

タコの形状を模した滑り台の著作物性を 否定した知財高裁判決について

田村善之

I はじめに

本稿が扱うのは、著作権侵害訴訟においてタコの形状を模した滑り台について著作物性を否定した原判決（東京地判令和 3. 4. 28 令和元(ワ)21993 [タコの滑り台]）を維持した知財高判令和 3. 12. 8 令和 3 (ネ)10044 [同]である。

本件の滑り台のように実用品として供されている造形物が、いかなる要件の下で著作権法上保護される著作物となりうるのかということは、従前からいわゆる応用美術の保護の問題として争われてきた。実用品の取扱いに関しては、現行著作権法の立法過程においてすでに議論がなされていたが、結局は、「美術工芸品」が保護されることを 2 条 2 項に明定する以外、特段の措置が講じられないこととなり、解釈の余地を残すこととなった¹。

応用美術の著作物性に関しては、かつての下級審の裁判例は、特に本件でも問題となっている立体的な造形物に関して高度の創作性を要求する傾向があり、学説はこうした傾向を「段階理論」と呼んで批判していた。その後、知財高判平成 26. 8. 28 判時 2238 号 91 頁 [激安ファストファッション] が分離可能性説と目される判断基準を提示したことを契機に、裁判所が用いる抽象論に変化が見られ、段階理論は過去のものとなったのではないかという見方もなされていた。ところが、本件の第一審判決と控訴審判

¹ 詳細につき参照、劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性」知的財産法政策学研究 6 号 200～215 頁 (2005 年)、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」AIPPI 62 巻 3 号 244～247 頁 (2017 年)、作花文雄『著作権法』（第 5 版・2018 年・ぎょうせい）119～121 頁。

決は、まさに立体的な造形物に関して、文言としては分離可能性説を採用しつつ、著作物性を否定しており、その影響が目される。なお、本件に関しては、最高裁が令和4年7月19日付けで上告棄却（最決令和4.7.19令和4(才)443）、上告不受理決定（最決令和4.7.19令和4(受)543）を下しており、それにより、本判決が確定した。

II 事案

原告・控訴人（前田環境美術株式会社）の前身である株式会社前田商事は、昭和46年頃に東京都足立区所在の西新井公園に設置されたものを皮切りに、全国各地からの発注に応じて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）を製作している。同社製作のタコの滑り台は複数の種類に分類されるが、前田商事は、そのなかで「ミニタコ」と呼ばれる小型の種類滑り台（以下「本件原告滑り台」という）を昭和52年に製作し、兵庫県赤穂市に納入した。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。

他方、原告に勤務していた訴外Aが原告を退職後に設立した被告・被控訴人（株式会社アンス）は、平成26年10月29日に「タコの遊具」1基の製作を目的とする工事を請け負い、タコの滑り台（以下「本件被告滑り台1」という）を製作。この本件被告滑り台1は、平成27年2月12日までに完成して、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、平成23年11月8日に「滑り台（たこ）」1基の製作を目的とする工事を請け負い、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。この本件被告滑り台2は、遅くとも平成24年4月17日までに完成し、同日付けで東京都足立区所在の足立区上沼田東公園に設置された。

原告は、被告に対し、原告が製作したタコの滑り台が美術の著作物または建築の著作物に該当するところ、被告が本件各被告滑り台を製作した行為は、いずれも原告が有する本件原告滑り台に係る著作権を侵害すると主

張し、損害賠償等を求めて本訴に及んだ²。

Ⅲ 判決

一 第一審判決

第一審判決(東京地判令和3.4.28令和元(ワ)21993[タコの滑り台])は、以下のように論じて、本件原告滑り台の著作物該当性を否定し、原告の請求を棄却した。

本件原告滑り台の美術の著作物該当性について

「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』

² なお、本件訴訟に先立ち、原告は、平成23年12月29日、被告ほか5名に対して、本件被告滑り台2の発注に関する情報が営業秘密に該当するところ、被告ほか5名はこれを被告に開示したと主張して、不正競争防止法違反を理由とする損害賠償を求める訴えを提起しているが、秘密管理性や開示行為の存在が否定され、請求が棄却されている(東京地判平成25.10.11平成23(ワ)41996[タコ滑り台]、知財高判平成26.2.27平成25(ネ)10092[同])。

『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(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

使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際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な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。」

本件原告滑り台の建築の著作物該当性について

「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同視することができ、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。」

「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。」

二 控訴審判決

控訴審判決(知財高判令和3.12.8 令和3(ネ)10044 [タコの滑り台])も、理由付け等につき一部修正を加えながらも、結論としては、原判決と同様、本件原告滑り台の美術の著作物該当性、建築の著作物該当性を否定し、控訴を棄却した。以下は、美術の著作物該当性に関して、控訴審判決が付加修正した説示を抜粋して紹介する。

「イ 前記ア認定のとおり、本件原告滑り台は、遊具としての実用に供されることを目的として製作されたことが認められる。

ところで、著作権法2条1項1号は、『著作物』とは、『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』をいうと規定し、同法10条1項4号は、同法にいう著作物の例示として、『絵画、版画、彫刻その他の美術の著作物』を規定しているところ、同法2条1項1号の『美術』の『範囲に属するもの』とは、美的鑑賞の対象となり得るものをいうと解される。そして、実用に供されることを目的とした作品であつて、専ら美的鑑賞を目的とする純粋美術とはいえないものであつても、美的鑑賞の対象となり得るものは、応用美術として、『美術』の『範囲に属するもの』と解される。

次に、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ころ、著作権法は、同法にいう『美術の著作物』には、美術工芸品を含むものとする(同法2条2項)と定めているが、美術工芸品以外の応用美術については特段の規定は存在しない。

上記同条1項1号の著作物の定義規定に鑑みれば、美的鑑賞の対象となり得るものであつて、思想又は感情を創作的に表現したものであれば、美

術の著作物に含まれると解するのが自然であるから、同条2項は、美術工芸品が美術の著作物として保護されることを例示した規定であると解される。他方で、応用美術のうち、美術工芸品以外の量産品について、美的鑑賞の対象となり得るというだけで一律に美術の著作物として保護されることになると、実用的な物品の機能を実現するために必要な形状等の構成についても著作権で保護されることになり、当該物品の形状等の利用を過度に制約し、将来の創作活動を阻害することになって、妥当でない。もっとも、このような物品の形状等であっても、視覚を通じて美感を起こさせるものについては、意匠として意匠法によって保護されることが否定されるものではない。

これらを踏まえると、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に該当するかどうかについて判断する。

ウ 控訴人は、本件原告滑り台は、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)に当たり、創作性を有するから、美術の著作物に該当する旨主張する。」

「前記前提事実(2)及び(3)のとおり、前田商事が全国各地から発注を受けて製作したタコの滑り台は260基以上にわたること、前田商事が製作したタコの滑り台は、基本的な構造が定まっており、大きさや構造等から複数の種類に分類され、本件原告滑り台は、その一種である『ミニタコ』に属するものであったことからすれば、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。そうすると、上記各証拠から直ちに本件原告滑り台が一品製作品であったものと認めることはできない。他にこれを認めるに足る証拠はない。

よって、本件原告滑り台は、『美術工芸品』に該当するものと認められないから、控訴人の上記主張は、その前提を欠くものであって、理由がない。

エ 控訴人は、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旨主張する。

そこで、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。」

タコの頭部を模した部分について

「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おり、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等と同部分に接続するために不可欠な構成であって、滑り台としての実用目的を達成するために必要な構成であるといえる。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に移動するために必要な構成である上、開口部を除く周囲が囲まれた構造であることによって、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。他方で、上記空洞のうち、スライダが接続された開口部の上部に、これを覆うように配置された略半球状の天蓋部分については、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。

そうすると、本件原告滑り台のタコの頭部を模した部分のうち、上記天蓋部分については、滑り台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把握できるものであるといえる。

しかるところ、上記天蓋部分の形状は、別紙1のとおり、頭頂部から後部に向かってやや傾いた略半球状であり、タコの頭部をも連想させるものではあるが、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。

したがって、上記天蓋部分は、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。

そして、本件原告滑り台のタコの頭部を模した部分のうち、上記天蓋部分を除いた部分については、上記のとおり、滑り台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であるといえるから、これを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ものと把握することはできないというべきである。

以上によれば、本件原告滑り台のうち、タコの頭部を模した部分は、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とは認められない。」

タコの足を模した部分について

「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、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いえるから、同部分は、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とは認められない。」

全体の形状について

「前記(ア)ないし(ウ)のとおり、本件原告滑り台を構成する各部分において、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することはできない。

そして、上記各部分の組合せからなる本件原告滑り台の全体の形状についても、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。

したがって、本件原告滑り台が美術の著作物に該当するとの控訴人の主張は、採用することができない。」

美的特性を備えている部分の把握可能性に関する原告・控訴人の主張について

「(カ) また、控訴人は、応用美術であっても『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『美術の著作物』として保護され得るという判断基準によるとしても、『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』とは、その構成部分を物理的に取り除くというのではなく、実用品として必要な機能を果たす構成を観念的に捨象して、創作物を見ることを意味すると解すべきであり、本件原告滑り

台を滑り台としての機能を取り去ってみたとき、その形状は、Aが彫刻家としての思想又は感情を創作的に表現したものであり、抽象芸術として十分に鑑賞の対象になり得るものであるから、美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えているとして、美術の著作物に該当する旨主張する。

しかしながら、本件原告滑り台は、遊具としての実用に供されることを目的として製作された作品である以上、これが美術の著作物に該当するか否かを判断するに当たっては、実用品である滑り台としての機能を果たす構成を観念的に捨象して検討することはできないから、控訴人の上記主張は、採用することができない。」

IV 評釈³

一 裁判例

1 序

応用美術の取扱いに関する裁判例の傾向は、前述したように、激安ファストファッション知財高裁判決、TRIPP TRAPP知財高裁判決の前後で説示の傾向に変化がある。そこで以下では、従前の裁判例、激安ファストファッション知財高裁判決とTRIPP TRAPP知財高裁判決、その後の裁判例の3期に分けて、本件の検討に必要な限度で裁判例の状況を俯瞰する。

³ 以下、本稿は本判決の判断のうち、美術の著作物該当性に関するものを検討する。本判決は、建築の著作物に関しては、若干の修正を施しながらも、原判決の説示をほぼそのまま援用している。原判決は、美術の著作物該当性の問題とは別個に、建築の著作物該当性の判断をなしているが、建築の著作物に関する本判決2条1項1号後段該当性の判断は、同号の「美術」の範囲に含まれるか否かの判断に帰着するから(参照、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)211頁)、本件において「美術」の著作物該当性を否定しながら、別途、建築の著作物該当性を判断する意味はないことなど、山田亮[判批]知的財産法政策学研究63号346～347頁(2022年)の分析を参照されたい。

2 従前の裁判例

1) 抽象論

激安ファストファッション知財高裁判決と TRIPP TRAPP 知財高裁判決前の裁判例の説示を分析すると⁴、美術工芸の価値が備わっていることを理由に「美術工芸品」として著作物性を認める判決(長崎地佐世保支決昭和48.2.7無体集5巻1号18頁[博多人形赤とんぼ])もあったが、それは例外の部類に属し、一般的には、端的に「純粹美術と同視」しうるか否かということが吟味されていた(東京地判昭和56.4.20無体集13巻1号432頁[アメリカティーシャツ]、大阪高判平成16.9.29平成15(ネ)3575号[グルニエデザインJX]、大阪高判平成17.7.28判時1928号116頁[チョコエッグ]、仙台地判平成19.10.2判時2029号153頁[福の神仙臺四郎]、東京地判平成20.7.4平成19(ワ)19275号[プチホルダー]、東京地判平成20.12.26判時2032号11頁[黒烏龍茶]、東京地判平成22.11.18平成21(ワ)1193号[TRIPP TRAPP I]、知財高判平成24.2.22判時2149号119頁[スペースチューブ]、知財高判平成25.12.17平成25(ネ)10057[シャトー勝沼]。同旨を説くものに、神戸地姫路支判昭和54.7.9無体集11巻2号371頁[仏壇彫刻]、仙台高判平成14.7.9判時1813号150頁[ファービー]、「美術工芸品」と同視しうるか否かと説くものに、知財高判平成24.3.22平成23(ネ)10062[三徳包丁])⁵。

もともと、「純粹美術と同視しうる」範囲に関しては、広狭、様々な解釈の余地が残されていた。一方では、著作物の表現の創作に実用性、機能性に対する配慮に基づく制約がかかっていると看取しうるのかという観点に着目する裁判例もあったが(前掲東京地判[アメリカティーシャツ]、東

⁴ 詳細につき参照、三山峻司「応用美術の著作物の保護」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ 著作権法、その他、全体問題』(2014年・青林書院)54～64頁。

⁵ 純粹美術としての性質を有するか否かという一見緩やかな基準を説く判決もあるが(京都地判平成元.6.15判時1327号123頁[佐賀錦袋帯]、東京高判平成3.12.17知裁集23巻3号808頁[木目化粧紙]、東京高判平成4.9.30平成4(ネ)434号[装飾窓格子]、大阪地判平成12.6.6平成11(ワ)2377[装飾街路灯]、大阪高判平成13.1.23平成12(ネ)2393号[同]、山形地判平成13.9.26判時1763号212頁[ファービー])、具体的には著作物性を否定する判決にすぎない。

京高判平成 4. 9. 30平成 4 (ネ)434号 [装飾窓格子]、前掲知財高判 [三徳包丁]。東京高判平成 3. 12. 17知裁集23巻 3 号808頁 [木目化粧紙]、東京地判平成 4. 1. 24平成 2 (ワ)13281 [装飾窓格子] も参照)、多くの判決は、「美的鑑賞の対象」たりうるか否かという基準を語っていた(前掲神戸地姫路支判 [仏壇彫刻]、京都地判平成元. 6. 15判時1327号123頁 [佐賀錦袋帯]、京都地判平成元. 10. 19平成元(ワ)1232 [ニーチェア]、大阪高判平成 2. 2. 14平成元(ネ)2249 [同]、山形地判平成13. 9. 26判時1763号212頁 [ファービー]、東京地判平成15. 7. 11平成14(ワ)12640 [レターセット]、前掲大阪高判 [グルニエデザインJX]、大阪地判平成16. 11. 25判時1901号106頁 [チョコエッグ]、前掲大阪高判 [同]、前掲仙台地判 [福の神仙臺四郎]、前掲東京地判 [黒烏龍茶]、東京地判平成26. 4. 17平成25(ワ)8040 [TRIPP TRAPP II])。とはいえ、両者を相反するものと扱うことなく、実用性による制約を受けていると看取しうることをもって美的鑑賞の対象とならないとされることもあった(前掲仙台高判 [ファービー]、大阪地判平成12. 6. 6平成11(ワ)2377 [装飾街路灯](大阪高判平成13. 1. 23平成12(ネ)2393 [同] もこれを維持))。

2) 類型的考察：三類型の抽出

① 序

以上のように説示自体は多義的なものである以上、個々の判決の具体的な著作物性の成否の判断を検討することが肝要となる⁶。裁判例の結論に従って著作物性の分岐点を探ると⁷、以下の3つの類型⁸を抽出することが

⁶ 包括的な研究として、参照、上野達弘「応用美術の著作権保護—『段階理論』を超えて—」*特許*67巻4号(別冊11号)99～105頁(2014年)、橋谷俊[判批]知的財産法政策学研究47号385～400頁(2015年)、田村善之[判批]ビジネス法務15巻10号45～46頁・15巻11号96～99頁(2015年)、林/前掲注1・248～256頁、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～」*コピーライト*676号5～12頁(2017年)。

⁷ このような判例研究の手法の意義につき、田村善之「判例評釈の手法—『判民型』判例評釈の意義とその効用—」*法曹時報*74巻5号982～990頁(2022年)。

⁸ この3分類の名称は、田村/前掲注6 *ビジネス法務*15巻10号45～46頁、同/前掲注6 *ビジネス法務*15巻11号96～99頁が用いたものであるが、すでにそれに先行して、

できる。

② 第一類型：平面的なイラスト・図案

第一に、平面的なイラスト、図案が商品や広告に用いられる場合については、通常の著作物と概ね同様の創作性の基準が著作物の成否の分岐点となっており、特に厳しい要件が課されていないように見受けられる。

たとえば、ティーシャツの図柄（東京地判昭和56.4.20無体集13巻1号432頁〔ティーシャツ〕【図1】）、便箋、封筒、カレンダー等の絵柄（前掲東京地判〔レターセット〕【図2】）、広告用の図案（東京地判平成10.11.16平成9(ワ)6030〔リトルくらぶ〕【図3】）、傍論ながら、大阪地判昭和60.3.29無体集17巻1号132頁〔商業広告〕【図4】、そもそも争点とされていないが、東京地判平成17.7.20平成17(ワ)313〔マトリョーシカ〕【図5】）について著作物性が肯定されている。

他方で、袋帯の図柄（前掲京都地判〔佐賀錦袋帯〕【図6】）⁹、木目化粧紙（前掲東京高判〔木目化粧紙〕【図7】）、ペットボトルのパッケージ（前掲東京地判〔黒烏龍茶〕【図8】）、広告看板用の図柄（前掲知財高判〔シャト

一般人に実用品のデザインとして認識される限り原則として著作物性が否定される場合（本稿の第三類型に該当）、商業広告や絵画、イラスト等の典型的著作物が付与されたものと評価され著作物性が肯定される場合（本稿の第一類型に該当）、それ自体として美的鑑賞の対象となりうると評価されるか（仏壇彫刻）、鑑賞がその目的といえるために（彩色された人形、フィギュア）著作物性が肯定される場合（本稿の第二類型に該当）に分ける金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘＝西口元『出版をめぐる法的課題』（2015年・日本評論社）166～167頁の分析と、ほぼ軌を一にしている。詳しくは、橘谷／前掲注6・385～400頁、林／前掲注1・248～256頁）、田村／前掲注6コピライト5～12頁。同様の分析を示すものとして、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14～16頁（2015年）、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81～83頁（2017年）も参照。

⁹ もっとも、前掲京都地判〔佐賀錦袋帯〕が著作物性を否定したことに対しては、疑問も残る。同事件においては著作物性を認めるべきであったとするものとして、河野愛「デザインの法的保護」エコノミア40巻4号15～16頁（1990年）。

一勝沼【図9】)について著作物性を否定する裁判例がある。

③ 第二類型：立体的な彫像・ぬいぐるみ

第二に、立体的な彫像、ぬいぐるみ、フィギュア等が量産される場合に関しては、通常の著作物に比して高めの創造性¹⁰、あるいは美的鑑賞性という通常の著作物には課されない要件が求められてきたと評しうる。

たとえば、粘土による原型を素焼きし彩色した人形（前掲長崎地佐世保支判[博多人形赤とんぼ]【図10】）、キューピーのイラストの著作者自身が彫ったキューピーの彫像（東京高判平成13.5.30判時1797号131頁[キューピーI]、東京高判平成13.5.30判時1797号111頁[キューピーII]【図11】）、一体一体手作りされるオリジナル人形（東京地判平成14.1.31判時1818号165頁[トントウぬいぐるみ]【図12】）に関しては、その複製物が大量生産されるからといって、著作物の複製であることが否定されるものではない（前掲長崎地佐世保支判[博多人形赤とんぼ]、前掲神戸地姫路支判[仏壇彫刻]、傍論ながら、前掲東京地判[トントウぬいぐるみ]）。

しかし、他方で、ツチノコのフィギュアについて、実際の動物を忠実に再現したものではなく、同事件で別途、著作物性が否定された動物フィギュアに比べ制作者の個性が強く表出されているとしつつも、従前の想像図から制作され、想像される一般的なイメージの域を超えるものではないことを理由に、著作物性を否定したり、テニエルの原画を元に立体化されたアリスフィギュアにつき、立体化に際して創造性がないわけではないが、制作者の個性が強く表出されておらず、創造性はさほど高くないとして、著作物性を否定したりする判決（妖怪フィギュアにつき、原審と異なり、著作物性を肯定しつつ、傍論ながら、前掲大阪高判[チョコエッグ]）があ

¹⁰ 次に紹介する第三類型の裁判例を含めて、明言するものとして、前掲東京高判[木目化粧紙]、前掲大阪高判[装飾街路灯]、前掲大阪高判[チョコエッグ]、第一類型に属し、傍論ながら、前掲神戸地姫路支判[仏壇彫刻]。この種の見解につき、かつてのドイツ法の影響を看取り、批判的に検証するものとして、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」『意匠法及び周辺法の現代的課題』（牛木理一古稀・2005年・発明協会）469～490頁、その後のドイツ法の動向につき、同「応用美術に関するドイツ段階理論の消滅とわが解釈論への示唆」Law & Technology 64号41～50頁（2014年）。

る。そのほか、電子ペット玩具（前掲山形地判〔ファービー〕【図13】）、小物入れ付きプードルのぬいぐるみ（原型があるとは認定されていないが、前掲東京地判〔プチホルダー〕【図14】）についても、著作物性が否定されている。

④ 第三類型：機能的な実用品

第三に、実用品の立体的な形状であって、機能を実現するための制約のなかで表現されていると目されるデザインに関しては、原則として著作物性が否定されている。

特に、量産されることを前提にした椅子のデザインが問題となった事件で、最高裁は、いわゆる三行半判決ながら、著作物性を否定した原判決を維持する判決を下している（前掲京都地判〔ニーチェア〕、前掲大阪高判〔同〕、最判平成3.3.8平成2（オ）706〔同〕）。後述するTRIPP TRAPP事件の椅子に関しても、同様に著作物性を否定する先例が存在する（別途、不正競争防止法2条1項1号に基づく請求を認容しているが、前掲東京地判〔TRIPP TRAPP I〕¹¹）。このほか、鍋の持ち手（前掲知財高判〔三徳包丁〕）、装飾窓格子（その原図ないし設計図に関するが、前掲東京地判〔装飾窓格子〕、前掲東京高判〔同〕【図15】）、スモーキングスタンド（その設計図に関するが、東京地判平成9.4.25判時1605号136頁〔スモーキングスタンド〕）、漁業用の網の結び目（名古屋高判平成9.12.25判タ981号263頁〔漁網用の結節〕）、磁気テープの磁性体の配列パターン（東京地判平成12.3.31判時1715号71頁〔磁気テープ〕）、装飾街路灯のデザイン（前掲大阪地判〔装飾街路灯〕、前掲大阪高判〔同〕【図16】）、グッドデザイン賞を受賞した一般住宅（大阪地判平成15.10.30判時1861号110頁〔グルニエデザインJX〕、前掲大阪高判〔同〕【図17】）、ログハウス調木造住宅（東京地判平成26.10.17平成25（ワ）22468〔フランクフェイス〕）、カスタマイズドール（東京地判平成24.11.29平成23（ワ）6621〔カスタマイズドール〕【図18】¹²）についても、著

¹¹ 参照、岡邦俊〔判批〕JCAジャーナル58巻1号64～67頁（2011年）、鈴木香織〔判批〕著作権研究39号264～281頁（2014年）。本件の椅子に関して著作物性を認めるドイツの裁判例につき、参照、本山／前掲注10 Law & Technology 48～49頁。

¹² カスタマイズドールという製品の性質上、著しく表現に制約がかかっていると目されるので、第二類型ではなく第三類型に分類した。

作物性が否定されている。

他方で、プラスチック彫刻として大量に複製することを予定した仏壇彫刻の木彫りの原型について著作物性を否定しなかった裁判例があるが（前掲神戸地姫路支判〔仏壇彫刻〕【図19】）、これは例外的に実用性と（さしたる）関わりなく創作された表現¹³であり、単独でも著作物となるものが付加された例と位置付けることができよう¹⁴。

⑤ ゴナU最高裁判決の位置付け

ところで、この時期、他の著作物等の表現の伝達手段として用いられる書体につき著作物性を否定した判決として、ゴナU最高裁判決がある（最判平成12.9.7民集54巻7号2481頁〔ゴナU〕）。

同判決は、ゴシック体のデザインから大きく外れることのない印刷用書体【図20】について著作物性を否定した第一審判決（大阪地判平成9.6.24判タ956号267頁〔ゴナU〕）と控訴審判決（大阪高判平成10.7.17平成9（ネ）1927〔同〕）を維持するに当たり、印刷用書体が著作物に該当するためには、「従来の印刷用書体に比して顕著な特徴を有するといった独創性を備えることが必要であり、かつ、それ自体が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていなければならない」と判示した。

「印刷用書体がここにいう著作物に該当するというためには、それが従来の印刷用書体に比して顕著な特徴を有するといった独創性を備えることが必要であり、かつ、それ自体が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていなければならないと解するのが相当である。この点につき、印刷用書体について右の独創性を緩和し、又は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、この印刷用書体を用いた小説、論文等の印刷物を出版するためには印刷用書体の著作者の氏名の表示及び著作権者の許諾が必要となり、これを複製する際にも著作権者の許諾が必要となり、

¹³ 仏壇の部材をなす関係上、外周の形状や厚みの点で多少の制約があるとはいえ、それ以外の点では実用性とは無関係に自由に創作されたものと看取することができる。

¹⁴ つまり、この事案は、著作物であることに疑いが無い漫画のキャラクターが実用品に描かれた例と選ぶところがない事例であると位置付けることができる。

既存の印刷用書体に依拠して類似の印刷用書体を制作し又はこれを改良することができなくなるおそれがあり（著作権法一九条ないし二一条、二七条）、著作物の公正な利用に留意しつつ、作者の権利の保護を図り、もって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。また、印刷用書体は、文字の有する情報伝達機能を発揮する必要があるために、必然的にその形態には一定の制約を受けるものであるところ、これが一般的に著作物として保護されるものとする、著作権の成立に審査及び登録を要せず、著作権の対外的な表示も要求しない我が国の著作権制度の下においては、わずかな差異を有する無数の印刷用書体について著作権が成立することとなり、権利関係が複雑となり、混乱を招くことが予想される。」

文字は、言語の著作物を伝達するための一手段であって、みだりにその形態に著作権を認める場合には著作物の公正な利用を図るという著作権法の趣旨に反することになる。たとえば、かりに一般に用いられる書体に関して著作物性を認めたとすると、これらの書体の文字を用いて著作された言語の著作物を複製する場合に、言語著作物の著作権者の許諾とは別個にこれらの文字の書体の著作権者の許諾をも必要とすることになり、言語の著作物の利用に支障が生ずることになる。また、法令を掲載した官報を複写した場合、法令そのものの著作権侵害ということはありえないにもかかわらず（13条1号）、そこで使われた文字の著作権を侵害することになりかねない等、著作権の制限規定を設けた著作権法の趣旨が達成されない場面が出現することになる¹⁵。

そして、書体に美術の著作物と同視しうるような美的創作性を感得しえない以上、これを著作物と認める理論的必然性はどこにもない。実用的な書体のなかに、書と同視しうるために美術の著作物と認められるものがあるとしても、書体である以上、当然、とらなければならない形というものがあるのだから、創作性を認めることができる範囲というものも限られてくる。

¹⁵ 玉井克哉「文字の形と著作権」ジュリスト945号76頁(1992年)、田村善之「著作権法講義ノート3」発明92巻6号72頁(1995年)、同・前掲注3・38頁。

こうして見てくると、文字に情報伝達機能があることを重視し、権利関係が複雑化することを慮るとともに、従来の印刷用書体に比して顕著な特徴を有するといった独創性を備え、それ自体が美術鑑賞の対象となりうる美的特性を備えていることを要求する本判決は、極めて穏当な判断を示したもののいえよう。

応用美術の著作物性に関する従前の裁判例の具体的な運用に関しては、既述したように、裁判例を事案とその結論から分析した類型的な考察によると、第一類型の平面的なイラスト、図案が商品や広告に用いられる場合については、結果的に一般の著作物と同水準の創作性が求められているが、第二類型の量産目的のぬいぐるみ、フィギュア、立体的な彫像については結果的に一般の著作物とは異なる高めの創作性が要求されており¹⁶、第三類型の工業製品の形状に関してはおよそ著作物とはならないとされている。ゴナU事件は、このうち最も緩い、一般の著作物並みの創作性が求められていたに止まる第一類型において著作物性が否定されたという意味で特異といえる。そして、何故、そのように例外的な取扱いがなされたのかという理由は、すでに考察したように、そして判文にも現れていたように、文字が情報伝達機能を有しており、著作物と認めた場合には権利関係が錯綜してしまうという考慮が働いていたことに求められる。

3 激安ファストファッション知財高裁判決・TRIPP TRAPP知財高裁判決

1) 従前の裁判例に対する学説の批判

ここまで俯瞰したような従前の裁判例の傾向に対しては、応用美術に関して別扱いして高度の創作性を要求すること（＝いわゆる「段階理論」¹⁷）に対する疑問が提起され、実用的機能を離れた創作性が発揮されていれば著作物性を認める分離可能性説が提唱され、次第に有力となり始めてい

¹⁶ もっとも、前掲京都地判[佐賀錦袋帯]のように判断が微妙なケースもある。同事件においては著作物性を認めるべきであったとするものとして、河野／前掲注9・15～16頁。

¹⁷ 従前の裁判例を「段階理論」であると評価するものとして、自身は段階理論に批判的な見地から、上野／前掲注6・105頁。

た¹⁸。

もつとも、この分離可能性説は、前記三分類との関係でいえば、一般の著作物と異ならない技術的制約のなかで創作される第一類型、第二類型の著作物については一般の著作物並みの取扱いを提唱するが、他方、第三類型の工業製品のデザインに関しては、通例、技術的制約のなかで創作されるものであるために、分離が不可能であることを理由にほぼ定型的に著作物性を否定する点では従前の裁判例と変わるところはない基準である。ゆえに、分離可能性説は、第二類型に限っては従前の裁判例の変更を支持するが、第一類型、第三類型についてはそのままでよいとする見解と評することができる¹⁹。

学説のなかには、このような帰結に飽き足らず、第三類型を含めて、工業製品だからといって定型的に著作物性を否定する必要はなく、一般の著作物並みに著作物性を認めるべきである旨を説く美の一体性理論も存在した²⁰。

2) 激安ファストファッション知財高裁判決：分離可能性説

このような状況下において、裁判例でも、分離可能性説を採用する判決として、知財高判平成26. 8. 28判時2238号91頁[激安ファストファッション]²¹が登場した。同判決は、ファッションショーにおける衣装等のコーディネートや化粧、髪型のスタイリング【図21】²²につき著作物性を否定するに当たり、一般論として以下のように説いた。

¹⁸ 奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」知財年報2009・255頁(2009年)、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」知財年報2009・279頁(2009年)、田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号25頁(2010年)。

¹⁹ 田村/前掲注6 ビジネス法務15巻11号101頁。

²⁰ 駒田泰士「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」知財年報2009・226～228頁(2009年)、上野/前掲注6・14～115頁。

²¹ 参照、橋谷/前掲注6・367～405頁、同[判批]知的財産法政策学研究48号329～417頁(2016年)、奥邨弘司[判批]判例時報2259号150～155頁(2015年)、同[判批]小泉直樹=田村善之=駒田泰士=上野達弘編『著作権判例百選』(第6版・2019年・有斐閣)14～15頁。

²² 渡部友一郎[判批]コピライト632号33頁(2013年)より転載。

「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、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、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（純粹）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。他方、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することができないものについては、上記2条1項1号に含まれる『思想又は感情を創作的に表現した（純粹）美術の著作物』と客観的に同一なものとみることができないのであるから、これは同号における著作物として保護されないと解すべきである。」

この判決は、美的鑑賞性という概念を用いつつ、それを分離可能性によって判断するという論理構成を示している。前述したように、従前の裁判例でも、この種の論法を用いるものがあつたが、本判決はさらに、「純粹美術と同視する」という文言ではなく、「純粹」を「（純粹）」と括弧に閉じ込めたうえ、「同視する」という言葉も用いなかったため、学説上の分離可能性説と同旨を説いているのではないかということが取り沙汰されるに至った²³。

3) TRIPP TRAPP知財高裁判決：美の一体性理論

次いで登場したのが、裁判例として、美の一体性理論と同旨を説き、大

²³ 奥邨／前掲注21判例時報14～15頁。実際、同事件の担当裁判長は、従前の裁判例のような高度な基準は採用しない旨を明言している（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」『知的財産・コンピュータと法』（野村豊弘古稀・2016年・商事法務）287～288頁）。

いに論争を喚起することになった、知財高判平成27. 4. 14平成26(ネ)10063 [TRIPP TRAPP II]²⁴である。同判決は一般論として以下のように説く。

「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、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、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。」

この一般論の具体的な当てはめに関しても、幼児用椅子の形状【図22】について、やはり著作物性を否定した原判決（東京地判平成26. 4. 17平成25(ワ)8040 [TRIPP TRAPP II]）を取り消し、傍論ながらその著作物性を認めた。

この事件の原告製品は、従前の裁判例であれば、上記第三類型に属するものとして著作物性が否定されると目されるべきものである。実際、この事件と同様の量産されることを前提にした椅子のデザインに関しては、かつて著作物性を否定する判決があり、いわゆる三行半判決ながら最高裁も原判決を維持していたことは前述した（前掲京都地判 [ニーチェア]、前掲大阪高判 [同]、前掲最判 [同]）。この事件の椅子に関しても、同様に著作物性を否定する先例が存在する（前掲東京地判 [TRIPP TRAPP I]）²⁵。この事件の原判決もこれらの裁判例を踏襲するものであった。それにもかかわらず（しかも、結局は類似性を否定したので、傍論となるにもかかわらず）あえて著作物性を肯定した本件控訴審判決は、応用美術の取扱いに関して従前の裁判例と異なる新たな解釈を提示したものと見える。

²⁴ 田村／前掲注6 ビジネス法務15巻11号101頁、中川隆太郎 [判批] 小泉ほか編・前掲注21・15～16頁。

²⁵ 参照、岡／前掲注11・64～67頁、鈴木／前掲注11・264～281頁。この事件の椅子に関して著作物性を認めるドイツの裁判例につき、参照、本山／前掲注10 Law & Technology 48～49頁。

4 その後の裁判例²⁶

1) 抽象論²⁷

その後の裁判例では、TRIPP TRAPP 知財高裁判決が示した美の一体性理論については、裁判長を同じくする裁判体の判決が2件続いたに止まる(知財高判平成28.12.21平成28(ネ)10054 [ゴルフシャフト]、知財高判平成28.11.30平成28(ネ)10018号 [スティック型加湿器])。

むしろ、裁判例の多くは、激安ファストファッション知財高裁判決が用いた説示と同種のものを用いており(大阪地判平成27.9.24平成25(ワ)1074 [ピクトグラム]²⁸、東京地判平成28.1.14平成27(ワ)7033 [スティック型加湿器]、東京地判平成28.4.27平成27(ワ)27220 [トレーニング箸]、大阪地判平成29.1.19平成27(ワ)9648等 [Chamois]、大阪地判平成30.10.18平成28(ワ)6539 [傘立て]、東京地判令和元.6.18平成29(ワ)31572 [BAO BAO]、大阪地判令和3.6.24令和2(ワ)9992 [時計原画]、知財高判令和3.6.29令和3(ネ)10024 [姿勢保持具])、やや異なる説示を用いる場合にも、分離可能性説と親和的に理解しうるものが採用されることが少なくない(東京地判平成28.4.21平成27(ワ)21304 [ゴルフシャフト]²⁹、知財

²⁶ 本項目を執筆するに際しては、群馬大学情報学部の山本真祐子講師の未公表原稿を活用させていただいた。

²⁷ この時期の裁判例の抽象論を分析するものとして、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251～258頁(2020年)がある。

²⁸ 青木大也 [判批] Law & Technology 73号(2016年)、瀧麻衣子 [判批] 著作権研究43号(2017年)。

²⁹ 「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である。一方、本件の関係各証拠上、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。そうすると、原告の前記主張は採用できず、本件シャフトデザイン及び本件原画はいずれも著作権法上の著作物に当たらないと判断することが相当である」

高判平成28.10.13平成28(ネ)10059 [トレーニング箸]³⁰、東京地判平成29.12.22平成27(ワ)33412 [半田フィーダ]³¹、知財高判平成30.6.7平成30(ネ)10009 [同]³²。

もつとも、一般論を明らかにしないものもあり(大阪地判平成31.4.18平成28(ワ)8552 [猫Tシャツ図柄])、また、分離可能性説に分類した裁判例も、分離可能性に加えて、美的鑑賞性に言及することが多く、その場合、分離可能か否かという判断を美的鑑賞性に直結させるのか(純粹の分離可能性説)³³、それともそれに加えて分離可能性基準とは異なる独自の基準で

³⁰ 「原告各製品も通常指を置く位置によくあるリングを設けたにすぎず、その配置や角度等に実用的観点からの工夫があったとしても、美的鑑賞の対象となり得るような何らかの創作的工夫がなされているとは認め難い。」

³¹ 「原告商品は産業用の利用を目的とする機器であり、ベース、出口ノズル、駆動ローラ、従動ローラ及びステッピングモータなどは、半田フィーダとしての機能を果たす上で不可欠な構成要素であるし、ベースの先端から直針状の出口ノズルが突き出し、フィーダ本体部の上部に駆動ローラ、従動ローラ等を配置し、その下部に同モータを配置して拳銃型の形状とすることについても、半田フィーダとしての機能を発揮するために通常考え得る選択肢の一つであって、係る形状の原告商品が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えているということとはできない」「また、原告が主張する小型化、高性能化などの特徴は機能面に関する工夫であり、それにより原告商品の著作物性を認めることができるものではない」

³² 「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であったとしても、美的観点を全く捨棄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」として、鑑賞性説を採用し、かかる鑑賞性と美的特性を同義のものとしているようである。そのうえで、具体的判断においては、「原告商品は、ステッピングモータの一部が飛び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」

³³ 必ずしも明確ではないが、前掲知財高判 [TRIPP TRAPP II]、前掲大阪地判 [ピク

美的鑑賞性を吟味する段階を設けるのか(分離可能性+美的鑑賞性説)³⁴と
いうことは、その説示や当てはめを見ても判然としがたいことが多い。さ
らに、最近では、激安ファストファッション知財高裁判決以前に回帰する
かのように、分離可能性説に言及することなく、美術工芸品に匹敵する高
い創作性を有していることを理由に美的鑑賞性を肯定することで著作物
と認めた判決も登場している(類似性を否定したので傍論であるが、東京
地判令和2.1.29平成30(ワ)30795[照明用シェード])³⁵。

2) 類型的考察

しかし、裁判例の傾向を把握するために肝要なことは、抽象的な文言よ
りは、具体的な結論といえよう³⁶。

この観点から分析を試みると、これらの裁判例の大半が、第一類型につ
いて著作物性を肯定したもの(前掲大阪地判[ピクトグラム]【図23】)、第
三類型について著作物性を否定したもの(前掲東京地判[スティック型加
湿器]【図24】、前掲東京地判[トレーニング箸]【図25】(上部キャラクター

トグラム]、前掲東京地判[スティック型加湿器]、前掲東京地判[ゴルフシャフト]、
前掲東京地判[トレーニング箸]、前掲知財高判[同]、前掲大阪地判[Chamois]、前
掲東京地判[半田フィーダ]、前掲大阪地判[傘立て]、前掲東京地判[BAO BAO]、
前掲大阪地判[時計原画]、前掲知財高判[姿勢保持具]は、この趣旨であろうか。

³⁴ 必ずしも明確ではないが、前掲東京地判[ゴルフシャフト]、前掲知財高判[半田
フィーダ]は、この趣旨であろうか。もつとも、同一の裁判長が担当した別事件で
は前注に分類した説示をなしたものもある。

³⁵ 「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、被告らはその著作物性を争うが、同作品は後記2(2)記載
のとおり、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、その全体が美的鑑賞の対象となる美的特
性を備えているものであって、美術の著作物に該当するものというべきである。」

³⁶ 参照、田村/前掲注7・982～987頁。

部分を除いた部分についての著作物性の有無が争点となった)、前掲知財高判[同]、前掲東京地判[ゴルフシャフト]【図26】、前掲東京地判[半田フィーダ]【図27】、前掲知財高判[同]、前掲大阪地判[傘立て]【図28】、前掲東京地判[BAO BAO]【図29】³⁷、前掲大阪地判[時計原画]【図30】、前掲知財高判[姿勢保持具]【図31】)ばかりである³⁸。

1件だけ、傍論で第三類型に属する工業製品の形態について著作物性を認めたものがあるが、照明用シェードの機能にとつては unnecessary 装飾的な形状を有しており、仏壇彫刻事件と同様、元来、美術の著作物たりうるものがそのまま照明用シェードに転用されていると評価しうる事件であった(前掲東京地判[照明用シェード]【図32】)。

もつとも、例外的に、この時期、第一類型に属しうる平面的とも目しうる図柄【図33】について、著作物性を否定した判決が一件ある(前掲大阪地判[Chamois]³⁹)。裁判所は以下のように述べて、著作物性を否定している。

「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、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。」

簡潔な判文からは必ずしも明らかではないが、その説示を事案に着目して分析すると、この事件で問題となった刺繍は、素材と技法の技術的特性に応じてその創作に制約がかかるものであるということを指摘できる。従

³⁷ 2019年6月18日付「BAO BAO ISSEY MIYAKEに関する勝訴判決について」と題する原告のプレスリリース (https://d2pzt1r4f58oxy.cloudfront.net/uploads/tmg_block_page_image/file/11537/BAO_BAO_Judgment.pdf) から引用。

³⁸ 分離可能性説によって裁判例の転換が期待されている第二類型に関する裁判例が待たれるという指摘は、つとに筆者によりなされていた(田村/前掲注6コピライト18～19頁)。

³⁹ 中川隆太郎[判批] 著作権研究45号191～236頁(2019年)。

前の裁判例でも、第一類型については、分離可能性説と同様、一般の著作物並みの基準で著作物性が判断されていたことはすでに指摘したとおりであるが、そのような時期にあっても、第一類型についてこの種の制約がある場合には著作物性が否定されていた（袋帯の図柄につき、前掲京都地判〔佐賀錦袋帯〕⁴⁰）。

平面的な図柄であっても、実用品の素材と技法に由来する制約下で創作されていると看取される場合には、実用品の特性から分離可能な創作性が発揮されていないということで、著作物性が否定されるということなのであろう。その意味でその当否はともあれ、前掲大阪地判〔Chamois〕や前掲京都地判〔佐賀錦袋帯〕は、第一類型というよりは第二類型に分類したほうが裁判例の整理としては据わりがよいのかもしれない。

二 学説⁴¹

1 序

激安ファストファッション知財高裁判決、TRIPP TRAPP知財高裁判決が下される前から、従前の裁判例を批判して、分離可能性説、さらには美の一体性理論が登場したことはすでに述べたとおりであるが、その後の学説も含めて、近時の状況を改めて整理すれば次のようになる。

2 分離可能性説

「実用的な側面により（通常の著作物とは質的に異なって）表現の自由が技術的に制約されている」か否かで判断すべきとする説⁴²であり、前述

⁴⁰ 田村善之〔判批〕ジュリスト1033号110～113頁（1993年）。

⁴¹ より詳しくは、山田／前掲注3・368～385頁を参照。本項目を執筆するに際しては、群馬大学情報学部の中本真祐子講師の未公表原稿を活用させていただいた。

⁴² 奥邨／前掲注18・255頁、劉／前掲注18・279頁、田村／前掲注18・25頁、設楽／前掲注23・288～289頁。

なお、学説では次に述べる（緩やかな意味での）鑑賞性と分離可能性を典型的に分

のとおり、実用的機能における創作性の発揮を、著作物性の要件としての創作性としてカウントしない考え方もいいうる⁴³。その理由は、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著作物性を否定すべきであるというところに求められている⁴⁴。

3 美的鑑賞性説

鑑賞性説は、「鑑賞」の意義においてさらに考え方が分かれる。

1つ目の考え方は、高度なレベルの創作性や芸術性を求めているわけではなく、一般人の美的鑑賞の対象となりうる程度に他の同種のデザインと区別可能な特徴を有するかどうかを問題にする説⁴⁵である。この見解の具

けて併用するもの(高林龍『標準著作権法』(第4版・2019年・有斐閣)44～49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」知財年報2009・268～269頁(2009年)も参照)、重疊的に適用するもの(横山久芳「著作権法における応用美術の保護のあり方」『はばたき—21世紀の知的財産法』(中山信弘古稀・2015年・弘文堂)585～586頁)がある。

⁴³ 田村/前掲注6 コピライト17頁。

⁴⁴ 田村/前掲注6 ビジネス法務15巻11号100～101頁。もっとも、こうした分離可能性説の趣旨を要件論に落とし込む際には、一般のアイデアと表現の区別の問題として論じるのか、それとも2条1項1号後段の「美術」該当性の問題として位置付けるのかという点については、立場の相違が見られる(参照、山田/前掲注3・376～377頁)。この点は後に検討したい。

⁴⁵ 横山久芳「応用美術と著作権法」論究ジュリスト34号53～55頁(2020年)(同/前掲注42・570～571頁も参照)、吉田和彦「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120頁(2017年)、中川/前掲注39・219・226～228頁(かりに美の一体性理論を採用しないとすればという留保付きであり、またその具体的な当てはめとして、ファッション・デザインについて緩やかに著作物性を認める方向を打ち出している点に特徴がある)。

このほか、「美術の」著作物該当性判断に際しては、一般人を基準に「絵画」「彫刻」など、著作権法が「美術の著作物」として想定している類型(「美術工芸品」も

体的な適用は、論者が表明する実践的な意図に鑑みれば、従前の段階理論的な裁判例よりは緩和することになると思われ、その意味で相対的にいえば、傾向としては分離可能性説と類似した帰結がもたらされるのではないかと思われる⁴⁶。

他方、「観賞」（「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」とする⁴⁷）と「鑑賞」を区別すべきである旨を提唱し、美術「鑑賞」（「意味を理解して味わうこと」とする⁴⁸）の対象となる美的特性の有無で判断すべきとする説⁴⁹も存在する。この見解の下では、従前の裁判例並みかどうかはともかく⁵⁰、分離可能性説よりも著作物として認められる範囲は狭

含む）に該当するか否かという類型的判断を主とすべきであるとする、白鳥／前掲注27・275～277頁（それによる判断が困難な場合に補完的に鑑賞対象性の判断を行うことは否定しないが、その判断が感性に関わるものであって客観的な判断が困難であることに鑑みれば、むしろ素材の効用や機能からの分離についても併せて検討するが、それはむしろ「表現」の要件の問題とする）、文芸、学術、美術または音楽の範囲の要件について、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（たとえば、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解すべきであるとする、金子／前掲注8 著作権研究92～93頁も、大別すればこのカテゴリに入れることが許されよう。

⁴⁶ 実際、金子／前掲注8 著作権研究93頁は、応用美術の著作物性を「裁判規範」として判断する場合には、「共通の理解」ではなく、純粋美術と同視しうるか否かということを決めることとする（その理由は詳らかではないところが残るが、裁判所の判断能力の限界を考え、「共通の理解」のプロキシを探究するという趣旨であろうか）。白鳥／前掲注27・276～277頁が、「表現」性の問題として論じるべきであるとしながらも、類型的な判断が困難な場合には分離可能性説的な判断を行うことを許容していることはすでに紹介した。

⁴⁷ 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）」法曹時報69巻10号2827頁（2017年）。

⁴⁸ 大淵／前掲注47・2833頁も参照。

⁴⁹ 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）」法曹時報69巻11号3255～3262頁（2017年）。批判的な検討として、本件のタコの滑り台も題材にとりながら、「鑑賞」と「観賞」を明確に区別することが困難であることを指摘する、山田／前掲注3・379～382頁を参照。

⁵⁰ 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）」法曹時報

くなるのかもしれない⁵¹。

4 美の一体性理論（非区別説）

分離可能性説、美的鑑賞性説とは異なり、応用美術について特別な要件を設けない説⁵²である。

三 検討

応用美術の著作物性に関する論点を探究するに際しては、著作権法2条1項1号が創作的表現であれば無限定に何でも著作物となるとするのではなく、別途、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」という要件（以下「文化の要件」という）を課しているその趣旨を探究する必要がある⁵³。

まず、既述したように、登録意匠制度との調整の必要性が肝要となる。

意匠制度は、非容易創作性に加えて新規性を保護の要件としている。意匠権によって禁止しうる行為も、業として意匠に係る物品を生産したり、使用したり、譲渡等の取引に置く場合に限定している。また、保護期間も、出願後25年と短くなっている。しかるに、創作性がありさえすれば新規性を要求することなく保護を認め、業としてなされるものでなくとも、そして物品等に化体されなくとも、広汎に他社の行為を規制することができ、保護期間も著作者の死後70年が原則と長期にわたる著作権法によって、意匠登録の対象となりうる物品の形態が保護されてしまうとすれば、意匠法が課した種々の上記限定が意味をなさないことになりかねない⁵⁴。

69巻9号2469頁（2017年）は、条文にない高度の創作性要件を課す見解は採用しえない旨を説いている。

⁵¹ 参照、大淵／前掲注49・3255頁。

⁵² 駒田／前掲注20・226～228頁、美術の要件における調整の可能性につきなお留保しつつ、上野／前掲注6・114～115頁。

⁵³ 以下につき、田村／前掲注6 コピライト20～23頁、同／前掲注6 ビジネス法務15巻11号100～102頁。

⁵⁴ 学説のなかには、意匠登録がなされ意匠権による保護が現に与えられているもの

あわせて、登録意匠制度は、出願、審査、登録を経て初めて保護を付与するという仕組みを採用しているところ、著作権制度はそのような手続を経ることなく権利を発生させるから、やはり意匠登録の対象となるものが著作権によって保護されてしまうとすれば、あえて登録意匠制度が用意した上記仕組みを利用しようとする者が過度に減少することになりかねない。

次に、商品形態のデッド・コピー規制との関係も見逃してはならない。不正競争防止法2条1項3号のデッド・コピー規制による保護は、出願、登録を不要とする点では著作権法と変わらない。また、商品形態としての保護の要件も他社の商品形態と異なるものであれば十分と解されており、著作権法とさしたる違いはない。ただし、禁止行為は商品の販売等に限定されており、保護期間も商品の販売開始後3年間と短い。

そうすると、同じく出願、登録を要することなく、保護の要件も大きな違いがないにもかかわらず、禁止しうる行為は広汎にわたり、なかんずく保護期間は極めて長期に及ぶ著作権の保護が商品形態に及ぶとなると、不正競争防止法におけるデッド・コピー規制の各種要件は意味を失い、それどころかそもそもその必要性が疑われることになる。逆にいえば、1993年に導入されたデッド・コピー規制は、著作権の保護では不足があることを前提に立法されているのである。

しかし、このように意匠制度やデッド・コピー規制との調整が必要であるからといって、意匠制度やデッド・コピー規制の対象になりうるものについては、著作物性を一切認めないという割切りは極端に過ぎ、かえって

に重ねて著作権による保護が及ぶことだけを法は問題視すると解し、したがって、意匠法の登録要件を満たさないものについて著作権法の保護を与えることは、意匠法の趣旨に反することはありえないとの理解を前提としているように読める見解がある(本山雅弘/半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタール1』(第2版・2015年・勁草書房)352頁(たとえば、新規性、非容易創作性を欠くために意匠登録が認められないものについて著作権の保護を及ぼすことは問題がないとする))。しかし、意匠法が所定の要件を定めているということは、当然のことながら、要件を満たさないものについては意匠法の観点からは保護に値しないと法が判断していることを意味するから、そのようなものについて著作権により保護を与えることにより意匠法の趣旨が損なわれることがないかということを含味する必要がある(参照、大淵/前掲注49・3219～3220頁)。

著作権法の趣旨を害することになる。たとえば、アニメのキャラクター・グッズを考えた場合、平面的なものであれ立体的なものであれ、物品に表現される限りはありとあらゆるキャラクター・グッズが意匠登録の対象となりえるとともに、商品の形態としてデッド・コピー規制の保護の対象にもなりえる。さらにいえば、ポスターも意匠登録ができるから、すべての平面的な著作物はポスターを経由することで意匠登録の保護を得ることは可能である。そうすると、意匠登録されたり、デッド・コピー規制で保護の対象となったりしうるといふ一事をもって著作物から外れるという解釈をとってしまうと、著作物として保護されるものがどれほど残るのかわからなくなる。このような結論が、創作者を保護し文化の発展を図る著作権法の趣旨に悖ることは明らかであろう。

したがって、単純な排斥論は採用するをえず、どのように調整するのかということが課題となる。結局、意匠制度やデッド・コピー規制が保護の期間を短く限定しているなど、何故著作権法とは異なる規律を設けているのかという趣旨に着目し、その趣旨を実現しう調整策を考えていくことになる。

そして、意匠制度やデッド・コピー規制の趣旨が損なわれることのないようにするためには、有体物⁵⁵の実用的な側面により、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いえ

⁵⁵ なお、2019年改正により画像も意匠登録が可能となったが、いわゆる「操作画像」、「表示画像」という機能に関わる画像に限定されているとともに、「物品」に代わるものとして「用途」の特定(すなわち機能の特定)が要求されている(いわゆるコンテンツ画像は保護の対象とならないとされていることとともに、参照、田村善之「画像デザイン」の保護に関する2019年意匠法改正の概要と課題」日本工業所有権法学会年報43号187～192頁(2020年))。しかし、画像の分野はむしろ従来、著作権法が規律している領域であったところ、その一部に意匠制度が進出することとなったため、依拠がなければ侵害とならないことを前提とする著作権の世界を過度に攪乱することのないよう、これらの要件が設けられている(田村/前掲188頁)。ゆえに、意匠制度に配慮して、著作権制度のほうが引っ込む必要はない。他方、同年改正で意匠登録により保護しうることが明文化された「建築物」については、「物品」と同様の配慮が必要となる。ゆえに本文でいう「物品」には意匠法の「建築物」も含まれる(奥邨弘司「応用美術の著作物性～分離可能性説の深化に向けた一考察～」Law & Technology 96号4頁(2022年)も参照)。

よう。表現の自由度が技術的に制約されているからこそ、新規性要件等を導入することで登録要件を高め、保護範囲や保護期間を限定する必要が生じる⁵⁶、また、登録がない場合に保護するとしても、新規性等の要件を吟味するために用意した登録制度を前提として、出願、登録のインセンティブを過度に損なうことのないよう、保護の範囲をデッド・コピーに限ったり、保護の期間を短く刈り込む必要も生じる。逆に、表現に制約がないのであれば、競争者には他の選択肢が十分に残されているのであるから、あえて登録要件を高めたり、保護範囲や保護期間を限定したりする必要はなく、また要件を高める必要性がない以上、要件を高めたがために設けられている登録制度の運用に慮って、保護範囲や保護期間を限定する必要もない⁵⁷。

分離可能性説は、このような発想によって導かれた見解である。物品や商品の形態⁵⁸の機能による制約の下に創作がなされているのであれば、その規

⁵⁶ 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」知財年報2009・268頁(2009年)も参照。

⁵⁷ 田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号25頁(2010年)、劉／前掲注18・279頁。

これに対して、大淵／前掲注49・3248頁は、意匠法が実用的な側面により表現の自由度が技術的に制約されていることを登録要件としていないとして、筆者の見解に反対するが、筆者が説く趣旨は、意匠法の登録要件である物品性に具現されている(田村／前掲注55・179～181頁)。もちろん、物品性の要件は技術的な制約に乏しいものが意匠登録されることを完全に遮断するものではないが、保護範囲が狭く、保護期間が限定されている制度の外延が、より広い保護範囲、より長い保護期間に馴染むものに及んだとしても、保護範囲を狭く、保護期間を限定する趣旨が大きく損なわれるわけではない。もちろん、侵害の成立に依拠が不要という点は意匠権のほうが保護が強く、ゆえに意匠登録の領域を広くすることに何ら問題がないというわけではないが、要件を運用する際の判断の効率性を勘案して人々が理解しやすい要件に変容させつつ(その種の変容のありかたに関する一般論につき、参照、同「知的財産法学の課題～旅の途中～」同『知財の理論』(2019年・有斐閣)470～471頁)、緩やかに保護の対象とすることに相応の合理性があるといえる。逆に、大淵／前掲注49が、意匠権の保護範囲や保護期間が著作権のそれよりも狭く短いことを何に求めるのかということが問われよう。

⁵⁸ 分離可能性説の下で斟酌すべき実用性は、「無体物である表現の本質的な機能である情報伝達に由来するもの」ではなく、「表現が化体した有体物に由来するもので

律は意匠制度やデッド・コピー規制に委ねるべく、著作権法の保護対象から落とすために、文化の要件を活用する⁵⁹。他方で、そのような機能の制約と

あり、表現にとっては外来的な実用性」であるとする奥邨／前掲注55・9頁の示唆的な提言も参照。

⁵⁹ そのような考慮はアイデアと表現の区別によって実現しうるとされるかもしれない。たとえば、奥邨／前掲注21判例時報23頁は、分離可能性説はアイデアと表現の区別の一適用場面であって、本来はアイデアと表現の区別で処理できるが、判断を誤って実用性から分離できない表現を保護してしまうリスクを回避するために用いるものであるという位置付けを与えている(ただし、同／前掲注55・9～10頁では改説され、著作権法2条1項1号後段の問題とされている)。

しかし、筆者の分離可能性説は、通常の著作物であればアイデアではなく表現の創作というような創作であっても、技術的な制約を意識して創作がなされていると看取しうるものに関しては、意匠法等の規律の対象とすべく、定型的に著作権法2条1項1号後段の「美術」該当性を否定するという考え方であり、アイデアと表現の区別に解消しうるとするものではない。つまり、一般のアイデアと表現の区別の法理の下では、アイデアと表現がマージする場合、換言すれば、そのアイデアを表現するにはそのような表現にならざるをえないというレベルにまで表現の自由度が狭まって初めて著作物性が否定されるものである(ゆえに多くの場合、アイデアと表現の区別は著作物性の問題というよりは、類似性の範囲を限定する場面で問題となることにつき、田村善之「著作権法の体系書の構成について」前掲注42中山古稀519～520頁)。これに対し、筆者が説く分離可能性説は、技術的な制約を意識して表現の創作の自由に制約がかかっているのであれば、(それがマージとまではとても評価できないとしても)「美術」の著作物には該当しないと考える見解なのである。その意味で、分離可能性説と銘打っているわけではないが、「表現媒体である物品の制約を受けることなく、思想・感情を表現したものが純粋美術であり、それと同等の評価を受けうる応用美術については著作物性がある」とする、中山信弘「応用美術と著作権」論究ジュリスト18号104頁(2016年)の説示に賛同する(中山／前掲は、高橋淳／金井重彦＝小倉秀夫『著作権法コンメンタールⅠ～Ⅲ』(2013年・レクシスネクシスジャパン)190頁を参照している)。

ちなみに、誤解があるようなので(大淵／前掲注49・3205頁)、確認しておくとして、筆者の見解は、2条1項1号後段の「美術」の要件が設けられている趣旨に鑑みれば、技術的な制約を意識して創作がなされていると目される場合には「美術」といえないとするものであって、その場合には2条1項1号後段の文化の要件が否定されると考えるものである(同号前段の創作性ではなく後段の文化の要件の解釈問題として論じていることにつき、田村／前掲注6 ビジネス法務15巻10号100頁、同／前掲注6 コピライト20頁を参照されたい)。

は無関係に創作がなされている場合には、著作権の保護を及ぼしてもさしたる弊害はないから、文化の要件を活用して著作物性を否定することはしない。

さて、この分離可能性の中身であるが、米国ではphysical separability（物理的分離可能性）など、分離可能性の基準がいくつか唱えられているところ⁶⁰、そのなかで、conceptual separability（観念的分離可能性）と呼ばれているものが、筆者が提唱する趣旨に即した基準であるように思われる。それというのも、筆者が分離可能性説を採用するきっかけが、米国の第二巡回区控訴裁判所のBrandir International, Inc. v. Cascade Pacific Lumber Co., 834 F.2d 1142 (2d Cir. 1987) に接したことにあるからである。この判決は、自動車用ラックのデザインについて、実用的な制約の下で創作されていて、形状と機能を観念的にも分離することができないことを理由に著作物性を否定している。

問題のラックは、【図34】に示されている（図中の自転車を除いたものが問題のラックとなる）。現代美術と位置付けて美術館にも飾られているラックであるが、観念的分離可能性説の下ではその種の事情は著作物性に影響を与えない⁶¹。自転車用ラックであるために、その大きさも曲線の形も、かなりの制約の下で創作されているということが看取される以上、実用的な機能と形状を観念的に分離できないと判断するのである。

これが、かりにドラえもんの絵が付加されているとか、ドラえもんの形状をしているなどの実用的な機能とは無関係の形状が付加されていたのだとすれば、そこは機能と分離できるので著作物と認めることができるが（e.g. 仏壇彫刻事件の事案）、そのような要素はこのラックにはなく、ゆえに、著作物性が否定されることになる⁶²。

⁶⁰ 奥邨／前掲注18・247～254頁、同「アメリカ法—著作権法による応用美術の保護と限界—」著作権研究43号69～74頁（2017年）[控訴審判決の紹介]。

⁶¹ この種の事情は、社会的なコンセンサスにより美的鑑賞性を判断する見解等の下ではあるいは著作物性を肯定する方向に斟酌しうのかもしれない。

⁶² なお、この観念的分離可能性の理論は、現在は、米国連邦最高裁の採用するところではなくなっている。Star Athletica, L.L.C. v. Varsity Brands, Inc., 580 U.S. _ (2017)につき、参照、田村／前掲注6 コピライト22～23頁、中川隆太郎「チアリーディン

このように分離可能性を判断する際には、絵画や彫刻など、通常の著作物であっても、キャンバスや素材などに起因する技術的制約が存在することに注意しなければならない。そうした技術的制約は、著作権法は織り込み済みのはずであるから、その種の制約が存在するからといって、著作物性を制限的に解する必要はなく、ゆえに分離可能性のふりいにかける必要もない。したがって、平面的なデザインはもとより、ぬいぐるみや人形についても、彫刻と質的に異なった制約がかかっていないとすれば、それを理由に著作物性を否定する必要はない。

具体的には、イラストや絵画(第一類型)、ぬいぐるみやフィギュア、彫刻(第二類型)などに関しては、空間や平面に自由に表現できる場合には、その表現に対する技術的制約は通常の著作物と変わるところはなく、「美術」であると評価して著作権法の保護を及ぼすべきである。ゆえに、第二類型のぬいぐるみやフィギュア等に関して、通常の著作物には課されない高度の創作性、芸術性を課しているように思われるかつての裁判例の趨勢には反対することになる。

他方、第三類型の通常の工業製品の形状に関しては、一般に実用面の制約のなかで創作されており、著作物性が否定されると考えるべきである。ゆえに、TRIPP TRAPP II 知財高裁判決にも反対することになる。

かつての裁判例では、ともすれば「純粹美術」という言葉が一人歩きし、特に第二類型の事案において通常の著作物に比して厳格な取扱いがなされる土壌となっていたように思われる。しかし、本稿の理解の下では、分離可能であるか否かということが文化の要件中の「美術」に該当するか否かの分岐点なのであって、分離可能であれば、それ以外に α の追加要素を要求することなく、文化の要件を通過するものと解されることになる。何をもって美術と解するかは尺度が不明確であるところ、他の法制度との調整の必要もなく、裁判官をして奨励すべき美術と奨励すべきでない美術を選び分けさせることは危険である(この点は創作性の要件の趣旨を検討するところで後述する)。ゆえに、分離可能性説のように、裁判官の主観的な嗜好が入りにくい客観的な基準で「美術」であるか否かを判別させるよ

ryutaronakagawa.tumblr.com/post/158723300558/cheerleading-copyright、奥邨弘司[判批] IP ジャーナル 3 号73~78頁(2017年)。

うにすることが望まれる。

あるいは、このような理解に対しては、前掲最判[ゴナU]が、書体が著作物となりうるためには、「美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていなければならない」と説いていたことに反するのではないかという疑問が持たれるかもしれない。同最判は、前述したように、文字の著作物性という、応用美術一般とは文脈を異にする事案に対する判決ではあるが、たしかに、上記説示は、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」における「美術」の意味について判示していると捉えることが（具体的な事案を超えて応用美術全般にまでは、先例拘束性を有するという厳密な意味⁶³での判例の射程が及ぶものではないと解されるとしても⁶⁴）、判文の文言上、素直な読み方といえることは否めないからである⁶⁵。

しかし、前掲最判[ゴナU]の当該事案に対する「美的特性」に関する具体的な当てはめは、以下のようなものとなっている。

「これを本件について見ると、原審の確定したところによれば、第一審判決別紙目録(三)の書体を含む一組の書体(ゴナU)及び同目録(四)の書体を含む一組の書体(ゴナM。以下、ゴナUと併せて『上告人書体』という。)は、従来から印刷用の書体として用いられていた種々のゴシック体を基礎とし、それを発展させたものであって、『従来のゴシック体にはない斬新でグラフィカルな感覚のデザインとする』とはいうものの、『文字本来の機能である美しさ、読みやすさを持ち、奇をてらわない素直な書体とする』という構想の下に制作され、従来からあるゴシック体のデザインから大きく外れるものではない、というのである。右事情の下においては、上告人書体が、前記の独創性及び美的特性を備えているということは

⁶³ 後に最高裁が当該解釈を変更する判断を判例法理として下す場合には、大法廷の開催を要するもの(裁判所法10条3号)という意味を指す(参照、田村善之[判批]知的財産法政策学研究52号246頁(2018年)。同様の用法として、飯村敏明「商標の類否に関する判例と拘束力—最判昭和43年2月27日判決を中心にして」Law & Technology 52号51頁(2011年))。

⁶⁴ 田村/前掲注6 コピライト14頁。清水節[判解]コピライト663号14頁(2016年)も参照。

⁶⁵ 参照、大淵/前掲注47・2810頁。

できず、これが著作権法二条一項一号所定の著作物に当たるということはできない。また、このように独創性及び美的特性を備えていない上告人書体が、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約上保護されるべき『応用美術の著作物』であるということもできない。」

ここにおいては、「文字本来の機能である美しさ、読みやすさを持ち、奇をてらわない素直な書体とする」という実用目的に係る機能を考慮して創作され、その結果、既存のゴシック体（それ自体、実用的な書体であることはいまでもない）のデザインから大きく外れていないということのみを理由として、「美的特性」が否定されている。この当てはめの仕方は、本稿にいう分離可能性説と変わるところはない。つまり、同最判にいうところの「美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている」という要件は、機能の制約を離れて創作された場合に満たされると読むことも十二分に可能であり⁶⁶、そのような読み方を採用する場合には、同最判は分離可能性説と整合的なものと理解することができるのである（もちろん、最高裁は機能以外の要素を考慮することを明示的に否定しているわけではないから、分離可能性説以外の見解が最高裁判決に反するとまではいえない）。

四 本件控訴審判決の判断手法の問題点

1 序

以上の裁判例や学説の検討を踏まえて、本件控訴審判決を分析する作業に移行することにしよう。

まずは確認となるが、本件の第一審判決（東京地判令和 3. 4. 28令和元(ワ)21993 [タコの滑り台]）は、抽象論として、分離可能性説と目される抽象論を展開しつつ⁶⁷、本件原告滑り台の実用目的として、たとえば「利

⁶⁶ 判例の把握の仕方に関する一般論につき、参照、田村／前掲注 7・976・982頁。

⁶⁷ 判文中の該当部分は以下のとおりである。

「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

ユーザー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」こと⁶⁸など、相当に広汎なものを取り込んだうえで、原告が主張した本件原告滑り台の種々の特徴について「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」と断じて、著作物性を否定した。

これに対して、控訴審判決（知財高判令和3.12.8令和3（ネ）10044〔タコの滑り台〕）は、やはり分離可能性説を採用しつつ、原判決が認定した広汎な実用目的の認定の一部を削除し、原告主張に係る種々の特徴のうちのタコの頭部を模した部分については機能からの分離を認めたが、結局は創作的表現ではないとし、他の特徴については、機能から分離していないとして、結論として、原告滑り台の著作物性を否定している。しかし、以下に分析するように、その判断手法は、第一審判決が抱えていた問題を完全に克服することができていないために、内在的な矛盾を抱えており、それが結果的に著作物性の要件を高度化し、分離可能性説があたかも段階理論と変わらないかのような様相を呈することとなっている。

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。」

⁶⁸ 判文中の該当部分は以下のとおりである。

「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。」

2 分離可能性説の採用

控訴審は、以下のように説いて、抽象論として分離可能性説を採用している。

「応用美術のうち、美術工芸品以外の量産品について、美的鑑賞の対象となり得るというだけで一律に美術の著作物として保護されることになると、実用的な物品の機能を実現するために必要な形状等の構成についても著作権で保護されることになり、当該物品の形状等の利用を過度に制約し、将来の創作活動を阻害することになって、妥当でない。もっとも、このような物品の形状等であっても、視覚を通じて美感を起こさせるものについては、意匠として意匠法によって保護されることが否定されるものではない。

これらを踏まえると、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、保護され得ると解するのが相当である。」（下線強調は筆者による）

ここでは、実用目的に係る機能から分離しているということが美術の著作物となるための要件であることが明言されており、抽象論として分離可能性説が採用されていることに疑いはない。

問題は、前述したように、学説上、分離可能性説の内部で争われている点、つまり、分離可能であれば直ちに2条1項1号の「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」にいうところの「美術」の要件を満たすと解するのか、それとも、分離可能であることに加えて、何らかの $+\alpha$ の追加的要件が必要なのかということである。この点については、従前の下級審の裁判例と同様、本判決の立場は定かではない。一見すると、文言上、「美的鑑賞の対象となり得る美的特性である」ことを要求しているところは $+\alpha$ 説に与しているように読めなくもないが、「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」いることが、すなわち、「美的鑑賞の対象となり得る美的特性である」こととイコールなのだと思わなければならない

(前掲最判〔ゴナU〕の説示をそのように理解しうることは前述した)。判文の文言は決め手にはならないといえる。

そうすると、判文の具体的な当てはめのところを見ていく必要があるが、しかし、控訴審判決は、タコの頭部を模した部分以外の特徴についてそもそも分離していないとしており、また例外的に分離してとしたタコの頭部を模した部分についても、それが美的鑑賞の対象となりうるか否かの判断に立ち入ることなく、単純であり、タコの頭部の形状としてもありふれた表現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」と帰結している。ここにおいては、ありふれた表現であることが創作的表現の該当性を否定したのか、それとも「美的特性」を否定したのかは定かではない(後者であれば、「美的特性」が分離可能性とは別個独立の要件として働いたことになる)。

明示的には美的特性や美的鑑賞の対象性を独立して判断していないことに鑑みれば、かえって+ α 不要説を前提としているのではないかと読むことも可能であるが、明言していない以上、結局、控訴審判決の立場は不明というほかない。

3 分離可能性の判断手法について

追加的要素の要否はともかく、肝心の分離可能であるか否かの具体的な判断についてはどうか。

この点に関し、控訴審判決には、第一審判決の誤りを正した箇所がいくつかある。

第一に、控訴審判決は、一審判決が「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る」ことをも機能としていた箇所を引用から外している。たしかに、この種の要素は、漫画やゲームやアニメなど、一般に著作物であることに異論がないものについても往々にして認められることであって、これが分離を要する機能であるというのであれば、従前、著作物と認められてきたものの多くはその地位を失ってしまうことになる⁶⁹。一審判決のこの点に対

⁶⁹ 白鳥綱重〔判批〕横濱法学30巻2号310頁(2021年)、山田／前掲注3・346頁参照。

する判断は到底採用するをえないものであり、この点を訂正した控訴審判決は、当然の処理をなしたといえる。

第二に、タコの頭部を模した部分について、本件一審判決は、「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」であること、「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」ことをもって、直ちに分離可能性を否定していた。しかし、分離可能性の判断は、後述するように、機能の制約を受けずに創作された部分があるのであればこれを肯定すべきであるから、たとえば、天蓋部分の形状などは、滑り台の機能とは無関係に自由に創作しうるはずであり、その点の吟味を怠っている点で、一審判決の判断は誤っているといわざるをえないものであった。

この点に関しても、控訴審判決は原判決を正している。「スライダーが接続された開口部の上部に、これを覆うように配置された略半球状の天蓋部分については、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」というのである。天蓋部分が機能とは無関係に創作されていることを指摘するものであり、もとより正当である。

以上のように、控訴審判決の分離可能性の判断手法は、第一審判決に比すると相対的には改善しているといえることができるが、しかし、なおいくつか疑問符を付けざるをえないところが残っている。

第一に、空洞（トンネル）部分について、控訴審判決は、細かな修正を除き、ほぼ原判決を引用している。その結果、この部分に関する控訴審判決が確定した判文は、以下ようになった。

「空洞（トンネル）部分について

別紙1原告滑り台目録記載1(2)の各写真によれば、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とは認められない。」

ここにおいて原判決は、空洞部分が滑り台としての機能と直結しないことを自認しつつ、単に公園の遊具として製作され設置されているというのみで、遊具としての機能によって空洞部分の創作がいかなる制約を受けたのかということ特定することなく、分離可能性を否定している。隠れん坊などの遊びをすることもできるという言及もあるが、結局、隠れん坊などの遊びをさせることを目的とすることによって空洞部分の創作がいかなる制約を受けたのかということ特定することなく分離可能性を否定している。この原判決の判断手法は、前述した天蓋部分における判断手法と変わるところはない。そうであれば、控訴審判決としては、空洞部分についても、天蓋部分と同様に、その構成が実用目的を達成するために必要なものであったかということ吟味すべきであったといえる。要するに、原判決の天蓋部分の判断を直しつつ、空洞部分の判断をそのまま引用したことにより、分離可能性の判断手法の点に関して、控訴審判決は内在的に首尾一貫していない取扱いをなしているといわざるをえない。

第二に、控訴審判決は、天蓋部分について分離可能性を肯定しながらも、前述したように、単純な形状であり、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、創作的表現に該当しないと判断した。そして、空洞部分について、前述した首尾一貫しない判断手法により分離可能性を否定し、さらに、タコの足を模した部分については、スライダーとして利用

者に用いられる部分であって、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という評価の下、分離可能性を否定している。そのうえで、全体の形状について、以下のように説くだけで、分離可能性を否定している。

「前記(ア)ないし(ウ)のとおり、本件原告滑り台を構成する各部分において、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することはできない。

そして、上記各部分の組合せからなる本件原告滑り台の全体の形状についても、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。」

しかし、かりに個々の部分が分離可能でないものであったとしても、その組合せにおいて機能から離れた創作性を発揮することは可能であるのだから、控訴審の判断手法は分離可能性説の適用の仕方において誤っているといわざるをえない。同様に、個々の部分が創作的表現でなかったのだとしても、それらを組み合わせることにより創作的な表現に転化することはあるのであって、控訴審判決のこの点に関する論理の展開は一般の創作的な表現の判断手法に反している。分離可能性という相対的にこなれていない作業を遂行する過程で、創作的な表現の判断手法をも見誤ってしまったのかもしれない。

4 要件の高度化

以上のように、控訴審判決は、第一に、実用目的に係る機能に関わっているというだけの理由で分離可能性を否定する一審判決の手法を、天蓋部分については正しつつも、他の部分については採用したままにしたことに加えて、第二に、個々の部分について創作的表現や分離可能性が否定されるというだけで、それらを組み合わせたとしても創作的表現や分離可能性が肯定されることはないという立場を前提にしてしまっているために、結果的に、著作物性の要件を高度化させてしまっている。

一般に、著作権法2条1項1号の創作性の要件を満足するためには、学術的、芸術的に優れているということは要しないと解されている⁷⁰。たとえば、幼稚園児が画いた陳腐な絵であっても、創作性の要件を満足する。陳腐な絵は誰も複製しないからそれに著作権という排他権を認めてもさしたる社会的な弊害はない。かえって、高度の学術性、芸術性を要件とする場合には、人によってその基準が異なるために何が著作物となるのかということが不明確となり真に保護すべきものが保護されないという事態に陥りかねない。そのような判断が裁判所の司法判断に馴染むものとも思えない。裁判所に振興すべき文化とそうでない文化を選別する役割を期待することは妥当でもなく、また危険でもあるからである⁷¹。著作権法が規律する文化というものは多様性の世界であり、特に弊害がない以上、学術的、芸術的に優れているか否かということを含味することなく、他と異なる著作物を創作する活動を奨励すべきであろう。ゆえに、創作性の要件を満たすには、他人の著作物と異なるものを作成したということで十分であると解すべきである。

実際、実用品が絡まない事件における著作物性の判断基準は相当に緩い。たとえば、東京地判平成26.10.30平成25(ワ)17433 [ふわふわ 四季のたより]では、【図35】の左の図のような単純な図案でも著作物性が肯定されている⁷²。

翻って本件を鑑みるに、本件原告滑り台のタコの形状は、これがかりにイラストの形で表現されているのであれば、著作物となるに疑いはない創作物であるように思われる。控訴審判決のように天蓋部分だけを単独で切り取って見る場合には、たしかにやや単純な半球体であり著作物たりえないといえるかもしれないが、微妙に歪んだ形をしているためにそれが胴体

⁷⁰ 田村・前掲注3・12頁。

⁷¹ この理を明らかにしたのが、米国の連邦最高裁判決である *Bleistein v. Donaldson Lithographing Company*, 188 U.S. 239 (1903) である (邦訳として、アラン・ラットマン＝ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編 (内藤篤訳) 『1990年代米国著作権法詳解 (上)』 (1991年・信山社) 27～30頁)。その意義につき、田村善之「著作権の保護範囲」コピライト728号17頁 (2021年) も参照。

⁷² しかも、被疑侵害作品である【図35】の右の図における図案との間で類似性が肯定され、著作権侵害が肯定されているので、著作物性の判断は傍論ではない。

や足を模した他の部分と組み合わせることで、軟体でいまにも動き出しそうな軟体の蛸の姿態を、本来は硬質の素材であり動かない造形物上に表現することに成功している。

足に相当する部分についても、たしかに滑り台の機能は果たしているが、蛸を表現するために複数の足がそれぞれ独特の曲線をもって表現されており、そうした個別の足の曲線や複数の足の組合せ方は滑り台の機能から要請されるものではなく、ゆえにイラストで蛸を描写する場合と同様に自由に創作されており、そこにたまたま滑り台の機能が付加されていると認めるに十分な表現となっているように見受けられる。

空洞部分にしても、複数の蛸の足の合間の空間であるために丸みを帯びる表現がなされているのであって、「隠れん坊」をするという機能から導かれる形状とはいえない。

もちろん、立体的に直立させることを目論んでいる以上、重心を安定させるために、下部のほうを太くしたり、底面に相応の面積を割いたりするなどの制約はかかっているのだろうが、これは一般に彫刻などの立体的な造形物を創作する場合に当然に課される制約にほかならず、実用品であることに伴う制約ではないから、そうした制約下にあることをもって著作物性を否定することができないことは自明である。

控訴審は、天蓋部分だけを取り出して判断しているが、他の部分と組み合わせられた表現として判断する場合には、ありふれており創作的な表現たりえないとした控訴審判決の判断を維持できないことは明らかである。さらに、控訴審は、足や空洞に関しては、実用品に係る機能に関わっているというだけで、具体的な造形に着目することなく、分離可能性を否定してしまい、さらに、それらの組合せについて分離可能性や創作性を判断することを否定してしまったために、こうした本件原告作品の創作的な特徴がおおよそ考慮の対象から落とされてしまうことになった。その結果、著作物性の要件が不必要に高度化するに至り、結果的に原告作品の著作物性が否定されたと分析できる。

個々の部品を創作したり、全体を組み合わせたりするのに機能的な制約がかかっていないのであれば、登録意匠制度や不正競争防止法の規律に配慮して著作権の保護を控える理由に乏しい。それにもかかわらず、要件を高度化する取扱いは、裁判官の恣意に奨励すべき文化と奨励すべきでない

文化を区別させることを避けようとする前述した創作性の要件の水準に関する解釈論の叡知に反することになる。

V 結び

既述したように、応用美術の著作物性に関する分離可能性説は、歴史的な文脈で理解するのであれば、かつて応用美術について高度の創作性を要求する段階理論的な運用をなしていた従前の裁判例を転換するという実践的な意図をもって推奨された理論である⁷³。そして、激安ファストファッション知財高裁判決によって推奨されて以来、分離可能性説は下級審の裁判例の趨勢を占めるに至った。しかし、いまだにその要件論(たとえば、分離可能性に加えて α の追加的な要素がない限り、美的鑑賞性がないなどとされて美術の著作物性が否定されるのか)や判断手法(分離可能とはいったいどういう意味なのか)ということを詳らかにする裁判例は乏しい状況にある。そのようななか、正鵠を射ていない本件控訴審判決の運用が定着することにより、結局、段階理論と同様の帰結をもたらす手法に堕してしまふとすれば、分離可能性説の将来は暗い。

本件は、応用美術の著作物性に関して高度の要件を課すかつての裁判例における段階理論的な運用が、その猛威をふるっていた第二類型の立体的な造形物に係るものである。分離可能性説がはたして段階理論をどの程度、緩和することになるのか、第二類型を分離可能性説でもって裁く裁判例の登場が待たれていた。しかし、先鞭をつけることになった本件第一審判決と本件控訴審判決は、分離可能性説の真髄を発揮しているとはいいたいものであった。

本件に関しては上告棄却、上告不受理により本判決が確定したが、応用美術の著作物性に関する議論は、激安ファストファッション知財高裁判決やTRIPP TRAPP事件が登場するよりもはるか以前から長らく争われていた論点であり、知財高裁による試行錯誤に対してそろそろけりをつけてよい段階に来ているのではなかろうか。もはや機は十分に熟しているように思われる。

⁷³ 前述注18所掲の文献を参照。

[付記]

本研究はJSPS 科研費 JP18H05216の助成を受けたものである。

[本件原告滑り台]



【図 1】

目録
←



【図 2】

親子の成長教育システム

リトルくらぶ
123部生

おうちで育てる「知能」の芽。

4月からスタート

0070-800-428-120

西谷大塚

このシステムは、子どもの成長を促すための教育プログラムです。親が自宅で子どもと一緒に学ぶことができます。知能を育て、子どもの未来を明るくします。

● 知能を育てるための教育プログラム
● 親が自宅で子どもと一緒に学ぶことができます
● 知能を育て、子どもの未来を明るくします

【図 3】

LIFTING GEAR FOR
MARINE, OIL &
ALLIED INDUSTRY

SANNA INDUSTRY CO., INC.
MADE IN JAPAN

WIRE ROPE
WIRE ROPE CLIPS
LIFTING DEVICES
LIFTING BRACKETS
STEEL WIRE ROPES

WIRE ROPE
WIRE ROPE CLIPS
LIFTING DEVICES
LIFTING BRACKETS
STEEL WIRE ROPES

SANNA INDUSTRY CO., INC.
MADE IN JAPAN

WIRE ROPE
WIRE ROPE CLIPS
LIFTING DEVICES
LIFTING BRACKETS
STEEL WIRE ROPES

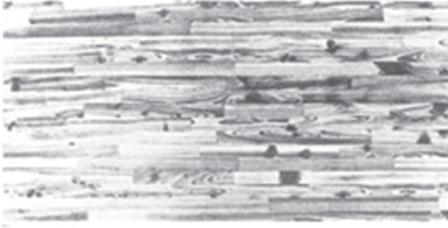
【図 4】



【図 5】



【図 6】



【図7】



【図8】



【図9】



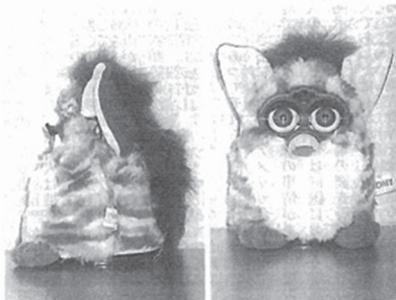
【図10】



【図11】



【図12】



【図13】



【图14】



【图15】



【图16】



【图17】



【图18】



【図19】



【図20】



【図21】



【図22】



大阪城
Osaka Castle

【図23】



【図24】



【図26】



【図25】



【図27】

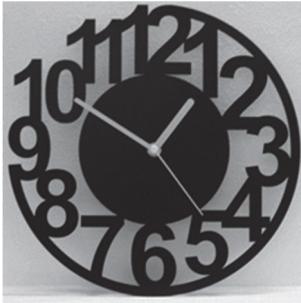


【斜め上方からの斜視図】

【図28】



【図29】



【図30】



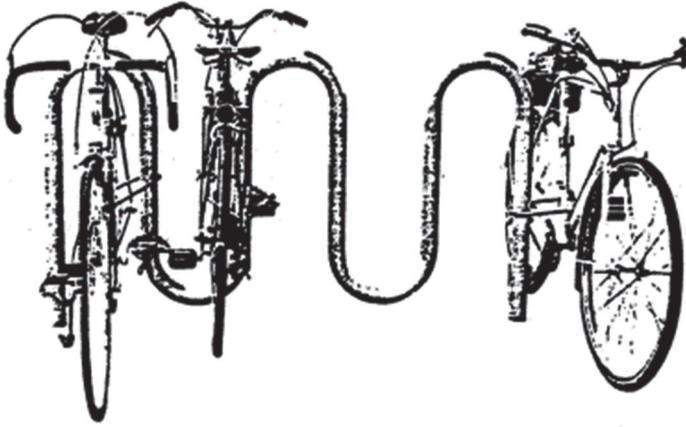
【図31】



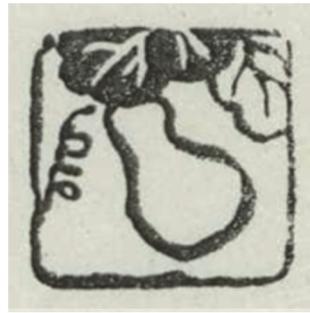
【図32】



【図33】



【图34】



【图35】