

著作権法における侵害要件の再構成

——「複製又は翻案」の問題性——
(講演録)

立教大学法学部 教授 上野 達弘



要 約

従来の著作権訴訟実務においては、「複製又は翻案に当たる」や「複製権又は翻案権の侵害に当たる」といったフレーズがよく聞かれる。そこには、「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」という理解が潜んでいるようだ。しかし、「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、いくつかの意味において妥当でない。本報告は、そうした表現の問題を明らかにした上で、著作権法における侵害要件を再構成するものである。

目次

- I はじめに
 - 1 経緯
 - 2 問題の所在
- 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
 - (2) 検討
 - 2 「翻案」は単発的な行為に過ぎない
 - (1) 問題点
 - (2) 検討
 - 3 「複製」は利用行為の総称ではない
 - (1) 問題点
 - (2) 検討
 - 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
 - (2) 検討
 - 5 「複製権」も「翻案権」も客体は同じである
 - (1) 問題点
 - (2) 検討
- III 権利侵害要件の再構成
 - 1 はじめに
 - 2 権利侵害要件の再構成
 - (1) 一般的な権利侵害要件としての類似性&依拠性
 - (2) 利用行為の純化
 - (3) 明文上の根拠
 - 3 具体的なフレーズ例(案)
 - (1) 冒頭のケース
 - (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
 - 4 残された課題
- IV おわりに

I はじめに⁽¹⁾

1 経緯

本日はお招きいただきまして、まことにありがとうございます。

こういう講演をさせていただく機会は、最近私も少なくありませんが、近年のテーマといえば、著作権法のリフォームですとか、パブリシティ権ですとか、クラウドですとか、そのあたりが流行でしょうか。しかし今日は、そうした流行のテーマではありません。そうではなく、著作権訴訟実務上広く定着しているある理解を問い直すようなお話をさせていただきたいと考えました。ただ、実務に定着している考え方について、大学に籍を置いて実務をまったく知らないこの私が話をするのはなぜなのか。そのことについて、最初にお話ししたいと思います。

先日、著作権法学会がありました。シンポジウムの討論の最後に、中山信弘先生が次のような発言をされたのをご存じの方もいらっしゃると思います。「今日は実務家の方も非常に多いと思いますけど、私の若いころと比べると、実務家の能力が格段に上がっております。そういたしますと、法学者あるいは知的財産法学者は、いったい何をすべきか、ということの大いに考えなければいけない。このままでは、実務家の恐らく後塵を拝するのが学者であるということになってしまう」と⁽²⁾。つまり、知的財産法における研究者の存在意義や役割について問題提起されたわけです。

これについて自分なりに考えてみますと、さしあたり次のようなことは言えるのではないかと思います。

つまり、個別の紛争を解決することはもちろん大事ですけれども、そうした個別の紛争の解決にとどまらず、法令の歴史的な変遷や全体的な体系、あるいは過去の裁判例の集積から俯瞰して、さまざまな考え方や理解の位置付けや理論的根拠を問い直すという仕事、こうした点には研究者の果たすべき役割があるのではないかということです。そのような観点からすれば、たとえ実務上は自明の前提とされているようなグラントルールを、あらためて疑って問い直すということも必要になってくるように思われます。

その結果、あるときには裁判所によって形成されてきた考え方が、よりいっそう強固な理論的根拠をもって正当化されたり、その意味が深められたりすることもあると思います。しかし他方では、実務上いつの間にか当然視されていた考え方が、実は大きな問題をはらんでいたことが明らかにされることもあり得るのではないかと思います。

もちろん、たとえ理論的には問題があるとしても、現実に特段の問題なく実務上運用されているとすれば、それを改めることに対する抵抗があることも予想されます。また、継続性や法的安定性の観点からすれば、実務上定着した考え方は、基本的にそのまま踏襲されること自体に積極的な意味があるという考え方もあるかも知れません。

しかし、もし何らかの実質的な問題があるのなら、そのような問題を抱えたままいつまでも歩み続けるわけにはいかないと思います。短期的にはともかく、20年、30年といった長期的なスパンで考えれば、ある機会に立ち止まって、これまでの歩みを振り返って、われわれが今どこにいるのかを問い直す者が出てきてもよいのではないかと思います。

ひょっとすると、その時点では、不思議なことを問題にするやつだと後ろ指を指されるかも知れません。しかし、研究者というものに、もし存在意義や役割があるとするならば、そうした問題提起を行うことにあるのではないかと、私は思っております。

もちろん、それは有能な研究者に当てはまる話であって、私のような者は、そもそも研究者の一員と言えるかどうかさえ心許ないところがあります。そのため、今述べましたような大きな役割を自分が担えると思っているわけでは到底ありません。また、本日お話しさせていただく内容も、考慮に値しないものだという評価を受けるかも知れません。

しかし、そうした研究者でありたいという自覚を持つことだけは、誰にも等しく許されていることではないかと思います。それは、研究者を標榜しながらも、単に実務で行われている物語を記述するだけの存在から、いかにして脱却するかという私なりの挑戦でもあるのです。

ちょっと前置きが長くなりましたけれども、本日あえてこの場にこういうテーマを選びましたのは、そうした背景に基づくものであります。

2 問題の所在

さて、本日のテーマは、著作権法における権利侵害要件というものであります。例えば、著作権法上の著作者の権利の侵害を理由とする差止請求をする際に、請求原因事実として、権利帰属と権利侵害を主張することになりますけれども、今日のテーマは、その後者ということになります。

訴訟実務において、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ります。

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いたします。この場合、Xが次のように主張することがよくあります。

[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ります。

[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”という考えがうかがえます。どうやらそこで「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す。

しかし、私が問題にしたいのは、ここでいう「複製又は翻案」という表現についてです。この「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、いくつかの意味において妥当ではなく、そのことが現実の問題を生じさせているのではないかというのが、本日の問題提起であります。

そこで以下では、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」という表現につきまして、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たいと思います。

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

第一に、「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です。

従来の議論では、「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くあります。そのとき、27条の権利は「翻案権」と総称されます。

実際のところ、裁判例におきましても、例えば言語著作物の「翻訳」について「翻案権」の問題だとしたり、美術著作物の「変形」が問題となった事例において「翻案権」の侵害を肯定したのが見られます。

(2) 検討

しかし、わが国著作権法上、「翻案権」という用語は、27条の権利を総称するものではありません。また、「翻案」という用語は、二次的著作物の作成行為を総称するものでもありません。

そもそも27条の条文のタイトルは「翻案権」となっているのではなく、「翻訳権、翻案権等」となっております。このことから、同条には、翻訳権と翻案権以外にも権利があるということが明らかです。

また、27条の条文の中も「若しくは」と「又は」が両方使われております。これは「又は」のところで大

きく切れるというのが一般的な解釈でありますので、同条には、翻訳・変形・編曲・翻案という4つの行為があり、脚色と映画化というのは翻案の例示だということになるわけです。

また、43条におきましては、——これは権利制限規定によって一定の利用行為が許容される際に、あわせて翻訳や翻案等による利用が許容されるという規定ですけれども——1号から、現在では5号まで規定が設けられておりまして、翻訳・変形・編曲・翻案のいずれか、あるいはすべての行為が許容されるというふうに書き分けているわけです。つまり、1号においては翻訳・変形・編曲・翻案の4つすべてを対象とし、2号においては翻訳だけです。これによって、32条の適法引用に際しては翻訳だけが許容されて、要約引用は許されないのかという論点が出てくるのは、ご存じの通りであります。

4 概念（翻訳・編曲・変形・翻案）の区別

このように見てまいりますと、「翻案」を総称として用いている例は、現行著作権法にはありません。

現行法27条は4つの権利を定めたものだと言われております。起草者によれば次の通りです。すなわち、翻訳権というのは言語の著作物について、編曲権というのは音楽の著作物について、変形権というのは美術の著作物について、そして翻案権というのはそれ以外の二次的著作物作成行為ということになります。ただ、翻案というのは、ストーリー性を持っているような著作物をもとに二次的著作物を作成する行為をおおむね指します。ですから、長い文章を短く要約するとか、小説を映画化するといった行為が翻案権の対象となるわけです。また、コンピュータ・プログラムやデータベースに、新たな創作性ある変更を加えるというのも翻案権の対象になると言われています。その意味では、たしかにこの翻案権というものがやや受け皿的に使われているというのはその通りかと思えます。ただ、4つの権利を明確に分けようとしているということは間違いありません。

実際のところ、従来の裁判例におきましても、こうした区別にしがたがった裁判例もあります。例えば、日野市壁画事件におきましては、壁画の変形について「変形権」の侵害に当たると述べております⁹⁾。

また、こういった観点から当事者の主張を正当にも修正した裁判例があります。すなわち、記念樹事件で

は、もともと原審において複製権侵害が主張されていたのですが、控訴審において原告は翻案権侵害を主張しました。しかし判決は、次のように編曲権の侵害だと言い換えております⁽⁴⁾。

「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）

当事者の主張をこのように修正してよいのかどうか、その点は私もよく分かりませんが、しかしこのような理解は、さきほどの観点からすれば妥当なものと言えます。

誤解のルーツ？

ただ、かつての学説には、こうした理解と異なるものが見られます。例えば、半田正夫先生の教科書の初版（1974年）におきましては、「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ます⁽⁵⁾。翻訳というもののまで「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ませんが、27条には翻訳権と翻案権という2つの権利があるという理解のようです。

ただ、同じ教科書の最新版（2009年）になりますと、やや混乱があるようにも見えてきて、27条には翻訳権と翻案権が含まれているとしている箇所もあれば、27条の権利全体を「翻案権」と呼ばれている箇所も見受けられます⁽⁶⁾。

こうした点は、斉藤博先生によってかねてから批判されているところでは、とはいえ、半田先生のような

説明が有力に行われていたことが、今日の実務に影響を与えた可能性があるのではないかと思います。

また、著作権法上も、「複製又は翻案」という言い方がまったくなされていないかという点、そうではありませんで、たしかに16条の中では「翻案され、又は複製された」という対置的な表現が用いられています。そのため、このことが影響した可能性もあります。ただ、16条というのは映画化の規定ですから、ここでは常に翻案に当たるわけですので、ここで「翻案」という用語が総称とされているわけでは決してありません。

あるいは、江差追分事件の最高裁判決⁽⁷⁾が、「翻案（著作権法27条）とは……」というふうに判示し、これが後の裁判例によって反復されたことによって、ここでいう「翻案」というものが27条の総称を意味するものという理解が広まった可能性もあります。もちろん調査官解説を見ますと、「狭義の翻案」と「広義の翻案」が使い分けられているわけですが、この判決だけに接した人は「翻案」を総称として理解してきた可能性があるのではないかと思います。

“言葉の問題”に過ぎないのか？

こういう話をいたしますと、それは単なる言葉の問題に過ぎないではないか、と言われることがあります。きちんと使い分けなければ言葉遣いにこだわる必要はない、というご意見かと思えます。

たしかに、知的財産法におきましては、実務的に慣用されている用語が多数あります。例えば、「著作権の保護期間」という言葉をよく耳にしますけれども、これは著作権法上用いられていない表現です。といいますのも、著作権法では、著作権については「存続期間」、著作物については「保護期間」というように使い分けられているからです。そのため、「著作権の保護期間」というのは間違いであるとも言えます。しかし、それでも「存続期間」と「保護期間」は同じ意味で用いていると考えれば、実際の問題は生じないと思います。これはたしかに、ただの言葉の問題だと言えましょう。

また、レコード製作者の権利は実務上「原盤権」と呼ばれております。しかし、これも特定の権利のある言葉で呼んでいるというだけであって、概念自体は一対一対応しておりますので、そのように理解すれば問題ないこととなります。

あるいは、「版權」というのも著作権の意味で使われたりすることもあります。さらには、権利の「消尽」という表現についても、「用尽」ですとか「消耗」ですとかさまざまな表現が用いられ、「消尽」というのは適切ではなく「用尽」というべきだという議論もありました。

こうしたことは単なる言葉の問題だと言えます。つまり、同じ概念を別の言葉で言い換えているだけですから、そのように理解すれば現実には問題がないからです。

しかし、「翻案」という言葉を総称として用いることはこうしたことと異なります。といいますのは、「翻案」を総称として用いてしまうと、先ほどの43条など、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す。

このように申しますと、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としか言いようがないけれども、それ以外の場面で「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ではないかとおっしゃる方もいらっしゃるかと思います。しかし、そのように言ってしまいますと、広義か狭義かを明示せずに「翻案権」とだけ言った場合に、それがいったいどちらの意味で用いられているのか判断できないことになります。

例えば、著作権の譲渡契約に際して、「翻案権を譲渡する」と書いた場合に、その「翻案権」には翻訳権も含まれることになるのでしょうか？ それは極めて不明確です。

したがって、法令用語として用いる以上は、使用者本人がいくら正確に理解していたとしても、他者をミスリーディングしないようにするために、たとえ便宜的な呼称でありましても、総称としての「翻案」あるいは「翻案権」というのは可能な限り避けるべきではないかと思えます。

では、どう呼べばよいのか？

じゃあ、どういうふうには呼べばいいのかということになりますが、著作権法27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」と呼ぶことになりましょう。

ただ、実務家の先生の前でこういう話をいたしますと、例えば、警告状に「著作権法27条の権利侵害に当たる」などと書いても、相手は意味がすぐに分からな

いのではないかとおっしゃる方がいらっしゃいます。ただ、実務上、「著作権法27条の権利」という表現は用いられているはずで、とりわけ、著作権を全部譲渡する契約におきまして、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ようです。そういう観点からいたしますと、「著作権法27条の権利」と呼ぶことに特段の支障はないのではないかと私は思います。

ただ、行為の方に関しましては、翻訳・編曲・変形・翻案の4つを総称する言葉が欲しいというご意見もあるかと思えます。これはもっともなのですが、著作権法は常にこの4つを並べていて、これを総称する言葉は今のところないのです。たしかに、著作権法の中にも、「翻訳、翻案等」という表現で総称している箇所はあるのですけれども、それは分かりやすいとは言えないでしょう。そこで、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ろうかと思えます。

2 「翻案」は単発的な行為に過ぎない

(1) 問題点

では、仮に「複製又は翻案」における「翻案」というものを、今述べた4つの行為、つまり翻訳・編曲・変形・翻案を総称しているものと理解したといたしましょう。だとしても、その「翻案」というのは二次的著作物を作成する行為に過ぎず、作成された二次的著作物を利用する行為まで含むものではないという点を、2番目に申し上げたいと思えます。

従来の実務におきましては、二次的著作物の利用が問題となっている事案であるにもかかわらず、著作権法28条に特に言及がされないまま、「複製又は翻案」あるいは「複製権又は翻案権」という形で、27条の権利のみが問題とされることが多くあるように思えます。

そうした事案におきましては、27条の権利の侵害があるということを理由といたしまして、二次的著作物を利用する行為について差止請求を認容してしまっている裁判例や、そのことを当該権利の侵害を理由とする損害賠償請求における損害として算定したりする裁判例が、少なからず見受けられます。

例えば、祇園祭写真事件は、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事案

でありまして、水彩画を作成するという行為自体はたしかに 27 条の権利の侵害に当たるわけですが、判決は、写真を変形した水彩画（二次的著作物）を利用する行為を「翻案権」の侵害に当たると述べてしまっております⁽⁸⁾。

また、「入門漢方医学」事件におきまして、判決は「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）を侵害するものである」と判示しております⁽⁹⁾。被告図版を作成するという行為はたしかに 27 条の権利の侵害なのですが、被告書籍を印刷したり、出版したり、販売したり、頒布したりする行為、これらは二次的著作物の利用行為ですので、本来は 28 条の権利が及ぶ行為なのです。しかし、それらが「翻案権」という 27 条の権利の侵害だとされているわけです。

あるいは、先ほどの記念樹事件の控訴審判決は「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のですが、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」を検討いたしまして、「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」を認定しているわけです。

(2) 検討

しかし、編曲権や翻案権などの 27 条の権利というのは、現行の著作権法上はあくまで二次的著作物を作成するという一回的・単発的な行為を対象とする権利に過ぎません。ですので、作成された二次的著作物を利用するという行為につきましては、27 条ではなく 28 条の権利がカバーしているはずなのです。したがって、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が問題となる場合は、必ず 28 条に基づく著作権に言及する必要があり、二次的著作物の作成という単発的な行為を対象とする 27 条の権利を持ち出しても意味がないのです。

著作権法 27 条の権利の存在意義？

そのように申しますと、そんな単発的な行為のみを

対象とする 27 条の権利というのは、意味がないではないかというご意見もあろうかと思えます。しかし、その通りなのであります。

つまり、27 条の権利が、例えば差止請求において意味を持つかという点、ほとんど持ちません。例えば、たとえ編曲権侵害に当たるといっても、編曲という行為が終わってしまえば侵害行為はすでに終了しておりますので、もはや編曲権に基づく差止請求はできません。そのため、編曲権侵害に基づく差止めというのは、いまにも被告が編曲をしそうだというときに、侵害のおそれがあると言える場合は、将来における編曲行為をしないように求める予防請求ができる程度において認められるに過ぎません。

このように単発的行為のみを対象とする 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、本来ほとんど活躍しないはずなのです。

したがって、従来議論におきましても、27 条の権利というのは本当に意味があるのかと、存在意義に対して疑問が投げかけられてきました。例えば、加戸守行氏も、「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」と述べています⁽¹⁰⁾。また、田村善之先生や齊藤博先生も疑問視されています⁽¹¹⁾。

実際のところ、二次的著作物を作成する権利と、作成された二次的著作物を利用する権利を分けるという構成を採用していることは、比較法的にも特殊なものがあります。例えば、ドイツ法におきましては、二次的著作物を作成する権利というのは原則としてありません。そのかわり、著作物の映画化など、一定の二次的著作物の作成行為に限って原作者の同意を要すると規定されているだけです（ドイツ著作権法 23 条後段）。そういう観点からしますと、日本法は非常に几帳面なのなのですが、立法論としては再検討の余地があろうかと思えます。

しかし、立法論としてはそうであっても、現行法は 27 条と 28 条を分けて規定したわけですから、解釈論としてはこれにしたがうしかないので。

著作権法 27 条と 28 条を区別すべき

では、どのように考えればよいのでしょうか。

現行著作権法は、原著作物の利用権（21 条～26 条の 3）と二次的著作物の利用権（28 条）を別の権利に分けています。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します。

たしかに、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ましょう。しかし現行法が、原著作物の利用権と二次的著作物の利用権を分けていることからいえますと、“二次的著作物の利用は原著作物の利用とはいえない”ことが前提になっているものと考えられます。したがって、原著作物の利用ならば、普通の複製権、上映権、演奏権などが及び、他方、二次的著作物の利用であれば、あくまで28条を介して有するそれらの権利が及ぶということになるわけです。

ここでは、二次的著作物の利用に関しては、「著作権法28条に基づく複製権」ですとか、「著作権法28条を介して有する演奏権」ですとか、そういった表現が用いられます。加戸守行氏の本には、「28条をクッションとした〇〇権」とかいう言い方もされていて、これが適切な表現かどうか分かりませんが、いずれにしても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である以上、28条には必ず言及されなければなりません。

こういう区別は旧法にはありませんでした。旧法では、全部が一つの著作権(複製権)というものでカバーされていたわけです。これに対して、現行法では、原著作物の利用なのか、二次的著作物の利用なのかを分けて、それぞれ別の権利がカバーするものと規定されたわけです。

正確に言い換えると

このような観点からいえますと、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、従来の裁判実務によく見られる「複製権又は翻案権の侵害」という表現は妥当でなく、次のように、著作権法28条を用いて言い換える必要があります。

例えば、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」の差止をする場合を考えてみましょう。この場合、従来の実務におきましては、「複製権又は翻案権の侵害」に当たるとい主張がなされることが少なくありませんでした。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、「翻案権の侵害」に当たるとして、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ように思います。

しかし、現行著作権法の構造にしたがいますと、この場合におけるXの主張といたしましては、「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)の差止を請求すべきだということになります。

このとき、Y小説が二次的著作物に当たる場合は、「著作権法28条に基づく複製権」の侵害ということになりますし、二次的著作物に当たらない場合は、複製権の侵害ということになります。

いずれにしても、このときに問題となる権利は「複製権又は翻案権」ではなくて、複製権または(28条を介して有する)複製権です。つまりどちらにしても「複製権」の問題になるのです。

ひょっとすると、このことを奇異に感じる方もいらっしゃるかも知れません。しかし、これは当然のことです。といいますのも、ここではあくまで「印刷」をやめろという差止請求をしているわけです。印刷は有形的な複製として著作権法上の「複製」(2条1項15号)に該当します。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だということわけです。

ほかの例で申しますと、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」の差止をする場合、これは譲渡という行為が問題となっていますから、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)の差止請求をすることになります。この場合も「複製権又は翻案権」の侵害が問題になるわけではありません。

あるいは、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」の差止をする場合を考えてみますと、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ることになります。

このように、被告が演奏という行為を行っている場合は、常に「演奏権」が問題となりますし、複製という有形的複製行為を行っている場合は、常に「複製権」が問題となります。したがって、「複製権又は翻案権」という表現は妥当でなく、「複製権又は著作権法28条に基づく複製権」ですとか、「演奏権又は著作権法28条に基づく演奏権」といった表現が用いられるべきだということになるのです。

そもそも「複製」というのは一つの利用行為なのですけれども、翻案という行為は利用行為というよりは、二次的著作物を作成する行為です。ですから、「複製」と「翻案」というものは、そもそも対置される関係に立たないと言ってもよいかと思います。

“言葉の問題”に過ぎないのか？

さて、こういう話をいたしますと、やっぱりこれも言葉の問題に過ぎないのではないかというご意見があるかも知れません。

実際のところ、先ほどいくつかの裁判例を批判いたしましたけれども、ではこの問題によって結論に違いが生じたかという、たしかにそれはなかったかも知れません。判決を善解すれば、それは特に28条に言及しなかっただけだと考えることもできましょう。つまり判決は、実際には「28条に基づく公衆送信権」とか、「28条に基づく譲渡権」という権利を適用しているのだけれども、ただ言葉の上では「公衆送信権」とか「譲渡権」あるいは「翻案権」というように述べたに過ぎない、という説明も一応可能だろうとは思いますが。

しかし、旧法は単一の権利だった著作権という権利を、現行法は個別の支分権に分けたのです。支分権に分割したということによって、支分権ごとの譲渡が可能になります。この点が支分権構成をとらない特許権と異なるところでもあります。したがって、例えば、複製権と演奏権を別人に分割譲渡することもできますし、27条の権利と28条の権利が別人に帰属するということもあり得ることになります。ですから、この点は明確にする必要があります。

こういうふうに申し上げますと、理論的にはそうかも知れないけれども、27条の権利と28条の権利が別に帰属することなんて実務上ない、とおっしゃる方がいらっしゃるかも知れません。しかし、それは違うようです。

例えばJASRACにおきましても、現状の信託契約約款では、「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」と特掲されていますので、28条の権利も信託譲渡の対象になっていますけれども、27条の権利である編曲権は特掲の対象になっておらず、作曲者のもとに残っていると考えられています。ですから、27条の権利と28条の権利が別人に帰属するという事態が実務上な

いということはないと思うわけです。

著作権法28条を正当に適用した裁判例

実際のところ、その点についてちゃんと——といったら語弊があるかも知れませんが——現行著作権法の用語法にしたがった判示をした裁判例も見受けられるところでもあります。

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きまして、判決は「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)というように、制作と放映を分けて認定しています⁽¹²⁾。これは著作権法の構造からすれば正当な判示だということになります。

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きまして、判決は、「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」と述べております⁽¹³⁾。そして、28条につきましては、「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」と述べています。これも、現行法の構造からして、まさにその通りということになります。

また裁判例の中には、そういった観点から当事者の主張を修正したものもあります。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極秘文書事件におきましては、「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」と述べています⁽¹⁴⁾。

裁判所がこのように当事者の主張を言い換えることがどこまで可能なのか、私はよく分かりませんが

も、しかしこの判決が、翻訳したものを複製する行為については、複製権や翻訳権ではなく、28条を介して有する複製権の侵害であると述べていることは、まさにその通りなのです。

著作者人格権についても同様

以上は、著作権の話ですけれども、同じことは著作者人格権にも言えます。日本の著作権法は、著作者人格権についても、原著作物とは別に二次的著作物に及ぶということを規定しております。もちろん、著作者人格権については、著作権にとっての28条に相当するような横断的な規定はないのですけれども、それに当たるものがそれぞれの著作者人格権を定めた規定の中に、1項後段という形で入っております。

例えば18条1項は、公表権について定めた後に、後段として「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」と規定しています。ですから、ある小説を書いた人は、その小説が未公表のままだということの場合、これをもとに作成された映画が作成され、無断で公表されると、これに対して公表権を主張することができますが、それは18条1項前段ではなく、あくまで後段によって主張できるということになります。氏名表示権につきましても、1項後段に同じような規定があります。

ただ、このような説明の弱点は、同一性保持権を定めた20条1項には、そのような意味での後段がないことです。同一性保持権についても20条に1項後段を定めて、18条1項後段と同じように、「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」というふうに規定されていたら、私が今申し上げていることは、より厳密になるわけですが、この点は問題になるところです。

とは申しましても、解釈上は、実際には原著作物の著作者の同一性保持権は二次的著作物の改変にも及ぶと解するのが妥当ではないかと思えます。例えば、小説家がいて、その許諾を受けて小説をもとにした映画という二次的著作物が公表されているときに、この二次的著作物である映画が第三者によって無断で改変されて、著しくストーリーが改変されたという場合、映画の著作者が同一性保持権侵害を主張できるのはもちろんのこと、原作者である小説家もまた、同一性保持権侵害を主張できて然るべきではないかと思われるわけです。ですから、立法論としては、20条1項に後段

を追加することが検討されてよいように思われます。

3 「複製」は利用行為の総称ではない

(1) 問題点

続きまして3点目に、仮に「複製又は翻案」というときの「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と理解したといたしましても、そこにいう「複製」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ことについてお話ししたいと思います。

従来の裁判例では、「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⁽¹⁵⁾を参照いたしまして、「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、非常に多く見られます。そして、ここでいう「複製」は、「多少の修正増減があっても実質的に同一である場合を含む」と述べるものも多くあります。

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、わが国の著作権法上数少ない最高裁判決であります。そして、この判決は「複製とは…」と判示していますので、一見すると「複製」の定義をしているように見えるわけです。そして、この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、現行法にも当てはまることであります。

しかし、現行法上の「複製」と旧法上の「複製」という概念が同じかということ、実はまったく異なる概念であります。したがって、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のフレーズを参照するのは問題があるのではないか、という問題提起をしてみたいと思えます。

(2) 検討

たしかに、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件最高裁判決は、現行法が施行された後の昭和53年9月7日に下された判決であります。しかし、この事案自体は、現行法施行前の行為に対する損害賠償請求事件ですので、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となります。

では旧法上の「複製」とは何かということですが、旧法上の「複製」は非常に広い概念でした。そもそも、旧著作権法には複製権しかなかったのです。つまり、「複製」には、有形的な複製だけではなく、無形的な複製も含まれると考えられていました。

私が昔、京都におりましたとき、ある重鎮の先生とお話していて、その先生が“例えば私が他人の音楽著作物を完全にそのまま歌ったら、これも複製ですよ？”という趣旨のことをおっしゃったことがあります。そのときに、あなるほどと思ったのを覚えています。つまり、現行法では歌唱するという行為は複製ではありませんが、旧法では無形的な利用というも「複製」という行為だったのです。旧法では、「著作物の内容及形態を公知せしめる一切の行為」⁽¹⁶⁾、これが「複製」だったわけです。

さらに前の著作権法時代には、「翻刻」という言葉が使われていました。ただ、「翻刻」というのは、「狭キニ失スル」というので、旧法に改正されるときに「複製」という言葉を用いるようになったわけですが⁽¹⁷⁾、それをさらに現行法に改正する際、演奏も複製の一つだというのは適切でないとして、「複製」という言葉の意味を変更したわけです。

では、現行法上の「複製」というのは何でしょうか。これは2条1項15号において、「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」と定義されておりますように、あくまで有形的な複製行為を意味します。ですから、現行法上「複製」は、著作物の利用行為すべてを包括する概念ではなく、有形的な複製という一つの利用行為のタイプだけを指すに過ぎないのです。

誤解をおそれずに申しますと、現行著作権法上の「複製」は、特許法における「生産」にほぼ相当するのではないかと思います。有形的複製というのは、定義規定に例示があるように、印刷であるとか、写真撮影であるとか、複写であるとか、録音、録画といったように、有形物への固定を意味しております。ですから、ハードディスクに録画するとか、レコードに録音するとか、紙に印刷するといったような行為が、複製に当たるわけでありませぬ。

ここでは、有形物への固定と言いたところですが、民法上の有形物とは人体を含まないというのが多数説のようですから、最近では、いわゆる刺青事件もありましたし、有形物への固定と言ってしまうと、人体

に固定したときに複製に当たらないことになってしまいかねないので、ここでは有形物への固定というふうに言うておきます。

【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)	
			上演権・演奏権(22条)	
		無形的	公衆への提示	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)		

現行法における著作権の構造(表1)をご覧くださいと分かりますように、現行法の複製権は有形的複製行為を対象とする一つの支分権に過ぎません。

旧法ではこの表に示された権利の全体を「複製権」という言葉で包括していたわけです。これを現行法が複数の支分権に分割したのです。

その意味では、現行法の複製権は、もしかしたら「複製権」という言葉ではなく、「有形的複製権」とか「有形的固定権」とでも名付けた方が、誤解を招かないという意味ではよかったのかも知れませぬ。

したがって、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りません。

この点、同判決の調査官解説におきましては、「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つて差し支えない」と述べられております⁽¹⁸⁾。たしかに、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します。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、にもかかわらず、後の議論においては、現行法と旧法における「複製」概念の相違につい

て必ずしも十分な認識がなかったのではないかと思われるところであります。

「複製又は翻案に当たる」とは「同一又は類似」の意味か？

このように申し上げますと、次のような反応があるかも知れません。といいますのは、従来の議論でよく見られる「複製又は翻案に当たる」というフレーズは、著作権法上の定義通りの意味ではなくて、結局のところ、Y 著作物と X 著作物が「同一又は類似」すること、要するに類似の範囲にあることを意味するものとして用いられているのだ、とおっしゃる方がいらっしゃるのではないかと思います。

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がよくあります。これにしたがいますと、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わけなのです。

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」と表現することは、現行著作権法の用語としては、ほとんどの場合妥当でないと言わなければなりません。

たしかに、Y が、印刷ですとか製造ですとか、そういった有形的複製行為をしている場合でしたら、「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ます。例えば、——実は適切な例がなかなか見つからないのですが——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きまして、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だと言えます。

しかし、Y が、演奏、上演、上映、口述といった、無形的利用行為をしている場合は、「複製又は翻案」を問題にすることはできません。例えば、Y が X 楽曲と類似する Y 楽曲を演奏しているという場合において、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」と主張できるかという点、できません。現行法上は、そのような意味で「複製」という言葉を用いていないからです。つまり、現行法上の「複製」は有形的複製であって、演奏という行為は有形

的複製でないからなのです。

どうしてこういう「複製又は翻案」という言い回しを実務に広まったのかという事情はよく分かりません。ただ、もしかすると「複製」という言葉が、一般用語としての「コピー」という言葉と同義に理解されてきたことに、その原因があるのかも知れません。例えば、パソコンの操作などでよく「コピペ」と言いますが、この場合の「コピー」というのは、もちろんそれがハードディスクに有形的に複製していると言えれば著作権法上の複製に当たりますけれども、そうでなければ、たとえそのコピーが内容的にまったく同一のものを写すという行為であっても、現行法上の「複製」には当たらないのです。

複製物は著作物ではない

さらに厳密に申しますと、「Y の著作物は X 著作物の複製に当たる」という表現自体も正確でないとわざわざ得ません。

と申しますのは、現行法上「複製」というのは、複製物を作成する行為です。ですから、有形物への固定をするという行為が複製だということになります。ですから、ここでいう複製物というのは有形物です。しかし、著作物というのは常に無体物であります。ですから、複製物は有形物ですが、著作物は無体物です。実際のところ、著作権法をよく読みますと、この両者は使い分けられています。

例えば、26 条 1 項に頒布権の規定がありますが、ここでは「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」と規定されております。ここで頒布という行為の対象は著作物です。このように著作権の利用行為の客体は常に著作物です。ただ、それが「複製物により」行われるという形で、著作物は無体物、複製物は有形物というふうに使い分けられているわけです。

そうだといたしますと、著作物を複製したものは複製物であり、著作物それ自体ではないということになります。他方、「翻案」の方は二次的著作物の作成行為です。ですから、翻案によってできあがるものは著作物という無体物です。

したがって、複製という行為と翻案という行為は、このような意味において次元が異なる行為だということになります。そうすると、「複製又は翻案」というような形で対置または併置される関係には立たない

ことになるわけです。

こういう考え方にしがちだと、「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ということになります。

それは例えば、特許法におきまして、「Y の発明は X 特許発明の『生産』に当たる」と表現しないのと同じことです。そのかわり特許法では、例えば「イ号物件は X 特許発明の技術的範囲に属する」などと表現されるわけです。

このように考えてまいりますと、結局のところ、「Y 著作物が X 著作物と類似する」という類似性の問題は、実はあくまで客体の問題なのであって、複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まいります。逆に申しますと、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ります。これは本日のお話の最後にも述べさせていただくことにいたします。

“類似性がなければ「複製」に当たらない”のか？

ただ、従来の議論におきましては、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た上で、そこにいう「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多く見られます。

もちろん変更がいくら加えられても、類似性が肯定されれば著作権侵害に当たるということ自体はその通りであります。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ありません。

例えば、ある判決は、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を参照した上で、「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」と述べています⁽¹⁹⁾。

また学説上も、例えば中山信弘先生は、「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」と述べておられます⁽²⁰⁾。

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ます。そのルーツを探ってまいりますと、旧法下の判例の中に「複製」という言葉自体の解釈として、「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」とする判決が見受けられます。

代表的なものが実業之日本事件と呼ばれる明治 37 年の大審院判例であります⁽²¹⁾。この判決は、「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」と述べております。これがその後の裁判例によって参照されているところであります。

こうした旧法下の複製に関する判例を、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、現行法の解釈として参照している学説もあります。半田教授はその教科書におきまして、「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）」と述べておられます⁽²²⁾。

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可能性は否定できないように思われます。

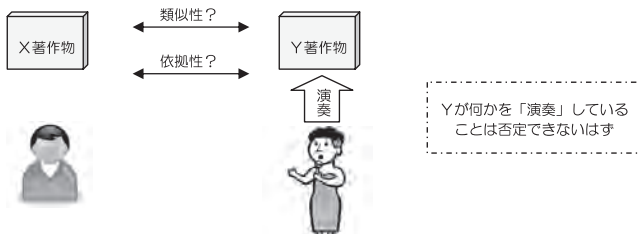
実際のところ、現行法下の裁判例にも、“類似性がない場合には「複製」に当たらない”という趣旨のことを述べるものが見受けられます。すなわち、ホテル・ジャンキーズ事件の控訴審判決は「創作性の高いものについては、少々表現に改変を加えても複製行為と評価すべき場合があるのに対し、創作性の低いものについては、複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみであって、少し表現が変えられれば、もはや複製行為とは評価できない場合がある」と述べています⁽²³⁾。

もちろん、創作性の高低が類似性判断と密接に関連することについては、私も同意見なのですけれども、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ります。つまり、この事件ですと、被告が何かの印刷行為をしたのは間違いのないわけです。したがって、印刷という複製行為それ自体をしていることは否定できません。その上で、侵害を否定するのであれば、その印刷の客体が原告の著作物と類似性を有するものではない——言い換えるならば“原告著作物の複製とは評価できない”——というふうに表現する方が正確ではないかと思うわけです。

類似性はなくとも行為は行われている

こうした説明に釈然としない方もいらっしゃるかも知れませんが、例えば、次の図にありますように、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ましょう。

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ます。他方、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って、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とになります。ここまでは異論がないはずです。

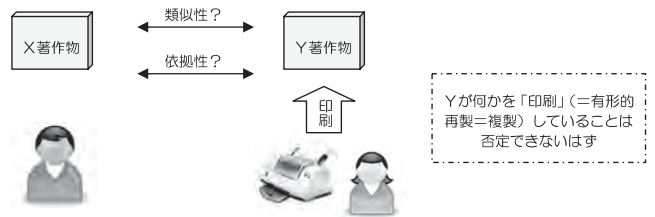


ではここで、“Yは演奏という行為をしていない”と表現するかというと、しないはずです。Yが何かを「演奏」していること自体は否定できないはずだからです。

つまり、ここで問題となっているのは、演奏行為それ自体の有無ではなく、演奏の客体についてX著作物と類似性と依拠性があるかどうかの点なのです。

そうしますと、「複製」というのも、演奏と並ぶ利用行為の一形態に過ぎませんので、複製に関しても同じことが言えるはずです。例えば、YがXの著作物を依拠して作成したY著作物をプリンターで印刷しているけれども、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ことになり

ます。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けれども、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こととなります。



ではここで、“Yは印刷という行為をしていない”と表現するかというと、しないはずで、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す。「印刷」というのは、2条1項15号の例示にも挙げられておりますように、有形的再製として著作権法上の「複製」に当たります。そのため、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す。

このように申し上げますと、たしかに「演奏」については理解できたけれども、「複製」についてはやっぱり理解できないというご意見があるかも知れません。たしかに、「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からかも知れません。

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たのではないかと思います。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す。たとえ一般の語義からして違和感があるとしたしましても、法令用語としては、現行法上の「複製」は有形的再製行為と理解するほかないはずです。

もちろん、先ほど述べましたように、多少の修正増減を加えても、類似性があれば著作権侵害に当たること自体はその通りですけれども、それは別に「複製」に限った話ではなくて、演奏や上映などすべての利用行為に共通するはずです。

したがって、現行法におきましては、類似性を「複製」とか「再製」それ自体の問題として捉えるのは妥

当でないように思います。

従来の議論におきましては、「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わけですが、このように類似性の問題を「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ります。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」と表現するかというと、そうは言わないと思います。これと同じことなのです。

結局のところ、類似性とは、行為の成否ではなく、客体の問題だということです。このような観点からいたしますと、結果として類似性が認められる場合におきましては、「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だということになります。

4 「翻案権」は保護範囲を拡大しているわけではない

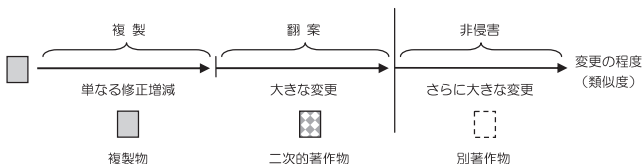
(1) 問題点

さて次に、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いたしましても、「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指摘したいと思います。

従来の議論におきましては、「翻案権は著作物の保護範囲を拡大したものである」といった表現がよく見られます。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ます。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す。

このような考えにしがいますと、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のです。

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もあります。



つまり、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に同一であるから、いまだ「複製」と評価されるけれども、他方、その変更がより大きくなりますと「翻案」と評価され、さらにその変更が大きくなって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ります。

しかしながら、もしこのような図が、変更の程度や類似度の問題として書かれているのであれば、それは間違いではないかと思うわけです。

実際のところ、従来の裁判例におきましても、複製権および翻案権の侵害が問題になった事例で、判決が「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」と述べたものがあります⁽²⁴⁾。これは、「複製」の方が「翻案」よりも類似度が高いという理解に基づいていると言えましょう。

このような考え方にしがいますと、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ります。実際のところ、従来の議論におきましても、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ます。

さらに、従来の議論におきましては、「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ます。例えば、最近の裁判例におきましても、「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」と述べたものがあります⁽²⁵⁾。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ます。

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る立場にしがいますと、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ります⁽²⁶⁾。

(2) 検討

しかしながら、“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”というように考えるのは妥当でないように思います。

正直に申しますと、実は私も、大学で教え始めて最初の2、3年くらいはこのような理解に基づいて、先ほどのような図を使って教えておりました。そして、著作権の支分権をどういう順番で教えるかと申しますと、まず複製権について話した後、次に「翻案権」について講義するのです。というのも、複製に当たらずとも類似の範囲であれば翻案権侵害なのだから、複製権のあとに翻案権について説明した方が分かりやすいだろうというわけなのです。それが終わってから、演奏権だとか公衆送信権だとかを説明していく、そういう順番になるわけです。

あまり具体的なことは申し上げられないのですが、他大学にいる同業者の中にも、複製権の次に翻案権を教えるという授業をしている例に接したことがあります。これは、何も考えずに条文の順番にしたがって教えていくのではなく、むしろ自分なりに考えて著作権の分類を再構成しているわけですから、ある意味ではクリエイティブだとも言えます。しかし、私も3年目ぐらいに気が付いたのです。これは間違いだと。それがどういうことなのか、そして複製権と翻案権はどういう関係にあるのかについて、お話ししたいと思うわけです。

たしかに、旧著作権法におきましては、改作利用行為——現行法にいう二次的著作物作成行為に当たります——も「複製」に当たり、「複製権」という一つの権利によってカバーされていました。実際のところ、旧法上におきましては、著作権に「翻訳権」が含まれるものと規定されておりますし（旧法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す（旧法22条の2）。

実は旧法でも「翻案」という言葉が出てくるわけですが、これは必ずしも二次的著作物を作成する行為ではありません。旧法19条は「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」と規定していますので、「翻案」というのはむしろ原則として二次的著作物を作成しない行為として使われています。

もっとも、その後に「但シ新著作物ト看做サルヘキモノハ此ノ限ニ在ラス」という但書が付いております。「新著作物」といいますと、現代人の目から見るとまったく別個の著作物を意味するように聞こえてしま

うかも知れませんが、これはそうではありませんで、現行法にいう二次的著作物に当たるものです。つまり、翻案というのは常に二次的著作物を作成する行為ではないが、新たな創作行為があれば二次的著作物となり、新たに著作権が発生するというわけです。

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、創作性のある翻案と、創作性のない翻案があると説明するものがありました。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、なかんずく創作性の具備が必要とされる」と述べておられます⁽²⁷⁾。そして、現在もこのような説明が見られないわけではありません。

たしかに、このような解釈が現行法上まったく無理かということ、そうでもなくて、次のような説明も一応可能です。例えば、二次的著作物は、「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、その他翻案することにより創作した著作物」と定義されていますが（2条1項11号）、ここでは翻案等を「することにより創作した著作物」（下線筆者）と規定されています。この「創作した」というところを重視すれば、翻訳や翻案それ自体は常に創作性のある行為ではなく、その上で創作性のある行為を行ったものが二次的著作物になると理解することも不可能ではないかと思われま

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・翻案というのは、常に二次的著作物を作成する行為であります。このことは、まさに江差追分事件の最高裁判決が、さまざまな旧説を排しつつ明らかにした点にほかなりません。

ただ、このように申し上げますと、なるほど「翻案」については常に創作性があるというのは理解できるが、「変形」というのも常に創作性がある行為だというのは、言葉の語感的にじっくりこないとおっしゃる方がおられるかも知れません。

たしかに、「変形」が常に創作性のある行為だというのは、もしかすると通常の語義に反するかも知れませんが、仮にそうだとするとこれは法令用語であります

から、そのように解釈するしかないのではないかと思います。

例えば、「翻訳」という言葉も著作権法上ありますよね。たしかに日常用語的には、例えば機械で翻訳するというのも「翻訳」と呼びますけれども、機械翻訳は創作性のある行為ではありませんので、著作権法上の「翻訳」ではありません。もちろん客観的に見れば、ある原著作物が外国語に変換されているわけですが、機械で翻訳をしている以上、これは著作権法上の「翻訳」ではないのです。

また、「編曲」という言葉も著作権法上ありますよね。たしかに日常用語といたしましては、例えば、トランペットの曲をバイオリンに編曲するというときにも「編曲」という言葉を使うわけですが、著作権法上は、ただ音を単に移調するだけであれば創作性がないと考えられ、著作権法上の「編曲」には当たりません。このように、日常用語としての言葉と法令用語としてのそれが異なるということは、著作権法に限らず一般的に見られることなのです。

そのように考えますと、複製に代表される原著作物の利用と、翻訳・編曲・変形・翻案という二次的著作物の作成との違いは、まさに加えられた変更に創作性があるかどうかにかき尽きるのでありまして、両者の違いを類似度の差ですとか、変更の程度の違いだととらえるのは妥当ではありません。

もちろん、現実問題としては、大きな変更が加えられたときは新たな創作性が認められる場合が多いとは言えるかも知れません。そのため、実際には、複製よりも翻案の方が原著作物に加えられる変更は大きいはずだ、というご意見があるかも知れません。

しかし、常にそうだとはいりません。例えば、物理的には大きな変更を加えても、創作性がなければ、それは翻案になりません。例えば、ある楽曲の全体を移調したとしても、これは創作性のある変更ではありませんから、著作権法上の編曲には当たりません。あるいは、カラーのイラストをパソコンで白黒にしてさらに左右反転するという行為も、創作性のない変更と考えられますから、これも著作権法上の変形には当たりません。また、大きな絵を10分の9カットしてしまう、これも大きな変更ではありますけれども、カットするという行為は、それ自体創作性のない行為ですから、それは著作権法上の変形には当たらないということになります。

他方、例えば、ある絵画に小さな点をちょっと打つだけというような、物理的には小さな変更ではありましても、そこに創作性があれば、これは著作権法上の変形に当たります。マルセル・デュシャンの作品で、モナリザの絵の絶妙な位置にひげを加えた“L.H.O.O.Q.”という絵がありますけれども、これも物理的に見れば変更自体は非常に小さいわけですが、そこに新たな創作性があると言えれば、これは著作権法上の変形に当たるわけです。同様に、俳句にたった1文字や2文字の変更を加えるというのでも、それが新たな創作性のある修正であれば、これは著作権法上の翻案だということになります。

このように、複製に代表される原著作物の利用と翻訳・編曲・変形・翻案という二次的著作物の作成との違いは、あくまで変更に創作性があるか否かによって決まるに過ぎないのです。

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ましょう。

例えば、他人の絵画をパソコンで若干ピンぼけにして変換し、これを無断印刷している者に対して、その印刷をやめろと差止請求するときに、どの権利が根拠になるのでしょうか。

まず、相手が行った変更に創作性がなかった場合、この請求は、複製権の侵害を理由とする差止請求ということになります。他方、その変更に創作性があるという場合、まず変更するということが自体が変形権の侵害に当たり、そして、できあがった絵を印刷する行為は28条に基づく複製権の侵害ですから、印刷をやめろという請求は、28条に基づく複製権を理由とする差止請求ということになります。

あるいは、他人の小説を無断で翻訳した上で印刷している場合も、それが自動翻訳であれば、翻訳権が及びませんので、複製権侵害に基づく印刷の差止請求をすることになります。他方、人間が翻訳したという場合は、翻訳権に基づく翻訳をやめろという停止請求か、28条に基づく複製権の侵害を理由とする印刷の差止請求をすることになります。

また、他人の楽曲を変更した上で公開演奏しているという場合、そこで加えられた変更に創作性がない場合、これに対する請求は演奏権侵害を理由とする差止請求ということになります。他方、もし加えられた変更に創作性がある場合、演奏をやめろという請求は、28条に基づく演奏権の侵害を理由とする差止請求と

いうことになります。

さらに、パロディ事件を素材として、他人の写真の一部を無断印刷した場合について考えてみましょう。まず、実際の事件で行われたように、他人の写真にいろいろと変更を加えたものを印刷しているとしますと、この変更には新たな創作性がありそうですので、現行法でいえば、変形権の侵害および28条に基づく複製権の侵害ということになります。

次に、この変更創作性がないという場合は、これを印刷する行為はただの複製権侵害になります。たとえ変更が物理的には大きくても、創作性がなければただの複製権侵害です。例えば、その変更が写真を大きくカットするものであっても、残された部分に原告の著作物の創作的表現が残っていると言えるのであれば、なお原告の著作権が及ぶことになります。しかし、この場合は新たな創作性のない変更ですから、あくまで複製権の侵害ということになるわけです。

さらに、そのカットされる領域が大きくなって、もとの写真の角1センチ四方の部分——空が映っているかどうか判別できない部分——のみ使うということになりますと、これはさすがにもはや著作権侵害としないということになろうかと思えます。つまり、原告の著作物の創作的表現がもはや残っていないというところまでいけば、これはもう何の権利の侵害にもならないわけです。

このときに、著作権者の権利の侵害に当たるか否かというのは、“もとの著作物の創作的表現が残っているか否か”という類似性によって決まるに過ぎません。類似性があれば権利侵害になりますし、類似性がなければ権利侵害にならないのであります。加えられた変更創作性があるか否かというのは、それによって複製権侵害になるか、それとも変形権や28条に基づく複製権侵害になるかが決まるだけです。

したがって、加えられた変更創作性がない場合も、ある場合も、類似性判断が変わるわけでは決してありません。

そうだとすれば、“翻案権侵害の方が複製権侵害よりも認められやすい”ということはありませんし、“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”ということにもならないわけです。

旧法における著作権は「複製権」という一つの権利でありまして、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のですが、これに対して、現

行法は、これを分割して、複製権などの原著作物の利用権とは別に、翻案権などの著作権法27条の権利を定めたのです。このことによって、著作権法27条の権利というものがあか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わけです。

5 「複製権」も「翻案権」も客体は同じである

(1) 問題点

先ほど、“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と申し上げたのですが、これに加えて、ここでいう「複製権」(厳密に申しますと複製権等の原著作物の利用権)も、ここでいう「翻案権」(厳密に申しますと著作権法27条の権利)も、結局のところ、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たいと思えます。

従来の裁判例では、「複製」と「翻案」というものを分けて、それぞれ別の最高裁判決を参照し、別の解釈を示すものが非常に多くあります。

つまり、「複製」につきましては、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」につきましては、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す。

最近の裁判例から一例を挙げますと、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おります⁽²⁸⁾。

「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、複製とは、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 日第一小法廷判決・民集 55 卷 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）

私は、この 2 つの最高裁判決が現状において意味を失っていると申し上げているわけでは、決してありません。これらが大変重要な意義を持っていることはたしかです。つまり、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、依拠性というものが作者の権利の一般的な侵害要件であることを明らかにした点で大変重要なものであります。このことは、同事件が旧法下のケースであるとしても、現在でも変わらず妥当するものであります。

また、江差追分事件の最高裁判決は、「翻案」というものを、既存の著作物の表現上の本質的特徴を維持しながら新たな創作性ある変更を加えるものだということを明らかにした点で大変重要であり、これもまた現在でも妥当するものです。

しかしながら、これらの判例から、「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erことは妥当なのでしょうか。そして、「表現上の本質的特徴の直接感得」というのは「翻案」だけに関わるものなのでしょうか。このことを考えてみたいと思います。

（2）検討

江差追分事件の最高裁判決が用いた「表現上の本質的特徴の直接感得」というフレーズは、ご存じのようにパロディ事件の最高裁判決に由来するものであります。それ以前には、そういう表現をほとんど見かけませんので、このフレーズはどこから来たのかという、そのさらなるルーツを探るのも面白いのですが、本日それはともかくといたしまして、パロディ事件の最高裁判決は次のように述べております。つまり、「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」というわけです。

パロディ事件は、旧法上の著作者人格権の侵害が問題になったものですが、この判決が述べていることは、つまり「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いえない”のだから権利侵害にならない、ということ述べたものと理解できます。

そうだといたしますと、「表現上の本質的特徴の直接感得」というのは、何も著作者人格権に限ったものではありません。著作者の権利すべてに共通する侵害要件と言えるのではないかと思います。

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きましては、別に著作者人格権だけではなく、翻案権などの 27 条の権利、さらには複製権など、著作者の権利一般について、「表現上の本質的特徴の直接感得」というフレーズを用いている裁判例が多く見られます。

例えば、商業広告事件の判決は、「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」というふうに述べています⁽²⁹⁾。

あるいは、ふいーどわーく多摩事件におきまして、判決は、「複製に当たるというためには……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」と述べております⁽³⁰⁾。

このように、パロディ判決以降、「表現形式上の本質的特徴の直接感得」といった表現が、さまざまな権利に共通して用いられていたように見えます。

ところが、どういふわけか江差追分事件の最高裁判決が出されて以降、このフレーズが翻案権等の27条の権利についてはたしかに用いられているのですけれども、他の権利について用いることがどうも少なくなったように見えるのです。

これはひょっとすると、江差追分事件判決のフレーズが、「翻案」固有の判断と受け止められたからかも知れません。他方、「複製」については、「複製」を定義したかのように見えるワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決が存在するのだから、それを現行法下も参照し続けてきたのではないかと思うのです。

“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——すなわち著作権および著作者人格権——について共通するものではないか、つまり、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”，すなわち類似性を意味するものと理解すべきではないかと思えます。

実際のところ、ごく最近の裁判例におきましては、この「表現上の本質的特徴の直接感得」というものを、「複製」や「翻案」といったものを区別せずに用いているのが見られるところですし、さらに複製権や同一性保持権についても用いるのが見られます。これは、本日お話ししておりますような考えからすれば、まさにその通りだということになります。

例えば、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」および「翻案」について用いております⁽³¹⁾。

「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複製すること（著作権法2条1項15号参照）、著作物の複製は、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）

お分かりのように、「複製」について判示するとしても、そこでワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件の最高裁判決はもう参照されていません。あくまで、現行法上の「複製」の定義を参照した後、表現上の本質的特徴を直接感得できるかどうかの問題となると述べています。そして、「翻案」についても、江差追分事件判決を一応参照していますけれども、やはり表現上の本質的特徴の直接感得を問題にしています。

また、雪月花事件も、写真における書の写り込みが問題になった事案ですので、書自体に創作性ある変更が加えられているとは言えません。ですので、これは翻案や変形には当たりませんから、写真の中で書が縮小されていてもこれは複製です。判決は、結論としては、いわばあまりにも小さくされたため、これは複製に当たらないとして複製権侵害を否定したのですけれども、その際この判決は、書の複製に当たるというためには、「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」などと述べております⁽³²⁾。この判決も、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ります。

このように、「表現上の本質的特徴の直接感得」というものを、翻案権だけに用いるのではなく、複製権その他の権利一般について用いる例が、最近再び増えつつあるように思うわけです。このような傾向は、私の

考えでは結構なことだということになります。

最近では文献におきましても、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おります⁽³³⁾。

「内容及び形式を覚知」というフレーズとの訣別

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指摘されております。

この「内容及び形式」という表現は見るからにドイツ的ですが、実際そのようです。つまり、「内容及び形式」というのは、もともとフィヒテですとか、西洋哲学に由来するようです。そして、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」に区別するという考え方がドイツに見られます。

ただこのような考え自体、ドイツ法においてさえも妥当でないとかかなり以前から指摘されております。このあたりについては、半田先生の教科書においてかなり詳しく紹介されています。すなわち、「『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』のおのおのについて、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」というのです⁽³⁴⁾。

ちなみに、ここで言われているドイツの「最近の学説」というのは、オイゲン・ウルマー（1988年没）とかハインリッヒ・フープマン（1989年没）という、もう20年以上前に亡くなった方々でして、そういった見解が「最近の学説」というわけですから、「内容及び形式」という表現がいかに古い考えかがよく分かります。

もちろん古いからといって悪いわけではないのですが、「内容及び形式」というふうに言ってしまいますと、「内容」まで保護の対象に含まれるということになります。「内容」といいますと、アイデアまでこれに含まれてしまうように聞こえますから、創作的表現と

はいえない部分までが著作権保護されてしまいかねないわけですから、ドイツでも「内容及び形式」という表現が見直されてきたというわけなのです。

にもかかわらず、日本では、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いまだに裁判例で参照されて、「内容及び形式」という表現が用いられております。このように、ルーツであるヨーロッパにおいてすでに過去のものになっているものが、わが国の裁判実務や法学に残存しているという現象は、比較法学上しばしば散見される現象でありまして、それ自体、大変興味深いことではあります。しかし、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るべきものであるように思います。

したがって、「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、率直に申し上げますと、もうやめるべきではないかと思えます。たしかに、わが国訴訟実務におきましては最高裁判決というものが極めて尊重される傾向がありますが、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りません。

「表現上の本質的特徴の直接感得」＝創作的表現の共通性

その上で、さらに申し上げたいのは、「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のではないかということでもあります。

つまり、江差追分事件の最高裁判決は「表現上の本質的特徴の直接感得」と述べておりますが、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、第一に「表現」であること、第二に「本質的な特徴」であることという2つの要素を抽出できます。そして、前者は、アイデアではなく「表現」の部分が問題になることを述べ、後者は表現のうち「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ます。ここで「本質的な特徴」というものを「創作性のある部分」と理解すれば、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」にはかならないことになるわけです。

したがって、**「表現上の本質的特徴の直接感得」というものは、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**

るわけでありませぬ。

もつとも、この点は争いのあるところだ(35)。本日もここまでお話ししてきました他の論点は、いずれも争いの余地がないと申しませぬか、現行法の用語法からすれば、そのように読むしかないとばかりだと私は思っているのですけれども、この点だけは議論のあり得るところだ。

つまり、いわゆる全体的比較論と呼ばれる考え方にしたいがとすると、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いたしましても、これに多大な創作的表現が加えて、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」と言える場合は「翻案権」の侵害に当たらないと解されることになりませぬ(36)。

たしかに、「本質的」という言葉からいたしますと、ただ創作性のある表現の部分を目指すのではなくて、より本質的な部分だけを意味するのだという理解もあり得るところかと思ひませぬ。そして、私が言うように「本質的特徴」を創作性のある部分と読み替えるということになりますと、ではなぜ最高裁判決は「創作的」と言わずに、「本質的」という言葉を用いたのかという疑問もあり得るところだ。

ただ、これについては次のように言うことができようかと思ひませぬ。と申しませぬのも、本質的特徴という表現はパロディ事件の最高裁判決が初めて用いたわけですが、パロディ事件が前提にしている旧法には、現行法におけるような創作的表現という文言はありませぬでした。

あまり認識されていないようにも思ひませぬが、旧著作権法には、そもそも著作物の定義がありませんでした。「著作物」という文言は旧法にも出てまいりますが、著作物の定義はありませぬでした。その後、現行法になってはじめて、著作物というのは創作的表現だというふうに定義されたわけだ。そのため、旧法で言われていた「表現上の本質的特徴」というのは、現行法では「創作的表現」と言い換えてよいのではないかと私は思ひませぬ。

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、27条の権利に限らず、著作者の権利(すなわち著作権および著作者人格権)に一元的に妥当するものと考へてよいように思ひませぬ。

現行法上、著作権にしても、著作者人格権にしても、すべての権利は客体が著作物(またはその二次的著作物)となっています(表2)。ですから、著作物を客体としている以上、創作的表現が使われていれれば侵害になりますし、使われていなければ侵害にならないと言えるはずだ。したがって、権利侵害となるためには、その著作物すなわち創作的表現が客体とされたいなければならぬと言ひませぬし、創作的表現が残っていないのであれば、いずれの権利の侵害にもならないと、こういうことになりませぬ。

旧法におきましては、先ほども述べましたように、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のに対して、現行法は、原著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だ。ですけれども、これは形式的に分割しただけでありませぬ、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は変わらないのではないかと思ひませぬ。

[表2] 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

したがって、「表現上の本質的特徴の直接感得」——これは「創作的表現の共通性」と言い換えられることになりませぬが——が必要というのは、著作者の権利すべて(すなわち著作権および著作者人格権)に共通すると考へることができませぬ。

このように考へますと、類似性すなわち創作的表現

の共通性の問題とは、複製、翻案、演奏、公衆送信といった行為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ます。

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を論じることが、「生産」があったかとか、「使用」があったかとか、そうした実施行為をしたかどうかの問題ではないのと同じことだと思います。

Ⅲ 権利侵害要件の再構成

1 はじめに

以上、従来の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てまいりました。

5点申し上げたうちの5点目の最後の部分、つまり全体比較論を採用するかどうかという点については争いがあるとしても、それ以外については、現行法の構造からすれば、そのように解するほかないと私は思っています。ですから、粘り強くお話しをするとご理解いただける場合が多いのですが、そうだとすると、じゃあ「複製又は翻案」という表現をどう修正すればよいのか、と言われることがあります。

このことは、著作権法における一般的な侵害要件を再構成するという作業です。これは本来であれば重要な基本問題だと思うのですが、このような問題設定自体おそらく耳慣れないのではないかと思います。従来の議論において、この問題に関する認識や研究が十分でなかったのは、「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結果なのではないかと私は思います。

2 権利侵害要件の再構成

本日はこの点についてあまり詳しくお話しすることはできないのですが、一定の方向性だけは示しておきたいと思います。

(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、すべての著作物の権利（著作権および著作者人格権）の侵害のために必要となる一般的な要件だという点です。

従来の議論におきましては、類似性や依拠性というものが、とりわけ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ように思いますが、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だと思います。

ですから、実際の訴訟におきましても、類似性および依拠性があると判断されますと、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ります。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ですと、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となります。他方、類似性または依拠性がないと判断されますと、これらすべての権利の侵害が否定されることとなります。これも、類似性や依拠性が、著作物の権利に共通する一般的な侵害要件であることの現れであります。

(2) 利用行為の純化

ここまでは、それでよいだろうとおっしゃる方も多いと思います。実際のところ、従来の議論におきましても、著作権侵害訴訟における要件事実論として、類似性や依拠性が著作物の権利に共通する一般的な侵害要件とされてきました。

そうだといたしますと、従来言われてきた「複製又は翻案」という表現は、この権利侵害要件のどこに位置づけられるのでしょうか。「複製又は翻案」というものを依拠性と類似性の問題だと捉える考えもあるかも知れませんが、この「複製又は翻案」というのは同時に行為の問題でもあるはずで、このように、結局のところ、「複製又は翻案」という表現が、著作権法における権利侵害要件を混乱させてきたのではないかと私は思っています。

そこで、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ということについて述べたいと思います。

従来の議論におきましては、「依拠性がない場合は複製したとは言えない」とか「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ありません。

では、例えば、「依拠性がなければ演奏したとは言えない」とか「類似性がなければ演奏したとは言えない」と表現するでしょうか。しないですね。

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

ましよう。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ありませんよね。しかしながら、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、演奏権侵害に当たらないのは、単に X の著作物を演奏したとは言えないからにほかなりません。したがって、Y が演奏権侵害に当たらない理由を正確に言うならば、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ります。このときに「複製又は翻案」というフレーズは登場する余地がありません。

そうだといたしますと、複製も同じことになるはずです。繰り返しになりますが、現行法上の「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りますから、「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、「依拠性がない場合は複製したとは言えない」という表現は妥当でないわけです。

したがって、そうした場合は、「依拠性がない場合は複製したとは言えない」とか「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）は行われているが依拠性がないから権利侵害にならない”とか、“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わけです。

このように、ある者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、別の侵害要件だと考えるべきです。それが著作権法の定義にも合致します。つまり、「複製」それ自体は、著作権法の定義規定にありますように、印刷や録音といった有形物に何かを固定する行為それ自体を指すものであって、そのとき客体は何であっても関係ないのです。例えば特許法におきましても、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とされていると思いますが、そのことと同じなわけです。

(3) 明文上の根拠

そうすると今度は、第三に、依拠性および類似性は一体どこから導かれるのかという明文上の根拠が問題となります。

もちろん、明文の根拠はないけれども著作権法の趣旨から導かれるという説明も不可能ではないかも知れませんが、あえて明文の根拠を探りますと、一つの案としまして、権利を定めている規定の文言から導くことができるのではないかと考えております。

と申しますのは、著作権法上の作者の権利（著作権および著作者人格権）は、いずれも作者を主語といたしまして、「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おります（前掲表2）。例えば、複製権を定めた21条は、「著作者は、その著作物を複製する権利を専有する」と規定されています。

このときに、類似性または依拠性がなければ複製したとはいえない、と表現するのはおかしくて、被告が何かを複製（つまり有形的再製）しているというのを否定できないということを先ほど申し上げました。その上で、複製権の侵害に当たるかどうかは、複製の客体が原告の著作物と類似性と依拠性を有するものかどうかによって決まります。このように、依拠性と類似性を客体の問題だととらえますと、依拠性と類似性というのは、この条文でいう「その著作物を」という部分に明文上の根拠を求めることができるのではないかと思うわけです。

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、あくまで「著作物の複製とは」ですとか、「著作物の翻案とは」と判示しているのでありまして、「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のです。裁判例などでも、ときどき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っていることがありますが、それはこの点からしても妥当でないこととなります。このことも、「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考えられます。

3 具体的なフレーズ例（案）

では、従来の議論によく見られる「複製又は翻案」という表現には問題があったとした場合、実際にどのような表現を用いればよいのかということになるかと思えます。理屈からすれば従来の表現がおかしいとしても、修正の方向性を示さないことには無責任なことになりかねないからです。そこで、具体的な案としてさしあたり次のようなフレーズの例を示しておきたい

と思います。

(1) 冒頭のケース

まず、冒頭にお示したケースについて考えてみたいと思います。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ります。この場合について、X の主張および判決は次のように修正することが考えられます。

① X の主張

[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。」

[修正後]

「Y は、X イラスト又はこれを原著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

[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。」

[修正後]

「Y は、X イラスト又はこれを原著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、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に関して、現行著作権法に適合するように参照するにはどうすればよいかを考えてみたいと思います。

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きましては、先ほど述べましたとおり、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やめるとともに、利用行為を純化することになります。そうすると例えば以下のようになります。

[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。」

[後述]

「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

27条の権利につきましては、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ります。ただ、現行法上の「翻案」が総称として誤解されないように、以下のように修正を加えてみます。

「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、先ほども述べましたように、創作的表現の共通性（＝類似性）一元論にしたがいますと、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ということになります。

「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

類似性と依拠性については、次のように述べる事が考えられます。

○ 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作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過ぎない場合には、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）。」

○ 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作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とならない。」

4 残された課題

というわけでありまして、以上述べてきたのですけれども、残された課題がないわけではありません。

これも本日は詳しくお話しできませんが、とりわけ依拠性の具体的内容や実際の判断などの問題があります。これはなかなか難しいものがありまして、依拠性を一言で表現することさえ簡単ではないわけですが、本日はこれ以上立ち入ることができません。

それから、何度か述べておりますように、現行著作権法は、原著作物の利用と二次的著作物の利用とは、別の権利がカバーするものとして規定しておりますので、そうしますと、そこでは原著作物（の利用）と二次的著作物（の利用）は区別されるという考え方が前提とされていることになります。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ません。この点も残された課題となります。

Ⅳ おわりに

さて本日は、著作権訴訟実務あるいは講学上もしばしば用いられている「複製又は翻案」という表現につきまして、さまざまな観点からこれを問い直すということを試みた次第であります。

誤解が定着した背景？

どうして「複製又は翻案」という表現が、今日の実務に定着したのかという理由や背景を考えますと、いろいろな可能性が考えられます。

一つは、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挙げられると思います。

それから、わが国著作権法の分野におきましては、最高裁判決の数が非常に少ないという現状があります。平成23年以降、急に増えてはおりますが、かつては3年に1件くらいしかなかったわけです。そうすると、仕方がないので旧法下の最高裁判決を、とも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いかと思います。もちろん、現行法においても妥当する解釈であれば、旧法下であろうと大審院判例であろうと参照すべきですが、そうではないものが含まれていたように思います。

また、かつての学説におきましても、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必ずしも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ところです。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のではないかと私は思います。

また、わが国におきましては、最高裁判決というものが、その事実上の拘束力からでしょうか、非常に大きな影響力を持っているように感じられます。もちろん、そのようなことを私のような者が軽々に論じることはできません。ただ、英米法学者で最高裁判事も歴任された伊藤正己先生が、わが国の裁判所においては、判例法廷と言われる英米よりも判例尊重の程度が高いと指摘されているのは興味深いものがあります⁽³⁷⁾。少し引用いたしますと、「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。私には判例法廷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」⁽³⁸⁾とか、「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」⁽³⁹⁾などと述べられております。そうした傾向といいましょうかマインドもあって、過去の最高裁判決を参照してそのフレーズを形式的に反復する裁判例が少なくなく、またそうした下級審判例の影響を受けて実務において主張が展開され、そしてまた判決が下されるという過程を通じて、いくつかのフレーズが定着してきたのではないかと思います。

こうした経緯からいたしますと、現状に問題があるといいたしましても、ある意味ではやむを得なかったところもあろうかとは思われます。ただ、やはり認識すべきことは、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」ですとか「内容及び形式」といったように、すでに過去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のではないかということです。

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ありません。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いいたしますと、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、思考停止だとの誹りを受けてもやむを得ないのではないのでしょうか。

裁判実務における規範形成の意義

ただ、忘れてはならないのは、裁判実務において形成されてきた解釈論が、その成果の蓄積として重要な意味を持つことはかなりあるということです。私はその意義を過小評価するものでは決してありません。

例えば、先ほども申しましたように、旧法には著作物の定義規定がありませんでした。定義がありませんので、当時の裁判例においては、著作物の意味についてさまざまな説示が見受けられます。そのような中、いわゆる訟廷日誌事件において、昭和11年の大阪控訴院判決が、「凡ソ著作権ノ目的タル著作物トハ精神的勞作ノ所産タル思想感情ノ獨創的表白ニシテ客觀的存在ヲ有シ而モ文藝學術若ハ美術ノ範圍ニ屬スルモノナリト解スルヲ相當トス」と判示したのであります⁽⁴⁰⁾。これは、もともと榛村専一教授の定義にならっ

たものでありましたけれども⁽⁴¹⁾、この判決が、現行法[昭和45年]への全面改正に際して参照され、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」という現行法上の著作物の定義(2条1項1号)として結実したのであります⁽⁴²⁾。

ですから、裁判実務が学説と協働して解釈論を形成していくこと、そしてそれが制定法に結実するということは実際にもあるわけです。

また、著作物の定義規定が設けられた現行法におきましても、じゃあ「創作性」というのはどのような意味を持つのか、ということについては、定義規定もありませんし、学説も十分なかったわけです。

そのような中、裁判所が、創作性というものについていろいろと解釈論を形成していきます。現在、創作性とは“個性の現れ”だと言われることが多いわけですが、そのようなことを一般論として最初に述べたのは、バックマン事件における昭和59年の東京地裁判決です。ちなみにこのバックマン事件の東京地裁の裁判官は、牧野利秋先生、飯村敏明判事、高林龍先生という豪華メンバーです。この判決以前にも、半田先生の概説書の初版(昭和49年)に「著作者の個性が著作物の中になんらかの形で現われていればそれで十分だと考えられる」という記述が出てまいりますので、この見解が判決に影響を与えた可能性があります。

このように、創作性とは著作者の個性が何らかの形で現れていれば足りるという考え方が、裁判実務の蓄積の中で形成され、それが現在においても定着しているわけです。

このように、裁判実務におきましては、法令に何の定義もない概念や、具体的な説明が存在しない文言の意味について、ときには学説と協働しつつ、時間をかけて形成されてきた考え方やフレーズというものが多数あって、それは多くの場合、たしかに重要な意味を持ちます。

ただ、すべてがそのようなものだとは限りません。その意味では、今述べた創作性の意味に関して、さらに触れなければならないことがあります。

と申しますのは、先ほどの大阪控訴院判決が示した著作物の定義は、現行法の定義に近いものですが、よく見ると「獨創的」という文言が用いられております。旧法には、すでに映画の著作物について「独創性」という概念が用いられておりましたので(旧法22条の

3)、旧法下におきましては「独創性」というものが著作物の要件となるという考え方が一般的だったので。ただ、ここでいう「独創性」とは、客観的に他人と異なる独自の表現であることというような厳格な意味で用いられているわけではありませんが、著作物一般に必要とされる要件と同じものだと考えられておりました。

しかしその後、現行法に全面改正する際、「独創性」よりも「創作性」という文言が適切であるとして、法律用語としては、旧法において用いられていた独創性という用語から創作性という用語に変更されたわけです。

それでも、現行法施行後しばらくは、旧法時代の用語法を引きずって、独創性という文言をそのまま用いて現行法上の創作性を説明している文献があります。たしかに、旧法に慣れ親しんできた者にとっては、独創性と創作性は同じ意味だと理解してもやむを得ないところがあるかとは思いますが。

ところが、現時点においてはいかがでしょうか。現在、現行法上の創作性を説明する用語として独創性という言葉を用いるものは見かけません。独創性というのは創作性とは異なる意味をもっているものと認識されています。実際のところ、最高裁もタイプフェイスの事件において、「従来の印刷用書体に比して顕著な特徴を有する」といった独創性を備えることが必要であると述べておりまして⁽⁴³⁾、客観的に「顕著な特徴を有する」ことを意味するものとして独創性という言葉を用いております。他方、創作性というのは、著作者の個性が何らかの形で現れていれば足りるとする解釈が定着しております。

つまり、独創性と創作性は、旧法下におきましていけば同義に用いられていたわけですが、現行法において文言が変更されたため、裁判実務や学説も——当初は多少の混乱があったとしても——変更後の用語法にあわせて、2つの言葉の意味をそれぞれ区別して用いるようになったと言えるわけです。これは現行法の文言が変更されたのだから、それに合わせて、言葉遣いとしても整理されたと理解することができます。

このように考えますと、現在依然として用いられている「複製又は翻案」といった表現についても、あらためて検証しなければならないと私は思います。

長期的な観点から

もちろん、議論の実益があるのかとか、直ちには深刻な問題を生じさせていないのではないかと、というご意見もあるかも知れませんが、このことがすでに何らかの混乱を生じさせていないかを考える必要があるのではないかと考えております。

私も教育現場におりますので、このことを痛感することが多いです。著作権法を講義する経験をお持ちの方はお分かりになると思いますが、法律の全体を教えることになると、現行法の構造を整合的に説明する必要に迫られます。そうしますと、本日お話ししたような理解に自然と行き着きます。また、学生さんの方も、条文を最初の方から順番に読んでいきますと、本日申し上げましたような内容はすんなり理解されるように思います。

例えば、27条の権利というのは二次的著作物を作成する行為を対象としていて、二次的著作物を利用する行為を対象とするのは28条の権利であると申しましたが、このことも、学生さんの方がむしろ先入観なく正確に理解するところがあるかも知れません。

しかし、彼らも従来の裁判例をいろいろ読みますと、二次的著作物の利用が問題となっているケースでありながら、28条に言及されない主張や裁判例が少なくないことに気付きます。そうすると、ちょっと気が付く学生さんなどは、判決はどうして28条に言及していないのかとか、なぜ「複製権又は翻案権の侵害」を問題にしているのか、などと、まことにもっともな質問をしていくことがあります。

このように申しますと、教育するならば、法律論としてもっと重要なことがあるのに、そんな細かい話にこだわる必要はないというご意見があるかも知れませんが、これは特に受験生にとって深刻な問題と言わねばなりません。と申しますのも、例えば、二次的著作物であるテレビドラマが放送されているというケースにおいて、原作者が放送の差止請求をする場合は、翻案権という権利の侵害を根拠にできないはずなのですよね。差止請求は侵害行為の停止を請求するものですから、このときには28条に基づく公衆送信権に基づく差止請求を主張しなければなりません。司法試験でこのようなケースが出題されて、もし翻案権を根拠にした答案を書いたといたしますと、厳密には適用条文が間違っているということになるはずで、また、権利が別人に帰属していれば結論も変わってくる可能性が

あります。もちろんこれは司法試験のみならず、本来であれば訴訟実務でも同様に極めて重要な点のはずです。

にもかかわらず、従来の裁判例には、そうしたことが必ずしも十分に意識されず、結果として正確とはいえない難い判示を行っているものがありますので、これに接した学生さんはどうしても混乱します。ただ、やはり日本は、裁判例に対するリスペクトが高いです。ですから、普通の従順な日本の学生さんにとって、裁判例というのは、それが下級審裁判例であってもやはり重視され、それをときには無批判に反復学習してしまうのです。そうしますと、裁判例のフレーズに疑問を持ちつつも、考えることをやめてこれを覚えていくようなことになりかねないわけです。

これは教育上の観点からしてやはりよろしくないように思われます。とりわけ長期的な観点からすれば、早急に対応すべき問題ではないかと私は思います。

おわりに

さて、以上のようなお話をいたしますと、先生方の反応はおおむね3つに分かれます。2割くらいの方は、どうしても従来の実務に定着した表現に慣れてしまっているせいか、私の話は何度聞いても意味が分からないとおっしゃるようになります。それは、意外なことに著作権実務のベテランの先生であることが少なくないようです。かつては著作権法の講義などもなかなかありませんでしたし、著作権法全体をトータルに読む前に、実務で個別具体的な事件に接して、過去の裁判例などをもとに経験を積んでこられたからかも知れません。

他方、その対極にいる2割くらいの方は、今日お話ししたようなことは、現行法の構造からして当然のことであって、加戸守行氏の本に書いている通りだとおっしゃいます。誰とは申しませんが、著作権法に極めて詳しい実務家の先生やマニアックな学者の先生がこのグループに属します。そのような先生にこの話をしますと、そんなの研究会で報告するほど新しいことなのか、という反応が返ってくることもさえます。おそらくこうした先生方は、従来の裁判例のフレーズを善解して、無意識のうちに現行法の用語に置き換えているのではないかと私は思います。

残りの先生方は、話はよく理解できたけれども、「複製又は翻案」といった表現にすっかり慣れ親しんでし

まっているから、これを修正するのは大変だとおっしゃいます。本日は東京弁護士会でお話しさせていただいているわけですが、特に弁護士の先生方は、やはり裁判所の実務が変わらないと、これに対して主張する方も変えられないとおっしゃるかも知れません。ただ、裁判所にまいますと、まずは当事者の主張が変わらないと難しいと言われるかも知れません。そこで私は来月、知財高裁の研究会で同じ話をさせていただくことになっております。

もちろん、著作権訴訟実務にも一定の歴史と蓄積があります。そのような中で形成されてきた実務をすぐに修正することは、おそらく容易でないでしょう。そのことは私もよく認識しているつもりです。とりわけ、突出すること自体が必ずしも好まれない風土をどこかに持つわが国におきましては、先例にしたがっておいた方が無難だと考えることは自然ですし、そういうものは私自身の中にもあるように思います。そのため、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やむを得ないかとは思っています。

しかし、本日お話しさせていただいたことは、現行著作権法の構造や用語法からすれば、ほとんど争いの余地のないものだとは私に思っております。したがって、すぐには変えることができなくても、もしかしたら15年後とか20年後には、そちらの方が常識になっているかも知れません。その頃には、そういえば昔は「複製又は翻案」という表現を使ってたけれども、あれはなぜだったのだろうかともむしろ不思議になる、そんな時代が来ることを私は信じています。

しかし、私がいくらがんばっても直接実務を変えることはできません。もちろん、本日お話ししたようなことは私も以前から書いておまして、裁判実務も多少は変わり始めているとは思っています。しかし、先生方のご理解とご協力が必要となります。本日ここに参上いたしましたのもそのためです。ご清聴ありがとうございました。

【質疑応答（抄）】

司会 上野先生、非常に熱のこもったご講演をいただきまして、ありがとうございます。私も言葉遣いに気をつけて、これから書面を書くようにしようと思しました。

時間があと少しは残っておりますので、ご質問のある方、いかがですか。

質問者 すみません、ごく簡単にご質問したいのです。

先生の結論としては、冒頭に挙げられた、「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」において、Xの主張として「Xは、Yに対して、『複製権又は翻案権』に基づきY商品の製造販売の差止めを請求する」というのは、最後に言われたように、「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」というように再構成すべきだということかと思うのです。

たしかに、「翻案権」が総称ではないのだから、二次的著作物の利用については28条を適用するというのはよく分かったのですが、それでも先ほどおっしゃったように、それを「複製権又は著作権法28条に基づく複製権」と表現するのは、従来の考えに引きずられているせいか若干違和感があります。

といいますのは、複製権とは得てして実質的同一と言われまして、実質的同一性をクリアするから複製権侵害なのです。

ですので、それが例えば、上演権だったり展示権だったりということであれば、私も理解できるのですが、複製権について、「複製権侵害若しくは28条を介した複製権侵害」という表現を用いることには、非常に違和感があります。これまで「複製権又は翻案権の侵害」といつてきたうちの「翻案権」のところを、先生は「28条を介した複製権侵害」と言い換えておられるのだと思うのですが、少しここは違和感があるなと思ったので、お尋ねしたかったのです。

上野 ご質問ありがとうございます。先生のような方が、その点に違和感がおありになるとしますと、やはりなかなか大変だなというのが正直なところですよ。

ただ、今のお話ですと、演奏権の場合は違和感がないとおっしゃるわけですよ。例えば、自分の曲と似たような曲を公に歌っている人がいて、その人に対して「歌うのをやめろ」という請求をするときは、「演奏権又は28条に基づく演奏権の侵害」を理由とする歌唱の差止請求を主張することになります。これは違和感ないわけですよ。

では、自分の文章と似たような文章を印刷している人がいると。その人に対して「印刷をやめろ」という

請求をするときは、いかがでしょう。

先生のご指摘は、私が言うように「複製権又は28条に基づく複製権の侵害」を主張するのは違和感があるということですね。そのような表現より、従来から使われている表現を使って、「複製権又は翻案権の侵害」を理由とする印刷の差止請求を主張する方がしっくりくるということかと思います。

それは、おそらく「複製」という言葉の中に、同じものを作り出す行為というようなイメージを持っておられるのではないかと思うのです。日常用語のコピーというのがこれに近いかも知れません。そのような考え方に立つと、被告の文章が同一とはいえずに類似するということの場合、これを「複製」だとか、複製権侵害だというのは気持ちが悪い、それは「翻案」と言いたい、ということなのだと思うのです。

しかしながら、繰り返し述べてまいりましたように、現行法は、旧法における「複製権」の意味を大きく変更したのです。現行法は、「複製権」という権利を、何かを有形物に固定する行為を対象とする権利に限定したのです。

したがって、現行著作権法の構造からいえますと、「複製」は有形的再製という狭い意味でしか使えないということになります。

先ほどのケースで申しますと、相手が印刷という行為を行っていて、これに対して「印刷をやめろ」という請求をするわけですから、印刷という行為が有形的再製として複製の一形態である以上、常に「複製権」が根拠となります。したがって、「複製権又は28条を介して有する複製権の侵害」を主張することになるわけです。

質問者 そこは、直接「複製権侵害」ではいけないのですか。「28条を介した複製権侵害」と言わないといけないのですか。

上野 はい。日本の現行著作権法が、原著作物の利用(21~26条の3)と、二次的著作物の利用(28条)を権利の上で分けている以上、通常の複製権は、原著作物の利用にしか及びません。二次的著作物に当たるものの印刷に対して原著作物が権利を行使するには、あくまで28条を介した複製権でなくては根拠となる権利になりません。

もちろん、二次的著作物にも原著作物の創作的表現は維持されていると言えますから、二次的著作物の利

用について原著作物の権利が及ぶと解釈できそうな気がしなくもないのですが、現行法が28条という規定を設けた以上、原著作物の利用と二次的著作物の利用は権利の上で区別されていると考えなければなりません。

著作権は分割して譲渡することも可能なのですから、それぞれの権利は明確に棲み分けられていなければなりません。被告による印刷という行為に対しても、その客体が原著作物であれば普通の複製権が及び、それが二次的著作物に当たるものであれば28条を介して有する複製権が及ぶこととなります。これは別の権利であり、別の者に帰属することもあり得ます。こういうのは几帳面すぎる立法例なのかも知れませんが、今の日本法がそうなっている以上、そのように理解するしかありません。

ですから、先ほどのように、自分の文章と類似する文章を印刷している人に対して印刷をやめろという請求をする際には、あくまで「複製権又は28条に基づく複製権の侵害」を主張しなければならない。こういうこととなります。

質問者 それは、複製ではなくて翻案ではないですか。

上野 ないですね。「翻案」というのは——それを仮に翻訳・編曲・変形・翻案の総称だと理解したとしても——翻案する行為、すなわち二次的著作物を作成するだけの行為なのです。できあがった二次的著作物を利用する行為は、翻案行為それ自体ではありませんので、二次的著作物を利用する行為に、翻案権などの27条の権利が及ぶことはありません。作成された二次的著作物の利用については、やはり28条を用いることが必要です。

質問者 分かりました。ちょっと頭を柔らかくしないとイケないですね。すみません。ありがとうございました。

上野 私もくじけずに頑張りたいと思います(笑)。

司会 本日はどうもありがとうございました。

注

(1)本稿は、2012年6月12日、東京弁護士会知的財産権法部における講演の記録である。講演録の性格上、文献や裁判例等の引用は最小限にとどめざるを得なかったため、詳しくは、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成——『複製又は翻案』の問題性——」知的財産法政策学研究41・42号

- (2013年・近刊)のご参照を乞いたい。
- (2) 著作権法研究 39号 (2013年・近刊) 掲載予定。
- (3) 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。
- (4) 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。
- (5) 半田正夫『著作権法概説』(一粒社, 初版, 1974年) 126頁参照。
- (6) 半田正夫『著作権法概説』(法学書院, 第14版, 2009年) 146頁参照。
- (7) 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。
- (8) 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〕参照。
- (9) 東京地判平成 22年 7月 8日〔「入門漢方医学」事件〕参照。
- (10) 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) 210頁参照。
- (11) 田村善之『著作権法概説』(有斐閣, 第2版, 2001年) 113頁以下, 齊藤博『概説著作権法』(一粒社, 第3版, 1994年) 139頁参照。
- (12) 東京高判平成 8年 4月 16日 判時 1571号 98頁〔悪妻物語事件〕参照。
- (13) 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〕参照。
- (14) 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〕参照。
- (15) 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。
- (16) 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。
- (17) 水野鎌太郎『著作権法要義』(有斐閣, 1899年) 11頁参照。
- (18) 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。
- (19) 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〕参照。
- (20) 中山信弘『著作権法』(有斐閣, 2007年) 461頁参照。
- (21) 大判明治 37年 4月 21日 刑録 10輯 848頁〔実業之日本事件〕参照。
- (22) 半田・前掲注 (6) 129頁参照。なお, 同書の初版 (半田・前掲注 (5)) 119頁もほぼ同文である。
- (23) 東京高裁平成 14年 10月 29日〔ホテル・ジャンキーズ事件：控訴審〕参照。
- (24) 大阪地判平成 22年 2月 25日〔猫のぬいぐるみ事件〕参照。
- (25) 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〕(第一審判決〔東京地判平成 19年 8月 30日〕引用部分) 参照。
- (26) 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。
- (27) 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。
- (28) 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〕参照。
- (29) 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〕参照。
- (30) 東京地判平成 13年 1月 23日 判時 1756号 139頁〔ふいーるどわーく多摩事件〕参照。
- (31) 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〕(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) 参照。
- (32) 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〕参照。
- (33) 高部真規子『実務詳説著作権訴訟』(きんざい, 2012年) 219頁以下等参照。
- (34) 半田・前掲注 (6) 78頁以下参照。
- (35) この点については, 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 39頁以下 (2008年) 参照。
- (36) 高部・前掲注 (33) 262頁, 高部真規子「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発展』(日本評論社, 2012年) 239頁等参照。
- (37) 伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣, 1993年) 43頁以下参照。
- (38) 伊藤・前掲注 (37) 49頁参照。
- (39) 伊藤・前掲注 (37) 56頁参照。
- (40) 大阪控判昭和 11年 5月 19日 新聞 4006号 12頁・法律評論 25下巻諸法 789頁・最新著判 2巻 1号 100頁〔訟廷日誌 B 事件：第一次控訴審〕参照。
- (41) 榛村専一「著作権法」末弘巖太郎編集代表『現代法學全集 第 29巻』(日本評論社, 1930年) 247頁参照。
- (42) 以上について, 詳しくは, 上野達弘「創作性」高林龍=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) 182頁以下参照。
- (43) 最判平成 12年 9月 7日 民集 54巻 7号 2481頁〔ゴナ U 事件：上告審〕参照。

(原稿受領 2012. 11. 16)