

翻案権侵害における創作性及び表現性の判断手法

— 知財高裁平成24年8月8日を参考に

弁護士 福市 航介

第1 はじめに

著作権侵害訴訟では翻案権侵害の成否が争われることが多い。しかし、翻案該当性の判断は誠に難しい。判断の難しさの原因は、翻案概念の規範性にある。翻案概念は、最高裁第一小法廷平成13年6月28日判決民集55巻4号837頁(江差追分事件。以下「江差追分判決」という。)によって具体化されているが、それでも判断が難しい。規範的な概念を用いて判断することは、妥当な結論を確保するが、反面、結果の予測を難しくする。ビジネスローの分野では、事業遂行のために結果の予測可能性を確保することは極めて重要である。このような中で、知的財産高等裁判所平成24年8月8日が翻案権侵害の手法について参考になる判示をし、原審の判断を覆した。翻案権侵害の判断手法を検討することは、翻案権侵害の予測可能性確保に資する。そこで、本稿では、当該事案を通じて、翻案の判断手法を確認、検討する。

第2 事案の概要

本稿で取り上げるのは、東京地方裁判所平成24年2月23日判決、知的財産高等裁判所平成24年8月8日判決の事案である。事案は、次のとおりである。

X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(以下「原告作品」という。)を製作し、これをソーシャル・ネットワークサービスを提供するインターネット・ウェブサイト上で配信している者である。Yらは、その後、釣りを題材にした携帯電話機用インターネット・ゲーム(以下「被告作品」という。)を共同作成し、これをインターネット・ウェブサイト上で配信している者である。

Xは、Yらに対し、被告作品が原告作品を翻案したものであるとして、Xの原告作品の画面に関する著作権(翻案権、著作権法28条による公衆送信権)及び著作者人格権を侵害すると主張し、被告作品の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かかる記録の抹消並びに民法709条、同719

条に基づく損害賠償金の支払を求めた。なお、当該事案では、不正競争防止法違反や不法行為の成否も争点とされているが、紙面の都合上、これを割愛する。

第3 争点

前記のとおり、争点は多岐にわたるが、紙面の都合上、原審と知財高裁で判断が分かれた争点のみ示す。争点は、別紙【被告画面】記載の魚の引き寄せ画面(以下「被告画面」という。)が、別紙【原告画面】記載の「魚の引き寄せ画面」(以下「原告画面」という。)を「翻案」(著作権法27条)したものか否かである。なお、原告画面と被告画面の特徴を示した末尾の文言は原審の判示による。

第4 原審と知財高裁の判断

1 原審

- (1) 原審は、本稿で検討する争点に係る部分に関し、大要、次のような理由で、被告画面は、原告画面を「翻案」したものであるとした。
- (2) 原告画面と被告画面とは、「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に表すか」という点の表現に共通点がある。この点、Xは、多数の選択の幅がある中で原告画面のような具体的表現を選び取ったものであるから、原告画面には創作性及び表現性は認められる。
- (3) そして、このような原告画面の表現の本質的な特徴といえる「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」の同一性は被告画面に維持されている。
- (4) 原告画面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、上記共通点を全て備えたゲームや、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。したがって、上記共通部分が平凡であるとか、ありふれたものであるとはいえず、共通部分に創造性がないとはいえない。

2 知財高裁

(1) 知財高裁は、本稿で検討する争点に係る部分関し、大要、次のような理由で、被告画面は、原告画面を「翻案」したものではないとした。

(2) 原告画面と被告画面の共通点は、①「水面より上の様子が画面から捨象され(A)、水中のみが真横から水平方向に描かれている点(B)」、②「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」、③「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」にある。

(3) このうち、①-Aは、他の釣りゲームにも存在するから、ありふれた表現であり、創造性はない。また、①-B及び③について、そのような手法で水中の様子を描くことは、アイデアであって表現性はない。さらに、②の内、釣りゲームに同心円を採用すること自体は、従来の釣りゲームには見られなかったものだが、それはアイデアであって保護されない。

したがって、上記の各部分に関しては著作権法上の保護は及ばない。

もっとも、②の内、同心円の態様がいずれも画面のほぼ中央に描かれ、それが中心からほぼ等間隔の三重の同心円であるという点については、創造性ある表現であると認められる。

(4) しかし、原告画面と被告画面の同心円の態様については、原告画面の配色は被告画面の被告画面のそれと異なる。また、被告画面の三重の同心円に存在する11個のパネルは、原告画面には存在しないという相違点もある。さらに、被告画面の同心円に存在する前記パネルは、その配色部分の数及び場所が引き寄せ画面毎に異なり、かつ、同一画面内で変化するが、原告画面にはこれが存在しないなどの相違点もある。

このように、原告画面と被告画面で同じく「三

重の同心円」が表示されているといっても、具体的な表現が異なる。したがって、被告画面に接する者は原告画面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ない。

(5) 魚の引き寄せ画面全体についてみると、被告画面には原告画面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の形状が異なり、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などの相違点があるから、被告画面に接する者はその魚の引き寄せ画面全体から原告画面のそれとは異なる印象を受ける。

したがって、被告画面に接する者が原告画面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。

第5 検討

1 前提事項

原審と知財高裁の判断の異同について検討する前に、江差追分判決によって示された翻案概念等について確認する。

(1) 翻案概念^{1・2}

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ができることのできる別の著作物を創作する行為」を指す(判決要旨1)。もっとも、「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はない部分又は表現上の創造性がない部分において既存の言語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」(判決要旨2)。

(2) 判断手法—濾過テスト類似の方法

知財高裁は翻案権侵害の具体的な判断手法として、①まず同一性ある部分を認定し、②次に当該部分が創造性ある表現といえるか、③さらに既存の著作物の本質的な特徴の同一性が新著作物の中に維持されているかを段階的に検討す

る手法を採用した³。

なお、著作権侵害の判断手法には、従前、①原告画面の著作物性を認定してから、被告画面に原告画面の創作的表現が複製又は翻案されているかを順次判断する手法(2段階テスト)と②原告画面と被告画面の同一性を有する部分を抽出し、それが思想又は感情の創作的な表現にあたるか否かを判断する手法(濾過テスト)とが存在したが、前記最高裁判決は、②濾過テスト類似の手法を採用したと評価されている⁴。

2 原審と知財高裁の違い

本件事案における原審と知財高裁は、いずれも前記最高裁判決に則った判断を行っているが、出された結論は全くの正反対である。その原因は何であろうか。

原審の特徴は、共通すると主張されている部分を全て備えた表現を前提として表現性判断及び創作性判断をなし、創作性の補強要素として、「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」との事実を使用している点にある。これに対して、知財高裁の特徴は、原告画面と被告画面の共通部分毎に表現性及び創作性判断を行い、表現及び創作性が認められた部分について、被告画面に接する者が原告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かという判断を行い、その上で、原告画面全体と被告画面全体を比較して、原告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かという判断に移るという手法を用いた点、原審が補強要素に用いた点はアイデアの範疇に属すると指摘した点にある。

原審と知財高裁とで、結論が異なったのは、①原告画面の表現性判断及び創作性判断の対象を共通する部分全てを備えた表現全体にするか否か、②「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」との事実が表現であるか否かとの点にあると思われる。私見としては、知財高裁の判断に賛成したいが、その理由を次に述べる。

3 私見

(1) 翻案該当性の判断手法について

ア 原審の判断手法の危険性

はじめに述べたとおり、翻案の判断は極め

て難しい。その理由は、江差追分判決で翻案概念が具体化されたとしても、依然として翻案概念が強い規範性を帯びている点にある。

そのため、江差追分判決で示された翻案概念へのあてはめ作業をできる限り誤りなく行うためには、翻案該当性判断の順序や方法を精緻化することが有用である。この点、原審は、共通すると主張されている部分を全体として勘案して、原告画面と被告画面につき、判決要旨1及び判決要旨2に従った判示を行っている。このような原審の判示は、それ自体としては誤りではない。しかし、原審のように、共通すると主張されている部分を全て備える表現について創作性判断の評価を下す方法評価を下す方法では、原告画面の創作性の有無や程度を見誤る危険性が存在するようと思われる。

イ 創作性判断の誤りの危険性

すなわち、共通すると主張されている部分を全て備える表現の創作性を考えると、後行者に残された表現の選択の幅は無数にあるように思われるから、いきおい創作性を肯定してしまいやすい。しかし、例えば、1つの共通部分を除く全ての共通部分に表現性又は創作性がないとすれば、結局、共通すると主張されている部分を全て備える表現であったとしても、後行者に残された選択肢の幅はおのずから狭まってしまうはずである。場合によっては、創作性を肯定すべきでないものにまで創作性を肯定してしまう危険性がある。

また、共通すると主張されている部分を全体として勘案して創作性を判断しようとする、ある部分の創作性しか基礎づけない要素を意識的又は無意識的に全体の創作性を基礎づける要素として評価してしまう危険性もある。実際、原審は、原告画面の創作性を補強する理由として、「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」という原告画面の一部分の創作性を基礎づけるはずの要素(後記のとおり、これもそもそもアイデアというべきであるが。)を理由として、原告画面全体が平凡かつありふれていない等と判断してしまっている⁶。

したがって、このような誤りを防止するためには、知財高裁のような分析的な判断手法が必要であり、これが正当であると思われる。

ウ 本質的特徴の直接感得性の判断の誤りの危険性

さらに、翻案該当性を判断するためには、被告画面に接する者が原告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かどうかという点を判断しなければならないが、共通すると主張されている部分を全て備える表現を前提すると、個別の共通部分の創作性の有無及び程度の吟味ができなくなるおそれがある。

すなわち、被告画面に接する者が原告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かどうかの判断の際には、「依拠され利用された既存の著作物の創作性が高ければ高いほど、新たな著作物の中でも本質的な特徴として感得されやすいが、他方既存の著作物が個性的表現の高いものでないのであれば、結果的に新たな著作物に接した者がその本質的特徴を感得しにくくなる」ことに留意しなければならない⁷。

知財高裁が指摘するとおり、「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」以上、被告画面に接する者が原告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かどうかは、原告画面の創作性を支える部分がどこか、当該部分の創作性はどの程度か、その創作性が肯定される理由は何かを把握して、これと被告画面の表現との相違点と対比しなければならない。

ところが、共通すると主張されている部分を全て備える表現について創作性判断を下す方法は、前記のとおり、原告画面の一部分の創作性を基礎づけるはずの要素が原告画面全体の創作性を基礎づけてしまう危険性がある。

そうなると、被告画面に接する者が原告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かどうかを適切に判断することはできず、結果として、結論を誤ってしまうと思われる。

このような誤りを防止するためには、やはり知財高裁のような分析的な判断手法が必要

であり、それが正当であると思われる。

(2) アイデアと表現の境界の問題

上記のように、原審の判断手法を誤ったために結論を誤ったのではないかとと思われるところであり、この点は知財高裁が正当であると思われるが、その他にも、「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」という点も原審と知財高裁の判断が異なった原因であると思われる。仮に、問題となった部分が表現であると認められた場合には、その創作性の有無や程度が吟味されることになり、最終的には、被告画面に接する者が原告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かどうかという判断に影響し、結論に大きな影響を与えるからである。

この点原審は、「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」としてしており、この部分は「表現」性を満たすものと判断しているのに対し、知財高裁は、「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、…アイデアの範疇に属する(筆者注：表現性はない)」としている。

原審の判断と知財高裁の判断といずれが正当かを考えるに、原審が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計ることに創作性があると考えたのは、射撃やダーツ等において使用される同心円を釣りゲームに応用したという着想の新鮮さに根拠があると思われる。しかし、このような着想の新鮮さやアイデアの斬新さは表現ではないから、著作権法の保護は及ぼすべきではない。この点を指摘する知財高裁の判断は正当である。

また、本件で問題となっている著作物は商業的な商品たるゲームであるから、当該著作物に関する著作権は財産権的な側面が強調されるべきである。そうすると、このような著作物の場合は、人格の流出度が極めて高い文学・絵画と異なり、表現の幅は狭く捉えられるべきように思われる^{8・9}。仮に携帯電話機用インターネット・ゲームにおける表現として「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計ることを保護するとすれば、Xが、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計る釣りを題材とした携帯電話機用インターネット・ゲームを完全に独占することになる。しかし、それでは、被告画面のように、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利用しながら、さらに同心円内やその動きの工夫をするようなゲームが全く存在しなくなってしまう。そのことは、本件で問題となっている著作物の種類が商業的な商品たるゲームであるということを考えると、やや行きすぎではないかと思われる。

したがって、実質的にも知財高裁が正当であると思われる。

原審が創作性の補強要素として採用した「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」との事実は、一見すると強い創作性を基礎づけるかのようである。しかし、原審のようにこれを表現と取り間違えると、創作性判断にも影響を及ぼすことになるので、慎重な検討が必要であろう。

第6 まとめ

以上、創作性及び表現性の判断手法を翻案権侵害事例を参考として検討してきたが、知財高裁判決は、江差追分事件によって示された翻案概念の充足性を判断する具体的な手法を実際の事案を通して示したものであって、実務上極めて参考になるとと思われる。

以上

- 1 最高裁第一小法廷平成13年6月28日判決民集55巻4号837頁（江差追分事件）
- 2 なお、前記翻案の定義は、言語の著作物に関する事案で示されたものであるが、高部真規子「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成13年度562頁参照によれば、言語の著作物以外の著作物の翻案についても、その趣旨は及ぶものとされている
- 3 高部真規子『実務詳説著作権訴訟』267頁（金融財政事情研究会、2012年）
- 4 なお、高部・前掲（3）247頁以下参照。
- 5 中山信弘『著作権法』52頁（有斐閣、2007年）参照。
- 6 知財高裁判決93頁では、「原告画面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、上記共通点を備えたゲームや、原告画面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（筆者注：知財高裁判決92頁によれば、同心円に関する表現以外の表現も含まれている。）が平凡かつありふれているものであって創作性を欠くともいえない。」と判示されている。

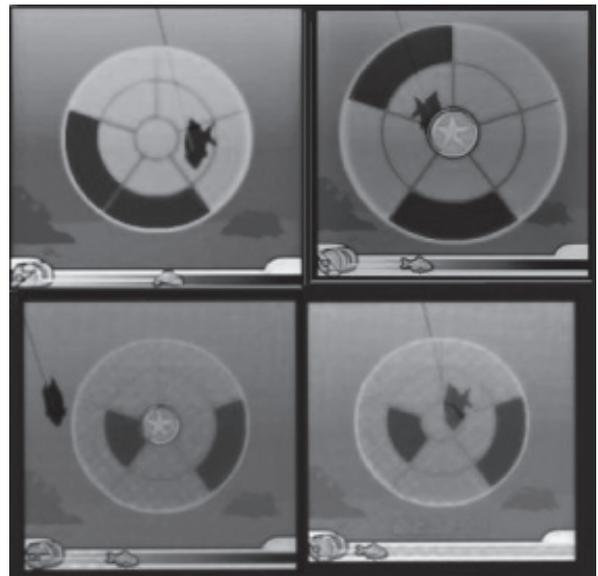
- 7 高部・前掲（3）261頁参照。
- 8 高部・前掲（2）564頁以下は、著作物の種類によっても、アイデアと表現の限界は変化しようとしている。
- 9 中山・前掲（5）48頁参照。



最高裁HPより抜粋

【原告画面】

- 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。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 原告画面では、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「GOOD」、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



最高裁HPより抜粋

示される。

【被告画面】

- a 魚の引き寄せ画面に移ると、…水中の画面を魚影が右から左へ移動し、更に画面奥に移動した後、後記同心円が表示され、魚影が奥から手前へ向かってくる。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。同心円は、その中心の円から放射状に伸びる5本の直線により11個に分割され、中心の円を除いた部分に、緑色と赤色が配色される。上記放射線による仕切り部分は、背景と同じ青色である。
- 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、上記同心円よりも奥に配置されている。
- d 水中の画像には、一匹の黒色の魚影が、正面から見た形で、尾びれ、背びれ、胸びれを付けて描かれており、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。魚影は、上記同心円よりも奥に配置されている。
- 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、釣り糸は画面の左上に向かって伸びている。その際、上記同心円を除く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。他方、上記同心円の大きさは、一定のパラメータ値に応じて9段階に変化し、同心円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。また、同心円の中央の円の部分は、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。

f 被告画面では、魚影が同心円の一定の位置にある時に魚を釣り竿で引き寄せやすくなっており、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すと、画面上方に「Good」と表示される。同様に、同心円の赤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すと、画面上部に「Out」と表示される。また、中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、中央の円の部分の表示に応じて、「必殺金縛り」、「確変」、「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、その後の表示も異なってくる。