

Title	〔判例研究〕バンドスコアの模倣行為について一般不法行為の成立が認められた事例： 東京高判令和6年6月19日令和3年(ネ)第4643号各損害賠償請求控訴事件 (LEX/DB25620933)
Sub Title	Case study) case in which general tort was recognized in the case of imitation of band scores : Tokyo High Court judgment, June 19, 2024
Author	小泉, 直樹(Koizumi, Naoki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2025
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.54 (2025. 2) ,p.[47]- 62
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	片山直也教授・鹿野菜穂子教授・本郷亮教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20250225-0047

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔判例研究〕バンドスコアの模倣行為について 一般不法行為の成立が認められた事例

——東京高判令和 6 年 6 月 19 日令和 3 年（ネ）第 4643 号
各損害賠償請求控訴事件（LEX/DB25620933）——

小 泉 直 樹

- I 本判決の意義
- II 事実及び判旨
- III 著作権法によって保護されない情報の利用について一般不法行為が成立するのはどのような場合か
- IV 他人が販売目的で採譜したバンドスコアを同人に無断で模倣してバンドスコアを制作し販売等する行為について不法行為は成立するか

I 本判決の意義

最判平成 23 年 12 月 8 日民集 65 卷 9 号 3275 頁（以下「北朝鮮著作物事件」という。）は、著作権法が既に保護の要否や限界について判断を示している場合には、著作権法が規律している利益と異なる法的な利益が侵害されているという特段の事情がある場合を除き、民法 709 条による介入は控えるべきであるという趣旨を説示し、同判決以降、著作権を含む個別の知的財産権侵害に当たらない行為について、一般不法行為該当性を認めた裁判例は現れていない状況にあった。そのような中、東京高判令和 6 年 6 月 19 日令和 3 年（ネ）第 4643 号各損害賠償請求控訴事件（LEX/DB25620933）（以下「控訴審判決」という。）は、著作権法の保護対象ではないバンドスコアの模倣行為について、一般不法行為の成立を認めた点に意義が認められる。本判決の他にも、近時、不正競争防止法所定の不正競争に該当しない行為について、一般不法行為の成立を認めた事例が登場する等¹⁾、個別の知的財産法と不法行為の関係をめぐって、改めて、整理が必要な状況にある。

II 事実及び判旨

1 事実

X（原告・控訴人）は、楽譜の出版及び販売等を目的とする株式会社であり、多数の楽譜を電子媒体及び紙媒体で出版し、実店舗に卸売しているほか、自社及び他社のウェブサイトにおいて販売している。Y₁（被告・被控訴人）は、ウェブサイトの企画、制作及び運営等を目的とする株式会社であり、「GLNET +」というウェブサイト（以下「本件サイト」という。）や「U-FRET」というウェブサイトにおいて、多数のバンドスコア（バンドミュージックについて、ボーカル、ギター、キーボード及びドラム等のパートに係る演奏情報が全て記載されている楽譜）を無料で公開し、不特定多数人の用に供した上で、広告収入を得ている。Y₁の代表取締役であるY₂（被告・被控訴人）は、自身のメールアドレスを使用して、訴外ウェブサイトから、平成20年8月頃から平成31年4月頃までの間に、Xスコアの608曲を購入し、そのうち598曲について、購入日と同日又は翌日以降に、Y₁スコアを本件サイトに公開した。

本件は、Xが、Y₁において、Xが制作し販売する別紙1模倣楽曲一覧記載の579曲（以下「本件楽曲」という。）に係るバンドスコアをXに無断で模倣してバンドスコアを制作しこれをウェブサイトにおいて無料で公開することによって、Xが制作するバンドスコアの販売冊数の減少を招き控訴人の営業上の利益を侵害したと主張して、Y₁に対しては一般不法行為による損害賠償を請求し、Y₂に対してはY₁との共同不法行為等に基づく損害賠償の請求を行った事案である。

1) 商品の比較広告が、不正競争防止法2条1項21号所定の信用毀損行為には当たらないが、不法行為に当たるとした事例として、札幌地判令和6年2月27日令和3年（ワ）第595号損害賠償請求事件金融商事判例1696号26頁、同項1号の不正競争に当たらないが、不法行為を構成するとした事例として、大阪高判令和6年5月31日令和5年（ネ）第2172号不正競争行為差止等請求控訴事件。

2 一審（東京地判令和3年9月28日平成30年第19860号・第33090号損害賠償請求事件〔民事第4部〕）²⁾

(1) 判旨

請求棄却。

「(2) バンドスコアの概要

ア クラシック音楽については作曲家が楽曲全体の構成をあらかじめ楽譜として作成するのに対し、バンドミュージックについては、作曲家が楽譜を書きながら作曲するのではなく、録音現場において演奏・録音しながら作曲することが大半であるため、作曲者自らが作成した完全な楽譜が存在せず、楽曲の全てを表現するのは録音された原盤だけという場合が非常に多い。そのため、バンドミュージックの楽譜（バンドスコア）を制作する場合、音源の演奏内容を聴き取り（以下、この作業を「聴音」という。なお、この作業は、俗に「耳コピ」といわれている。）、楽譜を書き起こす（以下、この作業を「採譜」という。）ことになる。

イ 採譜は、音階やフレーズを正確に把握しなければならないので、専門的な音楽教育を受けた経験がなければ困難である。正確な聴音ができるまでには相当な修練を要する。また、実際にバンドスコアを作成する際には、繰り返し楽曲を聞く必要がある上、相当な集中力が求められる。」

「(3) 模倣性の判断基準

XがY₁による模倣を具体的に主張するYスコアは、同一楽曲について採譜したものであり、原曲に近づけて演奏できることを目的として制作している以上、その表記内容が類似しているからといって、直ちに模倣したと判断することはできない。他方で、ギターは同じ高さの音を出せる演奏ポジションが複数あり、エフェクターが使用されたり、その他の楽器の倍音が混在したりしている中で聴音することを踏まえると、演奏ポジションが全て合致することは考え

2) 鮑妙堃「スコアを無断複写する行為の不法行為該当性を否定した事例」知的財産法政策学研究 68 号 285 頁（2023 年）、同「スコアを無断複写する行為の不法行為該当性を否定した事例」ジュリスト 1589 号 138 頁（2023 年）。

難しく、採譜者の聴音・採譜能力、経験、使用再生機器等によって、採譜の細部に違いが出ると認められる。したがって、Xスコア及びYスコアが細部にわたり一致しており、特に、Xによる独自の表記や、明らかな誤りが一致しているなど、Y₁が独自に採譜した場合にはおよそ一致していることが有り得ない表記が一致している場合には、偶然一致したとは考え難いから、そのような場合には、Y₁がXスコアを模倣したと認められる。また、細部にわたり一致しているかの判断においては、その楽曲を構成する、音自体の表記（音量、音高、音色）及び音楽の表記（メロディ、ハーモニー、リズム）が一致していることのほか、演奏ポジションが異なっても同じ音高を出すことは可能だが、演奏ポジションが全て一致することは考え難いことから、演奏ポジションが一致しているかどうかを考慮して判断すべきである。……模倣主張楽曲のいずれについても、Y₁がXスコアを模倣してYスコアを制作したと認めることはできない。」

（2）一審判決の特徴

一審判決に接してまず気が付かれるのは、北朝鮮著作物事件との関係で、そもそも、バンドスコアの模倣行為について一般不法行為の成立を認める余地があるのか、言い換えると、バンドスコアをウェブサイトで公開することにより生ずる利益が「著作権法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる利益」といえるか、という前提問題について、当事者間において争われておらず、判決にも、この点について言及は見られないことであろう。

もしかりに、北朝鮮著作物事件に照らし、本件において一般不法行為の成立を認める余地があるとするならば、具体的に模倣と認めるかは、事実認定の問題に帰することになる。これに対し、バンドスコアをウェブサイトで公開することにより生ずる利益が「著作権法が規律の対象とする著作物の利用による利益」に含まれ、一般不法行為の成立を認める余地がないのであれば、いかに「模倣」「デッドコピー」「フリーライド」であろうとも、法的には自由利用として許容するというのが、北朝鮮著作物事件の下で、従前の裁判例が一致して採用してきた立場である。

3 控訴審（民事第 17 部）

(1) 判旨

原判決取消し。

「3 バンドスコアの模倣による不法行為の成否

(1) バンドスコアは、著作権法 6 条各号所定の同法による保護を受ける著作物に該当しない。

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。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法 6 条もその趣旨の規定と解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象にはならないものと解される。したがって、同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である（最高裁平成 23 年判決）。

したがって、他人が制作したバンドスコアを利用してバンドスコアを制作し販売等（インターネット上に無料で公開し広告料収入を得る行為を含む。以下同じ。）をする行為について不法行為が成立するためには、当該行為について著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情が認められることが必要であると解される。

(2) バンドスコアを制作するには、バンドミュージックの楽曲の演奏を聴音してそれを楽譜に書き起こす「採譜」という作業が必要である。この採譜という作業には多大な時間、労力及び費用を要し、また、採譜という高度かつ特殊な技能の修得にも多大な時間、労力及び費用を要する。

そのため、バンドスコアの制作者が販売等の目的で採譜したバンドスコアを制作者に無断で模倣してバンドスコアを制作し販売等すること、すなわち、バ

バンドスコアの制作者が採譜にかけた時間、労力及び費用についてフリーライドすることが許されるとしたら、その反面、制作者が販売するバンドスコアの売上げが減少し、採譜によるバンドスコアの制作への投資を十分に回収できなくなり、採譜によってバンドスコアを制作し販売する事業者は壊滅的な打撃を被ることになって、自ら時間、労力及び費用を投じて採譜によりバンドスコアを制作しようとするインセンティブは大きく損なわれ、採譜によりバンドスコアを制作し出版しようとする者がいなくなるから、音楽の演奏を趣味・職業とする者等から一定の需要が見込めるにもかかわらず、採譜によるバンドスコアの供給が閉ざされる結果になりかねない。また、高度な技術を身に着けて苦勞して採譜した成果物についてフリーライドが許されるとしたら、多大な時間、労力及び費用を投じて採譜の技術を修得しようとする者がいなくなり、ひいては、バンドスコアに限らず、採譜によって制作される全ての楽譜が制作されなくなって、音楽出版業界そのものが衰退し、音楽文化の発展を阻害する結果になりかねない。

バンドスコアの採譜を取り巻くこのような事情に鑑みれば、他人が販売等の目的で採譜したバンドスコアを同人に無断で模倣してバンドスコアを制作し販売等する行為については、採譜にかかる時間、労力及び費用並びに採譜という高度かつ特殊な技能の修得に要する時間、労力及び費用に対するフリーライドにはかならず、営利の目的をもって、公正かつ自由な競争秩序を害する手段・態様を用いて市場における競合行為に及ぶものであると同時に、害意をもって顧客を奪取するという営業妨害により他人の営業上の利益を損なう行為であって、著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するものといえるから、最高裁平成23年判決のいう特段の事情が認められるというべきである。」

「(1) バンドスコアの模倣性の判断基準

模倣性の判断においては、まず、控訴人スコアと被控訴人スコアの間で、その楽曲を構成する、音自体の表記（音高、音価、音色）や音楽の表記（メロディ、ハーモニー、リズム）が一致する部分がどれほどあるかが判断の基礎になる。

次に、採譜作業は困難な作業であるがゆえに誤りはつきものというべきであるが、Xスコアの明らかな誤りがYスコアに引き継がれている場合には、Y₁の採譜者が原曲の音源を聴いて独自に採譜したとすれば、そのような事態が生じる可能性は極めて乏しいから、Y₁はXスコアを模倣したものと強く推認される。

また、Xスコアに特有の表記がYスコアに引き継がれている場合にも、Y₁の採譜者が独自に採譜した結果を自らYスコアに記入したとすれば、そのような事態が生じる可能性は極めて乏しいから、模倣性が強く推認される。

さらに、ギターには同じ音高を出せる演奏ポジションが複数あるが、独自に採譜した場合に演奏ポジションが全て一致することは稀であると考えられるから、演奏ポジションが一致している場合にも、模倣性が強く推認される。

ウ 他方、Xスコアの明らかな誤りがYスコアでは是正されていることがあるが、採譜能力が十分でなくても音楽を多少学んだ者であれば、原曲の音源を聴くことによってバンドスコアの明らかな誤りに気付くことはできるし、模倣した上で誤りを是正することは、最初から採譜するよりもはるかに労力の節約になるから、誤りが是正されているからといって、直ちに模倣性が否定されるものではない。そして、既存のバンドスコアを複数参照すれば、誤りを見つけて出すことが更に容易になり、その精度が上がるものと考えられる。

また、模倣をする者は、模倣した事実を隠すために、模倣した上で意図的に変更を加えることがある。すなわち、模倣をする者は、楽曲の同一性は維持する必要があるため、「基本となる演奏情報」（メロディーの音高や音価、ハーモニー、リズム、演奏ポジション、その他の演奏指示）を変えることはできないが（もっとも、模倣した事実を隠そうとする場合には、支障が出ない程度に変更することも考えられる。）、それ以外の実際の演奏にあまり影響しない「補足する演奏情報」（音色、それらの時間的変化、演奏情報の一部）については、ある程度変更しても聴き手に与える印象に大きな違いは生じず楽曲の同一性は維持されることから、模倣隠しのためにそれらの「補足する演奏情報」を意図的に変更する可能性がある。そのため、このような変更があるからといって、直ちに模倣性が

否定されるものではない。……上記の諸点を踏まえて検討した結果、「基本となる演奏情報」がほとんど全て一致し、そのような事象が単一のパートに限られず、バンドスコア全体に及んでいるとすれば、当該楽曲に係るバンドスコアについて模倣性を認めることができる。また、Yスコアは組織的に統一された方針の下で制作されていると推認されるから、上記のような事象が認められるのが1曲にとどまらず、相当数の楽曲に及んでいる場合には、Y₁は全体として組織的に控訴人スコアを模倣したものと認めることができる。」

（2）控訴審判決の特徴

控訴審判決においては、バンドスコアの模倣行為について一般不法行為を認めることが、北朝鮮著作物事件に照らし、許容される、との判断が明示的に示された。すなわち、バンドスコアの模倣は、採譜にかける時間、労力及び費用並びに採譜という高度かつ特殊な技能の修得に要する時間、労力及び費用に対するフリーライドにほかならず、営利の目的をもって、公正かつ自由な競争秩序を害する手段・態様を用いて市場における競合行為に及ぶものであると同時に、害意をもって顧客を奪取するという営業妨害により他人の営業上の利益を損なう行為であって、著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するというのがその理由である。

この判断は妥当なものであろうか。以下、著作権法によって保護されない情報の利用について不法行為が成立するのはどのような場合か、に関する一般論をふまえ、控訴審の判断の当否についてコメントしてみたい。

Ⅲ 著作権法によって保護されない情報の利用について一般不法行為が成立するのはどのような場合か

1 著作権法は民法の特別法である。一般に、特別法において、何が不法行為を構成するかという態度決定をするに当たり、特別法の規律対象とする分野で、不法行為となる行為類型と、不法行為とならない行為類型を、利害関係の

ある当事者間の権利・利益、公共の利益等を考慮して判断しているから、不法行為類型の完結的な選択・決定がなされており、そこに法の欠缺は存在せず、一般不法行為法による補完の余地はないのが原則である³⁾。

北朝鮮著作物事件は、上記の原則を確認する。

「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。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法6条もその趣旨の規定であると解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象とはならないものと解される。したがって、同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。」

例外的に、公立図書館において著作物が閲覧に供されることにより取得する、思想の自由、表現の自由を脅かすおそれのある行為から守られる人格的利益が侵害される場合⁴⁾、営業の自由が侵害される場合⁵⁾、名誉権を侵害する場合等、著作権法の規律対象とする利益とは異なる法的に保護された利益の侵害にもとづき、不法行為が成立し得るに過ぎない。北朝鮮著作物事件の事案は、著作権法6条各号の著作物に該当しない著作物に関するものであったが、その射程は広く、知的財産法の規律する権利侵害と民法の不法行為の関係につき一般的に及ぶものと理解されており（山根崇邦「情報の不法行為を通じた保護」吉田克己

3) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第2版）』91頁以下（信山社、2009年）、山田真紀・最判解民事篇平成23年度（下）733頁。

4) 最判平成17年7月14日民集59巻6号1569頁、山田・前掲注3）734頁。

5) 三村量一「一般不法行為」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』352頁（青林書院、2014年）、山田・前掲注3）734頁。

＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）373頁）、同事件以降、控訴審判決および前掲注1）掲記の裁判例まで、同事件にいう「特段の事情」の存在を認めた公表事例は見当たらない。たしかに、北朝鮮著作物事件は、例外的事情の下では不法行為の成立の余地が認められるかのような表現を用いてはいるものの、その後の運用をふまえると、筆者自身を含む知的財産法関係者の大多数は、著作権侵害が成立しない場合に不法行為が成立することは、現実的にはほぼありえない、と認識していたといつて差し支えない。

2 一般に、著作物というためには、表現に創作性があることが必要であり、いかに労力、費用を費やして表現を作出しても、創作性が認められなければ、著作物として保護されない（いわゆる「額の汗」）。

北朝鮮著作物事件にいう「著作権法の規律対象とする著作物の利用による利益」とは、著作物性の要件を充たした表現物が、複製、譲渡、公衆送信等の、著作権法に列挙された形態で独占的に利用されることにより、著作権者にもたらす利益を指す。

かりに、創作性基準に達しない情報の模倣について、たんに、多大な労力及び費用の下に制作されたとの理由のみによって、安易に不法行為の成立を認めるならば、創作性が認められない表現物の利用は自由であるという、著作権法の規律の趣旨が潜脱され、取引者の予測可能性が害されることになりかねない⁶⁾。北朝鮮著作物事件が危惧するのは、このような事態であろう。

その後の裁判例も、同事件の意図するところをふまえ、不法行為の成立を否定してきた。二例を挙げる。

テレビ放送等で使用されることを目的としたディスプレイフォントの製作者による不法行為にもとづく損害賠償請求を斥ける判断の中で、大阪高判平成26年9月26日平成25年（ネ）第2494号損害賠償請求控訴事件（以下「ディス

6) 三村・前掲注5) 370頁は、「仮に第三者の多大な労力の成果を勝手に用いたとしても、その行為が知的財産権を侵害しない場合には、その行為は自由競争の範囲内であるとして適法になるのが原則である。」とする。

プレイフォント事件」という。)は、以下のように述べている。

「(控訴人が主張する法的利益の内容は) 他人が本件フォントを無断で使用すれば、本件フォントの法的利益を侵害するものとして直ちに違法行為となり、無断使用について故意又は過失があれば不法行為を構成するという趣旨であると解される。しかし、この主張は、本件フォントを他人が適法に使用できるか否かを控訴人が自由に決定し得るというに等しく、その意味で本件フォントを独占的に利用する利益を控訴人が有するというに等しいから、そのような利益は、たとえ本件フォントが多大な努力と費用の下に創作されたものであったとしても、上記の知的財産権関係の各法律が規律の対象とする創作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益とはいえず、前記のとおり法的保護の対象とはならないと解される。」

同様に、費用や労力をかけて開発・制作した旅行者向けのシステムに含まれるデータベースが流用された事例において、東京地判平成 26 年 3 月 14 日平成 21 年(ワ)16019 号著作権侵害差止等請求事件(以下「旅 nesPro 事件」)という。)は、以下のとおり、費用または労力をかけたというだけでは、著作物の利用による利益とは異なる利益の侵害は認められないとしている。

「原告が費用や労力をかけて作り上げた原告 CDDB に関して主張する保護されるべき利益とは、結局、原告が著作権法によって保護されるべきと主張する法的利益、すなわち、原告 CDDB の情報の選択方針や、情報内容それ自体といったアイデアや抽象的な特徴、ないし表現それ自体でないものに基づく利益と異なるものではないことになり、それらの点が著作権法によっては保護されないものであることは前記判示のとおりである。また、本件全証拠を精査し、原告システムからのリプレースをも目的とした営業活動がされていることを勘案しても、被告らが被告 CDDB を含む被告システムを販売し、収益を得る行為が殊更原告に損害を与えることを目的として行われたなどの自由競争の範囲を逸脱する行為であると認めるに足る事実も窺われない。そうすると、被告らが被告 CDDB を販売等する行為には、著作権法の規律の対象とする著作物の利用とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情は認めら

れないというべきである。」

3 著作物性要件を充たさない等の理由により、著作権法がある情報の利用を許容する場合、当該利用について、取引者は、特段の権利処理の必要なく、自由に利用できると期待する。このような場合に、名誉権等、著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益が侵害されている等の特段の事情が認められないにもかかわらず、不法行為の成立を認めることは、取引者の予測可能性を著しく害することになる。

また、ある利用行為について、法改正によって、新たに禁止しようとする立法提案がなされたものの、審議会等政府部内の検討を経て明示的に見送られた等、著作権法がある利用行為を許容するという政策決定を明示的に行った⁷⁾といえる場合については、当該利用行為について不法行為は成立しない。

Ⅳ 他人が販売目的で採譜したバンドスコアを同人に無断で模倣してバンドスコアを制作し販売等する行為について不法行為は成立するか

1 他人が販売目的で採譜したバンドスコアを同人に無断で模倣してバンドスコアを制作し販売等する行為について不法行為が成立するという主張は、バンドスコアを他人が適法に使用できるか否かを同人が自由に決定し得るというに等しく、その意味でバンドスコアを独占的に利用する利益を有するというに等しい。そのような利益は、たとえバンドスコアが多大な努力と費用の下に創作されたものであったとしても、著作権法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益とはいえない（前掲ディスプレイ

7) 一般に、著作権法がある利用行為を許容するという政策決定を明示的に行った場合には不法行為の成立を認めるべきではないとする見解として、田村善之「知的財産権と不法行為」同編著『新世代知的財産法政策学の創成』42頁（有斐閣、2008年）、小嶋崇弘「著作権法による保護を受けない情報と不法行為法」小泉直樹ほか編『著作権判例百選第6版』211頁（有斐閣、2019年）。

フォント事件参照)。

2 採譜にかかる時間、労力及び費用並びに採譜という高度かつ特殊な技能の修得に要する時間、労力及び費用に対するフリーライドという事情のみでは、「著作権法が規律対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益の侵害」があるとはいえないため、不法行為は成立しない（前掲ディスプレイフォント事件、旅 nesPro 事件参照）。

この点、控訴審判決は、Y₁らの行為について、時間、労力等へのフリーライドであり、営業妨害と認定しているが、本件は、いわゆるデッドコピーの事案ではない。両者が提供する楽譜には、相応の相違点が見られ、実際、一審では模倣性が否定されており、控訴審判決においても、一致点と相違点の両者が混在することが認定されている。いわゆるデッドコピーの事案に比べて、本件のように、類否が混在する事例では、Y₁らの行為が、Xの営業に与える影響は、少なくとも、間接的、二次的なものととどまる。

にもかかわらず、控訴審判決は、Y₁らの行為について、「害意をもって顧客を奪取する」ものと断じているが、そのような評価の具体的根拠が十分に示されているかは、評価の分かれるところであろう。

一般に、「フリーライド」「営業妨害」さらに「模倣」という語は、法的に厳密に定義されることなく、ある種の倫理的な評価を込めたレッテルとして用いられる危険を孕むものである。著作権による保護の対象でない他人の表現物にフリーライドしたとしても、適法であるというのが、著作権法の大原則である。この大原則を破ることに、慎重である必要がある。

3 以下のとおり、採譜行為は音楽の著作物の複製にすぎず、著作権法上の創作性は認められないというのが通説である。

「即興曲を採譜した場合、……複製になる。」（中山信弘『著作権法（第4版）』312頁〔有斐閣、2023年〕）

「楽譜は音楽の著作物の複製物と考えられている。既存の楽曲を新たに楽譜

にしたからといって、その楽譜が新たに音楽の著作物として保護されるわけではない。」（小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール（改訂版）Ⅰ』322頁〔上沼紫野執筆〕〔第一法規株式会社、2020年〕）

「他人が既存の音楽を採譜する行為は、音楽の複製にすぎない。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。たとえ当該採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。」（半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール〔第2版〕Ⅰ』〔井奈波朋子執筆〕〔勁草書房、2015年〕）

「本件におけるバンドスコアというのは、音楽作品を固定化させる一種の媒体に過ぎず、採譜行為も、音源をいかに忠実に再現するかという作業であるため、その意味で、著作権法が保護しようとした創作性、つまり他と異なることとは真逆の方向性の努力であると考えられる。」（鮑妙堃「判例研究 スコアを無断複写する行為の不法行為該当性を否定した事例」知的財産法政策学研究 68号 306頁〔2023年〕）

そのような中、楽譜の版面の利用について隣接権を創設するという楽譜出版社による立法提案は、以下のとおり、平成26年著作権法改正の検討段階において、利害関係者の反対によって実現しなかった。

文化審議会著作権分科会出版関連小委員会報告書（2013年、文化審議会著作権分科会出版関連小委員会）15頁には、以下の記載がある。

「第3節 関係団体ヒアリング

（略）

1 著作隣接権の創設に係る意見

一般社団法人楽譜出版協会から、楽譜の特性に鑑み、楽譜出版者に著作隣接権を付与すべきであるという意見が示された。

一方、その他の関係団体からは、（i）著作権者の意思に反して権利行使される可能性や権利者数の増加による権利処理コストの増大から、流通阻害効果

が予想され、副作用が大きいと考えられること、(ii) 印刷会社と出版社の間では、出版物等原版の取扱い等について議論があり、著作隣接権の付与により取扱いや帰属が変わってしまうことが懸念されること、(iii) 漫画家が制作する原稿は、本を通じて読者が目にする形そのものであるから、漫画の原稿の図案にまで出版者に権利を与えることは反対であることなどから、著作隣接権の創設に反対する意見が多く示された。」

さらに、「楽譜の特性」について、同頁脚注 29 は、「一般社団法人日本楽譜出版協会は、楽譜の特性として、楽譜出版者は、いかに読みやすく演奏効果を高める楽譜を製作するかを競っており、同じ作品であっても出版者によって作り方が異なることや、著作権の消滅したクラシック音楽を含め、各社の編集部門で編纂して刊行するものが多いこと等を挙げている。小委員会第 2 回資料 4 参照。」としている。

上記の検討をふまえ、同小委員会では、楽譜に関する著作隣接権の創設という提案を採用しなかった。上記報告書 17 頁の脚注 31 は、「関係団体ヒアリングにおいても反対意見が多く示されており、コンセンサスを得られていないとの指摘や、楽譜出版物にだけ他の出版物と異なる取扱いをするということも現実問題として難しいとの意見が示された。」と経緯を説明している。

なお、平成 26 年改正当時の文化庁の担当官による解説である小坂準記「著作権法の一部を改正する法律（平成 26 年改正）の概要」知財ぷりずむ 147 号 11 頁（2014 年）脚注 9 は、「小委員会においては、著作隣接権も検討されたが、著作隣接権の付与を新たに創設する合意形成には至らなかった。中山教授は、出版業界が著作隣接権を要求することに理解を示しながらも、「現在の著作権・著作隣接権の制度は複雑を極め、これ以上、無方式で発生する権利を認めると、著作物の利用・流通に支障となるおそれも強く、著作権制度は可能な限りシンプルにすることが求められる。そのような観点から、あくまでも著作者に淵源を有する出版権の改正で対応したことは、妥当なものであると評価できよう。」と述べる（中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（2014 年 有斐閣）434 頁）」と

説明している。

上記のとおり、他人が販売目的で採譜したバンドスコアを同人に無断で模倣してバンドスコアを制作し販売等する行為を含む楽譜の版面の利用行為について、著作権法上新たに隣接権を創設するという提案は、審議会において議論されたが、明確に見送られた。楽譜の利用については、「著作権法がある利用行為を許容するという政策決定を明示的に行っている場合」に当たり、必ずしも明瞭とはいえない「フリーライド」「営業妨害」の名の下、不法行為の成立を認めることは、関係者の予測可能性を著しく害するおそれがある。そのような解釈が、北朝鮮著作物事件および同判決の下で蓄積されてきた運用との関係でどのように説明可能であるか、なお議論を重ねる余地が残されているという印象を禁じ得ない。

〔後記〕

片山直也先生は、法務研究科の構想段階から文字通り粉骨砕身尽力され、外部からの傭兵で、斜に構えた筆者のような者も、先生が慶應義塾を思う情熱に打たれることが一度や二度ではなかった。貢献度では月とスッポンではあるが（もちろん筆者がスッポン）、先生のような方と新しい制度の立ち上げから、何度か訪れた危機を経て、一応の安定期までをご一緒させていただいたことは、学者人生の喜びの一つであった。先生、長いあいだ本当にお世話になりました。ますますお元気でご活躍ください。