

博士論文

著作隣接権制度におけるレコード保護の研究

民事法学専攻

安藤和宏

目次

序章.....	1
問題の背景	1
本論文の課題.....	2
考察の方法と順序	3
第1章 レコードの登場と著作権制度の誕生	5
第1節 レコードの発明とその発展	5
第1款 蓄音機の誕生.....	5
第2款 蓄音機の輸入.....	7
第2節 旧著作権法以前の著作権制度.....	9
第1款 著作権制度の誕生	9
第2款 旧著作権法の成立経緯.....	9
第3款 桃中軒雲右衛門事件.....	11
第3節 現行著作権法の成立とその後の法改正	15
第1款 旧著作権法から新著作権法へ.....	15
第2款 現行法制定後の法改正の経緯	17
第2章 著作隣接権制度の意義.....	27
第1節 インセンティブ論の意義.....	27
第2節 インセンティブ論と準創作説の対立	31
第3節 レコード製作者に対する権利付与の正当化根拠	34
第4節 実演家に対する権利付与の正当化根拠	35
第3章 レコード製作者の意義.....	38
第1節 序論.....	38
第1款 レコードの定義	39
第2款 レコード製作者の定義.....	41
第2節 原盤制作主体の多様化	45
第1款 レコード産業のビジネス構造.....	45
第2款 原盤制作のアウトソーシング化.....	47
第3節 レコード製作者とは誰か	51
第1款 イギリス法のアプローチ	51
第2款 契約名義説 vs. 制作費負担説	55

第4章 レコードの保護範囲	59
第1節 序論	59
第2節 ミュージック・サンプリングとは	62
第3節 アメリカ著作権法のルール	64
第1款 音楽著作物とサウンド・レコーディング	64
第2款 著作権侵害の要件構造	65
第3款 de minimis 法理	67
第4款 フェア・ユース法理	68
第4節 初期の裁判例とサンプリング実務	71
第1款 初期の裁判例	71
第2款 サンプリング実務	76
第5節 主要な裁判例	80
第1款 Newton 事件	80
第2款 Bridgeport 事件	83
第6節 日本法の下での考察	91
第1款 楽曲のサンプリングについて	91
第2款 著作権制限規定の適用	93
第3款 本稿が提案するアプローチ	100
第4款 レコードのサンプリングについて	110
第5章 模倣録音物と不法行為	114
第1節 序論	114
第2節 有名人の歌声に対する法的保護	116
第1款 パブリシティ権による保護	116
第2款 ランハム法 (Lanham Act) による保護	118
第3款 著作権法による保護	119
第3節 有名人の歌真似に関する主要な裁判例	122
第4節 日本法の下での考察	128
第5節 小括	134
結章 本論文のまとめと今後の課題	135

序章

1. 問題の背景

1877年12月6日にトーマス・エジソンによって発明された蓄音機は瞬く間に世界に広まり、それまで音楽メディアとして確固たる地位を築いていた楽譜は、レコードにその座を譲り渡すことになった。エジソンの発明から130年あまりが経過したが、その間、我々の予想を遥かに上回るスピードでテクノロジーは発展し、レコードは進化していった。

当初、銀箔を塗った真鍮の円筒に針で音溝を記録するという原理で製作された円筒式蓄音機は、1887年にエミール・ベルリナーが発明した円盤式蓄音機に取って代わられた。その後、電気式蓄音機が開発され、SPレコードと呼ばれる78回転盤(毎分78回転)が音楽ソフトとして普及する。ただし、SPレコードはカイガラムシの分泌する天然樹脂であるシェラックで固めた混合物が主原料であったため、摩耗しやすく、壊れやすかった¹。

その後、レコードの原料としてポリ塩化ビニールが利用され、ビニール盤と呼ばれるEPレコードとLPレコードが1940年代に市場に登場する。ビニール盤はSPレコードに比べて音質がよく、録音時間も長かった。また、軽量で耐久性にも優れていたため、音楽の普及に大きく貢献することとなった。当時のLPレコードは直径が30cm、回転数は33回転、収録時間が30分である。ほぼ同時にEPレコードが発売されるが、直径が17cm、回転数は45回転、収録時間が5分であった。中央にドーナツ型の穴が開いていたので、ドーナツ盤と呼ばれた。

1982年にソニーとフィリップスが共同開発した音楽メディアであるCDが登場すると、瞬く間にEPレコードとLPレコードは市場から駆逐されてしまう。CDはビニール盤に比べると耐久性に優れており、また軽量かつコンパクトなので持ち運びにも便利である。また、CDラジカセの急速な普及により、CDの購買層は格段に広がっていった。このように、音楽の普及に大きく貢献したCDであるが、デジタル形式のメディアであるため、コピーが容易であり、またコピーしても音質が劣化しないという特徴を持っている。そのため、違法コピーや違法サイトが後を絶たず、権利者の頭を悩ませている²。

このようにテクノロジーの発展はレコードを進化させていったが、同時に音楽制作のスタイルにも大きな影響を与え続けている。現在のようにマルチトラック・レコーダー(MTR)が開発されるまでは、一発録りで録音が行われていたため、レコーディングは極度の緊張感を伴うものであった。しかし、1950年代後半から2トラックのMTRが普及し始め、1950年代終盤から1960年代前半には4トラックのMTRが一般的となった。さらに1970年代初頭から8トラックが主流となり、その後、16トラック、24トラックと続き、現在は48トラックのMTRがプロ用のレ

¹ 現在でも、アメリカのレコード会社は、アーティスト印税の計算対象を実際に販売された数量の90%としているが、これは当時、配送の際にSPレコードの一部が破損してしまうために、その分の印税を支払いから控除したことによる。もっとも、現在のCDが配送で損傷することはほとんどないため、実質的にレコード会社に既得権となっている。DONALD S. PASSMAN, ALL YOU NEED TO KNOW ABOUT THE MUSIC BUSINESS 77 (6th ed. 2006).

² 日本レコード協会が行った2008年の調査によると、違法な携帯電話向けサイトから利用者が1年間にダウンロードした違法ファイル数は、約4億700万ファイルに上るものと推定されており、対象期間における正規の「着うた」や「着うたフル」の総売上数量である約3億2,900万曲をはるかに上回っているということである。畑陽一郎「違法音楽配信の実態と日本レコード協会の取組み」コピーライト590号(2010年)23頁。

コーディングで多く使われている。多くのトラック数を持つ MTR の出現は、多重録音を容易にだけでなく、アーティストの歌唱を複数のトラックに録音し、うまく歌えた部分をつなぎ合わせることを可能にした。歌番組やコンサートなどを見て、アーティストの歌唱力に落胆させられることが少なくないが、これもテクノロジーの副産物であろう³。

テクノロジーの発展は留まることを知らない。デジタル技術は、既存のレコードから音の一部を採取し、それを加工・編集して、自分のレコードに取り込むことを可能にする画期的な機械を生み出した。サンプラーと呼ばれるデジタル機器である。サンプラーを利用して新たなレコーディングを行うことをミュージック・サンプリングというが、この技術はヒップホップやクラブ・ミュージックといった新しい音楽ジャンルを創出しただけでなく、今ではポピュラー音楽全般にわたって広く利用されている。

しかしながら、ミュージック・サンプリングは今まで表面に現れなかった著作権問題を顕在化させることになった。すなわち、著作権法で保護を受けるレコードの保護範囲は一体どこまでなのかという問題である。他人のレコードから1秒あるいは1音だけを複製しても違法行為となるのか、あるいは一定程度の長さがなければ侵害行為とされないのか、元のレコードがわからなければ問題がないのか、等々。これまでほとんど議論されてこなかった問題がミュージック・サンプリングの登場によって、にわかに脚光を浴びているのである。

さらに、録音技術の進歩により、既存のレコードとまったく同じような録音物が作成できるようになった。われわれが日常的に見ているテレビ・コマーシャルで流れている曲が実はオリジナルではなく、別のアーティストによって録音し直されたものであることは少なくない。オリジナル・レコードの音を複製しなければ、模倣録音物を作成した者はレコードの複製権侵害や実演の録音権侵害に問われることはない(楽曲の複製権侵害は別論)。しかし、歌マネをされたオリジナル・レコードのアーティストは、コマーシャルを見た人から「コマーシャルで歌っていましたね」と言われることになる。そのアーティストが競合他社のコマーシャルで歌っていたら揉め事になるし、そもそも「コマーシャルには絶対使わせない」という信念を持っているアーティストにとっては、許しがたい行為となるだろう。そこで、このような模倣行為が元のアーティストのパブリシティ権を侵害するかが問題となっている。

以上のように、デジタル技術は音楽文化の発展に大きく貢献する一方で、新たな法律問題を次々に発生させている。本論文は、デジタル化・ネットワーク化時代において、文化の発展に寄与するという著作権法の目的に鑑みて、権利者の保護と利用者の自由というトレード・オフの関係にある2つの利益の均衡を達成するために、レコードの法的保護はどのようにあるべきかという問題について、総合的に論じるものである。

2. 本論文の課題

これまでレコードの法的保護について、詳しく論じる文献はほとんどなかった。また、著作権法の教科書でレコードの法的保護について詳細な解説をしているものは一部に限られている。その理由として考えられるのは、レコードの法的保護について考察するためには、実務上の知識が必要不可欠になるということである。幸い、筆者は1989年5月に日音という東

³ ユニコーン、プリンセスプリンセス、スピッツなどのプロデューサーである笹路正徳氏は、「残念ながらふつうのアーティストでは、繋いだりしていない、トラック1本通して100点満点のボーカルが録れるということにはまずない。」と述べている。笹路正徳『音楽プロデューサー全仕事』(ソニー・マガジズ・1999年)95頁。

京放送(TBS)の音楽制作会社に入社して以来、22年間にわたって、音楽業界において実務を経験してきた。主に法務畑で働いてきたが、レコーディング・ディレクターとしての経験もあるし、レコーディングにアレンジャーやギタリスト、ピアニストとして参加したこともある。また、音楽業界には多くの知人、友人がおり、彼らから貴重な情報を入手できる立場にある。

本論文はこれまでの裁判例や学術文献に加え、このような実務経験や業界関係者から入手した貴重な情報に基づき、レコードの法的保護について総合的に考察することを目的とする。そのためには、日本にレコードが輸入され、レコード産業が成立していく過程や、レコードの保護がどのように強化されていったかという歴史的な考察が不可欠であろう。さらに、そもそもなぜレコード製作者に対して、著作隣接権という排他的権利を認めなければならないのかという正当化根拠の考察も避けて通ることはできない。

本論文のテーマを選択した契機となったのは、前述したミュージック・サンプリングの問題である。筆者は、これまで多くのミュージック・サンプリングの権利処理を手がけてきたが、サンプリングの違法性を判断することは著しく困難であり、文字通り、暗中模索の状態であった。というのも、日本では裁判例が一つもなく、そのため学説の議論もあまり活発ではなく、さらに数少ない学説も区々に分かれているという状況だったからである。この事態は今も続いているが、幸い、アメリカには裁判例と学説が比較的豊富にあり、研究するための資料は十分集まっていた。

そこで、レコードの保護範囲についてはアメリカ法を比較法として参照することにした。また、模倣録音物と不法行為の関係についても、豊富な裁判例と学説があるアメリカ法を参照することとした。なお、本論文は、アメリカの裁判例や学説を紹介する前に、アメリカ法と日本法との相違点に焦点を当てて、アメリカ法の解説を試みている。ただし、レコード製作者の意義については、関連する裁判例が豊富にあるイギリス法を比較法として参照することとした。

3. 考察の方法と順序

第1章では、蓄音機が誕生し、日本に輸入され、国内に普及する歴史的経緯を説明する。そして、日本にレコードが輸入される前後の著作権制度を概説する。特に、大審院が模倣レコード盤業者を勝訴させた桃中軒雲右衛門事件を詳しく取り上げ、その判決がレコード産業に与えた影響について論じることとする。そして、1970年に制定された現行著作権法の成立過程とその後のレコードに関する法改正を概観することによって、著作権法におけるレコードの保護制度の変遷を鳥瞰する。

第2章では、著作隣接権制度の意義について、準創作説とインセンティブ論を比較検討するとともに、レコード製作者と実演家に対する権利付与の正当化根拠についても考察する。本論文では、レコード製作者の権利付与はインセンティブ論によって正当化されるというアプローチを採用して論考を進めていく。

第3章では、レコードとレコード製作者の定義の分析を行った上で、レコード製作者の意義についての検討を行う。レコード製作者の意義について述べた裁判例と学説を分析し、規範的解釈を提示する。なお、考察に際しては、レコード産業のビジネス構造の変化と原盤制作のアウトソーシング化を詳しく解説し、原盤制作の主体が多様化しているという現状を考慮した上で、イギリス法を比較法として参照して、多角的に検討する。

第4章では、レコードの保護範囲について、サンプリング問題を取り上げ、アメリカの裁判

例と学説からその問題点を明らかにし、日本の著作権法の下でどのように解決すべきかを考察する。ここでは、まずアメリカ著作権法のルールを概観し、*de minimis*法理やフェア・ユース法理などの日本法との相違点を確認する。次に、初期の裁判例とサンプリング実務について解説した上で、アメリカにおけるサンプリングの最重要判決といわれている Newton 事件と Bridgeport 事件を詳しく取り上げ、その問題点を明らかにする。最後に、日本で同様の事件が起こった場合の解決方法について考察するとともに、レコードの複製権侵害に関する判断基準を提言する。

第5章では、レコードの保護が及ばない模倣録音物と不法行為の関係について考察する。具体的には模倣録音物を商業的に利用する行為がパブリシティ権を侵害するかという問題について分析・検討する。著作権法上、オリジナル・レコードの音を複製しない限り、模倣録音物を作成してもレコードの複製権侵害に問われることはない。しかしながら、オリジナルの歌唱を模倣する場合にはオリジナルのアーティストが持つパブリシティ権との抵触が問題となる。この問題についても、アメリカでは裁判例と学説が蓄積されているため、アメリカ法を比較法として分析した後で、日本法の下での考察を行うこととする。

第1章 レコードの登場と著作権制度の誕生

第1節 レコードの発明とその発展

第1款 蓄音機の誕生

一般的には、レコードの歴史は 1877 年のトーマス・エジソンによる蓄音機の発明に始まるとされているが、1857 年にフランス人技師のエドワード・レオン・スコットが作成したフォノグラムに録音装置の原型を見ることができる¹。スコットのフォノグラムは音声を紙の上に波形図に変換して記録する装置であり、当時としては画期的な発明であったが、機械的に読み取ることにはできないものであった。やはり、音声を機械的に再生するための録音装置、つまり蓄音機(フォノグラフ)は 20 年後のエジソンによる発明を待たなければならなかったのである。

エジソンが発明した蓄音機は、錫箔を貼った真鍮の円筒に針で音溝を記録するというものであった。興味深いことに、この装置は音楽を記録するという用途は当初想定されておらず、もともとは声のメッセージを録音するために発明されたものだった²。1879 年 3 月 28 日、蓄音機が日本で初めて公開された際に、読売新聞は「言葉をしまって置く機械」(3 月 28 日)、東京日日新聞は「人の言葉を蓄へて、千万里の外、又た十百年の後にも発することを得る機械」(3 月 29 日)と記述している³。しかし、エジソンが発明した蓄音機は音楽を録音する装置として、全世界に広まっていく。日本に上陸して世間の耳目を驚かせたエジソンの蓄音機には、イギリスの歌や「一つとせ節」などが交替で吹き込まれたという⁴。

エジソンが発明した蓄音機は円筒式であったために、原盤を用いた大量複製にはあまり適していなかった。この欠点を解決したのが、1887 年にエミール・ベルリナーによって発明されたグラモフォンである。ベルリナーの録音装置は、水平なターンテーブルに載せて再生する円盤式であるため、円筒式よりも収納しやすく、大量複製に向いていた。また、記録面に対して針が振動する向きを垂直から水平に変更したため、音溝の深さが一定となって音質が向上した。そのため、ベルリナーが発明した円盤式レコードが市場を支配することになる。

前述したとおり、エジソンが発明したレコードは、当初、音楽を記録するメディアとして、ほとんど注目されていなかった。アメリカでは 1890 年代の終わりに、一部の音楽出版社が自社の管理する楽曲のプロモーションに使う程度であった⁵。その頃はまだシート・ミュージックが音楽メディアとして君臨していた時代であり、作詞家や作曲家は音楽出版社が発行する楽譜

¹ エジソンが蓄音機を発明する前に、シャロル・クロスがスコットの考案したフォノグラムから音を再生する方法を考案したが、図面に描いただけで完成には至らなかった。なお、日本オーディオ協会は、エジソンが蓄音機を発明した 1877 年 12 月 6 日を「音の日」として、毎年記念行事を行っている。

² 当時、グラハム・ベルが発明した電話機は、とても高価で一般市民は手が出せず、そのためにごく一部でしか使われていなかった。そこでエジソンは好きな場所で声のメッセージを録音し、それを町の中心部に設置された電話交換機まで持っていく、そこで再生することにより、電話線を通して大量のメッセージをまとめて送信する方法を開発していた。これが後の蓄音機の実現となったといわれている。ハワード・グッドール(松村哲哉訳)『音楽史を変えた五つの発明』(白水社・2011 年)210-211 頁。

³ 倉田喜弘『日本レコード文化史』(東京書籍・1992 年)10-11 頁。

⁴ 倉田・前掲注(3)12 頁。

⁵ 朝妻一郎「音楽出版社の歴史(海外編)」音楽著作権管理者養成講座テキスト I (2010 年)67 頁。

の売上げによって、生計を立てていたのである⁶。なお、ここでいう音楽出版社とは、作詞家・作曲家と著作権契約を締結して、彼らの創作した音楽をプロモートするとともに、その音楽の著作権を管理する事業者をいう⁷。

しかし、1902年にグラモフォン社がナポリ出身の無名なテノール歌手、エンリコ・カルーソーのレコードを発売し、このレコードが大ヒットを記録することによって、状況は一変する。カルーソーが吹き込んだレオンカヴァッロのオペラ『道化師』の中のアリア「衣装をつけろ」が収録されたレコードは、100万枚以上の売上げを記録した⁸。カルーソーの卓越した歌唱力は、蓄音機とレコードの普及に大きく貢献した。そして、大衆に拡布したレコードがさらに彼の知名度を高めていった。ここに現在のレコード・ビジネスの原型を見ることができる。すなわち、蓄音機というハードを売るためには、優れたソフト(カルーソーの歌唱が収録されたレコード)が必要であり、優れたソフトはアーティストをプロモートする役割を果たすということである⁹。

カルーソーのレコードが大ヒットしたことにより、レコード・ビジネスに大きな可能性を見出した音楽関係者たちは、次々にアーティストの歌唱・演奏をレコーディングして、レコードを世に出すことになる。レコードの音質が悪いという理由で、レコード・ビジネスに否定的あるいは消極的な態度を取っていたスターたちも、新たな収入源に魅力を感じて態度を翻し、積極的にレコーディングに参加するようになっていた¹⁰。

このようにレコード・ビジネスの成長により、レコード会社や歌手たちは収入を増やしていたが、作詞家や作曲家、音楽出版社はレコードの売上げによる恩恵を受けることはできなかった。当時のアメリカの連邦著作権法には、楽曲をレコードに複製する権利(機械的録音権、メカニカル・ライツという)に関しては規定がないため、誰もが自由かつ無償で他人の楽曲をレコードに複製することができた。つまり、どんなにレコードが売れても、収録される楽曲の権利者にはまったくお金が入らなかったのである。

当然、作家たちは黙っていなかった。たとえば、100曲以上の行進曲を作曲したことからマーチ王の異名を取ったジョン・フィリップ・スーザは、1906年6月にワシントンに赴き、連邦議会に対してアメリカの著作権制度の不備を激しく批判した。蓄音機とレコードが広範に普及したおかげで、一般市民は従来に比べて容易に音楽にアクセスできるようになったが、その一方でスーザのような作曲家はそのような音楽の利用からまったく収益を得ることができなかったのである。多くの作曲家の怒りの矛先が法の欠缺に向けられるのも無理もないことであった¹¹。

作家たちの音楽著作権を管理する音楽出版社にとっても、メカニカル・ライツの創設は悲

⁶ たとえば、1892年にシート・ミュージックとして発売されたチャールズ・K・ハリスが作曲した「アフター・ザ・ボール」は、わずか数年で200万枚以上を売上げたが、1893年のシカゴ万国博覧会でジョン・フィリップ・スーザがこの曲を演奏したことが大ヒットをもたらしたという。生演奏が楽曲のプロモートとして重視されていた時代であった。大和田俊之『アメリカ音楽史』(講談社・2011年)71頁。

⁷ 音楽業界における音楽出版社の役割については、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス・基礎編 4th edition』(リットーミュージック・2011年)62-69頁を参照。

⁸ グッドール・前掲注(2)224-227頁。

⁹ 現在でもオーディオ機器を販売している電機メーカーが系列会社としてレコード会社を持つケースは少なくない。たとえば、ソニーがソニー・ミュージックエンタテインメント、日立製作所が日本コロムビア、JVCとケンウッドがビクターエンタテインメントとテイチクエンタテインメントを系列会社として保有している。

¹⁰ グッドール・前掲注(2)227頁。

¹¹ ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『REMIX』(翔泳社・2010年)20頁。

願であった。そこで、音楽出版社はウィットマーク・アンド・サンズ社を中心に結集し、ネイサン・バーカー弁護士を代表として、ワシントンの連邦議会に対して、熱心にロビイングを展開する¹²。そして、彼らの粘り強い陳情活動が実を結び、1909年法によってメカニカル・ライツが認められることとなった¹³。ただし、当時の連邦議会は、録音に関して音楽が一部の事業者に独占されることを懸念していた。そのため、著作権法1条(e)に強制許諾条項を設け、著作権者が自らまたは他人に許諾することによって、機械的録音の方法で楽曲を利用した場合、レコードの片面1曲に対して2セントを支払えば、誰でも楽曲を機械的録音することができるとした¹⁴。

このように権利行使に対して一定の制約が設けられたものの、著作権者にとっては念願のメカニカル・ライツが付与されることになった。その後、レコード・ビジネスは急成長を遂げ、レコード売上は1914年の2,500万枚から1921年には1億枚を超え、さらに1927年には1億400万枚を記録する¹⁵。その一方で、それまで音楽を記録するメディアとして確固たる地位を築いてきた楽譜は、1910年代をピークにして減少し、1920年代にはその座をレコードに譲ることになる。1877年のエジソンが発明したレコードは、その50年後に楽譜というメディアを駆逐することになったのである。

第2款 蓄音機の輸入

前述したように、日本では蓄音機は1879年3月28日に木挽町の東京商法会議所で初めて公開されるが、これは東京大学の教授として来日していたイギリス人のユーイングが新聞で報道されたエジソンの原理をもとにして製作したものであった。ユーイングは、東京大学理学部で機械工学を教えた若い学者であり、蓄音機を製作したのは若干24歳、来日してまだ2か月も経たない時のことであった¹⁶。

その後、1896年には横浜のF・Wホーン商会がアメリカのコロンビア製の蓄音機の輸入を始めることになるが、蓄音機とレコードを日本に広める重要な役割を果たしたのは、1899年に東京の浅草で開業した三光堂であろう。当初、蓄音機の輸入と普及を目的として設立された三光堂は、やがて蓄音機の製造を手がけるようになる。さらに経営者の一人である松本常三郎は洋楽だけではビジネスとして成立しないと判断し、唱歌、琴、楽隊、新内、唄物、端唄、

¹² 朝妻・前掲注(5)67頁。

¹³ フランスでは、オルゴールが主要産業であるスイスの要請を受けて成立された1866年法が「機械的機器による旋律の複製は偽造に関する軽罪を構成しない。」と規定していた。そのため、音楽出版者組合がレコード会社に対して起こした複製権侵害訴訟は、音楽出版者組合の敗訴に終わってしまう。しかし、この判決に大きな疑問を持ったヴィヴという人物が音楽出版者から委任を受け、レコード会社に対して訴訟を提起した結果、1905年2月1日に控訴院は「旋律なしまたは楽曲をとまなう文学的著作物の蓄音機用レコードまたはシリンダーへの記録は、・・・著作者およびその譲受人の商業的使用に関する独占権を侵害するものである。」という判決を下した。破毀院はレコード会社の上告を棄却し、フランスにおいても著作者にメカニカル・ライツが認められることになった。Ph.パレス(宮澤博明訳)『音楽著作権の歴史』(第一書房・1988年)3-52頁参照のこと。

¹⁴ 連邦議会によって設けられた強制許諾制度で設定された著作権使用料は、その後、音楽業界における実質的なレートとして機能することになる。

¹⁵ ジェyson・トインビー(安田昌弘訳)『ポピュラー音楽をつくる—ミュージシャン・創造性・制度—』(みすず書房・2004年)193頁。

¹⁶ 倉田・前掲注(3)13頁。

清元、富本、笛、常磐津、長唄、義太夫、浪花節、阿呆陀羅經、大神楽、落語、声色などを録音して、邦盤レコードを次々に発売する。

三光堂が販売したレコードは、当時、蠟管または蠟管レコードと呼ばれたものであった。蠟管レコードとは、現在のレコードとは異なり、直径が5cm程度の円筒の形をした筒に蠟を塗ったものである。その後、1903年に天賞堂がベルリナーの発明した円盤式レコードの輸入を開始する。当初、天賞堂はこのレコードを平円盤と呼んでいたが、呼びにくいということで、アメリカでの呼称であるフォノレコード(phonorecord)を参考にして、レコードと呼ぶようになる。現在、一般名称として広く使われているレコードという言葉は、この時代に作られた造語である。

1907年10月、神奈川県川崎町に日米蓄音機製造株式会社が設立される。翌年、日米蓄音機は工場を建設し、蓄音機、レコード、針などの製造・販売を開始する。1909年頃、日米蓄音機は浅草の芸者、吉原べ治と明治座付の浄瑠璃、竹本昇太夫の二人と専属契約を締結する。これは、人気のある実演家の唄が吹き込まれたレコードを競合他社から発売されることを防ぐためである。今から100年前にレコード・ビジネスの原型であるレコード会社によるアーティストの専属化がすでに行われていたのである。日米蓄音機は1912年に株式会社日本蓄音機商会と合併し、その後は日本蓄音機商会の商号が用いられた。

1910年代に入ると、レコード会社が次々に設立されることになる。1913年に日清蓄音機株式会社、大阪蓄音機株式会社、東京蓄音器株式会社、帝国蓄音器商会、1914年に弥満登音映と日本キネトフォン、1915年にオリエント工場、1921年にスフィンクス・レコードが相次いで設立された。この頃、一般大衆に絶大な人気を誇っていたのが浪曲師の吉田奈良丸である。日米蓄音機がニッポフォンの商標をつけて吉田奈良丸の浪花節が収録されたレコードを発売すると、瞬く間に大ヒットとなった。そして、お決まりのように無断複写盤が横行し始めるのもこの頃からである。

このようにレコードが日本中に広まっていくが、レコードは一般市民が気軽に購入できるようなものではなかった。当時のレコードは1枚1円50銭。これは労働者で熟練工の日給と同じ金額といわれている¹⁷。つまり、レコードというメディアを通して音楽文化を享受できたのは、一部の富裕層に限られていたのである。では、日本にレコードが紹介され、一般大衆に広がっていく時代の著作権制度とはどのようなものであったのだろうか。次に概観してみよう。

¹⁷ 倉田喜弘「戦前におけるレコード産業と著作権法の成立」『レコードと法』(1993年)16頁。

第2節 旧著作権法以前の著作権制度

第1款 著作権制度の誕生

日本に蓄音機が初めて紹介された 1879 年は、旧著作権法が制定される前のいわゆる出版特許・出版統制の時代である¹⁸。1868 年 4 月 28 日に「官準ヲ經サル書籍ノ刊行売買ヲ禁ス」という太政官布告第 358 号が出され、「官許」を受けなければ、書籍を複製して刊行し、これを売買することができないとされた。さらに、1969 年 5 月 13 日に「図書ヲ出版スル者ハ官ヨリ之ヲ保護シテ専売ノ利ヲ収メシム」という出版条例(行政官達第 444 号)が制定されたが、1875 年に全面改正された出版条例では、書物を専売する権利(版權と称することとされた)を得るためには、あらかじめ内務省に版權願書を提出して免許を受ける必要があった¹⁹。

このように当時の著作権に関する法規は、行政上の取締規定という性格が強く反映されていた。その後、1887 年に出版取締法規である出版条例とは別に、著作者を保護するための版權条例(勅令第 77 号)が制定される。この条例では、著作者に「文書図画を出版してその利益を専有する権利」(版權)が帰属し、著作者の死亡後は相続者に帰属することが明確に規定された(第 7 条第 1 項)。また、版權の保護期間は著作者の死後 5 年までとされたが、この終期が版權登録から 35 年を経過していなければ、保護期間は版權登録の月より 35 年までとされた²⁰。この版權条例は、1893 年に成立した版權法に踏襲される。

音楽に関していえば、1887 年に制定された脚本楽譜条例(勅令第 78 号)が重要であろう。これは、版權条例の特別規定であり、演劇脚本と楽譜の版權について定めたものである²¹。演劇脚本と楽譜の著作者は、出版条例と版權条例に基づき、これらの作品を出版することができ、またその版權は著作者に帰属するものとされた(第 1 条)。この条例では、版權者に「利益ノ為公衆ノ前ニ演スルノ権」である興行権という権利が与えられた(第 2 条)²²。これは、現行法における上演権・演奏権に相当する権利であると思われる。旧著作権法が制定される前に音楽著作物の無形的利用に対する権利が規定されていたことは意外であるが、これはスイスのベルヌで開かれたベルヌ創設条約の国際会議で議論された条約案の一部をそのまま導入したものと思われる²³。

第2款 旧著作権法の成立経緯

¹⁸ 旧著作権法以前の法制に関しては、作花文雄『詳解著作権法(第 4 版)』(ぎょうせい・2010 年)45-58 頁、阿部浩二『著作権とその周辺』(日本評論社・1983 年)7-18 頁を参照。

¹⁹ 出版社は、その刊行する図書に、著作者または翻訳者の住所・氏名や発行年月日とともに、「〇年〇月版權免許」と記載しなければならなかった。

²⁰ このように版權条例は著作者の保護のための私権を規定したものであったが、従来の登録主義は維持されていた。すなわち、版權の保護を受けるためには登録が必要であり(第 3 条)、版權登録の効力を維持するためには、「版權所有」という文字を文書図画に記載する必要があった(第 5 条)。

²¹ 旧著作権法以前の音楽著作権については、吉村保『発掘日本著作権史』(1993 年)62-70 頁を参照。

²² 演劇脚本楽譜条例第 2 条は「演劇脚本若ハ楽譜ヲ出版シテ版權ヲ所有スル者ハ版權年限中ハ其興行権(即チ利益ノ為公衆ノ前ニ演スルノ権)ヲ併セ有スルコトヲ得但シ興行権ヲ有セントスルトキハソノ脚本又ハ楽譜ニ興行権所有ノ五字ヲ記載スベシ」と規定され、興行権を取得するためには、脚本や楽譜に「興行権所有」と記載しなければならなかった。

²³ 倉田・前掲注(17)24 頁。

その後、1899年2月7日に近代的著作権法である旧著作権法が成立し、7月15日に施行される。周知のように旧著作権法は、明治政府が著作権者の権利確立のために自主的に制定したものではなく、1858年の日米修好通商条約をはじめとする列強諸国との不平等条約を改正するために制定されたものである。したがって、旧著作権法は外圧によって制定を余儀なくされた法律とみることができる。しかし、以下で述べるように、後進国である当時の日本が置かれた状況を鑑みれば、やむを得ない選択であったといえよう。

列強諸国との不平等条約を改正することが明治政府の悲願であり、歴代の外務卿²⁴や外務大臣がその任に当たってきたが、その交渉は困難を極めた。この硬直した事態を打開したのは、伊藤博文内閣の外務大臣を務めた陸奥宗光である。陸奥宗光は、イギリスとの条約改正交渉においてその辣腕を振るい、1894年7月16日に日英通商航海条約を締結して、領事裁判権の撤廃を実現する。以降、アメリカ、ドイツ、イタリア、フランス、ロシアなどとも同様に条約を改正し、不平等条約を締結していた15カ国との間で領事裁判権の撤廃を成し遂げる²⁵。しかし、これらの条約には領事裁判権の撤廃に先立ち、国際著作権条約であるベルヌ条約に加入し、条約加盟国の国民の著作権を保護することを約束した条項が含まれていた²⁶。

当時は、領事裁判権の撤廃という悲願を達成するためにはやむを得ないという見解が一般的であったが、ベルヌ条約に加入すると欧米の先進的な文化の自由な享受が妨げられるとして、これに反対する者も少なくなかった。とりわけ、出版業者はこれまでの翻訳の自由が奪われてしまうことになるために大いに反対し、東京書籍出版営業者組合は、1897年6月、東京商業会議所会頭の渋沢栄一に「万国著作権保護同盟条約加入に付建議」という要望書を提出している²⁷。

また、外務次官や衆議院議長を歴任した鳩山和夫博士は、1898年2月に雑誌「太陽」(第4巻第3号・1898年2月5日)で「万国著作権保護同盟加盟上の注意」と題する論稿を発表し、ベルヌ条約に加入せずに先進国の文化を吸収するアメリカを例に出して、「……其国文化の進歩及び国運の隆昌を犠牲に供して斯る国際同盟に加盟することを敢てせざりし合衆国の挙措は文運の進昌一に翻刻若くは翻訳の力に待つべき我国が新たに該同盟に關繋を作らんとするに於て、好箇の鑑例として考査を費すべき価値あるものとす。然るに我が当局者は深く此に顧みることを為さず、軽忽に該同盟に加盟すべきことを盟約す。以住、我が当業者は此の盟約の為に少なからざる不利益を蒙り、我が文化、国運は此の加盟の為に著しく其の進歩隆昌を阻碍せらるべし。嗚呼、亦悲しむべきにあらずや。」と主張し、ベルヌ条約の加入が日本の文化の発展を阻害するものであると批判している。

²⁴ 1885年の官制改革以前における外務省の長官をいう。

²⁵ ただし、明治政府のもう一つの悲願であった関税自主権の回復は叶わなかった。関税自主権を完全に回復し、列強との不平等条約を解消するには、第二次桂太郎内閣で外務大臣を務めた小村寿太郎が交渉を担当した1911年の日米通商航海条約を待たなければならなかった。

²⁶ イギリスとの通商航海条約附属議定書第3款は「日本国政府ハ日本国ニ於ケル大不列顛国領事裁判権ノ廃止ニ先タチ工業所有權及版權ノ保護ニ關スル列国同盟条約ニ加入スヘキコトヲ約ス」と規定している。ここでいう「大不列顛」とは大ブリテン、すなわちイギリスのことである。また、ドイツとの通商航海条約附属議定書第4款には「又日本国政府ハ日本国ニ於ケル独逸帝国領事裁判権ノ廃止ニ先タチ版權(思想上ノ所有權)ニ關スル列国『ベルン』条約ニ加入スヘキコトヲ言明ス」とあった。ただし、当時アメリカはベルヌ条約に未加入であったため、アメリカとの通商航海条約にはベルヌ条約の加入が義務づけられていなかった。

²⁷ 知識人たちは翻訳の自由がなくなることに対して大きな危機感を抱いていた。東京帝国大学の井上哲次郎や梅謙次郎らは、1897年3月24日に衆議院と貴族院に対して、外国の著作権者への著作権使用料は政府が負担するようという請願書を提出している。倉田喜弘『著作権史話』(千人社・1980年)171-172頁。

このように出版業界や一部の知識人の強い反対があったものの、国策である領事裁判権の撤廃の前にはやはり無力であった。明治政府は、列強との約束を履行するために、ベルヌ条約加入に向けて大きく動き出すのである。しかしながら、その実現は当時の日本にとって容易なものではなかった。当時の著作権法は、ベルヌ条約が要求する保護の水準には遠く及ばなかったため、新しい著作権法を制定する必要があったからである。さらに明治政府に与えられた猶予は、改正条約が発効する 1899 年 7 月 17 日までの 5 年間という短い期間であった。この限定された期間内にベルヌ条約の要求する保護水準を満たす高いレベルの著作権法を草案するという任務を命じられたのが、内務省参事官であった水野鍊太郎である²⁸。

水野鍊太郎は、1897 年 11 月から 1898 年 6 月までイギリス、アメリカ、ドイツ、フランス、イタリアの各国を巡り、各国の著作権制度を調査する。そして、帰国後、赤司鷹一郎と小倉正恒を補助者にして、法案の起草に着手し、1898 年 12 月の第 13 回帝国議会に著作権法案を提出することになる。水野鍊太郎は、議会において、ベルヌ条約の加入が西洋文化の輸入の障害になるのではないかと危惧する議員から質問攻めにあうが、領事裁判権の撤廃という国家的悲願の実現が優先され、法案は若干の修正を受けただけで貴族院を 1899 年 2 月 7 日に、衆議院を同年 2 月 22 日に通過する。そして、水野鍊太郎が起草した旧著作権法は、1899 年 3 月 4 日に公布され、同年 7 月 15 日に施行される²⁹。

こうして、明治政府が列強に対して、領事裁判権の撤廃の条件として約束したベルヌ条約の加入のための条件が整うことになる。明治政府は、1899 年 4 月 10 日にベルヌ創設条約およびパリ追加規定に加入し、同年 7 月 13 日に公布、7 月 17 日に施行する。この日はまさにベルヌ条約加入の最終期限であった。時の政府は薄氷を踏む思いで、法案の審議を見ていたことであろう。なお、旧著作権法の施行と同時に、版權法、脚本楽譜条例、写真版權条例は廃止された。

第 3 款 桃中軒雲右衛門事件

旧著作権法が施行された 1899 年という年は、日本における蓄音機の普及に大きく貢献した三光堂が東京の浅草並木町で開業した年でもあった。つまり、旧著作権法が施行された年に、日本におけるレコード・ビジネスがそのスタートを切ったのである。こう見ると、当時の

²⁸ 水野鍊太郎の生涯については、大家重夫『著作権を確立した人々』（成文堂・2003 年）96-143 頁に詳しい。なお、水野鍊太郎が「著作権法起草の前後一少壮官僚時代の思ひ出」改造（1939 年 7 月）で 1899 年の旧著作権法制定時に「著作権」という言葉を造語したという記述があることから、長い間、著作権という言葉を出したのは水野鍊太郎であると言われてきたが、1886 年 9 月 6 日からスイスのベルヌで開催された著作権保護同盟創設会議に参加した外務書記官の黒川誠一郎の造語であるという見解が近年有力に主張されている。倉田・前掲注（27）125 頁参照。当時の資料を見ると、黒川誠一郎の造語であるというのが真実であろう。

²⁹ 前述のように、出版業界や一部の知識人たちは翻訳の自由が奪われると文化の発展が大いに妨げられると危惧したが、著作権法の施行後も無断翻訳が行われたため、彼らが危惧したような状況には至らなかったようである。木村毅『多羅の芽法談』（法令出版公社・1956 年）18 頁は、「この法律を遵奉して、翻訳のため、一々、外国の原著者に許諾を求め、その版權料を交渉するような几帳面な著作者は、日本にはほとんどいなかったのだ。又欧米の著作家も出版社も、日本で翻訳が刊行されることなんか問題にもしなかったし、第一、極東僻地の地でなされる事なので、無断翻訳しても、ほとんど先方に分からなかった」と当時の無断翻訳の状況を記している。

レコード産業は著作権法による保護を受けて、順調に発展していったように思われるかもしれないが、そうではない。1920 年に著作権法が改正されるまで、レコード会社は模倣レコードに悩まされ続けるのである。事の発端は、有名な桃中軒雲右衛門事件である。

桃中軒雲右衛門(1873-1916)は、レコード産業の草創期に最も人気があった浪曲師であった。当時、絶大な人気を誇っていた雲右衛門は吹込料がほかと比べて突出して高かったため、雲右衛門の浪花節はなかなかレコード化されなかった³⁰。これを実現させたのは、横浜市在住のドイツ人貿易商であるリチャード・ワダマンである。ワダマンは、15,000 円という高額な吹込料を雲右衛門に支払って、「赤垣源蔵徳利の別れ」「南部坂後室雪の別れ」「大石生立」「村上喜剣」「正宗孝子伝」の五種類のレコードを 72,000 枚製造し、三光堂に販売させた。1912 年 5 月 19 日のことである。

ところが雲右衛門の人気に乗じて、正規盤を無断複製して安価で販売する業者が現れたため、雲右衛門から楽曲の著作権を譲り受け、内務省に著作権登録を行っていたワダマンは、模倣レコードの製造業者に対して、著作権侵害を主張して、複製行為の差止めと 1 万 3,960 円の損害賠償を求める訴訟を提起すると共に、刑事告訴した³¹。これが、民法の不法行為の講義で必ず取り上げられる有名な桃中軒雲右衛門事件である(大判大正 3 年 7 月 4 日刑録 20 輯 1360 頁)³²。

一審、二審とも原告が勝訴したが、上告審である大審院は被告に対して逆転勝訴の判決を下した。大審院は「…即興の音楽ノ演奏ニシテ純然タル瞬間創作ニ属スルモノハ演奏者ノ主観ニ於テ其旋律力確定スル場合又ハ演奏者カ特ニ楽譜ヲ作りテ之ヲ固定セシメタル場合ノ外ハ音楽的著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受ルコトヲ得ス從テ此種ノ音楽ヲ蓄音機ニ写調スルモ偽作トシテ著作権法ノ制裁ヲ受クルコトナシ」と判示して、雲右衛門の浪花節は歌うたびに節回しも変わるような瞬間的な創作に過ぎず、そのようなものに著作権は成立しないと結論づけた³³。もっとも、大審院は「楽曲ヲ他ノ蠟盤ニ写シ取りテ音盤ヲ製造シ利ヲ営ムコトノ正義ノ觀念ニ反スルハ論ヲ俟タサル所」であるが、取締法規がない以上は仕方がないとも述べている。

大審院が著作権法の解釈として、雲右衛門がレコードの吹込時に即興的に創作した浪花節に対して、その旋律が瞬間的な創作にとどまり、必ずしも一定しないことを理由に著作物性

³⁰ 倉田・前掲注(3)60 頁によると、吹込料は 1910 年 10 月現在で長唄の人気芳村伊十郎が 5~6 枚で 2,000 円、日本蓄音機商会のドル箱スターである豊竹呂昇が 1 枚 150 円、朝太夫が 500 円であった。桃中軒雲右衛門の吹込料が突出して高かったのがわかる。

³¹ 三光堂が販売した桃中軒雲右衛門のレコードは 1 枚 3 円 80 銭であった。当時は 1 枚 1 円 50 銭が相場であった。無断複製して複写盤を販売する業者は正規盤より安い 1 枚 1 円前後で販売し、大いに儲けたといわれている。倉田・前掲注(17)19 頁。

³² この事件については多くの判例評釈や解説が発表されているが、著作権法からの視点で解説するものとして、大家重夫「判批」著作権判例百選(1987 年)162 頁、阿部・前掲注(18)55 頁、伊藤信男『著作権事件 100 話』(著作権資料協会・1976 年)72 頁などがある。また、山口亀之助『レコード文化発達史』(録音文献協会・1936 年)228 頁は、大審院判決の全文が掲載されている貴重な資料である。

³³ 大審院は桃中軒雲右衛門事件において権利侵害を厳格に解するという立場を示したが、その後まもなく、大学湯事件(大判大正 14.11.28 民集 4 巻 670 頁)で、民法 709 条について「当該法条に『他人ノ権利』とあるの故をもって、必ずやこれをその具体的権利の場合と同様の意味における権利の義なりと解し、不法行為ありと言うべきときは、まずその侵害せられたる何権なりやとの詮索に腐心し、吾人の法律觀念に照らして大局の上より考察するの用意を忘れ、求めて自ら不法行為の救済を局限するが如きは、思はざるもまたはなはだしと言うべきなり」と判示し、上記の雲右衛門事件の思考方法を自ら覆すことになる。

を否定した点には疑問が残るところである。周知のとおり、旧著作権法は実演家による楽曲の再現可能性を著作権の要件にしていなかった。大審院が示した解釈に従えば、浪花節のような即興的な歌唱を吹き込んだレコードは、誰でも無断で複製・頒布することができることとなる。

創作性が低いことを理由に著作物性を否定したのであれば、difficult to copyright のアプローチを採用したものとして理解することはできる。音楽の作曲は小説や絵画、彫刻、演劇などと異なり、もともと楽典上の制約が大きく、また浪花節は一定の型があるため、創作の自由度は相対的に低いからである。大審院は判決の中で「演奏ニ係ル音楽力新タナル旋律ヲ包含スル場合ト雖モ其音楽ハ常ニ必スシモ著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルモノニアラス」として、音楽著作物の創作性のレベルに言及しているため、「この判決は、音楽的著作物の要件を厳格に解し、ある程度の内容の高さを要求したもの」とする評価する評釈もある³⁴。そのように判例を解釈する余地はあるとは思いますが、やはり浪花節のような再現可能性が低い即興的音楽については著作物性が認められないという判示は適切ではなかっただろう。

実際、この大審院判決は他の浪花節のレコード無断複製事件に対して多大な影響を及ぼし、類似の事件の被告はすべて勝訴することとなった。その結果、雲右衛門や吉田奈良丸、京山小圓のような人気のある浪花節レコードは、次々に無断複製され、複写盤レコードとして安価で販売された。当然、三光堂や天賞堂、十字屋、日本蓄音機商会といったレコード会社にとっては、レコードからの無断複製を禁止する法律の制定が焦眉の急務となった。

この法改正に尽力したのが、1915 年 4 月に雑誌「蓄音器世界」を創刊した横田昇一である。横田昇一は法改正のために東奔西走し、衆議院議員の鳩山一郎に働きかけ、その結果、1920 年 7 月 14 日、第 43 回帝国議会で著作権法の改正法案が提出されることとなる。この改正法案では、保護される著作物の例示に「演奏、歌唱」が加えられ(第 1 条)、また「音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ他人ノ著作物ヲ写調スル者ハ偽作者ト看做ス」という規定が設けられた(第 32 条の 3)。この改正法案は同年 8 月 19 日に公布され、レコードの無断複製に対する規制が規定されることになる。

さらに 1934 年の著作権法改正によって、著作権には著作物をレコードに録音する権利が含まれていることが明記されるとともに(第 22 条の 6)³⁵、レコード製作者がそのレコードについて著作者とみなされ、著作権が与えられることとなった(第 22 条の 7)³⁶。この法改正によって、レコード製作者は他人がそのレコードを無断で複製することが禁止できることとなった。長年のレコード業界の悲願がここに叶えられることになるのである。

このような桃中軒雲右衛門事件を契機とする一連の法改正は、著作権の客体を歌唱・演奏・レコードに広げるものである。これらは、大陸法国においては著作隣接権の保護の対象となるものである。では、なぜ当時の日本は著作隣接権制度を導入して、著作隣接権をもって、歌唱・演奏、レコードの保護を図ろうとしなかったのであろうか。

いわゆる先進国で著作隣接権制度の検討が始められたのは 1920 年代からであり、1928

³⁴ 大家・前掲注(32)163 頁。

³⁵ 第 22 条ノ 6 文芸、學術又ハ美術ノ範圍ニ屬スル著作物ノ著作権ハ其ノ著作物ヲ音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ写調シ及其ノ機器ニ依リ興行スルノ権利ヲ包含ス。

³⁶ 第 22 ノ 7 音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ他人ノ著作物ヲ適法ニ写調シタル者ハ著作者ト看做シ其ノ機器ニ付テモ著作権ヲ有ス。

年のベルヌ条約ローマ改正会議において、ようやく実演やレコードの保護が一部の国から提案されたという時代であった。つまり、日本が歌唱・演奏、レコードを保護する法制度を構築したのは、著作隣接権という概念が生成する以前のことなのである。そして、歌唱・演奏、レコードがすでに著作権法で保護されていたことが、現行著作権法の制定に際して、著作隣接権制度の導入をスムーズにしたといわれている³⁷。

³⁷ 阿部・前掲注(18)60頁。

第3節 現行著作権法の成立とその後の法改正

第1款 旧著作権法から新著作権法へ

1899年に制定された旧著作権法はその後、数度の改正を経るが、その基本的な内容と体系は半世紀経っても変わらなかった。もちろん、法制度としてはさまざまな点で問題が多く、全面改正の必要性はすでに第二次世界大戦前から認識されていたが、戦争の混乱の中では叶うはずもなかった。旧著作権法に対する全面改正の動きは、1945年の終戦を待たなければならなかったのである。具体的な改正作業は1950年と1953年に着手されるが、どちらも著作権法として結実しなかった。

1950年から行われた改正作業は、1948年に成立したベルヌ条約のブラッセル改正条約が契機となった。当時、日本はアメリカの占領下にあったが、占領軍当局CPC(連合国総司令部民間財産管理局)が文部省に対して、ブラッセル改正条約に対応するための法改正をするようにという指令を発したことにより、改正作業が開始された。改正作業のために設立された著作権法改正案起草審議会は1950年10月から1951年12月まで審議を重ねたが、最終的には改正要綱をまとめることができなかった。

1953年から行われた改正作業は、著作権制度調査会によって取り組まれ、応用美術や映画の著作権者の問題、実演家・レコード製作者・放送事業者の保護のあり方などについて審議が進められた。しかし、万国著作権条約の批准が急務となったため、1955年5月24日の第11回会議を最後に審議が中断され、この時も改正要綱をまとめることができなかった。

1960年代に入って、三回目の正直とばかりに著作権法を全面的に改正する気運が生じてくる。1899年に旧著作権法が制定されてから、すでに60年あまりが経過していた。制定当時には存在しなかったラジオ、テレビ、映画、テープレコーダー、マイクロフィルムなどの新しい技術が次々に誕生し、旧著作権法は技術が高度に発達した時代にそぐわないものになっているという主張が多く聞かれるようになった³⁸。

そのような声に呼応するかのように、1962年から文部省の諮問機関として著作権制度審議会が設置され、著作権法の改正作業に取り組むことになる。審議会は第1から第6までの小委員会を設置し、各審議事項について調査、検討を重ねた。そして、1966年4月20日の総会において審議会答申がまとめられ、文部大臣に提出された。文部省ではこの答申を受けて法文化作業が進められ、1966年10月に「著作権及び隣接権に関する法律草案」が公表された。その後、内閣法制局で予備的な条文審査が行われ、1970年2月に法案が第63回国会に提出され、同年4月に可決成立することになる。そして、1971年1月1日に旧著作権法に代わって、新しい著作権法が施行するのである。

現行著作権法では著作隣接権制度が導入され、旧著作権法の下で著作権の客体として

³⁸ たとえば、渋谷敬三「全面的改正気運の著作権法」時の法令405号(1961年)10頁は、「著作権法(明治32年法律第39号)は、制定後すでに60数年を経過し、その間条約の改正および技術の発達に応じて数次の部分的改正が行なわれ今日に至っているが、同法は、体系、内容ともに古く不備な点が多いと考えられ、特に印刷術、写真術しかなかった当時に制定されたものであるから、その後部分的な改正が行なわれたとはいえ、かならずしも首尾一貫していないきらいがあるといわれており、今日のように、著作権の問題がそれぞれ直接関係するラジオ、テレビ、映画、レコード、フォノシート、テープレコーダー、マイクロフィルム、アイトホール等の新技術が高等に発達した時代の要請に応じ難いものとなっているということは、関係者の等しく認めるところである。」と指摘している。

保護を受けていた歌唱・演奏、レコードは、著作隣接権制度の下で保護を受けることとなった。著作隣接権制度は、1961 年 10 月、ローマにおいて、ユネスコ、ベルヌ同盟、ILO (国際労働機関) が共同で開催した隣接権条約外交会議で審議され、成立した「実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約」(以下、本論文では「ローマ条約」と呼ぶ)をベースにして、現行法に導入したものである。現行法の下で、実演家、レコード製作者、放送事業者、有線放送事業者は著作隣接権者として保護されることとなり、レコード製作者には複製権と二次使用料請求権が与えられた。また、レコードの保護期間はローマ条約に倣い、レコードの固定後 20 年間とされた³⁹。以下、レコード製作者に認められた複製権と二次使用料請求権について見てみよう。

1. 複製権

著作権法は、その第 96 条で「レコード製作者は、そのレコードを複製する権利を専有する。」と規定し、レコード製作者に排他的権利である複製権を与えることとした⁴⁰。レコードの複製は、典型的には有体物たる CD やカセット・テープへの録音が考えられるが、条文は複製媒体について限定していないので、レコードが映画やハードディスクなどに複製される場合にも適用される。ただし、RAM における一時的な蓄積について、裁判例では「一般的なコンピュータの RAM におけるデータ等の蓄積と同様に一時的・過渡的なものであることが明らか」であり、複製には該当しないとしている⁴¹。

日本においては、レコードの複製権の保護範囲をめぐる裁判例はまだないが、第 4 章で詳しく紹介するようにアメリカではすでにサンプリングによるレコードの利用行為の違法性をめぐって、多くの訴訟が提起されている。また、著作権法の解釈論だけでなく、立法論を含めて、幅広い議論が展開されている。日本でもアメリカの訴訟を受けて、サンプリングの問題を論じる論稿が増えてきている⁴²。レコードの複製権の保護範囲については、今後、著作権制度を考察する上でますます重要な論点になると思われる。

2. 二次使用料請求権

著作権法第 97 条は、レコード製作者が放送事業者による商業用レコードの放送および有線放送について、二次使用料を受ける権利を有すると規定している。また、同条第 3 項で、レコード製作者による二次使用料の請求は包括的な形で行使されることが望ましいという理

³⁹ 旧著作権法では、レコードは発行後 30 年まで(ただし、個人名義のレコードは死後 30 年まで)保護されるとしていた。したがって、法改正によってレコードの保護期間は実質的に短くなったが、現行法の起草者によると、二次使用料請求権の創設によって保護が拡大したことと、将来、ローマ条約に加入することにより、保護の範囲が拡大することを考慮して、ローマ条約が要求する 20 年で足りると判断したという。加戸守行『著作権法逐条講義(五訂新版)』(著作権情報センター・2006 年)577 頁。

⁴⁰ 日本の著作隣接権制度の参考となったローマ条約は、第 10 条で「レコード製作者は、そのレコードを直接又は間接に複製することを許諾し又は禁止する権利を享有する。」と規定している。

⁴¹ 東京地判平成 12.5.16 判時 1751 号 128・149 頁[スカイパーフェク TV 事件]。

⁴² 前田哲男＝谷口元『音楽ビジネスの著作権』(著作権情報センター・2008 年)231 頁、作花文雄『著作権法一制度と政策一(第3版)』(発明協会・2008 年)166 頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール3』(勁草書房・2009 年)[伊藤真]108 頁などを参照。

由により、二次使用料を受ける権利の行使については指定団体制度を設けている。そして、1971 年 3 月 11 日付けで、一般社団法人日本レコード協会(以下、レコード協会という)が二次使用料を受ける団体として指定されている⁴³。

レコード製作者への二次使用料の支払いを規定した立法趣旨は、実演家の二次使用料の規定のそれとは異なるものである。実演家の場合は、放送において生演奏に代えてレコード演奏が一般化したことによって生じる実演家の演奏機会の喪失、すなわち実演家の機械的失業の補償という意味合いが強い。また、放送局も生演奏をレコード演奏に代えたことにより収益が増大しているはずだから、その収益の一部を実演家に還元すべきであるという経済的均衡論の考えも含まれている⁴⁴。

それに対してレコード製作者の場合は、生演奏からレコード演奏に代えると、レコードの売行きは低下するというよりは、むしろ増大する効果が生じることが多い。したがって、実演家のように経済的補償という意味合いではなく、レコード製作者に放送権や有線放送権などの許諾権を与えなかった代償として、またレコード演奏により大きな収益を上げている放送局から収益の一部をレコード製作者に還元するという、利益の均衡を考慮して設けられた制度といえる⁴⁵。

第 2 款 現行法制定後の法改正の経緯

現行法が施行されて以来、ちょうど 40 年が経過した。この間、テクノロジーの急速な発展によって、著作権制度を取り巻く環境は大きく変化した。また、著作権制度はもはや一国の問題ではなくなり、次々に誕生する国際条約に対応すべく、多くの法改正を行わざるを得ない状況にある。そこで、次に 1971 年に現行法が施行された後のレコードの保護に関する法改正を年代順に概観しておこう。レコード製作者の権利がこの 40 年間でいかに拡大・強化されていったかが理解できるだろう。

1. レコード保護条約への加入

前述したように、著作物を公衆に伝達する役割を果たす実演家、レコード製作者および放送事業者の権利の国際的保護を目的として、1961 年にローマ条約が制定された。この条約は、各国が著作隣接権制度を導入する際の指針としての役割も同時に期待されていた。日本の著作権法における著作隣接権の規定も、将来のローマ条約加入を前提にして、この条約の条文を参考にして作られたものである。

しかし、国内における著作隣接権制度の運用状況を見極める必要があったこと、また条約締結国が非常に少なかったこと(現行著作権法制定時では 11 カ国)、放送事業者の強硬な反対があったこと(ローマ条約に加入すると放送事業者に洋盤の使用に対する二次使用料の支払義務が生じる)などの事情から、日本は長い間、条約の加入を見送っていた。また諸外国も概して同じような状況にあったため、なかなか条約の加入は進まなかった。

ところがそうも言っていない事態が生じることになる。海賊版レコードの横行である。国

⁴³ レコード製作者の二次使用料の運用については、安藤・前掲注(7)216 頁を参照のこと。

⁴⁴ 加戸・前掲注(39)513 頁。

⁴⁵ 加戸・前掲注(39)549 頁。

際間の著作隣接権の保護の間隙を抜って登場した海賊版レコードは、瞬く間に猛威をふるい、レコード製作者にとって大きな脅威となった。中でも最も深刻な危機感を持ったのは巨大なレコード産業を有するアメリカ、イギリスなどの先進国であった。そこで世界知的所有権機関(WIPO)とユネスコの主導の下、急きょローマ条約とは別に、海賊版レコードの排除を目的とする応急措置的な条約を制定することになった。これが、1971年にジュネーブで採択されたレコード保護条約(正式名称は「許諾を得ないレコードの複製からのレコード製作者の保護に関する条約」)である。

この条約の締約国は、ほかの締約国の国民であるレコード製作者を、無断複製物の作成、輸入および頒布から保護しなければならない。すなわち、外国盤レコードの無断複製、外国で無断複製されたレコードの輸入、それらの国内での頒布行為が規制される。従来、日本には輸入盤からの無断複製を規制する手段がなかったので、レコード会社にとっては待望の条約といえよう⁴⁶。日本は1978年10月14日に同条約に加入した。

2. 貸与権と貸与報酬請求権の創設

レンタル・ビジネスは、東京都立日比谷図書館のレコード貸出しをヒントに、立教大学の学生が考えたアイデア商売である。1980年6月15日、この学生は友人2人と東京の三鷹駅前に黎紅堂(レコードの洒落か)という日本初のレンタル・ショップを開店した。これが時流に乗って、ビジネスとして大成功を収めることになる⁴⁷。

レコードが高価な贅沢品であることは今も昔も変わらない。音楽好きな若者にとって、レコードを安価でレンタルしてくれるサービスは、とても魅力的である。なぜなら、借りたレコードを自宅でテープにダビングすれば、1枚買うお金で何枚分ものレコードを楽しむことができるからだ。

具体的に両者を比較してみよう。1980年当時、アルバム(LP)の価格は1枚2,800円であった。一方、レンタル・レコードは1泊2日で250円だった。シングル(EP)は1枚700円に対し、レンタル・レコードは1泊2日で100円であった。レンタル・ショップがこのような価格設定をすれば、消費者がレンタル・レコードに大きな魅力を感じるのは当然であるといえよう。文化庁の調査によると、レンタル・ショップの利用者は22歳以下が8割と、圧倒的に若者が多かったそうである。

⁴⁶ 実は同条約加入前にも、外国盤レコードの保護は一定の範囲内で行われていた。元来、外国のレコードを日本で製造・販売する場合は、外国のレコード会社と原盤のライセンス契約を締結して行ってきた。概して外国原盤のロイヤリティは高率であり、また前渡金(アドバンス)が慣習として確立されているので、かなりのリスクを覚悟してのビジネスであった。したがって、ライセンス契約に基づいて複製される国内リプレス盤の無断複製を許すと、ライセンスを受けた日本のレコード会社は大きな打撃を被ることになる。このことから著作権法第121条第2号(1991年の法改正により、第121条の2に移った)によって、国内リプレス盤からの無断複製を禁止する措置を講じていた。しかしながら、この措置はあくまでも国内リプレス盤のみを対象としたものであり、輸入盤からの複製を禁止したものではなかった。それゆえに輸入盤から複製したレコードが大量に市場に出回り、洋盤を扱うレコード会社や輸入盤業者、本国のレコード製作者などに大きな被害をもたらすようになっていた。したがってレコード保護条約への加入により、輸入盤、国内盤を問わず、外国盤レコードが保護されるようになったのは、無断複製による被害者たちにとっては大きな朗報であった。安藤・前掲注(7)175頁。

⁴⁷ レンタル・レコードが誕生する事情と背景については、若松修＝木村三郎「貸しレコード問題」『レコードと法』(青山学院大学法学部・1993年)255頁、安藤・前掲注(7)264頁などを参照のこと。

さらに、その前年の夏に発売されたソニーのウォークマンがレンタル・ビジネスの成長に拍車をかけた。ウォークマンもカセットがなければただの箱である。ウォークマンで語学勉強する人もいるが、やはり主流のコンテンツは音楽だろう。ウォークマンで聴く音楽をカセットにダビングするために、多くの若者がレンタル・ショップに殺到したのである。

こうしてレンタル・ショップが社会現象と言われるまでに流行すると、レコード・ショップの売上げに大きな影響を及ぼすようになる。レンタル・ショップ付近のレコード・ショップの売上げが減少し、その存亡が危ぶまれていくのである。たった1人の学生が始めたアイデア商売が全国のレコード・ショップを脅かしたのだ。

深刻な危機を感じたのはレコード・ショップだけではない。作詞家、作曲家、音楽出版社、実演家、レコード会社などの著作権者、著作隣接権者なども同様である。特に強い危機感を持ったのはレコード会社である。さっそくレコード会社13社は、1981年10月30日に黎紅堂ら大手レンタル業4社に対して、公衆へのレコードのレンタルは複製権を侵害するとして、レコード・レンタルの差止めを求めて東京地方裁判所へ提起する。それに引き続き、日本音楽著作権協会(JASRAC)と日本芸能実演家団体協議会(芸団協)も東京地方裁判所に訴訟を提起する。

しかしながら、これには少々無理があった。現在法制定時(1970年)において、当時の立法者はこのようなビジネスが登場するとは思ってもいなかった。そのため、著作者や著作隣接権者にレコードのレンタルに対する禁止権を付与していなかったのである。それでも権利者団体は、レンタル・ショップの行為は複製権に抵触しているとして、あえて訴訟を提起した。しかし、これはかなり苦しい法律解釈であるため、レンタル・ショップ側は徹底抗戦する構えを見せた。

権利者側は作戦を変更し、当時の自民党政府に陳情し、立法措置でレンタル・ビジネスを封じ込めることにした。その結果、自民党文教部会に著作権問題等プロジェクト・チームが設置され、議員立法という形で「商業用レコードの公衆への貸与に関する著作者等の権利に関する暫定措置法」(以下、暫定措置法)という法律案が作成される。そして、この法律は1983年12月に成立する。

この法律により、レコードの発売日から政令で定める期間は、作詞者、作曲者、音楽出版社などの著作権者や実演家、レコード製作者などの著作隣接権者の許諾を得ずに、レコードをレンタルすることは禁止された。なお、「政令で定める期間」とは、その後に出された「商業用レコードの公衆への貸与に関する著作者等の許諾の権利の期間を定める政令」により1年間とされた。

その後、文化庁が作った著作権法改正法案が1984年5月18日に成立する。この改正法が成立したことにより、暫定措置法は同月25日に廃止された。この法改正によって、レコード製作者には商業用レコードに対して、1年間の貸与権と19年間の報酬請求権が認められることとなった(その後、レコードの保護期間の延長に伴い、現在では49年間の報酬請求権が認められている)。また、報酬請求権に関する権利の行使団体は、文化庁長官が指定するものがある場合、その団体のみが権利を行使できることとした(第97条の3第4項)。この団体には、1985年2月1日付で一般社団法人日本レコード協会が指定されている。

なお、改正法案が国会を通過した際に、レンタル・ショップが存続できるよう配慮するようにとの附帯決議があった。この附帯決議によりJASRAC、芸団協の各団体と、1984年4月に設立されたレンタル・ショップの団体である日本レコードレンタル商業組合(現、日本コンパクト

ディスク・ビデオレンタル商業組合)との間で一括許諾を与えるという協定が成立し、現在までスムーズに運用されている⁴⁸。

3. 著作隣接権の保護期間の延長

著作権法は、1970 年の制定時において、ローマ条約に倣い、著作隣接権の保護期間を 20 年間としたが、その後、著作隣接権制度の国際的な充実、実演家やレコード製作者等の文化的使命、20 年を上回る保護期間を定める国の増加、などを考慮して、1988 年に法律を改正して保護期間を 30 年間に延長した(同年 11 月 21 日施行)。さらに 1991 年の法改正により、著作隣接権の保護期間は 50 年間に延長された(1992 年 1 月 1 日施行)。

また、レコードの保護期間については、従来、固定時が起算点とされていたが、2002 年の WIPO 実演・レコード条約締結に伴う法改正によって、発行時を起算点にするように変更されている⁴⁹。ただし、経過措置によって、すでに保護期間が満了しているレコードについては、保護の復活は行わないこととされている(2002 年改正法附則第 8 項)。

4. ローマ条約への加入

日本はローマ条約の加入を前提にして著作隣接権制度を現行法に導入したが、前述したような事情により、日本は長い間、条約の加入を見送っていた。しかしながら、1989 年 6 月には締約国も 32 カ国に増え、また日本レコード協会や芸団協などの権利者はローマ条約を早期に締結すべきという要請を熱心に行った。そこで日本政府は機が熟したと判断し、ローマ条約加入のための法改正を行い、1989 年 10 月 26 日にローマ条約に加入した。この法改正により、ローマ条約の締約国の国民をレコード製作者とするレコードと、レコードに固定されている音が最初にローマ条約の締約国において固定されたレコードは、日本国内で保護を受けることとなった⁵⁰。

5. 外国のレコード製作者の貸与権付与

1984 年の改正著作権法の成立の際には、洋盤については著作権者の貸与権は認められたが、実演家とレコード製作者の貸与権は認められなかった。これは当時、貸与権を付与する国際著作隣接権条約が存在せず、外国の権利者を保護する必要がなかったからである。また、1989 年のローマ条約加入のための法改正においても、当時、貸与権の行使をめぐるレコード会社とレンタル・ショップとの間で訴訟が継続中であり、安定した利用秩序が形成されていないという事情があったため、外国の権利者には貸与権を認めないこととされた。

しかし、レコード・レンタルがレコード売上げを減少させている原因と見るアメリカのレコード会社にとって、洋盤を貸与権の対象外とされることに納得がいかなかった⁵¹。米国通商代表

⁴⁸ レンタル・レコードの実務については、安藤・前掲注(7)264-287 頁を参照。

⁴⁹ WIPO 実演・レコード条約の第 17 条 2 項は「この条約に基づいてレコード製作者に与えられる保護期間は、レコードが発行された年の終わりから、又はレコードへの固定が行われてから 50 年以内に発行されなかった場合には当該固定が行われた年の終わりから、少なくとも 50 年とする。」と規定している。

⁵⁰ 著作権法第 8 条 3 号。

⁵¹ 浅井澄子「音楽 CD の販売とレンタルとの関係に関する実証分析」InfoCom REVIEW 47 巻(2009 年)16

部(USTR)のヒルズ代表も来日して、レコード・レンタルが貿易不均衡の悪の元凶のように批判し始めた。日本政府はこの主張を受け入れる形で、1991年5月に洋盤の実演家とレコード製作者に貸与権を認める法律を成立させた(翌1992年1月1日施行)。

すると、洋盤のレコード会社は、レコード・レンタルはレコード売上げに対して悪影響を与えるということで、1年間の貸与権をフルに行使すると主張した。自分のビジネスの成功を最優先に考える外国の権利者がレンタル・ショップを存続させるようにという附帯決議を尊重することは、望むべくもないことであった⁵²。この結果、現在でも洋盤に関しては、権利者である外国のレコード会社が1年間の貸与権をフルに行使してレンタルを禁止している⁵³。

6. TRIPS 協定への加入

7年あまりの長期交渉となったGATT(関税貿易一般協定)ウルグアイ・ラウンドが1994年4月に終結し、1995年1月にGATTが発展的に解消した形を受けて発足したのがWTO(世界貿易機関)である。WTOは、サービス、貿易、知的所有権等の広範な分野における国際的ルール確立をその使命とするものである。そして、1994年12月にWTOを設立するマラケシュ協定が締結され、その附属書1C(正式には「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」、通称「TRIPS 協定」)の締結のために、日本は法改正を行うことになった。この改正法は、1994年に制定され、1996年1月1日に施行された。

この法改正により、WTO加盟国に係る実演とレコードを著作隣接権による保護の対象に加えた。従来、著作隣接権に関する国際条約であるローマ条約やレコード保護条約では、不遡及の原則が採られてきたが、TRIPS 協定ではベルヌ条約第18条の保護の遡及規定を準用するとしたため、WTO加盟前の実演とレコードについても、加盟国は保護を与える義務が生じることとなった⁵⁴。ただし、日本はいつまで遡って保護するのかという問題について、各国の合理的な裁量に委ねられていると理解し、WTO加盟国に係る実演とレコードに対しては、日本で著作隣接権制度が創設された現行著作権法の施行時、つまり1971年1月1日以降のものについて保護を与えることとした⁵⁵。つまり、実演とレコードの保護を25年間遡及することとしたのである(1996年－1971年＝25年間)。

7. 著作隣接権の保護の遡及

頁は、実証分析の結果、小売市場とレンタル市場の成長は、それぞれの市場に正の影響を与え、レンタル市場の拡大が小売市場の成長を阻害するという仮説(レコード会社が主張)は否定されるとする。

⁵² 若松＝木村・前掲注(47)260頁。

⁵³ 安藤・前掲注(7)271-272頁。

⁵⁴ TRIPS 協定第14条第6項は、「・・・ただし、1971年のベルヌ条約第18条の規定は、レコードに関する実演家及びレコード製作者の権利について準用する。」と規定している。また、ベルヌ条約18条第1項は、「この条約は、その効力発生の時に本国において保護期間の満了により既に公共のものとなつた著作物以外のすべての著作物について適用される。」と規定している。

⁵⁵ ベルヌ条約第18条第3項は、「前記の原則の適用は、これに関する同盟国間の現行の又は将来締結される特別の条約の規定に従う。このような規定がない場合には、各国は、自国に関し、この原則の適用に関する方法を定める。」と規定しており、条約に具体的な遡及期間の規定がない場合は、各国が自由に定めることができるとされている。

この日本の遡及効に関する法改正にクレームをつけたのがアメリカである。アメリカはベルヌ条約第 18 条というのは、一律に 50 年間遡及するという解釈をすべきものであって、日本の条約解釈は間違いであると主張した。そして、アメリカ政府は 1996 年 2 月 9 日、WTO に日本を提訴し、事態は深刻さを増していく(EC も同年 5 月 28 日、WTO に日本を提訴する)。

本来、この条文解釈は各国さまざまであり、フィンランドやイタリア、ギリシャなど、ヨーロッパでも保護を 50 年間遡及していない国がいくつか存在する⁵⁶。政府によると GATT のウルグアイ・ラウンドの協議では、遡及期間は各国に委ねるという合意ができていたにもかかわらず、アメリカが突然、日本を提訴してきたという⁵⁷。この事態の影にはどうもアメリカのレコード業界からアメリカ政府へ相当な圧力があつたようだ。WTO 協定加盟国すべてに対して 50 年の遡及を望むアメリカのレコード業界にとって、日本の 25 年の遡及はまったくの期待外れだったというわけである。

さて、1996 年 2 月末にアメリカでクリントン大統領と首脳会談を行っていた橋本総理大臣は、2 月 24 日に現地で記者会見を開き、「条約解釈の問題は別として、先進国の体勢に見習って保護を拡大していくことになるのではないか」という発言をした。この発言を受けて、文化庁では 2 月 26 日、国内外のレコードについて 50 年前にあたる 1946 年に遡って著作権の保護の対象とする方針を決めた。つまり、いつまで遡及すればよいのかという TRIPS 協定の解釈の問題は別として、他の先進国と歩調を合わせるために法改正を行うという行動に出たわけだ。改正著作権法は、1996 年 12 月 26 日に公布され、1997 年 3 月 25 日に施行された。改正法の施行日以降は、50 年前までに行われた日本と WTO 加盟国にかかる実演とレコードはすべて著作隣接権の保護対象となる。

この法改正により、プラターズの「煙が目にしみる」(1959)もレイ・チャールズの「わが心のジョージア」(1960)もサイモンとガーファンクルの「サウンド・オブ・サイレンス」(1966)も業者は新たに廉価盤を製造し、売ることができなくなった。もちろん、エルヴィス・プレスリーやビートルズ、ローリング・ストーンズのすべてのレコードも保護の対象となった。

ただし、この法改正によってアメリカのレコード製作者が得られる経済的利益は、それほど大きくはない。というのも、従来から日本レコード協会加盟のレコード会社は、それがいつ製作されたレコードであっても、原盤の供給元である外国のレコード会社にロイヤリティを支払っていたからである。したがって、日本レコード協会に加盟していない会社、すなわち廉価盤の販売業者だけが法改正の影響を受けることになった。日本レコード協会の報告によると、これらの販売業者は 20 社程度あり、1946 年から 1967 年までの外国のレコードを使用して製造した CD の枚数は 1 年間で約 900 万枚(1994 年度)と推定されている。金額にして約 100 億円である。また、それらのレコードを使用してビデオや映画を製作する場合、今後は権利処理の必要が生じるが、それも金額的には大したことはない。つまり、アメリカの目的は日本からの原盤使用料とは別のところにあるということだ。

では、アメリカ政府の、いや正確に言うとアメリカのレコード業界の真の目的はなにか。それは、ベルヌ条約第 18 条の解釈を「50 年の遡及」に統一することである。特に東南アジア諸

⁵⁶ 作花文雄『著作権法詳解(第 4 版)』(ぎょうせい・2010 年)587 頁は、「問題は、多くの先進諸国は 50 年前まで遡及して保護する措置を採用しているという事実であり、我が国が立法を行う上で、このような状況の把握が果たして十分なされていたのかという問題は残る。」と指摘するが、法改正にあたっては一義的に文化の発展に寄与するものかどうかを考えるべきであって、国際的調和の観点を殊更に強調すべきではない。

⁵⁷ 岡本薫「著作権保護の国際的動向について」コピライト 421 号(1996 年)16 頁。

国においては、この解釈の統一化が大きな意味をなす。この意味において、日本はアメリカの格好の標的となったといつてよいだろう⁵⁸。

なお、アメリカおよび EC は日本に対し、1994 年の法改正では著作隣接権の保護対象となっていなかった 1946 年から 1970 年のレコードについて、法改正によりセルオフ期間を設けて、期間経過後は当該レコードの複製物の頒布を禁止するように求めてきていた。しかし、日本はこの要求を受け入れず、改正条項には盛り込まなかった。したがって、1946 年から 1970 年のレコードについては、1996 年改正法の施行日である 1997 年 3 月 25 日以降は、権利者に無断でレコードの複製物を作成することができなくなったが、同日までにすでに作成されたレコードの複製物については引き続き販売することができるとされた。

8. 送信可能化権の創設

社会のデジタル化・ネットワーク化が進み、レコードがインタラクティブ送信という送信形態によって公衆に提供されるようになったために、レコードのインタラクティブ送信に対して保護を与える必要性が生じた。また、1996 年 12 月に採択された WIPO 実演・レコード条約は、レコード製作者に対して送信可能化権を与えていたので、この考え方を採り入れることとした⁵⁹。そこで 1997 年の法改正により、レコード製作者に対して、新たに送信可能化権という排他的権利が付与された。

従来の技術では、レコードをアップロードする際には必ずサーバーへの複製が伴ったので、レコード製作者の複製権が働き、権利者は第三者が無断でレコードをアップロードする行為を禁止することができた。しかし、技術の発達によって複製を伴わないサーバーへのアップロードが可能となり、そのような行為を権利の対象とする必要性が生じたのである。たとえば、配信事業者が複製を伴わないサーバーへのアップロードをしてレコードを送信する行為（いわゆるインターネット放送）については、レコード製作者はこれらの行為について何の権利主張もできなかった。そのため、レコード製作者に送信可能化権を与えることとし、これらの行為についても送信の準備段階であるサーバーへのアップロードについて、権利行使できることとした。

なお、複製を伴うサーバーへのアップロードについては、レコードの複製権が重疊的に働くことになる。ただし、レコードの権利者はインタラクティブ送信自体には権利行使をすることはできない。

9. 譲渡権の創設

1996 年 12 月に採択された WIPO 実演・レコード条約はレコード製作者に対して頒布権を与えていたために、1999 年の法改正により、レコード製作者に対して新たに譲渡権を認めることとした。ただし、譲渡権が単独で働く局面はあまり多くない。というのも、レコード製作者には従前より複製権が与えられているので、レコードの無断頒布に対しては複製権を行使することができるからである。したがって、譲渡権が単独で働く局面というのは、レコード製作者か

⁵⁸ WTO 協定と廉価盤 CD については、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス・実践編 3rd Edition』（リットーミュージック・2005 年）52-58 頁を参照。

⁵⁹ 濱口太久未『著作権法の一部を改正する法律』について」コピーライト 436 号（1997 年）8-9 頁。

らレコードを複製することのみの許諾をもらった者が、許諾条件に反して公衆にレコードを譲渡するといった場合に限られる。

また、著作権法 97 条の 2 第 2 項でファースト・セール・ドクトリンを採用しており、一旦、国内外において、適法に譲渡されたレコードの複製物については、その後、さらに公衆に譲渡する行為には譲渡権が及ばないとされている。WIPO 実演・レコード条約では、消尽については各国の法律に委ねることとされているので、日本は国内消尽を採用することも可能であったが、レコードの複製物の円滑な流通を確保するために国際消尽理論を採用し、国内・国外を問わず、適法に公衆への譲渡が行われた場合には、すべて譲渡権が消尽することとした。

10. 還流レコードの防止措置

前述のようにレコードの譲渡権については、1999 年の法改正で国際消尽の理論が採用されたが、2004 年の法改正で修正を余儀なくされてしまう。その理由は、長年にわたってレコード業界を悩ませたアジア地域からの安価なレコードの逆輸入にあった。日本レコード協会は、かねてから輸入権の創設に向けて積極的な運動を展開してきたが、前述したように、1999 年の譲渡権創設時の議論で、消尽については、国際取引においても円滑な流通および取引の安全を確保する必要があるという理由により、国際消尽が採用された。すなわち、日本は輸入権の導入については否定的な姿勢をとり続けたのである。しかし、その後事態は急転して、レコード業界に次のような追い風が吹き始めることになる。

まず、日本レコード協会と関係者間協議を続けていた経済団体連合会(経団連)が自由貿易推進の立場から一貫して取ってきた輸入権導入の反対の立場を変更し、一定の措置はやむを得ないという見解を取るに至る。これには、低迷を続けるレコード業界を還流防止措置により、泥沼状況から何とか打開させたいという思惑があった。韓国において段階的に行われている日本文化開放や 2008 年の北京オリンピックなど、近年、日本とアジア諸国の関係がますます緊密化しており、日本のレコード業界にとって大きなビジネス・チャンスになると期待していることも大きな要因であろう。

また、コンテンツ産業振興の観点から輸入権創設への反対の立場が見直されたことも、この法改正の議論に大きな影響を与えた。経済産業省の「コンテンツ産業国際戦略研究会」の報告書では、輸入権導入を肯定する立場からの提言が公表された。さらに政府の知的財産戦略本部においても、輸入権創設により知的財産の保護の強化を図るとして、知的財産戦略の一つとして輸入権創設は位置づけられることになった。

この問題は、所轄官庁である文部科学省の文化審議会著作権分科会において検討されたが、委員の間で賛否が分かれたため、一定のコンセンサスは得られなかった。レコードの還流防止措置の法案提出は見送られるかと思われたが、閣議決定を経て、国会に提出され、2004 年 6 月 3 月の衆議院本会議で可決、成立した。そしてこの改正法は 2005 年 1 月 1 日から施行された。

この法改正により、国内で販売されている商業用レコードと同一のレコードであり、かつ、専ら国外において頒布することを目的とするレコードは、輸入盤の規制対象となった。ただし、国内盤の発売日から 7 年を超えない範囲内で政令で定める期間(4 年)を経過したレコードは除外される。

対象となるレコードについては、洋盤が含まれるか否かがこの法改正の大きな焦点となった。そもそもレコード業界は、アジア地域からの逆輸入を規制したいのであり、アメリカやヨーロッパなどの洋盤についてはその対象外であったはずである。ところが内国民待遇の原則から、法律上は日本のレコードと欧米のレコードに対する保護の取扱いに差異を設けることができないため、結果的に規制対象レコードに洋盤が含まれることになった。そのため、この法改正により、欧米諸国の権利者が日本への輸入盤を止めることは可能となったのである。

このことがマスコミなどにより世間に知られると、一部の有識者や音楽家、洋楽ファンが大きな反対運動を展開し始めた。もともと日本のレコードの価格は非常に高く、音楽ファンの不評を買っている。輸入盤との価格競争があるからこそ、洋楽の国内盤が邦楽盤に比べて安いのである。したがって、洋盤の輸入が止まると、国内盤の値段が高騰することが容易に想定されるため、彼らの運動は大きな支持を受けた。

この思わぬ大きな反対運動に対して、日本レコード協会は全米レコード協会からの回答を示して、必死に洋盤の輸入が止まらないことを説明した。国会の審議でもこの点が問題となり、最終的には、消費者の利益が著しく侵害される事態が発生した場合には防止措置の再検討を行うという附帯決議事項が入れられることとなった⁶⁰。

以上、現行著作権法の成立経緯とその後の法改正について概観してみたが、1971年の現行法の施行以来、レコードの保護は拡大および強化の一途を辿っていることが判明しただろう。当初、レコード製作者に付与された権利は複製権と二次使用料請求権だけであったが、その後、貸与権、貸与報酬請求権、送信可能化権、譲渡権、私的録音録画補償金請求権といった権利が次々に創設された。また、レコードの固定後20年間だった保護期間はその後30年に延長され、現在ではレコードの発行後50年間となっている。さらに国際条約上の義務として、日本はレコード保護条約、ローマ条約、WTO加盟国に係るレコードに対して保護を与えなければならなくなった。

一方で、レコードの利用に係る制限規定は、現行法制定以来、視覚障害者向け貸出しテープへの録音(37条3項)、営利を目的としない貸与(38条4項)、行政機関情報公開法等による開示のための利用(42条の2)、国立国会図書館法によるインターネット資料の収集のための複製(42条の3)、有線放送事業者による一時的固定(44条2項)、保守・修理等のための一時的複製(47条の4)、送信の障害の防止等のための複製(47条の5)、送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製(47条の6)、情報解析のための複製(47条の7)、電子計算機における著作物の利用に伴う複製(47条の8)、制限規定による複製物の譲渡(47条の9)に対して適用範囲を広げた。ただし、2009年改正法により、私的使用のための複製であっても、違法に公衆送信されていることを知りながら受信してデジタル方式で録音・録画する行為は、レコードの複製権侵害となることとされ、私的複製の適用範囲が狭まった(30条1項3号。ただし、当該行為に対しては刑事罰の規定はない)⁶¹。

⁶⁰ 並行輸入とレコード還流防止措置については、安藤・前掲注(7)248-257頁を参照。

⁶¹ 著作権制限規定については、最近、日本版フェア・ユースの導入の議論がさかんに行われており、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」が発表されている。田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号(2010年)1頁、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト560号(2007年)2頁も参照。

以上、レコードの保護と権利制限に関する法改正の変遷と実務の現状を見てきたが、次章では著作隣接権の正当化根拠について論じることとしたい。著作隣接権制度におけるレコード保護に関して考察を行うためには、まず、なぜレコード製作者に著作隣接権を付与する必要があるのかという問題、つまりレコード保護の正当化根拠について探究する必要がある。というのも、この問題に対する基本的視座をどこに置くかによって、問題解決のアプローチの方法が異なってくるからである。そこで次章では、本論文の基本的視座を明確にするために、著作隣接権制度の意義について詳しく分析・検討することとする。

第2章 著作隣接権制度の意義

第1節 インセンティブ論の意義

著作隣接権制度はなぜあるのだろうか。著作隣接権のような知的財産権の正当化根拠を探究する際に留意すべきは、有体物と無体物の違いである¹。有体物は誰かに占有されると、他の者は当然にその物を占有することはできない。その意味で有体物は排他的である²。そして、その反射的効果として、ある人が有体物を消費すると他者はそれを消費することができない。たとえば、私が手元にあるペットボトルの水を飲み干せば、他者はもはやそのペットボトルの水を飲むことはできない。これを経済学では「競合性」(rivalry)という。

一方、無体物は秘密にしていなくても、排他性がない。つまり、無体物には、ある人が無体物を消費しても他者の消費を妨げないという性質を有している。たとえば、アーティストがある楽曲を創作し、それをインターネットで公表したとしよう。アーティストが自分の楽曲を録音したり、演奏したりしても、他者は同じようにこの楽曲を利用することができる。このように同じ財やサービスを複数の消費者が同時に消費できることを経済学では「非競合性」(non-rivalry)という。

著作物やレコード、実演、放送、発明などの情報は無体物であり、非競合性という性質を持つため、その意味では公共財に近いものといえよう。したがって、このような情報の生産者や伝達者に対して法的権利(特に財産権)を認める場合、無体物が有する非競合性という性質に十分に配慮して、その正当化根拠を考察しなければならない。知的財産権の正当化根拠を論じる際に、いわゆる「共有地の悲劇」(「コモンズの悲劇」ともいう)が妥当しない例として引き合いに出されるのは、まさに非競合性という性質に着目することによる帰結なのである³。

知的財産権の正当化根拠を論じる際には、情報の自由利用は社会全体の厚生を増加させるということにも留意する必要がある⁴。明治時代の日本が西洋諸国の技術や文化を積極的に輸入し、近代国家としての体系を整えたという事実からも明らかなように、情報の自由利用は国の発展にとって欠かせないものである。一方で、「一子相伝」という言葉に象徴される情報の囲い込みは、特定の者にだけ利益をもたらすものであり、社会厚生という観点からは望ましくない。

前述したように桃中軒雲右衛門事件は、貿易商のリチャード・ワダマンが多大な投資をし

¹ 無体物の起源とその性質については、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)」知的財産法政策学研究 28 号(2010 年)208-218 頁を参照。

² 経済学では財の分類について、競合性の有無のほか、排除可能性(財は排除可能であるか、つまり人々が利用できないようにすることができるか)という性質から財を分類するのが通常である。そして、①私有財(排除可能かつ競合的。ペットボトルの水、衣服、渋滞した有料道路など)、②共有資源(排除不可能かつ競合的。海中の魚、環境、渋滞した無料道路など)、③自然独占(排除可能かつ非競合的。消防、ケーブルテレビ、渋滞していない有料道路など)、④公共財(排除不可能かつ非競合的。竜巻警報のサイレン、国家防衛、渋滞していない無料道路など)の 4 種類の財に分けられるとする。グレゴリー・マンキュー(足立英之ほか訳)『マンキュー経済学 I ミクロ編(第 2 版)』(東洋経済新報社・2005 年)302-305 頁。

³ 『共有地の悲劇』(Tragedy of the Commons)とは、社会全体の観点から見て、なぜ共有資源が望ましい量以上に利用されるのかを説明した古典的な寓話である。詳しくは、マンキュー・前掲注(2)312-314 頁。

⁴ スティーブン・シャベル(田中亘＝飯田高訳)『法と経済学』(日本経済新聞出版社・2010 年)160-161 頁。

て製作したレコードを模倣業者が無断で複製し、販売したというものである。ワダマンは雲右衛門のレコードを1枚3円80銭で販売したが、模倣業者は1枚1円程度の値段をつけた⁵。ワダマンは雲右衛門に対して吹込料として15,000円という莫大な報酬を支払っており、製作費を回収して利益を得るには、それなりの値段をつけなければならなかった。反対に、模倣業者はレコーディングにかかるコストを負担していないため、正規盤よりも安価に製造することができた。このような価格設定をされては、ワダマンに勝ち目はないだろう。

これは典型的なフリー・ライドのケースであり、インセンティブ論を説明するには格好の事例といえるだろう。ワダマンは雲右衛門のレコードを製作するために、多大な労力と費用をかけている(吹込料、録音技師への報酬、録音所への代金等)。そして、販売したレコードがヒットするかどうかは神のみぞ知るであり、ビジネス・リスクを負っている。雲右衛門は絶大な人気を誇っていた浪曲師なのでワダマンには勝算があったろうが、一般的にレコード・ビジネスはそれほど甘くない(ヒットする確率は全体の1割程度である)。

一方、模倣業者は市販されているワダマンのレコードを購入して、これを複製するだけでいいのだから、吹込みにかかる費用を負担しなくて済む。また、市場でヒットしたレコードだけを選んで模倣盤を製造・販売すればいいのだから、ビジネス・リスクを負うことはない。模倣盤の製造・販売に多くの時間がかかるのであれば、ワダマンはその間(タイム・ラグ)にレコードを売り切って利益を上げることも可能だっただろう。しかしながら、レコードの場合、模倣盤の製造は容易にできるため、ワダマンのケースのように投資が回収できなくなるおそれが高い。その結果、市場で最初に多大な投資を行ってレコードを製作する者は減少し、文化的所産たるレコードの生産が過小となることになりかねない。

これはレコードの例であるが、発明の場合にもまったく同じことがいえる。アメリカの著名な知的財産法の教科書は、インセンティブ論をねずみ取りの発明の事例を使って、次のようにわかりやすく説明している。

X社は、長年の研究と投資の結果、画期的なねずみ取りを発明した。このねずみ取りは、ねずみをよく捕獲するだけでなく、捕まえたねずみをゴミ袋にそのまま詰めて捨てることができた。つまり、衛生的にも優れた商品であった。この商品の人気に目を付けたY社は、すぐに模倣品を安い値段で発売した。Y社は開発コストを負担していないため、X社の商品よりも安い価格で販売することができたのである。Y社の廉価な模倣品と競争しなければならなくなったX社は、やむなく商品の値段を下げることになったが、その結果、商品開発に投じた費用が回収できなくなってしまった。X社は、他にも多くのアイデアを持っていたが、新しい商品を研究開発するのをやめることにした。なぜなら、多大な時間と労力をかけて開発した商品を発売しても、それが優れた商品だとわかると、すぐにY社のような者が模倣品を生産してしまうからである⁶。

このように過度のフリー・ライドを許容すると、セカンド・ランナーである模倣者の方が著しく有利となり、ファースト・ランナーとして知的財産の創作に投資する者が過小となるおそれがある⁷。その結果、生産される知的財産が減少し、ひいては一般公衆が不利益を被ることにな

⁵ 倉田喜弘「戦前におけるレコード産業と著作権法の成立」『レコードと法』(青山学院大学法学部・1993年)19頁。

⁶ ROBERT P. MERGES ET. AL., INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE 14 (5th ed. 2010)。

⁷ ロバート・クーター＝トーマス・ユーレン(太田勝造訳)『新版 法と経済学』(商事法務・1990年)179頁参

る。このような事態を防ぐためには、一定のフリー・ライドを法的に禁止する必要がある。知的財産法は、このような経済原理に基づき、著作者や発明者による創作活動、あるいは実演家やレコード製作者、放送事業者、有線放送事業者による著作物の伝達活動を促進し、それにより社会全体の利益を高める制度である。そして、このように知的財産法の意義を捉える理論をインセンティブ論という。

一方、知的財産権の正当化根拠に関しては、対立するもう一つの理論がある。自然権論である。自然権論とは、創作者の労働、功績、価値創造、あるいは人格の発露といった個人の行為や精神に着目し、これらの要素を正当化根拠とする理論である。自然権論は、人は自ら創作したものに当然に権利を持つというロックの労働所有論⁸と、知的財産は創作者の人格の表出物であり、当然に保護されるというヘーゲルの精神的所有権論⁹の2つに分類される。

インセンティブ論は、知的財産権を国家が創作者に対して政策的に与える特権(privilege)と位置づけるところに特徴がある。この発想は、知的財産制度の目的を社会全体の利益の最大化に置くため、社会の変化に応じて、権利範囲や保護期間を柔軟に設定しやすいというメリットがある。また、権利者の保護ばかりに目が行きがちで自然権論と異なり、公衆による自由利用に対する配慮がなされやすいという利点もある。アメリカ著作権法に規定するフェア・ユース規定(107条)は、まさにインセンティブ論に支えられて発展した法理といえるだろう。

この思想の相違は、従来、英米法系諸国と大陸法系諸国の著作権制度に色濃く反映されていたが、近年では国際条約を通じて、国ごとの制度の対立は解消されつつある¹⁰。また、著作権制度において、インセンティブ論と自然権論は排他的な関係にあるわけではなく¹¹、どちらの理論を重視して解釈論や立法論を展開するのかという程度の差の問題といえる。それでも基本的視座の重心をどちらに置くかによって、解釈論や立法論が大きく異なってくる場面もあるため、最近では大きな注目を浴びている論点である¹²。

照。中山信弘『特許法』(弘文堂・2010年)7頁は、「現に特許法が成立する以前は、模倣は自由であったために、発明者は模倣者に対して極めて弱い立場にあり、経済活動としての研究開発は滞りがちであった」と指摘する。

⁸ ロックの労働所有論と知的財産権の関係については、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(2)」知的財産法政策学研究30号(2010年)163頁、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年)1頁、田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号(2010年)2頁、田村善之『知的財産法(第5版)』(有斐閣・2010年)7頁、森村進『財産権の理論』(有斐閣・1995年)166頁、森村進「ロック所有論の再生」(有斐閣・1997年)241頁、小泉直樹『アメリカ著作権制度—原理と政策—』(弘文堂・1996年)28頁、田村理『フランス革命と財産権』(成文堂・1997年)177頁、白田秀彰『コピーライトの史的展開』(信山社・1998年)165頁・202頁・314頁、潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』(東京大学出版会・2005年)43頁、村井麻衣子「著作権市場の生成とfair use-Texaco判決を端緒として—(二・完)」知的財産法政策学研究7号(2005年)150頁、栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程(一)(二・完)—ドイツにおける憲法判例と学説の展開を手がかりとして—」民商法雑誌140巻6号(2009年)638頁・141巻1号(2009年)45頁、山口いづ子『情報法の構造』(東京大学出版会・2010年)302頁などを参照のこと。

⁹ ヘーゲルの人格的所有権論については、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(4)」知的財産法政策学研究32号(2010年)46頁、上妻精・小林靖昌・高柳良治『ヘーゲル法哲学』(有斐閣・1980年)94頁、加藤尚武『ヘーゲルの「法」哲学』(青土社・1993年)57頁、吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣・2009年)537頁、田村・前掲注(8)「知的財産法政策学研究20号」2頁などを参照のこと。

¹⁰ 島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法入門』(有斐閣・2009年)4頁。

¹¹ 高林龍『標準著作権法』(有斐閣・2010年)3頁。

¹² 近年、知的財産権の正当化根拠に関する議論が活発に行われている。主な邦語文献としては、山根崇

ところで、著作隣接権の正当化根拠に関しては、インセンティブ論と準創作説が対立している。著作権制度の正当化根拠に関する議論と同様に、どこに視点の中心を置くかによって日本法の解釈論が異なる可能性が大きい⁴ため、次節ではこの2つの理論を比較・検討して、その妥当性について論じることとしよう。

邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)～(5)」知的財産法政策学研究28号(2010年)195頁、同30号(2010年)163頁、同31号(2010年)125頁、同32号(2010年)45頁、同33号(2010年)199頁、田村・前掲注(8)「知的財産法政策学研究 20 号」1 頁、Wendy J. Gordon (田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究 11 号(2006 年)9 頁、中山信弘『著作権法』(有斐閣・2007 年)13 頁、山口・前掲注(8)295 頁、小泉・前掲注(8)13 頁などがある。

第2節 インセンティブ論と準創作説の対立

前章で述べたように、1970年に制定された現行法では、ローマ条約を参考にした著作隣接権制度を導入することとなった。その結果、レコード製作者は著作者ではなく、著作隣接権者として保護されることとなった。また、レコード製作者に付与される権利は著作権ではなく、著作隣接権と二次使用料請求権とされ、その内容は著作権と異なるものとなった¹³。では、レコードや実演に対して法的保護を与える著作隣接権制度とは、どのような意義を持つものなのであろうか。

著作物を公衆の手元に届けるためには著作物の伝達が必要である。これらの伝達行為には一定の人的、金銭的あるいは時間的なコストが必要とされるが、誰でも自由に伝達のための成果物(具体的には実演、レコード、放送、有線放送)を利用できるとすると、伝達行為のインセンティブが減殺するおそれが高い。著作権法は著作物の伝達者のうち、特に実演家、レコード製作者、放送事業者、有線放送事業者の4者に対して法的保護が必要であると判断し、著作隣接権制度による保護を認めている¹⁴。このように著作隣接権制度の意義は、一定の著作物の伝達者に対して伝達行為のインセンティブを付与するということに求められる¹⁵。

ただし、ここで注意すべきは、著作隣接権の保護対象は著作物に限っていないことである。たとえば、著作権法上、保護される実演にはマジック(奇術)、曲芸、腹話術、物真似といった「著作物を演じないが芸術的な性質を有するもの」が含まれる(著作権法2条1項3号)。同様に、著作権法上、保護されるレコードには鳥の鳴き声や波の音などのような自然音も含まれる。したがって、著作物の伝達者というよりは、著作権法の目的である文化の発展という観点から、情報の伝達者のうちで、政策的に法的保護に値すると認められた者に排他的権利

¹³ 現行法制定時には、レコード製作者に与えられた権利は、複製権と二次使用料請求権だけであったが、現在では、これらに加えて譲渡権、送信可能化権、貸与権、貸与報酬請求権、私的録音録画補償金請求権が認められている。

¹⁴ 著作物の伝達者には、出版者やインターネット・サービス・プロバイダー(ISP)のように法的保護が認められていない者も存在する。どの伝達者に法的保護を認めるかという問題は多分に政策判断によることが大きい。ため、著作物の伝達者に対する法的保護が十全ではないおそれがある。特に版面権の必要性につき、田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣・2001年)519-520頁参照。

¹⁵ 田村・前掲注(14)519頁。なお、中山・前掲注(12)422頁は、著作物以外の伝達行為に対しても法的保護が認められていることから、「情報の伝達者の中で、保護をしないと業として成立が危ぶまれるものにつき特別な権利を与え、インセンティブを与えていると考えるべき」とする。

このいわゆるインセンティブ論に対して、本山雅弘「著作隣接権の理論的課題」コピライト 553号(2007年)6頁は、レコードや実演、放送、有線放送に対して、著作権と著作隣接権の重畳適用を認めるものであり、著作権法の体系に照らした解釈論として妥当ではないと批判する。しかしながら、インセンティブ論は、実演家が著作権で保護されるレベルの創作活動を行えば、端的に著作権の保護を与えるべきとしているのであって、権利主体が同じであっても、保護の客体は異なることを前提としていることに留意する必要がある。

たとえば、バレエ作品の出演者は実演家として保護されるが、その振り付けを同じ実演家が行ったとしても、彼は同時にバレエ作品の著作者として保護を受けうる(東京地判平成10.9.9知裁集30巻4号841頁[我々のファウスト])。これは映画監督が自ら出資し、製作した映画に関して、著作者としてだけでなく、映画製作者としての保護を受けるのと同じ理である(著作者としての保護期間は死後50年であるが、映画著作物としての保護期間は映画の公表後70年(ただし、その映画が創作後70年以内に公表されなかったときは、その創作後70年まで)である。

を付与して、情報伝達の過少化を防いでいるのである¹⁶。

しかしながら、学説の中には、これらの者に著作隣接権が認められる根拠として、実演、レコード、放送、有線放送については、著作物の創作活動に準じたある種の創作的な活動が行われていることを理由に、そのような準創作活動を奨励するために法的保護を与える必要があるとする見解がある¹⁷。また、前述のインセンティブ論とこのいわゆる準創作説をもって、著作隣接権の意義とする学説も少なくない¹⁸。

この準創作説に対しては、レコード事業者や放送事業者に関しては、準創作活動といえる行為をしているかは疑問であり、また実演家の中には、創作活動を行っている者が存在していることは否定できないが、そのような場合には端的に著作者として著作権の保護を与えるべきであるという批判がなされている¹⁹。また、著作権の保護対象である著作物の概念は創作性の程度とは無関係であるというのが、学説と実務に広く承認された解釈であり、準創作性という程度概念は、著作権保護対象を限界づけるうえでの法技術的な意味を持ち得ないという指摘もなされている²⁰。

確かに、実演家の実演については、著作物の表現に伴う創作的解釈とでもいうべき行為が伴う場合が多く、レコード製作者や放送事業者の伝達行為についても一定程度の創作的要素が見受けられることは事実である²¹。しかしながら、準創作活動を奨励するために法的保護を与えるというのが著作隣接権制度の趣旨であるならば、著作権法が実演やレコード、放送、有線放送の成立要件に準創作性を不要としたことの説明がつかない。さらに著作隣接権による保護は、類似の実演、レコード、放送、有線放送には及ばないとされているが、もし、準創作活動を奨励するという政策判断に基づいて立法がなされているならば、類似の実演やレコード、放送、有線放送を保護範囲の埒外としたことの合理的説明がつかない。やはり、著作隣接権制度の意義は、一定の著作物の伝達者に対して伝達行為のインセンティブを付与することに求めるのが妥当な解釈であろう²²。

¹⁶ 中山・前掲注(12)422頁。松村信夫・三山峻司『著作権法要説』(世界思想社・2009年)304頁は、「なぜ法で特定された立場にある者だけが著作隣接権者とされるのかという理由は、理論的必然というよりは、それらの保護がさげられた当時の社会的要請による各国の著作権法制における政策的な判断によるものである。したがって、新たな社会的要請により、今後、著作隣接権者に新たな伝達活動を行う立場にある者が加わることもあり得る。」と指摘する。

¹⁷ 加戸守行『著作権法逐条講義(五訂新版)』(著作権情報センター・2006年)475頁、吉田大輔「著作隣接権制度の形成と発展」横浜国際経済法学4巻2号(1996年)227-228頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ(第2版)』(有斐閣・2007年)439頁、久保利英明ほか『著作権ビジネス最前線(第3版)』(中央経済社・2007年)140頁。

¹⁸ 作花文雄『詳解著作権法(第4版)』(ぎょうせい・2010年)440頁。なお、著作隣接権制度の意義として、インセンティブ論と準創作説のほか、伝達媒体(実演、レコード、放送、有線放送)の保護を挙げる学説がある(半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタル3』(勁草書房・2009年)〔上原伸一〕149-150頁)。しかし、ここでの論点は「なぜ伝達媒体を法的に保護する必要があるか」であって、これでは問いを以て問いに答えることになってしまっている。

¹⁹ 田村・前掲注(14)519頁。

²⁰ 本山・前掲注(15)5-6頁。

²¹ 実演家の実演が実態的に見て、単なる伝達行為ではなく、伝達に伴う創作的表現であることを主張するものとして、増山周「実演」の特性について『現代社会と著作権法—斎藤博退職記念』(2008年)117頁がある。

²² 本山雅弘「実演家の保護と著作権法制」企業法学6号(1997年)208-209頁は、「隣接権制度は、実演の評価に際して、その『著作物の伝達行為』の側面に焦点を合わせたものであり、実演の精神的創作性なり実

なお、繰り返して付言するが、本論文の立場は実演やレコード、放送、有線放送にまったく準創作性を見ることができないとするものではない。特に、多くの実演には精神的創作性とも言うべき性格を見出すことができる。しかしながら、著作隣接権制度の構築に際して、そのような実演が持つ本来的性格は具体的規定として反映されなかったのである。その一つの大きな理由は、著作隣接権制度が自然人たる実演家と、事業者たるレコード製作者、放送事業者および有線放送事業者を共通の法的枠組みの中で保護しようとしたことにある²³。著作隣接権の保護対象となる実演、レコード、放送、有線放送を精神性・創作性という共通項で括るのは難しく、結果として著作物の伝達者という共通項が著作隣接権制度の基本的視座として捉えられたとする解釈が妥当である²⁴。

演家の創作者たる性質を反映させた制度ではなかった」と指摘する。

²³ 世界知的所有権機関(大山幸房訳)『隣接権条約・レコード条約解説』(著作権情報センター・1983 年) 16-17 頁は、「録音技師や放送プロデューサーの熟練と才能にかかわらず、レコードや放送の製作は、結局は主として産業行為であり、これに対して、芸術家の実演は、その性質上精神的創作行為であり、これらを 1 つの条約に混入することは異質物のごたまぜになると、純粹主義者は不正を云うかもしれない。しかしながら、隣接権条約は、他人の労働の不正利用を阻止するということを常に指針として、そうしたのである。」と述べている。

²⁴ 本山・前掲注(22)198-201 頁参照。本山准教授は「要するに、著作隣接権制度は、『著作物の伝達行為』という実演の真の一面を評価した制度ではあったが、精神的創作性という実演の他の側面の評価に際しては、必ずしも十分な機能を発揮することはできなかった。」と指摘する。また、阿部浩二「隣接権」ジュリスト 329 号(1965 年)30 頁は、実演、レコード、放送の三者を比較すると、「実演は実演者の人格の一つの発現形態であると同時に経済的価値をもち、この限りにおいて伝統的な著作権者と同系に属するのに対し、他の二者にあっては、それが企業としてオリジナルであるという点に基礎があり、それらの権利が承認せらるべしとされるのも、その財産的価値についておこる社会的に妥当視することのできない侵害からの防禦を意図している。」と述べ、三者の保護される理由は必ずしも同一とはいえないと述べている。

第3節 レコード製作者に対する権利付与の正当化根拠

著作物の伝達者には、法で保護されている実演家、レコード製作者、放送事業者、有線放送事業者の他にも、出版者やインターネット・サービス・プロバイダー (ISP) のようにさまざまな者が存在する。したがって、なぜ著作権法はこの4者だけに法的保護を認めたのかという正当化根拠がなければならない。では、レコード製作者に対する権利付与が認められる理由とは一体何であろうか。

レコードの製作には多大な投資が必要であり、法で保護しないとその伝達行為のインセンティブが減退する²⁵。レコーディングにかかる費用(原盤制作費)の平均は、1曲 50～100万円であり、アルバム1枚分の原盤制作費は1,000万円程度である²⁶。つまり、1本のマスターテープを完成させるには莫大な費用がかかるのである。一方で、原盤制作費をリクープする確率は1割弱とされている²⁷。原盤ビジネスがハイリスクといわれる所以である。したがって、このような多大な投資を必要とするレコード製作者に対して、法的保護を認めなければ、レコード製作という著作物の伝達行為を担う者が不足するという事態が生じるおそれがある。

どんなに著作権法で作詞者や作曲者、編曲者の権利を保護しても、それをレコードにして公衆に伝達する者がいなければ、文化の発展に寄与するという著作権法の目的を十分に達成することが難しくなる。そのため、著作権法はレコード製作者にレコード製作のインセンティブを保証するために、レコードの複製権、譲渡権、貸与権、送信可能化権、二次使用料請求権、貸与報酬請求権、私的録音録画補償金請求権を認めている。なお、音楽業界では、著作権法上のレコード製作者の権利のことを原盤権と呼んでいる²⁸。

準創作説は、音を固定する行為に知的創作性に準ずる創作性を認めたものであるとするが²⁹、この見解に対しては、この程度の創意工夫は産業界において珍しいものではなく、保護に値する知的創作行為というには疑問であるという指摘がなされている³⁰。確かに、すべてのレコード製作者が法的保護に値するほどの創作活動を行っているかは疑問が残る。実際に、レコード業界の実務ではディレクターがミュージシャンやサウンド・エンジニア、レコーディング・スタジオの手配やスケジュールの管理など、レコーディングのコーディネーター的役割を果たしているだけのケースが少なくない³¹。

したがって、レコード製作者に対する権利付与の正当化根拠は、多大な投資を必要とするレコード製作に対するインセンティブを保証することにあるとするのが妥当な解釈であろう³²。

²⁵ 田村・前掲注(14)530-531頁。

²⁶ 安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス・基礎編 4th Edition』(リットーミュージック・2011年)82頁。

²⁷ 安藤・前掲注(26)85頁。

²⁸ 安藤・前掲注(26)19頁。

²⁹ 加戸・前掲注(17)544頁。半田正夫＝紋谷暢男編『著作権のノウハウ(第6版)』(有斐閣・2002年)〔清水幸雄＝柳沢真実子〕275頁。

³⁰ 中山・前掲注(12)445頁。

³¹ レコード製作者の中には知的創作性に準じる創作行為を行う者も存在する。サウンド・エンジニアに的確な指示を出し、優れた音楽を生み出す名ディレクターや名プロデューサーと呼ばれる人々が存在するのも事実である。名盤の裏には名ディレクターがいると言われる。たとえば、1970年代のニューミュージック・ブームを立役者である井上陽水、小椋佳、来生たかおらは、多賀英典という名ディレクターの下でヒットを飛ばし続けた。また、1990年代に小室サウンドと呼ばれるミュージック・ブームが巻き起こったのも、小室哲哉という稀代の名プロデューサーがいたからこそであろう。

³² 吉田大輔「著作隣接権制度の可能性」コピライト428号(1996年)8頁は、「レコード製作者の保護といった

第4節 実演家に対する権利付与の正当化根拠

従前は、生の実演を提供する機会が多くあったため、観客から入場料を取ったり、主催者から出演料を徴収したりすることにより、実演家は収入を得ることができた。ベートーヴェンはパトロンがいないことで有名な音楽家であったが、難聴になる前までは、一流の演奏家として収入を得ていたことが知られている。そして、このような実演は生(ライブ)で提供されるため、実演はその場で消えてしまった。その実演をもう一度見たり、聴きたかったら、コンサートや劇場に行かなければならなかった。

ところが、レコードや映画、テレビ、ラジオに代表される、実演を機械的に伝達する技術が発展したことにより、実演が固定され、人々は繰り返し、実演を楽しむことができるようになった。その結果、実演家が生実演を提供する機会が減少してしまった。たとえば、サイレント映画(無声映画)ではオーケストラやバンドが劇場で伴奏をしていたが、トーキー(発声映画)が登場すると、彼らの多くは一気に失業に追い込まれた³³。テレビ、ラジオ、レストラン、ダンスホールなどは生の演奏ではなく、手軽で安価な音楽伝達手段であるレコードを利用するようになっていった³⁴。このように、テクノロジーの発展によって多くの実演家は収入を失うことになり、生活の糧を得る新たな手段を与えないと、実演家が減少するおそれがあった。

もちろん、映画やラジオ、テレビという新たなメディアは、実演の機会を増加させたということもできる。ただし、複製技術の発達により、映画やラジオ番組、テレビ番組は繰り返し利用することができるため、生実演だけの時代に比べると実演の機会の総数としては減少するという現象が起きる。実演を録音や録画される実演家は、テクノロジーによって、皮肉も自分の競争相手を作り出しているといえよう。競争相手である自分のクローンの利用が無償かつ自由であるとすれば、本家たる実演家に勝ち目はない³⁵。1970年に現行法が制定される前は、テレビにおけるフィルム番組のリピー放送がすでに50%に達していたが、実演家に追加報酬が支払われることはほとんどなかったといわれている³⁶。

実演家は著作物の伝達者という重要な役目を担っており、テクノロジーがもたらす機械的失業による実演家の減少は、文化の発展に寄与するという著作権法の目的に悖る結果になるおそれがある。そのため、法は実演家に対して著作隣接権を付与することにより、実演家による実演の提供に対するインセンティブを保証したのである³⁷。

ことを考えますと、これについてはやはり一種の産業保護的な色彩というものを否定することはできない」と指摘している。

³³ 世界知的所有権機関(大山幸房訳)『隣接権条約・レコード保護条約解説』(著作権情報センター・1983年)13頁。

³⁴ 世界知的所有権機関・前掲注(33)15頁。

³⁵ 日本芸能実演家団体協議会の事務局長であった棚野正士氏は、「生で終わればそれっきりですけども、それが録音される、録画される、あるいは放送される、放送されたものがさらに録音されるというふうに、実演家の手をどんどん離れて、自分のコントロールする範囲の外に行ってしまう。そして、下手すると、その録音物、録画物によって自分の首を絞められてしまう。気がついたら自分の出番がなくなってしまうということがあるわけです」と説明している。岡村喬生＝棚野正士「実演家の保護」『メディア文化と法』(青山学大学法学部・1995年)437頁。

³⁶ 日本芸能実演家団体協議会『芸団協春秋20年』(日本芸能実演家団体協議会・1987年)228頁。

³⁷ 中山・前掲注(12)427頁は、今日的状況においては、すでに実演家の保護の根拠は機械的失業対策には見出し難く、放送やレコードでの実演の利用により生じた利益の一部を、実演家・放送事業者・レコード製作者との間で分配することに意味があると考えらるべきという指摘をしている。しかしながら、この問題につ

テクノロジーの発展がどのようにして実演家に機械的失業をもたらすか、例を挙げて説明しよう。たとえば、コンサート会場にテレビ・カメラを持ち込んでアーティストの演奏を全国放送したとする。そのアーティストに関心がある者は、テレビ放送でコンサートを視聴するだろう。そして、それほど熱心ではないファンは、テレビ放送の視聴で満足し、実際のコンサートに足を運ばなくなるだろう。その結果、コンサート・ツアーの規模は縮小し、実演の機会が減少するという機械的失業が生じることになる。機械的失業が増加すれば、著作物の伝達者という重要な役目を担う実演家が減少するという結果になる。そのため、実演家に対して、そのような放送を禁止する権利を与える必要が生じてくるのである。

この理は、録音権、録画権、有線放送権、送信可能化権、譲渡権、貸与権等の他の禁止権にも通じるが、二次使用料請求権については、機械的失業の他に、別の政策的判断も働いている。それは、放送事業者は実演家に実演を依頼する代わりに大量のレコードを利用して経済的利益をあげているため、実演家にもある程度その利益の一部を実演家に還元してもよいのではないかというものである³⁸。ただし、この利益還元のための権利付与は、実演家全体に対する補償的な意味合いが強いものであった。そのため、文化庁長官の指定を受けた二次使用料請求権行使の指定団体である社団法人日本芸能実演家団体協議会(芸団協)が、1998年度までレコードの実演にほとんど関係のない演芸や俳優、舞踊、マジシャン等の団体に対しても二次使用料を分配していた³⁹。なお、1999年度からは全額が個人分配されている。

なお、放送でレコードを流せばレコードの売上げが伸び、実演家の利益となるという指摘があるが⁴⁰、放送によるプロモート効果があるのは、ヒット・チャートを駆け抜ける一部の新譜のみであり、旧譜レコードに関してはほとんど効果がない⁴¹。また、レコード製作者(多くはレコード会社)と印税契約をしているのはメイン・アーティストだけであり、伴奏を担当するレーディング・ミュージシャンはいわゆる買取契約で演奏を行っているため、いくらレコードの売上げが伸びても追加の収入を得ることはない。従前なら歌番組に出演して歌手の伴奏をしていたところ、現在ではカラオケ・レコードで代替しているために、実演の機会が喪失あるいは減少しているという事実は、少なくともバック・ミュージシャンには当てはまることになる。

最後に、旧著作権法下における実演の保護について付言しておこう。第1章で解説したように、旧法時代においては、1920年改正法によって、演奏・歌唱が1条1項の著作物の例示として追加された。すなわち、旧著作権法は、実演のうち、少なくとも演奏・歌唱については著作物として保護していたのである。ただし、この事実をもって、準創作説に与するのは妥

いては、機械的失業をテクノロジーの発展による生実演の提供機会の減少、すなわち自己投資回収機会の減少として捉えるべきであろう。

³⁸ 加戸・前掲注(17)513頁。

³⁹ 二次使用料の分配を巡る経緯については、日本芸能実演家団体協議会・前掲注(36)259-263頁を参照のこと。

⁴⁰ 中山・前掲注(12)427頁。

⁴¹ アメリカ著作権法は、実演家に対して二次使用料請求権を認めていないが、これはレコードを放送すると売上げが伸びるからであると説明されてきた。しかし、1980年代のヒットやクラシック・ロックなどのようなレトロな音楽は、放送によってヒット・チャートに再登場することはなく、旧譜の売上効果は生じていないと指摘されており、2009年には実演家に対して二次使用料請求権を認める法案(The Performance Rights Act)が連邦議会に提出された(H.R.4789, S.2500.未成立)。See Ann Chaitovitz, *The Need for a Public Performance Right*, *Huffington Post*, January 7, 2009, 978 PLI/Pat 375, 377 (2009).

当ではないだろう。なぜなら、前章で詳しく解説したように、この法改正は桃中軒雲右衛門事件(大判大 3.7.4 刑録 20 輯 1360 頁)の大審院判決を契機にして、この時期に大量に発生したレコードの無断複製・販売への対応策として、議員立法によって行われたものだからである。また、著作物は①精神的作品であること、②独創性のあること、③文芸学術または美術(音楽を含む)の範囲に属すること、という 3 つの要件を満たさなければならないところ、実演芸術は修練、技量、能力によって特色の発揮されることを本質とするものであって、著作物の成立要件である上記の 3 つの要件を満たすことは困難であるという批判がなされていた⁴²。したがって、旧著作権法において、演奏・歌唱が著作物として保護されていたことを準創作説の拠り所とするのは、あまり適切とはいえないだろう。

以上を簡潔にまとめると、次のようになる。まず、著作隣接権制度の意義は、著作物を公衆に伝達する役割を担う者を法的に保護することにより、彼らに対して伝達行為のインセンティブを付与するということに求められる。また、レコード製作者に対する権利付与の正当化根拠は、多大な投資を必要とするレコード製作に対するインセンティブを保証することにある。一方で実演家に対する権利付与の正当化根拠は、テクノロジーの発展によって生じる機械的失業(対価徴収機会の喪失)を防ぐために権利を認めて、実演の提供に対するインセンティブを保証することにあるという理論が妥当である。本論文では、以降、このアプローチに基づいて論考を進めていくことにする。

⁴² 小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈』(文部省・1958 年)62 頁。

第3章 レコード製作者の意義

第1節 序論

著作権法はレコード製作者を「レコードに固定されている音を最初に固定した者をいう。」(2条1項6号)と定義しているが、レコード製作者とは具体的には誰を指すのだろうか。字句通りに解釈して、録音スタジオで録音機器を操作し、歌唱や演奏を録音するレコーディング・エンジニアとするべきか。あるいはレコーディングにおいて歌唱や演奏を指揮するディレクターとするのか。それとも、レコーディングにかかる費用を負担するレコード会社なのか。はたまた、レコード会社から制作委託を受けてレコーディングを主体的に実施する制作会社なのであろうか¹。

この議論の実益は、レコードに係る権利を譲り受けようとする第三者が登場した場合、当該第三者をどのように保護すべきかという問題にある。著作権法は権利移転の第三者対抗要件として登録制度を用意しているので、レコードに係る権利が二重譲渡された場合、当該第三者がレコード製作者から権利を譲り受けていれば、権利の二重譲渡の問題として処理することができる(第104条が準用する第77条)。一方で、当該第三者がレコード製作者ではない者からレコードに係る権利を譲り受けた場合、当該第三者は権利を取得することはできず、契約相手に対して損害賠償責任を追及することができるだけである。このようなケースでは、契約相手が無資力であることが少なくないだろう。したがって、レコードに係る権利の取引の安全性という観点から見ると、レコード製作者を客観的かつ一義的に特定できる判断基準が必要となる。さもなければ、レコードに係る権利を譲り受けようとする者は不安定な立場に置かれるため、取引の安全性が著しく害されるだろう。

レコード製作者の意義はこれまでほとんど論じられてこなかった論点であるが、下請法(正式には、下請代金支払遅延等防止法)の改正によって、レコード製作者の地位に立てるのは親事業者か、それとも下請事業者かという問題として、今後、注目を浴びると思われる。たとえば、広告代理店が制作会社にCM音楽の制作を発注する場合、下請事業者である制作会社がレコード製作者の地位に立てるとすると、広告代理店が一方的にレコードに係る権利を通常より大幅に下回る対価で譲渡させるときは、下請法上の「買いたたき」に該当するおそれがある²。

¹ アメリカでは、この問題は「アーティストが作成したレコード用の原盤(サウンド・レコーディング)はレコード会社の職務著作物になるか」を争点として議論されている。これには、アメリカ著作権法が有する終了権制度が大いに関係している。アメリカ著作権法は、著作者に終了権という権利を与えて、一定期間後、一方的に権利付与が終了できる制度を設けている。しかし、職務著作物は終了権の対象外とされているので、アーティストの終了権行使によるレコード発売の中止を避けたいレコード会社は、「アーティストが作成したサウンド・レコーディングはレコード会社の職務著作物である」と主張するのである。一方、終了権の行使によって自分が作成したサウンド・レコーディングの著作権をレコード会社から取り戻したいアーティスト側は、連邦最高裁判例に照らしても、サウンド・レコーディングが職務著作物になり得ないと反論している。詳しくは、安藤和宏「アメリカ著作権法における職務著作制度の一考察—録音物の著作者は誰か—」企業と法創造6巻3号(2010年)307-321頁参照。また、アメリカ著作権法の終了権制度については、安藤和宏「アメリカ著作権法における終了権制度の一考察—著作者に契約のチャンスは2度必要か—」早稲田法学会誌58巻2号(2008年)43-96頁参照。

² 公正取引委員会「放送コンテンツの製作取引適正化に関するガイドライン」19頁。

このようにレコード製作者の意義を論じることは、十分に学術的価値があると思われる。ただし、その際には音楽業界におけるレコーディングの実態を正確に把握する必要があるだろう。なぜなら、実務に即した柔軟なアプローチの探究がこの問題の解決には不可欠と思われるからである。そこで本章では、レコードとレコード製作者の定義について詳しく述べた後に、レコーディング主体の変遷と現状を解説し、その上でレコード製作者とは誰かという問題について、イギリス法を参考にして考察することにした。

第1款 レコードの定義

著作権法は、レコードを「蓄音機用音盤、録音テープその他の物に音を固定したもの（音をもつばら影像とともに再生することを目的とするものを除く。）をいう。」と定義している（2条1項5号）。「蓄音機用音盤、録音テープその他の物」とは、音が収録されている有体物を指す。具体的には、音楽を収録した媒体として市場に流通しているCD、アナログ盤レコード、カセット・テープを始め、ソノシート、フォノシート、オルゴール、ROM(read only memory)、携帯用メモリー・カード、磁気ディスクなどである³。そして、これらの有体物たる録音物に収録されている音そのものがレコードである。

この条文から明らかなように、固定される音が著作物であることは、レコードの成立要件とされていない。虫の鳴き声や波の音などの自然音、テレビや映画で利用されるサウンド・エフェクト（効果音）についても、これが固定されていればレコードとして保護される⁴。著作物の伝達行為に対して一定の法的価値を認め、著作物の伝達者に法的保護を与えるという著作権隣接権制度の趣旨からすれば、レコードの成立要件として、固定される音が著作物となるはずである。

では、なぜ著作権法は著作物ではない音に対して保護を与えたのであろうか。積極的理由としては、自然音の収録やサウンド・エフェクトの作成には一定の投資が必要であり、これらに対して法的保護を認めないと、投資が減少し、自然音やサウンド・エフェクトを収録したレコードの製作が過小となるおそれがあることが挙げられる⁵。また、消極的理由としては、このような音に対して排他的権利を認めたとしても、類似の音を技術的に作り出すことはそれほど困難ではなく、社会全体に対して大きな不利益をもたらすことはないということが考えられる。さらに、著作権法の目的が文化の発展にあることに鑑みると、固定された音が著作物ではないレコードに対しても著作権隣接権制度の下で法的保護を与えることには、一定の合理性を見出すことができるだろう。

学説上、あまり議論されていない論点として、MIDIデータはレコードとして著作権法上、保護されるのかという問題がある⁶。MIDIデータとは、演奏情報が入った電子的なデータのことである。MIDIは全世界共通の規格であるため、音源データを通じて同じように演奏を再生することができる。音源データは容量が大きいので送信には適していないが、演奏情報データ

³ 加戸守行『著作権法逐条講義（五訂新版）』（著作権情報センター・2006年）26頁。

⁴ 安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス1・基礎編』（リットーミュージック・1998年）249頁。

⁵ 波の音や野鳥の鳴き声などを収録したレコードは、リラクゼーションやヒーリングに効果があるとして、数多く販売されている。

⁶ この問題については、安藤和宏『インターネット音楽著作権Q&A』（リットーミュージック・2003年）52-53頁を参照。

だけであれば容量が軽くて済むため、MIDI データは通信カラオケや着信メロディーなどの送信を利用したサービスに広く使われている。

しかし、MIDI データはあくまでも演奏情報が入った電子的なデータであり、音源データは含まれていないため、MIDI データだけでは音を鳴らすことができない。音源データ(これを MIDI 音源という)と繋がってはじめて音を鳴らすことができるのである。このように、MIDI の入力端子がついているキーボードや音源サンプラーが MIDI データとは別に必要であることが MIDI の最大の特徴である。

著作権法のレコードの定義を厳格に解釈すれば、MIDI データは「音を固定したもの」ではないため、レコードとして保護されないという結論になるだろう。一方、「音を固定したもの」を「音を機械的に再生するための情報」と解釈すれば、反対の結論になる。法律起草者も「音として出力させる装置を備えたコンピュータの働きを介して機械的に電子音をつくり出すような場合、そのようなものにつきましても、作為音が固定されているという評価をする」としている⁷。

MIDI データの作成にはレコードと同様、費用と労力がかかる一方、デジタル・データであるため、コピーは容易である。そのため、リードタイムが短く、第三者にフリーライドを許すと、MIDI データの生産が過小となるおそれがある。カラオケや着メロのデータが誰でも自由にコピーできるとしたら、最初に費用と労力をかけて MIDI データを作成しようとする者はかなり減少するだろう⁸。したがって、MIDI データをレコードとして著作権法上の保護を与えるというのが妥当な解釈であろう⁹。

ところで、レコードの定義は法律起草者が自認しているように、一般の社会常識から見ると、かなりかけ離れたものであるといえよう¹⁰。広辞苑(第五版)を見ると、レコードは「音声や音楽などを録音し、プレーヤーによって再生する円盤。音盤。ディスク。」とあるように、レコードは CD やアナログ盤レコードなどの有体物たる録音物を指すというのが一般的な常識である。したがって、著作権法上のレコードは、われわれが日常的に使用する有体物たるレコードという意味ではなく、無体物たる音そのものであることに留意する必要がある¹¹。レコードの定義に有体物を指す「物」ではなく、「もの」という用語が使われているのは、以上の理由によるものである。

⁷ 加戸・前掲注(3)26 頁。

⁸ 市場先行の利益の保護については、田村善之『知的財産法(第 5 版)』(有斐閣・2010 年)30-32 頁を参照。

⁹ MIDI データの製作者がレコード製作者として保護を受けることができなかったとしても、無断で MIDI データを利用する者に対しては、民法 709 条の不法行為として、相手方の法的責任を追及することは可能であろう。ただし、その場合、民法の伝統的理解に従えば、差止請求は認められないことになる。近時、知的財産法によって明文で規律されていない利用行為に対する民法 709 条による救済の可否という問題がクローズアップされている。この問題については、田村善之「知的財産権と不法行為」『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣・2008 年)3-50 頁が詳細に論じている。

¹⁰ 加戸・前掲注(3)26 頁。三宅正雄『著作権法雑感』(発明協会・1997 年)93 頁は、「テープに録音(法によれば、『録音テープその他の物に音を固定したもの』)したものが、どうして、世にいうレコードなのか、立案担当者の強引な物の考え方には、啞然とする他はない」と、起草者を痛烈に批判している。

¹¹ ローマ条約は、レコードとは「実演の音その他の音のもっぱら聴覚的なすべての固定物をいう」とし、また、IPO 実演・レコード条約は、レコードとは「実演の音その他の音又は音を表すものの固定物(映画その他の視聴覚的著作物に組み込まれて固定されたものを除く。)をいう」として、どちらの条約もレコードとは音が収録された有体物たる固定物をいうとしている。

ここで留意すべきは、著作権法上の商業用レコードの意義である。著作権法は、商業用レコードを「市販の目的をもって製作されるレコードの複製物をいう。」と定義している(2条1項7号)。商業用レコードとは、具体的には商業ベースで販売されるCD、LP、音楽テープ、オルゴールなどを指す。つまり、商業用レコードは無体物たるレコードと異なり、有体物たる録音物のうち、商業目的で販売される物をいうのである。著作権法上、「レコード」は無体物、「商業用レコード」は有体物を表すことになるが、紛らわしいという批判を免れえないだろう。

第2款 レコード製作者の定義

次に、レコード製作者の定義規定を見てみよう。著作権法はレコード製作者を「レコードに固定されている音を最初に固定した者をいう。」と定義している(2条1項6号)。なぜかここではレコードが有体物たる録音物の意味で使われている¹²。レコードの定義に従えば、レコード製作者の定義は「レコードを最初に固定した者」となるはずである。また、レコード製作者の定義もわかりにくく、「固定した者」とはいったい誰を指すのか判然としない。この条文で明確なのは、レコード製作者とはCDやLP、録音テープのような録音物に収録される音(音楽業界では「原盤」という)を最初に収録した者であることくらいである¹³。

では、原盤を「最初に固定した者」とは誰であろうか。字句通りに解釈すると、レコード産業においては、録音スタジオで録音機器を操作するレコーディング・エンジニアということになるだろう。しかし、それでは著作物を伝達する者に法的保護を与えることによって、著作物の伝達行為を促進するという著作隣接権制度の趣旨にそぐわない。前章で論じたように、レコード製作者に対する権利付与の正当化根拠は、多大な投資を必要とするレコード製作に対するインセンティブを保証することにより、原盤制作者から報酬を得てレコーディング作業の一部を担当するエンジニアに対して、そのようなインセンティブを与える必要はないからである。

興味深いことに、フランス著作権法は「レコード製作者とは、音の連続の最初の固定について発意と責任をとる自然人又は法人をいう。」と定義しているが、当初の法案は「漠然とした表現で、音、影像、音と影像の連続を最初に固定した者を指していた」¹⁴。しかし、この規定ではほとんどの技術者(エンジニア)がレコード製作者になってしまうことから、「発意と責任をとる自然人又は法人」に変更したという¹⁵。

フランス法と異なり、日本法ではローマ条約が規定するレコード製作者の定義である「実演の音その他の音を最初に固定した自然人又は法人をいう」を参考にして、「最初に固定した者」という表現を使っている。そのため、誰がレコード製作者としての地位に立つかという

¹² 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ(第2版)』(有斐閣・2007年)439頁。

¹³ アメリカ著作権法では、音を収録する有体物を「レコード(record)」、レコードに固定されている音(原盤)を「録音物(sound recordings)」として区別し、一般の社会常識に合わせた用語を用いている。sound recordings は「録音物」と訳すのが一般的であるが、録音物はレコードや音楽テープを意味する言葉であるため、訳語としては「原盤」を用いるのが適切であるように思われる。本論文では、アメリカ著作権法の文脈においては、誤解を避けるために「サウンド・レコーディング」という言葉を用いることにする。

¹⁴ クロード・コロンベ(宮澤博明訳)『著作権と隣接権』(第一書房・1990年)278-279頁。

¹⁵ コロンベ・前掲注(14)278-279頁。

問題について、レコーディング・エンジニアを意識する記述が多く見受けられる¹⁶。ただし、法律起草者の解説では、レコード製作者は「物理的な意味での録音者(録音機器の操作者)では必ずしもなく、録音行為に法律的主体性を有する者」であるとして、レコーディングにおける物理的主体と法的主体を概念的に区別し、後者がレコード製作者の地位に立つとしている¹⁷。

これは、著作権法の職務著作制度が著作物を対象とするものであり、レコードはその対象外であることに配慮したものであると推察される。著作権法15条は「法人その他使用者・・・で、その法人等が自己の著作の名義の下に公表するものの著作者は、その作成の時ににおける契約、勤務規則その他に別段の定めのない限り、その法人等とする。」として、一定の場合に使用者に著作者としての地位を認めている。しかしながら、この職務著作制度はレコードを対象としていないため、レコーディング・エンジニアがレコード会社の従業員である場合でもこの規定が適用されない。したがって、当該エンジニアがレコード製作者の地位に立つと解釈されるおそれがある。そのような解釈がなされることを避けるために、法律起草者は上記のように解説したと考えられるのである¹⁸。

実際に法律起草者がそのような配慮をしたのかどうかは別にして、インセンティブ論の立場から見ると、レコーディングにおける物理的主体と法的主体を概念的に区別し、後者がレコード製作者の地位に立つとするアプローチは妥当なものであろう。というのも、前述したように、物理的主体にレコード製作者の地位を与えると、著作隣接権制度の趣旨にそぐわないケースが生じてくるからである。

¹⁶ 清水幸雄編『著作権実務百科』(学陽書房・1992年)[山下邦夫]11-3は、「著作権法上のレコード製作者は音の最初の固定を行った原盤を制作した者である」としながらも、続けて「『音を固定した者』はレコード会社の場合でもミキサーや録音技師が実際の吹込みを行っているが、レコード会社の従業員として職務上の録音であれば、そのレコード会社がレコード製作者である」とし、エンジニアを意識した解説となっている。また、現行著作権法制定時に文化庁著作権課長であった佐野文一郎は、「録音を第三者にたのんだ場合も依頼主がレコード製作者になりえますか」という質問に対して、「依頼者が単なる注文主にすぎないときは、実際の録音者。依頼者が録音技師を自分の手足として使った場合は、依頼主がレコード製作者になります」と回答し、さらに「プロデューサーを録音所に派遣したくらいでは、手足として使ったことになりませんか」という質問に対しては、「ちょっと怪しいですね。だから、このようなときは『レコードの複製権とその二次使用料の請求権は発注者に帰属する』といった旨をうたいこんだ契約書をとりかわしておくべきでしょうね」と回答している。佐野文一郎＝鈴木敏夫『改訂新著作権法問答』(出版開発社・1979年)275頁。

¹⁷ 加戸・前掲注(3)28頁。

¹⁸ 加戸・前掲注(3)28頁は、「例えば、レコード会社の従業員が現実には音を収録した場合でも、それが会社の従業員として職務上録音したものであれば、『固定した者』というのはそのレコード会社ということになります。」としている。このような条文解釈の懸念は日本だけのものではない。世界知的所有権機関(WIPO)(大山幸房訳)『隣接権条約・レコード条約解説』(著作権情報センター・1983年)31頁は、レコード製作者について、「最初の固定物であること及び個人活動ではなくて産業活動が強調されていることに注意されたい。後者の点に関して、法人の従業員がその仕事の過程において音を固定する場合には、従業員ではなくて雇用主である法人が製作者とみなされるべきことが、報告書において指摘された。」と解説している。なお、WIPO実演・レコード条約では、レコード製作者とは「実演の音その他の音又は音を表すものの最初の固定について主導し、かつ、責任を有する自然人又は法人をいう。」と定義しているが、これによりレコード製作者とは、「実際に固定を行ったレコード会社の従業員ではなく、レコード会社などの法人等であることが、ローマ条約における定義と比べ、より明確になった」という指摘がある。白井俊「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約について」コピライト499号(2002年)4頁。

一方、著作隣接権を認める根拠は、著作隣接権制度の意義を伝達行為に対するインセンティブを付与する必要があるか否かという政策判断に求めるべきであるとし、インセンティブ論に立ったうえで、レコード製作者とは「自己の計算と責任において録音をなす者」であるとする説がある¹⁹。この説のほかには独自の学説を唱える者はなく、長らくレコード製作者の意義に関する議論はほとんどなされていなかったといつてよい状態にあった²⁰。

その後、東京地方裁判所はTHE BOOM事件（東京地判平成19.1.19判時2003号111頁）で、レコード製作者の意義について「いかなる方式の履行をも要しないものであるが（同法89条5項）、物理的な録音行為の従事者ではなく、自己の計算と責任において録音する者、通常は、原盤制作時における費用の負担者がこれに該当するというべきである。」と判示した²¹。つまり、レコード製作者を録音行為の物理的主体ではなく、「自己の計算と責任において録音する者」としたのである²²。裁判所は上記の説をそのまま採用したものと思われる。

これは、裁判所がレコード製作者の権利付与に対する正当化根拠として、準創作説ではなく、インセンティブ論を採用したことを示すものであろう。そのこと自体には賛成であるが、「通常は、原盤制作時における費用の負担者がこれに該当するというべきである」という判示には疑問がある。どうして「自己の計算と責任において録音する者」が原盤制作時における費用の負担者となるのか。エンターテインメント業界では、レコード会社や広告代理店、放送局、映画会社が音楽制作会社に原盤制作を委託することが少なくない。このような原盤の委託契約を締結する場合、レコード製作者の地位に立てるのは制作費を負担する委託者となるということであろうか。

この裁判所の判示には、レコード製作者の意義の解釈としては妥当ではないという批判がなされている。すなわち、この判示はレコード製作者の意義について、レコーディングの費

¹⁹ 田村善之『著作権法概説（第2版）』（有斐閣・2001年）531頁。

²⁰ 著作権法を研究する学者や実務家がレコーディングの実態についてあまり詳しくないために、レコード製作者の定義について具体的に論じることができなかったのが主たる原因であると思われる。また、レコーディングの実態に関して、誤解に基づく記述も見受けられる。たとえば、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタル1』（勁草書房・2009年）[山岸洋]96頁は、「多くの場合、ミキシングとマスタリングを行う自然人が属する会社がレコード製作者となり、両者は同一の会社が行うことが通例であろう。」としているが、ミキシングとマスタリングを行う自然人が属する会社は同一であることが通例ではない（そもそも会社に所属しないフリーのエンジニアが多く活躍している）。なお、マスタリングとは2トラックのマスター・テープからCDカッティング用マスター・テープを作る作業をいう。この作業で若干の音質補正を行うことが多いが、音の固定は行われない。また、マスタリングは音楽の収録媒体（CDやLP、音楽テープ等）ごとに異なるものであり、原盤制作ではなく、レコードの製造工程でなされることから、音楽業界ではマスタリング前の2トラックのマスター・テープのことを原盤という。さらに「ミキシングとマスタリングを行う自然人が属する会社がレコード製作者とな」という指摘も、レコード会社が自ら原盤制作費を負担し、自社の音楽スタジオで、自社の雇用するエンジニアがミキシングやマスタリングを行った時代はともかく、外部のエンジニアに委託することが少なくない現在のレコーディングにおいては、このような理解が妥当ではないことは上述したとおりである。

²¹ 本事件の判例評釈として、山本隆司「新たに創設された未知の利用方法に対する権利の帰属」判時2021号（2009年）185頁、田中豊「契約当時存在していなかった送信可能化権が譲渡の対象とされたか——いわゆる原盤譲渡契約および専属実演家契約の解釈——」コピライト561号（2008年）23頁、岡邦俊「判批」JCAジャーナル55巻10号（2008年）62頁、升本喜郎「エンターテインメント訴訟における主張・立証活動」コピライト556号（2007年）10頁、藤野忠「著作隣接権譲渡契約の締結後に法定された支分権の帰属——レコード原盤音源送信可能化権確認請求訴訟——」知的財産権法政策学研究19号（2008年）332頁、安藤和宏「未知の利用方法にかかる権利の帰属」知的財産権法政策学研究26号（2010年）257頁などがある。

²² 田村・前掲注（19）531頁を参照。

用負担のみに着目している点で適切ではなく、「録音行為を実施するために必要な労力・機器・サービスを調達する契約を自分の名前で契約してその法律上の権利義務の主体になる者」とするのが妥当な解釈であるというのである(以下、便宜的にこれを契約名義説という)

²³24。

そして、裁判所が提示するレコード製作者の意義が妥当ではないことを示す具体的な事例として、企業Aが自社CM用の原盤制作を企画し、費用の一切を負担する約定で、レコード会社Bにその制作一切を委託し、Bが録音行為に必要なスタジオ、機器、レコーディング・スタッフなどの調達を自分の名義で契約したケースを挙げる。その上で、裁判例の判示に従うと、レコード製作者は法律的な主体であるBでなく、費用負担者であるAとなるが、この結論はあまりに著作権法2条1項6号の定義規定から外れるのではないかと批判するのである²⁵。

このような批判が起こる背景には、現代の音楽業界におけるレコーディングでは、音楽制作の主体が多様化しているという事実がある。次節で詳しく論じるように、レコード会社が自社のスタジオで従業員であるエンジニアやディレクター、プロデューサーを使って原盤制作を行っていた時代と異なり、現在ではプロダクションや音楽出版社、CM音楽プロダクションなど、レコード会社以外の制作会社が原盤制作費を負担してレコーディングを行っている。また、レコード会社とこれらの外部制作会社が共同で原盤を制作するケースも増えている。さらに、音楽制作のスタッフがすべてレコード会社に雇用されていた時代と異なり、現在の音楽制作には外部のスタッフや会社が多く関与している。

したがって、レコード製作者の意義について論じるには、ディレクター、プロデューサー、レコーディング・エンジニア、アレンジャーといった音楽制作スタッフの役割を含めて、レコーディングの実態を正確に把握することが不可欠である。そこで、第2節では「原盤制作主体の多様化」と題して、レコード産業のビジネス構造がどのように変化し、原盤制作の主体が多様化していったかを論じることとする。そして、第3節で「レコード製作者の意義」について、イギリス法を参考にして、現代的視点から再考することにしよう。

²³ 山本・前掲注(21)187頁。

²⁴ 山本・前掲注(21)187頁は、BOOM判決が提示したレコード製作者の定義は、レコード製作者の一般的解釈である「録音行為に法律的主体性を有する者」とは異なると批判しているが、金井重彦・小倉秀夫編『著作権法コンメンタール(上巻)』(東京布井出版・2000年)[伊藤ゆみ子]43頁は、両者は同義であるとしている。

²⁵ 山本・前掲注(21)187頁。

第2節 原盤制作主体の多様化

第1款 レコード産業のビジネス構造

CD が消費者の手にわたるまでのプロセスは、発売する CD の内容(アーティスト、収録楽曲、発売日等)について企画し[企画]、録音スタジオ等でレコーディングをしてマスター・テープ(原盤)を制作し[制作]、それをマスターにしてプレス工場で CD をプレスし、印刷されたジャケットや歌詞カードとともにパッケージし[製造]、商品として中央倉庫から地方倉庫に出荷し、そこからレコード・ショップの注文に応じて、全国のレコード・ショップに配送する[販売]というものである²⁶。このプロセスと並行して、レコード会社は、放送局、新聞社、雑誌社などのマスコミやレコード・ショップに対して、CD のプロモーションを展開する[宣伝]²⁷。

昭和初期に日本のレコード産業を牽引した日本コロムビア、日本ビクター、ポリドール、キング、テイチクなどのレコード会社は、上記のすべての機能を備えていた。つまり、レコード会社は、録音スタジオ、プレス工場、営業所、商品倉庫を保有していたのである²⁸。しかし、これら5つの機能をすべて備えていなくても、レコード会社を経営することは可能である。レコード会社の機能の一部を外部委託すればいいからだ。特に設備投資に大きな資金を必要とする製造と販売は、外部委託の需要が高い。

実際、1960年代になると、日本クラウン(1963年)、トリオ(1964年)、ミノルフォン(1965年)、日本フォノグラム(1970年)、キャニオン・レコード(1970年)などのように工場を持たないレコード会社が次々に誕生する。さらに1970年代になると工場だけでなく、営業所を持たないレコード会社が続々と現れる。具体的には、東京レコード(1972年)、キティミュージック・コーポレーション(1972年)、ラジオシティ(1977年)、アルファ(1979年)、トーラス(1981年)などである²⁹。

このように、今では企画、制作、宣伝、製造、販売の機能をすべて保有している会社は稀であり(ソニーミュージック)、企画、制作、宣伝、販売機能を持ち、製造を外部委託している会社(ユニバーサルミュージック、EMIミュージック、ワーナーミュージック等)と、企画、制作、宣伝機能だけを持ち、製造と販売を外部委託している会社(ジェイ・ストーム、トイズ・ファクトリー、フォーライフ、ドリーミュージック、ヤマハミュージックコミュニケーションズ等)が圧倒的多数を占めている³⁰。

競争相手の商品を販売することは、他の産業では常識外れかもしれない。確かにソフトバンクの店がドコモの携帯電話を販売したりしないし、GAPの店がユニクロのシャツを売ったり

²⁶ レコードの流通については、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス・実践編 4th edition』(リットーミュージック・2011 年)148-155 頁、鳥塚憲一「レコードの流通—契約の実態」レコードと法(青山学院大学法学部・1993 年)399-418 頁を参照。

²⁷ 日本のレコード産業のビジネス構造については、少し古くなったが、河端茂『レコード産業』(教育社・1990 年)が網羅的に解説している。

²⁸ 生明俊雄『ポピュラー音楽は誰が作るのか』(勁草書房・2004 年)107 頁。

²⁹ 生明・前掲注(29)130-131 頁。

³⁰ たとえば、フォーライフミュージックエンタテイメント、ジェイ・ストーム、ジャニーズエンタテインメントはソニー・ミュージックエンタテインメントに、ヤマハミュージックコミュニケーションズはエイベックス・マーケティングに、トイズ・ファクトリーはバップに、よしもとアール・アンド・シーは日本コロムビアに販売を委託している。

しない。競争相手の商品を売ったりすれば、自社商品の売上げが落ちるからである。では、なぜレコード会社は競争相手のレコードを売るのだろうか。それは、このような商品と異なり、レコードはほかのレコードと競合することがあまりなく、競争相手のレコードを売ったからといって、自社のレコードの売上げが減少することがないと考えられているためである。

さらに販売を受託するレコード会社は、受託販売のための追加コストがあまりかからない上に（自社の営業所と営業スタッフを使えばよい）、販売手数料として、受託レコードの売上げの15～20%を取得できる³¹。1980～1990年代にかけて、ユニバーサルミュージック（当時はポリドール）は、キティ、ファンハウス、ポリスター、ビーグラムといった委託レコード会社の好況により、販売手数料で大いに儲けたといわれている。最近では、エイベックスが受託販売に積極的といわれているが、これはまさに以上のような理由によるものである。

このようにレコード会社は、製造や販売業務を外部委託するようになって、企画、制作、宣伝という3つの機能だけは失うことはなかった。なぜなら、この3つの機能こそがレコード会社としての存立基盤だからである。ただし、後述するように、この3つの機能さえ、最近ではその一部を外部委託するレコード会社が増えている。

通常、CDを工場でプレスする際のマスター・テープとなる原盤の制作は、①作詞・作曲の依頼、②編曲の依頼、③スタジオ・ミュージシャンの依頼＋録音スタジオの予約、④伴奏のダビング（収録すること）、⑤ボーカルのダビング、⑥ミックス・ダウンという行程をたどる。このレコーディングの行程と予算の管理、そして歌唱・演奏・ミキシングのディレクションを行うのがディレクターである。ディレクターの職務範囲は広く、このほかにもレコード会社のスタッフ（宣伝、販促、営業）との連携や調整、外部の関係者（タイアップ先をはじめ、プロダクションや音楽出版社など）との権利関係の調整など、その業務は多岐にわたる。

プロデューサーは、CDプロジェクトの統括責任者であり、レコーディングだけでなく、CDのプロモーションや関係者間の権利調整、予算管理に対して責任を持つという重要な職務を担当している。ただし、実務上、ディレクターとプロデューサーの役割の違いは明確ではなく、その業務が重なるケースも少なくない。なお、CDのクレジットにエグゼクティブ・プロデューサーの表記があるが、これは会社の最高責任者または制作部門の最高責任者を指す場合がほとんどであり、実際の制作実務には直接的に関わっていないと考えてよい。

レコーディング現場のスタッフとして、このほかに重要なのはアレンジャー、レコーディング・エンジニア、そしてアシスタント・エンジニアである。アレンジャーは、作曲者が創作したメロディーに対して、予算内で作品を最大限に生かすための楽器編成を考えて、それに合わせた編曲を施す専門職である。近年は音楽制作のコンピュータ化が進み、DAW（Digital Audio Workstation）を使いこなせる技能が要求されているため、アレンジャーは音楽理論に精通しているだけでは生き残れない状況になっている。

レコーディング・エンジニア（以下、エンジニア）は、録音スタジオでマイク・セッティングや録音機器を操作する者をいう。エンジニアには、ディレクターやプロデューサー、アーティスト、アレンジャーの意見を的確に音に反映する高度な能力が要求される。プロデューサーやディレクター、ミュージシャンは音楽的な観点から音楽制作を行うが、エンジニアは音響的な

³¹ 安藤・前掲注(26)153頁。

観点から音楽制作を行う立場にあるといえる³²。アシスタント・エンジニアは、スタジオ・ブースのマイク・セッティングや DAW のオペレーション、エンジニアのサポートを行う。

この他にインペグ（インスペクターの略）というスタッフが介在することがある。インペグの仕事は、①曲のイメージに合ったミュージシャンの選択、②ギャラの交渉、③スケジュール管理、④ミュージシャンへの報酬の立替払い（レコード会社が経費処理するのはずっと後なので、インペグが立替払いをする）である。いわゆるスタジオ・ミュージシャンの斡旋・コーディネート業であるが、原盤制作費の削減の影響を受けて、現在は減少傾向にある。

レコーディングにはさまざまな経費がかかるが、主要な直接経費としては、スタジオ代、エンジニア代、演奏料、編曲料、楽器使用料、写譜代などがある。スタジオ代は時間貸しが基本であるが、ロックアウトといって 1 日貸し切りすると時間貸しよりも安くなる。エンジニア代と演奏料は基本的に時間給である。編曲料は 1 曲いくらという料金設定であるが、アレンジャーはスタジオに入ってディレクションすることが多い。楽器使用料は時間貸し、写譜代は 1 曲単位で料金が決められる。インペグ代は、コーディネートしたミュージシャンの演奏料の 15% である³³。

原盤が完成すると、原盤制作者には著作権法上、レコード製作者として著作隣接権（複製権、譲渡権、送信可能化権、貸与権）、二次使用料請求権、貸与報酬請求権、私的録音録画補償金請求権が与えられる（音楽業界ではこれらの権利を総称して「原盤権」と呼んでいる）。原盤制作者は原盤権を行使することによって収入を得ることができる。ここに原盤権を持つことの意義を見出すことができるのである。

第 2 款 原盤制作のアウトソーシング化

1950 年代までは、原盤はすべてレコード会社によって制作されていた。歌手も作家もレコード会社の専属となって、初めてレコードが出せる時代であった。その後、歌手をマネジメントするプロダクションが誕生するようになるが、プロダクションにはわずかな歌唱印税が支払われるだけであった。また、新人の場合、印税ではなく、買取りで歌唱料が払われることもあった³⁴。このレコード会社主導の原盤制作システムに風穴を開けたのが、渡辺プロダクションである。

渡辺プロダクションは、洋楽レコードの契約形態、すなわち外国から原盤のライセンスを受けて、国内でレコードを製造・販売し、外国のレコード会社に対して売上げに応じたライセンス・フィー（原盤印税）を支払うというビジネス・モデルを国内作品に導入したのである。初めての外部原盤は、1961 年 8 月 20 日に東芝音楽工業から発売された「スーダラ節」（作詞：青

³² プリンセスプリンセスやユニコーン、スピッツなどをプロデュースした笹路正徳は、エンジニアの重要性を高く評価し、「僕はミキシングや、サウンドの最終的な仕上がりの 90% はエンジニアに左右されたと思っている。にもかかわらず、レコーディングのアンカーマンとして重要な役割を持つエンジニアの存在は、残念ながら日本ではまだ過小評価されているのではないかな。欧米で、エンジニア出身のプロデューサーの活躍が目立つのは、レコーディングにおけるエンジニアの重要性が日本よりも高く評価されているからだと思う」と述べている。笹路正徳『音楽プロデューサー全仕事』（ソニーマガジンズ・1999 年）120 頁。

³³ 安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス・基礎編 4th edition』（リットーミュージック・2011 年）82 頁。

³⁴ 竹内一「原盤制作」音楽著作権管理者養成講座テキスト I（第 7 版）（日本音楽出版社協会・2009 年）205 頁。

島幸男、作曲：萩原哲晶、歌唱：植木等）である³⁵。東芝の担当ディレクターがもともと洋楽部門を担当していたことや、担当部長が東芝本社からの出向でまだレコード・ビジネスにそれほど詳しくなかったということも渡辺プロダクションに有利に働いた³⁶。このレコードは 48 万枚という大ヒットを記録し、それ以来、プロダクションや音楽出版社の多くが原盤制作を手がけるようになる³⁷。

プロダクションが原盤制作費を負担して原盤制作を行うのは、CD の売上げからより多くの収益を上げるためである。現在、アーティスト印税の平均は 1～3% である。レコード会社からプロダクションがプロモート印税をもらう場合でも、その相場は 1～2% なので、これらを合わせても 2～5% にしかならない（レコード会社はプロダクションに対して、CD の販売促進業務の対価としてプロモート印税を支払うことが業界慣習として確立されていたが、最近では売上不振のために印税を支払わないケースが増えている）³⁸。しかし、原盤印税は最低でも 13% 程度なので、印税を上げる方法としては最も効果的なものである。ただし、後述するように、原盤ビジネスを手がけるためには、アルバム 1 枚で平均 1,000 万円かかるといわれている原盤制作費を負担しなければならない³⁹。

原盤を作っても、それをマスターとした CD を発売しなければビジネスとして成立しない（ただし、最近ではインターネット限定販売というビジネスも始まっている）。レコード会社ならすぐに工場でプレスして、流通網にのせて発売すればいいのだが、プロダクションには残念ながらその機能がない。また、そのような機能を持っていたとしても、レコード会社に任せた方がビジネス上、有利に展開できると判断するケースも多い⁴⁰。

そこでプロダクションはレコード会社と契約して、自社制作の原盤をレコード会社に提供し、CD として発売してもらう。つまり、プロダクションは原盤の著作隣接権をレコード会社に譲渡またはライセンスするのである。レコード会社は、原盤権を有するプロダクションから受け取った原盤を複製して、CD として発売する。そして、プロダクションには権利譲渡またはライセンスの対価として、原盤印税を支払う。プロダクションは原盤制作にかかった費用、すなわち原盤制作費を原盤印税をもって回収する。原盤印税（アーティスト印税やプロデュース印税の

³⁵ 軍司貞則『ナベプロ帝国の興亡』（文芸春秋・1992 年）158 頁は、日本で最初の外部原盤はシンコーミュージック（当時：新興楽譜出版社）が制作した「バラが咲いた」（作詞・作曲：浜口庫之助、歌唱：マイク真木）とし、内藤篤『エンタテインメント契約法（改訂版）』（商事法務・2007 年）217 頁のように、それに依拠する文献もあるが間違いである。「バラが咲いた」は 1966 年に発売されたレコードであり、「スーダラ節」が発売された 5 年後のことである。また、当時、シンコーミュージックの専務取締役であった草野昌一はインタビューでそのことを認めている。MPA『日本における音楽出版社の歩み』（日本音楽出版社協会・2003 年）137 頁。「スーダラ節」が制作される経緯については、橋本雅幸「音楽出版社の役割」音楽と法（青山学院大学法学部・1994 年）408-410 頁を参照。

³⁶ MPA・前掲注(35)212 頁。

³⁷ 野地秩嘉『芸能ビジネスを創った男―渡辺プロとその時代―』（新潮社・2006 年）82 頁。

³⁸ 安藤・前掲注(33)37 頁。

³⁹ 安藤・前掲注(33)83 頁。

⁴⁰ たとえば、ジャニーズ事務所所属するアーティストの原盤は、原則としてジャニーズ事務所が制作しているが、自社レーベルであるジェイ・ストームやジャニーズ・エンタテインメントではなく、他社レーベルで発売するレコードも少なくない（近藤真彦→ソニーミュージック、SMAP→ビクターエンタテインメント、V6→エイベックス、関ジャニ∞→ティチエンタテインメント）。

控除後)の総額が原盤制作費を上回れば成功だが(これをリクープするという)、その多くが下回るのが実情である(リクープする確率は全体の1割くらいである)⁴¹。

一般的に、原盤印税は(税抜小売価格－容器代)×印税率×出荷枚数×90%という計算式で算出される⁴²。印税率は13～18%が相場である⁴³。なお、容器代を控除するのは、原盤印税の対象はあくまでも音楽が収録されているCD本体であり、ジャケットは含まれないというレコード会社の論理に基づく。容器代は税抜小売価格の10%とするのが、業界の標準である。また、出荷枚数とは、レコード会社の地方倉庫(あるいは中央倉庫)から卸業者またはメーカー特約店に出荷した枚数を意味する。出荷枚数に90%を乗じるのは、卸業者やメーカー特約店からの返品を考慮したものである⁴⁴。なお、レコード会社と卸業者・メーカー特約店との販売契約では、返品の上限が前月の仕入額の10%に設定されているため、卸業者・メーカー特約店からの返品が出荷枚数の10%を超えることはない⁴⁵。

原盤制作は、リクープする確率が1割といわれているように、かなりハイリスクなビジネスである。特にアーティストがブレイクする前などは手を出しにくい。しかしながら、1度アーティストがブレイクすると、リリースするCDが一定の質を保っていれば、すぐに人気は下降しないため、安定したハイリターン・ビジネスに変容する。嵐やEXILE、Mr. Childrenなどはブレイク・アーティストであり、初回出荷枚数(これをイニシャルと呼ぶ)が数十万枚というドル箱アーティストだ。このようなアーティストの原盤印税は、かなりの数字が見込めるのである。

たとえば、3,000円のCDが1万枚売れたとしよう。原盤制作費が1,000万円、原盤印税15%とすると、原盤印税は405万円 $((3,000\text{円}-3,000\text{円}\times 10\%) \times 15\% \times 1\text{万枚})$ となり、プロダクションは595万円の赤字となる。一方、同じ条件でこのCDが30万枚売れたとすると、原盤印税は1億2,150万円 $((3,000\text{円}-3,000\text{円}\times 10\%) \times 15\% \times 30\text{万枚})$ となり、プロダクションには1億円以上の粗利益が生じるのである。

以上のようなビジネス・スキームを取ることから、原盤ビジネスはハイリスク・ハイリターンといわれている。そのため、プロダクションが原盤制作を手がけるのは、ブレイク・アーティストか、プロダクションに十分な資力があるケースが大半である。なお、原盤を2社以上の会社が共同して制作することによって、原盤ビジネスをローリスク・ローリターンとする方法がある。共同原盤といわれているもので、2社以上の会社が原盤制作費を共同で負担し、原盤権を共同で保有する。共同原盤の場合、原盤制作費の負担率と原盤権の保有率は同一となる。原盤権の保有率で原盤印税をシェアするので、保有率が低ければ低いほど、原盤印税の取り分も少なくなる⁴⁶。

さて、原盤制作が外部によって行われているケースはこれだけではない。レコード会社は外部の制作会社に原盤制作を委託し、成果物である原盤を納品させ、委託料として1曲あたり予め交渉で決められた金額を支払うという形態のアウトソーシングを積極的に行っている。この方法であれば、原盤制作費が予算を超過する心配をすることもなく、確実に原盤が納期までに完成する。フリーのディレクターやプロデューサーという原盤制作のプロが増加したことも、レコード会社による原盤制作のアウトソーシングを促進させたということもできよう。

⁴¹ 安藤・前掲注(33)85頁。

⁴² 安藤・前掲注(33)85頁。

⁴³ 安藤・前掲注(26)18頁。

⁴⁴ 安藤・前掲注(33)27頁。

⁴⁵ 鳥塚・前掲注(26)412頁。

⁴⁶ 安藤・前掲注(33)89-90頁。

このように、現在ではプロダクションや音楽出版社などの外部の制作会社が原盤制作を手がけるケースがととも増えている。これを、レコード会社の中核を担う制作機能が外部に流出していると見ることもできるし、平均1曲50～100万円もかかる原盤制作費を外部に負担させることによって、リスクを減らしていると評価することもできよう⁴⁷。あるいは、売れるアーティストの原盤制作を外部に任せていることによって、利益率を悪化させているという見解もある⁴⁸。いずれにしても、現在ではメジャー・レーベルからリリースされるレコードの原盤の多くが外部制作されているのが偽らざる実態なのである(2011年4月4日付オリコン・シングル100の内、レコード会社が100%自社制作しているシングルは21曲のみであり、他社との共同制作が53曲、完全外部制作が26曲である)。

⁴⁷ 安藤・前掲注(33)80-87頁。

⁴⁸ 生明・前掲注(29)138頁。

第3節 レコード製作者とは誰か

これまで見てきたように、現代の音楽産業においてはレコード会社による原盤制作のアウトソーシングが進み、さまざまな外部スタッフが原盤制作に関わるようになってきている。したがって、レコード会社がスタジオ、歌手、ミュージシャン、エンジニア、ディレクター、プロデューサーなどのすべてのスタッフを抱えていた時代とは異なり、現在ではレコード製作者を特定するための明確な基準が要求されている。裁判例では、レコード製作者とは「自己の計算と責任において録音する者、通常は、原盤制作時における費用の負担者」としているが、これに対する疑問はすでに述べたとおりである。

そこでまず、この問題に対するイギリス法のアプローチを紹介・分析し、比較法的観点からの考察を試みることにしたい。その後、イギリス法に類似するアプローチを採用している前述の契約名義説の妥当性を検討して、この問題に対する適切なアプローチを探究することにしよう。

第1款 イギリス法におけるアプローチ

レコード製作者の地位に立つには、どのような要件を満たさなければならないかという問題について参考となるのは、イギリス法である。というのも、イギリスではこの問題に関する裁判例が豊富に存在し、有益な示唆を与えてくれるからである⁴⁹。また、イギリスはビートルズやローリング・ストーンズ、エルトン・ジョンといった世界的なスーパースターを次々に生み出し、世界有数の音楽産業を抱えている国でもある⁵⁰。したがって、音楽大国であるイギリスがどのようなアプローチをもってこの問題に対応しているかを知ることは、少なからぬ価値があるものと思われる。

では、まずイギリス著作権法を見てみよう。その 178 条は、「レコード又は映画に関して、『製作者』とは、レコード又は映画の作成に必要な手配を引き受ける者をいう。」と規定しており、レコードと映画に関して同一の定義規定を置いている。すなわち、「レコード又は映画の作成に必要な手配を引き受ける者 (the person by whom arrangements necessary for the making of the sound recording or film are undertaken)」がレコード製作者または映画製作者の地位に立つことができるのである。そこで次に、レコードの作成に必要な手配とは具体的にどのような行為をいうのかが問題となる。

営利目的で作成されるレコードの場合、通常、レコード製作者とは、機材や機器、スタジオ、レコーディング・プロデューサー、エンジニア、ミュージシャンなどを手配または依頼する者を指すとされている⁵¹。レコードの作成に必要な手配とは、レコーディング過程の一部でなく、作業全体を通じた手配を意味する⁵²。たとえば、歌手の所属するプロダクションがレコーディ

⁴⁹ イギリス著作権法は、日本法と異なり、レコードを著作権の客体として保護している。しかしながら、イギリスは 1963 年にローマ条約に加入しており、日本法と保護の態様がほとんど変わらないため、比較法として有効であると思われる。

⁵⁰ IFPI (国際レコード・ビデオ製作者連盟) が毎年発行するレコード年鑑である「Recording Industry in Numbers 2011」によると、イギリスは CD・レコードで世界 4 位、音楽配信で世界 3 位の市場を持っている。なお、日本は CD・レコードで世界 1 位、音楽配信で世界 2 位の市場である。

⁵¹ KEVIN GARNETT ET AL., COPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT VOL. 1 249 (16th ed. 2010).

⁵² J.A.L. STERLING, WORLD COPYRIGHT LAW 233 (3rd ed. 2008).

ングのために歌手を提供するだけでは手配としては不十分であり、レコード製作者の地位に立つことができないとした裁判例がある (Mad Hat Music Ltd. v. Pulse 8 Records Ltd. [1992] E.M.L.R. 172)。

レコード製作者の認定において重要なのは、誰がレコードの作成のために必要な手配を行ったかということであり、その資金がどこから捻出されているのかは必ずしも決定的な要因とはならないということである。単にレコードの作成を依頼したり、資金を提供したりするだけで、レコーディングの実施のためのさまざまな支払いに対して直接責任を持たない者は、レコード製作者としての地位に立つことができないとされている⁵³。

たとえば、レコード会社がレコーディングの資金だけを負担したケースで、レコード製作者はレコード会社ではなく、指揮者を依頼した者であるとする裁判例がある (後掲の A & M Records v. Video Collection International Ltd. [1995] E.M.L.R. 25)。また、映画のケースであるが、テレビ局がテレビ番組用の映画製作の資金だけを負担したという事案で、映画製作者はテレビ局ではなく、すべてのロケについて映画製作のために必要な手配をした者が所属する製作会社であるとする裁判例がある (Adventure Film Productions SA v. Tully [1982] E.M.L.R. 376)。さらに、ビデオ作成の事例であるが、原告のレコード会社が被告のビデオ製作会社に対して、ダンス・パーティーのビデオ作成を 2 万ポンドで依頼し、被告がビデオ撮影を行ったという事案で、誰が手配作業を行ったかを重視して、ビデオの映画製作者は被告であると判示した裁判例がある (Beggars Banquet Records v. Carlon Television Ltd. [1993] E.M.L.R. 349)⁵⁴。

商業用レコードについては、多くの場合、レコード製作者の地位に立つのはレコード会社ということになるだろうが、多数の者がレコーディングに関わるケースではその判断は容易ではない⁵⁵。特に複数の者がレコーディングに必要な場所や機材を提供した場合、レコード製作者の認定には困難を伴うことが多い。この問題については、次の裁判例が先例的価値を持つとされている。

Bamgboye v. Reed [2004] E.M.L.R. 5

[事案の概要]

本件で問題となっている楽曲「Bouncing Flow」は 2000 年 7 月頃に作成されたものである。この曲の収録は、3 つの演奏セッション、ボーカルの収録、ミックス・ダウンを経て、いったんは完成したが、被告の Nick Reed がその仕上がりに満足しなかったため、最終的な仕上げは原告の Anthony Bamgboye の自宅において、彼の親が保有するパーソナル・コンピュータや Bamgboye が所有している機材、被告の Nick Reed が所属する A n R スタジオから原告が借りている録音機材などを使用して行われた。この曲は Relentless Records から CD として発売された。Bamgboye は Reed や Relentless Records らに対して、レコードの権利は自分が保有しているなどと主張して、高等法院に訴訟を提起した。裁判所は次のように判示して、レコード製作者は Reed であると判断し、原告の請求を棄却した。

⁵³ Kevin, *supra* note 51, at 249.

⁵⁴ 裁判所は「もちろん、映画の製作を委託する者は最終的にはその費用を負担しなければならないが、このことは、費用の負担者が映画製作のために必要な費用の手配を行った者であることを意味するものではないのである」と判示し、費用の負担者と費用の手配者とを明確に区別している。Beggars Banquet Records v. Carlon Television Ltd. [1993] E.M.L.R. 349, 361-362.

⁵⁵ HUGH LADDIE ET AL., THE MODERN LAW OF COPYRIGHT AND DESIGNS VOL. 1 355 (3rd ed. 2000).

[判示]

このような事案はしばしば資金調達に関係するものであるが、ここでは支払いはなされていないので、「誰が本件のレコーディングを推進し、原盤作成のために必要な作業を調整したのか」が真の問題となる。原告の Bamgboye はミックス・ダウンの段階で曲は完成したと見ていたので、さらなる編集、録音、マスタリングが必要であると判断したのは被告の Reed である。Reed は Bamgboye をして、彼の自宅と機材を利用できるように手配させたのである。もしこの手配がうまくいかなければ、作業はほかの場所で行われていたであろう。そして、もし他の場所で作業が行われていたら、支払いがなされていたであろう。とはいえ、最終的にこの録音を完成させた原動力は、実質的には Reed であり、Reed と Bamgboye による共同作業ではないのである。

裁判所はこのように述べて、「Bouncing Flow」のレコード製作者は Reed であると判断した。Reed はこの曲のレコーディング全般を主導し、Bamgboye の自宅での作業も Reed が手配したと認定された。さらに Bamgboye の自宅での作業は最後の仕上げだけであり、全体から見るとわずかなものである。裁判所は Bamgboye がいなくてもこの原盤は完成したであろうが、Reed がいなければ完成しなかったとして、Reed がレコーディングにおいて果たした主導的役割を重視している。

次に「レコードの作成に必要な手配」の意味について、限界的事例とされている裁判例を紹介しよう⁵⁶。この事案では、音楽業界における一般的な解釈と裁判所の解釈との間に齟齬が生じているように思われる。では、裁判所は「レコードの作成に必要な手配」に対してどのような解釈を行ったのか、具体的に見てみよう。

A & M Records v. Video Collection International Ltd. [1995] E.M.L.R. 25

[事案の概要]

訴外、Graham Pullen は、スケートのフィギュア選手 Torvill と Dean、そして彼らのマネジメント会社である Inside Edge からスケート大会で使用する音楽のために、適任の指揮者と編曲者を探すように依頼を受けた。Pullen は指揮者である Andy Ross にこの仕事を打診し、Ross はこれを受託した。Ross は 51 人の演奏者、編曲者、写譜屋、エンジニア、録音スタジオを手配し、報酬や料金を支払い、またスタジオでの作業に伴う食事代やタクシー代を支払った。Pullen と Ross は、口頭契約で Inside Edge が Ross の支払った経費や利益を確保できるための支払いを行うことを了解していた。なお、Inside Edge にはこの音楽が収録された CD を発売することになっていた A & M Record が前渡金を支払うことになっており、この中から Ross への支払い(24,000 ポンド)がなされることが了解されていた。被告の Video Collection は BBC から音楽が背景に流れているスケート中継の映像のビデオ化に関するライセンスを受け、ビデオとして発売したため、A & M Record と Inside Edge が著作権侵害を主張して、差止請求を求めて、高等法院に訴訟を提起した。

[判示]

本件の認定された事実に基づくと、レコードの作成に必要な手配を行ったのは、Pullen であるという見解を採るものである。Pullen は、Torvill と Dean の要請を受けて、スケート大会の使用するに相応しいレコードを作成するという仕事を受けるに、適任なミュージシャンを探し

⁵⁶ Kevin, *supra* note 51, at 249.

始めた。そして、Ross にたどり着いた。Pullen は、Ross が報酬を受けることを条件に、スタジオや演奏家を自分の負担で手配するという契約を Ross と交わした。以上の理由により、Ross はレコードに係る著作権を保有していないのである。

裁判所はこのように判示して、レコード製作者の地位に立つのは、実際に演奏者、編曲者、写譜屋、エンジニア、録音スタジオを手配し、報酬や料金を支払った Ross ではなく、Ross にレコードの作成を依頼した Pullen であると判断した。裁判所が認定した事実によると、Pullen は Ross にレコードの作成を依頼した以外、レコーディングにはまったく関わっていない。音楽業界においては、「レコードの作成に必要な手配」とはまさしく Ross が行った作業をいうのが一般的である。では、どうして裁判所はこのような解釈を採ったのであろうか。

この解釈は、裁判所が Ross による人的および物的資源の手配を「レコードの作成に必要な手配」ではなく、「レコードの作成」の一部として捉えたために生じた結果であると思われる。このように解釈すると、「レコードの作成に必要な手配」とは、人的および物的資源の手配を行う人を手配することとなり、本件では Ross ではなく、Pullen という結論に達するのである。このことをもって、裁判所はレコード製作者の地位に立つための要件として、高いプロデューサー・シップを要求したとする見解もあるが⁵⁷、Pullen は Ross に対していわゆる丸投げ状態で仕事を任せており、そのような見方の妥当性については疑問である。

この裁判例が採ったレコード製作者の意義の解釈については次のような批判がなされている。すなわち、Beggars Banquet Records Ltd. v. Carlton Television Ltd. [1993] E.M.L.R. 349 で、裁判所は「レコード又は映画の作成に必要な手配を引き受ける者」について、9 条 1 項の「この部において、著作者に関して、『著作者』とは、著作物を創作する者をいう。」という条文の観点から解釈されなければならないと判示している。そして、これが録音作業によって生じる知的成果に対して責任を持つ者が誰かを考慮しなければならないことを意味するとすると、この裁判所の解釈は間違っていることになるというのである⁵⁸。

確かに、本件の裁判所の解釈はほかの裁判例と比べて違和感を覚えるものである。前述したすべての裁判例は、レコードや映画の製作過程を詳細に分析した上で、レコード製作者や映画製作者の認定を行っている。この判決は、ほかの裁判例と比べると、かなり委託者に有利に解釈しているという評価があるが、正鵠を射たものであろう⁵⁹。本件のレコードがフィギュア・スケートの競技に使用するために特別に委託されたという事実に鑑み、この判例の射程はレコード全般ではなく、特定の目的のためのレコードに限ると解するのが妥当であると思われる。さもないと、委託の連鎖が続いた場合（発注主 A が下請業者 B に委託し、B が孫請業者 C に再委託するようなケース）、誰がレコード製作者の地位に立つのかが明確に定まらないおそれがあるからである。

このように、イギリス法の下では「レコードの作成に必要な手配を引き受ける者」の解釈について争いがあるものの、イギリス法のアプローチ自体は大いに参考になる。特に、誰がレコーディング費用を負担したかを決定的な要因とせず、「手配」という行為を重視して、レコード製作者を認定するという判断方法は外部から見て明確であり、示唆に富むものである。

⁵⁷ Francis Davey, *Phone hacking and Copyright*,

<http://www.francisdavey.co.uk/2011/03/phone-hacking-and-copyright.html> (last visited May 19, 2011).

⁵⁸ Kevin, *supra* note 51, at 249.

⁵⁹ PASCAL KAMINA, *FILM COPYRIGHT IN THE EUROPEAN UNION* 140 (2002).

以下、このアプローチを参考にして、日本法の下でこの問題に対する解決策を見出せばいいのかを考えてみたい。

第2款 契約名義説 vs. 制作費負担説

前節で説明したように、現在の原盤制作は(1)レコード会社が制作費を全額負担して制作する場合、(2)音楽出版社やプロダクションなどの外部制作会社が制作費を負担して制作し、原盤をレコード会社に提供(権利譲渡またはライセンス)する場合、(3)レコード会社と外部制作会社とが共同で制作費を負担して制作する場合、(4)レコード会社が外部制作会社と請負契約を締結して、制作を委託する場合、という4つのパターンに分けることができる。ポピュラー音楽の世界では、(3)のいわゆる共同原盤のケースが最も多いが、ブレイク・アーティストの場合は(2)が多く、制作予算が低いレコードの場合は(4)が多い。

レコーディングを実施するために必要な労力・機器・サービスを調達する契約(以下、便宜的に「調達契約」という)を自己の名義で締結した者がレコード製作者の地位に立つという説(契約名義説)に基づくと、(1)はレコード会社、(2)は外部制作会社、(3)は調達契約を締結した者、(4)は請負人ということになる。

(3)については、音楽業界ではレコード会社が調達契約を自己の名義で締結し、費用を支払ったうえで、外部制作会社に対して立替分を請求するということが一般的に行われている。その場合には、レコード会社がレコード製作者としての地位に立つことになり、外部制作会社はレコード製作者ではないということになる⁶⁰。そして、外部制作会社はレコード会社との共同原盤契約に基づき、レコード会社に対して、原盤印税の受領債権を保有することになる。他方で、レコード会社と外部制作会社がケース・バイ・ケースで相手方の制作費を立て替えて、調達契約を締結することがある。たとえば、スタジオ代とエンジニア代はレコード会社、ミュージシャンの演奏料とアレンジャーの編曲料は外部制作会社が負担し、あとで相手方に対して、相手の負担分を請求するという方法である。この場合は、レコード会社と外部制作会社双方がレコード製作者に該当するということになるだろう。

一方、裁判例が判示する「自己の計算と責任において録音する者、通常は、原盤制作時における費用の負担者」について、「自己の計算」を「自己の利益のために」と解して(経済的利益の帰属を基準とする)⁶¹、原盤制作費を負担する者という解釈(以下、「制作費負担説」という)を採ると⁶²、レコード製作者としての地位に立つのは、(1)がレコード会社、(2)が外部制作会社、(3)がレコード会社と外部制作会社、(4)がレコード会社となる。両説を比べると、結論が変わってくるのが(3)と(4)の場合であるが、どちらが妥当な論理的帰結なのであろうか。

⁶⁰ 山本・前掲注(21)187頁。

⁶¹ 神田秀樹『会社法(第12版)』(弘文堂・2010年)206頁参照。

⁶² 秀間修一「新人マネージャーのための音楽著作権入門」音楽主義40号(2010年)50頁は、BOOM事件の判例理論によると、原盤制作業務の請負人はレコード製作者になりえないと述べている。

		契約名義説	制作費負担説
(1)	レコード会社が制作費を全額負担して制作する場合	レコード会社	レコード会社
(2)	外部制作会社が制作費を負担して制作し、原盤をレコード会社に提供する場合	外部制作会社	外部制作会社
(3)	レコード会社と外部制作会社とが共同で制作費を負担して制作する場合	調達契約の締結者	レコード会社と外部制作会社
(4)	レコード会社が外部制作会社と請負契約を締結して、制作を委託する場合	請負人	レコード会社

この問題を考察するにあたっては、議論の実益がどこにあるのかということを十分考慮する必要がある。両説で(3)と(4)の結論が変わったとしても、契約によってレコード製作者の権利を移転することができる。仮に契約名義説に基づいて請負人がレコード製作者の地位に立ったとしても、請負契約で請負人が持つレコード製作者の権利を注文主に譲渡することはできるのである。したがって、どちらがレコード製作者の地位に立とうが、契約で処理できるので問題がないのではないかという疑問が出されるかもしれない。

この議論の実益は、本章の冒頭で述べたように、原盤権を譲り受けようとする第三者が登場した場合、当該第三者をどのように保護すべきかという問題にある。たとえば、注文主をA、請負人をB、当該第三者をCとして、請負契約によって原盤が制作されたケースを考えてみよう。契約名義説によると、レコード製作者はBとなる。そして、BがCに原盤権を譲渡した場合、原盤権は二重譲渡されたことになり、AとCは対抗関係に立つ。著作権法は、著作隣接権を目的とする移転については、その登録を第三者対抗要件としているため、登録をしていなければAとCは相手方に対して、自分が著作隣接権者であることを主張することはできない(第104条が準用する第77条)。仮にCが先に登録をしていれば、CはAに対して、その著作隣接権譲渡の効果を主張することができる。この場合、Aは自分が著作隣接権者であることの主張はできなくなるが、Bに対して損害賠償を請求することはできる。このように、契約名義説は、請負人が原盤権を譲り受けたいとする第三者に対して原盤権を譲渡した場合、つまり、原盤が二重譲渡された場合に対抗問題として処理できる⁶³。

一方、制作費負担説によると、レコード製作者はAとなる。したがって、BがCに原盤権を譲渡する契約をしても、Bはもともとレコード製作者たる地位にないため、Cに著作隣接権は移転されない。Cに与えられた法的保護はBに対する損害賠償請求だけであるが、Bが無資力のケースは多いだろう。

原盤権の譲渡に関する取引の安全を確保するためには、当該第三者から見て、レコード製作者は外部から見て明確であり、一義的に定まる必要がある。そのためには、外部からは窺い知ることのできない原盤制作費の負担者という基準よりも、レコーディングに必要な調達契約を自己の名義で締結した者という基準の方が優れているといえよう。この基準であれば、外部からレコード製作者がだれかが容易に特定することができる。特に完全請負契約で注文主がまったくレコーディングに関与しない場合、注文主の存在は外部からはまったくわからないだろう。

また、音楽業界の実務は、契約名義説に基づいてビジネスが行われており、制作費負担説を採用すると、現在の実務とはまったく異なる権利関係が形成されることになるため、実際

⁶³ 田村・前掲注(19)531頁。

のビジネスにおいてかなりの混乱が生じることになる。たとえば、広告業界では、CM 音楽に係る原盤権は発注主である広告主や広告代理店に譲渡されず、請負人であるCM 音楽制作会社に留保されるとするのが一般的である。したがって、制作費負担説が採用されると広告業界の実務慣行とまったく異なる権利関係が形成されてしまうことになる。

さらには、このようなケースで注文主がレコード製作者の地位に立てるという解釈は、あまりに「レコードに固定されている音を最初に固定した者」という条文の文言からかけ離れたものであり、妥当ではないだろう。あくまでも原盤制作費の負担は、レコードに係る権利の移転やライセンスに対価として捉えるアプローチの方が実務に即しており、適切であろう。したがって、レコード製作者の判断基準としては、制作費負担説よりも契約名義説の方が優れていると思われる。

契約名義説の「レコーディングを実施するために必要な労力・機器・サービスを調達する契約を自己の名義で締結した者」は、イギリス著作権法のレコード製作者の定義である「レコードの作成に必要な手配を引き受ける者」とほぼ同義である。したがって、契約名義説はイギリス法のアプローチと軌を一にするものといえるだろう。また、両者のアプローチの共通点は、レコード製作者と映画製作者の認定について、同一の判断基準を用いているところにある⁶⁴。すなわち、イギリス法の下では、それは成果物の作成に必要な手配を引き受ける者であり、日本法の下では成果物の製作に関する法律上の権利・義務が帰属する主体ということである。ただし、イギリスでは前述の A & M Records v. Video Collection International Ltd. [1995]E.M.L.R. 25 のように委託者に有利な裁判例があるため、契約名義説の方がイギリスの裁判例よりも委託者に厳しい判断基準を採用しているということになるだろう⁶⁵。

契約名義説に対しては、原盤制作費を直接的に負担しない請負人にレコード製作者の地位を認めることは、レコード製作の投資保護の趣旨に反するのではないかという批判がありうる。しかしながら、著作権法はレコード製作者に人格権を認めていないので、レコードに係る権利はすべて財産権であり、契約で移転することができる。また、日本法はアメリカ法のような終了権制度を導入していないので、権利の譲渡人が一定期間経過後、一方的に譲受人から権利を取り戻すことはできない。したがって、契約名義説を採用したとしても、当事者間の契約を通じて、レコード製作の投資保護を図ることが十分にできるのである。事実、レコード業界では原盤制作請負契約において、請負人は発注主に原盤権を譲渡すると規定されるのが一般的である。

契約名義説を言い換えると、レコーディングにおける法的主体とは、「録音行為という事実行為から生じる法的責任を負う者」ということになるだろう。具体的には、レコーディングにおいて他人の音楽著作物を無断で収録したり、スタジオ代の支払いを怠ったりした場合に、法的責任の追及を受ける者である。録音行為に対して法的責任を負う者にレコード製作者として法的保護を与えるという論理は、合理的であり、異論がないように思われる。

⁶⁴ 日本著作権法は、映画製作者は「映画の著作物の製作に発意と責任を有する者をいう。」(2条1項10号)と定義しているが、その意義は「映画の著作物を製作する意思を有し、同著作物の製作に関する法律上の権利・義務が帰属する主体であって、そのことの反映として同著作物の製作に関する経済的な収入・支出ともなる者のことである。」と解されている(東京高判平成 15.9.25 平成 15(ネ)1107[超時空要塞マクロス控訴審])。

⁶⁵ イギリス著作権法は、日本法と異なり、権利移転の第三者対抗要件として登録制度を用意していないため、日本法の方がレコード製作者を客観的かつ一義的に定める必要性が高いといえよう。

なお、BOOM 事件の判決は、「レコード製作者が誰かについては、原盤制作と同時に原始的に決定されるべきものであり、原盤制作後の後発的な費用負担の変更等によって、レコード製作者たる地位そのものが変わることはないものと解される」と判示しているが、これは実務上、後発的に原盤制作費を負担する代わりにレコード製作者となるという契約が締結されるという事情に配慮したものであろう。

レコード業界では、原盤制作が完了した後に、原盤譲渡契約書や共同原盤契約書を原盤制作時に遡及して締結し、レコード製作者を決定することがある。たとえば、レコード会社が原盤制作費を全額負担してレコーディングを行い、原盤が完成した後で、楽曲のタイアップ先の放送局の関連会社である音楽出版社をレコード製作者とする原盤譲渡契約を締結し、音楽出版社からレコード会社に原盤権を譲渡する合意を交わすケースである。この場合、レコード会社は原盤制作費を当該音楽出版社に請求することになる⁶⁶。しかし、レコード製作者に地位に誰が立つかということは、原盤の完成時に決定されるべきものであり、当事者間の契約により後発的にレコード製作者を変更することは許されないと考えるべきである。事後的な契約によるレコード製作者の変更を許すと、レコード製作者が一義的に決まらないことになり、取引の安全を害するからである⁶⁷。

前述したとおり、レコード製作者の意義については、国内では議論が少なく、裁判例も 1 件しかないという状況であるが、この問題は下請法の改正によって、その重要性が増していくだろう。今後は、実務の動向を正確に把握しつつ、現実的な議論を継続していく必要があるように思われる。

⁶⁶ 安藤・前掲注(4)40 頁。

⁶⁷ 田村・前掲注(19)531 頁。

第4章 レコードの保護範囲

第1節 序論

今年でデビュー10周年を迎えた、あるベテラン・アーティストが次回作の打ち合わせのために、都内のある喫茶店に来ていた。待ち合わせの時間より少し早く着いたため、一人熱いコーヒーを飲みながら、ぼんやり店内に流れている有線放送を聴いていると、曲のバックにほんのかすかに流れているギターのフレーズに耳を澄ませた。昔、自分の曲のレコーディングのために創作したギターのフレーズとよく似ていたからである。しかし、さらに注意して聴くと、ピッチ(音程)やテンポ(速度)が若干違ふようだし、ビブラートも少しかかっている。フレーズ自体は同じように聴こえるが、自分のレコードからコピーしたものか、あるいは新たにレコーディングしたものか、ドラムスやベース、キーボードの音と一体となってしまうために判然としない。

何か釈然としない気持ちでスタッフ・ミーティングに参加したが、会議の後でこのことをスタッフに話してみると、既存のレコードのごく一部を抽出し、これを加工・編集して、新しく製作する自分のレコードに取り入れるサンプリングという録音方法がミュージシャンの間で広く使われていること、サンプリングの権利処理をしないで他人のレコードから気に入ったフレーズをサンプリングして利用するミュージシャンが少なくないこと、を教えられた。さらにスタッフに、「なぜ無断サンプリングをするミュージシャンがいるのか」と訊くと、短いフレーズには著作権がないと思ったり、音を加工・編集して利用するので元ネタがばれないと考えるミュージシャンがいること、無断サンプリングは問題だと指摘しても、相手のミュージシャンをリスペクトして使っているのだから問題ないと強弁されるケースもあることを聞かされた。

確かに、自分が創作したギターのリフは、2小節の短いフレーズで、音も3音しか使っていない。しかも、イントロ部分に1回使っているだけだ。ありふれたフレーズと言われればそうかも知れないし、他の曲をくまなく探せば似たようなフレーズが見つかるかもしれない。しかし、このギターのリフは、自分の曲で重要な役割を果たすフレーズだと思っている。しかも、喫茶店で聴いた曲は、似ているフレーズを目立つ方法ではないが、何回も繰り返し使っている。フレーズが魅力あるものだから、何度もリピートして使っているのではないか。

仮に自分の創作したギターのリフがありふれたフレーズであるために著作権で保護されないとしても、レコードの音をコピーして利用する行為は別問題であろう。確か、あの曲のレコーディングには200万円くらいかかっている。レコードの著作隣接権はレコード会社が保有しているはずだが、レコードから音を無断で複製するのは、著作隣接権の侵害になるのではないか。もっとも、喫茶店で聴いた曲が自分のレコードの音をコピーして使っているかは、音程やピッチが違っているため、今一つ確信が持てないが……。

一方で、ある若い女性スタッフの言葉が気になった。それは、デジタル・サンプラーを利用することによって、音楽制作が低コストでできるようになり、たくさんの優れた音楽が生まれたのだから、一概にサンプリングを否定すべきではないという意見である。彼女によると、ヒップホップやクラブ・ミュージックというジャンルは、ミュージック・サンプリングと共に発展したものであり、既存の音楽を編集利用して、新たな音楽を創作するというコンセプトの上で成立しているという。したがって、あまりにレコードの保護を強くし過ぎると、この魅力ある音楽ジャンル

がなくなってしまうおそれがあるというのである。予想外の問題の深刻さに暗澹たる気持ちになるベテラン・アーティストであった。

以上は、ミュージック・サンプリングの法律問題の所在を明らかにするために、実際に起きた事件をベースに創作したストーリーである。ミュージック・サンプリングは、新しく製作するレコードのために既存のレコードの一部分をデジタル技術によって加工・編集して利用するため、通常、楽曲の著作権、レコードの著作隣接権、実演の著作隣接権という 3 つの権利が関係することになる。

実は、これらの権利侵害の判断基準の相違点に関しては、これまであまり論じられてこなかった。その理由として、従来はレコードの権利侵害といえば、海賊版や P2P での音楽配信のような、レコード全体を無断利用する事案がほとんどであり、楽曲の著作権とレコードおよび実演の著作隣接権のうち、一方が侵害、一方が非侵害というような事案があまり現れなかったことが挙げられる。

しかしながら、サンプリング技術の発展により、レコードの断片的な利用が容易となったため、権利侵害の要件構造の相違点に次第に注目がなされるようになっていく¹。また、近年、著作隣接権の意義や正当化根拠に関する論稿が発表されており²、著作隣接権の侵害要件に関する活発な議論が期待される場所である。そこで本章では、ミュージック・サンプリングを素材にして、楽曲とレコード・実演の権利侵害の判断基準がどのように異なるのかについて論じた上で、レコードの複製権の保護範囲に関する分析・考察を行うこととしたい。

冒頭のストーリーでベテラン・アーティストが直面したように、ミュージック・サンプリング訴訟においては、(1) サンプリングされたフレーズは著作権の保護を受けることができるものか(楽曲の創作性の問題)、(2) サンプリングされたレコードの音は著作隣接権の保護を受けることができるものか(レコードの成立要件の問題)、(3) これらが法的に保護されるとして、サンプリングによる利用はどのような場合に権利侵害を構成するか(具体的には①2 小節程度のわずかな利用は侵害になるのか、②短いフレーズをループして利用すると侵害になるのか、③リスナーが識別できないような音の変容的利用は侵害になるのか)、などが主な争点となる。

なお、ミュージック・サンプリングと著作権法との関係については、日本国内で直接にこれを扱った裁判例はまだない。そこで本章では、アメリカの裁判例を検討し、日本法での考察の手がかりとする。特に、2003 年に第 9 巡回区連邦控訴裁判所が下した Newton 判決³と 2005 年に第 6 巡回区連邦控訴裁判所が下した Bridgeport 判決⁴に焦点を当てて、これらの判決の問題点を明らかにし、この分析を基に日本法の下での考察を行うこととしたい。

本章の構成は以下のとおりである。まず、第 2 節でミュージック・サンプリングの歴史を概観し、どのようにミュージック・サンプリングが誕生し、発展していったか、そしてそれがどのようにヒップホップやクラブ・ミュージックという一大音楽ジャンルを生み出したかを解説する。

¹ 前田哲男＝谷口元『音楽ビジネスの著作権』(著作権情報センター・2008 年) 231-232 頁、前田哲男「音楽エンタテインメントに必要な著作権知識」コピライト 558 号(2007 年) 2 頁以下参照。

² 本山雅弘「著作隣接権の理論的課題」コピライト 553 号(2007 年) 2 頁、本山雅弘「著作隣接権の理論に関する基礎的考察—戦前期ドイツ学説史の考察を中心として(一)(二)」民商法雑誌 130 巻 2 号(2004 年) 92 頁・3 号(2004 年) 47 頁参照。

³ Newton v. Diamond, 349 F.3d 591 (9th Cir. 2003).

⁴ Bridgeport Music v. Dimension Films, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005).

第3節では、アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟の理解に必要なアメリカ著作権法のルールを概観する。特に、アメリカでは日本にはない *de minimis* 法理やフェア・ユース法理が著作権法上の大きな役割を果たしているため、これらについても言及する。第4節では、初期のミュージック・サンプリングに関する主要裁判例を紹介し、その結果、音楽業界において構築されたサンプリングのクリアランス実務について説明する。第5節では、ミュージック・サンプリング訴訟として最も有名な Newton 事件と Bridgeport 事件を紹介し、これらの判決の問題点を考察する。前者は楽曲の著作権、後者はレコードの著作権が問題となったものであり、両者の権利侵害の判断基準の相違点を理解するには格好の素材だと思われる。特に Bridgeport 判決は、ファンが元のレコードを識別できないようなサンプリングであってもレコードの権利侵害となると判示したもので、大いに物議を醸している裁判例である。そして、第6節では、これら2つの裁判例を素材にして、日本法の下での権利侵害の判断基準の定立を試みる。では、さっそく、ミュージック・サンプリングの歴史を振り返ってみよう。

第2節 ミュージック・サンプリングとは

アメリカの有名な法律辞典である Black's Law Dictionary⁵によると、サンプリングとは「サウンド・レコーディングのごく一部を取って、新しいレコーディングの一部としてその部分をデジタル処理によって利用するプロセス」と定義されている。もう少しわかりやすく定義すると、サンプリングとは、「既存のサウンド・レコーディングのごく一部を新しく製作するサウンド・レコーディングのためにデジタル技術を用いて利用する方法」ということになる。現在、ミュージック・サンプリングはヒップホップやクラブ・ミュージックを中心に、あらゆる音楽分野で広範に利用されている。

ミュージック・サンプリングの発祥地は、意外なことに日本やアメリカのようなデジタル技術の先進国ではなく、西インド諸島の国、ジャマイカといわれている⁶。1962年にイギリスから独立したジャマイカは、当時、深刻な経済危機に陥っていたため、ほとんどのジャマイカ人は音楽を楽しむためにレコードを購入したり、コンサートやライブを見に行ったりすることができなかった。そこでレコードやコンサートの代わりに音楽の伝播役として一躍を担ったのが、巨大なアンプ(音の増幅器)とスピーカーのセットであるサウンド・システムであった。これを使ってレコードをかける者はセクター(selector)と呼ばれたが、その名の通り、サウンド・システムを使って流す曲を選択し、そのタイトルやアーティストをマイクでアナウンスするという役目を担った。その後、アフリカ系アメリカ人のセクターたちが実験的にスラングを交えた言葉をレコードに合わせて歌い始めるようになった。これが大きな人気を博するようになり、次第に音楽を表現する一つのスタイルとして確立していった。

1960年代には、セクターに代わってレコードに合わせて歌うようになったディスク・ジョッキー(DJ)が、異なるレコードを組み合わせて一つのサウンドを作るという実験を始めるようになった。この実験に好感触を得たディスク・ジョッキーたちは、組み合わせたサウンドに合わせてボーカルを乗せるという新しい表現方法を発展させていった。1970年代を通じて、アメリカとジャマイカのディスク・ジョッキーたちはこの新しい音楽の表現方法の改良を試み、ラップ・ミュージックの隆盛という結果をもたらした。この成功に後押しされる形で、1980年代初頭にサンプリング機能を持ったシンセサイザーが開発され、多くのミュージシャンやサウンド・エンジニアたちが音楽制作に用いるようになった。サンプリング機能を持ったデジタル機器のことをデジタル・サンプラーまたは単にサンプラーと呼ぶ。

このように、現在ではミュージック・サンプリングというデジタル技術によって、既存のサウンド・レコーディングから音の一部を取り出し、これを自由に加工・編集して、新たなサウンド・レコーディングの製作のために利用することができる。従来のレコーディングは、録音スタジオでプロの演奏家が演奏し、レコーディング・エンジニアがそれを録音し、音を調整し、L・Rの2チャンネルに振り分けるという工程から構成されていた。それがデジタル・サンプラーを使って、既存のサウンド・レコーディング中にあるボーカルやベース、ギター、ドラムス、キーボードが奏でるフレーズの一部分を採取し、コンピュータ上でデジタル処理することによって、新たなサウンド・レコーディングを製作することができるようになったのである。

⁵ Black's Law Dictionary 8th ed. (West Group 2004).

⁶ Henry Self, *Digital Sampling: A Cultural Perspective*, 9 UCLA ENT. L. REV. 347, 348 (2002).

いくつか例を挙げて説明しよう⁷。たとえば、Madonna は「Hung Up」という曲のレコーディングに際し、ABBA の大ヒット曲「Gimme! Gimme! Gimme! (A Man After Midnight)」の印象的な伴奏のフレーズをサンプリングし、ダンスブルなサウンドと一緒に用いることで、オリジナルとは異なる雰囲気サウンドを作り出した。あるいは、Beastie Boys や Eminem 等の著名なアーティストは、伝説のロック・バンド、Red Zeppelin の名曲「When the Levee Breaks」の John Bonham のドラムの一フレーズをコピーし、それをループして使うことによって、迫力あるドラム演奏を自分のサウンドに取り込み、新たなサウンドを生み出している⁸。

このように、レコーディングのための十分な資金や演奏技術がないミュージシャンだけでなく、既存のサウンド・レコーディングを使って創作活動を展開したいミュージシャンにとっても、ミュージック・サンプリングは画期的な音楽の制作手段であった。現在では、ミュージック・サンプリングはすべての音楽ジャンルで欠かすことのできない重要な制作手法として広く認知されている⁹。

ミュージック・サンプリングはヒップホップやクラブ・ミュージックという新しい音楽ジャンルを創出し、その成功の一翼を担ったのであるが、その一方で新たな法律問題を引き起こした。オリジナル曲やオリジナル・レコードの著作権者が、ミュージック・サンプリングを使って新たなサウンド・レコーディングを製作したミュージシャンやレコード会社を著作権侵害で訴え始めたのである¹⁰。アメリカにおける最初のサンプリング訴訟といわれる Biz Markie 事件¹¹で、Gilbert O'Sullivan の大ヒット曲「Alone Again (Naturally)」を無断でサンプリングしたラップ・アーティスト、Biz Markie と発売元のレコード会社のワーナー・ブラザーズ・レコードが敗訴して以来、レコード会社はサンプリング・クリアランスのスキームを急いで構築することとなった。しかしながら、サンプリング訴訟における著作権侵害の判断基準が裁判所によって異なるため、サンプリングをめぐる法律問題は未だに混沌とした状態にある。

次節では、関連する裁判例の紹介を交えながら、アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟の理解に必要なアメリカ著作権法のルールとその動向を鳥瞰することとしよう。

⁷ 情報投稿型のサンプリング情報に関するオンライン・データベースである Who Sampled というウェブサイト (<http://www.whosampled.com>) では、オリジナル・レコードとサンプリングしたレコードを比較して聴くことができる。

⁸ この曲のドラム演奏をサンプリングするアーティストは多く、他にも Dr.Dre、Mike Oldfield、Rob Dougan、Depeche Mode、Erasure などが自分の曲に利用している。John Bonham は現代のロック・ドラマーたちに多大な影響力を及ぼし続けている名ドラマーであるが、1980 年 9 月 25 日、過剰飲酒後の就寝時に吐瀉物が喉に詰まったための窒息死したため、今ではその名演奏を生で聴くことはできない。

⁹ ソニーミュージックに所属する加藤ミリヤは、サンプリングを利用して楽曲を創作することで有名である。彼女のアルバム・レコード「Best Destiny」はオリコンチャートで 1 位を獲得しているが、サンプリングを利用した音楽が広く受け入れられている証左であろう。

¹⁰ サンプリング技術が登場した当初、デジタル・サンプリャーの使用者であるミュージシャンや彼らの所属先であるレコード会社は、著作権者とどのような交渉し、どのような条件でライセンス契約を締結すべきかということがわからず、Biz Markie 事件でサンプリング・アーティストとそのレコード会社が敗訴するまで、「捕まえてごらん、そしたら取引してあげるよ」といった態度で臨むことが多かったと言われている。DONALD S. PASSMAN, ALL YOU NEED TO KNOW ABOUT THE MUSIC BUSINESS 306-307 (2000)。

また、KEMBREW MCLEOD & PETER DICOLA, CREATIVE LICENSE 19-20 (2011) は、訴訟がまだ提起されなかった 1987 年から 1992 年がサンプリングの黄金時代であり、この時期に多くの優れた作品が誕生したためにヒップホップが発展したと指摘している。

¹¹ Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991)。

第3節 アメリカ著作権法のルール

第1款 音楽著作物とサウンド・レコーディング

ミュージック・サンプリングは、前述したように、既存のレコードの一部分を新しく製作するサウンド・レコーディング¹²のためにデジタル技術を使って利用するものである。そのため、通常、音楽著作物とサウンド・レコーディングという2つの著作物が関係することになる¹³。したがって、サンプリング問題を考察するには、両者がどのように相違しているのかを正確に理解する必要がある¹⁴。アメリカ法は日本法のように著作隣接権制度を有していない。つまり、アメリカ著作権法は実演家やレコード製作者、放送事業者、有線放送事業者という情報の伝達者に対して、著作隣接権を付与していないのである¹⁵。

著作権法には音楽著作物は保護される著作物の例として掲げられているだけで、その定義は規定されていないが¹⁶、一般的には音によって表現されている著作物と解釈されている。ただし、楽曲に伴う歌詞も音楽著作物として保護を受ける。

次に、サウンド・レコーディングについて見てみよう。著作隣接権制度を持たないアメリカ著作権法の下では、サウンド・レコーディングは著作隣接権ではなく、著作権の保護対象となる。すなわち、サウンド・レコーディングは他の著作物と同じように、オリジナリティーと固定性という2つの要件を満たせば、著作権の保護を受けることができるのである。世界の多くの国は、サウンド・レコーディングを著作隣接権の対象として保護しており、著作権の対象として保護するアメリカの法律制度は異例といえよう¹⁷。

著作権法は、サウンド・レコーディングを「一連の音楽的な音、話す音、その他の音を固定することによって生じる著作物(映画その他の視聴覚著作物に伴う音を除く)」と定義している¹⁸。したがって、保護の対象となる音は演奏でなくてもよく、波の打ち寄せる音や虫の鳴き声のような自然音も保護を受けることができる¹⁹。ただし、著作権法は著作権の成立要件として

¹² アメリカ著作権法における「サウンド・レコーディング」は日本著作権法の「レコード」と同義であるが、アメリカ著作権法における「レコード」は「現在知られているまたは将来開発される方法によって音声(映画その他の視聴覚著作物に伴うものを除く)が固定された有体物であって、直接または機械もしくは装置を使用して音声を覚知し、複製または伝達することができるものをいう。」(17 U.S.C. § 101)とあり、日本法の「レコード」とは意義が異なる。そのため、本章では「サウンド・レコーディング」の用語をそのまま用いることにする。

¹³ 日本では、他人の楽曲の同一フレーズまたは類似フレーズを利用することをサンプリングと呼ぶことがあるが、語法として正しくない。

¹⁴ ただし、犬や鳥の鳴き声や波の音のような自然音を収録したレコードから音をサンプリングする場合は、レコードの著作権者だけが権利処理の対象となる。

¹⁵ 連邦著作権法に対する連邦憲法の制約については、安藤和宏「米国法における有名人の歌真似(sound-alike)録音物の違法性に関する一考察」知的財産法政策学研究21号(2008年)180頁参照。

¹⁶ 17 U.S.C. § 102 (a) (2). 下院報告書には、「音楽著作物、演劇著作物、無言劇および舞踊の著作物という3つの定義されていないカテゴリーは、かなり定着した意味を有している。」として、音楽著作物の定義を設ける必要はないという理解に立っている。See H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 57, at 53 (1976).

¹⁷ ただし、イギリス、インド、香港などの英米法諸国においては、レコードを著作権の客体として保護を与える国が少なくない。

¹⁸ 17 U.S.C. § 101.

¹⁹ H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 57 (1976).

オリジナリティーを要求しているため、単に機械的に録音した自然音は著作権の保護を受けることができないとされている²⁰。

では、サウンド・レコーディングのオリジナリティーとは何か。音楽著作物が収録されているサウンド・レコーディングの場合、オリジナリティーの有無は、その実演が録音されている実演家と、レコーディングを準備し、サウンドを収録・編集するプロデューサーの創作性にかかるとされている²¹。アメリカ著作権法の下では、要求されるオリジナリティーのレベルは高くはないため²²、ほとんどの場合、音楽著作物が収録されているサウンド・レコーディングにはオリジナリティーが認められることになるだろう。ただし、創作的選択をせずに、単に機械的に録音したものには、オリジナリティーは認められない。

第2款 著作権侵害の要件構造

次にアメリカ法における著作権侵害の要件構造について説明しよう。著作権者は、107条から122条の制限規定の適用を受けることを条件に、106条に規定する複製、翻案、頒布、公の実演、公の展示、サウンド・レコーディングのデジタル送信といった行為を禁止することができる排他的権利を有している。したがって、106条に規定するこれらの行為を権利者に無断で行い、かつ、その行為が制限規定の適用を受けないものであれば、著作権侵害責任に問われることになる²³。たとえば、権利者に無断で他人の論文を複製すれば複製権の侵害となり、その複製物を書店で販売すれば頒布権の侵害となる。一方、レコード店が販売促進のために店内でレコードをかける行為は、110(7)条により公の実演権侵害にならない。

著作権法は、特許法と異なり、独立創作(independent creation)の抗弁を許すものである。つまり、既存の作品を知らずに、これと類似または同一の作品を創作しても、侵害責任に問われることはない。これは、著作権法が登録を効力発生要件とする方式主義ではなく、創作と同時に権利が発生する無方式主義を採用したことによるものである。特許発明と異なり、自分の作品が過去に創作された作品と実質的に類似するかどうかを効果的に調べることができない著作権者に対して、偶然の一致(暗号ともいう)により創作された著作物の侵害責任を負わせるのは酷であり、創作を奨励する著作権法の趣旨に反することになりかねない。また、発明のように一つの方向に収斂されていく技術の世界と異なり、多様化を旨とする文化の世界では、著作物の偶然の一致は稀にしか起こらないことも、この理を正当化するものといえよう²⁴。

以上の理由により、原告には、被告が自分の作品をコピーしたことを立証する責任が課されている。理論的には、原告やその証人が被告によるコピー行為を実際に見たり、あるいは

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Feist Publ'n v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1990)で、連邦最高裁判所はオリジナリティーの要件を「著作権の必要条件は、オリジナリティーである。著作権保護を受けるためには、作品は作家にとってオリジナルなものでなければならない。著作権法で使われているように、オリジナルという言葉は、(他人の作品のコピーと対立するものとして)作家が独立して創作した作品であるということ、そして最低限の創作性を持っていることのみを意味する。確かに、要求される創作性の程度は極めて低い。わずかな創作性で足りるのである。」と説明している。*Id.* at 345.

²³ 17 U.S.C. § 501 (a).

²⁴ 田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣・2001年)49頁。

被告がその事実を認めるといった直接証拠によって証明責任を果たすこともできる。しかしながら、このような直接証拠は入手が極めて困難であるため、通常はアクセス²⁵と証拠的類似性(probative similarity)²⁶という状況証拠によって、原告は被告によるコピーを証明することになる。

著作権侵害訴訟においては、原告は被告によるコピーだけではなく、被告が原告作品の創作的表現に関して侵害責任を負うべき不当な盗用(improper appropriation)を行ったことを証明しなければならない。ただし、被告が原告作品の創作的表現を無断で利用したとしても、その行為はただちに著作権侵害を構成するものではない。事実としてのコピー行為と訴訟提起可能なコピー行為はイコールではなく、著作権侵害が生じたという法的結論を支持するに足りるだけのコピー行為が質的あるいは量的になされたときにはじめて、被告に対して著作権侵害責任を負わせることができるとされている²⁷。反対に、質的にも量的にも僅少なコピーは、*de minimis* 法理に基づき、著作権侵害責任を問わないこととしている。

他人の作品を自分の作品中に利用しようとする者は、他人の創作的表現を一字一句、そのまま複製するのではなく、自分なりの表現に置き換えることが多い。したがって、他人の創作的表現をそのまま利用する者だけでなく、創作的表現を変更した者に対しても、その表現が実質的に類似しており、その利用が不当な盗用といえるようなものであれば、侵害責任を負うものと考えられている。さもないと、作者の創作活動に対するインセンティブが減却し、学術および有用な技芸の進歩を促進するという著作権法の目的を達成することができなくなるおそれが生じるからである。したがって、著作権侵害の成否は、原告作品と被告作品との間に実質的に類似する創作的表現が存在するかという問題に帰着することになる。

最後に、著作権侵害の判断者について述べておこう。著作権侵害訴訟において、原告と被告の作品が実質的に類似しているかどうかは、事実問題として事実認定者(陪審裁判の場合は陪審員)が判断する。では、この実質的類似性の判断に際して、誰の視点を基準にす

²⁵ ミュージック・サンプリングは、オリジナル・レコードの一部を加工・編集して自分のサウンドに取り込むため、一度聴いたくらいだと、自分の曲やレコードがサンプリングされたことに気がつかないケースが多い。David Sanjek, "Don't Have to DJ No More": Sampling and the "Autonomous" Creator, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 607, 619 (1992). また、気がついたとしても、新たに録音した音源を利用しているのか、自分のレコードからサンプリングしているのかが不明な場合も少なくない。しかしながら、サンプリングはコンピュータを用いる技術なので、デジタル・サンプリング技術の専門家が被告作品の音波(sound wave)や波形(waveform)を綿密に調べれば、オリジナル・レコードを特定できるという指摘もなされている。Jeffrey R. Houle, *Digital Audio Sampling, Copyright Law and the American Music Industry: Piracy or Just a Bad "Rap"?*, 37 LOY. L. REV. 879, 898 (1992). 確かに、サーチ・コストの問題を別にすれば、最新のテクノロジーを利用することにより、オリジナル・レコードの特定が可能となるケースは大幅に増加すると思われる。

²⁶ 証拠的類似性とは Alan Latman 教授が提唱した概念である。Alan Latman, "Probative Similarity" as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement, 90 COLUM. L. REV. 1187 (1990). 証拠的類似性は、コピー行為が問題となっている場合に用いるもので、複製権侵害の判断に用いる実質的類似性とは異なる。原告と被告の作品に誤植や誤記が共通していたり、原告のデータベースにトラップとして入っていた架空の人物の情報が被告のデータベースにも入っていた場合は、被告が原告作品をコピーしたことの有力な証拠になる。実務上も、電話帳や辞書、データベース等にコピーの証明のためのさまざまなトラップを仕掛けることがあるようである。このような共通点は、コピーの証拠としては有力なものであるが、複製権侵害の証拠としては十分ではない。複製権侵害の判断に用いる実質的類似性は、創作的表現がどの程度類似しているかを調べるものであり、証拠的類似性とは異なる基準で判断される。

²⁷ 3 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright § 13.03 [A] (2006).

べきであろうか。第2巡回区連邦控訴裁判所は *Arnstein v. Porter*²⁸で、違法行為がなされたかは専門家ではなく、一般のリスナーの観点から判断されるべきであると判示した。これは、通常の観察者テスト(ordinary observer test)といわれており、他の裁判所でも広く採用されている²⁹。

しかし、著作物は音楽や小説、映画のような一般大衆を対象とした作品ばかりではない。建築の設計図や精密機械の製図、医学や生物学で使用する人体模型や動物模型等は、特定の者を対象とした著作物である。このような作品は、利用対象者である建築家やエンジニア、技能者、医学や生物学の教授や学生などの観点で実質的類似性の有無が判断される。

なお、作品の利用対象者は必ずしも購入者ではないということに注意しなければならない。たとえば、3歳児を対象とした玩具の利用者は子供であるが、購入者はその親、親戚、友人たちである。この場合、実際の購入者である大人たちの観点で実質的類似性の判断を行うのは適切ではない。なぜなら、購入する玩具をねだるのは子供だからである(大人は購入の決定権があるが、商品の選択権がない)。したがって、このようなケースでは、作品の利用対象者の視点で侵害の有無を判断するのが妥当である。これは、第4巡回区連邦控訴裁判所が *Lyons* 判決において、「意図された観衆ルール」(intended audience rule)として確立したものである³⁰。

第3款 *de minimis* 法理

前述したように、他人の著作物の創作的表現をコピーすることは、必ずしも著作権侵害になるとは限らない。些細過ぎるコピーは *de minimis* とされ、著作権侵害責任を問わないこととしている。これは「法は些事に関せず」(*de minimis non curat lex*)という法諺に由来している³¹。形式的には侵害行為に該当するようなものであっても、裁判という形式を踏んで解決するに値しないような些細な問題は取り上げないというこの *de minimis* 法理は、すべての法分野で適用されている³²。

著作権の分野では、被告によるコピーが著作権侵害を構成するには、原告作品の表現を実質的に不正利用していなければならないとされている。これを重要性要件(materiality requirement)と呼ぶこともある³³。重要性要件の判断に際しては、量的分析だけではなく、質的分析も必要となる。具体的には、被告によるコピーが *de minimis* かを裁判所が判断する際に、利用したコピーが原告作品においてどのくらいの割合を占めるのか(量的分析)と、コピーされた部分が原告作品において、どの程度の重要性を有するのか(質的分析)を行う。コ

²⁸ *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 473 (2d Cir. 1946).

²⁹ Audience Test といわれることもある。

³⁰ *Lyons Partnership, L.P. v. Morris Costumes, Inc.*, 243 F.3d 789 (4th Cir. 2001). See also *Dawson v. Hinshaw Music, Inc.*, 905 F.2d 731, 733-34 (4th Cir. 1990).

³¹ 英語では、“the law does not concern itself with trifles”という。

³² *Nimmer*, *supra* note 27 at § 8.01 [G] (2006). *de minimis* 法理は、17世紀にイギリスの裁判所が取るに足らない事件や請求原因であって、決して豊富とはいえない裁判所の人的・物的資源を無駄にするような場合に原告の請求を棄却するという訴訟経済上の理由から導入されたと言われている。Julie D. Cromer, *Harry Potter and the Three-second Crime: Are We Vanishing the de minimis Defense from Copyright Law?*, 36 N.M.L. REV. 261, 262 (2006).

³³ WILLIAM F. PATRY, COPYRIGHT LAW AND PRACTICE VOL. I 706 (BNA 1995).

ピーされた部分が原告作品にとって、量的または質的(あるいは両方)に重要なものである場合、コピーは *de minimis* とされることはない。なお、これらの分析において、分析対象を被告作品にする裁判例も見受けられる。

ミュージック・サンプリング訴訟においては、一般的に被告が原告のサウンド・レコーディングのごく一部をサンプリングして利用するため、被告の利用が *de minimis* かどうか争われることが多い。ここで問題となるのは、*de minimis* の判断基準をどこに求めるべきかである。この問題の考察において参考になるのは、第 2 巡回区連邦控訴裁判所が美術の著作物のケースで採用している視認性という判断基準である。

第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、テレビ局がテレビ番組のセットに無断で原告作品が複製されたポスターを利用した行為が *de minimis* となるかが争点となった *Ringgold v. Black Entm't Television*³⁴ で、「テレビ番組を見た者は、たとえ正確に焦点が合っていないくても、原告作品をはっきり認識できるため、被告の利用は *de minimis* とならない」と判示した。また、映画「セブン」のセットに無断で原告の写真を利用した行為が *de minimis* となるかが争点となった *Sandoval v. New Line Cinema*³⁵ では、「原告作品の認識性は、被告作品において原告作品が何分利用されたか、そしてどのくらい重要性を持っていたかという観点から判断される」と判示し、映画の中では原告の写真はピンぼけしており、原告作品であると認識できないため、被告の利用は *de minimis* となると結論づけた。

学説の中には、視認性テストを音楽のような他の著作物に応用することは可能だと指摘するものがある³⁶。すなわち、平均的な観察者が被告作品で利用されている原告の美術作品を区別できないような場合に被告の利用は *de minimis* となるのと同様に、平均的な聴衆が原告の曲やレコードを認識できないような場合に限って、被告の利用を *de minimis* とするものである。実際、第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、この識別性テストというべき判断基準を用いている³⁷。*de minimis* 法理をどのようにミュージック・サンプリング訴訟において適用すべきかという問題については、後述する。

第 4 款 フェア・ユース法理

著作権侵害訴訟において、厳格に制定法を適用すると、結果として、創作活動の促進を抑制することになるケースがある。著作権法で認められた権利行使が法目的の達成を妨げるという状況は、決して好ましいことではない。したがって、このような場合に、法は利用者にフェア・ユースという積極的抗弁を認め、社会的に公正と認められるような著作物の利用については、著作権侵害を問わないこととした³⁸。

³⁴ *Ringgold v. Black Entm't Television*, 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997).

³⁵ *Sandoval v. New Line Cinema*, 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).

³⁶ *Cromer*, *supra* note 32, at 272-73.

³⁷ *Newton*, 388 F.3d 1189; *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432 (9th Cir. 1986).

³⁸ フェア・ユースの法理を紹介する邦語文献として、山本隆司・奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』(太田出版・2010 年)、ロバート・A・ゴーマン＝ジェーン・C・ギンズバーク編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解(下) [第 2 版]』(信山社・2003 年)637-775 頁、アーサー・R・ミラー＝マイケル・H・デービス(藤野仁三訳)『アメリカ知的財産権法』(八潮社・2008 年)232-246 頁、バートン・ビービー(城所岩生訳)「米国著作権法フェアユース判決(1978-2005 年)の実証的研究(1)・(2)完」知的財産法政策学研究 21 号(2008 年)117-169 頁・22 号(2009 年)163-199 頁、山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識(第 2 版)』(太田出版・2008 年)110-132 頁、

フェア・ユースは、著作権侵害責任の抗弁として機能するものであるため、原告によって著作権侵害が一応証明されていること(*prima facie* case)が前提となる。利用者が権利者からライセンスを受けていたり、原告作品と被告作品との間に、実質的類似性が認められない場合は、著作権侵害が成立していないため、フェア・ユースの抗弁を行う必要はないし、その意味もない。あくまでもフェア・ユースは著作権侵害が認められる場合に、被告の積極的抗弁として機能するものである。

裁判所はフェア・ユースの判断の際に、以下の4つのファクターすべてを考慮しなければならない³⁹。ただし、裁判所は必要に応じて、誠意の欠如や業界慣習といった他のファクターを考慮することができる。

- (1) 利用の目的と性質(利用が商業的性質を持つものか、非営利の教育目的のものかを含む)
- (2) 利用された著作物の性質
- (3) 利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値
- (4) 利用された著作物の潜在的市場や価値に与える利用の影響

フェア・ユースの判断は、著作権法の権威であるラーニッド・ハンド判事をして「著作権法全体の中で最も厄介である」と言わしめたほど、困難なものであるとされている⁴⁰。確かに、ファクター分析はその性質上、的確な適用が困難である上に、著作権の分野は技術の発展の影響を受けやすいため、判断が容易でないケースは少なくない。

次に、ミュージック・サンプリング問題を考察する上で、重要なフェア・ユース訴訟を見てみよう。まず、取り上げなければならないのは、パロディー判決として有名な1994年の *Campbell* 最高裁判決⁴¹である。この事件の概要は以下のとおりである。ラップ・グループの2 ライヴ・クルーがロック・バラード「Oh, Pretty Woman」のオープニングのベース・リフと歌詞の最初の一行を使って、この楽曲のパロディー・ソング「Pretty Woman」を創作した。オリジナル曲の著作権者が2 ライヴ・クルーのメンバーを著作権侵害で訴えたところ、地裁ではフェア・

白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社・2004年)209-233頁、蘆立順美『データベース保護制度論』(信山社・2004年)71-92頁、エリック・J・シュワルツ(高林龍監訳・安藤和宏・今村哲也訳)『アメリカ著作権法とその実務』(雄松堂出版・2004年)291-307頁、田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号(2010年)21-30頁、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(1)ー寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等ー」知的財産法政策学研究16号(2007年)73頁、曾我部健「著作権に関するフェアユースの法理」著作権研究20巻(1993年)97頁、ジェーン・C・ギンズバーグ(斉藤博訳)「アメリカにおけるフェア・ユース問題について」著作権研究26号(2000年)147頁、村井麻衣子「著作権市場の生成と fair useーTexaco 判決を端緒としてー(一)〜(二・完)」知的財産法政策学研究6号(2005年)155頁・7号(2005年)139頁、松平光徳「ニューヨーク州標準テスト法と連邦著作権法との関連考察」法律論叢72巻5号(2000年)59頁、同「アメリカ著作権法におけるパロディ法理の発展と展望」法律論叢71巻4-5号(1999年)207頁、フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向ー法改正への提言』(第一法規・2010年)13-22頁などがある。

³⁹ 107条の考慮ファクターの日本語訳は、田村・前掲注(38)「知的財産法政策学研究16号」96頁による。

⁴⁰ *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1939).

⁴¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

ユースが成立するとして、請求棄却。控訴審ではフェア・ユースは成立せず、著作権侵害と認定したため、被告が上告した。

連邦最高裁は、「新しい作品が変容的であればあるほど、商業主義のようなフェア・ユースの認定に不利に働く他のファクターの重要性は薄れるのである。パロディーの商業的性質に対して、事実上、決定的な重みを与えたという点で、控訴審は判断を誤った」「使用が変容的である場合、市場代替性は少なくともあまり明確ではないため、市場での損害は容易には推定できない」と述べて、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。本判決は、たとえ営利目的であっても、変容の利用であれば、フェア・ユースと認められる可能性があることが明らかになったことに大きな意義があるといえよう。

次に紹介すべきは、*Harper & Row* 最高裁判決⁴²である。これは、フォード元大統領の回顧録(200,000 語)から一部分(300 語)を被告の出版社が報道目的により無断で利用したというケースである。連邦最高裁はこの部分を回顧録の心臓部(the heart of the book)であると認定し、「被告は孤立した語句に留まらず、筆者個人の表現力に大きく依存する、公人に関する主観的描写を抜粋している。作品の最も表現豊かな部分に焦点をあてた被告の使用は、事実の伝達に必要な限度を超えている」と述べて、利用した部分が全体から見るとわずかなものであっても(0.15%)、オリジナル作品の核心とも言うべきものであった場合、フェア・ユースの成立に不利に働くとした⁴³。

最後に、*Texaco* 判決⁴⁴を取り上げておこう。これは、石油ビジネスを広範に展開しているアメリカ有数の巨大企業である Texaco 社の社内研究所が購入した原告の発行する雑誌を社内回覧させ、所属する研究員が無断で雑誌の記事をコピー機で複写していたというケースである。第2巡回区連邦控訴裁判所は第4ファクターの分析において、「出版社は未だ個々の記事を直接販売したり、頒布したりする伝統的な市場を確立していないが、主にコピーライト・クリアランス・センター(CCC)を通じて、組織に所属するユーザーがコピー機の複写によって、個々の記事のコピーを作ることのライセンスを得る効果的な市場を作り出している。現在、個々のジャーナルの記事について複製・頒布する権利をライセンスするための市場が存在するのだから、フェア・ユースの分析において、複写による潜在的なライセンス収入を考慮するのは適切なことである」と述べて、クリアランス機関の存在をフェア・ユースの成立に不利な方向で斟酌した。ライセンス市場の存在が第4ファクターの分析に大きな影響を及ぼすことを示した点で大きな意義がある判決である⁴⁵。

⁴² *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

⁴³ 長編の作品であっても、その核心部分は意外に短いものであることが少なくない。テレビ局の CBS がチャールズ・チャップリンの映画の一部を編集して無断で放送したという事件では、「City Lights」(1時間20分)から1分45秒(2.2%)、「The Kid」(1時間)から3分45秒(6.3%)、「The Circus」(1時間12分)から1分25秒(2%)、「Modern Times」(1時間29分)から55秒(1%)、「The Gold Rush」(1時間12分)から1分15秒(1.7%)がチャップリンの死去に伴う特別番組のために利用された。この訴訟で、裁判所は利用された部分がチャップリン映画にとって質的に重要なものであったことを認め、CBS のフェア・ユースの主張を退けた。*Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broad. System, Inc.*, 503 F. Supp. 1137, 1145 (S.D.N.Y. 1980).

⁴⁴ *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

⁴⁵ 本判決は、市場の失敗理論を採用したものであると言われている。村井・前掲注(38)「知的財産法政策学研究 7 号」140 頁。市場の失敗理論とは、Wendy Gordon 教授が提唱したアプローチである(Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982)). Gordon 教授の市場の失敗理論については、村井・前掲注(38)を参照のこと。このアプローチは、フェア・ユースを、市場を通しては達成されないが、社会的には望

第4節 初期の裁判例とサンプリング実務

第1款 初期の裁判例

前述したとおり、アメリカにおける最初のミュージック・サンプリング訴訟は、Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991)である。1972年にシンガー・ソング・ライターであるGilbert O'Sullivanは「Alone Again (Naturally)」という曲を発表した。この曲は同年6月17日にビルボードHOT100に初登場し、7月29日にはついに1位に輝くことになる。1946年12月1日にアイルランドで生まれたO'Sullivanは、ベテラン・マネージャーのゴードン・ミルズをプロデューサーに迎えたこの曲でトップ・スターの仲間入りをしたのだった。彼の人気は日本でも高く、作品のいくつかはドラマの主題歌やCMソングとしてたびたび使用されている。では、この事件について具体的に見てみよう。

Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991)

[事案の概要]

ラップ・アーティストのBiz Markieは「Alone Again」という曲を創作、レコーディングし、この曲を「I Need A Haircut」というアルバムに収録して、レコード会社のWarner Brothers Recordsからリリースした。Biz Markieは「Alone Again」のレコーディングに際して、Gilbert O'Sullivanの「Alone Again (Naturally)」から最初の8小節と3語をサンプリングし、これをループさせてバックグラウンドとして使っている(譜例1参照)。「Alone Again (Naturally)」の楽曲とサウンド・レコーディングの著作権を保有するGrand Upright MusicはBiz MarkieとWarner Brothers Records等に対して著作権侵害を主張し、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。裁判所は以下のように判示して、原告の請求を認容した。

譜例1



ましい取引を許容するための理論、すなわち市場の失敗を治癒するための理論として捉えるところに特徴がある。具体的には、①市場の失敗が存在し、②被告への利用の移転(利用を許すこと)が社会的に望ましく、③フェア・ユースを認めることで著作権者のインセンティブが実質的に害されない場合に、フェア・ユースを認容することができるという経済学的分析に基づくフェア・ユース適用のための三段階テストを設定し、これらが充足されるときにフェア・ユースが認められるというものである。

この判決に対しては批判も強い。たとえば、利用の外部性による市場の失敗は許諾システムによっても治癒されず、著作権法の目的を達成するためには、このような場合にもフェア・ユースを認めるべきという批判がなされている。Lydia Palls Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Sytem*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1 (1997).その他の批判を含めて、詳細は村井・前掲注(38)参照。

[判旨]

被告らは、Biz Markie のアルバム「I Need A Haircut」にラップ・レコーディングの「Alone Again」を収録し、この曲に Gilbert O' Sullivan が作曲した「Alone Again (Naturally)」中の 3 語と、O' Sullivan のレコーディングから一部の音楽フレーズを使用したことを認めている。したがって、唯一の問題は誰が「Alone Again (Naturally)」という楽曲の著作権を有するか、そして誰が Gilbert O' Sullivan によって作られたマスター・レコーディングの著作権を有するかであると思われる。

「Alone Again (Naturally)」の著作権が有効であり、原告によって保有されていることに対する最も説得力のある証拠は、被告らの行動や自認によってもたらされるものである。Biz Markie のアルバムが発売される前に、被告らはライセンスを取得する必要性について明らかに協議しているのである。被告らは O' Sullivan に連絡することに決め、彼のエージェントに曲の入ったテープを同封して送付したのである。

本審理で提出されたすべての証拠を見ると、被告らが原告や他の者の権利を侵害していることを知っていたことは明らかである。彼らの唯一の目的は、できるだけ多くのレコードを売ることなのである。法と他人の権利に対するこの冷淡で無関心な態度は、仮差止命令だけでなく、厳しい措置にも服されるべきである。本件は、連邦著作権法 506 条(a)と連邦刑法 2319 条の下で、被告らの訴追について検討するためにニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所の連邦検察官に回付する。

本件は、Gilbert O' Sullivan の「Alone Again (Naturally)」に関する楽曲の著作権およびサウンド・レコーディングの著作権を保有する原告が、被告のサンプリングによる利用によって、これらの著作権が侵害されたと主張した事案である。

Biz Markie の「Alone Again」は、まさにラップ・ミュージックの典型的なサンプリング手法であるループを利用して制作されている。すなわち、オリジナル・レコードのフレーズの一部分、本件ではピアノのフレーズ 8 小節分をコピーして、それを新しいサウンド・レコーディング中に繰り返し利用しているのである。彼は、このピアノのフレーズにドラム・トラックを乗せ、歌詞をラップ調で歌うことによって、新たなサウンド・レコーディングを作り出した。しかし、彼の行為は、「汝、盗むなかれ (Thou shalt not steal)」という戒律の言葉で始まる判決文によって、裁判所から激しく非難されることになった。

ただし、この判決は侵害認定の判断手法に問題があるとして次のような批判を受けている。裁判所は Biz Markie が Gilbert O' Sullivan の「Alone Again (Naturally)」をサンプリングして使ったことを認定しただけで、両曲の具体的な分析をせずに被告による著作権侵害を認めている。被告によるコピーが証明されただけでは、原告の著作権が侵害されたとはいえない。両曲に共通する創作的表現が実質的に類似していなければ、被告に対する著作権侵害責任を問うことはできないのである。たとえば、被告がコピーした部分がありふれたフレーズであり、著作権の保護を受けることができない場合は、著作権侵害が否定される。また、サンプリングした部分がわずかであるために、*de minimis* の法理によって原告の請求が棄却される可能性もある。さらには、*Campbell* 事件⁴⁶のようにフェア・ユースが成立する可能性も否定できない

⁴⁷。

⁴⁶ *Campbell*, 510 U.S. 569. この事件で被告の 2 Live Crew は、Biz Markie と同様、オリジナル曲の著作権者である音楽出版社にライセンスを求める手紙を送っている。最高裁はこの事実をアクセスの証拠として採用

譜例を見てもらえばわかるとおり、Biz Markie がサンプリングしたピアノのバックングは比較的シンプルなフレーズであり、この 8 小節のフレーズにオリジナリティーがあるかは見解が分かれると思われる。また、“alone again naturally”というフレーズはありふれたフレーズであり、この 3 語だけで著作物性を認めることはできないだろう。ただし、サンプリングされたサウンド・レコーディングの著作物性は否定することができないように思われる。

前述したようにこの判決は著作権侵害の判断基準について判示していないため、先例的価値があるかは疑わしいが、2 年後の 1993 年にニュージャージー州地方裁判所がミュージック・サンプリング訴訟における著作権侵害の判断基準を示す機会に恵まれることになる。では、この訴訟について詳しく見てみよう。

Jarvis v. A&M Records, 827 F.Supp. 282 (D.N.J. 1993)

[事案の概要]

Boyd Jarvis は「The Music's Got Me」という楽曲を創作し、自らが率いる Visual というグループでこの楽曲をレコーディングした。このサウンド・レコーディングは Prelude Records からリリースされた。なお、サウンド・レコーディングの著作権については、Prelude Records が権利者として著作権登録されている。1989 年に Robert Clivilles と David Cole は「Get Dumb!(Free Your Body)」という楽曲を創作し、レコーディングした。レコーディングに際し、二人は Boyd Jarvis の「The Music's Got Me」をサンプリングして利用した(譜例 2 参照)。この曲は A&M Records と Vendetta Records からレコードとしてリリースされている。1990 年、Boyd Jarvis は Robert Clivilles と David Cole、そしてレコード会社の A&M Records と Vendetta Records に対して著作権侵害を主張し、ニュージャージー州連邦地方裁判所に訴訟を提起した。裁判所は以下のように判示して、原告が主張する楽曲の著作権侵害について認容した(サウンド・レコーディングの著作権侵害については、原告が著作権を保有していることが証明されていないとして請求が棄却されている)。

譜例2



したが、それ以上は考慮していない。Biz Markie 判決はこの最高裁判決から見ても平仄が合わない。なお、本来ならライセンスが不要なケースでもビジネス上の理由(大々的なメディアミックス展開をするために、オリジナル作品をどの程度利用するかが明らかになる前にライセンスを求めたり、著名な作家がこれから執筆する作品の映画化権を購入するためにライセンス交渉をしたりする)によってライセンスの申請を行っていることを指摘する論文として、Paul Goldstein, *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, 30 J. COPYRIGHT SOC'Y 209 (1982)がある。

⁴⁷ Brett I. Kapliger, *Rap Music and De Minimis Copying: Applying The Ringgold and Sandoval Approach to Digital Samples*, 18 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 227, 241 (2000).

[判旨]

「oohs」「moves」「free your body」という歌詞をこの分野で使い古された典型的なフレーズとみなすのは、正しくない。反対に、これらの歌詞は特定のアレンジ、そして特定のメロディーをバックにして一緒に使われているものである。「ooh ooh ooh ooh … move … free your body」という組み合わせられたフレーズがアイデアの表現であり、著作権を取得することには疑いがない。その上、コピーされたキーボードのフレーズは、特徴あるメロディーとリズムを表しており、著作権を取得できないありふれたフレーズとはかけ離れたものである。このキーボードのフレーズもアイデアの表現であり、侵害されうるものである。原告によるサウンド・レコーディングの著作権侵害の主張については、著作権登録証明書によると Prelude Records がサウンド・レコーディングの著作者および権利者になっており、原告はそれに対する有効な反証を示していないため、原告の請求を棄却する。

本件は、原告がサウンド・レコーディングの著作権者であることを証明できなかったため、オリジナル楽曲の著作権侵害のみが争われた。譜例 2 を見てもらえばわかるとおり、問題となったフレーズはキーボードの伴奏である。このフレーズは単調なバックギングのパターンではなく、メロディアスでリズムミクなものである。したがって、このフレーズに著作権が認められるとした裁判所の判断は、妥当なものと思われる。

本事案は、裁判所が全体比較アプローチではなく、創作的表現部分比較アプローチ（以下、部分比較アプローチという）を採用したことに特徴がある。裁判所は、被告による全体比較アプローチの主張に対し、次の 3 つの理由を述べてこれを退けている。第一に、リスナーが原告と被告の作品を混同することを著作権侵害の要件とすると、被告作品が原告作品と実質的に異なる聴衆に届けられる限り、被告は著作権侵害責任から免責されてしまうこと。第二に、原告作品から多くの部分または質的に重要な部分を利用したときに被告は侵害責任を負う、という前提を中心に展開した量的・質的分析という判断手法が骨抜きにされてしまうこと。第三に、全体比較アプローチのような厳格なテストは、もう一つの一般原則、すなわち、問題となっている利用部分が被告作品ではなく、原告作品において実質的な部分かどうか、という関連する問題に反すること、である。

また、裁判所は前述の Biz Markie 事件を分析・考察し、「2 つの曲はまったく似ておらず、完全に異なるマーケットに届けられたものである。確かに 2 つの曲を混同する者は皆無だったと思われる。ラップ・ソングにオリジナル曲の一部が入っているからという理由で、ラップ・ソングを購入する者はいなかっただろう。それにもかかわらず、Duffy 判事は侵害と認定した。その理由は、逐語的類似性の理論に基づいて被告に対する法的責任を認めたことにある。問うべき適切な問題は、コピーが不法な盗用というレベルに達するほどに被告がオリジナルである作品の構成要素を量的または質的に盗用したかということである。すでに述べたように、問題はオリジナル作品の価値がコピーによって実質的に減じたかということなのである。」と判示している。

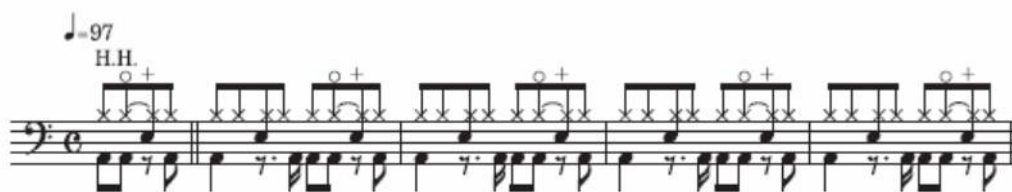
確かに、裁判所が判示するように、ミュージック・サンプリング訴訟における著作権侵害要件として、リスナーによる原告作品と被告作品の混同を要求すると、ほとんどのケースが混同を引き起こさないで、原告に著しく不利な結果となるだろう。サンプリングのように、細分化された逐語的な類似性（これを Nimmer 教授は fragmented literal similarity と呼ぶ）が問題となるケースでは、裁判所が採用した部分比較アプローチが適切であると思われる。しかしなが

ら、この判決の 4 年後にニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、ミュージック・サンプリング訴訟において、全体比較アプローチを採用したように読める判決を下す。次にこの事件を見ることにしよう。

Tuff ‘N’ Rumble Management Inc. v. Profile Records Inc., 42 U.S.P.Q.2d 1398 (S.D.N.Y. 1997)
[事案の概要]

Tuff ‘N’ Rumble Management (以下、Tuff)とProfile Records は、どちらもラップ・ミュージックのレコードを販売しているレコード会社である。Tuff は「Impeach the President」という曲のサウンド・レコーディングと楽曲の著作権を保有していると主張している。Tuff は、Profile Records がリリースしている Run DMC の「Back from Hell」と Dana Dane の「Dana Dane with Fame」という曲が「Impeach the President」からドラム・トラックの一部(譜例 3 参照)を複製して使用しているとして、Profile Records に対して著作権侵害を主張し、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。裁判所は以下のように判示して、原告の請求を棄却した。

譜例3



[判旨]

もし原告が被告による原告作品のコピーを立証できたとしても、被告による不当な盗用を証明することはできなかったであろう。第 2 巡回区連邦控訴裁判所が判示するように、実際のコピーが立証されても、次に原告は保護される部分に対して 2 つの作品間で実質的類似性が存在していることを立証して、そのコピーが不当な盗用であることを示さなければならないのである。

著作権侵害を立証するには実質的類似性を示すことが要求されるが、このことは本件の原告の主張にも当てはまるものである。実質的類似性の存否に関する判断のためのテストは、平均的な観察者が申し立てられているコピーを原告作品から盗用されたものとして認識するかというものである。

実質的類似性の判断において、裁判所は作品を構成要素や特徴に分けて考察するのではなく、問題となっている作品の全体を見る。問題となっている 3 つの音楽作品を注意深く分析した結果、当裁判所は「Back from Hell」と「Dana Dane with Fame」のどちらも「Impeach the President」と実質的に類似していないと結論づける。

本件は、原告作品のドラム・トラックの一部が被告作品に無断で利用されたとして、原告が訴訟を提起したものだが、原告が楽曲とサウンド・レコーディングの著作権を保有していることの証明責任が果たされていないとして、請求が棄却されている。したがって、その意味で

は実質的類似性の判断を行う必要はなかった事案といえるが、裁判所は著作権保有とコピーの証明責任を果たしたと想定して、実質的類似性の判断を行っている。

原告作品と被告作品のドラム・トラックを聞き比べてみると、確かにリズム・パターンは似ている。しかし、このリズム・フレーズ自体はありふれたものであり、多くのポピュラー音楽で使われている。したがって、このリズム・フレーズにオリジナリティーを認めることは難しいだろう。一方で、レコードの著作権侵害責任については、被告によるコピーを立証した上で、音の同一性が証明できれば、部分比較アプローチの下では被告の侵害責任を問うことは可能であったように思われる。

しかしながら、本件の判決は全体比較アプローチを採用しているように読める。そうすると、オリジナル・レコードの一部を採取して、加工・編集して自分のサウンド・レコーディングに利用するというサンプリングでは、原告作品と被告作品が全体として実質的に類似しているケースは想定し難く、原告の請求が認められる可能性はほとんどないということになってしまう。ただし、本判決は Federal Supplement に掲載されておらず⁴⁸、また全体比較アプローチを採用したと明言していないため、実際のサンプリング実務にはそれほど大きな影響を与えていないように思われる。なお、全体比較アプローチと部分比較アプローチに関しては、詳しく後述する。

第2款 サンプリング実務

アメリカのレコード業界は、ミュージック・サンプリングに対する著作権侵害を認定した *Biz Markie* 判決や *Jarvis* 判決に大きな衝撃を受けた。ヒップホップやクラブ・ミュージックは、その多くがサンプリングに大きく依存して創作されるものである。したがって、今では無視することのできない巨大マーケットとなったヒップホップやクラブ・ミュージックをサンプリング・クリアランスの処理が煩雑であるという理由でつぶすことはできない。レコード会社はさっそくサンプリングの権利処理の専門部署や担当者を設け、紛争を未然に防ぐ体制を整えた。また、エンターテインメント分野の弁護士もサンプリングの権利処理という新たなビジネスに着手した。さらに、サンプリング・クリアランスを専門に扱うサンプル・クリアランス・エージェントも誕生した。

ここでは、アメリカにおけるサンプリングの権利処理の手順とコストについて見ることにしよう。サンプリングをクリアランスする際に注意すべき点は、プレス工場でレコードの製造が開始されるまで権利処理を完了することである。Biz Markie 事件に見られるように、権利処理が終わらない内にレコードを製造・発売してしまうと、レコード会社やアーティストは圧倒的に不利な立場に置かれることになる。レコード会社が後戻りできないことを知った権利者は、強気な態度で交渉に臨むようになるだろう。当然、権利者から相場よりも高いライセンス料や条件を提示される。

それでも交渉がまとまればいいが、最悪なシナリオは権利者からライセンスを拒否されるケースである。ライセンスをもらえなかった場合、商品回収、損害賠償、訴訟費用、レコード売上げの損失など、莫大な金銭的損失が生じる可能性が高い。ライセンス料をつり上げるた

⁴⁸ Federal Supplement は、アメリカ連邦地方裁判所の判決を選択的に収録した判例集である。この判例集は、連邦最高裁判所判例集である United States Supreme Court Reports、連邦控訴裁判所判例集である Federal Reporter と共に、最も権威ある連邦裁判所判例集として位置づけられている。

めに、わざと交渉を遅延させる権利者も中にはいる。そのような術中にはまらないためにも、交渉は必ず返事の期限を設定して行うべきである。

権利処理の手順としては、まずサンプリングしたサウンド・レコーディングの権利者(通常はレコード会社)と楽曲の権利者(通常は音楽出版社)に対して、書面でサンプリングのライセンスを取得したい旨の連絡を取る。これと同時か、あるいは相手方の返事を受けた後に、サンプリングしたオリジナル曲とこれから発売する新曲が収録された音源を収録した媒体を相手方に送る。以前は CD-R を送付することが多かったが、今では MP3 のようなコンピュータ上で試聴可能なデジタル・データを電子メールに添付して相手方に送るのが一般的である。なぜ音源を相手に送るかという、オリジナル曲あるいはオリジナル・レコードのどの部分をどれくらい利用したいのかということが許諾の条件に大きく左右するからである。クリアランスに必要な情報を以下に掲げよう。

1. サンプルするフレーズの長さ
2. サンプルするフレーズを新曲においてループ等により繰り返して利用するか
3. サンプルするフレーズが聞き手の注意を引くように利用するものか、あるいはただ単にバック・グラウンドとして利用するものか
4. 他の関係権利者(レコード会社または音楽出版社)はすでにサンプリングの利用についてライセンスを出しているか
5. 新曲においてサンプルする曲は他にないか。もしあったとしたら、どんな条件を提案しているか
6. サンプリングを利用した新曲をリリースするアーティストの過去の販売実績(これは新曲の予想売上指標となる)
7. 新曲の著作権者(楽曲の権利者とサウンド・レコーディングの権利者)の名前⁴⁹

レコード会社はサウンド・レコーディングのライセンス料として、一括払いの場合、1 曲につき 2,500～20,000 ドルを要求することが多い⁵⁰。なお、印税方式の場合は 1 枚につき 0.5～5 セントで、アドバンス(通常は最低 5,000 ドル)を要求することが通常である⁵¹。興味深いことに、サンプリングされた部分が重要でなく、かつ使用が少量の場合は無料で許諾する場合もある。レコード会社は、概して一括払いを選択することが多いといわれている。これは、ライセンサーであるレコード会社はいつライセンシーとして相手のレコード会社と交渉するかわからないため、寛大と思えるようなライセンス料を請求することで業界のバランスを保とうという意思が働いているからといわれている⁵²。

⁴⁹ M. WILLIAM KRASILOVSY & SYDNEY SYDNEY SHEL, THIS BUSINESS OF MUSIC 208 (2007).

⁵⁰ AL KOHN & BOB KOHN, KOHN ON MUSIC LICENSING 1548-49 (4th ed. 2010). ただし、超有名なアーティストによるサウンド・レコーディングの場合、ライセンス料は 50,000～100,000 ドルという高額なものになることもある。MCLEOD & DICOLA, *supra* note 10, at 153.

⁵¹ KOHN & KOHN, *supra* note 50, at 1548-49. 著作権法 115 条に基づく強制使用許諾を受けようとする者は、レコードの作成後 30 日以内、かつレコードの頒布前に、強制使用許諾制度を利用することを著作権者に通知しなければならない。2011 年 6 月 1 日現在、使用料は 5 分以下の曲について 9.10 セント、5 分を超える曲については、1.75 セントに分数(秒数は切り上げ)を乗じた金額(例: 6 分 30 秒の曲は、1.75 セント × 7 分 = 12.25 セント)である。

⁵² KRASILOVSY & SHEL, *supra* note 49, at 208-209.

一方、音楽出版社はこのような意識を持ち合わせておらず、また、サウンド・レコーディングと異なり、楽曲の利用は広範囲にわたるものであるため、一般的に一括払いではなく、新曲の共同権利者になることを要求する。それぞれの権利の保有率(シェア)はオリジナル曲の使用状況によるが、25～50%を要求することが通常である。また、稀にはあるが、新曲をカバー扱いとして、権利を100%要求する音楽出版社も存在する⁵³。なお、実務的には、音楽出版社がASCAPやBMI等の著作権管理団体に新曲として登録し、管理を委託することが多いようである。その際に、オリジナル楽曲の著作者と新たな創作部分の著作者との共同著作物という扱いにするケースが多い。

たとえば、前述のMadonnaの「Hung Up」は、ASCAPのデータベース⁵⁴によると、オリジナルの作詞者、作曲者に加えて、MadonnaとDavid Priceが作詞者、作曲者として加わっている。当初無断サンプリングであると物議を醸したVanilla Iceの「Ice Ice Baby」も、BMIのデータベース⁵⁵によると、オリジナルの作詞者、作曲者(QueenのメンバーとDavid Bowie)に加えて、新たに創作した部分の作詞者、作曲者が共同著作者として加わっている。

しかし、権利を主張せずに、新曲が生み出す著作権使用料から一定の配分をもらうことのみを要求する音楽出版社もある。これは、共同権利者となるとその曲全体についての法的責任が生じ、その曲の他の部分がさらに別の権利侵害を起こしていた場合に責任を負うことになりかねないという理由による。また、音楽出版社は、サンプリングされた部分が重要でなく、かつ使用が少量の場合は、一括許諾料(Flat Fee)を要求することもある。許諾を受ける側としては、これが最も有効かつ便利な方法である。

このように、サンプリングの許諾料はさまざまなファクターで決められている。なお、自分でオリジナル音源そっくりの音を作り出し、それをサンプリングしているアーティストもいる。著作権法の下では、サウンド・レコーディングの保護範囲はあくまでも収録されている音に限定される。したがって、サウンド・レコーディングに収録されている実演家の歌唱を模倣して、新たなサウンド・レコーディングを作成する場合、模倣の元となった音を利用しない限り、著作権侵害とはならない⁵⁶。賢明な方法ではあるが、このやり方によっても、著作権が成立するフレーズについて、楽曲の著作権者に無断で新たなサウンド・レコーディングを作成すれば、*de minimis* 法理やフェア・ユースの抗弁等が功を奏さない限り、楽曲の複製権侵害に問われることになる。

このように、アメリカではサンプリングについての権利処理の方法が確立されているが、日本ではなかなかスムーズにはいかないようである。特に、サンプリングするレコードの権利者が海外のレコード会社である場合、つまり、洋楽曲をサンプリングする場合に煩雑な手続を強いられることになる。まず、海外のレコード会社に関連する日本法人を持っている場合は、そこに問い合わせることになる。もし、関連の日本法人がない場合は、海外のレコード会社に直接連絡を取るようになる。

⁵³ 複数の楽曲をサンプリングすると、各オリジナル楽曲の権利者が自分に有利なように多くのシェアを主張するため、各権利者のシェアを合わせると100%を超えることも起こりうるし、実際に生じている。これはRoyalty Stacking(印税の堆積)と呼ばれており、サンプリング・ミュージシャンを悩ませる深刻な問題となっている。McLEOD & DICOLA, *supra* note 10, at 162.

⁵⁴ <http://www.ascap.com/>

⁵⁵ <http://www.bmi.com/>

⁵⁶ ただし、場合によってはオリジナルの実演家のパブリシティ権侵害になるおそれがある。模倣録音物と実演家のパブリシティ権侵害の問題については、第5章で詳しく考察する。

たとえば、Bon Jovi のレコードをサンプリングしたい場合はユニバーサル・ミュージック・グループの日本法人であるユニバーサルミュージック合同会社に、Madonna のレコードの場合はワーナーミュージック・グループの日本法人である株式会社ワーナーミュージック・ジャパンに問い合わせることになる。ただし、関連の日本法人には許諾する権限を与えられていないので、日本の担当者が海外の権利者に連絡をすることになる。

したがって、時間も相当かかるし、長時間待ったところで許諾が出るとは限らない。さらにレコード会社によっては、使用者が直接海外の権利者と連絡を取るように言われることもある。このような場合は、海外のサンプル・クリアランス・エージェントに権利処理を依頼することも少なくない。いずれにしても、サウンド・レコーディングの権利処理にはかなり時間がかかるようである。一方、楽曲の権利処理はレコードに比べてスムーズにいくことが多い。

なお、アメリカのサンプル・クリアランス・エージェントに権利処理を依頼する場合、1 曲につき約 200 ドルの手数料を請求される⁵⁷。したがって、原盤と出版の権利処理を依頼する場合、合計で約 400 ドルの手数料がかかることになる。

一方、楽曲の権利処理はレコードに比べてスムーズにいくことが多い。海外の有名な楽曲にはたいてい下請出版者 (Sub-Publisher) がついており、下請出版者の担当者が親切に対応してくれる。許諾の可否も 1 週間くらいでわかることが多く、サンプリングする方にとっては有難い存在である。

なお、サンプリングしたい楽曲に日本地域の下請出版者がついていない場合は、直接、海外の原出版者 (Original Publisher) と連絡と取らなければならない。プレス工場でレコードの製造が開始されるまでに権利処理を完了しなければ、ライセンサーとの交渉上、著しく不利な地位に立たされることになる点は、レコードの権利処理と同じである。

日本で利用される多くの音楽著作物の著作権を管理する一般社団法人日本音楽著作権協会 (JASRAC) は、オリジナル曲のサンプリングでの利用について、オリジナル曲の著作権者と利用者との交渉にすべて任せている。したがって、両者の交渉の結果、カバー曲として利用するという合意が成立すれば、JASRAC はサンプリングを利用して創作された曲をカバー曲として扱う。また、両者の交渉の結果、新曲として新たに JASRAC に登録するということであれば、JASRAC は新たに登録された内容に従い、当該楽曲を管理し、著作権使用料の徴収・分配を行う。

⁵⁷ 安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス・実践編 4th edition』(リットーミュージック・2011 年)225 頁。

第5節 主要な裁判例

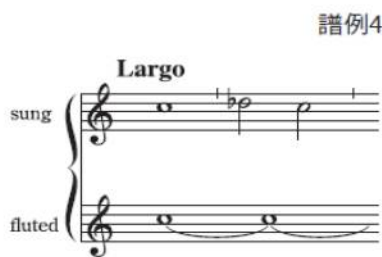
次に、ミュージック・サンプリング訴訟の最重要判例である第9巡回区連邦控訴裁判所が下した *Newton* 判決と第6巡回区連邦控訴裁判所が下した *Bridgeport* 判決に焦点を当てて、これらの判決の問題点を明らかにする。そして、次節ではこの分析を基に日本法の下での考察を行うこととしたい。ではまず、*Newton* 事件について詳しく見てみよう。

第1款 *Newton* 事件

Newton v. Diamond, 349 F.3d 591 (9th Cir. 2003)

[事案の概要]

音楽グループの Beastie Boys は「Pass the Mic」というラップ・ソングを創作するために、ECMレコードというレコード会社から著名なジャズ・ミュージシャンである James Newton のフルート演奏が収録された「Choir」という楽曲のサウンド・レコーディングの一部を使用するための使用許諾をライセンス料 1,000 ドルで取得した。しかし、楽曲の著作権者である Newton から楽曲の使用許諾は得ていなかった。Beastie Boys が使用したサンプリング部分は、3 音 (C-Db-C) から構成される 6 秒のフレーズだった(譜例 4 参照)。オリジナルの「Choir」は 4 分 30 秒の楽曲であり、サンプリング部分は全体の 2% であった。Beastie Boys は「Pass the Mic」の中でこのフレーズを 40 回繰り返し使用した(トータルの使用時間は 4 分)。Newton は Beastie Boys やレコード会社に対して著作権侵害を主張し、カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。一審では Beastie Boys が使用したサンプリング部分には創作性がないとして著作権の保護を否定したため、James Newton が控訴。第9巡回区連邦控訴裁判所は、以下のように判示して、原告の請求を棄却した。



[判示]

Newton の楽曲全体との関係で見ると、サンプリング部分は量的にも質的にも重要なものではない。量的には、サンプリング部分である 3 音のフレーズは、Newton の楽曲で 1 回しか現れない。この楽譜は 180~270 秒のアドリブ演奏を要求しているため、このフレーズと楽曲全体の正確な関係を評価することは困難であるが、この楽曲を演奏するとサンプリング部分の演奏時間は 6 秒であり、これは 4 分 30 秒(270 秒)の約 2% に該当する。

質的には、Newton の楽曲におけるサンプリングのフレーズは、他のフレーズと同じように重要ではない。「Choir」の譜面に記載された部分全体は、2 音を除けば、その隣の音から 1 音半離れた音から構成されている。楽曲の残りの部分は 90~180 秒に及ぶアドリブ演奏であ

る。サンプリング部分は楽曲の譜面に記載された部分を代表するものであるかも知れないが、Newton は楽曲全体におけるこのフレーズの特別な重要性に関する証拠を提示していない。それよりむしろ、彼のために証言した専門家たちは、Beastie Boys が適切にライセンスを受けたユニークな要素である Newton の演奏の重要性を強調しているのである。

Beastie Boys は権利者からサウンド・レコーディングの使用許諾を得ているため、Newton による著作権侵害訴訟の唯一の根拠は、「Choir」という楽曲の著作権である。当裁判所は、Beastie Boys によるこの曲の短い部分の使用が著作権侵害の主張を維持するのに十分ではないと判示する。当裁判所は、Beastie Boys による楽曲の使用が *de minimis* であり、請求を成立させるには十分ではないという理由でサマリー・ジャッジメントを認めた地裁の判決を維持する。

本件では、被告の Beastie Boys がサウンド・レコーディングの著作権者からサンプリングの使用許諾を得ていたため、訴訟の争点は、Beastie Boys によるサンプリングが原告の保有する楽曲の著作権を侵害するか否かであった。原告の Newton は作曲家であるとともに、有名なジャズ・フルート奏者であり、Beastie Boys が利用したレコードにも彼の演奏が収録されている。Beastie Boys が利用したフレーズは、フルートで C の音を吹きながら、同時に C-Db-C を歌うという、ユニークな演奏方法によるものであり、自分たちでは再現することが困難なサウンドであったという事情がある。

このように、本件は楽曲の著作権侵害の成否のみが問われることになった。一審では Beastie Boys が使用したサンプリング部分には創作性が認められないとして著作権の保護を否定した。一方、控訴審では当該サンプリング部分には創作性が認められるとしたが、Beastie Boys による楽曲の使用は *de minimis* であるとして、原告の請求を棄却した。サンプリング部分の創作性について、一審と控訴審で判断が分かれる結果となったが、どちらが妥当な判断であろうか。

楽曲の創作性については、次のように考えるべきである。すなわち、楽曲はメロディー、ハーモニー、リズムをその構成要素とするが、各要素に創作性が認められるならば、独立して保護を受けることができると考えるべきである。3つの構成要素の内、メロディーは多様なバリエーションがあるため、音の選択の幅が広いが、ハーモニーとリズムはバリエーションが少なく、音の選択の幅が狭いため、他曲と似たようなものになりやすい。特にロックやポップス、リズム&ブルース等のポピュラー音楽は、その傾向が強い。したがって、ハーモニーとリズムの保護範囲は、新たな創作活動の支障とならないように、デッド・コピーとまではいかなくとも、かなり狭いものにするべきだろう。

それでは、本件のようなジャズ音楽のメロディーの3音からなる短いフレーズについては、どのように考えればよいのであろうか。確かに、前述したようにメロディーにはハーモニーやリズムに比べて、理論上の制約が少なく、音の選択の幅は広い。しかしながら、このような短いフレーズに創作性を認めると、後続の創作活動に大きな支障を来す可能性が高い。しかも、3音の内、構成音はCとDbの2音であり、このようなフレーズはありふれたものと言わざるを得ない。演奏方法がユニークなため、特徴のある音楽に聴こえるかもしれないが、ピアノやギター等の他の楽器で演奏すれば、それほど特徴のあるフレーズには聴こえないだろう。し

たがって、サンプリング部分には創作性がないとして著作権の保護を否定した一審の判断が正しいと思われる⁵⁸。

この事案のもう一つの特徴は、Beastie Boys が自分たちのレコーディングにサンプリングした 6 秒のフレーズを 40 回もループして使用したことである。トータルの使用時間は、実に Beastie Boys のサウンド・レコーディング(4 分 12 秒)の 95.2%を占めている。つまり、ほぼ全編にわたって、Newton が創作したフレーズ(C-Db-C)が伴奏として使われているのである。この事実を *de minimis* 法理における量的分析において考慮すべきかということが争点の一つになりうるが、裁判所はこの事情を考慮せず、あくまでもサンプリング部分が原告作品にとつて、量的または質的に重要なものかという原則に従って判断した。

比較対象	サンプリング部分の長さ	曲の長さ	全体の割合	サンプル・フレーズが曲に現れる回数
原告作品	6 秒	4 分 30 秒	2%	1 回
被告作品	240 秒(4 分)	4 分 12 秒	95.2%	40 回

上記の表を見ればわかるとおり、*de minimis* の判断において、第 9 巡回区連邦控訴裁判所が採用したようにサンプリング部分の量的分析の対象を原告作品とすると、サンプリング部分の長さはたった 6 秒であり、全体の割合も 2%と僅少となる。一方、サンプリング部分の量的分析の対象を被告作品とすると、サンプリング部分の長さは 240 秒(4 分)にもなり、全体の割合も 95.2%となるため、*de minimis* が否定される可能性がきわめて高い。では、サンプリング訴訟での *de minimis* の判断は、原告作品と被告作品のどちらを比較対象にするべきであろうか。

もともとミュージック・サンプリングは、「サウンド・レコーディングのごく一部を取って、新しいレコーディングの一部としてその部分をデジタル処理によって利用するプロセス」であるため、ほとんどの場合、サンプリングされる部分は原告作品のごく一部である。したがって、サンプリング部分の量的分析の対象を原告作品にすると、本件のように、量的に重要な要素を構成しないと判断される可能性がきわめて高い。すなわち、Newton 事件のように原告が楽曲全体におけるサンプリング部分の質的な重要性を証明できない限り、*de minimis* が認められやすいということになる。これでは、サンプリング部分をループすることによって、被告作品の全体にわたって原告作品の一部が利用されていても、サンプリング部分は原告作品のごく一部であるという理由で、著作権侵害が認められないという結果になってしまう。また、判決の理論に従えば、長い曲になるほど原告に不利に働き、短い曲になるほど原告に有利に働くことになり、公平性に欠ける。

それでは、権利者と利用者の利益のバランスを取るには、どのような線引きをすればよいのであろうか。結論からいえば、サンプリング部分の量的分析は、原告作品だけでなく、被告作品もその対象とすべきである⁵⁹。著作権侵害訴訟における *de minimis* 法理の本来の意義は、些細過ぎるコピーは著作権侵害責任に問わないことである。サンプリング部分を

⁵⁸ KOHN & KOHN, *supra* note 50, at 1601 は、短い数の音符を表現する方法は限られているため、1～3 音で構成されるような極端に短いフレーズには著作権の保護が認められないと指摘する。

⁵⁹ See Stephen R. Wilson, *Music Sampling Lawsuit: Does Looping Music Samples Defeat the De Minimis Defense?*, 1 J. HIGH TECH. L. 179, 190-194 (2002).

ループして大量に利用することを些細すぎるコピーとは言わないであろう。原告作品の一部をループして被告作品に利用するというミュージック・サンプリングの利用実態を鑑みれば、比較対象を原告作品だけでなく、被告作品に広げたとしても、背理とはならないだろう⁶⁰。

このアプローチによると、ループを多用するサンプリングのケースでは、量的に重要な要素を構成すると判断される可能性がきわめて高く、実質的にサンプリングが利用できなくなるという指摘がなされるかもしれない。確かに、サンプリング部分の創作性を判断する際に、著作権成立の判断基準をわずかな創作性で足りるとすればそうなるだろう。逆に言えば、著作権の成立要件として高い創作性を要求すれば、この問題は解決される。Newton 事件でいえば、C-Db-C というフレーズは高い創作性が見られないために著作物性は否定され、Beastie Boys がレコーディングで 40 回使おうが、50 回使おうが、著作権侵害とはならないことになる（地裁が採用したアプローチ）。このように、ミュージック・サンプリング訴訟においては、著作権の成立に高い創作性を要求するアプローチ（以下、*difficult to copyright* という）を採用すべきである。

音楽の作曲・編曲は、小説や絵画、彫刻、演劇等と異なり、もともと楽典上の制約が大きい。また、近視眼的に見ると、個々のフレーズはパブリック・ドメインかそのバリエーションである（特にドラムやギターのバックングやリフ、ベースライン等は定型があり、そのバリエーションで演奏されることがほとんどである＝メロディーに比べて音の選択の幅が狭い）ため、短いフレーズの創作性のレベルを低くすると、新たな創作活動に支障を来すおそれがある。さらに、このような判断基準は、後続の作曲者や編曲者の創作活動に萎縮効果をもたらす可能性が高く、著作権法の目的である文化の発展に寄与することに悖る結果になりかねない。

したがって、結論として、サンプリング部分に関する著作物性の判断基準として、高い創作性を要求すべきである。

本論文が提案するアプローチ

<i>de minimis</i> 法理の比較対象	原告作品と被告作品
著作物成立の判断基準	高い創作性 (<i>difficult to copyright</i>)

第2款 Bridgeport 事件

Bridgeport Music v. Dimension Films, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005)

【事案の概要】

1998 年 5 月、被告の Dimension Film は映画「I Got the Hook Up」を公開した。この映画のサウンド・トラックには「100 Miles and Runnin'」という曲が収録されていた。この曲には、「Get Off Your Ass and Jam」（演奏は George Clinton, Jr. and the Funkadelics）という曲の一部がサンプリングによって利用されていた。具体的には、イントロのソロギターの 3 音から成るリフ（4 秒）の部分（譜例 5）を 2 秒間、音を低くし、ループし、16 ビートに伸ばして 5 箇所に使っている。原告の Bridgeport Music はサンプリングの使用許諾の対価として、「100 Miles and Runnin'」の取り分 25% を取得している。Dimension Film は、「100 Miles and Runnin'」をサウンド・トラッ

⁶⁰ KOHN & KOHN, *supra* note 50, at 1600 は、たとえ非常に短いフレーズでも、それが新しいサウンド・レコーディングのかなりの部分にループして使われていたら、著作権侵害になりうると述べている。

クに使用するために、この曲の著作権者から許諾をもらっていたが、サンプリング部分のサウンド・レコーディングの著作権者である Westbound からは許諾を得ていなかった。

原告の Bridgeport Music と Westbound は Dimension Film に対し、「Get Off Your Ass and Jam」のサウンド・レコーディングの一部を無断で映画に使用したと主張し、テネシー州中部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。一審は、楽曲の使用については、Dimension Film は適法なライセンスを得ているとして Bridgeport Music の請求を棄却。サウンド・レコーディングの使用については、コピーされたフレーズ、サンプリング、そして双方の曲を聴いて、合理的な陪審員は、たとえ George Clinton の作品に精通している者であっても、その元ネタを教えられなければサンプルの出所を認識することができないとし、本件サンプリングは法的に認識できる不正使用のレベルにまで達していないとして、Westbound の請求を棄却したため、原告らが控訴。第 6 巡回区連邦控訴裁判所は、以下のように判示して、サウンド・レコーディングの使用について、一審の判決を一部差し戻した。

譜例5



[判示]

著作権法 114 条(b)は「サウンド・レコーディングの著作権者の第 106 条(2)に基づく排他的権利は、サウンド・レコーディングに固定されている実際の音を再整理し、再調整または順序もしくは音質を変更した二次的著作物を作成する権利に限定される」と規定する。さらに、サウンド・レコーディングの著作権者の第 106 条(1)および(2)に基づく権利は、「著作権のあるサウンド・レコーディングの音を模倣したものであっても、**すべて**他の音を独自に固定したものから成る他のサウンド・レコーディングの作成または複製には及ばない」。1976 年著作権法がこの条文に「すべて」という文言を追加したという事実が、この条文の重要性を強調しているのである。言い換えれば、サウンド・レコーディングの著作権者は、自分のレコーディングをサンプリングする排他的権利を保有しているのだ。当裁判所はこのような解釈を推奨するものである。

第一に、執行が容易である。「ライセンスを受けよ、さもなくばサンプリングするな」である。当裁判所は、このことを重要な意味合いにおいて、創造性を抑圧するものと見ることはしない。アーティストが自分のレコーディングに他人の作品のリフを取り入れたいのであれば、スタジオでそのリフの音を再現することは自由であるということを忘れてはならない。第二に、市場はライセンス料をコントロールし、それは度を超えないものになるであろう。サウンド・レコーディングの著作権者は、新しいサウンド・レコーディングを製作する過程でサンプリング部分を再現するためにかかるコスト以上の金額をライセンス料として、ライセンシーに要求することはできないからである。第三に、サンプリングは決して偶然に起こるものではない。作

曲者の頭の中にメロディーがあって、それが実は以前に聴いた他人の曲であることに気づかないというようなケースではないのだ。サウンド・レコーディングをサンプリングするときは、他人の作品の成果を奪っているということを知っているのである。

確かに、この分析の下では、なぜ音楽作品から 3 音を利用することが侵害とはならず、可能であるのに、サウンド・レコーディングから 3 音をサンプリングすることはできないのかという疑問が提起されるだろう。なぜそのような利用が *de minimis* にならないのか、なぜ実質的類似性が適用されないのか。当裁判所のこの問題に対する最初の回答は、すでに示した通りである。この結果は、適用される法によって決定づけられていると当裁判所は考えている。2 番目の理由として、サウンド・レコーディングのわずかな部分をサンプリングしたときでも、取り出された部分には多少の価値がある。レコード製作者またはアーティストが(1)コストを削減するため、(2)新しいレコーディングに何かを加えるため、または(3)その両方、のいずれかの理由で、意図的にサンプリングしたという事実以上の証明は必要ない。サウンド・レコーディングの著作権者にとって、彼が選択した媒体に固定されているものは歌ではなく、音なのである。これらの音がサンプリングされるとき、音は直接固定された媒体から取られているのである。これは、観念的な取得ではなく、物理的な取得である。

以上の結論により、Westbound による著作権侵害の主張に対する No Limit Films の主張を支持するサマリー・ジャッジメントを破棄する。地裁は著作権侵害を認めなかったため、積極的抗弁であるフェア・ユースを考慮する必要がなかった。差戻審では、事実審裁判官はこの抗弁について自由に考慮することができるものであり、本件事実に対するフェア・ユースの適用性については何の意見も表明しないものである。

前述の Newton 事件は楽曲の著作権が問題になった訴訟であるが、本件ではサウンド・レコーディングの著作権が問題となった。本章第 3 節で説明したとおり、著作隣接権制度を持たないアメリカ著作権法の下では、サウンド・レコーディングは著作隣接権ではなく、著作権の保護対象となる。サウンド・レコーディングは他の著作物と同じように、オリジナリティーと固定性という 2 つの要件を満たせば、著作権の保護を受けることができるのである。そのため、アメリカではサウンド・レコーディングの著作権侵害訴訟において、実質的類似性が権利侵害の判断基準として用いられてきた。

しかしながら、第 6 巡回区連邦控訴裁判所は以上のように判示して、サンプリング訴訟における新しい判断基準を提示した。すなわち、サウンド・レコーディングのサンプリングによる侵害訴訟においては、実質的類似性や *de minimis* 法理による分析は不要であり、他人のサウンド・レコーディングを使用したか否かという *bright-line test* によって判断するというものである。この判決は、これまでの法律解釈を覆すものとして、大きな議論を巻き起こすとともに、実務にも多大な影響を及ぼすこととなった⁶¹。

控訴審は、著作権法 114 条(b)の立法経緯を一切考慮せずに、条文解釈に基づいてこの結論を導き出している。すなわち、114 条(b)の「サウンド・レコーディングの著作権者の第 106 条(1)および(2)に基づいてサウンド・レコーディングの著作権者が保有する排他的権利

⁶¹ 音楽専門の弁護士の Dina LaPolt は、サンプリングを行うクライアントに対して、*Bridgeport* 判決の前までは *de minimis* ルールが適用されるような些細なサンプリングについて、サウンド・レコーディングの権利者から許諾を得る必要はないとアドバイスしていたが、この判決後、そのようなアドバイスをすることはできなくなったという。McLEOD & DICOLA, *supra* note 10, at 141.

は、著作権のあるサウンド・レコーディングの音を模倣したものであっても、すべて他の音を独自に固定したものから成る他のサウンド・レコーディングの作成または複製には及ばない」の反対解釈として、少しでも元のサウンド・レコーディングの音が含まれていた場合にはサウンド・レコーディングの著作権者の排他的権利が及ぶとしたのである⁶²。

この条文解釈に対しては多くの批判が寄せられているので、そのうちのいくつかをここで紹介しよう。Nimmer 教授は、第 6 巡回区連邦控訴裁判所が 114 条の立法経緯を調べたならば、連邦議会がサウンド・レコーディングを構成する音のすべて、あるいはその実質的部分が新しいサウンド・レコーディングに再製されている場合に侵害になると、明確に留意していたことを発見していただろうと指摘する⁶³。つまり、Nimmer 教授は 114 条の立法経緯から鑑みて、オリジナルのサウンド・レコーディングの実質的部分が利用されていない場合には、著作権侵害とすべきではないと主張するのである。また、Nimmer 教授は 106 条によって付与されるすべての権利は、これまで常に実質的類似性の分析にかかるとしてきたことを考慮すると、この判決は実質的類似性の分析という要件を軽々しく放棄し、従来の判決を無視するものであるとして、厳しく批判している⁶⁴。

また、114 条の条文解釈については、以下のような批判がなされている。「裁判所は“すべての”という文言に依存しているが、これには欠点がある。この文言が含まれている文章は、オリジナルのサウンド・レコーディングの音を模倣したとしても、完全に独立した固定物からなる新しい作品に対しては、サウンド・レコーディングの著作権者は法的な権利を保有していないということを説明する限りにおいて、著作権者の権利に対する制限を記述するものである。この制定法は、裁判所が結論づけているように、サウンド・レコーディングの著作権者は完全に独立した固定物ではない新しい作品に対して、議論の余地のない法的な権利を保有しているとは述べていない」⁶⁵。

さらに本判決に対しては、次のような問題点が指摘されている。

まず、サウンド・レコーディングの利用が問題となった事案には *de minimis* 法理が適用されないという判示に対しては、次のような批判がある。「*de minimis* 法理の重要な理論的根拠は、利用が些少の場合に裁判所が負担する訴訟コストを避けるというものである。サウンド・レコーディングと音楽著作物の相違点は、この理論的根拠に何の影響も及ぼさないものである」⁶⁶。確かに、判決文はこの指摘に対してまったく言及していないため、すべての法分野で適

⁶² 神谷信行「音源のサンプリングと権利者の許諾」コピライト 528 号(2005 年)43 頁は、本件控訴審が実質的類似性の判断基準を適用しなかったことに対して、著作物の同一性の判断基準は音源使用の可否とは別次元のものであって、本件に著作物の同一性の判断基準を適用しなかったことは当然であるとする。しかしながら、アメリカ法の下では、サウンド・レコーディングはオリジナリティーと固定性の要件を満たせば著作権の保護対象となるため、著作権侵害訴訟においては実質的類似性の基準が採用されるべきとする見解が強く主張されており、これを支持する裁判例もあることに留意する必要がある。See *United States v. Taxe*, 540 F.2d 961 (9th Cir. 1976).

⁶³ Nimmer, *supra* note 27, at § 13.03 [A] [2][b](2006).

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ M. Leah Somoano, *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: Has Unlicensed Digital Sampling of Copyrighted Sound Recordings Come to an End?*, 21 BERKELEY TECH. L. J. 289, 303 (2006). See also Steven D. Kim, *Taking De Minimis Out of the Mix: The Sixth Circuit Threatens to Pull the Plug on Digital Sampling in Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 13 VILL. SPORTS & ENT. L. J. 103, 124-125 (2006).

⁶⁶ McLEOD & DICOLA, *supra* note 10, at 141.

用されている *de minimis* 法理が、なぜサウンド・レコーディングの事案に対しては適用できないのかという疑問を払拭することはできない。

次に、裁判所がサンプリングによる利用行為を物理的な取得と認定したことに対しては、以下のような批判がされている。「法廷助言者が主張するように、デジタル・サンプリングはコピーを作成するものであり、オリジナル・サウンドを差し押さえるものではない。本の複写がオリジナルを壊すことなくコピーを作成するものであるように、デジタル・サンプリングはオリジナルのサウンド・レコーディングをそのまま残すものである。デジタル・サンプリングを物理的な取得と分類することが、サウンド・レコーディングがより強い著作権保護に値するという意味のある根拠を作り出しているとは思えない。デジタル・サンプリングを物理的な取得として合理的には解釈することができないので、第6巡回区連邦控訴裁判所が下した結論は支持することができない」⁶⁷。Kurtz 教授も「(サンプリングによる)利用行為が物理的な取得ではないのは、本や楽譜、芸術品の印刷が物理的な取得でないのと同じである。どんな行為も何らかのコピーの形を取る。他の著作物のわずかな部分が持つ価値と比べて、サウンド・レコーディングのわずかな部分の方が特別の芸術的価値を持つということは明確ではない」⁶⁸。

さらに創作活動の萎縮効果に関しては、次のような批判がなされている。「*Bridgeport* 判決で示された基準は、多くの異なる音楽ジャンルに属するミュージシャンに多大な負担を強いることとなり、十分な資力を持たないミュージシャンによる新しい作品の創作行為を萎縮させるだろう。第6巡回区連邦控訴裁判所は、市場がライセンス料を制限内に押さえると断言しているが、*Bridgeport* 判決の前でさえ、特にメジャーなレコード・レーベルと契約していないミュージシャンの大多数にとって、ライセンス料は法外な値段であった。*Bridgeport* 判決の基準は、現在の音楽において創作の担い手の多数を構成している独立系のミュージシャンにもっとも厳しい影響を与えるという事実は、本判決の妥当性について、再考を促すものである」⁶⁹。

この指摘は正鵠を得ている。裁判所はレコード製作者が経済合理的に行動すれば、サンプリングのライセンス料は音を再現するためのコスト以上の金額を請求しないと判示しているが、実際にはそんなことはまったくない⁷⁰。そもそもレコード会社の法務部がライセンス料の交渉において、レコーディングにかかったコストを参照することはない。ライセンス料は、一般的には使用目的、使用地域、使用期間、アーティストの知名度などの要素によって決められるのである。あるいはまったく違う要素で決定されるケースもある。たとえば、音楽業界には、サウンド・レコーディングをコマーシャル音楽として利用する場合、レコード製作者は楽曲の許諾料と同額の金額をライセンス料として提示するという業界慣習が存在する。仮にマ

⁶⁷ See Kim, *supra* note 65, at 125.

⁶⁸ Leslie A. Kurtz, *Digital Actors and Copyright - From The Polar Express to Simone*, 21 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 783, 795 (2005).

⁶⁹ Jeremy Scott Sykes, *Copyright - The De Minimis Defense in Copyright Infringement Actions Involving Music Sampling*, 36 U. MEM. L. REV. 749, 778 (2006).

⁷⁰ レコード会社が個々のサウンド・レコーディングについて原盤制作費をデータベース化し、ライセンス料の算出のための資料とすることは可能であるが、データベース化にコストがかかるし、著作権隣接権制度は基本的に事後的な賠償責任だけを負う仕組みの責任ルール (liability rule) ではなく、財産ルール (property rule) が採用されているため、レコード会社に実際にかかったコストをライセンス料に反映させるというインセンティブが働かない。

ドンナの「ライク・ア・バーズ」のCM許諾料として、著作権を管理する音楽出版社が10万ドルを提示したら、レコード製作者も10万ドルを提示するのである。

興味深いことに、この判決には全米レコード協会(RIAA)が次のような反対意見を表明している。「10年以上にわたって、音楽業界はサンプリングについて、適切に適用できるときに、*de minimis* やフェア・ユース法理に頼りつつ、現行のライセンス・ルールに従ってきた。裁判所による突然の飛躍的な法律の変化は、従前のルールに適切に従った人々に遡及的な法的責任を負わせるものである」。読者の中には「なぜサウンド・レコーディングの権利者たるレコード会社の団体である全米レコード協会がこの判決に反対するのだろうか?」と疑問に思う人もいるかもしれない。しかし、レコード会社はサウンド・レコーディングの権利者であると同時に、サンプリングの使用者でもある。したがって、サウンド・レコーディングの音を少しでも使えば著作権侵害になるという判決は、全米レコード協会といえども容認できるものではなかったということであろう。

本判決の理由づけとして、裁判所はサンプリングされた部分には多少の価値があることを挙げている。確かに、サンプリングを利用して新しいサウンド・レコーディングを製作する者は、サンプリング部分に一定の価値を見出すからこそ、当該部分を利用するのであろう。しかしながら、裁判所が採用する「利用された部分に価値があると権利侵害になる」という理由づけは妥当ではない。なぜなら、著作権法は権利侵害の成立要件として実質的類似性を要求しており、利用された部分に価値があるか否かは侵害の成否とまったく関係がないからである。

裁判所が採用した「利用された部分に価値があると権利侵害になる」という法理は、ニューヨーク大学のドレフュス教授が *if value, then right theory* (価値があれば権利になるという理論) として批判するものである⁷¹。ハーバード大学のレッシング教授も、この理論が知的財産権の法理になったことはなく、アメリカ法に根付いたこともないと批判している⁷²。確かに、世の中には価値がある無体物が溢れているが、経済的価値は市場で決定されるものであるため一定ではなく、また裁判所の判断に馴染むものとは思えない。また、前述したように、この法理論は著作権法の枠組みから逸脱しており、解釈の限界を超えているので、採用し得ないものである。

次に、フェア・ユースの抗弁について述べておこう。*Bridgeport* 判決では、差戻審の事実審裁判官はフェア・ユースの抗弁について自由に考慮できると判示している。学説の中には、サンプリングを利用したサウンド・レコーディングは建設的な批判やパロディー目的ではなく、必ず商業的に使用されるため、フェア・ユースの抗弁は適用されないと主張するものもあった⁷³。したがって、第6巡回区連邦控訴裁判所がサンプリング訴訟においても、被告がフェア・ユースの抗弁を主張した場合、これを考慮すると判示したことには大きな意義がある。ただし、*de minimis* 法理や実質的類似性の分析は適用しないと言っておきながら、フェア・ユースの抗弁は考慮できるという判示は、裁判所により多くの負担を課すものであると

⁷¹ Rochelle Cooper Dreyfuss, *Expressive Genericity: Trademarks Language in The Pepsi Generation*, 65 NOTRE DAME L. REV. 397, 405 (1990).

⁷² ローレンス・レッシング(山形浩生=守岡桜訳)『FREE CULTURE』(翔泳社・2004年)32頁。

⁷³ サンプリングが批評、報道、教育、研究、パロディー、風刺または非営利使用ではない限り、フェア・ユースの法理は著作権侵害の有効な抗弁として機能しないという指摘がなされている。KRASILOVSKY & SHEMEL, *supra* note 49, at 209. See also KOHN & KOHN, *supra* note 50 at 1601.

指摘するものがある⁷⁴。確かに、フェア・ユースの分析は裁判所に大きな負担を強いる可能性が高いが、これはサンプリング訴訟に限ることではないため、この指摘はあまり説得的ではない。いずれにしても、現時点でフェア・ユースに言及した唯一の裁判例であるため、今後の裁判例に少なからぬ影響を与えると思われる。

さて、アメリカではサンプリング問題を解決すべく、さまざまな立法的アプローチが提案されている。そのうちで、最も代表的なアプローチが強制使用許諾制度の導入であろう⁷⁵。アメリカ著作権法第 115 条には、著作権者の許可に基づいてレコードがアメリカ国内で公衆に頒布された場合は、著作権者の許諾を得ることなく、その収録作品を新たにレコーディングし、それをレコードとして製造、頒布することができるという強制使用許諾制度が規定されている⁷⁶。ミュージック・サンプリングについても強制使用許諾制度が導入されれば、取引費用が減少し、定率のロイヤリティーがオリジナル・レコードの権利者に遅滞なく支払われることになり、ミュージック・サンプリングが抱える法的問題が解決されると主張されている⁷⁷。

しかしながら、このアプローチにはいくつかの欠点が指摘されている。たとえば、強制使用許諾制度の下での定率ロイヤリティーの設定は、誰によって演奏されたかを区別しないことを意味する。つまり、Beatles や Michael Jackson のレコードをサンプリングする場合と、無名の新人バンドのレコードをサンプリングする場合とでは、サウンド・レコーディングの著作権者が受領するロイヤリティーは同額ということになる。これは、現在のレコード業界で行われているライセンスの実態とかけ離れているため、レコード会社には受け入れ難いアプローチではないかということが懸念されている⁷⁸。確かに、レコードの市場価値はどのアーティストが演奏しているかというファクターによって大きく異なるため、定率ロイヤリティーの適用に対するレコード会社の抵抗は容易に想像される。

さらに、サンプリングはオリジナル作品を必然的に変形して使用するものであるため、強制使用許諾制度の導入に対して、オリジナル・レコードのアーティストや作詞者、作曲者から賛同を得られないのではないかと指摘がなされている⁷⁹。確かに、115 条(b)で、強制使用許諾を受けたライセンシーは、編曲が著作物の基本的な旋律または根本的な性格を変更

⁷⁴ Somoano, *supra* note 65, at 306.

⁷⁵ Randy S. Kravis, *Comment: Does A Song by Any Other Name Still Sound as Sweet?: Digital Sampling and Its Copyright Implications*, 43 AM. U.L. REV. 231, 271-276 (1993). See also Jeffrey H. Brown, *Comment, "They Don't Make Music the Way They Used to": The Legal Implications of Sampling in Contemporary Music*, 1992 WIS. L. REV. 1941, 1987 (1992).

⁷⁶ この強制使用許諾を受けようとする者は、レコードの作成後 30 日以内、かつレコードの頒布前に、強制使用許諾制度を利用することを著作権者に通知しなければならない。2011 年 6 月 1 日現在、使用料は 5 分以下の曲について 9.10 セント、5 分を超える曲については、1.75 セントに分数(秒数は切り上げ)を乗じた金額(例:6 分 30 秒の曲は、1.75 セント × 7 分 = 12.25 セント)である。なお、既存のレコードに収録された録音物を複製し、新たなレコードとして複製、頒布するためには、当該録音物の著作権者から合意によるライセンスを得なければならない。著作権法第 115 条(a) (1) (ii) 参照。

⁷⁷ Robert M. Szymanski, *Audio Pastiche: Digital Sampling, Intermediate Copying, Fair Use*, 3 UCLA ENT. L. REV. 271, 295 (1996).

⁷⁸ Bryan Bergman, *Into the Grey: The Unclear Laws of Digital Sampling*, 27 HASTINGS COMM. & ENT L.J. 619, 650 (2005).

⁷⁹ *Id.* See also Lucille M. Ponte, *The Emperor Has No Clothes: How Digital Sampling Infringement Cases Are Exposing Weaknesses in Traditional Copyright Law and The Need For Statutory Reform*, 43 AM BUS. L. J. 515, 551-552 (2006).

しない限り、必要な限度で音楽著作物を編曲することができると規定されているため、著作物の基本的な旋律または根本的な性格を変更するサンプリングを強制使用許諾の対象とすることに対しては、アーティストや作詞者、作曲者の大きな反対が予想される。

ただし、音楽著作物の強制使用許諾はもともと、一部のメジャー・レコード会社に音楽が独占されてしまうかも知れないという懸念から、機械的な録音をコントロールする権利に一定の制限を課すことが望ましいと考えた連邦議会が導入した制度であることを鑑みれば、楽曲やレコードの一部利用であるサンプリングにも適用されるべきだという主張にも一定の理解が得られるだろう⁸⁰。現在、メジャー・レコードによる市場の寡占化がさらに進んでおり、後発ないし弱小のレコード会社を保護する必要があるという事情も、この主張を後押しするものである。

また、サンプリングによる楽曲やサウンド・レコーディングの変形利用については、アメリカではモラル・ライツの保護レベルが低く、楽曲やサウンド・レコーディングに対するモラル・ライツの保護は、連邦著作権法に規定されていない。そのため、楽曲やサウンド・レコーディングの変形利用に対しては、大陸法系諸国と異なり、大きな拒否反応は起きないと予想される。やはり、強制使用許諾制度の導入に関する最大の課題は、サウンド・レコーディングを対象とした強制使用許諾制度の正当化理由である。特に有名アーティストの演奏が収録されたサウンド・レコーディングをサンプリングすることによって、オリジナル・アーティストのファンによるレコードの購買が見込めるため、オリジナル・アーティストの著名性にただ乗りする濫用的使用のおそれが高まっている⁸¹。したがって、楽曲はともかく、サウンド・レコーディングを対象とした強制使用許諾制度の導入はかなり難しいと言わざるを得ない⁸²。

⁸⁰ アメリカ法における強制許諾制度につき、ゴーマン＝ギンズバーグ・前掲注(38)525頁参照。ただし、ボーカー部分は強制使用許諾制度の対象外とすれば、アーティストやレコード会社の抵抗もかなり弱くなるだろう。

⁸¹ 連邦議会はサウンド・レコーディングに関する強制使用許諾制度を導入すると、ヒット曲ばかりを収録したレコードが出回るようになり、その結果、音楽業界の利益構造が著しく破壊されるだろうことを認識していたという指摘がある。Ponte, *supra* note 79, at 549.

⁸² この他にも3秒以内のサンプリングであれば、権利者への事前の通知とアルバムクレジットにサンプリングを使用した旨の記載を条件に、著作権侵害に問われないという内容の規定を新たに導入すべきであるという提案がなされている。Mary B. Percifull, *Digital Sampling: Creative or Just Plain "Cheez-Oid?,"* 42 CASE W. RES. L. REV. 1263, 1284 (1992).

第6節 日本法の下での考察

本節では、Newton 事件や Bridgeport 事件が日本で起きた場合、裁判所はどのように判断するのか、またどのように判断すべきかを分析・検討し、日本法の下でのサンプリング問題についての考察を行う。その際に重要な論点となるのが、(1) サンプリングによる利用が些少な場合、著作権侵害を認めるべきか、また認めるべきではないという価値判断が働いた場合、どのような法理またはアプローチでこれを免責すべきか(日本法にはアメリカ法のような *de minimis* 法理やフェア・ユースの規定がないことに注意)、(2) 日本法では楽曲は著作権で保護され、レコードは著作隣接権で保護されているため、権利侵害の判断基準が異なるが、サンプリング訴訟において具体的にどのような判断基準を採用すべきか、である。特に(2)のレコードに関する権利侵害の判断基準については、これまでほとんど議論されてこなかった論点であり、この問題に関する考察は意義があることと思われる。

第1款 楽曲のサンプリングについて

1. 創作的表現の再生

ミュージック・サンプリングは、既存のレコードの一部分を新しく製作するレコードのためにデジタル技術を使って利用するため、通常、楽曲の著作権とレコード・実演の著作隣接権という3つの権利が関係することになる。日本の著作権法はアメリカ法と異なり、楽曲は著作権の客体として、レコードと実演は著作隣接権の客体として保護の対象になり、その権利成立の要件も異なっている。したがって、サンプリング問題の考察に際しては、各々の権利性質の相違を念頭に置いて分析しなければならない。

最初に楽曲のサンプリングについて考えてみよう。ある行為が他人の著作権を侵害する行為と評価されるためには、法定の利用行為があるだけでは足りず、元の著作物の創作的表現が再生されていなければならない⁸³。すなわち、著作権侵害訴訟においては、原告作品の創作的表現が被告作品に再生されているといえるかが必ず問われることになる。ただし、対象となる著作物の性質・種類を考慮して、何をもって創作的表現とされるのかを検討する必要がある⁸⁴。

関連する裁判例としては、照明器具の宣伝広告用カタログに、和室を撮影した写真に掛け軸として掲げられていた書が映り込んでいたという事案で、写真に映っている書は、1字につき3ミリから9ミリの大きさであり、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いなどの創作的な表現までもが再現されているとはいえないと判示して、著作権侵害を否定した判決がある(東京地判平成11.10.27判時1701号157頁[雪月花]、東京高判平成14.2.18平成11(ネ)5641[同控訴審])。この判決は、書という著作物の性質・種類を考慮し、単に字体が認識されるだけでは創作的表現の再生とはいえず、原告作品の美的要素の基礎となる特徴的部分を感得できなければ著作権侵害とはならないとした点に特徴がある。ただし、この判決は書特有の事

⁸³ 田村・前掲注(24)58頁。最判平成13.6.28民集55巻4号837頁[北の波濤に唄う]、東京地判平成11.10.27判時1701号157頁[雪月花]、東京高判平成14.2.18平成11(ネ)5641[同控訴審]。

⁸⁴ 田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006年)1309頁。

情を巧妙に活用して権利侵害を否定しているため、判決の射程は限定せざるを得ないと思われる⁸⁵⁸⁶。

それでは楽曲は何をもって創作的表現とされるのであろうか。簡潔に言えば、著作者の個性が表出している時間的経過における音の流れが創作的な表現であると評価されることになる⁸⁷。換言すれば、他人の楽曲を利用する場合、時間的経過における音の流れのうち、著作者の個性が表れている部分が再現されていれば、創作的表現が再生されているといえよう。逆に言うと、レコードに収録されている音があまりに小さすぎて、ボリュームを最大限に上げても、他の音に紛れてサンプリング部分の音の流れが聴き取れないような場合は、創作的表現が再生されていないといえるだろう。

通常、サンプリング訴訟においては、他の音に紛れて音の流れが聴き取れないようなケースが生じることは考えにくい。しかしながら、編曲やレコーディングの技術上の技巧として、あえてそのような利用方法を採用するミュージシャンがいなくても限らない⁸⁸。そして、前述したように、サンプリングはコンピュータを用いる技術なので、デジタル・サンプリング技術の専門家が被告作品の音波(sound wave)や波形(waveform)を綿密に調べれば、オリジナル・レコードを特定できるという指摘もなされているため、そのような利用でも将来、訴訟になる可能性はないとはいえない。このようなケースにおいては、先に紹介した東京地判[雪月花]の射程が及び、創作的な表現が再現されていないと判断されて、権利侵害が否定される可能性がある。

⁸⁵ 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—(2)」知的財産法政策学研究 17 号(2007 年)82 頁。

⁸⁶ 一方で、この判決はこのような利用形態を阻止してもたらされる著作権者の利益と、このような利用形態を禁止される一般人の不都合を比較衡量して判断を下したという見方をすることもできるだろう。前掲東京地判[雪月花]を担当した飯村敏明判事は、「著作権侵害訴訟実務」『2004 年度 JASRAC 寄付講座 著作権制度概説および音楽著作権』(明治大学法科大学院 知的財産と法リサーチセンター・2006 年)211 頁で、同判決について「判決が棄却した趣旨は、判決理由はさておき、書に特有の性質だけで結論を導いたわけではなく、このような利用形態まで阻止しなければならない著作権者の利益と、このような利用形態を禁止した場合の一般人の不都合とのバランスを考慮したと考えるべきだと思います。どちらの結論が、現代の社会の一般的な良識に照らして、より妥当なのかは、結論を導く際に、常に考慮されているといって差し支えないと思います」と述べている。

⁸⁷ 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』(勁草書房・2009 年)〔井奈波朋子〕502 頁は、音の長さ、高さ、強さ、音色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と定義するが、音色はレコードの構成要素であり、音楽著作物の構成要素と考えるべきではないだろう。

⁸⁸ 上野達弘「ドイツ法における翻案—「本質的特徴の直接感得」論の再構成—」著作権研究 34 号(2007 年)51 頁は、他人のメロディーを自己の壮大なオーケストラ作品の裏旋律(副旋律または裏メロともいう)として用いたが、裏旋律以外に極めて多数の創作的表現が付け加えているために、この作品を実際にオーケストラが演奏すると、観客は裏旋律がまったく聴こえない場合でも、楽譜上は他人のメロディーの創作的表現が残っているといえるため、オーケストラ作品は権利侵害を否定できないとする。確かにこの事例では、楽譜上には創作的表現が再現されているため、楽譜の作成は複製権侵害に問われうるだろう。ただし、観客は裏旋律がまったく聴こえていないため、オーケストラの演奏には他人のメロディーにおける創作的表現が再生されているとはいえない。したがって、演奏行為については演奏権侵害に問われることはないと考えべきである。これは、戦争映画の脚本に他人の著作物を利用したセリフが記載されていたが、編集でセリフに爆撃音がかぶさった結果、観客が映画を見ても、役者が何を言っているのかまったくわからないというケースを想定するとわかりやすいだろう。

なお、著作物の利用が些少であり、著作権侵害とすべきではないとされる場合に用いられる概念として、非実質的利用というものがある。これは、テレビ番組や映画の背景に少し出てくる程度の目立たない存在の著作物については、著作物を実質的に利用しているとはいえないため、著作権侵害に該当しないという考え方である⁸⁹。前述したとおり、アメリカではこのようなケースに対して *de minimis* 法理を用いて処理するが、日本には *de minimis* 法理に相当する法理が存在しない。そのため、非実質的利用という概念は、著作権侵害訴訟において一定の妥当な結論を導く法理として唱えられているものである。

ただし、この非実質的利用という概念には一義的な定義があるわけではない。たとえば、(1) 著作物の表現上の本質的な特徴が直接感得できる程度に再現されていない場合とする論者もいれば、(2) それに加えて、本質的な特徴の再現があったとしても、利用される著作物の創作的表現がもつ言語的、視覚的または聴覚的効果の利用がないと評価できる場合を含める論者もいる⁹⁰。著作物を形式的ではなく実質的に利用しているかどうかを著作権侵害の判断基準として妥当な解決を図ろうとするアプローチは傾聴に値するが、裁判例でこの非実質的利用の法理を正面から採用したものは今のところない。このアプローチに関する議論の深化が期待されているところである⁹¹。

第2款 著作権制限規定の適用

次にサンプリング訴訟における著作権の制限規定の適用について考えてみよう。前述したように、日本法にはアメリカ法のようなフェア・ユースの規定がなく、裁判例もフェア・ユース法理を認めていないため⁹²、これを利用することはできないというのが一般的な理解である。したがって、創作的表現の再生と法定の利用行為であることが認められる場合には、著作権法に定められている著作権制限規定の適用を考えることになる。特に、サンプリング訴訟に適用される可能性があるのは、著作権法32条1項の引用の規定である⁹³。なお、同項の規定

⁸⁹ 加戸守行『著作権法逐条講義(五訂新版)』(著作権情報センター・2006年)288頁。

⁹⁰ 前田哲男「工業製品の外観などに利用された著作物の「写り込み」的な利用について」『現代社会と著作権法—斎藤博退職記念』(2008年)325頁、339頁参照。なお、この説は、非実質的利用の判断において、①利用される著作物の性質および存在形式、②利用目的の有無および内容、③利用する側の作品等の性質、④利用の具体的態様などを総合的に考慮するとしている。著作権侵害およびパブリシティ権侵害において、「実質的違法性」という概念を提唱する山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』—引用、パロディを中心として—」コピライト544号(2006年)2頁も参照のこと。

⁹¹ 文化審議会著作権分科会法制問題委員会の「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」(平成22年4月)では、いわゆる形式的権利侵害行為への対応として、「その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生じる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」を権利制限の一般規定による権利制限の対象とすることによって、このような行為が権利侵害に該当しないようにすることが提案されている。

⁹² 東京高判平成16.11.29平成15(ネ)1464[創価学会写真ビラ控訴審]、名古屋地判平成15.2.7判時1840号126頁[社交ダンス教室]、東京地判平成13.12.25平成12(ワ)17019[国語教科書準拠教材]、東京地判平成7.12.18知裁集27巻4号787頁[ラストメッセージ in 最終号]、東京高判平成6.10.27知裁集26巻3号1151頁[ウォール・ストリート・ジャーナル控訴審]。

⁹³ 32条1項の引用法理については多くの優れた論稿が発表されている。田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(1)～(3)―寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等―」知的財産法政策学研究16号(2007年)73頁、17号(2007年)79頁、18号(2007年)31頁、田村善之「著作権法32条1項の「引用」法理の現代的意義」コピライト554号(2007年)2頁、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研

は102条1項によって著作隣接権の目的となっている実演とレコードの利用について準用されているので、サンプリングによる実演とレコードの利用にも以下の考察が当てはまることになる。

著作権法第32条1項は、「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない。」と規定する⁹⁴。この条文から、①公表された著作物であること、②公正な慣行に合致すること、③報道、批評、研究その他の引用の目的上、正当な範囲であること、の3つを引用の要件として挙げることができるが、②と③の要件は抽象的であり、多くの裁判例は旧法下で下されたパロディ最高裁判決(最判昭和55.2.28民集34巻3号244頁[パロディ第一次上告審])で示された明瞭区別性と附従性という2つの要件を用いて、引用の該当性について判断を下している。なお、明瞭区別性の要件とは、引用する側の著作物と、引用される側の著作物とを明瞭に区別して認識できることであり、附従性の要件とは、引用する側の著作物が主、引用される側の著作物が従という関係が認められることである。

では、裁判例が用いるこの伝統的な2要件をサンプリング訴訟に当てはめるとどうなるだろうか。従来の裁判例は、量的に比較するだけでなく、質的な比較をも行うことによって、両者の間に主従関係が存在するかを判断している⁹⁵。サンプリングは、新しく製作するサウンド・レコーディングのために、既存のサウンド・レコーディングのごく一部を用いるものであるため、オリジナル作品の核心部分を利用したり、それ以外の部分でもフレーズを多量に利用しない限り、附従性の要件は充足されるといえるだろう。

なお、引用が必要最低限度であることを要求する見解があるが⁹⁶、これをあまりに厳格に解釈すると引用行為に過度な萎縮効果をもたらすおそれが高い⁹⁷。したがって、これを独立の要件として設定することは妥当ではなく、個別の事案ごとの判断において、柔軟に考慮すべきである。ただし、引用が最小必要限度を著しく超える場合には、引用著作物の主体性、被

究26号(2000年)96頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫古稀記念『著作権法と民法の現代的課題』(法学書院・2003年)307頁、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピーライト560号(2007年)2頁、平澤卓人「被写体の行動を揶揄・批評するための写真の引用の可否—創価学会写真ウェブ掲載事件」知的財産法政策学研究17号(2007年)183頁等を参照のこと。

⁹⁴ 32条1項の引用の要件は、ベルヌ条約10条1項の引用の要件に対応するものである。ベルヌ条約10条1項は「既に適法に公衆に提供された著作物からの引用(新聞雑誌の要約の形で行う新聞紙及び定期刊行物の記事からの引用を含む。)は、その引用が公正な慣行に合致し、かつ、その目的上正当な範囲内で行われることを条件として、適法とされる。」と規定している。

⁹⁵ 東京高判昭和60.10.17無体集17巻3号462頁[レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]、東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[脱ゴーマニズム宣言控訴審]参照。多くの学説もこれを肯定する。たとえば、中山信弘『著作権法』(有斐閣・2007年)257頁は「引用できる正当な範囲とは、単に量的な問題ではなく、質的な考慮も必要であり、引用の目的によってもその範囲は異なる」とする。

⁹⁶ 金井重彦=小倉秀夫編『著作権法コンメンタル(上巻)』(東京布井出版・2000年)[桑野雄一郎]404頁。

⁹⁷ 作花文雄『詳解著作権法(第4版)』(ぎょうせい・2010年)336-337頁、上野・前掲注(93)「半田正夫古稀記念」312頁、横山久芳「著作権の制限(2)」法学教室342号(2009年)112頁。裁判例として、前掲東京高判[レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]、東京地判平成11.8.31判時1702号145頁[脱ゴーマニズム宣言]を参照。

引用著作物の附従性を失わせると解されうるため⁹⁸、サンプリングの利用態様によっては、引用の利用目的上、附従性を否定されるケースも十分に起こりうるだろう。

次に、明瞭区別性の要件を考えてみよう。サンプリング訴訟においては、附従性よりもむしろこの明瞭区別性の方が問題になる。

裁判例としては、故人が執筆した2編の論文を被告の発表した書籍『豊後の石風呂』に18頁にわたって掲載した行為が引用に該当するか否かということが争われた事案で、他人の著作物を自己の著作物として、もしくは自己の著作物と誤解されてしまう体裁で自らの著作物中に取り込むことは、適法な引用ということではできず、本件両論文は他の被告の著作にかかる部分と明瞭に区別して認識できるとはいえないとして、明瞭区別性の要件の充足を否定した判決がある(東京地判昭和61.4.28判時1189号108頁[豊後の石風呂])。

また、フランスとスペインの画家が創作した絵画の贋作を日本に輸入しようとした原告が、積み戻し命令の取り消しを求めた事件で、本件贋作と本件原画の相違点は極く僅かであり、本件贋作は、本件原画とその構図、筆致、色調においてよく似通っていて、本件贋作が引用に係る本件原画を明瞭に区別することはできないとして、引用の該当性を否定した裁判例がある(大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁[エルミア・ド・ホーリィ贋作])。

これらの裁判例と比較すると、サンプリングはいわゆる「取込型」の引用方法であり、サンプリングされた部分と新たにレコーディングされた部分は、一つのレコードを構成するものとして認識されるため、それらは明瞭に区別されているとはいえない⁹⁹。したがって、サンプリング訴訟において、明瞭区別性の要件が肯定されるケースはほとんど存在しないと思われる¹⁰⁰。

しかしながら、パロディー最高裁判決が提示する明瞭区別性・附従性の2要件は、旧著作権法30条1項2号の「節録引用」の解釈を取り扱ったものでしかなく、これを踏襲すべき必然性はないという注目すべき主張がなされている¹⁰¹。また、従来の裁判例がパロディー最高裁判決の示した「主従関係」の枠を超えて、さまざまな要素を「主従関係」に関連づけて考慮しているために第三者の予測可能性が著しく害される結果を招きかねない状態であることを指摘し、引用をめぐる要件論を再構成すべきという主張もなされている¹⁰²。

⁹⁸ 前掲東京高判[レオナール・フジタ絵画複製控訴審]。

⁹⁹ 明瞭区別性の要件を緩やかに解する見解もある。サンプリングの例ではないが、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ(第2版)』(有斐閣・2007年)264頁は、ナポレオン軍の進撃と退却を描写するために、フランスの国歌である「ラ・マルセイエーズ」を挿入したチャイコフスキーの作品「1812年」は、音楽の著作物を引用した例であるとする。「ラ・マルセイエーズ」を知らない者はほとんどいないと思われるが、仮に知らない者がいたとしたら、「ラ・マルセイエーズ」とチャイコフスキーが創作した部分との区別はつかないであろう。

¹⁰⁰ 前田＝谷口・前掲注(1)6頁は、従前の議論では明瞭区別性がない場合には引用の抗弁は認められないとされることが多いため、他人の音楽レコードの音を自らの音楽の一部として、自らの音楽に融合させて利用しているサンプリングについては、引用の抗弁はなかなか認められないのではないかと指摘する。

¹⁰¹ 飯村・前掲注(93)96頁は、「最高裁判決における判断基準を前提とすると、実質的には、『主従関係』のみで判断せざるを得ないことになり、様々な行為態様につき柔軟な解決をする基準としては、適切を欠くのではないという疑問がある。また、何よりも、『主従関係』基準は、条文との文言との関連性が乏しい」と指摘する。また、田村・前掲注(84)1311頁は、「現行著作権法32条には、『公正な慣行に合致するものであり』『引用の目的上、正当な範囲内で行われるものでなければならない』という要件が定められているだけなのであるから、過度に前掲最判[パロディー第一次上告審]の定立した要件に振り回される必要はない」とする。

¹⁰² 上野・前掲注(93)「半田正夫古稀記念」325頁。

これらの学説に呼応するように、最近ではパロディー最高裁判決の提示する 2 要件に拘泥しない裁判例が現れていることも注目に値する。たとえば、「絶対音感」と題する書籍に翻訳台本の一部を無断掲載したことが問題になった事案で、適法な引用に該当するかどうかについて、①本件書籍の目的、主題、構成、性質、②引用複製された原告翻訳部分の内容、性質、位置づけ、③利用の態様、原告翻訳部分の本件書籍に占める分量等を総合的に考慮して、公正な慣行に合致しており、引用の目的上、正当な範囲内で行われたものであるかを判断するとして、引用の該当性を否定した裁判例がある（東京地判平成 13.6.13 判時 1757 号 138 頁〔絶対音感〕¹⁰³）。

また、宗教法人の名誉会長の写真を利用して、それに吹き出しをつけて、宗教法人や名誉会長を批判するビラを作成し、配布したという事案で、パロディー最高裁判決が提示した 2 要件を採用せず、「他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、引用して利用する方法や態様が、報道、批判、研究など引用するための各目的との関係で、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであり、かつ、引用して利用することが公正な慣行に合致することが必要である」とした上で、被告による引用方法や掲載態様に照らすと、適法な引用とは認められないとして、引用の該当性を否定した裁判例がある（東京地判平成 15.2.26 判時 1826 号 117 頁〔創価学会写真ビラ〕）。

さらには、絵画の鑑定証書を作製する際に、絵画の縮小カラーコピーを作製して、同鑑定証書に添付した行為が問題となった事案で、裁判所は創価学会写真ビラ事件と同じ上記判示を述べた後、「引用としての利用に当たるか否かの判断においては、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない」と引用の判断基準を提示した上で、以上の各点を総合考慮すれば、被告の行為は「著作物を引用して鑑定する方法ないし態様において、その鑑定に求められる公正な慣行に合致したものといえることができ、かつ、その引用の目的上でも、正当な範囲内のものであるといえることができる」として、引用の該当性を肯定した裁判例がある（東京高判平成 22.10.13 平成 22(ネ)10052〔鑑定証書控訴審〕）。

これらの判決は、引用の要件を 32 条 1 項の文言に回帰するアプローチ（以下、文言回帰アプローチという）として理解することができるだろう¹⁰⁴。

¹⁰³ この事件の控訴審判決（東京高判平成 14.4.11 平成 13(ネ)3677〔絶対音感控訴審〕）も一審判決と同様にパロディー最高裁判決が提示した 2 要件を採用せず、「著作権法 32 条 1 項がこのように規定している以上、これを根拠に、公表された著作物の全部又は一部を著作権者の許諾を得ることなく自己の著作物に含ませて利用するためには、当該利用が、①引用に当たること、②公正な慣行に合致するものであること、③報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものであること、の三要件を満たすことが必要であると解するのが相当である」と判示し、1 審判決の判断手法を支持している。

¹⁰⁴ この他にも、中国の著名な詩人の詩 9 編の翻訳文を無断で小説中に掲載したという事案で、引用された詩は被告小説において主人公の心情を描写するために利用され、本文中のストーリーの一部を構成し、被告小説における本件詩の利用目的は、批評や研究のためではなく、本文中においてある場面における主人公の心情を描写するためであって、当該場面において当該心情を描写するために必ずしも本件詩を利用する以外の方法がないわけではないこと等を重視し、引用の該当性を否定した裁判例がある（東京地判平成 16.5.31 判時 1834 号 95 頁〔XO 醬男と杏仁女〕）。一方で、パロディー最高裁判決が提示した 2 要件に新たな要件を加える裁判例が現れている。ホームページ上に掲載されていた一部が切除された宗教法人の名誉会長の写真に引用形式のコメントを付して掲載した行為が引用に該当するかが争点となった事案で、裁判所は①明瞭区別性と②附従性の要件に加えて、③健全な社会通念に従って相当と判断されるべ

では、サンプリングに関してはどのように考えるべきであろうか。文言回帰アプローチを採用した場合、パロディーやサンプリングのような「取込型」の引用形態を適法な引用として認めるべきかどうか大きな論点になる。

取込目的型の引用を認める学説として、①引用する側の著作物の表現の目的上、他の代替措置によることができないという必然性があること、②必要最小限の引用に止まっていること、③著作権者に与える経済的な不利益が僅少なものに止まること、という3つの要件を満たす場合に、適法な引用として認めるべきという見解が主張されている(以下、取込目的型引用論という)¹⁰⁵。具体的な例として、「ロッキード事件」を批判するためにマッド・アmano氏が創作した、当時の内閣の閣僚にピーナッツ(ロッキード事件で賄賂の金額の単位を表す隠語として用いられた)を貼り付けて、彼らがひな壇上に整列した写真が挙げられている¹⁰⁶。

確かに、取込型引用は引用する側の著作物と引用される側の著作物が明瞭に区別されていないため、厳格な基準を設けないと、引用の制限規定が濫用的に使われる危険性が高い。デジタル技術の急速な発展により、他人の著作物を容易に加工・編集することができる現代社会においては、引用という抗弁をもって、他人の著作物に大きく依存した作品が大量に作成されるおそれがある。

一方で、あらゆる取込型引用を適法な引用として認めないとすると、そのような表現方法を用いる創作活動が一切禁止されることになる¹⁰⁷。このことはパロディー作品について特に問題になるだろう。先に挙げた「ロッキード事件」のパロディーのように、取込型の引用方法で芸術作品や社会一般を揶揄、風刺、批判する場合、明瞭区別性の要件を満たさないということで、およそこのような作品が世に発表できなくなる。

パロディーは引用目的の一例として条文に挙げられている批評を目的とするものであり、かつ、引用する著作物にはない新たな表現を社会にもたらすという点で文化の発展に寄与するという著作権法の目的と合致するものである。また、通常の著作物の利用と異なり、引用する著作物の権利者から許諾を得ることが困難であるという事情もある。したがって、取込型引用をすべて侵害と解することは妥当ではない。結論として、すべての取込型引用を侵害と解すべきではなく、取込目的型引用論が提示する3つの要件を満たす場合に限り、取込型引用を適法な利用行為として認めるべきだろう。

また、この学説に呼応して、取込型引用の適否を検討する裁判例も現れている。前記[XO醬男と杏仁女]である。この訴訟において、取込型引用について(ア)引用する側の著作物の表現の目的上、他の代替措置によることができないという必然性があること、(イ)必要最小限の引用に止まっていること、(ウ)著作権者に与える経済的な不利益が僅少なものに止まること、という3要件を満たせば適法な引用として認められるべきであるという被告の主張に対し、裁判所は「仮に、上記の各要件を充たせば適法引用に当たると解する余地があるとして

き態様であること、④報道、批評、研究その他の目的で引用すべき必要性ないし必然性があること、⑤自己の著作物の中に、他人の著作物の原則として一部を採録するか、絵画、写真等の場合には鑑賞の対象となり得ない程度に縮小してこれを表示すること、が必要であると判示した(東京地判平成19.4.12 平成18(ワ)15024[創価学会写真ウェブ掲載事件])。

¹⁰⁵ 田村・前掲注(24)243頁。田村・前掲注(93)「コピライト554号」15頁も参照。

¹⁰⁶ 田村・前掲注(24)243頁。

¹⁰⁷ 茶園茂樹「引用」の要件について」コピライト565号(2008年)13頁は「自己の著作物中に採録された他人の著作物が、自己の著作物と明瞭に区別されておらず、渾然一体となっている場合には、それは引用とは呼べない」として、明瞭区別性を引用であるための当然の要件と解釈する。

も、前記のとおり、被告小説において主人公小悦の心情を表現する手段として必ずしも本件詩を掲載しなければならない必然性があるとはいえない点で、上記(ア)の要件を欠くし、本件詩9編をその全文にわたって掲載したことが必要最小限の引用ということもできないから、上記(イ)の要件も欠く」と判示した。この判決は、要件充足性如何によっては、取込型引用が認められる余地があることを示したと解釈することも可能であろう。

それでは、サンプリングについてどのように考えるべきであろうか。結論からいうと、サンプリングを取込型引用として適法な利用行為と解釈するのは、困難であるように思われる。その最も大きな理由としては、サンプリングは代替的手段の不存在という要件を満たすことができないことが挙げられる。たとえば、Biz Markie 事件¹⁰⁸にしても、Jarvis 事件¹⁰⁹にしても、あのフレーズでなければならなかったという必然性はなく、パブリック・ドメインや自分で新たに創作したフレーズでも十分に代替できたといえる。また、パロディーについては、その性格上、引用する著作物の権利者から許諾を得ることが困難であるという事情があるが、サンプリングにはそのような事情はない。さらにはサンプリングに対する公正な慣行が確立されているとはいえない状況にあることも挙げられる¹¹⁰。したがって、取込目的型引用論をもってしても、サンプリングは適法な引用とは認められないという帰結になる。

しかしながら、サンプリングが適法な引用として認められる余地がまったくないかというところではない。パロディー・ソングを創作するためにサンプリングを利用する場合、取込目的型引用論が提示する3要件を満たす可能性があるからである。パロディー・ソングもパロディーという表現形式の一態様である。したがって、パロディー・ソングについても上述の理がそのまま当てはまるため、サンプリングが適法な引用として認められる余地は残されているといえるだろう。

ただし、パロディー・ソング作成のためのサンプリングといえども、オリジナル・レコードからの音源の利用については、適法な引用として認められる余地はほとんどないと言ってよい。なぜなら、オリジナル・レコードの音源を利用しなければならないという必然性の証明が非常に困難だからである。パロディー・ソングはオリジナル曲をリスナーに想起させる必要があるが、オリジナル曲の特徴的なフレーズを使えば、この効果は達成できるため、それに加えてオリジナル音源を利用する必然性はほとんどない。さらにコンピュータ技術の発展により、オリジナル音源に近いサウンドを安価かつ容易に作成できるようになったという事情もある。したがって、オリジナル音源を利用しなければオリジナル曲を想起することができないというケースは、あまり想定できない。結論として、パロディー・ソングを創作するためにサンプリングを利用する場合、オリジナル・レコードの音源の利用について適法引用と認められる可能性はほとんどないといえよう。

そもそも引用の制限規定は、新しい創作活動を行う際に、どうしても既存の表現を利用しなければならない場合に、引用される著作物の著作権者から許諾を得ることなく、引用して

¹⁰⁸ Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

¹⁰⁹ Jarvis v. A&M Records, 827 F. Supp. 282 (D.N.J. 1993).

¹¹⁰ ただし、田村・前掲注(24)241頁は、公正な慣行に合致するという要件は、公正な慣行がない分野では引用を制限する方向に働かないと解釈すべきとする。また、飯村・前掲注(93)95-96頁は、「裁判所が、『慣行の存在』及び『慣行の公正さ』を審理しなければならない」とすると、審理負担は大きいし、審理することによってどれだけ意味があるのかという点で疑問も生じます。この要件は、慣行等も総合考慮して、『引用方法ないし引用態様が公正であること』程度の要件と見れば足りるのではないかと思います」として、条文の「公正な慣行に合致すること」を独立の要件として重視すべきではないと指摘する。

利用することができるとしたものである。したがって、創作活動の労力や費用、時間を節約するために他人の著作物を利用することは、適法引用として認めるべきではない。また、新しい著作物を創作する際に、既存の著作物を際限なく利用できるとなると、何のために翻案権(27条)や二次的著作物の利用を禁止する権利(28条)を認めたのか、わからなくなる¹¹¹。結論として、通常のミュージック・サンプリングのような労力節約型の利用方法は、適法引用に該当しないと解すべきである¹¹²。

最後に権利濫用法理の活用について付言しておこう。著作権侵害訴訟において、被告が権利濫用を主張することは多いが、権利濫用を認めた裁判例はきわめて少ない¹¹³。これを肯定した裁判例としては、著作権侵害となる行為を長年にわたって継続し、多額の利益を得てだけでなく、被告に対しても、自ら製造・販売する著作権侵害商品を積極的に売り込んだ結果、被告から多額の収入を得ていた参加人が、その後、アメリカ合衆国の著作権者から著作権を譲り受けたことをもって、被告が本件著作権を侵害したと主張して、差止めおよび損害賠償を請求する参加人の行為は、権利の濫用に該当するとした判決がある(東京地判平成11.11.17判時1704号134頁[キューピーⅠ一審]、同[キューピーⅡ一審])。

また、連載漫画「やっぱりブスが好き」の原画の絵柄、セリフ、書文字を漫画家に無断で合計75カ所に改変を加えた行為が同一性保持権侵害に該当するかが問われた事案で、皇族の似顔絵や皇族を連想させるセリフ等の表現を用いないことに同意しておきながら、締切りを大幅に経過して原画を渡し、長時間にわたる修正の要求や説得を拒否し、編集長を他に代替手段がない状態に追い込んだ原告が、このように重大な自己の懈怠や背信行為を棚に上げて、著作者人格権の侵害を主張することは権利の濫用であって許されないとした裁判例がある(東京地判平成8.2.23知裁集28巻1号54頁[やっぱりブスが好き])。どちらの判決も権利者が相手方に対して、背信的な行為や対応を行ったことを重視して、権利濫用を認めている。

さらに、原告が被告会社に入社する前に撮影した首里城の写真を被告が写真集に利用したという事件で、複製権、譲渡権および氏名表示権侵害を認めたものの、①権利侵害となる写真は1点のみであり、写真全体(177点)の割合から見ると極小であること、②原告に生じる損害額が僅少であること、③一方、差止請求が認められた場合に被告に生じる損害額が多額であること、④原告も写真集の制作に担当者として深く関与していたこと、⑤本件写真集が増刷して出版される可能性が小さいこと、等を理由に差止請求は権利の濫用であるとして否定した裁判例がある(那覇地判平成20.9.24判時2042号95頁[写真で見る首里城事件])¹¹⁴。

¹¹¹ 田村・前掲注(24)240頁。

¹¹² Ponte, *supra* note 79, at 550 は、サウンド・レコーディングの強制使用許諾制度の導入に対する批判として、「サウンド・レコーディングのメカニカル・ライセンスは、多くの時間や費用、創造的なエネルギーを消費することなく、他人の成果物に対するアクセスを不当に認めるものである」と主張する。この理は、適法引用の文脈においてもそのまま当てはまるだろう。

¹¹³ 知的財産権法に関する権利濫用法理を分析した論文として、玉井克哉「著名標識と排他権—特に商標権、著作権との抵触について」『パテント』53巻1号(2000年)19頁、玉井克哉「アメリカ著作権法における権利失効原則—コンテンツ流通を支える法制度の観点から—」『InfoCom REVIEW』37号(2005年)49頁がある。

¹¹⁴ 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」『知的財産法政策学研究』32号(2010年)19頁は、損害額の軽微さと関係特殊的投資を重視して、差止請求を棄却したことを指摘する。

一方で、権利濫用を否定した裁判例としては、原告著作物の発行は国民の知る権利に資するものであり、原告の権利主張は権利濫用として許されないという被告の抗弁を否定する判決（東京高判昭和57.4.22昭和52（ネ）827〔在外財産調査会〕¹¹⁵⁾）や15通の手紙を無断掲載したことにより、芥川賞候補にもなったことのある被告の苦心の作の出版を差し止めることは権利濫用にあたるという被告の主張を退ける判決（東京高判平成12.5.23判時1725号165頁〔三島由紀夫一剣と寒紅控訴審〕がある¹¹⁶⁾。

これらの裁判例と比較すると、サンプリング訴訟において権利濫用が認められるケースというのは、あまり想定することができない。あるとすれば、オリジナル楽曲の著作者がサンプリングの許諾を与えておきながら、その後で同一性保持権侵害を主張して、レコードの販売・製造の差止めや損害賠償を請求するといった事例であろう（もっともこのような例では、黙示の許諾が認められる可能性が高いと思われる）。

他方で、不可避免的な利用に対しては、権利濫用論によってこれを処理するという見解が主張されている¹¹⁷⁾。人々が技術的な進歩の恩恵を享受することを著作権が妨げる場合、著作権という制度趣旨に反する権利行使ということで、権利濫用の法理によって著作権を制限する必要があるという見解は傾聴すべきものがある。しかしながら、サンプリングが不可避免的な利用として、権利濫用が認められる余地はあまりないといえよう。

第3款 本稿が提案するアプローチ

前述したように、伝統的アプローチだけでなく、文言回帰アプローチの下でも、パロディ・ソングは別にして、サンプリングによる他人の楽曲やレコード・実演の利用を適法な引用と認めることは困難であると考ええる。それでは、サンプリング訴訟において妥当な解決に導くためには、どのようなアプローチを採るべきであろうか。結論を先にいうと、サンプリング訴訟では、著作物成立の判断基準として高い創作性を要求し(*difficult to copyright*)、著作権侵害の判断基準として高度な類似性を要求する(*difficult to infringe*)ことで妥当な解決が図ることができると考ええる。

従来の裁判例は、著作物として認められるために要求すべき創作性の程度については、表現者の個性が何らかの形で発揮されていれば足りるというように、比較的緩やかに解釈されてきた¹¹⁸⁾。これは、高度の学術性や芸術性を要件とすると、人によってその基準が異なる

¹¹⁵⁾ 同判決は「たしかに、著作権の行使と著作物利用との調査(ママ)の問題は、著作権法の直面する課題の一つであり、著作権法の立法作業において種々検討されてきた事柄ではあるが、本件の如く、著作権の目的である著作物を無断で出版販売し、もしくは、そのおそれのある者に対して、その差止を請求しうことは、著作権の中核的権能であるから、著作権法上著作権が認められているのに、このような場合の差止請求権の行使を許さないとするには、十分慎重でなければならない。けだし、権利の濫用として無断出版の差止請求が許されないとするとは、実質的には著作権自体を否定するに等しく、ひいては、法解釈の限界いかんにも関わるからである」と判示し、権利濫用を認めることには慎重な態度を示している。

¹¹⁶⁾ 他に権利濫用を否定した裁判例として、東京地判昭和59.8.31 無体集16巻2号547頁〔レオナルド・フジタ絵画複製〕、前掲東京高判〔同控訴審〕、東京地判平成元.10.6 無体集21巻3号747頁〔レオナルド・フジタ展カタログ〕等がある。

¹¹⁷⁾ 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号(2003年)130頁。

¹¹⁸⁾ 東京高判平成14.10.29 平成14年(ネ)2887〔ホテル・ジャンキー控訴審〕、東京地判平成11.1.29 判時1680号119頁〔古文単語事件〕、東京地判平成13.5.30 判時1752号144頁〔交通標語事件〕等を参照。

ために法的安定性や予測可能性が害されるおそれがあるという理由によって正当化される。また、そのような文化的素養が要求される判断は、裁判所の司法判断に適しているとはいえないだろう¹¹⁹。

裁判例としては、新撰組の研究者が執筆した史跡を訪ねるためのガイドブック『ふいーるどわーく多摩』の記事と地図を無断で書籍に掲載した事案で、鶴川駅(東京都町田市)に関する説明文「鶴川駅 小田急小田原線の駅。小野路の小島資料館へ向かうバスが出る。肝心のバス停は、改札を出た左手の先にひとつだけぽつんとある。改札から右へ進んだバスターミナルは無関係なので注意しよう」に対して創作性を認めたものがある(東京地判平成 13.1.23 判時 1756 号 139 頁[ふいーるどわーく多摩事件])。また、「ボク安心 ママの膝より チャイルドシート」というチャイルドシート普及のためのスローガンに対して、「筆者の個性が十分に発揮されたものといえることができる」として創作性を認めた裁判例もある(東京地判平成 13.5.30 判時 1752 号 144 頁[交通標語事件])¹²⁰。

しかしながら、近時、著作物として認められるために要求する創作性の程度を高く設定していると思われる裁判例が現れている。いわゆるライブドア裁判傍聴記控訴審判決である(東京高判 20.7.17 判時 2011 号 137 頁[ライブドア裁判傍聴記控訴審])¹²¹。これは、インターネットを通じて公開されている、刑事訴訟事件における証人尋問を傍聴した結果をまとめた傍聴記を無断でブログの記事に利用した行為が著作権侵害に該当するか否かが争われた事件であるが、判決は「言語表現による記述等における表現の内容がもたらした事実を格別の評価や意見を含めることなく、そのまま叙述する場合は記述者の思想または感情を表現したことにならないというべきであり、傍聴記の証言内容を記述した部分には、証人が実際に証言した内容を原告が聴取したとおり記述したか、または仮に要約したものであったとしてもごくありふれた方法で要約したものであるから、原告の個性が表れている部分はなく、創作性を認めることができない」として、原告が執筆した傍聴記の創作性を否定した。

確かに、原告の傍聴記は、法廷における証人尋問を客観的に記述したものであり、絵画や楽曲、小説等のような著作物に比べて、事実の伝達という性質上、創作性が認められにくいものといえるだろう。したがって、この事案の特殊性を鑑みると、判決の射程は決して広く

¹¹⁹ 田村・前掲注(24) 12 頁。

¹²⁰ 各種雑誌の休廃刊の際の挨拶文を無断で書籍に掲載したという事案で、「あたたかいご声援をありがとうございます(見出し) 昨今の日本経済の下でギアマガジンは、新しい編集コンセプトで再出発を余儀なくされました。皆様のアンケートでも新しいコンセプトの商品情報雑誌をというご意見をたくさんいただいております。ギアマガジンが再び店頭に並ぶことをご期待いただき、今号が最終号になります。長い間のご愛読、ありがとうございました」という短文に創作性を肯定した裁判例がある(前掲東京地判[ラストメッセージ in 最終号]。田村・前掲注(24) 16 頁は、これを限界線上の事案としつつ、「この程度の短文に創作性を認めるべきなのか、疑問が残る」としている。

¹²¹ 前掲東京高判[ライブドア裁判傍聴記控訴審]と同じ飯村敏明判事が担当した東京地裁平成 14.4.15 平成 13(ワ)22066[ホテル・ジャンキー]も、著作物として認められるために要求される創作性の程度を高く設定している裁判例と思われる。これはホームページ上の掲示板に書き込まれた文章の一部を無断で複製し、書籍を作成、発行したという事案であるが、裁判所は「夏に最長 9 日間予定でアジアリゾート行きを計画しています。第一希望はウブドです。しかし、同行人がウブドに 9 日間なんて絶対に飽きるから嫌だといひます。やっぱり 1 週間以上ウブドに滞在するのは長すぎるでしょうか？」や「バリの海は堪能したので、次は(私にとっては)未開の地ウブドでずっと同じホテルに滞在したいのです。ちなみに第二希望はボロブドゥール遺跡のアマンジョなのですが、こっちも 9 日間は飽きるだろうと言われています」という文章には筆者の個性が発揮されていないために創作性が認められないと判示した。

はない。しかしながら、原告が執筆した傍聴記 1 は 1,700 字、傍聴記 2 は 400 字を超える文章であり、このような長さの文章に対して創作性を否定した判決は注目に値する。この判決は、従来の *easy to copyright* ではなく、*difficult to copyright* のアプローチを採用したものとして注目すべきものである。

デュシャンの「泉」のような難解な美術作品はともかく、小説や音楽のような芸術作品については、高い創作性を要求しても、安定した客観的評価を得られやすいため、予想可能性や法的安定性が損なわれるおそれは少ないだろう。あらゆる場合において、著作物の成立要件である創作性のレベルを低くするという硬直的な運用は、文化の発展という著作権法の目的に反する結論を生む可能性がある。前述のライブドア傍聴記事件も、被告人が原告の傍聴記をデッド・コピーした事案であり、類似性を否定することが不可能であったという事情を裁判所は考慮したものと考えられる¹²²。

それではなぜ *easy to copyright* アプローチがサンプリング訴訟に適しているのかを説明しよう。前述したように、音楽の作曲は小説や絵画、彫刻、演劇等と異なり、楽典上の制約があるため、創作の自由度は他の芸術に比べて小さいという事情がある。また、近視眼的に見ると、個々のフレーズはパブリック・ドメインかそのバリエーションであるため、短いフレーズに対して要求される創作性の程度を低くすると、他人の創作活動の障害になる可能性が高い。そうであるとすれば、そのようなフレーズは未だ創作的な表現と認めるべきではないということになる。

たとえば、世界で最も歌われている「Happy Birthday to You」(作詞、作曲は Mildred J. Hill と Patty Smith Hill で「Good Morning to All」という曲が元になっている)の最初のフレーズ、「ソ、ソ、ラ、ソ、ド、シ」という 6 音をサンプリングしたとしよう(下記譜例参照)¹²³。このような単純なメロディーに創作性が認められるとなると、後続の作曲家の創作活動に支障を来す可能性が極めて高い。ここで留意すべきは、「ソ、ソ、ラ、ソ、ド、シ」という 6 音だけでなく、ト長調の「レ、レ、ミ、レ、ソ、ファ」やヘ長調の「ド、ド、レ、ド、ファ、ミ」も同じ旋律とみなされるため、異なる調(キー)で作曲した場合でも、原則として、この旋律を利用することができなくなるのである。

Happy Birthday to You



したがって、他人のサウンド・レコーディングのごく一部を自分のレコーディングに利用するサンプリングにおいては、原則として、1～2 小節で構成されるような短いフレーズには、よほど独創的なものでない限り、創作性を認めるべきではない。もちろん、前述したように、メロ

¹²² 渡部俊英[判批]知的財産法政策学研究 28 号(2010 年)228 頁。

¹²³ この曲の著作権は 2007 年 5 月 22 日をもって消滅しているため、ここではあくまでも仮定の事例として挙げるものである。

ディーはハーモニーやリズムに比べて、理論上の制約が少なく選択の幅は大きいため、創作性の判断においては、そのような事情を考慮する必要がある。したがって、創作性の判断においては、メロディーであれば要求される創作性の程度を比較的緩やかに、ハーモニーまたはリズムであれば要求される創作性の程度を比較的厳しく設定すべきである。

次に、サンプリング訴訟における類似性の判断基準について考察してみよう。類似性の判断においては、個々の表現を対比して創作的表現が再生されているか否かに着目する立場(部分比較アプローチという)¹²⁴と、両作品の全体を比較して判断する立場(全体比較アプローチという)¹²⁵が対立している。部分比較アプローチによると、著作権侵害となるためには、元の著作物の創作的な表現部分が再生されていれば十分であり、それ以上に元の著作物の全体が模倣されているかを問わない¹²⁶。一方、全体比較アプローチは全体の比較を重視するため、一部分が類似していても全体として異なると判断されると、著作権侵害は否定される。

ここで留意すべきは、音楽著作物に関する類似性の判断基準については、(1)楽曲全体を比較するアプローチ(全体比較アプローチ)、(2)楽曲全体は比較しないが、創作的表現と認められるフレーズの比較に際して、メロディー、ハーモニー、リズムという楽曲を構成する要素全体を考慮するアプローチ(構成要素考慮アプローチ)、(3)楽曲全体は比較しないが、創作的表現と認められるフレーズの比較に際して、メロディー、ハーモニー、リズムという楽曲を構成する他の要素を考慮しないアプローチ(部分比較アプローチ)の3種類があることである。まず、楽曲全体を比較するアプローチについて考えてみよう。

音楽著作物の裁判例では、放送局に勤務する被告が創作した曲「ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー」が既存の外国曲「The Boulevard of Broken Dreams」(邦題「夢破れし並木路」、ハリー・ウオレン作曲)に類似しているとして、複製権侵害の成否が争われた事案で、旋律にかなり似通った部分があるとしても、両著作物を全体として対比した場合、被告作品には日

¹²⁴ 田村・前掲注(24) 59 頁。梶山敬士弁護士はこの説を「創作性徹底説」を呼んでいる。梶山敬士「翻案の構造」知財管理 56 巻 2 号(2006 年) 211 頁。この説を採用したと思われる裁判例として、前掲東京高判[三島由紀夫一剣と寒紅控訴審](被告書籍の 1/26 が他人の著作物であった事例)、東京地判昭和 53.6.21 無体集 10 巻 1 号 287 頁[日照権事件](被告書籍 217 頁中、2 頁が他人の著作物であった事例)がある。駒田泰士「複製または翻案における全体比較論への疑問」『現代社会と著作権法—斉藤博退職記念』(2008 年) 304 頁、駒田泰士「著作物と作品概念との異同について」知的財産法政策学研究 11 号(2006 年) 145 頁、上野・前掲注(88) 28 頁、前田哲男「翻案の判断における比較の対象と視点」著作権研究 34 号(2007 年) 74 頁も参照。

¹²⁵ 橋本英史「著作権侵害の判断について(上)」判時 1595 号(1997 年) 27 頁、同/(下)判時 1596 号(1997 年) 11~12 頁。梶山敬士弁護士は「複製といえるような顕著な模倣については、部分であっても侵害を認めるべきであろうが、翻案は新たな創作性が増えられている分模倣の程度は減退しているのであり、作品全体の中に置かれた時、他の部分との関係で別の意味付けを与えられたり、模倣の印象を薄められたりすることは十分あり得ることであり、全体として非侵害と評価することが許される場合もあると考える」とし、これを限定的質量相関説と呼んでいる。梶山・前掲注(124) 211 頁。梶山敬士「翻案(侵害)の判断において考慮すべき諸事情」著作権研究 34 号(2007 年) 87 頁も参照。

¹²⁶ 田村・前掲注(24) 58-59 頁。

本歌謡調を示す旋律が挿入されていると判示して、著作権侵害を否定する判決がある(東京地判昭和43.5.13下民集19巻5-6号257頁[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー])¹²⁷。

また、被告作品「記念樹」が原告作品「どこまでも行こう」に類似しているとして、複製権侵害の成否が争われた事案で、裁判所は原告作品を4つ、被告作品を8つの部分に分けて、各フレーズを対比した結果、各フレーズの同一性が認められるとはいえないため、それらのフレーズによって構成されている原告作品のメロディーと被告作品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、著作権侵害を否定した判決がある(東京地判平成12.2.18判時1709号92頁[記念樹])。

これらの裁判例を見るとわかるとおり、音楽著作物に関する著作権侵害訴訟においては、裁判所は全体比較アプローチを採用しているといえよう¹²⁸。それでは、サンプリング訴訟における著作権侵害訴訟の判断基準としても、全体比較アプローチを採用するべきであろうか。答えは否である¹²⁹。

サンプリングは、オリジナル・レコードの一部分を採取して、加工・編集して新たに製作するレコードに利用するものである。したがって、サンプリング訴訟では、原告作品と被告作品が全体として実質的に類似しているケースは想定し難く、原告の請求が認められる可能性はほとんどないという事態になりかねない。このような帰結は、あまりに著作権者の利益を無視するものであり、妥当ではないだろう。また、裁判例を受けて生成されたサンプリングのライセンス市場における取引の実態ともかけ離れたものである。さらに、アメリカの裁判例でも、前述した *Tuff 'N' Rumble Management Inc. v. Profile Records Inc.*¹³⁰ 以外には、全体比較アプローチを採用した判決は見あたらない。したがって、サンプリング訴訟における類似性の判

¹²⁷ 本件の控訴審(東京高判昭和49.12.24昭和43(ネ)1124)と上告審(最判昭和53.9.7民集32巻6号1145頁)では、被告作品は原告作品に依拠して創作されたものではないという理由で著作権侵害を否定している。

¹²⁸ 全体比較アプローチは、創作的表現が共通する部分の量が少なく、創作性の高い部分に相違部分が多く存在すると権利侵害が否定されるところから、その趣旨は著作物市場における競合の可能性が低いものはあえて侵害とするまでもないというフェア・ユース的な発想があるものと推察されるという指摘がある。駒田・前掲注(124)「知的財産法政策学研究11号」151頁。また、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号(2001年)32頁は「利用の存否だけに着目し、利用の程度を問わない侵害判断を貫くと、背景の取込に見られるような些細な利用の場合に、処理に窮することはないだろうか」とし、上野・前掲注(88)49頁は「『創作的表現の共通性一元論』にしたがうと、他人の著作物の創作的表現がほんの少しでも残っていれば、権利制限規定の適用を受けない限り、少なくとも著作権法の解釈としては著作権侵害が否定されないことになる」と指摘する。

確かに、写り込みのような事案に対しては、このアプローチは有効かも知れない。しかしながら、前掲東京地判[記念樹]や前掲東京地判「ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー」のように、裁判所は創作的表現が共通する部分が決して少ないとはいえない事案においても、全体比較論を採用して著作権侵害を否定しているという現状を鑑みると、全体比較アプローチは提唱者の趣旨とは異なる運用が裁判所によって行われていることになる。

¹²⁹ 駒田・前掲注(124)「現代社会と著作権法—斉藤博退職記念」322頁は、「被告作品の一部にのみ模倣部分があつたとしても、当該部分の存在によって被告作品が成立している、もしくは何か特別な効果が(わずかで)生まれているとすれば、当該模倣は原告著作物が有する感覚的・機能的効果の冒用であり、客観的にみて利用の意図があつたと認めてよい。そしてその種の利用からも著作権者に対価を還流させるのが、現行法の解釈として素直な結論ということになる」と部分比較アプローチを採用すべきとする。

¹³⁰ *Tuff 'N' Rumble Management Inc. v. Profile Records Inc.*, 42 U.S.P.Q.2d 1398 (S.D.N.Y. 1997).

断については、両作品の全体を比較するのではなく、創作的表現が認められるフレーズを比較して判断すべきである。

次に、楽曲全体は比較しないが、創作的表現と認められるフレーズの比較に際して、メロディー、ハーモニー、リズムという楽曲を構成する要素全体を比較するアプローチについて考えてみよう。裁判例としては、原告作品はハーモニー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であるとし、ハーモニー、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た結果、結論として編曲権侵害を認めたものがある（東京高判平成 14.9.6 判時 1794 号 3 頁〔記念樹控訴審〕）。

部分比較アプローチによると、利用されたメロディーが創作的表現と認められるフレーズであれば、ハーモニー、リズム、形式といった他の要素を考慮する必要はないということになる。通常の楽曲は、メロディー・ハーモニー・リズムという 3 要素から構成されているものであるが、メロディーだけでも独立した著作物として成立する。したがって、原告作品のメロディーを被告作品に再生されていれば複製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部分比較アプローチの解釈は十分成り立ちうる。

しかしながら、通常の楽曲はメロディーと共に作曲者によってハーモニー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。同じメロディーでもハーモニーやリズムの選択の相違によっては、曲想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。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と解するのが妥当である。結論として、構成要素考慮アプローチを採用すべきということになる。

ただし、メロディーに比べてハーモニーやリズムの位置付けは低いものになるので、メロディーに同一性が認められる場合、ハーモニーやリズムの相違によっ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。特別な場合とは次のような例である。メロディー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 4 分の 3 拍子で短調、複雑なハーモニーを使っており、B 曲は 4 分の 4 拍子で長調、ハーモニーも単純なものだとすると、その曲調や曲想はかなり異なるものとなり、A 曲を聴いた人が B 曲を聴いても、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¹³¹。もちろん、これは稀な例であるし、メロディーがまったく同一であれば、いかにハーモニー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、ハーモニーやリズムはメロディーに依存して付けられるものなので、キーとなる調とメロディーの構成によっ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、メロディーが特定されれば、ハーモニーの選択の幅は無限ではなく、かなり狭いものとなる。ハーモニーの比較に際して注意すべきは、ハーモニーの派生形であるテンションノートの付加や分数コードさらに経過和音等を、差異が低度のもものと認識しなければならないことである。ハーモニーの種類や数のみで比較するのではなく、元のハーモニーと置換されたハーモニーとの関係にも留意する必要がある。

¹³¹ Repp v. Lloyd Webber, 947 F. Supp. 105 (S.D.N.Y. 1996).

最後に、著作権侵害と認められるための類似性の程度について考察してみよう。サンプリングはコンピュータを利用する技術であるため、採取した音の高低や速度を自由に変えることができる。したがって、創作的表現と認められるメロディーやハーモニー、リズムがサンプリングされても、それに変更が加えられてレコーディングされる場合が問題となる。結論からいえば、短いフレーズに関しては、少し変更したもので著作権者に権利を独占させることは、新たな創作活動に支障を来す可能性が高いため、権利範囲を広く認めるべきではない。

音楽の裁判例ではないが、前述の[交通標語事件]では、原告作品「ボク安心 ママの膝より チャイルドシート」と被告作品「ママの胸より チャイルドシート」の類似性が問われたが、裁判所は対句的に使われている部分はないこと、チャイルドシートの装着を促進する標語においてチャイルドシートという語が使われることはごく普通であること、ママが抱くよりもチャイルドシートの方が安全というのは基本的にアイデアであること、表現上、「膝」と「胸」は明らかに違うこと等を理由として、両者の類似性を否定した。この判決は、短いフレーズの独占を著作権者に認めると、後続の創作活動に支障を来すことを配慮したものといえるだろう¹³²。

また、前掲東京地判[記念樹]で裁判所は、原告作品のフレーズ「ソソラーソファーソラソーミド」と被告作品のフレーズ「ソソラーソファーソラソーミレド」については、末尾の音階の変化を除いて、その音階の変化は同一であるのかかわらず、類似性を否定した¹³³。このような些少な相違(唯一の音階の変化も経過音の有無の相違である)を根拠に類似性を否定したことは注目に値する。さらに、前掲東京地判[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー]も原告作品と被告作品との間には類似性は認められないとして、著作権侵害を否定している。

これらの裁判例は、類似性の判断基準について高度な類似性を要求する *difficult to infringe* のアプローチを採用しているといえるだろう。このアプローチを採用する一つの理由として、文学作品と異なり、音楽の著作物は表現が少し異なるだけで代替性を失うことが多く、保護範囲を狭くしても権利者に与える影響が少ないため、創作活動のインセンティブは失われないことが指摘されている¹³⁴。確かに、音楽のフレーズは少しだけでも音の高低や長さを変化させると、オリジナル曲のフレーズと異なる印象を与えることが多い。サンプリングで利用されるような短いフレーズであれば尚更である。したがって、サンプリング訴訟における類似性の判断基準としては、高度な類似性を要求すべきであろう。

ただし、音楽の構成要素であるメロディー、ハーモニー、リズムについて、すべて同じレベルの類似性を要求すべきではない。楽曲の核心となるメロディーは、少々の音の高低や長さの変化に対しては耐久性が強いために、代替性が失われないことが多い¹³⁵。これは、Frank Sinatra の「My Way」や Bing Crosby の「White Christmas」等のスタンダード曲を別のアーティ

¹³² 前掲東京地判[交通標語事件]を担当した飯村敏明判事は飯村・前掲注(86)217頁で、同判決について「判決は、論理的に書いていますが、その背後には、ごく短い文章については、少しを変えたもので独占することには、弊害がある点を考慮した判断であることがご理解いただけると思います」と述べている。

¹³³ 裁判所は「フレーズCとフレーズgは、末尾の2音「ミド」(フレーズC)と3音「ミレド」(フレーズg)を除いて、その音階の変化は同じであり、この点で相当程度類似しているといえることができるが、同一の音階の中にあっても、音符の数及び長さは異なっている上、右のとおり末尾の音階も異なっているから、これらのフレーズに同一性があるとまでいうことはできない」と判示した。

¹³⁴ 田村・前掲注(24)76頁。

¹³⁵ KOHN & KOHN, *supra* note 50, at 1484 は、ポピュラー音楽の主題であるソロ部分はしばしば曲の核心であり、もっとも印象的なものとなりやすいため、サンプリング部分がソロの一部であり、それが元曲を認識できるものであれば、著作権侵害を構成するだろうとする。

ストがカバーする場合に、メロディーを多少崩して歌唱しても、容易にオリジナル曲を想起できることから理解できるだろう。一方、ハーモニーやリズムはメロディーよりも耐久性が弱い
ため、サンプリング部分を少し変化させただけで、代替性が失われることが多い。

また、ギターやベース、ドラムスなどの伴奏のリフについても、前二者はハーモニーの、後者はリズムの制約を受けるため、メロディーよりも耐久性が弱く、創作の自由度が低い。したがって、類似性の判断基準として高度な類似性を要求すべきである。有名なギターのフレーズを例にして説明してみよう。下記の譜面は、オールマン・ブラザーズ・バンドの「One Way Out」(作詞・作曲:Elmore James/Marshall Sehorn/Sonny Williams)という曲のギターのフレーズである。譜面を見ればわかるとおり、ブルース調のフレーズであり、シンプルであるが、とても耳に残るリフである。

One Way Out



このフレーズの和音はA(A・C#・Eの3音から構成)であり、リフもA、G、E、Cの4音で構成されているシンプルなものである。この曲はオリジナル作品ではなく、実は Sonny Williamson のカバー曲である。この曲のギターのフレーズは以下のとおりである。譜割と構成音がかなり似ているのがわかるだろう。この2曲はオリジナルとカバーという関係であるので、フレーズが似ているのは当然であるといえる。

One Way Out



ただし、この 2 曲のギターのフレーズに類似するリフには枚挙に暇がない。次のギター譜は、Shredded Heat (作曲:Richard Monsour、演奏:Dick Dale) というインストルメンタル曲であるが、オールマン・ブラザーズ・バンドの「One Way Out」のギターリフと聴き比べると、かなり似ていると感じることだろう。

この曲はキーがメジャーE(ホ長調)であり、「One Way Out」のキー(メジャーA)と異なるので、譜面は違って見えるかもしれないが、この 2 小節のリフの内、1 小節目の音は同一であり(ただし、2 拍目はEとBの 2 音になっている)、2 小節目は 7 音中、4 音が同一である。また、譜割もほとんど同じである。

Shredded Heat



次のギター譜は、「Baby I Love You」(作詞・作曲:大江慎也)という楽曲のイントロ部分で使われているフレーズで、The Roosters というバンドが演奏しているものである。このフレーズもオールマン・ブラザーズ・バンドの「One Way Out」と音の飛び方や譜割、あるいはプリング・オフ(演奏技法のひとつで、指板上の指で弦を引っ搔いて演奏すること)の箇所がかなり似ている。ただし、両曲を聴き比べると、曲の印象が意外と異なっていることに気が付くだろう。これは、「One Way Out」のギターリフがすべて単音で構成されているのに対して、「Baby I Love You」は 2 音弾きを多用しており、コード感をかなり全面に押し出していることに起因している。このように単音弾きか 2 音弾きか、あるいはコード弾きかによって曲の印象が大きく異なるということがバッキングの特徴である。

Baby I Love You



次のギター譜面は、Sassy Lady (作詞・作曲: Joseph Modeliste/Arthur Neville/Leo Nocentelli/George Porter) という曲である(演奏は The Meters)。このフレーズもオールマン・ブラザーズ・バンドの「One Way Out」と音の飛び方や譜割がかなり似ている。また、すべて単音で構成されている点も同じである。ただし、2小節目のリフが冒頭のリフのEの音に向かって下降している点が「One Way Out」と異なるため、全体の印象はほかの曲に比べると異なって聴こえるだろう。

Sassy Lady



次のギター譜は、Fudgy the Whale (作詞、作曲: Judah Bauer/Calvin Johnson/Russell Simins/Jonathan Spencer) という曲である(演奏は Dub Narcotic Sound System Meets The Jon Spencer Blues Explosion)。譜面を見るとわかるとおり、ほかの曲と比べてかなり譜割や構成音が異なっている。実際に2つの曲を聴き比べても、まったく違うフレーズという印象を持つだろう。

Fudgy the Whale



このように伴奏のリフは構成音(和音に依存する)や運指(物理的な指の幅に依存する)の制約があるため、リフの権利範囲を広くすると、後続のクリエイターの創作に大きな支障を来すことになる。したがって、ギターやベース、キーボードなどの伴奏のリフについても、権利侵害の判断基準としては高度な類似性を要求すべきである。結論としては、メロディーであ

れば要求される類似性の程度を比較的緩やかに、ハーモニーやリズム、伴奏のリフであれば要求される類似性の程度を比較的厳しく設定すべきということになる。

本稿が提案するアプローチ

著作物成立の判断基準	高い創作性 (<i>difficult to copyright</i>)	
類似性の判断基準	メロディー	高度な類似性 (<i>difficult to infringe</i>)
	ハーモニー・リズム	かなり高度な類似性 (<i>very difficult to infringe</i>)
	伴奏のリフ	かなり高度な類似性 (<i>very difficult to infringe</i>)

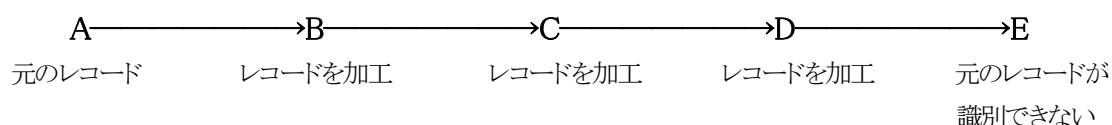
第4款 レコードのサンプリングについて

次に、レコードと実演の著作隣接権侵害訴訟において、具体的にどのような判断基準を採用すべきかを考察してみよう。前述の通り、アメリカ法はサウンド・レコーディングを著作権の客体とし、創作者に著作権を付与することによってこれを保護している。一方、日本法は実演とレコードを著作隣接権の客体とし、実演家とレコード製作者に著作隣接権を付与することによってその実演やレコードを保護している。日本法の下でサンプリング問題を考察する際には、この両者の相違を常に念頭に置く必要がある。

1. レコードの保護範囲

著作権法は、レコードについて「蓄音機用音盤、録音テープその他の物に音を固定したもの（音をもつばら影像とともに再生することを目的とするものを除く。）をいう。」（2条1項5号）と定義し、さらにレコード製作者について「レコードに固定されている音を最初に固定した者をいう。」（2条1項6号）と定義している。

レコード製作者の複製権は、あくまでもそのレコードの利用行為に及ぶものであり、歌真似（sound-alike）が収録されたレコードには禁止権は及ばない。つまり、レコードの保護はオリジナルの実演やレコードを物理的に利用しない限り及ばないが、逆に言うと、レコードの成立要件として創作性を要求していないので、元のレコードの物理的な連鎖が続いている限り及ぶことになる（下図参照）。このような見方に基づくと、著作隣接権制度はルート主義を採用しているといえよう。この論理は、A がレコード製作者として負担する多大な労力と投資を保護するため、いわゆるフリー・ライドを防ぐためという理由によって正当化されうる。



しかし、1971 年に導入された著作隣接権制度のルート主義に対しては、現代のデジタル社会に基づいた視点で再考察する必要がある。つまり、デジタル技術の発達により、誰もが容易にレコードをデジタル加工して、新しい創作物を作成できるようになったという事実を法の解釈に反映させる必要がある。なぜなら、著作権法は文化の発展に寄与することを目的としており、サンプリングによって多様なレコードが製作されることはまさに法の目的と合致するからである。

ルート主義の論理の下では、E の手元にあるレコードがもはや元のレコード(A の時点)の原型を留めないほどに変形している場合でも、E の利用行為に対して、A の禁止権が及ぶことになる。A の製作したレコードの一部を B や C、D が加工したとしても、元の音を利用している限り、A のレコードは保護されるからである。確かに A のレコード製作のインセンティブを確保するために、元のレコードの加工行為やその複製・譲渡行為に対しては、原則として禁止権を及ぼすべきであるが、もはや原型を留めないような E のレコードに対してまで禁止権を及ぼすことは妥当ではない。

これは次の 4 つの理由によって正当化される。

第一に、もはや元のレコードと認識できないほどに変形されている場合、A のレコードの市場(ライセンス市場を含む)は害されないと解されるので、A に対する法的な保護は不要である。この理由に対しては、市場(ライセンス市場を含む)は本来、法が決めるものであり、A の市場を実際に現在展開されている市場に限定するのはおかしいという批判があるかもしれない。しかしながら、現実問題として、元のレコードが認識できないレコードを対象とする市場が形成されることはない(市場の失敗)。仮に技術的に元のレコードを探知することを可能とするソフトウェアが開発されたとしても、取引コストが増大するだけで、外部性を上回るほどのレコード製作に対するインセンティブが向上するとは考えられない。

第二に、今日のデジタル技術の発展の下で、ルート主義を貫徹すると、技術の進展によってミュージック・サンプリングという安価で高品質の音楽の新しい制作手法が可能となり、サンプリング技術の普及によってもたらされる便益を社会が享受することができなくなる。ひいては、著作権法の目的である文化の発展に寄与することに悖る結果になりかねない。ヒップホップやラップ・ミュージックがデジタル・サンプリングという新しい技術を背景に登場し、現在では音楽市場の重要な地位を占めることになったという事実を軽視してはならない。

第三に、ルート主義を貫徹すると、権利侵害に気づくことが不可能な場合あるいは著しく困難な場合にも侵害になってしまうことから、取引の安全性を著しく害することになる¹³⁶。前述した Bridgeport 事件は、原盤のライセンスを受けた被告の映画会社が当該原盤に無断サンプリングした部分が含まれていたことに気づかなかつたために起きた事案である。このようなケースで元のレコードが認識できないライセンシー(E)に対して、権利者(A)が差止請求権を行使できるという結論は、あまりに E に対して酷であろう。

通常、ライセンス契約には「第三者よりライセンシーに対して、本件原盤について何らの権利の主張または異議の申立てがなされた場合、ライセンサーは自己の責任と費用負担をもってこれを解決し、ライセンシーに一切の迷惑や負担を及ぼさないことをここに保証する」という保証条項が規定されるため、E は D に対して、損害賠償を請求できるケースが大半であろうが、D が無資力の場合には E は救済されないし、委縮効果によるレコードの利用控えも無視できない。

¹³⁶ McLEOD & DICOLA, *supra* note 10, at 12.

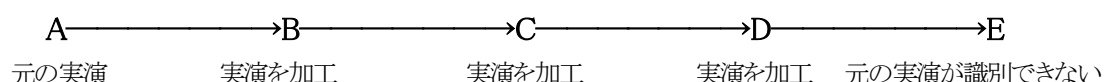
第四に、消極的な理由として、もはや誰も認識し得ないような原型を留めないレコードに対して、オリジナルのレコード製作者が禁止権を行使できないこととしても、レコード製作に対するインセンティブは減却しないことが挙げられる。レコード製作者は、オリジナル・レコードの原型を留めないようなレコードの使用に対するライセンスによる収入を見込んでレコード製作を行っていないだろう。そもそも波形を詳細に調べなければわからないようなサンプリングに対して、ライセンス収入を期待することは通常考えられないからである。

上記の理由により、結論として、サンプリングしたフレーズが元のレコードを識別できる程度に再現されている場合は、たとえそのフレーズに創作性がなかったとしても、著作隣接権（レコード製作者の複製権）の侵害となり、反対に、もはや元のレコードが識別できないほどに変容している場合は、著作隣接権の侵害とならないと解すべきである¹³⁷。

2. 実演の保護範囲

著作権法は、実演とは「著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること（これらに類する行為で、著作物を演じないが芸術的な性質を有するものを含む。）をいう。」（2条1項3号）と定義し、さらに実演家とは「俳優、舞踊家、演奏家、歌手その他実演を行なう者及び実演を指揮し、又は演出する者をいう。」（2条1項4号）と定義している。

実演の録音権は、あくまでもその実演の利用行為に及ぶものであり、歌真似（sound-alike）が収録された実演には禁止権が及ばない。つまり、実演の保護はオリジナルの実演を物理的に利用しない限り及ばないが、逆にいうと、実演の成立要件として創作性が要求されていないので、レコードと同様に、元の実演の物理的な連鎖が続いている限り及ぶことになる（下図参照）。この論理は、テクノロジーの発展によって生じる対価徴収機会の喪失を防ぎ、実演の提供に対するインセンティブを確保するためという理由によって正当化される。



しかし、著作隣接権制度のルート主義に対しては、現代のデジタル社会に基づいた視点で捉え直さなければならないだろう。つまり、デジタル技術の進展により、誰もが容易に実演をデジタル加工して、新しい創作物を作成できるようになったという事実を法の解釈に反映する必要がある。

ルート主義の論理の下では、Eの手元にある実演がもはや元の実演（Aの時点）の原型を留めないほどに変形している場合でも、Eの利用行為に対して、Aの禁止権が及ぶことにな

¹³⁷ 田村・前掲注(24) 523 頁、532 頁。安藤和宏『インターネット音楽著作権 Q&A』（リットーミュージック・2003 年）59 頁。一方、このような見解に対し、作花文雄『著作権法 制度と政策（第3版）』（発明協会・2008 年）167 頁は、「複製権や翻案権などが働くか否かは、サンプリングの結果、作出された音において、元のレコードや実演（又は楽曲）の本質的な特徴を感得し得るか否か、元のレコードや実演（又は楽曲）のどの程度の割合のものが利用されているか等の観点から判断されるものと思われる。」とする。しかしながら、前述したとおり、レコード・実演と著作物である楽曲とでは権利成立要件が異なり、権利侵害に関して同一の判断基準を採用することは妥当ではない。そもそも創作性ではなく音の固定を権利成立要件とするレコードに関して、本質的な特徴なるものが存在するかの疑問である（実演に関しても同様である）。

る。確かに A の実演のインセンティブを確保するために、元の実演の加工行為やその録音・録画行為に対しては禁止権を及ぼすべきであるが、もはや原型を留めないような E の手元にある実演に対してまで禁止権を及ぼすことは妥当ではない。これには、レコードの保護範囲の節で挙げた 4 つの正当化理由がそのまま当てはまる。

したがって、結論として、サンプリングしたフレーズが元の実演を識別できる程度に再現されている場合は、たとえそのフレーズに創作性がなかったとしても、著作隣接権(実演家の録音権)の侵害になり、反対に、もはや元の実演が識別できないほどに変容している場合は、著作隣接権の侵害にならないと解すべきである¹³⁸。

また、この結論は実演家の同一性保持権とも平仄が合うことになる。自分の実演が識別できないほど変容された場合、名誉・声望が害されたとはいえないため、同一性保持権の埒外になるからである。一方、準創作的行為を行っていることを実演家に対する権利付与の正当化根拠にする説では、実演に準創作的表現が表れているか否かが保護範囲のメルクマールとなるが、準創作的表現が表れている実演とは一体何かという難題をクリアしなければならない。

第 9 巡回区連邦控訴裁判所が下した Newton 判決と第 6 巡回区連邦控訴裁判所が下した Bridgeport 判決は、アメリカの音楽業界に大きな衝撃を与えた。特に、実質的類似性や *de minimis* 法理による判断は不要であり、他人のサウンド・レコーディングを使用したか否かという *bright-line test* によって判断すると判示した Bridgeport 判決は、これまでの法律解釈を覆すものとして、大きな議論を巻き起こした。

一方、日本では、これまでサンプリングを巡る訴訟が提起された例はないが、今後、訴訟提起の可能性は低いとはいえない。サンプリングを利用したレコードは、数多くリリースされており、サンプリングを利用して製作された加藤ミリヤのアルバム・レコード「Best Destiny」はオリコンチャートで 1 位を獲得している。また、前述したように、日本ではサンプリングの権利処理実務がアメリカのように十分に確立していないため、見切り発車的にサンプリングを利用してレコーディングするアーティストも存在する。日本におけるサンプリング問題に関する今後の議論の深化を期待したい。

¹³⁸ 田村・前掲注(24)523 頁、532 頁。安藤・前掲注(137)59 頁。

第5章 模倣録音物と不法行為

前章ではレコードの保護範囲について分析・検討したが、本章ではオリジナル・レコードの保護が及ばない模倣録音物と不法行為の関係について考察する。具体的には模倣録音物をコマーシャルに利用する行為が、オリジナル・レコードに実演が収録されているアーティストのパブリシティ権を侵害するかという問題について分析・検討する。これまで述べてきたとおり、著作権法上、レコードの音を複製しない限り、その模倣録音物を作成してもオリジナルのレコードや実演の権利侵害に問われることはない。しかしながら、オリジナルの歌唱を模倣する場合にはオリジナルのアーティストが持つパブリシティ権との抵触が問題となる。この問題についても、アメリカでは裁判例と学説が蓄積されているため、アメリカ法を比較法として分析した後で、日本法の下での考察を行うこととする。

第1節 序論

最近、往年の洋楽ヒット曲が頻繁にコマーシャルに使用されている。当時を思い浮かべて懐かしく聴いていると、時々、違和感を持つことがある。この違和感の原因は、オリジナル・バージョンではなく、コマーシャルのために新たに制作された他の歌手によるカバー・バージョンが流れていたことによるものだ¹。よく聴くと、オリジナルと間違えるほどよく似せて作ってあることがわかる。なぜ、オリジナル音源を使用せず、わざわざオリジナル・アーティストの歌唱を真似て、新しい音源を制作するのだろうか。

これには2つの理由がある。第一に、オリジナル音源のライセンスを受けて使用するよりも、新しく音源を制作した方が安上がりだからである。洋楽曲の場合、音源使用料の相場は1クール(3ヶ月)で2万ドル、1年間で6万ドルである。誰でも知っているようなヒット曲の場合、1年間で10～15万ドルすることもある。また、CM制作会社としては、レコード会社からライセンスを受けて、オリジナル音源を使用するよりも、コマーシャル用の音源を制作した方がビジネス上、魅力的といえる。前者は選曲料とライセンスの交渉料しかもらえないが、後者は音源制作費としてまとまった金額が入るので、利益が大きいのである。

第二に、オリジナル音源の使用許諾が下りなかったことが理由として挙げられる。実際には、このケースの方が圧倒的に多い。というのも、通常、広告主はオリジナル音源をコマーシャルに使用することを好むからである。意外に思われるかも知れないが、日本のレコード会社はオリジナル音源がコマーシャルに使用されることに対して好意的である。なぜなら、コマーシャルによって宣伝効果が生じ、レコード売上げの増加に結びつくからである。したがって、レコード会社はCM制作会社や広告代理店に対して、テレビ・コマーシャルに曲名とアーティスト名をクレジットするように要求することが多い。

では、なぜオリジナル音源の使用許諾が下りないケースがあるのだろうか。それは、オリジナル・アーティストがコマーシャルによる歌唱・演奏の使用を断っているからである²。

¹ 2007年11月4日の産経新聞によると、サントリーのチューハイ「アワーズ」のテレビCMに使われたイギリスのポップ・デュオ、バグルスの「ラジオ・スターの悲劇」(1979年)や、日産自動車の高級ミニバン「エルグランド」のテレビCMで使われた「ゴールドフィンガー」(1964年。映画「007/ゴールドフィンガー」のテーマ曲。オリジナルはシャーリー・バッシュー)、森永製菓の「ウイダーinゼリー」で使われたイギリスのロックバンド、ナックの「マイ・シャローナ」(1979年)などがそっくりバージョンであると指摘されている。

² ライセンス料で折り合いがつかず、オリジナル音源の使用を断念するというケースも理論上は想定される

ABBA やエルビス・コストロ、ニール・ヤングなどのように、自分の歌唱や演奏は絶対にコマーシャルに使用させないというポリシーを持っているアーティストは意外と多い³。また、化粧品やアルコール飲料、タバコのコマーシャルには自分の歌唱・演奏を使用させないというアーティストも少なくない⁴。このようなアーティストのオリジナル音源は、コマーシャルに使用できないので、CM 制作会社は苦肉の策として、他のミュージシャンを起用してそっくりさんバージョンを制作し、テレビやラジオで放送するのである。

しかし、オリジナル・アーティストの中には、自分の歌声を模倣されたことに憤慨する者もいるだろう。特に上記のようなポリシーを持っているアーティストであれば尚更である。また、コマーシャルは、歌唱している有名人が商品やサービスを推奨(endorsement)するという効果を一般に持っているので、広告主は歌唱していると誤認されるオリジナル・アーティストの顧客吸引力を間接的に利用しているということもできよう。オリジナル・アーティストが広告主に対して、彼らに支払うべき報酬を払わずに不当な利得を得ているのではないかと主張するのも、このような理由からである。

この問題は、アメリカではかなり以前から発生しており、多くの裁判例や論稿が存在する。本章では、有名人の歌声に対する法的保護について、アメリカにおける有名人の歌真似(sound-alike)に関する訴訟の分析を通して、米国法のアプローチを分析し、日本法の下でレコードの権利と不法行為の関係について考察する。次節では、アメリカにおける有名人の歌真似に対する法的保護について見ることにしよう。

が、通常は、楽曲のライセンス料(シンクロ料)と音源のライセンス料は同額であるため、音源使用料だけが折り合いがつかないというケースは、実際にはほとんどない。

³ ニール・ヤングは、「This Note's for You」という曲で「ペプシのために歌わない、コカ・コーラのために歌わない、誰のためにも歌わない、なぜなら間抜けに見えるから」とミュージシャンのコマーシャル出演を痛烈に批判している。

⁴ 化粧品のコマーシャルでの歌唱・実演の使用を断るアーティストの多くは、商品開発のための動物実験に反対する熱心な動物愛護家である。アルコール飲料とタバコについては、アルコール中毒者やニコチン中毒者を生じさせているという企業批判がその理由であり、そのような社会問題を憂慮するアーティストがコマーシャルによる実演の使用を拒絶することが多い。

第2節 有名人の歌声に対する法的保護

第1款 パブリシティ権による保護

一般に、芸能人やスポーツ選手等の有名人は、その社会的評価、名声、印象などが商品やサービスの宣伝や販売促進に望ましい効果(これを顧客吸引力、グッドウィルという)を与える場合には、そのような使用に対して、自己の氏名や肖像等をコントロールする権利を持っている。これをパブリシティ権という。

アメリカにおけるパブリシティ権は、判例によって形成されてきたコモン・ロー上の権利であり、不正競争法理の一類型として位置づけられている⁵。事実、アメリカ法律協会が1995年に公表した不正競争(第三次)リステイトメントにおいても、パブリシティ権に関する条文が盛り込まれており、その46条においては、人の氏名、肖像、その他の特徴(indicia)を無断で商業目的のために使用することによって、人のアイデンティティーの商業的価値を冒用する者は法的責任を負うと規定し、その権利内容の枠組みを示している。

アメリカで最初にパブリシティ権を認めた判決は、1953年の *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum*⁶である。これは、有名な野球選手の写真を独占的に使用できる契約を締結していたチューイングガムの製造・販売会社が、無断でこの選手の写真を自社の商品の宣伝広告に使用した競業会社に対し、訴訟を提起したという事件である。

第2巡回区連邦控訴裁判所は、「この権利は“パブリシティ権”と呼びうるものかもしれない。なぜなら、多くの著名人(特に俳優と野球選手)は、彼らの肖像が人目に触れることによって感情が傷つけられることは決してなく、新聞、雑誌、バス、列車や地下鉄で展示される許可を与えた宣伝広告の対価として、もはや金銭が受け取れない場合に苦痛を覚えるということは、常識であるからだ。このパブリシティ権は、他の広告主による彼らの写真の使用を禁止する排他的権利の対象とならない限り、金銭を生み出すことは通常ないのである」と述べて、野球選手の写真に財産的価値があること、さらにそれを保護するために写真の利用について排他的権利を認めることの妥当性を指摘した⁷。

その後、パブリシティ権を認める裁判例が相次いで出されることとなり、カリフォルニア州のように制定法でパブリシティ権を保護する州も現れるに至った。現在では、カリフォルニア州を含め、18の州が制定法によってパブリシティ権を保護している。しかし、パブリシティ権の保護対象の範囲や保護のレベルは州によって大きく異なっている。たとえば、ニューヨーク州法では保護対象を「氏名、肖像、写真」に限定しているのに対し⁸、カリフォルニア州法は「氏名、声、サイン、写真、または肖像」と規定しており⁹、ニューヨーク州に比べてその保護範囲は広い。

⁵ アメリカ法につき、茶園成樹=小泉直樹「アメリカ不正競争法リステイトメント試訳(6)」民商法雑誌 112 巻 3 号(1995 年)464-482 頁、新井みゆき「物のパブリシティ権」同志社法学 52 巻 3 号(2000 年)162 頁、豊田彰『パブリシティの権利(II)』(日本評論社・1995 年)1-130 頁、内藤篤=田代貞之『パブリシティ権概説(第2版)』(木鐸社・2005 年)49-108 頁。

⁶ *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

⁷ *Id.* at 868.

⁸ New York Civil Rights Law § 50-51.

⁹ Cal. Civ. Code § 3344 (a). なお、カリフォルニア州は制定法で唯一、人の声をパブリシティ権の保護対象として規定している州である。

ニューヨーク州法が規定しているように、従来、パブリシティ権の保護対象は氏名と肖像であったが、その外延はサイン、ニックネーム、声、フレーズ等、本人を識別・特定できるものに次第に拡大している¹⁰。前述した不正競争(第三次)リステイトメント46条のコメントdにおいても、制定法の規定を欠く場合には、他人の声や演技的特徴(performing persona)、それらの模倣は、商業目的のための使用であれば、パブリシティ権の侵害となるだろうと述べられている。

確かに、パブリシティ権の財産的価値に着目すれば、その保護対象を氏名と肖像に限定する必然性はない。有名人のサイン、ニックネーム、声、フレーズ等が個人のアイデンティティとして財産的価値を持ち、保護法益が認められるのであれば、これらも保護対象に加えるべきである¹¹。したがって、有名ミュージシャンの歌声や演奏も、本人を識別できるほど顕著な特徴を持つ場合は、パブリシティ権の対象となりうる。たとえば、ジェームス・ブラウンの大ヒット曲「Get Up (I Feel Like Being Like A) Sex Machine」の中のフレーズ「Get Up!」は、あまりに有名なシャウトであり、パブリシティ権の保護対象となりうるものであろう。

ただし、有名人の物真似や歌真似がパブリシティ権の保護対象となるかは、州によって大きく異なり、裁判所はこれまでこの問題に対し、慎重な姿勢を取ってきた。その理由としては、①制定法が有名人の物真似や歌真似を保護の対象として明記していないこと、②パブリシティ権による保護が連邦著作権法による保護と衝突する可能性があること、が挙げられる。前者については、条文解釈によって解決できる問題であり、必ずしも大きな障害になるとは限らないが¹²、後者については、論理的な正当化が必要となる。この問題はいわゆる専占といわれるものであり、米国法が有する独特な法律問題なので、ここで少し詳しく解説しよう。

前述したとおり、パブリシティ権はコモン・ロー上の請求権であるため、連邦法である著作権法との関係が問題となる¹³。すなわち、連邦著作権法は、有名人に対してコモン・ロー上の権利であるパブリシティ権を与える州法に優越するかという問題である¹⁴。著作権法301条は、著作権の保護対象に関して、106条に定める著作権の一般的範囲内の排他的権利に相当するコモン・ローまたはエクイティに基づく権利を創設する州法は、連邦著作権法に専占さ

¹⁰ カリフォルニア州民法3344条も、1971年の制定時は「氏名、写真、肖像」を保護対象と規定していたが、1985年の改正法によって声とサインが追加された。裁判例としては、著名なカー・レーサーが乗る目立つデザインを施したレーシング・カーが保護対象として認定された *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974)や、有名なコメディアン兼司会者の Johnny Carson の番組「Tonight Show」での登場フレーズである「Here's Johnny」が保護対象として認定された *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983)等がある。

¹¹ 不当な利得の防止や公衆の詐欺的なビジネス手法から守るために、パブリシティ権は氏名と肖像に限定するべきではないという主張もなされている。See Leonard A. Wohl, *The Right of Publicity and Vocal Larceny: Sounding Off on Sound-alikes*, 57 *FORDHAM L. REV.* 445, 460-461 (1988).

¹² クリスチャン・ディオールがケネディー大統領の未亡人であるジャックリーン・オナシスのそっくりさんをそのコマーシャルに出演させた事件で、ニューヨーク州最高裁判所は他人の顔を表現するためにそっくりさんの顔を使うことは「肖像または写真」という州法の定義に含まれると判示して、オナシスのパブリシティ権の主張を認めた。 *Onassis v. Christian Dior*, 472 N.Y.S.2d 254 (Sup. Ct. 1984).

¹³ アメリカの連邦著作権法と州法との関係、特に専占の問題については、会沢恒「アメリカ著作権法と連邦制の交錯」『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣・2008年)391頁を参照のこと。

¹⁴ 有名人の氏名や肖像等は著作権の対象要件を満たさないとして専占を否定した裁判例として、本論文で取り上げる裁判例の他に、*Toney v. L'Oreal USA, Inc.*, 406 F.3d 905 (7th Cir. 2005)、*Brown v. Ames*, 201 F.3d 654 (5th Cir. 2000)などがある。

れると規定している。したがって、そのような権利が州法によって創設された場合は、連邦法が救済の唯一の根拠となり、原告は州法に基づいて請求権を行使することができない。

第 301 条 他の法律に対する優先的適用

- (a) 著作者が作成した作品が有形的表現媒体に固定され、かつ、第 102 条または第 103 条に規定されている著作権の対象となっている場合(その日前に創作されたかその日後に創作されたかを問わず、また、発行されているか発行されていないかを問わない)、当該作品に対する第 106 条に規定されている著作権の一般的範囲内の排他的権利に相当するコモン・ローまたはエクイティに基づくすべての権利は、1978 年 1 月 1 日以後は、本編の排他的な規制を受ける。その日から、いかなる者も、コモン・ローまたは州の制定法に基づく上記作品に対する上記の権利またはこれに相当する権利を享有することができない。
- (b) 本編のいかなる規定も、以下に掲げるものについて、コモン・ローまたは州の制定法に基づく権利または救済を無効としまたは制限しない。
- (1) 第 102 条および第 103 条に定める著作権の対象とならない対象物(著作者が作成した作品であって有形的表現媒体に固定されていないものを含む)。
 - (2) 1978 年 1 月 1 日より前に開始された事業から生ずる請求原因。
 - (3) 第 106 条に定める著作権の一般的範囲内の排他的権利に相当しないコモン・ローまたはエクイティに基づく権利を侵害する活動。
 - (4) 第 102 条(a)(8)に基づき保護される建築著作物に関する州および地域の境界標識、史跡保存、区画規制または建築法規。

著作権法の権威である Nimmer 教授は、有名人の歌真似の訴訟では連邦法である著作権法が州法に専占するため、原告である有名人はパブリシティ権の主張を行うことは許されないとする¹⁵。Nimmer 教授は、著作権法 114 条(b)の規定と立法経緯を重視し、連邦議会が実演を模倣したサウンド・レコーディングの創作を禁止する意図を持っておらず、パブリシティ権の主張を認めることは連邦議会の意思に反するというのである¹⁶。

確かに、下院報告書には「114 条(b)が明確にしているのは、サウンド・レコーディングに対する制定法上の保護はサウンド・レコーディングを構成する特定の音だけに及ぶものであり、これらの音を真似して実演を別に収録することに対しては及ばないということである。」と記載されているため、Nimmer 教授の主張には一定の説得力がある¹⁷。ただし、この主張に対しては、本人を識別できるような特徴のある声に対して法的な保護を認めない場合、誰でも有名人と特定の商品またはサービスを関連づけることができることとなり、コマーシャルに歌真似が使われることによって消費者を欺罔するおそれが生じるという批判がなされている¹⁸。

第 2 款 ランハム法(Lanham Act)による保護

¹⁵ 3 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright § 1.01[B] (2006).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ H.R. Rep. No.94-1476, at 106 (1976).

¹⁸ Jeffrey A. Trueman, *Is It Live or Is It a Soundlike?: Federal Copyrights in Soundlike Recordings and Preemption of State Publicity Claims*, 1 CHI.-KENT J. INTELL. PROP. 80, 98 (1999).

次に、不正競争法による有名人の歌声の保護について見てみよう。アメリカでは、各州がコモン・ローや制定法によって不正競争行為を規律している。たとえば、カリフォルニア州法では、民法3369条に不正競争に関する条項を設けている。ただし、アメリカでは不正競争について州法だけでなく、連邦商標法であるランハム法(Lanham Act)によっても規制を設けている。ここではランハム法による有名人の歌声に対する保護について見てみよう。

ランハム法は、「連邦議会は、諸外国との通商、および各州間ならびにインディアン部族との通商を規定する権限を有する。」(下線は筆者)という連邦憲法1条8項3号(いわゆる通商条項)にその根拠を持つ連邦法である。したがって、州内の商標登録や侵害行為を規律する法律は州毎に別に存在するため、アメリカにおける商標法による商標の保護は二重構造になっている。たとえば、町に一つしかないレストランの店名をアメリカ特許商標庁(USPTO)に商標登録を出願する意義は乏しく、他州にビジネスを拡大する意図がない限り、州の登録機関に出願・登録すれば十分である。

ランハム法の目的の一つは、商品やサービスに関する不実表示から消費者や競業者を保護することである。ランハム法の連邦憲法上の根拠条文を見ればわかるとおり、その内容は「通商を規定する」ものであればよく、登録商標の規律に限定する必要はない。そのため、ランハム法には不正競争法の規律が含まれている。すなわち、ランハム法43条(a)(1)(A)¹⁹は「その者和其他の者との関連、関係もしくは連関について、または他の者によるその者の商品、サービスもしくは商活動の出所、提携もしくは承認(approval)について、混同を生じさせ、または誤認を生じさせ、または欺罔するおそれのある場合、……その行為によって損害を受けているか、またはそのおそれがあると信じる者による民事訴訟について責任を負う。」(下線筆者)と規定し、不正競争の法的責任について定めている。

同条項は標章だけを対象とするものではなく、①言葉、用語、名称、シンボル、図形もしくはこれらの組合せ、②虚偽の原産地表示、③事実についての虚偽もしくはそのおそれのある記述、④事実についての虚偽もしくはそのおそれのある表示、とその保護対象がかなり広範囲であることも特徴の一つである。また、問題となっている標章の登録が要件となっていないため、この条文の適用範囲は広く、ランハム法の中でも最も多く利用されている条文である。

一般的に、ランハム法43条(a)の保護対象は、氏名や肖像、ニックネームだけでなく、独特なサウンドや容貌にまで及ぶとされている²⁰。したがって、有名ミュージシャンの歌声や有名俳優の後姿も、本人を識別できるほど顕著な特徴を持つ場合は、同条項の下で保護の対象となりうる。たとえば、ベール・ラーによるアニメのアヒルの声²¹やウッディー・アレンの特徴的な後姿²²は、裁判例によって、不正競争法の下で保護に値すべきアイデンティティーであると認められている。

第3款 著作権法による保護

¹⁹ 15 U.S.C. § 1125 (a) (1) (A).

²⁰ See S. Rep. No. 101-515 at 44.

²¹ Lahr v. Adell Chemical Co., 300 F.2d 256 (1st Cir. 1962).

²² Allen v. National Video, Inc., 610 F. Supp. 612 (S.D.N.Y. 1985).

最後に有名人の歌声の模倣を連邦著作権法によって保護することができるかについて検討してみよう。

米国著作権法の下では、サウンド・レコーディングはオリジナリティーと固定性という2つの要件を満たせば、著作権の客体として保護の対象となる²³。アメリカでは1971年に著作権法を改正し(1972年2月15日施行)、それまで州法によって保護していたサウンド・レコーディングを新たに連邦法によって保護することとした。世界の多くの国は著作隣接権制度の下でサウンド・レコーディングを著作隣接権の対象として保護しており、著作権の対象として保護するアメリカの法制度は異例である。これには、アメリカが50の州から構成される連邦国家であるという事情が大いに関係している。

アメリカでは、連邦憲法によって連邦議会が連邦法を制定できる範囲が明確に定められており、その範囲を超える立法は許されない。つまり、連邦議会は、連邦憲法に根拠を持たない連邦法を制定することができないのである。知的財産権に関する連邦法の制定も例外ではなく、連邦憲法1条8項8号を根拠に著作権法や特許法が制定されている。これは特許・著作権条項と呼ばれているもので、「連邦議会は、著作者および発明者に、一定の期間に限り、それぞれの著作(writings)および発明(invention)に対し、排他的権利を保障することによって、学術および有用な技芸の進歩を促進する権限を有する。」(下線筆者)と規定されている。

米国著作権法は、この特許・著作権条項に根拠を有するため、連邦憲法上のさまざまな制約が課せられることとなるが、最大の制約は①著作権の成立要件として固定性が要求されること(これは「著作」の文言から導き出される)と、②著作権法による保護の主体が著作者に、保護の客体が著作(物)に限定されることである。したがって、実演家、放送事業者、有線放送事業者といった著作物の伝達者を保護の主体とし、生の実演のような非固定物やスポーツ中継などのような著作物と言えないものまでも保護の客体とする著作隣接権制度を、特許・著作権条項を根拠にして、連邦法として制定することは困難である。

このようなアメリカの特殊な事情は、しばしば国際著作権条約の交渉の場において、著作隣接権制度を持つ諸外国との間で衝突を引き起こす。TRIPS協定の実演家、レコード製作者および放送機関の保護の規定を巡る交渉が極めて複雑で難解なものになったのは、アメリカに著作隣接権制度がないことに起因するといわれている²⁴。また、連邦議会がTRIPS協定を批准するために、生の実演の無許諾の固定や取引を禁止した条項(1101条)を著作権法に追加しようとした時に、生の実演は特許・著作権条項が要求する固定性の要件を満たさず、また保護期間の限定がないことから、同条は憲法違反のおそれがあるという批判がなされたことは記憶に新しい²⁵。

著作隣接権制度の下では、サウンド・レコーディングは著作物ではなく、ただの音の固定物という捉え方をするが²⁶、アメリカではサウンド・レコーディングを著作権によって保護して

²³ 米国著作権法 101 条では、サウンド・レコーディングとは「一連の音楽、会話その他の音(映画その他の視聴覚著作物に伴う音を除く)を固定することによって得られる著作物をいい、ディスク、テープその他のレコード等録音物を収録する有体物の性質を問わない。」と定義している。

²⁴ 尾島明『逐条解説 TRIPS 協定』(日本機械輸出組合・1999 年)75 頁。

²⁵ 著作権法 1101 条(不正録音防止法と呼ばれている)の違憲性については、訴訟でも争われた。See United States v. Martignon, 346 F. Supp.2d 413 (S.D.N.Y. 2004); United States v. Moghadam, 175 F.3d 1269 (11th Cir. 1999).

²⁶ 日本著作権法 2 条 1 項 5 号は、レコードとは「蓄音機用音盤、録音テープその他の物に音を固定したもの

いるため、必然的にオリジナリティーが保護の要件となる。音楽著作物が収録されているサウンド・レコーディングの場合、オリジナリティーの有無は、その実演が録音されている実演家と、レコーディングを準備し、サウンドを収録・編集するプロデューサーの創作性にかかっている²⁷。米国著作権法の下では、要求されるオリジナリティーのレベルは高くないため²⁸、ほとんどの場合、音楽著作物が収録されているサウンド・レコーディングにはオリジナリティーが認められることになる。ただし、創作的選択をせずに、単に機械的に録音した物には、オリジナリティーは認められない。

サウンド・レコーディングの著作者に付与される排他的権利は、複製権、翻案権、デジタル音声送信による公の実演権であり²⁹、デジタル音声送信以外の実演に対する権利は認められていない³⁰。したがって、アメリカではサウンド・レコーディングを無償かつ自由に放送や有線放送に利用することができる。日本のように権利者に対して二次使用料請求権は認められていないのである³¹。ただし、デジタル音声送信による公の実演権は認められているので、インターネットによる音楽配信については、権利行使をすることができる。そのため、iTunes Music Store を運営するアップル・コンピュータ社は、サウンド・レコーディングの著作権者に対して、売上げに応じたロイヤリティーを支払っている。

米国著作権法の下では、サウンド・レコーディングの保護範囲はあくまでも収録されている音に限定される。したがって、サウンド・レコーディングに収録されている実演家の歌唱を模倣して、新たなサウンド・レコーディングを作成する場合、模倣の元となった音を利用しない限り、著作権侵害とはならない。たとえば、ジョン・レノンそっくりに「イマジン」を歌ってサウンド・レコーディングを作成しても、複製権侵害には問われない。もちろん、楽曲の著作権者に無断で新たなサウンド・レコーディングを作成すれば、楽曲の複製権侵害に問われることになる。著作権法の下では、サウンド・レコーディングと楽曲とは別々に保護されるということに留意されたい。

の(音をもつばら影像とともに再生することを目的とするものを除く)をいう。」と定義している。

²⁷ H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 57 (1976).

²⁸ Feist Publ'n v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1990).

²⁹ 17 U.S.C. § 106.

³⁰ 17 U.S.C. § 114 (a).

³¹ 日本著作権法 95 条及び 97 条。

第3節 有名人の歌真似に関する主要な裁判例

アメリカでは有名人の実演の模倣を巡って、多くの訴訟が提起されている。中でもニューヨークと並ぶエンターテインメント産業の中心地であるカリフォルニア州を管轄する第9巡回区連邦控訴裁判所の下した一連の裁判例は、その後の学説や裁判例に大きな影響を与えている。まず、この問題に関する先例となる裁判例である Sinatra 事件について見てみよう。

Sinatra v. Goodyear Tire & Rubber Co., 435 F.2d 711 (9th Cir. 1970)

〔事案の概要〕

ナンシー・シナトラ(原告 X)は、「These Boots Are Made For Walkin」という大ヒット曲を持つ有名な女性シンガーである。自動車タイヤの製造、販売会社である Goodyear Tire 社とその広告代理店である Young & Rubicam(併せて被告 Y)は、この曲の著作権者である音楽出版者の Criterion Music からコマーシャル用に詞を変更した上で、同曲をコマーシャルに使用することのライセンスを受けた。X は、X がコマーシャルに参加したと消費者に思わせるようにXの歌声を真似て作られているため、Y の行為はカリフォルニア州法上の不正競争を構成すると主張して、Y に対して、カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。一番では X の請求が棄却されたため、X が控訴。第9巡回区連邦控訴裁判所は以下のように判示して、X の控訴を棄却した。

〔判示〕

カリフォルニア州法の下では、不正競争は民法 3369 条に成文化されている。同条の定義によると、不正競争は「違法な(unlawful)、不公正な(unfair)、または詐欺的な(fraudulent)商行為と、不公正な(unfair)、虚偽の(untrue)、または誤解の招くおそれのある(misleading)広告」を含むとされている。この法律に基づいて判決が下された裁判例を調べてみると、本件とその他の膨大な不正競争事件との間に明白な相違を見ることができる。それは、X と被告の Goodyear Tire は競業関係にないということだ。X はタイヤ・ビジネスに従事しておらず、Goodyear Tire はレコードを販売していない。

本件において、彼女の歌声が他に類を見ないほどに個性的であると X は主張していない。彼女が有名になったのは、楽曲、詞、そしてアレンジと関連したサウンドのおかげであり、それこそが保護されるべきものだ、と X は主張している。しかし、楽曲や詞、アレンジは、彼女が権利を保有していない著作物である。もしも、他の者が彼女の持つこの曲の二次的意味を真似できないようにするために、他の者による楽曲の使用を排除したければ、彼女は著作権者から著作権を購入することができたのである。

本件において、原告のナンシー・シナトラは、コマーシャルで使用された「These Boots Are Made For Walkin」が彼女と一体とみなされるほど、彼女の代名詞として認識されており、この曲とそのアレンジは二次的意味を持つため、被告の行為はカリフォルニア州の不正競争法違反を構成すると主張した。確かに、彼女の代表的なヒット曲である「These Boots Are Made For Walkin」を聴けば、彼女のことを思い浮かべる人は多く存在すると思われるが、この主張は著作権法との衝突、いわゆる専占問題を引き起こすものであった。

被告は、この曲の著作権者である Criterion Music に対して、ライセンス料を支払ってコマーシャルの使用許諾を得ている。したがって、もし原告の主張が許されるならば、広告主や

広告代理店は、オリジナル音源を使用しない場合でも、楽曲の著作権者だけでなく、オリジナル・バージョンのアーティスト、つまりナンシー・シナトラからもライセンスを得る必要があるということになる。すなわち、ナンシー・シナトラがライセンスを拒否すれば、楽曲の著作権者は実質的に権利行使を妨げられることになり、著作権法との衝突が生じるのである。裁判所は、このような結論はライセンシーの意欲を喪失させるものであるとして、採用し得ないものと判示した。

原告は、あくまでも楽曲の使用に焦点を当ててその主張を展開したが、歌声の模倣の違法性に議論を集中させていれば、結論は異なるものとなっていたかも知れない。ただし、裁判所は「もし、他の曲が使用されていたら、彼女の声や芝居のスタイルであると識別できるほどのものとなっていたかは疑問である。」と指摘しており、歌声の模倣に対して、原告が主張するほどの類似性を認めていなかったと思われるため、歌声の模倣の違法性の主張が認められたかどうかは疑問である。

この判決後、有名人の歌唱の模倣は適法であるという認識の下に、有名人の歌唱を模倣した多くのコマーシャルが製作され、テレビやラジオで放送されるようになる。そして、Sinatra 事件と同じ広告代理店によって、アメリカの有名歌手である Bette Midler の歌真似がテレビ・コマーシャルで流される。しかし、この事件で Sinatra 事件の判決を下した第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、一転して、被告の広告主と広告代理店の法的責任を認めることになる。では、有名人の歌唱の模倣に関する最重要判例である Bette Midler 事件を見てみよう。

Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988)

[事案の概要]

原告の Bette Midler(原告 X)は、1973 年にグラミー賞を受賞した有名な歌手であり、映画「ローズ」でアカデミー賞にノミネートされたこともある女優である。被告の Ford Motor 社とその広告代理店である Young & Rubicam 社(併せて被告 Y)は、1985 年に Ford Motor 社のリンカーン・マーキュリーという車の宣伝広告のために、30 秒と 60 秒のテレビ・コマーシャルを制作することになった。Y は、若い購買層に向けたコマーシャルにするために、X の大ヒット曲である「Do You Want To Dance」を使用することに決め、X のマネージャーにライセンスを求めたが、「コマーシャルには許諾しない」と断られてしまう。そこで Y は、X のバック・ボーカルとして 10 年間活動している別の歌手に X そっくりに歌唱してもらい、このバージョンをテレビ・コマーシャルとして放送した。テレビ・コマーシャルで流れた曲は、多くの人が X の歌唱と間違えるほどオリジナルに似ているものだった。X は Y に対し、ランハム法上の不正競争違反及びパブリシティ権の侵害を主張し、カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。一審では X の歌声の模倣を防止する法原則はないと判示し、X の請求を棄却したため、X が控訴。第 9 巡回区連邦控訴裁判所は以下のように判示し、一審判決を破棄、差し戻した。

[判示]

もし Y にとって X の歌声に価値がなかったら、なぜ Y は X に歌唱を依頼したのであろうか。もし Y にとって X の歌声に価値がなかったら、なぜ Y は熱心に別の歌手に X の歌真似をさせたのであろうか。Y が求めているのは、X とわかる特徴なのであり、その価値は X が直接コマーシャルを歌唱するときに、市場が X に支払うものなのである。

声は、顔と同じくらい独特かつ個人的なものである。人間の声は、アイデンティティーが明

らかにされる方法の中でも最も明白なものの一つである。われわれは電話で二言、三言話ただけで、すぐにどの友人がかけてきたのかがわかる。歌手は歌の中で自分自身を明示しているのである。彼女の歌声を模倣するということは、彼女のアイデンティティーを略奪することなのだ。当裁判所は、商品を宣伝するためのあらゆる声の物真似に対して訴訟が提起できるとまで判示する必要もないし、そうしない。われわれは、プロの歌手の特徴ある声が広く知られており、かつ、製品を販売するために故意にその声が模倣された場合、販売者は他人のものを盗用し、カリフォルニア州で不法行為を行ったと判示するのである。

この Midler 事件は、アメリカのロースクールの教科書に必ず掲載されている、有名人の歌真似の違法性を巡る訴訟として最も有名なものである。この訴訟は、有名人の歌唱の模倣に対して、初めて法的責任を認めたものであるが、興味深いことに、裁判所はかなり工夫を凝らして、パブリシティ権侵害の判決法理を構成している。以下、裁判所がどのようにこの判決法理を構築したのかについて見てみよう。

まず、裁判所がパブリシティ権と著作権の専占問題について、どのような判断を下したのかを見ることにしよう。裁判所は先の Sinatra 事件を引用した上で、「もし Midler が“Do You Want To Dance”に対する二次的意味を主張したり、被告がこの曲を使用することを阻止しようとしていたら、Sinatra のようにその主張は認められなかっただろう。しかし、本件はそうではない。Midler は Ford 社が“Do You Want To Dance”を使うことに対して損害賠償を求めているのではないので、彼女の請求は連邦著作権法によって専占されないのである。著作権による保護は、“有形的表現媒体に固定された創作的な著作物”に及ぶ(102 条(a))。声には著作物性はない。音は固定されていないのである。本訴訟で保護が可能なものとして示されているものは、著作物よりもっと個人的なものなのである。」と判示した³²。

このように裁判所は、声は 102 条(a)に規定する固定性の要件を満たさないので、102 条および 103 条に定める著作権の対象とならない対象物に対する州法による保護は、連邦著作権法に専占されないという 301 条(b)の規定に基づき、Midler の請求は連邦著作権法によって専占されないとした。つまり、Midler は自分が歌唱した楽曲の使用ではなく、自分の歌声の模倣行為の禁止を主張したために、301 条(b)の適用を受けたのである。自分の歌声の模倣行為に対し、パブリシティ権の侵害を主張する有名人にとって、この判決は大いに示唆に富むものであろう。

次に裁判所によるカリフォルニア州法とランナム法に関する判断を見てみよう。

原告の Bette Midler は誰もが知る有名人であり、その特徴的な歌声が顧客吸引力を持つことに異論はないだろう。また、カリフォルニア州民法 3344 条は、パブリシティ権の保護の客体を「氏名、声、サイン、写真、または肖像」と規定しており、原告の歌声が保護の対象となることに問題はない。しかし、裁判所は「カリフォルニア州民法 3344 条は、Midler の助けにならない。・・・被告は法律によってその使用が禁止されている Midler の名前やその他のものを使用していない。肖像(likeness)という言葉は、声の真似ではなく、視覚的な印象を意味するのである」と判示して、3344 条に基づくパブリシティ権の侵害を認めなかった。つまり、カリフォルニア州法が禁止しているのは本人の声の使用であって、他人が真似た声の使用は禁止されていないと判示したのである。

しかし、これでは被告に対するパブリシティ権の侵害責任を認めることができない。そこで、

³² *Id.* at 462.

裁判所は死後のパブリシティ権の保護を規定するカリフォルニア州民法990条(b)を援用し、①死後のパブリシティ権は財産権である、②コモン・ロー上の権利は財産権である、③したがって、コモン・ロー上の権利の冒用はカリフォルニア州において不法行為となる、といういささか苦しい論理で被告の法的責任を認めた。同条は「本条で認められる権利は・・・財産権である。」と規定しているため、裁判所は3344条ではなく、990条(b)を援用したのである。

ところで、この判決ではランハム法違反を否定している。裁判所は「われわれは本件において不正競争を見出すことができない。被告が放送した1分間のコマーシャルはMidlerの聴衆を満足させるようなものでもなかったし、彼女のマーケットを縮小させるようなものでもなかった。Midlerはテレビ・コマーシャルに出演していなかった。被告はMidlerと競業関係になかったのである。」³³と判示して、原告の主張を認めなかった。

無断で氏名や肖像等を使用された有名人に対して、被告の広告主や広告代理店との間に競業関係を要求することは、有名人にとってかなり酷であろう。確かに、厳密に言えば、Midlerと被告は競業関係にはない。しかし、被告と競業関係にある有名人だけに当事者適格を認めるとした場合、ABBA やエルビス・コステロ、ニール・ヤングのようなコマーシャルに自らの肖像や実演をライセンスしないアーティストは、ランハム法による保護を受けることができないという結果となる。

ランハム法は連邦法であるため、どの州においても適用できるが、パブリシティに対する州法の保護のレベルは分かれており、無断で氏名や肖像等を使用された有名人にとっては、ランハム法による統一的な保護が望ましいということになる。本件では、カリフォルニア州法に基づいて被告に対する侵害責任が認められたが、州法による保護のレベルが低い場合は、有名人が州法に基づいた十分な保護を受けられない可能性がある。しかし、この判決の4年後、第9巡回区連邦控訴裁判所は、次に解説する *Waits v. Frito-Lay* で競業関係の要件を不要とする判決を下した。以下、この訴訟について見てみよう。

Waits v. Frito-Lay, Inc., 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992)

[事案の概要]

原告の Tom Waits (原告 X) は、有名な歌手であり、作詞・作曲家であり、俳優である。彼のしゃがれた声は、一ファンに「1 クオートのバーボンを飲み、一箱分のタバコを吸い、一箱分のかみそり刃を飲み込んで、3 日間寝ないで過ごした後の声のようだ」と言わしめる程の特徴のあるものであった。1970 年代初期に活動を始めてから、X は 17 枚以上のアルバムを発表し、アメリカ、カナダ、ヨーロッパ、日本、オーストラリアでツアーを行った。X は、芸術的な一体性が損なわれるとして、コマーシャルの出演または歌唱は絶対にしないというポリシーを持っていた。

ドリトス・ブランドの食品を製造・販売している Frito-Lay 社とその代理店である Tracy-Locke 社(併せて被告 Y) は、Frito-Lay の新商品の広告宣伝のために、1976 年の X のヒット曲「Step Right Up」を使用することに決め、Stephen Carter という歌手に X そっくりに歌わせた。このコマーシャルは 1988 年の 9 月と 10 月に 250 のラジオ局で放送された。コマーシャルを聴いた X は、自分そっくりに歌われたことにショックを受け、Y の行為はカリフォルニア州法上の声の不正使用 (misappropriation) とランハム法上の虚偽の推奨 (false endorsement) に該当するとして、Y に対し、カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所に訴

³³ *Id.* at 462-463.

訟を提起した。一審では X の請求が認容されたため、Y が控訴。第 9 巡回区連邦控訴裁判所が次のように判示して、Y の控訴を棄却した。

[判示]

Midler 判決で下された不法行為責任は、パブリシティ権の侵害の一種である。当裁判所は、声が有名人のアイデンティティーとして十分な識別力を持つ場合、商業目的をもって、有名人の同意なく声を模倣することに対して、パブリシティ権の保護が及ぶと認める。陪審は、被告が X の声を意図的に模倣したコマーシャルを放送することによって、X のパブリシティ権を侵害したと認定した。陪審は、X が広く知られている独特な声を持っていると判断したのである。

Y は、著作権法 301 条の規定によって、声の不正使用は専占されるため、Midler 判決は再考されるべきであると主張する。しかしながら、声は著作権の客体ではないため、この主張は受け入れられない。声は著作物ではなく、その音は固定されていないのである。X は、Bette Midler と同じく、サウンド・レコーディングや楽曲のような著作権で保護されるべき対象の侵害ではなく、声の侵害を主張している。また、著作権法 301 条の立法経緯を見ても、プライバシーやパブリシティ、トレード・シークレットのコモン・ロー上の権利は、著作権侵害とは異質な要素を含む限り、専占条項による影響は受けないと、連邦議会は明確にその意思を示している。

Y は、X と Y は競業関係にないため、X にはランハム法の虚偽の推奨に基づく訴訟を提起する当事者適格がないと主張する。しかし、この主張は常識に反するものである。なぜなら、虚偽の推奨がなされることによって商業的に損害を受ける有名人は、競業者であることはめったになく、ランハム法によってそのような行為を禁止することに最も適した状況にある者だからである。

ランハム法の下で当事者適格を有するためには、原告は不法行為者とされている者と実際の競業関係にある必要はないと当裁判所は宣言する。当事者適格があるかという決定的な問題は、原告が虚偽の広告に対して保護されるべき合理的な利益を有しているか否かにかかっている。われわれは、商標権者のように、俳優はその仕事の成果と自分の名前を適切に同一視させることに対する合理的な利益を持っており、それゆえ、原告は 43 条(a)における当事者適格を有するという結論を下すものである。

この判決は、(1) カリフォルニア州法に基づく声の不正使用の主張は、連邦著作権法によって専占されない、(2) ランハム法 43 条(a)に基づく不正競争を申し立てる原告の当事者適格は、被告と実際の競業関係になくても満たされる、(3) 有名人の独特の歌声を模倣したコマーシャルを放送する行為は、不正使用と虚偽の推奨による法的責任に問われうる、ということを認めた注目すべきものである。

まず、本訴訟では、前述した 2 つの訴訟と同様、原告の請求が連邦著作権法に専占されるかが争点の一つとなった。裁判所は Midler 判決と同様に、原告はサウンド・レコーディングや音楽著作物のような著作権の対象ではなく、原告の声に対する侵害を主張しているとして、専占はなされないと判示した。さらに裁判所は、「その上、114 条の立法経緯を見ると、連邦議会在以下のような明確な意図を示していることがわかる。すなわち、プライバシー、パブリシティ、そしてトレード・シークレットといったコモン・ロー上の権利は、本質的に著作権侵害とは異なる個人的な権利の侵害のような要素を含んだ請求原因であれば、専占条項による影

響を受けない。」と述べている³⁴。立法経緯を鑑みても、原告の請求は連邦著作権法によって専占されないと判示したのである。

次に、裁判所によるランハム法違反に関する判断を見てみよう。実は、この判決が下された4年前の1988年に行われたランハム法の改正が、この判決に大きな影響を与えている。改正前の43条(a)は、「商品やサービスに関連して、出所の虚偽表示または記述を付加したり、使用したりする者は、そのような虚偽表示または記述の使用によって損害を被る蓋然性があると信じる者による民事訴訟に対する責任を負う。」と規定していたが、前述のとおり、改正法では他の者による商品やサービスの出所、提携または承認について、消費者を欺罔するようなシンボルや図形の使用は、明確に禁止された。裁判所は、この新しい規定が設けられたことによって、有名人の独特な声を無断で模倣することを含む、虚偽の推奨という行為がランハム法43条(a)の訴訟原因となると判示したのである。

この判決では、一審で認定された懲罰的損害賠償金200万ドルの妥当性も争点の一つとなった。裁判所は、被告が原告のコマーシャルのための出演や実演をしないというポリシーを知っていたこと、Tracy-Locke社の副社長は訴訟リスクがあることを知りながら、あえて歌真似のバージョンをFrito-Lay社に薦めたこと(Tracy-Locke社は歌真似ではないバージョンも同時に作成していた)、Frito-Lay社も原告の事情をよく知っていたながら歌真似のバージョンを選択したことを重く見て、一審判決を支持した³⁵。

カリフォルニア州では、明確かつ説得力のある証拠によって、被告が抑圧や詐欺、悪意によって罪を犯したことが証明された場合に、懲罰的損害賠償が認められる³⁶。したがって、懲罰的損害賠償の認定においては、被告による抑圧、詐欺、あるいは悪意の証明が必要となる。本件において、裁判所は、コマーシャルに絶対出演しないという原告の強固なポリシーを知りながら、あえて原告の歌声を模倣したサウンド・レコーディングを制作し、放送したことに被告の悪意を見出した。巨額な懲罰的損害賠償が認容された訴訟としても、注目すべき判決である³⁷。

³⁴ *Id.* at 1100.

³⁵ *Id.* at 1105-1106.

³⁶ Cal. Civ. Code § 3294 (a).

³⁷ *Waits* 判決は、初めて懲罰的損害賠償が認容されたパブリシティ権の訴訟である。See Patrick Buckley, *The implication of Waits v. Frito-Lay for Advertisers Who Use Celebrity Sound-alike*, 68 ST. JOHN'S L. REV. 241, 246-247. なお、不法行為のリステイトメント(第2版)908条には「懲罰的損害賠償の算定の際には、事実認定者は被告の行為の性質と被告が持つ財産を適切に考慮することができる。」と記載されている。被告が巨大企業であったことも200万ドルという巨額な賠償金が認められた要因であろう。

第4節 日本法の下での考察

まず、最初に考えなければならないのは、有名人の歌声に対する法的保護の正当化根拠である。有名人の歌声をパブリシティ権の客体と位置づける本論文の立場からいうと、パブリシティ権の正当化理由は何かということになる。これを端的に述べれば、人がみだりに自分の氏名や肖像等を他人の商品や営業に結びつけられることのない権利という人格的な利益と、芸能活動や創作活動等によって培われた氏名・肖像等の顧客吸引力を利用したビジネスの収益機会を確保するという財産的な利益を保護するために、氏名・肖像等の顧客吸引力にフリーライドする行為を規律する必要があるということになる³⁸。

それでは、有名人の歌声の模倣に対して、いかなる法を用いて規律すべきだろうか。著作権法は実演を著作隣接権の客体として保護を与えているが、その模倣行為は規制の対象とされていない。商標法には、商標の定義に音声が含まれておらず³⁹、実務上も特許庁は音声の商標登録を認めていないので、有名人の歌声の模倣に対する商標法の適用は難しい⁴⁰。一方、不正競争防止法2条1項1号および2号が対象とする行為は商品等表示としての使用であるため、歌真似をコマーシャルに使用する行為を規制することはできない。したがって、現行法の解釈としては、不法行為法に基づくパブリシティ権による保護が妥当なアプローチであろう⁴¹。

ただし、他の法律が保護の対象としていないという理由だけで、有名人の歌声に対して不法行為法による保護を認めるわけにはいかないだろう。民法709条の「権利又は法律上保護される利益」として保護されるためには、個別の法律の条文によって権利として定められている必要はないというのが通説的解釈であったとしても、司法が不法行為法による保護を与えることの積極的な理由が必要となる。特に、模倣は原則として自由であり、個別の知的財産法で禁止されていない模倣行為については、積極的に容認されるべきものであるという立場からは、模倣行為は不法行為法によって容易に規制できないのではないかという問題提起がなされている⁴²。

³⁸ 田村善之『不正競争法概説(第2版)』(有斐閣・2003年)506-507頁参照。

³⁹ 商標法2条1項。

⁴⁰ 近年、国際的に商標登録の対象が拡大しており、音、匂い、味、触感、色、ホログラム、動き、といった新しい形態の商標の保護の是非が国際的に議論されている。なお、音に関しては、2006年9月にWIPOが公表した調査によると、音楽的音声は商標登録できる国は76カ国中38カ国、非音楽的音声は商標登録できる国は73カ国中28カ国である。鈴木将文「新しい形態の商標の保護」日本工業所有権法学会年報31号(2008年)52頁。わが国でも2008年7月に産業構造審議会の中に「新しいタイプの商標に関する検討ワーキンググループ」が発足し、新しい形態の商標に関する法的保護について検討がなされている。飯田圭「音の商標の保護と著作権、実演家の権利およびレコード製作者の権利との関係—商標法改正にあたり留意すべき事項の考察—」コピライト582号(2009年)38頁、土肥一史「著作権法の課題」コピライト590号(2010年)2頁を参照。

⁴¹ 知的財産権と不法行為法との関係、特に個別の知的財産権法によって保護されていない利益はいかなる要件の下で一般不法行為法の保護を受けるのかという論点については、田村善之「知的財産権と不法行為」『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣・2008年)3-50頁が示唆に富む考察をしている。

⁴² 窪田充見『不法行為法』(有斐閣・2007年)131頁は、「著作権法や特許法では保護されないが、一般の不法行為法によって保護されるということを安易に述べることはできないように思われる。なぜなら、これらの特別法は一定の場合の利益保護を承認する一方、それから外れる場合については、むしろ活動の自由を承認していると理解する可能性もあるからである。」と指摘する。

この問題意識には、パブリシティ権は個別の知的財産法で規定されている権利に近接するものであり、個別の知的財産法で禁止されていない行為を安易に不法行為法で規制することに対しては、慎重であるべきという認識が存在する⁴³。確かに、パブリシティの財産的側面が知的財産権と一定の近接性を有しているという理解があることを否定しないが、不法行為法の判断枠組を考察する上で、パブリシティ権と個別の知的財産権はそれほど近接しているものとは思われない。

パブリシティ権は財産的側面を有するものとはいえ、氏名や肖像等は人格が付着したものであり、その中核はやはり人格権である。人格的利益はあえて立法を待つまでもなく保護すべきものであり、不法行為法を活用することに特別の躊躇を覚えるものではない⁴⁴。物のパブリシティを認める立場のように、パブリシティ権の財産的側面を強調する観点に立てば、パブリシティ権と個別の知的財産権は近接しているという主張を受け入れやすいかもしれないが、パブリシティ権の中核を人格権に置く本論文の立場からは、そのような主張は否定的に解さざるを得ない。

裁判例でも、ロック歌手の矢沢永吉がパチンコ遊技機に自分に酷似した画像を無断で使用したとして、パチンコ遊技機の製造・販売会社に対して、パブリシティ権の侵害を主張し、訴訟を提起した事件で、東京地方裁判所は「人は、氏名・肖像などの自己の同一性に関する情報を無断で商業目的の広告・宣伝あるいは商品・サービスに付して使用された場合には、人格的利益を害されるとともに、例えば当該個人が固有の社会的名声を有する有名人である場合のように、同人の同一性に関する情報に特別の顧客吸引力がある場合には、収益機会の喪失、希釈化、毀損などの経済的利益の侵害をも受けることから、無断使用の態様如何によって、人格権を根拠として、当該使用の差し止め、慰謝料、財産的損害の賠償請求、さちには信用回復措置などを求めることができるものと解される。」と述べて、人格権を法的救済の根拠としている⁴⁵。

仮に両者が近接するものであるとしても、なぜ個別の知的財産法が本論文で問題とするコマーシャルへの有名人の歌声の模倣行為を禁止していないのかを考察する必要がある。つまり、個別の知的財産法が誰でも自由に模倣できるものとしているためにそのような模倣行為を禁止していないのか、あるいは法の目的や趣旨に鑑みて、ただ単に規制対象から外しているものなのか(つまり、不法行為法で規制してよいものか)、という問題である。

ここで参考になるのは、パブリシティ権による保護が連邦著作権法による保護と衝突するかどうかというアメリカ著作権法 301 条の専占問題である。連邦著作権法が保護を与えていないという事実だけで、州法があらゆる権利を創設できるわけではない。たとえば、著作者の死後 70 年を経過した著作物について州法が保護を与えたでしょう。これは明らかにパブリック・ドメインになった著作物は公に解放するという政策目的に反することになるため、連邦

⁴³ 窪田・前掲注(42)722-723 頁参照。

⁴⁴ 田村・前掲注(38)511 頁参照。

⁴⁵ 東京地判平成 17.6.14 判時 1917 号 135 頁[矢沢永吉パチンコ遊技機事件]。裁判所はこのように述べた上で、被告による原告の肖像の使用形態を詳細に検討した結果、パチンコ遊技機に使用された漫画絵と原告との類似性はそれほど高くなく、パチンコ遊技機中の識別可能性は乏しいものであったとし、原告に対する法的な救済を必要とする人格的利益の侵害が生じているとは認められないとして、原告の請求を棄却している。

著作権法に専占されるだろう⁴⁶。一方、Midler 事件や Waits 事件のように、固定されていない歌声は、著作権の保護客体ではなく、連邦著作権法が明らかに関知しない態度を取っているものなので、州法は連邦著作権法に専占されない。

このように、連邦法が保護を与えていないものであっても、(1) 法的保護を及ぼしてはならないという連邦議会の政策意図によって州法が排除されるケースと、(2) 保護すべきかどうかを含めて、連邦議会が州法に委ねているケースがある。このような連邦法と州法の専占関係を日本における個別の知的財産法と不法行為法の関係のアナロジーとして用いるのは、パブリシティ権の保護範囲を考える上で有益であろう⁴⁷。ただし、この問題の考察に際して留意すべき点は、表現の自由や私人の行動の自由に対する過度の制約になりうる懸念を払拭できない場合は、たとえ当該分析によって不法行為法による保護が正当化されようとも、不法行為による保護は否定すべきだということである⁴⁸。

それでは、個別の知的財産法は、コマーシャルへの有名人の歌声の模倣行為に法的保護を及ぼしてはならないとする政策意図によって、司法による介入を許していないものなのであろうか、あるいは逆に司法による保護の創設を認めているものなのだろうか。

特許法、実用新案法、意匠法、著作権法は、権利の客体を創作物とするために、創作物たる性質を持たない有名人の歌声は権利の客体にすることができないという内在的な問題が存在する。したがって、これらの法律がコマーシャルへの有名人の歌声に対して法的保護を及ぼしてはならないという政策意図に基づいて、保護対象から除外したということはできないだろう。実演に対しては、著作隣接権の保護を受けることができるが、その法的根拠が伝達行為のインセンティブの付与にあるとする本論文の立場からは⁴⁹、コマーシャルへの有名人の歌声に対する司法の介入を認めるべきではないと解することはできない。

商標法については、音声は商標登録の対象から除外されていることは、有名人の歌声について司法が法的保護を及ぼしてはならないという政策意図があると考えられなくもない。しかし、音声商標を認めない趣旨は、録音媒体による出願、登録制度の設営コストを回避するところであり、これらの問題がクリアされれば、権利の対象となる可能性が高い⁵⁰。したがって、有名人の歌声は、法的保護を及ぼしてはならないという政策意図によって、不法行為法による保護が排除されているという結論を取ることは難しいだろう。

⁴⁶ 会沢・前掲注(13)414頁。

⁴⁷ 本論文と同じアプローチによる分析を試みるものとして、内藤＝田代・前掲注(5)90頁がある。

⁴⁸ 田村・前掲注(41)43頁参照。

⁴⁹ 田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣・2001年)519頁。なお、実演の模倣にまで法的保護を及ぼすと、結果的に表現方法が制約され、新たな実演活動に支障を来すために、法はそのような行為を保護の対象外としているという反論があるかも知れない。確かに、演奏方法や歌唱方法を法的保護の対象とするのは、実演活動に対する弊害が大きすぎ、法制度としては妥当でない。しかしながら、著作物を公衆に提供する媒体としての実演に知的価値を認めるという著作隣接権制度の趣旨を鑑みると、あらゆる模倣行為を自由にすべきであるという政策的判断がなされていると理解するのは難しいと思われる。また、実演が著作物の創作活動に準じた創作活動であることを法的保護の根拠とする立場からも、そのような政策的判断がなされていると解釈することはできないだろう。

⁵⁰ 田村・前掲注(38)511頁参照。なお、商標の定義に音声が含まれていないことから、ラジオを用いた広告や街頭放送には使用に当たらないとする学説がある。網野誠『商標(第5版)』(有斐閣・1999年)155頁。しかしながら、ラジオ広告や街頭放送で呼称を流せば、需要者に混同が生じるおそれがあるため、侵害の場合では商標の使用に該当すると解すべきとする見解が妥当であろう。田村善之『商標法概説(第2版)』(有斐閣・2003年)144頁、小野昌延『商標法概説(第2版)』(有斐閣・1999年)20頁参照。

不正競争防止法については、学説の中には、少なくとも差止めを伴うものについては、パブリシティの保護は不正競争防止法の混同防止規定(2条1項1号)に根拠を置くべきとし、その規律に委ねればよいと説くものがある⁵¹。その理論構成には傾聴に値するものがあるが、以下の理由により、コマーシャルへの有名人の歌声の模倣行為に対してこのアプローチをそのまま適用することは妥当ではないだろう。

前述したように、不正競争防止法は「商品等表示としての使用」を侵害要件としているため、コマーシャルへの有名人の歌声の模倣行為のような、広告対象の商品を識別する表示として有名人の氏名や肖像等が利用されていない場合は、同法の適用外ということになる⁵²。しかし、出所混同行為を規律することを目的とする2条1項1号や著名表示の不正使用行為を規律することを目的とする同2号の制度趣旨は、前述したパブリシティを保護すべき趣旨とは異なるものである⁵³。確かに、パブリシティの無断利用について不正競争防止法が適用できる場合があるのは事実だが、前者の制度趣旨を鑑みると、コマーシャルへの有名人の歌声の模倣行為に対して、司法が法的保護を及ぼしてはならないという政策意図によって、不法行為法による保護が排除されているということではできないだろう。

次に、どのような場合に有名人の歌声や演奏の模倣が不法行為として、規制されるべきかを考えてみよう。この問題について考察する際に重要なのは、表現の自由や個人の行動の自由との関係である。表現の自由は憲法で保障された最も重要な基本的人権の一つであり、他人の歌声や演奏を模倣したからといって、それが即座に法的責任に結びつくということはないし、あってはならない。また、法律による模倣行為の制約は、個人の行動の自由を束縛するものであり、慎重を期さなければならない。

ここで問題とすべきは、他人による有名人のアイデンティティーの使用が何を目的としたものであるかということである。もし、それが情報の提供や文化の発展を目的としたものであれば、原則として法律による規制の対象とすべきではない⁵⁴。ただし、その場合でも、有名人の人格的利益を不当に害するときは、厳密な要件の下で一定の制約が必要となるケースがあり

⁵¹ 井上由里子「パブリシティの権利の再構成」『現代企業法学の研究・筑波大学大学院企業法学専攻10周年』(信山社・2001年)127頁。ただし、この論文はパブリシティの客体を氏名と肖像に限定しており、歌声を考察対象としていないことに注意する必要がある。

⁵² 茶園成樹「顧客吸引力の保護」日本工業所有権法学会年報30号(2007年)111頁。なお、有名人の歌声の模倣を自社商品の宣伝広告に利用するケース(いわゆる宣伝広告利用型)については、需要者は単に本人がコマーシャルに歌を流すことを許諾したと思うだけであって、歌声について広告対象の商品の出所を識別する表示としては受け取らないと思われる。田村・前掲注(38)511頁参照。また、内藤＝田代・前掲注(5)207頁も、著名人の顧客吸引力を広告へ利用する行為は、商品等表示に該当しないため、著名表示冒用や周知表示冒用に当たらないとする。本稿では取り上げないが、表示についての使用許諾関係の誤信は2条1項1号の混同に含まれるかという論点がある。才原慶道「表示についての使用許諾関係の誤信と「混同のおそれ」ーラ ヴォーグ南青山事件ー」知的財産法政策学研究12号(2006年)301頁は、同事件を題材にこれまでの学説・裁判例を詳細に分析・検討した上で、「表示についての使用許諾関係の誤信に関して、不正競争防止法2条1項1号の適用の可否を分けるメルクマールは、類似表示の使用の商品や営業の質を商品等主体が管理しているのではないかと誤信が有意の数の類似表示の使用の需要者に生じているか否か」に置くべきとする。

⁵³ 田村・前掲注(38)511頁参照。

⁵⁴ See Katherine L. Blanck, *Restricting the Use of "Sound-alikes" in Commercial Speech by Amending the Right of Publicity Statute in California*, 26 SAN DIEGO L. REV. 911, 922 (1989).

うる。一方、そのような目的を持たず、他人のアイデンティティーを私的利益のためのみに搾取するような場合は、法的責任を負わせることは正当化されるだろう⁵⁵。

一般に、強力な権利保護による模倣に対する過度な制約は、表現活動に萎縮効果をもたらすおそれがあり、妥当ではない。物真似や歌真似は、今やエンターテインメントの一つとして一般に認知されている。エンターテインメントとしての模倣行為を法的に制約することの妥当性は、それがオリジナル・アーティストの人格的利益を侵害するか、あるいはオリジナルの代替効果をもたらし、その経済的利益を実質的に損なうようなものでない限り、見出すことはできない。したがって、有名人や需要者が保有する利益の保護だけではなく、表現の自由に配慮した要件設定が必要となる。

以上のような事情を鑑みると、コマーシャルに有名人の歌唱の模倣が利用された場合、①有名人の歌声が本人のアイデンティティーを構成すると言えるほどの顕著な特徴を持ち、②第三者によって商品やサービスの販売促進のために歌唱が意図的に真似され、③需要者が本人の歌唱と思い違えるほど類似している場合に限り、パブリシティ権の侵害を肯定すべきである⁵⁶と考える。

Waits 事件の原告である Tom Waits のしゃがれ声は非常に特徴のあるものであり、まさに彼のアイデンティティーそのものであり、本人の人格権が付着したものであるといえよう。これは、Bette Midler にも言えることである。反対に、誰が歌っているか識別できないような、ありふれた歌声の場合は、人格権が付着していないとまでは言い切れないものの、人格権の付着度はそれほど大きいとはいえない。したがって、パブリシティ権の中核を人格権に置く本論文の立場からは、①の「有名人の歌声が本人のアイデンティティーを構成すると言えるほどの顕著な特徴を持つ」という要件を導き出すことができる。

一般に需要者は、自分が気に入っている有名人の推奨する商品やサービスに興味を持つものである。SMAP の木村拓哉がドラマで身に着けている時計やアクセサリが飛ぶように売れるのも、彼に強力な顧客吸引力があり、彼がこれらの商品を推奨しているように見えるからだ。したがって、実際には本人が推奨していないのにもかかわらず、コマーシャルに意図的に歌真似を使うことによって本人が推奨しているように見せることは、本人にとって大きな精神的苦痛となりうる。したがって、②の「第三者によって商品やサービスの販売促進のために歌唱が意図的に真似される」行為は、パブリシティ権侵害の一要件として肯定されるものであるといえよう。

さらに、自分のアイデンティティーではないものをあたかもそうであるかのように利用されたら、アーティストの人格的利益が害されることになるだろう。本人の人格と密接に結びついている歌声というアイデンティティーを、本人がまったく関与しないにもかかわらず、放送されているコマーシャルに関与したように誤解される形で利用されることは、本人の精神的利益が害される結果となるだろう。このような理由により、コマーシャルに有名人の歌唱の模倣

⁵⁵ Peter L. Felcher & Edward L. Rubin, *Privacy and the Portrayal of Real People by the Media*, 88 YALE L.J. 1577, 1596 (1979).

⁵⁶ 容姿のそっくりさんの広告出演については、田村・前掲注(38) 520 頁は「特にそっくりさんが広告に出演する場合には、(顔があまりにも似ているために、誤解を避けえない場合はともかく) 不必要に本人が広告に出演していると誤解させる意図が認められる場合には、本人の肖像を利用して広告しているのと変わりないと評価することが可能であり、パブリシティ権の侵害を肯定してよいといえよう」とする。また、田倉保「パブリシティ権」『知的財産をめぐる諸問題』(田倉整古希・1996 年・発明協会) 501 頁は、本人が広告に出演しているような印象を与える場合、パブリシティ権の決定権と対価請求権の侵害になると指摘する。

が利用された場合の侵害要件として、③の「需要者が本人の歌唱と思い違えるほど類似している」という条件を導き出すことができるのである。

それでは、ヒット曲をカバーして、自社の商品やサービスのコマーシャルに使用したい広告主やその広告代理店は、訴訟リスクを避けるためにどのような対策を講じるべきであろうか。往年のヒット曲を新たにレコーディングして、コマーシャルに使用する場合、明らかにオリジナル・アーティストとは異なると認識できる場合は別として、少しでも似ていると感じられる場合には、広告主や広告代理店はクレジットで歌唱者がオリジナル・アーティストではないことを明確に表示する必要があるだろう(いわゆる disclaimer の表示)⁵⁷。もちろん、そのようなクレジットによって彼らの法的責任が免責されるわけではないが、需要者の誤認・混同を防止する一定の役割を果たすものであり、一考の価値はある。

さらに Bette Midler や Tom Waits のように、コマーシャル出演は絶対にしないというポリシーを持つミュージシャンの曲をコマーシャルに使用する場合、可能な限り、似ないようにサウンド・レコーディングを作成することも必要であろう。本論文で取り上げた裁判例で明らかのように、元来、彼らは自らのヒット曲をコマーシャルに使用されることに敏感であり、また、オリジナル・アーティストに無断で曲を使用する広告主や広告代理店に対して決して好意的な態度を取らないだろう。したがって、無用な紛争を避けるためには、起用するミュージシャンのオリジナリティーを引き出すだけでなく、元曲のアレンジを大幅に変更するなどして、なるべくオリジナル・バージョンとの相違を際立たせる必要がある⁵⁸。

⁵⁷ See Sharon Chester-Taxin, *Will the Real Bette Midler Please Stand Up? The Future of Celebrity Sound-alike Recordings*, 9 U. MIAMI ENT. & SPORTS L. REV. 165, 176 (1992).

⁵⁸ See Richard McEwen, *The Frito Bandito's Last Stand: Waits Rocks Performers' Rights into the Media Age*, 14 J. L. & COM. 123, 139 (1994).

第5節 小括

第9巡回区連邦控訴裁判所が下したMidler判決とWaits判決は、アメリカの広告業界に大きな衝撃を与えた。それまで有名人の歌唱の模倣は自由であると考えられてきたし、Sinatra判決もそれを支持するものであった。しかし、時の経過とともに、法解釈も変化するのである。Midler判決ではパブリシティ権侵害を認めるに留めた第9巡回区連邦控訴裁判所も、Waits判決ではついにランハム法の不正競争違反を認めるに至った。エンターテインメント産業の中心地であるカリフォルニア州において、このような判決が下されたことの意義は大きい。

一方、日本では、これまで有名人の歌声の模倣を巡る訴訟が提起された例はないが、今後、訴訟提起の可能性は低いとはいえない。音声合成技術が飛躍的に向上した結果、最近ではVOCALOID(ボーカロイド)⁵⁹というリアルな人の歌声を合成できるソフトウェアが開発され、人気を博している。このようなデジタル技術の発展が新たな法的紛争を発生させる例には枚挙に暇がない。物のパブリシティ権については、最高裁判決によって一応の決着を見たようであるが⁶⁰、有名人の歌声の法的保護に関しても、今後の議論の深化を期待したい。

⁵⁹ VOCALOID は、ヤマハが開発した DTM 製作を目的とした音声合成ソフトウェアである。コンピュータ上で歌詞と音符を入力することで人の声をもとにした歌声を合成することができる。実際の人の歌声を使用して合成を行うため、もとの歌声の特徴が残るため、音声ライブラリーのベース音声に有名人の歌声を使用すれば、歌真似の作成は可能となる。

⁶⁰ 最高裁平成 16.2.13 民集 58 巻 2 号 311 頁[ギャロップレーサー事件]。

結章 本論文のまとめと今後の課題

本論文は、著作隣接権制度におけるレコードの保護のあり方について、レコード製作者の意義とレコードの保護範囲に焦点を当てて、イギリス法とアメリカ法を比較法として分析・検討した。同時に、音楽著作物の権利侵害に関する判断基準や実演の保護範囲に関しても考察し、現代のデジタル化・ネットワーク化社会において最も適切と思われる法解釈や判断基準の提言を行った。

本論文での分析・検討の結果を以下にまとめておこう。

第1章では、蓄音機が誕生し、日本に輸入され、国内に普及する歴史的経緯と、日本にレコードが輸入される前後の著作権制度を概観した。そして、模倣レコード盤業者が大審院判決で勝訴した桃中軒雲右衛門事件を契機として、実演家とレコード製作者を保護する改正法が制定される過程を見るとともに、その後の著作権法におけるレコードの保護制度の変遷を分析・検討した。このことによって、レコードの保護が強化の一途を辿っていることが明らかになった。

第2章では、著作隣接権制度の意義について準創作説とインセンティブ論を比較検討するとともに、レコード製作者と実演家に対する権利付与の正当化根拠についても考察した。そして、レコード製作者と実演家の権利付与は、準創作説ではなくインセンティブ論によって正当化され、具体的にはレコード製作者についてはレコード製作にかかる投資の保護を、実演家については機械的失業による実演減少の抑止を目的としていることを指摘した。

第3章では、レコード製作者の意義について、イギリス法を比較法として分析・検討した。まず、レコード産業のビジネス構造の変化と原盤制作のアウトソーシング化の現状を分析し、現行法制定時に比べて、音楽業界においては原盤制作の主体が多様化しているという現状を明らかにした。そして、レコードに係る権利の移転については、第三者対抗要件となる登録制度が用意されていることに鑑み、当該権利に関する取引の安全性を高めるためには、レコード製作者は外部から一義的かつ明確に特定できなければならないとし、イギリス法のアプローチと軌を一にする契約名義説を採用すべきであると結論づけた。

第4章では、レコードと実演の保護範囲について、サンプリング問題を取り上げ、アメリカの裁判例と学説からその問題点を明らかにし、日本の著作権法の下でどのように解決すべきかを考察した。そして、インセンティブ論の観点から、レコードと実演の保護範囲については、元のレコードまたは実演が認識できるかという判断基準を採用すべきだとした。その理由として、①オリジナルのレコード製作者の市場が害されないこと、②技術の発展によって社会が受ける便益を重視すべきこと、③レコードに係る権利の取引の安全性に配慮すべきこと、④この判断基準の下ではレコード製作や実演提供のインセンティブが減却しないこと、を挙げた。

第5章では、模倣録音物を商業的に利用する行為がパブリシティ権を侵害するかという問題について考察した。アメリカ法の裁判例と学説を詳細に検討した結果、商業的に有名人の歌唱の模倣が利用された場合、①有名人の歌声が本人のアイデンティティを構成すると言えほどの顕著な特徴を持ち、②第三者によって商品やサービスの販売促進のために歌唱が意図的に真似され、③需要者が本人の歌唱と思い違えるほど類似している場合に限り、パブリシティ権の侵害を肯定すべきであると結論づけた。

以上のように、本論文では著作隣接権制度におけるレコードの保護のあり方について一定の方向性を示したが、ここで残された課題について若干言及しておこう。それは著作隣接権制度の制度設計の再構築である。これまで見たきたように、レコードの保護制度はレコード製作者に対する排他的禁止権の付与をその基本としているが、デジタル化・ネットワーク化社会においてレコードの二次利用の需要が飛躍的に増加している中で、排他的禁止権がレコードの円滑な利用を妨げているという現状がある。

早急な解決策が求められている具体的な問題としては、(1) 権利者不明の実演およびレコードの利用、(2) 放送番組の二次利用におけるレコードの権利処理、(3) インターネット放送におけるレコードの権利処理、(4) デジタル・サンプリングによるレコードの権利処理、(5) 放送番組のためのレコード音源データベースの構築におけるレコードの権利処理、等が挙げられる。これらは、コンテンツの円滑な利用が妨げられている事例として引き合いに出されるものであるが、確かにコンテンツ産業の発展にとって障害となっているのは事実である。

この問題に対する解決策としては、①集中処理機構を通じた権利処理、②許諾権の報酬請求権化、③裁定制度の導入、という3つのアプローチが挙げられるが、各アプローチには以下に示すように、それぞれメリットとデメリットがある。したがって、問題解決策を提言するためには、どの組み合わせが最適なアプローチであるか、すなわちどのような制度設計が最も効率的にコンテンツの利用を促進するかを調査、研究する必要がある。

第一の集中管理機構を通じた権利処理のアプローチは、現行の排他的権利という権利設定を前提としたものであり、日本レコード協会や日本芸能実演家団体協議会による著作隣接権管理事業に代表されるものである。このアプローチには、権利者の探索や交渉による取引費用を減少させるメリットがあるが、アウトサイダーの問題と集中管理機構による管理事業の独占化による弊害が懸念されている。ただし、著作権とは違い、著作隣接権分野では権利に等質性があるため、集中管理機構による権利処理に馴染みやすいという利点があることに留意する必要がある。

第二の報酬請求権化のアプローチは、現行の排他的禁止権を報酬請求権に弱体化することによって権利者の許諾が不要となるため、コンテンツの利用が促進するというメリットがある。一方で、排他的権利に比べて権利者の交渉力が弱くなるために、権利者が正当な報酬を得ることができるかという問題がある。

第三の裁定制度による権利処理のアプローチは、一定の要件を満たせば権利者の意向にかかわらずにコンテンツを利用できるというメリットがあるが、現行法の裁定制度は権利者との協議を前提としており、利用手続が煩雑過ぎるという批判がなされている。実際、現行著作権法67条に規定されている権利者不明の著作物に関する裁定制度は、ほとんど利用されていない。

今後、デジタル化・ネットワーク化時代において、文化の発展に寄与するという著作権法の目的に鑑みて、権利者の保護と利用者の自由というトレード・オフの関係にある2つの利益の均衡を達成するために、著作隣接権制度はどのように再構築すべきかという問題について、研究を深めていきたいと思う。