



類似性と二次創作

前田, 健

(Citation)

神戸法學雑誌, 66(2):1-42

(Issue Date)

2016-09

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81009614>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81009614>



神戸法学雑誌第六十六巻第二号二〇一六年九月

類似性⁽¹⁾と二次創作

前 田 健

1. はじめに	2
2. 著作権法における類似性の意義：検討の視点	4
(1) 類似性とは	4
(2) 保護範囲の決定方法の違い：著作権法と特許法	5
(3) 二次創作・改良と知的財産権の保護範囲	11
(4) 小括	13
3. 創作的部分共通説と全体比較論の評価	14
(1) 創作的部分共通説	15
(2) 全体比較論（作品全体比較説）	22
4. 類似性判断の方法（著作物全体観察説）	24
(1) 類似性の比較の対象：著作物の概念	25
(2) 表現上の創作性のある部分の共通性	30

-
- (1) 本論文は、2015年12月5日に行われたALAI JAPAN研究大会におけるシンポジウム：著作物の類似性においての筆者の報告をもとに作成したものである。報告の機会をくださった上野達弘教授、報告をご一緒し貴重な情報を提供いただいた横山久芳教授をはじめとする関係各位にここに記して感謝申し上げる。なお、本論文は、科学研究費補助金（若手B：26780072）による研究の成果の一部である。

(3) 直接感得性の判断	37
5. おわりに	41

1. はじめに

創作活動は、常に先人たちの成果を背景に積み上げられていくものである。その意味では、同人誌・パロディなどのいわゆる「二次創作」に限られず、あらゆる創作活動は一次的な創作物を背景に持つという意味で二次創作である⁽²⁾。本稿は、そのような広い意味での二次創作、すなわち、既存の著作物に依拠して新たな作品を作成する行為が著作権侵害となるのはいかなる場合かについて考察を加えるものである。

筆者は、以前表現の自由と著作権の調整という視点から、著作権法32条1項の引用規定の解釈について論じた⁽³⁾。その時の主たる関心は、二次創作の適否が32条の適用に基づいて判断される場合における、32条1項の解釈論であった。そもそも、二次創作が著作権侵害になるかどうかは、既存の著作物を利用しているといえるか、そのうえでそれが権利制限規定により適法となる余地があるかという順番で検討されるが、本稿の主たる関心は、その第一段階の、いかなる時に著作物の利用があると判断されるのかを検討することにある。

既存の著作物に依拠して新たな作品を作成することが著作権侵害となるためには、当該作品の少なくとも一部に、既存の著作物が利用されていなければならない。すなわち、当該部分から、原著作物の本質的特徴が直接感得される（類

-
- (2) 本稿も上記の意味でいう二次創作である。本稿の執筆にあたっては、実に多くの先行文献を参照し、そのいくつかは本稿の中に引用している。また、今まで読んだ数多くの論文の書き方、構成の方法を参考にして本論文は構成・執筆されている。本稿は他人の著作権を侵害していないと信じているが、本稿が他人の著作物から少なくともそのアイデアを多数借用したという事実は、否定の余地がない。
- (3) 木下昌彦・前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて—ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト1478号46頁（2015）。

似性が認められる) ことが必要である。⁽⁴⁾ そのうえで、もし利用があるとすれば、引用などの権利制限規定の適用が検討される。この類似性の判断に関しては、「全体比較論」という考え方が注目されている。全体比較論とは、類似性の肯定に既存の著作物の利用部分と新たな作品の全体を比較することを要求する立場であるといえるだろう。この全体比較論は、パロディなどの二次創作に適用できる法理として期待する声もあるが、それは権利制限規定等の他の法理の適切な運用によって対処すべきとの見解も有力である。⁽⁵⁾ 一方、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、類似性判断においては、何らかの意味での「全体的」考察の必要性を肯定する見解も有力である。⁽⁶⁾

本稿では、上記のような今までの議論と二次創作の保護という視点を踏まえて、類似性の意義と判断の方法につき検討する。まず、2. において、特許法とも比較しつつ、著作権法における類似性の意義を明らかにする。ついで、3. において従来有力とされてきた創作的部分共通説と全体比較論（作品全体比較説）を2. で設定した視点に基づき、その位置づけと評価を明らかにする。その中で、権利制限規定などの他の法理と類似性の関係性についても考察する。最後に、4. において本稿の考える類似性の意義と判断の方法（著作物全体観察説）を、裁判例の具体的検討を交えつつ提示する。最後に5. において議論を総括する。

(4) 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分事件〕参照。

(5) さしあたり、田村善之「著作権の保護範囲に関し著作物の「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を認めた裁判例（1）―釣りゲータウン2事件―」知的財産法政策学研究41号（2013）118頁、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＝牧野利秋編『現代社会と著作権法』斉藤博先生御退職記念論集（弘文堂、2008）323頁、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成―『複製又は翻案』の問題性―（2・完）」知的財産法政策学研究42号（2013）72頁を参照。

(6) そのような見解と整理できるものとして、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2頁（2012）、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22頁（2015）。

2. 著作権法における類似性の意義：検討の視点

(1) 類似性とは

既存の著作物に依拠して新たな著作物を創作する行為が著作権侵害になるのは、その行為が著作権法27条にいう編曲、変形、翻案などに該当するときである。即ち、その行為によって創作された著作物が2条1項11号の定める二次的著作物に該当するときである。

江差追分事件最高裁判決は、翻案とは何かにつき、「言語の著作物の翻案（著作権法27条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想、又は感情を創作的に表現することにより、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、思想文は感情の創作的な表現を保護するものであるから（同法2条1項1号参照）、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である。（判旨2）」と述べている。

判旨1からは、既存の著作物に依拠した新たな著作物の創作行為が翻案にあたるための要件として、①「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」、②「既存の著作物の表現上の本質的な特徴の同一性」の2つが求められると理解することができる。⁽⁷⁾ 前者の要件

-
- (7) 高部真規子「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発展』（日本評論社、2012）255頁参照。高部は、「その表現上の本質的な特徴の同一性を維持」していることと「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」ことを別の要件として掲げているが、これは同じ内容のことを、既存の著作物を利用する者の視点から述べたものか、著作物に接する者の視点から述べたかの違いであると指摘している（同・256-257頁）。ここでは、判断主体の話は捨象して

は、既存の著作物を引用しつつ別の著作物を創作する行為と既存の著作物の二次的著作物を創作する行為とを分ける要件となるので、これが「翻案」という行為を特徴づけることになる。こうした翻案行為により創作された新たな著作物が、既存の著作物と比較したときに、「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」ときには、著作権の対象になることになる。

また、既存の著作物と新たな著作物の共通部分が、(a) 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、(b) 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、表現上の本質的な特徴の同一性は否定される。これは、江差追分事件最高裁判決の判旨2から導くことができる。

以上によると、表現上の本質的な特徴の同一性のある範囲に対して、その著作物の著作権は及ぶことになる。表現上の本質的な特徴の同一性は、翻案権以外の複製権などを含めたすべての場合の、著作物の保護範囲を画する概念だととらえることができ、そのようなものとしてこの要件は類似性と呼ばれるのである⁽⁸⁾。

(2) 保護範囲の決定方法の違い：著作権法と特許法

著作物の保護範囲は、その著作物と侵害が疑われるものとを比較し、表現上の本質的な特徴の同一性が認められるかどうかによって判断されるが、これは、著作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と言い換えることができる。これは、現に創作者の創作した著作物を核にその保護範囲を考える、中心限定主義的な考え方であると言えよう。一方、特

いるので、特に区別をしなかった。このほか「別の著作物を創作すること」も要件として挙げているが、ここでは前提となっているので指摘することをしなかった。

(8) 上野・前掲注5) 51頁。

(9) なお、中心限定主義とは特許法における概念であり、たとえば、特許請求の範

許法では、周辺限定主義⁽¹⁰⁾を採用し、出願人が作成した特許請求の範囲（クレーム）が、保護範囲の外延を画定するという方式がとられている。

特許と著作権法は一見全く異なる考え方により保護範囲を定めている。しかし、その中核には、同じ創作法として、創作者が現に創作した具体的創作物を核にして、同じ具体的方法により同じ価値を実現する範囲にまで権利を及ぼすという考え方が、共通して存在すると考えることができるように思われる。このような考え方を採用することによって、創作者が現に自らの手で生み出し実現させた価値を同じくする範囲に限り、知的財産権の保護を与えるという点が担保され、二次創作と一次創作の保護のバランスが図られているととらえることができる。

（i）特許法

まず、特許法について保護範囲決定の仕組みを考察してみよう。⁽¹¹⁾特許権において保護の対象となるのは発明であり、発明とは技術的思想であって（特許

法の記載に必ずしも拘泥することなく、これを核としてその外方に一定の広がり技術的範囲を認めていく考え方と定義される（吉藤幸朔・熊谷健一補訂『特許法概説〔第13版〕』（有斐閣、1998）530頁）。実際に発明した装置などではなく、出願人がドラフトしたクレームを基礎に考える点において、特許法に言う中心限定主義と上記の著作権法の考え方には、なお隔たりがある点には注意を要する。なお、特許制度の黎明期においては、絵図面を提出させることにより、権利範囲を特定するという方式がとられたこともあり、この方式は著作権法の考え方と理念において共通するといえる（専売略規則（明治4年4月7日）・太政官布告第175号参照）。

- (10) 周辺限定主義とは、特許請求の範囲の記載によって定められる区域を原則として権利の範囲の最大限とする考え方のことである（吉藤＝熊谷・前掲注9）530頁を参考にした。）。
- (11) 特許法の保護範囲決定の仕組みについては、筆者がすでに研究し著書にまとめており、本文に記したのはそのエッセンスである。詳細は、前田健『特許法における明細書の開示の役割—特許権の権利保護範囲決定の仕組みについての考察』（商事法務、2012）を参照されたい。

法2条1項参照)、一定の課題を解決するための具体的手段である。⁽¹²⁾ 発明とは、具体的な構成によって、特定の作用効果を実現して課題を解決するものであり、課題を把握しただけでなく、それを解決する具体的構成の提案に成功したことに発明としての価値があるのである。特許法はそのような経済的価値を持つものの創作を奨励しているといえる。そして、以下に述べるように、特許権の保護範囲は、発明者が具体的に開発し具体的に特定の作用効果を奏することを確認した具体的な技術を中核として、それと類似の範囲にまで及ぶように設計されている。

特許法の場合、創作者が現に創作した具体的創作物とは、明細書に開示された発明の詳細な説明の内容（もっといえば実施例）であり、特許権を取得できる範囲は、明細書に開示されたところを核として、同一の課題を解決する同一の具体的手段に限定される。特許法においては、明細書の開示内容によって保護の限界が定まり、その範囲内で保護を求める具体的手段を、発明の構成要件に示してクレームをすることができる。すなわち、特許法では、実施可能要件あるいはサポート要件が保護の限界を画し、それを超えた範囲をクレームすると、それらの要件違反となって特許権を取得することができない。たとえば、サポート要件において、保護の限界は「発明の詳細な説明の記載により当業者が当該発明の課題を解決できると認識できる範囲」⁽¹³⁾に限定されている。この仕組みにより、保護される発明の構成は、明細書の記載に基づいて一定の課題を解決できるものに限られ、同一課題を解決するものであってもその具体的手段が明細書の開示によって裏付けられていないものには保護を及ぼすことができないのである。

均等論においては、クレームを超えて権利の行使が許される場合もある。しかし、その場合でも、特許請求の範囲に記載された構成中の対象製品等と異なる部分が、①特許発明の本質的部分ではなく、②対象製品等におけるものと置

(12) 中山信弘『特許法〔第3版〕』（弘文堂、2016）104-105頁参照。

(13) 知財高判平成17年11月11日判時1911号48頁〔偏光フィルムの製造法〕。

き換えても、特許発明の目的を達することができ、同一の作用効果を奏するものであることが求められるので、上記の原則そのものには変更が加えられていない⁽¹⁵⁾。

このようにして、特許法においては、発明者が現に創作した一定の課題を解決するための具体的手段を核にして、その具体的構成と同一の構成により（上位概念化できる範囲であれば厳密に同じでなくてもよい）、同一の課題解決を実現する範囲にまでのみ、権利が及ぶように設計されている。

（ii）著作権法

一方、著作権法の場合、著作物とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」（著作権法2条1項1号）である。

発明が、課題を解決する手段を提供することに機能があるのだとすると、著作物の機能は、一定の印象・感情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といえるだろう⁽¹⁶⁾。著作物の機能はそれの持つ「鑑賞的価値」を伝達するためのものであるといってもよい⁽¹⁷⁾。著作物は、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」であって文化的な所産であり、受け手に知覚されることを通じて享受されるためのものである。

(14) 最判平10年2月24日民集52巻1号113頁〔ボールスプライン軸受〕。

(15) この論証については、前田・前掲注11) 408頁以下に詳しく示してあるので、詳細な論拠についてはそちらを参照されたい。

(16) 本文の分析に際しては、横山・前掲注6) から大きな示唆を受けた。同8頁においては、著作物の機能とは「一言でいえば、その表現に表れた作者の創作性を受け手に伝達することである」といえるとし、「著作物というものはその受け手がその創作性を感じ、鑑賞の対象となりうるような性格を備えていなければならない」と論じられている。

(17) 横山・前掲注6) 8頁などが「鑑賞的価値」という用語を使用する。横山の類似性の意義についての学説と本稿の述べるところは、細部において違いがあると思われるが、著作物の機能についての基本的理解については共通するところが大きいと思われるので、同一の用語を拝借した。

また、著作物とは、思想又は感情の創作的表現である。著作物とは表現であることが強調されるが、それは、著作者の思想・感情が外部に認識可能な形で表出され、かつ、思想感情そのものではなくそれを個別具体的に表現したもののみが著作物として保護される⁽¹⁸⁾ということを意味する。ある観賞的価値を受け手に伝えるにしても、小説ならそれは、このストーリー・この登場人物・このセリフ・この具体的展開・この文章表現によって表現された個別具体的存在により実現されており、それが著作物として保護されるのである。

著作物にとって、発明の構成に該当するのは個別具体的な表現であり、課題を解決する作用効果に該当するのは受け手に伝える観賞的価値といえる。著作権法においては、表現アイデア二分論がとられており、アイデアそれ自体は保護されないとされている。これは、具体的構成において一致度が高く、同じ機能を有するものにしか権利を及ぼさないことを担保する機能があるものと理解できる。類似の観賞的価値を伝えるものであっても、その具体的構成が異なれば、それはアイデアのみが共通しているのであって著作権の保護は及ばない。もっとも特許法と同様に、表現における些細な違いがあっても、同一の観賞的価値を伝える場合には、それでもなお著作物の保護は及ぶとしてもかまわない場合はあるだろう。

著作物の類似性は、特許法と平行に考えるならば、著作者が現に創作した著作物を核にして、その具体的表現と同一の表現（本質的に同一であれば厳密に同じでなくてもよい）を用い、かつ、同一の観賞的価値を受け手に伝達する範囲にまでのみ、権利が及ぶと解すべきであるように思われる。

（iii）具体的構成・表現の同一性と機能の同一性の両面からの判断

以上では、構成（表現）の同一性と、機能（作用効果、観賞的価値）の同一

(18) 島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法』（有斐閣、2009）19-20頁〔横山久芳〕参照。中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014）55頁は、表現したものは単に頭の中にあるだけではならず、人の五感をもって感知しうる程度に具体的なものとなっている必要があるということの意味している、とする。

性の両面から特許権、著作権の保護範囲を画する考え方を紹介した。従来の類似性判断の議論では、判断の安定性・明確性が強調され、表現の同一性が一元的な保護範囲の判断の基準となるべきとの見解が優勢だったと思われるが、そこでは、そもそもなぜ著作物の保護を及ぼすべきなのかとの視点が弱かったように思われる。もちろん特許法においても判断の明確性は重要であり、クレームの構成要件充足性の判断は、構成の同一性のみによって判断し、発明の意義や作用効果というのは特許発明の技術的範囲の充足性判断において正面からは顔を出さない。しかし、そもそも、クレームをどこまで広げられるかの判断（記載要件の判断）ではそれが正面から考慮され、クレーム解釈・均等論においてもそれは考慮されている。とすると、著作権の保護範囲の判断すなわち類似性の判断においても、著作物の機能・市場価値はどういったところにあるのかという考慮をなすべきではないかと考えられるのである。判断の明確性は、そのような基本が明らかにされたうえでその理念の実現との調和の中で目指すことであって、明確性それ自体は目的ではない。

商標法においても、商標の類似性は、商標の外観・呼称・觀念という外形的な部分の相似性によって判断するが、これは判断の手法に過ぎず、究極的には全体的觀察が重視され、出所混同の危険が存在するかどうかによって判断されるとされている⁽²⁰⁾。これは、構成・表現といったある程度外形的な判断を基本

(19) 奥邨・前掲注6) 30頁は、アメリカの類似性判断では著作権の排他性を市場のレベルで担保すべしとの政策判断が存在し、我が国においてもそのような視点からもっと論じられてよいことを指摘する。その意図するところは本稿と同じではないかもしれないが、通底する問題意識はあるように思われる。

(20) 以上につき、小野昌延・三山峻司『新・商標法解説〔第2版〕』（青林書院、2013）221-22頁。最判昭和43年2月27日民集22巻2号399頁は「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、觀念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」と述べている。

に据えて判断の客観性を担保しつつ、商標の機能に基づいてその保護の外延を画するものであり、上記で示してきた思想とまさに軌を一にするものである。特許法と商標法が、外形的構成の同一性と機能の同一性の二面により保護範囲を判断しているのだとすれば、独り著作権法がそのような判断をしなくてよいといえる理由はないように思われ、著作権法にも機能面からの保護範囲の判断を取り込むべきと考えられるのである。

(3) 二次創作・改良と知的財産権の保護範囲

次に指摘しておきたいのは、まさに本稿のテーマともかかわる点であるが、知的財産権の保護範囲と既存の創作物を基礎にした二次創作改良・活動との関係である。最終的に創作物の機能の同一性によって保護範囲が限界づけられるという議論は、創作者の創作のインセンティブのために、要保護性を基礎づける議論である。ここで示したい視点は要保護性がない若しくは弱い場合には、後続の改良者・二次創作者の自由を確保するために、保護の範囲は謙抑的に考えなければならないという点である。すべての創作者は何らかの意味で二次創作者といえることに照らせば、これは、創作者の保護を通じた文化の発展を目的としている著作権法の基本的要請ともいえる。

筆者はすでに、特許法の保護限界を基礎づける開示要件（実施可能要件・サポート要件）の判断において、発明者のインセンティブの観点からは要保護性が肯定できても後続の研究開発の奨励のために保護範囲を狭くすべき場合があるのではないかと指摘した⁽²¹⁾。ただ重要な点として指摘すべきなのは、特許法の場合は、試験研究の例外（特許法69条1項）があるので、改良を行うこと自体は自由であり、実際に改良を完成させた後有利な立場で、その利用の許諾交渉を原発明の権利者と行うことができるようになっていることである⁽²²⁾。後

(21) 前田・前掲注11) 第4編第2章、特に292頁参照。

(22) さらに、特許法92条においては、自己の特許発明の実施をするための通常実施権の設定の裁定に規定が行われており、原発明の特許権者は改良発明に許諾を与えるべきことが、理念としては原則とされていることも指摘できる。

続の改良者に配慮すべきというのは、改良それ自体が禁止されてしまうからではなく、改良後に原特許権者との交渉が難しいゆえに利益回収の見込みが立たず、それゆえインセンティブがそがれるからという比較的マイルドな理由に基づくものである⁽²³⁾。

これに対し、著作権法の場合は、既存の著作物の「改良」行為それ自体が、原則として著作権侵害となってしまう（たとえば、二次的著作物の作成は著作権法27条により著作権侵害となる。）。しかも、著作物は発明のように「改良」により「進歩」していくものではないのだから、既存の著作物に新たな創作性を付加した作品は、背景に原作品のある「改良」と評価するよりは、一般にはその独自の創作的価値が強いものといえ、原著作物の創作者の保護を及ぼすべきといえる範囲は特許法より狭い。そうだとすると、著作権法においてはその保護範囲を検討するに際して、二次創作者の表現の自由に配慮すべき契機が、特許法の場合と比べてより一層強い。したがって、表現アイデア二分論の根拠として、アイデアのような抽象的成果はパブリックドメインとして誰もが自由に利用できるものとした方が文化の発展に望ましいと指摘されたりするのである⁽²⁴⁾。創作性要件を「表現の選択の幅」と捉える見解も、二次創作を行う者の表現の自由に最大限配慮しつつ著作権の保護範囲は定められるべきという考えに基づくといえる⁽²⁵⁾。

(23) 前田・前掲注11) 235-236頁。改良自体は許諾を受けずして行えることの利点を指摘するものとして、Rebecca S. Eisenberg, *Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use*, 56 U. Chi. L. Rev. 1017 (1989). なお、Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 Texas Law Review 989 (1997) は、アメリカの特許法と著作権法の改良の取り扱いの違いについて分析を加えている。著作権法の方が特許法よりも改良に厳しいのは日米で共通するが、Lemleyはそのどれもが説得的でないとしつつも、いくつか正当化する仮説の提示を試みている。

(24) 島並・上野・横山・前掲注18) 22頁〔横山〕

(25) 中山・前掲注18) 65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139頁（2003）参照。

類似性の判断は、そのような著作権法の特性に配慮して、少なくとも二次創作に関する場合には謙抑的にされることが望まれるといえる。逆に言えば、著作権法は二次創作に対する配慮措置が弱くオール・オア・ナッシングとなっている以上、類似性の判断を謙抑的に行わざるを得ない⁽²⁶⁾。

(4) 小括

著作権法における類似性要件は、著作物の保護範囲を画する機能を有している。そして、判例によれば、類似性は、既存著作物と被疑侵害物とを比較して、表現上の本質的な特徴の同一性が維持されているか否かによって判断されるが、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共通性が認められない場合には、類似性は否定される。

著作物とは、思想又は感情の創作的表現であり、文化的所産である。著作物の意義が一定の観賞的価値を受け手に伝えて受け手にそれを知覚・享受させることにありと解されることからすれば、著作物の類似性は、その具体的表現と同一の表現（本質的に同一であれば厳密に同じでなくてもよい）を用いていない場合は否定され、また、同一の観賞的価値を受け手に伝達していない場合にも否定されると解すべきである。そのように解することで初めて、創作者が現に生み出した価値に依存する場合に保護範囲を限定することができる。これは、特許法・商標法など他の知的財産法でも同様であり、著作権法のみ別異に解すべき理由はない。

類似性の判断においては、二次創作を行う者の表現の自由という視点に注意を払う必要があり、特許法と比較すると二次創作のための特別の制限規定の不

-
- (26) 医療行為に対する配慮措置が取られていないことを根拠にして、医療行為の特許性を否定した裁判例として、東京高判平成14年4月11日判時1828号99頁参照。なお、文脈は異なるが、上野達弘「国際社会における日本の著作権法—クリエイタ指向アプローチの可能性—」コピライト613号2頁（2012）は、日本の権利制限規定はオール・オア・ナッシングとなっているが、著作権を制限する代わりに補償金請求権を与えることによって保護と利用の調整を図るという方向性が考えられることを指摘している。

十分な現行の著作権法制を前提にすれば、より一層そのようにいえる。

3. 創作的部分共通説と全体比較論の評価

類似性判断の方法については、創作的表現共通性一元論と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。特に、創作的表現共通性一元論を擁護する見解によって、そのような二項対立が示されることが多いように思われる。⁽²⁷⁾これらの学説の対立は、主に江差追分事件最高裁判決の「表現上の本質的な特徴の同一性」(判旨1)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)に対して独自の意義を有するののかという点に基づくものであるとされ、判旨1の独自性を認めない見解が一元論であり、独自性を認める見解が全体比較論であると整理されることが多い。⁽²⁸⁾しかしながら、判旨1の独自性を認める見解も、一元論者が批判するところの「全体比較論」を擁護しているわけでは必ずしもなく、⁽²⁹⁾単純な二項対立で語るのとは適切ではない。

(27) たとえば、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(有斐閣、2001) 59頁、駒田・前掲注5)、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28頁(2008)など。

(28) なお、江差追分事件最高裁判決の判旨1と判旨2の関係についての考察は、高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』(金融財政事情研究会、2012)が詳しい。特に260頁以下を参照。

(29) この点は、横山・前掲注18) 24頁がすでに指摘した点である。横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘＝牧野利秋編『現代社会と著作権法』斉藤博先生御退職記念論集(弘文堂、2008) 282頁以下、横山・前掲注5) 3頁以下は、自らの見解を「直接感得性説」と名付け、それを江差追分事件の正統な理解と位置付けて、全体比較論(作品全体比較説)とは明確に区別している。高部眞規子「著作権侵害の判断再考」野村豊弘先生古稀記念論文集『知的財産・コンピュータと法』(2016) 43頁も、「被告の主張に応じて、原告が主張する以外の部分を、判断の対象とする場合があるという趣旨であって、常に「全体を

以下では、既存のいわゆる創作的表現共通性一元論と全体比較論について整理・批評し、両説のいずれとも異なる著作物全体観察説（横山の直接感得性⁽³⁰⁾説とほぼ同一の立場）が妥当であるとの分析を示す。

（1）創作的部分共通説

（i）創作的部分共通説とは

江差追分事件最高裁判決は「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。これは、①アイデアなど表現それ自体ではない部分、②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過ぎない部分である場合には、類似性は否定される旨述べていると言い換えることができる。一方、江差追分事件最高裁判決は、「表現上の本質的な特徴の同一性」（判旨1）という基準を提示している。この判決の理解として、判旨1は判旨2の裏を肯定する趣旨で、表現上の創作性のある部分の共通性が認められれば類似性が肯定されるとする考え方がいわゆる創作的表現共通性一元論⁽³¹⁾であり、本稿はこれを創作的部分共通説と呼ぶ。

現在、創作的部分共通説は学説において最も有力に主張されている。その主張の骨子は、元の著作物の表現上の創作的な部分が再生されていれば著作権侵害となるのに十分である、原告作品の一部である創作的表現が再生されてさえいれば「著作物」の再生を肯定する⁽³²⁾、既存の著作物の「創作的表現」が残っ⁽³³⁾

比較する」というわけではないので、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。」と述べ、「全体比較論」というカテゴリーに自説を入れようとすることを批判している。

（30） 同上。

（31） 上野・前掲注27）49頁、田村・前掲注5）98頁。

（32） 田村・前掲注27）58頁。

（33） 駒田・前掲注5）328頁。

ているかという基準によって一元的に判断されるなどと整理できる。⁽³⁴⁾

これらの論者の考えの特徴は、著作権法の保護する「著作物」とはあくまで創作的表現であり「作品」ではない、との基本的立場にある。この考え方においては、たとえば、ある小説があったときに著作物⁽³⁵⁾というのはその小説なのではなくて、小説全体にわたるストーリー、その一部をなす章、数行からなるパッセージなどのそれぞれが、写真作品の中から任意に切り出した一部分⁽³⁶⁾が、それ自体として「著作物」となるのである。このような1個の作品中に認められる無数の「表現上の創作性のある部分」それ自体が著作物であり、それと同一のものが再生されている限り、著作物の利用を認める立場ということになる。したがって、この見解は、「類似性」という用語を使っているものの、彼らの言うところの「著作物」のデッドコピーが被告作品中にあるか否かが侵害の判断の基準なのであると言えよう。

本稿が、あえて「創作的部分共通説」という名称を提案するのは、同説の特徴がこの著作物の理解の仕方にあることを強調したいからである。筆者の理解では、創作的部分共通説と後述の著作物全体比較説（直接感得性説）の対立は、「創作的表現」とは何かの理解の対立に他ならない。著作物は思想又は感情の創作的表現（2条1項1号）である以上、「創作的表現」の再生があれば侵害を

(34) 上野・前掲注27) 49頁、上野・前掲注5) 66頁、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成—『複製又は翻案』の問題性—（講演録）」パテント65巻12号（2012）150-151頁。

(35) 駒田・前掲注5) 324頁は、「全体比較論に対する理論的な面での筆者の批判は、既述のように著作物とは著作者の創作的表現であって作品ではないという基本的立場に基づいている」と述べている。駒田の見解は、駒田泰土「著作物と作品概念の異同について」知的財産法政策学研究11号145頁（2006）に述べられたものに基づくと思われる。上野・前掲注5) は、著作者の権利によって保護されるのは、あくまで著作物性のある部分—すなわち、「創作的表現」—に限られると指摘するが、それも作品自体は保護の対象ではないとの理解に基づくものであるように思われる。

(36) 駒田・前掲注35) 145頁。

(37) 上野・前掲注5) 49頁。

認めるという主張自体は否定しがたい。創作的部分共通説の特徴は、著作物を特徴づける「構成要素」そのものを著作物とし、著作物の再生の有無をデジタルに判断するところにあると考えられるのであり、その点を明確にすべきと考えられるからである。⁽³⁸⁾

(ii) 創作的部分共通説は判例の正しい理解か

創作的部分共通説は、実際、一部の裁判例においては採用されているようにも見える。⁽³⁹⁾しかし、後述のようにそれらの裁判例も別の説明も不可能ではないし、そもそも江差追分事件最高裁判決において、「著作物」という概念と「表現上の創作性のある部分」という概念は異なるものとして扱われていたと理解する余地がある。判決では「表現上の創作性のある部分」というのはあくまで、1個の著作物というものがあって、その内部にそれを特徴付ける部分として存在することを前提にしているように読める。江差追分事件において、著作物として観念されているのは「本件プロローグ」という原告のノンフィクション書

(38) 前田哲男「翻案の概念」野村豊弘先生古稀記念論文集『知的財産・コンピュータと法』(2016) 103頁は、「創作的表現再生説」をとり、全体比較論を否定する。だが、その主張は、筆者の理解する創作的部分共通説とは明らかに異なり、むしろ、本稿の著作物全体観察説に近い部分もあるように思われる。同113頁は、創作的表現の共通性は「1か、0か」で判断できるものではなく、明確に判断できるものではないとしている。本稿の理解する創作的部分共通説は、「創作的部分」が再生されているかいないかを「1か、0か」で判断できるとするものである。

(39) たとえば、田村・前掲注5) 110頁は、そのような例として、盗用部分が被告書籍の本文217ページ中のわずか2頁にすぎないのに侵害が肯定された例(東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁〔日照権〕)、ドラマ前半の基本的ストーリーが共通しているのであれば、後半に大きな相違があるとしても著作権侵害を免れなかった例(東京高判平成8年4月16日知裁集25巻2号310頁〔悪妻物語?〕、東京地判平成5年8月30日知裁集25巻2号310頁)、144頁の被疑侵害書籍中の1頁内の3コマ分のみ類似度で侵害が肯定された例(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〕)を挙げる。ただ、本稿の整理では、いずれも創作的部分共通説でなくても説明は可能である。

籍のプロローグ部分というまとまりをもったものである。表現上の創作性がある部分というのは（裁判所は結局どこがそれかを認定してはいないが）、その著作物中の一部分、著作者の特有の認識を特定の個性ある表現で記した部分とか、独創的な記述順序であるとかいった、特徴的な部分だと思われる。江差追分事件最高裁判決は、表現上の創作的部分という「構成要素」が組み合わされ「著作物」の全体を特徴づけると理解していると考えられるのである。「本件プロローグ」という一定のまとまりをもって観念できるものが著作物であり、その著作物性を、個性的な文章表現、個性的な記述順序といった表現上の創作性のある部分が総体として支えているというイメージである。

知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁〔釣りげータウン2〕においても、「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⁽⁴⁰⁾」と述べられている。

このように創作的部分共通説は、唯一の判例の忠実な理解というわけではなく、判例の数ある理解の仕方の一つにすぎない。同説の特徴は、江差追分最高裁判決に表れる、著作物中の表現上の創作性のある部分という概念を、著作物そのものを指すと理解する点にある。

（iii）全体的観察は本当に不要なのか

創作的部分共通説の論者は、著作物というのは、現実 enjoyment の対象となる作品ではなく、小説のストーリー、楽曲の旋律などその作品を構成する「構成要

(40) もっとも釣りげータウン2事件の裁判長は、江差追分事件最高裁の担当調査官であった高部真規子判事であり、両者が同じ考えをとっているのはむしろ当然ともいえる。

素」そのものを指している⁽⁴¹⁾と理解している。本稿のように著作物とは特定の表現により受け手に鑑賞的価値を届けるものと理解するときは、そのような存在の「構成要素」を取り出してそれ自体を保護の対象とすることの合理性は疑わしいものと言わざるを得ない。ストーリーや旋律だけを単体として享受することは不可能であり、ストーリーは個別具体的な文章表現などと一体として初めて知覚されるものであるし、旋律は和声やリズムなどと一体として初めて知覚されるものである。そのような作品そのものでなく作品の構成要素を保護することに何の意味があるのだろうか。著作権者が完成させたのはあくまで、その「構成要素」の組合せによって一定の鑑賞的価値を届けるものである。筆者には、構成要素そのものの独占を認めることは、表現アイデア二分論の理念に正面から衝突し、他の創作者の表現の自由を不当に制約するだけのようにも思える。

この点、アメリカの類似性判断において「二関門テスト」という、著作物の全体観察を行う二段階の判断方式が採用されているとの指摘がある⁽⁴²⁾。そして二関門テストの意義は、判断の明確性と著作物の排他的保護は市場の支配の担保のためであることを、ともに確保することにあると理解できる⁽⁴³⁾。観賞的価値が異なる、すなわち、市場において競合しない作品にまで著作権を及ぼすことは正当化できず、類似性判断においてもその点の考慮を取り込むべきという

(41) 田村・前掲注5) 107頁、駒田泰士「表現の全体（まとまり）は部分についての翻案を否定しうるか——釣りゲータウン2事件知財高裁判決の検討」知的財産法政策学研究43号109頁（2013）などでは、「まとまりをもった著作物」という概念を否定し、著作物の中に内部構造が存在することを否定している。「作品」が様々な「構成要素」の組合せで成立していること自体は否定できないと解され、その「構成要素」が著作物であると考えていると思われる。

(42) 奥邨・前掲注6) 25頁以下。

(43) 奥邨・前掲注6) 26頁以下は、学説からの厳しい批判にも関わらず二関門テストは採用されてきており、その理由は、従来の基準であった「通常の観察者テスト」を究極的には維持することを目的としていると指摘する。そして通常の観察者テストは、著作権の排他性を市場のレベルで担保することを目的とするものである旨述べている。

主張は、傾聴に値すると思われる。

以上に対しては、創作的部分共通説の一番のメリットは、判断の明確性にあるとの反論があろう。巨大なキャンパスの中にドラえもんを2センチほど小さく描いた「ドラえもんをさがせ」という作品を作った例を考えたときに、壮大な絵画には膨大な創作的表現が新たに付け加えられているため、絵画という作品の「全体」においては、当該キャラクターがまったく目立たなくなっていることを理由として、そもそも著作物が複製・翻案されていないとするのは妥当性を欠くと主張される⁽⁴⁴⁾。ただ、この例では、ドラえもんの部分を分離して知覚することは十分に可能であり、その鑑賞的価値の利用はあるといえるので、本稿の基本的立場を前提にしても、複製等はむしろ肯定すべきである。創作的部分共通説の論者もそう主張するように、そのうえで実質的に鑑賞的価値の利用が認められるのかなどを判断するために、権利制限規定などの適用に進むべきというのはその通りであろう。

しかし、表現上の創作性のある部分は、創作的部分共通説の論者が想定するようにデッドコピーで再生されることは現実にはあり得ず、ほとんどの場合「その一部」のみが再生され、その場合全体観察を経ないと類似性の有無を決定できない⁽⁴⁶⁾。上記のドラえもんの例で、その2cmのドラえもんが、よく似

(44) 上野・前掲注27) 50-51頁から引用した。

(45) 上野・前掲注27) 52頁。また、駒田・前掲注5) 323頁は、権利濫用法理の活用も提案している。

(46) 雪月花事件のほかにも多数例は挙げられる。東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁〔記念樹〕においては、楽曲ではなく旋律それ自体が著作物だとしても、その一致度は「約72%」である。また、東京高判平成11年5月26日・平成10年（ネ）第5223号〔SMAP大研究〕、知財高判平成25年9月30日判例時報2223号98頁〔風にそよぐ墓標〕においても再生された文章はデッドコピーでない。東京高判平成8年4月16日判時1571号98頁〔悪妻物語?〕でも、一致しているのはストーリーの「前半」のみである。なお、前田哲男・前掲注38)は「創作的表現再生説」の論者であるが、これによってもどこまで似ていれば侵害となるかの問題は解決せず、どのような場合に創作的表現の再生があったかといえるのかは極めて曖昧だからであると指摘している。

た青色のタヌキとして描かれていたとき、それはどのように類似性を判断することになるのであろうか。たとえば、雪月花事件⁽⁴⁷⁾では、書の著作物について、表現上の創作性のある部分として「文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢い」が認定されているが、そのうち「字体、書体や全体の構成」については再生を認めたが、「線の美しさと微妙さ、運筆の緩急と抑揚、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⁽⁴⁸⁾として類似性を否定した。これは、表情の創作性のある部分の再生は一部に認められるが、なお原著作物と写真中の作品部分とを全体的に観察して類似性を否定したと評価できる。そこに原著作物と同じ観賞的価値が感得されないのであれば、そこには原著作物がもたらした価値の利用はまったく存在しないといえよう。そのようなときには、そもそも著作物の利用はないと整理する方が明確な判断であると思われる⁽⁴⁹⁾。雪月花事件は、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、結局は全体的観察から完全に逃れることはできていない⁽⁴⁹⁾。

-
- (47) 東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔雪月花〕。この事件では、「雪月花」という書が、照明のカタログの写真において、和室の床の間に飾られていたことの著作権侵害が問われた。
- (48) 駒田・前掲注5) 323頁は、著作物の感覚的・機能的効果の冒用に至らない程度の複製行為は、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。このような解釈論を肯定するなら、それは、もう著作物の全体的観察を肯定しているのと同じであると思われ、そうであるなら、類似性判断の中に取り込んだ方が明確であるといえる。
- (49) 田村善之「著作権の保護範囲に関し著作物の「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を認めた裁判例（2・完）―釣りゲータウン2事件―」知的財産法政策学研究42号（2013）93頁は、「創作的表現といえるまとまりが再生されていれば」侵害となると述べたうえで、同100頁においては、「著作権法判例百選」を読んで大いに刺激を受け、「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ちょうど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、素材の選択や配列の基準が同一であっても、素材が

(2) 全体比較論（作品全体比較説）

(i) 作品全体比較説とは

次にいわゆる全体比較論について考察を加えたい。この考え方は、江差追分事件最高裁判決の判旨1に独自の意義を見出す見解であると整理されるが、そのような見解がいわゆる「全体比較論」として一括りにできるわけではない。⁽⁵⁰⁾ いわゆる全体比較論は、原著作物利用部分と新たな作品の全体を比較することを要求する立場であり、原著作物に新たな創作性が加えられた結果、原著作物の表現上の本質的特徴が被告作品の全体において「色あせた」ことを理由として、⁽⁵¹⁾ 翻案該当性を否定することに特徴のある理論であるといえる。この点を

異なれば、表現も異なるものになり、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」と指摘している。ここでは、もはや、表現上の創作的部分のデッドコピー再生＝類似性肯定という考えは取られていない。暗黙の裡に全体的観察を行っていると言わざるを得ないように思われる。

(50) 前掲注29) 参照。

(51) 上野・前掲注5) 71頁は、全体比較論とは「既存の著作物の創作的表現が認識可能な形で残っていると看做しても、これに多大な創作的表現が加えられたことによって、新たに作成された作品の「全体」においてそれが「色あせている」ということができ、創作的表現の中でもさらに本質的特徴といえる部分が感得できない場合は、翻案権の侵害にあたらないと解する考え方」であると述べる。また、高部・前掲注7) 264-265頁は、「既存の著作物が別の著作物の中の一部に取り込まれた場合に…同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的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があり得る。… $\alpha + \beta$ という新たな著作物が創作された場合に、 α が特別小さいとか、 β の創作性が余りに高いといった理由により、 α の部分が目立たず埋没して、色あせてしまい、 β のみが残って見えるといった現象である。」と指摘する。駒田・前掲注5) 305頁は、全体比較論とは、模倣された部分を新たな作品全体との関係において評価し、侵害の成否に関連付ける見解としている。なお、田村・前掲注27) 59頁は、全体比較論とは、個々の表現を対比して創作的な表現が再生されているか否かということに着目するのではなく、既存の作品と新たな作品の「全体」として比較したうえで侵害の成否を論じる立

明確にするため、この考え方を「作品全体比較説」と呼ぶことにする。

作品全体比較説は、次のような2段階の判断により判断される。第1段階では、原告著作物と被告作品とを比較して、共通要素を抽出する。そして、当該共通要素が、すべて思想、感情、アイデア、事実等表現それ自体ではない部分、または表現上の創作性がない部分といえる場合には、類似性は否定される。もし、共通部分に表現上の創作性がある場合には、第2段階に進む。第2段階では、共通部分を含む「作品」全体から原著作物の本質的特徴が直接感得できるかが判断される。顕著な例が、先ほどから登場している「ドラえもんを探せ」の例であり、作品全体比較説では、巨大なキャンバスに描かれた絵画全体を観察し、そこに原著作物たるドラえもんの絵柄の本質的特徴が直接感得されるかが判断される。

(ii) 二次創作と権利制限規定

このような作品全体比較説をとるメリットは、主に二次創作に対して著作権侵害の成立を否定するツールを用意することにある。原著作物の表現上の本質的特徴が被告作品の全体において「色あせた」かどうかの判断というのは、原著作物の持つ鑑賞的価値が被告作品全体から見てどの程度保存されているか、被告作品の全体には原著作物とは異なる観賞的価値が存在するか、などを総合的に比較衡量しているとみることが可能である。現に市場で取引される作品全体に元の著作物の鑑賞的価値がほとんど残存していないのであれば、その作品が原著作物の市場と競合することはなく、そのような場合には、二次創作者を保護する必要性に比べると、著作権者にとって守るべき利益はごく小さいということもできる。作品全体比較説によると、本質的特徴の直接感得性をそのような利益衡量の場として用いることも可能である。

これに対しては、創作的部分共通説に立っても本稿の考え方に立っても、部分的に見れば著作物の利用を肯定することは十分可能であり、そうであれば

場であるとしている。

いったんは複製・翻案等の存在を肯定し、そのうえで権利制限規定などの検討に移る方が明確であるという批判がされる⁽⁵²⁾。とはいえ、現行の著作権制限規定には、二次創作一般について、作品全体比較説が意図するような衡量を行う場がないとみることも可能であり、そうだとすると作品全体比較説は、創作者の表現の自由を確保し文化の発展を図るためには認めるべきとの立論もありえよう。しかし、最近では、32条1項の引用規定をそのような場として活用すべきという見解も有力になりつつあると思われ、筆者もそのような立場を主張している⁽⁵³⁾。したがって、32条1項の近時の柔軟に解する立場を前提にするなら、作品全体比較説は、判断の明確性を損なうだけで実益がないことになる。

4. 類似性判断の方法（著作物全体観察説）

以上の検討を踏まえると、本稿の考える類似性判断の方法においては、第1段階で、表現上の創作性のある部分に共通点を有するかを判断する。これが認められることは類似性肯定の必要条件であるが、十分条件ではない。次に第2段階においてその著作物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か否かを判断する。第2段階は、既存の著作物と著作物が利用されたと主張されている部分とを、受け手の視点から全体的に観察して比較することによって判断する。この点に特徴があるので、本稿は、この

(52) 上野・前掲注27) 52頁、駒田・前掲注5) 323頁、奥邨・前掲注6) 30頁、横山・前掲注6) 24頁。

(53) 木下・前田・前掲注3) 52頁は、32条1項に言う引用とは「他人の著作物を自己の作品の構成要素として利用すること」と定義したうえで、①原著物とは異なる新たな作品を創造する目的のもと、②他人の著作物をそれに必要な限度にとどまる態様で引用する場合においては、③著作権者の潜在的市場に重大な影響を与えるものでない限り、正当な範囲の引用と考えることができるとし、また、被引用著作物それ自体が享受の対象となっておらず引用作品が被引用著作物と異なるメッセージを届けている場合には、原則、正当な範囲内の引用と考えることができるとしている。

考え方を「著作物全体観察説」と呼ぶことにする（前述のとおり、横山が「直接感得性説」と呼ぶものとはほぼ同内容である⁽⁵⁴⁾）。

第1段階は、江差追分事件最高裁判決の判旨2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」と述べたことに基づくものである。また、第2段階は、判旨1「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」に基づく。

（1）類似性の比較の対象：著作物の概念

（i）著作物とは

（a）著作物の単位

著作権法は著作物を保護するものであるから、類似性は、原告の著作物と類似であるか否かによって判断される。著作物とは文化的所産であり、一定の観賞的価値を受け手に伝え、受け手にそれを知覚・享受させるものであることに照らせば、受け手が独立して鑑賞・享受可能なものでなければならない。また、著作権法は思想・感情そのものではなくその表現のみを保護することに照らすと、それは著作者が現に創作した個別具体的なものでなければならない。したがって、著作物とは、著作者が現に創作した個別具体的なものであって、1個の「作品」（作品中の分離して受け手が鑑賞・享受することが可能な単位を含む）のことをいうと考えられる。

この点に関して、「作品」と「著作物」の概念の違いを強調する見解も存在する⁽⁵⁵⁾。確かに、たとえば数十巻に及ぶ長編漫画を考えた時、その全体のみが「作品」であり、かつそののみが著作物なのだとすると、各コマに登場するキャラクターの絵柄をそのみでデッドコピーしたときに、作品全体から見れば些細

（54） 前掲注29）参照。

（55） 駒田・前掲注35）。

な部分しかコピーしていないので著作権侵害に問えないとするのは不合理である。しかし、社会経済上1つの単位として現に流通するもののみを「作品」として捉える必要はなく、漫画でいえば、全30巻の漫画も1個の「作品」だし、各巻も、各話も、各コマの絵柄も、各コマで描かれるキャラクターの絵柄もどれもが「作品」である。これらは、受け手が分離して鑑賞・享受可能なものであり、それぞれが「作品」でありかつ著作物と見ても差し支えないと思われる。これは特許法でも同じであり、たとえば1個の水素ロケットエンジンを発明したときに、それ全体が一定の課題を解決する具体的手段であって、エンジン全体をクレームすることも当然できるが、その中のバルブシステムも一定の課題を解決する具体的手段といえ、一定の課題を解決する具体的手段である限り、1個の装置の中のどこを切り出してクレームするのも自由なのと同様である。

本稿の見解の特徴は、分離鑑賞・享受可能性に基づいて著作物を定義し、原告作品から任意に著作物を切り出して主張することを原則認めつつも、そこに一定の制約を考えることにある。⁽⁵⁶⁾たとえば、プロ野球カードを題材としたSNSゲームを考えた時に、ゲーム全体も1個の著作物といえるし、その中に登場する「選手カード」の1枚1枚を著作物であるとも考えることもできる。⁽⁵⁷⁾選手カードをゲーム全体から容易に分離して認識し、鑑賞することは可能だからである。同様に、釣りを題材とするSNSゲームにおいて、魚を引き寄せる動作を行う画面の一連の映像である「魚引き寄せ画面」を作品中から切り出して

(56) 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74頁(2008)は、原告が原告作品の一部のみを取り出し、その部分が複製ないし翻案されたと主張することは、当然に許され、独立性がなく他の部分と密接不可分の関係にある部分であっても、なおその部分を取り出し、それが複製ないし翻案されたと主張することができる、とする。本稿と前田の主張には大きな隔たりはないと思うが、「独立性がない部分」でも「当然に」取り出すことができるとの主張には留保を要する。分離して鑑賞できない部分にまで任意に分離を許してしまうと、原告が創作していない著作物を抽象的に観念するのに等しい。

(57) 知財高判平成27年6月24日・平成26年（ネ）第10004号〔プロ野球ドリームナイン〕

著作物であると主張することは許される⁽⁵⁸⁾。しかしながら、その魚引き寄せ画面が持っている特徴、たとえば、「同心円と魚影の位置関係によって釣り糸を巻くタイミングが表現されている点」などを切り出してそれが著作物であると主張することはできない⁽⁵⁹⁾。原告が創作したのは、あくまで現に存在する一連の「魚引き寄せ画面」であり、そこから任意に情報を抽出して、あるいは、任意に画像を抽出してつなぎ合わせて著作物を観念することは、原告が創作していないものを保護することになってしまう。同じように、原告作品が楽曲であるときに、メロディーのみを取り出して著作物であると主張することはできない。音楽は、メロディー・和声、表紙、リズム、テンポといった要素と合わさって初めて成立しているのであり、メロディーだけを分離して鑑賞することはできない⁽⁶⁰⁾。メロディーだけの抽出を許すことは原告が創作した具体的存在とは違う抽象的存在を保護することになってしまう。筆者の理解では、個別具体的な表現のみが保護の対象となるという表現アイデア二分論の帰結として、これらの抽象的存在自体を保護することは許されないと考えられる。

(b) 言語の著作物について

言語の著作物の類似性判断においては、短いフレーズが切り出され、比較されることが多い。たとえば、SMAP大研究事件⁽⁶¹⁾において原告が著作物であると主張していたのは、雑誌のインタビュー記事である。原告の記事はある程度

(58) 知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁〔釣りげータウン2〕

(59) 釣りげータウン2事件控訴審は、「翻案権の侵害の成否が争われる訴訟において、著作権者である原告が、原告著作物の一部分が侵害されたと考える場合に、侵害されたと主張する部分を特定し、侵害したと主張するものと対比して主張立証すべきである。それがまとまりのある著作物といえる限り、当事者は、その範囲で侵害か非侵害かの主張立証を尽くす必要がある。」と述べる。

(60) 東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁〔記念樹〕は、このような判断をしていると理解できる。

(61) 東京高判平成11年5月26日・平成10年（ネ）第5223号〔SMAP大研究〕。引用部分は、東京地判平成10年10月29日判時1658号166頁を引用している。

の長さを持った記事であると考えられるが、その記事の全体が著作物と主張されているわけではなく、「俺、女の子とデートするなら、自転車のカゴにいろんなもの詰めてピクニックに行く…みたいなのがいいな。ベイブリッジがどーのとか、トレンディがこーのとか、そういうのは大嫌い。カタカナよりもひらがなってカンジのつきあいが見たい。」といった個別の部分がそれぞれ著作物であると認められたと理解できる。また、風にそよぐ墓標事件⁽⁶²⁾において、原告が著作物として主張していたのは原告書籍全体であったというよりは、より具体的に書籍中の原告各記述（たとえば、「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」という記述など）がそれぞれ著作物であると主張されていたのだと理解できる。

これらの事件は極めて細かい部分に著作物性を認めたと解しうるが、「表現上の創作性のある部分」それ自体が著作物であるとの前提をとったとみる必要はない。ある長編小説中にオリジナルの俳句が登場すれば、その俳句は当然分離して鑑賞享受できるように、言語の場合は、個々の文や文章がそれぞれ著作物であると見ることに障害は少ない。

一方、SMAP大研究事件では、前掲の著作物性が認められた記述に対し、「ベイブリッジがどーの、夜景の見える洒落たバーがこーのなんていうのは大嫌い。むしろ、公園で日向ぼっこしたり、自転車のカゴにお菓子や弁当をいっぱい詰めてピクニックに行ったり、部屋で二人で料理したり…カタカナよりも“ひらがな”のようなつきあいにこそ安堵感が得られる。」という記述が複製権を侵害していると認められている。これは、デッドコピーからはほど遠い。本稿の立場からは、判決は、前記記事の記述の中にさらに「表現上の創作性のある部分」と呼べるものを見つけ、それと上記記述に共通性があることを根拠に類似性を肯定したと理解されることになる。同じく、風にそよぐ墓標事件⁽⁶³⁾

(62) 知財高判平成25年9月30日判例時報2223号98頁〔風にそよぐ墓標〕。

(63) 地裁判決（高裁も引用）は、「別紙七「一覧表」の「複製」欄に「○」印を付した部分は、被告書籍と原告記事の表現形式が実質的に同一であると認められ、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るということがで

においても、「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」という記述が著作物であり、「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」という記述が侵害とされた。これも決してデッドコピーなどではないので、この短い記述の中の創作的部分の共通性と全体的観察を根拠に侵害を肯定したと考えることになる。

注意すべきなのは、短いフレーズを個別に著作物としている以上、作品中の他の文脈から切り離してフレーズそれ自体として創作性が肯定できるか、アイデアでなく表現といえるかが問われなければならないはずである。交通標語事件⁽⁶⁴⁾での判断がそうであったように、短いフレーズは著作物性が認められない場合が多く、認められてもデッドコピーの類にしか保護が及ばないと考えられる。ところが、上記の事例ではいずれも安易に著作物性と類似性が肯定されているように思える。もし、フレーズそのものではなく、そのフレーズが含まれた章全体などを著作物と捉えているのであれば、フレーズの有する特徴をそれ自体は著作物でなくても、その章を特徴づける表現上の創作性のある部分と捉えることはできると思われる。そうであれば、本稿の考える枠組みを前提にするなら、最終的に類似性を肯定するには、その章に含まれる共通性がない部分も含めた総合考慮が必要であったと指摘できよう。

きるから、複製権の侵害に当たるものというべきである。また、右一覧表の「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、翻案権を侵害するものというべきである。これに対し、右一覧表の「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。」と述べる。上記はあくまで理解の仕方
の1つに過ぎないことは断っておく。

- (64) 東京高判平成13年10月30日判時1773号127頁〔交通標語〕。この事件では、「ボク安心 ママの膝（ひざ）より チャイルドシート」という標語の著作物性が問われた。

(ii) 被告作品中の被疑利用部分

本稿の取る著作物全体観察説の立場によれば、侵害の有無を検討するために比較の対象になるのは、当該著作物が利用されたかが問われている部分（「被疑利用部分」と呼ぶ）であり、全体比較論者が言うところの「作品」の全体ではない。どの範囲を被疑利用部分として特定するかは、著作物の特定と同じルールによるのが妥当であると考ええる。したがって、当事者は、被告作品中の分離して受け手が鑑賞・享受することが可能な部分を切り出して、比較の対象と選ぶことが許される。

作品全体比較説をとるときは、比較の対象として、取引経済上1つの作品として扱われうる範囲までを対象を拡大し、その全体の中で被疑利用部分がいかなる位置を占めているかを考慮することができる。著作物全体観察説においては、そのような考慮は32条1項の引用の抗弁などの中で行うのが明確であると考えられることになる。

(2) 表現上の創作性のある部分の共通性

(i) 濾過テストと二段階テスト

類似性判断の第1段階では、原告著作物と被疑利用部分を対比して両者に共通する要素を抽出する。そして、当該共通要素が、すべて思想、感情、アイデア、事実等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といえる場合には、類似性は否定される。当該共通要素に表現上の創作性がある部分が含まれる場合には、第2段階へと進む。

この第1段階に関し、類似性を判断する手法として、①原告著作物の著作物を判断してから、被疑利用部分に原告著作物の表現上の創作性がある部分が再生されているかを順次判断する手法（二段階テスト）と、②原告著作物と被疑利用部分の同一性を有する部分を抽出し、それが表現上の創作性がある部分に当たるか否かという判断をする手法（濾過テスト）⁽⁶⁵⁾の2つがあるとされ、江

(65) 田村・前掲注27) 48頁、高部・前掲注28) 247頁。

差追分事件最高裁判決の判断手法は濾過テストに近いと指摘されている。⁽⁶⁶⁾表現上の創作性がない部分の共通性をもとに類似性を肯定する誤りを避けるためには、濾過テストの方が妥当であろう。

訴訟の中では、まず、原告は原告著作物と主張するものを特定し、被疑利用部分を特定して、両者の共通箇所を特定したうえで、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と思われる。原告著作物と被疑利用部分に表現上の創作性がある部分で相違点が存在すること、被疑利用部分から原告著作物の本質的特徴が感得できないことは、2段階目の判断において、被告が争点を形成して初めて判断すれば足りるであろう。⁽⁶⁷⁾

(ii) 「表現上の創作性のある部分」判断のための考慮要素

著作権侵害が肯定されるには、著作物と被疑利用部分との共通部分が、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」ではなく、表現上の創作性のある部分でなければならない。

(a) 「表現それ自体でない部分」でないこと

「表現それ自体でない部分」か否かとは、どのように判断されるのであろうか。著作物として保護されるのはあくまで思想・感情の創作的表現である。著作権法においては、表現アイデア二分論が採用されており、著作物として保護されるのは、あくまで個別具体的な表現であって、アイデアではないとされている。表現それ自体でない部分かどうかの判断について、次の2つの観点を指

(66) 高部・前掲注28) 247頁。

(67) 表現上の創作性がある部分の相違点、本質的特徴が感得できないことについて、争点形成責任を超えて被告側が証明責任を負うとする考え方もあると思うが、この点についての結論はひとまず留保したい。なお、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」伊藤慈夫編『知的財産法の要件事実』(日本評論社、2016) 120頁以下は、類似性要件を規範的要件と整理したうえで、表現上の創作性ある要素の利用が評価根拠事実、直接感得性が存在しないことが評価障害事実となると整理している。

摘することができる。⁽⁶⁸⁾

第一に、著作権の保護の対象となるのは、著作物の表現及びそれにより伝達される鑑賞的価値であって、それを通じて受け手に伝達される内容やテーマ・メッセージなどではない。したがって、思想・感情・事実・事件という著作物⁽⁶⁹⁾の伝える内容における共通点は、類似性判断では考慮されない。内容にしか共通点がないとき、その共通点はアイデアであって、表現それ自体ではない部分であるとされる。

第二に、著作物として保護されるのは、個別具体的な表現であるので、著作物と個別具体的なレベルにおいて共通点が認められなければならない。創作者が創作したのはあくまで特定の表現を用いて鑑賞的価値を伝達する個別具体的存在であるから、具体的な点に共通性がないと、著作権者の要保護性を肯定することができない。具体的なレベルで共通点があるときその共通点は表現であるとされ、抽象的レベルでしか共通点がないときも、その共通点はアイデアであるとされる。

この点、著作物は、それが小説であれば、ストーリー・登場人物・セリフ・文章表現などの「構成要素」の組合せによっては、読者に特定の観賞的価値を伝えるものとして構成されている。また、楽曲であれば、旋律、リズム、和音などの「構成要素」の組合せで構成されている。これらの「構成要素」自体は、著作物ではなく、著作物の類似性を基礎づける要素にすぎない。これらの「構成要素」ないしその組み合わせが表現上の部分を構成する。すなわち、「構成要素」ないしその組み合わせに具体的なレベルにおいて共通性があるとき、それはアイデアではなく表現上の部分において共通性があると判断されるのである。

(68) アイデアという言葉の多義性について、前田哲男・前掲注38) 109頁は、「思想、感情若しくはアイデア」とされるものを4つの類型に分類している。

(69) たとえば、江差追分事件最高裁判決は、江差町に関する知見や認識において本件プロローグと本件ナレーションにおいて共有点があっても、それは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過ぎないとしている。

どの程度具体的なレベルの共通点なら表現上の部分とされるかは、その著作物の性質により決まると考えられる。⁽⁷⁰⁾たとえば、小説のストーリーは表現上の創作性のある部分となりうるが、「ネズミが人間の姿になって人間を手術する」というレベルの共通性ではアイデアにおける共通性に過ぎないとされてしまう。⁽⁷¹⁾これは、著作物としての価値は、このような抽象的なストーリーを創作したことにあるのではなく、それを具体化して表現したことにこそ認められるからだと考えられる。また、パズルの著作物のように細部まで定まって初めて価値を持つような著作物の類型の場合、極めて具体的なレベルのみ表現上の部分であると認められることになる。⁽⁷²⁾

-
- (70) この点、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―」著作権法研究30号(2003)146頁は、「著作権で保護されない『アイデア』の範囲は理論的にアプリアリに定まるものではなく、著作者の創作のインセンティブと私人の自由利用とを衡量して決せられるべきものである。」と指摘する。私人の自由利用の観点、(c)で指摘するが、どのレベル具体的な創作に著作物としての価値があり、ゆえにフリーライドだといえるかはその著作物の性質に依存すると思われる。
- (71) 東京地判平成10年6月29日判時1667号137頁〔地獄のタクシー事件〕をもとにしている。この指摘は、もともとは、上野達弘「表現とアイデア」中山信弘ほか編『著作権判例百選〔第4版〕』(2009)5頁による。基本的ストーリーは共通しても細部のストーリー展開は異なる場合、アイデアの段階の共通点に過ぎないと判断としたものとして、知財高判平成17年6月14日判時1911号138頁〔大河ドラマ「武蔵」〕がある。また、イラストにおいて本を擬人化したという点がアイデアとされた例がある。(東京高判平成12年5月30日・平成12(ネ)第464号〔タウンページ・キャラクター〕)一方で、東京地判平成20年1月31日・平成18年(ワ)第13803〔パズル〕では、両端をひっぱったときに結び目ができるひも(糸)を考えさせるパズルにおいて、特定の4種類の形状のひもを選択し組み合わせている点は表現であると認められている。
- (72) 東京地判平成20年1月31日・平成18年(ワ)第13803号〔パズル事件〕では、前掲(注71)の通り、表現であると認められた部分もある一方で、「原告パズルAと被告パズルAに共通する6箇所の交点を持つ糸あるいはひもの形状それ自体は、図形と同一視できるものであるから、この6箇所の交点を持つ糸あるいはひもの形状それ自体を特定の者に独占させることは相当ではなく、これら

(b) 創作性

また、共通する部分が、どんなに個別具体的であって表現上の部分と言わざるを得なくても、それは創作性のある部分でなければならない。創作性は、著作物性を基礎づける要件の一つであり、著作者の何らかの個性が表現されていることであるとされている。著作物性を判断するとき、創作性は、アイデアに係る部分ではなく表現上の部分について判断されるとされているので、当該共通部分がこのような著作物性を基礎づける創作的な部分でなければならないのである。著作物とは、特定の表現を用いて鑑賞的価値を伝達する個別具体的存在であることに照らせば、その著作物の個性を基礎づける個別具体的部分こそがその著作物を特徴づけているといえる。したがって、単に具体的部分で共通性があるだけでは足りず、その具体的部分が著作物の特徴ある構成要素を構成していないといけないといえるのである。

どの具体的部分が著作物を特徴づける構成要素かは、「表現それ自体でない部分」かどうかの判断と同様、著作物の性質によって定まる。論文の著作物において文章表現について創作性を認めなかった裁判例〔ニューロレポート事件⁽⁷³⁾〕があるが、これは学術論文の専門性・正確性が重視され選択の余地が限られているという特質を参酌し、文章の表現が論文の著作物を特徴づける構成要素とはみなしえないと捉えたものと理解する余地がある。

(c) 他者の表現の自由と「表現上の創作性のある部分」

本論文の上記 (a) (b) の分析は、主に著作権者の要保護性をいかに基礎づけるという観点から、「表現上の創作性のある部分」をどのように限定してい

の各系あるいはひもの形状自体を著作物として保護することは相当ではない。」と述べられている。

(73) 島並・上野・横山・前掲注18) 30頁〔横山〕は、創作性の判断では、思想、感情やアイデアなどの創作性でなく、その表現上の創作性に着目しなければならないとする。中山・前掲注18) 75頁も同旨。

(74) 知財高判平成22年5月27日判時2099号125頁〔ニューロレポート〕。

くかというものである。一方、近年有力な「選択の幅」論は他者の表現活動の制約について配慮するという視点を提供しており、類似性判断においては、他者の表現の自由への制約という視点も加味すべきであるといえよう。⁽⁷⁵⁾

いわゆる「選択の幅」説は、創作性の有無は、著作物の構成要素を独占させることが他の創作者の表現活動を不当に制約しないかという観点から、その表現に選択の幅があったか否かにより判断されるという考え方である。⁽⁷⁶⁾ また、裁判例においても、表現形式に制約があるため他の表現が想定できない場合や、表現が平凡かつありふれたものである場合には、個性が表れていないので創作性が否定されるとされている。⁽⁷⁷⁾ この点、前記のニューロレポート事件が文章表現の創作性を否定したのは、今後の論文創作者の表現の自由に配慮して創作性を厳しく判断したとむしろ解すべきなのかもしれない。

また、著作権法保護すべきではないアイデアが著作物の構成要素と一体化している場合には、その共通する部分がいかに個別具体的な部分に認められたとしても、表現上の創作性のある部分に共通性があるとは認められないという「マージャー理論」もこの観点から説明できる。⁽⁷⁸⁾

-
- (75) 上野・前掲注71) 5頁、田村・前掲注27) 18頁が、他の創作者の表現活動への配慮の必要性を指摘する。横山・前掲注50) 302頁は、この点の判断主体としては主に被告と同様の立場に置かれる可能性のある後行の創作者が想定される、横山・前掲注6) 13頁は、原告と競合する表現活動を行う後発の創作者の視点に立って判断は行われると指摘している。また、前田哲男・前掲注38) 114頁は、類似性判断において、先行する著作者の保護と後続する創作者の自由な創作などを適切に調整することが重要であると指摘する。
- (76) 中山・前掲注18) 65頁は、創作性概念を「表現の選択の幅」と捉える方が妥当であるとし、ある作品に著作権を付与してもなお他のものには創作を行う余地が多く残されている場合に創作性があると考えるべきであるとする。
- (77) 東京地判平成7年12月18日知的裁集27巻4号787頁〔ラストメッセージin最終号〕、知財高判平成20年7月17日判時2011号137頁〔ライブドア裁判傍聴記〕など参照。また、島並・上野・横山・前掲注18) 26頁〔横山〕も参照。
- (78) 中山・前掲注18) 72頁は、ある思想の表現方法が相当程度限定されているときは、著作物性が否定されるという結論には、判例・学説上コンセンサスがあり、混同（マージャー）理論と呼ばれるとする。中山はこれを創作性要件の問

そして、著作物性を基礎づける創作的部分がフルセットでそろって初めてそれを「表現上の創作性のある部分」と評価できる場合もある。そのようなときにはそれらすべてが再生されていて初めて表現上の創作性ある部分を利用したと評価され、デッドコピー又はそれに準じるものしか保護されないことになる。交通標語事件⁽⁷⁹⁾はそのような例といえよう。これは短いフレーズは創作的部分がフルセットでそろって初めて同じ個別具体的存在であるとみることができると同時に、他者の表現活動への制約を配慮してこのような判断をしたと解することができる。なおこの議論は、従前「創作性の高低と保護範囲の広狭」という説明をされることが多かったと思われるが⁽⁸⁰⁾、本稿のような説明の方が明快であると考ええる。

(iii) 小括

以上の通り、表現上の創作性のある部分の共通性は、あくまで創作者が現に創作した具体的存在のみを保護するという観点、及び、他の創作者の表現の自由を確保するという観点の両面から求められている。ある共通部分が、表現上の創作性のある部分であるといえるか否かは、これらの観点に基づき判断される。

題であるとしている。

- (79) 東京高判平成13年10月30日判時1773号127頁〔交通標語〕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、それは、「ボク安心」との表現部分と「ママの膝（ひざ）より チャイルドシート」との表現部分とを組み合わせた、全体としてのまとまりをもった5・7・5調の表現のみににおいてである。」としたうえで、「被告スローガンにおいては、「ボク安心」に対応する表現はなく、単に「ママの胸より チャイルドシート」との表現があるだけである。」「被告スローガンを原告スローガンの創作性の範囲内のものとすることはできない」と判断した。
- (80) たとえば、島並・上野・横山18) 前掲注31-33頁〔横山〕、帖佐隆「創作性の高低と保護範囲」中山信弘ほか編『著作権判例百選〔第4版〕』（2009）14頁参照。

(3) 直接感得性の判断

(i) 受け手の視点による直接感得性の判断

表現上の創作性のある部分に共通性が認められたら、第2段階目の直接感得性の判断に進む。第2段階では、原告著作物と被疑利用部分とを全体的に観察し、被疑利用部分に原告著作物が再生されているか、すなわち、原告著作物の表現上の本質的特徴を直接感得できるかを判断する。著作物とは、表現上の創作性ある部分を構成要素とし、一定の観賞的価値を受け手に伝達する具体的表現である。本質的特徴の直接感得性の判断とは、被疑利用部分に、「思想又は感情の創作的表現」である原告著作物と同一のそれが被疑利用部分に再生されているといえるかをチェックする最終段階である。「表現上の創作性のある部分」に高い共通性が認められることは、創作的表現の再生があることを認める必要条件であるが十分条件ではない。なぜなら、「同一の」表現が再生されているといえるには、その機能まで含めて再生されている必要があり、原告著作物がその表現により受け手に伝達している一定の観賞的価値と同一のものが、被疑利用部分からも看取できる必要があると考えられるからである。機能が異なるのであれば、たとえ、創作的部分に共通性が見られたとしても、原告の創作したものとは別の存在であり、それに対して独占権を認める必要は認められない。以上の趣旨に基づけば、直接感得性の判断は、作品の受け手の視点から判断されることとなる。⁽⁸¹⁾

(ii) 直接感得性判断の客観的要素

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、ある程度客観的に絞り込むことができる。すなわち、原告著作物中の表現上の創作性のある部分のうち、どの程度が被疑利用部分に残存しているかが重要な考慮要素となる

(81) 横山・前掲注50) 302頁は原告及び被告著作物を享受する一般的な鑑賞者、横山・前掲注6) 15頁は、主に被告作品を享受する立場にある一般利用者の認識を基準とすると述べる。また、奥邨・前掲注6) によれば、アメリカでは「通常の観察者」が基準となるので、これも同様といえよう。

と考えられる。著作者が現に創作した個別具体的な表現のみを保護するという著作権法の原則に照らして、同様の具体的手段を用いていなければ原告の創作したものを利用しているとは評価できないと考えられる。裁判例においても、表現上の創作性がある部分における原告著作物と被告作品の被疑利用部分との間の違いが大きい点が、まず重視されていると思われる。⁽⁸²⁾ 著作物とは、個別具体的な表現上の創作性のある部分が組み合わせられて一体として形成されているものであるため、創作的部分の一致度が低いことは、類似性を否定する方向に参酌される。また、創作的部分の残存の程度は、単純に量的に見るわけではなく、⁽⁸³⁾ 質的に重要な部分が残存していることは類似性を肯定する方向に働く。

また、小説と映画、写真と絵画といった両者の表現形式の違いも、表現形式が違うことは個別具体的な共通性を低下させることになるので、類似性を否定する方向に参酌される要素となると考えられる。⁽⁸⁴⁾ 江差追分事件においても、ノンフィクションのプロローグがテレビ番組のナレーションと表現形式が大幅に変更されている点が、本質的特徴の直接感得性を否定する要素として言及されている。

(82) 知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁〔釣りげータウン2〕においては、原告作品及び被告作品における「魚引き寄せ画面」の間の共通点を指摘しながらも（もっともその共通点を表現上の創作性がある部分とは認めていない）、具体的な表現が異なることを指摘することにより、類似性を否定している。東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔雪月花〕では、字体、書体や全体の構成に共通性があるが、墨の濃淡と潤渇等が失われていることが類似性否定の決め手となっているように思われる。大阪高判平成14年6月19日・平成13年（ネ）3226号〔コルチャック先生〕では、2幕17部のうち3部について翻案と認めながら、他が異なることを理由に、本件舞台劇全体が原告著作物の翻案であるとは認められなかった。

(83) 東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁〔記念樹〕は、原告著作物の「楽曲として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にあるというべき」として、旋律以外の和声などの諸要素の相違点を重視しない判断をした。

(84) 表現形式が関係することは、横山・前掲注6) 17頁が指摘している。

(iii) 「観賞的価値」の同一性の判断

これらを踏まえて、原告著作物がその表現により受け手に伝達している一定の観賞的価値と同一のものが、被疑利用部分からも看取できるかが判断される。「観賞的価値」というのは、ある著作物が伝える思想や感情といった内容そのものや読者に伝達するテーマや主張ではなく、受け手がその著作物から受ける素朴なレベルにおける印象のことである。⁽⁸⁵⁾ 2つの作品を比べた時にこれは「違う」作品だと多くの人が感じるのであればそれは観賞的価値が異なるし、これは基本的には「同じ」ものであると多くの人が感じるのであれば、それは観賞的価値が同じだということである。

たとえば、悪妻物語事件⁽⁸⁶⁾においては、原告著作物と被告テレビドラマとでは、前半の基本的ストーリーは同一であるが、後半の基本的ストーリー等において相違点があり、原告著作物は、女の自立という主題があるのに対し、被告テレビドラマからはそういう主題が看取できないという違いがあった。しかし、裁判所は、「原告著作物を読んだことのある一般人が本件テレビドラマを視聴すれば、本件テレビドラマは、原告著作物をテレビドラマ化したもので、テレビドラマ化にあたり、夫の帰国以後のストーリーを変えたものと容易に認識できる程度に、本件テレビドラマにおいては、原告著作物における右特徴的・個性的な内容表現が失われることなく再現されている」と述べ、類似性を肯定した。この判断を正当化できるとすれば、テーマは異なっても、被告の作品は、原告が創作した表現に大きく依存して作成されており、基本となる受け手にとって、基本的に同一の鑑賞的価値に基づく判断したと理解することになる。⁽⁸⁷⁾

(85) 裁判例においては、受け手の印象の異同を考慮して類似性を判断しているものも多い。下記の例のほか、東京地判平成10年6月29日判時1667号137頁〔地獄のタクシー〕、東京地判平成14年9月5日判時1811号127頁〔サイボウズ〕、東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁〔記念樹〕など。

(86) 東京高判平成8年4月16日判時1571号98頁〔悪妻物語?〕

(87) もっとも、このような全くテーマの異なる内容に翻案することに対して、差止請求を容認することは、あるいは場合によっては著作権侵害を肯定することす

また、プロ野球ドリームナイン事件⁽⁸⁸⁾においては、野球ゲームにおける「選手カード」の類似性が問題となった。裁判所は、表現上の創作性のある部分に共通性を認めながらも、一部のカードについて受ける印象の同一性を根拠に侵害を肯定し、一部のカードについて受ける印象が異なることを理由に侵害を否定⁽⁸⁹⁾している。これも、鑑賞的価値の異同によって侵害の成否を分けたものと解されよう。

(iv) 直接感得性判断は曖昧か？

なお、創作的部分共通説からは、直接感得性の判断は曖昧だという批判があるかもしれない。しかし、直接感得性の判断に曖昧な部分が残るとしても、類似性判断を2段階に分けることで、むしろ創作的部分共通説より明確な判断手法であることを目指しているといえる。なぜなら、創作的部分共通説とは、「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、原告の創作した「著作物」の再現がそこにあるかという以上の基準を提示していないのに対し、本説は、類似性判断を2段階の作業に分けることを提案するものだけ

ら、表現の自由の観点からは問題がありうるとの立論は傾聴に値するだろう。しかし、原告が生み出した経済的価値の大幅な利用が認められる以上、いったん、著作物の利用はあるとしたうえで、次の比較衡量に進むのが、議論の明確性に資するように思われる。また、同一性保持権の侵害の点も当然のことながら別途問題となる。

(88) 知財高判平成27年6月24日・平成26年（ネ）第10004号〔プロ野球ドリームナイン〕

(89) 裁判所は、中島選手のカードについて「両ゲームの中島選手の選手カードを見ると…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であって、両選手カードは、表現上の本質的特徴を同一にしている」と述べる一方、坂本選手のカードについて、「控訴人ゲームの坂本選手の選手カードにおいては…全体的に落ち着いている印象を与える。これに対し、被控訴人ゲームの坂本選手の選手カードにおいては…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認めるのが相当である。」と述べている。

らである。判断過程を明確にするため、「要素」の共通性があるかをチェックする段階と、「要素」の共通性の程度を評価しつつ最終的な「機能」が同一であるかをチェックする段階との2つに分け、安定性の高い判断を実現しようというのが本説の意図である。これにより整理される部分が少しでもあるのなら、すべてを「創作的表現の再生」というブラックボックスに投げ込むより明確な判断が期待できると思われる。

5. おわりに

本稿では、著作物の保護範囲を画する要件としての類似性について、二次創作の奨励という視点から議論してきた。著作物が現に創作した個別具体的な表現により特定の鑑賞的価値を受け手に伝達するものが著作物であるという理解を前提にすると、当該具体的表現を中心にそれと一定の共通度を持った範囲に認められるのが類似性である。類似性は、著作物とその著作物を利用した部分とを比較して、両者の間の一致点が、その著作物の表現上の創作性のある部分であり、かつ、その利用部分からその著作物の本質的特徴が直接感得できる場合に認められるという、2段階の判断によって行われる。これにより、個別具体的な表現が高い共通度を持ち、かつ、同一の鑑賞的価値を持ったものだけに保護が及ぶようになっている。このことにより、他者がまさに創作した個別具体的な存在を使いさえしなければ、他者の著作物からどれほどの着想を得ようとも、著作権侵害に問われることはないのである。

この考え方は、表現上の創作性のある部分が共通していれば直ちに著作物の

(90) 本稿の積み残した課題は、文化的所産という枠組みでは語りにくい要素を持つ、プログラムの著作物、データベースの著作物についてどう考えるかである。ただ、本稿で示した理論を微修正するのみで適用可能なのではないかとの見通しを現時点では持っている。プログラム著作物の類似性については、田村善之「裁判例に見るプログラムの著作物の保護範囲の確定手法（その1）（その2・完）」知財管理65巻10号1305頁・65巻11号1475頁（2015）参照。

利用を認める立場は取っていない。表現上の創作性のある部分が共通しているというのは、著作物の利用を肯定するための必要条件に過ぎない。著作権法は、鑑賞可能な著作物という個別具体的な存在を保護するものであるので、著作物を特徴づける創作的部分における共通点は必要だが、その一部に共通点があるだけでは、同じ個別具体的な存在とは言えないし、その鑑賞的価値が再現されていなくてもそれは同じ存在とは言えないからである。同じでない存在にまで保護を広げる必要性は、作者のインセンティブという側面と人格的利益の側面のどちらからも肯定することはできないうえ、二次創作者の表現活動を制約し、著作権法の目的とする文化の発展を達成できなくするのみである。

一方で、この考え方は、従来「全体比較論」とされてきたものとも異なる。全体比較論（作品全体比較説）は、著作物が利用されている部分と作品の全体とを比較して、その作品全体中で、著作物の鑑賞的価値がどれほど重要度を有しているかを評価するものといえよう。作品全体比較説は、二次創作の表現の自由を保護する「場」として活用の余地があることは確かである。もし、現に市場で取引される作品全体において元の著作物の鑑賞的価値が重要性を有していないのであれば、それに対して著作権の保護を与えなくても著作権者の失う利益は小さく、一方で、二次創作を保護する必要性は高い。しかし、部分的に見れば著作物の鑑賞的価値を利用していることが認められるのであれば、いったん著作物の複製・翻案等の存在を認めたうえで、比較衡量の結果として侵害の成否を判断する方が判断の明確性・予測可能性という点から優れているといえる。近年は32条1項の引用規定を柔軟に解釈し、そのような利益衡量を十分に行うことができるという見解も提唱されている。そのような解釈論が採用可能なら、全体比較論にはメリットがないことになるだろう。