



Title	著作物と作品概念との異同について
Author(s)	駒田, 泰土
Citation	知的財産法政策学研究, 11, 145-161
Issue Date	2006-04
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43475">https://hdl.handle.net/2115/43475</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	11_145-161.pdf



## 著作物と作品概念との異同について

駒 田 泰 士

### I. はじめに——創作的表現説と作品説

著作権法（以下、「法」という。）にいう「著作物」とは、日常用語では「作品」とほぼ同義である。一般に「作品」とは、著作者の表現しようとする思想が完結した形で看取できるものをいう場合が多いであろう。

では、著作物とは、このような意味における作品なのであるか？ 法2条1項1号によれば、必ずしもそのように解する必要はない。同号は単に「思想又は感情を創作的に表現したもの」を著作物と定義しているのであって<sup>1</sup>、作品としての形式を備えているか否かを著作物性の要件としてはいないからである。

当該規定の文言に沿って、創作的な表現があれば著作物性を肯定してよいとの考え方（以下、「創作的表現説」という。）を徹底すると、作品内部における表現の様々な範囲において著作物性を見出しうることになる。たとえば文芸作品である小説を例にとると、小説全体にわたるストーリーも著作物であると同時に、その一部をなす章、あるいは数行からなるパッセージも、それが創作的な表現でありさえすれば著作物といえる。それらが表現として互いに融合しているとしても、作品から切り出されて個別に利用される場合には、各々が著作物としての面を露にすると解することができよう。

---

<sup>1</sup> さらに「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」という要件が付加されているが、この要件は、知的ないし文化的精神活動の所産全般を指すものというように緩く解するのが一般的であろう。東京高判昭和62年2月19日無体例集19巻1号30頁 [当落予想表事件]、東京地判昭和59年9月28日無体例集16巻3号676頁 [バックマン事件] 参照。

もつとも、このような著作物観は、上記の定義規定にもかかわらず、常識的には違和感を覚えるところかもしれない。事実、法の起草者自身、いくつかの条文を見る限り、著作物を作品と捉える考え方（以下、「作品説」という。）に引きずられた節がある<sup>2</sup>。従来の判例や学説においても、どちらかといえば作品説に傾斜していると思しき論が少なくない。

しかし、かかる作品説的な著作物観を原因として、現在二つの混乱が生じているように思われる。

第一に、作品全体ではなく、その「部分」や「内面形式」の利用がなされる場合において、著作物とは別の保護対象を定立する必要に迫られたことである。ただし、作品の部分や内面形式は、（作品説に立脚する限り）もはや著作物とはいえないからである。

第二に、著作物と上記の意味での保護対象が分離したにもかかわらず、論者においてはそのことが十分に整理されず、他の局面においては、作品＝著作物であることを理由として、著作者の過剰な権利行使を許す弊害を生ぜしめていることである。これは、複数人の創作行為を介して成立する著作物の利用について、縷々問題となる。

果たして、著作物の意義について作品説をとる合理的な理由はあるのだろうか。創作的表現説をもって、著作物概念を把握すれば十分ではないだろうか。本稿における筆者の問題意識は、この点に集約される。

## II. 従来の議論

作品説か創作的表現説かという論点は、従来の判例及び学説においては（若干の例外を除いて）明確に意識されてこなかったというのが偽らざるところであろう。しかし、既述のように、作品における部分の利用及び内面形式の利用という論点に着目してみると、しばしば作品説寄りの議論がなされてきたことがわかる。

<sup>2</sup> たとえば、法10条1項における著作物の例示の仕方——「小説」「脚本」「論文」「講演」等——は、いかにも「作品」的である。

### 1. 部分的複製について

部分の利用——部分的複製をめぐる議論においては、まず次のように言われるのがふつうである。「複製権は一つの著作物の全体ばかりでなくその一部にも及ぶ」<sup>3</sup>。創作的表現説を意識した場合にすぐ浮かんでくるのは、著作物とは常に「全体」でしかないのかという疑問である。著作物とは全体であり、部分は著作物ではないという思考枠組は、作品説に通じるものである。

ところで、部分的複製によっても複製権が侵害されるという点に異論は見られないが、いかなる部分にも複製権が働くという見解は一般にとられていない。そのため、部分的複製における保護対象とは何かが問題となる。この点、従来の学説においては、「著作物の本質的な部分」<sup>4</sup>であるとか「著作物としての価値をもち得るもの」<sup>5</sup>という言い方がなされてきた（ただし、それらが具体的にどのようなものかについては詳しく述べられていない）。これらの学説からは、「部分」を——たとえ著作物と等価のものであっても——著作物と呼ぶことに対する躊躇めいたものが感じられる。これもまた作品説に通じる態度であるといえる。

裁判例においても作品説を採用したと思しきものがある。その一例として、「ふいーどわーく多摩」事件東京地裁判決<sup>6</sup>をあげることができよう。同判決は、史跡ガイドブックに掲載されたある地図について、その「全体の構成は、現実の地形や建物の位置関係がそのようになっている以上、これ以外の形にはなり得ないと考えられるが、読者が最も関心があると思われる『近藤勇胸像』や『近藤勇と理心流の碑』等を、実物に近い形にしなから適宜省略し、デフォルメした形で記載した点には創作性が認められ、

<sup>3</sup> 東季彦監修、尾中普子＝久々湊伸一＝千野直邦＝清水幸雄著『全訂2版 著作権法』[学陽書房・1998年] 64頁 [千野直邦]。

<sup>4</sup> 齊藤博『著作権法 第2版』[有斐閣・2004年] 163頁。齊藤教授は、「著作物の本質的部分の複製か否かは、専門家による判断までは要せず、一般の者が一見してそれと分かる程度でよい」と述べておられる（同上）。

<sup>5</sup> 加戸守行『著作権法逐条講義 4訂新版』[著作権情報センター・2003年] 179頁。同旨、作花文雄『詳解 著作権法 [第3版]』[ぎょうせい・2004年] 261頁。

<sup>6</sup> 東京地判平成13年1月23日判時1756号139頁。

この点が同地図の本質的特徴をなしているから、著作物性を認めることができる」と判示している。ここに示されているのは、地図における本質的特徴部分にさえ創作性が認められれば、地図全体が著作物になりうるという論理である。

作品において保護を要する「本質的」な部分とは何かについて、もうすこし詳しく論じた裁判例もある。部分的複製の是非が問題となった冷蔵倉庫事件大阪地裁判決<sup>7</sup>である。同判決は、部分的複製にあつて保護を受けるのは「独創性又は個性的特徴」を具備した部分（最終的にはこれを「著作物の本質的な部分」と同視している。）であるとした上で、当該部分は「一個の著作物全体の表現との関係でその全体に対して果たしている役割をも考慮」して決定すべきであると論じている。この判断手法は、「本質(essence)」という言葉の語義に忠実なものであるといえる。本質性(essentiality)とは、全体との関係において決せられるべきものだからである。

## 2. 翻案について

作品の内面形式を再製する行為——すなわち翻案はいかなる場合に生じるかについて、近時、最高裁がその判断基準を示している。当該判決<sup>8</sup>は言語の著作物に関するものであるが、そこに示された法理は他の著作物類型にも妥当すると一般に解されている。

「言語の著作物の翻案(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別の著作物を創作する行為をいう。」

上記判旨の論理は明快であり、要するに、既存の著作物における「表現上の本質的特徴」が失われない程度に新たな創作的要素を付加する行為が、

<sup>7</sup> 大阪地判昭和54年2月23日判タ387号145頁。

<sup>8</sup> 最1小判平成13年6月28日民集55巻4号837頁 [江差追分事件]。

翻案に該当するということになる<sup>9</sup>。

ここで最高裁が、著作物とその「表現上の本質的特徴」を分けて論じている点が注目される。最高裁によれば、翻案とは、正確に言えば著作物を利用する行為ではなく、その「表現上の本質的特徴」を利用する行為なのである。この判示は、最高裁が作品説を暗黙の前提としていることをうかがわせるものである。

翻案権の保護対象とされた「表現上の本質的特徴」とは何であるかについて、本判決は詳しく述べていない。しかし、上記判旨の事実へのあてはめ部分においては、興味深い判示がなされており、注目される。そもそも本件は、ある書籍(ノンフィクション作品)に収録された短編の冒頭部分(プロローグ)が、テレビのドキュメンタリー番組におけるナレーションにおいて翻案されたといえるかが問題となった事件であった。最高裁は、当該ナレーションが影像を背景に放送されたことを一つの理由として、当該プロローグの「表現上の本質的特徴」が問題のナレーションからは直接感得できないと結論づけた。

当然のことであるが、プロローグもナレーションも、同じく言語表現である。そこでこの創作的表現の再製の有無だけを問うのであれば、背景影像の放送は論理的に無関係ということになる。しかしそれにもかかわらず、本判決は背景影像の放送を翻案成否の考慮要素としたわけである。ここには番組における表現全体との比較という視点が含まれているように思われる。判旨にいう「本質的特徴」とは、つまるところ既述の essentiality を利用する側の作品との関係においてもある程度要求するものと解することも可能な判示といえよう<sup>10</sup>。

<sup>9</sup> 本判決が採用した本質的特徴の直接感得可能性なる基準は、かつて最高裁が旧法上の同一性保持権侵害の判断基準として採用したものである。最3小判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁 [パロディ事件]。

<sup>10</sup> 東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁 [記念樹事件] は、「本質的特徴の直接感得可能性」の基準を編曲の成否にも応用したが、和声、リズム、テンポ、形式の相違が旋律における表現上の本質的な特徴の共通性を減殺しうることを認める判示をなしている。類似部分の essentiality を問う判断手法の一例といえる。ほか、東京地判昭和43年5月13日下民集19巻5号257頁 [ワン・レイニー・ナイト・イン・

### Ⅲ. 両説の比較検討

作品説も創作的表現説も、作品の部分利用や内面形式の利用に対する保護を否定しない点では同じであり、当該部分につき創作的表現性を求める点も実は同じである。しかし、作品説は、それらの場合の保護対象と著作物を一応区別し、前者を本質的部分ないし特徴と呼ぶ点において創作的表現説と相違する。

作品説は、大方の議論において漠然と受け入れられてきたようであるが、既述のように、あまり意識されることはなかったといえよう。しかし近時、山本弁護士がこの論点を明確にしたうえで作品説を支持すべきであると主張しておられ、注目される場所である。

山本弁護士によると、作品説をとるべき理由は三つある<sup>11</sup>。その第一は、何よりも常識にかなうことである。外観上1個の作品の中に場合によっては100個もの著作物が含まれていると考えることは、明らかに常識に合致しないのではないか。その第二は、著作権の登録に際し、登録免許税法上の解釈として妥当な結論が導かれるということである。外観上1個の作品について、100件分の登録料がかかるというのは非現実的ではないか。その第三は、著作権譲渡契約の対象につき疑義が生じにくいということである。作品内部の創作的表現ごとに著作物が成立するとしてしまうと、どの著作権を譲渡するものであるのかについて疑義が生じる。かかる疑義を招きやすい創作的表現説は、当事者の意思に反するのではないか。

これら三つの理由のほかには作品説に有利に傾く要素としては、既述の essentiality の考え方を導入しやすいという点をあげることができるだろう。そして実際にこのような考え方を明確に理論化しておられるのが、橋本判事である。

橋本判事が説いておられるのは、原告作品と被告作品を対比し、その共通部分、相違部分を把握した上で、これらの部分の各作品における創作的

---

トーキー事件】も参照。

<sup>11</sup> 山本隆司「著作物の個数論による著作物概念の再構成」コピライト2005年8月号6頁。

価値を比較衡量して侵害判断を行うとする理論である<sup>12</sup>。この理論の眼目は、共通部分に創작성が認められるとしても、その量が少なく、他方で創作的性の高い部分に相違部分が多く存在すれば、侵害が否定されるところにある。換言すれば、類似部分が被告作品全体との関係で essential といえる場合にのみ保護を肯定しようとする理論であるといえる。かかる理論が主張される実質的な理由は明らかではないが、恐らく著作物市場における競合の可能性が小さいものはあえて侵害とするまでもないというフェアユース的な発想があるものと推察される<sup>13</sup>。

しかし、以上に示した作品説に有利な点（あるいは創作的表現説に不利な点）はいずれも疑問とすべきところがあり、直ちに首肯しうるものではない。

作品説の方が常識にかなうという指摘に対しては、法律上の概念はしばしば日常用語と一致しないと反論することが可能であろう。そして何より創作的表現説の方が、法2条1項1号の定義規定（すなわち法規的解釈）に忠実であるといえる。既述のように、同号は「作品」性を別段著作物性の要件としてはいないからである。

登録免許税法上妥当な結論が導かれるとの指摘についても、疑問の余地がある。同法別表によれば、登録料算定の基準はしばしば著作物ではなく「著作権」の件数である。作品説も部分の保護は否定しないのであるから、実質的には部分ごとに著作権が成立することを認めるのであろう。そうすると、作品説をとったとしても依然として問題が生じるのではあるまいか。

登録免許税法の解釈運用はその趣旨に沿って行われるべきであり、著作

---

<sup>12</sup> 橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）（下）」判時1595号27頁、判時1596号11-12頁。同「著作物の複製と翻案について」清水利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系26知的財産権』[新日本法規・1999年] 382頁。

<sup>13</sup> 近時の島並助教授の見解も、恐らくは橋本判事が目指すところと同じ方向にある。島並助教授は、情報量増大化のための著作物の保護と利用の妥当なバランス、情報流通円滑化のための権利関係の簡素化・明確化を達成すべく、「複製や翻案について、単に何が利用されたかではなくて、そこに何が新たに付加されたかについても加味」し、翻案等の「解釈において被利用要素のみならず付加要素についても考慮」すべきであると主張しておられる。賛否は別にして、傾聴すべき見解であろう。島並良「二次創作と創작성」著作権研究28号31-33頁 [2003年]。

権法とは異なる基準で著作権の件数を認定することも可とすべきである。すなわち、公示の必要性に応じたレベルで著作権の件数(著作物の個数)を認定すれば十分であり、それは作品説をとるか創作的表現説をとるかとは関わりなく行われるべきであろう。

次に、創作的表現説を採用したとしても、著作権譲渡契約の対象につき疑義が生じるとは思えない。問題となる契約の種類や四囲の状況に照らし、合理的と推認される表現の範囲で譲渡対象を特定すればよく、またそのように契約を解釈することこそが、当事者の意思にかなうからである。

最後に、作品の部分的保護(ないし内面形式の保護)につき essentiality を要求し、実質的にフェアユース的な考慮を行えるとの論に対しては、フェアユース自体、わが国では十分な賛同を得ている法理ではない<sup>14</sup>との反論が可能であろう。周知のように、フェアユースは、柔軟で妥当な結論を導きやすい反面、法的安定性と予測可能性に著しく欠けるところがある。かかる法理を制定法上の手がかりなく全くの解釈によって行うことは<sup>15</sup>、ともすれば裁判官の悪しき印象論に墮し、著作権者の利益を大きく損なう結果ともなりえよう。

このように考察を進めてくると、作品説の利点と見えたものは必ずしも利点ではない。それどころか、作品説は、次の不都合を内包しているよう

<sup>14</sup> たとえば曾我部氏は、「フェアユースの判断は、裁判官のフィロソフィに全面的に依存する」とした上で、「わが国において、裁判所で生まれたフェアユースの法理になじむことができるのか、はなはだ疑問」と指摘しておられる。曾我部健「著作権に関するフェアユースの法理」著作権研究20号113、115頁[1994年]。渡邊助教授も、現行アメリカ法における「フェアユースの概念について本当に明確な理論は未だ現れていない」として、この法理に警戒感を表明しておられる。シンポジウム「デジタルコンテンツの教育利用と著作権問題」情報ネットワーク・ローレビュー1巻67頁(渡邊修発言)[2003年]。

<sup>15</sup> 筆者は、一般条項的な権利制限規定の導入を全否定するものではない。昨今の情報技術の発展等に鑑みても、その種の規定の新たな導入は、むしろ相当現実味を帯びてきているように思われる。いずれにしても、十分な議論のうえに、わが国の法文化に即し、比較的安定的に運用できる規定を導入すべきであろう(一般条項的な権利制限規定にも、種々のタイプがある)。現在のいわば白地の状況で、フェアユース類似の解釈論を展開することには消極的にならざるをえない。

に思われる。

第一に、「全体」として言及されることの多い作品概念の輪郭が不明確であることである<sup>16</sup>。この点、作品説を主張しておられる山本弁護士は、作品思想の完結性を一応の基準とし、これを補うものとして、創作者の創作意思、時間的・空間的・経済的に創作行為としての一体性があるか否か、発表・公表行為の一体性といった諸基準を示しておられる<sup>17</sup>。しかし、これらの補助基準のうち前二者の基準は、第三者にとってはしばしば不明である。仮に不明ではなかったとしても、創作意思や創作行為に一体性が見られる一方で分割公表がなされた場合にどう扱うかという問題も生じる。単純に公表の一体性によることができないとすれば、微妙な判断を要するケースもまま生じよう<sup>18, 19</sup>。

第二に、作品思想の「完結」性が作品性のメルクマールであるとするれば、未完成作品(後に完成する作品の一部)には未だ著作権が成立していない(法51条1項。したがって著作権で保護されない)という理論的困難が生じることである<sup>20, 21</sup>。これに対し、創作的表現説に立脚するならば、この

<sup>16</sup> ゆえに、「全体」を基準に essentiality を要求していく法解釈は、危うさを孕んでいる。田村教授が鋭く指摘するところである。田村善之『著作権法概説[第2版]』[有斐閣・2001年]59-60頁。

<sup>17</sup> 山本・前掲注(11)6-7頁。

<sup>18</sup> 山本弁護士も、微妙なケースとして、映画「ロード・オブ・ザ・リング」(全体が3回のエピソードに分けられている)をあげておられる。山本・前掲注(11)7頁。

<sup>19</sup> 映画のために作成・録音された音楽は、常識的には映画作品の一部を構成するものといつてよいと思われるが、法16条の規定に明らかなように、映画音楽は映画の著作物の一部を構成しない。この点、山本弁護士も、映画音楽は映画という作品から独立していると主張され、同じ結論を述べておられるが(山本・前掲注(11)12頁)、映画音楽が映画から独立しているというのは、常識にかなうという作品説の利点を喪失せしめる結果となっているのではなかろうか。

<sup>20</sup> 山本弁護士は、作品完成前の中間生成物を完成作品の複製物であると論じておられる。山本・前掲注(11)8頁。これはいわば時間軸を逆転させる見解であり、複製につき依拠性を要件とする通常理解と大きく異なっている。作品説を貫徹する難しさがここにも現れ出ている。

<sup>21</sup> 未完成であっても、作品思想が凡そ看取されうる段階で作品としては成立したという論も可能であろうが、長編小説の一部を予定した冒頭のバツページだけを書いて

ような困難は生じない。未完である小説のストーリーのように、作品思想の観点から著作物が未完成であるということはあるが<sup>22</sup>、創作的表現がすでに存することが確実である限り——内容的に未完成であるとしても——著作物自体は成立しているといえるからである。

以上から、筆者としては創作的表現説を妥当としたいが、同説をとることの波及効果についてもさらに検討しなければなるまい。

創作的表現説を採用した場合に著作者が著作権を主張できるのは、当然のことながら、自らが創作したといえる表現の範囲内においてである。この理は、関連する著作者が複数存する場合にも妥当しなければならない。すなわち、複数人の創作行為が一個の作品内に結実しているとしても、各人が著作権を主張しうるのは自己の創作的表現の範囲に限定される。

他方で、作品説に立脚した場合には、複数人の創作行為を介して成立した一個の作品全体について、各人が自己に關係する著作物であると主張できるだろう。作品説においては、この場合に各人が著作権を主張しうる範囲について明確に定まった理論というものがない。そのため、著作権が法文上「著作物」についての権利であることを奇貨として、各人が自己の創作の範囲を超えて著作権を行使することが是とされやすい。

共同著作物(法2条1項12号)を例にとって説明してみよう。たとえばXとYが共同で一個の作品を創作したとする。当該作品のうち、両者の寄与を分離できず個別利用不可能な部分ではなく、Xの創作的表現だけがみられYの寄与が存しない部分だけを抽出した場合、創作的表現説に立てば、当該部分は共同著作物とはいえないことになる<sup>23</sup>。したがって、当該部分についてYが共有著作権を行使することもありえない。これに対し作品説に立てば、当該部分も共同著作物の範囲内であり、著作権の行使についてXとYの合意が要求されると解することも、あるいは是認されることになる(法65条2項)。

---

て絶筆した場合などは、そのようにいふことさえも難しいであろう。

<sup>22</sup> 法56条にいう「一部分ずつを逐次公表して完成する著作物」は、この意味に解すべきであろう。

<sup>23</sup> 概ねこのような考え方に立って共同著作物の認定を行ったと評価できるのが、大阪地判平成4年8月27日判時1444号134頁〔静かな焔事件〕である。

このように著作者が複数存する著作物の場合、両説のいずれをとるかに応じて、各人が著作権を主張しうる範囲につき帰結の相違が生じうる。そして、以上と構図を同じくする問題が実務上もっとも顕在化したのは、二次的著作物に関してであった。

#### IV. 二次的著作物再考

二次的著作物の構造をどのように捉えるべきかを考察する上では、後述のポパイネクタイ事件及びキャンディキャンディ事件における最高裁の判断等を参照しなければならない。

##### 1. 判例にみる二次的著作物の概念

まずポパイネクタイ事件<sup>24</sup>であるが、最高裁は、一話完結形式の連載漫画における後続の漫画は先行する漫画の二次的著作物に該当するとした上で、「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」と判示している。

ここから明らかになるのは、二次的著作物には少なくとも二つの構成要素が含まれると最高裁が考えていることである。すなわち、二次的著作物の著作者が付与した創作的部分と、原著作物の複製に相当するような部分である。ちなみに、創作的表現説の立場では、このような二次的著作物の概念をとることはできない。同説の下では、ある者がなした創作的表現の範囲においてのみその者に帰属する著作物が成立するのであり、他者が創作したものの複製に相当する範囲までも自己の著作物であると主張することはできないからである。

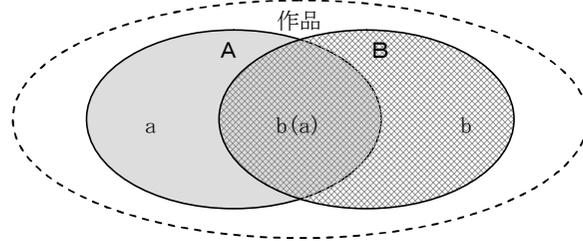
連載漫画の原作者と作画者との間で争われたキャンディキャンディ事件は、当該漫画のコマ絵やその主人公を描いた絵画(雑誌の表紙絵及びリトグラフ等の原画)につき原作者が著作権を主張できるかが問題となった事件であった。原審は、上記コマ絵等について原作者が法28条所定の著作

---

<sup>24</sup> 最1小判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁。

権を主張しうることを認め<sup>25</sup>、最高裁もまたこの判断を維持するに至った<sup>26</sup>。本稿の関心の下では、より詳細な判示をなした原審判決を分析の対象としなければならない。同判決によれば、二次的著作物には「原著作物の創作性に依拠しそれを引き継ぐ要素(部分)」と「二次的著作物の著作者の独自の創作性のみが発揮されている要素(部分)」の双方が含まれる。そして、法28条所定の著作権はこれら構成要素の双方について働くのであるが、かかる解釈は、「上記両者を区別することが現実には困難又は不可能」であること、そして「厳格にいえば、[二次的著作物]を形成する要素(部分)で原著作物の創作性に依拠しないものはあり得ないとみることも可能であること」によって正当化される。

以上の一連の判決をもとに二次的著作物の概念を図示すると、下記のようになる。



上記の図において、[A]は「原著作物の創作性に依拠しそれを引き継ぐ要素(部分)」を表しており、[B]は二次的著作物の著作者が作出した創作的表現部分、すなわち「二次的著作物において新たに付与された創作的部分」を表している(両者は重なった状態にある)。<sup>27</sup> [a]は「原著作物と共通しその実質を同じくする部分」を、[b]は「二次的著作物の著作者の独自の創作性のみが発揮されている要素(部分)」を表しており、[b(a)]は両著作物の創作性をともに感得しうる表現部分を表している。

ポパイネクタイ事件最高裁判決によれば、二次的著作物には[a]が含まれるが、[a]の利用につき二次的著作物の著作者が著作権を行使することは許されない。他方、キャンディキャンディ事件原審判決によれば、

<sup>25</sup> 東京高判平成12年3月30日判時1726号162頁。

<sup>26</sup> 最1小判平成13年10月25日判時1767号115頁。

二次的著作物には[A]と[b]がともに含まれ、法28条所定の著作権は、両要素の利用について働くことになる。

## 2. キャンディキャンディ事件原審判決及び最高裁判決の批判的考察

キャンディキャンディ事件原審判決の眼目は、著作者が自己の創作的表現の範囲を超えて著作権を行使しうることを明確に認めたとところにある。この立場は——適用法条が異なるとはいえ——ポパイネクタイ事件最高裁判決が示した立場とは異なるものである。

この原審判決の結論をさらに最高裁が是認したことで、法28条の解釈をめぐり、学界では賛否両論が巻き起こることとなった。

判旨に賛成する論のうち主なものを拾うと、次の論をあげることができるだろう。第一に、上記原審判決自体が指摘する[A][b]両要素の区別困難論・不可分論である。第二に、(最高裁による二次的著作物の理解を前提とした場合の)法2条1項11号と28条にいう「二次的著作物」を同義に解する必要性(法規範的解釈の尊重)である<sup>27</sup>。第三に、法28条が自己言及的な条文形式になっていることから、同条所定の著作権はそもそも原著作物の創作的表現の残存性を要求していないと考えられることである。何回翻案等が繰り返されようと、当該表現が残存している限り、その成果物は二次的著作物ということができ、当該成果物の利用には法28条をそのまま適用すればよい。同条があえて自己言及的な条文形式となっているのは、繰り返される翻案等により原著作物の創作的表現が消滅した場合においても、なお連鎖的に権利行使を可能とする趣旨に基づくのではないか<sup>28</sup>。

以上の理論面の論拠に加えて、ストーリーの助力により人気が出た連載漫画の作画家が自由に絵を売れるというのはおかしいのではないかという実質的な論拠<sup>29</sup>をあげることもできるだろう。

<sup>27</sup> 青柳吟子 [判批] 判例評論527号199頁 [2003年]。

<sup>28</sup> 飯村敏明「二次的著作物の利用行為の差止請求の審理判断の構造について——著作権法28条に基づく請求の要件事実の検討を中心として——」 渋谷達紀=竹中俊子=高林龍編『(別冊 NBL106号) 知財年報 I. P. Annual Report 2005』[商事法務・2005年] 222頁。

<sup>29</sup> 小泉直樹「二次的著作物について」『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先

しかし、上記の各論拠に対する反論もまた可能である。第一に、既述のように、ポパイネクタイ事件最高裁判決は要素区別困難論を採用していないことである。また、要素不可分論は、つまるところ原著作者のアイデアに影響を受けていない部分は存しないため同人の著作権を作品全体に及ぼすというに等しく、実質的にアイデア保護に直結するため却下を免れない。第二に、最高裁による二次的著作物の理解が絶対とはいえないことである。後述するように、創作的表現説に立脚すれば、定義規定と法28条の平仄を考慮するとしても、判旨とは別様の結論が導かれる。第三に、原著作者の創作的表現の残存を問わず無限連鎖的な著作権の主張が可能となれば、やはりアイデア保護に直結し、後発の表現活動が萎縮してしまうことである。論者は、翻案等を行う者がそのつど別人であることを想定しているようであるが、同一人が既存の著作物をもとに翻案等を繰り返し、最終的にそれを換骨奪胎したものを公表・利用するという場合も考えられる。従来の学説においても、このような場合は著作権の侵害を生ぜしめないと一般に解されている。法28条が自己言及的な条文形式となっていることにはさほどの深い意味はなく、単純に翻案等が繰り返されたものは元の著作物から見て二次的著作物とはいえない(三次的著作物、四次的著作物……) という解釈に対応するための条文構成<sup>30</sup>と受け止めればよいである

---

生古稀記念論集』[法学書院・2003年] 179頁。

そのほか、「原著物が存在して初めて二次的著作物の創作が可能となっているという関係」を援用する見解がある。長沢幸雄「二次的著作物」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 著作権関係訴訟法』[青林書院・2004年] 295頁。しかし、どのような著作物であれ既存の作品から何らかの知見を得て創作されるということに鑑みれば、この見解は妥当とはいえないであろう。重要なのは既存の「創作的表現」の複製・利用が行われたか否かであって、当該表現の著作物が著作権を行使しうるのは、いかなる場合であれ、この範囲においてであると解すべきではないか。<sup>30</sup> 立法担当者である加戸氏は、法28条の読み方として、原著物に対する二次的、三次的著作物を観念する「積み重ね方式」と、三次的著作物も二次的著作物と観念する「ストレートに読む方法」の両方を提示しておられる。「二次的著作物」をどのように解したとしても、対応可能な規定ぶりになっているということであろう。いずれにしても、加戸氏は、原著物の利用なくして同条の適用なしとの立場を貫いておられる。加戸・前掲注(5)212-213頁。

う。

実質面の論拠にも反論可能である。ストーリー作家が人気獲得に貢献したとしても、この者の創作として貢献があったのは漫画のストーリーの限度であり、結果としてもたらされた人気からの利益の配当に与ろうとするのであれば、当該ストーリーの利用によって得られる利益で満足すべきともいえるからである<sup>31</sup>。

### 3. 創作的表現説に立脚した二次的著作物の概念

以上の考察を踏まえるならば、キャンディキャンディ事件原審判決が明確に示したような、[b]の部分にも法28条所定の著作権を及ぼす必要性は、格別首肯しうるものではない<sup>32</sup>。そうすると、二次的著作物という複数の著作物(当該著作物の著作人及び原著作者)が関連する著作物にも、創作的表現説を徹底させることが可能になる。

創作的表現説の立場からは、[b(a)]の部分においてこそ二次的著作物が成立することになる。他方、[b]の部分は、原著作者の創作的表現を承継していないため「二次的」なものではなく、いわば別個独立の著作物に相当しよう<sup>33</sup>。したがって、原著作者が当該部分にも著作権を主張する法的な根拠は存しない<sup>34</sup>。

このように考えると、法28条所定の著作権の客体は、結局のところ原著物であるということが出来る<sup>35</sup>。原著作者が[b(a)]の部分において当

---

<sup>31</sup> 辰巳直彦[判批]民商127巻1号123頁[2002年]に同旨。

<sup>32</sup> キャンディキャンディ事件は、連載漫画の完成に向けて互いに協力する関係にあった原作者と作画者の間で争われた事件であり、全くの第三者が二次的著作物を創作したという事案ではない。同事件最高裁判決の射程を、類似の事案に限定する必要があるといえるかもしれない。

<sup>33</sup> 作花・前掲注(5)224頁も、ほぼ同旨を説く。

<sup>34</sup> 田村・前掲(16)115頁注1、辻田芳幸「二次的著作物における原著作者関与の構図」『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』[法学書院・2003年] 207頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ著作権法・意匠法』[有斐閣・2004年] 94頁も、結論において同旨。

<sup>35</sup> 法28条所定の著作権の保護期間について、原著物のそれを妥当させるべきであるとされるのも、結局のところ、当該著作権の客体が原著物であるからといえる。

該著作権を行使することが正当化されるのは、この者の創作的表現、すなわち原著物が感得されるからである。そしてここに示した考え方は、著作権法54条2項においても、それとなくほのめかされているように思われる。同項は、映画の著作物の利用について行使される法28条所定の著作権の保護期間に関し特則を定めたものであるが、そこにおいて当該著作権は「原著物の著作権」と言及されているからである。

## V. おわりに

従来の学説及び判例において漠然と作品説が支持されてきたのは、日常用語において著作物は「作品」と同義であり、実際上も同義として使用したほうが判決や論文を書きやすいという事情があるからであろう。

しかし、著作物概念は、法におけるかなめ石のようなものである。ただし、法は、著作物を基本単位として様々な権利関係及び権利の消長を規律しているからである。作品概念をもって著作物とすると、作品の部分ないし内面形式の利用において、保護対象と著作物の間に概念的な齟齬が生じる。その場合に前者をどのように把えるか、本質性(essentiality)を要求すべきか、要求するとしてそれはどのように判断すべきかなど、解釈論上様々な難問が生じてくる。とくに複数人の創作行為を介して成立する人的な広がりをもつ作品の場合、自ら創作したものに対して著作権が与えられるという法の原則を超えて、過剰な権利行使を許してしまう契機ともなりうる。

以上からすれば、法2条1項1号の文言に沿って、単純に創作的表現を著作物とすべきである。この立場においては、外形上一個の作品においても複数の著作物が並列的に存するとみるべき場合もあるし、さらにそこから抽出された一部にも著作物性を認めるべき場合がある<sup>36</sup> (しかし、不

---

作花・前掲注(5)291頁、渋谷・前掲注(34)92-93頁参照。

<sup>36</sup> 法もこのような立場を条文上は認っていると解しうる。たとえば31条1号は「著作物の一部分」について図書館内複製を自由としているが、同条柱書はこの場合でも「著作物を複製すること」であるとしており、著作物の一部分もまた著作物たりうることを前提としているように読める。同様に、32条1項が引用対象を直裁に「著作物」としているのも、作品の部分において著作物が成立することを認める趣旨と

必要な創作的表現の細分化はすべきでなかろう。)。著作物と作品概念の分離は抵抗を覚える向きもあるかもしれないが、これにより、法の解釈の様々な局面において結果的に妥当な結論を導くことができるのではないかと考える。

### [付記]

本稿脱稿後、梶山敬士「翻訳の構造」知財管理56巻2号207頁以下に接した。梶山弁護士は、原著作者が翻案の許諾を与えていない場合、「原著物の創作性が被告作品において感得される限りにおいてしか、権利行使できない」が、翻案の許諾を与えた場合は、「ライセンスと引換えに」、「二次的著作物の著作権者と同一の種類

の著作権を交換により取得」し、「二次的著作物において自らの原著物における創作性が維持されている場合だけでなく、二次的著作物の著作権者が権利行使できる場合には、同様に権利行使できる」という興味深い見解を主張しておられる(214-215頁)。かかる「交換説」に対しては、そのように解する必然性について疑問を覚える。注29参照。

---

解するのが素直であるように思われる。