

携帯電話機用インターネット・ゲームについて、 翻案権侵害等が否定された事例

——釣りスタ事件——

知的財産高等裁判所 平成24年8月8日判決

平成24年(ネ)第10027号 著作権侵害差止等請求控訴事件

岩 崎 浩 平*
大 瀬 戸 豪 志**

抄 録 本件は、携帯電話機用インターネット・ゲーム（釣りゲーム）を巡り、X（原告）が、Y1及び同社との共同製作者であるY2を共同被告として、著作権及び著作者人格権に基づく損害賠償等を求めて提訴した事案である。原判決¹⁾は、著作権及び著作者人格権侵害に係る請求を一部認め、損害賠償金2億3,460万円及び遅延損害金の支払等を命じたが、本判決は、原告の請求をいずれも棄却した。翻案に関する本判決の判断手法は、江差追分事件最高裁判決²⁾及びこれ以降の下級審判例に沿うものであるが、新たな基準の定立が見受けられるなど、裁判実務上重要になる。本稿では、著作権及び著作者人格権侵害の点で本判決が原判決と結論を異にする理由を明らかにするとともに、携帯電話機用インターネット・ゲームの影像に関する法的保護の可能性を検討する。

目 次

1. 事案の概要

- 1.1 原告作品の製作及び配信
- 1.2 被告作品の製作及び配信
- 1.3 Xの主張

2. 原判決の概要

3. 本判決の判旨（Xの控訴棄却、Xの請求全部棄却）

- 3.1 著作権及び著作者人格権の侵害
- 3.2 周知商品等表示混同惹起行為
- 3.3 一般不法行為

4. 考 察

- 4.1 はじめに
- 4.2 翻案権侵害の判断手法
- 4.3 本判決の判断手法

5. 実務上の留意点

- 5.1 携帯電話機用インターネット・ゲームの影像に係る保護の可能性

5.2 不正競争防止法2条1項1号による保護
－周知商品等表示混同惹起行為

5.3 不正競争防止法2条1項3号による保護
－商品形態模倣行為

5.4 一般不法行為（民法709条）による保護

5.5 意匠法による保護

5.6 商標法による保護

5.7 実務上の留意点の最後に

1. 事案の概要

1.1 原告作品の製作及び配信

X（一審原告・控訴人兼被控訴人）は、平成

* 弁護士法人三宅法律事務所 弁護士
Kohei IWASAKI

** 弁護士・前甲南大学法科大学院 教授
Takashi OSETO

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」(原告作品)を製作し、平成19年5月24日から、いわゆるソーシャル・ネットワーク・キング・サービス(SNS)を提供するインターネット・ウェブサイトの携帯電話機向け「GREE」において、その会員一般に対し、原告作品の公衆送信による配信を始めた。

1. 2 被告作品の製作及び配信

その後、Y1(一審被告・被控訴人兼控訴人)及びY2(一審被告・被控訴人兼控訴人)は、釣りを題材とした携帯電話機用インターネット・ゲーム「釣りゲータウン2」(被告作品)を共同製作し、平成21年2月25日、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・ウェブサイトの携帯電話機向け「モバゲータウン」において、その会員一般に対し、被告作品の公衆送信による配信を始めた。

1. 3 Xの主張

本判決の判示する「事案の要旨」によれば、Xは、Yらに対して、(1) Yらが被告作品を製作し公衆に送信する行為が、原告作品に係る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、①著作権法112条に基づき、被告作品の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当該影像の抹消及び記録媒体からの当該影像に係る記録の抹消、②民法709条、719条に基づき、損害賠償金の支払、③著作権法115条に基づき、謝罪広告の掲載を求め、(2) YらがXの商品等表示として周知の原判決別紙影像目録3記載の原告作品の「魚の引き寄せ画面」の影像(原告影像)に類似する原判決別紙影像目録1及び2記載の影像(被告影像1、被告影像2)をYらのウェブページに掲載する行為は、被告影像1及び被告影

像2を、周知な商品等表示たる「魚の引き寄せ画面」の出所表示機能にフリーライドする態様で使用し、混同させるおそれを生じるものであり、不正競争防止法2条1項1号に該当すると主張して、①同法3条に基づき、被告影像1及び被告影像2の抹消、②民法709条、719条に基づき、損害賠償金の支払、③不正競争防止法14条に基づき、謝罪広告の掲載を求め、(3) YらがXに無断で原告作品に依拠して被告作品を製作し配信した行為が、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、①民法709条、719条に基づき、損害賠償金の支払、②民法723条に基づき、謝罪広告の掲載を求めたものである。

上記(1)の著作権及び著作者人格権侵害に係る主張として、Xは、(i)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」に係るXの著作権及び著作者人格権を侵害する、(ii)被告作品における主要画面の変遷は、原告作品における主要画面の変遷に係るXの著作権及び著作者人格権を侵害する、と主張したものである。

2. 原判決の概要

原判決は、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」に係るXの著作権及び著作者人格権を侵害するとしたが(後記図1～3参照)、その余の著作権及び著作者人格権侵害の主張を認めず、上記(1)①の差止請求等の全部及び上記(1)②の一部につき請求を認容し、その余の請求をすべて棄却した。

Xは、原判決を不服として控訴するとともに、損害賠償請求を拡張し、Yらも、原判決を不服として控訴した。

【原告作品】



【被告作品】



図1 魚の引き寄せ画面1

【被告作品】

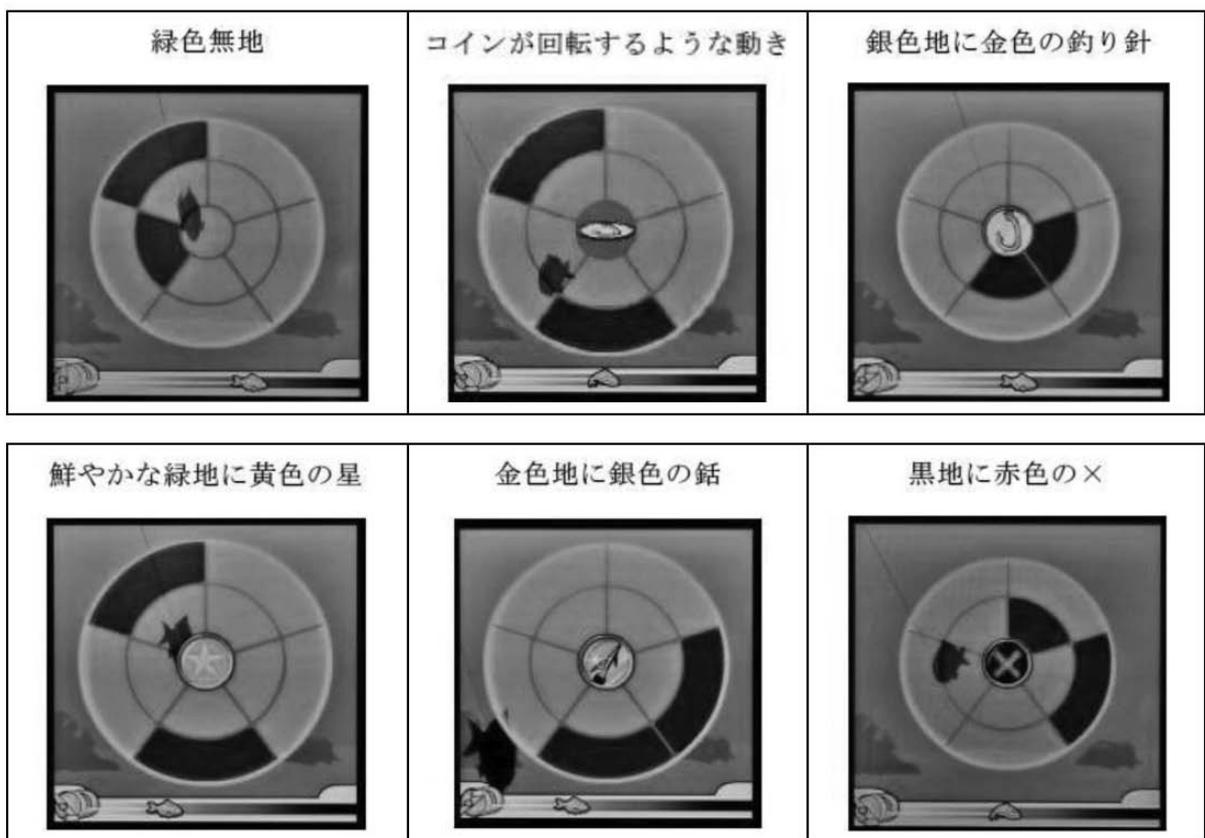
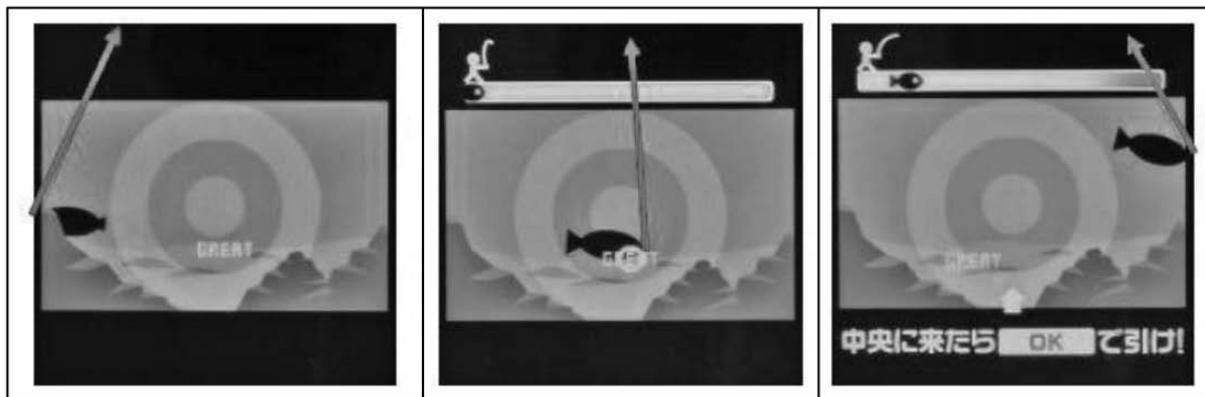


図2 魚の引き寄せ画面2

【原告作品】



【被告作品】

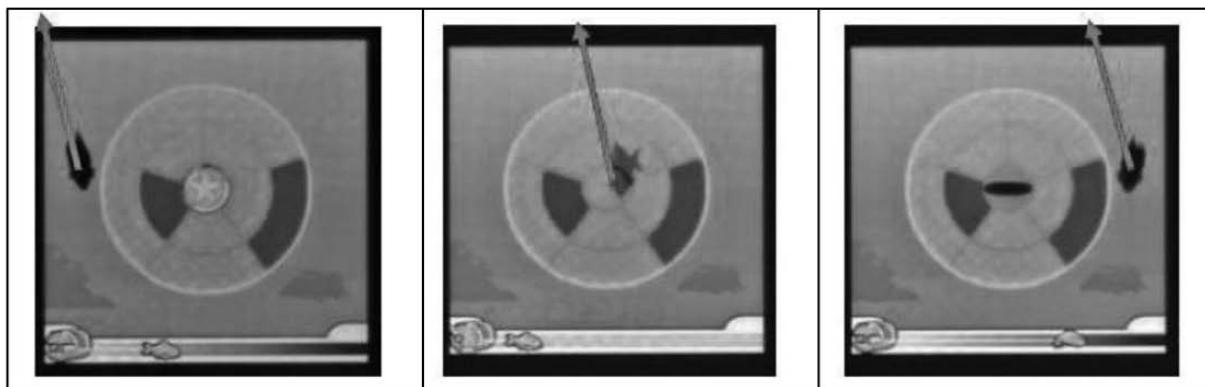


図3 魚の引き寄せ画面3

3. 本判決の判旨（Xの控訴棄却，Xの請求全部棄却）

3. 1 著作権及び著作者人格権の侵害

(1) 「魚の引き寄せ画面」

1) 翻案権及び公衆送信権の侵害の成否

本判決は、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」とを対比して、次のとおり、翻案権及び公衆送信権の侵害を否定した。すなわち、本判決は、まず、「翻案」の概念について江差追分事件最高裁判決（以下「江差追分事件最判」という。）の判示事項を援用し、「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。」（以下「江差追分事件最判判旨1」という。）、「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、翻案に当たらない」（以下「江差追分事件最判判旨2」という。）と判示した。

このような翻案の概念に従って、本判決は、被告作品の「魚の引き寄せ画面」が原告作品の「魚の引き寄せ画面」の翻案に該当するか否か

について、次のように判断した。すなわち、「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、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、水中に描かれる部分が、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とはできない。」と判断した。

以上のように判示して、本判決は、「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のもできない。」と結論づけた。

2) 同一性保持権の侵害の成否

本判決は、モンタージュ写真事件最高裁判決³⁾の判示事項を援用し、「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」と述べたうえで、本件につき、翻案権侵害が成立しないと「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のもできない。」と判示した。

(2) 主要画面の変遷

本判決は、「原告作品と被告作品とは、いずれも、『トップ画面』、『釣り場選択画面』、『キャスト画面』、『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、その画面が、ユーザーの操作に従い、①『トップ画面』→②『釣り場選択画面』→③『キャスト画面』→『魚の引き寄せ画面』→④『釣果画面（釣り上げ成功時）』

又は『釣果画面（釣り上げ失敗時）』の順に変遷し、上記④『釣果画面（釣り上げ成功時）』又は『釣果画面（釣り上げ失敗時）』から上記①の『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。しかし、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を立脚し、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、釣り場に行き釣りを行い、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。前記…のとおり、上記のような画面を備えた釣りゲームが従前から存在していたことにも照らすと、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。…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ができない。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ができない。」と判示した。

3. 2 周知商品等表示混同惹起行為

本判決は、スペース・インベーダー事件東京地裁判決⁴⁾の判示事項を援用し、「ゲームの映像が他に例を見ない独創的な特徴を有する構成であり、かつ、そのような特徴を備えた映像が特定のゲームの全過程にわたって繰り返されて長時間にわたって画面に表示されること等により、当該映像が需要者の間に広く知られているような場合には、当該映像が不正競争防止法2条1項1号にいう『商品等表示』に該当することがあり得るものと解される。」としながらも、結論としては、「原告映像が第1審原告を表示するものとして周知な商品等表示であるとはいえないし、被告映像1及び2が商品等表示として使用されているとはいえないから、これを掲載することが類似の商品等表示を使用して混同を生じさせる行為に該当するということができない。原告映像の周知商品等表示性を根拠に被告映像1及び2の掲載行為を対象とする第1審原告の不正競争防止法2条1項1号に係る主張は、理由がない。」と判示した。

3. 3 一般不法行為

本判決は、北朝鮮映画放送事件最高裁判決⁵⁾の判示事項を踏襲し、「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。」

と述べ、そのうえで、「第1審原告の主張するように、第1審被告らが被告作品を配信したことで、全国の多数のユーザーが原告作品又は第1審原告と被告作品又は第1審被告ディー・エヌ・エーとが同一であると誤認するなどして、第1審原告の社会的信用と営業上の信頼に深刻な影響が出たということまで認めるに足りる証拠はない。…仮に、第1審被告らが、被告作品を製作するに当たって、原告作品を参考にしたとしても、第1審被告らの行為を自由競争の範囲を逸脱し第1審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から、民法上の不法行為は成立しないというべきである。」と判示した。

4. 考 察

4.1 はじめに

「魚の引き寄せ画面」について、原判決は翻案権及び公衆送信権並びに同一性保持権の侵害を認めたが、本判決はこれらの権利の侵害を認めなかったものである。一方、「主要画面の変遷」については、原判決、本判決ともに、これらの権利の侵害を認めなかった。以下では、誌面の制約上、「魚の引き寄せ画面」に係る翻案権の侵害について、本判決と原判決の差異及び本判決の判断手法を中心に考察する。

4.2 翻案権侵害の判断手法

本判決は、江差追分事件最判による翻案の定義を踏襲するものであり、このこと自体は目新しいものではない⁶⁾。江差追分事件最判による翻案の定義を、その判断手法（「依拠」の判断を除く。）という観点からみれば、①A（既存の著作物）とB（Aの翻案物であると主張されている作品）の同一性を有する部分を認定する、②当該部分について、個々に、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であるか否かを判断する⁷⁾、②で表現上の創作性がある部分が認められれば③付加されている具体的表現の修正等を考慮して、Bに接する者がAの表現上の本質的な特徴を直接感得することができるか否かを判断する、というように理解することができる。

ここで、表現上の本質的な特徴の直接感得可能性（③）に関しては、江差追分事件最判判旨1でいう「表現上の本質的な特徴」を同判旨2でいう「創作性のある表現」とは独自の意味を有するものと捉え、創作的表現の共通性が認められるとしても、表現上の本質的な特徴の直接感得可能性が認められないことがあるとする見解⁸⁾（以下「本質的な特徴独自要件説」という。）と、江差追分事件最判判旨1に格別の意義を見出さず、表現上の本質的な特徴の直接感得可能性は創作的表現の共通性を言い換えたにすぎないとする見解⁹⁾（以下「創作的表現一元説」という。）との間で対立がある。さらに、表現上の本質的な特徴の直接感得可能性を判断する際に、原告著作権者が対比の対象として選択した部分以外の部分でも比較して翻案の成立を否定する可能性を認める見解¹⁰⁾（全体比較論）の当否という問題がある¹¹⁾。

また、翻案（及び複製）の一般的な判断手法に関しては、2段階テスト（上記の例でいえば、Aの著作物性を認定したうえでBにAの創作的表現が再生されているか否かを判断する手法）と濾過テスト（上記の例でいえば、AとBの同一性を有する部分を取り出したうえでその部分が思想又は感情の創作的表現に該当するか否かを判断する手法）の2種類があると言われるところ¹²⁾、江差追分事件最判は濾過テストに近い判断手法を採用したものと見える¹³⁾。

以上のような判断手法の下では、②について、既存の著作物とその翻案物であると主張されている作品の同一性を有する部分が「創作性」の

ある「表現」か否かという規範的判断が求められることになる。さらに、③については、本質的特徴独自要件説に従えば、表現上の本質的特徴の直接感得可能性の有無という規範的判断も求められるうえに、全体比較論に立てば、当該規範的判断において、原告著作権者が対比の対象として選択した部分以外の部分を考慮することも求められる場合がある。そのため、具体的事案如何では、翻案の成否の判断は必ずしも容易ではない。

本判決及び原判決は、「魚の引き寄せ画面」に係る翻案の成否について、江差追分事件最判による翻案の定義に従って判断する点で共通するが、結論を異にする。これは、具体的事案如何では、翻案の成否の判断（上記判断手法の適用）が容易でないことを改めて認識させるものである。

4. 3 本判決の判断手法

(1) 同一性を有する部分の認定

本判決は、原判決とは、同一性を有する部分の認定において、既に異なる。

すなわち、原判決は、同一性を有する部分として、「①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点」（同一性①）、「②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」（同一性②）、「③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点」（同一性③）、「④水中の画像には、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（釣り糸）が伸びている点」（同一性④）、「⑤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、その際、背景画像は静止しており（ただし、被告作品では、同心円の大きさや配色、中心の円の画像が変化する。）、ユーザーの視点は固定されている点」（同一性⑤）、「⑥上記同心円中の一定の位置に魚影がある場合にユーザーが決定キーを押すと、魚を引き寄せやすくなっている点」（同一性⑥）（注：下線は本判決との差異を明らかにするために引用者が付した。）などを認定した。

これに対し、本判決は、同一性を有する部分として、「①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、②及び④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、③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、⑤釣り針にかかった魚影は、水中全体を動き回すが、背景の画像は静止している点」（注：①ないし⑤は原判決との対比のために引用者が付した。）を認定している。

以下、原判決の認定する同一性①ないし⑥のうち、本判決が同一性の認定に際し考慮していない部分（上記各下線部）について、本判決の判断を簡潔に確認する。

第一に、同一性②のうち「最も外側の円の大きさは、水中の画像の約半分を占める」点について、本判決は、「被告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。」と判示して、同一性を否定している。

第二に、同一性③のうち「水草、他の生物、気泡等は描かれていない」点について、Xは、「原告作品には、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」（注：傍点は引用者が付した。）と主

張するが、本判決は、「水草、他の生物、気泡等が描かれていない」点には明確に回答していない。その理由は定かではないが、「魚の引き寄せ画面」でこれらを描かないということは、アイデアの範疇に属し、具体的表現ではないと判断したことによるものかもしれない。

第三に、同一性④のうち「頻繁に向きを変えながら」という点について、Xは、「原告作品には、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」（注：傍点は引用者が付した。）と主張する。「頻繁に向きを変えながら」という点にも、本判決は明確に回答しないが、後述の同一性⑥に関する本判決の判示によれば、ゲームのルールを構成するもので、アイデアの範疇に属すると判断したことによるものであろう。

第四に、同一性④のうち「ユーザーの視点は固定されている」点については、「原告作品には、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」（注：傍点は引用者が付した。）というXの主張に対し、本判決が「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。」と判示することからすれば、ありふれた表現ないしアイデアであると判断したものであろう。

第五に、同一性⑥（「上記同心円中の一定の位置に魚影がある場合にユーザーが決定キーを押すと、魚を引き寄せやすくなっている点」）について、本判決は、「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…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。」と判示して、同一性⑥がゲームのルールとしてアイデアの範疇に属するものであるうえに、位置関係によるタイミングの表現の点では共通しないと判断している。

以上のとおり、本判決は、原判決とは、同一性を有する部分の認定において、既に異なる。原判決が同一性②、④及び⑥に関して「原告作品の製作者の個性が強く表れている」と判断したこと（後述）に照らせば、このような差異が原判決と本判決の結論に少なからず影響を与えているように思われる。

(2) 同一性を有する部分が創作的な表現か否かの判断

原判決は「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、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。」として、同一性を有する部分が創作的な表現であることを肯定した。これに対し、本判決は、同一性を有する部分を前述のように認定したうえで、これらは「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」ないと判断している。

注目すべき点は、原判決が「原告作品の製作者の個性が強く表れている」とする部分について、本判決は、「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。」「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」、「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、前記…のとおり、従来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…異なる。」と判示する点である。このように、原判決が「原告作品の製作者の個性が強く表れている」とする部分が、本判決では、「アイデア」、「ありふれた表現」あるいは「具体的表現が異なる」と評価されており、このような本判決の評価が、翻案の成否に係る本判決と原判決の差異をもたらした決定的な要因となっているといえよう¹⁴⁾。本判決が判示するように、弓道、射撃及びダーツ等における同心円を釣りゲームに採用することは、確かにアイデアであると言い得るし、そのこと自体を「表現」として著作権法による独占可能性を認めると、後行者が様々な分野で当該同心円を採用できないことになりかねず、後行者の創作活動を阻害するおそれがある。とはいえ、そのアイデアを釣りゲームで具体的に表現したものについて、これを単なるアイデアとして著作権法による保護の外に常に放擲することは行きすぎであって、「表現」として著作権法による保護対象になり得るといふべきである。本判決は、上記判示のとおり、①弓道、射撃及びダーツ等における同心円の釣りゲームへの採用と、②当該採用時の同心円の具体的表現とを意識的に区別したうえで、①の同心円の採用は「アイデアの範疇に属する」と判断し、さらに、②の具体的表現につき対比して「具体的表現が異なる」と判断したものとみるべきであろう。本判決の理解として、原告作品の「魚の引き寄せ画面」

における同心円の具体的表現まで著作権法による保護の外に放擲したとみることはできない。

「表現上の創造性」については、これを「個性」とみる立場（人格の発露を重視する立場。原判決は「個性が強く表れている」と判示している。）が従来の通説的見解であり¹⁵⁾、多くの下級審判例も同様である¹⁶⁾。これらは、「ありふれた」表現が「個性」を欠く表現として創造性を有しないとす点で一致する¹⁷⁾。これに対し、近時、特にプログラムや設計図等の機能的・事実的著作物を念頭に、著作権法を「競争法的、経済法的要素を中心にした構造へと再構成する」という観点から、「創造性とは、人格的意味における個性の現れではなく、他の表現の選択可能性がどの程度存在するかという問題として考えるべきである。」「ある作品に著作権を付与しても、なお他の者には創作を行なう余地が残されている場合に、創造性があると考えべきである。」という見解が有力に主張されている¹⁸⁾。「他の表現の選択可能性」（表現の選択の幅）も、「個性」ないし「ありふれた表現」と同様に規範的判断を求められること¹⁹⁾を見誤ると、表現の選択肢が他に複数あるから創造性はある、というように、安易に創造性を肯定してしまうおそれがある。

創造性の判断について本件をみると、本判決は、主要画面の変遷に関しては、「表現の選択の余地」に言及するが、「魚の引き寄せ画面」に関しては、アイデアではなく表現であると認めるものについて、表現の選択の幅に言及せず、原告作品以前に存在する釣りゲームの表現等に照らし、「ありふれた表現方法にすぎない」といった判示を繰り返して、その創造性を否定している。それゆえ、本判決が表現の選択の幅という概念を採用しているとは即断できないであろう。

(3) 表現上の本質的特徴の直接感得可能性の判断

本判決は、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、同一性を有する部分が、「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。」と認定する。このような認定に従えば、本質的特徴独自要件説であろうが、創作的表現一元説であろうが、江差追分事件最判判旨2の下で翻案の成立が否定されるが、以下のとおり、本判決は、(本質的特徴独自要件説を採用したうえで)全体比較論を採用しているとみることができる²⁰⁾。

すなわち、全体比較論に関連して、X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」、「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。

これに対し、本判決は、「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…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。」(注：下線は引用者が付した。)と判示し、Xの主張を排斥している。

原告著作権者が翻案物であると主張する作品に「接する者」²¹⁾(江差追分事件最判判旨1)は、原告著作権者が対比の対象として選択した部分以外の部分に接することもあると考えれば、全体比較論の肯定に傾くであろう。もっとも、全体比較論又はこれに近似する考え方に立ち、表現上の本質的特徴の直接感得可能性を判断する際に、原告著作権者が対比の対象として選択した部分以外の部分を考慮する(被告が防御方法として提出できる)とすれば、どの範囲まで考慮するかという問題が生じ、第三者の予測可能性が害されるおそれがある。本質的特徴独自要件説及び全体比較論の課題は、具体的事案との関係で第三者の予測可能性を如何に確保するか(創作活動に対する萎縮効果の排除)ということにあるといえよう。当該課題の解決のために一義的に明確な判断基準を定立することは困難であろうが²²⁾、本判決は、全体比較論に関して「まとまりのある著作物」という判断基準²³⁾の定立を試みているとみることができる。本判決は「まとまりのある著作物」の判断手法を明らかにしていないが、これについては、「接する者」を基準に、対象物の種類、性質、利用態様等の諸要素を考慮して、具体的事案に即して判断せざるを得ないであろう。本件は上告されており、最高裁で「まとまりのある著作物」という判断基準が維持されれば、裁判実務上、原告著作権者と被告との間で「まとまりのある著作物」の

判断要素及び範囲を巡る争いが生じることは容易に予測される。本判決は、Xの主張に係る「特定の画面」が「まとまりのある著作物」の一部にすぎないと認定するようであるが、そのような認定の根拠や「まとまりのある著作物」の判断要素等を明らかにしておらず、第三者の予測可能性の確保、裁判実務への配慮という点で不満が残る。

また、本判決は、「本件訴訟の訴訟物」について、「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。」（注：下線は引用者が付した。）と判示する²⁴⁾。

しかしながら、全体比較論を採用したうえで、「まとまりのある著作物」又は「作品」という概念により、翻案の成否に係る攻撃防御方法の提出範囲を画するとしても、このような概念により、原告著作権者による明示（最高裁昭和37年8月10日判決・昭和35年(オ)359号・民集16巻8号1720頁参照）を無視して、訴訟物、既判力²⁵⁾の客観的範囲（民事訴訟法114条1項）を画することは、処分権主義²⁶⁾の下での訴訟当事者の意思尊重、不意打ちの防止等の観点から、より慎重であるべきであろう。本件で、Xが、本判決のいう「原告作品」又は「魚の引き寄せ画面」よりも狭い部分に係る翻案権に基づき差止め等を求める旨を明示していたとすれば、本判決によるXの請求の整理（「事案の要旨」）及び「訴訟物」の認定は正確性を欠くことになる可能性があるように思われる。

最高裁においては、本質的特徴独自要件説と創作的表現一元説の争いに対する見解が明らかにされるとともに、全体比較論、「まとまりのある著作物」という判断基準及びその判断要素、訴訟物等についての見解も明らかにされることを期待する²⁷⁾。

5. 実務上の留意点

5.1 携帯電話機用インターネット・ゲームの映像に係る保護の可能性

以下では、携帯電話機用インターネット・ゲーム中の特定の映像（以下「携帯用ゲーム画像」という。）に焦点を当てて、本判決の判示に言及しつつ、著作物としての保護以外の保護につき検討する。この検討は、携帯電話機用インターネット・ゲーム以外のゲームの映像に係る保護にも参考になる。なお、特許法による保護の検討は誌面の制約上割愛する。

5.2 不正競争防止法2条1項1号による保護—周知商品等表示混同惹起行為

ゲームの映像に係る商品等表示性（不正競争防止法2条1項1号）²⁸⁾について、ファイアーエムブレム事件東京地裁判決²⁹⁾は、ゲームソフトの表示画面が商品等表示に該当することがあり得るとしても、「ゲームソフトの表示画面は、通常は、需要者が当該ゲームソフトを購入して使用する段階になって初めてこれを目にするものであり、また、この種類のゲームソフトにおいてありふれた画面の構成は『商品等表示』となり得ないものと解されるものであって、ゲームソフトの表示画面の構成や映像の変化の様相が『商品等表示』に該当するのは、極めて例外的な場合に限られるというべきである。」と判示した。本判決も前掲ファイアーエムブレム事件東京地裁判決と同様の見解を採るものであろうが、このような見解による限り、ゲームの影

像が実際に商品等表示性を獲得することは極めて例外的な場合に限られる。殊に、本判決は、前掲ファイアーエムブレム事件東京地裁判決と同様、ゲームの影像が商品等表示に該当するためには「ゲームの全過程にわたって繰り返されて長時間にわたって画面に表示されること」を要すると判示するところ、これが必要条件として強調されると、影像が目まぐるしく変化するゲームについては、その特定の影像が商品等表示性を獲得することは困難であろう。

また、本判決は、原告影像について、テレビコマーシャル、電車内広告、新聞・雑誌における宣伝広告の存在、公式ガイドブックでの掲載などは認めつつも、①ゲームの影像が、通常は、需要者が当該ゲームを使用する段階になって初めてこれを目にするものであること、②原告影像は、原告作品の冒頭に登場する画面ではなく、ゲームの途中で登場する一画面又はそれに類似する画面にすぎないこと、③原告影像は、テレビコマーシャルにおいて、多くの画面の中の1つとして宣伝されているにすぎず、15秒間のコマーシャルの中の約3秒程度放映されたにすぎないこと、④原告影像は、電車内広告、新聞・雑誌において、複数のゲーム画面の1つとして宣伝に使用されているにすぎず、影像が不鮮明なものもあることなどから、原告影像が周知商品等表示性を獲得したと認めるに足りない認定する。このような認定手法による限り、携帯用ゲーム画像が周知の商品等表示として保護を受けるためには、当該画像自体が独創的な特徴を有するのみならず、当該携帯電話機用インターネット・ゲームの開発者等において、上記①ないし④のような認定を避けるべく、その構成や過程、宣伝広告の態様等との関係で、当該画像に焦点を当て続けることも必要になってくる。しかしながら、訴求力確保のためには、多様な画像を宣伝広告で流すことが有益である場合等も多いと想定され、特定の画像に焦点を当

て続けることは容易ではないであろう。

さらに、仮に携帯用ゲーム画像が周知商品等表示性を獲得したと認められるとしても、第三者が「同一若しくは類似の商品等表示を使用」（不正競争防止法2条1項1号）していると認められるのか、より具体的に言えば、第三者の使用する画像が自他商品識別標識として機能していると認められるのか、携帯用ゲーム画像と第三者の使用する画像が「同一若しくは類似」とであると認められるのかなどの問題もある³⁰⁾。

以上の検討に照らせば、携帯用ゲーム画像について、不正競争防止法2条1項1号にいう周知の商品等表示として保護を図ることは容易ではないであろう。

5. 3 不正競争防止法2条1項3号による保護—商品形態模倣行為

携帯用ゲーム画像については、不正競争防止法2条1項3号による保護も検討する余地がある³¹⁾。

同号でいう「商品の形態」は、「需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感」（不正競争防止法2条4項）と定められている。携帯用ゲーム画像はモニター画面（二次元の平面）に映し出されるものではあるが、「商品の形態」から一律に排除してしまうことは不適切であろう³²⁾。とはいえ、現行不正競争防止法上は、携帯用ゲーム画像については、(1) 無体物である携帯電話機用インターネット・ゲームは「商品」に該当しない³³⁾、(2) 携帯電話機が有体物で「商品」であるとしても、これと一体となって、容易には切り離しえない態様で結びついていない³⁴⁾、(3) 販売単位商品（無体物である携帯電話機用インターネット・ゲーム、あるいは、有体物である携帯電話機）の一部を構成しているにすぎない³⁵⁾などの理由で、

「商品の形態」該当性が認められない可能性が高い。

また、「模倣」（不正競争防止法2条1項3号）は、「他人の商品の形態に依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すこと」（同条5項）をいうが、ここでいう「実質的に同一」については、抽象的に言えば、一般的な類似のレベルを超える「酷似」が求められているといえよう³⁶⁾。

以上の検討に照らせば、携帯用ゲーム画像については、不正競争防止法2条1項3号でいう「商品の形態」の「模倣」と認められない場合が多く、同号により保護を図ることは容易ではないであろう。

5. 4 一般不法行為(民法709条)による保護

多くの下級審判例は、著作権法や不正競争防止法で保護範囲に関する準則が設定されている行為類型について、著作権法や不正競争防止法による保護が受けられない場合でも、一般不法行為（民法709条）による保護の可能性を認めるが、その成立要件として、行為態様が著しく不公正な方法であったこと、行為者に害意があったこと、看過できない損害が生じたことを求めるなど、自由競争、第三者の予測可能性等の観点から、厳格な態度を示している³⁷⁾。本判決は、そのような下級審判例の流れに沿うものであり、また、前掲北朝鮮映画放送事件最高裁判決の判示事項を踏襲するものである³⁸⁾。

本判決の示す基準による限り、携帯用ゲーム画像が改変された場合に、著作権法及び不正競争防止法による保護とは別に、一般不法行為による保護を受けることは容易ではないであろう。

付言するに、本判決で認定された原告作品の「魚の引き寄せ画面」と被告作品の「魚の引き寄せ画面」を比べてみれば、本件訴訟の提起に至る先行者（X）の心情は理解できないもので

はない。本件の結論として、一般不法行為の成立を否定することが妥当であるとしても、本判決及び原判決の簡潔な判示をみる限り、本件において、「原告作品で展開される主要画面の選択・配列及び個別の主要画面の要素の選択・配置について時間・労力・費用を尽くして原告作品という傑作を開発し、リリース後の維持等の努力もあって経済的利益を受けているのであるから、法的保護に値する利益を有している。」といった先行者（X）の主張と、後行者（Yら）の行為態様等について審理が尽くされたのか、という疑念が残る³⁹⁾。

5. 5 意匠法による保護

携帯用ゲーム画像を意匠権により保護することも考えられるが、意匠権の発生には意匠登録出願、審査、設定登録が必要である（意匠法6条、16条、20条1項等）。

意匠法による画像意匠の保護を拡充するため、平成18年の一部改正（平成19年4月1日施行）により意匠法2条2項が設けられ、一定の操作画像の意匠登録が明示的に認められるに至った⁴⁰⁾。これにより、操作画像が意匠構成要素（同条1項）として認められるためには、同条2項の文言上、①「物品の操作…の用に供される画像」であること、②当該「操作」は「当該物品がその機能を発揮できる状態にするために行われる」操作であること、③「当該物品又はこれと一体として用いられる物品に表示される」画像であることが求められる。①及び②に関しては、「機器がその機能を発揮している状態のときに表示される画像は対象外となり、電子計算機OSにより表示される画像やインターネットを通して表示される画像なども、機能を発揮できる状態にするための画像ではないので対象外となる。」と解されている⁴¹⁾。

携帯用ゲーム画像は、携帯電話機が既にインターネット・ゲームを行うための機能（ウェブ

ページ閲覧機能等)を發揮した状態の画像であるうえ、当該携帯電話機にあらかじめ記録された画像ではないことから、上記解釈等による限り、意匠法2条2項の操作画像として意匠登録を受けることは困難であろう。

なお、意匠法の保護対象となる画像意匠に関しては、これを拡大する方向で特許庁が検討に入っているとの報道⁴²⁾がなされ、現に、産業構造審議会知的財産政策部会意匠制度小委員会では「画像デザイン保護拡充の基本的方向性について」と題する議事が進められている⁴³⁾。その結果如何では、携帯用ゲーム画像について、意匠権による保護の可能性が高まることも考えられる。

5. 6 商標法による保護

携帯用ゲーム画像を商標権により保護することも考えられるが、商標権の発生にも商標登録出願、審査、設定登録が必要である(商標法5条、14条、18条1項等)。

携帯用ゲーム画像の全体又は一部(特定のキャラクターなど)であっても、商標法3条及び4条の登録要件を充足すれば、商標登録は可能であると考えられるが、多くの下級審判例は、商標権侵害の成立要件として、第三者による標章の使用が商標的使用であること(自他商品識別機能を果たしていること)を求め⁴⁴⁾、その判断時には、当該標章自体の大小、色彩、表示位置、数等の諸事情を考慮するとともに、当該標章が普通名称ではないか、説明文、写真、図等と相俟って当該標章が当該商品又は役務の説明等と認められないか、当該標章が当該商品の意匠等と認められないか、当該標章以外の標章が(周知・著名な)自他商品識別標識として機能しているのではないかなどの諸事情を考慮しており⁴⁵⁾、これらの諸事情を考慮してもなお、第三者の標章が自他商品識別機能を果たしているといえるか、という問題がある。

また、商標権侵害の成否に係る商標の類否は、裁判実務上、「商品の出所に誤認混同をきたすおそれ」(氷山印事件最高裁判決⁴⁶⁾)の有無という基準で判断されるところ、仮に、第三者の開発に係る携帯用ゲーム画像の外観が登録商標の外観に類似するような状況であっても、他の商標(配信会社の周知・著名な商号等)の存在等により「出所に誤認混同をきたすおそれ」は認められないのではないかと、といった問題もある。携帯用ゲーム画像に商標登録が受けられたとしても、翻案等が認められないような事案では、(判断基準は異なるものの)商標の類似が認められないことも多いであろう。

以上の検討に照らせば、携帯用ゲーム画像については、商標登録の事実(あるいは商標登録出願の事実)を宣伝広告等で周知徹底することによって、第三者による模倣を抑止するという事実上の効果はあるかもしれないが、商標権による保護を実現することは容易ではなく、著作権法による保護の補完としては十分機能しないであろう。

なお、商標法の改正により、「動き」、「ホログラム」、「輪郭のない色彩」、「位置」及び「音」について、商標登録が認められるようになることも見込まれる。産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会報告書「新しいタイプの商標の保護等のための商標制度の在り方について(案)」(2013.2)2頁⁴⁷⁾では、「『動き』の商標は、図形等が時間によって変化して見える商標である(例えば、テレビやコンピューター画面等に映し出される動く平面商標や、動く立体商標等)」とされている。携帯用ゲーム画像の全体又は一部(特定のキャラクターなど)も、自他商品識別力を有する「動き」の商標として商標登録が認められる可能性はあろう。

5. 7 実務上の留意点の最後に

携帯用ゲーム画像の開発者(先行者)として

は、Xのように、著作権法による保護を主張するとともに、不正競争防止法違反、一般不法行為の成立（場合によっては、意匠権侵害、商標権侵害）を予備的に主張することが原則的な対応であろう⁴⁸⁾。しかしながら、本判決及び従前の裁判例の示す基準による限り、いずれの立証も容易ではなく、殊に、著作権法による保護以外の立証は、通常、より一層の困難を伴うであろう。このような観点からすれば、携帯電話機用インターネット・ゲームの開発者にとっては、著作権法による保護及びその判断基準が明確にされることが重要であって、最高裁において、本判決の判示を踏まえ、本質的特徴独自要件説、全体比較論、「まとまりのある著作物」という判断基準等につき見解を明らかにすることが望まれる。さらに、実務上は、最高裁の判断だけでなく、意匠法及び商標法の改正の動向にも注目する必要があるだろう。

（追記）

本件は、脱稿後、平成25年4月16日付で上告棄却及び不受理決定がなされた。

注 記

- 1) 東京地裁平成24年2月23日判決・平成21年(ワ)34012号
- 2) 最高裁平成13年6月28日判決・平成11年(受)922号・判例時報1754号144頁
- 3) 最高裁昭和55年3月28日判決・昭和51年(オ)923号・判例時報967号45頁
- 4) 東京地裁昭和57年9月27日判決・昭和54年(ワ)8223号・判例タイムズ477号82頁
- 5) 最高裁平成23年12月8日判決・平成21年(受)602号・判例時報2142号79頁
- 6) 本判決の担当裁判長は、江差追分事件最判の担当調査官であった高部眞規子判事である。江差追分事件最判の事案は言語の著作物に関するものであるが、『最高裁判所判例解説民事篇平成13年度(下)(6月～12月分)』〔18〕(法曹会, 2004) 562頁(高部眞規子)は「言語の著作物以外の著作物の翻案についても、その趣旨とする

ところが及ぶものと思われる。」と述べている。長沢幸男「二次的著作物」牧野利秋ほか編『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』(青林書院, 2004) 287頁も、江差追分事件最判の定義は「おおむね妥当なもの」としたうえで、「その射程は、他の著作物にも及ぶと解すべきであろう。」と述べており、現に、言語の著作物に限らず、様々な著作物に関して、多くの下級審判例で援用されている。近時の下級審判例として、東京地裁平成20年3月13日判決・平成19年(ワ)1126号・判例時報2033号102頁(祇園祭の写真に依拠して製作された水彩画に関して)、東京地裁平成20年7月4日判決・平成18年(ワ)16899号(博士イラスト事件)(イラストに関して)、大阪地裁平成21年3月26日判決・平成19年(ワ)7877号・判例時報2076号119頁(マンション読本事件)(イラストに関して)、大阪地裁平成22年2月25日判決・平成21年(ワ)6411号(猫のぬいぐるみ事件)(ぬいぐるみに関して)、東京地裁平成22年7月8日判決・平成21年(ワ)23051号(入門歯科東洋医学事件)(書籍表紙デザインに関して)、知財高裁平成23年2月28日判決・平成22年(ネ)10051号(恋愛の神様事件)(プログラムに関して)、東京地裁平成24年12月26日判決・平成21年(ワ)26053号(仏画事件)(仏画に関して)等。

- 7) ②は、より分析的には、表現かアイデアか、表現であるとして創作性があるか、という2段階の認定になろう。表現とアイデアの境界が必ずしも明確でないことについて、高部・前掲注6)『最高裁判所判例解説民事篇平成13年度(下)(6月～12月分)』563頁以下等。
- 8) 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権法学会編『著作権研究第34号』(有斐閣, 2007) 17頁は「判決要旨2に当たる場合は、常に判決要旨1の翻案の要件を満たさないことになる。」、同18頁は「既存の著作物に修正、増減、変更を加えた結果、新たに高度な創作的な表現が加わったことによって、新しい著作物の中では付加された部分に特徴が現れ、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があり得よう。そうだとすると、判決要旨1は、判決要旨2により翻案を否定しきれなかった場合に、表現上の本質的特徴が直接感得できないとの理由で否定するこ

- とを可能とし、翻案の成立に絞りをかける役割を有しているということが可能である。」と述べている。このような「役割」の必要性として、高部眞規子判事は、2007年5月26日の著作権法学会シンポジウムにおいて、著作権法における権利制限規定がかなり硬直的で、妥当な結論を導くために複製権や翻案権といった権利範囲のところで調整せざるを得ない旨を述べている。
- 9) 田村善之「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―」『知的財産法政策学研究 第41号』(北海道大学情報法政策学研究センター, 2013) 98頁以下等。
- 10) 「全体比較論」の意義については錯綜がみられるが、本稿では、(本質的特徴独自要件説を前提に)表現上の本質的特徴の直接感得可能性を判断する際、原告著作権者が対比の対象として選択した部分以外の部分でも比較して翻案の成立を否定する可能性を認める見解として整理する。柴野相雄=稲垣勝之「翻案権」『ジュリスト1450号』(有斐閣, 2013) 74頁以下も同様の整理であると思われる。
- 11) 高部・前掲注8)『著作権研究第34号』19頁は「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。」と述べて、全体比較論に肯定的な見解を示している。なお、田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣, 2001) 59頁以下、高林龍『標準著作権法』(有斐閣, 2010) 82頁以下、大野聖二「翻案権侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務(4)〔著作権法・意匠法〕』(新日本法規, 2007) 204頁以下は、全体比較論に反対であるように思われる。
- 12) 「濾過テスト」について、田村・前掲注9)『知的財産法政策学研究 第41号』113頁は「濾過テストという筆者の手になる訳語…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。」、泉克幸「サイボウズ差止請求事件」岡村久道編『サイバー法判例解説(別冊NBL79号)』(商事法務, 2003年) 51頁は「濾過テストとは、著作権侵害の認定作業において、著作物性の判断を保留したままで先に被疑侵害品との比較を行うものである。」と述べている。
- 13) 江差追分事件最判が、共通要素以外の要素も考慮して表現上の本質的特徴の直接感得可能性を判断したとみれば、「濾過テスト」を採用したものとはいきり切れない。高部眞規子『実務詳解著作権訴訟』(きんざい, 2012) 247頁も、江差追分事件最判の「判断手法は…濾過テストに近いものと思われる。」とするにとどまる。なお、濾過テストが妥当する事案が多いと思われるというものとして、高部・前掲書247頁、基本的には濾過テストが妥当するものとして、高林・前掲注11)『標準著作権法』84頁、濾過テストの有用性を説くものとして、田村・前掲注11)『著作権法概説(第2版)』48頁、泉・前掲注12)『サイバー法判例解説(別冊NBL79号)』51頁がある。
- 14) 原判決について、原告作品と被告作品の「共通部分がアイデアにあたらなかった本判決の判断は妥当なものである。」と述べるものとして、小泉直樹「『釣り★スタ』事件1審」『ジュリスト1445号』(有斐閣, 2012) 7頁がある。また、本判決について、「微妙な判断であるが、多数の先行作品が競合する釣りゲーム分野において初めて採用された表現についてその選択の幅を広く認めないことは、結果として、本分野の先行者利益の軽視につながりかねない。」と述べるものとして、小泉直樹「いわゆる全体比較論を採用した事例」『ジュリスト1446号』(有斐閣, 2012) 6頁がある。
- 15) 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権法学会編『著作権研究第28号』(有斐閣, 2003) 2頁以下、中山信弘『著作権法』(有斐閣, 2007) 49頁以下、大寄麻代「著作物性」牧野利秋ほか編『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』(青林書院, 2004) 131頁以下、上野達弘「作者の認定」牧野利秋ほか編『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』(青林書院, 2004) 234頁以下、山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋ほか編『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』(青林書院, 2004) 326頁以下等参照。
- 16) 東京地裁平成7年12月18日判決・平成6年(ワ)9532号・判例時報1567号126頁(ラストメッセー

ジ事件), 東京高裁平成14年10月29日判決・平成14年(ネ)2887号等) (ホテルジャンキーズ事件) 等参照。近時の下級審判例として, 知財高裁平成20年7月17日判決・平成20年(ネ)10009号・判例時報2011号137頁 (ライブドア裁判傍聴記事事件), 知財高裁平成24年4月25日判決・平成23年(ネ)10089号・判例時報2151号102頁 (マンモス頭部画像事件), 東京地裁平成24年12月27日判決・平成22年(ワ)47569号 (大道芸研究会事件) 等がある。

- 17) 東京地裁平成15年1月31日判決・平成13年(ワ)17306号・判時1820号127頁 (製図プログラム事件), 東京地裁平成16年3月24日判決・平成14年(ワ)28035号・判例時報1857号108頁 (YOL事件) 等。近時の下級審判例として, 知財高裁平成24年1月25日判決・平成21年(ネ)10024号・判例時報2163号88頁 (連結解放装置プログラム事件), 東京地裁平成24年9月28日判決・平成23年(ワ)14347号 (東京リーガルマインド受験対策本事件) 等がある。
- 18) 中山・前掲注15)『著作権法』49頁以下。なお、「個性」という従来の通説的概念を放棄して「表現の選択の幅」という概念をあらゆる著作物の創作性判断に採用することは, (1)「表現の選択の幅」の判断には「個性」の判断と比べて裁判実務上有意味な差異があるといえるかという観点に加え, (2) 機能的・事実的著作物には「個性」という概念は適用できないのか (プログラムの著作物に適用する下級審判例として東京地裁平成23年5月26日判決・平成19年(ワ)24698号 (おまかせ君プロ事件) 等がある。), (3) 競争法的要素は「個性」という概念の下でも「ありふれた表現」の法理やマージ理論 (マージャー理論, 混同理論) により考慮できるのではないかと, (4) 著作物における人格の発露という要素 (著作物は「思想又は感情の…表現」であり, 著作者人格権が生じる。) を捨象することになり, 現行著作権法に整合するかなどの観点から, 慎重な検討を要するであろう。(2) に関して, 知財高裁平成24年1月25日判決・平成21年(ネ)10024号・判例時報2163号88頁 (連結解放装置プログラム事件) は「プログラムに著作物性があるというためには, 指令の表現自体, その指令の表現の組合せ, その表現順序からなるプログラムの全体に選択の幅があり, かつ, それがありふれた

表現ではなく, 作成者の個性, すなわち, 表現上の創作性が表れていることを要するといわなければならない。」と判示する。なお, 帖佐隆「創作性の高低と保護範囲」中山信弘ほか編『著作権判例百選 [第4版]』(有斐閣, 2009) 14頁以下は「『個性』という語と『表現の選択の幅』と言う語は結局同じ内容を述べていると考えられる。すなわち著作者の立場からみれば多数ある表現の中からその表現を選んだことが『個性』なのであり, 客観的に著作物の成立を審査する立場からいえば『表現の選択の幅』ということになるのであろう。」と述べている。

- 19) 中山・前掲注15)『著作権法』57頁は「表現の選択の幅を判断するということは, 客観的な判断ではあるが, どの程度の幅があれば創作性を認めるのか, という問題は, それが保護に値するか否かという規範的な判断となる。…その判断には色々な要素が入ってくるであろうが, 同一あるいは類似の作品が既に存在しているか, という点も考慮要素の一つとなろう」と述べている。
- 20) 本判決の担当裁判長は, 江差追分事件最判の担当調査官で, 本質的特徴独自要件説及び全体比較論の支持者である高部眞規子判事である。本判決については, 柴野=稲垣・前掲注10)『ジュリスト1450号』79頁が「全体比較論を採用しており, 最高裁の判断が注目される」, 小泉・前掲注14)『ジュリスト1446号』7頁が「江差追分事件最高裁判決にいう本質的特徴の直接感得性の判断において, 原告著作権者が対比の対象とした選択部分以外も考慮できるとする, いわゆる全体比較論…に言及するものである。」と述べている。
- 21) 「接する者」に関する検討として, 前田哲男「翻案の判断における比較の対象と視点」著作権法学会編『著作権研究第34号』(有斐閣, 2007) 82頁以下。また, 江差追分事件最判以前の下級審判例であるが, 東京地裁平成5年8月30日判決・昭和63年(ワ)6004号及び東京高裁平成8年4月16日判決・平成5年(ネ)3610号・判例時報1571号98頁 (テレビドラマ悪妻物語事件) は, 表現形式上の本質的特徴を直接感得できるか否かの判断に当たって, 「原告著作物を読んだことのある一般人が本件テレビドラマを視聴すれば…容易に認識できる」と判示する。また, 東京地裁平成6年1月31日判決・平成4年(ワ)19495号・判例時報1496号111頁 (パックマン事件) は, 複

- 製の成否の判断に当たって、「本件ビデオゲームの映像を知る通常人であれば…覚知できる」と判示する。これらの判示について、「この通常人からみた判断ということは、社会通念による判断と同じ趣旨であると考えられ」とするものとして、橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（下）」『判例時報1596号』（判例時報社、1997）12頁。
- 22) 長沢・前掲注6)『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』288頁は「具体的事案において、ある著作物が他の著作物の表現上の本質的な特徴を維持しているかどうか、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ができるかどうかの判断は、ケース・バイ・ケースの判断にならざるを得ず、実務上の困難に直面せざるを得ない。しかし、このことは、『翻案』という行為の性質上、避け難いものであって、事例判例の集積により、法的安定性を図るほかあるまい。」と述べている。
- 23) 「まとまりのある著作物」という概念は、創作性判断に当たってはああるが、東京高裁平成16年11月24日判決・平成14年(ネ)6311号（ファイアーエムブレム事件）で用いられた。
- 24) 前田・前掲注21)『著作権研究第34号』75頁は、翻案に関して、「訴訟物の数としては、社会通念上一つの作品であれば、原告によって取り出された部分が複数あったとしても、一つと考えるのが常識的であろう。原告が原告小説の第2章が被告作品によって翻案されたと主張して敗訴し、それが確定した後に、原告小説の第3章が同じ被告作品によって翻案されたと主張して別訴を提起することは、既判力に抵触するといふべきである。」と述べている。美勢克彦「翻訳の著作物と複製権、翻案権侵害について」『現代裁判法体系26〔知的財産権〕』（新日本法規、1999）442頁は「原告が原告書籍のどの範囲で侵害を主張しても、訴訟物は原告書籍全体、被告書籍全体と考えるのが妥当である。」と述べている。これらの見解は、本判決の立場に近いと思われる。
- 25) 秋山幹男ほか著『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』（日本評論社、2006）444頁は、既判力を「確定した判決の内容たる裁判所の判断が、以後提起される訴訟において、裁判所および当事者を拘束し、同一事項を判断する場合に基準としての通用力をもつという効果」と定義している。
- 26) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕〕〔第2編 訴訟の開始・進行〕〔第1章 訴えの提起〕（有斐閣、2008）29頁（徳田和幸）は「民事訴訟においては、その対象とする私法上の権利関係について私的自治の原則が妥当しているのに対応して、訴訟の開始やその審判の範囲、さらには訴訟の終結…についての決定を当事者に任せる処分権主義が採られている。…裁判所は、その申立ての範囲内の事項についてのみ審理・判決することができる（246）のが原則なのである」と述べている。
- 27) 小泉・前掲注14)『ジュリスト1446号』7頁は、本判決の「説示によって、従前の部分比較論と全体比較論の論争…に実務上終止符が打たれることになるのか、あるいは、この点についてさらに最高裁の判断が示されることになるのか（本件は上告された）注目される。」と述べている。なお、本判決の問題点を詳細に指摘して批判するものとして、田村・前掲注9)『知的財産法政策学研究 第41号』79頁以下。
- 28) 東京地裁昭和57年9月27日判決・昭和54年(ワ)8223号・判例タイムズ477号82頁（スペース・インベーダー事件）は「原告商品の受像機に映し出される前記インベーダーを主体とする各種映像とゲームの進行に応じたこれら映像の変化の様子は、それ自体、商品の出所を表示することを目的とするものではないが、遅くとも昭和五四年一月初めころには、取引上二次的に原告商品の出所表示の機能を備えるに至つたものと認められるのであって、不正競争防止法第一条第一項一号の規定にいう『他人ノ商品タルコトヲ示ス表示』として、そのころ我が国において周知になつたものといふことができる。」と判示する。同旨・大阪地裁昭和58年3月30日判決・昭和54年(ワ)3434号・判例タイムズ495号196頁（ワールド・インベーダー事件）。
- 29) 東京地裁平成14年11月14日判決・平成13年(ワ)15594号
- 30) 誌面の制約上、本判決の判示及び後述の「商標法による保護」を参照されたい。
- 31) ソフトウェアの表示画面（東京地裁平成14年9月5日判決・平成13年(ワ)16440号・判例時報1811号127頁（サイボウズ事件））に関するものであるが、泉・前掲注12)『サイバー法判例解説（別冊NBL79号）』51頁も、「法の趣旨や保護期間

の点で、場合によっては不競法二条一項三号（商品形態の模倣禁止）による解決が可能かつ適切な場合もありうるように思われる」と述べている。

- 32) 小野昌延編著『新・注解不正競争防止法（第3版）（上巻）』〔第2条第1項第3号〔商品形態模倣行為〕〕（青林書院，2012）473頁（泉克幸）は、「過去の判例では三次元の立体に結合していない文字やデザイン，ひいては模様等も本号の『形態』に該当するとの判断を示しているといえよう。」と述べている。
- 33) 無体物の「商品」該当性を否定するものとして，小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』（有斐閣，2011）240頁以下，経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説 不正競争防止法（平成23・24年改正版）』（有斐閣，2012）38頁等。小谷悦司ほか編『意匠・デザインの法律相談』〔Q7 ホームページのデザイン〕（青林書院，2004）44頁（土肥一史）も参考になる。
- 34) 商品の説明書及び外箱が商品の形態に含まれるか否かを判断した大阪地裁平成8年3月29日決定・平成7年（モ）51550号・知財集28巻1号140頁（ホーキンス保全異議事件）の判旨参照。
- 35) 商品の部分的形態に関する，泉・前掲注32)『新・注解不正競争防止法（第3版）（上巻）』482頁以下，小野＝松村・前掲注33)『新・不正競争防止法概説』252頁以下等参照。
- 36) 前掲注33)『逐条解説 不正競争防止法（平成23・24年改正版）』39頁では，「模倣」の意義に言及した裁判例として，東京高裁平成10年2月26日判決・平成8年（ネ）6162号・判例時報1644号153頁（ドラゴンキーホルダー事件）の判示が引用されているところ，同判決は「形態」の「酷似」を求めている。
- 37) 大阪地裁平成8年12月24日判決・平成3年（ワ）3455号の3（断熱パネル事件），東京地裁平成11年12月21日判決・平成9年（ワ）2551号・判例時報1709号83頁（電路支持材パイラック事件），東京高裁平成12年2月24日判決・平成10年（ネ）2942号・判例時報1719号122頁（ギブソンギター事件），東京地裁平成13年5月25日中間判決・平成8年（ワ）10047号等・判例時報1774号132頁及び東京地裁平成14年3月28日終局判決・平成8年（ワ）10047号等・判例時報1793号133頁（翼システム事件），東京地裁平成15年1月28日判決・平成14年（ワ）10893号・判例時報1828号121頁（ス

ケジュール管理ソフト事件），東京地裁平成15年10月31日判決・平成14年（ワ）26828号・判例時報1849号80頁及び東京高裁平成16年5月31日判決・平成15年（ネ）6117号（換気口用フィルタ事件），大阪地裁平成16年11月9日判決・平成15年（ワ）7126号・判例時報1897号103頁（ミーリングチャック事件），知財高裁平成17年10月6日判決・平成17年（ネ）10049号（YOL事件），知財高裁平成18年3月15日判決・平成17年（ネ）10095号等（通勤大学法律コース事件），大阪地裁平成23年6月23日・平成22年（ワ）13602号及び大阪高裁平成23年12月8日判決・平成23年（ネ）2242号（書道用和紙事件）等。なお，一般不法行為と不正競争防止法の関係につき，宮坂昌利「商品形態の模倣等の不法行為〔ミーリングチャック事件〕」中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣，2007）224頁以下，一般不法行為と特別法の関係につき，潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』（信山社，2009）91頁以下参照。

- 38) 最高裁平成23年12月8日判決・平成21年（受）602号・判例時報2142号79頁（北朝鮮映画放送事件）は，原審判決（知財高裁平成20年12月24日判決・平成20年（ネ）10011号等）が一般不法行為の成立を肯定したのに対し，著作権法6条「各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は，同法が規律の対象とする著作物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。」と判示し，結論において，これを否定した。上記判示事項を援用するものとして，東京地裁平成24年12月27日判決・平成22年（ワ）47569号（大道芸研究会事件）がある。
- 39) 小泉・前掲注14)『ジュリスト1446号』7頁は，一般不法行為に関して，「先行作品の核心部分にヒントを得て，多少の修正を加えて市場化する行為が，当該核心部分の市場における価値に照らして，自由競争として許容される範囲を逸脱しているときみなされるべき場合はあろう。」と述べている。
- 40) 画像意匠に関しては，平成18年の一部改正以前から，一定の厳格な要件を充足すれば，意匠法2条1項で規定する「物品…の形状，模様若しくは色彩又はこれらの結合」（意匠構成要素）に該当するとされてきた（『物品の表示部に表示さ

- れる図形等に関する意匠の審査基準』(昭61・3), 『液晶表示等に関するガイドライン〔部分意匠対応版〕』(平14・2) 参照。意匠審査基準第7部第4章も参照。
- 41) 満田重昭ほか編『注解意匠法』[第2条(定義等)](青林書院, 2010) 126頁(斎藤瞭二)。意匠審査基準第7部第4章も参照。
- 42) 平24・3・27付日本経済新聞参照。
- 43) 特許庁HPで閲覧することができる。
- 44) 小野昌延編『注解商標法〔新版〕上巻』[第25条(商標権の効力)](青林書院, 2005) 672頁(田倉整=高田修治)は「商標自体が自他商品(役務)の識別機能を果たし得ない場合だけでなく、商標自体は自他商品(役務)の識別力を有するが自他商品(役務)の識別機能を果たし得ない態様で表示されている商標についても本条(引用者注:商標法25条)の禁止的効力は及ばない。」と述べている。飯村敏明「商標関係訴訟～商標的使用等の論点を中心に～」『別冊パテント第65巻11号』(日本弁理士会, 2012) 103頁以下も参考になる。
- 45) 近時の下級審判例として、東京地裁平成22年3月26日判決・平成21年(ワ)1992号(クリスタルキング事件), 東京地裁平成22年9月30日判決・平成21年(ワ)30827号(ピースマーク事件), 東京地裁平成22年11月25日判決・平成20年(ワ)34852号(塾なのに家庭教師事件), 知財高裁平成23年3月28日判決・平成22年(ネ)10084号・判例時報2120号103頁(ドーナツクッション事件), 東京地裁平成23年6月29日判決・平成22年(ワ)18759号(QuickLook事件), 東京地裁平成24年9月6日判決・平成23年(ワ)23260号(SURF'S UP事件)等。
- 46) 最高裁昭和43年2月27日判決・昭和39年(行ツ)110号・民集22巻2号399頁
- 47) 特許庁HPで閲覧することができる。
- 48) 田村善之『知的財産法 第5版』(有斐閣, 2010) 362頁は「有体物である物品という物理的な限界の中で量産に適したデザインを創作した者を保護するのが登録意匠制度の仕事である。物品の物理的な制約とは無関係に創作されるデザイン(e.g. コンピュータ・グラフィック)に関しては、あえて審査制度, 登録制度のコストをかけてまで保護する必要はなく, 著作権法に委ねておけば十分であるというのが法の建前である。もっとも, 近時…物品概念を緩和し, 物品の操作の用に供される画像であって, 当該物品に表示されるもの(e.g. 携帯電話のメニュー画像)や, 当該物品(e.g. DVDレコーダー)と一体として用いられる物品(e.g. ディスプレイ)に表示されるものが含まれるとする改正が施された(2条2項)。とはいえ, 映画等, 物品の操作に伴い表示される全ての画像について意匠登録の対象としてしまうことは法の予定するところではない。」と述べている。

(原稿受領日 2013年3月15日)