

# 翻 案 の 構 造

梶 山 敬 士\*

**抄 録** 本稿は、著作権法において重要な意味を持つ翻案の構造を検討するものである。翻案は、原著作物を利用して、これに翻案者自らの創作性を加えて新たな著作物を創作することであるから、①原著作物の利用という側面と、②新たな創作性の付加という側面の二面性（二義性）を持つ。前者は、原著作物の著作権侵害の問題であり、翻案は保護範囲を画する意味を持つ。後者は、原著作物と翻案物の両者の権利関係をどう捉えるかという問題である。本稿では、この両面を分けてそれぞれ検討した。

## 目 次

1. はじめに
2. 翻案権の支分権としての特殊性
3. 翻案の構造－翻案の二面性（二義性）
4. 侵害の側面
  4. 1 判 例
  4. 2 判例における侵害と創作性の関係
  4. 3 学説の検討－創作性徹底説，質量相関説，フェアユース
5. 翻案物と原著作権
  5. 1 適法要件
  5. 2 両創作性の関係
  5. 3 著作権法第28条の意義と根拠

## 1. はじめに

本稿は、著作権法における「翻案」の構造に関する試論である<sup>1)</sup>。著作権法は、翻案権につき、以下のように規定している。

第27条 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。

第28条 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、この款に規定する権利で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権利を専有する。

また、著作権侵害訴訟において、「複製又は翻案」の有無が問われる。ここにおいて、「翻案」という言葉で一括されている、この著作権法上重要な概念の構造につき、筆者の現時点の考えを述べる。

## 2. 翻案権の支分権としての特殊性

著作権の支分権（著作権法第20条から第28条までの権利）は、「著作者が～権利を専有する。」という形式で、無許諾の第三者に禁止される行為をリストしているといつてよい。このうち、第20条から第26条の3までの支分権は、複製にしろ、上映にしろ、貸与にしろ、全て著作物という客体は同一のまま、行為が規制されるものである<sup>2)</sup>。しかし、翻案は著作物という客体自体を変更するという意味で他の支分権と趣を異にする。すなわち、原著作物を利用するというだけでなく、客体自体を変更する行為である。その意味で、原著作物と同様に創作行為であり、この新しい著作物（客体）について、さらに著作権法第20条から第28条までの支分権が発生するのである。これを図示すると、次のとおりである。

\* 弁護士 Keiji SUGIYAMA

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

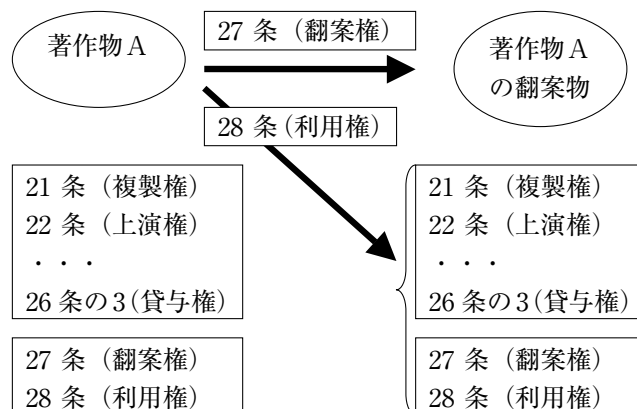


図 翻案権と他の支分権の関係図

### 3. 翻案の構造—翻案の二面性(二義性)

翻案は、原著作物を利用して、これに翻案者自らの創作性を加えて新たな著作物を創作することであるから、①原著作物の利用という側面と、②新たな創作性の付加という側面の二面性(二義性)を持つ。

以下、第1の側面については4章の「侵害の側面」で、第2の側面については5章の「翻案物と原著作権」で論じる。

### 4. 侵害の側面

翻案の二面性のうち、第1の側面は、原著作物の創作性を利用する点をとらえることになるから、原著作物の保護範囲(客観的範囲)すなわち侵害の問題となる。まず、判例をみておく。

#### 4.1 判例

(1) わが国の判例では、原著作物そのままの再生の場合(いわゆるデッドコピーまたはそれに準ずる場合)を複製として第21条の複製権の侵害に、原著作物そのままではないが、原著作物の権利が及ぶとする範囲を翻案として第27条(第28条)の翻案権の侵害に、あてはめる。要は、原著作物の保護範囲として、そのままの複製だけでなく、ある程度変更が加えられていて

も一定の類似性の範囲内ではなお禁止権が及ぶとする。この後者の「ある程度変更が加えられていても一定の類似性の範囲内」の作品を生成する行為を翻案権の侵害行為として把握しているのである。

この点は、アメリカの捉え方と比較してみると、特性が明らかになる。すなわち、アメリカ著作権法においても106条の1項で複製権を、2項で派生的著作物を作成する権利を支分権として区別して規定しているが、侵害訴訟の被告の作成した作品が原著作物の著作権を侵害するか否かを判断する場合には、アクセス(通常、原著作物に接する蓋然性)と実質的類似性(substantial similarity)があるか否かが問われる。2項の派生的著作物を作成する権利が侵害されたかどうかという問い方はしない<sup>3)</sup>。

(2) 侵害の有無の文脈に複製権と翻案権の概念を持ち込むと、「訴訟の観点からすれば、複製権侵害を主張するのか、翻案権侵害を主張するのかは、根拠法条が異なるから弁論主義の適用があり、当事者が一方のみを主張している場合には、それが認められない結果、請求棄却となることもあり得る(他方を主張すれば請求認容となるのであれば、釈明権を行使して他方の主張をさせるのが適切なことが多いであろう)。また、双方を選択的に主張している場合でも、

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

複製権侵害か翻案権侵害かのいずれかは認められるというような択一的認定は避けるべきであるから、それぞれの要件を考慮して、いずれか一方の侵害を認定する必要がある。その意味では、複製と翻案との境界線を確定する実益はある。」というような考え方が生まれる<sup>4)</sup>。

しかし、侵害訴訟においては、保護範囲は程度問題であって著作権者としては同一であろうと類似であろうと被告作品が侵害であると主張するのが常態であろう。複製権の侵害とされようが、翻案権の侵害とされようが、意味のない区別であると考えるのが通常であろう。著作権者が複製権侵害のみを主張している場合でも、要は自己の著作物の保護範囲に属するとして侵害が認められることを求めているのであるから、積明権を行使するまでもなく、翻案権侵害が主張されていると言ってよい。侵害の有無の観点からは差異がないのであるから、択一的認定でもかまわないというべきである<sup>5)</sup>。

(3) 判例においても、侵害の場面で、複製権侵害と翻案権侵害が厳格に区別されているわけではない。例えば、次のとおり（下線は筆者）。

・「被告ソフトのうち本件ソフトを複製改変した部分は、本件ソフトを複製又は翻案したものであると認められる。」東京地裁平成11年8月27日（出版社システム事件）<sup>6)</sup>

・「本件ビデオに登場する女子高校生の図柄は、本件藤崎の図柄を対比すると、その容貌、髪型、制服等において、その特徴は共通しているので、本件藤崎の図柄と実質的に同一のものであり、本件藤崎の図柄を複製ないし翻案したものと認められる。」東京地裁平成11年8月30日（ときメモアダルトアニメ事件）<sup>7)</sup>

・「本件著作物の本質的な特徴を直接感得させるものでもないから、本件著作物の複製物又は翻案物に当たらないことは明白である。」東高平成13年5月30日（キューピー事件）<sup>8)</sup>

・「本件写真は、作者である控訴人の思想又

は感情が表れているものであるから、著作物性が認められるものであり、被控訴人写真は、本件写真に表現されたものの範囲内で、これをいわば粗雑に複製又は改変したにすぎないものというべきである。このような複製又は改変が、著作権法上、違法なものであることは明らかというべきである。」東高平成13年6月21日（スイカ事件）<sup>9)</sup>

・「交通標語には、著作物性（著作権法による保護に値する創作性）そのものが認められない場合も多く、それが認められる場合にも、その同一性ないし類似性の認められる範囲（著作権法による保護の及ぶ範囲）は、一般に狭いものとならざるを得ず、ときには、いわゆるデッドコピーの類の使用を禁止するだけにとどまることも少なくないものというべきである。…上述したところによれば、被告スローガンを、原告スローガンを複製ないし翻案したものであることはできず、控訴人の著作権侵害に基づく損害賠償の請求も、不当利得返還の請求も、いずれも理由がないことは、その余の点について判断するまでもなく、明らかである。」東高平成13年10月30日（チャイルドシート事件）<sup>10)</sup>

### (4) 判例における複製・翻案の定義

ここで、判例における複製・翻案の定義をみておく。

① ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー判決（最判昭和53年9月7日）<sup>11)</sup>で、「ここにいう著作物の複製とは、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解すべきである」と述べている。音楽の著作物（The Boulevard of Broken Dreams）の著作権侵害が問われた事案である。

② パロディー 1 回目判決（最判昭和55年3月28日）<sup>12)</sup> 雪山をスキーヤーが6人滑走する写真を一部カットしたうえ、山上に大きな自動車タイヤを配した作品が原著物の同一性保持権

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

(旧著作権法第18条)の侵害に問われた事件である。最高裁は、原審の判決を覆したが、次のようにのべている。

「本件写真における表現形式上の本質的な特徴は、本件写真部分自体によってもこれを感じ得ることができるものである。」<sup>13)</sup>

この判決は、著作者人格権の一つである同一性保持権の侵害の事件であったが、後の判例は、上記判示部分を複製権の定式として使うことになり、「後行作から先行作の表現形式上の本質的な特徴が直接感得できる」ということをもって複製権の侵害とするようになるのである<sup>14)</sup>。

### ③ 江差追分事件 (最判平成13年6月28日)<sup>15)</sup>

最高裁も翻案について、同様な判示をするにいたった。この事件は、江差追分に関する原告のノンフィクション及び小説の内容が、被告のドキュメンタリー番組で翻案されて使用されているか否かが問題となった。

「言語の著作物の翻案(著作権法第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。」(下線は筆者)

この「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」と「別の著作物を創作する行為」が加えられると翻案権の定式となる(これらが無いのが複製権の場合である)。

## 4.2 判例における侵害と創作性の関係

(1) 著作権法第2条2項1号は、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をいう。」と定義しており、著作権法で保護されるには、創作的に表現された作品でなけ

ればならない。これは、原告著作物全体の保護要件としての創作性を意味するものであったが、侵害の場面において、判例上被告作品に複製等された部分が創作性のない部分であるなら侵害とはならないという法理が定着してきた。

日照権判決(東京地裁昭和53年6月21日)<sup>16)</sup>を嚆矢とするようである<sup>17)</sup>。

「著作権侵害の成否とは、要するに、思想そのものではなく、思想(それ自体独創性のあるものであると否とを必ずしも問わない。)についての創作性ある具体的表現が無断で利用されているかどうかということであり、本件において、原告書籍中の一覧表B欄記載の各記述を思想の創作的表現とみるべきこと及び被告書籍においてこれが無断で利用されていると推認すべきを相当とすることは前に説示したとおりであるから、いずれにせよ右主張は採用できない。」

(2) 最高裁もこの考え方を採用しているとみてよい。

### ① ポパイ判決(最判平成9年7月17日)<sup>18)</sup>

「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つて(同法二条一項一―号参照)、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べき理由がないからである。」

### ② 江差追分判決(最判平成13年6月28日)<sup>15)</sup>

「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



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

当たらないと解するのが相当である。」

#### 4. 3 学説の検討—創作性徹底説、質量相関説、フェアユース

##### (1) 創作性徹底説

上記の判例の考え方を徹底すると、原著作物の創作性ある部分（勿論全部でもよい）を被告作品が維持していれば侵害ということになり、著作物全体の創作性を問う必要はない。したがってまた、著作物の個数を問題にする必要もない、ということになる（田村善之「著作権法概説2版」58頁以下）。

(2) しかし、次の場合を考えると、この説は行きすぎのように思われる。

① 前提として、日照権事件において、侵害部分が2頁分（全体は217頁）<sup>19)</sup>にすぎないとしても露骨な引き写しであり、「一部複製」を認定したのは正しいと考える。

② これに対し、コルチャック高裁判決（大高裁）<sup>20)</sup>は、2幕17場のうち3場が翻案であると認めつつ、「本件舞台劇の各場面のうち、「プロローグ トレブリンカ」、第2幕の15「別れ」及び同17「かなたへの旅立ち」の3場面は原告著作の翻案であると認められるが、その余の場面については原告著作の翻案であるとは認められず、したがって、また、本件舞台劇全体が原告著作の翻案であるとも認められない。」として侵害を否定している。個別部分にのみ着目するならば、当該3カ所の「一部翻案」を肯定すべきことになろう。

③ 複製といえるような顕著な模倣については、部分であっても侵害を認めるべきであろうが、翻案は新たな創作性が加えられている分模倣の程度は減退しているものであり、作品全体の中に置かれた時、他の部分との関係で別の意味付けを与えられたり、模倣の印象を薄められたりすることは十分あり得ることであり、全体として非侵害と評価することが許される場合もあ

ると考える。すなわち、「利用の有無」の他に「利用の程度」も考えるべきであり<sup>21)</sup>、「利用の程度」の判定にあたっては、模倣の質及び量を相関的に捉えて把握すべきものとする（限定的質量相関説）。

④ 例えば、東高平成4年11月28日（サンジェルマン2審）<sup>22)</sup>は、「本件訳書には、個々の訳語、訳文において、控訴人翻訳原稿に依拠したと推認するのが相当な部分があるとしても、訳書全体を対比するならば、右の依拠した部分は、両訳文間の基本的構造、語調、語感における大きな相違に埋没してしまう結果、本件訳書が控訴人翻訳原稿を全体として、内容及び形体において覚知せしめるものとはとはいえない、といわざるを得ない。」と判示している。このような判断は、妥当なものと評しえよう。全体ということを検討しなければ、「一部翻案」として侵害ということになろうが、結論として窮屈にすぎると思われる。

⑤ De minimis lex non curat.（法は些事に関せず）という法諺があるが、消化しきれていない部分が幾らかあったとしても<sup>23)</sup>、直ちに法的制裁が妥当するとはいえない。大きな全体の中で相対的に些少な部分の未消化は、法的には見逃されたほうが適切だと思われる。

(3) さらに、翻案物に維持された原著作物の創作性の質及び量と、翻案物独自の創作性の質及び量を相関的に比較衡量するという相関関係説が主張されている。すなわち、「著作権の及ぶ範囲を判断するに当たり、既存（原告）の著作物から利用された表現形式（原告の著作物と被告の作品に共通する表現形式）の創作性の存否及び程度と、他人（被告）が作成した表現形式（原告の著作物と被告の作品と異なる表現形式）の創作性の存否及び程度の相関関係を考慮（比較衡量）する<sup>24)</sup>」。

この考え方は、創作性徹底説より幅広い観点からの文化評価に道を開く点で評価できる。し

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

かし、一面で、原著作物の創作性と二次的著作物の創作性を同一平面で比較衡量することは、やや、原著作物の著作権保護に欠けるとも思われる。侵害判断は、やはり基本的には原著作物の創作性がどの程度（質及び量）被告作品に維持されているかという観点からの評価が中心になるべきであろう。他面、後行者による利用を正当化する要素は、付加された創作性のほかにも様々な要素が考えられるから、それらを総合的に判断すべきものという価値判断に立つならば、結局は、フェアユースのような判断枠組が妥当ということになり、この質量相関説はフェアユースへの一階梯として理解すべきものということになるだろう<sup>25)</sup>。

(4) 米国のフェアユースの規定（107条）は次のとおりである。

「106条及び106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、授業（教室において使用するための多数の複製を含む。）、研究又は調査等を目的とする著作物の公正使用（複製物又はレコードへの複製その他同条に明記する手段による使用を含む）は著作権侵害とならない。特定の場合に著作物の使用が公正使用となるかどうかを判定する場合には、考慮すべき要素として以下を含むものとする。

① 使用の目的及び性格（使用が商業性を有するかどうか又は非営利の教育を目的とするかどうかの別を含む。）

② 著作物の性質

③ 著作物全体との関連において、使用された部分の量及び実質性

④ 著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響。

作品が未公表であるという事実は、上記全要素を考慮した上認定される限り、それ自体で公正使用の認定を妨げるものではない。」

ソニー判決<sup>26)</sup>、プリティーウーマン判決<sup>25)</sup>をみれば、米国の判例は、上記条文の文言にもか

かわらず、経済的要素を重視していないことに注意すべきである<sup>27)</sup>。

ただし、日本の裁判所は、今のところ、米国立法フェアユースをわが法の解釈に持ち込むことには消極的である<sup>28)</sup>。

### (5) 考慮すべき要素

前記相関関係説にフェアユースの観点を取り込むとすれば、次のような要素を考慮すべきことになるだろう。

① 作品のジャンル、その分野の慣行

② 作品の長さ（大きさ）

③ 加えられた創作性の質及び量

④ 批判的要素の有無、程度（パロディーも含まれる）

⑤ 後行作の社会的価値

⑥ 経済的影響とその性質<sup>29)</sup>

⑦ 作品がアイデア、歴史的事実、自然法則などに規定されがちなものか。

⑧ その他、例えば、同一作品の翻訳、同一著者による作品、などの特別事情。

## 5. 翻案物と著作権

前章では、侵害という翻案の第1の側面を解説したが、本章では新たな創作性の付加という翻案の第2の側面を取り上げる。ここでは、原著作物の著作権と二次的著作物の著作権との関係が問題となる。

### 5.1 適法要件

二次的著作物に著作権が発生し、著作権法上の保護を受けるためには、原著作物の著作権者の許諾を要するか。適法要件説は、半田正夫「著作物の利用形態と権利保護」（133頁以下）のみのようであるが、この説に賛成する。

(1) 立法資料をみると、著作権制度審議会第一小委員会の審議結果報告（昭和40年、200頁）では、「翻案・変形によって創作された著作物が二次的著作物として保護されるためには、翻

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

案・変形自体について原著作物（翻案・変形される著作物）の著作者の許諾を得たものであることを必要とするものとする。」とされていたが、著作権制度審議会答申（昭和41年，58頁）は、「二次的著作物を著作物として保護するかどうかは，もっぱ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は，一応きり離して考えられるべきものとする。」としている<sup>30)</sup>。

(2) 田村前掲114頁は，①適法性を要件とすると，侵害訴訟の被告側から原告の著作物が先行者の著作権を侵害しているという抗弁を提出できることになり，権利行使に多大な支障を来すことになる，②二次的著作物の著作者が，第三者たる不法行為者（二次的著作物の複製者）の行為の差止を認めることは原著作物の著作者にとっても好ましいはずである，として通説に与する。

(3) 以下，検討する。

① 説明の便宜上，複製から考えると，通説・判例ともに複製を「依拠して有体的再製を行うこと」としているのだから，甲の先行作品Aと全く同じ作品Aを乙が作成した場合，(i) 乙が甲のA作品に依拠していたら複製となり，(ii) 独自に作成したら複製権侵害とはならず，かつ，自らのAにつき著作権を取得する。

② 翻案についても，「依拠して原作品と実質的な類似性ある作品を作ること<sup>31)</sup>」と定義されるから，乙が客観的に実質的な類似性ある作品A'を作成した場合でも (i)' 乙が甲のA作品に依拠していたら翻案となり，(ii)' 独自にA'を作成したら翻案権侵害とはならず，かつ，自らA'につき著作権を取得する。

③ 結局，複製権についても翻案権についても，（結果物は同一又は類似物であっても，）依拠の有無で権利侵害か否か，自ら権利者になる

か否かが決定されることになる。

④ 適法性の要件が要求される場面とは，上記複製や翻案が問題となる場合のうち後者（(ii)，(ii)')ではない。すなわち，結果的に同一又は類似物が作成されただけでなく（これは，そもそも権利侵害ではないのだから）依拠も立証されている場合（前者 (i)，(i)')である。依拠して同一又は類似物が作成されていることが立証されていて，許諾の有無だけが問題になる場合である。

翻案に限定して言えば，依拠して実質的な類似物を作成した場合，ということになる。侵害訴訟の被告としては，原告（乙）のA'作品に基づく請求に対し，先行する甲のA作品の存在及びアクセス<sup>32)</sup>の存在を立証することになる。AとA'の類似性の強い場合はそれだけで，又は，類似性とアクセスの立証により，乙（原告）がA作品に依拠して類似するA'を作成したと証明できる場合は十分あり得る。また，A作品が外国語で書かれた作品で，A'作品はその翻訳であることが自白されていたり，自明である場合もあり得る。このような場合，既に依拠と類似性が立証されているのであるから，適法性の要件はA作品に関する甲の許諾だけということになる。乙（原告）に甲の許諾の存在を立証させることは，何ら無理を強いることにならない。

⑤ 以上が理論的説明であるが，適法性（許諾の存在）の証明ができない乙（原告）は無権利者となるわけで，甲としては何も無権利者による差止を喜ばねばならぬ理由はないであろう。その被告がA'を複製したとしてもAの創作的特徴が維持されている限り，自らその被告に権利行使すれば良いのである。また，乙（原告）に損害賠償金を受け取る権利を認めることも正義観に反すると思われる。

### ⑥ 立証責任の整理

<請求原因>原告（乙）は，A'につき創作性と，被告（丙）による複製ないし翻案等の侵



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

害を立証する。

〈抗弁〉被告（丙）は、A' が甲のA作品に依拠した実質的類似物であることを立証する。

〈再抗弁〉原告（乙）は、A' の作成にあたり、甲からA作品を利用することの許諾を得たことを立証する。

## 5. 2 両創作性の関係

原著作物に新たな創作性が加えられて、翻案物が作成された場合、その両者の関係をどう捉えるべきであろうか。

### ① 創作性の融合

原著作物と翻案物の創作性は、翻案物という一つの作品において、多かれ少なかれ融合し、分離し得ない。少なくとも、世に一つの作品として提示され、一つの作品として人の心に存在することになる（社会内存在）。

### ② 従属性

翻案においては、原著作物という先行作を利用するわけであるから、翻案における創作性は原著作物の創作性との関係で従属的、二次的なものである。すなわち、原著作物の創作性が優先する。

### ③ 着色

翻案における創作性は、原著作物の創作性に従属し、融合するものであるから、原著作物の創作性に染まる。別個に発表するなら独立な著作物として存在しえた要素であっても、原著作物に従属して融合させる形で自己の創作性を付加すると意思決定し発表する以上、二次的著作物として社会内存在となるのは必然の結果であり、二次的著作物の著作者は翻案物につき、二次的著作物として受ける不利益は感受すべきである。

## 5. 3 著作権法第28条の意義と根拠

(1) 著作権法第28条は、「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、この款に規定する権利で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権利を専有する。」と規定している。原著作物の著作者が二次的著作物の著作権を取得する根拠は、原著作物の著作権を二次的著作物において利用することの許諾を与えることの対価と考えられる（交換説）。すなわち、ライセンスと（共有の）二次的著作権の交換である。この法的交換によって、二次的著作物において原著作物の創作性が直接反映していない部分にも、原著作物の著作権が及ぶことになる。

### (2) 原著作権者の選択

（最初から許諾がない場合）原著作物の著作者は、①原著作物の利用（侵害）と言う側面と、②新たな創作性の付加という側面の二面性のうち、一つを選択できる。

① まず、原著作物の利用の面だけ取り上げることが可能である。すなわち、翻案物の侵害的側面だけを咎め、差止、損害賠償の対象としてのみ扱うことができる。この場合、当然ながら、原著作物の著作者は、原著作物の創作性が被告作品に感得される限りにおいてしか、権利行使できない。また、前述のとおり、翻案者は権利を取得しない（違法行為者に権利を付与する必要はない。翻案者は、事前に許諾を得ていないのであるから、原著作物の著作者の選択による不利益を受けても文句をいう筋合いではない。二次的著作物の侵害者に対しては、原著作物の創作性が維持されている限り、自ら権利行使できるのであるから、無断翻案者による権利行使を有難く思わなければならないという謂れはない）。

② 原著作権の利用を追認し、ライセンスと引換えに、翻案物について権利を取得する。つまり、事後的許諾による交換である。この選択をした場合は、第28条が適用される。この場合は、二次的著作物につき、二次的著作物の著作者と同一の種類の著作権を交換により取得す



## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

るのであるから、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。(この点は、第一の側面のみ取り上げて、二次的著作物の成立を許諾しない場合と異なる。)

(3) 二次的著作物については、原著物の著作権者と二次的著作物の著作権者の著作権が並存する。1個の(二次的)著作物には、1個の著作権しか成立することはできないから、共有となり<sup>33)</sup>、互いに行使につき禁止権(ius prohibendi)を持つことになる。

### (4) キャンディ・キャンディ判決<sup>33)</sup>

判旨に対しては批判が多いが、筆者は賛成する。漫画家が絵を描いた時点では、キャンディ・キャンディの筋、性格付け、構成等を何ら反映するものではなかったが、原著物の内容に従って漫画が従属的に構成され、発表され、世にその原著物の内容を一身に化体するものとして存在するにいたる。いわば、原著物の創作性を取り込み、原著物により意義付けられた(着色された)社会内存在となる。記号化されるといってもよい<sup>34)</sup>。漫画家は、その絵をキャンディ・キャンディの絵として用いる義務はなかったが、そのように意思決定し世に出した以上、二次的著作物として、原著権も及ぶことを受忍しなければならない。

この場合、前述のとおり、原著物の著作権者は、交換により、二次的著作物の著作権を共有するに到るから、自らの創作性が直接反映している部分だけでなく、二次的著作物の著作権者と同じ著作権を享受できることになる。「創作性概念と保護範囲の乖離現象が観察される」<sup>35)</sup>ことを異とするには当たらない。

## 注 記

- 1) 本稿は、2005年6月に開催された著作権法学会の判例研究会における筆者の発表を基とする。

同研究会では、斉藤博先生を始め貴重なご意見をいただいた。また、本稿のフルバージョンを、半田正夫・松田政行先生編のコンメンタールに所収していただく予定である。

- 2) ただし、歌唱等の演奏では1回1回の内容が厳密にはそのまま同一とはいえないが、同一の楽曲の範囲内だと捉えうる。
- 3) アメリカ著作権法106条「(2) 著作権のある著作物に基づいて二次的著作物を作成すること。」。501条「(a) 何人であれ、第106条ないし第121条に規定する著作権者の排他的権利もしくは第106A条(a)に規定する作者の排他的権利を侵害し、または第602条に違反してコピーもしくはレコードを合衆国に輸入する者は、それぞれ著作権または作者の権利の侵害者となる。」。
- 4) 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」裁判実務体系27巻117頁。
- 5) 第1において説明したように、27条は客体たる著作物自体の変更であるという特殊性を持つ。これに対し、21条から26条の3までの行為類型においては、著作物自体には変更が加えられない。これらの行為の類型に関する著作権者の主張は攻撃防御上大きな意味を持つので、弁論主義の適用があるといつてよい。
- 6) H11.08.27 東京地裁 平成10(ワ)20162 著作権 民事訴訟事件
- 7) H11.08.30 東京地裁 平成10(ワ)15575 著作権 民事訴訟事件
- 8) H13.05.30 東京高裁 平成12(ネ)7 著作権 民事訴訟事件
- 9) H13.06.21 東京高裁 平成12(ネ)750 著作権 民事訴訟事件
- 10) H13.10.30 東京高裁 平成13(ネ)3427 著作権 民事訴訟事件
- 11) S53.09.07 最高裁 第一小法廷・判決 昭和50(オ)324 著作権不存在等確認及び著作権損害賠償
- 12) S55.03.28 最高裁 第三小法廷・判決 昭和51(オ)923 損害賠償
- 13) 同一性保持権の侵害は、原著物が原著物であるということを維持しつつ変更が加えられた場合をいう。すなわち、原著物を利用していても、どんどん変更が加えられて原著物をもはや彷彿させなくなっていれば、もはや原著物にかかる作者の名誉・声望が害される恐れはないのであるから、後行作品から原著物の

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

特徴が感得されなければならない，ということになるのである。この判決が「本件写真における表現形式上の本質的な特徴は，本件写真部分自体によつてもこれを感得することができるものである。」と述べているのは，本来この意義であったはずである。

- 14) 駒田泰土・百選62事件解説を参照。
- 15) H13.06.28 最高裁 第一小法廷・判決 平成11(受)922 損害賠償等請求事件
- 16) S53.06.21 東京地裁 昭和52(ワ)598等 著作権 民事訴訟事件
- 17) その他，古いところでは，商業広告事件（大阪地裁昭和60年3月29日），システムサイエンス仮処分事件（東京高裁平成1年6月20日）がある。
- 18) H09.07.17 最高裁 第一小法廷・判決 平成4(オ)1443 著作権侵害差止等
- 19) 損害額の算定にあつては，この頁数比が用いられている。差止の対象は，当該侵害部分である。「【被告】は，別紙目録記載の書籍のうち，別紙一覧表A欄記載部分をすべて削除しない限り右書籍を発行し，販売し又は頒布してはならない。」
- 20) H14.09.18 大阪高裁 平成14(ネ)287 著作権 民事訴訟事件
- 21) 島並良「二次創作と創作性」著作権研究28巻32頁。
- 22) H04.09.24 東京高裁 平成3(ネ)835 著作権 民事訴訟事件
- 23) ポール・ヴァレリー/堀口大学訳「文学論」（岩波文庫，1969）107頁「他人を栄養物とすることほどオリジナルな，個性的なことはほかにない。ただし，これを消化しなければならない。獅子は，同化された多くの羊からなる。」
- 24) 橋本英史「著作権（複製権，翻案権）侵害の判断について」判時1595号20頁以下，1596号1頁以下。引用部分は，1595号29頁。
- 25) 米国判例上，被告が加える創作性は，フェアユースの判断上第一義的に重視される。プリティーマンの最高裁判決は，transformativeという言葉を使っている。Cambell v. Acuff-Rose Music Inc., 114 S.Ct. 1164 (1994)。したがって，質量相関説が，被告の加える創作性を重視するのは妥当であろう。しかし，それ以外にも，後述のような様々な要素が考慮に入れられるべき

である。

- 26) Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)
- 27) 相山敬士「フェアユースと教育利用」半田正夫先生古稀記念論集293頁。積極説として，阿部浩二「日本著作権法とフェアユースの理論」コピライト2001年6月号。三木茂「アメリカ著作権法上のフェアユースドクトリン」コピライト1983年10月号2頁。
- 28) 東京地裁平成7年12月18日判決（判時1567号126頁）。ウォールストリート・ジャーナル事件（東京高裁平成6年10月27日判決。知的裁集26巻3号1151頁）も参照されたい。
- 29) 経済的要素をどの程度，どのように斟酌すべきかは問題である。仮に，パロディー等の批判力によって原著物の売り上げが落ちるのは，後行作品が先行作品を代替するような場合とは，別に考えるべきであろう。
- 30) 米国法では，適法性が要求されている。103条(a), Nimmer on Copyright 3.01, 3.06参照。
- 31) 別の言い方でもいい。例えば「本質的特徴を感得させる別の作品の作成」でも良い。
- 32) 前述した感知の蓋然性
- 33) 齊藤博「著作権法」178頁。東京高裁平成12年3月30日東京高裁 平成11(ネ)1602 著作権 民事訴訟事件（キャンディ・キャンディ判決），最判平成13年3月30日(判時1767-115)を参照されたい。
- 34) 商標におけるセカンダリー・ミーニングと同様な事象といえよう。
- 35) 島並良「二次創作と創作性」著作権研究28巻34頁。他に，判決に批判的な見解として，田村前掲113頁，作花文雄「詳解著作権法」119頁，滝井朋子「長編連載漫画の主人公の絵に物語原著作者の二次的著作権が及ぶとされた事例」村林隆一先生古稀記念論文集「判例著作権法」359頁。日向央「漫画の作画部分のみの利用に原作者の権利が及ぶか」著作権研究26号335頁。判旨に賛成する説として，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172頁，三村量一「漫画の著作物の複製権，翻案権の侵害」現代裁判法体系26巻417頁。

（原稿受領日 2005年10月16日）