

ホテルジャンキーズ事件

井奈波 朋子

東京地裁平成14年4月15日判決（控訴、附帯控訴）
平成13年（ワ）第22066号著作権侵害差止等請求事件
判時1792号129頁

東京高裁平成14年10月29日判決（確定）
平成14年（ネ）第2887号、平成14年（ネ）第4580号著作権侵害差止等請求控訴事件、同附帯控訴事件
最高裁ホームページ

<事実の概要>

被告株式会社Y1は、「ホテルジャンキーズ」という名称のホームページを設置・管理し、当該ホームページ上に「サロン・ド・ホテル・ジャンキーズ」という掲示板を設け、無料で掲示板の閲覧および掲示板への書込みをさせていた。原告X1～X11は、当該掲示板にそれぞれ書込み（以下「原告各記述」という）を行った。被告Y1とホテル関係のジャーナリストであり被告Y1の取締役であった被告Y2は、掲示板に書込まれた文章の一部を複製して書籍「世界極上ホテル術」（以下「本件書籍」という）を作成し、被告Y3が本件書籍を出版した（本稿末尾に「原告各記述及び転載文一覧表」の一部を参考資料として掲載した）。そこで、原告X1～X11は、被告らの行為は原告らの有する著作権を侵害すると主張して、本件書籍の出版等の差止めおよび損害賠償の支払を請求した。

<原審>

本件における主な争点は、原告各記述部分に創作性があるか否かである。原告各記述は原告らの思想・感情の創作的表現であるから著作物性が認められると原告らが主張したのに対し、被告Y1Y2は、原告各記述は事実の報告または感想にすぎず、表現もありふれた平凡なものである等と主張し争った。

裁判所は、「原告各記述部分は、その表現及び内容に照らして、後記イの原告各記述部分を除いたその余の部分については、筆者の個性が発揮されたものとして『思想又は感情を創作的に表現したもの』といえるから著作物性が認められる。」としながら、「イこれに対して、原告各記述部分のうち、以下の部分は、①文章が比較的短く、表現方法に創意工夫をする余地がないもの、②ただ単に事実を説明、紹介したものであって、他の表現が想定できないもの、③具体的な表現が極めてありふれたもの、として筆者の個

性が発揮されていないから、創作性を否定すべきである。」とし、原告各記述について創作性が認められる部分とそうでない部分に区別して、著作物性を認定した（末尾の一覧表のうち、5－(4)③、5－(13)①、7－(3)①は創作性が否定された）。その上で、本件書籍を作成する過程においてY3が文章部分に対する使用料の名目でY2に対し支払った約110万円を基準に、原告各記述部分が本件書籍全体に占める割合を乗じ、本訴・仮処分各5万円の弁護士費用を加え、下記のとおり、原告らの損害賠償請求を肯定した。

	書籍にしめる割合	損害額	認容額
記述1	0.30%	¥3,300	¥103,300
記述2	0.30%	¥3,300	¥103,300
記述3	0.70%	¥7,700	¥107,700
記述4	0.80%	¥8,800	¥108,800
記述5	3.40%	¥37,400	¥137,400
記述6	0.20%	¥2,200	¥102,200
記述7	1.60%	¥17,600	¥117,600
記述8	0.20%	¥2,200	¥102,200
記述9	0.10%	¥1,100	¥101,100
記述10	0.30%	¥3,300	¥103,300
記述11	0.20%	¥2,200	¥52,200

<控訴審>

被告Y1、Y2控訴。なお、被告Y3は、原審の認容額を支払い、控訴しなかった。控訴審における主な争点も、原審と同様、原告各記述に著作物性が認められるか否かである。高裁は次のとおり判断し、原告各記述全部に創作性を認めた。

「(1) (略) ある表現が著作権法上の著作物として同法の保護を受ける著作物であるというためには、それが、『文学、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの』であることに加えて、それが、①思想又は感情の表現であること、②創作的表現であること、すなわち創作性を有すること、が必要である。単なる事実の記述は思想又は感情の表現であるということとはできない。もっとも、単なる事実の記述のようにみえても、その表現方法などから、そこに筆者の個性が何らかの形で表れているとみることができるような場合には、思想又は感情の表現があるとみて差し支えない。」

「著作物と認めるためのものとして要求すべき「創作性」の程度については、例えば、これを独創性ないし創造性があることというように高度のものとして解釈すると、著作権による保護の範囲を不当に限定することになりかねず、表現の保護のために不十分であり、さらに、創作性の程度は、正確な客観的判定には極めてなじみにくいものであるから、必要な程度に達しているか否かにつき、判断者によって判断が分かれ、結論が恣意的になるおそれ大きい。このような点を考慮するならば、著作物性が認められるための創作性の要件は厳格に解釈すべきではなく、むしろ、表現者の個性が何らかの形で発揮されていれば足りるという程度に、緩やかに解釈し、具体的な著作物性の判断に当

たっては、決まり文句による時候のあいさつなど、創作性がないことが明らかである場合を除いては、著作物性を認める方向で判断するのが相当である。

ある表現の著作物性を認めるということは、それが著作権法による保護を受ける限度においては、表現者にその表現の独占を許すことになるから、表現者以外の者の表現の自由に対する配慮が必要になることはもちろんである。このような配慮の必要性は、著作物性について上記のような解釈を採用する場合には特に強くなることも、いうまでもないところである。しかし、この点の配慮は、主として、複製行為該当性の判断等、表現者以外の者の行為に対する評価において行うのが適切である、と考えることができる。一口に創作性が認められる表現といっても、創作性の程度すなわち表現者の個性の発揮の程度は、高いものから低いものまで様々なものがあることは明らかである。創作性の高いものについては、少々表現に改変を加えても複製行為と評価すべき場合があるのに対し、創作性の低いものについては、複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみであって、少し表現が変えられれば、もはや複製行為とは表現できない場合がある、というように、創作性の程度を表現者以外の者の行為に対する評価の要素の一つとして考えるのが相当である。このように、著作物性の判断に当たっては、これを広く認めようとして、表現者以外の者の行為に対する評価において、表現内容に応じて著作権法上の保護を受け得るか否かを判断する手法をとることが、できる限り恣意を廃し、判断の客観性を保つという観点から妥当であるというべきである。」

「(2) 原判決は、別紙原告記述及び転載文一覧表の原告記述欄<略>の各記述部分について、同表転載文欄記載の転載文中に、一部分が省略された形で転載されているため、転載された部分ごとに分けて、それぞれ著作物性を判断し、一部分につきその著作物性を否定した。しかしながら、原審の上記判断は、その判断手法自体に問題があるというべきである。まず、被控訴人らは、原告各記述部分の著作物性を主張するに当たり、一次的には、その属する原告各記述<略>それぞれの全体が、一個の著作物であり、その一部として著作物性を有すると主張しているものと解するのが相当である。そうである以上、著作物性の有無の判断は、まず、これらそれぞれの記述全体について行われるべきである。そして、上記(1)で述べた解釈に照らすと、原告各記述は、一個の記述全体として見たとき、いずれも記述者の個性が発揮されていると評価することができるから、これに対しては、著作物性を認めるのが相当である。（このことは、仮に、各番号ごとの一個の記述全体を構成する部分の中に、それだけを取り出して評価すれば創作性の認められないものが含まれていたとしても、影響を受けるものではない。極論すれば、全体としては創作性の高い著作物であっても、それを構成する部分に細かく分けていって、各部分のみを独立に評価すれば、多くの場合、その中に創作性の低いもの、場合によっては、上記(1)の基準によっても創作性を認めることが困難なものが出てくることは、避けられないであろう。）。

次に、上記一覧表によれば、上記各記述部分は、いずれもさほど長いものではないこ

と、分けられて転載された部分同士が近接していることが認められることを考慮すると、上記各記述部分については、全体として一個の転載行為がなされたものとみるべきであって、転載行為についての評価も、転載文全体を単位として行うのが相当であり、転載された部分ごとに分けて行うのは相当でないというべきである。」

「(3) 上記(1)で述べた解釈に照らすと、原告各記述部分は、それ自体としてみても、原判決が著作物性を否定した部分も含め、いずれも、程度の差はあれ記述者の個性が発揮されていると評価することができるから、著作物性を認めるのが相当である。この点において、当裁判所は、原判決と判断を異にする。」

その上で、損害額については、金110万円を基準にして本件各転載文が本件書籍全体に占める割合を乗じて算定した著作権使用料相当額に弁護士費用相当額を加えた額を損害額と認定した。

	書籍にしめる割合	損害額	既払額との差額
記述1	0.30%	¥3,300	¥0
記述2	0.80%	¥8,800	¥5,500
記述3	0.80%	¥8,800	¥1,100
記述4	0.90%	¥9,900	¥1,100
記述5	4.50%	¥49,500	¥12,100
記述6	0.40%	¥4,400	¥2,200
記述7	2.40%	¥26,400	¥8,800
記述8	0.20%	¥2,200	¥0
記述9	0.10%	¥1,100	¥0
記述10	0.30%	¥3,300	¥0
記述11	0.04%	¥4,400	¥2,200

<解説>

1 創作性の意義

創作性が認められるためには、独創性の発揮されたものである必要はなく、筆者の何らかの個性が発揮されていれば足りる。¹

本件において、地裁は、創作性が認められるためには筆者の何らかの個性が発揮されていれば足りると判断した上、①文章が比較的短く、表現方法に創意工夫をする余地がないもの、②ただ単に事実を説明、紹介したものであって、他の表現が想定できないもの、③具体的な表現が極めてありふれたものについては、筆者の個性が発揮されていないから、創作性を否定すべきであると判断している。

一般論としては妥当と考えられるが、具体的適用の面においては、以下の例に見られるように、同じような記述でありながら、一方では創作性ありと判断され、他方では創作性なしと判断されているという問題点がある。この問題について、控訴審は判断を異

¹ 東京地方裁判所平成11年1月29日判時1680号119頁（古文単語事件）、東京地裁平成13年5月30日判決判時1752号144頁（交通標語事件）等。

にするので、4で検討する。

一例一

創作性のない記述の例	創作性のある記述の例
晶華に先々週2泊してきました (7-(3) p44)	私は先月アマダリに滞在してき たばかりです (5-(5) p33)
シンガポールのどきんです (5-(13) p37)	広島在住のM I W Aと申します (9 p47)

2 創作性の程度

本件において、高裁は次のように判断する。

「著作物と認めるためのものとして要求すべき「創作性」の程度については、例えば、これを独創性ないし創造性があることというように高度のものとして解釈すると、著作権による保護の範囲を不当に限定することになりかねず、表現の保護のために不十分であり、さらに、創作性の程度は、正確な客観的判定には極めてなじみにくいものであるから、必要な程度に達しているか否かにつき、判断者によって判断が分かれ、結論が恣意的になるおそれ大きい。このような点を考慮するならば、著作物性が認められるための創作性の要件は厳格に解釈すべきではなく、むしろ、表現者の個性が何らかの形で発揮されていれば足りるという程度に、緩やかに解釈し、具体的な著作物性の判断に当たっては、決まり文句による時候のあいさつなど、創作性がないことが明らかである場合を除いては、著作物性を認める方向で判断するのが相当である。」（下線部筆者）

下線部の記述のみから判断すれば、高裁判決は、地裁および従来裁判例を踏襲していると考えられる。しかし、一連の記述から判断すると、高裁判決は、著作物と認めるためのものとして要求すべき「創作性の程度」を問題としている。著作物性の判断にあたって「創作性の程度」を考慮すべきであろうか。

まず、「創作性の程度」を考慮すべきであると主張する場合には、「創作性」とは何か、何の程度を問題とするのかを明らかにしなければならない。

(1) この点について、高裁判決は、「創作性の程度すなわち表現者の個性の発揮の程度は、高いものから低いものまで様々なものがあることは明らかである。」と述べ、「創作性の程度」とは、「表現者の個性の発揮の程度」であると考えているようである。したがって、「創作性の程度」は、「表現者の個性の発揮の程度」、すなわち、表現者の個性が強く発揮されているかどうかを基準として判断されることになるだろう。

しかし、表現者の個性が強く発揮されているかどうかをどのように認定するのであるうか。表現者の個性が強いかどうかを判断するには、表現者の個性という主観的な問題に踏み込まざるをえない。しかし、表現者の個性は客観的評価になじむものではない。また、裁判所が、表現者の個性に対して評価を与えるべきではない。例えば、参考資料

中「私は先月アマンドリに滞在してきたばかりです（5-（5） p33）」の記述について、この記述を表現した者の個性が強いかどうかを一体どのようにして判断すればよいのだろうか。個性が強いかどうかを判断するには、著作者がどういう人物なのか、その人の個性がどの程度表れているかを検討しなければならない。裁判所が表現者の個性が強いかなど判断できないことは明らかであり、かつ、裁判所がそのような評価を行うことは適切でない。

(2) また、文学・音楽・美術などの芸術作品について批評する場合、一般に「芸術性が高い」ということがある。そこで、「創作性の程度」という場合、芸術性の高低を意味しているのではないかと考えられる。

しかし、芸術性の高低は鑑賞者によって評価が異なるのであって、やはり客観的評価になじまない。また、裁判所が芸術性に対する評価を加えるべきではない。上記記述の例「私は先月アマンドリに滞在してきたばかりです（5-（5） p33）」でいえば、芸術性の高低という評価自体が不可能であろう。したがって、創作性の程度の内容を芸術性の程度と考えることはできない。^{2 3}

(3) さらに、創作性を選択の幅で判断すると解する見解がある。⁴創作性を、選択の幅と解したとしても、「創作性の程度」を考える余地はない。選択の幅がきわめて低い場合、つまり、アイデアとの関係で不可避な表現や平凡な表現については、創作性自体が否定されることになる。表現は、創作性のあるものと平凡またはアイデアを表現す

² 齊藤博教授は、創作性の程度を問題としないという見解を主張される。「創作性の高低により著作物に該当するものとそうでないものとを分けることも論じられるが、少なくともわが国著作性や芸術性の高低と重ね合わせて論じられることもあるが、素人の作であろうと玄人の作であろうと、幼児の絵であろうと大家の絵であろうと、著作物と認めるか否かの判定につき別異の扱いはない。いずれにせよ、同じく創作性の語を論じてはいるものの、そこには、すでに著作権法の求める創作性とは異なる語義が前提となっているといえよう。」齊藤博「著作権法」有斐閣 73 頁

³ この点で、フランスの著作権法は創作性と芸術性を切り離して考えることを条文上明確に規定している。フランス著作権法第 1 1 2 - 1 条は、「この法典の規定は、いずれの精神の著作物についても、その種類、表現形式、価値又は目的のいかんを問わず、著作者の権利を保護する」（外国著作権法令集(18)フランス編(社)著作権情報センター)と規定する。ここで、問題になるのは、価値を問わないという部分である。その趣旨について、プイエは「法律は著作物の価値判断を行わない。法律は著作物の価値や重要性について吟味しない。法律は著作物を差別せず保護する。長くても短くても、良くても悪くても、有益でも有害でも、天才または機知の結果であろうと努力と忍耐の結果であろうと、すべての文学的美術的著作物は法律による保護を享有する」と説明する。E. Pouillet 「Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation」 p38

⁴ 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究 No. 28、11 頁

「以上、私が申し上げたことをまとめますと、著作権法が元来予定していた創作性とは人格の流出である個性であるということ、これは間違いのないだろうと思います。しかしながら、著作権法の中にこれほど多種多様のもので取り込まれてしまった現在、個性だけで創作性を判断することは困難になっていると考えられます。そうすると、著作権法の中に 2 種類の創作性概念を持ち込んで説明するか、あるいは新たな創作性概念で全部を説明するか、どちらかしかないと思いますが、私は後者を選択し、創作性を選択の幅ということで統一的にとらえてみたわけです。」

この見解は、選択の幅という客観的状況により創作性を捉えるようである。しかし、この見解によれば、表現方法に幅がない場合、創作性は存在しないという結論になる。選択の幅は通常存在しうると考えられる表現の幅に過ぎない。ある者がそれを越えた表現をした場合には、明らかに創作性が存在する。創作性は個性の発揮という主観的問題であって、それは表現者の主観的な決断として表現の選択が行われたか否かによって判断されるべきではないかと考える。

のために不可避として創作性のないものに振り分けられる。したがって、創作性は有無のみが問題となりうるのであり、創作性の程度を考慮する余地はない。

(4) そもそも、創作性は、著作権法により保護される著作物に該当するか否かを判断するための要件である。したがって、創作性はあるかないかのみを判断すればよく、著作物性を判断するにあたって「創作性の程度」は問題となり得ないとする。⁵

振り返って高裁の判断を検討すると、著作物性の要件として「創作性の程度」を考えているようにみえるが、実は、創作性の内容に関する説明を行っていないにすぎない。つまり、「著作物と認めるためのものとして要求すべき「創作性」の程度については、例えば、これを独創性ないし創作性があることとというように高度のものとして解釈すると、著作権による保護の範囲を不当に限定することになりかねず、表現の保護のために不十分であり、さらに創作性の程度は、正確な客観的判定に極めてなじみにくいものであるから、必要な程度に達しているか否かにつき、判断者によって判断が分かれ、結論が恣意的になるおそれ大きい」との判断のうち、下線部分については、単に「創作性の内容」と読み替えればよいのではないかと考える。

3 創作性の程度と複製権侵害の成否との相関関係

「創作性の程度」を論ずる余地はないと考えれば、創作性の程度と複製権の侵害の成否との相関関係は問題とならない。

しかし、高裁は、創作性の程度の議論に続けて、「一口に創作性が認められる表現といっても、創作性の程度すなわち表現者の個性の発揮の程度は、高いものから低いものまで様々なものがあることは明らかである。創作性の高いものについては、少々表現に改変を加えても複製行為と評価すべき場合があるのに対し、創作性の低いものについては、複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみであって、少し表現が変えられれば、もはや複製行為とは表現できない場合がある、というように、創作性の程度を表現者以外の者の行為に対する評価の要素の一つとして考えるのが相当である。」と判示するので、⁶創作性の程度と複製権侵害の成否との間に高裁判決の述べる

⁵ 前掲注2参照

⁶ 同旨裁判例として、以下の裁判例がある。

*東京地裁平成13年6月13日決定判時1761号131頁（サイボウズ事件）

「表現者の個性が著作権法上の保護に値する程度に表現されているならば、創作性を肯定すること自体に妨げはなく、この点、他の表現行為と別異に解すべき理由はないからである。ただ、各画面の表示のみを問題にする場合には、前記のような制約は表現行為の幅を狭くする方向に働くと考えられるから、限定的な範囲での創作性しか認め得ない場合が多く、その結果、いわゆるデッドコピーを許さない程度の保護しか与えられない場合もあると考えられる」

*東京地方裁判所平成14年9月5日判決判時1811号127頁（サイボウズ事件）

「したがって、仮に原告ソフトの表示画面の選択及び組合せに創作性が認められるとしても、上述のとおり、その創作的表現を直接感得することができるような他社ソフトは、原告ソフトの表示画面とその組合せにつき実質的にその全部を共通に有し、新たな表示画面や組合せが付加されていないようなものに限られる。すなわち、仮に原告ソフトにおける互いに牽連関係にある表示画面の集合体を著作物と解すること

ような相関関係はありうるのかを検討する。

結論をいえば、このような相関関係はないと考える。高裁は、「創作性の程度」について、「表現者の個性の発揮の程度」という考え方をとっている。したがって、個性が強く発揮されていれば創作性が認められる。その創作的表現について複製権侵害が成立するかどうかは、既存の著作物に依拠し、その内容および形式を覚知させるに足りるものを再製したかどうかを検討することになる。⁷その内容および形式を覚知させるものとは、同一性あるいは類似性のあるものである。したがって、複製権侵害が成立するかどうかを判断するためには、表現に同一性あるいは類似性があるかどうかという判断をしなければならない。創作性があると判断された著作物について同一ないし類似の部分があれば複製になるが、「創作性の高いものについては、少々表現に改変を加えても複製行為と評価すべき場合があるのに対し、創作性の低いものについては、複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみに」であるというような、特段の相関関係があるとは考えられない。

具体例を挙げて考える。「ボク安心 ママの膝より チャイルドシート」という交通標語に対し、「ボク安心 ママの胸より チャイルドシート」という標語を作ったと仮定する（注記：実際の事件では、「ママの胸より チャイルドシート」である⁸）。仮に、「ボク安心 ママの膝より チャイルドシート」に創作性が認められるとして、本件高裁の基準をあてはめると、デッドコピーしか複製行為と評価できないということになる。しかし、デッドコピーとはいえない「ボク安心 ママの胸より チャイルドシート」という交通標語であっても複製権侵害行為と認定されるのではないだろうか。それは表現に類似性が認められるからである。これらが類似しているかどうかを判断する上で、創作性の程度つまり著作者の個性が強いかどうかは全く影響しないと考えられる。

9

ができるとしても、その複製ないし翻案として著作権侵害を認め得る他者のソフトウェアは、いわゆるデッドコピーないしそれに準ずるようなものに限られるというべきである。」

*東京高裁平成13年10月30日判決判時1773号127号（交通標語事件）

「そして、このような立場に立った場合には、交通標語には、著作物性（著作権法による保護に値する創作性）そのものが認められない場合も多く、それが認められる場合にも、その同一性ないし類似性の認められる範囲（著作権法による保護の及ぶ範囲）は、一般的に狭いものとならざるを得ず、ときには、いわゆるデッドコピーの類の使用を禁止するだけにとどまることも少なくないものというべきである。」

⁷ 最高裁昭和53年9月7日第一小法廷判決判時906号33頁（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件）「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいう」

⁸ 東京地裁平成13年5月30日判決判時1752号141頁（交通標語事件）

⁹ 東京高裁判決は、脚注6に引用したとおり、本件高裁判決と同様に相関関係を論じているが、侵害については次のとおり判断する。「原告スローガンに著作権法によって保護される創作性が認められるとすれば、それは、「ボク安心」との表現部分と「ママの膝（ひざ）より チャイルドシート」との表現部分とを組み合わせた、全体としてのまとまりをもった5・7・5調の表現のみにおいてであって、それ以外には認められないというべきである。これに対し、被告スローガンにおいては、「ボク安心」に対応する表現はなく、単に「ママの胸より チャイルドシート」の表現があるだけである。そうすると、原告スローガンに創作性が認められるとしても、それは、前記のとおり、その全体としてのまとまりをもった5・7・5調の表現のみにあることからすれば、被告スローガンを原告スローガンの創作性の範囲内のものとするこ

本件高裁判決は、「(4)本件各転載文は、一部を省略したり、順序を変えたり、接続詞など細部を変えたりした部分はあるものの、基本的には、原告各記述部分の表現を変えずにほとんどそのまま複製したものであり、そのいわゆるデッドコピーに近いものであると評価すべきものであることは、別紙原告記述及び転載文一覧表から明らかである。(5)以上を前提に、原告各記述、それに対応する、原告各記述部分、本件各転載文を対比した場合、本件転載文中の多くは、全体として、それに対応する原告各記述の複製として評価し得るものであり、少数（例えば、上記一覧表の2-(5)など）は、原告各記述に対する割合が小さすぎるため、原告各記述全体の複製として評価することはできないものの、対応する原告各記述部分の複製として評価することができるというべきである。」と判断する。すなわち、高裁は、同一性ないし類似性の有無について「デッドコピー」に過ぎないと判断しているのであって、創作性との相関関係を問題にしていない。したがって、高裁自体、創作性の程度と複製権侵害の成否の相関関係に関するスキームを、実際に本件に適用しているわけではない。結局のところ、創作性の程度と複製権侵害の成否の相関関係を論じる見解が、いかなる場面で具体的に適用されるのかは明らかでない。

結論として、創作性の程度を議論したとしても、創作性の有無という振り分けがおこなわれ、創作性が認められる部分について同一性ないし類似性の検討に入ることになるので、複製権侵害との相関関係は問題とならないと考える。

以上をまとめると、以下の表のようになる。

創作性の程度	創作性の有無	同一性・類似性の有無	著作権侵害
ない	なし	—	非侵害
低い	なし	—	非侵害
↑ ↓	あり	×	非侵害
	あり	○	侵害
高い	← 相関関係はない →		

4 創作性の判断方法

(1) 原審の判断の問題性

地裁は、創作性の判断の方法については特に議論していないが、原告各記述単位で判

とはできないという以外にない。」ここで、「創作性の範囲内のものとするとはできない」と述べられているが、要は、創作的部分を複製していないということであろう。したがって、相関関係論を適用したものは考えられない。

断することなく、本件書籍に引用された文と原告各記述を照らし合わせて、原告各記述のうち重なる部分（具体的には、参考資料の左欄の下線部分のみ）についてのみ創作性の有無を判断している。その結果、似た記述でありながら、創作性なしと判断されたものと創作性ありと判断されたものがあるという結論になった。

例えば、創作性なしとされた記述「晶華に先々週2泊してきました（参考資料7-(3) p44）」の場合、当該記述の前後の記述は、本件書籍に複製されていない。地裁は、この記述だけを見て、創作性なしと判断したと考えられる。他方、同じような記述でありながら創作性ありとされた記述「私は先月アマダリに滞在してきたばかりです（参考資料5-(5) p33）」の場合、地裁は、前後の記述と一体として創作性ありと判断していると考えられる。また、創作性なしとされた記述「シンガポールのどきんです（参考資料5-(13) p37）」の場合、本件書籍では①の記述と②の記述の間を削除して複製している。地裁は、この記述を単独でみて創作性なしと判断したと考えられる。他方、創作性ありとされた記述である「広島在住のMIWAと申します（参考資料9 p47）」の場合、裁判所は、当該記述に続く記述と合わせて創作性を判断したと考えられる。

しかし、著作物性が認められるものが複製された場合に複製権の侵害が認定されるのであるから、記述の複製のされ方により創作性の判断に違いがでるのは本末転倒となってしまうのではないだろうか。

(2) 控訴審の判断

これに対して、高裁は「原告各記述は、一個の記述全体としてみたとき、いずれも記述者の個性が発揮されていると評価することができるから、これに対しては、著作物性を認めるのが相当である。」と判断し、「上記各記述部分は、いずれもさほど長いものではないこと、分けられて転載された部分同士が近接していることが認められることを考慮すると、上記各記述部分については、全体として一個の転載行為がなされたものとみるべきであって、転載行為についての評価も、転載文全体を単位として行うのが相当であり、転載された部分ごとに分けて行うのは相当でないというべきである。」と述べて、地裁のアプローチを問題視している。このように高裁は、一個の記述全体を単位として創作性を判断している。

創作性をどのように判断するか、その手法については、地裁のように個々の記述ごとに分断して検討するアプローチもありうるし、高裁のように記述単位でみるアプローチもありうる。創作性を個々の記述ごとに検討しなければならない必然性はない。著作物の表現はいろいろな要素に分解できる。言語の著作物の場合、単語、文節、文章、パラグラフ、節、章、小説全体という単位で表現を捉えることが可能である。文章ごとで見れば創作性があるかどうか疑問となる場合であっても、パラグラフ・節・章などの単位で見れば創作性があることに疑いをいれない場合もある。また、一文一文はありふれた表現であっても、それらによって組み立てられる小説全体（ストーリー）に個性があれ

ば創作性のある著作物たりうる。

本件の場合、本件書籍は、原告各記述から記述を抜き出してつなぎ合わせただけである。本件書籍の転載文は、原告各記述の抜き書きともいえるものであるから、原告各記述単位で創作性を判断する高裁のアプローチが妥当であると考ええる。¹⁰

Ⅲ インターネット上の書き込みであることが著作物性に影響するか

地裁および高裁ともに、インターネット上の書き込みであることを理由として特別扱いをしていない。これは当然の結論である。インターネットは単に媒体にすぎないから、著作物性に影響を与えることはない。ハンドルネームなどで書き込みが行われている場合など、誰が書き込んだのか分からない匿名による著作物であっても、著作権法上、変名・無名の著作物が認められている以上（著作権法19条1項）、著作物性を肯定する妨げにならない。

なお、著作権法は匿名による著作物の公表を認めているし、著作者が不明で許諾を受けられない場合、文化庁長官の裁定を受けて、使用料相当額の補償金を供託することによって、著作物を利用することができる（著作権法67条）のであるから、被侵害著作物がインターネット上の書き込みであることを理由として、侵害者に免責が認められることもないと考ええる。

¹⁰ 高裁が問題とするのは、創作性を判断すべき対象である。この問題点については、濾過テストと二段階テストについて議論しているのではないかとの意見もでたが、濾過テストと二段階テストについての議論とは関係がない。二段階テストは、創作性を判断したのち複製侵害を検討するという手法であり、濾過テストは共通の要素を取り出したうえでそこが創作的表現と認められるかどうかを判断する手法である（田村善之「著作権法概説〔第2版〕」48頁）。すなわち、創作性をどの段階で判断するかであり、創作性を判断すべき対象を論じているわけではない。なお、そもそも、二段階テストと濾過テストは対立する概念ではない。著作権侵害は、①原告による著作権の保有と②被告による著作権の侵害を要件とする。原告による著作権の保有の問題においては、著作物の成立要件としての創作性の有無が判断される。また、被告による著作権の侵害の問題においては、創作性のある表現について類似性の有無が判断される。二段階テストは、前者における創作性の判断過程をとらえたものであり、濾過テストは後者における創作性の判断過程を捉えたものと考えられ、両者を対立するもののように捉えることには疑問がある。