

連載漫画の保護期間と複製権の準占有による時効取得  
POPEYE 著作権侵害 事件

田村善之

[\*478]

最高裁平成 9 年 7 月 17 日第一小法廷判決  
(平成 4 年(オ)1443 号, 松寺対キング・フィーチャーズ・シンジケート・インコーポレーテッド外  
2 名, 著作権侵害差止等請求事件)  
民集 51 卷 6 号 2714 頁  
(参照条文) 著作権法 53 条 1 項, 民法 163 条

(事実)

判旨に関わる限りで当事者および事案を単純化して紹介する。

X<sub>1</sub>は, 1929 年 1 月 17 日の第 1 回作品以降, 「POPEYE」を登場人物とし, 新聞や単行本に連載ないし掲載されている漫画の著作権を有している。POPEYEは, その後, 5 名の執筆者の交代を数えつつ, 現在まで連載が継続しており, 連載当初の米国法人から, その承継人(共同原告X<sub>2</sub>), そして著作権を譲り受けた現在のX<sub>1</sub>まで一貫して法人が著作名義を有している。他方, Y<sub>1</sub>は, 1982 年 5 月から「POPEYE」「ポパイ」なる文字を周囲に配した人物像の図柄(本件図柄)を付したネクタイを販売している。X<sub>1</sub>が著作権に基づきY<sub>1</sub>に対し本件図柄を付したネクタイの販売の差止め, 同人が所有するネクタイからの本件図柄の抹消, そして, 1982 年 5 月 31 日から 1984 年 5 月 31 日までの間の販売行為による損害の賠償を求めて, 本訴に及んだ。

[\*479]

第一審(東京地判平成 2.2.19)は, X<sub>1</sub>のY<sub>1</sub>に対する差止めと抹消請求を認容。損害賠償請求は, 損害額の証明なしとして, 棄却。

控訴審で, Y<sub>1</sub>は, 第一に, 1929 年 1 月 17 日の創作時から数えると, 日本での保護期間は 1930 年 1 月 1 日を起算日として公表後 50 年に 3794 日の戦時加算を加えた 1990 年 5 月 21 日をもって満了した, 第二に, 訴外Aと第一審で被告だったY<sub>2</sub>が合計で 20 年以上, 自ら複製をなし, もしくは他人に複製を許諾していたために, 第一審被告Y<sub>2</sub>が複製権を時効取得しており, Y<sub>1</sub>はこれを承継していると主張した。しかし, いずれも控訴審判決(東京高判平成 4.5.14)の採るところとはならず, 逆に損害額も証明ありとされたので, X<sub>1</sub>のY<sub>1</sub>に対する差止, 抹消, 損害賠償請求が認容されることになった。

Y<sub>1</sub>上告。

(判旨)

最高裁は、差止め、抹消請求に関し、原判決を破棄し、 $X_1$ の請求を棄却したが、損害賠償請求に関しては $Y_1$ の上告を棄却、原判決を維持した。

一 保護期間に関し、期間満了による消滅を認め、原判決を破棄、 $X_1$ の差止請求を棄却。

「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とはできない。ただし、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ということができないからである。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、……先行する漫画を原著作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。」

[\*480]

「そうすると、……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きである。そして、具体的な当てはめとしても、本件図柄は、1990年5月21日に保護期間を満了した第一回作品において表現されているポパイの絵の特徴以外の創作的表現を有しないと認定して、後続作品の著作権を侵害するものとはいえない」と帰結した。

二 準占有による「複製権」の時効取得の抗弁を否定、原判決を維持。

「複製権が著作物の複製についての排他的支配を内容とする権利であることに照らせば、時効取得の要件としての複製権の継続的な行使があるというためには、著作物の全部または一部につきこれを複製する権利を専有する状態、すなわち、外形的に著作権者と同様に複製権を独占的、排他的に行使する状態が継続されていることを要」と説き、具体的には、著作権者ではない者が自らマフラー等の繊維製品に POPEYE の絵柄を複製したり、他人に対し複製を許諾していたとしても、別途、著作権者から独占的利用許諾を受けた者が同様の絵柄を付した菓子、文具、衣料、雑貨等の商品が広く市場に流通していたという本件の事情の下では、複製権を独占的、排他的に行使していたとはいえないと述べて、取得時効の抗弁を退けた。

(評釈)

## 一 はじめに

判旨として紹介したのは、著作権に基づく請求に関するものであるが、これとは別に、原判決は、商品化事業の管理者である共同原告 $X_2$ 、 $X_3$ からなされた「POPEYE」の文字と主人公の図柄を商品等表示とする不正競争防止法2条1項1号の請求を認容しており、本判決はこれらの請求に関する上告をも棄却している(後述四、なお、田村善之『不正競争法概説』(1994年・有斐閣)59・72・152頁参照)。したがって、著作権に基づく請求は、著作権者 $X_1$ の請求を基礎付けるに止まる。ゆえに、本判決が保護期間満了により著作権に基づく差止請求を棄却し、その部分の原判決を破棄したということは、 $Y_1$ にとって $X_1$ との関係で差止めを服する義務がなくなったということの意味するに過ぎず、 $X_2$ 、 $X_3$ との関係では、依然として差止判決に服さなければならないことに注意されたい<sup>(1)</sup>。

また、 $X_1$ の著作権に基づく請求に関しても、保護期間は差止請求に関して問題となっているに止まる。保護期間が満了したことにより著作権が消滅したとしても、過去の保護期間満前に既に行われている侵害行為による損害の賠償請求権までもが消滅するものではない。既発生の損害賠償請求権に関しては、別途、時効消滅が問題となるに過ぎない。そして、 $Y_1$ が提出した準占有による複製権の時効取得の抗弁は、まさにこの損害賠償請求権に関して意味を持つ抗弁であったのだが、準占有が認められなかったために、この点に関しては、 $Y_1$ の損害賠償義務を肯定した原判決が覆されることにはならなかった<sup>(2)</sup>。

## 二 保護期間について

### 1 キャラクターの保護と本件の関係

本判決は、保護期間を検討するに際し、キャラクターなるものが著作物性を有しないと説き起こすところから始めている。この説示の具体的意味を理解するためには、その背景事情を把握しておく必要がある。

本件のように長期に渡る連載漫画の登場人物が模倣された場合には、どのコマが模倣されたかということ特定できない以上、依拠の要件を満足しないのではないかとか、あるいは、長期連載中、著作権の存続期間が切れたものと切れていないものがある場合の取扱いについて議論がなされていた。その際、著作権者側に有利に事を運ぶために、キャラクターが持ち出されることがあり、本件もその一例である。

キャラクターに著作物性を認める論者は、具体の表現を離れた登場人物に著作物性が認められる以上、登場人物が模倣されたというだけで、特定を要することなく、著作権侵害を認めることができるようになる、と説く。そして、論者によっては、保護期間に関しても、キャラクターというものが、当初の連載で掲載された図柄の著作権が保護期間満了により消滅したとしても、キャラクター自体に関する著作権は消滅していないのだ、と主張する。キャラクターが著作物というのであれば、最初の公表の時から保護期間が起算されるのではないかとも思われるのだが(批判的な立場から、吉田大輔(本判決判批)コピライト437号26頁(1997年))、論

者自身は、キャラクターというものが連載漫画の掲載毎に継続して性格づけら[\*482]れる以上、未だに公表が継続されている逐次公表著作物(著作権法56条1項)に該当する(後述2参照)、というのである(龍村全「キャラクター(漫画キャラクター)の侵害」齊藤博=牧野利秋編『知的財産関係訴訟法』(裁判実務大系27・1997年・青林書院)164頁参照)。

しかし、キャラクターに著作物性を認めるということは、主人公等の登場人物や状況設定を借用する「続編」等を書くのに、人物像が共通しているのであれば、キャラクターが利用されているのであるから、それだけで著作権侵害を問いうる、という命題を肯定することを意味する(アメリカ合衆国法につき、内藤篤『1990年代米国著作権法詳解(上)』(1991年・信山社)238~250頁、スイス法、ドイツ法につき、マンフレード・レービンダー(神谷遊訳)「テレビ・映画シリーズの登場人物に対する著作権保護」民商法雑誌101巻4号(1990年))。しかし、文字による表現の場合、読み手が思い浮かべるキャラクターのイメージは読み手の過去の体験を反映するために千差万別に分かれる(かのスカーレットですら、映画でピピアン・リーの演じた姿を見たことがない読み手の間では心に思い浮かべるイメージは人により様々なものがあるはずである)。そうだとすると、読み手が想起するイメージは読み手自身が心の中で創作したものでしかなく、著作者が創作した表現とはいいいがたいことになる。他人の小説の続編を書くような場合、主人公他の登場人物や状況設定を借用することになるが、それらは表現ではないから、著作権侵害とはならないというべきである。映画「風と共に去りぬ」は小説「風と共に去りぬ」の表現を再生しているから(省略はあるものの、ストーリーの展開や具体的なセリフの言い回しがそのまま映画に反映されている)、原著作者マーガレット・ミッチェル(の承継人)の許諾がないかぎり著作権侵害となるが、続編である「スカーレット」を執筆することは著作権侵害とはならないから、著作権の存続期間中に出版されても、原作の著作権者の許諾を必要とするものではない<sup>(3)</sup>。本判決が、漫画の具体的表現から昇華した登場人物の人格ともいべき抽象的概念であるキャラクターは、表現そのものではなく、著作物性が認められないと論じたのは正当な見解を示したものと位置づけることができよう。

このようにキャラクターの著作物性を否定したからといって、保護期間等の問題が絡まない限り、連載漫画における被侵[\*483]害著作物を具体的に特定しなければならなくなるわけではない。

たとえば、裁判例では、著作権者に無断で観光バスの車体の両側にサザエさん等の顔が描かれたという事件で、模倣されたコマを特定することなく著作権侵害を認めた東京地判昭和51.5.26無体集8巻1号219頁(サザエさん)がある。「サザエさん」は極めて長期に渡り連載されており、おそらくこの事件で問題となった頭部画が連載漫画のどのコマを模したのものなのかということ特定することは困難であろう。しかし、この事件の頭部画を見れば、これが漫画「サザエさん」の登場人物三名を模していることは明らかである。したがって、この事件は、模倣のルートは100や200は優に越える数があり、どのルートを辿ってきたのかということは分からないが、そのうちのどれかのルートを辿ってきたことだけは明らかである事例だといえよう。そうすると、独自に作成されたものでないことは明らかなのであるから、依拠の要件の証明とし

てはそれで十分である(東京地判平成 2.2.19 無体集 22 巻 1 号 34 頁〔本件一審〕, やや危ういが, 東京高判平成 4.5.14 知裁集 24 巻 2 号 385 頁〔本件二審〕)。サザエさん事件の被告自身, 特定のコマを模写したのではなく, 自分の頭の中にあるサザエさんらのイメージを表現したのかもしれない。しかし, そうしたイメージが「サザエさん」の表現を離れるものではないことに変わりはなく, ルート不明ながら模倣以外のルートを辿ったものではないという事態にも変わりはない。本件をもって具体の表現を離れた漫画の登場人物という「キャラクター」について著作物としての保護を認めた判決であると理解する向きもあるが, 判例の理解の仕方としては牽強付会に過ぎるといえよう(最高裁判所事務総局行政局監修『知的財産権関係民事・行政裁判例概観』(法曹会・1993 年)738 頁)。

もちろん, このような手法を肯定したとしても, 保護期間が絡む場合には別論となる。長期連載中, 著作権の存続期間が切れたものと切れていないものが生じることになるので, 著作物の存続期間が未だ満了していないものが模倣されたということを証明しなければならなくなるからである。この点を問題視する意見もあるが(橋本英史「著作権侵害の判断について(下)」判時 1596 号 23~24 頁(1997 年)), しかし, 長期連載で登場人物の容貌に変遷がある場合には, そのような証明が可能である場合がある(後述 3)。逆にいえば, 登場人物の容貌にさしたる変遷もなく長期連載が続いており, 最初[\*484]の方の連載後既に 50 年が経過しているというのであれば, 当該容貌に関して著作権侵害を問えなくなることはむしろ当然の理といえることができる<sup>(4)</sup>。

本判旨が, 本件において, どの回の漫画について著作権が侵害されたかということ明らかにしなければならないと説いたのも, この文脈の中で理解しなければならない。かりに, 本件で保護期間が満了したものが未だに無かったとすれば, 判旨は侵害された回の特定を要求しなかったであろう。現に本判決も, 過去の保護期間を満了したものが一つもなかった時期に行われた侵害行為に対する損害賠償請求の方に関しては, 特に模倣されたコマを特定することなく, 請求を認容した原判決をそのまま認容しているのである。判旨が, 保護期間の問題と関係なく, 依拠した著作物を具体的に特定しなければならないという立場を採ったのだとすれば, 「どの回」の漫画が侵害されたのかということの問題とするのではなく, 「どのコマ」が侵害されたのかということの問題とする説示になったはずである。「回」にこだわるその説示から, 判旨が保護期間の問題のみを意識していると捉えることができる。

## 2 POPEYE 漫画は逐次公表著作物に当たるか

本件で問題となった POPEYE 漫画の日本における保護期間は, 法人名義の著作物であるから, 公表後 50 年(著作権法 53 条 1 項)に 3794 日の戦時加算(参照, 田村善之『著作権法概説』(1998 年・有斐閣)246~248 頁)を加えた期間ということになるが, その公表を何時から起算すべきかということが問題となる。通常の著作物に関しては, 連載が長期に渡ろうとも, 保護期間が死後 50 年という一時点でもって満了するが, 無名または変名の著作物, 本件のような団体名義の著作物, 映画や写真の著作物のように公表後 50 年という基準が適用される場合については, どの公表の時点をもって保護期間の起算点とするのかという問題が生じて

しまう。この点に関し、著作権法 56 条 1 項は、原則として、冊、号、回を追って公表する著作物については、毎冊、毎号、毎回の公表の時によるが、ただし、「一部分ずつを逐次公表して完成する著作物については、最終部分の公表の時」をもって公表後 50 年の起算点とする、と定めた。公表後 50 年という基準を採用すると、たとえば、新聞連載小説などを後日、ひとまとめにして刊行した場合、各頁毎に存続期間が変わるというのでは[\*485]取扱いが面倒となる。そこで、「逐次公表著作物」に関しては、著作権の存続期間を一律に取り扱うことにして、関係者の便宜を図ったのである。著作物の普及を図るといふ著作権法の趣旨からすれば、全体が完成するまで公表を控える者に比して、できあがったところから逐次、公表する者の方を冷遇する謂われはないという趣旨も含まれているのかもしれない。

問題は、何を以て「一部分ずつを逐次公表して完成する著作物」とみるかということである。NHK の朝のテレビ小説や大河ドラマがこれに当たることは疑いないが(加戸守行『著作権法逐条講義』(改訂新版・1994 年・著作権情報センター)290～291 頁参照)、他方で、「水戸黄門」のようなものになると、毎回、一応、一話完結ということで本号には当たらないと考えられているようである(加戸・前掲 290 頁)。穏当な振り分けであると思われるが、しかし、境界線を画するメルクマールを具体的に言ってみるといわれると、かなり難渋する。

本件で問題となった POPEYE 漫画に関しても、下級審の裁判例は分かれており、新聞等に掲載された各漫画毎に個別に起算され(この点に関する限りで、東京地判平成 4.3.18 判時 1435 号 131 頁〔POPEYE 著作権侵害 〕)、ゆえに最初の方に掲載された漫画の著作権の保護期間は既に満了していると解する判決(傍論だが、東京地判平成 6.10.17 判時 1520 号 130 頁〔POPEYE 著作権侵害 〕)と、「一連の完結形態を有する漫画」の発表が終了した時が「公表の時」となる逐次公表著作物(著作権法 56 条 1 項)であるところ、POPEYE 漫画が継続して出版されている以上、未だ保護期間は満了していないと解する判決(前掲東京高判〔本件二審〕)<sup>(5)</sup>が対立していた(田村善之『著作権法講義ノート<sup>24</sup>」発明 94 巻 6 号(1997 年)参照)。そのような中で、本判決は前者の立場を採ることを明らかにしたのである。

漫画の形式には、4 コマ漫画から一話完結ものやストーリー性の強いものまで様々なものがあるのだから、それぞれについて別個の衡量が必要となる。この点、POPEYE 漫画は、途中から読み始めたのでは全体像がなかなか掴みにくいもの(たとえば、「風の谷のナウシカ」)ではなく、むしろ、何処から読んでも楽しめるタイプの漫画(たとえば、「ドラえもん」, 「PEANUTS」)であろう。5 人の執筆者を経て 60 年以上に渡って連載されている POPEYE 漫画を「逐次公表著作物」に該当すると判断することは困難なようにおもわれる<sup>(6)</sup>。判旨の扱いが妥当であろう<sup>(7)</sup>。

[\*486]

さらにいえば、漫画の著作物に関しては、小説などとは異なり、全体のストーリーとは独立して個別のコマの絵画的な表現も独立した価値を有するという事に注意すべきであろう。そして、個々の絵自体は表現として完結しており、後続のストーリーがどう変化しようとその後の絵やストーリーとは無関係に独立して取引の対象となりうるものである。本件と異なり連載漫画

でストーリー性の強いものの保護期間が問題となった場合でも、逐次公表著作物とみなされるのは、ストーリーのところであろう。そうすると、映画化やノベライズなどでストーリーが真似された場合には、ストーリーが未だ逐次公されている以上、著作権の保護期間が満了していないということで著作権侵害を問いうるが、しかし、本件のようにキャラクター商品として利用された等で個々の図柄のみが真似された場合には、個別の図柄の公表は既に終了しているので、公表時を起算点とする保護期間を算定し、それが期間満了している以上、著作権侵害にはならないというように、侵害された著作物が何処かということに着目して保護期間を算定すべきであるようにおもわれる。

### 3 POPEYE 漫画における保護期間の算定方法のあり方

本件の POPEYE 漫画が逐次公表著作物に当たらないということになると、公表された各回毎に保護期間が起算されることになる。そうすると、1929年1月17日に公表された第1回作品他、同年中に公表された分は、1990年5月21日をもって保護期間を満了したことになり、その後も、漸次、先行する漫画から保護期間を満了し、著作権が消滅したものが増えていくことになるが、他方で、後続する漫画には、保護期間を満了せず、著作権を享受するものも、依然として残存するという状態が、ここ暫く続くことになる。

もっとも、後続する漫画においては、コマによっては容貌、姿態が似通っていることから二次的著作物に該当する場合が少なくないと推察される。そして、二次的著作物とはいえ、その創作活動にインセンティブを与えるためには、原著物とは別個独立に保護期間を計算してやる必要がある<sup>(8)</sup>。本判旨をもってしても、保護期間が満了するのは、連載初期の容貌の POPEYE に過ぎないことに注意されたい。もっとも、容貌、姿態を同じくするコマは、原著物の複製に過ぎないから、その場合には保護期間が独立して起算されることはない。判旨が、先行する漫画に登場する人物と「同一」と認められる限[\*487]り、保護期間が満了していると述べるのは、この理を表現しようとしている、と捉えるべきである(その意味で、水谷直樹[本判決判批]知財研フォーラム 31 巻 34 頁(1997年)の理解は疑問)<sup>(9)</sup>。

このように個別に保護期間を考えるということになると、次の問題として、著作権侵害の成否を考えるに当たっては、被告が当初の保護期間を満了した漫画を複製したのか、それとも未だ保護期間が満了していない漫画を複製したのかという点を吟味しなければならないことになる。原判決はこれを嫌ったのかもしれない。しかし、この点の証明責任を著作権者に負わせたところで、長期連載で登場人物の容貌に変遷がある場合など、そのような証明が可能である場合がある。たとえば、前掲東京地判〔POPEYE著作権侵害〕で被告の看板に掲げられた POPEYE の容貌を見ると、我々にお馴染みのテレビアニメの POPEYE の顔をしているので、パブリックドメインとなった連載初期の漫画に依拠したのではないと推察されるから(ただし、判決自身はこの点の吟味を怠っている)、この事件では著作権侵害を肯定することができよう。逆にいえば、登場人物の容貌にさしたる変遷もなく長期連載が続いており、最初の方の連載後既に 50 年が経過しているのであれば、当該容貌に関して著作権侵害を問えなくなることはむしろ当然の理といえよう。判旨も、第 1 回作品と本件図柄を比較して、本件図柄に

は第 1 回作品の表現に何ら創作的な特徴を付け加えるものではないということを理由に、保護期間の満了を認めている<sup>(10)</sup>。

### 三 準占有による時効取得について

#### 1 本判決の意義

本判決は、複製権を時効取得するためには、「外形的に著作権者と同様に複製権を独占的、排他的に行使する状態が継続されていることを要」と説き、具体的にも、単に複製したり、他人に複製を許諾していたとしても、著作権者が許諾を与えていた複製物も広く市場に流布していた以上、独占的、排他的に行使していたとはいえないと認定した。

民法 163 条は、「所有権以外の財産権を自己の為にする意思をもって平穩且つ公然に行使する者」には、取得時効に関する 162 条の適用があると定めている。一般に、無体財産権にも「準占有」(205 条)を觀念することができ、[\*488]ゆえに 163 条の適用があると説かれている。しかし、具体的にいかなる場合に「準占有」が認められるのかということは詳らかではなかった(無体財産権と準占有の関係全般については、田村善之「無体財産権と『準占有』」『民法学と比較法学の諸相』(山畠 = 五十嵐 = 藪古稀・1997 年・信山社))。そのような中で、本判決には、準占有となる要件を明らかにするとともに、否定例ながらその具体的な当てはめを示したという意義を認めることができよう。

#### 2 検討

他人の著作物を 20 年間複製し続けていたというだけでは、著作権の「準占有」を認めることができないことは自明であろう。著作権は自ら複製する権利ではなく、他人の複製を禁止する権利でしかないのだから、20 年間継続して複製していようがそれだけでは著作権の行使ということとはできないからである。具体的に考えてみても、何処かの土産物店で著作権者に無断でドラえもののうちわを 20 年間複製し販売し続けていたというだけで、土産物店が著作権を時効取得し、以降、全国いたるところで複製禁止権を有することになり、小学館から発行されている漫画の単行本の出版を差し止めたり、テレビアニメの放映を禁止することができることと帰結することが、時効制度の趣旨<sup>(11)</sup>に反することは明らかである。土産物店にうちわに複製することができる権利を超える真の権利が帰属している可能性は低く、逆に、単行本の出版状況やアニメの放映状況に鑑みれば、少なくとも著作権本体の所在が土産物店にないことは自明であり、土産物店にうちわを複製することができる権利を超えて、漫画の単行本の出版であるとか、テレビアニメの放映をも差し止めることができる著作権本体を時効取得させる謂われはないはずである。

結局、取得時効により土産物店に認められるのは、高々、著作権者から複製禁止権を行使されないという地位、換言すれば著作権者に対して複製禁止権不行使を要求することができる債権(田村善之『著作権法概説』(1998 年・有斐閣)393 頁参照)に止まるといえよう。しかも、そのためには、主観的に自分は複製を行おうと思っているだけでは足りず、客観的にみて取得時効制度によって守られるべき利益があることが必要であり、複製をなしているという



事実状態では足りず、著作権者本人か、せめて(後述するような態様で著作権を「準占有」している)僭称著作権者にライセンス料を支払っていなければ[\*489]れば、権原の性質上(民法 185 条参照)、著作権者に複製禁止権を行使されないという地位を「準占有」しているとはいえないと解すべきであろう(賃借権の時効取得に関する議論も参考)<sup>(12)</sup>。もちろん、著作権者本人にライセンス料を支払っている場合というのは、その殆どが実際にライセンス契約を締結しているという事例であろうから、時効取得を議論する実益は少ない。契約の無効が主張されたり、証拠が散逸していて実際に契約が締結されていたことやその内容などについて証明できない場合に、取得時効が意味を持つに止まる。

ゆえに、単に複製できるという地位を超えて、複製禁止権なり著作権なりの「準占有」が認められるためには、著作権という排他権、すなわち、他人の著作物の複製等を禁止するという権利を行使していることが必要となる。とはいうものの、単に他人に複製許諾を与えていたというだけでは、著作権を行使しているとはいえないであろう。たとえば、著作権者ではない者が前記土産物店にドラえものの絵柄を複製することを許諾しライセンス料を収受していたとしても、それだけでただちに漫画の単行本の出版やテレビアニメの放映を差し止めることができる著作権を「準占有」しているということにはならない。せいぜいうちわにドラえもんを複製することを禁止する権利に止まることになるが)なお、うちわ限りの著作権の分属が認められるかという論点に関し、田村・前掲著作権法概説 415～418 頁)、それにしても、20 年間とはいえ、前記土産物店 1 店舗に複製許諾を与えたという事実だけで、ただちに全国的にうちわに関する複製禁止権を時効取得させるのもまた行き過ぎであろう。いずれも、時効取得によって、現在、僭称著作権者を巡って形成されている法律関係を越えた過大な利益を与えることになるからである。さらには、著作権者の方もうちわ等に関して全国的に商品化事業を展開していたような場合には、土産物店 1 店舗に対する複製許諾の事実で、現在、著作権者をめぐって適法に形成されている法律関係を全て覆すという帰結が、取得時効制度の趣旨に反することは明らかである。しかも、全国津々浦々、土産物店を調べないと、著作権者としては各種商品に関する商品化事業を安心して行えないというのでは、著作物の利用に支障を来すことになる。

所有権の対象となる有体物の使用行為は、同時に 1 人の人間しか使用することができないから、1 人の人間が使用している事実があれば、そのことは、とりもなおさず、その他の者は使用していないということを示すことになるわけである。と[\*490]ころが、同時に何人もの人間がなすことができる著作物の複製行為は、1 人の人間が複製していたり、あるいは複製を許諾していたとしても、それだけでは他人が複製をしていなかったり、複製を許諾していなかったということを意味しない。したがって、所有権の場合と異なり、1 人の人間の複製行為にだけ着目して、それだけで「占有」を認めることが、現在の法律関係を保護することには直結するというわけにはいかず、別途、誰が複製していないのか、ということにまで目を配る必要があるのである。また、やはり有体物の使用行為と異なり、何処でも複製行為がなされうるだけに、真の権利者がそれを監視することには困難があるのだから、ここでも所有権と異なり、誰かに複

製されたというだけで取得時効による権利剥奪を正当化することできない。こうした性質を有する権利に関して取得時効を認めようというからには、それなりに高いハードルが必要となる(半田正夫「著作権の準占有, 取得時効」齊藤 = 牧野編・前掲 294 ~ 295 頁)。条文上は、「準占有」の要件であるとも、取得時効の要件である「公然性」の問題であるともいえるが、とにかく、取得時効が認められるためには、他人に何処かで複製許諾を与えていたということだけでは不十分であり、著作権者を排するような態様で自ら著作権者であるかの如く振る舞っていただく必要がある。本判決もこの理を示そうとするものであり、もとより正当である。

逆に、この要件を満たしているのであれば、実際に他人に複製許諾を与えている場合の他、他人の複製を禁止していたり、事実上、他人がその者を著作権者とみなしているために複製を行えない状態で自ら排他的に複製をなしている場合も含まれると解してよい。具体的には、僭称著作権者が漫画の複製を許諾した商品が全国的に販売されていたり、あるいは僭称著作権者を著作権者と表示する書籍が全国的に出版されていたりする場合に、初めて「準占有」ないし「公然性」が認められると解される。通常であれば、このような態様の侵害行為を著作権者が 10 年も 20 年も放置するということは考えにくいから、著作権の「準占有」による時効取得が認められる可能性が現実的な話となるのは、事実上、たとえば著作権者と著作権の譲渡契約を締結した譲受人やそこからの転得者が 10 年ないし 20 年間継続して著作物を出版したり商品化事業を展開していたところ、譲渡契約の無効が主張されたというような場合(鈴木禄弥『物権法講義』(3 訂版・1985 年・創文社)80 頁)に限られることになる。また、舟橋諄一『物権法』(1960 年・有斐閣)335 頁は、二重譲渡で対抗要件を具備しなかつた[\*491]た方の譲受人がそれと知らずに出版していたような場合に、準占有が認められるという例を提示している<sup>(13)</sup>。

ちなみに、本件の原審は、取得時効の抗弁を退ける際に、著作権者から許諾を得ていないので民法 163 条の「自己の為にする意思」を欠く、と論じていたが、本判決は、「自己の為にする意思」とは、財産権行使の原因たる事実によって外形的客観的に定められるべきであると述べて、この理由付けを採らなかった。原審は、法律論として、譲渡契約等が存する場面に準占有を限定しようとしたと評価しうるが、原審のような立論の下では、真の権利者とは無関係に排他権を行使するようになった者に関してまで民法 185 条にいう他主占有から自主占有への転換を迫ることになり、通常取得時効の理解からはみ出ることになる。本判決により理由を変更されたのも止むなしというところであろう。

#### 四 その他の問題

本件では、 $X_2$ 、 $X_3$ からの不正競争防止法に基づく請求がなされているが、これに対して、 $Y_1$ は、訴外Aが取得し、 $Y_2$ を経て、現在は $Y_1$ が有する登録商標の使用に当たるということを理由に旧不正競争防止法 6 条(現在では削除されていることにつき、田村善之『不正競争法概説』(1994 年・有斐閣)164 ~ 176 頁、同『商標法概説』(1998 年・弘文堂)86 ~ 90 頁)に基づく抗弁を提出していた。原判決は、商標法 29 条により $Y_1$ らは商標を使用することはできないと

いうことを理由に、この抗弁を認めなかった。

その後、上告審の継続中の 1995 年 1 月 24 日に右商標登録を無効とする審決があり、これが同年 4 月 3 日に確定し、同年 6 月 27 日に商標登録が抹消された。事実審の口頭弁論終結後の事実であるが、本判決は、これが旧民事訴訟法 420 条 1 項 8 号(現行民事訴訟法 338 条 1 項 8 号)の再審事由に該当するので、上告審裁判所でもこれを顧慮することができる旨、説示し、もって、商標権が初めから存在しなくなったとみなされる以上、旧不正競争防止法六条の抗弁がその前提を欠くことは明らかであると帰結している。

事実審の口頭弁論終結後の事情であっても、それが再審事由に該当する場合には、上告審でこれを顧慮することができるというのが、過去の判例法理である。たとえば、最判昭和 57.3.30 判時 1038 号 288 頁(金属編籠)(小室直人[\*492](判批)判時 1064 号(1983 年))は、実用新案権に基づく損害賠償請求が原審において棄却された後、上告審係属中に当該実用新案権の無効審決が確定したという事例において、これを顧慮して、上告を棄却した。また、最判昭和 60.5.28 判時 1160 号 143 頁(電気掃除機)は、実用新案権の無効審決取消訴訟が原審において認容された後の上告審係属中に実用新案登録の請求範囲を訂正することを認める審決が確定したという事例において、原判決は、その基礎となった行政処分が後の行政処分によって変更されたという再審事由を有するに至ったものであり(民訴法 420 条 1 項 8 号)、このような場合は、原判決を破棄し、審理を尽くすため原審に差し戻すのが相当であると判示する(特許に関し同旨、最判平成 3.3.19 民集 45 巻 3 号 209 頁(クリップ))(その他、出願の放棄があったという事実を訴えの利益を否定する方向に斟酌した判決として、最判昭和 60.3.28 判時 1151 号 125 頁(拡散ボンディングプロセス))。本判決はこれらの判例を踏襲するものといえることができる。

商標登録が現に抹消されている本件では、上告審にとって、商標登録を無効とする審決が確定していることが明白である。上告審がこれを顧慮したからといって、審理が遅延するわけでもなく、法律審としての機能を越える判断をしたわけでもない。逆にこれを顧慮しないで、Y<sub>1</sub>の抗弁を認めてしまうと、せっかく下した判決が後に再審により取り消されることになる。空振りに終わることが明らかな判決を下すよりは、再審事由を斟酌して再審を回避することにした方が、訴訟経済に資する。もっとも、Y<sub>1</sub>の抗弁は、原判決がそうしたように、商標法 29 条により排斥することができるかと解されるが、だからといって、取り立てて本判決を不当視する必要はないであろう。

- (1) なお、著作権者 X<sub>1</sub> から独占的利用許諾を受けた X<sub>2</sub> から許諾を受けて製造された POPEYE の文字、図柄を使用したスポーツ用品を販売する者に対して、Y<sub>1</sub> が図柄 1 について有する商標権に基づいて提起した差止等請求を権利濫用として退けた最判平成 2.7.20 民集 44 巻 5 号 876 頁(POPEYE 商標権侵害)に関しては、田村・前掲不正競争法概説 166 頁参照。
- (2) 本件で問題となった図柄は、そもそも保護期間満了の問題とするまでもなく、類似性が否定されるものであり、著作権と抵触しないことになるのではないかとおもわれる。図柄はかなり素朴な

絵で、テレビアニメの POPEYE の絵はもとより、判例集に[\*493]掲載されている第 1 回作品の POPEYE の絵ともおおよそかけ離れており、「POPEYE」や「ポパイ」の文字が周囲に配されていないければ、おそらく POPEYE を模したものは誰も分からないような代物だからである。POPEYE の絵に依拠したことがあるからといって、以降、本件で問題となった図柄のようなものを書くことができなくなるというのでは、水兵を書くことなど誰もできなくなるのではなからうか。ただし、この点は本件では一切争点とされていないので、以下では、保護期間が満了していなければ当然、類似性を満足するものであるということを前提として検討する。

- (3) ただし、漫画の続編を書くような場合には、ストーリーはともかく、主人公の具体的な絵柄を用いることになるから、原作の絵画的表現を模倣することになる。この場合には続編であっても著作権侵害の問題となる(たとえば、「サザエさん」の続編を書く場合)。漫画の研究書(たとえば、「磯野家の謎」)を書くのは自由だが、そこに「サザエさん」の登場人物のカットを挿入すると著作権者の許諾を要することになる(32 条 1 項の引用の問題は別論)。しかし、その場合には、具体の絵という表現の侵害が問題となっているのであって、この帰結を以てして、抽象的な「キャラクター」が保護されているということとはできないのである。
- (4) この他、連載漫画の著作権が一個の者に帰属するのではなく、別々の者に分かって譲渡されたというような場合には、著作権侵害の成否を決するのに、それが誰の著作権を侵害しているのかということを明らかにしなければならぬという限度で特定の問題を生じうるが、そのような態様の譲渡を受けた譲受人としては当然、覚悟しなければならないリスクであるといえよう。
- (5) なお、〔判旨〕欄には紹介しなかったが、本件の最高裁判決が原判決の判示事項として掲げたものは、前掲東京地判〔POPEYE 著作権侵害〕の要約にはなっているが、原判決の説示(注(6)参照)の要約にはなっていない。ちなみに、原判決は一審判決を引用する際、被告の権利失効ないし権利濫用の主張に答える形で保護期間に言及した「新聞等に掲載された各漫画毎に、個別に起算」する旨の一審判決の説示(無体集 22 巻 1 号 80 頁)をしっかりと削除したうえで(知裁集 24 巻 2 号 404 頁)、控訴審における被告の保護期間満了との新主張に対し、逐次公表著作物として一体として保護期間を把握し、連載当初のものも含めて未だに保護期間が満了することがない旨の説示を付加している。
- (6) 対して、原判決は、「本件漫画については、一連の完結形態を有する漫画が発表された時が著作権法 56 条 1 項の「公表の時」に当たるものと解……するのが相当であるところ、本件漫画が少なくとも 1989 年 4 月 28 日の時点においても継続して著作、[\*494]出版されていること……から、いまだ主人公ポパイの登場する本件漫画の著作権の保護期間が満了していないことは明らか」と説示していた。何となれば、「絵画と言語の組合せからなる漫画は、両者が不可分一体な有機的関係をもって結合した形態において、初めて作者の特定の思想、感情を創作的に表現するところの一表現形式であり、……それぞれの表現手段を分離抽出して、著作権法における保護の対象を各表現手段毎に別々に論ずることはできない」のだそうである。それにしても、5 人の執筆者を経て 60 年以上も連載されているのにも関わらず、「不可分一体な有機的関係」をもって結合しており、未だ「一連の完結形態を有する」ものではないとは、最初の執筆者工

ルジー・シー・シーガーさん(1938年に亡くなっており、現在の執筆者を知る由もないであろう)が聞いたら卒倒しそうな説示である。どうも、本判旨は、およそ連載漫画であれば「不可分一体な有機的關係」を満たすと考えているように思われなくてもいい。それにしても、POPEYE について未だに一度も保護期間が起算されないという帰結には、価値判断の問題として疑問が残る。

- (7) すでに、前掲東京地判(POPEYE 著作権侵害 )は、後続の POPEYE 漫画の保護期間は、それぞれそれより前の POPEYE 漫画と独立に考えるべきである、と説示していた。後続の POPEYE 漫画は 1929 年に当初発表された POPEYE と登場人物の組合せ、姿態の表現等が異なる別個の物語と認めるのが相当であるということを理由としている。ただし、厳しいことを言えば、この判決が、後続の POPEYE 漫画がそれより前の POPEYE 漫画の二次的著作物にも該当しないと判示したのは言い過ぎであった。コマによっては容姿、姿態が共通していることから二次的著作物に該当する場合がありますと推察されるからである。ゆえに、その理由付けには勇み足を認めざるを得ないが、ともあれ、POPEYE 漫画の保護期間をより細かい単位で起算していく帰結を採用したその価値判断は穏当なものと評すべきである。
- (8) パブリックドメインとなった原著作物について翻案を加えて二次的著作物を創作した場合に関しては、二次的著作物に関し独立した保護期間がスタートするという帰結に異論を挟むものはいないであろう。ならば、原著作物の保護期間が切れていない時に創作したとしても、議論は同様に解さなければならない。
- (9) ただし、この点に関し、本判決には(〔判旨〕欄では紹介を省略したが)、著作権侵害事件である最判昭和 53.9.7 民集 32 卷 6 号 1145 頁(ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー 上告審)を引用したりするなど、ややミス・リーディングなどところがある。保護期間の場面では、保護期間が満了した連載初期の漫画に比して、問題の図柄には創作的と認めるべき表現の相違[\*495]が何ら認められないのではないかということの問題とすべきであるのに対して、侵害の場面では、問題の図柄に創作的な表現の変更、付加があったとしても、未だ原著作物の表現が残存しているのだとすれば、なお原著作物の権利が及ぶことになるからである。侵害の場面の基準を持ち出すと、連載初期の漫画の二次的著作物であり、保護期間が満了していないと判旨が明言したはずの後続の漫画の複製についてまで、保護期間を満了させることになりかねない。
- (10) 他方で、前掲東京地判(POPEYE 著作権侵害 )は、被告が著作権を侵害する問題の商標の使用を開始したのが 1953 年であったこと等の事情を斟酌して、保護期間満了により著作権が消滅した 1929 年から 1932 年の漫画に依拠して問題の商標を作成したものと認められないと論じて、著作権侵害を肯定している。しかし、1933 年以降の漫画を用いて翻案をなしたとしても、当該漫画中、1929 年から 1932 年の漫画と表現を同じくする部分のみを複製したに過ぎない場合には、著作権侵害にならないのであるから、時期の問題ばかりではなく、具体的表現にまで踏み込んだ判断が必要であったというべきである。
- (11) 取得時効制度は、時の経過とともに自己の権利を証明する手段を失った真の権利者を保護するために設けられた制度であり、さらに取引の原因行為に瑕疵があった場合にこれを治癒する機能を有しており、取引の安全に資するという側面もある(特に占有開始時に善意無過失を要

求する短期 10 年の取得時効) (積極的理由)。もちろん, 取得時効により, 真の権利者ではない者が権利を取得する結果になること(時効制度の不道德な側面と呼ばれるもの)があることは否めないが, これは, 真の権利を証明することなく権利取得を認めた制度に随伴する必要悪として甘受しなければならないものであり, また, 他者の占有を長期に渡って放置しておいた真の権利者が権利を失う結果となっても酷とはいいがたい, ということで正当化される(消極的理由)。そして, 民法は, 真の権利者が権利を行使した等のために真の権利者の所在が明らかになった場合に時効の中断を認め, くわえて, 時効取得を当事者の援用にかからしめ, さらに, 時効利益の放棄をも認めることで, なるべく前記不道德な側面が顕出することを避けようとしている(以上, 星野英一「時効に関する覚書」同『民法論集第 4 巻』(1978 年・有斐閣)の叙述に負う)。

- (12) 本件では, 被告の方が, あくまでも, 複製権, すなわち, 複製を禁止することができる権利の時効取得にこだわり, 複製権限, すなわち複製をなすことができる権利の時効取得を主張しなかったために, 本判決はこの点に関する吟味をなしていない。(裁判外の援用も含めて) 援用に関する主張, 立証がない以上, 裁判所が職権で取得時効を認めることはできない。本判決の取扱いには正当である。

[\*496]

- (13) なお, 山本桂一『著作権法』(再版増補・1973 年・有斐閣)81 頁, 半田ノ前掲 291 頁は, 時効取得者は著作権の残存期間の権利を取得するのみであると説くが, 「準占有」の態様によるといえよう。そして, 著作者を偽ることなく「準占有」している場合(たとえば, 二重譲渡事例)には, 真の著作者の死後 50 年を基準とする存続期間が適用されることになるが, 著作者を偽って「準占有」している場合には, 僭称著作者の死後 50 年を存続期間とする著作権の時効取得が認められることになろう。

本判決の評釈として, 吉田大輔ノコピーライト 437 号 26 頁(1997 年), 田村善之ノパテント 50 巻 11 号(1997 年), 水谷直樹ノ知財研フォーラム 31 号 34 頁(1997 年), 濱口太久未ノ法律のひろば 51 巻 3 号(1998 年), 牛田利治ノ知財管理 48 巻 5 号(1998 年), 長塚真琴ノジュリスト 1135 号(1998 年), 原判決の評釈として, 潮海久雄ノジュリスト 1102 号(1996 年)がある。