

時一〇七二号三三頁は、「Yは『密告』の著作者として、本件文章により、ならぬ根拠のない憶測に基づきAを特高のスパイであると断定し、しかも、実録小説という形式をとったことにより、読者に右虚偽の事実を真実と思込ませ、Aの名譽とその子であるXの名譽……を侵害した……」と判示している。

(6) なお、法人の名譽毀損に関して、信用と名譽とを区別して違法性判断に關して異なつた考慮をすべきであるとの見解があり(安次富野雄「判批」判評四四四号一九一頁、検討の必要があるが、本稿ではこの点には触れない。なお、本稿では、判例・通説に従つて、信用は名譽に包含されると解する。

(7) このほか、本判決は、X₂の社会的評価の低下を認定するにあつて「Yらにおいても、……X₁の社会的評価の低下は……X₂の社会的信用の低下をもたらし、これを十分に認識していた」ということを挙げてはいるが、この認識とX₂の社会的信用の低下を認めることは直接には関係のないことであり、この判示をもとに理解すべきか、たとえば、この認識をもつてYが不法行為を負うべき場合を限定しようとするものであると理解すべきかなど、問題はあるが、本稿では触れない。

(8) 最判昭和三十八年四月十六日民集一七卷三三〇四七六頁参照。なお、以上とは逆に、直接にはAを非難しているような表現であつても、その表現が実際に対象としているのはBと解すべきであるという理由で、つまり、表現の向けられていた対象が違ふという理由で社会的評価の低下を否定する裁判例も見受けられる(広島地判昭和三十七年二月二七日判時二九五号二〇頁、東京地判昭和五二年三月二三日判時八三六号六九頁、東京地判平成八年二月二九日判タ九一五号一九〇頁など)。

(9) なお、この場合の会社を間接侵害者として処理しようとする見解として、長谷川隆「判批」判評四四九号一九四頁がある。そこでは、次のように論じられている。「B『C』会社の代表取締役』への言辭の中にCを誹謗する表現が全くない場合……Bへの誹謗的言辭によつてCが被るの、その社会的評価の低落という侵害だといふためには、『Bがその代表者であるところのCの存在』が社会の一般範囲に知られる、ないし、知られていることが必要である」。

(10) ここで取り上げる裁判例は、本件事例とは異なり、会社に向けてなされた名譽毀損の表現が会社代表者への名譽毀損を成立させるか、あるいは、会社および会社代表者に向けてなされた名譽毀損の表現が画者への名譽毀損を成立させるかという形で争われたものである。しかし、争いの形式の相違はここでの疑問を考へるうえでは支障ないと考えられる。

(11) 長谷川・前掲一九二頁は次のように論じている。「個人会社の場合……代表者個人の名譽と会社の名譽とは、後者が前者に包含される形で重なり合う……。というのは、個人会社の名譽は、代表者の名譽のうち専ら取引的・経済的側面と信用と一致すると捉えられるからである。……そして、このような理解に誤りがなければ、取引的な側面の名譽毀損の事案に關しては、少なくとも、代表者と会社双方について名譽毀損に基づき賠償請求を肯定することは、二重の救済を与えることとなり、妥当でないといえよう」。

(12) なお、森泉章「法人・集団の人格権」『現代損害賠償法講座』二一九頁は、次のように論じている。「法人の名譽・評判・信用は、法人自身に帰属するものであつて、理事や構成員(株主)の個人的名譽や評判によるものではないから、個人企業の形態をとる法人のような場合を除いては、理事・株主に対する名譽毀損は、ただちに法人の名譽毀損を成立せしめるものではない。もつとも、法人の役員等の個人に対する誹謗が、直接法人の業務執行方法に対する誹謗となる場合には、法人に対する名譽毀損を認めて差支えなからう。また、役員等の個人に対する誹謗によつて、法人たる会社が営業不振に陥つたような場合に……法人は、役員個人に対する名譽毀損によつて営業不振に陥つた因果関係が立証されるかぎり、名譽毀損による損害を請求しうるのである」。

(13) なお、本件の控訴審ではX₂への名譽毀損は否定されたようである(澤山正法「黒川紀章および黒川紀章建築設計事務所名譽毀損損害賠償等請求事件(東京地判13・10・22および東京高判14・7・18)における事実・証拠収集」判タ一九〇九号三六頁参照)。

三三 音楽の著作物における編曲権の侵害の成否

講義 林大 師 安藤和宏

〔各損害賠償請求本訴、著作権確認請求反訴控訴事件〕東京高判平二二(ホ)二五二六号、平14・9・6、時報一七九四号三頁、一部変更(上告人棄却)、判例

【事実】X₁(原告・控訴人)は、昭和四一年にブリヂストンのテレビコマーシャルソングとして、歌曲「どこまでも行こう」(甲曲)を作曲・作曲し、甲曲は、同社のCMで長年にわたり放送され、その後、レコードとして発売されたり、多くの小中学校の音楽教科書に採用される等して、日本において著名な曲となつた。昭和四二年二月、X₁は甲曲の著作権をX₂(原告・控訴人)に譲渡し、X₂は社団法人日本音楽著作権協会(JASRAC)に同権利を信託的に移転したが、編曲権はX₂に留保された。一方、Y(被告・被控訴人)は平成四年、フジテレビ系列局で放送されていたテレビ番組「あつぱれさん大先生」のエンディング・テーマ曲の作曲依頼を受け、訴外Aが作詞した歌詞に曲をつけ、歌曲「記念樹」(乙曲)として完成したが、同曲の編曲は訴外Bによつて行われている。乙曲は平成四年二月にCDとして発売され、その後、同番組のエンディング・テーマとして放送された。

X₁らは、Yの作曲した乙曲は甲曲を複製したものであると主張して、X₁において氏名表示権および同一性保持権侵害による損害賠償を求め、X₂において複製権侵害による損害賠償を求める本訴を提訴したが、他方、YはX₁に対し、乙曲は甲曲とは別の楽曲であると主張して、乙曲について著作人格権を有することの確認を求める反訴請求を起した。

一審判決(東京地判平成二二年二月一八日、判時一七〇九号九二頁)は、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した上で、具体的に甲曲を四部、乙曲を八部に分け、それぞれ対応するフレーズ毎に旋律の比較を行った結果、「一部に相当程度類似するフレーズが存在することは認められるが、

右のフレーズを含めて各フレーズごとの同一性が認められるとはいえないから、それらのフレーズによつて構成されている乙曲のメロディーと甲曲のメロディーの間に全体としての同一性を認めることはできない」と判示した。和声については、「両曲は、和声において、基本的な枠組みを同じくする楽曲であると認められる」としながらも、「具体的に、甲曲の和声が三種類のみからなっており、和声自体の変化を抑えた比較的多様な短和音を多数記しているのに対して、乙曲の和声は、和声に調和するメロディーの中でも敢えて細かく和声を変化させて流れを作り出しているということが出来る」とし、拍子についても「二拍子と四拍子では、アクセントが異なるので、聴き手が曲から受ける感じが異なるものと認められる」と判示し、結論として、「両曲は、対比する上で最も重要な要素であるメロディーにおいて、同一性が認められるものではなく、和声については、基本的な枠組みを同じくするとはいえるものの、具体的な個々の和声は異なっており、拍子についても異なっている。そうすると、その余の点について判断するまでもなく、乙曲が甲曲と同一性があると認められないから、乙曲が甲曲を複製したものである」として、X₁らの請求を棄却し、Yの請求を認容した。

以上のような一審判決に対して、X₁とX₂が控訴したが、X₂は本控訴に際し、編曲権侵害の主張を追加し、複製権侵害の主張を撤回した。控訴審は以下のように述べ、原判決を一部変更した。なお、Yは控訴審判決に対して上告したが、平成一五年三月一日付にて棄却されている。

【判旨】一 編曲の意義について
「著作権法は、楽曲の『編曲』(同法二条一項一、二七条)について、特に定義を設けていないが(文字的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約二条(三)、二二条も同じ)、同法上の位置付けを共通にする言語的著作物の『翻案』が、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(最高裁平成一三年六月二八日第一小法廷判決・民集五五卷四号八三七頁)の準じて、『編曲』とは、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ものと解するのが相当である。」

一 表現上の本質的な特徴の同一性について
「一般に、旋律を有する通常の楽曲において、編曲の成否の判断要素の主要な地位を占めるのは旋律であると解されること、これを甲曲の楽曲としての本質的な特徴という観点から具体的に見ても、その表現上の本質的な特徴が、主として旋律の全体的な構成にあることは上記のとおりであるが、甲曲は和声等を含む総合的な要素から成り立つ楽曲であるから、最終的には、これらの要素を含めた総合的な判断が必要となるというべきである。」

「乙曲は、その一部に甲曲にはない新たな創作的な表現を含むものではあるが、旋律の相当部分は実質的に同一とい得るものである上、旋律全体の組立てに係る構成においても酷似しており、旋律の相連部分や和声その他の諸要素を総合的に検討しても、甲曲の表現上の本質的な特徴の同一性を維持しているものであつて、乙曲に接する者が甲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ものというべきである。」

二 依拠性について
「甲曲は、昭和四〇年代から乙曲の作曲された当時(平成四年)にかけての時代を我が国で生活した大多数の者によく知られた著名な楽曲であつて、甲曲と乙曲の

旋律の間には乙曲が甲曲に依拠したと考えるほか合理的な説明ができないほどの上記のような顕著な類似性があるほか、被控訴人が乙曲の作曲以前に甲曲に接したであろう可能性が極めて高いことを示す各観的事情があり、これを否定すべき事情として被控訴人の主張するところは、いずれも理由がなく、他に的確な反証もないことを併せ考えると、乙曲は、甲曲に依拠して作曲されたものと推認するのが相当である。」

(なお、項目立ては評釈者による)

【評釈】一 はじめに
本件は、マスコミでも大きく取り上げられ世間の注目を集めた訴訟であるが、本判決には、編曲の意義や編曲権侵害の判断基準、楽曲の分析手法といった法律的に重要な問題に対する判断が含まれており、その意義は大きい。また、本件のように楽曲の複製権侵害や翻案権侵害の成否が争われた裁判例は極めて少なく、その意味でも先例的価値を十分に持つものである。

控訴人側は一審において、複製権侵害の主張をしたが、本控訴に際し、編曲権侵害の主張を追加し、複製権侵害の主張を撤回している。したがって、一審判決と本判決を単純に比較することは適当ではないが、同一性の判断基準(特に旋律の対比)については一審判決を取り上げてその問題点を検討する。さらに、著作権侵害において日本と同じく、依拠性と類似性をその要件とするアメリカの判例を適宜参照することにより、本判決を多角的に検討してみたい。

二 編曲の意義について
本事案は、X₁の創作した楽曲の旋律と和声に対して、Yが修正、増減、変更等を加えた行為が問題となつており、Yは音楽業界というところの編曲を行っているわけではない。これは、Yの作曲した乙曲が訴外Bによつて編曲されていることから明らかである。

編曲の一般的な意義は、「ある楽曲を他の楽器用に編みかえたり、他の演奏形式に適合するように改編したりすること」(舞踊院)であるが、音楽業界においては、旋律と和声がついた楽曲に演奏のためのスコアを制作することも編曲(アレンジ)という。本件における甲曲・乙曲のようなポピュラー音楽の場合は、作曲者は旋律と和声をつけた楽譜やそれを録音したテープ(最近では作曲者が単にアレンジをつけたものを編曲者に渡し、編曲者はそれを元に演奏形式(ギター、ベース、キーボード、)を考え、楽曲に合わせてそれぞれの楽器用にスコアを書いたり、演奏方法を指定する。中には譜面を書きえない作曲家もいるが、その場合は編曲者がその場で採譜したり、あるいは作曲者が自分の歌や演奏を吹き込んだテープを編曲者に渡すこととなるが、最近では音を指定すると自動的に譜面を作成するコンピュータ・ソフトウェアも販売されている(コンピュータを使った作曲)。

本判決は、「一般用語ないし音楽用語としての「編曲」と著作権法上の「編曲」とでは、概念が必ずしも一致しない」として、著作権法上の編曲の意義について、「表現上の本質的な特徴の同一性」という判断基準を用いるべきとした。すなわち、既存の楽曲の旋律を一部変更し、和声を新たに付け直す行為を一般的には編曲と言われないが、著作権法上は、「新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに採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」ができれば、この行為を編曲と位置付けることとしたのである。これは最判平成三年六月二八日民集五五巻四号八三七頁「江差追分(北の波濤に唄う)事件」における言語の著作物の翻案の意義をそのまま編曲について転用したものである。

本判決が採用した翻案権侵害の判断基準はすでに多くの下級審(大阪地判昭和六〇年三月二十九日判時一一四九号一四七頁「商業広告事件」、京都判平成七年一月九日判時

一五五九号三三三頁「アコンコウ行灯事件、東京都判平成一月一五日判時六六九号一四四頁「スイカ写真事件」、東京都判平成三〇年六月二九日判時一六六七号二一三頁「地獄のタケコシ事件」等二)が採用しており、上記事件において最高裁でも採用されるに至ったものである。

この翻案権侵害の判断基準は妥当なものだと考えるが、編曲の用語解釈については疑問が残る。Xは準備書面等において編曲ではなく翻案権の用語を用いていることから、一般的用語解釈に従い、Yの行為を編曲とは考えなかつたものと思われる。現行法の立法担当者も編曲とは、「音楽の著作物について、楽曲をアレンジして原曲に付加的価値を生み出すということ」(行・著作権保護条議第三)と定義しており、本判決が採る用語解釈は、学説・判例いずれにおいてもこれまで見られなかつたものである。

しかし、この解釈はあまりに一般用語とかけ離れたものであり、適切ではない。音楽の二次的著作物を創作する行為をすべて編曲とする必要はないのだから、本件ではXらが当初主張したように、編曲ではなく翻案権の用語を使用すべきであつたであろう。もちろん、これは用語の問題であつて、判決の内容を左右することは全くない。

三 表現上の本質的な特徴の同一性について

1 楽曲の創作性
著作物は思想又は感情を創作的に表現したものでなければならぬ(著法二条)、誰が創作しても同じ表現になるものやありふれた表現は創作性を欠き、著作権法の保護対象から外れることとなる(七年二月一八日知的財産二七巻四号七七八頁「ベストメッセー」最終判断事件)。楽曲について言えば、ありふれたフレーズやリズムパターンは創作的な表現とはいえないことになる(東京判昭和六二年四月二八日判時六二四四号三三〇頁「真長川輪歌事件」)。但し、ありふれた表現と言つても、どこまでがありふれた表現であり、どこからがありふれていない表現なのか、実際には線引きが難しい。

音楽の世界では、旋律の同一性だけでなく、伴奏の同

一性もよく問題となる。ポピュラー音楽では、特に単音で構成されるギターのバックングやベースのリフについて紛争になるケースが増えている。これらは一般的には和声や根音を基本に展開されるものであり、フレーズに高い創作性が認められない限り、保護の対象とすべきではない。さもないと、自由に編曲できる範囲が狭くなり、編曲者の創作活動に支障を来すことになりかねないからである。

著作物を微視的に分析すると、著作物の構成成分がありふれた表現になってしまうおそれがある。したがって、著作物を分析する場合は、創作的な表現として認識できるかたまり以上の細分化は適当ではない。原則として、楽曲を一小節単位まで細分化することは微視的に過ぎると言えよう。

本件においては(同様)、甲曲をA・Dの四フレーズに、乙曲をa・bの八フレーズに分けて分析しているが(別紙三)、各フレーズ(甲曲四小節分、乙曲二小節分(別紙三))は創作的な表現として認識できるものであり、分析単位としては適当であろう。

2 旋律の対比

(1) 本件では、甲曲と乙曲の対応する音の高さの一致する程度を数量的に分析し、乙曲の全一二八音中九二音(約七十二%)が甲曲の旋律と同じ音であることを重視している(別紙三・四参照。なお、別紙三は音の高さの一致する部分を黄色に、異なる部分を緑色にしてある。別紙四は異なる音に線が引かれてある。また、楽曲の複製権または翻案権侵害訴訟においては、音は音符で表すことが可能なため、他の著作物の場合と異なり、数量的分析が比較的容易にできる。

但し、翻案権侵害の判断基準は、表現上の本質的な特徴を直接感得できるか否かであるから、数量的分析という客観的な判断手法を全面的に採用すべきかは議論の分かれるところであろう。この点は裁判所も十分認識しており、「もとより、楽曲の表現上の本質的な特徴の同一

性が、このような抽象化された数値のみによって図り得るものではないことはいうまでもない」と留意をつけながらも、「上記のような形式的、機械的な対比手法によって得られた数字が示す甲曲と乙曲との旋律の音の高さの一致の程度は、旋律の類似例として本件の主張立証中に数多く現れている他のいかなるものと比較しても、格段に高く、むしろ、原曲とその編曲に係るものとして公表されている楽曲と同程度であるということは、看過することのできない一つの事情と解される」と判示し、両曲の同一性を示す重要な事実として認定している。Yが反証として挙げた楽曲の類似例中、音の高さの一致率が最も高いものでも約四〇%であった。本判決が甲曲と乙曲の音の一致率の高さに注目するのもうなずけるところであろう。

これは楽曲を音の高さで対比するという数量的分析を採用した初めての裁判例であり(一審においても原告は約七二%である旨を主張したが、裁判所)、大きな意義を持つものである。但し、この手法を採用する場合は、創作的な表現以外の部分を含めて数量的分析を行わないように注意しなくてはならない。前述したように、あくまでも著作権法の保護の対象は創作的な表現部分だけだからである(但し、依拠性の証明として)。

上記の数量的分析において注目すべきは、譜割りの相違を考慮していない点である(別紙四)。たとえば、フレーズB(ドドファアアアアアアアアアア)とフレーズb(ドドファアアアアアアアアアア)の対比において、傍線部のみを相違部分とし、フレーズBの三音目のファの付点四分音符一音とフレーズbの三音目からのファの八分音符三音は同じとみなしている。確かに譜割りを変えると楽曲の感じが異なることはあるが、全音符を一六分音符で細かく刻んだり、シンクベーションをつけるなど、大幅な譜割りの変更ではない限り、音の高さのみで比較するこの方法は有

効であろう。

(2) 本判決では、旋律の対比において詳細な検討を行っているが、旋律の比較方法として、最初に同一部分を、次に相違部分を検討し、その上で同一性について判断している。

まず同一部分については、①各フレーズの最初の三音以上と末尾の音及び強拍部の音が全く同一である(乙曲例外に於いて生じた一つのフレーズを除く)、②そのため、楽曲全体の起承転結の構成が酷似している、③ほとんど同一というべき旋律が二音にわたつて(全体の三分の一以上)連続して存在する、④甲曲と乙曲は音の高さの一致率が約七十二%にも及んでいると認定した。

次に相違部分については、フレーズa「導音を排した旋律という新たな創作的な表現が加わつた」、フレーズb「導音の有無に係る上記a(フレーズaの部分)におけるほどの異なつた格別の印象を生じるとは認められない」、フレーズc「甲曲が有しない格別の創作的な表現を付け加えるものということはできない」、フレーズd「乙曲が反復二部形式を採用したことに由来する相違に過ぎない」と創作的表現の付加の有無の観点から相違点を分析し、結論において、「旋律の相当部分は實質的に同一といつて得るものである」として、一部のフレーズに新たな創作的な表現が付加されたとしながらも、その他の多くの部分は同一性が認められるとした。

本件では旋律の対比において、各フレーズの連結部や強拍部等、配置される音の意味を考慮して分析が行われている。この手法はこれまでの裁判例に見られなかつたものであり、高く評価される。一方、本判決は、フレーズaを新たな創作的な表現が加わつたものとしているが、疑問である。このフレーズはあまりに単純なものであり、ありふれた表現だと思う。導音を排したからといって、必ずしもフレーズに創作的な表現が付加されるわけではない。本判決はこのフレーズの創作性を過剰に評

価しているように思える。残りのフレーズの分析は概ね妥当であろう。

(3) 一審判決では、上記の控訴者の判断と大きく異なり、全フレーズにおいて旋律の同一性が認められないとした。特に、全フレーズ中、最も同一性の程度が強いフレーズCとフレーズcの比較において、譜割りが変更されている以外は末尾の音が「ミド」が「ミレド」になっているだけでも関わらず、「末尾の二音「ミド」(フレーズC)と三音「ミレド」(フレーズc)を除いて、その音階の変化が同じであり、この点で相当程度類似しているということが出来るが、同一の音階の中にあつても、音符の数及び長さは異なつていて、右のとおり末尾の音階も異なつていて、これらのフレーズに同一性があるとはできない」と判示した。この程度の微小な相違にも関わらず、同一性を否定した点については、別稿で厳しく批判したが(審・よくわかる著作権権利(三))、この判断基準で同一性が認められるのはアッドコピーくらいであろう。同一性の判断主体の基準は、通常人であるが(東京判平成五年八月三三二〇頁「第一」)、これではあまりに通常人の感覚からかけ離れた判断ではないだろうか。

一審判決の問題点は大きく二つある。それは、同一性の判断において①譜割りの相違を重視し過ぎた点、②各フレーズの連結部や強拍部といった重要な部分の同一性を考慮しなかつた点、③両曲の音の高さの一致率が約七十二%という高率であることに注目しなかつた点である。特に、①の譜割りの評価は重要な問題であり、本判決では一転して「原曲の旋律と同じ高さの音を用いて譜割りのみを変更することは、編曲の範囲内にとどまる常同的手法にすぎないと解される」と判示し、譜割りの変更は音の高さに比べて、考慮要素としては低度のもつと解している。音の高低は旋律の流れを構成し、全体の基本的な旋律(基礎旋律)のベースとなるが、譜割りの変

化は旋律の流れに変化をもたらさない。したがって、本判決の理解は正当であり、それを初めて明示した判旨は大きな意義を持つものである。

(4) 本判決では、両曲の旋律の対比において、フレーズの「導音の有無の点、乙曲のみが有する新たな創作的表現を含むものとして軽視することはできないものの、量的にも、質的にも、上記の共通する旋律の組立てによってもたらされる支配的な印象を上回るものではない」とし、「旋律の一部に創作的表現が加えられた事実は認められるものの、「旋律に着目した全体的な検討としては、両曲は表現上の本質的な特徴の同一性を有するものと解するのが相当である」と結論づけた。基礎旋律が変更されていない本件においては、当然の帰結であろう。

3 和声その他の要素について

本判決は、甲曲の表現上の本質的な特徴が主として旋律の全体的な構成にあるとしながらも、「甲曲は和声等を含む総合的な要素から成り立つ楽曲であるから、最終的には、これらの要素を含めた総合的な判断が必要となる」とし、「和声、リズム、形式といった他の要素を同一性の減殺事由として考慮している」。

甲曲は、基本三和音による三コードで構成される曲であり、非常にシンプルで和声進行でできている(別紙1)。一方、乙曲は、細かい経過和音と分音符コードを多用しており、使用している和声の種類も数も圧倒的に甲曲を上回っている(別紙2)。しかしながら、本判決はこれらの相違をもつても、「両曲の表現上の本質的な特徴の共通性を上回り、その同一性を損なうもの」と判示した。

本件のような表現上の本質的な特徴が、主として旋律にある楽曲の同一性の判断において、和声やリズム等、旋律以外の要素を減殺事由として考慮するか否かは、大變悩ましい問題である。通常の楽曲は、旋律・和声・リ

ズムという三要素から構成されるものであるが、旋律だけでも独立した著作物として成立する。したがって、原告著作物の旋律を被告作品から直接感得することができれば、編曲権の侵害となるのだから、他の要素を考慮する必要はないという解釈は成り立ち得る(Calhoon v. Lillenas, 128 F.2d 298 (9th Cir. 2002))。しかしながら、通常の楽曲は旋律と共に作曲者によって和声やリズムが指定されており、作曲行為においてこれらの選択も重要な創作要素として一般に認識されているのも事実である。同じ旋律でも和声やリズムの選択の相違によつては曲調や曲調が変わってしまうため、これらの指定は重要な作曲行為の一つとして位置付けられているのである。したがって、著作権侵害の判断の際にはこれらの要素すべてを考慮しなければならないであろう。

但し、旋律に比べて和声やリズムの位置付けは低いものとなるので、旋律に同一性が認められる場合、和声やリズムの相違によつてその同一性が損なわれることは、特別な場合を除いて、ほとんどないと思われる。特別な場合とは以下のような例である。旋律がある程度類似しているA曲とB曲があるとしよう。A曲は四分の三拍子で短調、複雑な和声を使っており、B曲は四分の四拍子で長調、和声も単純なものだとすると、その曲調や曲調はかなり異なるものとなり、A曲を聞いた人がB曲を聞いてもA曲の表現上の本質的な特徴を直接感得できない可能性がある(Repp v. Lloyd Webber, 947 F.2d 105 (SD N.Y. 1996))。もちろん、これは稀な例であるし、旋律がまったく同一であれば、いかに和声やリズムが異なっても、通常は表現上の本質的な特徴が直接感得されよう。

やや専門的な話になるが、和声やリズムは旋律に依存して付けられるものなので、キーとなる調と旋律の構成によつて大きな制約を受ける。これらの関係は、密接関連性や相互依存性と表現することができよう。したがって、旋律が特定されれば、和声の選択の幅は無限ではな

く、かなり狭いものとなる。和声の比較に際して注意すべきは、和声の派生形であるテンションノートの付加や分音符コードさらに経過和音等を、差異が低度のものと認識しなければならないことである。たとえば、甲曲のフレーズA (E-B, D) と乙曲のフレーズa (D-G/A-D-G/D) を比べれば、一見するとフレーズaの方が複雑な和声が多く使われているように見えるが、両者を聴き比べるとそれほど違いはないと感ずるだろう。これは、フレーズaに使用されている和声がフレーズAの和声の派生形だからである。和声の種類や数のみで比較するのではなく、元の和声と置換された和声との関係にも留意する必要がある。

四 依拠性について

依拠性の証明責任は、権利を主張する原告が負うものと解するのが一般的であるから、被告が依拠を認めている場合や被告作品に原告著作物と同一の誤字、脱字等がある場合等の特別なケースを除いて、通常、原告は依拠性の証明に苦勞することとなる。

本件では依拠の事実を基礎付けるための間接事実として、X1らは①甲曲は昭和四一年から昭和五五年にかけて、アーティストのテレビCMにおいてテレビ放送された、②甲曲は多数の商業音楽集や歌集に掲載されている、③甲曲は多数の音楽教科書に継続的に掲載されている、④甲曲をレパートリーの一つでシングル盤を発売している歌手とYが長年にわたり親しく交際している、⑤Yは甲曲発表後アーティストの社歌を創作している、⑥乙曲には甲曲との顕著な類似性が認められること等を挙げている。

これだけの間接事実を証明できるのは、紛れもなく甲曲が多くの人に知られている有名な楽曲だからである。本判決も「甲曲が昭和四一年に公表されてから長く、歌い継がれて大衆歌謡ないし唱歌としての地位を確立し、昭和四〇年代から乙曲の作曲時である平成四年にか

ける時代を我が国で生活した大多数の者によく知られた著名な楽曲である」と、甲曲が著名な楽曲であることを認定している。この点が依拠性は認められないとした前掲注(1) 裁判「アン・レイン・ナイト・イン・トキョ」事件」との大きな相違点である。

X1らは間接事実として挙げているが、依拠性の証明として、この他にレコードの売上枚数、たとえば一〇〇万枚売れたとか(Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946))、ヒットチャートの一位になったとか(ABKCO Music, Inc. v. Harrison's Music, Ltd., 508 F. Supp. 798 (D.D.C. 1981))、あるいは著作権使用料による収入も間接事実として有効であろう。

Yはこれに対して、依拠性を否定するためには、不知であることの具体的な理由の説明や独立創作の抗弁をしなければならぬが、具体的には甲曲が流行していた時期に海外で生活していたとか、独立創作の過程を第三者が見ていたり、テープに収録していた(Selle v. Gibb, 567 F.2d 1111 (9th Cir. 1977))等の事実を証明するしかないだろう。これだけの著名な楽曲の不知を証明することは困難と言わざるを得ないが、逆に知らないはずはないとの推定が働いているので、不知の証明を課すこと自体は不当ではない。

五 編曲権侵害による損害額について

X2は、編曲権侵害による損害賠償として、著法一四二条二項の相当対価額の支払を求めており、本判決はこの主張に対し、乙曲の著作権(歌詞を含む)はJASRACが管理していることから、JASRACからの分配額(分配保留額を含む)を基準として、損害額を算出している。その際、作詞者と編曲者の取分をJASRACの著作物使用料分配規程の分配率に準拠して算出し、これらを分配額から控除している。音楽著作物の関係権利者としては、作詞者、訳詞者、作曲者、編曲者、音楽出版者が挙げられるが、本件のように各権利者の取分を算出する場合は、JASRACの上記規程を参照するのが適当である。なお、本判決は乙曲の著作権を管理する音楽出版者の取分を考慮していないが、当該音楽出版者はX2

と契約関係にないので当然である。

本判決は、賠償額の算出に際し、JASRACの管理手数料を控除すべきだとするYの主張を退け、さらに放送使用料と放送用録音使用料について、JASRACが事務上採用している包括使用料方式(ブランクセット方式)ではなく、一曲一回当たりの使用料を積算する方式(曲別方式)で計算すべきだとするX2の主張を受け入れた。

平成一三年一〇月一日に著作権管理事業法が施行されるまでは、いわゆる仲介業務法によりJASRACが唯一の音楽著作権の仲介団体であり、X2のような音楽出版者が著作権使用料の徴収業務をすることができなかつた。Yの主張はこの点を捉えたものであるが、判旨の通り、平成一二年法改正により著法一四二条二項の「通常」の文言は削除されており、Yが主張する管理手数料の控除は適当ではない。また、JASRACによるブランクセット方式の採用は、あくまでも特定使用者との契約に基づくものであり、曲別方式の使用料規程が存在する以上、曲別方式による損害額の計算には何ら問題はない。したがって、本判決の判断はどちらも妥当なものであるといえよう。

ここで事務上の問題点を一つ指摘しておこう。X2のように曲別方式による損害額の算定を主張する場合、乙曲がどのテレビ局やラジオ局で何回放送されたかが問題となる。JASRACは、レコード放送の場合、標本抽出(サンプリング)によつて使用実績を調査しているのだから、実際の放送実績を把握していない。したがって、X2は乙曲がテーマ曲として採用されたテレビ番組での放送実績しか証拠として挙げていないが、実際は他のテレビ番組やラジオ番組で複数回放送されたものと思われる。曲別方式を主張すると、これらの不明な放送分に対する使用料相当額は原則として認められないことになるので、損害額請求の主張に際しては十分に留意する必要がある。但し、平成一二年法改正により、損害額を立証す

るために必要な事実の立証が極めて困難なケースにおいて、裁判所は口頭弁論の全趣旨と証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができるようになった(著法一四二条二項)。したがって、本条を適用すれば判明された事情に基づく損害額の認定は可能である。

六 本判決に対する評価と疑問点

本判決は、両曲の詳細な比較検討の結果として、「乙曲は、その一部に甲曲にはない新たな創作的表現を含むものではあるが、旋律の相当部分は実質的に同一」とい得るものである」と判示し、Yが乙曲を作曲した行為は甲曲を原曲とする編曲と認め、Yの当該行為はX2の編曲権を侵害するものであるとした。前述した通り、当該判旨の前段は賛成しかねるが、後段は大いに評価したい。本判決は、両曲の対比についての確かつ高度な分析を行っており、一部の判断には若干の不満は残るものの、總体的に優れた内容であるといえよう。

なお、本判決に関する疑問点をここで三つほど挙げておこう。

第一に、控訴人が控訴審において主張を変更したので仕方ないが、本件は複製権侵害が認められるべき事案ではなかつたかという点である。前記判旨の通り、本判決は「旋律の相当部分は実質的に同一」とい得るものと明言しており、さらに付加された創作的表現が微小なものとなれば尚更である。

第二に、楽曲の一部に創作的表現を付加すると、楽曲全体が二次的著作物になるのかということである。この理に従えば、小説のプロローグやエピローグだけを翻訳したり、児童向けにリライトすると、全体が二次的著作物ということになるが、果たして妥当な結論であろうか。本判決は、Yによる乙曲の和声の配置に創作性を見出したということかも知れないが、明示していない。このことから、本件はやはり複製権侵害の事案ではないかという意を強くするのである。

第三に、本判決はYがX1の意に反して甲曲を改変した

別紙1 楽譜一

どこまでも行こう 小林重雄 曲 小林重雄 歌 山崎隆 詞

別紙2 楽譜二 楽譜

- 1. どこまでも行こう 道はまじくとも 幸せが待つている ああ空の向うに 口笛を吹きながら 走つてゆこう

- 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16

別紙3 対比譜面

対比譜面 楽譜

別紙4 旋律の対比

Table with columns for measures 1-16 and rows for different musical elements like フレーズA, フレーズB, etc.

乙曲を作曲した行為は、X1の同一性保持権を侵害するものであるとして、全面的にこれを認めているが、どの部分の改変が同一性保持権の侵害となつたかについては明示していない。Yは甲曲に対し、旋律・和声・リズムの変更を行っているが、その内のどの部分の改変が編曲で、どの部分の改変が同一性保持権の侵害となるのか、詳細な説明をするべきであらう。

- (1) 旧法下の事件として、東京地判昭和九年四月一日法律新聞三六八六号五頁(夢は涙か思い出か事件)...

三四 犯行当時の被告人の是非弁別能力は著しく減弱していたし、その行動制御能力は完全に失われていたものと疑うべき合理的な理由があるから、本件犯行は心神喪失者の行為であるとして無罪を言い渡した事例

岡山大学 近藤和哉 助教授

【事実】被告人(当時三六歳)は、被害者である母親A(当時六〇歳)と父との間に長男として生まれたが、被告人が四歳の時に父が自殺し、以後はAに養育された。大学中退後の昭和六〇年頃、繊維会社に就職し、結婚して二女をもうけたが、音のノイローゼに悩まされて退職、徐々に定職から離れるとともに奇異な行動をとりはじめ、これらが原因となつて、平成三年には離婚に至つた。被告人は、このころから、幻聴・幻覚等の病的体験を訴えるようになり、同年末には乙山精神病院に入院したが、入院治療・服薬に必ずしも積極的ではなく、以後、本件直前までの七年間の間に、病的体験の悪化による入院・寛解に至らないうちの退院を一回反復した。