

「猫のぬいぐるみ」著作権侵害差止等請求事件：大阪地裁平成21(ワ)6411・平成22年2月25日(21民部)判決 請求棄却〔特許ニュース 12857〕

### 【キーワード】

美術の著作物(著10条1項4号),複製(著2条1項15号),複製権(著21条),翻案権(著27条),二次的著作物(著2条1項11号),依拠性,本質的特徴,類似性,客観的観点

### 【事 実】

本件は,後記原告各作品(猫のぬいぐるみ)につき著作権を有する原告が,被告が販売している後記被告各製品は原告各作品を複製又は翻案したものであり,その製造・販売は原告各作品の原告の著作権(複製権又は翻案権)を侵害すると主張して,被告に対し,被告各製品の作成・頒布の差止め・廃棄及び著作権侵害による不当利得返還請求をする事案である。

1 当事者間に争いのない事実等(末尾に証拠の掲記のない事実は当事者間に争いが無い。)

#### (1) 当事者

ア 原告Aは,猫等の動物を素材にした立体作品を手作りし,その作品を販売することを業として行っている個人である。

イ 被告は,玩具,文房具,装身用アクセサリ,袋物,子供服の製造販売等を主たる業とする法人である。

#### (2) 原告の作品

ア 原告Aは,別紙原告作品目録記載の原告作品1ないし7の猫のぬいぐるみ(以下,各原告作品を同目録記載の番号を付して「原告作品1」などといい,これらを併せて「原告各作品」ともいう。)を制作し,店舗やインターネットを通して販売している(甲1)。

原告各作品の形態は,同目録掲載の写真のとおりである。

イ 原告各作品は,原告の思想や感情を創作的に表現したものであり,美術の著作物(著作権法10条1項4号)に該当する。

#### (3) 被告の製品

被告(有限会社マリーメゾンドミュー)は,別紙被告製品目録記載の被告製品1ないし9の猫のぬいぐるみ(以下,上記各被告製品を同目録記載の番号を付して「被告製品1」などといい,これらを併せて「被告各製品」ともいう。)を販売している。

被告各製品の形態は,同目録掲載の写真のとおりである。

#### 2 争点

- (1) 被告各製品と原告各作品との類似性（争点1）
- (2) 被告各製品は原告各作品に依拠して作成されたものか（争点2）
- (3) 不当利得の額（争点3）

### 3 争点に対する原告の主張

#### (1) 原告各作品の本質的特徴

##### ア 原告作品1ないし5の本質的特徴

原告作品1ないし5は、以下の本質的特徴を備える。

胴体を弓状に丸めており、背中の湾曲角度（背中の一番盛り上がっている点と頭部の付け根、尻を結んだ直線で形成される角度をいう。以下同じ。）は、約115度から128度の鈍角である。

細い幅の胴体に比して広い横幅の顔を有する。

一般的な猫（日本において一般的に見られるイエネコをいう。以下同じ。）と比較して四肢が長く表現されている。

一般的な猫と比較して胴体が細く表現されている。

側面から観察すると、前脚の付け根から後脚の付け根に至るまでの腹部はほぼ半円を形成している。

目は猫目（目の瞳孔部分が円弧を2つ重ねた時にできる縦長の楕円に近い形をしている目をいう。以下同じ。）ではなく丸目（目の瞳孔部分が円形をしている目をいう。以下同じ。）である。

口が省略されている。

表面はもこもことした有毛の生地で覆われている。

##### イ 原告作品6及び7の本質的特徴

原告作品6及び7は、以下の本質的特徴を備える。

胴体を弓状に丸めており、背中の湾曲角度は約122度の鈍角である。

細い幅の胴体に比して広い横幅の顔を有する。

一般的な猫と比較して四肢が長く表現されている。

一般的な猫と比較して胴体が細く表現されている。

側面から観察すると、前脚の付け根から後脚の付け根に至るまでの腹部はほぼ半円を形成している。

目は猫目ではなく丸目である。

口が省略されている。

表面は非常に細い柔らかい毛による生地で覆われている。

##### ウ 原告各作品の上記各特徴及びそれらの組合せは、少なくとも原告が原告各作品を制作するまでは、猫を題材とした立体作品、玩具、ぬいぐるみ等では一般的に見られなかったものであり、原告各作品の本質的特徴である。

原告は、夕日をバックに痩せた子猫が犬に対して背を丸めて威嚇している姿を目撃し、それを立体作品として表現しようと思い、原告各作品を制

作したものである。原告は、上記のような特徴を備えた原告各作品の制作を通して、健気に精一杯生きようとする生あるものの強さを表現したのであり、ただ激しく威嚇している様子表現するだけでなく、全体的に人の心を惹きつける柔らかさも表現するために、目を丸目にし、表面の生地も柔らかい印象が出るものを選んでいる。

## 【判 断】

### 1 争点1（被告各製品と原告各作品の類似性）について

#### (1) はじめに

著作物の複製（著作権法21条）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い（最高裁判所昭和53年9月7日第一小法廷判決・民集32巻6号1145頁参照）、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を直接感得することのできる別の著作物を創作することをいう（最高裁判所平成13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照）。

本件において、原告は、被告各製品が原告各作品を複製又は翻案したものであるとして著作権侵害を主張しているところ、少なくとも被告各製品が原告各作品を翻案したと認められる程度に類似したものでなければ、複製権侵害が生じる余地もないのであるから、以下では、まず翻案権侵害の成否について検討することとする。

#### (2) 原告各作品の本質的特徴について

##### ア 原告各作品の分類

前記（第3の1(1)ア・イ）のとおり、原告は、原告各作品の本質的特徴について、原告作品1ないし5と原告作品6及び7に分けた上で、それぞれ同前記各 ないし の特徴点を掲げる。しかし、同各 ないし は原告各作品において共通しているし、同各 についても湾曲角度が異なるのみである上、原告作品6及び7の湾曲角度（約122度）は原告作品 ないし の湾曲角度（約115度～128度）に包摂される。そうすると、原告が主張する原告作品1ないし5と原告作品6及び7の違いは、「表面がもこもことした有毛の生地で覆われている」（原告作品1ないし5の特徴）か、「表面が非常に細い柔らかい毛による生地で覆われている」（原告作品6及び7の特徴）かという生地の違いに帰着する。しかしながら、いずれの生地も、ぬいぐるみとして格別なものとは認め難く、この点について表現上の工夫があったとは認め難いので、生地の違いをもって両者を分類することは的確ではない。

むしろ、原告作品1ないし3及び6（以下、これらを「原告作品群」と

いう。)と原告作品4, 5及び7(以下, これらを「原告作品 群」という。)とでは, 顔の輪郭形状や目鼻の位置関係が一見して異なっており, これらから受ける印象も相当に異なるから, 以下では, 必要に応じて原告各作品を 群と 群に分けて本質的特徴を検討することとする。

#### イ 原告各作品の本質的特徴

(ア) 証拠(甲7の1, 19の2~8, 20の2~6)及び弁論の全趣旨によれば, 原告各作品には, 原告が原告各作品の本質的特徴として主張する形態のうち, 以下の形態を備えることが認められる(ただし, 以下の「湾曲角度」について, 原告各作品にはぬいぐるみの内部にワイヤーが入っており, 湾曲角度は可変であるから, その角度を厳密に特定することに大きな意義はない。)

胴体を弓状に丸めており, 背中の湾曲角度は約115度から128度の鈍角である。

細い幅の胴体に比して広い横幅の顔を有する。

一般的な猫と比較して四肢が長く表現されている。

一般的な猫と比較して胴体が細く表現されている。

側面から観察すると, 前脚の付け根から後脚の付け根に至るまでの腹部はほぼ半円を形成している。

目は猫目ではなく丸目である。

口が省略されている。

(イ) 原告各作品の著作者たる原告は, その陳述書(甲29)において, 原告各作品を制作するに当たり, 「猫のリアルさを出し過ぎないとともに, 大人のプライベート空間にインテリアアクセントとして置いて違和感が出ないように, かわいさを残しつつも子供らしいかわいさが出過ぎないように留意し」た旨, 原告各作品の「特徴的に曲がった背中, 細く長く伸びた四肢, テディベアのぬいぐるみに付いているような丸目は, 当時の世間の猫のぬいぐるみや置物には全くなかった表現」である旨陳述する。

(ウ) しかしながら, 著作物のどの点に本質的特徴があるかは, 当該著作物の著作者の創作的意図をも踏まえながらも, それのみならず, 創作の対象となったモデル自体との対比や, 同一のモデルを対象とした他の著作物との対比等も参考にしながら, 法的保護に値する創作的な特徴を客観的な観点から認定するのが相当である。

そこで検討するに, 原告各作品は, いずれも猫をモチーフとしたものであるところ, 猫は威嚇をする際などに背中を弓状に丸める体勢を取ることが広く知られている。そして, このような体勢をぬいぐるみで表現しようとするに当たり, 原告各作品は猫が威嚇をする際などに取る上記の体勢に似せて単に胴体を緩やかに湾曲させているのみであり, そこに特段の創作

があったとは認め難い。しかも、弁論の全趣旨によれば、原告各作品が制作される前に、ドイツのシュタイフ社がトムキヤットという猫のぬいぐるみ（以下、単に「トムキヤット」という。）を製造販売していたことが認められ、証拠（甲6，7の3）によれば、トムキヤットの背中が大きく湾曲していることが認められる。

そうすると、原告各作品の背中が弓状に丸まっていること（上記）や、それに伴って前脚の付け根から後脚の付け根までの腹部が半円の形状をしていること（上記）をもって、原告各作品の本質的特徴と認めることはできない。

また、原告は、原告各作品が一般的な猫に比して胴体が細いこと（上記）や、四肢が長いこと（上記）を本質的特徴として主張する。たしかに、原告各作品のぬいぐるみの胴体は一般的な猫に比して細身ではあるものの、極端なものではなく、通常表現の幅の範囲内といえる。四肢の長さについても、少なくとも原告作品1，2，6及び7については、全体のバランスからして、四肢が長く表現されているとはいえるが（これに対し、原告作品3ないし5については四肢が長いとは認め難い。）、やはり通常表現の幅の範囲内というべきである。

したがって、これらの点を原告各作品の本質的特徴と認めることもできない。

(I) 他方、ぬいぐるみを観賞して愛でるにしろ、触れて遊ぶにしろ、その顔の表情はぬいぐるみの印象を決定づける重要な要素の1つであるところ、原告作品群では、胴体に比べて頭部が横方向にはみ出しており、正面視の顔の輪郭形状は水平方向に扁平な楕円形である（なお、トムキヤットでは、正面から見た場合の頭部の横幅は胴体と同じである。）。また、原告作品群では、両目の間隔が離れており、鼻が両目を結んだ直線上にあって、目鼻が頭部のやや上部に位置することに加え、前脚と後脚の長さがほぼ同じで、前傾姿勢を取っていないことからすると、原告作品群をそれぞれ全体としてみれば、見る者に優しく、ほのぼのとした印象を与えるものといえることができる。

したがって、これらの形態は原告作品群の印象を決定付ける本質的特徴といえるべきである。なお、原告作品群の耳は、頂角が鋭角をなす二等辺三角形に近く、頭部から大きく突き出ており、この点も、原告作品群を特徴づける要素といえる。

次に、原告作品群については、頭部が胴体よりも全体的に大きく、正面視の輪郭形状がほぼ真円に近い。また、原告作品群の鼻は円の中心近くにあり、両目の間隔はやや離れ、顔の上部に位置する。これら形態によって、原告作品群は、やや上目遣いで、のんきな印象を与えるものとい

うことができる。

したがって、これらの形態は原告作品 群の印象を決定づける本質的特徴というべきである。なお、原告作品 群の耳については特段大きいものではないので、特徴点とは認められない。

(3) 被告各製品との対比について

ア 被告製品 1 ないし 6 について

原告は、被告製品 1 ないし 6 を、「被告製品 1 及び 2」、「被告製品 3 及び 4」、「被告製品 5」並びに「被告製品 6」の 4 つに分けた上、原告作品 1 ないし 5 と対比しているところ、被告製品 1 ないし 6 は、その形態が主要な点で共通しており、原告の主張によっても、その違いは表面生地と湾曲角度（約 113 度～128 度）のみであり、前記(2)のとおり表面生地や湾曲角度は原告各作品の本質的特徴とは認め難いから、以下では被告製品 1 ないし 6 をまとめて対比することとする。

(ア) 証拠（甲 7 の 2、乙 25 の 1 ないし 4）及び弁論の全趣旨によれば、被告製品 1 ないし 6 は、原告が主張する同各製品の形態のうち、以下の形態を備えることが認められる。

胴体を弓状に丸めている。背中の湾曲角度は、約 113 度ないし 128 度の鈍角である。

胴体の横幅は最も長いところで約 7 cm、顔の付け根付近の横幅は約 4 cm、顔の横幅の最も長いところは約 8 cm である。

一般的な猫と比較して四肢が長く表現されている。

側面から観察すると、前脚の付け根から後脚の付け根に至るまでの腹部はほぼ半円を形成している。

目は猫目ではなく丸目である。

口が省略されている。

(イ) この点、原告は、被告製品 1 ないし 6 の胴体が一般的な猫と比較して細く表現されており、これに比して顔の横幅が広いと主張するが、同各製品では胴体の上下の幅が比較的広いので、必ずしも一般的な猫と比べて細いとは認め難い。また、正面から見ても、耳の部分の横幅は胴体より広いが、顔の部分の横幅が胴体より広いとは認められない。

(ウ) 前記認定のとおり、原告各作品の本質的特徴は頭部や顔の部分にあるところ、原告の主張に係る上記各形態のみでは、その点が明らかではないので、他の特徴点についても検討する。

前掲各証拠及び弁論の全趣旨によれば、被告製品 1 ないし 6 の頭部は耳と一体として形成され（耳の部分にも詰め物が詰められている。）、頭部全体の形状は三日月を横倒しにしたようなお椀型をしていること、両目は正面視やや下方にあり、鼻は両目を結んだ線よりもさらに下にあること、

前脚が後脚より短く、頭部を低くした前傾姿勢を取っていることが認められる。

イ 被告製品7について

(ア) 証拠(甲7の2)及び弁論の全趣旨によれば、被告製品7は、原告が主張する被告製品7の形態のうち、以下の形態を備えることが認められる。

胴体を弓状に丸めている。背中の湾曲角度は、約133度の鈍角である。

胴体の横幅は最も長いところで約4cm、顔の付け根付近の横幅は約4cm、顔の横幅の最も長いところで約6cmである。

一般的な猫と比較して胴体が細く表現されている。

目は猫目ではなく丸目である。

口が省略されている。

(イ) この点、原告は、被告製品7の胴体が一般的な猫と比較して細く表現されており、これに比して顔の横幅が広いと主張するが、同製品は被告製品1ないし6よりも全体として相当小さく、全体のバランスからして、必ずしも一般的な猫と比べて胴体が細いとは認められないし、正面から見ても、耳の部分の横幅は胴体より広いが、顔の部分の横幅が胴体より広いとは認められない。

また、被告製品7では、被告製品1ないし6とは異なり、一般的な猫と比較した場合に四肢が長いとは認められないし(むしろ、短いと評価することもできる。)、側面から観察した場合に前脚の付け根から後脚の付け根に至るまでの腹部が半円になっているとも認められない。

(ウ) さらに、被告製品7の他の特徴点について検討するに、前掲証拠及び弁論の全趣旨によれば、被告製品7は、被告製品1ないし6と同様に、その頭部が耳と一体として形成されており、その頭部全体の形状は三日月を横倒しにしたようなお椀型をしていること、両目は正面視やや下方にあり、鼻は両目を結んだ線よりもさらに下にあること、前脚が後脚より短く、頭部を低くした前傾姿勢を取っていることが認められる。

ウ 被告製品8及び9について

(ア) 証拠(甲7の2)及び弁論の全趣旨によれば、被告製品8及び9は、原告が主張する同各製品の形態のうち、以下の形態を備えることが認められる。

胴体の横幅は最も長いところで約3cm、顔の付け根付近の横幅は約3cm、顔の横幅の最も長いところで約4cmである。

目は猫目ではなく丸目である。

口が省略されている。

(イ) この点、原告は、被告製品8及び9の胴体が弓状に丸まっていると主

張するが、同各製品の胴体はほぼまっすぐであり、丸まっているという印象は受けない。また、原告は、同各被告製品の胴体が一般的な猫と比較して細く表現されており、これに比して顔の横幅が広いとも主張するが、同各被告製品は、被告製品7よりもさらに小さく、全体のバランスからして、一般的な猫と比べて胴体が細いとは認められないし、正面から見ても、耳の部分の横幅は胴体より広いが、顔の部分の横幅が胴体より広いとは認められない。

また、被告製品8及び9は、被告製品7と同様に、一般的な猫と比較した場合に四肢が長いとはいえないし、側面から観察した場合に前脚の付け根から後脚の付け根に至るまでの腹部が半円になっているとも認められない。

(ウ) 次に、被告製品8及び9の他の特徴点についても検討するに、前掲証拠及び弁論の全趣旨によれば、被告製品8及び9は、被告製品1ないし6と同様に、その頭部が耳と一体として形成されており、その頭部全体の形状は三日月を横倒しにしたようなお椀型をしていること、両目は正面視やや下方にあり、鼻は両目を結んだ線よりもさらに下にあること、前脚が後脚より短く、頭部を低くした前傾姿勢を取っていることが認められる。

#### (4) 原告各作品との対比

前記(2)で認定したとおり、原告作品群の本質的特徴は、顔の輪郭形状が横方向に扁平な楕円形であること、両目がやや離れており両目と鼻が水平方向ほぼ同一線上にあること及び両目と鼻が顔のやや上に位置することであり、原告作品群の本質的特徴は、顔の輪郭形状が真円に近いこと及び鼻が顔の中央にあり目が上部に付いていることにある。

これに対し、被告各製品は、それぞれ異なる部分もあるものの、前記(3)アないしウの各(ウ)で認定したように、頭部全体の形状が三日月を横倒しにしたようなお椀型であること、目鼻が顔の下方に付いていることにおいて共通している。

そうすると、被告各製品は、原告各作品の本質的特徴を備えているとは認められず、また、前脚を短くした前傾姿勢を取ることによって、原告各作品とは異なり、今にも飛びかかってきそうな子猫の無邪気な印象を与えるものであり、原告作品群の見る者に優しくほのぼのとした印象や、原告作品群の上目遣いでのおんきな印象とも大きく異なるといえる。

そうすると、被告各製品からは、原告作品群及び群の本質的特徴を直接感得することはできないというべきであり、被告各製品は、原告各作品を翻案したと認められるほどに類似しているとは認められない。

また、上記したところによれば、被告各製品が原告各作品を複製したものに当たらないことも明らかである。



(5) よって、争点2（依拠性）について判断するまでもなく、被告各製品の製造販売は、原告の著作権（複製権及び翻案権）を侵害する行為とは認められない。

## 第5 結論

以上により、原告の本件各請求は、いずれも理由がないからこれを棄却することとし、主文のとおり判決する。

### 【論 説】

1．判決は、まず2つの最高裁判決を援用し、原告が選択的に主張した著作権侵害上の2つのキーワードである「複製（reproduce）」と「翻案（adaptation）」の内容について解説する。しかし、この解説は、前者が著作権法2条1項15号に規定する定義とは違うし、後者は定義規定すらないわが国著作権法の上では、貴重な判例である（「二次的著作物」についての定義はある。著2条1項11号）。この2つのキーワードについて、最高裁は次のように解説する。

(1)「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。」（最高裁昭和53年9月7日一小判決「ワンレニーナイトイントーキョー」事件・民集32-6-1145）

(2)「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を直接感得することのできる別の著作物を創作することをいう。」（最高裁平成13年6月28日一小判決「江差追分」事件・民集55-4-837）

そこで、本件判決は、「少なくとも被告各製品が原告各作品を翻案したと認められる程度に類似したものでなければ、複製権侵害が生じる余地もないのであるから」として、翻案権の侵害の成否についてまず検討した。

その結果、判決は、「被告各製品からは、原告作品 群及び 群の本質的特徴を直接感得することはできないというべきであり、被告各製品は、原告各作品を翻案したと認められるほどに類似しているとは認められない。」と認定したのである。

しかし、本件裁判所が、二次的著作権侵害である「翻案」から著作権侵害の有無を検討したことは、正面から入ることをあえて回避した論法であり、納得できない。複製権侵害の有無の検討から攻め、既存著作物への依拠性や内容・形式の覚知性を確認する正攻法を採った方が説得力があったのではないだろうか。

2．裁判所が、二次的著作物の著作権侵害である翻案権から攻めた根拠は、

「被告各製品が原告各作品を翻案したと認められる程度に類似したものでない」ならば、複製権の侵害の成立もあり得ないと解した論理にあったようであり、判決作成の経済性も考慮したものと見えよう。しかし、これは初めに結論ありきの論法である。

著作権法21条が規定する著作物を複製する権利にいう「複製」とは、「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することをいい」と定義されている以上、原著作物をその方法を問わず、「有形的に再製することを」すべて含むと解すべきであるから、ここには表現方法の変更はあっても、表現手段の創作的付加の考えが入る余地はない。

そして、著作物とは、本来、「思想又は感情を創作的に表現したもの」（著2条1項1号）と定義されているから、創作的表現手段の周辺的な変更は、当該著作物の創作性の同一の範疇に属する複製と解することができるのである。（この範疇を類似と解する考え方は誤りであり、創作の同一性と解するのが妥当である。）<sup>(1)</sup>

これを前記最高裁判決は、「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」と説示しているが、これはまた「表現上の本質的特徴を直接感得するもの」と換言することができるのである。

ここに「表現上の本質的特徴を直接感得する」ことができる作品は、原著作物と同じ表現内容が存在するものであるから、もしこれに創作的付加表現があるならば、二次的著作物としての翻案物ということになる。その典型的な作品として法は、翻訳、編曲、変形、脚色、映画化を挙げている（著2条1項11号、29条）。しかし、これはあくまでも例示であり、翻案と認定されるものは他にもあるだろう。ただここに「脚色」とは、複製の定義規定中に含まれるものとして「脚本その他これに類する演劇用の著作物」（著2条1項15号イ）が挙げられているから、両者の違いが不明である。

また、「建築の著作物」は、「建築に関する図面にしたがって建築物を完成すること」を含むものとしているが、これなどは図面という二次元物から建築という三次元物への変形と考えられるから、翻案物と解することもできるのである。また、建築の著作物の複製範囲に建築物自体を含めるとすれば、マンガ・キャラクターの絵からぬいぐるみ等の人形への変形（「たいやきくん」事件東京地判昭和52年3月30日認容）は、翻案ではなく複製と解してもよい事案となる、著作権侵害が成立するか否かは別として<sup>(2)</sup>。

ただ「翻案」の場合にあっては、原著作物に付加した何らかの創作的部分が認められる作品であるから、単に平面物から立体物への変形のために、原作品の周辺部分を修正するのみならず、新しい創作部分を付加したことが確認できるものでなければならないだろう<sup>(3)</sup>。そういう作品こそ二次的著作物として、あえて翻案という概念を与えて権利保護するのが現行著作権法である。

なお、最高裁平成13年6月28日一小判決にある「表現上の本質的な特徴」とは、平たく言えば「大筋で」との意味と解されるから、「アイディア（意想）」とも言えるかも知れない。しかし、そこはあくまでも具体的な表現形式が判断の基本となる。

### 3. 本件判決の内容に戻ろう。

3.1 判決は、原告各作品1～7について、原告主張の分類では、ぬいぐるみの生地の違いに表現上の工夫があったとは認められないから、的確でないことを理由に、原告作品を 群（原告作品1～3, 6）と 群（同4, 5, 7）とに分類した。これは、顔の輪郭形状や目鼻の位置が一見して異なり、受ける印象も異なることが理由であり、このような2つの群区分から、本質的特徴を検討することにしたのである。

判決は、著作物のどの点に本質的特徴があるかは、当該著作物の著作者の創作意図のみならず、創作の対象となったモデル自体との対比や、他の著作物との対比等も参考にしながら、法的保護に値する創作的特徴を、客観的な観点から認定するのが相当であるとした。

この検討中の参考文献として、ドイツ国シュタイフ社製の「トムキャット」という猫のぬいぐるみが製造販売されていたことが証拠から判明したので、原告各作品の背中が弓状に丸まっていることやそれに伴って前脚の付け根から後脚の付け根までの腹部が半円形状をしていることが、原告各作品の本質的特徴と認めることはできないと認定した。

また、原告は、原告各作品が一般的な猫に比して胴体が細いことや四肢が長いことを本質的特徴と主張したが、それは極端なものではないし、通常の表現巾の範囲内のものといえるから、本質的特徴と認めることはできないと認定した。

そこで、判決は、原告作品 群については、胴体に比べて頭部が横方向にはみ出し、正面視の顔の輪郭形状は水平方向に扁平な楕円形であり、両目の間隔が離れ、鼻が両目を結んだ直線上にあり、目鼻が頭部のやや上部に位置することに加え、前脚と後脚の長さはほぼ同じで、前傾姿勢をとっていないから、全体として見れば、見る者に優しく、ほのぼのとした印象を与えるものと認定し、また耳は、頂角が鋭角をなす二等辺三角形に近く、頭部から大きく突き出している点も特徴であるから、これらの点を以って原告作品 群の本質的特徴と認定した。

次に、判決は、原告作品 群については、頭部が胴体よりも全体的に大きく、正面視の輪郭形状がほぼ真円に近く、鼻は円の中心近くにあり、両目の間隔はやや離れ、顔の上部に位置することに加え、やや上目遣いで、のんきな印象を与えるものと認定し、この点を以って原告作品 群の本質的特徴の一つと認定

した。しかし、耳については、特段大きいものではないから、特徴点とは認められないと認定した。

3.2 これに対し判決は、被告製品 1～6 についてその形態が主要点で共通し、その違いは表面生地と弯曲角度（約 113°～128°）のみであるから、本質的特徴と認められるのはその全体についてであると認定し、この全体と原告作品の 群及び 群とをそれぞれ対比した。

そこで、判決は、被告製品 1～6 について異なる部分もあるが、頭部全体の形状が三日月を横倒しにしたようなお椀型で、目鼻が顔の下方に付いている点で共通しているから、原告各作品の本質的特徴を備えているものとは認められないと認定した。また、判決は、被告各製品は前脚を短くした前傾姿勢をとることによって、今にも飛びかかってきそうな子猫の無邪気な印象を与えるから、原告作品 群・ 群の印象とは大きく異なると認定した。

その結果、判決は、被告各製品からは、原告作品 群と 群の本質的特徴を直接感得することができないから、原告各作品を翻案したと認められるほどに類似しているとは認められないと判示した。と同時に判決は、被告各製品は、原告各製品の複製にも当たらないと判示したのである。

しかしながら、このような認定による判断は果して妥当といえるか、疑問である。

4 . 裁判所が対比した原告、被告の各作品は、いずれもぬいぐるみという物品に係る「意匠」であるところ、これを著作権法の土俵上の争いとして採り上げたことに、当事者も裁判所も何の疑問もはさんでいないのは不思議である。

裁判所としては、原告が本件ぬいぐるみについて、著作権侵害に基く差止め等の請求訴訟を提起し、被告がそれについて著作権の成立自体を否定する論陣を張らなかつたことから、すんなり著作権法上の事件として取扱ったものと思われるけれども、判決はそうであれば冒頭で、これは著作権法の土俵上の問題として採り上げるとの見解を、きちんと示すべきではなかつたのではないだろうか。

思い出されるのは、「赤とんぼ博多人形」をめぐる著作権侵害停止仮処分事件を扱った長崎地裁佐世保支部の昭和 48 年 2 月 7 日決定である<sup>(4)</sup>。同決定は、次のように認定し判示しているが、この決定理由は、今でも関係者の間では金字塔のように輝いている。

「著作権法の対象となる著作物とは、思想または感情を創作的に表現したものでなければならぬが、本件人形『赤とんぼ』は、同一題名の童謡から受けるイメージを造形物として表現したものであって、検甲第一号証によればその姿体、表情、着衣の絵柄、色彩から観察してこれに感情の創作的表現を認めることができ、美術工芸的価値としての美術性も備わっているものと考

えられる。

また美術的作品が、量産されて産業上利用されることを目的として製作され、現に量産されたということのみを理由としてその著作物性を否定すべきいわれはない。さらに、本件人形が一方で意匠法の保護の対象として意匠登録が可能であるからといっても、もともと意匠と美術的著作物の限界は微妙な問題であって両者の重畳的存在を認め得ると解すべきであるから、意匠登録の可能性をもって著作権法の保護の対象から除外すべき理由とすることはできない。したがって、本件人形は著作権法にいう美術工芸品として保護されるべきである。

本件人形の複製、販売の権利、すなわち著作権は、すでに申請外2人の著作者から譲渡を受けた債権者に帰属しているのであるから、債権者の承諾なく本件人形を複製し、販売している債務者らの行為は、債権者の著作権を侵害する違法なものである。右侵害行為が現に継続していることは前記認定のとおりであって、債権者においてこの差し止めを求める緊急性、必要性も疎明されている。」

したがって、もし本件大阪地裁判決もまた、このような問題意識をもって事案に臨んでいたら、その評価も高まるであろうが、判決文を読む限り、そのような問題意識の存在はみじんも感じられない。その問題の一端は被告側の対応にもあったのだろうが、意匠か著作物かという根本的な見地から原告各作品を考究した上で、著作物性を否定しかつ意匠権のない原告に対し請求棄却の判決をした方が、問題点の解明につながる説得力のある判断となっただろうか。

5. また、筆者が著作権侵害事件の本判決でもっとも注目した説示の一つは、著作物のどこに本質的特徴があるのかを把握するためには、「同一のモデルを対象とした他の著作物との対比等も参考にしながら、法的保護に値する創作的な特徴を客観的な観点から認定するのが相当である。」とした記述である。そして、判決は「トムキャット」と称するドイツ製の猫のぬいぐるみの存在を証拠として採用したのである。

しかし、もしこの証拠が甲号証ではなく乙号証であり、原告は知らなかったと反論したならばどういう結果になったであろうか。

そこで思い出されるのが、判決も冒頭で援用している「ワンレニーナイトイントーキョー」事件の最高裁判決である。この事件で被告は、米国における既存の音楽著作物に接する機会がなかったし、その存在、内容を知らないで、これと同一性のある作品を作成した者であるから、それを知らなかったことにつき過失があると否とにかかわらず、著作権侵害の責任は負わない、と最高裁は判示しているのである。

ということは、本事件にあって、原告による証拠提出はヤブ蛇になったのだが、原告は何を狙ったのだろうか。公知の引用作品との本質的特徴の相違を主張し、本件作品の創作性の存在を強調したかったのだろうか。

しかし、第三者的に見ると、そこには意匠法の保護対象である意匠と著作権法の保護対象である美術の著作物との基本的相違性があることを忘却していたのかも知れない。

6. ところで、判決は特に説示していないが、本件猫のぬいぐるみという作品（意匠）は、著作権法27条が想定しているどのような態様の翻案と解していたのだろうか。法27条に規定している態様は例示ではあっても、本件事案のような態様についてまで想定しているものとは解せない。著作物の「複製」ならば、その解釈に同一のみならず類似という概念を引き出すことは可能であるかも知れないけれども、「翻案」であると、別次元への転用による創作性の付加が想定されているといえる。しかし、本件事案の場合はそのようなものとは考えられない。

また、翻案か複製かが争われた事案としては、「西瓜写真」事件<sup>(5)</sup>があるところ、判決は一審と二審とでは別異の認定をしている。即ち、東京地裁は写真の翻案を基準として否定の判断をし、東京高裁は写真の再製・改変を基準として肯定の判断をしている。すると、地裁は著作権法27条を、高裁は著作権法21条、20条をそれぞれ適用して判断していることになる。

このような先例は他にもあるにもかかわらず、本件判決は、著作権法27条の翻案問題から入る論法をあえて採ったことから、やや迷路に入ったような結論になってしまったが、もし著作財産権としての複製権（著21条）と著作権人格権としての同一性保持権（著20条）とを検討する論理から入ったならば、その結論は別として、もっと説得力のある説示ができたのではなかろうか。

しかし、いずれにせよ、その前に考察すべき問題は、本件ぬいぐるみは、果して美術の著作物なのかという根本的な疑問を解明することにあつたのである。

7. 参考までに、被告ではなく原告が提出したドイツのシュタイフ社が1950年代に商品発表したクロネコの「トムキヤット」というぬいぐるみについてネット検索をしたので、別紙3で紹介する。

すると、この猫のぬいぐるみに対しては、被告製品中、特にその6が類似する意匠に見えるから、その依拠性ととも本質的特徴、即ち創作体を同一にする意匠であると、筆者は考えるのである。

また、このぬいぐるみは、マンガやアニメに登場したキャラクターではなく、最初から人形として製作販売されたものであったから、その著作物性は消極に考えるべきである。

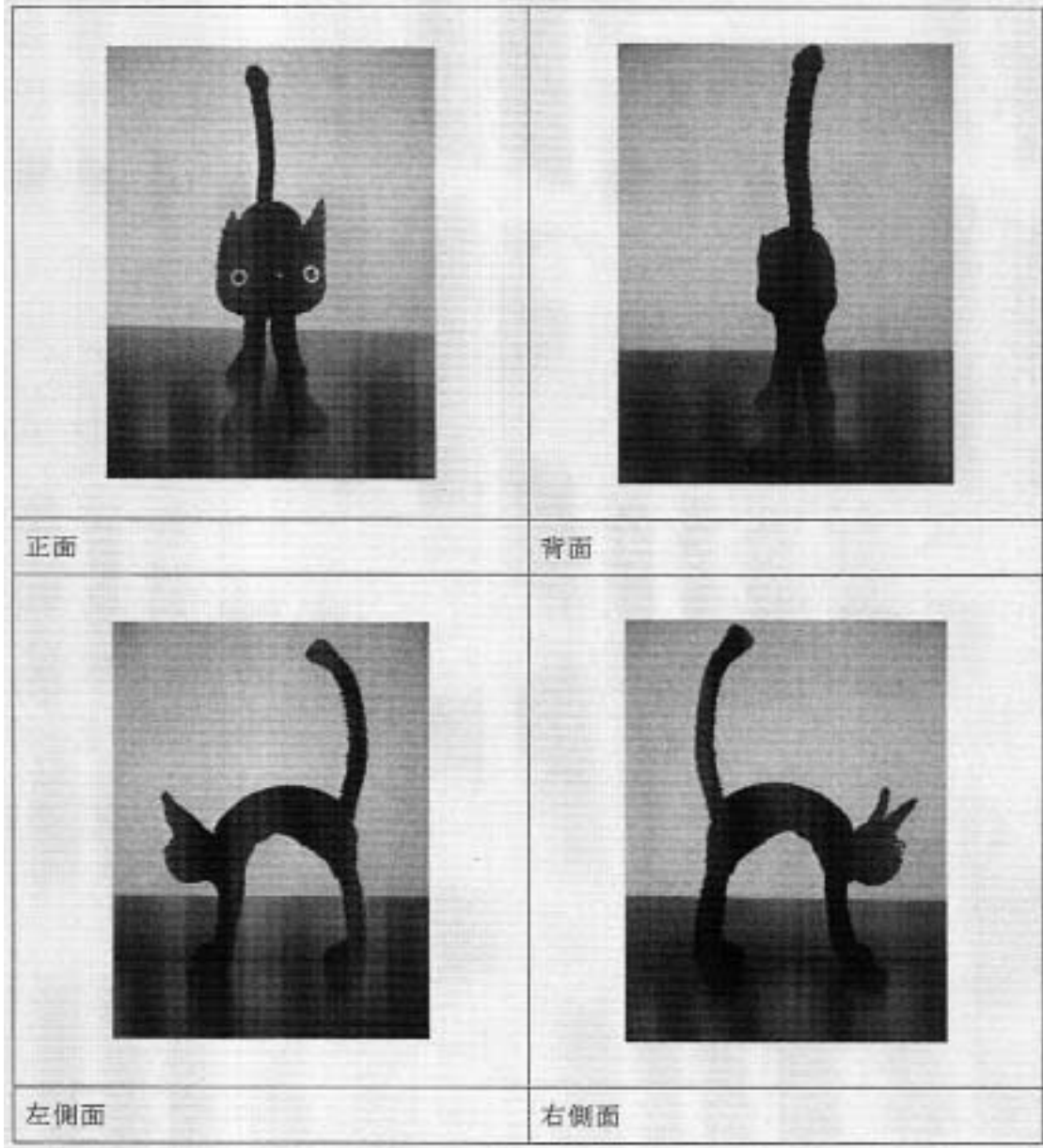
- (1) 牛木理一「著作物の類似概念 - 著作権の保護範囲を考える」半田正夫先生古稀記念論集65頁・法学書院2003年。筆者は、著作権法における複製と翻案とを、意匠法上の類似（意3条1項3号）と利用（意26）との関係と同じと解している。いずれも前者の概念には新創作はないが、後者の概念には付加的創作がある。したがって、類似する意匠とは同一の創作体の範疇にある意匠をいう。しかし、本件判決における理解度は不明である。
- (2) 「たいやきくん」事件について東京地裁は、本件原画に依拠し、これを變形して縫いぐるみを製造したものと認定し、著作権侵害の成立を認めただけども、筆者はこの認定判断には反対した。牛木理一「キャラクター戦略と商品化権」121頁・発明協会2000年。
- (3) 東京地判平成11年2月25日「キャンディ・キャンディ事件」。この判決批判として、牛木理一「連載漫画の原作とキャラクターの絵との関係」53頁・パテント1999年7月号（牛木「デザイン キャラクターパブリシティの保護」319頁に収集・悠々社2005年）があり、筆者はここで、原作（ストーリー）と漫画（絵）とは原著作物と二次著作物の関係にあるのではなく、それぞれ独立した作品であると論じている。
- (4) 牛木理一「応用美術 - 博多人形事件 - 」著作権研究第6号37頁・著作権法学会1973年。牛木前掲「キャラクター戦略と商品化権」199頁。
- (5) 東京地判平成11年12月15日・棄却・東京高判平成13年6月21日・控訴認容（牛木前掲「著作物の類似概念」411頁。複製と翻案の問題を扱った論文としては、橋本英史判事の「著作権（複製権・翻案権）侵害の判断について（上）（下）」判時1595号・1596号がある。

〔牛木 理一〕

〔別紙 1〕

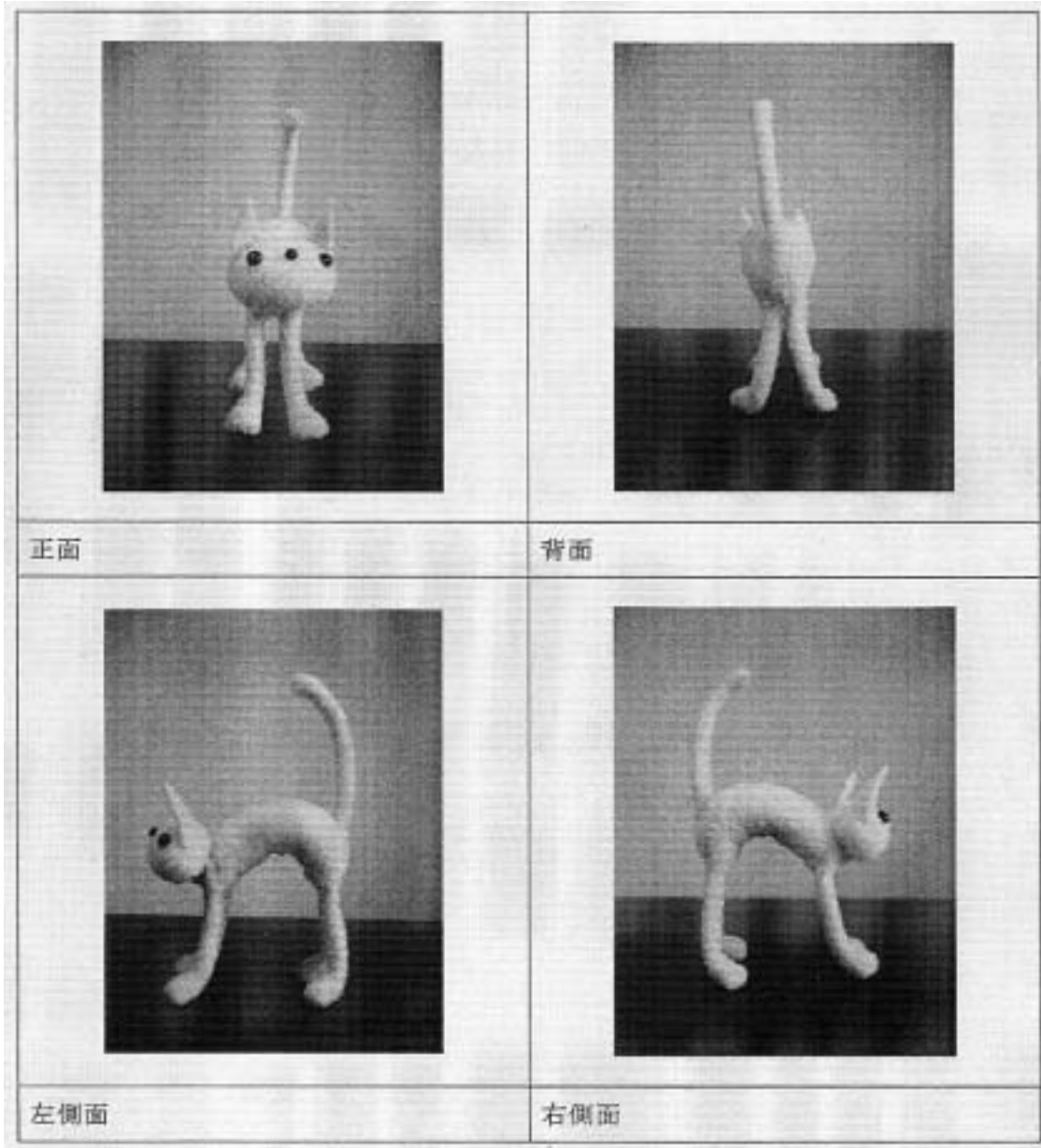
原告作品目錄

原告作品 1

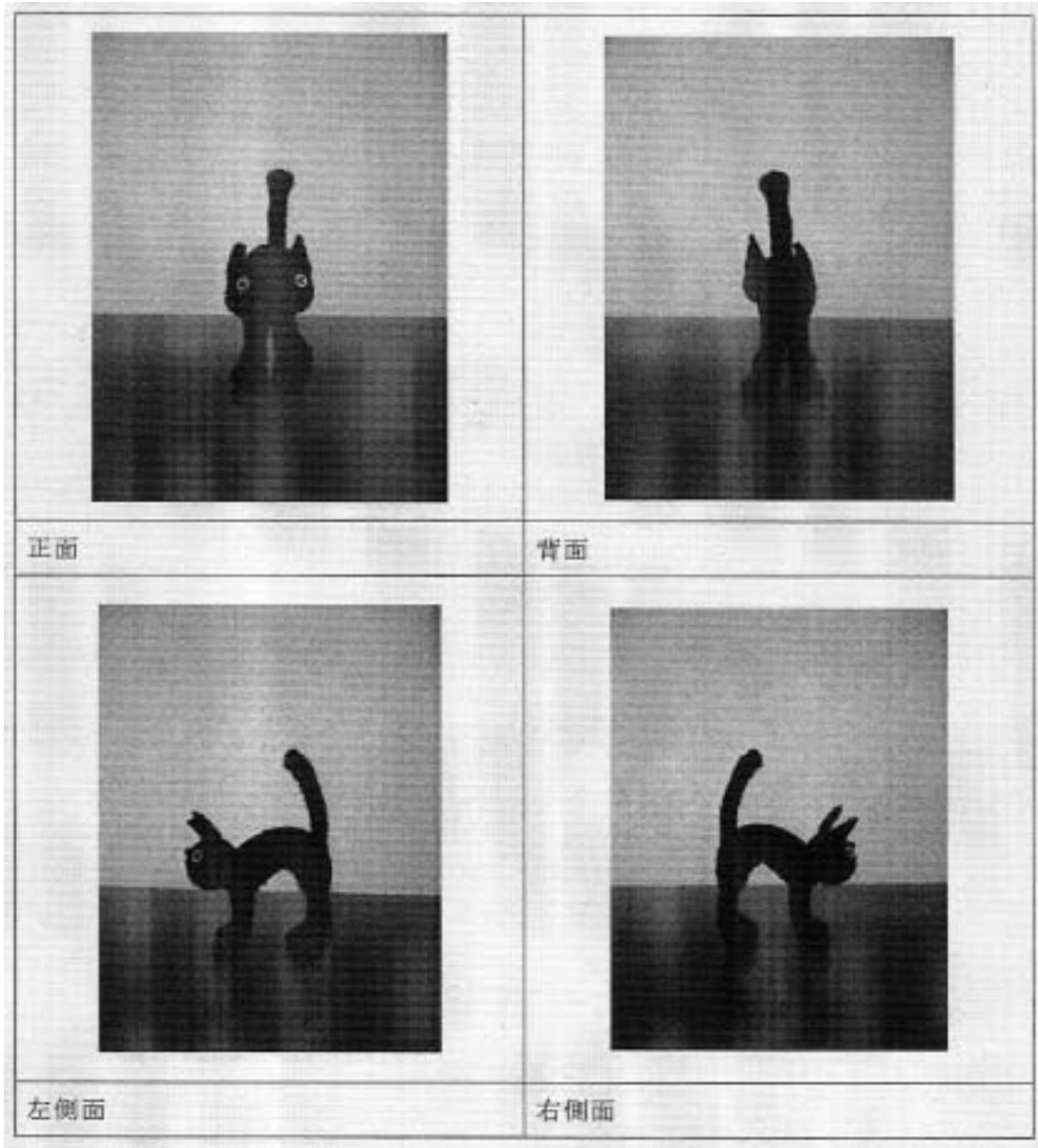




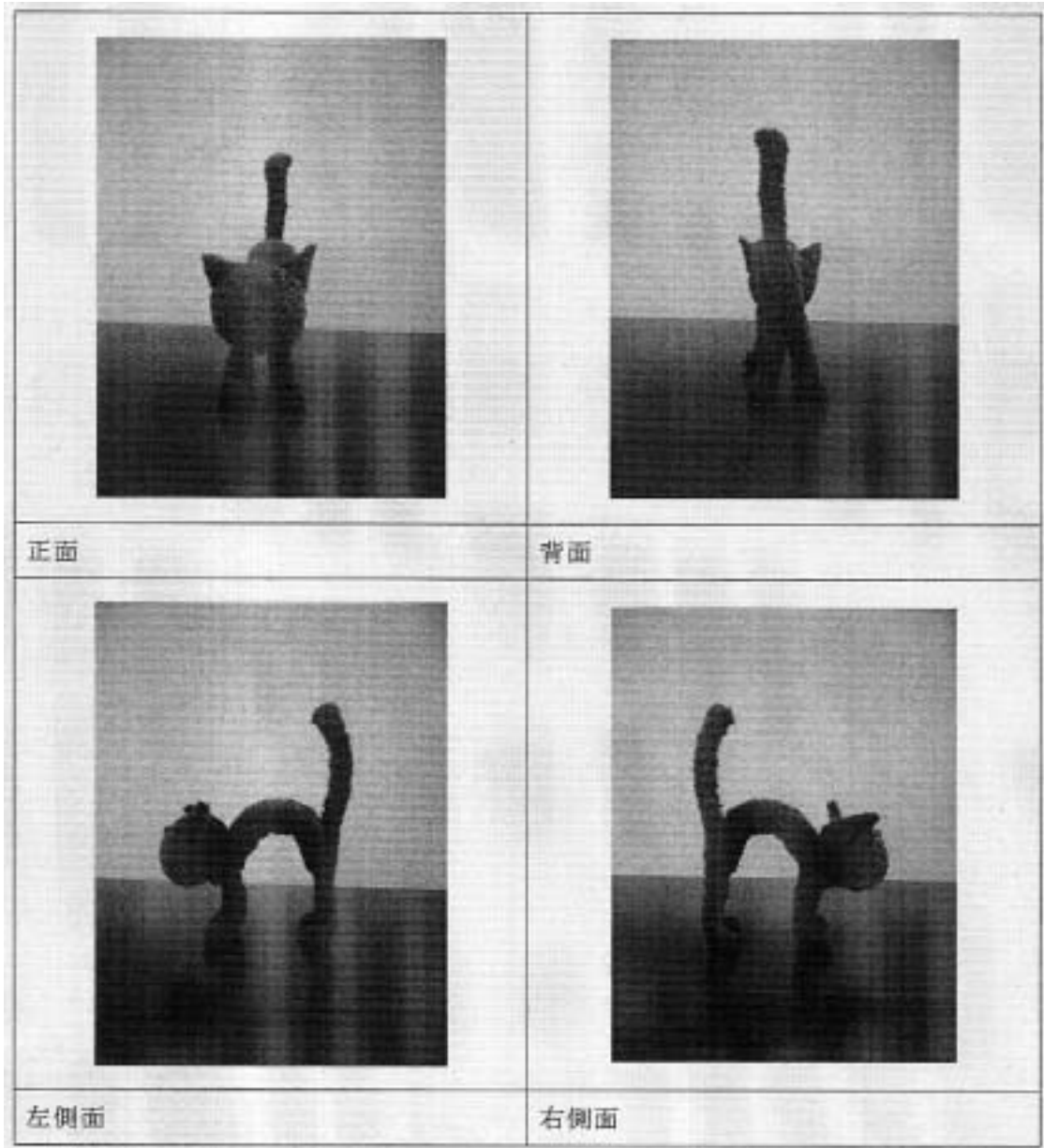
原告作品 2



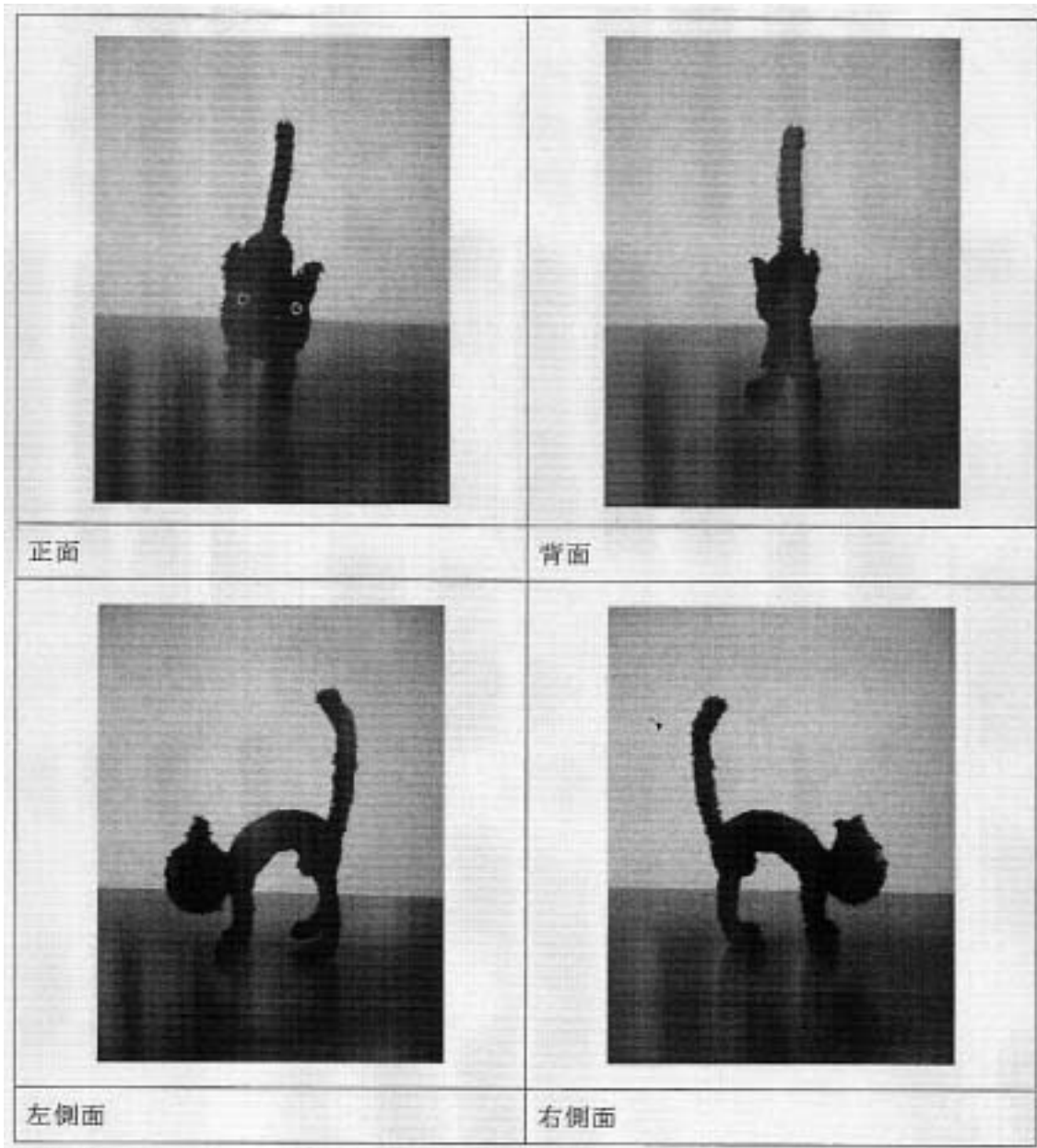
原告作品 3



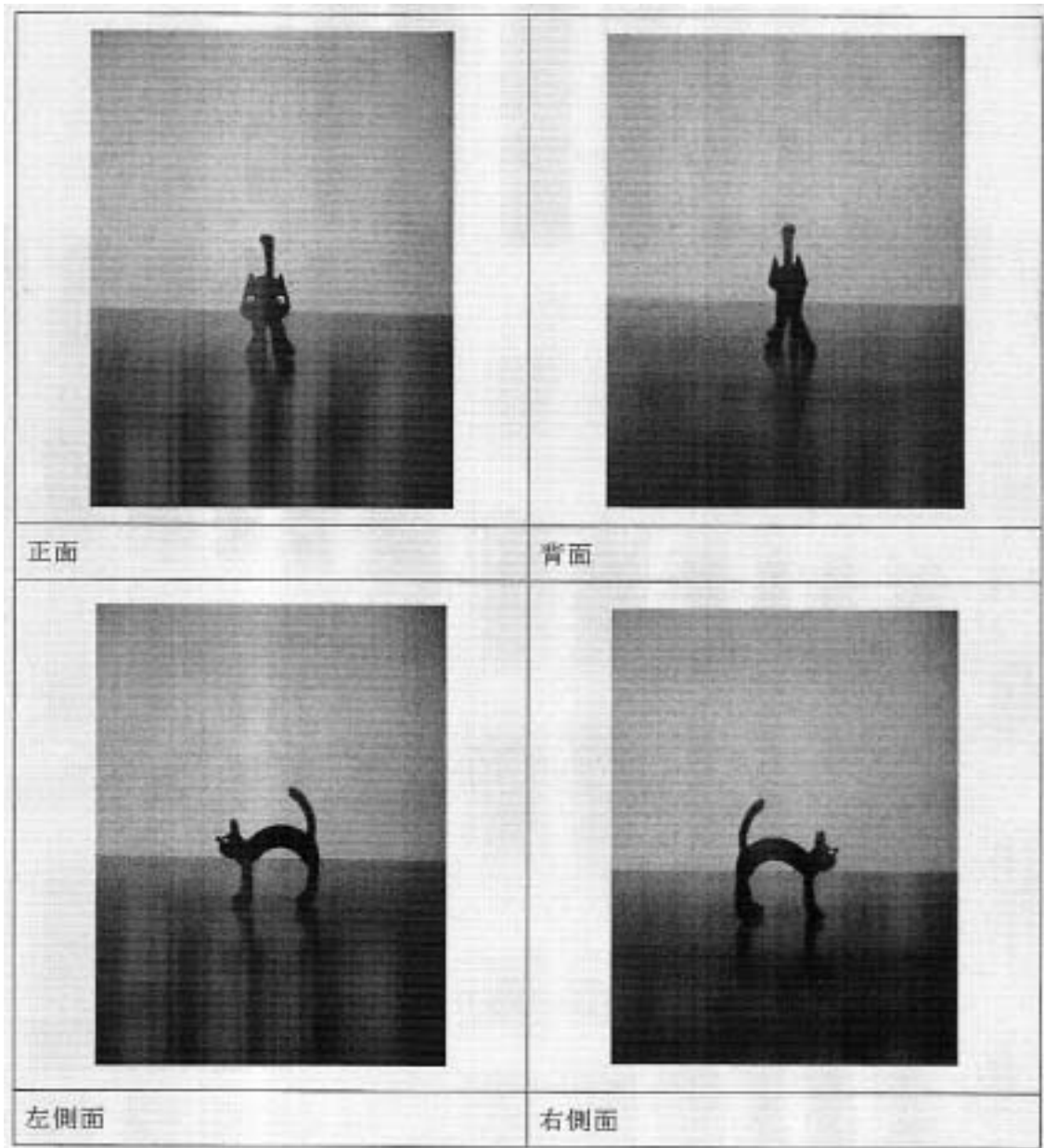
原告作品 4



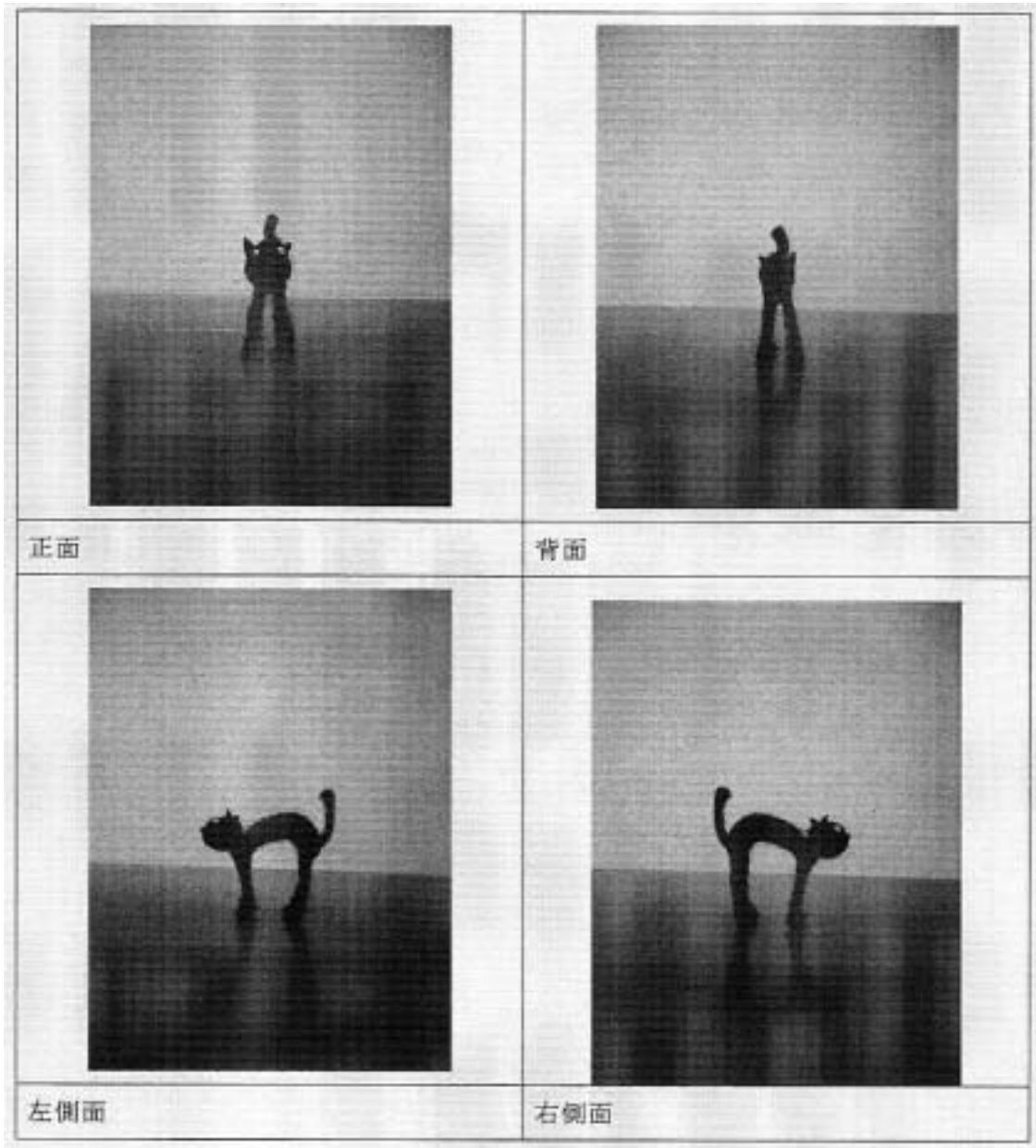
原告作品 5



原告作品 6



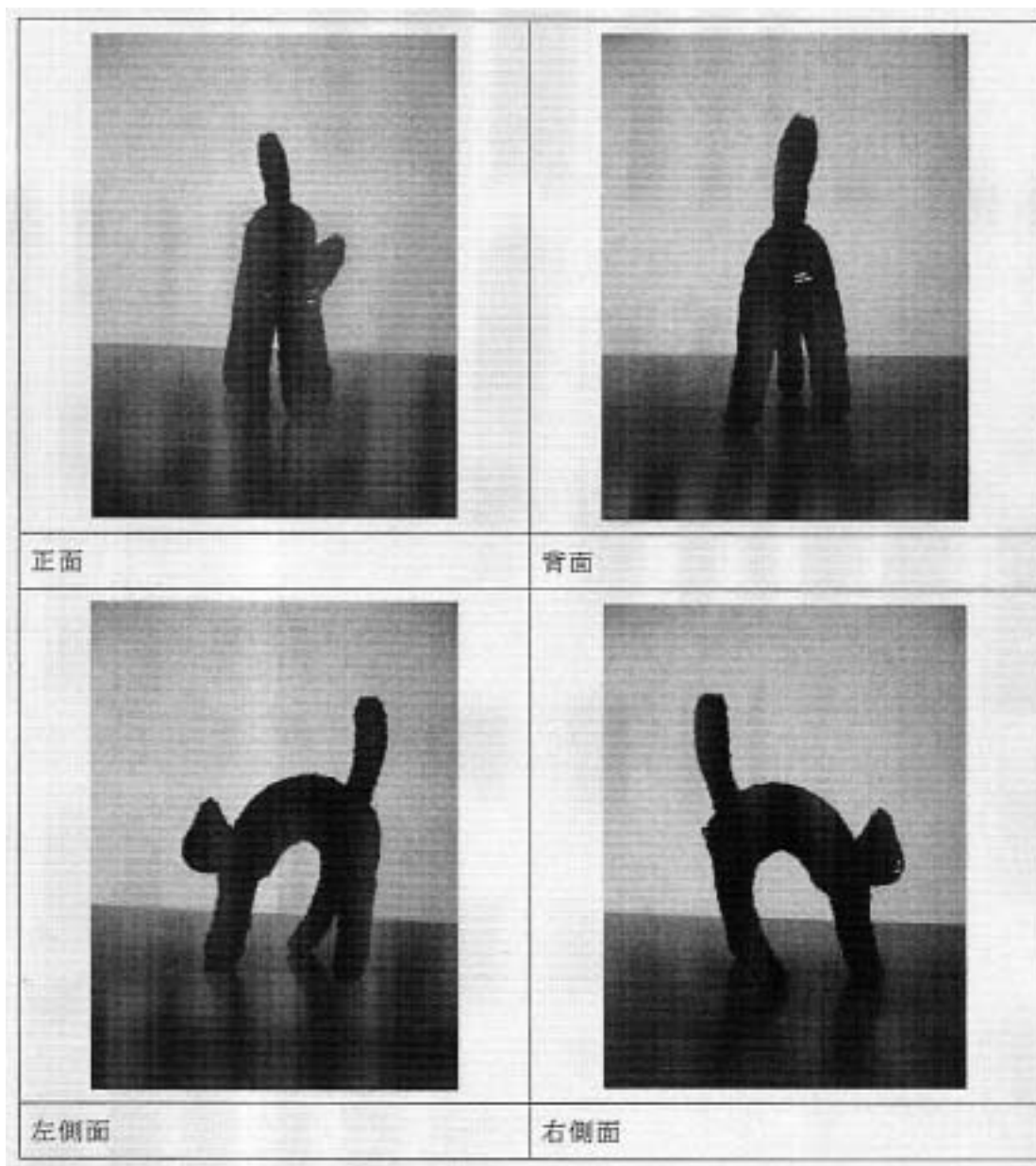
原告作品 7



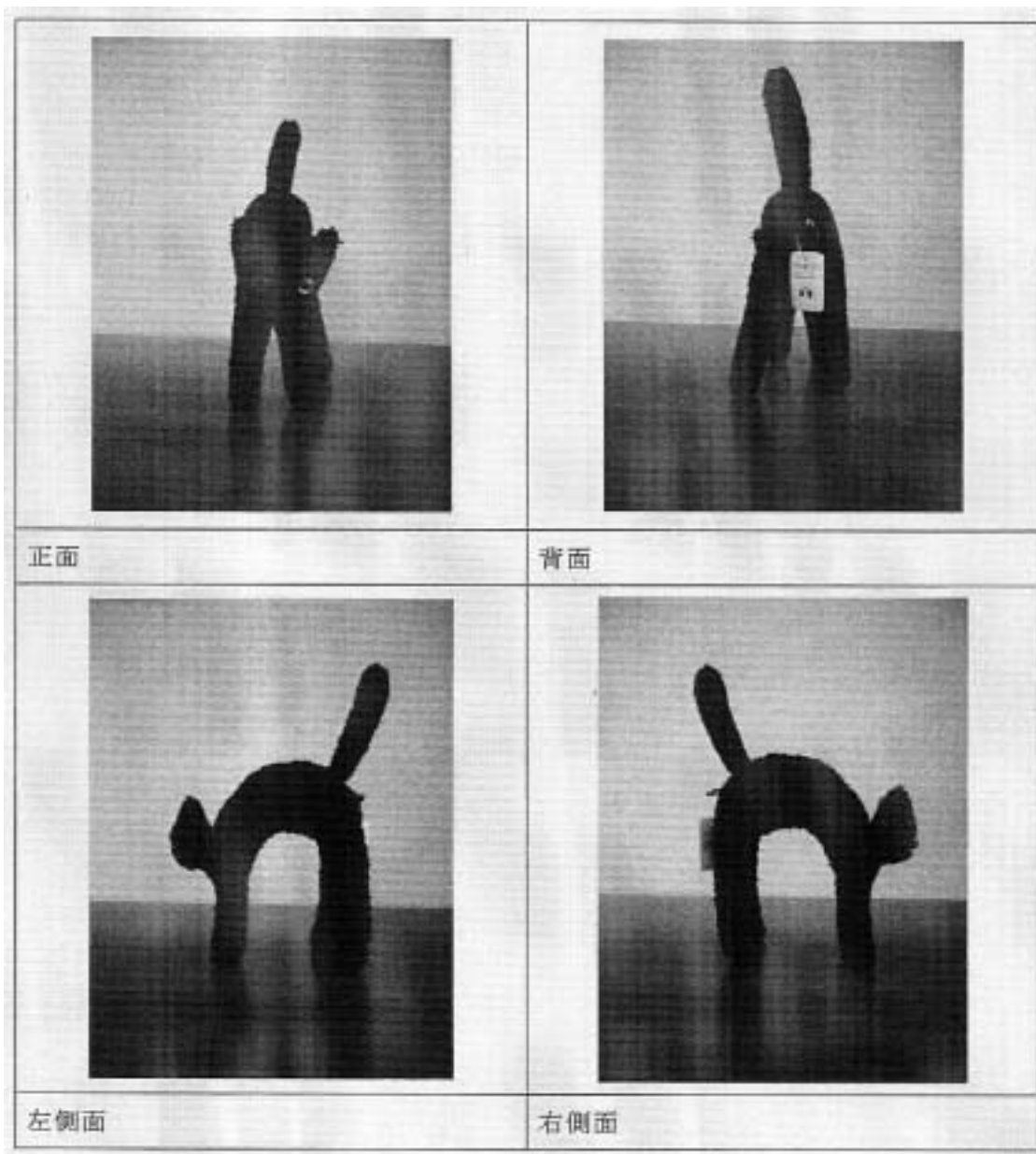
〔別紙 2〕

被告製品目録

1 被告製品 1

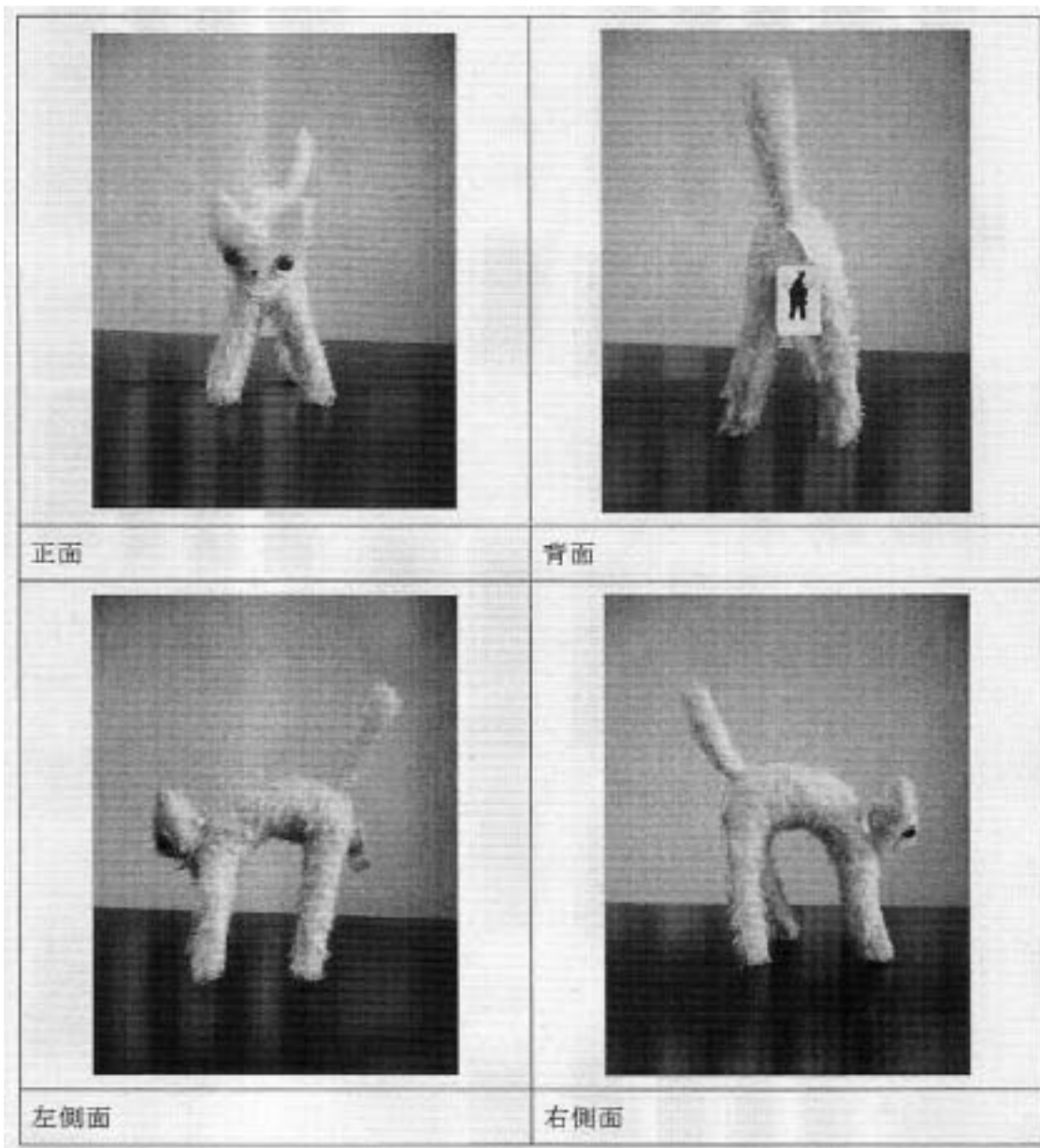


2 被告製品 2

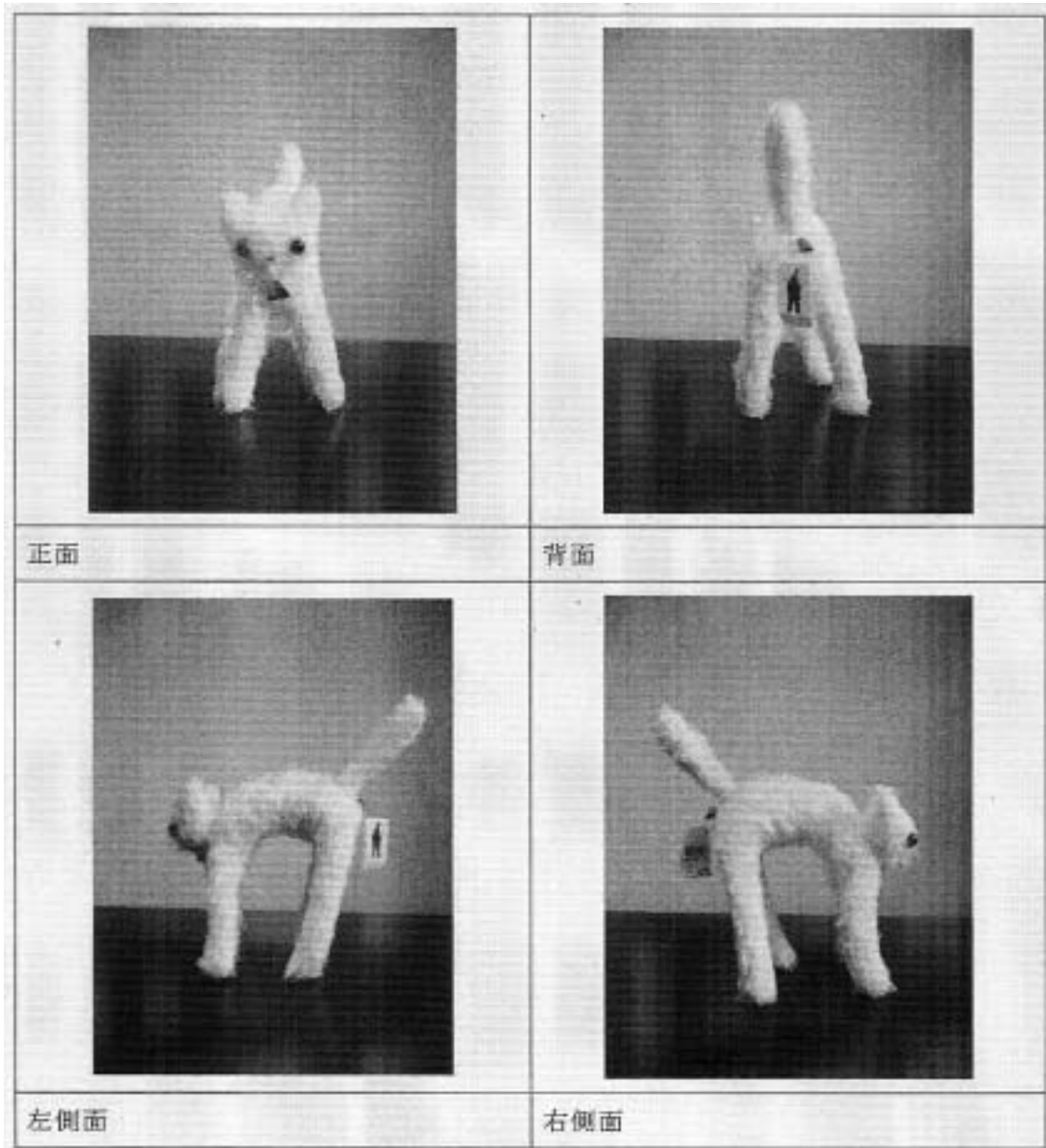




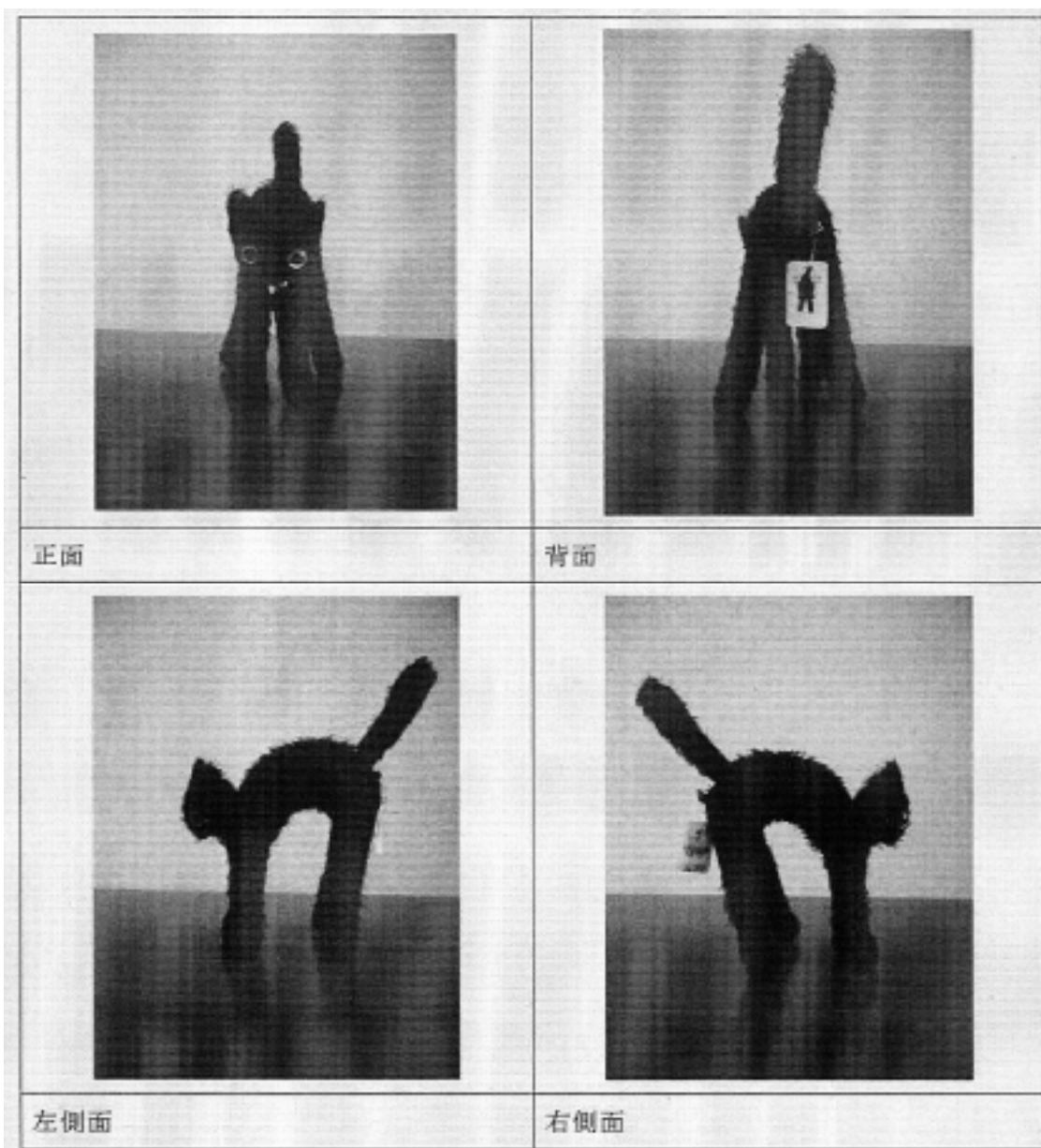
3 被告製品 3



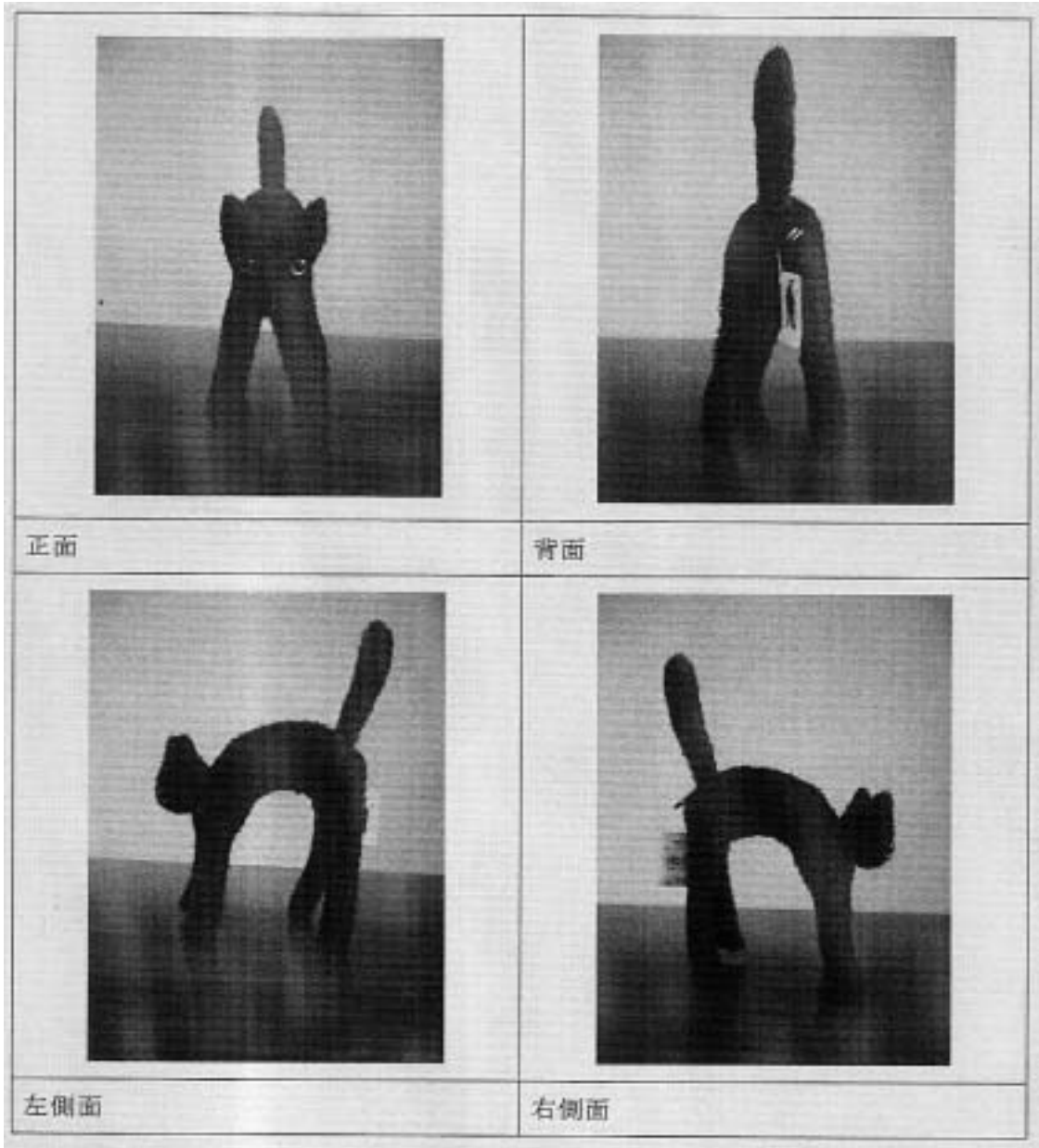
4 被告製品 4



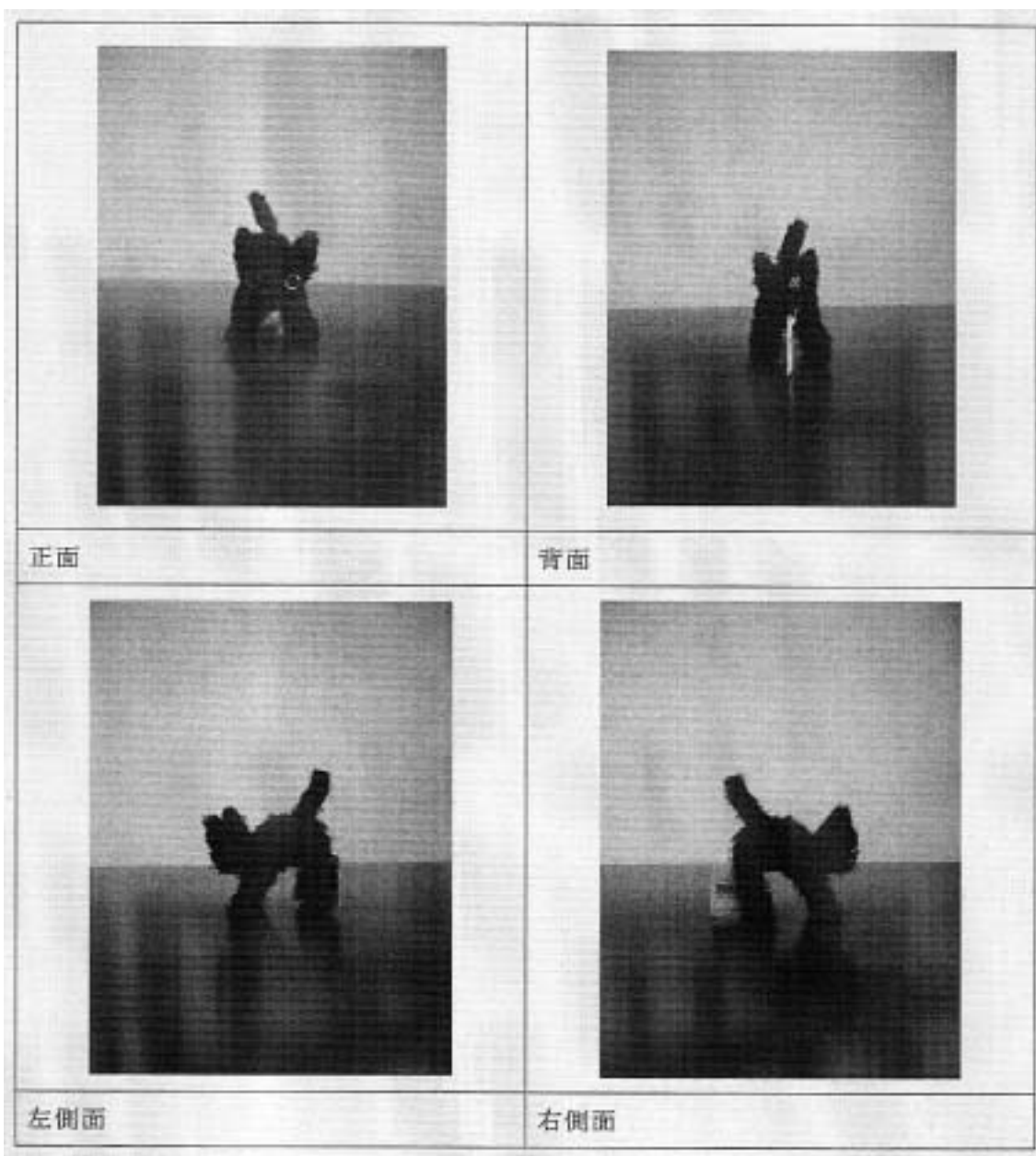
5 被告製品 5



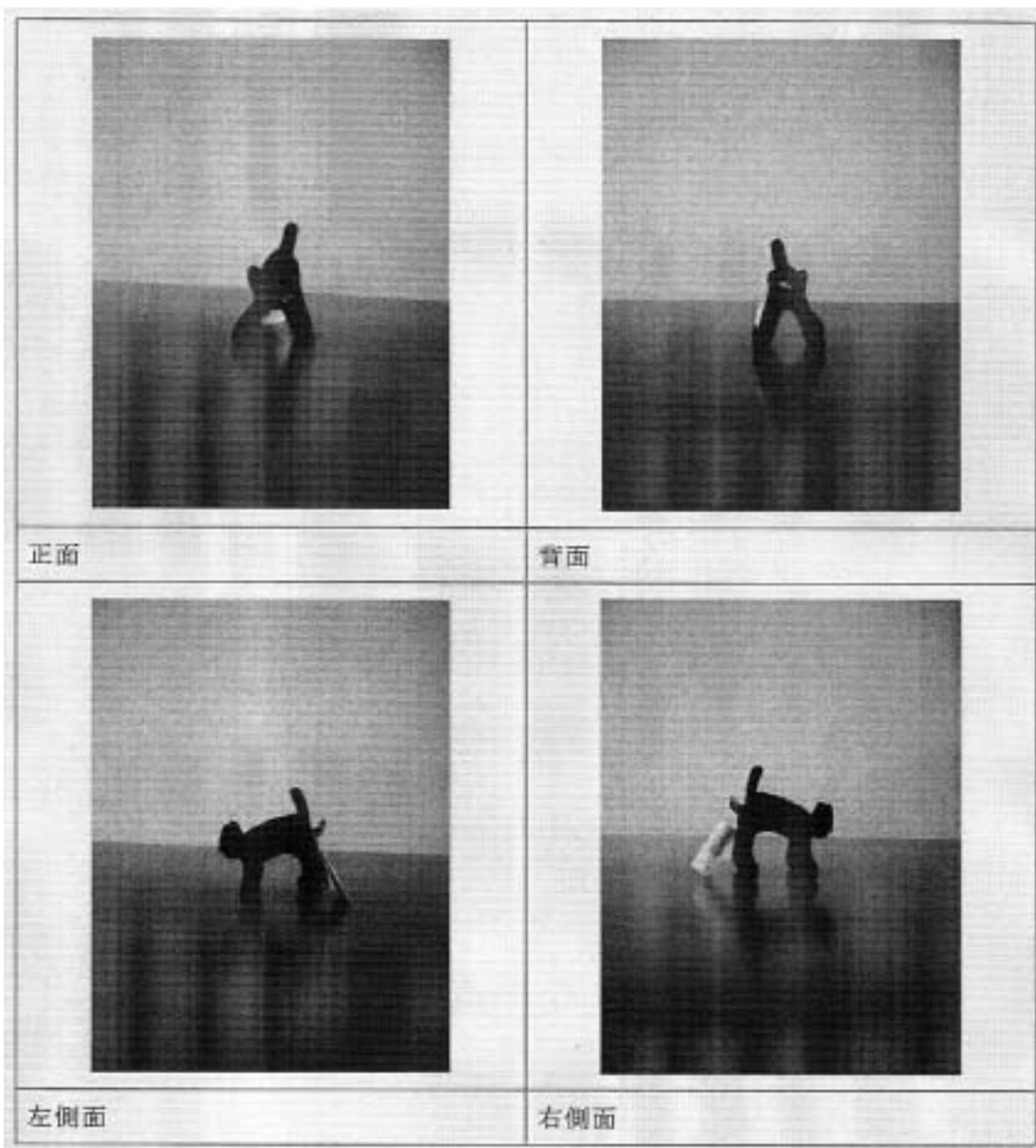
6 被告製品 6



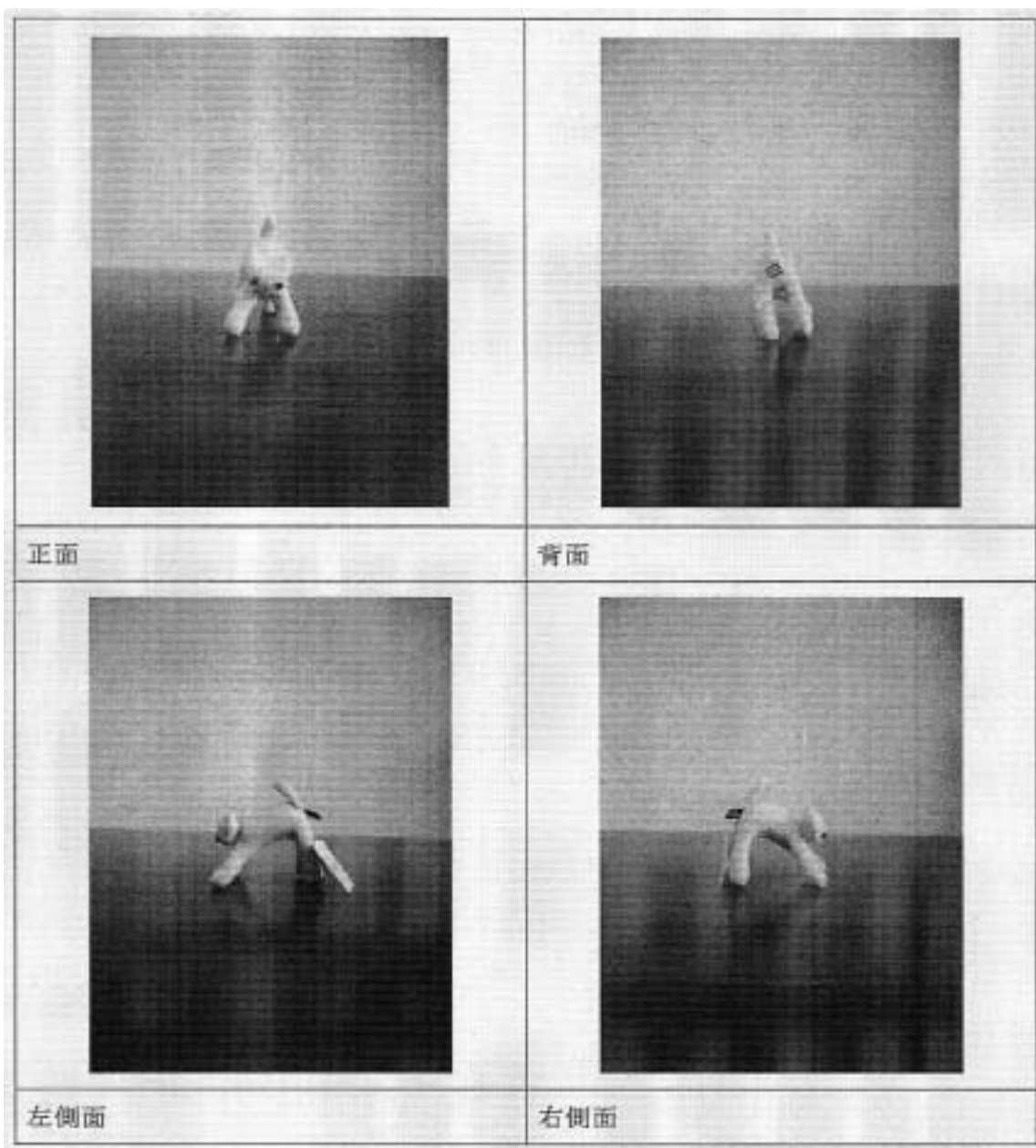
7 被告製品 7



8 被告製品 8



9 被告製品 9



〔別紙3〕

シュタイフ社 「トムキヤット」



1950年代 ドイツ製 シュタイフ社 クロネコ「トムキヤット」。尻尾はモヘア、ボディはベルベットでできている。目はガラス目。

