

# 著作権法の守備範囲



横浜地方・家庭裁判所川崎支部長 判事 **高部 眞規子**

## 要 約

著作権法は、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」を保護するものであり、「表現」それ自体でないものや、表現上の「創作性」のないものは、著作権法の守備範囲から外れていることは、江差追分事件最高裁判決でも明確に判示されたところである。「表現」それ自体でないものとして挙げられる「思想、感情又はアイデア」や「事実又は事件」に該当するものは何か、表現上の「創作性」の有無を判断する上で何がポイントになるのかを、著作物の類型、種類ごとに、裁判例を通じて検討する。そして、表現上の創作性と著作権侵害の成否の関係を基礎として、当事者となった場合の主張・立証への示唆を与えるものである。

## 目次

- 1 著作権法の保護対象
  - 1-1 著作物の意義
  - 1-2 基本判例
  - 1-3 主な支分権
- 2 思想又は感情の「表現」
  - 2-1 表現を保護することの意味
  - 2-2 思想、感情又はアイデア
  - 2-3 事実又は事件
  - 2-4 表現それ自体でないもの
- 3 表現上の創作性
  - 3-1 創作性の意義
  - 3-2 表現上の創作性のないもの
- 4 各種の著作物の著作物性と侵害の成否
  - 4-1 言語の著作物
  - 4-2 音楽の著作物
  - 4-3 美術の著作物
  - 4-4 図形の著作物
  - 4-5 写真の著作物
- 5 おわりに
  - 5-1 創作性の高低と類似性の関係
  - 5-2 創作性の有無と同種の作品の表現
  - 5-3 当事者の主張・立証への示唆

司会 皆様、こんにちは。本日は高部眞規子判事にご講演をお願いすることができました。ご紹介するまでもない著名な裁判官でいらっしゃいますが、簡単に略歴をご紹介させていただきます。

高部眞規子判事は、昭和54年、東京大学法学部を卒

業され、同年、司法修習第33期でいらっしゃいます。昭和56年に判事補になられまして、平成3年、高松地方家庭裁判所判事になられ、平成6年に東京地方裁判所民事第29部にいらっしゃいました。そして、平成10年から最高裁判所調査官になられまして、『最高裁判所判例解説』を24件も執筆され、そのうち16件が知財判決だそうでございます。高部判事が執筆された最高裁判所判例解説を、ぜひご覧いただければと思います。平成15年に東京地方裁判所民事第47部の部総括になられ、続いて、民事第32部の部総括をされまして、平成21年から、知的財産高等裁判所判事でいらっしゃいまして、今年、平成25年の4月に、横浜地方家庭裁判所川崎支部長として異動されたばかりでございます。

本日は、約1時間かかるところを、裁判所から飛んでいらしていただきました。本日のテーマは、「著作権法の守備範囲」という非常に興味をそそられるタイトルでございます。どうぞ、よろしく願いいたします。

高部 ご紹介いただきました、高部眞規子でございます。4月10日付で川崎支部の方にまいりましたが、今日の件は、知財高裁在動中にお約束をしていたものですから、債務を履行すべく、川崎から5時にダッシュで出てまいりました。

今日、テーマといたしますのは著作権法です。著作権の事件につきましては、プログラムの著作物を除き

まして、東京や大阪以外のところにも起こせる、専属管轄ではない事件ではありますけれども、やはり、東京、大阪に提起される事件が多いと思います。ただ、多いと申しましても、知財事件の中で著作権法が占める割合は、せいぜい20%ぐらいです。知財高裁では、審決取消訴訟という、特許庁の審決を対象とする行政事件が8割以上の仕事を占めております。控訴事件自体が非常に少ない上に、その中で著作権の事件はどのぐらいかと申しますと、一審で和解もできず、しかも一審判決に納得もされずという選りすぐりの事件だけがまいるわけです。知財高裁で、著作権についての判決が言い渡されるのは年間20件程度です。少ない年は10件少々しかないということでございます。

更に、それにも納得されず上告される事件というものもあるわけですが、最高裁判所始まってこの方、著作権に関して、最高裁判所の判例集に登載された事件が20件あまりしかないというような状況です。これは何を意味するかといいますと、著作権に関しては、よるべき判例というものが非常に少ないということです。今日、お話ししますが、一、二審で判決の結論が違ったり、あるいは、最高裁まで行って、更にひっくり返ったりという事案も多数ございます。特許権などと違いまして、出願や登録などという要件がないわけですが、そのような意味で、創作したときから権利は発生するのです。けれども、逆にいいますと、本当にそれが著作物として保護されるのかどうかといいますと、それは、最終的に判決で侵害を認めたらう、あるいは著作物性を認めたらうまでは分からない、しかも、それが最高裁まで行って確定しなければ分からないということです。ですから、恐らく、弁護士の先生方にとってみたときに、予測可能性が非常に乏しいといいますか、依頼者の方に、「これ、どうなるのでしょうか」と聞かれたときに、「絶対こうなる」ということがいづら分分野ではないかと思えます。

今日は、そのような著作権の特質を考慮しつつ、判例実務を検討し、皆さんと一緒に考えていきたいと思えます。

では、前置きはこのぐらいにして、座ってお話をさせていただきます。今日のテーマについての目次ですが、まずは著作権法の保護対象は何かということから入ります。保護の対象となるものが表現でな

ければならない、しかも、それが創作性のあるものでなければならないという著作物の要件についてのお話をします。その上で、類型別といいますか、著作物の類型、種類に基づいて、著作物性と侵害の成否を考えていく必要がありますので、幾つかの裁判例をご紹介しながらお話をし、まとめをしたいと思います。

## 1 著作権法の保護対象

### 1-1 著作物の意義

早速、「著作権法の保護対象」というところから入っていききたいと思います。会場を見回しますと、あまりにベテランの先生方の顔が多くて、お話をするのに気が引けてしまうのですが、若い年代の方もいらっしゃるということなので、一応、基本のところからお話をさせていただきます。

著作物につきましては、著作権法2条1項1号に定義規定がございまして、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義されています。したがって、まず第1に、思想又は感情を「表現」したものでなければならない、第2に「創作的」に表現したものでなければならない、第3にそれが文芸、学術、美術、音楽の範囲に属するものでなければならない、ということでございます。したがって、「表現」それ自体でないものや、表現上の「創作性」のないものは、著作権法の守備範囲から外れてしまうということになります。

### 1-2 基本判例

今日お話しする中で、何回か出てくるとされる最高裁判所の基本的な判例がございまして、今いきました二十数件の中の、選りすぐりの著作権の基本判例でございます。

1番目は、昭和53年9月7日〔ワンレイニーナイト・イントーキョー事件〕でございまして、そこでは、複製について、「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」ということが、一つの判決要旨になっています。「既存の著作物を知らないでこれと同一性のある作品を作成した場合には、これを知らなかったことにつき過失があるかどうかを問わず、著作権侵害の責任を負わない」ということで、依拠が要件であるということが、この判決ではっきりしたわけでございます。

それから、2番目の基本判例は平成9年7月17日

〔ポパイ事件〕でございます。この事件は、実は判決要旨が六つぐらいあるのですけれども、今日のお話と関係する部分をピックアップいたしますと、一つは、「漫画において一定の名称、容貌、役割等の特徴を有するものとして反復して描かれている登場人物のいわゆるキャラクターは、著作物に当たらない」という、キャラクターの著作物性を否定したものです。ここでいうキャラクターといえますのは、「漫画の具体的表現から昇華した登場人物の人格ともいべき抽象的な概念」です。

それから、ポパイ事件のもう一つの重要な判決要旨は、「二次的著作物の著作権は、二次的著作物に新たに付与された創作的部分のみについて生じ、原著作物と共通し、その実質を同じくする部分には生じない」という部分です。つまり、二次的著作物の創作的部分、新たに付与された創作的部分、これが、後でお話するもう一つ別の基本判例につながる判示です。

それから、特に判決要旨としてピックアップされているわけではないのですけれども、判決文の中では、「複製というためには、第三者の作品が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」という判示部分がございます。

3番めの基本判例ですけれども、平成12年9月7日〔タイプフェイス事件〕です。タイプフェイスとは印刷用のフォントのようなものでございますけれども、「印刷用書体が著作権法2条1項1号にいう著作物に該当するためには、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及びそれ自体が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていなければならない」という判決要旨です。印刷用書体は、結局、普通の場合に比べて、少し要件が厳しくなっていると思えますけれども、独創性と美的特性が要件として必要だということを行っています。

4番目、これが本日、最も多く登場すると思われまますし、ここ10年の裁判例のリーディングケースとなっている判決です。平成13年6月28日〔江差追分事件〕です。この事件に関しては判決要旨が二つあって、判決要旨1や2などといって、学説上もいろいろ議論になっております。

判決要旨1ですけれども、「言語の著作物の翻案とは」ということで、「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」。幾つか要件をいっておりますが、依拠という要件と、それから、表現上の本質的な特徴を直接感得することを行っています。言語の著作物の翻案の意義を明らかにしたもの、要件を明らかにしたもの、といわれています。

それから、判決要旨2ですけれども、「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言語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」。表現それ自体でない部分か、あるいは、その創作性がない部分が共通していても、翻案にはならない、つまり侵害にはならない、ということが明らかになっております。

### 1-3 主な支分権

著作権には、著作者人格権と財産権があり、財産権についてはたくさんの支分権が規定されております。その中でも、やはり、一番よく訴訟に登場するのは、複製権や翻案権ということで、著作権侵害といえますと、複製権や翻案権は一番初めに浮かぶようなイメージなのですけれども、複製権と翻案権について、支分権の代表選手としてご紹介をしておきますと、まず複製権については21条に規定がございます。その他に、複製ということについては、2条1項15号に定義規定がございまして、「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することをいう」と定義されています。それから、先ほどの基本判例の中で、ワンレイニーナイト・イントーキョーという事件では、複製について、「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」であると。ここでいう複製とは旧法時代の複製ですので、現行法の複製と若干違うのですけれども、現行法の複製を含む概念です。それについての判決です。

それから、ポパイ事件で最後にご紹介したように、「複製というためには、第三者の作品が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」ということになっています。

結局、複製の要件としては、第1に「依拠」という要件、第2に「表現上の本質的特徴の同一性の維持」となります。ワンレイニーナイト・イントーキョー事件は、旧法時代で、「その内容及び形式を覚知」という言葉を使っているのですが、そのことを言い換えると、やはり、表現上の本質的な特徴が同一であるということを行っている趣旨と解されます。

次に、翻案についてでございます。翻案権は27条に規定されていて、「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」と規定されています。27条や2条の中に翻案の要件、定義規定があるわけではございませんので、江差追分事件で言語の著作物についてではありませんけれども、翻案権の意義が明らかにされたということでございます。

江差追分事件の判決要旨1ですけれども、これによれば、結局、翻案権というものは、第1に「依拠」という要件が必要です。それから、第2に、客観的な要件としては、「表現上の本質的な特徴の同一性の維持」という要件が必要です。ここまでは、先ほどの複製権と同じです。第3に、「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」という要件がございます。第4に、「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」ということになります。第3の「具体的表現に修正、増減、変更を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現した」という部分が、ポパイ事件で「二次的著作物に新たに付与された創作的部分」といっているところに当たるといえようかと思います。

ということで、前置きの定義規定や、基本的な判例をご紹介した上で、今日のお話の本題の方に入っていきたいと思います。

## 2 思想又は感情の「表現」

### 2-1 表現を保護することの意味

先ほど申しましたように、著作物性の要件としては、思想又は感情の「表現」であるということが必要です。そこで、まず、「表現」を保護するとはどのような意味なのかということです。「思想又は感情の表現」と定義されていますが、ここでいう「思想又は感情」といいますものは、哲学的概念のような厳格なもので

はなく、著作者の精神的な活動の表現で足りるといわれています。

江差追分事件の判決要旨2では、「表現それ自体でない部分において、同一性を有するにすぎない著作物を創作する行為は、翻案に当たらない」といっております。これは、同じように複製にも当たらないということになるかと思えます。ですから、表現それ自体でない部分が、同一あるいは共通する場合には、著作権侵害にはならないということになります。

江差追分事件がやっているように、「表現それ自体でないもの」は、著作権法における保護の対象にはなりません。ここでいう「表現それ自体でないもの」として、江差追分事件では、「思想、感情又はアイデア」「事実又は事件」を挙げております。ただ、実務上のアプローチとしては、「表現とは何か」という正面からのアプローチではなく、「表現といえないものは何か」、あるいは、「対象となっている原告の作品の部分などが表現といえるのかどうか」、そのような観点から判断される場合が多いかと思えます。

### 2-2 思想、感情又はアイデア

そこで、「思想、感情又はアイデア」という、「表現それ自体でないもの」の代表として挙げられたものの一つについて、もう少し詳しくみてみたいと思えます。「アイデアと表現の二分論」ということがいわれておりますが、これは、思想、感情又はアイデアが保護されないというルールです。このルールは、著作権法自体、「思想又は感情を創作的に表現したもの」が著作物であると定義しておりますので、表現の基礎にある思想、感情、あるいはアイデアというようなものを保護するわけではございません。著作権の保護対象が表現であり、アイデアは保護されないというルールは、著作権制度の国際的かつ基本的な原則です。

このように、表現でないものは保護の対象とはならないわけですので、表現の基礎にある思想、感情、アイデアというようなものは保護対象にはならないわけで、学説やアイデアというようなものがどれほど独創的なものであっても、そのアイデア自体は、著作権法上は保護の対象外ということになります。

なぜ、思想・表現二分論というものが成り立つのかという理論的な根拠についてでございます。一つには、表現の自由や学問の自由等の近代社会が有している基本的な価値を守るという点にございます。それか

ら、二つめですけれども、思想をだれでも利用可能なパブリック・ドメインとして留めておくということが、情報の豊富化に役立ち、文化の発展という著作権法の目的に合致するということが挙げられます。三つめですけれども、裁判という場において、人の思想の同一性など、類似性を判断することが困難で、そのようなことはあまり妥当ではないというようなことも、アイデアと表現の二分論の理論的な根拠として挙げられているところがございます。

アイデアと表現は、著作権法の保護を受けるか受けないかということで、そこは、もし境界がはっきり分かれば、何が保護されて、何が保護されないかということをはっきりできるわけです。けれども、アイデアか表現かということは規範的な要素が強いものですから、その境界を分けるということは、必ずしも明確にできることではありません。そのような意味で、今までの判例の中でも、一般的な基準は定立されておりませんし、学説でも、何が表現で何がアイデアかということ、きちんと画一的に基準を立てていうものは、あまり見当たらないように思います。

しかも、著作物というものは、著作権法にもいろいろな種類の著作物が例示として挙がっておりますけれども、いろいろな著作物が著作権法の中に取り込まれております。そのような著作物の種類によっても異なってくるとも思いますので、そのような意味で、著作物の創作者を保護し、保護の対象を表現に限定して、アイデアを自由利用の対象とすることによって、創作活動を促し文化の発展に寄与することを目的とする法律の趣旨にかんがみて、事案ごとにそれを検討して、アイデアなのか表現なのかということを区別していくというしかないと思います。

なお、このアイデアと表現の二分論に関しては、共通する表現形式からアイデアそのものを分離し、残った表現には創作性が認められないかどうか確認するというような方法をとると、細切れに切り離した結果、すべてがアイデアかありふれた表現になってしまい、表現の創作性というものは結果として否定されて、その結果、正当な創作性の評価を見誤ってしまうのではないかという指摘がされることがあるわけですが、結局、原告の作品と被告の作品の共通する部分がアイデアであれば、それは、表現ではありませんので、表現上の本質的な特徴を感得させるものとはいえない、だから、保護されない、ということになってしま

うのではないかと考えております。

### 2-3 事実又は事件

次に、「表現それ自体ではないもの」の二つめの類型として、「事実又は事件」というものがございします。事実や事件そのものも、「思想又は感情を創作的に表現したもの」とはいえませんが、事実それ自体が著作権法の保護の枠外であるというような原理も、世界的に認められた原則でありまして、例えばベルヌ条約にもそのような規定がございします。

わが国の著作権法でも、10条2項では、「事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道は著作物に該当しない」と規定されておりまして、死亡記事や些細な交通事故など毎日起きてくるようなニュース等は著作物とはいえないことになっています。

事実それ自体、例えば、歴史上の事実や、歴史上の人物に関する事実、あるいは社会的な事件、株価や気温等のデータ、そのようなものは、人の思想又は感情等からは離れてしまったもので、客観的な存在である、所与の存在であるということから、精神的活動の所産とはいえないので、そのようなものは万人共通の財産だということで、著作権法上、このような事実を保護いたしまして独占を認めるといたしますと、表現の自由や学問の自由に対する重大な侵害となりますし、創作活動の保護奨励という著作権法の目的にも反することになるということでございます。

### 2-4 表現それ自体でないもの

今、「思想、感情又はアイデア」という類型と、「事実又は事件」という類型、そのようなものが表現それ自体ではないということでご説明いたしましたけれども、具体的に、「表現それ自体でないもの」として、どのようなものがあるかと申しますと、まず、学説や学術論文の内容ということが挙げられると思います。学説や思想それ自体は、先ほどから申し上げているように、著作権法により保護されるものではありません。ですから、学術論文の内容が類似する場合も、それは著作権侵害や翻案などということには、直ちにはならないこととなります。

再三、申し上げていますように、著作物として著作権法が保護しているものは、思想又は感情を表現したもの、具体的には、言葉や、文字、音、色というようなものによって具体的に外部に表現した創作的な表現

形式が保護されるわけです。したがって、その表現されている内容、つまりアイデアや理論というような思想及び感情自体は、仮に、それが独創性があったり新規性があったりしたとしても、原則としては、著作権法の保護の対象にはなりません。

このことは、技術的思想についても同じでありまして、技術的思想の創作、例えば発明ですけれども、そのようなものについても、これは著作権法の保護の対象にはなりません。発明は別に特許権などで保護されるわけですが、著作権法の保護の対象にはならないということでございます。

ただ、そのような自然科学上の法則など発明につきましても、その叙述方法、具体的な表現方法のところに創作性があるって、考えた論理過程などを創作的に表現していたものであって、それが、例えば学術の範囲に属するという事になれば、内容とは別に、外に表れたもの、表現形式の方が著作物として著作権法の保護の対象になり得ることはございます。しかし、あくまでも、基礎にある思想のところを保護するのではなく、外に表れた、表現されたものが保護の対象になるということです。このことは、たくさんの裁判例によっていわれております。

それから、作風や画風です。小説家の作風であったり、画家の画風であったり、そのようなものが作品と特徴付けるものかもしれませんが、そのようなもの自体は、著作権法の保護対象にはならないということも、裁判例がございます。

それから、よく争われるものが歴史上の事実です。ある人の伝記や歴史上の事実に関する叙述、あるいはノンフィクションというようなものと、同じものを対象にしていると、何となく似た部分、類似する部分が生じやすくて、その結果、著作権侵害かどうか争われて裁判所に来ることも多いわけです。けれども、歴史上の事実というものは著作権法の保護を受けないわけですが、仮に対象とした事実が同一であっても、著作権法上、侵害とはいえないということで、これも幾つかの裁判例がございます。

歴史的な事実が記述された場合、その事実を、創作的な表現形式を変えた上で、素材として利用することについてまで、著作者が独占できるということは妥当ではないといわれています。歴史的な事実や、日常的な事実を描く場合に、他の人の先行の著作物で記述された事実と内容において共通する事実を採り上げたと

しても、その事実自体は素材として利用することを広く許容されているということも、裁判例で明らかにされています。

人の一生を描く伝記も、人の生涯でどのような出来事があったかということは事実ですので、伝記の創作性ということになると、著作者、書く人にとって何が大事なのかという、重要と考えたものを取り出して、それを相互に関連付けて、その人の生涯を描き出す、その選択や配列あるいは具体的な表現方法のところに創作性を見出すということになります。記述やエピソードとして重複する部分があったとしても、それは、事実である以上は著作権侵害とはならないということになります。

他方、歴史的な事実そのものではなくて、これを創作的に表現したものには、著作物性あるいは創作性が認められる場合もあります。又、歴史的な事実に関する著述でありましても、基礎資料からどのような事実を取捨選択するのか、どのような観点、どのような視点や表現を選択するかについて、いろいろな方法があり得るわけですので、事実の選択や配列、あるいは歴史上の位置付け等が、本質的な特徴を基礎付ける場合もあり得るところでございます。

したがって、例えば、伝記や歴史小説というのは、事実立脚しつつ、著作者の思想又は感情が著作物に創作的に表されるものでありまして、その解釈や論述の方法に個性の現れが求められて、著作物性、創作性が肯定される場合があるわけです。ただし、同一の対象を扱って記述した場合でも、単なる事実のみが同一である場合には著作権侵害にならないということは、先ほどから申し上げておりでありまして、仮に、元々、一番初めに書いた人の額に汗する研究や調査の結果初めて判明したような事実であったとしても、その事実について、著作権法上、独占権を主張することはできないこととなります。

そのような意味で、事実立脚した著作物というのは、小説などと比較しますと、著作者が創作性を発揮する余地は非常に少ないわけです。表現の選択の幅が狭いということもいわれるわけですが、その結果、保護範囲は限定されますので、最終的には、創作的な表現の部分が同一であって初めて、著作権侵害かどうか問題になるわけです。

それから、表現それ自体でないものとして、新聞記事が問題になることがあります。先ほど申しましたよ

うに、死亡記事や些細な交通事故などのように、日々起きるようなニュースは著作物とはいえないわけです。特に報道記事というものは、事実を正確に伝えるということが目的ですので、あまり記者の主観が混入しないということで、その表現方法には自ずから限界があります。5W1Hなどといいますけれども、新聞記事ではそのような要件のもとにある事実を報道していくのですから、表現方法には自ずから限界があるということになります。

ただ、客観的な事実を素材とする新聞記事でも、収集した素材の中から記事に盛り込む事項を選択して、それをどのように配列するか、どのように構成するか、そして具体的な文章表現に、著作者の思想又は感情が創作的に表現されて、著作物性が認められる場合もあり得るわけです。そのようなことで、翻案に当たるとされた事案もございます。

また、著作権法13条には、法令や告示・通達、判決・決定・命令というようなものについては、著作権の目的とならないことが明文で規定されております。けれども、官公庁の発行する文章でも、高度に学術的な意義を有し、必ずしも一般に周知させることのみを意図しないものは、学術に関する著作物として著作権の保護を受けることもございます。

以上で、「表現」、「表現それ自体でないもの」というところを、ご説明いたしました。

### 3 表現上の創作性

#### 3-1 創作性の意義

続きまして、表現上の「創作性」のお話に入りたいと思います。創作性というものは非常に悩ましい問題でありまして、「創作性とは何か」ということなのですけれども、伝統的には、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、作成者の何らかの個性が表現されたもので足りるとされてまいりました。個性の発揮というようなことでいわれてまいりました。

ただ、そのような表現ぶりというものは、文学や音楽や美術といった従来型の著作物については当てはまるわけですが、機能的・事実的な著作物、例えばプログラムなど、そのようなもの場合には、個性の発揮ということだけでは、説明が難しいと思います。そのような意味で、他の人が同じ機能を有するプログラムを創作する余地があるかどうかという基準で

創作性を捉えるべきではないか、という指摘があったところでございます。

新たな創作性の概念として、権利者へのインセンティブと他の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」と捉えるべきだという見解が、東大の中山先生はじめ、有力に唱えられるようになりました。「表現の選択の幅」ということで創作性を説明するというところでございますので、表現の選択の幅がないときは、創作性がないということになります。ですから、著作権侵害かどうかといわれると、それは非侵害ということになると思います。ただ、逆は必ずしも真ならずと申します。表現の選択の幅がないときは、創作性がないから著作権は侵害しないのですけれども、では、あるときは常に著作権侵害といえるのかといいますと、必ずしもそうともいえない、ということも注意すべきかと思えます。

裁判の場では、どのようなことを中心に創作性を判断しているかといいますと、判断要素としては、まず第1に、用語の選択や全体の構成の工夫、特徴的な言い回しの有無などの当該作品の表現形式をみます。

第2に、当該作品が表現しようとする内容・目的に照らして、それに伴う表現上の制約の有無や程度があるかどうか、という点も判断要素になります。ここが、表現上の制約と仰いますので、「表現の選択の幅」に近い話かもしれません。

それから第3に、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かどうかという点、つまり、ありふれているかどうかという点です。そのような点を総合的に判断して、創作性がある、ない、などというような判断をしていると思います。

創作性と侵害の成否の関係なのですけれども、江差追分事件でいっておりますように、著作権法は、そもそも創作的な表現を保護するものですので、表現上の創作性がない部分において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は当たらないわけです。複製にも当たらないことになるわけです。

著作権法の保護対象、つまり著作物性の判断と著作権侵害が成立するかどうかの判断は、重なる部分がございます。後でご説明いたします江差追分事件の判断手法、濾過テストといわれますけれども、このような手法で判断をいたしますと、原告作品と被告作品の共

通する部分の創作性があるかどうかという問題と、それから著作権侵害が成立するかどうかという判断が、連動することになるわけです。

### 3-2 表現上の創作性のないもの

それでは、表現上の創作性のないものとはどのようなものなのかということです。幾つかの類型があるかと思いますが、まず一つは、既存の作品を模倣したものです。先ほど、「創作性とは何か」というところで、「作者の個性が表れている」と申しましたけれども、作者の個性が表れるということは、つまりは、他人の模倣ではないということになります。したがって、他人の模倣であるような単なる既存の著作物の複製物の場合は、新たな創作性はないわけですので、創作性は否定されるということになります。

それから、2つめの、表現上制約がある場合にも、表現上の創作性がないといわれることが多いのですが、非常に短い文章というものは、だれが表現しても類似した表現にならざるを得ませんので、創作性が否定される場合が多いと思います。

しかし、非常に短いといっても、例えば俳句や標語のように、五七五というとても短い表現の中でも作者の個性が発揮されていると認められる場合は当然ありますので、そのような場合には、創作性は肯定されます。ですから、俳句や標語等にも創作性があるということで判断された事例がございます。

表現上の制約がある場合の、もう一つの類型としては、極めて短い場合の他に、ある思想を表現するのに極めて限定された表現方法しかない場合がございます。このような場合は、表現と思想が混同しておりまして、表現方法に作者の個性は表れないこととなりますので、著作権の保護の対象にはなりません。このような場合のことを、マージ理論やマージャー理論といわれるようなのですが、あるアイデアを表現しようと思ったときに、唯一、あるいは、かなり限られた選択範囲でしか表現方法が存在しない場合は、アイデアと表現が混同しているので、著作権の保護対象にはなりません。なぜならば、そのような表現に著作権を認めてしまうと、著作権の保護といたしながら、実質的には思想を保護することになる、思想そのものの保護になってしまっていて、アイデアの独占を認めてしまうことになるからです。

ですから、仮に著作権の保護対象とされる場合で

あっても、その保護範囲はとても狭いということになります。被告の作品がデッドコピーや、それにとっても近いような場合以外は、侵害とはいえないということになろうかと思えます。

創作性のない3つめの類型として、ありふれたものということが、よくいわれるものでございます。表現が平凡かつありふれたもので、作成者の個性が表現されたものとはいえないような場合には、創作性は否定されています。そのような事例、たくさんの裁判例がございます。

だれが表現しても同様の表現とならざるを得ないような場合には、先ほども申し上げましたように、独占権を与えると弊害が大きいので、創作性は否定されてしまいます。著作権は依拠が必要だという意味では相対的な権利なのですが、逆にいいますと、1度その作品に接しますと、あとから出てきた人は、同じような表現を利用できなくなるおそれも高いわけですので、できるだけ、ありふれた表現は認めないということにしたほうが、多様な文化の発展に資することになります。

ですから、だれが書いても同じような表現にならざるを得ないように表現の選択の幅が狭い場合、あるいはありふれた表現部分は、個性を表出することができませんので、表現上の創作性のない部分ということなので、仮に、そこが同一であっても、複製権も翻案権も侵害しないということになります。

英米法では、普通の経験やアイデアに基づく決まり切った光景、出来事、人物は保護されず、まる写しもできるというようなことで、定型的な情景の法理や、ありきたりの表現といって、著作権法の保護は与えていないということです。

## 4 各種の著作物の著作物性と侵害の成否

以上のように、表現上の創作性がない類型のもの、一般論としてはそのようなものがございますけれども、次のところからは、いろいろな種類の著作物ごとに裁判で問題になった事例をご紹介します。侵害の成否、どこがポイントになったのか、というところをみていきたいと思えます。できるだけ、一、二審、あるいは、一、二審と上告審で判断が分かれたものを選びました。



## 4-1 言語の著作物

基本判例としてご紹介した江差追分事件〔資料1〕、ご存じの方も多々と思いますけれども、もう一度復習をしておきます。原告作品がノンフィクションの一部で、1冊の本の中のごく一部が侵害の成否が問題になったところなのです。それが左側の欄です。それから、右側の欄が被告のNHKの放送番組のナレーションです。江差町を紹介する、江差追分関係の番組のナレーションのせりふ部分です。

## 資料1

## 江差追分事件

むかし鯨漁で栄えたころの江差は、その漁期にあたる4月から5月にかけてが一年の華であった。鯨の到来とともに冬が明け、鯨を軸に春は深まっていた。

日本海に面した北海道の小さな港町、江差町。

彼岸が近づくと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、鯨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。「出船三千、入船三千、江差の5月は江戸にもない」の有名な言葉が今に残っている。

古くはニシン漁で栄え、「江戸にもない」という賑いをみせた豊かな海の町でした。

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。

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。

鯨の去った江差に、昔日の面影はない。とうにさかり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。

5月の栄華はあとかたもないのだ。桜がほころび、海上は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。

その江差が、9月の2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。

9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3日間、町は一気に活気づきます。

町は生気をとりもどし、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く。

この二つ、長さは全然違うのですけれども、一、二審とも、この対比表に関しては、「翻案権の侵害である」という判断をいたしました。けれども、最高裁では、この部分について破棄し、「この部分は翻案に当たらない」ということになったのです。

どのような判断をしたかと申しますと、原告作品と本件ナレーションとは、まず、「a) 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」、「b) 現在ではニシンが去ってその面影はないこと」、「c) 江差町では9月に江差追分全国大会が開かれ、年に1度、かつてのにぎわいを取り戻し、町は一気に活気づくことを表現している点」、それから、その表現が、a), b), c) という順番になっているという点において共通し、同一性がある。

しかし、本件ナレーションが本件プロローグと同一性を有する部分のうち、a) の「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」、b) の「現在ではニシンが去ってその面影はないこと」は、一般的知見に属し、江差町の紹介としてありふれた事実であって、表現それ自体ではない部分において同一性が認められるにすぎない。

また、現在の江差町が最もにぎわうのが江差追分全国大会の時であるとするのが江差町民の一般的な一考え方とは異なるもので原告Xに特有の認識ないしアイデアであるとしても、その認識自体は著作権法上保護されるべき表現とはいえず、これと同じ認識を表明することが著作権法上禁止されるいわれはなく、本件ナレーションにおいて、YらがXの認識と同じ認識の上に立って、江差町では9月に江差追分全国大会が開かれ、年に1度、かつてのにぎわいを取り戻し、町は一気に活気づくと表現したことにより、本件プロローグと表現それ自体でない部分において同一性が認められることになったにすぎず、具体的な表現においても両者は異なったものになっていると判示しました。

「さらに」といたしまして、「本件ナレーションの運び方は、本件プロローグの骨格を成す事項の記述順序と同一ではあるが」、これはa), b), c) という順序のことなのですけれども、「この記述順序自体は独創的なものとはいえず、表現上の創作性が認められない部分において同一性を有するにすぎない。しかも、上記各部分から構成される本件ナレーション全体をみて

も、その量は本件プロローグに比べて格段に短く、Yらが創作した映像を背景として放送されたものであるから、これに接する者が本件プロローグの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできない」という判決です。

この翻案の判断手法を、「濾過テスト」と呼んでいます。どのような判断手法かといいますと、まず第1に、原告作品と被告作品の共通点を認定しています。a) と b) と c) という事実を表現していて、しかも、その表現の順序が共通していて、同一性があるということで、まず共通点を認定いたします。

次に、第2に、共通点がどのようなものなのかということで、江差追分事件の判決要旨2を当てはめています。まず、共通点の a) と b), つまり、「昔ニシン漁で栄えたということ」と、「現在はその面影がない」という部分は、表現それ自体ではない事実であるとしています。又、共通点の c) で「一番にぎわうのが江差追分全国大会の時だ」という点は表現それ自体でない部分、アイデアにおいて同一性が認められることになったにすぎず、具体的な表現においても異なっているということで、共通している部分が事実やアイデアにすぎない、ということを行っています。

また、共通点のうち、表現の順序の部分について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としました。認定した共通点がどのようなものなのかということ、つまり、表現それ自体

でない部分なのかどうか、それから、表現上の創作性が認められない部分かどうか、という判断をいたしております。

その上で、第3に、全体的なところをみておまして、上記各部分から構成される本件ナレーション全体をみても、その量は本件プロローグに比べて格段に短く、Yらが創作した映像を背景として放送されたので、表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないということで、江差追分事件判決要旨1を当てはめて、本質的な特徴の直接感得が認められないとくくっています。

このように、濾過テストの判断手法は、まず原告作品と被告作品の共通点を認定して、共通点が表現それ自体かどうか、あるいは創作性があるかどうか、というところをみた上で、最終的に全体的な観察もするというような手法を採っております。この江差追分事件の後の裁判例は、このような手法を採っているものが多いと思います。ですから、そのような意味で、対比表がとても大事だと思います。何が共通かというところを抜き出すことになりますので、共通点が認定しやすいような対比表が必要です。対比した結果、共通している部分がどのような性質のものなのか、表現なのかどうか、創作性があるかどうかというところをよくみた上で、判決要旨2を当てはめてみて、最終的に判決要旨1の本質的な特徴の直接感得の要件を満たすかどうか、という判断をしていくことになろうかと思っております。

資料2

## 通勤大学法律書コース事件

文書作成日は法律上重要な意味を持ちます。しかし、自分一人で作成した文書であれば自分の思うがままに、また契約書などのように二人以上当事者がいてもその当事者間で共謀すれば、日付をさかのぼらせたり遅らせたりすることができます。したがって、文書に日付さえあればそれが作成日である確固たる証拠になるといわけにはいきません。そのため作成日が非常に重要な意味を持つ場合には、公の機関に文書が作成された日を証明してもらった日付が「確定日付」なのです。確定日付を入れてくれるのは公証人役場です。公証人役場に確定日付を入れてもらいたい文書を持参すると、確定日付のスタンプを押してくれます。こうしておけばその文書の作成日を誰に対しても主張することができ、十分な証拠力を持ちます。もちろん、確定日付は持参した当日の日付で押されます。10月1日に行き、きのう押してもらったのをすっかり忘れていたから9月30日の日付で押してください、などということでは認められません。重要な会議の議事録、相手方の承諾書、メモ、供述書など、どんな文書にも確定日付を入れることができますが、通常は原本にだけに押しつけてくれません。印紙が必要な文書には印紙を貼っていかなくてはなりません。公証人役場が内容について立ち入ってくることはありません。確定日付はその日付以前に作成された旨を証明するものであって、確定日付の日に作成されたことまでを証明するものではありません。

文書の作成日というのは法律上、重要な意味を持っています。しかし、自分一人で作成した文書であれば、自分の思うとおりに日付を変えることができます。また、契約書のように二人以上の当事者がいても、その当事者間で共謀するならば、日付をさかのぼらせたり、遅らせたりもできます。このようなことから、作成日が重要な意味を持つ場合には、公の機関に文書が作成された日を証明してもらった日付が「確定日付」です。これは公証人役場に入れてくれます。9月1日に行き、8月31日の日付で押してくれと申し出て、受けつけてはもらえません。しかし、重要な会議の議事録や相手方の承諾書、メモ、供述書など、どんな文書にも確定日付を入れることができます。通常は原本にのみ押しつけてもらえます。印紙が必要な場合には、印紙を貼っていかなくてはなりません。しかし、文書の内容については公証人役場が立ち入るわけではありません。なお確定日付は、文書がその日付以前に作成された旨を証明するものであり、確定日付の日に作成されたことを証明するものではない点に注意が必要です。

江差追分事件は、言語の著作物についてのリーディングケースですけれども、この判決は他の著作物にも応用できるのではないかとされています。

言語の著作物では、もう一つ、一、二審で判断が異なった事件をご紹介します。通勤大学法律書コース事件〔資料2〕で、左側が原告の著作物、右側が被告の著作物です。確定日付について説明した文章が、文庫本のような形で見開き2ページのものに似ているということで、訴えが提起されたものです。

一審（東京地判平成17年5月17日）は複製権の侵害を認めました。法律書に表現上の制約があるということは認めているのですけれども、「一定以上のまとまりを持って、記述の順序も含め具体的表現において同一である場合は、複製権侵害に当たる場合があり、創作性の幅が小さい場合であっても、他に異なる表現があり得るにもかかわらず、同一性を有する表現が一定以上の分量にわたる場合には、複製権侵害に当たるというべきである」といっております。「共通点のうち個々の内容は、法令の内容や実務の運用から導かれる事項であり、創作性の幅は大きくないが、表現上の創作性がある中で、一般の法律書や解説書に記述されている内容や表現と必ずしも同一ではなく、原告表現の具体的表現については個性が表現されたものということができる」として、複製権侵害を認めています。

控訴審（知財高判平成18年3月15日）では、「複製でもないし、翻案でもない」と判断しました。控訴審

は、原告表現は著作物性、創作性があるということを肯定した上で、侵害の判断の部分では、「用語の同一性はあるけれども、法令の内容や実務の運用から導かれる当然の事項を普通に用いられる言葉で表現したにすぎず、創作的な表現であるとはいえない」ということで、否定をしたわけです。

確定日付というものについて分かりやすく説明する上で、これだけよく似た表現になるかどうかということなのだろうと思います。作成日がどのように重要な意味を持っているか、日付をさかのぼらせたりなどできるので、そのようなことがないように、公の機関で確定日付をもらいましょう、公証役場でやってもらいましょう、いつ行ったらどうなる、などということまで書いてあって、会議の議事録や承諾書などにも確定日付を入れることができるけれども、原本にしか入れてもらえないなどということが書かれているのです。書かれていることは、確定日付の実例としては当たり前かもしれないけれども、確定日付の説明が常にこうなるとはかぎらないので、これだけの分量、順番も、書いていることも、デッドコピーに近いぐらい似ているときに、侵害と考えるのか、侵害でないと考えるのか、一、二審で判断が分かれてしまった、という例でございます。

#### 4-2 音楽の著作物

次が音楽の著作物です。記念樹事件〔資料3〕を紹

資料3

## 記念樹事件

対比譜面 別紙3

5

介します。楽譜のうちの、上の段が小林亜星さんの「どこまでも行こう」という曲の楽譜です。下の段が服部克久さんの「記念樹」という曲の楽譜です。実際には移調をしております、つまり音階を変えているのですけれども、オレンジの部分の音が同じです。

この事件についても一、二審で判断が分かれたのですけれども、一審（東京地判平成12年2月18日）では、複製権侵害は否定いたしました。一審は、メロディーが重要なだけでも、メロディーに同一性がないということで、そもそも同一性のところから否定をしていますので、複製権を侵害しないということでした。

が、控訴審（東京高判平成14年9月6日）にまいりまして、今度は、27条の編曲権の侵害が主張されて、編曲権の侵害が肯定されたというものです。

控訴審は、音楽の著作物の場合に、メロディー、ハーモニー、リズムの3要素というものがとても重要で、テンポや形式というようなものも併せて一つの曲ができるのだけれども、その中でも、この原告の曲の場合の表現上の本質的な特徴は、主としてその簡素で親しみやすい旋律のところにあるのだ、特に4フレーズからなる起承転結の組立てという全体的な構成が重要視されるべきであるといっております。起承転結といっているところは、1段めが起で、2段めが承で、3段めが転結、4段めが結ということになるのでしょうけれども、その流れがとても似ているということをいっています。

そして、特に音の数で、128音中92音、72%が全く同じ高さの音が使用されていて、フレーズごとにどうなのだというようなこともいっていて、「起承転結の構成でも同一」ということを強調しています。他の和声やリズムなどという部分も、ほとんど同じということで、控訴審では編曲権の侵害は肯定されました。

この音の数の一致率は、多分、一審ではあまり問題にされなかったようなのです。そもそも「類似していない」と判示されていますので、そう注目されなかったと思いますが、この楽譜を、音を合わせて並べて、オレンジ色をたどってみると、確かに、72%一致していて、音楽の重要な部分で一致している、という評価になったのかと思います。

そのような意味で、この対比の譜面、この楽譜の書き方は、侵害の成否の判断に影響を与えるのではないかと感じた次第です。

### 4-3 美術の著作物

続きまして、美術の著作物に入ります。美術といえどもいろいろあるのですけれども、著作権法2条2項に「美術の著作物は美術工芸品を含む」という条文があり、いろいろと議論がございました。立法担当者は、この条文について、一品製作の手工的な美術工芸品に限って、純粋美術と同視しているということで、産業用に大量に生産される工芸品その他の実用品は美術の著作物に入れないということと、著作物とは鑑賞美術の著作物であって、応用美術のものについては美術工芸品を除いて著作物とはみなさないという説明をしていました。このような立法担当者の説明に敬意を表してか、従前は、著作権法2条1項1号の美術には応用美術は含まないということで、この2項の規定は例外的な規定で、美術工芸品に限って美術の著作物に含ませることにした、と考えられていたようです。

しかし、現在では、この条文は少なくとも美術工芸品は美術の著作物として保護されることを明記したにすぎなくて、それ以外の応用美術を一切保護の対象の外におくという趣旨のものではなく、美的表象を美術的に鑑賞できるものには著作物性を認めるという説が主流です。裁判例でも、そのような形で保護をしてきていると思います。

そのような意味で、応用美術の著作物性というものが議論になったわけですが、やはり、実用的な機能を有するものの中にも著作権法によって保護すべき美的創作性を備えたものはあるわけでありまして、そのようなものは美術工芸品以外にも考えられるわけです。ですから、応用美術に属するものであっても、美術鑑賞の対象になり得るものであれば、著作物性は肯定されるということになるかと思えます。

ただし、実用的な機能を有するものは、意匠法による保護の対象にもなり得るわけです。著作権法と意匠法では、権利保護の趣旨も異なりますし、保護期間は大幅に違いますし、要件なども違うので、その二つを適正に調和するためには、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場合に限って、著作権の保護の対象になるというような考え方が多数ではないかと思えます。と申しましても、美術鑑賞の対象になり得るかどうかが、あるいは純粋美術と同視できるかどうかというような基準は、抽象的だということは否めないと思います。実用的な目的のために表現上の制約が大きければ、結

局、純粹美術のような美の表現をするということに対しては制約があるかと思ひますし、実用品自体が鑑賞的な性質を有しているかどうかというような点も、応用美術の著作物性を判断するに当たって、考慮要素になるかと思ひます。

それから、書です。書家が書いた観賞用の書であれば、それは、筆勢や、運筆、墨の濃淡、文字と余白の構成美といった様々な要素を含みますので、これが美術の著作物として保護されるということについては、異論がないところでござひます。けれども、問題となったものは、冒頭に申しました印刷用書体の関係です。

従前、著作物性をタイプフェイスに認めるか認めないかということについては、肯定説、否定説といろいろ議論がありました。けれども、最終的には最高裁の12年の判決で、「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及びそれ自体が美術鑑賞の対象になり得る美的特性を備えていなければならない」というような形で決着がつかしました。

業界でも、多分、いろいろ議論があったのでしようけれども、結局、タイプフェイスの場合は、その独創性を緩和したときに、あるいは実用的な機能の観点から見た美しさがあれば足りると、独創性が低くてもいいということにしますと、印刷用書体を用いた小説や論文等の印刷物を出版するためには、その氏名表示など、いろいろな問題が起きてくるのではないかということで、著作権法がいろいろな支分権を作っている、それにバッティングしてしまつて、結局、著作物の公正な利用や文化の発展というような著作権法の目的に反してしまうということが、理由の一つに挙げられています。

それから、もう一つの理由として挙げられているものが、印刷用書体というものは、元々、文字は情報伝達機能というものを有してしまつて、これを發揮しなければ文字としての意味がありませんので、必然的に形態には一定の制約を受けるということになります。つまり、その文字が読めなければ意味がないわけです。そのような意味で、これが一般的に著作物として保護されるということになると、わずかな違いでたくさんのフォントができてしまひ、権利関係が複雑となり、混乱してしまうのではないか、そのようなこともタイプフェイス事件の最高裁判決が理由として挙げられているところです。

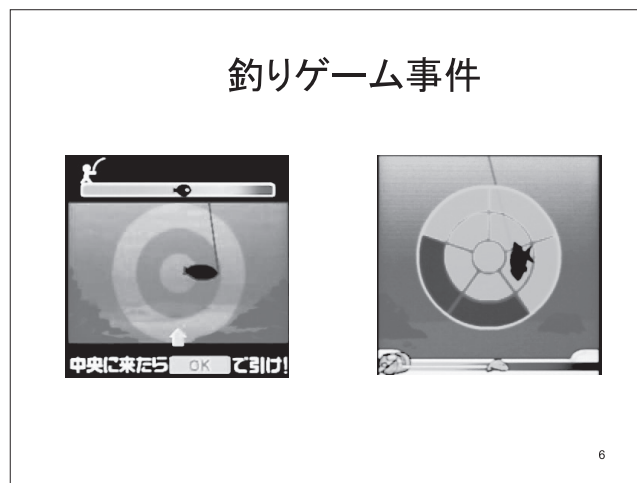
それから、これも美術の著作物の範疇になるかと思

うのですけれども、携帯型電話機の釣りゲーム事件〔資料4〕でござひます。左側が原告のゲーム影像、それから、右側が被告のゲーム影像です。これも、実はもっとたくさん影像があつたのですけれども、恐らく、原告の方は、「ここの部分が一番似ている」といったかつた部分ではないかと思ひましたので、この影像を採り上げさせていただきました。

これも一、二審で判断が異なつた事例ですけれども、まず、一審（東京地判平成24年2月23日）は、「翻案権を侵害する」と判断しました。この事件は幾つか論点があつたのですけれども、ここでは、先ほどの画像の部分を中心となる魚の引き寄せ画面についての判示部分です。一審は、「水面より上や水面、水面下などというのは、どこの部分をどのような視点から描くか」、「水面下のみを描くときに、魚の姿や背景をどのように描くか」、「魚が釣り針に掛かつた時から、釣り上げられたり、あるいは逃げられたりするまでの間に、魚にどのような動きをさせ、どのような場合に引き寄せやすくするか」という点において、様々な選択肢が考えられるとした上で、原告作品は、特に、水中に三重の同心円を大きく描き、釣り針に掛かつ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というのが、原告作品以前に配信された他の釣りゲームには全くみられなかつたもので、この点に個性が強く表れていると認めました。

他方、被告作品の魚の引き寄せ画面は、先ほどの原告作品の画面の表現上の本質的な特徴といえる、「水中のみを真横から水平方向の視点で描いている」、「水中の中央に、三重の同心円を大きく描いている」、「魚

資料4



は黒い魚影で表示して、魚影が水中全体を動き回るようにしている」というようなことを挙げて、そのような同一性が、被告作品の中に維持されているから翻案権を侵害する、という判断をしました。

これに対しまして、控訴審（知財高判平成24年8月8日）では、「翻案権は侵害しない」と判断しました。釣りゲームにおいて、水中のみを描くことや、水中の画像に魚影、釣り糸、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、実際の水中の映像と比較しても、ありふれた表現といわざるを得ないとしています。他の釣りゲームがどうかということ、これは被告の方が証拠によって立証したのだらうと思えますけれども、「他の釣りゲームでも、そのような表現がある」、あるいは、実際に水中の映像を描くときにどのように描くのかという意味で、「ありふれた」という判断をされたわけです。

また、水中を真横から水平方向に描くことや、魚影が動き回る際にも背景の画像は静止しているという描き方はアイデアであるとしています。

それから、一審判決でもっとも強く個性が表れているといわれた三重の同心円の関係ですけれども、この点は、従前の釣りゲームにはみられなかったものであるけれども、弓道、射撃、ダーツ等における同心円を釣りゲームに応用したものであるべきであって、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と判示しました。そして、同心円の態様は、具体的な表現において、相違し、そのために、同じように、「三重の同心円」が表示されるにしても、具体的表現が異なることから、これに接する者の印象は必ずしも同一のものとはいえないということで、他のゲーム、同種のものと比較してありふれているということや、アイデアだということで、結論としては、翻案権は侵害しないという判断になったわけです。

#### 4-4 図形の著作物

美術の著作物は以上で終わり、続いて、図形の著作物に入ります。建築設計図については、著作物性が肯定されている場合が多いようですけれども、工業製品の設計図になりますと、議論があるところです。つまり、従前は、設計者がその知識と技術を駆使して独自に製作したものだということで、創作性が肯定され

て、表現形式のみならず表現内容、つまり設計図で描かれたものについてまで創作性を認めた裁判例もあったのです。けれども、設計図で表された対象物の創作性が問題なのか、それとも設計図自体の表現の創作性が問題なのか、というような観点からみますと、どのようなものを設計図として表すかということが決まってしまうと、他の表現形式を選択することはできないので、創作性ということになると問題があるのではないかという問題提起をしたものが、スモーキングスタンド事件（東京地判平成9年4月25日）です。

この裁判例では、工業的に量産される商品の設計図は、工場や下請業者が意図したとおりに商品を製造してくれないといけないというわけです。したがって、具体的にどのような構造、デザインの仕器なのかということは、通常の製図方法で表現しないと、つまり、だれでも理解できるルールで表現しないと、下請の人には作ってもらえないので、そのような意味で、表現方法そのものに独創性を見出す余地はないということで、そのような普通の設計図の表現方法に独創性や創作性は認められないといっています。

工業製品の設計図から読みとることのできる仕器の具体的なデザインは、設計図との関係でいえば表現の対象である思想又はアイデアであり、その具体的デザインを設計図として通常の方法で表そうとすると、だれが作成しても、直線や曲線からなる図形、補助線、寸法、数値というようなものと大同小異のものにならざるを得ないので、そのようなものは、結局、表現の対象となるものの具体的デザインと不可分のものだというので、実用品のスモーキングスタンドの設計図の創作性を否定したわけです。

この話は、後で少し触れます写真の著作物のときに、被写体を保護するのか、どこに創作性を見出すのか、という話とつながってくるように思います。

図形の著作物としては地図があります。地図というものも、地球上のものをどのように表現していくのかも、何を選択するのかというようなことが決まると、何を取舍選択して、それを、どのように配列して、どのように表示するのかというところに、作者の個性や学識というようなものが役割を果たすわけで、そこには創作性があるということになるわけです。けれども、例えば住宅地図というようなものと、ある市町村の道路と家屋を掲載対象にしておりますので、そのようなものでは、元々、住宅地図の性格上、取舍選

扱するものの対象は自から定まっています、創作性の認められる余地は極めて少ないということになるので、住宅地図の創作性、著作物性というものは、地図そのものも狭い範囲だと思いますけれども、更に制限されたものになってしまいます。

同じようなことは、実際に存在する建物の間取り図や案内図、空港の案内図というようなものについてもいえるので、情報の取捨選択あるいは表現方法という意味で選択の幅は狭いということになろうかと思えます。

ただし、例えば土地宝典について著作物性を肯定した事例もあるわけで、一概にはいえないわけです。そのような意味で、図形の著作物も、いろいろな論点がございます。

#### 4-5 写真の著作物

それから、難しいのは写真の著作物です。写真というものは、何を被写体を選ぶのか、その組合せや配置、又、構図をどうするか、カメラアングルをどうするか、シャッターチャンスや光線の加減、いろいろな要素があり、そのようないろいろな要素を総合した表現です。このような表現は、レンズの選択や、露光の調節、シャッタースピードというようないろいろなものを駆使した成果で得られることもありますし、最近ですと、オートフォーカスのカメラもあり、デジタルカメラで機械的に写すことができる、そのようなものの結果として得られることもあるわけです。シャッターチャンスといいますが、又、偶然のシャッターチャンスということもあり得るわけですし、意外と偶然の結果に左右されることもあるということで、写真の場合には、具体的な撮影方法や現像の工夫によって創作性が基礎付けられる場合もありますし、それから、被写体の選択というものにつきましても、創作性の判断の基礎にするのかしないのかということまで考え方が分かれているように思います。

写真の著作物でも、被写体の製作に撮影者が全然関係ない、例えば風景、富士山のような場合、そのような被写体が所与の存在であるような場合で、撮影者、全然、被写体の作成に関与はしないというような場合であれば、その著作物性は、被写体というよりも、やはり、撮影者がカメラワーク等の創意工夫をしますので、そのようなものによって決せられることとなります。したがって、事実上、その保護範囲は、同じ写真それ自体を複製したような場合に限るということで、

同じ富士山も、同じように撮影したからといって、それが複製ということになるわけではないのです。

そうはいいまして、静物や風景を撮影した写真でも、その構図や光線、背景等には何らかの独自性が表れることもあり、そのような場合に、独自性があれば創作性があるということもあり得るわけです。けれども、創作性が肯定されても、創作性がとても高度な場合もあれば乏しい場合もあり、創作性が乏しい場合には、保護はするのですけれども、やはり、そのままコピーしたような場合に限定して複製権の侵害になるといわれています。

大変難しいと思ったのが、西瓜事件〔資料5〕です。写真の撮影者が自ら被写体を制作したケースです。左側が原告の作品、右側が被告の作品です。これも、一、二審で判断が分かれたのです。

一審（東京地判平成11年12月15日）では、「原告写真と被告写真とは、中央前面に大型のスイカを横長に配置して、その上に薄く切ったスイカを6切れ並べて、後ろ側に楕円球や真球状のスイカを配置したというような点で、アイデアの点で共通するのだけれども、この共通点は、被写体の選択、配置上の工夫にすぎず、それは写真の著作物の創作性を基礎付けるに足りる本質的な特徴部分とはいえない」として、翻案権侵害は否定しました。

これに対して控訴審（東京高判平成13年6月21日）では、翻案権の侵害を認めました。そこでは、「被写体の決定自体について、創作的な表現がなされ、それに著作権法上の保護に値する独自性が与えられる場合には、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どうかとも決定しなければならない」として、表現の一部を欠いたり、改悪した

#### 資料5



りなどしてはいますが、その辺りが違っただけでも、これは侵害を肯定したわけではあります。

被写体の創作性を、写真の創作性を基礎付けるものかどうかなのですけれども、仮に控訴審のような考え方を採りますと、類似した被写体を設定して独自に撮影しても侵害になるということになります。それから、この西瓜事件の場合は、撮影者自身が被写体を作ったようですので、それ以上の問題は生じないのかもしれないのですけれども、もし被写体を作った人と撮影した人が違うということになると、被写体についての著作権と写真の著作権とが錯綜してしまうのではないか、というような感じもいたします。そのような意味では、写真についての創作性は、被写体を、撮影者自らが作ったどうかにかかわらず統一的に考えて、仮に被写体に創作性があるとするならば、そのことはそのことで別個に考える方が分かりやすいのではないかと、という感想を持ちました。

だんだん時間がなくなってきたので、少し飛ばして、最後にもし時間があれば戻りたいと思います。

要は、いろいろな著作物の類型ごとに、いろいろな裁判例があるのですけれども、どこにその創作性などのポイントを持ってくるのかという点が難しく、一、二審が違うこともよくある、ということがいいたかったわけです。

## 5 おわりに

### 5-1 創作性の高低と類似性の関係

このように、冒頭に申しましたように、著作権の判例、裁判例、必ずしも多くはないのですけれども、幾つかの事件を担当し、検討して思ったこと、感想めいたことを、以下にお話ししたいと思います。

まず、創作性があるかないかという問題、それから、あっても高いか低いかという問題、それから、類似性の関係で、侵害の成否というところは、ある程度相関関係があるのではないかと思います。

つまり、創作性が高い作品の場合は、原告の作品から表現上の本質的な特徴を直接感得できやすいので、そのような意味で、侵害が認められやすいということがいえると思います。

創作性はあるが、あまり高くはない、低いというような場合もあります。それでも、創作性が全くない場合ではなく、創作性が低くてもあるということであ

れば、一定以上の分量についてデッドコピーのような場合には、侵害といわれる余地はあるのではないかと気がいたします。ここは、多分、考え方は分かれて、そのために一、二審の判断が異なった事案はあると思いますけれども、共通点がとてもたくさんあり、その共通点について、高くはないけれども表現上の創作性があるということになれば、侵害を認めてもいいのではないかとという意味です。

原告作品と被告作品の共通部分に創作性がない、表現それ自体でない部分が共通している、ということであれば、それは江差追分事件の判決要旨2でいわれているように、侵害とはいえない、翻案権の侵害でもなし、複製権の侵害にも当たらないということになります。

今日は江差追分事件の濾過テストのお話をいたしましたけれども、従前は二段階テストと呼ばれる手法を採っていたといわれています。二段階テストとは、まず、原告作品が著作物性があるかどうかという判断をいたします。その次に、被告作品と原告作品が類似しているかという判断をいたします。

これに対して、濾過テストとは、原告作品にそもそも著作物性があるかどうかという判断の前に、原告作品と被告作品の共通点はどこか、その共通点は創作的な表現か、つまり、創作的なのかどうか、表現かどうか、という点をみた上で、表現上の本質的な特徴が被告作品に維持されているかどうかという判断をするという判断手法です。別に、どちらの手法が正しいというようなことではなく、共通点について創作的な表現だということがいえれば、二段階テストによっても侵害ですし、濾過テストによっても侵害になります。

創作性が低くても、ないとはいえない場合であれば、先ほど申し上げたようにデッドコピーのような共通点が多いケースでは、侵害といえる場合があるのではないかとことです。

### 5-2 創作性の有無と同種の作品の表現

創作性があるかどうかという問題を考えるときに、「ありふれた」という言葉で判断される場合がありますけれども、何をもって裁判所がありふれていると判断するのか、何もないものに、ありふれているということはいづらいわけで、本当は証拠が出てくるとありがたいのです。

まず、原告作品の表現が従前の同種の作品にはみ



れない表現である場合、つまり、原告の作品があって、それが今までないような表現をしていた、個性の表現があったと。その後で、被告作品が同じような表現をしているというケースを考えてみますと、これは、原告作品には個性がありますので、原告作品は創作性がある、つまり、その部分が似ている被告作品は、原告作品の複製や翻案などということで、著作権侵害になります。

それから、従前の同種の作品に原告作品のものと同じような表現があった、つまり、第三者のAという作品があり、その表現と原告の作品は同じような表現が使われている、その後で被告作品が出てきたというケースです。この場合には、原告作品の前にAという別の第三者の作品がありますので、原告作品は、ありふれているということで、創作性がないといわれてもしかたがないのではないのでしょうか。仮に、それと同じような表現を、被告が使っていたとしても、侵害にはならないと思います。

次に、原告作品が出た後で、同種の作品、Bという作品に同一の表現が表れた、その後で被告の作品が登場したというようなケースです。このようなケースで、Bの作品があるから、原告の作品はありふれていて、被告作品は侵害でないといえるのかという点が問題になります。Bという作品の表現は、原告作品の模倣であったとすると、模倣が途中で出てきたからといって被告作品が侵害でないとは、簡単にはいえないのではないかと思います。つまり、原告作品よりも前に、その同種の表現があったかどうかということが問題にされるべきなのではないか、ということです。

では、この原告作品と被告作品の前後に、同じような作品、表現がたくさんあるというケースではどうでしょうか。このときは、少なくとも、原告作品の前にも同じような表現があったということで、ありふれているということもいえるのではないかと思います。

そのような意味で、従前の同種の作品にどのような表現があったのかという点は、立証していただくしかないわけです。もし、「ありふれている」という主張、立証をなさるのであれば、原告作品よりも前の同種作品を見付けてくるということが重要ではないかと思えます。

### 5-3 当事者の主張・立証への示唆

主張・立証の際、弁護士の先生方へのヒントになる

ことがあるとすれば、まず原告の場合なのですけれども、やはり、何をもって侵害というのか、どの部分を侵害と捉えるのかということが、訴訟の枠組みを決めるという意味で、とても重要になってまいります。ずばり共通するところだけを持ってこようとすると、その場合は、細切れで短すぎてしまい、共通部分の創作性が認めにくくなってしまいますので、あまり細切れすぎてもいけないのです。逆に、大きい範囲を捉えますと、原告作品そのものに創作性は出てくるかもしれないけれども、今度は、被告作品との共通点よりも相違部分の方が大きくなりすぎるというきらいがあるので、結局、どの範囲で侵害だと主張するのかという、その枠組みのとらえ方は非常に重要です。

それから、先ほど対比表のお話をいたしましたけれども、対比表が、訴状の段階でとても上手にできている事案と、これは作り直した方がいいのではないかという事案があります。原告になる場合には、やはり、共通点が浮き出るように、どこが共通しているかということを確認してもらいやすく対比表を作る工夫が、とても重要ではないかと思えます。

次に、被告の方で「ありふれた」という立証をするのですけれども、被告が「ありふれている」ということで、同種な作品で同じような表現がされているという立証をした場合に、逆に、同種の作品では異なる表現もたくさんあるということ、それによって「選択の幅がある」ということを立証するということが、あり得るのではないかと思います。被告の方が一つだけ似たようなものを提出しても、逆に、異なる表現がたくさんあるということが出てくると、又、心証が揺らぐ可能性もあるということも、一つのヒントになるかと思えます。

今度は、被告側になった場合です。原告がどのような対比の主張をしてくるのかということにもよるのですけれども、ともすると、原告の側が自分に都合のいいところだけ、つまり、とても似ている部分を切り出して、そこだけを「似ている、似ている」と主張している場合にどうするのか。その場合に、どのような範囲で対比すべきなのかという点について、もし違うお考えがあれば、ご主張されることも一つの方法かと思えます。それから、原告の対比表の作り方が恣意的な場合もあるかと思えます。作品自体は客観的に存在しているので、その客観的に存在している原告作品と被告作品のどの表現をどのように対比することが正確な

のか、というご主張をされることも考えられます。

そして、創作性のところがポイントになると思います。原告が、今までにない創作者の個性が現れているということで、創作性があるという主張をしている場合に、先行する同種の作品でどのような表現がされているのか、その証拠がたくさん提出されますと、事実認定の問題なので、似ている表現がたくさんあれば、「ありふれていて、創作性がない」というような判断にもつながり得るわけです。そのような立証もあり得るのではないかと思った次第です。

時間の関係で、中を飛ばしてしまいましたけれども、非常に難しい創作性の問題を中心に、著作権法の守備範囲について、お話をさせていただきました。どうも、ご静聴ありがとうございました。

(質疑応答)

質問者 A 翻案の要件として四つ挙げられていますが、第2要件が「表現上の本質的な特徴の同一性の維持」、第4要件で「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」ということで、この二つの要件は表裏の関係にあって、同じものではないかという気もするのです。高部裁判官の『実務詳説著作権訴訟』の261ページでは、つまり、「これは、個々の要素について同一性が認められるものがあっても、更に別の創作的表現を加えることで、全体的には、以前のものが隠れて本質的な特徴が感得できないケースがあり得る」という趣旨で、四つ要件を立てられていると思うのですが、本当にそのようなことはあり得るのでしょうか。

高部 ご質問ありがとうございます。

第2要件と第4要件が表裏といいますか、第2要件は、どちらかといいますと、客観的な面であり、第4要件は、接する者が感得できるかどうかということです。どちらかといいますと、第2要件が作り手、第4要件はみる人、というように、だれの視点でみるのかということが違う、ということが一つです。

それから、第2要件で同一性が維持されているときに、第4要件の直接感得することができない場合があるのかということをおっしゃっていると思うのですが、私自身は、創作的な部分が仮にそのまま被告作品にも表れているとしても、他の要素が、被告作品

において非常に大きくて、その結果埋没する可能性があるのではないか、という趣旨のことを述べたのではないかと思います。

質問者 B 著作権侵害の成否を考える際に、「表現とアイデアの区別」という点について、当該著作物のどこまでが「アイデア」で、どこから先が「表現」なのか、という問題が色々な事案でしばしば顔を出している例があります。例えば、去年の判例ですと、編み物の編み図や、「スペースチューブ」という空中に布を吊った構造物、オンライン・釣りゲームの映像面といった事例で、対象物の「どこまでがアイデアで、どこから表現か」ということが、著作権侵害の判断の成否を分けるポイントの1つとなっています。

一番鮮やかに感じた例が、このグリーの釣りゲームの事件ですが、原審の地裁の方は、「原告の表現に強く個性が表れている」という認定をして著作権侵害の成立を認め、一方で、控訴審の方では、「ありふれた表現といわざるを得ない。」という言葉と、それから、「(表現とはいえず)アイデアの範疇に属するものである。」と、この二つをキーワードといいますか、キーセンテンスにして、著作権侵害の成立を否定されたということがありました。

このグリーの事件のようなゲーム映像の著作物ですと、ファイアーエムブレム事件などとの比較において、ゲーム業界の実態として、既存のゲームの真似をしながら面白いところを取って次の作品が出てくるというようなところがあって、結局のところ、その表現物の独立性を認めて著作権法上の保護を与えるのが適当なのか、それとも、パブリック・ドメインに留めて、情報の豊富化、ひいては業界の創作活動の活性化と発展に寄与させるという視点を優先させるのかという、規範的評価が加わっているように感じております。そこが、やはり、各ご担当の裁判体によって見方が変わるのではないかと。少々乱暴な言い方ですが、そのような規範的評価をせざるを得ないという部分が、「表現とアイデアの区別」という場面に現れているのではないかと思うのですが、その辺り、裁判官はどのようにお考えになっていらっしゃるのでしょうか。

また、この事件(釣りゲーム事件)では、地裁レベルと高裁レベルで、当事者の主張・立証がかなり変わったのではないかと、控訴審で追加された証拠方法があったのか、という点も、お差し支えない範囲で教

えていただければと思いました。

高部 ご質問ありがとうございました。

「どこからがアイデアになるのか？」と聞かれると、一般的にはお答えしにくいのですが、具体的な表現レベルから、だんだん抽象化していくと、途中で、多分、アイデアになるのだらうと思います。

例えば、この釣りゲーム事件でいいますと、三重の同心円という、かなり抽象的になっているのですが、どのような三重円かという、真ん中の小さい円が白くて、次の円が青くて、又、次の円が白くてという、そのような、ごく具体的な表現までいけば、それは具体的な表現といえるのかもしれないです。けれども、釣りゲームの中に三重円をいう言い方をいたしますと、では、釣りゲームには三重円は、もう、だれも使えないのね、どんな三重円も使えないのねということになってしまって、そのようなものを許すのか許さ

ないのか、いろいろな三重円があり、異なる三重円ならいいのではないか、いや、三重円はすべてグリーのものとするのかといった議論になって、最終的に判断が変わってくるのではないかと思います。

それから、控訴審で、主張、立証が変わったのかというご質問に関しては、関係者の方もいらっしゃるのですが、既に確定した事件ですので、お答えしますと、控訴審でたくさんの証拠が出ました。それは、同種作品や、それ以外のゲームでどのような表現がされているのかという証拠で、たくさん追加されました。ですから、釣りゲームはもとよりですが、釣りゲーム以外のものにも及んで、それから、ゲーム以外の釣り関係の本など、そのようなものも含めて、たくさんの証拠が提出されたという点が違うかと思えます。

以上  
(原稿受領 2013. 9. 25)

**JPAA**  
Information

## ヒット商品は こうして 生まれました!


平成25年  
改訂版

### ヒット商品を支えた知的財産権

「パテント・アトニー誌」で毎号連載しております、「ヒット商品を支えた知的財産権」。

こちらの記事を一冊にまとめた「ヒット商品はこうして生まれました!」の平成25年度改訂版が完成いたしました。

従来手帳サイズだった本誌をA5サイズにリニューアルし、より見やすさをアップ!是非ご覧いただき、知的財産、更には弁理士への理解を深めていただければ幸いです。



◆本誌をご希望の方は、[panf@jpaa.or.jp](mailto:panf@jpaa.or.jp)までご一報ください。