判例評釈　「ポパイ事件」三題

福本国際特許事務所
弁理士　**福本　将彦**

数多くある「ポパイ事件」のうちの３題を拾ったものである。「ポパイ事件（その１）／（その２）」については平成19年５月28日に、「ポパイ事件（その３）」については同年７月２日に、私的な研究会にて発表したものであるが、未だ公表の意義あり、と思われたため、今回、その原稿を寄稿することとした。なお、判決文は「判例時報」に依拠している。

ポパイ事件（その１）
（東京地裁S49.04.19判決　昭48(ワ)7060）

１．事案の概要

原告は、「POPEYE」、「ポパイ」の文字とともに漫画の主人公ポパイを配した商標について、被服等を指定商品とする商標権（商標登録第536992号）を有している。

訴外オツクス（株）は、ポパイの人物とともに「POPEYE」の文字を表した標章（乙標章）、およびポパイの人物とともに「ポパイ」の文字を表した標章（丙標章）が附されたアンダーシャツを製造し、被告は、同アンダーシャツを卸販売していた。

かかる被告の行為が、自己の商標権を侵害するものとして、原告が差止を求めた事案である。

２．主要な争点

原告の商標権に関する事実以外には、争点は無い。

被告は、答弁書にて、請求原因への答弁として、『一、原告主張の本件商標に関する件は知らない。二、本件の如きわずらわしい事情がありとすれば、当方としては、これにかかわりたくないから、ことが判明するまでは、本件の商品は取り扱わない所存である。』と記載し、口答弁論期日には出頭していない（陳述擬制）。原告主張の請求原因事実に対する認否のうち、不知（否認と推定）は、本件商標権に関する事実のみであり、他の事実については沈黙（自白と推定）している。

ポパイ事件（その２）のように、⑴訴外オツクス（株）は著作物の利用について著作権者の許諾を得ているのか否か、⑵乙、丙標章が、アンダーシャツの胸部中央に大きく附されていたのか否か、は何れも、判決文、別紙目録からは不明である。少なくとも、被告はこれらの点につき主張していない。

３．裁判所の判断

⑴　裁判所は、『公文書であるから真正に成立したものと認められる甲第一号証（本件商標権登録原簿謄本)、第三号証(本件商標公報)によれば、原告が本件商標権を有することが認められ』るとして、原告が正当権利者であると認定している。

⑵　裁判所は、『被告が、乙、丙各標章を附したアンダーシヤツを販売し、頒布してい

ることは、同被告において明らかに争わないところであるから、被告は、右事実を自白したものと見做される。』として、被告の行為について原告の主張通り認定している。

⑶　裁判所はさらに、本来争いのない事実である、本件商標と、乙標章および丙標章とは、類似するのか、について判断している。

裁判所は、乙標章と本件登録商標とについて、『両者は、いずれも「ポパイ」なる称呼において共通し、また、そこに描かれた人物は、ともにわが国においてもポパイ漫画として著名な漫図の人物ポパイを観念せしめる点において共通し、さらに、右のように著名なポパイを表示したものであるという点で全体の外観において類似するものということができるから、結局乙標章は、本件登録商標に類似するものということができる。』として、類似するものと判断している。

裁判所はさらに、本件登録商標と丙標章とについて、『両者とも、「POPEYE」「ポパイ」の文字と人物ポパイの表示がある点で同一であり、その人物も一見ポパイであることが明瞭に覚知されうる。そこで、結局丙標章は、前記乙標章について説明したと同様、本件登録商標と称呼、観念を共通にし、外観において類似するものといわなければならない。従つて、丙標章は、本件登録商標と類似する。』として、類似するものと判断している。

⑷　裁判所は、上記⑴～⑶の認定、判断に基づき、『被告において乙、丙各標章を使用するにつき、正当の権限を有する旨主張し立証しない本件では、乙、丙各標章を附したアンダーシヤツを販売、頒布する行為は、商標法第三七条第一号により原告の本件商標権を侵害するものと見做される。』として、侵害の成立を認めている。

４．検　討

⑴　商標の類否については、『商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。』と判示した判例（最高裁S43.02.27判決　昭39(行ツ)110　いわゆる「氷山印事件」）があり、判断の規範となっている。

裁判所は、外観、観念、称呼のうち、外観については類似性を認め、観念、称呼について同一性を認め、その結果、両標章は類似するものと判断したものである。

被告の乙標章、丙標章の使用が、商標としての使用に該当するか、あるいは使用について、被告が正当な権限を有するか、等について、被告側から何らの抗弁もないことから、裁判所は、原告の正当権限、被告の行為、標章の類似性の認定・判断に基づいて、直ちに侵害を認めている。

⑵　標章の類否判断に関して、称呼、観念において共通する点については、異論はないものと思われる。しかし、外観において類似するとの判断については、乙、丙両標章ともに、やや無理があるように思われる。標章の類否について、被告側からの積極否認が一切無かったことが要因と思われる。ポパイ事件（その２）では、裁判所は、外観非類似と判断している。

⑶　本件は、被告側の実質的な主張がなく、いわゆる欠席裁判に近い審理を通じて、判決文が

生み出されていることを反映して、後の争訟への参考に資すべき判示内容に乏しく、内容希薄な判決例と言えそうである。

ポパイ事件（その２）
（大阪地裁S51.02.24判決　昭49(ワ)393）

１．事案の概要

原告は、「POPEYE」「ポパイ」の文字とともに漫画の主人公ポパイを配した商標について、被服等を指定商品とする商標権（商標登録第536992号）を有している。

被告は、著作物「The Thimble Theatre」（いわゆるポパイ漫画）の著作権者キング・フィーチャーズ・シンジケート（株）より、子供用スポーツシャツ、カジュアルシャツにそのキャラクターを前面に大きくプリントすることにより、その著作物を複製することの許諾を得ている(株)ツリービッグから、同キャラクターをプリントした生地を購入して子供用アンダーシャツを加工、販売していた。

被告が加工販売するアンダーシャツには、ポパイの人物とともに「POPEYE」の文字を表した標章（乙標章)、およびポパイの人物とともに「ポパイ」の文字を表した標章（丙標章）が、胸部中央に大きく附されていた。

かかる被告の行為が、自己の商標権を侵害するものとして、原告が差止を求めた事案である。

なお、原告は、乙標章および丙標章が附されたアンダーシヤツの製造、販売、領布について差止を求める主位的請求に加えて、乙標章のうちの「POPEYE」の文字、丙標章のうちの「ポパイ」の文字を附したアンダーシヤツの製告、販売、領布について差止を求める予備的請求をも行っている。

２．主要な争点

主要な争点は、以下の通りである。

⑴　本件商標と、乙標章および丙標章とは、類似するのか。

⑵　アンダーシヤツの胸部中央に表示した図形、文字は、社会通念上の商標の使用には該当しないのか。

⑶　アンダーシヤツの胸部中央に表示した図形、文字からなる標章のうち、文字部分が社会通念上の商標として機能し得るのか。(予備的請求に関する)

⑷　著作権者から著作物を複製することの許諾を得た者から、キヤラクターをプリントした生地を購入して子供アンダーシヤツを製造、販売している者に対して、商標権を行使することは、権利の濫用として許されないのか。

３．裁判所の判断

⑴　争点１について：

裁判所は、争点１について、『乙、丙各標章を本件登録商標と対比すると、いずれも図形部分が要部をなし、みる者はそれが漫画の主人公として知られている「POPEYE」または「ポパイ」の絵であることを直感するが、その姿態、場景などが同一でないから、外観が類似しているとは言い難いが、本件登録商標には、上部に「POPEYE」、下部に「ポパイ」といずれも横書きで附記されており、乙標章には上部に「POPEYE」、丙標章には下部に「ポパイ」と附記されている

事実と相俟つて、一見それらから「POPEYE」「ポパイ」の称呼、「漫画の主人公ポパイ」との観念が生じるものと認められる。したがつて、乙、丙両標章は、称呼、観念においては本件登録商標と同一であるといわなければならない。』と判示しているが、類似か否かについて明示的な表現はない。

⑵　争点２について：

裁判所は、争点２について、まず、『商標法二条... の定義によれば、被告が業として子供用アンダーシヤツに、乙、丙各標章を附している行為、右標章を附した商品を販売等する行為が、商標法の規定にいう「標章の使用」、「商標の使用」にあたることは明らかで、否定の余地はない。』と判示し、被告の行為が商標法第２条に規定の「商標の使用」に該当するものと判断している。

裁判所は次に、『第三者が、登録商標の指定商品について登録商標に類似する商標を使用する行為を当該商標権を侵害するものとみなす旨規定』する商標法37条について、『その立法理由は、同条に列挙せられた行為が一般に登録商標の正当な権利行使、すなわち、登録商標の機能の発揮を防害するものであるからこれを排除し、登録商標の権利者に正当な権利行使を得せしめる必要があるからである。そうすると、右三七条の法意は、単に同条に掲げる商標が同条に掲げる商品に表現せられているという形式のみ充足するだけでなく、実質的にも、その行為が「本来の商標」的使用の行為であることを要すると解すべきである。けだし、登録商標の機能と関わり合いがない使用態様のものは、特別の事情がない限り、登録商標の正当な権利行使、すなわち、出所表示、広告、品質保証等の本来の商標の経済的機能の発揮に不当な影響を及ぼすことはないと解せられ、この行為についてまで権利侵害を認めることは、実質的理由なく不必要に権利者を保護する弊害をもたらす反面、一般人は不当に自由を奪われることになり、公正な競業秩序を維持するゆえんではないからである。』と判示し、商標の形式的な「使用」に該当するだけでは足りず、実質的に商標として機能する態様での使用に該当することを要する、との解釈を明らかにしている。

裁判所は、その上で、本件被告の行為について、『乙、丙各標章の現実の使用態様は、右各標章をいずれもアンダーシヤツの胸部中央殆んど全面にわたり大きく、彩色のうえ表現したものである。これはもつぱらその表現の装飾的あるいは意匠的効果である「面白い感じ」、「楽しい感じ」、「可愛いい感じ」などにひかれてその商品の購買意欲を喚起させることを目的として表示されているものであり、一般顧客は右の効果のゆえに買い求めるものと認められ、右の表示をその表示が附された商品の製造源あるいは出所を知りあるいは確認する「目じるし」と判断するとは解せられない。』と判断している。

また、上記判断を補強するものとして、裁判所は、『「本来の商標」すなわち、商品の識別標識としての商標は、広告、宣伝的機能、保証的機能をも発揮するが、「本来の商標」の性質から言つて、えり吊りネーム、吊り札、包装袋等に表示されるのが通常である。「本来の商標」がシャツ等商品の胸部など目立つ位置に附されることがあるが、それが「本来の商標」として使用される限り、世界的著名商標であつても、商品の前面や背部を掩うように大きく表示されることはないのが現状である。』と、取引の実情についての認識を示している。

裁判所はさらに、被告商品について、『本件乙標章を附した被告のアンダーシヤツについてはその首筋に上段にトランペットで右横向きに青の輪郭と赤地で描き、中段に活字体大文字で「AIRCOTT」と、その下段に「ピツパス」と記載したラベルを縫い付け、また、襟元に上段に黒で「ダイワボウエアコット」と次段に赤、青、黄、緑で順次「ピッパス」と、その下に赤、黄、緑を地とし、黒の輪郭で模様風に鶏を描き、下段に黒で「カシミロン」と記載したラベルが下げ

られていることが認められ、これが被告の商標として表示されているものであることが明らかである。』と判断し、上記判断をさらに補強している。

以上の判断に基づいて、裁判所は、『被告の本件乙、丙各標章の使用行為はこれを客観的にみても商標の本質的機能である自他商品の識別機能及び商品の品質保証機能を有せず、また、その主観的意図からしても商品の出所を表示する目的をもつて表示されたものではないものというべきである。』との判断に進み、これに基づき、『被告の乙、丙各標章の使用行為は結局原告の本件登録商標権を侵害するものということができないから、これと反対の見解に立つ原告の主位的請求は失当である。』との結論を導いている。

⑶ 争点３について：

裁判所は、争点３について、『乙、丙各標章は、いずれも... その表現態様から言つて、文字部分と図形（画の部分）とが結合し一体となつて表示されており、文字部分は図形部分に附随した説明的附記とみるのが自然であり、右文字部分のみ分離してみるのは不自然である。』とした上で、『右各文字部分が独立しあるいは附随的に、「本来の商標」として、出所を表示し、自他商品識別の機能を果しているとは認められない。』との判断を示している。

その結果、裁判所は、『乙標章のうち「POPEYE」丙標章のうち「ポパイ」の文字部分が「本来の商標」の使用と認められない以上、主位的請求について判断したと同一の理由により、被告が右文字をシャツに使用している行為が本件商標権を侵害するものであるとの原告の予備的請求も失当である。』との結論を導いている。

⑷ 争点４について：

争点２、３についての判断により、争点４についての判断は傍論となり、判断していない。

４．検　討

⑴ 争点１について：

商標の類否については、ポパイ事件（その１）に記した通り、『商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。』と判示した判例（最高裁S43.02.27判決　昭39(行ツ)110　いわゆる「氷山印事件」）があり、判断の規範となっている。

裁判所は、外観、観念、称呼のうち、外観については類似性を否定し、観念、称呼について同一性を認めている。しかし判断はこれに止め、その結果、本件商標と、乙標章および丙標章との類似性の有無については明言がない。争点２について、さらに判断を進めていることを考慮すれば、類似と判断したものと理解することも可能であるが、何れとも結論を示すことなく、争点２についての判断のみで、判決の結論を導こうとしたものとも考えられる。争点２への判断内容が、それのみで判決の結論を導き得るものであるため、争点１についての判断はもはや傍論であり、後者の可能性も否定できない。

⑵ 争点２について：

（２－１）『形式的には第三者により登録商標の類似範囲内にある商標の使用がなされ、37条

１号に該当するとしても、それが自他商品識別標識としての機能を果たすような態様で用いられているとはなし得ず、したがって登録商標と具体的出所の混同を生ずるおそれがなく、その他その機能を害するおそれがないことが明らかに認められる場合においては、商標権の侵害とはならないとするのが、これまでの判例の考え方である。』（網野誠・著「商標」第３版（有斐閣）p.753）とあるように、識別標識としての商標の使用、商標の機能を発揮させる行為をもって、商標権侵害を認めるに足る商標の「使用」と解するのが、裁判例の流れとなっている。本判決で提示された解釈は、この流れの早期にあって、「巨峰事件」（福岡地裁S46.09.17判決　昭44(ヨ)41）等とともに、その方向付けに寄与した裁判例の一つと言えるのではないか、と考える。

商標の本来の機能である自他商品識別機能、出所表示機能等を害しない以上、商標権者に実質的に不利益が想定できない一方、かかる使用態様までをも商標権に基づいて禁止し得るものとすれば、第三者の営業の自由を不必要に奪うこととなることに鑑みれば、衡平の観点から妥当な解釈であろう。

（２－２）　本件への当てはめに際して、アンダーシャツの胸部中央前面に大きく表現した標章について、被告の主観的意図だけでなく、客観的にも装飾的、意匠的効果のみを奏し、商標の本来的機能である出所表示としては機能していない、との判断は、アンダーシャツの取引の実情を考慮すれば、乙標章、丙標章に関する限り、妥当な結論と考える。

（２－３）　本判決は、上記（２－２）の判断を補強するものとして、『「本来の商標」が商品の前面や背部を掩うように大きく表示されることはないのが現状』との取引の実情に対する認識を示している。しかし、意匠的効果、装飾的効果とともに、商標的機能をも発揮するように、商標を『商品の前面や背部を掩うように大きく表示』する使用態様もあり得るのではないか。例えば、登録商標に極めて近似した標章を、『商品の前面や背部を掩うように大きく表示』した場合には、意匠的効果とともに商標としての出所表示機能をも同時に果たし得るのではなかろうか。使用される標章毎にケースバイケースで判断すべきであって、アンダーシャツの胸部中央前面に大きく表現した標章は、商標的使用に該当しない、との結論を、本判決から一律に導くことはできないものと考える。本件では、乙、丙標章ともに、その使用の態様から、需要者にポパイの漫画を想起させるものの、外観において類似していないケースであったからこそ、商標的使用に該当しないとの結論を導き得たのではないだろうか。

（２－４）　本判決は、上記（２－２）の判断を補強するものとしてさらに、被告製品に、商標として機能する「ラベル」が別途附されていた事実に言及している。商品の最も目立つ部位である『商品の前面や背部を掩うように大きく表示』された標章が、商標としての出所表示機能をも発揮し得るケースでは、目立たない部位に別の商標を表したラベルが附されていたとしても、目立つ商標による出所混同を予防するには、十分とは言えないのではなかろうか。結局のところ、ラベルの有無が、『商品の前面や背部を掩うように大きく表示』された標章が商標本来の使用に該当するか否かの判断を、左右することはないのではないか。

⑶　争点３について：

乙、丙各標章ともに、図形と文字部分とは一体的なものとして、需要者の視覚に捉えられ、文字部分が商標として機能するとは、まず想定できない。妥当な判断と考えられる。

⑷　争点４について：

（４－１）　争点２、３についての判断により、争点４についての判断は傍論となり、判断がなされなかった。別のポパイ事件（その１～３以外）の最高裁判決で判示されることとなる。本件

判決では、著作権との関係については一切触れられていない。

（４－２） 著作権との関係では、後願に係る商標権が先創作に係る著作権に抵触する場合に、登録商標の使用を制限する商標法29条は、著作権者が先創作に係る著作物を、商標権に抵触する商標的態様で使用することを許容する規定とはなっていない。従って、商標法29条は、被告側の抗弁事由とはなり得ない。一方、商標権が適法に生じているのであれば、先創作に係る著作権者といえども、自己の著作物を、他人の商標権に抵触する態様で、商標として使用することは許されない、という著作権の効力の制限規定は、著作権法にもない。このように、法には先創作に係る著作権の行使に関し、明文規定がない。被告が、非常手段としての権利濫用論（民法第１条第３項）に依拠した理由であろう。

ポパイ事件（その３）
（東京地裁H4.03.18判決　平２(ワ)14615）

１．事案の概要

原告は、ポパイ漫画の著作権者（米国法人）である。原告は、著作者（シーガー）の職務著作に係る著作権を前法人から譲受している。

被告は、パチンコ店を経営する経営者であり、その店頭看板にポパイの図柄（本件図柄）を使用していた。

かかる被告の行為が、自己の著作権を侵害するものとして、原告が差止とともに、損害賠償（旧著作権法114条２項（現３項に略相当）に基づく）を求めた事案である。

２．主要な争点

主な争点は、次の通りである。

⑴ 原告は、ポパイ漫画の著作権を有しているか。

⑵ 通常使用料相当額（著・旧114条２項）の損害額の算定。

原告の主張：ポパイのキャラクターについての商品化事業を行っており、その通常使用料である売上高の５～７％が相当。

被告の主張：店頭看板の使用と売上高・収益との間に因果関係がない。パチンコ業界での客観的に相当な使用料を考慮すべき。

３．裁判所の判断

⑴ 被告は、既に店頭看板の使用を止めており（争いのない事実）、今後使用するおそれもない、として、裁判所は差し止め請求を棄却している。

⑵ 争点１について：

米国法人の従業員であった著作者（シーガー；1938年死去）は、1929年１月17日にポパイ漫画を職務上創作し新聞紙上に発表している。以後、新聞・単行本に逐次連載・掲載されている。その後二転して、原告法人に、ポパイ漫画の著作権が譲渡されている。その間、各法人は、従業員にポパイ漫画を創作させ、新聞・単行本に逐次連載・掲載している。ポパイ漫画について、前法人は、1938年２月25日に著作権登録をし、原告は、1956年２月10日に著作権更新登録をしている。

裁判所は、要約、以上の事実を認定した上で、以下の通り判示している。

『原告は、アメリカ合衆国においてポパイ漫画について著作権を有しているところ、ポパイ漫

画は、万国著作権条約により我が国においても著作物として保護されるものであるから、原告は、ポパイ漫画についてわが国において著作権を有しているものと認められる。』

『被告は、原告の別紙漫画の著作権は保護期間が満了していると主張するが、. . ポパイ漫画が1929年（昭和４年）１月17日から現在に至るまで連続して著作され、新聞等に継続的に連載されているのであるから、別紙漫画も含め、その保護期間は、新聞等に掲載された各漫画ごとに、個別に起算されるべきものであるところ、被告の右主張は、1929年（昭和４年）１月17日に新聞に掲載された別紙漫画のみを基準にして保護期間を計算するものであって、採用することができない。』

⑶争点２について：

被告の売上高は、パチンコ台の入れ替えによる新装開店の度に、翌月に上昇し、その後漸減する傾向を繰り返しており、その間になされた被告看板の使用と売上高の増減との間の結びつきは明らかでない。ポパイのキャラクターは、年少者を対象とすることが比較的多いのに対し、パチンコ店の顧客は、18歳以上であり、店頭看板の図柄よりもパチンコ玉の出具合、パチンコ台の斬新さ、景品交換率のよし悪し等のサービスの内容を重視して選ぶ傾向がある。

裁判所は、要約、以上の事実を認定した上で、以下の通り判示している。

『使用料を定めた許諾契約が締結されるのは、一般に商品にキャラクターを使用することが商品の販売に資し、キャラクターの使用の有無と売上高の増減とが結びついていると考えられるからであって、キャラクターの無断使用という態様の著作権侵害事件において、キャラクターの使用の有無と売上高の増減とがおよそ結びつかない場合にも、売上高に一定率を乗じて得られる金額を通常使用料相当額と考えることは相当でないといわなければならない。右のような場合には、売上高に一定率を乗ずるという算定方法によらず、侵害の態様、使用期間等の諸事情を考慮して、当該場合に具体的に客観的に相当な通常使用料相当額を算定することができるものというべきである。』

その上で、本件については、『本件図柄の内容、使用態様、使用期間、本件店舗の規模、業種等の諸事情を考慮すると』、通常使用料相当額は、金200万円が相当と判示している。

４．検　討

⑴　差止請求の棄却については、口頭弁論終結時より前に、被告が看板の使用を止めていること（争いのない事実）から、「侵害する者」（著112条１項）には該当せず、又判決文から直接には読み取れないが、弁論の全趣旨と証拠調べの結果とから、被告が使用を再開するおそれはなく、「侵害するおそれがある者」(著112条１項)にも該当しない、と認定されたものと思われる(民訴247条)。

⑵　争点１について：

（２－１）　日本はベルヌ条約（1899年加入)、万国著作権条約（1956年締結）の締約国であり、米国は、ベルヌ条約（1989年３月１日加入)、万国著作権条約（1952年採択当初から）の締約国である。すなわち、口頭弁論終結時において、日・米ともに、ベルヌ条約、万国著作権条約の双方の締約国となっている。

したがって、ベルヌ条約の優先適用を規定する万国著作権条約17条により、1989年３月１日以降は、ベルヌ条約が適用され、それ以前は、万国著作権条約が適用される。ベルヌ条約（５条１項)、万国著作権条約（２条１項）ともに、内国民待遇を規定しており、これらの規定と著作権法６条３号を通じて、米国で最初に発行された著作物は、日本国民の著作物（著６条１号）と同

等に、日本においても保護を受けることができる。

判決ではベルヌ条約についての言及はないが、それによって判決の結論が左右されるものではないと考える。

（２－２） 保護期間の終期の起算日は、職務著作については公表の時であり（著53条３項)、その終期はその後50年の経過時である（同)。「公表の時」については、一話完結型の継続的刊行物では、毎冊、毎号又は毎回の公表の時によるものとされ、一話完結型でない逐次刊行物では、最終部分の公表の時によるものとされる（著56条１項)。

本判決は、『その保護期間は、新聞等に掲載された各漫画ごとに、個別に起算されるべきものである』と判示するところから、本件ポパイ漫画が一話完結型の継続的刊行物に属する、との判断がなされたものと思われる。しかし、本件図柄が一連の継続的刊行物のうちの何れの複製に該当するものであるか、についての分析、特定はなく、『被告の右主張は、1929年（昭和４年）１月17日に新聞に掲載された別紙漫画のみを基準にして保護期間を計算するものであって、採用することができない。』との結論からは、むしろ何れの号の複製にも該当すると判断したものと、読み取ることができる。

この点からすれば、後の最高裁平成９年７月17日判決（ポパイネクタイ事件）に判示されるように、『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ところ（最高裁昭和五〇年(オ)第三二四号同五三年九月七日第一小法廷判決・民集三二巻六号一一四五頁参照)、複製というためには、第三者の作品が漫画の特定の画面に描かれた登場人物の絵と細部まで一致することを要するものではなく、その特徴から当該登場人物を描いたものであることを知り得るものであれば足りるというべきである。』との立場を、暗黙のうちに採っていたものとも思われる。

しかし、上記最高裁判決に判示されるように、『著作権の保護期間は、各著作物ごとにそれぞれ独立して進行するものではあるが、後続の漫画に登場する人物が、先行する漫画に登場する人物と同一と認められる限り、当該登場人物については、最初に掲載された漫画の著作権の保護期間によるべきものであって、その保護期間が満了して著作権が消滅した場合には、後続の漫画の著作権の保護期間がいまだ満了していないとしても、もはや著作権を主張することができないものといわざるを得ない。』という視点は、未だ形成されていなかったものと思われる。

上記最高裁判決は、上記判示内容の理由付けとして、『二次的著作物の著作権は、二次的著作物において新たに付与された創作的部分のみについて生じ、原著作物と共通しその実質を同じくする部分には生じないと解するのが相当である。』と判示している。このことから、上記最高裁判決は、後続の漫画に登場する人物と、先行する著作物に登場する人物とが同一と認められるのであれば、二次的著作物である後続の漫画のうち、当該登場人物については、先行する漫画に新たな創作性を付加した創作的部分には該当しない、との見解を表明したものと理解することができる。

本件漫画の場合、連載に伴ってポパイの容姿は変遷を遂げており、連載当初のポパイの容姿と後の容姿との間には歴然とした相違が認められる。本件漫画においては、ポパイの容姿に関しても、後続する漫画は、先行する漫画に新たな創作性を付加した創作的部分に該当するのではなかろうか。本件図柄は、後続の漫画に登場する人物により近いものである。しかし、それでもなお、上記最高裁判決のように、当初の人物との同一性を認めることも可能と思われる。

二次的著作物については、言語の著作物に関してではあるが、『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。』（最高裁H13.6.28判決「江差追分事件」）と判示した判決例がある。

登場人物の容姿の表現に新たな創作性を付加した二次的著作物が、「表現上の本質的特徴を感得することのできる著作物」なのであれば、同一の人物と認めることは、なお可能なのではないか、と思われる。例えば、後続する漫画が、先行する漫画の登場人物について、年齢を経て老化した姿で描いたものは、登場人物の容姿について新たな創作性を付加したものであると同時に、なお、先行する漫画の登場人物との同一性をも認めることができるのではないか、と考える。

『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』との最高裁判所の上記先判例は、『複製というためには、…その特徴から当該登場人物を描いたものであることを知り得るものであれば足りるというべきである。』という結論には、直結しないのではないか、と考える。登場人物を描いたものであることを知り得るもので足りるものは、翻案の範囲ではあり得ても、複製の範囲ではないのではないだろうか。

本件に即して言えば、本件図柄は、人物同一と認められるポパイが登場する最初の号の翻案には該当しても、複製に該当するものではなく、一方、容姿において近似したポパイが登場する後続する号の複製ないし翻案に該当するものと考える。当該後続する漫画に登場するポパイは、少なくとも最初の号の漫画に、新たな創作性を付加した創作的部分に該当するものと思われる。そうであれば、保護期間の終期の起算日は、最初の号よりは後とすべきである。

『二次的著作物の著作権は、二次的著作物において新たに付与された創作的部分のみについて生じ、原著作物と共通しその実質を同じくする部分には生じないと解するのが相当』（上記最高裁判決）なのであるから、保護期間の終期の起算日は、容姿において近似したポパイが登場する後続する号のうちの最初の号とするのが妥当であろう。より一般的な表現をすれば、本件図柄が取り入れている漫画の創作的部分が、新たな創作性を付加したものに該当しない範囲、すなわち創作性同一の範囲で、最も古い号の発行日をもって、保護期間の終期の起算日とするのが妥当ではないか、と考える。

⑶　争点２について：

著114条３項（旧２項）は、損害額の立証の困難性に鑑みて、権利者に最低限の損害賠償額を保証するために、設けられた規定である。

改正前の著114条２項では、「～権の行使に付き通常受けるべき金銭の額に相当する額」と規定されていたため、誠実に実施料を払うより侵害した方が得、という状況があった。このため「通常」の文言を削除して、原告が既に他者に設定している実施料率や、業界相場等に拘束されずに、当事者間の諸般の事情を考慮した損害額の認定を可能にしたものである（平成10年法改正；特許法等と同時に改正）。本件で適用されるのは、改正前の著114条２項である。

判決では、売り上げデータ、顧客の年齢層等を考慮した上で、商品にキャラクターを使用することを前提として原告が既に他者に設定している実施料率に拘束されるのは妥当でないとして、諸事情を考慮して、具体的に客観的に相当な通常使用料相当額を算定することができる旨を判示している。この判示内容は、被告の主張を受け入れたものとなっている。認定された事実を考慮すれば、妥当な判断であると考える。判示内容は、また、114条２項の改正の趣旨（侵害し得の解消）とは異なるものの、個別具体的な事情を考慮して柔軟な判断ができる旨を示した点で、改正後の規定とも相通じるものがあると考える。

具体的に客観的に相当な通常使用料相当額として、金200万円が相当との結論を導いた論理の詳細については、判決文から読み取ることができない。但し、著114条２項に依拠している以上、「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定」（民訴248条；当時

は明文規定なく判例・学説）したものではない、と考える。この点、平成12年改正後の著作権法114条の５とは異なる。

（以下の法律条文は、インターネット上に公表されているものを参照した。）
《資料１》商標法２条、４条、25条、29条、37条の一部
（定義等）
第２条　この法律で「商標」とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものをいう。
１．業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの
２．業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの（前号に掲げるものを除く。）
２　前項第２号の役務には、小売及び卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供が含まれるものとする。
３　この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。
１．商品又は商品の包装に標章を付する行為
２．商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為
……（以下略）
（商標登録を受けることができない商標）
第４条　次に掲げる商標については、前条の規定にかかわらず、商標登録を受けることができない。
……（略）……
７．公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標
……（略）……
（商標権の効力）
第25条　商標権者は、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する。ただし、その商標権について専用使用権を設定したときは、専用使用権者がその登録商標の使用をする権利を専有する範囲については、この限りでない。
（他人の特許権等との関係）
第29条　商標権者、専用使用権者又は通常使用権者は、指定商品又は指定役務についての登録商標の使用がその使用の態様によりその商標登録出願の日前の出願に係る他人の特許権、実用新案権若しくは意匠権又はその商標登録出願の日前に生じた他人の著作権と抵触するときは、指定商品又は指定役務のうち抵触する部分についてその態様により登録商標の使用をすることができない。
（侵害とみなす行為）
第37条　次に掲げる行為は、当該商標権又は専用使用権を侵害するものとみなす。
１．指定商品若しくは指定役務についての登録商標に類似する商標の使用又は指定商品若しくは指定役務に類似する商品若しくは役務についての登録商標若しくはこれに類似する商標の使用
……（以下略）

《資料２》著作権法の一部

（保護を受ける著作物）

第６条　著作物は、次の各号のいずれかに該当するものに限りこの法律による保護を受ける。

１．日本国民（わが国の法令に基づいて設立された法人及び国内に主たる事務所を有する法人を含む。以下同じ）の著作物

２．最初に国内において発行された著作物（最初に国外において発行されたが、その発行の日から30日以内に国内において発行されたものを含む。）

３．前２号に掲げるもののほか、条約によりわが国が保護の義務を負う著作物

（職務上作成する著作物の著作者）

第十五条　法人その他使用者（以下この条において「法人等」という。）の発意に基づきその法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物（プログラムの著作物を除く。）で、その法人等が自己の著作の名義の下に公表するものの著作者は、その作成の時における契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする。

２　法人等の発意に基づきその法人等の業務に従事する者が職務上作成するプログラムの著作物の著作者は、その作成の時における契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする。

（昭六〇法六二・見出し１項一部改正２項追加）

（団体名義の著作物の保護期間）

第五十三条　法人その他の団体が著作の名義を有する著作物の著作権は、その著作物の公表後五十年（その著作物がその創作後五十年以内に公表されなかつたときは、その創作後五十年）を経過するまでの間、存続する。

２　前項の規定は、法人その他の団体が著作の名義を有する著作物の著作者である個人が同項の期間内にその実名又は周知の変名を著作者名として表示してその著作物を公表したときは、適用しない。

３　第十五条第二項の規定により法人その他の団体が著作者である著作物の著作権の存続期間に関しては、第一項の著作物に該当する著作物以外の著作物についても、当該団体が著作の名義を有するものとみなして同項の規定を適用する。

（継続的刊行物等の公表の時）

第五十六条　第五十二条第一項、第五十三条第一項及び第五十四条第一項の公表の時は、冊、号又は回を追つて公表する著作物については、毎冊、毎号又は毎回の公表の時によるものとし、一部分ずつを逐次公表して完成する著作物については、最終部分の公表の時によるものとする。

２　一部分ずつを逐次公表して完成する著作物については、継続すべき部分が直近の公表の時から三年を経過しても公表されないときは、すでに公表されたもののうちの最終の部分をもつて前項の最終部分とみなす。

（平八法一一七・１項一部改正）｛*第56条第１項中「、第54条第１項及び前条第１項」を「及び第54条第１項」に改める。｝

（差止請求権）

第112条　著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。《改正》平14法072

２　著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、前項の規定による請求をするに

際し、侵害の行為を組成した物、侵害の行為によつて作成された物又は専ら侵害の行為に供された機械若しくは器具の廃棄その他の侵害の停止又は予防に必要な措置を請求することができる。

（損害の額の推定等）

第114条　著作権者、出版権者又は著作隣接権者（以下この項において「著作権者等」という。）が故意又は過失により自己の著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為によつて作成された物を譲渡し、又はその侵害の行為を組成する公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行つたときは、その譲渡した物の数量又はその公衆送信が公衆によつて受信されることにより作成された著作物若しくは実演等の複製物（以下この項において「受信複製物」という。）の数量（以下この項において「譲渡等数量」という。）に、著作権者等がその侵害の行為がなければ販売することができた物（受信複製物を含む。）の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、著作権者等の当該物に係る販売その他の行為を行う能力に応じた額を超えない限度において、著作権者等が受けた損害の額とすることができる。ただし、譲渡等数量の全部又は一部に相当する数量を著作権者等が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。《追加》平15法085

２　著作権者、出版権者又は著作隣接権者が故意又は過失によりその著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、当該著作権者、出版権者又は著作隣接権者が受けた損害の額と推定する。

３　著作権者又は著作隣接権者は、故意又は過失によりその著作権又は著作隣接権を侵害した者に対し、その著作権又は著作隣接権の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額を自己が受けた損害の額として、その賠償を請求することができる。《改正》平12法056

４　前項の規定は、同項に規程する金額を超える損害の賠償の請求を妨げない。この場合において、著作権又は著作隣接権を侵害した者に故意又は重大な過失がなかつたときは、裁判所は、損害の賠償の額を定めるについて、これを参酌することができる。

（相当な損害額の認定）

第百十四条の五　著作権、出版権又は著作隣接権の侵害に係る訴訟において、損害が生じたことが認められる場合において、損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。（平十二法五六・追加、平十五法八五・旧第百十四条の四繰下）

《資料３》民法の一部

（不法行為による損害賠償）

第709条　《平成16改正前も同趣旨；著者記す》　故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

《資料４》民事訴訟法の一部

（自由心証主義）

第247条　裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する。

（損害額の認定）第248条

損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。

《資料５》ベルヌ条約の一部

第五条 〔保護の原則〕

⑴ 著作者は、この条約によつて保護される著作物に関し、その著作物の本国以外の同盟国において、その国の法令が自国民に現在与えており又は将来与えることがある権利及びこの条約が特に与える権利を享有する。《内国民待遇；著者記す》

⑵ ⑴の権利の享有及び行使には、いかなる方式の履行をも要しない《無方式主義；著者記す》。その享有及び行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない《権利独立の原則；著者記す》。したがつて、保護の範囲及び著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる《属地主義による準拠法；著者記す》。

⑶ （略）

⑷ 次の著作物については、次の国を本国とする。《本国の定義；著者記す》

ⓐ いずれかの同盟国において最初に発行された著作物については、その同盟国。もつとも、異なる保護期間を認める二以上の同盟国において同時に発行された著作物については、これらの国のうち法令の許与する保護期間が最も短い国とする。

ⓑ 同盟に属しない国及びいずれかの同盟国において同時に発行された著作物については、その同盟国

ⓒ 発行されていない著作物又は同盟に属しない国において最初に発行された著作物でいずれの同盟国においても同時に発行されなかつたものについては、その著作者が国民である同盟国。ただし、次の著作物については、次の国を本国とする。

ⅰ いずれかの同盟国に主たる事務所又は常居所を有する者が製作者である映画の著作物については、その同盟国

ⅱ いずれかの同盟国において建設された建築の著作物又はいずれかの同盟国に所在する不動産と一体となつている絵画的及び彫塑的美術の著作物については、その同盟国

第十八条 〔遡及効〕

⑴ この条約は、その効力発生の時に本国において保護期間の満了により既に公共のものとなつた著作物以外のすべての著作物について適用される。

《資料６》万国著作権条約の一部

第二条 〔保護の原則〕

１ いずれかの締約国の国民の発行された著作物及びいずれかの締約国において最初に発行された著作物は、他のいずれの締約国においても、当該他の締約国が自国において最初に発行された自国民の著作物に与えている保護と同一の保護及びこの条約が特に与える保護を受ける。《内国民待遇；著者記す》

２，３ （略）

第三条 〔保護の条件〕

１ 締約国は、自国の法令に基づき著作権の保護の条件として納入、登録、表示、公証人による

証明、手数料の支払又は自国における製造若しくは発行等の方式に従うことを要求する場合には、この条約に基づいて保護を受ける著作物であつて自国外で最初に発行されかつその著作者が自国民でないものにつき、著作者その他の著作権者の許諾を得て発行された当該著作物のすべての複製物がその最初の発行の時から著作権者の名及び最初の発行の年とともに©の記号を表示している限り、その要求が満たされたものと認める。©の記号、著作権者の名及び最初の発行の年は、著作権の保護が要求されていることが明らかになるような適当な方法でかつ適当な場所に掲げなければならない《方式主義国と無法式主義国との架け橋；著者記す》。

２～５ （略）

第七条 〔不遡及〕

この条約は、保護が要求される締約国におけるこの条約の効力発生の日に当該締約国において最終的に保護を受けなくなつており又は保護を受けたことのない著作物及び著作物についての権利には適用しない。

第十七条 〔ベルヌ条約との関係〕《ベルヌ条約の優先適用；著者記す》

１ この条約は、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約の規定及び同条約により創設された同盟の構成国の地位に何ら影響を及ぼすものではない。

２ （略）

以 上