



二次創作と創作性

島並, 良

(Citation)

著作権研究, 28(2001):28-36

(Issue Date)

2003-05

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002652>



1. 二次創作とは何か

私の報告では、先の報告者の方々とは少し観点を变えて、二次創作と創作性概念の関係について検討を加えることにしたい。ここで二次創作とは、既存著作物を利用した新たな創作活動全般を指す語として用いることにする。従ってそこには、既存著作物自体には改変を加えずに新たな要素を付加するタイプの複製行為から、既存著作物そのものを僅かに改変するタイプの複製行為、さらに改変を進め二次的著作物を作成する翻案行為、そして既存著作物を換骨奪胎する新たな独立著作のような行為まで、汎く含むことになる。また本報告では、二次創作に携わる者を二次創作者、その成果物を二次創作物と呼ぶことにする（これらに対応して、一次創作、一次創作者、一次創作物の各語を用いる）。

この二次創作には、次のような二面性がある。第一は、他人の著作物の「利用行為」という側面であり、この点において、既存著作物を利用しない一次創作とは異なる。すなわち、二次創作は、他人の個性が発露した既存著作物の存在を前提として初めて成り立っており、利用された一次創作者の側から見れば、自己の個性へただ乗りする望ましくない行為だということになる。もっとも、一次創作といっても、人類の創作活動一般が本来的に備えている累積的性格、つまり多かれ少なかれ先人の肩に乗って初めて創作活動が可能になるという側面には留意が必要である。

二次創作が持つ第二の性質は、著作物の多様化に貢献する「創作行為」という側面であり、この点において、何ら創作的営為を伴わない海賊的な複製とは異なる。すなわち二次創作は、既存の情報を加工することによって情報を改良し、あるいはその伝達を容易にするという性格を帯びており、情報の受け手である一般公衆にとっては、少なくとも短期的には望ましい活動だということになる。

著作権法の中心的機能は、結局のところ、著作物の創作に着目した権利発生ルールと、著作物の利用に着目した権利侵害のルールについてそれぞれ定めることで、著作物を取り巻く関係人の利害を調整することにある。そしてこのような機能を担った著作権法から見ると、二次創作に関する利害調整ルールは、その利用行為であると同時に創作行為でもあるというハイブリッドな性格ゆえに、単純な一次創作や海賊的複製の場合に

比して、権利の発生・侵害のいずれにおいても必然的に複雑なものとならざるを得ない。

2. 二つの視点

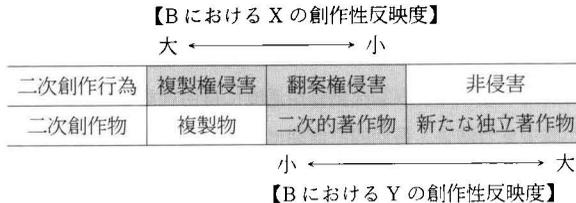
ここで、その複雑な糸をほぐすための準備作業として、二次創作に関する利害調整ルールを設定する際に欠くことができないと思われる、二つの視点を呈示したい。

その一つは、情報「量」の増大をいかに図るかという視点である。著作権法は基本的に情報の質的向上には無関心であり、総和としての情報量をできるだけ増大させることを目的としていると解されてきた。この点、二次創作の自由を広く認めると情報の改良・伝達行為が促進される一方で、ただ乗りされる側の一次創作への誘因（インセンティブ）が減退してしまうというジレンマがある。先ほど二次創作は短期的には公衆にとって望ましい行為だと述べたが、二次創作が過度に自由となると、二次創作の増大分以上に一次創作が減少する結果、長期的には逆に、情報量の総和を減少させ、公衆にとっても望ましくない結果がもたらされるおそれがあるわけである。またさらに、二次創作はあくまで一次創作物の存在を前提としているから、一次創作物の減少は二次創作に対しても負の影響を与える場合もあるだろう。したがって、二次創作の自由度、換言すると一次創作者の権利の強さを妥当なレベルに設定するためには、一時的情報量および二次の情報量を合算したトータルとしての情報量が極大化する均衡点を発見するという、困難なバランスが求められることとなる。

二次創作の規律に関して求められる今ひとつの視点は、情報「流通」の円滑化をいかに図るかというものである。たとえ情報の量が増大しても、そこで産出された新たな情報への一般公衆によるアクセスや享受が困難であれば、著作権法の指向した文化の発展という本旨からは外れることになる。そこで、（一次・二次）両創作者への十分な利益還流を確保しながら、他方で同時に、なるべく低いコストで情報が流通しようとする簡素にして明確なシステムの構築が必要となる。実はこの点は、二次創作の場合に限られない著作権法に一般的な要請なのであるが、特に二次創作の場合には、一つの二次創作物に対して複数の権利者（一次創作者A、一次創作者B、二次創作者、三次創作者……）が登場しうるので、その権利関係が第三者から見てなるべく簡素で明確であること、つまりは二次的著作物のような重疊的権利関係が生じるケースはできるだけ避け、またたとえそれが避けたい場合でも、一方権利者からの社会的に見て不合理な禁止権行使を可及的に阻むようなシステムであることが本来は望ましい。このような円滑な情報流通への要請は、いわゆるマルチメディア作品のような、多数の既存著作物を利用した作品を二次創作する際に、より顕著に妥当することになるだろう。

3. 現行著作権法の基本構造？

これら二つの視点の下、二次創作に関する現行著作権法の基本枠組み（であると考えられているもの）を眺めると、そこでは本日の共通テーマである「創作性」概念が阻害要因となって、情報量の増大化と情報流通の円滑化が必ずしも十全には達成されていないことが理解される。たとえば、Xの著作物Aを利用してYがB作品を作成したという事例を素材に、二次創作それ自体の法的評価と、それによって生み出された二次創作物Bの利用に関するルールを考えてみよう。



まず二次創作行為自体の法的評価については、Aの表現形式上の本質的特徴、すなわちXの創作性（個性）が、Bに顕現する限りで、Xの複製権または翻案権を侵害するというのが一般的な考え方である。ここで注目されるべきは、Yの行為が、新たな情報を何ら生み出さない単なる海賊的な複製に過ぎない場合と、情報の多様化に貢献する二次創作とで、法的評価が異ならないということである。なぜそのような単純化がもたらされるのかといえば、著作権侵害の成否を決するに際して、「Xの創作性が利用されているかどうか」という点にのみ着目し、「Yがそこに何を付加したか、そして結果としてどのような作品が作られたのか」という点を、（少なくとも建前としては）考慮しないとされているからである。Yによって付加された要素は、複製権侵害と翻案権侵害を区別する基準としてのみ勘案されるに過ぎず、いずれにしても著作権侵害という効果が発生することに変わりはない。そしてこのような、海賊的複製と二次創作を同視する思考枠組みの下では、一次的情報量の増大（＝一次創作者の創作性の保護）を図るあまり、情報量の総和の極大化（＝二次的情報量の増大と一次的情報量の減少のバランス）という視点は全く無縁なものとならざるを得ないのである。

またさらに、二次創作物の利用に関してXとYがいかなる権利を持っているかについても、やはりXとYの創作性がBに顕現しているかどうか判断の基準とされている。そしてここでやはり注目されるのは、既存著作物を全く利用しない創作（つまり一次創作）の場合と、既存著作物を利用した二次創作の場合とで、YがBにつき独自の

著作権を具備するために求められる創作性のレベルは同じものであると考えられている(ないしはそもそも両者の区別が意識されていない)ことである。すなわち、一次創作者の場合と同じく二次創作者についても、独自の権利を具備するためには作品上に僅かな個性を顕現させるだけで足りることとなる。また他方で一次創作者の個性がたとえ僅かでも二次創作物に残存していれば、二次創作物の利用に対して一次創作者も権利を及ぼすことが可能であるとされているから、結果として、二次創作物に関する重疊的な権利関係が、極めて容易に生じる素地となっている。このような重疊的な権利関係が、二次情報の流通にとって阻害要因として働くことは明らかである。

以上をまとめると、日本法においては、少なくとも建前のレベルでは創作性の保護を機軸とした、いわば「創作性中心主義」とでも呼べるような二次創作規整が行われていることになる。このような規整は、作品に滲み出た著作者の個性こそが美の源泉であり尊重に値する、というある種のロマン主義的な創作観に基づいて法制度が構築されているからであろう。その結果、まず一次創作者の権利範囲という点において海賊的複製と二次創作が区別されておらず、また二次創作者の権利発生要件という点において一次創作と二次創作が区別されていない。つまり、冒頭に述べた二次創作が持つ二面的な性格、すなわち「利用行為であると同時に創作行為でもある」というハイブリッドな性格が、二次創作に関する法的規整に充分には反映していないと言えるのである。そしてそこでは、情報量の増大化と情報流通の円滑化という二つの視点は、いずれもすっぽりと抜け落ちているのである。

では、二次創作により合致したルールを実現するためには、換言すると現行著作権法の基本枠組みである創作性中心主義を緩和し、①情報量増大化のための著作物の保護と利用の妥当なバランス、②情報流通円滑化のための権利関係の簡素化・明確化、の両者を達成するにはどうしたらよいのだろうか。以下ではこの点について、実際の裁判例を素材に若干の可能性を指摘し、以後の討論のための問題提起としたい。

4. 二次創作行為

まず最初に、複製権・翻案権の保護範囲に関する裁判例を見ると、第一に、一次創作物に単に要素を付加する非改変型二次創作の事案においては、裁判所は二次創作物のうちの程度の割合に既存著作物が利用されているかを侵害判断の決定要因とせず、とにかく既存著作物の創作的要素が少しでも再現されていれば、侵害を肯定しているようである。たとえば、三島由紀夫私信事件(東京高判平成12年5月23日判時1725号165頁)では、被告書籍の26分の1に当たる部分が既存著作物であっただけで複製権侵害

が認められたし、さらにやや古い例ではあるが日照権事件（東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁）では、217ページ中たった2ページ相当に既存著作物を模倣したことが複製権侵害であるとされた。

しかしこのような、利用の存否だけに着目し、利用の程度を問わない侵害判断を貫くと、背景の取込に見られるような些細な利用の場合に、処理に窮することはないだろうか。たとえば、照明カタログ背景書事件は、床の間に掛けられた書の著作物全体が照明器具のカタログ写真に背景として取り込まれたという事案であるが、裁判所は複製権について「創作的な表現部分が再現されているかどうか」という一般的な侵害成立要件を立てた上で、事案へのあてはめの段階で、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢といった書の特徴的部分が実質的に同一であると覚知しうる程度に再現されていないとして、複製権侵害を否定した（東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁）。この事件では、幸いにも不鮮明な取り込みが行われたために、複製にはあたらないという処理が可能であったが、しかしもしこれが鮮明な状態で背景に取り込まれた場合、たとえば雑踏を撮影した映像作品中にたまたま著作物が映っていたような場合に、これを非侵害とする直接のツールを日本法は欠くことになる（ただし美術の著作物の「原作品」および建築の著作物については著作権法46条参照）。しかしここで、著作権侵害の判断に際して、被疑侵害者（二次創作者）の主観的要素を考慮することは著作権法の構造上許されない。そうであるならば、現行日本法上は、あくまで複製（有形的複製）の解釈として、単に既存著作物の創作的表現要素を再現したということのみならず、それに何を付加し何が作出されたかについても、侵害判断における考慮要素として加味することは避けられないように思われる。

また第二に、改変型二次創作の場合、職業別電話帳に関するアサバン事件（東京高判平成12年11月30日最高裁ホームページ）、擬人化されたカエルのキャラクターに関するケロケロケロップ事件（東京高判平成13年1月23日判時1751号122頁）、経済学上の文献に関する企業主義の興隆事件（東京高判平成13年3月28日最高裁ホームページ）という複製権・翻案権侵害の成否が争われた近時の諸裁判例では、東京高裁はいずれも既存著作物の創作的表現要素（ないしは表現上の本質的特徴）を二次創作物から直接感得できるかどうかによって侵害の成否を判断しており、その上で事案へのあてはめにおいて、その創作的表現要素を厳しく認定し、結論として侵害の成立を否定している。これらの事例では、あくまで原作品中の被利用部分が、それ自体として著作権法上保護されるべき客体（創作的表現要素または表現上の本質的特徴）であるかどうかに関心があてられているわけであるが、しかし既存著作物の創作的表現要素が二次創作物を通じ

て感得できるかどうかを判断していることから見ると、二次創作によりいかなるものが付加されたか、そして二次創作によりいかなる作品が生み出されたかについても、全く捨象している訳ではなさそうである（この点は、たとえば企業主義の興隆事件のように、原告・被告の両作品「全体」における借用部分の位置づけが細かく検討される例においては、一層顕著にあらわれることになる）。

ところで、複製や翻案について、単に何が利用されたかではなくて、そこに何が新たに付加されたかについても加味することは、解釈の限界を超えているのではないかという反論も予想される。しかし、まず翻案について我が著作権法は定義規定を持たず、翻訳、編曲といった類型が例示されているだけであるから、その解釈において被利用要素のみならず付加要素についても考慮することは可能だろう。また複製についても、単に有形的複製とされているだけであり、そこでいう複製の意味については、さらに解釈が必要とされている。そして現に裁判所は、この複製の意義について、たとえばRAM等へのデータの一時的蓄積は反復使用可能性がないから複製にはあたらないというような、実質的解釈を既に行っている（スターデジオ事件・東京地判平成12年5月16日判タ1057号221頁）。そうだとすると、複製や翻案はあくまで規範的な概念なのであり、その解釈として被利用要素の性質のみに着目する創作性中心主義は、実定法上の根拠を欠いたドグマに過ぎないと言えるのではないか。今後は複製や翻案について、外形的に既存著作物の創作的要素が再現されているかというような形式的解釈ではなく、再現によりいかなる結果が惹起されたかをも問うような実質的な解釈が承認される必要があり、それを通じて単なる海賊的な複製と、情報の改良により著作物の多様化に貢献する二次創作という、本質的に異なる二つの営みを区別することが求められるように思われる（これに関連して、商標権侵害について、商品・商標が同一の海賊的侵害行為と、いずれかもしくは両方が類似な侵害行為とでは、その性質や禁止根拠が本来的に異なることに着目し、商標権の保護範囲の再構成を図るものとして、拙稿「登録商標権の物的保護範囲」法学協会雑誌114巻5号・8号（1997年）がある）。

なお、以上に述べたところでは、二次創作の結果物に着目するツールとして、複製・翻案の解釈それ自体を採り上げたのであるが、今ひとつの有力な手段に、引用に関する著作権の制限規定（32条）がある。この点、同条が定める公正な慣行への合致、引用目的上正当な範囲内という適法引用の成立要件は、明瞭区別性と主従関係という旧法以来の要件に置き換えられており（たとえば、脱ゲーマニズム宣言事件・東京高判平成12年4月25日判時1724号124頁）、さらにこのうち主従関係要件については、単に分量的な比較だけではなくて、内容や引用目的といった雑多な要素が詰め込まれてきてい

る（参照、斉藤＝半田編・著作権法判例百選〔第三版〕166頁（上野達弘執筆）。）このような傾向を前提とすると、主従関係要件の解釈次第では、適法引用の成立が広く認められる結果、二次創作に関する創作性中心主義の緩和が実現するかもしれない。もっとも引用に際しては、出所の明示が求められる（48条1項1号）ために、これには一定の限界もあるだろう。

5. 二次創作物

続いて、二次創作物の利用について見ると、二次創作者と第三者との間の紛争が少ないためか、いかほどの創作性が付加されて初めて二次創作者が権利を持つか（二次的著作物が成立するか）について正面から論じた裁判例は見あたらない。そこでこの問題と表裏の関係にある、複製と翻案の区別に視点を移すと、これまでの裁判例では、漢文の訓読や新聞記事の要約のような、比較的創作性の低いと思われる行為についても、単なる複製権ではなく翻案権の侵害であるとして処理されているのが目に付く（将門記事事件・東京地判昭和57年3月8日無体集14巻1号97頁、ウォールストリートジャーナル事件・東京高判平成6年10月27日知財集26巻3号1151頁）。これらの裁判例を前提とすると、訓読文や要約文を利用しようとする第三者は、原作者に加えて二次的著作者からも許諾を得る必要が生じるわけであるが、このように何らかの意味で個性が反映してさえいればそれで二次的著作物の成立を認めるのであれば、独自に（＝他人の模倣でなく）二次創作を行うだけで重畳的権利関係が発生することになり、著作物の円滑な流通にとって過剰な障害となるおそれがないだろうか。この点、中山教授のご報告のように、創作性の解釈として個性の反映だけでなく表現の幅に着目するならば、既存著作物の利用行為である分、二次創作については一次創作よりも表現の幅が必然的に狭まっており、したがって二次的著作物の成立にはより高い創作性のレベルが要求されることになるように思われる。

最後に、二次的著作物の利用に対する原作者の権利については、一連のキャンディキャンディ事件判決において、漫画原作者の権利が作画家の創作した絵画部分についても及ぶということが繰り返し表明されており（東京高判平成12年3月30日判時1726号162頁等）、創作性概念と保護範囲の乖離現象が観察される。これは、二次的著作物の著作者に関して、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独自の権利を認め、原著作物と共通しその実質を同じくする部分にはそれを認めないとした最高裁判決（ポパイネクタイ事件・最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁）があり、またその後の下級審判決（キューピー人形事件・東京地判平成11年11月17

日判時 1704 号 134 頁) においても同じ言い回しによって、創作性概念と保護範囲が直接リンクされていることは対照的である。キャンディキャンディ事件の諸裁判例は、漫画キャラクターに漫画原作者の権利を及ぼすにあたって、漫画著作物の不可分一体性をその実質的根拠の一つに挙げるが、漫画の絵画部分(キャラクター)とその他の部分(ストーリー等)は、たとえ一体として創作されたとしても、その後は独立に利用されうることが明らかである(キャラクターグッズの販売や実写版映画の制作等)。それにもかかわらず絵画部分に対する権利を非創作者たる原作者に与えるのは、創作性の保護、さらにいえば創作性の及ぶ限りでの保護という創作性中心主義の原則から、決して小さくない一歩を踏み出すものであると思われる。

上記の諸裁判例は、そのような例外的な結論を導くための形式的根拠を、二次的著作物の利用に関し原作者に二次的著作者と同一の「種類」の権利を認める著作権法 28 条に求めている。この立場は、同条を創作性中心主義の例外として位置づけていることから、28 条特別規定説とでも呼べるだろう。これに対しては、同条は、たとえば小説家に小説の映画化作品に関する上映権を認める場合のように、あくまでその創作性の及ぶ限度で二次的著作物の著作者と同じ「類型」の支分権を認めたものであって、それと同じ「内容」の権利まで認めたものではないという反論がありうる場所である。こちらの立場は、同条をあくまで創作性中心主義の枠内で捉えていることから、28 条確認規定説とでも呼べるだろう。

もっとも、なぜ裁判所が漫画キャラクターの利用について漫画原作者にこのような権利を認めたのかを忖度すると、やはりキャラクターが有する顧客吸引力の少なからぬ部分を、原作の優れたストーリーや人物設定に負っているという点は、無視できないように思われる。そうであるならば、キャラクタービジネスから得られる利益が原作者にも還流されるべしとの利害調整判断は、それとして一考に値する。もっとも、あくまで著作権法の枠内で原作者に対し利益を還流させるためには、なにはともあれ原作者に著作権を認めるしか現行法上は手だてがない。この点は、侵害(=差止)か、それとも非侵害か、という二者択一しか認めないプロパティ・モデルを採る著作権法の限界であろう。その上で前掲の東京高裁判決は、あるべき妥当な解決として、まず契約によるそれを呈示し、さらには著作権法 65 条 3 項、すなわち共有著作物の利用に関する一共有著作物の正当理由なき利用拒否の禁止条項の「法意」が二次的著作物においても妥当とする。これは、二次的著作物の利用決定は二次創作者に委ねるが、そこから得られる利益は一次創作者にも還流させるということであり、著作権法の枠内でのライアビリティ・モデルの模索と見ることができるだろう。本判決については学説では反対の見解

も見られるところであるが、もし原作者に一切の権利を認めないと原作者には何ら利益の還流は認められないので、—65条3項の法意の活用という法技術的手段の巧拙は別論としても—第三者に対する利用許諾という「外部関係」では二次的著作者が表に立ち、原作者との「内部関係」では金銭的に解決を図るという方向性自体は、先に述べた二次的情報の流通の円滑化という要請に鑑みて、望ましいものと思われる。

以上、二次創作規整における創作性中心主義の緩和を諸々の局面で模索したが、これらが次に予定されている討論の呼び水となれば幸いである。