

# 著作物概念に関する現代的検討



辻本法律特許事務所  
弁護士 辻本 良知

## 第1 はじめに

知的財産法のうち、いわゆる産業財産権法においては、いずれも「産業の発達に寄与」することが目的として定められている（特1条、実1条、意1条、商標1条）。これに対して、著作権法においては、「文化の発展に寄与することを目的とする。」と定められている（著1条）。

このように両法分野の目的が異なることに起因して、両法分野が想定する保護対象の範囲も異なるものと一般的に考えられてきた。

しかしながら、デジタル技術の発展やインターネットの普及等により、多くの情報が世界中に瞬時に拡散し得るようになり、ビジネスがグローバル化・多角化したこととも相俟って、それまで想定されていなかったような多種多様な情報がビジネスの対象として取り込まれる時代となっている。むしろ、今日において、著作権ビジネスは、単なる企業戦略の域をも越えて、国家の経済政策においても重要なウエイトを占めるようになってきている<sup>1</sup>。

法に関する解釈は、法概念と社会的実態とのバランスのうえに成り立つものであるから、著作権法の解釈も、上記のような社会的実態の変化に応じて、一定の影響を受けることは当然である。

例えば、著作権法は、その保護の対象となる著作物について、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」（著2条1項1号）と定義付け、いくつかの著作物を例示している（著10条1項）が、著作権法の改正により、コンピュータ・プログラムやデータ・ベースが著作物として著作権法による保護の対象たり得ることが明記されたことも、このような社会的実態の変化に応じたものである。

このような時代の変化に呼応するかのように、多種多様なものが著作権の保護対象として議論されるようになり、従来の著作物概念では捉えることの容易ではない問題が生起しつつある<sup>2</sup>。

そこで、本稿においては、法概念と社会的実態とのバランス、及び、いわゆる産業財産権法に属する特許法との相違をも視野に入れつつ、著作物の概念につき検討することを目的とする。

---

1 渡邊晴美「著作権等をめぐる国際的な動き－WIPO新条約等」（ジュリストNo. 1132、1998年4月15日号）。

2 中山信弘「著作権法」（有斐閣、2007年10月10日発行）4頁では、「特に近年は保護客体の多様化が極端に進行し、様々な性質を有するものが著作権法の世界に取り込まれてきた。この現象が著作権法体系にどのような影響を与えるのか、という点が大きな問題である。」とされている。

## 第2 著作権物概念に関する基本的視座

### 1 著作権法をめぐる社会的実態

前記のように、デジタル技術が発展し、インターネットが普及したことなどにより、多様な価値観を有する多数の人々が、様々な情報を簡便に入手し得る時代となっている。また、資本主義が高度に進化した現代において、そのような人々の生活基盤の変化は、人々の日常的のみならず非日常的な生活の隅々に至るまで、企業がビジネスの根を行き渡らせ得るといふ社会的実態をもたらすに至っている。このような社会的実態は、いわゆる「文化」の領域も、いわゆる「産業」の対象として扱われるようになり、ビジネスの領域が飛躍的に拡大したという現実を意味している。また、逆の視点から観察するならば、このような「文化」と「産業」の棲み分けの溶解現象は、本来であれば、いわゆる「文化」の領域には属しないと考えられるべきものについても、「文化」的なものとしての保護を要求される可能性が生じることを意味している。

このような社会的実態を踏まえて、例えば、日本政府も、「映画・アニメ・TV番組・ゲーム・書籍等のコンテンツ産業の市場規模は約12兆円で、米国に次いで世界第2位の規模（2010年）」<sup>3</sup>「日本のコンテンツは、海外から高く評価されているが、海外輸出比率は5%で、成長するアジア諸国等の需要を取り込めていないのが現状」「日本の放送番組の輸出金額は、2年連続で減少しており、韓国の輸出額の半分にも満たないのが現状。日本の海外輸出比率は0.15%（国内市場規模：約3.7兆円、輸出金額：約63億円）であり、大きな潜在力を有している」と指摘し、「コンテンツ産業<sup>3</sup>は、海外展開を通じた成長を見込める有望な産業」と位置付けている<sup>4</sup>。このように、今日において、著作権ビジネスは、単なる企業戦略の域をも越えて、国家の経済政策においても重要なウエイトを占めるようになってきている。

そこで、上記のような社会的実態を、その目的として「文化の発展に寄与すること」を掲げる著作権法の解釈に反映させることの可否、限界が問題となる。

### 2 著作権法の目的（法の概念）

著作権法は、その目的として「文化の発展に寄与すること」を定めており（著1条）、いわゆる産業財産権法が、いずれも「産業の発達に寄与」することを目的として定めている（特1条、実1条、意1条、商標1条）のとは、異なる表現を用いている。

そこで、まず、「文化」と「産業」の言葉の一般的な意味が問題となるが、一般的に、①「文化」とは、「人間が自然に手を加えて形成してきた物心両面の成果。衣食住をはじめ科学・技術・学問・芸術・道徳・宗教・政治など生活形式の様式と内容とを含む。文明とほぼ同義に用いられることが多いが、西洋では人間の精神的な生活にかかわるものを文化と呼び、技術的発展のニュアンスが強い文明と区別する。」等とされている<sup>5</sup>。これに対して、②「産業」とは、「生活してゆく

3 なお、コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律（コンテンツ振興法）の2条において、「この法律において「コンテンツ」とは、映画、音楽、演劇、文芸、写真、漫画、アニメーション、コンピュータゲームその他の文字、図形、色彩、音声、動作若しくは映像若しくはこれらを組み合わせたもの又はこれらに係る情報を電子計算機を介して提供するためのプログラム（電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるよう組み合わせたものをいう。）であって、人間の創造的活動により生み出されるもののうち、教養又は娯楽の範囲に属するものをいう。」とされている。

4 経済産業省「コンテンツ産業の現状と今後の発展の方向性」（平成24年12月）。

5 新村出編「広辞苑」（第6版、岩波書店、2008年1月11日発行）。

ための仕事。生産を営む仕事、すなわち自然物に労働を加えて、使用価値を創造し、また、これを増大するため、その形態を変更し、もしくはこれを移転する経済的行為。農業・牧畜業・林業・水産業・鉱業・工業・商業および貿易など。」等とされている<sup>6</sup>。また、日常的な用例に基づき考察しても、文化=カルチャーの用法は多岐にわたっており、文学や美術等を指すものとしてメインカルチャーという言葉が用いられ、あるいは、漫画・アニメやアイドルグループ等、いわゆる「おたく文化」を指すものとしてサブカルチャー<sup>7</sup>、さらには食文化や消費文化等々という言葉が用いられることもあるなど、その用例は、非日常的なものから日常的なものまで極めて広汎かつフレキシブルである。

以上の各意味内容から考察するならば、一般的には、「文化」とは、芸術、道徳、宗教のみならず、科学・技術や消費活動に関する傾向等も含まれる概念ということになり、「産業」とは、それらのうちで、特に、生活のための経済活動にかかわるものを意味する概念ということになる。つまり、単純に、上記の一般的な意味内容のみから考察するならば、むしろ、「文化」は「産業」を包括した上位概念を意味すると考えられ<sup>8</sup>、「いわゆる文化」と「いわゆる産業」の垣根が溶解しつつあること、すなわち、人々の日常的のみならず非日常な生活の領域に至るまでビジネスの対象になりつつあるという社会的な実態を、著作権法の解釈において斟酌することも何ら背理ではないということになる。そして、コンピュータ・プログラムやデータ・ベースが著作権法の対象として明記されたことも、そのような意味においては、むしろ自然なことであるとさえいえることが可能である。

もちろん、法文の解釈は、言葉の一般的な意味内容を前提としつつも、法の趣旨や規定内容、隣接法分野との比較等により、その輪郭を明らかにする必要があることは当然である。

そこで、次に、産業財産権法の分野に属する特許法の趣旨や規定内容と比較することにより、著作権法の目的たる「文化の発展」の意味内容を検討する必要性が生じる。

### 3 著作権法と特許法との本質的な相違<sup>9</sup>

ある発明が特許法による保護を受けるためには、単に発明（特2条1項）であるだけでは十分でなく、新規性や進歩性等の特許要件（特29条）を満たしたうえで、登録（特66条1項）される必要がある。これに対して、ある著作物が著作権法による保護を受けるためには、著作物（著2条1項1号）の要件を満たすのみで足り、特許法におけるのと異なり、いかなる方式の履行も必要とされていない（著17条2項）。

このように、権利として保護されるための出発点に関し、著作権法においては著作物への該当性のみが判断要素とされているのに対し、特許法においては発明への該当性を前提として、新規性や進歩性等が要求されている。

このことは、つまり、特許法においては、代替技術が存在することの可能性を前提として、他者に先駆けて技術を開発するという要素が重視されていることを意味している。そして、これは、特許法の第1条において、その目的たる「産業の発達」に寄与するための手段として、「発

6 前掲・新村広辞苑

7 サブカルチャーという言葉の意味は、その用いられる時代の背景に応じてフレキシブルに用いられ、かつ、海外と日本との間において、その意味にニュアンスの違いがある。

8 紋谷暢男「著作権法からのソフトウェア保護」（法とコンピュータNo. 2、1984年）。

9 前掲・中山16頁では、(i)長期の保護期間 (ii)権利の発生基準の曖昧さ (iii)侵害基準の曖昧さ (iv)強力な人格権の保護の各観点から、著作権法を特許法と対比している。

明を奨励」することが掲げられていることにも表れている。

これに対して、著作権法において新規性や進歩性等が要求されていないのは、著作権法の領域においては、代替的な表現というものを想定するのが困難であるとの前提において、他者に先駆けて表現するというよりも、他者にはない独自性のある表現という要素が重視されているからである。著作権法の第1条においては、特許法におけるのと異なり、その目的たる「文化の発展」に寄与するための手段として、創作を奨励することが掲げられていないことも、このことの表れである。また、特許権に基づくならば、独自になされた発明に対しても差止請求できるのに対して、著作権に基づくならば、独自になされた創作物に対しては差止請求できないとされている<sup>10</sup>ところ、これも、特許法においては先駆け的要素が重視されているのに対して、著作権法においては独自性の要素が重視されているからである。

このように、特許法との比較において検討するならば、著作権法においては、他者に先駆けるというよりも、独自性のある創作という要素が重視されていることになり、著作権法の目的である「文化の発展」の意味を理解するに際しても、かかる要素を斟酌することが必要である。

そこで、以下においては、かかる点を基本的視座としつつ、著作物概念の要素につき検討を加えることとする。

### 第3 著作物の要件

#### 1 思想又は感情

著作権法において、著作物は「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」(著2条1項1号)と定義付けられており、著作物たるためには、まず「思想又は感情」の要素が不可欠となる。もっとも、「思想又は感情」自体が著作権法における保護の対象となるのではなく、著作権法において保護の対象とされるのは、「思想又は感情を」「表現したもの」である。つまり、素材をどのように表現するかに関して思想又は感情が介在されていること<sup>11</sup>が、著作物の要素ということになる。それ故、例えば、自然科学上の法則や学説そのものは著作物の対象たり得ない<sup>12</sup>が、それが具体的な表現として著され、その表現の方法について創作者の思想又は感情が介在しているのであれば、著作物の対象となる可能性も認められる<sup>13</sup>。

なお、特許法においては、発明の要素として「自然法則を利用した技術的思想」(特2条1項)が掲げられているところ、特許法においては、「技術的思想」が「表現」されることは求められていない。前記において検討したように、著作権法の領域とされている「文化」とは、芸術、道

---

10 渋谷達紀「知的財産法講義Ⅱ 著作権法・意匠法 [第2版]」(有斐閣、2007年6月10日発行)67頁では、「著作物の成立を緩やかな要件の下に広く認めながら、著作権の成立について方式主義をとることは、方式を踏まない大多数の著作者との間に不公平を生むであろうから、無方式主義が合理的であることはいうまでもない。また、著作権は、他人の著作物に依拠する行為に対してのみ行使することができる相対権であるから、方式による権利の公示がなくとも、その行使によって法的安全性が害されるおそれもない。そのため、今日では、無方式主義が世界の趨勢となっている。」とされている。

11 前掲・渋谷5頁では、「素材としての思想感情は、著作物の要素ではない。著作物の要素として残るのは、表現上の思想感情ということになる。」とされている。

12 大阪地裁昭和54年9月25日判決判タ397号152頁。大阪地裁平成16年11月4日判決判時1898号117頁。東京地裁平成17年11月17日判決判時1949号95頁。

13 東京地裁平成10年11月27日判決判時1675号119頁。

徳、宗教のみならず、科学や技術等も含まれる概念であるから、特許法の対象たる「技術的思想」も表現の過程に創作者の思想又は感情が介在しているならば、著作物となる可能性が認められる。

## 2 創作的に表現

### (1) 「創作的に表現」の意味

著作権法の定義によれば、著作物は「創作的に表現」されたものであることを要する（著2条1項1号）。

そこで、「創作的」の意味が問題となるが、一般的には、創作とは、①はじめてつくること、②独創的につくること等を意味する。かかる一般的な意味を基礎として、特許法における発明の定義と比較的に検討するならば、特許法においては、発明の要素として「技術的思想の創作」であることが要求されているのに対して、著作権法においては、著作物の要素として「創作的に表現」することが要求されている。前記のように、特許法においては「他者に先駆ける」という要素が重視されているのに対して、著作権法においては「独自性のある創作」という要素が重視されているのであるから、著作権法における「創作」とは、上記②独創的につくること、すなわち、表現者自身の個性が反映されていることを意味していると理解すべきである。

もっとも、特許法が「創作」と表現しているのに対して、著作権法が「創作的」と表現していることをも斟酌するならば、表現物に要求される個性の程度は高度なものである必要はなく、誰が表現しても必然的に同じ表現となるような場合は別として、例えば、子供の書いた作文や絵画のようなものでも足りるであろう。

### (2) 創作性の程度と保護範囲

創作性の意味を上記のように捉えることとの対比において、著作物の保護範囲の広狭を考慮する必要が生じる。

上記のように、誰が表現しても必然的に同じ表現となるような場合には、そもそも表現に選択の可能性が存在しないところ、選択の余地がないところには、個性を反映する余地もない<sup>14</sup>のであるから、創作性は否定されることになる<sup>15</sup>。また、表現の素材等に応じて、表現の選択の幅が広いこともあれば、極めて限られた選択の可能性しか認められないこともあるのであるから、その選択の可能性の大小に応じて、反映される表現者の個性の程度も異なることは当然である。

かかる場合、表現に選択の可能性が存する以上、そのうちのある種の表現を選択したことについて個性の反映があることは否定し得ないので、創作性は肯定されるべきである。ただ、前記のように、著作物が著作権法によって保護される根拠は、独自性のある創作であることに求められるのであるから、表現物に反映されている独自性＝個性の程度に応じて、その保護範囲の広狭も

14 前掲・中山52頁では、「創作性概念を、思想・感情の流出物としての個性ではなく、「表現の選択の幅」と捉えるべきであろう。即ちある作品に著作権を付与しても、なお他の者には創作を行う余地が残されている場合に、創作性があると考えらるべきである。」とされているが、「表現の選択の幅」があることと「個性」の流出があることとは何ら排斥し合う関係になく、同種の要素に対する表現の違いにすぎないと思われる。

15 高部眞規子「実務詳説 著作権訴訟」（きんざい、平成24年1月27日発行）109頁では、「ある思想を表現するのに極めて限定された表現方法しかない場合は、表現と思想が混同しており、著作権の保護の対象とはならない。」「そのような表現に著作権を認めると、著作権の保護が実質的に思想そのものの保護になってしまい、当該アイデア自体の独占を認めることになる」とされている。

変化するものと捉えるべきである<sup>16</sup>。

この点に関連して、携帯電話機用インターネット・ゲームの画面（魚の引き寄せ画面）に関する著作権侵害が争われた事件が注目に値する。同事件の争点は多岐にわたるが、本稿に係る創作性の判断につき、原審と知財高裁とは、それぞれ異なる見解を示した。すなわち、原審である東京地裁平成24年2月23日判決は、「原告作品と被告作品の魚の引き寄せ画面の共通点は、（中略）アイデアにとどまるものではなく、（中略）多数の選択の幅がある中で、上記の具体的な表現を採用したものである」「原告作品が配信される以前にも携帯電話機用釣りゲームは多数配信されていたが、上記共通点をすべて備えたゲーム（中略）は一つも存在しなかった」（下線部は追記による）と指摘して原告作品の創作性を肯定し、被告の著作権侵害を認定した。これに対して、知財高裁平成24年8月8日判決は、原告作品と被告作品とを分析的に比較検討し、「釣りゲームにおいて、まず、水中のみを描くことや、水中の画像に魚影、釣り糸及び岩陰を描くこと、水中の画像の配色が全体的に青色であることは、（中略）他の釣りゲームにも存在するものである上、実際の水中の映像と比較しても、ありふれた表現といわざるを得ない。次に、水中を真横から水平方向に描き、魚影が動き回る際にも背景の画像は静止していることは、（中略）アイデアというべきものである。」と指摘して、原告作品の創作性を否定した。

本稿において検討してきた創作性概念に基づいて、当該事件を検討するならば、まず、原審が指摘するように、原告作品における画面が「多数の選択の幅がある中で、上記の具体的な表現を採用したもの」であり、「共通点をすべて備えたゲーム（中略）は一つも存在しなかった」というのであれば、多数の選択の幅がある中で具体的な表現を採用したことにつき、表現者の個性が反映されていると評価されることから、創作性は肯定されるべきであったと考えられる。ただ、知財高裁が指摘するように、原告作品の画面において採用された個々の具体的な表現が、「他の釣りゲームにも存在するものである上、実際の水中の映像と比較しても、ありふれた表現といわざるを得ない」というのであれば、当該表現に反映されている表現者の個性の程度は極めて低いものと評価されることから、その保護範囲も極めて限定的に捉えられるべきであったと考えられる。

このように、創作性の程度と保護範囲の広狭を関連付けることにより、事案の性質に応じた柔軟な対応を採ることが可能となる。

### (3) 機能的・事実的著作物との関係

本稿の冒頭において述べたような社会的実態の変化に応じて、例えば、コンピュータ・プログラムや設計図等の機能的・事実的著作物に関する創作性が問題となることが多い。

この点に関して、表現物の性質に応じて、特許法における進歩性と類似の考え方を導入し、高度の創作性を要求することにより、社会的実態の変化に応じた妥当な解決をはかろうとする見解も存在する。しかしながら、前記のように、先駆的要素が重視されている特許法に対して、著作権法においては独自性の要素が重視されているのであるから、著作権法の解釈において、特許法における進歩性のような判断手法を用いることは困難である。

前記のように、著作権法の第1条に掲げられている「文化」の意味はフレキシブルであるから、今日の社会的実態の変化に対応した解釈を採ることは何ら背理ではないし、かつ、著作物の要素たる「創作的に表現」の意味に関しても、選択の可能性が内在する表現のうち、ある種の表現を選択したのであれば、保護範囲の広狭は別として、少なくとも個性の反映は肯定し得るのであるから、上記のような機能的・事実的著作物についても、何ら特殊な手法を用いることなく、今日的な要請に応じた妥当な結論を導くことは可能である<sup>17</sup>。

### 3 文芸、学術、美術又は音楽の範囲

著作権法において著作物の定義として掲げられている「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」(著2条1項1号)という要素についても、著作権法の改正や裁判例等により、社会的実態の変化等に応じて柔軟な解釈がなされている。

すなわち、同要素は、本来は、広範な意味を有し得る「文化」の概念から、著作権法による保護との関係においては、特許法や意匠法等の対象となる「産業」の領域を除外しようとの意図に基づくものであった。ところが、前記のように、社会の変化によりもたらされる様々な要請から、例えば、著作権法の改正により、コンピュータ・プログラムやデータ・ベースが著作権法による保護の対象たり得ることが明記されたり、あるいは、裁判例により、本来であれば意匠の実施品であるものが著作権法による保護を受ける<sup>18</sup>とされたりするに至っている。

前記のように、著作権法が対象とする「文化」の領域は、本質的には、産業的なものも包摂した広範かつフレキシブルな領域であるから、上記のような著作権法の改正や裁判例は、著作権法の本質に抵触するものではない。また、およそ人が創り出す表現物は、産業的・工業的なものも含めて、ある意味では「文芸、学術、美術又は音楽」いずれかの範囲に属するとも言えるので、社会的な要請に応じて、同要件の外縁をフレキシブルに捉えることは可能である。

## 第4 まとめ

デジタル技術やインターネットの発達、さらには、資本主義の進展等により、ビジネスの領域が飛躍的に拡大し、従来は著作権法による保護の対象とされてこなかった情報(あるいは、世に存在すらしなかった情報)についても、著作物としての保護が求められる時代が到来している。そして、そのような社会構造の変化に応じた要請は、今後も果てしなく続いていくものと思われる。これから先の時代、いかなる要請が著作権法に向けられるかは予測の困難なところではあるが、本稿において検討してきたように、少なくとも、現時点においては、著作権法の本質等に抵触することなく、表現物の性質等に応じて異なる基準を用いたりすることもなく、そのような要請に応えることは可能であると思われる。

著作権法を含む知的財産法の重要性は、世界的にも増すばかりであると思われるが、政策的側面が強くフレキシブルな法分野であると表現される著作権法が、時代の要請にどのように対応し変化していくのかに注目したいところである。

以上

16 前掲・渋谷18頁では、「個性の乏しい創作物には狭い保護を与え、それが豊かな創作物には広い保護を与えるべきだとするという考え方は、知的財産法の解釈全般に通ずるものである。」とされている。

17 前掲・中山54頁は、「問題となるものの大半はプログラムや設計図等の技術的・機能的著作物である。それらにおいては、思想・感情の流出物という意味での個性はほとんど問題とならず、判例においても表現の選択の幅という考え方を述べているものも多い。」とされているが、脚注14において指摘したように、「表現の選択の幅」という捉え方と「個性」という捉え方とは何ら矛盾するものではなく、単なる表現の違いにすぎないと思われる。

18 長崎地裁佐世保支部昭和48年2月7日決定無体裁集5巻1号18頁。東京地裁昭和56年4月20日判決無体裁集13巻1号432頁。