

# 著作物の保護範囲の確定について

## —著作物の実質的価値の保護へ向けた 著作物の保護範囲の確定基準の再構成—

小 島 喜一郎

序 章 問題の所在

第1章 著作物の保護範囲の確定基準の形成と展開

第1節 旧著作権法下における著作物の保護範囲をめぐる議論の展開

第2節 現行著作権法への全面改正と「著作物の内容及び形式の覚知」

第2章 著作物の保護範囲の確定基準の再構成

第1節 「著作物の本質的特徴の直接感得性」の形成と展開

第2節 「著作物の内容及び形式の覚知」と「著作物の本質的特徴の直接感得性」  
の補完的關係

第3章 著作物の実質的価値の保護へ向けた著作物の保護範囲の確定基準

第1節 判例・裁判例における「著作物の本質的特徴の直接感得性」の位置付け

第2節 著作物の保護範囲をめぐる議論の制度的背景と著作物の実質的価値の  
保護

終 章 創作活動の成果に応じた著作者の保護へ向けて

## 序 章 問題の所在

一般に、いかなる時代においても、また、いかなる国においても、学術・芸術等の文化的所産は、人々の生活を豊かにすると共に、その質的向上をもたらすものである。それ故に、文化の発展が重要な政策課題とされ、その実現が求められることとなる。著作権法はこうした要請に応えるために制定された法制度として位置付けられるものであり、同法も文化の発展

に寄与することを目的とする旨を明記する（著作権法1条）。そして、その目的を達成するための方策の一つとして、著作物の利用に関する独占・排他的権利である著作権（著作権法21条乃至27条）を創設し<sup>(\*)1</sup>、著作権が自己の創作した著作物にもとづく経済的利益を確保する途を用意している<sup>(\*)2</sup>。

ところで、現代社会において、著作物の活用が人々の生活の基盤を形成する必要不可欠なものとなっていることに鑑みると、著作権の排他的効力にもとづいて一般の第三者が不測の損害を被ることのないよう、著作権をめぐる法的安定性が確保されていることが必要となる。そして、こうした要請の一環として、著作権の効力が及ぶ表現の範囲（以下「著作物の保護範囲」とする）を明確に確定できることが求められる<sup>(\*)3</sup>。

著作権法は、著作物の保護範囲を如何に確定するかについては特に規定を設けていないものの、著作権の客体となる「著作物」を「思想又は感情を創作的に表現したもの」と定義し（著作権法2条1項1号）、その利用に対して著作権の効力を及ぼす旨を規定する（著作権法21条乃至27条）<sup>(\*)4</sup>。この点に着目すると、著作物の保護範囲は、実在し、また、直接触れることのできる著作物を基準として定められることとなるため、著作物の保護範囲は社会的事実から予見可能であり、明確に確定できるとする理解も成り立ち得なくはない。

しかし、著作物は、一般に、著作物の保護範囲を示すものとして作成されるわけではなく、前述の著作物の定義規定（著作権法2条1項1号）に表れているように、創作者の思想・感情を表現するものとして作成されるものである。それ故に、著作物と著作物の保護範囲とが一致しない場合も生じるであろうことは想像に難くなく、社会的事実から、著作物の保護範囲を明確に確定することは少なからず困難と言わざるを得ない<sup>(\*)5</sup>。また、著作権法は、著作物と同一性を欠く表現であっても、当該表現に対して著作権の効力を及ぼす可能性があることを明らかにしており（著作権法27条

・28条)、同法自体が著作物の保護範囲を不明瞭なものとする要因を内包している。そのため、著作物と著作物の保護範囲との関係を如何に理解すべきかが、解決されるべき著作権法上の課題として強く認識されることとなる<sup>(\*)6)</sup>。

この問題につき、従来の判例・学説では、著作権法の規定と結びつけられた議論が展開されてきていないこともあり、そこで提唱された著作物の保護範囲を確定するための基準が、評価規範としても、また、行為規範としても有効に機能していないという問題を内包しているように見受けられる。

そこで、本稿では、著作権侵害の成否に関する判断基準を示した最高裁判例の分析を軸に、著作物の保護範囲が如何に把握されているか概観すると共に、判例・裁判例に対する学説の動向を検討した上で、これを基礎に、著作権法の規定を出発点として、著作物の保護範囲を確定する基準について考察する。

(\*)1) 著作権の効力の及ぶ行為態様を「利用」と称し、効力の及ばない態様を「使用」と称するのが一般的とされ(斉藤博『著作権法〔第3版〕』55頁(有斐閣・平成19年=初版・平成12年)参照)、著作権法もこうした区別を行う傾向にあることが認められる。もとより、著作権法はこれ等を区別する概念規定を有しておらず、制度的に裏付けられた分類ではないとの批判も成り立ち得るものの(作花文雄『詳解著作権法〔第3版〕』226頁(ぎょうせい・平成16年=初版・平成11年)参照)、本稿では、慣例に従って両者を区別することとする。

(\*)2) 旧著作権法の起草担当者の筆になる、水野鍊太郎「本邦著作権法ノ沿革」法学協会雑誌20巻8号617頁・629頁(明治36年)においては、著作権が、著作者の経済的利益として位置付けられており、また、現行著作権法(昭和45年法律48号)の起草担当者の筆になる、加戸守行『著作権法逐条講義〔第4訂新版〕』13頁(著作権情報センター・平成15年=初版・昭和49年)も、著作権法を通じて著作権を創設する目的の一つとして、著作者の経済的利益を確保することがある旨を明らかにする。したがって、我が国において、著作権が設けられている趣旨は、著作者の経済的利益の確保にあると見ることができる。

もとより、著作権を著作者の経済的利益に関する権利としてのみ位置付ける

ことが許されるかは議論の余地は少なくない（半田正夫「著作権の一元的構成について」北大法学論集16巻1号（昭和40年）＝『著作権法の研究』173頁以下（一粒社・昭和46年）参照）。しかし、著作権が著作者の経済的利益を保護するという性質を有することは否定できないと考える。

- （\*3） 権利の効力が及ぶ範囲の明確化という問題は、排他的効力を有する著作権以外の知的財産権についても同様に生じてくる。例えば、特許法は、この問題に対応するため、特許権の付与を求める手続の端緒となる特許出願の際に、特許権者（出願人）をして、特許権の効力が及ぶ技術の範囲（特許発明の技術的範囲）を示す書面となる「特許請求の範囲」を作成させるという法制度（特許法36条5条）を採用している。
- （\*4） 著作権法は、著作権の対象となる行為以外についても、著作権侵害と見なす行為を規定し（著作権法113条）、著作権の効力を及ぼすとの立場を採っている。しかし、これ等の規定は、著作物の保護範囲という問題に関して差異を生じさせるものではないため、本稿において、これ等の著作権侵害と見なす行為については特に言及しないこととする。
- （\*5） 前注（\*3）で述べたように、特許法は、特許発明の技術的範囲を明確にするために、特許権者（出願人）に対して、それを示す書面として、「特許請求の範囲」を作成させている。しかし、このような法制度を採用していても、特許発明の技術的範囲をめぐる問題の発生は回避困難な事柄として認識されている。そうすると、このような規定を設けていない著作権法の下では、著作物の保護範囲が不明確とならざるを得ないことは容易に予想されるところと考える。  
 なお、特許発明の技術的範囲をめぐる特許法規定に関する筆者の分析については、拙稿「特許発明の技術的範囲と『特許請求の範囲』との関係についての分析と検討」東京都立大学法学会雑誌45巻1号221頁以下（平成16年）参照。
- （\*6） かねてより、先行著作物を参考に新たな著作物を創作することが行われてきているところ、先行著作物に係る著作物の保護範囲を確定する基準が不明確である限り、こうした創作活動が阻害されることが懸念される。もとより、先行著作物に接する必要を認めない立場もあり得るものの、「情報化社会」と称される現代社会において、先行著作物と接点を持たないことは少なからず困難であり、著しく現実性を欠くと言わざるを得ない。むしろ、著作権法が著作権の存続期間を有限としている等に鑑みると、同法は先行著作物を参考とする創作活動を推奨されるべきものと位置付けているといえる。ここに、著作権の法的安定性の確保という要請が認識されると共に、その一環として、著作物の保護範囲の明確化が求められることとなる。とりわけ、今日では、機能性が重視されるコンピュータプログラムを著作物と位置付ける（著作権法10条1項9号）等、こうした要請がより一層増大しているものと考ええる。

## 第1章 著作物の保護範囲の確定基準の形成と展開

著作権法は文化の発展に寄与することを目的として掲げ、その実現へ向けた方策の一つとして、著作権を創設し、その保護を図ることとしている（著作権法1条）。ここで、著作権が著作物の利用に関する独占・排他的権利として規定されていることに着目すると、著作権法の目的を達成する上で、一般の第三者が不測の損害を被ることのないよう、著作権をめぐる法的安定性を確保することが必要不可欠となる。それ故に、著作物の保護範囲を如何に確定すべきかが解決されるべき著作権法上の重要課題として認識される。

本章では、我が国における著作物の利用に関する統一的な法制度の嚆矢とされる旧著作権法（明治32年法律39号）の下での<sup>(\*)7)</sup>、著作物の保護範囲に関する議論を概観すると共に、旧著作権法の下で培われた理解が、現行著作権法（昭和45年法律48号）への全面改正を経て、どのように位置付けられているかについて、最高裁判例の分析を行うこととする。

### 第1節 旧著作権法下における著作物の保護範囲をめぐる議論の展開

我が国の著作権法の淵源は、出版という印刷による複製に関する権利（版權）を定めた、明治2年の出版條例に求められるとされる<sup>(\*)8)</sup>。明治20年に、出版條例が、出版を取り締まるための制度としての位置づけを明確にされたことを受けて、版權は版權條例で規定されることとなったところ、同條例において、版權は、作者の権利として定められ（版權條例7条）、こうした姿勢はその後の版權法において維持されされた<sup>(\*)9)</sup>。このような歴史的沿革から、著作物の利用を統一的に規制するための法制度として我が国ではじめて整備された旧著作権法（明治32年法律39号）は<sup>(\*)10)</sup>、ベルヌ条約への加盟という目的と相俟って<sup>(\*)11)</sup>、著作権の内容について、「著作

者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定し（旧著作権法1条1項）、この規定にもとづいて著作物の利用を規制することとした<sup>(\*)12)</sup>。

「複製」という用語の一般的な意味を念頭に置くと、この規定の下において、著作物の保護範囲は、著作権の対象となる著作物と同一性を有する表現に限定されると解されるように思われる。しかし、大審院は、旧著作権法施行後の比較的早い時期から、著作物と同一性がない表現も、著作物の保護範囲に含まれるとして、著作権の効力を及ぼす対象とすることを明らかにしており<sup>(\*)13)</sup>、その後もこうした立場を維持してきた<sup>(\*)14)</sup>。

学説も、大審院と同様の姿勢にあることが窺われ、著作物と同一性がない表現に対しても著作権の効力が及ぶことを当然視していた<sup>(\*)15)</sup>。これ等の見解は、まず、著作物を、思想・感情・アイデア等の「内容」と、「形式（表現）」とに分解し、後者を著作権の保護対象とすることを前提とする。そして、著作権侵害の成否を判断する局面においては、後者を「外面形式」と「内面形式」とに区分した上で、著作権の対象となる著作物と、「内容」および「外面形式」・「内面形式」を同じくする表現はもとより、「外面形式」を異にする表現であっても「内面形式」を同じくするものは、当該著作物と同一と解すべきとの方向性を示している<sup>(\*)16)</sup>。したがって、ここに著作権の保護範囲を確定する基準を求めていることを見て取ることができる<sup>(\*)17)</sup>。

旧著作権法は、戦後も、昭和45年の全面改正に至るまで、我が国の著作権制度の中心的役割を担う法令として用いられることとなったため<sup>(\*)18)</sup>、同法の下、最高裁が、著作物の保護範囲を如何に把握するかに関心が寄せられるところ、この点に関する最高裁の姿勢を最も顕著に表しているのが、次の〔1〕である。

〔1〕最判（一小）昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁

【事実の概要】

被上告人 $Y_1$ （被告・被控訴人）が昭和38年頃に作曲し、被上告人 $Y_2$ （被告・非行訴人）へ著作権を譲渡したとする曲（乙曲）につき、上告人（原告・控訴人）Xは、自己が著作権を保有する曲（甲曲）の複製物であると主張して、複製権侵害にもとづく損害賠償を求めて本件訴えを提起したところ、第一審・原審はいずれもX請求を棄却した。

【判旨】 上告棄却

「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきであるから、既存の著作物と同一性のある作品が作成されても、それが既存の著作物に依拠して再製されたものでないときは、その複製をしたことにはあたらず、著作権侵害の問題を生ずる余地はないところ、既存の著作物に接する機会がなく、従つて、その存在、内容を知らなかつた者は、これを知らなかつたことにつき過失があると否とにかくかわらず、既存の著作物に依拠した作品を再製するに由ないものであるから、既存の著作物と同一性のある作品を作成しても、これにより著作権侵害の責に任じなければならないものではない」と述べた上で、乙曲が甲曲に依拠して作成されたとは認められないとして、Xの上告を棄却した。

上記のように、〔1〕は、旧著作権法における「複製」を、「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製すること」と定義している。ここで、著作物を「内容」と「形式」に区分し、それを手がかりとして著作物の保護範囲を確定するという枠組が、前述のように、学説において提示されてきたものであることに鑑みると、〔1〕は、それまでの大審院判例・学説の理解を維持することとし、著作権の効力は著作物と同一性ある表現に及ぶことを基調としつつも、著作物と同一性が

ない表現に対しても著作権の効力を及ぼすことを許容し、著作物の保護範囲を「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて確定することを明らかにしたと解することができる<sup>(\*)19)</sup>。

もとより、〔1〕は、著作権侵害の成立要件の一つとされる「依拠」の有無に関する争点について具体的判断を示したものである。それ故、この点にのみ最高裁判決としての先例的意義があると解すべきであり、著作物の保護範囲に関する同判決の説示は、いわゆる傍論と見るのが素直である<sup>(\*)20)</sup>。しかし、旧著作権法の下において、著作物の保護範囲を如何に確定すべきかという問題に関する最高裁としての立場を明らかにし、著作物の保護範囲の確定基準に関する議論の一つの節目を形成したと見ることができる<sup>(\*)21)</sup>。

もっとも、旧著作権法の全面改正を受けて制定された現行著作権法（昭和45年法律48号）は、著作権の内容に関する規定を、旧著作権法のそれから大きく変更している。そのため、旧著作権法の下で培われてきた、「著作物の内容及び形式の覚知」という著作物の保護範囲に関する確定基準も、それに併せて見直す必要が生じてくる。そこで、次節では、著作権の内容に関する規定の改正を概観しつつ、著作物の保護範囲を確定する基準について、現行著作権法がいかなる姿勢にあると解されるか、また、同法の下で、著作物の保護範囲に関する議論がいかなる変遷を辿ったか見ていくこととする。

## 第2節 現行著作権法への全面改正と「著作物の内容及び形式の覚知」

旧著作権法（明治32年法律39号）の下において、大審院および学説は、著作権の対象となる著作物と同一性がない表現も著作物の保護範囲に含まれる場合があるとの立場を明らかにし、最高裁も、〔1〕において、こうした姿勢を維持することを明らかにすると共に、旧著作権法における「複製」を、「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足り



るものを複製すること」と定義し、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて著作物の保護範囲を確定すべきとの立場を明らかにした（前節参照）。

もっとも、旧著作権法から現行著作権法（昭和45年法律48号）への全面改正の際に、著作権の内容に関する規定が大きく変更され、著作物の保護範囲をめぐる議論の前提が異なるものとなっている。

前節で述べたように、旧著作権法は、著作権の内容について、「著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定し（旧著作権法1条1項）、「複製」という概念のみを通じて、著作物の利用を包括的に規制する法制度を採用した。この規定の下で、大審院および学説は、著作権の保護を充分なものとするため、「複製」の意義をその本来の意味よりも広く捉え、著作物の各種利用行為を旧著作権法規定の「複製」としていた<sup>(\*)22)</sup>。著作物の保護範囲に関する上記理解もこの延長線上にあると言える<sup>(\*)23)</sup>。

しかし、このような姿勢は、「複製」という用語が持つ本来の意味からかけ離れたものである<sup>(\*)24)</sup>。また、旧著作権法において、「複製」の意味内容に関する定義規定を設ける等の措置が採られていなかったこともあり、いかなる行為が著作権侵害となるかが不明確であるとの問題が認識されていた<sup>(\*)25)</sup>。そのため、旧著作権法から現行著作権法への全面改正においては、この問題の解決を図ることが目指され、諸外国の法制度を参考にしつつ、著作物の利用態様を整理し、著作権の内容を具体的に明確にすることとした。その成果として、現行著作権法（昭和45年法律48号）は、我が国における著作物の利用の実情に即して、複製権（著作権法21条）から翻案権（著作権法27条）に至る各支分権を「著作権に含まれる権利」とし、これ等の支分権の総体として著作権を位置付けている（著作権法17条1項）<sup>(\*)26)</sup>。

著作権の内容の明確化という趣旨は、旧著作権法から引き続き用いられている概念である「複製」において顕著であり、現行著作権法は「複製」

の意義を明確にし、その本来の意味に則って「有形的に再製すること」と定義している（著作権法2条1項15号）。また、現行著作権法施行後の一部改正において導入が図られた各種の支分権も、著作権の内容の具体的明確化という趣旨に則って創設されているものと理解されており<sup>(\*)27)</sup>、この趣旨は現在においても維持されていることを見て取ることができる。

このように、現行著作権法は、著作権を著作物の利用に関する包括的な権利として規定せずに、各支分権ごとにその内容を規定し、各支分権の総体として著作権を位置付けている。そのため、現行著作権法の下における著作権侵害の判断は、各支分権ごとに、それぞれの規定に則してなされることとなる。これに伴い、著作物の保護範囲についても、各支分権ごとに分析する必要があるが生じてくる<sup>(\*)28)</sup>。

そこで、著作権を構成する支分権を、著作物の保護範囲という視点から分類すると、大きく二つの類型に分けることができる<sup>(\*)29)</sup>。

第一は、複製権（著作権法21条）から貸与権（著作権法26条の3）までの各支分権であり、これ等は著作物の同一性を保持したまま利用することを前提とする行為に関する権利と読むのが素直である。したがって、この類型に属する支分権に関する著作物の保護範囲は、著作物と同一性ある表現に限定されると解されることから、それは権利対象である著作物から容易に確定されることとなる。

第二は、翻案権（著作権法27条）であり、その一般的意味から明らかなように、著作物に改変を加えること、もしくは、それを前提とする行為に関する支分権である。それ故に、翻案権の効力は、著作物と同一性のない表現にまで及ぶことになるとの理解が導かれることとなる。もっとも、どの程度の同一性が保たれている場合を翻案とし、どの程度の相違がある場合に別個独立した著作物を創作したと解するのかについて、現行著作権法は特に規定を設けていないため、翻案権に関して、著作物の保護範囲は不明確であると言わざるを得ない。

以上から、著作権全体について見ると、現行著作権法は、著作権の効力が及ぶ利用態様の明確化を図っているといえるものの、著作物の保護範囲を明確にしているとは言い難く、著作物の保護範囲をめぐる法的安定性の確保は未解決の課題として残されている。ここに、あらためて、著作物の保護範囲を如何にして確定すべきかという問題が解決されるべき課題として認識されてくることとなる。

この問題について、学説では、現行著作権法施行後に示された〔1〕を受けて、現行著作権法の下における著作物の保護範囲は、〔1〕が示した「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて確定されるとの理解が示されている<sup>(\*)30)</sup>。この理解は、旧著作権法の全面改正において設けられた、著作権の内容に関する現行著作権法の規定が、著作権の利用態様の明確化を図るに止まり、著作物の保護範囲については、個々の支分権については格別、著作権全体として見るならば、明確化へ向けた規定を特に設けていないことを基礎とするものと考ええる。

この問題について、最高裁は暫くその立場を明らかにしてこなかったものの、次の〔2〕においてその立場を明らかにした。

〔2〕最判（一小）平成9年7月17日民集51巻6号2714頁

#### 【事実の概要】

昭和4年（1929年）以来、新聞紙上で連載されている一話完結形式の漫画の著作権を有する被上告人X（原告・被控訴人）は、上告人Y（被告・控訴人）の販売に係るネクタイの図柄（本件図柄）が同漫画の登場人物の複製であると主張し、複製権侵害を理由とする当該ネクタイの販売差止と本件図柄の抹消を求めて、本件訴えを提起した。第一審・原審はいずれも、本件図柄はX漫画の登場人物の複製物であり、複製権を侵害するとして、Xの差止・抹消請求を認容した<sup>(\*)31)</sup>。

【判旨】 第一審破棄，請求棄却

「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいう」と〔１〕を引用しつつ述べた上で、本件図柄はX連載漫画第１回作品の複製であるとした。もっとも、結論としては、第１回作品の著作権は平成２年５月２１日の経過をもって満了していることから、本件図柄の差止・抹消請求は許容されないとして第一審判決を破棄し、X請求を棄却した。

著作物の保護範囲に関する問題に関する〔２〕の特徴は、旧著作権法の下で培われた「著作物の内容及び形式の覚知」という著作物の保護範囲の確定基準を、現行著作権法下においても維持する姿勢を示したところにある。

もとより、〔２〕は、著作権一般に関する著作物の保護範囲の確定基準を示したのではなく、現行著作権法の下における「複製」の意義を明らかにし、複製権にもとづく著作物の保護範囲についてのみ判示したと見ることもできなくはない。しかし、〔２〕が引用する〔１〕は、前述のように、旧著作権法の下における「複製」を定義したものであり、旧著作権法において、「複製」は著作物の利用を包括的に規制するための概念として位置付けられているものである（前節参照）。この点を考に入れると、〔２〕は、複製権から翻案権へ至るまでの各支分権ごとに著作物の保護範囲を確定するという姿勢をとらず、その全てについて、「著作物の内容及び形式の覚知」という共通する基準にもとづいて著作物の保護範囲を確定すべきとの立場を示したと受け止めざるを得ない<sup>(\*)32)</sup>。

ところが、最高裁は、〔１〕を示した後に、「著作物の内容及び形式の覚知」とは異なる基準を採用する方向性を示唆し、〔２〕の後に、このことを明らかにする判断を示した。そこで、章を改めた上で、こうした著作物

の保護範囲の確定基準に対する最高裁の姿勢の変化について概観していくこととする。

- (\*7) 水野・前掲注(\*2) 620頁および628頁からは、後述の著作権法やその他の著作物の利用に関する諸法令を統一したものとして旧著作権法を位置付けていることを窺うことができる。
- (\*8) 水野・前掲注(\*2) 619頁参照。なお、出版條例より前の出版に関する法制度の状況については、作花・前掲注(\*1) 48頁以下参照。
- (\*9) 水野・前掲注(\*2) 619頁および625頁以下参照。なお、一般に、著作権法制度は、印刷技術の向上および普及に伴い出版業者間に生じた利害対立の調整を目的とする法制度を出発点としていたようである、こうした歴史的沿革から、複製に関する独占・排他的権利である「複製権」を中心として構成される傾向にあることは、我が国に限られたことなく、同様のことは大陸法についても当て嵌まるようであり、著作権制度の歴史的形成過程に関する分析として、阿部浩二「著作権法前史(一)(二完)」岡山大学法経学会雑誌28号65頁・31号71頁(昭和34年)参照。また、英米法についても同様の指摘が見られ、英国法につき、白田秀彰『コピーライトの史的展開』19頁以下(信山社・平成10年)、米国法につき、同・207頁以下参照。
- (\*10) 前注(\*7) 参照。
- (\*11) 水野・前掲注(\*2) 628頁は、我が国の著作権法につき、ベルヌ条約への加入を前提に、当時の欧州各国において認められた考え方にもとづいて制定したことを明らかにする。
- (\*12) 旧著作権法は、同法1条2項において、著作権に翻訳権を包含する旨を明らかにしており、同条1項の規定のみにより著作物の利用を規制する姿勢にはないとする見解も成り立ち得なくはない。しかし、起草担当者の講演録では、翻訳は他人の思想を他国の言語で書くに過ぎず、新たに翻訳者の思想を表すものではないとされ(水野鍊太郎「著作権ノ性質ニ就イテ」法学協会雑誌21巻9号1240頁(明治37年)参照)、原著物と翻訳物とが同一の表現であると理解されている。そのためか、著作物の保護範囲の一般論は、後述のように、同条1項の解釈の問題として位置付けられていたことが窺える。
- (\*13) 旧著作権法施行後から比較的近い時期に示された大審院判例である、大判明治37年4月21日刑録10輯848頁は、「著作権法第1条に所謂複製トハ原著物ト全然同一ナルモノヲ再製スル行為ノミヲ云ウに非ズ。原著物ノ枝葉ニ於イテ多少ノ修正増減ヲ加フルモ、其趣旨同一ナル程度ノモノヲ作成スル行為モ亦包含ス」と述べ、著作物と同一性がない表現に対しても著作権の効力を及ぼす場

合があることを明らかにしている。

- (\*14) 大判昭和10年5月24日刑集4巻560頁は「著作権法ニ所謂複製トハ・・・其ノ枝葉ニ於テ多少ノ修正増減アルモ、人ヲシテ原作ノ再製ナリト感知セシムル場合モ亦複製タルヲ失ハズ」と述べ、前掲注(\*13)大判明治37年4月21日と同様に、著作物と同一性がない表現に対しても著作権の効力を及ぼす方向性を明らかにしている。
- (\*15) 末川博「出版契約論(1)」法学論叢6巻2号1頁・26頁(大正10年)、榛村専一『著作権法概論』179頁(巖松堂・昭和11年=初版・昭和8年)、勝本正晃『日本著作権研究』149頁(巖松堂・昭和15年)、城戸芳彦『著作権法研究』173頁(昭和18年・新興音楽出版社)、小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈』144頁(昭和33年)、山本桂一『著作権法』91頁(有斐閣・昭和44年)は、いずれも、著作物が改変する、もしくは、改変して利用する行為にも、著作権(複製権)の効力が及ぶものとし、著作物と同一性がない表現も著作物の保護範囲に含まれるとの立場を明らかにする。なお、起草担当者の理解については、前注(\*12)参照。
- (\*16) 末川・前掲注(\*15)25頁、榛村・前掲注(\*15)64頁、阿部浩二「著作権の基礎構造—序説—」勝本正晃先生還暦記念『現代私法の諸問題(下)』625頁・644頁(有斐閣・昭和34年)。
- (\*17) 末川・前掲注(\*15)25頁以下はこうした理解を最も明確に示している。また、前注(\*15)に掲げた各論稿も同様の立場にあるものと解される。  
     なお、著作物を「内容」と「形式」に峻別することを出発点に、著作権侵害の成否を判断する手法に関する歴史的沿革を詳細に分析したものとして、半田・前掲書注(\*2)14頁以下、古沢博「他人の著作物の利用に関する著作権法上の諸問題」獨協法学9号19頁・22頁以下(昭和52年)がある。
- (\*18) 現行著作権法の施行後も旧著作権法が機能することは少なくない。近年では、映画の著作物に関する著作権の存続期間につき、現行著作権法の規定によるよりも、旧著作権法の規定によるほうが長くなる場合には、後者の適用があること(著作権法附則7条)を受け、旧著作権法の適用による保護を求めることが少なくない。このような主張がなされた例として、東京地判平成19年8月29日(平成18年(ワ)第15552号)等がある。
- (\*19) 〔1〕においては、著作物を「内容」と「形式」とに分解されるのみで、後者を「外面形式」と「内面形式」とに区分されていないこと、また、「既存の著作物と同一性のある作品が作成されても」と述べられていることに着目すると、〔1〕が同一性がない場合を想定していないように見受けられなくもない。しかし、〔1〕の調査官解説である、小酒禮「判解」法曹時報33巻10号2760頁・2764頁が、改変が行われた場合も「複製」に含めることを前提としており、同2771頁注9が、「形式」を「外面形式」と「内面形式」とに区分し、「外面形式」が

異なる場合であっても「内面形式」を同じくする場合には「同一性」があると理解する旨を述べていることに鑑みると、本文で述べたように、〔1〕は著作物と同一性がない表現に対しても著作権の効力を及ぼすことを許容することを明らかにしたと解すべきと考える。

- (\*20) 岡邦俊『続・著作権の法廷』120頁（ぎょうせい・平成8年）、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』61頁（有斐閣・平成13年＝初版・平成10年）。
- (\*21) 裁判官の筆になる、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判時1595号20頁・28頁（平成9年）、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系（27）知的財産関係訴訟法』117頁・119頁（青林書院・平成9年）は、いずれも、〔1〕を、旧著作権法における「複製」の意義を明らかにしたものと理解しており、同判決が裁判官へ与えた影響の大きさと、裁判官における同判決の位置づけを見ることができ  
る。
- (\*22) 例えば、勝本・前掲注（\*15）149頁、小林・前掲注（\*15）144頁は、新たに表現を作出する行為ではない、複製物の頒布等も、「複製」の概念に含めることを明らかにする。この点に関する、議論を整理したものとして、山本・前掲注（\*15）88頁以下参照。
- (\*23) 前注（\*15）参照。
- (\*24) 榛村・前掲注（\*15）177頁以下は、原著作物を覚知させる有形物を作出することのみを「複製」と理解すべきとしつつも、著作権の保護を十全なものとするために「複製」の意味を広く捉える必要性を述べており、旧著作権法の下において、既に、「複製」の用語を逸脱した用いられ方がなされ、その結果、著作権の内容の不明確性が問題視されていたことが窺える。
- (\*25) 現行著作権法への改正の際に、このような問題意識が存在していたことを明らかにするものとして、国立国会図書館調査立法考査局『著作権法改正の諸問題 ―著作権法案を中心として―』88頁（昭和45年）参照。
- (\*26) 現行著作権法への改正過程において、こうした趣旨が示されていたことについては、国立国会図書館調査立法考査局・前掲注（\*25）89頁以下参照。また、こうした趣旨が維持され、この下に、現行著作権法が制定されたことについては、加戸・前掲注（\*2）177頁参照。
- (\*27) 現行著作権法の一部改正を通じて導入が図られた各支分権も、利用技術の多様化への対応して加えられてきたものとされている（齊藤・前掲注（\*1）165頁参照）。
- (\*28) 著作物の保護範囲の問題を検討する際に、各支分権を区別する実益はないとする考え方も成り立ち得る（田村・前掲注（\*20）47頁参照）。とりわけ、著作物の創作もしくは利用を目指す際には、他者の著作権を侵害するか否かが主な関心事であり、著作支分権のいずれを侵害するかは重要な事柄とならない場合

が少なくないことに鑑みると、こうした考え方は馴染みやすいといえる。

しかし、著作権法は、支分権ごとに処分することが可能であることを前提とし（著作権法61条2項）、支分権ごとに権利の主体が異なる場合があることに鑑みると、この理解には限界があると考ええる。また、各支分権の根拠規定が異なる以上、支分権の違いは訴訟物の違いとして顕在化することとなるため、民事訴訟が処分権主義を基本原則とすることに鑑みると、裁判実務においては、各支分権ごとに著作権の保護範囲を分析する必要性が認識されるものと考ええる（西田・前掲注（\*21）126頁、高部眞規子「著作権侵害訴訟の要件事実」西田美昭＝熊倉禎男＝青柳吟子『民事弁護と裁判実務8・知的財産権』586頁・543頁（ぎょうせい・平成10年）参照）。

もっとも、裁判例においても、支分権のいずれかではなく、「著作権」の侵害として審理が進められている場合があり（東京地判昭和52年11月14日無体裁集9巻2号717頁参照）、上記の問題が常に意識されているわけではないことを窺わせる。また、裁判官においても、各支分権ごとに別個の訴訟物とすることを疑問視する見解が示されている（森義之「著作権侵害訴訟における訴訟物について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系（26）』363頁・368頁（新日本法規・平成11年）参照）。

- (\*29) 以下の分類については、半田『著作権法概説〔第12版〕』126頁（法学書院・平成17年＝初版・昭和49年）、作花・前掲注（\*1）258頁参照。
- (\*30) 〔1〕の調査官解説の小酒・前掲注（\*19）2764頁は、同判決が現行著作権法の解釈についてもそのまま妥当する旨を述べる。また、同判決の評釈である、半田正夫「判批」昭和53年重要判例解説288頁・289頁、および、石黒一憲「判批」法学協会雑誌98巻7号988頁・993頁も、現行著作権法において〔1〕が先例的意義を有するとの理解を示している。

もっとも、橋本・前掲注（\*21）28頁、西田・前掲注（\*21）120頁は、現行著作権法における〔1〕の先例的意義を認めつつも、前者は、著作物の保護範囲を確定する基準として疑問を呈しており（橋本・前掲注（\*21）同31頁参照）、後者は、現行著作権法における複製権に関する基準としての意義に限定しようとする姿勢が示されている（西田・前掲注（\*21）130頁参照）。こうした点に鑑みると、論者により、現行著作権法における〔1〕の先例的意義に対する姿勢に、少なからず温度差があることが認められる。

- (\*31) 本件訴訟においては、本文で示した本件図柄の差止・抹消請求の他、著作権侵害にもとづく損害賠償請求等も争点とされると共に、〔2〕では、二次的著作物に係る著作物の保護範囲等についても判断が示されている。
- (\*32) 〔2〕が、著作物の保護範囲を「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて確定するとの姿勢を示したことに対する賛否とは別に、現行著作権法が「複製」を「有形的に複製すること」と定義している（著作権法2条1項



15号)にも関わらず、旧著作権法における「複製」の定義を現行著作権法の下においても用い、複製権にもとづく著作物の保護範囲を、著作物が改変された場合にまで及ぼすことを許容することの趣旨は検討されるべき事柄と思われる。

この点につき、現行著作権法の定義規定が設けられた趣旨が、著作権の効力の及ぶ利用態様の明確化という点にあることに鑑みると、著作物が改変され、著作物と同一性がない表現に関しては、翻案権により対応するのが素直であり、複製権の行使を許容する必要性はないように見受けられる。

しかし、複製権侵害訴訟において、権利侵害の疑いのかけられている表現と著作物との同一性が認められないものの、著作権侵害を否定するほどには相違がなく、著作権行使を許容する必要があると認められる場合に、このような理解の下では、複製権侵害と共に翻案権侵害が主張されていない限りは、弁論主義の適用を受けて、請求棄却と判断せざるを得なくなり(西田・前掲注(\*21)126頁参照)、結論の妥当性に疑問が生じてくることとなる。この問題を回避するための対応の一つとして、釈明権の行使(民事訴訟法149条)を通じて、著作権者に対して翻案権の主張を促すことが考えられるものの(西田・前掲注(\*21)126頁参照)、さらなる安全策として、上記のように、複製権にもとづく著作物の保護範囲を、著作物が改変された場合にまで及ぼすことを許容する必要性が認識されるものと推測される。また、こうした結論の妥当性に対する裁判所の要請と共に、現行著作権法における翻案権の限界が視野に入れられている可能性も指摘され得る。この点については、後注(\*39)参照。

## 第2章 著作物の保護範囲の確定基準の再構成

著作権は著作物の利用に関する独占・排他的権利として規定されていることから、著作物の保護範囲を如何に把握すべきかが一つの問題となる。この問題につき、最高裁は、旧著作権法(明治32年法律39号)の下において、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて著作物の保護範囲を確定する姿勢を示すと共に、現行著作権法(昭和45年法律48号)の下においても、この基準を維持することを明らかにした(前章参照)。しかし、他方で、最高裁はこれと異なる基準を用いる可能性を示唆すると共に、その後、そうした姿勢を明確にする判断を示した。本章では、こう

した著作物の保護範囲の確定基準に対する最高裁の姿勢の変遷過程を辿りつつ、最高裁が姿勢を変化させた背景について分析していくこととする。

### 第1節 「著作物の本質的特徴の直接感得性」の形成と展開

旧著作権法（明治32年法律39号）は、著作権の内容につき、「著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定していたところ（旧著作権法1条1項）、この規定の下において、大審院判例・学説は、著作物と同一性がない表現に対しても著作権の効力が及ぶものと理解していた。最高裁も、前述の〔1〕において、こうした理解を支持すると共に、旧著作権法所定の「複製」を、「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製すること」と定義した上で、これに則って著作物の保護範囲を確定しようとする姿勢を示した。さらに、現行著作権法（昭和45年法律48号）の下においても、この「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて著作権侵害の判断を行うことを〔2〕で明らかにした（前章参照）。

ところが、最高裁は、〔1〕を示した後まもなくして、これと異なる基準にもとづいて著作物の保護範囲を確定することを前提とする判断を、次の〔3〕で示した。

〔3〕最判（三小）昭和55年3月28日民集34巻3号244頁

#### 【事実の概要】

被上告人Y（被告・控訴人）は、上告人X（原告・被控訴人）の撮影に係るカラー写真の一部を切除して白黒写真にし、自動車タイヤの写真を合成したモンタージュ写真を作成した上で、写真集等において発表した。これに対し、Xは、Yによるモンタージュ写真の作成が、旧著作権法が規定する著作者人格権の一つの同一性保持権（旧著作権法18条3項）を侵害するものであると主張し、謝罪広告

と慰謝料の支払いを求めて訴えを提起した。第一審はX請求を認容したものの、原審はYの行為を正当な引用(旧著作権30条1項2号)であるとして、第一審判決を取消し、X請求を棄却した。

【判旨】 原判決破棄差戻

旧著作権法30条1項2号の「引用」の要件について一般論を展開した上で、Yモンタージュ写真から、X写真の本質的特徴を直接感得できることを理由に、Yモンタージュ写真の作成はX写真についての同一性保持権を侵害する改変であるとし、Yモンタージュ写真がX写真を引用するものと言えない旨を上記一般論に従って判断して、原判決を破棄し、原審に差戻した。そして、傍論として、「自己の著作物を創作するにあたり、他人の著作物を素材として利用することは勿論許されないことではないが、右他人の許諾なくして利用することが許されるのは、他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させないような態様においてこれを利用する場合に限られる」と述べた。

この〔3〕の判旨からは、最高裁が、著作物の保護範囲を確定する際に、旧著作権法の下で培われてきた「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を用いるのではなく、「著作物の本質的特徴」を感得できるか否かを基準とする方向性にあることを見て取ることができる。

もとより、〔3〕は旧著作権法に関する事件であり、現行著作権法の下における著作物の保護範囲を確定については、〔3〕が示された後に、前述の〔2〕において、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづくことを明らかにしている<sup>(\*)33)</sup>。したがって、現行著作権法の下における著作物の保護範囲の確定基準に関しては、〔2〕が最上級裁判所の判断としての先例的意義を持つと解するのが素直であり、〔3〕自体は何ら法的な影響力を持つものではない見のが相当である。

そもそも、〔3〕は、著作者人格権の一類型である同一性保持権（旧著作権法18条3項）の侵害の成否が争われた事案であり、著作権侵害の成否が争点となったものではない。〔3〕の具体的判断においても、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準は、同一性保持権侵害の判断枠組として用いられていることが認められる。それ故に、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準について述べた上記判示部分が、著作権侵害の成否に関する判断基準に関する先例的意義を有すると解するのは少なからず困難である<sup>(\*)34)</sup>。

しかし、下級審裁判例においては、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準によらず、〔3〕で示された「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準にもとづいて著作物の保護範囲を確定しようとする姿勢が、〔3〕以前から示されている<sup>(\*)35)</sup>。また、同様の立場にあると解される裁判例が、〔3〕以降にも<sup>(\*)36)</sup>、さらには、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を現行著作権法の下でも維持すること判示した〔2〕が示された後にも、少なからず見受けられる<sup>(\*)37)</sup>。とりわけ、こうした傾向は、翻案権侵害の成否を判断することが求められた下級審裁判例において強く窺える<sup>(\*)38)</sup>。

そのため、これ等の下級審裁判例を受け、最高裁がいかなる対応を採るかに関心が寄せられるところ、最高裁は、次の〔4〕において、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準に対する姿勢を明らかにした。

〔4〕最判（一小）平成13年6月28日民集55巻4号837頁

#### 【事実の概要】

上告人Y（被告・控訴人）等が、被上告人X（原告・被控訴人）の執筆した書籍に依拠して、テレビ番組を製作・放送したところ、Xは、当該テレビ番組のナレーションがX書籍に収録された短編のプロローグを翻案したものであると主張し、翻案権等の侵害を理由

とする損害賠償を求めて訴えを提起した。第一審および原審は、YナレーションからXプロローグの表現形式上の本質的特徴を直接感得できるとして、本案権等の侵害を認め、X請求を認容した。

【判旨】 原判決破棄・第一審判決取消・請求棄却

「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。そして、著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから（同法2条1項1号参照）、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体で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、Yナレーションのうち、Xプロローグと同一性を有する部分は、表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分であり、Yナレーションの表現からX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して、翻案権侵害等の成立を否定し、X請求を棄却した。

この〔4〕から明らかなように、最高裁は、著作権法が定める「翻案」（著作権法27条）の意義を、「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」と定義し<sup>(\*)39)</sup>、「著作物の本質的な特徴」を直接感得できるか否かにもとづいて、翻案権の成否の判断をするという基準を採用することを明らかにした。そして、翻案権の性質上、同権利の効力の及ぶ範囲は著作権の効力の及ぶ範囲の外縁を画するものとなることに鑑みると、著作物の保護範囲を確定する枠組として、「著作物

の本質的特徴の直接感得性」という基準を導入したと解するのが素直であり<sup>(\*)40)</sup>、〔3〕以降に認められる下級審裁判例の流れを支持したものといえる。

もっとも、前述のように、最高裁は、〔4〕以前に示された〔2〕において、著作物の保護範囲を確定する枠組につき、「著作物の内容及び形式の覚知」という〔1〕により確認された旧著作権法の下での基準を、現行著作権法の下でも踏襲することを明らかにしている。そうすると、最高裁は、何故に、著作物の保護範囲を確定する枠組として、「著作物の内容及び形式の覚知」とは別に、「著作物の本質的な特徴の直接感得性」という基準の導入を図ったのか、また、最高裁がこれ等の二つの基準の関係をどのように理解しているかが疑問として浮かび上がってくる。そこで、次節では、これ等の点について分析を進めていくこととする。

## 第2節 「著作物の内容及び形式の覚知」と「著作物の本質的特徴の直接感得性」の補完的關係

著作権をめぐる法的安定性の確保という要請から、著作物の保護範囲を確定する基準の明確化が求められるところ、この問題につき、最高裁は、〔2〕において、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を導入することを明らかにした（第1章参照）。しかし、その一方で、〔4〕では、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準の導入を図った（前節参照）。そのため、両者の関係をいかに理解すべきかが一つの検討課題となる。

まず、両判決の文言に着目するならば、前者は、「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいう」と述べ、複製権（著作権法21条）にもとづく著作物の保護範囲の確定基準として「著作物の内容及び形式の覚知」を示し、後者は、「翻案（著作権法27条）とは、既存の著作物に依拠し、…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

別の著作物を創作する行為をいう」と述べ、翻案権（著作権法27条）にもとづく著作物の保護範囲の確定基準として「著作物の本質的特徴の直接感得性」を示したものと理解し、それ以上の接点を持つものではないとの見方も成り立ち得ないではない。

しかし、〔2〕が提示した「著作物の内容及び形式の覚知」という基準は、〔1〕において、旧著作権法の複製権にもとづく著作物の保護範囲を確定する枠組として導入されたものであり、旧著作権法が規定する「複製」（旧著作権法1条1項）は、現行著作権法における「複製」（現行著作権法21条）から「翻案」（現行著作権法27条）までをも包摂する概念として用いられていたものである<sup>(\*)41)</sup>。これに〔2〕が〔1〕を引用していることを考慮に入れると、〔2〕は、「複製」に関する現行著作権法の定義規定（著作権法2条1項15号）を離れ、現行著作権法の下における著作権一般にもとづく著作物の保護範囲を確定する枠組として、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を導入したと解するのが相当である（前章第2節参照）。したがって、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準と、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準とは、いずれも著作物の保護範囲の外縁を確定するための枠組として共通することとなる。

次に、「著作物の内容及び形式の覚知」と「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準が、いずれも、著作物の保護範囲の外縁を確定するための枠組として理解されることを考慮に入れた上で、〔4〕が〔2〕の後に示されたことに着目すると、〔4〕を通じて、著作物の保護範囲を確定する基準に関する〔2〕の判示事項の変更を行い、〔2〕で提示された「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を排斥したと理解されなくもない。

しかし、こうした理解は、〔4〕に現れた民事訴訟手続に鑑みて少なからず困難であり<sup>(\*)42)</sup>、最高裁は、「著作物の内容及び形式の覚知」と「著作物の本質的な特徴の直接感得性」という二つの基準を排他的関係にあるものとしてではなく、互いに並立するものとして位置付け、著作物の保護範

囲を確定するための基本的枠組として前者の基準を維持しつつ、翻案権の成否を判断する際には、後者をもって補おうとするものと解される<sup>(\*)43)</sup>。ここから、最高裁が、翻案権侵害の成否を判断する局面において、〔2〕で導入した「著作物の内容及び形式の覚知」という基準が何らかの問題を内包していることを自覚し、〔4〕において、「本質的特徴の直接感得性」という基準を導入し、その解決を図ろうとする姿勢にあることを読み取ることができる。

そこで、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準の内容を振り返って見ると、この基準を提唱する学説は、著作権の対象とされる著作物を、思想・感情・アイデアなどの「内容」と「形式（表現）」とに分解し、後者を著作権の保護対象とすることを前提としつつ、著作権侵害の成否を判断する局面においては、後者を「外面形式」と「内面形式」とに区分した上で、少なくとも、「内容」と「内面形式」を同じくする表現に対して、著作権の効力が及ぶものとする（前章第1節参照）。

著作物を「内容」と「形式」に分解し、これを手がかりとして、著作物の保護範囲を確定すべきとの考え方は、旧著作権法の下において支配的であったことが窺える<sup>(\*)44)</sup>。現行著作権法の下においても、これを支持する見解が示されており、そこでは、「内容」と「外面形式」・「内面形式」を保持したまま利用することが複製（現行著作権法21条）以下の行為であり、「外面形式」に変更を加えつつも「内容」と「内面形式」を維持することを翻案（現行著作権法27条）であると説明する<sup>(\*)45)</sup>。

しかし、その一方で、批判的見解も少なからず示されており、これ等は、まず、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を用いて著作物の保護範囲を確定する場合に重要な判断要素となる、「外面形式」と「内面形式」の具体的な意味内容が不分明であることをその根拠として挙げる<sup>(\*)46)</sup>。また、仮に、「外面形式」と「内面形式」の具体的な意味内容が明らかでなくとも、著作物の「形式」を「外面形式」と「内面形式」とに区分できるも



のとしても、「内面形式」と「内容」とを峻別することの困難や<sup>(\*)47)</sup>、「外面形式」と「内面形式」との境界の不明確さが指摘されている<sup>(\*)48)</sup>。さらに、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準の前提となる、著作物を「内容」と「形式」とに分解することの可能性に対する疑問も呈されている<sup>(\*)49)</sup>。そして、これ等の問題を看過したまま「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を用いた場合、著作権保護対象とされるべきでない思想感情に関する排他的利用が許容される虞があるとの懸念を生じさせている<sup>(\*)50)</sup>。

そのため、既に〔1〕や〔3〕が示される以前から、学説において、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準の限界を指摘しつつ、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準を提唱する見解が示されてきており<sup>(\*)51)</sup>、これを基礎として、「本質的特徴」の意義を明らかにし、著作物の保護範囲を確定する基準の精緻化を図ることが試みられていた<sup>(\*)52)</sup>。その後、これ等の見解と方向性を同じくするものと見受けられる理解が裁判官・弁護士にも浸透しつつあることが認められる<sup>(\*)53)</sup>。

このように見てくると、最高裁は、〔2〕で導入した「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を維持しつつも<sup>(\*)54)</sup>、翻案権侵害の成否の判断という、著作物の保護範囲の外縁が明示的に意識される局面において、同基準に内在している問題が表面化することを認識し、その解決を図るため、〔4〕において、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準を導入したものと考える<sup>(\*)55)</sup>。

もっとも、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準に対する批判は、そこで用いられる「内容」や「形式」の概念の不明確さを根拠の一つとしたものであるところ、同様の問題が、「著作権の本質的特徴の直接感得性」という基準にも内在していることは否定できない。とりわけ、この基準の中心的概念である「本質的特徴」の意義をどのように捉えるかが大きな問題となる。そこで、「著作権の本質的特徴の直接感得性」という基準の具

体的内容につき、章を改めて検討していくこととする。

- (\*33) もとより、〔2〕は複製権にもとづく著作物の保護範囲について「著作物の内容及び形式の覚知」という確定基準を提示したに止まるとする理解もできない。しかし、〔2〕が、旧著作権法の「複製」の意義について述べた〔1〕を引用していることに鑑み、このように理解することは少なからず困難であると考え（前章第2節参照）。
- (\*34) 岡邦俊『マルチメディア時代の著作権の法廷』135頁（ぎょうせい・平成12年）。
- (\*35) 〔3〕以前に示された比較的初期のものとして、大阪地判昭和54年2月23日判タ387号145頁がある。同判決は、一部複製の成否について、「一般に一個の著作物の部分引用は、当該引用部分が原著作物の本質的な部分であつてそれだけでも独創性または個性的特徴を具有している部分についてはこれを引用するものは部分複製をしたものとして著作権侵害を認めるべきである」と述べた上で、「この場合に当該部分が本質的であるか否かは具体的または有形的な表現形式自体についての独創性または個性的特徴の存否によって決すべき」とする。
- (\*36) 〔3〕以降、〔2〕以前に、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準用いた判決として、大阪地裁昭和60年3月29日無体裁集17巻1号132頁、東京地判平成5年8月30日知的裁集25巻2号310頁、京都地判平成7年10月19日知的裁集27巻4号721頁、東京地判平成8年9月30日知的裁集28巻3号464頁。とりわけ、後述の〔4〕の第一審判決である、東京地裁平成8年9月30日は「本質的特徴」という基準を用いるに際して〔3〕を引用している。
- (\*37) 〔2〕以降のものとして、例えば東京地判平成10年6月29日判時1667号137頁、東京地判平成10年10月29日知的裁集30巻4号812頁、東京地判平成10月30日判時1674号132頁、東京地判平成13年3月26日判時1743号3頁などがある。  
 もっとも、前掲・東京地判平成10年10月29日のように、複製権侵害の判断枠組として「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を用い、翻案権侵害の判断枠組として「著作物の本質的な特徴の直接感得性」という基準を用い、両者を併用しているものもある。
- (\*38) 「著作物の本質的な特徴の直接感得性」という基準を翻案権侵害の判断枠組として意識的に用いていることを窺わせるものとして、例えば、前掲注（\*37）東京地判平成10年10月29日を挙げることができる。
- (\*39) 〔4〕が、翻案を、「別の著作物を創作する行為」としていることに着目すると、最高裁は、著作物を改変すること一般を翻案として理解するのではなく、改変を通じて二次的著作物（著作権法2条1項11号）を創作することのみを翻案として位置付けていることが窺えるところ、このような立場を採ることの妥当性については議論の余地がある。

翻案権の規定（著作権法27条）を見る限り、新たな創作的表現を付加することが要件とされていないことから、二次的著作物に至らない改変も翻案と解するのが素直である（紋谷暢男『無体財産権法概説』（有斐閣・昭和51年）＝『知的財産権法概説』166頁（有斐閣・平成18年）参照）。とりわけ、現行著作権法への改正において著作権を各支分権に分類したことの趣旨が、著作権侵害行為の具体的明確化にあることに鑑みると（前章第2節参照）、二次的著作物に至らない改変も翻案と把握するのが、その趣旨に合致するものといえる。そして、こうした立場からは、二次的著作物の創作のみを翻案を位置付けることに疑問が生じてくる。

しかし、現行著作権法は、起草当事者が翻案を二次的著作物の創作と理解していたことの影響を受けたためか（加戸・前掲注（\*2）207頁参照）、二次的著作物に関する利用については規定を設けているものの（著作権法28条）、二次的著作物に至らない「翻案物」の利用について特に規定を設けていない。そのため、上記のような理解では、これ等の利用に対して著作権者が権利を行使する途が閉ざされる虞がある。この点に着目すると、現行著作権法の下において、著作物の利用に対する著作権者による権利行使を十全なものとするためには、二次的著作物に至らない翻案を複製と位置付ける必要性が認識されてくることとなる。

ここに、〔4〕において述べられたように、二次的著作物を創作することのみを翻案と位置付ける一方で、〔2〕において述べられたように、複製の意義を、著作権法の定義規定（著作権法2条1項15号）を離れて、旧著作権法に関する判例となる〔1〕を引用しつつ、「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製すること」とし、複製権にもとづく著作物の保護範囲を、著作物が改変された場合にまで及ぼすべきとの理解が導かれてくるものと考えられる。

- （\*40） こうした理解を明確に表している裁判例として、東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁がある。同判決は、一般論として、複製の成否に関する判断枠組として「内容及び形式の覚知」という基準を、翻案の成否に関する判断枠組として「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準を用いることを明らかにするものの、その具体的判断においては、専ら、「著作物の本質的特徴」が再製されているか否かを基準とし、後者を判断基準を用いている。

- （\*41） 前注（\*15）に掲げた各論稿は、いずれも、著作物に修正・増減を加えて利用する行為が旧著作権法所定の「複製」に該当する旨を述べており、現行著作権法が、こうした理解を前提に、著作権の効力が及ぶ利用態様の明確化を図ることを目的として、複製権（現行著作権法21条）から翻案権（現行著作権法27条）までの各支分権を規定したこと（前章第2節参照）に照らすと、旧著作権法の「複製」は、現行著作権法における複製（現行著作権法21条）から翻案（現行著

著作権法27条)を包摂する概念として用いられていたと解すべきと考える。

- (\*42) 最高裁判例の判例変更を行うためには大法廷による判断を必要とするところ(裁判所法10条3号)〔4〕が小法廷判決であることに鑑みると、〔2〕において示された「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を変更したと見ることは困難がある。もとより、〔2〕は「複製」の成否に関する判断基準を示したに過ぎないとする見方もできなくはないものの、〔2〕が引用する〔1〕との関係を視野に入れると、〔2〕は著作物の保護範囲の外縁を画するものとして「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を導入されたと解さざるを得ず(前章第2節参照)、こうした見方は採用できないと考える。
- (\*43) 〔4〕以前から、下級審裁判例の中には、複製権侵害の枠組と翻案権侵害の枠組とに分けて捉えているものもある(前注(\*38)参照)。
- (\*44) 前注(\*16)参照。
- (\*45) 加戸・前掲注(\*2)48頁は、翻案を二次的著作物の創作と位置付けた上で(同書207頁)、二次的著作物の創作について、既存の著作物の内面形式を維持しつつ、外面形式を変えることを翻案とするものと位置付けており、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を支持する立場にあると解される。また、言語の著作物に限定して、こうした方向性を支持しつつ、その他の著作物についてはその限りではないとする見解も示されている(渋谷達紀「判批」判時1770号=判例評論517号26頁・28頁、同「翻案の概念」民商法雑誌137巻1号1頁・16頁(平成19年)以下参照)。

なお、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準に対する賛否はさておき、橋本・前掲注(\*21)31頁は、「外面形式」の利用を複製(著作権法21条)とし、「内面形式」の利用を翻案(著作権法27条)としており、同様の説明を付すものが散見される。しかし、こうした説明には疑問を覚える。「内容」および「外面形式」・「内面形式」という概念の形成過程(半田・前掲書注(\*2)14頁以下、古沢・前掲注(\*17)22頁以下参照)に照らすと、本文で述べたように、「内容」と「外面形式」・「内面形式」を利用することが複製(現行著作権法21条)以下の行為であり、「外面形式」に変更がされても、なお、「内容」と「内面形式」が維持されている場合を翻案(現行著作権法27条)であると説明すべきと考える(光石忠敬「判批」村林隆一先生古稀記念『判例著作権法』625頁・631頁(東京布井出版・平成13年)参照)。

- (\*46) 古沢・前掲注(\*17)24頁。また、三山裕三『著作権法詳説』(東京布井出版・平成7年)＝『著作権法詳説―判例で読む16章〔新版改訂〕』174頁(レクシスネクシスジャパン・平成18年＝初版・平成16年)、山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』308頁・310頁(青林書院・平成16年)は、「外面形式」と「内面形式」との意味内容の不明確さ故に、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準が著作物の保護範

囲を確定する上で有効に機能しないという問題点を、弁護士視点から浮き彫りにする。

- (\*47) 半田・前掲書注(\*2) 190頁, 古沢・前掲注(\*17) 24頁, 高林龍「判批」著作権判例百選〔第3版〕150頁・151頁。
- (\*48) 橋本・前掲注(\*21) 31頁, 本山雅弘「判批」著作権判例百選〔第3版〕146頁。また, 小泉直樹「判批」著作権研究161頁・167頁は, 「外面形式」と「内面形式」は, 「表現形式の中に保護のレベルの異なるが存在する事実を指し示す語として有用」としており, 同様の理解に根ざすものと窺われる。
- (\*49) 松本重敏「著作権法における表現形式という概念について」小坂志磨夫先生＝松本重敏先生古稀記念『知的財産権法・民商法論叢』485頁・500頁(発明協会・平成8年)は, 著作物の創作過程の実際に照らして, 思想(内容)と表現形式とが不可分である旨を説く。小泉・前掲注(\*48) 168頁も同様の立場を採ることを明らかにする。

なお, 松本・前掲注499頁は, 思想と表現形式との不可分性の根拠を, 美学の分野においていずれか一方に価値を見出されていないことにも求めている。しかし, 社会的に価値が認められていることが直ちに法的保護を与えることの根拠とはなり得ないことに鑑みると, 美学の分野における価値の所在と法的保護の対象とは切り離して考慮されるべき事柄であると考ええる。

- (\*50) 野一色勲・著作権研究26号307頁は, 著作権法の保護対象はアイデアではなく, 表現であることから(著作権法2条1項1号), 前掲注(\*37) 東京地判平成10年10月29日が, 「翻案とは…いずれか一方の作品に接したときに他方の作品との同一性に思い至る程度に両者の基本的な内容が同一である著作物を創作することであり, 既存の著作物に依拠して, それとは表現形式が異なるものの, その創作に係る本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を, 創作する行為をいう」と判示し, 内容の同一性を翻案の要件としたことにつき疑問を呈する。この批判は, 「内面形式」と「内容」との分界点を不明確なものとしたまま, 「著作物の内容及び形式の覚知」という基準の下に, 著作物の保護範囲を確定した場合, 著作権法にもとづいてアイデア自体を保護する虞があることを示唆するものと考ええる。

もっとも, 著作物から表現とアイデアとを区別して抽出することは困難であり, 著作権法にもとづくアイデアの保護は結果的に生じ得るとした上で, むしろ, こうした結論は著作者の人格権保護に資するとして, これを肯定的に捉える見解も示されている(三浦正広「著作権法によるアイデアの保護—アイデア・表現二分論の批判的考察」半田正夫先生古稀記念論集『著作権法と民法の現代的課題』88頁(法学書院・平成15年)参照)。

- (\*51) 〔1〕や〔3〕が示される以前から「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準を提唱していたものとして, 半田・前掲書注(\*2) 193頁, 古沢・前掲

注（\*17）24頁がある。いずれも、著作物を「内容」および「内面形式」・「外面形式」に区分する理解の限界を指摘しつつ、「本質的特徴」の概念を導入すべきことを主張する。

- （\*52） 古沢・前掲注（\*17）26頁以下は、「本質的特徴」の意味内容につき、著作物を具体的な構成要素に分解しつつ、詳細な検討を行っている。また、駒田泰士「判批」著作権判例百選〔第3版〕126頁・127頁は、著作権法が定める著作物性の要件に則した理解を行っている。
- （\*53） 橋本・前掲注（\*21）29頁、同「著作物の複製と翻案について」清永＝設楽・前掲注（\*28）374頁・390頁、菊池武「判批」村林隆一先生古稀記念『判例著作権法』707頁・718頁（東京布井出版・平成13年）。
- （\*54） ここで「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を維持する必要性が問題になるところ、この基準で用いられる「内容」や「形式」といった概念が、著作権の保護客体を明確にする上で有益であるとして、肯定的に捉える見解も示されている（橋本・前掲注（\*21）30頁）。しかし、前述のように、「形式」を「外面形式」と「内面形式」とに区分する必要性の提唱等を受けて、「内容」や「形式」の境界が曖昧となっているとの指摘もあること（前注（\*47）・（\*49）参照）に鑑みると、こうした見解には疑問を覚える。とりわけ、今日では、著作権法が「著作物」に含まれる知的財産の範囲を拡張する傾向にあることに鑑みると、この区分自体に対しても再検討がなされる必要が認識される。

もっとも、「内容」や「形式」という概念自体について見ると、それ等が著作物の性質を説明するものとして用いられてきたことに鑑み、著作権侵害の判断において不可欠となる、著作権の疑いのある表現と当該著作権に係る著作物との異同を分析するための指標の一つとして、未だその有用性は失われていないと考える。

- （\*55） 〔4〕の調査官解説である、高部眞規子「判解」法曹時報55巻3号919頁・908頁以下は、〔4〕が「著作物の内容及び形式の覚知」という基準の持つ問題の解決を意識して、「本質的特徴の直接感得性」という基準を導入したことを窺わせる。

### 第3章 著作物の実質的価値の保護へ向けた著作物の 保護範囲の確定基準

現行著作権法（昭和45年法律48号）の下における著作物の保護範囲を確

定する枠組として、最高裁は「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を提示する一方、これを補完するものとして、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という異なる基準の導入も図った。そこで、本章では、「著作物の本質的特徴の直接感得性」の意義をどのように理解すべきか、著作物の保護範囲をめぐる議論の制度的背景を確認しつつ、考察していくこととする。

### 第1節 判例・裁判例における「著作物の本質的特徴の直接感得性」の位置付け

著作権法上の重要課題の一つである、著作権の保護範囲を確定する基準について、最高裁は、旧著作権法（明治32年法律39号）の下で培われた「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を、現行著作権法（昭和45年法律48号）の下でも維持する姿勢を〔2〕において示した（第1章参照）。しかし、他方で、〔4〕において、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という異なる基準を導入することを明らかにした（前章第1節参照）。

両者の関係をどのように位置付けるかにつき、最高裁はその立場を明らかにしていないものの、〔4〕における民事訴訟手続や、著作物の保護範囲の外縁が明示的に意識される翻案権の成否に関する判断であるという〔4〕の判決としての意義を考慮すると、最高裁は、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準に内在する問題を認識した上で、これを補完し、問題の解決を図るために、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準を新たに導入したものと理解される（前章第2節参照）。

もとより、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準に対する批判は、そこで用いられる「内容」や「形式」の概念の不明確さを主たる根拠としているところ、同様の問題が「著作権の本質的特徴の直接感得性」という基準にも内在していることは否定できない。とりわけ、この基準の中心的概念である「本質的特徴」の意義をどのように把握すべきかが大きな問題

となる。

この点につき、〔4〕以前の下級審裁判例を見ると、それ等の中には、表現の「独創性」や「個性」を手がかりとして、「本質的特徴」の意義の把握に努めるものが認められる<sup>(\*)56)</sup>。一般に、表現の独創性や個性が、著作物性の要件である創作性（著作権法2条1項1号）を基礎付けるものと理解されていることに鑑みると<sup>(\*)57)</sup>、これ等は「本質的特徴」を著作物性の要件と結びつけて理解しようとする立場にあるといえる。また、著作物の保護範囲を確定する枠組として「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準を用いる裁判例の多くが、「本質的特徴」の定義づけを行うか否かにかかわらず、個々の具体的判断では、著作権の成立を基礎付ける創作的表現がどのようなものであるかを詳細に分析した上で、著作権侵害の疑いのある表現において、当該創作的表現が再現されているか否かという視点から、著作権侵害の成否を判断していることが認められる<sup>(\*)58)</sup>。

ここから、〔4〕以前の下級審裁判例は、全体として、「本質的特徴」を、著作物性の要件に関する規定（著作権法2条1項1号）に則して理解することとし、同規定の要件を充足する創作的表現として捉えようとする傾向にあることを見て取ることができる<sup>(\*)59)</sup>。

〔4〕を見ると、同判決は「本質的特徴」の意味内容について特に言及せず、著作物性の要件と直接に結びつける説示も行っていない。しかし、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という著作物の保護範囲を確定する基準について一般論を展開した後に、「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」と述べている。この点に着目すると、著作権の対象たる著作物の著作物性を根拠づける創作的表現が再現されていない表現に対して著作権の効力を及ぼさないことを明らかにする一方で、創作的表現が再現されている場合には作権の



効力を及ぼすことを姿勢にあることを読み取ることができることから、〔4〕も、下級審裁判例と同様に、「著作物の本質的特徴」を著作物に見出される創作的表現と理解しているものと解される<sup>(\*)60)</sup>。

こうした方向性は、〔4〕以降の下級審裁判例でより明確に示されており、「著作物の本質的特徴」を思想・感情の創作的表現と理解することを明らかにし、こうした理解にもとづいて著作権侵害の成否を判断するものが少なくない<sup>(\*)61)</sup>。

したがって、最高裁と下級審裁判所は、いずれも、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準を、著作物に内在する個々の創作的表現を保護するためものと位置付けていることを見て取ることができる。そこで、次節では、こうした理解の制度的背景について、引き続き分析を進めていくこととする。

## 第2節 著作物の保護範囲をめぐる議論の制度的背景と著作物の実質的価値の保護

最高裁は、著作権の効力が及ぶ範囲を確定する枠組として、旧著作権法の下で培われてきた「著作物の内容及び形式の覚知」という基準を維持しつつも、この基準が抱える問題を認識し、その解決を図るため、「著作権の本質的特徴の直接感得性」という基準を導入したと認められる。そして、最高裁および下級審裁判所は「著作権の本質的特徴」を創作的表現として理解し、後者の活用を図っていることが窺える（前節参照）。そこで、最高裁および下級審裁判所におけるこうした理解が、著作権法に照らして、どのように受け止められるかが次の問題となる。

一般に、著作権法が著作物の利用に関する独占・排他的権利である著作権を創設する趣旨は、著作者が、自己の創作に係る著作物にもとづく経済的利益を確保する途を整備するところにあるとされる<sup>(\*)62)</sup>。そして、著作権法は、文化の発展に寄与するという同法の目的（著作権法1条）に照ら

し、著作権にもとづく保護を与えるに値するものとして、著作物を、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義していると解される（著作権法2条1項1号）。

もっとも、著作物を作成する目的は、通常、著作物の保護範囲を示すところにあるわけではなく、自らの思想・感情を表明するといったその他の点にある。著作権法も、著作権の成立について、「著作権の存続期間は、著作物の創作の時に始まる」と規定するのみであり（著作権法51条1項）、著作権者をして、著作権による保護を求める表現の範囲を明確にするために著作物を作成させるという法制度を採用していない<sup>(\*)63)</sup>。そのため、創作される著作物は、当該著作物に関する著作権の成立を基礎付けている、著作物性の要件（著作権法2条1項1号）を充足する必要最小限の創作的表現のみならず、著作権にもとづく保護を受ける上では必要のない要素を、その作成目的に則して多分に含んでいることが少なくない<sup>(\*)64)</sup>。

このような社会的事実を念頭におくと、著作物と同一性ある表現のみに著作権の効力が及ぶとする限り、仮に、著作権の成立を基礎付ける創作的表現が他者により利用され、著作権の創設趣旨に照らすと、著作権の行使を許容すべきと解される場合であっても、著作物全体として見ると同一性を欠く場合には、そのことを理由に保護を受けることができないという事態の発生が懸念される。

そこで、作者の保護を充分なものとするために、著作権の成立を基礎付ける創作的表現を利用している場合には、当該創作的表現を利用していることを理由として、著作物全体として見ると同一性がない他者の表現に対しても、著作権の効力を及ぼすことの必要性が認識される。ここに、著作権を複製権の他に翻案権をも含むものとして捉える、もしくは、著作権を構成する支分権の一つとして翻案権を創設し、著作権の対象となる著作物と同一でない表現に対しても、著作権の保護範囲を及ぼすことを許容すべきとの考え方が導かれてくる<sup>(\*)65)</sup>。その一方で、著作権をめぐる法的安

定性の確保という要請から、著作物の保護範囲を如何に確定すべきかが、解決されるべき著作権法上の課題として、議論の俎上に載せられることとなる。

こうした視点に立つと、著作物に内在している、著作権の成立を基礎付ける創作的表現を保護する必要が生じる限度において、著作物の保護範囲は広がりを持つこととなり、著作物の保護範囲を確定する基準は、この要請に応えるものとして定められる必要が生じる。具体的には、著作権の成立を基礎付ける創作的表現を利用している表現に対して、著作物の保護範囲は及ぶとの結論が導かれる。最高裁および下級審裁判例が、「著作物の本質的特徴」を、著作権を基礎付ける創作的表現をと捉える背景には、こうした理解があるものとする<sup>(\*)66)</sup>。

また、このような理解にもとづいて「著作権の本質的特徴の直接感得性」という基準を導入することは、〔4〕において指摘されているように、著作権の保護範囲は、社会的・歴史的事実等の表現でないものや、創作性のない表現等には及ばず、著作権を獲得する基礎となる創作的表現が再現されている範囲に止まり、著作権法において、社会による自由な利用が許容されている事柄に対して、著作権の持つ独占・排他的権利の効力が及ぶことを予防することができる。その一方で、多くの創作的表現を含む著作物については、著作物を構成する個々の創作的表現が「本質的特徴」として認識されることとなるため、当該著作物の保護範囲は拡大することに繋がり、著作物の実質的価値に応じた法的保護を実現することができる。したがって、著作物性の要件に関する規定（著作権法2条1項1号）に則して、著作物の実質的価値に応じた法的保護が実現されることが期待される。

さらに、こうした判断手法の導入は、著作権侵害の有無を判断する個々の具体的局面において、一つの著作物がいかなる創作的表現により構成されているかに関する分析を求めることになる。これにより、上記のような著作物を構成する創作的表現の多様性に応じた著作物の保護範囲の適正化

が図られると共に、当該著作物と著作者との関係の明確化を図ることができる。このことは、複数人により一つの著作物が創作された場合に、いずれの創作者による権利主張を許容することが妥当かとの判断を可能とするという効果を生むこととなる。そして、著作権法において、著作物が、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義され（著作権法2条1項1号）、その創作時に著作権が成立するとしていること（著作権法51条1項）に現れているように、著作権法は、著作権者の創作活動の成果が反映されている範囲のみ、著作権の効力を及ぼすことを許容する姿勢にあると解されるところ、こうした趣旨に則して、著作権の行使につき、著作者の創作活動に応じた適正化を図ることを可能とすることに繋がる<sup>(\*)67)</sup>。

もとより、こうした姿勢は、既に、〔4〕以前の判決である〔2〕において示されていたところであり、同判決は、二次的著作物に係る著作権の効力が及ぶ範囲について、「二次的著作物の著作権は、二次的著作物において新たに付与された創作的部分のみについて生じ、原著物と共通しその実質を同じくする部分には生じないと解するのが相当である。けだし、二次的著作物が原著物から独立した別個の著作物として著作権法上の保護を受けるのは、原著物に新たな創作的要素が付与されているためであつて（同法2条1項11号参照）、二次的著作物のうち原著物と共通する部分は、何ら新たな創作的要素を含むものではなく、別個の著作物として保護すべき理由がないからである。」と述べている。

しかし、〔4〕による「著作権の本質的特徴の直接感得性」という基準の導入を通じて、著作者に対して、その創作的成果に応じて著作権の保護を与えるべきとの方向性が、二次的著作物のみならず、著作物一般について明確にされたことの意義は少なくないと考える。

- (\*56) 大阪地判昭和54年2月23日判タ387号145頁は、「本質的であるか否かは具体的または有形的な表現形式自体についての独創性または個性的特徴の存否によって決すべき」とする。また、大阪地判昭和60年3月29日無体裁集17巻1号132頁＝判時1149号147頁は、「著作物として表現形式上の本質的特徴部分を形成する個性的表現部分」と述べている。
- (\*57) 半田・前掲注(\*29) 73頁，紋谷・前掲注(\*39) 6頁，齊藤・前掲注(\*1) 77頁，田村・前掲注(\*20) 12頁，中山信弘『著作権法』49頁（有斐閣・平成19年）。
- (\*58) こうした傾向は、「本質的特徴」という概念の導入が図られた比較的初期の頃から見られる。前掲注(\*35) 大阪地判昭和54年2月23日は、原告が作成した建築設計図を、被告が原告の許諾なく複製したとして、著作権侵害が争われた事案であるところ、その創作性につき、「建築設計図はその性質上主として点または線をを用い、これに当業者間で共通に使用されている記号、数値等を付加して二次元的に表現するもので、極めて技術的機能的な性格の著作物であるためその表現方法の選択の余地はあまり多いとは考えられず、同種の建物に同種の工法技術を採用しようとするれば結果としておのずから類似の表現を採らざるをえないという点にも留意しなければならない」とした。その上で、「原告指摘の類似部分は前記のとおりいずれも前室構造、防熱、防湿構造等冷蔵倉庫においては重要な技術構造に関する部分であるからその技術思想の独創性がひいては表現の独創性に影響を及ぼすことのあることは否みえないとしても、本件では比較されるべきものは結局は技術思想そのものではなくその表現自体であること、またその比較にさいしては著作物が建築設計図であることによる特殊性（要するに同種の技術の表現はおのずから類似せざるをえないこと）にも留意すべきであること等前示のような点を考慮し、…原告の指摘する偽作引用部分は…一三葉のうちそのほとんど一葉…に集中しているのであつて、全体からみると僅少な一部といえなくはないところ、およそ一個の冷蔵倉庫を表現した著作物たる設計図全体の偽作引用を決するためには右のような一葉の表現部分のほか他の葉における全体の規模、形態その他の点もこれを無視できない表現部分として考慮すべきである。」として、原告による請求を棄却した。裁判例の傾向について、同様の分析を示すものとして、田村・法学協会雑誌119巻7号1430頁・1434頁。
- (\*59) もっとも、こうした判断手法は、「著作物の本質的特徴の直接感得性」を著作物の保護範囲を画する基準として用いる裁判例に限らず、著作権侵害の成否を判断した裁判例の全体に認められる傾向といえる。この点に関する詳細な分析については、田村・前掲注(\*20) 63頁以下参照。
- (\*60) 〔4〕の調査官解説である、高部・前掲注(\*55) 906頁は、「本質的特徴」の意義につき、「今後の裁判例の集積が待たれる」としつつも、「著作物として保護を受けるべき創作性や表現の特徴を判断すべき」と述べており、〔4〕がこう

した理解を前提としていることを窺わせる。

- (\*61) 〔4〕を引用しつつ、「著作物の本質的特徴」を思想・感情の創作的表現と理解することを明らかにするものとして、例えば、前掲注（\*40）・東京高判平成14年2月18日がある。なお、〔4〕を引用しつつ、著作権侵害の成否を判断したものとして、東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁、東京地判平成16年12月24日判時1911号144頁、および、その控訴審判決である、知財高判平成17年6月14日判時1911号138頁などがあるところ、これ等の具体的判断を見る限り、前掲注（\*40）・東京高判平成14年2月18日と同様の方向性にあるものと考ええる。

- (\*62) 前注（\*2）参照。

- (\*63) 特許法は、特許権の付与を求める手続の端緒となる特許出願の際に、特許権者（出願人）をして、特許権の効力が及ぶ技術の範囲（特許発明の技術的範囲）を示す書面となる「特許請求の範囲」を作成させ、特許庁に提出させるという法制度（特許法36条5条・70条1項）を採用しているのに対して、著作権法はこうした法制度を採用していないことから、著作権者をして、著作権による保護を求める表現の範囲を明確にするために著作物を作成させるという姿勢にないことが分かる。

- (\*64) 例えば、社会の景気動向等に関する調査・報告書を作成する場合において、その基礎となる市場調査の統計データ等は、一般に著作物に該当しないとされるものであるから、著作権の保護を受けるという観点からは不必要なものであり、掲載する必要はないということとなる。しかし、調査・報告書の内容を達意簡明にするという目的においては提示することが有効・適切であるから、通常は、景気動向等の分析に関する論評と併せて、それ等のデータ等を提示するという方向に思考が傾斜することとなる。

- (\*65) 田村・前掲注（\*20）58頁が述べるように、著作権法が、著作物を「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義し（著作権法2条1項1号）、その創作の時に著作権が発生するもの規定していること（著作権法17条1項）を前提とする限り、著作物性の要件を充足した著作権を基礎付ける表現を「著作物」として認識し、当該「著作物」それ自体を利用していることを理由に著作権侵害を認定すると解するのが素直である。こうした理解を徹底すると、翻案権を創設する必要性に疑問が生じてくる（同113頁参照）。

既に、こうした理解を肯定的に評価する見解も示されており（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・150頁以下（平成18年）参照）、筆者も著作権侵害の判断の前提となる理解としては妥当性を有すると考える。

しかし、著作権法が、公表権（著作権法18条）や同一性保持権（著作権法20条）といった著作者人格権を規定していること、逐次刊行物の公表の時を原則

として最終部分の公表の時によっていること（著作権法56条1項）に鑑みると、同法は、著作物性の要件を備えているだけの表現ではなく、それ以外の要素をも付加された一定のまとまりある作品として認識される表現を「著作物」とすることを前提として、各種の規定を設けていることが窺われる。そうすると、著作権法の体系的理解を目指す上では、著作物性を充足するだけの表現を「著作物」として位置付けることには困難があると考ええる。

- (\*66) 田村・前掲注（\*20）60頁（注1）、蘆立順美・平成13年度重要判例解説292頁・294頁。また、島並良・コピライト488号18頁・19頁も同様の理解に立つつつも、価値判断に左右されることを指摘し、〔4〕の意義は具体的判断を示したところにあるとする。その上で、田村・前掲注（\*58）1441頁は、こうした視点から、いわゆる「濾過テスト」の有効性を説く。

なお、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（下）」判時1596号11頁・12頁（平成9年）、同・前掲（\*53）383頁は、著作権侵害の成否を判断する際に、著作権侵害の疑いのある表現において、著作物と共通する創作的表現の程度が低い、もしくは、量が少ない場合には、両者の同一・類似性を否定すべきとする。しかし、本文で述べたような、著作物と同一ではない表現に対しても著作物の保護範囲を及ぼすことを認める趣旨に鑑みると、上記のように、著作物と著作権侵害の疑いのある表現との相関関係を考慮し、著作物と著作権侵害の疑いのある表現との同一類似性を判断すべきとの見解には疑問を覚える（田村・前掲注（\*20）60頁参照）。もっとも、上記見解が指摘するように、著作物と共通する創作的表現の程度・量が、「著作物の本質的特徴の直接感得性」の基準における「直接感得性」の成否に影響を与えることは否定できないと考える。また、著作権侵害訴訟において、著作物と共通する創作的表現の程度・量を分析することを通じて、著作権侵害の態様を具体的に把握することを可能とするとの指摘がなされている（中平健「翻案権侵害の成否」牧野＝飯村・前掲注（\*46）333頁・344頁参照）。

この問題につき、米国法が採用する「fair use」の必要性を根拠付けるものと分析する見解も示されている（相山敬士「翻案の構造」知財管理56巻2号207頁・211頁（平成18年）参照）。

- (\*67) このことは、特に、最判平成13年10月25日判時1767号115頁を契機として、活発な議論が展開されている、二次的著作物の利用行為に対して、原著作者の権利行使をどの程度認めるかという問題の解決に資するところが少なくないと考える。

## 終 章 創作活動の成果に応じた著作者の保護へ向けて

著作権法は、著作権を、著作物の利用に関する独占・排他的権利として規定している。それ故、著作権をめぐる法的安定性を確保する必要性が認識され、その一環として、著作物の保護範囲を確定する基準を明確にすることが求められる。

旧著作権法（明治32年法律39号）において、著作権の内容は、「著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定されていた（旧著作権法1条1項）。もっとも、同法所定の「複製」は、その一般的な意味と異なり、翻案等の著作物の改変をも含む広い概念として理解されていた。そのため、「複製」と解される行為態様の内容と共に、著作物の保護範囲の確定に関する問題は、同法の規定する「複製」をいかに解釈するかに集約されることとなる。この点につき、最高裁は、〔1〕において、「複製」を「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを複製すること」と定義し、複製権の効力が及ぶ表現の範囲を確定する基準を「著作物の内容及び形式の覚知」に求めることを前提とする判示を行った（第1章第1節参照）。

現行著作権法（昭和45年法律48号）は、「複製」という概念のみをもって著作権の内容を規定する旧著作権法の姿勢を改め、著作権の明確化を図る趣旨の下に、複製権（著作権法21条）から翻案権（著作権法27条）に至る支分権を「著作権に含まれる権利」として規定し、これ等の支分権の総体として著作権を位置付けた（著作権法17条1項）。これ等の規定の下で、著作物の保護範囲は、各支分権ごとに、それぞれの意味内容に則して再構成されると解するのが素直である。

しかし、最高裁は、〔2〕において、〔1〕が判示した「複製」の定義を踏襲することを明らかにした。ここで、前述のように、旧著作権法の下に



における「複製」が翻案をも含む広い概念として理解されていたことに鑑みると、最高裁は、現行著作権法の下においても、著作物の保護範囲を、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて確定する姿勢を示したことになる（第1章第2節参照）。

ところが、下級審裁判例の中には、現行著作権法の下において、著作物の保護範囲を確定する基準を、「著作物の内容及び形式の覚知」ではなく、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という点に求める立場を採用するものが少なからず見受けられた。最高裁も、〔4〕において、「翻案」を「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」と定義し、こうした下級審裁判例と同様の立場を採ることを明らかにした（前章第1節参照）。そのため、最高裁が示した「著作物の内容及び形式の覚知」と「著作物の本質的特徴の直接感得性」という二つの基準の関係を如何に理解すべきかが一つの問題として残されることとなった。

この点につき、最高裁はその立場を明らかにしていないものの、〔4〕における民事訴訟手続や、著作物の保護範囲が明示的に意識される翻案権の成否に関する判断であるという〔4〕の判決としての意義を視野に入れると、最高裁は、著作物の保護範囲を確定する上で、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準が問題を内包していることを認識し、当該問題の解決を図りつつ、この基準を補完するためのものとして、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準を新たに導入したものと理解される（第2章第2節参照）。

「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準の導入により、その意味・内容を明らかにする必要に迫られるところ、最高裁および下級審裁判所は、これを著作権法上の概念と結びつけ、創作的表現として理解していることが窺われる（第3章第2節参照）。こうした理解は、著作権の効力

の及ぶ範囲を示すものとしてではなく、作者の思想・感情を表現するものとして作成されるという著作物の性質上、著作物性の要件を充足する必要最小限の創作的表現のみならず、著作権にもとづく保護を受ける上では必要のない要素をも多分に含まれていることが少なくないという社会的事実を前提に、著作権の成立を基礎付ける創作的表現を保護する必要が生じる限度においてではあるが、著作物の保護範囲に広がりを持たせ、著作物と同一性がない表現に対しても著作権の効力を及ぼすべきとの著作権法上の要請に則した対応を採ることを可能とする。さらに、作者の創作活動の成果に応じた法的保護の実現に繋がることから、著作権の行使の適正化の実現を期待させることとなる（第3章第2節参照）。

もっとも、著作権法の定義規定に従うと、「創作的表現」とは「著作物」それ自体を示す概念として把握されることとなるため（著作権法2条1項1号）、「著作物の本質的特徴」を、著作権の成立を基礎付ける創作的表現と理解することは、法的保護の対象としての「著作物」と社会的に認識される「著作物」とを乖離させるとの懸念を生じさせる。その結果、著作権法の体系的理解を進めていく上で、「著作物」をどのように把握すべきかという問題が課題として残されていることを浮き彫りにする<sup>(\*)68)</sup>。また、「著作物の本質的特徴の直接感得性」という基準は、「創作性」や「表現」等の、著作物性を基礎づける著作権法上の概念に支えられているものである。そのため、これ等の概念をどのように理解すべきかという著作権法上の基本問題を精査することの重要性が、あらためて認識されることとなる<sup>(\*)69)</sup>。

そこで、これ等の点を今後の課題とし、本稿を搁筆することとする。

(\*)68) 前注(\*)65) 参照。

(\*)69) 例えば、「創作性」について見ると、文芸・学術上高度とされるものは要求されず、創作者の個性が表れていれば足りると解されているものの、応用美術や印刷用書体に関しては、「美術鑑賞の対象となり得る美的特性」等を要求される場合が少なくなく（最判平成12年9月7日民集54巻7号2481頁参照）、必ずしも

「創作性」の判断に一貫性があるとは言い難い。さらに、近年では、著作権法が、著作物の概念の中に、コンピュータプログラムやデータベースを含めていることから、「創作性」を創作の幅という観点から再構成する必要性を説く見解も示されている（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頁以下（平成15年）参照）。こうした「創作性」に関する理解の揺らぎが、著作物の保護範囲の確定に影響を与えることは想像に難くなく、ここに、著作物性の要件の理解のあり方について検討することの必要性が強く認識されることとなる。