



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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
Author(s)	上野，達弘
Citation	知的財産法政策学研究，41，33-77
Issue Date	2013-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52377
Type	departmental bulletin paper
File Information	41_02.pdf



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—

上 野 達 弘

I はじめに¹

本稿は、著作権法上の権利侵害要件について論じる。ただ、このような問題設定自体、すでに耳慣れないかも知れない。具体的に言うと、これは次のような問題である。

例えば、著作権法上の作者の権利の侵害を理由とする差止請求を行う場合、請求原因事実として主張すべきことは、権利帰属と権利侵害である²。すなわち、X（原告）が本件著作物について作者の権利を有すること（＝権利帰属）、そして、Y（被告）がXの権利を侵害していること（＝権利侵害）である。本稿の課題はこの後者に当たる。

ところが、裁判実務において——そしてときには講学上も——、著作権法上の権利侵害が問題になる際によく聞かれるのが、「複製又は翻案に当

¹ 本稿は、東京弁護士会知的財産権法部（2012年6月12日）、知財高裁研究会（同年7月6日）、北海道大学知的財産法研究会（同年8月17日）における研究報告をもとに作成したものである。筆者の講演録（パテント65巻12号131頁〔2012年〕）もあわせて参照を乞いたい。

² 著作権法関連訴訟における要件事実論については、大江忠『要件事実知的財産法』（第一法規、2002年）427頁以下、岡口基一『要件事実マニュアル第3巻』（ぎょうせい、第3版、2010年）429頁以下、高部真規子『実務詳説著作権訴訟』（きんざい、2012年）204頁以下、瀬戸さやか「著作権侵害を理由とする差止請求及び損害賠償請求の要件事実」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系第22巻著作権関係訴訟法』（青林書院、2004年）54頁等参照。

たる」や「複製権又は翻案権の侵害に当たる」といったフレーズである。

例えば、Xのイラストに類似するイラストを付した商品をYが製造販売しているケースを想定する。この場合、Xが次のように主張することがよくある。

[Xの主張]

「Yイラストは、Xイラストの複製又は翻案に当たり、Yイラストを付したY商品を製造販売する行為は、Xが有する複製権又は翻案権の侵害に当たるため、Xは、Yに対して、これらの権利に基づきY商品の製造販売の差止めを請求する。」

このような主張に対して、裁判所が結論として権利侵害を認めるとき、次のような判決を下すことがよくある。

[判 決]

「YイラストはXイラストの複製又は翻案に当たり、YがYイラストを付したY商品を製造販売する行為はXの複製権又は翻案権の侵害に当たるため、Xは、Yに対して、Y商品の製造販売の差止めを請求することができる。」

こうしたフレーズの背景には、“著作権侵害に当たるためには、Y著作物がX著作物の「複製又は翻案」に当たる必要がある”という考えが前提とされているように見える。その際、「複製又は翻案」に当たるという表現は、Y著作物がX著作物に類似していることを意味するものとして用いられているようである。

しかし、このようなフレーズは表現として適切なのであろうか。

結論から言えば、「複製又は翻案」という表現は、現行著作権法上の構造や用語法からすれば、ほぼいかなる意味においても妥当でない。これは単に言葉の問題にとどまらず、現実具体的な問題を生じさせるものである。そして、このことが著作権法上の権利侵害要件を混乱させているように思われるのである。

とはいえ、「複製又は翻案」という表現は実務上広く定着している。こ

うした表現にいつの間にか馴染んでしまったために、上記のようなフレーズに接しても何ら違和感を覚えない者も少なくなかろう。筆者はそのような状況を憂慮するものであるが、そのような中、その問題意識をどれほど共有させられるかが本稿の課題となる。

そこで本稿は、従来の議論においてしばしば用いられてきた「複製又は翻案」という表現について、5つの観点からその問題性を明らかにすることを通じて、著作権法における一般的な権利侵害要件の再構成を試みる。

Ⅱ 「複製又は翻案」の問題点

1 「翻案」は総称ではない

(1) 問題点

まず「翻案」という用語は、現行著作権法上、総称として用いられていないという点を指摘しなければならない³。

従来の議論においては、「翻案」という用語が、著作権法27条の権利が対象とする行為を包括する上位概念として用いられることが非常に多い。そのとき、著作権法27条の権利は「翻案権」と総称されることになる。

実際のところ、裁判例においても、言語著作物の「翻訳」や美術の著作物の「変形」が問題となった事例において、「翻案権」の侵害を肯定する例が見られる⁴。

³ 以下については、すでに上野達弘「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53頁以下注1(2008年)、同「著作権(2)27条・28条」法学教室336号126頁以下(2008年)参照。

⁴ 東京地判平成15年11月12日判時1856号142頁〔富士イラスト事件〕(イラストについて「翻案権」侵害を肯定)、東京地判平成6年2月18日知的裁集26巻1号114頁〔コムライン事件〕(要約して翻訳したことにつき「翻案権」侵害を肯定)、東京地判平成20年3月13日判時2033号102頁〔祇園祭写真事件〕(写真をもとに水彩画を作成したことについて「翻案権」侵害を肯定)、東京地判平成22年7月8日〔「入門漢方医学」事件〕(書籍の表紙の図版について「翻案権」侵害を肯定)、知財高判平成24年9月10日〔「北韓解放直後極秘資料」事件：控訴審〕(第一審判決〔東京地判平成24年1月31日〕引用部分)(日本語から韓国語訳したことについて「翻案権」侵害

最近の裁判例から一例を挙げると、言語著作物の翻訳が問題となった事案において、判決は、「韓国書籍解説は、原告書籍解説に依拠して作成されたものと推認することができ、かつ、韓国書籍解説は、原告書籍解説の表現上の本質的な特徴を維持しながら、表記を日本語から韓国語に翻訳する変更を加えたものであり、原告書籍解説を翻案したものであるということが出来る」(下線筆者)と述べて、「翻案権」の侵害を肯定したものである⁵。

(2) 検 討

しかしながら、わが国著作権法上、「翻案」という用語は、二次的著作物の作成行為(著作権法2条1項11号参照)を総称するものではない。また、「翻案権」という用語は、著作権法27条の権利を総称するものではない。

このことは、著作権法27条の条文見出しが「翻案権」ではなく、「翻訳権、翻案権等」となっていることから明らかである。同様に、著作権法43条の条文見出しも「翻訳、翻案等による利用」となっており、「翻案」という用語が二次的著作物の作成行為の総称として用いられてはいない。同様に、いくつかの規定の中にも、「翻訳、編曲、変形又は翻案」というような文言が見られ(著作権法43条、48条3項、49条2項参照)、これらはいずれも「翻案」を総称として用いているものではない。

また、著作権法27条における「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」という文言は、「又は」で条文が大きく切れている⁶。そうすると、同条には、翻訳権・編曲権・変形権・翻案権という4つの権利が規定されていることになる。そして、同条における「脚色」および「映画化」は「翻案」の例示ということ

を肯定)等参照。

⁵ 前掲注(4)知財高判平成24年9月10日[「北韓解放直後極秘資料」事件:控訴審](第一審判決[前掲注(4)東京地判平成24年1月31日]引用部分)参照。

⁶ わが国における法令用語の原則によれば、「若しくは」と「又は」は区別されており、より大きな接続には「又は」が用いられることになっている。法制執務用語研究会『条文の読み方』(有斐閣、2012年)32頁以下も参照。

になるのである。

また、著作権法43条は、著作権の制限規定（著作権法30条以下）によって一定の利用行為が許される場合に、さらに翻訳や翻案等による利用が許されるという趣旨の規定であるが、同条は1号から5号までの規定を列挙して、各権利制限規定に応じて、翻訳・編曲・変形・翻案のいずれか、あるいはすべての行為を許容すべく、その内容を詳細に書き分けている。

第43条〔翻訳、翻案等による利用〕

次の各号に掲げる規定により著作物を利用することができる場合には、当該各号に掲げる方法により、当該著作物を当該各号に掲げる規定に従って利用することができる。

- 一 第30条第1項、第33条第1項（同条第4項において準用する場合を含む。）、第34条第1項又は第35条 翻訳、編曲、変形又は翻案
- 二 第31条第1項第1号若しくは第3項後段、第32条、第36条、第37条第1項若しくは第2項、第39条第1項、第40条第2項、第41条又は第42条 翻訳
- 三 第33条の2第1項 変形又は翻案
- 四 第37条第3項 翻訳、変形又は翻案
- 五 第37条の2 翻訳又は翻案

具体的に言うと、同条1号は、翻訳・編曲・変形・翻案という4つの行為すべてを掲げているため、例えば私的複製（著作権法30条1項）に際しては、翻訳・編曲・変形・翻案のいずれの行為も行うことが許される。これに対して、同条2号は翻訳だけを掲げているため、例えば、利用者のための図書館複製（著作権法31条1項1号）に際しては、翻訳を行うことは許されるが、それ以外の編曲・変形・翻案を行うことは許されていない⁷。同様に、同条2号が適法引用（著作権法32条）に際しては翻訳のみを許容しているように見えるため、いわゆる要約引用は許されるのかという論点が出てくるのである⁸。

⁷ 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、五訂新版、2006年）294頁参照。

⁸ 裁判例として、東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁〔血液型と性格事件〕

4 概念（翻訳・編曲・変形・翻案）の区別

このように見てくると、著作権法27条の権利というのは、翻訳権・編曲権・変形権・翻案権という4つの権利を定めたものだということになる⁹。また、二次的著作物の作成行為は、翻訳・編曲・変形・翻案の4つがあるということになる。現行著作権法には、「翻案」や「翻案権」をそれらの総称として用いている例は見られない。したがって、「翻案」や「翻案権」を総称と用いることは、現行法の用語法からして問題があるということになる。

ただ、そうだとすると、翻訳・編曲・変形・翻案は、それぞれどのように区別されるのかが問題になる。

起草者によれば次の通りである。すなわち、①翻訳は「言語の著作物を言語体系の違う他の国語で表現しなおすこと」、②編曲は「音楽の著作物について、楽曲をアレンジして原曲に付加的価値を生み出すということ」、③変形は「美術の著作物について、例えば絵画を彫刻にし、彫刻を絵画にするというように次元を異にして表現する場合とか、写真を絵画にするように表現形式を変更する場合のこと」、そして、④翻案は「既存の著作物の内面形式を維持しつつ、つまりストーリー性等をそのまま維持しながら、外面形式、つまり具体的な表現を変える、シチュエーションを変えるというような場合」とされる¹⁰。

そして、④翻案の例示である脚色とは「非演劇的な著作物を演劇的な著作物に書き換えること」をいい（例：小説をもとに脚本をつくること）、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」をいうとされる（例：小説を映画化すること）¹¹。また、その他の翻案として、「小説を児童向きの読物にリライトする行為」や「長い文章を短くダイジェストする行為」が挙げられている¹²。さらに、コンピュータ・プログラムの

参照。

⁹ 加戸・前掲注(7)47頁以下・207頁以下、斉藤博『概説著作権法』（一粒社、第3版、1994年）144頁注1等参照。

¹⁰ 加戸・前掲注(7)47頁以下参照。

¹¹ 加戸・前掲注(7)48頁参照。

¹² 加戸・前掲注(7)48頁参照。

バージョンアップやデータベースの更新・追加も、そこに創作性があれば翻案に当たるとされている¹³。

このように見てくると、4つの行為のうち翻案というものがやや受け皿的に使われているのはたしかかと思われるが、4つの権利を明確に分けようとしていること自体は明らかと言えよう。

実際の裁判例においても、正当にも4つの権利を区別していると考えられるものが見られる。

例えば、美術の著作物である壁画の変形が問題になった日野市壁画事件において、判決は、「本件壁画は日野市壁画の著作権（変形権）を侵害しており、従って、被告館林市は本件壁画のうち原告が求める別紙物件目録（二）記載の大型タイルを撤去すべき義務がある」（下線筆者）と判示している¹⁴。

また、音楽著作物の編曲が問題となった記念樹事件においては、控訴審判決が、上記のような観点から、当事者の主張を修正しているのを見ることができる。つまり、同事件の第一審において、原告は複製権の侵害を主張していたが、その侵害が認められなかったため、控訴審において原告は「翻案権」侵害を主張した。しかし、控訴審判決は、以下のように判示して、原告が主張する「翻案権」侵害というのは「編曲権」侵害にほかならないとして、これを言い換えているのである。

□東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁〔記念樹事件：控訴審〕

「控訴人らは、原審においては、複製権侵害の主張をしたものであるが、控訴人らの本訴請求をいずれも棄却し被控訴人の反訴請求を認容した原判決に対して控訴するとともに、編曲権（なお、控訴人らは準備書面等において『翻案権』との用語を用いているが、甲曲及び乙曲は楽曲に係る音楽の著作物であるところ、著作権法が、2条1項11号において、楽曲にのみ特有の『編曲』を『翻訳』、『変形』及び『翻案』と並んで二次的著作物の創作態様として規定した上、27条において、『編曲権』を『翻案権』等

¹³ 加戸・前掲注(7)48頁以下参照。

¹⁴ 東京地八王子支判昭和62年9月18日無体裁集19巻3号334頁〔日野市壁画事件〕参照。

とともに著作者の排他的な権利の一つとして規定していることにかんがみ、控訴人らのいう『翻案権』は『編曲権』の趣旨にほかならないものと解されるので、以下、この表記による。) 侵害の主張を追加し、複製権侵害の主張を撤回したものであり、また、控訴人金井音楽出版が当審において請求を拡張した。」(下線筆者)

裁判所がこのように当事者の主張を修正することの是非はともかくとして、この判決に見られるように、著作権法27条には4つの権利が定められており、翻案権はその総称ではないという理解は、現行著作権法の構造からして妥当なものと言える。

誤解のルーツ？

では、なぜ「翻案」や「翻案権」を総称とするような理解(厳密に言えば誤用というべきである)が広まってしまったのであろうか。次のような事情が考えられる。

まず、かつての学説において、「翻案」や「翻案権」を総称とするかのような説明が見られた。すなわち、現行法制定直後に発刊された、半田正夫教授の体系書の初版(1974年)においては、「翻案権」というのは翻訳権を除く権利(編曲権・変形権・脚色権・映画化権)の総称だと説明されている¹⁵。ここで翻訳権だけは翻案権に含まれないとされているのは、翻訳というもので「翻案」に含まれるというのは、語義からしてさすがに困難と考えられたからかも知れない。これにしたがえば、著作権法27条は「翻訳権」と「翻案権」の2つの権利を定めた規定だということになる¹⁶。

こうした理解に対しては、「翻案」や「翻案権」は総称ではなく、著作権法27条は4つの権利を定めたものだという観点から、斉藤博教授によつ

¹⁵ 半田正夫『著作権法概説』(一粒社、初版、1974年)126頁参照。

¹⁶ なお、半田正夫『著作権法概説』(法学書院、第14版、2009年)146頁は、「翻案」を「改作のうち翻訳を除くすべてを含む意味」と述べる一方で、初版における記述と異なり、翻訳権を含めた著作権法上27条の権利すべてを「翻案権」の例示だともしており、混乱があるようにも見える。

て批判が向けられてきた¹⁷。しかし、半田教授の体系書における記述が、今日の実務における総称としての「翻案」および「翻案権」という理解を導く一因になった可能性は否定できないように思われる。

また、現行著作権法において「複製又は翻案」という表現が一切登場しないかという点、たしかに著作権法16条〔映画の著作物の著作者〕において「翻案され、又は複製された」という対置的な表現を見ることができる。そのため、このことが今日の理解に影響を及ぼした可能性もある。

ただ、著作権法16条というのは、あくまで映画の著作物に関する規定であるため、ここで問題になるのは「映画化」のみである。先述のように、「映画化」は「翻案」の例示であるから、同条において問題となるのは「翻案」のみだと言える。したがって、同条において「翻案され、又は複製された」という文言が用いられているからといって、「翻案」という用語が総称として用いられているわけではないのである。

さらに、江差追分事件の最高裁判決が影響を与えた可能性も否定できない。というのも、同判決は、「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」と判示しており¹⁸、その冒頭が「翻案（著作権法27条）とは…」で始まっている。このことから、「翻案」というものがあたかも著作権法27条における二次的著作物作成行為の総称であるかのように理解され、このことが総称としての「翻案」という理解を結果として広めた可能性も否定できないのである。

もちろん、同事件は言語の著作物のまさに「翻案」が問題となった事例にほかならず、この判決自体は、あくまで同事件で問題になった言語の著作物について「翻案」という用語を用いたに過ぎないと考えられる。また、同事件の調査官解説においても、「狭義の翻案」と「広義の翻案」につい

¹⁷ 斉藤・前掲注(9)144頁注1参照。

¹⁸ 最一小判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分事件：上告審〕参照。

で説明されていることからして¹⁹、同判決が「翻案」という用語を総称として用いたわけではないと考えられる。

ところが、同判決に接してきた者たちが、必ずしもそのような厳密な理解に基づかないまま、このフレーズが後の裁判例や議論において反復されたことにより、総称としての「翻案」という理解が広まった可能性は否定できないように思われる。

“言葉の問題”に過ぎないのか？

以上のような指摘に対しては、次のような反応が返ってくるかも知れない。すなわち、それは単なる言葉の問題に過ぎず、厳密にこだわる必要はないという反応である。

たしかに、これまでの知的財産法の世界においても、実務上慣用されている表現は多数ある。例えば、著作権法上の用語としては「著作物の保護期間」または「著作権の存続期間」と規定されている概念について、実務上、「著作権の保護期間」という厳密には適切でない表現が用いられることが多い。また、著作権法上のレコード製作者の権利は、実務上「原盤権」という用語で定着している。同様に、著作権を「版權」と呼ぶ実務が残っている分野もあろう。さらに、特許権の「消尽」というものに関して、ほかに「消耗」や「用尽」といった言葉も用いられているところ、厳密には「用尽」という言葉を用いるべきだと主張する見解もある。

しかし、これらはいずれも言葉の問題に過ぎないと言えよう。というのも、そこではある特定の対象をどう呼ぶのが相応しいかというだけが問題になっているに過ぎないからである。したがって、例えば、「著作権の保護期間」という（厳密に言えば正確でない）表現がなされたとしても、それは「著作権の存続期間」という意味で用いられているのだと理解すれば大きな支障はない。そのため、これらはたしかに単なる言葉の問題に過ぎず、たとえ法令上の用語と異なっていても、そのような用語法の是非について論じることには特段の実益はないと言えよう。

しかし、「翻案」や「翻案権」を総称として用いることは、これと同じ

¹⁹ 高部真規子「判解〔最判平成13年6月28日〕」『最高裁判所判例解説民事篇平成13年度（下）』（法曹会、2004年）555頁参照。

ではない。というのも、もし「翻案」を総称として用いると、著作権法全体の規定を整合的に読むことができなくなるからである。

例えば、著作権法43条においては、先述のように、1号から5号まで、それぞれ翻訳・編曲・変形・翻案という4つの行為が区別して用いられているため、ここで「翻案」を4つの行為の総称として理解することは不可能である。また、著作権法48条3項〔出所の明示〕や49条2項〔複製物の目的外使用等〕においても、翻訳・編曲・変形・翻案という4つの行為が並置されており、ここでも「翻案」を総称として理解することは不可能と言えよう。

このような指摘に対しては、たしかに著作権法43条における「翻案」は狭義に用いられているが、そのような「狭義の翻案」と「広義の翻案」を意識的に使い分けるのであれば差し支えないのではないかとの考えもあり得よう。

しかし、「翻案」という用語を、あるときは広義に用い、またあるときは狭義に用いるといったように、広狭二義的に用いてしまうと、「翻案」という用語だけでは、その意味が確定できず、実務上混乱を招くおそれが高いように思われる。

実際のところ、「広義の翻案」を用いる者に対して、そこでいう「広義の翻案」に「翻訳」が含まれるのかと問うと、ある者は含まれると答え、別の者は含まれないと答えるのではなかろうか。

そのため、もし「翻案権」を総称として用いると、例えば、ある言語の著作物に関する著作権譲渡契約に際して、契約書に「翻案権を譲渡する」と記述した場合、ここで譲渡の対象になっている「翻案権」には、映画化等を内容とする翻案権にとどまるのか、それとも他の言語に翻訳することを内容とする翻訳権も含まれるのか、不明確になってしまうに違いない。これでは、著作権契約の解釈に混乱を生じさせてしまう。

もちろん、現実の契約は常に明確なものとは言えないため、「翻案権」を総称として用いることを避けたとしても、契約解釈は常に必要となるとも言えよう。しかし、できるだけ混乱を招かないようにする方が望ましいのは否定できないはずである。そのため、同一の用語であるにもかかわらず、それが意味する内容が異なるおそれが大きい用語法は、可能な限り避けるべきではなかろうか。

実際のところ、平成24年改正〔平成25年1月1日施行〕によって創設された規定の中には、「翻案」という用語を総称と捉える理解に基づいているかのように見えるものがある（著作権法30条の2および47条の9参照）。もしそうだとすれば、従来の実務における誤用がついに立法にまで影響した可能性がある。

したがって、法令用語として用いる以上、たとえ便宜的な呼称であっても、総称としての「翻案」「翻案権」（＝広義の「翻案」「翻案権」）を用いることは、極力避けるべきであるとする²⁰。

たとえ、著作権法の構造を熟知した者が、意識的に狭義の翻案と広義の翻案を区別して用いるとしても、そうした用語法に接する他者は、そのような区別を認識しながら理解するとは限らない。したがって、たとえ使用者本人が自覚的であっても、一般公衆の誤解をこれ以上招かないようにするために、こうした用語法は避けるべきであるとする。

では、どう呼べばよいのか？

このように、総称としての「翻案」や「翻案権」を用いないとすると、では、著作権法27条の権利を総称する場合はどう呼べばよいのかということになる。同条の権利を総称する名称は著作権法に存在しないからである。そこで、同条に規定された4つの権利を総称する場合は「著作権法27条の権利」あるいは「二次的著作物作成権」と呼ぶことになる。

これに対しては、「著作権法27条の権利」という表現では、どの権利を意味しているのか、著作権法に精通していない者には分かりにくいという声もあろう。しかし、「著作権法27条の権利」という表現は、実務上すでに用いられている。とりわけ、著作権を全部譲渡する契約において、著作権法61条2項の特掲要件を満たすために、「著作権法27条の権利および28条の権利を含む」といった表現が広く用いられている。したがって、総称としての「翻案権」に代えて「著作権法27条の権利」という表現を用いることに大きな支障はないはずである。

他方、総称としての「翻案」に代えて、著作権法27条の権利の対象とな

²⁰ ただ、翻訳・編曲・変形・翻案という4つの行為の明確な棲み分け（特に「変形」と「翻案」の区別）について若干の課題が残るのもたしかではある。

る4つの行為(翻訳・編曲・変形・翻案)を総称する必要がある場合、これをどのように呼ぶかはたしかに現状において悩ましいところがある。著作権法の条文上は、「翻訳、翻案等」(著作権法43条標題参照)という表現が用いられている例もあるが、分かりやすい表現と言えるかは疑問が残る。そのため、もし翻訳・編曲・変形・翻案を総称する必要がある場合は「二次的著作物作成行為」などと呼ぶことになるう。

These 1

現行法上の「翻案」は、翻訳・編曲・変形・翻案(＝二次的著作物作成行為)の総称ではなく、「翻案権」は翻訳権・編曲権・変形権・翻案権(＝著作権法27条の権利)の総称ではない。したがって、「翻案」「翻案権」を総称として広義に用いることは、たとえ便宜的であっても可能な限り避けるべきである。

2 「翻案」は単発的な行為に過ぎない

(1) 問題点

前節では、現行法上の「翻案」は、翻訳・編曲・変形・翻案の総称ではないことを指摘した。では仮に、従来の議論においてよく聞かれる「複製又は翻案」という表現について、そこにおける「翻案」というものを、翻訳・編曲・変形・翻案(＝二次的著作物作成行為)の総称だと解したとしよう。そうだとすると、現行法上の翻訳・編曲・変形・翻案というのは、現行著作権法上あくまで二次的著作物の「作成」行為に過ぎず、二次的著作物の「利用」行為まで含むものではないため、その意味でも「複製又は翻案」という表現は妥当でないという点を次に指摘しなければならない²¹。

従来の裁判実務では、二次的著作物の利用が問題となっている事案でありながら、著作権法28条に言及されず、「複製又は翻案」や「複製権又は翻案権」という形で、著作権法27条の権利のみが問題とされることが少な

²¹ 以下については、すでに上野・前掲注(3)「ドイツ法における翻案」38頁、同・前掲注(3)「著作権(2)27条・28条」128頁以下参照。

くない²²。

例えば、他人の小説を無断翻訳した書籍が製造販売されているというケースにおいて、単に著作権法27条の翻訳権侵害のみが問題とされることがある。そして、そうした事案において、著作権法27条の権利である翻訳権の侵害を理由として、二次的著作物の利用行為である書籍の製造販売について差止請求を認容したり、これを含めて損害賠償請求における損害を算定したりする裁判例も少なからず見受けられる。

例えば、写真を水彩画に変形して新聞やポスターに掲載したことが問題となった祇園祭写真事件において、判決は次のように述べている。つまり、写真を変形した水彩画（二次的著作物）を利用する行為が、「翻案権」の侵害に当たると判示してしまっているのである。

□ 東京地判平成20年3月13日判時2033号102頁〔祇園祭写真事件〕

「本件水彩画については、被告Bが京都新聞に掲載した行為並びに被告サンケイデザイン及び被告八坂神社が本件水彩画ポスターに掲載した行為が、それぞれ本件写真の翻案権、原告の氏名表示権及び同一性保持権を侵害するものと認められる。」（下線筆者）

また、他人の書籍表紙に類似する表紙図版を用いた書籍の出版等が問題となった「入門漢方医学」事件において、判決は次のように述べている。つまり、変形された図版（二次的著作物）を利用する行為が、「翻案権」の侵害に当たると判示してしまっているのである。

□ 東京地判平成22年7月8日〔「入門漢方医学」事件〕

「以上によれば、被告図版は、原告図版の翻案物であると認められるから、被告において、原告ないしビーエスエルの承諾を得ることなく原告図版の翻案物である被告図版を表紙に用いた被告書籍を印刷、出版、販売又は頒布する行為は、原告図版の著作権者の著作権（翻案権）を侵害するも

²² 以下に掲げる裁判例のほか、前掲注(4)東京地判平成15年11月12日〔武富士イラスト事件〕、前掲注(4)東京地判平成22年7月8日〔「入門漢方医学」事件〕、東京地判平成23年1月28日判時2133号114頁〔NEW増田足事件〕、東京地判平成23年5月26日〔おまかせ君プロ事件〕等参照。

のであるといえる。また、被告が被告書籍を販売する行為が原告図版の著作権者の著作権（譲渡権）を侵害するものであることについては、上記説示に照らし、明らかである。」（下線筆者）

これらの事案においては、他人の著作物を無断で変形、翻案等することによって作成された二次的著作物を、書籍等に有形的に複製（印刷）したり、当該書籍等を販売したりする行為が問題となっている。これらは、二次的著作物の作成行為ではなく利用行為であるため、著作権法27条ではなく、同法28条の権利によってカバーされる行為なのである。にもかかわらず、上記判決は、いずれもこれらの行為が著作権法27条の権利の侵害に当たるとし、同条の権利の侵害を理由として、書籍の印刷・販売等の差止請求を認容したり、損害賠償請求を認容したりしているのである。

また、次のような裁判例もある。すなわち、他人の楽曲（甲曲）の無断編曲によって作成された楽曲（乙曲）の出版や放送等が問題になった記念樹事件において、控訴審判決は「被控訴人が乙曲を作曲した行為は、甲曲を原曲とする著作権法上の編曲にほかなら」ないとして、編曲権の侵害を肯定したが、その際、この編曲権侵害に基づく損害額として、「(2) 録音、映画録音、ビデオグラム録音及び出版に係る相当対価額」や「(3) 放送及び放送用録音に係る相当対価額」を検討し、「相当対価額による控訴人金井音楽出版の損害額は、上記 (2)、(3) の認定額の合計額である」とした上で、これらを含めて「編曲権侵害によって控訴人金井音楽出版の被った損害額」を認定している²³。

しかし、無断編曲によって作成された二次的著作物である乙曲を利用する行為（例：録音、出版、放送）というのは、二次的著作物の作成行為ではなく利用行為なのであるから、本来であれば著作権法28条によってカバーされるべきものである。にもかかわらず、この判決は、二次的著作物の利用行為によって生じた損害を、著作権法27条の権利である編曲権の侵害に基づく損害額として算定しているのである。

²³ 東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁〔記念樹事件：控訴審〕参照。

(2) 検 討

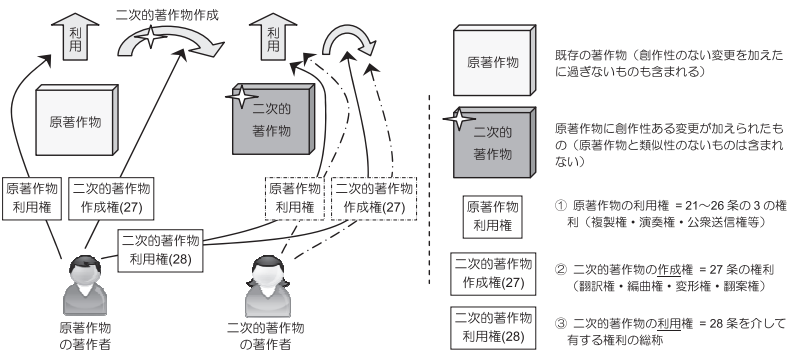
以上のように、従来の裁判実務では、二次的著作物の利用が問題となっている事案でありながら、著作権法28条に言及されず、「複製又は翻案」や「複製権又は翻案権」という形で、著作権法27条の権利のみが問題とされることが多い。これは問題がある。

というのも、著作権法27条の権利というのは、あくまで二次的著作物を「作成」という「単発的」な行為を対象とする権利に過ぎず、二次的著作物の「利用」は、著作権法27条ではなく、著作権法28条の権利がカバーしているからである。

現行著作権法における著作権の構成を示すと以下ようになる（表1）。

【表1】 現行著作権法における著作権の構成

著作権	原著物の利用	有形的	複製権（21条）
		無形的	上演権・演奏権（22条）
			上映権（22条の2）
			公衆送信権等（23条）
			口述権（24条）
			展示権（25条）
		公衆への提供	頒布権（26条）
			譲渡権（26条の2）
			貸与権（26条の3）
	二次的著作物の作成		翻訳権、翻案権等（27条）
	二次的著作物の利用		二次的著作物利用権（28条）



例えば、イタリア語版小説 a (原著作物) の著作者 A が有する著作権を考えてみる。まず、a の出版 (複製・譲渡) については、A が有する複製権 (著作権法21条) および譲渡権 (著作権法26条の2) が及ぶ。次に、a を日本語版 b (二次的著作物) に翻訳する行為 (二次的著作物の作成) については、A が有する翻訳権 (著作権法27条) が及ぶ。そして、b を出版 (複製・譲渡) する行為 (二次的著作物の利用) については、A が著作権法28条を介して有する複製権および譲渡権が及ぶとともに、b の翻訳者 B (二次的著作物の著作者) が有する複製権および譲渡権が及ぶことになる。

このとき著作権法27条の権利というのは、あくまで二次的著作物を「作成」するという単発的・一回的な行為を対象とする権利に過ぎないのである。

著作権法27条の権利の存在意義？

このように、単発的行為のみを対象とする著作権法27条の権利 (翻訳権・編曲権・変形権・翻案権) というのは、従来の実務において頻繁に登場しているが、本来この権利は、差止請求においても損害賠償請求においても、ほとんど活躍しないはずなのである。

例えば、差止請求について考えてみよう。著作権侵害を理由とする差止請求というのは、著作権を「侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求すること」(著作権法112条1項) であるから、継続中の侵害行為に対する停止請求または将来行われる蓋然性の高い侵害行為に対する予防請求のいずれかが認められることになる。したがって、すでに終了してしまった侵害行為に対して差止請求をすることはできないのである。

そうすると、著作権法27条の権利侵害を理由とする差止請求というのは、現実にはなかなか想定しづらいことが分かる。例えば、編曲権侵害に基づく差止請求といっても、編曲行為が終了してしまえば、もはや編曲権に基づく差止請求はできないことになるからである。

もちろん、例えば、あるプロの翻訳者が他人の小説を無断で翻訳する行為を今まさに進行中であるという場合 (そして、それが私的複製に伴う翻訳 [著作権法43条1号] に該当しない場合) であれば、翻訳行為が継続中であるから、理論的に見れば、当該小説の著作者は翻訳権に基づいて、そのような翻訳の停止を請求できる。ただ、これも翻訳が終了してしまえば

翻訳権に基づく差止請求はできず、あとは著作権法28条の権利に基づき翻訳物を製造販売しないように予防請求するか、過去に行われた無断翻訳という翻訳権侵害を理由とする損害賠償請求をするしかない。しかし、翻訳権侵害を理由とする損害賠償請求というのも、厳密に言えば、翻訳という単発的・一回的行為それ自体によって生じた損害が問題となるに過ぎず、作成された翻訳物を利用する行為（例：翻訳物の出版）によって生じた損害が問題になるものではないと考えられる。

このように、単発的行為のみを対象とする著作権法27条の権利は、差止請求においても損害賠償請求においても、ほとんど活躍しないはずなのである。

実際のところ、著作権法27条の権利の存在意義については、かねてから疑問視されてきた。例えば、起草者も、「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²⁴。また、田村善之教授は、「著作権者に対しては、翻案行為の段階ではなく、翻案の結果作成された二次的著作物の利用行為の段階を捉えてこれを禁止する28条の権利を与えておけば十分なのではなかろうか」としている²⁵。さらに、斉藤博教授も、「現実には、翻訳権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」と述べるなど²⁶、著作権法28条の権利とは別に著作権法27条の権利を与えることについては、疑問を呈する見解が多い²⁷。

比較法的に見ても、原著作物の利用権（著作権法21条～26条の3）と二次的著作物の作成権および利用権（著作権法27条および28条）を別の権利に分けるという構成は特徴的である。例えば、ドイツ著作権法では、二次

²⁴ 加戸・前掲注(7)210頁参照。

²⁵ 田村善之『著作権法概説』（有斐閣、第2版、2001年）113頁以下参照。

²⁶ 斉藤・前掲注(9)139頁参照。

²⁷ これに対して、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（有斐閣、第2版、2007年）155頁は「二次的著作物の創作行為を対象とする翻案権は、二次的著作物の無断利用を未然に防止するために認められている、二次的著作物利用権を本体とする権利という性格を有する」と述べており、積極的な意味を見出そうとしているようだ。

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建築の著作物の模造、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作物の著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）²⁸。

このような観点からすれば、高度に几帳面な構造を有するわが国著作権法は、立法論としてはこれを見直すことも考えられる。しかし、現行法がそのような構造になっている以上、解釈論としてはその構造にしたがうほかはないのである。

著作権法27条と28条を区別すべき

では、現行法の構造にしたがうとどのように理解することになるのか。

現行著作権法は、原著作物の利用権（著作権法21条～26条の3）と二次的著作物の利用権（著作権法28条）を別の権利に分けている。このことは、現行著作権法が、原著作物（の利用）と二次的著作物（の利用）を区別していることを意味する。

たしかに、既存の著作物に対して翻訳・編曲・変形・翻案という新たな創作行為が加えられたことによって、既存の著作物の創作的表現が残っていない場合、それはもはや二次的著作物と言えないのであるから、二次的著作物と評価されるものである以上、そこには原著作物の創作的表現が残っているとも言えよう。しかし、現行法が、原著作物の利用権（著作権法21条～26条の3）と二次的著作物の利用権（著作権法28条）を別の権利に分けていることからすれば、“二次的著作物の利用は原著作物の利用とは言えない”ことが前提になっているものと考えられる²⁹。

²⁸ 上野・前掲注(3)「ドイツ法における翻案」38頁も参照。

²⁹ ここでは、現行法における著作権法28条は注意規定なのか創設規定なのかという点も問題になり得る。すなわち、二次的著作物の利用は同時に原著作物の利用でもあるため同条は注意規定だと考えるのか、それとも二次的著作物と原著作物とは概念上別の著作物とされているため同条は創設規定だと考えるのかという問題である。もちろん、国際的には前者のような立法例の方が一般的であるというのはたしかであるが、わが国の現行著作権法においては、著作権の内容が原著作物の利用権

そのため、わが国現行著作権法上は、二次的著作物の利用に関する原著作者の著作権の権利については、必ず著作権法28条を適用することになる。その際には、「著作権法28条に基づく〇〇権」や「著作権法28条を介して有する〇〇権」といった表現が用いられる³⁰。これらの表現に限られるわけではないが³¹、どのような表現であれ、二次的著作物の利用に関する原著作者の著作権の権利については、著作権法28条に言及されなければならないのである。

このような観点からすれば、従来裁判実務に散見される「複製権又は翻案権の侵害」という表現は、妥当でない場合がほとんどだと言わなければならない。その理由は次の通りである。

例えば、類似性ある著作物の無断利用に対して著作権侵害に基づく差止請求を行う場合、「複製権又は翻案権の侵害」という表現は妥当でなく、著作権法28条を用いて言い換える必要がある。以下の例を見ていただきたい。

〔例1〕 X小説と類似するY小説を無断で印刷しているYに対して、その印刷の差止めをする場合

この場合、従来の実務においては、「複製権又は翻案権の侵害」に当たると主張がなされることが少なくなかった。そして、これに対する判決も、Y小説がX小説の二次的著作物に当たると判断する場合、「翻案権

(著作権法21条～26条の3)と二次的著作物の利用権(著作権法28条)に区別されているばかりでなく、他の規定においても、原著作者と二次的著作物とがほぼ明確に書き分けられていることに留意すべきである(著作権法3条2項、18条1項後段、19条1項後段等参照)。その意味では、現行法の構造は後者(著作権法28条創設規定説)のように考える方が妥当のように思われる(上野・前掲注(3)「著作権(2)27条・28条」129頁注32参照)。

³⁰ この点が、こうした区別が存在しなかった旧著作権法と異なる点である。すなわち、旧法においては二次的著作物の利用についても著作権の総称であった「複製権」がカバーしていたのである。

³¹ 起草者は、「28条を介して有する権利」のほか、「第28条をクッションとした第21条の複製権」(加戸・前掲注(17)293頁参照)という表現も用いている。

の侵害」に当たるとし、これを理由としてY小説の印刷に対する差止請求を認容するようなことが少なくなかったのである。

しかし、ここでいう「翻案権」（仮にそれが著作権法27条の権利の総称と理解したとしても）は、あくまで二次的著作物を作成するという単発的な行為を対象とする権利に過ぎない。そのため、この権利は、すでに作成された二次的著作物を利用する行為である印刷には及ばないのである。

したがって、現行著作権法の構造にしたがうならば、この場合におけるXの主張としては、「複製権又は著作権法28条に基づく複製権」の侵害を主張し、これらの権利の侵害を理由とする印刷（複製）の差止めを請求するということになる。

そして、もしY小説がX小説に類似するものであると判断され、Xの請求が認容されるとき、判決は次のように判示すべきである。

すなわち、①Y小説がX小説に新たな創作性ある変更を加えたものとは言えず、二次的著作物に当たるとは言えない場合であれば、「複製権の侵害」を肯定し、これを理由とするY小説の印刷の停止請求を認容することになる。他方、②Y小説がX小説の二次的著作物に当たる場合であれば、「著作権法28条に基づく複製権の侵害」を肯定し、これを理由とするY小説の印刷の差止請求を認容することになる。

このように、①の場合も②の場合も「複製権」が問題になっていることが分かるだろう。「複製権又は翻案権」という表現に慣れ親しんでしまった者にとっては、ひょっとしたらこのことが奇異に感じられるかも知れない。しかし、Yが「複製」（＝有形的再製）を行っている場合、常に「複製権」が問題になるのである。上記の場合においては「印刷」という行為が問題となっているのであるから、それは有形的な再製として著作権法上の「複製」（著作権法2条1項15号）に該当する。そうである以上、この場合において常に「複製権」の問題になるというのは当然至極のことなのである。

つまり、利用行為である「複製」というものと、作成行為である「翻案」というものとは、そもそも対置される関係に立たないのである。

そして、Y小説がX小説を翻案した二次的著作物に当たるという場合であれば、たしかに翻案権は侵害されているが、翻案という行為（つまりY小説を作成するという単発的な行為）自体がすでに終了してしまっている

以上、翻案権に基づく差止請求はできない。というのも、翻案権侵害に基づく差止請求は翻案行為それ自体の停止または予防を請求するものに過ぎないからである。

〔例2〕 X小説と類似するY小説を無断で販売しているYに対して、販売の差止めをする場合

この場合も、Xが「複製権又は翻案権の侵害」を問題にするのは正確でない。そうではなく、Xは、「譲渡権又は著作権法28条に基づく譲渡権」に基づく販売（譲渡）の差止請求をすべきである。

そして、もしY小説がX小説に類似するものと判断され、Xの請求が認容されるとき、判決は次のように判示すべきである。

すなわち、①Y小説がX小説に新たな創作性ある変更を加えたものとは言えず、二次的著作物に当たるとは言えない場合であれば、「譲渡権の侵害」を肯定し、これを理由とするY小説の販売の停止請求を認容することになる。他方、②Y小説がX小説の二次的著作物に当たる場合であれば、「著作権法28条に基づく譲渡権の侵害」を肯定し、これを理由とするY小説の販売の停止請求を認容することになる。

〔例3〕 X楽曲と類似するY楽曲を公開演奏しているYに対して、演奏の差止めをする場合

この場合も、Xが「複製権又は翻案権の侵害」を問題にするのは正確でない。そうではなく、Xは、「演奏権又は著作権法28条に基づく演奏権」に基づく演奏の差止請求をすべきである。

そして、もしY楽曲がX楽曲に類似するものであると判断され、Xの請求が認容されるとき、判決は次のように判示すべきである。

すなわち、①Y楽曲がX楽曲に新たな創作性ある変更を加えたものとは言えず、二次的著作物に当たるとは言えない場合であれば、「演奏権の侵害」を肯定し、これを理由とするY楽曲の演奏の停止請求を認容することになる。他方、②Y楽曲がX楽曲の二次的著作物に当たる場合であれば、「著作権法28条に基づく演奏権の侵害」を肯定し、これを理由とするY楽

曲の演奏の停止請求を認容することになる。

“言葉の問題”に過ぎないのか？

このような指摘に対しては、たしかに著作権法の構造はその通りかも知れないが、それは単に言葉の問題に過ぎないという反応が返ってくるかも知れない。

たしかに、二次的著作物の利用が問題となっている事案でもあるにもかかわらず、著作権法28条に言及せず、「複製権又は翻案権の侵害」を理由として二次的著作物の利用の差止請求を認容するなどした従来の裁判例であっても、仮に著作権法28条に言及したからといって当該事案の解決として結論が変わるようなものはないかも知れない。その意味では、そうした裁判例は、明示されていないものの著作権法28条に基づく判示をしたものだと善解すれば、特に問題はないとの考え方もあり得よう。

しかし、現行著作権法は、旧法においては単一の権利（複製権）だった著作権というものを、支分権と呼ばれる複数の権利に分割して規定しただけでなく、それぞれの権利は分割して別々に譲渡できるものと規定しているのである（著作権法61条1項）。もちろん著作権の一部譲渡はどこまで可能かというのは問題になるところであるが、少なくとも支分権ごとに個別に譲渡できることに異論はない³²。

したがって、例えば、ある楽曲 a について、当該著作物を演奏することを内容とする演奏権（著作権法22条）と、これを編曲して作成される二次的著作物 b を演奏することを内容とする著作権法28条に基づく演奏権が、それぞれ別人に帰属するということが考えられる。そのような場合には、原著作物と類似する著作物を無断で演奏する行為に対する差止請求を肯定するとしても、その根拠となる権利が原著作物の演奏権だと考えるのか、著作権法28条に基づく二次的著作物の演奏権だと考えるのかで、差止請求を行うことができる主体が変わってくることになる。従来は、そうした分

³² 加戸・前掲注(7)370頁も、「著作物の利用態様別にどこまで著作権を分割することができるのかといいますと、法律上、第21条から複製権・上演権・演奏権・上映権・公衆送信権という形でそれぞれ規定をしておりますような権利ごとに分けられるということについては、疑いがありません」とする。

割譲渡が問題とならなかった事案ばかりだったために、結論として大きな支障がなかったかも知れない。しかし、この問題を単なる言葉の問題に過ぎないと矮小化することはできないものとする。

こうした指摘に対しては、理論的に見ればたしかに著作権のそうした分割譲渡が可能だとしても、現実そこまで著作権を分割して譲渡する実務はないとの反論があるかも知れない。

しかし、著作権譲渡に関する規定である著作権法61条は、すでにその2項において、「著作権を譲渡する契約において、第27条又は第28条に規定する権利が譲渡の目的として特掲されていないときは、これらの権利は、譲渡した者に留保されたものと推定する」と規定している。したがって、例えば著作権の全部譲渡契約において著作権法28条の権利を特掲しない限り、同条の権利は留保推定される。つまり、著作権法61条2項の推定が覆滅しない限り、むしろ原則として原著作物の利用権（著作権法21条～26条の3）と著作権法28条の権利は別人に帰属することになるのである。

そして、著作権法27条の権利と著作権法28条の権利が別人に帰属することさえ、現実存在する。例えば、JASRACにおける音楽著作権の信託実務である。すなわち、同著作権信託契約約款[平成21年6月19日届出]3条1項後段においては、「委託者が受託者に移転する著作権には、著作権法第28条に規定する権利を含むものとする」と規定されており、著作権法28条の権利は信託譲渡の対象に含まれるが、著作権法27条の権利である編曲権については委託を受けていないと考えられているからである³³。

著作権法28条を正当に適用した裁判例

実際の裁判例においても、現行著作権法の構造にしたがって、著作権法27条と28条を正当に適用したと考えられるものが見受けられる³⁴。

³³ 参考として、『日本音楽著作権協会の組織と業務』（日本音楽著作権協会、1991年）54頁参照。また、同約款改正前の事件として、東京地判平成15年12月19日判時1847号95頁〔記念樹フジテレビ事件〕は、著作権法27条の権利および著作権法28条の権利が、ともに信託契約の対象に含まれていないとした。

³⁴ 以下に掲げる裁判例のほか、大阪地判平成11年7月8日判時1731号116頁〔カッサンドル事件〕、東京地判平成23年6月29日〔「キミへ続く空」事件〕等も参照。

例えば、他人の小説を無断でテレビドラマ化して放映したことが問題となった悪妻物語事件において、判決は次のように述べている。ここでは、テレビドラマの制作（すなわち二次的著作物の作成）が著作権法27条の権利である翻案権の侵害に当たり、他方、作成されたテレビドラマという二次的著作物を放映することが著作権法28条に基づく放送権（現行法上の公衆送信権）の侵害に当たると判示されているのである。

□ 東京高判平成8年4月16日判時1571号98頁〔悪妻物語事件〕

「YらのYテレビドラマの制作はX著作物についてXの有する翻案権を侵害するものであり、また、Yテレビドラマの放映は、Xが著作権法28条により有するYテレビドラマについての放送権を侵害するものというべきである。」（下線筆者）

また、他人の楽曲を無断で編曲したものを放送したことが問題となった記念樹フジテレビ事件において、判決は次のように述べている。この判決においては、事案の特性からも、著作権法27条と28条の区別について正當にも厳密な判示が行われている。

□ 東京地判平成15年12月19日判時1847号95頁〔記念樹フジテレビ事件〕

「(1) 法27条について

法27条は、『著作権者は、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。』と規定し、法28条は、『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、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。』と規定する。このように、法27条は、文言上、『著作物を編曲する権利を専有する』旨定めており、『編曲する』という用語に『編曲した著作物を放送する』という意味が含まれると解することは困難である。そして、法27条とは別個に、法28条が、編曲した結果作成された二次的著作物の利用行為に関して、原著物の著作権者に法21条から27条までの二次的著作物の経済的利用行為に対する権利を定めていることに照らせば、法27条は、著作物の経済的利用に関する権利とは別個に、二次的著作物を創作するための原著物の転用行為自体、すなわ

ち編曲行為自体を規制する権利として規定されたものと解される。

原告会社は、二次的著作物を放送する行為に対しても、法27条の権利侵害が成立すると主張するが、そのように解すると、『編曲』の意味を法27条に例示された形態以上に極めて広く解することになるし、著作権法が法27条とは別個に法28条の規定を置いた意味を無にするものとなるから、法27条を理由とする同原告の主張は、採用することができない。

(2) 法28条について

本件において、甲曲について法27条の権利を専有する原告会社の許諾を受けずに創作された二次的著作物である乙曲に関して、原著作物である甲曲の著作権者は、法28条に基づき、乙曲の複製権（法21条）、放送権（法23条）及び譲渡権（法26条の2）を有するから、原告会社の許諾を得ずに乙曲を放送、録音し、録音物を販売した被告に対しては、法27条に基づくのではなく、法28条に基づいて権利行使をすることができると解すべきである。」（下線筆者）

また裁判例の中には、本稿が述べるような観点から、当事者の主張を正當に修正した裁判例もある。すなわち、他人の言語著作物を翻訳したものを複製等したことが問題となった北朝鮮の極秘文書事件において、判決は次のように述べている。

□ 知財高判平成22年8月4日判時2096号133頁〔北朝鮮の極秘文書事件：控訴審〕

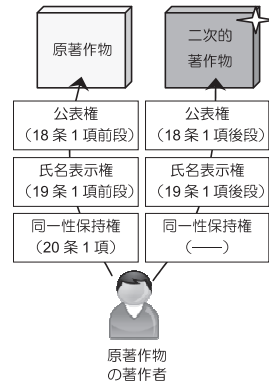
「控訴人は、複製権侵害の主張をするところ、これは、著作権法28条を介しての控訴人著作物の翻訳物である二次的著作物といえる本件韓国語著作物の利用に関する原著作者である控訴人の権利に基づく主張をするものであって、同条の権利の侵害を理由とするものと解することができる。」（下線筆者）

このように、二次的著作物の利用に関する原著作物の著作権者の権利については、あくまで著作権法28条に言及されなければならないのである。

著作者人格権についても同様

以上のことは、著作者人格権にも言える。

わが国現行著作権法上、著作者人格権については、著作権法28条に相当するような一元的な規定がない。そのかわり、著作者人格権を定める各規定の中に、後段という形で、二次的著作物に対する原著作物の著作者の権利が定められている（著作権法18条1項後段、19条1項後段）。



すなわち、著作権法18条1項後段〔公表権〕

は、「当該著作物を原著作物とする二次的著作物についても、同様とする」と規定し、原著作物の著作者が二次的著作物について公表権を有していることを定めている。例えば、ある小説の著作者は、当該小説が公表されないまま、これをもとにした映画が無断で作成され、それが公表された場合は、これに対して公表権の侵害を主張することができるが、それは著作権法18条1項前段ではなく、同項後段によって主張できるということになるのである。

また、著作権法19条1項後段〔氏名表示権〕は、「その著作物を原著作物とする二次的著作物の公衆への提供又は提示に際しての原著作物の著作者名の表示についても、同様とする」と規定し、原著作物の著作者が二次的著作物について氏名表示権を有していることを定めている。例えば、ある小説の著作者は、これをもとにした映画が無断で作成され、それが公衆に提示された場合は、これに対して氏名表示権の侵害を主張することができるが、それは著作権法19条1項前段ではなく、同項後段によって主張できるということになるのである。

このように、著作者人格権についても、あえて後段を設けて、二次的著作物に対する原著作物の著作者の権利を定めている。このことからしても、現行著作権法においては、原著作物（の利用）と二次的著作物（の利用）は区別されていると言えるのである。

ただ、同一性保持権についてだけは著作権法20条1項に後段がなく、二次的著作物に関する明文の規定を欠いている。この点は説明が困難なところであるが、解釈論としては、例えば、ある小説を原作とした映画が作成

され、公に上映されていたという事案において、何者かが当該映画を無断で改変して上映した場合、これに対して原作者が同一性保持権の侵害を主張することは、結論として肯定されて然るべきであろう。したがって、立法論としては、同項に後段を追加することが検討されるべきであるように思われる。

These 2

現行法上の翻訳・編曲・変形・翻案は、二次的著作物の「作成」という単発的行為に過ぎず、その「利用」を含む概念ではない。「複製権又は翻案権」の侵害が主張されているケースの多くは、「複製権又は著作権法28条に基づく複製権」の侵害が問題になっていると言うべきである。

3 「複製」は利用行為の総称ではない

(1) 問題点

前節では、現行法上の翻訳・編曲・変形・翻案は、現行著作権法上あくまで二次的著作物の「作成」行為に過ぎず、二次的著作物の「利用」行為まで含むものではないことを指摘した。では仮に、従来の議論においてよく聞かれる「複製又は翻案」という表現について、そこにおける「翻案」というものを、二次的著作物の作成行為および利用行為の両者を含むものだとして解したとしよう。そうだとすると、そこにいう「複製」とは、著作物の利用行為一般を総称するものではないため、その意味でも「複製又は翻案」という表現は妥当でないという点を次に指摘しなければならない。

従来の裁判例においては、「複製」について、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決³⁵を参照して、「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」と定義するものが数多く見られる³⁶。そしてここでいう「複製」には、「多少の

³⁵ 最一小判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁〔ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件：上告審〕参照。

³⁶ 東京高判平成4年5月14日知財裁集24巻2号385頁〔ポパイ事件：控訴審〕、東京高判平成7年1月31日判時1525号150頁〔会社案内パンフレット事件：控訴審〕、大

阪地判平成7年3月28日知的裁集27巻1号210頁〔商品カタログ事件〕、東京地判平成7年5月31日判時1533号110頁〔ぐうたら健康法事件〕、大阪高判平成9年5月28日知的裁集29巻2号481頁〔エルミア・ド・ホーリイ事件：控訴審〕(第一審判決〔大阪地判平成8年1月31日知的裁集28巻1号37頁〕引用部分)、最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁〔ポパイ事件：上告審〕、東京地判平成10年7月17日〔のびのび更年期事件〕、東京地判平成10年11月16日〔リトルくらぶ事件〕、東京高判平成11年5月26日〔SMAP大研究事件：控訴審〕(第一審判決〔東京地判平成10年10月29日知的裁集30巻4号812頁〕引用部分)、前掲注(34)大阪地判平成11年7月8日〔カッサンドル事件〕、東京地判平成11年7月23日〔坂井真紀事件〕、東京地判平成11年9月28日判時1695号115頁〔新橋玉木屋事件〕、東京高判平成11年11月17日〔ノンタン事件：控訴審〕(第一審判決〔東京地判平成10年3月30日〕引用部分)、名古屋地判平成12年3月8日〔ショッピングセンター設計図事件〕、東京高判平成13年5月30日判時1797号150頁〔キューピーイラスト商標事件〕、東京高判平成13年5月30日判時1797号131頁〔キューピー(対日本興業銀行)事件：控訴審〕、東京高判平成13年5月30日判時1797号111頁〔キューピー(対キューピー株式会社)事件：控訴審〕、東京高判平成14年1月30日〔「井深大とソニースピリッツ」事件：控訴審〕、東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔雪月花事件：控訴審〕、東京地判平成14年9月5日判時1811号127頁〔サイボウズ事件〕、東京高判平成14年9月19日〔「ソニーの『出井』革命」事件：控訴審〕、大阪地判平成14年12月10日〔「21世紀の健康法 気」事件〕、大阪高判平成16年6月30日〔西沢学園CM事件：控訴審〕(第一審判決〔大阪地判平成15年12月18日〕引用部分)、東京地判平成17年12月26日〔「天台宗開眼法要集」事件〕、知財高判平成18年3月15日〔「通勤大学法律コース」事件：控訴審〕(第一審判決〔東京地判平成17年5月17日判時1950号147頁〕引用部分)、知財高判平成18年9月13日判時1956号148頁〔「燃えつきるキャロル・ラスト・ライブ」事件：控訴審〕(第一審判決〔東京地判平成17年3月15日判時1894号110頁〕引用部分)、東京地判平成19年5月28日〔租税論事件〕、大阪地判平成19年6月12日〔YG性格検査用紙事件〕、東京地判平成20年1月31日〔パズル事件〕、東京地判平成20年2月15日〔「運命の顔」事件〕、大阪地判平成21年2月24日〔交通ガイド革命事件〕、大阪地判平成21年3月26日判時2076号119頁〔マンション読本事件〕、東京地判平成21年11月9日〔スピーカ測定システム事件〕、大阪地判平成22年2月25日〔猫のぬいぐるみ事件〕、東京地判平成22年5月19日判時2092号142頁〔美術鑑定証書事件：第一審〕、知財高判平成22年7月14日判時2100号134頁〔「箱根富士屋ホテル」事件：控訴審〕、知財高判平成22年10月13日判時2092号136頁〔美術鑑定証書事件：控訴審〕、東京地判平成22年12月10日〔データ復旧技術サービス事件：第一審〕、知財高判平成23年5月26日判時2136号116頁〔データ復旧技術サービス事件：控訴審〕、名古屋地判平成

修正増減があっても実質的に同一である場合を含む」と述べるものも多い。

最近の裁判例から一例を挙げると、データ復旧技術サービス事件において、知財高裁は次のように述べている。

□ 知財高判平成23年5月26日判時2136号116頁〔データ復旧技術サービス事件：控訴審〕

「著作物の複製（著作権法21条、2条1項15号）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（最高裁昭和50年（オ）第324号同53年9月7日第一小法廷判決・民集32巻6号1145頁参照）。ここで、再製とは、既存の著作物と同一性のあるものを作成することをいうと解すべきであるが、同一性の程度については、完全に同一である場合のみではなく、多少の修正増減があっても著作物の同一性を損なうことのない、すなわち実質的に同一である場合も含むと解すべきである。」

たしかに、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決は、「複製」について次のように述べている。

□ 最一小判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁〔ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件：上告審〕

「旧著作権法（明治32年法律第39号）の定めるところによれば、作者は、その著作物を複製する権利を専有し、第三者が著作権者に無断でその著作物を複製するときは、偽作者として著作権侵害の責に任じなければならないとされているが、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……。」（下線筆者）

このように、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決は、「複製とは」と述べているため、一見すると「複製」の定義をし

23年9月15日〔過払金回収マニュアル事件〕、大阪地判平成24年7月5日〔大江戸浮世絵暮らし事件〕参照。

ているように見える。また、同判決が明らかにした、依拠性がなければ著作権侵害にならないという点は現行著作権法にも当てはまることに異論はない。そして、同判決は、わが国において数少ない著作権法関係の最高裁判決の一つである。したがって、同判決がその後の裁判実務において繰り返し引用されてきたのも理解できる。

しかしながら、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決は、あくまで旧著作権法上の「複製」について判示したものである。この事実は、必ずしも十分に認識されていないのではなかろうか。もちろん、旧法上の「複製」と現行法上の「複製」に実質的な相違がないのであれば何の問題もない。しかし、この両者はまったく異なる概念なのである。したがって、現行法の「複製」について同判決のフレーズを反復することは妥当でない。以下、詳しく検討しよう。

(2) 検 討

ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決は、昭和53年9月7日に下されたものであるから、たしかに、現行法施行(昭和46年1月1日)後に下された判決である。しかし、同事件は現行法施行前にした行為に対する損害賠償請求事件であるため、著作権法附則17条[権利侵害についての経過措置]により、旧法が適用されることになる。

では、旧著作権法上の「複製」とはどのような概念だったのであろうか。

旧著作権法は、「著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」(旧著作権法1条1項)と規定した上で、「文芸學術ノ著作権ハ翻訳権ヲ包含シ各種ノ脚本及楽譜ノ著作権ハ興行権ヲ包含ス」(同条2項)と規定していた。ここでいう「興行権」とは「利益ノ爲メ公衆ノ前ニ演スルノ権利」とされ³⁷、現行法における演奏権等に相当する。このように、旧法上の「複製」(旧法1条1項)は、「有形複製」のみならず「無形複製」(例:演奏、上演、上映)を包括する「著作物の内容及形体を公知せしめる一切の行為」を指すと解されていたのである^{38 39}。

³⁷ 水野鍊太郎『著作権法要義』(有斐閣、1899年)17頁参照。

³⁸ 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—』(文部省、1958年)142頁以下等参照。水野・前掲注(37)11頁も同旨。

旧著作権法 1 条

文書演述図画建築彫刻模型写真演奏歌唱其ノ他文芸學術若ハ美術（音楽ヲ含ム以下之ニ同ジ）ノ範圍ニ属スル著作物ノ著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ權利ヲ専有ス

2 文芸學術ノ著作権ハ翻訳權ヲ包含シ各種ノ脚本及樂譜ノ著作権ハ興行權ヲ包含ス

これに対して、現行法上の「複製」は「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること」と定義されている（著作権法 2 条 1 項 15 号）。これは、有形的再製という一つの利用方法に過ぎず、演奏や上映といった無形的な利用行為を含むものではない。誤解をおそれずに言えば、現行著作権法上の「複製」とは、特許法上の実施概念の一つである「生産」（特許法 2 条 3 項 1 号）に相当するものと言えよう。

著作権法 2 条 1 項 15 号 [定義]

十五 複製 印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することをいい、次に掲げるものについては、それぞれ次に掲げる行為を含むものとする。

（以下略）

では、有形的再製とは何であろうか。その例示として、条文に「印刷、写真、複写、録音、録画」が掲げられていることから分かるように、有形的再製とは有形物⁴⁰への固定を意味する。すなわち、紙への印刷、レコードへの録音、ハードディスクへの録画などである。

「再製」という用語は、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決でも用いられているが、現行法における複製の定義規定に

³⁹ なお、旧法以前は、「翻刻」（著作権法 [明治 26 年法律第 16 号] 1 条等参照）という用語が用いられていたが、それが「狭キニ失スル」として「複製」に改められたものである（水野・前掲注 (37) 11 頁参照）。

⁴⁰ ここで有形物と言っても、人体は有形物に当たらないというのが民法上の多数説であるため、ここでは有形物としておく。

見られる「複製」とは、単に「固定」というような意味に過ぎない。起草者も、「旧著作権法では、無形的な利用態様である無形複製、即ち放送・演奏なども複製概念に含めて規定しておりましたが、ここでの複製は有形的な複製だけに限定しております。『印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に複製すること』とは、具体的に存在する物の中に著作物等を収録する行為をいいます」(下線筆者)と述べている⁴¹。

以上のように、複製権という権利は、現行法上、有形的複製という行為を対象とする一つの支分権に過ぎないのである。今一度、現行著作権法における著作権の構造を見ていただきたい(表2)。

〔表2〕現行著作権法における著作権の構成

著作権	原著作物の利用	有形的		複製権（21条）
		無形的	公衆への提示	上演権・演奏権（22条）
				上映権（22条の2）
				公衆送信権等（23条）
				口述権（24条）
				展示権（25条）
		公衆への提供	頒布権（26条）	
			譲渡権（26条の2）	
			貸与権（26条の3）	
	二次的著作物の作成			翻訳権、翻案権等（27条）
二次的著作物の利用			二次的著作物利用権（28条）	

旧法では、この表に含まれる著作権の全体が「複製権」という権利であった。いわば、旧法上の「複製権」とは著作権という権利そのものを意味していたのである。

これに対して、現行法上の「複製権」というのは、上記表2のうち網掛け部分のみを指す。つまり現行法は、旧法においては「複製権」として一括されていた著作権を、あえて複数の権利(支分権)に分割した上で、そのうちの一つの権利に過ぎない有形的複製権に「複製権」という名称を与えたというわけなのである。

⁴¹ 加戸・前掲注(7)51頁参照。

そのように考えると、現行法の制定に際して、現行法上の複製権には「複製権」という名称ではなく、「有形的再製権」や「有形的固定権」といった名称を与えた方が誤解を招かなかったのかも知れない。ただ、国際的な観点からも、有形的再製権を「複製権」と呼んだこと自体はやむを得ない。

しかしながら、現行法上の「複製」に関して、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決が旧法上の「複製」について示したフレーズを反復するのは、妥当でないと言わなければならない。

この点、同判決の調査官解説においては、「事案は、旧著作権法……に関するものであるが、本判決に示された解釈は、現行著作権法の解釈についてもそのまま妥当するといって差し支えない」と述べられている⁴²。たしかに、同判決が明らかにしたことのうち、依拠性がなければ著作権侵害にならないという点は、現行法でもそのまま妥当する解釈である。したがって、その限りにおいてこの解説は妥当と言える。しかし、「複製」概念の定義については、「現行著作権法の解釈についてもそのまま妥当する」とは言えないはずである。にもかかわらず、後の議論においては、現行法と旧法との「複製」概念の相違について必ずしも十分な認識がないまま、同判決が現行法においてもそのまま妥当するものと誤解されてきたきらいがあるように思われるのである。

「複製又は翻案に当たる」とは「同一又は類似」の意味か？

以上のような指摘に対しては、次のような反応があるかも知れない。

すなわち、従来の議論においてよく用いられてきた「複製又は翻案に当たる」というフレーズは、結局のところ、Y著作物とX著作物とが「同一又は類似」すること（類似性）を意味するものとして用いられているのだ、というものである。

たしかに、従来の議論において「複製又は翻案に当たる」というフレーズに接するとき、それは事実上、「同一又は類似」という意味に用いられているのではないかと感じられることはよくある⁴³。これにしたがうと、

⁴² 小酒禮「判解〔最判昭和53年9月7日〕」『最高裁判例解説民事篇（昭和53年度）』（法曹会、1982年）415頁参照。

⁴³ その背景には、もしかすると「複製」という用語が、日常用語におけるコピー（す

Y著作物とX著作物との類似性があることを表現する際に、「Y著作物はX著作物の複製又は翻案に当たる」と表現されることになる。

しかし、「同一又は類似」であることを「複製又は翻案に当たる」と表現するのは、現行著作権法の用語として、ほとんどの場合、妥当でないと言わなければならない。

たしかに、Yが有形的再製行為をしている場合（例：印刷、製造）であれば、「複製又は翻案」という表現を用いることが一応可能な場合があり得る。例えば、YがX歌詞に変更を加えながら類似性あるY歌詞をノートに記入している場合において、Xが「Yの行為はX歌詞の複製又は翻案に当たる」と表現することは一応可能である。つまり、Y歌詞の作成においてX歌詞に加えられた変更に新たな創作性がない場合、Y歌詞をノートに記入する行為は有形的再製としてX歌詞の「複製」に当たり、他方、Y歌詞の作成においてX歌詞に加えられた変更に新たな創作性がある場合、Y歌詞を作成しながらノートに記入する行為は二次的著作物作成行為としてX歌詞の「翻案」に当たると言えるからである⁴⁴。

これに対して、Yが無形的利用行為をしている場合（例：演奏、上演、上映、口述、公衆送信）であれば、「複製又は翻案」を問題にすることはできない。例えば、YがX楽曲と類似するY楽曲を演奏している場合において、Xが「Yが演奏しているY楽曲はX楽曲の複製又は翻案に当たる」と主張することはできない。というのは、たとえYの著作物がXの著作物

なわち変更を加えずに引き写すこと）という意味で理解されてきたという事情があるかも知れない。しかし、現行法上の「複製」はあくまで有形的再製（有形物への固定）である。例えば、いわゆるパソコン操作上のコピー＆ペーストというものも、それが有形的再製と言えない限りは、現行著作権法上の「複製」に当たらないのである。

⁴⁴ このとき、X歌詞に新たな創作性ある変更を加えたY歌詞を作成しつつノートに記入する行為は、X歌詞の翻案に当たるだけでなく、有形的再製行為でもあるため、翻案によって作成されたY歌詞の複製（Xの著作権法28条に基づく複製権が及ぶ）にも当たる可能性がある。実際のところ、例えば、著作権法49条2項1号においては、私的複製（著作権法30条1項）に伴う翻訳・編曲・変形・翻案（著作権法43条1号）によって作成されたものについて、「二次的著作物の複製物」という表現が用いられている。

と「同一又は類似」するものであったとしても、ここでは有形的再製が行われていないため、著作権法上の「複製」という表現を用いることはできないからである⁴⁵。

したがって、従来の実務において、「複製又は翻案に当たる」という表現が、Y著作物とX著作物とが「同一又は類似」という意味で用いられているとしても、著作権法の用語としてはそれも妥当でないのである⁴⁶。

複製物は著作物ではない

そして、さらに別の理由から、「Y著作物はX著作物の複製に当たる」という表現それ自体、厳密にいうと正確ではないと言わなければならない。

なぜなら、現行法上、「複製」とはあくまで「複製物」を作成する行為（＝有形物への固定）である。現行著作権法上、複製物（＝有形物）と著作物（＝無体物）とは、明確に区別されている。例えば、著作権法26条1項〔頒布権〕は、「著作者は、その映画の著作物をその複製物により頒布する権利を専有する」と規定している。ここで頒布という行為の直接の対象はあくまで著作物という無体物であり、複製物という有形物ではない。結局のところ、著作物の「複製」により作成されるのは複製物という有形物であり、それは著作物という無体物それ自体ではないのである。

⁴⁵ また、前述のように「翻案」を総称として用いるべきでない以上、本来であれば「編曲」が問題になるべき音楽の著作物について「翻案」という用語を用いることも妥当でないことになる。

⁴⁶ なぜ「複製又は翻案」というような表現が実務上広まったのか、その原因についても検討してみる価値はあろう。もしかすると、著作権法16条が「複製」と「翻案」を対置しているように見えることが、「複製又は翻案」という表現の定着に影響した可能性もある。つまり、著作権法16条前段は、「映画の著作物の著作者は、その映画の著作物において翻案され、又は複製された小説、脚本、音楽その他の著作物の著作者を除き、制作、監督、演出、撮影、美術等を担当してその映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与した者とする」と規定しているからである。しかし、小説や脚本は二次的著作物である映画の著作物の原著物として「翻案」されており、また、音楽などは映画の著作物という「物に固定されている」もの（著作権法2条3項）に「複製」（有形的再製）されているものであるから、同条の場合は「複製」と「翻案」のみが問題となり得るに過ぎないのである。

このような観点から見れば、「Y著作物はX著作物の複製に当たる」という表現は、X著作物の複製により作成されるものがY著作物という無体物に当たるかのように表現してしまっている点で妥当でない。

これに対して、翻訳・編曲・変形・翻案という行為は二次的著作物を作成する創作行為であるから、既存の著作物の翻訳・編曲・変形・翻案により作成されるものは著作物（二次的著作物）という無体物であり、有形物ではない。したがって、「Y著作物はX著作物の翻案に当たる」という表現は問題ないことになる。

ただ、「複製」（＝複製物の作成）と「翻案」（＝著作物の作成）とは、複製物という有形物の作成行為なのか、それとも著作物という無体物の作成行為なのかという点で次元が異なることに留意しなければならない。このような観点から見れば、「複製」と「翻案」という概念は、「複製又は翻案」というような形で併置・対置されるような関係に立つものではそもそもないと言わなければならない。

同様に、「複製物」（＝有形物）と「二次的著作物」（＝無体物）という概念も、「複製物又は二次的著作物」というような形で対置されるような関係に立つものではない。実際のところ、著作権法49条2項においても、「著作物の複製物」（同条1項参照）に対置されるものとして「二次的著作物の複製物」という表現が用いられている。

このように考えると、「Y著作物はX著作物の複製に当たる」という表現は妥当でないということになるが、それでもなおこうしたフレーズに違和感を覚えない向きがあるかも知れない。

では例えば、特許法において、「Y発明はX特許発明の『生産』に当たる」と表現するであろうか。発明は無体物であるのに対して、生産によって作成されるのは有形物なのであるから、「Y発明はX特許発明の『生産』に当たる」と表現することはできないはずである。「Y著作物はX著作物の複製に当たる」という表現が妥当でないというのは、これと同じことなのである。

特許法では、そのかわりに「イ号物件はX特許発明の技術的範囲に属する」などと表現される。つまり、生産という行為の成否の問題ではなく、客体の問題なのである。これと同じように考えるならば、“Y著作物がX著作物と類似する”（＝類似性）ということは、実はあくまで客体の問題

なのであって、複製（有形的再製）などといった行為の成否の問題ではないということが分かってくる。逆に言えば、行為の成否の問題は、客体を含まないものとして純化して理解すべきなのである。

“類似性がなければ「複製」に当たらない”のか？

にもかかわらず、従来の裁判実務等においては、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決を参照しつつ、「再製」や「複製」といった概念に、「実質的に同一」が含まれると解するものが散見される。

もちろん、たとえ多少の変更が加えられていても、なお類似性が肯定されるのであれば著作権侵害に当たるといって自体はその通りである。しかし、そのことを“類似性がなければ「複製」に当たらない”と表現することは、現行著作権法の用語からして妥当ではない。具体例を見てみよう。

例えば、通勤大学法律コース事件の第一審判決は次のように述べている。

- 東京地判平成17年 5 月17日判時1950号147頁〔通勤大学法律コース事件：第一審〕

「著作物の複製（著作権法21条、2 条 1 項15号）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（最高裁昭和50年（オ）第324号同53年 9 月 7 日第一小法廷判決・民集32卷 6 号1145頁参照）。ここで、再製とは、既存の著作物と同一性のあるものを作成することをいうと解すべきであるが、同一性の程度については、完全に同一である場合のみではなく、多少の修正増減があっても著作物の同一性を損なうことのない、すなわち実質的に同一である場合も含むと解すべきである。」（下線筆者）

あるいは、キャロル・ラスト・ライブ事件の第一審判決は次のように述べている。

- 東京地判平成17年 3 月15日判時1894号110頁〔キャロル・ラスト・ライブ事件：第一審〕

「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（最高裁昭和

50年(オ)第324号同53年9月7日第一小法廷判決・民集32巻6号1145頁)。そして、複製には、表現が完全に一致する場合に限らず、具体的表現に多少の修正、増減、変更等が加えられていても、表現上の同一性が実質的に維持されている場合も含まれるというべきである。」(下線筆者)

そして、SMAP大研究事件の第一審判決は次のように述べている。

□ 東京地判平成10年10月29日知的裁集30巻4号812頁〔SMAP大研究事件：第一審〕

「複製とは、『印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること』であり(著作権法2条1項15号)、既存の著作物に依拠して、その内容及び形式を覚知させるに足りるもの、すなわち、これと表現形式上同一性を有するものを作成することをいう。複製には、表現が完全に一致する場合に限らず、具体的な表現形式(言語の著作物においては、叙述の順序、用語、言い回し等の文面上の表現がこれに当たる。)に多少の修正、増減、変更等が加えられていても、表現形式の同一性が実質的に維持されている場合も含まれるが、誰が書いても似たような表現にしかならない場合や、当該思想又は感情を表現する方法が限られている場合には、同一性の認められる範囲は狭くなると解される。」(下線筆者)

さらに、ポパイ事件の最高裁判決は次のように述べている。

□ 最一小判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁〔ポパイ事件：上告審〕

「ところで、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ころ(最高裁昭和50年(オ)第324号同53年9月7日第一小法廷判決・民集32巻6号1145頁参照)、複製というためには、第三者の作品が漫画の特定の画面に描かれた登場人物の絵と細部まで一致することを要するものではなく、その特徴から当該登場人物を描いたものであることを知り得るものであれば足りるというべきである。」(下線筆者)

また学説上も、例えば中山信弘教授は、「複製権・翻案権侵害となるた

めには、他人の著作物に依拠して同一あるいは類似のものを再製することが必要である。この要件は条文には現れていないが、『再製』という語のなかに含意されており、従来から学説上はこの要件について異論のないところであり、最判昭53・9・7（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件）で確認された」（下線筆者）と述べている⁴⁷。

このように、「複製」（あるいは再製）という概念それ自体の中に「実質的同一」を含めるという考え方が広く見られる。そのルーツを探ってみると次のようなことが分かる。

まず、旧法下の裁判例において、「複製」それ自体の解釈として、「複製」には、表現が完全に同一の場合に限らず、多少の修正増減が加えられていても、実質的に同一である場合も含まれる」とするものが見られる。それは、実業之日本事件の大審院判決が次のように述べたことに始まる。

□ 大判明治37年4月21日刑録10輯848頁〔実業之日本事件〕⁴⁸

「著作権法第一條ノ所謂複製トハ原著作物ト全然同一ノモノヲ再製スル行為ノミヲ謂フニ非スシテ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ニ於テ彼此同一ナル程度ノモノヲ作製スルモ亦複製ナリトス」（下線筆者）

そして、学習用紙富士山事件の大審院判決も次のように述べている⁴⁹。

□ 大判昭和10年5月24日刑集4巻560頁〔学習用紙富士山事件〕

「著作権法ニ所謂複製トハ原作ト全然同一ノモノヲ再製スル場合ニ限ラ

⁴⁷ 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）461頁参照。

⁴⁸ 著作権判例研究会編『最新著作権関係判例集Ⅱ-1』（ぎょうせい、1986年）336頁も参照。

⁴⁹ また、大阪高判昭和42年11月13日下刑集9巻11号1329頁〔宣伝用テープ事件〕も、「右複製とは原著作物であるレコードと同一のものをそのまま再製する場合に限らずその枝葉において多少の修正増減があつても人をして原作の再製なりと感知せしめる場合も亦複製たるを失わないものと解すべきであるところ（昭和10、5、24大審院刑事判例集14巻560頁参照）」と判示している。

ス其ノ枝葉ニ於テ多少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ス」(下線筆者)

その後の学説の中には、こうした裁判例を——それらが旧法下における「複製」について述べたものであるにもかかわらず——そのまま現行法の解釈として引用しているように見えるものもある。すなわち、半田教授はその体系書において、「複製は原著作物の再生であるが、必ずしも原著作物と全く同一のものを作り出す必要がなく、多少の修正増減があっても著作物の同一性を変じないかぎり、同一物の複製にあたり、複製権はこれに及ぶことになる(大判明治37・4・21刑録10輯848頁、大判昭和10・5・24刑集4巻560頁)」と述べている⁵⁰。

こうした説明によって、旧法上の「複製」に関する大審院判決の解釈が、現行法下においても、裁判例や学説の一部によって継承されることになったという可能性は否定できないように思われる。

実際のところ、現行法下の裁判例にも、“類似性がない場合には「複製」に当たらない”という趣旨のことを述べるものが見受けられる。すなわち、ホテル・ジャンキーズ事件の控訴審判決は次のように述べている。

□ 東京高判平成14年10月29日〔ホテル・ジャンキーズ事件：控訴審〕

「一口に創作性が認められる表現といっても、創作性の程度すなわち表現者の個性の発揮の程度は、高いものから低いものまで様々なものがあることは明らかである。創作性の高いものについては、少々表現に改変を加えても複製行為と評価すべき場合があるのに対し、創作性の低いものについては、複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみであって、少し表現が変えられれば、もはや複製行為とは評価できない場合がある、というように、創作性の程度を表現者以外の者の行為に対する評価の要素の一つとして考えるのが相当である。」(下線筆者)

もちろん、創作性の高低が類似性の判断に密接に関連すること自体は、

⁵⁰ 半田・前掲注(16)129頁参照。なお、同書の初版(半田・前掲注(15))119頁もほぼ同文である。

その通りである。つまり、創作性が高い著作物については類似性が肯定されやすく、創作性が低い著作物については類似性が肯定されにくいという自体は、広く認められているのである⁵¹。

しかし、そのことを「複製行為と評価できるかどうか」と表現することには問題がある。

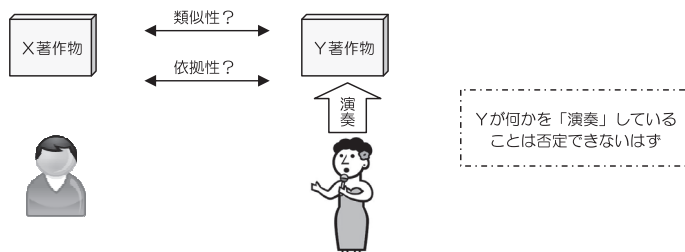
類似性はなくとも行為は行われている

例えば、問題となるYの行為が出版であるという場合を考えてみよう。この場合、たとえ結論として類似性が認められないとしても、Yが印刷という複製行為（有形的再製）を行っていることは否定できない。ここで問題とすべきは、複製行為があったかなかったかではなく、印刷という複製行為の客体がX著作物と類似するものかどうかという点のほうである。

したがって、ここで類似性が認められない場合、それは複製行為がないというのではなく、何らかのものを印刷するという複製行為は行われているが当該印刷の客体がX著作物と類似するものではない——言い換えるならば、“X著作物の複製とは評価できない”——と表現すべきなのではなかろうか。

以上のような説明になお釈然としないものが感じられるとすれば、もしかすると「複製」という概念に、いつの間にか現行法上の定義とは異なる意味を盛り込んでしまっている可能性があるように思われる。

そこでまず、「複製」ではなく「演奏」を例に説明させていただきたい。



⁵¹ この点については、上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室319号167頁以下（2007年）、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（有斐閣、2009年）248頁以下〔上野執筆〕258頁参照。

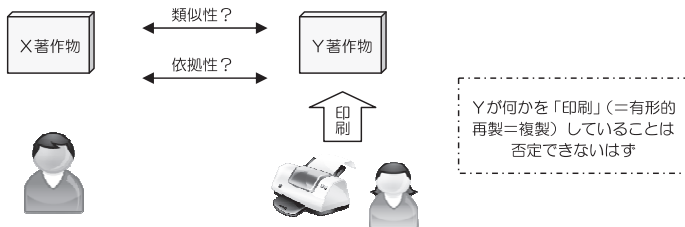
例えば、YがXの音楽著作物に依拠して作成したY著作物を公に演奏しているという場合を考えてみよう。もし、X著作物とY著作物の類似性が認められれば、XはYに対して演奏権侵害を理由とする差止請求を行うことができる。しかし、YがX著作物の抽象的なアイデアにヒントを受けただけであり、X著作物とY著作物の類似性が認められない場合は、たとえ依拠性があっても演奏権侵害は否定される。このことは疑いがないだろう。

ではここで、“Yは演奏という行為をしていない”と表現するであろうか。しないはずである。Yが何かを「演奏」していること自体は否定できないはずだからである。

同様に、YがXの音楽著作物に類似するY著作物を公に演奏しているが、Yには依拠性がなく、偶然一致したに過ぎなかったという場合を考えてみよう。この場合も演奏権侵害にならないことは疑いがない。

ではここで、“Yは演奏という行為をしていない”と表現するであろうか。しないはずである。Yが何かを「演奏」していること自体は否定できないはずだからである。

ここまでは理解が得られるのではなかろうか。では次に、まったく同じことを「演奏」ではなく「複製」について考えていただきたい。



例えば、YがXの著作物に依拠して作成したY著作物をプリンターで印刷しているが、X著作物とY著作物の類似性が認められない場合は、複製権侵害は否定される。同様に、YがXの著作物に類似するY著作物をプリンターで印刷しているが、Yに依拠性が認められない場合は、複製権侵害は否定される。

ではここで、“Yは印刷という行為をしていない”と表現するであろうか。しないはずである。Yが何かを印刷していること自体は否定できないはず

だからである。

いうまでもなく、「印刷」というのは、著作権法2条1項15号の例示にも挙げられているように、有形的複製として著作権法上の「複製」に当たる。そうであれば、この場合は、複製行為が行われていないのではなく、複製行為は行われているが当該複製行為の客体がX著作物と類似するものではない——言い換えるならば、“X著作物の複製とは評価できない”——と表現すべきなのである。

以上のような指摘に対しては、たしかに「演奏」については理解できるが、「複製」については違和感を禁じ得ないとの声があるかも知れない。なるほど、「複製」という言葉は、「複」という文字のイメージや一般的な語義からして、それ自体の中に類似性や依拠性を含んだ概念のように感じられるというのも理解できなくはない。また、「再製」という言葉も、「再」という文字のイメージからして同様に感じられるかも知れない。

しかし、それは「複製」という概念に、いつの間にか現行法上の定義とは異なる意味を盛り込んでしまっていることのあらわれではなかろうか。現行法上の「複製」というのは、演奏、上映、口述などと並んで、著作物の利用形態の一つに過ぎないのである。たとえ一般の語義からして違和感があるとしても、法令用語としては、現行法上の「複製」は有形的複製行為と理解するほかはないはずである。また、「再製」というのも、先述の通り、現行法上は単に「固定」という意味に過ぎないのである。

もちろん、多少の修正増減が加えられても結果として類似性が認められるのであれば著作権侵害に当たるということ自体はたしかである。しかし、それは現行法上の「複製」に限った話ではない。例えば、演奏や上映など、いかなる利用行為についても、多少の修正増減が加えられても結果として類似性が認められるのであれば著作権侵害に当たるのである。

したがって、現行法においては、類似性を「複製」や「再製」それ自体の問題と捉えることは妥当でない。

このように考えると、従来の議論においては、「複製には、表現が完全に同一の場合に限らず、多少の修正増減が加えられていても、実質的に同一である場合も含まれる」などと言われることが多いが、こうした類似性の問題を「複製」という言葉の問題と捉えるのは正確でないということになる。それは例えば、『『上映』には、表現が完全に同一の場合に限らず、

実質的に同一である場合も含む」とは言わないのと同じである。

結局のところ、類似性とは、「行為」（例：複製、演奏、翻案）の成否の問題ではなく、「客体」の問題だということなのである。

このような観点からすれば、結果として類似性が認められる場合においては、「Y著作物はX著作物の複製又は翻案に当たる」と表現するのではなく、「Y著作物はX著作物又はその二次的著作物に当たる」と表現するのが妥当ということになる。

These 3

現行法上の「複製」は利用行為の総称ではなく、有形的再製（＝有形物への固定）という一つの利用行為に過ぎない。「複製又は翻案に当たる」という表現が類似性を意味するものとして用いられているとしても、それは現行法上の「複製」の定義には合致しない。