



著作物

訂正情報

とくになし。

フォローアップ

法改正

とくになし。

判例

とくになし。

補足情報（付加説明，参考文献紹介）

章の冒頭のリード文（17頁）

以下に，リード文の仮想事例に関する筆者の考えを開陳する。

ただし，法律学の問題に対する答えには，絶対的な正答というものはない。あくまで自分の頭で考えることが大事で，基本的な筋道さえ外れていないのなら，違った結論に至ったとしても，それはそれで尊重されるべき解答である。この点をぜひ忘れないでほしい。

手品のタネそれ自体はアイデアである。思想又は感情を表現したものではない（19頁）。よって著作物と評価されることはなく，モリワキに剽窃されたとしても，ヒラカワ君は著作権侵害を主張できない。

もっとも，手品のパフォーマンスは，一連の身体的所作として現れる。ヒラカワ君の案出した手品がよほど変わった動きをパフォーマーに強いるものなら，ダンスの型や振り付け（10条1項3号）に準ずるものとして，保護されるかもしれない。しかし，人間の身体の動きは基本的に自由であるべきであるから，そのハードルは高い（33頁）。

4 創作性

(22 頁)

本書に記したように、創作性は一般に著作者の個性の意味に解される (22 頁)。

小説や絵画などのオーソドックスな著作物であれば、そのように言うことに違和感はないし、そもそもそれらの著作物に創作性が認められるのは当たり前、とさえいえるかもしれない。つまり、それらの著作物に関していえば、創作性とは創作とほぼ同義であり、創作性の程度ということが問題となることはないのである。この意味における創作性は、フランスでは、主観的な創作性の概念 (*la notion subjective de l'originalité*) などといわれている。

しかし、編集著作物 (39 頁) のように、昔から創作性が希薄な著作物というものも存在し、またプログラムやデータベースのようにオーソドックスではない種類の著作物も登場してきたため、それらの著作物に関しては、しばしば創作性の程度を問題とせざるをえなかった。

当初、プログラムの著作物に関しては、ドイツやフランスでは、平均的なプログラマーが創作するであろうレベルを上回っていて初めて創作性が肯定されるという解釈が最高裁によって示された (1985 年 5 月 9 日連邦通常裁判所判決 [現金回収プログラム], 1986 年 3 月 7 日破毀院判決 [Pachot])。これは、伝統的な創作性の概念 (主観的概念) というより、特許法の進歩性要件に近い概念といえる。

この時点から、創作性の客観化 (*objectivation de l'originalité*) ということが欧州ではよくいわれるようになった。その後、EU 法 (プログラム指令) の発展もあり、プログラムに関して上記のような高度の創作性基準によって規律することは禁じられることとなった。しかし、創作性の客観化というムーブメントは沈静化していない。プログラムのような機能的・実用的著作物に関しては、どの程度その表現が選ばれる可能性があるかという統計的な観点から創作性を論じることが、一般的になっている (わが国でいうところの「表現の選択の幅」のようなものである)。このような解釈態度は、著作物の類型ごとに違った創作性概念 (*l'originalité à géométrie variable*) が成立する可能性を生むが、当該表現物を著作物のどの類型に分類するかを予め網羅的に整理することなどできないから、法的安定性に欠けるとして、このような考えを批判する見解もある¹。

¹ A. Lucas / H. -J. Lucas / A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, n. 124, pp. 132-133. 論者は、保護のあるなしを決める基準としての創作性は単一の概念であるべきとし、著作物の類型に対する配慮は、せいぜい権利の内容の強弱のところで行われうるだろうとしている。

5

文芸, 学術, 美術又は音楽の範囲に属するもの

(25 頁)

本書では、この要件は、「美術」を例外として) 文化的所産であることを要するもの、と緩く解釈されていると説明した。

つまり、技術的な創作物は著作物からは除かれるという趣旨である²。プログラムのような実用品の場合であっても、このことはあてはまる。その著作物性は、専らコンピュータへの指令の組み合わせ(すなわち言語表現)の面において評価される(37 頁)。目的を達成する上でコンピュータを非効率的にしか制御できないプログラムは、通常、発明たりえないであろうが(特許法 2 条 1 項)、そのプログラマーなりのプログラミングがされているであろうから優に著作物たりえ、著作権によって保護されるのである。

ところで、この要件には、ほかに含意するところはないのであろうか?

一つの考え方として、著作物とは言語的表現ないし視覚・聴覚で味わうことのできる表現でなければならないという要件を、ここに見いだすことが可能かもしれない(文芸、学術、美術、音楽はいずれもそのようなものである)。そしてこの考え方に従うと、新しく創作された香り(嗅覚的表現物)や料理の味(味覚的表現物)は著作権法で保護されないことになるし、触った場合に気持ちよいという何らかの造形物について、(美術の著作物性とは別に)触覚的な面での著作物性を認めることはできないということになる。

わが国では具体的な紛争にまで発展したことはないようだが、欧州では実際に香水についてその著作物性が争われており、様々な議論を呼んでいる。フランス最高裁は香水の著作物性を原則として否定する判断を示したが(2006 年 6 月 20 日破毀院判決以降、断続的にそのような判断を下している)、それ以外の国では依然として解釈が揺れている状況であるという。またフランスでも、最上級審の考え方はわが国におけるほど絶対的ではないので、今後下級審のレベルで別様の解釈が支配的になる可能性も否定できない。

著作権法は、鋭敏な感覚をもった専門家(ワインのソムリエ、香水の調合師のような専門家)のみを対象とする法律ではなく、一般的平均人の行為をも規律する。一般的平均人の嗅覚や味覚、触覚というものは、視覚や聴覚ほど発達しておらず、様々な違いを的確に感じ分ける能力に乏しい(たとえば、単に「甘辛い」ではなく、数千種の「甘辛さ」を的確に識別できる人は、ほとんど見当たらないだろう)。ゆえに、筆者の個人的な見解をいえば、そのような領域に著作権という排他的独占権を成立させるような解釈は危険であり(類似性の判断が予測不可能な形で行われるか、あるいは何でも類似しているといわれやすくなる)、厳に慎むべきであろう。ただし、そうした結論を「文芸、学術…」の要件から導くべきか否かについては、さらに議論の余地があろう。一般的平均人であっても十分に違いを認識でき、独占権を設定しても問題ないといえるような感覚領域にあるものでな

² 反対に、特許法において発明は「技術的思想の創作」と定義されており(2 条 1 項)、著作物は発明とはならない。

ければ、それはおよそ「表現したもの」（＝われわれに十分に「伝達されたもの」）とはいえないとして、著作物性を否定する、という解釈の仕方もありうるように思う³。

香水（香り）の著作物性をめぐる諸外国の動向については、下記の文献を参照されたい。

井奈波朋子「香水の著作物性——ティエリー・ミュグレー事件」コピライト 2003 年 1 月号 22 頁

同「[香りの著作権保護について](#)」（2014）

麻生典「香気の著作物性——フランスにおける議論を中心に」法学政治学論究 78 号 317 頁（2008）

Column ● 美の一体性の理論

（29 頁）

応用美術の保護に関しては、本文に示したように、美の高度性や分離可能性といった基準がしばしば言及される。このような解釈論は、純粋美術と応用美術が予め截然と区別できることを前提としている。眼前のものを応用美術に分類できて初めて、上記の基準が用いられうるからである。しかし、これまでの裁判例を虚心坦懐に眺めてみると、美の高度性や分離可能性の基準は、本当はさしたる内実を有しておらず、著作権保護を否定するための後付けのような理屈でしかなく、実際上は、それらの基準を当てはめる前の「応用美術」への振り分けのところで勝負がついているという見方もある（下記の文献参照）。これは、何が著作物たりえ、何が著作物たりえないかが予めカテゴリーカルに決まっているという解釈論を前提としている（たとえば、これまでの裁判例はほとんどすべてがプロダクト・デザインの保護を否定してきたという）。

金子敏哉「応用美術の保護：TIPIP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて」パテント 69 巻 4 号 101 頁（2016）

この見解は、いずれにしても美術を二つのカテゴリー（創作性の要件さえ満たせば著作物となるもの、創作性の有無とは無関係に著作物たりえないもの）に分断できるということを前提としている。

これに対して、筆者自身は、美術を二つのカテゴリーに分断する考え方には反対であって、基本的には本コラムで紹介した美の一体性の理論に賛成している（下記の文献参照）。それは、フランス法などの経験に照らすと、美術を予め二つのカテゴリーに分断できるという考え方にはどうしても無理が伴うからである。

³ この解釈は、工業所有権法学会（平成 28 年度）の懇親会の席上で、武生昌士准教授より筆者に示唆されたものである。

拙稿「応用美術の著作権保護について」渋谷達紀ほか編『知財年報 2009』（別冊 NBL130号，商事法務，2009）219 頁

やはり，諸先進国と比べて知財裁判例が極端に少なく（だからわが国では，どうしても理論が外国のその後追いになる），経験値の低いわが国の裁判例のみを前提に議論することには，限界がある。たとえば，[ザハ・ハディドの椅子のようなデザイン](#)は，どちらの категорияに割り振ったらよいか（著作物たりうる категорияか，たりえない categoriaか）。わが国では，このようなデザインの著作物性がたまたま争われておらず，社会通念に従って著作物性を論じることの危うさが露呈していないだけである——といったら言い過ぎであろうか。