

複製物に物理的加工を施して 販売する行為に著作権は及ぶか (1)

谷 川 和 幸*

目次

- 一 はじめに一問題の所在
 - 1 本稿のテーマ
 - 2 カレンダー事件
 - 3 カレンダー事件が提起する問題
 - 4 この問題を検討する現代的意義
 - 5 検討の進め方
- 二 諸外国の事例
 - 1 イギリス
 - 2 カナダ
 - 3 ニュージーランド (以上本号)
 - 4 アメリカ
 - 5 オランダ及び欧州司法裁判所
- 三 わが国の議論
- 四 検討
- 五 おわりに

そして、顔のパーツを元の位置にはめました。すべて元通りです。

——森川智喜『踊る人形』¹

*福岡大学法学部講師

¹ 森川智喜『踊る人形』（講談社文庫、2016年）23頁。

一 はじめに—問題の所在

1 本稿のテーマ

発明や著作物といった知的財産が化体している有体物（特許法では「特許製品」、著作権法では「複製物」と呼ばれている物。）に手を加える行為、またそうやって手が加えられた商品を販売する行為が知的財産権の侵害となるか。これは特許法において、特許製品の修理や消耗品の取替えに特許権の効力が及ぶかという形で好んで議論されてきた問題である^{2 3}。

本稿は、いわばその著作権法版ともいうべき、著作物を化体する複製物に物理的な加工を施す行為、またそうやって加工された物を販売する行為が著作権、具体的には複製権（著作権法21条）や譲渡権（同26条の2）との関係でどのように評価されるべきかという問題を検討するものである。

ところで、実用性が重視される特許製品においては、修理や取替えによって特許製品本来の実用的機能を維持・回復させる行為がもっぱら問題とされてきた⁴。これに対し、本稿が検討対象とする著作権法の分野では、必ずしも複製物の修理等、その実用的機能を維持・回復させる行為のみが問題となるわけではない。そのことを示すために、まずは「カレンダー事件」とでも呼ぶべき古い事件の紹介から話を始めよう。

² 田村善之「修理や部品の取替えと特許権侵害の成否」知的財産法政策学研究 6号（2005年）33頁、横山久芳「特許製品の再利用と消尽理論」知財管理56巻11号（2006年）1675頁など多数の論稿がある。また重要な最高裁判決として、インクタンク事件最高裁判決（最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁）がある。

³ また同様の問題は商標法についても存在する。Nintendo事件（東京地判平成4年5月27日知裁集24巻2号412頁）、改造Wii事件（名古屋高判平成25年1月29日裁判所HP）など。

⁴ ただしこの点に関して、アシクロビルを有効成分とする製剤を購入した被告がそこからアシクロビルだけを抽出し、再度精製して製剤を作り出して販売したというアシクロビル事件（東京地判平成13年1月18日判時1779号99頁、東京高判平成13年11月29日判時1779号89頁）はかなり特異な事案であり、むしろこれから検討していく著作権法的事案に近い印象を受ける。

2 カレンダー事件

昭和47年8月16日付の朝日新聞に、「向井画伯のカレンダー 色紙に化ける」という見出しの記事が出ている⁵。向井画伯とは、古い民家を好んで描いたことで知られる洋画家の向井潤吉氏である。画伯は大日本印刷からの申請を受けて、自身の6点の絵画について、昭和47年用のカレンダーに印刷して用いることについて許諾しており、これに基づいて12万部のカレンダーが製造された。そのカレンダーが色紙に化けたという。一体どういうことか。朝日新聞の記事によれば、そのカレンダーに印刷されていた画伯の絵画（縦30センチ、横36センチ）を何者かがハサミで切り抜き、縦27センチ、横24センチの色紙に貼り付けて、その色紙を500円で販売していたというのである⁶。それも1枚や2枚ではない。後日の続報記事⁷では500部を加工した男らの書類送検が報じられているほか、当初の記事には、京都の絵画取扱店が「向井さんのカレンダーを1万枚、色紙にしてくれるところはないか」との問い合わせを受けたとの証言が掲載されており、相当大規模に色紙への加工、販売が行われていたことをうかがわせる。

ここではカレンダーの修理が行われているわけではないし、また、翌年のカレンダーに同じ絵画を用いるために、いわば消耗品とでもいうべき昭和47年用のカレンダー部分を翌年用のカレンダーに取り替えたわけでもない。カレンダーの実用的機能よりもむしろそこに印刷されていた絵画に着目し、こ

⁵ 昭和47年8月16日付の朝日新聞朝刊19頁。

⁶ 同記事には、画伯の絵画「洛北暮雪」が印刷されたカレンダーと、それを加工した色紙とを撮影した写真が掲載されている。カレンダーは縦長であり、上半分が絵画、下半分がカレンダー部分となっている。この上半分の絵画部分を切り抜いて色紙に加工したのであろう。伊藤信男『著作権事件100話一側面からみた著作権発達史』（著作権資料協会、1976年）573頁にはさらに鮮明な写真が掲載されている。

⁷ 昭和47年10月14日付の朝日新聞朝刊23頁。

れを色紙という別の商品に加工して販売することで利益を上げることが意図されている。このように、修理や取替えというよりもむしろ、元の複製物の一部を流用して、外形上別の商品を作成・販売する事案が本稿の中心となる。

3 カレンダー事件が提起する問題

(1) 加工行為は複製権侵害か

もっとも、上記事案において、加工者は向井画伯の絵画を印刷機等を用いて新たに印刷したわけではない。加工者は、画伯自身の許諾に基づいて大日本印刷が印刷して作成したカレンダー12万部の一部を（朝日新聞の記事によれば具体的なルートは解明されていないものの、その後の流通段階のどこかで）適法に入手した者（所有者）である。そして当該カレンダーのうち、画伯の絵画が印刷されている紙の部分を切り取って、それを色紙に貼り付けるという物理的加工を施している。カレンダーの一部であった紙がそのまま色紙上に移し替えられただけで、複製物の個数は増えていないように見える。はたしてこの加工は「複製」行為なのであろうか。著作権法によれば、「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複製することをい」う（2条1項15号）。そこで、「有形的に複製する」とはいかなる意味なのか問題となろう。また、画伯はすでにカレンダーでの利用について許諾の対価を受け取っているはずであり、色紙としての利用について再度権利行使を認める必要はないのではないか、という実質的考慮も関わってくるかもしれない（後述の消尽論的発想）。

実際、カレンダー事件では複製行為該当性が問題とされた。その後の経緯に話を戻そう。

店先で偶然この色紙を発見した向井画伯は、弁護士の伊藤信男に依頼して、警視庁に対して告訴を行った。告訴の理由は、①絵画の一部を切り取った行為の同一性保持権侵害、②画伯の署名部分を削って利用した行為の氏名表示

権侵害、そして③カレンダーを色紙に変造した行為の複製権侵害、である⁸。

①及び②の著作者人格権侵害の点はここでは置くとして、本稿で注目したのは③の複製権侵害の成否である。この点について伊藤は著書⁹の中で次のように経緯を語る。

「前者〔引用者注：①及び②〕については、別段異論もでないことでしょうが、後者〔引用者注：③〕については、異論が出るはずであり、現に出ました。

警視庁では、この点に疑問を抱き、文化庁の著作権課長に問合せた上、一旦カレンダーとして印刷複製されたものを買取って、色紙として作り直した上販売したのだから、画面自体を複製しているのではない。従って、この点は複製権の侵害とはならないとの見解をとって、この旨を所轄署に指示したようであり、所轄署から地検への送致書には、著作者人格権侵害の点だけを『犯罪事実』としていたもようです。』¹⁰

その後、この事件は結局、画伯が告訴を取り下げたことで終結した。複製物の一部を切り抜いて加工する行為が複製に該当するかという上記③の問題については、文化庁の見解が示されただけで、裁判所の判断が示されることはなかった。

伊藤は後の論文の中で、カレンダー事件が提起したこの問題についてその後の学説による究明が進展していないことを指摘するとともに、当初の許諾の目的と全く異なる形態で使用する場合には「新たな複製」と解すべきであ

⁸ 伊藤・前掲注(6)576頁。

⁹ 同上。なお同書のこの事件に関する記述は、伊藤信男「向井潤吉画伯の告訴事件」日本美術家連盟ニュース215号（昭和47年9月10日発行）4頁以下の文章を下敷きにしたものだと思う。著書では向井画伯の代理人が伊藤本人であることは明かされていないが、こちらの論文においては代理人として関与したことが明確に述べられている。

¹⁰ 実際、被疑者の書類送検を報じる前掲注(7)の記事でも①②だけが言及されている。

るとの見解を提唱している¹¹。

ただ、この点に関する議論がまったく存在しなかったわけではない。それはアニメ教材合本事件と呼ばれる東京地裁の昭和51年の判決¹²を契機として生じたものであるが、この事件及び議論の紹介については後の章で詳しく見ることとしたい。

(2) 販売行為は譲渡権侵害か

カレンダー事件においては、加工行為による複製権の侵害が問題となった。それでは、加工した色紙を販売した行為についてはどのように考えるべきであろうか。

カレンダー事件の昭和47年当時、映画の著作物¹³以外の著作物についての販売行為は、著作者人格権や著作権等を侵害する行為によって作成された物を情を知って頒布する場合に限って侵害とみなされており（いわゆる知情頒布。113条1項2号）、これによれば、加工者による販売行為の適法性は、色紙が著作権（著作者人格権についてはここでは考えない）を侵害する行為に

¹¹ 伊藤信男「美術の著作物の『他目的使用』に関する随想」日本美術家連盟ニュース296号（昭和59年8月1日発行）5頁。

¹² 東京地判昭和51年11月5日最新著作権関係判例集Ⅱ巻1号358頁。

¹³ 映画の著作物の複製物の販売行為は頒布権（26条1項）の対象とされていた。

¹⁴ 翻案権（27条）の侵害という構成もあり得ようが、縦30センチ、横36センチの絵画を縦27センチ、横24センチに切り取る行為が翻案すなわち新たな思想又は感情の創作的表現（江差追分事件最高裁判決（最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁））に当たるとは考えにくいであろう。猫の写真の目の部分を切り抜いたコラージュについて「定型的で単純な行為であり、これによって新たな思想又は感情が創作的に表現されたということとはできない」として翻案権侵害を否定した東京地判平成26年5月27日裁判所HPも参照。ちなみに同事件では原告写真集の現物をそのまま切り出して使った部分（現物使用分）と、写真集を複写したうえでコピー用紙を切り抜いた部分（コピー使用分）とがあり、コピー使用分について複製権侵害が成立することに争いはなく、また、現物使用分については複製権侵害の主張はされていない。仮に現物使用分について複製権侵害を問題にするとして、はたして複製行為に当たるのか。これはまさに本稿が扱う課題そのものである。

よって作成された物かどうか、すなわち、複製権の侵害があったかどうかという上記と同じ問題に帰着する¹⁴。それゆえ、カレンダー事件においては販売行為の適法性という議論は独自の意味を持たなかった¹⁵。

これに対し、映画の著作物以外の著作物について、その原作品又は複製物を譲渡により公衆に提供する行為に関する排他的権利（譲渡権。26条の2）が認められるようになった平成11年改正以後の著作権法の下では、色紙の販売行為を複製物の譲渡と捉えて、複製権侵害として構成することが可能となった。

もっとも、譲渡権には重大な制約が課せられている。それが26条の2第2項第1号に規定された消尽の原則である。すなわち、「前項に規定する権利を有する者又はその許諾を得た者により公衆に譲渡された著作物の原作品又は複製物」を更に譲渡する行為については、譲渡権は及ばないものとされている。カレンダー事件に即して言うならば、「前項に規定する権利を有する者」が向井画伯、「その許諾を得た者」が大日本印刷であり、その大日本印刷「により公衆に¹⁶譲渡された著作物の原作品又は複製物」が12万部のカレンダーということになる。したがって、カレンダーを入手した者がそれをそのまま他人に販売する行為は、この消尽の規定によって適法とされる。

それでは、カレンダーに印刷されていた絵画を色紙に加工した上で販売する場合にも、消尽は認められるのであろうか。この点に関連して、特許法の

¹⁵ アニメ教材合本事件に関して、「業として販売した点をとらえれば、敢えて、合本を複製とみる必要はないのではないか」という指摘（秋吉稔弘ほか「東京地裁に係属した著作権関係事件の研究(27)」判時876号11頁）があるが、複製に当たらなければ知情頒布にも該当しないはずであり、疑問である。

¹⁶ カレンダーの流過程において大日本印刷と直接契約を結んで買入れた者は「公衆」に当たらないのではないか、という疑問も生じるところであるが、仮に「公衆」に当たらないとしても、26条の2第2項第4号によれば相手方が「特定かつ少数の者」であっても同様に消尽するとされているから、この点は問題とならない。

判例であるが、インクタンク事件最高裁判決¹⁷は消尽の原則には例外があることを判示した。すなわち、権利者等が販売した特許製品それ自体がそのまま転売される場合には消尽が認められるが、その特許製品について加工や部材の交換がなされた結果、当該特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造されたものと認められるときには、消尽が否定され、特許権の行使が許されるとの立場である。はたして譲渡権の消尽についても同様に考えることができるであろうか。また、そこでいう「新たに製造」とは著作権法の場面ではどのような意味で理解されるべきであろうか。

販売行為に着目して譲渡権との関係を考える際には、このような「消尽の原則の例外」についてどう考えるべきかという問題が生じよう。

4 この問題を検討する現代的意義

カレンダー事件が提起する問題は、(1)「複製」行為とはどのような行為を意味するのか（それは複製物の個数の増加を要件とするのか）、(2)譲渡権の消尽の例外についてどのように考えるべきか、という2点に集約することができる。そしてこれはいずれも未解明のまま残されている。

とはいえ、カレンダー事件にせよアニメ教材合本事件にせよ、昭和50年前後の事件であり、そこから40年近くを経た現代において改めてこのような古臭い問題を取り上げる必要がどこにあるのか、という疑問があるかもしれない。しかし、これらの問題を解明することには極めて現代的な意義がある。それはコンピュータやインターネットといったデジタル環境の普及と関係がある。このことをよく示すのが、平成25年9月に東京地裁で、平成26年10月に知財高裁で判決が下された、自炊代行事件¹⁸である。

¹⁷ 前掲注(2)。

¹⁸ 東京地判平成25年9月30日判時2212号86頁、知財高判平成26年10月22日判時2246号92頁。なお平成28年3月16日の最高裁の上告不受理決定により確定。

事案は、利用者から送付を受けた書籍を裁断・スキャンして電子ファイル化して送り返すといういわゆる自炊代行行為が複製権を侵害するかが争われたものである。その訴訟において被告事業者は、利用者から送付を受けて裁断を行った書籍（裁断済み書籍）を廃棄していることを前提に、「複製物の数が増加しない場合（情報と媒体の1対1の関係が維持される場合）には、市場に流通する複製物の数は不変であり、著作者の経済的利益を害することがないから」、自炊代行の過程で複製物の数が増加していない本件においては「複製」行為が存在しない、との注目すべき立論を行っている。これは著作権者に複製行為についての排他的権利が付与されている趣旨に立ち返って、「複製」を実質的に解釈すべきであるとの提言である。もっとも、本件では裁断済み書籍の廃棄が徹底されていなかったこともあり、裁判所はこれに冷淡な反応を示すにとどまった。複製の意義（上記(1)）について学説の究明が不十分であったことが裁判所の形式的な複製概念の理解を導いたともいえる。

そのような反省から、複製の意義をいかに解すべきか、また消尽論との関係はどのように考えるべきか（上記(2)）という問題意識に触発された論稿が現れるに至った。同事件地裁判決を評釈した拙稿¹⁹もそのひとつだが、ここでは平嶋竜太の論稿²⁰が重要である。平嶋は、書籍の購入者は紙に化体されている情報の利用に係る一定の法的権限を獲得する一方で、著作権者は自らの意思によって自らの著作物を書籍として出版するに際し、販売の対価を獲得するとともに購入者が当該著作物にアクセスすることについて受容しているはずであるとの理解から、書籍の購入者が書籍の内容へのアクセスを保全するために行う行為について複製権が及ばない（いわば消尽を認める）と

¹⁹ 谷川和幸「自炊代行業者に対する差止請求等が認められた事例」Law & Technology64号(2014年) 72頁。

²⁰ 平嶋竜太「『自炊』代行事件を契機にみる著作権法における消尽法理の不完全性について」野村豊弘先生古稀記念論文集『知的財産・コンピュータと法』（商事法務、2016年）195頁。

いう議論を展開する。インクタンク事件最高裁判決をも引用してなされるこの議論は極めて示唆に富んでいる²¹。

このように、本稿で扱う上記(1)(2)の課題は決して過去のものではなく、むしろ自炊のようなメディア変換²²が容易になされるようになった現代において、その解明はより重要性を増している。

5 検討の進め方

著作権者又はその許諾を受けた者が作成し、市場の流通に置いた複製物を、その後に市場で入手した者が、当該複製物に物理的加工を施して元の複製物とは異なるように見える別の商品を作り出す行為（加工行為）は複製権の侵害となるか。また、そのような加工の施された商品を販売する行為（販売行為）は譲渡権の侵害となるか。これが本稿で解明すべき課題である。

冒頭に述べた通り、特許法の分野では好んで論じられてきたテーマであるが、著作権法の分野ではわが国に十分な議論の蓄積が見られない。そこで、次章において、まず諸外国の事例・議論の整理を行うことにしたい（第二）。そこでは、カレンダー事件とほぼ同様の紙の切り貼りの事案のほか、絵画が印刷されたポスターの表面のインク層だけをキャンバスに移し替えた事案などが外国では争われていることが紹介される。特に後者の事案については、4対3で複製を否定したカナダの最高裁判決（Théberge 判決）と、複製を認めた欧州司法裁判所判決（Allposters 判決）とが好対照をなしている。Thé-

²¹ この議論は、後述の通り、基本的な方向性として支持されるべきもののように思われる。ただしこれも後述の通り、こと自炊行為に対する評価に関しては、平嶋と本稿の評価は異なる。前注09の評釈でも述べたように、紙の書籍とデジタルデータとの間には無視しえない性質の違いがあり、（平嶋の言葉で言えば）「著作物商品の新たな作製」が起っていると見るべきであると考ええる。

²² AIPPI 総会で消尽が議題とされた際のメディア変換に対する日本部会の立場の紹介として、乾裕介「2014年 AIPPI 総会—トロント—(2) 議題240：著作権法における消尽の問題」AIPPI 59巻12号（2014年）43頁。

berge 判決を理解するために、イギリス、ニュージーランド、カナダ、アメリカという英米法の国を、そして Allposters 判決を理解するためにその付託国であるオランダを取り上げる。オランダにはまた、既に1979年に、インクタンク事件最高裁判決と類似の発想で消尽の原則の例外を述べた最高裁判決 (Poortvliet 判決) が存在しており、その検討も欠かすことができない。

これらの検討を踏まえて、わが国の議論状況を整理する (第三)。ここでは複製権の消尽を示唆する記述が古くから見られることが指摘される。

ここまでの議論を踏まえて本稿の課題の解明を行うのがその次の章である (第四)。あらかじめその結論を示すならば、まず(2)の譲渡権については、著作権法の分野でもインクタンク事件最高裁が述べる消尽の原則の例外を認めるべきである。すなわち、元の複製物に物理的加工が施された結果、元の複製物と同一性を欠く物が新たに製造 (作製) されたものと認められる場合には、それはもはや26条の第2項第1号にいう「前項に規定する権利を有する者又はその許諾を得た者により公衆に譲渡された著作物の原作品又は複製物」それ自体ではないという条文解釈により、消尽を否定すべきである。どのような場合に「新たに製造 (作製)」と言えるかについては、元の複製物の性質と新たな複製物の性質を元に、権利者が予期していた市場との異同を考え、当初の許諾の際に権利者が獲得した利益で十分かどうかという観点から判断されるべきである。

(1)の複製権についても、複製権を制限する方向では同様の議論が妥当する。すなわち、「新たに製造 (作製)」と言えないのであれば複製権の行使を認めるべきではない (前出平嶋の見解)。他方で、複製行為の定義に「有形的に再製」とある以上、有形的再製が認められないにもかかわらず実質的には「新たに製造 (作製)」に当たるとして複製権を拡張する方向での解釈 (前出伊藤の見解) は採用すべきではない。その結果、複製権が及ぶ範囲と譲渡権が及ぶ範囲とではずれが生じることとなる。

最終章（第五）では、本稿の議論をまとめるとともに、残された課題等に触れる。

二 諸外国の事例

1 イギリス

（1）Frost and Reed 事件²³

英米法においてこの問題の先例とされるのが、イギリスの1908年のFrost and Reed 判決である。当時の著作権法²⁴の下で絵画の著作権を有していた原告らは、それを木版画にして発行するとともに、訴外出版社が発行する小冊子の中にその木版画を掲載することを許諾した。こうして発行された小冊子をたくさん買い集めた被告らは、そこからこの木版画の部分だけを切り出し、カードの上に貼り付けてそれを販売した²⁵。要するに、権利者の許諾を得て作成された複製物を市場で購入した者がその紙の一部を切り取って別の商品に貼り付けて販売したという事案であり、冒頭に紹介したわが国のカレンダー事件と同一の状況だといってよい²⁶。

²³ Frost and Reed v. The Olive Series Publishing Co. (1908), 24 T.L.R. 649 (Ch. Div.).

²⁴ Fine Arts Copyright Act, 1862 (25&26 Vict. c.68). 同法はオリジナルな絵画等の著作者に対し、その絵画等をコピーし、彫刻し、複製し、増量させる行為についての排他的権利 (the sole and exclusive right of copying, engraving, reproducing, and multiplying such painting) を付与するとともに (1条)、著作権者の同意なく絵画等を再現し、コピーし、偽造し、その他増量させた者 (repeat, copy, colourably imitate, or otherwise multiply) 等に対する訴えを認めていた(11条)。なお、Oxford English Dictionary は multiplication という名詞について “the process of multiplying.” と定義し、multiply という動詞については “increase in number or quantity.”、“increase in number by reproducing.” と定義している。そこで、本稿ではこの語に対し「増量」「増加」「数が増える」といった訳語を当てることとする。

²⁵ 小冊子を1冊6ペニーで購入し、カード12枚セットを14シリングで販売した。当時の換算では12ペニーが1シリングであるから、被告らはこの12枚セットの1セット毎に8シリングの差額を得た計算になる。

²⁶ なお、カレンダー事件で画伯の署名部分が切り取られていたのと同様に、本件でも木版画の下に記載されていた、原告らの許諾を得て複製している旨の表記が削られている。

原告らは、被告らの行為は原告らが許諾をした際に予想しなかった態様での利用であり、被許諾者である訴外出版社でさえも行えないような行為であるとして、著作権の侵害を主張した。これに対し裁判所は、著作権法の条文に増量 (multiply) という文言があることを踏まえて、本件では数の増加は生じておらず、侵害には当たらないとした。なぜなら、被告らの行為の結果として、既にあったものよりも多くの複製物が存在するようになったとは言えないからである。

(2) 学説

上記判決が複製物の数の増加の有無に着目した背景には、当時の著作権法が増量行為を侵害として挙げていたことがある。それでは、それとは文言の異なる現行著作権法²⁷の下ではどのように考えるべきだろうか。現行法では複製権の内容として multiplication という用語は用いられず、代わりに reproducing が用いられている。もっとも、その内容はおおむね Frost and Reed 判決と同様に理解されているようである。著名な著作権法の概説書である Laddie らの著書は、reproduction について次のように説明する²⁸。

「著作物の複製 (reproduction) による侵害の古典的な方法は、複製物の数を増加させる行為であった (例：印刷)。もっとも、その概念は常にそれよりも広がった。印刷だけではなく、手で書き写す行為、写真その他の手段での複写 (reprography)、タイプライティング、複写 (duplicating) などが侵害とされた。〔中略〕しかし、侵害とされるためには、何らかの複製 (reproduction) 行為、すなわち、それ以前には存在しなかったものを作り出す行

²⁷ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA)。同法は16条(1)の支分権のリストに複製権 (to copy the work) を挙げ、17条においてそれを具体化している。それによれば、文芸、演劇、音楽又は美術の著作物に関する「コピー (copying)」とは、有体物への複製 (reproducing the work in any material form) を意味する (17条(2)第1文)。

²⁸ Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Design* (4th ed., 2011) at §14.9.

為が必要である。〔中略〕同様に、既に存在する物を取引する行為は、特定の状況下では譲渡権の侵害の可能性があっても、有体物への複製には当たらない（例：書籍の中から絵画を切り抜いてそれでテーブルマットを作る行為）。」

この最後のテーブルマットの事例に脚注が付され、Frost and Reed 判決が引用されている。どちらの事例も、既に存在する物（木版画が印刷された小冊子の紙／絵画が印刷された書籍の紙）を切り抜いてカードの上に貼り付けたりテーブルマットを作成したりしただけであって、それによってそれまでに存在しなかった紙が作り出されたわけではない。紙は紙のまま、小冊子からカードへ、あるいは書籍からテーブルマットへと移し替えられたに過ぎないのだから、ここに複製行為は介在していない、と説明することになるのであろう。ここでは、複製（reproducing）を「それ以前には存在しなかったものを作り出す行為（making of something which did not exist before）」と言い換えている点が注目される²⁹。この部分は Frost and Reed 判決の「既にあったものよりも多くの複製物が存在するようになったとは言えない（there were no more copies in consequence than there were before）」という言い回しを彷彿とさせる。どちらも、問題となっている行為の前後の状況における複製物の数に違いが生じたかという点に着目する考え方である。それゆえ、制定法の文言の違いにもかかわらず、現行著作権法の下でも、基本的には複製物の数が増加することをもって複製（reproducing）に当たると

²⁹ G. Davies et al., *Copinger and Skone James on Copyright* (17th ed, 2016) at §7-101も、「新たな複製物が生み出されない場合には複製（copying）には当たらない（There is no copying where no new copy of the work is brought into existence）」と述べる。もっともこれに続けて欧州司法裁判所の Allposters 判決（後出）を引用し、結果として生じた媒体が元の媒体と物理的に同一ではない場合には複製に当たるとする。物理的に同一でない場合には「新たな複製物」が生み出されたと言えるという趣旨であろう。

考えることとなろう³⁰。もっとも、厳密に考えるならば、Laddie らの立場と Frost and Reed 判決の立場では違いが生じる可能性がある。自炊代行事件において被告事業者が主張するような、裁断済み書籍の廃棄が徹底されており、その工程の前後を通して複製物の数が増えていない場面を想定すると、「それ以前には存在しなかったもの (= 電子ファイル) を作り出す行為」は存在するが、「既にあったものよりも多くの複製物が存在するようになったとは言えない」ことから、multiplication には該当しないが reproducing には該当するという場面がありうる (後出の Benchmark 事件一審も参照)。ただし、ここでは電子ファイルが書籍とは異なる存在であり、「それ以前には存在しなかったもの」に当たると考えることが前提であるが、同様に、Laddie らの挙げるテーブルマットも書籍とは異なる存在であり、「それ以前には存在しなかったもの」だと考えることもできそうである。Laddie らはテーブルマットや、Frost and Reed 事件におけるカードなどを「それ以前には存在しなかったもの」とは捉えずに、絵画が印刷された紙それ自体が移転したに過ぎないと考えているが、そのように考える根拠を提示していない。これは結局、「それ以前には存在しなかったもの」という基準自体が依然として曖昧であり、直感的な判断の域を出ていないことを意味している。

ところで、Laddie らがテーブルマットの事例に関して譲渡権に言及していることから、ここでも譲渡権侵害の成否について触れておこう。複製物の公衆への譲渡に関する排他的権利 (to issue copies of the work to the public) については18条に規定があるが、わが国の譲渡権が流通の全段階にひとまず及ぶ (その上で第一譲渡よりも後の流通について消尽の原則を適用する) のとは異なり、イギリス著作権法の下では第一譲渡のみが権利の対象となって

³⁰ 実際、Laddie らは Frost and Reed 判決の事案について、1988年法の下でも同様に判断されることであろうと述べている (Laddie et al., *supra* note 28 at §15.17)。

いる。すなわち18条(3)(a)は、既に流通に置かれている複製物のその後の譲渡等は譲渡権の対象に含まれないことを明示している。これは第一譲渡が許諾を得ずに行われた違法な場合であっても異なるところはない。ただし、侵害複製物であることを知り、又は知るべき者が譲渡等を行うと、二次侵害として著作権侵害となる(23条(b))。そうすると、条文の構造は異なるものの、結局はわが国が26条の2及び113条の2によって規律している内容とほぼ同じであると言えるだろう(ただし、イギリス著作権法にはEU域内消尽等、わが国にはない規律が含まれている)。

さて、Laddieらによると、既に流通に置かれている複製物に再製本等の物理的加工を施して再度流通させる行為は、譲渡権の侵害とはならない³¹。それは18条(3)(a)が適用されるからである。Laddieらはさらに続けて、「〔元の複製物の市場とは〕まったく異なり、〔当初の許諾の際に〕許諾されていない市場を狙うような場合ですら、新たな複製物が作られたのでなければ、侵害にならない。なぜなら、そこには複製物の作成(17条)も、まだ流通していない複製物の譲渡(18条)も存在しないからである」と述べる。

この見解は本稿の課題との関係で非常に重要である。当初の複製物の市場(許諾の際に想定されていた市場)と、それに加工を施して作成された商品の市場とが異なる場合に、権利行使を認めないとすると権利者の利益の保護に欠けるのではないかという発想(これは後にアメリカ法の箇所でも登場する)が、ここでは明確に否定されているからである。

なお、そうすると、上記引用箇所においてLaddieらが「既に存在する物を取引する行為は、特定の状況下では譲渡権の侵害の可能性があっても」と述べているのが何を意味しているのかが気になるところである。これについて直接の説明はないものの、おそらく、EU域内消尽との関係で、例

³¹ *Ibid.*

例えば EU 外でのみ流通している物を初めて EU 域内に持ち込むような場面を想定しているのではなからうか。

さて、以上を踏まえて、イギリス法のまとめに入ろう。イギリス法においては、複製の意義について複製物の数の増加に着目する Frost and Reed 判決が先例として存在している。当時とは制定法の文言の異なる今日においても、学説は基本的に同様の発想で考えているようであるが、曖昧な部分がないわけではない。複製物の数が増えない事案において現行法の下でいかに解すべきかという問題を扱った新しい判例は紹介されていない。

近時、裁判所がこの問題を正面から扱うこととなった事件は、イギリスではなく、カナダで起こった。Frost and Reed 判決から約一世紀を経た現在、この問題をどのように考えるべきであろうか。そこで舞台をカナダに移すこととしよう。

2 カナダ

(1) Fetherling v. Boughner 事件³²

カナダで複製の意義について最高裁の判断が示されたのが2002年の Théberge 判決³³である。もっとも、それ以前に類似の論点を扱った下級審判例が存在しており、Théberge 事件の各審級の判決もこれを引用しているため、先にこちらに触れておこう。それは、Fetherling v. Boughner 事件である。

原告は写真家であり、著名人の写真を含む記事を雑誌「The Canadian」に寄稿した。被告は当該雑誌を市場で30冊購入したうえで、インク層の移し替え技術（その詳細は後に Théberge 事件の中で触れる）を用いて雑誌から写真部分のインク層を取り出し、それを別の紙に移し替え、それを販売した。

³² Fetherling v. Boughner (1978), 40 C.P.R. (2d) 253 (Ont. H.C.).

³³ Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34. (28 March 2002)

裁判所は、被告の行為は物理的な移し替えに過ぎず、工程の後には「The Canadian」からは写真はなくなるのであるから複製には当たらないと判示した。あわせて、被告が自ら購入した「The Canadian」をそのまま転売することが許されるのであるから、同様に、その一部を取り出して販売することも許されると述べている。

ここにもやはり Frost and Reed 判決と同様の発想がある。すなわち、写真を載せている媒体が雑誌から紙に変わっただけで、複製物の数は増えていない、ということが複製行為の該当性を否定する理由として挙げられているのだと理解できる。

(2) Théberge 事件の概要

この事件から約20年後、Théberge 事件が裁判所に持ち込まれる。事案は次の通りである。

原告の Claude Théberge は著名な画家であり、本件で問題となった絵画の著作者である。原告は訴外出版社に対して自己の絵画をポスターに印刷して販売することに関して著作権の譲渡³⁴をしていた。訴外出版社はこれを受けて、原告絵画を紙のポスターに印刷し、販売していた。

被告らはアートギャラリーであり、様々な画家の絵画が印刷されたカードやポスターを市場で買い集め、化学的方法を用いてその絵をキャンバスに移し替えて販売している。具体的な移し替えの工程は以下の通りである³⁵。まず元のポスターの紙の上に特製の樹脂またはラミネート液を塗り広げる。これによりポスター表面のインクの層が樹脂等に接着する。表面のコーティングが乾燥し硬化すると、ポスター全体を溶剤に浸ける。溶剤によって紙の部

³⁴ 譲渡された権利の範囲も問題となっているが、あくまでもポスターとして印刷して販売することに関する権利のみが譲渡され、キャンバスへの複製・販売に関する権利は原告に留保されていると判断されている (*Théberge, supra* note 33 at para. 14, 84 and 178.)。

³⁵ *Ibid.* at para. 35.

分は柔らかくなるが、コーティングされたインク層の部分はそのままの姿を維持する。したがって、インク層の下にある紙の部分だけを剥がすことが可能となる。そうして取り出されたインク層の背面に接着性のある樹脂等を塗布すれば、後はそれをキャンバスに貼り付ければ完成となる。この作業の結果、元のポスターは台紙の部分だけの真っ白な紙となって残り、表面の絵はキャンバス上にだけ存在する状態となる。

(ポスター+インク) + 真っ白なキャンバス
→ 真っ白なポスター + (キャンバス+インク)

つまり、絵が載っている媒体がポスターからキャンバスに変わっただけで、この工程の前後を通じて絵の複製物の個数は増加していない。この点がこの事件の特徴であり、それゆえ、「複製」とは何かという問いを裁判所に突きつけることとなった。

原告は、被告らの工程は複製行為であり、この方法で作成されたキャンバスは複製権侵害物品であると考えて、複製の差止めと損害賠償を求める本案訴訟を提起するとともに、カナダ著作権法³⁶38条(1)の規定によって侵害物品の占有の取戻しが認められていることを根拠に、これら侵害物品について判決前の差し押さえ (seizure before judgment) を申し立てた。

38条(1)は次のような規定である。

〔複製物や刷版³⁷の占有の取戻し〕

³⁶ Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C42.なお譲渡権に関しては、2012年の Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c.20により、3条(1)(i)が追加された。同条は、それまでに著作権者の許諾を得てカナダの内外で所有権の譲渡がなされたことのない有体物の譲渡行為に権利を認めている。消尽という文言こそ使われていないものの、許諾に基づく第一譲渡がなされて以降は権利が及ばないという点で、わが国の26条の2の規定と同様である。

³⁷ 原文では plate であり、2条によれば印刷や複製に用いられるあらゆる鉛版、ブロック、ネガなどを広く含む概念であるが、ここでは印刷用の刷版で代表させて訳している。

第(2)項の規定に従い、著作物その他の保護対象の著作権者³⁸は、あたかも以下の複製物や刷版が著作権者自身の財産であるかのごとく、次の行為をすることができる。

(a)その著作物その他の保護対象についてのすべての侵害複製物 (infringing copies) 及び侵害複製物を製作するために使われた又は使うことを意図されていたすべての刷版について、占有を取り戻すこと

(b)これらの複製物または刷版について判決前の差し押さえの手続きをとること (ただしカナダ又は手続きがとられる州の法律によって、そのような手続きを行う権限が認められている場合に限る)』

第一審裁判所³⁹は、前出の *Fetherling v. Boughner* 判決を引用し、ポスター等からキャンバスへの移し替え工程は侵害に当たらないとして、差し押さえを否定した。これに対し控訴裁判所⁴⁰は侵害を認め、差し押さえを許可した (その根拠となっているのは、紙から紙への移し替えと、紙からキャンバスへの移し替えとでは状況が異なる⁴¹という考えであるが、これについては後に最高裁判決の多数意見を紹介する個所で詳述する。)。これに対して被告らが上告したのが本件である。

このように、本件では直接には38条(1)による差し押さえの可否が問題となっているところ、それはキャンバスが侵害複製物に当たるかどうかにより

³⁸ 原文は「the owner of the copyright in a work or other subject-matter」であるが、ここで copyright という語が用いられていることから、本条は著作権の侵害がある場合の救済規定であり、著作者人格権侵害の場合には適用されないと解釈される (*Théberge, supra* note 33 at para. 10 and 125.)。それゆえ、最高裁の多数意見は著作者人格権 (同一性保持権) 侵害の可能性を示唆するが、それにもかかわらず、本条による差し押さえを認めるという結論にはならない (*Ibid.* at para.76.)。

³⁹ *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, 1999 CanLII 12156 (QC CS). (23 September 1999)

⁴⁰ *Théberge c. Galeries d'art Yves Larocche inc.*, 2000 CanLII 5336 (QC CA). (22 February 2000)

⁴¹ 明言されているわけではないが、*Fetherling v. Boughner* 事件の事案が紙から紙への移し替えであったことから、それとは事案が異なるという意図が言外に込められている。

決まる。2条によれば侵害 (infringing) とは、この法律に違反して作成されたコピーを指すものとされており、また著作権の支分権を列挙する3条(1)には、わが国の複製権に対応する権利として、「著作物またはその本質的部分を、あらゆる有形的な形式で生産 (produce) し、または複製 (reproduce) することに関する独占権」⁴²が含まれている。そうすると結局、本件の争点は、被告らの移し替え工程が複製権の侵害行為と言えるかどうか、ということになる。

最高裁は7名の裁判官のうち4名の多数意見で、侵害(複製)には当たらないと判断した。残り3名は侵害(複製)に当たるとする反対意見であり、僅差の判断であった。以下では多数意見と反対意見を順に見ていくこととする。

(3) 最高裁判決の多数意見—複製に当たらないとする立場

多数意見が複製を否定する主要な根拠は次の2点である。第1に、著作権者の利益と、複製物を取得した所有者の権利(所有権)との間の適切なバランスが追求されなければならない。第2に、著作権と著作者人格権とを明確に区別し、本件のような購入後の複製物に対する改変はもっぱら著作者人格権(同一性保持権⁴³)によってのみ保護されるべきものであって、著作権を及ぼすべきではない。

順に見ていこう。多数意見は複製物の購入者の所有権を重視する姿勢を随所にのぞかせる。それは例えば以下のような記述からうかがえる。「本件において、われわれ裁判所は、芸術家が、著作権法の規定する権利や救済手段を用いることで、第三者である購入者の手中にあるその著作物の許諾を得た

⁴² 原文は“the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever”。

⁴³ 14.1条及び28.2条において the right to the integrity of the work として認められている。なお、わが国とは異なり、著作者の名誉声望を害することが侵害の要件とされている。

複製物の最終的な使用や展示をどの範囲でコントロールすることができるのかを決定することを求められている」⁴⁴。「この事件は、著作物に対する知的所有権の保有者と、その著作物の化体した有体物の所有者との間の基本的な経済的対立を示している」⁴⁵。「著作権法は、著作物の創作と普及についての公衆の利益を促進することと、創作者に適正な報酬を獲得させることとの間のバランスを示すものであると考えられている」⁴⁶。これら及びその他の公共政策目的との間の適切なバランスのためには、単に創作者の権利を承認するだけではなく、その権利に限界があることをも重視する必要がある⁴⁷。本件で複製権が侵害されたとする原告の主張の問題点は、「著作権法の根底にある権利と利益のバランスを無視していることである」⁴⁸。複製を肯定する反対意見の立場は「ポスターを所有する購入者の財産権の範囲を狭く考えすぎる一方で、著作物の印刷とポスターの販売を許諾した権利者に対して過大な権利を与えすぎている」⁴⁹。反対意見の立場からは被告らが大規模にキャンバスを販売する事業者であることは複製の成否とは無関係であって、たとえ個人がその自宅でたった一つだけ作成する場合も複製になってしまう⁵⁰が、このように理解することは「バランスを極めて著作権者に有利に傾けるものであり、購入したポスターに関して被告らが持つ所有権について十分に認識しないものである」⁵¹。著作者の名誉声望を害するような改変のみを同一性保持権の侵害と定めた議会は、名誉声望を害するに至らない改変は購入者の権利の

⁴⁴ *Théberge*, *supra* note 33 at para. 1.

⁴⁵ *Ibid.* at para. 33.

⁴⁶ *Ibid.* at para. 30.

⁴⁷ *Ibid.* at para. 31.

⁴⁸ *Ibid.* at para. 75.

⁴⁹ *Ibid.* at para. 9.

⁵⁰ *Ibid.* at para. 27.

⁵¹ *Ibid.* at para. 28.

範囲内であることを意図していた⁵²。「許諾を得た複製物がひとたび公衆のメンバーに売り渡されたならば、それをどのように扱うかについて決定するのは、ふつうは購入者であって、著作者ではない」⁵³。(移し替えの方法で行われる名画の修復の事例を挙げて)「購入者とその貴重な絵画を保存するために行う修復の試みに対して、芸術家が拒否権を持つとも持つべきであるとも思われない」⁵⁴。インク層をキャンバスに移し替えた被告らの行為は「物理的なポスターの所有権の範囲内の行為である」⁵⁵。

このように、購入者の所有権が強調される一方で、原告の利益状況については次のような記述がみられる。「原告は10000枚を上限とする紙のポスターの製造を〔訴外出版社に対して〕許諾し、被告らはそれを市場で正規に購入したわけであり、原告はこの許諾によって被告らの行為を可能にせしめたのである」⁵⁶。被告らの行為によって「著作権者の正当な経済的利益がどのようにして侵害されたというのだろうか？ 移し替えの工程は一枚のポスターで始まり、一枚のポスターで終わっている。インクで固定された絵こそが知的財産権の保護対象であるが、それは複製されていない」⁵⁷。

また多数意見は、控訴審判決がアメリカの *Mirage* 判決（後出）の影響を受けて「予期せぬ市場 (unanticipated market)」テストを採用しているとして、次のように述べる。「控訴審判決はポスターへの改変を制約するために、ある種の市場分析を提案した。控訴審判決は次のように述べる。『紙の複製物の価値は、それが額に入れられようがラミネート加工されようが異なるところはない。額に入れられ又はラミネート加工された紙の複製物の購入者は、

⁵² *Ibid.* at para. 57.

⁵³ *Ibid.* at para. 31.

⁵⁴ *Ibid.* at para. 38.

⁵⁵ *Ibid.* at para. 2.

⁵⁶ *Ibid.* at para. 23.

⁵⁷ *Ibid.* at para. 38.

紙の複製物の価値と額に入れ又はラミネート加工した行為のコストを合わせたものを支払う。他方で、記録が示す通り、紙の複製物から作成されたキャンバスの場合、販売者は、紙の複製物の価値と移し替え工程のコストを合わせたものよりも高い代金を請求することができる。』⁵⁸。「アメリカの裁判所では、元の著作物の創作者がおそらく予期していなかったであろう方法によって市場または特定市場（market niche）において著作物から利益を上げる方法が発見され、その創作者が元の著作物の販売や利用についての最高価格を獲得していなかったかもしれないと考えられる場面において、対価の適切な割り当てをいかに考えるべきかという点が議論されており（Mirage 判決等参照）、控訴審判決はこれを反映するものである』⁵⁹。しかし本件の当時、「インク移し替え工程はポスターアート業界では十分に定着したものであった。〔ポスター利用のみを許諾した〕原告の立場は、インク移し替えの市場には参入したくないというものであって、そのような市場の存在を知らなかったとか予見できなかったとかいうわけではない」⁶⁰。

そもそもこのような曖昧な基準で複製の成否を決することの問題点も指摘されている。「このように、ポスターに対して何を為すことが許され、何が許されないかを芸術家が規制することを認めるときには、公衆に対して、曖昧な区別を探究させることになる。侵害行為と非侵害行為との間に合理的で明確な線引きは存在しないだろう」⁶¹。

このように述べて、多数意見は「複製」の定義について、結局、複製物の数の増加に着目する伝統的な考え方を採用する。すなわち、「複製(reproduction)という言葉は、通常、追加的な又は新たな複製物を有形的に作成する行為（the act of producing additional or new copies of the work in any mate-

⁵⁸ *Ibid.* at para. 53.

⁵⁹ *Ibid.* at para. 55.

⁶⁰ *Ibid.* at para. 56.

⁶¹ *Ibid.* at para. 40.

rial form) と定義される。複製物の数の増加は、このような『複製』の物理的な概念の必然的な帰結である。]⁶²

第2の著作権と著作者人格権の区別については、購入後の複製物に対する改変は同一性保持権によってのみ保護されるべきであることを前提に、原告の本件訴訟は「経済的利益の侵害を装って、実際には著作者人格権の侵害を主張するものであり、その試みは否定されるべきである」⁶³とされている。

(4) 最高裁判決の反対意見—複製に当たるとする立場

所有権と著作権とのバランスを追求しようとする多数意見の実質的な態度とは対照的に、反対意見の立場は形式的な条文解釈に終始している。反対意見はまず reproduce という単語の辞書的意味を確認する⁶⁴。そこには、“1. produce a copy or representation of”, “2. ...cause to be seen or heard etc. again ...”, “5. ...give a specified quality or result when copied”という定義が見いだされ、このことから、reproduce という概念に数の増加という要素は含まれていないとする。本件はインク移し替え技術の結果、複製物の総数が増加していない事案であり⁶⁵、多数意見の立場は、複製物の数の増加がある場合に限って複製を肯定するというものであるが⁶⁶、著作物の複製物の総数が増加したことはなんら複製 (reproduction) の要件とはならないと論じる⁶⁷。著作権法の条文は立法の当時に想定できないような将来の技術が登場した場合にそれを包含できるように概括的・開放的に記載されており、複製の意義に関してこのように柔軟に解釈することが立法意図に反するわけではないという趣旨

⁶² *Ibid.* at para. 42.これに沿う見解として、Fethering v. Boughner 判決や Laddie らの著書の記述が引用されている。

⁶³ *Ibid.* at para. 74.

⁶⁴ *Ibid.* at para. 138. ここでは Canadian Oxford Dictionary (1998) が引用されている。

⁶⁵ *Ibid.* at para. 82.

⁶⁶ *Ibid.* at para. 138.

⁶⁷ *Ibid.* at para. 139.

のことも述べられている⁶⁸。

そこで、複製概念の外延を画するものとして複製物の数の増加の代わりに持ち出されるのが、有形化 (materialize) あるいは固定 (fixation) という観点である。反対意見は、「生産 (produce)」とは「最初の有形化 (initial materialization)」であり、「複製 (reproduce)」とは「最初の固定に基づいてその後に行われる有形的固定 (any subsequent material fixation that is modelled (in the causal sense) on its first fixation)」を意味すると定義する⁶⁹。そうすると結局、複製とは、最初に存在する有体物の再度の有形化 (rematerializing) を指すことになる⁷⁰。つまり固定が複製行為の基本的要素となる⁷¹。重要なのは複製物の数が増えたかどうかではない。数えるべきなのは複製物の個数ではなく、有形化が行われた回数である⁷²、と結ばれる。

このような観点からは、ポスター上のインク層を取り出してキャンバスに移し替える工程は固定であると理解され、それゆえ、複製に該当するとの結論が導かれる。

⁶⁸ *Ibid.* at para. 140-141.

⁶⁹ *Ibid.* at para. 145. (下線は原文通り)

⁷⁰ *Ibid.* at para. 146.

⁷¹ *Ibid.* at para. 147.

⁷² *Ibid.* at para. 149.

⁷³ Daniel J. Grevais, *The Purpose of Copyright Law in Canada*, 2 U. Ottawa L. & Tech. J.315 (2005)は、①本判決、② CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13、③ Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Providers, 2004 SCC 45の3判決を「三部作 (The Trilogy)」と呼んでいる。

⁷⁴ Normand Tamaro, *The 2011 Annotated Copyright Act*, p.240は、「一枚のポスターで始まり、一枚のポスターで終わっている」とする多数意見の説明に対し、ポスターは消え去ってしまいキャンバスに取って代わられたのではないかと、そしてそのキャンバスは原告が許諾していない媒体なのではないかとこの疑問を提示して、複製該当性を認める反対意見に賛意を示す。

⁷⁵ Orit Fischman Afori, *Copyright Infringement without Copying -- Reflections on the Théberge Case*, 39 Ottawa L. Rev.23 (2007-2008).

(5) 学説

本判決が著作権と所有権の対立という問題設定を行い、「複製」概念の伝統的・制限的解釈によって両者のバランスを保とうとしたことは、これに引き続くいくつかの最高裁判決と相まって、著作権法の基本的な目的・意義を明らかにしたものと肯定的に評価されている⁷³。その一方で、多数意見が示した複製の解釈は狭すぎるとしてこれを批判する見解も見られる⁷⁴。ある論者⁷⁵は複製概念を広く捉えるべきだと説く。すなわち、複製権の目的を、有体物を介した著作物の伝達についてコントロールを及ぼすことにあるとする。伝達の前段階として、伝達に用いる複製物を準備する行為を捕捉する権利が複製権である。そのように考えると、ある行為が複製行為かどうかというアプローチではなく、むしろ、何らかの行為の結果として出来上がった物がそのような伝達に適するものかどうかという行為の結果に着目することが重要である。このように考えることで、「複製」概念は次のように定式化される。「ある行為の結果として、既存の複製物とは異なる新たな状態 (new and different configuration) がもたらされ、それが著作物のさらなる伝達に適するようなものである場合、その行為が複製である」。前章で少しか触れた伊藤信男の見解とも通ずるところがある見解であるが、その詳細及び検討については後の章で詳しく触れることにしたい。

さて、このようにカナダの最高裁は4対3の僅差で、複製とは複製物の数を増加させることであるとする立場をとったこと、そしてこれに対しては学説の批判があることを確認したところで、次はニュージーランドに目を向けることとしよう。ニュージーランドにも複製該当性が争われた事件があり、そこでは *Théberge* 判決を参照しているからである。

3 ニュージーランド

(1) Benchmark 事件

ニュージーランドでは競合する事業者間での値引き合戦を巡って、同様の論点を含む紛争が生じた。原告 Mitre10はペンキや工具といった日曜大工品を販売するホームセンターチェーンであり、その取扱商品について、カラー写真、説明文及び価格を掲載した12頁程度の広告カタログ（以下「原告カタログ」という。原告従業員らが作成したもので、その著作権は原告が有している。）を作成し、一般家庭に送付していた。被告 Benchmark は Bunnings という名称で競合するホームセンターチェーンを運営している。被告は原告よりも安い価格で同じ商品を販売していることを顧客に示すために、原告カタログの実物を入手し、各ページを切り離し、ページ内の商品の価格欄に、原告よりも安い価格を書いた鮮やかなオレンジ色のステッカーを貼りつけて、店舗の前に掲示した。すなわち、被告は原告カタログを複写したり、印刷したりしたことはなく、原告が作成して頒布した原告カタログの紙をそのまま用いながら、そのうちの一部にステッカーを貼りつけるという方法で物理的な加工を施し、それを掲示しているにすぎない。

原告は、被告の行為が翻案権の侵害に当たると主張して、掲示の差止めを求める訴えを提起した（なお比較広告による商標権侵害の成否も重要な争点となっているが、この点は省略する）。被告のステッカー貼り付け行為が「翻案」行為と言えるかが争点である。

判旨の紹介に移る前に、ニュージーランド著作権法の規定を確認しておく必要がある。ニュージーランド著作権法⁷⁶は第16条(1)で著作権が及ぶ行為を列挙しているが、その中には著作物をコピーする行為 (to copy the work) や、翻案物を作成する行為 (to make an adaptation of the work) などが含

⁷⁶ Copyright Act 1994 (1994 No 143).

まれている。用語の定義を集めた第2条によれば、コピー (copying, copy, copies) とは「媒体や方法を問わず、なんらかの有体物 (デジタルフォーマットを含む) に、著作物を複製 (reproduce) し、録音し、保存する行為を意味する」とされている⁷⁷。

2003年3月に下された第一審判決⁷⁸では、翻案権侵害は否定されたものの、複製権侵害の可能性があると考えられた。すなわち、裁判官は、翻案とは媒体の変更のことを意味すると解釈し、本件では原告カタログという媒体に変更はないから翻案権の侵害に当たらないと述べた。そのうえで、(当事者が主張していないにもかかわらず) 複製権の侵害の成否についての検討に進んでいく。裁判官は複製行為の有無を扱った先例として、イギリスの Frost and Reed 判決とカナダの Théberge 判決の多数意見・反対意見を参照する。裁判官は、Théberge 事件の事実関係の下では多数意見と反対意見を調和させることはできなかつとも、本件ではその調和を図ることができるとして、次のように述べる⁷⁹。多数意見が定義したように、複製とは追加的な又は新たな複製物を作成する行為である。このうち重要なのは新たな複製物という部分である。Laddie からも言うように、それ以前には存在しなかったものを作り出す行為こそが複製の中核である。「一般的には、新たな著作物を作り出す行為は複製物の数の増加を引き起こすから、『新たな』と『追加的な』という] 二つの概念は、Théberge 事件、Frost and Reed 事件、Fetherling v. Boughner 事件などがそうであったように、等しいものだと考えられる。ところが、本件においては、この二つの概念は同値ではない。というのは、新たな著作物が元の著作物に重ね合されているからである。カタログにス

⁷⁷ 原文は次の通り。Copying “means, in relation to any description of work, reproducing, recording, or storing the work in any material form (including any digital format), in any medium and by any means” また、“copy and copies have corresponding meanings” とされている (第2条)。

⁷⁸ Mitre 10 (NZ) Ltd v Benchmark Building Supplies Ltd [2003] 3 NZLR 186. (17 March 2003)

⁷⁹ *Ibid.* at para. 63.

テッカーを貼りつける行為は新たな著作物の創作であるが、これによって追加的な複製物が作成されたわけではない⁸⁰。本件において複製物の数の増加はないが、このことは複製行為の存在を認めるにあたって重要ではない。また、本件で複製を認めることは、著作権者に適正な報酬を獲得させるとする *Théberge* 判決が述べる著作権法の目的にも合致する。「本件では、所有の利益を持たない競業者が、商品カタログが作成されたそもそもの目的をまさに弱体化させるために、これを利用して利益を得ている。もしも著作権法が創作者をこのような帰結から保護しないとすれば、それは異常なことであろう。……もしもカタログに手を加えたうえで複写したのであれば、複製物の数の増加という要件は満たされるであろう。……論理と常識に従えば、元の複製物それ自体が使われたとしても〔複製に当たるといふ〕帰結は同じになるべきである。』⁸¹

第一審の裁判所は以上のように述べて、（追加的な複製物の作成はないものの）新たな著作物の創作が認められるから複製に当たると解する余地がある、と結論付けた。

これに対し、同年8月、控訴裁判所は、被告の行為によって新たな著作物が作り出されたとは認められず、複製行為には該当しないとする正反対の判決を下した⁸²。そこでは「数の増加がない場合であっても複製(reproduction)が認められるということは、特定の状況下ではあるかもしれない。しかし、複製に関する伝統的な考え方は次の通りである」として、先に紹介した *Laddie* らの著書の記述が引用されているほか⁸³、*Frost and Reed* 判決と *Théberge* 判決（の多数意見のみ）及びアメリカの *CM Paula* 判決（後出）に言

⁸⁰ *Ibid.* at para. 66.

⁸¹ *Ibid.* at para. 69.

⁸² *Benchmark Building Supplies Ltd v Mitre 10 (NZ) Ltd* [2004] 1 NZLR 26 (CA). (29 August 2003)

⁸³ *Ibid.* at para. 28.

及する。その結果、明言されているわけではないが、控訴裁判所は数の増加を要求したと見ることができるだろう。裁判所はこう述べる。「被告は原告自身が作成したカタログを掲示するに際し、著作物の複製は何ら行っていない。何もコピーされていない」⁸⁴。

新たな著作物が作成されたとする原審の判断についても異なる判断がなされている。その内容は、この判決に対する評釈⁸⁵による指摘も踏まえて説明するならば、次のように言うことができるだろう。14条(1)は著作権はオリジナルな著作物に対して発生するとしつつ、その(2)において、(a)他の著作物のコピーである場合や(b)他の著作物の著作権を侵害する場合について、またその限度で、オリジナルとは認めないと規定している。これによれば、被告がステッカーを貼りつけることで出来上がったカタログは、その大部分が原告カタログをそのまま流用しているものであって、その部分について被告のオリジナルな著作物が作られたとは言えないことになる。かくして、新たな著作物が作られたという原判決の説明は成り立たないわけである。

(2) 検討

ところで、上記の記述に違和感をもった読者もおられるだろうが、一審の裁判官の判示は、途中から複製物と著作物を混同しているように見える。つまり、Théberge 判決の多数意見を参照する段階では新たな複製物 (new copy) に着目するとしながら、その後の当てはめにおいては新たな著作物 (new work) が作り出されたかどうかを検討している。新たな著作物が作り出されたのであればそれは当然に新たな複製物にあたるという前提なのか

⁸⁴ *Ibid.* at para. 32.

⁸⁵ Alexandra Sims, *Shop Wars: Copyright, Moral Rights, and Comparative Advertising*, 10 *New Zealand Business Law Quarterly* 9 (2004) p.13.

