

# 著作物性および著作権侵害の判断手法と 意匠法の解釈論 — 金魚電話ボックス事件を手がかりとして

本山 雅弘

- I. はじめに
- II. 控訴審の判旨
  - 1. 原告作品の著作物性
  - 2. 侵害判断
- III. 現代美術の著作物性
  - 1. 保護対象としての著作物の限界づけ
  - 2. 創作性の判断手法
- IV. 侵害関係の判断手法
  - 1. 控訴審判旨の特色
  - 2. 判断主体としての観察者の視点
  - 3. 対比対象としての創作的表現部分の考慮
- V. むすびに代えて

## I. はじめに

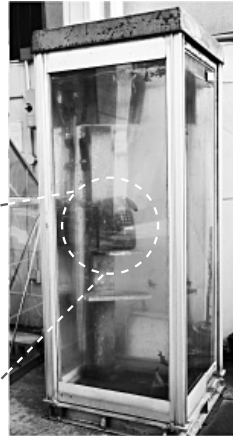
表題に掲記の「金魚電話ボックス」事件とは、現代美術家である原告（控訴人）が、自己の創作にかかる公衆電話ボックス様の金魚水槽の造形表現（原告作品：図 1<sup>(1)</sup>）が著作権法の保護対象（著作物）に該当する旨主張し、それ

と同様の表現上の特徴を含む作品（被告作品：図2）を制作等した被告（被控訴人）らに対して、原告作品の著作権等の侵害を理由に、被告作品の制作差止めおよび損害賠償等を求めた事案である。

図1（原告作品）



図2（被告作品）



この事件では、原告作品の著作物性（著作権法2条1項1号）の存否と、それが肯定される場合に、被告作品が原告作品の複製権ないし翻案権（著作権法21条、27条）の侵害にあたるかが主要な争点であった。

原審（奈良地判令和1・7・11）と控訴審（大阪高判令和3・1・14）とは、いずれも原告作品の著作物性を肯定したが、その結論を導く論理は同一ではなく、しかも、侵害判断の結論において、原審はそれを否定（請求棄却）したのに対し、控訴審は原審判断を取消して肯定（請求認容）するものであった。

このような本件訴訟の推移の点で、加えて、わが国の著作権関係の紛争としては、必ずしも、先例の蓄積が豊富とは言い難い現代アートの模倣事案について、当該アートの保護可能性と侵害可能性の解釈論に裁判所が正面から向き合うことになった事件であるとの点において、原審と控訴審とのいずれ

も、少なからず、世間の耳目を集めるところであった<sup>(2)</sup>。

本件は、現代美術のいわゆるコンセプチュアル・アートにも位置付け得る造形表現について、著作権保護の可能性をめぐる判断に一例を与えた裁判例と解される。控訴審判決から読み取り得る原告主張によれば、原告作品の美術的特色は、マルセル・デュシャンのレディ・メイド作品に求め得るという。

コンセプチュアル・アートとは、文字通り、造形表現を決定づける構想や考え方といったアイデアの卓越性に、芸術性を見出す表現ジャンルであろう<sup>(3)</sup>。ところが、著作権法は、例えば、同じく知的財産法に位置付け得る特許法が「発明」という技術思想＝アイデアに独占権を与えるのとは異なり、保護対象は創作的な「表現」に限定される（2条1項1号）。当該表現のベースとなる「アイデア（思想・感情）」には、著作権の独占効力はおよばない。

すると、コンセプチュアル・アートの著作物性の検討にあたっては、とりわけ、当該造形表現を「アイデア」と「表現」のいずれと解すべきかについて、議論の生じ得るところであろう。現に、原審判決と控訴審判決とは、原告作品の著作物性の肯定に際し、「アイデア」と「表現」の捉え方を異にし、その結果が、被告作品による侵害成否の判断に相違をもたらした。

また、本件の控訴審の判旨には、限られた判決文ではあるものの、上記のような著作物性や侵害（類否）関係の判断にあたり、その判断主体を誰と解すべきか（創作者かあるいは観察者か）といった解釈問題についても、改めて、適当な考察の材料を提供しているように思われる。

そこで本稿は、上記2点、すなわち、現代アートたる原告作品の著作物性の存否、被告作品による侵害の成否の各判断について、控訴審判決の判旨を紹介したうえで、その判断手法と判断主体のあり方について、著作権法解釈の一般論としての妥当性の観点も視野に入れつつ、若干の考察を試みたいと思う。換言すれば、本稿は、金魚電話ボックス事件の控訴審判旨が提供する解釈論上の論点について、当該事案の解決としての解釈の妥当性の評価のみ

を目的とするものではなく、著作権法の一般的解釈論としてのあり方を考察するものである。

なお、その際、それぞれの考察に際しては、意匠法における意匠保護要件および意匠の類否判断に際して妥当している判断手法や判断主体について、適宜、比較考察を加えようと思う。

意匠法の保護対象である「意匠」とは、例えば実用品である「物品」の<sup>(4)</sup>、「形状、模様もしくは色彩」（意匠法2条1項）といった外観要素をもって、構成される。意匠は、視覚的に認識可能な「表現」の要素を不可欠に含む点で、とりわけ本件で紛争の対象とされた現代アートの造形「表現」との共通性がある。そのように、著作権法の近傍に位置付け得る意匠法の解釈論との比較考察を試みることにより、本件の控訴審判旨が提供する論点に関しても、妥当な著作権法解釈論の検討が、より体系的かつ説得的に可能になるのではないかと考えるのである。

## II. 控訴審の判旨

まず、原告作品の著作物性の判断および被告作品との侵害（類似）関係の判断について、控訴審の判旨を紹介しよう。

控訴審判決は、原告作品の著作物性を肯定した上で（下記1）、原審とは異なり、被告作品による複製（翻案）の関係を認め（下記2）、原審判決を変更し、被告作品の制作差止め・廃棄等の請求を認容した。

### 1. 原告作品の著作物性

控訴審判決は、原告作品の表現要素を、電話ボックスの水槽化（第1の点）、全側面のアクリルガラス化（第2の点）、赤色金魚（50～150匹程度）の投入（第3の点）、および浮遊状態に固定された受話器からの気泡発生（第4の点）の

各点に分説して、つぎのように判示する。なお、後記の本稿考察との関係で注目すべき判示内容については、下線強調を施した(以下、本稿において同様)。

第1の点について、「電話ボックスを水槽に見立てるという斬新なアイデアを形にして表現したものといえるが、表現の選択の幅としては、入れる水の量をどの程度にするかということしかない。また、公衆電話ボックスが水槽化していることが鑑賞者に強烈な印象を与え…、水の量が多いか少ないかに特に注意を向ける者が多くいるとは考えられない。したがって、電話ボックスを水槽に見立てるというアイデアを表現する方法に…創作性があるとはいいい難い」。第2の点について、本物の電話ボックスとの相違点である、「出入口面にある縦長の蝶番は」、「…鑑賞者にとっても、注意をひかれる部位とはいいい難く、…電話ボックスの側面の全面がアクリルガラスであるという表現…に、原告作品の創作性が現れているとはいえない」。第3の点について、「これも斬新なアイデアを形にして表現したものである。そして、金魚には様々な種類があり、種類によって色が異なるものがあるから…、泳がせる金魚の色と数の組み合わせによって、様々な表現が可能である。実際、1000匹程度の金魚を泳がせていた…は、…原告作品とはかなり異なった印象を鑑賞者に与える作品であると評価することができ、その表現に原告作品との相違があることは明らかである。もっとも、原告作品における表現は、水中に50匹から150匹程度の赤色の金魚を泳がせるという表現方法を選択したのであるが、…そこに控訴人の個性が発揮されているとみることは困難であり、…創作性が現れているとはいえない」。第4の点について、「水中に浮いた状態で固定されていること自体、非日常的な情景を表現しているといえるし、受話器の受話部から気泡が発生することも本来あり得ないことである。そして、受話器がハンガー部から外れ、水中に浮いた状態で、受話部から気泡が発生していることから、電話を掛け、電話先との間で、通話をしている状態

がイメージされており、鑑賞者に強い印象を与える表現である。したがって、この表現には、控訴人の個性が発揮されている…。原告作品の全体評価について、「以上によれば、第1と第3の点のみでは創作性を認めることができないものの、これに第4の点を加えることによって、…原告作品は…創作性がある」。

## 2. 侵害判断

「原告作品と被告作品の共通点は次のとおり…である」。「[1]公衆電話ボックス様の造作水槽…に水が入られ…、水中に主に赤色の金魚が50匹から150匹程度、泳いでいる」。「[2]公衆電話機の受話器がハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」。「原告作品と被告作品の相違点は次のとおり…である」。「[1]公衆電話機の機種が異なる」。「[2]公衆電話機の色は、原告作品は黄緑色であるが、被告作品は灰色である」。…「共通点[1]及び[2]は、原告作品のうち表現上の創作性のある部分と重なる」。被告作品に当初付されていた蝶番(相違点[6])は、「目立つものではなく…鑑賞者にとっても、注意をひかれる部位とはいえないから、この点の相違が、…原告作品と被告作品の共通性を減殺するものではない」。「一方、他の相違点はいずれも、原告作品のうち表現上の創作性のない部分に係る」。「…公衆電話機の機種と色、屋根の色(相違点[1]～[3])は、本物の公衆電話ボックスにおいても見られるものである。公衆電話機の下柵(相違点[4])は、公衆電話を利用する者にしても鑑賞者にしても、注意を向ける部位ではなく、水の量(相違点[5])についても同様で…ある」。「これらの相違点はいずれもありふれた表現であるか、鑑賞者が注意を向けない表現にすぎないというべきである」。「そうすると、被告作品は、原告作品のうち表現上の創作性のある部分の全てを有形的に複製しているといえる…。被告作品は原告作品を複製したものといえることができる」。

「被告作品は、上記相違点〔1〕から〔3〕について変更を加えながらも、…上記共通点〔1〕及び〔2〕に基づく表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、原告作品における表現上の本質的な特徴を直接感得することができるから、原告作品を翻案したものということができる。」

### Ⅲ. 現代美術の著作物性

控訴審の判旨は、現代アートたる原告作品の著作物性を肯定した。先に触れたとおり、著作権の保護対象はあくまで創作的な「表現」であり、「表現」に具体化され当該表現の基礎にある思想・感情といった「アイデア」は、著作物と評価し得ない（著作権法2条1項1号）。

では、控訴審の判旨は、「アイデア」の卓越性ないし斬新性が意味をもつ現代アートとの関係で、この著作権の保護対象となり得る「表現」と保護対象から排除されるべき「アイデア」との峻別をいかにに行い、またその峻別の手法は妥当なものと解されるであろうか。

そして、同判旨は、原告作品の著作物性の判断に際して、それを誰の視点(判断主体)から、どのような判断手法によって、考察したものと解され、またその判断主体・判断手法は、著作権法の解釈論として妥当なものであったと解されるか。

以下に、表現とアイデアの峻別論(1)と創作性の判断手法・主体論(2)とにわけて、順次考察しよう。

#### 1. 保護対象としての著作物の限界づけ

##### 1) 控訴審判旨の論理

著作物性を肯定した判旨の骨格を捉えてみよう。まず、「電話ボックスの金魚水槽化」の表現要素(第1の点+第3の点)については、それと同義に

把握される「アイデア」の斬新性を認めつつも、その具体化である「表現」のバリエーションが限定的であることを理由に、創作的表現性を否定する。他方で、空気注入に関する「浮遊受話器からの気泡発生」の表現要素（第4の点）については、それを「アイデア」とは捉えず、即座に「非日常的な情景」の「表現」と捉え、「電話をかけ、電話先との間で、通話をしている状態」という創作的意図に対応（イメージ）した「強い印象の表現」とも認めた上で、他に選択し得る空気注入方法（エアストーン設置）との相違も考慮して、創作的表現性を肯定する。判旨は、この第4の点を根拠に、原告作品全体の著作物性を肯定した。

この判旨の論理に照らせば、原告作品の創作性を根拠づけるのは、専ら「浮遊受話器からの気泡発生」の表現要素にとどまることになろう。判旨が、「第1と第3の点のみでは創作性を認めることができないものの、これに第4の点を加えることによって…」と述べていることから、それは明らかであろう。確かに、各表現要素の個別の検討においては、それぞれの創作的表現性の欠如を指摘せざるを得ない場合であっても、各表現要素を統合した全体を総合的に評価すれば、各表現要素の組合せの創作性を根拠に、当該全体表現に、創作的表現性を認める余地も生じないわけではない。しかし、控訴審判旨の論理には、そのような考察の跡、すなわち、第1ないし第4の各表現要素の組合せの創作性を吟味した形跡を窺うことは困難である。したがって、仮に、受話器が通常のハンガー掛止の形態を呈し、水槽内への空気供給が一般的なエアストーン設置によるものであったとしたならば、原告作品の著作物性は否定されたものと解されよう。

## 2) 保護可能な「表現」と保護されない「アイデア」

著作権の保護は、創作的な「表現」にのみおよび、それを支える「アイデア」にはおよばないとするのが普遍的な考え方である<sup>(5)</sup>。最高裁判例も同様であ



る。すなわち、「翻案」の解釈を示した江差追分事件<sup>(6)</sup>は、判決要旨2において、「アイデア、事実または事件など表現それ自体でない部分…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」旨を述べている。翻案とは、著作権（翻案権：著作権法27条）の排他的効力（保護範囲）のおよぶ著作物利用行為を意味する。既存著作物の「アイデア」の借用は翻案に当たらず、「アイデア」には著作権の保護がおよばないということである。

そこで、ある表現要素の著作物性が争われる場合、当該要素が、「表現」と「アイデア」とのいずれと解されるかが問われる。

とはいえ、この「表現」と「アイデア」の境界は、著作権法が定義するところではない。「アイデア」の不保護を判示した、上記江差追分事件最判も、「アイデア」の解釈基準を示すわけではない。しかも、同最判が、同様に著作権保護が及ばないとする「事実または事件」が客観的に特定可能であるのとは異なり、「アイデア」は、創作者の「思い・考え」といった主観的なものであり、そもそも主観的なものである創作的表現物からの分離は、相対的に困難であるともいえる<sup>(7)</sup>。保護可能な「表現」と保護されない「アイデア」の境界画定の解釈は、規範的要素の強い解釈論である<sup>(8)</sup>。

本件の控訴審判旨は、少なくとも第1ないし第3の表現要素に関しては、原告作品の外形から認識可能な範囲で、換言すれば表層の表現から可視的にリバース可能な範囲で、「アイデア」を捉え、それに基づく具体的「表現」化のバリエーションを基準に、創作的表現性を吟味したものと解される。

この点は、原審判決（奈良地判令和1・7・11）も同様である。すなわち同判決判旨は、原告作品の基本的特徴を、①電話ボックス様の金魚水槽化と、②受話器からの気泡発生の点に捉え、いずれの点も「アイデア」として保護対象から除外した上で、電話ボックス様の造作物の色・形状、電話機の種類・色・配置等の「表現」を根拠に原告作品の著作物性を肯定した。原告作品の「アイデア」の捉え方は、明らかに、作品の表層の表現から可視的にリバース可

能な範囲で、それを捉えるものとなっている。

もっとも、可視的にリバース可能な範囲に「アイデア」を捉えようとするれば、当該「アイデア」は現に具体的な「表現」を規定する表現手段なのであるから、具体的表現化のバリエーションに元来乏しい「表現の構成要素」のレベルを、「アイデア」として捉えることも不可能ではない。そのような場合には、表現上の創作性は、ほぼいずれの表現要素との関係でも否定されるだろう。現に、原審は、「浮遊受話器からの気泡発生」の第4の表現要素について、控訴審判旨が唯一創作性を肯定したのとは異なり、開孔受話器からの気泡発生を「アイデア（自然な発想）」と捉え、それを表現する上での選択肢は限定的だとして、創作性を否定しているのである。

他方で、一般論としては、作品の「アイデア」を、表層的表現から可視的にリバース可能な範囲に限定せず、その背後に潜む、作品の基本コンセプトや制作者の作品メッセージ（創作の意図や思い）といった、より抽象的な「アイデア」に捉えることも、理論的には可能であろう。控訴審判決から読み取り得るところにおいても、原告はそのような「アイデア」の捉え方を主張していたようである。また同裁判所も、事実認定では、「遠隔地の水からの伝言を都心の電話ボックスで受信する」という原告作品の創作意図を認定している。

しかも、控訴審の判旨は、唯一創作的表現性を肯定した第4の表現要素「浮遊受話器からの気泡発生」との関係では、可視的範囲からは把握困難というべき、「電話をかけ、電話先との間で、通話をしている」という創作意図を捉え、同表現要素を、当該創作意図の具体化（「イメージ」）と解することにより、その創作的表現性の肯定の一つの根拠としたものと解される。

### 3) 保護されない「アイデア」の把握手法

では、控訴審判旨が、少なくとも第1ないし第3の表現要素との関係で、このような作品メッセージという抽象的レベルまで遡ることなく、可視的な表現手段のレベルで「アイデア」を捉えた判断手法については、いかなる評価が可能であろうか。

具体的な表現要素の可視的範囲を超えて、抽象的に「アイデア」を把握することを可能とすれば、例えば、「ガラスコップの一輪挿し」のごとく、ごく限られた表現要素(ガラスコップ、そこに挿された1本の花)からなる造形の場合でも、それに対応する「アイデア」を、具体的表現化の手段・方法が無数に存在し得る作品メッセージに捉えることにより<sup>(9)</sup>、当該造形の著作物性を肯定することが可能となろう。当該「アイデア」に対応してほぼ無数に存在し得る表現方法のゆえ、そのひとつにすぎない当該造形に創作性を肯定することは困難ではないし、同様の理由により、当該造形の表現保護が「アイデア」の独占に直結する懸念<sup>(10)</sup>も少ない。

しかし、この結果、一見してごくありふれた日常的な単純造形にも、著作権が発生しかねず、あるいは日常的な風景に他人の「著作物」との類似関係の懸念が生じることとなり<sup>(11)</sup>、権利発生に関する予測可能性を害することになろう。すると、このような「不意打ち」的な事態を避けるには、表現の外形を標準として何らかの「アイデア」を捉え、その具体的表現化の過程における多様性の吟味により、当該表現の著作物性(権利発生)を判断するのが妥当となる。

したがって、控訴審判旨が、第1ないし第3の表現要素に関する判断手法に示したように、原告作品の可視的な範囲内で「アイデア」を把握したことは、作品の基本コンセプトや創作的意図のような、可視的範囲の背後に隠れた事情に権利(著作物性)の存否を依存させないことを意味するから、権利の予測可能性ないし公示性の観点からも、妥当といえよう。

この点で、同判旨が第4の表現要素に関し、造形の可視的範囲からは窺い知ることが困難というべき創作意図（「電話をかけ、電話先との間で、通話をしている」）を「アイデア」と捉え、その表現バリエーションの一つとして、「浮遊受話器からの気泡発生」の造形に創作的表現性を肯定したものと解するとしたら、権利の予測可能性の観点から疑問も生じ得る著作物性の判断手法であったと、評価し得よう。

#### 4) 把握された「アイデア」は妥当であったか

もっとも、そのような理解に立ち、表現から可視的にリバース可能な範囲に「アイデア」を捉えるとしても、控訴審判旨が「電話ボックスの金魚水槽化」の表現要素を、すでに「アイデア」と捉えた点には、若干の疑問も覚える。このような「アイデア」の捉え方によれば、原告作品の著作物性を根拠づける創作的表現は、専ら「浮遊受話器からの気泡発生」の表現要素に限定されることになる。その結果、原告作品の著作物性が、前記の通り、「受話器の造形」の一事に依存するという帰結も免れないこととなろう。

これに対し、原告作品に関しては、「水槽でないものの水槽化」の点に、表現の可視的範囲からリバース可能な「アイデア」を認めることも、十分可能であろう。このような「アイデア」の捉え方によれば、当該「アイデア」を具体化した「電話ボックスの金魚水槽化」の表現には、控訴審判旨に認定の通り、その選択にかかる①「電話ボックスの水槽化」と②「金魚の投入」の両表現要素には、いずれも「斬新」性が認め得るというのであるから、創作的表現性を認めることは困難ではないだろう。また、たとえ「電話ボックスの金魚水槽化」の表現に著作物性を肯定したとしても、それは可視的範囲に捉え得る表現要素から導かれる帰結であるから、前記の「ガラスコップの輪挿し」のような、権利の予測可能性を害する懸念は少ないであろう。

このように解すれば、仮に、受話器が通常のハンガー掛止の形態を呈して

いたとしても、判旨が「斬新」性を認める「電話ボックスの金魚水槽化」の表現要素それ自体を根拠に、原告作品の著作物性（ゆえに被告作品との侵害関係）を肯定することも、不可能ではなかったのであろう。

そして、このような解釈は、控訴審判旨が、被告作品との侵害関係の検討に際して（前記2（2））、上記表現要素を原告作品の独立した類否判断対象としている点とも、整合するようにも思われる。

すなわち判旨は、その論理は必ずしも明らかでないが、著作物性の検討に際して創作的表現性を否定したと思われる「電話ボックスの金魚水槽化」の表現要素（第1の点＋第3の点）を、被告作品との類否検討に際しては「共通点〔1〕」として捉えた上で、被告作品に複製（複製）された「原告作品のうち表現上の創作性のある部分」の一つとしている。

その論旨は、実質的に、「電話ボックスの金魚水槽化」の表現要素それ自体に、侵害判断を根拠づける創作的表現性を認めているものと解されよう。そのように解さなければ、本件判旨が自ら引用する江差追分事件最判において、創作的表現の共通性が翻案権侵害の必要条件となっていることと、矛盾することになろう。同最判は第1判決要旨で、「表現上の本質的な特徴の直接感得」の有無を翻案（翻案権侵害）成否の客観的基準とするが、その第2判決要旨は、「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」の同一性は翻案（翻案権侵害）を基礎づけない旨を判示している。同最判の論理に照らせば、翻案権侵害の成立には、創作的表現の共通性が要されることは間違いないであろう<sup>(12)</sup>。この点は、本件紛争の主要な争点を構成した複製権侵害の成否の判断においても同様である<sup>(13)</sup>。

すると、控訴審判旨が「共通点〔1〕」として捉えた「電話ボックスの金魚水槽化」の表現要素は、それを根拠に被告作品による複製権侵害が肯定されている以上、それ自体が、原告作品の著作物性をも根拠づける創作的表現性を備えているものと解するほかないであろう。

## 2. 創作性の判断手法

### 1) 控訴審判旨の特色

控訴審判旨の創作性の判断手法の特色は、①表現の観察者(鑑賞者)を判断主体とし、②その「注意を引く程度」や「印象」の強度を基準に、各表現要素(第1ないし第4の点)の創作性を判断する点に認めることができる。

すなわち、控訴審によれば、第1の表現要素(電話ボックスの水槽化)に関しては、同判旨にいう「表現」は、「入れる水の量をどの程度にするか」の点に存するところ、「水の量が多いか少ないかに特に注意を向ける者が多くいるとは考えられない」ことから、その創作性は否定される。第2の表現要素(全側面のアクリルガラス化)に関しては、同判旨にいう「表現」は、「縦長の蝶番が存在しない」点に存するところ、当該蝶番はそもそも「鑑賞者にとっても、注意をひかれる部位とはいいい難い」ことから、その創作性は否定される。第3の表現要素(赤色金魚(50～150匹程度)の投入)に関しては、同判旨にいう「表現」は、「泳がせる金魚の色と数の組み合わせ」の点に存するところ、「1000匹程度の金魚を泳がせていた」別作品は、「原告作品とはかなり異なった印象を鑑賞者に与える」と評価できても、金魚数が「50匹から150匹程度の」の原告作品には、個性の発揮が認められないことから、その創作性は否定される。そして、第4の表現要素(浮遊状態に固定された受話器からの気泡発生)に関しては、受話器が「水中に浮いた状態で固定されていること自体」が、非日常的であり、「鑑賞者に強い印象を与える」表現であることから、その創作性は肯定される。

いずれの表現要素の創作性も、観察者(鑑賞者)の視点から、その「注意」や「印象」の強弱を基準として、判断されていることが明らかである。では、このような①判断主体ないし②判断基準のあり方は、著作権法の解釈論としていかなる評価が可能であろうか。

## 2) 「観察者」の注意程度・印象強度の基準

まず、後者②の判断手法(判断基準)は、「鑑賞者」に与える「注意」や「印象」の強弱が、創作性の存否と相関することを前提とするものと推測されるが、少なくとも判決文には、そのような推論の因果は述べられず、論理的には明快とは言い難い。

論理的には、「鑑賞者」の「注意」を引き付けること、あるいは「鑑賞者」に与える「印象」が強いことが、著作権法2条1項1号の規定する創作性要件の充足を、どのように導くかの説明が必要となるはずである。判旨の意図を付度すれば、従来にはみられない、したがって、「ありふれている」とは言い難い表現要素であれば、「鑑賞者」の注意も引きやすいと推測されるから、この推測を根拠に創作性を肯定する趣旨かもしれない。しかしながら、そのような論旨を、判決文から読み取ることはできない。

また、この推測を仮に想定し得たとしても、当該「推測」が、論理的に妥当するとも限らないといえよう。というのも、個々の表現要素の視覚的「注意引き付け」や「印象」の程度は、当該表現要素が造形全体に占める位置や分量等によって異なり得ると考えられるからである。

すなわち、ある表現要素が、たとえ「極めて個性的な」表現であろうとも、その造形全体での位置や大きさあるいは色彩といった相対的な特色によって、「鑑賞者」の「印象」は弱く、その「注意」を引き付け難い状況は否定できないし、反対に、ある表現要素が、たとえ「従来にみられる」表現要素であろうとも、同じく、その造形全体に照らした相対的な特色次第で、「鑑賞者」の「印象」を強くし、その「注意」を引き付ける状況は否定できないであろう。

したがって、「鑑賞者」の「注意」や「印象」を創作性要件の決め手(基準)とする②の判断手法によれば、表現要素の「創作性」の判断が、造形全体との関係で相対的にならざるを得ず、創作性な保護対象(=著作物)の一貫した評価が困難になるという問題が指摘できるように思われる。

もつとも、表現要素の「注意」や「印象」の強弱が、保護要件である創作性の存否と相関するとの控訴審判旨の発想は、理論的な構造としては、その判断主体を「鑑賞者＝観察者」とする前者①の判断手法と、不可分の関係をなしているのかもしれない。

### 3) 意匠登録要件の判断手法の類推？

確かに、著作権法と同様に美感を呈する造形（形態）を保護する意匠法においては、その保護対象たる「創作」を見極めるうえで、判旨が示したものと極めて近似する判断手法を認めることもできる。

意匠法と著作権法に共通する本質は、形態ないし表現の「創作」を保護する点にある。意匠法3条1項3号は、意匠保護の新規性要件として、公知意匠に類似する意匠が保護されない旨を定める。したがって、公知意匠との「類否」とは、意匠法が保護対象たる「創作」を画定するひとつの基準と解することができる。

現行の意匠審査基準（第3部第2章第1節2.2.1）によれば、この類否判断の判断主体（判断の視点）は「需要者」である。その根拠は、意匠権の侵害判断の判断主体を「需要者」と法定する意匠法24条2項に求められるが（同所）、いずれにせよ、新規性要件に関する類否判断は、「創作者の主観的な視点を排し、需要者（取引者を含む）が観察した場合の客観的な印象をもって」行われるのであり、その判断主体は、創作者とは異なる観察者である（同所）。

そして、この類否判断の実質は、公知意匠との形態上の共通点と差異点の認定・評価によって行われる（同2.2.2.1）。共通点は新規性（非類似性）を基礎づけ得ないから、問題は「差異点」の評価である。この評価には公知意匠と対比して当該差異点が需要者の「注意を引く程度」が基準となる（同2.2.2.6）。そして、この「注意を引く程度」は、当該差異点が意匠全体に占める割合の大小や位置等の観点から（同2.2.2.6（1））、あるいは、先行意匠



に「見られない新規な形状等であって、創作的価値が高い」かどうかの観点から(同2.2.2.6(1)(b))、評価される。

要するに、審査基準によれば、意匠の新規性を基礎づけるのは、専ら、公知意匠との形態上の「差異点」であり、意匠の観察者たる「需要者」の「注意」に照らしたその評価である。審査基準には、一部、「創作的価値」への言及も見られた。しかし、その「価値」判断に際して、創作の現場を知る創作者の主観的な評価が入り込む余地はないのであろう。そのことは、上記審査基準(同2.2.1)が、類否判断の主体を明示するに際し、類否判断を行う際には、「創作者の主観的な視点を排し、需要者(取引者を含む)が観察した場合の客観的な印象をもって判断する」と述べることから明らかであろう。

すなわち、意匠の保護要件のひとつである新規性は、まさに「需要者＝観察者」の視点から、その「注意」を引く程度や「印象」の強度を基準に、判断されている。

ここに、本件の控訴審判旨の創作性の判断手法の特色、すなわち前記のとおり、①表現の観察者(鑑賞者)を判断主体とし、②その「注意を引く程度」や「印象」の強度を基準とするとの特色と、近似するものを認めることは困難ではないであろう。

そして、双方の新規性判断および創作性判断の決め手である「注意」や「印象」は、観察者たる「需要者」や「鑑賞者」の認識に関する要素であるから、「注意を引く程度」や「印象」の強度を基準とする双方の判断手法は、判断主体を観察者と解することから必然的に導かれる帰結ともいえよう。

#### 4) 観察者の視点からの創作性判断は妥当か？

しかし、創作性の判断主体を観察者(鑑賞者)とする前者①の判断手法にも疑問が残る。

創作性を要件とする著作権の付与は、創作行為を促す上で必要とされるの

であるから、その担い手である創作者の視点から、保護根拠たる創作性の存否を判断することが妥当であろう。通説が、たとえ幼児や素人の表現にも創作性を認めようとするのは<sup>(14)</sup>、そのような創作者の視点から、つまり観察者の評価とは無関係に、著作権保護を承認しようとの趣旨と解される。加えて、現に創作の現場を知り得ない観察者（鑑賞者）が、保護すべき創作行為の選別を妥当になし得るかは、疑問といえよう。特定の表現がありふれておらず創作的と評価可能かどうかは、当該創作分野における創作の実態を踏まえなければ判断できないはずである。すると、表現物の観察者をその創作性の判断主体とすることには無理があろう。

創作性に関する近時の「選択の幅」理論にしても、その趣旨は創作性要件の客観的な再構成にあるが<sup>(15)</sup>、その創作性の基準である「表現の選択の幅」は、後進の創作者の視点から客観的に行われる旨が説かれるのであり<sup>(16)</sup>、創作性の判断主体を創作者と解する点では同様と解されよう。

では、他方で、意匠法が意匠保護要件たる新規性の判断主体を需要者すなわち観察者としている点は、著作権法との対比において、いかに正当化することが可能であろうか。

意匠法の目的は産業の発達である（意匠法1条）。そして、意匠法は、この産業発達という目的の手段として、意匠の創作者に「意匠登録を受ける権利」を付与し（意匠法3条1項）、「意匠の保護を図る」ものと解される（意匠法1条）。したがって、意匠法は、創作者保護を手段とする点で、文化発展の目的（著作権法1条）について、創作者保護の手段（著作権法1条、17条）を通じて実現を図ろうとする著作権法と、同様である。

しかしながら、創作者保護の観点では、意匠法は、著作権法ほどに創作者保護にフレンドリーな考え方には立っていないことも知り得る。

たとえば、意匠法の先願主義（9条1項）や拡大先願の制度（3条の2）にも、そのことを指摘できよう。すなわち、両制度のもとでは、意匠の「創作」

としては同等評価されるべき行為でも、社会に新規な形態を供給していないとの一事が、後願者の権利取得を阻んでいる。これに対し著作権法は、重複して同一の著作物が創作された場合にも、双方の著作物に関して権利の併存を認め、権利を一本化する規律を用意していない。すなわち、著作権法は、他者の著作権で保護された著作物と同一・類似の著作物の「創作」行為にも保護を与え、その創作行為を促しているようにみえる。

また、意匠権の排他的権利の絶対性との関係でも、同様のことがいえよう。意匠権は絶対的な排他権であるがゆえに、同一・類似意匠の無断実施を登録意匠への「依拠」を問わず禁止し、そのような偶然の意匠の「創作」行為を実質的に排除する。これに対し、著作権は著作権侵害に「依拠」を要件とする相対的な排他権である<sup>(17)</sup>。著作権は、著作者が自己の著作物を排他的に利用する権能にとどまり<sup>(18)</sup>、他者の創作にかかる同一の著作物に対してその排他的効力をおよぼし得るものではない。すなわち、著作権法は、他者の著作権で保護された著作物と同一・類似の著作物の「創作」行為を禁止せず、むしろその「創作」を促しているものと解される。

意匠法が保護対象の見極め(新規性要件)を、創作者ではなく観察者の視点から行い得るのは、以上のように、創作者保護の発想の徹底をめぐり、著作権法との間に明らかに認め得る基本的制度の相違に、その正当化根拠の一端を認めることができよう。これを換言すれば、意匠法とは体系的な諸特徴において創作者保護の発想を異にし、その徹底をはかる著作権法との関係では、保護対象の見極めにおいて、観察者の視点を重視する意匠法(新規性要件)とは異なり、創作者の視点から行うべきとする通説の解釈も、十分に支持されるものといえよう。

### 5) 翻案物（二次的著作物）の保護要件としての創作性判断

また、著作権保護の場合、既存著作物の二次的著作物（翻案物）として新たな著作権の保護対象となり得るか否かの判断の場面でも、やはり同様に、創作者の視点からその新たに付加された創作的要素の存否が判断されるべきこととなる。

江差追分事件最判の判決要旨1は、翻案の要件として、既存著作物の表現上の本質的特徴を維持しつつ、その具体的表現に変更等を加え、「新たに思想又は感情を創作的に表現すること」を判示している<sup>(19)</sup>。この二次的著作物（翻案物）の成立の必要条件ともいうべき「新たな創作的表現の付加」も、やはり創作者の視点から、判断されるべきものと解されよう。

そのような解釈を示した先例として、浮世絵原画（図3）の模写（図4）につき、著作物性（二次的著作物性：翻案物該当性）の有無が争われた、東京地判平成18・3・23判時1946号101頁江戸考古学研究会事件を指摘することができる。

図3：浮世絵原画



図4：模写作品（原画の二次的著作物）



同判旨は、「原画と模写作品の相違点を前提とする模写作品の創作性」の争点について、「模写制作者が自らの手により原画を模写した場合においても、…具体的な表現において多少の修正、増減、変更等が加えられたとしても、その差異が模写制作者による新たな創作的表現とは認められず、…原画から感得される創作的表現のみが模写作品から覚知されるにすぎない場合には、当該模写作品は原画の複製物というべき」と述べて、既存表現（原画）との「差異」に「新たな創作的表現」が存在しない場合には、著作物性を認め難い（原画の複製物にとどまる）と一般論を判示したうえで、原画との「差異」が模写の「創作」を根拠づける場合について、例えばつぎのように判示する。「本件原画3は、高貴な者が焼継師に従事しているという狂歌と組み合わせた遊び絵であるのに対し、原告絵画3は、江戸時代の町人の風俗やその生活振りを描くという目的から、町人の焼継師を描いたものであり、焼継の仕事をしている焼継師の様子を淡々と描いているもの…であり、この点で亡A（模写制作者：筆者注）の思想が創作的に表現されているものというべき…」。

すなわち、模写の創作性を基礎づけ得たのは、原画との相違点に模写制作者の独自の発想（思想）が認め得るからである。つまり、模写と原画との相違点に、創作者の視点からの「モチーフ転換」が認められる場合には、当該相違点に創作性が承認されているとも解せられる。既存著作物をベースとする二次的な作品に、二次的著作物（翻案物）を根拠づける「新たな創作的表現」の付加が認め得るか否かの判断が、創作者の視点から行われることを示す先例といえよう。

なお、学説には、翻案物すなわち二次的著作物の成否の基準に関して、江差追分事件最判の判決要旨1が判示した「その表現上の本質的な特徴の同一性を維持」との要件が、翻案物の「創作する者の視点」から把握されるべき旨を説く見解がある<sup>(20)</sup>。この見解も、著作物（二次的著作物）という保護対象の見極め（成否）の視点は、創作者のそれであるべき旨をいうものと解するこ

ともできよう。

この点で、同じく二次的著作物(翻案物)の成否の問題であっても、既存著作物に対する侵害判断の場面では、後述の通り(IV.2.)、創作者のみならず観察者の観点からその成否が判断されるべきと考えられるのとは、事情が異なることが指摘されよう。

## IV. 侵害関係の判断手法

### 1. 控訴審判旨の特色

控訴審判旨の侵害関係の判断手法の特色は、①原告作品と被告作品の共通点を「電話ボックスの金魚水槽化」および「浮遊受話器からの気泡発生」の両表現要素に、また、相違点を、電話機の機種・色あるいは屋根の色などの表現要素に、それぞれ認めたうえで、②表現の観察者(鑑賞者)の視点から、③共通点のみならず相違点も考慮した全体的な比較考察を通じ、被告作品に原告作品の複製を肯定した点に認めることができる。

すなわち、控訴審によれば、両作品の上記共通点は、「原告作品のうち表現上の創作性のある部分と重なる」のに対し、相違点は、「鑑賞者にとっても、注意をひかれる部位はいえ」ず、あるいは、「ありふれた表現であるか、鑑賞者が注意を向けない表現にすぎない」ので、「被告作品は原告作品を複製したもの」と判断されるのである。

侵害判断の前提として、控訴審判旨は江差追分事件最判<sup>(21)</sup>を引用している。同最判は、翻案の成立要件に関し、依拠性(「既存の著作物に依拠」)と新たな創作的表現の付加(「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」)とを前提としたうえで、まずその必要条件として、両作品が、表現上の本質的特徴において一致(判決要旨1)、ありふれた表現等の創作性がない部分において一致するに過ぎない

わけではないことを(判決要旨2)、また十分条件として、後行作品に接する者が、先行作品の表現上の本質的特徴を直接感得できることを(判決要旨1)、判示したものと解される。

本件判旨が検討した複製該当性が翻案と異にする要素は、翻案の前提である「新たな創作的表現の付加」を要しない点にすぎない<sup>(22)</sup>。上記の必要条件および十分条件は、複製該当性の判断にもそのまま妥当する。控訴審判旨は、江差追分事件最判の必要条件に照らして、複製該当性を否定したものと解される。

## 2. 判断主体としての観察者の視点

控訴審判旨の侵害判断には、とりわけ相違点の評価に際して、観察者(鑑賞者)の視点から、その「注意」の程度を考慮する態度を窺うことができる。あたかも、すでに考察した創作性判断の手法において、観察者(鑑賞者)の視点から、「注意を引く程度」や「印象」の強度を基準に、その判断がなされていたのと平仄をそろえたかのようなのである。

もっとも、上述の通り、創作性判断の手法としては、創作者とは異なる観察者(鑑賞者)を判断主体とする点に疑問を投げかけ得たのに対し、著作権侵害の判断手法との関係では、それとは異なる評価が可能であるように思われる。むしろ、侵害関係の判断に際しては、観察者を判断主体として、観察者の視点からその判断をなすべきことが、著作権法の目的に照らして正当化されるように思われる。

著作権法の目的は文化の発展(1条)である。そして、この文化発展の目的は、社会ないし社会の享受者に供給される表現物の多様化を意味するものと解されるよう<sup>(23)</sup>。他方、権利の侵害判断は、当該表現物の享受者への供給を禁止することを意味する。言うまでもなく、著作権法上の権利侵害は、その侵害を構成する表現物を公衆に提供ないし提示する行為に対する差止請求

を可能にするからである（著作権法112条）。

すると、ある著作物とそれとの類似関係が争われた表現物との関係で、享受者ないし観察者の視点からは後者表現物の「多様性」を認識できるにもかかわらず、その表現物を、専ら創作者の視点から、前者の著作物の創作的要素（創作的表現部分）の借用関係を理由に侵害物と判断し、その公衆提供・提示を禁止するとしたならば、その結果は法目的との整合性が問われることにもなる<sup>(24)</sup>。そのような発想によれば、享受者への多様な表現物の供給を目的とする著作権法が、かえって、その享受者の視点からみた「多様性」を評価し得る表現物の社会供給を断ち、そうした法目的の実現に自ら制約を課すことになるからである<sup>(25)</sup>。

このように、侵害判断を検討するうえでの視点（判断主体）を、原告作品の創作者ではなく、被告作品の観察者のそれに求める考え方は、判例ないし学説の示唆するところでもあると考えられる。

すなわち、まず判例としては、翻案に関する侵害判断の手法を判示した前出江差追分事件最判（判決要旨1）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」と判示している。

この判決要旨1には、本稿の整理によれば、侵害（翻案）関係の要件を構成する必要条件の一部（「表現上の本質的な特徴の同一性を維持し」）とともに、その十分条件（「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」）が含まれる。そして、その十分条件の吟味において、その視点ないし判断主体は、被告表現物に「接する者」、すなわち、被告作品の観察者ないし享受者のそれであると解されている。

他方で学説にも、侵害判断に際して、「通常人の観察」<sup>(26)</sup>、あるいは、「著



作物の利用者である公衆の意見」<sup>(27)</sup>といった、専門家のみならず享受者の視点の必要性を説く見解がみられる。

すると、以上の考察に照らすならば、金魚電話ボックス事件の控訴審判旨が、侵害判断の判断主体を「鑑賞者」とし、被告作品と原告作品との類否関係を観察者の視点から吟味している点は、同判旨が創作性の判断主体を「鑑賞者」とする点は疑問となし得たのとは異なり、妥当であったと解されよう。

ところで、このような侵害判断の主体(視点)の捉え方は、翻案判断手法をめぐる近時の解釈対立にも無関係ではないように思われる。

その解釈対立とは、原告作品と被告作品との翻案(類似)関係の成否が問われる場合に、①原告作品の創作的表現が被告作品に借用されている事実の一事(創作的表現の共通性)を根拠として、翻案(類似)該当性を肯定する見解と<sup>(28)</sup>、②原告作品との創作的な共通点のみならず、被告作品に付加された創作的な相違点をも含めて観察することにより、原告作品との創作的共通性にも関わらず、原告作品の「表現上の本質的な特徴」を被告作品から感得できず、したがって翻案(類似)関係が否定される場合があり得ることを認める見解である<sup>(29)</sup>。前者は創作的表現の共通性一元論などと、また、後者は全体比較論などと、呼称されることもある。

著作権法の文化発展という目的(著作権法1条)に照らし、侵害判断の判断主体を観察者と解するのが妥当とする発想によれば、単に創作者の視点から把握されるべき創作的要素の一致点(共通性)のみを根拠に類否判断を完了させることは十分とは言えないことになろう。すると、その侵害(類似)判断の手法は、上記①の創作的表現の共通性一元論よりも、②の全体比較論に、むしろ馴染むものといえよう。そもそも、侵害判断を観察者の視点(判断主体)から行うべきと解すると、先に創作性の判断主体に関して考察したように、観察者は、創作の現場を知り得る創作者とは異なり、原告作品の創作的表現部分を、創作者が把握するように把握できるとは限らないであろう。

すると、あくまでも、原告著作物の創作的表現部分の把握と、その被告作品における借用有無の認定を決定的な判断要素とする創作的表現の共通性一元論は、その実践的な妥当性にも疑問を抱えることとなろう。

要するに、文化発展の目的に照らし、著作物の類否ないし侵害判断は観察者の視点から行うのが妥当と解するならば、創作的表現の共通性のみを当該判断の根拠とすることは困難ということになろう。したがって、類否判断における比較考察の手法としては、観察者の視点から表現の「多様性」の存否を判断することを可能にする全体比較論が、その判断主体との実践的な整合性の観点からも、妥当と解されることになろう<sup>(30)(31)</sup>。

### 3. 対比対象としての創作的表現部分の考慮

#### 1) 観察者の視点の限界性一意匠類否判断からの示唆

上述のとおり、著作権法の法目的との整合性の観点から、著作権の侵害判断（著作物の類似判断）には観察者の視点を要するものと解されたとしても、類否検討に際しての考察要素を、専ら観察者の認識可能な範囲の要素に限定することも、妥当とは言い難いであろう。というのも、その判断主体たる観察者は、原告作品と被告作品との比較考察に際し、その対比対象として、必ずしも、原告作品の保護対象である創作的表現を適切に捉えらるゝとは限らないからである。

そのような推測は、意匠権（登録意匠）の類否判断手法から類推可能である。

意匠権に関する類否判断主体は「需要者」＝観察者であって創作者ではない。これは意匠法の要請である。すなわち、意匠法24条2項は、登録意匠に関する類否判断の基準を示すところ、同規定で類否検討の基礎とすべきものとされるのは、「需要者の視覚を通じて起こさせる美感」である。

この類否判断に際しての視点（判断主体＝需要者）の要請と整合するように、意匠権の侵害判断において、被疑侵害意匠との主たる対比対象として特

定されるのは、登録意匠の「要部」である<sup>(32)</sup>。要部とは、登録意匠の構成中において、観察者である需要者の注意を強く引く「部分」である<sup>(33)</sup>。

ところが、この要部は、登録意匠の保護要件を充足させる要素と、必ずしも一致しているわけではない。

意匠権の保護対象を決定づける保護要件は新規性(意3条1項)と創作非容易性(意3条2項)にはかならないが、意匠の保護要件の充足要素は、意匠の「部分」をなす新規あるいは創作的な個々の構成要素ではなく、そうした創作的な構成要素を包含し、全体的観察のもとに把握される「意匠の全体的なまとまり」において、認められている。

この点は、例えば、拒絶査定に関する審決取消訴訟である知財高判平成18・7・18スポーツ用シャツ事件(図5)が、新規性要件の手法に関する一般論として、「意匠の形態の類否については、全体的観察を中心に、これに部分的観察を加えて、総合的な観察に基づき、両意匠が看者に対して異なる美感を与えるか否かによって類否を決するのが相当である」と述べるところからも明らかであろう。すなわち、意匠の保護要件の充足は、その構成要素となる部分的な形態との関係で評価されるのではなく、「全体的観察」や「総合的な観察」によってはじめて把握可能な、意匠の構成の全体的なまとまりとの関係で評価されているものと解される<sup>(34)</sup>。

図5：出願意匠「スポーツ用シャツ」

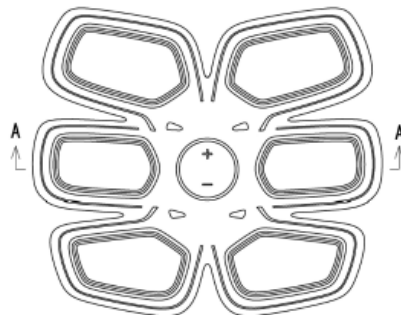


本願意匠

すると、意匠権の侵害判断の場合、被疑侵害意匠との主たる対比対象として特定される登録意匠の要部は、意匠の全体的なまとまりに認められる保護要件の充足要素と、すでに「部分」と「全体」という形態構成上の物理的な範囲において、必ずしも一致していない。

このような不一致は、ごく近時の裁判例にも明瞭に指摘可能である。

図6：登録意匠「トレーニング機器」



【正面図】

すなわち、侵害訴訟である大阪地判令和1・12・17トレーニング機器事件(図6)は、「要部の認定は、意匠の新規性を判断するのではなく、需要者の視覚を通じて起こさせる美感が共有するか否かを判断するために行うものであるから、公知意匠にはない新規な構成であっても、特に需要者の注意を引くものでなければ要部には当たらないというべきであるし、公知意匠と共通するいわばありふれた構成であっても、使用態様のいかんによっては需要者の注意を引き、要部とすべき場合もある」、「公知意匠との関係で新規性が認められれば、当然に要部とされるものではないし、新規性が認められる部分のみが要部となるわけでもなく、需要者に与える美感を具体的に検討する以外

にない」と判示する。

この裁判例は、公知の構成であっても要部となり得ること、反対に新規性ある構成であっても必ずしも要部にはなり得ないことを明示的に判示している。これは、要部の構成要素と登録意匠の保護要件の充足要素とが互いに無関係であるとの解釈を示すものといえる。

このような意匠法の類否判断の実際からも窺われるとおり、著作物の侵害関係(類否関係)の判断に際しての視点を創作者とは異なる観察者に限定するとした場合には、当該判断に際し、保護要件の充足要素、より具体的には、原告作品の創作的表現部分が、適切に検討されないという状況が生じることも想定可能であろう。

しかし、このような状況は、江差追分事件最判の判示とも整合し得ない。というのも、同最判の判決要旨2は、表現上の創作性がない部分の同一性が翻案に該当しない旨を明確にし<sup>(35)</sup>、翻案権侵害の必要条件として創作的表現の共通性が要請されているからである。著作権の侵害判断に際して、原告作品の創作的表現部分が対比対象から脱落することはあり得ないといえよう。

そして同様のことは、保護対象となり得ない「アイデア」の除外との関係にも妥当しよう。先に考察したとおり、ただでさえ解釈の議論を呼び得る「アイデア」と「表現」との峻別を、観察者のみでよくなし得るとはおよそ考えにくいからである。そこには創作者の視点が、どうしても要されるはずである。

## 2) 侵害判断に際して要される裁判所の規範的判断

では、このような事情は、判断主体の捉え方にどう反映させるべきか。

先に考察のとおり、創作的要素の認定は創作者の視点からなされるべきであり、そして、保護されないアイデアと保護可能な表現との区別も一種の規範的な判断というべきなのであるから<sup>(36)</sup>、いずれの場合にも、専ら観察者の視点ないし認識の範囲に限定して、類否の比較考察をすることは妥当ではな

いだろう。

すると、著作権の侵害・類否関係について審理を求められた裁判所としては、観察者の視点に立ちながらも、原告著作物の対比対象から創作的要素が欠落し、あるいは、原告著作物の比較対象部分が創作的表現性を欠く事実やアイデアに相当する部分に限定されないよう、考慮が求められるのであろう。

すなわち、裁判所は、類否判断に際して、観察者の視点から把握されるべき共通点と相違点の比較に終始するだけでなく、当該共通点に関しては、それがあくまで原告作品の創作的表現部分について認め得るかを検討し、他方の相違点に関しても、まず観察者の視点からそれを把握しつつも、当該相違点に含まれる新たな創作的要素の分量等に照らし、当該相違点に注がれる観察者の注意や印象の強度を認定したうえで、共通点と相違点との間の凌駕・劣後の関係を、規範的に考察すべきなのであろう。

江差追分事件最判が翻案成否の客観的基準として掲げた「その表現上の本質的な特徴の同一性を維持」の基準について、「創作する者の視点から述べたもの」<sup>(37)</sup>と説かれるのも、翻案成否の判断すなわち類否判断（既存著作物の表現上の本質的特徴の直接感得の有無）が、単に観察者の視点（「これに接する者」）による判断で十全になし得るところではなく、裁判所には、創作者の視点に照らし、保護要件充足要素である創作的表現部分の借用が生じているか否かの見極めが、要請されることを言うものと解されよう。

さらに、創作的表現部分の裁判所による考慮は、保護範囲を見定める上でも要されるよう。

著作権の侵害判断に際しては、保護される著作物の創作性の程度とその保護範囲（類似範囲）の広狭とを相関的に捉える解釈論が展開されることがある。

たとえば、創作性の程度論を明瞭に展開した東京高判平成14・10・29ホテル・ジャンキーズ事件は、「一口に創作性が認められる表現といっても、創

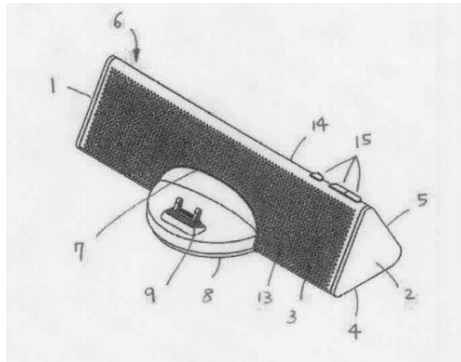
作性の程度すなわち表現者の個性の発揮の程度は、高いものから低いものまで様々なものがあることは明らかである。創作性の高いものについては、少々表現に改変を加えても複製行為と評価すべき場合があるのに対し、創作性の低いものについては、複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみであって、少し表現が変えられれば、もはや複製行為とは評価できない場合がある、というように、創作性の程度を表現者以外の者の行為に対する評価の要素の一つとして考えるのが相当」と述べている（下線は筆者）。

このような保護対象の著作物の創作性の程度を踏まえた類否関係の判断は、著作物の観察者の到底なし得るところではないであろう。この点でも、やはり裁判所が、原告著作物の創作性の程度を踏まえつつ、観察者の視点をベースとする類否判断に対して、規範的な評価を与える必要があろう。

すなわち裁判所は、被告表現で付加された創作的要素の質や分量を、観察者に与える印象やそれに対する注意の程度の観点から見極めつつ、原告著作物の創作性の程度を踏まえ、観察者の視点から、後者の創作的表現部分が被告表現のなかでお直接に感得可能と評価すべきかどうかを、つまり被告表現の社会供給を禁止すべきかを、表現の多様性の創出という法目的（著作権法1条）の観点から、規範的に判断すべきなのであろう。

このように、観察者の視点から特定される共通点と相違点をベースとする類否検討に際しても、その最終的な類否判断にあたっては、創作性の程度を踏まえた保護範囲の広狭の検討という裁判所の規範的評価が要請されることは、意匠の類否判断の実践例からも、知ることができる。

図7：登録意匠「増幅器付スピーカー」



すなわち、意匠権侵害訴訟である東京地判平成19・4・18判タ1273号280頁増幅器付スピーカー事件(図7)は、「本件登録意匠の要部は、同様の組合せを有する意匠が他にはなく、新規な、創作性の高い意匠であると認められる」、「このような要部の構成態様を共通して有することは、本件登録意匠及び原告製品意匠の類否判断に、大きな影響を与える」として、登録意匠の要部の創作性の程度の高さと、それと相関的に把握される登録意匠の保護範囲の広さを認定したうえで、最終的に、「本件登録意匠の要部の持つ新規性、創作性の程度と、それを原告製品意匠と共通にすることが、意匠の類否判断に大きく影響を及ぼすものである以上、上記差異は、両意匠における前記共通性、類似性を凌駕するものではないと評価するのが相当」と述べて、要部の保護範囲の広さを前提とする全体的観察の結果として、双方の意匠の「同一の美感」（意匠権侵害）の結論を導くのである。

類否検討の出発点として把握される「要部」は、「当該意匠に係る物品の取引者・需要者が、視覚を通じて最も注意を惹かれる部分」であるとしても、そのような、専ら観察者の視点から把握される「要部」の単純比較で類否判断が済まされるのではなく、観察者の視点からは把握困難というべき、当該



要部のもつ「新規性、創作性の程度」が、類否判断に決定的影響を与えている。

ここでも、観察者の視点をベースとする類否判断に際し、裁判所による規範的な評価が実践されていると解される。

## V. むすびに代えて

本稿では、近時世間の耳目を集めた著作権侵害訴訟である金魚電話ボックス事件を契機として、著作権法に関する解釈論について、意匠法のそれと対比しつつ、若干の考察を試みた。

その考察とは、現代アートの著作権保護要件に関する「アイデア」と「表現」の峻別のあり方、著作物の要件のひとつである創作性の判断手法ないしその判断主体(判断の視点)のあり方、そして、侵害判断におけるその手法と判断主体(判断の視点)のあり方を、主たる問題関心の対象とするものであった。

いずれの問題意識も、金魚電話ボックス事件の控訴審判旨に展開された解釈論に触発されたものであった。この意味において、同事件は、斬新な現代アートをめぐる希少な紛争という事件それ自体の話題性ゆえに世間の耳目を集めるとともに、著作権をめぐる解釈論のあり方に、改めて考察の素材を提供するものとして、法解釈学の観点からも、少なからぬ意義を認められてよい事件であったと解される。

また本稿は、上記に示したような解釈問題を考察するにあたり、意匠法解釈論との比較の観点も重視した。それは、上記事件の控訴審判旨の論理には、あたかも意匠法解釈論の類推を見るかのような同解釈論との近似性が認められたことにもよるが、より本質的には、著作権法解釈論と意匠法解釈論との異同にも論及することにより、両者の理論的な関係について、より具体的に認識することを意図したからであった。

そのような考察の結果として、極めて限定的な知見にすぎないとはいえ、

両法の解釈論には相容れ難い相違点（保護要件の判断主体のあり方）を指摘できるとともに、他方で極めて近似する発想ないし思考（侵害判断の判断手法や判断主体のあり方）も認め得ることが、明らかになったように思う。

もちろん、両法は異なる法体系を構成しており、両法の間には法理論上の血縁関係を認めることは困難である。したがって、両法の解釈論に相容れ難い相違があれば、それは両法の法目的の相違から導かれるものであろうし、仮に近似する発想が認められたとしても、双方の近似する解釈論を導く正当化根拠は、必ずしも共通のものであるとは断じ難いであろう。

しかしながら、その解釈論の近似性を、裁判所による規範的な判断の可能性に限定して捉えるならば、それは裁判所の法解釈技術上の近似性であるから、参照する意義は認められるであろう。

著作権法の解釈論も、そのように、その類推の可能性と限界性を見極めつつも、意匠法に展開・実践される解釈論の参照を通じ、自らの妥当な解釈論の構成に寄与し得るものと考えられる。

※本稿は、科研費（18K01389）の助成を受けた研究成果の一部である。

- (1) 本研究の目的上、図1および図2の原告作品および被告作品は、産経新聞の2021年1月14日付けWeb記事(<https://www.sankei.com/article/20210114-6C54S2DDCVMWPGAE2FPSJ4MPEQ/>)より引用した。なお編集上の制約から色彩は再現できなかった。
- (2) 海外の関心も集めたようである。ドイツのミュンヘンに所在する著作権法・メディア法研究所(Institut für Urheber- und Medienrecht)は、そのHPで著作権法・メディア法関係の全世界レベルの最新情報を提供しているところ、その2019年7月15日付けの記事において、本件の奈良地裁判決を、「日本：金魚電話ボックスのケースで著作権侵害を否定(Japan: Keine Urheberrechtsverletzung im Fall der Goldfischtelefonzellen)」のタイトルのもとで速報している(<https://www.urheberrecht.org/news/6238/>)。
- (3) 福井健策『著作権法とは何か—文化と創造のゆくえ[改訂版]』(集英社新書、2020年)41頁。
- (4) 意匠には、「物品」の形態のほか、「建築物」の形態および「画像」が含まれる(意匠法2条1項)。
- (5) 中山信弘『著作権法[第3版]』(有斐閣、2020年)61頁。
- (6) 最一小判平成13・6・28民集55巻4号837頁。
- (7) 中山・前掲書50頁は、特許保護の対象である技術的思想が客観的存在ゆえに比較的把握しやすいのに対し、著作物の構成要素である思想・感情(アイデア)は人の情的側面を指すゆえ、一義的な確定を困難にするとも指摘している。
- (8) 中山・前掲書65頁は、「要するに、思想と表現との区別は、保護すべきものと保護すべきでないものの境界を画する『規範的な作業』である」と強調している。高部真規子『実務詳説著作権訴訟[第2版]』(金融財政事情研究会、2019年)261頁も同旨を指摘する。
- (9) たとえば、「孤高なる自然の頼もしさ」なる作品メッセージも想定できるであろう。
- (10) いわゆる混同(マージャー merger)の理論と称されるものであり、特定の思想ないしアイデアの表現方法が、唯一あるいは極めて限定的である場合には、表現保護(独占)が実質的にアイデア保護(独占)を意味することから、それが、思想ないしアイデアの利用は自由に委ね、それを基礎とする多様な表現の創出を促そうとする著作権法の趣旨に抵触する、との懸念である。参照、中山・前掲書80頁参照。
- (11) 田村善之『著作権法概説[第2版]』(有斐閣、2001年)73頁は、抽象芸術の

- 事案（東京地八王子支判昭和62・9・18無体集19巻3号334頁館林市壁画事件）との関係で、同様の懸念を指摘するものと解される。
- (12) 高部・前掲書266頁。
  - (13) 最一小判昭和53・9・7民集32巻6号1145頁ワンレイニーナイト・イントーキョー事件、田村・前掲書47頁、高部・前掲書250頁、251頁、266頁。
  - (14) 齊藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）77頁、田村・前掲書12頁。
  - (15) 中山・前掲書76頁。
  - (16) 中山・前掲書71頁、75頁、81頁。
  - (17) 最一小判昭和53・9・7民集32巻6号1145頁ワンレイニーナイト・イントーキョー事件。
  - (18) たとえば、複製権を定める著作権法21条は、著作者が「その」著作物について、複製権能を有する旨を定めている。
  - (19) 最一小判平成13・6・28民集55巻4号837頁。
  - (20) 高部・前掲書257頁。
  - (21) 最一小判平成13・6・28民集55巻4号837頁。
  - (22) 中山・前掲書716頁、高部・前掲書249頁。
  - (23) 田村・前掲書12頁、中山・前掲書70-71頁。
  - (24) 侵害の判断主体（視点）の問題も含め、わが国における侵害判断手法をめぐる解釈論と米国のそれとの比較考察を行う論考として、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」L&T66号（2015年）22頁。
  - (25) 中山・前掲書718頁も、「翻案の範囲を広げすぎると却って文化の発展を阻害することになりかねない」と述べている。
  - (26) 高部・前掲書267頁（258頁）。
  - (27) 田村・前掲書79頁（注10）。
  - (28) 田村・前掲書58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）71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〔齊藤博先生御退職記念論集〕』（弘文堂、2008年）312頁等。
  - (29) 中山・前掲書721頁、横山久芳「翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト609号（2005年）24頁、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2003年）28頁、高部・前掲書267頁以下、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』（青林書院、2014年）100頁等。

- (30) 奥邨・前掲L&T66号27頁以下は、米国法の解釈論の比較法的検討をベースとし、本稿のようにわが法の法目的からの演繹によるものではないが、類否判断の視点(判断主体)の特色にも注視しつつ、わが国の解釈論との関係で全体比較論の妥当性の検討余地を指摘した論考と解される。
- (31) なお、著作権法が定める著作権効力の根拠規定(21条ないし27条)の条文構造と整合し得る著作権保護範囲の解釈論の特色として、全体比較論の考え方の理論的妥当性を考察するものとして、本山雅弘「侵害判断の手法に見る意匠権と著作権の相違(その2)」DESIGN PROTECT128号(2020年)2頁、6頁以下。
- (32) 茶園成樹編『意匠法〔第2版〕』(有斐閣、2020年)102頁〔茶園成樹〕。
- (33) 清水利亮「意匠の類否」牧野利秋編『裁判実務体系 工業所有権訴訟法』(青林書院、1985年)410頁、佐藤恵太「意匠権侵害訴訟における意匠の類否判断」齐藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系27〔知的財産関係訴訟法〕』(青林書院、1997年)548頁、長沢幸男「意匠の類否について」清水利亮＝設樂隆一編『現代裁判法体系26〔知的財産権〕』(新日本法規出版、1999年)298頁、山田知司「意匠の類否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系4〔知的財産関係訴訟法〕』(青林書院、2001年)376頁、小松一雄「最近の意匠権侵害訴訟における意匠の類否について」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〕』(発明推進協会、2015年)853頁。
- (34) 茶園・前掲書105頁。
- (35) 高部・前掲書264頁。
- (36) 中山・前掲書65頁。
- (37) 高部・前掲書257頁。