

応用美術の著作物性 —タコの滑り台事件—

山 田 亮

目 次

はじめに

I 事案の概要

II 裁判所の判断

III 本判決の評釈

第1 本判決の意義と位置付け

第2 本判決の判断

- 1 「美術工芸品」該当性
- 2 「美術の著作物」該当性
- 3 「建築の著作物」該当性

第3 本判決の射程

IV 検討

第1 応用美術の著作物性の判断基準

- 1 現行著作権法の立法経緯
- 2 ファッションショー事件判決以前の裁判例
- 3 ファッションショー事件判決と TRIPP TRAPP 事件判決
- 4 学説
- 5 小括

第2 ファッションショー事件判決以降の裁判例の趨勢

- 1 ファッションショー事件判決以降の裁判例
- 2 本判決

おわりに

はじめに

本判決（東京地判令和3年4月28日裁判所ウェブサイト（令和1年（ワ）第21993号）〔タコの滑り台／國分隆文コート〕）は、応用美術であるタコの形状を模した滑り台の著作物性を否定した事例である¹。

本稿は、まず本判決の事案と判旨を紹介し、評釈を行った上で（Ⅰ～Ⅲ）、次の課題について検討を行うことを目的とする。

従来、応用美術の著作物性判断のあり方をめぐって活発に議論が行われており、裁判例や学説は、様々な基準を提供している。本稿は、応用美術の著作物性の判断基準について、裁判例や学説の比較検討を行うことを第一の課題とする（Ⅳ第1）。

また、ファッションショー事件判決（知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁〔ファッションショー／設楽隆一コート〕）以降の近年の裁判例の多くは、同判決が示した基準を用いて応用美術の著作物性を判断しているが、その具体の判断を見ると混乱しているように思われる。そこで本稿は、応用美術の著作物性判断をめぐる近年の裁判例の趨勢を明らかにすることを第二の課題とする（Ⅳ第2）。

追記：本稿脱稿後、原告の控訴を棄却した控訴審判決（知財高判令和3年12月8日裁判所ウェブサイト（令和3年（ネ）第10044号）〔タコの滑り台／大鷹一郎コート〕）に接したが、本判決は、応用美術の著作物性判断のあり方を考える上で、なお特筆すべき点が多いと考える。控訴審判決に関する評釈は、末尾に付記した。

Ⅰ 事案の概要

原告は、モニュメント、彫像、修景施設、公園施設、遊園施設等に関するデザイン、企画、設計、製作、施工等及び公共土木施設に関する景観設

¹ タコの滑り台事件は、著作権法学会第165回著作権判例研究会（報告者：関真也）でテーマとして取り上げられるなど、注目を集めている。

本判決の評釈として、田中浩之「判批」ジュリ1563号（2021）8頁以下。

追記：本稿脱稿後に公表されたものとして、白鳥綱重「判批」横浜法学30巻2号（2021）293頁以下。

計、施設製作、施工等を目的として設立された株式会社である。原告の前身である株式会社前田商事は、設立以降、遊具を製作して自治体に納入するなどしていたところ、昭和46年頃、タコの形状を模した遊具である滑り台（以下「タコの滑り台」という）を製作して東京都足立区に納入し、同区内にある西新井公園に設置した。その後も、前田商事は、全国各地からタコの滑り台の発注を受け、これを製作して納入した。前田商事が製作するタコの滑り台は、大きさや構造等から複数の種類に分類することができ、そのうちミニタコと呼ばれる種類は、小型のものである。前田商事は、ミニタコの滑り台（以下「本件原告滑り台」という。図1～2²⁾）を製作し、昭和52年、兵庫県赤穂市に納入した。なお、その当時、タコの滑り台を製作していたのは、前田商事のみであった。

被告は、公共空間の施設や公園施設（セメント系遊具等）の企画、設計、製作、施工、点検、修繕等を目的とする株式会社である。被告代表者Aは、原告において勤務していた者であり、原告を退職後の平成22年5月10日に被告を設立した。被告は、株式会社藤紋から、平成26年10月29日、「タコの遊具」1基の製作を目的とする工事を請け負い、これに基づき、タコの滑り台（以下「本件被告滑り台1」という。図3～4）を製作した。本件被告滑り台1は、平成27年2月12日に完成して、東京都都市整備局に納入され、同年3月13日付けで東京都東久留米市所在の東久留米市南町1丁目公園に設置された。また被告は、青木あすなる建設株式会社から、平成23年11月8日、「滑り台（たこ）」1基の製作を目的とする工事を請け負い、これに基づき、タコの滑り台（以下「本件被告滑り台2」といい、本件被告滑り台1と合わせて「本件各被告滑り台」と総称する）を製作した。本件被告滑り台2は、遅くとも平成24年4月17日までに完成して、足立区に納入され、同日付けで足立区所在の足立区上沼田東公園に設置された。

そこで原告は、被告に対し、本件原告滑り台が美術の著作物又は建築の著作物に該当し、被告が本件各被告滑り台を製作した行為が、いずれも原告が有する本件原告滑り台に係る著作権（複製権又は翻案権）を侵害すると主張し、主的に著作権侵害の不法行為に基づく損害の賠償及び遅延損害金の支払を、予備的に不当利得に基づく利得金の返還及び遅延損害金の

²⁾ 裁判所ウェブサイトより転載。以下、特記なき限り、同じ。

支払をそれぞれ求めて訴えを提起した。

なお原告は、平成23年12月29日、本件訴えに先立ち、本件被告滑り台2の発注に関する情報が「営業秘密」（不競法2条6項）に該当し、この情報を被告に開示する行為は不競法所定の不正競争に当たるなどとして、被告ほか5名に対し、不競法などに基づき損害賠償を求める訴えを東京地裁に提起したが、請求は棄却されている³。

II 裁判所の判断

請求棄却。

1 争点1（損害賠償請求権の存否）について

（1）争点1-1（本件原告滑り台が美術の著作物に該当するか）について

「ア ……本件原告滑り台は、自治体（兵庫県赤穂市）から公園に設置する遊具の発注を受けて、小型のタコの滑り台として製作されたものであり、その形状は、……上部にタコの頭部を模した部分を備え、正面に1本、右側面に2本、左側面に1本の計4本のタコの足を有するというものである。そして、これらのタコの足は、いずれも、子どもたちなどの利用者が滑り降りることができるスライダーとなっており、また、利用者がスライダーの上部に昇るための取っ手が取り付けられているなど、遊具である滑り台として通常有する構造を備えている。そうすると、本件原告滑り台は、利用者が滑り台として遊ぶなど、公園に設置され、遊具として用いられることを前提に製作されたものであると認められる。したがって、本件原告滑り台は、一般的な芸術作品等と同様の展示等を目的とするものではなく、遊具としての実用に供されることを目的とするものであるというべきである。

そして、実用に供され、あるいは産業上利用されることが予定されている美的創作物（いわゆる応用美術）が、著作権法2条1項1号の『美術』

³ 東京地判平成25年10月11日 LEX/DB25567647（平成23年（ワ）第41996号）、知財高判平成26年2月27日裁判所ウェブサイト（平成25年（ネ）第10092号）。

『の範囲に属するもの』として著作物性を有するかについては、同法上、『美術工芸品』が『美術の著作物』に含まれることは明らかであるものの(著作権法2条2項)、それ以外の応用美術に関しては、明文の規定が存在しない。

この点については、応用美術と同様に実用に供されるという性質を有する印刷用書体に関し、それ自身が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えることを要件の一つとして挙げた上で、同法2条1項1号の著作物に該当し得るとした最高裁判決(最高裁平成10年(受)第332号同12年9月7日第一小法廷判決・民集54卷7号2481頁)の判示に照らし、同条2項は、単なる例示規定と解すべきである。

さらに、上記の最高裁判決の判示に加え、同判決が、実用的機能の観点から見た美しさがあれば足りるとすると、文化の発展に寄与しようとする著作権法の目的に反することになる旨説示していることに照らせば、応用美術のうち、『美術工芸品』以外のものであっても、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものについては、『美術』の範囲に属するもの(同法2条1項1号)である『美術の著作物』(同法10条1項4号)として、保護され得ると解するのが相当である。

以上を前提に、本件原告滑り台が『美術の著作物』として保護される応用美術に該当するかを検討する。

イ 原告は、本件原告滑り台が、一品製作品というべきものであり、『美術工芸品』(著作権法2条2項)に当たるから、『美術の著作物』(同法10条1項4号)に含まれる旨主張する。

そこで検討するに、著作権法10条1項4号が『美術の著作物』の典型例として『絵画、版画、彫刻』を掲げていることに照らすと、同法2条2項の『美術工芸品』とは、同法10条1項4号所定の『絵画、版画、彫刻』と同様に、主として鑑賞を目的とする工芸品を指すものと解すべきであり、仮に一品製作的な物であったとしても、そのことをもって直ちに『美術工芸品』に該当するものではないというべきである。

本件においてこれをみると、前記アのとおり、本件原告滑り台は、自治体の発注に基づき、遊具として製作されたものであり、主として、遊具として利用者である子どもたちに遊びの場を提供するという目的を有する

物品であって、『絵画、版画、彫刻』のように主として鑑賞を目的とするものであるとまでは認められない。

したがって、本件原告滑り台が『美術工芸品』に該当すると認めることはできず、原告の上記主張は採用することができない。

ウ 原告は、本件原告滑り台が『美術工芸品』に当たらないとしても『美術の著作物』として保護される応用美術であると主張する。そこで、本件原告滑り台が、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものであるか否かについて、以下検討する。」

(ア) タコの頭部を模した部分について

「本件原告滑り台のうちタコの頭部を模した部分の構成は、次のとおりであると認められる。すなわち、タコの頭部を模した部分は、本件原告滑り台を正面から見て、その最も高い箇所のほぼ中央部に存在しており、タコの足を模したスライダーによって形作られるなだらかな稜線から上に突き出るような格好で配置されている。そして、その形状は、本件原告滑り台のうち最も高い箇所に存在する頭頂部から、正面向かって後方にやや傾いた略鐘形をなしており、全体として曲線的な印象を与える形状であって、そうした形状と、上記のような配置等から、当該部位を見た者をして、タコの頭部を連想させるような外観となっている。さらに、その構造をみると、内部は空洞をなし、頭部に上った利用者が立てるような踊り場様の床が設置されている。また、正面、左側面及び背面にそれぞれ1か所、右側面に2か所の開口部を有しており、そのうち正面、右側面及び左側面の開口部からは後述のタコの足を模したスライダーが延びているほか、背面の開口部付近には、手でつかんだり、足を掛けたりして上り下りするための取っ手が8個取り付けられている。

このように、タコの頭部を模した部分は、本件原告滑り台の中でも最も高い箇所に設置されているのであるから、同部分に設置された上記各開口部は、滑り降りるためのスライダー等を同部分に接続するために不可欠な構造であって、滑り台としての実用目的に必要な構成そのものであるといえる。また、上記空洞は、同部分に上った利用者が、上記各開口部及びスライダーに移動するために不可欠な構造である上、開口部を除く周囲が囲

まれた構造であることによって、最も高い箇所にある踊り場様の床から利用者が落下することを防止する機能を有するといえるし、そのみならず、周囲が囲まれているという構造を利用して、隠れん坊の要領で遊ぶことなどを可能にしているとも考えられる。

そうすると、本件原告滑り台のうち、タコの頭部を模した部分は、総じて、滑り台の遊具としての利用と強く結びついているものというべきであるから、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものとは認められない。」

(イ) タコの足を模した部分について

「本件原告滑り台には、タコの頭部を模した部分から4本のスライダーが延びており、これらはいずれもタコの足を模したものであって、その形状は、直線状か曲線状かの相違はあるものの、いずれについても、なだらかな斜度をなしつつ、地面に向かって延びているほか、滑らかな板状のすべり面を有し、かつ、その左右には手すり様の構造物が付されていると認められる。

この点、滑り台は、高い箇所から低い箇所に滑り降りる用途の遊具であるから、スライダーは滑り台にとって不可欠な構成要素であることは明らかであるところ、タコの足を模した部分は、いずれもスライダーとして利用者に用いられる部分であるから、滑り台としての機能を果たすに当たって欠くことのできない構成部分といえる。

そうすると、本件原告滑り台のうち、タコの足を模した部分は、遊具としての利用のために必要不可欠な構成であるというべきであるから、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものとは認められない。」

(ウ) 空洞（トンネル）部分について

「本件原告滑り台には、正面から見て左右に1か所ずつ、スライダーの下部に、通り抜け可能なトンネル状の空洞が配置されていると認められる。

この構成は、滑り台としての機能には必ずしも直結しないものではある

が、前記アのとおり、本件原告滑り台は、公園の遊具として製作され、設置された物であり、その公園内で遊ぶ本件原告滑り台の利用者は、これを滑り台として利用するのみならず、上記空洞において、隠れん坊などの遊びをすることもできると考えられる。

そうすると、本件原告滑り台に設けられた上記各空洞部分は、遊具としての利用と不可分に結びついた構成部分というべきであるから、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものとは認められない。」

(エ) 本件原告滑り台全体の形状等について

「本件原告滑り台は、頭部（前記（ア））、足（前記（イ））及び空洞（前記（ウ））等によって形成されており、その全体を見ると、本件原告滑り台は、見る者をしてタコの体を模しているとの印象を与えるものであると認められる。また、とりわけ本件原告滑り台の正面からその全体を見ると、空洞のある頭部を頂点に、左右へ広がる緩やかな2本の足によって均整の取れた三角形を見て取ることができ、見栄えのよい外観を有するものということができる。

この点、本件原告滑り台のようにタコを模した外観を有することは、滑り台として不可欠の要素であるとまでは認められないが、そのような外観は、子どもたちなどの本件原告滑り台の利用者に興味や関心を与えたり、親しみやすさを感じさせたりして、遊びたいという気持ちを生じさせ得る、遊具のデザインとしての性質を有することは否定できず、遊具としての利用と関連性があるといえる。また、本件原告滑り台の正面が均整の取れた外観を有するとしても、そうした外観は、前記（ア）及び（イ）でみたとおり、滑り台の遊具としての利用と必要不可欠ないし強く結びついた頭部及び足の組み合わせにより形成されているものであるから、遊具である滑り台としての機能と分離して把握することはできず、遊具のデザインとしての性質の域を出るものではないというべきである。

そうすると、本件原告滑り台の外観は、遊具のデザインとしての実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものとは認められない。

(オ) 以上のとおり、本件原告滑り台は、その構成部分についてみても、全体の形状からみても、実用目的を達するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものとは認められないから、『美術の著作物』として保護される応用美術とは認められない。

(カ) これに対し、原告は、本件原告滑り台の実用目的は滑り台自体としての機能を前提に把握すべきであり、高所に上がるための手段と、滑り降りるためのスライダーがあればその機能を果たすことができるので、表現の選択の幅は広いとした上で、本件原告滑り台のタコの頭部を模した部分、タコの足を模した部分及び空洞（トンネル）部分は、滑り台の機能から必然的に創作できるものではなく、滑り台の機能とは独立して存在する特徴であって、製作者であるBの個性が表われた部分といえるから、そのような部分を有する本件原告滑り台は『美術の著作物』に該当する応用美術であると主張する。

しかしながら、ある製作物が『美術の著作物』たる応用美術に該当するか否かに当たって考慮すべき実用目的及び機能は、当該製作物が現に実用に供されている具体的な用途を前提として把握すべきであって、製作物の種類により形式的にその目的及び機能を把握すべきではない。原告の主張は、滑り台には様々な形状や用途のものがあるにもかかわらず、本件原告滑り台が滑り台として製作されたものであるという点を過度に重視するものであり、子どもたちなどの利用者が本件原告滑り台において具体的にどのような遊び方をするかを捨象している点で相当ではない。

また、原告の上記主張は、本件原告滑り台の表現の選択の幅が広く、製作者であるBの個性が表われていることを根拠とするものであるが、その点は、著作物性（著作権法2条1項1号）の要件のうち、『思想又は感情を創作的に表現したもの』との要件に係るものであって、『美術』『の範囲に属するもの』との要件に係るものではないというべきである。

したがって、原告の上記主張はいずれも採用することができない。

エ 以上によれば、本件原告滑り台は、著作権法10条1項4号の『美術の著作物』に該当せず、同法2条1項1号所定の著作物としての保護は認められないというべきである。」

(2) 争点1-2 (本件原告滑り台が建築の著作物に該当するか) について

「ア 前記(1)アで認定したとおり、本件原告滑り台は、公園に設置される遊具であり、その形状は、……上部にタコの頭部を模した部分を備え、4本のタコの足を模したスライダー等を有しているものである。そして、著作権法においては、著作物の例示として『建築の著作物』(著作権法10条1項5号)が掲げられているものの、『建築』についての定義は置かれていない。そのため、『建築の著作物』の意義を考えるに当たっては、建築基準法所定の『建築物』の定義を参考にしつつ、文化の発展に寄与するという著作権法の目的に沿うように解釈するのが相当である。そこで検討するに、建築基準法2条1号が『建築物』という用語の意義について『土地に定着する工作物のうち、屋根及び柱若しくは壁を有するもの(これに類する構造のものを含む。)]』等と規定しており、本件原告滑り台も、屋根及び柱又は壁を有するものに類する構造のものと認めることができ、かつ、これが著作権法上の『建築』に含まれるとしても、文化の発展に寄与するという目的と齟齬するものではないといえる。そうすると、本件原告滑り台は同法上の『建築』に該当すると解することができる。

このように、本件原告滑り台が同法上の『建築』に該当するとしても、その『建築の著作物』(著作権法10条1項5号)としての著作物性については、『文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの』(同法2条1項1号)か否か、すなわち、同法で保護され得る建築美術であるか否かを検討する必要がある。具体的には、『建築の著作物』が、実用に供されることが予定されている創作物であり、その中には美的な要素を有するものも存在するという点で、応用美術に類するといえることから、その著作物性の判断は、前記(1)アで説示した応用美術に係る基準と同様の基準によるのが相当である。

そこで、本件原告滑り台が、建築物としての実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるか否かにつき、以下、検討する。

イ 前記(1)で説示したとおり、本件原告滑り台の形状は、頭部、足部、空洞部などの各構成部分についてみても、全体についてみても、遊具として利用される建築物の機能と密接に結びついたものである。また、本件原告滑り台は、……上記各構成部分を組み合わせることで、全体として赤く

塗色されていることも相まって、見る者をしてタコを連想させる外観を有するものであるが、こうした外観もまた、子どもたちなどの利用者に興味・関心や親しみやすさを与えるという遊具としての建築物の機能と結びついたものといえ、建築物である遊具のデザインとしての域を出るものではないというべきである。

したがって、本件原告滑り台について、建築物としての実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるとは認められない。

ウ 原告は、本件原告滑り台が、滑り台の機能とは独立した形態的特徴を有しており、通常滑り台に施される美的創作性と比べてはるかに美的創作性の程度が高いことなどから、『建築の著作物』としての著作物性を有すると主張する。

しかしながら、前記アのとおり、建築の著作物については、応用美術と同様に、著作物性が認められるための要件として、著作権法2条1項1号における『文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの』であるか否かが判断されるべきところ、前記イのとおり、それが認められない以上、高度な美的創作性を有するという理由によって、著作物性を肯定することはできないというべきである。

したがって、原告の上記主張は失当であって採用することができない。
エ 以上によれば、本件原告滑り台は、著作権法10条1項5号の『建築の著作物』に該当せず、同法2条1項1号所定の著作物としての保護は認められないというべきである。」

(3) 小括

「以上のとおり、本件原告滑り台は、『美術の著作物』(著作権法10条1項4号)にも、『建築の著作物』(同項5号)にも該当せず、これについて著作権法2条1項1号所定の著作物としての保護は認められないというべきである。

したがって、争点1に関するその他の点について判断するまでもなく、原告の著作権侵害による不法行為に基づく損害賠償請求には理由がない。」

2 争点2（不当利得返還請求権の存否）について

「前記1のとおり、本件原告滑り台には著作物性が認められず、その結果、原告がその著作権を保有しているとも認められないから、被告が本件各被告滑り台を製作するなどしたことについて、原告に受注額に相当する額の損失が発生したとも、被告が利得を受けたことにつき法律上の原因がないとも認められない。

以上によれば、争点2に関するその余の点について判断するまでもなく、原告の不当利得返還請求には理由がない。」

3 結論

「よって、原告の請求はいずれも理由がないから、これらを棄却することとして、主文のとおり判決する。」

III 本判決の評釈

第1 本判決の意義と位置付け

応用美術の著作物性をめぐる先例は多くの蓄積があるが、本判決は、管見の限り、公園の遊具の著作物性について初めて判断した点において意義を有する。

周知のとおり、裁判例や学説では、応用美術に著作権保護を広く認めると、意匠法等の趣旨を没却するおそれがあることや、後発者によるデザイン開発を阻害するおそれがあること等が問題にされている。そのような問題をめぐり、応用美術の著作権保護の範囲に美術性要件（「美術……の範囲」（法2条1項1号後段））等による制限を認める制限説と、それに特別な制限を認めない無制限説が対立しており、前者が裁判例と学説の大勢を占めている。本判決は、応用美術の著作権保護の範囲に制限を認めているため（判旨1(1)ア）、制限説に位置付けられる。

従来の裁判例は、物品の種類に着目すると、平面的なイラストや図案が用いられている商品や広告に関するもの（第一類型）、彫像やぬいぐるみ

等の立体的な量産品に関するもの(第二類型)、そして通常の実用品に関するもの(第三類型)に大きく類型化することができる⁴。そのうち第一類型に属する物品の著作物性は、絵画的なものであれば肯定され、比較的緩やかにその著作権保護が認められてきた⁵。また第二類型に属する物品の著作物性は、純粹美術や美術工芸品と同視できるものに限り肯定されてきた⁶。他方、第三類型に属する物品の著作物性は、一部の例外を除き⁷、類型的に否定されてきた⁸。本件原告滑り台は、彫像的な構成と実用的な構成

⁴ 田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」コピライト676号(2017)5-12頁参照。

⁵ 肯定例として、後掲東京地判[アメリカTシャツ]、後掲大阪地判[商業広告]、東京地判平成10年11月16日LEX/DB28041737(平成9年(ワ)第6030号)[リトルクラブ/森義之コート]、東京地判平成15年7月11日裁判所ウェブサイト(平成14年(ワ)第12640号)[レターセット/三村量一コート]、東京地判平成17年7月20日裁判所ウェブサイト(平成17年(ワ)第313号)[マトリョーシカ/市川正巳コート]、後掲大阪地判[ピクトグラム]、後掲大阪地判[猫Tシャツ]等。

否定例として、仙台地判平成19年10月2日判時2029号153頁[福の神仙臺四郎/潮見直之コート]、後掲東京地判[黒烏龍茶パッケージ]、知財高判平成26年1月22日裁判所ウェブサイト(平成25年(ネ)第10066号)[シャトー勝沼/清水節コート]、後掲知財高判[ゴルフシャフト]等。

⁶ 肯定例として、後掲長崎地決[博多人形赤とんぼ]、後掲神戸地判[仏壇彫刻]、後掲東京高判[キューピー人形I]、後掲東京地判[トントウぬいぐるみ]、後掲大阪高判[海洋堂フィギュア](妖怪フィギュア)、後掲東京地判[照明用シェード]等。

否定例として、後掲仙台高判[ファービー]、後掲大阪高判[海洋堂フィギュア](動物フィギュア等)等。

⁷ 後掲知財高判[TRIPP TRAPP II]。

⁸ 大阪高判平成2年2月14日LEX/DB27815252(平成元年(ネ)第2249号)[ニーチェア]、東京高判平成3年12月17日知的裁集23巻3号808頁[木目化粧紙/竹田稔コート]、後掲東京高判[装飾窓格子]、名古屋高判平成9年12月25日判タ981号263頁[漁網結節/水野祐一コート]、大阪高判平成13年1月23日裁判所ウェブサイト(平成12年(ネ)第2393号)[装飾街路灯図案/鳥越健治コート]、知財高判平成24年3月22日裁判所ウェブサイト(平成23年(ネ)第10062号)[鍋の持ち手/飯村敏明コート]、知財高判平成28年10月13日裁判所ウェブサイト(平成28年(ネ)第10059号)[幼児用箸/鶴岡稔彦コート]、後掲知財高判[加湿器]、後掲大阪地判[Chamois](衣服全体のデザイン)、後掲知財高判[半田フィード]、後掲大阪地判[傘立て]、東京地判令和元

を兼ね備えており、第二類型と第三類型の中間に属するものであるといえ、従来の裁判例の趨勢からすると著作物性が認められにくい物品である⁹。そのため、本件原告滑り台の著作物性を否定した本判決は、従来の裁判例の趨勢に追随するものである。

第2 本判決の判断

1 「美術工芸品」該当性

本判決は、「同法2条2項の『美術工芸品』とは、同法10条1項4号所定の『絵画、版画、彫刻』と同様に、主として鑑賞を目的とする工芸品を指す」との基準を定立し、「本件原告滑り台は、自治体の発注に基づき、遊具として製作されたものであり、主として、遊具として利用者である子どもたちに遊びの場を提供するという目的を有する物品であって、『絵画、版画、彫刻』のように主として鑑賞を目的とするものであるとまでは認められない」と説示し、「美術工芸品」該当性を否定した。

本判決は、ファッションショー事件判決により示された、「量産される美術工芸品」の「美術の著作物」該当性に関する判断基準¹⁰とほとんど同じものを用いている。主たる目的が鑑賞目的なのか実用目的なのかを端的に考慮する明確な判断であるが、「工芸品」のあてはめがなされていないため、判断の全容は明らかでない。

年6月18日裁判所ウェブサイト(平成29年(ワ)第31572号)[BAO BAO ISSEY MIYAKE/柴田義明コート]等。本判決後の裁判例として、大阪地判令和3年6月24日裁判所ウェブサイト(令和2年(ワ)第9992号)[雑貨の時計/杉浦正樹コート]、後掲知財高判[姿勢保持具]。

⁹ 第二類型と第三類型の中間に属する物品に関する裁判例として、後掲京都地判[佐賀錦袋帯]、後掲東京地判[プチフォルダー]、後掲東京地判[カスタマイズドール用素体]、後掲大阪地判[Chamois](花柄刺繍のデザイン)等(いずれも否定例)。

¹⁰ 「量産される美術工芸品であっても、全体が美的鑑賞目的のために制作されるものであれば、美術の著作物として保護される」との基準。

2 「美術の著作物」該当性

(1) 判断基準

本判決は、「応用美術のうち、『美術工芸品』以外のものであっても、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものについては、『美術』『の範囲に属するもの』(同法2条1項1号)である『美術の著作物』(同法10条1項4号)として、保護され得る」との基準を定立した。これは、ファッションショー事件判決により示された、「実用目的の応用美術」の「美術の著作物」該当性に関する判断基準¹¹とほとんど同じものである。

ところで学説には、「美術の著作物」該当性の審理では、それは展示権と結合した純粋美術を意味するから、純粋美術の属性としての美的鑑賞の目的の有無等を確認する必要がある、一方、「美術……の範囲に属するもの」該当性の審理では、美的鑑賞の目的の有無等の属性は論外であるとして、「美術の著作物」と「美術……の範囲に属するもの」を二元的に理解するものがある¹²。これに対し、本判決は、両者を一元的に理解していることから、その著作物性判断は、少なくとも二元的な理解と比べると厳しいものとなり得よう。

¹¹ 「実用目的の応用美術であっても、実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるものについては、上記2条1項1号に含まれることが明らかな『思想又は感情を創作的に表現した(純粋)美術の著作物』と客観的に同一なものとみることができるのであるから、当該部分を上記2条1項1号の美術の著作物として保護すべきである」との基準。

¹² 野一色勲『『美術の著作物』と『美術の範囲に属するもの』の『美術』の語義の相違』牛木理一先生古稀記念『意匠法及び周辺法の現代的課題』(発明協会、2005)437頁。その他、斉藤博『著作権法概論』(勁草書房、2014)43頁は、「10条1項が著作物を『例示』しているにすぎないことに照らせば、法改正をするまでもなく『デザインの著作物』を認めることができる。それによって『純粋美術』とか『美的鑑賞』というしがらみからも解放されよう」と述べており、二元的な理解をしている。

(2) あてはめ

ア 本件原告滑り台の各構成部分

(ア) タコの頭部を模した部分 (図1-1)¹³

「①タコの頭部を模した部分は、本件原告滑り台の中でも最も高い箇所
所に設置されているのであるから、同部分に設置された上記各開口部
は、滑り降りるためのスライダー等を同部分に接続するために不可欠な
構造であって、滑り台としての実用目的に必要な構成そのものであると
いえる。また、②上記空洞は、同部分に上った利用者が、上記各開口部
及びスライダーに移動するために不可欠な構造である上、開口部を除く
周囲が囲まれた構造であることによって、最も高い箇所にある踊り場様
の床から利用者が落下することを防止する機能を有するといえるし、そ
れのみならず、周囲が囲まれているという構造を利用して、隠れん坊の
要領で遊ぶことなどを可能にしているとも考えられる。

そうすると、本件原告滑り台のうち、タコの頭部を模した部分は、総
じて、滑り台の遊具としての利用と強く結びついているものというべき
であるから、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離し
て、美的〔本稿注：ママ〕鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部
分を把握できるものとは認められない。」

本判決は、説示①では、各開口部が「滑り台としての実用目的に必要な
構成そのものである」と指摘している。各開口部は、単なる実用品であり、
「実用目的を達成するために必要な機能に係る構成」それ自体に過ぎない
ということだろう。続けて説示②では、空洞が様々な機能を有することを
指摘している。その上で、タコの頭部を模した部分について、「総じて、滑
り台の遊具としての利用と強く結びついている」と指摘し、「実用目的を
達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美的鑑賞の対象となり
得る美的特性を備えている部分を把握できる」こと、すなわち分離可能性
を否定している。

ところで学説では、分離可能性の理解をめぐり、文化の範囲の問題とし

¹³ 図中の記しは、本稿筆者による。以下、同じ。

で位置付ける説¹⁴とアイディア・表現二分論の一適用場面として位置付ける説¹⁵が唱えられている(以下、前者による分離可能性を「文化の範囲型分離可能性」と、後者によるものを「アイディア・表現二分論型分離可能性」という¹⁶)。

アイディア・表現二分論型分離可能性を判断する場合、機能(＝アイディア)から必然的に導かれる表現であるか否かが要となるはずであるが、本判決は、タコの頭部を模した部分について、そのように機能と表現を綿密に見極めていない。

むしろ本判決は、創作態様を吟味していると目される文脈の中で実用性

¹⁴ 例えば、田村善之「判批」ビジネス法務15巻11号(2015)100-101頁は、「実用的な側面により(通常の著作物とは質的に異なって)表現の自由度が技術的に制約されている場合に限って、著作物性を否定すれば足りる」と述べる。詳しくは、後述する。

¹⁵ 奥邨弘司「判批」判例評論678号(2015)23頁は、「応用美術とは実用に供される美的創作物であるから、純粋美術とは異なり、美的表現が実用品の機能や実用性(アイデア・表現二分論におけるアイデアにあたる)と不可分であったり、機能などから強い影響を受けていたりする場合があり得る。そのような表現を著作権で保護することは、機能や実用性そのものを著作権で保護することにつながってしまい適当ではない」等と述べ、「分離可能性テストは、著作物一般に問題となる、アイデア・表現二分論や融合理論(merger doctrine)〔本稿注：本稿にいうマージ理論〕を応用美術の場合にふさわしい形で言い換えたものとなり、著作権法における当然の理を述べたに過ぎないことになる」と理解する。また、「分離可能性テスト」をあえて課す理由として、「アイデア・表現二分論などを適切に適用すれば起こりえないにもかかわらず、実際には、実用性などから分離できない表現が著作権保護の対象となってしまうかねないから分離可能性テストを課すのである」と述べる。

なお、マージ理論とは、表現されたアイディアと一体化(merge)した表現、すなわち、アイディアを表現するのに限られた方法しかない場合、又は実際的にもしくは利用上の考慮からある特定の方法でしか表現できない場合には保護を与えないとする、アメリカ法の理論である(D.S. カージャラ＝相山敏士『日本－アメリカ コンピュータ・著作権法』(日本評論社、1989)280頁参照)。日本法の下でも、このような理論は、判例・学説上コンセンサスがある(中山信弘『著作権法〔第3版〕』(有斐閣、2020)80頁参照)。

¹⁶ 用語法につき、山本真祐子「〔欧州〕ファッションデザインの著作物性」知財管理71巻12号(2021)参照。

や機能性を大括みに考慮し、美術性を否定している。これは、創作過程における実用目的による制約の存在を理由に、カテゴリーカルに美術性を否定するものであると評価せざるを得ないだろう。この見立てを前提とすれば、本判決は、文化の範囲型分離可能性を判断しているということになる¹⁷。

(イ) タコの足を模した部分（図1-2）

「滑り台は、高い箇所から低い箇所に滑り降りる用途の遊具であるから、スライダーは滑り台にとって不可欠な構成要素であることは明らかであるところ、タコの足を模した部分は、いずれもスライダーとして利用者に用いられる部分であるから、滑り台としての機能を果たすに当たって欠くことのできない構成部分といえる。

そうすると、本件原告滑り台のうち、タコの足を模した部分は、遊具としての利用のために必要不可欠な構成であるというべきであるから、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものとは認められない。」

本判決は、タコの足を模した部分について、「遊具としての利用のために必要不可欠な構成である」と指摘している。これは、表現の一義性を決

¹⁷ あるいは、本判決は、分離可能性を超えた、プラスαの要素としての「美的鑑賞の対象となり得る美的特性」（美的鑑賞性）を判断していると理解できないか。

分離可能性は創作態様から判断されるものであり、美的鑑賞性は創作の結果に対する評価から判断されるものとして両者を区別するのであれば、本判決は、むしろ分離可能性を判断していると理解するのが素直である。なぜなら本判決は、タコの頭部を模した部分について、人々から鑑賞されるものであるとか、見て楽しいものである等といった評価に着目した説示はしておらず、むしろ、「滑り降りるためのスライダー等を同部分に接続するために不可欠な構造」であるとか、「隠れん坊の要領で遊ぶことなどを可能にしている」等といった創作態様に着目した説示をしているからである。

もっとも、文化の範囲型分離可能性は、究極的には、鑑賞目的のための美的表現が追求されているかどうかを吟味するものであるため、美的鑑賞性と軌を一にする（両者の重なり合いの程度は、美的鑑賞性の具体的な内容による）。そのため本判決は、結果として、美的鑑賞性をも判断していると理解できる。

め手としているとも目されるため、アイデア・表現二分論型分離可能性を判断していると考え余地がある。

しかし、遊具としての機能とスライダーそれ自体は不可分の関係にあるとしても、遊具としての機能を実現するためにはタコの足を模す必然性はなく、タコの足を模した部分は、配列や具体的形状において表現の選択の幅があると見受けられる。本判決は、このような表現の選択の幅を度外視しており、むしろ実用目的に基づいて創作された構成であることを決め手とし、美術性を否定しているのではなかろうか。この見立てが正しければ、ここでも文化の範囲型分離可能性が判断されているということになる。

(ウ) 空洞（トンネル）部分（図1-3）

「この構成は、滑り台としての機能には必ずしも直結しないものではあるが、前記アのとおり、本件原告滑り台は、公園の遊具として製作され、設置された物であり、その公園内で遊ぶ本件原告滑り台の利用者は、これを滑り台として利用するのみならず、上記空洞において、隠れん坊などの遊びをすることもできると考えられる。

そうすると、本件原告滑り台に設けられた上記各空洞部分は、遊具としての利用と不可分に結びついた構成部分というべきであるから、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものとは認められない。」

本判決は、空洞（トンネル）部分について、「滑り台としての機能には必ずしも直結しない」（＝表現の選択の幅がある）ことを前提に、創作態様を吟味しながら「隠れん坊などの遊びをすること」等の機能を有することを指摘し、美術性を否定している。これは、タコの頭を模した部分に関する判断と同様の理屈であり、やはり文化の範囲型分離可能性を判断するものであるといえよう。

イ 本件原告滑り台全体の形状（図１）

「③本件原告滑り台のようにタコを模した外観を有することは、滑り台として不可欠の要素であるとまでは認められないが、そのような外観は、子どもたちなどの本件原告滑り台の利用者に興味や関心を与えたり、親しみやすさを感じさせたりして、遊びたいという気持ちを生じさせ得る、遊具のデザインとしての性質を有することは否定できず、遊具としての利用と関連性があるといえる。また、④本件原告滑り台の正面が均整の取れた外観を有するとしても、そうした外観は、……滑り台の遊具としての利用と必要不可欠ないし強く結びついた頭部及び足の組み合わせにより形成されているものであるから、遊具である滑り台としての機能と分離して把握することはできず、遊具のデザインとしての性質の域を出るものではないというべきである。

そうすると、本件原告滑り台の外観は、遊具のデザインとしての実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている部分を把握できるものとは認められない。」

本判決は、説示③では、本件原告滑り台全体の外観について、「遊びたいという気持ちを生じさせ得る、遊具のデザインとしての性質を有することは否定できず、遊具としての利用と関連性がある」と指摘している。この説示はどのように位置付けられるのか。

結論からいうと、ここでも文化の範囲型分離可能性判断が行われているという見立てが可能である。つまり、本件原告滑り台のような公園の遊具には、「遊びたいという気持ちを生じさせ得る、遊具のデザインとしての性質」を有するものでなければならないという、「遊具としての利用」に係る制約があり得るところ、かかる性質を有する本件原告滑り台は、まさにその種の制約を受けつつ創作されているということである。

もっとも、実用目的との「関連性」を有することは、先例上、必ずしも著作物性の有無を左右するものとして理解されていない。例えば、大阪地判昭和60年3月29日無体裁集17巻1号132頁〔商業広告／潮久郎コート〕（図5）で著作物性が肯定された商業広告の外観は、サービスや商品を需要者に向けて示すという実用目的との関連性を有するし、大阪地判平成27

年9月24日判例時報2348号62頁[ピクトグラム／高松宏之コート](図6)で著作物性が肯定されたピクトグラムの外観は、施設をその利用者等に向けて絵画的に表記するという実用目的との関連性を有する。

また、実用目的との「関連性」を有することは、実際にも著作物性の有無を左右しないのではなかろうか。裁判例ではないが、例えば、岡本太郎の《坐ることを拒否する椅子》(図7¹⁸)は、座りたいという気持ちを生じさせ得る椅子のデザインとしての性質を有し、椅子としての利用と関連性があるが、それは決して当該作品の著作物性の有無を左右するものではないだろう。

次に本判決は、説示④で、本件原告滑り台全体の外観について、「滑り台の遊具としての利用と必要不可欠ないし強く結びついた頭部及び足の組み合わせにより形成されている」と指摘している。ここでは、創作態様を吟味しながら実用目的との結び付きを考慮しており、やはり文化の範囲型分離可能性判断を行っていると思受けられる。もっとも、各構成の組合せそれ自体により、新たに美術性が付与されることもあり得るところ、それを看過するこの判断は、やや厳しいものであるといわざるを得ない。それでは、この判断は先例との関係でどのように位置付けられるのか。

本件原告滑り台は、滑り台という実用品にタコの彫像が埋め込まれているような外観を有する点で、肯定例である神戸地判昭和54年7月9日無体裁集11巻2号371頁[仏壇彫刻／砂山一郎コート](図8)の彫刻に近いようにも思える。しかし、本判決と同判決には距離がある。なぜなら仏壇彫刻事件の彫刻は、仏壇本体から分離すると完全な彫刻作品として独立して存在することが可能であろうが、本件原告滑り台の彫像部分は、滑り台本体から分離すると不完全な外観となり独立して存在することが困難だからである。むしろ本件原告滑り台は、否定例である東京地判平成20年7月4日裁判所ウェブサイト(平成19年(ワ)第19275号)[プチフォルダー／阿部正幸コート](図9)のぬいぐるみに近いだろう。プチフォルダー事件のぬいぐるみは、その手足の表現に、小物入れとしての機能による制約を受けている。本件原告滑り台全体の外観も、プチフォルダー事件のぬいぐる

¹⁸ 川崎市岡本太郎美術館ウェブサイト(<https://www.taromuseum.jp/>)、令和3年11月30日アクセス)より転載。

みと同程度に、滑り台としての機能による制約を受けていると見受けられる。そのため、本判決が文化の範囲型分離可能性ひいては著作物性を否定したことは、かかる先例と整合する。なお本判決は、実用目的との関連性を有することをもって直ちに著作物性を否定していないため、例えば仏壇彫刻事件判決の事案に認められるような、外観の完全性が認められる水準の分離可能性、すなわち物理的分離可能性までは要求していないと考えられる¹⁹。

(3) 原告の主張に対する応答

原告は、「本件原告滑り台の実用目的は滑り台自体としての機能を前提に把握すべきであり、高所に上がるための手段と、滑り降りるためのスライダーがあればその機能を果たすことができるので、表現の選択の幅は広いとした上で、本件原告滑り台のタコの頭部を模した部分、タコの足を模した部分及び空洞（トンネル）部分は、滑り台の機能から必然的に創作できるものではなく、滑り台の機能とは独立して存在する特徴であって、製作者であるBの個性が表われた部分といえるから、そのような部分を有する本件原告滑り台は『美術の著作物』に該当する応用美術である」、と主張した。

裁判所は、この主張に対し、次のとおり応答した。

「しかしながら、①ある製作物が『美術の著作物』たる応用美術に該当するか否かに当たって考慮すべき実用目的及び機能は、当該製作物が現に実用に供されている具体的な用途を前提として把握すべきであって、製作物の種類により形式的にその目的及び機能を把握すべきではない。原告の主張は、滑り台には様々な形状や用途のものがあるにもかかわらず、本件原告滑り台が滑り台として製作されたものであるという点を過度に重視するものであり、子どもたちなどの利用者が本件原告滑り台において具体的にどのような遊び方をするかを捨象している点で相当ではない。

¹⁹ 仏壇彫刻事件判決が物理的分離可能性を要求しているわけではなく、ここでは、あくまでも、その事案が物理的分離可能性の典型例を提供しているので、当該彫刻を取り上げたに止まる。

また、②原告の上記主張は、本件原告滑り台の表現の選択の幅が広く、製作者であるBの個性が表われていることを根拠とするものであるが、その点は、著作物性（著作権法2条1項1号）の要件のうち、『思想又は感情を創作的に表現したもの』との要件に係るものであって、『美術』『の範囲に属するもの』との要件に係るものではないというべきである。」

応答①は、物品の機能ばかりでなくその用途を前提として実用目的を把握するという理解を示したものであり²⁰、かかる理解は、次のとおり具体の判断に表れている。

例えば、タコの足を模した部分と空洞（トンネル）部分に関する判断では、隠れん坊の遊びができるという、機能（＝アイディア）を超えた抽象的な用途をもって実用目的を把握している。しかし、鑑賞目的と両立し得るその種の遊戯目的は、必ずしも創作に実質的な制約を加えるものではないため、単にかかる目的が認められることは美術性を左右しないのではな

²⁰ 同様の理解に立つ裁判例として、例えば、後掲大阪高判[海洋堂フィギュア]、前掲仙台地判[福の神仙臺四郎]等が挙げられる。

後掲大阪高判[海洋堂フィギュア]は、菓子のおまけであるフィギュアの模型原型の著作物性が争われた事件において、「本件フィギュアは、従来の食玩……に比べて、極めて精巧なものであるとはいえ、その使用目的は、やはり菓子のおまけとして付けられ、菓子の販売促進を図ることにあることに変わりはないと認められる。そして、本件模型原型は、上記のような本件フィギュアを量産するための金型の原型及び彩色用の見本として用いられるものである。してみると、本件模型原型は、……制作者が、当該作品を専ら鑑賞の対象とする目的ではなく、実用目的で制作したものであり、かつ、一般的平均人が、実用目的で制作されたものと受け取るものというべきであるから、純粋美術には該当しない」等と説示し、当該模型原型を応用美術として位置付けた。「菓子の販売促進を図る」という具体的用途を前提に、実用目的を広く把握している。

前掲仙台地判[福の神仙臺四郎]は、「福の神仙臺四郎」や「商売繁盛仙臺四郎」との標章を付した商品の著作物性が争われた事件において、「本件原告商品は、需要者に対し、福の神である仙台四郎が持つ商売繁盛等の御利益を想起させることによって、その購買意欲を惹起させるものと認められることからすれば、専ら鑑賞を目的とする純粋美術とは言い難く、実用に供されることを目的とする応用美術にあたるものというべきである」等と説示し、著作物性を否定した。「購買意欲を惹起させる」という具体的用途を前提に、実用目的を広く把握している。

だろうか。

また、本件原告滑り台全体の形状に関する判断では、「興味や関心を与えたり、親しみやすさを感じさせたり」という用途をもって実用目的を把握している。しかし、その種の用途は、美術の著作物であることが疑いない絵画や彫刻においても当然に認められる用途と区別することが困難である。このような相当に広汎な用途をもって実用目的があるとされてしまうのでは、少なくともその字面に従う限り、応用美術の著作物性はおよそ認められないということにすらなりかねない。

応答②は、無制限説に依拠したと目される原告の主張を否定したものである。無制限説については、後述する。

3 「建築の著作物」該当性

本判決は、「美術の著作物」該当性に関する判断基準と同じものを用いて、「本件原告滑り台の形状は、頭部、足部、空洞部などの各構成部分についてみても、全体についてみても、遊具として利用される建築物の機能と密接に結びついたものである。また、本件原告滑り台は、……上記各構成部分を組み合わせることで、全体として赤く塗色されていることも相まって、見る者をしてタコを連想させる外観を有するものであるが、こうした外観もまた、子どもたちなどの利用者に興味・関心や親しみやすさを与えるという遊具としての建築物の機能と結びついたものといえ、建築物である遊具のデザインとしての域を出るものではないというべきである」と説示し、「建築の著作物」該当性を否定した。

本判決は、「美術の著作物」該当性を否定した上で、「建築の著作物」該当性判断を行っているため、「美術の著作物」が「建築の著作物」を包含しないとする二元的な理解をしていると見受けられる。ところで、学説には、本判決のような二元的な理解のほかに、「美術の著作物」が「建築の著作物」を包含するとする一元的な理解²¹がある。もっとも、法10条1項5号の「建築の著作物」は著作物を例示したに止まり、具体的な建築物が著作物となり得るか否かは法2条1項1号で決定される。ある建築物が法2条1

²¹ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001）211頁。

項1号後段の要件を充たさないと判断されたにもかかわらず、「建築の著作物」足り得ると解することは、著作物の定義を法2条1項1号に置きつつ、法10条1項をあくまでも例示に止めた著作権法の趣旨に悖ることは明らかである。ゆえに、二元的な理解は採用し得ない。既に一元的な理解をする学説により、「美術の著作物たりえないような建造物は本条〔本稿注：46条〕を適用するまでもなく、著作権の対象にならない。逆に著作物と評価しうるようなものは、いずれも美術の著作物と評価しうるようなものばかりであり、取扱いを違える理由はない」²²との指摘があり、本稿もこれに賛同する。したがって、建築物である応用美術は、「美術の著作物」該当性が否定される場合、さらに「建築の著作物」として著作物性が認められる余地はないと考えるべきである。もっとも、本判決は「建築の著作物」該当性を否定しているので、この点に関して何らかの判断をしたと捉える必要はなく、仮に何らかの判断が黙示にされているとしても、それは傍論に止まる。

第3 本判決の射程

「遊びたいという気持ちを生じさせ得る、遊具のデザインとしての性質を有する」と指摘する説示③を重視すると、本判決の射程は遊具一般に及び、およそ遊具の著作物性は、カテゴリー的に否定されたことになる。しかし、仮に「美術の著作物」であることが疑いない絵画や彫刻に認められるような表現を有する遊具についてまでも、「遊具のデザインとしての性質」を有するものとして著作物性が否定されてしまうのであれば、同じ表現を有し無体物としての価値には相違がないのに、初めに制作された有体物が何に使用されているのか、それが当初の用途から変更された場合にどうなるのか、二例目に制作された有体物の時点で用途変更があった場合にどうなるのか云々によって結論を違えることになりかねない²³。そのた

²² 田村・前掲注21)211頁。

²³ ところで、本件事案とは異なり、仮に本件原告滑り台の製作に先立ち、かかる滑り台と同一の外観を有するミニチュアが実用目的ではなく鑑賞目的で制作されていた場合、結論はどうなるのか。

め、説示③を殊更に重視するべきではなく、説示③は、説示④の帰結に過ぎないと理解するべきである。つまり、実用目的による制約を受けつつ形成されている外観を有する遊具であるからこそ、それは「遊具のデザインとしての性質」を有するに止まるということである（逆に、実用目的による制約を受けずに自由に形成されている外観を有する遊具であれば、それはもはや「遊具のデザインとしての性質」を超えており、美術としての性質を有するということになろう）。

結局、本判決の判決理由の核心をなすのは説示④であり、本判決の射程は、実用目的と強く結び付いた構成の組合せにより形成されている外観を有する遊具にのみ及ぶと考えるべきである。例えば、東京都新宿区のあかぎ児童遊園に設置されているゾウの滑り台（図10²⁴）全体の外観は、スライダーとしての実用目的と強く結び付いたゾウの鼻を模した構成等から形成されているため射程内となり、一方、東京都足立区の舎人いきいき公

まず、専ら鑑賞目的で制作された滑り台のミニチュアは、当然に美術性を充たすようにも思えるところ、加えて創作性をも充たせば著作物性が認められる。そして、かかるミニチュアを翻案して製作された滑り台は、二次的著作物として保護されるということになりそうである。しかしこの帰結は、美術性要件のルールを潜脱することになるため、妥当でない。それでは、どう考えるべきか。

実用目的で制作される実用品と鑑賞目的で制作されるそのミニチュアは、有体物を異にするものの、同様の制約を受けつつ創作されており、創作態様に質的な違いはないため、その無体物としての美的価値は等しいといえる。そうであれば、実用品であってもそのミニチュアであっても、同じように分離可能性を判断すれば足りることになる（著作物は無体物であるので、著作物性判断は、表現が付加される有体物に囚われるべきではないという理解に立つ。なお、田村・前掲注21）122頁は、かかる理解を前提にしている）。そして、このように考えれば両者で結論を違えることはなく、美術性要件のルールの潜脱は起こらない（なお、以上の議論は、実用目的の意義に影響を及ぼすだろう。つまり、本稿の立場の下では、実用目的足り得るためには、実際に機能を発揮することは必要でなく、機能を発揮することが観念的に想定されていれば足りることになろう）。

したがって、仮に本件原告滑り台の製作に先立ち、それと同一の外観を有するミニチュアが鑑賞目的で制作されていたとしても、本判決の結論に従う限り、その著作物性は否定されるべきことになる。

²⁴ 図10及び11につき、「BQ～B-spot Explorer～」(<https://papicocafe.blog.jp>、令和3年11月30日アクセス)より転載。

園に設置されているオニの滑り台(図11)全体の外観は、実用目的との結び付きが弱い構成により形成されているため射程外となろう。

IV 検討

第1 応用美術の著作物性の判断基準

1 現行著作権法の立法経緯²⁵

応用美術の著作権保護をめぐる議論では、立法趣旨が参照されることが少なくない。また裁判例でも、ファッションショー事件判決以前のものには、立法趣旨を参照する例が多く見られる²⁶。そこで、現行著作権法の立法経緯まで遡ることにする。

昭和37年4月、旧著作権法の全面改正に向けて、著作権制度審議会が設置された。旧著作権法下での通説的見解は、美術についての著作権保護を純粋美術に限定していたが²⁷、著作物の例示に「応用美術の著作物」を加え、その保護のあり方については各国内法に委ねるブラッセル改正条約への加入を視野に入れて審議されたため、応用美術の保護も重要な課題であった。著作権制度審議会の第2小委員会は、応用美術の保護等について審議し、著作権制度審議会答申を提出した。そのうち応用美術の保護に関する答申²⁸は、次のとおりである。

²⁵ 現行著作権法の立法経緯について、作花文雄『詳解著作権法〔第5版〕』（ぎょうせい、2018）119-120頁参照。

²⁶ 東京高判昭和58年4月26日無体裁集15巻1号340頁[ヤギ・ボールド／荒木秀一コート]、後掲東京地判[アメリカTシャツ]、前掲大阪地判[商業広告]、後掲京都地判[佐賀錦袋帯]、後掲東京高判[装飾窓格子]、大阪地判平成12年6月6日裁判所ウェブサイト(平成11年(ワ)第2377号)[装飾街路灯図案／小松一雄コート]、後掲仙台高判[ファービー]、後掲大阪高判[海洋堂フィギュア]等。最近の例として、後掲知財高判[TRIPP TRAPPⅡ]。

²⁷ 大淵哲也「知的財産権法体系の二元構造における応用美術の保護(上)」曹時69巻9号(2017)2463頁参照。

²⁸ 「著作権制度審議会答申(昭和41年4月20日)」著作権法百年史編集委員会編著『著作権法百年史資料編』(著作権情報センター、2000年)32頁。

- 1 応用美術について、著作権法による保護を図るとともに現行の意匠法等工業所有権制度との調整措置を積極的に講ずる方法としては、次のように措置することが適当と考えられる。

- (一) 保護の対象

- (1) 実用品自体である作品については、美術工芸品に限定する。
- (2) 図案その他量産品のひな型または実用品の模様として用いられることを目的とするものについては、それ自体が美術の著作物であり得るものを対象とする。

- (二) 意匠法、商標法との間の調整措置

図案等の産業上の利用を目的として創作された美術の著作物は、いつたんそれが権利者によりまたは権利者の許諾を得て産業上利用されたときは、それ以後の産業上の利用の関係は、もっぱら意匠法等によつて規制されるものとする。

- 2 上記の調整措置を円滑に講ずることが困難な場合には、今回の著作権制度の改正においては以下によることとし、著作権制度および工業所有権制度を通じての図案等のより効果的な保護の措置を、将来の課題として考究すべきものとする。

- (一) 美術工芸品を保護することを明らかにする。

- (二) 図案その他量産品のひな形または実用品の模様として用いられることを目的とするものについては、著作権法においては特段の措置は講ぜず、原則として意匠法等工業所有権制度による保護に委ねるものとする。ただし、それが純粋美術としての性質をも有するものであるときは、美術の著作物として取り扱われるものとする。

- (三) ポスター等として作成され、またはポスター等に利用された絵画、写真等については、著作物あるいは著作物の複製として取り扱うこととする。

前記答申に照らせば、意匠法等との調整措置の導入が検討されていたことが分かる。これは、「著作権法と意匠法等とは、権利保護の方式、権利の性質、保護期間等においてかなり顕著な相違があり、単純に図案等を絵画、彫刻等と全く同様に著作権法により保護することとすると、両制度の

重複によって、従来意匠法等を基調としてその秩序を保ってきている産業界に対し、大きな影響を与えるおそれがある²⁹からである。

結局、現行著作権法は、「この法律にいう『美術の著作物』には、美術工芸品を含むものとする。」(法2条2項)と規定しただけであり、前記2の案を採用したと理解されている³⁰。立法担当者は、法2条2項について、「著作権法にいう美術の著作物というのは鑑賞美術の著作物であって、応用美術の領域に属する産業用の美的な作品は、美術工芸品を除いて著作物とはみなさないという趣旨」³¹であると述べており、応用美術の著作権保護の対象を美術工芸品に限定する。しかし現在の裁判例と学説では、実用品のデザインであっても、純粋美術や美術工芸品と同様に美術的な性格を有する物品にまで著作権保護を広げる立場が一般的である³²。他方、そのような美術的な性格を有さない実用品の法的扱いについては、後述のとおり、意見が対立している。

2 ファッションショー事件判決以前の裁判例

さて、現行著作権法の制定からファッションショー事件判決の登場に至るまでの間、裁判所は応用美術の著作物性をどのように判断していたのか。

従来の裁判例は、実用目的が認定されていない鑑賞型の例と、実用目的が明示的もしくは黙示的に認定されている実用型の例に大きく分けられ、それぞれにおいて用いられている判断基準の傾向が異なる。そこで本稿は、この2類型に従い、裁判例を検討する³³。なお学説では、事案と結論との

²⁹ 「著作権制度審議会答申説明書(昭和41年4月20日)」著作権法百年史編集委員会・前掲注28)50頁。

³⁰ 作花・前掲注25)120頁等参照。

³¹ 加戸守行『著作権法逐条講義〔第6訂新版〕』(著作権情報センター、2013)69頁。また、「結局のところ、美術工芸品以外の染色図案その他の応用美術に対する保護は、今後の課題として残されたということでございます」と述べる。

³² 横山久芳『著作権法における応用美術の保護のあり方』中山信弘先生古稀記念論文集『はばたき—21世紀の知的財産法』(弘文堂、2015)565頁参照。

³³ 実用目的を自覚的に認定していない裁判例もあるため、この2類型を用いるに当たり、それらの裁判例をどちらかの類型に位置付ける必要がある。そもそも実用目

関係を重視しつつ、物品の種類に着目し、平面的なものや立体的なもの、実用品等に分類して裁判例の分析が行われることが多いが³⁴、ここではむ

的には、少なくとも技術的機能（例えば、高所から滑り降りる、身体を保護する、光で照らして部屋を明るくする等といった機能）を発揮する目的が含まれよう。かかる実用目的の理解の下では、次の裁判例も実用型に位置付けられる。

まず、東京地判平成4年1月24日LEX/DB28019584（平成2年（ワ）第13281号）[装飾窓格子／一宮和夫コート]、前掲東京地判[レターセット]、前掲東京地判[マトリョーシカ]、後掲東京地判[カスタマイズドール用素体]は、実用目的を認定していない（第2で検討するファッションショー事件判決以降のものとして、東京地判平成29年12月22日裁判所ウェブサイト（平成27年（ワ）第33412号）[半田フィーダ／佐藤達文コート]、後掲知財高判[半田フィーダ]）。しかし、これらの事案に技術的機能を発揮する目的が認められることに異論はないだろう（例えば、カスタマイズドール用素体事件判決の事案には、マネキンとしての機能を発揮する目的が認められ、レターセット事件判決の事案には、便箋としての機能を発揮する目的が認められる）。そこで本稿は、これらの裁判例を実用型に位置付けた。

その他、前掲大阪地判[商業広告]、後掲東京地判[黒烏龍茶パッケージ]、東京地判平成25年7月2日裁判所ウェブサイト（平成24年（ワ）第9449号）[シャトー勝沼／長谷川浩二コート]、前掲知財高判[シャトー勝沼]も実用目的を認定していないが、産業上の利用目的は認定している。そこで産業上の利用目的として位置付けられていると目される、広告等に認められる情報伝達目的に係る機能は、人々に情報を伝えるためにその創作を制約し得る点で、実用目的と同様の効果を有する。さらに、技術的機能の独占を認めるとデザイン開発を阻害する弊害が生じることと同様に、情報伝達機能の独占を認めると、情報の自由な伝達を阻害する弊害が生じる（青木大也「判批」L&T73号（2016）73-74頁は、それを前提にする。詳しくは、後掲注120参照）。そのため情報伝達目的と実用目的とで扱いを違える必要はないし、また裁判例も両者をはっきり区別しているわけではない。そこで本稿は、情報伝達目的が認められると目されるこれらの裁判例をも実用型に位置付けた。

なお、鑑賞型に位置付けた裁判例の事案は、いずれも量産目的が認められるに止まるが、単なる量産目的は、必ずしも創作に対して制約を加える効果を有さない。その意味で、鑑賞型と実用型の裁判例は区別できる。

³⁴ 田村・前掲注4）5-12頁、大淵哲也「知的財産権法体系の二元構造における応用美術の保護（中）」曹時69巻10号（2017）2819-2840頁、井上由里子「3Dプリンタに関する著作権問題－設計図と応用美術の著作権裁判例を手がかりに－」DESIGN PROTECT 105号（2015）14-16頁、金子敏哉「日本著作権法における応用美術－区別説（類型的除外説）の立場から－」著作権研究43号（2017）81-82頁。

しる判断基準のあり方に主眼を置くため、この2類型に従う。

また、ファッションショー事件判決以前の裁判例について、「美術工芸品」に関する説示を度外視し、さらに各判決の具体的結論に着目する場合には、結局、純粋美術と同視し得るか否かということが決め手となっていると分析されている³⁵。より具体的な判断基準に着目する場合には、鑑賞型、実用型という先の2類型のうち、後者の実用型の裁判例は、一部の特殊なもの³⁶を除けば、ア)文化の範囲型分離可能性の基準を用いるもの、イ)美的鑑賞性の基準を用いるもの、ウ)純粋美術と同視できるような美術性の基準を用いるもの、エ)段階理論的な基準を用いるものに分類することができる。

以下、鑑賞型と実用型に分けた上で、さらに実用型は前記の4分類に従い、裁判例を比較検討する。

(1) 鑑賞型

鑑賞型の裁判例では、「美術工芸的価値としての美術性」等が考慮される傾向が見られる。例えば、長崎地決昭和48年2月7日無体裁集5巻1号

³⁵ 田村・前掲注21)32-33頁参照。

³⁶ 建築の著作物に関する裁判例として、大阪地判平成15年10月30日判時1861号110頁[グルニエ・ダイン／小松一雄コート]、大阪高判平成16年9月29日裁判所ウェブサイト(平成15年(ネ)第3575号)[グルニエ・ダイン／竹原俊一コート](いずれも否定例)等。

印刷用書体に関する裁判例として、東京地判昭和54年3月9日無体裁集11巻1号114頁[ヤギ・ボード／秋吉稔弘コート]、前掲東京高判[ヤギ・ボード]、大阪地判平成9年6月24日民集54巻7号2499頁[ゴナU／水野武コート]、大阪高判平成10年7月17日民集54巻7号2562頁[ゴナU]、最判平成12年9月7日民集54巻7号2481頁[ゴナU／井嶋一友コート](いずれも否定例)。

美術性要件が吟味されなかった裁判例として、通信教育システムの広告の著作物性が争われた前掲東京地判[リトルクラブ]、広告品である衣服や小物にふさわしいデザインに仕上げられたマトリョーシカ人形をモチーフとした図柄の著作物性が争われた前掲東京地判[マトリョーシカ](いずれも肯定例)。これらの裁判例は美術性要件が認められることに争いが無い絵画的な物品に関する事例であり、この要件を吟味するまでもなかったものとして位置付けられよう。

18頁〔博多人形赤とんぼ／大久保敏雄コート〕（図12³⁷）は、人形師が粘土による原型となる人形を作り、これを素焼きしたものを人形絵師が彩色して完成させた人形「赤とんぼ」の著作物性が争われた事件において、「本件人形『赤とんぼ』は同一題名の童謡から受けるイメージを造形物として表現したものであつて、……その姿体、表情、着衣の絵柄、色彩から観察してこれに感情の創作的表現を認めることができ、美術工芸的価値としての美術性も備わっている」等と説示し、著作物性を肯定した。また、同様の判断をしている裁判例として、「美術工芸品のな美術性」を考慮した東京地判平成14年1月31日判時1818号165頁〔トントウぬいぐるみ／三村量一コート〕が挙げられる。これらの裁判例の結論に異論はない。しかし、「美術工芸的価値としての美術性」等は、芸術家が制作した点³⁸や一品制作品である点がその考慮要素になっているかもしれないが、やはりその内容は不明確であり、それゆえ、恣意的に運用されるおそれがある。

二次的著作物に関する特殊な事例として、東京高判平成13年5月30日判時1797号111頁〔キューピー人形Ⅰ／篠原勝美コート〕³⁹（図13）は、キューピー人形の著作物性が争われた事件において、「本件著作物は、キューピーイラストを原著作物とし、これを立体的に表現した二次的著作物であるところ、キューピーイラストは、美術の著作物に属するイラストとして著作物性を有し、本件著作物は、これを立体的に表現したという点において更に創作性が付加されているから、旧著作権法1条に規定する『美術ノ範囲ニ属スル著作物』として旧著作権法により保護される」と説示した。そして、「本件人形が、その後、玩具工場からの申出により大量に複製頒布されたとしても、このことによって本件著作物の著作物性が喪失すると解すべき理由はない」等と説示し、著作物性を肯定した。同判決は、純粹美

³⁷ 無体裁集5巻1号25頁より転載。

³⁸ 現行著作権法の立法担当者は、「作者によって区分けをすることは正しい方法ではありませんが、実務処理としてはそうせざるを得ない面が多いのではないかと思います。画家が描いた以上それは鑑賞美術を意図しており、図案家が描けば産業的利用を意図しているとのフィクションに立たざるを得ないからです」と述べる（加戸・前掲注31）69頁）。

³⁹ 東京高判平成13年5月30日判時1797号131頁〔キューピー人形Ⅱ／篠原勝美コート〕でも、同判決とほとんど同じ判断がなされている。

術として創作された物品は、後に量産化されても応用美術として扱われないことを認めた事例である。第三者が認識し得ない事情により著作物性を左右してしまい、その結果、第三者に不測の損害を与えることを防ぐ判断であり、正鵠を射たものといえる。

(2) 実用型

ア 文化の範囲型分離可能性の基準を用いる裁判例

肯定例として、東京地判昭和56年4月20日無体裁集13巻1号432頁〔アメリカTシャツ／秋吉稔弘コート〕(図14)は、販売されるTシャツに模様として印刷することを目的として制作された原画の著作物性が争われた事件において、「応用美術については、現行著作権法は、美術工芸品を保護することを明文化し、実用目的の図案、ひな型は原則として意匠法等の保護に委ね、ただ、そのうち、主観的な制作目的を除外して客観的、外形的にみて、実用目的のために美の表現において実質的制約を受けることなく、専ら美の表現を追求して制作されたものと認められ、絵画、彫刻等の純粋美術と同視しうるものは美術の著作物として保護しているものと解する」との基準を定立し、「本件原画は、……下方に花の模様を、左右両側にイルカの躍動的な動きを配置し、中心に波にのまれそうになりながらバランスをとろうとしているサーファーの瞬間的な姿を描いたもので、全体として十分躍動感を感じさせる図案であり、思想又は感情を創作的に表現したものであつて、客観的、外形的にみて、Tシャツに模様として印刷するという実用目的のために美の表現において実質的制約を受けることなく、専ら美の表現を追求して制作されたものと認められる」と説示し、著作物性を肯定した。同判決は、創作物それ自体から客観的・外形的に著作物性判断を行っている。裁判官の主観が入り込みにくく明確な判断であり、さらに判決の射程を見極めやすく、ルール形成に役立つ判断であるといえる⁴⁰。

否定例として、東京高判平成4年9月30日 LEX/DB28019588 (平成4年

⁴⁰ 同判決の射程は、「Tシャツに模様として印刷するという実用目的のために美の表現において実質的制約を受けることなく」との説示から、衣服に施される模様止まる図案には及ばないと理解できる。なお、このような理解は、衣服に施される模様止まる物品の著作物性を否定した、後掲京都地判〔佐賀錦袋帯〕や後掲大阪地判〔Chamois〕の結論と整合する。

(ネ)第434号) [装飾窓格子／牧野利秋コート] (図15⁴¹) が挙げられる。同判決は、装飾窓格子の図面の著作物性が争われた事件において、「本件各図面は、製品の形状のみならず、そのサイズや断面図等が示されているものもあり、その本来の目的である建築用資材として使用される本件被控訴人製品の形状を具体的に示すという目的に専ら奉仕するものとして作成されていることが明らかであり、視覚を通じて見る者に与える美的感覚は、本件各図面からではなく、製品化を通じて具体化される物品の形状によって初めて与えられることを予定した図面であると認められ、結局、本件各図面は、実用的性質を持つに止まり、それを超えて、前示純粋美術の本質的特徴を合わせ有する美的創作物というに足りないものといわざるをえない」と説示し、著作物性を否定した。やはり明確な判断であり、判決の射程を見極めやすい⁴²。

その他、文化の範囲型分離可能性の基準を用いる裁判例は多く存在する⁴³。

⁴¹ LEX/DB28019584より転載。

⁴² 同判決の射程は、「製品の形状のみならず、そのサイズや断面図等が示されているものもあり」との説示から、製品のサイズや断面図等が示されていない絵画的な図面には及ばないと理解できる。なお、このような理解は、街路灯のデザイン図全体の著作物性を肯定した、前掲大阪地判[装飾街路灯図案]の結論と整合する(ただし、その著作物性は控訴審で否定されている)。

⁴³ 本文に挙げたもののほか、東京地判平成2年7月20日無体裁集22巻2号430頁[木目化粧紙／清永利亮コート]、前掲東京地判[装飾窓格子]、前掲大阪地判[装飾街路灯図案] (ただし同判決は、文化の範囲型分離可能性を十分条件とはしておらず、「他の同種の街路灯のデザインとは、その美的表象の点で、隔絶しているといえる程度に質的に異なる」ことをさらに要求しており、段階理論的な基準を併用している)、前掲知財高判[鍋の持ち手] (いずれも否定例)。

また、東京地判平成23年8月19日裁判所ウェブサイト(平成22年(ワ)第5114号)[スペースチューブ／大須賀滋コート] (肯定例) は、舞台装置の著作物性が争われた事件において、傍論ではあるが、「反訴原告装置は人が中に入り反力を体験することができる装置として考案されたものであり、この意味で実用性を有する」と説示した上で、「制作過程に照らすと、反訴原告装置は、各別にその形態(傾き、くびれ、曲線等)を調整して制作されるものと認められ、画一的かつ機械的な大量生産を予定しているものではない」等と文化の範囲型分離可能性を判断している。

イ 美的鑑賞性の基準を用いる裁判例

ここで取り上げる裁判例は、「実用性の面を離れ一つの完結した美術作品として美的鑑賞の対象となりうるものであるか否か」や「全体として美術鑑賞の対象となるだけの審美性」等、言い回しは様々であるが、鑑賞対象性を拠りどころとする基準を用いるものである⁴⁴。

美的鑑賞性の基準のうち、裸の鑑賞対象性を考慮するものの判断過程は不明確である。そのような基準を用いる例として、例えば、京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁〔佐賀錦袋帯／露木靖郎コート〕(図16⁴⁵)が挙げられる。同判決は、佐賀錦袋帯の図柄の著作物性が争われた事件において、「現行著作権法は、その制定の経緯に照らせば、帯の図柄のような実用品の模様として利用されることを目的とする美的創作物については、原則としてその保護を意匠法等工業所有権制度に委ね、ただそれが同時に純粋美術としての性質をも有するものであるときに限り、美術の著作物として著作権法により保護すべきものとしているものと解されるが、ここにいわゆる純粋美術としての性質を有するか否かの判定にあたっては、主観的に制作者の意図として専ら美の表現のみを目的として制作されたものであるか否かの観点からではなく、対象物を客観的にみてそれが実用性の面を離れ一つの完結した美術作品として美的鑑賞の対象となりうるものであるか否かの観点から判定すべきものと考えられる」との基準を定立し、「右認定事実からすれば⁴⁶、本件図柄甲は、帯の図柄としてはそれなりの独

⁴⁴ 本文に挙げるもののほか、京都地判平成元年10月19日LEX/DB27815251(平成元年(ワ)第1232号)〔ニーチェア〕、前掲大阪高判〔ニーチェア〕、前掲仙台地判〔福の神仙臺四郎〕、東京地判平成26年4月17日裁判所ウェブサイト(平成25年(ワ)第8040号)〔TRIPP TRAPPⅡ／長谷川浩二コート〕(いずれも否定例)。

さらに、前掲知財高判〔シャトー勝沼〕による「客観的外形的に観察して見る者の審美的要素に働きかける創作性があり、これが純粋美術と同視し得る程度のものでなければならない」との基準も鑑賞対象性を要求するものであるといえよう。なお、同判決に対し、高度の創作性の要求となる点で段階理論の危険を内包するとの指摘がある(大淵・前掲注34)2826頁)。ただ、その具体の判断を見ると、創作性と美術性を分けずに同時に判断しているに過ぎないようにも思われる。

⁴⁵ 判タ715号239頁より転載。

⁴⁶ 「全体として帯の柄としては簡単な素材でありながら、表現力、考案性が高いと

創性を有するものとはいえるけれども、帯の図柄としての実用性の面を離れてもなお一つの完結した美術作品として美的鑑賞の対象となりうるほどのものとは認め難い」と説示し、著作物性を否定した。同判決は美的鑑賞性を否定しているが、何をもって美的鑑賞の対象となり得るのかということが定義されているわけではなく、加えてその判断過程が明らかにされておらず、循環論法となっている。

他方、美的鑑賞性の基準のうち、裸の鑑賞対象性を考慮しないものの判断過程は明確である⁴⁷。例えば、東京地判平成20年12月26日判時2032号11頁〔黒烏龍茶パッケージ／清水節コート〕が挙げられる。そこでは文化の範囲型分離可能性が考慮要素となっていると目され⁴⁸、鑑賞対象性が明確に判断されている。

事案の特殊性ゆえに、「一つの完結した美術作品として美的鑑賞の対象となりうるものであるか」等という評価者の主観的な判断に依存する要素が強い基準ではなく、その意味で用途から客観的に定まる基準で判断しているために明確性を高めている例として、東京地判平成24年11月29日裁判所ウェブサイト（平成23年(ワ)第6621号）〔カスタマイズドール用素体／大鷹一郎コート〕(図17)が挙げられる。同判決は、カスタマイズドール用素体の著作物性が争われた事件において、「原告各商品のようなカスタマイズドール用素体を購入する通常の需要者においては、自らの好みにあわせて作り上げた人形本体（カスタマイズドール）を鑑賞の対象とすること

はいえるけれども、帯の図柄としての独創性は主として組合せの点にある」等と認定しているが、いずれも「それなりの独創性」（創作性）に係る認定である。

⁴⁷ 本文に挙げるもののほか、肯定例として、前掲大阪地判〔商業広告〕、前掲東京地判〔レターセット〕。否定例として、前掲東京地判〔シャトー勝沼〕。

⁴⁸ 同判決は、黒烏龍茶のペットボトルのパッケージデザインの著作物性が争われた事件において、「完成した本件デザイン自体も、別紙原告商品目録の写真のとおり、商品名、発売元、含有成分、特定保健用食品であること、機能等を文字で表現したものが中心で、黒、白及び金の三色が使われていたり、短冊の形状や大きさ、唐草模様の縁取り、文字の配置などに一定の工夫が認められるものの、それらを勘案しても、社会通念上、鑑賞の対象とされるものとまでは認められない」等と説示し、著作物性を否定した。そこでは、パッケージデザインの創作に、商品の機能等を需要者に伝達する目的による実質的制約を受けていることが考慮されていると目される。

はあっても、その素材である素体自体を鑑賞の対象とするものとは考え難く、また、原告が主張するような素体を選択する際に当該素体を見ることは、鑑賞に当たるものということとはできない」と説示し、著作物性を否定した。このように同判決は、用途から客観的に鑑賞対象性を判断しており、明確である。

また、美的鑑賞性の基準を用いる裁判例は、段階理論的な判断に陥りやすい⁴⁹。例えば、仙台高判平成14年7月9日判時1813号150頁〔ファービー(刑事事件)／松浦繁コート〕(図18⁵⁰)は、ファービーの著作物性が争われた事件において、『ファービー』に見られる形態には、電子玩具としての実用性及び機能性保持のための要請が濃く表れているのであって、これは美感をそぐものであり、『ファービー』の形態は、全体として美術鑑賞の対象となるだけの審美性が備わっているとは認められず、純粋美術と同視できるものではない」と説示し、著作物性を否定した。同判決は、ファービーが「美感をそぐ」形態を有することを決め手としている。裏を返せば、美観をそがない形態の電子的ぬいぐるみであれば、著作物性が肯定される可能性が留保されている。これは、美術性の高低を問題にするものであり、段階理論的な判断である。

ウ 純粋美術と同視できるような美術性の基準を用いる裁判例

純粋美術と同視できるような美術性の基準を用いる裁判例では、そのあてはめを見ると、様々な判断が行われている⁵¹。

⁴⁹ 本文に挙げるもののほか、山形地判平成13年9月26日判時1763号212頁〔ファービー(刑事事件)／木下徹信コート〕(否定例)。

⁵⁰ 判時1763号215頁より転載。

⁵¹ 本文に挙げるもののほか、文化の範囲型分離可能性と美的鑑賞性を考慮要素とする大阪地判平成16年11月25日判時1901号106頁〔海洋堂フィギュア／小松一雄コート〕、結論のみを述べる東京地判平成22年11月18日裁判所ウェブサイト(平成21年(ワ)第1193号)〔TRIPP TRAPP I／阿部正幸コート〕(いずれも否定例)。

また、「純粋美術や美術工芸品と同視することができるような美的特性」との基準を用いるものであるが、知財高判平成24年2月22日判時2149号119頁〔スペースチューブ／滝澤孝臣コート〕(否定例)。そこでは、創作性の枠組みの下で、アイディアと目される要素や、創作性にカウントしてはならない要素が、通常の著作物におけ

例えば、前掲東京地判〔プチフォルダー〕（図 9）は、小物入れにブードルのぬいぐるみを組み合わせた商品の著作物性が争われた事件において、「純粋美術や美術工芸品と同視することができるような美術性を備えている場合に限り、著作権法による保護の対象になる」との基準を定立し、「原告商品は、小物入れにブードルのぬいぐるみを組み合わせたもので、小物入れの機能を備えた実用品であることは明らかである。そして、原告が主張する、ペットとしてのかわいらしさや癒し等の点は、ブードルのぬいぐるみ自体から当然に生じる感情というべきであり、原告商品において表現されているブードルの顔の表情や手足の格好等の点に、純粋美術や美術工芸品と同視することができるような美術性を認めることは困難である」等と説示し、著作物性を否定した。「純粋美術や美術工芸品と同視することができるような美術性」は定義されておらず、加えてそれを否定するに至るまでの判断過程が不透明であり、循環論法に陥っている。原告商品の「手足の格好」の美術性を否定した判断は、小物入れとしての実用目的による制約を受けていることが決め手となっていると善解できるが、その種の制約を受けているとは見受けられない「顔の表情」について美術性を否定した判断は、美術性の高低を問題にするものであり、段階理論的な判断であると評価せざるを得ない。

このような基準は、前掲長崎地決〔博多人形赤とんぼ〕が用いる「美術工芸的価値としての美術性」を内容とする基準と同様に、規範が具体化されていないため、恣意的に運用されるおそれがある。

エ 段階理論的な基準を用いる裁判例

ここで取り上げる裁判例は、言い回しは様々であるが、「高度の創造性」や「高度の美的表現」等といった条文上の根拠を欠く高度性を要求するものである。このような立場は、かつてドイツで採られていた段階理論（Stufentheorie）、すなわち著作権の保護対象となり得る応用美術を、旧意匠法の存在、あるいは旧意匠法による応用美術の保護可能性を理由として、

るそれよりも広く認められており、結果的に、文化の範囲型分離可能性の基準の下での作業と同様の作業が行われていると評し得る。

高度の創作性基準で限界付けようとする考え方に近いものである⁵²。段階理論は、著作権法と密接な体系的関係のもとに、文字どおり一つの著作権法として生まれ、保護対象が著作権法のそれと同様に精神的創作として把握されてきた旧意匠法と著作権法の両保護対象の間断なき連続の把握が可能であればこそ、ドイツにおいて理論的妥当性を維持してきたと理解されている⁵³。我が国では、段階理論を採用する理論的前提を欠くと理解されており⁵⁴、段階理論的な解釈論は採用できない⁵⁵。

肯定例として、例えば前掲神戸地判〔仏壇彫刻〕(図8)は、プラスチック製仏像彫刻の原型である木彫の彫像の著作物性が争われた事件において、「図案・デザイン等は原則として意匠法等の保護の対象とのみなることは勿論のこと、工業上画一的に生産される量産品の模型あるいは実用品の模様として利用されることを企図して製作された応用美術作品も原則的に専ら意匠法等の保護の対象になるわけであるが、右作品が同時に形状・内容および構成などにてらし純粹美術に該当すると認めうる高度の美的表現を具有しているときは美術の著作物として著作権法の保護の対象となりうる」との基準を定立し、「本件彫刻は仏壇の装飾に関するものであるが、表現された紋様・形状は、仏教美術上の彫刻の一端を窺わせ、単なる仏壇の付加物ないしは慣行的な添物というものではなく、それ自体美

⁵² ドイツの段階理論について、本山雅弘「ドイツにおける応用美術の法的保護―いわゆる段階理論の理論的意義とその後の展開を中心として」渋谷達紀＝竹中俊子＝高林龍編『知財年報2009』(商事法務、2009)230頁以下参照。

⁵³ 本山・前掲注52)233-235頁参照。旧意匠法は2004年に廃止され、新たな競争法の発想に基づく意匠法制度に再構成された(本山・同235-237頁、上野達弘「応用美術の著作権保護―『段階理論』を越えて―」別冊パテント11号(2014)116頁参照)。そして2013年、段階理論は判例変更により否定された(上野・同106-108頁、本山雅弘「ドイツにおける段階理論の放棄と日本法解釈論への示唆」著作権研究43号(2017)9頁参照)。

⁵⁴ 本山雅弘「応用美術の保護をめぐる著作権の限界づけと意匠権の保護対象」牛木理一先生古稀記念『意匠法及び周辺法の現代的課題』(発明協会、2005)482-485頁参照。

⁵⁵ 大淵・前掲注27)2469頁は、「前段要件及び後段要件以外に高度の創作性等を、条文中に全くないにもかかわらず加重して要求する加重要件説が条文中に正面から反するものであって解釈論としては採り得ないことは明らかである」と述べる。

的鑑賞の対象とするに値するのみならず、前判示の如く、彫刻に立体観・写実観をもたせるべく独自の技法を案出駆使し、精巧かつ端整に作品を完成し、誰がみても、仏教美術的色彩を背景とした、それ自体で美的鑑賞の対象たりうる彫刻であると観察することができるものであり、その対象・構成・着想等から、専ら美的表現を目的とする純粋美術と同じ高度の美的表象であると評価しうる」と説示し、著作物性を肯定した。同判決は、「純粋美術に該当すると認めうる高度の美的表現」との高度性を要求しており、あてはめにおいても「精巧かつ端整」である等といった高度性に着目している。結論に異論はないが、高度の美的表現との基準は不明確である。なお、本件仏壇彫刻は、前掲長崎地決「博多人形赤とんぼ」(図12)の人形に匹敵するものが仏壇に付されていると理解することもできるため⁵⁶、現在の議論状況の下では、文化の範囲型分離可能性の基準により明確に著作物性を肯定できる事例である。

(一部)否定例として、大阪高判平成17年7月28日判時1928号116頁〔海洋堂フィギュア／竹原俊一コート〕が挙げられる。同判決は、原告(海洋堂)が被告(フルタ製菓)に提供するために製造した、菓子のおまけであるフィギュア(動物フィギュア(図19⁵⁷)、妖怪フィギュア(図20)、アリスフィギュア)の模型原型の著作物性が争われた事件において、「本件動物フィギュアには、制作者の個性が強く表出されているということとはできず、その創作性は、さほど高くないといわざるを得ない。してみると、本件動物フィギュアに係る模型原型は、一定の美的感覚を備えた一般人を基準に、純粋美術と同視し得る程度の美的創作性を具備していると評価されるとまではいえず、著作物には該当しないと解される」等と説示し、動物フィギュアの著作物性を否定した。そしてアリスフィギュアの著作物性も否定する一方で妖怪フィギュアの著作物性は肯定している⁵⁸。高度の創作

⁵⁶ 田村・前掲注4)12頁参照。

⁵⁷ 図19と20につき、上野・前掲注53)103-104頁より転載。

⁵⁸ アリスフィギュアについては、「平面的に描かれたデニエルの挿絵をもとに立体的な模型を制作する過程において、制作者の思想、感情が反映されるものであるから、創作性がないわけではないが、……本件アリスフィギュアは、デニエルの挿絵を忠実に立体化したものであり、立体化に際して制作者独自の解釈、アレンジがさ

性の有無により結論を違えており、段階理論である⁵⁹。

その他、段階理論的な基準を用いる裁判例は多く存在する⁶⁰。

れたとはいえない(この点において、本件妖怪フィギュアとは事情が異なる。)ことや、色彩についても、通常テニエルの挿絵に彩色する場合になされるであろう、ごく一般的な彩色の域を出ていないことを考慮すれば、本件アリスフィギュアには、テニエルの原画を立体化する制作過程において、制作者の個性が強く表出されているとまではいえず、その創作性は、さほど高くないといわざるを得ない」と説示し、著作物性を否定した。

妖怪フィギュアについては、「石燕の原画を忠実に立体化したものではなく、随所に制作者独自の解釈、アレンジが加えられていること、妖怪本体のほかに、制作者において独自に設定した背景ないし場面も含めて構成されていること(特に、前記認定の『鎌鼬』、『河童』や、『土蜘蛛(つちぐも)』が源頼光及び渡辺綱に退治され、斬り裂かれた腹から多数の髑髏(どくろ)がはみ出している場面……などは、ある種の物語性を帯びた造型であると評することさえも可能であって、著しく独創的であると評価することができる。)、色彩についても独特な彩色をしたものがあることを考慮すれば、本件妖怪フィギュアには、石燕の原画を立体化する制作過程において、制作者の個性が強く表出されているということができ、高度の創作性が認められる」と説示し、著作物性を肯定した。

⁵⁹ なお、同判決の一審判決である前掲大阪地判[海洋堂フィギュア]は、動物フィギュアと妖怪フィギュアについて、「大量に製造され安価で頒布される小型のおまけ」であるため、一定の限界の範囲内での美的表現にとどまっている等と説示し、著作物性を否定している(なお、アリスフィギュアの著作物性については、創作性を欠くことを理由に否定されている)。このように同判決は、文化の範囲型分離可能性を吟味し、創作物それ自体から美術性を判断しているため、評価者の主観に左右されやすい創作の高度性を考慮する控訴審判決に比べると明確である。しかし、「小型のおまけ」であることによる制約を受けていることを理由に著作物性を否定していると目される点については疑問がある。なぜなら、あらゆる美術の著作物は、程度の差こそあれ、有体物の大きさや形状による制約を受けつつ創作されるものであるが、その種の制約に囚われすぎると、同じ表現を有し無体物としての価値には相違がないのに、初めに制作された有体物が何に使用されているのか等によって結論を違えることになりかねないからである。

⁶⁰ 本文に挙げたもののほか、前掲東京高判[木目化粧紙]、前掲名古屋高判[漁網結節]、前掲大阪地判[装飾街路灯図案]、前掲大阪高判[装飾街路灯図案](いずれも否定例)。

3 ファッションショー事件判決と TRIPP TRAPP 事件判決

これまで見てきたとおり、ファッションショー事件判決以前の裁判例では、様々な判断基準が用いられていた。ところが、ファッションショー事件判決と TRIPP TRAPP 事件判決（知財高判平成27年4月14日判時2267号91頁〔TRIPP TRAPPⅡ／清水節コート〕）の登場後、後述のとおり、そのような裁判例の状況に変化がもたらされた。ここでは、両判決について簡単に検討する。

(1) ファッションショー事件判決

ファッションショーにおいて個々のモデルが着用する衣服の選択等の著作物性を否定した事例であるファッションショー事件判決（図21⁶¹）は、次の抽象論を示した。

「〔個々のモデルが着用する衣服の選択等は、〕美的創作物に該当するとしても、芸術作品等と同様の展示等を目的としたものではなく、あくまで、実用に供されることを目的としたものであると認められる。

そして、実用に供され、あるいは産業上利用されることが予定されている美的創作物（いわゆる応用美術）が美術の著作物に該当するかどうかについては、著作権法上、美術工芸品が美術の著作物に含まれることは明らかである（著作権法2条2項）ものの、美術工芸品等の鑑賞を目的とするもの以外の応用美術に関しては、著作権法上、明文の規定が存在せず、著作物として保護されるか否かが著作権法の文言上明らかなではない。

この点は専ら解釈に委ねられるものと解されるところ、応用美術に関するこれまでの多数の下級審裁判例の存在とタイプフェイスに関する最高裁の判例（最高裁平成10年（受）第332号同12年9月7日第一小法廷判決・民集54巻7号2481頁）によれば、まず、上記著作権法2条2項は、単なる例示規定であると解すべきであり、そして、一品制作の美術工芸品と量産される美術工芸品との間に客観的に見た場合の差異は存しないのであるから、著作権法2条1項1号の定義規定からすれば、①量産

⁶¹ 渡部友一郎「判批」コピライト632号（2013）33頁より転載。

される美術工芸品であっても、全体が美的鑑賞目的のために制作されるものであれば、美術の著作物として保護されると解すべきである。また、著作権法2条1項1号の上記定義規定からすれば、②実用目的の応用美術であっても、実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるものについては、上記2条1項1号に含まれることが明らかな『思想又は感情を創作的に表現した(純粋)美術の著作物』と客観的に同一なものとみることができるのであるから、当該部分を上記2条1項1号の美術の著作物として保護すべきであると解すべきである。」

同判決は、二つの基準(下線部参照)を示した点に意義がある。基準①は、本判決(タコの滑り台事件判決)や東京地判令和2年1月29日裁判所ウェブサイト(平成30年(ワ)第30795号)[照明用シェード/佐藤達文コート]において参照されていると見受けられ、下級審に一定の影響を与えている。基準②は、周知のとおり、応用美術の著作物性に関する現在の主流のルールである。

また同判決は、あてはめにおいて、「[個々のモデルが着用する衣服の選択等は、]その美的要素(外観や見栄えの良さ)について、他の者から見られることが想定されるものであるとしても、本件映像部分の各場面におけるモデルの衣服・アクセサリ等はそのほとんどがファストファッションである『Forever21』製作のものを使用しただけであり、控訴人らのデザインに係るものではないだけでなく、……これらはシティやリゾートのパーティ等の場面において実用されることを想定するものであり、それ全体が美的鑑賞を目的とするものではなく、また、実用目的のための構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えた部分を把握できるものでもない」等と説示している。同判決は、創作態様を吟味する文脈の中で、「実用されることを想定するもの」であることを考慮し、美術性を否定している。理由付けが簡潔であるため位置付けが難しいが、実用目的を「想定」しながら、すなわち実用目的による制約を受けながら、創作されたことが考慮されていると見受けられる。つまり、そこでは文化の範囲型分離可能性が判断されているということである。

同判決は、実用目的に基づいて創作された物品の美術性をカテゴリーカル

に否定する立場であると考えられる。ただ、本件は分離可能性の否定例であるが、逆に、仮に分離可能性が肯定された場合に、さらに、それに加えて「美的鑑賞の対象となる美的特性」を充たすためにプラスαの要素が必要となるのか、それとも分離可能性が肯定されれば直ちに「美的鑑賞の対象となる美的特性」が認められるのかという点に関する同判決の立場は明らかでない⁶²。

(2) TRIPP TRAPP 事件判決

ファッションショー事件判決後、幼児用椅子の著作物性を肯定した上で類似性を否定した事例である TRIPP TRAPP 事件判決 (図22) が登場した。同判決は、次の抽象論を示した。

「応用美術は、装身具等実用品自体であるもの、家具に施された彫刻等実用品と結合されたもの、染色図案等実用品の模様として利用されることを目的とするものなど様々であり……、表現態様も多様であるから、①応用美術に一律に適用すべきものとして、高い創作性の有無の判断基準を設定することは相当とはいえず、②個別具体的に、作成者の個性が発揮されているか否かを検討すべきである。」

同判決は、抽象論①で段階理論を否定し、続けて抽象論②で無制限説に立つことを宣言した。抽象論①については、前述のとおり、段階理論は解釈論上採り得ないため、異論はない。抽象論②については、次述する無制

⁶² なお、同判決の裁判長による設楽隆一「応用美術についての一考察—知財高裁ファッションショー事件を契機として」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』(商事法務、2016) 288-289頁は、同判決について、「タイプフェース最判が説示するとおり、『実用的機能の観点から見た美しさ』とは異なる『美術鑑賞の対象となり得る美的特性』を求めていると解するのが相当であろう」と理解する。さらに、同じくファッションショー事件判決をして、前掲京都地判〔佐賀錦袋帯〕等のような「実用性や機能性とは離れて、純粹美術と同視し得る程度の美的創作性を具備しているかどうかで判断する」裁判例の立場を、「分離把握可能性というアプローチでより明確にしたもの」とであると把握している。この理解は、字面に従う限り、プラスαの要素を必要とする立場とより親和的であろう。しかし、この理解の下でも、分離可能性だけを必要とする立場を採ることは妨げられないように思われる。

限説をめぐる議論がそのまま妥当する。

その後、無制限説に立つ裁判例は見られず、また段階理論的な基準を用いる裁判例はほとんど見られなくなり、その限りで裁判例の立場は統一されている。その反面、地裁はファッションショー事件判決と同様の基準を採用し、他方、知財高裁は「美的鑑賞の対象となり得る美的特性」等を求める基準を採用する傾向が見られ、裁判実務の混乱が続いていた⁶³。ところが最近、知財高裁判決でありながら、ファッションショー事件判決と同様の基準を採用する知財高判令和3年6月29日裁判所ウェブサイト(令和3年(ネ)第10024号)[姿勢保持具／森義之コート]が登場した。同判決は、裁判実務の混乱を見て、その収束を試みたものとして位置付けられよう。

TRIPP TRAPP 事件判決の登場後、制限説と無制限説の対立をめぐる議論が活性化する。そこで次に、学説に目を移し、制限説と無制限説を比較検討する。

⁶³ ファッションショー事件判決以降の裁判例について、詳しい分析を行うものとして、白鳥綱重『『応用美術』と著作物性判断の潮流—ACEの三角関係の行方—』横浜法学28巻3号(2020)251-260頁。ここでは、次のような分析がなされている。すなわち、知財高裁判決には、「創作」性判断を重視し、かつ、一般の創作性判断と同じ基準を採用する「TRIPP TRAPP」潮流や、「創作」性判断と「美術」性判断を同程度に重視する「幼児用箸」潮流が見られ、地裁判決には、「美術」性判断を重視する「ファッションショー」潮流が見られる(同251-258頁)。かつての裁判例が、「純粋美術」との同視性を探る中で、とにかく「高度の芸術性」を無条件に求めがちであった誤謬に気付きを与え、そこに終止符を打ち、軌道修正を図ろうとしたのがTRIPP TRAPP 事件判決であり、TRIPP TRAPP 事件判決の問題意識に呼応しつつも、同判決におけるような創作性認定の曖昧さを回避すべく登場したのが、前掲知財高判[幼児用箸]である。とはいえ、その後、知財高裁において「幼児用箸」潮流が主流になったとも必ずしもいえず、「TRIPP TRAPP」潮流と「幼児用箸」潮流とは、必ずしも合流しきれていないように見える。そこで、このように判断基準が未だ調和・統合していない状況を踏まえ、地裁判決は安全策を取り、従来からの流れである「ファッションショー」潮流を採用している(同259-260頁)、と。

4 学説⁶⁴

(1) 無制限説⁶⁵

無制限説に対しては、法2条1項1号後段を無視するものであり、解釈論としては採り得ない旨の批判がある⁶⁶。かかる批判は、法2条1項1号後段の解釈を示していないTRIPP TRAPP事件判決には当たらだろう⁶⁷。た

⁶⁴ 学説を俯瞰できる最近の文献として、横山久芳「応用美術と著作権法」論ジュリ34号(2020)48頁以下。

⁶⁵ 満田重昭「著作権と意匠権の累積」半田正夫教授還暦記念論集『民法と著作権法の諸問題』(法学書院、1993)636-637頁、駒田泰土「応用美術の著作権保護について—美の一体性の理論に示唆を受けて」渋谷ほか編・前掲注52)226-229頁、森本晃生「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント64巻1号(2011)59頁、角田政芳「判批」AIPPI58巻12号(2013)852-854頁、市村直也「デザインと著作権」NBL1020号(2014)21-22頁、半田正夫『著作権法概説〔第16版〕』(法学書院、2015)92-95頁等。

その他、著作権法と意匠法の重疊を広く認めるなど、無制限説と親和的なものとして、河野愛「デザインの法的保護」エコノミア40巻4号(1990)5頁、上野・前掲注53)109-116頁、鈴木香織「判批」著作権研究39号(2014)271-278頁、斉藤・前掲注12)43頁、麻生典「意匠法の実在意義—著作権法との関係を中心に」麻生典=Christoph Rademacher編『デザイン保護法制の現状と課題 法学と創作の視点から』(日本評論社、2016)14-17頁、今村哲也「イギリスにおける応用美術の保護について」著作権研究43号(2017)65頁注39、小倉秀夫=金井重彦編著『著作権法コンメンタール1』(第一法規、2020)208-212頁[金井重彦]等。

⁶⁶ 大淵・前掲注27)2469頁は、「1号の後段要件があるにもかかわらず、これを無視して前段要件だけで著作物性を一元的に考える無制限説も条文に正面から反するものであって解釈論としては採り得ないことも明らかである」と批判する。

⁶⁷ なお、TRIPP TRAPP事件判決後、同判決と同じ裁判長による後掲知財高判[加湿器]と後掲知財高判[ゴルフシャフト]は、「美的鑑賞の対象となり得る美的特性」を要求している。同判決の裁判長は、これら二件の裁判例について、「美術の著作物」としてそれ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならないと判示しており、応用美術として保護されるために「美術の著作物」であることを当然の前提としたTRIPP TRAPP事件判決よりも、さらに進んで、「美術の著作物」としての一定の美的特性の具備を求めていると述べる(清水節「応用美術に関する裁判例について—『TRIPP TRAPP事件』以降の裁判例を中心として—」土肥一史先生

だ、無制限説に立つ駒田泰土が法2条1項1号後段の解釈を示しているように⁶⁸、無制限説一般が解釈論として採り得ないとは考えられない。ここでは、制限説に立つ論者の多くが挙げる二つの根拠に対する無制限説の主張を検討し、無制限説と制限説のいずれが妥当であるのかについて検討する。

ア 意匠法との棲み分け論に対する主張

制限説には、著作権法と意匠法の交錯領域にある応用美術に広く著作権保護を認めれば、次のような問題が生じるということを根拠とするものが多い。すなわち、実用品一般について著作権法によって保護を与える場合には、出願、審査の上、一定の要件を充たした物品のデザインに限って登録をなし存続期間を短く限って保護を供与することとしている意匠法の趣旨が損なわれ、さらに出願のインセンティブが喪失する結果、面倒な手間をかけてまで意匠登録のために出願をしようとする者が減少することにより意匠制度の機能が果たされなくなるおそれがあるという問題である(意匠法との棲み分け論)⁶⁹。また現在では、不競法2条1項3号との交

古稀記念論文集『知的財産法の本質』(中央経済社、2017)620頁、626頁参照)。つまり、TRIPP TRAPP事件判決は、「美術の著作物」としての美的特性の具備を不要とする立場ではないということである。

⁶⁸ 駒田泰土は、「いわゆるカテゴリー要件は、私は、技術的創作は除かれるという趣旨に解しますね。要するに文化的所産が著作物だということですが、文化的所産といっても、かなり広く捉えて、量産される椅子のデザインみたいなものは除く、というふうには考えないですね。見て楽しいものは文化的所産」と述べている(奥邨弘司ほか「討論(シンポジウム応用美術と著作権 講演録)」著作権研究43号(2017)130頁[駒田泰土発言])。

⁶⁹ 田村・前掲注21)30-31頁。その他、意匠法との棲み分け論を根拠とする制限説として、生駒正文「応用美術の著作物性に関する研究—とくに独法による若干の比較検討」前掲注65半田還暦614頁、榎戸道也「著作権法による応用美術の保護」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務(4)』(新日本法規、2007)46-47頁、劉曉倩「応用美術の著作物該当性—日本の裁判例の検討を中心として」渋谷ほか編・前掲注52)277頁、五味飛鳥「応用美術の法的保護について—主として意匠法との交錯に関して」渋谷ほか編・前掲注52)262-265頁、横山・前掲注32)584頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コメンタール1〔第2版〕』(勁草書房、2015)363-365頁[本山雅

錯も生じる⁷⁰。つまり、著作権法と不競法2条1項3号の交錯領域にある物品に広く著作権保護を認めると、不競法19条1項5号イが保護期間を最初の販売日から3年に制限した趣旨を没却するおそれがある。

無制限説は、意匠法との棲み分け論に対し、ある法制度の存在意義を擁護するということが、著作権法における解釈の一貫性を犠牲にすべきほどの強い理由たり得ないと批判する⁷¹。これに対して制限説は、著作権法も意匠法も同じ創作物を保護する法なのだから、法の integrity を保つためには、両者を可能な限り矛盾のないような制度を構築する法として解釈していく必要があると反論する⁷²。

さらに無制限説は、依拠性がなくても意匠権侵害になる点で、著作権より意匠権の方が強力な面もあるため、応用美術の著作権保護を認めても直ちに意匠法の存在意義や意匠登録のインセンティブが減殺されるとは限

弘]、大淵・前掲注27)2470-2478頁、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）328頁、高林龍『標準著作権法〔第4版〕』（有斐閣、2019）48-49頁、中山・前掲注15)215-216頁等。

なお、金子・前掲注34)90-91頁は、意匠法との棲み分け論が制限説の十分な根拠にならない旨を説くが、結局は、「意匠法との棲み分け論は、意匠権と著作権による保護内容の相違等に鑑み、実質的には著作権保護による弊害や意匠制度の下で構築された日本における現在の法状況からの劇的な変化を問題としている趣旨とも解されるものであり、その点では……妥当性を有するものといえる」と論じているから、要するに、意匠法との棲み分け論をベースにしながら他の理由付けも必要であると解いているに止まる。一般の棲み分け論者も他の理由を挙げることが通例であり、そこに大きな質的な差異はないように見受けられる。

意匠法との棲み分け論を根拠として著作権保護の対象に制限を認める裁判例として、前掲神戸地判[仏壇彫刻]、前掲東京高判[ヤギ・ボールド]、前掲大阪地判[装飾街路灯図案]、前掲大阪高判[装飾街路灯図案]、前掲山形地判[ファービー]、前掲大阪高判[海洋堂フィギュア]、前掲東京地判[TRIPP TRAPP II]、前掲知財高判[姿勢保持具]等。

⁷⁰ 田村・前掲注14)101頁等参照。横山・前掲注32)584-585頁注63は、商標法との交錯も問題視する。すなわち商標登録の認められない商品の形状について、創作性があることを理由に安易に著作権法上の保護を認めるならば、商標法の趣旨を没却するという問題も生じると指摘する。

⁷¹ 駒田・前掲注65)227頁参照。その他、上野・前掲注53)112頁参照。

⁷² 田村・前掲注14)101頁参照。

らないと批判する⁷³。これに対して制限説は、意匠権の遮断効が著作権と異なり絶対的なものであることが一般に決定的に重要と考えられているとは思われず、現に独自創作の抗弁が認められた著作権事件は多くはないと反論する⁷⁴。もっとも、意匠法との重量を広く認める場合、依拠なき侵害が増加してしまうという弊害があり得るが、それがどの程度問題視すべきものであるのかということに関しては実証分析がなく明らかでない。

イ 著作権保護による弊害論に対する主張

制限説には、応用美術の著作権保護によって次のような弊害が生じることがを根拠とするものも多い。第一に、産業上の弊害が挙げられる。つまり、著作権者が長期間にわたって製品デザインを独占する結果として後発者によるデザイン開発が阻害されたり⁷⁵、著作財産権や著作者人格権により業務上の行為が妨げられたり⁷⁶するおそれがあるということである。第二に、著作財産権や著作者人格権により、例えば実用品の画像を私用のブログに投稿する行為等といった私生活上の行為が不当に妨げられるという弊害が挙げられる⁷⁷。さらに、著作物を利用する場合、原則として著作権

⁷³ 上野・前掲注53)112頁参照。

⁷⁴ 中山信弘「応用美術と著作権」論ジュリ18号(2016)104-105頁参照。また、「特に本件椅子〔本稿注：TRIPP TRAPP〕のように有名になっている商品であれば同業者が知らないということはほとんどありえない」と指摘する。

⁷⁵ 作花文雄「著作権制度における美的創作物(応用美術)の保護—法目的制度間調整に基づく著作物相応性の視点による対象範囲の画定基準—」コピライト544号(2006)55-56頁、劉・前掲注69)276頁、中山・前掲注74)101-103頁、横山・前掲注32)584-585頁、橋谷俊「判批」知的財産法政策学研究47号(2015)396頁、奥邨弘司「応用美術」法教426号(2016)12頁等参照。

⁷⁶ 例えば、①テレビドラマ撮影において、実用品をセットとして用いる場合、原則として複製権と公衆送信権に関する許諾を得る必要がある(上野・前掲注53)114頁参照)。

また、②実用品を用いてレンタルビジネスを行う場合、原則として貸与権に関する許諾を得る必要がある(上野達弘ほか「応用美術の法的保護(早稲田大学・北海道大学グローバルCOEジョイント著作権シンポジウム講演録)」企業と法創造5巻3号(2009)61頁〔奥邨弘司発言〕、奥邨・前掲注75)13頁参照)。

⁷⁷ 例えば、①購入した衣服を自ら裁縫してそのデザインを改変する場合、原則とし

者の許諾が必要になるが、孤児著作物の場合もあり⁷⁸、いずれにせよ権利処理は容易ではない。

業務上の行為や私生活上の行為に対する弊害については、主に無制限説の論者により、権利制限規定等の柔軟な解釈論による対処が試みられている⁷⁹。これに対して制限説は、解釈論上の対応が理論上可能であるとして

て翻案権と同一性保持権に関する許諾を得る必要がある（劉・前掲注69）276頁参照）。

また、②購入した実用品を写真撮影し、その拡大写真をSNSで一般公開する場合、原則として複製権と公衆送信権に関する許諾を得る必要がある（同276-277頁）。

とはいえ、このような私生活上の行為に対する弊害については、インターネット上で著作物の無断使用がまかり通っているように、寛容的利用が行われることが予想されるため、懸念する必要はさしてないだろう。

⁷⁸ 中山・前掲注74）103頁参照。

⁷⁹ 前掲注76の①の問題について、令和2年著作権法改正前の論文であるが、改正前の法30条の2の要件である分離困難性を柔軟に解し、その適用場面を広げる解釈論が示されていた（上野・前掲注53）114頁、駒田泰士「応用美術—それはカテゴリーではなく、利用方法のことである」著作権研究43号（2017）42-43頁等参照）。その後、令和2年著作権法改正により、分離困難性が「正当な範囲」の考慮要素の一つとして位置付けられ、この問題は基本的に解決されたと考えてよいだろう（ただし、例えば、テレビドラマの撮影において、実用品をクローズアップする場合、付随性の要件をクリアできず、問題が残る。もっとも、このような場合、権利者から許諾を得ることは困難でないだろう）。②の問題について、レンタカー等に関しては取引慣行から黙示の許諾を認定する対処があり得る（森本・前掲注65）58頁参照）。あるいは、貸与権の消尽による対処もあり得る（上野ほか・前掲注76）61頁〔奥邸弘司発言〕、駒田・前掲43-44頁等参照）。消尽に対しては、解釈論として困難であるとの批判も加えられているが（金子・前掲注34）91頁参照）、例えばレンタカーのように貸与先で複製されるものではないものについて、例外的に貸与権は消尽すると理解することは、解釈論として十分に成り立ち得るのではないか（駒田・前掲44頁参照）。

前掲注77の①の問題のうち同一性保持権については、法20条2項4号の「著作物の性質」の柔軟な解釈による対処があり得る（上野・前掲注53）113頁等参照）。そのうち翻案権については、黙示の許諾あるいは後述する法46条柱書の柔軟な解釈論によるほかはないだろう。②の問題については、実用品を中心に撮影して投稿する場合であるため、付随性の要件をクリアできず、法30条の2は適用できない。この問題も黙示の許諾等によるほかはないだろう。

も、実際にそのような解釈を裁判所が採用するとは限らないと反論する⁸⁰。この反論を踏まえると、無制限説は、権利制限規定等を柔軟に解釈することを必要不可欠とする法理であると考えべきであろう⁸¹。なお TRIPP TRAPP 事件判決は、意匠法の棲み分け論に対して反論しているが、業務上の行為や私生活上の行為に対する弊害については問題にすらしていない。無制限説を採る以上、権利制限規定等の柔軟な解釈論を示すべきであったと考える。

無制限説にあつては、創作性の判断においてデザイン開発が阻害される程度を斟酌することが求められることになるが、無制限説の立場からは、この作業は一般創作性の枠内でもなされている判断にほかならず、問題視する必要はないとされる⁸²。しかし、現在流通している数多くの実用品を把握することでさえ容易でないのに、数十年前に流通していた無数の実用

以上の問題に対し、切り札となり得るのが、法46条柱書の柔軟な解釈論である。例えば、金子・前掲注34)95-96頁は、解釈論としての限界を自認しつつ、「著作権者の意志に基づき応用美術作品が量産され、市場に広く流通に置かれた場合、(屋内に置かれているものも含め)著作権法46条を類推適用し、1～3号に準じる場合(当該応用美術作品の競合品を増製し、又はその増製物の譲渡により公衆に提供する場合)と4号に該当する場合を除き、いずれの方法によるかを問わず利用することができる、と解すべき」と述べる(その他、法46条柱書の柔軟な解釈論を展開するものとして、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2[第2版]』(勁草書房、2015)472-473頁[前田哲男]、森本・前掲注65)58頁等)。

もともと、以上の柔軟な解釈論にはやはり限界がある(林娜「応用美術の著作権による法的保護に関する中日比較」AIPPI62巻3号(2017)258頁等)。例えば、法46条柱書の「原作品」に複製物を含める解釈論について、もともと「原作品」の要件の合理性が、展示権を行使し得ない複製物が同条柱書所定の場所に置かれたからといって、それを理由に自由利用を認めることは、著作権者に回避不能の不利益を与えることになり妥当でないというところに求められる以上(田村・前掲注21)208-209頁参照)、その線引きの仕方を異なるものに代替する見解は、解釈論としての限界を超えている。

⁸⁰ 金子・前掲注34)91頁参照。

⁸¹ 駒田・前掲注79)45頁は、「『美の一体性』と権利制限の新たな解釈—これらが常にセットで行われる限り、刑事罰を含む法的リスクの問題は生じないので、何も心配はない」と指摘する。

⁸² 駒田・前掲注79)44頁参照。

品についても注意が必要になると、それはデザイン開発の阻害要因になる。また、そうした訴訟リスクの存在自体がデザイン開発を萎縮させることになりかねない。依拠の要件があるので問題ないという反論が聞こえてきそうであるが、登録がなければ全く訴訟があり得ない世界（意匠法だけの問題とした場合）と異なり、著作権法の問題とする場合には無用な訴訟に関わらなければならないリスクがあることは否めない⁸³。

（2）制限説⁸⁴

以上のとおり、応用美術に著作権保護を広く認める場合、意匠登録制度の実体面や手続面において問題が生じるおそれがある。したがって本稿は、意匠法との棲み分け論を根拠に、制限説が妥当であると考え。制限説を採る場合、著作権保護の対象範囲をどのような基準によって線引きするかが問題になる。不明確な基準を採用すると、後発者や利用予定者等が対象物品の著作物性の有無を正確に見極められず、加えて意匠登録制度の趣旨に悖ることになるため⁸⁵、明確な基準であることが求められる。さらに、

⁸³ 横山・前掲注32)587頁は、「権利の保護範囲や制限規定の解釈には幅があり、著作権侵害の成否は常に明確に判断し得るものではないため、応用美術が広く著作物として保護される場合には、無用な訴訟リスクを回避するために、本来適法であるべき物品の開発行為や利用行為まで抑制されるおそれがあるし、そもそも物品の開発者や需要者が日常一般的に著作権法のことを気にかけなければならないということ自体が、物品の開発行為や利用行為に対する過度の萎縮効果を生じることになる」と述べる。

⁸⁴ 後掲注87ないし91に挙げる文献のほか、紋谷暢男「意匠法と周辺法―主として著作権法との関係―」日本工業所有権法学会年報12号(1989)132頁、内藤裕之「応用美術と美術の著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』(青林書院、2004)168-170頁、榎戸・前掲注69)40-42頁、半田ほか編・前掲注69)363-365頁[本山雅弘]、木村剛大「判批」パテント69巻7号(2016)100-101頁、中山・前掲注15)215-218頁等。

⁸⁵ 田村・前掲注21)33-34頁は、文化の範囲の判定に際して主観的な制作者の意図を斟酌すべきでない理由として、「意匠登録されていない創作物が外形的にみて量産品であるときは、第三者は、著作権法の保護が及ばず意匠登録もないから利用自由と考えるだろう。しかるに、制作者の主観的意図が美の追求にあったという外部からは窺い知れない事情により著作物に該当するとされてしまうのでは、右のような

著作権保護の利益と著作権保護による弊害を柔軟に衡量できる基準が望ましい⁸⁶。

ところで制限説は、著作権保護の対象を美術工芸品に限定する厳格説⁸⁷とそれに限定しない緩和説に分けられる。さらに緩和説として、段階理論⁸⁸のほかに、文化の範囲の問題とする説が挙げられる。

後者の文化の範囲の問題とする説として、ファッションショー事件判決が示した判断基準と整合的な基準を示すものに限定すると、例えば、①文化の範囲型分離可能性のみを要求する説（以下「文化の範囲型分離可能性説」という）⁸⁹、②美的鑑賞性のみを要求する説（以下「美的鑑賞性説」という）⁹⁰、③文化の範囲型分離可能性と美的鑑賞性の両方を要求する説（以下「文化の範囲型分離可能性＋美的鑑賞性併用説」という）⁹¹が唱えられている。

第三者は不測の損害を被ることになり、意匠登録制度の趣旨が没却されることになる」と述べる。

⁸⁶ 例えば、「一つの完結した美術作品として美的鑑賞の対象となりうる」ことを求める前掲京都地判「佐賀錦袋帯」が用いるような基準は、過度に厳しく、利益衡量を適切に行えないと考える。本稿と同様の問題意識を有するものとして、作花・前掲注25)141頁は、「多様な実態にある実用性・機能性を有する製品のデザインの著作物性を認定する際の基準として、実用性・機能性から離れた美的鑑賞性という捉え方だけで常に適切な結論を導き得るのか、なお検討が求められる」と述べる。

⁸⁷ 加戸・前掲注31)69頁。ただし、立法趣旨を述べているに過ぎない。

⁸⁸ 生駒・前掲注69)614-615頁。

⁸⁹ 田村・前掲注14)100-101頁、劉・前掲注69)278-279頁、五味・前掲注69)268-269頁。

⁹⁰ 美的鑑賞性の意義は論者により様々であるが、大淵哲也「知的財産権法体系の二元構造における応用美術の保護(下)」曹時69巻11号(2017)3259-3262頁、金子・前掲注34)92-95頁、白鳥・前掲注63)270-277頁、吉田和彦「応用美術の保護について～『産業製品に関する意匠保護と著作権保護の相互作用』に関するAIPPIのQ231をもふまえて～」竹田稔先生傘寿記念『知財立国の発展へ』（発明推進協会、2013）476-478頁、同「応用美術と著作権について（日本法の観点から）」著作権研究43号(2017)118-120頁、中川隆太郎「判批」著作権研究45号(2019)207-208頁及び210-218頁等。その他、設楽・前掲注62)288-289頁、高部・前掲注69)328頁、高林・前掲注69)44-49頁等もここに位置付けることができるように思われる。

⁹¹ 横山・前掲注32)582-586頁。

次に、基準の明確性と柔軟性という観点から、これらの学説の検討を行う。

ア 文化の範囲型分離可能性説——人格的利益の付着と意匠法との棲み分け論を根拠とする文化の範囲型分離可能性説

田村善之は、「新規性、非容易創作性の要件を課し、保護期間を短く限るとともに、登録がない場合には保護なしとすることで競争や利用の自由を確保することとした意匠制度の趣旨が損なわれることのないように、実用的な側面により（通常の著作物とは質的に異なって）表現の自由度が技術的に制約されている場合に限り、著作物性を否定すれば足りる」。「逆に、表現に自由度がある範囲で創作がなされたのであれば、そこに通常の著作物と同様に創作者の人格的な利益が付着していると評価しうるから、著作者人格権を認めることを正当化しうる。……また、表現の自由度は著作物の外形から判断しうるから、それに加えて、……美的鑑賞性を要求する必要もない」⁹²、と述べる。また美的鑑賞性について、「多義的であり、その運用には不明確なところが残る」⁹³、と述べる。

これに対して大淵哲也は、「機能除外は、前段要件〔本稿注：法2条1項1号前段〕の問題であり、機能除外だけが趣旨ということであれば、後段要件〔本稿注：法2条1項1号後段〕の独自の意義が無となってしまう。実用性・機能の制約の強いものないし実用性・機能によって規定される色彩の強いものは美術とはいいい難いが、逆に、実用性・機能の制約の強くないものないし実用性・機能によって規定される色彩の強くないものが、直ちに美術となるわけではない」⁹⁴、と批判する。しかし、文化の範囲型分離可能性説は、究極的には、鑑賞目的のための美的表現が追求されているかどうかを

⁹² 田村・前掲注14)100-101頁。

⁹³ 田村・前掲注4)19頁。

⁹⁴ 大淵・前掲注90)3254頁。また、白鳥・前掲注63)276頁は、「作者の精神的個性の有無を判断しようとする、厳密には、素材の効用や機能からの分離についても合わせて検討する必要があるが生じるが、これは、我が国の著作権法においては、まずは『表現』要件の充足の判断に関して検討されるべき事項である」と述べる。その他、分離可能性を美術性要件に位置付けることに疑問を呈するものとして、中川・前掲注90)210-211頁及び218頁。

文化の範囲要件の下で吟味するものであり、単なる表現性の問題ではない。この説は、アイデア・表現二分論により創作性が認められる場合でも、なお実用目的による制約を受けつつ創作されたと認められるときには、美術性を否定するものである⁹⁵。

この説の基準は、同様の基準を用いる前掲東京地判[アメリカTシャツ]等に関して指摘したとおり、美術性を創作物それ自体から客観的・外形的に判断するものであるため、明確性に富んでいる。さらに、人格的利益の付着という理論的根拠の下では、美術性を柔軟に判断できるだろう。例えば、本件原告滑り台全体の形状は、各構成の自由な組合せにより形成されているため(その自由な創作態様をもって人格的利益の付着を認めることができる)、美術性が認められよう。

イ 美的鑑賞性説

(ア) 社会的コンセンサスを根拠とする鑑賞性説

金子敏哉は、制限説を採る根拠について、「解釈論による非区別説への移行は、現状からの劇的な変化による混乱という点で、特に弊害が大きいものとする」⁹⁶、と述べる。また判断基準について、『文芸、学術、美術又は音楽の範囲』の要件は、著作権法が保護対象とする創作物のカテゴリの外延を画する要件である。……『文芸、学術、美術又は音楽の範囲』の要件について、『学術』や『美術』の概念から演繹的に当該創作物が含まれるかを論じることは妥当ではない。この要件を満たすものは、著作権法による保護が妥当すべき文化的所産であるとの共通の理解(あるいは社会的なコンセンサス)があるカテゴリの創作物(例えば、絵画・彫刻・版画などのいわゆる純粋美術)と、これと同視できる創作物に限られる」という根拠を挙げた上で、「もっとも、応用美術の著作物性について裁判規範として問題となるのは、共通の理解の有無ではなく、後述する純粋美術との同視性(さらにはその具体的な基準である分離可能性)である」と述べる。「純粋美術との同視性」の具体的な判断基準については「従前の裁判例の

⁹⁵ この説の下では、例えば、ファービーは、喋る機能を発揮する実用目的が認められるが、かかる目的による制約を受けずに自由に創作されていると見受けられるため、分離可能性が認められ、美術性要件が充たされよう。

⁹⁶ 金子・前掲注34)91頁。

実質的な基準でもある、『実用性や機能性の面を離れて独立して鑑賞の対象となるか否か（分離可能性）』を基準とすることが妥当である」⁹⁷、と述べる。

この説は、論者も自認するとおり⁹⁸、社会的コンセンサスの内容が不明確であると批判されている⁹⁹。これに対して、論者自身は、新たなカテゴリーの創設は立法によるべきであるという立場から、結局、応用美術の著作物性は、既存のカテゴリである純粋美術と同視し得るか否かで決するとしており、そうだとすればたしかに内容が不明確であるとはいえないのかもしれない。しかし、そもそもの問題は、法（2条1項1号後段）が定める「美術」の範囲の解釈であったはずであるところ、その解釈において法が（純粋）美術を保護することになっているからその範囲で著作物となると答えるに等しい論法は、法の文言以上に積極的な根拠を提供したことにはならないのではあるまいか。

なお、この説は、「現状からの劇的な変化による混乱」を根拠に制限説に立っているため、美術性要件を緩やかに判断できる可能性がある¹⁰⁰。例え

⁹⁷ 金子・前掲注34)92-94頁。なお、分離可能性の判断は、美的か否かという点より、鑑賞対象となる部分を製品から分離して把握・認識可能であるかを問題とすべきとの指摘（高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2016）46頁参照）を踏まえ、「美的鑑賞」ではなく単に「鑑賞」の文言による理解をする（金子・同98頁注17参照）。

⁹⁸ 金子・前掲注34)93頁は、「本稿のいう『著作権法による保護が妥当すべき文化的所産であるとの共通の理解があるカテゴリの創作物』については、その意味内容が言語により規範化されておらず、著作物性を否定するためのトートロジカルな基準に過ぎない等の批判は当然考えられ、本稿の筆者も自認するところである……。しかし創作的な表現がおよそ著作物となりかねない状況に比べれば、このような曖昧な基準であっても著作権法の妥当する領域を画することは必要なものと考え」と述べる。

⁹⁹ 大淵・前掲注90)3206頁は、「後段要件を充足するのは、著作権法による保護が妥当すべき文化的所産であるとの『共通の理解（あるいは社会的コンセンサス）』があるカテゴリの創作物及びこれと同視できる創作物に限られるとされるため、その内容は不明といえる」と述べる。

¹⁰⁰ 著作物性が否定されたファービーについて、「私の立場からだと、もしかするとこれは玩具なのだから、実用品なのだという議論もあり得るかもしれないのですが、これが例え全く動かないぬいぐるみだと仮定してみた場合にやはり著作物性を肯

ば、本件原告滑り台は、彫刻との同視性を有するとして美術性が肯定されるのではないか。本件原告滑り台に著作権保護を認めても懸念すべき問題は特に生じないと考えられるため¹⁰¹、本件原告滑り台の美術性が否定されることになれば、前記根拠との関係で応用美術の著作権保護に過剰な条件を課すことになるろう。

(イ) 著作物の人格発露物性と意匠法の趣旨目的の潜脱防止を根拠とする 美的鑑賞性説

大淵哲也は、「後段要件〔本稿注：法2条1項1号後段〕は、著作権法の本質的守備範囲（この限定があればこそ、極めて長い保護期間や強力な著作物人格権の付与等という、著作物・著作者の人格性に根差す著作権法の本質的特徴が正当化されるのである）の逸脱防止と、その反面として意匠法の趣旨目的の潜脱防止という極めて重要な本質的意義を有するのである」¹⁰²、と理解する。判断基準について、「美術（範囲）性とは、①美術鑑賞対象となる美的特性の具備又は②純粹美術（若しくは一品製作美術工芸品）との客観的同一性の具備と言い替えられる。そして、上記①は、(i)実用性ないし広義機能と離れて／別に、(ii)美術鑑賞の対象となる美的特性の具備と言い替えられる。ちなみに、狭義機能＝技術的機能では、前段と全面的に重なってしまう。……実用品の実用面からの美術的特徴の分離（把握）可能性である。実用面対美術的特徴の問題であって、保護対象性の問題である。機能対創作性の問題ではない。機能との分離の問題でもない（実用性との区別の問題である）し、創作性の問題でもなく、保護対象性の問題である。部分・構成等の分離可能性までいう必要は必ずしもない。……上記(i)については、実用美や機能美（すなわち、デザイン美感）とは明確

定すべき表現だとするならば、目が動くとかそういう要素があるというところだけを捉えてなお純粹美術と同視できないということはできないんじゃないかなと思っています」と述べる（奥邨ほか・前掲注68）141頁〔金子敏哉発言〕。

¹⁰¹ 後掲注128参照。

¹⁰² 大淵・前掲注27）2478頁。

に区別された（鑑賞）美術¹⁰³という点が眼目である。ちなみに、『観賞』¹⁰⁴、愛玩、装飾等の実用性も広義では機能ともいえるが、疑義のないように、『実用性や広義機能と離れて』と列挙した次第である。ちなみに、機能は狭義では技術的機能のみといえる。上記(i)は前提的紋りにすぎず、中心は、むしろ、上記(ii)である。実用性や機能と離れていなければ、美術にはなり得ないが、他方で、実用性や機能と離れていれば、直ちに美術となるわけではなく、あくまで、(ii)美術鑑賞の対象となる美的特性の具備が必要となるのである（ただ、実用性の意味によっては、(i)と(ii)は同じことをいうともいえる）」¹⁰⁵、と述べる。

具体的帰結として、「観賞」物に止まる物品の著作権保護を原則として否定する¹⁰⁶。その根拠として、「鑑賞対象物（美術）は個性発揮物（人格発露物）であり、個々の作品＝個性発揮物が独自の個性的人格的意義を有するのであって、産業財産的意味での改良になじまない。『観賞』物（『観賞』デザイン）は、むしろ改良になじむ物といえる」¹⁰⁷、と述べる。このように

¹⁰³ 「鑑賞」の意義につき、「著作物の鑑賞においては、著作物自体を鑑賞（意味を理解して味わうこと）すると同時に、著作物の背後にある著作者の人格（著作物は著作者の人格の分身ともいえる）についても鑑賞するものといえる」と述べる（大淵・前掲注90）3257頁）。また、大淵・前掲注34）2833頁は、「メルクマールは、美術ないし鑑賞美術である。鑑賞は美術を明確化するための修飾詞的なものであって、美術を離れた（裸の）鑑賞自体に特段の法的意味もない。法律要件は美術範囲であって、鑑賞自体は法律要件ではない。機能保護回避だけならば『観賞』で十分なのかもしれないが、意匠法（デザイン）潜脱防止のためには本来どおり鑑賞美術である必要がある」と述べる。

¹⁰⁴ 「観賞」の意義につき、榎戸・前掲注69）44頁を参照し、「美術として鑑賞するとまでは言えなくても、美しいものや綺麗なものを見て楽しむという程度の意味での観賞性」と述べる（大淵・前掲注27）2463-2464頁注6）。

¹⁰⁵ 大淵・前掲注90）3259-3261頁。

¹⁰⁶ 大淵・前掲注34）2829頁。

¹⁰⁷ 大淵・前掲注34）2830頁。さらに、「文化範囲物＝人格発露物ゆえに、創作性（何らかの個性発揮）基準が妥当し、文化範囲物＝人格発露物ゆえに、著作権法の法効果（強力な人格権たる著作者人格権付与、強力な著作権付与）が妥当する。……著作権法と工業所有権法（意匠法等）との最大の本質的相違点は人格発露物性の有無にある。よって、美術とデザイン（意匠）の線引きは、究極的には人格発露物性の有無

「観賞」物に止まる物品の人格発露物性を原則として否定しているが、その根拠として、「美術の著作物においては、現作品の作成が目玉である。現作品は一品作成が基調である。これと量産品のひな型の作成とは本質的に異なる。後者は、量産物品デザイン（意匠）作成の手段たるひな型デザインの作成にすぎない。後者は非人格発露物としての意匠（デザイン）作成行為の更なる手段的行為にすぎない。人格発露物たる美術の著作物の作成行為とは本質的に異なるのである」¹⁰⁸、と述べる。

この説は、意匠法との棲み分けを徹底的に図るために、「観賞」や「愛玩」、「装飾」等を含めた広汎な実用目的の理解の下で、美術性の外縁を厳格に画するものである。「美術鑑賞の対象となる美的特性」の内容が不明確であることはいうまでもないが、「鑑賞」と「観賞」を明確に区別することは困難である。例えば、本件原告滑り台は、「量産品のひな型」とはいえないが、「観賞」物に止まるものなのか判断しかねる。また、「観賞」物に止まるものであっても、自由に創作が行われた結果、人格の発露が認められ、著作権保護を受けるべき場合があるのではなかろうか。かかる場合にも、意匠法との棲み分けを図るために、著作物性を典型的に否定するのは行き過ぎである。したがって、このような厳しい基準の下では、結論の妥当性を欠く場合があることが懸念される¹⁰⁹。

なお、この説は、立法趣旨や国語的意義により、自説を補強していると思われる。すなわち、先に紹介した著作権制度審議会答申2案2点目但書（「ただし、それが純粋美術としての性質をも有するものであるときは、美術の著作物として取り扱われるものとする」）から「純粋美術」を導

に係る」と述べる。

なお、具体例として、プードルぬいぐるみ兼小物入れ（前掲東京地判「プチフォルダー」のぬいぐるみを指す）について、『「観賞」デザインとして「観賞」度・愛玩度等の向上のために不断の改良が期待される物といえる。すなわち、意匠法保護になじみ、著作権法保護にはなじまない」として、その著作物性を原則として否定する（同2830頁）。また、プードルぬいぐるみ兼小物入れは、「（特段の美術（通常美術（純粋）美術客観的同一物）・特別美術（キャラクター表現物）の付加がない限りは）人格発露物というのは困難なように思われる」とも述べる（同2831頁）。

¹⁰⁸ 大淵・前掲注34）2831頁。

¹⁰⁹ 後掲注130に係る本文及び前掲注86も参照。

き¹¹⁰、「純粹美術」の代表的定義や立法担当者の見解から「鑑賞」を導き¹¹¹、さらに「鑑賞」につき国語辞典を参照することにより¹¹²、自説を補強していると思われる。しかし、立法趣旨に従って法を解釈する必要はないし、また国語辞典の編者は、法律効果を意識しながら言葉を定義しているわけではないため、国語的意義に従って法を解釈することは必ずしも適切ではないと考える。

ウ 文化の範囲型分離可能性＋美的鑑賞性併用説——著作物の性質論と制度論・政策論を根拠とする文化の範囲型分離可能性＋緩やかな美的鑑賞性併用説

横山久芳は、「著作物は、……著作者の思想、感情を伝達することを通じて、一般公衆の知識の獲得や価値観の形成に寄与し、文化の発展に貢献するものであり、それゆえにこそ、著作権法上保護されるべきものとなる。このような著作者の思想、感情の伝達機能こそが著作物を保護すべき積極的な根拠になるものとみてよいであろう。そうだとすれば、著作権法上、著作物として保護されるためには、対象物が、単に形式的な意味で創作的に表現されている（創作者の思想・感情が外部の者に認識可能な状態に置かれている）というばかりではなく、より実質的に創作者の思想・感情の伝達物と一般に評価し得るものであることが必要になると解すべきである。……応用美術についても、その通常の使用態様において、創作者の美的な思想・感情を伝達する目的・機能を果たすものでない限りは、著作物

¹¹⁰ 大淵・前掲注34)2827頁は、人形やフィギュア等の「観賞」対象型の物品について、「この類型は、答申2案2点目但書の可能性のあるものといえる」と述べる。

¹¹¹ 大淵・前掲注34)2832頁注33は、「純粹美術につき、『専ら鑑賞目的で作成したもの』と定義するのは、代表的な定義である」と述べる。また、大淵・前掲注34)2833-2834頁は、加戸・前掲注31)68-70頁を参照し、「加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』も鑑賞美術と述べる」とする。

¹¹² 大淵・前掲注34)2833-2834頁注35は、『大辞林〔第3版〕』（三省堂、2006）や『広辞苑〔第6版〕』（岩波書店、2008）による「観賞」と「鑑賞」の各語の意義及び用例を参照した上で、「前記のような鑑賞美術とは国語的意義にも合致するものといえる。鑑賞美術と観賞では、本質的に異なる。本稿での『観賞』の語の定義……は、『観賞』の語の国語的意義にも合致するものといえる。なお、法律等は国語で書かれている以上、国語的意義に基づくのは当然といえる」と述べる。

性が否定されることになる」と著作物の性質論を展開した上で、判断基準について、「応用美術であっても、実用的観点を離れて美術的に表現されたものであって、かつ、見る者の美的鑑賞の対象となるようなものであれば、著作権法の保護を認めてよいであろう。この場合、応用美術は、その通常の使用態様において、実用に供する物品（の一部）として利用されるにとどまらず、そのデザインを通じて創作者の美的な思想・感情を伝達するという『著作物』本来の目的・機能を果たすことになるからである」¹¹³、と述べる。さらに、「競業者の物品の開発行為の自由を確保する観点から、保護される応用美術は物品の実質的な制約を受けずに美術的に創作されたものに限るべきである」として、文化の範囲型分離可能性を要求している¹¹⁴。

この説は、「鑑賞」について、見て楽しむという程度の意味であるとして緩やかに理解している¹¹⁵。もっとも、「物品の実質的な制約を受けずに美術的に創作された」ものは、見て楽しむという程度の鑑賞性をも同時に有すると考えられるため、さらに、そのような鑑賞性を判断する実益はないように思われる。

5 小括

これまで見てきた裁判例や学説の検討を踏まえて、応用美術の著作物性

¹¹³ 横山・前掲注32)583-584頁。また、同585頁は、制度論的・政策論的な観点から、「需要者の物品の利用行為の自由を確保する観点から、保護される応用美術は物品の利用を離れて見る者の美的鑑賞の対象となるものに限るべきである。問題となる応用美術が、物品の利用を離れて見る者の美的鑑賞の対象となる場合には、当該応用美術は絵画や彫刻等の純粋美術と同様に利用されることが一般に想定されるため、当該応用美術に著作権法の保護を認め、需要者に対して著作権法上当該応用美術を絵画や彫刻等と同程度に注意して取り扱うことを要求したとしても、別段、不合理なことはないといえよう」と述べる。

¹¹⁴ 横山・前掲注32)585頁。

¹¹⁵ 横山・前掲注32)570頁注21。また同・前掲注64)55頁は、「美的鑑賞」について、「別段高度な精神性・芸術性を感得させるようなものである必要はなく、単なる物品の外観とは評価されない何らかの美的要素を感得できるようなものであればよい」と述べる。

の判断基準について、本稿の立場を述べる。

まず、実用目的を有さず、量産目的を有するに止まる応用美術は、全体が自由に創作されているといえるため、創作者の人格的利益を具現しているがゆえに文化の発展に寄与するものであり、また著作権保護を認めても後発者によるデザイン開発を阻害しない。そのため、そのような応用美術の美術性については、鑑賞型の裁判例で考慮されている「美術工芸的価値としての美術性」等を問わずに、直ちに美術性要件を肯定すべきである¹¹⁶。

次に、実用目的を有する応用美術の美術性については、田村善之により示された理論の下で、文化の範囲型分離可能性の基準を用いて判断すべきである。つまり、実用目的による制約を受けずに自由に創作された物品の美術性は、人格的利益の付着が認められるため肯定し、他方、実用目的による制約を受けつつ創作された物品の美術性は、人格的利益の付着が認められず、同時に改良になじむものであるため否定し、その保護は意匠法に委ねるべきである。このように考えれば、意匠法との棲み分けを適切に図ることができる。そして、このように著作権保護の対象を限定し、その上で保護範囲を狭くすれば、デザイン開発を阻害するおそれもない。

以上のような判断基準と理論的根拠の下では、通常の実用品の著作権保護まではやはり認められないが、フィギュアやファッションデザイン等の著作権保護は広く認められるだろう¹¹⁷。そのように解したとしても、例えば、佐賀錦袋帯のようなファッションデザインは着物レンタルの対象になるが、貸与権の消尽の法理を認めることができさえすれば、それにより難

¹¹⁶ 本稿と同趣旨の見解として、五味・前掲注69)268頁は、「対象のデザインを、実用に拘束されない多様化傾向を持つデザインと、実用に拘束される収束傾向を持つデザインに区分し、前者を著作権法の保護領域、後者を意匠法の保護領域に属するとするのが適当であるように思われる」とし、「物品それ自体が鑑賞に供する以外の用途を具えない場合、著作権により保護する。形態が物品の実用性に依存しないので多様性の度合いが高いためである。量産化のいかん、美的価値の高低の如何にかかわらず保護する」と述べる。

¹¹⁷ 例えば、従来の裁判例において著作物性が否定された物品のうち、少なくとも前掲京都地判[佐賀錦袋帯]や前掲仙台高判[ファービー]、前掲大阪高判[海洋堂フィギュア](動物フィギュア)は、美術性が肯定されよう。そして創作性が肯定されれば、著作物性を認めることができる。

なく対処できるだろう¹¹⁸。結局、以上のような判断基準と理論的根拠を採用したことにより、従来の純粹美術同視說的な立場でも起こり得たこと以上の弊害が不可避的に生じるとまではいえず、解釈論上の工夫により対処することができるように思われる。

第2 ファッションショー事件判決以降の裁判例の趨勢

1 ファッションショー事件判決以降の裁判例

前述のとおり、ファッションショー事件判決以降の近年の裁判例では、適用される判断基準については統一されつつある。しかし具体の判断に着目すると、様々な判断が行われており、混乱しているように思われる。そうした裁判実務の混乱は、ルール of 明確性の観点から好ましくならぬ状況である。

そこで、ファッションショー事件判決以降の近年の裁判例を分析し、その趨勢を明らかにする。

(1) 鑑賞型

近年の裁判例には鑑賞型の例はほとんどないが、前掲東京地判〔照明用シェード〕(図23)は、鑑賞型に準ずるものとして位置付けられるだろう。同判決は、照明用シェードの著作物性が争われた事件において、基準を定立せず、「原告作品は、照明用シェードであり、実用目的に供される美的創作物(いわゆる応用美術)であるところ、……同作品は……内部に光源を設置したフレームの複数の孔にミウラ折りの要素を取り入れて折ったエレメントの脚部を挿入し、その花卉状の頭部が立体的に重なり合うように外部に表れてフレームを覆うことにより、主軸の先端から多数の花柄が散出して、放射状に拡がって咲く様子を人工物で表現しようとしたものであり、頭部の花卉状部が重なり合うことなどにより、複雑な陰影を作り出し、看者に本物の植物と同様の自然で美しいフォルムを感得させるものである。このように、原告作品は、美術工芸品に匹敵する高い創作性を有し、

¹¹⁸ 前掲79で述べたとおり、貸与権の消尽は、解釈論として十分に成り立ち得る。

その全体が美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている」と説示し、著作物性を肯定した。同判決は、「美術工芸品に匹敵する高い創作性」に言及するが、この説示の位置付けが問題となる。まず当該照明用シェードは、同判決が認定するとおり、実用的構成である光源の周りに施されている装飾部分に加えて、光源それ自体も「美しいフォルム」の演出の一部となっており、全体が鑑賞の対象となる物品である（したがって、鑑賞型に準ずるものとして位置付けられる）。そのため、ファッションショー事件判決により示された「量産される美術工芸品」の「美術の著作物」該当性に関する基準¹¹⁹が適用される事例であり、同判決は、それに近い基準を用いながら、美術工芸品同視性判断として、「美術工芸品に匹敵する高い創作性」に言及したのではなかろうか。なお、「高い創作性」との言い回しは段階理論的であるものの、美術工芸品と同視できる物品が「美術工芸品に匹敵する高い創作性」を有することは当然であるため、段階理論ではない。

大阪地判平成31年4月18日裁判所ウェブサイト（平成28年（ワ）第8552号）[猫Tシャツ／谷有恒コート]（図24）は、販売されるTシャツの原画の著作物性が争われた事件において、基準を定立せず、「原告イラストは、前記……で述べたとおり、表現上の特徴を有するところ、前記……で検討したとおり、これらはあるふれたものということとはできず、創作性が認められるから、原告イラストは、原告がこれを作成した時点で、美術の著作物として創作されたものと認められる。原告は、前記……で認定した経緯により、原告イラスト作成後、それを広めるために、あるいは商業的に利用するために、Tシャツ販売サイトを介して、原告イラストを付したTシャツを販売したことが認められるが、これは原告が創作した美術の著作物を用いたTシャツを販売したにすぎないから、このことは、原告イラストの著作物性を否定する理由とはならず、原告イラストが応用美術に属するものとして、その著作物性を否定する被告の主張は、採用できない」と説示し、著作物性を肯定した。同判決は、前掲東京高判〔キューピー人形Ⅰ〕のように、純粋美術として創作された物品は、後に商業化されても応用美術として扱わない旨の判断をしており、もちろん妥当な判断である。

¹¹⁹ 「量産される美術工芸品であっても、全体が美的鑑賞目的のために制作されるものであれば、美術の著作物として保護される」との基準。

(2) 実用型

ア 創作性判断を行う裁判例

知財高判平成28年11月30日判時2338号96頁[加湿器／清水節コート](図25)は、加湿器の著作物性が争われた事件において、「応用美術は、『美術の著作物』(著作権法10条1項4号)に属するものであるか否かが問題となる以上、著作物性を肯定するためには、それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならないとしても、高度の美的鑑賞性の保有などの高い創作性の有無の判断基準を一律に設定することは相当とはいえず、著作権法2条1項1号所定の著作物性の要件を充たすものについては、著作物として保護されるものと解すべきである」との基準を定立し、専ら創作性判断を行い、「控訴人加湿器1及び控訴人加湿器2は、美的特性を備えるか否かを検討するまでもなく、著作物であるとは認められない」と結論付けた。

また、知財高判平成28年12月21日判時2340号88頁[ゴルフシャフト／清水節コート](図26)は、ゴルフクラブのシャフトデザイン等の著作物性が争われた事件において、前掲知財高判[加湿器]と同様の基準を定立し、創作性判断を行い、「本件シャフトデザイン等に、創作的な表現は認められず、著作物性は認められない」と結論付けた。

これらの裁判例は、TRIPP TRAPP事件判決と同じ裁判長によるものであり、ファッションショー事件判決の影響を受ける最近の裁判例の傾向と異なり、創作性を重視している。

イ 文化の範囲型分離可能性判断を行う裁判例

肯定例として、前掲大阪地判[ピクトグラム](図6)は、ピクトグラムの著作物性が争われた事件において、「ピクトグラムというのが、指し示す対象の形状を使用して、その概念を理解させる記号(サインシンボル)である……以上、その実用的目的から、客観的に存在する対象施設の外観に依拠した図柄となることは必然であり、その意味で、創作性の幅は限定される。しかし、……どこにどのような色を配するか等の美的表現において、実用的機能を離れた創作性の幅は十分に認められる。このような図柄としての美的表現において制作者の思想、個性が表現された結果、それ自体が実用的機能を離れて美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えてい

る場合には、その著作物性を肯定し得るものといえる」と説示した上で、「それぞれの本件ピクトグラムは、以下のとおり、その美的表現において、制作者であるP1の個性が表現されており、その結果、実用的機能を離れて美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えているといえるから、それぞれの本件ピクトグラムは著作物であると認められる」とし、著作物性を肯定した¹²⁰。「その美的表現において、制作者であるP1の個性が表現されており」との説示に着目すると、通常の創作性判断が行われているようにも思われるが、そこではむしろ文化の範囲型分離可能性判断が行われていると考えられる。なぜなら同判決は、「指し示す対象の形状を使用して、その概念を理解させる」という実用目的による制約を受けながら、自由度のある範囲で（＝「美的表現において」）創作されているかどうかを吟味しているからである。

否定例として、大阪地判平成29年1月19日裁判所ウェブサイト（平成27年(ワ)第9648号等）〔Chamois／森崎英二コート〕（図27）は、花柄刺繍が施された衣服のデザインの著作物性が争われた事件において、衣服全体のデザインについて、「純粋美術ではない、いわゆる応用美術とされる、実用に供され、産業上利用される製品のデザイン等は、実用的な機能を離れて見た場合に、それが美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えている場合に初めて著作権法上の『美術の著作物』として著作物に含まれ得るものと解するのが相当である」との基準を定立し、「原告商品2全体のデザインについて見ても、その形状が創作活動の結果生み出されたことは肯定できるとしても、両脇にダーツがとられ、スクエア型のネックラインを有し、襟首直下にレース生地の上刺繍を有するというランニングシャツの形状は、専ら衣服という実用的機能に即してなされたデザインそのものというべきであり、前記のような花柄刺繍部分を含め、原告商品2を全体としてみ

¹²⁰ 同判決は、緩やかに著作物性を判断しているが、青木・前掲注33)74頁は、「ピクトグラムは、子どもや外国人等への情報伝達も含め、場合によっては文字よりもさらに普遍性の高い、また統一性の必要な情報伝達手段となり得る。そのため、ピクトグラムの役割によっては、より厳格に著作物性を判断すべき場面も登場するかもしれない」と指摘し、本件はあくまで、観光案内図に用いる建造物等のピクトグラムに関しての判示と理解しておくべきであるとして、同判決の射程を限定的に理解する。

でも、実用的機能を離れて独立した美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えたものとは認められない」と説示し、著作物性を否定した。同判決は、「その形状が創作活動の結果生み出されたこと」を認めつつ、専ら実用目的に基づき創作されたこと（「専ら衣服という実用的機能に即してなされたデザインそのもの」）を考慮している。これは、文化の範囲型分離可能性を判断するものにほかならない。

最近の知財高裁判決として、前掲知財高判〔姿勢保持具〕(図28)は、姿勢保持具の著作物性が争われた事件において、「本件商品のような実用に供される工業製品であっても、『実用的な機能と分離して把握することができる、美術鑑賞の対象となる美的特性』を備えていると認められる場合には、著作権法2条1項1号の『美術』の著作物として、著作物性を有するものと解される」との基準を定立し、「本件商品は、全体として実用に供される工業製品として把握されるものであって、X字形の印象を与える形状は、幅広い体型にフィットさせるという目的で採用されたものであり……、突出部分に2種あるのも同様の理由によるものであり……、また、6個の突起部分も、エクササイズやストレッチをする際の補助具としての機能から設定されるものである……。控訴人が主張するように、本件商品は、形状に工夫が凝らされていて、これを見た者に美しいと感じさせることがあり、そのために機能的な面で犠牲を払った点があるとしても、エクササイズやストレッチをする際の補助具としての実用的な機能と分離して把握することができる、美術鑑賞の対象となる美的特性を備えていると認めることはできない」と説示し、著作物性を否定した。同判決は、「X字形の印象を与える形状」や「6個の突起部分」について、創作態様を吟味しながら、実用目的に基づき創作されていることを指摘する。続いて本件商品全体について、「機能的な面で犠牲を払った点があるとしても」、美的鑑賞性は認められないと判断する。これは、鑑賞目的のために創作が行われている面があることを完全に否定することはできないものの、「エクササイズやストレッチをする際の補助具」としての実用目的による制約を受けつつ創作されているに止まるため、美的鑑賞性が否定されるということであろう。ここでも文化の範囲型分離可能性が判断されているといえる。

その他、文化の範囲型分離可能性を判断する裁判例は多く存在する¹²¹。

ウ 美的鑑賞性判断を行う裁判例

いずれも否定例であるが、美的鑑賞性判断を行う裁判例も存在する。

東京地判平成28年4月21日判時2340号104頁〔ゴルフシャフト／長谷川浩二コート〕(図26)は、ゴルフクラブのシャフトデザイン等の著作物性が争われた事件において、「実用的な機能を離れて見た場合に、それが美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えている場合を除き、著作権法上の著作物に含まれない」との基準を定立し、「本件シャフトデザイン及び本件原画は、ゴルフクラブのユーザーの目を引くことなど専ら商業上の目的のため、発注者である被告の意向に沿って、実用品であるシャフトの外装デザインとして作成されたことが明らかなである。一方、……本件シャフトデザイン及び本件原画が、シャフトの外装デザインという用途を離れて、それ自体として美的鑑賞の対象とされるものであることはうかがわれない」と説示し、著作物性を否定した。同判決は、美的鑑賞性を否定しているが、その理由付けがなされておらず、判断過程は不明確である¹²²。

前掲大阪地判〔Chamois〕(図29)は、先に紹介した衣服全体のデザインではなく、花柄刺繍のデザインについて、前述の基準を用いて、「原告商品2の花柄刺繍部分の花柄のデザインは、それ自体、美的創作物といえるが、

¹²¹ 本文に挙げたもののほか、東京地判平成28年4月27日裁判所ウェブサイト(平成27年(ワ)第27220号)〔幼児用箸／嶋末和秀コート〕、東京地判平成28年1月14日判時2307号111頁〔加湿器／長谷川浩二コート〕、後掲東京地判〔ゴルフシャフト〕、前掲知財高判〔幼児用箸〕、前掲東京地判〔半田フィード〕、後掲知財高判〔半田フィード〕、後掲大阪地判〔傘立て〕、前掲東京地判〔BAO BAO ISSEY MIYAKE〕、東京地判令和3年2月17日裁判所ウェブサイト(令和元年(ワ)第34531号)〔姿勢保持具／佐藤達文コート〕、前掲大阪地判〔雑貨の時計〕等。

¹²² また同判決では、本件シャフトデザインが「ユーザーの目を引く」という商業上の目的による制約を受けていることが考慮されている。しかし、その種の目的は美術の著作物であることが疑いない絵画等においても当然に認められるものであり、必ずしも著作物性を左右するものではない。むしろ、ゴルフボールを打つという機能を発揮するゴルフクラブの実用目的との関係で、創作態様を吟味すべきであった(本件シャフトデザインは、かかる実用目的のために、細長い筒状の形状を維持しなければならないという強い制約の下で創作されており、美術性は否定されよう)。

5 輪の花及び花の周辺に配置された13枚の葉からなるそのデザインは婦人向けの衣服に頻用される花柄模様の一つのデザインという以上の印象を与えるものではなく、少なくとも衣服に付加されるデザインであることを離れ、独立して美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えたものとは認められない」と説示し、著作物性を否定した。同判決は、美的鑑賞性判断を行っているところ、そこでは、「婦人向けの衣服に頻用される花柄模様の一つのデザインという以上の印象を与えるものではないこと、すなわち同種物品との差別性がないことを考慮して美術性を否定している。その裏を返せば、「婦人向けの衣服に頻用され」ないような珍しいデザインであれば美術性が肯定される可能性が留保されていることになるが、それは美術性の高低を問題にするものであり、段階理論的な判断である¹²³。機能と表現の結び付きが弱い物品に対して同種物品との差別性を要求することは、具体的な表現内容にまで踏み込み、段階理論的な判断に陥ってしまうところ、機能との結び付きが弱いと目される当該花柄刺繍のデザインに関する前記説示が段階理論的であることは、このような説明の下で理解できる。なお、他方で機能と表現の結び付きが強い物品に対して同種物品との差別性を要求することは、分離可能性判断として位置付けられる¹²⁴。

知財高判平成30年 6 月 7 日裁判所ウェブサイト（平成30年(ネ)第10009号）[半田フィーダ／鶴岡稔彦コート]（図30）は、糸半田供給機（半田フィーダ）の著作物性が争われた事件において、「著作権法上の美術の著作物として保護されるためには、仮にそれが産業用の利用を目的とするもの

¹²³ 中川・前掲注90)220頁も、結果として段階理論と実質的に同様の判断をしていると評価する。

¹²⁴ アイディア・表現二分論を志向する分離可能性を提唱する奥邨・前掲注15)23頁は、実用的・機能的性格の強い創作物の場合、既存の同種の創作物が有するよりも顕著な特徴を有さない限り、個性がある（創作性がある）とはいえないとする考え方を応用し、「既存の同種の創作物が有する美的特徴と大きく異ならないものは、一般に、実用性や機能から分離できない」との考え方を示している。

あるいは、文化の範囲型分離可能性に立脚した説明も可能である。つまり、衣服（全体の形状）や加湿器等のような実用的性格の強い物品は、実用目的による制約を受けつつ創作されると、（アイディアによる相違は生じ得るが）一定の形状に収斂する。その逆もまた然りであり、同種物品との差別性のない形状を有するに止まる物品は、実用目的による制約を受けつつ創作されているということである。

であったとしても、美的観点と全く捨象してしまうことは相当でなく、何らかの形で美的鑑賞の対象となり得るような創作的特性を備えていなければならないというべきである」との基準を定立し、「原告商品は、ステッピングモータの一部が飛出している点を除き、出口ノズルから配線チューブ等に至るまで、各構成が概ね直線状にコンパクトにまとめられた形態を有していることが認められる。しかし、原告商品の外観からは、社会通念上、この機器を動作させるために必要な部材を機能的観点に基づいて組み合わせたもの、すなわち技術的思想が表現されたものであるということ以上に、端整とか鋭敏、優雅といったような何かしらの審美的要素を見て取ることは困難であるといわざるを得ず、原告商品が美的鑑賞の対象となり得るような創作的特性を備えているということとはできない」と説示し、著作物性を否定した。同判決は、原告商品の外観について、実用目的に基づいて創作されていることを指摘する。その上で、美的鑑賞性を判断しているが、それを「端整とか鋭敏、優雅といったような何かしらの審美的要素」と具体化している点に意義がある。もっとも、そのような「何かしらの審美的要素」は、結局、水掛け論に陥りかねず、判断基準として活用できるものではないだろう。

その他、傘立ての著作物性が否定された事例である大阪地判平成30年10月18日裁判所ウェブサイト（平成28年(ワ)第6539号）〔傘立て／高松宏之コート〕（図31）は、文化の範囲型分離可能性を否定した上で、「原告は、原告傘立て1の側壁のデザインが鑑賞の対象であると主張するが、そこではタイルが壁面に格子状に貼付された様になっている……にすぎず、これは壁状のものによく見られる形状であって、それ自体が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えているとはいえない」と説示し、美的鑑賞性を否定している。ここにいう「壁状のものによく見られる形状」との説示は、文化の範囲型分離可能性の範疇でもあり、鑑賞対象性の問題にする必然性はない。なぜなら、壁状のものによく見られる形状を有することは、実用品の壁としての機能を発揮する実用目的による制約を受けつつ創作された結果であるということもできるからである¹²⁵。

¹²⁵ 前掲注124も参照。

(3) 小括

鑑賞型に準ずる裁判例である前掲東京地判〔照明用シェード〕は、ファッションショー事件判決により示された「量産される美術工芸品」の「美術の著作物」該当性に関する基準に近いものを用いていると目される。

実用型の裁判例の大勢は、文化の範囲型分離可能性を判断している。この傾向は、ファッションショー事件判決の影響下にある地裁判決において顕著である。他方、TRIPP TRAPP 事件判決の影響下にある一部の知財高裁判決では、創作性判断が中心に行われる傾向が見られた(前掲知財高判〔加湿器〕、前掲知財高判〔ゴルフシャフト〕)。しかし最近の知財高裁判決では、むしろ分離可能性判断が行われる傾向が見られるようになっている(前掲知財高判〔半田フィード〕、前掲知財高判〔姿勢保持具〕等)。

分離可能性に加えて、さらに美的鑑賞性を判断する裁判例は少ないが、ダメ押しの美的鑑賞性判断を行う裁判例が見られる。そこでは、結論を述べるだけであったり(前掲東京地判〔ゴルフシャフト〕、前掲知財高判〔半田フィード〕)、分離可能性の範疇である判断を行っていたりする(前掲東京地判〔傘立て〕)。さらに、段階理論的な判断に陥っているものさえ存在するところである(前掲大阪地判〔Chamois〕)。こうした状況を踏まえると、美的鑑賞性を判断する意義について問われなければならない。その判断を行うのであれば、ルールとしてふさわしい形でそれを具体化することが課題となるが、結局、基準の明確性と柔軟性を志向する限り、評価者の主観に左右されやすい美的鑑賞性を拠りどころとすることは難しく、分離可能性を基準とせざるを得ないだろう。

なお、裁判例において、分離可能性と美的鑑賞性の関係がどのように理解されているのかについては判然としない。本稿は、前者が認められる場合には後者も同時に認められるという立場を示してきたが、少なくとも、この立場に反する裁判例は、管見の限り存在しない¹²⁶。

¹²⁶ 本稿と同様の立場にあると目される裁判例として、前掲大阪地判〔ピクトグラム〕。

2 本判決

本判決は、まず「美術工芸品」該当性について、鑑賞目的であるか否かを中心に据えた判断を行っている。続けて「美術の著作物」該当性について、近年の裁判例の大勢のように、ファッションショー事件判決と同様の基準を用いて、分離可能性判断を行っている。否定例であるため判断の全容は明らかでないが、主たる目的が鑑賞目的である場合には「美術工芸品」として保護され、それが否定された場合には分離可能性が吟味されるということになる。このような二段階による判断は、ファッションショー事件判決の抽象論にも既に見られ、特に目新しいといえるものではない。

ファッションショー事件判決以降の近年の裁判例の大勢は段階理論に与するものではない。しかし、同判決により確立された、分離可能性による判断手法の下でも、実用目的の認定次第では、応用美術の著作物性が広汎に否定され、結局、段階理論と何ら帰結は変わらないことになりかねない。本判決は、まさに実用目的を広く捉えており、その意味で近年の裁判例の趨勢と一線を画するものである(その他、実用目的を広く捉えている裁判例として、前掲東京地判〔ゴルフシャフト〕¹²⁷⁾。

おわりに

おわりに、これまでに述べてきた本稿の立場の下で、本判決について簡単に検討を行う。

本稿の立場の下では、本件原告滑り台の美術性は、次のとおり肯定されよう。まず、本件原告滑り台は、高所から滑り降りる機能を発揮する実用目的を有するため、分離可能性を吟味することになる。少なくとも本件原告滑り台全体の形状は、そのような実用目的を離れて、各構成の自由な組合せにより形成されているため、本件原告滑り台全体の形状には美術性が認められよう(加えて創作性も必要であるが、ここでは立ち入らない)。なお、本件原告滑り台のような遊具は、子供から親しまれやすいデザインであることが要求されるが、その種の受け手の興趣をそそるような表現とす

¹²⁷ 前掲注122参照。

る制約は、著作物であることに疑いない物品の創作活動に一般的に認められる制約に過ぎない。

実質的に考えても、自由な創作活動の結果生み出された本件原告滑り台は、創作者の人格的利益を具現し、それと同時に文化の発展に寄与するものであるため、著作権法による保護に値するものである¹²⁸。これに対し、遊具のデザイン保護は、著作権法ではなく意匠法等の工業所有権法に委ねるべきであるという考えも想定できるが、テーマパーク等に設置されている収益の見込める遊具であれば格別、本件原告滑り台のような一品毎に設計されると目される公園の遊具に、費用対効果の観点から意匠登録を期待することは現実的でない¹²⁹。また遊具は、不競法 2 条 1 項 3 号だけでは、十分な保護が提供されているとはいえないであろう。なぜなら、遊具はライフサイクルが非常に長く、頻繁に制作されるものではないため、その模倣行為を短い保護期間において十分に捕捉することが困難だからである。

以上のとおり、本判決は、本件原告滑り台のデザイン保護を結果として否定したことになる。過度に厳しい美術性判断を行うと、文化の発展に寄与する物品の権利保護に空白が生じてしまい、結論の妥当性を欠く場合が

¹²⁸ また、本件原告滑り台に著作権保護を認めても、懸念すべき問題は特に生じない。

まず、著作財産権による弊害について。本件原告滑り台は、「建築の著作物」（法 46 条柱書）に当たり自由利用の対象となろう。そのため、法 46 条但書に該当する特別な利用以外の一般的な利用は自由であり、懸念すべき弊害は特に生じないだろう。

次に、著作人格権による弊害について。これも権利制限規定により難なく対処できる場合が多いだろう。例えば、本件原告滑り台を修繕した結果、創作当時とは異なるデザインに変わってしまった場合、原則として同一性保持権を侵害することになるが、「建築物の増築、改築、修繕又は模様替えによる改変」（法 20 条 2 項 2 号）あるいは「やむを得ないと認められる改変」（同 4 号）により対処できよう。

¹²⁹ もちろん、意匠法等による保護に不備があることは、著作権保護を認める理由を直ちに基礎付けるものではない（横山・前掲注 64）54 頁参照）。また、かかる保護の不備から直ちに著作権保護を認めると、新たな知的財産権の創設や意匠法等の改正によって著作物性判断が変動することになりかねず、法的安定性を害する（金子・前掲注 34）105 頁注 93 は、「例えば、意匠法が将来、画像デザインの保護を広く認めた途端に、画像デザインの著作物性が否定されることは不当であろう」と指摘している）。

あることを本判決は示しているように思われる¹³⁰。

本稿の立場からは、本判決が実用目的を広汎に捉えている点やその結論については賛同できない。ただ、実用目的による制約のみを吟味し、美的鑑賞性を扨りどころとせずに美術性を判断した点については支持できる。

(令和3年11月30日脱稿)

[付記]

本件の控訴審判決（知財高判令和3年12月8日裁判所ウェブサイト（令和3年（ネ）第10044号）[タコの滑り台／大鷹一郎コート]）も、本件原告滑り台の著作物性を否定し、原判決を維持している。「建築の著作物」に関する判断については大きな変更点がないため、以下、「美術の著作物」に関する判断に限定して評釈する。

控訴審は、「応用美術には、一品製作の美術工芸品と量産される量産品が含まれる」と説示しながら、後者の「量産品」について、「応用美術のうち、美術工芸品以外のものであっても、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性である創作的表現を備えている部分を把握できるものについては、当該部分を含む作品全体が美術の著作物として、保護され得る」との基準を定立した。「当該部分を含む作品全体が美術の著作物として、保護され得る」との一般論は、管見の限り、従来の裁判例に見られないものであり、注目に値する。本件原告滑り台の無体物は、「実用目的を達成するために必要な機能に係る構成」から物理的に離れて独立して存在することができず、タコの頭部や足を模した個々の実用的構成があるからこそ、タコの外観を模した滑り台という一つの作品として意味をなし得る。先に引用した一般論は、このような事案の特徴を勘案したものと推察され、仮にこの見立てが正しければ、その射程は物理的分離可能性まで認められる事案には及ばないだろう（例えば、仮にタコの頭部を模した構成に絵が描かれていれば、その絵を著作物として保護すれば足り、その絵との関係で滑り台全体を著作物として保護する必然性はないため、このように射程を限定すべきである）。

以下、あてはめを検討する。まず「美術工芸品」該当性に関して、「本件原告滑り台と同様の『ミニタコ』の形状を有する滑り台が他にも製作されていたことがうかがわれる」等と説示し、『美術工芸品』に該当するものと認められない」と判断し

¹³⁰ 権利保護の空白を不法行為により埋める方法もあり得るが（上野達弘「応用美術の法的保護」渋谷ほか編・前掲注52）217頁参照）、不法行為が成立するためには、「[著作権法]が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情」が必要とされており（最判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁〔北朝鮮映画〕参照）、そのハードルは高い。

た。これは、原告において同様の滑り台を複数制作することが企画され、その一環として、本件原告滑り台が製作されたことを理由に、「一品製作品」には当たらず、「美術工芸品」該当性が否定されると判断したものである。もっとも、「一品製作品」であることを求める点について、「一品製作品」であることが、なぜ「美術工芸品」としての美術性を左右することになるのかについての説明はなく、循環論法に過ぎない。

次に、「美術の著作物」該当性に関して、「まず、本件原告滑り台において、実用目的を達成するために必要な機能に係る構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性である創作的表現を備えている部分を把握できるかどうかを検討し、その上で、全体として美術の著作物に該当するかどうかについて判断する」との一般論を示した。そしてタコの頭部を模した部分のうち「天蓋部分」（原審にいう「空洞」）について、「利用者の落下を防止するなどの滑り台としての実用目的を達成するために必要な構成とまではいえない」ことを理由に、分離可能性を肯定した（他方、原審は、「隠れん坊の要領で遊ぶことなどを可能にしている」ことを考慮して分離可能性を否定している。実用目的の認定の仕方が原審と結論を違えたのだろう）。そこでは、実用目的による制約を受けずに創作されていれば、分離可能性を認めるという理解がなされていると評価できる。続けて控訴審は、「その形状自体は単純なものであり、タコの頭部の形状としても、ありふれたものである」ことを理由に、「美的特性である創作的表現を備えているものとは認められない」と説示し、著作物性を否定した。ここにいう「美的特性である創作的表現」とは、そこでは一般的な創作性判断が行われているため、特別な創作性ではなく、実用目的による制約を受けていない部分において認められる創作性を意味するに過ぎないと理解する余地がある。仮にこの見立てが正しければ、本判決は、分離可能性と創作性が充たされることをもって「美術の著作物」該当性を認める見解を採っていることになろう。しかし、「美的特性である創作的表現」足り得るために、創作性に加えて、「美的特性」を充たすための別の要素を必要とする見解を採っていると理解することも妨げられず、本判決の立場は明らかでない。

空洞（トンネル）部分について、原審は、「隠れん坊などの遊びをすることもできる」という、機能（＝アイディア）を超えた抽象的な用途をもって実用目的を把握し、広汎な実用目的の理解の下で分離可能性を否定している。先に述べたとおり、鑑賞目的と両立し得るその種の遊戯目的は、必ずしも創作に実質的な制約を加えるものではない。かかる目的が認められることを理由に美術性を否定する説示はやや強引であるように思われるが、控訴審は、原審の判断を維持した。他方、タコの足を模した部分については、「座って滑走する遊具としての利用のために必要な構成である」と説示し、分離可能性を否定した。「滑り台としての機能」と説示するに止まる原審と比べて、実用目的が具体的に把握されており、より適切な説示であるといえる。

本件原告滑り台の全体の形状について、「美的鑑賞の対象となり得るものと認めることはできないし、また、美的特性である創作的表現を備えるものと認めることもできない」として、簡単に美術性と創作性を否定した。しかし、その全体の形状は、各部分の自由な組合せによって新たな美術性が付与されていると認める余地があり、また、タコの外観が大きくデフォルメされており、ありふれているとは必ずしもいえないため、美術性と創作性の判断に深く立ち入らなかった点については疑問がある。

〔謝辞〕

本稿は、令和3年7月24日開催のパブリック・ドメイン研究会（兼 東京大学知的財産法研究会）において配布した報告資料に加筆修正を加えたものです。

本稿の執筆に当たり、東京大学大学院法学政治学研究科 田村善之教授より、温かいご指導ご鞭撻を賜りました。

本稿の校正に当たっては、北海道大学大学院法学研究科 高橋直子特任助手にお世話になりました。

また研究会に参加してくださった先生方をはじめ、多くの方から貴重なご助言をいただき、たくさんの示唆を得ました。

この場をお借りし、皆様に心より感謝申し上げます。



【図 1】



【図 2】



【図 3】



【図 4】



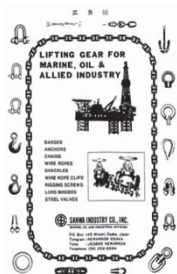
【図 1-1】



【図 1-2】



【図 1-3】



【図 5】



大 阪 城
Osaka Castle
【図 6】



【図 7】



【図8】



【図9】



【図10】



【図11】



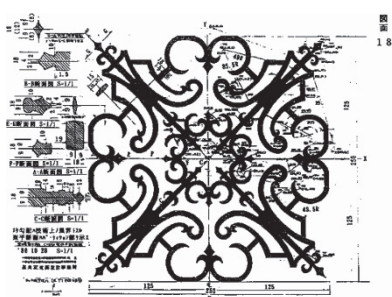
【図12】



【図13】



【図14】



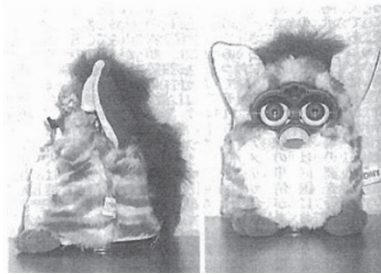
【図15】



【図16】



【図17】



【図18】



【図19】



【図20】

② モデルの髪型、化粧、衣装の組み合わせ等



③ キットを配着するポーズをとるモデル



④ 写りこんだ背景映像とモデル



【図21】



【図22】



【図23】



【図24】



【図25】



【図26】



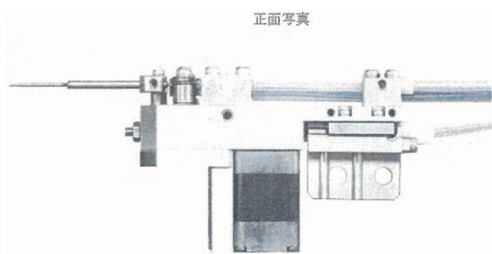
【図27】



【図28】



【図29】



【図30】



【図31】