倣したかどうかという主観的認識を、創作性の要件として捉えるのであれば、そもそもこの非依拠性という消極的・主観的要件は著作権者の要件ではないので、当然既存の原作を模倣していないという主観的事実にまで推定が働かないと解されることになる。したがって、この場合には既存の原作の存在であるゆえにそれを模倣した、という依拠の「事実上の推定」が依然として働いているので、表示者は独自創作をなしていないという事実上の推定を打ち消すために独自創作やアクセス不可能性などを主張立証しなければならない。

10 それに対し、後発の創作者が接した既存の原作を模倣したかどうかという主観的認識を、創作性の要件ではなく著作権者の要件として捉えるのであれば、14条の著作権者の「法律上の権利推定」の適用を受けて、表示者が「真実」の著作権者として、既存の原作を模倣していないという主観的事実にまで推定が働くこととなる。すなわち、確認される既存の原作に著作権名の表示がない場合に限り、既存の原作の存在であるゆえにそれを模倣した
15 という依拠の「事実上の推定」より、表示者が真実の著作権者として当該既存の原作を模倣していない、という14条の「法律上の権利推定」の方が優先適用と解するため、この14条の推定の効果を争う者が、既存の原作の存在など、表示者でない者が先に同じ内容の著作物を創作したという反対事実の証明だけでは不足、これとは別に表示者が当該著作物の「真実」の著作権者ではないこと、すなわち表示者が当該既存の原作を模倣したという直接事実を主張立証しなければならないということになる³⁸。

ただ、接した既存の原作を模倣していないことの方は後発の創作者に証明責任を負わせることに比して、後発の創作者が接した既存の原作を模倣したことの方は14条の推定の効果を争う者に証明責任を負わせることは酷である。なぜなら、独自創作をなしていないという事実上の推定は既存の原作を模倣したという後発の創作者の主観的認識を間接的に推認させるに止まるから、後発の創作者の独自創作やアクセス不可能性など、依拠の推認を打ち消すに足りる事情を認定しうる場合には、既存の原作を模倣したことは否定される。一方、

簡単に無にしてしまうため、こうした紛争が顕在化した後の表示であるという特段の事情のある後行表示は、「著創作者名として通常の方法により表示されている者」に当たらないと解している。

³⁷ 半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）663頁（三山裕三執筆）。それに対して、吉稔弘ほか『著作権関係事件の研究』（1987年・判例時報社）232頁、土肥一史〔判批〕（ジョン万次郎像・控訴審）219頁は、盗作品に著創作者名表示があってもその表示されている者が著創作者としての推定を受けるものではないとの異論を唱え見解を唱えている。

³⁸ 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』（2005年2月・有斐閣）499頁は法律上の権利推定があると、相手方はその推定を覆滅させるためには、現在の状態にいたるまでの可能なあらゆる発生原因に該当する事実の不存在、または消滅原因に該当する事実の存在、を主張立証しなければならない、極めて過酷な状態に置かれるのであるから、権利推定は例外的にしか認めないと指摘している。

既存の原作の存在であるゆえに依拠の「事実上の推定」という代替策がとられないとすると、後発の創作者が既存の原作を模倣したという直接事実の証明責任を14条の推定の効果を争う者に負担させてしまって、後発の創作者の主観的認識を証明しなければならない点で酷となる問題は解決されないまま残されている。

5

もちろん、14条の推定の効果を争う者は、別途、表示者が実際に主張されている対象物を関与していない、という客観的事実を主張立証すれば、表示者が当該著作物の真実の著作者という推定を覆滅することは不可能ではない。しかしながら、14条の著作者の推定が問題となった裁判例³⁹を概観すれば、前掲〔読売新聞催告書〕、〔会津若松ウィンドファーム意見書〕事件を除いて、推定の覆滅を成功する相手方がすべて主張されている対象物の制作過程に関与した複数の者同士に属する者に限る（東京地判平成10年3月30日判例工業所有権法〔ノントンの絵本〕、東京高判平成11年11月17日判例工業所有権法〔同控訴審〕、東京地判平成13年12月25日裁判所HP〔コスモ石油中央研究所書籍〕、東京高判平成15年6月26日裁判所HP〔同控訴審〕、東京地判平成17年6月23日裁判所HP〔ジョン万次郎像〕、知財高判平成18年2月27日裁判所HP〔同控訴審〕、前掲横浜地判平成19年〔革人形（写真集）〕、前掲知財高判平成19年〔同控訴審〕、東京地判平成21年5月28日裁判所HP〔駒込大観音〕、知財高判平成22年3月25日判時2086号114頁〔同控訴審〕、大阪地判平成24年12月6日裁判所HP〔プロセッサ・アーキテクチャ論文〕）。なるほど、著作権は無方式に発生すること、かつ、著作物が公表される前に閉鎖された環境で限られた者の関与により制作されているのは普通であるから、主張されている対象物の制作と何ら関係のない被疑侵害者にとって表示者が実際に主張されている対象物を関与していないという反対事実を主張立証し、14条の推定を覆すためには、やはり困難と言わざるを得ない。

そこで、従来の裁判例においては14条の文言にかかわらず、結論としてそれは「法律上の権利推定」ではなく、「法律上の事実推定」規定という前提で判示しており（前掲知財高判平成18年〔ジョン万次郎像・控訴審〕（中野哲弘裁判長）⁴⁰など）、学説も同規定は表示された者が主張されている対象物の作成行為を行ったという客観的事実を推定する法律上の

³⁹ 著創作者の推定が問題となった過去の裁判例を概観して、具体の事案に言及しながら、どのような場合に推定の覆滅が認められるのかを検討するものとして、表洋輔〔判批〕（駒込大観音）知的財産法政策学研究41号（2013年）299-305頁。

⁴⁰ 14条の推定の効果を争う者がこの推定を覆すために、表示された者でない者が当該著作物を創作したという反対事実の証明に成功すれば足り、表示された者が当該著作物の真実の著創作者ではないことの立証までも必要としない旨を判示している。具体的なあてはめにおいては、ジョン万次郎像には、制創作者として被告のサインが施されているが、被告から本件銅像の制作を依頼された原告の過去の作品と本件銅像とを比較すると表現や造形的技法、彫刻作品としての構成力に類似性があるのに対し、被告の過去の作品には類似性が全く見られないとする鑑定等を参考に著創作者は原告であると判断した原審の判断を是認した。

事実推定規定であり、緩やかな推定効が働くに過ぎないもの⁴¹と解している。

著作権法14条の著作者の推定を正当化する根拠からは、それは主張されている対象物の作成行為を行ったという客観的事実の推定にとどまると解すべきである。すなわち、著作者の推定規定の必要性の観点からすれば、著作権訴訟において権利行使しようとする者は著作者であることを主張・立証しなければならないが、主張されている対象物の制作過程に必ずしも目撃証人がいるわけではなく、ひとり閉鎖空間で作成されることが普通であって、後日になって自分が著作者として当該著作物を作成したという事実を証明するのは意外と困難である。そこで、主張されている対象物に表示された者を著作者と推定するとの規定を設け、証明責任の転換という形で権利行使しようとする者の立証の負担を軽減したものである⁴²。また、確かに第三者は表示を一応のよりどころとして無用な詮索の手間・費用を大幅に省くことが出来る⁴³が、著作者表示は登記のような公示手段でなく、表示者を真実の権利

⁴¹ 飯村敏明「著作者の認定」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）226頁、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）402頁、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）448頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）111頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、三山峻司「著作権法14条に関する著作者の認定をめぐる一考察」中山信弘ほか編『知的財産権 法理と提言 牧野利秋先生傘寿記念論文集』（2013年1月・青林書院）1012頁、1013頁の注15、1024-1026頁、同三山峻司執筆、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）271頁、表洋輔「著作者死後の改変行為に対する人格的利益の保護（1）——『駒込大観音』事件」知的財産法政策学研究41号（2013年）299-300頁の注9、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4月・信山社）179頁。また、三山峻司「著作権法14条に関する著作者の認定をめぐる一考察」中山信弘ほか編『知的財産権 法理と提言 牧野利秋先生傘寿記念論文集』（2013年1月・青林書院）1019頁は一次的著作物の著作者か二次的著作物の著作者かといった事実に至るまで推定は及ばないと指摘している。

なお、土肥一史〔判批〕（ジョン万次郎像・控訴審）219頁はこの規定は著作物を創作した者であることの事実を推定する規定であるが、経験則に基づく事実に関する推定ではなく、著作権侵害訴訟における「原告たる適格性」および氏名表示権侵害訴訟における「被告たる適格性」といった著作権関係訴訟における当事者適格の立証を容易にするものにすぎないと異なる見解を唱えている。

⁴² 岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）447-448頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）658頁（三山裕三執筆）。結論において同旨のものとして、飯村敏明「著作者の認定」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）226頁、千野直邦〔判批〕（同期の桜（楽曲））齊藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）83頁、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）140頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）111頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、半田正夫『著作権法概説』（第15版・2013年2月・法学書院）58頁、同（第16版・2015年11月・法学書院）頁。

また、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）169頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁は、第三者にとっても著作者を認定することが難しいと、法的安定性が害され、著作物の財としての価値が低く評価されてしまうという経済的観点からの問題点も指摘している。

⁴³ 中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）169頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）

者と信頼したから過失がなかったとか免責されるという効果と結びつくわけではない⁴⁴。この見立てが正しいとすると、表示者が主張されている対象物の作成行為を行ったという客観的事実のみを推定することはこの立証負担の軽減を図る目的を十分に達成出来たので、表示者が接した既存の原作を模倣していないという主観的事実にまで推定する必要はない。

5

また、なぜ、公衆に提示する書籍の表紙等に著作者名として表示されているように、表示者が著作者を推定してよいのかという合理性の観点からすれば、主張されている対象物の著者として名乗り出た前提事実の存在は、経験則上表示者当該著作物の制作に何らの関与をしていた推定要件事実の存在の蓋然性が高いことや、著者として名乗り出た公示事実によって「真実」の著作者が表示者に対し異議する機会が保障され、長い間公表されてきたものであれば、これを争う者が何ら確固たる措置を講じていないのであれば、返って不自然であることなどに求められる。これらの理由はいずれも既存の原作を模倣したかどうかという表示者の主観的認識に係るものではない。

10

15

したがって、立証責任を転換することで著作者の立証の困難性を救済している 14 条は、表示者が真実の著作者であるという「法律上の権利推定」規定ではなく、接した既存の原作を模倣していないという主観的事実にまで推定が働かないとした従来の裁判例や学説を支持したい。

20

第 2 節 アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に当たるもの—言語表現の裁判例を中心に

第 1 項 言語表現の裁判例を中心とする理由

25

著作物の創作性の有無を判断するにあたって、排他権を与えてもそれと同じアイデアを表現するのに他の選択の可能性が十分に残されているかどうかに関して、後発者にどの程度の選択の幅が残されていることが必要であるかが問題となる。残される選択の幅の広狭、様々な解釈の余地がありうる以上、いかなる場合にアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現にあたるかを正確に把握するには、抽象論を突き詰める作業よりも、表現の種類ごとに実際の事案を基にアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に当たると当たらないという二つの領域のどちらに当該事案が属しているのかというところを探る作業の方が有益であろう。

30

頁は、第三者にとって著作者を認定することが難しいと、法的安定性が害され、著作物の財としての価値が低く評価されてしまうという経済的観点からの問題点が指摘している。

⁴⁴ 三山峻司「著作権法 14 条に関する著作者の認定をめぐる一考察」中山信弘ほか編『知的財産権 法理と提言 牧野利秋先生傘寿記念論文集』（2013 年 1 月・青林書院）1026 頁。

第3章で述べたように、類似性の判断に立ち入る前、アイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現として、著作物の創作性を否定した裁判例の中には、言語表現の事例が最も多い。

言語表現の類型に限ってみて、話したり、書いたりする人々の日常生活のあらゆる表現活動

5 は、常に多かれ少なかれ著作権法の保護の対象となる「著作物」を含む⁴⁵。また、小説、脚本、論文などの表現手段として使われるものだけではなく、個人のユーザーにとっても日常生活において意思の伝達に使われる表現手段であって、著作権者に無断で、表現を何らかの態様で利用すると、著作権との衝突が生じることがある。そのため、美術、映画、写真などの著作物に比べて、後発者の日常生活に支障がくるようとするものがないように、類似性の

10 判断に立ち入る前、著作物の成立要件としての創作性要件の充足の有無が常に問題になる⁴⁶。判断の枠組みとして、確たる証拠に基づいて既存の原作の模倣であることが証明されなくても、アイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現であるかどうかは主な争点となった裁判例は多く見られる。たが、著作物の成立要件としての創作性について、何をもって保護に値

しない「アイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現」と捉えるかは、必ずしも明らかではない。そこで、以下、本稿では、著作物の種類のうちで、実務上、類似性の判断に立ち入る前に、著作物性の有無が争われることが比較的多くみられる「言語の著作物」について、著作物としての創作性の有無について判示した裁判例⁴⁷を中心に、その具体的なあてはめの詳細を考察し、「アイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現」を明らかにするとともに、著作物の創作性が認められるものと認められないものを切り分けた点を見つけ出していきたい。

15 20

第2項 短い言語表現

類似性の判断に立ち入る前、著作物の成立要件としての創作性が争点とされた裁判例の中、一つのまとまりのある言語表現全体が短ければ短いほど、記述全体を貫く抽象化した主題、設定、構成、ストーリーはもとより、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現の選択までも制約され、選択の幅（表現の自由度）が狭くなるのであるから、著作物の創作性を否定する可能性が高くなる⁴⁸。具

⁴⁵ 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究 35 号（2008 年 12 月）109 頁。

⁴⁶ 結論において同旨のものとして、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006 年 9 月・産経新聞）33-34 頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014 年 2 月・中央経済社）14-15 頁。

⁴⁷ 具体の事案に言及しながら、言語表現の長さによる選択の幅に着目し裁判例を分析する研究として、渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究 28 号（2010 年 3 月）225 頁、平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）知的財産法政策学研究 46 号（2015 年 5 月）345 頁がある。

⁴⁸ 同旨と考えられるものとして、蘆立順美〔判批〕（ライントピックス（YOL））コピーライト 2004 年 9 月号 61 頁、渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究 28 号（2010 年 3 月）229、248 頁、駒田泰士「共同著作、二次的著作」高林龍ほか編『知的財産法

体的に裁判例は、①著作物であると主張されている対象物自体が短い言語表現のみで構成されている場合や、②被疑侵害物に利用された部分が短い言語表現のみで構成されている場合⁴⁹に、言語表現の文字数に着目し、少なくとも文字数 60 字程度未満の短い言語表現について、類似性の判断に立ち入る前、不可避という理由付けで著作物の創作性が否定されることが殆どである。

第 1 款 極めて短い言語表現—他の表現の選択肢が残されていない

まずは、同じアイデアを表現しようとすれば、他の表現の選択の余地がなく、誰でも全く同一の表現にならざるを得ない極めて短い一文について、類似性の判断に立ち入る前、著作物の創作性が否定されている。具体的には、大阪高判昭和 38 年 3 月 29 日下民集 14 卷 3 号 509 頁〔簿記仕訳盤・控訴審〕（加納実裁判長）は、簿記の仕訳盤の中に印刷せられている、「取引の要素」（5 字）、「資産の増加/減少」（5 字）、「負債の増加/減少」（5 字）、「資本の増加/減少」（5 字）、「損失の発生」（5 字）、「利益の発生」（5 字）などの専門用語や「仕入商品を返品する」（9 字）、「銀行之現金を預入れる」（10 字）などの日常的な取引例について、日常ありふれた取引例を列挙したものであり、「このような普通に専門用語として使用される極り文句に著作権を認めることとなると、その著作者以外は使用できないこととなつて、社会文化の進歩を阻害するおそれもある」と判示して、著作物に該当するものと認容した一審判決（神戸地姫路支判昭和 35 年 2 月 29 日下民集 11 卷 2 号 447 頁〔簿記仕訳盤〕（庄田秀麿裁判長））を取消した⁵⁰。他にも、英和辞典に収録されている単語、熟語、慣用句、文例などの日本語訳及び見出し語の英語による言換えそれ自体（東京地判昭和 59 年 5 月 14 日無体集 16 卷 2 号 315 頁〔アメリカ語要語集〕（牧野利秋裁判長）、東京高判昭和 60 年 11 月 14 日無体集 17 卷 3 号 544 頁〔同控訴審〕（蕪山巖裁判長）（一審判決引用））、登場する少年達の心の叫びに関する内容を象徴する書籍の題号「父よ母よ！」（5 字）（東京地和解平成 9 年 1 月 22 日判時 1595 号 134 頁〔父よ母よ！〕（設楽隆一裁判長））、時効に関する法律実務書の題名「時効の管理」（5 字）（大阪地判平成 20 年 5 月 29 日裁判所 HP〔時効の管理〕（山田知司裁判長）、大阪高判平成 20 年 10 月 8 日裁判所 HP〔同控訴審〕（若林諒裁判長）⁵¹、コ

の理論的探究』（2012 年 5 月・日本評論社）211 頁、茶園成樹編『著作権法』（2014 年 4 月・有斐閣）28 頁（濱口太久未執筆）。

⁴⁹ もちろん、作成された結果物の一部分のみが複製された場合にも、著作権を主張する者はこの作成した結果物全体を一個の著作物と主張することもできるし、当該一部分のみを著作物として侵害を主張することもできる。ただし、前者の場合は、主張される対象物全体の著作物性が認められたとしても、引き続き著作権の保護範囲を決する類似性の判断が行わなければならない。

⁵⁰ 満田重昭〔判批〕（簿記仕訳盤・控訴審） 齊藤博ほか編『著作権判例百選』（第 2 版・1994 年 6 月・有斐閣）78 頁は〔簿記仕訳盤・控訴審〕判決のように、文章、用語、用例、それらの配列など各構成部分にのみ着目して判断すれば、入門書の類の多くは、著作物ではないことになってしまうとの指摘がある。

⁵¹ 高林龍『標準著作権法』（2010 年 12 月・有斐閣）27-28 頁、同（第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣）頁は、このようなあまりにも短すぎる書籍の題名について特定の者に独占を許したのでは、

- コミュニケーション・ゲーム「里見学園八剣伝」のウェブサイトに記載されている、「里見学園」(4字)、「スクエア」(4字)、「空き教室」(4字)及び「里見学園八剣伝」(7字)(東京地判平成19年1月31日裁判所HP「里見学園八剣伝」(清水節裁判長)、実用新案登録出願の明細書において、「1:型当て板」(6字)、「5:ごはん」(5字)、「6:具」(3字)、という願書に添付した図面に図示された符号の説明(東京地判平成23年4月27日裁判所HP「出願手続補正書」(岡本岳裁判長)は、いずれも著作物の創作性が否定された⁵²。

- このような、極めて短い言語表現について、たとえ新規的なものであっても、後発者にとって他の選択の余地がないことは変わりがないから、著作物の創作性が肯定される理由はない。例として、スポーツトレーナーが独創した「初動負荷」「終動負荷」という名称について、運動の動作の開始時において負荷を与えた後に、その負荷を適切に漸減する、という新規的なトレーニング方法の名称を考えるにあたり、確かに「初動負荷」の代わりに考えられるとする名称も「初期負荷後漸減」、「負荷変動式」、「加速増進負荷」、「始動負荷」、「瞬間負荷」、「反射促進」、「逡減負荷」トレーニングという程度のものである。しかし、この中四

人間の表現活動が著しく阻害されることになって妥当でないと指摘している。短すぎる書籍の題名について創作性を否定すべきという同結論に達した見解として、加戸守行『著作権法逐条講義』(5訂新版・2006年3月・著作権情報センター)21頁、同(6訂新版・2013年8月・著作権情報センター)頁、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系(27)知的財産関係訴訟法』(1997年6月・青林書院)63頁、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章』(新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン)112頁、同『著作権法詳説―判例で読む14章』(第10版・2016年12月・勁草書房)頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年9月・産経新聞)39頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』(2014年2月・中央経済社)21頁、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)71頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)(金井重彦執筆)42頁、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』(第6版・2012年4月・有斐閣)(辰巳直彦執筆)317頁、半田正夫『著作権法概説』(第15版・2013年2月・法学書院)87頁、同(第16版・2015年11月・法学書院)頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)37、51頁(三山峻司執筆)。

⁵² 松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)37頁(三山峻司執筆)は、短すぎる理由のほかに、書籍の題名や登場人物の名称などを聞いて書籍の内容や登場人物をイメージできても、著作権法はこのようなイメージ自体をアイデアとして保護するものではないから、題名や名称自体に創作性がないと指摘している。

また、名称はその対象を識別するための用具であって、これを著作物としてその利用を制限したのでは、これらは名称としての機能を果たすことができないため、言語表現の長短を問わず、名称であるから一律に創作性を否定すべき見解もある(渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』(第2版・2007年6月・有斐閣)7頁、同『著作権法』(2013年2月・中央経済社)頁、渡邊修「キャラクター(文学的キャラクター)の侵害」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系(27)知的財産関係訴訟法』(1997年6月・青林書院)152頁)。それに対して、創作性を否定すると全ての利用が著作権侵害ではなくなったため、この問題は引用あるいは権利濫用の問題として解決すべきという反対意見がある(中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)71-72頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁)。

いずれにせよ、そもそも名称自体があまりにも長すぎると、名称としての識別機能を妨げかねないので、現実に使われる名称は極めて短いものであって、その著作物の成立要件としての創作性が否定されるのは通常であろう。

文字熟語として構成されるのは四種類にすぎず、しかも、うち三種類に「〇〇負荷」の名称を付されているので、「運動の開始時に負荷を与える」ということから最も端的に発想される「初動負荷」という名称に著作物の創作性が否定された。同様に「初動負荷」と名付ける一方で、動作終了に向けて負荷が継続ないし増加するような従来のトレーニング方法を「終動負荷」と名付けることについても、「均一継続負荷」、「持続負荷」、「逡増負荷」トレーニングという名称が考えられるが、「初動負荷」と対になる四文字熟語として表現しようとした場合に最も端的な「終動負荷」に著作物の創作性が否定された（大阪地判平成17年7月12日裁判所 HP「初動負荷理論」（田中俊次裁判長））。

10 第2款 短い言語表現—他の表現の選択肢が複数残されている

上記極めて短い言語表現に比べて文字数10字程度を超える短い言語表現についても、確かにそれと同じアイデアを表現しようとするれば、すべての場合には誰でも全く「同一」の言語表現にならざるを得ないというまでは至らないが、逆に他の表現の選択肢が複数残されているからといって、著作物の創作性を認めることは許されるものではない。例として、「左右小数の方で計算し支払いを決める。」（18字）という一文⁵³（東京地判平成23年6月10日裁判所 HP「バイナリーオートシステム」（岡本岳裁判長）、「買掛金を約束手形にて支拂う」（13字）、「借入金の利子を銀行小切手にて支拂う」（17字）などの日常的な取引例（前掲大阪高判昭和38年「簿記仕訳盤・控訴審」）、フライパンの説明書の表題にある「フシギな、不思議な料理ブック 水なし 油なし」（20字）というキャッチフレーズ⁵⁴（大阪地判平成

⁵³ 原告は、被告契約書面に掲載された「このボーナスは左右ラインのどちらか小さいグループ人数によってタイトルが確定し、タイトル獲得された方を対象に支払われるボーナスです。」の文（別紙3において文Bと表示された部分）は、原告図面の文A（「左右小数の方で計算し支払いを決める。」という一文）の表現と類似していると主張する。

⁵⁴ 三山裕三『著作権法詳説—判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン）116頁、同『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）頁は、短すぎる標語、キャッチフレーズについては創作性が認められていない。短くなればなるほど選択の幅が狭くなることであり、使用する表現が限られてくるから、容易に創作性を認めると、イメージの独占を許すことになると指摘している。また、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）41-42頁（金井重彦執筆）は、表現する者が、自己の創造的個性、創作者の表現の選択を発揮するのには、極端に短い表現量では難しいから、短すぎる標語、キャッチフレーズに創作性が認められる事例はそれほど多くはないものと指摘している。短すぎる標語、キャッチフレーズについて創作性を否定すべきとの同見解としては、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版・2006年3月・著作権情報センター）21頁、同（6訂新版・2013年8月・著作権情報センター）頁、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）63頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）35頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）36頁（三山峻司執筆）。

それに対し、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）40頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）22頁は、俳句に著作物性があるといいな

10年1月20日TKC〔フライパン商品取扱説明書〕⁵⁵、大阪高判平成10年7月17日判例工業所有権法〔同控訴審〕⁵⁶、英会話教材の各キャッチフレーズ（前掲東京地判平成27年〔英会話教材キャッチフレーズ〕、前掲知財高判平成27年〔同控訴審〕）⁵⁷は、いずれも類似性の判断に立ち入る前、著作物の創作性が否定された。⁵⁸

5

〔英会話教材キャッチフレーズ〕事件⁵⁹

対照表（裁判所HPより、字数は筆者整理）

原告キャッチフレーズ	被告キャッチフレーズ
3（17字） ある日突然、英語が口から飛び出した	3 ある日突然、英語が口から飛び出した！
2（18字） ある日突然、英語が口から飛び出した！	4 ある日、突然、口から英語が飛び出す！

1（29字）	1

がら、標語、スローガンについては画一的に著作物性を否定するというのは合理的でない。ただし、このような短い文章に著作物性を認めると、特定人の独占的利用権が及ぶことになりかねないので、著作権の保護範囲を決する類似性に関して厳格な判断が必要であるという異なる意見を述べた。比良友佳理〔判批〕（弁護士のかず）知的財産法政策学研究37号（2012年3月）336-337頁も、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、表現の自由度が小さいため、裁判例において権利侵害が否定される方向に斟酌されると解している。

⁵⁵ 抽象論として、表題やキャッチフレーズ、標語のようなものでも、俳句に準ずるような程度のもに達していれば創作的に表現したものと認められると判示したうえで、当てはめの際に、フライパンの商品取扱説明書の「フシギな、不思議な料理ブック 水なし 油なし」との表題の部分は、単に言葉を羅列して組み合わせただけのものとすぎず、それ自体創作的に表現したものとはいえないから、著作物ということとはできないとされた。

⁵⁶ 「フシギな、不思議な料理ブック 水なし 油なし」との表現のうち、「フシギな、不思議な料理ブック」というのは書物の表題にすぎず、「水なし 油なし」との表現をも含めた全体を視ても、フライパン商品ないしは調理方法の特性を簡潔に表現するための見出しとして使用されているもので、キャッチフレーズとしての言葉の羅列以上に出るものではなく、そこに著作物として保護すべき知的文化的所産というに足りる創作性があるとはいえないとされた。

⁵⁷ この事件に関して、高瀬亜富〔判批〕（THE ナンバー2（田沼意次））コピーライト2015年8月号35頁は、「音楽を聞くように英語を聞き流すだけ/英語がどんどん好きになる」ような短文の場合、表現の自由度が少なく、安易に創作性を認めると後発者の表現活動の自由を徒に制約してしまうため、裁判例は短文の表現に創作性を認めることに慎重であると解している。

⁵⁸ なお、東京地判平成20年12月26日裁判所HP〔約束の場所（銀河鉄道999）〕は「夢は時間を裏切らない 時間も夢を決して裏切らない」という後発の原告創作の歌詞が、「時間は夢を裏切らない、夢も時間を裏切ってはならない。」（26字）という先発の被告創作の漫画内の文章の盗作であるとする発言等が名誉毀損に該当するとして訴えられた事案において、被告が著作権に基づく損害賠償請求を放棄していたために、著作権侵害は争点にならず、依拠したとは認められないことを理由に、名誉毀損と認定した。（平成21年11月26日知財高裁で和解成立）

⁵⁹ 一審、二審はいずれも原告キャッチフレーズには著作物の成立要件としての創作性が認められないから、被告キャッチフレーズの類似性、依拠性を判断するまでもなく、原告の著作権に基づく請求は認められないとした。

音楽を聞くように英語を聞き流すだけ 英語がどんどん好きになる	音楽を聞くように英語を流して聞いただけ 英語がどんどん好きになる 2 音楽を聞くように英語を流して聞くことで上達 英語がどんどん好きになる

また、「銀座3丁目から」という雑誌の廃刊の際の挨拶文「本誌はこの号でおしまいです。永い間のご愛読に感謝します。」(28字)(東京地判平成7年12月18日知財集27巻4号787頁[ラストメッセージ](西田美昭裁判長)⁶⁰、いずれも文字数最小5字、最大34字の個性分析用の質問文(東京地判平成14年11月15日裁判所HP[Qシート(FFS80問診票)](森義之裁判長))、「Yahoo!ニュース」のウェブサイトに掲載された「YOMIURI ONLINE」ウェブサイトのニュース記事の見出し(東京地判平成16年3月24日判タ1175号281頁[ライントピックス(YOL)・一審](飯村敏明裁判長))、知財高判平成17年10月6日裁判所HP[同控訴審](塚原朋一裁判長)⁶¹は、類似性の判断に立ち入る前、著作物の創作性が否定された。

10

[ライントピックス(YOL)] 事件(裁判所HPより、字数は筆者整理)

道東サンマ漁, 小型漁船こっそり大型化	18字
蓮池・奥土さん, 赤倉温泉でアツアツの足湯体験	22字
マナー知らず大学教授, マナー本海賊版作り販売	22字
「日本製インドカレー」はX…EUが原産地ルール提案	25字
中央道走行車線に停車→追突など14台衝突, 1人死亡	25字
国の史跡傷だらけ, ゴミ捨て場やミニゴルフ場…検査院	25字

さらに、上記一行未満の言語表現に比べて若干長くて、表現上の制約が少なくなるが、「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

⁶⁰ 田村教授は、この短い文章表現に創作性が認められないのは当然であると指摘している。田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)16頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(2)一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等」知的財産法政策学研究17号(2007年11月)80-81頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)423-424頁。同旨のものとして、五十嵐敦[判批]([ラストメッセージ])中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)9頁。

⁶¹ ただし、控訴審判決は別途、報道機関である原告が多大な労力、費用をかけて得た見出しを、情報の鮮度が高い時期に、営利の目的をもって反復継続して、酷似する見出しを作成し、これらを自らのホームページ上や約2万に及ぶ登録ユーザーのホームページ上に表示させた被告の一連の行為は、報道機関の法的保護に値する利益を違法に侵害しているとして、一審判決とは異なって、不法行為の成立を認めた。その評価につき、田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年2月・有斐閣)25-29頁、同「民法の一般不法行為による著作権法の補完の可能性」同『ライブ講義知的財産法』(2012年・弘文堂)514-519頁、丁文杰[判批](北朝鮮映画放送・上告審)知的財産法政策学研究42号(2013年3月)431-434頁。

防御的構築物をいう。」(52字)という定義について、東京地判平成6年4月25日判時1509号130頁〔城と城下町〕(西田美昭裁判長)は、この「城」の定義に関する記述は城の概念の不可欠の特性を簡潔に記述したものであって、同じ学問的思想に立つ限り類似の文言を採用するほかはないから、表現上の創作性がないと判示している⁶²。商品カタログに掲載された、上飾り芯地の使用方法を文字数60字程度で表現した説明文(大阪地判平成7年3月28日知財集27巻1号210頁〔三光商事(商品カタログの説明文)〕)も著作物の創作性が否定された。

第3款 特殊事例だと位置づけるべき事案

一、[ホテル・ジャンキーズ] 事件

なお、東京地判平成14年4月15日判タ1098号213頁〔ホテル・ジャンキーズ・一審〕(飯村敏明裁判長)は、旅行の愛好者のインターネットのホームページ上の掲示板に投稿した各投稿文章について、対照表の各投稿者の記述部分の中、同表の転載文中に転載された部分ごとに分けて、原告記述5-(2)の下線部分(72字)、5-(3)の下線部分②(31字)、5-(4)の下線部分①(103字)、同下線部分②(101字)、同下線部分③(13字)、5-(6)の下線部分

⁶² この事件に関して、選択の幅がほぼ一つに限られ、城に関する学術的定義のような、他に適切な表現がないものについてそれを著作権で保護すると、アイデアの独占を結果的に許すことになる場合には、アイデアと表現がマージしていることや不可避という理由で創作性を否定したものと解しているのは、吉田大輔「著作物認定についての基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系(27) 知的財産関係訴訟法』(1997年6月・青林書院)68頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22) 著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)135頁、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章』(新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン)40頁、同『著作権法詳説―判例で読む14章』(第10版・2016年12月・勁草書房)頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)36-38頁(金井重彦執筆)、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)26-27頁の注31(横山久芳執筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁、清水節〔判批〕(城と城下町)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)7頁、上野達弘〔判批〕(脳波数理解析論文・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)5頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)18-20頁(松村信夫執筆)、茶園成樹編『著作権法』(2014年4月・有斐閣)24頁(濱口太久未執筆)。

また、比良友佳理〔判批〕(弁護士のくず)知的財産法政策学研究37号(2012年3月)331頁は、著作物において「アイデアが一旦決まれば、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」という基準は当てはまり、アイデアを「そのまま」表現しただけのものには保護が与えられないから、問題となった城の定義は学問的思想そのものにすぎないとして創作性が否定されると解している。

一方、渋谷達紀〔判批〕(アメリカ語要語集)齊藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号(第3版・2001年4月・有斐閣)65頁は、学問上の定義についても著作物であるが、言語である以上、著作権の行使が制限されてしかるべき著作物に対して、フェア・ユースのような権利制限の一般条項の問題であると、判決を批判している。

②(84字)などについて、不可避という理由付けで⁶³、それぞれの著作物の創作性を否定した。

5 この点に関して、創作性の有無は記述を全体として見るか、細分化して見るかによっても判断が変わりうることになる。どんなに長い言語表現でも、これを一文など細切れに分離して微視的に評価すると、個々の細分化された文章は創作性がないとみられるおそれがある⁶⁴。

この事案において原告らは著作物の成立要件としての創作性を主張するにあたり、原告記述5-(2)という一つのまとまりのある言語表現(538字)、5-(3)という一つのまとまりのある言語表現(530字)、5-(4)という一つのまとまりのある言語表現(377字)、5-(6)という一つのまとまりのある言語表現(1,127字)などに焦点を当てて、それぞれの記述全体が一個の著作物としてその創作性の成否の判断を求めている。したがって、この事案ではまず、著作物の成立要件としての創作性の判断にあたって、原告が設定した枠内で原告記述5-(2)、5-(3)、5-(4)、5-(6)など、それぞれの記述全体について行われるべきである。この判断は、
10 仮に例えば原告記述5-(4)の記述全体を構成する部分の中に、細分化された5-(4)の下線部分①、②、③個々の部分が創作性の要件を欠くゆえに著作物たりえない場合でも、原告記述5-(4)のような一つのまとまりのある言語表現全体をみれば、創作性の要件を満たして著作物として保護に値するものとなる場合もありうる⁶⁵。また、仮に原告の求めたとおり、例えば原告記述5-(2)のような一つのまとまりのある言語表現全体に著作物の成立要件としての
15 創作性が認められたとしても、次の著作物の保護範囲を決する類似性の判断の段階で、対応する被告転載文は原告記述5-(2)の記述全体と似ているか、似ている部分に「創作的表現」の再生として評価することはできないのであれば、類似性・著作権侵害が否定されることに

⁶³ ①文章が比較的短く、表現方法に創意工夫をする余地がないもの、②ただ単に事実を説明したものであって、他の表現が想定できないもの、③具体的な表現が極めてありふれたものという理由が挙げられた。

⁶⁴ 橋本英史「著作権(複製権、翻案権)侵害の判断について(下)」判例時報1596号(1997年6月)15頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』(1999年3月・新日本法規)393、395頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年9月・産経新聞)36頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』(2014年2月・中央経済社)19、104頁、水戸重之「『ありふれた表現』の法理」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務4 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規)4、6-7頁参照。

⁶⁵ 東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁[日照権](秋吉稔弘裁判長)は、「記述中に公知の事実等を内容とする部分が存在するとしても、これをもって直ちに創作性を欠くものということはできず、その具体的な表現に創作性が認められる限り、著作物性を肯定すべきものと解するのが相当である」と判示している。[ホテル・ジャンキーズ・控訴審]も同旨。また、井奈波朋子[判批](ホテル・ジャンキーズ・控訴審)著作権研究30号(2004年7月)207頁は、言語表現の場合、一文一文はありふれた表現であっても、それらによって組み立てられるパラグラフ・節・章などの単位全体が創作性のある著作物たりうると指摘している。同旨のものとして、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)42頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)23頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁。

なる。

この事案では、被告の利用態様からみれば、例えば原告記述 5-(4) に対応する被告の転載文が原告記述 5-(4) を一部分が省略された形で転載されているものの、そっくりそのままの複製といえるほどの利用された部分は原告記述 5-(4) の下線部分①にのみならず、そのため、創作性についての評価も原告記述 5-(4) の下線部分① (103 字) + 下線部分② (101 字) + 下線部分③ (13 字)、という利用された部分の全体を単位として行うのが相当であり、利用された部分の全体の中にさらにそれを個々の構成部分に分解して、パーツに分けて創作性の有無を判断することは相当でないというべきである⁶⁶。しかし、一審判決の説示は、原告記述 5-(4) のような一個の記述全体の中、下線部分 5-(4) ①、5-(4) ②、5-(4) ③のみをそれぞれ取り出したうえで、細分化された個々の部分が創作性の要件を欠くことをもって、著作物たりえないとする結論を導いてしまったのである。そのため、東京高判平成 14 年 10 月 29 日裁判所 HP [ホテル・ジャンキーズ・控訴審] (山下和明裁判長) は、一つのまとまりのある原告記述全体の中に転載された部分ごとに分けて、それぞれの著作物の成立要件としての創作性を判断する一審判決の判断手法に問題があるとして、一審判決に創作性が否定された部分も含めて各原告記述の全てについて著作物の成立要件としての創作性を肯定した。そのうえ、原告記述 5-(2) に対応する被告転載文は原告記述 5-(2) に対する割合が小さすぎるため、原告記述 5-(2) の複製又は翻案として評価することはできないものの、それ以外の被告の各転載文は一部を省略したり、順序を変えたり、細部を変えたりした部分 (ひらがなと漢字、カタカナとローマ字との用字上の相違、算用数字と漢数字の相違など) はあるものの、それに対応する 5-(3)、5-(4)、5-(6) の各原告記述の複製として評価し、原告らの著作権を侵害する行為であると判断した。

類似性判断の段階で著作権の保護範囲を画するために、一つのまとまりのある言語表現の構成部分まで分解して、それぞれの構成部分の「創作性の有無」ないし「創作性の程度」を検討することは正当な分析方法⁶⁷であるかもしれないが、この事件ではもともと両者に類似している部分はいずれも短いものではなく⁶⁸、しかもデッド・コピーに近い利用であると評

⁶⁶ 東京高判平成 16 年 11 月 24 日裁判所 HP [ファイアーエムブレム (トラキア) ゲームソフト] は、一つのまとまりのある表現を細分化し、その各部分がアイデアないしありふれた表現にすぎないとして、全体としての創作性を否定することは誤りであると判示している。同様に知財高判平成 25 年 9 月 30 日判時 2223 号 98 頁 [風にそよぐ墓標 (日航機墜落事故)・控訴審] は、同一性のある記述全体部分を構成する個々の記述を取り出した上、事実の記載にすぎないとかありふれた表現であるとするのは相当ではないと判示している。

⁶⁷ 前掲東京高判平成 16 年 [ファイアーエムブレム (トラキア) ゲームソフト・控訴審] は、前掲判示の続き、一つのまとまりのある表現の創作性を判断するに当たり、その構成部分まで分解して、それぞれの構成部分を逐一考察して、創作性の「有無」「程度」を検討することは正当な分析方法であると判示している。

⁶⁸ 渡部俊英 [判批] (ライブドア裁判傍聴記・控訴審) 知的財産法政策学研究 28 号 (2010 年 3 月) 248 頁は、[ホテル・ジャンキーズ] のように表現が長い場合には、短いものに比べて制約が

価すべきものと考えられる⁶⁹。したがって、利用された部分は全体として著作物の成立要件としての創作性が認められるのか否かということだけでまさに著作権侵害の成否を決する分岐点となり、類似性判断の段階で著作物の保護範囲を調整することはもはや不要になる。にもかかわらず、一審判決のように例えば原告記述5-(4)という一つのまとまりのある言語表現全体の中に転載された下線部分①(103字)、②(101字)、③(13字)ごとに細分化し、それぞれの著作物の成立要件としての創作性を否定することは、結局いずれも傍論にすぎない。しかも、原告記述5-(4)のような一つのまとまりのある言語表現全体を細分化し、個々の構成部分は創作性がないという理由でこの記述全体までの著作物の成立要件としての創作性も否定することは誤りであると言わざるを得ない。したがって、控訴審の判断を是とすべきだろう⁷⁰。

二、[新撰組ガイドブック] 事件

また、東京地判平成13年1月23日判時1756号139頁[新撰組ガイドブック](三村量一裁判長)は、新撰組に関する史実や歴史人物に関する記述を通して多摩地方の史跡等を紹介した原告『ふいーるどわーく多摩』というガイドブックにおいて、対照表の「撥雲館」(54字)、「武蔵野台駅」(75字)、「高尾駅」の下線以外の部分(62字)などの短い言語表現の創作性を認めたようである一方、「誰が記載しても異なった記述になり得ないものは、これを選択したことについても、表現形式においても創作性があるものとはいえず」と判示して、「鶴川駅」の下線部分(45字)のほかに、「国立駅」(105字)、「三鷹駅」の下線部分(105字)、「高幡不動駅」の下線部分(130字)、「高尾駅」の下線部分(221字)などの若干長い言語表現の創作性を否定したようである。そして、被告ガイドブック『土方歳三の歩いた道—多摩に生まれ多摩に帰る』中の対照表に掲記の部分は、前記で創作性が認められないとした部分を除き、同対照表の原告ガイドブックの該当部分を複製したものであるから、著作権侵害と認められた。

[新撰組ガイドブック] 事件

少ないため、創作性が肯定されやすいと解している。高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)25頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁も、この事件の控訴審が投稿者の記述文全体としてみれば個性が発揮されているとして、著作権の成立を認めたと解している。

⁶⁹ 井奈波朋子[判批](ホテル・ジャンキーズ・控訴審)著作権研究30号(2004年7月)207-208頁は、被告の各転載文は原告各記述から記述を抜き出してつなぎ合わせただけであるものと指摘している。それに対して、山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)331-332頁は、[ホテル・ジャンキーズ]の一審では、対比されるのが具体的表現にとどまり、抽象的表現が対比の対象から落とされるが、控訴審は抽象的表現の対比を付け加えたと異なる見解を示した。

⁷⁰ 結論において同旨のものとして、井奈波朋子[判批](ホテル・ジャンキーズ・控訴審)著作権研究30号(2004年7月)207-208頁。

対照表（裁判所 HP より、字数は筆者整理）

原告書籍『ふいーるどわーく多摩』	被告書籍『土方歳三の歩いた道—多摩に生まれ多摩に帰る』	
原告 13 頁 撥雲館（54 字）	被告 79 頁 撥雲館	
近藤勇生家跡の向かいにある復元された天然理心流道場。門前に説明板が立っている。比較的最近まで使用されていた。	近藤勇生家跡の向かい側にある、復元された天然理心流道場である。門前に説明板が立っている。比較的最近まで使用されていた。	類似性○

原告 16 頁 武蔵野台駅（75 字）	被告 117 頁 武蔵野台駅	
京王線の駅。調布から五分、府中から六分、聖蹟桜ヶ丘から一三分、高幡不動から一九分。各駅停車しか停まらない。粕谷家へ向かうには、改札を出て北側へ抜ける。	京王線の駅。調布駅から五分。府中駅から六分。聖蹟桜ヶ丘駅から一三分。高幡不動駅から一九分。各駅停車しか停車しない。粕谷家へ向かうには、改札を出て北側へ抜ける。	類似性○

原告 49 頁 高尾駅（283 字）	被告 69 頁 高尾駅	
JR 中央線の駅。南側には、京王線の高尾駅が隣接している。ここまで来ると、さすがに山が眼の前。観栖寺の入口へ向かうバスが出る。東京より特別快速五四分、快速六七分、各駅停車七五分。新宿より特別快速四〇分、快速五四分、各駅停車五六分。三鷹より特別快速二七分、快速・各駅停車三六分。立川より一七分。日野より一三分。八王子より六分。京王線では、新宿より特急四〇分、急行五〇分、快速五七分、各駅停車七〇分。調布より特急二六分、急行三〇分、快速三六分、各駅停車四二分。府中より特急二〇分、急行二三分、快速・各駅停車三〇分。高幡不動より特急一二分、急行一三分、快速・各駅停車二〇分。	JR 中央線と京王線が乗り入れる高尾駅。ここまで来ると、山々が間近かに迫ってくる。この駅からは、観栖寺へのバスが出る。JR 中央線で東京より特別快速五四分、快速六七分、各駅停車七五分。新宿より特別快速四〇分、快速五四分、各駅停車五六分。三鷹より特別快速二七分、快速・各駅停車三六分。立川より一七分、日野より一三分。八王子より六分。京王線では、新宿より特急四〇分、急行五〇分、快速五七分、各駅停車七〇分。調布より特急二六分、急行三〇分、快速三六分、各駅停車四二分。府中より特急二〇分、急行二三分、快速・各駅停車三〇分。高幡不動より特急一二分、急行一三分、快速・各駅停車二〇分。	下線以外部分（62 字） 類似性○ 下線部分（221 字） 類似性×

原告 62 頁 鶴川駅（133 字）	被告 130 頁 鶴川駅	

小田急小田原線の駅。小野路の小島資料館へ向かうバスが出る。肝心のバス停は、改札を出た左手の先にひとつだけぽつんとある。改札から右へ進んだバスターミナルは無関係なので注意しよう。 <u>新宿より準急三二分、各駅停車四一分。特急は通過するので新百合が丘で準急か各駅停車に乗り換え。</u>	小田急小田原線の駅。小野路の資料館へ向かうバスが出る。新宿より準急三二分、各駅停車四一分。特急は通過してしまうので注意。新百合が丘で準急か各駅停車に乗り換える。	下線以外部分（88字） 類似性○ 下線部分（45字） 類似性×

原告 25 頁 国立駅（105 字）	被告 108 頁 国立駅	
J R 中央線の駅。谷保天神、本宿町へ行くバスが出る。東京駅から快速四三分、各駅停車五〇分。新宿駅から快速三〇分、各駅停車三一分。三鷹駅から快速・各駅停車一三分。立川駅から快速・各駅停車二分。特別快速は停まらない。	J R 中央線の駅。谷保天神、本宿町へ行くバスが出る。東京駅から快速四十三分、各駅停車五十分。新宿駅から快速三十分、各駅停車三十一分。三鷹駅から快速・各駅停車十三分。立川駅から快速・各駅停車二分。特別快速は停車しないので注意。	類似性×

原告 10 頁 三鷹駅（255 字）	被告 80 頁 三鷹駅	
J R 中央線・総武線、営団地下鉄東西線が発着する三鷹駅は、多摩の入口のひとつだ。近藤勇の墓がある竜源寺、同じく生家跡、更に土方歳三の末兄が養子に行った粕谷家へ向かうバスが南口から出る。商店やスーパーなども南口が充実しているが、花は北口の線路沿いにある店が良い物を安く出す。花を抱えて、竜源寺へ向かおう。 <u>J R 中央線・総武線で東京から、特別快速二四分、快速二八分、各駅停車三七分。新宿から特別快速一一分、快速一五分、各駅停車一八分。中野から特別快速七分、快速・各駅停車一一分、地下鉄東西線（総武線に乗り入れ）で一一分。</u>	J R 中央線・総武線、営団地下鉄東西線が発着する三鷹駅は、多摩の入口のひとつだ。近藤勇の墓がある龍源寺、同じく生家跡、さらに土方歳三の末兄が養子に行った粕谷家へ向かうバスが南口から出る。J R 中央線・総武線で東京から、特別快速二四分、快速二八分、各駅停車三七分。新宿から特別快速一一分、快速一五分、各駅停車一八分。中野から特別快速七分快速・各駅停車一一分、地下鉄東西線（総武線に乗り入れ）で一一分。J R 中央線の駅。谷保天神、本宿町へ行くバスが出る。東京駅から快速四三分、各駅停車五〇分。新宿駅から快速三〇分、各駅停車三一分。三鷹駅から快速・各駅停車一三分。立川駅から快速・各駅停車二分。	下線以外部分（150字） 類似性○ 下線部分（105字） 類似性×

	特別快速は停まらない。	

原告 26 頁 高幡不動駅（295 字）	被告 39 頁 高幡不動駅	
京王線の駅。「新選組のふるさと」日野市きっての名刹高幡不動尊、土方歳三の生まれ育った石田への玄関口である。以前は駅売店でも土方歳三グッズを販売していたが、今は見受けない。仏花は、改札を出た右方向にある二軒の花屋、左手の京王ストア一階で購入できる。ただ、京王ストアの花には少々割高感あり。線香を忘れた人は、京王ストア三階のレジ脇で。 <u>新宿より特急二七分、急行三五分、快速三七分、各駅停車五一分。調布より特急一三分、急行一五分、快速一六分、各駅停車二四分。武蔵野台より各駅停車一九分。府中駅より特急八分、急行一〇分、快速一一分、各駅停車一三分。聖蹟桜ヶ丘駅より特急・急行・快速四分、各駅停車六分。</u>	京王線、将来開通される多摩都市モノレールの駅。「新選組のふるさと」日野市きっての名刹高幡不動尊、土方歳三の生まれ育った石田への玄関口である。京王線で新宿より特急二七分、急行三五分、快速三七分、各駅停車五一分。調布より特急一三分、急行一五分、快速一六分、各駅停車二四分。武蔵野台より各駅停車一九分。府中駅より特急八分、急行一〇分、快速一一分、各駅停車一三分。聖蹟桜ヶ丘駅より特急・急行・快速四分、各駅停車六分。	下線以外部分（165字） 類似性○ 下線部分（130字） 類似性×

- この事件において創作性を肯定した部分と否定した部分の分岐点は、「国立駅」のように交通機関のアクセス方法を単にそのまま淡々と述べた言語表現にするだけでは創作性は肯定されない⁷¹が、「鶴川駅」下線以外部分のように表現上の工夫を交えている場合には創作性が肯定されるということ⁷²や、史跡までの交通機関を短く記述するという選択の幅が小さいものである⁷³、情報の正確な伝達という目的を果たすための表現の選択肢は限られてくるから、判決の説示は表現の選択の幅の狭さに言及した上で、創作性要件を厳格に判断するものが見受けられる⁷⁴、といった指摘がある。

⁷¹ 上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室 2007 年 4 月号 165 頁。同旨のものとして、比良友佳理〔判批〕（弁護士のくず）知的財産法政策学研究 37 号（2012 年 3 月）335 頁の注 36、平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）知的財産法政策学研究 46 号（2015 年 5 月）356 頁。

⁷² 上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室 2007 年 4 月号 165 頁。同旨のものとして、平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）知的財産法政策学研究 46 号（2015 年 5 月）356 頁。

⁷³ 渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究 28 号（2010 年 3 月）242 頁。

⁷⁴ 井上由里子〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣）13 頁。

判決理由によると、被告は原告ガイドブック『ふいーどわーく多摩』自体が著作物性を有することが自認するものの、原告ガイドブックを個々の構成部分に分解して、史跡や駅ごとに分けて、対照表に掲記された原告各記述部分の著作物性を争うのである。そのため、判決の説示は、類似性の判断に立ち入る前、対照表に掲記された原告各記述部分の著作物の成立要件としての創作性についてそれぞれ検討するものであるように見えるが、実際には、この判決は被告ガイドブックの利用態様をも睨んだうえで、原告ガイドブックと被告ガイドブックとの間に似ている合計 50 か所の記述について、創作性の有無に限らず、創作性の高低の程度あるいはアイデアと表現の区別もを問うものであるから、類似性の判断に立ち入る前、原告ガイドブックのみに着目して著作物の成立要件としての創作性だけを判断するものというよりは、むしろ著作物の保護範囲を決する類似性の判断において考慮すべき創作的表現の該当性を論じているものである。結論として、判決の説示は、対照表に掲記された「鶴川駅」の下線部分（45 字）のほかに、「国立駅」（105 字）、「三鷹駅」の下線部分（105 字）、「高幡不動駅」の下線部分（130 字）、「高尾駅」の下線部分（221 字）という若干長い言語表現の似ている部分は、いまだ創作的表現の域に達しておらず、アイデアの領域に止まっていることを述べているに対して、似ている「鶴川駅」の下線以外部分（88 字）⁷⁵、「三鷹駅」の下線以外部分（150 字）、「高幡不動駅」の下線以外部分（165 字）のほかに、「撥雲館」（54 字）、「高尾駅」の下線以外の部分（62 字）、「武蔵野台駅」（75 字）という短い記述について、他の多数のより明白な「創作的表現」肯定箇所と合わせて著作権侵害が肯定されていると理解することができるだろう。

ただ、類似性の判断に立ち入る前、主張される対象物のみに着目して著作物の成立要件としての創作性だけを検討した判決こそ、その判断の射程を広げることが可能となる一方、著作物の保護範囲を決する類似性の判断において考慮すべき創作的表現の該当性を論じている「新撰組ガイドブック」事件には、上記「撥雲館」のような短い記述を含め、両者に似ている部分は創作的表現であるとして類似性が肯定されていると理解することができるが、結果として類似性を認めたとしても、創作的表現といえる判断が当該事案において両者に似ている部分全体の離れ具合あつてのものゆえに、その射程が限定されたものになっていると言わざるを得ない。仮に別の事案で誰かこの「撥雲館」1 か所の 54 字の言語表現のみを他と切り離して取り上げた場合において、それをそのまま複製していたとしても、著作物の創作性が否定され、著作権侵害にならないと解すべきであろう。

⁷⁵ 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（2）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究 17 号（2007 年 11 月）106 頁の注 77 は、鶴川駅の下線以外部分については侵害が肯定されているが、他の多数のより明白な侵害肯定箇所とともに一括して侵害が肯定されており、先例的価値を重くみるべきではないと指摘している。

又、そもそも原告ガイドブックには、新選組に関する史跡、史実を紹介し、それらの史跡を訪ねるために交通手段の情報を提供することがあって、書籍全体が短い言語表現のみで構成されているものではない。さらに、原告と被告の似ている部分全体の離れ具合という被告の利用態様の観点からすれば、被告ガイドブックは原告ガイドブックに掲げられた史跡等の記述の該当部分とわずかな差異があるのみか、一字一句全く同じであり、その数も全体合計 50 か所にのぼっている。このような被告の被疑侵害行為が原告ガイドブックのデッド・コピーに近い利用の事案であったために、ほぼそっくりそのまま複製された記述全体の中にさらに史跡や駅ごとに分けて、それぞれの創作性を論じるのはそもそも必要ではない。前掲東京高判平成 14 年 10 月 29 日〔ホテル・ジャンキーズ・控訴審〕（山下和明裁判長）と同様に、ほぼそっくりそのまま複製された部分は全体として著作物の成立要件としての創作性が認められるのか否かということだけでまさに著作権侵害の成否を決する分岐点となるからである。にもかかわらず、判決では、原告ガイドブックの史跡や駅ごとに分けて、それぞれの創作性の有無を判断し、一部の文字数 60 字程度未満の短い言語表現の創作性を認めた一方、一部の若干長い言語表現の創作性を否定したことは、著作物の創作性要件に関してはその高低や学術的あるいは芸術的な価値は裁判官の判断に馴染まないと考えられていることに鑑み、勇み足としか言いようがない。

三、〔箱根富士屋ホテル物語〕事件

東京地判平成 22 年 1 月 29 日裁判所 HP〔箱根富士屋ホテル物語・一審〕（大鷹一郎裁判長）は、「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。」（38 字）と述べている原告書籍『箱根富士屋ホテル物語』の記述部分について、富士屋ホテルを正造の結婚相手に喩えて、正造が結婚したのは「富士屋ホテルだったのかもしれない」と表現した点において、創作性を有することを認めたうえ、それに対応する被告書籍『破天荒力』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。」との記述部分が、上記原告書籍記述部分と実質的に同一の表現であって、原告の有する著作権を侵害するものとした。

〔箱根富士屋ホテル物語〕事件

30 対照表（（裁判所 HP より、字数は筆者整理）

原告書籍『箱根富士屋ホテル物語』の記述（38 字）	被告書籍『破天荒力 箱根に命を吹き込んだ「奇妙人」たち』の記述	
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。	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。	一審 類似性○
		二審

		類似性×

しかしながら、この判決は上記〔新撰組ガイドブック〕と同様に、原告書籍『箱根富士屋ホテル物語』と被告書籍『破天荒力』との似ている記述について、著作物の保護範囲を決する類似性の判断において考慮すべき創作的表現の該当性を論じているのである。結論として、原告記述と被告記述の間に似ている部分は、創作的表現であるとして類似性が肯定され

5 ていると理解することができるが、創作的表現といえる判断が当該事案において両者の似ている部分全体の離れ具合あつてのものゆえに、その射程が限定されたものと言わざるを得ない⁷⁶。仮に別の事案で誰か原告書籍の中、「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。」という 38 字の記述のみを他と切り離して取り

10 上げた場合において、それをそのまま複製していたとしても、著作物の創作性が否定され、著作権侵害にならないと解すべきであろう。

実際に知財高判平成 22 年 7 月 14 日判時 2100 号 134 頁〔同控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）は、正造と富士屋ホテルとの関係の特異性と、「結婚したようなものだったのかもしれない」

15 との日常的に使用される言い回しなどの慣用性に鑑み、結局、正造と富士屋ホテルとの関係という事実に関して該当事実に接した者が共有されるであろうごく自然な感想という「思想」（＝アイデア）において同一性を有するにすぎないから⁷⁷、創作的表現に当たらないと判断し、著作権侵害における類似性を肯定した一審判決を取消した⁷⁸。したがって、前掲一審判決の先例的価値を重くみるべきではない。

四、〔風にそよぐ墓標（日航機墜落事故）〕事件

さらに、知財高判平成 25 年 9 月 30 日判時 2223 号 98 頁〔風にそよぐ墓標（日航機墜落

⁷⁶ 文脈を考慮する視点は異なるが、結論において同旨のものとして、上田大輔〔判批〕（Shall we ダンス）コピーライト 2012 年 7 月号 46 頁の注 28。

⁷⁷ なお、控訴審判決は「これが表現であるとしても」、ごくありふれた用語で記述したものであるから創作性が認められない、と付言した。

⁷⁸ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン 2）（2・完）知的財産法政策学研究 42 号（2013 年 3 月）95 頁の注 64 は、「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。」という、38 字の短文を創作的表現と認めることはアイデアの独占を招くおそれがあるゆえに、それが本当に創作的表現かという一審判決の当てはめは誤りであったと批判している。同結論、比良友佳理〔判批〕（弁護士のくず）知的財産法政策学研究 37 号（2012 年 3 月）337-338 頁。又、前田哲男『『思想・感情の創作的な表現』とは何か』コピーライト 2011 年 3 月号 8-9 頁は、何をもって「アイデア」と見るのかという認識の違いが二審判決と一審判決との間で現われているが、「正造は、富士屋ホテルと結婚したようなものだったかもしれない」というのは、表現ではなく「アイデア」とであると判断した二審判決は正しいと指摘している。同旨のものとして、奥邨弘司＝金子敏哉「言語の著作物における創作性と翻案権侵害の判断基準」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題 II』（2012 年 9 月・成文堂）95 頁（前田哲男講演）、98 頁の注 7（金子敏哉講演）。

5 事故）・控訴審] は、原被告の各第 8 記述 (95 字と 57 字)、各第 15 記述 (66 字と 60 字)、各第 16 記述 (114 字と 142 字) について、創作性を否定するようであり、類似性、著作権侵害を否定する一方、原被告の各第 2 記述 (164 字と 172 字)、各第 4 記述 (267 字と 284 字)、各第 13 記述 (351 字と 419 字) のほかに、各第 5 記述 (33 字と 34 字)、各第 23 記述 (44 字と 57 字)、各第 26 記述 (57 字と 76 字) といった文字数 60 字程度未満の短い記述についても、それぞれの創作性を認めたようであり、類似・著作権侵害であると断じている。

〔風にそよぐ墓標 (日航機墜落事故)〕事件

控訴審で類似・著作権侵害と認められない記述 (裁判所 HP より、字数は筆者整理)

原告書籍『雪解けの尾根 JAL123 便の墜落事故』	被告書籍『風にそよぐ墓標 父と息子の日航機墜落事故』
原告第 8 記述 (95 字)	被告第 8 記述 (57 字)
体育館は、折からのひどい暑さの中に立錫の余地もないほどの人いきれで、まるで蒸しぶろのようである。昨晚から着ていたブルーの T シャツも汗まみれであったが、この際なりふりなど構っていらなかった。	体育館は折からの酷暑で、まるでむし風呂だった。知加恵が前夜から着つづけている洋服も汗まみれだったが、仕方なかった。

10

原告第 15 記述 (66 字)	被告第 15 記述 (60 字)
一刻も早く肉親の安否を知りたいと念じる家族の不安と怒りは頂点に達し、日航の幹部を容赦なく罵倒し、高木社長の顔に水を浴びせる人もいた。	一刻も早く身内の安否を知りたいと思う家族は、日航の幹部を容赦なく罵倒し、その中の一人は高木社長の顔に水を浴びせたりした。

原告第 16 記述 (114 字)	被告第 16 記述 (142 字)
遺体収容は、この日から比較的身元確認の容易な後部座席の分が終わり、いよいよ尾根の上の方の収容が始まったようである。ここでの遺体は、細かく分断され、その上、火災にも遭ったりしたため、無残な遺体が増えて確認が困難になってきたらしい。	この日から比較的身元確認の容易な後部座席の方の遺体収容が終わり、いよいよ尾根の上の方の収容が始まった、という情報が流れた。細かく離断され、その上、火災に遭ったものが多く、より無残な遺体が増えてきたという情報である。 いずれにしても身元確認がいよいよ困難になっていたことは間違いなかった。

控訴審で類似・著作権侵害と認められる記述 (裁判所 HP より、字数、下線、①などの番号は筆者整理)

原告第5記述（33字）	被告第5記述（34字）
みなさすがに不安と疲労の色濃く、敗残兵のようにバスから降り立った。	不安と疲労のために、家族たちは“敗残兵”のようにバスから降り立った。

原告第23記述（44字）	被告第23記述（57字）
その時十六人、カマの前で最後の別れをした。旅先のことであり、柩の中に入れるものもない。	自宅からは遙かに遠く、見ず知らずの土地だったため、棺に入れるものはほとんど何もなかった。… 棺を十六人全員が囲んだ時

原告第26記述（57字）	被告第26記述（76字）
八月十二日、自宅を出た夫は、この日の深夜、骨箱の中に入ってようやく戻ってきたのである。七日と十七時間ぶりであった。	隆美の骨壺が、大阪・茨木の自宅の門をくぐったのは、八月十九日午後十一時のことである。八月十二日早朝に自宅を出て以来、実に七日と十七時間ぶりの帰宅だった。

原告第2記述（164字、下線約80字、5つのステップ）	被告第2記述（172字）
①朝、元気に家を出た人間が、その夕刻に死ぬなんて、私にはどう考えても信じられない。②悪夢でも見ているのではないか、そうであってほしいと思った。今まで、③夫のいない生活を考えたこともなかった。④これから一人になって、どんな楽しみがあるのだろうと思ったら、涙が止めどなく溢れて仕方がなかった。⑤私は、周囲に気づかれぬように涙をそっとふいた。	①朝元気に家を出ていった夫が、その夕刻に死ぬなんて、知加恵にはどうしても信じられなかった。②これは悪夢に違いない。そう何度も思おうとしていた。③夫のいない生活など考えたこともない。④これから一人になって、自分は何を頼りに生きていけばいいのだろうか。考えれば考えるほど、止めどもなく涙が溢れてきた。⑤周囲に悟られまいと、知加恵は何度もハンカチで涙を拭った。

原告第4記述（267字、下線部分約190字、7つのステップ）	被告第4記述（284字）
①大きなカメラを担いで近づいてきた人たちの姿が目に入った。②なんて嫌なことをするのだろう、と思いながら見るうちに、カメラに書かれたテレビ局の社名が目に入った。驚いたことに、③それは息子の勤務	①大きなカメラを担いだテレビクルーが乗客の顔を撮ろうとバスに近づいて来た。②なんていやなことをするんだろう、と思った知加恵の目にカメラにつけられたテレビ局のネームが入った。③そこには息子が勤

するテレビ局のクルーだったのである。 ④私は、あることを考えついて<u>バスを降りた。</u>… 「私は、⑤あなた方と同じ局に勤務する者の母親で、父親が日航機に乗って遭難したらしいのです。⑥なんとかあなたの車に乗せてもらえませんか。少しでも早く現場に行きたいのです」 すると…若い男性が、ぴょこんと頭を下げ、 ⑦「ぼくは、池田と同期で、お父さんのことを聞いています」と、… 言った。	める「読売テレビ」の社名が書かれていた。 ④息子の会社だ、と思った知加恵は、ふとあることを思いつき、<u>バスを降りて</u>… 「あう、⑤息子があなたたちの会社に勤めています。池田と言います。⑥少しでも早く現場に行きたいので、あなた方の車に乗せてもらえませんか」 スタッフに向かって知加恵はそう声をかけたのだ。その時、後ろから、 ⑦「僕は池田の同期です。お父さんのこと、聞いています」 そう声を挙げた若者がいた。

原告第13記述（351字、下線部分約330字、8つのステップ）	被告第13記述（419字）
①その場で着衣のネーム、所持品のカード、免許証などで確認できた遺体は、家族が呼び出されることになったので、家族は戦々恐々として呼び出しを待っていた。②呼び出しは、死を確認することであった。③私たちは、なるべく呼び出されないようにと生への望みを少しでもつないでおきたかった。 そのうち、④館のステージの横に一二三便の乗客の座席が張り出された。⑤私は、この時初めて夫が前から五番目の右側、つまりコックピットの下あたりに座っていたことを知り、もはや生きている可能性は絶望に近いと確信した。⑥なぜなら、機体は右に傾きながら前方から山に激突していたからである。⑦相撲の星取表のようなこの表は、遺体を確認されるたびに黄色に塗りつぶされていった。⑧それも遺体の損傷の少ない後部座席から始まり、夫のいた前方はいつまでも空白が残っていた。	①その場で着衣のネーム、所持品のカード、免許証などで身元が特定されていった。確認できた遺体に対しては、家族が呼び出される。 家族は戦々恐々として呼び出しを待った。 ②呼び出しがあるというのは、「死」を確認することを意味するからである。遺体搬送が始まったこの日、③家族は呼び出しがないこと、すなわち「生」への望みを少しでもつなぎとめようとしていた。 ④知加恵と典正のいる藤岡第二小学校体育館のステージ横には乗客の座席表が張り出された。⑤二人はこの時、初めて隆美が前から五番目の右側、つまりコックピットの下あたりに座っていたことを知る。⑥それは、生きている可能性が限りなく「ゼロに近い」ことを物語っていた。機体は右に傾き、前方から山に激突していることが、既に明らかになっていた。 この後、⑦この表は相撲の星取表のように、遺体を確認されるたびに、黄色に塗りつぶ

	されていた。しかし、⑧塗りつぶされるのは、後部座席から始まって、隆美のいた前方はいつまでも空白が残った。

この事件に関して、村井〔判批〕（風にそよぐ墓標（日航機墜落事故）・控訴審）は、侵害と非侵害を分けた基準が必ずしも明確ではなく、また、比喩的な表現を含む短い文である原审被告の各第 5 記述や、事実の利用を自由にすることで後続の表現に配慮していることから、

5 この程度に短く客観的事実の記載である原审被告の各第 23、26 記述について、侵害を否定すべきであった。さらに、限界線上にあると考えられる各第 4 記述のような比較的長い記述について、時系列で語るノンフィクションである以上、この程度に記述の順序や事実の具体的な記述が似ていたとしても、侵害を否定すべきであったと指摘している⁷⁹。高瀬〔判批〕（THE ナンバー2（田沼意次））も、比喩的表現を用いた短文である第 5 記述について、知財高裁は

10 端的に比喩的表現に創作性を認めたものと解されるが、ここまで短文に著作物性を認めたのは異例で、不安や疲労の感情を具体的にどのように表現するかを選択肢は限られ、「敗残兵のように」と表現することは、思想と表現がマージしているとして著作物性を否定すべきであった。また、同事件の比較的長く、客観的事実の記載である被告記述は、ノンフィクションとして事実を記さなければならないという制約がある中でも、原告の記述とそっくり

15 そのままの複製にならないように異なる表現を選択したものであるから、従前の裁判例の趨勢に照らせば、侵害が否定されるべき事案であった⁸⁰と判決を批判した。

まずはこの判決は、類似性の判断に立ち入る前、主張される対象物のみに着目して著作物の成立要件としての創作性だけを検討するものではない点に注意する必要がある。すなわち、この判決は原告書籍の記述と被告書籍『風にそよぐ墓標 父と息子の日航機墜落事故』

20 の第 3 章「マスコミとして、遺族として」の記述との似ている部分、全体合計 26 か所の記述について、著作権の保護範囲を決する類似性の判断において考慮すべき創作的表現の該当性を論じているのである。結論として、判決の説示は、原审被告の各第 5 記述（原告「みなさすがに不安と疲労の色濃く、敗残兵のようにバスから降り立った。」と被告「不安と疲労

25 のために、家族たちは“敗残兵”のようにバスから降り立った。）、各第 23 記述（原告「その時十六人、カマの前で最後の別れをした。旅先のことであり、柩の中に入れるものもない。」と被告「自宅からは遙かに遠く、見ず知らずの土地だったため、棺に入れるものはほとんど何もなかった。…棺を十六人全員が囲んだ時」）、各第 26 記述（原告「八月十二日、自宅を出た夫は、この日の深夜、骨箱の中に入ってようやく戻ってきたのである。七日と十七時間

30 ぶりであった。」と被告「隆美の骨壺が、大阪・茨木の自宅の門をくぐったのは、八月十九

⁷⁹ 村井麻衣子〔判批〕（風にそよぐ墓標（日航機墜落事故）・控訴審）著作権研究 42 号（2016 年 5 月）182、187-192 頁。

⁸⁰ 高瀬亜富〔判批〕（THE ナンバー2（田沼意次））コピーライト 2015 年 8 月号 33-34、36-37 頁。

日午後十一時のことである。八月十二日早朝に自宅を出て以来、実に七日と十七時間ぶりの帰宅だった。)といった文字数 60 字程度未満の短い記述について、他の 11 か所⁸¹⁾のよりあからさまな「創作的表現」肯定箇所と合わせて、類似性・著作権侵害が肯定されていると理解することができるだろう⁸²⁾。ただし、前掲「新撰組ガイドブック」事件と同様に、著作物の保護範囲を決する類似性の判断において考慮すべき創作的表現の該当性を論じている

5 [風にそよぐ墓標(日航機墜落事故)]事件には、上記「みなさすがに不安と疲労の色濃く、敗残兵のようにバスから降り立った。」といった文字数 60 字程度未満の短い記述を含め、両者に似ている部分は創作的表現であるとして類似性が肯定されていると理解することができるが、結果として類似性を認めたとしても、創作的表現といえる判断が当該事案において

10 両者に似ている部分全体の離れ具合あつてのものゆえに、その射程が限定されたものになつていと言わざるを得ない。

また、確かに原被告の各記述の中でも、どれ一つとして一文の単位でそっくりそのままの言語表現は存在しない。しかしながら、デッド・コピーに近い利用と思われる原被告の各第

15 2 記述の下線部分は、数え方にもよるが、およそ文と文のつながり・叙述の運びという五つのステップの配列で約 80 字を超えている⁸³⁾。さらに、デッド・コピーに近い利用までとはいえないが、似通っていると思われる原被告の各第 4 記述の下線部分は、およそ文と文のつながり・叙述の運びという七つのステップの配列で約 190 字を超えている。同様に似通っていると思われる原被告の各第 13 記述の下線部分はおよそ 8 つのステップの配列で約 330 字を超えている。したがって、すくなくとも原被告の各第 2 記述、各第 4 記述、各第 13 記述だけでは類似性・著作権侵害を肯定することができる⁸⁴⁾。そうだとすると、文字数 60 字程度未

20

⁸¹⁾ 一審判決である東京地判平成 25 年 3 月 14 日裁判所 HP「風にそよぐ墓標(日航機墜落事故)・一審」は、被告書籍がその 17 か所において原告書籍内の記述の複製ないし翻案であると断じているが、同控訴審では、そのうち原被告の各第 8 記述、各第 15 記述、各第 16 記述について複製も翻案も認められないため、複製又は翻案と認められるのは、原被告の各第 5 記述、各第 23 記述、各第 26 記述のほか、各第 2 記述、各第 4 記述、各第 7 記述、各第 9 記述、各第 13 記述、各第 14 記述、各第 19 記述、各第 21 記述、各第 22 記述、各第 24 記述、各第 25 記述、合計 14 か所になる。

⁸²⁾ 結論において同旨のものとして、平澤卓人「判批」(幸福の科学祈願経文)知的財産法政策学研究 46 号(2015 年 5 月)355 頁は、この判決は 26 か所の表現が似ていることが指摘されていた事案ゆえの判断であり、1 か所の表現のみが類似していた場合にまで権利範囲が及ぶと解すべきではないと指摘している。

⁸³⁾ 村井麻衣子「判批」(風にそよぐ墓標(日航機墜落事故)・控訴審)著作権研究 42 号(2016 年 5 月)192 頁も、具体的な記述は同一ではないものの、内容としては同じであり言い回しも似ている原被告の各第 2 記述について、原告記述で 5 文、被告記述では 7 文に渡って同じ順序で記述されており、確かに原告記述と被告記述の間に差異があるが、ノンフィクションを執筆するとしても、ここまで同じような記述をしなければならなかったかが問題となると指摘している。

⁸⁴⁾ それに対して、知財高判「風にそよぐ墓標(日航機墜落事故)・控訴審」について書かれた田村善之教授の鑑定意見書は、被告は原告各記述のデッド・コピーとならないよう異なる表現を選択しながら叙述を進めており、どれ一つとして一文の単位でそっくりそのままの文章は存在しないとして、問題となった記述すべてについて著作権侵害を否定すべきと主張している。とりわ

満の原被告の各第5記述、各第23記述、各第26記述に関する判決の説示は、勇み足としか言いようがなく、傍論と目すべきものだと考えられる。仮に別の事案で誰か「みなさすがに不安と疲労の色濃く、敗残兵のようにバスから降り立った。」などの短い記述のみを他と切り離して取り上げたうえ、そのまま複製したとしても、著作物の創作性が否定され、著作権侵害として問責されることにならないと解すべきであろう⁸⁵。

第4款 検討—アイデアの不可避免的な言語表現を何と捉えるか

一、短い言語表現に対して定型的に著作物の創作性を否定する量的指標—文字数 60 字程度未満

以上のように、[ホテル・ジャンキーズ]、[新撰組ガイドブック]、[箱根富士屋ホテル物語]などの特殊事例だと位置づけるべき事案を除けば、裁判例では少なくとも60字という一定量の文字数未満の短い言語表現について、定型的に著作物の創作性が否定される傾向にあるといえる。

なるほど、同じアイデアを表現しようとするれば、他の表現の選択の余地がなく、誰でも全く「同一」の表現にならざるを得ない「アイデアの不可避免的表現」の場合には、当然著作物の創作性が否定されるべきである。他の表現の選択肢が残されていないものを著作物として保護することは、著作権法で保護すべきではないアイデアを保護することにほかならず、許されないと解されるからである⁸⁶。

問題になるのは、一定量の文字数未満の短い言語表現について、確かにそれと同じアイデアを表現しようとするれば、すべての場合には誰でも全く同一の言語表現にならざるを得ないというまでは至らない。こうした表現の選択肢が一つではなく複数取りうる場合についても、選択の幅論やマージ理論を適用し、表現に著作物の創作性を否定するかどうかは難し

け、相対的に他の記述よりも似通っていると思われる原被告の各第2記述について、①被告記述はノンフィクションとして遺族の感情の動きをなるべく正確に追うことを企図したのであらうとした上で、原告記述に示されている感情の流れは極めて論理的な順序で叙述であること、②この順序を入れ換えてしまえば、遺族の感情を正確に伝えることは困難であること、③論理のステップの数は、最判「江差追分（北の波濤に唄う）・上告審」のおよそ6つのステップとほぼ同数であることなどを指摘し、最判「江差追分（北の波濤に唄う）・上告審」の論理に従えば、このように叙述の順序が同じであることをもって著作権侵害を肯定されることはない指摘している。

⁸⁵ 視点は異なるが結論において同旨のものとして、高瀬亜富[判批]（THE ナンバー2（田沼意次））コピライト2015年8月号37頁、村井麻衣子[判批]（風にそよぐ墓標（日航機墜落事故）・控訴審）著作権研究42号（2016年5月）188-189頁。

⁸⁶ 田村善之「裁判例にみるプログラムの著作物の保護範囲の確定手法（その1）—質的な基準と量的な基準—」知財管理65巻10号（2015年10月）1307頁。

い問題である。しかし、他の表現の選択肢が複数残されているからといって、著作物の創作性を認めることは許されるものではないと考える。その理由は、以下のとおりである。

第一に、理論上他の表現の選択肢が複数残されているからといって、同じアイデアを表現しようとすれば、実際に後発者があらゆる想像できる似たような言語表現を事前にすべて回避しなければならないことになり、後発者の行動の自由に支障を来すという点にあるからである。一定量の文字数未満の短い表現が著作物として著作権法による保護の対象である著作物になると、ミクロなレベルで捉えるのであれば、確かに特定の事案において一つの特定の言語表現だけに著作物の創作性を認めて特定人に著作権という排他権を与えているものにすぎないが、著作権法が一体何を保護する法なのかというマクロな視点から、別に特定の事件の特定の言語表現に限られず、あたり前のことながら世の中には著作物が五万と存在し、当該事件における一つの特定の言語表現と似ているあらゆる言語表現が既に出回っているのではないかという懸念を否定できない⁸⁷。

例として前掲知財高判平成27年〔英会話教材キャッチフレーズ・同控訴審〕にあげられた、原告キャッチフレーズ「ある日突然、英語が口から飛び出した！」という18字の短い言語表現にも、英会話教材を利用した場合に自然に流暢に英語を話すことができるようになるという劇的に学習効果を消費者に印象を与えるためのアイデアを表現する上で、一定の副詞や動詞を使用することは不可欠であるから、他の言語表現の選択肢はそれほど多くない。現に原告自身が過去に採用したキャッチフレーズにおいて、「・・・英語が口から飛び出す!」、「ある日突然、・・・(英語が話せてびっくりした!)」、「ある日突然、・・・(自然と英語が口をついて出てくる!)」、「ある日突然、英語が口から飛び出して」、「・・・突然、英語が口から飛び出す」という原告キャッチフレーズと似ている部分が存在するのであって、これらは無意識に自然と流暢に英語を話せるようになるという劇的な効果を説明するために、他の表現の選択肢が限られていることをうかがわせるものである。

もちろん、特許権とは異なり、著作権は相対的な権利であって、他人の著作物に依拠しな

⁸⁷ 横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として—」著作権研究30号(2004年7月)158-159頁は、市場で既に同一又は類似の表現が出回っているという事情があるならば、今後もまた誰かが独自に同じ表現に辿り着く蓋然性が高いといえるから、そのような表現に著作権の保護を認めることは、後発者の創作活動を過剰に害することにつながる一方、同様の表現が未だ市場に存在しないという事情が認められれば、そのような事情は創作性を肯定する一事情として斟酌されることになると述べている。

しかしながら、未だ市場に存在しない、新規的なものであっても、誰がそれと同じアイデアを表現しても類似した言語表現にならざるを得ない場合には、市場であらゆる想像できる類似の表現が既に出回っているという可能性を否定できない以上、新規性を有する表現に著作物の成立要件としての創作性を認めることは、後発者の自由活動を過剰に害することにつながるだろう。

い限り、著作権侵害とはならないから弊害はないという反論もありうる。しかしながら、インターネットなど多様な手段で簡便に多くの情報を取得できる現代のような情報社会では、ある他人の著作物と酷似しているゆえに著作権侵害における依拠性の存在が推認されていること⁸⁸を加えることにより、後発者にとっては模倣したわけでもないのに模倣があったとして著作権侵害のトラブルに巻き込まれるといった弊害も生じやすくなるものである⁸⁹。結局、一定量の文字数未満の短い表現に著作物として保護を与えることは、アイデアに保護を与えることに変わりはない。このような事態が、文化の発展を期する著作権法の趣旨に悖ることは明らかであり、ひいては行動の自由の過剰な制約として違憲問題を惹起することになる。

10

第二に、確かにそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用に著作権の保護範囲が限定されるので、少しの改変だけで似たような表現行為は侵害成立を回避しようとする方策もあ

⁸⁸ 著作権侵害における依拠の事実上の推定とその覆滅に関して、前掲注 0 参照。被疑侵害者は依拠の推認を打ち消すために、自分が独自で創作したことを裏付けるに足りる具体的事実、あるいは権利者の著作物にアクセスすることが不可能であったことの評価を根拠づける具体的事実を主張・立証しなければならないが、後者の場合には、インターネットというように情報の発信メディアが拡大・多様化しているため、他人の著作物に接する機会が格段に増えていることから、被疑侵害者が権利者の著作物にアクセスすることが不可能であったこと、という立証が現実には困難なものとなる。伊藤滋夫「民法と知的財産法一般との関係及び知的財産法各法に共通する特質一主として後者に関する要件事実論の視点からみた検討」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）89-90頁、上野達弘「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）154-155頁参照。

⁸⁹ 伊原友己〔判批〕（古文語呂合わせ・控訴審）村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001年7月・東京布井）59頁は、誰が考えてもある程度似通ったものになるという意味で選択の幅が狭く、そのこと故に、たまたま似通ったものが存在したとしても、必ずしも依拠したとまでは言い切れないと指摘している。作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年4月・発明協会）15頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年4月・ぎょうせい）87頁も、ありふれた表現であるならば、後発者の依拠性を問うことは困難である。また、たとえ後発者は先発者の作成に係るありふれた表現に接していた事実があるとしても、後発者が独自の活動の成果として当該ありふれた表現と同様の表現をすることは容易にできるゆえに、後発者が独自に同様のありふれた表現をしているという結論を導くことが可能である。したがって、このようなありふれた表現に著作物性を認めても、不合理な結果は生じないものであると指摘している。

確かに他人の表現に依拠するという事実上の推定は模倣である認識を間接的に推認させるに止まるから、被疑侵害者が独立して創作を行ったこと、という依拠の推認を打ち消すに足りる事情を認定する場合に依拠は否定され、著作権侵害の問題は生じない。しかしながら、既存の言語表現の多くは公開されているし、後発者は一度その言語表現にアクセスした後は、依拠を否定することができなくなってしまうおそれはもちろん、他人の言語表現が先に社会に広く流布しているなど、既存の言語表現にアクセスしてしまう蓋然性が高いもの、アクセスすることが通常であるもの、依拠の推認を打ち消す事実を争うことが困難な場合もあるため、不可避免的な表現に著作権の保護を認めることがやはり後発者の表現活動の過剰な制約となることは否定できない。中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）56頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）26頁の注30（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁参照。

ろう。しかし、岡村先生の指摘したように、広範囲に著作物の成立要件としての創作性を肯定することがもたらす副作用として、却って後続の表現行為に対する委縮的效果が生じないか、また、いったん著作物の成立要件としての創作性が緩く広く認められてしまえば、本当に少しの改変で非類似・著作権侵害にならないとなる結論が貫けるのか、なおも疑義が残されている⁹⁰。

仮にそういう疑義がないとしても、他の表現の選択肢が複数残されているからといって、同じアイデアを表現しようとすれば、せいぜい限られた数の表現しか取れない場合、これらの表現に著作権を認めることは、将来においていずれは同じアイデアを表現する選択肢が使い尽くされてしまい、既存の原作をそのまま利用するしかないという状況に陥る可能性がある。そうだとすると、後発者に対して、同様のアイデアの利用の際に、元の表現を部分的に変えることを強いるように侵害責任を迂回するための作業はあまり建設的とは思えないし、そこまでして、いずれは将来における同じアイデアの利用可能性を使い果たすことになるような表現を保護する必要があるかは疑問である。

第三に、現代社会において一定量の文字数未満の短い表現は簡単に我々の口の端に上るものであるからである。確かに過去においては口頭の表現はその都度消えてしまうので、著作権侵害訴訟にまでは至らなかった。しかしながら、飯村元判事の指摘したように、インターネットのデジタル社会は、第三者にとって先行表現にアクセスすることが極めて容易となったとともに、人々が日々の生活において使用した表現であっても、ネット上に記録された場合は、先行表現も、これを利用した後行表現も、消えずに残るため、侵害の立証が可能になるため、頻繁に著作権侵害が生じるようになったということである⁹¹。著作権が規制する行為は、複製から公の利用行為に至るまで文化活動全般に及ぶが、私的使用目的の複製（30条）や非営利の利用（38条）等について制限規定が設けられているものの、報酬を受け取って講演をなす場合や、公のインターネットで発信したり討論に参加したりする行為に関しては、これらの制限規定が及ぶものではない。そして、インターネットのデジタル社会では、書籍やテレビ番組に限らず、インターネットも通じて、言語表現は無数に存在し、我々はこれら無数の言語表現の洪水の中で日々様々な情報を摂取しながら、同時に自ら知っている言語表現で文化的な活動をなしている。もし、その中一定量の文字数未満の短い言語表現についても著作物の創作性を認めた判断が続く場合、後発者の我々は一度その作品

⁹⁰ 岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）58頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁。

実際に知財高判「風にそよぐ墓標（日航機墜落事故）・控訴審」では、傍論と目すべきものだと考えられるが、文字数60字程度未満の原告の各第5記述、各第23記述、各第26記述について、デッド・コピーとならない利用態様にもかかわらず、類似・著作権侵害であると断じている。

⁹¹ 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号（2008年12月）109-110頁。

に接してしまうとそのような表現を利用できなくなってしまうおそれも高く、インターネットや対価を得て行う講演等において、これまでに接したすべての言語表現の出所を記憶しておき、32条の「引用」に該当しない限り、著作権を侵害することがないよう、細心の注意を払って記憶を呼び起こしながら既に目にした一定量の文字数未満の短い言語表現の利用を避けなければならなくなる⁹²。現実的にこのような神業が可能であるのか、もしくは公

5 の場で講演や討論に応じることを辞めるか。究極の選択を迫られることになる。こうなると、後発者の行動の自由は極端に制約を受けることになってしまうだろう。だからこそ、簡単に我々の口の端に上るような、一定量の文字数未満の短い言語表現について、著作物の創作性を肯定してはならないのである。

10

なお、田村教授は、例として「国境の長いトンネルを抜けると雪国であった。」(21字)とは、川端康成の小説「雪国」の有名な冒頭であるが、この一文自体は、国境のトンネルを出たならば雪国であったというアイデアを言語表現にすることで、この程度の長さの言語表現に創作性を認めると、幾人目か以降は同じアイデアを表現することができなくなるから、

15 創作性を欠くとすべきである⁹³と指摘している。『雪国』の冒頭の「国境の長いトンネルを

⁹² 類似の見解として、高瀬亜富〔判批〕(THE ナンバー2 (田沼意次)) コピライト 2015年8月号 37頁は、「みなさすがに不安と疲労の色濃く、敗残兵のようにバスから降り立った。」などの「比喩的表現」の創作性を認めた〔風にそよぐ墓標〕のような判断が続く場合、我々は、第三者の著作権を侵害することがないよう、これまでに目にしたすべての「比喩的表現」の利用を避けなければならなくなる。現実的にこのようなことが可能であるのか大いに疑問があり、こうなると、後発者の創作活動は極端に制約を受けることになってしまうだろうと指摘している。同旨のものとして、村井麻衣子〔判批〕(風にそよぐ墓標 (日航機墜落事故)・控訴審) 著作権研究 42号 (2016年5月) 189頁。

⁹³ 田村善之「著作権法講義ノート2」発明 92巻5号 (1995年5月) 91頁、同「著作権法講義ノート5」発明 92巻8号 (1995年8月) 97頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣) 15頁、同『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣) 423頁、同「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会『民事判例Ⅲ—2011年前期』(2011年・日本評論社) 105頁。又、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4月・信山社) 8-9頁は、短い言語表現はその長さで表現しようとする表現の選択肢が限られているために、そのままの利用又はデッド・コピーに近い利用をも許容しなければアイデアの独占を招来すると指摘している。

他方、水戸重之『『ありふれた表現』の法理』牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務4 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規) 7頁は、「雪国」の冒頭からの二文である、「国境の長いトンネルを抜けると雪国であった。夜の底が白くなった。」には、冒頭の一文「国境の長いトンネルを抜けると雪国であった。」に比して作者の個性が際立っているといえるので、この二文をまとまりとしてみたときの創作性は肯定してよいと指摘している。

この点に関して、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として—」著作権研究 30号 (2004年7月) 177頁の注 62は、「日本語で文章を書く」ということを「アイデア」と捉えたならば、他人が独自にこの「国境の長いトンネルを抜けると雪国であった。」一文と同様の文章を作する可能性は皆無といってよいから、この一文にも「創作性」が認められることになる。対照的に、「国境のトンネルを出たならば雪国であった」という具体的な状況を「アイデア」と捉えるならば、誰もかこの一文に到達すると考えられるから、「創作性」が否定されることになる。したがって、「アイデア」と「表現」の線引きをどう行うかによって、

抜けると雪国であった」という文章について著作物の成立要件としての創作性を否定する上記見解を意識したのか、東京高判平成16年11月24日裁判所HP〔ファイアーエムブレム（ゲームソフトのインターフェイス）・控訴審〕（塚原朋一裁判長）は傍論として、個々の単語に創作性がないとしても、例えば「幸せのかたち」「小さい秋」など、単語と単語という最小の組合せに特異性があれば、創作性や表現性を充足することになる。「国境の長いトンネルを抜けると雪国であった」という小説中の一文も、使う単語を厳選して、無数の表現の中からできるかぎり簡明な表現を選択し、その余を読者の類似体験や豊かな感性に託すことにより、高い創作性や表現性を備えるに至ったものであると判示した。

10 しかし、著作権が広汎な行為を抑える権利であることを考えると、いったん「幸せのかたち」「小さい秋」という極めて短い言葉を聞いてしまうと、以降、この用語を口にすることや文章で書くことたびに著作権侵害になってしまう。傍論であって、判決のこの説示は全く当を得ないものであるといえる。

15 以上のように、後続の行動の自由を確保するという観点に鑑み、他の表現の選択肢がそれほど多くない、一定量の文字数未満の短い表現については、定型的に著作物の創作性を否定するのが適切な基準であると考えられる。〔ホテル・ジャンキーズ〕、〔新撰組ガイドブック〕、〔箱根富士屋ホテル物語〕などの特殊事例だと位置づけるべき事案を除けば、裁判例では少なくとも60字という一定量の文字数未満の短い言語表現について、定型的に著作物の創作性が否定される傾向にあるといえる。過去の裁判例では目安として文字数60字程度未満の量的指標は、他の表現の選択肢がそれほど多くないことを示す基準として機能することになると理解することができるといえよう。

25 この点に関して、前田健〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）は、想定できる他の表現が全くない場合に当然創作性は否定されるが、他の表現が想定できる場合であっても、同じアイデアを表現するときに多くの人が最初に選択しようとする表現に著作権が与えられたとすると、人は同じアイデアを表現するのに他の表現を探さなければならなくなり、事実上、アイデアを保護しているのに近い効果が生じてしまうのであるから、実質的な選択の幅が低い場合には創作性は否定されるべきことになる⁹⁴と解している。著作物の成立要件としての創作性に関して、実質的な選択の幅が低い場合には創作性は否定されるべきであるという指摘は、正鵠を射たものであるが、そのためには、いかなる場合に同じアイデアを表現するときに多くの人が最初に選択しようとする表現であるものと言えるのかという点に関して、他の表現の選択肢が多様に残っているのかということを示す基準として、一定量の文字数未満の量的指標を構築することが望まれているように思われる。

「創作性」という蓋然的な判断も大きく変化することとなると指摘している。

⁹⁴ 前田健〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）ジュリスト2009年9月1日号152頁。

二、文脈又は総合考慮の質的な基準

他方、一定量の文字数未満の表現の著作物性は定型的に否定されるというのではなく、
5 文脈又は総合考慮の質的な基準という異なる意見がある。

一つ目は、「文脈」（文の前後関係）を考慮する質的な基準に関して、作花先生は単に文字
面の表現の分量のみから創作性が判断されるべきではなく、短歌や俳句はもちろんとして、
それにくわえて、標語、語呂合わせといった本来的に作品自体が短いものであるが、各々の
10 作品の属性を勘案し、該分野における完結した一つの作品としての相応性が検討される必
要があると説いたうえで、判決では「朝めざましに驚くばかり」（前掲東京地判平成11年1
月29日〔古文語呂合わせ・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京高判平成11年9月30日判タ1018
号259頁〔同控訴審〕（永井紀昭裁判長））や「ボク安心 ママの膝（ひざ）より チャイル
ドシート」（東京地判平成13年5月30日判タ1060号249頁〔チャイルドシート（交通標
15 語）・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京高判平成13年10月30日判タ1092号281頁〔同控訴
審〕（山下和明裁判長））などは創作性が認められたが、語呂合わせ又は標語としての創作性
はあるとしても、小説の言語表現中の一文やニュースの見出しとして評価した場合には創
作性が否定される可能性が高く、こうした創作性の認定は相当に限定的なものにとどめて
20 指摘している。

又、田村教授は〔古文語呂合わせ〕事件の裁判所は、古文単語記憶術に用いるという文脈
の考慮こそが、「朝めざましに驚くばかり」「頭うちつけ突然の死。軽率なバイク事故」のよ
うな短い言語表現でも意味を持ってくる。すなわちその創作性を否定しない一方で、古文単
25 語記憶術という文脈に意味を持たせて、類似・侵害になるのはその文脈が模倣されたときの
みという限定を付すことを条件として、裁判所はこのような短い言語表現の創作性を肯定
しえた。逆にニュースなど、古文単語記憶術に用いるという文脈が模倣されない場合は、文
脈を異にするから非類似であり、侵害とならない⁹⁶と分析している。

30 確かに同じ文脈を用いるか否かという利用態様に応じた柔軟な解決を図ることができる
という基準をもって、類似性・侵害が認められる場合が限定されることを前提に、一定量の
文字数未満の短い言語表現にも著作物の創作性を緩やかに判断する考えもあり得ないわけ

⁹⁵ 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2006年11月号5、16、20-22、24頁。

⁹⁶ 田村善之「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会『民事判例Ⅲ—2011年前期』（2011年・日本評論社）105頁。

ではない。しかしながら、田村教授「現代美術と著作権法」の指摘したように、著作権法では創作者のところで創作は終了し、その成果が著作物として固定され、受け手はそれを受け止めるという関係が予定されている。ゆえに、文脈は著作権法の保護が及ばないアイデアであって、文脈を考慮して創作性を認めることは「アイデア」を保護することにほかならない⁹⁷。

5

又、利用された言語表現の分量が少なく、当該部分の表現の創作性が否定されるもののほか、本来的に短い作品であるため当該作品の創作性が争点となる場合もある。確かに後者の「自己完結型」の作品については、作品自体短いがゆえに著作物の成立要件としての創作性が否定されれば、どのような利用態様でも著作権による保護は一切与えられないということになり、インセンティブに不足を来すことが明らかな場合には、マクロ的観点から見ると通常であればアイデアと目されるべき領域にまで踏み込んでいってもよいのではないかと考えられる。ゆえに、もし俳句や標語、キャッチフレーズ、語呂合わせといった短い自己完結型の作品において文脈が重要であるならば、アイデアとされる文脈まで保護するという帰結が導かれるかもしれない。

10

15

しかし、田村教授の指摘したように、まずは、現行著作権法は、創作的表現の再生という類似性の基準と、著作物を著作権法に定められる態様で利用して初めて侵害になるという基準をもって、著作権侵害の成否を決することとしていると解されるところ、同じ文脈を用いるか否かという利用態様を考慮し、それを無理に類似性、法定利用行為という要件に持ち込もうとする場合には、著作権の保護範囲を可視化し、侵害行為を把握しやすくする著作権法の趣旨を没却し、同判断の枠組みの機能を減殺することになる⁹⁸。次に、アイデアとされる文脈まで保護するという帰結は、ミクロ正当化を欠くことになる。なぜなら、文脈は抽象的なもので、受け手の想像力によって受け止め方が異なってくるからである。すなわち、文脈の理解は、受け手の受け止め方に依存するのであるから、作者だけが創作したものではなく、受け手も創作に参加している以上、文脈には保護の正当性を欠くことになる⁹⁹。したがって、著作物の成立要件としての創作性判断において文脈を考慮すべきではないことを是とすべきだろう。

20

25

二つ目は、総合考慮の質的な基準に関して、この問題の本質は、文字数の短いか否かでは

30

⁹⁷ 田村善之「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会『民事判例Ⅲ—2011年前期』（2011年・日本評論社）109-110頁。上田大輔〔判批〕（Shall we ダンス）コピーライト2012年7月号43頁も、文脈を考慮して創作性を認めることは、結果としてアイデアと表現の境界がさらに曖昧なものとなりかねないと指摘している。

⁹⁸ 田村善之「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会『民事判例Ⅲ—2011年前期』（2011年・日本評論社）108頁。

⁹⁹ 田村善之「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会『民事判例Ⅲ—2011年前期』（2011年・日本評論社）108、110頁。

なく、著作物と言えるか否かという問題に帰着し、その判断はケースバイケースによる¹⁰⁰。
講学上¹⁰¹、短歌や17文字の俳句については創作性が肯定されるべきである¹⁰²と指摘されている。それをさらに推し及ぼせば、字数が制限されているほかの短い言語表現であっても、

¹⁰⁰ 中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)70頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁。同旨のものとして、小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈－著作権法全文改正の資料として－』(2010年11月・第一書房(初版・1958年3月・文部省))41頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』(第2版・2007年6月・有斐閣)27頁、同『著作権法』(2013年2月・中央経済社)頁、作花文雄『著作権法制度と政策』(第3版・2008年4月・発明協会)19頁、同『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい)88頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)499頁(橘高郁文執筆)、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)35頁(横山久芳執筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)64頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、茶園成樹編『著作権法』(2014年4月・有斐閣)28頁(濱口太久未執筆)、今井弘晃「最近の著作権裁判例について」コピライト659号(2016年3月)13頁。

¹⁰¹ 短い表現である俳句(東京地判平成9年8月29日判タ954号262頁[入選俳句添削・一審](高部眞規子裁判長)、東京高判平成10年8月4日判時1667号131頁[同控訴審](永井紀昭裁判長)、「云(雲)と題する中国詩「依依地望你 望你依依地来 眷眷地送你 送你眷眷地去 天空天空 □是冷漠 □是漫漫无□□ 你的孤独 美□了我的眼睛」(48字)(東京地判平成16年5月31日判タ1175号265頁[X0 醬男と杏仁女・一審](高部眞規子裁判長)、東京高判平成16年12月9日裁判所HP[同控訴審](佐藤久夫裁判長)に係る裁判例があるが、それらの著作物の成立要件としての創作性に関して、いずれも当事者間に争いが無い。

¹⁰² 小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈－著作権法全文改正の資料として－』(2010年11月・第一書房(初版・1958年3月・文部省))41頁、蘆立順美[判批](ライントピックス(YOL))コピライト2004年9月号61頁、奥邨弘司[判批](ライントピックス(YOL))著作権研究31号(2006年9月)85頁、三山裕三『著作権法詳説－判例で読む16章』(新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン)116頁の注70、同『著作権法詳説－判例で読む14章』(第10版・2016年12月・勁草書房)頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年9月・産経新聞)39頁、同『新版ビジネス著作権法(侵害論編)』(2014年2月・中央経済社)21頁、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2006年11月号5、20頁、同『著作権法制度と政策』(第3版・2008年4月・発明協会)19頁、『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい)88頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』(第2版・2007年6月・有斐閣)27頁、同『著作権法』(2013年2月・中央経済社)頁、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)70-71頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)41頁(金井重彦執筆)、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)35頁(横山久芳執筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁、前田哲男[判批](ライントピックス(YOL)・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)11頁、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)64頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)24、27頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』(2012年1月・金融財政事情研究会)109頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的発展』(2012年9月・日本評論社)247頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号(2013年11月)144頁、半田正夫『著作権法概説』(第15版・2013年2月・法学書院)86頁、同(第16版・2015年11月・法学書院)頁、茶園成樹編『著作権法』(2014年4月・有斐閣)28頁(濱口太久未執筆)、高橋彩「著作物性(3)」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ－著作権法、その他、全体問題』(2014年6月・青林書院)44頁の注20。

- 創作性が肯定されうるとの指摘がある。同じように短い言語表現の著作物性が争われた事件としては、前掲〔ライントピックス (YOL)〕のほか、東京地判平〔古文語呂合わせ・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、東京地判〔チャイルドシート (交通標語)・一審〕、東京高判〔同控訴審〕が、この見解の例証としてあげられてきた。これらの裁判例では、短いゆえに直ちに不可避という理由付けで創作性が否定されるということではなく、個別の言語表現ごとに、①表現の性質¹⁰³に照らして、②文字数の制限をはじめ、表現上の制約の有無、どのような制約があるのか¹⁰⁴、③語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現の選択や記述全体を貫く抽象化した構成といった表現上の創意工夫¹⁰⁵、の各点について検討した上で、創作性

¹⁰³ 短い言語表現に関し創作性の有無が分かれた分岐点について、表現の性質の多様性の観点から説明するものとして、奥邨弘司〔判批〕(ライントピックス (YOL)) 著作権研究 31 号 (2006 年 9 月) 85-86 頁は、俳句のように多様性を追求する表現類型においては、文字数や季語等の様々な制約の枠内とはいえ選択の幅は比較的大きいのに対し、交通標語や語呂合わせは、俳句と同程度の多様性を求める表現類型とはいえ、さらに記事見出しのように出来事の内容を簡潔な表現で正確に読者に伝えるための表現類型においては、選択の幅は大いに限られることに着目し、俳句のように多様性にある表現類型の場合はその創作性が疑われることはないが、交通標語や語呂合わせ、記事見出しのように多様性を追求しない表現類型の場合はその創作性の有無を個別具体的に判断したものと指摘する。同旨のものとして、前田哲男〔判批〕(ライントピックス (YOL)・控訴審) 中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号 (第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣) 11 頁) 参照。

¹⁰⁴ 石井茂樹〔判批〕(ライントピックス (YOL)・控訴審) パテント 59 巻 8 号 (2006 年 8 月) 72 頁は、〔ライントピックス (YOL)〕で問題となった記事見出しについて、その短文の中身が客観的な事実であるが故に表現選択の幅が狭く、〔古文語呂合わせ〕や〔チャイルドシート (交通標語)〕事件よりも著作物性が認められるのは困難と指摘している。同結論、東海林保「最近の著作権判例について」コピーライト 2005 年 2 月号 16 頁。高橋正憲〔判批〕(データ復旧サービス・控訴審) 特許ニュース 10 月 8 日号も、短い表現であっても、〔古文語呂合わせ〕事件のように表現の幅がある場合は創作性が肯定されうると指摘している。

また、前田哲男〔判批〕(ライントピックス (YOL)・控訴審) 中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号 (第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣) 11 頁は、交通標語は字数制限の中に一定の主題を盛り込む必要性があり、分かりやすさが求められることに起因する制約を受け点では記事見出しに近いが、必ずしも事実を伝達するものではなく、抽象的な主題をどのように具体化するのかの点で選択の幅も大きいことから、記事見出しよりは創作性が認められやすいと指摘している。

¹⁰⁵ 短い文章であっても、俳句と同程度で語彙の選択や構成に工夫が凝らされているものであれば、創作性が肯定されうるとの見解として、伊原友己〔判批〕(古文語呂合わせ・控訴審) 村林隆一先生古稀記念論文集刊行会 編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』(2001 年 7 月・東京布井) 56-57 頁、蘆立順美〔判批〕(ライントピックス (YOL)) コピーライト 2004 年 9 月号 61 頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 (22) 著作権関係訴訟法』(2004 年 11 月・青林書院) 137-138 頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006 年 9 月・産経新聞) 40 頁、同『新版ビジネス著作権法 (侵害論編)』(2014 年 2 月・中央経済社) 22 頁 (荒竹先生は、俳句に著作物性があるといいながら、標語、スローガンについては画一的に著作物性を否定するというのは合理的でない。ただし、このような短い文章について、著作権の保護範囲を決する類似性に関して厳格な判断が必要であると指摘している)、渋谷達紀『知的財産法講義 II』(第 2 版・2007 年 6 月・有斐閣) 27 頁、同『著作権法』(2013 年 2 月・中央経済社) 頁、作花文雄『著作権法制度と政策』(第 3 版・2008 年 4 月・発明協会) 19、28 頁、同『詳解著作権法』(第 4 版・2010 年 4 月・ぎょうせい) 88、93 頁 (作花教授は創作性を認めたとしても、常識外の権利主張に対しては権利の濫用法理や権利の及ぶ範囲の限定などにより否定し得るのでさほどの弊害は

の有無を具体的に判断することになると解されている。ゆえに、文字数の制限は創作性を検討する際の総合考慮される要素の一つとして捉えられるにすぎないのである¹⁰⁶。したがって、短い言語表現についても総合考慮の結果として裁判所は創作性が肯定されうる¹⁰⁷と総括されている。

5

確かに前掲東京地判平成16年3月24日〔ライントピックス(YOL)・一審〕(飯村敏明裁判長)、前掲知財高判平成17年10月6日〔同控訴審〕(塚原朋一裁判長)は、著作物の創作性を検討する際に、①文字数の制限のほかに、②表現の実用面・機能面に起因する制約や③語彙の選択などの表現上の創意工夫も含めて、総合考慮されるべきという抽象論を提示した。しかしながら、〔ライントピックス(YOL)〕事件に関する限り、総合考慮される要素のうち、長い言語表現であってもなお報道対象となる出来事の内容を簡潔、かつ、正確に読者に伝えるという記事見出しの実用面・機能面に起因する制約が大きい場合には著作物性を否定するという形で、文字数60字程度未満の量的指標と同様に、一方向的に著作物の創作性を否定する方向にのみ用いられている判断基準である。つまり、両者はそのように対立

10

ないと指摘している)、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)41-42頁(金井重彦執筆)、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)64頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)27頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』(2012年1月・金融財政事情研究会)109頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的發展』(2012年9月・日本評論社)247頁、半田正夫『著作権法概説』(第15版・2013年2月・法学書院)87頁、同(第16版・2015年11月・法学書院)頁(半田教授は交通安全の標語のように公衆に周知徹底させることを意図した標語についても創作性を肯定すべきであるが、その性質上、権利行使の幅が狭まることは否定できず、せいぜい他人が営利目的で利用する場合に限られるものと指摘している)、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)23頁(松村信夫執筆)(松村先生は創作性が認められる範囲に限界がある以上、著作物として保護される範囲も狭いと指摘している)、茶園成樹編『著作権法』(2014年4月・有斐閣)28頁(濱口太久未執筆)、高橋彩「著作物性(3)」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』(2014年6月・青林書院)38頁。

¹⁰⁶ 総合考慮の質的な基準を支持する見解として、伊原友己〔判批〕(古文語呂合わせ・控訴審)村林隆一先生古稀記念論文集刊行会 編『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』(2001年7月・東京布井)56-57頁、蘆立順美〔判批〕(ライントピックス(YOL))コピーライト2004年9月号61頁、大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』(2004年11月・青林書院)138頁、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—」コピーライト2006年11月号5頁、同『著作権法制度と政策』(第3版・2008年4月・発明協会)19頁、同『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい)88頁、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』(2012年1月・金融財政事情研究会)110頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的發展』(2012年9月・日本評論社)247-248頁、高橋彩「著作物性(3)」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』(2014年6月・青林書院)42-43頁。

¹⁰⁷ 渡部俊英〔判批〕(ライブドア裁判傍聴記・控訴審)知的財産法政策学研究28号(2010年3月)247頁、平澤卓人〔判批〕(幸福の科学祈願経文)知的財産法政策学研究46号(2015年5月)359頁。

するものとして用いられているわけではない。

- 他方、残った表現上の「創意工夫」という質的な基準を突き詰める作業よりも、実際判決の具体的な記事見出しに対する当てはめの判断を検討すると、「旧『中座』火災で大阪ガスなど検索」など、平凡でありふれたものと思われる上段の見出しに比して、「マナー知らず大学教授、マナー本海賊版作り販売」「小型漁船こっそり大型化」「アベックと口論」「アツアツの足湯体験」などの下段の見出しのほうが優れていると思われ、こうした対句的な言い回しの各点で必ずしも事実を正確に伝達するために不可欠な表現とはいえない¹⁰⁸。にもかかわらず、いずれの記事見出しは格別な「創意工夫」が凝らされているものとは評価できないという理由で、著作物の創作性が否定された。

〔ライントピックス (YOL)〕事件

平凡でありふれたものと思われる見出し（裁判所 HP より、字数は筆者整理）

旧「中座」火災で大阪ガスなど検索	16 字	創作性×
曾我さん母娘ら 4 人を拉致被害者と認定	18 字	創作性×
バリ島で爆弾テロ、187 人死亡し邦人 7 人重軽傷	23 字	創作性×
乗用車が対向のトレーラーに衝突、5 人死亡…石川	23 字	創作性×

- 15 優れていると思われる見出し（裁判所 HP より、字数は筆者整理）

道東サンマ漁、小型漁船こっそり大型化	18 字	創作性×
ホームレスがアベックと口論？銃撃で重傷	19 字	創作性×
マナー知らず大学教授、マナー本海賊版作り販売	22 字	創作性×
蓮池・奥土さん、赤倉温泉でアツアツの足湯体験	22 字	創作性×

この点に関して、裁判所は従来の裁判例が要求する創作性のレベルよりも高いものを要求するとの解釈¹⁰⁹もありうるが、前掲著作物の成立要件としての創作性に関してはその

¹⁰⁸ 蘆立順美〔判批〕（ライントピックス (YOL)）コピライト 2004 年 9 月号 61 頁も、「マナー知らず大学教授、マナー本海賊版作り販売」という表現は、必ずしも事実を正確に伝達するために不可欠な表現とはいえないと指摘している。それに対し、渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究 28 号（2010 年 3 月）231-232 頁は、問題となったニュース記事見出しは、少なくとも記事の内容を表すものでなければならず、同時に、25 字以内という制約があるため、もともと選択の幅が広いとはいえないゆえに、創作性を否定した裁判所の判断は妥当であると指摘している。

¹⁰⁹ 蘆立順美〔判批〕（ライントピックス (YOL)）コピライト 2004 年 9 月号 61 頁は、裁判所は従来の裁判例が要求する創作性のレベルよりも高いものを要求し、「マナー知らず大学教授、マナー本海賊版作り販売」という対句的な表現は格別な工夫であるとは評価できないとして創作性を否定したと指摘している。井上由里子〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣）13 頁も、情報を客観的かつ正確に伝達することを目的とする報道記事の見出しについては、情報の正確な伝

高低や学術的あるいは芸術的な価値は裁判官の判断に馴染まないと考えられていることに鑑み、具体的な当てはめの結論に従って著作物の創作性の成否は、高度の創作性が求められているわけではなく、やはり文字数 60 字程度未満の量的指標はその分岐点を探る基準として機能することになると理解すべきだろう。

5

また、確かに前掲東京地判平成 11 年 1 月 29 日〔古文語呂合わせ・一審〕（飯村敏明裁判長）では、原告の 42 個の古文語呂合わせのうち、下記 9 個の文字数 20 字未満の短い言語表現の創作性が認められた。しかし、前掲東京高判平成 11 年 9 月 30 日〔同控訴審〕（永井紀昭裁判長）では、原告撤回及び控訴審が著作物の創作性を否定したものを除くと、「朝めざましに驚くばかり」（11 字）、「頭うちつけ突然の死。軽率なバイク事故」（18 字）、「志賀直哉もガーナチョコレートを食べたい」（19 字）、三つの古文語呂合わせのみ、著作物の創作性が肯定された。そのうえ、最初のもは依拠が否定され、後二者は被告「打ち付けた顔面突然死」「もー、ガーナチョコがあればなあ」との類似性が否定されて非侵害とされた。さらに、前掲東京地判平成 13 年 5 月 30 日〔チャイルドシート（交通標語）・一審〕（飯村敏明裁判長）では、三句構成からなる五・七・五調を用いて作成された原告スローガン「ボク安心ママの膝（ひざ）より チャイルドシート」について、著作物の創作性が認められるが、被告スローガン「ママの胸より チャイルドシート」について類似性は否定された。類似性・著作権侵害を否定した結果から見れば、結局、両事件の確定判決としては、著作物の創作性を認めた点はいずれも傍論であった¹¹⁰。

20

〔古文語呂合わせ〕事件

（裁判所 HP より、字数は筆者整理）

		一審	二審
2	原告 坂下かしこい（6 字）	創作性×	創作性×
5	原告 やさしい優美ちゃん（9 字）	創作性×	創作性×
1	原告 朝めざましに驚くばかり（11 字） 被告 朝目覚ましに驚き呆れる	創作性○ 類似性○ 依拠性○	創作性○ 類似性○ 依拠性×
22	原告 もっとお急ぎ！試験の準備（12 字） 被告 いそぎの準備	創作性○ 類似性×	原告撤回
19	原告 よしナ。死ぬのはつまらない（13 字）	創作性×	創作性×

達という目的を果たすための表現の選択肢は限られてくるから、判旨は表現の選択の幅の狭さに言及した上で創作性要件を厳格に判断するものが見受けられると述べている。

¹¹⁰ 田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）16 頁の注 1、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（2）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究 17 号（2007 年 11 月）106 頁の注 77、平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）知的財産法政策学研究 46 号（2015 年 5 月）355 頁。

23	原告 いいトドいっそう少なくなる (13 字)	創作性×	創作性×
29	原告 無理にすると穴が血に染まる (13 字)	創作性×	創作性×
15	原告 ウットーシー奴とは親しくない (14 字)	創作性×	創作性×
13	原告 アッ! ヤシの実だ。いやシイただ (16 字) 被告 あっやしの実だ、いや、しいただ、そーまつぼっ くりだ、不思議だな	創作性○ 類似性○ 依拠性○	原告撤回
27	原告 「日が東に沈む」というひねくれた奴 (17 字) 被告 日が東に沈むとはひねくれている	創作性○ 類似性○ 依拠性○	原告撤回
32	原告 頭うちつけ突然の死。軽率なバイク事故 (18 字) 被告 打ち付けた顔面突然死	創作性○ 類似性×	創作性○ 類似性×
36	原告 口押しつけたがフラれてしまっ残念だ (18 字) 被告 口押し戻されて残念だ	創作性○ 類似性×	原告撤回
4	原告 志賀直哉もガーナチョコレートを食べたい (19 字) 被告 も一、ガーナチョコがあればなあ	創作性○ 類似性×	創作性○ 類似性×
35	原告 聞こう、ユーの意見を。では申し上げます (19 字) 被告 「聞こう、ゆっくり」「では申し上げる」	創作性○ 類似性×	原告撤回
37	原告 わかったわ。でも「せめてフトンしいて」 (19 字) 被告 責めて無理に、でも布団はしいてね	創作性○ 類似性×	原告撤回
42	原告 不吉なコーヒーUUC。立派なコーヒーUCC (21 字)	創作性×	創作性×

〔チャイルドシート (交通標語)〕事件

対照表 (裁判所 HP より、字数は筆者整理)

原告スローガン (22 字)	被告スローガン	一審	二審
ボク安心 ママの膝 (ひざ) より チャイルドシート	ママの胸より チャイルド シート	創作性○ 類似性×	創作性? 類似性×

- 5 また、前掲東京高判平成 13 年 10 月 30 日〔チャイルドシート (交通標語)・控訴審〕 (山下和明裁判長) は、原告スローガンに著作権法によって保護される創作性が「認められるとすれば」、「創作性が認められるとしても」と慎重に前置きしてそれは、「ボク安心」と「ママの膝 (ひざ) より チャイルドシート」とを組み合わせた、全体としてのまとまりをもった五・七・五調の表現のみにあり、被告スローガンは、「ボク安心」に対応する表現はなく、
- 10 全体としてのまとまりをもった五・七・五調の表現がないことから、類似性を否定して控訴を棄却している。つまり、明確に著作物の創作性を認めた一審判決と違って、控訴審では仮に創作性があるとしても、いずれにせよ類似性は否定されるという形で、著作物の創作性に

ついて、判断を留保した判決を出している点¹¹¹に注意が必要である。

- さらに、[古文語呂合わせ] 事件において一審が審理を尽くした結果として、「もっとお急
ぎ！試験の準備」、「『日が東に沈む』というひねくれた奴」、「わかったわ。でも『せめてフ
5 トンしいて』」のような語呂合わせは著作物の創作性が肯定されたが、「よしナ。死ぬのはつ
まらない」、「無理にすると穴が血に染まる」、「不吉なコーヒーUUC。立派なコーヒーUCC」の
ような語呂合わせは著作物の創作性が否定された。どちらにも対句的表現や掛け言葉が認
められるにもかかわらず、一方は肯定され、一方は否定された。同一事件において、同じ実
10 用的な性質を有する表現類型に関しても、具体的な判断をみていくと、創作性肯定と否定を
分けた基準が必ずしも明確ではなく、判断のばらつきをどのように説明できるだろうか。

[古文語呂合わせ] 事件

一審の肯定例	一審の否定例
もっとお急ぎ！試験の準備 「日が東に沈む」というひねくれた奴 わかったわ。でも「せめてフトンしいて」	よしナ。死ぬのはつまらない 無理にすると穴が血に染まる 不吉なコーヒーUUC。立派なコーヒーUCC

- そして、控訴審では二つの古語とその共通する一つの現代語訳、又は一つの古語とその共
15 通する二つの現代語訳を同時に連想させる語句を選択するという『工夫』が凝らされてい
る点」を有する、「朝めざましに驚くばかり」「頭うちつけ突然の死。軽率なバイク事故」「志
賀直哉もガーナチョコレートを食べたい」、三つの古文語呂合わせのみ、著作物の創作性が
肯定された一方、下記「よしナ。死ぬのはつまらない」のように一つの古語とその一つの現
代語訳を同時に連想させる語句を選択する語呂合わせについて、一審判決の認定と同じく、
20 著作物とは認められないとされた。つまり、控訴審においてこの選択の「工夫」とは、創作
性の高低や学術的あるいは芸術的な価値と関係なく、「一つの古語」とその「一つの現代語
訳」を同時に連想させる語句を選択することには足りず、少なくとも「二つの古語」とその
共通する「一つの現代語訳」、又は「一つの古語」とその共通する「二つの現代語訳」を同
時に連想させる語句を選択する¹¹²、という一審より明確にする内容だったと理解すること

¹¹¹ 上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室 2007 年 4 月号 168 頁の注 24、田村善之「検索サイ
トをめぐる著作権法上の諸問題（2）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的
財産法政策学研究 17 号（2007 年 11 月）106 頁の注 77、岡村久道『著作権法』（2010 年 11 月・
商事法務）56 頁、同（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）頁、同（第 3 版・2014 年 8 月・民
事法研究会）頁、茶園成樹編『著作権法』（2014 年 4 月・有斐閣）28 頁の注 25（濱口太久未執
筆）。

¹¹² もっとも、「不吉なコーヒーUUC。立派なコーヒーUCC」は、「頭うちつけ突然の死。軽率なバ
イク事故」と同様に、一つの古語とその共通する二つの現代語訳を同時に連想させるを選択した
もの（「ゆゆし」＝「不吉だ」「立派だ」/「うちつけ」＝「突然だ」「軽率だ」）であるが、一審
二審ともに、前者については著作物の成立要件としての創作性とは認められず、後者については

ができる。しかし、こうした判断基準は、日常用語とはいいいがたい古文単語の連想法に利用する場合しか適用されないと鑑み、先例的価値を重くみるべきではないだろう。¹¹³

〔古文語呂合わせ〕事件

二審の肯定例	二つの古語とその共通する一つの現代語訳、又は一つの古語とその共通する二つの現代語訳を同時に連想させる語句を選択する、という「工夫」が凝らされている点
朝めざましに驚くばかり	「あさまし」「めざまし」＝「驚くばかりだ」
頭うちつけ突然の死。軽率なバイク事故	「うちつけ」＝「突然だ」、「軽率だ」
志賀直哉もガーナチョコレートを食べたい	「しがな」「もがな」＝「～したい」

5

二審の否定例	一つの古語とその一つの現代語訳を同時に連想させる語句を選択する語呂合わせについて、一審判決の認定と同じく、著作物とは認められない
よしナ。死ぬのはつまらない	「よしなし」＝「つまらない」
いいトドいっそう少なくなる	「いとど」＝「いっそう」
無理にすると穴が血に染まる	「あながち」＝「無理に」
ウットーシー奴とは親しくない	「うとし」＝「親しくない」

- 最後に、表現の創意工夫も含めて考慮されるべきという総合考慮の質的な基準でも、短い言語表現であるゆえに誰が同じアイデアを表現しようとすれば、誰でも全く「同一」の言語表現にならざるを得ないというまでは至らないが、どうしても似たような言語表現にならざるを得ない場合には、いったん著作物の成立要件としての創作性が認められたうえで、当該短い言語表現に関する著作権の保護範囲はそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用に限定され、少しの改変だけで後続の似たような表現行為は非類似として侵害成立を回避しようとするの方策が取られるだろう。そうだとすると、利用態様がそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用とはいえない場合に、著作物の成立要件との関係で創作性を否定するか、著作権の保護範囲との関係で類似性を否定するか、いずれにせよ、侵害否定という最終

認められるとされた。

¹¹³ また、田村教授は、古文単語訳の連想法に用いることはアイデアに過ぎず、表現がありふれていること変わらないから、少なくとも「頭打ちつけ突然の死。軽率なバイク事故」にまで創作性を認めたことは疑問であると、判決を批判している。田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）16頁の注1、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（2）―寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等―」知的財産法政策学研究17号（2007年11月）106頁の注77。

的な結論を導くために、両者を区別する実益があまりない。この限度では、文字数 60 字程度未満の量的指標は総合考慮の質的な基準との違いは、表現上の創意工夫を考慮するか否かによって、文字数 60 字程度未満の短い言語表現にも著作物の成立要件としての創作性を認めたとうえでそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の場合に侵害成立を肯定する余地を残すべきか否かという点にほぼ収斂するといえる。

ただし、この際問題が残るのは、総合考慮の質的な基準に立ったからといって、短い言語表現がどの程度の「創意工夫」が凝らされている点に著作物の成立要件としての創作性を認めたとうえでそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の場合に侵害成立を肯定しうるかの判断基準自体はそもそも明確でないということである。前述した創作性の高低や学術的あるいは芸術的な価値は裁判官の判断に馴染まないと考えられていることのほかに、短い言語表現のそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用が許されるものであるか否かを判断するにあたり、複雑な論理を駆使しなければ、結論を導くことができないというのは、個人の日常活動に対して、過度に負担をかけることになるから、歯止めとしてより簡易、明確かつ安定した判断基準を定立することが必要であると考えられる¹¹⁴。明確性を欠き、予見可能性、法的安定性が低下してしまわないかという懸念を払拭するためにも、短い言語表現について、あえて表現上の工夫という質的な基準を持ち出して、その創作性の範囲を徒に広く捉えることなく、委縮効果という深刻な弊害が生じないよう、目安として文字数 60 字程度未満の量的指標だけを見る分には定型的に著作物の創作性を否定し、著作権保護を一切与えないことにする方策のほうが自由利用の可否に関する予見可能性を高める要請を実現することにつながるだろう。

第5款 小括

以上をまとめると、判決の結論に従って、類似性の判断に立ち入る前、アイデアの不可避的な表現として著作物の創作性が認められるか否かの分岐点を探ると、[古文語呂合わせ]、[チャイルドシート（交通標語）] 事件のような一部の例外的な事例を除き、短い言語表現

¹¹⁴ 「著作物」概念の明確性を要する理由について、岡村久道『著作権法』（2010年11月・商事法務）44、52、58頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁は、著作権法による保護の対象となるということは、後続する表現行為や自由な情報の利用を阻止する機能を営むものであるから、予測可能性が損なわれ、自由な表現に対する委縮的效果という深刻な弊害が生じないよう、解釈によって著作物概念を定立する際には歯止めとしての概念の明確性を保つ必要があると指摘している。また、飯村敏明「著作物の利用（改変態様）の可否に関する判断要素について」コピーライト2012年10月号7は、他者の著作権の範囲に含まれるか否かを判断するにあたり、これほど多くの文献等の調査と複雑な論理を駆使しなければ、結論を導くことができないというのでは、企業活動や個人の創作活動に対して、過度に負担をかけることになるゆえに、より簡易、明確かつ安定した判断基準を定立することが望まれると指摘している。

について、その表現上の創意工夫を理由に著作物性を肯定することなく、目安として文字数 60 字程度未満の量的指標だけを見る分には定型的に著作物の創作性を否定する傾向にあるといえる。ユーザーの行動の自由を確保するという観点から、文字数 60 字程度未満の量的指標は、他の表現の選択肢がそれほど多くないことを示す基準として、ある程度の相場というものが確立してきていると評価することができる。

勿論、五・七・五・七・七の五句体の短歌や五・七・五の十七音から成る俳句といった定型詩の存在が、こうした量的指標だけで定型的に著作物の創作性を否定するような明確な判断枠組みの採用を思いとどまらせる。著作物の創作性を否定するとすれば、そのままの利用又はデッド・コピーに近い利用であっても、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権による保護は一切与えられないということになるからである。しかし、仮にどうしても俳句といった定型詩を著作物として保護しようとするれば、①創作性の高低や学術的あるいは芸術的な価値は裁判官の判断に馴染まないと考えられていること、②歯止めとしてより簡易、明確かつ安定した判断基準を定立することが必要であることに鑑み、その著作物の創作性が認められるためには、俳句のような当該分野における自己完結した一つの作品として、三句構成からなる五・七・五調を用いて作成されたという、日常的に使用されていない言い回しなどで構成されることで十分満たすものであろう¹¹⁵。この意味では三句から五・七・五調で構成された日常用語とはいいいがたい言語表現に対して、例外的な扱いであると考えられる¹¹⁶。それ以外、日常的にもよく使われる言い回しや対句的な表現などを用いた短い言語表現については、すくなくとも文字数 60 字程度未満であれば、あえて表現上の工夫という質的な基準のを持ち出す必要はなく、学術的あるいは芸術的な価値や高度な創作性であっても、定型的に著作物の創作性が否定されると解すべきであろう¹¹⁷。

¹¹⁵ 半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール 1』（2009 年 1 月・勁草書房）27 頁（金井重彦執筆）も、裁判所が文芸作品の創造性を判断するのは困難を強いるものであるし、そもそも司法判断になじまないもので、五・七・五調という形式で構成された俳句といい短歌だという以上、駄句であろうと凡庸な月並調の歌であろうと、創作性ありとして支障はないと指摘している。

¹¹⁶ 東京地判〔チャイルドシート（交通標語）・一審〕の担当裁判長の著した飯村敏明「著作権侵害訴訟実務」217 頁は、交通標語という性質上、五七五調、対句的に用いられているような特別の事情がない限り、著作物の創作性を肯定することはできないと指摘する。

¹¹⁷ 実際、「フシギな、不思議な料理ブック 水なし 油なし」（前掲〔フライパン商品取扱説明書〕）、「音楽を聞くように英語を聞き流すだけ 英語がどんどん好きになる」、「ある日突然、英語が口から飛び出した！」（前掲〔英会話教材キャッチフレーズ〕）というキャッチフレーズは、いずれも著作物の成立要件としての創作性が否定された。また、〔チャイルドシート（交通標語）〕事件にも、原告スローガン「ボク安心 ママの膝（ひざ）より チャイルドシート」について、その創作性は五七五に組み合わせた点にあるとしたうえで、「ママの胸より チャイルドシート」との被告スローガンはこれと非類似として権利侵害を否定した解することができる。高林龍『標準著作権法』（2010 年 12 月・有斐閣）27 頁の注 12、同（第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣）頁参照。

第3項 若干長い言語表現

文字数 60 字程度未満の短い言語表現に比べ、一つのまとまりのある言語表現が長くなると、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目し、それと同じアイデアであっても他の者は別の表現を選択することが可能となるため、著作物の成立要件としての創作性が認められやすいと考えられる。

第1款 語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に対して定型的に著作物の創作性を肯定する量的指標—文字数 120 字を超える程度

まずは、「風水」とは何かということを表現した文章（文字数にして 87 文字）のブログ記事の内容を批判するか揶揄する目的でその表現を改変した上、それをウェブサイトにて匿名で投稿した事例において、東京地判平成 28 年 1 月 29 日裁判所 HP 「風水」発信者情報開示請求」（東海林保裁判長）は、原告記事 1 その表現は用語の選択、全体の構成等はごく簡潔なものではあるが、風水を「自然科学」とであると説明する表現として、「他に表現の選択の幅がない」ということはできないから、著作物としての創作性を肯定した¹¹⁸。そのうえ、原告記事 1 の「自然科学」を「妖怪学」に変更した投稿情報について、文字の配列、文章全体の構成においてはほぼ同一であり、その違いはわずか 6 文字でしかないとして、著作権侵害に当たると判示した。

「風水」発信者情報開示請求 事件
対比表（裁判所 HP より）

原告記事 1（87 字）	情報 1
風水とは、何なのかを述べるにあたり、一言で述べるならば「自然科学」だということです。自然科学の定義とは、自然に属する諸対象を取り扱い、その法則性を明らかにする学問のことです。	風水とは、何なのかを述べるにあたり、一言で述べるならば「妖怪学」だということです。妖怪学の定義とは、風水に属する諸対象を取り扱い、その法則性を明らかにする学問のことです。

そして、目安として一つのまとまりのある言語表現が 120 字を超えて長くなると、ただ単に表現の実用面・機能面に起因する制約という理由だけで著作物の創作性を否定する判決

¹¹⁸ また、「これまで台湾における五術文化の学術発表にかかわってきて、とても不愉快な文化の冒涇・歪曲にしか思えない独創と担造による江湖派理論や、悪質な宗教による術数を利用した洗脳と金儲けを目撃する度に胸くそが悪かったのですが、こういった圃家規模での認定試験ができたことで時代は着実に変わり始めました。」という原告記事 2（文字数にして 143 文字）について、判決はその表現においては、用語の選択、全体の構成の工夫、特徴的な言い回しなどにおいて、作者の個性が表れているとして、著作物としての創作性を肯定した。

は殆ど見られない。具体的には、日照権に関する公知の事実や法律問題を一般向けに解説するという性質に起因する制約があるものの、東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁〔日照権〕（秋吉稔弘裁判長）は、著作物性を肯定するための要件たる創作性について、記述中に公知の事実又は一般常識に属する事柄を内容とする部分が存在するとしても、これをもち直ちに創作性を欠くものということとはできず、「用語の選択」「叙述の順序」「いまわし」の違いによつて、同じく日照権問題に関する法的現象の推移に関する記述であつても、読者の脳裏に浮ぶ問題意識の内容に差異を生ずるのは当然であるから、これをいかなる言語を用いて表現するかは異なりうるので、その具体的表現に創作性が認められる限り、著作物性を肯定すべきという抽象論¹¹⁹を示したうえで、原告『日照権—あすの都市と太陽—』と題する書籍中の下記対照表B6（125字）、B5（189字）、B1（224字）、B2（418字）などの各記述について、表現の「創意」「工夫」などに言及することなく、著作物であると認めた。そのうえ、被告『日照紛争と環境権—その理論と実務—』と題する書籍中の各対応する記述は、いずれも語彙、語順、言い回しなどの具体的な言語表現上の各要素において原告各記述と殆んど同一であることを理由に著作権侵害を肯定している¹²⁰。

〔日照権〕事件

対照表（裁判所HPより、下線、字数は筆者整理）

原告書籍	被告書籍
『日照権—あすの都市と太陽—』	『日照紛争と環境権—その理論と実務—』
B6（文字数125字）	A6

¹¹⁹ 抽象論に関して同旨を説く裁判例として、東京地判平成10年11月27日判タ992号232頁〔壁の世紀〕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、様々な方法があり得るのであるから、歴史的事実に関して記述が創作的に表現した著作物ではないといえないことは明らかであると指摘している。また、東京地判平成19年5月28日裁判所HP〔租税論教科書〕（清水節裁判長）は、原理・原則・定説を内容とする租税論の入門的教科書について、記述中に公知の事実等を内容とする部分が存在するとしても、これをもち直ちに創作性を欠くということとはできないとの抽象論を示した上で、当てはめの際に、似ている部分のうち61箇所について、類似性・著作権侵害を認めた。

¹²⁰ 〔日照権〕に関して、田村教授は原告の各記述には多大な選択肢の中から語彙を選出し、その語順を決定して文章を作成したところに、創作性を認めることが可能である。被告書籍の問題部分は、そうした原告の各記述と創作的な表現を再生しているということになるから、類似性・著作権侵害が肯定されることになるかと解している（田村善之「著作権法講義ノート5」発明92巻8号（1995年8月）102-103頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）66-67、69頁）。他の見解について、渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究28号（2010年3月）232、235-236、248頁は、表現が長い場合にはそれだけ選択の自由度が増し、短いものに比べて制約が少ないため、創作性が肯定されやすくなると指摘している。比良友佳理〔判批〕（弁護士のかず）知的財産法政策学研究37号（2012年3月）336頁は、日照権事件では類似性・著作権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、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と解している。

109 頁 9 行目から 12 行目まで	157 頁 8 行目から 10 行目まで
問題は、法律が全然予想もしない付近住民の同意書を要求するような行政指導が、現行法に真正面から違反するのではないかという点である。実際上の効果からいつても、指導要綱のききめはてきめんで、住民の同意がとれないため申請を取り下げた例も少なくないといわれる。	とくに問題になることは、法律が全然予想もしない付近住民の同意書を要求するような強力な行政指導が、現行法に真正面から違反するのではないかという点にある。実際上の効果からいつても、指導要綱のききめはきわめて大きい。住民の同意がとれないために申請を取り下げざるをえなかつた例も少なくないからである。

B5 (189 字) 107 頁 11 行目から 108 頁 1 行目まで	A5 153 頁 15 行目から 154 頁 2 行目まで
東京都など一部の自治体では、法令上の制限に反しない建築確認申請についても、住民の日照保護のためにかなり強力な行政指導を以前から実施してきた。確認申請を受理する前に付近住民の了解を求めさせるとか、業者と住民の交渉をあつせんし、日照被害を少なくするような設計変更を勧告するとか、確認に際して「トラブルを生じたときは誠意をもつて住民と話しあう」旨の一札をとるなどの取扱いがそれである。	東京都など一部の自治体では、法令上の制限に違反しない建築確認申請についても、住民の日照保護のためにかなり強力な行政指導を以前から実施している。①確認申請を受理する前に付近住民の了解を求めさせる、②業者と住民の交渉をあつせんし、日照被害を少なくするような設計変更を勧告する、③確認にさいして「日照紛争が生じたときは誠意をもつて住民と話し合う」旨の一札をとるなどの取扱いがそれである。

B1 (224 字) 120 頁末行から 121 頁 5 行目まで	A1 37 頁 9 行目から 13 行目まで
住宅地の日照が高層化の推進とともに一方的に奪われてゆくというような事態は、明治二十九年の民法の立法者が予想もしなかつたことであつた。学説や裁判例も、この新しい事態に即応して実効的な解決を与えることはできなかつた。しかし日照を守る住民たちの主張は、一般市民の間に広い共感をよんだだけでなく、相手方の企業からも部分的な承認を得て、自主的な紛争解決の実績をつみあげてきた。そこには、市民社会の生きた法としての日照権のめばえを	住宅地の日照が高層化の推進とともに一方的に奪われていくというような事態は、明治二九年の民法の立法者が予想もしなかつたことであつた。裁判例も、この新しい事態に必ずしも十分に即応して実効的な解決を与えることはできなかつた。しかし、日照を守る住民たちの主張は、相手方企業からも部分的な承認を得て、自主的な紛争解決の実績をつみ上げてきている。そこには、市民社会の生きた法としての日照権のめばえを明らかに読みとることができる。

明らかに読み取ることができる。	

B2 (418 字) 16 頁 4 行目から 17 頁 1 行目まで	A2 130 頁 7 行目から 16 行目まで
日本では日照と採光が混同されている、といわれることもある。たしかに、日照（妨害）と採光（妨害）とは厳密には同じでない。日照は直射日光＝陽光であり、太陽の位置に見合う一定の方位からしか得られないが、採光は要するに明るさであり、天空光からでも得られる。だから日照がゼロになつても、採光がゼロになるということはまずありえない。しかし実際には、日照と採光、日照妨害と採光妨害は重なり合う面がきわめて多い。太陽は最も強力な光源だから、日照妨害それ自体が室内の照度の著しい低下をもたらすだけでなく、日照を妨害するような建築物はこれまで被害住宅のまわりにあつた空間をせまくし、天空量（ある地点から見える天空の面積の全天に対する割合）を低下させることによつて採光を悪化させる。この場合正確には「日照および採光の妨害」というべきかもしれないが、いずれにせよ日照妨害はほとんどの場合に採光の妨害をともなつて現われ、事実上不可分の関係にある点が重要であろう。	日本では日照と採光が混同されている、といわれることがある。たしかに、日照（妨害）と採光（妨害）とは厳密には同じでない。日照は直射日光（陽光）であり、太陽の位置に見あう一定の方位からしか得られない。これに対し採光は要するに明るさである。これは天空光からでも得られる。ために、日照がゼロになつても、採光がゼロになるということはまずありえない。しかし実際には、日照と採光、日照妨害と採光妨害は重なりあう面が多い。太陽は最も強力な光源である。だから、日照妨害それ自体が室内の照度の著しい低下をもたらすだけでなく、日照を妨害するような建築物はこれまで被害住宅のまわりにあつた空間をせまくし、天空量（ある地点から見える天空の面積の全天に対する割合）を低下させる。そのことによつて採光を悪化させる。この場合、正確には「日照および採光の妨害」というべきかもしれない。しかし、いずれにせよ日照妨害はほとんどの場合に採光の妨害を伴つて現われる。よつて両者は事実上不可分の関係にある。

- ほかに、裁判所ウェブサイトで公開されている判決文からは、問題となった言語表現の全容は明らかではないが、表現の「創意」「工夫」「感想」などに言及することなく、著作物の
- 5 創作性を認めた立場を採る裁判例としては、文字数 400 字～700 字程度の日経新聞記事（東京地判平成 6 年 2 月 18 日知財集 26 巻 1 号 114 頁〔コムライン（日経新聞要約翻案）〕事件の記事⑧ないし⑪¹²¹⁾、環境影響評価準備書に対する意見（前掲東京地判平成 25 年〔会津若

¹²¹⁾ 日経新聞の記事⑧「富士通の米で WS 用ソフト販売」（本文約 615 字）、⑨「WS 使い電話市場調査」（本文約 390 字）、⑩「ソニーの CD-ROM ゲーム機」（本文約 705 字）、⑪「アップル、日本法人格上げ」（本文約 630 字）は、「その内容で、長さ等に照らし、事実の伝達にすぎない雑報及

松ウィンドファーム意見書¹²²、前掲知財高判平成26年〔同控訴審〕¹²³、経文（東京地判平成25年12月13日裁判所HP〔幸福の科学祈願経文〕¹²⁴）、などがある。

第2款 表現上の「創意」「工夫」「感想」という質的な基準について

5

一、[ホテル・ジャンキーズ] 事件

他方、前掲東京地判平成14年4月15日〔ホテル・ジャンキーズ・一審〕（飯村敏明裁判長）は、原告記述5-(1)（383字）、5-(5)（366字）といった旅行の愛好者の投稿文章について、著作物の創作性を肯定しているが、その理由について、一審判決は原告記述5-(1)、5-(5)といった旅行の愛好者の投稿文章について、①文章が比較的短く、表現に創意工夫をする余地がないもの、②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、③具体的な表現が極めてありふれたものは、いずれも該当しないのであるから、創作性を肯定した。

15

それに対し。前掲東京高判平成14年10月29日〔ホテル・ジャンキーズ・控訴審〕（山下和明裁判長）は、創作性の程度は正確な客観的判定には極めてなじみにくいものであって、必要な程度に達しているか否かにつき、判断者によって判断が分かれ、結論が恣意的になるおそれが大きいという点を考慮し、著作物の創作性を広く認めたうえで、侵害行為に対する評価において、創作性の低いものについては、侵害行為と評価できるのはそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用についてのみであって、少し表現が変えられれば非類似とし、侵害行為とは評価できない、というように表現内容に応じて著作権法上の保護を受け得るか否かを判断する手法をとることが、できる限り恣意を廃し、判断の客観性を保つという観

20

び時事の報道ではなく、著作権法上の著作物に該当することが認められる」とされた。

¹²² 環境影響評価準備書に対して、作者が条例の手續にのっとり自らの意見を述べた意見書の著作物性について、問題となった意見書は、「創作的に表現された著作物（同法2条1項1号）である」と認められた。

¹²³ 問題となった意見書は、「創作的に表現されたものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものといえるから、著作物（同法2条1項1号）である」と認められた。

¹²⁴ 地球人を誘拐する宇宙人の悪行を封印し、主に帰依する者の守護を祈願する旨の経文の著作物性については、「地球人をさらい」で始まり、その途中に「地球に守護神、エル・カンターレあり。その魂の兄弟、リエント・アール・クラウドこそ、」との部分や、「われらエル・カンターレの弟子一同、地球を愛と慈悲の光の星とすべく、日々努力せる者なり。」との部分を含み、「ご指導、まことにありがとうございました。」で終わるものであって、この経文には、「原告代表役員の個性が表現されているものといえるのであって、その思想又は感情を言語によって創作的に表現したものである」と認められた。

この事件に関して、平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）知的財産法政策学研究46号（2015年5月）359-360頁は、この経文については、一般的な文書にみられない表現が多く、〔ライントピックス（YOL）〕事件と比較しても一定の長さがあり、創作性を認めることに問題はないと指摘している。

点から妥当であると判示している。

〔ホテル・ジャンキーズ〕事件

対照表（ウエストロー・ジャパンより、字数、被告転載文の下線は筆者整理）

原告記述	被告転載文		
5-(1)（全体 383 字、下線部分 334 字）	15頁	一審	二審
ありーさん、はじめまして。 <u>昨年</u>の4月に、<u>パンコールラウト</u>へ行く前泊として、<u>KLリージェント</u>に泊まりました。 <u>リージェント</u>は道路の反対側が<u>KLプラザ</u>、<u>ロット10</u>や<u>伊勢丹</u>などの<u>ショッピングモール</u>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） <u>リージェント</u>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<u>KL</u>に行くとしたら、また<u>リージェント</u>に泊まると思います。 <u>KL</u>でお買い物中心の滞在だったら、この<u>Bukit Bintan</u>通リ周辺か、最近新しいホテルが増えている<u>ペトロナスタワー</u>周辺が便利かな？ <u>KL</u>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	<u>昨年</u>の4月に、<u>パンコールラウト</u>へ行く前泊として、「<u>クアラルンプールリージェント</u>」に泊まりました。「<u>リージェント</u>」は道路の反対側が<u>クアラルンプールプラザ</u>、<u>ロット10</u>や<u>伊勢丹</u>などの<u>ショッピングモール</u>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）。「<u>リージェント</u>」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「<u>ヒルトン</u>」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<u>クアラルンプール</u>に行くとしたら、また「<u>リージェン</u>」トに泊まると思います。<u>クアラルンプール</u>でお買い物中心の滞在だったら、この<u>Bukit Bintan</u>通リ周辺か、最近新しいホテルが増えている<u>ペトロナスタワー</u>周辺が便利かな？（どきん）	5-(1)の下線部分 創作性○ 類似性○	5-(1) 創作性○ 類似性○

に待っています。			

5-(5) (全体366字、下線275字)	58頁	一審	二審
>F様 はじめまして。私は先月アマンダリに滞在してきたばかりです。アマンダリはどの部屋も塀に囲まれていますので、もし外部から見られるとしても、デュプレックスの2階から少し見られてしまう程度で、アマンキラで言われている丸見えということはありません。通路からは全く見られません。 また、どのスイートがどの配置にあるのかわからないのですが、眺めという点では最も溪谷に近い側が良さそうです。ただ、塀がありますので、部屋からではなくデュプレックスの2階から&庭の屋外ダイニングから見る、という感じかもしれません。(実際に溪谷側から見てないのでアバウトで申し訳ありません) ちなみに、今思うとウェルカムドリンクはシャンパンのハーフボトルでした。個人的にはワインが苦手なのでこっちの方が嬉しい…。 帰国後のレポートも楽しみにしております。楽しいご旅行を！	先月「アマンダリ」に滞在してきたばかりです。「アマンダリ」はどの部屋も塀に囲まれていますので、もし外部から見られるとしても、デュプレックスの二階から少し見られてしまう程度で、「アマンキラ」で言われている丸見えということはありせん。通路からは全く見られません。また、どのスイートがどの配置にあるのかわからないのですが、眺めという点では最も溪谷に近い側が良さそうです。ただ、塀がありますので、部屋からではなくデュプレックスの二階からと庭の屋外ダイニングから見る、という感じかもしれません。(実際に溪谷側から見てないのでアバウトで申し訳ありません)。(どきん)	5-(5)の下線部分 創作性○ 類似性○	5-(5) 創作性○ 類似性○

この違いに関しては、渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）は、表現が長い場合にはそれだけ選択の自由度が増し、短いものに比べて制約が少ないため、創作性が肯

定されやすくなる¹²⁵と述べ、控訴審判決の考え方に賛同しているようだ。他方、平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）は、旅行記について、単なる滞在した場所や時間を記載するのみならず、感想等を交えるなど表現上の工夫がある場合には創作性が肯定される、という一審判決を支持するような見解を述べている¹²⁶。学説でも意見が分かれているようである。

二、〔火災保険改定説明書面〕事件

若干長い言語表現についても、著作物の創作性が認められるためには、表現上の「創意」「工夫」「感想」のような条件を付ける、前掲東京地判平成14年4月15日〔ホテル・ジャンキーズ・一審〕（飯村敏明裁判長）と似たような見解を示した裁判例としては、東京地判平成23年12月22日裁判所HP〔火災保険改定説明書面〕（大鷹一郎裁判長）、などがある。

〔火災保険改定説明書面〕は、原告と被告の保険代理店契約が解除された後に、被告が原告の顧客に保険の勧誘を行ったことが問題になった事案で、被告が案内資料を送付する際に使った書面が、原告が作成した説明書面のデッド・コピーに近い利用だったことから、著作権侵害の成否について判断されることになった。争点となった説明書面は、火災保険改定の内容を顧客向けに言語表現で説明する本文部分（1枚目、「主な改正の内容」部分は491字）と、それに関連した図表などが記載された別添資料部分（2枚目）とからなるものである。

判決の説示は、原告の火災保険改定説明書面の中、1枚目の本文部分は主な改正の内容が3点に整理されて、それぞれの内容が数行程度の言語表現で紹介されるとともに、重要な部分については、太文字で表記され、下線が付されている。また、別添資料部分においては、フローチャート方式の図表を用いた説明がされ、当該フローチャート図の中に、白抜きの文字や太い矢印を適宜用いるなど、視覚的にも分かりやすくするための工夫が施されている。このような説明書面の構成やデザインは、火災保険改定の内容を正確に記述しつつも、より分かりやすく説明するという観点からの工夫が施された表現を含むものであるから、原告の火災保険改定説明書面は著作物にあたるものとされた。そして、被告案内資料は、被告が原告の火災保険改定説明書面に「見本①」及び「見本②」の文字、矢印及び文字囲みを手書きで加えたものにすぎず、原告の複製権を侵害するものと判断された¹²⁷。

¹²⁵ 渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究28号（2010年3月）232-233、248頁。

¹²⁶ 平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）知的財産法政策学研究46号（2015年5月）356頁。

¹²⁷ この事件に関して、企業法務戦士〔判批〕（浄水器取扱説明書）は、保険の改定の内容を説明するにはこれしかない極めて「ありふれた」表現であって、重要な部分を太字にしたくらいで著作物性が肯定されることについて、議論があると、判決を批判している（企業法務戦士の雑感

三、[いのちを語る（光の人映画）] 事件

- また、東京地判平成 25 年 3 月 25 日裁判所 HP [いのちを語る（光の人映画）]（大須賀滋
5 裁判長）は、原告はノンフィクションを内容とするドキュメンタリー映画「A Man of Light」
（「光の人」）中の博士とのインタビュー部分に関する被告記述部分が、原告翻訳文等の著作
権を侵害すると主張した事案である。原告インタビュー部分の構成は、インタビューの冒頭
に質問を要約したナレーション（58 字）で示し、続けて回答部分を流すとともに、画面上
にその日本語訳（251 字）を字幕で流すというものである。判決では、251 字の日本語訳に
10 ついて、必ずしも博士の回答をそのまま訳したものではなく、日本語としての分かりやすさ
等を考慮して語順を入れ換えた部分など¹²⁸、表現上の工夫を見出すことができるのである
から、この日本語訳の部分は、訳語及び訳文の選択につき、著作物の創作性が認められた¹²⁹。

[いのちを語る（光の人映画）] 事件

- 15 博士回答部分の原文（単語数 123、文字数 590）

Well, of course, the atomic bomb was a great tragedy, and killed a lot of people. I think ever there was a war, that's sorts of conflicts that tragedy was inevitable. And so it actually was quite wonderful that what started out something irregular tragedy is now based in part for the genome project which really has the capacity to help tremendous number of people, to improve medicine, to improve life and people, to make health better all around the world. I think it's a sort of classical example making plows out of sword what left residual terrible period and history using it developing something new, and something wonderful. It was very negative, but becoming very positive. I think that's a good thing.

（2012 年 2 月）<http://d.hatena.ne.jp/FJneo1994/20120204/1336070219> 参照（2016 年 1 月 29 日確認）。

¹²⁸ 例えば、「it's a sort of (a) classical example」を「歴史的にもみられるよい例だと思えます。」と訳すなど、直訳的表現ではなく独自の「工夫」といえる点が存在し、また、「using it developing something new, and something wonderful」の部分「making plows out of sword」の訳部分に組み込み、「剣から鋤（新たな素晴らしいもの）を作り出す」と訳している点についても、表現上の「工夫」を見出すことができるとされた。

¹²⁹ ただし、被告記述部分の作成は、この字幕部分に係る原告の翻案権を侵害するものに当たらないとして、請求は棄却された。なお、知財高判平成 25 年 9 月 10 日裁判所 HP [同控訴審] は、インタビュー部分のうちの字幕部分と被告記述部分のうちの博士発言の紹介部分とを対比し、両者はその訳文としての具体的表現において大きく異なり、後者の紹介部分からは、この字幕部分における訳語及び訳文の選択についての本質的特徴を感得することはできないとし、控訴を棄却した。

対照表（裁判所 HP より、字数、下線は筆者整理）

原告ナレーション部分（58 字） 創作性×	被告記述部分 類似性×
アメリカが日本に原爆を投下した後、犠牲者たちが <u>ヒトゲノム</u> 計画に利用された事実に関してC博士のお考えをお聞きしました。	そのなかで、彼女はC博士という、ノーベル賞クラスといわれている遺伝学の専門家にインタビューしています。 「広島と長崎の被爆者の、とくに血液データによる遺伝情報を、 <u>ヒトゲノム</u> につなげたというのは、どういうわけですか？」
博士回答の日本語訳（251 字） 創作性○	C博士は、その理由を述べ、あとでこう言っています。 「おっしゃるように、アメリカの専門家による被爆者の遺伝子の調査がありました。日本人の被爆者のデータをもとに、 <u>ヒトゲノム</u> 解析プログラムができたのも、そのとおりの事実です。私自身は <u>戦争</u> には反対です。でも、 <u>戦争</u> は起こってしまった。その <u>悲劇</u> はそれなりに受け止めるとともに、 <u>戦争</u> によってであっても、人間の未来のために使えるデータを得たとしたら、それはどんどん使って、未来を明るくして生きていけばいいんです。」
そうですね、もちろん、原爆は多くの人命を奪った大変な <u>悲劇</u> でした。 <u>戦争</u> であり、衝突があったのですから <u>悲劇</u> は避けられないものでしょう。 <u>悲劇</u> であったことが今では多くの人々を救い、薬を改善し、人と命を向上させ、世界中をより健康にする可能性を持った <u>ゲノム</u> プロジェクトの礎の一つになりえたことは素晴らしいことです。 <u>戦争</u> という人類の <u>悲劇</u> の時代に剣から鋤（新たな素晴らしいもの）を作り出すというのは歴史的にも見られるよい例だと思います。ネガティブなことが非常にポジティブなものになりつつあります。良いことだと思います。	

四、検討

- 5 確かに文字数 120 字を超える程度の若干長い言語表現についても、著作物の創作性が認められるためには、各種の表現上の「創意」「工夫」「感想」という条件が付けられると読める判決や学説がある。しかしながら、これらはすべて著作物の創作性、そして類似性を肯定した事案であるゆえに、こうした高度の創作性のような条件付きを判断するために必要であるとする立場に立っているかどうかは実は不明であり、著作権侵害を肯定する判決における、著作物の創作性を認める方向に働きうる要素として斟酌されているものが、はたしてそれ（のみ）を欠く場合に著作物の創作性を否定する結論に至るのか否かということは定かではなく、傍論と目すべきものであろう。さらに、前述したように、著作物性が認められるための創作性に関しては、①その高低や学術的あるいは芸術的な価値は裁判官の判断に馴染まないと考えられていること、②歯止めとしてより簡易、明確かつ安定した判断基準を定
- 10

立することが必要であることに鑑み、「創意」「工夫」「感想」とは多義的なものであって、むしろ語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目し、目安として文字数 120 字を超える程度の量的指標だけを見る分にはそこに「創意」「工夫」「感想」があり、著作物の成立要件としての創作性が認められてもいいと解すべきであろう。

5

第3款 まとめ

以上をまとめると、言語表現の実用面・機能面に起因する制約があっても、東京地判〔日照権〕をはじめ、裁判例では後述「ありふれた言語表現」が争点となった事例を除き、語彙、
10 語順、言い回しなどの具体的な表現に着目し、目安として一つのまとまりのある言語表現が文字数 120 字を超えて長くなると、アイデアの不可避免的な言語表現に当たらず、著作物の成立要件としての創作性が肯定される傾向にあるといえる。この点に関して、後続の行動の自由を確保するという観点に鑑み、一つのまとまりのある言語表現の字数が多くなるということは、それだけ字数に由来する制限が少なくなり、同じアイデアを表現する手段は非限定的
15 的となってくることを意味している¹³⁰から、その分、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現の選択肢も多くなり、著作権の保護を及ぼしてもアイデアに保護を与えることになる懸念がない。また、文字数 120 字を超えて、一つのまとまりのある言語表現をもつと、これほど長さの言語表現が簡単に我々の口の端に上るものではないから、著作物の創作性を認めたとしても、後発者があえてそれに依拠してそのままの利用又はデッド・コピーに近い
20 利用をしない限り、著作権を侵害するおそれがなく、かえってそこまでの模倣を許容してしまうと、創作のインセンティブに支障を来すことになるだろう。このように裁判例において、目安として文字数 120 字を超える程度の量的指標に関しては、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現において、選択肢が多様に残っているのかということを示す基準として、ある程度の相場というものが確立してきていると評価することができよう。

25

第4項 単純に決まり文句の組合せた言語表現

第1款 問題提起—ありふれた言語表現を何と捉えるか

30 決まり文句の組合せが著作物といえるか否かが争点となった裁判例について、東京地判平成7年12月18日知財集27巻4号787頁〔ラストメッセージ〕（西田美昭裁判長）は好素材を提供している。判決の説示は、「誰が著作しても同様の表現となるような『ありふ

¹³⁰ 田村善之「著作権法講義ノート2」発明92巻5号（1995年5月）91頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）15頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）423頁、同「裁判例にみるプログラムの著作物の保護範囲の確定手法（その2）（完）—質的な基準と量的な基準—」知財管理65巻11号（2015年11月）1484頁。同旨のものとして、村井麻衣子〔判批〕（風にそよぐ墓標（日航機墜落事故）・控訴審）著作権研究42号（2016年5月）190頁。

れた表現』のものは、創作性を欠き著作物とは認められない」という抽象論を示したうえで、雑誌の最終号に掲載された休廃刊の挨拶文について、前掲28字の「銀座3丁目から」の挨拶文をはじめ、「なかよしデラックス」(188字)、「壮健ライフ」(242字)、「VEGETA」(335字)、という7点の挨拶文がいずれも①休廃刊の告知、②読者等に対する感謝又はお詫びの表明、③休廃刊後の再発行や新雑誌発行の予定の説明、④同社の新雑誌や関連雑誌の愛読要望の表明、といった定型文をありふれた表現で記述しているにすぎないものとして創作性を否定した。一方、上記7点を除くその他の挨拶文、例えば「ギアマガジン」(160字)、「メル」(164字)、「MAYA」(186字)、「NESP A」(353字)、「サムアップ」(460字)など、表現として大なり小なり創作性を備えているものと解し、著作物であると認めた。

この事件は、被告が休廃刊となった雑誌の最終号に掲載された挨拶文をまとめて、フォト・コピーの方法により印刷した『ラストメッセージ in 最終号』という書籍を発行した事案であったため、問題となった挨拶文の著作物性が認められるのか否かということだけがまさに著作権侵害の成否を決するポイントとなった。では、著作物の創作性の有無が分かれた基準がに關しては、判断のばらつきをどのように説明できるだろうか。

この点に關して、表現がありふれたものであるか否かは、法的規範的な評価を含むため、常に一義的に明確に判断できるというものではなく、①問題となる表現が同種の表現において標準的に採用される表現と比べてどの程度特徴的なものかという点と、②当該表現を著作権により保護した場合に後発者の表現活動にどの程度の不自由が生じるかという点とを相関的に考慮して、ケースバイケースで判断すべきであり、限界的な事例では評価が分かれることもある¹³¹、との指摘がある。

もっとも、具体的事例からみると、この事件において著作物の創作性を肯定したものと否定したものが分かれた分岐点は、一つのまとまりのある言語表現の全体にわたり、単純に決まり文句で組み合わせたことであるかどうかを問うものである。すなわち、188字の「なかよしデラックス」、242字の「壮健ライフ」、335字の「VEGETA」という、全体として若干長い言語表現であるが、その全体にわたり単純に、①休廃刊の告知(「なかよしデラックス」「壮健ライフ」「VEGETA」)、②読者等に対する感謝又はお詫びの表明(「なかよしデラックス」「壮健ライフ」「VEGETA」)、③休廃刊後の再発行や新雑誌発行の予定の説明(「なかよしデラックス」「壮健ライフ」「VEGETA」)、④同社の新雑誌や関連雑誌の愛読要望の表明(「なかよしデラックス」「壮健ライフ」)、という休廃刊の挨拶文のいずれかの、決まり文句で組み合わせた言語表現だけでは、ありふれた表現という理由付けで著作物の創作性は否定された。一方、そうでない場合に、例えば160字の「ギアマガジン」、164

¹³¹ 島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(2009年10月・有斐閣)26-27頁(横山久芳執筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁。

字の「メル」、186字の「MAYA」のように、決まり文句で組み合わせた挨拶文に普通こうは書かない一文以上の非定型表現が付け加わっただけのものについて、ありふれた表現にとどまらず、著作物の創作性を肯定したのである。

5 「ラストメッセージ」事件

(裁判所 HP、判時 1567 号 134-135 頁より、字数は筆者整理)

「なかよしデラックス」(創作性×)

(執筆担当者「なかよし編集部」との表示を除くと、188 字)

	文字数	休廃刊の定型文
おしらせ	4 字	告知
いつも「なかよしデラックス」をご愛読いただきましてありがとうございます。	36 字	読者に対する感謝の表明
「なかデラ」の愛称で 15 年間にわたって、みなさまのご声援をいただいてまいりましたが、	42 字	読者に対する感謝の表明
この号をもちまして、ひとまず休刊させていただきましたこととなりました。	32 字	休刊の告知
今後は増刊「るんるん」をよりいっそう充実した雑誌に育てていきたいと考えております。	41 字	休刊後の新雑誌発行の予定の説明
「なかよし」本誌とともにご愛読くださいますようお願い申し上げます。	33 字	同社の新雑誌の愛読要望の表明
なかよし編集部		

10 「壮健ライフ」1986 年 2 月号 学習研究社 (創作性×)

(「編集後記・お知らせ」との表示を除くと、242 字)

	文字数	休廃刊の定型文
編集後記・お知らせ		
★昭和五十七年十二月号創刊以来、三年三か月にわたって発行してまいりました小誌は、この二月号をもっていったん休刊し、	57 字	休刊の告知
近々、誌名・内容を刷新して再発行いたします。	22 字	休刊後の新雑誌発行の予定の説明
長い間ご愛読いただき、まことにありがとうございました。	27 字	読者に対する感謝の表明

心から御礼申し上げますとともに、新雑誌へのご支援をよろしくお願い申し上げます。	39 字	同社の新雑誌の愛読要望の表明
★新・健康誌は、新しい読者層の開拓と、その関わり合いとを深めるため、これまでの「壮健ライフ」のイメージ・内容を一新し、誌名も改題して、まったく新しい健康分野に挑戦いたします。	86 字	休刊後の新雑誌発行の予定の説明
どうぞご期待ください。	11 字	同社の新雑誌の愛読要望の表明

「VEGETA」(335 字) (創作性×)

	文字数	休廃刊の定型文
「VEGETA・ベジタ」休刊のおしらせ	19 字	休刊の告知
小誌は、昭和六三年四月に野菜と健康の情報誌「VEGETA・ベジタ」として創刊し、その理念に多くのかたがたより深いご賛意と共感をたまわり、厚いご支援の中で現在に至りました。	85 字	読者に対する感謝の表明
しかしながら、このたび突然ではございますが、諸般の事情により本号（四月）をもちまして休刊の止むなきに至りました。	56 字	休刊の告知
創刊以来五年の永きにわたりご愛読いただきました読者の一皆様、またお力添えをいただきました諸先生に、ここにあらためまして心より御礼もうしあげます	71 字	読者等に対する感謝の表明
とともに、不本意ながら休刊の運びとなりましたことを、深くお詫びいたします。	37 字	読者等に対するお詫びの表明
いずれ、再スタートの機をかたく心に誓う所存でございますので、なにとぞ事情ご賢察のうえ、ご理解たまわりますよう伏してお願い申し上げます。	67 字	休刊後の再発行予定の説明

「ギアマガジン」1993 年 4 月号 学習研究社 (160 字) (創作性○)

	文字数	休廃刊の定型文
あたたかいご声援をありがとう	14 字	読者に対する感謝の表明

昨今の日本経済の下でギアマガジンは、新しい編集コンセプトで再出発を余儀なくされました。皆様のアンケートでも新しいコンセプトの商品情報誌をというご意見をたくさんいただいております。	89 字	非定型文
ギアマガジンが再び店頭に並ぶことをご期待いただき、	25 字	休刊後の再発行予定の説明
今号が最終号になります。	12 字	休刊の告知
長い間のご愛読、ありがとうございました。	20 字	読者に対する感謝の表明

「メル」1986年12号 学習研究社（創作性○）

（執筆担当者「メル編集部」との表示を除くと、164字）

	文字数	休廃刊の定型文
■ご声援ありがとうございます！！	11 字	読者に対する感謝の表明
1年間、表紙を飾ってくれたピンク＆ミントのふたり。かわいい！と大人気でしたが、	39 字	非定型文
今月号でひとまず、みなさんとお別れです。	20 字	廃刊の告知
ご声援にお答えする意味で、今月号はおまけ企画でも大活躍してもらいました。	36 字	非定型文
生まれ変わる新しい雑誌でも、何かの形で登場してもらう予定ですが、	32 字	廃刊後の新雑誌発行の予定の説明
これまでのご声援に、作者とともにお礼を申しあげます。	26 字	読者に対する感謝の表明
メル編集部		

5 「MAYA」1992年2月号 学習研究社（創作性○）

（「読者の皆様へ」、執筆担当者「学研マヤ編集部」との表示を除くと、186字）

	文字数	休廃刊の定型文
読者の皆様へ		
「マヤ」はこの2月号を持って休刊いたします。	22 字	休刊の告知
3年半に渡る読者の皆様のあたたかいご支援に心よりお礼申し上げます。	33 字	読者に対する感謝の表明
ビジュアルで、かりやすいオカルト入門書として「マヤ」は可愛がって貰うべく努力してきました	45 字	非定型文

した。		
しかし、当初の志とは裏腹に読者の皆様のご期待に添えるまでに成長するに至りませんでした。	43 字	非定型文
誠に心苦しく残念ですが休刊のやむなきに至りました。	25 字	休刊の告知
長い間のご愛読有り難うございました。	18 字	読者に対する感謝の表明
学研マヤ編集部		

「NESPA」 1988 年 6 月号 学習研究社 (353 字) (創作性○)

	文字数	休廃刊の定型文
休刊のお知らせ	7 字	休刊の告知
N E P S A ご愛読ありがとうございました。	20 字	読者に対する感謝の表明
東京地方の桜の開花が待たれる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。	71 字	非定型文
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ください。”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。	112 字	非定型文
それ以来、毎号毎号、ハガキが増え続けました。	22 字	非定型文
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。	29 字	非定型文
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。	46 字	非定型文
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。	18 字	読者に対する感謝の表明

「サムアップ」 1986 年 3 月 20 日号 集英社 (創作性○)

5 「To Readers」「愛読者のみなさまへ」との表示を除くと、460 字)

	文字数	休廃刊の定型文
To Readers		
愛読者のみなさまへ		
ようやく、日本列島に春の気配が感じられる季節になってまいりました。 みなさまは、いかがお過ごしでしょうか。		非定型文
さて—。 突然ですが、「サムアップ」は、この号をもって、最後の頁を閉じさせていただきます。	46 字	廃刊の告知
私たちは、ヤングのマネー誌として姿をととのえ、みなさまの温かいご支持を得て参りましたが、いっぽう、昨夏、集英社の、私たちと同じグループから、「ビジネス・ジャンプ」を創刊いたしましたところこの新雑誌が、爆発的な人気を博すことができました。	119 字	非定型文
そこでこの度、同じ読者のみなさまに支えられ、同じ関心を表現していく雑誌として、「サムアップ」を「ビジネス・ジャンプ」のなかに発展的に合併していこうということになったしだいです。	88 字	非定型文
同時に、三月から、「ビジネス・ジャンプ」は月二回刊に姿をかえ、「サムアップ」で人気のあった記事も、積極的に取り上げてゆく予定です。	65 字	非定型文
ほんとうに—。 長い間、ご愛読ありがとうございました。	26 字	読者に対する感謝の表明
みなさまの、「サムアップ」への熱烈なご支援を新しい春から「ビジネス・ジャンプ」へと注いでくださることを切に、お願い申し上げます。	64 字	同社の関連雑誌の愛読要望の表明

- 5 一つのまとまりのある言語表現の全体にわたり単純に決まり文句で組み合わせたことであるかどうかを問う、という著作物の創作性の有無の判断基準に賛成するものとして、五十嵐先生は、定型的表現につき特定人に独占権を付与すべきではないから、「なかよしデラックス」(184 字)のような挨拶文については、ある程度の長さはあるものの、定型的な表現を超えるものではなく、創作性が認められないことにつき賛成する。一方、創作性が肯定された「ギアマガジン」(160 字)については、「なかよしデラックス」より若干短い表現ではあるものの、定型的ではなく、独自の言い回しなどを用いている点で創作的表現であると判

断された。微妙な事例ではあるがかかる判断には同意できると述べている¹³²。また、荒竹先生は「VEGETA」(335字)が否定され、「ギアマガジン」が肯定されているのは、「VEGETA」が挨拶文として、定型的な表現になっているからである¹³³と指摘している。

5 平澤卓人〔判批〕(幸福の科学祈願経文)も、判決は「VEGETA」のように定形化しており、誰でも使用し得るものは著作物とは認められない一方、そうでない「メル」や「NESPA」の言語表現は著作物の創作性が肯定される¹³⁴と解している¹³⁵。田村教授も、一つのまとまりのある言語表現が若干長いが、関連雑誌の愛読を要望する決まり文句が付け加わっただけの「なかよしデラックス」(188字)、「壮健ライフ」(242字)も同様である。

10 より長文である「VEGETA」(335字)は限界線上に近づいた事例といえるが、全体にわたり単純に決まり文句で構成されていたことが創作性を否定される結果を導いたのである。それに対し、全体にわたり全て決まり文句で構成されていることがなく、わりと長めの言語表現である「NESPA」(346字)辺りになってくると、創作性が認められた。又、創作性が認められた「ギアマガジン」(160字)は限界線上に位置している事例であって、「VEGETA」より「ギアマガジン」の方が短いであるが、普通こうは書かない一文の表現を

15 用いていることが創作性を肯定される方向に斟酌されたのであろうが、この程度の短文に創作性を認めるべきなのか疑問が残る¹³⁶と指摘している。

それに対して、創作性要件を緩やかに判断すべきものとして、作花先生は、何をもってありふれた表現と評価するかは、かなり微妙な判断が求められる問題であり、[ラストメッセ

¹³² 五十嵐敦〔判批〕([ラストメッセージ])は中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)9頁。

¹³³ 荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年9月・産経新聞)34-35頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』(2014年2月・中央経済社)15-16頁。

¹³⁴ 平澤卓人〔判批〕(幸福の科学祈願経文)知的財産法政策学研究46号(2015年5月)356頁。

¹³⁵ 同旨のものとして、比良友佳理〔判批〕(弁護士のかず)知的財産法政策学研究37号(2012年3月)334-335頁は、絞切り型の表現が用いられている文章は使用できる単語や言い回しが限られているので、裁判所は短い定型的な挨拶文について保護を否定している一方、ある程度の長さがあり、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保護を認めていると指摘している。渡部俊英〔判批〕(ライブドア裁判傍聴記・控訴審)知的財産法政策学研究28号(2010年3月)232頁は、裁判所は短い定型的な挨拶文について創作性を否定していると解している。井上由里子〔判批〕(ライブドア裁判傍聴記・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)13頁も、定型的でありふれた表現について、表現の選択肢が限られているゆえに、創作性が厳格に判断されると解している。

¹³⁶ 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)16-17頁、同「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト2007年6月号7頁、「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(2)一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等」知的財産法政策学研究17号(2007年11月)80-81頁、『知的財産法』(第5版・2010年5月・有斐閣)423-425頁。

ただし、田村善之「引用の現代的意義」第59回放送法務研究会(2009年3月9日)は、「ギアマガジン」かなり独特な表現を使っているので、独占されても、著作権の保護範囲を狭く考えておけば困らないかもしれない。「NESPA」も、創作性が認められたとしても、著作権の保護範囲をすごく狭く考えなければいけないと補充している。

ージ]において、創作性が肯定されたものと否定されたものの中には、認定する者により判断に相違があり、必ずしもいずれか判断できないようなものもある。当該内容を表すには誰しもこれ以外の表現をなし得ないようなものであれば、創作性は否定されるべきであるが、それ以外の場合は、ある程度ありふれたであっても著作物性については肯定的に捉え、類似性の段階において著作権の保護範囲の問題として妥当な幅を画定すべきものである。このように幅広く著作物性を認めても、ありふれた表現のそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用が規制されるとしても、不合理な結果は生じないものである¹³⁷と指摘している。同旨の意見として、高林教授は「ラストメッセージ」事件において「壮健ライフ」(242字)のような若干長い言語表現の場合、誰が書いても同様の表現になるとはいえず、このような長い言語表現の全体を作者に独占させても誰も困らないであるので、ありふれた表現であったとしても一つのまとまりのある言語表現全体としてみるならば創作性が認められ、その言語表現全体をそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用をすることは複製権侵害が認められてよいことになる¹³⁸と指摘している¹³⁹。

以上のように、短い言語表現全体にわたり決まり文句で組み合わせた挨拶文に著作物の創作性を否定すべきことはおよそ異論がないが、文字数 120 字を超える程度の若干長い言語表現であるが、一つのまとまりのある言語表現全体にわたり決まり文句で組み合わせた挨拶文、または普通こうは書かない一文の表現が付け加わっただけの若干長い挨拶文について、意見が分かれている。

第2款 ありふれた言語表現の著作物性を否定する根拠

ありふれた言語表現について、以下の理由により、「経験的な視点」および「規範的な視点」という二つの手法によって解釈されると評価することができる。

一、経験則に基づく決まり文句の判断

確かに前述した文字数 120 字を超える程度の量的指標によれば、242 字の「壮健ライフ」や 335 字の「VEGETA」のような若干長い言語表現の場合には、これほど長さの言語表現が簡単に我々の口の端に上るものではなく、また、誰が書いても全く同じような表現にな

¹³⁷ 作花文雄『著作権法制度と政策』(第3版・2008年4月・発明協会)15頁、同『詳解著作権法』(第4版・2010年4月・ぎょうせい)81、86-87頁。

¹³⁸ 高林龍『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)22頁、23頁の注2、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁。

¹³⁹ このほかの意見として、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)23頁(松村信夫執筆)は、「ラストメッセージ」事件のように表現に選択の余地が少ない表現であっても、そこに表現者の工夫が表出していれば著作物と認めてよい。そして、その創作性が認められる範囲に限界がある以上、著作物として保護される範囲も狭いと指摘している。

るとはいえず、このような一つのまとまりのある言語表現全体を作者に独占させても誰も困らないかもしれない。しかしながら、いくら長大なものであったとしても、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目すれば、創作者は既存の決まり文句をそのまま複製した場合には、その作成した表現は既存の決まり文句の複製物であって、創作者の創作に属するものではないから、当然そこには著作物の創作性が否定されるとする。[ラストメッセージ] 事件において、例えば「V E G E T A」という休廃刊の挨拶文について、全体として 335 字の若干長い言語表現であって、それとほぼ同じ内容の既存の言語表現に関する証拠がどこにもなかった。しかし、それを文章ごとに分けて、細分化して見れば、①「小誌は、(創刊日)に野菜と健康の情報誌(雑誌名)として創刊し、その理念に多くのかたがたより深いご賛意と共感をたまわり、厚いご支援の中で現在に至りました。」(76 字)(読者に対する感謝の表明)、②「しかしながら、このたび突然ではございますが、諸般の事情により本号(四月)をもちまして休刊の止むなきに至りました。」(56 字)(休刊の告知)、③「創刊以来五年の永きにわたりご愛読いただきました読者の一皆様、またお力添えをいただきました諸先生に、ここにあらためまして心より御礼もうしあげます」(71 字)(読者等に対する感謝の表明)、④「とともに、不本意ながら休刊の運びとなりましたことを、深くお詫びいたします。」(37 字)(読者等に対するお詫びの表明)、⑤「いずれ、再スタートの機をかたく心に誓う所存でございますので、なにとぞ事情ご賢察のうえ、ご理解たまわりますよう伏してお願い申しあげます。」(67 字)(休刊後の再発行予定の説明)、という五つの文章は、確たる証拠が提示されなかったものの、経験則¹⁴⁰に基づいていずれも従前から休廃刊の挨拶文においてよく使われている決まり文句¹⁴¹であって、しかも創作者がこれらの既存の決まり

¹⁴⁰ 大橋正春「著作物性の主張立証」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法【斉藤博先生御退職記念論集】』(2008年6月・弘文堂)195頁は、経験則については裁判所の知不知が証明の要否を決するものであって、一般的な意味での主張立証責任は問題にならないが、裁判所が問題となる経験則を知らなければその適用を求める側が不利益を受けることになると指摘している。同旨のものとして、大鷹一郎「著作物性(2)」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』(2014年6月・青林書院)27頁。

¹⁴¹ 大橋正春「著作物性の主張立証」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法【斉藤博先生御退職記念論集】』(2008年6月・弘文堂)194-195頁は、「平凡かつありふれた表現」であるかの判断について、日常用語についての裁判官のもっている知識により、また、専門分野に関するものについては、当該分野における用語等の使用状況についての知識を訴訟手続の中で取得したうえでその知識によって判断している。こうした裁判所の判断構造を前提にして、裁判所が要求しているのは、ある表現が一般的にあるいは専門分野において、日常的にかつ広く使用されているか否かという知識であり、こうした知識は、経験則の一部とされていると指摘している。同旨のものとして、大鷹一郎「著作物性(2)」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』(2014年6月・青林書院)27頁。

それに対し、岡村久道『著作権法』(2010年11月・商事法務)53-54頁、同(新訂版・2013年4月・民事法研究会)頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁は、一般に広く用いられている表現の創作性を認めると、後続者の自由な表現行為や情報の自由な流通を不当に妨げるおそれがある、というありふれた表現の創作性を認めるべきではない趣旨から、ありふれているかどうかは、既存表現が多数公表されている事実によって立証・判断されるべきであると異なる意見を述べている。

文句を一切模倣せず、独立して創作を行ったとは想像しかたい。つまり、ありふれた言語表現には著作物性がないとする根拠の一つは、一つのまとまりのある言語表現全体として、若干長いものであるが、それを個々に細分化した文章として見るとき、細分化された個々の文章は経験則に基づいて既に多くの先発者により使用されてきた決まり文句であることが解

5 することができるだろう。このように語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目し、経験則に基づいて従前からある分野においてよく使用されている決まり文句が存在するのであって、個々の細分化された決まり文句自体は創作者の創作に属するものではないから、ありふれた言語表現であると判断され、著作物の創作性が否定される。この限度でありふれた表現であるかどうかの判断は、経験則に基づくものといえよう。

10

二、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列の抽象的な表現に対する量的基準について

語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目し、個々の細分化された決まり文句自体

15 は創作者の創作に属するものとはいえないが、こうした複数の既存の決まり文句を組み合わせさせて一つのまとまりのある言語表現になる場合に、このまとまりのある言語表現全体をみて、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに記述全体を貫く抽象化した主題、設定、ストーリーなどの体系的な構成に着目すれば、これらの抽象的なレベルの表現に情報の選択・配列、構成がどの程度まで進むと、言語又は編集物¹⁴²の著作物の成立要件としての創作性を認めてよいのかということが問題となる。なぜなら、一つのまとまりのある言語表現に、創作的に表現した著作物となりうるのは、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に限られず、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに記述全体を貫く抽象化した主題、設定、ストーリーなどの体系的な構成、これらの抽象的なレベルの言語表現においても創作性を有する著作物であると評価される場合があり得るから

20 である。言うまでもなく、より大きな単位でみる場合、抽象度が上がるほど、アイデアの領域に近くなるため、著作権を主張する者が保護を求める部分があまりに抽象的なレベル

25

¹⁴² 水戸重之『「ありふれた表現」の法理』牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 4 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）6-7頁、20頁の注11は、文の組合せが段落を構成し、段落が章を構成する。このように素材の集合により創作性を獲得する例として、編集著作物とデータベースの著作物があると解している。

ただし、通常は編集物とは呼ばれないような表現類型であっても、素材を選択・配列するという要素はあるから、編集著作物の外延の確定、それと通常の著作物の区別が困難であることをすることは困難であることを指摘し、著作物一般中から「編集著作物」というカテゴリを取り出してきて別異に扱うほどの質的相違を認めがたいという見解を示す学説として、田村善之「著作権法講義ノート7」発明92巻11号（1995年11月）83頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）23頁、同「判批」（釣りゲータウン2）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）97-98頁。同旨のものとして、齊藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）105-106頁、才原慶道「判批」（知恵蔵・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）45頁。

なものである場合、それを特定人に独占させるのは弊害が極めて大きいから、往々にしてそれはアイデアであるとされ、そこに表現の創作性がないとされる。ただし、内容にまとまりのないもの、網羅的なもの、不可避なものを別として、量的に堆積する場合には量が増えれば、それだけ具体的になるのであるから、個々の要素の抽象性というよりも、これらの抽象的な要素の組み合わせた量がある一定のラインを超えると、もはやそこまで似せる必要はなく、著作物として保護される余地があり、かえってそこまでの模倣を許容してしまうと、創作のインセンティブに支障を来すことになるということである¹⁴³。したがって、複数の既存の決まり文句を組み合わせる一つのまとまりのある言語表現についても、後発者が同様の活動を行う際に支障を来さない程度に一定量を超える組み合わせ行為を行われれば、著作物として保護を受けることになる。この限度で何をもって著作物としての保護に値しない「ありふれた表現」と捉えるかという点において規範的な判断をしているものといえる¹⁴⁴。

第3款 具体的事件におけるあてはめ

一、[ラストメッセージ] 事件

以上の観点から再び[ラストメッセージ]を見直してみても、問題となった個々の挨拶文の著作物としての創作性を検討してみると、文字数最大で335字の長さ、全体にわたりわずか五つの既存の決まり文句だけで構成されている「VEGETA」の例について、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列の抽象的な表現に着目しても、①感謝の表明、②休刊の告知、③読者等に対する感謝の表明、④読者等に対するお詫びの表明、⑤休刊後の再発行予定の説明、という記述の順序は極めて論理的であり、そして量的基準に関してわずか五つの既存の決まり文句の組み合わせただけでは、著作物が認められるための必要とする量はまだ足りないと判断されていると理解することができるだろう。

¹⁴³ 山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）332頁は、個々の文章のような具体的表現の要素がありふれたものであっても、それらによって組み合わせるストーリーのような抽象的表現の要素は創作的なものでありうると示唆している。また、水戸重之「『ありふれた表現』の法理」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務4著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）6-7頁、20頁の注11は、文の組合せが段落を構成し、段落が章を構成する。これらの過程がある段階に達したときにその表現が創作性を獲得することができると指摘している。同旨のものとして、奥邨弘司＝金子敏哉「言語の著作物における創作性と翻案権侵害の判断基準」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題Ⅱ』（2012年9月・成文堂）124頁（金子敏哉講演）。視点は異なるが結論において同旨のものとして、編集著作物について、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として—」著作権研究30号（2004年7月）149頁。プログラムの著作物について、田村善之「裁判例にみるプログラムの著作物の保護範囲の確定手法（その2）（完）—質的な基準と量的な基準—」知財管理65巻11号（2015年11月）1484頁。

¹⁴⁴ 中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）57頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁。

他方、上記「ギアマガジン」(160字)については、それを細分化して見れば、①「あたたかいご声援をありがとう」(読者に対する感謝の表明)、③「ギアマガジンが再び店頭に並ぶことをご期待いただき、」(休刊後の再発行予定の説明)、④「今号が最終号になります。」(休刊の告知)、⑤「長い間のご愛読、ありがとうございました。」(読者に対する感謝の表明)、という四つの既存の決まり文句と、その間に②「昨今の日本経済の下でギアマガジンは、新しい編集コンセプトで再出発を余儀なくされました。皆様のアンケートでも新しいコンセプトの商品情報誌をというご意見をたくさんいただいております。」という89字の非定型表現とを組み合わせたものである。そもそも語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目すれば、この89字の非定型表現を含め、四つの既存の決まり文句と89字の非定型の表現とを組み合わせた全体としてのまとまりをもった挨拶文は、創作者の創作に属するものではないという理由にならないので、この全160字の若干長い言語表現について、著作物の創作性が肯定され、そして、この若干長い言語表現をそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の場合には複製権侵害が認められるという結論を導いた判決の判断は妥当であるといえよう。また、仮に、この160字の若干長い言語表現の中、89字の非定型の表現を外して、「あたたかいご声援をありがとう ギアマガジンが再び店頭に並ぶことをご期待いただき、今号が最終号になります。長い間のご愛読、ありがとうございました。」という上記四つの既存の決まり文句を組み合わせたものは複製されたにすぎない場合に、著作権を主張する者側がこの決まり文句を組み合わせた71字の文章を取り出して著作物であると主張したならば、経験則に基づいてそれは既存の決まり文句を組み合わせたものであるから、ありふれた表現として著作物の創作性が否定されることになるし、又はこの71字の挨拶文自体は短いゆえに、そもそもアイデアの不可避的な表現として創作性が否定されることになりうる。他方、著作権を主張する者が著作物の創作性が認められる160字の若干長い言語表現全体を著作物であると主張したとしても、両者に似ている部分はこの四つの既存の決まり文句を組み合わせたものにすぎず、同様の理由で著作物の保護範囲を画する類似性が否定されることになる。

逆に、上記「NESPA」(353字)や「サムアップ」(460字)のように、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現の選択に着目し、休廃刊の際に普通こうは書かない非定型文で多数構成された若干長い言語表現の中に、「休刊のお知らせ」あるいは「突然ですが、(雑誌名)は、この号をもって、最後の頁を閉じさせていただきます。」「(雑誌名) ご愛読ありがとうございました。」あるいは「長い間、ご愛読ありがとうございました。」などの二、三文の既存の決まり文句が付け加わったからといって、非定型表現を含め、この組み合わせた文章全体として、著作物の創作性が肯定されることは妥当であろう。

[ラストメッセージ] 事件における休廃刊の挨拶文のほかに、場合によって既存の定型的

な文章で構成する催告書、通知書などの若干長い法律文書、あるいは逆に、二、三文の決まり文句が付け加わった手紙も好素材を提供している。

二、〔読売新聞催告書〕事件

5

東京地判平成 21 年 3 月 30 日裁判所 HP〔読売新聞催告書〕（清水節裁判長）は、新聞社の法務室長の原告が被告に対して、催告書をメールで送信したところ、被告が自らのウェブサイトにてこの催告書を掲載した事案である。催告書の内容については、送り先、送付日、差出人などを除くと、「冠省」から「不一」まで全 399 字、主に①中止を求める相手の行為の指摘、②原告が有する権利の主張、③相手の違法行為が原告の権利を侵害する旨の主張、④相手の違法行為の中止の要求、⑤要求に従わなかった場合、法的手段に訴えることの通告、という五つの決まり文句で構成されているものである。判決は問題となった催告書が原告において作成されたと認めないが、仮に催告書の作者が原告である場合にも、既存の決まり文句ごとに細分化された各文章がいずれもありふれたものであり、催告書全体の構成についても、実際各種の催告書の文例にも同様の構成を採っているものがあるから、著作物の創作性が否定されるのである¹⁴⁵。

〔読売新聞催告書〕事件
（裁判所 HP より、筆者整理）
20 （「冠省」から「不一」まで 399 字）

	文字数	催告書の定型文
催告書		タイトル
黒藪哲哉殿		送り先
冠省	2 字	定型文
貴殿が主宰するサイト「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全文掲載されています。	104 字	中止を求める相手の行為の指摘
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	76 字	原告が有する権利の主張

¹⁴⁵ ただし、前掲知財高判平成 21 年〔読売新聞催告書・控訴審〕は、一審判決と違って創作性を否定することを傍論せず、問題となった催告書の作者に関する一審判決の判断を引用したほか、この催告書が原告から相談を受けた原告代理人事務所において作成されたものとし、控訴を棄却した。

項)。		
貴殿が、この回答書を上記サイトアップしてその内容を公表したことは、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。	77 字	相手の違法行為が原告の権利を侵害する旨の主張
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。	92 字	相手の違法行為の中止の要求
貴殿がこの催告に従わない場合は、相応の法的手段を採ることとなりますので、この旨を付言します。	46 字	要求に従わなかった場合、法的手段に訴えることの通告
不一	2 字	定型文
2007 年 12 月 21 日		送付日
福岡県福岡市中央区赤坂 1 丁目 16 番 5 号 株式会社読売新聞西部本社 法務室長江崎徹志		差出人

- この事件に関して、渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）は、一定の長さを有する表現であっても、表現にあたっての制約が大きければ創作性が否定される可能性はあると述べ、〔読売新聞催告書〕において選択の自由度が低いものといえる催告書で伝えるべき内容を表現しようとした場合には、似たような表現・構成にならざるを得ないから、創作性が否定されるのは妥当な判断である¹⁴⁶と指摘している。比良友佳理〔判批〕（弁護士のくず）も、催告書のような、選択の自由度が低いジャンルに分類される機能的な文書では、用いることのできる表現が限られている¹⁴⁷と解されている。他方、岡村先生は、この場合に選択の幅が乏しいといえなくはないが、「選択の幅」の問題として議論するよりも「ありふれた表現」という方がより直截である¹⁴⁸と指摘している。平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）も、法律上の権利義務関係に関わる多数の文で構成された文章について、定形化されやすい場合には一定の長さがあっても創作性が否定される¹⁴⁹と解している。学説でも意見が分かれているようである。

¹⁴⁶ 渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究 28 号（2010 年 3 月）243 頁、244 頁の注 14、248 頁。

¹⁴⁷ 比良友佳理〔判批〕（弁護士のくず）知的財産法政策学研究 37 号（2012 年 3 月）335 頁。

¹⁴⁸ 岡村久道『著作権法』（2010 年 11 月・商事法務）55 頁、同（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）頁、同（第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会）頁。

¹⁴⁹ 平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）知的財産法政策学研究 46 号（2015 年 5 月）358-359 頁。

確かに文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに記述全体を貫く抽象化した主題、設定、構成、ストーリーなど、これらの抽象的なレベルの表現に着目すれば、量的基準に関しては、すくなくとも全体にわたり主に五つの文章で構成されている 399 字の催告書の例について、[ラストメッセージ] 事件の「VEGETA」と同様に、わずか五つの文章の組み合わせた量だけでは、著作物が認められるための必要とする量はまだ足りないという理解することができる。しかし、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目すれば、選択の自由度が低いジャンルに分類される催告書であるからといって、催告という文書の性質に起因する制約がそもそも言い回しなどの具体的な表現の選択に影響を与えないのであれば、ただ単に催告書の性質に起因する制約があることは、400 字程度の若干長い言語表現の創作性を否定する理由にならないということになる。そのため、[読売新聞催告書] 事件では、著作物の創作性の有無を分けるメルクマールとしては、やはり「貴殿がこの催告に従わない場合は、相応の法的手段を採ることとなりますので、この旨を付言します。」といった従前から催告書という法律文書においていつも決まって使う文句が公知又は周知されているという経験則の存在であるからこそ、そのような決まり文句は創作者の創作に属するものではないと理解することができるだろう。

三、[かなめ行政書士事務所（ブログ記事）] 事件

同様に、内容証明郵便による通知書の著作物の成立要件としての創作性を否定した東京地判平成 25 年 6 月 28 日裁判所 HP [かなめ行政書士事務所（ブログ記事）]（大須賀滋裁判長）がある。これは被告が自らのブログに「南洋株式会社・神田のカメさん法律事務所とのバトル勃発！」と題する記事を投稿し、同記事中に弁護士である原告が代理人として、被告に送付した通知書を掲載した事案である。裁判所ウェブサイトで公開されている判決文からは、問題となった通知書の全文は明らかではないが、この通知書の本文部分は、通知人の代理人として通知を行う旨、以後問合せは通知人本人ではなく通知人代理人にされたい旨のほかに、前掲[読売新聞催告書]事件と同様に、①中止を求める相手の行為の指摘（被告の作成するブログ内に通知人に関し事実と反する内容の記事が掲載されている旨）、②原告が有する権利の主張及び③相手の違法行為が原告の権利を侵害する旨の主張（上記記事の内容が事実と反し通知人の名誉・信用を著しく害し多大な損害が発生しているものである旨）、④相手の違法行為の中止の要求（上記記事の削除を求める旨）、⑤要求に従わなかった場合、法的手段に訴えることの通告（削除に応じない場合には仮処分申立てや損害賠償請求等の必要な法的措置をとらざるを得ない旨）、記事の URL の表示部分を除けば 13 行からなるものである。判決はこの通知書は、通知書の体裁、記載内容、記載順序、文章表現はいずれも内容証明郵便による通知書として一般的にみられるものであり、ありふれたものであるから、創作的に表現されているものとは認められないとされた。前掲[読売新聞催告書]

事件と同様に、著作物の創作性の有無を分けるメルクマールとしては、従前から催告書などの法律文書での決まり文句が公知又は周知されているという経験則の存在であると理解することができるだろう。

5 四、〔三島由紀夫手紙〕事件

逆に、手紙に関しては、一般に非定型文で多数構成された若干長い表現の中に、時候の挨拶、返事、謝礼、依頼、指示などの既存の決まり文句が付け加わったからといって、友人に書き送った手紙について著作物の創作性を肯定するものとして、東京地判平成11年10月18日判タ1017号255頁〔三島由紀夫手紙・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京高判平成12年5月23日判タ1063号262頁〔同控訴審〕（山下和明裁判長）がある¹⁵⁰。この事例は、三島由紀夫から手紙及び葉書合計15通を受領していた被告が、自らの自伝的な小説『三島由紀夫—剣と寒紅』にこの三島由紀夫が被告あてに書いた私信の内容をそのまま掲載した事例である。判決は、三島由紀夫の各手紙はいずれも被告福島との往復書簡であり、文芸作品とは性格を異にするが、単に時候の挨拶などの内容のみが記載されているのではなく、三島由紀夫の自己の作品に対する感慨、抱負、被告福島への作品に対する感想、意見、折々の心情、人生観、世界観等が述べられているものであるから、そこには著作物性があると判断した¹⁵¹。

五、〔ワールドメイトの実態（「ご祈願&人形」メール）〕

20

〔三島由紀夫手紙〕事件の手紙⑤に比して短いですが、同様に非定型文で多数構成された若干長い私信の著作物性が争点とされた、東京地判平成25年3月21日裁判所HP〔ワール

¹⁵⁰ この事件では争点にならないが、手紙を書いて他人に送った場合、この手紙の紙の所有権は受取人に移転するものの、その手紙の著作権は差出人である手紙の筆者に留保されており、手紙の所有者は筆者の許諾が無ければ手紙を複製することはできないと理解することができる。手紙の所有者は筆者の許諾が無ければ手紙を複製することはできないとする先例として、高松高判平成8年4月26日判タ926号207頁〔腐敗への挑戦（少林寺拳法連盟）〕がある。同様の立場を採る学説として、田村善之「著作権法講義ノート1」発明92巻4号80頁（1995年4月）80頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）2頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）3頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）70-71頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）7-8頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁。

¹⁵¹ この事件に関して、高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）7頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁は、手紙であっても内容によっては著作権が成立すると解している。同旨のものとして、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』（第2版・2013年3月・世界思想社）34頁（三山峻司執筆）。荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）41頁、同『新版ビジネス著作権法（侵害論編）』（2014年2月・中央経済社）23頁は、時候の挨拶、転居通知、出欠の問い合わせなどの決まり文句は創作性要件が満たさないがそれ以外は、著作物が認められるための創作性要件を充足するものが多いであると指摘している。また、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）77頁注8は、表現に個性があり、それがかたちとなって表されるとき、そこに表現の独自性ないし著作物性を認めることができると解している。

- ドメイトの実態（「ご祈願&人形」メール）]（高野輝久裁判長）は、インターネット上のウェブサイト「ワールドメイトの実態」中の「脅しや強制はあるのか」と題する頁上に、宗教団体「ワールドメイト」の会員が「ご祈願&人形」という表題の電子メールを同団体の親睦団体の会員らに送信したメールの内容が掲載されていた事件である。判決は、下記メールの内容に「連日お疲れ様です。」「4月も本日一日で終わります。」という決まり文句が付け加わったもの（合計475字）について、誰が書いても似たような表現になるとはいえないという理由付けで、このメールは著作物に該当すると認めた。

- 10 [ワールドメイトの実態（「ご祈願&人形」メール）] 事件
（裁判所 HP より、筆者整理）

原告メールの内容（475字）	被告サイトの掲載内容
（60万時間祈願&人形） 連日お疲れ様です。	（60万時間祈願&人形） 連日お疲れ様です。
4月も本日一日で終わります。	4月も本日一日で終わります。
皆様の支部での「60万時間祈願」の状況はいかがでしょう？	皆様の支部の「60万時間祈願」はいかがでしょう？
あと12時間足らずで締切になります。 支部の皆様一丸となり、あとひとふんばりしませんか？ B先生は「エンゼル会員ならば、本当は1日3時間以上祈るのが普通であってほしい」とおっしゃっています。 せめて「1日1時間…」ということで「60万時間祈願」がスタートしました。 そこで、本日は… 1日で「いのちごい」を○枚書きましょう！ 「人形形代」を書きまくりましょう！	あと12時間足らずで締切になります。 支部の皆様一丸となり、あとひとふんばりしませんか？ B先生は「エンゼル会員ならば、本当は1日3時間以上祈るのが普通であってほしい」とおっしゃっています。 せめて「1日1時間…」ということで「60万時間祈願」がスタートしました。 そこで、本日は… 1日で「いのちごい」を○枚書きましょう！ 「人形形代」を書きまくりましょう！
などとおすすめてみてはいかがでしょう？	
どちらもちゃんとカウントになります。	どちらもちゃんとカウントになります。
「節分祭」「九頭龍師研修」が無事に終わり、やっと「人形ムード」になった方も多いのではないのでしょうか？	バツタに抱かれてが無事に終わり、やっと「人形ムード」になった方も多いのではないのでしょうか？
B先生が「伊勢神業」のお取次をしてくださるまでの貴重なこの時間は、私たちに「人形形代」をもっともっと書かせて頂くため	B先生が「伊勢神業」のお取次をしてくださるまでの貴重なこの時間は、私たちに「人形形代」をもっともっと書かせて頂くため

の時間ではないでしょうか？ そして、おすすめは… 〇〇形代100枚書き！です。 書かれた方はみなさん「スッキリしたあ」と喜んでいらっしゃいます。	の時間ではないでしょうか？ そして、おすすめは… 〇〇形代100枚書き！です。 書かれた方はみなさん「スッキリしたあ」と喜んでいらっしゃいます。
ぜひ <u>支部</u> の皆様にもおすすめ <u>下さい</u> 。	ぜひ皆様にもおすすめ <u>します</u> 。
関東 ♪ <u>A</u>	関東 ♪ <u>a</u>

第5項 比較的長い言語表現

- 5 第1款 文と文のつなぎ・叙述の運びというステップの配列の抽象的な表現に対して、定型的に著作物の創作性を肯定する量的指標—文字数 5,000 字を超える程度

10 文字数が一定程度を超える比較的長い文章になると、表現上の創意工夫を言及せず、定型的に著作物の創作性を認めた立場を採る裁判例としては、①SMAP のメンバーに対するインタビューを内容とする 1,289 字の記事（東京地判平成 10 年 10 月 29 日知財集 30 巻 4 号 812 頁〔SMAP 大研究・一審〕（三村量一裁判長）、東京高判平成 11 年 5 月 26 日判例工業所有権法〔同控訴審〕（田中康久裁判長）（一審判決引用）、②約 180,000 字の東京地判平成 5 年 8 月 30 日知財集 25 巻 2 号 310 頁〔悪妻物語〕、東京高判平成 8 年 4 月 16 日知財集 28 巻 2 号 271 頁〔同控訴審〕、③A5 判、全 212 頁及び全 296 頁の名古屋地判平成 23 年 9 月 15 日裁判所 HP〔過払い金回収完全ガイド〕、などがある。

20 そのほかに、書籍『シミがとれ美しくなるパッティング美容法』のうちの「パッティング美容法とその実際」（20-86 頁）の部分、『甦った私の素肌』のうちの「新しい美容理論の確立」（86-115 頁）の部分、全 20 頁の小冊子「素肌復活美容ガイド特製版」（東京地判平成 10 年 6 月 29 日審決公報 4 号 2581 頁〔素肌美容法〕¹⁵²、東京高判平成 11 年 3 月 25 日判例工業所有権法〔同控訴審〕¹⁵³）、原理・原則・定説を内容とする租税論の入門的教科書（東京地判平成 19 年 5 月 28 日裁判所 HP〔租税論教科書〕（清水節裁判長）¹⁵⁴）、A4 版全 5 ページ

¹⁵² ただし、美容法の取り上げ方、叙述の順序、論理の流れ及び文言等の具体的な表現が相違しているから、非類似とし、著作権を侵害したとは認められない。

¹⁵³ 一審判決引用。

¹⁵⁴ 判決はさらに、共著『租税論』の原告執筆部分と被告単著『現代租税論』を比較し、似ている部分のうち 61 箇所について、類似性・著作権侵害を認めた。

同一事件において、同じ実用的な性質を有する表現類型についても、類似性・侵害の成否が分かれた分岐点に関しては、山根崇邦〔判批〕（通勤大学法律コース・控訴審）知的財産法政策学研究 18 号（2007 年 12 月）247 頁は、似ている部分の具体的記述がありふれた表現であるか否かという評価によって、類似性・著作権侵害の成否が分かると指摘している。また、岡村久道

の苦情申告書（前掲東京地判平成25年6月28日〔かなめ行政書士事務所（ブログ記事）〕（大須賀滋裁判長）¹⁵⁵、ウェブサイトの入力フォームのアシスト機能に係るサービスの内容を説明するための全16頁の資料（東京地判平成25年9月12日裁判所HP〔EF0 CUB 入力フォーム（サービス説明資料）〕（高野輝久裁判長）¹⁵⁶）は、著作物であると認められる。判決の説示は表現上の創意工夫が付けられるが、やはり創意工夫とは多義的なものであって、この程度以上の長さという量的指標だけを見る分にはそこに創意工夫があり、著作物の創作性が認められてもいいと理解することができる。後発者が同様の活動を行う際に支障を来たさないだろう。

- 10 もちろん、いくら文章が長大なものであったとしても、既存の決まり文句を組み合わせる一つのまとまりのある言語表現の場合には、個々の細分化された文章に語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現は創作者の創作に属するものではないから、著作物として保護を受けるために、先に述べたように文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに記述全体を貫く抽象化した主題、設定、構成、ストーリーなどの抽象的なレベルの表現に着目し、後発者が同様の活動を行う際に支障を来さない程度に一定量を超える組み合わせ行為を行う必要がある。この量的基準に関しては、300字弱の長さ、五つ既存の決まり文句で構成されている〔ラストメッセージ〕事件の「VEGETA」は言うまでもなく、400字程度の長さ、主に五つの既存の決まり文句で構成されている「読売新聞催告書」、さらに13行程度の長さ、主に五つの既存の決まり文句で構成されている〔かなめ行政書士事務所ブログ記事〕事件の通知書の例は、いずれも著作物が認められるための必要とする量はまだ足りない」と判断された。

- 25 では、こうした文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに記述全体を貫く抽象化した主題、設定、構成、ストーリーなどの抽象的なレベルの表現の量は、どのくらいのラインを超えると保護されうるのでしょうか。既存の定型化された契約条項を組み合わせる一つのまとまりのある契約書の著作物性に関する事案は好素材を提供している。

『著作権法』（2010年11月・商事法務）53頁、同（新訂版・2013年4月・民事法研究会）頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁は、そのまま表現したものにはすぎないか、ある程度表現に工夫を加えたものかによって、結果が左右されることになる」と解している。

¹⁵⁵ 東京行政書士会に提出した苦情申告書については、A4版、全5ページからなる文書であって、苦情の趣旨及び苦情の理由を記載し、さらに、東京行政書士会に調査、対応を求める旨と、状況の改善がない場合には対象行政書士の東京都知事に対する懲戒を申し立てる所存である旨などを記載したものである。苦情の内容、事実関係、その法的評価等に関する点については、記載すべき内容が形式的かつ一律に定まるものではなく、これらをどのような順序で、どのような表現について、様々な可能性がある中で、記載の順序や内容、文章表現を工夫した点に、当該苦情申告書には著作物の成立要件としての創作性が認められた。

¹⁵⁶ 判決はさらに、原告資料と被告資料とを対比し、被告が被告資料を作成したことは原告の原告資料の著作権を侵害するとした。

まずは、海上物品運送取引契約の草案（東京地判昭和40年8月31日下民集16巻8号1377頁〔船荷証券用紙〕¹⁵⁷⁾や土地売買交渉の過程で一方の当事者が相手方に送り付けた契約草案（東京地判昭和62年5月14日判時1273号76頁〔土地売買契約書〕¹⁵⁸⁾について、裁判例では、創作者個人の「思想又は感情」を表現したものとはいえないと判示して、

5 著作物の成立要件としての創作性を否定するものがある。

他方、東京地判平成26年7月30日裁判所HP〔銀座櫻風堂（修理規約）〕（嶋末和秀裁判長）は、時計修理の規約という性質に起因する制約があるものの、59個の個別規約文言を構成する、合計4,945字の修理規約という文書全体について、著作物の創作性を認めて、類似性・著作権侵害を肯定した。これは、千年堂という屋号で時計修理サービスを営む原告が、銀座櫻風堂という屋号で時計修理サービスを営む被告に対し、被告は被告の管理する銀座櫻風堂のウェブサイトに掲載した修理規約を作成したことにより、原告の管理する千年堂のウェブサイトに掲載した修理規約を複製したものであって、原告の著作権を侵害したと主張した事案である。原告の修理規約は、全体として合計4,945字、これを構成する

10 「修理保証について」（規約文言1ないし6）、「重故障状態の時計の修理について」（規約文言7ないし12）、「補償について」（規約文言13ないし15）、「修理申込みについて」（規約文言16ないし19）、「お見積りについて」（規約文言20ないし23）、「キャンセルについて」（規約文言24ないし27）、「修理不能品について」（規約文言28）、「納品について」（規約文言29ないし33）、「送料について」（規約文言34ないし38）、「免責事項」（規約文言39ないし48）、「その他注意事項」（規約文言49ないし59）という見出しの項目、各項目に掲げられた規約文言1ないし59がまとまったものである。

15

20

〔銀座櫻風堂（修理規約）〕事件

対照表(裁判所HPより、筆者整理)

原告の千年堂のウェブサイト 修理規約（合計4,945字）の摘録（規約文言1ないし6）	被告の銀座櫻風堂のウェブサイト
規約文言1（35字） ■修理保証について・修理完成後の時計は、丁寧にやさしく扱ってください。	■修理保証について・修理完成後の時計のお取扱いは、丁寧にやさしくお願いします。

¹⁵⁷⁾ 原告は被告の注文を受け船荷証券用紙を作つて被告に売つた。その後被告は隅の紋章以外は原告が作ったものと同じの船荷証券用紙を印刷して使用し始めた。原告は著作権侵害および契約違反を理由に損害賠償を求めた。判決は船荷証券用紙に表示されているものは、海上物品運送取引契約を締結しようとする当事者双方の将来なすべき契約の意思表示にすぎず、契約当事者以外の作者の思想はなんら表白されていないから、著作物とはなり得ないと判断された。

¹⁵⁸⁾ 判決には具体的な説明がなく、「本件文書の記載内容は、『思想又は感情を創作的に表現したもの』であるとはいえないから、著作物ということとはできない。」と判示された。

規約文言 2 (133 字) ・修理完了日から一年間、時計内装部の修理箇所同一の不具合が生じた場合、無償にて再修理をさせていただきます。ただし、アンティーク時計（20 年以上前に製造された時計、及びメーカー側で部品又は時計の製造が中止になった時計をいいます）については、6 か月間の保証となります。	・修理完了日から一年間（20 年以上前に製造され、メーカー側で時計またはその部品の製造が中止になった、いわゆるアンティーク時計の場合は6 ヶ月間）を保証期間とし、期間内に、時計内装部の修理箇所同一の不具合が生じた場合、無償にて再修理をさせていただきます。
規約文言 3 (177 字) ・修理後、納入した時計についての不具合が、以下に例示するような感覚的なものでかつ当社の規定において測定器で測定しても異常が認められない場合、修理保証の対象外となります。1. 前となんとなく違う。2. 音が大きくなったような気がする。3. リューズ・プッシュボタンの感覚がおかしい。4. 見た目が以前と違う。5. 同じ機種で比較するとこっちの方がおかしい感じがする。	・修理後、納入した時計についての不具合以下のようなものの場合、修理保証の対象外となります。1. 前となんとなく違う（見た目、音など）。2. リューズ・プッシュボタンの感覚がおかしい。3. 同じ機種で比較するとこっちの方がおかしい感じがする。4. その他、感覚的なもので、かつ当店の規定による測定で異常が認められない場合
規約文言 4 (50 字) ・サビ、腐食、ひどく損壊している場合など、時計のコンディションによっては保証できないことがあります。	・サビや腐食がある場合、損壊がひどい場合など、時計のコンディションによっては保証できないことがあります。
規約文言 5 (228 字) ・以下の場合には、保証期間内であっても有償修理となります。1. 落下・衝突等の衝撃、浸水、火災や地震等天変地異による故障・破損 2. 外装部品（リューズ・プッシュボタン・針・文字盤含む）及びゼンマイについての切断・損傷等の不具合 3. 当社以外での修理又は改造による故障・不具合 4. 修理箇所とは別の箇所を原因とする故障	・以下の場合には、保証期間内であっても有償修理となります。1. 落下・衝突等の衝撃、浸水、火災や地震等天災地変による故障・破損 2. 外装部品（リューズ・プッシュボタン・針・文字盤含む）及びゼンマイについての切断・損傷等の不具合 3. 不適切な取り扱いによって生じた故障・破損 4. 修理箇所とは別の箇所を原因とする故障

障 5. 当社で発行する修理明細書のご提示がなく、当社による修理が確認できない場合 6. 配送時に生じた故障・破損 7. 不適切な取り扱いによって生じた故障・破損	5. 当店発行の修理明細書のご提示がなく、当社による修理が確認できない場合 6. 配送時に生じた故障・破損 7. 当店以外での修理又は改造による故障・不具合
規約文言 6 (228 字) ・保証あるなしにかかわらず、再修理の場合、往復の送料をご負担ください。	・保証の有無にかかわらず、再修理の場合は往復の送料をご負担ください。

結論として判決は、原告規約文言 1 ないし 59 を個別にみる限り、他に適当な表現手段のないアイデアそのものであるか、あるいは、ありふれた表現にすぎないものであって、創作的表現とは認められないとした。それに対し、原告の修理規約という文書全体について、疑義が生じないよう同一の事項を多面的な角度から繰り返し記述するなどしている点の特徴的であると判示して、著作物であると認めた。そして、被告規約文言全体について、見出しの項目、各項目に掲げられた規約文言、記載順序などは表現上異なる点がある¹⁵⁹が、些細な相違点にすぎず、全体としてすべて原告規約文言と実質的に同一であるから、被告は被告の修理規約を作成したことにより、原告の修理規約を複製したものと判断した。

契約書の著作物性について、抽象論として学説の一部には、思想・感情を表現したものとはいえないとした〔船荷証券用紙〕判決の射程を広く解し、船荷証券に限らず、定型化された契約書はすべて著作物とはなりえないと説くものがある¹⁶⁰。一方、契約書であっても人為的作成されたものであるため、何がしかの作者の考えや気持ちが現れているから、思想または感情が存在しないことを理由にカテゴリーカルに著作物性を否定するのではなく、創作性の問題として処理すべきとする見解¹⁶¹もある。

また、具体的事案の評価として、〔船荷証券用紙〕や〔土地売買契約書〕事件のような、法律や商慣習に照らし当然記載すべき事項をそのまま表現したにすぎない契約は、社会的事実を単に視覚化しただけのものであり、創作者の思想・感情を含むとはいえないもの¹⁶²

¹⁵⁹ 表現上異なる点として、原告規約文言の「当社」が被告規約文言では「当店」にすべて置き換えられている点、助詞の使い方の違い、記載順序を一部入れ替えている箇所、表現をまとめている箇所、「千年堂オリジナル超音波洗浄」「千年堂オリジナルクリーニング」を「銀座櫻風堂オリジナル超音波洗浄」「銀座櫻風堂オリジナルクリーニング」としている箇所など。

¹⁶⁰ 半田正夫『著作権法概説』（第 15 版・2013 年 2 月・法学書院）76 頁、同（第 16 版・2015 年 11 月・法学書院）頁。

¹⁶¹ 半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール 1』（2009 年 1 月・勁草書房）18-20 頁（金井重彦執筆）、岡村久道『著作権法』（2010 年 11 月・商事法務）46 頁、同（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）頁、同（第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会）頁。

¹⁶² 島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）19 頁（横山久芳執

や、法令や慣行に規制されているもの、業務を遂行する上で用いざるをえないもの、といった大同小異なものとならざるを得なく、たまたま最初に作成した者に長期間の独占を認めることは弊害が大きい契約書案は、規範的意味での思想・感情が現われていないと解釈することが妥当である¹⁶³と指摘し、上記判決を支持する見解がある。

5

それに対して、[船荷証券用紙]の理論構成は不十分なものであり、思想・感情の要件との関係で著作物性を否定するというよりも、創作者の選択が編集著作物として保護される可能性を検討したうえで創作性を否定すべきであったとの指摘¹⁶⁴や、このような契約条項はある程度似ているので、表現の選択肢が限られていることを理由に創作性を否定すべきとの見解¹⁶⁵もある。

10

[船荷証券用紙]について、判決文からは問題となった海上物品運送取引契約の全文は明らかではないが、ビー・エルの契約条項を個別にみる限り、経験則に基づいてそれは既存の定型化された条項であって創作者の創作に属するものではなく、また、契約全体についても、当該事案においてその程度の既存の定型化された条項の組み合わせた量だけでは、著作物が認められるための必要とする量はまだ足りないと判断されていると理解することができるだろう。なお、[土地売買契約書]について、同様に判決文からは問題となった土地売買契約の全文は明らかではないが、当該事案において、原告の請求は、原告と被告との間の土地の売買についての折衝の過程で原告が被告に提示した契約書案一通を「所有権又は著作権」に基づいて返還することであるので、契約を締結しようとしていた当事者の一方が相手方に送付した契約書の紙の所有権の帰属についての判断はともかく、原告が提示した契約書の紙を「著作権」に基づいて返還するという請求まで認められるわけではない。したがって、問題となった土地売買契約書は著作物であるかどうかの判断はあくまで傍論にすぎない点に留意する必要がある。

20

25

筆)、同(第2版・2016年10月・有斐閣)頁。

¹⁶³ 中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』(2010年12月・信山社)203頁(初出 特許研究33号2002年3月)、同『著作権法』(2007年10月・有斐閣)41頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁。

¹⁶⁴ D.S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D.S. カージャラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』(1989年11月・日本評論社)268-270、274頁。

¹⁶⁵ 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)21頁の注4。同旨のものとして、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年9月・産経新聞)40-41頁、86頁の注26、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』(2014年2月・中央経済社)23頁、85頁の注29、水戸重之『『ありふれた表現』の法理』牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務4 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規)19-20頁の注3、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』(2009年1月・勁草書房)19-20頁(金井重彦執筆)、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)34-35頁(三山峻司執筆)、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4月・信山社)3頁。

他方、[銀座櫻風堂（修理規約）] 事件に関して、修理受注者があらかじめ修理依頼者との間での取り決める事項は、定型化されたものが公知又は周知されているという経験則が存在するのであって、このような従前からよく使われている定型的な規約文言は創作者の創作に属するものではないから、細分化された規約文言を個別にみる限り、ありふれた表現であると判断され、著作物の創作性が否定されると理解することができる。それに対し、既存の規約の文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに記述全体を貫く構成などの抽象的なレベルの表現に着目すれば、確かに判決の説示や学説¹⁶⁶では、契約書の著作物性が認められるためには、同一の事項を多面的な角度から繰り返し記述するという特徴や表現上の創意工夫などの条件が付けられると読める。

しかしながら、[銀座櫻風堂（修理規約）] は著作物の創作性、そして類似性を肯定した事案であるゆえに、こうした高度の創作性のような条件付きを判断するために必要であると
する立場に立っているかどうかは実は不明であり、著作権侵害を肯定する判決における、著作物の創作性を認める方向に働きうる要素として斟酌されているものが、はたしてそれ（のみ）を欠く場合に著作物の創作性を否定する結論に至るのか否かということは定かではなく、傍論と目すべきものであろう。また、特徴や創意工夫とは多義的なものであって、本件では合計 4,945 字、59 個の規約文言を組み合わせた一つのまとまりのある原告修理規約全体は、この程度の長さ、組み合わせという量的指標だけを見る分にはそこに特徴や創意工夫やがあり、著作物の創作性が認められてもいいと解すべきであろう。これくらいの分量の契約書は著作物たりうることを認め、著作権の保護範囲を嚴重に制限することによって後発者が同様の活動を行う際に支障を来たさないからである。本件では被告の修理規約を作成したことは、4,945 字の原告修理規約のような、比較的長い言語表現のデッド・コピーに近い利用と評価すべきものであるゆえに、著作権侵害を認めた裁判所の判断は妥当であると
考えられる。

以上をまとめると、[銀座櫻風堂（修理規約）] において、目安として文字数 5,000 字を超える程度の量的指標に関しては、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列の抽象的な表現において、選択肢が多様に残っているのかということを示す基準として、ある程度

¹⁶⁶ 契約条項のまとめ方や文章表現に創意工夫が認められれば、著作物性が肯定されることがある。著作物性を認めた後、仮に不都合が生じた場合には著作権の保護範囲の問題として処理されるところの考え方について、中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』（2010年12月・信山社）203-204頁（初出 特許研究 33号 2002年3月）、同『著作権法』（2007年10月・有斐閣）41頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）19-20頁（金井重彦執筆）、同小倉秀夫ほか編『著作権法コンメンタール』（2013年5月・レクシスネクシス・ジャパン）20頁（金井重彦執筆）、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）19頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、清水節＝岡本岳編著『Q&A 著作権の知識 100問』（日本加除出版・2013年4月）25頁（東海林保執筆）参照。

の相場というものが確立してきていると評価することができる。そして、言語の著作物の創作性を決する際の量的な基準として、5,000字という量的指標で著作権の保護を認めるべきであると判断される場合には、あえて創意工夫などの質的な基準を持ち出す必要はないと評価することができるよう。

5

第2款 特殊事例だと位置づけるべき事案

それに対して、比較的長い文章にもかかわらず、著作物性を否定した裁判例としては、①東京地判平成9年12月22日判時1637号66頁[PC-VAN(オンライン会話サービス)]、②
10 東京地判平成19年11月26日ウエストロー・ジャパン[ライブドア裁判傍聴記](森剛裁判長)、知財高判平成20年7月17日判タ1274号246頁[同控訴審](飯村敏明裁判長)、④大阪地判平成23年12月15日裁判所HP[浄水器取扱説明書]、などがある。

一、[PC-VAN(オンライン会話サービス)]事件

15

まずは、[PC-VAN(オンライン会話サービス)]には、パソコン通信のオンライン会話サービスを利用し、他人との間で交わしたユーザIDの不正使用についての会話を抜粋して、電子掲示板に掲示した事案において、交わされた会話文については(ハンドルネーム「50:829:酔人テラ」「[50:842:ぽにいてーる]」などを除くと、合計2503字。その中、原告「[50:842:ぽにいてーる]」の部分は1422字)、日常会話と異ならず、文芸、学術の範囲に属さないという理由で、著作物に当たらないとされた。

この事件に関して、早稲田祐美子[判批](PC-VAN(オンライン会話サービス))は、雑誌やTVで行われる座談会は著作物の典型例として著作物性を肯定されるものに対して、本件
25 会話文のような日常会話は知的活動ということとはできず、著作物性を認めないとした判決の結論は妥当である¹⁶⁷と評価している¹⁶⁸。一方、田村教授は、日常会話だからといって、それと座談会等の会話文との差がなく、文化の範囲に属さないとして著作物性を否定してしまった判決の理論構成は要件を過度に不明確にしかねないと述べ、IDの不正使用疑惑に関する人物との会話を掲示したという違法行為を摘発する目的の正当性を加味して、権利
30 濫用論により著作権侵害を否定すべき事件であったと、判決を批判している¹⁶⁹。

¹⁶⁷ 早稲田祐美子[判批](PC-VAN(オンライン会話サービス)) 斉藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号(第3版・2001年4月・有斐閣)17頁。

¹⁶⁸ 旧著作権法の解釈論であるが、日常の会話及び通信について創作性がないものとして著作物性を認めないとしたものに、小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—』(2010年11月・第一書房(初版・1958年3月・文部省))28頁、42頁。

¹⁶⁹ 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)31頁の注1、同「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト2007年6月号8頁)。松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年3月・世界思想社)25頁(松村信夫執筆)(初出 同『著作権法要説』

また、上野教授は、文化の範囲に属さないという理由で会話文の著作物性を否定した判旨自体は特異な解釈として批判されるべきものであるが、[PC-VAN (オンライン会話サービス)] がそのような判断を行った背景には、こうした書き込みのようなものをそっくりそのままの複製をすることは許されるべきだという価値判断があり、権利侵害を否定するための理由付けとして著作物性を否定するという解釈論が採用されたからである¹⁷⁰と解している。同様に文化審議会著作権分科会は、個別的な制限規定のいずれにも該当しない著作物の利用の場合に、不合理な結論となる可能性がある事案として、著作物性の判断において解釈上の工夫により、著作物には該当しないとの解釈により著作権侵害を否定した [PC-VAN (オンライン会話サービス)] は、具体事案に応じた妥当な結論を導いた判断である¹⁷¹と評価している。

二、[ライブドア裁判傍聴記] 事件

[ライブドア裁判傍聴記] は、ライブドア事件の証人尋問を傍聴した結果をまとめた原告傍聴記 (2,218 字) をインターネットを通じて公開したところ、第三者が同傍聴記をほぼそのまま複製して、2 回に渡ってブログ記事 1 及び 2 がそれぞれ被告の管理・運営する「Yahoo! ブログ」のうちの「Yahoo! ブログ・ライブドア被害者日記」と題するブログに掲載され、不特定の者に公開されている事例である。ブログ記事 1 に対応する原告傍聴記 1 (1,792 字) は、原告がライブドア事件における丸山サトシ証人に対する証人尋問の傍聴結果を、ブログ記事 2 に対応する原告傍聴記 2 (426 字) は、同証人尋問続行の傍聴結果を、それぞれ以下の要領で記述したものである。

[ライブドア裁判傍聴記]

25 ((裁判所 HP より、筆者整理))

原告傍聴記 1 (1,792 字)

「株式交換で 20 億円計上」ライブドア事件証人・丸山サトシ氏への検察側による主尋問

(2009 年 4 月・世界思想社) 22 頁) も、日常会話であっても、直ちに文化性を否定することにはつながらないので、この判旨には疑問があると批判している。

なお、岡村久道『著作権法』(2010 年 11 月・商事法務) 60 頁、同 (新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会) 頁、同 (第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会) 頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第 2 版・2013 年 3 月・世界思想社) 34 頁 (三山峻司執筆) は、この事件は日常のありふれた会話文であるから、著作物性が認められないと解している。

¹⁷⁰ 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト 2007 年 12 月号 21 頁。

¹⁷¹ 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会 報告書」(2011 年 1 月) 29-30 頁 (初出文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」(2010 年 4 月) 4-5 頁、同「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」(2010 年 1 月) 4-5 頁)。

●証人のパソコンのファイルについて

○ライブドアの平成16（2004）年9月期の最初の予算である

○各事業部や子会社の予算案から作成されている

■ライブドアファイナンスによる投資事業は含んでいない

○「売上高は132億円／営業利益は22.7億円」で、最初の予算案だからアグレッシブだった

○証人は、「売上高は100～110億円／営業利益は7～8億円」が妥当と感じていた

■前年比増収増益で、実現可能な数字だった

○経営陣の考えで、全事業の増収増益が求められた

○減収減益だと、各事業部長や子会社社長の減給や降格もありえた

■判断は、堀江貴文（ライブドア前社長）が行っていた

○前年実績などから、予算案を現実的な数値に修正するのが証人の仕事であった

○堀江被告に予算案を報告したところ、容赦なかった

■堀江被告は、ライブドアファイナンスによる投資事業が含まれないことは知っていた

○ライブドアファイナンスによる投資事業の売上は、10億円が見込まれた

■イーバンク銀行との提携による100億円規模のファンドの設立報酬や管理報酬などが大半だった

●証人のパソコンの別のファイルについて

○上記ファイルの予算を修正したものである

○平成15（2003）年10月下旬にイーバンクとの提携が暗礁に乗り上げていて、ファンドの設立が困難になっていた

○その頃、中村長也被告（ライブドアファイナンス前社長）に「株式交換で売上18億円を計上する」と聞いた

■ライブドア株の売却益をグループの連結売上にする

■良くない予感はしたが、予算作成で手一杯で「数字がまとまればいい」という感覚だった

●証人のパソコンの別のファイルについて

○上記ファイルの予算を修正したものである

○イーバンク関連の予算の大半は実現不可能なので、消去した

○ライブドアファイナンスによる投資有価証券売上高の名目で18億円を計上した

■ライブドア株の売却益のみだと思う

■12月と1月に9億円ずつ分けて計上しているのは、四半期毎に平準化するためだった

- 平準化は、堀江被告ら役員の意向だった
- 証人のパソコンの別のファイルについて
 - 上記ファイルの予算を修正したものである
 - 営業利益を19億円としていた
 - 宮内亮治被告（ライブドア元取締役）に、「20億円いかないと、社長の承認が取れない」と言われた
 - 20億円に修正したファイルを11月7日に、メールで堀江被告に送信した
 - 数字は複雑だが、堀江被告は理解していたはず
 - 同日、堀江被告から「クラサワコミュニケーションズの分も、予算に盛込まなくてはいけないのではないか」という返信メールが届いた
 - 実際は、クラサワコミュニケーションズとの株式交換も計上していた
- 11月10日（月）の打合せについて
 - 大和生命ビルの地下レストランで行われた
 - 出席者は、堀江被告・宮内被告・証人・堀江被告の鞆持ちの学生（何かの企画のインターン）だった
 - クラサワコミュニケーションズとの株式交換も計上していることを口頭で説明した
 - 堀江被告は何も言わなかったが、分からないときは質問するので、説明を理解していたと思う
- 予算の最終案について
 - 堀江被告に「営業利益が20億円では少ないので、経常利益を20億円にできないか」と言われた
 - 株式市場の期待を上回り、ライブドアの株価を上げることを意識しているようだった
 - 中村被告に相談し、投資有価証券売上高を20億円に修正した
 - 他はほとんど変えていない
 - 堀江被告にメールで報告し、11月18日に「概ねOKでしょう」という承認を得
- 予算のその後について
 - 平成16（2004）年2月の決算短信で、経常利益を20億円から30億円に上方修正した
 - 熊谷史人被告（ライブドア元代表取締役）に「ライブドアの株価も上がったし、ウェブキャッシング・ドットコムとの株式交換もあるから」と言われた
 - 中村被告に相談し、ライブドアおよびグループ全体の予算を修正して、堀江被告・宮内被告・熊谷被告に報告した
 - 熊谷被告を通じて堀江被告の了承を得た後、一部修正して決算短信で公表した
 - 5月の決算短信でも、経常利益を30億円から50億円に上方修正した
 - 堀江被告に「経常利益を50億円にしたい」と言われた

■希望的観測の数字で50億円になるように修正して、堀江被告の了承を得た後、決算短信で公表した

原告傍聴記 2 (426 字)	被告ブログ記事 2
ライブドア事件の堀江貴文被告(ライブドア前社長) 第4回公判の1人目の検察側証人尋問は、丸山サトシ(表記不明)氏です。 ●検察側による主尋問より ○ライブドア元社員 ○ライブドア事件当時は、ライブドアグループ全体の予算策定を担当 ●弁護側による反対尋問より ○大学卒業後、未来証券に新卒入社 ■個人投資家からの株式売買受託やベンチャー企業の資金調達に携わる ■1年半弱で退社 ○未来証券退社後、テラジャパンに入社 ■有機物によるゴミや油の減量を業務とする会社 ■1、2ヵ月で業績が悪化し、退社 ○テラジャパン退社からライブドア(当時オン・ザ・エッジ)入社まで約2ヵ月就職活動 ○ライブドア退社後、U F Jキャピタルに入社 ■M & Aの仲介に携わる ■9ヵ月強で退社 ○現在は、自分の会社を経営 ■ベンチャー企業の上場準備や株式公開のコンサルタント 丸山サトシ氏の検察側証人尋問は、平成18(2006)年9月12日(火)10時から13時35分まで行われました(12時から13時15分まで休憩)。	ライブドア事件の堀江貴文被告(ライブドア前社長) 第4回公判の1人目の検察側証人尋問は、丸山サトシ(表記不明)氏です。 検察側による主尋問より ライブドア元社員 ライブドア事件当時は、ライブドアグループ全体の予算策定を担当 弁護側による反対尋問より 大学卒業後、未来証券に新卒入社 個人投資家からの株式売買受託やベンチャー企業の資金調達に携わる 1年半弱で退社 未来証券退社後、テラジャパンに入社 有機物によるゴミや油の減量を業務とする会社 1、2ヵ月で業績が悪化し、退社 テラジャパン退社からライブドア(当時オン・ザ・エッジ)入社まで約2ヵ月就職活動 ライブドア退社後、U F Jキャピタルに入社 M & Aの仲介に携わる 9ヵ月強で退社 現在は、自分の会社を経営 ベンチャー企業の上場準備や株式公開のコンサルタント 丸山サトシ氏の検察側証人尋問は、平成18(2006)年9月12日(火)10時から13時35分まで行われました(12時から13時15分まで休憩)。

東京地判平成 19 年 11 月 26 日ウエストロー・ジャパン [ライブドア裁判傍聴記・一審] (森剛裁判長) は、原告傍聴記は原告が証人尋問を傍聴した上で、その内容を記載したノートに依拠して作成したものであって、原告がいかなる視点に立って事実を取捨選択しようとしたのかは不明である上、その表現も単に箇条書きであって、原告の思想が反映されたものとはいえないから、原告傍聴記が著作物には当たらないものとした。他方、知財高判平成 20 年 7 月 17 日判タ 1274 号 246 頁 [同控訴審] (飯村敏明裁判長) は、抽象論として、専ら事実を格別の評価・意見を入れることなくそのまま叙述する場合は、記述者の「思想又は感情」を表現したことにならないと判示したが、具体的事実への当てはめにおいて、以下のよう
5 理由で原告傍聴記について著作物の創作性を否定し、当該傍聴記をそっくりそのままの複製をしたブログ記事による著作権侵害を否定した。①原告傍聴記 1、2 における証人内容を記述した部分については、証人が実際に証言した内容を原告が聴取したとおり記述したか、又は仮に要約したものであったとしてもごくありふれた方法で要約したものである¹⁷²。②原告傍聴記 1、2 には大項目 (例えば、『株式交換で 20 億円計上』ライブドア事件証人・丸山サトシ氏への検察側による主尋問) 及び中項目 (例えば、「●証人のパソコン
10 のファイルについて)」という見出しを付加しているが、このような付加的表記は、大項目については、証言内容のまとめとして、ごくありふれた方法でされたものであって、格別な工夫が凝らされているとはいえず、また、中項目については、いずれも極めて短く、表現に選択の余地が乏しいといえる¹⁷³。③原告傍聴記 2 における証人の経歴に関する部分は尋問から抽出していること、実際に証言された順序ではなく、時系列にしたがって順序を入れ替
15 えたこと、固有名詞を省略したこと、という原告の主張する創意工夫については、事実の伝達にすぎず、表現の選択の幅も狭い¹⁷⁴。

¹⁷² この点に関し、前田健 [判批] (ライブドア裁判傍聴記・控訴審) ジュリスト 2009 年 9 月 1 日号 153 頁は、判決を正当化するには、機械的に内容を圧縮しただけの要約であって誰でもほぼ同じような結果になるからありふれていると指摘している。

また、井上由里子 [判批] (ライブドア裁判傍聴記・控訴審) 中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号 (第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣) 13 頁は、多少の要約をするにせよ忠実に証人の証言を伝達しようとすれば表現の選択肢は限られたものにならざるをえないと指摘している。

¹⁷³ この点に関し、前田健 [判批] (ライブドア裁判傍聴記・控訴審) ジュリスト 2009 年 9 月 1 日号 153 頁は、大項目・中項目という見出しの付加について、特に工夫が見られるものでもなく、多くの人が最初に思いつくようなやり方であって、ありふれていると評価できるから創作性は認められないと指摘している。

また、井上由里子 [判批] (ライブドア裁判傍聴記・控訴審) 中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号 (第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣) 13 頁は、大項目・中項目の見出しは、[ライントピックス (YOL)] 事件の新聞の見出しと同様、簡潔な表現で個々の証言内容を表したものであるから表現の選択の幅が広いとはいいいがたいと指摘している。

¹⁷⁴ この点に関し、上野達弘 [判批] (ライブドア裁判傍聴記・控訴審) 速報判例解説 5 号 (2009 年 3 月) 216 頁は、時系列に沿って証言の順序を入れ替えることは、一定の順序に入れ替えるしかないため、誰が行っても同じようなものになる「ありふれた表現」であり、創作性を肯定することはできない。他方、証人の経歴に関する部分を抽出したことについては、どのように抽出するかという選択肢は 1 つしかないわけではないが、抽出すべき選択肢はおのずと限定されると

- この事件に関して、まずこの判決の結論に賛成するものとして、①記述者の「思想又は感情」の欠如¹⁷⁵、②情報を客観的かつ正確に伝達することを目的とする表現類型であるゆえに表現の選択の幅は狭い¹⁷⁶、③大きな制約が課されている記述に作者の意見・評価を入れないゆえに表現の選択の幅は狭い¹⁷⁷、④ありふれた表現で構成されていたものであるから¹⁷⁸など、判決を正当化するには、見解が異なっている。他方、原告傍聴記を被告がそのままブログに登載した事例であるにもかかわらず、これほどの長文の裁判傍聴記自体の創
- 5

指摘している。同旨のものとして、井上由里子〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣）13 頁参照。

また、前田健〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）ジュリスト 2009 年 9 月 1 日号 153 頁は、選択の幅論の視点から、証言の順序の入替え方が通常の整理方法の域を出ないありふれたものであると指摘している。

¹⁷⁵ 島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009 年 10 月・有斐閣）17-18 頁（横山久芳執筆）、同（第 2 版・2016 年 10 月・有斐閣）頁は、事実は著作物として保護されないから、事実そのものを格別の評価、意見を入れることなく簡潔に記載した文章は著作物とはいえないと解している。また、岡村久道『著作権法』（2010 年 11 月・商事法務）45 頁、同（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）頁、同（第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会）頁も、思想・感情要件の存在意義は大きいといえないが、証人尋問の傍聴結果をまとめた傍聴記の事案では、記述者にとっての著作物性を問題とする以上、思想・感情とは、尋問結果に含まれる証人の思想・感情ではなく、記述者自身の思想・感情をいうものであることを改めて確認した点に意義があると指摘している。

¹⁷⁶ 井上由里子〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣）13 頁は、情報を客観的かつ正確に伝達することを目的とする表現類型については、情報の正確な伝達という目的を果たすために表現の選択肢は限られたものにならざるをえない原告傍聴記の著作物性を否定するという結論を導いた判決の判断は是認できると評価している。同旨のものとして、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』（2012 年 1 月・金融財政事情研究会）106 頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的発展』（2012 年 9 月・日本評論社）245 頁の注 7。

¹⁷⁷ 前田健〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）ジュリスト 2009 年 9 月 1 日号 150-153 頁は、意見・評価を入れることは創作性肯定のための必要条件ではないとはいえ、原告傍聴記は箇条書きによる極めて簡素な表現で純然たる事実のみを伝達をするものであったため、格段に表現の幅が狭まり、平凡でありふれたものと判断している判旨の結論に賛成すると指摘している。また、渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究 28 号（2010 年 3 月）248-249 頁も、事実に基づく記述であるからといって、作者による評価や感想が付記されていれば十分に著作物たり得るが、表現に大きな制約が課されている原告傍聴記に関しては、評価、意見を入れることなく、ありふれた方法で要約したものには選択の幅があるとは言えず、原告傍聴記の創作性を否定した判決の判断は妥当であると評価している。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 4 月・信山社）9 頁、平澤卓人〔判批〕（幸福の科学祈願経文）知的財産法政策学研究 46 号（2015 年 5 月）360 頁は、限界線上の事例として、事実を時系列に従って評価を交えず淡々と記載したために著作物性が否定されたと解している。

¹⁷⁸ 比良友佳理〔判批〕（弁護士のくず）知的財産法政策学研究 37 号（2012 年 3 月）338 頁は、1700 字を超える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、ありふれた表現で構成されていたものであるから、例外的に創作性が否定されたと指摘している。

作性が全面的に認められないことについては議論がある¹⁷⁹、また、原告傍聴記という「要約」の創作性の判断は証人が実際に行った証言内容そのものとの比較をすべきであったが、そうではなく、判決は原告が法廷で自ら作成したノートと原告傍聴記とを比較している点について、実際の証言内容や原告のノートはいずれも判決文に記載されていないので、原告傍聴記の創作性に関する判断の妥当性を検証することはできないという問題は残る¹⁸⁰との指摘がある。

そして、この判決の位置づけについて、事実を伝達する表現について創作性の判断が厳格に行われる、従来の裁判例（前掲東京地判平成6年4月25日〔城と城下町〕（西田美昭裁判長）、〔ライントピックス（YOL）〕、知財高判平成18年3月15日裁判所HP〔通勤大学法律コース・控訴審〕）の流れを踏襲するものとする¹⁸¹、又「制約が大きければ創作性は否定され得る」という従来の裁判例（〔ラストメッセージ〕、〔ライントピックス（YOL）〕、〔読売新聞催告書〕、〔ダスキン営業秘密（取締役会議事録）〕、東京地判平成12年12月26日判タ1079号275頁〔井深大とソニースピリッツ〕、東京高判平成14年1月30日裁判所HP〔同控訴審〕）の考え方を踏襲するものとする¹⁸²見解と、裁判例の立場が統一されているとはいいい難く¹⁸³、この判決は従来より著作物性を厳しく解したもの¹⁸⁴とする見解が対立している。

¹⁷⁹ 高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）24頁の注3、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁。

¹⁸⁰ 上野達弘〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）速報判例解説5号（2009年3月）215-216頁、泉克幸〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知財管理59巻6号（2009年）689頁。

この点に関して、渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究28号（2010年3月）249頁注16は、原告がノートと傍聴記を比較して創作性を主張していることから、弁論主義に則った判断を行ったまでであると指摘している。

¹⁸¹ 井上由里子〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）12-13頁は、事実を伝達する表現については小説と比して、創作性の判断が厳格に行われる傾向があって、この判決は学問上の定義（〔城と城下町〕）、報道記事の見出し（〔ライントピックス（YOL）〕）、法律の解説書（〔通勤大学法律コース〕）などの従来の裁判例の流れを踏襲するもので、裁判傍聴記は事実を伝達する表現の一種であり、事実作品についての従来の裁判例に一事例を追加したものと位置づけられると指摘している。

¹⁸² 渡部俊英〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）知的財産法政策学研究28号（2010年3月）247-249頁は、大きな制約が課されている原告傍聴記に関しては、評価、意見を入れることなく、ありふれた方法で要約したものであると認定されており、そのような表現を行う際に選択の幅があるとは言えないから、原告傍聴記の創作性を否定した判決の判断は、「制約が大きければ創作性は否定され得る」という従来からの考え方を踏襲するものであり、短い表現である〔ラストメッセージ〕と〔ライントピックス（YOL）〕、定型的な文書である〔読売新聞催告書〕と〔ダスキン営業秘密（取締役会議事録）〕、時系列に記述するというアイデアによる制約である〔井深大とソニースピリッツ〕などの従来の裁判例と整合的な判断であると指摘している。

¹⁸³ 高林龍『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）25頁の注4、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁は、この判決と投稿者の記述文全体として著作権の成立を認めた〔ホテル・ジャンキーズ・控訴審〕を対比してみると、裁判例の立場が統一されているとはいいい難いと指摘している。

¹⁸⁴ 田村善之「引用の現代的意義」第59回放送法務研究会（2009年3月9日）。

また、文章の長さこそ近いものの、このような長い文章について著作物性を否定した判断は、著作物性を肯定したインターネット上の書込みについての先例[ホテル・ジャンキーズ]、[シャンテリー転職情報]に比べても厳しい判断をしたようにも見えるが、先例はより創作者の意見・評価を伝達しようとしていたのに対し、本件は箇条書きによる事実のみの伝達をするものであったため、両者の判断の違いはこのような差異に基づくものであるが、前提とした表現の選択の幅論が異なっていないとする見解¹⁸⁵もある。

[ライブドア裁判傍聴記]事件は裁判傍聴内容の「要約文」の著作物性を否定した貴重な例¹⁸⁶であるが、[ライブドア裁判傍聴記]事件の1,792字の原告傍聴記1は全体として比較的長い文章で、かつ、このような長い文章のそっくりそのままの複製の事案で、文化の範囲に属さないという理由で著作物に当たらない[PG-VAN(オンライン会話サービス)]一件を除けば、著作物の創作性を否定し、著作権侵害を否定した判断は初めて¹⁸⁷である。確かに一審判決の判旨や控訴審判決の抽象論から、記述者が自ら評価や意見などを記していないものについて、創作性を判断するまでもなく「思想又は感情」の欠如を理由に著作物性を否定してよいと読めるが、実際のところ、控訴審判決の当てはめにおいては、結局は著作物の成立要件としての「思想又は感情」の問題を持ち出すことなく、創作性の要件により著作物性を否定しているのである¹⁸⁸。

この点に関して、前述したように、思想・感情という概念は著作物性が認められるための積極的要件として、人の考えや気持ちといった作者の何らかの精神活動が現れているものであれば足りると緩く解されているから、この思想・感情要件が機能する場面は皆無に近かった。とりわけ情報を客観的かつ正確に伝達することを目的とする表現類型の場合には、そもそも全ての事象は人の知覚を通して認識されるものであり、記述者の主観的な選択を経由したうえで言語として記述されるものであるため、文章表現上は客観的報道記事であっても、選択された素材の内容、量、構成等により、少なくともその記述の主題についての作

¹⁸⁵ 前田健[判批](ライブドア裁判傍聴記・控訴審)ジュリスト2009年9月1日号152-153頁。

¹⁸⁶ 前田健[判批](ライブドア裁判傍聴記・控訴審)ジュリスト2009年9月1日号151頁。

¹⁸⁷ 結論において同旨のものとして、上野達弘[判批](ライブドア裁判傍聴記・控訴審)速報判例解説5号(2009年3月)215頁は、以前から著作物性を否定した裁判例は多数あるが、これほど長い文章について著作物性を否定したものは過去の裁判例にみられないと指摘している。また、前田健[判批](ライブドア裁判傍聴記・控訴審)ジュリスト2009年9月1日号151頁も、このような長い文章について著作物性を否定した判断はめずらしいと解している。

¹⁸⁸ この点に関して、上野達弘[判批](ライブドア裁判傍聴記・控訴審)速報判例解説5号(2009年3月)215頁は、こうした文章は思想または感情がないことを理由に著作物性を否定するよりも、むしろ創作性がないことを理由に著作物性を否定する方が無難であると指摘している。また、前田健[判批](ライブドア裁判傍聴記・控訴審)ジュリスト2009年9月1日号152頁は、控訴審判決の抽象論を字義どおり解するなら、原告傍聴記は事実についての評価や意見を表明するものではないので、そもそも創作性を判断する必要すらなかったはずであるが、著作物にあたるためには事実に対する作者の感想や意見を書き記す必要があると誤解を招きかねない点で、「ミスリーディングな判示」であると、判決を批判している。

者の情報価値等に対する思想・感情が表現されているという点にある¹⁸⁹、と解することができる。つまり、どのような情報を取捨選択するかは記述者の「評価」「意見」を反映するものと解され、箇条書きによる情報の伝達をするものについても、臨場感をもって簡潔に伝えたいという記述者の「思想又は感情」の表れととらえることが可能である¹⁹⁰。

5

また、前述したように、著作権法10条2項は事実の伝達にすぎない雑報および時事の報道は著作物に該当しないと規定されているが、同法2条1項1号の定義規定に由来する確認規定にすぎず、報道記事の殆どは、誰が執筆しても同じようなものとなるものは少なく、そうした、誰が執筆しても同じようなものにならないようにする報道記事である限り、10条2項に該当せず、著作物に該当するのである。実際形式上の記述者自身の「評価」「意見」を入れない新聞記事やインタビュー記事にも、10条2項該当性の否定例として、著作権侵害を肯定した前掲東京地判平成6年〔コムライン（日経新聞要約翻案）〕事件の文字数400字〜700字程度の日経新聞記事、前掲東京地判平成10年〔SMAP大研究〕事件の1,289字のインタビュー記事のほかに、福岡地大牟田支判昭和59年9月28日無体集16巻3号705頁〔日刊情報〕では、炭鉱で発生した労働争議中に発行された労働組合機関誌「日刊情報」のような、闘争の情勢、闘争方針や要求が盛り込まれている記事について、判決は著作物であり、類似性・著作権侵害を肯定した。

10

15

20

25

逆に情報を伝達するに際して記述者の取捨選択などは、思想・感情という要件の判断対象とならないとの立場に立って、形式上の記述者自身の評価・意見を入れない記事は著作物にならないと厳しく解されるとすれば、おそら大半の新聞記事は著作物とはいえないと解してしまうだろう。それだけではなく、「翻訳」についても、原文の情報を客観的かつ正確に伝達することを目的とする表現類型の一種であるものの、仮に翻訳者にとっての「思想・感情」とは、翻訳者自身の思想・感情をいうものが要求されれば、原文を客観的かつ正確に伝達するという翻訳の目的を果たすために一般的に翻訳者自身の評価や意見は一切記されていないなかった翻訳文はおそらく著作物とはいえないと解してしまうだろう。

〔ライブドア裁判傍聴記〕の判決の位置づけについて、確かに箇条書きによる証人証言の伝達をする原告傍聴記1の1,792字に比べて、文章の長さこそ近いものの、著作物の創作性を肯定したインターネット上の書込みについての先例〔ホテル・ジャンキーズ〕（原告記

30

¹⁸⁹ 前掲東京地判平成6年〔コムライン（日経新聞要約翻案）〕判旨参照。

¹⁹⁰ 茶園成樹「新聞記事の要約」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）176頁、同〔判批〕（日経新聞）齊藤博ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）143頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）23-24頁（金井重彦執筆）、前田健〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）ジュリスト2009年9月1日号151頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）35-36頁（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁。

述 5-(1) (383 字)、5-(5) (366 字) といった旅行の愛好者の投稿文章)、[シャンテリー転職情報] (1,511 字) はより作者の意見・評価を入れたものである。しかしながら、証言情報を客観的かつ正確に伝達することを目的とする傍聴記であるからといって、形式上の記述者の意見・評価を入れることは創作性肯定のための必要条件ではない以上、原告傍聴記について、ただ単に原告の評価・意見を入れることなく、箇条書きによる表現で淡々と記載したために格段に表現の選択の幅は狭いという理由だけで、1,792 字の原告傍聴記 1 の著作物性を否定するという結論を導いた判決を正当化するには、まだ足りないと考える。むしろ情報を客観的かつ正確に伝達することを目的とする傍聴記であるからこそ、例えば翻訳文のような二次的著作物の場合は、その文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに翻訳文全体を貫く抽象化した主題、設定、構成、ストーリーなどの抽象的なレベルの表現とほぼ同一であるとしても、この部分は原作者の創作であって、翻訳者の創作に属するものではないから、当然には著作権侵害にはならないと理解することができる。同様に、証人証言の二次的著作物である原告傍聴記において、いくら文章が長大なものであったとしても、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列、さらに記述全体を貫く構成などの抽象的なレベルの表現は、そもそも原作者である証人の創作であって、記述者である原告の創作に属するものではない。つまり、原告傍聴記において、このように抽象的なレベルの表現をみる限り、原告の創作に属するものと言えるのは、1,792 字の原告傍聴記 1 における証人の経歴に関して、尋問から抽出していること、実際に証言された順序ではなく、時系列にしたがって順序を入れ替えたということくらいのものである。そして、量的な基準に関しては、4,945 字の修理規約の著作物性、著作権侵害を認めた[銀座櫻風堂(修理規約)]事件、そしていずれも著作物とは認められないとされた、文字数 300 字弱の長さの[ラストメッセージ]事件の「V E G E T A」又は 400 字程度の長さの「読売新聞催告書」、さらに 13 行程度の長さ、主に五つの既存の決まり文句で構成されている[かなめ行政書士事務所ブログ記事]事件の通知書などの例に照らして、文字数全 1,792 字の、見出しを含め、合計 56 個の箇条書きで構成されている原告傍聴記原告傍聴記 1 は、著作物が認められるための必要とする量はまだ足りないと判断されると理解することができる¹⁹¹。

というより、むしろ問題になるのは、抽象的なレベルの表現ではなく、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目すれば、既存の決まり文句で構成された[銀座櫻風堂(修理規約)]、[ラストメッセージ]、「読売新聞催告書」、[ダスキン営業秘密(取締役会議事録)]などの事件と違って、原告傍聴記の各箇条書きの要約は証人証言の複製物であって、原告の創作に属するものではないという理由にならないということである。「制約が大きければ創作性は否定され得る」という裁判例において、文字数最大 25 字の[ライントピックス(YOL)]

¹⁹¹ 結論において同旨のものとして、高橋正憲[判批](データ復旧サービス・控訴審)特許ニュース 10 月 8 日号は、長い表現であっても、定型的文章等表現の幅が無ければ、創作性は否定されると指摘している。

は言うまでもなく、[ラストメッセージ]、[読売新聞催告書]、[ダスキン営業秘密（取締役会議事録）] はいずれも創作者の創作に属するものとはいえない既存の決まり文句で組み合わせた文章に対する判断である一方、原告傍聴記は従前から使用されている決まり文句で証言内容を圧縮しただけのものとは観念できない。また、証言内容の中からの要約文に盛り込む語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現は多樣的であり、機械的に内容を圧縮しただけの要約になることとは想像しにくい。したがって、各箇条書きの要約文自体は原告の創作に属するものではないという理由にはならない。しかも文字数 300 字弱の長さの[ラストメッセージ] 事件の「V E G E T A」、400 字程度の[読売新聞催告書] に比べても、1,792 字の原告傍聴記 1 はより長文である。

もちろん、原告傍聴記のような一つのまとまりのある言語表現全体を構成する部分の中に、細分化された「○ライブドアの平成 16（2004）年 9 月期の最初の予算である」（30 字）、「■ライブドアファイナンスによる投資事業は含んでいない」（26 字）のような箇条書きの個々の要約文自体が短いすぎて、アイデアの不可避的な表現として、創作性の要件を欠くゆえに著作物たりえない。しかしながら、原告傍聴記の要約文全体をみれば、創作性の要件を満たして著作物として保護に値するものとなる場合も十分ありうる。語彙、語順、言い回しなどの取捨選択を行った各短い具体的な表現を組合せば、全体として文字数一定以上の長さがある場合には、こうした創作活動に対するインセンティブを確保する必要があるからである。とりわけ、被告の利用態様は原告傍聴記 1 の 1,792 字の要約文全体のそっくりそのままの複製であるから、原告傍聴記を細分化して見るべきではなく、要約文全体で見るべきである。こうした観点から、原告傍聴記は証人尋問の証言内容を忠実に紹介したものであるゆえに表現の選択肢は限られたものとはいえ、法廷において行われた証言を単にまったく逐語的、機械的に記述しただけのものではなく、仮に数時間に及ぶ証言内容を 1,792 字の比較的長い文章にまとめるものであれば、この要約文を誰でもほぼ同じような結果にならないので、ありふれた言語表現と言い切るには疑問が残る。

三、[浄水器取扱説明書]

大阪地判平成 23 年 12 月 15 日裁判所 HP [浄水器取扱説明書] は、商品取扱説明書の著作物性が争点とされた事例で、また、被告の製造販売する浄水器に添付されている取扱説明書は、原告の製造販売する浄水器に添付されている、全 15 頁を超える取扱説明書のデッド・コピーに近い利用である（この点に関して、被告はおおむね自認している）。裁判所ウェブサイトで公開されている判決文からは、問題となった取扱説明書の全容は明らかではないが、著作権侵害を主張した原告が、編集著作物のほかに、各頁、各文章で構成され、全 15 頁を超える取扱説明書全体としてのまとまりのある表現をもって著作物性を主張するのであって、しかもほぼそっくりそのままの複製のような利用態様にもかかわらず、判決では原

告取扱説明書の表現は通常行われているありふれたものという理由付けで、取扱説明書の編集著作物性、全体としての著作物性、各頁の著作物性はいずれも認められないとされた。

原告取扱説明書の著作物の成立要件としての創作性が全面的に認められないことについては、その前、著作物性を否定した数多くの裁判例の中、同様に長い文章のそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用にもかかわらず、著作物性を否定し、著作権侵害を否定した、文字数 1422 字の会話文の前掲東京地判平成 9 年 [PC-VAN (オンライン会話サービス)]、1,792 字の傍聴記録の前掲東京地判平成 19 年 [ライブドア裁判傍聴記]、前掲知財高判平成 20 年 [同控訴審] 以来、[浄水器取扱説明書] はおよそただの三番目の事例¹⁹²である。

また、この事件の後、サービスの説明書について、著作物性を肯定し、類似性・著作権侵害を肯定した、2 枚の火災保険改定説明書面の前掲東京地判平成 23 年 [火災保険改定説明書面]、全 16 頁のサービス説明資料の前掲東京地判平成 25 年 [EF0 CUB 入力フォーム (サービス説明資料)] (高野輝久裁判長)) と対比すると、商品説明書の著作物性をめぐって、判断が分かれる [浄水器取扱説明書] 事件はやはり異例ともいえる。

商品取扱説明書は商品を販売する際の付属されているものであって、別途著作権法によって創作のインセンティブを与える必要がないという理由により、保護の対象となる著作物から除外されるために著作物性を否定する方策が用いられるかもしれない。しかしながら、[浄水器取扱説明書] 事件の背景については、被告はもともと原告との間で販売総代理店契約を締結し、原告が製造する浄水器の販売をしていたが、その後被告は自らが製造する、原告浄水器のデッド・コピー商品を販売するようになった。そのため、原告と被告の間には、この浄水器に関し、①特許権侵害訴訟 (大阪地判平成 24 年 3 月 22 日裁判所 HP [貯水タンク及び浄水機 (特許)]¹⁹³)、②商標権侵害訴訟 (大阪地判 23 年 12 月 15 日裁判所 HP [浄水機 (商標)]¹⁹⁴)、③意匠権侵害訴訟 (大阪地判平成 23 年 12 月 15 日裁判所 HP [浄水器 (意匠)]¹⁹⁵)、④本件の取扱説明書の著作権侵害訴訟、全部で四つの訴訟が提起されている。結果として、商標権、意匠権侵害で被告が、商品製造販売差し止めのほかに、合計 3,736 万円余の損害賠償金を命じられた。商品を販売する際の付属されているものからといって、商品取扱説明書は創作性を有するものであれば、それが著作物となることを前提に、代金あるいは侵害による損害賠償金をもらった原告が既に救済されている以上、別途著作権侵害を認めなくても、著作物となる取扱説明書を作るインセンティブは十分に確保される、とい

¹⁹² 前述したとおり、そのままの利用又はデッド・コピーに近い利用とはいえない [風呂保温ヒーター取扱説明書] 事件において、原告取扱説明書には表現の「配列」として「編集著作物」性が否定された点について、先例的価値を重くみるべきではない。

¹⁹³ 被告の浄水器は特許権の技術的範囲に属しないとされた。

¹⁹⁴ 差止のほかに、合計 2,261 万円余の損害賠償は認められた。

¹⁹⁵ 差止のほかに、合計 1,474 万円余の損害賠償は認められた。

う事例の背景を踏まえた大岡裁きの判断といえよう¹⁹⁶。

第6項 「easy to copyright」から「difficult to copyright」への政策転化？

- 5 以上をまとめると、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現について、言語の著作物の創作性が争点とされた裁判例では、類似性の判断に立ち入る前、目安として文字数 60 字程度未満の量的指標だけを見る分には定型的に著作物の創作性を否定する傾向にある。そして、文字数が一定程度を超える比較的長い文章になると、裁判例の趨勢として、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に対して文字数 120 字を超える程度、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列の抽象的な表現に対して文字数 5,000 字を超える程度、と
- 10 いう量的指標だけを見る分には定型的に著作物の創作性を肯定する傾向にある。ユーザーの行動の自由を確保するという観点から、これらの量的指標は、他の表現の選択肢が多様に残っているということを示す基準として、ある程度の相場というものが確立してきていると評価することができる。ただし、裁判においては語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目しても、経験則に基づいて従前からある分野においてよく使用されている決まり文句が存在するのであって、個々の細分化された決まり文句自体は創作者の創作に属するものではないから、ありふれた言語表現であると判断され、著作物の創作性が否定される傾向がある。
- 15
- 20 著作権侵害を認めるためには、著作物性の問題と著作物の保護範囲を画する類似性の問題が二つあって、少しでも著作物としてこれを認めても困らないだろうという程度に達しているものは基本的に著作物の成立要件として求めている創作性をわりと認めていったのが従来の裁判例の一般的な傾向と総括することができる。それを支える理由として、表現の選択肢が一つではなく複数取りうる場合についても、著作権の保護の入口で、著作物の成立要件としての創作性を否定するかどうかは、難しい判断である。そして、類似性の判断に立ち入る前に、著作物の成立要件としての創作性要件を厳格に判断するもの（difficult to copyright）により、著作物としての創作性が否定されればそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用でも非侵害という、硬直的な結論になってしまいがちのオール・オア・ナッシングでの判断を回避するためには、創作性を広く認めたうえで類似性判断の段階で著作権の保護範囲を調整することにより、柔軟に侵害の成否を判断する考え方（easy to copyright, difficult to infringe）のほうが結論の妥当性を図ることができる¹⁹⁷。また、このように創作性を緩やかに解釈しても、そのままの利用又はデッド・コピーに近い利用に
- 25
- 30

¹⁹⁶ 結論において同旨のものとして、[判批]（浄水器取扱説明書）企業法務戦士の雑感（2012年2月）<http://d.hatena.ne.jp/FJneo1994/20120204/1336070219>（2016年1月29日確認）。

¹⁹⁷ 村井麻衣子 [判批]（豆腐屋（図絵模写）・控訴審）知的財産法政策学研究 15 号（2007年6月）358 頁、同 [判批]（豆腐屋（図絵模写）・控訴審）著作権研究 33 号（2008年9月）211 頁。

のみを侵害とするなど、著作権の保護範囲を限定的に解釈すれば、後発者はその表現に多少の変更を加えることにより侵害を回避することが可能となるため、後発者の表現活動を過度に制約することにはならない¹⁹⁸、などの点が挙げられる。

- 5 こうした裁判例の一般的な傾向に対し、翻訳のように、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に創作性のある可能性の要約文について、著作物としての創作性を厳しい判断をし、1,792字の裁判傍聴記録のそのままの複製であっても著作権侵害を否定するという結論を導いた前掲知財高判平成20年7月17日〔ライブドア裁判傍聴記・控訴審〕（飯村敏明裁判長）という事例がある。ありふれた方法で表現されたものや表現の選択の幅が狭いなどの理由付けで著作物としての創作性を否定する判決の法律構成は、却って創作性の判断基準が不明化している面がある。にもかかわらず、知財高判〔ライブドア裁判傍聴記・控訴審〕はあえてインターネットでの公開情報をコピーで自分のブログに掲載した行為は著作権侵害にならないとする理由について、技術の進展により、インターネットが盛んになると、インターネットを通じての複製行為が容易になり、その影響も大きくなるので、従来通りの基準で認められた著作物がたくさんあり、それだけでもデジタル・インターネットの環境下での利用は阻害されるように考えていくと¹⁹⁹、司法による「difficult to copyright」への政策転換により、少し著作物の数を減らしたほうが良いという判断がおそらくあるものと考えられる²⁰⁰。今後、著作物としての創作性について、裁判所が「easy to copyright」から「difficult to copyright」への政策転化になるか、引き続き裁判例の動向を注視する必要がある。
- 10
- 15
- 20

第3節 創作性の有無の判断主体とその判断基準時

- 25 独自創作をなしていないことを消極的要件として創作性の有無を判断するには、著作物としての権利は作成されたときに発生しているのであるから、創作者にとって接した既存の原作を模倣したかどうかという主観的認識の判断基準時は主張されている対象物の作成時について異論は無い。他方、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であることを消極的要件として創作性の有無を判断するには、表現の選択の幅が十分に残されているかど

¹⁹⁸ 東京高判平成14年10月29日裁判所HP〔ホテル・ジャンキーズ・控訴審〕（山下和明裁判長）判旨参照。

¹⁹⁹ 知財高判〔ライブドア裁判傍聴記・控訴審〕の担当裁判長の著した、飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『2004年度JASRAC寄付講座 著作権制度概説および音楽著作権』（2006年3月・明治大学法科大学院）218頁参照。同「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号（2008年12月）110頁は、ユーザー側では、他人の表現を利用することが著作権を侵害する危険性が少しでもあると考え、他人の表現を利用しないという自己規制をする傾向があるため、ネット環境の下での著作権実務の健全な慣行が定着していない状況が、ユーザーをして他者の表現を利用することを過度に躊躇させているという弊害を生じさせている、と懸念している。

²⁰⁰ 田村善之「引用の現代的意義」第59回放送法務研究会（2009年3月9日）参照。

うかに関して、ここでいう選択の幅を「誰」が「どの時点」で判断するかは問題となる。

第1項 裁判例

5 第1款 作成時を基準にする裁判例

10 創作性の有無の判断時点に関して、裁判例では主張されている対象物の作成の時点に遡ってアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であるかどうかの検討がなされるか、あるいは現在の著作権法には侵害の問責に対するフェア・ユースのような権利制限の一般条項がないため、場合によって侵害の成否を決する利用の時点まで検討がなされるか。判決の多くののは、その判決理由から明らかにすることができない。いずれの時点で判断しても当該事案の結論に影響を与えないと解することができるだろう。

15 他方、判決の中に、主張されている対象物の作成当時に遡って、既に存在した他の表現との比較により、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現として創作性は否定された裁判例としては、東京地判平成10年7月24日判例工業所有権法〔アサパン職業別電話帳〕（森義之裁判長）（1971年に出版された原告電話帳と1969年発行の電電公社の職業別電話番号簿との比較）、東京地判平成11年2月25日判タ998号252頁〔松本清張作品映像化リスト〕（三村量一裁判長）（早くてもおよそ1984年に作成された原告「松本清張作品映画化リスト」・1995年の原告「松本清張作品テレビ化リスト」と、1936年に出版された『映画年鑑』²⁰¹・1994年発行の『テレビドラマ全史』との比較）、東京地判平成26年10月17日裁判所HP〔ログハウス調木造住宅〕（2004年に販売された原告ログハウス調木造住宅と1966年に発表した注文住宅との比較）²⁰²、知財高判平成27年11月10日裁判所HP〔英会話教材キャッチフレーズ・控訴審〕（清水節裁判長）（原告「ある日突然、英語が口から飛び出した！」という英会話教材のキャッチフレーズと、原告自身が「過去に採用した」キャッチフレーズにおいて「・・・英語が口から飛び出す！」、「ある日突然、英語が口から飛び出して」などとの比較²⁰³）がある。

²⁰¹ もっとも、1936年の『映画年鑑』のほかに、判決では1998年発行の『ぴあシネマクラブ』という書籍も斟酌された。この点では、そもそも1936年の『映画年鑑』との比較により、不可避的な表現として創作性を否定することができるので、原告「松本清張作品映画化リスト」の作成後に発表された『ぴあシネマクラブ』との比較に関する説示は傍論にすぎないと考えられる。

²⁰² もっとも、1966年の発表された住宅のほかに、判決では原告注文住宅と同様の表現上の特徴を備えているほかの20件の注文住宅が存在することが認められるが、発表時期について判決理由から明らかにすることができない。

²⁰³ もっとも、原告が過去に採用したキャッチフレーズのほかに、判決ではキャッチフレーズではないが、著作物として主張されるキャッチフレーズの公表後に発表された、英会話の上達方法に関するウェブサイトにおいて、「ある日突然に、・・・口から飛び出る」、「ある日突然、・・・英語のフレーズが口から飛び出てきます。」といった無意識に自然と流暢に英語を話せるようになる効果を説明する語句も斟酌された。この点では、そもそも原告自身が過去に採用したキャ

また、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であるかどうかに関して、少なくとも主張されている対象物の作成の時点に遡って既に存在している表現との比較により行われるとの一般論を述べた裁判例がある（前掲東京地判平成11年〔キューピーⅡ（日本興業銀行）・一審〕（創作性肯定）²⁰⁴、前掲東京地判平成12年〔増田足チャート〕（創作性否定）²⁰⁵、前掲知財高判平成18年〔宇宙開発事業団プログラム「STAT」・控訴審〕（創作性否定）²⁰⁶、前掲東京地判平成22年〔月刊ネット販売（秀和システム）〕（創作性否定）²⁰⁷、前掲東京地判平成22年〔通販新聞の図表〕（創作性否定）²⁰⁸、前掲東京地判平成22年〔月刊ネット販売（編集著作物）〕（創作性否定）²⁰⁹、前掲東京地判平成22年〔恋愛の神様（画像群）・一審〕、
10 前掲知財高判平成23年〔同控訴審〕（創作性否定）、前掲知財高判平成23年〔恋愛の神様（プログラム）〕（創作性否定）²¹⁰、前掲東京地判平成25年〔自動車用プラスチック部品の表〕（創作性否定）²¹¹）。

第2款 侵害時を基準にする裁判例

それに対し、作成の時点ではなく、侵害時を基準に、具体的に主張されている対象物がその作成の時点以降の他の表現との比較により、創作性を否定した裁判例はいくつある。まず、原告が1998年出版の『平成11年神聖館開運暦』に掲載されている「方位盤」などについて著作権を原告が有するものであるところ、被告の2003年出版の『平成16年高島本
20 暦』が原告の著作権を侵害するものであると主張した事案²¹²において、前掲東京地判平成17年〔神聖館開運暦（方位盤）〕（清水節裁判長）は原告方位盤の創作性の有無について、当該方位盤の作成時の平成1998年ではなく、侵害時の2003年出版の『平成16年神宮館運

ッチフレーズとの比較により、不可避的な表現として創作性を否定することができるので、作成の時点以降発表された言語表現との比較に関する説示は傍論にすぎないと考えられる。

²⁰⁴ 従来のキューピーのイラストとの比較。

²⁰⁵ 従前から一般に行われている株式の値動きを図表との比較。

²⁰⁶ 特定の計算式を基礎にFORTRAN言語でのプログラム「STAT」について、「仮に作成した時点で」このようなプログラムはなかったとしても、その選択の幅は著しく狭いものであるから、同じ計算式を基礎にFORTRAN言語でプログラムを作成しようとする場合、「STAT」プログラムのようになることは避けられず、創作性があるとはいえないとされた。

²⁰⁷ 問題となった各図表と同様の素材を選択し、各図表と同様の配列をした図表は「従前から」数多く存在していることが認められた。

²⁰⁸ 問題となった各図表は「掲載される以前から」一般的に行われていたと認定された。

²⁰⁹ 問題となった各図表は「掲載される以前から」一般的に行われていたと認定された。

²¹⁰ 「作成当時」のプログラムとの比較。

²¹¹ 作者の作成した書籍の「発行以前に」自動車に用いられていたプラスチックの種類、採用部位、成形法等を当該分類項目に従って整理した各表との比較。

²¹² それに対して、被告は原告神聖館開運暦は被告が作成したものであると主張したが、判決は、神聖館暦のうち原告が被告により複製されたと主張する各部分の作者について検討し、方位盤については被告が作成したものと認められないと判断した。

勢暦』、『平成 16 年鳳凰暦』及び『平成 16 年観象運勢暦』の他の三冊の類似書籍の方位盤との比較により行われている。その結果、原告方位盤が方位を八分割した八角形の図に吉凶を示す事項を記載することは、利用の時点で他の三冊の類似書籍にも見られるところであることなどから、原告方位盤は創作的に表現したものとはいえず、著作物とは認められないとされた。

また、著作物の創作性を肯定したが類似性を否定した前掲東京地判平成 20 年[博士絵柄]（阿部正幸裁判長）では、原告博士絵柄の映像を収録した原告幼児向け教育用ビデオ商品は、1997 年頃販売を開始した。他方、2005 年頃から、同種の被告商品を販売している。裁判所ウェブサイトで公開されている判決文からは、比較対象となる他の七つの博士絵柄の作成時点は明らかではないが、独法水資源機構は 2003 年 10 月設立²¹³、株式会社パルスは 1997 年 1 月設立²¹⁴、株式会社 DEX は 2001 年 5 月²¹⁵設立ということが公知の事実である。つまり、原告博士絵柄の作成時の 1997 年前後ではなく、早くとも原告博士絵柄の作成の時点以降の 1997 から 2003 年までの他の博士絵柄との比較により行われていることがわかる。その点では、この比較は、結論として原告博士絵柄については創作性を有する著作物であると認められるから、創作性の有無は本来、作成時点の 1997 年において判断すべきであるが、仮に侵害時を基準に判断したとしても、原告博士絵柄は創作性を有する著作物であって、アイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現ではないという結論に影響を与えないと理解することができるだろう。

同様に、椅子の著作物性を肯定したが類似性を否定した前掲知財高判平成 27 年 [TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審]（清水節裁判長）では、創作性の有無を検討するにあたって、具体的には証拠として出された雑誌等を通じて、原告椅子の作成時の 1974 年前後ではなく、作成の時点以降の 1990 年から 2006 年までの数多くの椅子の形態との比較で、二本足の椅子が鋭角的な鋭い印象を醸し出している原告椅子に形態的な特徴があり、それは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はいえず、著作物として認定された。創作性の有無は本来、作成時点の 1974 年において判断すべきであるが、仮に侵害時を基準に判断したとしても、原告椅子は創作性を有する著作物であって、アイデアの不可避免的な表現・ありふれた表現ではないという結論に影響を与えないと理解することができるだろう。

²¹³ 独立行政法人水資源機構 <http://www.water.go.jp/honsya/honsya/outline/enkaku/index.html> 参照（2016 年 5 月 22 日確認）。

²¹⁴ 株式会社パルス <http://www.pals-pharmacy.com/outline.html> 参照（2016 年 5 月 22 日確認）。

²¹⁵ 株式会社 DEX <http://dex-co.jp/> 参照（2016 年 5 月 22 日確認）。

第2項 学説

アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現として、著作物としての創作性の有無を判断する主体及びその判断時点に関して、独占の弊害および後発者の自由を配慮することに主眼を置けば、競合する表現活動を行う後発者の視点に立ってその利用の時点での客観的な選択の幅が問題とならざるを得ない²¹⁶と指摘されている。また、横山教授は、侵害時を基準に創作性を判断すれば、事後的に標準となったものの保護を排除することができる解釈論²¹⁷を示唆している。

それに対して、どのような主体および客体になぜ法的保護を与えるのかという問題だから、著作者の認定と著作物の認定は著作権法上の保護資格要件として共通の基盤を有するにもかかわらず、もし創作性の有無は作成の時点ではなく侵害の成否を決する利用の時点まで検討がなされるならば、著作者の認定との整合性が破綻することになりかねない²¹⁸と指摘されている。また、著作権に関するその後の取引のことを考えれば、著作物としての創作性の有無は作成の時点で確定していることが望まれるところ、侵害の成否を決する利用の時点に標準が設定されたり、互換性の条件が変更されたりなど、作成後の事情により選択の幅が狭まった場合、かつては著作物であったものが創作性を否定されかねない²¹⁹という問題も懸念されている。

第3項 検討

著作権に関するその後の取引のことを考えれば、作成の時点以降の事情によって変動することは法的安定性を欠くものであるから、創作性の有無は作成の時点において判断すべ

²¹⁶ 上野達弘「著作者の認定」牧野利秋＝飯村敏明編『著作権関係訴訟法』（新・裁判実務大系 22・2004年・青林書院）235-236頁、同「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）204頁の注57、井上由里子〔判批〕（ライブドア裁判傍聴記・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）13頁。

²¹⁷ 島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）61頁の注108（横山久芳執筆）、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁は、先行編集物の選択、配列がその作成の時点で新規的なものであるとしても、学術的、実用的観点からみて、先行編集物に代替する後行編集物を創作することがおよそ困難であるという場合には先行編集物の選択配列は当該編集物の分野において標準的に採用される選択配列というべきであるから、先行編集物の選択、配列はありふれていることになる旨を指摘している。

²¹⁸ 上野達弘「著作者の認定」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）235-236頁、同「著作物性（1）総論」法学教室2007年4月号、同「創作性」高林龍ほか編『知的財産法の理論的探究』（2012年5月・日本評論社）204頁の注57。

²¹⁹ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）91-92頁の注59、前田哲男「講演録『思想・感情の創作的な表現』とは何か」コピーライト2011年3月号13頁。

きと考えられる。また、独占の弊害および後続の行動の自由を配慮するには、別途、著作物の保護範囲を画する類似性要件の判断の場面で、両者の似ている部分にアイデアと表現の区別のところで斟酌し、作成の時点以降の環境の変化により、表現の選択の幅が狭い場合にアイデアの範囲を広くとった上で、著作権の保護範囲も狭く解することで、後発者は多少の変更を加えることにより侵害を回避することが可能となり、利用の時点で著作物としての創作性が否定される取扱いでもなく、後続の行動の自由を確保する²²⁰。そうすると、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であることを消極的要件として創作性の有無を判断するにあたって、判断主体は後発者としているが、判断時点は後発者の利用の時点ではなく、主張されている対象物の作成の時点に遡って「事前観点」で検討すべきである。

実際、創作性の有無の判断時点に関して、前述したように、主張されている対象物の作成の時点のみに遡って、既に存在している表現との比較によりアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であるかどうかを検討する裁判例は少なくない。例外として、侵害時を基準に創作性を否定した東京地判〔神聖館開運暦（方位盤）〕又は創作性を肯定した東京地判〔博士絵柄〕、知財高判〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕などの前例があるものの、〔神聖館開運暦（方位盤）〕一件を除けば、作成の時点以降の他の表現との比較に関する説示は、いずれも傍論にすぎないと解することができる。また、〔博士絵柄〕、〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕は主張される博士絵柄、椅子の著作物性を認めるものの、被疑侵害物品と類似していないという理由で著作権侵害を否定したのである。つまるところ、利用の時点で著作物性としての創作性が肯定される取扱いは、傍論で述べられるに留まって、実質上著作物の保護範囲を決する「類似性」の判断の場面で、作成の時点以降の事情を斟酌し、表現の選択の幅が狭い場合にアイデアの範囲を広くとった上で、著作物の保護範囲も狭く解することで、対応可能なものとしていると理解することができるだろう²²¹。

もっとも、〔博士絵柄〕、〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ〕事件では、被疑侵害者の利用態様はいずれもデッド・コピーではない。今度、被疑侵害物品が主張されている対象物のそのままの複製に近づけば、〔神聖館開運暦（方位盤）〕事件と同様に、侵害時を基準に著作物性として

²²⁰ 前田哲男「講演録『思想・感情の創作的な表現』とは何か」コピライト2011年3月号12-13頁、田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）91-92頁の注59。

²²¹ 〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕について、結論において同旨のものとして、金子敏哉「応用美術の保護—TRIPP TRAPP事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号（別冊14号）（2016年3月）111の注49参照。

〔博士絵柄〕について、津幡笑〔判批〕（博士絵柄）知的財産法政策学研究24号（2009年9月）115-116頁、同〔判批〕（博士絵柄）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）113頁は、本件は限界線上の事例と考えるが、そもそもキャラクター自体を変更するという選択ができ、新たな表現の選択の幅が広がったにもかかわらず、被告はあえて原告博士に類似する博士絵柄を使い、両表現の酷似度に鑑みると、類似性・著作権侵害を否定した判決の結論には疑問があるとのコメントがなされる。

の創作性を否定することになる懸念が払拭できないのである。なぜなら、侵害時の選択の自由度を如何に配慮しても、主張される先行の表現のそっくりそのままの複製という利用態様の場合、利用の時点で当該表現に創作性が認められるのか否かということだけがまさに類似性・著作権侵害の成否を決する分岐点となったからである。とりわけ、仮に作成当時残る他の表現の選択可能性が十分であるとしても、その後、侵害の現在に至るまで事後的に標準となったものなど、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現になるにもかかわらず、後発者が利用の時点でそういう表現の利用を妨げることになるという懸念もある。作成の時点以降の事情を斟酌し、表現の選択の幅が狭い場合にアイデアの範囲を広くとった上で著作権の保護範囲も狭く解することだけでは、やはり対応しきれないと言わざるを得ない。

また、もう一つの課題として、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現は抗弁として、被疑侵害者がその立証責任を負担することになる²²²。そうだとすると、著作権は無方式に発生すること、かつ、著作者の死後50年にも及ぶ長期の保護期間という強い権利を著作者に与えていることに鑑み、著作物であると主張されている権利者側の対象物がアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現といえるためには、当該対象物の作成の時点に遡って、それと同じアイデアを表現するのに残る他の表現の選択可能性が十分ではないという証明責任を被疑侵害者に負わせる点で酷となる。[博士絵柄]（作成時1997年、侵害時2005年）、[TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ]（作成時1974年、侵害時2006年）事件のように、被疑侵害者は権利者側の対象物の作成の時点、8年前、32年前に遡ってアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であることを裏付ける物的証拠を見つけなければならないことを強いられているからである。

そこで、著作権法制全体を見渡せば、創作性の有無の判断は作成の時点で、アイデアと表現の区別を通じて創作的表現の共通性の判断は侵害の時点での類似性の判断枠組として、それだけでは足りない。確かに侵害時を基準に後続の行動の自由を確保する調整手段にあたるようなそれぞれ個別的な制限規定があるが、十分に書き込んでいないのである。限定列举された権利制限規定以外には、フェア・ユースのような権利制限の一般条項を導入すれば、利用の時点で著作物としての創作性が否定される取扱いでもなく、後続の行動の自由と著作権の保護との衝突を緩和させるためのバッファとして、柔軟に対応できることになる²²³が、極めて長いスパンで語るのであればともかく、選挙制度、そして著作権法の領域

²²² 東京地判平成17年7月20日裁判所HP[マトリョーシカ人形イラスト]では、ロシアの民族玩具であるマトリョーシカ人形をモチーフとしたイラストについては、創作的に表現されたものであって、これに反する主張は、当該イラストがありふれたものであることを裏付けるに足りるマトリョーシカ人形の図柄等の証拠の提出がないから、著作物の成立要件としての創作性を有することが認められるとされた。

²²³ 井上由里子「地図の著作物の創作性についての一考察—編集著作物の観点からみた地図」中山信弘ほか編『知的財産権 法理と提言 牧野利秋先生傘寿記念論文集』（2013年1月・青林書院）1106頁の注67は、限定列举された権利制限規定以外には、フェア・ユースのような権利制限の

において従来の立法過程の歪みが今後も維持されると前提とすれば、短期的には、フェア・ユースのような権利制限の一般条項の導入の見込みは薄いといわざるを得ない。したがって、後続のユーザーの行動の自由領域を適切に確保するためには、創作的表現の再生とは別に、類似性の規範的解釈²²⁴や最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分・上告審〕によって作り出された「本質的な特徴の直接感得性」のところで勘案する意義を見出すことができよう。この点に関して、章を改めて検討したい。

第4節 小括

10 以上をまとめると、第一に、裁判実務では、「独自創作をなしていないこと」を「創作性」の問題として位置付けたうえで、この創作性の消極的・主観的要件の立証責任は独自創作をなしていない「事実上の推定」とその覆滅という代替策がとられている。そして、こうした立証責任を転換することで著作者の立証の困難性を救済している14条は、表示者が真実の「著作者」であるという「法律上の権利推定」ではなく、接した既存の原作を模倣していな
15 いという主観的事実にまで推定が働かないとされた。

第二に、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現として、著作物の創作性を否定した司法による法形成について、言語の著作物の創作性が争点とされた裁判例の積み重ねの中から、判決の結論に従って、類似性の判断に立ち入る前、アイデアの不可避的な表現として
20 著作物の創作性が認められるか否かの分岐点を探ると、三句から五・七・五調で構成された日常用語とはいいいがたい言語表現の例外的な事例を除き、短い言語表現について、その表現上の創意工夫を理由に著作物性を肯定することなく、目安として文字数60字程度未満の量的指標だけを見る分には定型的に著作物の創作性を否定する傾向にある。そして、文字数が
25 一定程度を超える比較的長い文章になると、裁判例の趨勢として、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に対して文字数120字を超える程度、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列の抽象的な表現に対して文字数5,000字を超える程度、という量的指標だけを見る分には定型的に著作物の創作性を肯定する傾向にある。ユーザーの行動の自由を
30 確保するという観点から、これらの量的指標は、他の表現の選択肢が多様に残っているか否かということを示す基準として、ある程度の相場というものが確立してきていると評価することができる。ただし、裁判においては語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目しても、経験則に基づいて従前からある分野においてよく使用されている決まり文句が存

一般条項の導入など、立法による対応が必要な問題であると指摘する。

²²⁴ 清水節「応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピライト663号(2016年7月)21頁は、一定期間経過し、似たような表現がたくさん公表されて、主張されている対象物自体の表現が陳腐化したような場合では、著作物の成立要件としての創作性自体は失われなくても、少なくとも権利行使することは困難であることと指摘する。

在するのであって、個々の細分化された決まり文句自体は創作者の創作に属するものではないから、ありふれた言語表現であると判断され、著作物の創作性が否定される傾向がある。

こうした裁判例の一般的な傾向に対し、翻訳のように、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に創作性のある可能性の要約文について、著作物としての創作性を厳しい判断をし、1,792字の裁判傍聴記録のそのままの複製であっても著作権侵害を否定するという結論を導いた知財高判〔ライブドア裁判傍聴記・控訴審〕という事例がある。今後、著作物としての創作性について、裁判所が「easy to copyright」から「difficult to copyright」への政策転化になるか、引き続き裁判例の動向を注視する必要がある。

第三に、著作物としての創作性の有無の判断時点に関して、主張されている対象物の作成の時点に遡って、既に存在している表現との比較によりアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であるかどうかを検討する裁判例は少なくない。たが、著作物としての創作性の有無の判断は作成の時点で、アイデアと表現の区別を通じて創作的表現の共通性の類似性判断は侵害の時点での判断枠組として、それだけでは足りない。フェア・ユースのような権利制限の一般条項の導入の見込みは薄い現状において、事後的に標準となったものや、遠い作成の時点に遡って、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であることを裏付ける証明責任を被疑侵害者に負わせる問題点が残っている。そこで、後続のユーザーの行動の自由領域を適切に確保するためには、創作的表現の再生とは別に、類似性の規範的解釈や最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分・上告審〕によって作り出された「本質的な特徴の直接感得性」のところで勘案する意義を見出すことができよう。

目次

第6章	著作物の保護範囲を画する要件としての類似性	452
第1節	類似性要件の位置付け—複製・翻案との関係	452
第2節	類似性の判断基準に関する裁判例の変遷	460
5	第1項 ドイツ学説等に由来する「内面的形式」の維持基準.....	460
	第2項 最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕に由来する「内容及び形式の覚知」基準.....	464
	第3項 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕に由来する「本質的な特徴の直接感得性」基準	470
10	第4項 東京地判〔日照権〕等に由来する「創作的表現の共通性」基準	479
	第5項 最判〔江差追分〕等に由来する「本質的な特徴の同一性」（創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価値の共通性）	481
	第6項 最判〔江差追分〕後の裁判例の傾向	494
	第3節 創作的表現の共通性とその判断手法.....	510
15	第1項 問題提起—いわゆる「二段階テスト」と「濾過テスト」	511
	第2項 類否の判断に立ち入る前に著作物性の判断を先行させるか否かについて	518
	第3項 創作的表現の共通性を判断するのに「濾過テスト」の採否について	532
	第4項 創作的表現の共通性を何と捉えるか	566
20	第4節 ユーザーによる表現価値の共通性基準の独自性の有無について	582
	第1項 創作的表現の共通性の一元化説	583
	第2項 ユーザーによる表現価値の共通性の独自基準説	589
	第3項 検討—創作的表現の共通性に加えて、市場における代替可能性の問題を正面に据えるべき	591
25	第5節 小括.....	606

第6章 著作物の保護範囲を画する要件としての類似性

第1節 類似性要件の位置付け—複製・翻案との関係

- 5 「類似性」の要件は、権利を主張する側の対象物と被疑侵害物が、権利侵害を肯定すべき程度まで類似しているのかということを問うものである。すなわち、権利を主張する側の対象物に依拠して被疑侵害物を作成することが著作権侵害となるためには、被疑侵害物の少なくとも一部に、権利を主張する側の対象物が利用されていなければならないが、権利を主張する側の対象物を利用するといっても、被疑侵害物が権利を主張する側の対象物のそれとほぼ同一であるときは、当該著作物の利用があり、権利侵害であることは明白であるが、
- 10 権利を主張する側の対象物を素材として作った被疑侵害物はどの程度の変更までは、当該著作物の利用といえる範囲に止まり、どの程度変更すると当該著作物の利用といえる範囲から逸脱するのかということを問うものである。そして、こうした類似性のある範囲に対して、権利を主張する側の対象物の著作権は被疑侵害物に及ぶことになる。著作権侵害における類似性は、結局、権利を主張する側の対象物の保護範囲がどこまで及ぶか、という問題である。
- 15

- 以上によると、類似性は、権利を主張する側の対象物の表現に変更が加えられた場合等においても当該著作物の著作権法上の保護が及ぶ範囲の限界を画する概念¹であり、権利を主張する側の対象物を中心にそれとの距離を測ることによって侵害の成否を判断しているもの
- 20
- のと言い換えることができる²。

- しかし、類似性又は著作物の保護範囲がどこまで及ぶかという問題に対して、著作権法の条文上、著作物の保護範囲を画する要件としての類似性を直接定めた具体的なルールは存在しない。そもそも第3章で述べたとおり、議会在事前に「著作物」を具体的に特定しておくルール型の法規範を定立しておらず、創作性やアイデアと表現の区別という抽象的な概念をもったスタンダードな基準だけを設定して、その具体化は裁判所に委ねる手法を採用しているという点である。著作権法2条1項1号にいう「創作的に表現した」著作物といえる範囲を立法の段階であらかじめ明確に定めることがなく、それを前提とする類似性も、そ
- 25

¹ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）30、99-103頁（プログラムについて）、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）338頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）94頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）283頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号4頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）112頁の注1、島並良「権利の物的保護範囲」法学教室386号（2012年11月号）145頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）5、13頁。

² 前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）5頁。

れ以上にその具体的な意味内容を明らかにしていないことから、いかなる場合に著作権侵害における類似性が成立するかという点は裁判所の解釈に委ねられることになる³。だが、類似性の判断においてはともすれば結論を先行させた直観的・恣意的な判断がなされるおそれが大きいことから、結論に説得性を持たせるためには、結論に至る判断プロセスはできる限り明確に判示することが望まれよう⁴。

他方、「法定利用行為」（支分権）に関して、著作権法2条1項15号は「複製」につき「有形的に再製すること」と定義しており、そして同法21条は「著作者は、その著作物を複製する権利を専有する」としている。有形的再製を含め、「原著作物」の有形又は無形的な利用権⁵に関して、21条～26条の3がある。それに対し、著作権法2条1項11号に「二次的著作物」の定義があり、「著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案することにより創作した著作物をいう」とされている。この二次的著作物にかかわる権利に関して、27条で著作者は「その著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する権利を専有する」（二次的著作物作成権⁶）とされている。また11条で二次的著作物に対する法的な保護は素材とされた原著作物の著作権に影響を及ぼすことはない、さらに28条で原著作物の著作者は二次的著作物の利用に対しても権利行使をなしうる（二次的著作物の利用権⁷）と規定されている。それによって、原著

³ この点に関して、島並良「著作権法におけるルールとスタンダード・再論—フェアユース規定の導入に向けて—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）714頁は、利用者は他人の著作物と自己の利用しようとしている対象物の両者についての情報を十分に有しているから、著作権侵害の類似性判断にあたって、スタンダードが採られていても、事案に即した結論による具体的妥当性の増加を超えて利用者の予測可能性を不当に減少させることはないと指摘する。

⁴ 横山久芳〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）167頁。

⁵ 裁判例では、2条1項15号、21条にいう「有形的に再製する」「複製」のみならず、22条～26条の3の口述、演奏、上演、上映、公衆送信など、様々な無形的な利用に関しても、「複製」の語が当てられていることが多い。しかし、厳密には、「複製」は有形的再製という一つの利用方法に過ぎず、無形的な利用行為を含むものではないが（上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（1）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究41号（2013年2月）60-66頁参照）、以下では、「複製」という用語を当てる裁判例の流儀に従って、「複製」とは原著作物の利用行為一般を総称するものとする。

⁶ 裁判例において、「翻案」という用語が著作権法27条の権利が対象とする行為を包括する上位概念として用いられることが多く、そのとき、著作権法27条の権利は「翻案権」と総称されることになる。厳密に言えば、「翻案」は、翻訳・編曲・変形・翻案の総称ではなく（総称する場合は「二次的著作物作成行為」というべきである）、「翻案権」は翻訳権・編曲権・変形権・翻案権の総称ではない（総称する場合は「著作権法27条の権利」あるいは「二次的著作物作成権」というべきである）が（上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（1）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究41号（2013年2月）35-45頁参照）、以下では、「翻案」、「翻案権」という用語を当てる裁判例の流儀に従った。

⁷ 言葉の問題ではあるが、厳密に言えば、27条の翻訳・編曲・変形・翻案というのは、二次的著作物の「作成」行為に過ぎず、二次的著作物の「利用」行為まで含むものではないため、「翻案」というものを、翻訳・編曲・変形・翻案の総称だと解しだとしても、翻案によって作成された二次的著作物の利用行為は、著作権法の条文上は、「翻案権」を規定する27条の問題ではなく、二

作物の著作権者の許諾のない限り、その二次的著作物を有形的複製又は無形的な利用をすることはできないということになる。

- 従来の議論においては、類似性の問題を「複製」又は「翻案」それ自体の問題と捉えているため、法定利用行為として、複製と翻案とで類似性の判断基準が異なるとしている。そして、著作権の効力が類似の範囲にまで及ぶのは、著作権法が翻案権の保護を認めていることによるものであるから、類似性の範囲は翻案権の保護範囲により画されることになる⁸と説明されている。すなわち、複製と翻案の違いは類似度の差であり、複製というのは原著作物と「同一性」の範囲であるのに対して、翻案というのは原著作物「と類似性」の範囲までであるため、翻案権は著作物の保護範囲を拡大したものであるという理解がある。そして、原著作物と完全に同一の場合は複製であると評価され、多少の変更が加えられていてもそれが実質的同一にとどまる場合はいまだ複製と評価される。他方、その変更がより大きくなると、原著作物の表現の本質的な特徴が失われるに至っていない場合には「翻案」と評価され、さらにその変更が大きくなっても、原著作物の表現の本質的な特徴が失われてしまい、もはや別の著作物になれば翻案権の侵害が否定される、というような説明である（京都地判平成7年10月19日知財集〔アンコウ行灯〕（鬼沢友直裁判長）判旨⁹参照）¹⁰。

二次的著作物の利用に関する28条の問題のはずであると指摘するものとして、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（1）―「複製又は翻案」の問題性―」知的財産法政策学研究41号（2013年2月）45-49頁参照。

⁸ 横山久芳「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の実務』（2016年3月・日本評論社）113頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）122頁。

⁹ 著作権侵害行為は、既存の著作物を利用してある作品を作出する場合に成立するが、その利用の態様としては、「（1）既存の著作物と全く同一の作品を作出した場合、（2）既存の著作物に修正増減を加えているが、その修正増減について創作性が認められない場合、（3）既存の著作物の修正増減に創作性が認められるが、原著作物の表現形式の本質的な特徴が失われるに至っていない場合、（4）既存の著作物の修正増減に創作性が認められ、かつ、原著作物の表現形式の本質的な特徴が失われてしまっている場合が存在する」、そして、著作権との関係から（1）（2）の場合は著作権中の複製権の侵害であり、（3）の場合は著作権中の改作利用権（著作権法27条）の侵害であり、（4）の場合には、全く別個独立の著作物を作成するものであって、著作権侵害を構成しないとして、著作権に対する侵害の有無は、原作品における「表現形式上の本質的な特徴自体を直接感得することができるか否か」により決められなければならない、と判示した。

¹⁰ 複製と翻案とで判断基準が異なるとする学説として、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）26-27、30頁の注7、33頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第26巻―知的財産権―』（1999年3月・新日本法規）379-383頁、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」斉藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）125頁、小泉直樹〔判批〕（江差迫分・上告審）著作権研究24号（1998年5月）165頁、本山雅弘〔判批〕（七人の侍・一審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）147頁、山本隆司「著作権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）311-313頁、中平健「翻案権侵害の成否」「著作権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）335-337頁、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章』（新版

このような考え方にしたと、たとえ複製権侵害に該当しない場合であっても、翻案権侵害に該当する可能性もあり（東京地判平成22年7月8日裁判所HP〔表紙図版〕（阿部正幸裁判長）判旨¹¹参照）、逆に翻案権侵害に当たらない場合は、当然に複製権侵害にも当たらないということになる。実際のところ、両者とも、手作りの猫のぬいぐるみについて、著作権侵害が問題になった事例において、大阪地判平成22年2月25日裁判所HP〔猫のぬいぐるみ〕（田中俊次裁判長）は、「原告は、被告各製品が原告各作品を複製又は翻案したものであるとして著作権侵害を主張しているところ、少なくとも被告各製品が原告各作品を翻案したと認められる程度に類似したものでなければ、複製権侵害が生じる余地もない」と判示した¹²。つまり、翻案権侵害に当たらないのであれば、当然に複製権侵害にも当たらない

改訂・2005年5月・レクスネクシス・ジャパン）173-174頁、同『著作権法詳説―判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）345-346頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）102頁、三好豊「複製権侵害について」「翻案権侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）182、183-184、191頁、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（2008年10月）5頁の図1、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『知的財産法の実務的発展』（2012年9月・日本評論社）239頁の概念図1、前田哲男「翻案の概念」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法―野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）104-106頁、横山久芳「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）113頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）122頁。

¹¹ 複製権侵害の成否について、判決は、被告図版は①縦棒と横棒の形及び配置、②図形ないし棒の類型や個数、これらの図形ないし棒の配置箇所や組合せの方法、③書名、編者名及び出版社名の配置箇所などについて、原告図版と共通していることに対して、被告図版は①デザインに用いる図形として、「正方形」ではなく「丸」を選択した点や、②図形等の配色など、原告図版と異なる点を有するものであることから、被告図版は原告図版と同一性を有するものを有形的に複製したものであるとまでは認め難く、複製権侵害に当たるとすることはできないとした。

他方、翻案権侵害の成否について、被告図版は、上記のとおり原告図版との相違点を有するものの、上記のとおり、①②③について原告図版と共通していることが認められる。これらの点を総合すると、被告図版は原告図版の表現上の本質的な特徴といえる図形等の選択ないし配置の同一性を維持しながら、具体的な図形の形等の表記に変更を加えて、新たに被告図版の制作者の思想又は感情を創作的に表現したものであり、これに接する者が原告図版の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるものとして、原告図版を翻案したものであると判示した。

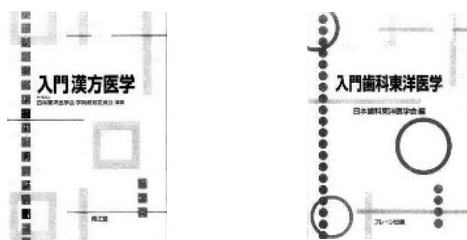
¹² 具体的な事案への当てはめにおいては、判決は、①原告作品1の背中が弓状に丸まっていること、②それに伴って前脚の付け根から後脚の付け根までの腹部が半円の形状をしていることについて、猫をモチーフとしたものであるところ、猫は威嚇をする際などに背中を弓状に丸める体勢を取ることが広く知られているので、このような体勢をぬいぐるみで表現しようとするに当たり、原告作品1は猫が威嚇をする際などに取る上記の体勢に似せて単に胴体を緩やかに湾曲させているのみであり、そこに特段の創作があったとは認め難い。また、③原告作品1が一般的な猫に比して胴体が細いこと、④四肢が長いことについて、原告作品1のぬいぐるみの胴体は一般的な猫に比して細身であり、四肢が長く表現されているとはいえるが、通常の表現の幅の範囲内というべきである。したがって、これらの点を原告作品の本質的特徴と認めることもできない。

他方で、原告作品1の本質的特徴は、①顔の輪郭形状が横方向に扁平な楕円形であること、②

のであるから、原告が複製権侵害および翻案権侵害の主張をしている場合であっても、まず翻案権侵害の成否を問えばよいのであって、翻案権侵害が否定されれば複製権侵害について検討する必要はないというわけである¹³。

5 [表紙図版] 事件 (TKC より抜粋)

左 原告表紙図版 右 被告表紙図版



地裁 (阿部正幸裁判長)

複製権侵害否定

10 翻案権侵害肯定

しかしながら、類似性とは、著作物の保護範囲の問題だから、支分権ごとに内容の異なる利用行為とは独立の「類似性」要件として位置づけるべきであり、著作物の保護範囲を画する類似性判断の問題を、複製あるいは翻案という法定利用行為それ自体の成否の問題として論じることが妥当でない¹⁴。敷衍すると、「複製」(又は原著作物の利用)と「翻案」(又は二次的著作物の利用)というのは、著作物の利用形態に過ぎない。現行著作権法は、原著作物に関する権利と二次的著作物に関する権利をあえて「複製」(又は原著作物の利用)権(著作権法 21 条~26 条の 3)と、「翻案」(又は二次的著作物の利用)権(著作権法 27、28 条)、という複数の権利に分割したのである。ただ、これは法定利用行為(支分権)を形式的に分割しただけであって、著作物の保護範囲を画する類似性の成否が決まる以上、類似性がなければ権利侵害になりえない一方、類似性があれば権利侵害になりうるが、加えられた

両目がやや離れており両目と鼻が水平方向ほぼ同一線上にあること、及び③両目と鼻が顔のやや上に位置することにある。これに対し、被告製品 1 は、①頭部全体の形状が三日月を横倒しにしたようなお椀型であること、②目鼻が顔の下方に付いているので、被告製品 1 は、原告作品 1 の本質的特徴を備えているとは認められず、また、前脚を短くした前傾姿勢を取ることによって、原告作品 1 とは異なり、「今にも飛びかかってきそうな子猫の無邪気な印象」を与えるものであり、原告作品 1 の「見る者に優しくほのぼのとした印象とも大きく異なる」といえるから、被告製品 1 からは、原告作品 1 の「本質的特徴を直接感得することはできない」として、被告製品 1 は、原告作品 1 を翻案したと認められるほどに類似しているとは認められない。また、上記したところによれば、被告製品 1 が原告作品 1 を複製したものに当たらないことも明らかである、とした。

¹³ 批判的な見地をも交えつつ、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成 (2・完) — 「複製又は翻案」の問題性 —」知的財産法政策学研究 42 号 (2013 年 3 月) 39-42 頁参照。

¹⁴ 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成 (2・完) — 「複製又は翻案」の問題性 —」知的財産法政策学研究 42 号 (2013 年 3 月) 68-70、72 頁参照。

変更により創作的表現があるか否かによって、複製権の侵害に当たるか、それとも翻案権の侵害になるかが変わってくるに過ぎない。確かに現実には、複製よりも翻案の方が、その際に行われる変更の程度が大きく、結果として両者の類似度が低くなる場合が多いかもしれない。しかし、複製権侵害に当たるか、それとも翻案権侵害に当たるかは、類似度の大きさではなく、あくまで加えられた変更により新たな創作的表現があるか否かによって決まるに過ぎないのであるから、複製と翻案との違いを類似度の差と捉えるのは妥当でないのである¹⁵。したがって、加えられた変更により創作的表現がない場合（いわば「複製権」侵害の場合）も、創作的表現がある場合（いわば「翻案権」侵害の場合）も、著作物の保護範囲を画する要件としての類似性判断が変わるわけではないから、侵害成否の判断基準という観点では複製と翻案とを区別せずに、両者の類似性基準を一元的に解すべきである¹⁶。

¹⁵ 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）―「複製又は翻案」の問題性―」知的財産法政策学研究 42 号（2013 年 3 月）44-46 頁。

¹⁶ 田村善之「著作権法講義ノート 5」発明 92 巻 8 号（1995 年 8 月）97 頁、同『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）58 頁、蘆立順美〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）判例時報 1767 号（2002 年 2 月）173 頁、愛知靖之〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）ジュリスト 1242 号（2003 年 4 月）134 頁、大野聖二「翻案権侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第 4 巻 著作権法・意匠法』（2007 年 6 月・新日本法規）196-198 頁、同〔判批〕（雪月花・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231 号（第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣）113 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 10 月）46-47 頁、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）―「複製又は翻案」の問題性―」知的財産法政策学研究 42 号（2013 年 3 月）50、69 頁、金井重彦〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号（第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣）107 頁、同〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 231 号（第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣）119 頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ―片山英二先生還暦記念論文集―』（2010 年 11 月・青林書院）346-348 頁、同『標準著作権法』（2010 年 12 月・有斐閣）79-82 頁、同（第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣）頁、島並良「権利の物的保護範囲」法学教室 386 号（2012 年 11 月号）147 頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013 年 4 月・民事法研究会）191 頁の図 49、443-444 頁、447 頁の図 102、同（第 3 版・2014 年 8 月・民事法研究会）頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ―著作権法、その他、全体問題』（2014 年 6 月・青林書院）101 頁、泉克幸〔判批〕（プロ野球ドリームナイン・控訴審）京女法学 9 号（2016 年 2 月）155-156 頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌 66 巻 2 号（2016 年 9 月）5 頁。

この点に関して、東京高判平成 12 年 9 月 19 日判時 1745 号 128 頁〔舞台装置（赤穂浪士）・控訴審〕（山下和明裁判長）は、「複製あるいは翻案」とは、「既存の著作物に依拠してこれと同一のものあるいは類似性のあるものを作製することであり」、すなわち、著作者の思想又は感情を創作的に表現したものとしての独自の創作性の認められる部分についての表現が共通し、その結果として、当該作品から既存の著作物を直接感得できる程度に「類似したものを作製することのみが複製・翻案となり得るのである」と判示した。また、東京高判平成 12 年 11 月 30 日裁判所 HP〔アサパン職業別電話帳・控訴審〕（山下和明裁判長）は、「著作権法にいう複製あるいは翻案とは、既存の著作物に依拠してこれと同一のものあるいは類似性のあるものを作製することであり、ここに類似性のあるものとは、『既存の著作物の、著作者の思想又は感情を創作的に表現したものとしての創作性の認められる部分』についての表現が共通し、表現が共通しているその結果として、当該作品から既存の著作物を直接感得できると判断できるもの」とし、控訴人電話帳と被控訴人電話帳とを、表現されたものの全体として対比したとき、「具体的に表現された

こうした考えにしたがえば、加えられた変更に新たな創作的表現がない場合には、翻案権の侵害は問題になり得ないが、複製権の侵害に当たるか、それとも非侵害かが問題となる場面で、類似性判断が行われることになる¹⁷。そのため、翻案権侵害が否定されれば複製権侵害について検討する必要はないとすることは、必ずしも妥当でない。実際のところ、原告写真集に掲載された猫そのもの又は猫を含む風景を被写体とした写真156点（現物90点、コピー66点）を、被告が猫の顔の部分を中心に切り取るか、又は猫のほぼ全身部分を切り取った上に猫の目の部分をくり抜く加工を施し、これらを多数並べたコラージュ看板として百貨店内に設置した事案において、東京地判平成26年5月27日裁判所HP[猫の写真看板]

（長谷川浩二裁判長）は、コラージュ看板は全体として一個の創作的な表現となっていると認められるが、これに使用された原告写真それぞれはコラージュ看板の全体からすればごく一部であるにとどまり、「本件看板に接する者が、原告写真の表現上の本質的な特徴」を直接感得することができないとして、コラージュ看板の作成行為が原告の翻案権を侵害すると認めることはできないとした。他方で、判決は原告写真の現物又はコピーに猫の目の部分をくり抜く加工を施す行為はいずれも定型的で単純な行為であり、これによって新たな思想又は感情が創作的に表現されたということとはできないが、コピー使用分につき¹⁸、原告の複製権を侵害したものとした。

以上をまとめると、著作物の保護範囲を画する類似性の成否の分岐点は、原著作物を素材として作った被疑侵害物は、当該著作物の著作権侵害を肯定すべき程度まで類似していると評価される領域と、当該著作物の外側の非侵害となるほど改変が進んだと評価される領域との分かれ目にあり、複製権侵害の場合も、翻案権侵害の場合も、同一の類似性基準を適用すべきである。視点を侵害訴訟の次元から、利用許諾の実務の次元に移すとき、複製と翻案の境界の持つ意義の重要性があるが、侵害訴訟において複製権と翻案権が別人に帰属する場合や翻案等による利用に関する43条の適用の有無を論じる場合を除き、焦点は複製と翻案の境界ではなく、複製権侵害の場面でも翻案権侵害の場面でも著作物の保護範囲を画する類似性の判断基準に変わりはない以上、原著作物の保護範囲がどこまで及ぶかを吟味

ものの自体に共通性が認められ、その共通性の結果として後者から前者を直接感得できると判断できる場合に、複製権侵害あるいは翻案権侵害が成立するもの」と判示した。大阪地判平成21年3月26日判タ1313号231頁[マンション読本]（田中俊次裁判長）は、「原告各イラストを複製したものか又は翻案したものかを区別することに実益はなく」、少なくとも、原告各イラストのうち「本質的な表現上の特徴と認められる部分を被告各イラストが直接感得することが出来る程度に具備しているか否かを検討することをもって足りる」と判示した。上記判決では示された類似性の基準を、「複製」「翻案」を区別せず用いるものと読み取ることができる。

¹⁷ 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）―「複製又は翻案」の問題性―」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）51頁。

¹⁸ 原告において現物使用分については複製権侵害を主張するものではない。また、被告はコピー使用分について複製権侵害が成立することを争っていない。

する限りにおいて、類似性の成否を論じる際に「複製」と「翻案」との区別を取り立てて議論する実益はない¹⁹²⁰。

¹⁹ 田村善之〔判批〕（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト128号（第2版・1994年6月・有斐閣）140頁、同「著作権法講義ノート5」発明92巻8号（1995年8月）97頁、同「著作権法講義ノート12」発明93巻6号95頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）46-47頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）123-124頁、野一色勲〔判批〕（SMAP大研究）著作権研究26号（2000年9月）314-315頁、大野聖二「翻案権侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』（2007年6月・新日本法規）197-198頁、中山信弘『著作権法』（2007年10月・有斐閣）465-466頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ一片山英二先生還暦記念論文集一』（2010年11月・青林書院）348頁の注10、同『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）82頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、高部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）243-244頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（2012年9月・日本評論社）240頁、島並良「権利の物的保護範囲」法学教室386号（2012年11月号）147頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）446頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁。

また、野一色勲〔判批〕（SMAP大研究）著作権研究26号（2000年9月）314頁は、類似性があればいずれも著作権の侵害になりうるということであり、損害額算定においても考慮されていないと指摘する。

それに対して、中平健「翻案権侵害の成否」「著作権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）344-345頁は、原告著作物の一部が複製されたことにより原告の複製権が侵害されていることを前提としても、原告著作物の一部について複製がされた上更に全体について翻案が成立するのにかによって、著作権侵害の態様が異なっているし、損害や量刑も異なる場合があるため、部分的な複製の故に複製権侵害とするよりも、全体について翻案権侵害を検討することは必要であり、当事者の意図にも合致すると異なる見解を示している。同旨を説くものとして、横山横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号30頁の注27参照。

²⁰ ただし、類似性の判断とは別に、法定利用行為の要件事実としての観点からみると、請求原因事実として、著作権侵害行為を構成する著作物の被疑侵害者による利用行為について複製権侵害を主張するのか、翻案権侵害を主張するのかは、根拠法条が異なるから弁論主義の適用があるので、その意味では、複製と翻案との境界線を確定する実益はあることに留意されたい。橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）33頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）392頁、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）120、125-126頁参照。

もっとも、複製権あるいは翻案権侵害を主張する当事者が主張立証すべき事実は、同じであるとはいえないが、大きく捉えたと著作権を保護するという点では共通していることから、著作権侵害という違法行為を有効に排除するという訴訟経済の観点からは、複製権と翻案権に基づく請求をそれぞれ別個の訴訟物とするより、一個の訴訟物と解すべきである。森義之「著作権侵害訴訟における訴訟物について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）368頁、奥邨弘司〔判批〕（ぐうたら健康法）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）120頁。橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）33頁の注14、大橋正春〔判批〕（サンジェルマン殺人狂騒曲・上告審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）137頁も参照。

第2節 類似性の判断基準に関する裁判例の変遷

実際の侵害訴訟では、著作物の保護範囲を画する類似性を肯定すべきか否かということ
 5 が勝敗の重大な分かれ目として争われることが少なくない。ただし、前述のように、著作権
 法には、類似性の定義や著作物の保護範囲を決するルールは存在しないため、著作物の保護
 の限界をどこに求めるかという観点から、裁判所の解釈によって具体化する必要がある。
 膨大な数の裁判例の中には、裁判所が訴えられた被疑侵害物が著作権侵害を構成するほど
 10 に権利を主張する側の対象物と類似する場合かを判断するため、少なくとも文言にはいく
 つかの異なる基準を用いるかのように読めるものが多い。①内面的形式の維持、②内容及び
 形式の覚知、③本質的な特徴の直接感得性、④創作的表現の共通性、⑤本質的な特徴の同一
 性（創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価値の共通性）、という五つのフレー
 ズを大別することができる。

第1項 ドイツ学説等に由来する「内面的形式」の維持基準

ドイツの古典的な学説に依拠しつつ、著作権の保護対象である表現「形式」と、保護対象
 外である「内容」に分けた上、著作権は「内容」（現在の通説に従えば「アイデア」）は保護
 せず、「形式」（現在の通説に従えば「表現」）のみを保護する²¹が、文字通りの形式のその
 20 ままの利用以外にも著作権法上の保護が及びうることを説明するために、ドイツでは、さら
 に表現「形式」には「外面的形式」と「内面的形式」があり、他人の著作物の「外面的形式」
 をそのまま利用するのが「複製」に当たり、「外面的形式」がいかに変更されようと「内面
 的形式」を維持しつつ、それが変更されない利用が「翻案」に当たるという、いずれの「形
 式」にも保護の対象となりうるという理論が展開されることになった²²。

²¹ 「形式」（＝表現）と「内容」（＝アイデア）の区別は Johann Gottlieb Fichte が唱えた。Fichte はドイツの精神的所有権論者であり、著作者が創作した表現という形式に著作権が宿ると考えた。表現は伝達可能なものだから著作権の対象になる一方、アイデア、すなわちそれぞれの表現の中に込められた「内容」をどのように理解するのかということは、受け手の受け取り方の問題であるゆえに、アイデアは創作された表現ではなく、むしろ受け手が創作したものであるから、著作権法上の保護は及ばないという説明をしていた。田村善之「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会『民事判例Ⅲ—2011 年前期』（2011 年・日本評論社）108 頁、同〔判批〕（釣りゲータウン 2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究 41 号（2013 年 2 月）101-102 頁の注 15 参照。

もともと、精神的所有権説を徹底するのであれば、内容と形式の間の区別に拘泥することなく、著作者の個性が顕現したところに広く著作権の保護を与えるべきであると説く見解も古くから存在した。H・フープマン（久々湊伸一訳）『著作権法の理論—芸術のための法と哲学—』（1967 年 2 月・中央大学出版部）181-184 頁参照。

²² その経緯については、榛村専一『著作権法概論』（改訂版・1936 年・巖松堂書店）63-65 頁に詳しい。

この点に関して、「外面的形式」がいかに変更されようと「内面的形式」が変更されない限り著作物の同一性は失われないものとする学説を紹介し、「内面的形式」と「内容」とは密接不可

しかし、前述のように、類似性とは、複製や翻案という法定利用行為それ自体の成否の問題ではなく、「客体」である著作物の保護範囲の問題であり、複製と翻案との違いを類似度の差と捉えるのは妥当でない。また、著作権保護の対象となる内面的形式と、対象外とされる内容の区分が現実には困難であり、何をもって内面的形式を維持したことで著作権侵害になるか、せめてその外延を画すための何らかの指針が示されない限り、結局、複製と翻案を「外面的形式」と「内面的形式」に言い換えただけにとどまり、具体の案件に対して著作物の保護範囲を画する類似性の成否の判断をコントロールしうる道具とはならない²³。

- 10 また、そもそも「内面的形式」の維持基準は、著作物の定義に関する規定はなかった旧著作権法時代の産物で、1970 年全面改正後の今、著作物の成立要件として、アイデアではなく表現であること（＝アイデアと表現の区別）、その表現が創作的であること（＝創作性）を掲げる著作権法 2 条 1 項 1 号の趣旨を貫徹するためには、著作物の保護範囲を画する類似性の要件にも、両比較対象の間にアイデアではなく表現であること、かつ、その表現が創作されたものであること、という創作的表現が再生していることが必要とする。両比較対象の間に創作的表現が共通しているか否かに焦点を当てる先駆的裁判例として、後述の東京地判昭和 53 年 6 月 21 日無体集 10 巻 1 号 287 頁 [日照権]（秋吉稔弘裁判長）のほかに、学説においては創作的表現の共通性に焦点を当てる米国の裁判例を紹介し、著作物性の要件から著作物の保護範囲を導く考え方に与したうえで、「創作的表現」という著作物性の基準
- 15
- 20 については著作物の保護範囲に持ち込むべきことを提唱する先駆的文献として、D. S. カー

分の関係にあって両者を区別することは不可能であるばかりか、「内容」の中にも著作者の個性の表象が認められる現在、「形式」と「内容」の分離は無意味なもの、という批判的な見地をも交えつつ、半田正夫『著作権法概説（第 15 版・2013 年 2 月・法学書院）77-99 頁、同（第 16 版・2015 年 11 月・法学書院）頁参照。

²³ 橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報 1595 号（1997 年 5 月）22、26-27、31 頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第 26 巻—知的財産権—』（1999 年 3 月・新日本法規）387-391 頁、高林龍 [判批]（NHK ドラマ「春の波濤」・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号（第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣）151 頁、同「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ—片山英二先生還暦記念論文集—』（2010 年 11 月・青林書院）347 頁、同『標準著作権法』（2010 年 12 月・有斐閣）80-81 頁、同（第 3 版・2016 年 12 月・有斐閣）頁、山本隆司「著作権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004 年 11 月・青林書院）310 頁、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008 年 5 月・商事法務）313 頁、同「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究 34 号（2008 年 10 月）12 頁、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012 年 1 月・金融財政事情研究会）248 頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的発展』（2012 年 9 月・日本評論社）250 頁、飯村敏明「講演録 著作物の利用（改変態様）の可否に関する判断要素について」コピーライト 2012 年 10 月号 9、11 頁、田村善之 [判批]（釣りゲータウン 2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究 41 号（2013 年 2 月）102 頁、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究 42 号（2013 年 3 月）64 頁。

ジャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」²⁴がある。その示唆を受けて、田村教授をはじめ、「創作的表現の再生（利用）」というフレーズを著作物の保護範囲を画する類似性の成否のメルクマールとすることを提唱した²⁵。したがって、この「創作的表現」が著作物性ばかりでなく、著作物の保護範囲を画する類似性の要件にも欠かせない判断要素となるから、
5 全面改正後の今、「内面的形式」の維持は、「創作的表現」の共通と言い換えても構わないだろう²⁶。

実際のところ、改正後も抽象論のレベルで「内面的形式」の維持というフレーズ又は単なる理由の後付けを示した裁判例があるが、具体的な事案への当てはめにおいては、創作的
10 表現の共通性が著作物の保護範囲を画する類似性の成否の分岐点となったものがほとんどである（東京地判平成元年3月27日無体集21巻1号200頁〔ぺんたくん・一審〕（清永利亮裁判長）²⁷、東京高判平成元年12月25日無体集21巻3号1066頁〔同控訴審〕（秋吉稔

²⁴ D. S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」D. S. カージャラ＝梶山敬士『日本アメリカコンピュータ・著作権法』（1989年11月・日本評論社）293-294、297-304頁。

²⁵ 田村善之「著作権法講義ノート5」発明92巻8号（1995年8月）97-98頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）58頁、同〔判批〕（江差迫分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）217頁、同〔判批〕（サイボウズ（インターフェイス））ジュリスト1266号（2004年4月）192頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）441頁。

著作権侵害における類似性を認めるためには、創作的表現が再生（利用）していることが必要とする同旨のものとして、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）22、26頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設樂隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）375、380頁、高林龍〔判批〕（NHKドラマ「春の波濤」・控訴審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）151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10月）44、47-53頁、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）63、65-69、82頁、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4月・信山社）26-27頁。

²⁶ 高林龍〔判批〕（NHKドラマ「春の波濤」・控訴審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）151頁は、本判決のいう「内面的表現形式」とは、「創作的な表現の顕現と認められる部分」と解することができると指摘する。

結論において同旨であるが、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）31-32頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設樂隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）391頁は、著作権侵害の判断では、「外面的形式」と「内面的形式」をそれぞれ複製と翻案に対応させる必要はなく、著作権の保護の対象とならない「アイデアそのもの」でなく、保護されるべき「創作的な表現形式」として、どこか、どのようなものが把握されるのかを、当該著作物に応じて判断した上で、複製権侵害については、著作物としての「創作的な表現形式」の同一性を、翻案権侵害については、その「創作的な表現形式の『特徴』」の同一性を判断することであると述べている。

²⁷ 原告五角筒柱連結知育玩具「ぺんたくん」の表現において「思想又は感情を創作的に表現した」著作物が認められるのは、五角筒柱のブロックに平仮名、数字及び動物等の絵を記載し、これをセットにした点にあると判示した上、被告製品は原告「ぺんたくん」とは、①数字を表す絵を含めて描かれている対象が異なっていること、②同一の対象物を描いたものも、その表現は全く異なっていること、及び③「ぺんたくん」に存する迷路のブロックに相当するものは、被告製品には存しないことが認められるから、原告「ぺんたくん」と被告製品とは「外面的表現形式」のみ

- 弘裁判長）（一審判決引用）、名古屋地判平成6年7月29日知財集26巻2号832頁〔NHKドラマ「春の波濤」・一審〕（岡久幸治裁判長）²⁸、名古屋高判平成9年5月15日知財集29巻2号467頁〔同控訴審〕（宮本増裁判長）²⁹、最判平成10年9月10日判例工業所有権法〔同上告審〕（原審の認定判断は正当として上告を棄却する）³⁰）。したがって、「内面的形式」の維持というフレーズ自体は類似性の判断基準として有効に機能することにはならないといえる。さらに、後述の最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分・上告審〕は共通する部分が創作的表現とまではいえない場合には著作権侵害にはならないことを明

ならず、「内面的表現形式」も類似していないものとした。

²⁸ 「翻案権」の侵害があるとするためには、問題となっている作品が、原著作物と「外面的表現形式」すなわち文章、文体、用字、用語等を異にするものの、その「内面的表現形式」すなわち作品の筋の運び、ストーリーの展開、背景、環境の設定、人物の出し入れの持たせ方など、文章を構成する上での内的な要素を同じくするものであることを要すると判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、歴史上の事実の記述又は資料の引用、要約が大部分を占める原告「女優貞奴」のような伝記の場合には、「創作的に表現したものとして著作物性を有する部分」についての「内面的表現形式が維持されている」かどうかを検討するに当たって、歴史上の事実又は既に公刊されている先行資料に記載された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、原著作物の「内面的表現形式」を同じくするとはいえないとし、実在した人物を主人公とする被告ドラマと同人の原告伝記とでは、分量、対象とする年代、叙述の対象、登場人物、描写の方法、エピソードの内容等について大きな相違があり、基本的な筋、仕組み、構成のいずれの点においても同一とはいえないから、両比較対象は「内面的表現形式の同一性」を欠くとして、原告伝記の翻案権を侵害しないとした。

²⁹ 「筋、仕組み、主たる構成の内面形式を全体的に比較し、その上で共通性が維持され、かつ、一方が他方に依拠していることが認められるときに初めて侵害となるものである」ところ、たしかに被告ドラマの貞奴の描写に関する限りにおいては、その主題、筋、題材においては一部重なり合うところがあるが、これは、貞奴が比較的近時における実在の人物であり、先行資料も多く、「双方の作品において、同一のものが多数参考にされていることからして、不可避の面があると言わざるをえない」。勿論、被告ドラマが原告作品を参考にし、何箇所かその文章の一句そのものを転用している事実のあることは原判決説示のとおりであるが、これらは、「歴史上知られた事実であったり、先行資料で明らかにされている事実であったり、著作権の対象となりうる独立した表現形式に対するものでなかったり理由で」採用できないところである。また、原告作品と被告ドラマの中では、貞奴の生き方それ自体の見方について、一部共通するところがあるものの、「人物観、歴史観という一種の思想ともいえるべきものは、それ自体が著作権の対象にならない」ことは当然であるから、上記一部共通するのは、「この人物観というむしろアイデアあるいは思想に近い著作権法による保護範囲の外にある部分」であるとして、双方作品の「内面形式」を全体的にみれば同一性は否定せざるをえないと判示した。

³⁰ ほかに、権利を主張する側の対象物であり、古典「将門記」の訓読文を二次的著作物と認めた事例において、東京地判昭和57年3月8日無体集14巻1号97頁〔古典「将門記」訓読文〕（牧野利秋裁判長）は、原告訓読文は、「真福寺本」による「将門記」を原著作物とし、その「内面形式を維持」しつつ、原告の創意に基づきこれに新たな具体的表現を与えたものであって、原著作物を翻案することにより創作した著作物に該当すると判示した上、原告訓読文全文を無断で写真複製して図書に収録することが著作権侵害とした、

また、原告ゲームソフト用のパラメータ（プレイヤーの能力を示す数値）をデータとして収め、ゲームソフトのプログラムの実行に当たりゲーム機のハードウェアにそのデータを読み込んで利用するメモリーカードを輸入し、販売した被告の行為が原告ゲームソフトについて原告の有する同一性保持権を侵害するものであると認められた事例として、平成11年4月27日大阪高判〔ときめきメモリアル・控訴審〕（小林茂雄裁判長）がある。

らかにした以降、この「内面的形式」の維持基準を追従した裁判例が見られなくなった。

第2項 最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕に由来する「内容及び形式の覚知」基準

5

旧著作権法に関する最判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・上告審〕は「著作物の『複製』とは、既存の著作物に依拠し、『その内容及び形式を覚知させるに足りるもの』を再製することをいうと解すべきである」、と判示している。その後の裁判例では、著作物の保護範囲を画する類似性の判断基準³¹として、
10 原著作物の「内容及び形式を覚知させるに足りる」か否かというというフレーズが語られることが少なくない³²。

しかし、被告楽曲「ワン・レイニー・ナント・イン・トーキョー」が、米国映画の主題歌を侵害するものであったのかということが争点となった事件で、最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕は「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきであるから」と述べた後、
15 「既存の著作物に接する機会がなく、従って、その存在、内容を知らなかつた者は、これを知らなかつたことにつき過失があると否とにかかわらず、既存の著作物に依拠した作品を再製するに由ないものであるから、既存の著作物と同一性のある作品を作成しても、これにより著作権侵害の責に任じなければならないものではない」と論じて、被告が原告楽曲の存在、内容を知って被告楽曲を作曲したことが認められないことを理由に「依拠性」を否定した原審判決（東京高判昭和49年12月24日無体集6巻2号340頁〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕（杉本良吉裁判長）³³の結論を支持した。したがって、最判〔ワン・

³¹ 最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕は旧法下のものであり、旧著作権法1条1項には「著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定しており、これにより「複製」とは、現行法上の「有形的に再製すること」と定義されている「複製」（2条1項15号）ばかりでなく、演奏、上演、上映等の無形的な再生も、翻案も含めた著作権の内容たる各種の権能を総括する概念であった（小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—』（2010年11月・第一書房（初版・1958年3月・文部省）109-111頁）。これによって、判決の示した「複製」は、著作物の利用行為一般に当てはまるものであると解するものとして、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10月）43-44頁、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号25頁参照。

³² 内容及び形式を覚知させるに足りるか否かを以てした裁判例の整理について、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号32頁の注54、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）52-54、58-59頁、田村善之「判批」（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）120-122頁参照。

³³ 東京高判昭和49年12月24日無体集6巻2号340頁〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕（杉本良吉裁判長）は旧著作権法1条にいう「複製」とは、「複製者が著作物の存在、内

レイニイ・ナイト・イン・トーキョー」の判旨は依拠性が著作権侵害の要件であることを明らかにしたものであり、「内容及び形式を覚知させるに足りるもの」の具体的な内実は何も論じていないので、厳密に言えば、前段の「複製」に関する部分はあくまで依拠の要件に関する判決の傍論でしかない³⁴。

5

また、類似性を肯定するためには、仮に最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕の判示したように、被疑侵害物に権利を主張する側の対象物の内容及び形式が覚知しうることが条件となれば、「内容」「形式」「覚知」の意義が明らかにされていないために、何をもって被疑侵害物が権利を主張する側の対象物の内容及び形式を覚知させるに足りるものとして、類似性が肯定できるかという点で問題を孕む³⁵。さらに、そもそも最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕に由来する「内容及び形式の覚知」基準に関しては、前掲「内面的形式」の維持基準同じ、いずれも著作物の定義に関する規定はなかった旧著作権法時代の産物で、1970年全面改正後の今、創作的表現の共通性が語られるようになるから、この「内容及び形式」の覚知というのは、「創作的表現」の共通である³⁶と考えても差し支えないだろう。

10
15

容を知っていることを前提とし、『複製』の一態様である改作も同様である」故、著作権侵害の類似性も、被疑侵害者が著作物の存在、内容を知っていることを要件とするところ、原告楽曲は被告が被告楽曲を作成した当時、日本では有名であつたとは認められず、また被告が原告楽曲に接したとも認められないから、結局、被告が原告楽曲の存在、内容を知っていたとは認められないとしている。つまるところ、控訴審判決は、被告が原告楽曲の存在、内容を知って被告楽曲を作曲したこと、すなわち依拠性が認められないことを理由に、著作権侵害を肯定しなかったものであり、そもそも直接に両楽曲の著作権侵害の類似性を判断しなかった。

³⁴ 岡邦俊『続・著作権の法廷』（1996年・ぎょうせい）120頁、同『マルチメディア時代の著作権の法廷』（2000年・ぎょうせい）133-136頁。この見解に与するものとして、田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）122頁参照。

なお、東京地判昭和43年5月13日下民19巻5・6号257頁〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・一審〕（古関敏正裁判長）は二つの楽曲を比較対照し、両曲の間に旋律ないし節奏に関してはかなり類似している部分がある点を認定しながらも、被告楽曲に見られる日本歌謡調の独創性を強調し、この点において相違があり、結論として、両楽曲の類似性を否定したのであり、著作権侵害の類似性に関する「内容及び形式の覚知」基準さえ言及しなかった。

それに対して、旧著作権法に関する最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕が示したのは、狭義の複製ではなく、翻案等を含む広義の複製を念頭に置いたため、この判決は、現行著作権法の解釈についての判例としての意義も有している、との異なる見解を示したものとして、半田正夫〔判批〕（ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・上告審）ジュリスト693号（1979年6月）289頁、小酒禮〔判解〕（ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・上告審）法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和53年度』（1982年6月）415頁、石黒一憲・法協98巻7号993頁、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）120頁。

³⁵ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）122頁。

³⁶ 橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）30頁の注7は、「内容及び形式」という概念は現行法の「創作的な表現」とほぼ同義であると考えられるとする。

- 実際のところ、従来の裁判例を俯瞰して見ると、東京高判平成4年5月14日知財集24巻2号385頁〔ポパイ漫画・控訴審〕（松野嘉貞裁判長）³⁷、最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁〔同上告審〕³⁸、東京高判平成4年9月24日知財集24巻3号703頁〔サンジェルマン殺人狂想曲・控訴審〕（松野嘉貞裁判長）³⁹、東京地判平成10年3月30日判例工業所有権法〔子猫「ノンタン」の絵・一審〕（西田美昭裁判長）⁴⁰、東京高判平成11年11月

³⁷ 著作物の「複製」とは、既存の著作物に依拠し、その「内容及び形式を覚知させるに足りるもの」を再製することをいうものと判示した。

具体的な事案への当てはめにおいて、判決は被告図柄に描かれている絵と原告連載漫画において主人公ポパイを描いたものを対比して、被告図柄が原告漫画における主人公のポパイの有する容貌ないし姿態の個性的な特徴点をすべて具備しており、「ポパイの漫画を知っている者であるならば誰でも、右図柄を一見すれば、これが本件漫画の主人公であるポパイを表現したものであることを、直ちに覚知することができるもの」であることは明らかであり、被告図柄が原告漫画の主人公ポパイの絵を覚知させるものであることについては疑問の余地がなく、また、被告においてもこれを明らかに争わないところであるから、被告図柄は、原告漫画の主人公ポパイの絵の複製に当たるとした。

そして、保護期間満了による著作権消滅の抗弁について、原告漫画が1989年4月28日の時点においても継続して著作、出版されていることは認定したとおりであるから、いまだ主人公ポパイの登場する原告漫画の著作権の保護期間が満了していないとした。

³⁸ 著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その「内容及び形式を覚知させるに足りるもの」を再製することをいうところ、複製というためには、漫画の特定の画面に描かれた登場人物の絵と細部まで一致することを要するものではなく、「その特徴から当該登場人物を描いたものであることを知り得るものであれば足りる」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、被告図柄に描かれている絵は、原告連載漫画において、「第一回作品の主人公ポパイを描いたものであることを知り得るものであるから」、上記ポパイの絵の複製に当たり、原告第一回作品の著作権を侵害するものとした。ただし、原告第一回作品の著作権の保護期間が満了したので、後続の漫画の著作権の保護期間がいまだ満了していないとしても、当該主人公ポパイについて著作権を主張することはできないとした。

³⁹ 著作物の「複製」とは、既存の著作物に依拠し、その「内容及び形体を覚知させるに足りるものを再製することをいう」と判示した。具体的な事案への当てはめにおいては、フランス・ミステリーの原書に基づく被告訳書には、個々の訳語、訳文において原告翻訳原稿に依拠したと推認するのが相当な部分があるものの、訳書全体を対比するならば、依拠した部分は、「両訳文間の基本的構造、語調、語感における大きな相違に埋没してしまう結果」、被告訳書が原告翻訳原稿を全体として、「内容及び形体において覚知せしめるもの」とまではいえないとした。

もっとも、駒田泰土「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）315-316頁は、本判決は、別表記載の個々の訳語等の類似性を認めたが、これらを総じて原告翻訳原稿の創作的表現と評価することにはそもそも無理があるので、本判決も原著物の「創作的表現」が被疑侵害物に利用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と指摘する。

⁴⁰ 著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その「内容及び形式を覚知させるに足りるもの」を再製することをいうところ、本件に即していえば、複製とイイうるためには、被告タオル等の商品に表示された子猫「ノンタン」の図柄が原告絵本に描かれたノンタンの絵と細部まで一致することを要するものではなく、その特徴が原告「絵本に描かれたノンタンを描いたものであることを知りうるものであれば足りる」と判示した上、被告商品に表示されたノンタンの図柄は、原告「絵本に登場するノンタンを描いたものであることを知りうるもの」であるから、本件絵本に描かれたノンタンの絵の複製に当たるとした。

- 17 日判例工業所有権法〔同控訴審〕（田中康久裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成 11 年 10 月 27 日判タ 1018 号 254 頁〔雪月花・一審〕（飯村敏明裁判長）（後述）（いずれも後述の最判〔江差追分〕が出される前の裁判例）を除いて、多くの裁判例は「内容及び形式の覚知」というフレーズを言いながら、最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕と同じ
- 5 抽象論のレベルでとどまるばかりか、単なる理由の後付けを示したものに過ぎず、具体的な事案に対する当てはめを見ると、著作権法が保護しようとしている原著作物の「創作的表現」が被疑侵害物に利用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⁴¹（例えば、東京高判平成 7 年 1 月 31 日判時 1525 号 150 頁〔会社案内パンフレット・控訴審〕（竹田稔裁判長）⁴²、大阪地判平成 7 年 3 月 28 日知財集 27 巻 1 号 210 頁〔三光商事〕
- 10 （水野武裁判長）（商品カタログ用の写真及びカタログの編集物について）⁴³、東京地判平成

⁴¹ 田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年 11 月・有斐閣）61 頁。

⁴² 判決は著作物の「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」を複製することをいいながら、具体的な事案への当てはめにおいては、両者とも、A4 版サイズで本文 22 頁の文章と写真による会社案内について、両会社案内を比較対照して、①記事内容の配列および配当頁数の同一であること、②イメージ写真について、両者には部屋のイメージ写真の大きさや室内に置かれた物品、窓の形状や射し込む陽光の形状等において差異があり、事業部門の配列において若干の相違はあるものの、同一頁の同一箇所におけるイメージ写真の選択及び配置、イメージ写真が与える印象の強度の類似性、③両者間に円形か正方形かといった差異はあるものの、同一頁および同一箇所における余白ないし白地部分の活用による印象の共通性という「両会社案内を特徴づける構成の類似性からみて、具体的な素材の選択及び配列に強度の共通性がある」ことから、「これを単なるアイデアの共通性に過ぎない」というのは相当ではないとして、編集著作物としての類似性を肯定し、侵害を否定した原判決を取り消した。この点に関して、田村善之〔判批〕（釣りゲータウン 2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究 42 号（2013 年 3 月）頁、は、本判決は会社案内用のパンフレットについて、頁のテーマの選択と配列（頁の遷移）と、絵画的な要素の強い個別頁のレイアウトの印象の共通性を合わせ考慮して著作権侵害を肯定したものと解している。また、横山久芳〔判批〕（釣りゲータウン 2・控訴審）判例時報 2190 号（2013 年 9 月）173 頁は、会社案内は会社の広告媒体としての性質上、誌面全体が読者の美感に与える効果が重要な意味を持っているから、頁のテーマの選択、配列及び個別頁のレイアウトという抽象的なレベルで編集著作物としての表現上の創作性が肯定されたものと解している。

⁴³ 「複製」とは、既存の著作物に依拠し、「その内容及び形体を覚知させるに足りるもの」を複製することをいいながら、「その判断に当たっては、著作権が保護の対象とするのはその表現の手法という抽象的なアイデア自体ではなく、具体的な表現形式であることに注意しなければならない」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、①両者とも、カーテンフックやカーテン芯地等に関する商品を似たように撮影したカタログ用の写真について、判決は原告写真と被告写真の被写体は同種ではあるが、別々に異なるメーカーの商品を被写体として撮影したものであるから、複製権又は翻案権侵害が成立する余地はないと判示している。

②カーテンフックやカーテン芯地等に関する商品カタログについて、判決は被告カタログは、第三章以降の順序及び表題において原告カタログと相違しているのみならず、原告カタログにはパロマの商品の写真及び説明文が、被告カタログには被告商品の写真及び説明文が掲載されているところ、「編集著作権においても、保護の対象とするのは素材の選択、配列方法という抽象的なアイデア自体ではなく、素材の選択、配列についての具体的な表現形式であるから」、素材において原告カタログと全く異なる被告カタログが原告カタログの編集著作権を侵害するものであるということとはできないと判示した。

- 10年10月29日知財集30巻4号812頁[SMAP大研究・一審](三村量一裁判長)⁴⁴、東京高判平成11年5月26日判例工業所有権法[同控訴審](田中康久裁判長)(一審判決引用)、大阪地判平成11年7月8日判時1731号116頁[胃腸薬「パンシロントリム」図柄](小松一雄裁判長)⁴⁵、東京高判平成13年5月30日判タ1106号210頁[キューピーⅠ(キューピー株式会社)・控訴審](篠原勝美裁判長)、東京高判平成13年5月30日判タ1106号210頁[キューピーⅡ(日本興業銀行)・控訴審](篠原勝美裁判長)⁴⁶、東京高判平成14年1月

同判決については、所与の被写体を撮影した写真著作物の保護範囲は被写体の選定には及ばないとの立場を採用し、原告写真の被写体と同種の異なる被写体を撮影したでは未だアイデア部分が共通するに過ぎないから、被写体が類似する写真を撮影しても著作権侵害が成立することはない旨を判示したものと理解することができる。高瀬重富[判批](廃墟写真・控訴審)CIPICジャーナル203号(2011年8月)17頁参照。

⁴⁴ 「複製」とは、有形的に複製することであり、他人の著作物に依拠して、その「内容及び形式を覚知させるに足りるもの」を作成することをいいながら、著作権は「創作的な表現を保護するもの」であるから、他人の著作物の利用を著作権侵害というためには、その中の「創作的な表現形式」を複製又は翻案したものであることを要し、他人の著作物の内容となっている事実のみを抽出してこれを複製した場合など、他人の著作物中の「創作性の認められない部分」を利用したにすぎない場合には、複製権を侵害しないと判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告は被告書籍の記述はSMAPのメンバーに対するインタビューを内容とする原告記事と類似しており、原告の複製権、翻案権の侵害に当たると主張する事案において、原告が著作権を侵害されたと主張する「対照表」記載の部分につき、「一覧表」の「複製」欄に「○」印を付した部分は、被告書籍の記述と原告記事の表現が実質的に同一であると認められ、被告書籍の記述は原告記事の「内容及び形式を覚知させるに足りる」ということができるから、複製権の侵害に当たるとした。それに対し、一覧表の「非侵害」欄に「事実のみ同一」と記載したものは、対応する原告記事と被告書籍の記述とで共通する点は記述の対象となっている事実内容のみであって、創作的特徴を含まないと認められるから、複製権又は翻案権の侵害には当たらない。また、「同一性なし」と記載したものは、両比較対象の間に複製又は翻案の関係があるといえるほどの同一性があるとは認められず、原告記事の著作権を侵害するものではないとした。

⁴⁵ 被告胃腸薬「パンシロントリム」の図柄の人物像が丸い山高帽をかぶった男性が立っている原告キャラクターのデザインの複製物又は二次著作物であるか否かについて、判決は被告図柄の人物像と原告デザインに描かれている男性の図柄の間には、①丸い山高帽をかぶった男性が立っている点、②大きく丸い眼球と小さな黒目と、細い眉毛と、顔から鼻頭にかけて直線的な稜線を有することを特徴とする横顔、③顔から上の部分は真横から見た描写であるのに対し、首から下の部分は斜め前方から見た描写となっている点などにおいて共通しており、そこにはなお原告デザインの「創作的表現が再生されているもの」であるから、被告図柄においては原告デザインの「内容及び形式を覚知させるに足るものを再生している」とし、被告は、両者について原告キャラクターのデザインは白黒画で、裸に縞模様の水泳パンツを身につけており、直立し頭も傾けていないのに対し、被告図柄の人物像はカラー画で、青色のネクタイ・スーツ姿であり、体を前後に反らせたり、頭を傾けたりして動きが表現されていることなどを相違点として挙げたが、それらはいずれも複製物でないことの根拠とはなり得ても、二次著作物性までも否定する根拠とはなり得ないとした。

⁴⁶ 二次的著作物である原告キューピー人形は、先行著作物であるキューピーイラストを立体的に表現した点においてのみ創作性を有し、その余の部分に著作権は及ばず、他方、被告イラスト、被告キューピー人形が諸点において原告キューピー人形と相違し、全体的に考察しても受ける印象が原告キューピー人形と異なることに照らすと、原告キューピー人形において先行著作物に新たに付加された創作的部分は、被告イラスト、被告キューピー人形において感得されないから、被告イラスト、被告キューピー人形は、原告キューピー人形の「内容及び形式を覚知させる

30日裁判所HP〔ソニー燃ゆ・控訴審〕（篠原勝美裁判長）⁴⁷、知財高判平成26年3月12日判時2229号85頁〔ディスクパブリッシャー（ソフトウェア）・控訴審〕（富田善範裁判長）⁴⁸など）。

- 5 さらに、加えられた変更になたな創作的表現がある「翻案」に至らない「複製」に関して、「内容及び形式を覚知させるに足りるか否か」というフレーズを言いながら、類似性を肯定した裁判例の中には、利用態様がそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の事例は実は大半占めている（東京地判平成7年5月31日判タ883号254頁〔ぐうたら健康法〕（西田美昭裁判長）⁴⁹、大阪地判平成8年1月31日知財集28巻1号37頁〔エルミア・ド・ホーリィ贋作・一審〕（下村浩蔵裁判長）⁵⁰、大阪高判平成9年5月28日知財集29巻2号481頁〔同控訴審〕（中田耕三裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成10年7月17日判例工業所有権法〔のびのび更年期〕（森義之裁判長）⁵¹、東京地判平成11年9月28日判タ1017号

に足りるもの」でもなく、また、原告キューピー人形の「本質的な特徴を直接感得させるものでもない」として、原告キューピー人形の複製物又は翻案物に当たらない、と判示した。

⁴⁷ 原告は、被告書籍のうち一覧表A欄記載の各記述部分は、ソニーの創業者井深大氏の葬儀の様子を記述した原告記事の同B欄記載の記述部分の複製に当たると主張する事案で、判決は、原告記事も、被告書籍も、ともに葬儀という共通の歴史的事実を取り上げたノンフィクションであることを踏まえて、その「創作的な表現部分の同一性」を考える必要があり、上記類似する部分に係る原告記事の表現は、いずれも遺影の様子及び遺骨の入場シーンの様子を比較的客観的に描写した部分であって、着眼点や具体的な表現においても、ありふれた慣用的な表現にとどまり、「表現上の創作性がない部分である」とし、被告書籍は原告記事の「内容及び形式を覚知させるに足りない」といわざるを得ず、類似性を否定した。

⁴⁸ 著作物の「複製」とは、既存の著作物に依拠し、「その内容及び形式を覚知させるに足りるもの」を再製することをいいながら、控訴人の指摘するディスクパブリッシャー制御用のソフトウェアのプログラムと被控訴人プログラムとの共通部分において、控訴人プログラムの「表現上の創作性を認めることができない」から、被控訴人プログラムが控訴人プログラムを複製したものであることはできないとした。

⁴⁹ 判決は、被告が月刊誌に発表していた「三十三歳からのぐうたら健康法」と題する原告著作著作物の項目、本文中の論旨の要点を抜き書きするように利用して、講演用資料を作成したう被告書籍を作成したことを認定し、両者を比較して、項目の見出しも殆ど同一で、大部分は全く同一の表現、順序で記載されており、項目の題目を除く本文の内容も、ほぼ同一の内容をまとめたもので、被告書籍の本文でこれに対応する原告著作物の本文を見出せないものはほとんどなく、その論を進める順序もほとんど同じであるとして、被告書籍は、原告著作物に依拠して、「その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製したもの」として、原告著作物を複製したものと判示した。

⁵⁰ 著名画家ピカソの制作した絵画（本件原画）に依拠して制作された贋作（本件絵画）につき、両者には、画中人物等の数や描写、首飾りの有無等、その細部において若干の相違がみられ、色調にも差異が認められるとはいふものの、いずれの場合も「その構図及び筆致は酷似していて、相当注意深く丹念に観察しない限り、右のような相違点を発見することは困難であって」、本件絵画から本件原画の内容及び形式を容易に覚知することが可能であるから、本件絵画は、本件原画の複製物に該当するとした。

⁵¹ 原告著作物と被告書籍に別紙1ないし30の各記載について、被告書籍の別紙1及び7の部分の全部、別紙12、18、19、22、23、24、28、30の部分の各一部は、原告著作物を複製したものと認められる。例えば、別紙1について、原告著作物（12頁）「更年期がくると実際何が起こるのでしょうか。厳密にいうと英語のメノポーズ（menopause＝メンストルエーションの終了の意）

260 頁〔新橋玉木屋〕（森義之裁判長）⁵²、名古屋地判平成 12 年 3 月 8 日裁判所 HP〔ショッピングセンター設計図〕（野田武明裁判長）⁵³、知財高判平成 22 年 10 月 13 日判タ 1340 号 257 頁〔美術鑑定証書・控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）⁵⁴、大阪地判平成 27 年 9 月 24 日裁判所 HP〔大阪城ピクトグラム〕（高松宏之裁判長）⁵⁵など）。このように権利を主張する側の対象物のそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の場合には、類似性を肯定することになるに他ならない。結局のところ、「内容及び形式の覚知」基準の適用をするかしないかは結果に影響を与えない。

したがって、この「内容及び形式の覚知」基準は著作物の保護範囲を画する類似性要件としての役割を実質的にほとんど担っていない。

第 3 項 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕に由来する「本質的な特徴の直接感得性」基準

権利を主張する側の対象物の「本質的な特徴の直接感得」というフレーズを著作物の保護範囲を画する類似性の判断基準とする考え方は、最初に旧著作権法に関する最判昭和 55 年 3 月 28 日民集 34 巻 3 号 244 頁〔パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審〕に由来するものである。第 2 章で紹介したように、この事件は雪山においてスキーヤーがシュプールを描きながら滑走している写真に対して、その上にタイヤの写真を合成したという事実であ

つまり閉経ということばは、最後の月経だけをさします。しかしふつうには、このことばは最後の月経までの 2～3 年と終わったあとの 1 年を合わせた移行期について用いられます。卵巣から出るホルモンの量が減るにつれて、月経は不規則になり、やがてなくなります。」、被告書籍（21 頁）「ところで更年期がくると実際に何が起こるのでしょうか。更年期のことを英語でメノポーズ(menopause)といいますが、メノは月経、ポーズは閉止を意味します。つまり閉経ということですね。実際には、最終月経前の二～三年と、終わったあとの一年をさして更年期といっています。生理機能としては卵巣から出るホルモンの量が次第に減少し、それにつれて月経は不規則になるのですが、やがてなくなります。」

⁵² 江戸風俗の資料画における煮豆売りの姿を描いた絵が、キャラクターデザインとして佃煮類を販売している新橋玉木屋のパッケージにほぼそのまま用いられた事案。

⁵³ ショッピングセンターの建築設計図のうち、被告の作成した被告図面 2 の配置図、被告図面 7 の外構図は原告図面 2、原告図面 7 とほぼ一致していること、被告図面 30 の 1 のスプリンクラーに関する系統図は原告図面 30 の 1 の系統図をそのまま切り張りしたものであるから、複製に該当するとした一方、その余の図面について、両図面に類似性は認められず、著作権侵害にはあたらないとした。

⁵⁴ 美術鑑定証書に鑑定対象の絵画の縮小したカラーコピーを添付する事案において、判決は著作物の「複製」とは、既存の著作物に依拠し、「その内容及び形式を覚知させるに足りるもの」を再製することをいうところ、被告カラーコピーの大きさは、縦 16.2 cm×横 11.9 cm、面積 192.78 cm² であり、鑑定対象の絵画の内容及び形式を覚知させるに足りるものであるから、当該絵画の著作権法上の「複製」に該当することが明らかであるとした。

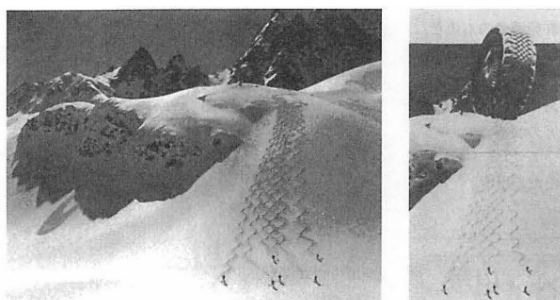
⁵⁵ 実在する施設をグラフィックデザインの技法で描いた個々の「ピクトグラム」は、被告「大阪街歩きガイド」と題する冊子に小さくそのまま掲載されている事案。

った。裁判所は、被告モンタージュ写真は本件写真部分にタイヤの写真を付加することにより作成されたものであることを看取しうるものであるから、「本件写真の本質的な特徴は、本件写真部分が本件モンタージュ写真のなかに一体的に取り込み利用されている状態においてもそれ自体を直接感得しうるものであることが明らかである」と述べて、被告のした本件写真の利用は、本件写真の著作者として保有する本件写真についての同一性保持権を侵害する改変であり、同一性保持権侵害を肯定している。

〔パロディ・モンタージュ写真〕事件（コピライト2012年1月号4頁より抜粋）

左 原告写真

右 被告モンタージュ写真



地裁（荒木秀一裁判長）⁵⁶

著作物性 判決の前提となる事実

類似性肯定

高裁（駒田駿太郎裁判長）⁵⁷

著作権侵害否定

最高裁

同一性保持権の侵害肯定（「本質的な特徴の直接感得性」肯定）

最判〔パロディ・モンタージュ写真〕は、同一性保持権の侵害に関する判断を示したものであって、著作物の保護範囲を画する類似性の判断基準そのものを直接判示しているわけではない。しかし、理論的には、改変の程度が原著作物の同一性保持権侵害の枠内に収まるか、それとも全く別個の著作物となっており、原著作物の同一性保持権侵害とならないのかという境界は、原著作物の表現に変更が加えられた場合等においても当該著作物の著作権法上の保護が及ぶ範囲の限界に合致すると考えられている。そのため、著作物の保護の限界

⁵⁶ 東京地判昭和47年11月20日無体集4巻2号619頁〔パロディ・モンタージュ写真・一審〕（荒木秀一裁判長）は、被告のモンタージュ写真が別異の思想感情を表現する新たな著作物であるとしても、カラーを白黒に変えた以外は元の写真の大部分をそのままとり込んでいるから、著作権を侵害するとした。

⁵⁷ 東京高判昭和51年5月19日無体集8巻1号200頁〔同控訴審〕（駒田駿太郎裁判長）は、他人の写真をパロディーの対象として利用する行為が、元の写真の著作権を侵害するものではないとされた。

をどこに求めるかという観点から、著作権と同一性保持権との両者を同じ基準で判断することは理に適っており、最高裁の上記判断は、原著作物の同一性保持権の保護の限界が、当該著作物の本質的な特徴を直接感得できるかどうかという点にあるということを示したことを前提とすれば、この「本質的な特徴の直接感得」というフレーズは、著作物の保護範囲を画する類似性の判断基準としても活用できるということになり、先例たりうる⁵⁸。

そして、最判「パロディ・モンタージュ写真」は、「他人の許諾なくして利用をすることが許されるのは、他人の著作物における『表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させないような態様』においてこれを利用する場合に限られる」と判示した⁵⁹。この判旨に従うならば、原著作物を素材として利用した場合でも、被疑侵害物から原著作物の本質的な特徴が直接感得できない場合には、当該著作物の保護範囲が及ばないために、類似性も成立しないことを一般的に明らかにしたものともみることができる。こうしたことから、最判「パロディ・モンタージュ写真」以降、「本質的な特徴の直接感得」というフレーズを、同一性保持権に限らず、翻案（又は二次的著作物の利用）や複製（又は原著作物の利用）権侵害が争われる事案において、著作物の保護範囲を画する類似性一般の成否の基準として、最判「パロディ・モンタージュ写真」の説示を踏襲する、原著作物の「本質的な特徴を直接に感得しうる」か否かが語られるようになった⁶⁰。

⁵⁸ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）436-437頁、同「判批」（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）100-101頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）283頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号4頁、上野達弘「ドイツ法における翻案—『本質的な特徴の直接感得』論の再構成—」著作権研究34号（2008年10月）45-46頁、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）56頁。

理由付けこそ異なるところがあるが結論において同旨のものとして、小酒禮「判解」（パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審）法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和55年度』（1985年2月）156頁、小泉直樹「判批」（江差追分・上告審）著作権研究24号（1998年5月）165頁、高部眞規子「判解」（江差追分・上告審）法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 平成13年度（下）』（2004年7月）561頁、同「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2008年10月）12頁、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）249頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的発展』（2012年9月・日本評論社）255頁、同「著作権侵害の判断再考」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）45頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号頁、同「判批」（釣りゲータウン2・控訴審）ジュリスト臨時増刊1453号（2013年4月）頁、同「判批」（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）167-168頁参照。

⁵⁹ 最判「パロディ・モンタージュ写真」における「表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させない」というその表現ぶりは、「既存の著作物の本質的な特徴（wesentliche Züge）が借用されているもの」というドイツ法における「改作物」の定義に通じるものがあると指摘するのは、上野達弘「ドイツ法における翻案—『本質的な特徴の直接感得』論の再構成—」著作権研究34号（2008年10月）頁39頁参照。

⁶⁰ 最判「パロディ・モンタージュ写真」以降、「本質的な特徴の直接感得性」基準に言及した裁

もつとも、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕では、原著作物の「本質的な特徴」とは何なのか、どのような観点から権利を主張する側の対象物の「本質的な特徴」の部分抽出し、そして如何にこの「本質的な特徴」を被疑侵害物から「直接に感得しうるか否か」を検討することに關しては明らかにされていなかった。そのため、原著作物の「本質的な特徴を直接に感得しうるか否か」だけでは無内容に過ぎて、具体的な事案における判断を統御する指針たりえるものにはなりえない⁶¹。

また、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕は、問題となった被告の被疑侵害行為が原告のカラー写真の一部をカットし白黒としたうえ、そのまま複写してタイヤの写真と合成したという事案であり、被告のモンタージュ写真は加えられた変更になされた創作表現があるとしても、元の写真の一部分をそのまま取り込んでいるから、当該部分のデッド・コピーとして同一性保持権侵害ないし著作権侵害に該当することは明らかである。そのため、そもそも事案の解決として元の写真の「本質的な特徴を直接に感得しうるか否か」ということを論じる必要がなかった⁶²。

さらに、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕に由来する「本質的な特徴の直接感得性」基準に關しては、前掲「内面的形式」の維持や「内容及び形式の覚知」基準同じ、いずれも著作物の定義に關する規定はなかった旧著作権法時代の産物で、1970年全面改正後の今、創作表現の共通性が語られるようになるから、ここで「本質的な特徴」というものを「創作性がある部分」と読み替えれば、原著作物の「本質的な特徴」というのは、アディアでは

判例の整理について、蘆立順美〔判批〕（江差追分・上告審）ジュリスト1224号（2002年6月）293-294頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斎藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）282頁の注3、283頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）167、177-178頁の注2、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（2008年10月）5頁、同26頁の注1、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）57-58頁、田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）100頁参照。

⁶¹ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）101頁。

⁶² 飯村敏明「講演録 著作物の利用（改変態様）の可否に關する判断要素について」コピーライト2012年10月号9頁。

なく著作物としての「創作的表現」である⁶³と考えても差し支えないだろう⁶⁴。

- 5 実際のところ、後述の最判〔江差追分〕が出される前の判決を俯瞰して見ると、著作物の保護範囲を画する類似性の成否は、抽象論のレベルで最判〔パロディ・モンタージュ写真〕の説示を踏襲する「本質的な特徴を直接に感得しうるか否か」というフレーズだけで判断されると説く判決が少なくないが、両比較対象の「受ける印象もかなり異なっている」から類似性を否定した東京地判平成12年8月29日裁判所HP〔サンリオ・ケロッピー・一審〕（森義之裁判長）⁶⁵を除いて、具体的な事案への当てはめにおいては、「創作的表現の共通性」を基準として、本質的な特徴が直接感得できないものに類似性を否定するとの解釈があり得たという裁判例（例えば、大阪地判昭和60年3月29日無体集17巻1号132頁〔三和通商広告〕（潮久郎裁判長）⁶⁶、東京地判平成5年8月30日知財集25巻2号310頁〔悪妻

⁶³ 野一色勲〔判批〕（SMAP大研究）著作権研究26号（2000年9月）315頁、駒田泰士〔判批〕（キューピーI（キューピー株式会社）・一審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）127頁、同〔判批〕（コルチャック先生・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）111頁、愛知靖之〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）ジュリスト1242号（2003年4月）133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10月）47頁、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）69-70頁参照。

⁶⁴ それに対して、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む16章』（新版改訂・2005年5月・レクシスネクシス・ジャパン）173-174頁、同『著作権法詳説—判例で読む14章』（第10版・2016年12月・勁草書房）頁、同〔判批〕（柏書房）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）55頁、同〔判批〕（柏書房）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）55頁は、著作権はアイデアを保護するものではなく表現を保護するものであるというのは著作権法の大原則ではあるが、可視的な表現に潜む特徴が本質的なものに限ったとしても看取できれば、表現自体は同一でなくとも、翻案物になりうるから、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕の「本質的な特徴を直接に感得しうるか否か」という判断基準を適用する限度で、アイデアらしきものをあわせて保護していると、異なる見解を示している。

⁶⁵ カエルを擬人化した図柄について、原告各図柄と被告各図柄の間には、目及び口について部分的に共通する点があるが、共通する部分の細部は異なっているし、共通する部分以外の部分には大きな相違が存することによって、原告各図柄と被告各図柄の間の「受ける印象もかなり異なっている」から、原告各図柄と被告各図柄の類似性を認めず、被告各図柄から原告各図柄の「表現形式上の特徴を直接感得することもできない」とした。

⁶⁶ 図案化された環状の鎖、シルエット状の石油採取設備、工具の部品、バルブの写真及びそれぞれの各英文文字を構成素材としてこれを一紙面に配置し、全体として一つの纏まりのあるグラフィックな表現としての原告広告について、その著作物としての「表現形式上の本質的特徴部分」を形成する個性的表現部分は、具体的な構成と結びついた特徴のある表現から直接把握される部分に限られ、「前記個々の構成・素材を取り上げたアイデアや構成・素材の単なる組み合わせから生ずるイメージなどの抽象的な部分にまでは及ばない」と判示した上、こうした観点から原告広告と被告広告との表現上の本質的な特徴部分を抽出して比較すると、その本質的な特徴部分が相当異なり、原告広告の著作物としての本質的な特徴は、被告広告の独自の創作性の陰に直接感得できなくなっているものとして、被告広告は、原告広告の複製でも翻案でもなく、著作権の侵害を否定した。

物語ドラマ・一審] (西田美昭裁判長)⁶⁷、前掲京都地判平成7年10月19日[アンコウ行灯] (鬼沢友直裁判長)⁶⁸、東京地判平成8年9月30日知財集28巻3号464頁[江差追分・一審] (設樂隆一裁判長)⁶⁹、東京高判平成11年3月30日民集55巻4号945頁[同控訴審]⁷⁰、東京地判平成10年6月29日審決公報4号2581頁[パッティング美容法] (森義之

⁶⁷ 判決は原告ルポルタージュ風の約18,000字の読み物と被告ドラマは、主人公の夫が帰国するまでの前半の基本的ストーリーが類似しており、その表現の具体的な文言までが共通している部分もある一方、主人公の夫が帰国して後の後半の基本的ストーリーは、相違点にもかかわらず、前記の共通点を考慮すれば、被告ドラマは、原告著作物をドラマ化したもので、「前半の基本的ストーリー、主人公夫婦の設定、細かいストーリーとその具体的表現が共通でありあるいは類似しているものというべきである」と示した。そして、被告の主張に対しては、制作されたドラマから、他人の著作物における表現形式上の「本質的な特徴をそれ自体として直接感得」しうることができ、上記特徴が失われるに至っていないときは、当該著作物の「翻案」にあたると判示した上、これを本件についてみるに、被告ドラマは、原告著作物をドラマ化したもので、ドラマ化にあたり、前半の基本的ストーリー、主人公夫婦の設定、細かいストーリーとその具体的表現が共通でありあるいは類似しているものであり、被告ドラマから、原告著作物における表現形式上の「本質的な特徴をそれ自体として直接感得しうること」ができ、被告ドラマは原告著作物の翻案にあたり、被告の主張は失当であると判示した。

⁶⁸ 著作権に対する侵害の有無は、原作品における表現形式上の「本質的な特徴自体を直接感得することができる」か否かにより決定すべきであり、ここにいう表現形式上の「本質的な特徴」は、それぞれの著作物の具体的な構成と結びついた表現形態から直接把握される部分に限られ、「個々の構成・素材を取り上げたアイデアや構成・素材の単なる組み合わせから生ずるイメージ、著作者の一連の作品に共通する構成・素材・イメージ（いわゆる作風）などの抽象的な部分」にまでは及ばないと判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、両者とも行灯について、判決は原告作品一の二と被告作品イ号との共通点といえば、明かり窓を穿ち、容器内部に水を浮かべて浮き蠟燭の明かりを灯しうることとなっている点であるが、原告作品一の二は天然石様の素材と、アンコウの口のような横長の半円形の明かり窓とその中の水に浮かべた蠟燭からもれる光とが相まって、天然石の中に現実とは違う空間が潜み、それが石の裂け目からのぞいているような神秘的で幽玄な世界を表現することに成功しているのに対し、被告作品イ号の外観は一見して陶器とわかるものであり、容器上部の半分を切り取るような形状の口であって、内部に水を満たして浮き蠟燭を灯したとしても、火の光の陰影効果による神秘的・幻想的な空間を醸し出されている原告作品一の二の具体的な構成と結び付いた表現形態からする本質的な特徴部分を直接感得することができないとして、著作権侵害を否定した。

⁶⁹ 被告ナレーションが原告プロローグの翻案権を侵害したものであると認めるためには、「本件プロローグにおける表現形式上の本質的な特徴を本件ナレーションから直接感得することができる必要がある」（最判[パロディ・モンタージュ写真]参照）とし、「著作権法は、著作物において表現されている『アイデア自体を保護するものではない』から、原告の著作物と被告らの著作物との間に『アイデアの同一性』があるとしても、そのことにより直ちに翻案権侵害が認められるわけではなく、むしろ、本件ナレーションが本件プロローグを翻案したものであるか否かは、「本件プロローグにおける表現形式上の本質的な特徴を本件ナレーションから直接感得することができるか否かにより決すべきである」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、被告ナレーションと原告プロローグは、①ほぼ同じ趣旨の表現が同じ順序で掲載されていること、②江差追分全国大会の時に町が1年で最も賑わうという一般的知見と異なる認識が記載されていること、③外面的な表現形式においても「ほぼ類似の表現となっている」ところが多いことを理由に、被告ナレーションから原告プロローグにおける「表現形式上の本質的な特徴を直接感得することができる」と判断し、著作権侵害を認めた。

⁷⁰ 原判決の理由説示を引用した上、江差追分全国大会を「年に一度（中略）の賑い」と捉え、これを、江差町の過去の繁栄と対比して構成されている被告ナレーションの表現は、原告プロロー

裁判長)⁷¹、東京高判平成11年3月25日判例工業所有権法〔同控訴審〕(永井紀昭裁判長)(一審判決引用)、最判平成10年7月17日判時1651号56頁裁判集民189号267頁〔雑誌「諸君!」・上告審〕⁷²、前掲東京地判平成10年10月29日〔SMAP大研究・一審〕(三村量一裁判長)⁷³、前掲東京高判平成11年5月26日〔同控訴審〕(田中康久裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成10年6月29日判タ992号256頁〔地獄のタクシー(「先生、僕です

グの江差追分全国大会に対する思想又は感情の「創作的な表現を直ちに感知させるもの」として、著作権侵害を認定した。

⁷¹ 被告著作物が原告著作物を「翻案」したものであることができるためには、原告著作物における表現形式上の「本質的な特徴を被告著作物から直接感得することができる」ことが必要であると判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告は、被告著作物1(書籍「素肌美容法一美と真実を求めて」)のうちの「私の美容理論」の部分(15頁ないし24頁)及び被告著作物2(書籍「洗い続けて美しい素肌に—マッサージ美容法をやめました」)のうちの『洗い続ける素肌美容法』について」の部分(11頁ないし29頁)は、いずれも原告著作物1(書籍「シミがとれ美くなる パッティング美容法」)のうち、原告の著作した「パッティング美容法とその実際」の部分(20頁ないし86頁)及び原告著作物2(原告が著作した書籍「甦った私の素顔」)のうちの「第三章新しい美容理論の確立」の部分(86頁ないし115頁)のいずれとも同一であるか又は極めて類似しており、被告著作物1及び2の各部分は、原告著作物1、2を翻案したものであると主張する。

判決はまずは原告著作物1及び原告著作物2について、「パッティング美容法」と称する美容法を推奨し、その具体的な方法や優れている理由等を写真や絵を交えながら、著述したものであるから、いずれも著作物としての創作性を肯定した。そして、被告著作物1、2と原告著作物1、2とは、全体の構成、各項目の表題及び配列において相違しており、各項目ごとに比べても、一部共通する部分があるものの、それは、原告著作物1、2と被告著作物1、2では、その基となる美容法が同一又は類似することによるものであり、また、その取り上げ方、叙述の順序、論理の流れ及び文言等の「具体的な表現」が相違しているから、被告著作物1、2からは、原告著作物1、2の本質的な特徴を直接感得することはできず、被告著作物1、2は、原告著作物1、2を翻案したものと認められないとした。

⁷² 統一後のベトナムのある寺で僧尼合計12名が焼死する事件についての原告報道記事に対して、被告が執筆した評論部分の中段部分冒頭の3行は、38行にわたる原告報道記事の内容の一部をわずか3行に要約したものにすぎず、38行にわたる原告著作部分における表現形式上の「本質的な特徴を感得させる」性質のものではないから、原告著作部分に関する同一性保持権の侵害を否定した。

⁷³ 「翻案」とは、既存の著作物に依拠して、その「創作に係る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いながら、著作権は「創作的な表現を保護するもの」であるから、他人の著作物の利用を著作権侵害というためには、その中の「創作的な表現形式」を複製又は翻案したものであることを要し、他人の著作物の内容となっている事実のみを抽出してこれを再製した場合など、他人の著作物中の「創作性の認められない部分」を利用したにすぎない場合には、翻案権を侵害しないと判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告が著作権を侵害されたと主張する「対照表」記載の部分につき、「一覧表」の「翻案」欄に「○」印を付した部分は、被告書籍の記述から原告記事の「創作に係る本質的な特徴を直接感得する」ことができるから、翻案権の侵害に当たるとした。それに対し、一覧表の「非侵害」欄に「事実のみ同一」と記載したものは、対応する原告記事と被告書籍の記述とで共通する点は記述の対象となっている事実内容のみであって、創作的特徴を含まないと認められるから、複製権又は翻案権の侵害には当たらない。また、「同一性なし」と記載したものは、両比較対象の間に複製又は翻案の関係があるといえるほどの同一性があるとは認められず、原告記事の著作権を侵害するものではないとした。

よ」〕（森義之裁判長）⁷⁴、東京地判平成11年11月17日判タ1019号255頁〔キューピーⅠ（キューピー株式会社）・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京地判平成11年11月17日判タ1019号255頁〔キューピーⅡ（日本興業銀行）・一審〕（飯村敏明裁判長）⁷⁵、東京地判平成11年12月15日判タ1018号247頁〔みずみずしいすいか写真・一審〕（飯村敏明裁判長）⁷⁶、

⁷⁴ 被告ドラマが原告「先生、僕ですよ」という題名の短編漫画を「翻案」したものということができるためには、原告著作物の表現形式上の「本質的特徴」を被告ドラマから「直接感得することができる」ことが必要であると判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告著作物と被告ドラマとは、①テーマが異なるため、被告ドラマは、基本的なストーリーにおいて原告著作物には存在しないものが含まれており、人物の描き方も異なっていること、②ストーリーの流れも、「具体的な表現を捨象した粗筋」を見れば、粗筋では共通する点があるものの、この「粗筋を具体的に表現したもの」として比較すると、大部分は異なっていること、③原告著作物と被告ドラマでは、画像に共通する部分が見られるが、それらは、「広く用いられている映像表現」であるなど、原告著作物特有の表現と言い難いものであることから、原告著作物の表現形式上の「本質的特徴」を被告ドラマから「直接感得することができる」とまでいうことはできないとした。

⁷⁵ 原告キューピー人形と被告人形、イラストは、共通点を有するが、その共通点のほとんどは、既に原著作者ローズ・オニールによって1903年及び1905年に創作された先行著作物キューピーイラストに現われているので、原告キューピー人形に「付加された新たな創作的部分」とはいえないこと、他方、両比較対象には数多くの相違点が存在すること等の事実を総合判断すると、被告キューピー人形、イラストは、原告キューピー人形における「本質的特徴」を有しているとはいえず、両者は類似していないとした。

駒田泰土〔判批〕（キューピーⅠ（キューピー株式会社）・一審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）127頁は、東京地判〔キューピーⅠ（キューピー株式会社）・一審〕は本質的な特徴の直接感得性について創作的表現を共通にしているか否かが基準となる旨を説くものであると解している。

⁷⁶ 特定の作品が原著物を「翻案」したものであるというためには、原著物の表現形式上の「本質的特徴部分を当該作品から直接感得できる」程度に類似しているものであることが必要であるといいながら、「写真に創作性が付与されるゆえんは、被写体によってではなく、撮影や現像等における独自の工夫によって『創作的な表現』が生じ得ることによるものであるから」と述べて、類似するかどうかを検討するに当たっては、「被写体の選択、組合せ及び配置が共通するか」は考慮しないとした。

具体的な事案への当てはめにおいては、二つの別々に撮影された写真について、「原告写真と被告写真とは、そもそも、異なる素材を被写体とするものであり、その細部の特徴も様々な点で相違するから、類似しないもの」として、被告写真は原告写真の表現形式上の「本質的特徴部分を直接感得できる」程度に類似したものということとはできず、翻案権侵害を否定した。同様に、同一性保持権の侵害もないとした。

その他、大阪地判平成9年3月13日特許庁公報63号451頁〔フライパン写真〕（水野武裁判長）は、写真著作物としての保護は抽象的な被写体の選定、構図等という撮影方法に及ぶものではないとし、原告写真と同種の食材又はフライパンをよく似た構図で撮影した被告写真につき、被写体たる具体的な食材又はフライパン自体は異なるものであり、これを新たに撮影した全く別の写真であることから、原告写真の複製権を侵害するものではないと判示している。

それに対して、東京高判平成13年6月21日判タ1087号247頁〔みずみずしいすいか写真・控訴審〕（山下和明裁判長）は、「被写体の決定自体について、すなわち、撮影の対象物の選択、組合せ、配置等において創作的な表現」がなされ、それに著作権法上の保護が与えられることは、十分あり得ることであり、その場合には、「被写体の決定自体における、創作的な表現部分に共通するところがあるか否かをも考慮しなければならない」と述べ、原審とは異なる立場を打ち出した。

このように、写真撮影のために人為的に被写体が作成されたというケースでは、写真著作物の

東京地判平成12年12月26日判タ1079号275頁[ソニー燃ゆ・一審](三村量一裁判長)⁷⁷、東京地判平成13年3月26日判タ1056号120頁[大地の子](飯村敏明裁判長)⁷⁸、東京高判平成13年3月28日裁判所HP[企業主義の興隆・控訴審](篠原勝美裁判長)⁷⁹などが

保護範囲が被写体の選定等に及ぶか否かについて、裁判例の見解が分かれている。

⁷⁷ 「複製」に当たるというためには、「著作物の本質的特徴を感得しうる」程度の同一性を有することを要すると判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告において被告書籍との同一性を主張する、ソニーの創業者井深大氏の葬儀の様子を記述した原告記事の記述部分について、その「多くは、葬儀という事実を伝えるに当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」であり、原告記事中の「創作性が認められるような特徴的表現部分については、いずれも被告書籍中にはこれと対応する表現は存在しない」とし、両記述部分とは、著作物としての同一性を有していないとして、複製権侵害を否定した。

⁷⁸ 「翻案」とは、ある作品に接したときに、原著作物における「創作性を有する本質的な特徴」部分が共通であることにより、当該著作物の「創作性を有する本質的な特徴部分を直接感得させる」ような作品を創作する行為をいいながら、原告が自らの体験を基に著述したノンフィクション作品に関して、第三者が歴史的事実に関する記述部分につき、文章、文体、用字用語等の「創作的な表現」形式をそのまま利用することは許されないが、記述された「歴史的事実を創作的な表現形式」を変えた上、素材として利用することは許されると判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、被告小説において原告が指摘する部分の翻案権侵害の有無について、①対照表一において57か所の各記述部分につき、例えば原告記述部分4(「そんな城内の中国人たちには、おそらく土着の生命力のような特殊な感覚があるのだろう。城内へ行けば、そのころめったにお目にかかることのない大豆や高粱をほんの一握りではあったが、それでも手に入れることができた。」)と被告記述部分4(「永春路の市場は、どこから物資が流れて来るのか、食べものの屋台が並び、豚肉や野菜をいためる油やニンニク、唐辛子(とうがらし)の匂いが、一心の唾液をそそった。」)の両比較対象は、城内には普通では手に入らないような食料物資があることを記述した点において共通する点もあるが、「表現形式、語彙の選択等において大きく異なる」表現上の相違に照らして、被告記述部分4は原告記述部分4と実質的に同一とはいえず、また、城内には入手困難な食料があることの表現方法などが大きく異なるので、被告記述部分4は、原告記述部分4の「創作性を有する本質的な特徴部分を直接感得」することもできないとした。

②対照表二について、原告作品と被告小説の両比較対象は、原告及び主人公が長春からの脱出行の過程で卡子に入り、卡子内の惨状に直面して過酷な体験を経ながらも、そこからようやく脱出するという大まかな筋において共通するが、それは、「体験者に共通したいわば一つの歴史的事実ともいべきもので、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、原告作品の「創作性を有する本質的な特徴部分を感得」するほどに共通していると解することはできず、かえって、両者間には、ストーリー展開、背景及び場面設定、人物設定、描写方法について重要な相違点があるので、翻案権侵害は成立しないと判断した。

⁷⁹ 日本の企業経営の現状を一つの経済体制ととらえ、これを人間重視の視点から「企業主義」又は「ヒューマン・キャピタリズム」と表現して、それぞれの主題とする原告書籍と被告書籍について、被告書籍が原告書籍の「翻案」であるというためには、原告書籍中での具体例等として記述された個別の記述部分を取り上げて被告書籍の記述部分と対比した上で、当該記述内容の「創作性」において、その表現形式上の「本質的な特徴」を被告書籍が備えるかどうかを判断し、被告書籍から原告書籍の著作物としての表現形式上の「本質的な特徴を直接感得することができる」ことを要するとし、そして、個別の記述内容それ自体を対比しても共通点が見いだせなかったり、共通点があっても、その論理展開が「ごくありふれたものとして学術に属する著作物としての創作性を基礎づけるに足りない」場合には、被告書籍から原告書籍の著作物としての表現形式上の「本質的な特徴を直接感得することはできない」と判示した上、このような観点に基づい

多く見られる⁸⁰。これらの裁判例において、実際の判断の際には「創作的表現の共通性」を類似性の成否の分岐点とするため、もし創作的表現の再生の有無による検討を抜いていれば、「本質的な特徴の直接感得」というフレーズ自体は著作物の保護範囲を画する類似性の判断基準として、有効に機能することにはならないことになる。

5

第4項 東京地判〔日照権〕等に由来する「創作的表現の共通性」基準

前述のように、1970年全面改正後の今、「創作的表現」が著作物性ばかりでなく、著作物の保護範囲を画する類似性の要件にも、創作的表現の共通性が必要とする。両比較対象の間に創作的表現が共通しているか否かに焦点を当てる先駆的裁判例として、東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁〔日照権〕（秋吉稔弘裁判長）である。日照権に関する公知の事実や法律問題を一般向けに解説するものについて、原告は被告書籍のうち、一覧表A欄記載の各記述部分は、それぞれ原告書籍中の同表B欄記載の各記述部分と殆んど同一であると主張する。判決は、まずは公知の事実又は一般常識に属する事柄についても、これをいかに感得し、いかなる言語を用いて表現するかは各人の個性に応じて異なりうるから、原告書籍中の一覧表B欄記載の各記述はいずれも日照問題に関する原告の思想を創作的に表現したものであると判示した。そして著作権侵害の成否とは、思想そのものではなく、思想についての「創作性ある具体的表現が無断で利用されているかどうかということであり」とし、原、被告書籍中の各対応部分を比較対照してみると、これらの各対応する記述は、いずれも叙述の順序、用語の選択、いいまわし等文章表現上の各要素において極めて類似しているから、被告書籍の本文217頁中、原告書籍からの盗用部分が合わせて2頁分に過ぎなかったとしても、それは被告書籍中に存する限り、原告記述の創作的表現が利用されている以上、著作権侵害となる旨判示した。

て、被告書籍は、書籍全体としても、個別の対比箇所をそれ自体として取り上げて検討しても、被告書籍が原告書籍の著作物としての表現形式上の「本質的な特徴を直接感得することができない」と判断した。

⁸⁰ 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕に由来する「本質的な特徴の直接感得性」基準に言及しつつも、具体的な事案との関係でみれば、「創作的表現の共通性」と整合的に読みうる判決が多いと分析したものとして、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）60-61頁の注1、同〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）218-219頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）103-104、106頁参照。同様に、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）ジュリスト臨時増刊1453号（2013年4月）頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）178頁の注6は、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕の「本質的な特徴の直接感得性」基準を取る従来の裁判例においては、アイデア又は表現上の創作性がないもののみが共通している場合には、本質的な特徴が直接感得できないものとして著作権侵害における類似性を否定するとの解釈も十分あり得たところであると指摘する。

東京地判〔日照権〕の後、後述の最判〔江差追分〕は権利を主張する側の対象物と被疑侵害物の共通部分が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しか認められない場合には、著作権侵害とはならない旨を明らかにした前、東京地判〔日照権〕と同じ、

「内容及び形式の覚知」や「本質的な特徴の直接感得」というフレーズを言及せず、端的に

5 創作的表現に焦点を当てて、著作物の保護範囲を画する類似性を判断した裁判例として、東京高判平成8年4月16日知財集28巻2号271頁（悪妻物語ドラマ・控訴審）（伊藤博裁判長）⁸¹、東京地判平成8年9月27日判時1645号134頁〔四谷大塚問題解説書（四進レクチャー）・一審〕（西田美昭裁判長）⁸²、東京高判平成10年2月12日判時1645号129頁〔同控訴審〕（伊藤博裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成12年1月28日裁判所HP〔企業主義の興隆・一審〕（森義之裁判長）⁸³、東京地判平成12年3月17日判タ1027号268頁〔タウンページデータベース〕（森義之裁判長）⁸⁴、大阪地判平成12年3月30日裁判所HP〔積算くんソフト（インターフェイス）〕（小松一雄裁判長）⁸⁵などがある。ただし、前掲東京地判〔タウンページデータベース〕はそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の事例で

10

⁸¹ 被告ドラマは、前半の基本的ストーリーやその細かいストーリーが原告著作物と類似し、また具体的表現も共通する部分が存するものであり、後半の基本的ストーリー等において相違点があるにもかかわらず、被告ドラマにおいては、原告著作物における特徴的な表現が再現されているものと認められるから、被告ドラマは原告著作物の翻案であるとした。

⁸² 入学試験対策用のテスト問題における各設問の選択又は配列について、両比較対象を対比すると、被告テスト問題には、問題文における指示の仕方、図形表記の仕方、選択肢の配列順序及び統計資料の年度等に関し、原告テスト問題と若干の相違が見受けられるものもあるが、それらのものも、問題として与えられた数式、前提事項はもとより、求められる解答や問題冒頭の題目までほぼ完全に一致しており、原告テスト問題における素材としての問題の選択と配列に関する創作性がそのまま再現されているから、被告テスト問題は、対応する原告テスト問題を複製したものであるとした。

⁸³ 前掲「企業主義」又は「ヒューマン・キャピタリズム」をそれぞれ主題とする原告書籍と被告書籍について、被告書籍全体を原告書籍全体と対比したとき、両書籍には着想において共通する部分が存在するが、両書籍の各主題は同じではなく、それぞれの主題の位置づけ及び論述の構成も異なるし、各対比箇所ごとの対比においても、被告の論述が原告の論述の翻案であると認められる部分は存在しないので、書籍全体としても、個別の対比箇所をそれ自体としても、翻案であるとは認められないとした。

⁸⁴ 両者とも、職業分類体系によって電話番号情報を職業別に分類したデータベースについて、判決は業種別データのうち、原告タウンページデータベースの職業分類及びそこに掲載されている電話番号情報を、「職業分類名も含めてそのまま職業分類及び電話番号情報とする部分並びにタウンページデータベースの職業分類及びそこに掲載されている電話番号情報はそのままであるが」、職業分類名の表現のみを変えた部分は、いずれも、「タウンページデータベースの創作性を有する体系的な構成がそのまま再現されている」から、このような業種別データの作成及び頒布は、原告データベースの著作権を侵害するものであるとした。

⁸⁵ 建築費用算出のためのソフトウェアの画面表示（インターフェイス）に関して、「複製権」侵害が認められるためには、「両表示画面の共通する表現形式において、積算くんの著作者の思想又は感情が創作的に表現されていなければならない」と判示した上、原告ソフト「積算くん」の表示画面と被告ソフト「WARP」の表示画面との間には、「表現が共通する部分が存在するものの、異なる表現も多々存在するのであり、しかも、両表示画面において表現が共通する部分に、積算くんの著作者の思想又は感情の創作的な表現があるとみることはできない」とし、複製を否定した。

あることを留意されたい。

第5項 最判〔江差追分〕等に由来する「本質的な特徴の同一性」（創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価値の共通性）

5

以上のように裁判例においては、類似性の成否を判断するに当たって、両比較対象の間に創作的表現に焦点を当てるものがある一方、創作的表現の共通性の外側に、著作物を利用する需要者（ユーザー）による表現価値の共通性に大きく依拠するものもある。早期の裁判例として、東京地八王子支判昭和62年9月18日無体集19巻3号334頁〔館林市壁画〕（安間喜夫裁判長）は著作物性の判断では、東京都日野市庁舎の地名入り陶壁画について、数種の特殊な大型煉瓦タイルの組合わせ及びタイルに焼き込んだ地名の配列等により、創作的に表現したものとして著作物性を認めつつ、類似性の判断では、日野市壁画と群馬県館林市庁舎の地名入り壁画を対比した結果、両比較対象にタイルの組合わせ・配置の相違点があるにも関わらず、特殊な大型煉瓦タイルを使用している点やタイル内に各市の地名を焼き込んで

10

15

点に共通性を有しているとしたうえ、「両壁画を比較対照して観察すれば、右相違点よりも類似性の方が強く印象付けられることは否定しがたく、観る者をして、その表現形式上同一の創作発想に基づき、原著作物（日野市壁画）を土台としてこれを変形した作品（本件壁画）と認めしむるに十分であり」として、被告館林市壁画は原告日野市壁画の変形物に当たるものであり、著作権侵害にあたると判断した。

20

東京地八王子支判〔館林市壁画〕は判断主体として、著作物を利用するユーザー（判決で使われる用語に従えば、「観る者」）の視点に立って両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分の方が強く印象付けられることを理由に類似性を肯定したものである。ユーザーが両比較対象から受ける表現価値の共通性を問題とし、それを類似性の成否のメルクマールとすることを示唆する点に留意する必要がある。それは類似性を肯定するためには、ユーザーが両比較対象から受ける表現価値の共通性だけでは十分であり、創作的表現が共通していることが不要で、創作的表現とまではいえないものの利用行為に対しても著作権の効力を及ぼすようにも読める⁸⁶。

25

30

しかし、仮に両比較対象から受ける表現価値の共通性は類似性を肯定するために必要ではありえても、それがあれば著作権侵害を認めるに十分であることは、著作物性の判断と類

⁸⁶ 館林市は、新庁舎を建設するにあたり、日野市壁画と同じイメージの壁画を設置することを企画し、建設工事関係者と原告との間に壁画制作についての話し合いが行われたこともあったが、結局は、原告に依頼することなく、館林市の地名を焼き込んだ特殊な大型煉瓦タイルを他の窯業者に製作・施工させ、これを組み合わせて構成した館林市壁画を新庁舎一階壁面に設置した。このため、原告は日野市壁画の著作権に基づき、館林市壁画中の地名タイルの撤去、損害賠償等の請求訴訟を提起した。こうした事情があるため、大岡裁きの判断を導いたかもしれない。

似性の判断の平仄が合っていない。なぜなら、著作物性の判断では、特殊な大型煉瓦タイルそれ自体ではなく、タイルの組み合わせ、配列に創作性を認めつつ、この著作物の保護範囲を画する類似性の判断では、素材となった特殊な大型煉瓦タイルの共通性だけで類似性を肯定してしまう⁸⁷、つまり、タイルの組み合わせ、配列に著作物性を認めたところと、この

5 著作物の著作権の効力を特殊な大型煉瓦タイルそれ自体に及ぼすところとに食い違いからである。また、具体的な結論としても、これだけタイルの組み合わせ・配置などが異なるにも関わらず、侵害が肯定されてしまうと、特殊な大型煉瓦タイルを使用して地名をタイルに焼き込んだ壁画の独占になりかねない点でも、問題が多いといわざるを得ない⁸⁸。

- 10 東京地八王子支判〔館林市壁画〕の後に、「内容及び形式の覚知」あるいは「本質的な特徴の直接感得」というフレーズを言いながら、具体的な事案への当てはめにおいては、「内容及び形式の覚知」あるいは「本質的な特徴の直接感得」を、「創作的表現が共通していること」である従来の理解と違って、判断主体として、著作物を利用するユーザーの視点に立って、全体的観察により両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通性を勘案すること（「内容及び形式の覚知」や「本質的な特徴の直接感得」に対する従来の理解と区別するために、以下、「ユーザーによる表現価値の共通性」と呼ぶ）を示唆する裁判例もある（前掲東京高判平成4年5月14日〔ポパイ漫画・控訴審〕（松野嘉貞裁判長）、前掲最判平成9年7月17日〔同上告審〕、東京地判平成6年1月31日知財集26巻1号1頁〔パックマン（ビデオゲーム）Ⅱ〕（西田美昭裁判長）⁸⁹、前掲東京地判平成10年3月30日〔子猫「ノ
- 15 ンタン」の絵・一審〕（西田美昭裁判長）、前掲東京高判平成11年11月17日〔同控訴審〕（田中康久裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成12年9月28日判タ1045号296頁〔角川文庫新聞広告〕（三村量一裁判長）⁹⁰、前掲東京地判平成12年8月29日〔サンリオ・ケ

⁸⁷ この点に関して、岡邦俊『著作権の法廷』（1991年11月・ぎょうせい）123-124頁は、壁画の著作物性を個々の素材の特殊な大型煉瓦タイルの著作物性によってではなく、タイルの組み合わせ及びタイルに焼き込んだ地名の配列等により創作的に表現したことによって認定しているから、館林市壁画が日野市壁画の著作権を侵害するか否かを判断するにあたっては、素材自体の類似性にもかかわらず、その組合せ・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と判決を批判する。また、田村善之「著作権法講義ノート6」発明92巻10号（1995年10月）97頁も、判旨自身は日野市壁画に著作物性を認めるに当たって、タイルの組合せ・配列に着目しているから、本件で類似性が肯定されるためには、両壁画の間のタイルの組合せ・配列の点に共通性の認定が必要となるはずであると指摘する。

⁸⁸ 伊藤真〔判批〕（館林市壁画）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト128号（第2版・有斐閣・1994年6月）19頁、田村善之「著作権法講義ノート6」発明92巻10号（1995年10月）96-97頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）73-74頁、津幡笑〔判批〕（博士絵柄）知的財産法政策学研究24号（2009年9月）109、109-110頁の注8、同〔判批〕（博士絵柄）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）113頁。

⁸⁹ 原告「パックマン」ビデオゲームの影像を「知る通常人」であれば、被告ゲームの影像が「パックマン」ビデオゲームに僅かな修正を加えただけのものと覚知できる程度の同一性があるものと認められるから、複製権侵害肯定。

⁹⁰ 角川書店が出版する書籍「ブラック・ティアー」の装丁として使用されている、羽毛が空中に舞

ロッピー・一審] (森義之裁判長) など)。

[ポパイ漫画] 事件 (裁判所 HP より抜粋)

右原告図柄 左 被告図柄



5

地裁 (清永利亮裁判長)

著作物性 判決の前提となる事実

類似性肯定⁹¹

高裁 (松野嘉貞裁判長) 類似性 (ユーザーによる表現価値の共通性) 肯定

10 最高裁 類似性 (ユーザーによる表現価値の共通性) 肯定

[角川文庫新聞広告] 事件 (裁判所 HP より抜粋)

左 原告図面 右 被告マーク



15 地裁 (三村量一裁判長) 類似性 (ユーザーによる表現価値の共通性) 肯定

これらの判決は両比較対象の間に創作的表現が共通していることを言及しなかったため、「創作的表現の共通性」の外側に、判断主体として著作物を利用するユーザーの視点に立つて表現価値の共通性を問題とした点に特別な意味が込められていると考えることになる。

20 また、類似性を肯定するためにはユーザーによる表現価値の共通性が必要とされているが、

う様子を数枚の羽根相互の間隔とトーンによって表現した原告図面について、出版社が無断でその一部を切り離して複製し、新たに発行する文庫シリーズのシンボルマークとして、新聞雑誌広告等に使用した事案において、判決はやわらかな羽毛が空中に舞う様子を数枚の羽根相互の間隔とトーンによって表現した点が原告著作物の特徴であるところ、その一部をスキャンするという制作過程を経て作成された被告マークにおいては、羽根がモノトーンのシルエットとして表されていることから、それが線描画であることがややわかりにくくなっている点はあるが、原告著作物の特徴は再現されているものであって、「見る者をして本件著作物を想起させるものである」として、原告著作物の複製権を侵害したものと判示した。

⁹¹ 東京地判平成2年2月19日無体集22巻1号34頁 [ポパイ漫画・一審] (清永利亮裁判長) は、被告図柄における絵は、原告漫画の主人公であるポパイを表したものであることが明らかであることが認められ、原告漫画のポパイの絵を複製したものとした。

この要件と創作的表現の共通性がどのような論理的関係に立つのかは不明である。ただし、少なくとも創作的表現の共通性が不要とした東京地八王子支判〔館林市壁画〕と違って、創作的表現とまではいえないものの利用行為に対しても著作権の効力を及ぼすように感じ取ることができない。

5

そして、創作的表現の共通性とユーザーによる表現価値の共通性とがどのような論理的関係に立つのかという問題に関して、以下の判決は、著作物の保護範囲を画する類似性に関しては、創作的表現の共通性を越えて、ユーザーによる表現価値の共通性に独自の意義を認めて、両要件はいずれも類似性を肯定するために欠かせない条件であることを示唆している。

10

第1款 ユーザーによる表現価値の共通性は肯定、創作的表現の共通性は否定

まずは、立体的美術作品に関して、両作品に何らかの相違点が存するという事案において類似性の有無が争われた、東京高判平成12年9月19日判時1745号128頁〔舞台装置（赤穂浪士）・控訴審〕（山下和明裁判長）は、著作権法によって保護されるのは、「表現したもの」であり、アイデアそれ自体としては保護の対象とはなり得ないとし、「類似性」のあるものとは、「既存の著作物の、著作者の思想又は感情を『創作的に表現したもの』としての独自の創作性の認められる部分についての表現が共通し、その結果として、当該作品から既存の著作物を直接感得できる程度に類似したものであるということになる」、「『複製・翻案の判断基準の一つ』としての類似性の要件として取り上げる『当該作品から既存の著作物を直接感得できる程度に』との要件（直接感得性）は、類似性を認めるために必要ではあり得ても、それがあれば類似性を認めるに十分なものというわけではないことである」、すなわち、例えば、アイデア自体が目新しいものであり、それを採用した者が一人である状態が生まれると、表現されたものよりも、目新しいアイデアの方が往々にして注目され易いから、後に同じアイデアを採用した他の者の作品は、先行の作品を直接感得させ易くなるであろうし、「ある作品に接した者が当該作品から既存の著作物を直接感得できるか否かは、表現されたもの同士を比較した場合の共通性以外の要素によっても大きく左右され得るものであり」、必ずしも常に、類似性の判断基準として有効に機能することにはならないからであると判示する。

15

20

25

30

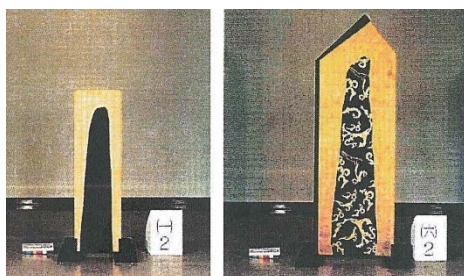
具体的な事案への当てはめにおいては、判決は原告作品と被告作品とを対比した場合、原告作品における、①縦長のパネルの形状、②それに描かれた「内側に $\cap$ 状先端を有する円柱様」の形状、③濃い藍色と金色という色彩の選択、④位牌の金と黒の配色、という「アイデア」について、被告作品も共通しており、前記アイデアが原告作品において目新しいものであったため、一見、被告作品から原告作品が直接感得できるように感じられる。しかし、前

35

記アイデアに創作性が認められるとしても、それ自体としては著作権法上の保護の対象となり得ない⁹²。そして、被告作品は原告作品の「表現全体」とそれぞれ対比して、両者には具体的なデザインとしての①円柱様の造形物の形状、②その配置、③彩色、④紋様などに違いがあるから、「表現全体」として被告作品を原告著作物と類似しているものとはいえないと判示した。

〔舞台装置（赤穂浪士）事件（知的財産法政策学研究 30 号（2010 年 9 月）263 頁より抜粋）

左 原告作品 右 被告作品



10 地裁（飯村敏明裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

依拠性否定

高裁（山下和明裁判長）

15 類似性否定（「ユーザーによる表現価値の共通性」肯定、「創作的表現の共通性」否定）

要するに著作物の保護範囲に絞りをつけるために、創作的表現の共通性の外側にもう一つ、「直接感得性」に関して、ここでいう「直接感得」の対象とは、「創作的表現」という従来の理解ではなく、判断主体として著作物を利用するユーザーの視点に立って、全体的観察により両比較対象から受ける印象のところで表現価値の共通性を勘案することである。そして、後発の被疑侵害物が原著物とアイデアの点において類似しているにすぎない場合でも、ユーザーによる表現価値の共通性が認められるおそれがあり、この場合に、著作権侵害が肯定されるならば、アイデアを保護しないとされた著作権法 2 条 1 項 1 号の趣旨に反することになる。したがって、東京高判〔舞台装置（赤穂浪士）・控訴審〕は、類似性を肯定するために、ユーザーによる表現価値の共通性の有無に加えて、さらに、従来の両比較対象の間に創作的表現が再生しているか否かも検討されなければならない、という二つの必要

⁹² 判決は仮に、前記アイデアについて、著作権法上の保護を与えるならば、以後極めて長い期間にわたって、著作権者以外の何人も、縦長のパネルに、「内側に円状先端を有する円柱様形態」の円柱様の造形物を描き、その彩色を濃い藍色と金色とするというアイデアと類似のアイデアを含む創作活動を行うことができないこととなり、これが著作権という権利としてふさわしい範囲の保護といえない、としている。

条件を述べたものである⁹³。

第2款 創作的表現の共通性は肯定するはずだが、ユーザーによる表現価値の共通性は否定

5

次に、創作的表現である著作物と判断されたものが被疑侵害物にフォトコピーされているにもかかわらず、著作物を利用するユーザーの観点から、全体的観察により両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分がないとして類似性が否定されると評価できる先例的事例が、第2章で紹介した東京地判平成11年10月27日判タ1018号254頁〔雪月花・一審〕（飯村敏明裁判長）である。照明器具のカタログ内で、和室を撮影した写真内に掛け軸として掲げられていた書が1字につき大きさが最大8mmに小さく映り込んでいたという事案で、これは元の縦書き2行に縦約80cm、横約60cmの大きさに毛筆で書した原告書道文字「雪月花」の著作権侵害に当たるかについて争われた。判決は「書」について、その保護範囲を画する類似性の成否を判断するに当たっては、書の「創作的な表現部分が再現されているかを基準としてすべきである」前置きしながらも、具体的な事案への当てはめにおいては、原告書道文字「雪月花」と被告カタログ中の小さく写された「雪月花」の部分を比較対照した結果、「通常の注意力を有する者がこれを観た場合」、「墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い等の原告各作品における特徴的部分が実質的に同一であると覚知し得る程度に再現されているということとはできない」と判断し、著作権侵害における類似性を否定したものである。なお、後述の最判〔江差追分〕以降の東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔雪月花・控訴審〕（篠原勝美裁判長）も、著作物の「複製」とは、既存の著作物に依拠し、「その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製すること」と言いながら、書を書

⁹³ ユーザーによる表現価値の共通性こそ異なるところがあるが結論において同旨のものとして、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号5頁参照。

それに対して、本判決はアイデアと表現の区別を前提に、アイデアの類似性によって「直接感得性」基準が充たされる問題点を指摘し、「直接感得性」基準をより明確なものとするため、「創作的に表現したものとしての独自の創作性の認められる部分についての表現が共通し」の部分、すなわち「創作的表現の共通性」を補ったものにすぎないと異なる見解を示すものとして、泉克幸〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣8-9頁、愛知靖之〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）ジュリスト1242号（2003年4月）133-134頁、大野聖二〔判批〕（雪月花・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）91頁（直接感得性説の問題点を指摘するものにすぎない）、金井重彦〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）107頁、同〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）119頁。

また、蘆立順美〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）判例時報1767号（2002年2月）173頁も、〔舞台装置（赤穂浪士）・控訴審〕判旨が自認しているように、すべての直接感得性が類似性を肯定し得ないのであれば、そもそも同要件はいらず、端的に創作的表現の共通性を基準とすることで十分だったと指摘する。

- 真により再製した場合に、その行為が美術の著作物としての書の複製に当たるといえるためには、「一般人の通常の注意力を基準とした上」、当該書の写真において、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった美的要素を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するものと判示した上、被告カタログ中の小さく写された「雪月花」を「一般人が通常
- 5 の注意力をもって見た場合」に、原告書道文字「雪月花」が本来有している「墨色の冴えと変化、筆の勢いといった美的要素を直接感得することは困難であるといわざるを得ない」とし、また、美術の著作物としての書の翻案の成否の判断に当たっても、後述の最判〔江差追分〕を引用した上、被告カタログ中の小さく写された「雪月花」の部分が、「これに接する者がその表現上の本質的な特徴を直接感得することができない」として、原告書道文字「雪
- 10 月花」に係る複製権又は翻案権の侵害に基づく請求は理由がなく、控訴を棄却した。

〔雪月花〕事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告書道文字「雪月花」 右 被告カタログの写真



- 15 地裁（飯村敏明裁判長）
著作物性 判決の前提となる事実
類似性否定
「創作的表現の共通性」肯定するはず、「ユーザーによる表現価値の共通性」否定
- 20 高裁（篠原勝美裁判長）
類似性否定
「創作的表現の共通性」肯定するはず、「ユーザーによる表現価値の共通性」否定

- 25 〔雪月花〕事件は、墨の濃淡、かすれ具合といった表現上の創作性のある部分こそが著作物であるとの理解で説明されることもあるが、書の創作性を有する部分を認定しているにすぎない⁹⁴。問題となった原告書道文字「雪月花」をそのまま写真撮影して利用したものであるので、形式的には書の創作的表現の再生は認められるにもかかわらず、すなわち裏返せば、フォトコピーくらい利用態様に著作権侵害であると断じていても、アイデアと表現の区

⁹⁴ 三村量一「講演録 マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト 2010 年 10 月号 15-16 頁、同「著作権侵害訴訟の実務上の問題点」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（2011 年 3 月・成文堂）30-31 頁（三村量一講演）は、〔雪月花〕事件の判決は書道作品に即して「墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い」といった書の創作的部分を認定しているにすぎないと解している。

別を通じて後発の創作活動に支障を来すことにならないだろうが、なお著作物を利用するユーザーの観点から、原告書道文字「雪月花」と被告カタログ中の小さく写された「雪月花」の部分とを全体的に観察して、両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分
5 なければ、縦約 80cm、横約 60cm の大きさに毛筆で書いた原告書道文字「雪月花」がもたらした市場価値の利用は存在しないとして、類似性を否定したと評価できる⁹⁵。要するに判旨は類似性を肯定するためには、創作的表現の共通性のみでは足りず、それに加えて、ユーザーによる表現価値の共通性をも充足しない限りは、類似性が肯定されることはないとする考え方といえる。

10 第3款 創作的表現の共通性とユーザーによる表現価値の共通性がいずれも否定

両比較対象の「受ける印象もかなり異なっている」から類似性を否定した前掲東京地判平成 12 年 8 月 29 日 [サンリオ・ケロッピー・一審] (森義之裁判長) に対して、東京高判平成 13 年 1 月 23 日判時 1751 号 122 頁 [同控訴審] (山下和明裁判長) は、創作的表現の共通性にも、ユーザーの視点により両比較対象から受ける表現価値の共通性にも焦点を当てたが、いずれも否定例で類似性を否定したものである。敷衍すると、カエルを擬人化した図柄の著作権侵害が問題となった事案において、東京地判 [サンリオ・ケロッピー・一審] は
15 「創作的表現の共通性」に触れることがなく、原告各図柄と被告各図柄の間の「受ける印象
20 もかなり異なっている」ことを理由に、類似性を認めず、被告各図柄から原告各図柄の「表現形式上の特徴を直接感得することもできない」とした。これに対し、東京高判 [サンリオ・ケロッピー・控訴審] は複製権又は翻案権を侵害しているといい得るためには、被告各図柄

⁹⁵ 岡崎洋 [判批] (雪月花・控訴審) 齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号 (第 3 版・2001 年 4 月・有斐閣) 129 頁は、本判決は「利用された部分が著作物としての価値を有するものの複製」と言えるかどうかで、複製権侵害か否かが判断されることになると指摘する。また、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌 66 巻 2 号 (2016 年 9 月) 21 頁は、被告カタログに原告書道文字「雪月花」と同じ「観賞的価値」が感得されないゆえに、そこには原告書道文字がもたらした価値の利用は存在しないときには、そもそも「著作物の利用はない」と整理する方がよいと評している。

同様に、三村量一「講演録 マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピーライト 2010 年 10 月号 15-16 頁、同「著作権侵害訴訟の実務上の問題点」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』(2011 年 3 月・成文堂) 30-31 頁 (三村量一講演) は、[雪月花] 事件の判決はカタログに書の掛け軸を写したこのくらい小さな画像だから、「見る人」にその創作的特徴がわからないというようなものであれば、「著作物の利用」に該当しないと解している。

なお、[雪月花] 事件の前、加戸守行『著作権法逐条講義』(5 訂新版・2006 年 3 月・著作権情報センター) 288 頁、同 (6 訂新版・2013 年 8 月・著作権情報センター) 頁、は、インタビュー番組や写真において室内に置かれた絵画が必然的に写り込んでいた場合には、主要な被写体の背景に何か絵らしき物が写っているという程度のものは、当該絵画にピントを合わせない限り、「著作物の実質的利用」には当たらない、との [雪月花] 判決を先取りするような解説をなさっている。

を原告各図柄と比較した場合、「創作性の認められる部分について、表現が共通しており」、その結果として、被告各図柄から原告各図柄を「直接感得することができる」ことが必要であると判示した。具体的な事案への当てはめにおいては、まずは形状、図柄を構成する各要素の配置、色彩等による「細部の表現により表現全体として独自の創作性」を認める原告各

5 図柄の「具体的な表現全体」について、原告各図柄と被告各図柄を、それぞれ個別的に対比してみると、①輪郭の線の太さ、②目玉の配置、③瞳の有無、④顔と胴体のバランス、⑤手足の形状、⑥全体の配色等において、「表現を異にしていること」が明らかであり、このような状況の下で、被告各図柄を「見た者が、これらから本件著作物を想起すること」ができないから、被告各図柄を、そこから原告著作物を直接感得することができないとした。次に、

10 原告各図柄の「具体的表現」を捨象した「基本的な表現」に着目してみる限り、擬人化されたカエルの顔の輪郭を横長の楕円形という形状にすること、その胴体を短くし、これに短い手足をつけることは、「擬人化する際のものとして通常予想される範囲内のありふれた表現」、目玉が丸く顔の輪郭から飛び出していることについては、カエルの最も特徴的な部分とされていることの一つに関するものであって、「これまた普通に行われる範囲内の表現」

15 として、原告各図柄の「基本的な表現」自体の創作性は否定された。

東京高判〔サンリオ・ケロッピー・控訴審〕と同じ、創作的表現の共通性とユーザーによる表現価値の共通性がいずれも否定された事例として、前掲東京高判平成13年5月30日〔キューピーⅠ（キューピー株式会社）・控訴審〕（篠原勝美裁判長）、前掲東京高判平成13

20 年5月30日〔キューピーⅡ（日本興業銀行）・控訴審〕（篠原勝美裁判長）⁹⁶も参照。

〔サンリオ・ケロッピー〕事件（裁判所HPより抜粋）

上 原告カエルを擬人化した各図柄（1）、（2）、（3）③、（4）①

下 被告各図柄①、④、⑤



地裁（森義之裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

類似性 ユーザーによる表現価値の共通性否定

⁹⁶ 前掲注0参照。

高裁（山下和明裁判長裁判長）

類似性否定

①原告各図柄の「具体的な表現全体」について

類似性否定

5 創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定

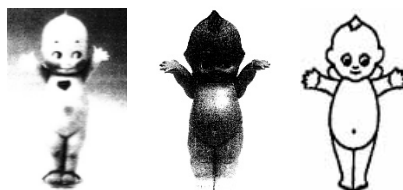
②原告各図柄の「基本的な表現」について

類似性（創作的表現の共通性）否定

〔キューピーⅠ〕、〔キューピーⅡ〕事件（裁判所HPより抜粋）

10 上 先行著作物キューピーイラスト

下 左から 原告キューピー人形、被告キューピー人形、被告イラスト



地裁（飯村敏明裁判長）

15 類似性（創作的表現の共通性）否定

高裁（篠原勝美裁判長）

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

20 そして、上記創作的表現の共通性とユーザーによる表現価値の共通性とが、いずれも類似性を肯定するために欠かせない条件である、下級審の考え方は、最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分・上告審〕に受け継がれていくことになる⁹⁷。この事件は、被告NHKが製作したテレビ番組「ほっかいどうスペシャル」のナレーションの部分（合計158字）が、原告が著述したノンフィクション「北の波濤に唄う」と題する書籍の中の短編「九月の熱風」の冒頭の合計974字のプロローグの著作権を侵害したか否かが争われたものである。判決は言語の著作物の「翻案」とは、「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現

⁹⁷ 東京高判〔舞台装置（赤穂浪士）・控訴審〕について、ユーザーによる表現価値の共通性こそ異なるところがあるが結論において同旨のものとして、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号5頁参照。

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」(判旨1)。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

5 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」(判旨2)と述べている。

10 判旨1部分の前段からは、「翻案権」侵害にあたるための要件として、既存の「著作物」(＝①著作物性)に「依拠」して(＝②依拠性)、その表現上の「本質的な特徴の同一性」(＝③類似性)を維持し、「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」(＝④著作権法27条、28条で定められた翻案又は二次的著作物の利用行為)、という著作権侵害を肯定するための四つの積極的な要件が求められると理解

15 することができる。そして、判旨1部分の後段は、類似性、すなわち「本質的な特徴の同一性」とは、被疑侵害物と既存の著作物とを比較したときに、ユーザー(判旨の言葉を借りれば、著作物に「接する者」)の視点により、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」(＝ユーザーによる表現価値の共通性)を基準としていると理解することができる。ただし、依拠していた既存の著作物と被疑侵害物の共通部分が、「表現それ自体

20 でない部分又は表現上の創作性がない部分」にしか認められない場合(＝「創作的表現の共通性」は否定される場合)には、類似性は否定される。これは、最判〔江差追分〕の判旨2部分から導くことができる。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告974字のプロローグと被告158字のナレーションとの共通する部分は、①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

25 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、②江差町では9月に江差追分全国大会が開かれ、年に一度、かつてのにぎわいを取り戻し、町は一気に活気づくこと、③被告ナレーションの運び方は、原告プロローグの骨格を成す事項の記述順序と同一であることの三点であるとされた。そのうえで、判決は、①については、

30 江差町の紹介として事実であって、表現それ自体ではない、②については、江差町民の一般的な考え方とは異なるもので原告に特有のアイデアであるとしても、その認識自体は表現とはいえない、③については、記述順序自体は創作的なものといえないとした。つまり、共通部分が「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」にしか認められないから、創作的表現の共通性は否定されるのである。加えて、被告ナレーション全体をみても、

35 その量は原告プロローグに比べて格段に短く、被告が創作した映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」が原告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」ことを理由に、被告ナレーションは原告プロローグの翻案権を侵害したものとはいえないと判断し、翻案権侵害を肯定した前掲東京高判平成11年3月30日〔江差追分・控訴審〕を破棄し、前掲東京地判平成8年9月30日〔江差追分・一審〕（設楽隆一裁判長）を取り消したうえで、自判して原告の請求を棄却した。

5

〔江差追分〕事件

対照表（裁判所HPより、字数は筆者整理）

原告「北の波濤に唄う」の短編「九月の熱風」の冒頭のプロローグ（974字）	被告「ほっかいどうスペシャル『遥かなるユーラシアの歌声～江差追分のルーツを求めて～』」のナレーション（158字）
(1) <u>むかし鯉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。鯉の到来とともに冬が明け、鯉を軸に春は深まっていった。</u> 彼岸が近づくころから南西の風が吹いてくると、その風に乗った日本海経由の北前船、つまり一枚帆の和船がくる日もくる日も港に入った。追分の前歌に、 松前江差の 津花の浜で すいた同士の 泣き別れ とうたわれる津花の浜あたりは、人、人、人であふれた。町には出稼ぎのヤン衆たちのお国なまりが飛びかい、海べりの下町にも、山手の新地にも、荒くれ男を相手にする女たちの脂粉の香りが漂った。人々の群れのなかには、ヤン衆たちを追って北上してきた様ざまな旅芸人の姿もあった。 漁がはじまる前には、鯉場の親方とヤン衆たちの網子合わせと呼ぶ顔合わせの宴が夜な夜な張られた。漁が終れば網子わかれだった。絃歌のさざめきに江差の春はいつそうなまめいた。	(1) 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、
(2)	(2)

「<u>出船三千、入船三千、江差の五月は江戸にもない</u>」の有名な言葉が今に残っている。 鯨がこの町にもたらした莫大な富については、数々の記録が物語っている。 たとえば、明治初期の江差の小学校の運営資金は、鯨漁場に建ち並ぶ遊郭の収益でまかなわれたほどであった。 だが、そのにぎわいも明治の中ごろを境に次第にしぼんだ。不漁になったのである。	「江戸にもない」という賑いをみせた豊かな海の町でした。
(3) <u>鯨の去った江差に、昔日の面影はない。</u>とうにさかりをすぎた町がどこでもそうであるように、この町もふだんはすべてを焼き尽くした冬の太陽に似た、無気力な顔をしている。 五月の栄華はあとかたもないのだ。桜がほころび、海上はらかな水平線にうす紫の霞がかかる美しい風景は相変わらずだが、人の叫ぶ声も船のラッシュもなく、ただ鷗と大柄なカラスが騒ぐばかり。通りがかりの旅人も、ここが追分の本場だと知らなければ、けだるく陰鬱な北国のただの漁港、とふり返ることがないかもしれない。 強いて栄華の歴史を風景の奥深くたどるとするならば、人々はかつて鯨場だった浜の片隅に、なかば土に埋もれて腐蝕した巨大な鉄鍋を見つけることができるだろう。魚かすや油をとるために鯨を煮た鍋の残骸である。	(3) 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。
(4) <u>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。</u> <u>町は生氣をとりもどし、かつての栄華が甦ったような一陣の熱風が吹き抜けてい</u>	(4) 九月、その江差が、年に一度、かつ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。

く。	

地裁（設樂隆一裁判長）

著作物性肯定、類似性（創作的表現の共通性）肯定

高裁

類似性（創作的表現の共通性）肯定

5 最高裁

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

第6項 最判〔江差追分〕後の裁判例の傾向

- 10 前節で述べた通り、著作物の保護範囲を画する類似性に関して、複製と翻案を区別せずに同一の基準を適用すべきであるが、最判〔江差追分〕以降、抽象論のレベルで各々の最判の文言に従って、「複製」については、最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕の「内容及び形式の覚知」を引用して、「翻案」については、最判〔江差追分〕の「本質的な特徴の同一性」（創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価値の共通性）を引用する、という使い分けがなされることが多かった⁹⁸と分析されている⁹⁹。同一事案において
- 15 抽象論のレベルで複製と翻案を分けて、この二つ最判の文言をそれぞれ引用した判決として、前掲東京高判平成14年2月18日〔雪月花・控訴審〕（篠原勝美裁判長）、前掲大阪地

⁹⁸ 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10月）42-43頁、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）59頁。

最判〔江差追分〕以降の裁判例の文言の分布、最判〔江差追分〕の文言を言及した裁判例の整理について、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）285頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）168、178-179頁の注8、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）52-54、58-59頁、田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）106-107頁参照。

最判〔江差追分〕が出される前、類似性の成否を論じる際にも、複製と翻案の定義の区別を取り立てて、複製権侵害の判断基準については、最判〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー〕に由来する「内容及び形式の覚知」基準を引用し、一方で、翻案権侵害の判断基準については、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕に由来する「本質的な特徴の直接感得性」基準を引用する裁判例として、東京地判平成10年10月29日知財集30巻4号812頁〔SMAP大研究・一審〕（三村量一裁判長）、東京高判平成11年5月26日判例工業所有権法〔同控訴審〕（田中康久裁判長）（一審判決引用）、東京高判平成13年5月30日判タ1106号210頁〔キューピーⅠ（キューピー株式会社）・控訴審〕（篠原勝美裁判長）、東京高判平成13年5月30日判タ1106号210頁〔キューピーⅡ（日本興業銀行）・控訴審〕（篠原勝美裁判長）などがある。

⁹⁹ 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）58-59頁は、最判〔江差追分〕が「本質的な特徴を直接感得」というものを、「翻案」の定義として示したようにも見たために、同判決以降は、「本質的な特徴の直接感得性」という基準を翻案権について用いる裁判例が多数見られる反面、複製権について用いることがかえって少なくなってしまうようにも見えると指摘する。

判平成22年2月25日〔猫のぬいぐるみ〕（田中俊次裁判長）、知財高判平成22年7月14日判時2100号134頁〔箱根富士屋ホテル物語・控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）、東京地判平成22年12月10日裁判所HP〔データ復旧サービス・一審〕（岡本岳裁判長）、知財高判平成23年5月26日判タ1386号322頁〔同控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）などもある。

5

しかし、複製と翻案を区別して異なる類似性基準が当てはまるかのように論じる点に関して、前述のように、「内容及び形式の覚知」を判断基準とし、複製権侵害における類似性を肯定した裁判例の中には、実際にそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の事例は大半占めている。こうした事例を除けば、多くの裁判例は「内容及び形式を覚知させるに足りるか否か」というフレーズを言いながら、実際のところ、具体的な事案への当てはめにおいて著作物の保護範囲を画する類似性要件としての役割を実質的に機能しているのは、創作的表現の共通性又はユーザーによる表現価値の共通性のである（前掲東京高判平成14年2月18日〔雪月花・控訴審〕（篠原勝美裁判長）参照）。また、最判〔江差追分〕は著作権侵害を肯定するための四つの積極的な要件、すなわち①著作物性、②依拠性、③類似性（本質的な特徴の同一性（創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価値の共通性）、④「翻案」という法定利用行為を特徴づけること（「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」）旨、を判示したものである。したがって、そのうち、判旨1及び判旨2が明らかにした類似性の判断基準は翻案権以外の複製権などを含めたすべての支分権の場合の、著作物の保護範囲を画するものであると捉えるべきである。

実際のところ、ソフトウェアのインターフェイスの著作権侵害の成否が争われた東京地判平成14年9月5日判タ1121号229頁〔サイボウズ（インターフェイス）〕（三村量一裁判長）は著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することであるから」と述べた後、「ある物が既存の著作物の複製に当たるといえるためには、これに接する者が既存の著作物の創作的表現を直接感得することができる程度に再現されていることを要する。したがって、既存の美術の著作物に依拠して作成された物があるとしても、その物が、思想、アイデアなど表現それ自体でない部分又は表現上の創作性のない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、複製に当たらない」とし、また、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本質的な特徴を直接感得することができる別の著作物を創作する行為をいう。したがって、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、アイデアなど表現それ自体でない部分又は表現上の創作性のない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案に当たらない」とし、複製権侵害の場合も、翻案権侵害の場合も、同一の類似性基準を適用することを示唆

している¹⁰⁰。また、本件と同様にソフトにおける表示画面の類否が問題となった事案において、東京地判平成14年11月14日裁判所HP〔ファイアーエムブレム（表示画面）・一審〕（三村量一裁判長）¹⁰¹、東京高判平成16年11月24日裁判所HP〔同控訴審〕（塚原朋一裁判長）¹⁰²も前記とほぼ同旨を示している。さらに、2008年以降、裁判例において抽象論の

¹⁰⁰ そして、判決は原告ソフトに依拠して作成された他社ソフトの表示画面がその複製ないし翻案に当たるかどうかを判断するに当たっては、原告ソフトの各表示画面における画面全体としての創作的特徴が他社ソフトの対応する表示画面においても共通して存在し、他社ソフトの表示画面から原告ソフトの表示画面の創作的な特徴が直接感得できるかどうかを判断すべきものである。この場合、原告ソフトの表示画面の特徴的構成の一部分が他社ソフトの表示画面においても共通して見られる場合であっても、①共通する当該一部分のみでは画面全体としての創作的特徴を基礎付けるには足りないときや、あるいは、②他社ソフトの表示画面に原告ソフトにない構成部分が新たに付加されていることにより、表示画面の全体的構成を異にすることとなり、「これを見る者が表示画面全体から受ける印象を異にすることとなったときは」、他社ソフトの表示画面から原告ソフトの表示画面全体としての創作的特徴を直接感得することができないから、他社ソフトの表示画面をもって原告ソフトの表示画面の複製ないし翻案ということはできない、とした。

具体的な事案への当てはめにおいては、まず、両者とも、グループウェアと呼ばれるビジネスソフトウェアの全体のトップページについて、判決は、原告ソフトの画面と被告ソフトの画面とを対比し、共通部分と相違部分を把握した上で、画面を三分割したという共通点それ自体が創作的な表現といえるものではなく、上段にロゴやログインボタンを、中段にアプリケーションアイコンを、下段にソフトウェア情報を配置することも、創作性が認められるような表現ではないから、これらの点が共通するからといって、表現の創作的特徴が共通しているとはできず、被告ソフトの表示画面をもって、原告ソフトの表示画面の複製ないし翻案ということはできないとした。

また、両者とも、「スケジュール」におけるグループ週間表示について、判決は、原告ソフトの画面と被告ソフトの画面とを対比し、共通部分と相違部分を把握した上で、被告ソフトの表示画面には、原告ソフトと共通する部分も少なくないが、それらは、スケジュール管理ソフトウェアとしての機能に由来するものであって、いずれもアイデアないし機能の同一にすぎず、その具体的な表現を対比したとき、表現上の創作的特徴を共通するということとはできないとし、また、被告ソフトにおいては、原告ソフトにないリンク機能を有することに伴い、画面の上下に配された薄赤色ボードの中に「個人・一日」「個人・週間」「個人・月間」「グループ・一日」等のボタンが配置されており、各欄の色付けの仕方も原告ソフトのそれとは異なっている相違点が存在する結果、表示画面全体を見る者が受ける印象は、相当異なっているから、被告ソフトの表示画面をもって、原告ソフトの表示画面の複製ないし翻案ということはできないとした。

¹⁰¹ 判決は被告ゲームの表示画面が原告ゲームの表示画面の複製ないし翻案に当たるかどうかを判断するに当たっては、原告ゲームの表示画面における創作的特徴が被告ゲームの表示画面においても共通して存在し、被告ゲームの表示画面から原告ゲームの表示画面の創作的な特徴が直接感得できるかどうかを判断すべきものである。そして、この場合、原告ゲームの表示画面の特徴的構成の一部分が被告ゲームの表示画面においても共通して見られる場合であっても、①共通する当該一部分のみで表示画面における創作的特徴を基礎付けるには足りないときや、あるいは、②被告ゲームの表示画面に原告ゲームの表示画面にない構成部分が新たに付加されていることにより、表示画面の構成を異にすることとなり、これを「見る者が表示画面から受ける印象を異にすることとなったときは」、被告ゲームの表示画面から原告ゲームの表示画面の創作的特徴を直接感得することができないから、被告ゲームの表示画面をもって原告ゲームの表示画面の複製ないし翻案ということはできないとした。

¹⁰² 判決は翻案とは、「既存の著作物に依拠しながら、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場合

レヴェルでさえ、複製について最判「ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー」が示した「内容及び形式の覚知」というフレーズから離れて、加えられた変更に新たな創作的表現がない「複製」も、新たな創作的表現がある「翻案」も、両者ともに、本質的な特徴の同一性（創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価値の共通性）という最判「江差追分」

- 5 の類似性基準をとるものが増えはじめており、最近では趨勢を占めつつある（例えば、東京地判平成20年7月4日裁判所HP「博士絵柄」（阿部正幸裁判長）¹⁰³、大阪地判平成21年3月26日判タ1313号231頁「マンション読本」（田中俊次裁判長）¹⁰⁴、東京地判平成23年5

において、その新たな著作物を創作する行為をいうものであるが、新たな著作物が、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ときは、翻案には当たらない」（最判「江差追分」参照）とし、「新たな表現が付加されることにより、二次的な著作物が原著作物との同一性を失い、これに接する者が著作物全体から受ける印象を異にする」と認められるときは、二次的な著作物から原著作物の創作の特徴を直接感得することはできないから、その二次的著作物はもはや原著作物の複製ないし翻案ということとはできない」と判示した。

¹⁰³ 両者とも、幼児向け教育用ビデオ映像のなかで博士をイメージした人物のキャラクターが登場し、商品パッケージや本体ラベルにも描かれている博士絵柄について、判決は原告博士絵柄と被告博士絵柄とを対比して、原告博士絵柄と被告博士絵柄との共通点として挙げられている、①角帽やガウンをまとい髭などを生やしたふっくらとした年配の男性とするという点は「アイデアにすぎず」、②その余の具体的表現（ほぼ2頭身で、頭部を含む上半身が強調されて、下半身がガウンの裾から見える大きな靴で描かれていること、顔のつくりが下ぶくれの台形状であって、両頬が丸く、中央部に鼻が位置し、そこからカイゼル髭が伸びていること、目が鼻と横幅がほぼ同じで縦方向に長い楕円であって、その両目の真上に眉があり、首と耳は描かれず、左右の側頭部にふくらんだ髪が生えていること）は、「ありふれたもので表現上の創作性があるということとはできず」、「両者は表現でないアイデアあるいは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」、また、原告博士絵柄と被告博士絵柄とは、①全体の質感と輝き、②顔や全身の縦横の比率、③耳の有無、④鼻の形、⑤瞳の色、⑥眉の形と色、⑦髭の色、⑧角帽の被り方、⑨蝶ネクタイの有無、⑩ガウンのデザインなどにおいて相違している点に照らすと、被告博士絵柄に「接する者が原告博士絵柄を表現する固有の本質的特徴を看取することはできないもの」として、被告博士絵柄が原告博士絵柄の複製権や翻案権を侵害していると認めることはできないとした。

¹⁰⁴ 「独り暮らしをつくる100」と題する書籍の多くの頁中には描かれている女性の各種イラストの著作権者である原告は、被告各イラストが原告各イラストを複製又は翻案したと主張している事案において、被告各イラストが原告各イラストに依拠して作成されたことを前提として、それが「原告各イラストを複製したものか又は翻案したものかを区別することに実益はなく」、少なくとも、原告各イラストのうち「本質的な表現上の特徴と認められる部分を被告各イラストが直接感得することができる程度に具備しているか否かを検討することをもって足りる」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、被告イラスト1は原告イラスト75と対比して、着用している服装の点で類似しており、また、顔面を中心とする頭部の特徴においても、髪の毛を灰色地に引いた略直線で表現し、これを頭頂部付近で二重の略楕円形状に束ねていること、顔の左右に略円形状のピンクのぼかしたほお紅を入れていること等において、原告イラスト1と共通するところがあり、これらの各要素が共通することによって一見すると似たような印象を受ける。しかし、服装、姿勢ないしポーズ等が、原告イラスト1を含む原告各イラストの特徴をなすものではなく、原告各イラストを特徴づける本質的な表現上の特徴は、顔面を含む頭部に顕れた特徴であるとした。そして、①原告イラスト1が眉、口を「一」と直線で表現するとともに、目のひとみ部分を黒く塗りつぶしていないのに対し、被告イラスト1においては、眉及び口をそれぞれ「へ」「」で表現するとともに、目のひとみ部分を黒く塗りつぶしている点、②髪の毛の描

月20日判タ1379号210頁[「吹きゴマ」(折り紙の折り図)](大鷹一郎裁判長)¹⁰⁵、知財高判平成23年12月26日判タ1382号329頁(同控訴審)(飯村敏明裁判長)¹⁰⁶、東京地判平成25年3月14日裁判所HP[風にそよぐ墓標(日航機墜落事故)](高野輝久裁判長)¹⁰⁷、

き方が、原告イラスト75においては、薄い茶色地に頭頂部から下方に向けて放射状に伸びた2本の直線で表現しているのに対し、被告イラスト1においては、比較的濃い灰色地に数本の斜線をほどこすことで表現している点、③顔の輪郭が、原告各イラストでは菱形のやや鋭角的であるのに対し、被告各イラストでは下ぶくれの卵型である点、④表情の点において相違するのであって、このような相違によって、原告イラスト75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であることを強く印象づけるものとなっているのに対し、被告イラスト1は、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になっているから、被告イラスト1は原告イラスト75の本質的な表現上の特徴を直接感得することができず、原告イラスト75を複製又は翻案したものとはいえないとした。

¹⁰⁵ 著作物の再製は、「当該著作物に依拠して、その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるもの」を作成することを意味するものと解され、また、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もの」(最判[江差追分]参照)と判示した。

これに沿って、具体的な事案への当てはめにおいては、被告折り図と原告折り図を対比して、被告折り図と原告折り図は、①32の折り工程からなる折り方について、10個の説明図及び完成形を示した説明図によって説明している点、②各説明図でまとめて選択した折り工程の内容、③各説明図は、紙の上下左右の向きを一定方向に固定し、折り筋を付ける箇所を点線で、付けられた折り筋を実線で、折り筋を付ける手順を矢印で示している点等において共通しているが、他方で、①原告折り図は、折り筋を付ける手順を示す矢印、折り筋を付ける箇所及び向きを示す点線、付けられた折り筋を示す実線、折った際に紙が重なる部分を予測させるための仮想線を示す点線によって折り方を示すことを基本とし、これらの折り工程のうち矢印、点線等のみでは読み手が分かりにくいと考えた箇所について説明文及び写真を用いて折り方を補充して説明する表現方法を採用しているのに対し、被告折り図は、折り工程の順番を丸付き数字で示した上で、折り工程の大部分について説明文を付したものであって、説明文の位置付けは補充的な説明にとどまるものではなく、読み手がこれらの説明文と説明図に示された点線、実線及び矢印等から折り方を理解することができるような表現方法を採用している点で相違している。このような相違点に加えて、②原告折り図では、写真を用いた説明箇所があるのに対し、被告折り図では、写真を用いていない点、③原告折り図では、紙の表と裏を色分けしているのに対し、被告折り図では、色分けをしていない点、④原告折り図における「く工ふ夫うのヒント」の記載内容と被告折り図における「完成!」の記載内容が全く異なる点、⑤被告折り図の7番目の説明図における折り筋を示した点線の位置が、原告折り図の手順7の説明図に示された正しい位置と異なるため、被告折り図に従って折り進めても、完成形に至ることはできない点において相違する。被告折り図と原告折り図は、前記の相違点が存在することから、「折り図としての見やすさの印象が大きく異なり、分かりやすさの程度においても差異があるものであって」、前記の共通点を勘案してもなお、被告折り図から、折り方を見やすく、分かりやすく表現した原告折り図の「本質的な特徴を直接感得することができる」ものとはいえず、被告折り図は、原告折り図の複製物でも翻案物でもないとした。

¹⁰⁶ 一審判決理由を引用した上、被告折り図と原告折り図とは、具体的表現態様について相違点が存在し、「折り図としての見やすさの印象が大きく異なり」、分かりやすさの程度においても差異があることから、被告折り図から原告折り図の「表現上の本質的な特徴が直接感得できる」とはいえず、被告が被告折り図を作成する行為は、原告折り図について有する原告の複製権ないし翻案権を侵害しないと判示した。

¹⁰⁷ 最判[江差追分]に照らすと、言語の著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠し、これと同

知財高判平成25年9月30日判時2223号98頁〔同控訴審〕（設樂隆一裁判長）¹⁰⁸、東京地判平成25年11月29日裁判所HP〔プロ野球ドリームナイン・一審〕（東海林保裁判長）¹⁰⁹、

一のものを作成し、又は、具体的表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、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ものを作成する行為をいう」、また、言語の著作物の翻案とは、「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」、そして、被告書籍の第3章各記述が原告書籍各記述を複製又は翻案したというためには、原告各記述のうち被告各記述と同一性を有する部分が思想又は感情を「創作的に表現したもの」であり、かつ、「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ものであることが必要である」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、別紙対比表の裁判所の判断欄に○と記載された被告各記述と原告各記述とは、原告が抱いた感情を「創作的に表現したもの」であり、被告各記述を「一読しただけで、その特徴を直接感得することができるもの」として、被告各記述は原告各記述を複製又は翻案したものとした。

¹⁰⁸ 言語の著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠し、これと同一のものを作成し、又は、具体的表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、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ものを作成する行為をいう」、また、言語の著作物の翻案とは、「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」、そして、既存の著作物に依拠して作成又は創作された著作物が、「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、複製にも翻案にも当たらない」としたうえ、被控訴人各記述と控訴人各記述との表現上の共通性を認定した上で、被控訴人各記述に「接する者が被控訴人各記述の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものであるか」、及び、被控訴人各記述のうち控訴人各記述と「同一性を有する部分が思想又は感情を創作的に表現したものであるか否か」を判断すると判示した。

¹⁰⁹ プロ野球の選手カードを携帯電話で提供されるゲームの画面の著作権侵害の類似性が問題となった事案において、判決は著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠し、これと同一のものを作成し、又は、具体的表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、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ものを作成する行為をいう」、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い」、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、「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」（最判〔江差追分〕参照）、このように、「複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との共通性を有する部分が、著作権法による保護の対象となる思想又は感情を創作的に表現したものであることが必要である」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告ゲームと被告ゲームは、中島裕之、ダルビッシュ有、坂本勇人、今江敏晃選手のカードにおいて、いずれのカードの、①選手画像（判決の認定事実によると、両ゲームの選手カードに使用された選手画像自体は、日本野球機構からそれぞれが

知財高判平成27年6月24日裁判所HP〔同控訴審〕（設楽隆一裁判長）¹¹⁰、東京地判平成26

提供を受けた複数の写真の中から選択したものである）を拡大した二重表示部分の存在、②選手の背景に炎及び放射線状の閃光の描き方、③ポーズや構図につき、いずれも同選手が左足を前に出し、バットを振り抜いた姿が同選手の右側から写されていること、といった個々の共通点があるとはいえ、①と②の点については、従前のカードにおいて採用されていた表現であるからありふれた表現であり、③については、ポーズや構図の選択肢はごく限られているのであるから、ある選手の特定のポーズや構図の写真をそのまま表現することに創作性を認めるのは相当ではないから、「その共通する部分は、ありふれた表現にすぎないか又は創作性のない表現であり」として、翻案に当たらないとの判断を下している。

さらに、判決は「仮に上記の共通点について創作性が認められるとしても」、原告ゲームと被告ゲームとは、選手カードの具体的な表現において相違するものであるから、被告ゲームの「選手カード」に「接する者が、その全体から受ける印象を異にし、原告ゲームの表現上の本質的な特徴を直接感得できない」ことを理由に、被告ゲームの選手カードは、原告ゲームの複製又は翻案に当たらないとした。

¹¹⁰ 著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠し、これと同一のものを作成し、又は、具体的表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、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ものを作成する行為をいう」、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ができる別の著作物を創作する行為をいい」、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、「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」（最判〔江差追分〕参照）、このように、「複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との共通性を有する部分が、著作権法による保護の対象となる思想又は感情を創作的に表現したものであることが必要である」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、判決は両ゲームの中島、ダルビッシュ選手のカードについて、①本体写真のポーズ及び配置、②多色刷りで本体写真を拡大した二重表示部分の存在、③部位や位置関係、④背景の炎及び放射線状の閃光の描き方という「具体的な表現が同一であり」、これによって「中島選手の力強いスイングによる躍動感や迫力が伝わってくるもの」、「ダルビッシュ選手の力強い投球動作による躍動感や迫力が伝わってくるもの」であって、両ゲームの中島、ダルビッシュ選手のカードは、「表現上の本質的特徴を同一にしているものと認められ、また、その表現上の本質的特徴を同一にしている部分において思想又は感情の創作的表現があるものと認められる」、「それらを総合した組合せがありふれた表現としてその創作性が否定されるものとはいえない」一方、金色を基調とした被控訴人ゲームの選手カードと大きく相違する印象を与えるものとはいえず、また、楕円形状の有無も閃光の明るさの程度の違いを認識させるものにすぎないから、「これらの相違点が上記共通点から受ける印象を凌駕するものとはいえない」とし、被控訴人ゲームの中島、ダルビッシュ選手のカードは、別の写真を使用し、全体として金色を基調とした色味に変更することで、新たな表現を加えたものといえるから、控訴人ゲームの同選手のカードを翻案したものとした。

それに対して、両ゲームの坂本選手のカードについて、判決は本体写真のポーズ及び背景のファイアーモチーフの存在が共通であるが、控訴人ゲームの坂本選手のカードにおいては、選手の二重表示がないため、躍動感や迫力に乏しく、放射線状の閃光もないこととあいまって、「全体的に落ち着いた印象を与える」に対し、被控訴人ゲームの同選手のカードにおいては、二重表示及び背景の閃光により、「選手写真全体に動きと力強さが与えられており」、両者はその表現上の本質的特徴を異にするとして、被控訴人ゲームの坂本選手のカードは、控訴人ゲームの同選手のカードを複製又は翻案したものとはいえないとした。

また、両ゲームの今江選手のカードについて、判決はいずれも①打席でスイング前の状態を右横から撮ったポーズである点、②多色刷りで大きい二重表示部分の存在や位置関係、③背景の炎

年3月14日裁判所HP〔旅 nesPro（リレーショナル・データベース）・一審〕（東海林保裁判

及び放射線状の閃光の描き方という点で具体的な表現が同一であるものの、控訴人ゲームの同選手のカードでは、同選手がバットを立てて構えており、相手の投手と対峙している一瞬の静的状態をとらえたものであるのに対し、被控訴人ゲームの同選手のカードでは、同選手が既にバットを後ろに引き、相手の投手の投げるボールに合わせてスイングを開始する直前の動的瞬間をとらえたものであるため、両者は、その表現上の本質的特徴を異にするとして、被控訴人ゲームの今江選手のカードは、控訴人ゲームの同選手カードを複製又は翻案したものとはいえないとした。

長)¹¹¹、知財高判平成28年1月19日裁判所HP〔同控訴審〕(大鷹一郎裁判長)¹¹²、東京地

¹¹¹ 著作物の複製は、「既存の著作物に依拠し、これと同一のものを作成し、又は、具体的な表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、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ものを作成する行為をいう」、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」(最判〔江差追分〕参照)、そして、既存の著作物に依拠して作成又は創作された著作物が、「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、複製にも翻案にも当たらない」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、旅行者向けにシステムに含まれる検索および行程作成業務用リレーショナル・データベース(CDDB)の侵害の成否が問題となった事件で、被告CDDBは4種類あり、時期的に後になるほど次第に原告CDDBから離れている。判決は旧版3つ(「当初版」「2006年版」「現行版」)までは侵害としたが、最新版(「新版」)については非侵害と判断した。

被告CDDB(現行版)は原告CDDBに依拠して制作された複製物に当たるとした理由について、情報の選択において、①貸切観光バスでの移動に適した道路として都道府県道の約10%、市区町村道の約0.004%程度を選択した結果である80の北海道が一致し、福岡県47道中41道が一致、②行程表を作成する際に参酌すべき交差点、インターチェンジ、サービスエリア、パーキングエリア、観光施設、宿泊施設、駅、役所等の代表道路地点道の選択も一致することから、被告CDDB(現行版)と共通する上記原告CDDBの部分については、「データベースの情報の選択としての創作性を有するもの」とし、被告CDDB(現行版)が原告CDDBと共通性を有する部分は、「原告CDDBの創作的表現」の本質的な特徴を直接感得することのできるものと判示した。

それに対して、被告CDDB(新版)は原告CDDBの複製物ないし翻案物に該当しない理由について、情報の選択において、①被告CDDB(新版)の全テーブル数が29個であるところ、一致するテーブルはそのうちの20個、②全フィールド数が326個であるところ、一致するフィールドは133個、③被告CDDB(新版)においては、相当の数の新たなテーブルが設置され、既存のテーブルについても、詳細化するフィールドの追加が相当数されている(例えば、具体的な道路地点についての緯度経度情報の完全一致率は10%に満たない、また、選択道路についても、被告CDDB(新版)の全データと比較して、原告CDDBと一致する選択道路の割合は半分以下)、④被告CDDB(新版)の全レコード数は270万件にも及び、原告CDDBとは、その情報量に相当の隔たりがあることを総合勘案すると、被告CDDB(新版)情報の選択においては、原告CDDBと「共通性を有する部分については創作性を有するものとは認め難い」、「原告CDDBの『創作的表現』上の特徴を直接感得することができない」とし、被告CDDB(新版)は、その情報の選択において、原告CDDBの複製ないし翻案には該当しないとした。

さらに、「原告の主張に対する判断」について、「原告のデータベースと被告のデータベースとの間に情報の選択において共通点があり、その共通点において、「原告データベースの表現としての創作性のある部分」が一部含まれているとしても、被告CDDB(新版)は原告CDDBと比較して、「その保有する情報量に大きな差があるため」、情報の選択及において「相当な相違が存在し、共通する部分を有する原告データベースとは別個のデータベースとなったものというべきであるから」、原告CDDBからコピーしたレコード自体が残存しているとしても、両者が情報の選択において類似していると評価することは相当でない、と付言した。

¹¹² 著作物の複製とは、当該著作物に依拠して、「その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを有形的に再製する行為をいう」、また、著作物の翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、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(最判〔江差追分〕参照)、そして、被告CDDBが原告CDDBを複製ないし翻案したものといえるかどうかについては、まず、被告CDDBにおいて、原告

判平成 27 年 2 月 25 日裁判所 HP [THE ナンバー2 (田沼意次)] (東海林保裁判長)¹¹³、知財
高判平成 28 年 4 月 27 日裁判所 HP [接触角計算プログラム・控訴審] (高部眞規子裁判長)¹¹⁴

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

具体的な事案への当てはめにおいては、被告 CDDB (現行版) は原告 CDDB に依拠して制作された複製物に当たるとした原判決を引用する一方、被告 CDDB (新版) についても、原告 CDDB の共通部分の複製物ないし翻案物であるとして、侵害を肯定し、侵害を否定した原判決を取り消した。その理由は、情報の選択について、①被告 CDDB (新版) の「35 地点マスタ」には、2 万 3213 件のレコードが存在するところ、そのうち 1 万 1872 件については、原告 CDDB の「09 地点名テーブル」のレコードと道路地点において一致する、②少なくとも、原告 CDDB と被告 CDDB (新版) との共通部分である代表道路地点等の選別・選択については、データベースの情報の選択としての創作性を有するものである、③被告 CDDB (新版) の「35 地点マスタ」に存在するレコードのうち半分を超えるレコードが、原告 CDDB の「09 地点名テーブル」に存在するレコードと道路地点において一致するのであるから、被告 CDDB (新版) と共通する上記原告 CDDB の部分については、「データベースの情報の選択としての創作性を有するもの」とし、そして、被告 CDDB (新版) のに存在するレコードのうち半分を超えるレコードが、原告 CDDB に存在するレコードと道路地点において一致するのであるから、これら被告 CDDB (新版) が原告 CDDB と共通性を有する部分は、原告 CDDB の共通部分の情報の選択における本質的な特徴を直接感得することができる、とした。

さらに、「1 審被告らの主張について」、被告 CDDB (新版) の上記テーブルに占める原告 CDDB との共通部分の割合の高さに照らすと、その共通部分に係る情報の選択について、『原告 CDDB の創作的表現』の本質的な特徴を依然として直接感得することができる」とし、そして、共通部分に係る代表道路地点の情報について、「データベースとしてのまとまりを肯定することができる以上、これが被告 CDDB (新版) の全体に占める割合の大小は、原告 CDDB の情報の選択における本質的な特徴の同一性が維持されているか否かを直接左右するものではない」、と付言した。

¹¹³ 著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠し、これと同一のものを作成し、又は、具体的表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを作成することをいう」、また、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」、そして、既存の著作物に依拠して創作された著作物が「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」(最判 [江差追分] 参照) と判示した。

¹¹⁴ 著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠し、その創作的な表現部分の同一性を維持し、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ものを作成する行為をいう」、また、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」(最判 [江差追分] 参照)、そして、「既存の著作物に依拠して創作された著作物が、創作的な表現部分において同一性を有し、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場合には、複製又は翻案に該当する」、他方、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、「表現それ自体で

など)。

〔サイボウズ(インターフェイス)〕事件(裁判所HPより抜粋)

①ソフトの全体のトップページ

- 5 左 原告ソフトの全体のトップページ
右 と被告ソフトの全体のトップページ



地裁(三村量一裁判長)類似性(創作的表現の共通性)否定

10 ②「スケジュール」におけるグループ週間表示

- 左 原告ソフトの「スケジュール」のグループ週間表示画面
右 被告ソフトの「スケジュール」のグループ週間表示画面



地裁(三村量一裁判長)

15 類似性否定(創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定)

最判〔江差追分〕の類似性基準を、「複製」「翻案」を区別せずに用いるもののほか、複製権について用いるもの(東京地判平成22年5月19日裁判所HP〔美術鑑定証書・一審〕(清水節裁判長)¹¹⁵、東京地判平成23年2月9日裁判所HP〔都議会議員写真ビラ〕(岡本岳裁

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、複製にも翻案にも当たらない」と判示した。

¹¹⁵ 美術鑑定証書に鑑定対象の絵画を約4分の1の大きさに縮小したカラーコピー(縦16.2cm×横11.9cm、面積192.78cm²)を添付する事案において、判決は美術の著作物である絵画について、「複製」がされたか否かの判断は、「一般人の通常の注意力を基準とした上で」、絵画の「創作的な表現部分が再現されているか」、「当該絵画の美的要素の基礎となる特徴的部分を感得できるか否かにより判断するのが相当である」と判示した上、被告鑑定証書に貼付された本件絵画の縮小カラーコピーは、「通常の注意力を有する者がこれを観た場合」、描かれた対象、構図、色彩、絵筆の筆致等により表現される本件絵画の特徴的部分を感得するのに十分というべきであるから、当該縮小カラーコピーを作製した被告の行為は、本件絵画の複製に該当するとした。

- 判長)¹¹⁶、知財高判平成23年10月31日裁判所HP〔同控訴審〕(中野哲弘裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成23年11月29日裁判所HP〔CTは魔法のナイフ・一審〕(大鷹一郎裁判長)¹¹⁷、知財高判平成24年4月25日判タ1393号316頁〔同控訴審〕(滝澤孝臣裁判長)¹¹⁸、東京地判平成26年5月30日裁判所HP〔美術鑑定証書Ⅱ〕(東海林保裁判長)¹¹⁹、東京地判平成26年10月30日裁判所HP〔「ふわふわ 四季のたより」(絵柄のシール)〕(長谷川浩二裁判長)¹²⁰などが、とりわけ2010年以降になって増えつつあるように見えるのである。

¹¹⁶ 被告がサイト上から写真の画像データをダウンロードし、これを各ビラ及び看板に掲載した事案において、判決は原告写真と被告各写真とを対比すると、縦横の比率が若干横伸びしたように変更されており、色調がカラーからモノクロに変更されており、被写体の両目部分に目隠し様の白いテープが貼付されているが、いずれも原告写真の「表現上の本質的な特徴の同一性が維持されており」、その「本質的な特徴を直接感得するのに十分な大きさ、状態で」、ほぼ全体的にその表現が再現されていると認められる他方、被告による上記変更には、創作性があるとは認められないから、被告各写真はいずれも本件写真の複製物であるとし、被告による上記各掲載は、本件写真の複製権を侵害するものとした。

¹¹⁷ マンモスの頭部をCT撮影したデータを基に作成した三次元CGカラー画像が白黒画像とされ、被告書籍の中に掲載された事案において、判決は複製とは、著作物を有形的に複製することをいい、著作物の複製は、「当該著作物に依拠して、その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを作成することを意味するもの」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、本件画像と被告画像とを対比すると、カラー画像が白黒画像とされている点を除き、本件画像が忠実に再現されていることから、本件画像と被告画像とは、本件画像が有する「創作性のある表現上の特徴的部分の多くにおいて同一性を有するもの」であって、被告画像から本件画像の「本質的な特徴を直接感得することができるもの」として、被告画像は本件画像を有形的に複製したものであって、本件画像を複製したものに該当するとした。

¹¹⁸ 控訴人画像においては、カラー画像が白黒画像とされている点を除き、本件画像が複製されていることから、本件画像と控訴人画像とは、本件画像が有する「創作性のある表現上の特徴的部分の色彩以外の部分」において同一性を有するものであって、控訴人画像から本件画像の「本質的な特徴を直接感得することができるもの」として、控訴人画像は、本件画像を複製したものとした。

¹¹⁹ 著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠し、これと同一のものを作成し、又は、具体的な表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、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ものを作成する行為をいう」と判示した上、鑑定証書に添付された本件コピーは、元の絵画の写真撮影を経て作成された縮小カラーコピーであり、その大きさは縦12.7cm、横17.8cmであって、「これに接する者がその表現上の本質的な特徴を直接感得することができるものであることは明らかである」から、このようなコピーを作成することは著作権法上の「複製」に該当するとした。

¹²⁰ 複製とは、「既存の著作物に依拠して、その内容及び形式を覚知させるに足りるもの」を作成することをいいながら、「複製には、表現が完全に一致する場合に限らず、具体的な表現に多少の修正、増減等が加えられていても、表現上の同一性が実質的に維持されている場合も含まれるが、誰が作成しても似たような表現にしかならない場合や、当該思想又は感情を表現する方法が限られている場合には、同一性の認められる範囲は狭くなる」とし、複製権侵害を認めるためには、「原告著作物の表現上の本質的な特徴部分が被告著作物において有形的に複製されていることを要する」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告著作物及び被告著作物は、いずれもひさご、金魚鉢、招き猫等を素材とし、印鑑、シール等の絵柄等に用いられるデザインである点で共通するものであるが、原告著作物②と被告著作物②(ひさご)について、被告著作物②は、全体的な構図

- 他方、最判〔江差追分〕以降でも、被疑侵害物から権利を主張する側の対象物の「本質的な特徴を直接感得することができる」かどうかを検討する裁判例の中には、従来どおり「本質的な特徴の直接感得」を「創作的表現が共通していること」であると理解する裁判例（例えば、東京地判平成14年7月26日裁判所 HP〔歯科技工論文〕（森義之裁判長）¹²¹、東京地判平成15年1月28日判時1828号121頁〔PIMスケジュール管理ソフト（インターフェイス）〕（森義之裁判長）¹²²、大阪地判平成15年2月8日裁判所 HP〔風呂保温ヒーター取扱説明書・一審〕（田中俊次裁判長）¹²³、東京地判平成16年6月25日裁判所 HP〔LEC 出る順シリーズ（イラスト）〕（三村量一裁判長）¹²⁴、前掲東京地判平成22年12月10日〔データ復

や素材の描き方も原告著作物②に酷似しており、原告著作物②を有形的に再製したものとした。

それに対し、被告著作物③と原告著作物③（金魚鉢）について、被告著作物③は、原告著作物③と全体の構図、金魚鉢及び水草の形状等において類似する点もあるが、金魚鉢を表現するに際し、金魚鉢の中に金魚と水草を配置すること、波打つような口が外側に開いた丸みのある形状の金魚鉢を真横から描くこと、金魚鉢の水面を1本の線で描くこと、水草を原告著作物③の形状のような形状で描くことは、いずれも「ありふれた表現と認められる」とし、他方、「絵柄の主役ともいべき金魚が一見して全く別のものであり、大きさや描き方も異なることから、全体から受ける印象も相当程度異なり」として、原告著作物③の複製に当たるとすることはできないとした。

また、原告著作物⑤と被告著作物⑤⑥（招き猫）について、被告著作物⑤⑥の招き猫は、首から下の構図は原告著作物に酷似しているが、招き猫を描くに際し、片方の前足を挙げている点、左肘、右肩及び左後足の3か所に斑点を付する点は、いずれも「ありふれた表現と認められる」とし、他方、被告の招き猫の頭部の描き方及び顔面の表情においては、原告著作物⑤とは大きく異なっており、耳は略三角形で小さく、頭頂部には斑点があり、また、目と口は笑っているかのように描かれており、ひげは左右に2本ずつあるように、被告著作物⑤⑥は、「これに接する者に最も大きな印象を与える頭部の描き方及び顔面の表情において原告著作物⑤と大きく異なるもの」であるから、その複製に当たるとすることはできないとした。

¹²¹ 複製又は翻案が認められるためには、原告論文の「表現上の創作性を有する部分」が被告論文と実質的に同一であるか、又は被告論文から原告論文の「表現上の創作性を有する部分の表現上の本質的な特徴を直接感得することができなければならない」と判示した上、被告論文の対照表の部分すべてにつき、被告論文は原告論文を複製又は翻案したものであるとは認められないとした。

¹²² 著作物の複製又は翻案が認められるためには、原告製品の「表現上の創作性を有する部分」が被告製品と実質的に同一であるか又は被告製品から原告製品の「表現上の創作性を有する部分の表現上の本質的な特徴を直接感得すること」ができなければならないと判示した上、スケジュール管理ソフトウェアの画面表示（インターフェイス）に関して、原告製品と被告製品の個々の表示画面を対比して、検討した結果、被告製品の各表示画面は原告製品の各表示画面を複製又は翻案したものであるとはいえないとした。

¹²³ 被告製品に関する取扱説明書のイラストが原告イラストを「複製」したものと認められるためには、被告イラストが原告イラストの「表現上の創作性を有する部分の表現上の本質的な特徴を直接感得させることができなければならない」と判示した上、被告イラストと原告イラストとが共通する部分は、原告製品と被告製品の説明として「ありふれた表現方法を使用して表現したもの」にすぎないし、また、「ありふれた表現以外の部分において相違点が認められる」、被告イラストが原告イラストの表現上の本質的な特徴を直接感得させるとかいうことはできないから、被告イラストが原告イラストを複製したものであるとはいえないとした。

¹²⁴ 被告 LEC の書籍の表紙に記載されたイラストが、原告イラストの著作権を侵害するかどうか争われた事案において、判決は原告イラスト1と被告イラスト1の共通点のうち、①立体の人形

旧サービス・一審] (岡本岳裁判長)¹²⁵、前掲知財高判平成23年5月26日[同控訴審] (滝澤孝臣裁判長)¹²⁶、東京地判平成25年3月25日裁判所HP [いのちを語る (光の人映画)] (大須賀滋裁判長)¹²⁷、知財高判平成25年9月10日裁判所HP [同控訴審] (塩月秀平裁判長)¹²⁸など)、あるいは「創作的表現の共通性」というフレーズに言及するのみで、本質的

を左斜め上にライティングを施して撮影する表現、②人形を頭や手足を球状にしてデフォルメする表現、③人形に物を持たせる表現等は、美術の著作物としてありふれた表現であるが、人形を肌色一色で表現した上、人形の体型をA型にして手足を大きくすることで全体的なバランスを保ち、手のひらの上に載せた物が見る人の目をひくように強調するため、左手の手のひらを肩の高さまで持ち上げた上、手のひらの上に載せられた物を人形の半身程度の大きさに表現するという表現は、「創作的表現というべきであり、原告イラスト1の特徴的な部分である」としたうえ、「被告イラスト1は、このような原告イラスト1の創作的な特徴部分を感得することができるもの」であるから、原告イラスト1に類似するものとし、被告イラスト1において、①人形の材質、②上半身の傾き方、③右腕の格好、④脚の開き方、⑤左手の上の家の数等の具体的表現において、独自の表現を加えている点を考慮してもなお、被告イラスト1は原告イラスト1の翻案物に該当すると判示した。

¹²⁵ 最判 [ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー] と最判 [江差追分] を引用した上、複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との同一性を有する部分が、著作権法による保護の対象となる思想又は感情を「創作的に表現したものであることが必要である」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告文章とこれに対応する被告文章との表現上の同一性を有する部分について、「創作的な表現」といえるか否かを判断した結果、原告文章と被告文章は、表現上の創作性がない部分及びアイデアにおいて同一性を有するにすぎないから、複製又は翻案に該当するということはできないとした。

¹²⁶ 最判 [ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー] と最判 [江差追分] を引用した上、複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との同一性を有する部分が著作権法による保護の対象となる思想又は感情を「創作的に表現したものであることが必要である」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、控訴人文章と被控訴人文章とは、表現それ自体でない部分又は表現上の創作性のない部分において共通性を有するにすぎないから、複製又は翻案に当たらないとした。

¹²⁷ 著作権侵害を主張するためには、「当該作品全体に表現上の創作性があるのみでは足りず、侵害を主張する部分に思想又は感情の創作的表現があり、当該部分が著作物性を有することが必要となる」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告は被告が別紙書籍目録記載の書籍中の被告執筆部分に、原告ノンフィクションを内容とするドキュメンタリー映画「A Man of Light」(「光の人」)中のインタビュー部分に係る原告の著作権を侵害すると主張する。判決はインタビュー部分のうち、博士とのインタビュー前のナレーション部分(58字)について、短く簡潔な表現であることから、「これが創作的に表現されているとみることは困難である」とし、原告ナレーション部分に著作物性は認められないとした。続けて博士の回答部分の日本語訳(251字)の字幕部分について、日本語としての分かりやすさ等を考慮して語順を入れ換えた部分など、訳語及び訳文の選択につき、原告の「創作的表現」である点が存在すると認められるが、原告日本語訳の字幕部分と被告記述部分を対比すると、両比較対象はその訳文としての具体的表現において、大きく異なるものであるから、上記「訳語及び訳文の選択における原告の表現上の工夫を、被告記述部分から感得することはできず」、両部分はその本質的特徴を異にするものであるとし、被告記述部分は、原告日本語訳の字幕部分の翻案権を侵害するものに当たらないとした。

¹²⁸ 翻案権ないし複製権侵害が成立するには、当該著作物の「表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、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できるものであることが必要である」(最判 [ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー]、最判 [江差追分])

な特徴の同一性ないしユーザーによる表現価値の共通性に触れることがない裁判例もある（例えば、東京地判平成24年11月30日裁判所HP〔不動産物件表示プログラム〕（大須賀滋裁判長）¹²⁹、知財高判平成25年7月2日裁判所HP〔同控訴審〕（塩月秀平裁判長）（一審判決引用）、大阪地判平成25年4月18日裁判所HP〔星座板〕（山田陽三裁判長）¹³⁰、東京地判平成26年4月30日裁判所HP〔遠山の金さんシリーズ〕（大須賀滋裁判長）¹³¹、知財高判平成27年4月14日裁判所HP〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕（清水節裁判長）¹³²、東京地判平成27年3月26日裁判所HP〔幻想ネーミング辞典〕（沖中康人裁判長）¹³³、知財

参照）と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、控訴人が本件インタビュー部分について本質的特徴と主張するのは、いずれもインタビューの内容面についてであり、「表現上の創作性についての本質的特徴というべきものではない」し、被告記述部分のうちの各部分とも本件インタビュー部分の本質的特徴を感得できるものではなく、被告記述部分を総体としてみた場合も、本件インタビュー部分を要約して紹介する記述表現となっており、本件インタビュー部分の本質的な特徴を直接感得できるものではないとして、本件インタビュー部分と被告記述部分とは、表現上の本質的特徴を異にするものであるといわざるを得ず、本件インタビュー部分の著作物性について検討するまでもなく、被告記述部分の作成について、本件インタビュー部分の翻案権ないし複製権を侵害するものということとはできないとした。

¹²⁹ 原告は被告がブラウザを用いて原告プログラムにアクセスし、被告のパソコンのモニタに表示された情報のスクリーンショットを撮り、当該スクリーンショットの画像ファイルを紙で印刷したことが、原告プログラムの複製に当たると主張する事案において、判決は複製とは、有形的に再製することをいうが、著作物を有形的に再製したというためには、既存の著作物の「創作性のある部分が複製物に再現されていることが必要である」とした上、紙に記載されているのは画像であって、その画像からは原告プログラムの指令の表現自体、その指令の表現の組合せ、その表現順序からなる創作性のある部分を読み取ることはできず、原告プログラムの創作性のある部分が画像に再現されているということとはできないから、複製に当たらないとした。

¹³⁰ 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、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、「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、複製にも翻案にも当たらない」（最判〔江差追分〕参照）と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告が原告星座板と被告星座板の一致点として主張する点は、いずれも表現上の選択の幅が狭く、ありふれた又は平凡な表現であって創作性がないから、被告星座板は、表現上の創作性を認めたい部分において原告星座板と同一性を有するにすぎないとして、被告の行為は複製に当たらないとした。

¹³¹ 著作権法は、創作的な表現を保護するものであるから、「アイデア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、「複製にも翻案にも当たらない」（最判〔江差追分事件〕参照）と判示した。

¹³² 両者とも、幼児用椅子について、判決は、原告製品は原告主張に係る原告製品の形態的特徴につき、①「左右一対の部材A」の2本脚であり、かつ、②「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」ている点に著作物性が認められるところ、被告製品は、いずれも4本脚であるから、上記①の点に関して、原告製品と相違することは明らかである。他方、被告製品は、4本ある脚部のうち前方の2本、すなわち、上記②の点に関しては、原告製品と共通している。しかしながら、脚部の本数に係る前記相違は、椅子の基本的構造に関わる大きな相違といえ、その余の点に係る共通点を凌駕するものとして、被告製品は、原告製品の著作物性が認められる部分と類似しているとはいえないとした。

¹³³ 両者とも、幻想世界に強い興味を抱く読者層が好みそうな単語を恣意的に採り上げて収録語

高判平成27年5月25日裁判所HP[建替マンション設計図・控訴審](設案隆一裁判長)¹³⁴、東京地判平成27年7月16日裁判所HP[建築士設計製図受験テキスト](長谷川浩二裁判長)(原告表現3~6、9について¹³⁵)など。

5 [LEC出る順シリーズ(イラスト)]事件(原告イラスト、被告イラストは裁判所HPより抜粋)

左から 原告イラスト、被告イラスト、天燈鬼像¹³⁶

数1,200語程度のコンパクトで廉価なネーミング辞典について、判決は原告見出し語と被告見出し語のほとんどが共通であって、被告書籍は原告が創意を凝らして選択した収録語をほぼ全て踏襲しているものであるから、カテゴリー別の分類においても共通点が多いことも併せれば、「両者の共通部分が創作性のない部分に止まるとは到底いうことができない」として、被告は原告の編集著作物である原告書籍を参照し、原告から何らの許諾を得ることもなくその翻案に係る被告書籍を編集したのであるから、被告は原告の翻案権を侵害したものと判示した。

¹³⁴ 建物の設計図について、設計者による選択の幅が限定されている状況下において作成者の個性が発揮されているだけであるから、その創作性は、その具体的に表現された図面について極めて限定的な範囲で認められるにすぎず、その著作物性を肯定するとしても、そのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の場合に限って、これを保護し得るものであると判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、控訴人図面と被控訴人図面とを比較すると、控訴人図面と被控訴人図面とが、各階全体の構造や内部の各部屋の概略的な配置というマンションの建て替えの基本となる設計と条件において共通する点があるとしても、各部屋や通路等の具体的な形状及び組合せは異なる点が多くあり、もともと控訴人図面の各部屋や通路の具体的な形状及び組合せも、通常のマンションにおいてみられるありふれた形状や組合せであるから、控訴人図面及び被控訴人図面が実質的に同一であるとはできず、具体的に表現された図面としては異なるものであるとして、被控訴人図面が控訴人図面の複製権又は翻案権を侵害しているとは認められないとした。

¹³⁵ 被告各表現が原告各表現に依拠して作成されたものであるとしても、「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各表現と共通するにすぎない場合には、複製にも翻案にも当たらない」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、建築士本試験問題に関する原告表現3は、小梁について説明した文章の一部であり、これと被告表現3が共通するのはアイデアにとどまり、具体的な表現は相違しているので、被告表現3につき著作権侵害を認めることはできないとした。

原告表現4及び5は、キャンティレバー及び基礎について説明した図面であり、原告表現6は、地下室について説明した図面及び文章の一部であり、これらの図面は実際の建築設備、地下室の壁面の形状ないし構造を視覚的に容易に認識できる形で図示したものであるから、原告表現4~6が被告表現4~6と共通する部分について、表現上の創作性を認めることはできず、著作権侵害を認めることはできないとした。また、原告表現6と被告表現6の文章部分は、二重壁構造を採用し、防水コンクリートブロックと外壁の間に10cm程度の間隔を設けるとする点は共通するが、この点は地下室の構造に係る事実ないしアイデアにおいて共通性を有するにとどまり、具体的な文言は異なっていることから、著作権侵害を認めることはできないとした。

原告表現9は、環境負荷低減対策について説明した文章であり、被告表現9と対比すると、環境負荷低減のための方法を建築的手法と設備的手法に分けて説明した点及び項目の名称の一部は共通するものの、記載された具体的な文言は異なっており、両者は、表現それ自体ではなく、上記方法をどのように分類するかというアイデア及び記載された事実が共通するにとどまるから、被告表現9について著作権侵害を認めることはできないとした。

なお、原告表現20が原告により創作されたとも、被告表現20がこれに依拠して作成されたとも認めるに足りないとした。

¹³⁶ 興福寺 <http://www.kohfukuji.com/property/cultural/104.html> より、2017年11月22日確



地裁（三村量一裁判長）類似性（創作的表現の共通性）肯定

しかしながら、元の著作物のデッド・コピーに近い利用の前掲東京地判平成 27 年 3 月 26
 5 日〔幻想ネーミング辞典〕はともかく、類似性を肯定した前掲東京地判平成 16 年 6 月 25 日
 〔LEC 出る順シリーズ（イラスト）〕を除いて、これらの判決はいずれも類似性の否定例な
 ので、本質的な特徴の同一性（創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価値の共通
 性）という最判〔江差追分〕が示した類似性基準の観点からすれば、著作権侵害における類
 似性を否定するには、この二つの要件のうち、いずれか一方が満たされないことを示せば十
 10 分であるから、具体的な事案への当てはめにおいては創作的表現の共通性を否定した以上、
 後者のユーザーによる表現価値の共通性を検討するかしないかは類似性否定の結論を左右
 するものではない。そのため、これらの判決に創作的表現の共通性は類似性が肯定されるた
 めの必要条件であることが示されているが、それがあれば侵害を認めるに十分であること
 やユーザーによる表現価値の共通性は不要とするまでは読み取られない。それゆえ、最判
 15 〔江差追分〕以降、その影響を受けて、創作的表現の共通性、かつ、ユーザーによる表現価
 値の共通性という最判〔江差追分〕の類似性基準を用いる裁判例が主流となっているといえ
 よう。

第3節 創作的表現の共通性とその判断手法

20 たが、類似性に関する従来の裁判例を整理するに際して、以上のように各判決の抽象論に
 重きを置いて検討しても、得るところは少ないように思われる。「内容及び形式の覚知」な
 どは言うまでもなく、たとえそれを「本質的な特徴の同一性」ないし「創作的表現の共通性」
 に言い換えたとしても、類似性を肯定した判決も否定した判決も、こうした抽象的な基準を
 25 繰り返しているにとどまり、抽象的な文章だけでは、いったいどのような場合に類似性が
 成立するのか、よく分からないからである。また、冒頭で述べたように、類似性の判断は結
 論を先行させた直観的・恣意的な判断に陥る危険性があるため、結論に至る判断プロセスを
 可及的に明確化することが求められる。そうすると、個々の判決の具体的な事案に照らして、
 類似性の有無を判断するに当たり、何を検討対象とし、どのような要素を考慮するか、また、
 30 類似性が成立するとされた事例と、否定された事例の事案の差異に着目して、何をもって

認。

「本質的な特徴の同一性」あるいは「創作的表現の共通性」ないし「ユーザーによる表現価値の共通性」を見るのかという分析が必要となり、類似性の成否の分岐点を探ることを試みる作業が必要となる。

- 5 そこで、以下では、創作的表現の共通性及びユーザーによる表現価値の共通性に焦点をあてて、関連裁判例を整理し、それらの具体的な判断手法について検討を加えることにしたい。

第1項 問題提起—いわゆる「二段階テスト」と「濾過テスト」

- 10 創作的表現の共通性の有無を判断するに当たり、何を検討対象とし、どのような要素を考慮するのかという問題がある。そして、この問題は、訴訟を前提とする限り、著作権侵害が主張された範囲において権利を主張する側の対象物と被疑侵害物とを対比する場合において、どのような方法により、創作的表現の共通性の有無を判断するのが相当かという問題である。ところで、創作的表現の共通性を判断する手法については、二段階テストと濾過テストの対立が存在するという図式で語られることが多い。すなわち、最判〔江差追分〕は最初
- 15 に、権利を主張する側の対象物全体に着目して著作物性の有無を判断し、次にこの対象物が「創作的に表現した」著作物であることを肯定してから初めて、類似性を判断するに当たっては、元の著作物全体と被疑侵害物全体とを比較して元の著作物の創作的表現が被疑侵害物に再生しているか否か、ということを順次検討するという二段階の作業を行うテスト
- 20 （「二段階テスト」と呼ばれる）ではなく、創作的表現の共通性を判断するのに、当初から被疑侵害物全体をも睨んだうえで、それと権利者側の対象物全体とを比較して、利用されていない部分や付加された部分といった相違部分を検討対象から落して、共通している部分のみを取り出したうえで、この濾過（抽出）した共通部分について、創作的表現であるかどうかを吟味するという手法（「濾過テスト」と呼ばれる）を採用している点でも指摘されて
- 25 いる¹³⁷。そして、最判〔江差追分〕が出される前に前者のように著作物性の要件と類似性

¹³⁷ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）48頁、同〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）224-225頁、同〔判批〕（サイボウズ（インターフェイス））ジュリスト1266号（2004年4月）192頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）96-97頁、高部眞規子〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇平成13年度（下）』（2004年・法曹会）575頁、同「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）317頁、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）247頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（2012年9月・日本評論社）254頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号（2013年11月）146、152頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）422頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）103頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ—片山英二先生還暦記念論文集—』（2010年11月・青林書院）349頁、同『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）83-84頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）456頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟

の要件とを分けて判断する「二段階テスト」が裁判例の大勢を占めているが（黎明期（江差追分最判まで）¹³⁸）、その後、最判〔江差追分〕を契機として、裁判例の中では、「濾過テスト」を採用する裁判例が増えており（過渡期（最判〔江差追分〕後～2012年頃まで）、さらに、2012年以降、知財高判平成24年8月8日判タ1403号271頁〔釣りゲータウン2・控訴審〕（高部眞規子裁判長）が契機となって、創作的表現の共通性の判断手法に関する裁判例の流れは「濾過テスト」が主流となっている（全盛期（2012年頃から現在）、と分析され、創作的表現の共通性の判断手法としてはこうした「二段階テスト」主流時代から「濾過テスト」主流時代へ変遷したことについては評価されるようである¹³⁹。

- 10 また、二段階テストのデメリットとしては、権利を主張する側の対象物の全体について著作物性の有無を検討する必要はなく、被疑侵害物と共通している範囲において創作的表現であるか否かを検討すれば足りることに照らし、却って権利者側の対象物の中で利用されなかったところの著作物性を検討することは無駄でしかない¹⁴⁰、と指摘されている。それ
- 15 物性の問題をひとまず置いたうえで、類似性を検討したところで、主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物に共通する部分は創作的表現であるか否かを、著作物の保護範囲を画する類似性要件の枠内で一回のみ合わせて判断すれば足りる。そのほうが効率的な枠組みであること¹⁴¹、第二に、検討対象として共通部分を抽出することにより、権利を主張す

実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）95-96頁、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4月・信山社）1頁、泉克幸〔判批〕（プロ野球ドリームナイン・控訴審）京女法学9号（2016年2月）156頁の注26、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）30-31頁。

¹³⁸ 田村善之〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）225頁は最判〔江差追分〕までは従来の裁判例のほとんどが二段階テストを採用して著作権侵害の判断を行ってきたと指摘する。

¹³⁹ 丁文杰〔判批〕（旅 nesPro（リレーショナル・データベース）・控訴審）知的財産法政策学研究50号掲載予定。

¹⁴⁰ 高部眞規子〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇平成13年度（下）』（2004年・法曹会）頁、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）247頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（2012年9月・日本評論社）255頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ—片山英二先生還暦記念論文集—』（2010年11月・青林書院）349頁、同『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）84頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、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4月・信山社）2頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）95頁。

¹⁴¹ 荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）422頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）103頁、大橋正春「著作物性の主張立証」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）（2008年6月・弘文堂）181頁の注3、高部眞規子「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（2012年9月・日本評論社）255頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）456頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）

る側の対象物と被疑侵害物の当該部分の対応関係が明確となること、それに加えて訴訟における合理的な争点整理という観点から、共通部分に限ってそれが創作的表現であるか否かの分析もしやすくなること¹⁴²、第三に、著作権法上の保護が及ばないアイデアあるいは創作性のない表現が共通しているにすぎないにも関わらず、そのような創作的表現とは無関係な部分の共通性をもって類似性を肯定する過ちを犯す危険を防ぐという点では、濾過テストの方に分があること¹⁴³、第四に、濾過テストを用いることによって、主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物に共通している具体性の高いところから低いところまでの様々なレベルに焦点を当てることが可能となること¹⁴⁴、などが挙げられる。

- 10 言葉の問題ではあるが、創作的表現の共通性を判断するのに、最初に著作物性、次に類似性という伝統的な手順を「二段階テスト」と称して、それと「濾過テスト」という名称を与えた判断手法と対比することは、厳密に言えば正確ではない。二段階テストと濾過テストとが対立していないからである。創作的表現の共通性を判断する手法としては、類否の判断に立ち入る前に権利を主張する側の対象物全体に着目して著作物性の有無を判断することと、

頁、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4月・信山社）2頁。

¹⁴² 荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）422頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）103頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）456頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）95頁。

また、荒竹純一『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）215-224頁は、言語のカテゴリやソフトウェアのインターフェイス（大阪地判平成12年3月30日裁判所HP〔積算くんソフト（インターフェイス）〕（小松一雄裁判長）、東京地判平成14年9月5日判タ1121号229頁〔サイボウズ（インターフェイス）〕、東京地判平成15年1月28日判時1828号121頁〔PIMスケジュール管理ソフト（インターフェイス）〕）等においては、膨大な量の対象物に関し詳細に検討する必要があるので、多くの裁判例において濾過テストを採用して検討が行われていると指摘する。

¹⁴³ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）48頁、同〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）224-225頁、同〔判批〕（サイボウズ（インターフェイス））ジュリスト1266号（2004年4月）192頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）96-97頁、岡村久道『著作権法』（新訂版・2013年4月・民事法研究会）456頁、同（第3版・2014年8月・民事法研究会）頁、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4月・信山社）2頁、泉克幸〔判批〕（プロ野球ドリームナイン・控訴審）京女法学9号（2016年2月）156頁の注26、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）31頁。

もっとも、ここで重要なのは、アイデアではなく表現であること、かつ、その表現が創作されたものであることなのか、それとも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なのかという判断を適切に行わなければならないということである。濾過テストを採用するからといって、この判断を適切に行わなければ、権利者側の対象物と被疑侵害物との共通する部分に創作的表現と認めた部分とは無関係なところにも関わらず類似性の肯定というまま見掛ける過ちを防ぐことができないといわざるを得ないのではなかろうか。

¹⁴⁴ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）97頁。

そうしないこと（権利を主張する側の対象物全体の著作物性の検討を行わず、創作的表現であるか否かを著作物の保護範囲を画する類似性要件の枠内で一回のみ合わせて判断すること）や、類似性の要件における創作的表現の共通性を判断するのに、検討対象として主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物との共通する部分のみについて創作的表現であるか否かを検討する判断手法を採用することと、そうしないことこそが対立するのである。より簡単にいえば、「二段階テスト」対「一段階テスト」、「濾過テスト」対「非濾過テスト」という対立構図である。著作物性の要件と類似性の要件とを分けて判断する「二段階テスト」を採用した裁判例といっても、第一段階で権利を主張する側の対象物全体に着目して著作物性の有無を判断し、この対象物全体が「創作的に表現した」著作物であることを肯定してから、第二段階で類似性を判断したところ、検討対象として元の著作物と被疑侵害物との共通する部分のみについて創作的表現であるか否かを検討する「濾過テスト」的な判断手法を採用することは可能である。実際にもこうした裁判例がある（例えば、東京地判平成14年4月15日判タ1098号213頁〔ホテル・ジャンキーズ・一審〕（飯村敏明裁判長）¹⁴⁵、東京高判平成14年10月29日裁判所HP〔同控訴審〕（山下和明裁判長）¹⁴⁶、東京地判平成15年10月22日判タ1162号265頁〔シャンテリー転職情報〕（飯村敏明裁判長）¹⁴⁷、東京地判平成19年5月28日裁判所HP〔租税論教科書〕（清水節裁判長）¹⁴⁸、前掲知財高判平成27年

¹⁴⁵ 原告らは原告らが掲示板に書き込んだ各文章は、別紙「原告記述及び転載文一覧表」の「原告記述」欄記載のとおりで、他方、被告書籍に記載されている文章は、別紙「原告記述及び転載文一覧表」の「転載文」欄記載のとおりであり、各転載文は、それぞれ対応する各原告記述部分を複製したものであると主張する。

各原告記述の著作物性について、判決は原告記述1は原告Aが、原告記述2は原告Bが、原告記述3は原告Jが、原告記述4は原告Dが、原告記述5は原告Gが、原告記述6は原告Hが、原告記述7は原告Cが、原告記述8は原告Fが、原告記述9は原告Eが、原告記述10は原告Iが、原告記述11は原告Kがそれぞれ書き込みをした各記述部分は、その表現及び内容に照らして、筆者の個性が発揮されたものとして、「創作的に表現したもの」といえるから、著作物性が認められるとした。

¹⁴⁶ 原告記述1ないし11の各記述は、一個の記述全体としてみたとき、いずれも記述者の個性が発揮されていると評価することができるから、これに著作物性を認めるのが相当であるとした。

¹⁴⁷ 原告は原告の転職情報のうち、原告が著作権侵害を主張する部分は、別紙比較対照表1の「原告転職情報」記載のとおりであり、被告の掲載した転職情報のうち、原告が著作権侵害を主張する部分は、別紙比較対照表1の「被告転職情報A」記載のとおりであると主張する。

著作物性について、判決は「原告転職情報」は、具体的な例をあげたり、文体を変えたり、特徴的な表題を示したりして、読者の興味を惹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するなど表現方法にも創意工夫が凝らされているといえるので、著作物性を肯定すべきであるとした。

¹⁴⁸ 原告は被告の執筆に係る別紙対照表1「本件書籍（被告著作物）」欄記載の部分は、原告の執筆に係る別紙対照表1「本件著作物」欄記載の部分を複製又は翻案したものであると主張する。

著作物性について、判決は原理・原則・定説を内容とする租税論の入門的教科書であっても、わかりやすい例を用い、文章の順序・運びに創意工夫を凝らすことにより、創作性を有する表現を行うことは可能であり、記述中に公知の事実等を内容とする部分が存在するとしても、これをもって直ちに創作性を欠くということはできず、また、共著の執筆がページ数、参考とすべき文献についての指導、使用する用語、文体等についての逐一詳細な指導・指示等を行ったとしても、実際に執筆する原告の具体的な表現が、一義的に決定されるというものではないから、これらに

5月25日〔建替マンション設計図・控訴審〕（設樂隆一裁判長）¹⁴⁹など）。逆に言えば、権利を主張する側の対象物全体の著作物性の検討を行わず、創作的表現であるか否かを著作物の保護範囲を画する類似性要件の枠内で一回のみ合わせて判断する「一段階テスト」といっても、論理的には創作的表現の共通性を判断するのに検討対象として必ずしも主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物との共通する部分のみについて創作的表現であるか否かを検討する「濾過テスト」的な判断手法を採用するとは限らないのである。したがって、二段階テストと濾過テストという単純な二項対立で語るのは適切ではない。

また、そもそも〔江差追分〕事件において、原告が著作物であると主張する対象物は、ノンフィクション作品「北の波濤に唄う」全体あるいはその中の短編「九月の熱風」全体でもなく、「九月の熱風」の冒頭の合計974字のプロローグであり、そして、侵害と主張する被疑侵害物は被告テレビ番組の中の158字のナレーションである。著作権侵害が主張された範囲は原告974字のプロローグと被告158字のナレーションと共通している範囲と一致するのである。つまり、原告はノンフィクション作品の全体あるいは作品の中の短編「九月の熱風」全体の著作権侵害を主張しておらず、自らがそのノンフィクション作品と被告テレビ番組とを比較して、利用されていない部分や付加された部分を濾過して、原告974字のプロローグと被告158字のナレーションの部分を選び、この対比すべき範囲において両比較対象の共通箇所を抽出したうえで、それが表現上の創作性がある部分であることを主張しているわけで、結果として裁判所はノンフィクション作品全体やその中の短編「九月の熱風」全体での著作物性、さらにそれと被告テレビ番組全体との異同などを審理判断する必要はなく、また審理判断すべきでもない。

実際のところ、事実審の前掲東京地判平成8年9月30日〔江差追分・一審〕（設樂隆一裁判長）、前掲東京高判平成11年3月30日〔同控訴審〕（一審判決引用）は、原告の自ら濾過した原告974字のプロローグの著作物性について、江差追分全国大会を江差町における一

より、原告著作物の表現の具体的形式が不可避免的に選択されたものであるとか、あるいは、原告個人の個性が表れていない、などということはできないから、原告著作物を含む共著の「租税論」全体について、創作性がないとの被告の主張は採用することができないとした。

¹⁴⁹ 原告は、原告図面における、①建物形状、②建物配置、③柱配置、④施設配置、⑤店舗形状及び寸法、⑥1階診療所（鍼灸院）形状及び寸法、⑦駐輪場の形状及び寸法、⑧エレベーター寸法、⑨バルコニーの形状及び寸法（2階～9階平面図）、⑩エレベーター及び階段の位置（2階～9階平面図）、⑪柱と梁の外部露出形状（2階～9階平面図）、⑫住戸配置（2階～9階平面図）、⑬住戸用メーターボックスの設置（2階～9階平面図）、⑭屋外階段とオペラ通りとの間の吹き抜けの位置及び寸法（3階～9階平面図）、⑮住戸用廊下形式及び形状（4階～9階平面図）、⑯断面図に示された階数、柱間寸法、バルコニーの出寸法等につき、これらが被告図面に複製ないし翻案されたとして著作権侵害を主張する。

著作物性について、判決は一級建築士としての専門的知識及び技術に基づいて、各部屋や通路等の具体的な形状や組合せ等が具体的に表現された建築設計図面全体については、これに作成者の個性が発揮されていると解することができ、創作性が認められるとした。

年の絶頂とみるという原告独自のアイデアを文学的表現を用いて描写したものであり、創作的に表現した文芸の著作物にあたると判示した。[江差追分]事件の下級審判決のように、類否の判断に立ち入る前に、原告の自ら濾過した権利者側の比較対象の著作物性の有無を言及することは、二段階テストの第一段階に位置付けることができるだろう。同様の裁判例

5 としては、前掲東京地判昭和53年6月21日[日照権](秋吉稔弘裁判長)、東京地判昭和62年7月10日判時1258号123頁[家庭教師協会パンフレット](元木伸裁判長)¹⁵⁰、東京地判平成4年10月30日判時1460号132頁[観光タクシータリフ](西田美昭裁判長)¹⁵¹、前掲東京地判平成10年6月29日[パッティング美容法](森義之裁判長)¹⁵²、前掲東京高判平成11年3月25日[同控訴審](永井紀昭裁判長)(一審判決引用)、前掲東京地判平成

10 10年10月29日[SMAP大研究・一審](三村量一裁判長)¹⁵³、前掲東京高判平成11年5月26日[同控訴審](田中康久裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成16年6月30日判タ1173号291頁[「Webcel 8」(インターフェイス)](飯村敏明裁判長)¹⁵⁴、知財高判平成17年5月26日裁判所HP[同控訴審](塚原朋一裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成17年5月12日判タ1210号258頁[空港案内図](三村量一裁判長)、知財高判平成18年5月31

15 日裁判所HP[同控訴審](塚原朋一裁判長)(一審判決引用)¹⁵⁵、東京地判平成19年1月31

¹⁵⁰ 原告は、被告「入会案内」と題するパンフレットに別紙目録(三)記載のとおり「家庭教師と学習塾・進学塾との比較」という題名の被告表は、原告「日本家庭教師センター学院」と題する宣伝用パンフレットに「家庭教師と予備校・進学教室・学習塾との比較」の表題の下の原告表の複製物に該当すると主張する。

著作物性について、判決は、原告は独自の調査結果に基づいて原告表を作成したことから、原告は原告表の著作権を有するとした。

¹⁵¹ 原告は観光タクシーの営業する地域の観光モデルコース、そのコースのタクシー料金、所要時間あるいはタクシー待ち合わせ場所等を記載した被告書籍中の被告コース表の表現は対応する原告書籍中の原告コース表の表現、被告書籍中の被告案内図の表現は対応する原告案内図の表現と類似しているものであると主張する。

著作物性について、判決は原告書籍中の各原告コース表及び原告案内図については、それぞれ限られたスペースで周遊すべき観光地や料金、「お迎え場所」の地点が理解できるように表現方法に種々の工夫をこらし、また全体的にも統一された形式を保って美観を損わないように工夫がなされているのであって、著作物性があるとした。

¹⁵² 前掲注0参照。

¹⁵³ 原告は被告書籍の記述のうち別紙六「対照表」の「被告書籍」欄記載の部分は、同対照表の「原告記事」欄の記載(SMAPのメンバーに対するインタビューを内容とする記事)と類似しており、原告の複製権、翻案権の侵害に当たると主張する。

判決はインタビューを内容とする原告記事について、著作物としての創作性を肯定した。

¹⁵⁴ ユーザーの作成したデータベースのデータと表計算ソフトで作成する表などを相互に関連させる機能を有するソフトウェアの各画面表示(インターフェイス)について、原告は別紙1目録記載の被告ソフトの各画面表示は、原告のソフトの各画面表示と同一又はその表現上の特徴を感得できるものであって、画面表示について原告が有する著作権を侵害すると主張する。

判決は原告ソフトの各画面表示には、ソフトの機能ないし操作手順を普通に表現したものすぎないなどの理由から、創作的な表現があると認めることはできないとした。

¹⁵⁵ 原告は、原告の国別旅行案内書に掲載された各空港案内図が、被告の発行する書籍に掲載された各空港案内図についての原告の著作権を侵害すると主張する。

判決は原告旅行案内書の各空港案内図について著作物としての創作性を肯定した。

日裁判所 HP [里見学園八剣伝] (清水節裁判長)¹⁵⁶、東京地判平成 23 年 6 月 10 日裁判所 HP [バイナリーオートシステム] (岡本岳裁判長)¹⁵⁷、東京地判平成 23 年 4 月 27 日裁判所 HP [出願手続補正書] (岡本岳裁判長)¹⁵⁸、前掲東京地判平成 25 年 3 月 25 日 [いのちを語る (光の人映画)] (大須賀滋裁判長)¹⁵⁹、前掲東京地判平成 27 年 7 月 16 日 [建築士設計製図
5 受験テキスト] (長谷川浩二裁判長)¹⁶⁰、などがある。

また、確かに最判 [江差追分] は原告 974 字のプロローグの著作物性を言及せずに類似性

¹⁵⁶ 原告は被告サイトに記載されている「里見学園八剣伝」、「里見学園」、「スクエア」及び「空き教室」という各名称は、原告コミュニケーション・ゲーム「里見学園八剣伝」のサイト上の「里見学園八剣伝」、「里見学園」、「スクエア」及び「空き教室」という各名称を複製したものであると主張する。

判決は原告の各名称についていずれも著作物としての創作性を否定した。

¹⁵⁷ 原告は、被告契約書面に掲載された図 (別紙 2 において図 B1 と表示された部分) 並びに掲載された「このボーナスは左右ラインのどちらか小さいグループ人数によってタイトルが確定し、タイトル獲得された方を対象に支払われるボーナスです。」の文 (別紙 3 において文 B と表示された部分) 及び図 (別紙 3 において図 B2 と表示された部分) は、それぞれ原告図面の図 A 及び文 A (「左右小数の方で計算し支払いを決める。」という一文) の表現と類似している、と主張する。

判決はいずれも著作物としての創作性を否定した (第 3 章参照)。

¹⁵⁸ 原告はその実用新案登録出願の明細書のうち、実施例についての「例 I おにぎり (5') の上に型当て板 (1) を当て上からふりかけ、ごま、桜でんぶ、青のり等粒状の具 (6) をくりぬき部 (2) にうめ込んで型当て板 (1) をとりのぞけばおにぎり (5') に花や動物等の絵や模様や字がえがき出されて美しいおにぎりとなっている。」とある記述 (A 部分)、「1 : 型当て板」、「5 : ごはん」、「6 : 具」とある図面の簡単な説明 (B 部分)、「第 5 図」、「第 6 図」及び「第 7 図」と記載されている部分 (C 部分) は言語の著作物であると主張する。

判決はいずれも著作物としての創作性を否定した。

¹⁵⁹ 前掲注 0 参照。

¹⁶⁰ 原告は原告各書籍には、別紙侵害部分対照表の「原告作成テキスト」欄記載の文章及び図表が掲載されている (原告表現 1 ないし 23)、被告各書籍には、別紙侵害部分対照表の「被告作成テキスト」欄記載の文章及び図表が掲載されている (被告表現 1 ないし 23)、原告各表現はいずれも原告各書籍の一部を抜き出したものであるが、被告各表現が原告各表現と類似であるとして複製権又は翻案権の侵害が成立すると主張する。

原告各表現の著作物性について、判決は原告表現 1、2、12~19、21~23 について、過去の建築士本試験問題の一部であり、変更による相違は僅かなものであるし、問題の一部を変更することはアイデアの域を出ないものであり、原告による変更後の表現自体はいずれもありふれたものであるから、これらについて原告による表現上の創作性を認めることはできず、被告表現が原告表現を機械的に複製したものであるとしても、原告の著作権を侵害することはない。

原告表現 7 及び 8 について、給水方式及びエレベーターの特徴等を項目に分類して表の形式にまとめること自体ありふれた表現方法である上、各表の記載内容は給水方式又はエレベーターの定員等に関する一般的な知見であって、これを簡潔な文言 (短い単語又は数値) を用いて表の形式で記載する場合には、表現の幅に制約があるから、誰が表現しても同様の表現にならざるを得ないものであるから、原告表現 7 及び 8 について表現上の創作性を認めることはできない。

原告表現 10 の階段及び 11 のエスカレーターの側面図については、実際の建築設備の形状ないし構造を視覚的に容易に認識できる形で図示したものであり、図示に当たって特別な手法が用いられていることはうかがわれないから、原告表現 10 及び 11 に表現上の創作性があるとは認められない。

を否定した。一段階テストを採用したように見えるが、最判〔江差追分〕は原告974字のプロローグは創作的表現である著作物にあたるとされた、原判決の判断を前提に、二段階テストを採用した上、その第二段階において類似性の要件における創作的表現の共通性を判断したところで、検討対象として原告の自ら濾過した、原告974字のプロローグと被告158字

5 のナレーションとの共通する部分が表現それ自体か否か又は表現上の創作性がない部分か否かということを吟味する「濾過テスト」的な判断手法を採用していると解することもできるだろう。

いずれにせよ、創作的表現の共通性の判断手法として、ここで重要なのは、著作物の保護

10 範囲を画する類似性の判断に立ち入る前に権利を主張する側の対象物全体の著作物性の判断を先行させるか否か、また、創作的表現の共通性を判断するのに検討対象として両比較対象の間に共通している部分のみについて創作的表現であるか否かを検討する「濾過テスト」的な判断手法を採用するかしないか、ということである。

15 第2項 類否の判断に立ち入る前に著作物性の判断を先行させるか否かについて

第1款 判決の前提となる事実の場合

そもそも著作権侵害が主張された範囲において権利を主張する側の対象物全体の著作物

20 性について、当事者間に争いが無い、又は証拠及び弁論の全趣旨により容易に認定できる事実、といった判決の前提となる事実の場合、裁判所は類否の判断に立ち入る前にあえて権利を主張する側の対象物全体に着目してその著作物性の有無を詳細に判断する必要はない¹⁶¹。かといって、それは裁判所が自ら決めた判断手法ではなくて、当事者の間にそういう主張の仕方をしていることを留意する必要である。また、これらの判決は類似性の成否の

25 みを判断するものに過ぎないので、類似性を判断するに当たっては「濾過テスト」的な判断手法を採用したものと断じたのは早計である。創作的表現の共通性を検討したところで、両

¹⁶¹ もっとも、印刷用書体が著作権法によって保護を受けるものであることについて、当事者間に争いが無いが、大阪地判平成9年6月24日民集54巻7号2499頁〔ゴナ書体・一審〕（水野武裁判長）は、印刷用書体が著作権の保護を受けるか否かは著作権法2条1項1号、2項、10条1項4号の解釈適用の問題であるから、このような事項については、裁判所は当事者の主張に拘束されずに判断できると判示した上、問題となったゴナ書体は、従来からあるゴシック体のデザインからそれほど大きく外れるものではなく、美的創作性を持ったものというには未だ至っていないとして、著作物として保護を受けるものではないとした。印刷用書体のほかに、前掲東京地判平成25年3月25日〔いのちを語る（光の人映画）〕（大須賀滋裁判長）において、ノンフィクションを内容とするドキュメンタリー映画「A Man of Light」（「光の人」）のうち、博士とのインタビュー部分（博士とのインタビュー前のナレーション（58字）及び博士の回答部分の日本語訳（251字））に著作物性が認められるか否かに関して、被告はこのインタビュー部分に創作性があることを認めているが、判決は著作物性の有無は法的判断であるから、被告の認否に拘束されるものではないと判示した。

比較対象の間に共通している部分のみについて創作的表現であるか否かを検討する「濾過テスト」的な判断手法を採用するか否かを、さらに考察しなければならない。

- 5 権利を主張する側の対象物について著作物性があることは判決の前提となる事実であるため、創作的に表現した著作物であることを前提に、類似性の成否のみを判断する裁判例の中、主に類似性を肯定した事例として、言語のカテゴリについて、東京地判昭和61年4月28日無体集18巻1号112頁[「豊後の石風呂」論文](元木伸裁判長)¹⁶²、東京地判平成2年11月16日無体集22巻3号702頁[法政大学懸賞論文・一審](房村精一裁判長)、東京高判平成3年12月19日知財集23巻3号823頁[同控訴審](松野嘉貞裁判長)¹⁶³、東京地判平成3年2月27日知財集23巻1号91頁[サンジェルマン殺人狂想曲・一審](清永利亮裁判長)、前掲東京高判平成4年9月24日[同控訴審](松野嘉貞裁判長)¹⁶⁴、東京地判平成4年2月25日判タ784号84頁[雑誌「諸君!」・一審](寛康生裁判長)、東京高判平成5年12月1日判例工業所有権法[同控訴審](丹宗朝子裁判長)、前掲最判平成10年7月17日[同上告審]¹⁶⁵、前掲東京地判平成5年8月30日[悪妻物語ドラマ・一審](西田美昭裁判長)、前掲東京高判平成8年4月16日[同控訴審](伊藤博裁判長)(一審判決引用)¹⁶⁶、東京地判平成6年2月18日知財集26巻1号114頁[コムライン・デイリーニュース(日経新聞要約翻案)](西田美昭裁判長)¹⁶⁷、東京地判平成6年3月23日判タ875号267頁[ぼくのスカート](一宮和夫裁判長)¹⁶⁸、前掲名古屋地判平成6年7月29日[NHKドラマ「春の波濤」・一審](岡久幸治裁判長)、前掲名古屋高判平成9年5月15日[同控訴審](宮本増裁判長)、前掲最判平成10年9月10日[同上告審](上告棄却)¹⁶⁹、前掲東京地判平成7年5月31日[ぐうたら健康法](西田美昭裁判長)¹⁷⁰、前掲東京地判平成10年6月29日[地獄のタクシー(「先生、僕ですよ」)](森義之裁判長)¹⁷¹、東京地判平成10年10月30日判タ991号240頁[血液型と性格の社会史](八木貴美子裁判長)¹⁷²、水戸地裁竜ヶ崎支判平成11年5月17日判タ1031号235頁(納谷肇裁判長)¹⁷³、前掲東京地判平成12年1

¹⁶² 「俊乗房重源と石風呂」及び「温室考」と題する民俗学の二論文。

¹⁶³ 学内懸賞論文募集に対する応募論文。ただし、同一性保持権を害するとれた。

¹⁶⁴ フランス・ミステリーの原書に基づく翻訳原稿。ただし、類似性否定。

¹⁶⁵ ベトナムのある寺で僧尼合計12名が焼死する事件についての報道記事。ただし、最判は同一性保持権の侵害を否定した。

¹⁶⁶ 第三者の全文1,300字足らない投稿や同人から取材した事実を基にしたルポルタージュ風の約18,000字の読み物。

¹⁶⁷ 新聞記事①ないし⑦。

¹⁶⁸ NHK大阪放送局ラジオドラマ脚本募集の入選作品となり、「ぼくのスカート」と題する原告脚本。ただし、被告ドラマ及びその脚本が原告脚本の翻案権を侵害したものではないとされた。

¹⁶⁹ 「女優貞奴」という伝記。ただし、類似性否定。

¹⁷⁰ 月刊誌に発表していた「三十三歳からのぐうたら健康法」と題する文章。

¹⁷¹ 「先生、僕ですよ」という題名の短編漫画。ただし、被告ドラマが原告漫画を翻案したとは認められなかった。

¹⁷² 原告書籍「血液型と性格」の社会史」の全体が著作物であること。

¹⁷³ 「とんでも本」といわれるような漫画本など多数の著作物。

- 月28日〔企業主義の興隆・一審〕（森義之裁判長）、前掲東京高判平成13年3月28日〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）¹⁷⁴、東京地判平成12年2月29日判タ1028号232頁〔中田英寿（詩）・一審〕（三村量一裁判長）、東京高判平成12年12月25日判時1743号130頁〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）¹⁷⁵、前掲東京地判平成12年12月26日〔ソニー燃ゆ・一審〕（三村量一裁判長）、前掲東京高判平成14年1月30日〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）¹⁷⁶、前掲東京地判平成13年3月26日〔大地の子〕（飯村敏明裁判長）¹⁷⁷、東京地判平成13年6月13日判タ1077号276頁〔絶対音感・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京高判平成14年4月11日裁判所HP〔同控訴審〕（山下和明裁判長）¹⁷⁸、東京地判平成16年5月31日判タ1175号265頁〔XO 醬男と杏仁女・一審〕（高部眞規子裁判長）、東京高判平成16年12月9日裁判所HP〔同控訴審〕（佐藤久夫裁判長）¹⁷⁹、東京地判平成9年8月29日判タ954号262頁〔入選俳句添削・一審〕（高部眞規子裁判長）¹⁸⁰、東京高判平成10年8月4日判時1667号131頁〔同控訴審〕（永井紀昭裁判長）¹⁸¹、東京地判平成13年12月3日判タ1079号283頁〔ウェブサイト書籍要約文無断掲載〕（飯村敏明裁判長）¹⁸²、東京地判平成22年5月28日裁判所HP〔がん闘病記転載〕（岡本岳裁判長）¹⁸³、東京地判平成25年11月28日〔裏風俗（珍）紀行・一審〕裁判所HP（高野輝久裁判長）、知財高判平成27年5月21日裁判所HP〔同控訴審〕（富田善範裁判長）¹⁸⁴、前掲東京地判平成27年2月25日〔THE ナンバー2（田沼意次）〕（東海林保裁判長）¹⁸⁵、東京地判平成27年4月24日裁判所HP〔為替相場予測に関するブログ記事〕（東海林保裁判長）¹⁸⁶などがある。

¹⁷⁴ 日本の企業経営の現状を一つの経済体制ととらえ、これを人間重視の視点から「企業主義」と表現して、この主題とし、外国の企業経営や資本主義及び社会主義との比較、検討を行っている書籍。ただし、類似性否定。

¹⁷⁵ プロサッカー選手が中学2年生の時に書いた詩（160字）。

¹⁷⁶ ソニーの創業者井深大氏の葬儀の様子を記述した記事。ただし、類似性否定。

¹⁷⁷ 原告自らの体験を基に著述したノンフィクション作品。ただし、類似性否定。

¹⁷⁸ 米国の作曲家レナード・バーンスタインが著作した英語版演劇台本「Young People's Concerts What Does Music Mean?」を翻訳し、二次的著作物である翻訳台本。

¹⁷⁹ 「云」（雲）と題する中国詩「依依地望你 望你依依地来 眷眷地送你 送你眷眷地去 天空 天空 □ 是冷漠 □ 是漫漫无□□ 你的孤独 美□了我的眼睛」（48字）を含む9点の詩。

¹⁸⁰ 俳句学習誌に投稿した俳句。ただし、選者によって添削されたうえ同誌に掲載されたことにつき、著作者の黙示の承諾が推認されるとして、同一性保持権の侵害が否定された。

¹⁸¹ 俳句雑誌に投稿した俳句が選者によって添削、改変されて同誌に掲載されたことにつき、選者が必要と判断したときは添削をした上掲載することができるという事実たる慣習があったとして、同一性保持権の侵害が否定された。

¹⁸² 原告らは、被告がビジネス書を中心とした書籍の要約文を作成し、インターネットを利用したメールサービスによって会員に公衆送信したり、ウェブサイトにおいて一般に公開して、アクセスした者に対して公衆送信したりしていた行為は、原告らが各書籍について有する複製権、翻案権、公衆送信権等を侵害すると主張する。本件では、被告が期日に欠席し、被告の自白が成立したものとみなされたため、本判決においては、原告らの請求のすべてが認容されている。

¹⁸³ 自己のがん治療体験を基にした記事。

¹⁸⁴ 風俗関係の体験記として記述したブログ記事。

¹⁸⁵ 「田沼意次 主殿の税」という歴史小説。

¹⁸⁶ 原告は原告のブログに為替相場の動向を踏まえた値動きの予測に関する記事を被告が複製し

音楽のカテゴリについて、東京地判昭和43年5月13日下民19巻5・6号257頁〔ワン・レイニイ・ナイト・イン・トーキョー・一審〕（古関敏正裁判長）¹⁸⁷、東京高判昭和49年12月24日無体集6巻2号340頁〔同控訴審〕（杉本良吉裁判長）¹⁸⁸、最判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁〔同上告審〕¹⁸⁹などがある。

舞踊のカテゴリについて、東京地判平成10年11月20日知財集30巻4号841頁〔アダージェット（バレエ振付け）〕（森義之裁判長）¹⁹⁰などがある。

- 10 美術のカテゴリについて、大阪地判昭和51年4月27日無体集8巻1号130頁〔パリー市鳥瞰図〕（大江健次郎裁判長）¹⁹¹、東京地判平成2年2月19日無体集22巻1号34頁〔ポパイ漫画・一審〕（清永利亮裁判長）、前掲東京高判平成4年5月14日〔同控訴審〕（松野嘉貞裁判長）、最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁〔同上告審〕¹⁹²、東京地判平成2年4月27日判タ742号201頁〔「樹林」レリーフ〕（清永利亮裁判長）、前掲大阪地判平成8年1月31日〔エルミア・ド・ホーリィ贋作・一審〕（下村浩藏裁判長）、前掲大阪高判平成9年5月28日〔同控訴審〕（中田耕三裁判長）（一審判決引用）¹⁹³、前掲東京地判平成10年3月30日〔子猫「ノンタン」の絵・一審〕（西田美昭裁判長）、前掲東京高判平成11年11月17日〔同控訴審〕（田中康久裁判長）（一審判決引用）¹⁹⁴、前掲大阪地判平成11年7月8日〔胃腸薬「パンシロントリム」図柄〕（小松一雄裁判長）¹⁹⁵、東京地判平成11年3月29日判タ1001号218頁〔舞台装置（赤穂浪士）・一審〕（飯村敏明裁判長）¹⁹⁶、前掲東京高判平成12年9月19日〔舞台装置（赤穂浪士）・控訴審〕（山下和明裁判長）¹⁹⁷、東京地判平成11年7月23日裁判所HP〔女優イラスト〕（森義之裁判長）¹⁹⁸、前掲東京地判平成11年10月

た上、被告のブログに投稿して送信可能化及び公衆送信したとして、被告に対し、著作権侵害に基づく損害賠償を求めた事案において、被告は口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面も提出しないから、原告の主張する請求原因事実につき自白したものとみなされる。

¹⁸⁷ 米国映画「Moulin Rouge」の主題歌「The Boulevard of Broken Dreams」。ただし、類似性否定。

¹⁸⁸ 依拠性を否定するため、類似性を判断しなかった。

¹⁸⁹ ただし、依拠性否定。

¹⁹⁰ バレエの振付け。ただし、依拠性否定。

¹⁹¹ 建造物等の特徴の強調と省略とにより、略画的手法をもって手書きし、さらにこれを写真で縮小して完成させた「パリー市鳥瞰図」。

¹⁹² 連載漫画において主人公ポパイを描いたもの。

¹⁹³ 著名画家ピカソの制作した絵画。

¹⁹⁴ 原告絵本に描かれた子猫「ノンタン」の絵。

¹⁹⁵ 丸い山高帽をかぶった男性が立っているキャラクターのデザイン。

¹⁹⁶ 「復活を待つ群」と題する一連の衝立状造形美術作品。ただし、依拠性を否定するため、類似性を判断していない。

¹⁹⁷ ただし、類似性否定。

¹⁹⁸ 女優の人物画であるイラストを含む映画宣伝用のチラシ。ただし、原告が作成した女優の人物画のイラストでと被告イラストの類似性を認めないとした。

- 27日〔雪月花・一審〕（飯村敏明裁判長）、前掲東京高判平成14年2月18日〔同控訴審〕（篠原勝美裁判長）¹⁹⁹、前掲東京地判平成12年8月29日〔サンリオ・ケロップー・一審〕（森義之裁判長）、前掲東京高判平成13年1月23日〔同控訴審〕（山下和明裁判長）²⁰⁰、東京地判平成12年8月30日判タ1042号269頁〔建築エスキース・一審〕（飯村敏明裁判長）、
- 5 東京高判平成13年9月18日裁判所HP〔同控訴審〕（山下和明裁判長）²⁰¹、前掲東京地判平成12年9月28日〔角川文庫新聞広告〕（三村量一裁判長）²⁰²、前掲東京地判平成20年10月23日〔外国人児童向け漢字教材〕（阿部正幸裁判長）²⁰³、前掲大阪地判平成21年3月26日〔マンション読本〕（田中俊次裁判長）²⁰⁴、前掲大阪地判平成22年2月25日〔猫のぬいぐるみ〕（田中俊次裁判長）²⁰⁵、前掲東京地判平成22年5月19日〔美術鑑定証書・一審〕
- 10 （清水節裁判長）、前掲知財高判平成22年10月13日〔同控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）²⁰⁶、前掲東京地判平成26年5月30日〔美術鑑定証書Ⅱ〕（東海林保裁判長）²⁰⁷、前掲東京地判平成26年10月30日〔「ふわふわ 四季のたより」（絵柄のシール）〕（長谷川浩二裁判長）²⁰⁸などがある。
- 15 映画、写真のカテゴリについて、東京地判昭和47年11月20日無体集4巻2号619頁〔パロディ・モンタージュ写真・一審〕（荒木秀一裁判長）、東京高判昭和51年5月19日無体集8巻1号200頁〔同控訴審〕（駒田駿太郎裁判長）、前掲最判〔パロディ・モンタージュ写真〕、東京地判昭和61年6月20日判タ637号209頁〔SM写真〕（元木伸裁判長）²⁰⁹、東京地判平成5年1月25日判タ870号258頁〔ブランカ写真掲載〕（西田美昭裁判長）²¹⁰、大
- 20 阪地判平成5年3月23日判時1464号139頁〔山口組五代目継承式〕（庵前重和裁判長）²¹¹、

¹⁹⁹ ただし、類似性否定。

²⁰⁰ ただし、類似性否定。

²⁰¹ 建築家が建築物を設計する際に、建築物の設計構想をフリーハンドで描いたスケッチ。その色調の濃度を大幅に薄くし、これを下絵として使用し、広告文を重ねて印刷した被告の行為は、当該エスキースについての同一性保持権侵害になるべき行為であるとされた。

²⁰² 書籍「ブラック・ティー」の装丁として使用されている、羽毛が空中に舞う様子を数枚の羽根相互の間隔とトーンによって表現した原告図面。

²⁰³ 外国人児童向けの日本語教材。

²⁰⁴ 「独り暮らしをつくる100」と題する書籍の多くの頁中には描かれている女性の各種イラスト。

²⁰⁵ 手作りの猫のぬいぐるみは創作的に表現したものであり、美術の著作物に該当することは判決の前提事実となる。

²⁰⁶ 著名な女流画家の絵画。

²⁰⁷ 著名な画家の絵画。

²⁰⁸ ひさご、金魚鉢、招き猫等を素材とし、印鑑、シール等の単色の絵柄に用いられるデザインについては、いずれも創作的に表現した美術の著作物に当たる。

²⁰⁹ いわゆるSM雑誌に登載されている写真。

²¹⁰ 旅行情報誌にフリーカメラマンの撮影した写真。

²¹¹ 山口組の組長を襲名したことを示す「山口組五代目継承式」の模様を撮影、編集して、製作されたビデオ。ただし、その一部を放送会社がニュース番組で放送したことが、報道のための利用に当たるとして著作権の侵害が否定された。

- 前掲東京地判平成11年12月15日〔みずみずしいすいか写真・一審〕（飯村敏明裁判長）、東京高判平成13年6月21日判タ1087号247頁〔同控訴審〕（山下和明裁判長）²¹²、東京地判平成16年6月11日判タ1182号323頁〔デンバー元総領事写真・一審〕（三村量一裁判長）、東京高判平成17年3月24日裁判所HP〔同控訴審〕（塚原朋一裁判長）²¹³、札幌地判平成22年11月10日ウエストロー・ジャパン〔NHKニュース風車写真・一審〕（石橋俊一裁判長）²¹⁴、札幌高判平成23年11月18日ウエストロー・ジャパン〔同控訴審〕（小林正裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成22年12月21日裁判所HP〔廃墟写真・一審〕（大鷹一郎裁判長）²¹⁵、知財高判平成23年5月10日裁判所HP〔同控訴審〕（塩月秀平裁判長）²¹⁶、前掲東京地判平成26年5月27日〔猫の写真看板〕（長谷川浩二裁判長）などがある。

10

プログラムのカテゴリについて、東京地判平成24年12月18日裁判所HP〔ディスクパブリッシャー（ソフト）・一審〕（大鷹一郎裁判長）²¹⁷、前掲知財高判平成26年3月12日〔同控訴審〕（富田善範裁判長）²¹⁸などがある。

15

編集物のカテゴリについて、東京地判昭和58年7月22日判タ514号313頁〔全共済施設総覧〕（牧野利秋裁判長）²¹⁹などがある。

第2款 著作権を有することを確認請求する場合等

²¹² 丸いすいかや薄く切ったすいかを並べて撮影した写真。

²¹³ 日本の国旗とコロラド州旗を背景に、カウボーイハットをかぶり、西部独特のジャケットを着たデンバー元領事の上半身を撮影した写真。

²¹⁴ 風力発電所の風車の写真については、天候、風向き、風力、季節、撮影時刻、構図、撮影ポジション・アングルの選択、露光時間、レンズ及びフィルムの選択、カメラの選択、撮影技法等の複合的な創意工夫により表現されたものとして、「写真の著作物」に当たるとは、判決の前提となる事実である。そして、カメラを用いて当該写真を撮影し、これをテレビ放送することから、類似性も肯定。

²¹⁵ 廃墟を被写体とする写真。ただし、類似性否定。

²¹⁶ ただし、類似性否定。。

²¹⁷ 被告の著作物であるディスクパブリッシャー制御用のソフトウェアのプログラム。ただし、原告のプログラムは被告の著作物を複製又は翻案したものであり、原告が原告プログラムを製造、販売する行為は、被告が有するプログラムの著作権の侵害行為に該当することを理由に、原告に対し、原告プログラムの製造、販売の差止請求権を有すると被告が主張しているが、類似性の被告の主張に対し、原告プログラムは被告プログラムを複製又は翻案したものといえないから、そのような請求権は存在しないとして、被告の上記差止請求権の不存在の確認を求めた事案において、原告プログラムが被告プログラムを複製又は翻案したものと認めないから、請求を認容した。

²¹⁸ 前掲注0参照。

²¹⁹ 全国の共済施設に関する資料を取捨選択整理して、見出し、配列に作成した「全共済施設総覧」。ただし、著作権譲渡の抗弁事実が認められ、著作者から提起された差止請求、損害賠償請求が棄却された。

上記判決の前提となる事実の場合とは逆に、侵害訴訟において、権利を主張する側が差止や損害賠償請求とともに、著作物であると主張する対象物について著作権を有することを確認請求する場合、当然裁判所は類否の判断に立ち入る前に権利を主張する側の対象物全体に着目して著作物性の有無を判断することになる。また、確認請求に至らない場合でも、

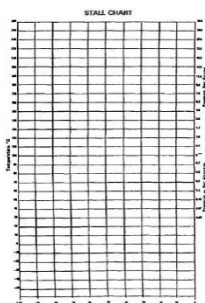
5 清水判事は著作権を主張する者がその対象物の特徴に関して著作物性があることを主張する場合には、それが本当に著作物性があるのかという形で、裁判を進めていくことになる²²⁰と指摘する。これらはいずれも、裁判所が自ら決めた判断手法ではなくて、権利を主張する側がそういう主張の仕方をしていることを留意する必要である。

- 10 確認請求の具体例として、東京地判平成17年11月17日判タ1227号332頁〔ドレン滞留ポイントチャート〕（設楽隆一裁判長）においては、原告が被告に対し、被告の図表及び説明文が原告の各図表（原告チャート（1）、（3-1）等）及び説明文（（3-2）等）に類似しているとして、原告の図表及び説明文について著作権を有することの確認、同著作権を侵害されたことに基づく損害賠償の支払等を求めた事案である。被告は、原告各図表及び説明文の
- 15 著作物性を否定し、仮に著作物性が認められるとしても被告の使用する前記図表及び説明文とは類似しないと主張してこれを争っている。判決は、左縦軸と右縦軸と横軸に目盛りを設定した方眼状の図表である原告チャート（1）を作成するに至った技術的知見ないしアイデア自体に独自性や新規性があるとしても、その技術的知見ないしアイデア自体は、著作権法により保護されるべきものということとはできず、原告チャート（1）については、その技
- 20 術的知見ないしアイデアそのものがそのまま表現されているものとして、著作物に該当しないと判示した。また、原告チャート（3）は、著作物性の認められない原告チャート（1）の使用方法に従って、具体的なラインを記載した使用例の部分（原告チャート（3-1）と、その説明文（原告説明文（3-2））から成る。かかる技術的知見ないしアイデアをチャート上に表現する場合には、チャート上の一次関数として表現することになるのであり、かかる一
- 25 次関数は、著作物性の認められない原告チャート（1）の枠組みを前提として、所定の数値に対応する点や線を記入すれば、チャート上では必ず同じ表現に至るのであって、これを創作性ある表現ということとはできないとして、原告チャート（3-1）にも著作物性を認めることはできないと判示した。これに対し、原告説明文（3-2）（412字）は、原告チャート（3-1）に示されるチャートの具体的作図方法を説明した文書であり、その説明に使用し得る用
- 30 語や説明の順序、具体的記載内容については、多様な表現が可能なものであり、その説明文は、創作性のある文章であり、言語の著作物に該当するものとした。そして、類似性の要件における創作的表現の共通性の判断に当たって、原告説明文（3-2）と被告説明文は、①重要な用語について異なる用語を使用していること、②チャート上のラインの引き方の説明内容が相違していること、③チャートの説明内容、説明の順序及び表現方法が全体としてか

²²⁰ 清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピーライト663号（2016年7月）6頁。

なりの程度相違していることに照らし、類似していないと判示した。

〔ドレン滞留ポイントチャート〕事件（（裁判所 HP より抜粋、説明文の字数は筆者整理）
原告チャート（1）

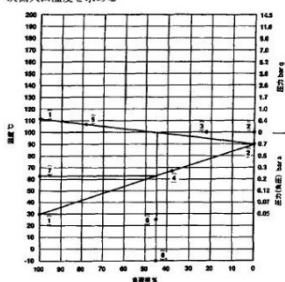


5

原告チャート（3）

（原告チャート（3-1）と、その説明文（原告説明文（3-2）、412字）から成る）

図33：ドレン滞留予測チャートを使用し、滞留点での二次側入口温度を求める



二次側流体入口温度と滞留が起こる温度差比を求める（図33参照）

- 10
 1. 設計条件の最大負荷時の蒸気温度と二次側流体温度を、左軸に示します。蒸気設計温度は前節で計算したとおりになるようにしてください。蒸気温度は112℃、二次側流体入口温度は30℃です。
 2. 二次側流体出口温度制御および背圧に等しい圧力の蒸気温度を右軸に指定します。二次側流体温度は90℃、背圧に等しい圧力下での蒸気温度は100℃とします。
 - 15
 3. 背圧を示す水平線を、表を横切るように引きます。
 4. 二次側流体入口温度と制御温度とを直線でつなぎます。
 5. この直線が背圧を示す線と交差する点から、負荷率を示す軸に垂直線をおろします。
 6. この垂直線が線4と交差するところで、水平線を左軸に向かって引きます。滞留が起こるときの入口温度を読み取ります。63℃になります。
 - 20
 7. 垂直線が負荷率の軸と交差するところの値を読み取ります。この数値を使用して滞留が起こる温度差を算出することができます。45%×60℃=27℃になります。

地裁（設樂隆一裁判長）

①原告チャート（1）及び原告チャート（3-1）について

いずれも著作物の創作性否定

②原告説明文（3-2）（412字）について

著作物の創作性肯定

類似性（創作的表現の共通性）否定

5 第3款 先に著作物性の有無を判断するメリットがある場合

上記著作権を有することを確認請求する場合を除いて、確かに類否の判断に立ち入る前に権利を主張する側の対象物全体について著作物性を検討する必要がなく、創作的表現であるか否かを著作物の保護範囲を画する類似性要件の枠内で一回のみ合わせて判断すれば

10 足りるかもしれない(前掲東京地判平成10年7月17日[のびのび更年期](森義之裁判長)、東京地判平成11年12月21日判例工業所有権法[タウンページ・キャラクター](森義之裁判長)、東京高判平成12年5月30日裁判所HP[同控訴審](山下和明裁判長)(一審判決引用)、前掲大阪地判平成12年3月30日[積算くんソフト(インターフェイス)](小松一雄裁判長)判旨参照)。これは権利を主張する側の対象物の「著作物性における創作的表現」

15 の問題を著作物の保護範囲を画する「類似性における創作的表現の共通性」の問題に置き換えることを意味し、創作的表現であるか否かの判断は一回に限定するという機能で、一段階テストのほうが効率的な枠組みであるといえる。

しかしながら、侵害訴訟において、権利を主張する側の対象物全体の著作物性の有無の問題と、著作物の保護範囲を画する類似性の問題とは別個に論じることが可能である。著作権侵害を否定するためには、著作物性と類似性との二つの侵害要件のうち、いずれか一方が満たされないことを示せば十分であるから、いずれに基づくかについての優先順位は存在しない。裁判例の趨勢として、むしろ以下のように、著作物であると主張されている対象物の

20 カテゴリやその性質によって、著作物性を容易に否定しうる場合には、類否の判断に立ち入る前に、著作物性の判断を先行させる傾向にある。

25

一、美術の範囲に属しない特定の種類の表現であると疑われる場合

第3章、第4章で検討した通り、権利を主張する側の対象物が著作権法10条1項4号等に例示されている絵画などのカテゴリのいずれに該当するかどうかは明らかなではない視覚表現の場合、定型的に美術の範囲を否定することができれば、アイデアと表現の区別や表現の創作性という個別に微細な創作的表現の検討が不要になる。そのため、迅速の判断、コストの節約という点でメリットがあることから、むしろ権利を主張する側の対象物全体の著作物性の判断を先行させるほうが、効率的といえる。実際のところ、裁判の運用では美術の

30 範囲に属しない特定の種類の表現であると疑われる場合、類否の判断に立ち入る前に美術の範囲の要件を検討するものは多数を占めている。

35

二、不可避又はありふれた表現であると疑われる場合

第3章、第5章で述べたように、裁判の運用では不可避又はありふれた表現であると疑われる場合、類否の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物全体に着目して著作物としての創作性の有無を判断したものは多数を占めている。例えば、後続の創作者や著作物を利用するユーザーの行動の自由を確保するために、裁判例では60字程度の文字数未満の短い言語表現、又は単純に決まり文句の組合せの若干長い言語表現について、定型的にアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現に当たるものとして言語著作物の創作性が否定される傾向にあるといえる。また、文字を素材とした造形表現や、地図、設計図、図表、ビジネスソフトウェアのインターフェイスといった機能的表現について、制作にあたってさまざまな制約があるので、著作物性の要件の判断枠組みで表現の選択の幅等に焦点を当て、実用的な側面により支配された表現を著作物から除外することは可能である。こうした実用的・機能的表現に対して、類否の判断に立ち入るまでもなく、権利を主張する側の対象物全体に着目して著作物としての創作性の有無を判断した裁判例として、東京地判昭和54年6月20日無体集11巻1号322頁〔小林ビル設計図〕（秋吉稔弘裁判長）（著作物の創作性肯定²²¹）、東京地判昭和60年10月30日無体集17巻3号520頁〔動書Ⅰ〕（元木伸裁判長）（墨の濃淡等を視認できる書道文字について、著作物の創作性肯定²²²）、東京地判平成元年11月10日無体集21巻3号845頁〔動書Ⅱ〕（裁判長清永利亮）（墨の濃淡等を視認できる書道文字について、著作物の創作性肯定²²³）、前掲名古屋地判平成12年3月8日〔ショッピングセンター設計図〕（野田武明裁判長）（著作物の創作性肯定否定両方ある²²⁴）、東京地判平成9年4月25日判タ944号265頁〔スモーキングスタンド設計図〕（西田美昭裁判官）（著作物の創作性否定²²⁵）、大阪地判平成11年9月21日判時1732号137頁〔商業書道〕（小松一雄裁判長）（墨の濃淡等を視認できる書道文字について、著作物の創作性肯定²²⁶）、前掲東京地判平成16年6月30日〔「Webcel 8」インターフェイス〕（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性否定²²⁷）、知財高判平成17年5月26日裁判所HP〔同控訴審〕（塚原朋一裁判長）（一審判決引用）、前掲東京地判平成17年11月17日〔ドレン滞留ポイントチャート〕（設楽隆一裁判長）（著作物の創作性否定）、東京地判平成26年11月7日裁判所HP〔建替マンション設計図〕（東海林保裁判長）（著作物の創作性否定²²⁸）、前掲知財高判平成27年

²²¹ 第3章参照。

²²² 第4章参照。

²²³ 第4章参照。

²²⁴ 原告図面1、6について著作物の創作性否定、その余の配置図、外構図等の図面について著作物の創作性肯定。第3章参照。

²²⁵ 第3章参照。

²²⁶ 第4章参照。

²²⁷ 前掲注0参照

²²⁸ 第3章参照。

5月25日〔同控訴審〕（設楽隆一裁判長）（著作物の創作性肯定²²⁹）、東京地判平成15年2月26日裁判所HP〔事務所設計図コンペ〕（飯村敏明裁判長）（著作物の創作性肯定²³⁰）、などがある。

5 三、第三者の原作の二次的著作物にならないと疑われる場合

権利を主張する側の対象物全体が既存の第三者の原作の模倣であり、あるいはそれに変更が加えられていても、二次的著作物にならないと疑われる場合、著作物の保護範囲を画する類似性（主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物との距離を測ること）の判断に立ち入る前に、権利者側の対象物全体が二次的著作物としての創作性を有するか否か（権利者側の対象物と既存第三者の著作物との距離を測ること）を判断した裁判例として、東京地判昭和44年5月31日判時580号92頁〔地球儀用世界地図（刑事）〕（近藤暁裁判長）（二次的著作物の創作性肯定²³¹）、東京高判昭46年2月2日判時643号93頁〔地球儀用世界地図・控訴審（刑事）〕（栗田正裁判長）（二次的著作物の創作性肯定²³²）、大阪地決昭和45年12月21日無体集2巻2号654頁〔天正菱大判〕（大江健次郎裁判長）（二次的著作物の創作性否定²³³）、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〕（砂山一郎裁判長）（著作物の創作性肯定²³⁴）、東京地判昭和57年3月8日無体集14巻1号97頁〔古典「将門記」訓読文〕（牧野利秋裁判長）（二次的著作物の創作性肯定²³⁵）、東京地判昭和58年6月20日判タ499号218頁〔同期の桜（楽曲）〕（牧野利秋裁判長）（著作物の創作性否定²³⁶）、大阪地判平成元年3月8日無体集21巻1号93頁〔写植機用文字書体〕（上野茂裁

²²⁹ 前掲注0参照。

²³⁰ 第3章参照。

²³¹ 既存の地図を編集して作成された地球儀用の世界地図は、編図者が適宜取捨、選択してこれに応じた英文の注記を表示したものであって、その全体を総合的に観察すれば、他の類似の作品と対比して区別し得る創作性を有する著作物であると認められた。

²³² 既存の地図を編集して作成された地球儀用の世界地図は、その以前に第三者が作成して市販した他の地球儀用世界地図と対比して、海流の表現方法が在来の各世界地図における海流の表現方法と相異なるほか、当該世界地図には在来の各世界地図に登載されていない南極大陸の新しい地名が登載され、更に、国名、都市名、その他の地名が英語で表示されていること及び航空路線の取捨選択において、当該世界地図と在来の各世界地図との間に相異点の存することが認められるから、当該世界地図全体著作物に該当するとされた。

²³³ 第3章、第4章参照。

²³⁴ プラスチック製の仏壇内部の飾る彫刻については、既製仏壇を模写することなく、创作者の独自の創意工夫により完成したものであり。これに反する、被告が問題となった彫刻の完成前からあつた仏壇彫刻と主張する証も、当該彫刻と対照するに、これと類似するものではなく、他に当該彫刻が先人の模写に留まるものとする確証は存在しないから、当該彫刻は创作者の創作的に表現したものと認めるとされた。

²³⁵ 変体漢文で記した古典「将門記」の各種写本と諸学者の校本を参照して校合作業を行い完成された訓読文については、これに先立って公表されている他の訓読文に比して幾多の相違があつて、古典「将門記」に新たな具体的表現を与えたものであると判断された。

²³⁶ 第3章参照。

- 判長) (明朝体、ゴシック体の書体について、著作物の創作性否定²³⁷)、東京地判平成5年4月28日知財集25巻1号170頁 [岩田書体・一審] (一宮和夫裁判長)、東京高判平成5年11月18日知財集25巻3号472頁 [同控訴審] (竹田稔裁判長) (一審判決引用) (「岩田書体」という明朝体の書体について、著作物の創作性否定²³⁸)、大阪地判平成7年3月28日
- 5 知財集27巻1号210頁 [三光商事] (水野武裁判長) (イラストでの説明図について、著作物の創作性否定²³⁹)、京都地判平成9年7月17日判例工業所有権法 [ファイブスターのガレージキット・一審] (井垣敏生裁判長)、大阪高判平成10年7月31日判例工業所有権法 [同控訴審] (小林茂雄裁判長) (二次的著作物の創作性肯定²⁴⁰)、前掲東京地判平成10年10月29日 [SMAP 大研究・一審] (三村量一裁判長)、前掲東京高判平成11年5月26日 [同
- 10 控訴審] (田中康久裁判長) (インタビューを内容とする記事について、著作物の創作性肯定)²⁴¹、東京地判平成10年11月30日知財集30巻4号956頁 [版画事典写真] (森義之裁判長) (二次的著作物の創作性否定²⁴²)、東京地判平成11年2月25日判タ998号252頁 [松本清張作品映像化リスト] (三村量一裁判長)²⁴³、前掲東京地判平成11年9月28日 [新橋玉木屋] (森義之裁判長) (二次的著作物の創作性肯定²⁴⁴)、前掲東京地判平成11年11月17
- 15 日 [キューピー I (キューピー株式会社)・一審] (飯村敏明裁判長)、前掲東京高判平成13年5月30日 [同控訴審] (篠原勝美裁判長)、前掲東京地判平成11年11月17日 [キューピー II (日本興業銀行)・一審] (飯村敏明裁判長)、前掲東京高判平成13年5月30日 [同控

²³⁷ 第4章参照。

²³⁸ 第4章参照。

²³⁹ 上飾り芯地の用途説明として芯地のカット方法をイラストで説明し、平成3年発行の原告商品カタログに掲載された原告説明図について、判決は平成元年発行の同業者カタログに掲載された図と対比して、原告説明図はこれを複製し、上段下段各三本のカット線のうち各一本を省略しているのみであるから、著作物としての創作性を否定した。

²⁴⁰ 漫画「ファイブスター物語」の登場キャラクターを立体化した模型。

²⁴¹ インタビューを内容とする原告記事のうちには、専ら事実を内容とするものもあるが、当該事実を別の表現方法を用いて記述することも可能であると解され、具体的な文章表現に各原告記事を作成した者の個性が表れているといえるから、著作権法にいう著作物に該当すると判示した。

²⁴² 第3章参照。

²⁴³ 松本清張の小説の映画化及びドラマ化に関する事項を一覧表にまとめたものについて、題名、封切年など、それぞれ項目として選択しその順序に従って配列して編集することは、従来の事実情報資料においても採られていたものであって、原告リストがこの点において何らかの独自性を有するとは認めることができず、創作性を有するものとは認められないと判示した。

²⁴⁴ 判決は第三者の原画とそれを模写した江戸風俗の資料画を対比して、両者の間に違いがあることを認定したうえで、「本件絵画は本件原画をそのまま機械的に模写したものではないことは明らかであって、本件絵画は、創作性を有するもの」と判示した。

この点に関して、大瀬戸豪志 [判批] (新橋玉木屋) 齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号 (第3版・2001年4月・有斐閣) 21頁は、判旨の指摘する相違点のみでは、本件原画と本件絵画の類似性を認め、後者を前者の複製に該当するものと解することも不可能ではないから、両者の相違を強調するだけで、二次的著作物の該当性を認めるためには、本件原画に対する本件絵画の「新たな創作性」への言及を欠いている、と判決を批判している。

- 訴審] (篠原勝美裁判長) ((二次的著作物の創作性肯定²⁴⁵)、東京地判平成12年9月28日判タ1044号212頁[住友建機ロゴ] (三村量一裁判長) (ゴシック体の住友建機の社名ロゴについて、著作物の創作性否定²⁴⁶)、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] (小松一雄裁判長) (二次的著作物の創作性否定²⁴⁷)、大阪高判平成17年7月28日判時1928号116頁[同控訴審] (竹原俊一裁判長) (二次的著作物の創作性肯定²⁴⁸)、横浜地判平成17年5月17日コピライト2006年9月号43頁[スメルゲット写真・一審] (二次的著作物として創作性否定²⁴⁹)、知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁[同控訴審] (塚原朋一裁判長) (二次的著作物の創作性肯定²⁵⁰)、東京地判平成18年3月23日判タ1226号257頁[柏書房] (設樂隆一裁判長)、知財高判平成18年9月26日裁判所HP
- 5 7月28日判時1928号116頁[同控訴審] (竹原俊一裁判長) (二次的著作物の創作性肯定²⁴⁸)、横浜地判平成17年5月17日コピライト2006年9月号43頁[スメルゲット写真・一審] (二次的著作物として創作性否定²⁴⁹)、知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁[同控訴審] (塚原朋一裁判長) (二次的著作物の創作性肯定²⁵⁰)、東京地判平成18年3月23日判タ1226号257頁[柏書房] (設樂隆一裁判長)、知財高判平成18年9月26日裁判所HP
- 10 [同控訴審] (佐藤久夫裁判長) (二次的著作物の創作性肯定否定両方がる²⁵¹)、東京地判平成18年5月11日判タ1226号257頁[豆腐屋] (設樂隆一裁判長) (二次的著作物の創作性否定²⁵²)、知財高判平成18年11月29日裁判所HP [同控訴審] (塚原朋一裁判長) (一審判

²⁴⁵ 原著作者ローズ・オニールによって1903年及び1905年に創作されたキューピーイラストを変形して立体的に表現したキューピー人形について。

²⁴⁶ 第4章参照。

²⁴⁷ 物語の挿絵に描かれた人物を立体化させた「アリスフィギュア」について。第3章、第4章参照。

²⁴⁸ ただし、美術の著作物(純粹美術と同視し得る程度の美的創作性)否定。第3章、第4章参照。

²⁴⁹ 第3章参照。

²⁵⁰ 第3章参照。

²⁵¹ 控訴審判決はまず、「一般に模写作品とは、原画に依拠して原画における創作的表現を再現したものを意味するものであって、模写制作者により、模写作品に原画に見られない新たな創作的表現が付与されていない限り、原画の複製物にとどまるものとして、著作物性を否定されるものである」、「原告各絵画の著作物性を判断するに当たっては、本件各原画と比較し、原告各絵画について新たな創作的表現が付与されているかどうかを検討すべきものである」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、江戸時代の酒屋の底先における人物三人の様子を描いた浮世絵である本件原画1をもとに描かれた原告絵画1、家の座敷で三味線を弾く男性と、子供をあやしている女性を描いた本件原画4から、蚊遣り、蚊遣りから立ち上る煙、松葉の入った縫のみを抜き描いた原告絵画4については、本件原画1、4の複製にとどまり、二次的著作物とはならないとした一方、古井戸から飛び出した幽霊に驚く焼酎師の様子が描かれた本件原画2をもとに描かれた原告絵画2、高貴な者が焼酎をするという狂歌の場面を主題とする本件原画3をもとに、焼酎師の姿などを抜き描きして、まげやひげに変更を加えた原告絵画3については、本件原画2、3の単なる模写作品ではなく、「創作的表現が付与され、作品全体としても本件原画2、3と異なる創作的表現を感得することができるものとして、二次的著作物に該当する」と判示した。

²⁵² 原告模写絵画において、①浮世絵である原画における誇張的な、男性の頭が肩にめり込む程度、怒り肩の盛り上がる程度が若干抑えられて描かれている点、②女性に背負われた幼児の頭が反り返った程度が若干抑えられて描かれている点、③老婆が若干小さく描かれおり、顔のしわなどの描写が多少簡略化して描かれている点、④豆腐屋の店舗の様子について、画面左下にある豆腐を入れる箱の上部四隅の金具、屋根、扉風の色ないし明暗、及び登場人物の着物の色などにおいて異なる部分がある点で、原画との間に差異があるものの、これらは細部における僅かな差異にすぎない、あるいは単に簡略化されただけであるとし、模写絵画は原画にはない創作的な表現が付加されているものと認めることはできず、原画の複製物にすぎないとして著作物としての創作性を否定した。

- 決引用)、仙台地判平成19年10月2日判時2029号153頁[福の神仙台四郎](潮見直之裁判長)(二次的著作物の創作性否定²⁵³)、仙台地判平成20年1月31日判タ1299号283頁[堤人形](小野洋一裁判長)(著作物の創作性否定²⁵⁴)、東京地判平成21年8月28日裁判所HP[手あそびうたブック](大鷹一郎裁判長)(著作物の創作性否定²⁵⁵)、東京地判平成22年1月27日裁判所HP[月刊ネット販売(図表編集)](清水節裁判長)(著作物の創作性否定²⁵⁶)、東京地判平成22年4月28日裁判所HP[恋愛の神様・一審](岡本岳裁判長)(携帯電話画面上に表示されるルーン石の白黒画像について二次的著作物の創作性否定、カラー画像について二次的著作物の創作性肯定²⁵⁷)、知財高判平成23年2月28日裁判所HP[同控訴審](飯村敏明裁判長)(白黒画像、カラー画像について、いずれも二次的著作物の創作性否定²⁵⁸)、東京地判平成22年6月17日裁判所HP[月刊ネット販売Ⅱ(図表編集)](阿部正幸裁判長)(著作物の創作性否定²⁵⁹)、知財高判平成23年3月22日裁判所HP[同控訴審](塩月秀平裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成23年7月29日裁判所HP[合格!行政書士南無刺青観世音・一審](岡本岳裁判長)(二次的著作物の創作性肯定²⁶⁰)、知財高判平成24年1月31日裁判所HP[同控訴審](飯村敏明裁判長)(一審判決引用)、前掲東京地判平成27年7月16日[建築士設計製図受験テキスト](長谷川浩二裁判長)(二次的著作物の創作性否定²⁶¹)、などがある。

第4款 小括一著作物性の判断を先行させる実益について

- 20 以上をまとめると、創作的表現の共通性の判断手法として、著作物の保護範囲を画する類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物全体の著作物性の判断を先行させるか否かという観点から裁判例を検討すると、第一に、多くの場合にはそれは裁判所が自ら決めた判断手法ではなくて、両当事者がそういう主張の仕方をしていることである。第二に、美術の範囲に属しない特定の種類の表現、不可避又はありふれた表現、第三者の著作物の二

²⁵³ 第3章、第4章参照。

²⁵⁴ 第3章参照。

²⁵⁵ 手あそびうたの既存の歌詞から1本と1本で「にんじゃ」、3本と3本で「ねこさん」、4本と4本で「たこさん」、5本と5本で「とりさん」と置き換えた部分については、左右の手の指の本数を組み合わせて動物等の動作を一節で表現する手あそび歌である「いっぽんといっぽんで」の趣旨に沿った歌詞の一部であり、1本と1本の指を組み合わせて「忍者」、3本と3本の指を組み合わせて「猫」、4本と4本の指を組み合わせて「たこ」、5本と5本の指を組み合わせて「鳥」というアイデアが決まれば、忍者を「にんじゃ」、「猫」を「ねこさん」、「たこ」を「たこさん」、「鳥」を「とりさん」とそれぞれ表現することは、ありふれたものであるから、原告主張の上記歌詞は、創作性を有する著作物であるものと認めることはできないとした。

²⁵⁶ 図表3、4について。第3章参照。

²⁵⁷ 第3章参照。

²⁵⁸ 第3章参照。

²⁵⁹ 図表3について。第3章参照。

²⁶⁰ 写真の十一面観音立像をモデルとして仏像の入れ墨を施したものについて。第4章参照。

²⁶¹ 前掲注0参照。

次的著作物にならない、といった著作物性を容易に否定しうる場合には、裁判例の趨勢として、類否の判断に立ち入る前に、著作物性の判断を先行させる傾向にある。また、仮に結果として権利を主張する側の対象物全体が創作的に表現した著作物であると認められても、創作的表現であるか否かを「著作物性における創作的表現」の判断と「類似性における創作的表現の共通性」の判断において二回渡り、判断することになるかもしれないが、この著作物性の有無を検討することは無駄とはいえない。したがって、事案や著作物の性質によっては、権利を主張する側の対象物全体の著作物性の判断を先行させたほうが妥当であることもあるだろう。

- 5
10
15
- それ以外の場合には、確かに類否の判断に立ち入る前に権利を主張する側の対象物全体について著作物性を検討する必要がなく、創作的表現であるか否かを著作物の保護範囲を画する類似性要件の枠内で一回のみ合わせて判断すれば足りる。しかし、[江差追分]事件のように権利を主張する側が自ら濾過テストを採用し、著作権侵害を主張する場合に、裁判所はこの濾過した原告 974 字のプロローグに着目してその著作物性の有無の判断を先行させたとしても、無駄な検討という二段階テストのデメリットが生じない。

- 20
25
30
- また、検討の無駄かもしれないが、「二段階テスト」のメリットは、最終的に著作物の保護範囲を画する類似性が否定された場合に限っては、一段階テストを採用する場合には、権利者側の対象物の保護範囲が被疑侵害物に及ばないことを意味するものにとどまるにすぎず、この対象物の著作物性の有無についてはそもそも判断されていない。そのため、今度利用態様がそっくりそのままの複製に近づけば、類似性が肯定され、著作権侵害になる懸念が払拭できない。それに対し、二段階テストを採用する場合には、類否の判断に立ち入る前に著作物性を検討することこそ、権利を主張する側の対象物全体について著作物性の有無が明確になり、今後の利用行為に与える影響は一段階テストとは異なってくる。特に、デジタル・インターネットの環境では、コピーでのような利用が増えているので、後発者の自由を確保するために、著作物の保護範囲の調整だけでは足りず、二段階テストのように、類似性の判断に立ち入る前に著作物の成立要件として求めている創作性の有無の判断を行った裁判例の蓄積によって、実務の方向性が固まっていくこと、さらに、このことによって著作物という「有体物」のフィクショにもたらず萎縮効果を抑制することが期待される。そういう舵取りの重要性がますます高まっているといえよう。

第3項 創作的表現の共通性を判断するのに「濾過テスト」の採否について

- 35
- 創作的表現の共通性を満たすには、権利を主張する側の対象物全体が利用される必要はなく、その一部が利用されたにすぎない場合であっても、利用された部分が創作的表現とい

えるのであれば、創作的表現の共通性は肯定される²⁶²。かくして著作権侵害を肯定している前掲東京地判昭和53年6月21日〔日照権〕(秋吉稔弘裁判長)²⁶³のように、創作的表現となる盗用部分の実質的頁数は被告書籍の本文217頁中のわずか2頁分に過ぎなかったとしても、そのことをもって創作的表現の共通性というに十分である。この場合、被告書籍全体と原告書籍の全体を比較して、当該盗用部分は枝葉末節に過ぎないなどと抗弁しても功を奏するものではない²⁶⁴。その意味から、権利を主張する側の対象物と被疑侵害物の相違点は類似性の成否に影響を与えないので、創作的表現の共通性を判断するにあたって、主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物に共通する部分を抽出し、この両者の共通部分のみを検討対象とし、それが著作権の保護に値する「創作的表現」を構成するか否かを論じればよいとする見解が示されている²⁶⁵。

²⁶² 田村善之「著作権法講義ノート5」発明92巻8号(1995年8月)97頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)58-59頁、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」斉藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系(27)知的財産関係訴訟法』(1997年6月・青林書院)123頁、加戸守行『著作権法逐条講義』(5訂新版・2006年3月・著作権情報センター)179頁、同(6訂新版・2013年8月・著作権情報センター)頁(その一部分が著作物としての価値を持ち得るものである限り)、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)466頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁参照

²⁶³ 同旨と思われる裁判例として、自伝的な小説の約1/26が他人の手紙及び葉書であった事例(東京地判平成11年10月18日判タ1017号255頁〔三島由紀夫手紙・一審〕(飯村敏明裁判長)、東京高判平成12年5月23日判タ1063号262頁〔同控訴審〕(山下和明裁判長))、被告書籍における原告書籍との類似部分がわずか238頁分のうち、6.5頁分であるにもかかわらず、なお著作権侵害を認め、出版の差止請求等を認容した事例(東京地判平成19年8月30日裁判所HP〔営業マネジメント・一審〕(設楽隆一裁判長))などにもある。

²⁶⁴ 田村善之「著作権法講義ノート5」発明92巻8号(1995年8月)98頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)59-60頁、同〔判批〕(釣りゲータウン2・控訴審)(2・完)知的財産法政策学研究42号(2013年3月)93-95頁、駒田泰士「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008年6月・弘文堂)317頁、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4月・信山社)29頁。

²⁶⁵ 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)48頁、同〔判批〕(江差追分・上告審)法学協会雑誌119巻7号(2002年7月)224-225頁、同〔判批〕(サイボウズ(インターフェイス))ジュリスト1266号(2004年4月)192頁、同〔判批〕(釣りゲータウン2・控訴審)(2・完)知的財産法政策学研究42号(2013年3月)90-97頁、大野聖二「翻案権侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』(2007年6月・新日本法規)205頁、中山信弘『著作権法』(2007年10月・有斐閣)466頁、同(第2版・2014年10月・有斐閣)頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年9月・産経新聞)422頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』(2014年2月・中央経済社)103頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ—片山英二先生還暦記念論文集—』(2010年11月・青林書院)350頁、同『標準著作権法』(2010年12月・有斐閣)84頁、同(第3版・2016年12月・有斐閣)頁、岡村久道『著作権法』(新訂版・2013年4月・民事法研究会)456頁、同(第3版・2014年8月・民事法研究会)頁、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4月・信山社)27-29頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』(2014年6月・青林書院)95頁、泉克幸〔判批〕(プロ野球ドリームナイン・控訴審)京女法学9号(2016年2月)156頁の注26。

また、両比較対象がいずれも膨大な量の情報を有するカテゴリの表現の場合には、裁判所としては、主張されている権利者側の対象物全体と被疑侵害物全体とを比較して両比較対象の共通部分のみをまず問うたうえで、共通部分があると認められる場合に、それが「表現
5 それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分」にしか認められないかを吟味する「濾過テスト」的な判断手法のほうが、前述のように、検討対象として創作的表現の判断範囲を両比較対象の共通する部分に限定するということで、審理の促進及びコストの節約という観点から効率的であるといえる。

10 第1款 そのままの利用又はデッド・コピーに近い利用の場合

もっとも、著作権侵害が主張された範囲において利用態様が権利を主張する側の対象物の全体をそのまま取り込んで利用すること又はデッド・コピーに近い利用の場合には、創作的表現の共通性を判断するのに、検討対象としてそもそも両比較対象の間に無駄な部分を
15 濾過し、共通している部分を抽出する必要性がなくなる。また、この場合にはアイデアと表現の区別というメタファーを通じて著作物の保護範囲を調整する機能を果たし得ないので、著作物の成立要件として求めている創作性が認められるのか否かということだけでまさに類似性の要件における「創作的表現の共通性」の成否を決する分岐点となる。そのため、著作物性の要件と類似性の要件とを分けて判断する「二段階テスト」でも、創作的表現である
20 か否かを著作物の保護範囲を画する類似性要件の枠内で一回のみ合わせて判断する「一段階テスト」でも、いずれも著作物性としての創作性の有無のみを判断することで、両判断手法を区別する実益はない。

権利を主張する側の対象物全体のそのままの利用又はデッド・コピーに近い利用のため、
25 著作物としての創作性の有無を判断する裁判例（著作物性について当事者間に争いがないといった判決の前提となる事実の場合を含む）として、東京地判昭和36年10月25日下民12巻10号2583頁〔動物写真画〕（三宅正雄裁判長）、前掲東京地判昭和44年5月31日〔地球儀用世界地図（刑事）・一審〕（近藤暁裁判長）、前掲東京高判昭和46年2月2日〔同控訴審〕（栗田正裁判長）、前掲東京地判昭和47年11月20日〔パロディ・モンタージュ写真・一審〕（荒木秀一裁判長）、前掲東京高判昭和51年5月19日〔同控訴審〕（駒田駿太郎裁判長）、前掲最判〔パロディ・モンタージュ写真〕、東京地判昭和47年10月11日無体集4巻2号538頁〔民青の告白〕（荒木秀一裁判長）、前掲神戸地判昭和54年7月9日〔仏壇彫刻〕（砂山一郎裁判長）、東京地判昭和56年4月20日無体集13巻1号432頁〔アメリカティーシャツ〕（秋吉稔弘裁判長）、前掲東京地判昭和57年3月8日〔古典「将門記」訓読文〕（牧野利秋裁判長）、大阪地判昭和57年3月30日判タ474号234頁〔広告電話帳〕（金田育三裁判長）、前掲東京地判昭和58年7月22日〔全共済施設総覧〕（牧野利秋裁判

- 長)²⁶⁶、東京地判昭和59年9月28日無体集16巻3号676頁〔パックマン（ビデオゲーム）〕（牧野利秋裁判長）、福岡地大牟田支判昭和59年9月28日無体集16巻3号705頁〔日刊情報〕（糟谷邦彦裁判長）、前掲東京地判昭和60年10月30日〔動書Ⅰ〕（元木伸裁判長）、前掲東京地判昭和61年4月28日〔「豊後の石風呂」論文〕（元木伸裁判長）、前掲東京地判昭和61年6月20日〔SM写真〕（元木伸裁判長）、東京地判昭和62年7月10日判時1248号120頁〔真田広之プロマイド〕（長野益三裁判長）、前掲東京地判平成5年1月25日〔ブランカ写真掲載〕（西田美昭裁判長）、前掲大阪地判平成5年3月23日〔山口組五代目継承式〕（庵前重和裁判長）、東京地判平成5年6月28日知財集27巻4号715頁〔JAMIC システム・一審〕、東京高判平成7年10月17日知財集27巻4号699頁〔同控訴審〕（竹田稔裁判長）（工事別分類項目表及び工事分類項目別メーカーリストについて）、東京地判平成5年8月30日知財集25巻2号380頁〔ウォール・ストリート・ジャーナル・一審〕（一宮和夫裁判長）²⁶⁷、東京高判平成6年10月27日知財集26巻3号1151頁〔同控訴審〕（伊藤博裁判長）²⁶⁸、津地判平成6年1月31日判例工業所有権法〔津医療生活協同組合写真・一審〕（橋本勝利裁判長）、名古屋高判平成6年10月27日判例工業所有権法〔同控訴審〕（稲守孝夫裁判長）、青森地判平成7年2月21日知財集27巻1号1頁〔猪垣写真〕（片野悟好裁判長）、仙台高判平成9年1月30日知財集29巻1号89頁〔同控訴審〕（小林啓二裁判長）、前掲大阪地判平成8年1月31日〔エルミア・ド・ホーリィ贋作・一審〕（下村浩藏裁判長）、前掲大阪高判平成9年5月28日〔同控訴審〕（中田耕三裁判長）（一審判決引用）²⁶⁹、東京地判平成7年12月18日知財集27巻4号787頁〔ラストメッセージ〕（西田美昭裁判長）、

²⁶⁶ そのままの複製に関しては当事者間に争いがない。

²⁶⁷ 債務者は債権者の一日分の「ザ・ウォール・ストリート・ジャーナル」経済紙の各記事（広告や株式、為替等の相場欄、死亡記事等を除く）を1ない3三行程度の日本語に要約した文章を新聞の紙面構成に対応して分類、配列し、当該発行日の新聞記事を網羅的に一覧形式にまとめた文書を作成、頒布することについて、判決は債権者新聞に掲載された記事が編集著作物における素材と考えることができる、債務者文書の各項目が伝達しようとしている出来事はいずれも債権者新聞の記事に掲載された出来事であり、債権者新聞の記事に掲載されていない出来事が債務者文書に記載されていることはなく、またその配列もほぼ同一であるから、債務者文書が伝達しようとした出来事の選択・配列は、債権者新聞が伝達しようとした出来事の選択・配列とほぼ同一として、債務者は債務者文書の作成・頒布行為により、債権者が債権者新聞について有する編集著作権の翻案権を侵害していると判示した。

²⁶⁸ ①債権者新聞に掲載されている記事のうち債務者文書において対象とされていないものは僅かであり、債権者新聞に掲載されていない記事が債務者文書の対象となっていることはないこと、②債務者文書の各記述はほとんど、それぞれ対応する債権者新聞の記事に具現されている情報の核心的事項をおおよそ把握し得る内容のものとなっており、債務者文書によれば、特定の日付けの債権者新聞がどのような出来事を取りあげているかの概要を知ることができること、③債務者文書においては、債権者新聞の掲載順序にそれぞれ対応する分が、債権者新聞において用いられている表題と同様の表題のもとにそれぞれ区分されて、債権者新聞における割付順序とほぼ同様の順序で配列されていることなど認定の事実によれば、債務者文書は債権者新聞における記事の選択、配列と類似していることが認められるから、債務者文書は対応する特定の日付けの債権者新聞の翻案に当たると判示した。

²⁶⁹ 前掲注0参照。

- 前掲京都地判平成9年7月17日〔ファイブスターのガレージキット・一審〕(井垣敏生裁判長)、前掲大阪高判平成10年7月31日〔同控訴審〕(小林茂雄裁判長)、東京地判平成11年3月26日判タ1014号259頁〔イルカ写真〕(森義之裁判長)²⁷⁰、前掲東京地判平成11年9月28日〔新橋玉木屋〕(森義之裁判長)、前掲東京地判平成11年10月27日〔雪月花・一審〕(飯村敏明裁判長)、前掲東京高判平成14年2月18日〔同控訴審〕(篠原勝美裁判長)、前掲東京地判平成12年2月29日〔中田英寿(詩)・一審〕(三村量一裁判長)、前掲東京高判平成12年12月25日〔同控訴審〕(篠原勝美裁判長)、前掲東京地判平成12年3月17日〔タウンページデータベース〕(森義之裁判長)、東京地判平成12年3月23日裁判所HP〔増田足チャート〕(三村量一裁判長)、前掲東京地判平成12年8月30日〔建築エスキース・一審〕(飯村敏明裁判長)、前掲東京高判平成13年9月18日〔同控訴審〕(山下和明裁判長)、東京地判平成13年1月23日判時1756号139頁〔新選組ガイドブック〕(三村量一裁判長)²⁷¹、前掲東京地判平成13年6月13日〔絶対音感・一審〕(飯村敏明裁判長)、前掲東京高判平成14年4月11日〔同控訴審〕(山下和明裁判長)²⁷²、東京地判平成13年7月25日判タ1067号297頁〔はたらくじどうしゃ〕(飯村敏明裁判長)、東京地判平成13年8月27日裁判所HP〔消防試験業務用書式〕(飯村敏明裁判長)、前掲東京地判平成14年4月15日〔ホテル・ジャンキーズ・一審〕(飯村敏明裁判長)、前掲東京高判平成14年10月29日〔同控訴審〕(山下和明裁判長)、大阪地判平成14年11月14日裁判所HP〔ベースボールカタログ用写真〕(小松一雄裁判長)、福岡高判平成14年12月26日裁判所HP〔日本舞踊〕(宮良允通裁判長)、東京地判平成15年2月26日判タ1140号259頁〔創価学会写真ビラ・一審〕(飯村敏明裁判長)、東京高判平成16年11月29日裁判所HP〔同控訴審〕(篠原勝美裁判長)²⁷³、東京高判平15年2月26日裁判所HP〔スカイダイビング写真・控訴審〕(篠原勝美裁判長)、大阪地判平成15年10月30日判タ1146号267頁〔グルニエ・ダイニング写真(積水ハウス)・一審〕(小松一雄裁判長)、大阪高判平成16年9月29日裁判所HP〔同控訴審〕(竹原俊一裁判長)、大阪地判平成16年2月12日裁判所HP〔誕生花・花言葉ポスター・一審〕²⁷⁴、

²⁷⁰ 自然の中におけるイルカの生態等を撮影した写真を上下又は左右をトリミングして写真に文字を重ねて掲載した。

²⁷¹ 原告書籍と被告書籍は、いずれも新選組に関する多摩地方の史跡という同一の場所につき、同一の史実、歴史上の人物及びこれに到達するために用いる同一の交通機関を対象として、これを紹介し、客観的に記述し、説明するという論稿であり、被告書籍の各記述部分は、原告書籍の該当部分とわずかな差異があるのみか、一字一句全く同じであり、その数も50か所にのぼっているものであるから、被告書籍が原告書籍の各記述部分をそのまま模倣したことによるものとした。

²⁷² 被告が、書籍「絶対音感」を執筆するに当たり、原告翻訳台本を複製して掲載したことは当事者間に争いが無い。

²⁷³ 原告肖像写真をモノクロにして背景をカットした写真をビラに掲載して、これを配布した被告行為が、原告肖像写真について有する著作権侵害行為に当たるとされた一方で、原告肖像写真をトレースして作成した絵をビラに掲載して、これを配布した被告行為が、原告肖像写真について有する著作権侵害に当たらないとされた。

²⁷⁴ 原告写真集に用いられた花の写真のみならず、1年の各日ごとの「誕生花」の選択とこれに対応した写真及び花言葉の組み合わせとして表現されたものの全体は、1年366日の「誕生花」と

- 東京地判平成16年3月24日判タ1175号281頁[ライントピックス(YOL)・一審](飯村敏明裁判長)、知財高判平成17年10月6日裁判所HP[同控訴審](塚原朋一裁判長)、前掲東京地判平成16年5月31日[X0 醬男と杏仁女・一審](高部真規子裁判長)、前掲東京高判平成16年12月9日[同控訴審](佐藤久夫裁判長)、前掲東京地判平成16年6月11日[デ
- 5 ンバー元総領事写真・一審](三村量一裁判長)、前掲東京高判平成17年3月24日[同控訴審](塚原朋一裁判長)、前掲大阪地判平成16年11月25日[チョコエッグ・一審](小松一雄裁判長)、前掲大阪高判平成17年7月28日[同控訴審](竹原俊一裁判長)²⁷⁵、大阪地判平成17年3月17日裁判所HP[ダスキン営業秘密・一審](田中俊次裁判長)、大阪高判平成17年10月25日裁判所HP[同控訴審](若林諒裁判長)(取締役会議事録について)、前
- 10 掲横浜地判平成17年5月17日[スメルゲット写真・一審]、前掲知財高判平成18年3月29日[同控訴審](塚原朋一裁判長)、前掲東京地判平成18年3月23日[柏書房](設樂隆一裁判長)、前掲知財高判平成18年9月26日[同控訴審](佐藤久夫裁判長)、前掲東京地判平成18年5月11日[豆腐屋](設樂隆一裁判長)、前掲知財高判平成18年11月29日[同
- 15 控訴審](塚原朋一裁判長)、東京地判平成18年12月21日判時1977号153頁[東京アウトサイダーズ写真](設樂隆一裁判長)、知財高判平成19年5月31日判時1977号144頁[同控訴審](中野哲弘裁判長)²⁷⁶、東京地判平成19年4月12日裁判所HP[創価学会写真ウェブ掲載](設樂隆一裁判長)²⁷⁷、東京地判平成19年11月26日ウエストロー・ジャパン[ライブドア裁判傍聴記・一審](森剛裁判長)、知財高判平成20年7月17日判タ1274号
- 20 246頁[同控訴審](飯村敏明裁判長)、前掲東京地判平成22年1月27日[月刊ネット販売(図表編集)](清水節裁判長)、前掲東京地判平成22年4月28日[恋愛の神様・一審](岡本岳裁判長)、前掲知財高判平成23年2月28日[同控訴審](飯村敏明裁判長)、前掲東京地判平成22年5月19日[美術鑑定証書・一審](清水節裁判長)、前掲知財高判平成22年10月13日[同控訴審](滝澤孝臣裁判長)、前掲東京地判平成22年5月28日[がん闘病記転載](岡本岳裁判長)、前掲東京地判平成22年6月17日[月刊ネット販売Ⅱ(図表編集)]
- 25 (阿部正幸裁判長)、前掲知財高判平成23年3月22日[同控訴審](塩月秀平裁判長)、前掲札幌地判平成22年11月10日[NHK ニュース風車写真・一審](石橋俊一裁判長)、前掲札幌高判平成23年11月18日[同控訴審](小林正裁判長)、前掲東京地判平成23年2月9

その花言葉という統一的なまとまりのある意味を有しており、単なる花の写真の集合を超えて、原告の思想又は感情が創作的に表現されたものとして、著作権法上の著作物に該当すると判示したうえ、被告は、ホームページへの原告誕生花の写真及び花言葉の掲載について許諾を受けずに、原告誕生花の写真及び花言葉を掲載したのであるから、著作権侵害を肯定した。

²⁷⁵ 原告は被告に対し、著作権使用許諾契約に基づき、未払のロイヤルティ及び違約金の支払を求めて訴訟を提起したところ、被告は、フィギュアの模型原型は、著作権法にいう著作物に該当しないから、著作権使用許諾契約は要素の錯誤により無効であるなどと主張して争った事案。

²⁷⁶ 父子の姿を捉えた家族の写真のうち、被写体たる人物の上半身部分がトリミングされ、そのまま掲載されている事案。

²⁷⁷ 被写体たる人物の全身を撮影したものであり、その背景には壁と床及び壁に掛けられた絵が配されている肖像写真を白黒にし、やや不鮮明な態様で再製した上で、その上下左右の一部を切除したもの。

- 日〔都議会議員写真ビラ〕（岡本岳裁判長）、知財高判平成23年10月31日裁判所HP〔同控訴審〕（中野哲弘裁判長）（一審判決引用）、横浜地判平成23年6月1日TKC〔おもてなしプレゼント〕（佐村浩之裁判長）、前掲東京地判平成23年11月29日〔CTは魔法のナイフ・一審〕（大鷹一郎裁判長）、前掲知財高判平成24年4月25日〔同控訴審〕（滝澤孝臣裁判長）²⁷⁸、
- 5 東京地判平成23年12月22日裁判所HP〔火災保険改定説明書面〕（大鷹一郎裁判長）、東京地判平成24年9月28日判タ1407号368頁〔霊言DVD〕（大須賀滋裁判長）²⁷⁹、東京地判平成25年3月21日裁判所HP〔ワールドメイトの実態〕（高野輝久裁判長）、前掲東京地判平成23年7月29日〔合格！行政書士南無刺青観世音・一審〕（岡本岳裁判長）、前掲知財高判平成24年1月31日〔同控訴審〕（飯村敏明裁判長）²⁸⁰、東京地判平成25年5月17日判タ
- 10 1395号319頁〔総合格闘技競技〕（大須賀滋裁判長）²⁸¹、東京地判平成25年6月5日裁判所〔シャトー勝沼Ⅰ・一審〕（大須賀滋裁判長）、知財高判平成25年12月17日裁判所HP〔同控訴審〕（清水節裁判長）、東京地判平成25年7月2日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅱ・一審〕（長谷川浩二裁判長）、知財高判平成26年1月22日裁判所HP〔シャトー勝沼Ⅱ・控訴審〕（清水節裁判長）（ワイナリーの案内看板について）、東京地判平成25年6月28日裁判
- 15 所HP〔かなめ行政書士事務所（ブログ記事）〕（大須賀滋裁判長）、東京地判平成25年7月19日判時2238号99頁〔激安ファストファッション・一審〕（大須賀滋裁判長）、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁〔同控訴審〕（設楽隆一裁判長）、東京地判平成25年7月19日裁判所HP〔HONDA エンジン写真・一審〕（大須賀滋裁判長）、知財高判平成25年12月25日裁判所HP〔同控訴審〕（設楽隆一裁判長）（一審判決引用）、前掲東京地判平成26年
- 20 5月27日〔猫の写真看板〕（長谷川浩二裁判長）、前掲東京地判平成26年5月30日〔美術鑑定証書Ⅱ〕（東海林保裁判長）、東京地判平成26年7月30日裁判所HP〔銀座櫻風堂（修理規約）〕（嶋末和秀裁判長）、東京地判平成27年1月29日判時2249号86頁〔イケア製品写真〕（高野輝久裁判長）、東京地判平成27年3月20日裁判所HP〔英会話教材キャッチフレーズ・一審〕（嶋末和秀裁判長）、知財高判平成27年11月10日裁判所HP〔同控訴審〕（清水節裁判長）、前掲東京地判平成27年3月26日〔幻想ネーミング辞典〕（沖中康人裁判長）、前掲大阪地判平成27年9月24日〔大阪城ピクトグラム〕（高松宏之裁判長）、東京地判平成27年12月9日裁判所HP〔SNIP STYLE No. 348（写真）〕（東海林保裁判長）²⁸²、東京地判平成28年1月29日裁判所HP〔「風水」発信者情報開示請求〕（東海林保裁判長）、などがある。

²⁷⁸ マンモスの頭部をCT撮影したデータを基に作成した三次元CGカラー画像が白黒画像とされているもの。

²⁷⁹ 「霊言」と呼ばれる宗教行為を撮影した動画映像を収録したDVDを複製・頒布した被告に対し、原告の著作権が侵害された旨主張し、差止と不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である。

²⁸⁰ 入れ墨のクローズアップされた写真の陰影を反転し、単色に変更した画像を用いて、自ら執筆した書籍の表紙カバーに掲載すること。

²⁸¹ 被告がコンピュータを使用して、ニコニコ動画サイトに、総合格闘技の大会における試合を撮影した原告動画映像の情報を記録・保存し、当該映像をインターネットにアップロードしたことについては、当事者間に争いがない。

²⁸² 被告各写真は原告各写真を有形的に複製したものについて、当事者間に争いがない。

第2款 権利を主張する側が自ら濾過テストを採用する場合

前述のように、[江差追分] 事件において、原告が自ら著作物と主張するもの（ノンフィクション作品「北の波濤に唄う」の中の短編「九月の熱風」の冒頭の合計 974 字のプロローグ）を特定し、被疑侵害物（被告テレビ番組の中の 158 字のナレーション）を特定して、両者の共通箇所を抽出したうえで、それが表現上の創作性がある部分であることを出張立証していくことになる。著作権侵害を認めるためには、権利を主張する側の対象物の全体において表現上の創作性があるのみでは足りず、それと被疑侵害物と共通する部分が創作的表現でなければならない²⁸³。また、権利を主張する側の対象物が全体としては著作物性を有するとしても、権利者側がその侵害を主張する部分について表現上の創作性が認められなければ、著作権侵害は成立しないので、権利者側にとっても実益はない。したがって、検討対象として創作的表現の判断範囲を被疑侵害物との共通する部分に限定するということで、審理を促進し、早期に判決を得ることができるよう争点を絞るため²⁸⁴、又はコストの節約という点で権利を主張する側は自ら濾過テストを採用してそういう主張の仕方をすると考えられる。また、それは裁判所が自ら決めた判断手法ではなくて、権利を主張する側がそういう主張の仕方をしていることを留意する必要である²⁸⁵。

類否の判断に立ち入る前に著作物性の判断を先行させるかどうかはともかく、権利を主張する側が自ら濾過テストを採用する例として（ただし、事案によっては、創作的表現の共通性を判断したところで、裁判所は検討対象として両比較対象の共通部分のみについて創作的表現であるか否かを検討する「濾過テスト」的な判断手法を採用するとは限らない）、言語のカテゴリについて、前掲東京地判昭和 53 年 6 月 21 日 [日照権]（秋吉稔弘裁判長）、前掲東京地判昭和 62 年 7 月 10 日 [家庭教師協会パンフレット]（元木伸裁判長）²⁸⁶、前掲東京地判平成 6 年 2 月 18 日 [コムライン・デイリーニュース（日経新聞要約翻案）]（西田

²⁸³ 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）123頁。

²⁸⁴ 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）123頁。

²⁸⁵ それに対し、中平健「翻案権侵害の成否」「著作権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（2004年11月・青林書院）341頁は、判決に添付された対比表のようなものは、当初から原告の自ら主張するものではなく、裁判所は著作物であると原告が称する事柄が、原告対象物のどこの具体的表現と結びついているか、どこの表現からそのような事柄が読み取れるのかを明らかにするために、対比表の作成方法などを提示し、原告著作物及び被疑侵害物の具体的表現に根拠のある形で、その内容に踏み込んだ主張立証を求めていくことによって、作成されたものである、と異なる見解を示している。

こうした見解に与するものとして、大須賀滋「翻案権侵害の主張立証」論究ジュリスト（2012年8月）256-257頁、高部眞規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）56頁。

²⁸⁶ 前掲注0参照。

美昭裁判長)²⁸⁷、前掲東京地判平成6年3月23日[ぼくのスカート](一宮和夫裁判長)²⁸⁸、東京地判平成6年4月25日判時1509号130頁[城と城下町](西田美昭裁判長)(城の定義について)、前掲名古屋地判平成6年7月29日[NHKドラマ「春の波濤」・一審](岡久幸治裁判長)、前掲名古屋高判平成9年5月15日[同控訴審](宮本増裁判長)、前掲最判平成5
10年9月10日[同上告審](上告棄却)²⁸⁹、前掲東京地判平成7年5月31日[ぐうたら健康法](西田美昭裁判長)²⁹⁰、東京地和解平成9年1月22日判時1595号134頁[父よ母よ!](設楽隆一裁判長)(書籍の題号「父よ母よ!」)、前掲東京地判平成10年6月29日[地獄のタクシー(「先生、僕ですよ」)](森義之裁判長)²⁹¹、前掲東京地判平成10年6月29日[パッティング美容法](森義之裁判長)²⁹²、前掲東京高判平成11年3月25日[同控訴審](永井紀昭裁判長)(一審判決引用)、東京地判平成10年11月27日判タ992号232頁10
[壁の世紀](飯村敏明裁判長)²⁹³、前掲東京地判平成10年7月17日[のびのび更年期](森義之裁判長)²⁹⁴、前掲東京地判平成10年10月29日[SMAP大研究・一審](三村量一裁判長)、前掲東京高判平成11年5月26日[同控訴審](田中康久裁判長)²⁹⁵、前掲東京地判平成10年10月30日[血液型と性格の社会史](八木貴美子裁判長)²⁹⁶、前掲東京地判平

²⁸⁷ 新聞記事①ないし⑦。

²⁸⁸ 原告は「ぼくのスカート」と題する原告脚本と被告ドラマのストーリー、各プロット、各構成は、別紙対比一覧表「ストーリー」、「プロット」、「構成」の各欄記載のとおりであって、類似している、と主張する。

²⁸⁹ 原告は被告ドラマには、①別紙一「女優貞奴」・「春の波濤」類似箇所対比表」記載のとおり、原告「女優貞奴」作品の表現と類似する箇所が多数存在する上、②貞奴が「女性として主体的に生きて女優業を切り開いた」という内容の主題、別紙二「女優貞奴の構図」に記載されたような人物の関係、貞奴を主人公とする物語全体の筋とその展開、貞と桃介の相互関係の設定と展開、桃介周辺の登場人物(福沢諭吉、その次女・房)の相互関係と展開、貞と音二郎の相互関係の設定と展開、貞を伴侶とするまでの音二郎及びその周辺の登場人物の相互関係の設定と展開が類似している、と主張する。

²⁹⁰ 原告月刊誌に発表していた「三十三歳からのぐうたら健康法」と題する約7ページの文章(別紙対照表の上段(原告の表現)記載)と被告書籍『あしたの元気になあれ Dr尾谷のやさしいスポーツ医学』と題する書籍中の「わたしの『ぐうたら健康法』のすすめ」と題する約10ページの文章(別紙対照表の下段(被告の表現))。

²⁹¹ 原告は別紙3記載のとおり、被告ドラマが「先生、僕ですよ」という題名の原告短編漫画とは、題材、ストーリーの内容、ストーリーの展開、場面の流れ、映像等の各点において類似していると主張する。それに対して、被告は被告ドラマと原告漫画とは、別紙5記載のとおり異なっていると抗弁する。

²⁹² 前掲注0参照。

²⁹³ 原告が複製権侵害を主張する箇所は、別紙「対照表」の原告第一、二稿の記載及び被告大江の『壁の世紀』の記載部分の中、傍線が引かれていない部分のみである。

²⁹⁴ 原告は被告書籍「更年期からの素敵ダイエット」には、別紙1、4、7ないし30の部分について、別紙1、4、7の「原告らの主張」欄の「複製又は翻案に関する主張」欄及び別紙8ないし30の「原告らの主張」欄記載のとおり、原告著作物と類似の表現があると主張する。

²⁹⁵ 前掲注0参照。

²⁹⁶ 原告は別紙別表一の被告書籍欄記載の被告表現部分一は、同表の原告書籍欄記載の原告表現部分一と類似しているものであるから、被告書籍の発行、販売により、被告は、原告表現部分一についての原告の複製権を侵害したものであると主張する。

- 成 12 年 1 月 28 日 [企業主義の興隆・一審] (森義之裁判長)、前掲東京高判平成 13 年 3 月 28 日 [同控訴審] (篠原勝美裁判長)²⁹⁷、前掲東京地判平成 12 年 12 月 26 日 [ソニー燃ゆ・一審] (三村量一裁判長)、前掲東京高判平成 14 年 1 月 30 日 [同控訴審] (篠原勝美裁判長)²⁹⁸、前掲東京地判平成 13 年 3 月 26 日 [大地の子] (飯村敏明裁判長)²⁹⁹、前掲東京地判平成 13 年 12 月 3 日 [ウェブサイト書籍要約文無断掲載] (飯村敏明裁判長)³⁰⁰、前掲東京地判平成 14 年 4 月 15 日 [ホテル・ジャンキーズ・一審] (飯村敏明裁判長)、前掲東京高判平成 14 年 10 月 29 日 [同控訴審] (山下和明裁判長)³⁰¹、前掲東京地判平成 14 年 7 月 26 日 [歯科技工論文] (森義之裁判長)³⁰²、前掲大阪地判平成 15 年 2 月 8 日 [風呂保温ヒーター取扱説明書・一審] (田中俊次裁判長)、大阪高判平成 17 年 12 月 15 日 裁判所 HP [同控訴審] (小野洋一裁判長)³⁰³、前掲東京地判平成 15 年 10 月 22 日 [シャンテリー転職情報] (飯村敏明裁判長)³⁰⁴、東京地判平成 17 年 9 月 28 日 判タ 1222 号 254 頁 [神聖館開運暦] (清水節裁判長)³⁰⁵、大阪地判平成 17 年 7 月 12 日 裁判所 HP [初動負荷理論・一審] (田中俊次裁判長)³⁰⁶、大阪高判平成 18 年 4 月 26 日 裁判所 HP [同控訴審] (若林諒裁判長)³⁰⁷、前掲東京地判平成 19 年 1 月 31 日 [里見学園八剣伝] (清水節裁判長)³⁰⁸、前掲東京地判平

²⁹⁷ 原告は、原告書籍のような経済学の論文の翻案権の侵害の成否に関して、具体的には 46 箇所
の対比箇所をたどることで、被告書籍がその翻案である旨主張する。

²⁹⁸ ソニーの創業者井深大氏の葬儀の様子を記述した原告記事について、原告は、被告書籍のう
ち別紙一覧表 A 欄記載の各記述部分は、原告記事の同 B 欄記載の記述部分の複製に当たると主
張する。

²⁹⁹ 原告は自らの体験を基に著述したノンフィクション作品の全部ではなく、①対照表記載の 57
か所の記述部分 (対照表一)、②卡子に向かう場面から卡子を脱出するまでの場面のストーリー
ないし場面展開 (対照表二)、③卡子における描写について用いた起承転結の構成 ((対照表三)、
④ストーリーの全体の流れ、エピソードの取捨選択、表現方法 (対照表四) についての著作権侵
害を主張する。

³⁰⁰ 原告らは、被告の作成した要約文は、対照表記載のとおり、各書籍の文章に改変、修正を施
し、また、各書籍の文章の一部をそのまま抜き書きするなどしたものであり、原告らが各書籍
について有する複製権、翻案権等を侵害すると主張する。

³⁰¹ 前掲注 0 参照。

³⁰² 原告は、被告論文の対照表の部分につき、被告論文は原告論文を複製又は翻案したものであ
ると主張する。

³⁰³ 原告は被告製品に関する取扱説明書のイラストは別紙著作物目録 1 ないし 3 記載のイラスト
を複製したものであると主張する。

³⁰⁴ 前掲注 0 参照。

³⁰⁵ 原告は①原告書籍 (表紙裏) の「本命星早見表」と被告書籍 (表紙裏) の「本命星の早見表」、
②原告書籍 (9 頁) の方位盤と被告書籍 (5 頁) の方位盤等は同一であるから、被告書籍は原告
が有する著作権を侵害するものであると主張する。

³⁰⁶ 原告は被告会社発行の雑誌に掲載された被告解説の本件記事において、原告の独創した「初
動負荷」及び「終動負荷」という表現を用いて解説をした行為は、原告の複製権を侵害すると主
張する。

³⁰⁷ 控訴人は別紙「控訴人 A の著作物と本件記事との対比表」を提出し、被控訴人の本件記事は、
控訴人の初動負荷理論に関する著作物の著作権を侵害すると主張する。

³⁰⁸ 前掲注 0 参照。

成 19 年 5 月 28 日 [租税論教科書] (清水節裁判長)³⁰⁹、前掲東京地判平成 19 年 11 月 26 日
 [ライブドア裁判傍聴記・一審] (森剛裁判長)、前掲知財高判平成 20 年 7 月 17 日 [ライブ
 ドア裁判傍聴記・控訴審] (飯村敏明裁判長)³¹⁰、東京地判平成 22 年 1 月 29 日裁判所 HP
 [箱根富士屋ホテル物語・一審] (大鷹一郎裁判長)、前掲知財高判平成 22 年 7 月 14 日 [同
 5 控訴審] (滝澤孝臣裁判長)³¹¹、前掲東京地判平成 22 年 12 月 10 日 [データ復旧サービス・
 一審] (岡本岳裁判長)、前掲知財高判平成 23 年 5 月 26 日 [同控訴審] (滝澤孝臣裁判長)³¹²、
 前掲東京地判平成 23 年 6 月 10 日 [バイナリーオートシステム] (岡本岳裁判長)³¹³、東京
 地判平成 23 年 4 月 27 日裁判所 HP [出願手続補正書] (岡本岳裁判長)³¹⁴、前掲東京地判平
 成 25 年 3 月 14 日 [風にそよぐ墓標 (日航機墜落事故)] (高野輝久裁判長)、前掲知財高判
 10 平成 25 年 9 月 30 日 [風にそよぐ墓標 (日航機墜落事故・控訴審)] (設楽隆一裁判長)³¹⁵、
 前掲東京地判平成 25 年 3 月 25 日 [いのちを語る (光の人映画)] (大須賀滋裁判長)³¹⁶、東
 京地判平成 25 年 9 月 12 日裁判所 HP [EF0 CUB 入力フォーム] (高野輝久裁判長)³¹⁷、前掲
 東京地判平成 25 年 11 月 28 日 [裏風俗 (珍) 紀行・一審] (高野輝久裁判長)、前掲知財高
 判平成 27 年 5 月 21 日 [同控訴審] (富田善範裁判長)³¹⁸、前掲東京地判平成 27 年 2 月 25

³⁰⁹ 前掲注 0 参照。

³¹⁰ 原告が刑事訴訟事件における証人尋問を傍聴した結果をまとめた別紙傍聴記をインターネットを通じて公開したところ、被告の管理・運営するブログに、別紙ブログ記事 1 及び 2 が原告に無断で掲載されたことにつき、原告傍聴記の著作権を侵害すると主張する。

³¹¹ 箱根の老舗の富士屋ホテルの草創期の歴史を描いたノンフィクション作品について、原告は①別紙対比表 1 の各原告書籍「箱根富士屋ホテル物語」記述部分はそれぞれが表現上の創作性を有する著作物であり、同対比表の各被告書籍「破天荒力」記述部分は各原告書籍記述部分と表現上の類似性を有し、また、②別紙対比表 2、3 仙之助及び正造を主人公とした章全体の各原告書籍記述部分とこれらに対応する各被告書籍記述部分は、表現方法、事実の取捨選択、配列等の創作的部分において類似性を有するから、上記各被告書籍記述部分は、上記各原告書籍記述部分を複製又は翻案したものである旨主張する。

³¹² データ復旧サービスについての一般消費者向けの広告用文章について、原告は別紙原告・被告各文章対比表の被告文章欄記載の各文章について、それぞれ対応する同対比表原告文章欄記載の各文章の複製又は翻案に当たると主張する。

³¹³ 前掲注 0 参照。

³¹⁴ 前掲注 0 参照。

³¹⁵ 原告は日航機墜落事故に関して、被告書籍「風にそよぐ墓標」の第 3 章「マスコミとして、遺族として」において原告の夫とその家族を取上げた部分は、原告の夫の日航機墜落事故に遭遇したことに関して「雪解けの尾根」と題する原告書籍に依拠して著述されたものであり、別紙対比表の被告書籍欄記載の被告各記述が、同表の原告書籍欄記載の原告各記述の複製又は翻案に当たると主張する。

³¹⁶ 前掲注 0 参照。

³¹⁷ ウェブサイトの入力フォームのアシスト機能に係るサービスを説明するための資料について、原告は別紙「原告資料と被告資料との対比に関する原告の主張」記載のとおり、被告資料の 4 頁、7 ないし 11 頁、15 頁の各記載が原告資料 2 の 3 頁並びに原告資料 1 の 5 ないし 9 頁及び 15 頁の各記載を複製又は翻案したものであると主張する。

³¹⁸ 原告「混浴乱交サークル」と題する記事は別紙対照表の「原告記事 1」欄 1 記載のとおり、場面が展開し、同欄 2 以下記載のとおり記述がある。これに対し、被告「裏風俗 (珍) 紀行 1 泊 2 日温泉裏ツアーで乱交三昧!!」と題する漫画は、別紙対照表の「被告漫画 1」欄 1 記載のとおり、場面が展開し、同欄 2 以下記載のとおり記述がある。

日 [THE ナンバー2 (田沼意次)] (東海林保裁判長)³¹⁹、前掲東京地判平成 27 年 7 月 16 日 [建築士設計製図受験テキスト] (長谷川浩二裁判長)³²⁰、などがある。

5 美術のカテゴリ (主にビジネスソフトウェアのインターフェイス) について、前掲大阪地判平成 12 年 3 月 30 日 [積算くんソフト (インターフェイス)] (小松一雄裁判長)³²¹、前掲東京地判平成 15 年 1 月 28 日 [PIM スケジュール管理ソフト (インターフェイス)] (森義之裁判長)³²²、前掲東京地判平成 16 年 6 月 30 日 [「Webcel 8」 (インターフェイス)] (飯村敏明裁判長)、前掲知財高判平成 17 年 5 月 26 日 [同控訴審] (塚原朋一裁判長) (一審判決引用)³²³、前掲東京地判平成 20 年 10 月 23 日 [外国人児童向け漢字教材] (阿部正幸裁判長)³²⁴、などがある。

15 地図又は図形のカテゴリについて、東京地判平成 6 年 7 月 25 日知財集 26 巻 2 号 756 頁 [宅建虎の巻 (出る順宅建)・一審] (西田美昭裁判長)、東京高判平成 7 年 5 月 16 日知財集 27 巻 2 号 285 頁 [同控訴審] (伊藤博裁判長)³²⁵、大阪地判平成 14 年 3 月 12 日裁判所 HP [熊崎式姓名判断法] (小松一雄裁判長)³²⁶、前掲東京地判平成 17 年 5 月 12 日 [空港案内図] (三村量一裁判長)、前掲知財高判平成 18 年 5 月 31 日 [同控訴審] (塚原朋一裁判長) (一審判決引用)³²⁷、前掲東京地判平成 17 年 11 月 17 日 [ドレン滞留ポイントチャート]

³¹⁹ 原告は、別紙作品対照表記載のとおり、原告「田沼意次 主殿の税」という歴史小説を別紙作品対照表記載の原告小説の表現欄に記載された各部分に分け、それらが個々の著作物に当たり、また、被告番組「THE ナンバー2～歴史を動かした陰の主役たち～20『田沼意次』」を別紙作品対照表記載の被告番組の表現欄に記載された各部分に分け、別紙主張対照表の「原告の主張」欄記載の理由により、それぞれの被告番組の表現は、原告小説の複製若しくは翻案に当たる旨主張する。

³²⁰ 前掲注 0 参照。

³²¹ 建築費用算出のためのソフトウェアのインターフェイスについて、別紙積算くん画面目録掲載のとおり、原告「積算くん」の各表示画面と被告「WARP」の各表示画面の類似性を主張する。

³²² PIM スケジュール管理ソフトの表示画面について、別紙のとおり、原告製品の各表示画面と被告製品の各表示画面の類似性を主張する。

³²³ 前掲注 0 参照。

³²⁴ 両者とも、外国人児童向けの日本語教材について、原告は原告教材と被告教材とは、別紙対照表 (1) ないし (8) の「原告が主張する類似点」欄記載のとおり、個々の表現において類似しており、被告による被告教材の作成は、原告教材について原告が有する翻案権を侵害するものであると主張する。

³²⁵ 原告は、被告の出版販売等する別紙被告書籍目録 (一) 記載の書籍に掲載されている別紙被告表目録 (1) ないし (8) 記載の表、及び別紙被告書籍目録 (二) 記載の書籍に掲載されている別紙被告表 (1) ないし (4)、(6) ないし (8) 記載の表が、原告の別紙原告書籍目録 (一) 記載の書籍中の別紙原告表目録 (1) ないし (8) 記載の表について有する著作権を侵害していると主張する。

³²⁶ 原告は原告著作物には、別紙図形目録記載の「姓名判断鑑定図形」が記載されており、「天格・人格・地格・総格・外格」等の文字表現が使用されているところ、被告は被告パンフレットに、原告図形を複製して縦図を横図に改変したものを掲載し、また、被告パンフレットにおいてこれらの文字表現を複製し、原告の複製権及び翻案権を侵害したと主張する。

³²⁷ 前掲注 0 参照。

(設楽隆一裁判長)、前掲東京地判平成23年6月10日[バイナリーオートシステム](岡本岳裁判長)³²⁸、前掲東京地判平成26年11月7日[建替マンション設計図](東海林保裁判長)、前掲知財高判平成27年5月25日[同控訴審](設楽隆一裁判長)³²⁹、前掲東京地判平成27年7月16日[建築士設計製図受験テキスト](長谷川浩二裁判長)³³⁰、などがある。

5

映画のカテゴリについて、前掲東京地判平成6年1月31日[パックマン(ビデオゲーム)Ⅱ](西田美昭裁判長)³³¹、などがある。

プログラムのカテゴリについて、前掲東京地判平成22年4月28日[恋愛の神様・一審]
10 (岡本岳裁判長)、前掲知財高判平成23年2月28日[同控訴審](飯村敏明裁判長)³³²、などがある。

第3款 濾過テスト的な判断になじまないカテゴリの表現

15

一、美術又は写真のカテゴリの表現を例に検討する

主張する側の対象物と被疑侵害物とがいずれも美術又は写真のカテゴリの表現の場合には、「創作的表現の共通性」を判断するにあたって、検討対象として両比較対象の共通部分のみを取り上げ、それについて創作的表現であるかどうかという「濾過テスト」的な判断を
20 せずに、むしろ著作権侵害が主張された範囲において権利者側の対象物全体と被疑侵害物全体とを比較して、両比較対象の共通部分にも相違部分にも着目したうえで、全体的観察により創作的表現が再生しているか否か、という「非濾過テスト」的な判断を行った判決が多い(前掲大阪地判昭和60年3月29日[三和通商広告](潮久郎裁判長)(創作的表現の共通性否定)³³³、前掲東京地判平成元年11月10日[動書Ⅱ](裁判長清永利亮)(創作的表現の
25 共通性否定)³³⁴、前掲東京地判平成2年4月27日[「樹林」レリーフ](清永利亮裁判長)

³²⁸ 前掲注0参照。

³²⁹ 前掲注0参照。

³³⁰ 前掲注0参照。

³³¹ 原告は「パックマン」ビデオゲームの映像の内容と被告ゲームの映像の内容の詳細及び両者の比較の詳細は、別紙パックマン・Chomp for WINDOWS 対照記載のとおりであって、被告ゲームの映像は、「パックマン」ビデオゲームと比べ、若干の相違があるものの、これらは「パックマン」ビデオゲームにおける画面の構成要素の一部を省略したものか、若しくは、枝葉部分に僅かな変更を加えた結果にすぎないから、「パックマン」ビデオゲームの映像と実質的に同一であると主張する。

³³² 原告は別紙プログラム対比表を提出し、著作権侵害であると主張する。

³³³ 前掲注0参照。

³³⁴ 両者とも、墨の濃淡や潤濁等を視認できる書道文字について(第4章参照)、判決は原告書とこれに対応する被告看板に表示されている文字とを対比して、各字体の間には、字体が類似するが、明らかな相違があるから、類似性を否定した。

- (創作的表現の共通性(翻案権侵害)肯定)³³⁵、東京地判平成4年11月25日知財集24巻3号854頁[山の民家(土産物用暖簾)](西田美昭裁判長)(創作的表現の共通性(複製権侵害)肯定)³³⁶、東京地判平成6年4月25日判時1509号130頁[城と城下町](西田美昭裁判長)(歴史上の建物等を概念的に描いた想像図について、創作的表現の共通性(複製権侵害)肯定)³³⁷、前掲大阪地判平成7年3月28日[三光商事](水野武裁判長)(カーテンフックやカーテン芯地等を被写体とする商品カタログ用の写真について、創作的表現の共通性否定)³³⁸、前掲京都地判平成7年10月19日[アンコウ行灯](鬼沢友直裁判長)(創作的表現の共通性否定)³³⁹、前掲東京地判平成11年7月23日[女優イラスト](森義之裁判長)(創作的表現の共通性否定)³⁴⁰、前掲大阪地判平成11年9月21日[商業書道](小松一雄裁判長)(創作的表現の共通性否定)³⁴¹、大阪地判平成9年3月13日特許庁公報63号451

³³⁵ 原告レリーフ「樹林」と、木を部首にもつ文字50文字を使用し、木を素材とした被告作品について、判決は、被告作品に使われている文字の①書体、②大きさ、③数が原告「樹林」と異なっていることなどの点において、被告作品は原告「樹林」をそのまま利用したものではないが、上記挙げた相違点が存するとしても、それらが作品全体に及ぼす影響は大きくないとして、被告作品は原告レリーフについて有する翻案権を侵害するものと判示した。

³³⁶ 両者とも、実在の茅葺き屋根の合掌造りの寺と民家を描いたものについて、判決は原告絵画(一)と被告絵画(一)との共通する部分と相違する部分の対比によれば、①原告絵画(一)中に描かれているもののほとんど全て、即ち合掌造りの民家と寺、畑、右建物の左右及び背後の木立等が、②同じ構図、③同じ位置関係、④同じ大きさのバランスで、被告絵画(一)中にも描かれており、①②③④が共通しているのである一方、両絵画との間には相違部分があるが、これらは、①前景、背景等の細部に過ぎず、また、②画面の大きさ、③線の太い細い、④色等の相違も類似性に影響を与えるようなものではないとして、被告は、被告絵画(一)の下絵を製作するに当たり、原告絵画(一)について原告が有する複製権を侵害するものとした。

³³⁷ 両者とも、歴史上の建物等を概念的に描いた想像図について、判決は被告図面1(「卑弥呼の王宮」と題する図面)と、原告図面1(「古代の城」と題する図面)と対比すると、ハイライト版の網の用い方の差に起因する輪郭線の鮮明さの違いがあるが、その構図は、①三段目中央の大きな建物を幾分大きく描いたため、その建物の右手の小さな建物と立木が描かれていないこと、②木の柵の縦の柱の数や横棒の位置等の相違の外は、原告図面1の構図と似ているから、被告は原告の図面についての複製権を侵害したものとした。

³³⁸ 前掲注0参照。

³³⁹ 前掲注0参照。。

³⁴⁰ 原告が作成した女優の人物画のイラストである著作物と被告イラストを対比すると、被告イラストは原告イラストとは、①顔の輪郭の上半部が円形であること、②目の形状が銀杏の実のような形状で、瞳が大きく描かれていること、③鼻が口に近い位置に配置されていること、④片手を前、もう一方の手を後ろにし、足はこれと左右逆であること、⑤バッグを肩から後ろへ向かって掛けていることが共通するが、原告イラストと被告イラストとは、顔のうち、その同一性を左右する主要な部分について、①顔の輪郭、②目・眉、③鼻、④口・唇、⑤頬、⑥耳、⑦髪型の違いがあるから、上記共通する点があるとしても、顔について同一性を認めることはできず、また、顔以外の部分にも、⑧手・腕・足、⑨バッグの違いがあるから、類似性を否定した。

³⁴¹ 両者とも、墨書される書道文字「趣」及び「華」について、判決は情報伝達手段としての文字を素材とすることから生じる制約を前提に、著作権保護が及ぶ範囲を「極めて類似している場合のみに」限定的に捉えたうえで、原告「趣」「華」と被告「趣」「華」の書道文字は字体や書風が類似していることが肯定できるが、墨の濃淡、かすれ具合等での相違点を指摘して著作権侵害における類似性を否定している。

- 頁 [フライパン写真] (水野武裁判長) (創作的表現の共通性否定)³⁴²、前掲東京地判平成 11 年 11 月 17 日 [キューピー I (キューピー株式会社)・一審] (飯村敏明裁判長)、前掲東京地判平成 11 年 11 月 17 日 [キューピー II (日本興業銀行)・一審] (飯村敏明裁判長) (創作的表現の共通性否定)³⁴³、前掲東京高判平成 13 年 5 月 30 日 [キューピー I (キューピー株式会社)・控訴審] (篠原勝美裁判長)、前掲東京高判平成 13 年 5 月 30 日 [キューピー II (日本興業銀行)・控訴審] (篠原勝美裁判長) (創作的表現の共通性否定)³⁴⁴、前掲東京地判平成 11 年 12 月 15 日 [みずみずしいすいか写真・一審] (飯村敏明裁判長) (創作的表現の共通性否定)³⁴⁵、前掲東京高判平成 13 年 6 月 21 日 [同控訴審] (山下和明裁判長) (創作的表現の共通性 (同一性保持権侵害) 肯定)³⁴⁶、前掲東京地判平成 11 年 12 月 21 日 [タウンページ・キャラクター] (森義之裁判長)、前掲東京高判平成 12 年 5 月 30 日 [同控訴審] (山下和明裁判長) (一審判決引用) (創作的表現の共通性否定)³⁴⁷、前掲東京高判平成 12 年 9 月 19 日 [舞台装置 (赤穂浪士)・控訴審] (山下和明裁判長) (創作的表現の共通性否定)、前掲東京高判平成 13 年 1 月 23 日 [サンリオ・ケロッピー・控訴審] (山下和明裁判長) (創作的表現の共通性否定)、東京地判平成 15 年 11 月 12 日判タ 1160 号 229 頁 [世界名所旧跡イラスト] (飯村敏明裁判長) (創作的表現の共通性 (複製又は翻案権侵害) 肯定)³⁴⁸、東京

³⁴² 写真著作物としての保護は抽象的な被写体の選定、構図等という撮影方法に及ぶものではないとし、原告写真と同種の食材又はフライパンをよく似た構図で撮影した被告写真につき、被写体たる具体的な食材又はフライパン自体は異なるものであり、これを新たに撮影した全く別の写真であることから、原告写真の複製権を侵害するものではないと判示している。

³⁴³ 前掲注 0 参照。

³⁴⁴ 前掲注 0 参照。

³⁴⁵ 前掲注 0 参照。

³⁴⁶ 原告は翻案権及び同一性保持権侵害のみを主張していたので、創作的表現の共通性を否定した原判決に対し、控訴審判決は原告写真と被告写真とを対比すると、被写体の選択、組合せ及び配置において共通していることが認められる一方、①前面の中央に半分に切った楕円球のもの (西瓜と冬瓜) の違い、②切り方の違いに由来する半球状の部分の印象の違い、③略三角形に薄く切られた西瓜の配置の違い、④中央前面に氷の有無、⑤上記楕円球の西瓜ないし冬瓜の後方右側にあるもの (西瓜と冬瓜) や⑥籠の有無の違い、⑦光の当て方の違いに由来する西瓜がみずみずしくみえるような強調表現の有無、⑧カメラアングルの相違点がある。被告写真は原告写真にこうした些細な、格別に意味のない相違を付与したという程度のものにすぎないのであるから、翻案権の侵害はないが、被告写真は原告写真に表現されたものの範囲内で「再製又は改変したにすぎないもの」として、同一性保持権の侵害を肯定した。

³⁴⁷ タウンページと記載されている三体のキャラクターがマンホールから出ている絵及び吹き出しの部分 (「被告イラスト」) は「古本物語」という漫画の下半分のうち、最後の枠を除いた四枠 (「原告漫画」) の著作権侵害が争われる事案において、判決は原告漫画のキャラクターと被告イラストのキャラクターは、本を擬人化したという点は共通しているが、それ自体はアイデアであって、著作権法で保護されるものではないに対し、原告漫画のキャラクターと被告イラストのキャラクターには、①本の形状、②目の配置、③鼻の有無、④腕及び手の形状、色、⑤「タウンページ」の文字の有無、という違いがあるものと認められるから、被告イラストのキャラクターが、原告漫画のキャラクターを複製又は翻案したものであるとは認められなかった。

³⁴⁸ 両者とも、世界の名所旧跡を横長に並べて描いた図柄について、判決は、被告イラストは原告イラストとは、①その筆致を異にし、②その表現対象について違いはあるものの、①個々の名所旧跡のイラストの配置、②イラスト化された個々の名所旧跡の形状が酷似しており、被告イラ

- 地判平成20年3月13日判タ1283号262頁〔八坂神社祇園祭写真〕（設楽隆一裁判長）（創作的表現の共通性（翻案権侵害）肯定）³⁴⁹、前掲大阪地判平成21年3月26日〔マンション読本〕（田中俊次裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁵⁰、前掲大阪地判平成22年2月25日〔猫のぬいぐるみ〕（田中俊次裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁵¹、前掲東京地判平成22年7月8日〔表紙図版〕（阿部正幸裁判長）（創作的表現の共通性（翻案権侵害）肯定）³⁵²、前掲東京地判平成22年12月21日〔廃墟写真・一審〕（大鷹一郎裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁵³、前掲知財高判平成23年5月10日〔同控訴審〕（塩月秀平裁判長）（創作的表

ストは、原告イラストと実質的に同一であるとし、複製権又は翻案権を侵害したものとした。

³⁴⁹ 八坂神社の祇園祭の原告写真とそれに依拠して制作した被告水彩画について、判決は両者を対比した上で、被告水彩画においては、①写真とは表現形式は異なること、②4基の神輿を担ぐ輿丁や多数の見物客の様子や姿態が薄い画線と色彩で簡略化されていること、③西楼門背後の樹木は省略されていること、という相違部分やデフォルメされている部分もあるものの、①被告水彩画の全体的構成は、原告写真の構図と同一であること、②神官及びこれを中心として正面左右に配置された4基の神輿の位置関係がほぼ同じであること、③祭りの象徴である神官及びこれを中心として正面左右に配置された4基の神輿が濃い画線と鮮明な色彩で強調して描き出されているのであって、これによれば、祇園祭における神官の差し上げの直前の厳粛な雰囲気を感じさせるのに十分であり、この意味で、被告水彩画に「接する者は、その創作的表現から本件写真の表現上の本質的な特徴を直接感得することができる」として、翻案権侵害が成立すると判じた。

客観的に存在する風景という所与の客体を被写体として選択した事案について、本判決は客観的風景の選定それ自体の共通性だけではなく、それを撮影する際の構図、撮影角度等によって風景を再現した具体的な映像表現のみが保護の対象となることが明らかにされたが、被写体の選定自体を写真の著作物の創作的表現の要素としては考慮するのであろうか。

この点について、比良友佳理〔判批〕（八坂神社祇園祭写真）知的財産法政策学研究25号（2009年12月）131頁、谷川和幸〔判批〕（廃墟写真・一審）L&T52号（2011年7月）105頁は、本判決は被写体の選択についてはアイデアであって、創作的表現の共通性を判断する際の考慮すべき諸要素の一つとはならない旨を判示したものであると解している。

³⁵⁰ 前掲注0参照。

³⁵¹ 前掲注0参照。

³⁵² 前掲注0参照。

³⁵³ 原告写真1と被告写真1両者とも、群馬県松井田町所在する旧丸山変電所の建物内部を撮影したものである。判決は最判〔江差追分〕を引用し、「旧丸山変電所の建物内部を被写体として選択した点はアイデアであって表現それ自体ではなく」等と判示したうえ、原告写真1と被告写真1とは、①旧丸山変電所の建物内部を被写体とする点、②逆ホームベース状の内壁を奥に配置した点、③上部に屋根と空を配置した点、④逆ホームベース状内壁の相当後方から、上記内壁に接する内壁とほぼ平行の視点から撮影した点などにおいて共通する他方で、①白黒写真とカラー写真の違い、②撮影位置の違いに由来する屋根の部分の印象の違い、③植物や光の強調表現の有無などの相違点があり、これらの相違点によって、「原告写真1と被告写真1とでは写真全体から受ける印象が大きく異なるものとなっており、被告写真1から原告写真1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」として、被告写真1が原告写真1の翻案に当たらない判示とした。

また、原告写真2と被告写真2両者とも、栃木県足尾町に所在する足尾銅山付近の通洞発電所跡を撮影したものである。判決は、原告写真2において足尾銅山地区所在の迷彩模様の壁を有する建物を「被写体として選択した点はアイデアであって表現それ自体ではなく」等と判示したうえ、原告写真2と被告写真2とは、①通洞発電所跡の迷彩壁を有する建物を被写体とする点、②迷彩壁の外壁を中央に大きく配置した点、③左上に山の尾根を配置した点、④左下に植物を配置した点、⑤右下から左上にやや斜めに見上げるような角度から撮影した点、⑥横長のフレーミングで撮影した点などにおいて共通する他方で、①建物の一部を逆光でとらえたセピア色の写真

現の共通性否定)³⁵⁴、前掲東京地判平成23年5月20日[「吹きゴマ」(折り紙の折り図)]

とカラー写真の違い、②撮影角度などの違いに由来する具体表現の違い、③植物の違い、逆光の強調表現の有無などの相違点があり、これらの相違点によって、これらの相違点によって、「原告写真2と被告写真2とでは写真全体から受ける印象が大きく異なるものとなっており、被告写真2から原告写真2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」として、被告写真2が原告写真2の翻案に当たらない判示とした。

原告写真4と被告写真4両者とも、東京都奥多摩町所在する奥多摩ロープウェイの機械室内部を撮影したものである。判決は原告写真4において「奥多摩ロープウェイの機械室の内部を被写体として選択した点はアイデアであって表現それ自体ではなく」等と判示したうえ、原告写真4と被告写真4とは、①奥多摩ロープウェイの機械室の内部を被写体とする点、②コンクリート造りの内壁を背景とした点、③二つの大きな歯車を上下に配置した点、④天井付近の歯車の下に短く急勾配な階段を配置した点、⑤下側の歯車の右側に小さく機械が配置されている点、⑥窓から光が取り込まれている点などにおいて共通する他方で、①セピア色の写真とカラー写真の違い、②原告写真4は長方形縦の画面を、下の撮影ポジションから上部の歯車を見上げるような構図で撮影され、床面を大きく画面に取り込んでいるのに対し、被告写真4は、正方形の画面上に、ほぼ水平の視点から、二つの歯車を中心とし、斜めに走る階段が配置された構図で撮影され、床面はほとんど取り込まれていないこと、③階段に佇む少女という点景の有無、などの相違点があり、これらの相違点によって、「原告写真4と被告写真4とでは写真全体から受ける印象が大きく異なるものとなっており、被告写真4から原告写真4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」として、被告写真4が原告写真4の翻案に当たらない判示とした。

創作的表現の共通性を判断するために、本判決においては、原告写真と被告写真とを対比して、共通点としては、被写体、背景、構図、配置、カメラアングル、撮影方向、光影の付け方等であるが、相違点としては色合い、背景、撮影位置、カメラアングル、光影の付け方等の違いに由来する具体的な表現がそれぞれあげられている。そして、こうした諸要素の共通点・相違点を斟酌した上で被告写真から原告写真の創作的表現が再生しているか否かを見出していくものと理解することができる。

³⁵⁴ 判決は、最判[江差追分]を引用し、「被写体が既存の廃墟建造物であって、撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでないから、撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとはできず、撮影時季、撮影角度、色合い、画角などの表現手法に、表現上の本質的な特徴があると予想される」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、原告写真1と被告写真1について、被告写真1は原告写真1と同じく、旧国鉄丸山変電所の内部が撮影対象であるが、①撮影方向、②撮影時期が異なることに由来する具体的な表現の相違があるから、被告写真1をもって原告写真1の翻案であると認めることはできないとした。

原告写真2と被告写真2について、両者とも、栃木県足尾町に所在する足尾銅山付近の通洞発電所跡を撮影したものであり、「建物右下方向からの撮影であって構図の点では近似している」が、撮影時季が違うことは、①特に原告写真2でセピア色の中で白色に特徴付けられて写真左下に写っているすすきが、建物の色感覚をそのまま撮影したであろうと印象付けられる被告写真2にはなく、②その位置に緑色の植物が写っていることから、「これらの印象の違いと撮影物の違い」にかんがみると、被告写真2が原告写真2の翻案に当たるといえることはできないとした。

原告写真4と被告写真4は奥多摩ロープウェイの機械室内部を撮影したものであるが、現に存在する建築物の内部を撮影したものであって、撮影方向が違う以上、被告写真4が原告写真4の翻案に当たるといえることはできないとした。また、原告写真4はモノクロないしセピア色を基調とした写真であり、コントラストの強さを持ったものであって、ほぼありのままを伝えようとする印象を持つ被告写真4にはない強いインパクトを与えるものとなっていると。

本判決により、少なくとも客観的に存在する廃墟という所与の写体を撮影した写真著作物に関する限り、その保護範囲は被写体として選択した点には及ばないことが明らかにされたが、所与の客体を被写体として写真の撮影にあたって、依拠していた他人の写真の撮影方法と同じく、同一の被写体に似たような構図、位置関係、撮影角度、画角等を決定する作業で撮影するなどし

(大鷹一郎裁判長)(創作的表現の共通性否定)³⁵⁵、前掲知財高判平成23年12月26日(同控訴審)(飯村敏明裁判長)(創作的表現の共通性否定)³⁵⁶、東京地判平成24年2月23日裁判所HP[釣りゲータウン2・一審](阿部正幸裁判長)(創作的表現の共通性(翻案権侵害)肯定)³⁵⁷、前掲知財高判平成27年4月14日[TRIPP TRAPP(椅子)Ⅱ・控訴審](清水節裁

た場合には著作権侵害が成立するのであろうか。

この点について、高瀬亜富[判批](廃墟写真・控訴審)CIPICジャーナル203号(2011年8月)17頁は、本判決は被写体に関する決定が写真著作物の保護範囲に含まれない旨判示したものであるから、撮影者が意図的に被写体を配置したものでない、既存の建造物を被写体として撮影した写真著作物について、これに依拠して同一の被写体を撮影する行為に著作権侵害を肯定する余地を明確に否定したもの、と解している。

確かに原告写真2と被告写真2について、被写体自体の選択のみならず、構図の点でも近似しているが、撮影角度、画角などは若干異なっている。また、判決においては、上記のとおり、被写体として選択した点と、構図、撮影角度、画角ないし撮影方向とは、異質のものとして明確に区別されているので、その意味で、本判決は被写体自体の選択についてはアイデアであって、創作的表現の共通性を判断する際の諸要素の一つとはなり得ない旨を明らかにしたものであるが、撮影角度、画角などを写真の著作物の創作的表現の要素としては考慮しない立場に立つものを示していないから、同一の被写体が撮影された場合には、別途著作権侵害を肯定する余地が残されていると解することも可能であるといわざるを得ないのではなかろうか。

³⁵⁵ 前掲注0参照。

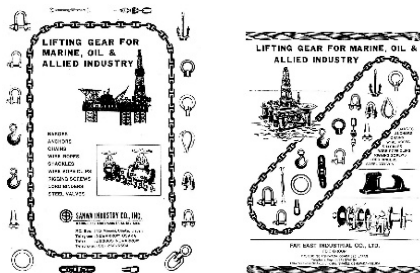
³⁵⁶ 前掲注0参照。

³⁵⁷ 釣りを題材とした携帯電話機用ゲームの両作品における魚の引き寄せ画面は著作権侵害が肯定されるほど類似しているのかということが争点となった事案において、判決は原告作品と被告作品の魚の引き寄せ画面とを対比すると、両者は①「水面上を捨象して、水中のみを真横から水平方向の視点で描いている点」、②「水中の中央に、三重の同心円を大きく描いている点」、③「水中の魚を黒い魚影で表示し、魚影が水中全体を動き回るようにし、水中の背景は全体に薄暗い青系統の色で統一し、水底と岩陰のみを配置した点」、④「魚を引き寄せるタイミングを、魚影が同心円の一定の位置に来たときに決定キーを押すと魚を引き寄せやすくするようにした点」などにおいて共通する一方で、原告作品と被告作品の魚の引き寄せ画面とは、①被告画面では、同心円が表示される前に、水中の画面を魚影が移動する場面が存在する点、②同心円の配色、③魚影の描き方及び魚影と同心円との前後関係、④魚影が動き回っている間、被告作品では、同心円の大きさ、配色及び中央の円の部分の画像が変化する点、⑤同心円のどの位置に魚影がある際に決定キーを押すと魚を引き寄せやすくなっているのかという点、⑥被告画面では、中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、円の中心部分の表示に応じてアニメーションが表示され、その後の表示も異なってくる点、などにおいて相違すると認定した上、魚の引き寄せ画面の描き方については、①水面より上や水面、水面下のうちどの部分を、どのような視点から描くか、②水面下のみを描くこととした場合、魚の姿や魚の背景をどのように描くか、③魚が釣り針に掛かった時から、魚が釣り上げられる又は魚に逃げられるまでの間、魚にどのような動きをさせ、どのような場合に魚を引き寄せやすいようにするかなどの点において、様々な選択肢が考えられるから、原告画面について、特に、水中に三重の同心円を大きく描き、釣り針に掛かった魚を黒い魚影として水中全体を動き回らせ、魚を引き寄せるタイミングを、魚影が同心円の所定の位置に来たときに引き寄せやすくすることによって表した点に原告画面の製作者の個性が強く表れているものに対して、被告画面は、上記のとおり原告画面との相違点を有するものの、原告画面の①ないし④についての同一性は、被告画面の中に維持されており、「多数の選択の幅がある中で、上記の具体的な表現を採用したものであるから、これらの共通点が単なるアイデアにすぎないとはいえない」、また、原告作品が配信される以前に、「上記共通点をすべて備えた」ゲームや、原告作品の「水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲーム」は存在しなかったのであるから、「上記共通部分が平凡かつありふれたものであって創作性を欠くともいえない」とし、被告画面は、原告画面との同一性

判長) (創作的表現の共通性否定)³⁵⁸、大阪地判平成28年7月19日判タ1431号226頁〔舞妓写真〕(森崎英二裁判長) (創作的表現の共通性 (翻案権侵害) 肯定)³⁵⁹など)³⁶⁰。

〔三和通商広告〕事件 (裁判所 HP より抜粋)

5 左 原告広告 右 被告広告



地裁 (潮久郎裁判長) 創作的表現の共通性否定

〔山の民家 (土産物用暖簾)〕事件 (裁判所 HP より)

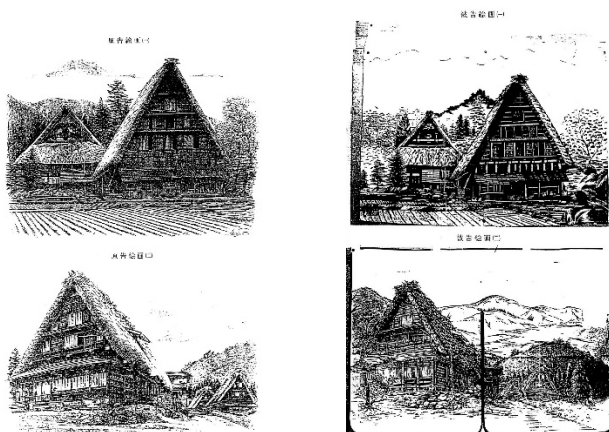
10 左 原告絵画 (一) (二) 右 被告絵画 (一) (二)

を維持しながら、同心円の配色や、魚影が同心円上のどの位置にある時に魚を引き寄せやすくするかという点等に変更を加えて、新たに被告画面の製作者の思想又は感情を創作的に表現したものであり、「これに接する者が原告作品の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができる」ことを理由に翻案権侵害を認めた。

³⁵⁸ 前掲注0参照。

³⁵⁹ 舞を踊る最中の舞妓を撮影した原告写真と、それに依拠して制作した被告日本画について、判決は原告写3と被告絵画4とを対比すると、被告絵画4は、①その全体的構成は原告写真3の構図と同一であり、②本件写真3の被写体となっている舞妓を模写したと分かる舞妓を原告写真3の撮影方法と同じく、正面斜め前の全く同じ位置、高さから見える舞妓の姿を同じ構図で描いているが、他方で被告絵画4は、①背景色に暗い色を用い、さらに舞妓の着物の色を原告写真3とは異なる青味のものとした上、②その輪郭をぼかして淡く光るように描くことで背景から舞妓の姿を浮かびあがらせるよう表現した日本画として描かれることにより、創作的な表現が新たに加えられたものであるから、これらに接する者がいずれも原告写真3の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物が創作されたものとして、原告写真3を翻案したものと判示した。

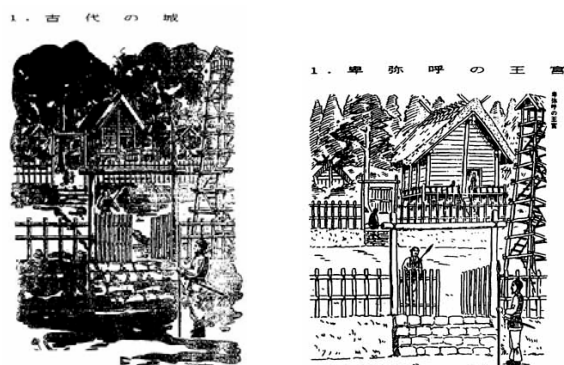
³⁶⁰ この傾向に関して、津幡笑〔判批〕(博士絵柄) 知的財産法政策学研究24号(2009年9月)110-114頁、同〔判批〕(博士絵柄) 中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)113頁は、キャラクターのイラストの模倣事件に関する裁判例では、①既存の著作物に比してありふれたものであるといえるか、そしてその度合い、②原告と被告の著作物の離れ具合という観点から、類似性の成否を分ける基準となっているように見受けられると指摘する。



地裁（西田美昭裁判長）創作的表現の共通性肯定

〔城と城下町〕事件（ウエストロー・ジャパンより）

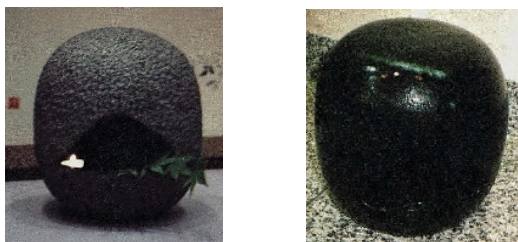
5 左 原告「古代の城」と題する図面 右 被告「卑弥呼の王宮」と題する図面



地裁（西田美昭裁判長）創作的表現の共通性肯定

〔アンコウ行灯〕事件（裁判所 HP より抜粋）

10 左 原告行灯一の二 右 被告行灯イ号



地裁（鬼沢友直裁判長）創作的表現の共通性否定

〔女優イラスト〕事件（裁判所 HP より抜粋）

15 右 原告イラスト 左 被告イラスト



地裁（森義之裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

創作的表現の共通性否定

5

〔商業書道〕事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告書道文字 右 被告書道文字



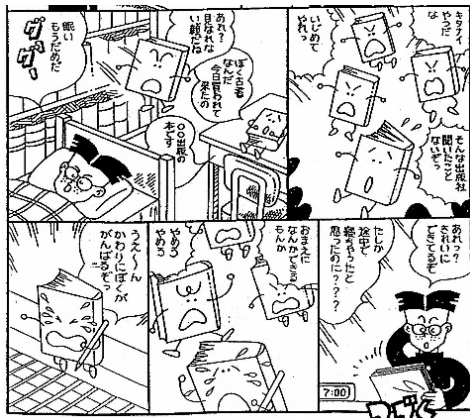
地裁（小松一雄裁判長） 創作的表現の共通性否定

10

〔タウンページ・キャラクター〕事件（裁判所 HP より抜粋）

右 原告漫画

左 被告イラスト



地裁（森義之裁判長） 創作的表現の共通性否定

15

〔みずみずしいすいか写真〕事件（知的財産法政策学研究 25 号（2009 年 12 月）128 頁の図抜粋）



地裁（飯村敏明裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

創作的表現の共通性否定

5 高裁（山下和明裁判長）

創作的表現の共通性（同一性保持権侵害）肯定

〔世界名所旧跡イラスト〕事件（知的財産法政策学研究 30 号（2010 年 9 月）264 頁より）

原告イラスト



被告イラスト



10 地裁（飯村敏明裁判長）

創作的表現の共通性肯定

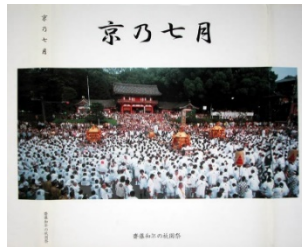
〔八坂神社祇園祭写真〕事件

左から 原告写真³⁶¹、被告水彩画（判例タイムズ 1283 号（2009 年 2 月）281 頁より抜粋）、

15 原告写真と被告水彩画³⁶²

³⁶¹ <http://kazz-saitoh.info/photo1.html> より、2017 年 10 月 31 日確認。

³⁶² <http://www.47news.jp/PN/200803/PN2008031301000727-.-.CI0003.jpg> より、2017 年 10 月 31 日確認。



地裁（設楽隆一裁判長）

類似性肯定（創作的表現の共通性肯定、ユーザーによる表現価値の共通性肯定）

5 【マンション読本】事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告イラスト 1 右 被告イラスト 75



地裁（田中俊次裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

10 類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

【猫のぬいぐるみ】事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告作品 1

右 被告製品 1



15 地裁（田中俊次裁判長）

著作物性（判決の前提となる事実）

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

〔廃墟写真〕事件

5 ①群馬県松井田町所在「旧丸山変電所の建物内部」

左 原告写真1（1987年撮影。丸田祥三『棄景—廃墟への旅』（1993年7月・宝島社）5頁）

右 被告写真1（1995年撮影。小林伸一郎『廃墟遊戯』（2008年・メディアファクトリー）16頁）



10 地裁（大鷹一郎裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

高裁（塩月秀平裁判長）

類似性（創作的表現の共通性）否定

15

②栃木県足尾町所在「足尾銅山付近の通洞発電所跡（建物外観）」

左 原告写真2（1989年撮影。丸田祥三『日本風景論』（2000年・春秋社）316頁）

右 被告写真2（小林伸一郎『廃墟をゆく』（2003年・二見書房）46頁、原本はカラー）



20 地裁（大鷹一郎裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

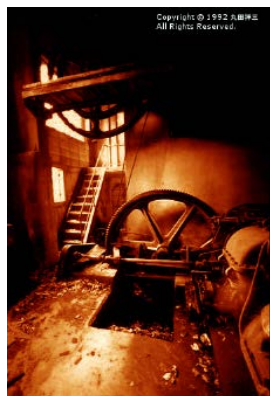
高裁（塩月秀平裁判長）

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

③東京都奥多摩町所在「奥多摩ロープウェイの機械室内部」

5 左 原告写真4（1994年撮影。丸田祥三『少女物語一景Ⅳ』（春秋社、2000年））

右 被告写真4（2000年撮影。小林伸一郎『廃墟漂流』（2001年・マガジンハウス））



地裁（大鷹一郎裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

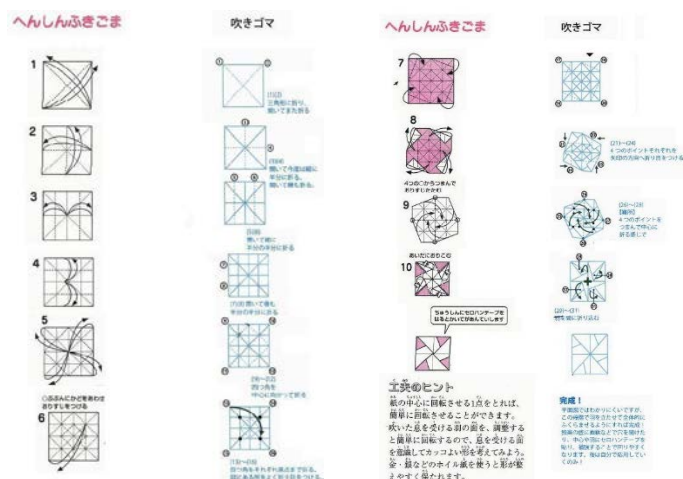
10 類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

高裁（塩月秀平裁判長）

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

「吹きゴマ」（折り紙の折り図）事件（（裁判所 HP より）

15 原告折り図（へんしんふきゴマ） 被告折り図（吹きゴマ）



地裁（大鷹一郎裁判長）

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

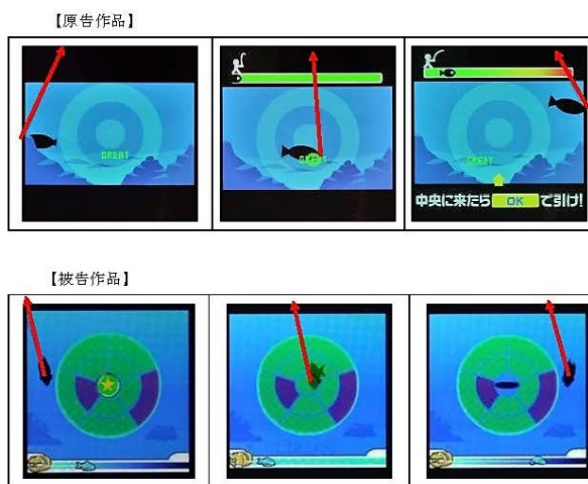
高裁（飯村敏明裁判長）

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

〔釣りゲータウン 2〕事件（裁判所 HP より抜粋）

5 上 原告作品の魚の引き寄せ画面

下 被告作品の魚の引き寄せ画面



地裁（阿部正幸裁判長）

類似性肯定（創作的表現の共通性肯定、ユーザーによる表現価値の共通性肯定）

10 高裁（高部眞規子裁判長）

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ〕事件（裁判所 HP より抜粋）

上 原告椅子 下 被告椅子



15



地裁（長谷川浩二裁判長） 美術の範囲の該当性否定

高裁（清水節裁判長）

美術の著作物性肯定

類似性（創作的表現の共通性）否定

- 5 それに対して、創作的表現の共通性を判断する際に、検討対象として両比較対象の共通部分のみについて創作的表現であるか否かを検討する「濾過テスト」的な判断を中心に行う裁判例も存在するが（前掲大阪地判平成11年7月8日〔胃腸薬「パンシロントリム」図柄〕（小松一雄裁判長）（創作的表現の共通性（翻案権侵害）肯定）³⁶³、前掲東京地判平成16年6月25日〔LEC出る順シリーズ（イラスト）〕（三村量一裁判長）（創作的表現の共通性（翻案権侵害）肯定）³⁶⁴、前掲東京地判平成20年7月4日〔博士絵柄〕（阿部正幸裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁶⁵、前掲東京地判平成26年10月30日〔「ふわふわ 四季のたより」（絵柄のシール）〕（長谷川浩二裁判長）（金魚鉢、招き猫について、いずれも創作的表現の共通性否定）³⁶⁶、東京地判平成20年10月23日裁判所HP〔外国人児童向け漢字教材〕（阿部正幸裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁶⁷、知財高判平成24年8月8日判タ1403号271
- 10 頁〔釣りゲータウン2・控訴審〕（高部真規子裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁶⁸、前掲
- 15

³⁶³ 前掲注0参照。

³⁶⁴ 前掲注0参照。

³⁶⁵ 前掲注0参照。

³⁶⁶ 前掲注0参照。

³⁶⁷ 著作物の翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、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、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ついて、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、既存の著作物の翻案に当たらない」（最判〔江差追分〕参照）、このように、「翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して作成された著作物との間において同一性を有する部分が、思想又は感情の表現であり、かつ、その表現が創作的であること（著作権法2条1項1号）が必要である」と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、被告において作成した「Meu Amigo Kanji80 Kanjis」等と題する外国人児童向け漢字教材が、原告が作成した原告教材の著作権を侵害するのかが争われた事案において、判決は別表2(1)の原告記述と同2(2)の被告記述とは、①「上」、「中」及び「下」という抽象的な概念を表現するのに、机の上部平面、机の中、机の下部の床面にそれぞれ物が置かれているイラストを使用している点、②イラストと「上」、「中」及び「下」の漢字とを線で結び付ける出題形式を採用している点、③上記①のイラストと②の出題形式とを組み合わせている点において同一性があると認められるが、上記の点はいずれも、「表現それ自体ではなく、アイデアにおいて共通するにすぎない」、被告記述は原告記述と、「表現それ自体でない部分において同一性が認められるにすぎない」として、原告教材について原告が有する翻案権を侵害するということとはできないとした。

³⁶⁸ 判決は著作物の翻案とは、「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」とし、「表現それ自体でない部分又は表現上の創

- 大阪地判平成25年4月18日〔星座板〕（山田陽三裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁶⁹、
 前掲東京地判平成25年11月29日〔プロ野球ドリームナイン・一審〕（東海林保裁判長）
 （中島、ダルビッシュ、坂本、今江選手のカードについて、いずれも創作的表現の共通性否
 定）³⁷⁰、前掲知財高判平成27年6月24日〔同控訴審〕（設楽隆一裁判長）（中島、ダルビッ
 5 シュ選手のカードについて創作的表現の共通性（翻案権侵害）肯定、坂本、今江選手のカー
 ドについて創作的表現の共通性否定）³⁷¹、そのなか、創作的表現の共通性を肯定した〔胃腸
 薬「パンシロントリム」図柄〕、〔LEC 出る順シリーズ（イラスト）〕、〔プロ野球ドリームナ
 イン・控訴審〕（設楽隆一裁判長）（中島、ダルビッシュ選手のカードについて）を除いて、
 すべて創作的表現の共通性を否定した事案である。仮に両比較対象の相違部分にも着目し
 10 たうえで、共通部分と相違部分を対比したとしても、結論としてそもそも共通部分に創作的
 表現が認められないため、上記裁判例はこの濾過テスト的な判断手法を選択したことが侵
 害成否の判断に与える影響はない。

〔胃腸薬「パンシロントリム」図柄〕事件（（裁判所 HP より抜粋）

- 15 上 原告図柄 下 被告図柄

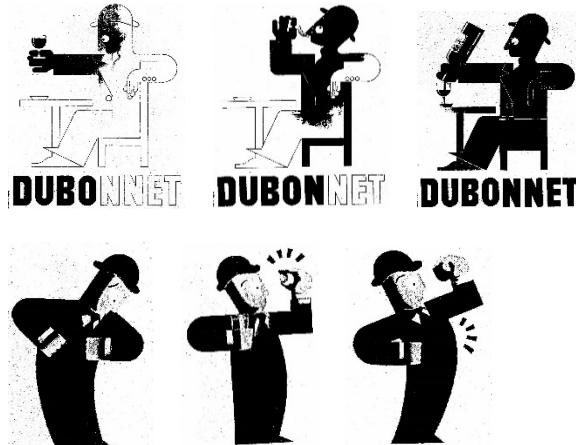
作性がない部分において既存の著作物と同一性を有するにすぎない著作物を創作する行為は、
 既存の著作物の翻案に当たらない」（最判〔江差追分〕参照）と判示した。

具体的な事案への当てはめにおいては、いずれも携帯電話機向けに配信される釣りゲームで
 ある原告作品と被告作品の魚の引き寄せ画面は、①水面より上の様子が画面から捨象され、水中
 のみが真横から水平方向に描かれている点、②水中の画像には、画面のほぼ中央に、中心からほ
 ぼ等間隔である三重の同心円と、黒色の魚影及び釣り糸が描かれ、水中の画像の背景は、水の色
 を含め全体的に青色で、下方に岩陰が描かれている点、③釣り針にかかった魚影は、水中全体を
 動き回るが、背景の画像は静止している点において共通するが、釣りゲームにおいて、まず、水
 中のみを描くことや、水中の画像に魚影、釣り糸及び岩陰を描くこと、水中の画像の配色が全体
 的に青色であること」は、他の釣りゲームにも存在するものである上、「実際の水中の影像と比
 較しても、ありふれた表現といわざるを得ない」、次に、「水中を真横から水平方向に描き、魚影
 が動き回る際にも背景の画像は静止していること」は、「このような手法で水中の様子を描くこ
 と自体は、アイデアというべきものである」、また、「三重の同心円を採用すること」は、弓道、
 射撃及びダーツ等における同心円を釣りゲームに応用したものというべきものであって、「釣り
 ゲームに同心円を採用すること自体は、アイデアの範疇に属するものである」、「上記共通する部
 分は、表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分にすぎず、また、その具体的表
 現においても異なるものである」とし、そして、原告画面と被告画面の全体について、相違する
 ものがあるから、原告画面との共通部分と相違部分の内容や創作性の有無などに鑑みると、「被
 告作品の魚の引き寄せ画面に接する者」が、その全体から受ける印象を異にし、原告画面の本質
 的な特徴を直接感得できないと判示した。

³⁶⁹ 前掲注0参照。

³⁷⁰ 前掲注0参照。

³⁷¹ 前掲注0参照。



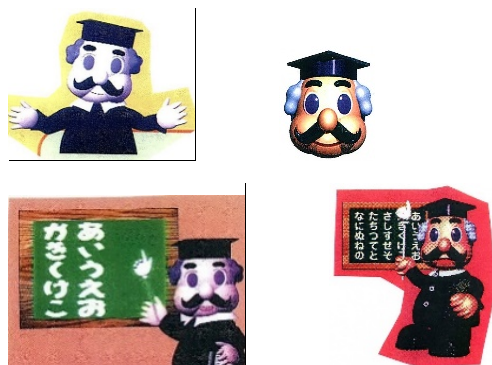
地裁（小松一雄裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

5 類似性（創作的表現の共通性）肯定

〔博士絵柄〕事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告博士絵柄 右 被告博士絵柄



10

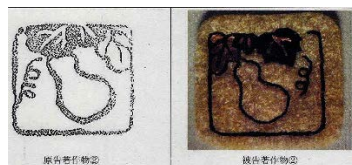
地裁（阿部正幸裁判長）

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

〔「ふわふわ 四季のたより」（絵柄のシール）〕事件（裁判所 HP より抜粋）

15 左 原告絵柄 右 被告絵柄

ひさごについて



地裁（長谷川浩二裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

類似性肯定（酷似しているから）

金魚鉢について



5 地裁（長谷川浩二裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

招き猫について



10

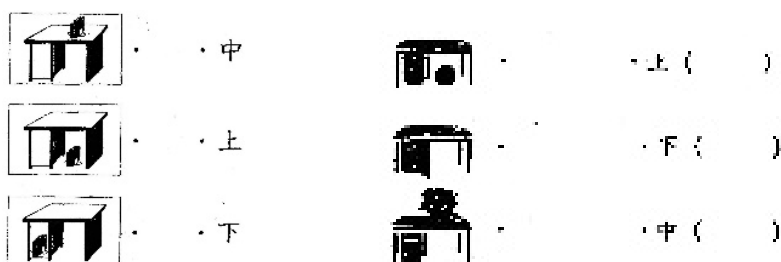
地裁（長谷川浩二裁判長）

著作物性 判決の前提となる事実

類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

15 [外国人児童向け漢字教材]（裁判所 HP より抜粋）

左 別表 2（1）の原告記述 右 別表 2（2）の被告記述



地裁（阿部正幸裁判長） 創作的表現の共通性否定

20 [星座板] 事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告星座板 右 被告星座板



地裁（山田陽三裁判長）

類似性（創作的表現の共通性）否定

5 [プロ野球ドリームナイン] 事件（裁判所 HP より抜粋）

左 原告ゲーム 右 被告ゲーム（（両ゲームの選手カードに使用された選手画像自体は、日本野球機構からそれぞれが提供を受けた複数の写真の中から選択したものである）

①上 中島裕之の選手カード・下 ダルビッシュ有の選手カード



10

地裁（東海林保裁判長）

いずれも類似性否定（創作的表現の共通性否定、「仮に上記の共通点について創作性が認められるとしても」、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

15 高裁（設楽隆一裁判長）

いずれも類似性肯定（創作的表現の共通性肯定、ユーザーによる表現価値の共通性肯定）

②上 坂本勇人選手のカード・下 今江敏晃選手のカード



地裁（東海林保裁判長）

いずれも類似性否定（創作的表現の共通性否定、「仮に上記の共通点について創作性が認められるとしても」、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

5

高裁（設楽隆一裁判長）

坂本選手のカードについて、類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

10

今江選手の選手カードについて、類似性否定（創作的表現の共通性否定、ユーザーによる表現価値の共通性否定）

二、編集物又はデータベースのカテゴリの表現を例に検討する

15

美術又は写真とは対極的に、創作的表現のレベルの位相の抽象度が高い編集物又はデータベースのカテゴリの表現の場合にも、創作的表現の共通性を判断するにあたって、検討対象として両比較対象の相違部分にも着目したうえで、全体的観察により創作的表現が再生しているか否かという「非濾過テスト」的な判断を行ったとも読める判決は少なからず存在する（東京地判昭和 59 年 5 月 14 日無体集 16 巻 2 号 315 頁〔アメリカ語要語集・一審〕

20

（牧野利秋裁判長）（見出し語の選択について創作的表現の共通性否定、特定の見出し語に対する文例の選択について創作的表現の共通性肯定）³⁷²、東京高判昭和 60 年 11 月 14 日無

³⁷² 約 3,000 語のアメリカ語の単語、熟語を見出し語として選び出した上、これらの文例、日本語訳等を収録した原告「アメリカ語要語集」を、約 6500 語のアメリカ語の単語、熟語について同様の素材を収録した被告「時事英語要語辞典」が侵害しているかどうか争われた事案において、判決は原告要語集と被告辞典は、前者が新聞、雑誌等を基礎資料として標準的なアメリカ語を選択の対象とし、後者がマスメディアで頻繁に使われる英語を選択の対象としたものであり、後者が前者の約二倍の単語数を収録したものであつて、素材の選択において相異なる部分も多く、また、見出し語ごとの具体的配列においても相当異なっていると認められるのであるから、見出し語の選択、配列において両書間に一部共通するところがあるとしても、そのみをとらえ

- 体集 17 卷 3 号 544 頁 [同控訴審] (蕪山徹裁判長) (同結論)³⁷³、名古屋地判昭和 62 年 3 月 18 日判時 1256 号 90 頁 [用字苑] (高橋利文裁判長) (創作的表現の共通性肯定)³⁷⁴、東京地判平成 6 年 3 月 30 日日本知的財産協会判例集 204 頁 [会社案内パンフレット・一審] (創作的表現の共通性否定)³⁷⁵、前掲東京高判平成 7 年 1 月 31 日 [会社案内パンフレット・控訴審] (竹田稔裁判長) (創作的表現の共通性 (複製権侵害) 肯定)³⁷⁶、前掲大阪地判平成 7 年 3 月 28 日 [三光商事] (水野武裁判長) (商品カタログの編集物について)³⁷⁷、前掲東京地判平成 8 年 9 月 27 日 [四谷大塚問題解説書 (四進レクチャー)・一審] (西田美昭裁判長)、前掲東京高判平成 10 年 2 月 12 日 [同控訴審] (伊藤博裁判長) (一審判決引用) (創作的表現の共通性肯定)³⁷⁸、東京地判平成 10 年 7 月 24 日判例工業所有権法 [アサパン職業別電話帳] (森義之裁判長) (創作的表現の共通性否定)³⁷⁹、東京高判平成 12 年 11 月 30 日裁判所

て直ちに後者が前者の素材の選択、配列に依拠し、これを模倣したものであるとは認められない一方、特定の見出し語に対する文例の選択については、慣用的文章については選択の幅の狭いが、慣用的でない文章については選択の幅の広いという観点に立て、被告が原告要語集に収録された文例のうちから相当数の文例をそのまま又は一部修正して被告辞典に収録した行為は、原告要語集についての編集著作権を侵害するものと判示した。

³⁷³ 原判決を引用したうへ、見出し語に対する文例が多数ありうるものであつて、選択の幅が広いというように、当該素材の性質上、編集者の編集基準に基づく独自の選択を受け容れうるものであり、その選択によつて編集物に創作性を認めることができる場合、「後行の辞典が先行する辞典の選択した素材をそのまま又は一部修正して採用し、その数量、範囲ないし頻度が社会観念上許容することができない程度に達するときは、その素材の選択に払われた先行する辞典の創造的な精神活動を単純に模倣することによつてその編集著作権を侵害するもの」と改める。

³⁷⁴ 判決は被告「実用字便覧」の収録語数は約 43,000 であり、原告「用字苑 (改訂版)」の収録語数は約 43,200 であるから、同規模の小型辞典と評したうへで、両者の収録語句の構成を比較すると、1,000 近くの相違語があるが、原告「用字苑 (改訂版)」に存しない、全く新しい語句の加入数は 400 強であり、逆に削除した語数は 600 弱であることに加えて、新加入語の約 4 分の 3 は、被告「実用字便覧」の冒頭から二割弱の部分に置かれているものの、それ以降の部分は原告「用字苑 (改訂版)」と殆んど同一であり、全体としても 99 パーセント近くの語句が共通であつて、いわば「丸写し」に近い書物であることから、被告「実用字便覧」は、原告「用字苑 (改訂版)」に著作物性を認める根拠となった収録語句の選定における独創性を再現しているとして、被告行為が「用字苑 (改訂版)」に対する原告の著作権を侵害するものと判示した。

³⁷⁵ 原告会社案内を被告会社案内と対比して、各頁毎のテーマやレイアウトにおける類似性がかなりの頁において認められるものの、「その素材である写真、イラスト及び記事については基本的に全く異なる素材を用いているものである」と認定したうへで、「編集著作物の保護は、素材の選択及び配列についての抽象的なアイデアを保護するものではなく、編集著作物に具現化された素材の選択及び配列についての具体的な表現を保護するものであることからすると、そもそも素材が全く異なるものについて、編集著作物の著作権が及ぶものと解することはできない」、「素材の配列についてのアイデアの共通性ないしはレイアウトの類似性についてまで編集著作物の保護の範囲を拡大するのは相当ではなく」として、被告会社案内が原告会社案内の複製であると認めることはできないと判示した。

³⁷⁶ 前掲注 0 参照。

³⁷⁷ 前掲注 0 参照。

³⁷⁸ 前掲注 0 参照。

³⁷⁹ 「仮に本件原告電話帳第一分冊について素材の選択配列に創作性が認められる点があるとしても」、被告電話帳は、①東京二三区内を更に細かい隣接する区域に分冊したものであり、分冊化された各地域内のすべての業者を一冊のうちに掲載していること、②表紙には対象地域を表

- HP〔同控訴審〕（山下和明裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁸⁰、東京地判平成14年2月21日裁判所 HP〔オフィス・キャスター（新築分譲マンションデータベース）〕（三村量一裁判長）（創作的表現の共通性肯定（複製権侵害）肯定）³⁸¹、前掲東京地判平成26年3月14日〔旅 nesPro（リレーショナル・データベース）・一審〕（東海林保裁判長）（現行版について創作的表現の共通性（複製権侵害）肯定、新版について創作的表現の共通性否定）³⁸²、前掲知財高判平成28年1月19日〔同控訴審〕（大鷹一郎裁判長）（現行版、新版について創作的表現の共通性（複製権ないし翻案権侵害）肯定）³⁸³。

- 10 それに対して、創作的表現の共通性を判断する際に、検討対象として両比較対象の共通部分のみについて創作的表現であるか否かを検討する「濾過テスト」的な判断を中心に行う裁判例も存在するが（東京地判平成14年11月15日裁判所 HP〔Qシート（FFS80問診票）〕（森義之裁判長）（創作的表現の共通性否定）³⁸⁴、前掲東京地判平成21年8月28日〔手あそび

す図が表示されていることの各点において、原告電話帳第一分冊と共通することに対して、原告電話帳第一分冊と被告電話帳とは、①分冊化された各電話帳に収録されている区の範囲が異なること、②原告電話帳第一分冊では分冊化された地域に重複して収録されている区は存しないのに対し、被告電話帳では千代田区、中央区が三つのエリアに、新宿区、渋谷区が二つのエリアに重複して収録されており、分冊化の仕方が全く異なっていること、③分冊基準が異なることから、原告電話帳第一分冊と被告電話帳とが同一であるとはいえないとして、類似性を否定した。³⁸⁰ 控訴人電話帳（第一分冊）と被控訴人電話帳とを、「表現されたものの全体として対比したとき」、「具体的に表現されたもの自体に共通性が認められ、その共通性の結果として後者から前者を直接感得できると判断できる場合に、複製権侵害あるいは翻案権侵害が成立するもの」と判示したうえ、控訴人電話帳（第一分冊）は、現実具体的に表現されたもの自体としては、創作性が認められるものの、控訴人電話帳（第一分冊）と被控訴人電話帳とを対比すると、前者が、台東区、葛飾区、墨田区、江戸川区を一つの地域としているのに対し、後者においては、エリア1が、千代田区、中央区、墨田区、江東区、江戸川区を一つの地域とし、エリア5が、台東区、荒川区、足立区、葛飾区を一つの地域として、これに千代田区、中央区が追加収録されているのであって、分冊の内容が大きく異なっており、それに伴い、電話番号簿の表現内容も大きく相違していることが明らかであるとして、被控訴人電話帳に複製権侵害ないし翻案権侵害を認めることはできないとした。

³⁸¹ 被告データベースにあって原告データベースにないものとして、6個のマスタータブルやその他いくつかのフィールド項目があるが、被告データベースは、テーブルの種類及び数、各テーブルに存在するフィールド項目の名称、テーブル間の関連付けのすべての点からして、原告データベースの構造の一部分とほぼ完全に一致する部分の規模と比較するならば、ごく僅かの相違にすぎないから、被告データベースが原告データベースの構造の一部分とほぼ完全に一致するといつて妨げないと判示したうえ、原告データベース被複製部分の創作性について検討するに、原告データベース被複製部分のみをとっても、新築分譲マンション開発業者が必要とする情報をコンピュータによって効率的に検索できるようにするために作成された膨大な規模の情報分類体系であり、このような規模の情報分類体系を、情報の選択及び体系的構成としてありふれているということは到底できず、原告データベースのうち被告データベースと共通する情報及び構成が著作物性を認めるに足りる創作性を有するといつて妨げないと、被告データベースは原告データベースを複製したものであり、原告の有する同データベースの複製権を侵害するものとした。

³⁸² 前掲注0参照。

³⁸³ 前掲注0参照。

³⁸⁴ 被告会社はウェブサイト合計210問の質問から構成される「IT業界向け市場価値測定テス

うたブック] (大鷹一郎裁判長) (曲の選択について、創作的表現の共通性否定³⁸⁵)、前述のように、創作的表現の共通性を否定した事案については、仮に両比較対象の相違部分にも着目したうえで、共通部分と相違部分を対比したとしても、結論としてそもそも共通部分に創作的表現が認められないため、上記裁判例はこの濾過テスト的な判断手法を選択したことが侵害成否の判断に与える影響はない。

第4項 創作的表現の共通性を何と捉えるか

第1款 問題提起

以上をまとめると、創作的表現の共通性を判断するにあたって、主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物に共通する部分を抽出し、この両者の共通部分のみを検討対象とし、それが著作権の保護に値する「創作的表現」を構成するか否かを論じればよい。しかし、美術、写真ないし編集物又はデータベースのカテゴリの表現の場合には、創作的表現の共通性を判断するにあたって、両比較対象の共通部分にのみ焦点をあてた「濾過テスト」的な判断

ト」(被告測定テスト)を掲載したところ、その質問のうち、記載の50問は80問の質問から構成されている原告Qシートと同一である事案において、判決は本件50問が原告がQシートを完成する以前に発表された第三者E・D式質問票の50問のうち48問とほぼ一致することから、原告Qシートの質問文全体が素材の選択によって創作性を有するとしても、被告が測定テストに本件50問のうち上記48問を選択して使用した行為は、原告Qシートの選択についての創作性を有する部分を複製した行為ということとはできない。また、被告測定テストシートでは、本件50問は他の160問と混在しており、その順序も、原告Qシートとは全く異なっているから、原告Qシートの質問文全体が素材の配列によって創作性を有するとしても、被告が測定テストの作成に当たって本件50問を使用した行為は、原告Qシートの配列についての創作性を有する部分を複製した行為ということとはできない、と判示した

³⁸⁵ 原告書籍本体の掲載曲全63曲の一部である35曲と同一の曲名の曲が被告書籍本体に掲載され、原告DVDの収録曲全29曲の一部である21曲と同一の曲名の曲が被告DVDに収録されているが、手あそび歌の書籍に掲載する曲として定番の曲や人気の高い曲を選択することは普通に思い着く着想であり、そのような着想に基づいて曲を選択すれば、手あそび歌の類書間の掲載曲に定番の曲や人気の高い曲の重複が生じることは避けられない事態であるところ、原告書籍本体では、定番の曲を外さず、幼稚園で人気が高く、よく遊ばれているものを選択することを基本とし、また、原告DVDの収録曲については、原告書籍本体の掲載曲のうち、幼稚園の教諭の意見を取り入れて子供たちがより喜ぶ人気曲を選択する方針とされたことに照らすならば、原告書籍本体及び被告書籍本体の掲載曲の重複曲、原告DVD及び被告DVDの収録曲との重複曲の中にも、定番の曲や人気の高い曲が相当程度含まれているものとうかがわれるから、原告書籍本体の掲載曲の一部及び原告DVDの収録曲の一部が重複するからといって、原告書籍本体及び原告DVDにおける上記曲名の選択の創作的表現が被告書籍本体及び被告DVDに再製されているものと直ちに認めることはできない。また、原告は原告書籍本体及び被告書籍本体の掲載曲の重複曲の選択、原告DVD及び被告DVDの収録曲との重複曲の選択において創作性を有することの主張立証を行うことなく、単に一部の重複の事実をもって原告書籍本体及び原告DVDにおける手あそび歌の曲名の選択の創作的表現が有形的に再製されていると主張するにとどまっているので、被告書籍本体及び被告DVDにおいて原告書籍本体及び原告DVDにおける手あそび歌の曲名の選択の創作的表現が有形的に再製されているものと認めることはできないとした。

をせず、検討対象として共通する部分以外に、相違部分にも着目したうえで、全体的観察により創作的表現が再生しているか否かという「非濾過テスト」的な判断を行った判決が多い。ここで直ちに生じる疑問は、効率性を図るためにも、裁判所としては、まずは、共通部分のみを取り上げ、それが「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」にしか認められないかを判断すべきだったのではなかろうか。検討対象として相違部分をも考慮する「非濾過テスト」的な判断手法は、美術、写真ないし編集物又はデータベースの性質から要求される特有のものなのであろうか、また、そうした判断手法の妥当性はどのように説明されることになるのだろうか。

- 10 以上が扱う創作的表現の共通性の検討対象というテーマから、学説における、いわゆる「全体比較論」を想起する。著作権侵害における類似性の成否を検討するに当たって、全体としての比較を問題とすべきかに関して争いがある。権利を主張する側の対象物と被疑侵害物を対比し、両比較対象に共通する部分を抽出し、それが創作的表現にあたるかについて検討する「部分比較論」と、両比較対象全体における共通部分と相違部分とを比較する手法
- 15 により検討する「全体比較論」とに大別できる。全体比較論については、論者により、その内容の詳細に差異はあるものの、類似性判断において、両比較対象の共通部分を越えて、その相違部分をも検討対象に取り込んで類似性の成否を決する立場を採用する点で、一致すると認められる。代表的見解としてしばしば引用されるのは、橋本判事の次のような「創作性の相関関係理論」である。創作性の相関関係理論は、著作権侵害における類似性に当たる
- 20 かどうかを判断するに当たって、権利を主張する側の対象物と被疑侵害物を対比し、その共通部分と相違部分をそれぞれ把握した上で、この両者の創作的価値の相関関係を比較衡量して、類似性の判断を行うべきとする見解³⁸⁶である。この説によれば、創作性には高低が

³⁸⁶ 橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報 1595 号（1997 年 5 月）27、29 頁の注（6）、同（下）判例時報 1596 号（1997 年 5 月）11-12、15、19、26-28 頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設樂隆一編『現代裁判法大系 第 26 巻—知的財産権一』（1999 年 3 月・新日本法規）381-384、394-395、399 頁。

なお、「創作性の相関関係理論」の前、松本重敏「著作権法における表現形式という概念について」『知的財産権法・民商法論叢—小坂志磨夫先生・松本重敏先生古稀記念』（1996 年 5 月・発明協会）494 頁は、著作物の保護範囲について、両作品に共通する表現形式を抽出し、それぞれの作品における価値を評価することが重要であることを指摘している。

「創作性の相関関係理論」を支持する立場から、相山敬士「翻案の構造」知財管理 56 卷 2 号（2006 年 2 月）207、211-212 頁、同「翻案（侵害）の判断において考慮すべき諸事情」著作権研究 34 号（2008 年 10 月）90-93 頁（ただし、創作性の相関関係以外の要素も考慮して翻案の成否を決すべきとする）、同「著作権の侵害と差止—意味と無意味」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 6 月・弘文堂）705-708、716 頁（全体的考察が必要である）、大須賀滋「翻案権侵害の主張立証」論究ジュリスト（2012 年 8 月）256-257 頁、高部眞規子「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（2012 年 9 月・日本評論社）258 頁、同「著作権法の守備範囲」パテント 66 卷 13 号（2013 年 11 月）152 頁。

ほかに、島並良「二次創作と創作性」著作権研究 28 号（2003 年 5 月）31-33 頁は、利用の存否だけに着目し、利用の程度を問わない侵害判断を貫くと、背景的取込に見られるような些細な

あり、権利を主張する側の対象物と被疑侵害物の共通部分の創作性が高く、相違部分の創作性が低い場合、類似性が肯定されやすいことになる。逆に、共通部分の創作性が低く、相違部分の創作性が高い場合、類似性が肯定されにくいことになる。似たような見解として、横山教授は権利を主張する側の対象物と被疑侵害物の表現の異同にも注視しつつ、両者を全体的に観察し、それらの共通部分・相違部分の創作性の内容・程度を質的、量的な観点から分析した総合評価によって類似性の有無を判断すべきであると主張する³⁸⁷。

他方、全体比較論を批判する立場から、前述のように、権利を主張する側の対象物と被疑侵害物の相違点は類似性の成否に影響を与えないので、主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物に共通する部分を抽出し、この両者の共通部分のみを検討対象とし、そこに創作的表現が認められるかどうかを判断すればよいとする見解が示されている。さらに、訴訟において俎上に載せられるべきは原告作品を侵害すると原告が主張する共通範囲内にある被告作品の部分のみであって、被告作品の創作的表現がそれ以外にどの範囲にまで広がっているのかは審理対象となるべきものではなく³⁸⁸、共通部分・相違部分における創作性の高低、そして両者の相関関係に基づく創作的価値の軽重をもって類似性を否定するのは妥当ではない³⁸⁹と指摘されている。

本稿は以下の理由から、共通部分のみの検討によって、それがそれだけで創作的表現であると認められるのであれば、それを越したことはないが、そうでなければ、最終的に「創作的表現共通性」の有無を判断するには、何らかの意味での全体的観察の必要性を指摘したい。

利用の場合に、処理に窮するため、外形的に既存著作物の創作的表現が再生されているかというような解釈ではなく、再生によりいかなる結果が惹起されたかをも問うような実質的な解釈が承認される必要があると指摘する。

³⁸⁷ 横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）296、299頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号18、23頁は、「全体比較論」ではなく、「直接感得性説」に与することを明らかにした上、後者の基準は、「創作的表現の共通性」ではなく、あくまでも「直接感得性」の有無を判断するために「共通部分と相違部分の創作性の内容・程度」を考慮する点が前者とは異なるとする。「創作性の相関関係理論」と「直接感得性説」両者の異同について、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号23-24頁、同「判批」（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）180頁の注16も参照。

³⁸⁸ 高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ—片山英二先生還暦記念論文集—』（2010年11月・青林書院）350頁、同『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）84頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁。

³⁸⁹ 駒田泰土「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）309頁、同「判批」（コルチャック先生・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）111頁。

第2款 類似性の判断基準とその判断手法

まず、「全体比較論」というネーミング自体、誤解を招くように思われる。類似性の判断については、特に、創作的表現共通性を擁護する見解によって、創作的表現の共通性と橋本判事の「創作性の相関関係理論」を含む「全体比較論」の対立が存在するという図式で語られることが多いように思われる³⁹⁰。しかしながら、類似性の判断基準とその判断手法を分けて考えておくと、少なくとも橋本判事自身はアイデアではなく表現であることその表現が創作的であることを掲げる著作権法2条1項1号の著作物の定義規定から、「著作権やその侵害行為の内容をなす『その著作物を利用する』ということは、著作物の創作的な表現形式を利用することを意味する」³⁹¹ことを指摘し、「創作的表現」という著作物性の要件から著作物の保護範囲を導く考え方に与している。他方、全体比較論への批判者がいうような意味での全体比較論は否定しつつも、共通部分にのみ焦点をあてた「濾過テスト」的な判断にせよ、全体的観察による「非濾過テスト」的な判断にせよ、判断基準として創作的表現の共通性をもって類似性の成否を決する限り、いずれの判断手法を採ろうとも、適切に判断が行われるのであれば、その結論に差異はないと自認している³⁹²。要するに、著作権の保護は元の著作物の「創作的表現」が被疑侵害物に再生されている場合にのみ及ぶものと解すべきであるとし、部分比較あるいは全体比較のいずれの判断手法は、あくまでも創作的表現が再

³⁹⁰ 例えば、駒田泰士「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）306-308、318頁は、橋本判事の「創作性の相関関係理論」を「全体比較論」に位置付けたうえで、この理論は原告作品の一部である創作的表現が再生されている場合であっても、当該部分が有する被告作品全体との関係性によっては、著作権侵害における類似性を否定する理論であると解している。

³⁹¹ 田村善之「著作権法講義ノート5」発明92巻8号（1995年8月）97-98頁、同『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）58頁、同〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）217頁、同〔判批〕（サイボウズ（インターフェイス））ジュリスト1266号（2004年4月）192頁、同『知的財産法』（第5版・2010年5月・有斐閣）441頁。

著作権侵害における類似性を認めるためには、創作的表現が再生（利用）していることが必要とする同旨のものとして、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）22、26頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）375、380頁、高林龍〔判批〕（NHKドラマ「春の波濤」・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）151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10月）44、47-53頁、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）63、65-69、82頁、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4月・信山社）26-27頁。

³⁹² 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）48頁、同〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）225頁、同〔判批〕（サイボウズ（インターフェイス））ジュリスト1266号（2004年4月）192頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）97頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年9月・産経新聞）422頁、同『新版ビジネス著作権法〈侵害論編〉』（2014年2月・中央経済社）103頁、泉克幸〔判批〕（プロ野球ドリームナイン・控訴審）京女法学9号（2016年2月）156頁の注26。

生されているか否かという「創作的表現の共通性」の有無を判断するために、共通部分と相違部分を考慮するわけである。創作的表現が共通されているところがあるにもかかわらず、被疑侵害者の付加した部分や共通部分の元の著作物での位置づけ等を考慮し、類似性を否定することを認めるかどうかという問題を論じているわけではない。結局のところ、肝要なことは、類似性の判断基準として創作的表現の共通性をどのようにして判断するかということにある。

第3款 創作的表現たりえない個々の共通点についてどこまでを合わせ技一本で「まとまりの表現として創作性の有無」を判断するか

類似性を肯定するために欠かせない「創作的表現の共通性」の判断に際して重要かつ困難なのは、創作的表現を的確に把握する作業である。「創作的表現の共通性」は、アイデアと表現の区別を通じて、具体的な事案に即して被疑侵害物の程度にまで類似しているものを許容してしまうと、著作者の創作に対するインセンティブが過度に失われることになるのか、あるいは被疑侵害物の程度にしか類似していないものを禁止してしまうと、かえって著作者の創作活動に過度に支障が生じてしまわないか、という二つの領域のどちらに当該事案が属しているのかということを探る作業を、立法から司法に移行させる機能を有するものである。

創作的表現の共通性の基準によっても、最初に共通部分のみの検討によって、それがそれだけで創作的表現であると認められるのであれば、それを越したことはないが、そうでなければ、創作的表現たりえない個々の共通点についてどこまでを、合わせ技一本で「まとまりの表現として創作性の有無」を判断するか³⁹³について、規範的・評価的な判断を伴うから³⁹⁴、具体的事件におけるあてはめは難しいことが多い。敷衍すると、著作権侵害訴訟では、最初に主張されている権利者側の対象物と被疑侵害物に共通する部分を抽出し、この両者の共通部分のみを検討対象としたが³⁹⁵、両者の共通部分が全体にわたって複数存在する場合に、

³⁹³ 前田哲男「翻案の概念」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）120頁、上村哲史[判批]（プロ野球ドリームナイン・控訴審）著作権研究42号（2016年5月）170頁。

³⁹⁴ 中山信弘「著作権法における思想・感情」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』（2010年12月・信山社）196頁（初出 特許研究33号2002年3月）、同『著作権法』（2007年10月・有斐閣）34頁、同（第2版・2014年10月・有斐閣）頁は、思想（アイデア）と表現の区別は著作物の保護範囲を画するための道具概念であり、保護を受けなくなる程度まで抽象化されたものを「アイデア」と称し、保護を受けるものを「表現」と称している、という規範的な観点から判断せざるをえないと指摘する。

³⁹⁵ 知財高判平成24年8月8日判タ1403号271頁[釣りゲータウン2・控訴審]（高部眞規子裁判長）は、「著作物の創作的表現は、様々な創作的要素が集積して成り立っているものであるから、原告作品と被告作品の共通部分が表現といえるか否か、また表現上の創作性を有するか否かを判断する際に、その構成要素を分析し、それぞれについて、表現といえるか否か、また表現上

いずれも個々の共通点ごとに検討した結果、各共通点を個別にみればアイデアにすぎない場合や表現上の創作性が認められない場合でも、こうした創作的表現とまではいえない個々の共通点を組み合わせた全体として、合わせ技一本でアイデアの域を脱し、創作的表現と認められる場合もあるのであるから、裁判所は権利者側が主張する複数の共通点の組合せがそれ一体として、権利者側の対象物の「創作的表現」といえるかどうかを検討すべきである³⁹⁶。未だアイデアであるものに止まっている場合であっても、かかるアイデアの選択、配列という組み合わせ次第では、その組み合わせの度合いがアイデアの域を脱し表現として評価されることもありうる。なぜなら、アイデアと表現の区別が後続の創作の自由を確保するところにあるとすれば、アイデアとしての各共通点が組合せると増えていけばどこから、そこまで著作物の保護範囲にしたところで後続の創作に残された選択肢は豊富であり、後続の創作はそこまで似せる必要はないというポイントを越え、創作的表現に変化しうるからである³⁹⁷。

ただし、それはあくまでも個々の共通点がまとまって一体的に表現された場合に限る。権利者側の対象物と被疑侵害物に共通点が多数存在するとしても、個々的には創作的表現たりえない共通点がそれらの関連性が乏しく、権利を主張する側の対象物全体に散在している場合、それら共通点の組合せにまとまりの表現として創作性を認めることはできない³⁹⁸。他の部分を無視して単純なアイデアの組み合わせのみの共通性があることを理由に著作権の保護を許してしまうと、保護範囲が広がりすぎて、後続の者の創作や利用を過度に阻害し、文化の発展という著作権法の趣旨に悖る事態を招来しかねないからである。

の創作性を有するか否かを検討することは、有益であり、かつ必要なことであって、その上で、作品全体又は侵害が主張されている部分全体について、表現といえるか否か、また表現上の創作性を有するか否かを判断することは、正当な判断手法とすることができる」と判示した。

要するに、複数の共通点のうち、特定の共通部分がそれだけで創作的表現であると認められるのであれば、その他の共通部分を検討するまでもなく、当該共通部分が類似していることをもって著作権侵害を肯定する余地があるから、最初に共通点ごとに個々の分析することは意義のあるところである。横山久芳〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）171頁参照。

³⁹⁶ 横山久芳〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）173-174頁、前田哲男「翻案の概念」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）121-122頁。

³⁹⁷ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）109、101頁、駒田泰士〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）126頁。

³⁹⁸ このような観点を踏まえて類似性の判断を行った裁判例として、東京地判平成16年12月24日裁判所HP〔七人の侍・一審〕（三村量一裁判長）、知財高判平成17年6月14日判時1911号138頁〔同控訴審〕（中野哲弘裁判長）（一審判決引用）参照。

同旨を説くものとして、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピライト2012年1月30頁の注26、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）171頁、田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）120頁。

もっとも、創作的表現たりえない個々の共通点についてどこまでを、合わせ技一本で「まとまりの表現として創作性の有無」を判断するかについて、保護されるべき「創作的表現」とそこから除外されるアイデアの区分が、実は規範的・評価的な判断に満ちている。創作的表現が再生しているか否かを判断するに当たって、アイデアと表現の区別は相対的なものであるから、アイデアとみなされる領域が広くにすれば、著作物の保護の範囲が狭くなる一方、逆に表現とされる領域が広くにすれば、著作物の保護の範囲も広がる。こうしたメタファーを通じて、著作物の保護範囲を調整することが可能である。その反面、その具体的な帰結がいったいいかなる場合に、創作的表現が再生している結論が導かれるのか、広きにも狭きにもいかにようにも融通無碍に運用できるために、類似性という形で著作物の保護範囲を予測することが不可能となるおそれがある。下級審と上級審が、創作的表現の共通性という同一の判断枠組みを採用しながら全く逆の結論に至ったことから分かるように、「創作的表現」とは何かのとらえ方、すなわち「表現」と「アイデア」の区別、そして創作的表現の再生という判断枠組みの事案への当てはめも容易ではないことを示すものといえる。

具体的には、言語のカテゴリの表現について、前掲〔江差追分〕事件の一審、二審判決は、一般論としては最判〔パロディ・モンタージュ写真〕が示した「本質的な特徴の直接感得性」を「創作的表現が共通していること」であると解していたが、具体的な事案への当てはめにおいては、①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、②江差町では9月に江差追分全国大会が開かれ、年に一度、かつてのにぎわいを取り戻し、町は一気に活気づくこと、③被告ナレーションの運び方は、原告プロローグの骨格を成す事項の記述順序と同一であること、という三つの共通部分は、「創作的な表現」であるとして、著作権侵害における類似性を認定した。それに対し、最高裁が下級審と同様の抽象論に基づきながらも、この共通部分が「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」にしか認められないものとし、全く反対の結論を導いている。この場合に「創作的表現」の再生が認められるとするならば、江差町の歴史を原告の独自の認識と同様の観点から表現しようとする者は、原告と同じ順序でこの認識を表明することが著作権法上禁止される結果になる³⁹⁹。最判〔江差追分〕は、下級審が認定した「創作的表現」の具体的な当てはめを修正したという点で重要な意義を有している⁴⁰⁰。

³⁹⁹ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）68-69頁、蘆立順美〔判批〕（江差追分・上告審）ジュリスト1224号（2002年6月）294頁。

岡邦俊 JCA ジャーナル 48 巻 8 号 48-50 頁。

⁴⁰⁰ 島並良〔判批〕（江差追分・上告審）コピライト2001年12月号19頁。

この点に関して、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）284頁の注8、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁は、一審判決は抽象度の高いアイデアとみるべき要素の共通性を理由として、翻案権侵害の成

美術又は写真のカテゴリの表現について、前掲「みずみずしいすいか写真」事件において、原告は翻案権及び同一性保持権侵害のみを主張していたので、一審判決は原告写真と被告写真において被写体の選択、組合せ、配置等の表現に入り込んだところを「アイデア」であるとして、原告写真と被告写真とは類似しないものと判示した⁴⁰¹。これに対し、控訴審は、原判決において共通部分のアイデアとした点を創作性がある表現であると肯定し、被告写真は原告写真に表現されたものの範囲内で創作性のない「再製又は改変したにすぎないもの」として、翻案権の侵害を否定するが、改変の点を捉えて、同一性保持権の侵害を肯定したのである。両判決の決定的な差異は、原告写真と被告写真の共通部分をアイデアと捉えるか、表現と捉えるかにあるということになる⁴⁰²。

また、前掲「釣りゲータウン2」事件において、一審判決及控訴審判決は共に最判「江差追分」判決の判旨2の創作的表現の共通性の基準に基づいて類似性の成否を判断しているにもかかわらず、魚の引き寄せ画面に関して、結論が分かれている。一審判決は①魚の引き寄せ画面を描写する際に水中のみを描くこと、②その配色を全体として青色にすること、③水中を真横から水平方向に描くこと、④三重の同心円を採用することなど、原告・被告の「魚の引き寄せ画面」の複数の共通点を一体的に捉えて、共通部分が平凡かつありふれたものであって創作性を欠くともいえず、創作的表現であると判断した。それに対して、控訴審判決は、創作的表現の共通性を事案への具体的判断においては、上記複数の共通点を個々のに分断し、それぞれがアイデアか表現上の創作性を有しない部分であると判示した⁴⁰³。前掲「プ

立を認めたものと指摘している。また、飯村敏明「講演録 著作物の利用（改変態様）の可否に関する判断要素について」コピライト2012年10月号7頁は、共通部分は表現にとどまるのではなく、むしろ表現から離れた感想、アイデア、順序などさまざまなものを含めているとして、一審判決及び引用部分が多い控訴審判決を批判している。

他方、山本隆司「判批」（江差追分・上告審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）101頁は、原審は抽象的な表現における共通点をもって翻案権侵害を認定するにとどまり、その創作性を検討しなかったに対して、最判「江差追分・上告審」は、不可避またはありふれた表現として、抽象的な表現における創作性を否定したものと指摘する。

⁴⁰¹ 東京地判「みずみずしいすいか写真・一審」の担当裁判長の著した飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『2004年度JASRAC寄付講座 著作権制度概説および音楽著作権』（2006年3月・明治大学法科大学院）215頁は、対象物やアングル等々は違うので、ある被写体を撮影した写真家が、単に被写体の構図を同じくする別の写真を撮ることまで、独占できるとすべきかという点については、否定すべきであるという結論が出てくると述べている。

⁴⁰² 松田正行「判批」（みずみずしいすいか写真・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）103頁、同「判批」（みずみずしいすいか写真・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）115頁。

⁴⁰³ 横山久芳「判批」（釣りゲータウン2・控訴審）ジュリスト臨時増刊1453号（2013年4月）268頁、同「判批」（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）172頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016

ロ野球ドリームナイン] 事件でも、原告・被告の選手カードにおいて、①本体写真のポーズ及び配置、②多色刷りで本体写真を拡大した二重表示部分の存在、部位や位置関係、③背景の炎及び放射線状の閃光の描き方などの複数の共通点について、一審判決は、個別に表現上の創作性の有無をそれぞれ検討し、いずれの共通点は「ありふれた表現にすぎないか又は創作性のない表現」であると判断した。それに対し、控訴審判決は、上記選手カードの個々の共通点を総合した組み合わせについて、創作的に表現したものであると判断した⁴⁰⁴。

創作的表現の共通性の判断が分かれるポイント、創作的表現たりえない個々の共通点についてどこまでを合わせ技一本で「まとまりの表現として創作性の有無」を判断する点に、[釣りゲータウン2]、[プロ野球ドリームナイン]の一審判決と控訴審判決の判断が相違したといえる⁴⁰⁵。

編集物又はデータベースのカテゴリの表現について、編集物の具体的な素材が異なる場

年3月・日本評論社) 頁は、個々の共通点がそれ自体としてはアイデア又は表現上の創作性がないものにすぎないとしても、複数の共通点の組み合わせを全体として捉えれば、創作的表現になっていると解する余地があるから、控訴審判決はが第一審判決とは異なり、複数の共通点を組み合わせても、全体として原告画面の表現上の創作性を有する部分とは認められないと考えたのであれば、その理由を明確に判示すべきであったと、控訴審判決を批判している。同様に、駒田泰土[判批](釣りゲータウン2・控訴審)知的財産法政策学研究43号(2013年11月)126-127頁は、複数の共通点ごとに検討した結果、創作性がないといえても、その組み合わせによって創作性が生じることがありうるとしたうえで、控訴審判決文にはこのように検討した箇所が見当たらず、両画面に共通する各点の個別的検討を行うことに終始しているように、各点について概ね表現上の創作性を否定し、又は単なるアイデアとみなしている判旨を批判している。泉克幸[判批](プロ野球ドリームナイン・控訴審)京女法学9号(2016年2月)164頁は確かに個々の共通点はあるとありふれており、釣りゲーム以外のジャンルで既に用いられているものであるが、それらを組み合わせで作上げる魚の引き寄せ画面には一定の幅あるいは選択肢が存在するとし、創作的表現の該当性を肯定してもよいと指摘する。

ほかに、小泉直樹[判批](釣りゲータウン2・控訴審)ジュリスト1446号7頁は、「微妙な判断であるが」と断りつつ、多数の先行作品が競合する釣りゲーム分野において初めて採用された表現についてのその選択の幅を広く認めないことは、結果として、本分野の先行者の利益の軽視につながりかねないと述べる。

⁴⁰⁴ 類似性の成立を認めた控訴審判決を支持する立場からは、泉克幸[判批](プロ野球ドリームナイン・控訴審)京女法学9号(2016年2月)164-165頁は、①背景の放射線状の閃光、②選手画像の二重表示、③選手のポーズや構図は、その一つ一つはアイデアに近いものであり、また、表現に該当するとしても「ありふれた表現」かもしれないが、少なくともこれらの複数の要素が組み合わせられて出来上がっている選手カードには創作性が現れており、誰が表現しても同じになるようなものではなく、選択の幅が狭いとはいえないと評価している。同様に、上村哲史[判批](プロ野球ドリームナイン・控訴審)著作権研究42号(2016年5月)171頁は背景の放射線状の閃光、選手画像の二重表示および選手のポーズや構図などの表現をそれぞれ個別についてみると、ありふれたものとして創作性は認められないが、選手カードは控訴審判決の述べたとおり、これらの表現を組み合わせたもので構成されているものであって、当該表現に選択の幅があり、創作性が発揮されていると見る余地はあるものと指摘する。

⁴⁰⁵ [プロ野球ドリームナイン] 事件について、上村哲史[判批](プロ野球ドリームナイン・控訴審)著作権研究42号(2016年5月)171頁参照。

5 合の編集著作権の侵害が争われた前掲〔会社案内パンフレット〕事件において、一審判決は原告作成の会社案内の素材である写真や記事は、被告会社案内のそれとは異なるものであるため、「編集著作物の保護は、素材の選択及び配列についての抽象的なアイデアを保護するものではなく、編集著作物に具現化された素材の選択及び配列についての具体的な表現を保護するものであることからすると、そもそも素材が全く異なるものについて、編集著作物の著作権が及ぶものと解することはできない」として、類似性を否定した。一方で、控訴審判決は「両会社案内を特徴づける構成の類似性からみて、具体的な素材の選択及び配列に強度の共通性がある」ことから、「これを単なるアイデアの共通性に過ぎない」というのは相当ではないとして、編集著作物としての類似性を肯定し、侵害を否定した原判決を取り消した。創作的表現の共通性の判断が分かれるポイント、被告会社案内においては原告会社案内と素材の配列が同一であっても、素材の異なることによって被告会社案内においてそれが埋没されており、原告会社案内の素材の配列における創作的表現が被告会社案内に再生されているといえるかどうかを判断する点に、一審判決と控訴審判決の判断が相違したといえる⁴⁰⁶。

15 また、旅行者向けのシステムに含まれる検索および行程作成業務用リレーショナル・データベース（CDDB）の侵害の成否が問題となった前掲〔旅 nesPro（リレーショナル・データベース）〕事件で、一審判決は、情報の選択について、被告 CDDB（新版）は原告 CDDB と比較して、被告 CDDB（新版）は原告 CDDB と一致するテーブル数が少なく、一致するテーブル

⁴⁰⁶ この点に関して、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（2009年1月・勁草書房）605頁（横山久芳執筆）、同横山〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）173頁は、広告媒体としての会社案内の編集においては、個々の記事や写真の具体的内容とともに、全体として読者に与える印象も重要な要素であることを前提として、頁のテーマの選択、配列及び個別頁のレイアウトという抽象的なレベルで編集著作物としての創作性が評価され、その点の被告会社案内との強度の共通性に基づいて侵害を肯定したのであると解している。田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）112頁も、会社案内用のパンフレットについて、頁のテーマの選択と配列と、絵画的な要素の強い個別頁のレイアウトの印象の共通性を合わせ考慮して著作権侵害を肯定したものと解している。

こうした見解に与するものとして、茶園成樹〔判批〕（会社案内パンフレット・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）49頁、同〔判批〕（会社案内パンフレット・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）49頁参照。

他方、関堂幸輔〔判批〕（会社案内パンフレット・控訴審）著作権研究23号（1997年3月）212-213頁、同〔判批〕（会社案内パンフレット・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）71頁は、控訴審判決は①編集物全体に係る配列順序の共通性、②特徴的な構成の類似性、③素材自体に多少の差異があったとしても、これが個々の素材の選択および特徴的な素材自体の強度の類似性を損なわないこと、という三つの要素が存することから具体的な素材の選択・配列についての強度の共通性を認め、著作権侵害における類似性を肯定しているのであるが、前記三要素から③を軽視すれば、もっぱらアイデアやレイアウトを保護することに帰結しかねないと指摘する。

についても、フィールドの構成やリレーショナルの取り方が異なっているという体系的構成の変更に関わるデータの違いのほか、新たな付加されたテーブルが多数あることにより、情報の選択において被告 CDDb（新版）は原告 CDDb とは、相当な相違が存在し、その情報量に相当の隔たりがあることを総合勘案すると、被告 CDDb（新版）情報の選択においては、原告 CDDb と「共通性を有する部分については創作性を有するものとは認め難い」、「その保有する情報量に大きな差があるため」、情報の選択において「相当な相違が存在し、共通する部分を有する原告データベースとは別個のデータベースとなったものというべきであるから」、原告 CDDb からコピーしたレコード自体が残存しているとしても、両者が情報の選択において類似していると評価することは相当でなく、「原告 CDDb の『創作的表現』」上の特徴を直接感得することができないとし、被告 CDDb（新版）は、その情報の選択において、原告 CDDb の複製ないし翻案には該当しないとした。それに対し、控訴審判決は被告 CDDb（新版）と共通する上記原告 CDDb の部分については、「データベースの情報の選択としての創作性を有するもの」とし、「データベースとしてのまとまりを肯定することができる以上、これが被告 CDDb（新版）の全体に占める割合の大小は、原告 CDDb の情報の選択における本質的な特徴の同一性が維持されているか否かを直接左右するものではない」から、被告 CDDb（新版）が原告 CDDb と共通性を有する部分は、原告 CDDb の共通部分の情報の選択における本質的な特徴を直接感得することができるとして、類似性を肯定し、侵害を否定した原判決を取り消した。創作的表現の共通性の判断が分かれるポイントは、両データベースに情報の選択の共通部分が存在するとしても、被告によって様々な修正、付加が加えられている場合には、それらの相違部分が情報の選択における創作的表現を変容させた結果、大は小を兼ねることはできず、被告データベースは共通部分を有する原告データベースとは別個のデータベースとなっており、そこにおいて原告データベースの情報の選択における創作的表現が再生されているか否かを判断する点に、[旅 nesPro（リレーショナル・データベース）]の一審判決と控訴審判決の判断が相違したといえる⁴⁰⁷。

第4款 一覽性の強い視覚表現—相違部分が共通部分のアイデアの組合せにまとまりの表現として創作性の判断に及ぼす影響は大きい

美術というカテゴリーの表現は、主題、対象物、背景、角度、構図、位置関係、大きさのバランス、色彩、絵筆の筆致等の視覚的表現を構成する諸要素の組合せによって、合わせ技一本で作者の思想・感情を創作的に表現したものであるが、主題、対象物、背景、角度、構図

⁴⁰⁷ それに対して、高瀬亜富〔判批〕（旅 nesPro（リレーショナル・データベース）・控訴審）コピーライト664号（2016年8月）44-45頁は、一審判決は他の相違部分が共通部分を凌駕していることを理由に直接感得性を否定し、直接感得性の独自基準説を駆使した侵害否定例であるに対し、二審判決は創作的表現の共通性とは別途、直接感得性を独自の要件ないし判断基準として掲げてはいるものの、実質的には創作的表現の共通性の一元化説により、被告 CDDb（新版）において原告 CDDb の創作的表現が再生されていることを決め手に侵害を肯定したと評している。

その他の視覚的表現を構成する諸要素自体がアイデアであって表現ではない。同様に、写真というカテゴリの表現において、被写体の選定、背景、撮影する際の構図、配置、カメラアングル、撮影方向ないし画角、色合い、光影の付け方等、視覚的表現を構成する諸要素自体はアイデアであって表現ではないが、写真というカテゴリの表現はそれら諸要素の組合せにより、合わせ技一本で風景を再現した具体的な表現に成り立つ性質の著作物である⁴⁰⁸。そして、こうした一覽性⁴⁰⁹の強い視覚表現が重視されるカテゴリの表現については、共通部分をどう抽出するか困難な部分があり⁴¹⁰、仮に共通部分を抽出することができたとしても、元の著作物の一部分をそのまま取り込んでいる前掲「パロディ・モンタージュ写真」、[イルカ写真]、[創価学会写真ビラ]、[東京アウトサイダーズ写真]、[創価学会写真ウェブ掲載]などの事案のように、共通部分のみの検討によって、それがそれだけで創作的表現であると認められるのであれば、それを越したことはないが、そうでなければ、いずれも視覚的表現を構成する諸要素を個別にみればアイデアにすぎないので、裁判所は権利者側が主張する複数の共通点の組合せがそれ一体として、権利者側の対象物の「創作的表現」といえるかどうかを検討しなければならない。視覚的表現を構成する諸要素の組合せがそこまで

⁴⁰⁸ 他方、構図やシャッターチャンスの捉え方において創作的に表現したものとして著作物性を有する旨判示した、東京地判平成11年3月26日判タ1014号259頁[イルカ写真]、東京地判平成18年12月21日判時1977号153頁[東京アウトサイダーズ写真・一審]、知財高判平成19年5月31日判時1977号144頁[同控訴審]がある。この点に関して、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）95頁は構図を決めてシャッターを切った結果出来上がった写真であるならば、著作物に該当すると解すべきであるとしている（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4月・信山社）279頁も参照）。この見解に与するものとして、比良友佳理[判批]（八坂神社祇園祭写真）知的財産法政策学研究25号（2009年12月）126、132-133頁、同「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（4）」知的財産法政策学研究48号（2016年9月）75-76頁の注206。

さらに、高瀬亜富[判批]（東京アウトサイダーズ写真・控訴審）知的財産法政策学研究32号（2010年12月）297頁は、[東京アウトサイダーズ写真]は写真についての著作物性を肯定する際に着目した要素は「構図」及び「シャッターチャンス」であると判示したが、事案では、スナップ肖像写真のうち被写体たる人物の上半身部分がトリミングされただけでも侵害が否定されず、被告の利用行為により本件写真の「構図」が再現されているものとはいえないため、判決の真意は、被写体たる人物についてのシャッターチャンスの捉え方がのみを根拠として、複製権侵害を肯定したものと位置づけることが可能である、と指摘している。

しかしながら、シャッターチャンスの捉え方がのみを根拠とすれば、被告写真に原告写真の「シャッターチャンスの捉え方」再生されているかどうかをどうやって判断すればいいだろうか。そもそも元の写真の一部分をそのまま取り込んでいるから、当該部分のコピーとして著作権侵害に該当することは明らかであるため、そもそも事案の解決として類似性を論じる必要がなかった。

⁴⁰⁹ 一覽性のある作品に関して、梶山敬士「著作権の侵害と差止一意味と無意味」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6月・弘文堂）705、716頁参照。

⁴¹⁰ 清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピーライト663号（2016年7月）6頁は、応用美術については、似た部分をどう抽出するか困難な部分があるので、濾過テスト的な判断になじまないと指摘する。

著作物の保護範囲にしたところで後続の創作者に残された選択肢は豊富であり、後続の創作者はそこまで似せる必要はないというポイントを越えたとき、それはアイデアではなく表現上の創作性を有する部分において共通性があると判断される。

- 5 どの程度の視覚的表現を構成する諸要素の組合せなら創作的表現とされるかは、その視覚的表現の性質により決まると考えられる。その際に美術や写真という一覽性の強い視覚表現の特性ゆえに、両作品の相違部分がそのうちのいくつかの視覚的表現を構成する要素の組合せにまとまりの表現として創作性の有無の判断に及ぼす影響は大きい。そのため、その創作的表現の共通性を判断するにあたって、両作品の創作的表現たりえない視覚的表現を構成する諸要素の共通点・相違点を比較したものだといえる⁴¹¹。裏返せば、美術や写真というカテゴリーの表現は一覽性の強い視覚表現を構成する諸要素の組合せである以上、そのうち共通部分としていくつの視覚的表現を構成する要素のみ切り出して創作的表現の共通性を問うことはできず、それどころか判断を誤らせるおそれがある⁴¹²。そこで、このような帰結を回避するためには、美術や写真という一覽性の強い視覚表現が重視されるカテゴリーの表現については、創作的表現の共通性の判断にあたって、両作品の全体を検討の対象とし、創作的表現たりえない視覚的表現を構成する諸要素すべての共通点と相違点を問う必要がある⁴¹³。

- 20 以上の観点から再度、類似性の否定例として、前掲東京高判平成12年9月19日〔舞台装置（赤穂浪士）・控訴審〕（山下和明裁判長）を見直してみても、共通部分として①パネルの形状、②それに描かれた円柱様の形状、③濃い藍色と金色という色彩の選択、④位牌の金と黒の配色、という視覚的表現を構成する要素そのものについては、個別にみればアイデアに

⁴¹¹ 理由付けこそ異なるところがあるが結論において同旨のものとして、谷川和幸〔判批〕（廃墟写真・一審）L&T 52号（2011年7月）102頁（写真について）、梶山敬士「著作権の侵害と差止一意味と無意味」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6月・弘文堂）705頁（絵画について）。

⁴¹² 理由付けこそ異なるところがあるが結論において同旨のものとして、谷川和幸〔判批〕（廃墟写真・一審）L&T 52号（2011年7月）102頁（写真について）、梶山敬士「著作権の侵害と差止一意味と無意味」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6月・弘文堂）705頁（絵画について）。

⁴¹³ 理由付けこそ異なるところがあるが結論において同旨のものとして、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」斉藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』（1997年6月・青林書院）132頁は、美術の著作物の場合に、類似性の判断は、両者の表現の共通部分、相違部分、それらが会体としての作品の中で占める重要性等についての主張に基づき侵害成否が判断されているとする。高部眞規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）58頁、清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピーライト663号（2016年7月）6頁も参照。

また、野口祐子『デジタル時代の著作権』（2010年10月・筑摩書房）77-78頁はアイデアは保護せず、表現だけを保護するという「アイデアと表現の二分論」は言語表現にあてはめることは比較的簡単であるが、写真などの作品形態になると、上手に機能していないと指摘する。

属するものと判断された。個々の要素につき排他権を与えてしまうと、同様の形状、色彩を利用して作品を創作しようとする後発創作者の活動を過度に阻害することになると考えられる。勿論、上記①ないし④の要素が独立にはアイデアであるとしても、それらを組み合わせた原告作品のようなものを創作的表現と解することもありえたであろうが、原告作品と被告作品には、より具体的なデザインとしての①パネルに描かれた円柱様造形物の形状とその配置、②紋様の組合せ、③位牌の配色に存在するとし、これらの「創作的表現」といえるほどの具体的なデザインが同じものであればともかく、異なっているため、こうした相違部分が共通部分のアイデアの組合せにまとまりの表現として創作性の判断に影響を及ぼすから、結果として①ないし④の要素を組み合わせたものはアイデアを脱した創作的表現といえる場合ではなく、著作物の保護範囲からは外れるのだということで、著作権侵害ではないと判断されることにも首肯し得る。

他方、肯定例として、前掲東京地判平成15年11月12日〔世界名所旧跡イラスト〕（飯村敏明裁判長）において、世界の名所旧跡を横長に並べて描いた原告イラストは世界の名所旧跡を対象として、その手法がありふれているような場合に、対象物まで創作したわけではないものの、世界中には名所旧跡がたくさんある中で、左から右へ、エッフェル塔、ピサの斜塔、ピラミッド及びラクダ、ビッグベン及び2階建てバス、風車、椰子の木等々、特定のものを選択したこと、どのような構図で、どのような順序で描いたかというような点で著作物としての創作性は肯定される。そして判決は両作品の共通点・相違点を比較したうえで、それを基礎に、被告イラストは原告イラストとは、その筆致を異にし（原告イラストは境界線を曖昧にして、にじみだすような筆致で各名所旧跡をデフォルメして描かれているのに対して、被告イラストはシャープな描線が用いられ、個々の名所旧跡も写實的に表現されている点）、その表現対象について若干の違いはある（原告イラストは特徴に乏しい建物、2階建てバスの後方にロンドン塔等の建物、羽が小さくで脚部が二本の風車がそれぞれ描かれているのに対して、被告イラストはパゴダ風の建物、万里の長城、雲、羽が大きく脚部が台形状の風車がそれぞれ描かれている点）ものの、左から右へ順に、エッフェル塔、ピサの斜塔、ピラミッド及びラクダ、ビッグベン及び2階建てバス、風車、椰子の木等々、個々の名所旧跡のイラストの配置やイラスト化された個々の名所旧跡の形状が酷似しており、被告イラストは原告イラストと実質的に同一であると判示した⁴¹⁴。

以上のように、創作的表現の共通性判断においては、権利を主張する側の対象物全体と被

⁴¹⁴ 東京地判〔世界名所旧跡イラスト〕の担当裁判長の著した、飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『2004年度JASRAC寄付講座 著作権制度概説および音楽著作権』（2006年3月・明治大学法科大学院）210頁は、被告作品と原告作品の「創作性のある部分が共通しているかどうか」を検討するに当たって、こうした創作的表現の共通性の判断は価値判断であり、利用を独占できる原告側の利益と、利用を禁止される被告側の不利益を総合考慮する観点から判断していくことになると述べている。

疑侵害物全体を検討の対象とし、その共通部分と相違部分を考慮する「非濾過テスト」的な判断手法は、美術、写真などの一覽性の強い視覚表現のような適切な事案もあると考えていいだろう⁴¹⁵。判決は全体的觀察による「非濾過テスト」的な判断手法を採用するといえども、創作的表現の共通性の判断をすることなく、一足飛びに両作品全体から似ているかどうかを検討するといういわば大雑把な判断基準を是認するものではないし、また判決もそのような基準を採用したものだと理解すべきではないだろう。

第5款 編集物又はデータベース—相違部分が素材の選択等における創作的表現を
変容させる可能性が高い

編集又はデータベースの著作物の場合、その創作的表現は、抽象度が高い素材の選択・配列又は体系的な構成に認められるものである。こうしたカテゴリの表現の特徴として、創作的表現のレベルの位相の抽象度が高いことや削除や付加といった修正行為がそうした素材の選択等における創作的表現を変容させる可能性が高いから⁴¹⁶、創作的表現の共通性の判断では、全体的觀察により素材の選択・配列又は体系的な構成における創作性が認められる範囲の検討を通じて、権利を主張する側の編集物又はデータベースの「創作的表現」が被疑侵害物に再生しているか否かが検討される必要がある⁴¹⁷。敷衍すると、権利を主張する側の編集物又はデータベースの素材数に比して、被疑侵害物の素材数が少ない場合、被疑侵害物において選択されている素材のすべてが、権利を主張する側の編集物又はデータベースにおいても選択されているとしても、編集方針の違いによって被疑侵害物における共通部分に表れた素材の選択等の創作的表現が、必ずしも権利を主張する側の編集物又はデータベースにおける素材の選択等の創作的表現と同じであるとはいえない。そのため、権利を主張する側の編集物又はデータベース全体と抽出した共通部分とを比較することによって、この共通部分が権利を主張する側の編集物又はデータベースの創作的表現といえるかどうか

⁴¹⁵ 理由付けこそ異なるところがあるが結論において同旨のものとして、清水節「講演録 応用美術に対する著作権による保護について—知財高裁平成27年4月14日判決『TRIPP TRAPP事件』を中心として—」コピーライト663号(2016年7月)6頁は、応用美術については、濾過テストで共通する部分をどう抽出するか困難な部分があるので、あまりなじまないと指摘している。ほかに、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』(2014年6月・青林書院)104頁の注2参照。

⁴¹⁶ 編集著作物について、蘆立順美「編集著作物の創作的表現の類似」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6月・弘文堂)546頁参照。

⁴¹⁷ 編集物について、茶園成樹「新聞記事の要約」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6月・青林書院)185頁、同茶園成樹[判批](会社案内パンフレット・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)49頁、同[判批](会社案内パンフレット・控訴審)小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号(第5版・2016年12月・有斐閣)49頁、蘆立順美「編集著作物の創作的表現の類似」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6月・弘文堂)541-542頁。

かの評価を行うことが、編集物又はデータベースというカテゴリーの表現においては不可欠となる。そして、被疑侵害者によって、様々な修正、付加が加えられている場合には、権利を主張する側の編集物又はデータベースの素材等が被疑侵害物に存在するとしても、それが権利を主張する側の編集物又はデータベースにおける素材の選択等の創作性と異なるものとなっている可能性がある。よって、被疑侵害物の全体についても考慮し、被疑侵害物において権利を主張する側の編集物又はデータベースの創作的表現が再生されているかどうかの評価が行わなければならない⁴¹⁸。裁判例においてはこうした評価の際、単に全体における素材量や配列の相違のみではなく、両者の選択基準の同一・相違が重視されている。創作的表現の再生の有無を判断する場面では、選択基準の同一性が具体的選択・配列結果とともに、重視されなければならない理由について、選択基準が異なる場合、具体的選択・配列に表れる創作性の内容も異なるはずであるから、仮に一部に共通する部分があるとしても、類似性は否定されるべきと考えられるからである⁴¹⁹。

具体的には、約3,000語のアメリカ語の単語、熟語を見出し語として選び出した上、これらの文例、日本語訳等を収録した原告「アメリカ語要語集」を、約6500語のアメリカ語の単語、熟語について同様の素材を収録した被告「時事英語要語辞典」が侵害しているかどうか争われた事案において、前掲東京地判昭和59年5月14日〔アメリカ語要語集・一審〕（牧野利秋裁判長）⁴²⁰、前掲東京高判昭和60年11月14日〔同控訴審〕（蕪山巖裁判長）⁴²¹は、見出し語の選択に関しては、両辞書の収録方針が異なっており、被告辞典の見出し語の収録語数が原告要語集の約二倍であることから侵害が否定された。判決は編集方針の違いに由来する両辞書の収録語数に約二倍の違いがあるから⁴²²、結論的には素材の選択におけ

⁴¹⁸ 裁判例においてはこうした評価の際、単に全体における素材量や配列の相違のみではなく、両者の選択基準の同一・相違が重視されている。創作的表現の再生の有無を判断する場面では、選択基準の同一性が具体的選択・配列結果とともに、重視されなければならない理由について、選択基準が異なる場合、具体的選択・配列に表れる創作性の内容も異なるはずであるから、仮に一部に共通する部分があるとしても、類似性は否定されるべきと考えられるからである。蘆立順美「編集著作物の創作的表現の類似」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6月・弘文堂）542-543頁参照。

⁴¹⁹ 裁判例においてはこうした評価の際、単に全体における素材量や配列の相違のみではなく、両者の選択基準の同一・相違が重視されている。創作的表現の再生の有無を判断する場面では、選択基準の同一性が具体的選択・配列結果とともに、重視されなければならない理由について、選択基準が異なる場合、具体的選択・配列に表れる創作性の内容も異なるはずであるから、仮に一部に共通する部分があるとしても、類似性は否定されるべきと考えられるからである。蘆立順美「編集著作物の創作的表現の類似」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6月・弘文堂）542-543頁参照。

⁴²⁰ 判決理由について、前掲注0参照。

⁴²¹ 判決理由について、前掲注0参照。

⁴²² 渋谷達紀〔判批〕（アメリカ語要語集・控訴審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）65頁、蘆立順美「編集著作物の創作的表現の類似」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6月・弘文堂）535-536頁。

る創作的表現の共通性を否定するのである。辞書というものの性質上、大は小を兼ねることはできないので、共通部分のみでは足りず、全体観察の非濾過テスト的な判断手法により、創作的表現が再生されているかどうかを判断する必要があるといえる。

- 5 また、例えば「著作権法判例百選」を読んで、「著作権法概説」なるテキストを作成して、そのテキスト内に取り上げられている事件の数は100個で、しかもその100個は著作権判例百選の事件とまったく同じものであったとした場合に侵害となるかについて、田村教授は素材の選択や配列の基準が同一であっても、素材が異なれば、表現も異なるものになり、
- 10 テキストである著作権法概説においては、「本文の中に個々の事件が埋没しており」、百選とはその表現が相当程度異なるので、もはや創作的表現が再生されているとはいいがたいものとなっている可能性がある⁴²³と指摘している。ここでは、全体的観察により創作的表現が再生しているか否かという「非濾過テスト」的な判断を行っていると言わざるを得ないように思われる⁴²⁴。
- 15 以上のように、創作的表現の共通性判断においては、権利を主張する側の対象物全体と被疑侵害物全体を検討の対象とし、その共通部分と相違部分を考慮する「非濾過テスト」的な判断手法は、創作的表現のレベルの位相の抽象度が高い、編集物又はデータベースの表現のような適切な事案もあると考えていいだろう。全体的観察により権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生しているか否かを見出していく「非濾過テスト」的な
- 20 判断手法は、共通部分にのみ焦点をあてた「濾過テスト」的な判断手法と異なっているが、こうした違いは、編集物又はデータベースの表現の特徴として、創作的表現のレベルの位相の抽象度が高いことや相違部分がそうした素材の選択等における創作的表現を変容させる可能性が高いが、その理由である。類似性の判断基準として、創作的表現の共通性を越えて、その周辺部分をも比較対象に取り込んで類似性の成否を決する立場を採用するわけでは
- 25 ないことを留意する必要がある⁴²⁵。

第4節 ユーザーによる表現価値の共通性基準の独自性の有無について

- 30 著作物の保護範囲を画する類似性の判断基準について、上記創作的表現の共通性を判断するにあたって、権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物において再生され

⁴²³ 田村善之「著作権法講義ノート7」発明92巻11号(1995年11月)87-88頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年11月・有斐閣)84-85頁、同[判批](釣りゲータウン2・控訴審)(2・完)知的財産法政策学研究42号(2013年3月)100頁。

⁴²⁴ 同旨を説くものとして、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号(2016年9月)21-22頁の注49参照。

⁴²⁵ 蘆立順美「編集著作物の創作的表現の類似」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6月・弘文堂)546頁参照。

5 ているか否かを判断する局面における問題と、創作的表現が再生される場合であっても、著作物の保護範囲に絞りをかけるために、創作的表現の共通性の外側に被疑侵害物から権利を主張する側の対象物の「本質的な特徴を直接感得」し得ないとして類似性を否定する場合があるか否か、という二つの問題を区別すべきである。後者に関して、権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生されているということを前提とした上で、類似性を否定することを認めるかどうかという問題を論じているものである。そして、この問題に関しては、最判〔江差追分〕は判旨2部分の創作的表現の共通性、かつ、判旨1部分の後段のユーザーによる表現価値の共通性（最判〔江差追分〕の言葉を借りれば、「本質的な特徴を直接感得すること」という「本質的な特徴の同一性」基準を最高裁初めて明らかにするとともに、具体的な事案への当てはめにおいては、判旨2部分の創作的表現の共通性の否定例でその具体的な適用例を示した点に意義がある。

15 もっとも、本稿でこうした最判〔江差追分〕判旨の読み方に対して、創作的表現の共通性が類似性を肯定するために欠かせない条件であることには異論がないが、最判〔江差追分〕の判旨1と判旨2とは同義であって、創作的表現の共通性が「本質的な特徴を直接感得すること」を言い換えたものに過ぎないと理解するのか、それとも、本稿のように判旨1と判旨2を異なる問題と捉え、創作的表現の共通性とユーザーによる表現価値の共通性はそれぞれ別個の意義を有するものであるか、という争いが生じている。いわゆる「創作的表現の共通性」に一元化によるべきとする見解（「創作的表現徹底説」、「創作的表現説」や「部分比較論」とも呼ばれる）と、ユーザーによる表現価値の共通性の独自基準によるべきとする見解（「直接感得性説」や「全体比較論」とも呼ばれる）が分かれている⁴²⁶。

第1項 創作的表現の共通性の一元化説

25 当初、有力となった考え方は、田村教授をはじめとす「創作的表現の共通性」に一元化する見解である。この見解は、最判〔江差追分〕判旨1と判旨2は同じことを述べているにす

⁴²⁶ 前述したように、創作的表現の共通性を判断するにあたっては、検討対象として両比較対象の共通部分のみを取り上げ、それについて創作的表現であるかどうかという「濾過テスト」的な判断手法もあれば、両比較対象の共通部分にも相違部分にも着目したうえで、全体的観察により権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生しているか否かという「非濾過テスト」的な判断手法もある。言葉の問題ではあるが、後者のように、両比較対象を全体的に比較して創作的表現の共通性を判断する立場は「全体比較論」とも呼ばれる。しかし、類似性の判断基準と判断手法を分けて考えておくと、全体的観察による「非濾過テスト」的な判断手法をとるからといって、あくまで創作的表現の共通性を判断するためのものであり、創作的表現が共通されているところがあるにもかかわらず、被疑侵害者の付加した部分や共通部分の権利を主張する側の対象物での位置づけ等を考慮し、類似性を否定することを認めるかどうかという問題を論じているわけではない。したがって、類似性の判断基準について、誤解を避けるために、以下「部分比較論」「全体比較論」という用語ではなく、「創作的表現の共通性の一元化説」「ユーザーによる表現価値の共通性の独自基準説」という用語を用いる。

ぎないと理解する。すなわち、判旨1部分の「本質的な特徴」の意味するところが必ずしも明らかではないために、判旨2部分は、アイデア自体や表現上の創作性がない部分は保護されないことを明記することにより限定を図ったのである。両者は裏表の関係ということで、「本質的な特徴」とは、創作的表現であり、決め手は判旨2部分の「創作的表現の共通性」であるとする見解である⁴²⁷。この見解の下では、結局、「本質的な特徴を直接感得すること」

⁴²⁷ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）60-61頁の注1、同〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）218-220頁、同「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会『民事判例Ⅲ—2011年前期』（2011年・日本評論社）105-106頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）98-99、104-105頁、同（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）89-93、122頁、蘆立順美〔判批〕（江差追分・上告審）ジュリスト1224号（2002年6月）294頁、上野達弘「ドイツ法における翻案—『本質的な特徴の直接感得』論の再構成—」著作権研究34号（2008年10月）44-49頁、同上野執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）252-253、256-257頁、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）55、64-68、72、81頁。

この一元化する見解に与するものとして、駒田泰士〔判批〕（キューピー人形・一審）斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）127頁（創作的表現と言わずに本質的な特徴の直接感得可能性なる基準が用いられるのは、既存の作品に修正増減が加えられた場合に、そのようにして再製されたもののなかに残存して、なおそれと認識させるに足りる元の作品の「創作的表現」を指し示す言葉として便利だからである）、同「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4月）148-155頁、同「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）317-321頁、同〔判批〕（コルチャック先生・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）111頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）131頁、山根崇邦〔判批〕（通勤大学法学コース）知的財産法政策学研究18号（2007年12月）232頁、比良友佳理〔判批〕（八坂神社祇園祭写真）知的財産法政策学研究25号（2009年12月）134-135頁、同〔判批〕（弁護士のかず）知的財産法政策学研究37号（2012年3月）327-328頁、金井重彦〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）107頁、同〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）119頁、丁文杰〔判批〕（マンション読本）知的財産法政策学研究30号（2010年9月）260-262頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ—片山英二先生還暦記念論文集—』（2010年11月・青林書院）頁、同『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、谷川和幸〔判批〕（廃墟写真・一審）L&T52号（2011年7月）102-103頁、同〔判批〕（マンション読本）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）125頁、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4月・信山社）30頁、橋谷俊〔判批〕（2・完）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究48号（2016年9月）348-349頁。

理由付けこそ異なるところがあるが、「表現上の本質的な特徴」は、著作物として保護される「創作的表現」であることを、裏側から述べたのが判旨2であるとする結論において同旨のものとして、相山敬士「翻案（侵害）の判断において考慮すべき諸事情」著作権研究34号（2008年10月）89頁、同「著作権の侵害と差止—意味と無意味—」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6月・弘文堂）705、716、728頁、島並良「権利の物的保護範囲」法学教室386号（2012年11月号）147頁。

なるものは単なる枕言葉に過ぎず、著作権侵害の類似性の成否は、両比較対象の間で創作的表現が共通しているか否かということで決せられることとなる⁴²⁸。このように解釈する理由としては、主に以下の点を指摘することができる。

- 5 第一に、判旨1の「本質的な特徴を直接感得すること」部分は、先行する最判〔パロディ・モンタージュ写真〕との連続性を保つために挿入した文言に過ぎない。「本質的な特徴を直接感得すること」は、最判〔江差追分〕が提唱したものではなく、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕が同一性保持権侵害の成否を決する際の判断基準として説いたものをそのまま踏襲したものである。この「本質的な特徴を直接感得すること」というフレーズは、著作物
- 10 物の定義に関する規定はなかった旧著作権法時代の産物であり、それに初めて言及した最判〔パロディ・モンタージュ写真〕その時点では創作的表現の再生の有無により類似性の成否を決するという基準は流布していなかったという状況の下で、原著作物の本質的な特徴を直接に感得しうるか否かという説示を用いていた。それに対し、最判〔江差追分〕は、改正後の著作権法の法文から無理なく導くことができ、すでに下級審の段階では趨勢を占め
- 15 つつあった「創作的表現の共通性」というフレーズを著作物の保護範囲を画する基準として採用することにした（判旨2部分の意味）。もっとも、著作物の保護範囲を画する基準を説いた最判〔パロディ・モンタージュ写真〕という先行する最高裁判決が存在する以上、それとの連続性を保つために、「本質的な特徴を直接感得すること」の説示を前置いたが（判旨1部分の意味）、その説示に格別の意味はない⁴²⁹と指摘されている。

また、最判〔江差追分〕の前、翻案は原著作物としての「創作的な表現」の特徴、すなわち、原著作物における「表現形式上の本質的な特徴」は失われずに同一性を維持しており、これを直接感得することができるので、原著作物の著作権の及ぶ範囲内にある二次的な著作物として扱われるものである、という同旨の見解を示したものとして、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）29頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設樂隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）380-382、385頁、野一色勲〔判批〕（SMAP大研究）著作権研究26号（2000年9月）315頁も参照。

⁴²⁸ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）105頁。

⁴²⁹ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）頁の注1、同〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）217-224頁、同「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会『民事判例Ⅲ—2011年前期』（2011年・日本評論社）105頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）101-105頁、同（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）122頁。

同様に最判〔江差追分〕の判旨1の「本質的な特徴を直接感得すること」部分は、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕が同一性保持権侵害の成否を決する際の判断基準として説いたものをそのまま踏襲したものであると解するものとして、蘆立順美〔判批〕（江差追分・上告審）ジュリスト1224号（2002年6月）294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10月）44-49頁、同上野執筆、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年10月・有斐閣）253、256-257頁、同（第2版・2016年10月・有斐閣）頁、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）—「複製又は翻案」の問題性—」知的財産法政策学研究42号（2013年3月）55-、64-68、72、81頁、駒田泰士「著作物

第二に、著作物の保護範囲を画する類似性の要件は、創作的表現であれば著作物となるという著作権法2条1項1号の原則立ち返って決せられるべき問題であり、この規範から導かれるのは、創作的表現が再生される形で利用される場合には著作権侵害となる⁴³⁰、と指摘されている。

また、東京地判〔雪月花・一審〕、東京高判〔同控訴審〕は創作的表現の共通性を越えて、「本質的な特徴を直接感得すること」に独自の意義を認めるわけではない。表現の性質・種類を考慮して、何をもって「創作的表現」とされるのかを検討する必要があるため、〔雪月花〕判決は書道文字という表現特有の事情を巧みに活用して、「本質的な特徴の直接感得性」に係る説示をさらに具体化して、「創作的表現」が再生されているか否かを基準として、「墨の濃淡」、「かすれ具合」等の「創作的表現」までもが再生されているとはいえないとして類似性を否定する論法を採用している⁴³¹と指摘されている。

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4月）148-155頁、同「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）131頁、山根崇邦〔判批〕（通勤大学法学コース）知的財産法政策学研究18号（2007年12月）232頁、比良友佳理〔判批〕（八坂神社祇園祭写真）知的財産法政策学研究25号（2009年12月）134-135頁、同〔判批〕（弁護士のくず）知的財産法政策学研究37号（2012年3月）327-328頁、金井重彦〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）107頁、同〔判批〕（舞台装置（赤穂浪士）・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）119頁、丁文杰〔判批〕（マンション読本）知的財産法政策学研究30号（2010年9月）260-262頁、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4月・信山社）30頁、橋谷俊〔判批〕（2・完）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究48号（2016年9月）348-349頁、相山敬士「翻案（侵害）の判断において考慮すべき諸事情」著作権研究34号（2008年10月）89頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試論」『知的財産法の新しい流れ—片山英二先生還暦記念論文集—』（2010年11月・青林書院）350頁、『標準著作権法』（2010年12月・有斐閣）84頁、同（第3版・2016年12月・有斐閣）頁、島並良「権利の物的保護範囲」法学教室386号（2012年11月号）147頁。橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年5月）29頁、同「著作物の複製と翻案について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 第26巻—知的財産権—』（1999年3月・新日本法規）380-382、385頁、野一色勲〔判批〕（SMAP大研究）著作権研究26号（2000年9月）315頁も参照、泉克幸〔判批〕（プロ野球ドリームナイン・控訴審）京女法学9号（2016年2月）153-154頁。

⁴³⁰ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）58頁の注1、同〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）217-224頁、田村善之司会「シンポジウム著作物の隣接領域と著作権法」著作権研究36号（2010年12月）112頁（田村善之発言）、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）117、120頁。

⁴³¹ 東京地判〔雪月花・一審〕を担当裁判長の著した、飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号（2008年12月）116頁は、この判決は「書」独自の特質論を用いて、類似性を活用することにより、結論を導いた事例であると指摘する。同旨のものとして、大野聖二〔判批〕（雪月花・控訴審）中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号（第4版・2009年12月・有斐閣）91頁、同〔判批〕（〔雪月花・控訴審〕）小泉直樹ほか編『著作権判例百

この見解に従えば、書ではなく、構図に表現上の創作性が表れる写真や絵画が事案となる場合は、いささか処理に窮するため、[雪月花]判決の射程は決して広いものではないとの理解⁴³²で説明されている。

5

第三に、予測可能性・法的安定性の欠如。ユーザーによる表現価値の共通性に独自の意義を認めると、柔軟な侵害判断を行うことが可能となるかもしれないが、その反面、その具体的な帰結がいったいいかなる場合に、創作的表現の共通性基準と異なる結論が導かれるのか、広きにも狭きにもいかようにも融通無碍に運用できるために予測が不可能となる⁴³³。

10 そして、創作的表現が再生されているにもかかわらず、「本質的な特徴」とは何なのか、全体比較という際の「全体」の範囲や「色あせている」、「埋没している」など、類似性を規範化することは、類似性判断を過剰に不明確なものにすること⁴³⁴、裁判官の単なる印象論を

選』別冊ジュリスト 231 号（第 5 版・2016 年 12 月・有斐閣）113 頁、駒田泰士「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008 年 6 月・弘文堂）322 頁の注 26、橋谷俊〔判批〕（2・完）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究 48 号（2016 年 9 月）337 頁、前田哲男「翻案の概念」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016 年 3 月・商事法務）112 頁の注 18。

⁴³² 田村善之〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌 119 巻 7 号（2002 年 7 月）218-219 頁、同「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255 号（2003 年 10 月）127 頁、同「絵画のオークション・サイトへの画像掲載と著作権法」知財管理 56 巻 9 号（2006 年 9 月）1309 頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（2）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究 17 号（2007 年 11 月）82 頁、同「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 12 月）14-15 頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012 年 6 月・弘文堂）411-412 頁（初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—（前編）（後編）」二弁フロンティア 2010 年 12 月号・2011 年 1・2 月号）、同「著作権法の政策形成と将来像」（2012 年 4 月 21 日著作権法学会シンポジウム講演録）著作権研究 39 号（2014 年 4 月）126-127 頁、同〔判批〕（釣りゲータウン 2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究 41 号（2013 年 2 月）103 頁、同「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 3 月）50 頁の注 55。

この見解に与するものとして、横山久芳「著作権の制限（1）」法学教室 2009 年 2 月号 138 頁、同注 10、同「フェアユース」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォームーコンテンツの創造・保護・活用のお循環の実現に向けて—』（2008 年 3 月）

（<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017 年 5 月 7 日確認）41 頁、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 2009 年 5 月号 50 頁、比良友佳理〔判批〕（弁護士のくず）知的財産法政策学研究 37 号（2012 年 3 月）326 頁の注 21、同「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（4）」知的財産法政策学研究 48 号（2016 年 9 月）73 頁の注 205、75-76 頁の注 206、安藤和宏「著作隣接権制度におけるレコード保護の研究」早稲田大学博士論文（2012 年）（<http://dspace.wul.waseda.ac.jp/dspace/handle/2065/37793>、2017 年 3 月 10 日確認）91-92 頁、丁文杰〔判批〕（マンション読本）知的財産法政策学研究 30 号（2010 年 9 月）253-254 頁。

⁴³³ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン 2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究 41 号（2013 年 2 月）116 頁の注 41。

⁴³⁴ 「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最

もって類似していないと結論付け、侵害を否定する手法は、その操作の過程が明示されない限り法的には不安定なものであること⁴³⁵、具体的表現に対する印象は個人によって異なる可能性が高く、そのような抽象的な印象を類似性の判断において考慮に入れると、裁判の客観性確保の問題が生じること⁴³⁶、などの批判が加えられている。

5

第四に、ユーザーによる表現価値の共通性に独自の意義を認めても、実益に乏しいこと。本質的特徴を直接感得することができない「色あせている」が提唱するメリットのうち、少なくとも写り込みに関しては、2012年の著作権法改正により30条の2という制限規定が導入されたので、様々な制限があるものの、この見解の実益は相対的に小さくなった⁴³⁷。仮に現行規定には確かに不備が存するであろうが、非類似と解するのではなく、類似性を認め
10 たうえで、まずは諸事情を考慮して許容されるべきかどうかを柔軟に判断する役割を担う制限規定によって対応できないかが検討されるべきである⁴³⁸。それでも現行の著作権制限規定によって対応できない場合、権利濫用法理などを活用して処理する方が座りがよい⁴³⁹。このように裁判官による判断の実質的根拠が表明されて初めて、判断構造が可視化され、そ
15 の判断の当否に関する理論的な検証・議論が可能となるからである⁴⁴⁰。その反面、利用目

新動向—法改正への提言』(2010年3月25日・第一法規)65頁(上野達弘発言)、同上野「著作権法の柔軟性と明確性」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』(2016年3月・商事法務)36頁、山本隆司[判批](江差追分・上告審)小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号(第5版・2016年12月・有斐閣)109頁。

⁴³⁵ 駒田泰土[判批](コルチャック先生・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)111頁。

⁴³⁶ 大須賀滋「翻案権侵害の主張立証」論究ジュリスト(2012年8月)255頁。

⁴³⁷ 田村善之[判批](釣りゲータウン2・控訴審)(1)知的財産法政策学研究41号(2013年2月)118-119頁。

⁴³⁸ 駒田泰土「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008年6月・弘文堂)304頁、同[判批](コルチャック先生・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)111頁、同[判批](釣りゲータウン2・控訴審)知的財産法政策学研究43号(2013年11月)109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10月)52頁、同「著作権法の柔軟性と明確性」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』(2016年3月・商事法務)36頁。

⁴³⁹ 駒田泰土「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008年6月・弘文堂)304頁、同[判批](コルチャック先生・控訴審)中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト198号(第4版・2009年12月・有斐閣)111頁、同[判批](釣りゲータウン2・控訴審)知的財産法政策学研究43号(2013年11月)109頁は、デジタル技術の普及により、様々な情報を再生したり加工することが容易になった時代においては、他人の創作的表現が再生されたことの一事をもって杓子定規に侵害を認めるのではなく、利用の程度や付加価値の程度を考慮して侵害を否定する必要があるが、創作的表現が複製されているにも関わらず、様々な事情を考慮して類似性を否定するという手法は不安定であると指摘し、類似性を認めた上で、実質的な意味での違法性を欠くことや権利濫用法理を活用する方法を提案している。

⁴⁴⁰ 上野達弘「日本版フェアユース規定の行方 考慮要素を明示した受け皿規定の導入が法的安定性を高める」ビジネスロー11号(2009年2月)19頁、同「権利制限の一般規定—受け皿規

5 的の正当性や利用目的との関係で利用しなければならない必要性、著作権者に与える経済的不利益など、元の著作物と被疑侵害物の比較に還元しえない諸要素を総合衡量する法理の下で非侵害の方向に考慮すべき事柄を無理に著作物の保護範囲を画する類似性という要件に持ち込もうとする場合には、保護範囲を可視化することができるはずの同概念の機能を減殺することになる⁴⁴¹、と指摘されている。

第2項 ユーザーによる表現価値の共通性の独自基準説

10 それに対し、最判〔江差追分〕判旨1後段の「本質的な特徴を直接感得すること」要件には、判旨2の「創作的表現の共通性」では捉えきれない独自の機能を発揮することを認める見解も有力に主張されている。この「本質的な特徴を直接感得すること」に独自の意義を持たせる見解について、論者により、その内容の詳細に差異はあるものの、類似性判断において、判旨1後段部分と判旨2部分はそれぞれ別個の意義を有するものであるから、「創作的表現の共通性」が認められることは類似性が肯定されるための必要条件であるが十分条件
15 ではないので、「創作的表現の共通性」を検討することに加えて、著作物に接する者が権利を主張する側の対象物の本質的な特徴を直接感得できるかどうかを検討する必要がある、「本質的な特徴を直接感得すること」をも充足しない限りは類似性が肯定されることはないとする点で、一致すると認められる。独自基準説の嚆矢となったのは、最判〔江差追分〕の調査官を担当する高部眞規子判事の論文である。その論文では、最判〔江差追分〕は侵害か非侵害かの境界を画する類似性基準について、アイデアと表現の区別及び「著作物に接する者」
20 の視点から検討したものであると解している⁴⁴²。これによれば、最判〔江差追分〕の判旨2にいう共通部分が「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」にしか認められない場合には、常に、類似性の要件も満たさないという関係にあるが、最判〔江差追分〕の判旨1後段部分は、判旨2によりアイデアと表現の区別を通じて創作的表現の共通性を
25 否定しきれなかった場合には、著作物に接する者の視点から本質的な特徴が直接感得できないとの理由で類似性を否定することを可能とし、翻案権侵害における類似性の成立に絞りかける役割を有しているとされている。具体的には、たとえ新たな作品の中に旧作品の

定の意義と課題―」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて―コンテンツと著作権法の役割』（2017年4月・信山社）165-166頁。

⁴⁴¹ 田村善之〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（1）知的財産法政策学研究41号（2013年2月）119頁。

⁴⁴² 高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）頁、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（2008年10月）頁、同斉藤博司会「シンポジウム 翻案」著作権研究34号（2008年10月）107頁（高部眞規子発言）、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（2012年9月・日本評論社）頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号（2013年11月）、同「著作権侵害の判断再考」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法―野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）頁。

創作的表現が再生されているといえたとしても、新たな創作的表現が高度なレベルで加わったことにより、共通部分が新作品の中で埋没してしまい、新作品に接する者が旧作品の「本質的な特徴を直接感得することができないほど色あせた状態になる場合」には、類似性が否定されるとの判断が導かれることになる⁴⁴³。また、些細な程度の類似について、侵害を否定する方向で斟酌するための一つの使える道具になり得るとしていた⁴⁴⁴。

また、横山教授は類似性判断においては、第1段階で、創作者の視点から創作的表現の共通性を判断する。これが認められることは類似性が肯定されるための必要条件であるが十分条件ではないので、次に第2段階において著作物に接する需要者が元の著作物の本質的な特徴を直接感得することができるか否かを判断する。それに際しては、元の著作物と被疑侵害物の共通部分と相違部分を対比的に観察することが必要⁴⁴⁵と指摘する。ほかに、前田先生は、創作的表現の再生の有無は、一定の「振れ幅」の中で一線を引く実践的価値判断であるため、原告が侵害箇所として特定する箇所以外の箇所において、原告作品と被告作品とが大きく異なっていることは、「振れ幅」の中では類似性を否定する方向に働く事情となる⁴⁴⁶、と指摘する。

⁴⁴³ 高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）頁、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（2008年10月）16-18頁、同齊藤博司会「シンポジウム 翻案」著作権研究34号（2008年10月）107頁（高部眞規子発言）、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）263-264頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的発展』（2012年9月・日本評論社）251-262頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号（2013年11月）、同「著作権侵害の判断再考」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）62-63頁。

この見解に与するものとして、大橋正春〔判批〕（サンジェルマン殺人狂騒曲・上告審）齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト157号（第3版・2001年4月・有斐閣）137頁は創作性のある訳語、訳文を一部利用しても、基本的構造、語調、語感における大きな相違に埋没して全体として覚知せしめるまでとはいえない場合に、訳語、訳文についての著作権侵害の成立を否定すべきであると指摘する。

大須賀滋「翻案権侵害の主張立証」論究ジュリスト（2012年8月）257頁。

⁴⁴⁴ 高部眞規子〔発言〕齊藤博司会「シンポジウム 翻案」著作権研究34号（2008年10月）110-112頁。

⁴⁴⁵ 横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—齊藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）294-295、302-303頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号14-16、23、25、27-28頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）123頁。

横山教授の考え方に賛意を示すものとして、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ—著作権法、その他、全体問題』（2014年6月・青林書院）100-101頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）24-25頁。

⁴⁴⁶ 前田哲男「翻案の概念」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）124頁。

第3項 検討—創作的表現の共通性に加えて、市場における代替可能性の問題を正面に据えるべき

「創作的表現の共通性」のみを問う一元化説の立場からはもとより、「本質的な特徴を直接感得すること」に「創作的表現の共通性」を超えた特別の意味を読み込む独自基準説に立つ場合でも、創作的表現の共通性を問うところで、アイデア又は表現上の創作性を有しない部分において権利者側の対象物と共通するにすぎない場合には、著作権侵害における類似性の成立が否定されることとなる。この点は上述のいずれの立場を採ろうとも、変わるところはない。そうでなければ、独占が許されるべきでないアイデアあるいは創作性のない表現を独占させる結果になるからである。一方で、創作的表現の共通性があると認められる場合には、それでもなお類似性の成立が否定される場合があるかどうか、という点で結論を異にする。したがって、独自基準説における「本質的な特徴を直接感得すること」というものは、「創作的表現の共通性」と同じ、類似性が肯定されるための必要条件の一つであり、創作的表現の再生といえる場合には類似性を否定する方向にだけ考慮され、著作物の保護範囲に絞りをかける役割しかないこと⁴⁴⁷に留意しておく必要がある。

では、いずれの見解が妥当であろうか。本稿は、「本質的な特徴を直接感得すること」、すなわちユーザーによる表現価値の共通性の独自基準説の主張が妥当であると考え、以下、款を改めて説明することとしよう。

20

第1款 最判〔江差追分〕の読み方

著作物の保護範囲を画する類似性に関しては、前述のように、確かに「本質的な特徴を直

⁴⁴⁷ 高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）頁、同「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2008年10月）11、17頁、同齊藤博司会「シンポジウム 翻案」著作権研究34号（2008年10月）110-111頁（高部眞規子発言）、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）247、260頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（2012年9月・日本評論社）254、261頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号（2013年11月）、同「著作権侵害の判断再考」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）頁。

その意味で、「創作的表現の共通性」一元化説の立場から、後発の被疑侵害物が先発の著作物に含まれたアイデアや創作的な表現ではない部分を利用しているにすぎない場合にも、そこが本質的な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ことによって類似性を肯定してしまいかねない、という「本質的な特徴の直接的感得性」基準への懸念（田村善之〔判批〕（江差追分・上告審）法学協会雑誌119巻7号（2002年7月）218頁、比良友佳理〔判批〕（八坂神社祇園祭写真）知的財産法政策学研究25号（2009年12月）135-138頁、同〔判批〕（弁護士のくず）知的財産法政策学研究37号（2012年3月）327-328頁、丁文杰〔判批〕（マンション読本）知的財産法政策学研究30号（2010年9月）261-262頁）は、最判〔江差追分〕以降には当たらない。

接感得すること」の基準の根拠として、一審判決の前掲東京地判平成8年9月30日〔江差追分・一審〕（設樂隆一裁判長）は最判〔パロディ・モンタージュ写真〕の説示を引用している。また、前述したように、〔江差追分・一審〕判決は最判〔パロディ・モンタージュ写真〕が示した「本質的な特徴の直接感得性」を「創作的表現が共通していること」であると理解している。しかしながら、最判〔江差追分〕は最判〔パロディ・モンタージュ写真〕に言及していない。また、最判〔江差追分〕が出される前、「本質的な特徴の直接感得」というフレーズを言いながら、具体的な事案への当てはめにおいては、「本質的な特徴の直接感得性」を「創作的表現が共通していること」である従来の理解と違って、判断主体として、著作物を利用するユーザーの視点に立って、権利を主張する側の対象物と被疑侵害物を全体的観察により、両比較対象から受ける印象のところで表現価値の共通性を勘案することを示唆する裁判例もある。歴史的な文脈に従えば、最判〔江差追分〕が「本質的な特徴を直接感得すること」に言及したことは、先行する最判〔パロディ・モンタージュ写真〕との連続性を保つためというより、むしろ創作的表現の共通性を越えて、ユーザーによる表現価値の共通性に独自の意義を認めて、両要件はいずれも類似性を肯定するために欠かせない条件であることを示唆している下級審（東京地判〔雪月花・一審〕、東京高判〔舞台装置（赤穂浪士）・控訴審〕、東京高判〔サンリオ・ケロッピー・控訴審〕）の考え方を受け継いだという解釈のほうが適切であろう。

第2款 ユーザーによる表現価値の共通性に独自の意義を認めても、創作的表現しか保護しないとした2条1項1号の趣旨に反しない

創作的表現の共通性の一元化説とは、2条1項1号の「著作物」の定義を示すことに主眼が置かれ、類似性判断の基準として、創作的に表現した「著作物」の再生がそこにあるかという以上の理由を提示していない⁴⁴⁸。権利侵害となるためには、著作権法2条1項1号の原則立ち返って、創作的表現が「客体」とされていなければならないのは当然であるが、逆に、創作的表現が再生されている限り、必ず著作権の保護を及ぼさなければならないということには、創作的表現しか保護しないとした2条1項1号から直接導くことができない。他方、いかなる場合に著作物の「保護範囲」を画する類似性が成立するかという点は裁判所の解釈に委ねられる以上、創作的表現の共通性に加えて、ユーザーの視点に立って全体的観察により両比較対象から受ける表現価値の共通性をも充足しない限りは、類似性が肯定されることはないとする考え方は、2条1項1号の趣旨に反しないと考えられる。

第3款 「本質的な特徴を直接感得すること」を何と捉えるか—ユーザーによる表現価値の共通性を論じる必要性

⁴⁴⁸ 前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）40頁。

類似性の成否は、結局、著作物の保護範囲がどこまで及ぶか、という問題であるため、まずは、判断基準として、何を目的としてどのような視点から判断されるのかということを含ませて検討しなければならない。アイデアと表現の区別、すなわち著作権の保護がアイデアや表現上の創作性のない部分に及ばないとしている趣旨は、この種の情報が自由に利用できないとすると、後発の創作活動を過剰に制約することになるからである。このことからすれば、創作的表現の共通性、すなわち被疑侵害物に権利を主張する側の対象物の「創作的表現」が再生されているかどうかの判断は、後発の創作者の自由を確保する要請に基づくものであるため、アイデアと表現の区別という規範的な観点から判断すべきもの⁴⁴⁹であり、アイデア又は表現上の創作性がないものを保護から外すところで、後発の創作者にどの程度自由が残されているかということ判断するために、専門家の考えも入れるべきである⁴⁵⁰。

⁴⁴⁹ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）79頁の注10、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）93頁、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）293、302頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号11、13-15頁（被疑侵害者と同様の立場に置かれる「後発の創作者の視点」）、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁。

また、前田哲男「翻案の概念」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月）114頁は、類似性判断において、先行する著作物の保護と後続する創作者の自由な創作を適切に調整することが重要であると指摘する。

「本質的な特徴」という用語こそ異なるところがあるが、表現であるかアイディアであるかということ著作物を「創作する者の視点」から判断するという結論において同旨のものとして、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）312頁、同「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2008年10月）13頁、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）253頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的発展』（2012年9月・日本評論社）257-258頁、同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号（2013年11月）頁、同「著作権侵害の判断再考」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）頁。

⁴⁵⁰ アイデアと表現の区別については、後発創作の自由の領域を守るための問題として、専門家の判断を活用すべきことを示唆するものとして、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）79頁の注10、同〔発言〕伊藤滋夫他「知的財産法要件事実研究会議事録」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）41頁。同旨を説くものとして、大須賀滋「翻案権侵害の主張立証」論究ジュリスト（2012年8月）257頁参照。

また、専門家証言を利用して、アイデアと表現の区別をなす第一段階と、一般の需要者を基準として、市場における代替可能性を問うことを実質的に意味する第二段階に分けられているとしている、米国の著作権法における実質的類似性に関する bifurcated test（二関門テスト）を紹介するものとして、奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論—米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討—」Law & Technology 66号（2015年1月）25-27頁参照。

それに対して、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）76、102、157、166頁は、創作性の解釈としては、新規性や進歩性は要求されないもので、当該分野における平均的な専門家が容易に創作することができたかとも混同されてはならない。そのため、著作物の創作的表現の再生か否かは専門家による判断までは要せず、一般の者による対比で一見してそれと分かる程度でよいと指摘する。

また、D.S. カージャラ「著作権、ソフトウェアと新保護主義」D.S. カージャラ＝相山敬士『日

それに対して、創作的表現の共通性に加えて、主張されている対象物と被疑侵害物に共通する部分がなければ話は始まらないが、著作物を利用するユーザーの視点に立って、両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分があるかないか（田村教授の言葉を借りれば、創作的表現の「共通性」⁴⁵¹。最判〔江差追分〕以降、裁判例で好んで使われる用語に従えば、「本質的な特徴を直接感得すること」）をいかに認定するかに関しては、究極的に言えば、市場における代替可能性がないのであれば、著作権者の市場機会に与える影響は些少なもので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかないので、あえて保護を及ぼす必要はなくなるのである。したがって、市場における代替可能性を問うためには、著作物を利用するユーザー⁴⁵²（最判〔江差追分〕の言葉を借りれば、著作物に「接する者」⁴⁵³）の視点で判断されるべきである⁴⁵⁴。著作権の排他性を、市場のレベルで担保することを意味し、

本アメリカコンピュータ・著作権法』（1989年11月・日本評論社）108頁は、どのような種類の類似性が著作権侵害を構成するのに十分であるとみなされるべきかは法律的な判断であり、裁判所は法律について訓練を受けていない専門家にゆだねるべきではない、と指摘している。同様に、前田哲男「講演録『思想・感情の創作的な表現』とは何か」コピーライト2011年3月号18-19頁は、著作権をどの範囲で認めることが妥当であるか、そしてその範囲に被疑侵害物が入るかどうかを、文化の発展という著作権法の目的や当事者間の公平、他の類似の事件との対比における判断の一貫性等の観点から判断するべきであるから、このような判断は、当該分野の専門家の判断にお任せするという問題ではなくて、裁判所が判断すべき法律問題であると、との異なる見解を示唆している。

⁴⁵¹ 田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）90頁、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4月・信山社）28頁。

⁴⁵² 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年11月・有斐閣）79頁の注10、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）90頁、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4月・信山社）28頁。

⁴⁵³ 〔江差追分〕最判以降、「本質的な特徴を直接感得すること」ができるかどうかということは、「需要者」の視点に立って判断されることになる（田村善之〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）90頁参照）。

⁴⁵⁴ ユーザーが両比較対象から受ける「表現価値の共通性」や「市場における代替可能性」という用語こそ異なるところがあるが、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）37-40頁は、創作的表現を構成要素とし、一定の「観賞的価値」（「観賞的価値」というのは、受け手がその作品から受ける印象のことである）を受け手に伝達するものが著作物であるという趣旨に基づけば、直接感得性の判断は、「作品の受け手の視点」から、受け手がその作品から受ける印象の同一性が判断されることとなると指摘している。また、被疑侵害物を享受する立場にある「一般利用者」、「一般的な鑑賞者」の視点を基準に、同様の「鑑賞的価値」という著作物の機能を奏するものかを考慮すべしとする、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）294-295、303頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号15、17、23、28頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）ジュリスト臨時増刊1453号（2013年4月）268頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁も参照。

ほかに、斉藤博『著作権法』（第3版・2007年4月・有斐閣）157頁は、「著作物の本質的な部分の複製」と言えるかどうかで著作権侵害か否かが判断されることになり、「著作物の本質的な部分の複製」か否かは専門家による判断までは要せず、一般の者が一見してそれと分かる程度で

そのためにはユーザーの判断に委ねるのが最も適切という理解なのであろう^{455,456}。

- 5 そして、このユーザーによる表現価値の共通性の判断に際しては、主張されている対象物と被疑侵害物のどの部分をどのように比較するのか、また、そういうことを誰が決めるのかということが問題となった。最判〔江差追分〕によれば、本質的な特徴を直接感得できるかどうかは著作物に接するユーザーの視点から判断されることになるが、著作権の排他性を市場のレベルで担保するためのものとして位置づけるのであれば、「本質的な特徴」を創作的表現に関係づけてとらえることにこだわるべきではなく⁴⁵⁷、むしろ「本質的な特徴」

よいと指摘する。

「著作物に接する者から見たときに著作権侵害になるかどうか」ということで判断基準にしているという結論において同旨のものとして、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年5月・商事法務）313頁、同「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2008年10月）11、14、19頁、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年1月・金融財政事情研究会）254頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的発展』（2012年9月・日本評論社）257、263頁。同「著作権法の守備範囲」パテント66巻13号（2013年11月）頁、同「著作権侵害の判断再考」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年3月・商事法務）44頁。ただし、その実質的な理由として、ユーザーの視点から市場における代替可能性を問うためのものではなく、現行著作権法における権利制限規定がかなり硬直的であり、妥当な結論を導くためには複製権や翻案権といった権利範囲に絞りをかける役割を果たすことになるものと指摘された（斉藤博司会「シンポジウム 翻案」著作権研究34号（2008年10月）110-111頁（高部眞規子発言））。

⁴⁵⁵ 奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論—米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討—」Law & Technology 66号（2015年1月）27、30頁。この説に与するものとして、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）19頁。

これに対して、前田哲男「翻案の判断における比較の対象と視点」著作権研究34号（2008年10月）83-84頁、同「講演録『思想・感情の創作的な表現』とは何か」コピーライト2011年3月号19頁は、翻案の判断における比較の対象と視点著作権法は創作法であり標識法ではないのだから、侵害における類似性の判断の場面で、市場への影響を勘案することは適切ではないとの異なる見解を示唆している。

この点に関して、奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論—米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討—」Law & Technology 66号（2015年1月）30頁は、侵害と非侵害の分水嶺を扱う権利制限規定において、市場における代替可能性の問題を勘案すること自体は別段特異なことではなく、著作権侵害の類似性の判断基準も侵害と非侵害の分水嶺を論じるものであることに照らせば、権利制限の判断で許される考慮が類似性の判断で許されない理由はない、と反論している。

⁴⁵⁶ もっとも、文化的所産という枠組みでは語りにくい要素を持つ、人間には理解不能のオブジェクト・プログラム（機械語のプログラム）について、ユーザーによる表現価値の共通性の判断は不要になるともいえるであろう。

⁴⁵⁷ 奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論—米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討—」Law & Technology 66号（2015年1月）30頁、同注68参照。それに対して、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）37-38頁は、直接感得性の判断は最後は総合考慮にならざるを得ないが、創作的表現のみを保護するという著作権法の原則に照らして、権利を主張する側の対象物中の創作的表現のうち、どの程度が被疑侵害物に残存しているかが重要な考慮要素となる、さらに、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号9、14-15頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断

を創作的表現とは理解せず、創作的表現という保護されるものも、アイデア又は表現上の創作性がない部分という保護されないものも区別されることなく、著作物を利用するユーザーが主張されている対象物と被疑侵害物とを全体的観察により、ユーザーにとって、見た目と感じの点で両比較対象から受ける印象のところで表現価値の共通性を勘案することが求められるだろう⁴⁵⁸。

5 以上の見立てが正しいとすれば、最判〔江差追分〕に示された類似性の範囲を決する基準は、判旨2のアイデアと表現の区別を通じて、保護されるものと保護されないものを選別する「創作的表現の共通性」基準と、判旨1後段の市場における代替可能性を問うことを実質的に意味する「ユーザーによる表現価値の共通性」基準とを組み込んだものであり、それぞ
10 れの判断が必要となる理由が異なっているから、それぞれの判断では判断主体と判断手法が異なったものとなる、と評価することができるだろう⁴⁵⁹。こうした独自基準説の立場からは、アイデアと表現の区別を通じて著作物であると主張されている対象物の創作的表現が被疑侵害物に残っていることだけで著作権侵害となることに疑問を呈する⁴⁶⁰。そこで先
15 に創作的表現の選別をなす前段階で創作的表現の共通性が認められる場合であっても、次

に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁は「表現上の本質的特徴」は、著作権の保護に値する「表現上の創作的情報」をいうものであり、被疑侵害物の表現を通して、原告作品の表現上の創作性を感じ得できないという場合には、著作権侵害の成立が否定されることになる、との異なる見解を唱えている。

⁴⁵⁸ それに対して、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）37-39頁は、直接感得性を肯定するためには、両比較対象から受ける表現価値の共通部分があるということだけでは足りず、「作品の受け手の視点」から「観賞的価値」の共通性を判断するにあたって、二つの作品を比べて、これは違う作品だと多くの人が感じるのであればそれは表現価値が異なるし、これは同じものであると多くの人が感じるのであればそれは表現価値が同じだ、ということである異なる見解を唱えている。

⁴⁵⁹ 結論において同旨のものとして、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（2008年6月・弘文堂）285頁、同「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号6、15頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁は、〔江差追分〕最判は直接感得性説と創作的表現説とを部分的に融合させるような折衷的立場をとったものと解する。

⁴⁶⁰ ユーザーの視点からの「市場における代替可能性」という用語こそ異なるところがあるが、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号27-28頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁は、著作物というのは、創作的表現によって鑑賞的価値を奏するものから、被疑侵害者が原著作物を利用したと法的に評価するためには、被疑侵害物が原著作物と同様の創作的表現を具備し、かつ、それによって、原著作物と同様の「鑑賞的価値」を奏するものでなければならないということになる。したがって、著作権侵害の類似性の判断においては、創作的表現の共通性と直接感得性の判断をそれぞれ別個に行うことが必要となるのである、と指摘している。前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）18-19頁も、著作物とは特定の創作的表現により「受け手に鑑賞的価値を届けるもの」と解されることからすれば、創作的表現のような「構成要素」を取り出してそれ自体だけを保護の対象とすることの合理性は疑わしいもの、と指摘している。

の市場における代替可能性を問うことを実質的に意味する後段階のところでユーザーの視点に立って両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分が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る。

- 5 他方、創作的表現の共通性基準とユーザーによる表現価値の共通性基準とを組み込んだものではなく、創作的表現の共通性の一元化説に立脚する立場では、最判〔江差追分〕が示した判旨1の「本質的な特徴」イコール判旨2の「創作的表現」と解するため、権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物中に認められる限り、本質的な特徴が直接感得可能ということになると解される。しかしながら、こうした創作的表現の共通性の一元化説
- 10 においても、アイデアと表現の区別を通じてアイデア又は表現上の創作性がないものを保護から外すという創作的表現の選別に加えて、ユーザーの視点により、両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分があると判断される「共通性」の有無は当然の前提とされていることに留意する必要がある。すなわち、田村教授によれば、アイデアと表現の区別を通じて創作的表現の選別をなす段階の前で、「共通性」から先に審理し、ユーザーの
- 15 視点に立って市場における代替可能性を問うことであり、また市場における代替可能性を問う必要があるということである⁴⁶¹。その旨が強調されておらず、アイデアと表現の区別だけで創作的表現が被疑侵害物中にわずかでも残っていれば著作権侵害が肯定されると、権利範囲が拡がりすぎるのではないかという疑問が生じてきており、被疑侵害物が権利を主張する側の対象物の市場にどのような影響を与えるのか十分に評価できるだろうか、との懸念があるからである⁴⁶²。結局のところ、こうした創作的表現の共通性の一元化説に立脚する立場でも、アイデアと表現の区別を通じて創作的表現の選別をなす段階の前で、ユーザーの視点により、両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分があるかどうか、あればその共通部分を抽出する「共通性」の判断手法としては、判断順序の点で異なるものの、その内容は上記独自基準説における「ユーザーによる表現価値の共通性」と何
- 25 ら変わるところはないと考えている⁴⁶³。

⁴⁶¹ 田村善之〔判批〕〔釣りゲータウン2・控訴審〕（2・完）知的財産法政策学研究42号（2013年3月）90頁、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4月・信山社）28頁。

それに対し、横山久芳「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）116頁の注9は、田村説は「創作的表現の共通性」の一元化説を採りつつ、需要者の視点から類似性の判断を行うべきとしているが、「創作的表現の共通性」の一元化説は、著作権法が「創作的表現」を保護対象としていることから「創作的表現の再生」の有無を類似性の判断基準と捉える立場であるところ、著作物の保護要件である創作的表現の判断は需要者ではなく創作者の視点から行われるものであるから、「創作的表現の共通性」の一元化説を採るならば、創作者の視点を基準に類似性の判断を行うのが素直な解釈といえると、田村説に対する理解が異なることを示している。

⁴⁶² 奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論—米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討—」Law & Technology 66号（2015年1月）30-31頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）10、19-20、23頁。

⁴⁶³ もっとも、田村教授同じ「創作的表現の共通性」の一元化説に立脚するものの、上野達弘「ド

以上の理解が正しいとすると、著作物の保護範囲を画する類似性の成否を判断するに当たっては、真の問題点は創作者の視点に立ってアイデア又は表現上の創作性がないものを保護から外すという創作的表現の共通性に加えて、その外側にユーザーによる市場の問題を正面に据えるところまで舵を切ってもよいのではないだろうか、ということである⁴⁶⁴。それに対する答えは肯定の場合、判断手法や判断の主体についても、そのような視点からとらえ直すことになる。すなわち、判断順序の点で異なるものの、創作的表現の共通性の一元化説における「共通性」の判断にせよ、独自基準説におけるユーザーによる表現価値の共通性の判断にせよ、市場における代替可能性の問題を正面に据えるため、ユーザーの視点に立って権利を主張する側の対象物と被疑侵害物を全体的観察により、両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分があるかどうかを判断する必要がある。そして、アイデアと表現の区別を通じて、創作的表現が被疑侵害物に残っているといわざるを得ない場面でも、市場における代替可能性を問う段階でユーザーによる表現価値の共通性がない、いわゆる本質的な特徴を直接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る。

第4款 ユーザーによる表現価値の共通性のメリット

創作的表現の共通性、すなわちアイデアと表現の区別を通じて著作物の保護範囲を調整する解釈方法によって、ユーザーの行動の自由領域を適切に確保するという考えがないわけではないが、非商業的利用の事案に応じてそのような結果妥当性のみを理由として、著作

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 10 月) 46-47、51 頁は、最判 [江差迫分] が示した「本質的な特徴を直接感得すること」は権利侵害になる前提として、「既存の著作物を利用した」といえるかどうかの一般的な基準であると位置づけているが、既存の著作物を利用したといえるかは、既存の著作物の創作的表現が残っているかがまさに問題になり、その基準への具体的当てはめに際して、被疑侵害者が自己の壮大なオーケストラ作品において、他人のメロディーという創作的表現である著作物以外に、多数の創作的表現が付け加えられているために、この作品を実際にオーケストラが演奏する場合でも、創作的表現の共通性の一元化説に従うと、既存の創作的表現が残っている以上、いかなる事情があろうとも、「既存の著作物を利用した」ということは否定されず、権利制限規定の適用を受けない限り、ひとまず権利侵害に当たることになる、というユーザーの視点からの「市場における代替可能性」の判断は不要とするような見解を示唆している。

同様に、駒田泰土「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』(2008 年 6 月・弘文堂) 321-323 頁、同 [判批] (コルチャック先生・控訴審) 中山信弘ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 198 号 (第 4 版・2009 年 12 月・有斐閣) 111 頁は、些少な程度の利用に関しては、これを非類似と解するのではなく、類似性の該当性を認めたうえで、最終的に著作権の行使を否定するような法律構成を採用すべきであると位置づけたうえで、著作物の感覚的・機能的効果の冒用に至らない程度の模倣行為は、実質的違法性がなく侵害とならないとする解釈論を提案している。

⁴⁶⁴ 結論において同旨のものとして、奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論—米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討—」Law & Technology 66 号 (2015 年 1 月) 31 頁。

物の保護範囲を限定的に解釈すると、そのような特別な事情が存在しない商業的利用の事案においても、同様の限定的な保護範囲を措定すべきこととなり、一般的な保護範囲の解釈に歪みが生じ、かえって不合理な結果を招くことがある。のみならず、ユーザーによる非商業的利用は元の著作物のそのままの利用の場合が多いため、いくら保護範囲を狭くする解釈方法によっても、他人の表現のそのままの利用を抑える萎縮効果を解消させることにならない。そこで、著作物の保護範囲は問題となる著作物の創作的表現が再現されているか否かという観点から画一的に決定されることなく、類似性を認めるためには創作的表現の共通性に加えて、その外側に市場における代替可能性の問題を正面に据えて、ユーザーの視点に立って両比較対象から受ける印象のところで表現価値の共通性を勘案することができるところに、上記保護範囲の解釈の歪みやそのままの利用を抑える萎縮効果を解消させることができる。

以上の観点から再度、前掲「雪月花」事件を見直してみても、やはり問題となった原告書道文字「雪月花」をそのまま写真撮影して利用したものであるもので、フォトリコピーくらい利用態様に著作権侵害であると断じていても、アイデアと表現の区別を通じて後発の創作活動に支障を来すことにならないだろう。しかしながら、仮に紙媒体に高い解像度で墨の濃淡、かすれ具合という書の「創作的表現」部分が複製されたとしても、著作物を利用するユーザーの観点から、カタログに最大8mmに写したこのくらい小さな「書」の画像と縦約80cm、横約60cmの大きさに毛筆で書した原告書道文字「雪月花」とから受ける印象のところで、やはり表現価値の共通部分を感じ取ることは困難であるといわざるを得ない。究極的に言えば、カタログに最大8mmの書道文字の画像は、市場において本来縦約80cm、横約60cmの大きさの書道文字を代替されるものではないから、著作権者の市場機会に与える影響は些少なもので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかないともいえる。このような見解によれば、「雪月花」事件の判決は、その射程について書道文字に限定するのは相当でなく、その種の絵画のサムネイル画像なども含めて、一般化が可能な理論を提示した判決と評価することができる⁴⁶⁵。

また、著作権法改正により30条の2という制限規定が導入されたものの、付随対象著作物の利用、いわゆる写り込み関連の事案として問題となるのは、写真などの写り込み方が多様であるので、写真の撮影に付随して、他人の著作物が偶発的に背景に「写り込む」こともあれば、写り込む写真の撮影者の表現行為として、背景にある他人の著作物を意図的に「写

⁴⁶⁵ ユーザーの視点や市場における代替可能性という用語を用いていないが、三村量一「講演録 マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピーライト2010年10月号16頁、同「著作権侵害訴訟の実務上の問題点」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（2011年3月・成文堂）31頁は、「雪月花」判決のように考えると、ピカソの絵を縮小して、それをキーホルダーとして販売しても、著作物の利用には当たらないことになるが、これを商品に付して販売した場合には不正競争防止法上の問題が生じる余地はあると指摘する。

し込む」⁴⁶⁶こともある。著作権法 30 条の 2 は意図的な写し込みを権利制限の対象から除外することを企図したものではないかに関してはいろいろな議論⁴⁶⁷があるが、本条は「著作物の存在を認識していないこと」を要件とするものではないから、撮影者が著作物の存在を知っていながら写真を撮影したからといって、本条の適用が類型的に排除されるものではなく、本条の定める付随対象著作物の利用が非侵害となる場合の四つの要件、すなわち①写真の撮影等の方法によって著作物を創作する場合であること、②分離することが困難であるため付随して対象となること、③付随対象著作物が軽微な構成部分であること、④著作権者の利益を不当に害しないこと、を満たすかどうかを個別具体的に判断するほかない⁴⁶⁸との指摘が確かである。特に実務的に肝要なことは、いかなる場合に「分離することが困難であるため付随して対象となる」のか、いわゆる「分離困難性」⁴⁶⁹という要件自体の解釈の仕

⁴⁶⁶ 文化審議会著作権分科会報告書（2011 年 1 月）44 頁では、写真の撮影者が意図している撮影対象とは別に、付随的に美術の著作物が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真を公衆送信等するといった利用は「写し込み」と呼ばれる一方、被写体として写ってしまうことを認識しつつ撮影を続行する場合をもって「写し込み」ととらえている。ただし、いわゆる「写し込み」について、特段定義もなく、論者により異なる意味で用いられることが多い点に留意する必要がある。例えば、前田哲男「工業製品の外観などに利用された著作物の『写し込み』的な利用について」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法－斉藤博先生御退職記念論集』（2008 年 6 月・弘文堂）325 頁、同『『写し込み』等に係る規定の整備』ジュリスト 1449 号（2013 年 1 月）32 頁は、「写し込み」という言葉は意図的に撮影等している場合を含めて使用することにする。

⁴⁶⁷ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」（2010 年 4 月）18 頁の注 46、文化審議会著作権分科会報告書（2011 年 1 月）44 頁の注 62 は、権利制限の対象を著作物の利用を認識しつつ行われる『『写し込み』を含みうるものとして整理するか否かについては、慎重に検討すべきとの意見があった」と記している。そして、文化庁「いわゆる『写し込み』等に係る規定の整備について（解説資料）」（<http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/utsurikomi.html>、2016 年 11 月 22 日確認）によれば、写真を撮影したところ、本来意図した撮影対象だけでなく、背景に小さくポスターや絵画が写り込む場合などは 30 条の 2 の対象となる非侵害行為として例示されている一方、本来の撮影対象として、絵画を撮影した写真をブログに掲載するような著作物の利用行為は本条の対象とならず、著作権者の許諾が必要となると説明されているが、撮影対象として、絵画及びほかの被写体と並んで一緒に撮影をしたなどについては、本条の対象になり得るかどうかは明らかでない。

⁴⁶⁸ 前田哲男「工業製品の外観などに利用されていた著作物の『写し込み』的な利用について」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法－斉藤博先生御退職記念論集』（2008 年 6 月・弘文堂）337 頁、同『『写し込み』等に係る規定の整備』ジュリスト 1449 号（2013 年）32 頁、32 頁の注 17、永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト 619 号（2010 年 11 月）12 頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成 24 年改正解説』（2013 年 3 月・勁草書房）（池村聡執筆）109 頁、小泉直樹＝池村聡＝高杉健二「鼎談 平成 24 年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト 1449 号（2013 年）15 頁〔池村聡発言〕、村尾治亮＝持田大輔「出版物に掲載する写真における写し込み」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題その用論と実務』（2015 年・日本評論社）159 頁参照。

⁴⁶⁹ この「分離困難性」とも呼ばれている要件については、文化庁が提案した相対的に抽象的な制限類型という案の中、A 類型「著作物の付随的な利用」では単に「行為に伴い付随的に生ずる」と書かれていた部分から、30 条の 2 への立法にあたって加重されたものであり、A 類型のの利用行為と実質的に異なる点である。文化審議会著作権分科会報告書（2011 年 1 月）44-45 頁参照。

方及びその具体的なあてはめの方である⁴⁷⁰。

照明器具のカatalogに書の掛け軸を写したこの事案は、写真撮影の際生じる技術的に不可避的なものではなくて、「分離困難性」を要件とする30条の2によって侵害否定できるか疑問になる⁴⁷¹。そして、30条の2と32条との関係に関していえば、技術的に不可避的な写り込みとはいえ、30条の2の要件を充足しない場合でも、32条の引用規定で救うというのは、創作者の視点から撮影時において著作権侵害を否定しておかないことには創作活動に支障を来すと念頭に置いて、分離困難な形で付随的に発生する軽微な写り込みを要件としている30条の2の意義を失わせるおそれがあると考えられる。よって、ユーザーの視点からその行動の自由を確保するために32条の引用規定によって敗者復活を認めたところで、法のインテグリティに反するように思われる。そうだとすれば、これはまさに30条の2の写り込みの制限規定に関して立法過程においてバイアスがかかっているため、司法プロセスはこのバイアスの産物そのものである制限規定の条文構造の歪みをそのまま反映し、引用規定は厳格かつ限定的に解釈されることになってしまうのである。結局のところ、政策形成過程のバイアスに対する矯正策として、一般ユーザーの行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐためにはあまり有望な手立てとは言わざるを得ないのではなかろうか。そこで、30条の2や32条が著作権者の市場機会に与える影響は些少なもののしかない利用の事案を処理し切れないとしたら、技術的に不可避的なし意図を勘案しない〔雪月花〕の判例法理が処理し得ると考えられる⁴⁷²。

実際のところ、写り込んだ絵はがきや動画の被写体の視覚的表現の属性に加えて、そのまま写真撮影して縮小表示させた写真の掲載又はその種の画像を映っていたので、全部構図は見て取れるという認定の下で、創作的表現が再生されているところがあるにもかかわらず、なお著作権侵害における類似性を否定した近時の裁判例として、前掲横浜地判平成23年6月1日TKC〔おもてなしプレゼント〕（佐村浩之裁判長）、前掲東京地判平成25年7月19日〔激安ファストファッション・一審〕（大須賀滋裁判長）がある。

⁴⁷⁰ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号（2013年）114頁は、常識的に考えれば、子どもにミッキーマウスの人形を抱かせて写真撮影するように意図的にキャラクターを写し込んで撮影した写真の例では、意図的にミッキーマウスを抱かせたのであるから分離は極めて容易であるから、今回の改正がなければ、何らかの法テクニックを用いて違法ではないとすることも可能であったが、「分離困難性」という要件が明示的に設けられたために、そのような解釈は困難となってしまったという、本条を厳格解釈することによって引き起こされる問題を指摘している。

⁴⁷¹ 中山信弘＝松田政行＝岩倉正和＝横山久芳＝相澤英孝「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」L&T57号（2012年10月）14頁（中山信弘発言）および同16頁（横山久芳発言）参照。

⁴⁷² 三村量一「講演録 マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピーライト2010年10月号15-16頁、同「著作権侵害訴訟の実務上の問題点」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（2011年3月・成文堂）31頁。

横浜地判「おもてなしプレゼント」は、「おもてなしプレゼント」の提供を約する外国人旅行者向け割引乗車券の販売にあたり、原告が製作した写真絵はがきをプレゼント商品の1つとして、その宣伝用パンフレットに約1.5cm×2.3cm大のサイズのサムネイル画像を掲載したことが原告の著作権を侵害するか否かということが争われた事案である。判決は、本質的な特徴の直接感得性という文言を用いたわけではないが、本件サムネイル画像が小さく、被写体の属性に加えて構図は看取できるものの、「本件パンフレットを手にする者」に写真絵はがきが「おもてなしプレゼント」の1つであることを認識させるにとどまる」とし、本件サムネイル画像の掲載された本件パンフレットの頒布は、「形式的には増製に該当するとしても、実質的には原告の本件各写真部分における上記創作的表現を利用するものではない」として、その複製権を侵害する行為に当たらないとした⁴⁷³。

また、東京地判「激安ファストファッション・一審」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ところ、ファッションショーで背景映像として使用された写真を用いた背景映像を含んだ番組映像部分を放送した行為は、原告写真の著作権（公衆送信権）を侵害するものといえるかが争点となった事案である。判決は、モデルの背景で上映された背景映像として使用された写真について、ややぼやけて映っている上、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、上記背景映像が原告写真と「同一であるか否かも判然としない」加えて、報道番組において背景映像が映る時間は数秒程度と短く、上記背景映像の具体的な内容を看取することは困難であるとして、本件番組映像部分を放送することが原告写真の公衆送信権を侵害するものとは認められないとした⁴⁷⁴。

アイデアと表現の区別だけで創作的表現が被疑侵害物中にわずかでも残って残っているといわざるを得ない場面でも、横浜地判「おもてなしプレゼント」は被告が原告写真を約1.5cm×2.3cmにサムネイルした点を重視し、また、東京地判「激安ファストファッション・一審」は背景映像が映る時間は数秒程度と短いゆえに、著作物を利用するユーザーの観点から、両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通部分を感じ取ることは困難であり、究極的に言えば、市場における代替可能性がなく、著作権者の市場機会に与える影響は些少なもので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかないといえるから、形式には創作的表現が共通されているところがあるにもかかわらず、なおユーザーの視点から表現

⁴⁷³ 美術品や写真を出品する際、商品画像を権利者の許諾なしに行えるようにする 2009 年改正 47 条の 2 施行前の事件であるため、本判決はそれを救済する大岡裁きの判断を導いたかもしれない。

⁴⁷⁴ なお、知財高判平成 26 年 8 月 28 日判時 2238 号 91 頁「激安ファストファッション・控訴審」（設楽隆一裁判長）は、原告に写真の著作権が帰属することを認めるに足りる証拠がないとして、上記写真を用いた背景映像を含んだ本件番組映像部分を放送した行為は、原告の著作権を侵害するものとはいえないとした。

価値の共通性を否定することを理由に、著作権侵害における類似性を否定した事例と位置付けることができる⁴⁷⁵。このように、創作的表現の共通性に加えて、その外側に市場における代替可能性の問題を正面に据えて、ユーザーの視点に立って両比較対象から受ける印象のところで表現価値の共通性を勘案することができるように、独自基準性説のメリットがあるといえよう⁴⁷⁶。

第5款 予測可能性・法的安定性について

前述したように、早期の東京地八王子支判〔館林市壁画〕はユーザーが両比較対象から受ける印象のところで、表現価値の共通性のみによって著作権侵害を結論づけることは、判決の論理性と説得力を失わせる。また、仮にユーザーによる表現価値の共通性は必要ではありえても、それがあれば著作権侵害を認めるに十分であることは、著作物性の判断と類似性の判断の平仄が合っていない。しかしながら、少なくとも最判〔江差追分〕が示した「本質的な特徴を直接感得すること」というものは、類似性を否定する方向にだけ考慮され、著作物の保護範囲に絞りをかける役割しかない。

確かに類似性を判断否定するための道具として、両比較対象から受ける表現価値の共通性判断は、ユーザーの視点に立って印象的なものであり、解釈論として截然と区別する基準を打ち立てることに困難があることを否めない。かといって、前述したように、創作的表現たりえない個々の共通点についてどこまでを、合わせ技一本で「まとまりの表現として創作性の有無」を判断するかについて、規範的・評価的な判断を伴うから、具体的事件におけるあてはめは難しいことが多い。上級審と下級審で創作的表現の共通性に当たるか否かの判断が分かれた裁判例も複数存在する。「ユーザーによる表現価値の共通性」という基準に対

⁴⁷⁵ それに対して、横浜地判〔おもてなしプレゼント〕について、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（4）」知的財産法政策学研究 48 号（2016 年 9 月）75-76 頁の注 206 は、判決は被告が原告写真をサムネイルした点を重視しているが、過去に絵画や画像の縮小コピーの著作権侵害の成否が問題となった事案と比べても、そもそも横浜地判〔おもてなしプレゼント〕は複製権侵害が認められるべき事例であり、複製権侵害を否定するケースとして特異なものである、との異なる見解を示唆している。

また、東京地判〔激安ファストファッション・一審〕について、橋谷俊〔判批〕（2・完）（激安ファストファッション・控訴審）知的財産法政策学研究 48 号（2016 年 9 月）331、350 頁は、背景映像の写り方は数秒間と短く、不鮮明であるため、その写り方からは創作的表現を見て取ることができないというから、〔激安ファストファッション・一審〕は、ごく小さな写真の掲載をめぐって類似性を否定した〔おもてなしプレゼント〕型ではなく、写り込んだものの特徴的部分に着目して「創作的表現」の再生を否定することにより侵害の成否を決した〔雪月花〕型の判断枠組みと似た事例と位置付けている。

⁴⁷⁶ 市場における代替可能性の問題は、「創作的表現の共通性」の外側の問題であり、本質的特徴の直接感得性のところで勘案することができるように独自性説のメリットがありうることを示唆するものとして、奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論—米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討—」Law & Technology 66 号（2015 年 1 月）31 頁。

しては、予測可能性・法的安定性の欠如として批判を加えているが、このことは「創作的表現の共通性」という基準についてもそのまま妥当するであろう。しかしながら、アイデアと表現の区別が曖昧だからといって、創作的表現の再生の有無の判断を捨象してよいということにはならないのと同じように、ユーザーによる表現価値の共通性の外延が曖昧だからといって、この判断を行わなくてよいということにはならない。肝要なことは、創作的表現の共通性にせよ、ユーザーによる表現価値の共通性にせよ、それをどのようにして判断するかということにある⁴⁷⁷。そして、こうした判断枠組みを踏まえて、そこから先の具体的な判断手法を各著作物類型ごとにさらに精密化し、結論の予測可能性を高めていくことが求められよう⁴⁷⁸。

実際に、ユーザーによる表現価値の共通性の独自基準説を駆使したとしても、現在の裁判実務において、判断順序の点で、創作的表現の共通性をまず問うたうえで、被疑侵害物において元の著作物の創作的表現が再生されていることを決めれば、本稿で挙げた裁判例においては、次の段階でユーザーによる表現価値の共通性の判断は、先行する創作的表現の共通性の判断とほぼ一致するように多く見受けられる。アイデアと表現の区別を通じて被疑侵害物に元の著作物の創作的表現が再生されているのであれば、ユーザーの視点に立っても、両者から受ける印象のところで、表現価値の共通部分をどこから見つけるであろう。それに対し、東京地判〔雪月花・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、横浜地判〔おもてなしプレゼント〕、東京地判〔激安ファストファッション・一審〕のように、美術や写真などの視覚表現が小さく用いられたや映る時間は短いなど、著作権者の市場機会に与える影響は些少なもので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかない利用の事例以外には、創作的表現が共通されているところがあるにもかかわらず、なおユーザーの視点から表現価値の共通性を否定することを理由に、著作権侵害における類似性を否定した事例はそもそも見当たらない⁴⁷⁹。

⁴⁷⁷ 横山久芳〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）判例時報2190号（2013年9月）174、181頁の注35。

⁴⁷⁸ 島並良〔判批〕（江差追分・上告審）コピーライト2001年12月号19頁、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト2012年1月号26頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁。

また、飯村敏明「講演録 著作物の利用（改変態様）の可否に関する判断要素について」コピーライト2012年10月号7頁は、他者の著作権の範囲に含まれるか否かを判断するにあたり、これほど多くの文献等の調査と複雑な論理を駆使しなければ、結論を導くことができないというのでは、後発の創作活動に対して、過度に負担をかけることになり、より簡易、明確かつ安定した判断基準を定立することが望まれると指摘している。

⁴⁷⁹ 例えば、同じ絵画や画像の縮小コピーの著作権侵害の成否が問題となった事案では、上質のアート紙を用いたカタログに最小のものが55mm×80mmに縮小して複製した東京地判平成元年10月6日無体集21巻3号747頁〔藤田画伯展覧会カタログ〕（清永利亮裁判長）はもとより、新聞紙上にカラー印刷で、最小のものが61mm×30mmに絵画を縮小して掲載した東京地判平成10年2月20日知財集30巻1号33頁〔バーンズコレクション展〕（西田美昭裁判長）であっても複製権侵害が肯定されており、さらに限界事例として、フリーペーパー上に15mm×27mm×20mmとかなり縮小した画像を掲載した東京地判平成21年11月26日裁判所HP〔オークション出品カタロ

なお、著作権者の市場機会に与える影響は些少なもののしかない利用以外に、先ほどの最判〔江差追分〕は、具体的な事案へのユーザーによる表現価値の共通性を当てはめてはいて、被告 NHK テレビ番組のナレーションに接する者が原告プロローグの本質的な特徴を直接感

グ〕（阿部正幸裁判長）であっても複製権侵害が肯定されている。

ほかに、旧版写真集に掲載された写真の再掲載の事案であり、著作権侵害の類似性の成否は争点にならないが、写真集の改訂版の最終頁に掲載された、40mm×50mm の 1 枚写真のみが著作権を侵害していたという事件で著作権侵害を肯定した、那覇地判平成 20 年 9 月 24 日判時 2042 号 95 頁〔写真で見る首里城〕がある。

もっとも、判決は掲載された本件写真は、掲載した写真の点数延べ 177 点である B5 版 95 頁の写真集の全体に比して、極小さい割合を占めているにすぎないものであり、損害が軽微である反面、既に多額の資本を投下して発行済みの写真集を販売等することができなくなるという重大な不利益が生じる等の諸事情を考慮した上で、損害賠償請求計 15 万円を認容する一方で、権利濫用を理由として差止請求を棄却した。

この点に関して、「侵害部分が分量的に極めて少ない場合に全体についてまで差止を求めるのは行き過ぎであるとの考え方も十分に成り立ちうる」との見解として、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む 16 章』（新版改訂・2005 年 5 月・レクシスネクシス・ジャパン）354 頁、同『著作権法詳説―判例で読む 14 章』（第 10 版・2016 年 12 月・勁草書房）頁。また、判決で列挙されている諸事情のうち、差止めが認められた場合の侵害者の損害に比して著作権者の損害は軽微であり、そして今後増刷される可能性が低い、ということを重視すべきであ見解として、桑原俊〔判批〕〔写真で見る首里城〕著作権研究 38 号（2014 年 1 月）242-244 頁参照。

一方で、愛知靖之「出版物に対する差止請求の制限」上野達弘ほか編『出版をめぐる法的課題』（2015 年 7 月・日本評論社）274-276 頁は「著作権侵害の肯定された部分が、出版物全体のごく小さな割合を占めているに過ぎないことを理由に、出版物全体の販売を差止めることを許さなかった判決」と理解するのは、やや短絡的であり、〔写真で見る首里城〕は差止めを制限する根拠として、客観的利益衡量以外、著作権者自身が写真集の改訂版にも引き続き本件写真が掲載されることについて熟知していたと考えられるにもかかわらず、退職時に何らの取り決めも交わさなかったこと等、著作権者の主観的態様をも考慮に入れた上で判断が下されている点こそ、「権利濫用」という枠組みが採用されたことの意義がある、との異なる見解を唱えている。また、侵害行為に関係する特殊的な投資をした者勝ちということにもなりかねないため、〔写真で見る首里城〕は、侵害者は職務著作の範囲に関する誤解に基づいて、旧版に掲載された本件写真を引き続き掲載したまま、改訂版の写真集発行に向けた関係特殊的投資を行ってしまった、という関係特殊的投資の存在を前提に、その投資自体にやむを得ない原因があったこと、さらに増刷される可能性も小さいことも斟酌して、徒に侵害行為を誘発しないように配慮していると評価できるとする見解として、田村善之「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』（2012 年 6 月・弘文堂）415-416 頁（初出 「講演録 デジタル化時代の著作権法制度―日本の著作権法の動向と将来像―（前編）（後編）」二弁フロンティア 2010 年 12 月号・2011 年 1・2 月号）、同「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 12 月）19 頁、同「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察―解釈論・立法論的提言」川濱昇ほか編『競争法の理論と課題―独占禁止法・知的財産法の最前線 根岸哲先生古稀祝賀』（2013 年 10 月・有斐閣）707-708 頁、同「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 3 月）128-129 頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択―続・日本の著作権法のリフォーム論―」著作権研究 42 号（2016 年 5 月）25、54 頁の注 17。

なお、横山久芳「講演録 翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト 2012 年 1 月号 28 頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016 年 3 月・日本評論社）頁、は、被疑侵害物に権利を主張する側の対象物の創作的表現が取り込まれているが被疑侵害物に付加された相違部分のために直接感得できなくなっているという判断をした裁判例は、ほとんど存在しないと述べている。

得できないと付言する箇所があるものの、実際には創作的表現が再生されていないで非類似の結論を先に導き出しているのである。ほかに、前掲知財高判平成24年8月8日〔釣りゲータウン2・控訴審〕（高部眞規子裁判長）において、原告は、「同心円が表示された以降の画面」という魚の引き寄せ画面の創作的表現の共通性に焦点を当てて類似性の成否を判断することを求めていたが、判決は著作権者が自己に都合のよい部分のみを取り上げて比較対照することは許されないと論じ、同心円の表示前に水中を魚影が移動する画面や、特定のタイミングで決定キーを押した場合に表示される「必殺金縛り」「確変」及び「一本釣りモード」などのアニメーション表示といった、原告があえて対比を求めていない前後の画面の対比を要求したうえで、かかる前後の部分が異なることをもって、被告画面に接する者がその受ける印象を異にし、原告画面の「表現上の本質的な特徴を直接感得」しえないものであると結論づけた。もっとも、これも具体的な事案への当てはめにおいて、ユーザーによる表現価値の共通性の要件より創作的表現の共通性要件を先に検討した結果、「共通する部分は、表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分」であるとした。つまり、前段の当てはめ部分で被告画面はアイデア又は表現上の創作性がない部分において原告画面と共通性を有するにすぎないものというほかなく⁴⁸⁰、後段の当てはめ部分で被告画面に接するユーザーが原告画面の本質的な特徴を直接感得できない、という結論はあくまで駄目押しの付言されているに止まるものであり、こうした当てはめ部分は限りなく傍論に近いものと位置づけた方がよいだろう⁴⁸¹。

第5節 小括

以上をまとめると、最判〔江差追分〕に示された類似性の範囲を決する基準は、判旨2のアイデアと表現の区別を通じて、保護されるものと保護されないものを選別する「創作的表現の共通性」基準と、判旨1後段の市場における代替可能性を問うことを実質的に意味する「ユーザーによる表現価値の共通性」基準とを組み込んだものであり、それぞれの判断が必要となる理由が異なっているから、それぞれの判断では判断主体と判断手法が異なったものとなると評価することができる。

⁴⁸⁰ 横山久芳〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）ジュリスト臨時増刊1453号（2013年4月）頁、同「著作権侵害訴訟における類似性判断に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』（2016年3月・日本評論社）頁、同〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）小泉直樹ほか編『著作権判例百選』別冊ジュリスト231号（第5版・2016年12月・有斐閣）123頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016年9月）38頁の注82は、控訴審判決は、もともと原告作品及び被告作品における「魚引き寄せ画面」の間の共通点を創作的表現とは認めていないが、この判断に加えて、両画面の具体的な表現が異なることを指摘することにより、接する者が画面全体から受ける印象を異にし、被告画面から原告画面の本質的な特徴を直接感得できないとする結論を導いたと評している。

⁴⁸¹ 理由付けこそ異なるところがあるが結論に結論において同旨のものとして、駒田泰士〔判批〕（釣りゲータウン2・控訴審）知的財産法政策学研究43号（2013年11月）110、127頁。

著作物の保護範囲を画する類似性が争われる裁判例では、問題になることが多いのは、創作的表現の共通性である。それはアイデアと表現の区別を通じて、具体的な事案に即して被疑侵害物の程度にまで類似しているものを許容してしまうと、著作者の創作に対するインセンティブが過度に失われることになるのか、あるいは被疑侵害物の程度にしか類似していないものを禁止してしまうと、かえって著作者の創作活動に過度に支障が生じてしまわないか、という二つの領域のどちらに当該事案が属しているのかとういことを探る作業を、立法から司法に移行させる機能を有するものである。ただ、創作的表現の共通性の基準によっても、最初に共通部分のみの検討によって、それがそれだけで創作的表現であると認められるのであれば、それを越したことはないが、そうでなければ、創作的表現たりえない個々の共通点についてどこまでを合わせ技一本で「まとまりの表現として創作性の有無」を判断するかについて、規範的・評価的な判断を伴うため、具体的な事件におけるあてはめは難しいことが多く、同一の事例でさえ、下級審と上級審が創作的表現の共通性という同一の判断枠組みを採用しながら全く逆の結論に至った裁判例は複数存在したということである。そのため、創作的表現の共通性に焦点を当てて、何を検討対象とし、どのような要素を考慮するか、といった判断基準の具体化、そして結論に至る判断プロセスを可及的に明確化することが求められる。そこで、まずは、創作的表現の共通性の判断手法として、著作物の保護範囲を画する類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物全体の著作物性の判断を先行させるか否かという観点から裁判例を検討すると、多くの場合にはそれは裁判所が自ら決めた判断手法ではなくて、両当事者がそういう主張の仕方をしていることである。また、美術の範囲に属しない特定の種類の表現、不可避又はありふれた表現、第三者の著作物の二次的著作物にならない、といった著作物性を容易に否定しうる場合には、裁判例の趨勢として、類否の判断に立ち入る前に、著作物性の判断を先行させる傾向にある。次に、創作的表現の共通性を判断するにあたって、美術、写真などの一覽性の強い視覚表現や、編集物、データベースのような創作的表現のレベルの位相の抽象度が高い表現の場合には、両比較対象の共通部分にのみ焦点をあてた「濾過テスト」的な判断をせず、検討対象として共通する部分以外に、相違部分にも着目したうえで、全体的観察により創作的表現が再生しているか否かという「非濾過テスト」的な判断を行った判決が多い。類似性の判断基準とその判断手法を分けて考えておくと、権利者側が共通部分として主張するアイデアの組合せがそれ一体として、合わせ技一本でまとまりのある表現を構成する創作的表現と評価できるかどうかを判断するために、権利を主張する側の対象物全体と被疑侵害物全体とを比較して、両比較対象の共通部分にも相違部分にも着目したうえで、全体的観察による「非濾過テスト」的な判断を行う必要がある。逆に言えば、最初に共通部分のみの検討によって、それがそれだけで創作的表現であると認められる、つまり、相違部分が共通部分の創作的表現の共通性に影響を及ぼさないことが明らかであれば、相違部分を類似性判断において考慮する必要はない。全体的観察により権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生し

5 ているか否かを見出していく「非濾過テスト」的な判断手法は、共通部分にのみ焦点をあてた「濾過テスト」的な判断手法と異なっているが、こうした違いは、美術又は写真の一覧性の強い視覚表現の特徴として、相違部分が共通部分のアイデアの組合せにまよりの表現として創作性の判断に及ぼす影響は大きいこと、編集物又はデータベースの表現の特徴として、創作的表現のレベルの位相の抽象度が高いことや相違部分がそうした素材の選択等における創作的表現を変容させる可能性が高いが、その理由である。

10 創作的表現の共通性に加えて、その外側に市場における代替可能性の問題を正面に据えて、ユーザーの視点に立って権利を主張する側の対象物と被疑侵害物を全体的観察により、両比較対象から受ける印象のところで表現価値の共通性を勘案することができるように、著作物の保護範囲において絞り込みをかける機能がある。東京地判〔雪月花・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、横浜地判〔おもてなしプレゼント〕、東京地判〔激安ファストファッション・一審〕のように、市場における代替可能性がないのであれば、著作権者の市場機会に与える影響は些少なもので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかないので、あえて保護を及ぼす必要はないのである。また、裁判例の趨勢としては、アイデアと表現の区別を通じて権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生されている場合には、著作権者の市場機会に与える影響は些少なものでない限り、ユーザーによる表現価値の共通性が否定されることはないという方向性が定まった傾向にあり、この要件が謙抑的に運用されているといえる。その意味で、裁判実務上、ユーザーの視点から市場における代替可能性を問うことよりも、アイデアと表現の区別を通じて権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生されているかどうかのによりウェイトが置かれており、著作権侵害の主戦場は、創作的表現の共通性の判断にあるといえる。その結果、ユーザーによる表現価値の共通性に独自の意義を認めても、この要件の悪い側面が顕在化したとは思わない。

25

目次

	第7章	各スタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義と残された課題	610
	第1節	ここまでの考察の成果.....	610
5	第2節	各スタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義.....	615
	第1項	制限規定とは異なる権利制約メニューの確保	615
	第2項	美術の範囲の該当性.....	615
	第3項	著作物としての創作性.....	616
	第4項	類似性	617
10	第3節	残された課題	619

第7章 各スタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義と残された課題

第1節 ここまでの考察の成果

5 まずは、著作権侵害を否定するための権利制約メニューとして、ここまで本稿における引用規定、美術の範囲の該当性、著作物としての創作性、類似性（創作的表現の共通性、市場における代替可能性を問うことを実質的に意味する「ユーザーによる表現価値の共通性」という各スタンダード型規範の司法による法形成の分析・考察の結果を以下にまとめてお

10 こう。

引用規定の適用場面・引用に該当するための要件をめぐって、裁判例においては「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件から条文への回帰という動きがあるが、裁判例により多様な基準が用いられている現在、帰一するところがない状況にある。ただ、判決の抽象論を

15 離れ、引用の該当性の有無の分岐点に着目すると、利用の目的ごとに異なる判断基準をとる傾向にある。まずは被引用著作物の表現それ自体を批評することを目的として、批判の対象部分を採録した第1類型の利用に対して、引用の該当性が認められやすいのである。そして、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が存在するとは言い難く、むしろ単なる冒用・転載に近い第2類型の利用に対して、裁判所は利用目的の正当性を問うところ、比較

20 的簡単に引用の該当性を否定している。また、利用の目的としては外部性に起因する市場の失敗が生じるものの、批評の利用目的以外の目的とする第3類型の利用に対して、裁判所は「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という利用態様の相当性を問うところ、比較的厳しく捉えており、引用規定の適用を制限しようとする態度であると総括することができる。裁判所は引用規定の拡張ないし類推解釈の手法を取ろうとしても、引用規定の趣旨及び各

25 個別のルール型の制限規定に関する条文構造のインテグリティに反することができない以上、そこにはおのずと限界が生じると考えられる。こうした引用規定の司法による厳格かつ限定的な解釈は、まさに立法バイアスの産物そのものである各個別のルール型の制限規定に関する条文の構造の歪みをそのまま体現したものであり、司法によるバイアスの矯正の失敗が明らかである。したがって、引用規定の司法による法形成はユーザーの行動の自由を

30 不必要に制約する帰結を防ぐためにはあまり有望な手立てとは言えない。

美術の範囲の該当性の司法による法形成は、著作権法10条1項4号等に例示されている絵画などのカテゴリに該当するかどうかは明らかではない視覚表現の美術の範囲の属否の具体化の作業を、立法から司法に移行させる機能を有するものであり、そしてその限度で司法

35 の場で著作物性を否定するための道具として、主に①表現媒体となる物品の実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状、

②本文用のテキスト系の書体のデザインから大きく外れる広告用の装飾的な文字、という著作権の保護内容に適合しない特定の種類の表現を定型的に美術の範囲に属さないものとして著作物性を否定し、著作権法の保護の入り口から排除することも機能するものである。それは裁判例により形成されてきたルールそのものであるが、①について、いわゆる制作者の視点からの分離可能性基準によって決めるものであることを理解できる。椅子、街路灯、鍋の持ち手、衣服、加湿器、練習用箸など、実用的な機能を実現するためにその立体的なデザインの表現が大きく制約されている物品の立体形状を著作権法によって一般的に保護すべきではなく、意匠法・不競法のデッド・コピー規制等による保護に委ねた方が妥当だという考え方が有力になってきている。そして、付随的な効果としては、著作権を制限する一般条項を欠く日本の著作権法において、著作物の洪水のなかで私人の行動の自由が過度に害されることに本質的な解決にはなっていないが、少なくとも一種の量的解決が期待される。

もっとも、物品の立体形状に限らず、文字を素材とした造形表現を含む、我々の身の回りのあらゆる視覚表現というより広い視野から見れば、裁判例において著作権の保護内容に適合しないものを選別する基準としては、制作者の視点による分離可能性基準という演繹的アプローチだけで作られたものではなく、たとえ意匠制度・デッド・コピー規制との兼ね合いを配慮する必要がないとしても、ユーザーの視点からみて著作物性を認めた場合に生じる不利益が大きいことやその行動の自由を確保するために、美術の範囲の要件を活用して、広告用の装飾的な文字などにも定型的に著作物性を否定する方策が用いられている。

裁判例では、著作物としての創作性が認められるためには、消極的要件として、①独自創作をなしていないこと、②アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であること、また、③積極的要件として、創作者が自らの意思により表現を選択すること、という趣旨がまったく異なる要件に求められる基準が運用されている。この三つの要件のいずれは創作性が肯定されるための必要条件であるが十分条件ではない。創作者の意思による選択という積極的要件について、一般に自然人がなにものか表現した場合にはそこに創作者自らの意思決定で何らの特定の表現を選択する活動を行ったことが通常であるから、その敷居は極めて低い。また、仮に創作者が既存の原作を模倣したという主観的認識が証明された場合にも、作成された対象物が創作者の接した原作に新たな創作的表現が付加されることにより、二次的著作物になれるかどうかを判断するには、又も後発者にとってその他の採り得る表現が十分に残されていない「アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現」であるかどうかを検討しなければならない。したがって、著作物としての創作性の司法による法形成は、類似性の判断に立ち入る前、①創作者が接した既存の原作をそのまま複製したものに加えて、②「アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現」をも著作権法の保護の入り口から排除することで、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられないことを機能している。

①創作者が接した既存の原作をそのまま複製したものについて、裁判実務では、「独自創作をなしていないこと」を「創作性」の問題として位置付けたうえで、この消極的・主観的要件の立証責任は独自創作をなしていない「事実上の推定」とその覆滅という代替策がとられている。そして、こうした立証責任を転換することで14条は、表示者が真実の「著作者」であるという「法律上の権利推定」ではなく、既存の表現を模倣していないという主観的事実にまで推定が働かないとされた。

②アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現について、言語の著作物の創作性が争点とされた裁判例では、類似性の判断に立ち入る前、目安として文字数60字程度未満の量的指標だけを見る分には定型的に著作物の創作性を否定する傾向にある。そして、文字数が一定程度を超える比較的長い文章になると、裁判例の趨勢として、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に対して文字数120字を超える程度、文と文のつながり・叙述の運びというステップの配列の抽象的な表現に対して文字数5,000字を超える程度、という量的指標だけを見る分には定型的に著作物の創作性を肯定する傾向にある。ユーザーの行動の自由を確保するという観点から、これらの量的指標は、他の表現の選択肢が多様に残っているということを示す基準として、ある程度の相場というものが確立してきていると評価することができる。ただし、裁判においては語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に着目しても、経験則に基づいて従前からある分野においてよく使用されている決まり文句が存在するのであって、個々の細分化された決まり文句自体は創作者の創作に属するものではないから、ありふれた言語表現であると判断され、著作物の創作性が否定される傾向がある。こうした裁判例の一般的な傾向に対し、翻訳のように、語彙、語順、言い回しなどの具体的な表現に創作性のある可能性の要約文について、著作物としての創作性を厳しい判断をし、1,792字の裁判傍聴記録のそのままの複製であっても著作権侵害を否定するという結論を導いた知財高判〔ライブドア裁判傍聴記・控訴審〕という事例がある。今後、著作物としての創作性について、裁判所が「easy to copyright」から「difficult to copyright」への政策転化になるか、引き続き裁判例の動向を注視する必要がある。

著作物として創作性の有無の判断時点に関して、主張されている対象物の作成の時点に遡って、既に存在している表現との比較によりアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であるかどうかを検討する裁判例は少なくない。たが、著作物としての創作性の有無の判断は作成の時点で、アイデアと表現の区別を通じて創作的表現の共通性の類似性判断は侵害の時点での判断枠組として、それだけでは足りない。フェア・ユースのような権利制限の一般条項の導入の見込みは薄い現状において、事後的に標準となったものや、遠い作成の時点に遡って、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であることを裏付ける証明責任を被疑侵害者に負わせる問題点が残っている。

最判〔江差追分〕に示された類似性の範囲を決する基準は、判旨2のアイデアと表現の区別を通じて、保護されるものと保護されないものを選別する「創作的表現の共通性」基準と、判旨1後段の市場における代替可能性を問うことを実質的に意味する「ユーザーによる表現価値の共通性」基準とを組み込んだものであり、それぞれの判断が必要となる理由が異なっているから、それぞれの判断では判断主体と判断手法が異なったものとなると評価することができる。

最判〔江差追分〕に示された類似性の範囲を決する基準は、判旨2のアイデアと表現の区別を通じて、保護されるものと保護されないものを選別する「創作的表現の共通性」基準と、判旨1後段の市場における代替可能性を問うことを実質的に意味する「ユーザーによる表現価値の共通性」基準とを組み込んだものであり、それぞれの判断が必要となる理由が異なっているから、それぞれの判断では判断主体と判断手法が異なったものとなると評価することができる。著作物の保護範囲を画する類似性が争われる裁判例では、問題になることが多いのは、創作的表現の共通性である。それはアイデアと表現の区別を通じて、具体的な事案に即して被疑侵害物の程度にまで類似しているものを許容してしまうと、著作者の創作に対するインセンティブが過度に失われることになるのか、あるいは被疑侵害物の程度にしか類似していないものを禁止してしまうと、かえって著作者の創作活動に過度に支障が生じてしまわないか、という二つの領域のどちらに当該事案が属しているのかとういことを探る作業を、立法から司法に移行させる機能を有するものである。ただ、創作的表現の共通性の基準によっても、最初に共通部分のみの検討によって、それがそれだけで創作的表現であると認められるのであれば、それを越したことはないが、そうでなければ、創作的表現たりえない個々の共通点についてどこまでを合わせ技一本で「まとまりの表現として創作性の有無」を判断するかについて、規範的・評価的な判断を伴うため、具体的事件におけるあてはめは難しいことが多く、同一の事例でさえ、下級審と上級審が創作的表現の共通性という同一の判断枠組みを採用しながら全く逆の結論に至った裁判例は複数存在したということである。そのため、創作的表現の共通性に焦点を当てて、何を検討対象とし、どのような要素を考慮するか、といった判断基準の具体化、そして結論に至る判断プロセスを可及的に明確化することが求められる。そこで、まずは、創作的表現の共通性の判断手法として、著作物の保護範囲を画する類似性の判断に立ち入る前に、権利を主張する側の対象物全体の著作物性の判断を先行させるか否かという観点から裁判例を検討すると、多くの場合にはそれは裁判所が自ら決めた判断手法ではなくて、両当事者がそういう主張の仕方をしてのことである。また、美術の範囲に属しない特定の種類の表現、不可避又はありふれた表現、第三者の著作物の二次的著作物にならない、といった著作物性を容易に否定しうる場合には、裁判例の趨勢として、類否の判断に立ち入る前に、著作物性の判断を先行させる傾向にある。次に、創作的表現の共通性を判断するにあたって、美術、写真などの一覽性の強い

視覚表現や、編集物、データベースのような創作的表現のレベルの位相の抽象度が高い表現の場合には、両比較対象の共通部分にのみ焦点をあてた「濾過テスト」的な判断をせず、検討対象として共通する部分以外に、相違部分にも着目したうえで、全体的観察により創作的表現が再生しているか否かという「非濾過テスト」的な判断を行った判決が多い。類似性の判断基準とその判断手法を分けて考えておくと、権利者側が共通部分として主張するアイデアの組合せがそれ一体として、合わせ技一本でまとまりのある表現を構成する創作的表現と評価できるかどうかを判断するために、権利を主張する側の対象物全体と被疑侵害物全体とを比較して、両比較対象の共通部分にも相違部分にも着目したうえで、全体的観察による「非濾過テスト」的な判断を行う必要がある。逆に言えば、最初に共通部分のみの検討によって、それがそれだけで創作的表現であると認められる、つまり、相違部分が共通部分の創作的表現の共通性に影響を及ぼさないことが明らかであれば、相違部分を類似性判断において考慮する必要はない。全体的観察により権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生しているか否かを見出していく「非濾過テスト」的な判断手法は、共通部分にのみ焦点をあてた「濾過テスト」的な判断手法と異なっているが、こうした違いは、美術又は写真の一覧性の強い視覚表現の特徴として、相違部分が共通部分のアイデアの組合せにまとまりの表現として創作性の判断に及ぼす影響は大きいこと、編集物又はデータベースの表現の特徴として、創作的表現のレベルの位相の抽象度が高いことや相違部分がそうした素材の選択等における創作的表現を変容させる可能性が高いが、その理由である。

創作的表現の共通性に加えて、その外側に市場における代替可能性の問題を正面に据えて、ユーザーの視点に立って権利を主張する側の対象物と被疑侵害物を全体的観察により、両比較対象から受ける印象のところで表現価値の共通性を勘案することができることに、著作物の保護範囲において絞り込みをかける機能がある。東京地判〔雪月花・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、横浜地判〔おもてなしプレゼント〕、東京地判〔激安ファストファッション・一審〕のように、市場における代替可能性がないのであれば、著作権者の市場機会に与える影響は些少なもので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかないので、あえて保護を及ぼす必要はないのである。また、裁判例の趨勢としては、アイデアと表現の区別を通じて権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生されている場合には、著作権者の市場機会に与える影響は些少なものでない限り、ユーザーによる表現価値の共通性が否定されることはないという方向性が定まった傾向にあり、この要件が謙抑的に運用されているといえる。その意味で、裁判実務上、ユーザーの視点から市場における代替可能性を問うことよりも、アイデアと表現の区別を通じて権利を主張する側の対象物の創作的表現が被疑侵害物に再生されているかどうかのことによりウェイトが置かれており、著作権侵害の主戦場は、創作的表現の共通性の判断にあるといえる。その結果、ユーザーによる表現価値の共通性に独自の意義を認めても、この要件の悪い側面が顕在化したとは思わな

い。

第2節 各スタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義

5 第1項 制限規定とは異なる権利制約メニューの確保

第6章で述べたように、学説には、著作物性ないし類似性を、判断構造を可視化することができるはずの同概念の機能を維持するために、規範的な著作物性ないし類似性概念の解釈論を否定して、専ら利用目的や利用態様、著作権者に与える経済的不利益などの諸要素を総合衡量する権利制限規定の解釈論として議論すべき旨を指摘する見解がある。しかしながら、フェア・ユースのような権利制限の一般条項がなく、政策形成過程のバイアスがかかっている、引用規定の司法による厳格かつ限定的な解釈の状況をみると、著作権の保護とユーザーの行動の自由のバランスを確保する観点から、合理的な解釈論が発展してきたと評価することはできない。規範的な著作物性ないし類似性概念の解釈論を否定する見解のもとでは、さらに著作権者の市場機会に与える影響は些少なもので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかない、ユーザーによる非商業的利用は著作権侵害とはならないという形で柔軟な処理の可能性を失うことを意味する。すなわち、制限規定とは異なる権利制約メニューを確保する観点から、美術の範囲の該当性、著作物としての創作性、類似性というスタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義は、引用規定とは異なり、こうしたバイアスがかかっていないスタンダード型規範の司法による法形成を通じて、利用目的の正当性、利用しなければならない必然性、利用行為によって被る著作権者の経済的利益を得る機会が失われる不利益の必要最小限性という利用態様の相当性を厳しく求めることなく、ユーザー側の利用利益を優先させ得る解釈枠組みである点に認め得るということである。

25 第2項 美術の範囲の該当性

著作権侵害を否定するための権利制約メニューとして、美術の範囲の該当性の司法による法形成について、現状では主に物品の立体形状及び広告用の装飾的な文字、という特定の種類の視覚表現であることのみを理由として定型的に著作物性を否定することが運用されている。もっとも、第4章で述べたように、裁判例において著作権の保護内容に適合しないものを選別する基準としては、制作者の視点による分離可能性基準という演繹的アプローチだけで作られたものではなく、たとえ意匠制度・デッド・コピー規制との兼ね合いを配慮する必要がないとしても、ユーザーの視点からみて著作物性を認めた場合に生じる不利益が大きいことやその行動の自由を確保するために、美術の範囲の要件を活用して定型的に著作物性を否定する方策が用いられている。つまり、美術の範囲の該当性の司法による法形成は、法理論から必然的に導かれるというよりも、どういう保護が結果として望ましいのか

という観点から論じているので、いわば「結果からのアプローチ」¹を採用している。このアプローチを活用すれば、通常著作物たりえない化粧にとどまらず、著作物であっても、絵画のようなフェイスペインティング、さらに入れ墨のようなボディペインティングといったレヴェルの身体装飾や、振り付けなどについて、ユーザーの視点からみて著作物性を認めた場合に生じる不利益が大きいことやその行動の自由を確保するために、利用目的の正当性や利用態様の相当性を問うところ、利用目的との関係で他人の著作物を利用しなければならない必要性、利用行為によって被る著作権者の経済的利益を得る機会が失われる不利益などの諸要素を考慮するまでもなく、美術の範囲の要件を活用して、著作権の保護内容に適合しない特定の種類の視覚表現に定型的に著作物性を否定することになる。

ただ、司法による美術の範囲の該当性の解釈を通じて、ユーザー側に優先させるべき非商業的利用の利益が認め得る解釈手法を如何に活用し、その予測可能性・法的安定性を高めていくことが求められよう。また、仮に非商業的利用の場面で、ユーザーの行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐために、美術の範囲の要件を活用して、特定の種類の視覚表現に定型的に著作物性を否定する場合には、この事情により著作物性の要件を満たさない情報の商業的利用行為に対して、不法行為によって救済を認めるべきであろう。

第3項 著作物としての創作性

インターネットを通じての複製行為が容易になり、その影響も大きくなるので、従来通りの基準で認められた著作物がたくさんあり、それだけでもデジタル・インターネットの環境下での利用は阻害されるように考えていくと、司法による「difficult to copyright」への政策転換により、少し著作物の数を減らしたほうが良いという判断がおそらくあるものと考えられる。このようにデジタル・インターネットの環境下での利用を阻害しないような政策判断が存在するとし、「difficult to copyright」を据えるところまで舵を切ってもよいが、ユーザーの行動の自由の確保という観点を入れて、ありふれているか否かを判断する質的な基準を高めたうえで、この要件を満たさない情報の利用行為に対して、著作権法の保護

¹ 上野達弘「応用美術の法的保護—著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察—」著作権研究 36 号（2010 年 12 月）99 頁、同「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（別冊 11 号）（2014 年 3 月）109 頁、金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015 年 7 月・日本評論社）170 頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント 69 巻 4 号（別冊 14 号）（2016 年 3 月）112 頁、同「日本著作権法における応用美術—区別説（類型的除外説）の立場から—」著作権研究 43 号（2017 年 4 月）頁は、著作権法により一般的に保護を行うべきとの社会的なコンセンサスが行為時点でいまだ形成されていないタイプフェイス等のカテゴリの表現については、抽象的に美術の範囲に属するものに該当するかどうかの包摂・演繹的なアプローチではなく、既存の典型的な著作物と同視できるかどうかの類推・帰納的なアプローチによって判断することが適当であると評価している。

の入り口から排除する解釈手法は、創作性の高低や学術的あるいは芸術的な価値は裁判官の判断に馴染まず、予見可能性、法的安定性を失わせるおそれもある。そのため、より明確かつ安定した判断基準を定立するためには、質的な基準ではなく、量的指標を構築することが望まれるだろう。

5

また、「difficult to copyright」への政策転換が必要とすれば、結果として、大規模な商業的利用も著作権侵害にならないことになるが、著作権の保護とのバランスを図る観点から、著作物としての創作性を肯定するための判断基準を高めるという解釈手法が、果たして妥当なのかという疑問がある。少なくともこの事情により著作物性の要件を満たさない情報の商業的利用行為に対して、不法行為によって救済を認めるべきであろう。

10

著作物としての創作性の有無の判断時点に関して、第5章で述べたように、主張されている対象物の作成の時点のに遡って、既に存在している表現との比較によりアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であるかどうかを検討する裁判例は少なくないが、例外として、侵害時を基準に創作性を否定した東京地判〔神聖館開運暦（方位盤）〕、創作性を肯定した東京地判〔博士絵柄〕、知財高判〔TRIPP TRAPP（椅子）Ⅱ・控訴審〕などの前例がある。ユーザーの行動の自由領域を適切に確保するために、著作物としての創作性については侵害時を基準に判断されれば、事後的に標準となったものや、遠い作成の時点に遡って、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現であることを裏付ける証明責任を被疑侵害者に負わせる問題点を解決することができる。もっとも、著作物としての創作性を否定されてしまえば、大規模な商業的利用を行おうとも、著作権保護は一切与えられないことになるので、その運用は慎重になるべきであろう

15

20

第4項 類似性

25

第5章で述べたように、創作的表現の共通性、すなわちアイデアと表現の区別を通じて著作物の保護範囲を調整する解釈方法によって、ユーザーの行動の自由領域を適切に確保するという考えがないわけではないが、非商業的利用の事案に応じてそのような結果妥当性のみを理由として、著作物の保護範囲を限定的に解釈すると、そのような特別な事情が存在しない商業的利用の事案においても、同様の限定的な保護範囲を指定すべきこととなり、一般的な保護範囲の解釈に歪みが生じ、かえって不合理な結果を招くことがある。のみならず、ユーザーによる非商業的利用は元の著作物のそのままの利用の場合が多いため、いくら保護範囲を狭くする解釈方法によっても、他人の表現のそのままの利用を控える萎縮効果を解消させることにならない。そこで、著作物の保護範囲は問題となる著作物の創作的表現が再現されているか否かという観点から画一的に決定されることなく、創作的表現の共通性に加えて、その外側に市場における代替可能性の問題を正面に据えて、著作権者の市場

30

35

機会に与える影響を勘案することができるところに、上記保護範囲の解釈の歪みやそのままの利用を抑える萎縮効果を解消させることができる。なぜなら、[雪月花]、[おもてなしプレゼント] 事件と同じ、絵画や写真などが小さく用いられた利用であっても、直接に利益を得る大規模な商業的利用の場合には、もはや著作権者の市場機会に与える影響は些少な
5 5
もので、せいぜい循環論法のライセンス料くらいしかない利用態様とは言えなくなるからである。

現状では、視覚表現に限って、絵画や写真などが小さく用いられたや映る時間は短いなど、市場に影響を与えないような些少な程度の利用の事例以外には、創作的表現が共通されて
10 10
いるところがあるにもかかわらず、なお市場における代替可能性を問うことを実質的に意味する「ユーザーによる表現価値の共通性」を否定することを理由に、著作権侵害における類似性を否定した事例はない。些少な程度の視覚表現の利用にとどまらず、市場における代替可能性の要件を活用して、ユーザーによる非商業的利用を自由にすべきかについて、第1章で述べたように、著作権法は、その制度の誕生当初においては、印刷・出版業者やレコー
15 15
ド出版者など、業として著作物を利用する者を規律する業法的なものに過ぎなかったが、複製技術の発展に伴い、私人のレベルで容易に著作物の複製行為が可能となったこと、さらにデジタル技術やインターネットの普及は、著作権保護の実効性の問題や私的領域への介入をいっそう深刻なものとしている。著作権保護の実効性の問題について、たしかに、ユーザーによる非商業的利用であっても、市販されている書籍である言語の著作物、同じく CD
20 20
が市販されていたり、配信されている音楽の著作物、あるいは公開中であつたり DVD が市販されていたり、TV 等で放送が見込まれる映画の著作物、ゲームのプログラムの著作物等がインターネットで著作権者に無断で公開される場合のように、著作権者が現に経済的利益の獲得を追求している著作物がインターネット上で利用される場合には、著作権者の受ける経済的不利益は無視し得ず、創作のインセンティブに与える悪影響も無視し得ないもの
25 25
となる場合があることは否めない。しかしながら、舞踊、美術、写真などのカテゴリの視覚表現が少し異なるだけで市場における代替可能性を失うことが多い。具体的に、絵画や彫刻などの美術の著作物の場合、複製物を通じて読む・聞くのが通例である言語・音楽の著作物とは異なり、伝統的に、原作を通じた鑑賞に複製物を通じた鑑賞とは質的に異なる特別の価値があるとされてきた²。もちろん、画集・写真集の出版や絵葉書、ポスターといった一枚限りの複製物の販売については、著作権者が経済的な利益を得る重要な機会であるから、
30 30
それらと競合するカタログ等への作品掲載が自由になされうるとすれば、これらに係る市場での利益への影響は無視できないものとなる。ところが、美術又は写真の著作物を無断複製する行為は、たとえその複製自体が鑑賞に耐える質を備えていない場合であっても、形式的に著作権の侵害に該当する。写真撮影で絵画や写真を交流サイトに投稿あるいは個人ペ

² 井上由里子 [判批] (藤田画伯展覧会カタログ) 斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』別冊ジュリスト 157 号 (第3版・2001年4月・有斐閣) 175 頁。

ージにアップロードすることは、著作権者が対価の回収を予定している絵はがきや画集・写真集の正規品の売上げによる収入を減らすという逸失利益の損害が生じるとは考えにくい。その反面、交流サイトに掲載された複製の質が画集・写真集の正規品に及ばない場合には、著作権者が現実に複製物の市場で上げている利潤への影響は微小であろうから、ユーザーの利益を優先しても問題は小さいといえる。また、楽曲の著作権、CD音源の隣接権について、自分の歌う姿を録音・録画したカラオケ動画のユーチューブやニコニコ動画への投稿も同様である。そもそも市場における代替関係にない場合もあり、ネットでの配信が宣伝広告の効果を伴うために市場拡大に寄与するという補完的な関係を働かせることもあるからである。

10

もっとも、ユーザーによる非商業的利用にまで、市場における代替可能性の要件を活用すると、著作物の類型ごとにユーザーによる非商業的利用と著作権者の経済的機会を失わせる商業的利用との区別その基準の具体化、そしていかなる場合に市場における代替可能性が否定されるのかという具体的な当てはめの検討は、政策形成過程のバイアスの矯正策として、司法による法形成に委ねるしかないが、具体的な事案への当てはめにおいて予測可能性・法的安定性の欠如を否認しない。また、本来アイデアと表現の区別を通じて創作的表現の共通性基準をクリアするならば、後発の創作活動に支障を来すことにならないはずだが、それにしてもユーザー視点による市場における代替可能性の判断をもってあえて著作権侵害を肯定しないことには、すでに生成されたライセンス市場における取引の実態ともかけ離れたものであり、あまりに創作活動のインセンティブとして不十分であるとの批判は、傾聴に値するであろう³。

15

20

第3節 残された課題

25

最後に、本稿には残された課題も多い。

まずは、アイデアの不可避的な表現・ありふれた表現として、著作物の創作性を否定した司法による法形成について、言語表現のほかに、第3章で述べたように類似性の判断に立ち入る前、舞踊、美術、写真、建築、地図又は図形、プログラム、編集物又はデータベースのカテゴリの表現にも適用されている。著作物の類型ごとに、いかなる場合にアイデアの不可避的な表現・ありふれた表現として著作物の創作性が否定されるのかという具体的な当てはめの検討は必要であると考えられるが、著者の情報処理能力などによる制約から、本稿で

30

³ 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号（2003年10月）129-130頁は、簡易に利用許諾を得ることができる市場が成立しているのであれば、公衆が被る自由の制約は著しいものとはいえないことになる反面、著作権者としては著作物の利用から実際に収入を得ることを期待しうる状況にあるので、それが創作活動のインセンティブとして機能している可能性がある」と指摘する。

はそこまで扱えなかった。

- また、以上述べたように、司法による美術の範囲の該当性、著作物としての創作性、市場における代替可能性の解釈を通じて、ユーザー側に優先させるべき非商業的利用の利益が認め得る解釈手法を如何に活用し、より簡易、明確かつ安定した判断基準を定立すること、
- 5 解釈手法として著作物の類型ごとに判断することを許容する一連の判例法が形成されたという点などを検討することなどは今後の課題としたい。