

応用美術の著作権保護をめぐる 若干の考察



東京大学大学院法学政治学研究科
法曹養成専攻専門職学位課程

森本 晃生

目次

1. はじめに
 2. 「美術の範囲に属する」著作物と「美術の著作物」
 2. 1 「美術の著作物」の法的意義
 2. 2 小括
 3. 保護の境界を画するのは創作性か美術該当性か
 3. 1 表現の創作性の本質と機能
 3. 2 美術該当性の内容
 3. 3 小括
 4. 意匠法との制度間調整は必要か
 4. 1 意匠法の保護対象
 4. 2 「シリーズ・デザインにおける新規性喪失のドミノ現象」に対する保護の欠缺
 4. 3 意匠制度の空洞化可能性
 4. 4 著作権保護の弊害の存否
 4. 5 小括
- むすび

1. はじめに

技術的に成熟し、あるいはコモディティ化した商品において、付加価値上重要な位置を占めるのは製品デザインである。製品デザインが差別化を図りうる所以は、デザイナーの人的資質に依存することにある。しかし、製品デザインは模倣に対し脆弱である。伝統工芸から先端産業まで、高付加価値製品の開発過程への資源集中と生産過程の海外移転が不可避となる中、製品デザインにつき適切な法的保護を与えることが益々重要となった。ベルヌ条約2条7項の相互主義の下では、我が国での保護の態様によっては、日本国民が創作した製品デザインが、相手国で本来受けられるべき法的保護を受けられない事態も生じうる⁽¹⁾。

製品デザインの保護を担うべき法制度として、意匠権、著作権、立体商標、不正競争防止法が考えられるが、適用の是非について大きく争われているのは著作権であり、【実用的機能を併有する静的視覚創作物（建築を除く）】としての、いわゆる応用美術の著作権保護の範囲及び保護基準の問題としてあらわれる。これについて、裁判例・学説が百家争鳴状態にあるが、従来

は、応用美術・純粋美術二分論のドグマが支配する一方、3つの異なる次元の争点が必ずしも整理されて論じられてこなかった。すなわち、①該当カテゴリー（「美術の範囲に属する」著作物か「美術の著作物」か）、②保護要件の切り口と判断基準（カテゴリー該当性か創作性か）、③意匠権との制度間調整の要否である。

本稿では、これらの問題を順に検討しながら、差別的要件加重なしに、著作権法の固有法理内で適切に製品デザインの保護を図りうることを明らかにしたい。

2. 「美術の範囲に属する」著作物と「美術の著作物」

創作物が著作権保護を受けるためには、著作権法2条1項1号の「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」ことが必要にして十分であるところ、かつての議論は、2条2項の「美術の著作物」に応用美術が該当するかを問題とし、付随して「美術工芸品」の意味と同項が創設規定か確認規定か、例示か限定趣旨かを論じる傾向にあった⁽²⁾。

しかし、「美術の著作物」は本来原作品展示との関係（18条、25条、45条、46条、47条）で設定された概念であり⁽³⁾、平成21年改正で導入された47条の2の解釈においても、なおそれを念頭に置くべきと考える。2条2項の立法経緯は、応用美術の著作物性についての旧法下の対立⁽⁴⁾が棚上げされて⁽⁵⁾、旧法下でも解釈が一致していた⁽⁶⁾美術工芸品の保護が確認されたにすぎない。

2. 1 「美術の著作物」の法的意義

「美術の著作物」は、アプリアリに、もしくは例示規定たる10条1項4号を介して、所謂純粋美術⁽⁷⁾と同視されてきた。が、平成21年改正前は、「美術の著作物」とは、「美術の範囲に属する」著作物のうち、【記

号ではなく媒体たる物質素材そのものを表現固定手段として、表現がなされている静的視覚著作物】と考えるのが合理的であった⁽⁸⁾。かかる著作物は、素材 (*matière*) 自体が創作的表現の一部をなすため、最初に固定された原作品にのみ完全な表現情報が化体し、素材微粒子レベルでの完全再現が技術的に不可能な以上、複製の過程で必ず表現情報が脱落 (情報劣化) する性質を具有する⁽⁹⁾。複製水準によっては、著作権で保護される創作的表現そのものが完全に脱落する場合すらある⁽¹⁰⁾。また、原作品の表現情報の量は、氏名表示を欠いても、鑑定による作者の同定すなわち人格の追跡が可能な程度に膨大である。

従って、かかる著作物については、原作品は、著作者の創作した表現を唯一完全に享受可能な媒体として、後続複製物とは質的に異なる価値を有し、展示が支分権として特別の保護を受けることを正当化する。著作権法2条2項は、一点制作の美術工芸品につき当然の理を確認したものに過ぎない。

原作品展示権は空虚な権利とする考え⁽¹¹⁾もあるが、無断翻案による「美術の著作物」を創作された場合、著作権法28条により原著作者も二次的著作物の原作品展示権を持つことになるから、二次的著作物の著作者自身による原作品展示を差し止めうる。これは、展覧会出陳や上演と一体となる展示 (舞台美術の場合) が意味を持つ著作物について有効な保護手段となりうる。

著作権法47条の2は「美術の著作物」の複製物の譲渡又は貸与の申出にも適用されるから、「美術の著作物」についての前記解釈は根拠を失ったとも考えられる。が、同条括弧書が政令の指定する精度制限を課して、表現情報脱落による著作権者保護を予定することに鑑みると、政省令所定以下の画素数で創作されたデジタル画像に対する47条の2の直接適用は同条の趣旨に反する。「美術の著作物」は原作品の存在するものとし、デジタルデータとして創作されたものについては、原作品の表現情報脱落と同視できるだけの情報脱落が精度制限で担保される場合にのみ、47条の2が類推適用されると解釈すべきであろう。

2. 2 小括

「美術の著作物」は、複製過程での原作品からの表現要素脱落の不可避性を前提に、特定効果と結びつく概念であり、平成21年改正後もそれは変化していない。

いわゆる応用美術の著作物性は、「美術の範囲に属する」著作物かどうかだけを問題とすべきである⁽¹²⁾。著作権法2条1項1号の要件のいずれが応用美術の保護の境界を画するかが次の問題となる。

3. 保護の境界を画するのは創作性か美術該当性か

3. 1 表現の創作性の本質と機能

一般的な図形、造形コンセプトや造形技法は、著作権保護対象でないアイデア即ち思想又は感情そのものだが、身体運動の偶然の生成物でない、精神活動の統御により創出された具体的な視覚造形物は、須く思想又は感情の表現であるといえる。そうすると、創作的表現であるかどうか重要要件となり、創作性とは何か問われねばならない。

従来、創作性は、何らかの個性の表れ⁽¹³⁾もしくは他人の著作物の模倣でないこと⁽¹⁴⁾を意味するとされてきたが、後者は前者の必要条件ではあっても十分条件ではない。誰が作っても同一の表現になるようなものは、依拠なく創作されても特定人格のあらわれといえず、保護に値しないからである。むしろ、思想又は感情について特定表現が一義的に決定されるか、若しくはごく限られた選択肢しかない場合に、かかる表現を保護することは、たまたま最初に創作行為を行った1名ないし数名による思想又は感情自体の独占/寡占となり、「文化的所産の公正な利用」と「文化の発展」(著作権法1条)の阻害をもたらす。また、誰でも思いつく表現は選択と評価しえず、アクセスした他者に回避を強いる理由がない。すなわち、創作性は、著作権者の財産権及び著作者の人格権の保護と公衆の表現の自由及び営業の自由の保障との衡量⁽¹⁵⁾により決せられることになる。前記のような表現の著作物性を否定する、融合法理 (*merger doctrine*)⁽¹⁶⁾及びありふれた表現の法理 (*scènes à faire doctrine*)⁽¹⁷⁾は、日本法では創作性の問題となる⁽¹⁸⁾。

そうすると、創作性の要件の1つは非依拠性として、今1つは表現の選択の幅⁽¹⁹⁾を前提とした自律意思による選択と整理することができる⁽²⁰⁾。自律意思による選択に創作性の本質があることは、編集著作物において最も純粋な形で現れる。また、選択の契機こそが、著作権法に固有の著作者人格権の発生を基礎付ける⁽²¹⁾。創作の誘引のために政策的に設定された法定効果として著作者人格権があるのではなく、自律意思

による選択の結果、創作物を介して社会との間に設定された関係⁽²²⁾が著作者人格権として観念される。職務著作(著作権法15条)において使用者が著作者人格権を享有するのも、自律的選択を支配するのが使用者であることによる。ルネサンス時代の絵画工房や漫画の制作プロセスを見れば、当然の理といえる。選択の支配すなわち法人格としての自律的意思決定は法人についても観念できるから、法人が著作物について著作者人格権を享有するのも背理ではない⁽²³⁾。

製品デザインにおいて、創作性要件は、モチーフや表現技法上の制約の他、実用的機能に起因する、表現の選択の幅の制約があるかどうかという形で問題となる。用途及び技術的可能性だけでなく、経済的要因や法令も表現上の外部制約として考慮される。なお、いわゆる純粋美術とされる絵画や彫刻も、空間装飾としての実用目的上、制作費用・設置場所・納期等の制約を受けているが、通常は表現の選択の幅に重大な制約とならないに過ぎず、創作性要件の判断枠組みにおいて質的な差異があるのではない。

ある形状が実用的機能を担っていたとしても、同等のコスト・性能・法令上の適格性を実現しうる代替選択肢の数が限られていなければ、かかる形状の選択について、実用的機能とは概念上分離可能な表現として創作性を肯定してよい。選択の幅がない場合には、融合法理が適用され、当該機能という思想と表現が融合しているゆえに創作性が否定される。選択の幅がないとは、通常人を基準に類否判断して、どの可能な表現も相互に類似する場合を含む。該表現にアクセスしてアイデアを共有した他者が著作権侵害を行うことなく別表現を創作する自由を保障するためである。

創作性が肯定される場合でも、著作権の法的保護範囲すなわち他者排除範囲は、事実認定問題としての類似範囲から、機能上の必然的相互類似範囲を除いた残余類似範囲である。結果として、機能により表現が影響される度合いの高いものほど、権利の及ぶ類似範囲は狭く、限界事例では隷属的複製に対してのみ保護される(*thin copyright*)⁽²⁴⁾。

かくして、応用美術の著作権保護当否と保護範囲の双方につき、創作性要件において、実用的機能を含む表現上の制約がフィルタリングされ、利益衡量がなされる。問題は別の要件でさらに絞り込むことが必要かどうかである。

3. 2 美術該当性の内容

著作権法2条1項1号後半の「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」との要件は知的・文化的包括概念とされ、その趣旨は①実用品あるいは工業製品の除外⁽²⁵⁾、②機能的表現の除外⁽²⁶⁾、③意匠法で保護されるべき意匠の除外⁽²⁷⁾等と解されている。

コンピュータプログラムは、実用性を有する点で応用美術と共通するが、機能的表現の保護除外は、表現が機能上の制約の下に機能と融合しているか否かという、創作性の要件においてなされ、文芸ないし学術の範囲(*domaine littéraire, scientifique*)に該当するかどうかによるのではない。逆に、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」という要件からは、純粋に機能的なコンピュータプログラムを排除するための客観的判断基準を導けない。

同様に、応用美術についても、機能により支配された表現の保護対象からの排除は、融合法理あるいはありふれた表現の法理の下に、表現性ないし創作性の要件の段階で客観的判断基準の下に一元化できる。従って、2条1項1号後半の要件に②の趣旨を読み込むことはできず、①は③に還元されることとなる。

③の趣旨を前提とすると、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」要件は、結局所謂応用美術にのみ美術該当性の問題が生じるということになる。では美術該当性の内実は何か。これまで、③によらない立場からのものも含め、非量産性⁽²⁸⁾、主観的制作意図が鑑賞目的であること⁽²⁹⁾、創作者の属性⁽³⁰⁾、純粋美術同視性⁽³¹⁾、客観的な独立美的鑑賞性⁽³²⁾、純粋美術と同視しうる高度の創作性⁽³³⁾、相応性⁽³⁴⁾、社会通念⁽³⁵⁾等の要件が提唱されてきた。

非量産性説が、複製物の量産性を問題にするものならば、そもそも著作権法があらゆる種類の著作物について大量複製を予定している中で、応用美術だけを問題にする理由がない⁽³⁶⁾。それが原作品の量産性を問題にするものならば、応用美術のほとんどについては原作品が量産される性格のものではないゆえの外れであり、また擬制された原作品について一定の量産を予定する鑄造彫刻、版画、写真の保護を正当化できない。

主観的制作意図説は、主観的事情が第三者により外形上容易にうかがい知れないゆえに、私法上の安定性を欠く結果をもたらす⁽³⁷⁾ばかりでなく、刑事罰規定の存在を忘れていた。

創作者属性説は、外形的に判断できないために主観

的製作意図説と同じ欠陥があり、憲法上人的差別を正当化する合理的根拠を欠く⁽³⁸⁾。

純粋美術同視性説は、著作権法が論者の定義する純粋美術しか保護しないことを前提とするが、論理上、結局純粋美術の判断基準を論じざるを得ないはずである。同視すべき対象が特定できねば、同視性は具体的問題を解決する判断基準とはなりえず、単なる同語反復である。純粋美術同視性は、結局固有の内容を持たないマジックワードであり、判断基準の明確性を志向すれば客観的独立美的鑑賞性あるいはその帰着点である融合法理⁽³⁹⁾に、応用美術について著作権原則否定のドグマを立てば高度創作性に、明確な判断基準の定立を放棄すれば社会通念に置換されることになる。

純粋美術同視性とは、人格性あるいは作家性の刻印が付されていることと解釈することも考えうる⁽⁴⁰⁾。著作物は人格の流出物と観念される以上、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」の実質的意味として成り立ちうる。しかし、人格性の刻印すなわち自律意思による選択とする私見の立場では、これも創作性要件に還元される。創作性を離れて客観的に人格性を判断することはできまい⁽⁴¹⁾。

客観的独立美的鑑賞性説は、最高裁がゴナ事件で採用し、下級審裁判例の多数も論拠とするものであるが、物品の実用面からの認識上の分離可能性や美の表現における実質的制約をメルクマールとするなら、実質は融合法理であり、創作性一般の問題に帰する⁽⁴²⁾。人格性を読み込む場合も、前記の通り創作性に還元される。創作性とは異なる美的価値判断を提唱する⁽⁴³⁾ものであるならば、美的価値の有無高低はむしろ司法判断を行ってはならないとの批判を免れない⁽⁴⁴⁾。創作性と別に美的価値ないし美術性を判断した裁判例は、創作性要件で同結論を導いた事例⁽⁴⁵⁾か、著作物性を不当に否定した事例⁽⁴⁶⁾かのいずれかである。

高度創作性説は、応用美術以外の視覚創作物には特に要件を課さず、応用美術にのみに高度の創作性を要求するものであり、高度創作性を、単なる装飾的、趣味的付加ではなく明確なる美的造形表現への到達、すなわち機能面・実用面に対する凌駕性ないし個性の十分な発揮と定義する⁽⁴⁷⁾。しかし、三点問題がある。まず、かかる付加的要件は著作権法の固有法理からは出てこず、意匠法との制度間調整以外に正当化論拠がない⁽⁴⁸⁾（この論点は後述）。しかして制度間調整の要請と高度創作性の要求を架橋する論理は定かでない。第

二に、著作権の単位ならびに効力範囲を、意匠権の物品単位とパラレルの作品単位で捉える考えに立っており、著作物と作品概念を混同している⁽⁴⁹⁾。第三に、判断基準に客観性がなく、法的安定性を損なう上、司法判断すべきでない美的価値の程度を問う方向に容易に流れる危険がある。

相応性説は、純粋美術という概念を介しないが、意匠法や他の関連法との制度間調整に立脚する他律基準である点で高度創作性説と同じ問題を有し、また規範的分離性を説く点⁽⁵⁰⁾は融合法理に帰一する。

社会通念説はなんら客観的基準を立てるものでなく、経験則の裏付けのない擬制に過ぎない。仮にかかる社会通念の存在を仮定しても、社会通念は時間経過による変化を予定するから、著作権・著作者人格権のような長寿命の権利について法的安定性がない。

3. 3 小括

結局、美術に該当するかどうかと実用性とは関連がなく⁽⁵¹⁾、実用性の著作権保護排除は創作性において一元判断されるべきである⁽⁵²⁾。

4. 意匠法との制度間調整は必要か

前章で検討した、美術性要件により応用美術の著作権保護を制限する諸説の主たる根拠となっているのが、意匠法との制度間調整論である。応用美術を著作権法の一般創作性要件で保護することは、意匠権と同一対象について、無審査でより長期の保護を与えることになり、意匠法を制度的に空洞化し、産業発展と国民生活上混乱と弊害をもたらすとする⁽⁵³⁾。

かかる主張の当否につき以下の点が問題となる。第一に、意匠権と著作権は保護目的を同じくするといえるかどうか。第二に、意匠法の保護で十分なのか。第三に、制度運用において意匠登録が空洞化するか。第四に、応用美術の著作権保護による弊害と主張されるものは実在するのか、著作権法の固有法理において処理できない性格のものなのか。

4. 1 意匠法の保護対象

意匠法の保護対象について創作的価値とする創作説⁽⁵⁴⁾、物品識別機能とする競業説⁽⁵⁵⁾、顧客吸引力としての需要増大機能とする需要説⁽⁵⁶⁾の論争があるが、制度間調整論の一部は創作説を前提とする⁽⁵⁷⁾。しかし、創作説は、物品が非類似ならば同一デザインが別意匠

(例、自動車とミニカー玩具)とされ、物品区分毎の出願を要す(意匠法7条)点を説明できず⁽⁵⁸⁾、意匠の類似が需要者への視覚効果を基準とする(意匠法24条2項)点でも難がある。競業説は、要部の類否判断で公知部分の過小評価の危険がある⁽⁵⁹⁾。意匠創作の奨励という中間目的からは創作性でなく新規性を要求する必然性を演繹できないが、意匠法の最終目的は「産業の発展」(意匠法1条)であり、意匠の果たす限りでの産業の発展とは、商品に対する新規需要創出による総需要増大である。「視覚を通じ」た「美感」(意匠法2条1項)の実質も需要吸引力である。そうすると意匠法の目的としては需要説が相当である。物品は、通常の展示・使用状態で需用者の目を引きやすい部分と典型的に注意を払われない部分が事柄の性質上おのずと分かれるため、各部分は顧客吸引力への寄与が同一ではなく、類似性判断においても寄与度に応じた比重付けが必要となる。特許庁の審査実務及び裁判例で用いられる、要部認定の上での全体観察の手法も需要説に適合的である。著作権がデザインの表現自体を保護するのに対し、意匠権はデザインの効用を保護し、特定デザインを物品に実施することにより顧客吸引力を創出するというアイデアを保護する⁽⁶⁰⁾ともいえ、意匠法は著作権法とは保護対象が異なることになる。あるデザインが両方の保護を受けるとしても、別々の属性が保護されているにすぎない。重複保護といっても保護効果の重複なのである。

4. 2 「シリーズ・デザインにおける新規性喪失のドミノ現象」に対する保護の欠缺

現代の企業活動ではモデルチェンジとセグメンテーションを担うシリーズ・デザインの創作が重要であるところ、関連意匠は本意匠の公報発行日以降には出願できない(意匠法10条1項)。すると登録意匠甲の関連意匠として登録できない甲の類似意匠乙に類似するが、甲には類似しない意匠丙も、新規性がないので登録できない。そうすると、第三者は乙または丙に類似するが甲に類似しない意匠丁を実施できることになる。不正競争防止法2条1項3号は隷属的模倣にしか適用がなく、同法2条1項1号の周知性・同2号の著名性の立証は容易ではない。「売れ筋デザインに各社が集中接近する日本の意匠開発の実態」⁽⁶¹⁾である。同時に、集中による陳腐化は意匠の需要吸引力も低下させる⁽⁶²⁾。かかる制度構造は後進工業国段階では産業

発展と価格競争をもたらす利点があるかも知れないが、今日の日本では、意匠法を含む産業財産権法の究極目的たる産業の発展を阻害するというべきである。

一作品に重層する個々の創作的表現ではなく、新規の顧客吸引力を持つ要部を備えた一個の意匠を保護するという意匠法の構造上、かかる関連意匠制度の欠陥は避けがたい。シリーズ・デザインが続くほど、新規性喪失のドミノ現象の影響は深刻である。部分意匠制度も、部分意匠間では新規性喪失のドミノ現象が働く点、そして部分意匠の組合せについて意匠権は取得できない点等により、全面救済にはなりがたい。

しかし、乙・丙・丁に共通する造形要素が創作性要件を満たすならば、著作権により悪意模倣者の出現を防ぐことができるとともに、本意匠創作者はシリーズ・デザインの改良のインセンティブ、第三者は別個の革新的デザインの創作のインセンティブをそれぞれ与えられることになる。意匠保護の欠缺が存在する以上、産業の発達あるいはインセンティブ論の観点からも制度間調整は有害で、寧ろ著作権による保護が要請されるべきである。とすれば、創作性レベルの衡量結果に対する修正を行う必要はない。

4. 3 意匠制度の空洞化可能性

意匠権には独自創作の主張を封じるという、著作権にない利点がある⁽⁶³⁾(先使用の成立する場合は別論)ため、意匠出願のインセンティブがなくなるとの主張⁽⁶⁴⁾は当たらない。また、特定機能につき表現として相互類似しない数個の選択しかない場合、創作性を欠くゆえに著作権は発生しないが、機能上不可欠(意匠法5条3号)ではないから意匠権登録の可能性がある⁽⁶⁵⁾。更に、一般人を判断主体とすると必然的に相互類似するために、融合法理により著作権が否定されるデザインであっても、当該商品分野の知識を有する需用者を判断主体とする要部観察では相互に類似しないと評価され、意匠権を取得できる可能性があり、実際にかかる事態の生じやすい分野において、意匠登録は多用されている(例、土木建築工具、文具)。

仮に費用対効果の合理的計算により意匠出願が減少する事態が生じたとしても、それは国民と行政のコスト削減効果として肯定評価すべき⁽⁶⁶⁾もので、そもそも行政上の授益制度は利用を一律に強制される性格のものではない。

更に、実務上、意匠公報への創作者氏名掲載が企業

内デザイナーの士気維持に貢献しているところ、職務著作においては著作者の名義は企業として公表されることが通例で、著作権法では意匠創作者名譽権保護を代替できない。この面からも、意匠出願は企業の合理的行動として維持される。

4. 4 著作権保護の弊害の存否

長期保護の当否に関しては、市場で支持を得た意匠は、自他識別力を獲得することで、立体商標（商標法5条2項）や周知商品等表示（不正競争防止法2条1項1号）・著名商品等表示（同法2条1項2号）として、著作権保護期間をも超える長期保護を本来享受しうるものである。一定要件を満たす商品外観の長期保護自体は、日本の知的財産法体系上すでに予定されている。他方、市場価値のない意匠に著作権保護を認めても、産業上実害はない。権利が満了していない登録意匠との抵触関係だけ調査すれば権利侵害を回避できるとの、企業活動上の信頼を保護すべきとの主張も考えられるが、意匠権が受けられるものには全面的に著作権保護が否定されるとの前提に立たない限り、かかる信頼はそもそも根拠がない。意匠法が置物や人形を保護する限り、かかる前提は成立しない。応用美術への著作権保護否定論は、現実には、シリーズ・デザインが成熟する3世代目あたりでの広義の模倣行為を法的に容認することで、前記諸制度による長期保護に必要な自他識別力の獲得を阻止する機能を営むことになる。

問題は、長期保護自体ではなく、著作権固有の法的効果による弊害が生じ、それが著作権の固有法理で解決できないかどうかである。機能と一体化した表現やごくありふれた表現は保護の対象とはならないから、競合製品開発が阻害されるとの主張は失当である。実用品たるコンピュータプログラムでも問題状況は同じであるが、特に混乱は生じていない。著作者人格権のうち、公表権・氏名表示権は、取引に供された応用美術では問題にならない。OEM製造者・外部デザイナーによる実名表示要求は、「公正な慣行」（著作権法19条3項）により排除できる⁽⁶⁷⁾。応用美術のエンドユーザーによる改造・修理については、それが機能の改良ないし回復のみのためにその範囲で行われる限り、「著作物の性質ならびにその利用の目的及び態様に照らしやむをえないと認められる改変」（著作権法20条2項4号）として許される。改造の結果、元のデザインとの同一性が失われれば、もはや侵害の問題は生じ

ない。展示権は複製物たる工業製品には発生しない。

近時、貸与権の弊害が主張されているが⁽⁶⁸⁾、本質的には市場原理と契約（黙示を含む）に委ねてよい事柄である。著作権の構造上、著作権者自身の頒布によっても貸与権は消尽しないが、レンタカー等は、取引慣行から黙示の許諾が認定でき、取引に混乱を来すことはない。

唯一問題になりそうなのは、写真等による複製⁽⁶⁹⁾、特に「写り込み」である（応用美術固有の問題ではない）。工業製品が取引に供される場合には、転売のための広告目的での当該製品の写真撮影とかかる写真の広告媒体への複製・譲渡・公衆送信については、著作権者による黙示の許諾があるといえよう。家庭内での撮影や報道のための撮影、批評のための引用については、権利制限規定をそのまま適用できる。原作品より情報価値の低い複製物について、著作権者が原作品の場合より厚く保護される理由はなく、また原作品の有無をもって複製物についての扱いが変わる合理性もないから、「美術の著作物」該非にかかわらず、「美術」の範囲に入る応用美術についても、公開の場所に複製物が恒常的に設置されている場合には、著作権法46条の権利制限が類推適用されるべきである⁽⁷⁰⁾。ではどの程度をもって恒常的に設置とみるか。夜間屋内に取り込む等されても、一定期間反復継続して屋外に露出されている場合には恒常的設置と評価してよいだろう。公道を運行するバスに描かれた絵について恒常的設置とした裁判例⁽⁷¹⁾が参考になる。店頭に並んだ商品や公道上の自動車のデザインに著作権を認めるべき場合に、著作権法46条により写り込み利用ができるものと考えられる。著作権法46条があらゆる利用を許容する点で過剰であるとして、動産たる商品レベルにまで類推適用することに反対し、法意の援用にとどめるべきとの見解⁽⁷²⁾もあるが、46条4号の「専ら美術の著作物の複製物の販売を目的とし」の要件を、著作権者の経済的利害を損なう場合一般に規範的に解釈することで利益衡量が図れよう。

4. 5 小括

意匠権との制度的調整論の挙げる論拠のいずれにも理由がなく、応用美術に意匠権と著作権の重複保護を認めてよい⁽⁷³⁾ことが明らかになった。著作権法2条1項1号の「美術」該当性に制度間調整の趣旨を読み込む必要もない。むしろ、意匠権保護と著作権保護は相

互補完の関係にあり、標識法も含めて、複数の法制度による、多相的保護法益把握かつ時間軸上の動的保護連関こそが、適切に「各人に彼のものを」を実現するのである。

むすび

応用美術は法概念として実益なく⁽⁷⁴⁾、実用物のデザインについて、創作性一元判断により「美術の範囲に属する」著作物一般として、著作権法の法理内のみで、適切に保護の当否と範囲を確定しうる。従来判例・下級審判決の主流も、融合法理による創作性一元判断に読み直すことが可能である。意匠法との制度間調整は理論上も実質的にも必要ない。これはフランスにおいては、芸術の一体性理論 *la théorie de l'unité de l'art*⁽⁷⁵⁾として100年前に決着した議論であり、縄文時代草創期の神子柴系石器群・隆起線文土器からASIMO・ムラタセイサク君のような最先端ロボットまで、機能性だけでなく創作表現を製品デザインに連綿と追求してきた伝統を有する国にあっても、同じ道を行くべきだろう。

注

- (1) 中国で自動車デザインの模倣がなされ、そのデザインが中国での応用美術の創作性基準を満たすが、日本で一般的に自動車のデザインを意匠権でしか保護しないと認定された場合にどうか。英特萊格公司 訴 可高天津玩具有限公司 北京市高級人民法院 2002年12月18日判決 (2002) 高民終字第 279号参照。
- (2) 阿部浩二「判批」判例時報 960号 166頁, 168頁 (1983) 加戸守行『著作権法逐条講義 五訂新版』(著作権情報センター, 2006) 65-67頁, 河野愛「デザインの法的保護」エコノミア 40巻4号1頁, 9頁 (1990), 播磨良承「美術および応用美術の著作物の保護—特に絵画の著作権の保護—」比較法政通号 19・20号 335頁, 350頁 (1982), 半田正夫「応用美術の著作物性について」青山法学論集 32巻1号 45頁, 54頁 (1990)。
- 裁判例として、長崎地佐世保支決昭 48・2・7無体裁集 5巻1号 18頁 (博多人形事件), 神戸地姫路支判昭 54・7・9無体裁集 11巻2号 371頁 (仏壇彫刻事件), 東京地判昭 56・4・20無体裁集 13巻1号 432頁 (Tシャツ事件), 東京高判昭 58・4・26無体裁集 15巻1号 340頁 (ヤギ・ボールド事件控訴審), 東京高判平 3・12・17知的裁集 23巻3号 808頁 (木目化粧紙事件), 東京高判平

- 4・9・30 LEX/DB28019588 (アルミフェンス事件), 大阪地判平 11・9・21判時 1732号 137頁 (商業書道デザイン書体事件), 大阪地判平 12・6・6 LEX/DB28082234 (街灯デザイン事件第一審), 東京地判平 15・7・11 LEX/DB28082234 (便箋事件), 大阪地判平 16・11・25判時 1901号 106頁 (海洋堂事件第一審), 大阪高判平 17・7・28判例時報 1928号 116頁 (海洋堂事件控訴審)。
- (3) 野一色勲「「美術の著作物」と「美術の範囲に属するもの」の「美術」の語義の相違」牛木理一先生古稀記念論文集刊行会編・牛木理一先生古稀記念『意匠法及び周辺法の現代的課題』(発明協会, 2005) 425頁, 427頁, 野一色勲「判批」知財管理 55巻9号 1265頁, 1271-1272頁 (2005)。
- (4) 一般肯定説として、城戸芳彦『著作権法研究』(新興音楽出版社, 1943) 44頁・68-69頁, 粵優美『条解著作権法』(港出版社, 1961) 50頁・53-58頁, 限定説として、勝本正晃『現代文化と著作権法』(雄渾社, 1956) 170-171頁・256-258頁, 山本桂一『著作権法』(有斐閣, 1969) 204-205頁参照。榛村専一『著作権法概論改訂版』(巖松堂書店, 1940) 43頁も限定説か。
- (5) 佐野文一郎=鈴木敏夫『改訂・新著作権法問答』(出版開発社, 1979) 89頁。立法過程につき、木村豊「応用美術の保護—現行著作権法定の経緯を中心として」森泉章編『民法と著作権法の諸問題 半田正夫教授還暦記念論集』(法学書院, 1993) 580頁, 585-596頁, 作花文雄『詳解著作権法 (第3版)』(ぎょうせい, 2004) 135-139頁, 佐野文一郎「応用美術の問題 (基調講演)」著作権法研究第 19号 31頁, 31-37頁 (1993), 半田・前掲注(2) 46-55頁, 劉曉情「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性 (一)」知的財産法政策学研究 vol.6 189頁, 200-215頁 (2005) 参照。
- (6) 勝本正晃『日本著作権法』(巖松堂書店, 1940) 94頁, 城戸・前掲注(4) 69頁, 椎名良一郎『我著作権法と実演芸術家の保護』(躍工社, 1963) 161頁, 粵・前掲注(4) 56頁, 山本・前掲注(4) 200頁, 『第六十一国会における著作権法案等審議経過』(文化庁文化部, 1969) 137頁 [野村参考人発言]。
- (7) 従来議論は、原作品を観念できない記号データにより固定されたCGが、鑑賞目的で制作される視覚創作物としての純粋美術に含まれることを見落としている。純粋美術と応用美術の定義にも議論があるが、本稿は法技術上これらの概念に実益はないと考え、議論の対象たる社会事実としての応用美術に本文冒頭の定義を与え

- るにとどめる。純粹美術概念が法解釈上有用でない点につき、作花文雄「著作権制度における美的創作物（応用美術）の保護—法目的制度間調整に基づく著作物相応性の視点による対象範囲の確定基準—」コピライト 544 号 44 頁, 47 頁 (2006) 参照。
- (8) かかる定義により、劉・前掲注(3)197 頁のいう、「美術の著作物」とそれ以外の美術の範囲に属する著作物の区別による権利の不均衡・法適用の混乱や、紋谷暢男「意匠法と周辺法—主として著作権法との関係—」日本工業所有権法学会年報第 12 号 118 頁, 130-131 頁 (1989) のいう応用美術の展示権の弊害はそもそも生じない。
- (9) 表現の非完全複製性は、同じく美術の範囲に属するものでも、記号を手段として表現された CG にはない。写真は、原固定媒体では肉眼での十全な直接感得可能性を欠き、直接感得可能な二次複製物がベストコピーの性格を持ち、原作品としての法的評価を受ける点で異なる。建築は、デザインスケッチで最初に表現され、設計図ないし CAD データとして完成される場合が多いであろうが、実建築物がベストコピーとなる点で異なる。
- (10) 東京地判平 11・10・27 判時 1701 号 157 頁 (雪月花事件)。
- (11) 野一色・前掲注(3)牛木古稀 429-432 頁。
- (12) 野一色・前掲注(3)牛木古稀 437 頁。
- (13) 齊藤博『著作権法 第三版』(有斐閣, 2007) 77 頁, 作花文雄『著作権法 制度と政策 第 3 版』(発明協会, 2008) 12 頁, 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ [第 2 版]』(有斐閣, 2007) 15-17 頁, 半田正夫『著作権法概説 第 13 版』(法学書院, 2009) 74 頁。
- (14) 齊藤・前掲注(13)75 頁, 作花・前掲注(13)12 頁, 渋谷・前掲注(13)15 頁, 田村善之『著作権法概説 第 2 版』(有斐閣, 2001) 12 頁。
- (15) 基本権保護義務論に立てば、著作権及び著作者人格権の過小保護禁止原理と表現の自由及び営業の自由への過剰介入禁止原理との原理間衡量となる。山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (一) —私法関係における憲法原理の衝突—」法学論叢第 133 巻第 4 号 1 頁, 17 - 18 頁 (1993) 参照
- (16) *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675 (1st Cir.1967), *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738 (9th Cir. 1971)。実用品についての separability の議論も function からの分離可能性であって merger の問題にすぎないと考えられる。日本では、前掲前掲注(2)東京高判昭 58・4・26, 東京高決平元・6・20 判時 1322 号 138 頁 (システムサイエンス事件 抗告審), 東京地判平 10・5・29 知的裁集 30 巻 2 号 296 頁 (知恵蔵事件), 東京地判平 14・9・5 判時 1811 号 127 頁 (サイボウズ事件)。
- (17) *Cain v. Universal Pictures Co., Inc.*, 47 F.Supp. 1013 (S.D. Cal. 1942), *See v. Durang*, 711 F.2d 141 (9th Cir. 1983), *Walker v. Time Life Films, Inc.*, 784 F.2d 44 (2d Cir. 1986)。日本では、前掲注(2)東京高決平元・6・20, 東京地判平 7・12・18 知的裁集 27 巻 4 号 787 頁 (ラストメッセージ事件), 東京地判平 13・1・23 判時 1751 号 122 頁 (けろけろけろっぴ事件)。
- (18) 半田正夫=松田正行編『著作権法コンメンタール 1』(勁草書房, 2009) 36-42 頁 [金井重彦], 中山信弘『著作権法』(有斐閣, 2007) 58-61 頁, 水戸重之「『ありふれた表現』の法理」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 4 著作権法・意匠法』(新日本法規出版, 2007) 3 頁, 3-4 頁, 山本隆司「著作権法における「創作性」の概念とマージ理論」NBL456 号 27 頁, 33 頁 (1990)。
- (19) 中山信弘「著作権法における思想・感情」特許研究 No.33 5 頁, 14 頁 (2002), 同「創作性についての基本的考え方」著作権研究第 28 号 2 頁, 5-7 頁 (2003), 中山注(18)52-53 頁, 半田=松田編注(18)52-53 頁 [金井重彦]。
- (20) 上野達弘「著作物性 (1) 総論」法学教室 No.319 160 頁, 167-168 頁 (2007), 半田=松田編注(13)25-29 頁 [金井重彦]。加戸注(1)20 頁のいう「何らかの知的活動の成果」の実質的意味である。
- (21) 上野達弘司会「早稲田大学・北海道大学グローバル COE ジョイント著作権シンポジウム パネル 2 応用美術の法的保護」季刊企業と法創造第 5 巻第 3 号 73 頁 (2009) [田村善之発言]。
- (22) ペルソナとしての人格権である。石川健治「人格と権利—人権の観念をめぐるエチュード」ジュリスト 1244 号 24 頁, 29 頁, 山本敬三「人格権」内田貴=大村敦志編『民法の争点』(有斐閣, 2007) 44 頁, 47 頁, 同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究 5 号 77 頁, 128-129 頁参照。
- (23) 疑義を呈するものとして、田村・前掲注(14)378 頁, 中山・前掲注(18)367-368 頁。
- (24) 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」別冊 NBL No.130 256 頁, 271 頁 (2009) は、類似範囲の縮減を一般的創作性基準クリア後の差別操作と論難するが、創作性判断の結果にすぎ

- ない。
- (25)加戸・前掲注(2)22頁, 中山・前掲注(18)66-68頁。
- (26)野一色・前掲注(3)牛木古稀 445-446頁。大瀬戸豪志「判批」村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法』(東京布井出版, 2001) 137頁, 145頁のいう, 一定状況下ないし特定条件下において一定方法で行動するための行動指令の除外も同旨か。
- (27)渋谷・前掲注(13)19頁, 田村・前掲注(14)30-31頁, 金井・前掲注(18)46頁。
- (28)加戸・前掲注(2)65-66頁。裁判例として東京地判平 9・4・25 判例時報 1605号 136頁(スモーキングスタンド事件)。
- (29)加戸・前掲注(3)66-67頁。なお榎戸道也「著作権法による応用美術の保護」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 4 著作権法・意匠法』(新日本法規出版, 2007) 33頁, 46-47頁は純粹美術との区分要素として主観的制作用を重視するが, 著作物性要件としない。
- (30)加戸・前掲注(2)66頁。同趣旨をいうかのような裁判例として, 前掲注(2)東京高判平 3・12・17。
- (31)榎戸・前掲前掲注(28)42-45頁, 五味・前掲注(24)256頁・267頁, 田村・前掲注(14)36頁, 中山・前掲注(18)146頁, 播磨・前掲注(2)344-345頁, 半田=松田編注(18)49-50頁[金井重彦]・343頁[大瀬戸豪志], 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」別冊 NBL No.130 272頁, 277頁(2009)。裁判例として, 前掲注(2)東京地判昭和 56・4・20, 前掲注(2)東京高判平 4・9・30, 仙台高判平 17・7・9 判時 1813号 150頁(ファービー事件控訴審), 前掲注(2)大阪地判平 16・11・25, 前掲注(2)大阪高判平 17・7・28, 東京地判平 20・7・4LEX/DB28141650(プチホルダー事件)。
- (32)紋谷暢男「判批」別冊ジュリスト 91号 66頁, 67頁(1987), 馬場巖「応用美術の法的構成」著作権研究第 17号 103頁, 107頁(1990)。播磨・前掲注(2)pp.344-345も実質同旨。中山・前掲注(17)p.146は純粹美術同視性の一要因とする。
- 裁判例として, 東京地判昭 54・3・9 無体裁集 11 卷 1号 114頁(ヤギ・ボールド事件第一審), 前掲注(2)東京高判昭 58・4・26, 前掲注(2)神戸地姫路支判昭和 54・7・9, 大阪地判平元・3・8 無体裁集 21 卷 1号 93頁(モリサワ事件), 京都地判平元・6・15 判時 1327号 123頁(佐賀錦帯事件), 京都地判平元・10・19 LEX/DB27815251(ニーチェア事件第一審), 大阪高判平 2・2・14 LEX/DB27815252(ニーチェア事件控訴審), 名古屋高判平 9・12・25 判タ 981号 263頁(魚網結節事件), 前掲注(2)大阪地判平 11・9・21, 最判平成 12・9・7 民集 54 卷 7号 2481頁(ゴナ事件), 前掲注(2)大阪地判平 12・6・6, 前掲注(2)東京地判平 15・7・11, 前掲注(2)大阪高判平 17・7・28, 前掲注(31)仙台高判平 17・7・9 等。東京地判平 14・1・31 判時 1818号 165頁(トントウ事件)は傍論的に「美術工芸品的な美術性」に言及。
- (33)生駒正文「応用美術の著作物性に関する研究—特に独法による若干の比較検討」森泉章編『民法と著作権法の諸問題 半田正夫教授還暦記念論集』(法学書院, 1993) 598頁, 614-615頁, 同「応用美術の保護能力と意匠の保護能力」日本工業所有権法学会年報第 22号 49頁, 62頁(1999), 同「判批」別冊ジュリスト 157号 26頁, 27頁(2001)。中山・前掲注(18)p.146は純粹美術同視性の一要因とする。裁判例として, 前掲注(2)東京高判平 3・12・17, 東京地判平 12・9・28 判時 1731号 111頁(住友建機事件), 前掲注(2)大阪地判平 16・11・25, 前掲注(2)大阪高判平 17・7・28(海洋堂事件の係争物は実際には彫刻の量産複製そのものであり, 応用美術概念自体と判断基準の双方の問題性を如実に示す)。
- (34)作花・前掲注(7)55-58頁, 作花・前掲注(13)576-579頁。
- (35)中山敦夫「著作権法における応用美術の保護」武蔵野美術大学研究紀要 no.24 121頁, 129頁・131頁(1993), 劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性(二・完)」知的財産法政策学研究 vol.7 177頁, 197-198頁(2005)。裁判例として, 前掲注(2)東京高判平 3・12・17, 前掲注(2)大阪地判平 16・11・25。
- (36)榎戸・前掲注(29)45頁, 作花・前掲注(7)48頁, 田村・前掲注(14)34頁, 半田=松田・前掲注(18)49頁[金井重彦], 三宅正雄『著作権法雑感』(発明協会, 1997) 8頁。
- (37)加藤幸江「判批」村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法』(東京布井出版, 2001) 117頁, 125頁, 馬場・前掲注(31)107頁, 作花・前掲注(7)47頁・59頁, 田村・前掲注(14)pp.33-34, 内藤裕之「応用美術と美術の著作物性」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系 著作権関係訴訟法』(青林書院, 2004) 155頁, 168頁, 中山・前掲注(35)126頁, 劉・前掲注(35)187頁。裁判例として前掲注(28)京都地判平元・6・15。
- (38)作花・前掲注(5)138頁, 作花・前掲注(7)59頁, 中山・前掲注(18)146-147頁。
- (39)五味・前掲注(24)269頁, 劉・前掲注(31)279頁は融合法理を唱えるに等しい。前者は美術該当性→創作性の 2

- 段階判断を提唱するが、創作性を選択の幅論で考えていないようである。後者は、高度創作性説に傾斜するようでもある。
- (40) 五味・前掲注(24)269-271頁。
- (41) 五味・前掲注(24)269-270頁は補助基準としてデザイナーの署名性をいうが、法人の作家性を認めないのだとしたらドグマに囚われて実態を見ないものであり、著作物性にかかわらず、製品に付された職人の銘やメーカーのロゴは署名といえることから、署名性は間接事実としても使えない。上野司会・前掲注(21)71頁[駒田泰土発言]参照。
- (42) 榎戸・前掲注(29)43頁、駒田泰土「応用美術の著作権保護について一美の一体性理論に示唆を受けて」別冊NBL No.130 219頁, 229頁(2009), 前掲注(2)東京地判昭和56・4・20(但し、表現上の実質的制約を広く認め、プロダクトデザインは著作権保護対象外とする), 前掲注(2)東京高判平4・9・30の帰着するところである。奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」別冊NBL No.130 241頁, 255頁(2009)も、米国の判例法理と実質的に同じであることを指摘する。前掲注(2)大阪地判平12・6・6はありふれた表現の法理, 前掲注(32)大阪高判平2・2・14は融合法理, 前掲注(32)最判平成12・9・7は両方(「独創性」がありふれた表現の法理, 「美術鑑賞性」が融合法理)を適用した判断に思われる。
- (43) 大阪地判昭45・12・21無体裁集2巻2号654頁(天正菱大判事件), 前掲注(2)神戸地姫路支判昭和54・7・9, 前掲注(32)京都地判平元・6・15, 前掲注(32)名古屋高判平9・12・25, 前掲注(28)仙台高判平17・7・9, 前掲注(2)大阪地判平16・11・25, 前掲注(2)大阪高判平17・7・28, 前掲注(31)東京地判平20・7・4。
- (44) 上野・前掲注(20)168頁, 牛木理一『意匠法の研究4訂版』(発明協会, 1994)394頁, 作花・前掲注(7)56頁, 作花・前掲注(13)575頁, 中山・前掲注(18)146頁(77頁で建築について同旨), 半田正夫「転機にさしかかった著作権制度」コピーライト398号2頁, 11頁(1994), 吉田大輔「「応用美術」の保護に関する創作性基準の二重性」出版ニュース通号2030号18頁, 19頁(2005), 劉・前掲注(5)235頁。仮に美的判断が前提とされるなら, 著作権侵害訴訟は法律上の争訟ではないことになり, 不当である。
- (45) 前掲注(43)大阪地判昭45・12・21, 前掲注(2)神戸地姫路支判昭和54・7・9, 前掲注(32)名古屋高判平9・12・25, 前掲注(31)東京地判平20・7・4。
- (46) 前掲注(32)京都地判平元・6・15, 前掲注(31)仙台高判平17・7・9, 前掲注(2)大阪地判平16・11・25, 前掲注(2)大阪高判平17・7・28。前2事例は類似性判断で非侵害を導いた。
- (47) 生駒・前掲注(33)半田還暦612-613頁・615頁, 生駒・前掲注(33)年報62頁, 生駒・前掲注(33)別ジュリ27頁。
- (48) 岡邦俊「続・著作権の事件簿(89)」JICAジャーナル53巻3号52頁, 55頁(2006), 河野・前掲注(2)12-13頁, 作花文雄「Q & A 応用美術と著作権」コピーライト456号42頁, 47頁(1999), 中山・前掲注(34)131頁, 野一色・前掲注(3)知財管理1271-1272頁, 馬場・前掲注(32)107頁, 半田・前掲注(44)11頁, 満田重昭「著作権と意匠権の累積」森泉章編『民法と著作権法の諸問題 半田正夫教授還暦記念論集』(法学書院, 1993)616頁, 636-637頁, 本山雅弘「批判」Law & Technology32号86頁, 92頁(2006), 紋谷・前掲注(30)67頁。
- (49) 駒田泰土「著作物と作品概念との異同について」知的財産法政策学研究vol.11 145頁, 145-146頁(2006)は作品説の問題点を指摘し, 創作的表現を著作物の単位とする。
- (50) 作花・前掲注(7)58頁, 作花前掲注(13)578頁は, 物理的分離可能性が基準として不十分としてこれを提唱するが, 融合法理と実質的に異なる。
- (51) 東京地判昭59・9・28無体裁集16巻3号676号頁(パックマン事件)が明言する。
- (52) 美術該当性の積極的意義は, 人間の精神活動の完全支配の下に作出された視覚創作物として, 嗅覚・味覚上の創作, 及び視覚を対象とするが生物個体の生育状態を利用・操作するもの(ヘアスタイリング, 盆栽, 観賞用動物個体の育成等)を除外する点にあらう。高知地判昭59・10・29判例タイムズ559号291頁(長尾鶏事件)参照。なお, 生け花は, その選択配列の創作性により, 美術の範囲に属するとしてよい。
- (53) 生駒・前掲注(33)年報p.61, 金井重彦=小倉秀夫編『著作権法コンメンタール(上巻)』(東京布井出版, 2000)108頁[北岡弘章], 五味・前掲注(24)264頁, 寒河江孝允ほか編『意匠法コンメンタール』(レクシスネクシス・ジャパン, 2007)27-28頁[五味飛鳥], 渋谷・前掲注(13)20頁, 染野啓子「美術の著作物と意匠の創作における競合的法的保護の理論的考察」横浜商科大学紀要7号73頁, 81頁(1991), 田村・前掲注(14)30-31頁・36頁, 中平健「著作権と工業デザイン等」著作権研究第30号24頁, 33頁(2004), 中山・前掲注(18).144-147,

- 半田 = 松田・前掲注(18)340-342頁 [大瀬戸豪志], 紋谷・前掲注(6)131-132頁, 紋谷暢男「著作権法と意匠法」『著作権特殊講義 著作権法の学際的アプローチ』(成蹊大学法学部, 2004) 293頁, 309-310頁, 劉・前掲注(31)276-277頁。
- この趣旨をいう裁判例として, 前掲注(2)東京高判昭58・4・26, 前掲注(2)神戸地姫路支判昭和54・7・9, 前掲注(32)大阪地判平元・3・8, 前掲注(32)京都地判平元・6・15, 前掲注(2)東京高判平3・12・17, 前掲注(2)大阪地判平12・6・6, 前掲注(33)東京地判平12・9・28, 前掲注(2)大阪地判平16・11・25, 前掲注(2)大阪高判平17・7・28, 前掲注(30)東京地判平20・7・4。
- (54)牛木・前掲注(44)63頁・76-77頁, 牛木理一『意匠権侵害—理論と実際—』(経済産業調査会, 2003) 18-19頁, 斎藤瞭二『意匠法概説 補訂版』(有斐閣, 1995) 32-35頁, 牧野利秋「意匠法の諸問題」ジュリスト1326号84頁, 90-91頁(2007)。
- (55)高田忠『意匠法』(有斐閣, 1969) 2-3頁・149頁。
- (56)加藤恒久『意匠法要説』(ぎょうせい, 1981) 32頁・36-37頁, 舟本信光「意匠の識別機能について—美感を起こさせるもの—」宮脇幸彦編『豊崎光衛先生追悼論文集 無体財産法と商事法の諸問題』(有斐閣, 1981) 437頁, 444-445頁・450-453頁
- (57)本山雅弘「応用美術の保護をめぐる著作権の限界づけと意匠権の保護対象」牛木理一先生古稀記念論文集刊行会編 牛木理一先生古稀記念『意匠法及び周辺法の現代的課題』(発明協会, 2005) 469頁, 482-485頁。
- (58)加藤・前掲注(56)34頁。
- (59)加藤・前掲注(56)30-31頁, 小谷悦司「改正意匠法24条2項について」パテント60巻3号6頁, 12頁(2007)。
- (60)特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説(第17版)』(発明協会, 2008) 979頁はまさに意匠をアイデアとしてとらえる。意匠法3条2項の創作非容易性要件は, 当業者を判断主体とする, アイディアとしてのそれにかかわる。
- (61)森本敬司「意匠法の基本問題の考察 意匠法論1」DESIGNPROTECT No.52 11頁, 17頁(2001)。
- (62)意匠の需要吸引力が差別性にある以上, 実施極大化は必ずしも総需要極大化をもたらさない。この点が, 実施が行われるほど社会全体の効用の総和の増大が期待される特許発明との決定的相違である。
- (63)野一色・前掲注(3)牛木古稀452頁。劉・前掲注(33)193頁は, 著作権侵害の証明責任の観点からこれを捉える。
- (64)田村・前掲注(14)31頁, 金井 = 小倉・前掲注(53)108頁 [北岡弘章]。
- (65)野一色・前掲注(3)牛木古稀461頁。
- (66)野一色・前掲注(3)牛木古稀462頁。
- (67)駒田・前掲注(42)227頁。
- (68)上野達弘「応用美術の法的保護」別冊NBL No.130 209頁, 216頁(2009), 上野司会・前掲注(21)61頁 [奥邨弘司発言], 奥邨・前掲注(42)254頁, 劉・前掲注(31)277頁。
- (69)紋谷・前掲注(8)131頁。
- (70)半田正夫 = 松田正行編『著作権法コンメンタール2』(勁草書房, 2009) 403頁 [前田哲男]。
- (71)東京地判平13・7・25判時1758号137頁(はたらくじどうしゃ事件)。
- (72)前田哲男「工業製品の外観などに利用された著作物の「写り込み」的な利用について」野村豊弘 = 牧野利秋編『現代社会と著作権法 斎藤博先生御退職記念論集』(弘文堂, 2008) 325頁, 335-338頁は, 著作物の「実質的利用」判断での解決を提言する。
- (73)河野愛「判批」判例時報1340号219頁, 223頁(1990), 駒田・前掲注(42)228頁, 斎藤・前掲注(13)87-88頁, 満田・前掲注(48)637頁, 三宅・前掲注(36)8頁・111-112頁, 本山・前掲注(48)94頁。実質的に非差別説といえるものとして, 久々湊伸一「意匠法と著作権法との限界領域あるいは競合について」瀧野文三博士喜寿記念論文集刊行会編『国際工業所有権法研究』(中央大学出版部, 1978) 257頁, 276-284頁, 非差別説に好意的な見解として, 松尾和子「判批」小野昌延先生喜寿記念刊行事務局編『知的財産法最高裁判例評釈体系Ⅲ』(青林書院, 2009) 128頁, 132-134頁。
- (74)ベルヌ条約2条7項の相互主義適用も当該著作物の本国での保護態様が決め手である。
- (75)Eugène POUILLET, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, 3e ed., Marchall et Billard 1908, no 78, Eugène POUILLET, Traité théorique et pratique des dessins et modèles, 5e ed., Marchall et Godde 1911, no 28, Frédéric POLLAUD-DULIAN, Droit de la propriété industrielle, Editions Montchrestien 1999, no 851, p.374 参照。根底に裁判官による審美性判断への強い懐疑と審美性相対主義がある。

(原稿受領 2010. 5. 25)