



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権法における侵害要件の再構成（2・完）：「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, 42, 39-87
Issue Date	2013-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52392
Type	departmental bulletin paper
File Information	42_02.pdf



著作権法における侵害要件の再構成(2・完) —「複製又は翻案」の問題性—

上 野 達 弘

4 「翻案権」は保護範囲を拡大しているわけではない

(1) 問題点

前節では、現行法上の「複製」は利用行為の総称ではなく、従来の議論においてよく聞かれる「複製又は翻案に当たる」という表現を「同一又は類似」を意味するものとして用いることは妥当でないことを述べた。では仮に、「複製又は翻案に当たる」という表現を「同一又は類似」という意味だと理解したとしよう。そうだとすると、「複製」と「翻案」には保護範囲に違いがあるわけではないという点を次に指摘しなければならない。

従来の議論においては、“翻案権は著作物の保護範囲を拡大したものである”といった表現が散見される。その背景には、“翻案よりも複製の方が類似性は高い”とか、“複製よりも翻案の方が加えられる変更の程度が大きい”といった理解が潜んでいるように思われる。つまり、複製というのは「実質同一」の範囲であるのに対して、翻案というのは「類似」の範囲まで保護を拡大したものだという理解である。このような考えにしたがうと、類似性の判断というのは、まさに“翻案の成否”にほかならないことになる。

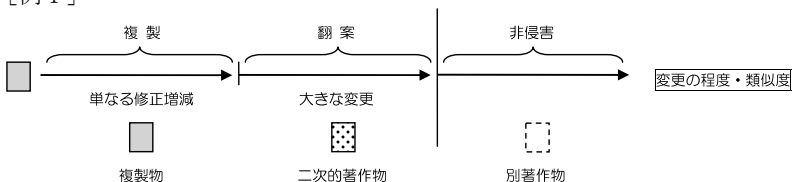
例えば文献でも、次のような説明を見かけることがある⁵²。

⁵² 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系第27巻知的財産関係訴訟法』（青林書院、1997年）125頁参照。その他、大野聖二「翻案権侵害について」『知的財産法の理論と実務第4巻著作権法・意匠法』（新

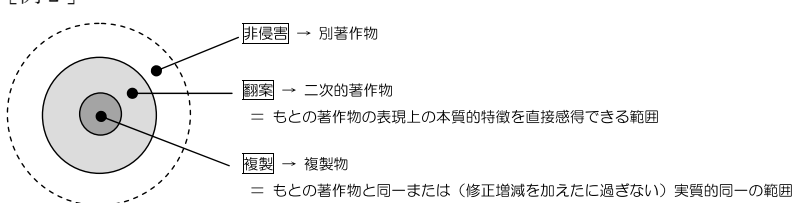
「…原著作物と二次的著作物とで表現形式の類型が共通する場合、例えば、言語の著作物の要約（ダイジェスト）、編曲の中のある種のもの、コンピュータ・プログラムのバージョン・アップ等の中には、改作の程度の大小により、侵害行為としてみるとそれが複製権侵害であるか翻案権侵害であるかが問題となる場合がある。このような場合を模式的に考えると、改作の程度がだんだん大きくなっていくと、それより改作の程度が小さければ複製、大きくなれば翻案という境界があることになるが、著作権侵害行為として被害著作物の改作の程度が、その境界付近の場合どちらと判断するかが微妙になる。」（下線筆者）

このような理解に基づき、次のような模式図が描かれることがある⁵³。

〔例 1〕



〔例 2〕



日本法規、2007年）196頁以下（「ただ、翻案の方が複製よりも原著作物に加えられる修正、増減、変更等の程度が大きいので、限界事例となり易いという相違がある」）等も参照。

⁵³ 例えば、岡村久道『著作権法』（商事法務、2010年）203頁、高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号5頁（2008年）、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（日本評論社、2012年）239頁参照。

すなわち、Y著作物がX著作物と完全に同一の場合は「複製」であると評価され、多少の変更が加えられていてもそれが単なる修正増減にとどまる場合は実質的同一であるから、いまだ「複製」と評価される。他方、その変更がより大きくなると「翻案」と評価され、さらにその変更が大きくなってもはや別の著作物になれば「翻案権」の侵害が否定される、というような説明である。

このような考え方にしがうと、翻案権侵害に当たらない場合は、当然に複製権侵害にも当たらないということになる。実際のところ、複製権および翻案権の侵害が問題になった事例において、次のように判示した裁判例がある。

□ 大阪地判平成22年2月25日〔猫のぬいぐるみ事件〕

「本件において、原告は、被告各製品が原告各作品を複製又は翻案したものであるとして著作権侵害を主張しているところ、少なくとも被告各製品が原告各作品を翻案したと認められる程度に類似したものでなければ、複製権侵害が生じる余地もないのであるから、以下では、まず翻案権侵害の成否について検討することとする。」(下線筆者)

つまり、翻案権侵害に当たらないのであれば、当然に複製権侵害にも当たらないのであるから、原告が複製権侵害および翻案権侵害の主張をしている場合であっても、まず翻案権侵害の成否を問えばよいのであって、翻案権侵害が否定されれば複製権侵害について検討する必要はないというわけである。これは、「翻案」の方が「複製」よりも類似度が高いという理解に基づいていると言えよう。

このような考え方にしがうならば、著作権侵害における類似性の問題とは、「翻案に当たるかどうか」「翻案の成否」の問題に尽きることになる。実際のところ、従来の議論においても、類似性の問題をテーマとする論文や講演のタイトルにおいて、そのような表現が用いられることが多く見られる。

さらに、従来の議論においては、「実質的同一」の範囲が「複製権」侵害であり、「類似」の範囲が「翻案権」侵害だという理解も散見される。例えば、最近の裁判例においても、次のように述べたものが見られる。

□ 知財高判平成20年2月12日〔営業マネジメント事件：控訴審〕⁵⁴

「思想又は感情を創作的に表現した言語の著作物について、実質同一の表現を模倣した場合は複製権侵害として、表現上の本質的特徴を直接感得できる程に類似したものを依拠して作成した場合は翻案権侵害として、著作権侵害が認められる」（下線筆者）

これは、「複製又は翻案」という表現を「同一又は類似」の意味で用いる考えに基づくものと考えられる。

このように、「複製」と「翻案」の違いは類似度の差に過ぎないと考ええる立場にしたがうならば、次に見るように、複製権に基づく請求と翻案権に基づく請求は、訴訟物としても一個とされることがある⁵⁵。

「このように複製と翻案は、別個の概念であり、訴訟において、それらの侵害を主張する当事者が主張立証すべき事実も、必ずしも同じであるとはいえないが、著作者の財産権を保護するという点では共通しており、前記一のとおり、譲渡性等の法的保護の態様を同じくしている上、当事者が主張立証すべき事実も、大きく捉えると原著作物と被告著作物がいかに似ているかということであるから、複製権と翻案権に基づく請求をそれぞれ別個の訴訟物とするより、一個の訴訟物と解するのが相当ではないかと思われる。」（下線筆者）

(2) 検 討

しかし、“翻案権は複製権よりも著作物の保護範囲を拡大したものだ”とか、“翻案よりも複製の方が類似性は高い”といった理解は妥当でない。

たしかに、旧著作権法では、改作利用行為（現行法にいう二次的著作物作成行為）も「複製」に当たり、「複製権」によってカバーされていた⁵⁶。

⁵⁴ 同事件第一審判決（東京地判平成19年8月30日）引用部分。

⁵⁵ 森義之「著作権侵害訴訟における訴訟物について」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系第26巻知的財産権』（新日本法規、2009年）368頁参照。

⁵⁶ 小林・前掲注(38)144頁は、『複製』とは原形の倣で弘布する場合のみならず、修正増減を加えて（即ち改作して）弘布する場合をも包含する（著作権法第19条本

実際のところ、旧法においては、著作権に「翻訳権」が含まれるものと規定され（旧著作権法1条2項）、また脚色して映画化することも「複製」として「著作権」に含まれるものと規定されていたのである（旧著作権法22条の2）。

旧著作権法1条2項

2 文芸學術ノ著作物ノ著作権ハ翻訳権ヲ包含シ各種ノ脚本及樂譜ノ著作権ハ興行権ヲ包含ス

旧著作権法22条の2

文芸、學術又ハ美術ノ範圍ニ屬スル著作物ノ著作権ハ其ノ著作物ヲ活動写真術又ハ之ト類似ノ方法ニ依リ複製（脚色シテ映画ト為ス場合ヲ含ム）シ及興行スルノ權利ヲ包含ス

他方、旧著作権法にも「翻案」という文言は用いられていた。ただ、旧法上の「翻案」は、常に創作性のある行為というわけではない。むしろ、旧法上の「翻案」というのは基本的には二次的著作物を作成する行為ではないとされる一方で（旧法19条本文）、もし「翻案」に創作性がある場合は、それによって作成されるものが「新著作物」に当たるものと規定されていた（同条但書）。ここで「新著作物」とは、まったく別個の著作物という意味ではなく、現行法にいう二次的著作物を意味する。

旧著作権法19条

原著作物ニ訓点、傍訓、句読、批評、注解、附録、図画ヲ加ヘ又ハ其ノ他ノ修正増減ヲ為シ若ハ翻案シタルカ為ニ著作権生スルコトナシ但シ新著作物ト看做サルヘキモノハ此ノ限ニ在ラス

このように、旧法上の「翻案」とは、要するに改作行為一般を意味する

文参照)。改作者が別箇に第二次著作者としての著作権を原始取得する場合であっても、矢張り原著作物の著作者の複製権侵害の事実は消滅しない」とする。

のであり、二次的著作物の作成行為に当たる場合もあれば、そうでない場合もあるということになる。

かつての学説には、こうした旧法の理解に引きずられて、現行法上の「翻案」にも、創作性のない改作が含まれるとするものが見られた。例えば、半田教授は、旧法19条と現行法2条1項11号に触れつつ、「翻案すべてが翻案著作物となるわけではない。……翻案が翻案著作物として著作権法上の保護を受けるようになるためには、著作物としての一般的成立要件、なかなか創作性の具備が必要とされる」と述べている⁵⁷。

複製等と翻訳・編曲・変形・翻案の違いは類似度の差ではない

しかし、現行法における翻訳・編曲・変形・翻案は、常に二次的著作物の作成行為である。これは、まさに江差追分事件の最高裁判決が明らかにした点でもある。すなわち、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」と判示したのである（下線筆者）。

したがって、複製等（＝原著物の利用）と翻訳・編曲・変形・翻案（＝二次的著作物の作成）との違いは、変更の程度ではなく、“変更に創作性があるかどうか”に尽きるのである。この両者の違いを“類似度の差”と捉えるのは妥当でない。

このような指摘に対しては、現実問題として考えれば、“複製よりも翻

⁵⁷ 半田正夫『著作物の利用形態と権利保護』（一粒社、1989年）188頁以下参照。また、染野啓子「アニメーションのキャラクター—たいやき君事件」斎藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』（有斐閣、第2版、1994年）47頁（「2条1項11号は、変形を二次的著作物成立の要件の一つとしているが、同時に、『創作した』ものであることも二次的著作物成立の要件としているから、変形があれば直ちに二次的著作物になるということとはできないからである」とする）、紋谷暢男『知的財産権法概論』（有斐閣、第3版、2012年）179頁以下（「原著物を改変して、そこに創作性が認められる二次的著作物（同2条1項11号）を作成する行為のほか、二次的著作物に至らない改変も含まれる」とする）も同旨。

案の方が原著作物に加えられる変更は大きいはずだ”という声があるかも知れない。

たしかに現実には、複製等よりも翻訳・編曲・変形・翻案の方が、その際に行われる変更の程度が大きく、結果として両者の類似度が低くなる場合が多いかも知れないが、そうとは限らない。

なぜなら、たとえ物理的には大きな変更であっても、そこに創作性が認められなければ翻訳・編曲・変形・翻案に当たらないからである。例えば、ある楽曲全体を単に移調すること（例：フルートの曲をクラリネット用に書き換えること）は、たとえ一般用語としては「編曲」と称されるとしても、そこに創作性がない以上、著作権法上の「編曲」に当たらない⁵⁸。また、カラーのイラストを白黒にして左右反転することも、たとえ物理的には大きな変更が伴うとしても、そこに創作性がない以上、著作権法上の「変形」に当たらない。さらに、日本語の小説全体を自動翻訳ソフトで英語に変換することは、物理的には極めて大きな変更が加えられていると言え、たとえ一般用語としては「自動翻訳」と称されるとしても、人間の創作行為が行われていない以上、著作権法の「翻訳」に当たらない。

このような指摘に対しては、たとえ創作性がなくても翻訳は翻訳であって、言語が変換されているにもかかわらず創作性がない限り著作権法上の「翻訳」に当たらないなどと言うのは、通常の語義に反するとの声があるかも知れない。また、たとえ創作性がなくても変形は変形であって、形が変わっているにもかかわらず、創作性がない限り著作権法上の「変形」に当たらないなどと言うのは、通常の語義に反するとの声もあり得よう。

しかし、たとえ日常用語としてはその通りだとしても、著作権法の用語

⁵⁸ 加戸・前掲注(7)47頁以下（『編曲』といいますのは、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でございまして、例えば単純に五線譜に書かれておりますのを1 2 3 4のようにハーモニカ用に数譜化する場合とか、ハ調をイ調に移調するような場合とか、ピアノ楽器用に作曲されたものをヴァイオリン楽器用に直す場合とか、あるいは民謡を採譜する場合とか、こういったような行為はここでの編曲には該当いたしません。あくまでも既存の著作物を基に、新たな創作性が加わってできあがってくるものが編曲でございまして」とする）等参照。また、前掲注(23)東京高判平成14年9月6日〔記念樹事件：控訴審〕も同旨。

としては、創作性のある翻訳のみを著作権法上の「翻訳」と呼び、創作性のある変形のみを著作権法上の「変形」と呼んでいる以上、法律用語としてはこれにしたがうほかないはずである。

他方で、たとえ物理的には小さな変更であっても、そこに創作性が認められれば翻訳・編曲・変形・翻案に当たる。例えば、マルセル・デュシャン（Marcel Duchamp）が“L.H.O.O.Q.”という作品で行ったように、絵画『モナ・リザ』の絶妙な位置にひげを付加することは、たとえ物理的にはごくわずかの変更であっても、そこに創作性が認められる限りにおいて、著作権法上の「変形」に当たる。また、既存の俳句に2、3文字の添削を加えることも、たとえ物理的にはごくわずかの変更であっても、そこに創作性が認められる限りにおいて、著作権法上の「翻案」に当たる。

したがって、“翻案よりも複製の方が類似性は高い”というように、両者の違いを変更の大きさにあると捉えるのは妥当でない。複製等（＝原著作物の利用）と翻訳・編曲・変形・翻案（＝二次的著作物の作成）との違いは、あくまで変更創作性があるか否かによって決まるに過ぎないと言ふべきなのである。

では、次のような場合に、どの権利の侵害に当たるかを考えてみよう。

〔例1〕他人の絵画をPCで若干ピンぼけに変換した上で無断印刷している場合

この場合、もし、①当該変更創作性がない場合であれば、この行為は原著作物の利用に当たり、複製権の侵害が肯定される。他方、②当該変更創作性がある場合であれば、この行為は二次的著作物の作成および利用に当たり、変形権および著作権法28条に基づく複製権の侵害が肯定されることになる。

〔例2〕他人の小説を無断で翻訳した上で印刷している場合

この場合、もし、①自動翻訳ソフトによって翻訳した場合であれば、この行為は原著作物の利用に当たり、複製権の侵害が肯定される。他方、②人間が翻訳した場合であれば、この行為は二次的著作物の作成および利用

に当たり、翻訳権および著作権法28条に基づく複製権の侵害が肯定されることになる。

〔例3〕 他人の楽曲を変更した上で公開演奏している場合

この場合、もし、①変更に創作性がない場合であれば、この行為は原著作物の利用に当たり、演奏権の侵害が肯定される。他方、②変更に創作性がある場合であれば、この行為は二次的著作物の作成および利用に当たり、編曲権および著作権法28条に基づく演奏権の侵害が肯定されることになる。

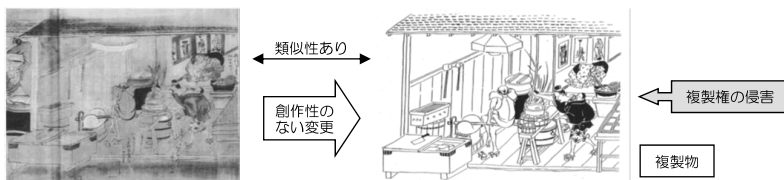
〔例4〕 他人の絵画をトレースしつつ変更を加えた上で印刷している場合

この場合について、江戸考古学事件⁵⁹を素材として考えてみよう。同事件は、すでに著作権の消滅した江戸時代の絵画 a を模写して、これに若干の修正を加えつつ作成したもの b が二次的著作物として著作物性を有するかどうか争われ、一部の絵については創作性がないとして著作物性が否定され、別の絵については創作性があるとして二次的著作物に当たるとされたものである。しかし、ここでは仮に、当該絵画 a の著作権が存続していると仮定して、b を無断印刷することが、a に関するどの権利の侵害に当たることになるかを考えてみたい。

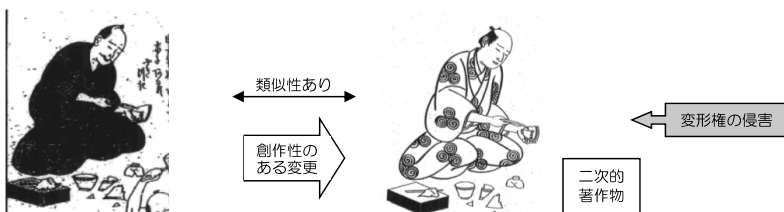
まず、次の絵については、模写の際に加えられた変更に創作性がないとされた⁶⁰。このように、①変更に創作性がない場合、他人の絵画 a を模写しつつ変更を加えた上で印刷する行為は原著作物の利用に当たり、複製権の侵害が肯定されることになる。

⁵⁹ 知財高判平成18年11月29日〔豆腐屋事件：控訴審〕、知財高判平成18年9月26日〔「江戸考古学研究事典」事件：控訴審〕参照。

⁶⁰ 前掲注(59)知財高判平成18年11月29日〔豆腐屋事件：控訴審〕参照。



他方、次の絵においては、頭部および顔面に加えられた変更には創作性があるとされた⁶¹。このように、②変更に創作性がある場合、他人の絵画を模写しつつ変更を加えた上で印刷する行為は二次的著作物の作成および利用に当たり、変形権および著作権法28条に基づく複製権の侵害が肯定されることになる。



このように、複製権侵害に当たるか、それとも変形権侵害に当たるかは、変更の大きさではなく、まさに変更には創作性があるかどうかで決まるのである。

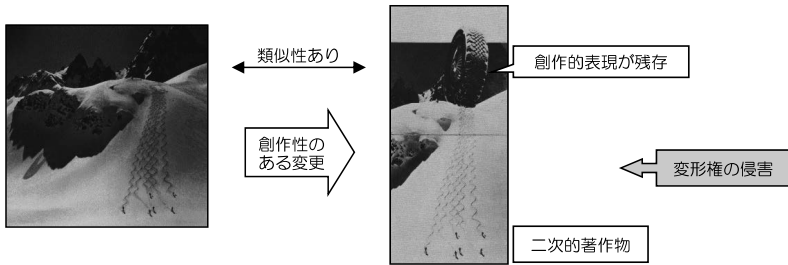
[例5] 他人の写真の一部を無断印刷した場合

この場合、①変更に創作性がない場合であれば、この行為は原著作物の利用に当たり、複製権の侵害が肯定される。他方、②変更に創作性がある場合であれば、この行為は二次的著作物の作成および利用に当たり、変形権および著作権法28条に基づく複製権の侵害が肯定される。

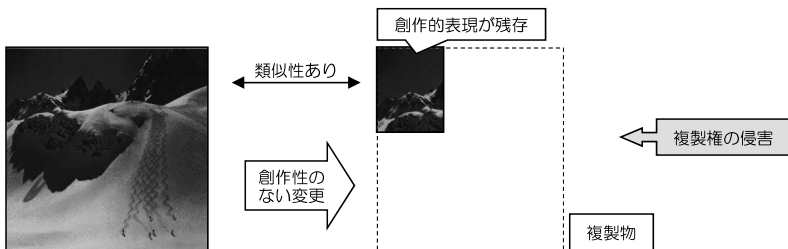
⁶¹ 例えば、前掲注(59)知財高判平成18年9月26日〔「江戸考古学研究事典」事件：控訴審〕における本件原画3と原告絵画3参照。

これに関して、パロディ事件⁶²を素材として考えてみよう。同事件は、他人の写真に無断で変更を加えたパロディ作品を作成したという事案で、同一性保持権の侵害が肯定されたものであるが、ここでは、以下のように仮定して、どの著作権の侵害に当たるかを考えてみたい。

まず、実際の事件では、YがXのカラー写真を白黒にして、さらに一部切除した上で、スノータイヤの写真を合成するという変更を加えており、こうした変更は創作性が認められるべきものと考えられる。そのため、この行為は変形権の侵害ということになる。

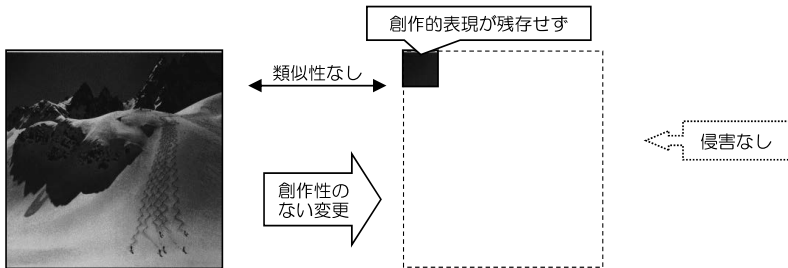


他方、もしYがX写真の5分の1のみをカラーコピーしたものを作成したとする。この行為もX写真に変更を加えたものではあるが、約5分の4をカットしてカラーコピーするという変更は創作性が認められないものと考えられる。そのため、このような行為は、変形権の侵害ではなく、複製権の侵害ということになる。



⁶² 最三小判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ事件：第一次上告審〕参照。

さらに、もしYがX写真のわずか角1センチ四方の部分（例：空が映っているかどうかとも判別できない部分）をカラーコピーしたものを作成したとする。この行為もX写真の一部を利用したものと言えるかも知れないが、X写真の1センチ角部分にはX著作物の創作的表現と言えるものがまったく存在しないという場合もあり得よう。このような場合、YはX著作物の創作的表現を利用したとは言えないのであるから、著作権侵害が否定されることになる。



このように見てくると、以下のことが分かる。

すなわち、上記の場合、権利侵害に当たるか否かは、“もとの著作物の創作的表現が残っているか否か”（＝類似性）によって決まる。類似性があれば権利侵害になるのであって、加えられた変更には創作性があるか否かによって、複製として複製権の侵害に当たるか、それとも変形として変形権の侵害になるかが変わってくるに過ぎない。

このように、もとの著作物の創作的表現が残っているか否かによって権利侵害の成否が決まる以上、加えられた変更には創作性がない場合（①＝いわば「複製権」侵害の場合）も、ある場合（②＝いわば「翻案権」侵害の場合）も、権利侵害要件としての類似性判断が変わるわけではない。

だとすれば、“翻案権は複製権よりも著作物の保護範囲を拡大したものだ”とか、“翻案権侵害は複製権侵害よりも認められやすい”といった理解は妥当でないということになる。

従来の議論においては、著作権法は翻案権を定めたことによって実質的にアイデアにまで保護を拡張しているという説明がなされることもあ

るが⁶³、以上のような観点から、こうした説明の仕方にも同様の問題があることになる⁶⁴。

したがって、類似性判断という問題を一般的に“翻案権侵害の成否”(あるいは翻案の成否)と言い換えてしまうのは、このような意味でも妥当でない。たしかに、現実には類似性判断が行われるのは、著作権法27条の権利の侵害に当たるか、それとも非侵害かが問題になる場面であることが少なくないとしても、加えられた変更に新たな創作性がない場合には、著作権法27条の権利の侵害は問題になり得ない。そのような場合、複製権等の侵害に当たるか、それとも非侵害かが問題となる場面で、類似性判断が行われることになる。したがって、類似性判断の問題を、一般的に“翻案権侵害の成否”(あるいは翻案の成否)と表現することは妥当でないのである。

旧著作権法における「著作権」は「複製権」という一つの権利であり、二次的著作物の利用も「複製権」によってカバーされていた。これに対して、現行著作権法は、これを分割して、複製権などの原著物の利用権とは別に、翻案権などの著作権法27条の権利を別に定めた。このことによって、著作権法27条の権利というものがあたかも保護範囲を拡大する権利であるかのような誤解が生じた可能性は否定できないように思われる。

These 4

現行法上の複製等と翻訳・編曲・変形・翻案の違いは類似度の差ではない。そうである以上、著作権法27条の権利が著作物の保護範囲を拡大していると考えるのは妥当でなく、保護範囲は類似性の判断に尽きると考えるべきである。

⁶³ 中山・前掲注(47)135頁(「著作権法の保護範囲を翻案まで広げたということは、実質的には、保護をアイデアレベルまで広げたということを意味している」とする)、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」『現代社会と著作権法』齊藤博先生御退職記念論集(弘文堂、2008年)289頁(「著作権法は翻案権を認め、著作物の具体的な表現形式を超えた内面的な要素に対しても、著作権の保護を及ぼすこととしたものである」とする)、中平健「翻案権侵害の成否」牧野＝飯村編・前掲注(2)337頁等参照。

⁶⁴ 上野・前掲注(3)「ドイツ法における翻案」63頁注83参照。

5 「複製権」も「翻案権」も客体は同じ（創作的表現）である

(1) 問題点

前節では、“翻案権は複製権よりも著作物の保護範囲を拡大したものだ”という理解は妥当でないことを指摘した。そこでさらに、複製権等の原著作物の利用権（著作権法21～26条の3）も著作権法27条の権利も、その客体は同じで、ともに創作的表現だという点を指摘しておきたい⁶⁵。

ここでまず問題にしたいのは、従来の裁判例において、「複製」と「翻案」について、それぞれ別の最高裁判決を参照した上で、これらについて別々の定義をするものが多いという点である。

すなわち、「複製」については、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引用した上で、「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」としつつ、ここでいう「再製」とは「実質的に同一である場合も含む」とする一方で、「翻案」については、江差追分事件の最高裁判決を引用した上で、「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、具体的な表現に修正、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」とするものが、従来の裁判例に広く見られるのである⁶⁶。

⁶⁵ 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」42頁以下参照。

⁶⁶ 前掲注(36)東京地判平成10年7月17日〔のびのび更年期事件〕、前掲注(36)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〔前掲注(36)東京地判平成10年10月29日〕引用部分）、前掲注(36)東京高判平成13年5月30日〔キューピーイラスト商標事件〕、前掲注(36)東京地判平成14年9月5日〔サイボウズ事件〕、前掲注(36)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〔前掲注(36)東京地判平成17年5月17日〕引用部分）、前掲注(36)東京地判平成19年5月28日〔租税論事件〕、前掲注(36)東京地判平成20年1月31日〔パズル事件〕、前掲注(36)大阪地判平成21年2月24日〔交通ガイド革命事件〕、前掲注

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の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。また、著作物の翻案（同法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。

しかるところ、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）、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、複製にも翻案にも当たらないものと解するのが相当である（最高裁平成11年（受）第922号同13年 6 月28日第一小

(36)大阪地判平成21年 3 月26日〔マンション読本事件〕、前掲注(36)東京地判平成21年11月 9 日〔スピーカ測定システム事件〕、前掲注(36)大阪地判平成22年 2 月25日〔猫のぬいぐるみ事件〕、前掲注(36)知財高判平成22年 7 月14日〔「箱根富士屋ホテル」事件：控訴審〕、前掲注(36)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〕、前掲注(36)知財高判平成23年 5 月26日〔データ復旧技術サービス事件：控訴審〕、前掲注(36)名古屋地判平成23年 9 月15日〔過払金回収マニュアル事件〕、前掲注(36)大阪地判平成24年 7 月 5 日〔大江戸浮世絵暮らし事件〕等参照。

法廷判決・民集55巻4号837頁参照)。

このように、複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との同一性を有する部分が著作権法による保護の対象となる思想又は感情を創作的に表現したものであることが必要である(同法2条1項1号)。(下線筆者)

また、SMAP大研究事件の判決も次のように述べている。

□ 東京高判平成11年5月26日〔SMAP大研究事件：控訴審〕⁶⁷

「本件において原告らが著作権を侵害されたと主張する別紙六『対照表』記載の部分につきこれを見るに、別紙七『一覧表』の『複製』欄に『○』印を付した部分は、被告書籍と原告記事の表現形式が実質的に同一であると認められ、被告書籍は原告記事の内容及び形式を覚知させるに足りるといことができるから、複製権の侵害に当たるものといべきである。また、右一覧表の『翻案』欄に『○』印を付した部分は、被告書籍の記述から原告記事の創作に係る本質的な特徴を直接感得することができるから、翻案権を侵害するものといべきである。」(下線筆者)

このように従来の裁判例においては、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決および江差追分事件の最高裁判決という2つの最高裁判決に基づき、「複製」については「内容及び形式を覚知させる」ものの複製と定義し、「翻案」については「表現上の本質的な特徴を直接感得」できる著作物の創作と定義するものが多いのである。こうした考えにしたがえば、「表現上の本質的特徴の直接感得」というものは、まさに「翻案」に関わるものと解されることになる。

もちろん、上記2つの最高裁判決が重要な意義を有すること自体は否定できない。

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、「著

⁶⁷ 同事件第一審判決(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。

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」と述べることにより、依拠性というものが著作権法上の著作者の権利の侵害要件であることを明らかにしたものであり、そのこと自体は現在も妥当する。

そして、江差迫分事件の最高裁判決は、「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」と述べることにより、翻訳・編曲・変形・翻案というものを、“表現上の本質的特徴の維持＋新たな創作性ある変更”であることを明らかにしたものであり、そのことは現在も妥当する。

しかし、これら2つの最高裁判決が存在するからといって、「複製」は「内容及び形式の覚知」であり、「翻案」は「本質的な特徴の直接感得」であるという区別があると考え、「表現上の本質的特徴の直接感得」というのは「翻案」だけに関わるものと考えすることは妥当でない。理由は以下の通りである。

(2) 検 討

江差迫分事件の最高裁判決が示した「表現上の本質的特徴の直接感得」というフレーズは、パロディ事件の最高裁判決に由来する⁶⁸。

パロディ事件の最高裁判決は、「自己の著作物を創作するにあたり、他人の著作物を素材として利用することは勿論許されないことではないが、右他人の許諾なくして利用をすることが許されるのは、他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させないよう

⁶⁸ わが国における「表現上の本質的特徴の直接感得」論のルーツについてはなお検討を要するところではあるが、「表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させない」というその表現ぶりは、「既存の著作物の本質的特徴（wesentliche Züge）が借用されているもの」というドイツ法における「改作物」の定義に通じるものがあるように思われる。そのさらなるルーツも含めて、詳しくは、上野・前掲注(3)「ドイツ法における翻案」39頁・57頁以下注54参照。

な態様においてこれを利用する場合に限られる」と述べたものである⁶⁹。

同事件は、旧著作権法上の著作者人格権（旧法18条1項）の侵害が問題になったものではあるが、同判決は、「他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させない」場合、“そもそも既存の著作物を利用したとは言えない”から権利侵害にならない、という趣旨に理解される。

というのも、同判決は「右他人の許諾なくして利用をすることが許されるのは、他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させないような態様においてこれを利用する場合に限られる」と述べていたのであり、ここでは「表現上の本質的特徴の直接感得」というものが「他人の許諾なくして利用をすることが許される」条件として述べられているのである。これは、「他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させない」場合は、そもそも既存の著作物を利用したとは言えないから、権利侵害にならないという趣旨に理解されるからである。

だとすれば、「表現上の本質的特徴の直接感得」とは、著作者人格権に限らず、著作者の権利すべて（著作権および著作者人格権）に共通する侵害要件だと言うべきである。

その意味では、江差追分事件の最高裁判決が、「表現上の本質的特徴の直接感得」という基準を、著作者人格権ではなく、著作権法27条の権利である翻案権について用いたことは結論として妥当ということになる⁷⁰。そして、同判決が、「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」と述べたのも、「既存の

⁶⁹ 前掲注(62)最三小判昭和55年3月28日〔パロディ事件：第一次上告審〕参照。

⁷⁰ もっとも、同判決の調査官解説においては、「旧著作権法……18条は、現行法の複製及び翻案の両者を含む概念であり、著作者人格権である同一性保持権と対応する著作（財産）権である翻案権についても、参考にすることができよう」と説明されているが（高部・前掲注(19)561頁参照）、同判決がパロディ事件判決における「本質的特徴の直接感得」論を「翻案権」について用いた理由としては、本文で述べたように、「表現上の本質的特徴の直接感得」とは著作者の権利すべてに共通する侵害要件と言えるからにほかならず、現行法上の「翻案権」というものが「同一性保持権と対応する著作（財産）権である」からと解するのは妥当でない。

著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得すること」ができない場合は、まったく独立した別個の著作物を作成することであるから、既存の著作物を利用したとは言えないため自由だということを述べたものと理解すべきであり、これも本来は著作権法27条の権利に限ったことではないはずである。

このように考えると、江差追分事件の最高裁判決が示した「表現上の本質的特徴の直接感得」というものは、そもそも既存の著作物を利用したと言えるかどうかの判断基準であり、これはワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決が示した「その内容及び形式を覚知させるに足りるものを複製すること」に相当するものとして（実質的にはこれに代えて）示されたものと理解すべきであるように思われる。

江差追分事件判決前後の裁判例

実際のところ、昭和55年にパロディ事件の最高裁判決が下された後、平成13年に江差追分事件の最高裁判決が登場するまでの段階においては、「表現上の本質的特徴の直接感得」という基準を著作権法27条の権利のみならず⁷¹、正当にも、複製権や著作人格権を含めた著作者の権利一般について用いる裁判例が少なからず見られた⁷²。

⁷¹ 東京地判平成5年8月30日知的裁集25巻2号310頁〔悪妻物語事件：第一審〕、東京地判平成8年9月30日知的裁集28巻3号464頁〔江差追分事件：第一審〕、東京地判平成10年6月29日判時1667号137頁〔地獄のタクシー事件〕、前掲注(36)東京地判平成10年7月17日〔のびのび更年期事件〕、前掲注(36)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〔前掲注(36)東京地判平成10年10月29日〕引用部分）、東京地判平成13年3月26日判時1743号3頁〔「大地の子」事件〕、東京高判平成13年3月28日〔「企業主義の興隆」事件：控訴審〕、前掲注(36)東京高判平成13年5月30日〔キューピー（対日本興業銀行）事件：控訴審〕、前掲注(36)東京高判平成13年5月30日〔キューピー（対キューピー株式会社）事件：控訴審〕等参照。

⁷² 大阪地判昭和60年3月29日無体裁集17巻1号132頁〔商業広告事件〕、東京高判平成7年7月11日〔北アルプス鳥瞰図事件：控訴審〕、京都地判平成7年10月19日知的裁集27巻4号721頁〔たち吉事件〕、最二小判平成10年7月17日判時1651号56頁〔諸君事件〕、東京高判平成12年9月19日判時1745号128頁〔劇団SCOT事件：控訴審〕、

例えば、商業広告事件の判決は次のように述べている。

□ 大阪地判昭和60年3月29日無体裁集17巻1号132頁〔商業広告事件〕

「そのような見地において、本件広告(1)と本件広告(2)との表現形式上の本質的な特徴部分を抽出してみると、……左に比較するようにその表現形式上の本質的な特徴部分が相当異なり、本件広告(2)が本件広告(1)からある程度の示唆を受けて作成されたものとしても、本件広告(1)の著作物としての表現形式上の本質的な特徴は、本件広告(2)の独自の創作性の陰に隠れて直接感得できなくなっているものというべく、本件広告(2)は、本件広告(1)の単なる複製でも翻案でもなく、本件広告(1)の著作者が有する著作者人格権や著作権を侵害しないものと認めるのが相当である。」(下線筆者)

また、ふいーどわーく多摩事件の判決は次のように述べている。

□ 東京地判平成13年1月23日判時1756号139頁〔ふいーどわーく多摩事件〕

「被告書籍のうち対照表左欄記載の各記述部分が、原告著作物一の同右欄記載の記述部分の複製に当たるというためには、被告らが原告著作物一に接し、これに依拠して同左欄記載の各記述部分を執筆したことのほかに、右各記述部分が原告著作物一の対応部分と著作物としての同一性、すなわち著作物の本質的特徴を感得しうる程度の同一性を有することを要するというべきである。」(下線筆者)

このように、「表現上の本質的特徴の直接感得」という基準を、複製権、翻案権、著作者人格権のいずれについても用いていることが分かる。

しかしながら、平成13年に江差迫分事件の最高裁判決が出されて以降、

東京高判平成12年11月30日〔アサバン印刷事件：控訴審〕、東京高判平成13年1月23日判時1751号122頁〔けろけろけろっぴ事件：控訴審〕、東京地判平成13年1月23日判時1756号139頁〔ふいーどわーく多摩事件〕参照。

「表現上の本質的特徴の直接感得」という基準を翻案権等の著作権法27条の権利について用いる裁判例が多数見られる反面、他の権利（複製権等）について用いることが、かえって少なくなってしまったようにも見える⁷³。

これは、同判決が「表現上の本質的特徴の直接感得」というものを、一見すると「翻案」の定義として示したようにも見えたために、同判決以降は、「表現上の本質的特徴の直接感得」という基準が、あたかも「翻案」ないし「翻案権」のみに当てはまるものであるかのように理解されてきたところに原因があるようにも思われる。

こうしてその後の裁判例等において、「翻案」については、江差追分事件の最高裁判決が示した「表現上の本質的特徴の直接感得」というフレーズが反復され、他方、「複製」については、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決が示した「内容及び形式を覚知させる」というフレーズが反復されてきたのである。

「表現上の本質的特徴の直接感得」は著作者の権利に共通する侵害要件である

しかし、「表現上の本質的特徴の直接感得」というフレーズは、著作者の権利すべて（著作権および著作者人格権）に共通して、権利侵害の前提として、“そもそも既存の著作物を客体としていること”（＝類似性）を意味するものと理解すべきではなかろうか。

実際のところ、最近の裁判例においては、「表現上の本質的特徴の直接感得」というフレーズを、正当にも、「複製」「翻案」を区別せず用いるもののほか⁷⁴、複製権について用いるもの⁷⁵、同一性保持権について用いるもの

⁷³ 平成20年頃までの裁判例として、複製権について、前掲注(36)東京高判平成14年2月18日〔雪月花事件：控訴審〕、前掲注(36)東京地判平成14年9月5日〔サイボウズ事件〕、大阪高判平成17年12月15日〔風呂バンス事件：控訴審〕、同一性保持権について、知財高判平成18年12月6日〔小学生用国語テスト事件：控訴審〕（第一審判決〔東京地判平成18年3月31日〕引用部分）が見られる程度である。

⁷⁴ 東京地判平成22年1月29日〔「箱根富士屋ホテル」事件：第一審〕、東京地判平成23年5月20日判時2117号111頁〔アクションおりがみ事件：第一審〕参照。

⁷⁵ 前掲注(74)に掲げられた裁判例のほか、前掲注(36)東京高判平成14年2月18日

の⁷⁶などが、とりわけ平成20年以降になって増えつつあるように見えるのである。

最近の裁判例から例を挙げると、アクションおりがみ事件の判決は、次のように述べて、「表現上の本質的な特徴を直接感得」という基準を「複製」について用いている。

□ 知財高判平成23年12月26日判時2139号87頁〔アクションおりがみ事件：控訴審〕⁷⁷

「複製とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により著作物を有形的に再製することをいい（著作権法2条1項15号参照）、著作物の再製は、当該著作物に依拠して、その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを作成することを意味するものと解され、また、著作物の翻案とは、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ものと解される（最高裁平成13年6月28日第一小法

〔雪月花事件：控訴審〕、前掲注(36)東京地判平成14年9月5日〔サイボウズ事件〕、前掲注(73)大阪高判平成17年12月15日〔風呂バンス事件：控訴審〕、前掲注(36)大阪地判平成21年3月26日〔マンション読本事件〕、前掲注(36)東京地判平成22年5月19日〔美術鑑定証書事件：第一審〕、東京地判平成23年2月9日〔都議会議員ビラ写真事件〕、東京地判平成23年11月29日〔CTは魔法のナイフ事件：第一審〕、知財高判平成24年1月31日〔刺青事件：控訴審〕（第一審判決〔東京地判平成23年7月29日〕引用部分）、知財高決平成24年3月16日判時2152号112頁〔CR松方弘樹の名奉行金さん事件〕、知財高判平成24年4月25日判時2151号102頁〔CTは魔法のナイフ事件：控訴審〕参照（このうちいくつかは「内容及び形式を覚知」という表現と併用している）。

⁷⁶ 前掲注(73)知財高判平成18年12月6日〔小学生用国語テスト事件：控訴審〕（第一審判決〔東京地判平成18年3月31日〕引用部分）、東京地判平成23年8月19日〔スペースチューブ事件：第一審〕、知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁〔釣りゲータウン2事件：控訴審〕参照。

⁷⁷ 同事件第一審判決（東京地判平成23年5月20日判時2117号111頁）引用部分。

廷判決・民集55巻4号837頁参照)。

以上を前提とすると、被告折り図が本件折り図の複製又は翻案に当たるか否かを判断するに当たっては、被告折り図において、本件折り図の表現上の本質的特徴を直接感得することができるかどうかを検討する必要がある。」(下線筆者)

同様に、CTは魔法のナイフ事件の第一審判決も次のように述べている。

□ 東京地判平成23年11月29日〔CTは魔法のナイフ事件：第一審〕⁷⁸

「複製とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により著作物を有形的に再製することをいい(著作権法2条1項15号参照)、著作物の再製は、当該著作物に依拠して、その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを作成することを意味するものと解される。……そこで、被告各画像において、本件各画像の表現上の本質的特徴を直接感得することができるかどうかを検討する。」(下線筆者)

さらに、刺青事件の判決は次のように述べている。

□ 知財高判平成24年1月31日〔刺青事件：控訴審〕⁷⁹

「本件入れ墨と本件画像とを対比すると、本件画像は、陰影が反転し、セピア色の単色に変更されているが、本件入れ墨の表現上の同一性が維持されており、その表現上の本質的特徴を直接感得するのに十分な大きさ、状態で、ほぼ全体的にその表現が再現されていると認められ、他方、上記変更には、創作性があるとは認められない。したがって、本件画像は、本件入れ墨の複製物である。」(下線筆者)

⁷⁸ 同事件控訴審判決(前掲注(75)知財高判平成24年4月25日)は原判決のこの部分を引用していないが、あてはめにおいて、「控訴人画像1から本件画像1の表現上の本質的特徴を直接感得することができるものといえるから、控訴人画像1は、本件画像1を有形的に再製したものといえることができる」として複製権侵害を肯定している。

⁷⁹ 同事件第一審判決(前掲注(75)東京地判平成23年7月29日)引用部分。

また、雪月花事件は写真における書の写り込みが問題になった事案であり、書それ自体に対して新たな創作性ある変更が加えられているわけではないため、著作権法27条の変形権ではなく、複製権が問題となる。それでも、判決は次のように述べており、複製権について「本質的な特徴」の「直接感得」を問題にしていることが分かる。

□ 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〕

「書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分は、字体や書体のほか、これに付け加えられた書に特有の上記の美的要素に求めざるを得ない。……書を写真により再製した場合に、その行為が美術の著作物としての書の複製に当たるといえるためには、一般人の通常の注意力を基準とした上、当該書の写真において、上記表現形式を通じ、単に字体や書体が再現されているにとどまらず、文字の形の獨創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった上記の美的要素を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するものというべきである。」（下線筆者）

そして近時は文献においても、現行法上の「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が示した「内容及び形式を覚知」というフレーズから離れて、正当にも「表現上の本質的特徴の直接感得」に言い換えるものが増えはじめている。

例えば、高部眞規子判事も、かつては現行法上の「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が示した「内容及び形式を覚知」というフレーズを参照していたが⁸⁰、近時の文献においては、複製権侵害の主張立証責任に関して次のように述べ、翻案権につ

⁸⁰ 高部・前掲注(19)559頁以下は、「複製とは、著作権法上、『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』をいうと定義され（法2条1項15号）、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されている（最一小判昭和53・9・7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〕）」と述べていた。

いてのみならず複製権の侵害についても、「表現上の本質的特徴の直接感得」が問題になることを明らかにしているのである。

「したがって、複製権侵害を主張する原告としては、具体的には、

①－１ 被告が、原告の著作物を有形的に再製したこと

①－２ 被告の作品は、既存の原告の著作物に依拠して作成されたものであること

①－３ 被告の作品は、原告の著作物の表現上の本質的な特徴と同一性を有すること

を主張立証する必要がある。」(下線筆者)⁸¹

「①－３の『同一性』については、既存の著作物の表現上の特徴が感得される場合に認められる。」(下線筆者)⁸²

「内容及び形式を覚知」というフレーズとは訣別すべき

そもそも、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示した「内容及び形式を覚知」という表現は、それ自体問題がある。

というのも、そもそも著作権法の保護する「著作物」とは創作的表現なのであるから(著作権法2条1項1号)、創作的表現でない部分(表現でない部分〔＝アイディア〕や創作性のない表現部分)は保護対象とはならず、創作的表現でない部分が共通するだけでは権利侵害にならないはずである(江差追分事件の最高裁判決が示した判旨2参照)。

にもかかわらず、「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」が「複製」に当たると定義してしまうと、創作的表現でない部分であっても「内容及び形式」に含まれ得るように読めてしまいかねない。とりわけ、表現とは言えない抽象的なアイディアが「内容」として考慮されてしまう可能性は否定できないであろう。このように、複製の成否に関して「内容及び形式を覚知」を問題にしてしまうと、創作的表現でない部分が共通するに過ぎない場合であっても、「内容及び形式を覚知させる」

⁸¹ 高部・前掲注(2)219頁以下参照。

⁸² 高部・前掲注(2)221頁以下参照。

として権利侵害が肯定されることになってしまいかねないのである。

しかも、ここでいう「内容及び形式」という表現には、著作物を「形式」と「内容」に区別し、「形式」をさらに「内面的形式」と「外面的形式」に区別するという古色蒼然とした思考がうかがえる。こうした「形式」(Form)と「内容」(Inhalt)という区別は、ドイツ法や西洋哲学にルーツを有するものと考えられるが、こうした考え方はドイツ法学においてさえ、かなり以前から妥当でないものと指摘されている⁸³。

半田教授もドイツ法の議論について、『形式』と『内容』の分離は無意味なものと考えざるをえないであろう。最近の学説は『形式』と『内容』の峻別という方法を捨て、著作物形式の3段階たる『外面的形式』、『内面的形式』および『内容』のおおのについて、その中に著作者の独創的な個性の顕現を求め、これを著作物の本質と解して、著作権上の保護資格を認めるという傾向にある」として、ウルマーやフープマンといった学者を挙げている⁸⁴。ただ、ここで「最近の学説」として参照されている Eugen Ulmer (1903-1988) や Heinrich Hubmann (1915-1989) でさえ、いずれも現在ではかなり古い学説にほかならない。

このように、ルーツであるドイツ法学においてすでに過去のものになっている「形式」と「内容」という区別が、わが国の裁判実務に残存しているのである。こうしたことは、比較法学上しばしば散見される興味深い現象ではあるが、少なくともこの論点に関する限り解釈論として見直されて然るべきであろう。

以上のことから、「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」というフレーズは、たしかにわが国訴訟実務において極めて尊重される最高裁判決が示したものではあるが、そのことだけでこのフレーズを反復することはもはや妥当でないと言わなければならない。

「表現上の本質的特徴の直接感得」＝創作的表現の共通性

したがって、「表現上の本質的特徴の直接感得」という基準は、著作権法27条の権利のみならず、複製権や同一性保持権を含むすべての著作者の

⁸³ この点については、半田・前掲注(16)75頁以下に詳しい。

⁸⁴ 半田・前掲注(16)78頁以下参照。

権利(著作権および著作者人格権)に当てはまると考えるのが妥当である。従来の議論に見られるように、「複製」と「翻案」を区別して、後者にだけ「表現上の本質的特徴の直接感得」が当てはまると考えるのは妥当でない。

その上で、さらに述べたいのは、「表現上の本質的特徴」とは、現行法では「創作的表現」と言い換えた方がよいということである⁸⁵。

つまり、江差追分事件の最高裁判決のいう「表現上の本質的特徴の直接感得」というものは以下のように理解される。

すなわち、同判決における「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」(下線筆者)というフレーズからは、①「表現」であること、②「本質的な特徴」であること、という2つの要素を抽出できる。そして、①はアイディアではなく「表現」の部分が問題になることを述べ、②は表現のうち「本質的な特徴」が問題になることを述べているものと理解できる。ここで「本質的な特徴」というものを「創作性のある部分」と読み替えれば、結局のところ、「表現形式上の本質的特徴」というのは「創作的表現」にほかならないことになる。

したがって、「表現上の本質的特徴の直接感得」という基準は、既存の著作物の「創作的表現」が残っているかどうか——すなわち“創作的表現の共通性”があるかどうか——を問題にしているものと理解できるのである(創作的表現の共通性〔＝類似性〕一元論)。

このように考えると、江差追分事件の最高裁判決が示した判旨1(表現上の本質的特徴の直接感得)と判旨2(創作的表現以外の部分の非保護)は、既存の著作物の創作的表現が残っていない場合は権利侵害にならないことを明らかにした点で一致することになる。

このような考え方は次の点から正当化される。すなわち、著作者の権利によって保護されるのは、あくまで著作物性(著作権法2条1項1号)のある部分——すなわち「創作的表現」——に限られるのであり、他方、著

⁸⁵ 以下については、上野・前掲注(3)「ドイツ法における翻案」47頁以下、島並ほか・前掲注(51)252頁以下[上野執筆]参照。また、田村・前掲注(25)58頁以下も、「元の著作物の創作的な表現部分が再生されて」いるかどうかを基準にしており同旨と言える。

作物性のない部分に著作権者の権利による保護が与えられないのは当然だからである。

創作的表現の共通性（＝類似性）一元論

そして、この“創作的表現の共通性”という考え方は、著作権法27条の権利に限らず、著作権者の権利（著作権および著作権者人格権）に一元的に妥当するものと言うべきである。というのも、先述の通り、「表現上の本質的特徴の直接感得」というのは、そもそも既存の著作物を利用したと言えるかどうかという判断そのものだからである。

例えば、他人の絵画をパソコンでピンぼけに変更して印刷したという場合、その変更で新たな創作性がなければ複製権の侵害になり、他方、その変更で新たな創作性があれば変形権（および著作権法28条を介して有する複製権）の侵害となるが、これらは、いずれももとの著作物の創作的表現が残っている場合である。もし、ピンぼけにしたことによって、もとの絵画の創作的表現が残っていないような場合は、いずれの権利侵害も否定されることになる。

また別の例でいえば、他人の楽曲に変更を加えてコンサートで歌唱したという場合、その変更で新たな創作性がなければ演奏権の侵害になり、他方、その変更で新たな創作性があれば編曲権（および著作権法28条を介して有する演奏権）の侵害となるが、これらは、いずれももとの著作物の創作的表現が残っている場合である。もし、変更された楽曲に、もとの楽曲の創作的表現が残っていないような場合は、いずれの権利侵害も否定される。

さらに、先述した例のように、パロディ事件におけるX写真の角1センチ四方の部分だけを印刷する行為が権利侵害に当たるかどうかは、この1センチ四方の部分に著作物性があるかどうか（創作的表現が残っているか）によって決まる。この部分に著作物性がないということになれば、そもそも既存の著作物を利用したとは言えないため、著作権法上は何の権利侵害にもならないことになる。他方、この部分が創作的表現であると言えれば、一部分とはいえ「複製」（＝有形的再製）をしているのであるから複製権の侵害となる（あわせて同一性保持権侵害にもなり得る）。

著作権者人格権についても同様である。例えば、ある大きな絵画を改変し、

著作者名を表示せずに出版したという場合は同一性保持権および氏名表示権の侵害となるが、これはもとの著作物の創作的表現が残っている場合である。もし、大きな絵画をわずか3ミリ四方のサイズに縮小したために、もとの著作物の創作的表現が残っていないような場合は、いずれの権利侵害も否定されるのである。

このように、権利侵害に当たるかどうかは、既存の著作物の創作的表現が残っているかどうかによって決まる。このことは、問題になる権利が複製権であろうと翻案権であろうと同一性保持権であろうと違いはないのである。すなわち、著作者の権利（著作権および著作者人格権）に共通して、権利侵害に当たる前提として、そもそも既存の著作物を利用したと言えるかどうかが問題になり、それは既存の著作物の創作的表現が残っているか（すなわち“創作的表現の共通性”＝類似性）という基準によって一元的に判断されるものと理解すべきなのである。

このような考え方は、次のような点から正当化される。

すなわち、現行著作権法の文言上、著作権というのは基本的に「その著作物」を客体とする権利として規定されている（著作権法21条～28条参照）⁸⁶。そして、既存の著作物の「創作的表現」が残っていなければ「その著作物」を利用したことにならない（＝類似性なし）から自由であるし、他方、既存の著作物の「創作的表現」が残っているのであれば「その著作物」を利用したことになるから（＝類似性あり）著作権が及ぶことになるのである。

同様に、著作者人格権も「その著作物」を客体とする権利として規定されている⁸⁷。そして、既存の著作物の「創作的表現」が残っていなければ

⁸⁶ 例えば、複製権は「著作者は、その著作物を複製する権利を専有する」（著作権法21条）と規定されている。なお、著作権法28条に限っては、「その著作物を」という文言ではなく「当該二次的著作物の利用に関し」という文言で規定されているが、「当該二次的著作物」というのは原著物の創作的表現を残したものであるため同様に解することができよう。

⁸⁷ 例えば、公表権は「著作者は、その著作物でまだ公表されていないもの……を公衆に提供し、又は提示する権利を有する」と規定されている（著作権法18条1項前段）。

「その著作物」を対象としたことにならないから自由であるし、他方、既存の著作物の「創作的表現」が残っているのであれば「その著作物」を対象としたことになるから著作者人格権が及ぶことになるのである⁸⁸。

類似性は“客体”の問題である

ただ、パロディ事件および江差追分事件の最高裁判決においては、「表現上の本質的特徴」といった表現が用いられており、著作物の定義である「創作的表現」という表現が用いられていないことはたしかである。ただ、それは旧法と現行法との相違に由来するのかも知れない。

というのも、旧著作権法にはそもそも「著作物」の定義が存在しなかった⁸⁹。昭和45年に施行された現行法において、初めて「著作物」とは創作的表現であると定義されたのである（著作権法2条1項1号）。

そして、現行法上、まさにその「著作物」（またはその二次的著作物）を客体とする行為を対象にして、著作者の権利（著作権および著作者人格権）が定められているのである（下表参照）。

⁸⁸ なお、このような考え方を突き詰めると、例えば、絵画の著作物に少し落書きをすると同一性保持権の侵害となるが、そのまま著しい改変を続けた結果まったく別の絵画になったという場合は、もとの絵画の創作的表現が残っていない以上、もはや同一性保持権侵害に当たらないという結論になる。しかし、このような著しい落書きは改変の最たるものだという観点からすれば、これが同一性保持権侵害に当たらないと言い切ってしまうてよいか問題となり得るところである。ただ、少なくとも落書きしていく過程を公衆に見せているような場合であれば、その過程において同一性保持権侵害行為が行われたものと評価できよう。他方、彫刻を一瞬にして爆破したような場合は同一性保持権侵害にならないということになるが、それでも一般的な人格権の侵害になる場合はあり得よう。これは著作物の破壊と同一性保持権の問題に関係するものであり、なお検討を要する（ドイツ法における議論として、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察 ―ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆―（二・完）」民商法雑誌120巻6号932頁以下〔1999年〕、戸波美代「著作物の廃棄と著作者人格権」『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古稀記念〔法学書院、2003年〕145頁等参照）。

⁸⁹ 旧法から現行法に至るまでの時期における著作物概念の生成等については、上野達弘「創作性」高林龍三＝三村量一＝竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012年）181頁以下参照。

[表3] 現行法における著作者の権利が対象とする行為の客体

[原著作物] を客体		[二次的著作物] を客体	
著作者 人格権	公表権 (18条1項前段)	著作者 人格権	公表権 (18条1項後段)
	氏名表示権 (19条1項前段)		氏名表示権 (19条1項後段)
	同一性保持権 (20条1項)		同一性保持権 (——)
著作権	複製権 (21条)	著作権	二次的著作物利用権 (28条)
	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)		
	頒布権 (26条)		
	譲渡権 (26条の2)		
	貸与権 (26条の3)		
	翻訳権、翻案権等 (27条)		

旧法では、すべての財産権が「複製権」という一つの権利で規定されていたのを、現行法は別々の権利に分割した

このように、著作者の権利(著作権および著作者人格権)は、すべて「著作物」(またはその二次的著作物)を客体として規定されている。したがって、権利侵害となるためには、その著作物(＝創作的表現)が客体とされていなければならないのは当然なのである。

この点、旧著作権法においては、先述のように、著作権に属するすべての権利が「複製権」という一つの権利として規定されていた。

これに対して、現行法は、原著作物に関する権利と二次的著作物に関する権利を、あえて複数の権利に分割したのである。ただ、これは形式的に分割しただけであって、いずれの権利も共通して創作的表現を客体とするという点是不変なのである。

このように、「表現上の本質的特徴の直接感得」が必要とされることは、著作権のみならず著作者人格権の侵害についても同様である。

もちろん、従来議論でも、“著作権侵害に当たらない場合は著作者人格権侵害に当たらない”という理解は見受けられる。例えば、最近の裁判例でも、廃墟写真事件の判決は、「以上のとおり、翻案権侵害をいう控訴人の主張はいずれも理由がなく、そうである以上、被告写真1～5が掲載

された被告各書籍の発行等について控訴人が主張する複製権、譲渡権、氏名表示権の侵害の主張も理由がない」（下線筆者）と述べている⁹⁰。

結論はその通りだが、問題はその理由である。翻案権侵害に当たらない場合に著作者人格権侵害にならない理由は、Y著作物がX著作物の「複製又は翻案に当たらないから」ということより、「Yの行為の客体がXの著作物またはその二次的著作物ではないからだ」という方が妥当であろう。

以上のように、「表現上の本質的特徴の直接感得」（＝創作的表現の共通性）が必要というのは、著作者の権利すべて（著作権および著作者人格権）に共通するものと考えるべきである。

そして、このように考えるのであれば、類似性（＝創作的表現の共通性）とは、行為（例：複製、翻案、演奏、公衆送信）の成否の問題ではなく、そもそも他人の著作物を利用等しているかどうか、すなわち“客体”の問題というべきだと考えられる。

このことは例えば、特許法において、“イ号物件が特許発明の技術的範囲に属する”かどうかという客体の問題が、実施（例：生産、使用）という行為の問題ではないのと同じである。

つまり、特許法における権利侵害要件としては、以下の2点が必要とされる⁹¹。すなわち、①行為として、“Yが業として実施行為（または間接侵害行為）を行っていること”、②客体として、“イ号物件がX特許発明の技術的範囲に属すること”である。このうち、Yのイ号物件がX特許発明の技術的範囲に属するかという②の点が、著作権法における権利侵害要件にいうところの類似性（＝創作的表現の共通性）に相当すると考えられるのである。

このように考えると、類似性（＝創作的表現の共通性）の問題を行為（例：複製、翻案、演奏、公衆送信）それ自体の成否の問題として論じることが妥当でないことが分かるであろう。

⁹⁰ 知財高判平成23年5月10日判タ1372号222頁〔廃墟写真事件：控訴審〕参照。

⁹¹ 大江・前掲注(2)101頁以下、牧野利秋「特許権侵害訴訟におけ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4巻知的財産関係訴訟法』（青林書院、2001年）52頁も参照。

全体的比較論について

ただし、以上のような考え方の出発点である「表現上の本質的特徴の直接感得」とは創作的表現の共通性を意味するという理解をめぐっては、若干の争いがあるのもたしかである⁹²。

というのも、いわゆる全体的比較論と呼ばれる考え方にしたがうならば、たとえ既存の著作物の創作的表現が認識可能な形で残っているとしても、これに多大な創作的表現が加えられたことによって、新たに作成された作品の「全体」においてそれが「色あせている」と言うことができ、創作的表現の中でもさらに「本質的特徴」と言える部分が感得できない場合は「翻案権」の侵害に当たらないと解されることになるからである⁹³。

このように解するならば、江差追分事件の最高裁判決が示した判旨1（表現上の本質的特徴の直接感得）と判旨2（創作的表現以外の部分の非保護）は、そのような意味において異なる内容を有するものだということになる。

しかし、たとえ既存の著作物の創作的表現が「認識可能」のまま残っているとしても、広義の「色あせている」という場合であれば、それはまったく「独立の著作物」であり、そもそも既存の著作物を利用しているとは言えないのだから自由なのである、というような解釈はやや強弁の詭りを免れないように思われる。

なるほど、ドイツ法においては、——権利制限規定ではなく「権利の内容」に関する規定ではあるが——「自由利用」(*Freie Benutzung*)という規定（ドイツ著作権法24条）が古くから存在したために、パロディ等を結論

⁹² 以下について詳しくは、ドイツ法における「色あせている」論との関係も含めて、上野・前掲注(3)「ドイツ法における翻案」39頁以下参照。

⁹³ 同旨と考えられるものとして、高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（商事法務、2008年）330頁以下、同・前掲注(53)「判例からみた翻案の判断手法」18頁、同・前掲注(2)262頁、同・前掲注(53)「著作物性と著作物の複製・翻案」239頁、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号32頁以下（2001年）、横山・前掲注(63)294頁以下等参照。また、裁判例においても、大阪高判平成14年6月19日判タ1118号238頁〔コルチャック先生Ⅰ事件：控訴審〕、大阪高判平成14年9月18日〔コルチャック先生Ⅱ事件：控訴審〕前掲注(76)知財高判平成24年8月8日〔釣りゲータウン2事件：控訴審〕参照。

として許容する余地を確保するためのツールとして、この「自由利用」の規定が活用され、そこで広義の「色あせている」論という柔軟な解釈が展開されてきたのも理解できる。

しかしながら、たとえ結論としてパロディ等を許容することが必要だとしても、そのような解釈論を「権利の内容」（すなわち既存の著作物を利用したと言えるかどうか）の問題として処理することが妥当なのかどうかは検討の余地があるように思われる。少なくともドイツ法における「自由利用」のような規定を持たないわが国において、ドイツ法における「色あせている」論を採り入れて、たとえ既存の著作物の創作的表現が認識可能ではあっても規範的に見て「直接感得できない」場合には権利侵害に当たらないと考えることには疑問が残るところである。

These 5

類似性とは客体の問題であり、権利侵害に当たるか否かは、著作者の権利（著作権および著作者人格権）すべてについて、著作物の創作的表現が共通するか（＝表現上の本質的特徴が直接感得できるか）によって決まると考えるべきである。

Ⅲ 権利侵害要件の再構成

1 はじめに

前章では、従来議論によく見られる「複製又は翻案」という表現に関する問題点を指摘した。

そうした問題の背景には、「複製」や「翻案」といった用語の定義について旧法と現行法との間で大きな相違があることや、行為それ自体の問題と依拠性・類似性との関係について、必ずしも十分な認識がなかったことに原因があるように思われる。そして、これらの問題はいずれも著作権法における一般的な権利侵害要件に関わるものである。その意味では、「複製又は翻案」という表現が、著作権法における一般的な権利侵害要件を混乱させてきたとも言えよう。従来議論において、著作権法における一般的な権利侵害要件というものについての認識や研究が十分でなかったの

も、このことと無縁ではないようにも思われる。

ただ、以前から著作権に関する一般的な侵害要件に言及されていたのが、田村教授の体系書である⁹⁴。そこでは次のように述べられている⁹⁵。

「28条による二次的著作物の規律に注意して著作権侵害の要件を定義すると、著作権侵害となるためには、原著作物かもしくは（行為者を含む何者かによって）原著作物に依拠して作成された（＝①依拠）原著作物と類似の範囲内にある著作物（②＝類似性）に、行為者が依拠して（＝①依拠）、21条から27条、113条1項、2項に規定される行為（＝③法定の利用行為）が行われることが必要となる…。」

これは、類似性や依拠性というものを、複製権や翻案権といった特定の著作権の侵害要件として捉えるのではなく、著作権すべてに共通する一般的な侵害要件と捉えている点で、本稿の立場と軌を一にしている。

こうした研究を踏まえつつ、著作権法における一般的な権利侵害要件というものを再構成することが次の課題となる。

2 権利侵害要件の再構成

本稿は、著作権法における一般的な権利侵害要件に関する準備的考察に当たるものであるが、前章においてすでに一定の方向性は示されていることになろう。そこで、さしあたり以下のようにまとめておきたい⁹⁶。

(1) 一般的な権利侵害要件としての類似性&依拠性

第一に、類似性および依拠性というものは、すべての著作者の権利（著作権および著作人人格権）の侵害のために必要となる一般的な要件だと捉えるべきである。

⁹⁴ 田村・前掲注(25)46頁以下参照。

⁹⁵ 田村・前掲注(25)47頁参照。

⁹⁶ 以下のような方向性については、すでに島並ほか・前掲注(51)248頁以下〔上野執筆〕参照。

従来の議論においては、類似性や依拠性というものが、特に複製権や翻案権の侵害要件として論じられることが少なくなかった。しかし、類似性および依拠性は、演奏権や上映権はもちろん、氏名表示権や同一性保持権についても共通する侵害要件だと考えるべきである。

このような考えにしたがうと、作者者の権利に関する侵害要件は、①依拠性、②類似性、③行為ということになる。例えば、著作権法上の権利侵害を理由とする差止請求を行う際の請求原因事実は次のようになる。

〔例〕 著作権法上の権利侵害を理由とする差止請求

A. 請求原因事実

- ① 権利帰属： Xは本件著作物について作者者の権利を有すること
- ② 権利侵害： YがXの権利を侵害していること
 - (a) 依拠性： YがX著作物（またはこれを原著物とする二次的著作物）に依拠したこと
 - (b) 類似性： Y著作物がX著作物の創作的表現と共通すること
 - (c) 行為： Yが権利の対象となる行為（著作権対象行為＋著作者人格権対象行為＋みなし侵害行為）を行っていること

したがって、類似性および依拠性があると判断されれば、実際にも、著作権法上の複数の権利侵害が認められることがよくある。例えば、他人の著作物に類似する著作物を無断で製造販売したという場合、複製権、譲渡権、氏名表示権、同一性保持権といった複数の権利の侵害が肯定されることになる。他方、類似性または依拠性がないと判断されれば、これらすべての権利の侵害が否定されることになるのである。これも、類似性や依拠性が、作者者の権利に共通する一般的な侵害要件であることのあらわれである。

(2) 利用行為の純化

第二に、行為それ自体は、客体を含まないものとして純化して理解すべきである。

従来の議論においては、類似性や依拠性というものが、複製や翻案といった行為の成否の問題として論じられることが少なくなかった。しかし、

類似性や依拠性というものは、あくまで客体の問題である。他方、行為それ自体は、類似性や依拠性の有無と無関係に成立すると考えるべきである。理由は以下の通りである。

一つ目に、従来の議論においては、「依拠性がなければ複製したとは言えない」という表現を目にすることが少なくない。しかし、これは妥当でない。

例えば、「依拠性がなければ演奏したとは言えない」と表現するであろうか。しないはずである。だとすれば、すでに繰り返し述べてきたように、現行著作権法上の「複製」というのは演奏や上映と同列に定められた利用行為の一つに過ぎないのであるから、「依拠性がなければ演奏したとは言えない」との表現が妥当でないのと同様に、「依拠性がなければ複製したとは言えない」という表現は妥当でないのである。

したがって、この場合は、「依拠性がなければ複製したとは言えない」というのではなく、「複製（有形的再製）は行われているが依拠性がないから権利侵害にならない」と表現すべきだということになる。

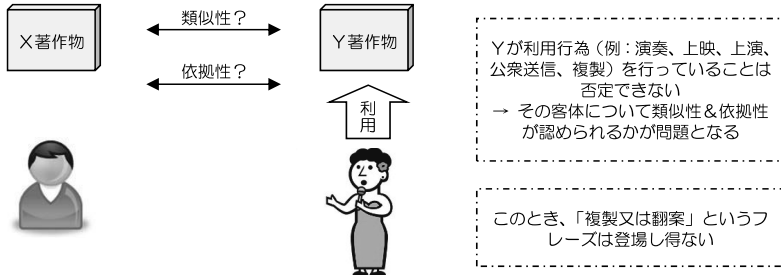
二つ目に、従来の議論においては、「類似性がなければ複製したとは言えない」という表現を目にすることが少なくない。しかし、これも妥当でない。

例えば、「類似性がなければ演奏したとは言えない」と表現するであろうか。しないはずである。だとすれば、現行著作権法上の「複製」というのは演奏や上映と同列に定められた利用行為の一つに過ぎないのであるから、「類似性がなければ演奏したとは言えない」との表現が妥当でないのと同様に、「類似性がなければ複製したとは言えない」という表現は妥当でないのである。

したがって、この場合は、「類似性がなければ複製したとは言えない」というのではなく、「複製（有形的再製）は行われているが類似性がないから権利侵害にならない」と表現すべきだということになる。

例えば、YがXの音楽著作物に依拠しつつも類似性のない音楽を公に演奏している場合や、依拠性なく偶然に類似性ある音楽を演奏している場合を考えてみよう。この場合、いずれもYの演奏行為が演奏権侵害にならないことは異論の余地がない。しかし、Yが何かを「演奏」していること自体は否定できないはずである。演奏権侵害に当たらないのは、単に「その

著作物」を演奏したとは言えないからにはほかならない。したがって、Yが演奏権侵害に当たらない理由は、Yが演奏という行為を行っていないからではなく、Yの演奏行為の客体がX著作物（またはその二次的著作物）ではないからだと言うべきなのである。



このように、Yが何らかの利用行為を行っていることと、依拠性および類似性というのは別の問題であり、別の侵害要件なのである。このことは、特許法において実施という行為が行われているかどうかは、当該実施行為の客体が特許発明の技術的範囲に属するか否かとは別の問題であることと同じである。

このように、Yが利用行為（例：演奏、上映、上演、公衆送信、複製）を行っている以上、そのこと自体は否定できない。その上で、権利侵害に当たるか否かは、当該行為の客体について類似性および依拠性が肯定されるか否かの問題なのである。

ここで留意すべきなのは、「複製又は翻案」という表現が登場する余地はまったくないということである。その意味で、従来の議論において用いられてきた「複製又は翻案」という表現は、著作権法上の権利侵害要件に混乱をもたらしてきたと言えるのではなかろうか。

(3) 明文上の根拠

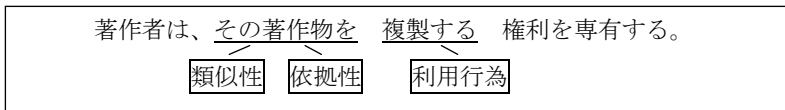
第三に、依拠性および類似性が作者の権利に共通する一般的な侵害要件となることの明文上の根拠についてである。

類似性および依拠性は、著作権法上の作者の権利すべて（著作権および著作者人格権）に共通する一般的な侵害要件だと捉えるべきであることはすでに述べた通りであるが、その明文上の根拠は必ずしも明確でない。

この点はなお検討の余地があるが、さしあたり著作権法において権利の内容を定めた規定の文言から導かれるものと考えている⁹⁷。

というのは、著作権法上の作者の権利（著作権および著作者人格権）は、いずれも著作者を主語として、「その著作物」（またはその二次的著作物）を客体とする行為を対象としている（前掲〔表3〕参照）。例えば、著作権の多くは「著作者は、その著作物を……する権利を専有する」（傍点筆者）と規定されている。ここで「その著作物を」という文言から、依拠性および類似性を導くことができるのではなかろうか。つまり、たとえ何者かが何らかの著作物を利用したとしても、依拠性や類似性がなければ、「その著作物」（つまり当該著作者の著作物）を利用したとは言えないために、著作者の権利の侵害とはならないと考えられるのである。

[例] 著作権法21条〔複製権〕



このように、依拠性および類似性はともに、著作権法において権利の内容を定めた規定の文言から導かれる権利侵害要件だと言えるように思われる。

実際のところ、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件および江差追分事件の最高裁判決は、正当にも、あくまで「著作物の複製とは」（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件最高裁判決）とか、「著作物の翻案とは」（江差追分事件最高裁判決）と判示しているのであって、「複製」や「翻案」それ自体を単体で定義しているわけではない⁹⁸。これも、「著作物の」という文言と依拠性や類似性を結びつける考え方につながるものと言えよう。

⁹⁷ この点については、すでに島並ほか・前掲注(51)248頁以下〔上野執筆〕参照。

⁹⁸ そのため、これらの最高裁判決が示したフレーズを「複製とは」「翻案とは」という形で言い換えてしまうのは、この点からしても妥当でないと言えよう。

3 具体的なフリーズ例（案）

以上、さまざまに指摘してきたが、従来の議論によく見られる「複製又は翻案」という表現に問題があるとすれば、実際に、どのような表現を用いばよいのだろうか。以下では、試論として具体的な提案を行いたい。

(1) 冒頭のケース

まずは、冒頭に掲げたケースについて考えてみよう。すなわち、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である。この場合において、Xの主張および判決をどのように修正すべきかを検討する。

① Xの主張

まず、従来の議論においては、Xの主張として次のようなものがよく見られる。

[修正前]

「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。」

このような主張は、本稿で述べてきたような観点からすれば、多くの意味で問題がある（具体的には前章参照）。そこで、これを次のように修正することが考えられる。

[修正後]

「Yは、Xイラスト又はこれを原著作物とする二次的著作物に依拠して、その創作的表現をY商品に印刷することによって有形的に再製するとともに、当該Y商品を公衆に譲渡している。

そのため、Y商品を製造するYの行為は、Xが有する複製権又は著作権法28条に基づく複製権の侵害に当たり、また、これを販売する行為は、X

が有する譲渡権又は著作権法28条に基づく譲渡権の侵害に当たる。

したがって、Xは、Yに対して、これらの権利に基づきY商品の製造及び販売の差止めを請求する。」

② 判 決

そして、このようなケースにおいて、裁判所が結論として権利侵害を認めるとき、従来の議論においては、次のような判決を下すことがよくある。

[修正前]

「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。」

このような判示は、本稿で述べてきたような観点からすれば、多くの意味で問題がある（具体的には前章参照）。そこで、これを（Yの行為の創作性について問わないという点を維持しつつ）修正するならば、次のようなものが考えられる。

[修正後]

「Yは、Xイラスト又はこれを原著作物とする二次的著作物に依拠して、その創作的表現をY商品に印刷することによって有形的に複製するとともに、当該Y商品を公衆に譲渡している。

そのため、Y商品を製造するYの行為は、Xが有する複製権又は著作権法28条に基づく複製権の侵害に当たり、また、これを販売する行為は、Xが有する譲渡権又は著作権法28条に基づく譲渡権の侵害に当たる。

したがって、Xは、Yに対して、これらの権利に基づきY商品の製造及び販売の差止めを請求することができる。」

(2) 従来の最高裁判決が示した一般論を現行法に適合するように一般化

次に、従来の裁判実務においては、前章で見たようにワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件などの最高裁判決が必ずしも適切でない形

で参照されてきたと考えられるが、では現行著作権法に適合するように表現するにはどうすればよいのだろうか。

① 著作権の支分権

まず、著作権に含まれる個別の支分権については、次のように述べる事が考えられる。

その前提として、すでに述べた通り（前章5参照）、現行法上の「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を参照することは控えるべきである。

その上で、先に述べたように（本章2(2)参照）、利用行為を純化することに留意すべきである。このような考えにしたがえば、以下のように、複製、上演、演奏、口述など、どの利用行為についても当然に同様の表現になる。

○ 複製

「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をいうため（著作権法2条1項15号）、著作物の複製とは、当該著作物に依拠し、かつ、その創作的表現（同法2条1項1号）を有形的に再製する行為をいう。」

○ 上演

「上演とは、演奏（歌唱を含む）以外の方法により著作物を演ずることをいうため（著作権法2条1項16号）、著作物の上演とは、当該著作物に依拠し、かつ、その創作的表現（同法2条1項1号）を演奏以外の方法により演ずる行為をいう。」

○ 口述

「口述とは、朗読その他の方法により著作物を口頭で伝達すること（実演に該当するものを除く。）をいうため（著作権法2条1項18号）、著作物の口述とは、当該著作物に依拠し、かつ、その創作的表現（同法2条1項1号）を口頭で伝達する行為で、実演に該当しないものをいう。」

② 著作権法27条の権利

次に、著作権法27条の権利については、次のように述べるのが考えられる。ここでは、江差追分事件の最高裁判決における判旨1を基本的にそのまま参照することになる。ただ、先述のように、現行法上の「翻案」が総称として誤解されるおそれがあるため（前章1参照）、著作権法27条の権利について一般化して述べる以上、例えば下記のように付加することが有益であろう。

「著作物の翻訳、編曲、変形又は翻案（著作権法27条及び2条1項11号参照）とは、当該著作物に依拠し、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（最高裁平成13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照）。」（下線筆者）

その上で、先述したように（前章5参照）、創作的表現の共通性（＝類似性）一元論にしたがうならば、上記の「表現上の本質的な特徴」は「創作的表現」と言い換えられる方が望ましい。

「著作物の翻訳、編曲、変形又は翻案（著作権法27条参照）とは、当該著作物に依拠し、かつ、その創作的表現（同法2条1項1号）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創作的表現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（最高裁平成13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照）。」（下線筆者）

③ 類似性&依拠性

さらに、著作者の権利（著作権および著作者人格権）に共通する侵害要件として、類似性および依拠性について検討する。

まず、類似性については、江差追分事件の最高裁判決における判旨2を一般化して、次のように述べるのが考えられる。

○ 類似性

「ある著作物に対する著作権（著作権法21条ないし28条）は、当該著作物又はこれを原著物とする二次的著作物を対象としているのであるから、著作権侵害となるためには、当該著作物の創作的表現（同法2条1項1号参照）を利用していることが必要となる。したがって、既存の著作物に依拠して利用された著作物が、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、著作権侵害には当たらないと解するのが相当である（最高裁平成13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照）。」

次に、依拠性については、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再構成して、次のように述べる可以考虑。

○ 依拠性

「ある著作物に対する著作権（著作権法21条ないし28条）は、当該著作物又はこれを原著物とする二次的著作物を対象としているのであるから、著作権侵害となるためには、当該著作物又はその二次的著作物に依拠していることが必要となる（旧著作権法上の『複製』に関する判断ではあるが、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）。したがって、他人の著作物と同一性のある著作物が利用されても、それが当該既存の著作物に依拠して利用したものでない場合は著作権侵害に当たらない。」

4 残された課題

以上、従来の議論の問題点を踏まえて、今後の方向性について論じてきた。ただ、さしあたり以下の点は残された課題となろう。

(1) 依拠性

第一に、依拠性の具体的な内容である。

依拠性とは、さしあたり「YがX著作物（またはこれを原著物とする

二次的著作物)に依拠したこと」を意味するものと考えられる。ただ、その厳密な定義は容易でない。

例えば、田村教授は、著作権の侵害要件として、「著作権侵害となるためには、原著作物かもしくは(行為者を含む何者かによって)原著作物に依拠して作成された(=①依拠)原著作物と類似の範囲内にある著作物(②=類似性)に、行為者が依拠して(=①依拠)、21条から27条、113条1項、2項に規定される行為(=③法定の利用行為)が行われることが必要となる」と述べているが、これは「依拠」が二度登場する特徴的なものになっている。それは、二次的著作物のみに依拠した場合をカバーしようとするものと説明されている⁹⁹。

たしかに、原著作物を直接知覚していないにもかかわらず、その二次的著作物のみに依拠しただけで、原著作物に対する依拠性も肯定されるということは、結論として異論のないところと考えられる。したがって、そのことを踏まえた依拠性の定義が必要となるのである。

さらに、次のような点も問題となる。

① 知覚していなくても依拠性が肯定される場合

一つ目に、たとえ著作物を知覚していなくても、依拠性が肯定される場合があることである¹⁰⁰。

例えば、本の中身を読まずにコピー機で複写する行為であっても、依拠性は肯定されるはずである。そこでは、著作物を知覚してはいないが、依拠性は肯定されていることになる。また例えば、無許諾で複製されたCDを公衆に譲渡する行為も、依拠性は肯定されるはずである。ここでも、著作

⁹⁹ 田村・前掲注(25)57頁は、「定義中、依拠の要件を二度登場させたのは、こうした二次的著作物に関する規律を顧慮したためである」とする。

¹⁰⁰ 田村・前掲注(25)50頁も、「依拠の要件は、独立して創作されたか否かを見極めることを目的としているので、著作物を見ていなくとも、依拠が肯定される場合がある」とする。また、前田哲男『『依拠』について』『知的財産権法と競争法の現代的展開』紋谷暢男先生古稀記念(発明協会、2006年)779頁も、「敢えて機械的な利用にも当てはまるように『依拠』を定義するとすれば、『既存の著作物の表現が、機械の複製・再生機能又は人の認識・記憶作用を介して、被告作品の表現に実質的に寄与していること』とでもなるのか」と述べている。

物を知覚してはいないが、依拠性は肯定されているのである。

② 事前に知覚していても依拠性が否定される場合

二つ目に、たとえ著作物の表現を事前に知覚していても、依拠性が否定される場合があるということである¹⁰¹。

例えば、Xが創作したX著作物に依拠することなくYによって独自に創作されたY著作物があるという場合において、YがY著作物を自ら利用することは（たとえYの創作後にX著作物を知覚しても）依拠性が否定されることになると考えられる。また、この場合において、X著作物もY著作物も知っているZがY著作物を利用することは、あくまでY著作物に依拠したのであって、X著作物への依拠は否定され、たとえXとYが客観的には類似しているとしてもXの著作権の侵害に当たらないことになるかといった問題もある¹⁰²。

このように見てくると、依拠の具体的な意味を厳密に定義することはなかなか難しいことが分かる。この点に関する詳しい検討は、別の機会に委ねざるを得ない。

(2) 原著作物と二次的著作物の区別

第二に、原著作物と二次的著作物の区別についてである。

すでに述べたように、現行著作権法は、原著作物の利用（著作権法21～26条の3）と、二次的著作物の利用（著作権法28条）とは、別の権利がカバーするものとして規定されていると考えられる。そして、このような理

¹⁰¹ 田村・前掲注(25)49頁以下参照。

¹⁰² 田村・前掲注(25)49頁以下は、このような場合について、「Yの著作物を複製等する者は、Xの著作物の存在を認識したとしても（アクセス有り）、著作権侵害を問われることはない」と解される。さもないと、Yは他人に著作物の複製等の許諾を与えて対価を回収する手段を奪われることになるからである（無断複製者の場合には、どちらの著作物を複製したのかということで、Xの著作権の侵害かYの著作権の侵害かということが決定されることになり、後はその証明の問題ということになる）」と述べている。

解は、その前提として、原著作物（の利用）と二次的著作物（の利用）は区別されるとの考え方に基づいている。

ただ現実には、原著作物と二次的著作物の区別が難しい場合があることは否定できない。例えば、マルセル・デュシャンの“L.H.O.O.Q.”という作品のように、モナ・リザの絶妙な位置にひげを付加した絵というものは、その絵全体が二次的著作物に当たると言える反面、もし付加したひげ部分以外の部分のみを利用する場合、これは二次的著作物の利用に当たるのか、それとも原著作物の利用に当たるのか、実は必ずしも明確でないのである¹⁰³。

IV おわりに

本稿では、従来の裁判実務あるいは講学上しばしば用いられてきた「複製又は翻案」という表現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た。

たしかに、「複製又は翻案」という表現は実務上広く定着しているように見える。しかし、「複製又は翻案」という表現は、現行著作権法上の用語法からすれば、ほぼいかなる意味においても妥当でないと言わなければならない。

むしろ、「複製又は翻案」という表現を用いることが、著作権法における一般的な権利侵害要件を混乱させ、これに対する認識を不十分なものにしてきた側面があるように思われる。

では、どうして「複製又は翻案」というような表現が、今日の実務にこれほど定着したのであろうか。その理由や背景はさまざまに考えられる。ただ、現行法と旧法とで、形式的には同じ文言でありながら意味が大きく変更されたものがあるにもかかわらず、その認識が十分でなかったことが最大の原因だと言えよう。

また、わが国著作権法の分野においては最高裁判決の数が非常に少ない。たしかに、平成23年以降若干増えてはいるものの、現行法上の最高裁判決

¹⁰³ このことは、作品説対創作的表現説という論点に関わることが考えられる。創作的表現説にしたがえば、この場合は原著作物の利用と評価されることになるうか。

としては蓄積が乏しいと言わなければならない。そのため、旧法時代の最高裁判決を、とするとその前提を超えて参照し続ける傾向があったのではなかろうか。

そして、かつての学説においても、旧法における定義や旧法時代の最高裁判決を、旧法と現行法との違いを十分に踏まえることなく、そのまま現行法の解釈として説明している例が見受けられる。そうしたことが、従来の議論において「複製又は翻案」という表現を定着させる一因になったと考えられる。

さらに、わが国においては、最高裁判決というものが、その事実上の拘束力からか、非常に大きな影響力を持っていることも無関係ではないように思われる。もちろん、このことは軽々に論じることができない問題であるが、英米法学者である伊藤正己元最高裁判事が、わが国の裁判所は、判例法国と言われる英米よりも判例尊重の程度が高く、ときには判例が過度に尊重されていると指摘していることは興味深い¹⁰⁴。とりわけ最高裁判決の数自体が少ない著作権法の分野においては、過去の最高裁判決を貴重な先例として過剰に尊重し、その前提について必ずしも十分な認識なく、そのフレーズを形式的に反復する傾向がありはしなかつただろうか。

もちろん、法的安定性等の観点から、そうした裁判実務にも積極的な意義を見出すことはできよう。また、裁判例の蓄積によって形成されるフレーズが、解釈論として重要な意味を持ち、ときには制定法として結実する

¹⁰⁴ 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）は、「わが国の裁判所における判例尊重の程度はきわめて高いものであると考えてよいであろう。私には判例法国といわれる英米法系の国々と比較しても、判例の価値がより高く評価されているのではないかと感じられることが多かった」（49頁）、「学者的思考にたってみると、拘束力のある判例であることは否定できないとしても、それが過度に尊重されているのではないかと感じられる場合が少なくない」（56頁）、「判例のもつ価値を認め、その拘束力が事実上つよいことを容認するとしても、わが国の裁判所において、判例法国にもまがうほどのつよい効力を与えられ、ときに過度に、または余りにも広範囲に拘束力を与えられているのではないかという感じがする。とくに長期の裁判経験をもつ練達した裁判官に判例の拘束力を重視する傾向がみうけられる。少なくとも学者的思考の側からはそのような印象が濃いのである」（62頁）などと述べている。

ことがあるのもたしかである¹⁰⁵。本稿はそうした裁判実務の意義を過小評価するものでは決していない。

しかし、われわれがすっかり慣れ親しんで、いつの間にか当然のように用いているフレーズの中には、例えば「複製又は翻案」や「内容及び形式」のように、すでに過去ののものとなった旧法を前提にしたものや、古い学説からの表現が残っているものが含まれている可能性に目を背けるべきではなかろう。もちろん、それが現在も妥当するものであれば何の問題もない。しかし、もし前提となる法令の変更によって現時点では適切でなくなっているフレーズがあるとすれば、これまで用いられてきたというだけの理由でこれを無批判に反復することは、思考停止の誹りに甘んじなければならないのではなかろうか。

もちろん、一定の歴史と蓄積を有する実務をすぐに修正することが容易でないことは筆者も認識している。とりわけ、突出が好まれない風土をどこかに持つわが国においては、定着した物事を変えること自体に逡巡する向きがあっても不自然ではなかろう。

しかし、本稿で指摘したことのほとんどは、現行著作権法の構造や用語法からすれば、争いの余地のないものではないかと筆者は考えている。したがって、早期の修正は難しいとしても、いつか本稿で述べたような用語法が一般化することは十分期待できるように思われる。実際のところ、ごく最近の裁判例等においては、いくつかの点ですでに修正されつつあることは本稿でも指摘した通りである。

その意味では、数十年先かも知れないが、いつの日か、「複製又は翻案」といった表現を多用した過去のフレーズに、少なくない関係者が耐えがたいほどの違和感を禁じ得なくなるような時代が、そして、そうした表現が過去の裁判実務においてなぜ用いられているのか不思議に感じられるような時代がやってくることを、筆者は密かに信じている。

¹⁰⁵ 例えば、著作物の定義が存在しなかった旧著作権法時代において学説および裁判例によって形成された著作物概念が現行法の定義に結実したことについて、上野・前掲注(89)181頁以下参照。