

X楽曲の使用許諾申請の経過に加え、本件楽曲の演奏・録音が同時進行で行われ、CDに収められて譲渡・配信された事情、さらに本件編曲行為がX楽曲の翻案であることを踏まえ、本件楽曲の譜面作成およびピアノ演奏の録音は「検討の過程における利用」とはいえないとされた事例

—始まりの紋章事件・控訴審—

知財高判令和5年4月20日令和4年(ネ)第10115号(判例集未掲載)

東海大学 法学部 准教授 内田 剛

◆事案の概要

本件は、X（原告・被控訴人）がY1およびその代表社員兼業務執行社員であるY2（被告・控訴人）に対し、Xが著作権を有するX楽曲について、Yらが行った編曲、録音・複製、譲渡・配信および輸入等の各行為が著作権侵害に当たると主張し、差止めおよび損害賠償を求めた事案である。

Y2はゲーム音楽をオーケストラで演奏・録音し、CD等として販売する事業を企画し、これに関連して米国法人である訴外Aを設立し、またイスラエル法人である訴外B、流通を担う訴外C等が設立された。Y2は、これらの事業において音楽監督等を務め、本件楽曲の譜面作成、録音、制作全般に関与していた。

本件楽曲は、Y2がX楽曲を素材として譜面を作成し、浜松市内でピアノによる演奏・録音を、ハンガリーのブダペストでオーケストラによる演奏・録音を行ったものであり、X楽曲の表現上の本質的特徴と同一性を有する。本件楽曲は本件CDに収録され、販売・配信が行われた。また、本件CDは国外で制作され、訴外B名義で日本国内に輸入された。

Yらは、本件楽曲の利用につき、日本および米国またはイスラエルの著作権法上の法定許諾制度を根拠として、使用料を支払えば許諾が不要であるとの立場をとり、Xに対して使用料支払申請を行った。しかし、Xは、それらはいずれも要件を満たさず、本件楽曲の無断利用に当たるなどとして、許諾を拒絶した。これに対し、Y側は使用料相当額を供託するなどして制作・販売を継続した。

Yらは上記過程において①X楽曲に依拠してオーケストラ演奏のための譜面を作成し、X楽曲を編曲した行為（本件編

曲行為）、②本件楽曲をオーケストラ等で演奏させて録音・複製した行為（本件録音・複製行為）、③本件楽曲およびこれを収録した本件CDを音楽配信サイト等において販売・配信した行為（本件譲渡・配信行為）、④国外で制作された本件CDを日本に輸入した行為（本件輸入行為）——の本件各行為を行った。

Xは、これらの行為が、①につきXの翻案権（著作権法（以下、法）27条）、②につきXの複製権（法28条、21条）、③につきXの譲渡権および公衆送信権（送信可能化権を含む。法28条、26条の2第1項、23条1項）ならびに④につきXの著作権（法113条1項1号）を侵害すると主張した。

原審^{*1}は、Yらによる本件各行為の全てについて著作権侵害を認め、差止めおよび廃棄請求をいずれも認容した。また、損害賠償の一部について連帯支払いを命じた。これに対してYらが控訴した。

控訴審において、Yらは、①本件編曲、複製、譲渡・配信、輸入行為の主体はいずれも訴外Aや訴外B等の独立した法人であり、Yらではない、②本件楽曲は翻案ではなく複製であり、譜面作成や録音も法30条の3の適法利用である、③本件CD等はイスラエル法およびベルヌ条約に基づき適法に製作・頒布されたため、日本法上の侵害は成立しない——と主張している。これに対して、Xは、譜面作成やピアノ録音はいずれも日本国内での侵害行為であり、「検討の過程における利用」や外国法によっても侵害は免れないと主張した。

なお、本件判決については、Yらが上告および上告受理申立てを行ったものの、上告却下および上告不受理決定がなされ、すでに確定している。

◆判旨—控訴棄却—

1. 本件各行為の主体

「Y2は、少なくともY1、訴外A、訴外B及び訴外Cと相互に意を通じ、各社の法人格を使い分けつつ、本件楽曲の制作から販売に係る企画に中心的な立場において関与したものと見るのが相当である。このような観点からは、本件編曲行為についてはY2が自ら行ったものであること、本件録音・複製行為及び本件譲渡・配信行為については、Y2が少なくともY1、訴外A、訴外B及び訴外Cと共同して行ったものであることがそれぞれ認められる。そうすると、本件輸入行為についても、Y2が少なくともY1及び訴外A等と共同して行ったものと認められる」

2. 本件編曲行為による翻案権侵害の成否

「本件楽曲はX楽曲を翻案したものであり、本件編曲行為は、XのX楽曲に係る著作権（翻案権）を侵害するものと認められる」

「Xに対するX楽曲の使用許諾申請の経過に加え、これと本件楽曲のピアノ演奏及びオーケストラ演奏の録音作業が同時進行で行われたこと、その際に録音されたピアノ演奏及びオーケストラ演奏が本件楽曲の演奏として本件CDに収められて譲渡ないし配信されたこと、本件編曲行為は、X楽曲の再製（複製）にとどまらず、これに新たな創作性を付加したものと認めることを踏まえると、本件楽曲の譜面作成が『検討の過程における利用』として行われたものとは考え難い。

また、そもそも譜面の作成作業が日本国外のサーバー上で行われたことを認めるに足りる的確な証拠はない。その点を措くとしても、少なくとも、Y2は、譜面の作成作業を日本国内で行なったのであるから、本件編曲行為は日本国内で行われたものと見るのが相当である。そうである以上、イスラエル著作権法の規定のいかんにかかわらず、本件編曲行為はXの翻案権を侵害するものといえる」

3. 本件録音・複製行為による複製権侵害の成否

「本件録音・複製行為のうち、本件楽曲のピアノ演奏及びその録音は、Xの本件楽曲に関する原著作者としての権利（複製権。法28条、21条）を侵害するものと認められる」

「本件楽曲のピアノ演奏の録音が『検討の過程における利

用』として行われたものと見られないことは、本件楽曲の譜面の作成の場合……と同様である。

また、本件楽曲のピアノ演奏及びその録音は浜松市内で行われたものである以上、複製行為は日本国内で行われたといえるのであって、仮にその後に関連する作業がイスラエル国内で行われたとしても……、結論を左右するものではない」

4. 本件譲渡・配信行為による原著作者としての権利（譲渡権、公衆送信権）侵害の成否

「本件譲渡・配信行為は、本件楽曲をその原作品又は複製物の譲渡により公衆に提供するとともに、公衆送信（送信可能化を含む。）したものであり、Xの本件楽曲に関する原著作者としての権利（譲渡権、公衆送信権（送信可能化権を含む。）。……）を侵害するものと認められる」

5. 本件輸入行為によるXの著作権のみなし侵害の成否

「本件CDは、国内において頒布する目的をもって、輸入の時に国内で作成したとしたならば著作権の侵害となるべき行為により作成された物といえることから、本件CDを輸入した本件輸入行為は、Xの著作権を侵害するものとみなされる（法113条1項1号）」

「ハンガリーでのオーケストラ演奏及びその録音は我が国の著作権法の管轄にないとのYらの主張が、準拠法についていうものであるとすると、上記のとおり、Yらによる本件編曲行為、本件録音・複製行為及び本件譲渡・配信行為はYらによって実行された相互に関連した一連の行為であって国内において本件譲渡・配信行為の結果が発生しているものであって、我が国よりも明らかに密接な関係がある他の地があるともいえないことに照らすと、我が国の著作権法が適用されるものである（法の適用に関する通則法17条、20条）」

6. 追加主張および補充主張

（1）イスラエルにおいて適法に行われたとの主張について

「Yらは、訴外A、訴外B及び訴外Cと共同して、又はY2において訴外A及び訴外Bの法人格を濫用してY1とともに、訴外Cと共同して、本件編曲行為、本件録音・複製行為、本件譲渡・配信行為及び本件輸入行為を行ったものであり、それらの行為は、Yらの行為に含めて評価するのが相当である」。

「Y2又はY2と共同した訴外A等においては、X楽曲については使用料の支払をすれば法69条等により著作権侵害を問われないとの誤った理解を前提にXにその使用を申入れる一方、他方で本件クラウドファンディングによる資金調達を進め、多額の寄附を得たところ、Xから専門家の確認等を経たものであるとして同条の適用等がない旨の指摘を受けたものの、本件楽曲の制作を再検討などすることなく、Xの対応を意に介することもなく、当初の予定どおり本件楽曲の制作に係る作業を進めるとともに、著作権法の保護が直接及ばない国で本件CDの製作等を行うことを企図し、その形式を整えた上で、国内でこれらの譲渡・配信行為の結果を発生させたものであることが推認され、この推認を覆す事情は見当たらない。そうすると、本件編曲行為、本件録音・複製行為及び本件譲渡・配信行為の一部がイスラエルで行われるなどし、オーケストラ演奏の録音がハンガリーで行われたものであったものの、本件編曲行為、本件録音・複製行為及び本件譲渡・配信行為については、Yらによって実行された相互に密接に関連した一連の行為である上に、少なくとも、そのうち、国内において本件編曲行為（譜面の作成作業）、本件録音・複製行為の一部（本件楽曲のピアノ演奏及びその録音）がされ、本件譲渡・配信行為の結果が国内において発生していることからしても、……原判決の……認定判断を左右するものではない」

（2）法69条や30条の3についての主張

「Yらは、法69条や30条の3について主張するが、法69条が定める要件が満たされているとは認められず、また、法30条の3によってYらの行為が適法となるものでないことは、……認定説示したとおりである。なお、……本件CDがイスラエルにおいて適法に製作された物であることや、X楽曲の複製であることをいうYらの主張をもって、……原判決の……認定判断が左右されるものではない」

◆評釈—本件判決の結論・理由に賛成—

1. 本件判決の判例上の地位

本件判決は、法30条の3が規定する「検討の過程における利用」について、実質的な判断を初めて示したものである。同条に関する先行裁判例として「スターダム★アイドルズ事

件」^{*2}がある。しかし、同事件では、原告と被告間において法30条の3にいう「検討の過程における利用」のみを許諾する旨の制限が存在したか否かが争われ、そのような契約上の制限は否定されたため、法30条の3そのものの解釈には触れられていない。

法30条の3は、平成24年改正において、いわゆる権利制限の一般規定の一部として導入されたものである^{*3}。この一般規定は、既存の個別的な権利制限規定では対応できない種類の著作物の利用に関して、利用の態様等からみて権利者に特段の不利益を及ぼすものではないにもかかわらず、形式的には権利侵害となってしまうという問題に対応するために設けられたものである。このような利用は、適法な著作物の利用を実現するための過程で行われること、また利用の程度が軽微であることを特徴とする。そのため、包括的な考慮要素の下、裁判所の判断に委ねる権利制限の一般規定として立法された。

もっとも、適法利用の過程における著作物の利用（30条の3の原型）を含む権利制限の一般規定の立法過程では、いわゆる居直り侵害が蔓延し、権利者側の権利行使の負担を増大させ、さらに訴訟による事後的解決を求めることもまた権利者にとって重荷となり、結果として権利者が権利行使を断念せざるを得ない事態を招く、との懸念^{*4}が権利者側から指摘されていた。本件は、このような立法段階での懸念が具体化した事例として理解することもできる。

本件判決について公表されている評釈は、国際私法上の判断を対象とするものに限られる^{*5}。同評釈では、侵害の主体の判断に関連して実質法上の属地主義を緩和した判決として評価されており^{*6}、準拠法の決定に関して、損害賠償請求のみならず差止請求も不法行為と性質決定した点が指摘されている^{*7}。

2. 判旨についての検討

（1）本件各行為の主体について

まず、本件判決は、①本件編曲行為、②本件録音・複製行為、③本件譲渡・配信行為および④本件輸入行為について、「Y2は、少なくともY1、訴外A、訴外B及び訴外Cと相互に意を通じ、各社の法人格を使い分けつつ、本件楽曲の制作から販売に係る企画に中心的な立場において関与した」と認

定している。そして、①についてはY2が単独で行い、②③④については訴外A～Cと共同して行ったと判断している。これらは行為主体に関する判断であるが、本件判決が行っているのは規範的行為主体の判断ではなく、あくまで自然的な行為主体の認定にとどまる。この点は、本件判決が「Y2において訴外A及び訴外Bの法人格を濫用して」行為を行ったと述べていること、さらに訴外Bが「X楽曲を利用するという目的を達成するために……設立された名目的な法人」であると指摘していることなどからも読み取ることができる。すなわち、判決は濫用されたまたは名目的な法人の存在を排除したうえで、自然的行為主体であるY2を実際の行為者として位置付けているのである。

(2) 本件楽曲の譜面作成／本件楽曲のピアノ演奏の録音などが「検討の過程における利用」として行われたか

本件判決は、次の①～④点を踏まえ、「本件楽曲の譜面作成が『検討の過程における利用』として行われたものとは考え難い」と判断している。また、本件楽曲のピアノ演奏の録音についても、これと同様である。

- ① Xに対するX楽曲の使用許諾申請の経過
- ② ①の申請と並行して、本件楽曲のピアノ演奏およびオーケストラ演奏の録音作業が同時進行で行われたこと
- ③ ②の際に録音された演奏が本件楽曲の演奏として本件CDに収められて譲渡ないし配信されたこと
- ④ 本件編曲行為はX楽曲の複製（複製）にとどまらず、これに新たな創造性を付加したものといえること

検討の過程における利用の規定（法30条の3）の適用を受けるためには、まず著作権者の許諾を得て、または法67条1項、68条1項もしくは69条の裁定を受けて（以下、「許諾を得る等して」という）著作物を利用しようとする者であることが必要である。利用「しようとする」ことで足りるため、利用についての検討の結果として実際には許諾を得る等しなかった場合でも、本条の適用を受け得る。したがって、Yらが、実際には許諾を得る等しなかった事実自体は、法30条の3を適用する妨げとはならない。

もっとも、Yらが著作権者の許諾を得る等して著作物を利用しようとしていたといえるかどうかについては、後述のとおり疑義がある。

同条は、著作権者の許諾を得て、または裁定を受けて著作物を利用しようとする者を対象としており、これと異なり、著作権を譲り受けて、または権利制限規定の適用を受けて著作物を適法に利用しようとする者には、少なくとも直接的には適用されない。なお、後者については、権利制限規定の適用範囲内で検討過程における利用も許容されるため、特に本条に含める必要がなかったと説明されている^{*8}。

本件判決の①では、法69条の要件を満たさないこと等を理由としてXから利用許諾申請の拒絶を受け、Yらがイスラエル法に基づく強制許諾によって本件アルバムの製造、販売を行うことを前提としていた使用許諾申請の経緯が認定されている。イスラエル法による強制許諾は、わが国の法30条の3の適用を受ける許諾でも裁定でもなく、ましてわが国での検討過程における利用も許容する権利制限規定でもない。したがって、Yらが著作権者の許諾を得る等して著作物を利用しようとしていたとは評価し難い、と本件判決はみているものと考えられる。

法30条の3は、許諾を得る等して著作物を利用しようとする者が、その検討過程での利用に供することを目的とする場合に適用される。また、その利用は許諾を得る等の過程における利用目的でも許される。これは、利用についての検討を終えた後、許諾を得る等の目的で資料を作成するために著作物を利用するといった場合が想定されている^{*9}。

本件判決の②によれば、本件楽曲のピアノ演奏およびオーケストラ演奏の録音は、①の使用許諾申請の経過と同時進行で行われており、許諾を得る等して著作物を利用しようとする「検討の過程」における利用目的とはいえない。録音に先立ち、その過程で行われた本件楽曲の譜面作成も同様である。また、①の使用許諾申請の経過において、本件楽曲の譜面および演奏の録音はいずれも、許諾を得る等のための資料としては用いられておらず、許諾を得る等の過程での利用目的ともいえない。

さらに、法30条の3が適用されるためには、その利用が検討過程における利用目的との関係で「その必要と認められる限度」にとどまらなければならない。本件判決の③によれば、本件CDの譲渡および配信は、検討の過程での利用目的との関係で必要と認められる限度のものではない。他方で、本件においてYらが、法30条の3の適用を受けると主張し

ている行為は、本件楽曲の譜面作成やピアノ演奏の録音であり、これらの行為は、(他の要件はさておき) 許諾を得る等のための検討の過程での利用目的との関係で、「必要と認められる限度」の利用であると評価される余地もある。もっとも、本件において、そのような目的での利用がなされていたとは言い難いことは、前述のとおりである。

本条の効果として、当該著作物を利用することが認められる。その利用の態様は、翻案を含む法21～28条の支分権に該当するいずれの行為であってもかまわないとされている^{*10}。もっとも、法68条1項および69条の裁定はいずれも、その著作物を放送または録音することを内容とするものである。したがって、翻案による利用は、これらの裁定を受けて著作物を利用することについての検討の過程における利用に該当しないと評価され得る。

本件判決の④によれば、本件編曲行為はX楽曲の再製にとどまらず、翻案したものであり、それによって作成された本件譜面による楽曲の演奏の録音は、法69条にいう「録音されている音楽の著作物を録音」するものには当たらない。したがって、本件判決が追加主張および補充主張に対する判断でも述べるとおり、Yらが使用許諾申請時に前提としていた商業用レコードへの録音等裁定(法69条)の要件を満たさず、法69条の裁定を受けて著作物を利用しようとするものとはいえない。

本件判決は法30条の3に関して①～④を上記のとおり理解したうえで、本件楽曲の譜面作成が「検討の過程における利用」に該当しないと判断する根拠にしたものと推測される。

なお、法30条の3の適用を受けて作成された著作物の複製物は、譲渡により公衆に提供することができるものの、本条に定める以外の目的による譲渡は許されない(47条の7)。また、法30条の3に定める目的以外の目的のために、同条の適用を受けて作成された著作物の複製物を頒布し、または公衆に提示(送信可能化を含む)した者は、複製権を侵害したものとみなされる(49条1項1号)。したがって、仮に法30条の3が適用されるとのYらの主張が認められたとしても、作成された複製物である本件楽曲の演奏を収録した本件CDについて、その配信が最終的な利用として目的外で行われている以上、複製権侵害とみなされることは免れない。

本件に類似する利用態様について、適法利用の過程におけ

る著作物の利用該当性を否定する立法過程での資料^{*11}が存在する。同資料は、「権利者の許諾を得ないままに、最終的な利用で用いることが可能な複製物を予め作成しておくこと……等は、たとえ最終的な利用の開始が、権利者の許諾を得ることを前提としている場合であっても、Bの類型〔引用者注：30条の3の原型である適法利用の過程における著作物の利用〕に該当するものでないことは当然である」と指摘している。この指摘は「合理的に必要と認められる著作物の利用」であり、「利用の程度が社会通念上軽微であること」に言及する文脈でなされている。

これに対して、本件では同資料の想定とは異なり、最終的な利用自体が権利者の許諾を得る等することなく行われている。本件は前述のとおり、そもそも著作権者の許諾を得る等して著作物を利用しようとしていたかどうかにつき疑義が生じうる事案であった。この点が、本件判決が、本件における譜面作成および録音について、「検討の過程における利用」に該当しないと判断した重要な要素となっているものと思われる。

(3) 国外の行為の考慮および準拠法の決定について

本件判決の判断と実質法上の属地主義(属地的効力主義：わが国の知的財産権の効力は、わが国の領域内においてのみ認められる^{*12})との関係については、次のように属地主義を緩和したとの理解が示されている。つまり、本件CDの作成行為の一部は国外で行われたが、本件判決は属地主義を緩和し、わが国の法による保護の実効性を確保しようとしたものであるとする^{*13}。

このような属地主義の緩和に関する議論は、近時、特許法の分野でみられる。ネットワーク関連発明の越境利用に関して、一定の場合にはわが国の領域外からの送信を含む行為にも日本国の特許権の効力が及ぶと判断した判決^{*14}が登場している。

しかし、本件においてXは、ハンガリーでの演奏やイスラエルでの複製等といった国外行為そのものを直接の著作権侵害行為と主張しているのではない。また、本件判決も、それら国外行為を侵害行為と認めているわけではなく、「日本国内で行われていたとしたならば、Xの本件楽曲に関する原著作者としての権利(複製権。法28条、21条)を侵害するもの」

という、みなし侵害の判断において、Yらの国外の行為を考慮しているにすぎない。

したがって、これらの本件判決の判断は、国外の行為にわが国の著作権の効力を直接及ぼすものではなく、属地主義(属地的効力主義)を緩和する趣旨を含むものではないと解される。仮に本件判決が属地主義を緩和するとの見解に従うとすれば、法113条1項1号の「国内で作成したとしたならば……著作権……の侵害となるべき〔国外の〕行為」を評価対象とする構造自体が、属地主義の緩和を前提としていることにもなりかねないが、そのような解釈は同規定の理解として適切ではない。さらに、権利行使の可否の判断において国外の事情を参照することが「属地主義の原則とは無関係である」とされており、これは特許に関する判例ではあるものの、既に〔BBS事件・上告審〕^{※15}において示されているところである。

準拠法の判断に関し、本件判決は損害賠償請求と差止請求を区別していないように見受けられる。従来の判決では、〔カードリーダー事件・上告審〕^{※16}判決の影響もあってか、損害賠償請求については不法行為と性質決定し、法の適用に関する通則法17条により結果発生地法を準拠法としてきた。他方で、差止請求については著作権を保全するための救済方法として、ベルヌ条約5条(2)により、保護国法を準拠法としていた^{※17}。これに対して、本件判決と同様、差止請求お

よび損害賠償請求の双方を不法行為として位置付け、法の適用に関する通則法17条に基づいて準拠法を判断した判決^{※18}も存在する。しかし、同判決においても、両請求を区別しない理由は明示されていない。

さらに、本件判決における準拠法判断の特徴として、一部行為が国外で行われたにもかかわらず、訴外Aらとの共同、訴外A・Bの法人格の濫用ならびに訴外Bが「名目的な法人」にすぎないといった事情を重視し、行為主体の関連性に着目して、本件各行為を「Yらによる相互に密接に関連した一連の行為」としたことが指摘されている。そのうえで、著作権が各国で独立する以上、行為自体の一体性による評価が困難ななかで、このような判断を肯定的に評価する見解も示されている^{※19}。

しかし、本件判決が行為主体の一体性を認めたのは、法人格の偽装を排し、実質的にYらの行為と認定するためであり、本件判決の準拠法判断に関する判示も、本件各行為のうち国内行為や国内での結果発生を根拠とするにとどまっている。そのため、本件判決が準拠法の決定にあたって、国外行為と国内行為の主体の一体性を積極的に考慮したものとは評価し難いように思われる。

(うちだつよし)

※ 1) 東京地判令和4年9月8日判例集未登載令和3年(ワ)第3201号。
 ※ 2) 東京地判令和3年8月20日判例集未登載令和3年(ワ)第2322号。
 ※ 3) 以下本段落につき、文化庁「文化審議会著作権分科会報告書」43～48頁(2011年1月)。
 ※ 4) 文化庁・前掲注3・37～38頁。
 ※ 5) 羽賀由利子「判批」新・判例解説Watch 35号291頁(2024年)、笠原拓人「判批」ジュリ1611号150頁(2025年)。
 ※ 6) 羽賀・前掲注5・292頁。
 ※ 7) 羽賀・前掲注5・292頁、笠原・前掲注5・151頁。
 ※ 8) 加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』276頁(著作権情報センター、2021年)。永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト619号14頁(2012年)。

※ 9) 加戸・前掲注8・277頁。
 ※ 10) 小倉秀夫=金井重彦『著作権法コンメンタル<改訂版>Ⅲ』58頁〔金井重彦=芝口祥史〕(第一法規、2020年)。
 ※ 11) 文化庁・前掲注3・47頁。
 ※ 12) 後掲〔カードリーダー事件・上告審〕。
 ※ 13) 羽賀・前掲注5・294頁。
 ※ 14) 最判令和7年3月3日民集79巻3号681頁。
 ※ 15) 最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁。
 ※ 16) 最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁。
 ※ 17) 東京高判平成16年12月9日判例集未登載平成16年(ネ)第3656号等。
 ※ 18) 東京地判平成28年9月28日判例集未登載平成27年(ワ)第482号。
 ※ 19) 笠原・前掲注5・152～153頁。