

# 広告作品と著作権、商標権トラブル

——最近の広告裁判の判決を参考に——

梁瀬 和男

## キー・ワード

- (1) サントリー「角瓶」
- (2) 「超時空要塞マクロス」
- (3) 「キューピー人形」
- (4) CMソング「どこまでも行こう」
- (5) 馬の名前のパブリシティ権

## 目次

- 1 はじめに
- 2 広告素材と商標権トラブル
- 3 広告作品と著作権トラブル
- 4 広告に関する最近の最高裁判決
- 5 おわりに

## 1 はじめに

### (1) 企業の社会的責任（CSR）とコンプライアンス広告

最近、企業、地方自治体、警察などの不祥事が続発し、CSR（Corporate Social Responsibility）すなわち企業の社会的責任が声高に論じられている。CSRを果たす上で、特に、ステークホルダー（顧客、取引先、株主、従業員、地域社会などの利害関係者）の「信頼の確立」のために、各企業はコンプライアンス体制の強化に注力している。コンプライアンスとは、単なる「法令」だけの順守ではなく、各業界や自社の「自主規制」をも含む順守でなければならない。すなわち、「コンプライアンス」とは、「法令・自主規制の順守」である。

ユーザーや消費者とのコミュニケーションをコンプライアンス体制の中で捉えることが重要であり、そのようなコミュニケーション手段の一つである広告は、お客様の商品・サービスの選択に必要かつ有益な情報を提供しなければならない。

広告に関する規制は、広告関連法規のほかに自主規制、さらに、その中間に位置する公正競争規約があり、まさに、三層構造を形成している。これらを「守らねばならない」規制、すなわち、「義務」として捉えるのではなく、「守る」ことによってステークホルダー（利害関係者）の信頼が得られる「武器」、すなわち、「コンプライアンス広告」として積極的かつ進取的に捉え実施していくことが必要である。

「コンプライアンス広告」

コン プ ラ イ ア ン ス 廣 告	法令順守
	公正競争規約の順守
	自主規制の順守

広告における自由度を確保するためにはコンプライアンス広告が不可欠であり、自分が守ると同時に参加事業者も守ることによって、各事業者の社会的信頼が確立、維持されるのである。今や、法令順守は最低限のルールであり、リーガル・マインドは企業人必須の資質である。

**(2) 知財立国とコンテンツ産業**

平成14年2月の通常国会で小泉純一郎首相は「知的財産立国」のアドバルーンを揚げた。翌月には「知的財産戦略会議」を設置し、わずか4ヶ月後の7月3日に「知的財産戦略大綱」を公表した。これからはハードではなく知恵で勝負する時代であり、知的創作物をどのようにして創造、保護、活用するかにかかっている。さらに、平成15年3月には「知的財産戦略本部」（小泉純一郎本部長）が発足し、同年7月には具体的な「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」が公表された。全5章の中で、「コンテンツ産業の飛躍的拡大」に1章が割かれ、我が国の国際競争力を向上させるための施策としてコンテンツ産業が大きくクローズアップされてきた。

コンテンツ産業（著作権産業）の規模については、平成12年11月に発行された「著作権白書——著作権産業の側面からみて——」（著作権情報センター）によると、平成10年度におい

てGDP（国内総生産）の2.3%を占めている。すなわち、生産額ベースで30兆4330億円、付加価値額ベースで10兆9010億円の規模に達している。

### （3）コンテンツ産業と広告制作及び広告露出

コンテンツ産業の内訳を産業別に見ると、付加価値額ベースで、「コンピューターソフト」が群を抜いて大きく、以下「出版・印刷」、「放送（テレビ・ラジオ）」、その次に「広告」がランクされている。

但し、「広告」の内容は広告素材や広告作品を制作する広告制作業とディスプレイ業（ネオン等屋外広告、POP、展博などの制作費）だけであり、新聞、雑誌、テレビ、ラジオなどのマスコミ広告、ちらし、DM、交通広告、インターネット広告などの広告料（露出料）は含まれていない。即ち、新聞、雑誌の広告料は「出版・印刷」に、テレビCMやラジオCMの番組放送料、スポットCM放送料などは「放送」に含まれている。広告産業とは、本来、広告計画にそって広告素材や広告作品を制作し、各種の媒体計画にそって露出し、それらの効果測定を実施して次なる広告計画立案へと継続していく一連の経済活動である。従って「広告関係の『著作物』を通じて行われる法人及び個人事業主による経済活動の総体」として本来の広告産業全体をカウントすれば、コンテンツ産業の中に占めるその比率は「コンピューターソフト」に次ぐ圧倒的の第2位にランクされるであろう。

コンテンツ産業に関する知的財産権トラブルも多くみられるが、広告露出の客体である広告素材や広告作品に関しても、著作権や商標権に関するトラブルに悩まされることが多い。最近の広告裁判の中から顕著なものを紹介し、広告産業の正常な発展の一助としたい。

## 2. 広告素材と商標権トラブル

ネーミング：「サントリー『角瓶』、審決取消し訴訟」

原告：サントリー株式会社

被告：特許庁長官及川耕造

判決：東京高裁、平成14年1月30日

（平成13年（行ケ）第265号 審決取消請求事件）

### 1 事実の概要

（1）原告（サントリー株式会社）は、昭和12年に当該ウイスキー製品（以下、「本件製品」という）の販売を開始して以来、長期間にわたって販売活動、広告宣伝活動を展開してきた。その間に、消費者の間で自然発生的に、本件製品を「角瓶」と称呼するようになり、遅くとも昭和28年には本件製品の商標として新聞広告等に「角瓶」を使用し、現在に至っている。

(2) 原告は平成6年5月17日に「角瓶」を、指定商品「ウイスキー」として被告(特許庁)に商標出願をした。被告が平成8年10月1日に拒絶査定したため、原告はそれを不服として拒絶査定不服審判を請求したが、被告は平成13年4月18日に不服審判請求を却下する審決を下した。そこで原告はその審決の取消を求めて東京高裁に提訴した。

## 2 争点

(1) サントリー社の出願商標(「角瓶」の文字)が、本件製品の広告宣伝に使用されてきた商標と同一であるかどうか。

(2) 商品の形状、原材料などの表示であり自他商品の識別力のない(商標法3条1項3号)「角瓶」が、長年にわたる大量の広告宣伝、販売活動等により、識別力を有するに至った(法3条2項)かどうか。

## 3 両者の主張

### (1) サントリー社(原告)の主張

「角瓶」の新聞広告やテレビコマーシャルの事例でも、「角瓶」を単独で使用している場合が多い。同一広告スペース内に「サントリー」又は「サントリー株式会社」の文字があるが、一般の商品広告においてメーカー名が併記されるのは通常であり、両者が「結びついて使用されている」という被告(特許庁)の主張は不合理である。また、「サントリー」の文字と「角瓶」の文字は字体を異にし、かつ、「角瓶」の2文字を枠で囲むなどの工夫をして、「角瓶」の文字が強調されている。さらに、「サントリー角瓶」という使用態様もあるが、「サントリー」は原告の著名なハウスマークであり、個別の商品を特定する機能の中心は「角瓶」であるから、「角瓶」という商標が取引者および需要者に商品を識別させるのである。従って、出願商標は本件製品の広告宣伝に使用されてきた商標と同一であるというべきである。

「角瓶」という商標が商品の品質、形状等を表示する標章であり、一般的には商品の自他識別力を有していない(法3条1項3号)用語であることは認める。しかしながら、株式会社社会調査研究所作成の「角瓶」についての「銘柄想起調査結果報告書」によると、調査対象者の87%が「角瓶」という文字から想起する商品を「ウイスキー」と回答し、さらに、77%が想起するメーカーを「サントリー」と回答している。従って、「角瓶」という商標がウイスキー製品において独自の自他識別力を有していることは明らかであり、需要者が「サントリー」の業務に係る商品であることを認識するまでに至っている。

### (2) 特許庁長官(被告)の反論

商品の品質、形状等に関する表示(法3条1項3号)は、商品の流通過程等で何人も使用する表示であるから、一私人に独占的使用権を付与することは妥当ではなく、特に、出願商標と使用商標との同一性は厳密に判断すべきである。「角瓶」の文字はテレビ、新聞等の広告におい

て、原告（サントリー社）の著名なハウスマークである「サントリー」、「サントリー株式会社」、「サントリーウイスキー」などの文字と一緒に使用されており、単独で使用される例は極めて少ない。また、原告がテレビ、新聞等の広告において使用してきた「角瓶」の文字は、漢字、ローマ文字等その構成態様がさまざまに異なり、出願商標と使用商標が同一であるとは認められない。

「銘柄想起調査結果報告書」は、その実施時期が本件審判（拒絶査定不服審判）請求後に行われたものであり、その目的に一定の恣意がある調査というべきである。また「角瓶」の文字から連想する商品の種類が、「なし」との回答を別にすれば、すべて「酒類」であったことを考慮すると、被調査者に事前に「酒類」という暗示を与えた上で行われた可能性があり、調査結果の信用性は必ずしも高いものといえない。

#### 4 裁判所の判断

- ① 出願商標が指定商品の品質、形状等を表示するものであれば、商標登録を認められない（法3条1項3号）が、使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識できる場合には、商標登録を受けることができる（法3条2項）。そしてその判断は、使用に係る商標および商品、使用開始時期、使用期間、使用地域、当該商品の販売数量等並びに広告宣伝の方法、回数等を総合的に考慮し、出願商標が使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識できると認められるかどうかによってなされるべきである。また、その場合、原則として使用商標と出願商標が同一でなければならないが、その判断は両商標の外観、称呼及び観念を総合的に比較検討して、全体的な考察のもとに行わねばならない。
- ② 原告の新聞、雑誌、テレビなどの広告に使用された「角瓶」の文字は、出願商標の文字と多少の違いがあっても、外観、称呼及び観念を総合的に比較検討し全体的に考慮すれば、競業者や取引者、需要者等の第三者に不測の不利益を及ぼす恐れがないものと社会通念上認められる。また、新聞、雑誌、テレビなどの広告に使用された原告の商標「角瓶」の文字は、原告の著名なハウスマークである「サントリー」又は「サントリーウイスキー」の文字と連続して表示されているものもあるが、「角瓶」の文字部分を括弧で囲むなど一体化することを妨げるような表示態様も多く見られる。その結果、ウイスキーの取引者、需要者も、出願商標「角瓶」それ自体が使用されていると認識するものと認められる。
- ③ 株式会社社会調査研究所作成の「角瓶」についての「銘柄想起調査結果報告書」によると、「角瓶」の文字から想起される商品は87%の者が「ウイスキー」、メーカーは77%の者が「サントリー」と回答したことが認められ、出願商標「角瓶」はかなり強い自他商品識別力を有していることが推認される。また、被告（特許庁）は調査結果の信用性は必ずしも高いとはいえないと主張するが、同調査の内容、結果の分析方法はこの種の

統計調査の通常の手法に従ったものであり、被告の否定的な判断は根拠に乏しいものといわざるを得ない。

- ④ 結論として、被告（特許庁）の審決が、「『角瓶』という表示は、それ単独で多くの銘柄のウイスキーの中で特定のウイスキーを示す商標として使用されているということができない」、「『角瓶』の文字についても・・・本願商標と使用に係る標章とは同一であることは認められない」と認定判断したことは誤りというべきであり、審決は違法として取消を免れない。

## 5 所見（広告界に与える影響）

サントリー社が平成6年5月17日、「角瓶」を特許庁に商標出願して以来、実に8年が経過して、やっと商標権が認められることになった。「角瓶」とは「四角形の瓶」という意味であり、商品の形状は商標登録を受けることができない（法3条1項3号）。しかし、例外として、そのような商標であっても、その商標が使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識できるようになれば、商標登録が認められ、商標権を獲得することができるのである（法3条2項）。まさに、この裁判はその事例である。サントリー社の出願商標が特許庁によって拒絶査定された。それを不服とするサントリー社が特許庁に拒絶査定不服審判を請求し、複数（3～5）の審判官による合議体の慎重な審理の結果、再び、登録拒絶の審決が出されたのである。それでも納得できないサントリー社が特許庁長官を相手に東京高等裁判所へ審決取消訴訟を提訴したのがこの裁判である。サントリー社の執念には敬服するばかりである。裁判の結果は前述（「4 裁判所の判断」）のとおりであるが、たとえ形状等を表示する商標であっても、長年の使用等により自他商品の識別力が生じてきた場合には、商標権を獲得できることをこの判決は示唆してくれた。また、識別力の有無の判断に際し、需要者を対象とする調査結果を重要な判断根拠にしたことは画期的なことである。「小林亜星のCMソング、音楽著作権侵害訴訟」の東京高裁（平成14年9月6日）及び最高裁（平成15年3月11日）の判決でも、客観的な数値による分析結果を判断根拠の一つにしており、今や、司法の世界でも新しいトレンドとして大いに注目されるどころである。

## 3. 広告作品と著作権トラブル

テレビCM：「アニメ映画『超時空要塞マクロス』の著作権、アニメ映画の制作会社に！」

控訴人：株式会社 スタジオぬえ、株式会社 ビックウエスト

被控訴人：株式会社 竜の子プロダクション

判決：東京高裁、平成15年9月25日判決

（平成15(ネ)1107 著作権 民事訴訟事件）

## 1 事実の概要

控訴人（株）スタジオぬえは、作家、画家、漫画家等のための渉外、経理事務、取材等の代行業務等を行う企画会社である。同じく控訴人（株）ビックウエストは、テレビ、ラジオの宣伝、映画等の企画及び製作等を業とする広告会社である。被控訴人（株）竜の子プロダクションは、アニメーション映画の製作会社である。

アニメ映画『超時空要塞マクロス』の企画や図柄を作成して持ち込んだ「スタジオぬえ」「ビックウエスト」の2社と、それをもとにテレビのアニメ映画を製作した「竜の子プロダクション」の間で争いが起こった。竜の子プロが2社を相手に、竜の子プロがテレビアニメの著作者であること、そうでないとしても、映画製作者として著作権を持つことの確認を求めて提訴したものである。

1審の東京地裁は、竜の子プロが著作者であることは認めなかったが、著作権法29条1項により本件テレビアニメの映画製作者としての著作者であることを認めた。2社はそれを不服として控訴した。（著作者は、本件テレビアニメの全体的形成に創作的に寄与し、総監督を担当した「E」である。）

## 2 東京高裁の判断

東京高裁も、原判決と同じく、竜の子プロを著作者としては認めなかったが、本件テレビアニメの著作者であることを認めた。すなわち、山下和明裁判長は、「著作権法29条1項は、『映画の著作物の著作権は、……当該映画製作者に帰属する』と規定し、同法2条1項10号は、『映画製作者』につき、『映画の著作物の製作に発意と責任を有する者をいう。』と規定している。」、そして、「映画の製作の『発意』とは、最初に企画立案した場合に限られるのではなく、他人からの働きかけで製作の意思を持った場合も含まれる。また、『責任を有する者』に該当するかどうかについては、その**製作自体**について法律上の権利義務の主体であると認められるか否か、その反映として**製作自体**に関する経済的な収入・支出の主体と認められるか否かで判断すべきである。本件テレビアニメでは、毎日放送との間で、相互に製作費の支払と製作・納品の義務を定めた契約を結んだ竜の子プロが、映画製作者に該当する。控訴人2社の果たした役割が重要であったとしても、テレビアニメの**製作自体**について法律上の権利義務の主体になることを示すものではないと判示し、控訴を棄却した。

## 3 所見（広告界に与える影響）

東京高裁の判決が確定すれば、広告界に与える影響は甚大である。

ACCの92年合意「CM（映像広告）の使用について」が成立した背景には、広告主、広告会社、制作会社の三者間の熾烈な戦いがあった。1988年頃、文化庁著作権課は非公式ながら、「テレビCMの著作権者は、実際にテレビCMを製作するCM制作会社である」との見解を表明し始めていた。これに大きな危機感を抱いた日本広告業協会（業協）と日本広告主協会（主協）は、

それぞれ著作権(小)委員会を設立し猛反撃を始めたのである。当時、日立製作所の宣伝部員だった筆者も主協の著作権委員会委員だった。

もし、テレビCMの著作権者がCM製作会社ということになれば、広告主は、自らのマーケティング目標、広告目標を達成するために多額の制作費をかけて制作したテレビCMを自社の都合だけでは自由に放映できなくなる。理屈の上では、著作権者であるCM製作会社の許諾を得なければならない。著作権の譲渡を受けるには、制作費のほかに、さらに相応の対価が必要になる。相応の対価を支払うことなく、強引に著作権の譲渡を受けるための契約書を締結すれば、「優越的地位の濫用」で独占禁止法違反になる恐れも出てくる。「テレビCMの著作権者はCM製作会社である」という考えを覆すために、筆者は必死の思いで論文「CM著作権は誰のものか」を書き、平成3年(1991年)3月に開催されたACC主催の「著作権セミナー」で、主協側のパネラーとして自説を主張した。主旨は「CMの著作権者は、CMの制作に『発意』と『責任』を有する者」であり、この「発意と責任」について、実際のCM制作に必要な様々な項目を挙げ、各項目ごとに重要度のウェイトづけをし、それぞれの項目について広告主、広告会社、制作会社三者の寄与度を指数化するという手法をとって三者の総合寄与度を算定した。そして結論は、CMは「広告主、広告会社、制作会社、三者の努力ででき上がる作品であり、三者が一緒になって作り上げた共同著作物」とした上で、総合寄与度を勘案し、「主たる著作権者は広告主である」というものであった。

今回の東京高裁の判決は筆者の上記のような論理を否定するものである。山下裁判長の判断をテレビCMの制作に当てはめれば、「CMの制作の『発意』には、他人からの働きかけで制作の意志を持った場合も含まれる」、また、「CMの制作に『責任を有する者』とは、CMの制作自体について法律上の権利義務の主体であると認められるか否か、その反映としてCMの制作自体に関する経済的な収入・支出の主体と認められるか否かで判断すべきである」ということになる。すなわち、「テレビCMの著作権者は、テレビCMの制作会社である」ということになる。従って、この判決が確定することになれば、平成4年(1992年)のACCの合意「CM(映像広告)の使用について」を見直す必要が出てくるであろう。「テレビCMの著作権の帰属については、当事者間の契約に委ねればよい」という簡単な話ではない。筆者は岡田米蔵氏との共著「デジタル時代の広告法規」(平成15年3月、日経広告研究所)の中で『広告著作物に関する著作権法一部改正の提言』をしたが、広告関係者(広告主、広告会社、制作会社)の間で、ぜひ検討していただきたいと思う。



## 4. 広告に関連する最近の最高裁判決

### (1) 「キューピー人形、著作権侵害訴訟」

東京地裁	原告：北川和夫 被告：キューピー株式会社 平成11年11月17日判決、原告敗訴
東京高裁	控訴人：A 被控訴人：キューピー株式会社 平成13年5月30日判決、控訴人敗訴
最高裁	上告人兼申立人：キューピー株式会社 被上告人兼相手方：北川和夫 平成14年10月29日決定 上告棄却、上告不受理 (東京高裁の判決が確定)

#### ① 事実の概要と裁判の結果

- ・ 被告は、マヨネーズソースその他一般ソース類の製造販売をしている株式会社であり、キューピーのイラストを商標、商品パッケージ、宣伝広告、インターネット・ホームページなどに使用し、キューピーの人形をマヨネーズ商品とともに配布している。
- ・ 原告によると、米国人ローズ・オニール氏（1944年死亡）が1913年11月20日に創作したキューピー人形の我が国における著作権を、原告は平成10年5月1日に取得した。
- ・ 原告は、被告によるキューピーのイラスト及び人形の使用中止、さらに10億円の損害賠償などを請求して東京地裁に提訴した。
- ・ 東京地裁は、原告の請求をいずれも棄却し、さらに、原告の権利濫用を認める判決を下した。
- ・ 原告は東京高裁に控訴したが、いずれも棄却された。ただし、控訴人（一審の原告）がキューピー人形のわが国における著作権者であることを認めた。
- ・ 被控訴人であるキューピー社は控訴審の内容を不満とし最高裁へ上告したが、上告不受理で門前払いとなった。東京高裁の判決が確定。

#### ② 東京地裁の判断と所見

原告人形は米国人ローズ・オニール氏によって創作された先行著作物の二次的著作物であるとした。二次的著作物との類似性は、二次的著作物に付加された創作性との類似だけが問題となり、比較検討の結果、両者の類似性を否定した。従って、原告人形の著作権が我が国の保護対象になるかどうかを判断するまでもなく、原告の請求を棄却した。

さらに、自らが本件著作権の侵害行為を行って利益を得ていた原告が、被告に対して、本件著作権を侵害したとして被告に差止め及び損害賠償を請求することは権利の濫用であると判断

した。今回は特殊なケースと思われるが、信頼関係に基づく正常な商慣習を構築するための警鐘である。

それにしても、両者の類似性を否定しただけで、他の重要な争点については一切触れていない拍子抜けの判決であった。

### ③ 東京高裁の判断と所見

ローズ・オニール氏が1912年頃にキューピーの小さな彫像(本件著作物)を創作し、その複製物として制作されたものが本件人形である。本件著作物はキューピーイラストを立体的に表現したという点に創作性を有する二次的著作物であり、その複製物である本件人形も同じである。そして、ローズ・オニール氏のキューピーイラスト(原著作物)や人形(二次的著作物)の著作権は米国では既に1941年に切れているが、我が国では日米著作権条約の内国民待遇によってまだ保護期間内である。死後50年プラス戦時加算3794日(約11年)、従って、わが国では2005年5月6日まで保護される。

控訴人(北川和夫氏)は平成10年5月1日、ローズ・オニール遺産財団から全てのキューピー作品に係る我が国での著作権を譲り受け、同年8月25日に著作権登録を行っており、我が国におけるキューピー作品に係る著作権者である。

二次的著作物の著作権は、二次的著作物において新に付加された創作的部分についてのみ生じる。従って、本件人形と被告人形の間で類似している部分のほとんど全てが、ローズ・オニールの原著作物であるキューピーイラストと共通したものであり、本件人形の著作権の及ばないところである、として著作権侵害を否定した。

東京高裁の判決は、原審判決とは異なり、ほとんど全ての重要な争点に対して正面から取り組んだ骨太の判決である。最大の争点である「我が国におけるローズ・オニールの著作権保護期間」については、日米著作権条約、平和条約、万国条約特例法、連合特例法、ベルヌ条約、アメリカ合衆国著作権法、我が国の旧著作権法、現著作権法などを駆使して論述している。東京高裁が、ローズ・オニール氏の我が国における著作権が2005年5月6日まで生きていること、さらに、控訴人(北村和夫氏)が我が国における著作権者であることを認めたことは、被控訴人(キューピー社)にとって大変厳しい判決内容であった。

### ④ 最高裁の判断と所見

上告は棄却され、上告の申し立ては不受理となった。東京高裁の判決が確定。

上告人は、控訴審で控訴を棄却された北川和夫氏だけではなく、キューピー株式会社も上告していた。幸い、著作権侵害は否定されたが、東京高裁の判決はキューピー(株)にとって耐えがたい屈辱的なものであったと思われる。何が起こるかわからない予測困難な時代であるが、だからこそ、リーガル・マインドを豊にして予防法務に邁進することが肝要である。

### ⑤ 広告界に与える影響

「今さら何を!?!」、「青天の霹靂」、「驚天動地」。ある日突然、著作権侵害で10億円の損害賠償を請求されたキューピー株式会社の本音の心境であろう。1922年には商標登録もして、75年以上にわたって使用してきた「キューピー」について、著作権侵害で提訴されたのである。原告は、米国のローズ・オニール遺産財団と交渉し、わずか頭金15,000ドルで日本国内におけるキューピーの著作権を譲り受け、それ以前に、キューピーに関連する販促物を大量に受注、納入してきた得意先の元日本興業銀行やキューピー(株)を相手に提訴したのである。「事実は小説よりも奇なり」とは、まさにこのことであろう。

しかも、著作権侵害は否認されたものの、キューピー(株)にとって最大の誤算は、最高裁への上告が棄却されたことであろう。すまわち、「キューピーの著作権は米国で既に切れており、当然ながら日本では著作権の保護対象ではない」という自社の主張が、東京高裁および最高裁で否認され、「日本では、キューピーの著作権は2005年5月6日まで保護され、日本における著作権者は原告(北川和夫氏)である」と判断されたからである。

今回の事件は余りにも特殊なケースであるが、知的財産権の保護、権利侵害については、「念には念を入れる」ことの大切さを痛感させられた事件である。

### (2) 「小林亜星のCMソング、音楽著作権侵害訴訟」

東京地裁	原告：小林亜星、有限会社 金井音楽出版 被告：服部克久 平成12年2月18日判決、原告敗訴
東京高裁	控訴人：小林亜星、有限会社 金井音楽出版 被控訴人：服部克久 平成14年9月6日判決、控訴人逆転勝訴
最高裁	上告人：服部克久 被上告人：小林亜星、有限会社 金井音楽出版 平成15年3月11日決定 上告棄却、上告不受理 (東京高裁の判決が確定)

#### ① 事実の概要と裁判結果

- ・昭和41年(1966年)、小林亜星氏は楽曲「どこまでも行こう」(以下「甲曲」という)を作曲し、ブリヂストンタイヤ株式会社のテレビコマーシャルのための楽曲として公表した。金井音楽出版は小林亜星氏から甲曲の著作権を譲渡された。
- ・平成4年(1992年)、服部克久氏は楽曲「記念樹」(以下「乙曲」という)を作曲し、乙曲はフジテレビ系列のテレビ番組「あっぱれさんま大先生」のエンディング・テーマ曲として使用された。

- ・小林亜星氏と金井音楽出版は、服部克久氏の乙曲は甲曲を複製したものであり、小林亜星氏の著作者人格権（氏名表示権及び同一性保持権）と金井音楽出版の著作権（複製権）が侵害されたとして、損害賠償（1億円及び321万円）を求めて東京地裁に提訴した。
- ・東京地裁は原告らの請求をいずれも棄却した。
- ・そこで原告らは、複製権の侵害ではなく、編曲権の侵害に替えて東京高裁に控訴した。
- ・東京高裁は服部克久氏の編曲権の侵害を認める判決を下した。
- ・服部克久氏は最高裁へ上告したが、上告は棄却され、東京高裁の判決が確定した。

## ② 東京地裁の判断と所見

甲曲はコマーシャルソング、乙曲は唱歌的なポピュラーソングであり、両曲とも比較的短くわかり易いメロディーによって構成されている。従って、両曲の同一性を判断する際の考慮事項は、第一にメロディー（旋律）であり、和声、拍子、リズムなどの他の要素は必要に応じて考慮すべきである。

両曲のメロディーをフレーズごとに比較すると、一部にかなり類似しているところもあるが、全体としての同一性は認められない。和声は基本的には同じ枠組みであるが異なっている部分もあり、拍子は甲曲の「二分の二拍子」に対して乙曲は「四分の四拍子」であり異なっている。以上から、両曲の同一性は認められないので、乙曲は甲曲を複製したものではない、として複製権の侵害を否定した。

「楽曲の類似はよくあることであり、芸術、感性の問題は裁判になじまない」、「この程度の類似は問題ないだろう」などと巷に噂されていたが、結果的にはそれを肯定するような判決であった。

メロディーの同一性を判断する際に、裁判長は比較的短い両曲をそれぞれ四つのフレーズに分けて、フレーズごとに詳細に分析している。楽曲の類似をこのような視点から判断したことは評価できるが、最後の判断は裁判長（個人）の感性に依拠している。「相対的な音階が共通する部分もあるが、全体として比較すれば、同一性があるとは認められない」という当裁判長の判断は、別の裁判長によって「相対的な音階が異なる部分もあるが、全体として比較すれば、同一性があると認められる」と判断される可能性も大いにあり得るであろう。

その点で、原告側（小林亜星氏）の次の主張には説得力があり、大いに注目すべきである。すなわち、「メロディーでは両曲全体の約72%が同一音であり、和声は全16小節中12小節までが同一和声で構成されており、リズムは約74%の範囲で同一である」と主張している。にもかかわらず、東京地裁の裁判長がこのような視点を無視したことは残念である。聖域視されてきた感性の世界に、計数的アプローチを導入する考え方は高く評価されるべきであると思う。

## ③ 東京高裁の判断と所見

「**編曲**」とは、原曲に依拠し、その表現上の本質的な特徴を残しながら、具体的表現に修正、

増減、変更等を加えて、新たに思想または感情を創作的に表現することにより、これに接する者が原曲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楽曲を創作する行為をいう。そして、楽曲の表現上の本質的な特徴は、一般的には、旋律・和声・リズム・テンポ・形式などであるが、著作権法上の「編曲」の成否の判断における重要な要素は**旋律**である。

甲曲の表現上の本質的な特徴は、簡素で親しみやすい旋律にある。甲曲と乙曲の旋律は数量的に見て約**72%が音の高さで一致**している。さらに、旋律全体の組み立ても、起承転結の連結部及び強拍部が全フレーズにわたって、基本的に一致している。甲乙両曲の旋律は、デッドコピーといわれるほどの類似性は無いが、**甲曲の旋律上の本質的な特徴は、乙曲の旋律から容易に直接感得できる。**

甲曲はブリヂストンのテレビコマーシャルとして長年茶の間に放映され、若者はもちろんのこと、人生応援歌的な歌詞は中年層にも共感を呼んでいる。また、小中学校の音楽の教科書にも多く掲載されており、国民的唱歌の一つである。従って、乙曲は甲曲に**依拠して作曲されたもの**と推認するのが妥当である。

結論として、乙曲は甲曲を原曲とする著作権法上の編曲であり、被控訴人(服部克久氏)の行為は控訴人(小林亜星氏及び金井音楽出版)の編曲権を侵害するものである。

控訴人金井出版の損害額は、(社)日本音楽著作権協会の使用料規程、分配規程などを勘案し、合計3,390,412円とする。また、控訴人小林亜星氏の著作者人格権侵害に係る慰謝料の額は500万円、弁護士費用100万円、合計600万円とする。

この二審判決は音楽著作権の侵害訴訟裁判における画期的な判決である。「音楽の類似問題は裁判になじまない」といわれる中で、多くの音楽専門家の証言、意見書などを参考にしながら、楽曲の類似問題に真正面から取り組んで下した判決である。

第一に、権利者側は「複製権」の侵害ではなく、「編曲権」の侵害で訴えており、裁判所もドイツやフランスの著作権法や判例なども参考にしながら、判決を下しており、この種の判決はわが国では初めてであろう。第二に、両曲の同一性の判断に際し、数量的分析を導入しており、その判決は明快かつ説得力を有している。東京地裁の裁判長に無視された原告側の数量的分析に基づく主張が、東京高裁において100%認められている。まさに、快挙である。

#### ④ 最高裁の判断と所見

上告は棄却され、上告の申し立ては不受理となった。東京高裁の判決が確定。

芸術や感性の世界における類似問題、消費者に誤認を与える恐れの有無の判断などに数量的分析や計数的アプローチを導入し科学的、客観的に判断していくことは、国民にとっても明快かつ納得しやすい手法であり、誠に喜ばしいことである。

#### ⑤ 広告界に与える影響

まさに、世紀の大逆転判決である。

平成14年9月6日、『甲曲と乙曲の旋律は数量的に見て約72%が音の高さで一致している。さらに、旋律全体の組み立ても、起承転結の連結部及び強拍部が全フレーズにわたって、基本的に一致している』、さらに、「結論として、乙曲は甲曲を原曲とする著作権法上の編曲であり、被控訴人（服部克久氏）の行為は控訴人（小林亜星氏及び金井音楽出版）の編曲権を侵害するものである」との逆転判決が東京高裁から出た。

音楽界並びに著作権関係者の間で大騒ぎになった。ごうごうたる非難の嵐である。そして多くの関係者は、マッド・アマノ氏と白川義員氏の著作権侵害訴訟の時と同じように、非常識な東京高裁の判決が最高裁で必ずや逆転するだろうと固く信じていたのである。

平成15年3月11日、最高裁は服部克久氏の上告を棄却する判決を言い渡した。判決後の記者会見で小林亜星氏も述べているように、この最高裁の判決は音楽界の歴史に残る金字塔である。

第一に、両楽曲の著作権侵害を判断する際に、「複製権」の侵害ではなく、「編曲権」の侵害という視点から判断したことである。敗訴した服部克久氏が日経ビジネス（2003年4月14日号）「敗軍の将、兵を語る」の欄で次のように述べている。

「小林さんは最初『複製権を侵害している』と訴えていたのに、途中から「翻案権を侵害している」と言い出したわけです。これを聞いた時、正直、「翻案権の侵害なんて、そんなバカなことはありませんよ」と一笑に付していました。音楽に携わっている人間なら誰でもそう考えるでしょう。このことは曲の制作過程をご理解いただければわかると思います。」

音楽家がいわゆる編曲をするときの「編曲概念」と、著作権法上の「編曲概念」との間に大きなずれがあったものと思われる。東京高裁が下した編曲権、すなわち翻案権の侵害に対するこのような判断が最高裁で容認されたことは、音楽家の今後の作曲活動にも多大の影響を与えるであろう。

第二は、前述したように、楽曲の類似性の判断に計数的アプローチが導入されたことである。著作権は元来、芸術作品を保護する権利であるが、感性的作品である著作物の類似判断に計数的アプローチが導入されたことには、賛否両論あるであろう。特に、類似、非類似の計数的ボーダーラインの判断は、裁判所にとっても至難であり、微妙な数値には裁判所の判断が分かれることも十分予測される。判例の積み重ねによって、じっくりと解決していくしかないであろう。

第三は、東京高裁の判決が最高裁によって是認されたことにより、原告、被告だけではなく、第三者にも大きな影響を与えたことである。すなわち、服部克久氏の「記念樹」が小林亜星氏によって著作権侵害で提訴された後も、テレビ番組で「記念樹」を使用してきたフジパシフィック音楽出版、ポニーキャニオン及び日本音楽著作権協会が、金井音楽出版によって著作権侵害で提訴され、敗訴している。（東京地裁判決、平成15年12月19日及び同年12月26日）

今後、自社の広告作品（著作物）が何らかの権利侵害などで争われた場合には、直ちに事実関係などを調査し、使用中止などの緊急措置が必要であろう。

(3) 「有名な馬の名前のパブリシティ権侵害訴訟」

名古屋地裁	原告：22名(個人と法人)の競走馬所有者 被告：テクモ株式会社 平成12年1月19日判決、原告勝訴
名古屋高裁	控訴人：テクモ株式会社 被控訴人：20名(個人と法人)の競走馬所有者 平成13年3月8日判決、控訴人敗訴
最高裁	控訴人が名古屋高裁の判決に対して、理由不備及び審理不尽を理由に最高裁に上告申し立て。同年6月21日受理され、最高裁で審理。
東京地裁	原告：23名(個人と法人)の競走馬所有者 被告：株式会社アスキー 平成13年8月27日判決、原告敗訴
東京高裁	控訴人：20名(個人と法人)の競走馬所有者 被控訴人：株式会社アスキー 平成14年9月12日判決、控訴人敗訴
最高裁	控訴人らによって上告され、最高裁で審理。
最高裁の判決	平成16年2月13日、名古屋高裁及び東京高裁の上告に対して、まとめて判決を下した。 両事件の1審(地裁)の原告(競走馬の所有者)が敗訴し、被告(ゲームソフトの製造・販売業者)が勝訴。

《第一事件：名古屋地裁・名古屋高裁》

① 事実の概要

- ・被告は、ゲームソフトを製造販売する株式会社であるが、平成8年9月にゲームソフト「ギャロップレーサー」を発売した。当ゲームは、プレイヤーがジョッキーになり、自分の選択する競走馬に乗ってレースを展開するものであり、その馬の中にトウカイテイオーやナリタブライアンなどの著名な馬の名前が使用されていた。
- ・原告らは、彼らの所有する著名な馬の名前が了解なしに使用されたとして、「パブリシティ権」の侵害を理由に、製作、販売等の差止めと5750万円の損害賠償を求めて提訴した。
- ・名古屋地裁は我が国ではじめて「物のパブリシティ権」を認め、341万円(請求額の約6%)の損害賠償を認定した。(計算根拠は、被告が他の馬主と契約している内容と同じ。すなわち、製品上代×3%×実販売数÷本件ソフト使用馬数×馬主所有のG1レース出場競走馬数。)ただし、製造、販売の差止めは認めず。
- ・被告はこの判決を不服として名古屋高裁へ控訴。(原告も附帯控訴。)
- ・名古屋高裁では、一審判決同様、「物のパブリシティ権」を認め、製造、販売の差止め

は認めなかった。また、損害賠償額は341万円から234万円に減額した。(G1レースの優勝馬のみに顧客吸引力を認めた。)

- ・控訴人(一審の被告)は、二審判決を不服とし、上告した。

## ② 名古屋地裁・名古屋高裁の判断と所見

物の名称等が固有の名声、社会的評価、知名度等を獲得して顧客吸引力を有した場合には、その情報の有する経済的利益ないし価値を支配する権利は、従来の「パブリシティ権」には含まれていないが、これに準じて、広義の「パブリシティ権」として、保護の対象になる。パブリシティ権の侵害は、物の名称、肖像等を使用する目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察し、物の名称、肖像等がそれらのパブリシティ価値の利用を目的として使用されているか否かで判断すべきである。本件の場合、パンフレットにG1レースに優勝した有名な馬の名前が記載されており、プレーヤーが実際のジョッキーとなって著名な競走馬を操作することに魅力を感じて本件ソフトを購入するものと思われる。以上から、パブリシティの権利が侵害されていると判断するのが妥当である。

物のパブリシティ権が侵害された場合には、不法行為に基づく損害賠償請求は認められるが、差止めは許されない。損害賠償の対象としては、地裁では「G1レースに出場した馬」としたが、高裁では顧客吸引力の観点から「G1レースで優勝した馬」に限定した。損害額の算定では、地裁高裁ともに、被告が原告以外の他の馬主との交渉で合意に達した被告の算出基準(上記)をそのまま採用している。

筆者の所見としては、「人」の「プライバシーの権利」や「パブリシティの権利」は、成文法では規定されていないが、憲法で保障された国民の基本的権利「個人の尊重・幸福追求権」(第13条)をよりどころに、判例によって確立されてきた権利である。また、本来、財産権については「物権法定主義」であるにもかかわらず、「人」と関係の無い「物」にまで、曖昧な顧客吸引力を根拠に「パブリシティの権利」を認めることには疑問を感じる。

一審、二審で判断された損害賠償額は、原告の請求額に比べて遥かに低額であり、算出方法についても被告が他の馬主と事前交渉で合意した方法がそのまま採用されている。(被告は馬名の使用料としてこの算出方法で事前に原告側の馬主と交渉したが合意に達することができず、やむを得ず、馬主側の了解無しに馬名を使用したのである。) 経済的負担では実質的勝訴といえる被告が、社会正義と公益保護の観点からあえて上告し、「物のパブリシティ権」の創設の是非について最高裁の判断を仰いだことに敬意を表したい。

## 《第二事件：東京地裁・東京高裁》

### ① 事実の概要

- ・被告(アスキー社)はゲームソフトを製作、販売する株式会社で、競走馬育成シミュレーションゲーム「ダービースタリオン」を平成8年3月頃から製作、販売していた。



- ・本件ゲームソフトには原告らが所有する競走馬の名称が使用されていたが、被告は上記使用について原告らの許諾を得ていなかった。
- ・原告らは、被告の行為はいわゆる「パブリシティ権」の侵害に当たるとして、前記ゲームソフトの製作等の差止め及び不法行為に基づく損害賠償を請求した。

## ② 東京地裁・東京高裁の判断と所見

排他的な権利を認めるためには、実定法の権利が必要である。知的財産権制度を設けた現行法全体の制度趣旨に照らし、知的財産権法の保護が及ばない範囲については、排他的権利の存在を認めることはできない。

第三者が、社会的評価、名声等を獲得した自然人の氏名、肖像等を、当該自然人の承諾無く利用した場合に、当該自然人は自己の人格権に基づいて、氏名、肖像等を利用する第三者の行為を差し止めることができる。このことを経済的な側面から観察すれば、自然人が社会的評価、名声を獲得した場合には、顧客吸引力などの経済的価値を利用する一切の行為を独占することができる。このような排他的な権能は、自然人が本来有している人格権が侵害されたと評価される場合に初めて認められるのであって、物の顧客吸引力などの経済的価値を排他的に支配する権利を基礎付けるものではない。

排他的保護が及ばない場合であっても、紛争をあらかじめ回避して円滑に事業を遂行し、あるいは、より詳細な情報を所有者から得るなど、さまざまな目的で、利用者が（お金を払って）許諾を受けることもあり得る。だからといって、直ちに、「物から生ずる経済的利益を独占的に享受する」ことを承認する社会的な慣行が定着し、その慣行が慣習法にまで高められていたとは認められない。

原告らの主張する「物の経済的価値を排他的に支配する財産的権利」の存在を肯定することはできないから、原告らの損害賠償の請求も理由が無い。

東京地裁・東京高裁の判決は、名古屋地裁・名古屋高裁の判決とは異なり、「物のパブリシティ権」の存在を真っ向から否定している。「ダービースタリオン」の場合、パッケージの表示をはじめ、当該ゲームソフトの販売、宣伝には本件で問題の馬名等を一切使用しておらず、その点が「ギャロップレーサー」（名古屋地裁）の場合と異なっている。とはいえ、この判決は「物のパブリシティ権」を根底から否定しており、この差異に左右されることは無い。前述の趣旨から、筆者は「物のパブリシティ権を否定した」この両判決に賛成である。

### 《最高裁の裁判》

第一事件、第二事件ともに上告されたが、上告は棄却された。その主な理由は、次の3点である。

- ① 競走馬等の物の所有権は、その物の有体物としての面に対する排他的支配権能であり、その物の名称等の無体物としての面を直接排他的に支配する権能に及ぶも

のではない。

- ② 物の名称の使用など、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その権利の保護を図っているが、その排他的な使用权の及ぶ範囲、限界を明確に定めている。
- ③ 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である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠も無く、競走馬の所有者に排他的な使用权等を認めることは相当ではない。

最高裁の判断は、名古屋高裁の判断を否定し、東京高裁の判断とほぼ同じである。筆者もこれまで同じような主張をしてきたが、顧客吸引力を根拠に物や動物にまで「パブリシティの権利」を認めようという考え方は、最高裁によって否認された。筆者にとっては喜ばしいことである。

#### 《広告界に与える影響》

顧客吸引力を根拠に、人間以外の物や動物にも「パブリシティの権利」は認められるのか。ここ数年来の広告界における大きな関心事の一つであった。

広告素材（物や動物）の使用料についても、従来のように謝礼でよいのか、パブリシティ権という新しい財産権の処理に対する支払なのかによって、その金額に大きな差異が生じてくる。顧客吸引力がある場合には、物や動物にもパブリシティの権利を認めるべきであるという名古屋地裁・高裁と、パブリシティの権利は人間以外にまで拡大すべきではないという東京地裁・高裁との、まさに「東名対決」であったが、最高裁の判決により東京勢に軍配が上がったことになる。広告界にとって喜ばしい結末である。

それにしても、名古屋高裁で敗訴したゲームソフトの製造販売業者「テクモ株式会社」は、損害賠償額では実質的勝訴であったにもかかわらず、社会正義と公益保護の観点から、あえて最高裁へ上告した。その上告理由をテクモ株式会社の平成13年6月29日付の報道資料から引用させていただき、テクモ株式会社から敬意を表したい。

「本来、『パブリシティ権』は人間の人格権から派生した権利であることから、安易に『物』の『パブリシティ権』という、法に定めのない新しい権利を認められたことについて、当社は大きな懸念を抱いております。当社は、法律で規制され禁止されている行為を除く経済行為は原則として自由であることに鑑みて、『物』について明確な法的根拠も無く安易に『パブリシティ権』を認めることの重大さ、影響の大きさについて裁判所に認識していただくことが必要であると考えております。

こういう理由により、第一審、第二審の判決内容は当社にとって経済的負担が少なく、実質勝訴とも言える有利な内容であるにもかかわらず、敢えて社会正義と公益保護の観点から上告をした次第であります。

今回、本紛争が最高裁判所にて審理されることは、学問的及び社会的にも大変有意義なこと

であり、今後この事案について、司法の最高権威である最高裁判所にて深く審理されることを期待しております。」

今回の最高裁判決によりテクモ株式会社の執念が報われ、喜ばしい限りである。

## 5. おわりに

広告トラブルは裁判になじみにくいといわれてきた。広告主、広告会社、広告制作会社、広告媒体社などの業界商慣習に基づき、何とか穏便にことを済ませようという風潮が強かったようである。また、「お上にたてつくなど恐れ多い」といった感覚が皆無とはいえなかったようである。それだけにここ3,4年の広告裁判は実にぎやかであり、権利意識の高揚を強く印象づけられた。

今回は、「サントリー『角瓶』審決取消訴訟」をはじめ5件の事例を紹介したが、それぞれの事例が広告界に与える影響については前述したとおりである。さらに、広告人にとって注目すべき判例が出ている。たとえば、キャッチフレーズに関する「シートベルト着用キャンペーンのスローガン、著作権侵害訴訟」、広告写真に関する「スイカの写真、写真著作権侵害訴訟」、広告デザインに関する「パンフレットの企画・デザイン案、著作権侵害訴訟」などである。これらの事例については、また別の機会に紹介したい。

下請法が改正され、あらためて「優越的地位の乱用」が注目されており、とかく弱者の立場に泣かされてきた広告会社や制作プロダクション、クリエイター側に権利意識の高揚が目覚ましい。広告トラブルに関して両者の合意が得られない場合には、司法の判断に委ねるケースがさらに増加するものと思われる。広告人にとって、ますますリーガル・マインド（法律ごころ）が強く要望される時代になってきた。（平成16年10月15日脱稿）

おわり

- (1) 著作権白書によると、著作権産業の定義は次のとおりである。「『著作物』を通じて行われる法人及び個人事業主による経済活動の総体。但し、『卸売・小売業』で捕捉される経済活動分については除外する」
- (2) サントリー「角瓶」審決取消訴訟（H14.1.30 東京高裁 平成13年（行ケ）第265号審決取消請求事件）
- (3) アニメ映画「超時空要塞マクロス」著作権訴訟（H15.9.25 東京高裁 平成15年（ネ）1107 著作権 民事訴訟事件）
- (4) キューピー人形、著作権侵害訴訟（H14.10.29 最高裁 平成13年（オ）第1382号、平成13年（受）第1359号）
- (5) 小林亜星のCMソング、音楽著作権侵害訴訟（H15.3.11 最高裁 平成14年（オ）第1736号、平成14年（受）第1793号）
- (6) 有名な馬の名前のパブリシティ権侵害訴訟（H16.2.13 最高裁 平成13年（受）第866号、867号 製作販売 差止等請求控訴、同附帯控訴事件）