

第10条 (著作物の例示)

第1項第2号 音楽の著作物

第10条第1項 二 音楽の著作物		
著作権法関連条文	関連法令条文	関連条約条文
16条、22条、27条	なし	ベルヌ条約2条(1)(3)、11条、12条、13条、15条(4)(a)
(旧) 著作権法		
1条、22条の7、30条1項第4、第7、第8		

第1 意義

1. 立法の経緯

旧著作権法1条1項は、従前「文書演述図画建築彫刻模型写真其ノ他文芸學術若ハ美術ノ範圍ニ属スル著作物ノ著作者ハ其著作物ヲ複製スルノ権利ヲ有ス」と規定し、音楽の著作物の保護は明記されていなかった。その後、本条項の美術の著作物は芸術に関する創作物を包含し、音楽の著作物もその一種として著作権の目的となると判断した大審院判決をうけ（大判大 3・7・4 刑録 20 輯 1360 頁桃中軒雲右衛門事件）〔1〕〔2〕〔3〕、旧著作権法1条1項は、「文書演述図画建築彫刻模型写真演奏歌唱其ノ他文芸學術若ハ美術（音楽ヲ含む以下之ニ同ジ）ノ範圍ニ属スル著作物ノ著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と改正され、音楽の著作物が著作権の目的に含まれることが明記された。〔4〕

現行著作権法は、第10条第1項第2号において、「音楽の著作物」を例示として挙げている。音楽の著作権者は複製権（21条）、演奏権（22条）、公衆送信権・送信可能化権・伝達権（23条）、譲渡権（26条の2）、貸与権（26条の3）、編曲権（27条）を享有する。もっとも「音楽」といってもそれは何をさすのか、音楽の要素において著作権による保護の対象となる部分は何か等さまざな問題がある。

〔1〕 横田正俊「大審院判決と浪花節のレコード」著研4号171頁（1971）

〔2〕 池原=斉藤=半田・百選初版162頁大家重夫

〔3〕 伊藤信男「著作権事件100話―側面より見た著作権発達史―」72頁、著作権資料協会

〔4〕 ただし、桃中軒雲右衛門事件大審院判決は、問題となった浪花節について、音楽の著作物としての保護を与えなかった。

2. 音楽の著作物の定義

音楽の定義は、音の配合によって人の感情を感動させる芸術であるとの見解が一般的のようである〔5〕。そこで、音楽の著作物とは、思想または感情を音の配合によって創作的に表現したものと定義することができる。音といっても音の長さ、高さ、強さ、音色があり、その組み合わせの創作的表現が著作権法により保護される音楽の著作物である。音は、楽音と雑音に分けられる。楽音の構成要素には、旋律（メロディ）、和声（ハーモニー）、リズム、形式（フォーム）がある（東京地判平 12・2・18 判時 1709 号 92 頁どこまでも行こう・記念樹事件第 1 審、東京高判平 14.9.6 判時 1794 号 3 頁、判評 531 号 34 頁どこまでも行こう・記念樹事件控訴審、東京地判昭 43・5・13 下民集 19 卷 5・6 号 257 頁ワンレイニーナイトイントーキョー事件第 1 審）。しかし、現代音楽や電子音楽などにおいては、楽音と雑音の区別は意味がなく、後者が音楽の著作物ないしその構成要素として保護される可能性もあり得る。なお、音楽の著作物について、思想または感情を「旋律」により創作的に表現したものであると定義する見解もあるが、楽音の構成要素の一部である旋律に限定するのは狭きに失する。

〔5〕ベルギーの音楽学者のフェティスによる定義。菊本哲也『新しい音楽通論』（全音楽譜出版社、1998）

〔6〕東京高判 S 46・12・24 無体例集 6 卷 2 号 340 頁、最高裁第 1 小法廷 S 53・9・7 民集 32 卷 6 号 1145 頁では、いずれも依拠がないことを理由として著作権侵害を否定した。

第 2 条文解説

1. 音楽における表現の要素と創作性

音楽の構成要素には、旋律、和声、リズム、形式がある。通常の楽曲は、旋律、和声、リズム、形式を要素としているが、創作性を考えるにあたっては、これらのうちのいかなる部分に創作性が認められるのかを分解して考える必要がある。

（1） 旋律（メロディ）

通常の楽曲には、メロディが存在する。メロディは、高低・長短が異なる音の連続的な進行であり、楽曲の主題として存在している。したがって、著作者の個性が最も表れる部分と考えられ、楽曲の創作性を判断するにあたって最も重視される。主旋律のみならず、伴奏におけるメロディについても著作者の個性が表れる余地がある。創作性の判断にあたっては、新規であるかどうかは創

作性の要件ではないが、先行の楽曲に同様の旋律がないかどうかは重要な立証手段になる。ただし、先行の楽曲に同様の旋律が存在しても、必ずしも複製とは考えられない。ある楽曲が既存の著作物に依拠して再製されたものでなければ別個の著作物と認められる（最判昭 53・9・7 民集 32 卷 6 号 1145 頁、東京高判昭 49・12・24 無体例集 6 卷 2 号 340 頁—ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件）。

前掲桃中軒雲右衛門事件は、楽譜を用いることなく新曲を創作する場合に作曲者が著作権を取得するには、その創意にかかる新旋律が一種の定型をなすことを必要とし、そうでないものは音楽の著作物としての保護を受けないと判断して、問題となった浪花節の著作物性を否定した。このような判断の背景には、定型化していない旋律はアイデアにすぎないという発想があったのではないかと考えられる。しかし、旋律が定型をなすことは音楽著作権の発生要件ではないから、著作権による保護を否定する理由にはならない。

(2) 節奏 (リズム)

通常の楽曲で、リズムのない楽曲というのは考えにくい。反対に、例えば打楽器のみによる音楽など、リズムを主体として構成される楽曲も存在する。タンゴのリズムなどというように、既存のリズムパターンを用いる場合には当該リズムに創作性があるとはいえない。打楽器のみで構成されるような音楽、楽曲のリズムセクションなどにおいては、リズム自体またはリズムと旋律との組み合わせに著作者の個性が表現される余地がありうる。

(3) 和声 (ハーモニー)

和音 (コード) は特定のパターンに限定されているので、創作性があるとは考えられない。和音の連続 (ハーモニーないしコード進行) や分散和音 (アルペジオ) は、ある程度パターン化されている。しかし、基本的な規則性を維持しつつ変化を加える余地があり、そこに著作者の個性が表現される可能性がある。

(4) 形式 (フォルム)

楽曲の構造であり、構造そのものはある程度限定されるから、構造自体に著作者の個性が表現されるとは考えにくい。

(5) その他の音

音楽の要素として、楽音のほか、雑音も入る可能性がある。雑音そのものに著作者の個性が現れるとは考えにくいだが、楽音との組合せには著作者の個性が

表現される可能性がある。

(6) 電子音楽

シンセサイザーやシーケンサーに命令を与え、旋律、リズム、ハーモニーを自動的に生成する、自動的に移調する、音色を変換するなど、電子楽器を利用して音楽を制作する手法が普及している。電子楽器には予め旋律、リズム、ハーモニーのパターンが記憶されているので、指令を与えてこれらを読み出すだけでは作者の個性が表された楽曲とはいえない。しかし、電子楽器に指令を与えその音源を自由に組み合わせて楽曲を制作する場合のように、作曲家の知的作業が加わる場合には、電子楽器を用いた作曲であっても創作性が認められる。

2. 固定の必要性

現行著作権法上、固定は音楽著作権の成立要件とされていない。音楽は、思想または感情を音の配合によって創作的に表現したものであり、空気の振動によって人に伝達され感得される。前掲桃中軒雲右衛門事件は、「外部ニ発表シ其存在ヲ認識スルコトヲ得ヘキ外形的ノ手段方法ヲ執リタルトキハ」著作権は成立すると判示し、固定を音楽著作権の成立要件と判断しなかった。音楽の著作物は、楽譜や媒体への固定の有無を問わず存在するのであり、即興曲であっても、音楽の著作物として保護される。

なお、ベルヌ条約 2 条(2)においては、固定を音楽著作権の成立要件と考えるか否かに関する言及はなく、その点に関する問題の解決は国内法に委ねられている。米国においては、著作権の保護を受けるためには固定が必要である。

3. フォークロアの保護

フォークロアとは、ある社会の構成員が享有する文化的資産である伝統的文化表現 (Traditional Cultural Expressions; TCEs) を意味し、音楽のみならず、絵画・彫刻、踊りなども含まれる。

フォークロアに対する保護は、発展途上国からの強い要請で、国際的に議論され、ベルヌ条約 15 条 4 項(a)が規定された。〔7〕WIPO は、1982年、ユネスコと共同で「不法利用及びその他の侵害行為からフォークロアの表現を保護する各国国内(立)法のためのモデル規定」を策定したほか、2000年に「遺伝資源、伝統的知識及びフォークロアに関する政府間委員会 (IGC)」の設置が決定され、議論が進められている。〔8〕

フォークロアについては、そもそも著作権法により保護すべきかが問題となる。伝承音楽はパブリック・ドメインに帰属するものであり、著作権法による

保護は著作権法の理論からは困難である。ただし、フォークロアから着想を得て創作されたものについては、新たな創作部分に著作者の個性が入る余地があり、その部分は著作権法で保護される著作物となりうる。

〔7〕ベルヌ条約15条4項(a)は、「著作者が明らかでないが、著作者がいずれかの同盟国の国民であると推定する十分な理由がある発行されていない著作物について、著作者を代表し並びに著作者の権利を各同盟国において保全し及び行使することを認められる権限のある期間を指定する権能は、当該一の同盟国の立法に留保される」と規定し、問題を処理する当局を設置することを各国の立法に委ねている。

〔8〕コピーライト2007年5月号38頁「フォークロア等の保護に関するWIPO政府間委員会(IGC)第9回第10回会合の概要及びフォークロア問題の今後の展望について」藤井宏一郎

4 編曲

(1) 定義

編曲とは、裁判例によれば、「既存の著作物である楽曲（以下「原曲」という。）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、これに接する者が原曲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である楽曲を創作する行為をいう」（前掲どこまでも行こう・記念樹事件控訴審）と定義される。原曲に改変を加える場合、編曲に至らない程度の改変、編曲に至る改変、改変の程度が大きく別個独立の楽曲の創作となる場合があり得る。例えば、ある音楽を移調する場合などの機械的な改変のように著作者の個性が入り込む余地のない場合は、著作権法上の編曲に至らない程度の改変にあたりとされる。

(2) 表現の本質的な特徴の同一性の判断方法

前掲ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件第1審は、「音楽は、旋律、和声、節奏、形式の四要素から成立し、これらが一体となって一個の楽曲を形作っているから、二つの楽曲の同一性を考えるに当たっては、これらすべての要素を考慮に入れて判断を下すのが相当である」と判示する。前掲どこまでも行こう・記念樹事件控訴審は、「原曲とされる楽曲において表現上の本質的な特徴がいかなる側面に見出し得るかをまず検討した上、その表現上の本質的な特徴を基礎付ける主要な要素に重点を置きつつ、双方当事者の主張する要素に注目して判断する」としつつ、「少なくとも旋律を有する通常の楽曲に関する限り、著作権法上の『編曲』の成否の判断において、相対的に重視されるべき要素として主要な地位を占めるものは、旋律であると解するのが相当で

ある」と判断する。

音楽の要素のうち、和声、リズム、形式が、旋律を離れて単独で楽曲として存在するかというと、特殊な場合を除き、一般には音楽の主題である旋律とともに存在している。したがって、音楽の同一性を判断するにあたって重要視される要素は旋律であると考えられる。しかし、和声、リズム、形式も音楽の構成要素であるから、これらの要素を無視して考えることはできない。

なお、音楽の著作物の同一性を判断するにあたって原曲の分量は問題とならない。たとえば、原曲のうち数小節が用いられる場合であっても、原曲を感得できる以上、編曲となりうる。

(3) 編曲における新たな創作的表現の必要性

音楽は、旋律、和声、リズム、形式の四要素から成立しているといわれ、これらが一体となって一個の楽曲を形作っている。そのため既存の楽曲における音楽の要素を変更することによって、新たな印象を与える楽曲を制作することができる。たとえば、先行のクラシック音楽の旋律をモチーフとして別のクラシック音楽を創作する場合、クラシック音楽をジャズに変更する場合、ポピュラー音楽をリミックスする場合などさまざまな形態が考えられるが、一般には、このような場合いっさいを編曲と呼んでいる。

編曲の場合においては、主旋律そのものに変更を加えるのではなく、テンポ、リズム、伴奏等に変更を加えるなど主旋律以外の要素の変更や付加によって、また装飾的な音の付加によって、新たな曲であるかのような印象を与える場合がある。主題である主旋律を変更しなければ編曲にならないとの考えもありえようが、主旋律以外の要素であっても音楽を構成するので、このように限定的に考える必要はないと思われる。

ただし、このような場合も、著作権法上の編曲に該当するかは、問題がある。たとえば、ポピュラー音楽のテンポを機械的に変更しリミックスする場合などのように、原曲とは異なる印象を与える楽曲を制作しているが、変更部分に新たな創作性があるのか否かが疑問となる場合がある。この場合、原曲の複製なのか編曲なのかとの疑問がある。判例のように、変更部分に創作性が必要であると解するならば、変更部分に創作性がない場合は編曲ではなく単なる複製に該当する。しかし、著作権法27条は、変更部分について創作性の有無を問題としていないのであるから、変更部分に創作性がない場合であっても、原曲の具体的表現に変更を加え、原曲とは異なる印象を与える楽曲を制作した場合には、翻案と解すべきであり、そのような理解が一般の編曲概念とも合致していると思われる。〔9〕

原曲の表現上の特徴を維持しつつ、原曲を変更し、変更部分に新たな創作性

が付け加わる場合には、編曲に該当することは問題がない。例えば、ジャズなどで行われるような、クラシック音楽の旋律をモチーフとして楽曲に組み込み新たな楽曲を作り出すような場合である。

〔9〕山本隆司「複製権侵害の成否」牧野＝飯村・訴訟法 308 頁

第3 論点解説

1. 楽譜と音楽の関係

音楽の著作物は固定を必要とせず、媒体から離れて存在しうる。楽譜は、音楽を一定の約束に従って人が読める形で書き記したものであり、レコードやCDと同様に音楽の著作物を人に伝達するための固定手段または複製手段としての媒体の一つである。レコードやCDに音楽の著作物が複製されているように、楽譜にも音楽の著作物が複製されていると考えられる（実際、レコードのない時代は、演奏以外の方法では、楽譜のみが音楽を人に伝達する手段であった）。

それでは楽譜それ自体は、音楽の著作物とは別個の言語あるいは記号の著作物と認められるか。大判大 5・1・19（民録 22 輯 39 頁—うかれぶし事件〔10〕）は、「他人ノ創作シタル楽曲ニ付キ単ニ其音階曲節ヲ表示スヘキ記号ヲ案出シテ作譜ヲ為シタルニ過キサル者又ハ他人ノ創作ニ係ル楽譜ノ編纂ヲ為シタルニ止マル者ハ其楽曲ノ著作権ヲ有セ」ずと判示し、他人の創作した楽曲を楽譜化した者について、音楽の著作権を否定した。また、「音楽的著作物ノ音階曲節ヲ表示スルノ目的ヲ以テ或種ノ記号ヲ案出スルモ其記号カ精確ニ音階曲節ヲ表示セサルカ為メ演奏者カ其記号ニ依リテハ音律ノ高低拍子ノ長短ヲ調節スルコトヲ得スシテ僅カニ言語上又ハ文章上ノ説明ト相俟チテ其音階曲節ヲ想起スルコトヲ得ルニ過キサルトキハ其記号ハ著作権法ニ所謂楽譜タルノ性質ヲ有セ」ずと判示し、楽譜自体に対する著作物性も否定した。他方、大判昭 11・1・24（民集 15 卷 1 号 42 頁—箏曲の作譜事件〔11〕〔12〕）では、「原著作物タル歌曲ノ著作権ニ包含セラルル該歌曲ノ楽譜ノ不完全ナルモノニ独創的考案ヲ加ヘ之ヲ修正増減シテ完全ナルモノニ作出シタル」場合に著作物としての保護を認めている。当該裁判例は、独創的作譜に対して著作権法による保護を認めるが、その著作物を音楽の著作物と解するか否かは明らかではない。

作曲を行った者自らが作譜した場合には、当該楽譜は、音楽を一定の約束に従って読める形で書き記した媒体にすぎず、言語あるいは記号の著作物として存在しうる創作的表現はない。他人が既存の音楽を採譜する行為は、音楽の複製に過ぎない。採譜行為はノウハウを要するが、ノウハウ自体は保護されないものであるから、楽譜に言語の著作物としての創作的表現はない。たとえ当該作譜が独創的作譜であったとしても、それが音楽を忠実に表記したものである以

上、音楽とは別個の創作的表現があるとは考え難い。このような結論をとる場合、音楽出版社ないし楽譜出版社の保護が問題となりうる。〔13〕〔14〕音楽出版社ないし楽譜出版社で音楽著作権を譲り受けていない場合には、著作権法上の保護が与えられない結果となる。

2. 歌詞と楽曲の関係〔15〕

音楽には、歌詞を伴う楽曲と歌詞を伴わない楽曲がある。歌詞を伴う楽曲のうち、すでに存在していた詩をその後歌詞として利用する場合には、歌詞は言語の著作物、楽曲は音楽の著作物であり、両者は結合著作物の関係にある。歌詞を伴う楽曲で、作詞者と作曲者がそれぞれ分担して作詞・作曲を行い一つの音楽作品を創作した場合、歌詞と楽曲の関係は、結合著作物か共同著作物か。

〔16〕結合著作物と解するか共同著作物と解するかという問題は、歌詞を伴う楽曲の歌詞または楽曲の一方を利用する場合に、当該一方の著作者の許諾を得ればよいのか双方の許諾が必要なのか、著作権の存続期間の起算点をいつと考えるかに影響する。

わが国では結合著作物と解する見解が有力のようである〔17〕〔18〕。

ベルヌ条約2条(1)は、「楽曲（歌詞を伴うかどうかを問わない。）」と規定している。この規定は、楽曲に伴う歌詞は音楽それ自体として保護されることを規定したものと解されている〔19〕。フランス著作権法112-2条〔20〕、米国著作権法（USC第17編）102条(a)〔21〕も同様の規定を有する。歌詞を伴う楽曲の創作過程や取引の実態から考えて、楽曲に伴う歌詞は音楽の著作物として保護されると考えるのが妥当である〔22〕〔23〕。なお、日本音楽著作権協会（以下「ジャスラック」という）の著作権使用料分配の実務では、歌詞のないカラオケ用の録音物の使用料も作詞者に分配を行っている。

3. 音楽業界用語の「編曲」について

さらに進んで、業界用語の「編曲」と楽曲の関係も同様に考えられる。音楽業界用語で「編曲」という場合、一般には、楽曲にバックのオーケストラや前奏や後奏を付け加えたりすることを意味する。すでに存在する楽曲にこれらを付け加えた場合は、二次的著作物である。編曲者と作曲者が協議の上で一楽曲を制作するような場合には、歌詞と楽曲の関係と同様、「編曲」といわれていても二次的著作物ではなく、実体は共同著作物であると考えられる。一楽曲は、バックイングオーケストラや前奏・後奏・間奏と作曲部分が伴った状態で売り出されるので、不可分一体として一作曲作品と認められる。リミックスなどのように、完成した楽曲に変更を加え、既存の楽曲を感得させつつ新たな楽曲を創作する場合は二次的著作物であると考えられる。

- 〔10〕 池原＝斉藤＝半田・百選初版 26 頁〔生駒正文〕
- 〔11〕 池原＝斉藤＝半田・百選初版 80 頁〔元木伸〕
- 〔12〕 勝本正晃「独創的作譜方式に依る楽譜と著作権」民商法雑誌 4 卷 1 号 140 頁
- 〔13〕 田中明「楽譜出版社の法的保護等に関する一考察（提要）」著研 29 号 195 頁（2002）
- 〔14〕 早稲田祐美子「楽譜の貸与」コピーライト 42 卷 498 号 56 頁
- 〔15〕 木村豊「音楽著作権制度概論」著作権特殊講義音楽著作権の諸問題（成蹊大学法学部，2002）
- 〔16〕 山本隆司「著作物の個数論による著作物概念の再構成」コピーライト 45 卷 532 号 2 頁
- 〔17〕 半田・概説 61 頁
- 〔18〕 加戸・逐条講義 50 頁。ただし、同書は一方で「楽曲と同時に利用されて音的に表現されるべき歌詞も、音楽の著作物の概念に含まれる」（119 頁）と述べている。
- 〔19〕 WIPO「GUIDE to the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act,1971)」(1978)
- 〔20〕 「Les compositions musicales avec ou sans paroles」
- 〔21〕 「musical works, including any accompanying words」
- 〔22〕 前掲注〔13〕
- 〔23〕 早稲田祐美子「ホームページでの歌詞の掲載」コピーライト 41 卷 485 号 38 頁(2001)は、歌詞は、音楽の著作物にあたるとする。

第 4 実務解説

1. 複製権侵害の判断

複製権侵害か否かを判断するにあたって、音楽の要素のうち、いかなる要素を比較すべきかについては、旋律のみで判断すべきであるという見解もある。しかし、裁判例は、音楽の四要素すべてを考慮すべきと判断する。

前掲ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件第 1 審判決は、「音楽が旋律、和声、節奏、形式の四要素から成ることは原告といえども否定しないところであって、音楽がかような四要素から成立し、これらが一体となつて一個の楽曲を形作っている以上、二つの楽曲の同一性を考えるに当たっては、これらすべての要素を考慮に入れて判断を下すのが相当であると考えて。」とし、「A 楽曲と B 楽曲とを比較するに当つては、音楽の四要素のうちどれが重要でありどれが重要でないかも当然問題とされなければならない。」と判断する。

前掲どこまでも行こう・記念樹事件第 1 審は、2 つの楽曲を対比するにあたり、複製の判断について、「両曲は、比較的短くかつ分かり易いメロディーによって構成されているものと認められるから、…両曲の対比において、第一に考慮すべきものは、メロディーであると認められる」としつつ、「音楽は、メ

ロディーのみで構成されているものではなく、和声、拍子、リズム、テンポといった他の要素によっても構成されているものと認められ、・・・両曲とも、これらの他の要素を備えているものと認められる。」と述べ、「両曲の同一性を判断するに当たっては、メロディーの同一性を第一に考慮すべきであるが、他の要素についても、必要に応じて考慮すべきであるといえることができる。」と判断する。その上で、メロディーの同一性の判断方法として、一定のまとまりを持った音列（フレーズ）を単位として、音階の変化、音符の数および長さを比較し、同一性を判断している。和声については、和声の種類と変化を比較して判断している。どこまでも行こう・記念樹事件第1審判決は、これらを総合判断した結果、裁判所は、問題となっている楽曲間には同一性が認められないと判断した。

音楽においては、主題であるメロディーが楽曲の印象を決定づける重要な要素であるから、楽曲の同一性を判断するにあたっては、一般的にはメロディーが重視されることになる。ただし、楽曲の種類はさまざまであるので、比較の際は、楽曲の種類に応じて、重視される要素とそうでない要素が異なる。

2. 翻案権侵害の判断

楽曲の比較に関しては、複製の場合と同様である。前掲どこまでも行こう・記念樹事件控訴審判決は、具体的に問題となった原曲とされる楽曲において表現上の本質的な特徴がいかなる側面に見出し得るかを検討しなければならないとしつつ、少なくとも旋律を有する通常の楽曲に関する限り、編曲の成否の判断において、相対的に重視されるべき要素として主要な地位を占めるのは旋律である、と判断した。

ところで、言語の著作物に関して、最判平 13・6・28 民集 55 卷 4 号 837 頁一江差追分事件最高裁判決が、「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。」と判断しているとおり、修正、増減、変更を加えた部分に新たに思想または感情を創作的に表現することを要件としている。

前掲どこまでも行こう・記念樹事件控訴審判決は、編曲について、原曲に依拠し、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、これに接する者が原曲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である楽曲を創作する行為をいうと定義し、修正などを加えた

部分に創作性が必要と判断している。

判例および多数説は、編曲を既存の著作物に修正、増減、変更等が加えられ、これに創作性が認められることと捉え、翻案権侵害の場合にも同様に修正などを加えた部分に創作性が必要と判断している。しかし、翻案権侵害か否かを判断するにあたって、必ずしも創作性の有無を問題とする必要はないと考えられる〔24〕。判例は、原曲に改変を加えた場合、一般に改変を加える程度が少なく新たな創作性がなければ複製で、改変を加える程度が大きく新たな創作性が付け加えられる場合には翻案という切り分けを行っているようであるが、大きく改変を加えたが改変を加えた部分に創作性がない場合であっても翻案権侵害と理解すべきである。二次的著作物の成立要件としては、新たな創作部分に創作性が必要であるが、翻案権を侵害しているかどうかを判断するために創作性の有無を判断する必要はない。実際、前掲どこまでも行こう・記念樹事件控訴審判決においては、翻案権侵害の判断に当たって、表現上の本質的な特徴の同一性と依拠性について検討しているが、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したか否かについては、争点とされていない。

例えば、ポピュラー音楽において、ハーモニー・リズムあるいはテンポ等を変更した装飾的な音を付け加えるなどの方法による改変（リミックス）が行われた場合、判例多数説の見解によれば、改変部分に創作性があれば複製権の侵害または改変部分に創作性がなければ非侵害、後者の見解によれば、翻案権の侵害となる。

なお、ジャスラックは、編曲権まで管理していないので、このような方法により変更を加える場合には、直接著作権者から許諾を受ける必要がある。

3. サンプルング

音楽の現場では、既存の楽曲をサンプルングして、別の楽曲の一部として取り入れる行為が行われる。この場合、原曲が感得できる場合と原曲が感得できない程度に改変されている場合がある。前者の場合、複製権または翻案権の侵害となる可能性がある。なお、前者の場合のみならず、後者の場合であっても、レコード製作者の権利に対する侵害が問題となる。

〔24〕 山本・前掲注〔9〕 308 頁

〔25〕 神谷信行「音源のサンプルングと権利者の許諾」コピライト 44 巻 517 号 42 頁