

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(5・完)

谷 川 和 幸*

目次

- 一 はじめに一問題の所在
- 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 (以上本誌61巻4号)
 - 4 アメリカ
 - (1) はじめに
 - (2) 1976年法施行前の判例群 (以上本誌62巻1号)
 - (3) 1976年法施行後の判例群 (以上本誌62巻2号)
 - (4) 検討
 - 5 オランダ及び欧州司法裁判所
 - (1) オランダ
 - (2) 欧州司法裁判所 (以上本誌62巻3号)
 - 6 小括
- 三 わが国の議論
- 四 検討
- 五 おわりに (以上本号)

*福岡大学法学部准教授

二 諸外国の事例

6 小括

前回までで、諸外国の事例及び議論の概要を見てきた。ここでその小括をしておこう。著作権者の許諾に基づいて作成され流通した複製物が、その後に許諾なく物理的加工を施され販売された事案について、加工行為に着目するアプローチと販売行為に着目するアプローチとがあることが明らかとなった。

英米法におけるリーディングケースとされるイギリスの1908年の判決は、加工行為に着目し、これが複製に当たるかという問題の捉え方をした。裁判所は当時の著作権法の条文に「増量 (multiply)」という文言があることを踏まえて、加工の前後を通して複製物の増量が生じたわけではないことを理由に著作権侵害を否定した。このやや形式的ともいえる「複製イコール増量」定式は、著作権法の条文から「増量」という文言が消えた現在においても維持されている。カナダでも2002年の最高裁判決においてこの定式が採用された。そこでは加工前と加工後の複製物の性質の違いに着目して複製該当性を肯定した原判決が否定された。最高裁は購入者の所有権との適正なバランスに配慮して、購入後の複製物に対する加工は複製に当たらない（複製と言えるためには追加的な又は新たな複製物を有形的に作成しなければならない）と判示した。ニュージーランドの2003年の高裁判決でも同様に、「複製イコール増量」定式が前提とされていると考えられる。

この定式はアメリカにおいても基本的に踏襲されており、増量なき加工行為は複製に該当せず、販売行為については消尽が認められるとして非侵害とするものが多数を占める。「複製イコール増量」定式の下では複製物の個数の増加の有無のみが重視され、その加工によって複製物の性質がどのように変化したかが斟酌されることはない。この欠点に対応するため1976年著作権法施行後の一部の裁判所（第9巡回区）では、加工行為を翻案権の問題と捉え、翻案概念の中で複製物の質の変化を考慮することを志向している。もっ

ともこれに対しては批判も強く、そのような翻案概念の解釈を認めない第7巡回区との間で巡回区間の対立が生じている。

以上のように複製イコール増量と捉える伝統的立場を基本的に維持している英米法とは異なり、複製概念の中で複製物の質の変化を考慮するのが2015年の欧州司法裁判所判決である。同裁判所は Canvas Transfer の事案を「新たな物の創造」と捉え、「変更された物体それ自体が、全体として見たときに、物理的に、権利者の同意のもとで市場に置かれた物体と同じかどうか」という基準で複製の成否を検討すべきであるとの判断を示した。ここでは出来上がった物から逆算して、そのような物を生み出す行為が「複製」であると捉えられているといえる。

最後に、オランダの1979年の最高裁判決は、カレンダーに印刷されて販売された絵画のうち絵画部分だけを切り出して木の板に貼り付けて販売した事案について、頒布権の消尽は認められないとして、消尽の例外法理を生み出した。ここでは加工行為が翻案や複製に当たるかではなく、加工された物の販売行為に消尽の原則が適用できるかという問題の捉え方がされている。そしてカレンダーと木の板とを比較したときに、新たな形態で新たな利用機会を有するものとして頒布されたことを根拠に消尽の例外が認められたのである。

以上の諸外国の状況を、着目するのが加工行為か販売行為かという区別、そして複製物としての質の変化を実質的に考慮しているかどうかという区別でまとめたものが以下の表である。これらの整理を踏まえて、次にわが国での取り扱いについて検討する。

	加工行為に着目	販売行為に着目
形式的	「複製イコール増量」定式（伝統的英米法）	
実質的	翻案概念で捕捉（アメリカ第9巡回区） 複製概念で捕捉（欧州司法裁判所）	左の翻案や複製に該当する場合は消尽しない（アメリカ、欧州） 頒布権の消尽の例外（オランダ）

三 わが国の議論¹

(1) はじめに

この章ではわが国の従来の議論状況を整理し、検討を加える。冒頭に述べた通りカレンダー事件については裁判所の判断は示されなかったが、伊藤信男による見解が示されている。また物理的加工の事案として、アニメ教材合本事件その他いくつかの事件とそれに言及するコメントが存在していることから、これらが検討の対象となる。

そして物理的加工の事案については加工行為に着目して複製権侵害の成否を検討することと、販売行為に着目して譲渡権侵害の成否を検討することが考えられるところ（両者は排他的なものではない）、複製権の対象となる「複製」概念をどのように捉えるかという問題がある。アメリカの一部の裁判例や欧州司法裁判所の判決で示されたような「複製」概念の実質的理解をとることがわが国でも可能かという問題である。以下ではこの問題に関連する事件も取り扱う。

(2) カレンダー事件に対する伊藤の見解²

伊藤信男はカレンダー事件に触れ、次のような見解を述べていた。

「一定の目的で使用を許諾し、その目的のもとに複製されたものを、これと全く異なる態様において使用する時は、その使用は不条理なものであって、新しい他目的使用はこれを新たな複製と解することこそ、実情に適するものといえましょう。」

¹ 本誌における本連載の完結前に、その概要を発表する機会に恵まれた（谷川和幸「著作権法における消尽の原則の例外」NBL1124号（2018年）73頁及び谷川和幸「複製物への加工と消尽論」著作権研究45巻（2019年）23頁）。そのため以下の記述にはこれらの論稿と重複する部分がある。

² 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。

ここではカレンダーから色紙へという「新しい他目的使用」であることから、これを「複製」と捉えることが提唱されている。予定されていた使用態様とは異なる態様での使用を「複製」と捉えるこの見解は、しかし、伊藤自身が「愚論、奇説と批判されるであろう」と述べている通り、手放しで賛同できるものではない。なぜなら、「複製」に関する著作権法の定義規定に明らかにそぐわないからである。わが国著作権法において「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」と定義されている（2条1項15号）。ここには使用態様によって複製の成否が異なるという発想を読み取ることはできず、むしろ「複製」とは「有形的に複製すること」という特定の行為のみを指しているとしか理解することができない。確かに、「複製」について定義規定を持たず、それゆえ著作物の利用行為が広く「複製」と捉えられていた旧著作権法（明治32年法律第39号）の下では伊藤のような理解も可能だったかもしれない³。しかし「複製」

³ 旧著作権法1条1項は作者の権利として「其の著作物を複製するの権利を専有す」と規定し、2項において「文芸學術の著作物の著作権は翻訳権を包含し各種の脚本及樂譜の著作権は興行権を包含す」としていた。ここで「複製」とは（現行著作権法における複製概念とは異なり）、「各種の権能を総括する用語」として用いられており（小林尋次『再刊現行著作権法の立法理由と解釈』（第一書房、昭和33年（平成22年再刊）109頁）、演奏、歌唱、上映、上演、放送等の無形的利用が「複製」に含まれていた。そうすると、ある特定の利用行為が著作権の対象となるかは、この「複製」という包括的な語の解釈次第ということになる（実際、小林・前掲書109頁では、「口述」が「複製」に含まれるかという解釈論が展開されている。）。また札幌地判昭和32年4月19日下民集8巻4号795頁〔ミュージック・サブライ仮処分〕は「複製とは、その方法が有形的であるとか無形的であるかを問わず、いやしくも人をして原著作物を感知せしめるような状態におく一切の場合をいうのであつて、その手段方法は必ずしも著作権法に明文をもつて規定されているものに限定されないと解すべきである。」「同法の明文の規定のみに固執するときは、文化社会の実情にそぐわないばかりでなく、かえつてその権利の侵害を助長し、ひいては文化の發展を阻害するおそれがある」と述べ、当時明文の規定がなかったレコードの有線放送が「複製」に含まれると判示した。この理解は当時の通説であったとされる（飯島久雄「判批」ジュリスト205号（昭和35年）57頁）。しかし現行法は「複製」を本文中で述べるような特定の行為に限定し、さらに著作権の及ぶ範囲を複製権その他の支分権の限定列举という形で明確化することを志向した（最判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁〔北朝鮮鮮映画事件上

の明確な定義規定を有する現行著作権法の下では直ちには受け入れがたい。伊藤が述べる実質論には首肯できるものの、それを「複製」概念の拡張によって対応することは、わが国現行著作権法の解釈論として困難である。

もっとも、「複製」概念を条文の定義に従うことなく柔軟に適用する裁判例がその後いくつか登場している。そこでこれらを手がかりに、「複製」概念の拡張の可能性についてももう少し検討してみたい。

(3) アニメ教材合本事件⁴

原告らはアニメーションの通信教育用教材「アニメーション講座」を11分冊で執筆、出版した。被告はこの分冊を入手し、これらを1冊に合本して「アニメーションスクール」という題名で販売した。この合本行為が複製権の侵害となるかが争点となった事件である。

裁判所は次のように述べて複製権侵害を肯定した。

被告の行為は「第1分冊から第10分冊までを合本して発行したもので、これを改ためて印刷、写真、複写等によつて有形的に再製したうえで発行したものではないけれども、先に印刷されたものをそのまま利用し、単に改ためて印刷する手間を省いたに過ぎず、複製して発行したものとみなすことに妨げはないから」、著作権（複製権）の侵害である。

ここでは「単に改ためて印刷する手間を省いたに過ぎ」ないことから、実質的には複製したものと同じだとの評価判断が示されている。確かに一面ではそのような見方は可能であろう。しかし他面では、原告が販売した分冊が既に売れている（原告にはその分の対価がすでに還流している）という事実が見逃されている。そのため、この判決の考えに対しては批判が強い。大家

告審]参照)。伊藤の見解は現行法施行後のものであるが、その中で述べられている「複製」概念ははまだ旧法の内容を引きずっているもののように思われる。

⁴ 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。

重夫は、「適法にいつたん著作権処理をしたものは、そこで合法的な『複製』が行われたのである。いわば『消尽』しており次の段階の複製権侵害は問えないのではなからうか。」「Xらが、分冊の段階で印税を得ているのであれば、その売れ残りの分冊が、合本されても、財産権的部分についてはもう印税相当分を得べかりし利益の損失として請求できないのではなからうか」と指摘する⁵。また本橋光一郎・本橋美智子も、「疑問のある判例である。分冊が適法に発行された時点で、著作権は消尽しており、著作権の効力は合本を発行する行為には及ばないと考えられる」とコメントしている⁶。

本稿の冒頭でカレンダー事件について消尽が認められるのではないかと述べたのと同様、この事件についても消尽の問題と捉えるのが上記各指摘である。もっとも注意が必要な点として、これらの指摘がなされた当時、著作権法には譲渡権の規定はなく、当然、譲渡権の消尽の規定も存在しなかった。そのためこれらの指摘が前提としている支分権は複製権であると考えられる。そこでこれらの指摘に対しては、そもそも複製権の消尽が認められるのであろうかという疑問が生じる。アメリカの裁判例（【21】 ReDigi 判決）において消尽の原則は頒布権に対する抗弁であって複製権には適用がないと明示されているように、またわが国の最高裁判決でも消尽の原則の積極的根拠は有体物の流通の場面での「市場における商品の自由な流通」の必要性に求められていることから⁷、流通以前の段階で行われる複製行為について消尽の原則を語ることは木に竹を接ぐものではなからうか。

上記各指摘が真に述べようとしたことは、合本について再度の権利行使を認める実質的根拠（財産的損害）が存在しないということであろう。そうであれば、いったんは複製行為に当たるとしてその消尽を語るのではなく、端

⁵ 最新著作権関係判例集Ⅱ巻1号360頁。

⁶ 本橋光一郎＝本橋美智子『要約著作権判例212』（学陽書房、2005年）5頁。

⁷ 最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲーム事件上告審〕。

的に合本行為は「複製」に当たらないと説明すれば足りよう。すなわち本判決は「印刷、写真、複写等によつて有形的に再製したうえで発行したのではないけれども……複製して発行したものとみなすことに妨げはない」として、2条1項15号の「複製」の定義には当たらない行為を複製とみなしているところ、このような明文なきみなし侵害の範囲の拡張は、著作権法が支分権の内容を特定した上で限定列举し、さらにみなし侵害の範囲についても明文（113条）で定めることによって著作権の及ぶ範囲を明確にし、もって国民の文化的生活の自由を確保しようとした趣旨⁸に反するものである。

したがって本判決による複製権の範囲の拡張は、実質論としても形式論としても支持し難く、本橋らが述べるとおり疑問のある判決である。「印刷、写真、複写等によつて有形的に再製」していない以上は2条1項15号にいう「複製」には当たらず、また明文なきみなし侵害の範囲の拡張も許されず（さらにはそのような拡張を行うべき実質の必要性も存在せず）、複製権侵害に当たらないと判断されるべき事案であったと考えられる。

（4）真田広之プロマイド事件⁹

被告はタレントのプロマイド写真を販売した。原告はこれを購入し、その顔部分を切り抜き、これをプラスチックケースに入れてキーホルダーを製作し、販売店に販売を委託した。被告がキーホルダーの販売店に対して著作権侵害を理由に販売の中止を要請し、販売は中止された。この中止要請行為が営業権侵害の不法行為に当たるとして、原告が提訴した事例である。原告の行為が複製権侵害なのかどうか正面から争われた事例ではないため、裁判所はこの点を明確に判断していないが、結論として営業権侵害の不法行為には該当しないとして次のように判示している。

⁸ 前掲注3・〔北朝鮮映画事件上告審〕。

⁹ 東京地判昭和62年7月10日判時1248号120頁。

「被告は本件写真について著作権を有するところ、…本件写真と同じ複製物の顔部分を切り抜いてキーホルダーにするのは、本件写真のイメージを大きく変えるものであって、同写真を製作販売する被告が、これを理由に光和工芸〔注：販売店〕に対し販売中止を求めた行為は、未だ原告の営業権を侵害する違法なものということとはできない。」

写真の顔部分を切り抜いてキーホルダーにするという物理的加工行為について、裁判所は「本件写真のイメージを大きく変えるものであって」と述べているが、これが複製権侵害なのかどうかは明らかではない。同判決を紹介する判例時報の匿名コメントでは、仮に原告が被告から購入したプロマイドの写真それ自体を加工したのであれば「著作権法27条の改変権が問題となろう」し、仮に原告がプロマイド写真を複製したコピーをキーホルダーに加工したのであれば「同法21条の複製権のみを検討すれば足りることとなろう」と指摘されている。このうち後者のコピー行為が複製であることには異論はないであろうが、前者については写真の一部をそのまま切り抜く行為が翻案に該当するかには疑問がある¹⁰。いずれにせよ、この匿名コメントも前者の場合について複製権侵害が成り立つとは考えていないようである。さらに、同事件の控訴審判決¹¹では、「本件写真のイメージを大きく変えるものであって」の後に「著作者人格権としての同一性保持権の侵害にあたるものであり」

¹⁰ 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分事件上告審〕の定義によれば、翻案に該当するためには、「新たに思想又は感情を創作的に表現すること」（新たな創作性の付加）が必要だからである。プロマイド写真の人物の顔部分を切り抜く行為について、確かに切り抜き方には複数の選択肢がありうるが、顔を中心に切り抜くという点では選択の幅は広くない。またキーホルダーに用いるプラスチックケースの形状に収めなければならないという制約もあり、切り抜き方に個性が表れるとは考えにくい。この点に関連して、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 Web（平成25年（ワ）第13369号）参照。

¹¹ 東京高判昭和63年4月21日『判例でわかる著作権 昭和63年・平成元年版』162頁。

との判断が付加されている。ここでも加工行為は著作権（複製権）の問題ではなく著作者人格権（同一性保持権）の問題だと捉えられている。

このように本件は、物理的加工について複製権の問題とは捉えられなかった事例と理解できる。物理的加工について何らかの権利侵害を主張するのであれば、複製権ではなくむしろ同一性保持権によるべきであることを控訴審判決は示唆している。

（5）CATIA クラック事件¹²

原告が著作権を有するソフトウェアについて、ライセンス契約をせずに使用するために被告従業員が行った改変行為が問題となった事例である。本件ソフトウェアをインストールすると、その全部がコンピュータのハードディスクにインストールされるものの、そのソフトウェアを実際に使用するためにはライセンスキーの入力が必要であった。すなわち、本件ソフトウェアの使用に先立って、毎回、License Use Management と呼ばれるプログラム（LUM プログラム）が起動し、ライセンスキーが入力済みであるかどうかを確認し、ライセンスで許諾された範囲内で本件ソフトウェアを使用可能にするという仕組みであった。被告従業員による改変行為の具体的方法は判決文には記載されていないが、推測するに、上記 LUM プログラムの一部を書き換えて、ライセンスキーの入力がなくても本件ソフトウェアの全部の使用を可能にするというものだったと考えられる。つまりここでは LUM プログラムが改変され、その認証機能が回避されることによって、もともとハードディスクにインストールされていた本件ソフトウェアの全部が使用可能となった。

原告はこの被告従業員による改変行為が翻案権侵害、複製権侵害又は権利

¹² 東京地判平成19年3月16日裁判所 Web（平成17年（ワ）第23419号）。

管理情報の改変行為（113条3項2号（当時））に当たると主張して、被告会社に損害賠償を請求した。裁判所は翻案権侵害を認め¹³、さらに次のように述べて複製権侵害についても肯定した。

「なお、以上のとおり、本件ソフトウェア全体についての翻案権侵害が成立するが、本件ソフトウェアを構成する各モジュールを基準に考えれば、本件改変行為により、本件ソフトウェア中の使用許諾を受けていないモジュールにつき、ハードディスクへの複製行為があったと考えることも可能である。

すなわち、前提事実（4）のとおり、本件ソフトウェアは、その全体が各コンピュータのハードディスクにインストールされるが、それは、飽くまで本件DLLファイル及びLUMプログラムにより使用が制限された状態でインストールされていたにすぎ（〔ママ〕）なかったところ、前提事実（5）のとおり、本件改変行為により、使用許諾されていないモジュールは、使用が制限されない状態で各コンピュータのハードディスク内に存在することになったものである。

これを実質的に観察すれば、使用が制限された状態でインストールされていたモジュールをアンインストールし、使用が制限されない状態のモジュールを新たにコンピュータのハードディスクにインストールしたことと同視することができるから、本件改変行為により、本件ソフトウェア中の使用許諾を受けていないモジュールにつき、ハードディスクへの複製行為があったと考えることができる。」

形式的に観察すれば、最初のインストールの時点で本件ソフトウェアの全部（使用許諾されていないモジュールを含む）がハードディスクに複製済み

¹³ 前注10のとおり、翻案に該当するためには創作的な改変である必要があるところ、被告従業員による改変に創作性があったと言えるのかは疑問である。森本純「判批」『最新判例知財法』（青林書院、2008年）742頁以下及び谷川和幸「判批」福岡大学法学論叢63巻1号（2018年）235頁。

であり、その状態は本件改変行為の前後を通して変化していない。つまり本件改変行為を「複製」と捉えることは形式的には不可能である¹⁴。ところが裁判所は「実質的に観察」することで、使用制限された状態のモジュールをいったん削除した上で使用制限されていないモジュールを新たにインストールしたものと同視できるとして、本件改変行為を複製行為と捉えている。ここでもアニメ教材合本事件と同様、複製概念の拡張が行われている。本稿の問題関心に引き付けて読むならば、「使用許諾されていないモジュール」が「使用が制限されない状態」のモジュールになったという質の変化を複製概念で捕捉したものと理解することもできる。

しかしこのような質の変化を、2条1項15号により明確に定義された「複製」概念に読み込むことはやはり困難であるというのが本稿の一貫した主張である。形式的に観察して有形的再製に当たらない行為に対して「実質的に観察すれば」のマジックワードのもとに複製概念を拡張して規制していくことは、旧法下で曖昧であった「複製」概念を明確化し、著作権の及ぶ範囲を明らかにしようとした立法者の意図に反するものである。最高裁も述べるとおり¹⁵、「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている」という点がよく認識されなければならない。

それゆえ、複製物の質の変化をもたらす行為を逆算して「複製」と捉える実質的理解は、わが国著作権法の解釈としては採用することができない。

¹⁴ 森本・前掲注13・746頁及び大瀬戸豪志＝岩崎浩平「判批」知財管理57巻12号（2007年）1943頁以下。

¹⁵ 前掲注3・〔北朝鮮映画事件上告審〕。

（6）自炊代行事件¹⁶

原告は小説家ら。被告は、原告が著作権を有する小説の書籍のスクランを代行する業者（いわゆる自炊代行業者）である。被告は依頼者から送付されてきた書籍を裁断し、スクランして電子データにしてデータを返送するという事業を行っていた。（裁判所によって裁断済み書籍の廃棄は徹底されていなかったと認定されているが、）被告は裁断済み書籍の廃棄を徹底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」、本件で複製行為は存在しない、との主張をした。

裁判所（一審）は次のように述べて複製行為該当性を肯定した。

「著作権法21条は、『著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。』と規定し、著作権者が著作物を複製する排他的な権利を有することを定めている。その趣旨は、複製（有形的再製）によって著作物の複製物が作成されると、これが反復して利用される可能性・蓋然性があるから、著作物の複製（有形的再製）それ自体を著作権者の排他的な権利としたものと解される。

そうすると、著作権法上の「複製」は、有形的再製それ自体をいうのであり、有形的再製後の著作物及び複製物の個数によって複製の有無が左右されるものではないから、被告ドライバレッジらの主張は採用できない。」

この判決は現行著作権法における「複製」の意義について重要な判示をしている。すなわち、複製とは「複製物の個数」の増加ではないことを明らかにしたものである。アメリカの【21】ReDigi判決と同様、「複製イコール増量」定式を否定し、複製物が作成されたことそれ自体をもって複製に該当すると判断した。

¹⁶ 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。

もっともこの判断に対して筆者はかつて、「有形的再製行為の前後を通して、数の面でも質の面でも当初の著作権者の想定範囲を逸脱しない場合には、その行為を複製ととらえて権利行使の機会を与える必要はない」のではないかと、言い換えると、数の増加がない事案においては、新たな権利行使の機会が必要とされるような質の変化があったということが説明されなければならないのではないか、と批判したところである¹⁷。著作権法が著作物の複製すなわち有形的再製を著作権者の独占的権利の対象とし、複製物の作成をコントロールさせることとした趣旨は、その複製物の事後の使用や流通によって著作権者の利益状況に悪影響が生じるおそれがあるためである。そうだとすれば、形式的には有形的再製に当たる行為によって新たな複製物が作成されたとしても、それによって生じる利用の可能性・蓋然性の程度が当該作成行為以前と何ら変化していないのであれば、そこに新たな権利行使を認める必要はないのではないかという批判である。

複製物の数が増えたことは有形的再製によって生じる利用の可能性・蓋然性の程度を有意に変化させる典型例であり、その意味で「複製イコール増量」定式が複製概念の中心を担ってきたことは理由のあることである。問題は、増量がなければ複製に当たらないとしてよいか、である。まさに本件の被告はそのような主張をしており、裁判所はこの点についてわが国の裁判所としておそらく初めて、増量でなくても複製に当たる場合があることを明言したものとして重要性を有する。

他方で、有形的再製があれば常に複製に当たるとすることも、複製権の前記趣旨に照らせば過剰な保護である。実質的損害のないところに権利を認め一般人の行動を無意味に規制すべきではなく、前掲の大家らのコメントのようにこれを複製権の消尽と呼ぶかどうかは別として、複製権の及ばない領

¹⁷ 谷川和幸「判批」L & T 64号（2014年）72頁。

域があることを承認する必要がある。このような発想は複製権の権利制限規定にも表れており、機器の保守・修理・交換に関する47条の4第2項第1号及び第2号はその一例である¹⁸。

四 検討

以上の議論をもとに、以下では複製・翻案（以上、加工行為について）と譲渡権の消尽（以上、販売行為について）について検討していく。

（1）複製権の趣旨

上述したところと重複するが、「複製」概念を考えるために、複製権が設けられている趣旨を再検討する必要がある。複製権の存在意義に関する一般的な理解は、複製物の事後的な使用を事前の段階で捕捉することにあるというものである。とりわけ、そこでの事後的な使用としては複製物の譲渡が想定されている¹⁹。そのため、複製物の数の増加に着目するのは自然だったと言える。

¹⁸ かつて筆者は、交換に伴う複製が許容される要件として旧端末に製造上の欠陥又は販売に至るまでの過程において生じた故障がある場合という限定が付されていた平成30年改正前の同条2項について、単なる買い替えによる交換によって半永久的に複製物が使用され続けることに対しては新たな権利行使の機会が必要であると考えられたものであると説明していたが（谷川・前掲注17・75頁）、平成30年改正によってそのような限定は外され、単なる買い替えに伴う交換にも原則として複製権が及ばないこととされた。市場がサブスクリプション型のコンテンツ供給へと移行していることもあり、買い替えによる半永久的な使用による著作権者への不利益の程度が低く評価され直したがゆえの改正であろう。もっとも改正後も「当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合」（同項柱書）には権利行使が可能であり、ここで著作権者へ与える影響の有無・程度が斟酌されることになる。

¹⁹ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター、2013）184頁、島並良「著作権ライセンスの法的地位」コピライト2008年9月号13頁、半田正夫＝松田政行『著作権法コンメンタル1〔第2版〕』（勁草書房、2015年）880頁〔辻田芳幸執筆〕。

しかしこのような趣旨の理解には次の点で疑問がある。

第1に、平成11年改正で譲渡権が認められるようになった結果、事後的な譲渡はまさにその譲渡の時点で捕捉することが可能となり、これを事前段階で規制する必要性は以前よりも低下した。

第2に、この理解からは、譲渡の準備行為としての性質を有しない複製は広く許されてよいはずである。しかし私的複製といえども完全に自由ではなく、私的録音録画補償金の支払いの対象となるほか、いわゆる違法ダウンロード規制によって譲渡の準備段階ではない行為についても複製権が及ぶこととされていることの説明がつかないのではないか²⁰。

そこで、複製権が捕捉する事後的な「使用」の内容を広く捉える必要がある。具体的には複製物を介した著作物の享受自体も「使用」と捉えることで、複製権は単なる複製物の数のコントロールのみならず、どのような享受態様（利用期間、利用回数）で享受される複製物を作成するかという質のコントロールにも及ぶと解すべきである²¹。

このように考えるならば、有形的再製行為の前後を通して、数の面でも質の面でも当初の著作権者の想定範囲を逸脱しない場合には、その行為を複

²⁰ 録音録画のみを対象としていた令和2年改正以前の違法ダウンロードについては、ダウンロードされたデータが事後的にファイル共有ソフトによって拡散されることの抑止という説明がなお可能であったが、令和2年改正後の違法ダウンロードについてはこのような側面が後退したことにつき、深町晋也「著作権を巡る強制と自製のあいだ」法律時報92巻8号（2020年）72頁及び前田健「侵害コンテンツのダウンロード違法化」同85頁以下。

²¹ このような趣旨理解に基づいて違法ダウンロード規制を説明するとすれば、違法ダウンロードが規制されるべきなのは、それが事後的な流通の準備段階の行為だからではなく、ダウンロードした者が当該複製物を介して今後も反復して当該著作物を享受する可能性・蓋然性があり、そのような享受（使用）について著作権者に権利行使の機会を与える必要があるからだということになろう（前田・前注にいう「コンテンツの享受行為そのものの規制」）。もっとも必要性のみによって規制が正当化されるわけではなく、そのような規制をすることの許容性があることも論証されなければならない。ここではさしあたり必要性の観点から違法ダウンロード規制の意義を説明したまでであり、許容性も含めた当該規制の妥当性についての評価は留保したい。

製と捉えて権利行使の機会を与える必要はないと考えられるとしても²²、数か質かのいずれかにおいて変化が生じる限り、依然として複製権の行使を認める必要があると説明できる。

（2）「複製」の定義

上記のような複製権の趣旨をどのように「複製」概念に結びつけるか。1つのアイデアは、何が「複製」行為なのかは考えないというものである。

アメリカ法の論者が提唱するように、「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」²³として、行為の結果としてもたらされた状態から逆算してその行為を「複製」と評価する立場がこれである。「一定の目的で使用を許諾し、その目的のもとに複製されたものを、これと全く異なる形態において使用する時は、その使用は不条理なものであって、新しい他目的使用はこれを新たな複製と解することこそ、実情に適するものといえましょう」とする前出の伊藤信男の見解や、「変更された物体それ自体が、全体として見たときに、物理的に、権利者の同意のもとで市場に置かれた物体と同じかどうか」という基準で複製の成否を考える欧州司法裁判所判決もこの立場のものである。

なるほどこれは魅力的な見解である。しかし、繰り返しになるが、わが国

²² 当初の許諾の際に著作権者が想定していた範囲内の結果が生じる限り、たとえ形式的には利用行為に該当するとしても、そこについて新たに権利行使を認める必要性はないという考え方は、63条5項に現れている。また、欧州司法裁判所が公衆への伝達権について採用する「新しい公衆」論（著作権者の許諾を得て放送・利用可能化された著作物が第三者によって無断で放送・利用可能化された場合に、当該行為が侵害となるためには、それらの行為が、著作権者が当初の許諾の際に想定しなかった新しい公衆に対して向けられたものでなければならないという考え方）もこのような認識を基礎としている。

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

の著作権法には「有形的に再製」という複製の定義の条文がある以上、何が「有形的に再製」なのかという問題を無視することはできない。そして、著作権法において「複製」と「増製」が書き分けられていることからすれば²⁴、複製物の数を増加させる行為が複製であると定義することもできない。そうすると、「有形的に再製」とはすなわち固定であると形式的に考えざるを得ない。この点で自炊代行判決が述べるとおり、複製物を作成する行為それ自体が（つまりそれによる数の増加がないとしても）複製であると考えざるを得ない。複製物とは著作物を化体した有体物のことであるから、そのような有体物を新たに作り出す行為が複製である。Laddie らが述べる「それ以前には存在しなかったものを作り出す行為」や、Théberge 事件最高裁判決多数意見が述べる「追加的な又は新たな複製物を有形的に作成する行為」がこれに相当する。

この観点から Canvas Transfer の事例を見るならば、移し替えられたインク層自体はもともと存在していた物なので、それがキャンバスに貼り付けられたとしても単にその存在する場所が変わっただけであるから、新たな複製物が作成されたとは言えず、有形的再製（複製）ではないと解される。著作物の化体したインク層という有体物が新たに作成されたわけではないからである。

複製権の趣旨として数と質の両面が重要といいながら、質の変化した Canvas Transfer を複製と扱わないのは一貫しないという批判があろう。しかし、何をすると侵害になるのかが明確であるべきという予測可能性の要請も無視できない。ソフトカバーの書籍をハードカバーに製本する行為、プロマイド写真を切り抜いてキーホルダーにはめ込む行為、書籍にカバーをつける行為や購入したまま保管していたらその間に価値が上昇した物を売却する行為な

²⁴ 2条1項13号（録音の定義）、14号（録画の定義）、46条1号（彫刻の増製）。

ど、結果的に複製物の質が変化しているように見えるケースは無数にあり、それらをすべて「複製」と呼ぶことはできない。質の変化の点は、質が変化していなければ複製権侵害とすべきではないという方向でのみ片面的に機能する考慮要素と位置づけられる。

（3）複製権の解釈まとめ

有形的再製とは固定すなわちこれまで存在しなかった複製物（著作物が化体した有体物）を新たに作り出す行為のことである。その際にもとの複製物が消滅するかどうかは無関係である。つまり数の増加は要件ではない。

もっとも、形式的には有形的再製に該当する場合でも、数および質の両面に変化がないと言えるのであれば、複製権を及ぼすべき実質的理由はなく、これを複製権の消尽と呼ぶかどうかはともかく、複製権侵害を否定すべきである。

有形的再製がない場合に質の変化だけに着目して複製を認める見解は採用できない。

このことをまとめると以下ようになる。いずれも有形的再製があることが前提である。

	数の増加あり	数の増加なし
質の変化あり	複製	複製
質の変化なし	複製	非侵害（複製権の消尽）

この立場からはカレンダー事件は次のように処理される。絵画が印刷された紙自体は既に存在する物なので、それがどこに貼り付けられようとも、有形的再製がないので複製には当たらず、複製権の侵害にはならない。

（4）翻案権

翻案権については、アメリカの第7巡回区が第9巡回区を批判して述べる

ように、翻案者による新たな創作性の付与が必要というのが、江差追分事件最高裁判決²⁵の定式である。すなわち、著作物（表現）の次元において、新たな創作性が必要となる。カレンダー事件のような事案では、複製物（媒体）の次元における加工は存在するが、著作物（表現）の次元の改変は存在しないので——あるいは、仮に存在しても無個性であるため——翻案に該当することはない。それゆえ、翻案権侵害は問題とならない。

（5）譲渡権

これまで諸外国の裁判例を概観してきたことによって明らかになったのは、いかなる支分権で捕捉するかという理論構成の違いにもかかわらず、各法域で考えられている実質論はおおむね共通しているということである。それは、欧州司法裁判所判決の言葉を借りるならば、「権利者の同意のもとで市場に置かれた物体」とは異なる物体の流通について、「適切な報酬」を獲得する機会を著作権者に保障すべきであるとの発想である。オランダ最高裁判決の事案に即して言うならば、画家がカレンダーへの複製及び譲渡を許諾する際に想定していたのは通常一定期間しか出回らないカレンダーとしての流通であり、それが色紙という「異なる形式」に変化して永続的に出回る（したがって今後画家が販売するかもしれない画集等の永続的な商品と市場で直接競合することになる）ことは画家の想定を超えており、画家はそれに見合う対価をいまだ獲得する機会がなかったと言えるので、加工者に対して著作権を行使することが認められるべきである、ということである。

著作物（表現）の次元での加工ではなく——それは翻案権で対応される——複製物（媒体）の次元での加工によって上記のような利得機会の保障が必要だと思われる事案が登場した際に、わが国著作権法において取り得る手

²⁵ 前掲注10。

段は、販売行為に着目し、譲渡権の消尽の枠組みの中でこれを考慮することである。具体的には、著作権法26条の2第2項の消尽の解釈に、特許法のインクタンク事件最高裁判決²⁶の考えを持ち込むことが考えられる。

特許法の判例が著作権法にも妥当するという形式的根拠としては次の点を指摘できる。中古ゲーム訴訟²⁷で最高裁は、特許権の消尽について判示したBBS事件最高裁判決²⁸を引用したうえで、「この理は、著作物又はその複製物を譲渡する場合にも、原則として妥当するというべきである。」と述べている。同時に、著作権法26条の2第2項について、「上記のような消尽の原則を確認的に規定したものであって」とも述べている。特許法にも著作権法にも妥当する「消尽の原則」が存在し、その確認規定が著作権法26条の2第2項なのだとなると、インクタンク事件最高裁判決において「消尽の原則」の内容がアップデートされた以上、それを反映する形で26条の2第2項も理解され直さねばならない。

また実質的根拠としては、商品の自由流通や二重利得不要論といった消尽の根拠として述べられている事柄が特許法と著作権法で共通している。どちらも「情報財についての一定の利用に対する排他的権利と、それらの情報を化体した製品や商品についての流通との利益調整という目的に尽きる」²⁹という点で共通している。

そこで、インクタンク事件最高裁判決が「特許権者等が我が国において譲渡した特許製品」と被疑侵害者が製造した特許製品との同一性を判断する枠組みを採用しているのと同様、著作権についても、著作権者等が譲渡した複製物と被疑侵害者が譲渡した複製物との同一性を考える枠組みを導入するこ

²⁶ 最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁。

²⁷ 前掲注7。

²⁸ 最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁。

²⁹ 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）216-217頁。

とが考えられる。これは——複製権の文脈ではあるが——欧州司法裁判所の Allposters 判決が「権利者の同意のもとで市場に置かれた物体と同じかどうか」を考える枠組みになっていたのと同じである。この判断を、26条の2第2項第1号に規定された複製物^{そのもの}と言えるかどうかの解釈という形で導入することが可能である。

そこで問題となるのは、複製物の同一性の判断基準である。これについては、特許権の消尽と基本的な発想を同じくするものであるから、インクタンク事件最高裁判決の調査官解説が述べるように、「特許権者においてその実施についての対価を取得することが客観的に想定されていたかどうかという観点から判断することが求められる」³⁰。このことはこれまでに見てきた諸外国の議論においても随所に表れていた。オランダ最高裁判決の立場を要約したものと述べていた「新たな利用機会を持つような新たな形式に変更」されたかどうかという基準もそうであるし、アメリカの学説³¹が翻案権（派生的著作物作成権）侵害かどうかを判断する基準として、二次的な利用態様がどれほど一般的な（customary）ことかを問うていたことも同様の発想である。さらにはカナダ最高裁判決が「インク移し替え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」との事実認識に基づいて複製該当性を否定したことの背後にある考え方でもある。要するに、権利者が複製物を流通に置いた時点で、その後の取得者が行うと想定される一般的な利用態様の範囲内の加工にとどまるのか、それを超える加工が施されたのかによって、権利者に新たな（再度の）利得機会を保障すべきかどうか異なることとなるのであり、これが同一性判断の基準となる。逆から述べるならば、当初の複製物の価格設定に反映することが期待できないような「予期せぬ」態様の

³⁰ 中吉徹郎・平成19年度最高裁判所判例解説民事篇781頁。

³¹ Amy B. Cohen, *When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?*, 17 Cardozo Arts & Ent. L.J. 623 (1999).

複製物の質の変化、すなわち商品としての違いが生じたかどうかという観点から判断されることになる。

その判断に際しては、インクタンク事件最高裁判決が挙げる諸要素が手掛かりとなりうるが、しかしそれらをそのまま著作権法にスライドさせることには注意が必要である。特許製品は基本的には実用品であり、効用喪失までの通常の利用期間を想定して価格設定がなされているので、効用喪失後の再利用については再度の権利行使が認められてよい。最高裁が「特許製品の属性」として用途や耐用期間、使用態様などを、また「加工および部材の交換の態様」として加工等がされた際の当該特許製品の状態、交換された部材の耐用期間などを考慮要素として挙げる際には、そのような実用品が念頭に置かれている。これに対し著作物の複製物は実用品とは言えないことも多く、耐用期間という発想に馴染まないことがある。そもそも冒頭のカレンダー事件のような事案においては、効用喪失後の再利用が問題となっているのではなく、全く異なった商品への転用が問題となっているのである。したがって、実用品を念頭に挙げられている諸要素がそのまま妥当するわけではない。

そうすると、結局、当初の複製物の性質、用途、外観、価格、需要者層などと、変化した商品のそれらとの異同が、（当初の価格設定に反映させることが期待できないような）予期せぬ変化であるか否かを個別的に考えていくほかならう。

このような解釈論に対しては、消尽が成立する範囲が狭まり、購入者の所有権（カナダ最高裁判決参照）や流通の安全への配慮が足りないのではないかと批判があり得るところである。しかしながら譲渡権が問題となるのは公衆に譲渡する場合であり、単に加工を施しただけの段階では（譲渡権の）侵害とはならないので、紙の切り抜きや額装、ラミネート加工等の行為が違法となるわけではない。また流通の安全に関しては、一般的な購入者は、権利者の予期できないような一般的でない加工を施せることを期待して購入す

ることはいはずであり（権利者が予期できるのであれば消尽は認められる。）、流通を妨げる程度は大きくないと考えられる。また仮に加工後の複製物が流通した場合でも、善意の購入者は113条の2により保護される。

五 おわりに

以上述べてきたところによれば、冒頭のカレンダー事件は次のように解決される。

既に存在する物体（絵画が印刷されたカレンダーの紙）をそのまま利用しているので、有形的再製すなわち複製には当たらない。また、著作物（表現）の内容自体には変更が加えられていないので、翻案にも当たらない。

もっとも、色紙として販売している点において、譲渡権の消尽の成否が問題となる。

カレンダーの絵画を色紙に加工することが一般的な利用態様であるとは考えにくい。またカレンダーは、（オランダの Poortvliet 判決が述べるとおり）一定期間のみ流通する商品であり、これが長期間にわたって利用可能な色紙として流通することは、画家の認識とは異なる利用機会を有するように複製物の質の変化が生じている。したがって、加工者が作成した色紙は著作権法26条の2第2項第1号に規定された複製物そのものとは言えず、消尽は認められない。

このように本稿は、譲渡権の消尽に関する26条の2第2項第1号にいう複製物につき、複製物の同一性という観点を導入し、権利者が市場に置いたものと同一性を欠く複製物として流通する場合には譲渡権の消尽が否定されるとの解釈論を提唱するものである。諸外国の裁判例では、複製や翻案といった他の支分権の中でこの実質論を考慮するものもあるが、わが国の著作権法には比較的明確な「複製」の定義が置かれ、また「翻案」の意義を明確にした最高裁判決もあるため、複製や翻案の概念の拡張は困難であることから、

譲渡権の消尽の例外（あるいは限界）として位置づけることを試みた。

もっとも、Théberge 事件最高裁判決多数意見が述べるように、著作権者がいったん流通に置いた物に対して再度の権利行使を認めることは、購入者の所有権との衝突を生む。とりわけ、「業として」の譲渡にのみ権利が及ぶ特許権とは異なり、著作権は譲渡の相手方が公衆である限りにおいて非商業的な譲渡にも及ぶので、例えばキャラクター柄の布を加工したハンドメイド品の流通に悪影響を及ぼす可能性がある。この点のバランス論は残された課題である。