

二次的著作物についての考察

——創作者主義を基点として——

松 村 皆 希

(法学専攻 法政リサーチ・コース

推薦教員：宮脇正晴)

目 次

はじめに

第一節 問題意識

第二節 本稿の構成

第一章 二次的著作物の定義

第二章 二次的著作物の創作行為（法27条）と判断手法に関する考察

第一節 法27条の存在意義について

第二節 法27条が定める四つの権利について

第三節 翻案等の解釈について

第一款 〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審——「直接感得論」の登場——

第二款 〔江差追分事件〕上告審

第四節 法27条侵害の判断手法の対立——全体比較論と創作的表現説——

第一款 全体比較論とは

第二款 創作的表現説とは

第三款 両説における〔江差追分事件〕上告審の前段と後段との関係性

第四款 両説における「本質的特徴」の解釈

第五節 私 見

第三章 二次的著作物の利用権（法28条）と原作者の権利範囲の考察

第一節 法28条について

第二節 二次的著作物における二次的著作者の権利範囲——〔ボバイネクタイ事件〕——

第三節 二次的著作物における原作者の権利範囲——〔キャンディ・キャンディ事件〕——

第一款 事件の概要と判決

第二款 〔キャンディ・キャンディ事件〕に対する評価

第四節 賛成説への批判と私見

第一款 寄与説への批判的考察

第二款 全体感得説への批判的考察

第三款 政策説への批判的考察

第四款 意義説への批判的考察

おわりに

は じ め に

第一節 問題意識

現在、翻案の持つ意義は日々拡大している。著作権法における翻案の定義は後述するが、ここではさしずめ「他人の創作物に依拠して何かを作る事」と定義しておこう。情報化社会を生きる私たちを取り巻く状況を中山が「翻案文化」¹⁾と言い表したように、インターネットの発達によって、私達は世界中から様々な情報を仕入れることが可能となったのと同時に、その情報を自由に改変し、世界中に発信することが可能となった。

こうした状況を悲観的に捉える見解もあるが、私は歓迎したいと考えている。小林秀雄の著書『モオツァルト』の中に「模倣は独創の母である」²⁾という言葉が登場する。インターネットによって創作者たる地位を得た私たちは、模倣によってはじめて独創性が生まれるとするこの言葉の示唆を十分に痛感している。他人の作品をそのままの形で複製して利益を得ることは当然許される行為ではないが、独創性を追求するために行われる翻案は創作活動を行う上で必要不可欠な行為である。そして、こうした翻案を通じて創作された作品が世の中に溢れることは、ひいては著作権法の目的である文化の発展にも繋がってくる。我が国の著作権法も、情報の豊富化に資するべく、翻案について明瞭なルールを提示するべきであると考ええる。

しかし、我が国の著作権法は、翻案に関する2つの条文の解釈について、明瞭なルールを提示しているとはいいがたい。具体的なことは第二章以下で後述するが、例えば、著作権法（以下、法と省略する）27条は翻案に関する判断手法を巡って、また、法28条は二次的著作物の基となった著作物の著作者の権利範囲を巡って、それぞれ学説の対立が存在する。本稿は、こうした学説の対立を抱える二つの条文の解釈に対し、創作者主義という著作権法の理念をより重視する立場から検討を行い、一定の結論を導くこ

とを目的とするものである。

創作者主義とは、著作物を創作した自然人のみに著作権法の保護が原始帰属するという考え方である³⁾。その趣旨は、著作者を「著作物を創作する者をいう」と規定する法2条1項2号などの条文に現れている。一方、職務著作物について規定した法15条や映画の著作物について規定した法29条は、創作者以外の者に著作権が帰属すると定めていることから、創作者主義の例外を定めた条文といえる。よって、そうした例外規定がない以上、翻案や二次的著作物を巡る解釈もまた、創作者主義を基点として判断されるべきであるというのが筆者の主張である。以下、その旨を論じていきたい。

第二節 本稿の構成

本稿の構成は以下の通りである。はじめに、第一章にて、総論として法2条1項11号を中心に二次的著作物の定義を概説し、二次的著作物の基となった著作物（以下、原著作物とする）と二次的著作物との関係について整理する。次に、第二章では、二次的著作物の創作行為である法27条の定義や判例を紹介した上で、法27条の法解釈を巡る全体比較論と創作的表現説との対立について検討を加えていき、結論として創作的表現説に与する旨の私見を述べていきたい。第三章では、二次的著作物の利用行為である法28条を概観し、原著作物の著作者（以下、原著作者とする）と二次的著作物の著作者（以下、二次的著作者とする）との権利関係について判示した二つの判例を紹介する。特に、二次的著作物における原著作物の権利範囲について見解を示した「キャンディ・キャンディ事件」上告審⁴⁾および原審⁵⁾を取り上げていき、それに対する賛成説と反対説との対立を詳細に説明する。そして、「キャンディ・キャンディ事件」の判示を支持する賛成説のそれぞれに批判的検討を加えていき、結論として原著作物の権利は原著作物の創作性が現れている部分のみに及ぶべきであるとする私見を述べていきたい。

第一章 二次的著作物の定義

他人の著作物に依拠して創作された創作物の全てが二次的著作物になるとは限らない。法2条1項11号は、二次的著作物を「著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案することにより創作した著作物」と定めている。すなわち、二次的著作物と認められるためには、① 既存の著作物を翻案等⁶⁾し、② 原著物に新たな創作性⁷⁾を加えるという二つの要件を満たす必要がある。

二次的著作物の例としては、日本語の小説を外国語に翻訳した小説、有名なクラシック音楽をマーチ調にアレンジした音楽、彫刻品を観察して描かれた絵画、小説を原作とした映画や漫画などが挙げられる。一方で、絵画をただ忠実に模写した創作物は、新たな創作性が付加されていなければ単なる複製（法21条）に過ぎない。加えて、編集著作物（法12条1項）やデータベースの著作物（法12条の2第1項）についても、他人の著作物の表現それ自体に改変を加えていないことから二次的著作物には該当しないとされる⁸⁾。

また、著作物Aに依拠して創作された著作物Bがあり、著作物Bに依拠して創作された著作物Cがあるとする。このとき、著作物Cは、著作物Aの創作性が現れている限り、著作物Aの「二次的著作物」⁹⁾として扱われる¹⁰⁾。さらに、著作物Cが著作物Aに依拠することなく創作されたとしても、著作物Bが著作物Aに依拠した事実が認められ、かつ著作物Cの中に著作物Aの創作性が現れている場合は、原著物である著作物Aへの依拠が認められ¹¹⁾、著作物Aの「二次的著作物」として扱われる。他方、原著物の創作的でない部分（思想やアイデアなど）を利用して創作された著作物は、原著物への依拠が認められず、別個の著作物として扱われる¹²⁾。

なお、著作権法は、二次的著作物の創作行為に対して適法要件を課していない。一方、旧著作権法下では、二次的著作物に類似した著作物のうち、

編集著作物 (旧法14条)、美術著作物の異種複製 (旧法22条)¹³⁾、録音著作物 (旧法22条の7)、美術著作物の写真著作物への複製 (旧法23条) の各著作物には、適法要件が課されていた歴史がある。しかし、原著作者の権利が及ぶ著作物と及ばない著作物とが混在し¹⁴⁾、二次的著作物に関する条文の統一性に乏しかった点が問題視されたことから、現行法制定時には、通常の著作物と同様に、創作的表現を要件に設けることや原著作者の権利を害しないことを念頭に、新たな条文が規定された¹⁵⁾。

よって、現行法下では、原著作者の許諾を得ることなく二次的著作物を創作した場合でも著作権法の保護を受けられるが、原著作者に無断で二次的著作物を作成・利用する行為は著作権の侵害となる。

最後に、法11条は、「二次的著作物に対するこの法律による保護は、その原著物の作者の権利に影響を及ぼさない」と定めている。これは、二次的著作物と原著物とは別個に保護されるものであり、二次的著作物の創作行為が原著物の権利や保護期間に影響を与えないことを注意的に規定している。本条文は、上述の通り、原著作者の権利を害しないことを念頭に置いた条文といえる。

第二章 二次的著作物の創作行為 (法27条) と 判断手法に関する考察

著作権法は、作者の人格的利益を保護する権利として著作者人格権を規定し、また、著作者又は著作権者の財産的利益を保護する権利として著作 (財産) 権を規定している。各著作権は、法21条から法28条に規定されているが、とりわけ二次的著作物に関する権利は、法27条の二次的著作物を創作する権利と法28条の二次的著作物を利用する権利とに分類される。

本章は、このうち、二次的著作物を創作する権利を定めた法27条について概観し、法27条侵害における二つの判断手法について考察していく。

第一節 法27条の存在意義について

法27条の説明に入る前に、法27条の存在意義について、学説上疑義が唱えられていることについて触れておきたい。

法27条は、他人が二次的著作物を創作するという単発的行為のみに排他権を有することから、損害賠償請求、差止請求といった権利行使が難しいことが指摘されている¹⁶⁾。

損害賠償請求については、そもそも、二次的著作物を作成した二次的著作人は原著作者の許諾を得なければ自身でその著作物を利用することはできないため、法27条に基づく創作行為が行われただけでは原著作者に損害は発生していないと考えることができる¹⁷⁾。また、差止請求については、二次的著作物の無断作成が進行している時点で作成行為の停止を請求する必要があるものの、無断作成という単発的行為を侵害時に発見することは難しく、実際には無断作成が終了した後に差止請求が行われることが多いと思われるため、差止請求の後葉の感は否めない¹⁸⁾。

さらに、「単に翻訳をするだけなら、それはプライベート・ユースだから問題ないのではないかという疑問があるかもしれません」¹⁹⁾と起草者が述べているように、法27条の権利については、法43条1項1号を通じて「私的使用目的である複製（法30条1項）」が適用されるため、本条を用いる場面というのは理論上かなり限定されているといえる。田村も、出版を企画する前段階での外国語書籍の試訳が法27条の侵害に該当するといった例を挙げつつ、経済活動を行う上で不合理な場面が多く生じてくることを理由に、原著作者には法28条の二次的著作物の利用に関する権利のみを付与すればよいとして、法27条の存在意義について否定的な見解を述べている²⁰⁾。

このように、学説では、法27条の存在意義について疑問が呈されている²¹⁾。私見としても、作成行為のみを以って著作権侵害とする法27条の存在意義について、学説同様疑義を唱えたい。既存の創作物から意識・無意識的にアイデアや表現を模倣することによって創作物が創作されてきた歴

史を踏まえるならば、既存の著作物に依拠した創作行為は文化の発展の寄与に欠かせない行為であると考えられるため、作成行為に対して禁止権を設ける必要性はないと思われる。外国に目を向けてみると、ドイツ著作権法は、一部の著作物を除いて原則的に原著作者の許諾がなくても二次的著作物を作成することが可能であるという²²⁾。日本もドイツ法に習い、原著作者の許諾なく自由に二次的著作物の作成が行える法制度を模索すべきであろう。

第二節 法27条が定める四つの権利について

本節では、法27条が定める四つの権利について、その概略を述べていきたい。

法27条は、「著作者は、その著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する権利を専有する」と、二次的著作物を作成する権利を定めている。そして、著作者が専有する二次的著作物を創作する権利として、翻訳権、編曲権、変形権、翻案権の四つの権利を併記している。

一つ目の「翻訳」とは、言語の著作物を言語体系の違う他の国語で表現し直すこととされ、小説や音楽の歌詞、映画の会話部分が翻訳権のカバーするところである²³⁾。二つ目の「編曲」とは、楽曲をアレンジして原曲に付加的価値を生み出すことであり、その範囲は歌詞部分を除いた音楽の著作物に限定される²⁴⁾。三つ目の「変形」とは、美術の著作物の表現形式を変更することであり、例えば絵画を彫刻にする場合や写真を絵画にする場合などが挙げられる²⁵⁾。

それらに対して、四つ目の「翻案」は、前記の三つの権利と比較するとかなり広範な概念といえる。「翻案」の例示として、条文上には「脚色」と「映画化」という文言が登場する。「脚色」とは、非演劇的な著作物を演劇的な著作物に書き換えることを指し、「映画化」とは、ある著作物を基として映画の著作物を製作することを指すとされる²⁶⁾。そして、「脚色」

と「映画化」以外のその他の「翻案」とは、既存の著作物の「内面的（表現）形式」を維持しつつ、「外面的（表現）形式」を変えることをいい（「内容」を加えた本説を「三分説」という）²⁷⁾、例えば小説を児童向けの本に書き換えたり、文章を要約したりすることを指す²⁸⁾。

しかし、両者の意味内容や区別は不明確であった²⁹⁾ことから、翻案等を巡る解釈は、判例の積み重ねによって変化してきた。

第三節 翻案等の解釈について

翻案等の定義を巡っては、〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審³⁰⁾から〔江差追分事件〕上告審³¹⁾に至る過程の中で様々な議論が存在した。以下では、その議論の変遷を辿っていきたい。

第一款 〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審——「直接感得論」の登場——

外面的形式と内面的形式との関係を基に、翻案等の解釈について述べられた判示として、〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審で示された「直接感得論」がある。

本事件は、複数のスキーヤーが雪上の斜面を滑走している場面を撮影したXの写真を、Yが無断で利用してモンタージュ写真を作成・発表した行為が、Xの同一性保持権の侵害に当たるか否かが争われた事案である。

最高裁は「自己の著作物を創作するにあたり、他人の著作物を素材として利用することは勿論許されないことではないが、右他人の許諾なくして利用をすることが許されるのは、他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させないような態様においてこれを利用する場合に限られる」として、侵害の成否を「表現形式上の本質的な特徴の直接感得」という文言を用いて判断した。本判例は、同一性保持権に限らず、翻案等の成否について、他人の著作物の表現形式上の特徴を直接感得できるか否かというメルクマールを打ち立てた点に意義があるといえ

る³²⁾。

しかし、本判例は、「表現形式上」という文言と「外面的（表現）形式」との区別が依然として曖昧であったこと、裁判例の中から本判例を引用してアイデアを保護したものと見受けられる事例が現れる³³⁾といった問題点があった。

第二款〔江差追分事件〕上告審

アイデア保護にまで踏み込む余地を残した〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審であったが、それに修正を加えたのが〔江差追分事件〕上告審である。

本事件は、Yが制作・放送したドキュメンタリー番組が、Xが著した北海道江差町の江差追分に関する小説の翻案権などを侵害しているか否かが争われた事案である。本事件は言語の著作物について争われた事案であるものの、その判断は、法27条の侵害判断や著作物の類似性判断を検討する際に広く用いられている³⁴⁾。

最高裁は、翻案等の定義について、「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、変更などを加えて、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。そして、著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから（同法2条1項1号参照）、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、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ない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である」と判示している。すなわち、前段にて、翻案等とは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という定義付けを行う一方で、後段では、たとえ既存の著作物に

依拠した著作物であっても、思想・感情・アイデアや事実といった部分にしか同一性を有さない場合は翻案等に該当しないとの判断を下した。

本判決のポイントは、法27条の適用範囲を原著物の創作的表現に限定したことで、〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審で批判されたアイデア保護の余地をなくし、既存の著作物のアイデアを利用したとしても法27条の侵害とはならないことを明確にした点にあるといえる。しかし、最高裁は、法27条の侵害判断における具体的な判断手法や、前段説示と後段説示との論理的関係、そして「本質的特徴」とは何を指すのかについて、判決文の中で特に言及しておらず、学説・裁判例の中에서도見解が分かれている。

第四節 法27条侵害の判断手法の対立——全体比較論と創作的表現説——

〔江差追分事件〕上告審の判決文の解釈を巡る状況を俯瞰すると、大まかに、全体比較論と創作的表現説との対立構造が見て取れる。本節では、両説の概要について述べていきたい。

第一款 全体比較論とは

全体比較論とは、法27条の権利侵害の判断において、原告著作物と被告著作物との同一ないし類似する創作的表現と相違する創作的表現とを把握し、それぞれの作品における創作的表現の価値の存否および程度を検討し、両者の相関関係を比較衡量することで、原著物の本質的特徴を直接感得できるか否かを判断する説である³⁵⁾。すなわち、本説は、二次的著作物の創作を行う際、たとえ原著物の創作的表現の一部を利用していたとしても、原著物の全体と二次的著作物の全体とを比較した結果、原著物の創作的表現が二次的著作物の創作的表現より相対的に少ない場合や、二次的著作物の創作的表現によって原著物の創作的表現が稀釈化されていると判断できる場合には、二次的著作物の権利侵害が否定されるという理論である。

この判断手法は、〔江差追分事件〕上告審でも用いられているとされる。最高裁は、本件で問題となったYのナレーション部分の侵害成否について、「……本件ナレーション全体をみても、その量は本件プロローグに比べて格段に短く、Yらが創作した影像を背景として放送されたのであるから、これに接する者が本件プロローグ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というべきである」と述べ、侵害を否定する根拠の一つとして、Xの小説のプロローグ部分とYのナレーション部分とを比較し、類似箇所少なさを考慮している。

また、釣りを題材とするソーシャルゲームの類似性が争われた〔釣りゲータウン2事件〕控訴審³⁶⁾では、両著作物の魚の引き寄せ画面を、引き寄せ画面の構成や背景部分、三重の同心円部分、魚影や釣り糸の表現部分などに分割した上で検討を行い、被告著作物の各部分は、創作性の無い部分にのみ原告著作物との共通性があるとした。そして、魚の引き寄せ画面全体の類似性判断の結論として、両著作物の「共通部分と相違部分の内容や創作性の有無又は程度に鑑みると、被告作品の魚の引き寄せ画面に接する者が、その全体から受ける印象を異にし、原告作品の表現上の本質的な特徴を直接感得できるということとはできない」として、類似性を否定した。

本事件は、引き寄せ画面の構成要素を個別に分解して検討を行い、それらを総合して類似性を否定している点に特徴がある。しかし、引き寄せ画面の全体（侵害が主張されている部分の総体）同士を対比した検討が行われておらず、個別的検討に終始した点には批判がある³⁷⁾。

全体比較論に対しては、全体比較論が言う「全体」とは、どこまでの範囲を指すのか曖昧であるとの批判がある。例えば、Xの小説内の創作的表現が認められる文章が、Yの小説に利用されていたとする。しかし、いざ翻案等を判断するためにX・Yの両著作物の「全体」を比較するに際して、両小説における「全体」とは、小説そのものを指すのか、各エピソードを指すのか、各段落を指すのかといった具合に、両著作物のどの範囲までを

指すのかは判断する者によって異なってくるだろう。

また、上野は、全体比較論に対して、ドイツ法の「自由利用」規定³⁸⁾との類似性を指摘し、パロディなどを許容するツールとして柔軟な解釈が可能である点に理解を示しつつも、日本の著作権法にはそのような規定が無いことから、原著作物の創作的表現が認識可能な場合であっても、規範的にみて「直接感得できない」場合には権利侵害に当たらないとの結論を導くことについては疑問が残るとしている³⁹⁾。

第二款 創作的表現説とは

一方、2条1項1号の趣旨に照らし、創作的な表現足り得る部分の利用があれば、少量の利用であっても侵害を認めるべきだとする考え方として創作的表現説がある⁴⁰⁾。創作的表現説に従えば、翻案等の判断に際して、創作的表現の修正や増減の程度、原著作物や二次的著作物の創作性の質や量は一切考慮されず、原著作物の創作的表現が微量でも利用されているか否かを判断すればよい。よって、全体比較論に比べて考慮する要素が少なく、判断基準も明快な説であるといえる。

創作的表現説に向けられる批判として、創作的表現説の判断主体が作者の視点に陥りやすく、表現の受け手である一般利用者の視点が欠如されやすいとの批判がある。著作物とは、本来その表現に含まれる創作的情報を受け手に伝達することで文化の発展に寄与するところ、創作的表現説の判断に際しては、原著作物の表現が客観的に再生されているかを判断すれば良いため、そこでは「感得性」という表現の受け手の視点が没却されてしまう虞があると主張する⁴¹⁾。つまり、原著作物と二次的著作物の創作的表現の共通性に着目しただけでは、受け手に与える印象が全く異なっている場合にも、法27条の侵害を認めなくてはならないという不合理性を懸念した批判といえる。

第三款 両説における〔江差迫分事件〕上告審の前段と後段との関係性
二つの説は、〔江差迫分事件〕上告審の前段で述べられた「直接感得」と、後段で述べられた「創作的な表現」との関係性について、異なった解釈をしている。

全体比較論は、前後段の両説示にそれぞれ対応する当てはめ部分が存在することから、「直接感得」と「創作的な表現」とを区別して考える。すなわち、創作的表現が共通する場合であっても、表現上の本質的特徴を直接感得できない場合が存在することがあるとする⁴²⁾。高部は前段について、思想又は感情・アイデアを利用したことによって、後段にて翻案等の侵害を否定しきれなかった場合に、前段が表現上の本質的特徴が直接感得できないことを理由に侵害を否定するという紋りの役割を果たしている主張する⁴³⁾。

一方、創作的表現説は、前段部分は〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審を踏まえた「枕言葉」に過ぎず、重要な部分は後段の説示であると主張する⁴⁴⁾。田村によると、そもそも、〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審の判示における「直接感得」という文言は、創作的表現の共通性の有無によって侵害の成否を決するという基準が流布していない状況下の中で生まれたものであったという⁴⁵⁾。事実、〔パロディモンタージュ事件〕上告審以降から〔江差迫分事件〕上告審に至るまでの状況下では、「直接感得」という文言を用いることなく、端的に創作的表現の共通性のみで同一・類似性を判断した裁判例⁴⁶⁾が見受けられ、元の著作物の創作的表現が共通しているか否かを基準としたものが勢いを増していた⁴⁷⁾。そうした中、〔江差迫分事件〕上告審が創作的表現の共通性を法27条の判断手法として採用するにあたって、同一性保持権について判断した判例とはいえ、著作物の保護範囲を説いた〔パロディモンタージュ写真事件〕上告審という先例との連続性を保つ必要性を鑑みた結果、「直接感得」という説示を踏襲したのだと主張している⁴⁸⁾。

第四款 両説における「本質的特徴」の解釈

（表現上の）「本質的特徴」の解釈においても両者の見解は分かれているが、全体比較論の論者の中でも、その見解に対しては相違がある。

全体比較論の論者である高部は、「表現上の本質的特徴」とは創作的表現よりもう少し高いレベルのものであり、原著作物と二次的著作物との共通部分の創作性の高さやその分量の多寡によって相対的に決するものだと述べている⁴⁹⁾。

一方、同じ全体比較論者である横山は、「原著作物の「表現上の」本質的特徴とは、原著作物の表現形式と結びついた具体的な成果をいい、原著作物の「本質的」特徴とは、原著作物の保護の根拠となる創作性を有する部分を意味するもの」と述べている⁵⁰⁾。おそらく、横山が述べる「「本質的」特徴」とは、原著作物の創作的表現を基礎付ける要素・原型のようなものを指しており、「「表現上の」本質的特徴」とは、「「本質的」特徴」と二次的著作物が新たに付与した創作的表現とが混じり合いながらも依然として原著作物の要素・原型が滲み出た表現を指すものと思われる。ここでは、「本質的特徴」と創作的表現とが区別して理解されているといえる。

他方、創作的表現説の論者の上野は、法2条1項1号の定義から、著作物が保護を受けるためには「創作性のある部分」が必要であるため、「本質的特徴」とは、「創作性ある部分」と言い換えられるとし、「表現上の本質的特徴」と「創作的表現」とは同義であると述べている⁵¹⁾。

第五節 私 見

著作権法は創作的表現を保護する法律であり、例え著作物の創作的表現が微量であったとしても保護されるべきだと考えることから、私見として創作的表現説を採りたい。

全体比較論の問題点として、批判の部分で述べられている通り、「全体」の概念が曖昧である点が挙げられる。例えば、高部は、原告がごく一部を取り出して同一性を論じる場合には、被告はもう少し広い部分ないし著作

物の全体を持ち出して類似しない旨の抗弁が認められるとの見解を示している⁵²⁾。しかし、高部は、被告がそのような「もう少し広い部分」ないし「著作物の全体」を主張するという防御手段を採った場合、被告はどの範囲まで対比範囲を広げてよいのか、また、裁判官はどのようにその範囲の妥当性を検討するべきなのか、具体的な基準を示していない⁵³⁾。

これに関連して、横山は、直接感得性の判断においては、相違部分が共通部分の感得性に影響を与えることを理由に、両著作物の共通部分に影響を及ぼす限りにおいて両著作物の相違部分を対比判断に取り入れるとしながらも、例えば、原告著作物と原告著作物の第1章を無断翻案して作成された被告著作物との間で翻案権侵害が争われた場合には、原告著作物の他の章といった、明確に分離可能な部分までをも対比判断に組み込む必要はないとして、「全体」の範囲を画する試みをしている⁵⁴⁾。しかし、横山が提示した基準に即しても、相違部分のどこまでが共通部分に影響を及ぼしているかの漠然さは拭えず、「全体」を画する議論は堂々巡りの感が否めない。また、横山は、たとえ相違部分の創作的表現が高くとも、共通部分の感得性に影響を与えなければ相違部分は考慮されず、あくまで相違部分は共通部分の対比における斟酌に過ぎないと述べているが⁵⁵⁾、そうだとすると、相違部分を考慮せず共通部分の創作的表現のみを対比する創作的表現説との違いはほとんど見出せない⁵⁶⁾。

よって、全体といった抽象的概念を持ち出すよりは、原告が特定した範囲に限定して被告著作物と原告著作物との創作的表現とを対比する創作的表現説の方が、基準として明瞭であると考えたため、創作的表現の立場に賛成したい。

第三章 二次的著作物の利用権（法28条）と 原作者の権利範囲の考察

本章以降は、二次的著作物を利用する権利を定めた法28条について概観

していきたい。本章では、法28条の概略及び、二次的著作物の権利範囲について判示された〔ポパイネクタイ事件〕上告審、原著作者の権利範囲について判示された〔キャンディ・キャンディ事件〕について概観していく。特に、〔キャンディ・キャンディ事件〕で論点となった、原著作者の権利範囲に対する見解は、学説の中でも見解が分かれており、事件に対する学説の評価も含めて詳しく採り上げて、私見を述べていきたい。

第一節 法28条について

法28条は、原著作物の二次的著作物の利用について、「二次的著作物の原著作物の著作権は、当該二次的著作物の利用に関し、この款に規定する権利で当該二次的著作物の著作権者が有するものと同一の種類の権利を専有する」と定めている。すなわち、法28条は、同条を介することで、原著作者は法21条から法27条の各権利を行使できるという法律構成を採っている。よって、原著作物である小説に依拠して作成された映画を第三者が外国語字幕をつけるために翻訳をする場合には、第三者はその映画の著作権者から翻訳権の許諾を得るのみならず、小説の著作権者からも許諾を得る必要がある。また、「二次的著作物の著作権者が有するものと同一の種類の権利を専有する」と定めていることから、例えば、原著作物である小説を映画化するという場合には、小説の著作権は、その映画の利用について、本来映画の著作物のみに認められる頒布権を、法28条を介して有することとなる。

このように、法28条の権利は、原著作物と形態の異なる二次的著作物の権利を原著作者が有すると解釈される一方で、それだけに留まらず、二次的著作物の権利全体について「同一の種類の権利」を有するという文理解釈も可能であり、それが争点となった事件として、後述で取り扱う〔キャンディ・キャンディ事件〕がある。

第二節 二次的著作物における二次的著作者の権利範囲——〔ポパイネクタイ事件〕——

はじめに、二次的著作物における二次的著作者の権利範囲について述べていく。この点に関して、判断を行った判例としては、〔ポパイネクタイ事件〕上告審⁵⁷⁾がある。

本事件は、漫画『POPEYE』について著作権を有するXらが、「ポパイ」、「POPEYE」なる文字と人物像の図柄を付加したネクタイを販売していたYに対して、販売の差止請求や損害賠償請求などを求めた事案である。最高裁は、(登場人物の人格などの抽象的概念という意味での)キャラクターの著作物性の否定や一話完結形式の連載漫画の保護期間など複数の論点について判断を行っているが、二次的著作者の権利範囲について、「……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。けだし、二次的著作物が原著作物から独立した別個の著作物として著作権法上の保護を受けるのは、原著作物に新たな創作的要素が付与されているためであって……二次的著作物のうち原著作物と共通する部分は、何ら新たな創作的要素を含むものではなく、別個の著作物として保護するべき理由がないからである」と判示している。つまり、二次的著作者の権利範囲は、二次的著作者の創作性が付与された部分のみに生じ、それ以外の部分については原著作者の権利のみが及ぶこととなる。これは、法2条1項1号が著作物の定義として創作的表現を要件としていことから瞭然たり得るものであり、学説での反対説はほとんどない⁵⁸⁾。

しかし、以下で述べるように、二次的著作物における原著作者の権利範囲に関して、最高裁は、〔ポパイネクタイ事件〕上告審とは異なったアプローチを採用している。

第三節 二次的著作物における原著作者の権利範囲——〔キャンディ・キャンディ事件〕——

第一款 事件の概要と判決

二次的著作物における原著作者の権利範囲について判断を行った判例として、〔キャンディ・キャンディ事件〕上告審がある。

本事件は、漫画「キャンディ・キャンディ」（本件連載漫画）のストーリー原稿（X原稿）を小説形式で執筆していたXが、X原稿に基づいて漫画の執筆を行っていたY1及び、Y1から複製の許諾を得ていたY2に対して、本件連載漫画は共同著作物ないしX原稿の二次的著作物にあたるとして、連載漫画の一部であるコマ絵、表紙絵、リトグラフや絵はがき（本件原画）の作成・複製・配布の差止請求を求めた事案である。

第一審⁵⁹⁾、原審ともに、本件連載漫画はX原稿に依拠して創作された二次的著作物に当たるとを認め、Xの請求を認容したため、Yは上告した。しかし、最高裁も同様に、本件連載漫画をX原稿の二次的著作物に該当すると判断し、二次的著作物における原著作者の権利について、「二次的著作物である本件連載漫画の利用に関し、原著作者の著作物であるXは本件連載漫画の著作物であるY1が有するものと同一の種類の権利を専有し、Y1の権利とXの権利とが併存することになるのであるから、Y1の権利はY1とXの合意によらなければ行使することができないと解される。したがって、Xは、Y1が本件連載漫画の主人公キャンディを描いた本件原画を合意によることなく作成し、複製し、又は配布することの差止めを求めることができるというべきである」と判示した。

なぜ原著作者の権利が二次的著作物の全体に及ぶのかについて、最高裁は明確な理由を述べていない。加えて、本判例は民集に掲載されておらず、また、調査官解説も存在しない。よって、最高裁の判断の根拠を検討するに当たっては、原審で述べられた理由を参照しつつ検討を行いたい。

原審では、「……① 二次的著作物は、原著物を基礎としてこれに新たな創作的要素を付加して作成されるものであるから、その性質上当然に、

原著作物の内容をそのまま引き継ぐ部分と、二次的著作物において新たに付与された創作的部分の双方を有するものであるところ、両者を区別することは実際上困難なことが多く、両者を区別して扱うこととすれば二次的著作物の利用をめぐる権利関係が著しく複雑となり、法的安定性を害する結果となること、また、② 二次的著作物における新たな創作的部分であっても、原著作物の内容による制約の下で付与されるものであり、原著作物の創作性に全く依拠しないとはいえないことなどから、著作権法は、両者を区別しないで二次的著作物の利用全般について、原著作物の著作者が二次的著作物の著作者と全く同一の権利を有するものとしたと解するのが合理的だからである」(○数字は筆者加筆)と一般論を述べ、漫画の著作物は「……ストーリー展開、登場人物の台詞、コマ割りの構成、登場人物や背景の絵などの諸要素が不可分一体として有機的に結合したものであり、言語的要素と絵画的要素が有機的に結合した著作物」であるから、原著作物の権利が二次的著作物の全体に及ぶと判示した。

つまり、原審は、原著作物の権利が二次的著作物の全体に及ぶ理由として、① 原著作物の創作性と二次的著作物の創作性とを区別することは難しく、両者を区別することは法的安定性を損なうこと、② 二次的著作物における新たな創作的表現は原著作物への依拠なくしては存在し得なかった表現であることを理由に挙げ、結論として、原著作物の創作性が及ばない部分にまで原著作物の権利が及ぶことを認めた。

第二款 [キャンディ・キャンディ事件] に対する評価

本判例や原審判決についての学説の評価は二つに分かれている。

はじめに、賛成説であるが、大まかに分類すると4つの見解がある。なお、賛成説は次節にて討論するため、本款では簡潔に紹介する。

第一に、(i) 原著作物の存在によって始めて二次的著作物の創作が可能となった点から、原著作物の寄与を認めるべきだとする寄与説がある⁶⁰⁾。これは、原審で述べられた理由②と同じものであろう。第二に、(ii) 二次

的著作物とは新たな創作的表現を内包しているものの、依然として原著作物の本質的特徴を「二次的著作物の全体」から直接感得できる単一の著作物であることから、原著作物の翻案等の範囲内に留まるものであれば、法28条の利用権が二次的著作物全体に及ぶことには整合性があるとする全体感得説がある⁶¹⁾。第三に、(iii) 本来、漫画家単独による漫画の利用については原作者の許諾を得ることが通常は想定される点に着目して、両者の貢献部分の区別が難しい場合が多いことに配慮して、デフォルトルールとして原作者の権利範囲が二次的著作物の全般に及ぶという政策的な判断を下したという政策説がある⁶²⁾。そして、第四に、(iv) 両者の創作的表現の区別を問わず、原作者の27条の権利の範囲内に限定することは、28条の存在意義を失わせるとする意義説がある⁶³⁾。

一方、反対説であるが、法28条の「同一の種類の権利」とは、上述したように、著作物性が異なる二次的著作物が有している権利（例えば、映画の著作物における頒布権、美術の著作物における展示権など）を原作者も有することを趣旨としたものであり、二次的著作物の権利内容全てに原作者の権利が及ぶものではないとの批判がある⁶⁴⁾。

同様に、原審での理由①にて述べられた、原著作物の創作的表現と二次的著作物によって新たに付与された創作的表現とを区別することは困難であるという「区別の困難性」、「不可分一体性」については、創作的表現を保護する法2条1項1号の趣旨や、〔ポパイネクタイ事件〕上告審が、「……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……」と創作的表現の趣旨から判断を加えている点との釣り合いが取れておらず、また、原作者の創作的表現やアイデアについても保護することに繋がりがかねないとして批判がある⁶⁵⁾。加えて、二次的著作物に依拠されて創作された三次的著作物以降のn次の著作物についても原作者の権利範囲が際限なく及ぶことに対する懸念が指摘される⁶⁶⁾。

また、反対説の中には、本判例を連載漫画の原作者の権利に限定した

事例判決として捉えようとする説もあるが⁶⁷⁾、連載漫画以外の事件にて本判例が引用された裁判例があることから⁶⁸⁾、事例判決として別異に取り扱うのは難しいとの指摘も存在する⁶⁹⁾。

このように、学説では賛成説と反対説とで見解は分かれているものの、本判例を引用して原著作者の権利範囲を二次的著作物全体に認めた裁判例が存在することから、実務においては、賛成説が定説化している現状にあるといえる。

しかし、著作権法は、創作物の全てを保護する訳ではなく、創作的表現を行ってはいじめて著作物として保護する法律である。また、前章で見てきた通り、〔江差追分事件〕上告審は、被告著作物が原告著作物の「既存の著作物の思想、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ない部分又は表現上の創作性がない部分」が同一性を有するに過ぎない場合は翻案権等の侵害には当たらない、つまりは、原著作者の権利が及ばないと判示した。このような創作者主義の理念は、二次的著作物の創作のみならず、利用についても貫徹されるべきではないか。すなわち、原著作者の事実ないしアイデアといった非創作的表現部分に依拠して創作された二次的著作物の部分に対しては、原著作者の権利が及ばないと考えるべきである。よって、私見では、反対説の立場を取りたい。

第四節 賛成説への批判と私見

反対説の立場を取るに当たり、本節では、各賛成説に対して批判的検討を加えていき、私見を述べていきたい。

第一款 寄与説への批判的考察

まず、寄与説について検討を行っていききたい。

寄与説を唱える長沢は、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鑑みれば、原著作者は二次的著作物の創作に寄与しているといえるため、二次的著作物の創作的部分にも原著作者

の権利を認めることは、法28条の趣旨を汲み取る解釈であると主張する⁷⁰⁾。

しかし、著作権法は、法2条1項2号にて「著作物を創作する者」を著作者として認定し、法17条1項にて著作者人格権と著作（財産）権とを原始的に帰属させる創作者主義の考え方を採っていることから、著作者と認定されるためには、著作物の作成過程に創作的表現を行っていたと評価される必要がある。裁判例でも、例えば、原案や企画を構想しただけの者⁷¹⁾、ヒントや素材を提供した者⁷²⁾、著作者の手足として労力を提供した者⁷³⁾、資金提供を行った者や依頼者⁷⁴⁾などは、著作者とは認定されないとしている。

このことは、二次的著作物の原著作者を認定する場合にも同様ではないかと考える。つまり、二次的著作物の中に原著物の創作的表現が利用されているからこそ二次的著作物の原著作者としての保護が認められるのであって、原著物の創作的表現でない部分を利用して創作された著作物は、もはや原著物とは関係を持たない、別個独立した著作物として保護されるべきである。いくら原著物の存在によって二次的著作物の創作が可能となったという関係があるとしても、原著物のアイデアに過ぎない部分を利用しただけで二次的著作物の原著作者としての権利行使を認めることは、原著作者として認定する余地を過度に押し広げることに繋がり、著作物の権利関係は、一層の複雑化を遂げよう。

よって、原著物の寄与があったとしても、原著作者の創作的表現を利用していない二次的著作物にまで原著作者の権利を認める必要はないと考える。

第二款 全体感得説への批判的考察

次に全体感得説について考察を行っていきたい。

青柳の主張を具体的に引用すると、「新たに付加された創作部分、変更された創作部分などの種々様々な創作部分が当然に存するにも関わらず、それでもなお依然として単一の著作物の全体から翻案物として原著物の

表現上の本質的な特徴が直接感得される場合に、当該単一の著作物そのものが「二次的著作物」となると「定義」されているのである」とし、「法28条にいう「二次的著作物」の意義内容のみに関しては、法2条1項11号の定義とは異なって、「原著物の表現を再生したところ」と解するとし、単一の著作物たる「二次的著作物」について法28条の権利が及ぶ部分と及ばない部分があると解釈する反対説の見解には法文上の根拠がないばかりか、明文の規定に反するもの」であると批判する⁷⁵⁾。

しかし、この見解には以下のように反論できるのではないだろうか。

はじめに、青柳が批判する反対説の見解に対して、そもそも反対説は二次的著作物をモザイク的な権利関係として想定してはいないと反論できる⁷⁶⁾。著作権法は、著作物を創作的表現と事実・アイデアとを内包した一体のものとして捉え、その著作物の創作者に著作権を付与するものの、事実・アイデアといった（自身の）創作的表現とは言えない部分の利用に対しては権利（禁止的効力）が及ばないとしている。この原則は、原著作者の二次的著作物への権利行使にも同様に当てはまるだろう。つまり、二次的著作物の創作の基となった原著物の著作者は二次的著作物の原著作者として想定されるものの、二次的著作物に対する権利行使に際しては、一般の著作物と同様に、自身の創作的表現では無い部分（二次的著作物の場合は、事実・アイデアに加えて二次的著作者の創作的表現が加わる）の利用には及ばないと考えることができる。

それに、たとえ、二次的著作物の原著作者の権利がモザイク的なものとなったとしても、二次的著作物の全体を丸ごと無断複製された場合に、原著作者がモザイク的にしか差止・損害賠償請求といった権利行使が認められないと解釈するべきでないことも当然であろう⁷⁷⁾。二次的著作物を利用して無断で作成された複製物から原著作者の本質的特徴を直接感得できる場合には、それが微量であっても、原著作者の権利行使が認められると考えられるため、青柳が懸念するような原著作者の権利行使が不当に妨げられる状況とは想定されないと思われる。

次に、青柳は、法2条1項11号が定める二次的著作物とは、「……単一の著作物の全体から翻案物として原著作物の表現上の本質的な特徴が直接感得される場合に、当該単一の著作物そのものが「二次的著作物」となると「定義」……」していると指摘するが、著作物の「全体」から原著作物の本質的特徴を感得できる二次的著作物よりも、原著作物の本質的特徴が二次的著作物の一部分のみに現れている著作物の方が現実には多いように思われる。

例えば、Yが執筆したA・B・C・Dの四章からなるy小説のうち、Xの許諾を得た上でx小説のストーリーを翻案して創作されたB章が存在したとする。このとき、y小説はx小説の二次的著作物と観念できるだろう。そして、B章の個別利用やB章を内包した利用については、もちろんXの権利が及ぶこととなろう。しかし、別のA・C・D章を別個独立した作品として映画化するといった場合にまでXの権利が及ぶと考えてよいものだろうか。この場合、原著作者の創作的表現が現れているB章のみに権利が及び、他の章には及ばないと思えるのが自然であろう。

よって、二次的著作物の一部分のみに原著作者の創作的表現を直接感得できるからといって、二次的著作物全体に原著作者の権利が及ぶとするのは失当である。もちろん、音楽のサビ部分のみに無断利用が発覚した結果、翻案等の侵害が認められ、その音楽が利用できなくなる場面というのは現実としてあり得るものの、侵害部分であるサビ以外の部分の利用にまで原著作者の権利は及ぶものではなく、侵害部分以外を切り取って、侵害部分でないメロディを単独で利用することは可能であると思える。

第三款 政策説への批判的考察

次に、政策説について検討を加えていきたい。

政策説を主張する小泉の見解を具体的に記していくと以下のようになる⁷⁸⁾。まず、小泉は、〔ボパイネクタイ事件〕上告審と〔キャンディ・キャンディ事件〕上告審との平仄を如何に考慮するべきかという観点から

議論を始めている。そして、そもそも立案者は、反対説が主張する「著作権法の趣旨」や「枠組み」（法27条＝法28条）と呼ぶような創作的表現のみに権利が及ぶとする考え方を法28条には貫徹させておらず、法28条＝法27条＋ a ⁷⁹⁾という考え方から出発しているのではないかと仮説を立てた。次に、おそらく最高裁は、「 a 」を漫画のストーリーやキャラクターの価値を評価したのであるが、それをどのように著作権法上考慮するべきかとして、① これらの価値を正面から認める、② 創作性とこれらの価値とは観念的に別個であるが実際上分離不可能なものであるため、当事者が契約上定めておかなかった場合には、デフォルトルールとして両者を一体として扱うという、二つの方法論を提示する。そして、最高裁は、②の方法を採り、原作者の許諾を経て漫画のキャラクターが利用される場合というのが通常の状態（慣行）なのではないかと想定して、契約上の定めが無い場合には、原則として原作者の権利が及ぶという配慮をしたのではないかと主張する。

しかし、そのような配慮を前提に、法28条を解釈するべきなのか疑問を禁じ得ない。そもそも小泉が主張するような、創作的表現を保護するという著作権法の趣旨ないし枠組みとは別個の、原作者や取引慣行に配慮した趣旨なるものが、立法時に議論されたのであろうか。

そこで、立法時の資料を調査した結果、「同一の種類の権利」の解釈や原作者の権利範囲をいかなる基準で確定するべきかという起草趣旨を資料の中から見出すことはできなかった⁸⁰⁾。しかし、立法時の著作権制度審議会における、文芸・学術などについて議論が行われた第一小委員会の結果報告書内の「翻訳、翻案、その他のアダプテーションについて」という項目に、「……翻訳に限らず、翻案その他の変形であっても、そこに一の精神的な独創性が表現されるに限りにおいてはこれを一の著作物として保護すべきこと、およびそこに原著作物が利用される限りにおいては原著作物の著作者が許諾権を有すべきことは当然に認められるところであって、このことについては、翻訳の場合に限らず、いわゆる二次的著作物一

般の問題として……原著作物の作者の許諾権と二次的著作物の保護及び原著作物と二次的著作物の関係について明確な規定を設けることが適当である」⁸¹⁾との記載があることから、立法当時、創作的表現を保護するという趣旨が二次的著作物の創作・利用を議論する際に念頭に置かれていたことを伺うことができ、創作者主義の理念は、法28条にも貫徹されていた可能性が高いと考えられる。

また、小泉が述べるようなデフォルトルールを設けることに意義があるのかについても疑問がある。このルールは、要するに、二次的著作物に対して、自身の権利範囲に原著作物の権利範囲を及ぼしたくなかったら、あらかじめ原著作者と契約を交わすことを動機付けるものである。しかし、こうしたルールは、二次的著作物を弱い立ち位置に立たせるものであり、二次的著作物を創作するインセンティブを大きく削ぐものと思われる。仮に、そのようなデフォルトルールが確立されたとすれば、原著作物は、二次的著作物との権利範囲を画する交渉、換言すれば自己の権利範囲を狭めるための交渉に応じる必要性は低くなる。原著作物としては、交渉に応じないことが権利の維持に資するのであり、一方の二次的著作物とすれば、交渉に応じてもらうためにさらなる譲歩を強いられることとなるためである。これではあまりにも両者の公平性に欠けるのではないだろうか。

小括すると、立法当初、法28条に小泉が考えるような「+ a」といった趣旨があったかは不明であるものの、創作的表現を保護するという趣旨が二次的著作物にも貫徹されていた可能性が高いことが判明した。そして、小泉が主張したデフォルトルールは、二次的著作物の公平性を今以上に損なうルールに陥る可能性があり、本判例を原著作物保護のデフォルトルールとして捉えることは、些か無理があると考えた。

第四款 意義説への批判的考察

四つ目に、法28条を創作規定として捉えなければ、法28条の意義が没却すると唱える意義説の検討を行っていく。

飯村は、原著作物の本質的特徴を感得することができれば、原著作者は、法28条に頼らずとも法27条による侵害請求をすれば足りるのであり、法28条の意義とは、そのような構成では救済が十分でない場合にも、なお、原著作者の保護を拡大すべきことを規定した点にあると主張する⁸²⁾。

加えて、Xが創作した原著作物 x 作品に依拠してYが創作した二次的著作物 y 作品に、さらに依拠してZが創作した三次的著作物 z 作品があるとし、XがZに対して差止請求をする場面を例に挙げ、以下のような場合には不都合が生じる旨を主張する。例えば、Zが防御手段として、Zが依拠した y 作品が x 作品の二次的著作物に該当するかを争うことが想定されるが、法27条の判断には「表現上の本質的特徴の直接感得」という極めて厳格な判断基準を採用しているため、y 作品の二次的著作物性が認められない可能性は充分考えられる。そうすると、y 作品が x 作品に依拠されて作られたとしても、x 作品と y 作品とが、名称、キャラクター、プロットといったアイデアのみに共通する程度では、y 作品が x 作品の二次的著作物とは認められない場合がほとんどであり、Xの権利が充分に行き届かない場面が生じてしまい、不合理であると主張する⁸³⁾。

しかし、Xの本質的特徴が現れない部分にまでXの権利範囲として認定し、法28条に創作規定として特別の意義を認める必要性はないのではないか。このような解釈を認めることは、原著作物Xから連鎖的に創作されていく中で、原著作物Xの面影を微塵も感じさせない n 次的著作物の利用についてまでも、原著作者Xの権利行使を認めることとなる。いくら原著作物に依拠して創作された著作物であっても、原著作物の本質的特徴を直接感得できない著作物については、もはや原著作物とは別個独立した著作物として、著作権法上の「二次的著作物」と観念することはできないであろう。

よって、原著作者の権利範囲を原著作物の本質的特徴を直接感得させない n 次著作物にまで及ぼすことは、他人の著作物への依拠のみをもって翻案等を認定する判断であり、是認し得ないと考える。そして、シリーズ作

品としての保護、キャラクターやその名称・商品化権については、著作権法のみならず、商標法、意匠法、不正競争防止法の特徴を総合的に活用した権利行使を模索すべきであり⁸⁴⁾、たとえキャラクターの経済財としての価値が高まっている現状があるとしても、著作権法の趣旨に背いてまで著作権法の保護範囲を際限なく広げるべきではないと考える。

最後に、本節の結論を述べると、法28条の趣旨とは、原著作物の権利が二次的著作物に及ぶことを当然のものとして規定した点、原著作物と二次的著作物との種類が異なる場合に、原著作物が持ち得ない二次的著作物の権利が付与されることを規定した点、原著作物とは保護期間が異なる点という3点にあり、二次的著作物のみがもち得る権利にまで原著作物の権利範囲が及ぶことをその趣旨としたものではない。二次的著作物における原著作物の権利範囲は、自身の創作的表現の範囲内に限定されるべきであると、改めて主張したい。

お わ り に

本稿では、二次的著作物の創作行為と利用行為とについて、創作的表現のみを保護する創作者主義を基点として検討を加えた。まず、二次的著作物の創作行為を規定した法27条の解釈を巡っては、全体比較論が持つ抽象性に対して批判を加え、原著作物の創作的表現が二次的著作物に利用されていれば、たとえそれが微量であっても翻案権侵害を認めるとする創作的表現説を採用すべきとした。次に、二次的著作物の利用行為を規定した法28条に関連して、二次的著作物における原著作物の権利範囲が、二次的著作物内の自身の創作的表現の存しない部分にまで及ぶとした見解に対して批判を加え、二次的著作物における原著作物の権利範囲は、自身の創作的表現の範囲内に限定されるべきだと主張した。

以下では、法27条、法28条それぞれの私見に対する追記と今後の展望に

ついて述べていく。

全体比較論はパロディなどを許容するかもしれない点で魅力的である。たしかに、全体比較論を採用することによって、翻案等の行為が活発化し、情報の豊富化に資するというインセンティブが作用することは認められるかもしれないが、他人の創作的表現を利用している以上は翻案権等の侵害が認められるべきであり、解釈論による例外は設けるべきではないと考える。翻案権等の侵害は、一度は権利侵害に当たると考えた上で、フェアユースを初めとした権利制限規定の問題として、別個に論じられるべきである⁸⁵⁾。また、今回は、創作的表現説に則って、他人の創作的表現を利用し新たな著作物を創作する行為は著作権の侵害に該当するとの結論を導いたものの、上述の通り、二次的著作物の創作行為自体は、原著作者に対して不利益を与える可能性は低い。その作品を公表したり、売買したりすることではじめて原著作者の損害が発生するのである。他者の模倣によって新たな作品が創出されることで文化が発展してきた歴史を踏まえるならば、法27条の存在意義については、立法論的な立ち位置から改めて検討されるべきである。

法28条に関しては、特に重点を置いて検討を加えていった。そもそも、筆者が二次的著作物をテーマに選択したきっかけは、〔キャンディ・キャンディ事件〕原審が示した①の分離困難性に疑問を持ったからである。果たして、連載漫画以外の事例において両著作物の創作性が不可分一体となる二次的著作物が存在するのか⁸⁶⁾、そもそも連載漫画のストーリー部分と絵画的表現との創作性は分離可能ではないかと違和感を抱きつつも、この点に関しては、本稿で若干取り上げた程度に終わってしまった。なお、具体的な事例を上げるのは難しいものの、原著物の創作的表現と二次的著作物の創作的表現とを区別できない著作物については、原著物の創作的表現が二次的著作物に現れている可能性を否定できず、そうした場合において原著作者の権利を認めないことは創作者主義に悖ると思われるため、二次的著作物に原著作者の権利が及ぶと考えざるを得ないであろう。筆者

は原著作物の創作的表現と二次的著作物の創作的表現とは峻別が可能であると考えるが、その点については今後の課題としたい。

しかし、〔キャンディ・キャンディ事件〕の判例が、そうした創作性に関する当初の論点を離れ、実原著作者の権利範囲が二次的著作物全体に及ぶことを説示した判例として一般化しつつあることは、大変由々しきことに思われる。また、今回は触れることができなかったものの、〔キャンディ・キャンディ事件〕原審の判示の中で、二次的著作者は二次的著作物の利用に際して、法65条3項を類推適用できるかのような見解が述べられていた。この判示をきっかけとして、類推適用を認めることで二次的著作者の権利範囲の拡大を試みる学説も現れたものの⁸⁷⁾、後の〔イツ・オンリー・トーク事件〕⁸⁸⁾の判決にて、この見解は否定されている。

このように、二次的著作者の創作的な部分（もちろん、原著作者の創作的表現が及ばない部分に限る）に対して、二次的著作者による単独の権利範囲を認めるべきだとする見解は、裁判において悉く否定されている現状がある。二次的著作物であることを理由に、他人の創作的表現に依拠しなかった独自創作の部分すらも自由に利用できないというのは、創作者主義を蔑ろのものとし、後続のインセンティブを大いに幻滅させる現状にあるといえるのではないか。今回は、〔キャンディ・キャンディ事件〕を中心に、法28条の解釈のみに検討を加えたが、今後の課題として、二次的著作物と法65条の類推適用との関係についても検討を加え、その創作に見合った保護を模索していきたい。

1) 中山信弘『マルチメディアと著作権』（岩波書店、1996年）149頁以下参照、同『著作権法』（有斐閣、第2版、2014年）161頁、450頁、501頁参照。

2) 小林秀雄「モオツァルト」『小林秀雄全集第8巻モオツァルト』（新潮社、2001年）91頁。

3) 上野は、創作者主義とは「事実行為としての創作行為を行った自然人のみが著作者であること」、「その著作者に著作者の権利（財産権・人格権）が原始帰属すること」の2点を意味すると説明している（島並ほか『著作権法入門』80頁参照〔上野達弘執筆〕（有斐閣、第2版、2016年））。

4) 最判平成13年10月25日判時1767号115頁。

5) 東京高判平成12年3月30日判時1726号112頁。

- 6) 法27条は、後述するように、翻訳権、編曲権、変形権、翻案権という四つの権利を規定しているが、学説や裁判例では、上記の意味における狭義の「翻案権」と、これら四つの権利を総称した広義の「翻案権」とが混同して用いられてきた。しかし、こうした広義の「翻案権」という文言を用いることに対して上野は、① 著作権法が各支分権の一部譲渡を認めている（法61条1項）ことから、「翻案権を譲渡する」という契約が成された時に法27条が規定する四つの権利全てを指すのか狭義の「翻案権」を指すのかが不明確になってしまう点、② 法43条が法27条の各権利の行使を個別に規定している点や法48条3項や法49条2項が各権利を並列的に規定していることなどを理由に、広義の「翻案権」を使用することの弊害を説いている（上野達弘「著作権(2) 法27条・法28条」法学教室336号（2008年）127-128頁参照、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成(1)——「複製又は翻案」の問題性——」知的財産法政策学研究会 Vol. 41（北海道大学情報法政策学研究センター、2013年）42-45頁参照）。本稿では「はじめに」を除いて、上野の指摘に従って、法27条が定める狭義の「翻案権」と広義の「翻案権」とを区別し、広義の意味で使用する際は「翻案等」、「翻案権等」、「法27条の権利」といった文言を用いることとする。なお区別を不要とする見解として半田正夫『著作権法概説』（法学書院、第16版、2015年）104頁参照。
- 7) ここでいう創作性は、著作物の定義を定めた著作権法2条1項1号の文言と同義である（鳥並ほか・前掲注(3)61頁参照〔横山久芳執筆〕）。「創作性」とは、「個性」や「人格の発露」であると説明されたり、また、近年主流に成りつつある考え方では、他者が著作物に接する際にその著作物から創作を行う余地がある場合には創作性を認めるという「表現の選択の幅」論から説明されたりする（中山・前掲注(1)（2014年）60頁以下参照）。一方、「既存の著作物をそのまま模倣した著作物（複製物）」、表現の目的や質から表現方法が一義的なものになってしまう「不可避免的表現」、誰がやってもほぼ同じような表現と化してしまう「ありふれた表現」については、創作性が否定される（鳥並ほか・前掲注(3)27-29頁参照〔横山久芳執筆〕）。
- 8) 中山・前掲注(1)（2014年）149頁参照。
- 9) 英語では「派生的著作物（derivative works）」と表現される。（加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、6訂新版、2013年）51頁参照）。
- 10) 講学上、二次的著作物を基に創作された二次的著作物を指す表現として「 n 次の著作物」という表現が使用されることがある。例えば、とある小説を映画化する際に、その小説を基に創作された脚本を「二次的著作物」と表現するのに対し、その脚本を基に創作された映画を「三次的著作物」と表現するといった次第である。本稿でも、必要に応じて「 n 次の著作物」という表現を用いることとする。なお、「 n 次の著作物」という法律上根拠の無い表現を用いることに対して否定的な見解として、長沢幸男「二次的著作物」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系（22）著作権関係訴訟法』（青林書院、2004年）286頁参照。
- 11) 中山・前掲注(1)（2014年）150頁参照、田村善之『著作権法概説』（有斐閣、第2版、2001年）112頁参照。また、〔パシロントリム事件〕（大阪地判平成11年7月8日判時1731号116頁）では、原告著作物と、原告著作物の二次的著作物のみに依拠して創作され

た被告著作物とを比較して、被告著作物には原著物にはない二次的著作物の創作性が現れていると評価しつつも、「原告著作物Cの創作的表現が再生されているものというべきであるから、被告図柄においては右原告著作物Cの内容及び形式を覚知させるに足るものを再生していると認められる」として、被告著作物が原告著作物の二次的著作物に該当すると判断した。

- 12) 田村・前掲注(11)112-113頁参照。
- 13) 「異種複製」とは、ある美術の著作物を別の技術を用いて複製することをいい、彫刻品を描いた絵画といった例がこれに該当する。しかし、異種複製については、木像をブロンズ像に作り変えるように、創作過程における独自創作性が認められないような創作行為についても二次的著作物としての保護が認められるとの解釈が可能であったという問題点が存在した（小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈：著作権法全文改正の資料として』大家重夫編（第一書房、再刊、2010年（原版、1958年）92頁参照）。
- 14) 「翻訳著作物」については明治43年改正から、「映画の著作物」については昭和6年改正から適法要件が削除された。これらの著作物の適法要件が削除された理由として小林は、これら二次的著作物の重要性・大衆性・換価性が高まったことを理由に挙げている（小林・前掲注(13)79頁参照）。一方、現行法の翻訳を除く「翻案等の著作物」に類似する概念として「改作物」がある。旧法19条は「改作物」の定義として「原著物ニ訓点、傍訓、句読、批評、註解、附録、図画ヲ加エ又ハ其ノ他ノ修正増減ヲ為シ若ハ翻案シタルガ為新ニ著作権ヲ生ズルコトナシ但シ新著作物ト看做サルベキモノハ此ノ限ニ在ラズ」と定めており、翻訳著作物や映画の著作物と同様に適法要件を課していない。とはいえ、改作物の著作物が改作物を利用する際には原著作者の許諾が必要であった（榛村専一『著作権法概論』（巖松堂書店、1933年）122頁参照）。
- 15) 著作権法百年史編集委員会編『著作権法百年史 資料編』（著作権情報センター、2000年）25、52頁参照。
- 16) 中山・前掲注(1)（2014年）150-151頁参照、上野・前掲注(6)（2013年）49-51頁参照。
- 17) 中山・前掲注(1)（2014年）150頁参照。なお、二次的著作物が、原著物の権利者に許可を得ずに二次的著作物を複製・販売するなどして利益を得る行為は、法28条を介した各財産権の侵害に当たる。
- 18) 上野・前掲注(6)（2013年）49-51頁参照。もちろん、侵害終了後に法27条を介して過去の無断翻訳に対する損害賠償請求は可能である。
- 19) 加戸・前掲注(9)215頁。
- 20) 田村・前掲注(11)113-116頁参照。
- 21) 齊藤も「現実には、翻訳物は翻訳物の利用との関わりの中で考えられることからすれば、翻訳物利用権と翻訳権の分離は必ずしも妥当ではない」と述べ、法28条の利用権と法27条の作成権とを分離することについて否定的な見解を述べている（齊藤博『概説著作権法』（一粒社、第3版、1994年）139頁参照）。一方、渋谷は、二次的著作物の無断利用を未然に防ぐ規定として法27条の意義を主張する（渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（有斐閣、第2版、2007年）155頁参照）。
- 22) 上野は、ドイツ著作権法を例に挙げてこの旨を説明する。つまり、「ドイツ著作権法で

は、二次的著作物を作成する権利は原則として設けられておらず、そのかわり、一定の改作物の作成行為 (① 著作物の映画化, ② 美術の著作物の設計図および原図の実施, ③ 建築の著作物の構造, ④ データベース著作物の翻案もしくは改作) に限って、その作成行為自体に原著物の作者の同意を要すると規定されている (ドイツ著作権法23条後段)」という (上野・前掲注(6) (2013) 50-51頁, 同「ドイツ法における翻案——「本質的特徴の直接感得」論の再構成——」著作権研究34号 (2007年) 38頁参照)。

- 23) 加戸・前掲注(9)49頁参照。
- 24) 加戸・前掲注(9)50頁参照。
- 25) 加戸・前掲注(9)50頁参照。
- 26) 加戸・前掲注(9)50頁参照。
- 27) 「内面的 (表現) 形式」とは著作物の思想感情の体系を指し, 「外面的 (表現) 形式」とは外部に現れた客観的構成を指すとされる (中山・前掲注(1) (2014年) 59頁参照)。旧法下における「内面的形式」・「外面的形式」と「改作物」との関係については, 榛村・前掲注(14)63-65頁参照。
- 28) 加戸・前掲注(9)50頁参照。
- 29) 橋本英史「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』(新日本法規出版, 1999年) 386-391頁参照。
- 30) 最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁。
- 31) 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁。
- 32) 本判例が引用された事件としては, 〔「赤穂浪士」舞台装置事件〕控訴審 (東京高判平成12年9月19日判時1745号128頁), 〔西瓜写真事件〕第一審 (東京地裁平成11年12月15日判時1699号145頁), 〔江差迫分事件〕第一審 (東京地裁平成8年9月30日判タ924号89頁) などがある。
- 33) 〔江差迫分事件〕第一審 (前掲注(32)) は, 「江差町と江差迫分全国大会について, 本件プロローグないし本件ナレーションにみられるような順序で, 鯨漁で栄えたころの江差町の過去の栄華と鯨漁が不振になった現在の江差町の様子を描写し, その上で江差迫分全国大会の熱気を江差町の過去の栄華が甦ったものと認識するとの独特の表現形式を取っているものは他に見当たらないものである」と判断した。なお, 批判として田村・前掲注(11) 67-68頁参照。
- 34) 本判例を引用した事件としては, 〔コルチャック先生①事件〕控訴審 (大阪高判平成14年6月19日判タ1118号238頁), 〔記念樹事件〕控訴審 (東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁), 〔ファイアーエムブレム事件〕控訴審 (東京高判平成16年11月24日判例集未掲載 (平成14年(ネ)第6311号)), 〔武蔵 MUSASHI 事件〕第一審 (東京地判平成16年12月24日判例集未掲載 (平成15年(ワ)第25535号)), 〔弁護士のかず事件〕第一審 (東京地判平成21年12月24日判例集未掲載 (平成20年(ワ)第5534号)), 〔破天荒力事件〕控訴審 (知財高判平成22年7月14日判時2100号134頁), 〔廃墟写真事件〕控訴審 (知財高判平成23年5月10日判タ1372号222頁), 〔釣りゲータウン2事件〕控訴審 (知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁), 〔プロ野球ドリームナイン事件〕控訴審 (平成27年6月24日判例集未掲載 (平成26年(ネ)第10004号)), 〔歴史小説テレビ番組事件〕控訴審 (平成28年6月29日判

例集未掲載（平成27年（ネ）第10042号）,〔ゴルフシャフトデザイン事件〕控訴審（知財高判平成28年12月21日判時2340号88頁）などがある。

- 35) 初出は、橋本英史「著作権（複製権・翻案権）侵害の判断について（上）」判例時報1595号（1997年）27頁参照、及び、同「著作権（複製権・翻案権）侵害の判断について（下）」判例時報1596号（1997年）11-12頁参照。他には、高部真規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号（2007年）4頁以下参照、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林ほか編『現代知的財産法講義Ⅱ 知的財産法の実務的発展』（日本評論社、2012年）239頁以下参照。鳥並も、社会における情報量の増大という観点から、翻案等を判断するに際しては、原著作物の利用部分のみならず、二次的著作物によって新たに付加された部分も考慮する必要があると述べており、全体比較論に近い考えを持っていると思われる（鳥並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2001年）30-33頁参照）。一方、横山は、「全体比較論」とは、両著作物の創作的表現の共通・相違部分を比較衡量し、相違部分の創作性が共通部分の創作性を上回っていたらストレートに否定する理論であり、自身が唱える、両著作物の創作的表現の相違部分を考慮しつつ共通部分を比較衡量することで原著作物を直接感得できるか否かを判断する「直接感得論」とは異なる旨を主張している（横山久芳「翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト 51巻609号（2012年）23-24頁参照）。しかし、両著作物の相違部分を比較衡量して直接感得性を判断する点に全体比較論の特徴があることを考えると、横山説と全体比較論とを峻別できるほどの違いは無いように思われる。
- 36) 〔釣りゲータウン2事件〕控訴審・前掲注(34)。
- 37) 駒田泰土「表現の全体（まとまり）は部分についての翻案を否定しうるか——釣りゲータウン2事件知財高裁判決の検討」知的財産法政策学研究43号（北海道大学情報法政策学研究センター、2013年）126-127頁参照。
- 38) 上野によると、ドイツ著作権法24条1項には「他人の著作物の自由利用によって創作された独立の著作物は、利用された著作物の著作者の同意を得ることなく、公表し、利用することができる」という規定が存在し、本条文にいう「自由利用」に該当すれば、原著作者の同意を得ることなく、公表・利用できるとする（上野・前掲注(22)（2007年）29-30頁参照）。
- 39) 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成(2)——「複製又は翻案」の問題性——」知的財産法政策学研究42号（北海道大学情報法政策学研究センター、2013年）71-72頁参照。
- 40) 田村・前掲注(11)58-60頁参照。上野・前掲注(39)66-68頁参照。駒田は、作品という単位ではなく創作的表現そのものが著作物として保護されるべきとの主張を前提とした創作的表現説を採っている（駒田泰土「著作物と作品概念との異同について」知的財産法政策学研究11号（北海道大学情報法政策学研究センター、2006年）145頁以下参照、同「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘＝牧野利秋編『現代社会と著作権法（斉藤博先生御退職記念論集）』（弘文堂、2008年）324頁参照）。
- 41) 横山・前掲注(35)14-15頁参照。
- 42) 高部・前掲注(35)（2007年）18頁参照。

- 43) 高部・前掲注(35) (2007年) 18頁参照。
- 44) 田村善之「著作物の保護範囲に関し著作物の「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を認めた裁判例(1)——釣りゲータウン2事件——」知的財産法政策学研究41号(北海道大学情報法政策学研究センター, 2013年) 104-105頁参照。
- 45) 田村・前掲注(44) 104頁参照。
- 46) 「四進レクチャー事件」第一審(東京地判平成8年9月27日判時1645号134頁), 「タウンページデータベース事件」第一審(東京地判平成12年3月17日判時1714号128頁) など。
- 47) 田村・前掲注(44) 103-104頁参照。
- 48) 田村・前掲注(44) 104頁参照。
- 49) 高部・前掲注(35) (2007年) 18, 20頁参照。
- 50) 横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘=牧野利秋編『現代社会と著作権法(斉藤博先生御退職記念論集)』(弘文堂, 2008年) 291頁参照。
- 51) 上野・前掲注(39) 64-66頁参照。
- 52) 高部・前掲注(35) (2007年) 19頁参照。
- 53) 田村・前掲注(44) 115-116頁参照。
- 54) 横山・前掲注(35) 16頁参照。
- 55) 横山・前掲注(35) 24頁参照。
- 56) 田村・前掲注(44) 116頁参照。
- 57) 最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁。同様の判断を行った判決として, 「キュービー事件」(東京地判平成11年11月17日判時1704号134頁) がある。
- 58) 反対説として, 松村は, 「無権限の第三者が二次的著作物のうち原著物と共通しその実質を同じくする部分のみを利用しているときには, それが違法な侵害行為であっても二次的著作物の著作権者は権利を行使できな」くなり, 原著作者が権利を行わないとすると差止請求を行使する者が存在しなくなるという不合理が生じると本判例を批判し, 本判例の射程は, 連載漫画のような, 原著作者と二次的著作物が同一人物であり, 両方の権原にて権利行使が可能な事例のみに限定したものと理解するべきであると主張する(松村信夫=三山俊司『著作権法要説実務と理論』(世界思想社, 第2版, 2013年) 83頁参照)。
- 59) 東京地判平成11年2月25日判時1673号66頁。
- 60) 長沢・前掲注(10) 295-296頁参照, 同「二次的著作物をめぐる問題点」牧野利秋=飯村敏明編『知的財産法の理論と実務(4) 著作権法・意匠法』(新日本法規出版, 2007年) 141-142頁参照。
- 61) 青柳玲子「小説形式の原稿に基づいて作成された連載漫画(「キャンディ・キャンディ」) が同物語原稿を原著物とする二次的著作物であるとされ, 原著物である物語原稿の著作権者からの同連載漫画の著作権者に対する同連載漫画の主人公を描いた絵の作成, 複製又は配布の差止請求等が認められた事例」判例時報1800号(2003年) 198-199頁参照。
- 62) 小泉直樹「二次的著作物について」コピライト42巻494号(2002年) 16-17頁参照, 同「二次的著作物について」森泉章編『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) 177-179頁参照。
- 63) 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——」高林龍ほか編『（別冊 NBL 106 号）知財年報 IP. Annual Report 2005』（商事法務，2005年）222頁参照。
- 64) 松村信夫「二次的著作物をめぐる法律関係」『知的財産権侵害訴訟の今日的課題——村林隆一先生傘寿記念』（青林書院，2011年）463-464頁参照，中山・前掲注(1)（2014年）156-158頁参照。
- 65) 渡邊文雄「長編連載漫画における原作者の権利範囲と著作権法28条——キャンディ・キャンディ事件——」知的財産法政策学研究17号（北海道大学情報法政策学研究センター，2007年）172-177頁参照。他，辰巳直彦「連載漫画は原作原稿の二次的著作物であるとした事例」民商法雑誌127巻1号（2002年）122-123頁参照，金子敏哉「長編連載漫画における原作者と権利者範囲と著作権法28条——キャンディ・キャンディ事件」ジュリスト1243号（2003年）146-147頁参照，渋谷・前掲注(21)160頁参照，作花文雄『詳解著作権法』（ぎょうせい，第4版，2010年）156-157頁，駒田泰土「13. 漫画化された小説「法学部X教授」」小泉直樹＝駒田泰土編『知的財産法演習ノート——知的財産法を楽しむ23問』（弘文堂，第4版，2017年）205頁参照。
- 66) 上野・前掲注(6)（2013年）131頁参照。
- 67) 菊池絵理「翻案権都複製権」牧野利秋＝飯村敏明編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ著作権法・その他，全体問題』（青林書院，2014年）103頁参照。
- 68) 「やわらかい生活事件」第一審（東京地裁平成22年9月10日判時2108号135頁）。なお控訴審（知財高判平成23年3月23日判時2109号117頁）でも維持されている。
- 69) 鳥並ほか・前掲注(3)168頁参照〔鳥並良執筆〕。
- 70) 長沢・前掲注(10)295-296頁参照。
- 71) 「私は貝になりたい事件」（東京地裁昭和50年3月31日判タ328号362頁），〔恵子抄事件〕上告審（最小三判平成5年3月30日判時1461号3頁）。
- 72) 「静かな焰事件」（大阪地判平成4年8月27日知的裁集24巻2号495頁），〔SMAP インタビュー記事事件〕第一審（平成10年10月29日判時1658号166頁）。
- 73) 「現代世界総図事件」（東京地判昭和54年3月30日判タ397号148頁），〔韓国の心事件〕（東京地判平成7年11月24日判例集未掲載（平成4年(ワ)第12389号））〔ジョン万次郎像事件〕控訴審（知財高判平成18年2月27日判例集未掲載（平成17年(ネ)第10100号）など）。
- 74) 「高速道路パノラマ地図事件」（大阪地判昭和39年12月26日判タ172号195頁），〔山口組五代目事件〕（大阪地判平成5年3月23日判時1464号139頁）。
- 75) 青柳・前掲注(61)199頁。
- 76) 堀江亜以子「二次的著作物利用権の性質と限界」福岡大学法学論叢50巻2号（福岡大学，2005年）14頁参照。
- 77) 同様に堀江は，二次的著作物の権利行使に際して，二次的著作物の権利範囲が部分的であるとはいえ，モザイク的にしか権利行使できないと解釈するべきでないと主張する（堀江・前掲注(76)15頁参照）。
- 78) 以下，小泉・前掲注(62)（2002年）同頁参照，小泉・前掲注(62)（2003年）同頁参照。
- 79) ここでいう「+a」とは，原著作者の創作的表現の他に「原著作者の権利として保護されるべき何か（アイデアなど）」を指すと思われる。

- 80) 著作権法百年史編集委員会編・前掲注(15)及び、『著作権法百年史』を基に検討を行った小島喜一郎「二次的著作物と原著物の保護範囲」東京経大会誌284号(東京経済大学経営学会, 2014年)146頁参照。
- 81) 著作権法百年史編集委員会編・前掲注(15)115頁。
- 82) 飯村・前掲注(63)222頁参照。
- 83) 飯村・前掲注(63)222-223頁参照。
- 84) キャラクターと知的財産権との関係について、商標法と不正競争防止法を中心に取り扱ったものとして金子敏哉「キャラクターの保護——商標法・不正競争防止法・著作権法を巡る諸論点——」パテント67巻4号(2014年)53頁以下を参照、著作権法を中心に取り扱ったものとして上野達弘「キャラクターの法的保護」パテント69巻4号(2016年)47頁以下を参照した。
- 85) 上野・前掲注(22)(2007年)52頁参照。駒田・前掲注(40)(2008年)、横山・前掲注(35)24頁も同旨。
- 86) 作花は、上述の〔ボバイネクタイ事件〕上告審と〔キュービー事件〕(前掲注(57))とが、漫画という著作物と当該漫画を構成するコマ絵「登場人物の絵」とを不可分一体のものとして捉える点について、「一つの作品として評価され得る著作物の構成部分であり、また、それ自体として独自の著作物性が認められるものが個別に利用される場合の権利関係について、なお不可分一体的に一律捉えることには……疑問を感じざるを得ない」として批判する(作花文雄「原著物と二次的著作物の創作性の区分と融合——キュービー人形事件(東京高裁平成13年5月30日判決)をめぐる争点——」コピライト42巻489号(2002年)23頁参照)。こうした裁判例の積み重ねが、〔キャンディ・キャンディ事件〕における、漫画の創作性の不可分一体性の判断に影響を与えた可能性は否定できないように思われる。
- 87) 斉藤博『著作権法』(有斐閣, 第3版, 2007年)188頁, 辻田芳幸「二次的著作物における原著作者関与の構図」森泉章編『著作権法と民法の現代的課題——半田正夫古稀記念論文集』(法学書院, 2003年)210頁参照, 金井高志「著作物ビジネスにおける共同著作物および二次的著作物」コピライト48巻575号(2009年)22頁参照。反対説として、駒田泰士「共同著作, 二次的著作」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅰ知的財産法の理論的探求』(日本評論社, 2012年)218頁参照, 中山・前掲注(1)(2014年)154-155頁参照。
- 88) 東京地判平成22年9月10日判時2108号135頁。