



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権の保護範囲に関し著作物の「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を認めた裁判例（１）：釣りゲータウン ２ 事件
Author(s)	田村, 善之
Citation	知的財産法政策学研究, 41, 79-124
Issue Date	2013-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52378
Type	departmental bulletin paper
File Information	41_3.pdf



著作権の保護範囲に関し著作物の「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を認めた 裁判例(1)―釣りゲータウン2事件―

田 村 善 之

〔事実〕

原告（グリーン株式会社）は、インターネットを利用した各種情報提供サービス並びにコンピュータに関するハードウェア・ソフトウェアの開発、製造、販売、リース及び保守サービス等を業とする株式会社であり、ソーシャル・ネットワーキング・サービス（以下「SNS」という）を提供するインターネット・ウェブサイト「GREE」を、携帯電話機向け及びパソコン向けに運営している。

一方、被告（株式会社ディー・エヌ・エー）は、インターネットを利用した各種情報処理・情報提供サービス並びにソフトウェアの企画、開発、設計、製造等及びその代理業等を業とする株式会社であり、ポータルサイト・サービス兼SNSを提供するインターネット・ウェブサイト「モバゲータウン」を、携帯電話機向け及びパソコン向けに運営している。また、被告（株式会社ORSO）は、インターネット、コンピュータ、携帯電話、テレビゲーム機器等のシステム開発及びコンサルタント業務並びにゲームソフトの企画制作、製造、販売及び配給に関する業務等を業とする株式会社である。

原告は、平成19年ころ、釣りを題材とした携帯電話機用インターネット・ゲームソフト「釣り★スタ」（以下「原告作品」という）を製作し、SNSのコミュニケーション機能と連動させたSNS連動型ゲームの第1弾として、平成19年5月24日から、携帯電話機向けGREEにおいて、その会

員に対し、原告作品の公衆送信による配信を始めた。

一方、被告らは、平成20年ころ、原告作品と同じく釣りを題材とした携帯電話機用ゲームソフト「釣りゲータウン」（以下「被告旧作品」という）を共同製作し、同年8月20日ころ、携帯電話機向けモバゲータウンにおいて、その会員に対し、公衆送信による配信を開始した。さらに、被告らは、被告旧作品の続編として、携帯電話機用インターネット・ゲームソフト「釣りゲータウン2」（以下「被告作品」という）を共同製作し、平成21年2月25日、携帯電話機向けモバゲータウンにおいて、その会員一般に対し、公衆送信による配信を開始した。

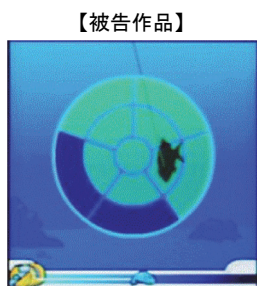
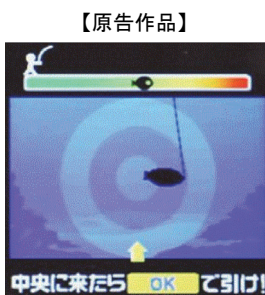
そこで、原告は、被告らに対し、被告らが共同で製作し公衆に送信している被告作品は、Xが製作し公衆に送信している原告作品と画面の映像等が類似するので、被告作品を製作してこれを公衆送信する被告らの行為は、原告の原告作品に係る著作権（翻案権、公衆送信権）及び著作者人格権（同一性保持権）を侵害する等と主張して、著作権法112条に基づき、対象目録記載の被告作品に係るゲームの映像の複製及び公衆送信の差止め、ウェブサイトからの上記映像の抹消及び記録媒体からの上記映像に係る記録の抹消、民法709条、719条に基づき、損害賠償金の支払等を求めた事案である¹。

¹ このほか、原告は、被告らが、別紙映像目録1及び2記載の映像を被告らのウェブページに掲載し、被告作品の自他を識別する商品等表示として用いる行為は、不正競争防止法2条1項1号の混同惹起行為に当たると主張して、同法2条1項1号違反を理由とする上記映像の抹消を請求しているが、裁判所は、第1審及び控訴審ともに、魚の引き寄せ画面に係る原告映像が、原告を表示するものとして、周知の商品等表示性を獲得したと認めることはできないとして、原告の請求を棄却した。

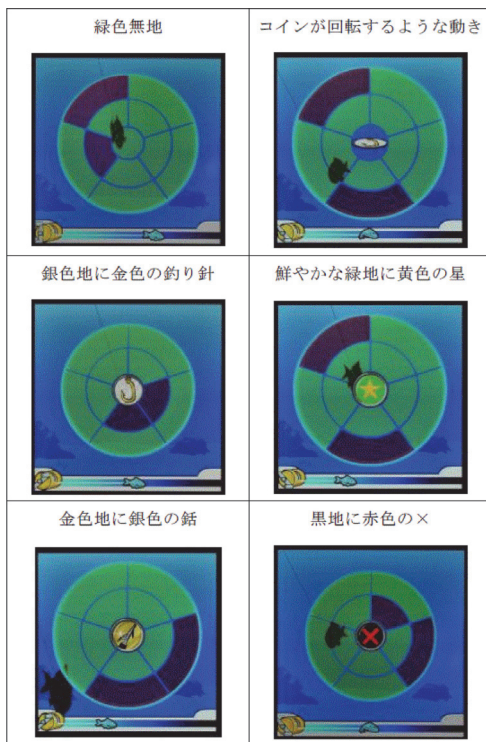
また、原告は、被告らが、原告に無断で原告作品に依拠して被告作品を製作し、これを配信した行為は、原告作品の価値にフリー・ライドするものであり、原告の法的保護に値する利益を違法に侵害する（民法709条、719条1項）と主張して、損害賠償の支払を請求したが、裁判所は、第1審及び控訴審ともに、（第1審：著作権侵害が認められる部分を超えて）「被告らの行為を自由競争の範囲を逸脱し原告の法的に保護された利益を侵害する違法な行為であるということとはできない」として、原告の請求を棄却した。直接本件を扱うものではないが、この論点に関しては、田村善之「知的財産権と不法行為」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』

本件の主な争点は、次の2点である。第1に、被告作品における「魚の引き寄せ画面」（具体的には、魚を引き寄せる動作を行う画面の映像及びその変化の態様）が、原告作品の「魚の引き寄せ画面」に係る原告の著作権及び著作者人格権を侵害するか（争点1-1、別図1～3を参照）。第2に、被告作品における主要画面の変遷（具体的には、ユーザーがゲームを行う際に必ずたどる主要画面の選択及び配列並びに各主要画面での素材の選択及び配列）が、原告作品における主要画面の変遷に係る原告の著作権及び著作者人格権を侵害するか（争点1-2、別図4～7を参照）。

別図1



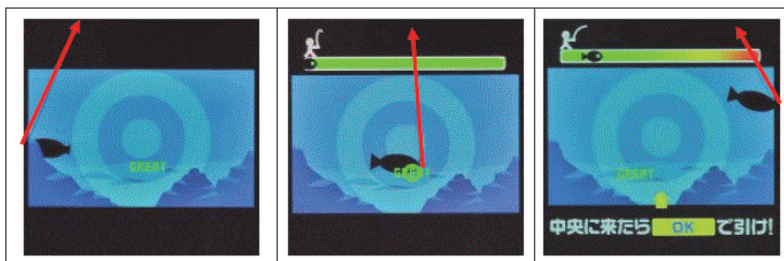
別図2



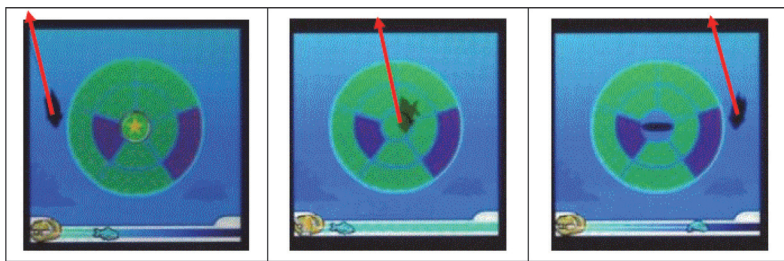
（2008年・有斐閣）、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性」同『ライブ講義知的財産法』（2012年・弘文堂）。

別図3

【原告作品】



【被告作品】



別図4

【原告作品】



【被告作品】



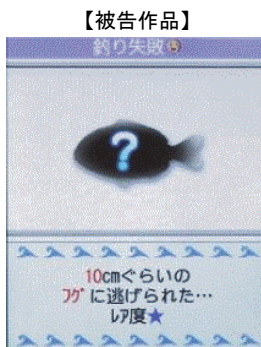
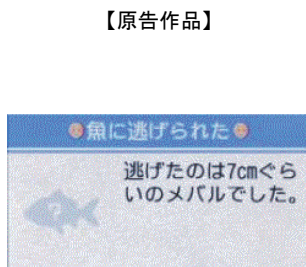
別図5



別図6



別図7



第1審の東京地裁は、争点1-2については原告の著作権及び著作者人格権の侵害を否定したが、争点1-1についてはこれらの権利の侵害を肯定し、原告の請求を一部認容した。これに対し、控訴審の知財高裁は、争点1-1、1-2ともに、原告の著作権及び著作者人格権の侵害を否定して、被告らの第1審敗訴部分を取り消し、原告の請求及び控訴をすべて棄却した。

争点1-1及び1-2に関する両裁判所の判断は、以下のとおりである。

【第一審判旨】（原告の請求一部認容、一部棄却）

1 「魚の引き寄せ画面」に係る著作権及び著作者人格権の侵害の成否（争点1-1）

1) 「魚の引き寄せ画面」に係る翻案の成否

「携帯電話機用釣りゲームにおける魚の引き寄せ画面は、釣り針に掛かった魚をユーザーが釣り糸を巻くなどの操作をして引き寄せる過程を、映像的に表現した部分であり、この画面の描き方については、[1] 水面より上や水面、水面下のうちどの部分を、どのような視点から描くか、[2] 仮に、水面下のみを描くこととした場合、魚の姿や魚の背景をどのように描くか、[3] 魚が釣り針に掛かった時から、魚が釣り上げられる又は魚に逃げられるまでの間、魚にどのような動きをさせ、どのような場合に魚を引き寄せやすいようにするか（ユーザーが釣り糸を巻くタイミングをどのように表現するか）などの点において、様々な選択肢が考えられる。

原告作品は、この魚の引き寄せ画面について、上記……のような具体的表現²を採用したものであり、特に、水中に三重の同心円を大きく描き、

² 第1審において認定された原告作品の魚の引き寄せ画面の具体的表現は、以下のとおりである。

「a 水面及びその上の様子は画面から捨象され、水中のみが、真横から水平方向の視点で描かれている。

b 水中の画像には、中心からほぼ等間隔である三重の同心円が描かれ、同心円の中心は、画面のほぼ中央に位置する。最も外側の円の大きさ（面積）は、水中の画像の約半分を占める。

釣り針に掛かった魚を黒い魚影として水中全体を動き回らせ、魚を引き寄せるタイミングを、魚影が同心円の所定の位置に来たときに引き寄せやすくすることによって表した点は、原告作品以前に配信された他の釣りゲームには全くみられなかったものであり……、この点に原告作品の製作者の個性が強く表れているものと認められる。

他方、被告作品の魚の引き寄せ画面は、上記のとおり原告作品との相違点を有するものの³、原告作品の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的な特

円の配色は、外側のドーナツ部分及び中心の円の部分には、水中を表現する青色よりも薄い色を用い、上記ドーナツ部分と中心の円部分の間には、背景の水中画面がそのまま表示される。

c 水中の画像の背景は、水の色を含め全体的に薄暗い青で、水底の左右両端付近に、上記同心円に沿うような形で岩陰が描かれ、水草、他の生物、気泡等は描かれていない。岩陰は、上記同心円よりも手前に配置されている。

d 水中の画像には、一匹の黒色の魚影が、魚影を側面から見た形で円盤状の胴体と三角形の尾びれの組合せにより描かれており、魚の口から画像の上部に向かって黒い直線の糸（釣り糸）が伸びている。魚影は、上記同心円よりも手前に配置されている。

e 釣り針にかかった魚影は、頻繁に向きを変えながら水中全体を動き回り、釣り糸と魚影は、振り子のような動きをする。その際、同心円や背景画像は静止しており、ユーザーの視点は固定されている。

f 原告作品では、魚影が同心円の中心部に近ければ近いほど、釣り竿で魚を引き寄せやすくなっており、魚影が中央の円にある際にユーザーが決定キーを押すと、『PERFECT』との表示がされる。同様に、中央の円とドーナツ形状との間に魚影がある際に決定キーを押した場合は『GREAT』、ドーナツ形状の内側に魚影がある際に決定キーを押した場合は『GOOD』、それ以外の時に決定キーを押した場合は『BAD』と表示される。」

³ 第1審において認定された原告作品と被告作品の「魚の引き寄せ画面」の相違点は、次のとおりである。「原告作品と被告作品の魚の引き寄せ画面とは、[1] 被告作品では、同心円が表示される前に、水中の画面を魚影が移動する場面が存在する点、[2] 同心円の配色、[3] 魚影の描き方及び魚影と同心円との前後関係、[4] 魚影が動き回っている間、被告作品では、同心円の大きさ、配色及び中央の円の部分の画像が変化する点、[5] 同心円のどの位置に魚影がある際に決定キーを押すと魚を引き寄せやすくなっているのかという点、[6] 被告作品では、中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、円の中心部分の表示に応じてアニメーションが表示さ

徴といえる、『水面上を捨象して、水中のみを真横から水平方向の視点で描いている点』、『水中の中央に、三重の同心円を大きく描いている点』、『水中の魚を黒い魚影で表示し、魚影が水中全体を動き回るようにし、水中の背景は全体に薄暗い青系統の色で統一し、水底と岩陰のみを配置した点』、『魚を引き寄せるタイミングを、魚影が同心円の一定の位置に来たときに決定キーを押すと魚を引き寄せやすくするようにした点』についての同一性は、被告作品の中に維持されている。

したがって、被告作品の魚の引き寄せ画面は、原告作品の魚の引き寄せ画面との同一性を維持しながら、同心円の配色や、魚影が同心円上のどの位置にある時に魚を引き寄せやすくするかという点等に変更を加えて、新たに被告作品の製作者の思想又は感情を創作的に表現したものであり、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な特徴を直接感得することができるものと認められる。また、これらの事実に加えて、被告作品の製作された時期は原告作品の製作された時期の約2年後であること、被告らは被告作品を製作する際に原告作品の存在及びその内容を知っていたこと……を考慮すると、被告作品の魚の引き寄せ画面は、原告作品の魚の引き寄せ画面に依拠して作成されたものといえ、原告作品の魚の引き寄せ画面を翻案したものであると認められる。」

2) 被告らの主張について

「これに対し、被告らは、原告が魚の引き寄せ画面に関して原告作品と被告作品とで同一性を有すると主張する部分は、いずれも、単なるアイデア又は平凡かつありふれた表現にすぎず、創作的表現とはいえないと主張する。

しかしながら、原告作品と被告作品の魚の引き寄せ画面の共通点は、単に、『水面上を捨象して水中のみを表示する』、『水中に三重の同心円を表示する』、『魚の姿を魚影で表す』などといったアイデアにとどまるものではなく、『どの程度の大きさの同心円を水中のどこに配置し』、『同心円の背景や水中の魚の姿をどのように描き』、『魚にどのような動きをさせ』、『同心円やその背景及び魚との関係で釣り糸を巻くタイミングをどのよう

れ、その後の表示も異なってくる点、などにおいて相違することが認められる。」

に表すか』などの点において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から、これらの共通点が単なるアイデアにすぎないとはいえない。

また、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や、原告作品の製作者の個性が強く表れている、水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲームは一つも存在しなかったと認められることについては、上記認定のとおりである。したがって、上記共通部分が平凡かつありふれたものであって創作性を欠くともいえない。」

3) 小括

「上記のとおり、被告らは、被告作品を共同製作して公衆に送信しており、これらの行為は、原告作品の魚の引き寄せ画面に係る原告の著作権（翻案権、公衆送信権）を侵害するものであると認められる。

また、被告らは、原告作品の魚の引き寄せ画面を改変することにより被告作品の魚の引き寄せ画面を作成したものであり、これが原告の意に反するものであることは明らかであるから、被告らの行為は、原告が原告作品に対して有する同一性保持権を侵害するものであると認められる。

そして、被告らは、原告から本件訴えが提起された後も、被告作品の公衆送信を続け、本件訴訟においても著作権侵害の有無を争っていることが認められる。そうである以上、原告は、被告らに対し、著作権法112条1項に基づき、被告作品の複製及び公衆送信の差止めを求めることができる。

さらに、被告作品が原告作品の翻案物と認められることから、被告作品を記録した記録媒体は、原告作品の魚の引き寄せ画面に係る原告の翻案権の侵害行為によって作成された物といえる。したがって、原告は、被告らに対し、著作権法112条2項に基づき、被告作品を記録した記憶媒体の廃棄を求めることができる。」

2 主要画面の変遷に係る著作権及び著作者人格権の侵害の成否（争点1-2）

1) 画面の選択・配列における類似点について

原告作品と被告作品とは、「いずれも、[1]『トップ画面』、『釣り場選択画面』、『キャスティング画面』、『魚の引き寄せ画面』、『釣果画面（釣り上げ成功時）』及び『釣果画面（釣り上げ失敗時）』を備えること、[2]これらの画面は、ユーザーの操作に従い、『トップ画面』→『釣り場選択画面』→『キャスティング画面』→『魚の引き寄せ画面』→『釣果画面（釣り上げ成功時）』又は『釣果画面（釣り上げ失敗時）』の順に遷移すること、[3]ゲームを繰り返し行いたいと考えるユーザーは、『トップ画面』に戻らなくとも、『釣果画面（釣り上げ成功時）』又は『釣果画面（釣り上げ失敗時）』から『釣り場選択画面』ないし『キャスティング画面』（被告作品の場合は『キャスティング画面』の前に『決定画面』）に戻ることににより、ゲームを繰り返すことができること、が認められる。」

しかしながら、「原告作品と被告作品とは、画面の選択において、少なからず相違点が認められる上、他の携帯電話機用釣りゲームにおいて設けられている画面の状況や、現実の釣り人の行動様式等を考慮すると、携帯電話機用釣りゲームを製作するに当たって上記……の5つの場面を設け、これを上記……のとおり配列すること自体は、ありふれたものであって、原告作品においてこれらの画面を選択、配列したことに創作性は認められず、被告作品がこのように創作性の認められない画面の選択と配列において類似していることは、被告作品が原告作品の翻案物であることを何ら根拠付けするものではないというべきである。」

2) 画面の素材の選択・配列における類似点について

「原告作品と被告作品とは、原告が主要画面であると主張する『トップ画面』、『釣り場選択画面』、『キャスティング画面』、『魚の引き寄せ画面』、『釣果画面（釣り上げ成功時）』及び『釣果画面（釣り上げ失敗時）』に掲載されている情報やリンクの配置の仕方等について、……類似点が存在することが認められる。」

「しかしながら、上記類似点の中には、特定の画面に所定の画面へのリ

リンクを配置すること、複数のリンクを隣接して配置すること、釣果画面に掲載する情報などという、表現ではなくアイデアにすぎないものが、多く含まれている。また、釣果画面に、釣り上げた魚のイラスト影像や名前、大きさを掲載することなどは、原告作品以前に配信された他の携帯電話機用釣りゲームでもしばしばみられた、ありふれたものである……。」

「以上の点を考慮すると、主要画面の素材の選択・配列について、原告作品と被告作品とは、アイデアないし表現上の創作性のない部分において類似しているというにすぎないといえる。」

3) 小括

以上を踏まえれば、「被告作品と原告作品における画面の選択と配列及び画面の素材の選択と配列に上記のような類似点があることは、被告作品が原告作品の翻案物であることを何ら根拠付けけるものではないというべきである。」したがって、「被告作品における主要画面の変遷が、原告作品における主要画面の変遷に係る原告の著作権ないし著作者人格権を侵害するとの原告の主張は理由がない。」

〔控訴審判旨〕（第1審被告らの一審敗訴部分の取消、第1審原告の請求・控訴棄却）

1 「魚の引き寄せ画面」に係る著作権及び著作者人格権の侵害の成否（争点1-1）

1) 翻案権及び同一性保持権の侵害に関する一般論

「著作物の翻案とは、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な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。そして、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の著作物と同一性を有するにすぎない著作物を創作する行為は、既存の著作物の翻案に当たらない（最高裁判平成11年（受）第922

号同13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照)。

また、既存の著作物の著作者の意に反して、表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に変更、切除その他の改変を加えて、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ものを創作することは、著作権法20条2項に該当する場合を除き、同一性保持権の侵害に当たる(著作権法20条、最高裁昭和51年(オ)第923号同55年3月28日第三小法廷判決・民集34巻3号244頁参照)。」

2) 本件事案への当てはめ

「原告作品と被告作品とは、いずれも携帯電話機向けに配信されるソーシャルネットワークシステムの釣りゲームであり、両作品の魚の引き寄せ画面は、水面より上の様子が画面から捨象され、水中のみが真横から水平方向に描かれている点、水中の画像には、画面のほぼ中央に、中心からほぼ等間隔である三重の同心円と、黒色の魚影及び釣り糸が描かれ、水中の画像の背景は、水の色を含め全体的に青色で、下方に岩陰が描かれている点、釣り針にかかった魚影は、水中全体を動き回るが、背景の画像は静止している点において、共通する。」

「しかしながら、そもそも、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、……他の釣りゲームにも存在するものである上、実際の水中の影像と比較しても、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、原告作品の特徴の1つでもあるが、このような手法で水中の様子を描くこと自体は、アイデアというべきものである。

また、三重の同心円を採用することは、従前の釣りゲームにはみられなかったものであるが、弓道、射撃及びダーツ等における同心円を釣りゲームに応用したものというべきものであって、釣りゲームに同心円を採用すること自体は、アイデアの範疇に属するものである。そして、同心円の態様は、いずれも画面のほぼ中央に描かれ、中心からほぼ等間隔の三重の同心円であるという点においては、共通するものの、両者の画面における水中の影像が占める部分が、原告作品では全体の約5分の3にすぎない横長

の長方形で、そのために同心円が上下両端にややみ出して接しており、大きさ等も変化がないのに対し、被告作品においては、水中の画像が画面全体のほぼ全部を占める略正方形で、大きさが変化する同心円が最大になった場合であっても両端に接することはなく、魚影が動き回っている間の同心円の大きさ、配色及び中央の円の部分の画像が変化するという具体的表現において、相違する。しかも、原告作品における同心円の配色が、最も外側のドーナツ形状部分及び中心の円の部分には、水中を表現する青色よりも薄い色を用い、上記ドーナツ形状部分と中心の円部分の間の部分には、背景の水中画面がそのまま表示されているために、同心円が強調されているものではないのに対し、被告作品においては、放射状に仕切られた11個のパネルの、中心の円を除いた部分に、緑色と紫色が配色され、同心円の存在が強調されている点、同心円のパネルの配色部分の数及び場所も、魚の引き寄せ画面ごとに異なり、同一画面内でも変化する点、また、同心円の中心の円の部分は、コインが回転するような動きをし、緑色無地、銀色の背景に金色の釣り針、鮮やかな緑の背景に黄色の星マーク、金色の背景に銀色の銚、黒色の背景に赤字の×印の5種類に変化する点等において、相違する。そのため、原告作品及び被告作品ともに、『三重の同心円』が表示されるといっても、具体的表現が異なることから、これに接する者の印象は必ずしも同一のものとはいえない。

さらに、黒色の魚影と釣り糸を表現している点についても、釣り上げに成功するまでの魚の姿を魚影で描き、釣り糸も描いているゲームは、……従前から存在していたものであり、ありふれた表現というべきである。しかも、その具体的表現も、原告作品の魚影は魚を側面からみたものであるのに対し、被告作品の魚影は前面からみたものである点等において、異なる。」

「以上のとおり、抽象的にいえば、原告作品の魚の引き寄せ画面と被告作品の魚の引き寄せ画面とは、水面より上の様子が画面から捨象され、水中のみが真横から水平方向に描かれている点、水中の画像には、画面のほぼ中央に、中心からほぼ等間隔である三重の同心円と、黒色の魚影及び釣り糸が描かれ、水中の画像の背景は、水の色を含め全体的に青色で、下方に岩陰が描かれている点、釣り針にかかった魚影は、水中全体を動き回りが、背景の画像は静止している点において共通するとはいうものの、上記

共通する部分は、表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分にすぎず、また、その具体的表現においても異なるものである。」

「そして、原告作品の魚の引き寄せ画面と被告作品の魚の引き寄せ画面の全体について、同心円が表示された以降の画面をみても、被告作品においては、まず、水中が描かれる部分が、画面下の細い部分を除くほぼ全体を占める略正方形であって、横長の長方形である原告作品の水中が描かれた部分とは輪郭が異なり、そのため、同心円が占める大きさや位置関係が異なる。また、被告作品においては、同心円が両端に接することはない上、魚影が動き回っている間の同心円の大きさ、パネルの配色及び中心の円の部分の図柄が変化するため、同心円が画面の上下端に接して大きさ等が変わることもない原告作品のものとは異なる。さらに、被告作品において、引き寄せメーターの位置及び態様、魚影の描き方及び魚影と同心円との前後関係や、中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、円の中心部分の表示に応じてアニメーションが表示され、その後の表示も異なってくるなどの点において、原告作品と相違するものである。その他、……同心円と魚影の位置関係に応じて決定キーを押した際の具体的表現においても相違する。なお、被告作品においては、同心円が表示される前に、水中の画面を魚影が移動する場面が存在する。

以上のような原告作品の魚の引き寄せ画面との共通部分と相違部分の内容や創作性の有無又は程度に鑑みると、被告作品の魚の引き寄せ画面に接する者が、その全体から受ける印象を異にし、原告作品の表現上の本質的な特徴を直接感得できるということはできない。」

3) 第1 審原告の主張について

「(キ) 第1 審原告は、個々の要素がそれぞれバラバラでは表現上の創作性を有しない場合でも、複数の要素が全体として表現上の創作性を有することがあるから、一つのまとまりのある著作物を個々の構成部分に分解して、パーツに分けて創作性の有無や、アイデアか表現かを判断することは妥当ではないと主張する。

しかしながら、著作物の創作的表現は、様々な創作的要素が集積して成り立っているものであるから、原告作品と被告作品の共通部分が表現といえるか否か、また表現上の創作性を有するか否かを判断する際に、その構

成要素を分析し、それぞれについて、表現といえるか否か、また表現上の創作性を有するか否かを検討することは、有益であり、かつ必要なことであって、その上で、作品全体又は侵害が主張されている部分全体については、表現といえるか否か、また表現上の創作性を有するか否かを判断することは、正当な判断手法ということができる。

本件において、魚の引き寄せ画面全体についてみると、被告作品においては原告作品にない画面やアニメーションの表示が存在することや、水中が描かれた部分の輪郭が異なり、そのため、同心円が占める大きさや位置関係が異なること、同心円の大きさ、配色及び中心の円の部分の図柄の変化、魚影の描き方及び魚影と同心円との前後関係等の具体的表現が異なっていることにより、これに接する者が魚の引き寄せ画面全体から受ける印象を異ならせるものである。」

「(ク) 第1 審原告は、あくまで第1 審原告が設定した枠内での対比をすべきであり、訴訟物の範囲外の、無関係の画面を持ち出すのは失当であると主張する。

翻案権の侵害の成否が争われる訴訟において、著作権者である原告が、原告著作物の一部分が侵害されたと考える場合に、侵害されたと主張する部分を特定し、侵害したと主張するものと対比して主張立証すべきである。それがまとまりのある著作物といえる限り、当事者は、その範囲で侵害か非侵害かの主張立証を尽くす必要がある。

しかし、本件において、第1 審原告は、『魚の引き寄せ画面』についての翻案権侵害を主張するに際し、魚の引き寄せ画面は、同心円が表示された以降の画面をいい、魚の引き寄せ画面の冒頭の、同心円が現れる前に魚影が右から左へ移動し、更に画面奥に移動する等の画面は、これに含まれないと主張した上、被告作品の魚の引き寄せ画面に現に存在する、例えば、円の大きさやパネルの配色が変化することや、中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、『必殺金縛り』、『確変』及び『一本釣りモード』などの表示がアニメーションとして表示される画面等を捨象して、原判決別紙比較対照表1における特定の画面のみを対比の対象として主張したものである。このように、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、原判決別紙報告書（キャスティング・魚の引き寄せ影像）……

のとおり、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、表現上の本質的な特徴を直接感得することが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。

なお、本件訴訟の訴訟物は、原告作品に係る著作権に基づく差止請求権等であって、第1審原告の『魚の引き寄せ画面』に関する主張は、それを基礎付ける攻撃方法の1つにすぎないから、第1審被告らの上記防御方法が、訴訟物の範囲外のものであるということとはできない。仮に、本件訴訟の訴訟物が原告作品のうちの『魚の引き寄せ画面』に係る著作権に基づく差止請求権等であると解するとしても、第1審被告らの上記防御方法は、上記訴訟物の範囲外のものであるということとはできない。」

4) 小括

「以上のとおり、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が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いうほかなく、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な特徴を直接感得することはできないから、翻案に当たらない。」

「よって、第1審被告らが魚の引き寄せ画面を含む被告作品を製作したことが、第1審原告の原告作品に係る翻案権を侵害するものとはいえず、これを配信したことが、著作権法28条による公衆送信権を侵害するということもできない。また、同様に、第1審被告らが魚の引き寄せ画面を含む被告作品を製作したことが、第1審原告の原告作品に係る同一性保持権を侵害するということもできない。」

2 主要画面の変遷に係る著作権及び著作者人格権の侵害の成否（争点1-2）

1) 画面の選択と変遷についての翻案の成否

「原告作品及び被告作品は、いずれも携帯電話機用釣りゲームであり、釣り人の実際の行動という社会的事実に立脚し、釣りの準備のため釣り場の情報を収集し、目的の魚種に適した釣具を選んだり購入したりして装備

を整え、釣り場に行って釣りをを行い、釣果を確かめ、同じ釣り場で引き続き釣りをするかどうかを決め、違う獲物を狙う場合には装備を改めたり釣り場を変えたりするなど、基本的な釣り人の一連の行動を中心として、この社会的事実の多くを素材として取り込み、釣り人の一連の行動の順序に即して配列し構成したものである。」

「釣りゲームである原告作品と被告作品の画面の選択及び順序が上記のとおりとなることは、釣り人の一連の行動の時間的順序から考えても、釣りゲームにおいてありふれた表現方法にすぎないものといえることができる。また、被告作品には、原告作品にはない決定キーを押す準備画面や魚が画面奥に移動する画面があり、逆に原告作品にある海釣りか川釣りかを選択する画面や魚をおびき寄せる画面がないなどの点においても異なること、原告作品と被告作品とはその他にも具体的相違点があることも併せて考えると、上記の画面の変遷に共通性があるからといって、表現上の本質的な特徴を直接感得することができるとはいえない。」

2) 第1 審原告の主張について

「(イ) 第1 審原告は、創作性は著作物を全体的に観察して判断されるもので、一つのまとまりのある著作物を個々の構成部分に分解して、パーツに分けて創作性の有無や、アイデアか表現かを判断することは妥当ではないとも主張する。

しかしながら、著作物の創作的表現は、様々な創作的要素が集積して成り立っているものであるから、原告作品と被告作品の共通部分が表現といえるか否か、また表現上の創作性を有するか否かを判断する際に、その構成要素を分析し、それぞれについて表現といえるか否か、また表現上の創作性を有するか否かを検討することは、有益であり、かつ必要なことであって、その上で、作品全体又は侵害が主張されている部分全体について表現といえるか否か、また表現上の創作性を有するか否かを判断することが、正当な判断手法といえることができることは、前記1 のとおりである。

なお、原告作品と被告作品との共通点それ自体がアイデアや創作性のないものにとどまる場合であっても、これらのアイデア等の組合せが作品の中で重要な役割を担っており、これらのアイデア等の組合せが共通することにより、被告作品に接する者が原告作品の表現上の本質的な特徴を感得

することができるのであれば、翻案と認められることがあり得ないではないとしても、本件において、個々の画面は異なり、具体的な表現も異なるものであり、表現上の本質的な特徴を直接感得することができるもまではいえない。」

「(ウ) 第1 審原告は、原告作品の主要画面であるトップ画面から、釣り場選択画面、キャスティング画面、魚の引き寄せ画面及び釣果画面への遷移のいずれの表現も、他の釣りゲームには見られない表現であり、主要画面の選択と配列の共通点については、原告作品のようにする必然性はなく、他の選択もあり得るが、第1 審原告は、あえて原告作品のような主要画面の選択と配列を選択し、遷移を個性的に表現したものであるところ、被告作品はこれと同様の画面の選択と配列をしたものであると主張する。

表現に選択の余地がない場合には、その表現が共通するとしても著作権侵害とはいえないが、逆に、選択の余地があるからといって、必ずしも常にそれが著作権侵害といえるわけではない。そして、著作権法上、著作物として保護されるのは、そのような選択に関するアイデア自体ではなく、具体的な表現である。したがって、画面の選択や配列に選択の余地があったとしても、実際に作成された表現がありふれたものである限り、それが共通することを理由として、翻案権侵害ということとはできないし、具体的な表現が異なることにより、表現上の本質的な特徴が直接感得できなくなる場合がある。

本件において、被告作品の画面の選択と配列から原告作品のその表現上の本質的な特徴を直接感得することはできない。第1 審原告が主張するような抽象化された視点やアングルに、表現上の本質的な特徴を認めることはできない。」

3) 小括

「以上のとおり、被告作品の画面の変遷並びに素材の選択及び配列は、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がない部分において原告作品のそれと同一性を有するにすぎないものというほかなく、これに接する者が原告作品の画面の変遷並びに素材の選択及び配列の表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないから、翻案に当たらない。」

「よって、第1 審被告らが被告作品を製作したことが、第1 審原告の原

告作品に係る翻案権を侵害するものとはいえず、これを配信したことが、著作権法28条による公衆送信権を侵害するということもできない。また、同様に、第1審被告らが被告作品を製作したことが、第1審原告の原告作品に係る同一性保持権を侵害するということもできない。」

〔判批〕

I はじめに

本件控訴審判決は、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分〕⁴の位置付けをめぐって近時、論争が喚起されている翻案の範囲に関して、論争の一方当事者であり、しかも同最判の担当調査官であった高部眞規子判事が裁判長を務めつつ、当該論点に関する判断に基づいて下した逆転判決である点で重要な意義を有する裁判例である。また、事案としては、素材の選択と配列に創作性がある（編集）著作物について、両著作物における素材の類似度とその配列の類似度を相補的に考慮したうえで、類似の範囲内にあると解し著作権侵害を肯定することができるかという論点を提供している点でも興味深い。

II 著作権の保護範囲に関する「本質的な特徴の直接感得性」基準の独自性の有無について

1 問題の所在

最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分〕は、「著作物の翻案」⁵に

⁴ 田村善之〔判批〕法学協会雑誌119巻7号（2002年）。

⁵ 言葉の問題ではあるが、厳密に言えば、翻案によって作成された二次的著作物の利用行為は、著作権法の条文上は、「翻案」を定義する27条の問題ではなく、二次的著作物の利用に関する28条の問題のはずであるが（上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）－『複製又は翻案』の問題性－」知的財産法政策学研究42号掲載予定）、以下の本文では、前掲最判〔江差追分〕、さらには本件控訴審判決の

関し、以下のように説示していた。

「① 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な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。② そして、著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから(同法2条1項1号参照)、既存の著作物に依拠して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それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である。」(「①」「②」という記号は、以下の叙述の便宜上、筆者が付した)。

争いがあるのは、この判文中、前半の①の文章と後半の②の文章の関係である。簡単にいえば、翻案の成否の分岐点は、①の部分からは、「本質的な特徴」を「直接感得」することができるか否かということに求められるが(以下、「本質的な特徴の直接感得性」基準と称する)、②の部分からは、同一性を有するところが表現であって創作性がある部分であること、換言すれば、共通部分が「創作」的な「表現」であることが求められることになる(以下、「創作的な表現の共通性」基準と称する)。問題は、①と②が同じことをいっており、後半の「創作的な表現の共通性」という基準が前半の「本質的な特徴の直接感得性」を言い換えたものに過ぎないと理解するのか、それとも、両者は別のことをいっており、「創作的な表現の共通性」を満足したとしてもなお、「本質的な特徴を直接感得」しえないということを理由に、翻案が否定されることがあるのかということである。

2 創作的な表現の共通性一元論

この点に関して、当初有力になった考え方は、「本質的な特徴の直接感得性」は独自の意味を持たないと解する筆者等の見解であった⁶。その背

用語に従い、28条に係る権利に関しても「翻案」という言葉を当てはめる。

⁶ 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)60～61頁、同／前掲注4・

景には、以下にみるような歴史的な経緯が存在する。

本質的な特徴の直接感得性という基準は最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分〕が提唱したものではなく、その起源は、同判決にも引用されている最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁〔パロディ〕⁷に遡る。いわゆるパロディ事件として知られるこの事件の原告は、スキーヤーが雪山の斜面を波状のシュプールを描きつつ滑降する場景を撮影したカラー写真の著作者である。被告が、この写真の一部をカットし白黒の写真に複製したうえ、右上に自動車タイヤの写真を合成して本件モンタージュ写真を作成したうえで、自作の写真集及び週刊誌に自己の写真として複製掲載する行為が、原告が写真に対して有する同一性保持権を侵害するか否かということが争われた。裁判所は、「本件写真の本質的な特徴は、本件写真部分が本件モンタージュ写真のなかに一体的に取り込み利用されている状態においてもそれ自体を直接感得しうるものであることが明らかであるから、被上告人のした前記のような本件写真の利用は、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を侵害する改変であるといわなければならない」と述べて、同一性保持権侵害を肯定している⁸。

218～220頁、蘆立順美〔判批〕ジュリスト1224号294頁（2002年）、上野達弘「ドイツ法における翻案—『本質的な特徴の直接感得』論の再構成」著作権研究34号44～49頁（2008年）、駒田泰土「著作物と作品概念の異同について」知的財産法政策学研究11号148～155頁（2006年）。

⁷ 田村善之〔判批〕斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』（第2版・1994年・有斐閣）。

⁸ この判決は引用の法理に関して明瞭区別性、附従性の二要件を定立した判決として著名であるが、じつは、原告は、控訴審に入った段階で著作権侵害に基づく請求の方を取り下げているから（参照、最判昭和61.5.30民集40巻4号725頁〔パロディ〕、田村善之〔判批〕法学協会雑誌106巻3号483～506頁（1989年））、最高裁の前に提示されたXの請求は著作者人格権侵害を理由とするもの一本であった。ちなみに、引用は、同事件に適用される旧著作権法の時代からして、あくまでも著作権の制限なのであって、著作者人格権の成否とは関係がないとされていたので（旧法18条3項、現行法50条）、この事件の原告の著作者人格権侵害に基づく請求に対して引用云々を論じる必要はなかったということが指摘されている（参照、松井正道〔判批〕判例

その後の裁判例では、著作権侵害に関しても、この前掲最判〔パロディ〕の説示を踏襲し、著作権侵害の成否は元の著作物の「本質的な特徴を直接感得」しうるか否かという基準が語られるようになった（本質的な特徴の直接感得基準を翻案ないし二次的著作物を利用した侵害の成否の基準として用いた裁判例として、東京地判平成5. 8. 30知裁集25巻2号310頁〔悪妻物語？〕、東京地判平成8. 9. 30知裁集28巻3号464頁〔江差追分〕、東京地判平成10. 6. 29判時1667号137頁〔地獄のタクシー〕、東京地判平成10. 7. 17平成6（ワ）9490〔のびのび更年期〕、東京地判平成10. 10. 29知裁集30巻4号813頁〔SMAP大研究〕、東京地判平成13. 3. 26判時1743号3頁〔大地の子〕、東京高判平成13. 3. 28平成12（ネ）1268〔企業主義の興隆〕、東京高判平成13. 5. 30判時1797号150頁〔キューピーイラスト商標〕、東京高判平成13. 5. 30判時1797号131頁〔キューピー〕、複製ないしそのままの利用を含めた著作権侵害一般の成否の基準として用いた裁判例として、大阪地判昭和60. 3. 29無休集17巻1号132頁〔商業広告〕、東京高判平成7. 7. 11平成6（ネ）1779〔北アルプス鳥瞰図〕、京都地判平成7. 10. 19知裁集27巻4号721頁〔たち吉〕、最二小判平成10. 7. 17判時1651号56頁〔諸君〕、東京高判平成12. 9. 19判時1745号128頁〔劇団 SCOT〕、東京高判平成12. 11. 30平成10（ネ）3676〔アサバン印刷〕、東京高判平成13. 1. 23判時1751号122頁〔けろけろけろっぴ〕、東京地判平成13. 1. 23判時1756号139頁〔ふいーるどわーく多摩〕⁹。

前述したように、前掲最判〔パロディ〕は、著作権ではなく、同一性保持権侵害の成否を決する基準として、本質的な特徴の直接感得性の基準を提示したのであり¹⁰、しかも現行著作権法が適用された事件ではなく、旧著作権法下の事件に過ぎないのであるが、たしかに同一性保持権と著作権侵害とはともに他人の著作物を利用したと評価しうるか否かということを侵害の分岐点とするから、両者を同じ基準で判断することは理に適って

タイムズ338号43頁（1976年）、斉藤博〔判批〕法政理論9巻1号156～157頁（1976年）、田村／前掲注7・141頁、飯村敏明〔判批〕中山信弘他編『著作権判例百選』（第4版・2009年・有斐閣）118～119頁）。

⁹ 以上の裁判例の抽出につき、上野／前掲注5に依拠した。

¹⁰ 岡邦俊『マルチメディア時代の著作権の法廷』（2000年・ぎょうせい）135頁。

おり¹¹、この観点からこれらの下級審の用語を論難することは正鵠を射ていない。むしろ、問題は、同一性保持権侵害に用いるにせよ、著作権侵害に用いるにせよ、「本質的な特徴の直接感得性」という基準だけでは、何が「本質的な特徴」であるのかということを判別する手がかりを欠くために、具体的な事案における判断を統御する指針たりえるものにはなりえないということである¹²。

前掲最判〔パロディ〕が、このような内容に乏しい基準を掲げるに止まった背景には、時代的な制約が存在したといえるかもしれない¹³。その当時の学説では、著作権侵害の成否を決する基準に関して具体的な議論が展開されることは少なく¹⁴、ドイツの古い学説に依拠しつつ、著作物の「形式」と「内容」を分けたうえ¹⁵、著作物は「形式」は保護されるが、しか

¹¹ より詳しくは、田村・前掲注6・436～437頁。

¹² 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」コピライト618号9頁（2012年）。その理由として、同論文は、問題となった被告の被疑侵害行為が原告の写真をそのまま複写して他の写真と合成したという事件であったために、事案の解決としてどの程度変形されると同一性保持権の侵害とならなくなるのかということを論じる必要がなかったということを指摘する。

¹³ 小酒豊〔判解〕『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和55年度』（法曹会）156頁が掲げる諸学説には、創作的表現の共通性やアイディアと表現の区別が侵害の成否を決する基準となるという理解は挙げられていない。

¹⁴ 著作権侵害の成否に関して各国の裁判例を例示的に取り上げ検討する、大見鈴次『著作権侵害に関する比較法実証的研究』（司法研究報告書23輯1号・1972年）においても、侵害の成否を決する統一的な基準は示されていない。

¹⁵ 著作権の保護範囲に関して内容と形式の区別を提唱し、著作権の保護は内容には及ばず、形式にのみ及ぶとする考え方を提唱したのは、Johann Gottlieb Fichteである（Johann Gottlieb Fichte, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks: Ein Raisonement und eine Parabel. 1793 <http://archiviomarini.sp.unipi.it/17/>）。Fichteはドイツの観念論の哲学に基づく精神的著作権論者であり、作者が創作した表現という形式に著作権が宿ると考えた。表現は伝達可能なものだから著作権の対象になる。だがアイディア、すなわちそれぞれの表現の中に込められた内容をどのように理解するのかということは、受け手の受け取り方の問題である。ゆえに、アイディアは創作された表現ではない、言い換えれば、むしろ受け手が創作したものであるから、保護は及ばないという説明をしていたのである（参照、田村善之「現代美術と著作

し、その形式には、「外面的形式」ばかりでなく「内面的形式」も含まれるといった程度の基準が語られるに止まっていた¹⁶。これとて、「内容」と「形式」、あるいは「外面的」、「内面的」という概念を区別する基準が示されないことには、具体の案件に対する判断をコントロールしうるものとはなりえないことに変わりはない¹⁷。

著作権法2条1項1号が著作物をして、「思想又は感情を創作的に表現したもの」と定義し、著作物が創作的な表現であることを明らかにしている以上、その保護の範囲を決する際にも、この創作的な表現という基準で臨むべきことが示され始めたのは、邦語文献では前掲最判[パロディ]が下された後、しばらく時を経てからのことであった¹⁸。

権法」民事判例Ⅲ 108頁(2011年))。その後、文字通りの形式の借用以外にも著作権の保護が及ぶうることを説明するために、ドイツでは、「形式」には「外面的形式」と「内面的形式」があり、後者も保護の対象となりうるという理論が展開されることになった経緯については、榛村専一『著作権法概論』(改訂版・1936年・巖松堂書店)63～65頁に詳しい。もっとも、精神的所有権説を徹底するのであれば、このような区別に拘泥することなく、作者の個性が顕現したところに広く著作権の保護を与えるべきであると説く見解も古くから存在した(H・フープマン(久々湊伸一訳)『著作権法の理論—芸術のための法と哲学—』(1967年・中央大学出版部)181～184頁)。

¹⁶ 榛村・前掲注15・63～65頁、加戸守行『改訂著作権法逐条講義』(1974年・著作権資料協会)29頁(同『著作権法逐条講義(5訂新版・2006年・著作権情報センター)48頁とほぼ同文)、批判的な見地をも交えつつ、半田正夫『著作権法概説』(改訂版・1978年・一粒社)79～81頁(同『著作権法概説』(第14版・2009年・法学書院)77～79頁とほぼ同文)。

¹⁷ 飯村／前掲注12・9・11頁。

¹⁸ 裁判例では、従前から、創作的な表現が共通していることが著作権侵害の要件となることが説かれることがあったが(「著作権侵害の成否とは、要するに、思想そのものではなく、思想(それ自体独創性のあるものであると否とを必ずしも問わない。)についての創作性ある具体的表現が無断で利用されているかどうかということであり」と論じる東京地判昭和53.6.21無体集10巻1号287頁[日照権])、これを体系的に論じたのは、邦語文献としては、おそらく、D・S・カージャラ＝梶山敬士「日米著作権法の基本概念」カージャラ＝梶山『【日本・アメリカ】コンピュータ・著作権法』(1989年・日本評論社)293～294・297～304頁を嚆矢とするのではないか

こうした学説の動向に呼応するかのように、その後の下級審では、次第に、前掲最判[パロディ]の本質的な特徴の直接感得性に係る説示をさらに具体化して、創作的表現を共通にしているか否かが基準となる旨を説くものが勢いを増すことになる(東京地判平成11. 10. 21判時1701号152頁[雪月花]、東京地判平成11. 11. 17判時1704号134頁[キューピー]¹⁹、東京高判平成12. 9. 19判時1745号128頁[赤穂浪士]²⁰、前掲東京地判[大地の子])。さらに、裁判例の中には、本質の特徴云々を論じることなく、端的に創作的表現の共通性のみに言及する判決も現れ始めていた(東京地判平成8. 9. 27判時1645号134頁[四進レクチャー]、東京地判平成12. 3. 17判時1714号128頁[タウンページデータベース])。

その他の裁判例においても、散発的には、理系の学術論文の類似性の範囲が問題となった事件で、著作権侵害の成否を決するに当たっては「論証の筋道の構成」や「表現された内容の実質的異同」に着目すべきであるとする説示を示す判決(京都地判平成2. 11. 28無休集22巻3号797頁[脳波数理解析論文])²¹や、被告文章は「原告記事の表現している思想、感情の主要な部分と同一の思想、感情を表現している」ので原告の翻案権を侵害するものであるとする説示を示す判決(東京地判平成6. 2. 18知裁集26巻1号114頁[コムライン・デイリー・ニュース]²²)のように、アイディアの部

と思われる。それに、田村善之「著作権法講義ノート⑤」発明92巻8号97～98頁(1995年)が追随する。

¹⁹ 駒田泰士[判批] 斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』(第3版・2001年・有斐閣)。

²⁰ 泉克幸[判批] 斉藤＝半田編・前掲注19。

²¹ 具体的にも、双方の論文内に同一の方程式があることや、論文の要旨が同じ内容を有していることを問題とする判決であった。結論としては、方程式が「既成の方程式」であり(類似の手法を採用する判決として、東京地判平成4. 12. 16判時1472号130頁[学士院賞])、また、被告論文では原告の論文が適正に引用されているから著作権法30条1項により著作権侵害にはならないと帰結したが、方程式の新規性や引用の問題に立ち入るまでもなく、著作権侵害を否定する論法を採用すべきであった(大阪高判平成6. 2. 25知裁集26巻1号179頁[脳波数理解析論文])。中山信弘[判批]ジュリスト1052号163～164頁(1994年)の批判的評価も参照。

²² 茶園成樹[判批] 斉藤＝半田編・前掲注19。

分の同一性をもって著作権侵害を肯定するかの如き、かなり危うい説示を示す裁判例も現れたが、そうした判決はいわば過渡的なものに止まり、けっして主流を占めたわけではない。そして、大半の判決が、具体的な事案との関係でみれば、元の著作物の創作的表現を共通にしているといえるか否かを基準とする立場と整合的に読みうるものであった²³、というのが前掲最判〔江差追分〕が下される直前の裁判例の状況であった。

前掲最判〔江差追分〕の①の説示に格別の意義を見出さず、本質的な特徴の直接感得性基準＝創作的な表現の共通性基準である、と把握する考え方は、かかる歴史的な文脈の下で、同判決の説示を理解しようとするものである。つまり、「本質的特徴の直接感得性」基準に初めて言及した前掲最判〔パロディ〕は、その時点では創作的表現の共通性の有無により侵害の成否を決するという基準は流布していなかったという状況の下で、元の著作物の本質的特徴を直接感得しうるか否かという説示を用いていた。前掲最判〔江差追分〕は、著作権法の法文から無理なく導くことができ、すでに下級審の段階では趨勢を占めつつあった創作的な表現の共通性という基準を著作権の保護範囲を決する基準として採用することにした（説示②の意味）。もっとも、その際に、同一性保持権侵害に係るものとはいえ、著作物の保護範囲を決する基準を説いた前掲最判〔パロディ〕という先行する最上級審判決が存在する以上、それとの連続性を保つために、「本質

この事件は、新聞社と情報サービス業者との争いであった。そして、この事件の原告と被告のみを視野に置く限り、自ら取材源に当たることなく他者発行の新聞記事の内容をその日のうちにそのまま自己の顧客に横流しするような行為をしてはならない、というこの判決の結論は正当なものと評価することができる。だが、これを理由付けるためには、端的に不法行為であることを理由に原告の請求を認容することも可能であったはずである（参照、知財高判平成17.10.6平成17(ネ)10049〔ライントピックス〕、田村／前掲注1・新世代知的財産法政策学の創成25～29頁、同／前掲注1・ライブ講義知的財産法514～519頁）。判旨には、多分に、「複製」ではなく「翻案」と言えば、創作的な表現が共通していなくとも思想、感情が共通しているだけで著作権侵害を肯定することができると考えている節があるが、思想、感情を保護する権利にしては著作権が把握する利用行為は広範に過ぎる。

²³ 野一色勲〔判批〕著作権研究26号314～315頁（2000年）、渋谷達紀〔判批〕判例時報1770号189～191頁（2002年）の評価も参照。

の特徴の直接的感得」の説示を前置いた（説示①の意味）。したがって、①の説示に格別の意味はなく、本質的特徴とは創作的表現であり、決め手は②の説示であると理解するのである。

この見解の下では、結局、本質的な特徴の直接感得性なるものは単なる枕言葉に過ぎず、翻案の成否は、両著作物の間で創作的表現が共通しているか否かということで決せられることとなる。

3 本質的な特徴の直接感得性独自性説

しかし、近時の学説では、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分〕の説示中、①の本質的な特徴の直接感得性の基準に、②の創作的表現の共通性と異なる独自の機能を発揮することを認める見解も主張され始めている。嚆矢となったのは、前掲最判〔江差追分〕の調査官を担当し、また本件の控訴審判決の裁判長でもある高部眞規子判事の論文である²⁴。

同論文では、判旨に②の説示に加えて①の説示とその事案に対する当てはめ部分²⁵が存在する以上、①の説示を不要と解するのは不自然であるという文理的な理解が持ち出され、議論の実益として、「創作的な表現において……同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的な特徴を直接感得することができないほど色あせた状態になる場合」には、前掲最判〔江差追分〕の「表現上の本質的な特徴の直接感得」の要件を欠き、侵害が否定されることがありうる、とする²⁶。

この見解に従えば、「本質的な特徴」要件には創作的表現の共通性では捉

²⁴ 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号18頁（2008年）。その後も、同『実務詳説 著作権訴訟』（2012年・きんざい）260～266頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『知的財産法の実務的発展』（現代知的財産法講座Ⅱ・2012年・日本評論社）251～262頁においても、同旨の議論が展開されている。なお、前掲最判〔江差追分〕の調査官解説である高部眞規子〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇 平成13年度（下）』（法曹会）には、このように「本質的な特徴」の説示を活用する考え方は明示されていなかった。

²⁵ この点に関する前掲最判〔江差追分〕中の判旨の理解については後に本文の5・4)で検討する。

²⁶ 高部／前掲注24・著作権研究18頁。

えきれない独自の意味があることになる。

4 裁判例

それでは、最判平成13. 6. 28民集55巻 4 号837頁 [江差追分] の後の裁判例の理解はどうか。

さきほど紹介したように、この判決が登場する直前における状況は、最判昭和55. 3. 28民集34巻 3 号244頁 [パロディ] 以来の「本質的な特徴の直接感得性」基準に言及しつつも、実際の判断の際には創作的な表現の共通性を著作権侵害の成否の分岐点とする裁判例が勢いを増しつつあり、さらに説示としても「本質的な特徴の直接感得性」基準に触れることなく、創作的表現の共通性のみで判断する判決も現れ始めていた、というものであった。

しかし、前掲最判 [江差追分] が「本質的な特徴の直接感得性」に言及したため、以降は、再び、この言葉にも言及する裁判例が主流となった (翻案につき、東京地決平成13. 12. 19平成13(ヨ)22090 [チーズはどこへ消えた?]、東京高判平成14. 1. 30平成13(ネ)601 [井深大とソニースピリッツ]、東京地判平成13. 12. 18平成13(ワ)14586 [デス・ゲーム2025]、大阪高判平成14. 6. 19平成13(ネ)3226 [コルチャック先生]、東京地判平成14. 7. 26平成13(ワ)19546 [咬み合わせの不思議]、東京高判平成14. 9. 6判時1794号 3 頁 [記念樹]、大阪高判平成14. 9. 18平成14(ネ)287 [コルチャック先生]、東京高判平成14. 9. 19平成13(ネ)602 [ソニーの『出井』革命]、東京地判平成14. 11. 26平成14(ワ)5467 [運勢を開く 姓名判断]、大阪地判平成14. 12. 10平成13(ワ)5816 [21世紀の健康法 気]、東京地判平成15. 1. 28判時1828号121頁 [pimca]、東京高判平成16. 3. 31平成16(ネ)39 [多湖輝の頭脳開発シリーズ]、東京高判平成16. 11. 24平成14(ネ)6311 [ファイアーエムブレム]、知財高判平成17. 6. 14判時1911号138頁 [武蔵]、東京地判平成17. 5. 17判時1950号147頁 [通勤大学法律コース]、大阪高判平成18. 4. 26平成17(ネ)2410 [初動負荷]、知財高判平成18. 5. 31平成17(ネ)10091 [個人旅行]、東京地判平成19. 3. 16平成17(ワ)23419 [CATIA]、東京地判平成19. 5. 28平成17(ワ)15981 [租税論]、大阪地判平成19. 6. 12平成17(ワ)153号 [YG 性格検査用紙]、東京地判平成20. 1. 31平成18(ワ)13803 [パズル]、知財高判平成

20. 2. 12平成19(ネ)10079 [営業マネジメント]、東京地判平成20. 2. 15平成18(ワ)15359 [運命の顔]、東京地判平成20. 3. 13判時2033号102頁 [祇園祭]²⁷、複製ないしそのままの利用につき、東京高判平成14. 2. 18判時1786号136頁 [雪月花]、東京地判平成14. 9. 5判時1811号127頁 [サイボウズ]²⁸、大阪高判平成17. 12. 15平成17(ネ)742 [風呂パンス]、大阪地判平成21. 3. 26判時2076号119頁 [マンション読本]²⁹、東京地判平成22. 5. 19判時2092号142頁 [美術鑑定証書]、東京地判平成23. 2. 9平成21(ワ)25767 [都議会議員ビラ写真]、東京地判平成23. 7. 29平成21(ワ)31755 [刺青]、東京地判平成23. 11. 29平成22(ワ)28962 [CTは魔法のナイフ]、著作権侵害一般の基準として、東京地判平成22. 1. 29平成20(ワ)1586 [箱根富士屋ホテル]、東京地判平成23. 5. 20判時2117号111頁 [アクションおりがみ]³⁰。

5 本件控訴審判決の見解の特異性

1) 序

そのような中、本件控訴審判決は、論争の一方当事者である高部眞規子判事が裁判長を務めていたこともあって、明示的にこの論点を取り扱い、しかもそれが結論を左右したという点で重要な判決であるといえることができる。さらにいえば、本件では、原告作品と被告作品の類似性が、「魚の引き寄せ画面」の類似性と、「主要画面の変遷」の類似性という2つの観点から争われているところ、控訴審判決は、その双方について、「本質的な特徴の直接感得性」基準に基づいて侵害を否定する判断を示すとともに、最判平成13. 6. 28民集55巻4号837頁[江差追分]を含めて、これまで裁判例で論じられることのなかった「まとまりのある著作物性」と「作品」という新たな概念を導入している点で、控訴審判決は特異な立場を示している。

²⁷ 比良友佳理 [判批] 知的財産法政策学研究25号 (2009年)。

²⁸ 田村善之 [判批] ジュリスト1266号 (2004年)。

²⁹ 丁文杰 [判批] 知的財産法政策学研究30号 (2010年)。

³⁰ 以上の裁判例の抽出につき、上野／前掲注5に依拠した。

2)「まとまりのある著作物性」と「作品」という新たな概念の提示

第一に、『魚の引き寄せ画面』に係る著作権及び著作者人格権の侵害の成否(争点1-1)について」と題して、控訴審判決は次のように説く。

「本件において、魚の引き寄せ画面全体についてみると、被告作品においては原告作品にない画面やアニメーションの表示が存在することや、水中が描かれた部分の輪郭が異なり、そのため、同心円が占める大きさや位置関係が異なること、同心円の大きさ、配色及び中心の円の部分の図柄の変化、魚影の描き方及び魚影と同心円との前後関係等の具体的表現が異なっていることにより、これに接する者が魚の引き寄せ画面全体から受ける印象を異ならせるものである。」

ここで特に目を引く点は、本件において原告が「同心円が表示された以降の画面」における両作品の創作的な表現の共通性に焦点を当てて著作権侵害の成否を判断することを求めていたのに対し、控訴審判決が、「まとまりのある著作物」なる新たな概念を持ち出し、その一部のみを特定して対比することは許されないと論じ、「魚の引き寄せ画面の冒頭の、同心円が現れる前に魚影が右から左へ移動し、更に画面奥に移動する等の画面」や「中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、『必殺金縛り』、『確変』及び『一本釣りモード』などの表示がアニメーションとして表示される画面」など、原告が対比を求めている前後の画面の対比を要求したうえで、かかる前後の部分が異なることをもって、「本質的な特徴を直接感得」しえないとする結論を導いている点である。その際に、いかなる基準をもって「まとまりのある著作物」なる範囲を確定するのかということは一切明らかにされることなく、理由付けもないままに本件におけるそれは「魚の引き寄せ画面」なるものであるということが断定されてしまっている。この点は、後述するように、本質的な特徴の直接感得性を独自の基準と解した際の弱点がもろに顕現したものであるということができよう。

第二に、「主要画面の変遷に係る著作権及び著作者人格権の侵害の成否(争点1-2)について」と題する論点に関して、判旨は以下のように説く。

「原告作品と被告作品との共通点それ自体がアイデアや創作性のないものにとどまる場合であっても、これらのアイデア等の組合せが作品の中で重要な役割を担っており、これらのアイデア等の組合せが共通することにより、被告作品に接する者が原告作品の表現上の本質的な特徴を感得する

ことができるのであれば、翻案と認められることがあり得ないではないとしても、本件において、個々の画面は異なり、具体的な表現も異なるものであり、表現上の本質的な特徴を直接感得することができるとまではいえない。」

この説示は、本件において主要画面の遷移に関して著作権侵害の成否を判断するためには、主要画面の遷移の共通性を、個別の画面の共通性から切り離して、単独で評価しなければならないものではないとする原告の主張³¹に応答するものである。そして、原告作品と被告作品の（個々の画面の）共通点がいまだアイディアであるとか創作的ではないものに止まっている場合であっても、かかる「アイディア等の組合せ」次第では、その組合せの共通性の度合いがアイディアの域を脱し創作的表現として評価され著作権侵害が肯定されることもありうるということを否定しない点で、判旨は正鵠を射ているが、しかし、他方で、その際に、それ以上に当該共通性のある「アイディア等の組合せ」が「作品の中で重要な役割」を担っていることまでも必要とする点は、やはり「本質的な特徴の直接感得性」を独自の基準と解する立場から導かれた独自の要件であるといわざるをえない。創作的な表現の共通性の一元論からは、アイディア等の組合せが創作的な表現であれば足りるのであって、それ以上に「作品」の中で「重要な役割」を占めていることなどという曖昧模糊とした要件をクリアする必要はないというべきだからである。しかも、ここにいう「作品」は、「魚の引き寄せ画面」の論点に関して説かれた「まとまりのある著作物」に対応する概念として用いられていると思われるが、「まとまりのある著作物」概念と同様、その定義やその範囲を画する基準が与えられることなく、原告作品と被告作品の範囲と同定されている。

3) 他の裁判例との関係

従前の裁判例において、このような概念設定が行われたことはなく、むしろ、創作的な表現の部分が共通していれば、それだけで著作権侵害を問うというものである。

³¹ 後述するように、それが筆者の見解でもある。後述Ⅲ（本誌次号掲載予定）を参照。

たとえば、盗用部分が被告書籍の本文217頁中のわずか2頁に過ぎなかったとしても、創作的な表現が利用されている限り著作権侵害というに十分であり、この場合、被告書籍全体と原告書籍の全体を比較して、当該盗用部分は枝葉末節に過ぎないなどと抗弁しても功を奏するものではない、とされている（東京地判昭和53.6.21無体集10巻1号287頁[日照権]）。また、ドラマの前半の基本的ストーリーが共通しているのであれば、後半に大きな相違があるとしても著作権侵害を免れるものではない（東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁[悪妻物語?]、東京高判平成8.4.16知裁集28巻2号271頁[同]）。144頁の被疑侵害書籍中の1頁内の3コマ分のみの類似度でも侵害は肯定されている（同一性保持権侵害の事例であるが、東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[脱ゴーマニズム宣言]）。

裁判例の中には、抽象論として、両著作物の共通部分と相違部分を把握したうえで、後者が前者を上回っている場合に侵害を否定する抽象論（「創作性の相関関係理論」などと呼ばれることがある）³²が展開されたことはあり（東京地判平成14.9.5判時1811号127頁[サイボウズ]³³、東京地判平成14.11.14平成13(ワ)15594[ファイアーエムブレム]）、事案の解決としては必要がないものであった^{34 35}。具体的な結論に影響したものとしては、個

³² 橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号27・29頁（1997年）、同「（下）」判例時報1596号11～12頁（1997年）、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号31～33頁（2001年）、島並良/島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年・有斐閣）5頁。

³³ いわく、「原告ソフトの表示画面の特徴的構成の一部分が他社ソフトの表示画面においても共通して見られる場合であっても、[1] 共通する当該一部分のみでは画面全体としての創作的特徴を基礎付けるには足りないときや、あるいは、[2] 他社ソフトの表示画面に原告ソフトにない構成部分が新たに付加されていることにより、表示画面の全体的構成を異にすることとなり、これを見る者が表示画面全体から受ける印象を異にすることとなったときは、他社ソフトの表示画面から原告ソフトの表示画面全体としての創作的特徴を直接感得することができないから、他社ソフトの表示画面をもって原告ソフトの表示画面の複製ないし翻案ということはできない」。

³⁴ 後述Ⅲ4・2）、Ⅲ4・4）（本誌次号掲載予定）。

³⁵ 相山敬士「翻案（侵害）の判断において考慮すべき諸事情」著作権研究34号90頁

別の旋律にはかなり似通った部分があるとしても、両著作物を全体として対比した場合に、被告の作品には原告の作品にない日本歌謡調を示す旋律が挿入されていることを侵害を否定する方向に斟酌するとともに、特定の旋律に類似性が認められれば、それ以上に他の部分が相違していたとしても侵害には変わりはない旨の原告の主張を明示的に退けた判決もあるが

(2008年)は、創作的な表現の共通している部分以外の部分をも比較対象に取り込んで侵害を否定した判決として、「本件戯曲の各場面のうちには、コルチャックのゲットー日記や手紙及び詩等控訴人著作の翻訳部分の複製であると認められるものがあり、また、シーン15 ワルシャワ近郊『僕たちの家』の場面が、控訴人著作の翻案であると認められるが、その余の各場面については、いずれも控訴人著作の複製又は翻案であるとは認められず、上記複製ないし翻案とされる場面は、その本件戯曲において有している意味・効果を考慮すると、本件戯曲全体に占める重要性や分量が小さく、その余の各場面の占める重要性や分量の方が大きいから、本件戯曲全体が控訴人著作の複製又は翻案であるとする事はできない」と判示した、大阪高判平成14.9.18平成14(ネ)287[コルチャック先生]を引用している。しかし、同判決の「本件戯曲全体」なる箇所に関する説示は、単に「本件戯曲全体」という観点から侵害となることはない旨を説いているに過ぎず、それまでの個別の箇所の侵害までも否定するために説かれたものではない。このことは、ついで同判決が許諾の有無の論点に立ち入り、「したがって、前記1のとおり本件戯曲において、控訴人著作の複製又は翻案と認められる部分が複数箇所存するとしても、いずれも控訴人の事前の包括的許諾に基づき利用されたものである以上、被控訴人Bによる本件戯曲の制作及び被控訴人Cによる本件戯曲の出版は、いずれも控訴人著作物に関する複製権ないし翻案権を侵害するものとはいえない」と論じていることから明らかであろう。

なお、同論文が引用するもう一つの事件である、東京高判平成4.9.24知裁集24巻3号703頁[サンジェルマン殺人狂想曲]の「本件訳書には、個々の訳語、訳文において、控訴人翻訳原稿に依拠したと推認するのが相当な部分があるとしても、訳書全体を対比するならば、右の依拠した部分は、両訳文間の基本的構造、語調、語感における大きな相違に埋没してしまう結果、本件訳書が控訴人翻訳原稿を全体として、内容及び形体において覚知せしめるものとまではいえない、といわざるを得ない」とする説示に関しても、依拠した部分が創作的な表現であるといっているわけではないから(そして事案の関係としても、けっして創作的な表現が利用されたとはいえない事案であったことにつき、田村・前掲注6・91～92頁)、創作的な表現の共通性一元論と矛盾する裁判例とはいえない。

(東京地判昭和43. 5. 13下民集19巻5＝6号257頁 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー])、この事件においてすら、両者の対比は、楽曲全体が比較されていたのであって、本件控訴審判決のように、創作的な表現の共通部分というわけでもなく、かといって「作品」全体というわけでもない、中間的な「魚の引き寄せ画面」という枠組みが、「まとまりのある著作物」との標題の下、恣意的に選択された判断は、極めて特異な例といえる。

4) 江差追分事件最高裁判決との相違

この点に関し、控訴審判決の裁判長を担当された高部眞規子判事は論文において、その考え方が、自身が調査官を担当された前掲最判[江差追分]の判旨から導きうる旨を説いている³⁶。

たしかに、前掲最判[江差追分]の判旨には、「しかも、……本件ナレーション全体をみても、その量は本件プロローグに比べて格段に短く、上告人らが創作した映像を背景として放送されたのであるから、これに接する者が本件プロローグの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないというべきである」と付言している箇所がある。この箇所は、②の説示に従った当てはめを行って創作的な表現の共通性を否定したうえで、「しかも……」と断ったうえで駄目押しをなしているに止まるから、判旨のこの部分は厳密に言えば傍論といえるが、その点を措くとしても、この判旨と、本件控訴審判決の間では、以下にみるように、なお架橋しがたい大きな隔りがある。

第一に、前掲最判[江差追分]の前半部分で「本件ナレーション全体をみても、その量は本件プロローグに比べて格段に短く」になっていることを、本質的な特徴の直接感得性を否定する理由としている点について。

ここでは、「全体」という言葉が使われているが、被疑侵害者の番組と著作権者のプロローグ全体の比較を要求するものではない。そもそもこの事件では、同事件の番組中、「本件プロローグ」と（抽象的とはいえ）共通性のある「本件ナレーション」のみを抽出しており、すでにここからして全体比較論に立脚していないといえることができる。そのうえで、比較対象となった「本件プロローグ」と「本件ナレーション」の共通性がアイデ

³⁶ 高部／前掲注24・著作権研究19頁。

アイデアではなく表現といえるのかということを吟味するために、その長短が大いに異なるから表現が共通しているとはいいいがたい、アイデアが共通しているに止まる旨を説いたのが、右文章の前半部分なのである。したがって、ここでは、両者の共通する部分を取り出したうえで、それが創作的な表現に該当するか否かということを吟味する濾過テスト³⁷が用いられているのであって、共通部分であるナレーションを越えて、その外の番組中の周辺部分までも視野にいれたうえで本質的な特徴の直接感得性を否定したわけではない。

第二に、「上告人らが創作した影像を背景として放送されたのであるから」とされていることを、本質的な特徴の直接感得性を否定する理由としている点について。

この点も、当事件の番組中のナレーションと同時に提供されている影像を比較の対象に取り込んだに止まる。もちろん、ナレーションは影像とは別個独立してそれ自体として創作的表現たりうるのであるから、いくら同時に提供されているとはいえ、ナレーションに影像を加えて比較したことには疑問を覚えざるをえないが³⁸、しかし、この場合でも、本件番組中、

³⁷ もともとは、*Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), *cert. denied*, 282 U.S. 902 (1931)における Learned Hand 判事の採った手法に端を発する(同判決の詳細については、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解(上)』(2003年・信山社)472～477頁に邦訳があり、D・S・カージャラ＝梶山敏士「日米著作権法の基本概念」カージャラ＝梶山・前掲注18・232～235頁において的確な位置付けが与えられている)。一般には同判決の手法は *abstraction test* と呼ばれることの方が多いが、濾過テストという筆者の手になる訳語(田村・前掲注6・48頁)は、共通要素以外を考慮対象から外す(濾過する)という意味である *filtering test* の方を訳したものである。

³⁸ 判旨のこの説示は、楽曲を比較する際にメロディーばかりでなく、和声(ハーモニー)、拍子といった諸要素も必要に応じて考慮すべきであると説いた東京地判平成12.2.18判時1709号92頁[記念樹](批判とともに、田村・前掲注6・79頁)を彷彿させるところがある。しかし、たとえば、歌謡曲を制作する過程で、作詩家が詩を創作した段階で他の作詩者の著作権を侵害してとしたならば、完成品の段階では楽曲に載せられていたとしても、侵害は侵害であり、楽曲が加わったことが侵害の成否に影響することはないというのが通常の理解なのではあるまいか。そうだとするならば、それと影像とでどこが違うのかが問われなければならないだろう

ナレーションと同時に提供されていない部分までをも取り込んで比較の対象としたわけではない。それがゆえに、前掲最判〔江差追分〕においては、比較対象を特定するために、控訴審判決のように「まとまりのある著作物」であるとか、「作品」などという新たな概念を持ち出す必要はなかったのである。

6 本判決の見解の抱える問題点

1) 理論的に未完成であること

最判平成13. 6. 28民集55巻4号837頁〔江差追分〕の説示中の「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を持たせたうえで、「まとまりのある著作物」「作品」単位での比較を要求する控訴審判決のような立場は、そのままの形で裁判規範として通用させるには理論的に未完成に過ぎるといわざるをえない。

その最大の問題点は、ここまで縷々明らかにしてきたように、同説が「創作的な表現において……同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的特徴を直接感得することができないほど色あせた状態になる場合」と論じる場合、被疑侵害著作物において創作的な表現を共通にしている部分を越えて、その周辺における部分も取り込んだうえでの比較を要求しているわけであるが、そのような比較の対象とすべき被疑侵害著作物の部分を特定する手法が何ら示されていないということである。

たとえば、この見解を提唱した前述の高部論文は、この点に関し、「対比すべき部分と訴訟物」と題して、以下のように説く。

「原告が侵害されたとする著作物と侵害したとする著作物を提示して、著作権に基づく被告の放送行為の差止請求権ないし同行為が原告の著作権を侵害することによる損害賠償請求権が訴訟物になる。そこでは、原告が主體的に決定するのであって、あくまで原告が設定した枠内での対比を

(しかし、好意的な評価を与えるものとして、島並良〔判批〕コピライト488号19頁(2001年))。

すべきであろう。」³⁹

このように説いて、一見すると、原告が比較対象を特定しうるかのよう
に説くが、しかし、当然のことながら、このような取扱いは、原告が特定
した部分が、創作的な表現を被告と共通にしているのであれば、付加部分
がどのようなものであれ著作権の保護範囲にあることを肯定する創作的
な表現一元説であればまだしも、高部論文のように、付加部分次第で著作
権侵害が否定されることがありうるという立場を採用する場合には、到底、
貫徹することができるものではない。なんとなれば、原告が特定しうるの
だとすると、原告は自己に有利なように付加部分を捨象して主張すればよ
いことになり、付加部分の対比を要求した高部論文の提唱する見解が無意
義なものとなるからである。

高部論文もこの点は自覚しており、すぐに続けて次のようにいう。

「逆に、原告がごく一部を取り出して同一性を論じる場合に、被告がも
う少し広い部分ないし著作物の全体を持ち出して類似しない旨主張する
ことができるであろうか。江差追分事件最高裁判決が分量や背景を論じて
いることに照らし、『表現上の本質的特徴』の同一性の維持ないし直接感
得を否定する事情として、被告がこれを防御方法とすることも許されると
考えたい。」⁴⁰

以上のように、原告の主張だけでは決まらんとする取扱いが示される
のは、高部論文の見解を採用する以上、必然の帰結であるということがで
きるが、しかし、結局、この叙述をもってしても、被告がどの範囲で対比
部分を取り込むことが許されるのかという肝心要の基準に関しては、「も
う少し広い部分」「著作物の全体」なる概念が提示されているに止まり、
その内容如何は一切明らかにされないままに終わっている。この点は、本
件の控訴審判決においても結局、克服することができず、「まとまりのある
著作物」（「もう少し広い部分」の発展形態であろうか）、「作品」（「著作
物の全体」の言い換えであろう）という概念を定義もないままに使用し、
何ら理由付けることなく、「魚の引き寄せ画面」、あるいは「原告作品」「被
告作品」を対比するに至っていることは前述したとおりである。

³⁹ 高部／前掲注24・著作権研究19頁。

⁴⁰ 高部／前掲注24・著作権研究19頁。

以上のように、控訴審判決が採用した見解は、「まとまりのある著作物」「作品」を特定する基準を提示することに失敗しており、裁判規範として通用させるには、理論的に未完に過ぎるといわざるをえない⁴¹。

⁴¹ 学説の中には、「作品」単位での比較を要求するとともに、「創作者の創作意思」、「時間的・空間的・経済的な創作行為としての一体性」、「発表・公表行為の一体性」などの基準により、「作品」の輪郭を画することを提唱する見解があるが（山本隆司「著作物の個数論による著作物概念の再構成」コピーライト532号6～7頁（2005年））、抽象的、浮動的に過ぎるとともに（「創作意思」は一体的でも分割して公表された場合など）、「作品」単位でものを考えることがない従前の裁判例と折り合いを付けることが、元来、困難なはずである（その他の論点を含めた徹底的な批判として、駒田／前掲注6・145～155頁）。このほか、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」『現代社会と著作権法』（斉藤博退職・2008年・弘文堂）295～303頁も、原告著作物と被告著作物の「全体的観察」を要求するが、どのような形で全体を特定するのかという問題意識が共有されていないために、その点に関する基準を提示しようという試みはみられない。なお、その後に発表された、横山久芳「翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト609号24頁（2012年）は、「全体比較論」ではなく、「直接感得性説」に与することを明らかにした上、後者の基準は、あくまでも共通部分の直接感得性の有無を判断するために「共通部分と相違部分の創作性の内容・程度」を考慮する点が前者とは異なるとする。なお、もっとも、同24～25頁は、写り込み、パロディのいずれについても直接感得性を否定しない考え方を示している。ここにおいては、いったいいかなる場合に、創作的表現の共通性基準と異なる結論が導かれるのか、その具体的な帰結がさらに不明確なものとなっている。広きにも狭きにもいかようにも融通無碍に運用できるために予測が不可能となるという直接感得性の基準が抱える生来的な弱点を如実に体现しているように思われる。

なお、文脈を異にするが、翻案権侵害の成否を決するに際して、様々な要素を取り込むことを要求する橋本／前掲注32・（下）15頁（同論文が全体比較論を志向するものであることにつき、田村／前掲注6・59頁）、あるいは同判事が関与した東京地判平成8.9.30判時1584号39頁〔江差追分〕に対して、飯村／前掲注12・7・11頁は、明確性を欠き、予見可能性、法的安定性を失わせることになる」と批判している。特に後者の判決に対しては、「読み上げに数10秒しかかからないごく短いナレーションが、他者の翻案権の範囲に含まれるか否かを判断するにあたり、これほど多くの文献の調査と複雑な論理を駆使しなければ、結論を導くことができないというのは、企業活動や個人の創作活動に対して、過度に負担をかけることになります。より簡易、明確かつ安定した判断基準を定立することが望まれます。」と批判している。保護範囲を画する要件論を議論する銘記すべき視点であると考える。

2) 予測可能性・法的安定性の欠如

本判決と異なり、前掲最判〔江差追分〕の理解として創作的な表現の共通性一元論に立脚する場合には、創作的表現が再生されている限り、付加された部分（多寡は問わず）があっても侵害は侵害である。著作権侵害となるためには、元の著作物の創作的な表現部分が再生されていれば十分であるので、それ以上に元の著作物の全体が模倣されているのか、それともその部分が模倣されているのかということを論じる実益はない⁴²。同様に、元の著作物の創作的な表現部分が再生されている限り、その再生部分が侵害者の著作物のごく一部に過ぎなかったとしても、著作権侵害であることに変わりはない。

この見解の下では、比較対象は、原告が特定したところで比較すれば十分である。付加部分が関係ないために、原告が特定した部分が創作的表現であってこれを被告が利用していれば侵害となり、逆にそれだけでは創作的表現が認められなかったり、認められたとしても被告がそれを利用していなければ侵害が否定されることになるだけである。それ以上に、周辺部分を取り込んだ比較をする必要はない。

ところが、控訴審判決のような考え方の下では、原告と被告の著作物において創作的表現が共通していたとしても、なお外延が不明確な「まとまりのある著作物」であるとか「作品」単位での比較を要求されることになり、著作物の類似性という形で著作権の保護範囲を予測することが不可能となる。控訴審判決の立場の下では、過去の裁判例のように、創作的表現を共通にしている部分が被疑侵害書籍217頁のうちの2頁だけであったり、144頁のうちの1頁内の3コマだけだったりした場合、あるいは被疑侵害番組の前半部分のストーリーだけだったりした場合、いったいどの範囲でその周辺部分が「まとまりのある著作物」として、はたまた「作品」として比較対象に取り込まれなければならないのかということに関して皆目

⁴² たとえば、四コマ漫画「サザエさん」の四コマ全部を複製しようが、その一コマを複製しようが、あるいは一コマ内のサザエさんの顔だけを複製しようが、侵害は侵害である。いずれも創作的な表現の部分が再生されていると評価しうるからである。いまだ創作的な表現とはいえないような部分（ex. 波平の毛髪）のみを複製する場合に、初めて侵害が否定されることになるに過ぎない（田村・前掲注6・59頁）。

見当がつかない。

くわえて、被疑侵害著作物の作成が進行している過程の付加部分が（この見解にとって侵害を否定するのに）十分でなかった時点では、この理論の下でも、過去にいったん侵害が肯定されていたはずであるが（本件でいえば、被告の「魚の引き寄せ画面」の作成過程のどこかで、付加部分もない形で、「同心円が表示された以降の画面」のみが用いられたことがあったかもしれない）、これが最終的に十分な付加部分が付与された後に遡ってどのような扱いをされるのかということも定かではない。かりに、過去の部分は侵害となるとすれば（それはそれで創作的な表現の共通性一元説からは望ましい帰結なのではあるが）、「まとまりのある著作物」なる比較を要求して侵害を否定する余地を残すこの見解の意義を失わせることになる。他方で、遡って過去には侵害行為と判断された行為が免責されるとすれば、法的安定性を著しく害することになる。

3) 実益に乏しいこと

本判決のような見解が、以上のような混乱を引き起こすものだとしても、それを補って余りある利益がもたらされるのであれば、その採用もやむなしということになるのかもしれない。

可能性としては、著作物の利用に付随して他の著作物が随伴して用いられる、いわゆる写り込みの事例や、パロディの事例において、この要件を活用して侵害を否定することが可能となるかもしれない⁴³。しかし、前者であれば写り込みの経緯、後者であればパロディにおいて当該著作物を用

⁴³ 参照、高部・前掲注24・実務詳説278～281頁。創作的な表現の共通部分以外の付加部分を侵害の判断に取り込むことを要求する島並／前掲注32・著作権研究31～34頁には、写り込みを念頭に置いた記述があり、また「二次創作」に関して侵害を否定する余地を肯定する。もっとも、横山／前掲注41・斉藤退職296頁、梶山敬士『著作権論』（2009年・日本評論社）54～55頁は、二次創作に対するこの考え方に消極的である。批判的な見地からの検討として、上野／前掲注6・49～51頁。なお、抽象論としては直接感得性基準に独自の意義を認める立場を堅持する横山／前掲注41・コピライト24～25頁は、写り込み、パロディのいずれについても直接感得性を否定することなく、立法論を含めて著作権の制限規定の適用に委ねる考え方を示している。

いなければならない必然性などに代表されるような、利用目的や利用の必要性、著作権者に与える不利益など、両著作物の比較に還元しえない諸要素を総合衡量する法理の下で非侵害の方向に考慮すべき事柄であろう⁴⁴。それを無理に著作物の類似性という要件に持ち込もうとする場合には、保護範囲を可視化することができるはずの同概念の機能を減殺することになる。

すでに写り込みについては、2012年の著作権法改正により30条の2という制限規定が導入されている。パロディに関しても、むしろ、著作権法32条1項の引用の問題⁴⁵として処理する方が座りがよいだろう⁴⁶。最近では、

⁴⁴ たとえば、写り込みに関しては、キャラクターを多数の人物や建物の中に埋没させる「ウォーリーを探せ」を念頭に置きつつ、そのような利用態様の場合、特にそのキャラクター名を商品としての被疑侵害著作物のうたい文句としている場合にまで侵害を否定する必要はないことが説かれている（上野／前掲注6・50～51頁）。

⁴⁵ 前掲最判〔パロディ〕は、旧著作権法30条1項2号の「節録引用」に該当する場合には著作権侵害に該当しないとする条文に関して、引用する著作物と引用される著作物が明瞭に区別されなければならず（明瞭区別性）、そのうえで、前者が主、後者が従とされる関係にあることが必要である（附従性）という二要件を説いたうえで、本件では両要件とも充足していないと認定して、侵害を肯定している。その際に、問題となった2つの著作物が、表現の目的を異にしているという文脈は考慮されていない。

ところが近時は、この最高裁判決はあくまでも旧著作権法の解釈を示したものに過ぎず、現行法の下では、32条1項の文言に忠実に、正当な目的の範囲内といえるか否かによって適法引用の成否を決める旨を説く学説が現れている（飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号91～96頁（2000年）、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』（半田正夫古稀・2003年・法学書院）310～332頁）。裁判例でも、この立場を採用するものが次第に増えてきており（いずれも32条1項該当性否定例であるが、東京地判平成13.6.1判時1757号138頁〔絶対音感〕、東京高判平成14.4.11平成13（ネ）3677他〔同〕、東京地判平成15.2.26判時1826号117頁〔創価学会写真ビラ〕、東京高判平成16.11.29平成15（ネ）1464〔同〕）、さらに、この抽象論の下、具体的な結論としても、鑑定証書の裏面に鑑定対象の絵画の縮小カラーコピーを添付する行為について引用該当性を肯定した裁判例が現れている（知財高判平成22.10.13平成22（ネ）10052〔美術鑑定書〕）。

⁴⁶ 少数説ではあるが、筆者は、パロディを例にとって取込目的型の引用論というものを提唱している（田村・前掲注6・242～244頁）。傍論ではあるが、取込目的型に

立法に向けた動きもみられるところである⁴⁷。

7 小括

著作権侵害の判断基準は、創作的表現に限って著作物となるという著作権法2条1項1号に立ち返って決せられるべき問題であり、原告著作物と被告著作物との間で、創作性がない部分、あるいはアイデアに止まる部分が共通しているに過ぎない場合に侵害が否定される、と取り扱えば足りる。最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分〕はこの理を確認したに止まると解することができる。それを越えて、控訴審判決のように、「まとまりのある著作物」あるいは「作品」という新たな概念を持ち出し、創作的表現の共通性が認められる場合にもなお、その他の部分において特徴を異にするために侵害が否定されるような理屈を採用する必要はない。かえって、これらの概念の定義すら不明確な現状で、これを裁判規範として通用させてしまうとすると、予測可能性が奪われ、いたずらに混乱が惹起されることになりかねない。結論として、諸々の弊害を甘受してまで、本質的な特徴の直接感得性という基準に独自の意義を認める控訴審判決のような考え方を導入する必要はないといえよう。

8 内容形式覚知基準（補論）

なお、付言するに、裁判例では、翻案に至らない「複製」⁴⁸に関して著作権侵害の成否を決する基準として、本質の特徴の直接感得性基準ではなく、元の著作物の「内容及び形式を覚知させるに足りる」か否かという基準が

言及した判決として、東京地判平成16.5.31判タ1175号265頁〔XO醬男と杏仁女〕。

⁴⁷ 文化審議会著作権分科会パロディワーキングチームにおいて検討が始まっている（<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/parody.html>）。

⁴⁸ 以下の裁判例では、21条にいう「複製」のみならず、22条以下の様々な無形的な利用に関しても、「複製」の語が当てられていることが少なくなく、厳密には、複製ないしそのまゝの利用行為に関する裁判例というべきであるが（上野／前掲注5）、以下では、「複製」という用語を当てる裁判例の流儀に従った。

語られることがある(東京高判平成4.9.24知裁集24巻3号703頁[サンジェルマン殺人狂騒曲]、東京高判平成7.1.31判時1525号150頁[会社案内パンフレット]、大阪地判平成7.3.28知裁集27巻1号210頁[商品カタログ]、東京地判平成7.5.31判時1533号110頁[ぐうたら健康法]、大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁[エルミア・ド・ホーリィ]、最判平成9.7.17民集51巻6号2714頁[ポパイ]、東京地判平成10.3.30平成2(ワ)4247[ノンタン]、東京地判平成10.7.17平成6(ワ)9490[のびのび更年期]、東京地判平成10.10.29知裁集30巻4号813頁[SMAP 大研究]、東京地判平成10.11.16平成9(ワ)6030[リトルくらぶ]、大阪地判平成11.7.8判時1731号116頁[カッサンドル]、東京地判平成11.7.23平成10(ワ)29546[坂井真紀]、東京地判平成11.9.28判時1695号115頁[新橋玉木屋]、名古屋地判平成12.3.8平成4(ワ)2130[ショッピングセンター設計図]、東京高判平成13.5.30判時1797号150頁[キューピーラスト商標]、東京高判平成13.5.30判時1797号131頁[キューピー]、東京高判平成13.5.30判時1797号111頁[キューピー]、東京高判平成14.1.30平成13(ネ)601[井深大とソニースピリッツ]、東京高判平成14.2.18判時1786号136頁[雪月花]、東京地判平成14.9.5判時1811号127頁[サイボウズ]、東京高判平成14.9.19平成13(ネ)602[ソニーの『出井』革命]、大阪地判平成14.12.10平成13(ワ)5816[21世紀の健康法 気]、大阪地判平成15.12.18平成14(ワ)8277[西沢学園CM]、東京地判平成17.12.26平成17(ワ)10125[天台宗開眼法要集]、東京地判平成17.5.17判時1950号147頁[通勤大学法律コース]、東京地判平成17.3.15判時1894号110頁[燃えつきるキャロル・ラスト・ライブ]、東京地判平成19.5.28平成17(ワ)15981[租税論]、大阪地判平成19.6.12平成17(ワ)153[YG 性格検査用紙]、東京地判平成20.1.31平成18(ワ)13803[パズル]、東京地判平成20.2.15平成18(ワ)15359[運命の顔]、大阪地判平成21.2.24平成20(ワ)12703[交通ガイド革命]、大阪地判平成21.3.26判時2076号119頁[マンション読本]、東京地判平成21.11.9平成20(ワ)21090[スピーカ測定システム]、大阪地判平成22.2.25平成21(ワ)6411[猫のぬいぐるみ]、東京地判平成22.5.19判時2092号142頁[美術鑑定証書]、知財高判平成22.7.14判時2100号134頁[箱根富士屋ホテル]、知財高判平成22.10.13判時2092号136頁[美術鑑定証書]、東京地判平成22.12.10平成20(ワ)27432[データ復旧技術サービス]、知財高判平成23.5.26判時2136号

116頁 [同]、名古屋地判平成23. 9. 15平成21(ワ)4998 [過払金回収マニュアル] など⁴⁹。

これは、最判昭和53. 9. 7民集32巻 6 号1145頁 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー] の「旧著作権法（明治32年法律第39号）の定めるところによれば、著作者は、その著作物を複製する権利を専有し、第三者が著作権者に無断でその著作物を複製するときは、偽作者として著作権侵害の責に任じなければならないとされているが、ここにいう著作物の複製とは、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と解すべきである」とする説示を踏襲したものである（以下、これを「内容形式覚知基準」と呼称する）。しかし、同判決の説示は、厳密には、依拠の要件に関する判決の傍論でしかなく⁵⁰、くわえて、最判昭和55. 3. 28民集34巻 3 号244頁 [パロディ] と同様、創作的な表現が著作物性ばかりでなく、著作権の保護範囲にも妥当する基準となるという認識がなかった時代の産物でしかない。「内容」「形式」の意義が明らかにされていないために、字面通りに受け取れば、この基準は、侵害を主張している著作権に係る著作者が創作したわけではないところ、あるいはいまだ表現にはいたらずアイデアと目すべきところが似ているに過ぎない場合にも、「内容」「形式」を「覚知」することができることを理由に侵害が肯定されかねないという点で問題を孕む説示である。

さらにいえば、従前の裁判例の中には、「複製」については、前掲最判 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー] の内容形式覚知基準を引き、「翻案」について、最判平成13. 6. 28民集55巻 4 号837頁 [江差追分] を引き、形式的には別々の当てはめを行ったうえで侵害の成否を判断しているものも少なくない（前掲東京地判 [のびのび更年期]、前掲東京地判 [SMAP大研究]、前掲東京高判 [キューピーイラスト商標]、前掲東京地判 [サイボウズ]、前掲東京地判 [通勤大学法律コース]、前掲東京地判 [租税論]、前掲東京地判 [パズル]、前掲大阪地判 [交通ガイド革命]、前掲大阪地判 [マンション読本]、前掲東京地判 [スピーカ測定システム]、前掲大阪地判

⁴⁹ 以上の裁判例の抽出につき、上野／前掲注 5 に依拠した。

⁵⁰ 岡邦俊『続・著作権の法廷』（1996年・ぎょうせい）120頁、同『マルチメディア時代の著作権の法廷』（2000年・ぎょうせい）133～136頁。

[猫のぬいぐるみ]、前掲知財高判 [箱根富士屋ホテル]、前掲東京地判 [データ復旧技術サービス]、前掲知財高判 [同]、前掲名古屋地判 [過払金回収マニュアル]など)。

しかし、著作物をそのまま再製する場合は、複製権侵害となり、そのまま上演したり、放送したりした場合には、上演権、放送権等の侵害となる。これに対して変更や付加が加えられたために、そこに新たな創作性が認められる場合には、二次的著作物（2条1項11号）が成立するが、しかし、そのような変更、付加は翻案権を侵害するものとされ（27条）、また、二次的著作物の複製、上演、放送等の利用行為に対しては、二次的著作物の著作権のほか、原著作物の著作権も及ぶとされている（28条）。したがって、複製権（あるいはそのままの利用に関する権利）と翻案権が同一の権利者に属している限り、複製権（あるいはそのままの利用に関する権利）を侵害していようが、二次的著作物の利用に関する権利を侵害していようが、侵害であることに変わりはないのであるから、著作権侵害の要件を論じる際に、それが複製物か二次的著作物かを区別する実益はない⁵¹。二次的著作物か否かを論じる実益が生じるのは、第三者が二次的著作物を利用する場合であり、原著作物の著作権者に加えて、二次的著作物の著作権者の許諾を取得することも必要となるのか否かということを考える場面である。

したがって、著作権侵害の成否を論じる際に、「複製」（あるいはそのままの利用）と「翻案」の定義の区別を取り立てて議論する必要はない⁵²。あくまでもその外延は「翻案」かそうではないか（より厳密には二次的著

⁵¹ このような考え方に対しては、適用法条が異なるから弁論主義の適用があることを区別の実益とする反論もなされているが（西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『知的財産関係訴訟法』（1997年・青林書院）126頁）、主張すべき事実に変わりがない以上、適用法条の問題が弁論主義の問題に直結するわけではないであろう。

⁵² 田村・前掲注6・46～47頁、大野聖二「翻案権侵害について」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務4 著作権法・意匠法』（2007年・新日本法規）196～198頁、上野／前掲注6・46～47頁、高林龍「複製と翻案概念の要件事実論からの分析試験」『知的財産法の新しい流れ』（片山英二選暦・2010年・青林書院）348頁、高部／前掲注24・現代知的財産法講座240頁。

作物であるのかそうではないのか)、というところで決まるべきものである。かねてより、筆者は、著作権侵害の成否は、① 依拠+ ② 類似性+ ③法定の利用行為の3つの要件で決せられるものと説いてきた⁵³。この機会に、「翻案」に関して「本質的な特徴」＝「創作的な表現の共通性」が侵害の成否の判別基準となることを明らかにした前掲最判〔江差追分〕の説示が、翻案権侵害ばかりでなく、著作権一般の保護範囲を画する類似性の要件に妥当するべきものであることを確認しておきたい⁵⁴。すでに、そのように取り扱う裁判例も現れ始めているところでもある（東京地判平成22.1.29平成20(ワ)1586〔箱根富士屋ホテル〕、東京地判平成23.5.20判時2117号111頁〔アクションおりがみ〕）。

⁵³ 28条による二次的著作物の規律に注意して著作権侵害の要件を定義すると、著作権侵害となるためには、原著作物かもしくは（行為者を含む何者かによって）原著作物に依拠して作成された（＝①依拠）原著作物と類似の範囲内にある著作物（②＝類似性）に、行為者が依拠して（＝①依拠）、21条から27条、113条1項、2項に規定される行為（＝③法定の利用行為）が行われることが必要となる（田村善之「著作権侵害①」発明92巻7号70～71頁（1995年）、田村・前掲注6・47頁）。

⁵⁴ 上野／前掲注6・48頁。また、高部・前掲注24・実務詳説219～220頁、同／前掲注24・現代知的財産法講座263頁も、複製権侵害に関しても、本質的特徴の直接感得基準が妥当する旨を説く。