

Title	著作権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の意義に関する一考察
Sub Title	Criteria for infringement of the derivative and moral rights
Author	赤松, 耕治(Akamatsu, Koji)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.38 (2017. 9) ,p.51- 80
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170911-0051

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

著作権侵害における「本質的特徴の直接感得性」 の意義に関する一考察

赤 松 耕 治

1. はじめに
2. 「本質的特徴の直接感得性」の意義
3. 要件事実論的な観点からの検討
4. 結語

1. はじめに

著作権侵害訴訟における攻撃防御は、著作者ないし著作権者（以下、「原告」ということがある）が、請求原因事実の一つとして、著作権の各支分権の構成要件に該当する行為があったことを主張・立証し、それに対して、被疑侵害者（以下、「被告」ということがある）は抗弁の一つとして、権利制限規定に該当することを主張・立証することになる¹⁾。

著作権の支分権のうち、翻案権（著作権法 27 条）²⁾ の侵害の成否については、

-
- 1) 高部真規子『実務詳説 著作権訴訟』（きんざい 2012）204 頁以下。中島基至「著作権侵害」高部真規子編『著作権法・商標法・不正競争防止法の実務』（商事法務 2015）105 頁。
 - 2) 著作権法上「翻案」の定義規定は存在しない。翻案の要件事実としては、江差迫分最判にならい、概ね①原告の著作物に依拠すること、②原告の著作物に修正等を加えて、新たに創作的表現を付加すること、③被告作品に原告の著作物の表現上の本質的特徴の直接感得されること、と考えられよう。

そのリーディングケースとされている江差追分事件最高裁判決（最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁。以下、「江差追分最判」という）以降、いわゆる全体比較論をはじめとする議論がある³⁾。江差追分最判では、「言語の著作物の翻案（著作権法27条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。」（以下、「判決要旨1」という）としたうえで、「そして、著作権法は、思想又は感情の創作的表現を保護するものであるから（同法2条1項1号）、既存の著作物に依拠し創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現自体ではない部分又は表現上の創作性のない部分において、既存の著作物と同一性を有するに過ぎない場合には、翻案に当たらないと解するのが相当である。」（以下、「判決要旨2」という）とした。江差追分最判に関しては、具体的に何をもって「表現上の本質的特徴」と捉えるかが重要であり、この点については著作物の種類や特性に応じ、事案ごとに著作物として保護を受けるべき創作性や表現の特徴を判断すべきであって今後の裁判例の集積が待たれる⁴⁾とされた。しかるに、「本質的特徴」の意義にとどまらず、「表現上の本質的特徴の直接感得性」（以下、単に「本質的特徴の直接感得性」ということがある）という要件⁵⁾の解釈が議論されており、未だ定説をみない状況にあるといえる。すなわち、判決要旨1に独自の意義を認め、著作権の保護要件である創作的表現が再現されている場合であっても、「表現上の本質的特徴の直接感得性」がない場合には権利侵害とされない場合があることを前提としていると解するか、あるいは、判決要旨1に独自の意義を認めず、創

3) 高部真規子「著作権侵害の判断再考」野村豊弘先生古稀記念論文集『知的財産・コンピュータと法』（商事法務2016）43頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌66巻2号（2016）1頁。

4) 高部真規子「最高裁判所判例解説」法曹時報55巻3号356頁。なお、中山信弘『著作権法（第2版）』（有斐閣2014）151頁は「現実に翻案であるかの判断は難しく、著作物のジャンル、あるいは具体的事例によっても異なる」とされる。

作的表現が被告作品に残っていれば翻案の成立を認めると解するかの議論である⁶⁾。

ここで、一般に、この「本質的特徴の直接感得性」は、翻案権侵害だけでなく複製権侵害にも基本的に適用される要件である⁷⁾とされていることから、著作権侵害事件における多くの事件が、この要件に関わるため、議論すべき重要性は高い。また、「本質的特徴の直接感得性」という用語は、同一性保持権侵害事件においても用いられている。

一般に、著作物が経済財としてその現代的意義を高めつつあり、また、情報の利用に関する社会一般の利益との調和を図る必要がある⁸⁾ことからすれば、権利保護と利用の確保という基本的な視点も含め「本質的特徴の直接感得性」の意義についてさらに検討することは有意義であるといえよう。また、著作権

5) 複製権や翻案権の要件事実として「類似性」を挙げられることが多いが、「類似性」は著作権法上の根拠をもたない、いわば講学上の概念である（上野達弘「知的財産法要件事実研究会を終えて4」伊藤滋夫編著『知的財産法の要件事実』（日本評論社2016）232頁以下参照）。飯村弁護士は、「著作物の表現上の本質的特徴を直接感得させるという言葉を使って翻案の意味について説明している」とされる（同33頁参照）。類似性は原告著作物と被告作品を対比して類似しているかを判断するのに対して、「本質的特徴の直接感得性」は、原告著作物の表現上の本質的特徴を念頭に、被告作品だけを観察して、前者の本質的特徴が直接的に感得されるかという点に相違があると考えられる。その意味では、「全体比較説」といったネーミングは適切ではないといえよう。

6) 中島・前掲注1) 109頁。

7) 中山・前掲注4) 585頁以下、小泉直樹『特許法・著作権法』（有斐閣2012）165頁、高林龍『標準著作権法（第3版）』（有斐閣2016）77頁参照。複製権と翻案権の共通点は、「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる著作物を創作する」という点にある（高部・前掲注3）244頁参照）。これに対して、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成」パテント65巻12号151頁（2012）は、複製権及び翻案権だけではなく、著作権侵害全体に適用される要件であるとする。したがって、以下の翻案権にかかる記述は複製権においても基本的に同様にあてはまると考える。なお、複製と翻案の意義を区別する見解として、大須賀滋「著作権侵害訴訟総論」高部編・前掲注1) 12頁参照。

8) 中山・前掲注4) 282頁参照。

侵害事件に限らず、要件事実論は、民事紛争の適正迅速な解決を図り、立証負担の公平を確保するところにその役割があるところ、権利保護を求める権利者と利用の円滑化を望む利用者の立証負担のバランスを図りつつ、著作権の侵害判断の明確性や安定性を確保するためにも、要件事実論の観点からの検討が不可欠である⁹⁾といえる。さらに、著作物の改変態様での利用に関しては、翻案権侵害と著作者人格権侵害（同一性保持権侵害）の両者からの考察が必要になるところ、両者は「結論を導くための論理」、「判断基準」及び「制限規定の有無」等において差異がある¹⁰⁾ため、それぞれに応じた検討も有益であろう。

そこで、本稿においては、こうした著作権侵害における「本質的特徴の直接感得性」について、まず、翻案権侵害（2.1）及び同一性保持権侵害（2.2）における意義について検討する。当該検討の結果、「本質的特徴の直接感得性」が規範的要件であると解されることから、その判断基準として、翻案権侵害（3.1）および同一性保持権侵害（3.2）における評価根拠事実について、従前の実務の運用や権利制限規定との関係¹¹⁾にも配慮しつつ若干の検討を加えることとする。

9) 横山久芳「知的財産法要件事実研究会を終えて3」（伊藤・前掲注5）223頁参照。2015年11月に、法科大学院要件事実教育研究所において、知的財産要件事実研究会が開催され、民事訴訟における要件事実論を知的財産訴訟においても活用するという視点で徹底した議論が行われた。同研究会の議論の内容については、伊藤・前掲注5）にまとめられている。

10) 飯村敏明「著作物の利用（改変態様）の可否に関する判断要素について」コピーライト2012年10号2頁。

11) 最近の権利制限規定の立法を巡る議論については、『文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会報告書（平成29年4月）』参照。

2. 「本質的特徴の直接感得性」の意義

2.1 翻案権侵害における意義

2.1.1 学説

江差追分最判以降の「本質的特徴の直接感得性」に関する学説・裁判例を概観すると以下ようになる¹²⁾。

(a) 「創作的表現の共通性一元説」（以下「一元説」という）

田村善之教授は、原告著作物の創作的な表現部分が再生されている限り、再生部分が侵害者の著作物のごく一部であったとしても、著作権侵害に変わりないとし、訴訟当事者が侵害を主張する範囲でのみ審理・判断されるべきであるとされる¹³⁾。また、上野達弘教授は、権利侵害の判断においては、そもそも既存の著作物を利用したといえるかが問題となり、そこでは既存の著作物の創作的表現が残っているかという基準によって一元的に判断されるものである¹⁴⁾とされる。

この説は「本質的特徴の直接感得性」を「創作的表現の共通性」に置換する考え方である。この点、江差追分最判が、「創作的表現」ではなく、「本質的特徴」という語が用いられた理由として、それが初めて使われたパロディモンタージュ事件最高裁判決（最（三小）判昭和55年3月28日判時967号45頁。以下「モンタージュ最判」という）が前提とした旧著作権法において創作的表現という用語が使用されていなかったことを挙げられる¹⁵⁾。

さらに、上野教授は、「類似性」（既存の著作物を利用したといえるかどうか）

12) 江差追分最判以前の裁判例や学説については、高部・前掲注3) 47頁以下に的確にまとめられている。

13) 田村善之『著作権法概説（第2版）』（有斐閣2001）58頁

14) 上野達弘「ドイツ法における翻案—「本質的特徴の直接感得論」の再構成」著作権法研究34号（2007）28頁以下。なお、鳥並＝上野＝横山『著作権法入門（第2版）』（有斐閣2016）289頁以下〔上野〕、参照。

15) 上野・前掲注7) 151頁。

と、権利制限（その著作物利用が許容されるかどうか）は別の問題であるところ、ある行為が諸事情を考慮して許容されるべきかどうかを柔軟に判断する役割を担うのは基本的に権利制限というべきである」としたうえで、「（作品全体比較説のように）類似性を規範化することは、類似性判断を過剰に不明確なものにするように思われる」¹⁶⁾とされる。

（b）作品全体比較説

いわゆる全体比較説¹⁷⁾と呼ばれる考え方は、その詳細において論者により微妙に異なるが、「原告著作物と被告作品の一部に類似する表現が合っても、それ以外の部分の表現によっては著作権侵害が否定される場合もあり得るとする見解」¹⁸⁾の総称と捉えることができよう。その中で、特に、「部分的にみると原告の著作物の創作的表現が再現されているとしても、もう少し広いまとまりで著作権侵害が否定される場合があることを認めようとする見解」をして、「作品全体比較説」と呼ばれることがある¹⁹⁾。もっとも、この見解は必ずしも「作品全体」を比較しようとする考え方ではないが、既存の文献の用語例になり、本稿においても「作品全体比較説」と呼ぶことにする²⁰⁾。

16) 上野達弘「著作権法の柔軟性と明確性」野村豊弘先生古稀記念論文集・前掲注3) 36頁。この点について、島並ら・前掲注14) 140頁〔島並〕は、支分権の限定列挙によって、著作権侵害の成否を客観的な行為の側面から、形式的に判断することを可能にするとしたうえで、権利制限規定の適用により一定の柔軟性が確保されるとされる（その一方で、「経済的打撃」というメルクマールを侵害の要件とされているようにも読める（同142頁参照））。なお、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2001）28頁参照。

17) 「全体比較説」はむしろ「一元説」の論者から呼称されているものである。橋本英史「著作権（複製権・翻案権）侵害の判断について 下」判時1596号（1997）13頁は、自らを相関関係説という。なお、高林・前掲注7) 77頁以下、菊池絵里「翻案権と複製権」牧野ら『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014）95頁以下参照。

18) 高部・前掲注3) 48頁、53頁。

19) 前田・前掲注3) 22頁参照。

20) 前田・前掲注3) 22頁参照。高部・前掲注3) 54頁も、いわゆる「全体比較論」について、そのネーミング自体、誤解を招くように思われる、と指摘されている。

(c) 著作物全体観察説

この説は、「表現上の創作性のある部分に共通点を有するかを判断したうえで、(新たに作成された)被告の著作物に接する者が既存の著作物の表現上の本質的特徴を直接感得することができるか否かについて、既存の著作物と原告がその著作物を利用されたと主張する部分とを、受け手の視点から全体的に観察して比較することによって判断する」とするものである。作品全体比較説は「著作物性が認められる程度のまとまりをもった作品の一部」を比較対象とすることが可能であるとしている。これに対して、著作物全体観察説は、著作物を特定の表現により受け手に鑑賞的価値を届けるものであることを前提としつつ、原告著作物の創作性のある部分の共通性の有無を判断したうえで、被告作品の中で原告著作物が利用されたと主張される部分のみを比較対象とし、その限りで原告著作物の本質的特徴の直接感得性の有無を判断しようとする見解²¹⁾である。自らの立場を「著作物全体観察説」として、上述の作品全体比較説と区別される²²⁾。

2.1.2 裁判例

江差追分最判以降の裁判例において、「本質的特徴の直接感得性」の基準自体は、著作権侵害事件全般において採用されていると考えられる²³⁾。また、部分的には原告著作物の表現が再生されていても、全体として複製権又は翻案権の侵害を否定した判断が多いとされる²⁴⁾。しかし、以下にみるように、これらの判断が、前述の「本質的特徴の直接感得性」に関する一元説や作品全体比較説等の対立においていずれの立場に与するものかは、必ずしも判然としない。

この点、例えば、ある裁判例が、作品全体比較説や著作物全体観察説に依ら

21) 前田・前掲注3) 24頁。

22) 前田・前掲注3) 24頁。

23) 岡村久道『著作権法第3版』(民法研究会2014) 459頁。

24) 高部・前掲注3) 51頁。

ず、一元説に依った判断であると評価するためには、創作的表現が共通であるとして、著作物のより広いまとまりの中で比較ないし観察する余地に配慮することなく翻案の成立を認めるような理論構成を示していることが必要であろう。他方、作品全体比較説に依った判断であると評価するためには、創作的表現が共通であることを肯定し、かつ、「本質的特徴の直接感得性」が存在しないとの判断が示されることが必要であろう。以下において、学説の検討に参考となる裁判例をいくつか挙げてみる。

第一に、プロ野球カードゲーム事件判決（知財高判平成 27 年 6 月 24 日最高裁 HP）は、創作的表現の共通性を肯定することをもって「本質的特徴の直接感得性」を肯定する考え方に基づいた可能性が高いと評価できる事例として指摘することができる。本判決は、「複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との共通性を有する部分が、著作権法による保護対象となる思想又は感情を創作的に表現したものであることが必要である……表現が平凡かつありふれたものである場合には……創作的な表現であるということはできない」としたうえで、個別の選手カードについて比較観察し、2 選手のカードについて「……具体的な表現が同一であり……表現上の本質的特徴を同一にしているものと認められ、またその表現上の本質的特徴を同一にしている部分において、思想又は感情の創作的表現があるものと認められる」として、結論として翻案権の侵害を認めた。したがって、本判決は、江差追分最判の二つの判決要旨を忠実に引用しているものの、あてはめの段階においては、「本質的特徴＝創作的表現」、すなわち一元説に依っているように理解できる²⁵⁾。なお、本判決については、個別のカードの侵害の有無をもとに判断すべきではなかったのではないかと考える²⁶⁾。

第二に、雪月花事件判決（東京高判平成 14 年 2 月 18 日判時 1786 号 136 頁）は、「書を写真により再製した場合に、その行為が美術の著作物としての書の複製にあたるといえるためには、……単に字体や書体が再現されているにとどまら

25) 上村哲史「本件判批」著作権研究 42 号（2015）170 頁参照。

26) この点については、後述 3.1.3 参照。

ず、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった上記の美的要素を直接感得できる程度に再現されていることを要するものというべきである。……本件各作品の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分を有するものではなく、……複製物であるとも、その翻案に係る二次的著作物であるともいえない」とした。「本質的特徴」を「創作的表現」と言い換えたうえで、創作的表現が共通的でないという判断をしたとも理解できることからすれば、一元説に依っているとも考えられる。他方、直接感得性の対象としての本質的な特徴を「美的要素」と言い換えたものと捉えれば、直接感得性を否定しており、作品全体比較説に依ったものとも考えられる。

第三に、ファイアーエンブレム事件判決（東京地判平成14年11月14日裁判所HP）は、原告ゲームの表示画面に何らかの著作物性が肯定される場合には、被告ゲームの表示画面がその複製ないし翻案に当たるかどうかを判断するに当たっては、……原告ゲームの表示画面の特徴的構成の一部分が被告ゲームの表示画面においても共通してみられる場合であっても、①共通する当該部分のみで表示画面における創作的特徴を基礎づけるに足りないときや、あるいは、②被告ゲームの表示画面に原告ゲームの表示画面にない構成部分が、新たに付加されることとなり、これを見る者が表示画面から受ける印象を異にすることとなったときは、被告ゲームの表示画面から原告ゲームの表示画面の創作的特徴を直接感得することができないから、被告ゲームの表示画面をもって、原告ゲームの表示画面の複製ないし翻案ということはできないと判示した。本判決については、①が、特徴的構成の一部分の共通性をもって、創作的表現の共通性を肯定できないという判断をしていることからすれば一元説に与しているとも考えられるが、②の判断は、著作物を含むひとまとまりの作品を基準として、本質的特徴の直接感得性の有無を判断しているように考えられ、その限りで、作品全体比較説に依ったものと考えられよう。

第四に、釣りゲーム事件判決（知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁）が挙げられる。本判決は、「被告作品の魚の引き寄せ画面は、アイデアなど表

現それ自体でない部分又は表現上の創作性のない部分において原告作品の魚の引き寄せ画面と同一性を有するにすぎないものと言うほかなく、これに接する者が原告作品の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的特徴を直接感得することはでき（ず）、翻案に当たらないとしたうえで、「著作権者が、まとまりのある著作物のうちから一部を捨象して特定の部分のみを対比の対象として主張した場合、相手方において、まとまりのある著作物のうち捨象された部分を含めて対比したときには、表現上の本質的特徴を直接感得できないと主張立証することは、魚の引き寄せ画面の範囲内のものである限り、訴訟物の観点からそれが許されないと解すべき理由はない」とする。

本判決については、「まとまりのある著作物のうち捨象された部分に対比の対象として……魚の引き寄せ画面の範囲内のものである限り」あるいは「部分的にみると原告の著作物の創作的表現が再現されているとしても、もう少し広いまとまりで……」とされていることをもって、作品全体比較説を採用したことを前提に論ずるものも見受けられる²⁷⁾が、……「原告作品と被告作品の共通部分に「創作的表現」が存在することを前提に「本質的特徴」に当たらないと判断したものではないことから、「江差追分最判の判断手法を踏襲したものにすぎず、同判決の説示を何ら超えるところはない」と解する²⁸⁾のが正当であろう。

2.1.3 検討

前述のことから、裁判例の傾向を即断することができない。以下において、前述の学説に関して、理論的ないし実務的な観点から検討を加えることとする。

27) 小泉直樹「いわゆる全体比較論を採用した事例」ジュリ 1446 号 6 頁、横山久芳「本件判批」小泉＝田村＝駒田＝上野編『著作権判例百選第 5 版』（有斐閣 2016）122 頁、高林・前掲注 7）79 頁参照。

28) 中島・前掲注 1）110 頁。

(1) 一元説と作品全体比較説について

一元説については、著作権法は創作的表現を保護するものであり、いくら新たな創作的表現が加えられたとしても、既存の著作物の創作的表現が認識可能なかたちで残っている以上、当該既存の著作物を利用したということは否定できず、権利制限規定の適用を受けない限り権利侵害になると解すべきとの考え方は明快である²⁹⁾といえよう。これに対して、作品全体比較説を主張される高部裁判官は、江差迫分最判の判決要旨1について、判決要旨2により翻案を否定しきれなかった場合に、表現上の本質的特徴が直接感得できないとの理由で否定することを可能とし、翻案の成立に絞りをかける役割を有している³⁰⁾とされる。そして、判決要旨1について、翻案の成否は、(原告が主張している部分に)付加された部分を含めて被告の主張を勘案して総合的に判断されるものであるとされる³¹⁾。また、「創作的表現を感得したとしても本質的特徴を感得しない余地を残したもの」とするのが、判例の読み方としても、理論的にも自然であろうとの考え方³²⁾は説得的である。なお、高部裁判官は、より実務的な観点から、上記に加えて、「米国のフェアユースの法理に相当する一般条項を定めていない我が国の現行著作権法においては、制限規定により全ての事案を妥当な解決に導くことは困難であり、また、制限規定にない権利濫用といった一般条項を用いることは、権利濫用が権利侵害に該当する場合に当該権利の行使を制限する法理であるために、利用しにくい場面が多い」と主張される³³⁾。

そこで、仮に、理論的には両説成り立ちうるとして、この差異を生じた原因はどこに求められようか。この二つの説の相違は、より実務的な観点からとらえれば、一元説が、形式的に翻案の成立を肯定したうえで、侵害の成否を権利

29) 前田・前掲注3) 20頁参照。

30) 高部・前掲注3) 62頁。

31) 高部・前掲注3) 65頁。

32) 中島・前掲注1) 103頁。

33) 高部・前掲注3) 60頁。

濫用法理や権利制限規定の適用に委ねる考え方であるのに対して、作品全体比較説は、翻案の成否の判断を実質的に行うことにあると考えられよう。すなわち、両説の差異は、侵害の成否に関して、一元説においては、抗弁の果たす役割が大きいために被告の立証負担が重く、作品全体比較説においては、翻案の成否の判断が実質的であるために原告の立証負担が重いという、立証負担の問題に帰着すると考える³⁴⁾。

前述の高部裁判官が指摘されるように、現行著作権法における個別の権利制限規定によっては、全ての事案を妥当な解決に導くことは困難であるといえよう。例えば、絵画鑑定書事件判決（知財高裁平成22年10月13日判時2092号135頁）³⁵⁾のように引用規定の解釈を駆使して妥当な結論に導いていると考えられる現状においては、相対的に被告の負担を重くする実務が適切か疑問であると考えられる。そして、経済的な権利である著作権の侵害訴訟においては、著作権者が、実質的に経済的な不利益を受けたことを最も重視しなければならないであろう。特に、近年、著作物が経済財としての性格を深めて、著作権法が不正競争的な色彩を強めているとされている³⁶⁾。そうだとすれば、形式的に翻案の成立を認めただけで、著作権侵害の成否を権利制限規定の役割に依存せしめるのではなく、利用者による著作物の活用を最大限に認める観点から、原告による立証負担を相対的、実質的に重くすることによる対応を正当化する余地があると考えられよう。また、確かに、作品全体比較説については、一元説から批判されるように「まとまりのある部分」といった基準が不明確であるとの指摘³⁷⁾をされる。しかし、元来、著作物という権利範囲が不明確な客体

34) 高部・前掲注3) 59頁は、「複製権侵害、翻案権侵害という請求原因のレベルで判断するか、引用や制限規定や権利濫用等の抗弁のレベルで判断するかの違いということになる」とされる。

35) 引用が認められる要件についていわゆる総合考慮説に依ることを明示したものと評価される一方で、裁判官の法創造の域を超えているという批判もある。例えば齊藤博「本件判批」判例評論630号174頁以下参照。

36) 中山・前掲注4) 5頁。なお、同15頁、35頁参照。

37) 田村・前掲注13) 58頁。

について、経済的な不利益を生じているかどうかの点について争われる以上、それにふさわしい範囲で設定されるべきであろう。すなわち「対比の対象は当事者が主張を戦わせている範囲で行うもの」³⁸⁾ であって、実質的に妥当な判断が担保される限り、不明確であるという指摘は妥当ではないと考える。以上のことから、作品全体比較説にしたがい、法的救済を求める原告の負担を相対的に重くするほうが、合理的ではないかと考えられるのである³⁹⁾。

(2) 作品全体比較説と著作物全体観察説について

著作物全体観察説は、翻案の成否について、まず、表現上の創作性の共通性を判断する点で、一元説と同様であるが、それを十分条件としない点で異なる。また、著作物全体観察説は、作品全体比較説と異なり、一元説の主張する「まとまりのある部分」という基準の不明確性に配慮して、被告の著作物の中で原告の著作物が利用されている部分のみをもって、本質的特徴の直接感得性の有無の判断対象としている点で、作品全体比較説と異なると考えられる。著作物全体観察説は作品全体比較説に対して、「本質的特徴の直接感得性」の要件を利益衡量の場として用いることが可能と評価しつつも、著作権法 32 条 1 項の引用規定がその役割を担っており、むしろ作品全体比較説は判断の明確性を損なうものである」と批判される⁴⁰⁾。すなわち、この見解は、前述の美術鑑定書事件判決において引用の成否に関して判示された「他人の著作物を利用する

38) 高部・前掲注 3) 62 頁。

39) なお、江差追分最判以前の裁判例であるが、舞台装置事件判決（東京高判平成 12 年 9 月 19 日判時 1745 号 128 頁）は、「著作権は、表現されたものに創作性がありさえすれば、極めてと表現することの許されるほどに長い期間にわたって存続する権利を容易に取得することができるのであり、しかもこの権利には、対世的効力が与えられるのであるから、不可避となる公益あるいは第三者の利益との調整の観点から、おのずと著作権の保護の範囲は、限定されたものとならざるを得ない。」とした。この考え方からすれば、表現の本質的特徴の直接的感得性は、翻案の成立に当たっての必要条件はあっても十分条件ではなく、公益あるいは第三者の利益との調整の観点の考慮から翻案の成立を否定すべき事例を肯定すべき場合があると考えられよう。なお、中山・前掲注 4) 250 頁参照。

40) 前田・前掲注 3) 24 頁。

側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度等が総合考慮される」という点を前提として、いわゆる二次創作者を保護する必要性と著作権者にとって守るべき利益の比較衡量を可能とする役割は、引用規定が実質的に担っていることから、作品全体比較説のように「作品の一部としてのひとまとまり」に比較対象を拡大するのではなく、比較対象は、原告著作物が利用されていると主張される範囲に限定することにより、翻案の成否の判断が不安定となる点を回避しようとしているのだと推察される⁴¹⁾。

もとより、作品全体比較説は、原告が自らの著作物が侵害されたと主張する部分に創作性があるかを認定したうえで、被告の主張も勘案して「本質的特徴」の同一性が維持され、直接感得されるかという点に翻案の成否の判断の合理性を求めるものである⁴²⁾。著作物全体観察説の論者は、引用規定について、一般的権利制限規定の役割を実質的に担っていることを前提にされていると考えられる。しかし美術鑑定書事件判決は、もとより著作権を制限する方向の解釈を認めたものであるが、従来のいわゆる明瞭区別性と附従性の2要件との訣別という方向で収束するのか、その趨勢はいまだ決していない⁴³⁾ばかりか、それ自体法解釈論としても疑問視されている⁴⁴⁾。したがって、権利制限規定の適用による余地に依存すべきではなく、権利侵害の請求原因事実のレベルでの原告の立証負担を実質的に重くしつつ、必要に応じて、利益衡量的な考慮を持ち込むべきであり、著作物全体観察説からの批判は妥当ではないと思われる。また、著作物全体観察説は、分離鑑賞・享受可能性を基準に、「著作物」の範囲を確定しつつ論じていると解されるが、原告の著作権が、被告によって「侵害」されているかどうかの問題であり、「著作物」の範囲をどのように画する

41) 前田・前掲注3) 25頁参照。

42) 高部・前掲注3) 64頁参照。

43) 田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた―美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に―」法曹時報63巻5号1039頁。

44) 斉藤・前掲注35) 178頁。

かは、実務的には、被告の作品ごとに訴訟物を考えるべきか否かとの観点との関係で検討すべき課題であるといえよう。また、前述のように、作品全体比較説が著作物の経済財としての保護に相応しい考え方ということからすれば、比較対象を原告の著作物が利用されたと主張する範囲に限定することに必ずしも合理的な理由はなかろう。むしろ、原告著作物としての権利保護は、被告の利用行為の態様等との相関関係において判断すべきであり、その場合、取引の客体としてある程度まとまった作品の部分について比較対象とするほうが合理的であろう。さらに訴訟経済の関係からも、「原告の著作物」対「被告の作品」ごとに訴訟物が異なると考えるべき⁴⁵⁾であり、著作物全体観察説が、原告の著作物が利用されている被告作品の部分ごとに請求が成立する余地を与えるのであれば、訴訟物が無用に多く認められて、訴訟経済の観点からも望ましくないとはいえよう。したがって、まとまりのある部分」という基準が不明確であると批判される作品全体比較説の問題点を解消した考え方と評価することは困難ではないかと考えられ、著作物全体観察説に与することとはできないと考える。

2.2 同一性保持権侵害における意義

前述のように、「本質的特徴の直接感得性」の要件は、翻案権の侵害事件だけではなく、同一性保持権の侵害要件についても、裁判例において、言及されている。ここでは、同一性保持権侵害における意義について、翻案権侵害における意義との相違の観点から検討する。

モンタージュ最判は、「……現実的な世界を表現する本件写真とは別個の思想、感情を表現するに至っているものと見るとしても、なお本件モンタージュ写真から本件写真における本質的な特徴を直接感得することは十分できるものである。そうすると……本件写真の利用は、上告人が本件写真の著作者として保有する本件写真についての同一性保持権と侵害する改変であるといわなければならない。」として、同一性保持権侵害においても「本質的な特徴の直接感

45) 高部・前掲注3) 56頁。

得性」に言及している。また、本多勝一反論権事件最高裁判決（最（二小）判平成10年7月17日判時1651号56頁）も、「他人の著作物を素材として利用しても、その表現形式上の本質的な特徴を感得させないような態様において、これを利用する行為は、原著物の同一性保持権を侵害しない。」とした⁴⁶⁾。このように、一般に、「被告作品における原告著作物の「本質的特徴の直接感得性」は、同一性保持権侵害の要件と考えられている。すなわち、本質的特徴の直接感得性が否定されるような場合に、著作物の利用がないとして同一性保持権の侵害にならない⁴⁷⁾」との文脈で用いられている。しかしながら、前述のように、経済的な利用権である翻案権の侵害においては、原告著作物の本質的特徴が被告作品においても直接的に感得されるか否かについて、公益あるいは第三者の利益との調整等の観点も踏まえつつ、侵害の有無が規範的に判断されることとなると考えられるが、同一性保持権は、原告著作物について、意に反する改変を加えられることなく維持することができる権利であるから、著作物の表現上の本質的特徴の直接感得性の有無は本来的に問題とならないと考えられよう。すなわち、著作権法20条1項は著作物の著作者の意に反する改変行為を侵害行為としているのであり、著作物たりうる要件としての創作的表現が維持されている限り（換言すれば、本質的特徴の直接感得性がなくても、創作的表現が換骨奪胎されて、看取することができないといえない限り）において、同一性保持権の侵害を肯定する可能性があるとして解するのが規定の趣旨に適っていると考えるべきであろう⁴⁸⁾。実務上も、モンタージュ最判において、「本質的特徴の直接感得性」と言及されているのは、単に、原告の訴訟上の請求が認められ

46) 前掲の釣ゲーム事件判決も、本質的特徴の直接感得性の不存在を理由として、同一性保持権の侵害を否定している。

47) 中山・前掲注4) 497頁、593頁。高部・前掲注4) 345頁は、複製権及び翻案権侵害の判断基準が基本的に重なることを前提としたうえで、「表現上の本質的特徴を直接感得できないような著作物の創作は、複製にも翻案にもあたらず、同一性保持権の侵害にも当たらない」とされる。高松宏之「著作者人格権侵害」高部眞規子編『著作権法・商標法・不正競争防止法の実務』（商事法務2015）131頁も、翻案権侵害と同一性保持権侵害は同じ基準で判断されることになるとされる。

る事例であるという趣旨を示すにとどまるのであって、同一性保持権侵害の十分条件ではないと考えるべきであろう⁴⁹⁾。そうだとすれば、被告作品において原告著作物の表現上の「本質的特徴の直接感得性」がないと判断された場合には、翻案権侵害は成立しないが、原告著作物の創作的表現が被告作品において再現されているということであれば、同一性保持権の侵害の余地があるといえ、翻案権（ないし複製権）と同一性保持権の侵害における「本質的特徴の直接感得性」の意義は異なる⁵⁰⁾ ことになり、同様であることを前提に論じられていると考えられる従前の裁判例については、疑問の余地を生じることになる⁵¹⁾。

2.3 小括

以上の検討によって、翻案権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の意義については、作品全体比較説を採用すべきであることが明らかになった。一元説のように、形式的な侵害（＝単なる創作的表現の再現）をもって、被告によ

48) 松田政行『同一性保持権の研究』（有斐閣 2006）127 頁は、「感得できる外面的表現形式が本質的特徴部分である必要があるか。……何らかのパロディを表現するモンタージュ写真を作ったとしても利用される部分に著作物性が肯定される限りにおいて、同様の結論に至るものとする」とされるが、同旨であろう。

49) 翻案権侵害訴訟においても、かかる要件は十分条件ではない（前掲・舞台装置事件判決参照）が、その位置づけないし意味内容は異なると考えられる。なお、飯村・前掲注 10）9 頁は、「当該事案の具体的判断では、最高裁判決の定立した判断基準である「原告写真の特徴が本質的なものか」などの法律判断をするまでもなく侵害に該当する事案であり、モンタージュ写真事件最高裁判決が設けた抽象的な規範（「本質的な特徴の感得」規範）は、同一性保持権侵害ないし翻案権侵害の成立を限定するツールとしての機能は持たないものである」とされるが、その趣旨は、同一性保持権侵害事件におけるほうが妥当する程度が高いといえよう。もっとも、当該規範の適用の程度であって、最終的な侵害の成否の程度とは整合するものではないと考える。

50) その限りで、前述の一元説や作品全体比較説等の対立は、江差迫分事件最高裁判決以降の翻案権侵害を念頭においた議論におけるものであって、同一性保持権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の概念が異なる以上、かかる学説の対立を踏まえた議論することは適切ではない。

51) なお、この点は、後述 3.2 を参照されたい。

る権利制限規定の適用のための立証負担にゆだねるという構成を採るのではなく、作品全体比較説によれば、「本質的特徴の直接感得性」の要件の充足性について、最終的に裁判官の「評価」に委ねられる場面が多くなるとしても、原告の立証負担が相当程度重くすることによって、経済的な権利としての翻案権の侵害の合理的な認定の確保の観点から、両者の実質的なバランスをとることが可能になる。換言すれば、原告（権利者）と被告（利用者・被疑侵害者）との公平な立証負担を確保し、権利侵害の認定を合理的なものにするための道具概念として「本質的特徴の直接感得性」を把握すべきだと考える。また、著作物全体観察説と対比しても、作品全体比較説が経済財としての著作物の権利保護ないし訴訟経済の観点から優れていることが明らかになった。

また、同一性保持権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の意義は、翻案権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の意義と異なるばかりか、同一性保持権の侵害が問題となる事例においては、「創作的表現」が被告作品において看取される限りにおいて同一性保持権の侵害の余地があると考えらるべきであって、「本質的特徴の直接感得性」に独自の意義を見出し得ないと考えるべきであろう。

以上を前提として、次章においては、要件事実論的な観点から、翻案権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の認定にあたっての判断基準ないし考慮要素を検討するとともに、同一性保持権の侵害における、「意に反する改変」の意義について、若干の検討を加えることとする。

3. 要件事実論的な観点からの検討

前述のように、江差追分事件最高裁判決及びその後の学説や裁判例を検討すれば、翻案の要件については、原告が、被告作品において単に原告著作物の創作的表現が再現されていることを主張、立証するだけでなく、被告の行為によって、原告の利益が侵害されたという実質的な内容について、原告に立証を尽くさせるべきであることが確認された。このことを、要件事実論的な観点か

ら検討すれば、「本質的特徴の直接感得性」を規範的要件⁵²⁾と把握すべきではないかとの帰結が導かれよう⁵³⁾。そこで、以下においては、「本質的特徴の直接感得性」について要件事実論的な観点から、その判断要素等について、若干の検討を加えることにする⁵⁴⁾。

また、同一性保持権の侵害においては、「意に反する改変」が要件事実であり、また、当該要件については、いわゆる主観説と客観説の対立があるが、少なくとも近時有力とされる客観説が主張する「ある程度客観化されたその状況における合理的意思というものを措定すべき」である限り⁵⁵⁾、規範的要件であると考えられることから、その判断要素等について、若干の検討を加えることとする。

3.1 翻案権侵害における検討

3.1.1 要件事実としての「本質的特徴の直接感得性」

翻案権侵害訴訟において、原告は、「本質的特徴の直接感得性」を立証しなければならない⁵⁶⁾が、前述のように、これが規範的要件であるため、「評価根拠事実」が何かということが問題となる。この点、要件事実に関する現在の

52) 三木浩一「規範的要件をめぐる民事訴訟法上の諸問題」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』（信山社 2014）6 頁は、「規範的要件」とは、当該法律要件が、通常法律要件のように「事実」概念を用いるのではなく、規範的意味における「評価」概念を用いた法律要件であることを意味する」とされる。

53) なお、中島・前掲注 1) 111 頁は、「本質的特徴」自体を規範的要件であるとする。

54) この点、相山敬士「著作権の侵害と差止」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）711 頁以下は、作品は原則として全体として提示されるものとして全体比較論に与しながら、「本質的特徴」という用語については、消極的に解され、創作的表現の感得性を基準とされるが、必ずしも創作的表現が感得されれば直ちに侵害であるとは捉えられていないことからすれば、結局、侵害の成否の判断のためには、感得される対象としての「創作的表現」に絞りをかける道具概念が必要になるのではないかと考える。

55) 伊原友己「著作権侵害訴訟における著作者人格権の保護とその限界」牧野ら『知的財産法実務大系Ⅲ』（青林書院 2014）206 頁。なお、岡村・前掲注 23) 325 頁。高部・前掲注 1) 365 頁参照。

通説である⁵⁷⁾ 主要事実説 を前提として考えるならば、規範的要件としての「本質的特徴の直接感得性」という要件事実の主要事実としての評価根拠事実は、「本質的特徴の直接感得性を基礎づける具体的事実」となろう⁵⁸⁾。

この点、横山教授⁵⁹⁾ は、「本質的特徴の直接感得性」を二つに分断し、原告は「類似性の評価根拠事実である「表現上の創作性のある要素の利用」に係る事実について主張立証責任を負い、他方、被告は類似性の評価障害事実である「直接感得性の不存在」に係る事実について主張立証責任を負う」⁶⁰⁾ とされる。しかし、この見解については、まず、評価根拠事実と評価障害事実は、同じ評価（要件）を巡ってその充足自体に働く事実であるとの考え方⁶¹⁾ に背理していると考えられるし、また、このような見解は複雑すぎて、実務に堪えられないのではなかろうか⁶²⁾。

56) ここでは、いわゆる濾過テスト（原告著作物と被告作品から共通性を有する部分を抽出し、表現の本質的特徴の直接感得性の有無により、侵害の有無を判断する）を前提とする。高部・前掲注1) 243頁、高林・前掲注7) 78頁。なお、相山・前掲注54) 729頁参照。

57) 三木・前掲注52) 5頁以下参照。なお、大島眞一「規範的要件の要件事実」判タ1387号（2013）24頁参照。

58) 三木・前掲注52) 21頁は、いわゆる総合判断型の事例において、抽象度の高い「規範的要件を根拠づける事実」を評価根拠事実とされる。また、典型的な規範的要件である、過失や正当事由と異なり、「評価根拠事実」に相当すると想定される事実が少ないという面がある。それは、「本質的特徴の直接感得性」という要件が、高度に評価的である（＝規範性が高い）ということの証左ではないかと考える。なお、「正当事由」等については、必ずしも規範性が低いとは限らない。

59) 横山教授の翻案権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の意義に関する考え方は、横山・前掲注9) 212頁以下に示されているが、前田教授によれば、著作物全体観察説の下になった考え方であり、それと同視できると考えられる。

60) 横山・前掲注9) 225頁。

61) 伊藤滋夫『要件事実の基礎 新版』（有斐閣 2015）314頁。

62) 飯村弁護士の発言（伊藤・前掲注5) 36頁所収）も「表現上の本質的特徴という部分」と「直接感得部分」を分けて理解することを前提とした発言ではないと認識されよう。なお、一元説の立場からは、創作的表現の共通性と原告著作物の表現上の本質的特徴の直接感得性は両立しないとの指摘がある。上野達弘「知的財産法要件事実研究会を終えて4」伊藤・前掲注5) 234頁参照。

なお、横山教授は、「直接感得性の不存在に係る事実」として「原告が両著作物の共通部分として主張する要素が現に他の著作物にも広く採用されている事実」を挙げられる⁶³⁾が、これらは江差追分事件最高裁判決の判決要旨2に相当する事実、すなわち、共通性を有する部分を抽出しても、それがありふれた表現に過ぎないことを示すことと同様であり、判決要旨1に独自の意義を見出す作品全体比較説だけではなく、著作物全体観察説とも相容れないのではないかと考える。

3.1.2 「本質的特徴の直接感得性」の評価根拠事実

一般に、要件事実から主要事実とすべき具体的事実が自動的に導出されるということはありません⁶⁴⁾が、どのような具体的な事実が評価根拠事実に該当する可能性があるかを検討することは排除されず、むしろ有益であると考えます。そこで、翻案権侵害における要件事実としての「本質的特徴の直接感得性」の評価根拠事実として、どのような事実が考えられるかを検討します。

この点に関連して必ずしも要件事実論的な観点からの見解ではないと思われるが、横山教授は、著作物の機能の点から、著作物は作者が生み出した創作性を他者に鑑賞させる目的で創作されるものであるとし、受け手の鑑賞対象となることによって初めてその目的を達成することになるとし、著作物の保護においても、既存の著作物の創作的要素が感得しえない場合には、こうした著作物本来の機能を果たしていないとして保護に値しない、とされる⁶⁵⁾。また、梶山弁護士も、鑑賞的価値を侵害の成否の要件とされている⁶⁶⁾。

63) 横山・前掲9) 120頁、225頁。横山教授は伊藤教授の原則・例外思考の一例とされる。また、同教授は、「他の同種の著作物を参照しつつ、被告著作物に固有の相違部分が、両者の著作物に比して顕著な特徴を有するため、被告著作物の需要者が両著作物の相違部分を離れて、両著作物の共通部分に着目し、その表現上の創作性を、独立に認識・感得することはない」といったことを主張することが考えられる、とされるが、これは後述のように「評価」に過ぎないのではなかろうか。

64) 三木・前掲注52) 11頁。

65) 横山久芳「翻案権侵害の判断基準の検討」コピライト 609号(2012) 8頁。

このような見解について、要件事実論的な観点から検討するとすれば、「鑑賞性」ないし「鑑賞的価値」の有無は、「評価」であって、評価根拠「事実」たりえないのではないかと考える。「事実」と「評価」の区別に関しては、直接に主張立証の対象となる事実と考えてよいものが「事実」であって、そのまま主張立証の対象事実とは考えてはいけないものを「評価」と考えられる⁶⁷⁾。そうだとすれば、「鑑賞的価値（が再現されているかどうか）」は、それ自体、主張立証の対象事実とはならないのではないか。横山教授らは、著作物の機能が害されることをもって評価根拠事実とすることにされていると考えられるが、「本質的特徴の直接感得性」を規範的要件として、実質的な侵害の認定をするという考え方との整合性の観点から疑問なしとしない。

むしろ、被告作品が、原告の著作権に対して市場レベルで影響を及ぼすことになるかを「事実」として主張立証の対象と考えるべきであろう。この点、奥邨教授は、要件事実論の文脈における指摘ではないが、米国での翻案権侵害の議論を概観したうえで、著作権の排他性を市場のレベルで担保すべきとする米国の視点の我が国への導入を示唆されている⁶⁸⁾。経済財としての著作権（財産権）の保護の観点からは、市場において、被告作品が原告著作物と競合し、原告著作物の経済的な利益を脅かされるおそれがあるとの事実を主張、立証することによって、規範的要件としての「本質的特徴の直接感得性」を充足すると考えるのが適切であろう。

以上からすれば、財産権である翻案権の侵害を認定するためには、被告の行為が原告に対して何らかの経済的な不利益を及ぼすことが必要であると考えら

66) 梶山・前掲注 54) 715 頁。なお、横山教授は、翻案権侵害を問う必要性を、著作物の鑑賞価値に求められている（横山・前掲注 65) 8 頁参照）。また、前田・前掲 3) 13 頁は、「著作物の意義を一定の観賞的価値を受け手に伝えて受け手にそれを知覚・享受させることにある」ことを前提にしたうえで、著作物の類似性を「その具体的表現と同一の表現を用いていない場合は否定され、また、同一の観賞的価値を受け手に伝達していない場合にも否定されるべき」とされる。

67) 伊藤・前掲注 61) 288 頁。

68) 奥邨弘司「翻案権侵害における全体比較論」L&T66 号（2015）30 頁。

える。その点からすれば、原告著作物が市場において被告作品によって代替されうること、すなわち「本質的特徴の直接感得性」を規範的要件としたうえで、「市場代替性」をもって、「評価根拠事実」に該当する具体的な事実の一つと考えるのが適切ではなかろうか。前述のように、著作物の経済財的色彩の強化あるいは競争法的構成といった近時の考え方⁶⁹⁾とも整合的であろう。例えば、絵画の模倣の事例において、美術の著作物の侵害とされるためには、その絵画自体として、市場において代替性のある、競合する作品といえるだけの「本質的特徴の直接感得性」が必要であり、それで十分であろう。また、「市場代替性」をもって評価根拠事実とする考え方と「まとまりのある部分」で比較するという考え方とは整合的であろうか⁷⁰⁾。この点、一元説のような単なる「創作性のある表現の共通性」ではなく、市場においてどのような「まとまり」で認識され、流通し、取引されているか、そして代替性を有するかどうかを検討の前提とされなければならない。

なお、横山教授は作品全体比較説について、創作的価値のある部分の優劣により侵害の成否を決する考え方と捉えられる⁷¹⁾が、そうではなく、市場で代替される程度の「本質的特徴の直接感得性」が認めれることを原告が主張、立証すべきと考えるべきであろう。また、市場代替性の前提として、被告作品に原告の著作物の観賞的価値の有無が「評価」される必要があるのではないかとのありうるべき反論に対しては、市場で代替することがありうるかの考慮要素

69) なお、奥邨・前掲注 68) は、「標識法でない著作権法への市場への影響についてのあるべき反論について、権利制限規定を例に、市場の問題を勘案することが別段特異なことではない」とされる。

70) 伊藤・前掲注 5) 30 頁〔茶園発言〕は、直接感得性の有無の判断の結果としてまとまりのある部分かどうか確定するのではないかとの趣旨であろう。確かに、先にまとまりのある部分の確定をするべきではなかろうが、市場において競合すると判断される被告作品における「まとまりのある部分」において、本質的特徴の直接感得性の有無が判断されることだけは確かであろう。

71) 横山・前掲注 65) 24 頁。もっとも、本稿において紹介したように、少なくとも最近の「作品全体比較説」は、両者の「創作的価値の優劣」のみを基準としているものではないと考える。

として「鑑賞的価値」といった「評価」の要素が勘案されることが想定されるが、「市場代替性」自体の判断はあくまでも「事実」としての判断と考えられる。

このように、「市場代替性」は「本質的特徴の直接感得性」の評価根拠事実であって、評価障害事実に対応する事実はない⁷²⁾と考えられる。もっとも、主要事実としての評価障害事実がないというだけであって、訴訟上の攻撃防禦方法の一環として、被告は「本質的特徴の直接感得性」の不存在に向けた防御活動をすることができる。

3.1.3 具体的事例へのあてはめ

翻案権侵害事件の要件事実としての「本質的特徴の直接感得性」という規範的要件及びその評価根拠事実を「市場代替性」とする考え方を、前述のプロ野球カードゲーム事件判決にあてはめて検討する。同判決は、本質的特徴とは、野球選手のポーズや配色等の重要な要素を組み合わせた表現であるとして、一部のカードの侵害を認めたが、被告作品であるカードゲーム全体として、市場において代替性があり、原告のカードゲームの売りに影響を与えるかを評価根拠事実として、原告に主張、立証させる事例であったのではないかと考える⁷³⁾。また、やや具体的な事例を設定してみると、たとえば、市販される手帳のレイアウトのうち10か所において著作物性がある場合、その手帳の著作者が、そのうちの1か所の表現上の本質的特徴が感得される態様で複製・翻

72) 伊藤・前掲注5) 291頁、中島・前掲注1) 111頁は、評価的要件を基礎づける評価根拠事実と評価障害事実が併存し、両立する限り後者が抗弁となるとされるが、三木・前掲注52) 16頁が示唆されるように、証明責任の分配論との整合性からすれば、いずれの事実も真偽不明になることを避けるために、評価根拠事実のみがあるという整理の方が合理的であろう。なお、三木・前掲注52) 19頁が、民事訴訟の原則論から、「証明責任を負わない当事者の反証の負担として、要証事実を真偽不明に追い込むだけで足り、積極的に要証事実の不存在まで証明することは必要ない」と明快に記述されるように、「本質的特徴の直接感得性」について、原告が証明責任を負担するのであって、被告がその不存在の証明責任を負担するわけではない。

案し、残りの9か所については、創作性のない表現や独自の創作的表現により構成するレイアウトの手帳を制作した者に対して著作権侵害を理由に請求をする場合、市場においては、手帳全体として取引されることから、一般に、被告の手帳には、市場代替性は認められないと考えられよう⁷⁴⁾。一元説によれば、

73) 本件において、原告（控訴人）は、被告（被控訴人）のゲームについての制作、配信行為をもって、原告の著作権（複製権、翻案権、公衆送信権）を侵害していると主張しており、カードごとの著作権侵害を主張しているわけではない。この点、前田・前掲注3) 26頁は、著作物全体観察説の立場から、分離鑑賞・享受可能性に基づいて著作物を定義したうえで、本件判決につき、カードごとに「著作物」と捉えうことを前提に、鑑賞的価値の異同により侵害の成否を分けたものとされるが、市場代替性の観点からは、個々のカードではなく、市場で取引される著作物（正確には「著作物を含む作品」というべきか）としてのまとまりをもって侵害の成否を判断されるべきであろう。なお、同判決は中島選手らのカードについて、原告と被告の両カードが「表現上の本質的特徴を同一にしているものと認められ、また、その表現上の本質的特徴を同一にしている部分において思想又は感情の創作的表現があるものと認められる」と判示しているが、高部・前掲注1) 64頁の判断手法と異なる。すなわち、江差追分事件最高裁判決のように、原告が侵害であると主張する部分（と被告作品）を対比して、その部分が創作性ある表現といえるか否かの判断を行ったうえで、被告作品に新たに付加された部分を含め、市場で取引される、あるいは取引の成否に影響を与える程度の単位としての「まとまりのある作品」を通して原告著作物の本質的特徴が直接感得できるかの判断をすべきだったと考える（中山・前掲注4) 594頁、相山・前掲注54) 716頁参照）。また、被告作品をカードゲーム全体とするならば、個々のカードの類似性を判断すべきではなかろう。損害賠償額の認定において、寄与度の判断として、類似性のある部分を特定し、その部分の売上げへの寄与を算定することは必要である場合があるとしても（市場代替性の観点からすれば寄与度の考慮をすべきでない場合もあろうし）、侵害か否かの判断においては、「(市場で取引される) 作品としてのまとまり」について、原告著作物の表現上の本質的特徴が直接感得されるか否かが判断されるべきであり、かつ、それで足りると解する。森義之「著作権侵害訴訟における訴訟物について」清永＝設楽編『現代裁判法体系 26 知的財産権』（新日本法規出版 1999）369頁、相山・前掲注54) 716頁も同旨と思われる。なお、相山・前掲注54) 712頁は、「「本質的特徴」として類似性部分を局所的に捉えすぎると侵害が認定される場合でも、侵害部分が過度に限定的になり、損害額に影響する」とされるが、原告著作物と被告作品の侵害レベルでの判断基準である以上、損害額の認定の問題はいずれの考え方でも起こりうるのではないかと考える。

74) もっとも、元の著作物のうち、当該「1か所」が市場で取引される手帳全体からみて重要な要素であるような場合には、侵害が認められる可能性は否定されない。

創作的表現が被告著作物にも認められ以上、複製権ないし翻案権侵害とされるべきだと考え、権利制限規定等での妥当な解決を図るのであろう⁷⁵⁾。しかし、作品全体比較説を前提としたうえで、評価根拠事実としての市場代替性の存在の立証負担を重く設定することにより、原告の立証活動の結果として、当該要件事実についての裁判所の判断が真偽不明となれば、著作権侵害は認められず、権利制限規定等の適用によるまでもなく、著作権の保護を及ぼすことが妥当とはいえないとの結論に到達することができると思う。

3.2 同一性保持権侵害における検討

ここで、前述の同一性保持権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の概念に関する考え方を前提として、同一性保持権の要件事実としての「意に反する改変」の評価根拠事実について検討しておく。

雪月花事件判決は、「書を写真により複製した場合に、その行為が美術の著作物としての書の複製にあたるといえるためには、……単に字体や書体が再現されているにとどまらず、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった上記の美的要素を直接感得できる程度に再現されていることを要するものというべきである。……本件各作品の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分を有するものではなく、……複製物であるとも、その翻案に係る二次的著作物であるともいえないこと……から、同一性保持権は……及ばない」として、美的要素の直接感得性がないとして非侵害の結論を導いた。美的要素の直接感得性がないということは、前述のように、「事実」ではなく「評価」の範囲で判断されていると考えられ、原告が被侵害利益を侵害されているということをもって請求するのであれば、その根拠となる事実を主張、立証させるべきであろう。そのうえで、作品全体比較説を前提としたうえで、仮に、翻案権（ないし複製権）侵害の有無については、被告作品に「本質的特徴

75) 梶山・前掲注 54) 717 頁は、創作性のある部分を抽出して侵害認定をすることによると損害額の認定等の実務において煩雑すぎるとされる。

の直接感得性」がないとして、否定されることに合理性があったとしても⁷⁶⁾、同一性保持権の侵害の有無に関しては、被告作品において原告著作物の創作的表現が看取できる程度に維持されているのであれば、それが著作者の意に反して改変され、著作物としての同一性が維持されていないかどうかは別途問われなければならないといえよう。この事件においては、カタログの中に、原告著作物である書が再現されており、その本質的特徴が直接的に感得されるとはいえないとしても、創作的表現が再現されているとの認定される場合もありえよう。その場合において、創作的表現が再現されており、かつ、利用態様が著作者の意に反するようなものであれば、同一性保持権の侵害の可能性を否定しえないといえよう。もっとも、照明器具のカタログに掲載されることで、著作者の人格までも侵害したと社会通念上いえるかは別の問題である。

これに対して、原告の著作物である「書」を同じ解像度でキーホルダーに再現した場合には、複製権ないし翻案権の侵害については、「本質的特徴の直接感得性」が問題とされ、前述のように、評価根拠事実を市場代替性の存在とするならば、書とキーホルダーは、市場を異にすることから、評価根拠事実の存在が否定され、翻案権の侵害の成立は否定されと考えられよう⁷⁷⁾。しかし、同一性保持権の侵害の有無については、その前提として、創作的表現の再現がされていれば足りると考えられることから、芸術性の高い著作物をキーホルダーのような日常的で安価な商品に再現すること及びその態様が、著作者の意に反しているとして同一性保持権の侵害の成立の余地があると考えられよう。

もっとも、条文上「意に反する改変」とされているからといって、著作者の人格的利益を害しない程度の改変についてまで本条の適用があると解するのには疑問があろう⁷⁸⁾。そうだとすれば、規範的要件たる「意に反する改変」の

76) 平成 24 年改正により追加された 30 条の 2 の議論はここでは念頭に置いていない。30 条の 2 のいわゆる「写り込み」を巡る問題については、大野聖二「本件判批」小泉・前掲注 27) 112 頁、中山・前掲注 4) 305 頁参照。

77) 梶山・前掲注 54) 715 頁は、キーホルダーの作成行為が、当該書の創作的表現の価値に着目して複製をして、それによって利益を得ようとしていることをもって、侵害になるとされているようである。

評価根拠事実についても、翻案権侵害における「〔本質的特徴の直接感得性〕を基礎づける具体的事実」とは異なり、「〔意に反する改変〕を基礎づける具体的事実」が主要事実となろう⁷⁹⁾。そのうえで、評価根拠事実としては、「当該改変について、著作者自らが意に反する旨の表明をしていたこと」⁸⁰⁾あるいは、「その分野の著作者の立場からして、当該改変行為が通常その著作者の意に反するといえること⁸¹⁾（＝当該改変が著作者の人格的利益を侵害する改変としてこれを許容しない社会的合意があること）」が評価根拠事実になるかと考えられる。この点について、翻案権と同一性保持権の相違についての前述の検討結果からすると、翻案権は、利用に関する権利であり、原告著作物と被告作品が、直接間接を問わず、何らかの形で市場で競合している状況にあることが前提であると考えられるのに対して、同一性保持権の侵害の場合には、改変行為自体に着目することから、市場において競合しているか、あるいは代替可能性があるかどうかは関係ないと考えられる。後者においては、あくまでも社会通念に照らして、原告の人格的利益を侵害する事実⁸²⁾の有無が問題となろう。そうだと

78) 上田洋幸「著作者人格権の侵害行為」牧野＝飯村編『新・裁判実務体系 22 著作権関係訴訟』（青林書院 2004）483 頁。

79) なお、著作権法 10 条 2 項 4 号について、松田・前掲注 48) 258 頁は、「〔やむを得ない〕の規範的評価を抗弁として、その評価根拠事実を要件事実として被告に主張・立証させる機会を保障し、他方、原告に「やむを得ない」規範的评价に対する再抗弁として評価障害事実を主張・立証させる機会を保障すべきである。」とされる。高部・前掲注 1) 236 頁は、著作権の制限規定によって翻案等が許容される場合にあっては、著作者人格権侵害回避措置を執ることは困難を伴う、とされる。

80) 高林・前掲注 7) 231 頁。

81) 作花文雄『著作権法詳解（第 4 版）』（ぎょうせい 2010）215 頁。サムネイル化により、著作物の伝搬に資するということは、著作者の意に反しないという前提で考えてよいであろう。除外規定（法 20 条 2 項 4 号）の「やむを得ない改変」で対応すべき問題ではあるまい。

82) もっとも、翻案権侵害における「本質的特徴の直接感得性」の評価根拠事実としての「市場代替性」のような具体的な「事実」を一般的に想定することには困難を伴う。なお、三木・前掲注 52) 21 頁。

すれば、翻案権の許諾をすれば、同一性保持権の行使が原則として常に否定されるわけではないということになろう⁸³⁾。原告は、同一性保持権の侵害の権利根拠事実として、上記の事実を立証すべきであり、すなわち被告の行為が、著作者の個性の発露としての思想・感情の表現を損なう行為であり、それが事前の包括的若しくは黙示の同意に含まれていないことを主張、立証しなければならないと考えられる⁸⁴⁾。

4. 結語

本稿では、主として、当事者の立証負担の公平性の追求のため、「本質的特徴の直接感得性」との要件事実を規範的要件と考えるべきだとしたうえで、その評価根拠事実を「市場代替性」とし、また同一性保持権を翻案権との相違を踏まえたうえで、「意に反する改変」についての評価根拠事実についても検討を加えた。もとより、著作権の権利制限規定や著作者人格権の適用除外規定の立法論ないし解釈論による立証負担の公平性ないし公正な利用の確保も大いに議論されるべきであるが、複製権や翻案権及び同一性保持権をはじめとする著作権侵害の請求原因レベルでの要件事実の立証負担についても、議論の余地があり、本稿が今後の実務や理論的研究の発展に資することがあれば幸甚である。なお、想定される批判ないし今後の課題の一つとしては、「市場代替性」という判断要素が全ての著作物に等しく適用されるべきか、あるいはその他の要素との調整は考慮しなくてよいのか、また「市場」の画定手法や範囲、更にそれ

83) 中山・前掲注4) 279頁は、翻案の許諾を受けても、あらゆる改変が同一性保持権の侵害にならないというのではなく、通常の翻訳・翻案では予定されていないような本質的な改変が行われたような場合には、同一性保持権侵害となりうる、とされる。

84) なお、松田政行「権利制限と著作者人格権の関係」野村豊弘先生古稀記念論文集・前掲注3) 273頁は、著作権法20条2項4号の「やむを得ない改変」を規範的評価概念としたうえで、改変を許容する諸要素を評価根拠事実とし、改変を許容しない諸要素を評価障害事実とされる。

に伴う救済方法の範囲等をどう考えるのか、といった点が、挙げられよう。これらの点を含めさらに検討し他日を期すものである⁸⁵⁾。

85) 本稿の執筆にあたっては、慶應義塾大学大学院法務研究科の奥邨弘司教授、同大学法学部の工藤敏隆准教授をはじめ、諸先生のアドバイスをいただいたことを記して感謝するとともに、十分に反映できていない点をお詫びする。