

はしがき

著作物の類似性というのは、ずっと前から筆者（上野）お気に入りのテーマである。“研究のため”と称して収集してきた係争物コレクションも、限られた研究室スペースの中で優先的な地位が与えられている。

ただ、“似てる？”“似てない？”といった議論は、端から見ると、研究というより、何か遊んでいるように映るかも知れない。たしかに、著作権法の世界には、なぜか昔から（筆者を含めて）趣味的に議論を楽しむマニア(?)が多いのも事実である。しかし、類似性判断というのは、“人が創作した作品について、どこまで権利が認められるべきか”という根本的な問いにほかならず、それは著作権制度の存在意義に直結する課題というべきなのである。

そんな類似性に焦点を当てた本を作るというのは以前から温めていた構想であったが、企画を練る過程で前田哲男先生のご参画を得られたことが本企画に決定的な違いをもたらした。というのも、現実の裁判例においては、理論的な説明が容易でないミステリアスな側面が散見されるところ、研究者と実務家のコラボレーションによってそうした裁判実務の多面的な分析が可能になったからである。とりわけ本書の特徴でもある「対談的検討」のコーナーにおいて、2人の共著者が自由な議論を繰り広げて（楽しんで？）いる様子をご覧ください。もっとも、そうこうするうちに本書は予定の分量を超え、まずは「ビジュアルアート編」として区切りを付けることになった。

本書が世に出るまでには、企画・編集・校閲に至るまで根幹的役割を果たされた勁草書房編集部の中東小百合さんの存在があった。ここに御礼申し上げつつ本書の誕生を共に喜びたい。また、お名前を挙げることはできないが、これまで筆者のために貴重な諸資料をご提供いただいた実務家の先生方には深甚なる謝意を表したい。さらに、本書は筆者が大学のディベートゼミで学生と考え学んだ成果でもあり、これまで活動を共にしてきた諸氏とも刊行の喜びを分かち合いたい。最後に、本書は科研費（課題番号 16K03449/16KK0066）の助成を

はしがき

受けた研究成果の一部であることも付記しておく。

本書が、研究・教育・実務の世界で愛読されることはもちろん、これを通じて多くの読者が類似性の議論をお楽しみいただければ幸いである。

2021年4月

共著者を代表して
上野達弘

目 次

はしがき i

第1編 理論編

第1章

著作物の類似性

2

上野 達弘

第1節 はじめに 2

第2節 類似性とは 4

1 類似性＝「表現上の本質的な特徴を直接感得」できること（判例） 4

2 「類似性」という名称について 7

3 「創作的表現の共通性」が前提 8

第3節 課 題 12

1 アイディア／表現 12

2 創作性 13

3 創作性の高低と類似性判断 16

4 創作的表現の共通性の判断方法 17

5 類似性（＝「表現上の本質的な特徴を直接感得」できること）の意味 19

6 類似性判断の基準となる主体 25

7 著作物の著名性／需用者の誤認混同 26

8 類似性の主張立証責任 28

第4節 おわりに 29

第2章

類似性判断の実務

31

前田 哲男

第1節 類似性判断の対象	31
1 請求の特定の必要性	31
2 被侵害著作物の特定の仕方	31
3 原告が特定した箇所以外の部分に基づく反論の可否	35
第2節 類似性の判断に関する法的構造	41
1 事実か法的評価か	41
2 主張立証責任	41
3 評価の時点	44

第2編 ケース編

第1章

イラスト

46

I 判例の概観 (上野達弘)	46
1 総説	46
2 裁判例	48
(1) 類似性を否定した裁判例	48
【ケース1-1】 タウンページ・キャラクター事件	48
【ケース1-2】 けろけろけろっぴ事件	50
【ケース1-3】 うるせえトリ事件	52
【ケース1-4】 コーポレーションペンギン事件	56
【ケース1-5】 坂井真紀イラスト事件	60
【ケース1-6】 マンション読本事件	61
【ケース1-7】 博士イラスト事件	65
【ケース1-8】 レターセット事件	67
(2) 類似性を肯定した裁判例	70

【ケース 1-9】	サザエさんバス事件	70
【ケース 1-10】	たいやきくん事件	72
【ケース 1-11】	ライダーマン事件	73
【ケース 1-12】	無人契約機 ¥en むすび事件	75
【ケース 1-13】	パンシロントリム事件	77
【ケース 1-14】	出る順シリーズ事件	79
【ケース 1-15】	パンダイラスト事件	80
【ケース 1-16】	ノンタン事件	82
【ケース 1-17】	ひこにゃん事件	83
【ケース 1-18】	フラねこ事件	85
【ケース 1-19】	眠り猫事件	86
【ケース 1-20】	ふわふわ四季のたより事件	89
II	対談的検討（上野達弘・前田哲男）	93
■	比較する部分・範囲の広さ	93
■	イラストの著名性が与える影響	97
■	「原告著作物」とは？	98
■	博士イラストの創作性	100
■	比較すべき対象はどこなのか	102
■	レターセット事件	104
■	出る順シリーズ事件	105
■	類似性判断は、時代と共に変わり得るのか	106
■	ノンタン事件・たいやきくん事件	108
■	無人契約機 ¥en むすび事件	110
■	パンシロントリム事件	111
■	眠り猫事件	112
■	創作性に関する主張立証	114
■	「ありふれている」「ありふれていない」ことの判断	118
■	どこまでが一つの著作物か	121

第2章

美術・人形・ぬいぐるみ・ブックカバー

123

I 判例の概観（上野達弘） 123

目次

1	総説	123
2	裁判例	124
(1)	類似性を否定した裁判例	124
	【ケース 2-1】劇団 SCOT 事件	124
	【ケース 2-2】たち吉事件	126
	【ケース 2-3】猫のぬいぐるみ事件	127
	【ケース 2-4】巻くだけダイエット事件	130
	【ケース 2-5】完全自殺マニュアル事件	131
(2)	類似性を肯定した裁判例	134
	【ケース 2-6】民家の暖簾事件	134
	【ケース 2-7】仏画事件	136
	【ケース 2-8】エルミア・ド・ホーリィ事件	139
	【ケース 2-9】金魚電話ボックス事件	141
	【ケース 2-10】角川 mini 文庫事件	144
	【ケース 2-11】日野市壁画事件	146
	【ケース 2-12】博多人形赤とんぼ事件	148
	【ケース 2-13】トントゥ人形事件	149
	【ケース 2-14】入門漢方医学事件	151
(3)	著作物性を否定した裁判例	153
	【ケース 2-15】プチホルダー事件	153
	【ケース 2-16】ファービー事件	154
II	対談的検討（上野達弘・前田哲男）	156
	■現代アートと著作権の親和性	156
	■アイデアと表現の境目はどこか	161
	■たち吉事件	165
	■「表現上の本質的な特徴」概念の捉え方	166
	■民家の暖簾事件	170
	■商品としてではなく、漫画の背景だったとしたら	173
	■本質的特徴をどこから感得するか	177
	■エルミア・ド・ホーリィ事件	180
	■角川 mini 文庫事件	183
	■日野市壁画事件	185

- 入門漢方医学事件 187
- 巻くだけダイエット事件・完全自殺マニュアル事件 189

第3章

書・文字

193

- I 判例の概観（上野達弘） 193
 - 1 総説 193
 - 2 裁判例 194
 - (1) 類似性を否定した裁判例 194
 - 【ケース3-1】動書「鶴」事件 194
 - 【ケース3-2】デザイン書体「趣」事件 195
 - 【ケース3-3】雪月花事件 197
 - (2) 類似性を肯定した裁判例 198
 - 【ケース3-4】動書「私の散歩道」事件 198
 - (3) 著作物性を否定した裁判例 200
 - 【ケース3-5】シャトー勝沼事件 200
 - 【ケース3-6】かつ〜ん事件 202
 - 【ケース3-7】アサックス事件 202
 - 【ケース3-8】住友建機株式会社ロゴ事件 204
 - 【ケース3-9】ゴナU事件 205
 - 【ケース3-10】INTERCEPTER事件 207
 - (4) 複製主体に当たらないことを理由に侵害を否定した裁判例 208
 - 【ケース3-11】動書「佳扇」事件 208
 - 【ケース3-12】動書「華」事件 209
- II 対談的検討（上野達弘・前田哲男） 211
 - 書では、類似性を否定されたケースが多い？ 211
 - 1文字の場合における創作性の捉え方 213
 - 手書き原稿や写経の著作物性 214
 - 実用目的だが、筆で書かれているという場合 216
 - ロゴマークに著作物性を認めることがもたらす影響 219
 - タイプフェイスの著作物性 222

第4章

写 真

- I 判例の概観（上野達弘） 227
- 1 総説 227
- 2 裁判例 229
- (1) 類似性を否定した裁判例 229
- 【ケース4-1】廃墟写真事件 229
- 【ケース4-2】コーヒーを飲む男性事件 231
- 【ケース4-3】カーテン商品カタログ事件 232
- 【ケース4-4】ニューディナーパン事件 233
- 【ケース4-5】播磨喜水パッケージデザイン事件 235
- 【ケース4-6】おもてなしプレゼント事件 237
- (2) 類似性を肯定した裁判例 239
- 【ケース4-7】ヘアデザイン写真事件 239
- 【ケース4-8】たぬピク事件 240
- 【ケース4-9】マンモス画像事件 241
- 【ケース4-10】東京アウトサイダーズ事件 243
- 【ケース4-11】パロディ＝モンタージュ事件 245
- 【ケース4-12】グルニエ・ダイン事件 248
- 【ケース4-13】みずみずしいすいか事件 249
- 【ケース4-14】祇園祭写真事件 252
- 【ケース4-15】舞妓写真事件 255
- (3) 著作物性を否定した裁判例 256
- 【ケース4-16】久保田一竹美術館事件 256
- 【ケース4-17】メガネサロントミナガ事件 258
- II 対談的検討（上野達弘・前田哲男） 260
- 風景写真の創作性を基礎づける要素 260
- 立体物である商品の写真の著作権者は誰か 262
- たぬピク事件・マンモス画像事件 267

■被写体に関する工夫の考慮	268
■写真をもとに絵を描く行為、トレース	273
■東京アウトサイダーズ事件	280
■グルニエ・ダイン事件	283
■おもてなしプレゼント事件	285

事項索引	289
------	-----

判例索引	293
------	-----

第1章 イラスト

I 判例の概観

上野 達弘

1 総説

イラストというのは、イラストレーション (illustration) の語源が「分かりやすくする」ことにあるせい、写実的なものというより、シンプルな表現を用いて対象の特徴を強調した一枚絵を意味することが多いようである¹⁾。具体的には様々なものを含むが、人間等が有する特徴を強調して視覚的に表現した単体のイラストは「キャラクター」と呼ばれ²⁾、特に「かわいいもの」が好まれる日本では、漫画やアニメのキャラクターのみならず、いわゆる「ゆるキャラ」などが数多く存在している。そうしたイラストとしてのキャラクターは、シンプルな表現であっても創作性が認められ、著作物性は肯定されよう³⁾。た

-
- 1) 本来、illustration とは、例などを用いて分かりやすくすることを意味し、理解を容易にするための図解や挿絵等を指す。日本語の「イラスト」は、これと若干ニュアンスを異にするところがあり、新村出編『広辞苑〔第7版〕』(岩波書店、2018年) 213頁においても、「イラストレーションの略。特に、見て楽しいように誇張・変形した絵についていう」と定義されている。
 - 2) なお、「キャラクター」とは、イラストとしてのキャラクターという意味のほか、フィクション作品(例：小説、漫画、映画、アニメ、コンピュータゲーム)の登場人物が有する抽象的な“人物像”という意味でも用いられることがあり、その場合は著作物性が問題となる(詳しくは、上野達弘「キャラクターの法的保護」パテント69巻4号49頁以下〔2016年〕参照)。実際のところ、最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁〔ボバイ・ネクタイ事件：上告審〕も、「具体的な漫画を離れ、右登場人物のいわゆるキャラクターをもって著作物ということはできない。けだし、キャラクターといわれるものは、漫画の具体的表現から昇華した登場人物の人格ともいふべき抽象的概念であって、具体的表現そのものではなく、それ自身が思想又は感情を創作的に表現したものである」と述べているが、これは人物像としてのキャラクターについて論じたものと理解されよう。
 - 3) 上野・前掲注2) 51頁参照。

だ、その著作権がどこまで及ぶか、すなわち類似性がどのような場合に認められるかという点は問題となる。なぜなら、イラストというものがシンプルな表現を用いて対象の特徴を強調したものである以上、同じ対象を描くと、どうしても似た表現になりやすいからである。

例えば、もし“クマのイラスト”という点が他人の作品と共通しただけで著作権侵害になってしまうならば、誰もクマのイラストを描けなくなってしまいかねない。そうなると、本来であれば世の中に多種多様なクマのイラストが生み出される可能性があるにもかかわらず、これを妨げてしまう結果、文化の発展を阻害することになる。そこで、著作権という権利は、あくまで具体的な「表現」を保護するのであり、“クマのイラスト”というような抽象的な「アイデア」は保護しないことになっているのである（アイデア／表現二分論）。したがって、単にクマのイラストという点が他人の作品と共通するだけでは著作権侵害が肯定されず、さらにどのような形や色でクマのイラストを描いているかという具体的な「表現」が共通しない限り、著作権侵害は肯定されないのである。

また、具体的な「表現」といっても、例えば、“うさぎの耳が長くて立っている”ことや、“ネコの顔にひげが生えている”ことなどは、うさぎやネコを描こうとすれば誰でも行うありふれた表現と言える。そのような表現は、作者の個性があらわれているとは言えず、「創作性」が認められないため著作権保護を受けない。したがって、たとえ「表現」において他人の作品と共通する場合であっても、誰がやっても同じようなものになるありふれた表現が共通するだけでは著作権侵害は肯定されず、さらに作者の個性があらわれている「創作性」のある表現までが共通しない限り著作権侵害は肯定されないのである。

ただ、アイデアと表現の区別も、創作性の有無も、境界線は微妙であり、その判断には常に困難が伴う。もし類似性をあまりにも緩やかに判断してしまうと、他者の自由が制約されすぎる結果、将来のクリエイタの創作活動に悪影響を及ぼしかねない。他方、類似性をあまりにも厳しく判断してしまうと、当該クリエイタの保護として不十分なものになりかねない。このように、類似性の問題とは、著作物をめぐる権利保護と自由確保のバランスの追究にほかならない。本章で見ると、イラストに関してはこの問題を考えるための実例が

豊富にある。以下では、そうした裁判例を判決の結論（肯定例／否定例）によって分類して概観しつつ、それぞれの妥当性についても考えてみよう。

2 裁判例

(1) 類似性を否定した裁判例

【ケース1-1】タウンページ・キャラクター事件⁴⁾

本件は、「古本物語」という漫画を創作した原告（控訴人）が、被告（被控訴人）がハローページの裏表紙の内側のページに被告イラスト（「タウンページ」と記載された3体のキャラクターがマンホールから出ている絵および吹き出しの部分）を掲載して発行していることが、原告の有する著作権の侵害に当たると主張して、損害賠償等を請求した事案である。

裁判所は、「原告漫画のキャラクターと被告イラストのキャラクターは、本を擬人化したという点は共通しているが、それ自体はアイデアであって、著作権法で保護されるものではない」と述べた上で、①「原告漫画のキャラクターの本の形状は、背表紙の付近が丸みを帯び、やや本が開いた状態のものもあるが、被告イラストのキャラクターの本は、全体的に角張っており、表表紙の上辺よりも裏表紙の上辺の方が長い独特の形状となっている」こと、②「被告イラストのキャラクターは、目が斜めに配置されているが、原告漫画のキャラクターは、目は真横に並べられている」こと、③「被告イラストのキャラクターには、大きく鼻が描かれているのに対し、原告漫画のキャラクターには鼻が存在しない」こと、④「被告イラストのキャラクターは、本の中央から腕が生えているのに対し、原告漫画のキャラクターは、本の表紙、すなわち顔の面から、腕が生えている。また、被告イラストのキャラクターの腕及び手は立体的で、手は黒く塗りつぶされた丸形である……が、原告漫画のキャラクターの腕及び手は立体的でなく、手も白い丸形である」こと、⑤「被告イラストのキャラクターの額にあたる部分にはタウンページという文字が描かれているが、原告漫

4) 東京高判平成12年5月30日（平成12年（ネ）第464号）〔タウンページ・キャラクター事件：控訴審〕。

画のキャラクターには何らの文字もない」ことといった相違点を指摘して、類似性を否定した⁵⁾。

たしかに、原告イラストとは、“本を擬人化したイラスト”という点では共通するが、それ自体が著作権保護を受けてしまうと、このイラストに接した者は、当該著作権が存続する限り、“本を擬人化したイラスト”を描けなくなってしまいかねない。したがって、“本を擬人化したイラストを描く”という抽象的なアイデアは著作権保護を受けない。他方、“本を擬人化したイラストを描く”というアイデアをどのように具体化しているかという表現において、原告のイラストは著作権保護を受ける。本件における両イラストを比較すると、手の生えている場所、本の閉じ方、本の背の形状、鼻の有無、両目の高さといった具体的な表現において相違があると言え、本件において類似性を否定した裁判所の結論は支持されよう。

なお、本件の控訴審では、被告のタウンページCMについても問題となり、その過程で、原告は、両著作物における後方右端のキャラクターの眉毛の形が両者ともハの字を逆にした形をしている点を主張したが、裁判所は、「控訴人漫画の前記枠では、眉毛の角度が急で怒りの感情を表現していると認められるのに対し、被控訴人CM1の前記枠では眉毛の角度がゆるやかで、使命感を帯びた厳めしさを表現しているものと認められ、そこに怒りの感情を読みとることはできないから、両者のキャラクターの表情は、大いに異なるというべき」と判示している。言われてみればそのようにも感じられるところであり、イラストの類似性を考える上で参考になろう。

5) 第一審判決（東京地判平成11年12月21日（平成11年（ワ）第20965号））引用部分。

II 対談的検討

上野 達弘・前田 哲男

■比較する部分・範囲の広さ

上野：従来の裁判例の中でも、タウンページ・キャラクター事件（【ケース1-1】→48頁以下）、けろけろけろっぴ事件（【ケース1-2】→50頁以下）、坂井真紀イラスト事件（【ケース1-5】→60頁以下）あたりは、類似性を否定した判決の結論に異論が少ないかと思いますが、他方、マンション読本事件（【ケース1-6】→61頁以下）や博士イラスト事件（【ケース1-7】→65頁以下）については、類似性を否定した判決に異論もあるところかと思います。先生のお考えはいかがでしょうか。

前田：まず、マンション読本事件なのですけれども、上野先生が「判例の概観」で書いておられますとおり、「顔面を含む頭部」に着目して比較するだけでよいのかという疑問を感じます。姿勢、赤いセーター、足首までのレギンス、足の描き方、腕の形状がよく似ています。さらに、鞆を持っているかどうかの違いはありますが、腕の形状も似ており、スカートの色は違うものの形状がよく似ている。原告の方のスカートの模様は格子と言っているかどうかよくわからないのですが、長方形が並んでいて格子模様に近い。こういったところを捨象してはいけないと思います。それらを含んだ全体像として比較してみますと、類似しているのではないかなと考えます。

上野：原告は、原告著作物が「極端ななで肩」であるという点が特徴的だと主張していますが、このイラストを見ると、なで肩というか、もう肩がないに等しいですね。その意味ではここも特徴的かと思いますが、その点における共通性を考慮する考えもあるようには思いますが、そうではなく、こうした肩の部分における特徴を捨象して、顔と頭部だけに着目して類似性を判断するとなりますと、たしかに顔と頭部における細かい相違点が際立ってきて、そうすると非類似という印象に傾きやすいようにも思えます。

ただ、創作的表現の共通性が問題となる類似性判断において、首から下の部分を捨象してしまうというのは、首から下の部分は創作的表現ではない、つまり著作物性がないという話になりかねないようにも思います。だとすれば、首から下の部分だけを他人が無断でデッドコピーしても著作権侵害にならないことになるのか、といった疑問もわいてくるところです。

前田：原告著作物をどのように特定するかは、原則として原告の自由としますと、この事件では、全身像を描いたイラスト（原告イラスト75）が一個の原告著作物と主張されているのだと思います。そうであれば、これと被告作品（被告イラスト1）とを比較することになると思います。被告作品のほうは、本当はお母さんとお父さんと子どもが並んでいるイラストのようであり、そこからお母さんの部分のみを切り出しているようですが、お母さんの全身像の部分は、常識的に見て一つのまとまりを持っていますので、これと原告著作物とを比較することになると思います。そうすると、類似性の判断では、当然、首から下の部分も比較対象に入ってくるはずだと思います。

極端なまで肩であるということだけが似ているのであれば、それだけでは創作性がないかも知れませんが、その点の共通は類似性を肯定する要素になると思います。それに加えて、腕の形・服装の色や形状・足の描き方だとか、そういったこともひっくるめて比較しますと、類似性を肯定してもいいのではないかと思います。

上野：そうですね。著作物の類似性判断における特定の問題は課題になるとしましても、本件において、原告が首から下の部分も含めて対象物を特定しているにもかかわらず、裁判所が首から下の部分を除外して類似性を判断することが許されるのは、その首から下の部分には創作的表現がないと言える場合に限られるように思います。そして、首から下の部分は創作的表現とは認められないと言ってしまうと、では首から下の部分には著作物性がなくコピーフリーなのかということになってしまうように思いますので、この首から下の部分が創作的表現と言える以上、この部分も類似性判断において一応考慮しなければならないのではないかと思います。

ただ、判決の立場をフォローするならば、人間のイラストというのは、

首から下は可變的なものでして、特に洋服や手足の形というのは容易に変わり得るものですよ。そうすると、例えば、リラックマなんかでも、だらっと座ってるイラストを描いたときは侵害だけれども、直立不動で立っているイラストを描いたときは非侵害というもおかしいので、首から下を考慮して判断するのは妥当でない、と。他方、顔と頭部は、表情を変えるくらいのことはあるとしても、それほど可變的ではないから、そこに着目して類似性を判断すべきだという考えなのかも知れませんね。

とはいえ、このイラストでも、顔と頭部だけに創作的表現があるわけではなく、首から下の部分にも創作的表現が散在しているというべきではないかと思います。もちろん、肩の部分だけでも単体で創作的表現と言えるのかとか、ハの字になっている足の部分だけでも単体で創作的表現と言えるのかといったら、それは言えないのかも知れませんが、一般論としては、個々の部分における創作的要素の積み重ねが全体の創作的表現を構成しており、その全体が著作物たり得るのはもちろん、いくつかの部分の組み合わせだけでも著作物たり得るということがあり得るように思います。このケースにおいても、もしそうした部分も含めて両者を比較するならば、類似性は肯定されてもよい事案ではないかという見方もあるでしょうね。

前田：判決の立場は、原告イラストは多数あって、それらは同一の女性を表現するものとして同一のコンセプトの下に描かれたものであるから、共通の特徴こそが本質的な表現を特徴づける、逆にいうと、共通の特徴ではない可變的部分は表現上の本質的特徴に該当しないので類似性判断において除外する、ということだと思います。しかし、この事件で問題となるのは、依拠性の問題はさておくとすれば、キャラクターとしてのこの女性の類似性ではなくて、イラストとイラストとを比較した場合の類似性だと思います。リラックマの場合も、ポパイ・ネクタイ事件最高裁判決（最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁）¹⁾を前提としますと、あくまで具体的な

1) 同判決は、「一定の名称、容貌、役割等の特徴を有する登場人物が反復して描かれている一話完結形式の連載漫画においては、当該登場人物が描かれた各回の漫画それぞれが著作物に当たり、具体的な漫画を離れ、右登場人物のいわゆるキャラクターをもって著作物ということはできない。」「したがって、一話完結形式の連載漫画においては、著作権の侵害は各完結した漫画それぞれ