HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	表現の全体（まとまり）は部分についての翻案を否定しうるか ： 釣りゲータウン2事件知財高裁判決の検討
Author(s)	駒田, 泰土
Citation	知的財産法政策学研究, 43, 109-144
Issue Date	2013-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/55079
Type	departmental bulletin paper
File Information	43_04.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

連続企画：著作権侵害の要件論の再構成　その３

表現の全体（まとまり）は部分についての翻案を否定しうるか
―釣りゲータウン２事件知財高裁判決の検討

駒　田　泰　土

Ⅰ　はじめに

わが国においてソーシャル・ネットワーキング・サービス（SNS）事業を行う会社として知られるGREE及びディー・エヌ・エー（DeNA）。同サービスと連動するゲーム事業において、互いに鎬を削っていることでよく知られている。本件は、携帯電話向けにGREEが提供した釣りゲーム「釣り★スタ」というコンテンツが、どこまで知的財産として保護されるかが争われた事件であった。

１審原告のGREEは、著作権法や不正競争防止法上の請求に加えて、利益侵害に係る民法不法行為に基づく請求も行った。本件事案に鑑みると、その主戦場は著作権法及び不法行為法であったといえそうである。GREEは、DeNAらが開発し、市場に投入した「釣りゲータウン２」は「釣り★スタ」の翻案物であるなどと主張し、１審はその主張の一部についてこれを認めたが（東京地判平24・2・23平21[ワ]34012号）、控訴審である知財高裁は翻案の成立等を一切否定してGREEの請求を斥けた（知財高判平24・8・8判時2165号42頁）。すなわち、逆転判決を言い渡したわけである。

GREE側は、上告受理の申立てを行っていたが、平成25年４月16日に最高裁第３小法廷（大橋正春裁判長）は上告を棄却する決定を行ったと報じられている。これにより、上記の知財高裁判決が確定することとなった。

本判決の意義は、すでに小泉教授や田村教授が指摘しておられるとおりであろう[1]。すなわち、翻案成否の判断において後述の全体比較論によることを肯定した点である。裁判長である髙部判事は、この点に係る近時の論争において一方の当事者になっておられる（ただし、判旨は、専ら全体比較の手法に基づいて翻案の成否を判断したとはいいがたく、当該部分は、補足的な判断もしくは限りなく傍論に近いものと位置づけた方がよさそうである）。本稿では、主に全体比較論の是非について考察を行いつつ、本判決を批判的に検討してみたい。また、不法行為の論点についても触れる。

Ⅱ　知財高裁判決

まず、事実関係をもう少し丁寧に紹介する。また、下記の検討に必要な範囲で判決文を引用する（本件の事実関係及び判旨をすでに了解しておられる読者の方は、長いので、Ⅲ以下をお読みいただければと思う）。

事実

GREE（以下、「X」）は、インターネットを利用した各種情報提供サービス業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る。Xは、SNS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ーソナル・コンピュータ向けに運営している。

DeNA（以下、「Y1」）は、インターネットを利用した各種情報処理サービス及び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、販売、賃貸、運用及びその代理等を業とする株式会社である。Y1は、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ーソナル・コンピュータ向けに運営している。ORSO（以下、「Y2」）は、インターネット、コンピュ

[1] 小泉直樹「判批」ジュリ1446号（2012）7頁、田村善之「判批」知的財産法政策学研究41号（2013）97頁。横山久芳「判批」平成24年度重判解（ジュリ1453号、2013）267頁も参照。

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、販売及び配給等を業とする株式会社である。

X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「釣り★スタ」(以下、「X作品」)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、X作品の公衆送信による配信を開始した。X作品には、トップ画面、釣り場選択画面、キャスティング画面、魚の引き寄せ画面及び釣果画面が存在する。

Yらは、携帯電話機用インターネット・ゲーム「釣りゲータウン2」(以下、「Y作品」)を共同で製作し、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。Y作品には、トップ画面、釣り場選択画面、キャスティング画面、魚の引き寄せ画面及び釣果画面が存在する。Y2のホームページには、Y作品を紹介する画面が存在する。同画面には、Y作品の配信開始に近接して、Y作品の魚の引き寄せ画面の影像が掲載されている。

Xは、YらがY作品を製作し、公衆に送信する行為は、X作品に係るXの著作権(翻案権、著作権法28条による公衆送信権)及び著作者人格権(同一性保持権)を侵害すると主張し、著作権法112条に基づき、Y作品に係るゲームの影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影像の抹消及び記録媒体からの上記影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、著作権法115条に基づき、謝罪広告の掲載を求めた。なお、Xが、自己の著作権及び著作者人格権を侵害すると主張したのは、Y作品における「魚の引き寄せ画面」(原判決別紙比較対照表1右欄記載の影像、図1参照)及び主要画面の変遷(図4参照)であり、それらはX作品における「魚の引き寄せ画面」(原判決別紙比較対照表1左欄記載の影像)及び主要画面の変遷に類似すると主張した。

またXは、Yらが、Y作品における特定の影像(Y影像1・2)をYらのウェブページに掲載する行為は、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3条に基づき、Y影像1の抹消及びY2に対するY影像2の抹消、民法709条、719条に基づき、損害賠償金の支払、不正競争防止法14条に基づき、謝罪広告の掲載を求めた。

さらにXは、Yらが、Xに無断でX作品に依拠してY作品を製作し配信した行為は、Xの法的保護に値する利益を違法に侵害し、不法行為に該当すると主張して、民法709条、719条に基づき、損害賠償金の支払、民法723条に基づき、謝罪広告の掲載を求めた。

原判決は、Y作品における「魚の引き寄せ画面」は、X作品における「魚の引き寄せ画面」に係るXの著作権（翻案権、公衆送信権）及び著作者人格権（同一性保持権）を侵害するとしたが、その余の著作権及び著作者人格権侵害の主張を認めず、また、Yらの行為は不正競争防止法２条１項１号にも利益侵害に係る不法行為にも当たらないとして、Xの請求を一部認容し、一部棄却した。X及びYら双方が控訴。

図1（原判決別紙比較対照表１掲載画面より抜粋）

X作品

Y作品

図2

Y作品

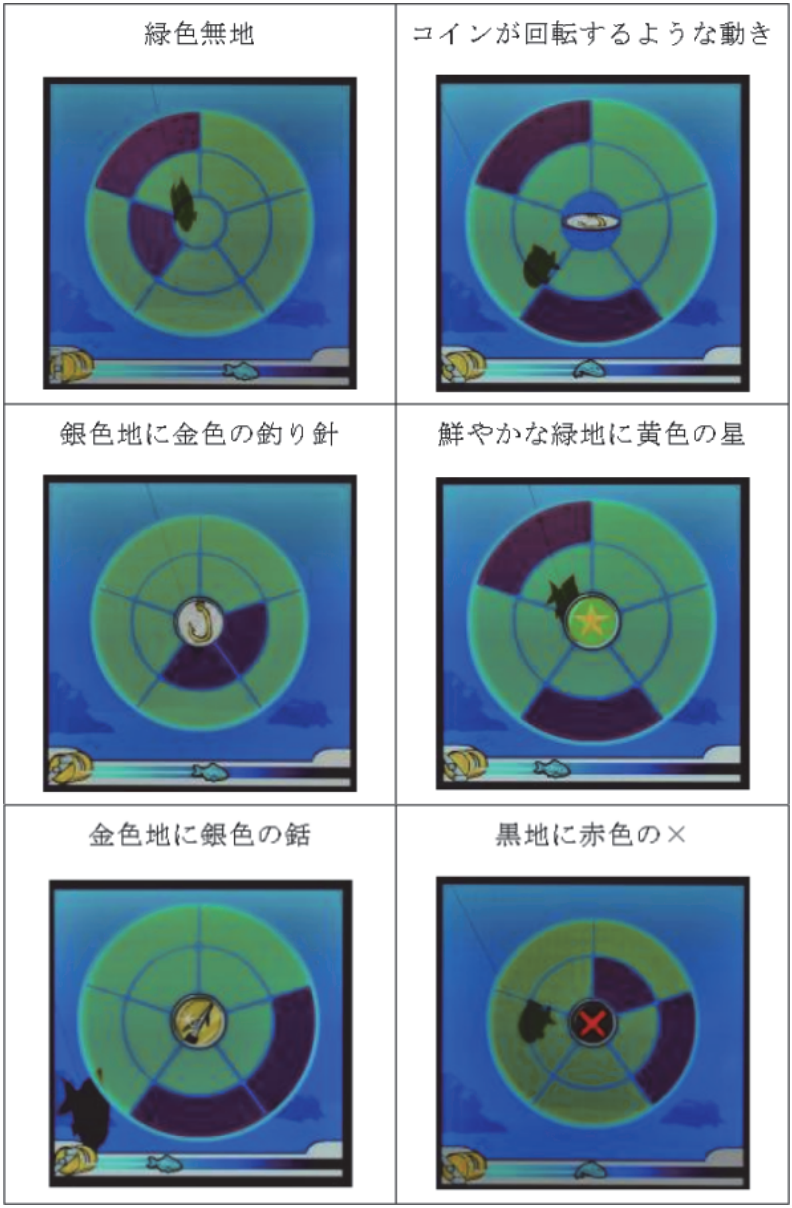
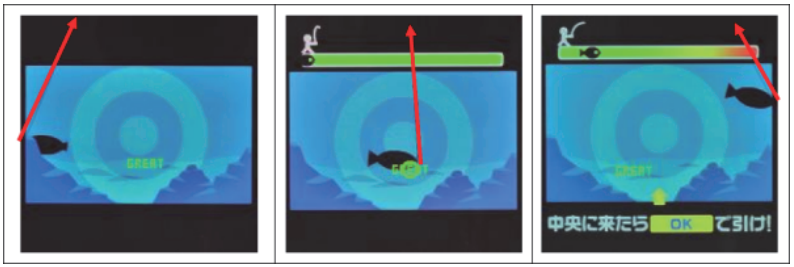

緑色無地
コインが回転するような動き
銀色地に金色の釣り針
鮮やかな緑地に黄色の星
金色地に銀色の銛
黒地に赤色の×

図3

X作品



Y作品

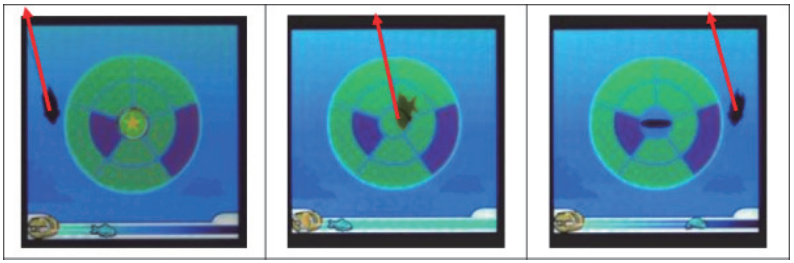


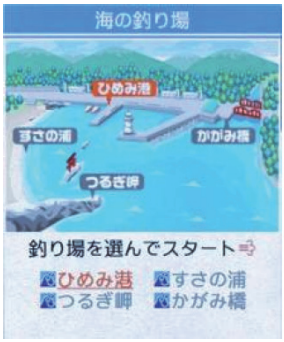
図4

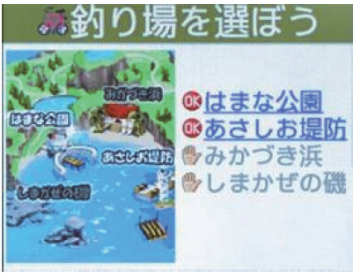
X作品　　Y作品

トップ画面

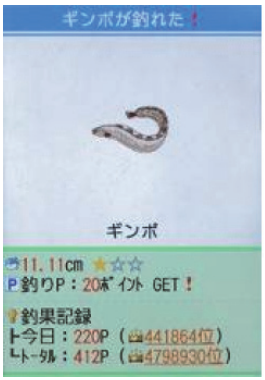
X作品　　Y作品

釣り場のイラスト

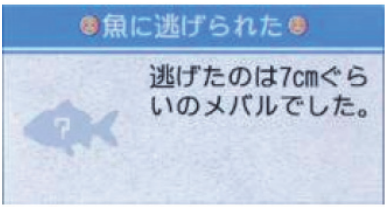


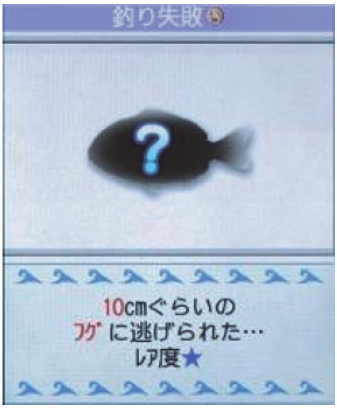


釣り上げに成功した魚情報の要素



釣果画面（釣り上げ失敗時）





判旨

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

1−1. 翻案権及び同一性保持権侵害に係る一般論

「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)」。

1−2. 翻案の成否

①「Ｘ作品とＹ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、X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、X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はみ出して接しており、大きさ等も変化がないのに対し、Y作品においては、水中の影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った具体的表現において、相違する。しかも、X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、Y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銛、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、X作品及びY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、X作品の魚影は魚を側面からみたものであるのに対し、Y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、X作品の魚の引き寄せ画面とY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、水中全体を動き回るが、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、X作品の魚の引き寄せ画面とY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、Y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X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、Y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X作品のものとは異なる。さらに、Y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、X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、Y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X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、Y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、X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。」

②「Xは、X作品には、水中のみを画像として水中の真横から水平方向の視点で描き、視点が固定されている点に表現上の本質的な特徴がある旨主張する。

しかしながら、前記のとおり、水中のみを描き、水平方向からの視点で水面及びその上を描写しない釣りゲームは、X作品及びY作品以外に少なくとも5作品は存在するのであるから…上記のように水中を描くことは、ありふれたものということができる。」

③「Xは、X作品は、中心からほぼ等間隔である三重の同心円が描かれ、同心円の中心が画面のほぼ中央に位置し、最も外側の円の大きさは、水中の画像の約半分を占める点において表現上の本質的な特徴がある旨主張する。

上記のうち、三重の同心円を描くことは、従前の釣りゲームにおいて見られない特徴であり…Y作品においても、三重の同心円を採用したことから、Yらは、この点につきX作品からヒントを得たものであると推測される。しかしながら、釣りゲームに三重の同心円を採用することは、アイデアというべきものであり、同心円の具体的態様は、前記イのとおり、表現が異なる。よって、同心円を採用したことが共通することの一事をもって、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。なお、Y作品における同心円は、大きさが9段階に変化し、常に、水中の画像の約半分を占めるわけではない。」

④「Xは、X作品には、背景の水中の色が全体的に薄暗い青で、水底の左右両端付近に同心円に沿うような形で岩陰があり、水草、他の生物、気泡等が描かれていない点において表現上の本質的な特徴がある旨主張する。

しかし、釣りを描く上において、海や川の水の色が青系の色で表現されることや、水中の背景に岩陰を描くことは、ありふれた表現である…。しかも、X作品の青色に比べ、Y作品の青色は、やや明るい色調であり、同一の青色を用いているわけではないし、両作品において岩陰の具体的な描き方及びその位置も必ずしも同一とはいえない。」

⑤「Xは、X作品は、魚の姿を黒色の魚影とし、魚の口から影像上部に

伸びる黒い直線の糸の影を描いている点において表現上の本質的な特徴がある旨主張する。

しかし、釣りゲームにおいて、魚や釣り糸を表現すること自体は、ありふれたものというべきである。そして、魚を具体的な魚の絵ではなく、魚影をもって表現すること自体は、アイデアの領域というべきものであるし、従前から、魚を魚影により表現したゲームも存在したものである…。しかも、X作品における魚影は、円盤状の胴体と三角形の尾びれとの組合せにより側面からみた魚であるのに対し、Y作品における魚影は、尾びれ、背びれ及び胸びれを描いた前面からみた魚である点において、具体的表現は異なっている。なお、釣り糸についても、X作品では、魚と連動して動くのに対し、Y作品では、魚の動きにかかわらず、釣り糸が常に画面左上に伸びている点においても、その具体的表現が異なる。」

⑥「Xは、X作品には、同心円や背景画像は静止し、釣り針にかかった魚影のみが、頻繁に向きを変えながら水中全体を動き回る点において表現上の本質的な特徴がある旨主張する。

しかしながら、Y作品においては、同心円は静止しているわけではなく、大きさやパネルの色等が変化するのであって、釣り針にかかった魚影のみが動き回るとはいえない点において、X作品とは異なるものである。」

⑦「Xは、X作品には、静止した同心円と動き回る魚影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点において表現上の本質的な特徴がある旨主張する。

しかしながら…フラッシュゲームにおいて、タイミングを計ってボタンをクリックするというゲームのルールがあり、一定の範囲に対象物が入った場合にクリックすることは、上記ルールのうち、ある対象物と他の対象物が重なるようにタイミングを計ってクリックするパターンで、一方の対象物が固定で他方の対象物が移動するパターンに属するルールである。すなわち、静止した同心円と動き回る魚影の位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現することは、ゲームのルールであり、画面全体を素早くかつ不規則に動き回る対象物が、画面上に設けられた一定の枠内にあるときに決定キーを押すことを成功とし、一定回数成功した場合等に当該ステージをクリアとすることは、ゲームのルールにほかならず、いずれもアイデアの範疇に属するものである。そして…X作品においては、中央の円に

魚影がある際に決定キーを押した場合は『PERFECT』、中央の円と外側のドーナツ形状部分との間に魚影がある際に決定キーを押した場合は『GREAT』、上記ドーナツ形状部分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』と表示されるのに対し、Y作品においては、同心円の緑色で配色された部分に魚影がある際に決定キーを押した場合は『Good』、同心円の紫色で配色された部分及び同心円以外の部分に魚影がある際に決定キーを押した場合は『Out』と表示されるのであって、具体的な位置関係は異なっており、どの位置でタイミングを表現するかが共通するわけではない。」

⑧「X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、X作品とY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、Y作品においてはX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。」

⑨「Xは、あくまでX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、X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、Y作品の魚の引き寄せ画面に現に存在する、たとえば、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…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、X作品に係る著作権に基づく差止請求権等であって、X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、Y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はできない。仮に、本件訴訟の訴訟物がX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、Y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はできない。」

⑩「以上のとおり、Y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X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X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。」

1−3．侵害の成否に係る結論

「Ｙ作品の魚の引き寄せ画面の表現から、Ｘ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。よって、Ｙらが魚の引き寄せ画面を含むＹ作品を製作したことが、ＸのＸ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、Ｙらが魚の引き寄せ画面を含むＹ作品を製作したことが、ＸのＸ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

2−1．翻案の成否

Ｘ作品とＹ作品とは、いずれも、「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」及び「釣果画面（釣り上げ成功時又は釣り上げ失敗時)」が存在し、その画面変遷の順番や、「トップ画面」に戻ることなくゲームを繰り返すことができる点において共通するが、「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Ｘ作品とＹ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うことができる。また、Ｙ作品には、Ｘ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Ｘ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、Ｘ作品とＹ作品とはその他にも具体的相違点があることも併せ考えると、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。」

「Ｙ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Ｘ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Ｘ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。」

2－2．侵害の成否に係る結論

「よって、ＹらがＹ作品を製作したことが、ＸのＸ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、ＹらがＹ作品を製作したことが、ＸのＸ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。」

３．不正競争防止法２条１項１号に係る不正競争行為の成否

Ｘが周知商品等表示と主張するＸ作品中の特定の影像（Ｘ影像）は、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。

Ｙ影像１・２についても商品等表示性は認められない。Ｘ影像と類似するということもできない。

４．法的保護に値する利益の侵害に係る不法行為の成否

「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。また、不正競争防止法も、事業者間の公正な競争等を確保するため不正競争行為の発生原因、内容、範囲等を定め、周知商品等表示について混同を惹起する行為の限界を明らかにしている。ある行為が著作権侵害や不正競争行為に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利や商品等表示を独占的に利用する権利は、原則として法的保護の対象とはならないものと解される。したがって、著作権法や不正競争防止法が規律の対象とする著作物や周知商品等表示の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。」

「ＹらのＹ作品の製作及び公衆への送信行為が、ＸのＸ作品に係る著作

権及び著作者人格権を侵害したとはいえないことは、前記…に説示したとおりである。また、Y影像1及び2の掲載行為が、Xの周知商品等表示と混同を生じさせる行為であるとはいえないことも、前記…に説示したとおりである。」

「したがって、仮に、Yらが、Y作品を製作するに当たって、X作品を参考にしたとしても、Yらの行為を自由競争の範囲を逸脱しX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はできないから、民法上の不法行為は成立しないというべきである。」

Ⅲ　検討

筆者は、魚の引き寄せ画面における翻案の成否及び利益侵害に係る不法行為の成否に関する法律解釈の面で、本判決に聊か疑問を感じている。以下では、これら二つの点について重点的に検討を行いたい。

1.「魚の引き寄せ画面」における翻案の成否に関して

すでにみたように、Xは、X作品の「魚の引き寄せ画面」は次の点で表現上の本質的特徴があり、創作性があると主張している（判旨1－2②③④⑤⑥⑦）。

（ⅰ）水中のみを画像として、水平方向の視点で描き、視点が固定されている点。

（ⅱ）中心からほぼ等間隔である三重の同心円が描かれ、同心円の中心が画面のほぼ中央に位置し、最も外側の円の大きさは、水中の画像の約半分を占める点。

（ⅲ）背景が全体的に薄暗い青で、水底の左右両端付近に、同心円に沿うような形で岩陰が描かれ、水草、他の生物等は描かれていない点。

（ⅳ）一匹の黒色の魚影が描かれており、魚の口から画像上部に向かって黒い直線の糸の影が伸びている点。

（ⅴ）背景画像は静止し、釣り針にかかった魚影のみが、頻繁に向きを変えながら水中全体を動き回る点。

（vi）同心円と魚影の位置関係によって釣り糸を巻くタイミングが表現されている点。

そしてこれらの特徴的表現は、Y作品においても維持されていると主張した。

1−1.「侵害が主張されている部分全体」についての創作性の判断はあるか

本判決は、上記（ⅰ）～（ⅳ）の各点について概ね表現上の創作性を否定し、又は単なるアイデアとみなしている。

しかし、要素ごとに検討した結果、創作性がないといえても、その総合によって創作性が生じることはありうる。一般に、表現の範囲を小さくとれば、著作者の自由度が逓減するために創作性は否定されやすいが、表現の範囲を大きくとれば、自由度が増すために創作性は肯定されやすいからである。各々の要素はつまらないものであっても、その集積がもたらす表現が、集めた者の個性を反映していないとは限らない[2]。

この点につき、本判決は、「構成要素を分析し、それぞれについて…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といえるか否かを判断することは、正当な判断手法」であるとする（判旨1−2⑧、傍線筆者）。傍線部を読む限り、知財高裁も、個別的にみれば平凡な要素の集積がもたらす創発現象に無関心ではないことを述べているように受け止めることができる。

しかし、実際には、「侵害が主張されている部分全体」について創作性の有無を検討した箇所が、判決文には見当たらないのではないだろうか。判旨1−2②～⑦は、いずれもX主張の本質的特徴に係る個別的検討を行う

[2] このことは、素材そのものは著作物ではなくても、その選択・配列によって表現したものが編集著作物となりうることからも自明であるといえる（12条）。筆者は、編集著作物という著作物の類型について、通常の著作物と異なる意義を認めない立場（田村善之『著作権法概説』［第2版、有斐閣、2001］80頁、同「判批」知的財産法政策学研究42号［2013］97-101頁等）に立つ。

ものである。判旨1－2①も、魚の引き寄せ画面において両作品に共通する各点の個別的検討を行うことに終始しているように思われる。

1－2．Xが特定していない部分も含めた翻案成否の判断について

ところで、判旨がいうように、Xの主張する上記(ⅰ)～(ⅵ)の各要素及びその総合が、真に表現上の創作性を欠くのであれば、理論上は、Y作品との比較を行うまでもなく、翻案権の侵害は成立しない。ただ、知財高裁は、(念のためということであろうか) 創作性の有無に係る認定判断の際に、しばしばY作品の具体的な表現との比較を行っている。

上記(ⅰ)～(ⅵ)の各要素又はその総合を創作的表現と仮定したとしても、それらがY作品においては結局維持されていない――このように結論するのであれば、そうした作業を行うことには十分意味があろう。しかし、上記(ⅰ)～(ⅵ)の各要素がY作品においても維持されていることは、本判決において概ね認められているところである (判旨1－2①)。

知財高裁は、上記各要素がY作品の中で維持されているというだけでは満足せず、画面における水中影像の占める部分の大きさの多少の相違や、引き寄せメーターの位置等の相違にまで言及して、X・Y両作品に「接する者が、その全体から受ける印象」を問題にしている (判旨1－2①)。これは、次に述べる「全体比較」による翻案成否の判断手法に通じるものである。

1－2－1．全体翻案と部分翻案の相違について

Xは、「魚の引き寄せ画面」に係る侵害の成否に関しては、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ている。もとより、作品中の特定部分を捉えて当該部分に係る著作権の侵害を主張することは、著作権訴訟における申立事項の特定の仕方として、一般に許容されていることである。

これに対し、本判決においては、同心円の表示前に水中を魚影が移動する画面や、特定のタイミングで決定キーを押した場合に表示される「必殺金縛り」「確変」及び「一本釣りモード」などのアニメーション表示といった、Xがあえて特定していない部分が表現上の相違点として考慮されている。そして、「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、Y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、X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」との結論が導かれている（判旨1－2①）。

これによると、判旨は、Xが特定した「部分」を超えて比較対象を行った範囲を「全体」と呼び、その「全体」から受ける印象をもとに翻案の成立を否定している。だが、このような判断は、当事者によって特定された訴訟物についてのみ審判を行うとする処分権主義（民事訴訟法246条）に違反するおそれがあるのではあるまいか？なぜなら、「A」という範囲で翻案が成立しないということと、それよりも小さい「a」という範囲で翻案が成立しないということとは、本来、同義ではないからである。より広い範囲で翻案が成立するとすれば、それは侵害物における原告著作物の寄与度に換算され、権利者が請求しうる損害賠償の額に影響を与える。

もちろん、「a」の範囲で著作権侵害が成立していないと判断するために、それよりも大きな「A」の範囲を参照することが常に許されないわけではない。たとえば、訴訟において被告が引用の抗弁（著作権法32条1項）を提出する場合などは、被引用物（「a」）と引用物の関係を知るために、「a」以外の表現について主張立証することが当然許されるべきであろう。

しかし、適法引用は、まだしも著作権法中に明定されている権利制限規定に基づく抗弁である。そして、「a」について、原告の創作的表現が複製等されてはいるが、その侵害は否定されるという効果をもつものである。だが、「A」という範囲でみれば印象が異なるから「a」の範囲でも翻案は成立していないというのは、一体、どのような法的根拠をもつ解釈なのであろうか？本判決は、「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」[3]とするが、原判決別紙比較対照表1の引き寄せの画面にすでに「まとまり」があり、当該画面だけで「全体」といえるのに、当該画面の前の、同心円の表示のない水中を魚影が移動する画面や、途中で出てくるアニメーション表示をも「全体」に含めることが許されると積極的に解すべき理由については――明文規

[3] 著作権法学会のシンポジウム「翻案」(2007)においても、高部判事が同趣旨の発言をされている。著作権研究34号(2008)108頁［高部眞規子］。

定による直接の根拠を欠くにもかかわらず――何も言及していない。

1−2−2. 江差追分事件最高裁判決は全体比較論を支持したものか

もっとも、近時の学説においては、翻案成否の判断に当たっては全体比較を行うべしと説くものが有力に主張されている（全体比較論）。本判決を言い渡した髙部裁判長も、この説の論者であることはつとに知られている。全体比較論は、判例（判旨1−1において引用される平成13年最高裁判決［江差追分］）が翻案の成否に関して「表現上の本質的特徴の直接感得可能性」という基準[4]を採用したことを手掛かりに、たとえ既存の著作物における創作的表現が被疑侵害物中に再製されていても、被疑侵害物全体との関係において、新たに加えられた創作的表現の中で埋没し、色あせた状態になっているときは、その本質的特徴を感得しえないとして、翻案の成立を否定しようとするものである。二次創作の自由に対して比較的好意的な立場をとり、翻案の侵害判断を柔軟にして、硬直的な結論を回避しようとする試みの一つであるといえようか[5]。本判決もこの理論を採用した

---

[4] 当該判示は次のようなものである。「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。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。」

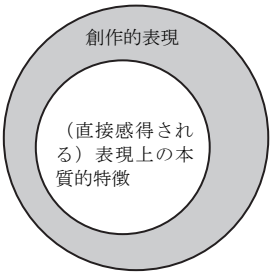
[5] 以下の学説が（細かな点での相違があり、また江差追分事件最高裁判決に依拠するかそうでないかの違いもあるが）全体比較による判断の必要性を説く。橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）（下）」判時1595号（1997）20頁以下（とくに27頁）・1596号（1997）11頁以下（とくに11-12頁）、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2003）28頁以下（とくに33頁）、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」斉藤博先生御退職記念『現代社会と著作権法』（弘文堂、2008）281頁以下（とくに294頁以下）、同「翻案権侵害の判断基準の検討」コピライト609号（2012）２頁以下（とくに14-16頁）、髙部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34

ものであろう。

しかし、上記判例が示した翻案の基準には、論者が指摘するような全体比較の意図は込められていないと解することも、なお可能である。

全体比較の考え方によれば、(被告作品において原告作品の)「表現上の創作性が認められる部分」は、(被告作品において原告作品の)「表現上の本質的特徴を直接感得しうる部分」と必ずしも一致しないことになる。そのものをみれば前者に当たる表現部分であっても、全体との関係で「色あせて」しまって、後者に当たらないとされる場合がありうるからである。

全体比較論における理解:「表現上の本質的特徴」は創作的表現よりも狭い概念



グレー部分＝被告作品中に再製されてはいるが、全体との関係で色あせているといいうる原告作品の創作的表現(非侵害)

号(2008)4頁以下(とくに17-18頁)、同『実務詳説著作権訴訟』(金融財政事情研究会、2012)260-267頁、シンポジウム「翻案」前掲(注3)108頁[茶園成樹発言](「機械的に、原告がある部分を比較対象と取り上げれば、それ以外は見ることはできないという立場をとるのであれば、他の部分は考慮しないということになるのでしょうが、私はそれは常識に反するのではないかという気がして、被告作品を見て、それが一般人かどうかはともかく、普通に見て原告著作物を想起しないといった場合に、それでも侵害とすることには疑問を感じます。」)等。全体比較は有用であるが、原告・被告両作品における創作性の相関関係以外の要素も考慮して翻案の成否を決すべきとする見解として、椙山敬士「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(2008)87頁以下。全体比較論に反対する学説としては、田村・前掲『著作権法概説』(注2)59-60頁、同・前掲評釈(注2)93-94頁、拙稿「複製または翻案における全体比較論への疑問」前掲斉藤博先生御退職記念(注5)304頁以下(とくに318-320頁)、上野達弘「ドイツ法における翻案―『本質的特徴の直接感得』論の再構成―」著作権研究34号(2008)28頁以下(とくに48-49頁)、同「著作権法における侵害要件の再構成2」知的財産法政策学研究42号(2013)64-65・71-72頁、前田哲男「翻案の判断における比較の対象と視点」著作権研究34号(2008)74頁以下(とくに76-77頁)、高林龍『標準著作権法』(有斐閣、2010)82頁以下(とくに84頁)。

しかしそうであれば、最高裁は、何ゆえあてはめの部分において、「本件ナレーションは、本件著作物に依拠して創作されたものであるが、本件プロローグと同一性を有する部分は、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であって、本件ナレーションの表現から本件プロローグの表現上の本質的特徴を直接感得することはできないから、本件プロローグを翻案したものとはいえない」などと結論したのだろうか。「表現上の創作性がある部分」と「表現上の本質的特徴を直接感得しうる部分」が（全体比較論が説くように）別物たりうるのであれば、最高裁は、「本件プロローグと同一性を有する部分」は、アイデア・事実・創作的表現とはいえない部分であるというにとどめ、本質的特徴イコール創作的表現とする解釈の可能性をなるべく排除しようとしたはずである。しかし、そうはしなかったのであるから、本質的特徴イコール創作的表現と解するのが、おそらくもっとも自然な判決の読み方であろう。

ところで、最高裁は、「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影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」などと判示している。ここの部分は、確かに、背景影像も含めた番組の構成要素全体との比較を行っている、というように解することも可能な判示である。ただし、筆者は、この部分の判示をあまり重視しすぎるのはどうかと考える。最高裁が、結論として翻案が成立していないと述べた箇所においては、同一性を有する部分がそもそも創作的表現とはいえないことのみを理由として掲げていることに変わりはないからである。

かかる筆者の指摘に対しては、それでは何故、上記最高裁判決は「創作的表現」といわずあえて「表現上の本質的特徴」の「直接感得可能性」などといったのか、説明がつかない――との反論がされるかもしれない。しかし、これに再反論するのも、別段難しいことではない。既存の著作物の創作的表現は、翻案物においては決してそのままの形では再製されていないがゆえに、これを「感得」の対象たる表現上の「本質的特徴」といい、しかしあまりに抽象的な要素までが保護の対象とされてアイデア保護に陥ることのないように、それが「直接」感得されることを要求したのである。

1－2－3．全体比較論の問題点

ところで、本判決が肯定した全体比較の考え方には二重に曖昧な点があり、恣意的な判断を導きやすいという問題がある。

その第一は、何をもって「全体」とみるべきかについての確たる基準が存しないことである[6]。「全体」の範囲を広くとれば、「部分」は他の多くの表現に紛れて埋没しやすくなるので、全体比較を行う際には、当然、比較の対象とされる「全体」の範囲がきわめて重要になってくる[7]。それにもかかわらず、「全体」をいかに画するかについては、何ら明確な基準が説かれていないのである。

知財高裁は、「魚の引き寄せ画面の範囲内」（本判決は同じ言葉を用いているが、あてはめの部分においては、明らかに、Xの特定した範囲よりも広い、魚の引き寄せ画面では最も特徴的な同心円が表示される前の、水中を魚影が移動する画面や、「一本釣りモード」などのアニメーション表示まで含めた範囲の影像をこの言葉で指示している。）を参照すべき「全体」であるとした。それが一つの「まとまりのある著作物」を構成しているという以外に、とくに理由は示されていない（判旨1－2⑨。逆に、Xが特定した範囲は「まとまりのある著作物のうちから一部を捨象」したものと位置づけている）。しかし、「全体」（＝「まとまり」のある著作物）の範囲を決める基準を一般的な形で明確にしておかなければ、事業者は今後、何を基準に既存の著作物との類否を判断してよいかわからず、看過しがたい法的不安定性が生じるであろう。そのような法的不安定性は、わが国のエンターテイメント産業の健全な発展にとって好ましくない影響をもたらすに違いない。

---

[6] 全体比較論に賛意を示される茶園教授も、「全体」をどのように把握すべきかについて、明確な回答を避けておられる。シンポジウム「翻案」前掲（注3）108頁［茶園発言］（「だからといって、どこまで被告作品を見なければいけないのかということについてはよくわからない …」）。

[7] この点、権利制限規定に直接の根拠を有する引用であれば、被引用物を批評等する表現が引用物の中に存するか否か、その批評等する表現の質・量はどの程度かのみを検討すればよいのであって（いわゆる「主従関係性」の要件）、「全体」は一体どこまでの範囲をいうのかがそもそも問題になりにくいことは、指摘しておいてよいであろう。

かかる筆者の指摘に対しては、意匠においても商標においても、全体比較は通説・判例が採用する類否判断手法とされているではないか、との批判がありうるかもしれない。しかし、意匠の場合も商標の場合も、比較の対象となる「全体」は、願書、図面、公報において具体的に開示されている。イ号に関しても、意匠であれば当該物品を通して、商標であれば出所表示機能等を発揮するものの範囲で、比較的明確に特定されうる。他方で、著作物たる創作的表現は、作品内部の様々な範囲において成立しうる融通無碍な性質を示す。ゆえに著作物の場合には、全体の範囲を曖昧にしたままの全体比較は安易にこれを行うべきではなく、むしろ部分比較こそが類否判断の基本とされるべきなのである[8]。

曖昧な点の第二は、どのようにして「色あせている」か（又は「埋没」しているか）を判断する明確な基準がないことである（本判決も専ら「印象」のみを手掛かりとしている)。そもそも、本判決と同様に全体比較を説く学説においても、具体的にいかなる場合に翻案を否定するだけの十分な希釈化を認めるかについては、論者によって見解が様々に分かれているのが実情であろう。たとえば、茶園教授は、「1,000章ある小説のうちの1章部分だけが似ているが、2章部分は全く違うとした場合に … それは1章部分が似ていたとしても直接感得ができないという判断が可能ではないかと思います」と述べておられるが[9]、この設例における同教授の結論に対しては、たとえ全体比較論に基本的には好意的な立場をとっていたとしても、論者の間で意見が分かれるに違いない[10]。

---

[8] 全体比較論は、突き詰めれば、翻案に至らない複製の場合であっても、「全体」の中で部分が十分に希釈化されていれば、非侵害の結論を導く（橋本・前掲[注5]等)。しかし、特定のキャラクター絵画が壮大な絵画の中でほとんど目立たないように再製されている場合であっても、その壮大な絵画がまさに当該キャラクターを探すためのゲームとして作成されたという場合（当該キャラクター絵画が絵画全体の中で埋没していることに意味がある場合)、一概に当該キャラクター絵画の複製・翻案を否定してよいものでもなかろう（上野・前掲「ドイツ法における翻案」[注5]51頁参照)。

[9] シンポジウム「翻案」前掲(注3)113頁[茶園発言]。

[10] 横山教授は、翻案の成否について全体比較論に一面通じる解釈を提唱しておられるが、著作権法の教科書の第1章だけが類似しているというケースにおいては、第

仮に、1,000章から成る小説の1章部分の類似くらいは、全体比較によって非侵害と評価してもらえるとしよう。そうであれば、もっと短い小説の中に登場する短歌の類も、たとえそれが作家の友人が詠んだものに当該作家が無断で手を加えて掲載したものであっても、全体比較によって非侵害と評価されうるだろう。ところで、この設例における友人の短歌は、作家も出席したアマチュア歌人の会合で発表され、主宰者によって記録されたものの、公表まではされなかったとする。出版された当該小説を読んだ者が、そこに掲載された短歌だけを抽出し、勝手に短歌関係の雑誌に投稿したら、一体どうなるだろうか？この読者は、当該小説の「部分」に依拠したわけであって、小説に掲載される前に作家の友人が詠んだ短歌自体に依拠したわけではない。そして、前提のところですでに述べたように、全体比較論の下では、当該部分は、作家の友人が詠んだ短歌の翻案物ではないと評価される。その場合の読者は、作家の友人の著作物に全く依拠していないことになり、その著作権を侵害していないことになってしまう――つまり、短歌雑誌に投稿した読者は、小説の表現全体を抗弁として主張できることになってしまうのである[11]。これでは、いかにも奇妙な結論といわざるをえないのではあるまいか（それとも、短歌の作者と雑誌に投稿した読者との関係では、一転して当該小説における翻案物の存在を認定することになるのだろうか？　そうだとすると、いかにも都合重視で理論軽視の解釈とならないか…）。

1−2−4．全体比較論によるパロディ許容？

ところで、髙部判事は、パロディについても全体比較の手法によって翻案を否定しうるとの立場をとっておられる[12]。巷間、パロディといわれる

1章のみを対比して翻案権侵害を論じれば十分としておられる。横山・前掲「翻案権侵害の判断基準の検討」（注5）16頁。

[11] 作家が友人の短歌に手を加えず、そのまま掲載した場合であっても、全体比較論の下では、小説全体との関係で当該短歌の複製物の存在を否定することになるから（注8参照）、読者は当該友人の著作物に全く依拠していないことになって、同じ結論に至る。

[12] シンポジウム「翻案」前掲（注3）105-106頁［髙部発言］。高林教授も、本質的特

ものにも実に様々なものがあるが、とくに既存の著作物等を批判する意図をもったパロディは、表現の自由の観点から、これを許容する必要性があることは否定できない。

しかし、パロディは原著作物を公衆が識別できてこそパロディといえるので、むしろ表現上の本質的特徴を直接感得しうるケースといった方が素直ではなかろうか[13]？そもそも、本質的特徴の直接感得可能性という基準は、旧法下の事例に遡る（判旨1－1で引用される昭和55年最高裁判決)。適法なパロディと主張されたモンタージュ写真について、最高裁が比較的簡単に同一性保持権の侵害を認めたことが想起されねばならない。

なお、ドイツ法には、原著作物が被告作品の中で「色あせている」としてパロディを許容する法理があるが、これは文字通りの「色あせ」ではなく「広義の色あせ」の場合、すなわち原著作物と内的な距離（innerer Abstand）が存する場合として、学説上、一般に論じられている[14]。たとえば、Fromm / Nordemannの浩瀚なコンメンタールには、判例が採用した考

徴論に依拠したパロディ許容を主張しておられる。座談会「知的財産法の今日的論点をめぐって」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『年報知的財産法2011』（日本評論社、2011）20頁［高林龍発言］。また、小泉教授も、同説に「大きな可能性と魅力を感ずる」と述べておられる。小泉直樹「総論」（シンポジウム「パロディ」）著作権研究37号（2011）8頁。

[13] 現行法の解釈としてパロディを許容したいのであれば、その批評的機能に鑑みて、むしろ引用規定の類推に依るべきであろう。引用について従来からいわれてきた「明瞭区別性」は、旧法下の判例である判旨1－1で引用された昭和55年最高裁判決に基づくものであり、現行法32条1項の条文から直ちに導かれうるものではない。田村・前掲『著作権法概説』（注2）243・449頁、高林・前掲（注5）173頁、前掲座談会（注12）21頁［三村量一発言］、横山久芳「『パロディ』から考える著作権法入門」法教380号（2012）32-33頁も、引用規定によるパロディ許容を説く。また、小泉・前掲（注12）9頁は、「引用で対処することが可能なケイスもあろう」とする（ただし、引用規定のダイレクトな適用は、48条の出所明示の問題を惹起することに注意しなければならない)。これらの学説は同時に、20条2項4号を活用することによる同一性保持権の制限も主張している。なお、パロディ許容は、憲法によって保障された表現の自由の範囲内ともいいうるから、立法論も視野に置かれるべきである。

[14] 上野・前掲「ドイツ法における翻案」（注5）32-34頁、本山雅弘「ドイツ法におけるパロディ」著作権研究37号（2011）42頁以下参照。

え方の整理を踏まえた上で、内的距離と外的距離（äußerer Abstand）の区別について、次のように述べられている[15]。

「現実の色あせがあるという意味での十分な外的距離が全く存在しえず、むしろ既存の著作物がはっきりと感得される形かつ明々白々な形で利用されている場合には、連邦通常裁判所によれば、芸術的な対話という意味での、いわゆる『内的な距離』が存在していなければならない。それはパロディ、サタイア、カリカチュアの場合に存在しうるが、他の場合においても、芸術的な対話は存在しうる…」。

上記の意味での内的な距離は、とりわけ、既存の著作物の主題を逆転させるような加工（antithematische Behandlung）によってもたらされる[16]。こうした主題逆転は、既存の著作物において核となっているアイデアはそのままに、その表現形式の面だけを大幅に改変する作業というよりも、むしろ表現形式を可能な限り維持しながら、オリジナルの作品のアイデアないし世界観の部分（まさに「内的な」部分）に対して攻撃を仕掛ける行為に近いと分析することができるだろう。そして、そうした加工をも新たな創作と同視する解釈を行うための素地は、まさにドイツ著作権法における当該条文の文言に見出すことができるのである。同法24条は、「独立の著作

[15] FROMM / NORDEMANN Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 10 Aufl., Kohlhammer, 2008, UrhG §§23 / 24, Rdnr. 50, S. 412 f. [A. Nordemann]. パロディに関しては既存の著作物との内的な距離が要求され、内的な距離が存する場合とは、すなわち当該著作物が文字通り色あせている（in einem wörtlichen Sinn verblassen）場合ではなく、認識可能な場合であるということは、他の注釈書も一致して指摘しているところである。DREIER / SCHULZE Ureheberrechtsgesetz Urheberrechtswahrnehmungsgesetz Kunsturhebergesetz Kommentar, 4 Aufl., C.H. Beck, 2013, UrhG §24, Rdnr. 16, 25, S. 400, 403 [G. Schulze]; SCHRICKER / LOEWENHEIM Urheberrecht Kommentar, 4 Aufl., C.H. Beck, 2010, UrhG §24, Rdnr. 12-13, 27-31, S. 524, 529-531 [U. Loewenheim]; DREYER / KOTTHOFF / MECKEL Urheberrecht, 3 Aufl., C.F. Müller, 2013, UrhG §24, Rdnr. 22-23, S. 474-476 [G. Dreyer].

[16] FROMM / NORDEMANN Kommentar, ibid.

物で、他人の著作物の拘束を離れた使用において作成されているもの（Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist)」は、自由利用可能であると規定している。このひどく抽象的な条文には、そうした規範的解釈を行いやすい素地が十分にあるといえる。

これに対し、高部判事が出発点としておられるのは、あくまで「表現上の本質的特徴」である[17]。それが直接的に感得されない場合に適法なパロディが成立するというのであるから、あくまで表現上の非同一性を問題にしているということができよう。だが、パロディとは、上記のように、表現形式というよりもむしろ原著作物のアイデアや世界観の部分を攻撃し、それとの非同一性を追求するものである。ドイツ法においても、そうした理由から、「内的な距離」が問題とされていると考えられる。こうした違いを踏まえると、ドイツ法を比較法的な根拠として、本質的特徴の基準に特殊な解釈を施すことは適切ではないように思われる。

1－2－5．30条の２との関係

平成24年改正により、いわゆる写り込みに対応した著作権制限規定が設けられた（30条の２）。写り込みは、de minimisな著作物利用の例であり、全体比較論において想定されるような、新著作物の中で旧著作物が埋没しているケースと重なる部分が大きいと考えられる。

しかし、全体比較論は、一定の場合には、新著作物の中で旧著作物の翻案（さらには複製）自体が成立していないと解する理論である。したがって、この理論によって翻案等が成立しないとされる場合には、本条を適用するまでもないことになる（本条は、「付随対象著作物」の「複製又は翻案」が存することを前提とした規定である)。では、全体比較論によって

[17] 横山教授は、翻案権の保護対象は著作権法２条１項１号の意味での「表現」（＝表現形式）ではないという前提に立ちつつ、最高裁が「表現形式上の本質的特徴」といわず、「表現上の本質的特徴」という概念を援用したのは適切であったと論じておられる（横山・前掲「翻案権侵害の判断基準の検討」［注5］10頁)。しかし、筆者は、２条１項１号が著作物を創作的表現と定義しているにもかかわらず、それ以外のものを翻案権が保護しているという考え方に与することができない。「表現上の本質的特徴」も、また広い意味では「表現」なのである。

もなお翻案等が成立する場合で、本条の適用がある場合とは、具体的には一体どのような場合をいうのであろうか。

２．法的保護に値する利益の侵害による不法行為の成立に関して

すでにみたように、本判決は、Ｘ作品が法的保護に値する利益として不法行為法による保護を受けることもできないとしている（判旨４）。関連する箇所をもう一度引用しよう。

ある行為が「著作権侵害や不正競争行為に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利や商品等表示を独占的に利用する権利は、原則として法的保護の対象とはならないものと解される。したがって、著作権法や不正競争防止法が規律の対象とする著作物や周知商品等表示の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。」

この部分は、最判平23・12・8民集65巻９号3275頁［北朝鮮映画］における判示の実質的な引き写しであり、判例に忠実であろうとする知財高裁の姿勢がうかがわれる。

しかし、本判決は、上記最判とは異なり、Ｘが保護を求めるものを著作物とは認めなかったと考えられるので、ここで「当該著作物を独占的に利用する権利」について云々するのは、論理的にいっておかしいといわざるをえない。「それが著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は法的に保護されない」といっているのに等しいからである（これに対して、北朝鮮事件では、著作権法６条３号所定の著作物には当たらないとされただけで、上告人らが保護を求めるものが映画の著作物であることまでは否定されていない）。引き写しの仕方に少し問題があるといわざるをえない。

さらに、次の点はいっそうの熟慮を要する。本件において、Ｘが利益侵害に係る不法行為を理由として保護を求めると、本判決がいうように、それは、本来は著作権法によって与えられるべき保護を求めることになるの

だろうか。また、実質的に商品等表示に係る権利の保護を（不法行為法という裏口を通って）求めることになるのだろうか。

北朝鮮事件とは異なり、Xは、本件においてX作品を開発し、日本市場に投入してそこから投下した資本を回収しようとしている者である（これに対して、北朝鮮事件では、上告人らは、その保護を求める映画を単に管理していただけのようである)。ゆえに、Xが不法行為法に基づいて求めている保護は、市場で競争する成果開発者の利益に対するそれということができる（もちろん、これは標識法で保護される利益でもない)。その意味では、本件は、決して、独占的利用許諾権の侵害が問題となるケースではないのである。

そうであれば、かかる競争上の利益は「法的保護に値する利益」といえるかどうかが、もっと慎重に検討されてしかるべきであったろう。しかし、残念なことに、本判決は、北朝鮮事件の事案と同視するという適切でない文脈の下で上記一般論を述べるのみであり、その点についての判断を行わなかった。

2−1. 非著作物の望ましい不法行為法による保護のあり方

改めて確認しておくと、北朝鮮映画事件最高裁判決は、非著作物とされた情報の不法行為法による保護を一律に否定するものではないし、他の最高裁判決もそのような可能性を否定していない[18]。

---

[18] 最判平16・2・13民集58巻2号311頁［ギャロップレーサー］は、「物の無体物としての面の利用に関しては、商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている」「上記各法律の趣旨、目的にかんがみると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定する

確かに、知的財産法（以下、「知財法」）は、特別法として、情報に係る独占権の及ぶ範囲や限界を明らかにしている。しかし、場合により、それら諸法から漏れる情報に不法行為法による保護を与えたとしても、知財法制定の趣旨に反することにはならない。そもそも、現行の知財法が、保護すべき情報財を網羅的に保護し尽くしていると解すること自体、一つのドグマである。社会環境の変化等により、現行知財法では保護すべき情報財を掬いきれない事態が生じるということは十分ありうることであり、それを不法行為法が受け皿として保護することは当然に認められてよい。たとえば、Ｘの木目化粧紙をデッドコピーしたものをＹがＸと競合する地域で廉価で販売したという事案において、裁判所は、当該デザインの著作物性を否定しつつも不法行為法による保護を認めたが（東京高判平3・12・17知的裁集23巻３号808頁［木目化粧紙］）、平成５年の不正競争防止法改正前の事例であり、今日では商品形態の酷似的模倣がされた場合として、同法２条１項３号により保護されえたケースであろう[19]。これなどは、知財法の保護が「不足」する場合に、一般不法行為法が適切に活用されたケースであるといえる。

筆者は、田村教授が様々な論考で縷々述べておられるように[20]、適切な

ことはできない」としているが、この判決の射程はあくまで物の無体物に限定される。しかも、違法とされるべき行為の範囲、態様等が社会慣行の積み重ね（法令「等」）によって明確になった場合の不法行為の成否に関しては、結論を留保している。

なお、人格的利益に関しては、法律上の具体的権利に関するものでなくても、比較的広く法的保護に値する利益と認められる傾向があることは、周知のとおりである。最判平17・7・14民集59巻６号1569頁［船橋市西図書館］参照。また人格権の一内容と認められれば、法令に直接の根拠がなくとも、経済的利益に係る排他的権利の存在が承認されうる。最判平24・2・2民集66巻２号89頁［ピンク・レディー］参照（氏名、肖像等の顧客吸引力を排他的に利用する権利（いわゆるパブリシティ権）を、人格権に由来する権利の一内容と認めた）。

[19] 泉教授は、立法の経緯から、二次元の平面に描かれた模様や色彩等も、不競法２条１項３号及び４項にいう「商品の形態」に含まれると解すべきであると説く。小野昌延『新・注解　不正競争防止法』（新版、上巻、青林書院、2007）440-441頁［泉克幸］。

[20] 田村教授の理論体系においては、市場先行の利益が十分なインセンティブとなり

法的保護がなければ、情報財の成果開発のインセンティブが過少に陥ってしまうことが明らかといえる場合には、不法行為法による（受け皿としての）保護が認められるべきと解する。先行者が重要な経済的投資を行って開発し、製作したものについて、後行者がこれをデッドコピーすることで、時間と費用を節約するということが許されるべきではないからである[21]。

こうした観点から、かつて知財法の保護が「不足」すると考えられたのが、上に述べたように商品の形態（デザイン）であった。意匠法による保護が、方式の履行を前提とするためにときに十分なものとなりえず、また著作権法の保護も、応用美術に関しては(主に意匠法との調整の必要から)あまり機能していないからである。これに関しては、上述のように、平成5年の不競法改正によって改善された。多大な費用を投じて製作されるファクト・データベースについては、今日でも知財法の保護が「不足」していると考えられている。裁判所もこのことを認識し、そうしたデータベースについて不法行為法による補充的な保護を認めている（東京地中間判平13・5・25判時1774号132頁［翼システム］)。

このように、成果開発のインセンティブが過少に陥ることを回避するために、必要に応じて不法行為法を活用することは妨げられるべきではない。もっとも、不法行為法による補充的な保護は、決して知財法の趣旨を潜脱するものであってはならない。たとえば、著作権法が創作的表現のみを保護し、アイデアを保護しないとしているのは、アイデアに係る表現の自由[22]を保障するためである。ゆえに、「浮世絵版画は美術品として作られた

うる場合は法が介入する必要はないが、そうでない場合に初めて法が介入すべき、ということになる。田村善之『知的財産法』(第5版、有斐閣、2010) 14-16頁。同「知的財産権と不法行為」同編著『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣、2008) 43頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号(2010) 21頁、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について」『ライブ講義知的財産法』(弘文堂、2012) 530頁も参照。

[21] 田村善之「判批」ジュリ1015号(1993) 285-286頁。

[22] そうした意味では、知財高判平18・3・15平17(ネ)10095号等［通勤大学法律コース］は、いわば限界線上の事例に属するものといえよう。これは、債権回収等の法律問題について一般向けに解説した書籍の各記述と類似する記述を含む書籍をYらが執筆・発行したという事案に関するものであるが、判決は、Xの執筆に係る当

ものではなく、かわら版から発展したものであり、江戸時代の庶民の玩具であり、幕末期以降は事件報道を行うことにより一種のジャーナリズム的役割を果たした」といった知見それ自体は、たとえそれを得るために相当の時間と費用を要したとしても、（著作権法のみならず）不法行為法によっても保護されるべきではない（大阪地判平24・7・5平23[ワ]13060号[大江戸浮世絵暮らし]）。

また、不法行為法による補充的保護は、原則として先行者の業務と競合する場合に限って、認められるべきである[23]。一々摘示しないけれども、従前の裁判例の多くもこのことを要求している。先行者の業務と競合していないということは、先行者が投下資本を回収する上で後行者の活動から何ら影響を受けないということを意味する。そのような場合にまで規制を

該記述について著作物性を否定した上で、「一般人に理解しやすいように平易化・単純化したり、記述の順序や分類の仕方を工夫したり、図表化した部分が、ほぼそのままＹ各文献に取り入れられている」ことを理由に、Ｙらの行為を、不法行為を構成するものと結論づけた。新たに構築された情報ではなく、既存の情報の整理・抽象化といった「工夫」の面を保護したともみうるだけに、議論を呼んでいるが(田村・前掲「知的財産権と不法行為」[注20]32頁参照)、そうした「工夫」であっても、原告・被告両作品の間に明白な類似性があって、その借用が相当量にのぼる場合には、これを不法行為法による補充的保護の対象としても、格別、表現の自由を害することにはならないであろう。ただし、規範としての不透明さは残る、といえるかもしれない。

[23] そうした意味では、ライントピックス・サービスに供されたニュース記事見出しに不法行為法上の保護を与えた知財高判平17・10・6平17(ネ)10049号[YOL見出し]は、限界線上の事例に属するものといえるかもしれない。これは、新聞社である原告が作成したインターネット上のニュース記事見出し(YOL見出し)のみを被告が利用していたという事案に係るものであるが、判決は、当該見出しの著作物性を否定しつつ、なお被告の行為が不法行為を構成するとした。しかし、このケースでは、被告は記事本体を複製していたわけではなく、原告から有償で許諾を受けて見出しを表示している「Yohoo! ニュース」のウェブページに飛ぶリンクを貼っていただけである。そのリンク先のページには、原告のニュースサイト「YOMIURI ONLINE」の表示とともに、YOMIURI ONLINEへのリンクが貼られていた。したがって、被告が原告の業務に競合する活動を行っていたかといえば、かなり疑問の残るケースであったことは否めない。

及ぼす必要は本来なく、あえてこれを規制したいというのであれば、特別な政策的理由が原則として必要であり、それは民主的な決定によって正当化される必要がある。すなわち立法によるべきなのである。

さらに、後行者が、単純に先行者の経済的成功に寄生しているといえる酷似的模倣をしている場合に、当該補充的保護を与えるべきであるが、何をもってこの場合に「模倣している」というかは、当該情報の構成や内容における独自性と、ある程度相関するように判断してしかるべきであろう。すなわち、その構成や内容が非常に独自のものである場合には、やや緩く酷似的模倣を認めてもよい[24]。そのような独自の構成をもった情報は、多少の改変をしても、それ自体のもつ経済的価値は失われず、後行者の側になお寄生の意図を認めうるといえるし、また酷似の範囲を多少拡げても、市場における自由な競争を妨げることにはならないからである。

2−2. 本件へのあてはめ

Y作品が、他の釣りゲームと比較しても抜きんでてX作品と類似している事実を踏まえれば、Yらによる許容限度を超えたフリーライドの存在を疑い、上記の枠組みに沿って不法行為法による補充的保護の可能性を検討してみるべきである。

Xは、費用と労力をかけて、相応の工夫を凝らしたゲームであるX作品を製作し、これを会員向けに配信している。Y作品もX作品と同一の需要者層に向けて配信されており、Yらはここから売上げを得ているので、あとは酷似といいうる程度の模倣が認められれば、Y作品の配信はXの業務と競合するものといえよう。

本判決は、「魚の引き寄せ画面」や主要画面の遷移は種々の点で具体的な表現においても異なるとしているが、もとよりこれは著作権法的な観点からの比較である。両作品の全体的なイメージはかなり類似しており、このことは、著作権法とは別の観点から重要視してよい。また、ゲームにとって最も肝要なゲームシステムの部分においても、両作品はかなりの程度

[24] 不競法2条1項3号にいう「模倣」(実質的同一性)に関して、このような判断手法に賛意を表する学説として、泉克幸「判批」『速報判例解説』(法学セミナー増刊、日本評論社、2008) 3巻257頁。

類似しているといわざるをえないのではあるまいか。

確かに、ゲームシステムの基幹が類似しているからといって、直ちに後行者の行為を不法行為とすれば、既存のゲームを改良すること自体が難しくなり、多様かつ優れたゲームの開発を阻害することになって、妥当ではないだろう。しかし、だからといって、ヒットした先行ゲームのシステムの細部に至るまで類似しているものを同一の市場に投入することが、全く自由とされてよいわけはない。もしそうした行為が許されるとするなら、後行者は、何らリスクを負うことなくゲーム市場に参入し、他者のヒット商品に寄生して利益を得ることができてしまうだろう。そのようなことになれば、わが国のゲームメーカーは、国内ではもはや十分な投資の回収を行えなくなり、ひいてはその国際競争力にも悪影響が及ぶに違いない。

Ⅳ　おわりに

本判決の検討により得られた筆者の考察として、次の点を簡潔に箇条書きの形で指摘しておきたい。

・本判決は、翻案成否の判断に際して全体比較論によることを肯定しているが、この理論は、「全体」の捉え方や必要な希釈化の程度に関するしっかりとしたガイドラインを未だ提示できていない。加えて、平成24年改正によって新設された30条の２との関係も不明確である。

・江差追分事件最高裁判決に示された翻案の基準にいう「表現上の本質的特徴」には、全体比較論の論者が想定するような特別な意味は含まれていないと考えられる。

・ドイツ著作権法24条は、既存の著作物の「拘束を離れた使用」を前提に独立した著作物の存在を認めるという構造になっており、わが国の全体比較論とは出発点が異なっている。

・本件は、北朝鮮事件の事案と同視できないケースである。利益侵害による不法行為の成否に関しては、慎重な判断があってしかるべきであった。