

二次的著作物と原著物の保護範囲

—権利者の創作活動の成果に応じた保護へ向けて—

小島喜一郎

目次

- 序章 はじめに
- 第1章 二次的著作物に関する保護範囲の現状
- 第2章 二次的著作物に関する著作権法規定の形成過程
- 第3章 著作権者の創作活動と著作物の保護範囲
- 終章 おわりに

序章 はじめに

我が国の著作権法（昭和45年法律48号）は、著作物（著作権法2条1項1号）の利用に関して^{(*)1}、著作権（著作支分権）という独占・排他的権利を創設し（著作権法21条乃至27条）^{(*)2}、この権利を「著作物を創作する者」である著作者（著作権法2条1項2号）に享有させている（著作権法17条1項）。この趣旨は、著作者に対し、自己の創作に係る著作物から得られる経済的利益を独占できる機会を法的に保障することにより^{(*)3}、著作物の創作を促し、その多様化を図りつつ、同法が目的とする文化の発展への寄与（著作権法1条）を実現しようとするところにあると理解されている^{(*)4}。

ここで、著作権が独占・排他的権利として規定されていることに鑑みると、一般の第三者が不測の損害を被ることのないよう法的安定性を確保するには、著作権の効力の及ぶ表現の範囲（以下、「著作物の保護範囲」とする）を確定する基準が明確とされることが不可欠となる。

著作権法はこの社会的要請への具体的対応を明確に示していないものの、裁判所は、一般の著作物の利用をめぐる著作権侵害訴訟において、著作権に関する上記法的枠組を根拠に、著作物を構成する「創作的表現」のみに対して著作物の保護範囲を及ぼすべきとの考え方を一貫して示してきた。最高裁もこの考え方を支持することを明確にし、これを前提として著作権侵害の成否の判断した^{(*)5}。しかし、二次的著作物（著作権法2条1項11号）の利用をめぐる著作権侵害訴訟に目を向けると、次に述べるように、著作権の保護範囲の確定基準に対する最高裁の姿勢は一貫性を欠いていることに気が付く。

二次的著作物と原著物の保護範囲

著作権法は、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」（著作権法2条1項11号）と定義する。この定義からも窺えるように、二次的著作物は既存の著作物に依拠して創作された著作物であり、依拠された既存の著作物（原著物）の表現と、二次的著作物固有の表現とから構成されている^(*6)。その結果、二次的著作物に係る著作権と原著物に係る著作権との抵触という問題が生じてくる^(*7)。この問題に対し、著作権法は、「二次的著作物に係る著作権がに対するこの法律による保護は、その原著物の著作者の権利に影響を及ぼさない」と規定し（著作権法11条）原著作者が二次的著作物の係る著作権と「同一の種類の権利」を取得できる旨を規定している（著作権法28条）^(*8)。

したがって、二次的著作物の利用をめぐる紛争においては、二次的著作物の係る著作権が行使された場合と、同権利と「同一の種類の権利」（著作権法28条）が行使された場合とが存するところ^(*9)、最高裁は、前者の場合、著作物の保護範囲は二次的著作物の著作者が創作した表現のみに及ぶとの判断を示した一方で、後者の場合には、この考え方に従わず、原著作者が創作していない表現に対しても著作物の保護範囲を及ぼすことを許容したように見受けられる判断を示した。

ここに、二次的著作物の利用をめぐる紛争の解決が求められる場面において、著作物の保護範囲をいかなる基準にもとづいて確定すべきかを検討する必要性が生じる。そこで、本稿では、この問題に関する最高裁判例を分析し、二次的著作物に関する著作権法規定の形成過程を概観した上で、二次的著作物の利用をめぐる紛争における、適切・妥当な著作物の保護範囲の確定基準について考察していくこととする。

第1章 二次的著作物に関する保護範囲の現状

著作権法が、著作権を、著作物の利用に関する独占・排他的権利として創設していることから、法的安定性を確保するには、著作物の保護範囲を明確にすることが必要となる。本章では、一般的な著作物について、著作物の保護範囲がいかなる基準にもとづいて確定されているか概観した上で、二次的著作物の利用をめぐる紛争において、最高裁がその確定基準をどのように変更しているか分析していくこととする。

第1節 一般的な著作物の保護範囲の確定基準

一般に、我が国の著作権制度の淵源は、旧著作権法（明治32年法律39号）に求められている^(*10)。同法は、著作権の内容に関し、「著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定した上で（旧著作権法1条1項）、これにもとづいて著作物の利用を規制することとしていた。

「複製」という用語の一般的な意味に照らすと、旧著作権法は、著作権の対象となる著作物と同一性を有する表現のみに著作物の保護範囲が及ぶことを前提としていたように見受けられる。しかし、大審院は、旧著作権法施行後の比較的早い時期から、著作物と同一性がない表現も著作物の保護範囲に含まれ、著作権の効力が及ぶ対象となることを明らかにし^(*)11)、この大審院の姿勢を学説も支持していた^(*)12)。そのため、旧著作権法の下においては、著作権侵害の疑いのある表現が、著作権の対象となる著作物とどの程度相違する場合、その保護範囲に含まれる、もしくは、含まれないと判断すべきかという、著作物の保護範囲の確定基準を明確にする必要が生じていた^(*)13)。

この問題に対し、大審院は必ずしも明確に基準を示していなかった^(*)14)。しかし、学説は、著作物を思想・感情・アイデア等の「内容」と「形式（表現）」とに分解し、後者を著作権にもとづく保護の対象と位置付け、後者を「外面形式」と「内面形式」とに区分した上で、著作物の保護範囲は、当該著作物と「内容」および「外面形式」・「内面形式」を同じくする表現、または、「外面形式」を異にしても「内面形式」を同じくする表現に及ぶとの見解を示してきた^(*)15)。そして、第二次世界戦後、大審院に代わり、我が国における最上級裁判所として設置された最高裁判所も、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて著作物の保護範囲を確定する姿勢を示した^(*)16)。

著作物の保護範囲の確定基準の明確化という要請は、旧著作権法の全面改正を通じて制定された現行著作権法（昭和45年法律48号）の下でも引き続き存在している。

現行著作権法は、著作権の枠組を、旧著作権法のそれから大幅に変更し、複製権（著作権法21条）から翻案権（著作権法27条）に至る支分権を、「著作権に含まれる権利」として定めている。同法に新たに設けられた「複製」の定義規定（著作権法2条1項15項）等に照らすと、複製権（著作権法21条）から貸与権（著作権法26条の3）の各支分権の効力は著作物と同一性を有する表現に対してのみ及ぶと理解する余地があることは否定できない。しかし、「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」という翻案権（著作権法27条）を創設して、著作物と同一性のない表現にまでその効力を及ぼすことを明らかにしている。そして、どの程度同一性が保持されている場合を翻案とし、どの程度相違がある場合に別個独立した著作物の創作とするかについて、特に規定を設けていない。そのため、現行著作権法の下においても、著作物の保護範囲を確定する基準について検討する必要が生じている。

最高裁は、現行著作権法施行後暫くは、著作物の保護範囲の確定基準に関する明確な見解を示してこなかったものの、同法の下において、旧著作権法下と同様、「著作物の内容及び形式の覚知」という基準にもとづいて著作物の保護範囲を確定する姿勢を示した^(*)17)。しかし、その後、これと異なる基準の下に著作物の保護範囲を確定する旨も明確にした^(*)18)。ここでは、「翻案」（著作権法27条）を、「既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得す

二次的著作物と原著作物の保護範囲

ることのできる別の著作物を創作する行為」と定義し、「著作物の表現上の本質的な特徴」を感得できるか否かという、「著作物の本質的特徴の直接感得性」の基準により、著作物の保護範囲の外縁を確定するとした^(*)19)。

もっとも、著作物の保護範囲の確定基準をめぐる学説上の議論に照らすと、これ等の基準は、相互排他的な関係にあるものとしてではなく、「著作物の内容及び形式の覚知」の基準に内在する問題を、「著作物の本質的特徴の直接感得性」の基準をもって補うという関係にあるものと位置付けられる^(*)20)。また、最高裁をはじめとする裁判所の判断を精査すると、著作物の保護範囲の確定基準の相違が大きく影響をしている様子は認められない。むしろ、いずれにおいても、著作権法が著作物を「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義していること（著作権法2条1項1号）を根拠として、著作物を構成する表現から著作権の成立を基礎付ける「創作的表現」を抽出し、当該「創作的表現」が著作権侵害の疑いのある表現において再製されているか否かという基準にもとづいて、著作権侵害の成否に関する具体的結論が導かれている^(*)21)。

ここから、裁判所は、現在に至るまで一貫して、一般的な著作物の保護範囲が当該著作物の著作権の発生を基礎付ける「創作的表現」のみに及ぶものと理解してきていると言える。そして、この理解の下では、著作物を構成する「創作的表現」が多様であるほど、その保護範囲が拡大することに繋がる。この点に着目すると、裁判所は、著作物の定義規定（著作権法2条1項1号）に沿うよう、著作物の実質的価値に応じた法的保護を実現すべく、著作物の保護範囲の確定基準を定めようとする姿勢にあることが分かる^(*)22)。

第2節 二次的著作物に係る著作権と著作物の保護範囲

最高裁をはじめとする裁判所は、一般的な著作物の保護範囲を当該著作物の著作権の発生を基礎付ける「創作的表現」のみに及ぼすこととし、これを通じて、著作物の実質的価値に応じた法的保護を実現しようとしている（前節参照）。しかし、二次的著作物に係る著作権が行行使される場面では、これと基本的に方向性を同じくしているものの、著作物の保護範囲を確定する際に、別個の判断要素を付加していることが窺える。これを明らかにした最高裁判決が次の〔1〕である。

〔1〕最判（一小）平成9年7月17日民集51巻6号2714頁

【事実の概要】

被上告人X（原告・被控訴人）は、昭和4年（1929年）以来、新聞・単行本上において逐次連載されてきた一話完結形式の漫画（本件漫画）に係る著作権を保有しているところ、上告人Y（被告・控訴人）の販売に係るネクタイの図柄（本件図柄）が本件漫画の登場人物の複製であると主張して、複製権侵害を理由とする当該ネクタイの販売差止、および、本

件図柄の抹消を求め、本件訴えを提起した。

第一審は、本件図柄が本件漫画の登場人物の複製であり、X が保有する複製権を侵害するとして、X の差止・抹消請求を認容した。

原審において、Y は、本件図柄が第 1 回掲載漫画で示された絵画的著作物の複製であり、当該著作物の保護期間は満了していると主張した。しかし、裁判所は、漫画における著作権保護の対象は絵画表現と言語表現が不可分なものであり、本件漫画が少なくとも平成元年（1989 年）においても継続して著作・出版されている以上、本件漫画の著作権の保護期間が満了していないとして、Y の主張を退けた。

これを不服として Y が上告したのが本件である。

【判旨】 第一審破棄，請求棄却^(※23)

「著作権法上の著作物は、『思想又は感情を創作的に表現したもの』（同法 2 条 1 項 1 号）とされており、一定の名称、容貌、役割等の特徴を有する登場人物が反復して描かれている一話完結形式の連載漫画においては、当該登場人物が描かれた各回の漫画それぞれが著作物に当たり、具体的な漫画を離れ、右登場人物のいわゆるキャラクターをもって著作物ということはできない。けだし、キャラクターといわれるものは、漫画の具体的表現から昇華した登場人物の人格ともいふべき抽象的概念であって、具体的表現そのものではなく、それ自体が思想又は感情を創作的に表現したものである。したがって、一話完結形式の連載漫画においては、著作権の侵害は各完結した漫画それぞれについて成立し得るのであり、著作権の侵害があるというためには連載漫画中のどの回の漫画についていえるのかを検討しなければならない。」

「このような連載漫画においては、後続の漫画は、先行する漫画と基本的な発想、設定のほか、主人公を始めとする主要な登場人物の容貌、性格等の特徴を同じくし、これに新たな筋書を付するとともに、新たな登場人物を追加するなどして作成されるのが通常であって、このような場合には、後続の漫画は、先行する漫画を翻案したものということができるから、先行する漫画を原著物とする二次的著作物と解される。そして、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、原著物に新たな創作的要素が付与されているためであって（同法 2 条 1 項 11 号参照）、二次的著作物のうち原著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べき理由がないからである。」

「そうすると、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

二次的著作物と原著作物の保護範囲

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…。」

「本件図柄…に描かれている絵は、第1回作品の主人公ポパイ…の絵の複製に当たり、第1回作品の著作権を侵害するものというべきである。」

「ところで…本件漫画は法人著作であり、その著作権の保護期間は公表後50年であって、昭和4年（1929年）…に公表された第1回作品の著作権の保護期間は…平成2年5月21日の経過をもって満了したから、これに伴って第1回作品の著作権は消滅したものと認められる。」

「本件図柄…は、第1回作品において表現されている…絵の特徴をすべて具備するというに尽き、それ以外の創作的表現を何ら有しないものであって、仮に後続作品のうちまだ著作権の保護期間の満了していないものがあるとしても、後続作品の著作権を侵害するものとはいえないから、被上告人…は、もはや上告人の本件図柄…の使用を差し止めることは許されない…。」

上記〔1〕は、連載漫画の性質上、後続の漫画の絵が先行する漫画の絵を翻案したものとなる点に着目して、後続の漫画を先行する漫画を原著作物とする二次的著作物と位置付けることを明らかにした^(*)24)。その上で、著作権侵害の疑いが持たれた本件図柄が、連載漫画の第1回作品の複製であり、それ以外の創作的表現を有していないことを理由に、後続作品の著作権を侵害するものではないとの結論を導いた。ここから、〔1〕は、二次的著作物に係る著作権が行使された場合における著作物の保護範囲の確定基準を示したものと言える。

〔1〕が示した著作物の保護範囲の確定基準を見ると、第一の特徴として、二次的著作物を構成する「創作的表現」を抽出し、それにもとづいて著作物の保護範囲を確定していることを挙げられる^(*)25)。この判断枠組の下では、二次的著作物を構成する表現が利用されていることを理由として直ちに著作権の行使が許容されるのではなく、当該二次的著作物の「創作的表現」が利用されている場合のみに著作権侵害の成立が肯定され、著作権の行使が許容されることとなる。したがって、一般的な著作物の保護範囲を確定する基準（前節参照）と方向性を同じくしていると言える。この点に着目すると、〔1〕は、二次的著作物に係る著作権が行使された場合においても、著作物の定義規定（著作権法2条1項1号）の趣旨に沿うよう、著作物の実質的価値に応じた法的保護の実現を図るとの観点から、著作物の保護範囲の確定基準を鼎立しようとしていることが分かる。

第二の特徴として、二次的著作物を構成する「創作的表現」を単に抽出するだけでなく、それを、原著作物に由来するものと、原著作物にない二次的著作物固有のものとの区分し、二次的著作物固有の「創作的表現」が複製されている表現のみに著作物の保護範囲が及ぶと

の判断を示していることを挙げられる。この特徴から、〔1〕が、従前示されてきた一般的な著作物の保護範囲を確定する基準（前節参照）に新たな判断要素を加えていることを読み取ることができる。そして、一般的な著作物と二次的著作物とを比較すると、前者は、一つの創作活動の成果物としての「創作的表現」のみから構成されているのに対して^(*)26)、後者は、「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」との定義規定（著作権法2条1項11号）から明らかなように、原著物に由来する「創作的表現」と二次的著作物に固有の「創作的表現」との二つの異なる創作活動にもとづく「創作的表現」から構成されており、この点に両者の相違を見出すことができる^(*)27)。したがって、〔1〕は、二次的著作物に係る著作権が行使される場面において、この一般的な著作物と二次的著作物との相違を念頭に置き、二次的著作物の創作活動の成果である、当該著作物固有の「創作的表現」のみに著作物の保護範囲を及ぼそうとしていると理解できる。

第3節 二次的著作物に係る著作権と「同一の種類の特権」と著作物の保護範囲

最高裁は、〔1〕において、一般的な著作物の保護範囲がその「創作的表現」のみに及ぶとの理解を前提としつつも、二次的著作物に係る著作権が行使される場面では、二次的著作物の「創作的表現」が原著物に由来するものと当該著作物固有のものから構成されていることに着目し、著作物の保護範囲が、前者に及ばず、後者のみに及ぶとした。最高裁が〔1〕で示したこの判断枠組は、著作物の実質的価値に応じた法的保護と共に、創作活動の成果に応じた法的保護の実現を図るという著作権法の姿勢を、著作物の保護範囲の確定基準に反映させたものと理解することができる（前節参照）。

ところで、著作権法は、「二次的著作物の原著物の著作者は、当該二次的著作物の利用に関し…当該二次的著作物の著作者が有するものと同一の種類の特権を専有する」と規定し（著作権法28条）、二次的著作物の利用に対して、その原著物の著作者（原著作者）が当該二次的著作物に係る権利と「同一の種類の特権」の効力を及ぼすことを許容している。そのため、「同一の種類の特権」を行使する場面においても、〔1〕と同様、二次的著作物の「創作的表現」が、原著物に由来するものと当該著作物固有のものから構成されていることを念頭に置いた上で、著作物の保護範囲が確定されるかに関心が寄せられてくる。この問題に関し、最高裁は次の〔2〕において判断を示した。

〔2〕最判（一小）平成13年10月25日裁判集民事203号285頁＝判時1767号115頁

【事実の概要】

Y（被告・控訴人・上告人）は、X（原告・被控訴人・被上告人）の創作に係る小説形式の原稿を受領した上で、当該原稿にもとづいて漫画を作成し、X原作の漫画として発表す

二次的著作物と原著物の保護範囲

るという手順で連載漫画（本件連載漫画）を創作した。

その後、Yは、Xの許諾を得ることなく、本件連載漫画に登場する人物の絵をあらためて書き下ろし、それを原画とするリトグラフおよび絵はがきを作成・販売しようとした。これを受けて、Xは、本件連載漫画について自身が共同著作物の著作者の権利または原著物の著作者の権利を有することの確認と、本件原画の利用の差止を求めて訴えを提起した。

Yは、本件連載漫画の作成においてX原稿は参考資料として用いられたにすぎず、本件連載漫画はX原稿の二次的著作物と言えないこと、仮に、Xが本件連載漫画について共同著作物の著作者の権利または原著物の著作者の権利を有しているとしても、本件連載漫画の登場人物の絵はYの独創に係るものであるから、Yによる本件原画の利用を差し止める権利をXは保有していないと主張し、これを争った。

第一審判決（東京地判平成11年2月25日判時1673号66頁）は、X原稿と本件連載漫画とを対比した上で、本件連載漫画は、X原稿に依拠し、そこに表現された思想・感情の基本的部分を維持しつつ、表現の形式を言語から漫画に変えることによって新たな著作物として成立したものと認定した上で、本件連載漫画はX原稿を翻案することにより創作された二次的著作物にあたと述べ、本件連載漫画および本件原画につきXが原著物の著作者の権利を有するとして、X請求を認容した。

控訴審判決（東京高裁平成12年3月30日判時1726号）も第一審判決を支持し、控訴を棄却した。とりわけ、本件原画はX原稿に依拠して創作されていない以上、その二次的著作物とならないとのY主張については、次のように述べてこれを排斥した。

「著作権法28条…によれば、原著物の著作権者は、結果として、二次的著作物の利用に関して、二次的著作物の著作者と同じ内容の権利を有することになることが明らかであり、他方、〔Y〕が、二次的著作物である本件連載漫画…の著作者として、本件連載漫画の利用の一態様としての本件コマ絵の利用に関する権利を有することも明らかである以上、本件コマ絵につき、それがストーリーを表しているか否かにかかわらず、〔X〕が〔Y〕と同一の権利を有することも、明らかというべき…。」

「二次的著作物は、その性質上…原著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）との双方を常に有するものであることは、当然のことというべきであるにもかかわらず、著作権法が…上記両要素（部分）を区別することなく規定しているのは、一つには、上記両者を区別することが現実には困難又は不可能なことが多く、この区別を要求することになれば権利関係が著しく不安定にならざるを得ないこと、一つには、二次的著作物である以上、厳格に言えば、それを形成する要素（部分）で原著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から、両者を区別しないで、いずれも原著物の創作性に依拠しているものとみなすことにしたものと考えるのが合理的である

…。」

Yはこれを不服として上告した。

【判旨】 上告棄却

「本件連載漫画は、被上告人が各回ごとの具体的なストーリーを創作し、これを…小説形式の原稿にし、上告人において、漫画化に当たって使用できないと思われる部分を除き、おおむねその原稿に依拠して漫画を作成するという手順を繰り返すことにより制作された…。この事実関係によれば、本件連載漫画は被上告人作成の原稿を原著物とする二次的著作物であるということが出来るから、被上告人は、本件連載漫画について原著作者の権利を有するものというべきである。そして、二次的著作物である本件連載漫画の利用に関し、原著物の著作者である被上告人は本件連載漫画の著作者である上告人が有するものと同じ種類の権利を専有し、上告人の権利と被上告人の権利とが併存することになるのであるから、上告人の権利は上告人と被上告人の合意によらなければ行使することができない…。したがって、被上告人は、上告人が本件連載漫画の主人公…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…。」

「以上によれば、被上告人が本件連載漫画の一部である本件コマ絵及び本件連載漫画の主人公…の絵の複製である本件表紙絵につき原著作者の権利を有することの確認と、本件原画を作成し、複製し、又は配布することの差止めを求める被上告人の請求を認容すべきものとした原審の判断は、正当として是認することができる。」

この〔2〕の判旨からは、二次的著作物に係る権利と「同一の種類権利」を原著作者が有すること（著作権法28条）を確認し、その著作権の行使を許容したに止まり、著作物の保護範囲の確定基準について特に言及していないようにも見受けられる。しかし、著作物の保護範囲が訴訟当事者間の争点とされ、これを前提に〔2〕が示されたことに着目すると、〔2〕は著作物の保護範囲の確定基準について述べた判決であり、〔1〕と異なる確定基準を採用していることに気付く。

〔2〕が審理した事案は、二次的著作物に係る著作権と「同一の種類権利」にもとづく著作権侵害訴訟であり、二次的著作物の利用に対する権利行使の妥当性について判断が求められている点において、二次的著作物に係る著作権にもとづく著作権侵害訴訟である〔1〕と性質を同じくしている。

仮に、〔1〕と同様の視点から著作物の保護範囲を確定するのであれば、二次的著作物を構成する「創作的表現」を、原著物に由来するものと二次的著作物固有のものに区分することとなる。そして、二次的著作物に係る著作権と「同一の種類権利」が原著物の創作活動に基礎付けられていることに鑑み^(*)28)、創作活動の成果に応じた法的保護の実現を図る

二次的著作物と原著作物の保護範囲

べきとの立場から、当該権利の効力は原著作物に由来する「創作的表現」のみに及ぶとの考え方が導かれる。〔2〕が認定した事実によると、Yは、問題とされた二次的著作物固有の「創作的表現」のみを利用していたに止まり、原著作物に由来する「創作的表現」を利用していないことが窺われる^(*)29)。この認定を前提とすると、本件において、二次的著作物に係る著作権と「同一の種類の特権」の侵害は成立しないと結論付けられることとなる。

しかし、〔2〕は、二次的著作物を構成する「創作的表現」を、原著作物に由来するものと二次的著作物固有のものに区分することなく、二次的著作物に係る著作権と「同一の種類の特権」の侵害の成否を判断している。そして、具体的結論として、上記事実認定の下で、二次的著作物に係る著作権と「同一の種類の特権」の侵害の成立を肯定する判断を示した。したがって、〔2〕は〔1〕と異なる方向性にあると言わざるを得ない。

ここに、いずれの方向性が妥当性を有するかを検討する必要性が生じてくる。そこで、章をあらためて、二次的著作物に関する著作権法規定の形成過程を分析し、それ等の規定の起草趣旨を明らかにすると共に、著作権法が、二次的著作物の利用をめぐる紛争解決が求められる場面において、いかなる基準にもとづいて著作権の保護範囲を確定すべきと考えているかを確認していくこととする。

第2章 二次的著作物に関する著作権法規定の形成過程

二次的著作物の利用をめぐる紛争の解決が求められる場面に、著作権の保護範囲を確定する基準に関する最高裁の姿勢は一貫性を欠いている。そこで、本章では、二次的著作物に関する著作権法規定の形成過程を分析し、二次的著作物の利用をめぐる紛争解決が求められる場面における著作権の保護範囲の確定基準に対する著作権法の姿勢を確認する。

第1節 二次的著作物に対する旧著作権法の姿勢

我が国における著作権制度の基本的枠組は旧著作権法（明治32年法律39号）により整備された^(*)30)。同法は、著作権について、「著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定していた（旧著作権法1条1項）。実務上、同規定の「複製」の概念には、翻案等、著作物を改変する行為も含まれると解されていた^(*)31)。二次的著作物は翻案等を通じて創作されるものであるため、旧著作権法においても、その法的位置付けを明確にすることが求められていた。

これに対して、旧著作権法は、二次的著作物の創作に繋がる行為である、「編集」（旧著作権法14条）、「翻案等」（旧著作権法19条）、「翻訳」（旧著作権法21条）、「異種複製」（旧著作権法22条）、「映画化」（旧著作権法22条の4）に類型化し、各類型毎に二次的著作物を規律していた。これ等の規定から、旧著作権法が、二次的著作物を著作権にもとづく保護の

対象と位置付けようとする方向性にあることが分かる。しかし、これ等の規定にはいくつかの問題が内在していると認識されていた。

その一つが、二次的著作物に係る著作権の発生要件が各規定で異なっており、旧著作権法全体として一貫性を欠くことである^(*)32)。具体的には、「編集」と「異種複製」については、適法になされた場合にのみ当該行為者を著作者とみなす旨を規定し、適法に創作された二次的著作物に著作権にもとづく保護の対象が限定されていた(旧著作権法14条、22条)^(*)33)。ところが、「翻訳」や「映画化」については、それが適法に行われずとも当該行為者を著作者とみなす旨を規定し、行為の適法性にかかわらず、二次的著作物を著作権にもとづく保護の対象としていた(旧著作権法21条、22条の4)^(*)34)。さらに、「翻案等」については、行為の適法性を著作権の発生の要件としていない点で「翻訳」や「映画化」と共通していたものの、原則として「翻案等」により「新に著作権を生ずることなし」と規定していた(旧著作権法19条柱書)。加えて、「新著作物と看做さる」場合にはじめて著作権にもとづく保護の対象とされていたことから(旧著作権法19条但書)、「新著作物と看做さる」ことを主張・立証する負担が著作権にもとづく保護を受ける側に課せられていた点で相違していた^(*)35)。

また、上記旧著作権法規定の構造上、著作権にもとづく保護の対象が同法が規定する方法により創作されたものに限定され、二次的著作物一般が著作権にもとづく保護の対象とならないことも問題として指摘されていた^(*)36)。もとより、旧著作権法は、「新著作物と看做さるべき」場合に、その著作者が著作権にもとづく保護を享受できる旨を規定していた(旧著作権法19条但書)。そのため、この規定を根拠として全ての二次的著作物に著作権が発生すると解されるとの見解も示されていた^(*)37)。しかし、この規定で述べられている「新著作物」が、依拠された既存の著作物の表現を感得できない著作物のみを指しているか、それとも、二次的著作物をも包含するものと解すべきかは必ずしも明確ではない^(*)38)。この点に着目すると、著作権にもとづく二次的著作物の著作者の保護が充分になしえたかに疑問の余地が残されていたことは否定できない^(*)39)。

これ等の二次的著作物に関する規定の問題を解決するには、法の改正が必要であると認識されていたところ^(*)40)、具体的対応は現行著作権法への全面改正において実現された^(*)41)。

第2節 二次的著作物に関する現行著作権法規定の形成過程

旧著作権法に設けられている二次的著作物に関する諸規定からは、同法が二次的著作物を著作権にもとづく保護の対象としようとする方向性にあることが窺える。しかし、各規定の内容の一貫性が欠如していること、二次的著作物の法的位置付けを明確にしていると言いが難いことが問題として指摘されていた(前節参照)。これ等の問題は解決されるべき課題として認識されていたところ、具体的対応が旧著作権法の全面改正作業を通じて図られた。

二次的著作物と原著作物の保護範囲

旧著作権法の全面改正作業は、昭和37年に著作権制度審議会に対してなされた文部大臣からの諮問にもとづいて開始され^(*)42)、二次的著作物に関する規定の改正も、その当初から、検討すべき事項として明確に意識されていた^(*)43)。実際の検討作業は、検討事項に応じて、著作権制度審議会内に設置された複数の小委員会が分担することとされていたもの^(*)44)、二次的著作物に関する事柄の検討は、「文芸・学術の著作物に関する事項および共通事項」を取り扱う第1小委員会、「美術・応用美術・建築・写真に関する事項」を取り扱う第2小委員会、「音楽に関する事項」を取り扱う第3小委員会、「映画に関する事項」を取り扱う第4小委員会がそれぞれ並行して行った^(*)45)。

各小委員会の議論を概観すると、昭和38年に示された著作権制度審議会各小委員会審議状況について中間報告からは、いずれの小委員会も、二次的著作物に関する事柄を「保護を受ける著作物」と題された審議事項の中で取り扱った上で、二次的著作物を法的保護の対象とすることを前提に議論を進めていたことが窺える^(*)46)。しかし、保護のあり方に関して、第4小委員会が二次的著作物も著作物の一類型として位置付け、これを特別視することなく保護すべきとの姿勢を明らかにしたのに対し^(*)47)、第1、第2、第3小委員会は引き続き議論すべき事項とし、具体的結論を留保しており^(*)48)、見解が一致していたとは言えない状況であったことが分かる^(*)49)。

しかし、その後の昭和40年5月に行われた著作権制度審議会各小委員会審議結果報告においては、二次的著作物の保護のあり方について、各小委員会は、二次的著作物を著作物の一類型として保護すべきとする見解を示し、前述の第4小委員会が中間報告で示した姿勢と方向性を同じくする立場を採ることを明らかにした^(*)50)。そのため、翻案等を通じて作成されたものが二次的著作物として認められるか否かの判断は、原著作物の翻案等がいかなる手段を用いてなされたかを基準として行われるべきでなく^(*)51)、著作物の成立に関する一般的判断基準と同様に、それが「独創的かつ精神的創作物」か否かという基準で判断すべきとした^(*)52)。そして、一部の旧著作権法規定が二次的著作物に固有の要件としていた、翻案等の適法性をはじめとする著作物一般の成立に求められる以外の事柄は、二次的著作物の成立要件としないことも明らかにしている^(*)53)。また、これと併せて、原著作物に係る著作権との抵触に関する議論が行われたことが窺え、原著作物に係る著作権に影響を与えないことが確認されている^(*)54)。

各小委員会のこのような結論は、その後に開かれた各小委員会間の結論の調整等を目的とする会長・主査連絡会の段階においても維持され、同年11月に行われた会長・主査連絡会及び各専門委員会審議結果報告において確認されている^(*)55)。

これを受けて、昭和41年4月に著作権制度審議会答申が示され、そこでは、二次的著作物に関連する規定について、次の2つの方針が明確にされた。

第一は、二次的著作物を著作権にもとづく保護の対象とする旨を明確にする規定を設ける

ことである^(*)56)。この理由として、答申説明書では、二次的著作物を著作権にもとづく保護の対象とすることは当然とされるべきところ、旧著作権法においてそのことが明確とされていなかったことが掲げられている^(*)57)。また、答申では、その規定の具体的なあり方は特に言及されていないものの、答申説明書では、「専らそこに新たな精神的な創作性を認めうるかどうかによって決定されるべき」と述べられている^(*)58)。そして、答申において、「文芸、学術、美術または音楽の範囲に属する精神的な創作物」を著作権にもとづく保護の対象である著作物とすることを明らかにされている^(*)59)。これ等の記述からは、答申では、翻案等を通じて作成されたものが著作物の成否に関する一般的な判断基準に照らして著作物と認められる場合に、それを二次的著作物として著作権にもとづく保護の対象とする旨の規定を設けようとする姿勢が示されたと理解できる。

第二は、一般的の著作物と同様の基準に従って、二次的著作物を著作権にもとづく保護の対象とするとの上記第一の方針を採用するにあたり、当該二次的著作物の原著物に係る著作権の利益を損なわないよう配慮することである^(*)60)。この理由は答申および答申説明書で明確にされていないものの、著作権が著作物の利用を専有する権利として定められている法制度の下で^(*)61)、上記第一の方針を採用することにより、二次的著作物の利用に及ぶべき原著物に係る著作権が二次的著作物に係る著作権により排斥されるとの理解が導かれる虞があるとの懸念に根ざしたものと考えられる。

以上からは、著作権制度審議会答申においても、会長・主査連絡会及び各専門委員会審議結果報告と同様に、翻案等を通じて作成されたものが著作物に該当する限り、それを二次的著作物として位置付け、原著物に係る著作権に不利益を生じさせないように配慮した上で、著作権にもとづく保護の対象とすることとし、二次的著作物の法的地位を明確にすると姿勢にあったことが窺える。とりわけ、答申では、著作物の意味内容を「文芸、学術、美術または音楽の範囲に属する精神的な創作物」と明確にすることにより、二次的著作物の法的地位を明確にするための基盤を整備することとしたと評価できる^(*)62)。

そして、現行著作権法には、著作権制度審議会答申で示された方針が反映され^(*)63)、次のような規定が設けられた。

第一の方針について見ると、二次的著作物が著作権にもとづく保護の対象である著作物の一類型であることを明確にするため、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」と定義する規定が設けられている（著作権法2条1項11号）。また、ここで述べられている「著作物」を、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義し（著作権法2条1項1号）、翻案等を通じて作成されたものが二次的著作物となり得る要件を定めていると言える^(*)64)。

第二の方針について見ると、まず、「二次的著作物に対するこの法律による保護は、その

二次的著作物と原著作物の保護範囲

原著作物の著作者の権利に影響を及ぼさない」と規定し（著作権法 11 条）、著作権が著作物の利用を専有する権利として定める規定（著作権法 21 条乃至 27 条）の下で、二次的著作物の利用に及ぶべき原著作物に係る著作権の効力が、二次的著作物に係る著作権の排他的効力により排斥されないことを確認している^(*)65)。さらに、原著作物の表現と二次的著作物固有の表現とから構成されているという二次的著作物の性質上、二次的著作物を利用することは原著作物を利用することにも繋がるとの考え方にもとづいて、「二次的著作物の原著作物の著作者は、当該二次的著作物の利用に関し…当該二次的著作物の著作者が有するものと同一の種類の特権を専有する」と規定し（著作権法 28 条）、原著作物に係る著作権の実効性を確保しようとしている^(*)66)。

第 3 節 二次的著作物に関する現行著作権法規定の起草趣旨と保護範囲

現行著作権法への全面改正では、二次的著作物に関する旧著作権法の問題を解決することが目指された。そこでは、議論の焦点が次の二つに当てられていたことが分かる。第一は、二次的著作物を著作物の一類型として位置付け、著作権にもとづく保護の対象とすることを明確にすると共に、その保護態様を一貫したものすることであり、第二は、二次的著作物の利用が原著作物の利用にも繋がることに配慮して、二次的著作物が利用される場面における原著作物に係る著作権の実効性を確保することである。そして、この議論が、二次的著作物に関する現行著作権法規定（著作権法 11 条、28 条）に結び付いている（前節参照）。

これ等の二次的著作物に関する著作権法規定の形成過程からは、著作物の保護範囲の確定基準について特に議論がなされた様子は窺えない。したがって、二次的著作物に係る著作権および「同一の種類の特権」が行使される際、その効力が及ぶ表現の範囲をいかなる基準にもとづいて確定すべきかとの問題を解決する手がかりを、二次的著作物に関する著作権法規定の起草趣旨に求めることには少なからず困難があることは否定できない。

しかし、現行著作権法への全面改正を通じて、著作権法が二次的著作物を著作物の一類型として位置付ける姿勢が明らかにされた点に着目すると、二次的著作物の利用をめぐる紛争において著作物の保護範囲をいかに確定すべきかとの問題の解決する手がかりを、著作権法が著作物を著作権にもとづく保護の対象とする趣旨に求めることができるのではないかとの期待が生じて来る。この問題に関する学説の議論も、これと同様の視点から展開されていることが窺われる。

そこで、次章では、学説の議論を概観し、それをふまえて、二次的著作物の利用をめぐる紛争における著作物の保護範囲の確定基準について考察していくこととする。

第 3 章 著作権者の創作活動と著作物の保護範囲

著作権法は、二次的著作物の性質に鑑み、その利用に対し、二次的著作物に係る著作権、および、それと「同一の種類の特権」の効力を及ぼすことを規定している。そして、最高裁は、いずれの特権が行使されるかにより、著作物の保護範囲の確定基準を異なるものとする姿勢を示した（第 1 章参照）。上記規定の形成過程を精査したところ、そこでは著作物の保護範囲の確定基準に関する議論がなされた形跡を窺うことはできない。そのため、最高裁の姿勢の妥当性を判断する手がかりを、その起草趣旨に求めることは困難である（第 2 章参照）。しかし、二次的著作物が著作物の一類型とされていること（著作権法 2 条 1 項 11 号）に着目すると、著作権法が著作物を著作権にもとづく法的保護の対象とした趣旨に手がかりを求められるのではないかと期待を生じさせる。学説においてもこの視点から議論がなされているよう見受けられる。そこで、本章では、この問題をめぐる学説における議論を概観し、それを踏まえ、適切かつ妥当性ある著作物の保護範囲の確定基準について考察していくこととする。

第 1 節 「同一の種類の特権」の行使時における著作物の保護範囲に関する学説の展開

最高裁は、二次的著作物に係る著作権の行使の適法性が争われた [1] において、二次的著作物の「創作的表現」を、原著作物に由来するものと当該著作物固有のものに区分し、二次的著作物に係る著作権の効力が後者のみに及ぶとの判断を示した。これに対し、二次的著作物に係る著作権と「同一の種類の特権」の行使の適法性が争われた [2] では、上記の区分を特に行うことなく侵害の成否を判断し、原著作物に由来する「創作的表現」と二次的著作物固有の「創作的表現」との双方に、「同一の種類の特権」の効力を及ぼすことを許容していると見られる結論を示した。このように、最高裁が、二次的著作物の利用に関する著作権侵害訴訟において、最高裁が相反する基準にもとづき著作物の保護範囲を確定したため、二次的著作物の利用に際して、著作物の保護範囲をいかに確定すべきかを検討する必要性が認識される（第 1 章参照）。そして、この問題は学説において、専ら、[2] が示した判断の妥当性として議論されてきている。

[2] が示した判断を妥当性あるものとして支持する見解は、二次的著作物を、原著作物の本質的特徴を全体から直接感得できる単一の著作物を指すとの理解を前提に^(*67)、「同一の種類の特権」（著作権法 28 条）の効力が二次的著作物全体に及ぶことを当然視し^(*68)、このように理解することが、「同一の種類の特権」を創設した規定（著作権法 28 条）の合理的な解釈であると述べる^(*69)。そして、二次的著作物の「創作的表現」を、原著作物に由来するものと当該著作物固有のものに区分すること自体を否定的に捉えている^(*70)。

これに対し、[2] の妥当性を疑問視し、これに反対する見解は、[2] に即して著作物の保

二次的著作物と原著物の保護範囲

保護範囲を確定した場合、原著物の創作活動の成果と言えない表現にまで「同一の種類の権利」の行使を許容することに繋がり^(*71)、著作権法が創作活動の成果のみに対して著作権の発生を認める「創作者主義」を採用している趣旨に反する結果を導くと批判する。そして、〔1〕と同様の視点から著作物の保護範囲を確定すべきと主張し、二次的著作物を構成する「創作的表現」を、原著物に由来するものと当該著作物固有のものとのに区分した上で、「同一の種類の権利」の効力を前者の「創作的表現」のみに及ぼすことを許容すべきと提案している^(*72)。

これ等の見解の比較から明らかなように、両者の相違は、〔2〕を支持する見解が、二次的著作物を一体不可分の著作物であるとの理解を前提とするのに対して、〔2〕に反対する見解が、二次的著作物を原著物に由来する「創作的表現」と当該著作物固有の「創作的表現」とに区分できる著作物であるとの理解を前提とする点にある^(*73)。したがって、二次的著作物の利用をめぐる紛争解決における著作物の保護範囲の確定基準を検討するにあたり、いずれの理解を採用することが合理的かを分析する必要がある。そこで、次節において、この点につき分析を進めていくこととする。

第2節 著作物の一体不可分性に対する疑問

二次的著作物の利用をめぐる紛争解決における著作物の保護範囲の確定基準を検討するにあたり、二次的著作物が一体不可分の著作物であることを前提とすべきか、原著物に由来する「創作的表現」と当該著作物固有の「創作的表現」とに区分できる著作物であることを前提とすべきかが問題となる（前節参照）。もっとも、二次的著作物の利用をめぐる紛争に止まらず、一般の著作物の利用をめぐる著作権侵害訴訟にも目を向けると、裁判所は著作物がいくつもの表現から構成されているとの理解を前提に、著作物の保護範囲を確定していることを見て取ることができる。

既に述べたように（第1章第1節参照）、下級審裁判例においては、著作物が「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と著作権法上定義されていること（著作権法2条1項1号）を根拠として、著作物を構成する表現から著作権の成立を基礎付ける「創作的表現」を抽出し、当該「創作的表現」が著作権侵害の疑いのある表現の中で複製されている場合、具体的判断において、著作権侵害の成立が肯定されている。これ等の下級審裁判例の判断枠組からは、著作物が創作性を有する部分と創作性がない部分とのに区分できるとの理解を前提としていることを読み取ることができる。

この理解は、著作物の一部が利用されたことを理由に提起された著作権侵害訴訟においてとりわけ顕著に示されている。そこでは、利用されたと主張される著作物の一部が著作物の本質的な部分であり、それだけで独創性または個性的特徴を有している場合、著作権侵害を肯定すべきと述べられている^(*74)。そして、この視点から著作権侵害を肯定したと見られる

判断も示されている^(*)75)。通常、「独創性」や「個性的特徴」が著作物の創作性を基礎付けるものと考えられていることに照らすと^(*)76)、これ等の下級審裁判例では、著作物が「創作的表現」とそうでない表現とに区分できるものと理解されていることが分かる^(*)77)。

最高裁も、著作物の保護範囲を確定する基準として「著作物の本質的特徴の直接感得性」を採用することを明らかにした判決において、このような下級審裁判所の理解を支持することを明らかにした^(*)78)。同判決では、「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のできる別の著作物を創作する行為をいう」と述べ、上記の基準を示し、その上で、「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」として判断枠組に関する一般論を展開し、結論として、著作権の根拠とされた著作物と同一性を有するものが「表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分」であることを理由に、著作権侵害の成立を否定した^(*)79)。

ここで、一般的な著作物と二次的著作物とを比較すると、前者が一つの創作活動の成果物としての「創作的表現」のみから構成されているのに対して、後者が二つ以上の異なる創作活動にもとづく「創作的表現」から構成されている点に両者の相違が見出されるに止まり、両者が「創作的表現」から構成されていることに違いはない。また、二次的著作物を著作物の一類型として位置付ける著作権法規定（著作権法2条1項11号）も、これを前提としている（第2章第2節参照）。したがって、二次的著作物も、一般の著作物と同様に、「創作的表現」とそうでない表現とに区分できるとの理解が導かれてくることとなる。

そのため、〔2〕を支持する見解が前提とするように、二次的著作物を一体不可分の著作物と理解することは、従前の最高裁判例および裁判例の理解と整合性を欠くことになると言わざるを得ない^(*)80)。そして、著作物が「創作的表現」とそうでない表現とに区分できることを前提に、著作物を構成する表現から、著作権の成立を基礎付ける「創作的表現」を抽出し、当該「創作的表現」のみに著作権の効力を及ぼすことを許容するという著作物の保護範囲の確定基準を採用することにより、著作物の定義規定（著作権法2条1項1号）に沿うよう、著作物の実質的価値に応じた法的保護を図ろうとしていること（第1章第1節参照）を考慮に入れると、二次的著作物を一体不可分の著作物として理解することに妥当性を見出すことは少なからず困難である。

もとより、二次的著作物の利用をめぐる紛争の解決が求められる場面において、〔2〕に反対する見解が述べるように、〔1〕に即して著作権の保護範囲を確定することが適切かという

問題は別途検討される必要がある。そこで、次節ではこの点について考察する。

第3節 創作活動の成果としての著作物の実質的価値に応じた保護へ向けて

二次的著作物を、一体不可分の著作物であると理解すべきか、原著物に由来する「創作的表現」と当該著作物固有の「創作的表現」とに区分できる著作物であると理解すべきかについて議論がなされているところ、一般的な著作物の保護範囲の確定基準をも視野に入れると、二次的著作物を一体不可分の著作物として理解することに妥当性を見出すことは困難である（前節参照）。しかし、〔1〕と同様の視点から著作物の保護範囲を確定することが適切かについては、〔2〕に反対する見解が述べるように、別途検討する必要がある。

まず、二次的著作物を構成する表現から著作権の成立を基礎付ける「創作的表現」を抽出することについて見ると、このことは、一般的な著作物の保護範囲を確定する場面においても行われてきている事柄であり、その妥当性に疑問は生じないと見込まれる^(*)81)。著作権法は、著作権にもとづく保護の対象となる「著作物」を、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義する（著作権法2条1項1号）。最高裁をはじめとする裁判所は、この規定の趣旨に沿うよう、著作物の実質的価値に応じた法的保護を実現することとし、その手段として、一般的な著作物の保護範囲を確定する場面において、著作物を構成する表現から、著作権の成立を基礎付ける「創作的表現」を抽出した上で、当該「創作的表現」のみに著作権の効力を及ぼすことを許容しようとする姿勢を示してきている（第1章第1節参照）。二次的著作物も著作物の一類型として位置付けられ（著作権法2条1項11号）、一般の著作物と同様の著作権にもとづく保護の対象とされていることに鑑みると、二次的著作物を構成する表現から著作権の成立を基礎付ける「創作的表現」を抽出することは、上記の著作物の実質的価値に応じた法的保護を図るという姿勢にも則している。

次に、二次的著作物を構成する「創作的表現」を、原著物に由来するものと当該著作物固有のものに区分することについて見ると、前述したように、この区分は、二次的著作物が二つの異なる創作活動にもとづく「創作的表現」から構成されていることに起因している（第1章第2節参照）。ここで、原著物に由来する「創作的表現」が原著物の創作活動の成果であり、二次的著作物固有の「創作的表現」は二次的著作物の創作活動の成果であることを念頭に置くと、この区分は、二次的著作物を構成する「創作的表現」を、成果として生じさせた創作活動毎に区分することを意味している。したがって、〔1〕と同様の視点から著作物の保護範囲を確定することで、二次的著作物に係る著作権の効力は当該二次的著作物固有の「創作的表現」のみに及ぶとし、二次的著作物に係る著作権と「同一の種類の権利」の効力は原著物に由来する「創作的表現」のみに及ぶとする結論を導くことは、創作活動の成果に応じた法的保護を実現することに繋がると言える。

〔1〕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、原著物と共通しその実質を同じくする部分には生じない」と説示し、その理由として、「二次的著作物が原著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、原著物に新たな創作的要素が付与されているためであって（同法2条1項11号参照）、二次的著作物のうち原著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べき理由がない」と述べ、これに即した具体的判断を示していることから、〔1〕が、創作活動の成果に応じた法的保護を実現を目指すとする方向性にあることを確認できる。

著作権法における著作権と創作活動との関係について見ると、同法は、著作物を創作した著作者に著作権を享有させ（著作権法17条）、同一の著作者により創作された複数の著作物であっても、それ等が異なる創作活動から生じた著作物である場合は、その各々に著作権が発生することを前提に、保護の態様をそれぞれ異なるものとしている^(*)82)。これ等の点から、著作権法も、創作活動の成果に応じて著作権にもとづく法的保護を図ろうとしており、上記の方向性と一致していることが分かる。

したがって、二次的著作物の利用をめぐる紛争において、〔1〕と同様の視点に立ち、当該二次的著作物を構成する表現からその著作権の成立を基礎付ける「創作的表現」を抽出した上で、それを、原著物の創作活動の成果と評価できる原著物に由来するものと、二次的著作物の創作活動の成果と評価できる当該著作物固有のものとの間に区分し、二次的著作物に係る著作権の効力は当該二次的著作物固有の「創作的表現」のみに及ぶとし、「同一の種類の特権」の効力は原著物に由来する「創作的表現」のみに及ぶとする著作権の保護範囲の確定基準は、著作物の実質的価値と、権利者の創作活動の成果に応じた法的保護を実現し、著作権制度とも整合性を有しており、合理的かつ妥当性ある結論を導くことに繋がるものと期待できる。

終章 おわりに

著作権法が、著作権を、著作物の利用に関する独占・排他的権利として創設していることから、法的安定性を確保するには、著作権の効力の及ぶ表現の範囲である著作物の保護範囲を確定する基準を明確にすることが不可欠となる。この問題について、最高裁は、一般的な著作物の保護範囲が、当該著作物の著作権の発生を基礎付ける「創作的表現」のみに及ぶとの基準を採用することを明らかにしている（第1章第1節参照）。さらに、二次的著作物に係る著作権の行使の場面では、二次的著作物が二つの異なる創作活動にもとづく「創作的表現」から構成されていることに着目して、二次的著作物を構成する「創作的表現」を抽出するだけでなく、それを原著物に由来するものと二次的著作物固有のものとの間に区分し、前者

二次的著作物と原著作物の保護範囲

のみにその効力が及ぶとの判断を示した（第1章第2節参照）。しかし、原著作者が有する二次的著作物に係る権利と「同一の種類」の権利（著作権法28条）を行使する場面では、このような区分をすることなく権利侵害の成立を肯定し、二次的著作物を構成する「創作的表現」の全てに当該権利の効力を及ぼすことを許容していると見られる姿勢を示した（第1章第3節参照）。そのため、著作物の保護範囲と著作権の根拠となる創作活動との関係をどのように理解すべきかが問題となる。

二次的著作物に関する著作権法規定の変遷を辿ると、旧著作権法は、二次的著作物を法的に保護しようとする方向性があったと言えるものの、二次的著作物を類型化し、その類型毎に異なる規定を設けていたため、保護態様に一貫性を欠くと共に、著作権にもとづく二次的著作物の著作物の保護が充分になし得るかに疑問の余地を残しているという問題を内包していたことから（第2章第1節参照）、旧著作権法の全面改正において、この問題への具体的対応が図られることとなった。そして、二次的著作物を著作物（著作権法2条1項1号）の一類型として定義し（著作権法2条1項11号）、その法的地位を明らかにすることで、一貫した二次的著作物の法的保護態様を実現した。また、二次的著作物に対する法的保護とその原著作物に対する法的保護との関係について規定を設け、前者が後者に影響を与えないこと（著作権法11条）、原著作物の著作物が二次的著作物に係る著作権と「同一の種類」の権利を保有すること（著作権法28条）を規定したことが分かる（第2章第2節参照）。このような経過に照らすと、二次的著作物に係る規定の起草過程において、著作物の保護範囲の確定基準と創作活動との関係が議論された形跡は窺われないことから、二次的著作物に関する著作権法規定の起草趣旨に問題解決の手がかりを見出すことには困難があると言わざるを得ない（第2章第3節参照）。

そこで、この問題に対する学説上の議論を概観すると、「同一の種類」の権利を行使する場面において、二次的著作物を一体不可分の著作物として理解する見解と、二次的著作物の「創作的表現」を原著作物に由来するものと当該著作物固有のものとの区分できるとの理解を前提とする見解とに分かれていることに気付く（第3章第1節参照）。そして、一般的な著作物の保護範囲を確定する場面において、著作物の定義規定（著作権法2条1項1号）に従い、著作物の実質的価値に応じた法的保護を図ろうとしていること（第1章第1節参照）に鑑みると、二次的著作物を一体不可分の著作物として理解する見解に妥当性を見出すことはできない（第3章第2節参照）。さらに、著作権法が、著作権をその対象となる著作物を創作した著作者に享有させている（著作権法17条）ことも考慮に入れると、著作権法は、著作物の実質的価値に応じるのみならず、権利者の創作活動の成果に応じた法的保護を与えようとする姿勢にあると理解できる。したがって、二次的著作物の利用をめぐる紛争においては、その二次的著作物を構成する表現からその著作権の成立を基礎付ける「創作的表現」を抽出し、原著作物に由来するものと当該二次的著作物固有のものとの区分した上で、二次

的著作物に係る著作権の効力は二次的著作物固有の「創作的表現」のみに及ぶとし、「同一の種類の特権」の効力は原著物に由来する「創作的表現」のみに及ぶとする著作物の保護範囲を確定基準は、著作権制度とも整合性を有する適切かつ妥当な結論を導くことに繋がると考える（第3章第3節参照）^(*)83)。

もっとも、このような著作物の保護範囲の確定基準に対して、二次的著作物に係る著作権と「同一の種類」の特権（著作権法28条）に関する規定の存在意義を失わせるとの批判もなされている^(*)84)。

しかし、同規定は、著作権法が例示する著作物（著作権法10条）のいずれに該当するか等、著作物の類型に応じて行使できる著作権の内容（著作支分権）を異なるものとしていることから、二次的著作物の類型がその原著物の類型と異なっている場合、当該二次的著作物の利用に対して原著物に係る著作権の効力を及ぼすことができなくなる虞があることに配慮し^(*)85)、原著物に係る著作権の実効性を確保するために設けられたと解するのが相当である^(*)86)。したがって、このような批判はその前提を欠くと言える^(*)87)。

また、上記理解の下では、原著物の「創作的表現」の利用に対しては、原著物に係る複製権（著作権法21条）侵害を主張できることになるため^(*)88)、翻案権（著作権法27条）の必要性にも疑問が生じてくる^(*)89)。

しかし、一般に、著作物は著作物の保護範囲を示すものとして作成されるわけではなく、著作物の定義規定（著作権法2条1項1号）にから明らかのように、創作者の思想・感情を表現するものとして作成される^(*)90)。そのため、著作物には、純粋な「創作的表現」だけでなく、創作者の思想・感情を表現した「創作的表現」とそれ以外の表現から構成される^(*)91)、一定のまとまりある「作品」も含まれると理解する必要がある^(*)92)。著作権法もこの理解を前提としていることが窺え、同法が、公表権（著作権法18条）や同一性保持権（著作権法20条）といった著作者人格権を創設していることや、継続的刊行物等の公表の時を原則として最終部分の公表の時によらし（著作権法56条1項）、その全体を一個の著作物として取り扱うことを許容していることは^(*)93)、この現れと見ることできる。そして、「作品」としての著作物に係る著作権が行使された場合に、利用された「創作的表現」以外の表現が異なり、同一性を欠くとして複製権侵害が否定される虞があることは否定できない^(*)94)。それ故に、著作物とその保護範囲との乖離が生じることを意識して、翻案権（著作権法27条）を創設しておくことは有効・適切と考える。

もっとも、この問題意識は、著作権法の体系的理解を進めていく上で、著作物をどのように把握すべきかというをあらためて検討する必要性を認識させる。そこで、この点を今後の課題として本稿を締めくくることとする。

※本研究は2012年度東京経済大学個人研究助成費（研究番号12-12）にもとづく研究成果の一部

である。

注

- (※1) 著作権の効力が及ぶ行為を「利用」と、効力の及ばない行為を「使用」と呼ぶことが一般的とされる（斉藤博『著作権法〔第3版〕』55頁（有斐閣・平成19年＝初版・平成12年）参照）。著作権法もこうした区別を行う傾向にある。もとより、著作権法はこれ等を定義・区別する規定を有しておらず、制度的に裏付けられた分類ではないとの批判も成り立ち得る（作花文雄『詳解著作権法〔第3版〕』226頁（ぎょうせい・平成16年＝初版・平成11年）参照）。しかし、本稿では、慣例に従って両者を区別することとする。
- (※2) 著作権法は、著作権者が著作物を利用する行為を「専有する」と規定し、著作権を侵害する者に対して、差止（著作権法112条）や損害賠償（民法709条）を請求することを許容する。
- (※3) 著作権を著作者の経済的利益に関する権利としてのみ位置付けることが許されるかについては議論の余地が残されている（半田正夫「著作権の一元的構成について」北大法学論集16巻1号（昭和40年）＝『著作権法の研究』173頁以下（一粒社・昭和46年）参照）。しかし、著作権が著作者の経済的利益を保護するという性質を有することは否定できないと考える。
- (※4) 国立国会図書館調査立法考査局『著作権法改正の諸問題―著作権法案を中心として―』1頁（昭和45年）。また、現在でもこのような理解にあることが窺われ、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』4頁（有斐閣・平成13年＝初版・平成10年）、中山信弘『著作権法』13頁（有斐閣・平成17年）等はこの点を明確にしている。
- (※5) 最判（一小）平成13年6月28日民集55巻4号837頁。本判決の概要については、後注79）参照。
- (※6) 前掲注（※5）最判（一小）平成13年6月28日に従うと、既存の著作物に依拠して創作され、固有の「創作的表現」を内在する著作物であり、依拠した著作物の「本質的特徴」も感得できる場合に、二次的著作物と評価される。また、既存の著作物に依拠して創作された著作物であっても、依拠された著作物の「本質的特徴」を感得することができない場合、二次的著作物と解することはできず、別個独立した新たな著作物として捉えられる。さらに、固有の「創作的表現」が感得できない場合については、単なる「複製」と捉えべきか、「翻案」と捉えるべきか、議論が分かれる（拙稿「著作物の保護範囲の確定について」専修法学論集103号33頁・58頁注3（平成18年）参照）。
- (※7) 原著作物に係る著作権との抵触の他に、原著作物に係る同一性保持権（著作権法20条）との抵触も問題となり得る。
- (※8) 加戸守行『著作権法逐条解説〔5訂新版〕』129頁（著作権情報センター・平成18年）は、「二次的著作物の形における利用の場合には、原著作物は二次的著作物の母体として観念的にしか存在せず、対外的に著作物として出現するのは二次的著作物考えられますので、二次的著作物の利用に関し第21条から本状までの規定にもとづいて有する権利と同種の権利を原著作物の著作者が有するという法律の組み立て方をした」と説明する。この規定の形成過程については、第2章第2節参照。
- (※9) 二次的著作物に係る著作権の行使と、原著作物に由来する著作権の行使とは、訴訟物が異なるとされている（大阪地判平成16年4月27日判時1882号116頁参照）。
- (※10) 水野鎌太郎「本邦著作権法ノ沿革」法学協会雑誌20巻8号620頁および628頁（明治36

- 年.)は、著作物の利用に関する諸法令を統一したものとして旧著作権法を位置付けている。
- (*11) 大判明治37年4月21日刑録10輯848頁が「著作権法第1条に所謂複製トハ原著作物ト全然同一ナルモノヲ再製スル行為ノミヲ云ウに非ズ。原著作物ノ枝葉ニ於テ多少ノ修正増減ヲ加フルモ、其趣旨同一ナル程度ノモノヲ作成スル行為モ亦包含ス」と述べ、大判昭和10年5月24日刑集4巻560頁が「著作権法ニ所謂複製トハ……其ノ枝葉ニ於テ多少ノ修正増減アルモ、人ヲシテ原作ノ再製ナリト感知セシムル場合モ亦複製タルヲ失ハズ」と述べる等、大審院は、著作物と同一性がない表現にも著作物の保護範囲を及ぼすとの方向性を明らかにしている。
- (*12) 末川博「出版契約論(1)」法学論叢6巻2号1頁・26頁(大正10年)、榛村専一『著作権法概論』179頁(巖松堂・昭和11年=初版・昭和8年)、勝本正晃『日本著作権研究』149頁(巖松堂・昭和15年)、城戸芳彦『著作権法研究』173頁(昭和18年・新興音楽出版社)、小林尋次『再刊現行著作権法の立法理由と解釈』110頁(第一書房・平成22年=初版・昭和33年)、山本桂一『著作権法』91頁(有斐閣・昭和44年)は大審院の姿勢を支持している。
- (*13) 国立国会図書館調査立法考査局・前掲注(*4)88頁は、著作権の効力が必ずしも明確でなかったことを指摘する。もっとも、著作物の保護範囲の問題をどの程度意識していたかは必ずしも定かでない。
- (*14) 前注(*11)参照。
- (*15) 前注(*12)に掲げた各論文を参照。
- (*16) 最判(一小)昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁は、「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」と述べている。本判決に関する筆者の分析の詳細については、拙稿・前掲注6)38頁参照。
- (*17) 後述する、[1]最判(一小)平成9年7月17日民集51巻6号2714頁。
- (*18) 前掲注(*5)最判(一小)平成13年6月28日。本判決の概要は後注(*79)参照。
- (*19) 前注(*18)参照。
- (*20) この点に関する筆者の分析の詳細は、拙稿・前掲注(*6)54頁参照。
- (*21) 最高裁も、前掲注(*5)最判(一小)平成13年6月28日において、「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」として、著作権侵害の成立を否定している(後注(*79)参照)。その他、下級審裁判例を含む判例・裁判例に関する筆者の分析の詳細は、拙稿・前掲注(*6)63頁参照。
- (*22) 以上の筆者の分析の詳細は、拙稿・前掲注(*6)62頁参照。
- (*23) 本件訴訟では、著作権侵害を理由とする本件図柄の差止・抹消請求の他、著作権侵害にもとづく損害賠償請求、商標権侵害の成否等も争点となり、判断が示されている。
- (*24) 本件では、連載漫画全体で一個の著作物と見るべきとの主張がXからなされており、後続の漫画を、先行する漫画を原著作物とする二次的著作物と位置付けること自体に争いがあった。
- (*25) [1]は、具体的判断において、後続漫画である二次的著作物の保護範囲の「創作的表現」を抽出する作業を行っていないものの、判旨から明らかなように、本件図柄が、原著作物である第1回作品の「創作的表現」以外の表現を有していないことを理由に、二次的著作物である後続漫画の保護範囲を本件図柄に及ぼすことを否定している。したがって、本件では、二次的

二次的著作物と原著物との保護範囲

著作物を構成する「創作的表現」を実際に抽出する必要がない事案として判断されたと解するのが素直である。

また、「創作的表現」という用語は、一般に、主張されている著作権を取得した著作者が創作していることを前提に用いられる。例えば、島並良「二次創作と創作性」著作権研究 28 巻 28 頁（平成 23 年）は、後述の〔2〕のように、「同一の種類の権利」を主張する原著作者が創作していない、二次的著作物の著作者が創作した表現に対しても、著作物の保護範囲を及ぼそうとする姿勢を「創作性概念と保護範囲の乖離現象」として説明する。しかし、本稿では「創作的表現」の用語を、特に創作者（創作活動）と結び付けることなく、「客観的に創作性を有する」と評価できる表現を指すものとして使用することとする。

- (*26) 著作権法が「共同著作物」を「二人以上の者が共同して創作した著作物であつて、その各人の寄与を分離して個別的に利用することができないもの」と定義するところ（著作権法 2 条 1 項 12 号）に象徴されるように、著作権法は一般的な著作物を一つの創作活動の成果物として理解していると見られる。
- (*27) 一般に、二次的著作物を原著物としている二次的著作物も存することから、二次的著作物を二つの創作活動のみの成果物と理解することは正確さを欠く。しかし、著作権法は、二次的著作物の創作に関与した者を、当該著作物の著作者と原著作者のみに分類しており、最も基本的な二次的著作物として、二つの創作活動の成果物を想定していると言える。
- (*28) 前注（*8）参照。本文で述べたように、この点の詳細については次章で分析する。
- (*29) 本判決の評釈である、三浦正広〔判批〕岡山商大論叢 38 巻 1 号 59 頁・69 頁（平成 14 年）は、「1 つ 1 つのコマ絵はストーリーと切り離して利用しうるのであるから、少なくとも、本件コマ絵は、二次的著作物ということとはできず、ましてストーリーとは直接関係なく描かれた本件表紙絵やリトグラフ原画は作画者のオリジナルな著作物であると考えるのが妥当と述べている。また、その他の本判決の評釈である、辰巳直彦〔判批〕民商法雑誌 127 巻 1 号 115 頁・119 頁（平成 14 年）、松村信夫〔判批〕知財管理 52 巻 8 号 1185 頁・1193 頁（平成 14 年）や、本件第一審判決の評釈である、日向央〔判批〕著作権研究 25 巻 335 頁・349 頁（平成 11 年）、滝井朋子〔判批〕村林隆一先生古稀記念『判例著作権法』359 頁・366 頁（東京布井出版・平成 13 年）、金子敏哉〔判批〕ジュリスト 1243 号 144 頁・147 頁（平成 15 年）は、原著物である X 原稿の創作的表現が、本件リトグラフ等に反映されているか否かを検討する必要がある旨を指摘する。
- (*30) 前注（*10）参照。
- (*31) 前注（*11）・（*12）参照。
- (*32) 続けて本文に記載した通り、旧著作権法の各規定の内容が一貫性を欠いていたことから、半田正夫「二次的著作物の法的構造」青山法学論集 22 巻 4 号（昭和 45 年）＝同『著作物の利用形態と権利保護』126 頁・133 頁（一粒社・平成元年）は、「二次的著作物全体から見ると統一の観が免れず、ここに批判が集中していた」とする。
- (*33) 旧著作権法は、「編集」について、「数多の著作物を適法に編輯したる者は著作者と看做し其の編輯物全部に付てのみ著作権を有す但し各部の著作権は其の著作者に属す」（旧著作権法 14 条）と、また、「異種複製」について、「原著物と異りたる技術に依り適法に美術上の著作物を複製したる者は著作者と看做し本法の保護を享有す」（旧著作権法 22 条）と規定していた。
- (*34) 旧著作権法は、「翻案等」につき、「原著物に訓点、傍訓、句読、批評、註解、附録、図

- 画を加え又は其の他の修正増減を為し若は翻案したるが為新に著作権を生ずることなし但し新著作物と看做さるべきものは此の限に在らず」(旧著作権法 19 条)と、「翻訳」につき、「翻訳者は著作者と看做し本法の保護を享有す但し原著作物の権利は之が為に妨げらるることなし」(旧著作権法 21 条)と、「映画化」につき、「他人の著作物を活動写真術又は之と類似の方法に依り複製(脚色して映画と為す場合を含む)したる者は著作者と看做し本法の保護を享有す但し原著作物の権利は之が為に妨げらるることなし」(旧著作権法 22 条の 4)と規定していた。
- (*35) 前注(*34)参照。また、旧著作権法は、「編集」(同法 14 条)および「翻訳」(同法 21 条)、異種複製(同法 22 条)、活動写真による複製(同法 22 条の 4)、写真による複製(同法 23 条)といった創作行為について、「著作者と見なす」としており、ここから、同法が、二次的著作物を著作権にもとづく保護の対象とすることに、必ずしも積極的でなかったと解する余地も残されていたと言える。国立国会図書館調査立法考査局・前掲注(*4) 61 頁も「翻案等」(旧著作権法 19 条)について同様の指摘をする。
- (*36) 小林・前掲(*12) 80 頁は、二次的著作物一般が著作権にもとづく保護の対象となるべきとの見解を前提として、旧著作権法が規定を設けていない二次的著作物について「明文が欠けている」として批判する。また、同様に、国立国会図書館調査立法考査局・前掲注 4) 61 頁も旧著作権法が規定を設けていない二次的著作物について「明確な規定がかけている」と指摘する。
- (*37) 榛村・前掲注(*12) 106 頁、勝本・前掲注(*12) 90 頁、山本・前掲注(*12) 67 頁からは、「翻案等」の規定(旧著作権法 19 条)の但書による対応を念頭に置いていたことが窺える。
- (*38) 榛村・前掲注(*12) 119 頁は、「新著作物」が、原著作物の表現を保持していない著作物と、原著作物の表現を保持しつつ、新たな表現が付加された著作物である二次的著作物の双方を念頭においているようにも窺える。しかし、山本・前掲注(*12) 67 頁注 3 は、二次的著作物のみを想定していたことを窺わせる。
- (*39) 山本・前掲注(*12) 66 頁は、「翻案」は二次的著作にならないとしている。
- (*40) 著作権法百年史編集委員会編『著作権法百年史』284 頁(著作権情報センター・平成 12 年)には、勝本試案と呼ばれる勝本正晃『著作権法改正の諸問題』(法文社・昭和 24 年)や、城戸試案と呼ばれる城戸彦彦『著作権法改正試案』(文部省管理局・昭和 25 年)が発表されていたことが指摘されている。また、小林・前掲(*12) 96 頁は、前注 36) の問題意識にもとづいて、法改正による問題解決の方向性が提案している。
- (*41) 国立国会図書館調査立法考査局・前掲注(*4) 62 頁は、現行著作権法への全面改正において、二次的著作物に関する旧著作権法規定の問題の解決が図られたとの認識にあることを窺わせる。
- (*42) 著作権法制度を抜本的に見直す必要性自体は第二次世界大戦前から認識されていたことが指摘され、その準備は進められていたことが指摘されている(前掲注(*40) 著作権法百年史 279 頁参照)。なお、以下の著作権制度審議会に関する資料は、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・平成 12 年)にもとづくものである。
- (*43) 昭和 37 年 5 月 16 日付の「著作権制度審議会への諮問第 1 号」は、「第 1 著作権法の改正に関する事項」の「1 著作物、著作者、著作権者に関する事項」において、「(1) 保護を受ける著作物」を項目として掲げ、「保護を受ける著作物の範囲をどう考えるか、図案、応用美術の著作物の保護をどう考えるか」と問題提起がなされている(前掲注(*42)『著作権法百

二次的著作物と原著作物の保護範囲

年史資料編』22頁参照)。

そして、同日付の「諮問(第1号)についての社会教育局長説明」は、上記諮問(第1号)の「第1 著作権法の改正に関する事項」の「1 著作物、著作者、著作権者に関する事項」に関する説明として、「著作権法の改正に関する事項の第1は、著作物、著作者、著作権者に関する問題であります。第1点は、保護を受ける著作物の範囲をどう考えるか、図案、応用美術の著作物をどう考えるかという問題であります。現行法〔旧著作権法〕は、保護を受ける著作物については一般的規定として『文書演述図画云々…範囲ニ属スル著作物』と掲げておりますが、保護を受ける著作物の範囲をさらに明らかにするため、これらの用語および例示の方法等に検討を加える必要があるかと存じます」と述べた上で、「なおこのほかに、原著作者と二次的著作物の著作者との関係についても検討を加え規定を整備する必要があると存じます」と述べており、二次的著作物に関する事柄を議論の対象とすることを明らかにしている(前掲注(*42)『著作権法百年史資料編』25頁参照)。

- (*44) 著作権制度審議会では、昭和37年に、問題に応じて、第1小委員会(文芸、学術、共通事項)、第2小委員会(美術、応用美術、建築、写真)、第3小委員会(音楽)、第4小委員会(映画)、第5小委員会(隣接権)の5つの小委員会が設置された。また、昭和38年11月4日の総会において、上記小委員会の中間報告がなされ、併せて、第6小委員会(仲介業務制度)が新たに設置された。
- (*45) 二次的著作物に関する事柄を各小委員会で取り扱われた理由は明確でないものの、前述のように、旧著作権法が二次的著作物に関する規定を著作物の類型毎に設けており(第1節参照)、その著作物の類型に沿って第1小委員会から第4小委員会が設置されたことに起因しているものと考えられる。
- (*46) 第1小委委員会は「翻訳、翻案等のアダプテーション、編集著作物について」を、第2小委委員会は「美術的著作物の異種複製について」を、第3小委員会は「編曲等のアダプテーションについて」を検討項目として掲げ、この点を明確にしている(前掲注(*42)『著作権法百年史資料編』87頁・93頁・99頁参照)。また、第4小委員会は、二次的著作物に関する項目を掲げていないもの、「保護を受ける著作物としての各種の映画著作物の地位および独創性の有無の問題について」の検討項目の中で議論がなされたことが窺えることから、他の委員会と同様の立場にあったと考えられる(前掲注(*42)『著作権法百年史資料編』104頁参照)。
- (*47) 昭和38年11月4日付の「著作権制度審議会各小委員会審議状況について(中間報告)」の「別紙3」で示された「第4小委員会審議結果概要(第1回—第13回)」において、「各種の映画著作物の間に保護の差別を設けず、全ての映画著作物を原著作物として保護するという考え方をとるのが適当であるとの結論を得た」ことが明らかにされている(前掲注(*42)『著作権法百年史資料編』104頁参照)。
- (*48) 例えば、第1小委員会について見ると、前注47)「著作権制度審議会各小委員会審議状況について(中間報告)」の「別紙3」の「第1小委員会審議結果概要(第1回—第13回)」において、「翻訳・翻案等のアダプテーション、編集著作物について」が議論され、「保護を受ける著作物としての地位、種類および限界ならびに原著作物の著作権との関係等について明確な規定を設けることが適当である」としつつも、「保護を受ける著作物の要件として、〔適法〕に編集されたこと要求するかどうかの問題について、結論を保留する」と述べられている(前掲注42)『著作権法百年史資料編』88頁参照)。

(*49) もっとも、前 (*47) および (*48) で述べた、各小委員会の中間報告では、いずれも、「ベルヌ条約ブラッセル規定」を参考にすることを明らかにしており、この点では一致を見ていたと言える。

(*50) 昭和40年5月21日付の「著作権制度審議会各小委委員会審議結果報告」において、第4小委員会は、「映画的著作物もそれが著作物である以上、単なる事象の記録の連続ではなくて、著作物たるゆえんの精神的独創性を必要とすることは当然であり、一方、映画的著作物に限って特に独創性を云々し、他の著作物と異なる、あるいはそれ以上の創作性を求める必要はない」と述べており（前掲注 (*42) 『著作権法百年史資料編』189頁参照）、昭和38年11月4日付の「著作権制度審議会各小委員会審議状況について（中間報告）」（前注47）参照）と同様の立場にあることを窺わせる。

第1小委員会は、「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」と述べた上で、翻案等の適法性を著作権にもとづく法的保護の要件とするかについて、「著作権法の保護の対象となるかどうかということは、もっぱら著作物たる要件を備えているかどうか、すなわち、精神的な創作物であるかどうかによって判断されるべきであり、このことは、二次的著作物の場合にも異なるものではない」としている（前掲注 (*42) 『著作権法百年史資料編』115頁参照）。さらに、「著作物として保護すべきであるかどうかは、もっぱら精神的な創作物であるかどうかによって定めるべきものと考えられることから、この度の改正においては、翻訳、翻案等の二次的著作物の取扱いについては、次の趣旨に従って統一的に定めることが適当である」と述べた上で、その趣旨として、「翻訳、翻案等の二次的著作物は、一の原著作物として保護されるものであること。ただし、原著作物の著作権は、これによって妨げられないこと」と「二次的著作物は、原著作物の著作権者の同意なくしては利用することができないこと」を挙げている。第2小委員会、第3小委員会は、いずれも、「著作物たるに足る独創性を有すること」を著作権にもとづく保護の要件とすることを明記しており（前掲注 (*42) 『著作権法百年史資料編』158頁、168頁参照）、二次的著作物として著作権にもとづく保護の対象となるかは、一般の著作物の要件に従って定まるという方向性を採ることで共通していたことが分かる。

したがって、本文で述べたように、各小委員会は、二次的著作物を著作物の一類型として保護すべきとする見解を示し、前述の第4小委員会が中間報告で示した姿勢と方向性を同じくする立場を採ることを明らかにしたと解するのが素直である。

(*51) 旧著作権法22条が「原著作物ト異ナリタル技術ニ依リ適法ニ美術上ノ著作物ヲ複製シタル者ハ著作物ト看做シ本法ノ保護ヲ享有ス」と規定していたため、二次的著作物として著作物の保護対象となるか否かが原著作物の翻案等の手段に影響されるかについて、第2小委員会が立場を明確にしている。そこでは、「『複製』の技術が異なりたる場合にはすべて一律に著作物として保護されるものとするのは、著作物の考え方として適当ではない」とした上で、「翻案・変形物が二次的著作物として保護されるかどうかは、以上のところから、『技術』が異なるものであるかどうかの問題としてではなく、一般の場合と同様に、著作物たるに足る独創性を有するかどうかの基準により個別的、具体的に判断されるべき」と述べられている（前掲注 (*42) 『著作権法百年史資料編』158頁参照）。

(*52) 前注 (*50) 参照。

なお、著作権にもとづく保護の対象となる要件として、「著作権法の保護の対象たり得るに

二次的著作物と原著物の保護範囲

- は精神的所産足る思想内容の独創的表現であること、すなわち精神的な創作であることを要する」ことは、「解釈として判例・学説上広く認められており、そのこと自体は著作権法の趣旨に照らし、自明のこと」としている（前掲注（*42）『著作権法百年史資料編』112頁参照）。
- （*53）前注（*50）参照。
- （*54）前注（*50）で述べたように、第1小委員会が、「…原著物の著作権は、これによって妨げられないこと」と「二次的著作物は、原著物の著作権者の同意なくしては利用することができないこと」を強調しており、その他の小委員会も立場を同じくしている。
- （*55）昭和40年11月10日付の会長・主査連絡会及び各専門委員会審議結果報告において、会長・主査連絡会は、「二次的著作物に係る適法要件について」として、「著作物として保護すべきであるかどうかは、もっぱら精神的な創作物であるかどうかによって定めるべきであり、二次的著作物の保護の要件としては、翻訳、翻案等については、原著物の著作権者の許諾を得たものであることを要しないものとする。ただし、原著物の著作権者の権利を害してはならないものとする」ことが明らかにされている（前掲注（*42）『著作権法百年史資料編』220頁参照）。
- （*56）昭和41年4月20日付の著作権制度審議会答申では、「第一 著作物」の「六 翻訳、翻案、編曲その他の変形および編集著作物」において、「翻訳、翻案、編曲等は、原著物の著作権を害しない範囲において、著作物として保護されること」との方針が示されている（前掲注（*42）『著作権法百年史資料編』33頁参照）。
- （*57）前注（*56）の著作権制度審議会答申の趣旨について述べたとされる、著作権制度審議会答申説明書では、「第一 著作物」の「六 翻訳、翻案、編曲その他の変形および編集著作物」において、「翻訳、翻案、編曲等原著物を利用し、変形して作成されるものも、そこに新たな精神的創作性の認められる限り、一の著作物として保護されるべきことは当然であるが、このことに関する現行法〔旧著作権法〕の規定には必ずしも明確でないものがあるので、原著物の著作権を害しない範囲において、これらのいわゆる二次的著作物が保護されることを…明らかにすることとした」とされている（前掲注（*42）『著作権法百年史資料編』52頁参照）。
- （*58）前掲注（*57）著作権制度審議会答申説明書の「第一 著作物」の「六 翻訳、翻案、編曲その他の変形および編集著作物」において、「翻訳等の著作物および編集著作物の保護の要件として、原著物の著作権者の許諾を得た『適法な』ものであることを求めるかどうかの問題がある。現行法〔旧著作権法〕は、この点の取扱いに統一を欠いているが、二次的著作物を著作物として保護するかどうかは、専らそこに新たな精神的な創作性を認めうるかどうかによって決定されるべきであり、適法に作成されたものかどうかということと、著作物であるかどうかということとは、一応きり話して考えられるべきものとする」と、「いわゆる美術の著作物の異種複製については、複製の技術が異なる場合において、全て著作物として保護されるものとするかのような…規定は、著作物の考え方からして適当でないと考えられるので、美術の著作物の翻案、変形物の保護として考えることとした」ことが述べられている（前掲注（*42）『著作権法百年史資料編』52頁参照）。
- （*59）前掲注（*56）著作権制度審議会答申では、「第一 著作物」の「一 保護を受ける著作物」において、「著作権法の保護の対象となる著作物は、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属する精神的な創作物である旨を明らかにするものとする」とされている。
- （*60）前掲注（*56）著作権制度審議会答申では、「第一 著作物」の「六 翻訳、翻案、編曲そ

他の変形および編集著作物」において、「翻訳、翻案、編曲等は、原著作物の著作権を害しない範囲において、著作物として保護されること」ならびに「編集著作物は、その部分をなす各著作物の著作権を害しない範囲において、著作物として保護されること」を明らかにする旨が述べられている。

また、前掲注（*57）著作権制度審議会答申説明書の「第一 著作物」の「六 翻訳、翻案、編曲その他の変形および編集著作物」においても、「原著作物の著作権者は、その二次的著作物の利用を許諾、禁止する権利を有するものであるから、二次的著作物を原著作物の著作権者の許諾を得ることなく利用することは、原著作物の著作権を侵害するものであることは、もとよりである」こととされている。

（*61）既に本文中で述べたように、旧著作権法は、著作権の内容に関し、「著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定していた（旧著作権法1条1項）。また、前掲注（*56）著作権制度審議会答申でも、「第三 著作権の内容」において、「著作者は、著作物をその方法のいかんを問わず有形的に複製する権利、およびその著作物を上演し、演奏する等によりいわば無形的に複製する権利を排他的に有するものであることを明らかにするものとする」とされている。

（*62）前注（*59）参照。

（*63）国立国会図書館調査立法考査局・前掲注（*4）62頁参照。

（*64）もっとも、国立国会図書館調査立法考査局・前掲注（*4）64頁では、著作物の定義について批判があったことが明らかにされている。

（*65）国立国会図書館調査立法考査局・前掲注（*4）63頁参照。

（*66）国立国会図書館調査立法考査局・前掲注（*4）98頁、加戸・前掲（*8）128頁、210頁。

（*67）青柳吟子〔判批〕判例時報1808号（判例評論527号）195頁・196頁は、「『二次的著作物』とは、概念として新規な創作の付加を内包しているにもかかわらず、依然として原著作物の本質的な特徴を『二次的著作物の全体』から直接感得できるといふ単一の著作物であり、単一の著作物として原著作物の翻案の範囲内に止まるものであってみれば、28条により二次的著作物（翻案物）の利用には原著作物の権利が「全体に」及ぶことには合理性がある」として、著作物としての単一性を前提とした理解を強調する。

さらに、同197頁は、〔2〕に反対する見解を批判して、「28条にいう「二次的著作物」の意義内容のみに関しては2条1項11号の定義と異なって、『原著作物の表現を再生したところ指』すと解するとし、単一の著作物たる『二次的著作物』について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べきであるとする反対説の解釈には法文上の根拠がないばかりか、明文に規定に反する」と述べる。

（*68）青柳・前掲（*67）198頁。

（*69）前注（*67）で述べたように、青柳・前掲67）197頁は、二次的著作物を単一の著作物として理解すべきことを主な理由とする。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」知財年報I.P. Annual Report 2005（別冊NBL106号）214頁・222頁は、「同一の種類権利」（著作権法28条）に関する規定の存在意義を失わせることになり、不都合な結果を招くことを理由とする。長沢幸男「二次的著作物」飯村編『新・裁判実務大系22 著作権関係訴訟法』289頁・297頁（青林書院・平成16年）は、青柳・前掲67）199頁も根拠との一つとしている、原著作物が存在してはじめて二次的著作物は創作可能となることを理由

二次的著作物と原著作物の保護範囲

とする。なお、小泉直樹「二次的著作物について」半田正夫先生古稀記念論集『著作権法と民法の現代的課題』172頁・179頁（法学書院・平成15年）も、根拠は必ずしも明確でないものの、立場を同じくしていると解される。

- (*70) 青柳・前掲（*67）196頁と飯村・前掲（*69）222頁はこの点を明確にする。
- (*71) 中山・前掲注（*4）133頁は、二次的著作物の著作者と原著作物の著作者とが異なることを理由として、「自己で創作していない表現にまで及ぶこと」が自己の創作したものについて著作権を有するという原則に悖ると述べる。
- (*72) このような提案をするものとして、例えば、本件第一審判決の評釈である、滝井・前掲注（*29）366頁、日向・前掲注（*29）335頁・349頁、本判決の評釈である、辰巳・前掲（*29）119頁、松村・前掲（*29）1193頁、三浦・前掲（*29）69頁、渡邊文雄〔判批〕知的財産法政策学研究17巻163頁・172頁（平成19年）、中山信弘〔判批〕著作権判例百選〔第4版〕114頁・115頁（平成21年）、その他、作花文雄「原著作物と二次的著作物の創作性の区分と融合」コピーライト2002年1月号16頁・22頁（平成14年）、辻田芳幸「二次的著作物における原著作物関与の構図」前掲注（*69）『著作権法と民法の現代的課題』206頁、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1頁・16頁（平成17年）、田村善之〔判批〕著作権判例百選〔第4版〕56頁・56頁（平成21年）がある。また、第一審判決の評釈である、中島徹〔判批〕判時1796号（判評496号）201頁・203頁は、同判決の結論に対する賛否は明確にしていないもの、二次的著作物を一体不可分のものと理解することには疑問を呈する。
- (*73) 後述のように、著作物は著作物の保護範囲を示すものとしてではなく、創作者の思想・感情を表現するものとして作成されることから、本文の表現は正確とは言い難い。二次的著作物は、原著作物に由来する「創作的表現」と当該著作物固有の「創作的表現」ならびに創作性のない表現とから構成されると理解するのが素直である。
- (*74) 著作物の一部が利用されたことを理由に提起された著作権侵害訴訟の先例として挙げられるものとして、大阪地判昭和54年2月23日判タ387号145頁がある。もっとも、本判決は、具体的判断として、著作権侵害の成立を否定した。
- (*75) 例えば、大阪地判平成4年4月30日判時1436号104頁、東京地判平成10年11月27日判時1675号119頁、東京地判平成13年1月23日判時1756号139頁等が挙げられる。
- (*76) 半田正夫『著作権法概説〔第15版〕』73頁（法学書院・平成25年＝初版・昭和49年）、紋谷暢男『無体財産権法概説』（有斐閣・昭和51年）＝『知的財産権法概説』6頁（有斐閣・平成18年）、齊藤・前掲注（*1）77頁、田村・前掲注（*4）頁、中山・前掲注（*4）49頁。
- (*77) 仮に、著作物を一体不可分のものと理解しなければならぬと考えるのであれば、著作物の一部は、当該著作物と異なる表現と解さざるを得ないため、著作物の一部を利用するだけでは当該著作物の利用に該当せず、著作権侵害とならないとの判断が導かれることとなる。
- (*78) 著作物の保護範囲の確定基準として「著作物の内容及び形式の覚知」を掲げる、前掲注（*16）最判（一小）昭和53年9月7日は、同基準と具体的判断に結び付けていたため、著作物を「創作的表現」とそうでない表現とに区分できると理解しているかは定かでないものの、同基準の内容に照らすと、抽象的には、区分できることを前提としていると言える。
- (*79) 前掲注（*5）最判（一小）平成13年6月28日は、上告人Y（被告・控訴人）等が、被上告人X（原告・被控訴人）の執筆した書籍に依拠して、テレビ番組を製作・放送したとこ

ろ、Xは、当該テレビ番組のナレーションがX書籍に収録された短編のプロローグを翻案したものであると主張し、翻案権等の侵害を理由とする損害賠償を求めて提起された訴訟であり、一般論として、「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。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」と述べ、具体的判断としては、Yナレーションのうち、Xプロローグと同一性を有する部分は、表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分であり、Yナレーションの表現からX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して、翻案権侵害等の成立を否定し、X請求を棄却した。

- (*80) 継続的刊行物等の場合、著作権の存続期間を確定する指標の一つとなる「公表の時」につき、「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3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って前項の最終部分とみなす」と規定し、表現の内容ではなく、時間により確定させている（著作権法56条2項）。ここから、著作権法も、著作物を、「創作的表現」をはじめとする複数の表現から構成されるものと理解していることが分かる。
- (*81) 本稿において、二次的著作物の「創作的表現」の用語は、前注(*25)で述べたように、誰が創作したかを問うことなく、原著物に由来する「創作的表現」と当該著作物固有の「創作的表現」の双方を含む、「客観的に創作性を有する」と評価できる表現を指すものとして使用している。
- (*82) 例えば、職務著作（著作権法15条）として創作された著作物について見ると、その著作権の存続期間は公表後50年とされている（著作権法53条）。それ故に、異なる創作活動にもとづく「著作物」は異なる存続期間となり、その保護態様が異なる場合が生じることとなる。[1]はこのような理解を前提とする判断を示したと言える。
- (*83) この著作物の保護範囲を確定基準が、二次的著作物が二つ以上の創作活動にもとづく「創作的表現」から構成されるという特徴を基礎としていることに着目すると、二次的著作物以外の複数の創作活動の成果といえる著作物にも当て嵌めることができると言える。なお、共同著作物（著作権法2条1項12号）は、「二人以上の者が共同して創作した著作物であつて、その各人の寄与を分離して個別的に利用することができないもの」であるから、「創作的表現」を創作活動に応じて区分することができないことが前提となる。しかし、「共同著作物」として主張される著作物が、著作権法の規定する「共同著作物」かは別論であるから、それが真実か否か「共同著作物」を検討する手段として有効と言える（駒田泰土「著作物と作品概念の異同について」知的財産法政策学研究11号145頁・154頁以下（平成18年）参照）。
- (*84) 飯村・前掲注(*69)222頁は、「同一の種類の特権」に関する規定（著作権法28条）の存在意義を失わせることになり、不都合な結果を招くとする。青柳・前掲注(*67)は、同規定の明文に反すると述べており、同様の立場にあると解される。

二次的著作物と原著作物の保護範囲

- (*85) 例えば、小説を原著作物とする映画（二次著作物）が創作された場合、後者について生じる頒布権（著作権法 26 条）は、原著作物たる小説には生じていないため、「同一の種類の特権」に関する規定（著作権法 28 条）が存在しない場合は、原作者は頒布権を行使することができなくなる。
- (*86) 加戸・前掲注（*8）211 頁は、「例えば、小説が漫画化された場合には、原著作物である小説の本来的な利用権には含まれない権利でございます漫画（美術の著作物の一面を有する）の原作品の展示権という二次的著作物の利用権と同じ権利を原著作物の著作者が持つということになりまして、その意味では、原著作物の利用態様を超えた利用に原著作物の著作者の権利が及ぶわけであります」と述べており、同様の理解にあることを窺わせる。
- (*87) もっとも、二次的著作物に係る著作権の効力が、当該著作物に固有の「創作的表現」のみに及ぶとする著作物の保護範囲の確定基準の下では、同権利の効力が原著作物に及ばなくなるため、「二次的著作物に対するこの法律による保護は、その原著作物の著作者の権利に影響を及ぼさない。」との著作権法規定（著作権法 11 条）の必要性は失われることとなる。
- (*88) 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成」パテント 65 巻 12 号 131 頁・151 頁（平成 14 年）、同「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）」知的財産法政策学研究 42 巻 39 頁・64 頁（平成 15 年）は、「『表現上の本質的特徴の直接感得』というの基準は、著作権法 27 条の特権のみならず…全ての著作者の権利…に当てはまる」ことを指摘する。
- (*89) この疑問を提示するものとして、田村・前掲注（*4）113 頁がある。
- (*90) 特許法は、特許発明の技術的範囲を明確にするために、特許権者（出願人）に対して、それを示す書面として、「特許請求の範囲」を作成させている。しかし、このような法制度を採用していても、特許発明の技術的範囲をめぐる問題の発生は回避困難な事柄として認識されている。そうすると、このような規定を設けていない著作権法の下においては、著作物の保護範囲が不明確とならざるを得ないことは容易に予想されるところと考える。
- なお、特許発明の技術的範囲をめぐる特許法規定に関する筆者の分析については、拙稿「特許発明の技術的範囲と『特許請求の範囲』との関係についての分析と検討」東京都立大学法学会雑誌 45 巻 1 号 221 頁以下参照。
- (*91) ここには、複数の「創作的表現」から構成される場合も含まれる。
- (*92) したがって、著作物の定義規定（著作権法 2 条 1 項 1 号）は、著作権にもとづく保護を受けることができる表現の最小単位を示したに止まると考えられる。
- (*93) この規定は、仮に、公表された個々の表現が「創作的表現」と成り得なくとも、公表された表現全体で「創作的表現」と捉えることができるのであれば、その全体をもって一個の著作物として取り扱うことを許容したと見ることもできる。
- (*94) もとより、適切に「創作的部分」が抽出されていれば問題は生じないものの、著作物を一体不可分のものとしてと考える傾向は根強く強く見られる。例えば、〔2〕はじめ、〔1〕の原審と第一審判決が、本件連載漫画各話を「一体不可分」のものとして扱い、そのいずれかの表現を利用しているとして、著作権侵害の成立を肯定している。〔1〕も「一話完結形式の連載漫画においては、著作権の侵害は各完結した漫画それぞれについて成立し得る」と述べており、一話完結形式でなければ、その原審・第一審と同様の判断を示した可能性も否定できない。

—2014 年 6 月 23 日受領—