

## 著作権集中管理団体の注意義務

李 海 青

控訴審：東京高裁平成17年2月17日判決平成16(ネ)第806号・第2708号  
原 審：東京地裁平成15年12月26日判決平成15(ワ)第8356号  
判時第1847号109頁・判タ第1149号232号

### I. 事実の概要

#### 1. 当事者

- (1) 原告(被控訴人、以下「X」という)：音楽出版社<sup>1</sup>
- (2) 被告(控訴人、以下「Y」という)：著作権等管理事業法に基づき、音楽著作権を管理している公益社団法人(JASRAC)である。音楽著作物の著作権者から著作権の信託譲渡を受け、求めに応じてその利用を許諾及び使用料を徴収し、各著作権者に分配することを主要業務とする。

#### 2. 請求の内容

Xが楽曲につき有すると主張する編曲権(著作権法27条)、または二次的著作物についての原著作者の権利(著作権法28条、予備的主張)を侵害する楽曲につき、著作権の信託譲渡を受けたYが、平成4年12月1日から平成15年3月13日まで第三者に利用を許諾したことについて、不法行為また

---

<sup>1</sup> 音楽出版社は、著作者との間で締結する著作権契約により、使用料の分配や契約期間等について一定の条件を付した上で著作者から著作権の譲渡を受け、楽譜の出版、CDの原盤製作とその利用の許諾、作品の売込みや広告・宣伝等の著作物の利用開発と促進などを業務内容としている。

は債務不履行に基づき、損害賠償を請求する。

### 3. 関連事実

#### (1) Xの権利

作詞作曲家である小林亜星(以下「A」という)は、昭和41年、歌曲「どこまでも行こう」を作詞作曲した。この歌曲は、同年、あるテレビコマーシャルとして放送され公表された。Xは、昭和42年2月27日、Aから「どこまでも行こう」の歌詞及び楽曲(以下「甲曲」という)の各著作物の著作権をその編曲権を含めて信託譲渡を受けた。

Xは、同年2月28日、Yに対し、著作権信託契約約款に従い、甲曲の著作権を信託譲渡して管理を委託した<sup>2</sup>。この信託譲渡の対象に著作権法(以下「法」という)27条の編曲権は含まれていない(ただし、法28条の権利については争いがある)。

#### (2) 楽曲「記念樹」の創作

「記念樹」(以下「乙曲」という)は、Bを作曲者、Fを作詞者、Gを編曲者として創作され、ポニーキャニオンをレコード製作者、「あっぱれ学園生徒一同」を歌手とする曲である。そして、Bは乙曲についての著作権を、Fはその歌詞についての著作権を、それぞれフジパシフィックに対して譲渡し、また、フジパシフィックは、Yに乙曲及びその歌詞についての著作権を信託譲渡して管理を委託した。

<sup>2</sup> Aから甲曲の著作権の信託譲渡を受けたXが直接管理しないでYに再委託したのは、当時の仲介業務法において、その適用範囲が信託の引受に限定されていなかったもので、音楽の著作権者から著作権の譲渡を受けた者(音楽出版社等)は、仲介業務の許可を受けない以上、利用許諾を含めた著作権の管理業務を行うことができないと解されていたからである。しかし、平成12年に成立した著作権等管理事業法の適用範囲は、信託契約のうち権利管理を目的とするものに限っている(同法2条)、音楽出版社が行う著作権管理は、著作者から著作権の移転を受けた著作者による自己管理として捉えられ、仮に直接利用者に利用許諾したとしても自己管理として同法の規制を受けないことになる。したがって、現在の著作権等管理事業法の下では、敢えて、Xは甲曲の著作権をYに再委託する必要はないであろう。著作権法令研究所編『逐条解説著作権等管理事業法』(2001年・有斐閣)208～210頁及び47頁参照。

#### (3) 別件訴訟

X及びAは、平成10年7月28日、乙曲を創作したBに対し、乙曲が甲曲を複製したものであり、Xの複製権及びAの著作者人格権(同一性保持権及び氏名表示権)を侵害するなど主張して、損害賠償請求訴訟を提起した(東京地裁平成12年2月18日平成10年(ワ)第17119号。以下「別件訴訟」という)。東京地裁は、乙曲は甲曲を複製したものであるとして、X及びAの請求を棄却した。そこで、X及びAは控訴し、控訴審において、乙曲が甲曲の二次的著作物であるとして、法27条の権利(編曲権)侵害の主張を追加した(東京高裁平成14年9月6日平成12年(ネ)第1516号)。東京高裁は、Bによる乙曲の創作が甲曲に係る編曲権を侵害するとして、X及びAの請求を一部認容した。Bは上告したが、最高裁に棄却され、確定した。

なお、Xは、平成13年2月28日、乙曲を含むCDアルバムの原盤を制作したポニーキャニオン及びフジパシフィックに対し、編曲権侵害を理由として損害賠償請求訴訟を提起した。さらに、Xは、平成14年3月29日、テレビ番組「あっぱれさんま大先生」のエンディング・テーマ曲として、乙曲を放送したフジテレビに対し、編曲権侵害等を理由として損害賠償請求訴訟を提起した。

#### (4) 別件訴訟後のYの対応等

フジテレビは、別件訴訟の控訴審判決を受けて、平成14年9月1日放送分を最後に、同月8日以降は、テレビ番組「あっぱれさんま大先生」において、乙曲を放送しないことを決定し、乙曲の放送を中止した。Yは、別件訴訟の最高裁決定を受けて、平成15年3月13日に至り、乙曲の利用許諾を中止した。

## II. 主要な争点

- ① Yの行為によりXの著作権が侵害されたか。
- ② Yに過失があるか。
- ③ Yの行為は債務不履行といえるか。
- ④ 損害の発生の有無及びその額。

\* 原審は争点①、②及び④についての判断を、抗告審は争点②及び③についての判断を示した。争点④は、Yに不法行為責任もしくは債務不履行

行責任があることを前提とした損害の有無やその金額についての問題であり、原審はYに過失責任を認めましたが、抗告審はそれを認めなかったため争点④を判断する必要はなかった。そこで、控訴審の判断に賛成する本稿も争点①、②、③を中心に述べる。

### Ⅲ. 裁判所の判断

#### 1. 原 審

◎ 結論；①、②に積極(請求一部認容)

◎ 理由

(1) 争点①について

Xが、Yの行為により法27条に基づく自己の編曲権(予備的に法28条の権利)を侵害されたという主張に対し、原審は、法27条が原著作物の転用行為についての権利であると解し、法27条の編曲権の侵害を認めなかったが、法28条に基づく権利に対する侵害は認定した。すなわち、甲曲について法27条の権利を専有するXの許諾を受けずに創作された二次的著作物である乙曲に関して、甲曲の著作権者であるXは法28条に基づき乙曲を利用する権利を有するから、Xの許諾を得ずに乙曲を利用した第三者は、法28条に基づくXの権利を侵害することになると判断した。

また、本件信託契約約款により法28条の定める権利が自分に管理委託されたというYの主張に対しても、原審は、法61条2項に基づきこれを退けた。つまり、判決は、法61条2項の趣旨を確認した上で、単に、約款上の「総テノ著作権」という文言により法28条の権利が譲渡の目的として特掲されたということではできないので、Xの法28条の権利が明示の合意によりYに譲渡されたことを認めるに足りないと説いた。

結局、原審は、「Xは、乙曲についての法28条の権利を専有するから、Xの許諾を得ずに乙曲を利用するのは、Xの法28条の権利侵害であり、その利用許諾をしたYは、権利侵害を惹起した」と帰結した。

(2) 争点②について

権利侵害についてのYの過失に対し、原審は、Yの目的や業務の性質を述べた上で、損害を請求されている平成15年3月以降の利用許諾行為は、編曲権侵害を肯定する別件訴訟控訴審の後であるから、Yとしては、乙曲

が甲曲の著作権を侵害するものであるか否かについて慎重な検討をして著作権侵害を回避すべき義務があったにもかかわらず、漫然と乙曲の利用許諾をし続けたので、Yに過失があったと判断した。

#### 2. 控訴審

◎ 結論；②、③に消極(請求棄却)

◎ 理由(争点②や争点③をそれぞれ個別に検討せずあわせて判断)

控訴審は、争点①に関する原審の判決は認容したが、争点②、③については、使用料分配保留の合理性や別件訴訟等の事情によるYの措置の適切性を認め、逆の判断を下した。

(1) 著作権侵害の疑いのある著作物の利用許諾中止は、著作権侵害を主張する者に対しては、より手厚い保護手段であるが、侵害でないとは判断された場合、利用許諾を中止された側の損害の回復は困難である。一方、使用料分配保留措置は、著作権侵害を主張する側には、不十分な救済方法となるが、侵害が争われている音楽著作物の使用料相当の金額が保留されており、侵害された側の損害回復は、通常は基本的に確保されているといえる。したがって、使用料分配保留という措置は、利用許諾中止という措置に比べて、合理的な措置である。

(2) 乙曲による甲曲の著作権侵害の有無についての別件訴訟では、一審と二審で司法判断が分かれたのであり、請求を一部認容した二審判決も、事実の存否ではなく、種々の関係専門家の見解によるものと推認される事情がある。これらに照らせば、著作権侵害が明白であったとはいえず、侵害の可能性についてのYの判断は、困難であるといえる。

(3) また、Xは、Yに対し、乙曲の利用許諾中止ではなく使用料分配保留措置をとることを申し入れて、その後も了承していたことも認められる。しかも、Xの代表者が裁判所に対し、この使用料分配保留措置が適切であると評価する見解を表明している。したがって、乙曲の使用料分配保留措置をとりつつ利用許諾を継続したYの行為は、不法行為責任又は債務不履行責任を負うものではないと判断した。

## IV. 研 究

### 1. 本判決の意義

本判決は、他人の著作物である楽曲を無断で編曲したものであることが裁判で確定した楽曲を利用した者に利用許諾を行った者(著作権管理団体。本稿では「Y」という)に対し、原著物たる楽曲の著作権者(本稿では「X」という)が損害賠償請求をした事件に関する判断である。

まず、Yの行為によりXの著作権が侵害されたかという点(争点①)を検討するにあたって、法27条や法28条の権利及び両条文の関係が争われた。二次的著作物の「作成(法27条)」と「利用(法28条)」というように、二段階的に規律されている現行法制度に関する珍しい判決である。

また、法27条や法28条による権利の譲渡について特別な制限を規定している法61条2項と関連して、本件信託契約約款をどのように解釈するかということも、著作権の権利処理及び著作権集中管理において興味深い点であるといえる。

さらに本件では、法27条及び法28条、並びに約款等に基づき、原審、控訴審ともに、YがXの有する法28条の権利を侵害したと判断した。しかし、原審や控訴審は、損害賠償請求を認めるためのYの過失の有無及び債務不履行責任についての判断においては、正反対の結論を下している(争点②、③)。これも現代の著作権制度において必須な存在である著作権集中管理団体にどの程度の注意義務が課されているかということを示したものである<sup>3</sup>。

<sup>3</sup> 松村信夫「著作権の移転をめぐる問題点」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第4巻[著作権法・意匠法]』(2007年・新日本法規)153頁では、本件について、受託者が複数の信託を受託している場合に、ある信託の受益者の利益と他の受益者の利益が衝突する場合には、一方の受益者の利益を図ることはできないという「管理型信託と公平義務」に関するものと捉えている。この問題については、これまであまり深く検討されていなかったが、本件に対し原審と控訴審が異なった判示をしたことにより、この問題が注目を浴びることになったと述べる。

### 2. 法27条又は法28条(侵害されたと主張する権利)

(1) Xは、Yにより侵害されたと主張する自己の権利として、主位的に法27条の編曲権を取り上げている(予備的に法28条の権利侵害も主張)。すなわち、「法27条は、編曲権の保護規定であり、法28条は、適法に創作された編曲著作物の利用権を保護する規定であるので、無断で編曲された二次的著作物を利用する行為に対しては、法27条が法28条と一体として機能し、適用される」という。したがって、法27条の権利を専有するXは、編曲権を侵害する乙曲の利用を許諾したYに対し、損害賠償を請求できると主張する。

しかし、本件の請求原因であるYの許諾行為の対象は、「甲曲を編曲する行為」(法27条)自体ではなく、その編曲行為の結果物である「乙曲を利用する行為」(法28条)に対するものである。したがって、当初から、法27条で定められている権利と本件のXの損害賠償請求とは何の関係もないわけである。それにもかかわらず、原告Xは何の根拠で法27条の権利に基づいて損害賠償を請求したのか。以下では、その主張の妥当性を含め、法27条と法28条との関係について検討する。

(2) Xがこのように主張している背景は、XとYの間に交わされた甲曲の著作権の信託譲渡契約においては、信託譲渡の対象として法27条の編曲権が明示的に含まれていなかったが、法28条の権利については争いがあるからである。そのため、Yの行為が法27条で定められる権利(編曲権)に関する行為となると、編曲権は譲渡契約によりYに譲渡されなかった(編曲権はXが専有する)、Yの行為はXの編曲権を侵害する可能性が高くなる。しかし、Yの行為が法28条で定められる権利に関する行為となると、信託譲渡の対象に含まれるかどうかが不明確になるから、本件信託契約約款等の解釈が必要であり、仮に、Yに譲渡されなかったと解釈されると、Yの権利範囲内の行為なのでXの権利を侵害しない可能性もあるからである。

しかし、原審と控訴審がともに判断したように、Yの利用許諾行為は、法27条の権利侵害行為にかかわるものではなく法28条の権利侵害行為にかかわるものである。つまり、法27条とは別個に法28条が二次的著作物の経済的利用行為に対する権利を定めていることに照らせば、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

の原著作物の転用行為自体、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である。また、Xの主張のとおり、二次的著作物を利用許諾する行為に対しても、法27条の編曲権侵害を認めると、「編曲」の意味を法27条に例示された形態以上に極めて広く解することになるし、二次的著作物に関して、それを作成する行為(法27条)とそれを利用する行為(法28条)という二段階的に規律している意味を無にするものになるからである。

以下の考察のとおり、現行法は、二次的著作物に関して、それを作成する行為(原著作物の転用行為、法27条)とそれを利用する行為(法28条)という二段階の規律をしており、本件は、作成(創作)した二次的著作物の経済的利用行為に関する事案であるから、裁判所の判断は妥当であるといえる。よって、法28条で定められた権利の移転に関する本件信託契約約款等の解釈(後述の「3. 法61条2項による信託約款の解釈」で検討する)が争点の中心になると思われる。

(3) これに対し、次の理由でこの判断に反対する見解がある<sup>4</sup>。すなわち、この判断は、法28条によらなければならない理由として「甲曲の著作者であるXは、法28条に基づき、乙曲を利用する権利を有する」ことを挙げている。この場合、被侵害著作物は二次的著作物としての乙曲であることになる。ところが、原著作者Xが、無断で作成された二次的著作物についてまで「利用する権利」を有するという前提は、二次的著作物の無断作成行為を追認する場合を除き、非常に不自然である。無断で作成された二次的著作物を追認しない場合には、その二次的著作物は差止めや廃棄請求の対象にはなっても、追認しなかった原著作物の著作者であるXの利用対象とはなり得ないことから、判示は妥当ではないと述べている。

しかし、この見解は著作権の本質に関する誤解に因るもので妥当ではない。著作権法が対象としている著作物は無体物で、有体物と異なり、いっどこでも誰もが利用可能である。ゆえに、著作権法により著作物の利用行為が法的に禁止されていなければ、利用可能なものについてあえて著作者者に対価を払うような者はいなくなる。他人の成果にフリーライドする行為が即ち禁止すべき行為となるわけではないが、このようなフリーライド

<sup>4</sup> 岡邦俊「くどこまでも行こう」JASRAC事件」著作権研究第31号(2004年)77頁。

行為を放置すると、創作活動等の成果開発のインセンティブが損なわれてしまう。そこで、このようなインセンティブの保護を通じて、文化又は産業の発展をはかるといって著作権法の目的を達成すべきであるという価値判断が介在される。つまり、他人の著作物を無断で利用する行為を禁止することによって、著作者に著作物の利用対価を還流させ、知的創作活動のインセンティブを付与するシステムが設けられた。ゆえに、著作権法上の著作権は、その本質を、「著作者が直接著作物を利用する権利」ではなくて「他人の著作物の利用行為を禁止する排他権」としているのである<sup>5</sup>。

したがって、法28条で定められた二次的著作物の利用権も実際にそれを利用する権利と言うよりも他人の利用行為を排他的に禁止することができる権利と解すべきである。また、本判決で、法28条を根拠にする理由として「Xが法28条に基づき乙曲の利用権を有する」と挙げるのも、正確に言えば、「実際に乙曲を利用する権利」というよりも「他人が乙曲を利用する行為を禁止できる排他権」を意味すると解すべきである。そうすると、上述のとおり論者が不自然であると述べた部分は理由がなくなるわけである<sup>6</sup>。

(4) そこで、二次的著作物についての現行法制度を、法27条と法28条との関係を中心に若干考察する。法27条の翻案権は、他の著作権の支分権と異なる特性を有する。翻案権以外の支分権は、財産的利益を生むことのある著作物の公の利用(複製など)を権利(複製権など)の対象としている。これによって、その利益を著作者に独占・還流させてその者に知的創作活動のインセンティブを付与することができるからである。翻案も著作物の利用であるところは、翻案以外の著作物の利用と共通するが、二次的著作物の創作行為自体は、そのまま財産的利益を生まない。財産的利益を生むの

<sup>5</sup> 田村善之「著作権法講義ノート1」著作権制度の意義」発明第92巻4号(1995年)86頁。

<sup>6</sup> ただし、同論者が本件に対し、乙曲についていずれの措置をとるかは、あくまでも乙曲の委託者とYとの契約関係に関するものであり、甲曲の信託契約の問題ではないとして、二つの信託契約を峻別する必要があると強調したのは意味があると思われる。岡邦俊・前掲注(4)79頁及び岡邦俊「管理曲が他人の著作権を侵害する場合のJASRACの責任を否定」JCAジャーナル第52巻3号(2005年)63頁。

は、翻案により創作された二次的著作物の公の利用であり、著作権法は原著作者にその権利を与えている(法28条)。つまり、現行法による二次的著作物の規律の特徴は、原著作者を二次的著作物に転換、転用する行為と出来上がった二次的著作物の利用行為とを分けて、原著作者の著作権者に二つの権利として付与している体裁をとっていることにある。

このような二段階の構成、とくに法27条については、立法論的には不要ではないかという指摘がある<sup>7</sup>。つまり、「著作権者に対しては、翻訳行為の段階ではなく、翻案の結果作成された二次的著作物の利用行為の段階を越えてこれを禁止する法28条の権利を与えておけば十分なのではなかろうか」と述べ、法27条に独自の意義を認めることに対して疑問を呈するのである。現在の法27条が、新たな著作物を生む行為である翻案を、そうではない複製と全く同様に規律しようと意図しているところに問題があると指摘している。例として、無名の翻訳者が原著作者に許諾を得ないまま試訳し出版社に見せた場合、法27条を額面通りに受け取ると、このような行為自体が原著作者の権利に抵触することになってしまうのであるという。

たしかに、著作権の本質は排他的利用禁止権として捉えられ、著作権法制度の主要機能は他者の著作物の経済的利用行為からその対価を回収し著作者に還流させるところにあるといえる。また、法27条に基づく翻案行為それ自体としては、前述の通り必ずしも経済的利用行為を伴うわけではないので、あえてその行為を区別し規律する必要はないのではないかと思

---

<sup>7</sup> 田村善之『著作権法概説(第2版)』(2001年・有斐閣)113-114頁。なお、この見解は、「法28条とは別個に法27条が設けられたのは、翻訳権等々業界の用語に合わせるとことや、特に映画化権などのように実際に事前に翻案作業に入る前に許諾を求める場合があることが考慮されたためなのかもしれない」と述べてから、「別に法27条がなくとも、法28条で翻案の結果物の利用行為である複製や上映が著作権に服すると規定されていれば、映画のように多大な投資をなす場合にはリスクを考えて事前に許諾を求めてくるであろう。また、当事者がそういった権利を翻訳権とか映画化権と呼んだり、あるいは、翻案作業に関して何らかの制約を課したとしても、それは言葉の問題ないし契約自由の問題なのであって、特に著作権法でとやかく言う必要はないのである」と指摘している。

われる<sup>8</sup>。

次に、法28条の趣旨は、二次的著作物が利用される場合には、その原著作者もまた利用されることとなることから(法28条に規定されている「二次的著作物」とは原著作者の創作的表現を再生したところを指しており、この部分について二次的著作物の著作権者と同一の権利を原著作者者に認めた規定であると解される<sup>9</sup>)、二次的著作物の利用に関し原著作者の著作権者が二次的著作物の著作権者が有するのと同様の排他的権利を有する旨を定めたものとされる。

### 3. 法61条2項による信託約款の解釈

(1) 前述したとおり、Yの乙曲に対する利用許諾行為が、甲曲の原著作者であるXの法28条に定める権利を侵害する行為であると認められると、次の段階としてXとY間で締結された甲曲の著作権管理信託譲渡契約により法28条の権利もYに譲渡されているかどうか手がかりになる。この点と関連して、他の支分権とは異なり法28条の権利の譲渡については法61条2項に特別な規定が設けられているので、本件管理信託譲渡契約の解釈に関して争われている。

すなわち、法61条2項では「著作権を譲渡する契約において、法27条又は法28条に規定する権利が譲渡の目的として『特掲』されていないときは、これらの権利は、譲渡した者に留保されたものと推定する。」旨を定めている。そして、XとY間に交わされた著作権管理信託譲渡契約の約款第1条本文には、「其ノ有スル総テノ著作権並ニ将来取得スルコトアルベキ総

---

<sup>8</sup> これに対し、辻田芳幸「二次的著作物における原著作者関与の構図」半田正夫先生古希記念論文集『著作権法と民法の現代的課題』(2003年・法学書院)200頁では、「法27条は、他人の無断翻案を禁止する意味のみならず、原著作者が著作物の無断利用者に対して適正な著作物利用許諾契約の締結を迫り、そこにおいて二次的著作物の創作者に対して報酬を求める基本的権能として機能しうるところに意義を有している」と主張している。一面的妥当性はあるが、むしろ、法27条は法28条を補完している規定として、たとえ存在しなくても不都合はないと読めるように思われる。

<sup>9</sup> 田村善之・前掲注(7)115頁。

テノ著作権ヲ信託財産トシテ受託者ニ移転スル<sup>10</sup>」と規定しており、同約款第1条本文が法61条2項の「特掲」にあたるのか、また、「特掲」にあたらないとしても、推定を覆す事由が存在するのかが問題になる。

(2) この点について、判決は、「上記条項により二次的著作物の利用に関する法28条の権利について譲渡対象とされていなかった」と述べるとともに、さらに、「少なくとも原著物の著作権者の許諾なくして編曲され編曲著作物として届出されていない二次的著作物に関する法28条の権利については譲渡対象とされていなかった」と判示した。

判断理由として、法61条2項の立法趣旨に言及している。すなわち、法61条2項は、通常、著作権を譲渡する場合、著作物を原作のままの形態において利用することは予定されていても、どのような付加価値を生み出すか予想のつかない二次的著作物の創作及び利用は、譲渡時に予定されていない利用態様であって、著作権者に明白な譲渡意思があったとはいえないために規定されたものである。そうすると、単に「将来取得スルコトアルベキ総テノ著作権」という文言によって、法27条の編曲権や法28条による二次的著作物の利用権が譲渡の目的として「特掲」されているものと解するのは妥当ではない。この点につき、法28条の権利が結果的には法21条ないし法27条の権利を内容とするものであるとして、単なる「著作権」という文言に含まれると解釈することは、法61条2項が法28条の権利についても法27条の権利と同様に「特掲」を求めている趣旨に反する。また、Yが法28条の権利をも譲渡の対象とするのであれば、例えば、社団法人日本文

<sup>10</sup> このようにJASRACは信託契約約款により、原則として、委託者が現在有するすべての著作権と将来取得するすべての著作権の委託を受け、自らが著作者となって管理を行なって来たが、同約款を改正し、平成14年4月からは「管理委託範囲の選択制」を採って支分権(4区分)や利用形態(7区分)により選択委託できるようになった。音楽著作権の管理には、多様な利用形態と多くの利用者に対応できる態勢を常に整え、膨大な数にのぼる著作物の利用の許諾・徴収・分配を正確かつ迅速に行うことが要求されるところで、このような制度の導入は、利用者からの申し込みの都度、委託の有無を確認しなければならず、詳細なデータベースも必要になり、管理の効率を著しく損なう恐れがある。発達された技術で乗り越える課題であると思われる。安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス(基礎編3rd Edition)』(2006年・リットーミュージック) 27～33頁参照。

藝家協会のように、著作権信託契約約款で明確に「特掲」することが可能であるということも指摘した。

(3) 上記判決の結論には賛成するが、その理由づけに対しては疑問が残る。なぜならば、原著物と二次的著作物は本質的に区別されない相対的概念であるのに、二次的著作物にかぎり、どのような付加価値を生み出すか予想がつかないというのは、非論理的だからである。特に、デジタル技術の発達によりオリジナルと複製を明確に区別できないし、また、著作者は通常、他の著作物への利用者であり、利用者も直ちに著作者になることが多いので、原著物と二次的著作物を完全に分ける発想は妥当ではないと思われる。

これに対し、法61条2項について、著作者のところに翻案権等を留保させておくという法律制度には著作者の創作活動を奨励するという意味でもそれなりの合理性を認めることができるという見解がある<sup>11</sup>。たとえば、漫画の作者がデビュー作の「著作権」を出版社に譲渡する契約を締結してしまった場合に、譲渡の対象に翻案権までもが含まれているということになると、作者がその作品の登場人物を用いて続編を書くことが、出版社の有する翻案権の侵害となってしまうというのである。したがって、この見解は、プログラム著作物のように恒常的に改変をなすことが予定されている著作物は、翻案権等が譲渡の対象に含まれていると扱わない限り、契約の目的を達成しえない場合などにおいては、譲渡の対象として特掲されていなかったとしても、譲受人は、当該契約の目的が達成されないということを証明して、当事者の合理的な意思解釈として翻案権等も譲渡の対象に含まれていると解すべきであると言う。なお、この見解は、著作権の譲渡人が著作者である場合に限って適用されると明言しているわけではないが<sup>12</sup>、著作者の創作活動奨励に限って適用すると、著作権の契約の場合に限り特別扱いする理由の説明が可能になるという旨も述べている。

<sup>11</sup> 田村善之・前掲注(7)507頁。

<sup>12</sup> 実際、著作隣接権の帰属が問題になったTHE BOOM事件(東京地判平成19年1月19日平成18(ワ)第1769号同第12662号)では法61条2項の適用が主張されたが、判決は明確に「同項は著作権に関するもの」として退けた。

実際、上記見解と同旨から法61条2項の推定を覆した判例がある<sup>13</sup>。「開発過程で生じる著作権の対象となり得るものは被告に帰属する」旨の契約でシステム開発作業に参加した原告が、被告の振動制御システムの販売行為に対し、係るプログラムにつき原告が有する翻案権を侵害していると主張した事案である。これに対し、判決は、同プログラムについて、将来、改良がされることがあること、原告はその改良に積極的に協力するが、改良につき、主体として責任をもって行うのは、被告であることが当然の前提となっていたことが認められると述べた。すなわち、当事者間で、被告がプログラムの翻案をすることが前提となっていたと認められるのであって、翻案権の所在について明文の条項は定められなかったものの、被告がプログラムの翻案権を有することが当然の前提として合意されていたものと認めるのが相当であると判示した。つまり、当初から著作者(引用判例での原告)に創作活動を奨励することが前提とされないため、法61条2項の推定が覆されたといえる。

(4) 法61条2項の創設に当たり前提とされたのは、懸賞募集の場合のように、画一的フォームの一方的契約約款による著作権譲渡のケースであり、全く対等の契約当事者間の著作権譲渡契約の場合のように原権利者において一定の権利を留保する機会や地位が認められる場合はともかく、画一的な契約約款によって譲受人側の一方的意思に対する抗弁の余地が実際上存在しない形において締結される契約にあつては、経済的に弱者の地位にある著作者側を保護する必要性が強く認められるからであるという<sup>14</sup>。また、著作物の翻案等の利用は、利用範囲を大幅に広げる可能性があるだけに、あらためてその著作者または著作権者の意思を確かめる余地があり、翻案には、脚色、映画化に限らず、今後さらに新たな形態も含まれるので、これらの利用形態を個別的具体的に把握したうえで、翻案権の一部を譲渡する途も求められるので本項の規定が必要だという見解もある<sup>15</sup>。その他、翻案により作成される二次的著作物の利用がもたらす財産的利益は、原著作物の一次的利用が生む財産的利益とは区別されるものであり、原著作物

の著作権を譲渡することは、通常は、原著作物の一次的利用によりもたらされる財産的利益を移転することを意味するからだという見解もある<sup>16</sup>。

しかし、以上の見解にも限界がある<sup>17</sup>。すなわち、本項が、一方的契約約款によって画一的意思に対し抗弁の余地がない場合や経済的弱者の保護に有効な条文であることは確実であるが、現実においては、同条項の適用が約款契約に限られていないことのみならず、著作者の全てが弱者というものではなく、むしろ、強力な著作者も存在するのである。また、土地や株式の譲渡等においても、契約締結後に、未知の理由によって契約の対象物が騰貴したり、暴落したりすることは常にあることから、著作物の翻案等の利用に限って見通しが見つからないわけではないのである<sup>18</sup>。原著作物の著作権の譲渡というのは、原著作物の一次的利用による財産的利益の移転を意味するのが通常であることは、契約の解釈問題として導かれるにもかかわらず、特別に法定されている理由の説明としては不十分であるからである。

(5) そこで、本項は著作者の創作意欲を奨励するための規定だと思われる。なぜならば、著作権とは、著作者などに創作的インセンティブを与え文化の発展を促進するために、人為的に設定されている権利であり、著作権法の核心機能は著作者の創作活動を奨励するところにあるといえる点を勘案すると、法61条2項のように二次的著作物に対し特別の取り扱いをしているのは、著作者の創作的活動を奨励するために設けられていると見るのが相当だからである。なお、本項は推定規定なので、仮に、契約などの解釈において本項の規定を援用しても、契約の目的、契約当事者の地位などの事情を考慮すべきであり、場合によっては推定が覆されることもあるといえる<sup>19</sup>。また、著作権の譲渡において、常に著作者が譲受人に対し

<sup>16</sup> 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ(第2版)』(2007年・有斐閣)375頁。

<sup>17</sup> 松村信夫・前掲注(3)149頁参照。

<sup>18</sup> 中山信弘『著作権法』(2007年・有斐閣)323頁。

<sup>19</sup> 映画の著作物を譲り受けてゲームソフトを製作・販売した被告の行為が問題になった「宇宙戦艦ヤマト」事件(東京地判平成13年7月2日平成11(ワ)第17262号)では、譲渡する権利として「対象作品に対する著作権および対象作品の全部又は一部のあらゆる利用を可能にする一切の権利」が譲渡契約上に定められており、譲渡

<sup>13</sup> 知財高判平成18年8月31日平成17(ネ)第10070号[「K2等」事件の控訴審]。

<sup>14</sup> 加戸守行『著作権法逐条講義(4訂新版)』(2003年・著作権情報センター)366頁。

<sup>15</sup> 斉藤博『著作権法(第3版)』(2007年・有斐閣)306頁。



て「弱者」であるとするのは困難であり、企業間で行われているように、約款ではなく交渉による譲渡契約の場合は、対等な当事者間として契約自由の原則によらなければならないので、本項適用の必要性は低いと思われる<sup>20</sup> <sup>21</sup>。

したがって、本件の判決においても、「二次的著作物の創作及び利用が、どのような付加価値を生み出すか予想がつかない」ので法61条2項の規定が設けられたと説示したのは不十分である。むしろ、同条項は著作者の創作活動を奨励するための条項であり、仮に法62条2項の規定が設けられていなかったとしたら、著作者の翻案行為にもたらす支障や創作意欲の低減可能性などについて説示する必要があったと思われる。なお、本件信託契約は、著作権者から権利信託を受け、著作物等をその状態で利用許諾し、著作権者に利用料を分配することを主目的とする。ゆえに、本件著作物(具体的には甲曲)は、プログラムのように改変が予定されているとか、譲渡の目的上、改変を必要とするものではないから、本項の推定が覆されない

---

人が譲受人から対価の支払を受けている等の事情から、法61条2項の推定が覆された。また、前掲注(13)判決の原審である「K2等」事件(東京地判平成17年3月23日判時第1894号134頁)では、譲渡契約の趣旨・目的・背景、契約の締結に至るまでの事情、譲渡に際して授受された対価の額等を総合的に考慮した上で、(開発委託)契約において著作権の帰属を決めるほか、改良を行うことができる条項も含まれているときは、法61条2項は及ばないと判示した。

<sup>20</sup> 文化審議会著作権分科会では法61条2号の廃止を検討したが、本項が推定規定であること、廃止する場合には出版社等による懸賞小説募集のような約款による著作権譲渡といった一定の譲渡契約について何らかの手当を行う必要があると考えられるところから、本項を直ちに廃止するのは適当ではないと結論づけた。「文化審議会著作権分科会報告書(平成18年1月12日・文化審議会著作権分科会)」[http://www.cric.or.jp/houkoku/h18\\_1b/h18\\_1b.html](http://www.cric.or.jp/houkoku/h18_1b/h18_1b.html)にて閲覧可能。

<sup>21</sup> また、中山信弘・前掲注(18)では「今後のデジタル技術が発達するにつれ、プログラムやデータベースのように頻繁に翻案される著作物は激増し、それらが経済財としての機能を果たすことになるが、本項が著作物の円満な利用や流通を妨げる可能性がある。また、現代の著作権意識が向上しており、かつ著作物の財としての機能が重要になっており、通常の財と同様に扱うべきであり、その意味から本項は、事実上、かなり弱い推定と解釈すべきである。また、立法論としては削除すべきである」と述べている。

というべきである。しかも、迅速かつ安価な取引を理想とする約款による事案である本件において、当事者間の自由意思による契約であるという理由で本項の推定が覆されることはないと思われる。

結論的に、本件の場合、XがYに甲曲の著作権を信託譲渡したのは約款によるもので、甲曲の改変と全く無関係であり、単に、約款上「将来取得スルコトアルベキ総テノ著作権」という文言が存在したという理由だけで、著作者の創作活動を奨励するための法61条2項に基づき、法28条の権利がXに留保されることが覆されることはないといえる。

#### 4. 著作権集中管理団体の注意義務

(1) 以上の争点についての原審と控訴審の結論は同じであった。つまり、原審や控訴審は、ともにYはXが有する法28条の権利を侵害したと判断した(控訴審が原審の判決を支持)。しかし、原審と控訴審は、Xの損害賠償請求を認めるためのYの過失の有無及び債務不履行責任についての判断においては、正反対の結論に至っている<sup>22</sup>。すなわち、控訴審は、無断編曲された楽曲(乙曲)を利用許諾したYの行為に注意義務違反を認め損害賠償を命じた原審を覆し、Yには不法行為責任あるいは著作権信託契約上の債務不履行責任があるとはいえないと判断した。このように、全く異なる結論を下したのは概ね以下の三つの点によることが大きい。

(2) 第一に、原審では「乙曲が甲曲に係る著作権を侵害していると判断される可能性があれば、乙曲の利用許諾を中止するか、利用者に訴訟が継続していることを注意喚起すること等によって、著作権侵害の結果を回避することができた」とされていた。これに対し、控訴審では、著作権侵害の疑いが生じたときに、Yとしてどのような措置をとるべきであったかに

---

<sup>22</sup> 本件の原審に対し難解な信託論を批判しながらむしろ著作権管理事業者であるYの責任を考察すべきであったという見解がある。すなわち、岡 邦俊「管理曲が他人の著作権を侵害する場合のJASRACの責任」JCAジャーナル第51巻7号(2004年)43頁では、本件の原審は、難解な信託論に深入りせず、Yが利用に供していた乙曲が、後にXの著作権を侵害するものであることが判明した場合の、Yのとりべき対応と責任を端的に考察すれば足りると述べている。また、この見解は、この際、参考にすべきは、「プロバイダ責任制限法」の考え方であると主張している。

ついて、著作権侵害の疑いの段階で自らの行為を差し止められることにより侵害される著作者の表現の自由を尊重すべき旨が述べられている。すなわち、乙曲の著作者の表現の自由を最大限に尊重<sup>23</sup>する中で、甲曲の著作者の利益を保護するためにいかなる程度の措置を講じればよいかという「比例原則」の適用を示した。

そして、控訴審は、Yの措置の相当性判断基準として「著作権侵害の明白性及び侵害の性質など、事案ごとの諸般の事情を勘案すること」を挙げてから、本件約款上、Yがとれる二つの措置を比較した。

まず、著作権侵害の疑いのある音楽著作物の利用許諾中止という措置は、「著作権を侵害されるおそれのある者に対しては、より手厚い保護手段だといえるが、一方で利用許諾が中止される音楽著作物としては、別度の判断を経ることなく、Yの判断だけで楽曲が表現されることが差し止められるのであり、極めて重大な結果をもたらすものであって、後に侵害でない」と結末がつく場合の利用許諾を中止された側の損害の回復は困難である」とした。こうして、原審と異なりYの行為義務として利用許諾中止措置を要求するのは比例原則に反すると理解した。

他方で、実際にYがとった使用料分配保留措置について「著作権侵害を主張する側にとっては、当該侵害によって受ける損害が分配を保留された手数料を大きく上回るときは、利用許諾中止の措置よりは不十分な救済方法となるが、侵害が争われている音楽著作物の使用料相当の金額が保留されており、実質的に担保といえるものとなっているので、仮に著作権侵害だとされた場合でも、回復し難い損害でも生じない限り、侵害された側

---

<sup>23</sup> 本件では全く言及されなかったが、Yの乙曲に対する利用許諾の妥当性は、次の側面からもあり得る。すなわち、著作権集中管理団体であるYは著作権等管理事業法16条(正当な理由がなければ、取り扱っている著作物等の利用の許諾を拒んではならない)により、乙曲の利用希望者の利用許諾要請を拒否できない。同条でいう「正当な理由」とは、主に委託者の意思に反する場合を意味し(著作権法令研究所編・前掲注(2)96頁)、当然、乙曲の使用許諾は乙曲の委託者の意思に反しないからである。言い換えれば、著作物等の取引の仲介を主な管理業務とする著作権集中管理団体としては、取引を望む著作物の委託者と著作物の利用を望む者が存在する以上、彼らの要求を無視することは、本来の機能ないし義務に反することになるからである。

の損害回復は、通常は基本的に確保されているといえる」として、Yの措置は関連利害調整として比例原則の実効性があると理解した。

要するに、控訴審は、被告Yは著作権集中管理団体で統一的な信託契約約款を有しており、同約款には「使用料分配保留」規定が存在することや、被侵害者の損害相当部分が著作権使用料の分配を受けることによって補填される性質があることに着目して判断を下した<sup>24</sup>。すなわち、乙曲に著作権侵害のおそれが存在する段階で、Bの著作物である乙曲を第三者に利用許諾することを中止する場合に生ずるBの不利益とXの利益とのバランスと、使用料分配保留という措置をとった場合に生ずるX側の不利益とBの利益を比較考慮する必要があった。そして、このような「比例原則」から「特別の事情がない限り」により制限的な「使用料分配保留」の措置によりXとBの利害を調整することが妥当であって、それが、Yとしてとり得る措置の限界であるという判断を示したのである<sup>25</sup>。それで、控訴審は原審とは逆の結論、すなわち、Yが乙曲の使用料分配保留措置をとりつつ利用許諾を続けた行為は(利用許諾中止措置に比べて)より穏当で、かつ、合理的な措置であると判断した。相当なバランスがある判断だと思われる。

(3) 第二に、控訴審は、Yが乙曲の利用許諾中止措置をとるより、Xの利益を保護すべき具体的な事情があったかどうかを「特別な事情」という枠組みの中で判断している。そして、その過程で、原審判決が重視しなかった(判決で極めて簡素するように扱ったという意味)いくつかの点を言及し判断要素にした。

つまり、控訴審の判決は、「本件において使用料分配保留措置をとるよう申し入れたのがX側だったということ(そして、仮にXが別件訴訟で

---

<sup>24</sup> したがって、著作権集中管理団体などは、本件と同種の係争が生じる場合に備えて、例えば、委託者の間で信託財産である著作権等の侵害をめぐる係争が発生した場合に受託者としてとり得る措置等を、あらかじめ信託契約あるいは信託約款上に明示し、委託者の同意を得ておくなどの予防措置を講じる必要があるかもしれない(ただし、約款で定められた措置が、いずれか一方の委託者にとって著しく不利益なものであるときには、信託業法及び信託業法上の「忠实義務」に反して無効になる可能性もある)。松村信夫・前掲注(3)157頁。

<sup>25</sup> 潮見佳男「無断編曲された音楽作品の利用許諾と著作権管理団体の注意義務」コピライト第530号(2005年)28頁。

敗訴したときに相当額の賠償責任を負うという危険があったことも考慮すると不合理ではない)」を挙げた。この事実は、X自らの意思に基づく措置という視点、すなわち、自己決定の結果によるリスクを引き受けたという「自己責任」の観点から把握されており、本件においての結論に少なからず影響を与えたと言える。XはYに対し、「乙曲の管理除外措置をとることなく利用許諾を継続することになる『使用料分配保留措置』をとることを申し入れて、その後も了承していたものというべきである。乙曲による甲曲の著作権侵害の有無について係争中であるという状況下におけるYの対応方について、上記のXの申入れ及び了承がある以上、その申入れ等の内容が一見して明白に不合理であり、この申入れ等に従った場合には、申入れ等をした権利者に回復し難い損害を生じるなどの特段の事情がない限り、Yとしては、上記申入れ及び了承に従って、乙曲の使用料分配保留措置をとりつつ利用許諾を継続すれば、後に判決で著作権侵害が確定しても、不法行為責任又は著作権信託契約上の債務不履行責任を負うものではないというべきである」との説示は、本件の「特別な事情」に対する判断であり非常に妥当な考慮だと理解される。

(4) 第三に、控訴審と原審とは、別件訴訟における控訴審判決に対する位置づけが決定的に異なる。原審は別件訴訟の控訴審判決の後にYが漫然と乙曲の利用許諾をし続けた点にも、Yの過失を認めていた。これに対して、控訴審は、別件訴訟の控訴審判決が請求を引用した以後については、「一般的には、著作権侵害等が肯定される可能性が高まったと言える」としつつ、①本件にかかる別件訴訟の第一審判決では、X及びAの請求が棄却され、司法判断が分かれていたこと、②しかも、判断が分かれたのは事実の存否というようなものではなく、音楽関係専門家の間でも見解がわかるような判断によるものであったこと、③別件訴訟の控訴審は、異なる楽曲として公表された各楽曲間において編曲権侵害の成否が争われたものであること、④先例も乏しい分野であることなどから、「最高裁の判断を見極めようとしたYの対応を直ちに非難するのは困難である」とした。

(5) 以上のように、控訴審は、不法行為責任と債務不履行責任の両方がYにないとしたが、両責任を認める各要件について個別的な判断を示していない。しかしながら、本件では、著作権の管理信託という特殊な契約が基礎になっていることを勘案し、受託者たるYの義務も検討する必要があ

ったのではないだろうか。

著作権の管理信託契約も信託契約なので、著作権等管理事業法の第26条により適用除外される信託法第3条(信託の方法)を除き、信託法の規定が適用されることになる。したがって、著作権の管理信託を受けた者も、信託法に定められている「信託者保護の目的として受託者の権限濫用行為を牽制・抑止する条項」が適用される。そのような条項の中で、本件において問題となりうるのは、善管注意義務と忠実義務である<sup>26</sup>。

善管注意義務の具体的な内容や義務の程度等については民法上の善管注意義務に関する一般理論に従って理解すればよいとされており<sup>27</sup>、受託者が属する社会的、経済的地位や職業を考慮した上で、その類型に属する者に対して一般的・客観的に要求される注意能力を基準として判断されるべきこととなる。本判決においても、Yの団体としての性格が強調されたことは直接には述べられていないが、この義務に関わるものと理解される。ただし、この義務を定めた信託法20条は任意規定であり、特約により、この義務の加重ないし軽減をはかることができる<sup>28</sup>。そこで、本件信託契約約款において、委託者がYに著作権の管理を委託する著作物について他人の著作権を侵害していないことを保証する(本件約款第7条1項)ものと定められたのは、受託者の善管注意義務を軽減したものと解釈される。

忠実義務とは、受託者もつばら受益者の利益を最大限に図らなければならないというものである。YがXに対して忠実義務を有しているのは当然であるが、乙曲を管理信託した者(本件ではフジパシフィック、以下「M」という)に対しても同様の義務を負っている。XとMが権利侵害を争っている間に乙曲の利用許諾を中止することは、Mに対する忠実義務違反が問題になりうる。他方、使用料分配保留措置は、本件控訴審が述べたとおり、Xに対する担保的機能を有するが、仮に権利侵害が否定された場合、保留

<sup>26</sup> 諏訪野大「甲曲に係る編曲権を侵害する乙曲の利用者に使用を承諾していた著作権管理団体(JASRAC)に、乙曲が甲曲に係る著作権を侵害するものか否かについて調査し、著作権侵害の結果が生じることのないようにする方策をとるべき注意義務に違反した過失はないとされた事例」発明第102巻9号(2005年)11頁。

<sup>27</sup> 四宮和夫『信託法[新版]』(1989年・有斐閣)247頁。

<sup>28</sup> 能見善久『現代信託法』(2004年・有斐閣)75頁。

分の使用料をMに分配すれば良いので、訴訟係争中において忠実義務を果たすためには合理的な措置であったと思われる。

したがって、この面から検討しても、Yは著作権管理信託の本旨に従ってその義務を果たしたということができ、債務不履行があったとはいえない。よって、控訴審の結論に賛成する。