

知っておきたい著作権判決例（その4）

—バンドスコア事件—

令和6年度著作権委員会第3部会 根岸 裕一

要約

本件は、バンド演奏を各パート（ギター、キーボード、ドラム、ヴォーカル等）毎に採譜し制作した楽譜、いわゆる「バンドスコア」を模倣し、それを無料でウェブ公開したことが、民法709条の不法行為に該当するか否かが争われた事件の控訴審判決である。バンド演奏の楽曲は音楽の著作物であるが、バンドスコアはその複製でありそれ自体は著作物ではないとされている。このため、著作権法の世界では、その採譜元著作権者の許可を得たバンドスコアの制作は適法であるはずである。しかし、不法行為法の世界では、これを違法と評価する場合があります、本件がこの場合に該当する裁判例である。平成23年最判〔北朝鮮映画事件〕以後、このような裁判例がなかったこともあり、本件は非常に注目されている裁判例の一つである。

東京高判令和6年6月19日令和3年（ネ）4643⁽¹⁾

原審：東京地判令和3年9月28日平成30年（ワ）19860・33090⁽²⁾

目次

1. 事件の概要
2. 裁判所の判断
3. 考察
 3. 1 著作権法との関係
 3. 2 政策決定との関係
 3. 3 「営業上の利益」の保護
 3. 4 バンドスコアの著作物性
4. さいごに

1. 事件の概要

控訴人（一審原告）は、楽譜出版社であり、採譜したバンドスコアを出版販売しており、被控訴人（一審被告）はウェブサイト企画運営会社等であり、バンドスコアを無料でウェブサイトに公開し広告収入を得ている。本件は、被告によって公開された579曲（以下、「本件楽曲」という。）のスコア（以下、「被告スコア」という。）が、原告が販売しているスコア（以下、「原告スコア」という。）を模倣して制作されたものであり、これを被告が、ウェブサイトに無料で公開したことにより、原告の有する法律上保護される利益を侵害したとして、原告を民法709条（不法行為）による損害賠償を請求した事件である。なお、原審は、被告の模倣を認定せず、原告請求を棄却していた。

2. 裁判所の判断

（1）異なる採譜者による採譜について

「採譜者全員が同条件の能力を持っているわけではない上、使用する再生機器によって聴取りに違いが出る。また、様々な楽器がミックスダウンされた音源では、倍音、残響、音波位相のずれによる打ち消し合い等の関係

で、聴き取れない部分があるため、採譜者は、これまでの経験を活かし、重なる楽器の構成と前後の脈絡から聴き取れない部分を推測し、創作したフレーズを当て込むこととなる。演奏に感情を込めるほどに音価が揺れるが、採譜者によって揺れる音価の捉え方は微妙に異なってくる。

異なる採譜者が、同一の音源から採譜を行った場合、採譜者の技量や個性によって、細部に違いが出る。」。

（2） バンドスコアの著作物性について

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

（3） 著作権法と不法行為法との関係について

「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法6条もその趣旨の規定と解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象にはならないものと解される。したがって、同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である（最高裁平成23年判決⁽³⁾）。」。

（4） 採譜について

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

（5） バンドスコアの模倣について

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

（6） 不法行為該当性について

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

裁平成 23 年判決のいう特段の事情が認められるというべきである。』。

（7）原告スコアの模倣について

「…本件楽曲のいずれについても、被控訴人会社は、被控訴人スコアを制作するに当たり、控訴人スコアを模倣したと認めるのが相当である。』。

（8）結論

結果、裁判所は 1 億 6925 万 5305 円等の損害賠償を認めた。

3. 考察

以下、①著作権法との関係、②著作権制度政策決定との関係、③「営業上の利益」の保護、④バンドスコアの著作物性について考察する。①及び②は立法府・行政府と司法府の権力分立に係る問題を、③は「営業上の利益」を扱う不法行為法の課題を、④はバンドスコア自体の音楽著作物性を扱うものである。

3. 1 著作権法との関係

（1）裁判例

本件判決が引用する平成 23 年最判〔北朝鮮映画事件〕⁽⁴⁾は、原則「著作物に該当しない著作物の利用行為は、…不法行為を構成するものではないと解するのが相当である」とし、その例外として著作権「法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情」がある場合と判示する。ここには政策選択・決定を立法化した著作権法に対する裁判所の謙抑的態度を見ることができる。その理由は、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的責任を負えないことにある⁽⁵⁾。そして、この例外には、著作権法政策に係わらない、例えば「思想の自由、表現の自由を脅かすおそれのある行為から守られる人格的利益」が挙げられる⁽⁶⁾。

関連裁判例⁽⁷⁾には、①〔「大江戸浮世絵暮らし」事件〕⁽⁸⁾「著作権法によって禁止されていない歴史的事実及びそれに対する見解の表明をもって違法とするに等しく、採用できない」、②〔大道芸研究会事件〕⁽⁹⁾「本件各画面及び本件ソースコードが原告を著作者とする著作物に該当しないことは…判示したとおりであるところ、原告が主張する本件各画面及び本件ソースコードの利用についての利益は、著作権法が規律の対象とする独占的な利用の利益をいうものにほかならないから、原告が多大な時間と労力を費やして本件各画面及び本件ソースコードを作成したとしても、被告の上記一連の行為は、原告に対する不法行為を構成するものとみることができないというべきである」、③〔星座板事件〕⁽¹⁰⁾「原告が主張するこのような利益は、著作権法による保護の対象とされるべきものである。…上記利益侵害を理由に不法行為が成立する余地はない。」、④〔光の人事件〕⁽¹¹⁾「創作活動の成果物である以上、その内容が第三者により無断で改変されないことにつき人格的利益がある」との主張に対し「そのような利益は、著作権法が規律の対象とする利益と同一であるということができ、保護された利益が共通であるから、著作権侵害ないし著作者人格権侵害が成立しないのに、別途不法行為が成立することはない」、⑤〔シャトー勝沼 I 事件〕⁽¹²⁾「本件図柄につき著作物性が認められない以上、特段の事情が認められない限り、被控訴人に不法行為責任は認められないというべきであるところ、特段の事情を認めるに足りる証拠はない」、⑥〔ディスプレイフォント事件〕⁽¹³⁾「本件フォントを独占的に利用する利益を控訴人が有するというに等しいから、そのような利益は、たとえ本件フォントが多大な努力と費用の下に創作されたものであったとしても、上記の知的財産権関係の各法律が規律の対象とする創作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益とはいえず、前記のとおり法的保護の対象とはならない」、⑦〔不動産登記法テキスト事件〕⁽¹⁴⁾「原告が主張する、原告書籍…を経済的に利用されない営業上の利益というのは、まさに著作権法が規律の対象とする、原告書籍の著作物の利用による利益というべきものであって、著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益とは認められず…」、⑧〔消防支援車事件〕⁽¹⁵⁾「被告車両…の形状、構造、デザイン等の利用について、特許法、意匠法、商標法又は著作権法が規律の対象とする利益

とは異なる法的利益に保護された利益が侵害されたことを認めることはできない」、⑨〔放置少女事件〕⁽¹⁶⁾「控訴人の主張する法的保護に値する控訴人の営業上の利益とは、原告ゲームの各種データを独占的に利用して、営業を行う利益をいうものと解され、当該利益は、著作権法が規律の対象とする著作物の独占的な利用の利益にほかならず、これと異なる法的保護に値する利益であるものと認めることはできない」、⑩〔「日本の奨学金はこれでいいのか!」事件〕⁽¹⁷⁾「著作権法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情があることを具体的に認めるに足りる客観的な証拠は見当たらない」等がある。いずれもが不法行為の成立を否定していた。

（2）学説

学説は、著作権法領域における政策的選択及び決定が同法立法より既になされているため、同領域において裁判所が不法行為法を以ってこれに挑むことには慎重であるべきであるという点で概ね一致している⁽¹⁸⁾。

ただし、①裁判所が現行知的財産法の下で情報の保護に欠缺が生じていると考える場合⁽¹⁹⁾、②インセンティブが過度に不足し、成果開発の投資が過少となる場合であって、必要となる成果の供給が過度に不足するということが裁判所にとって明らかな場合⁽²⁰⁾、それぞれを例外とする説がある。

しかし、これら例外は、上述の平成23年最判〔北朝鮮映画事件〕⁽²¹⁾の趣旨に反することとなる蓋然性が高いものとする。それは保護しようとする情報の利用の利益が、知的財産法が規律の対象とする創作物の利用による利益と同じとなる可能性が高いからである。また、これら例外は、法体系全体の整合性という観点からも問題があると思われる⁽²²⁾。

（3）本件における「特段の事情」

本件は前述のように「他人が販売等の目的で採譜したバンドスコアを同人に無断で模倣してバンドスコアを制作し販売等する行為については、…他人の営業上の利益を損なう行為であって」と被告行為を評価する。しかし、本件における「営業上の利益」は、「採譜にかける時間、労力及び費用並びに採譜という高度かつ特殊な技能の修得に要する時間、労力及び費用」を根拠とするものであり、その成果物がバンドスコアである。そして、その「営業上の利益」はその成果物たるバンドスコアの模倣によって損なわれるとする。したがって、ここでいう「営業上の利益」とはバンドスコアという情報を独占的に利用して営業を行う利益をいうものと解される。

裁判所は「…営業妨害により他人の営業上の利益を損なう行為であって、著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害する」と判示する。本件における「営業上の利益」はバンドスコアという情報を独占的に利用して営業を行う利益のことである。同じく情報である著作物を独占的に利用して営業を行う利益とは、その情報が著作物であるか否かという点を除けば、相違点はない。著作物であるか否かは著作権法が当該情報の保護該当性を判断する指標であり、著作権法は著作物性のある情報を保護し他は保護に値しないとする規律である。バンドスコアという情報を独占的に利用して営業を行う利益を保護することは、著作権法においては、バンドスコアを著作物と同様に扱うことにほかならない。そして、その利益は著作物の利用による利益と同じものである。したがって、本件の「営業上の利益」は「著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益」と解することはできない⁽²³⁾。

さらに、裁判所は、バンドスコアにつき、「フリーライドすることが許されるとしたら、…採譜によって制作される全ての楽譜が制作されなくなって、音楽出版業界そのものが衰退し、音楽文化の発展を阻害する結果になりかねない」とその懸念を述べる。しかし、このインセンティブの観点は、著作権法の正当化根拠でもある⁽²⁴⁾。そして、そのロジックは、帰結主義に基づくものであり、バンドスコアも著作物も変わるところがない。それぞれの目指す帰結は「音楽文化の発展」と「文化の発展」であり、その目的する法益は同じである⁽²⁵⁾。

（4）小括

本件判決は、平成23年最判の「特段の事情」には該当せず、同最判の趣旨から逸脱するものとする。

3. 2 政策決定との関係

(1) 著作権制度審議会

採譜に関しては、昭和38年11月4日「著作権制度審議会第3小委員会中間報告」において、「採譜は、音楽的著作物とは認めない。ただし、文学的または学術的著作物として考慮し得るかについては、別途、検討の必要があると思われる。」と報告されている⁽²⁶⁾。その後、管見の限り、採譜に関する特段の審議はなされていない。

(2) 昭和41年著作権制度審議会答申

楽譜を含む、出版物の組版面の保護に関しては、最終的な報告書である昭和41年4月20日『著作権制度審議会答申』において、「出版物の組版面は、それ自体が著作物ではなく、あるいは、すでに著作権が消滅した著作物に係るものであっても、他人がそれを利用することに対し、その出版者がなんの保護をも与えられないことは妥当ではない。この場合、少なくとも組版面を写真複製等でそのまま利用することについてのなんらかの措置を、主として不正競争防止的な観点から著作権法上講ずることは考慮に価すると考える。」⁽²⁷⁾と答申されている。しかし、昭和45年著作権法において、出版権の創設はあったものの、これに対する直接的な措置は講じられなかった。

(3) 平成2年著作権審議会第8小委員会（出版者の保護関係）

平成2年著作権審議会第8小委員会は、楽譜出版者を含む、出版者の権利の必要性につき、「出版者は、出版行為により、著作物の伝達上重要な文化的役割を果たしている。出版行為を行う者は、現行著作権法上出版権の設定の制度により既に一定の範囲で保護されているところである。しかし、複写機器の発達・普及という新たな状況を考慮すれば、(1)①で述べた⁽²⁸⁾と同様の性質を有する出版行為により、著作物の伝達上果たしている出版者の重要な役割を評価し、既存の出版権の設定の制度に加えて、出版者に、その出版物の複写を中心とした複製についても一定の権利を認めることが必要であると考え。これは、実演家等について、著作権に準ずる権利を付与して保護することとなったのと同様である。」⁽²⁹⁾と報告している。そして「このような方策を採ることで、新たな技術的進歩等に対応した出版者の保護を期し、その出版活動の安定と活発化を図ることによって、著作物の社会への伝達を促進し、文化の発展に寄与するものと考え。」⁽³⁰⁾とする。一方において、「出版行為における知的側面については、一般企業の通常の行為を超えるものではなく、新たな権利を認める根拠として乏しいとの意見がある。」⁽³¹⁾にも言及があった。

出版者には著作物の伝達上重要な文化的役割があるとして、著作隣接権の創設を求めるものであったが、立法化は見送られた。

(4) 平成25年文化審議会著作権分科会出版関連小委員会

平成25年の文化審議会著作権分科会出版関連小委員会（以下「出版関連小委員会」）には、「一般社団法人楽譜出版協会から、楽譜の特性に鑑み、楽譜出版者に著作隣接権を付与すべきであるという意見が示された」⁽³²⁾とある。ここでいう「楽譜の特性」とは、以下のことである。

1. 楽譜出版者は如何にして、読みやすく演奏効果を高める楽譜を製作するかを競っており、高度な創作性を有していることから、同じ作曲家の同じ作品でも出版者によって作り方が異なる。
2. 一般の書籍と異なり、楽譜の場合、教則本や個人の作品集以外の著作物は、一冊が単位ではなく原則として一つの作品が単位の基準になっている。
3. 著作権の消滅したクラシック音楽をはじめとして、それ以外の演歌、ポピュラー、Jポップ等全てのジャンルにおいて、著作権の有無に関係なく著作者を立てずに、各社の編集部門で編纂し、編集部編または出版部編として刊行するものが相当数ある。」⁽³³⁾

同小委員会（第2回）議事録によれば、日本楽譜出版協会は、特に、上記楽譜の特性3につき、「出版者が著作者の役割も果たしているというふう置きかえていただければよろしいのではないかと思います。デジタル社会となった今日、複製機器の普及に伴って、楽譜の無断コピーや海賊版が横行する中、楽譜出版者は疲弊して、非常な

危機に直面しています。…そこで私どもは、レコード制作者や実演家、あるいは放送事業者と同じように、著作隣接権の創設⁽³⁴⁾によって法的保護を得たいというのが私どもの希望です。…先ほど申し上げましたような楽譜の特性を考慮した場合に、目下、提案されている著作権者と出版者の契約に基づいた法制化⁽³⁵⁾につきましても、楽譜出版の多様性を確保する上で非常に困難であり契約の対象にならない楽譜の出版物が多数出版されているからであります。…年間に楽譜がどれだけコピーされているか、1年に2億6,000万枚の楽譜がコピーをされているという実態⁽³⁶⁾があります。』⁽³⁷⁾と述べ、楽譜の著作隣接権の創設を要望していた。

しかし、この要望には、「関係団体ヒアリングにおいても反対意見が多く示されており、コンセンサスを得られていないとの指摘や、楽譜出版物にだけ他の出版物と異なる取扱いをするということも現実問題として難しい」との意見も示され⁽³⁸⁾、最終的に、出版関連小委員会は、電子書籍に対応した出版権の整備を採用し⁽³⁹⁾、平成26年著作権法改正⁽⁴⁰⁾において「出版権」規定の全面改正が行われた。これを以って、楽譜出版の著作隣接権創設は見送られた。

（5） 本件の特殊性

バンドスコアを含む楽譜出版に関しては、①著作者又は音楽出版者⁽⁴¹⁾の多くが楽譜出版権（複製権）を著作権等管理事業者に委託しているという現状があること⁽⁴²⁾、このため、②楽譜出版者になろうとする者は誰でもいつでも著作権等管理事業者へ所定の使用料を支払うことにより楽譜の出版を行うことができること⁽⁴³⁾、このため、③楽譜出版者は、著作者又は音楽出版者とは関係なく、楽譜を企画・制作・販売をすることが多いこと⁽⁴⁴⁾を、そのビジネス上の特殊性として挙げるができる。

本件判決文には明記されていないが、原告被告ともに著作権等管理事業者に楽譜出版の使用料を支払った上で、採譜及び楽譜出版を行っていたものと推察される⁽⁴⁵⁾。したがって、本件は、著作者や音楽出版者とは直接的には関係のない領域⁽⁴⁶⁾、即ち、著作権法が想定した保護（著作権・出版権）が及ばない領域で起きた事件であると位置づけることができるであろう。

（6） 小括

楽譜出版者を著作隣接権で保護する立法提案は、出版権の存在を以って、その立法化は見送られている。これにより、立法者による一応の政策的決定があったものと考えられる⁽⁴⁷⁾。

この出版権の制定及び改正という立法的措置は、バンドスコアに関する国家による少なくとも最低限の保護の確保を意味すると考えられる。一方で、司法が不法行為法によってこれを保護することは、国家による「表現・営業の自由」の侵害の恐れ、すなわち、国家による過度な介入に該当する可能性があると考え⁽⁴⁸⁾。そして、本件判決もこのような観点をその考慮要素とすべきであったと考える。

少なくとも、楽譜出版・販売における著作権・出版権の利用について、その実態を把握する必要があったのではないかと考える。

3. 3 「営業上の利益」の保護

本件は「公正かつ自由な競争秩序を害する手段・態様を用いて…営業妨害により他人の営業上の利益を損なう行為」と評価し、これが不法行為に該当するとした事案である。以下、このことにつき検討する。

（1） 民法709条立法趣旨

旧民法財産編370条1項は「過失又ハ懈怠ニ依リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ為ス責ニ任ス」と定めていた。新民法立法者は、不法行為成否の「境ガアリマセヌ」と考え、ここに「権利侵害」という要件を付加した⁽⁴⁹⁾。一方で、この「権利」は広く考えられ、財産権、生命、身体、自由、債権、名誉が含まれるとされた⁽⁵⁰⁾。「営業上の利益」に関しては、得意先を失わせて商売上の損をさせる場合には権利侵害はないとされていた⁽⁵¹⁾。

（2） 大判大正 14 年 11 月 28 日民集 4 卷 670 頁〔大学湯事件〕

当初判例は「権利」の意味を立法者意思に反し厳格解釈していたが⁽⁵²⁾、大判大正 14 年 11 月 8 日民集 4 卷 670 頁〔大学湯事件〕がこれを転回する。これは「大学湯」という湯屋を営む賃借人が、賃貸借の終了の際に「老舗」を侵害されたことが問題となったものであり、「営業上の利益」に係る事件であった。

民法 709 条に関し、①大審院は「第七百九条ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」として「権利侵害」を「法規違反行為」という要件に転回する。一方で、②大審院は「其ノ侵害ノ対象ハ或ハ夫ノ所有権地上権債権無体財産権名誉権等所謂一ノ具体的権利ナルコトアルヘク或ハ此ト同一程度ノ厳密ナル意味ニ於テハ未タ目スルニ権利ヲ以テスヘカラサルモ而モ法律上保護セラルル一ノ利益ナルコトアルヘク」といい、「権利」同様に保護すべきものとして「法律上保護セラルル一ノ利益」という概念を導入する⁽⁵³⁾。

（3） 権利侵害から違法性へ

学説は、上記大正 14 年大判の①に着目し、「民法が権利侵害を要件としているのは、被害者の個人的立場のためにしているのではなくて、法律そのものの立場からいわば客観的に加害者の行為についての評価を求めているのである。更に換言すれば、法律が是認することを得ないような行為即ち法律秩序を破るの故をもって、違法と評価されるべき行為を表わすために、権利侵害を挙げているのである。この意味において、私は、ここに権利侵害というのは違法の行為の徴表たるにとどまると考える」⁽⁵⁴⁾として、上記判例の「法規違反行為」の克服を試みた。これ以降、有力学説は、権利侵害から違法性へと転回することとなる⁽⁵⁵⁾。被害者利益の種類と侵害行為の態様とから相関的に違法性を判断すべしとする相関関係説が通説とされた⁽⁵⁶⁾。

（4） 不正競争防止法の制定

昭和 9 年に不正競争防止法⁽⁵⁷⁾が制定された。「我が国産業の堅実なる発展を図るには、不正競争を防止して、誠実なる営業者を保護し、他方においては消費者に不測の損害を蒙らせない」⁽⁵⁸⁾ことをその趣旨とし、不正競争類型として、①周知商品表示混同行為、②原産地虚偽表示、③営業誹謗行為を規定した⁽⁵⁹⁾。同法はその後随時改正を重ね、現在、不正競争類型は 22 を数えている⁽⁶⁰⁾。

問題は、ここに列挙された類型に該当しない行為による場合について、民法 709 条により不法行為責任を認めてよいかどうかである⁽⁶¹⁾。近年では、不正競争防止法による決定が最終的なものであるとして、これをする立場が有力とされている⁽⁶²⁾。

（5） 裁判例

「営業上の利益」侵害を以って不法行為を判断した近時裁判例⁽⁶³⁾を以下に示す。肯定例として、①〔佐賀錦袋帯事件〕⁽⁶⁴⁾「正絹の証紙を貼付し、…営業上の信用を侵害」する、②〔木目化粧紙事件〕⁽⁶⁵⁾「原告製品の模様と寸分違わぬ完全な模倣である被告製品を製作し、これを…競合する地域において廉価で販売することによって…取引における公正かつ自由な競争として許されている範囲を甚だしく逸脱し、法的保護に値する控訴人の営業活動を侵害する」、③〔翼システム事件〕⁽⁶⁶⁾「費用や労力をかけて…作成したデータベースを競合する地域において販売する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害する」、④〔アイクリーム事件〕⁽⁶⁷⁾「自由競争として許容される範囲を逸脱する態様による広告であって、一般不法行為…としての違法性を有するというべきである」、⑤〔ワンスプーン事件〕⁽⁶⁸⁾「本件販売行為が不正競争を構成しないとしても、需要者の誤認を利用するものといえる上記被控訴人による被告商品の販売態様は、自由競争の範囲を逸脱した違法な販売態様で控訴人の顧客を奪っているものといえるから不法行為を構成するというべきである」等がある。

一方、否定例として、⑥〔星座板事件〕⁽⁶⁹⁾「…被告の行為をもって、自由競争の範囲を逸脱した違法な行為ということはできない」、⑦〔ディスプレイフォント事件〕⁽⁷⁰⁾ライセンスビジネス上の利益について「他人の行為が、

自由競争の範囲を逸脱し、営業の自由を濫用したものといえるような特段の事情が認められる場合に限り、違法性を有するとして不法行為の成立が認められる」、⑧〔不動産登記法テキスト事件〕⁽⁷¹⁾「本件各証拠によっても、被告の営む事業が、自由競争の範囲を逸脱し原告に対する営業妨害等の不法行為を構成するとみられる事情も認められない」、⑨〔消防支援車事件〕⁽⁷²⁾「仮に原告から得た資料の一部や既に消防庁に納入されていた原告車両の構造等に係る情報を何らかの形で利用したとしても、当該行為が原告との関係で自由競争の範囲を逸脱するものとは認められない」、⑩〔傘立て事件〕⁽⁷³⁾「他人の行為が、殊更に相手方に損害を与えることのみを目的としてなされた場合のように、自由競争の範囲を逸脱し、営業の自由を濫用したものといえるような特段の事情が認められる場合に限り、違法性を有するとして不法行為の成立が認められる」、⑪〔サイレンサー事件〕⁽⁷⁴⁾「被控訴人が本件原告製品の採寸を行い、その結果を控訴人以外の製造業者に開示してサイレンサーを製造したことは、正当な事業活動の範囲内にとどまるものである」等がある。

以上、何を以て、自由競争の範囲を逸脱し、営業の自由を濫用したとするのかは必ずしも明確とはいえない。少なくともここに法準則に相当するものが存在するとまでは言い得ないであろう。

（6） 課題

「営業上の利益」の保護に関しては、「わが国において営業侵害の不法行為を論ずる判決の少ないことと平行に、学説においても、不法行為法において営業をどのような行為から保護すべきかという問題は、具体的にまた詳細に分析されないまま今日に至っている」⁽⁷⁵⁾、「取引・営業の場面で他人の経済的利益を侵害することがどこまで不法行為になるかという根本問題に関しては、意外と不法行為理論は発展しなかった」⁽⁷⁶⁾との端的な見解がある。そして、その理由については、「著作権法改正、不正競争防止法…などによってかなり対処することができるようになったこと、「権利侵害から違法性」という不法行為理論の流れがかえって被侵害利益としての営業的利益の保護の必要性・その限界という問題から焦点をぼかしてしまったことなどがその原因であろう」⁽⁷⁷⁾とする。

（7） 小括

本件において、仮に「著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益」として「営業上の利益」を認めるとしても、これを不法行為法の判断に委ねるには、法的安定性という観点から課題があると考えられる⁽⁷⁸⁾。

3. 4 バンドスコアの著作物性

本件では争点とはなっていないが、最後に、バンドスコアの著作物としての保護可能性について検討する。バンドスコアは複製でありそれ自体は著作物ではないとされる⁽⁷⁹⁾。しかし、現行著作権法の淵源を遡れば、楽譜や演奏が音楽の著作物として扱われていたことがわかる⁽⁸⁰⁾。以下、音楽用語の整理を行った上でこれを振り返る。

（1） 音楽用語

1) 音

音は、物理的には…空气中を伝わる疎密の波で、空気が密な所では圧が大気圧よりも高くなり、疎の所では低くなる。このような疎密の状態が一定速度で空气中を進むのが音波（sound wave）である⁽⁸¹⁾。音は、圧の1秒間にくり返される周期的変化の数を表す「周波数」と、圧の「強さ」とによって特徴づけられる⁽⁸²⁾。瞬時音圧が時刻に対して正弦的に変化するような音、すなわち、正弦波からなる音を「純音」という。

詳細は省略するが、一般的な音の波形は「純音」すなわち正弦波を合成したものと見ることができ⁽⁸³⁾、音はその成分毎の強さを合成したものと捉えることができる。これを音のスペクトルという。音の解析はこのスペクトルを用いて行うことができる⁽⁸⁴⁾。

2) 音楽

音楽（note）とは、音の配合によって人の感情を感動させる芸術であり⁽⁸⁵⁾、音楽の著作物とは、思想または感

情を音の配合によって創作的に表現したものと定義することができる⁽⁸⁶⁾。したがって、音である音楽はスペクトル解析によって観測することができる。そして、音楽著作物の創作は、楽譜によっても、演奏によっても行うことができ、音楽は、楽譜によっても演奏によっても表現することができる⁽⁸⁷⁾。

3) 楽譜

楽譜は音楽（note）を符号化したものである。その符号化は音符によってなされる。音符は音高（pitch）と音価（note value）を表す符合である⁽⁸⁸⁾。音高は、聴覚における音の高低を表し、物理的には周波数に相当するものである⁽⁸⁹⁾。音価とは、音符や休符によって表された、各音の相対的長さのことをいい⁽⁹⁰⁾、物理的には時間に相当するものである。

楽譜すなわち音符で表現できるものは、ドレミのような離散的な音高（周波数）及び4分音符のような相対的かつ離散的な音価（時間）である。したがって、楽譜によって創作された音楽は、音符による表現上の制約を必然的に伴うこととなる。

4) 演奏

一方、演奏によって創作された音楽は、演奏に用いられる楽器（又は声）による表現上の制約を伴うものであり、連続的な音のスペクトルとして把握することができる。楽器の態様にもよるが、必ずしも音符による表現上の制約を伴うものではない。

（2） 脚本楽譜条例

音楽又は楽譜に関する最初の制定法は、明治20年に公布された「脚本楽譜条例」⁽⁹¹⁾である。以下にその関連条文を記す。

「第1条 演劇脚本及楽譜ハ出版条例及版權条例ニ抛リ之ヲ出版シ及版權ヲ所有スルコトヲ得

第2条 演劇脚本若シク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（即チ利益ノ為メ公衆ノ前ニ演スルノ権）ヲ併セ有スルコトヲ得

但興行権ヲ有セントスルトキハ其脚本又ハ楽譜ニ興行権所有ノ五文字ヲ記載スヘシ」

この条例により、楽譜が「版權」⁽⁹²⁾によって、その演奏興行が「興行権」によって、各々保護されることになった。しかし、ここには音楽の著作物という概念はない。

（3） 旧著作権法

次の立法は、明治32年に公布された「著作権法」⁽⁹³⁾（以下、「旧著作権法」という。）である。この制定法において、「著作物」概念が初めて登場する。以下にその該当条文を記す。

「第1条 文書演述図画彫刻模型写真⁽⁹⁴⁾其ノ他文芸學術若ハ美術⁽⁹⁵⁾ノ範圍ニ属スル著作物ノ著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス

文芸學術ノ著作物ノ著作者ハ翻譯権ヲ包含シ各種ノ脚本及楽譜ノ著作権ハ興行権ヲ包含ス」

この条文第1文は複製権の保護対象となる著作物に関するものであり、その著作物の例示には、楽譜⁽⁹⁶⁾及び演奏又は音楽の記載はない。しかし、第2文に目を向ければ、「楽譜ノ著作権」とあるように、楽譜が著作権の保護客体、すなわち、著作物であったことがみてとれる⁽⁹⁶⁾。

（4） 桃中軒雲右衛門事件

桃中軒雲右衛門事件⁽⁹⁷⁾は、不法行為法においても著名な裁判例である。事件の概要は、浪花節の名人桃中軒雲右衛門が吹き込んだ浪花節のレコードが無断複製され、そのことに基づき損害賠償を請求したというものである⁽⁹⁸⁾。本件論点のひとつは、レコードに録音された浪花節が著作物に該当するか否かであった。

大審院は、音楽的著作物について「音楽的著作物カ著作権ヲ発生スル所以ノモノハ他ナシ著作者ハ其独特ノ創意

ニ依リ新ナル作曲ヲ為スニ在リ先入未発ノ旋律ヲ創作スルニ在リテ」と判示する。一方、楽譜については、「楽譜ハ要スルニ依リテ其旋律ヲ表示シ之ニ形体ヲ有セシムルノ方法タルニ過キササルモノトス」と述べる。要するに、音楽の著作物は「先入未発ノ新ナル旋律ヲ包含スル」ものであり、楽譜はその表示方法であるということである⁽⁹⁹⁾。

著作権の発生における楽譜と演奏の関係について、判決は「音楽的著作物ハ楽譜先ツ成リテ演奏之ニ随伴スル場合ニ於テハ著作権ハ楽譜ノ作成ト共ニ発生シ」、「楽譜ヲ用キスシテ直チニ之カ演奏ヲ為シ又ハ演奏ヲ為シタル後楽譜ヲ作成スル場合ニ於テハ著作権ハ演奏ニ依リテ発生シ」とし、音楽著作権は楽譜によっても演奏によっても生ずることを明らかにした。

しかし、本件浪花節については、大審院は「演奏ト共ニ消滅ニ帰シ演奏者ノ脳裡ニ於テ其定型ヲ遺留セサルモノハ音楽的著作物トシテ法律ノ保護ヲ受クルコト能ハサルモノトス」と、「定型」という要件を課し、著作物性を否定した⁽¹⁰⁰⁾。

（5） 旧著作権法明治 43 年改正、大正 9 年改正及び昭和 6 年改正

大正 9 年改正⁽¹⁰¹⁾で、複製権における著作物の例示である「文書演述図画彫刻模型写真」（1 条）に「演奏歌唱」が加えられた⁽¹⁰²⁾。これにより「演奏歌唱」が著作物であることが明確となり、楽譜によらない和楽や即興演奏も著作物として保護されることとなった。

さらに、旧著作権法は昭和 6 年改正⁽¹⁰³⁾で、「美術」を「美術（音楽ヲ含ム以下ニ同シ）」に改正し、音楽が美術に含まれることが明確にされた。これにより、旧法が音楽の下位概念としての楽譜と演奏を著作物として保護していたことが明確となった⁽¹⁰⁴⁾。

（6） 著作権制度審議会

昭和 38 年 11 月 4 日の著作権制度審議会第 3 小委員会中間報告によれば、「楽譜」に関しては「現行法の「楽譜」という用語は著作物の例示としては適当ではなく、たとえば、楽曲という考えで検討することが適当である」と報告している⁽¹⁰⁵⁾。昭和 40 年 5 月 21 日の同第 3 小委員会審議結果報告においても、「音楽的著作物の例示にあっても、「楽譜」というような例示は好ましくないところであって、…楽譜による固定を要しないとの見地から、例示を掲げることが適当である。」⁽¹⁰⁶⁾と報告している。

また、「演奏歌唱」に関しては、同審議会第 5 小委員会中間報告は「現在著作物として保護されている演奏歌唱については、今後、隣接権制度においてその保護を考えていくのが妥当であることに意見の一致を見ました」⁽¹⁰⁷⁾と報告している。同第 5 小委員会審議結果報告は、これを前提として、「現行法が著作物の例示に掲げている演奏歌唱、および作成者を著作者とみなしその機器についてのみ著作権を有するものとしている録音物については、その実体および著作権の内容等に関し不明確な点が多く、したがって新しく隣接権制度で与えられる実演家およびレコード製作者の権利の内容との相違点も必ずしも明らかではない。このようなことから、著作権法上保護を受けていた演奏歌唱および録音物については、新制度実施後もなお旧法の保護が存続するものとして取り扱うことが適当であるとも考えられる。」⁽¹⁰⁸⁾とする。ここには、法改正後において、「演奏歌唱」は著作物としては保護しないとの前提があったものと思われる⁽¹⁰⁹⁾。

（7） 昭和 45 年著作権法（全面改正）

昭和 45 年著作権法⁽¹¹⁰⁾において、著作物は「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」（2 条 1 項 1 号）と定義され、その例示として、例えば、「言語の著作物」として「小説、脚本、論文、講演」（10 条 1 項 1 号）を挙げるが、「音楽の著作物」（10 条 1 項 2 号）についての例示はなかった。

また、同法は、「実演」を「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。」

（10条1項2号）と定義し、これを保護することとした（7条）。これにより、旧著作権法の演奏歌唱は、実演家の権利（91-95条）として保護されることとなった⁽¹¹¹⁾。

この楽譜・演奏から音楽への移行は、楽譜については固定を要するとの観念が付随するということからその使用が憚られたことに、演奏については著作隣接権で保護することに、その理由があった。

しかし、楽譜・演奏は、音楽の伝達でもあり同時に音楽の創作でもあり得る。この伝達と創作は、楽譜・演奏の機能的側面であり、伝達が創作を創作が伝達を打ち消すような関係にはない⁽¹¹²⁾。このような機能的側面を持つ楽譜・演奏は、音楽の伝達という側面⁽¹¹³⁾からも音楽の創造という側面からも保護されるべきものである。そして、楽譜と演奏の差異は、音楽の表現形式にあると認識すべきである。

（8） バンドスコア

採譜とは、演奏によって表現された音楽を、楽譜によって表現された音楽とする行為のことであり、この際の楽譜をバンドスコアと、定義することができる。要するに、採譜とは、双方の表現上の制約の相違を克服することを意味し、それは、結局、演奏による音楽の楽譜による表現形式への適合（adaptation）を意味する。これを編曲⁽¹¹⁴⁾と呼ぶか否かは別として、これを画一的に複製⁽¹¹⁵⁾とみなすことには問題があると考えられる。

採譜とは、周波数・強さ・時間からなる音の連続スペクトラムである演奏を、離散的な音高と音価を表す音符に変換することを意味し、採譜には情報の取捨選択と離散値の選択という決断が求められる。そして、音符で表現できない情報は、言語若しくは記号を以って補われる。これもすべて選択と決断である。この選択と決断がバンドスコアにおける表現の差として現れる。演奏と楽譜の関係は、1:1ではなく、必ずn:nの関係となる。それは、両者に表現形式の差異があるからにはほかならない⁽¹¹⁶⁾。これらのことは「音価、演奏ポジションや記譜の方法には採譜者の癖や個性が表れる」⁽¹¹⁷⁾との判示が追認する。

また、採譜には「よく聴き取れない…箇所については、採譜者が…推測的・創作的判断に基づく独自のアレンジを施すことがあり…」と判示されているように、創作的側面や個性の発揮がなされている部分が存在する。

以上、表現形式という観点からも、採譜者の個性の発揮という観点からも、バンドスコア自体を音楽の著作物として認める余地はあるものと考えられる⁽¹¹⁸⁾。あとは、その著作物性の判断に委ねられるべき問題である⁽¹¹⁹⁾。

4. さいごに

不法行為法によりバンドスコアを保護することは、著作権法及びその政策決定との関係からも、また、不法行為法の課題からも、妥当ではないというのが、本稿の結論である。しかし、バンドスコアの保護が不要であるとの主張をするものでもない。その意味において、バンドスコアの著作権法による保護の可能性についても検討を試みた。本件の問題は、裁判という性質上やむを得ないことではあるが、その幅広さという意味において、妥当な政策的判断に必要な考慮が尽くされているとは思えないことである。

「自由」を原則とする、以下を引用して本稿の最後とする。

「まず忘れてはならないのは、他人の成果にフリーライドすることは原則として自由だということである、フリーライドはすべからず非難されるべき行為であるように思われるかもしれないが、これは間違いである。われわれの社会ではフリーライドは原則として自由であり、フリーライドは即違法と評価されるものではない。模倣こそが人間や社会の進歩の源なのである。」⁽¹²⁰⁾

以上

（注）

(1) 裁判所 HP 未掲載（LEXDB:25620933）。本件評釈として、松尾剛行「判批」WLJ判例コラム第340号（2025）、小泉直樹「判批」ジュリスト1605号8-9頁（2025）、同「判批」慶應法学54号47-62頁（2025）、栗田昌裕「判批」ジュリスト1610号234-235頁（2025）、伊藤雅浩「判批」著作権研究50号291-322頁（2025）、鮑妙堊「判批」コピーライト765号48-59頁（2025）。

- (2) 裁判所 HP 未掲載 (LEXDB: 25601570)。原審評釈として、鮑妙堃「判批」ジュリスト 1589 号 138-141 頁 (2023)、同「判批」知的財産法政策学研究 68 巻 285-309 頁 (2023)。
- (3) 最一小判平成 23 年 12 月 8 日民集 65 巻 9 号 3275 頁 [北朝鮮映画事件]。
- (4) 前掲注 3) [北朝鮮映画事件]。評釈等として、山田真紀「判解」Law and Technology 56 号 82-86 頁 (2012)、山田真紀「判解」法曹時報 66 巻 10 号 2815-2823 頁 (2014)、小泉直樹「判批」ジュリスト 1437 号 6-7 頁 (2012)、張睿暎「判批」法学セミナー増刊 (新判例解説 Watch) 11 号 237-240 頁 (2012)、上野達弘「判批」AIPPI57 巻 9 号 562-583 頁 (2012)、横山久芳「判批」民商法雑誌 146 巻 6 号 540-562 頁 (2012)、諏訪野大「判批」判例時報 2169 号 (判例評論 648 号) 143-147 頁 (2013)、丁文杰「判批」知的財産法政策学研究 41 号 325-357 頁、42 号 395-444 頁 (2013)、山根崇邦「判批」ジュリスト別冊 231 号 228-229 頁 (2016)、小嶋崇弘「判批」ジュリスト別冊 242 号 210-211 頁 (2019)、小嶋崇弘「判批」ジュリスト別冊 272 号 212-213 頁 (2025)、窪田充見「判批」ジュリスト別冊 248 号 240-241 頁 (2020)。
- (5) 丁・前掲注 (4) 414 頁、芦部信喜『国家と法 I』106-107 頁 (日本放送出版協会、1985)。
- (6) 最一小判平成 17 年 7 月 14 日民集 59 巻 6 号 1569 頁 [船橋市西図書館事件]。山田・前掲注 (4) 86 頁、山田・前掲注 (4) 2822 頁。
- (7) 平成 23 年最判後から本件判決までの裁判例を対象とした。前田健「知的財産法と不法行為」窪田充見ほか『事件類型別 不法行為訴訟』367-436 頁 (弘文堂、2021) 及び上野達弘「民法不法行為による不正競争の補完性—知的財産法と不法行為法をめぐる議論の到達点—」別冊パテント 29 号 13-42 頁 (2023) を参考にした。
- (8) 大阪地判平成 24 年 7 月 5 日 (平成 23 年 (ワ) 13060) [大江戸浮世絵暮らし事件]。
- (9) 東京地判平成 24 年 12 月 27 日 (平成 22 年 (ワ) 47569) [大道芸研究会事件]。
- (10) 大阪地判平成 25 年 4 月 18 日 (平成 24 年 (ワ) 9969) [星座板事件]。
- (11) 知財高判平成 25 年 9 月 10 日 (平成 25 年 (ネ) 10039) [光の人事件]。
- (12) 知財高判平成 25 年 12 月 17 日 (平成 25 年 (ネ) 10057) [シャトー勝沼 I 事件]。
- (13) 大阪高判平成 26 年 9 月 26 日 (平成 25 年 (ネ) 2494) [ディスプレイフロント事件]。
- (14) 東京地判平成 27 年 1 月 30 日 (平成 25 年 (ワ) 22400) [不動産登記法テキスト]。
- (15) 知財高判平成 30 年 6 月 20 日 (平成 29 年 (ネ) 10103・平成 30 年 (ネ) 10012) [消防支援車事件]。
- (16) 知財高判令和 3 年 9 月 29 日 (令和 3 年 (ネ) 10028) [放置少女事件]。
- (17) 知財高判令和 4 年 8 月 31 日 (令和 4 年 (ネ) 10035) [「日本の奨学金はこれでいいのか!」事件]
- (18) 中山信弘『著作権法〔第 4 版〕』307 頁 (有斐閣、2023)、井上由里子「パブリシティの権利の再構成—その理論的根拠としての混同防止規定—」筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念『現代企業法学の研究』127-196 頁、180 頁 (信山社、2001)。窪田充美「不法行為法から見たパブリシティ—生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商法雑誌 133 巻 4・5 号 721-748 頁、737-748 頁 (2006)、田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相」同『新世代知的財産法政策学の創生』3-50 頁、42-43 頁 (有斐閣、2008)、潮見佳男『不法行為法 I〔第 2 版〕』90-94 頁 (信山社、2009)、横山・前掲注 (4) 559-561 頁、三村量一「一般不法行為」牧野利明ほか『知的財産訴訟実務体系Ⅲ』352-372 頁、366-367 頁 (青林書院、2014)、山根崇邦「情報の不法行為を通じた保護」吉田克己=片山直也『財の多様化と民俗学』351-380 頁、373-375 頁 (商事法務、2014)、村田健介「不法行為法による情報保護のあり方」別冊 NBL155 号 131-144 頁、132-138 頁 (2015)、窪田充美『不法行為法〔第 2 版〕』140-149 頁 (有斐閣、2018)、前田・前掲注 7) 371-382 頁、上野達弘「知的財産法と不法行為法の現在地」日本工業所有権法学会年報 45 号 190-212 頁、203-205 頁 (2022)。
- (19) 横山・前掲注 (4) 560 頁 (2012)、横山久芳「ケイコとマナブ事件・判批」コピーライト 523 号 32-39 頁、37 頁 (2004)。これに反する説として「著作権法上で不法行為の特別構成要件が設定されているときには、著作権法が対象としている領域で生じた不法行為ないし権利・法益侵害に関しては、法秩序として完結的な選択・決定がなされている。ここには「法律の欠缺」は存在しない。」(潮見・前掲注 (18) 92 頁) がある。なお、「法の空白 (欠缺)」については、前田達明「法解釈への提言—民法学において—」同志社法学 56 巻 6 号 1551-1569 頁、1557-1558 頁 (2005) の「歴史的解釈」に関する解説を参照。
- (20) 田村・前掲注 (18) 43 頁。同説も法の欠缺を前提としたものであると考えられる。なお、同説には「ただし、第一にその種の利用行為を規律しないとす立法による決定がなされている場合に介入が許されなくなることはいうまでもない。第二に、…帰納主義的な観点からは正当化が可能である事例であっても、表現の自由や私人の行動の自由等に対する過度の制約となりうる懸念を払拭しえない場合には、不法行為による保護は否定すべきであろう」との但書きが付されている。なお、芦部・前掲注 (5) 106-111 頁も参照。
- (21) 前掲注 (3) [北朝鮮映画事件]。
- (22) 「知的財産法はいずれも、…そこで禁止されなかった行為については、積極的にその行為の自由を許容するという価値判断がそこに含まれているとみる余地がある。そうだとすれば、知的財産権侵害…が否定された行為について一般不法行為の成立を認めることは、知的財産法体系との矛盾が生ずるおそれがあり、その場合には法体系全体の整合性を保つため一般不法行為の成立は認められないと考えられる。」(前田・前掲注 (7) 372 頁)。
- (23) 栗田・前掲注 1) 235 頁。反対：鮑・前掲注 (1) 56 頁。

- (24) 田村善之『著作権法〔第2版〕』6-8頁（有斐閣、2003）。
- (25) 栗田・前掲注（1）235頁。
- (26) 文化庁『著作権法百年史資料編』100頁（著作権情報センター、2000）。
- (27) 文化庁・前掲注（26）45頁。
- (28) 「(1) ① 実演家等の行為は、著作物に密接に関連したものであり、音楽、文芸等の文化の創造に積極的な役割を果たすものであるとともに、著作物の公衆への伝達上重要な行為として、知的価値を認め得ること」（文化庁・前掲注（26）725頁）。
- (29) 文化庁・前掲注（26）726頁。
- (30) 文化庁・前掲注（26）726頁。
- (31) 文化庁・前掲注（26）727頁。
- (32) 出版関連小委員会『同報告書』15頁（文化庁、2013）。
- (33) 出版関連小委員会（第2回）資料4「楽譜の三つの特性について」。
- (34) 「【権利の対象】出版物等原版」（出版関連小委員会（第2回）参考資料2「『出版者への権利付与等』についての方策」（以下「参考資料2」））。
- (35) 「著作権者と出版者との譲渡契約等により、侵害者に対し出版者が差止請求等を行うことができることから、このような契約慣行の普及を図る」（参考資料2）。
- (36) 出版関連小委員会（第2回）資料4『楽譜出版者の役割と固有の権利について—音楽文化の発展のために—』9頁（一般社団法人日本楽譜出版協会、2012）。
- (37) 出版関連小委員会（第2回）議事録（平成25年5月29日）。
- (38) 出版関連小委員会『同報告書』17頁注31（文化庁、2013）。
- (39) 出版関連小委員会『同報告書』37頁（文化庁、2013）。
- (40) 平成26年法律第35号。
- (41) Music Publisher という同一訳をもつ事業者として、日本には「音楽出版者」と「楽譜出版者」とが存在する。前者が著作権を保有しつつそれらの利用を図る者をいうのに対して、後者は楽譜を出版・販売する者をいう（田中明「楽譜出版者の法的保護等に関する一考察（提要）」著作権研究29号195-212頁、198-199頁（2002））。
- (42) 田中・前掲注（41）199頁。
- (43) 「ことの良し悪しは別問題として、楽譜出版者になろうと思う者は誰でも、いつでも、JASRAC の許諾を得て、その管理楽曲等である限りにおいて、所定の使用料を支払うことにより出版を行うことができるという特殊事情が定着している。したがって、自らは1曲の権利をも所有せずして楽譜出版者にはなれるわけであり、逆に、当該著作物の著作権を保有する出版者であっても、これを排他的独占的に出版することは事実上不可能であった。」（田中・前掲注（41）199-200頁）。この特殊事情の定着は「採譜＝複製」または「採譜＝同一性保持」というドクサ（*doxa/dóξα*）を根拠としたものと考えられる。「採譜＝複製」については、後述する「3.4 バンドスコアの著作物性」において検討する。
- (44) 前掲注（33）「楽譜の三つの特性について」。著作者又は音楽出版者から委託を受けてバンドスコアの出版・販売を行うこともあり得るということを含意する。また、著作者又は音楽出版者自身がバンドスコアの出版・販売を行うこともあるであろう。ただしこのような場合にもバンドスコアという言葉が使用されているかどうかは不明である。
- (45) 被告に関し、鮑・前掲注（1）57頁。しかし、仮にそうであっても、楽譜出版の使用料を支払うことが直ちに採譜を許可したことになるのであろうか、その際に同一性保持権は問題とはならないのだろうか、という疑問は残る。
- (46) 音楽ビジネスに詳しい、安藤和弘『よくわかる音楽著作権ビジネス 基礎編（第6版）』178頁（リットーミュージック、2021）には、主人公ケンゾー君が書店で自分の楽曲の楽譜を発見したときの、ケンゾー君「へ～この譜面ちゃんとしているじゃん!」、マネージャ「採譜屋さんに頼んでんだろ」という会話が、このことを巧みに表現している。
- (47) 小泉・前掲注（1）9頁、小泉・前掲注（1）62頁。
- (48) 山本敬三「基本法の保護と不法行為の役割」民法研究5号77-140頁、90-91頁（2008）の「国家の基本権保護義務という考え方に基づくものである」。
- (49) 瀬川信久「民法709条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄＝星野英一『民法典の百年Ⅲ』559-629頁、562頁（1998）。
- (50) 瀬川・前掲注（49）562頁。
- (51) 瀬川・前掲注（49）562頁。
- (52) 山本・前掲注（48）80頁。
- (53) この「法律上保護セラルル一ノ利益」は、平成16年民法現代語化に伴い改正された現行709条の「法律上保護される利益」と図らずとも同じである。
- (54) 末川博『権利侵害と権利濫用〔末川博法律論文集Ⅱ〕』473頁（岩波書店、1970）〔初出1930〕。
- (55) 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権利論の視点から—」法学論叢154巻4・5・6号292-350頁、309頁（2004）は、この〈権利侵害から違法性へ〉という展開を、不法行為制度の目的が〈権利・自由の保護〉から〈法秩序の維持・回復〉へと

変更されたとみる。

- (56) 我妻栄『新法学全集 事務管理・不当利得・不法行為』100-101頁（日本評論社、1937）、加藤一郎『法律学全集 22-II 不法行為〔増補版〕』35-38頁（有斐閣、1974）。このような解釈学的構成に基礎を与えたのは、ドイツ民法典の不法行為法及びドイツ民法学であった（錦織成史「ドイツにおける営業保護の法発展—判例にみる民事不法二元論の一面（上）」判例タイムズ 352号 2-22頁、2頁（1977））。その後の学説については、大塚直「民法 709 条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判例タイムズ 1186号 16-21頁（2005）、窪田充見『新注解民法（15）債権（8）〔第2版〕』311-321頁〔橋本佳幸〕（有斐閣、2024）を、裁判例については、瀬川・前掲注 49）を参照。また、「違法性」概念機能の多様性については、能見善久「不法行為の機能・要件の再構成」NBL937号 18-25頁、19-20頁（2010）を参照。
- (57) 昭和9年法律第14号。
- (58) 山本庸之『要説 不正競争防止法〔第3版〕』6頁（発明協会、2002）。パリ条約のヘーグ改正条約加盟という要請によるものである（同6頁）。
- (59) 小野昌延『新・注解 不正競争防止法〔新版〕（上巻）』34頁（青林書院、2007）。
- (60) 令和7年法律第39号。なお、現時点においても一般条項は規定されていない。
- (61) 山本敬三「不法行為法における「権利又は法律上保護される利益」の侵害要件の現況と立法的課題」別冊 NBL155号 97-116頁、100頁（2015）。さらに「この問題については、ある程度確立した法準則に相当するものが存在するかどうか、かりに存在するとしても、それを民法に定めるべきかどうか問われている」（同頁）とする。
- (62) 山本・前掲注（51）100頁。
- (63) 前田・前掲注（7）、上野・前掲注（7）及び高部眞規子「著作権侵害と不法行為」コピライト 771号 2-37頁（2025）を参考にした。
- (64) 京都地判平成元年6月15日判時 1327号 123頁〔佐賀錦袋帯事件〕。
- (65) 東京高判平成3年12月17日知財裁集 23巻3号 808頁〔木目化粧紙事件〕。現在は不正競争防止法2条1項3号がある。
- (66) 東京地中間判平成13年5月25日判時 1774号 132頁〔翼システム事件〕。現在は不正競争防止法2条1項14号がある。
- (67) 札幌地判令和6年2月27日（令和3年（ワ）595）〔アイクリーム事件〕。
- (68) 大阪高判令和6年5月31日（令和5年（ネ）2172）〔ワンスプーン事件〕
- (69) 前掲注（10）〔星座板事件〕。
- (70) 前掲注（13）〔ディスプレイフォント事件〕。
- (71) 前掲注（14）〔不動産登記法テキスト〕。
- (72) 前掲注（15）〔消防支援車事件〕。
- (73) 大阪地判平成30年10月18日（平成28年（ワ）6539）〔傘立て事件〕。
- (74) 知財高判平成30年7月3日（平成30年（ネ）10013）〔サイレンサー事件〕。
- (75) 錦織・前掲注（56）2頁。さらに「不正競争防止法や…によって営業侵害行為が不法行為とされることは明確になっているが、法律の規定が存在しない場合、どのような基準で不法行為とされるのかについては極めてあいまいである」（同3頁注（3））と述べる。
- (76) 能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌 44巻2号 188-222頁、221頁（2009）。
- (77) 能見・前掲注（76）221頁。
- (78) 松尾・前掲注（1）は、「不競法の「規律」の趣旨を踏まえ、…検討を行う方が、問題となる行為が…異なる法的に保護された利益か否かの判断をする上で、…より丁寧なものとなる…」とする。
- (79) 中山・前掲注（18）312頁、半田正夫＝松田政行編『著作権コンメンタール I〔第2版〕』〔井奈波朋子〕545-546頁（勁草書房、2015）、小泉直樹ほか『条解 著作権法』〔横山久芳〕194頁（弘文堂、2023）。また、旧法時代の裁判例ではあるが、大判大正5年1月19日民録 22輯 39頁（うかれぶし事件）は、「他人ノ創作シタル楽曲ニ付キ単ニ其音階曲節ヲ表示スヘキ記号ヲ案出シテ作譜ヲ為シタルニ過キサル者又ハ他人ノ創作ニ係ル楽譜ノ編纂ヲ為シタルニ止マル者ハ其楽曲ノ著作権ヲ有セ」ずと判示している。文化庁・前掲注（26）100頁及び「例えば単純に…民謡を採譜する場合とか、こういったような行為はここでいう編曲には該当いたしません」（加戸守行『著作権法逐条講義〔7訂新版〕』50頁（著作権情報センタ、2021））との言説も参照。
- (80) なお、楽譜に関しては、新井恵美「音楽の著作物に関する一考察—楽譜との関係に着目して—」宇都宮大学共同教育学部研究紀要 71号 197-208頁、205頁（2021）、小泉ほか・前掲注（77）195頁〔横山久芳〕は、設計図との関係において、楽譜を図形の著作物として保護され得るとする。
- (81) 西巻正郎『改版 電気音響振動学』5頁（コロナ社、1975）。
- (82) 西巻・前掲注（81）7頁。
- (83) 西巻・前掲注（81）7頁（コロナ社、1975）。
- (84) 縦軸に周波数、横軸に時間を配置し、周波数ごとの強さの時間的変化を色で表現することでスペクトルの時間経過を表現可能とする。縦軸をピアノ鍵盤とすることもある。
- (85) 半田・前掲注（79）541頁〔井奈波朋子〕。
- (86) 半田・前掲注（79）541頁〔井奈波朋子〕。

- (87) これは、旧法が、楽譜及び演奏を別の著作物として扱っていた理由とも考えられる。
- (88) 新井・前掲注（80）205頁。
- (89) 堀内久美雄『新訂 標準音楽事典〔第2版〕』（音楽の友社、2008）。
- (90) 堀内・前掲注（89）。
- (91) 明治20年勅令第78号。
- (92) 「凡ソ文書図画ヲ出版シテ其利益ヲ専有スルノ権ヲ版權ト云ヒ」（版權条例：明治20年12月28日勅令第77号）。
- (93) 明治32年法律第39号。
- (94) この例示は、同法制定に先立ち同年に加入した1886（明治19）年ベルヌ条約及び1896（明治29）年パリ改正条約の「書籍、小冊子その他の文書；演劇又は楽劇著作物；楽曲（歌詞を伴うかどうかを問わない）；デザイン、絵画、彫刻、版画の著作物；石版画、イラスト、地図；地理学、地形学、建築学その他の科学に関する図面、略図及び模型」（同4条）に準じたものと思われるが、「楽曲」は反映されていない。なお、「写真」については、明治9年写真条例（太政官布告90号）及び明治20年写真版權条例（勅令79号）を継承したものと考えられる。
- (95) 「美術」は、“artistiques”（仏）の訳語であり、これに「音楽」も包含されていた（齊藤博「「雲右衛門」判決へのもう一つの評価」北川善太郎編『知的財産制度』103-129頁（東京布井出版、1996）115頁。）。同訳語の変遷については、増田聡「音楽「著作権」の誕生—近代日本における概念の成立と流用—」鳴門教育大学研究紀要17巻37-46頁、39-41頁（2002）を参照。
- (96) 「楽譜」に関しては、「わが国の観念では、楽譜の如きもこの種〔文芸学術の範囲に属する著作物〕の著作物に属するものと考えられる」（括弧書筆者記入、榛村専一『著作権法概論〔改訂版再版〕』68頁（巖松堂書店、1936））との学説があった。しかし、音楽を音符で表現する楽譜を、詩、小説、学術論文等と同旨することには問題があると考えられる。
- (97) 大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁〔桃中軒雲右衛門事件〕。本判例が「刑録」に収録されているのは、本件が当時存在した附帯私訴によるものだったからである。附帯私訴とは、端的にいえば刑事訴訟に附帯する民事訴訟のことである。このため、同事件においては、厳格な罪刑法定主義が、著作権侵害のより柔軟な解釈の可能性を閉ざしたとも考えられている（能見・前掲注（76）217-220頁）。
- (98) 事件の詳細は、吉村保「桃中軒雲右衛門事件をめぐる人たち」同『発掘日本著作権史』112-123頁（第一書房、1993）、齊藤・前掲注（95）、能見・前掲注（76）、大村敦志『不法行為判例に学ぶ』80-104頁（有斐閣、2011）等を参照。
- (99) 齊藤・前掲注（95）107頁。
- (100) 判決文の「我国ニ於テ従来行ハレタル低級音楽ノ一種タル浪花節」及び「浪花節ノ如キ比較的音階曲節ニ乏シキ低級音楽」等の記載から「浪花節」に関する裁判官の偏見が伺われる。
- (101) 大正9年法律60号。
- (102) この改正の趣旨は「本改正案ノ本旨ハ提案者ノ説明ニ依ッテ見レバ、演奏歌唱ソレ自身ガ精神的勞力ノ結果ニ成ルモノデアラカラ、之ヲ保証シ之ヲ發達セシムル為メニ、演奏歌唱其物ニ著作権ヲ認ムルヲ相当ト思フ」（第43回帝国議会議院著作權法中改正法律案委員會第3回7頁（大正9年7月19日）川村武治政府委員發言）との発言にある。わが国は1908（明治41）年ベルヌ条約ベルリン改正条約加入に際し、「帝国現時ノ状態ハ外国楽譜ヲ演奏シ音楽發達ヲ謀ルノ必要アル時期ナルヲ以テ斯ル制限ヲ受クルハ非常ニ不利益ナリト認ム」として、同改正条約の「本条約の規定は、出版の有無にかかわらず、劇作品又は劇音楽作品の公の上演及び音楽作品の公の演奏に適用される」（11条）を留保していた（文化庁『著作権法百年史』130-131頁（著作権情報センター、2000））。
- (103) 昭和6年法律64号。
- (104) 前掲注（97）〔桃中軒雲右衛門事件〕が、音楽の著作権は楽譜によっても演奏によっても生ずると判示したことの反映とみることもできる。
- (105) 文化庁・前掲注（26）100頁。
- (106) 文化庁・前掲注（26）168頁。
- (107) 文化庁・前掲注（26）107頁。
- (108) 文化庁・前掲注（26）218頁。昭和45年法律第48号附則14条も参照。
- (109) 「それまで著作物として位置付けられていた「演奏歌唱」が「実演者の権利」の客体となったのである。「演奏歌唱」は、著作権ではなく、著作権に隣接する権利、著作隣接権の客体に移されることとなったのである。」（齊藤・前掲注（95）118頁）。また、昭和41年10月に公表された文部省文化局試案の註解は「録音物については、著作物としてではなく、隣接権で保護することになる。」（現行著作権法制定時の検討過程に関する調査研究委員会『著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）コンメンタール』103-104頁（著作権情報センター、2021）、以下「試案註解」という。）との方針を示していた。しかし、これは、本改正後1989（平成元）年に加入したローマ条約1条「この条約に基づいて与えられる保護は、文学的及び美術的著作物の著作権の保護に変更を加えるものではなく、また、いかなる影響も及ぼすものではない」の趣旨に反する又はこれを潜脱するものとする。
- (110) 昭和45年法律第48号。
- (111) 実演家の氏名表示権（90条の2）と同一性保持権（90条の3）は平成14年改正により追加。

(112)前掲注（109）参照。

(113) 本山雅弘『著作隣接権の理論』（成文堂、2021）は、著作権制度審議会各小委員会審議結果報告（第5小員会）の「隣接権条約が規定する隣接権制度は、著作物を公衆に伝達する媒体としての実演家、レコード製作者、放送事業者等の行為に著作物の創作行為に準じた精神性を認め、労働保護あるいは不正競争防止の観点より一步進んだ、無体財産権保護的な保護を、これらの者に与えようとするものである」（文化庁・前掲注（26）202頁）との記載を以って、「著作隣接権」は、その保護対象および保護の正当化根拠として、客体における創作的要素の存在を前提にする制度と解するのが妥当といえよう」（270頁）とする。同解釈によれば、演奏の創造的側面が、演奏の伝達の側面保護の正当化根拠をも負っていると解することもできる。

(114) 2条1項11号は「二次的著作物（derivative work）」を「著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案することにより創作した著作物をいう」と定義する。翻訳、編曲、変形及び翻案に関する定義規定は存在せず、その意味は解釈に委ねられている。現在、最一小判平成13年6月28日民集55巻4号837頁（江差追分事件）判示がその規範的解釈とされている。しかし、現行法を起草した文化局は、翻訳（translating）を「原著作物を他の国語で表現しなおすこと」と、編曲（composing a musical arrangement of）を「音楽の著作物の改作」と、変形（reformulating）を「美術の著作物の他の形式への改作」と、翻案（adapting）を「原著作物の主題、筋等いわゆる内部形式を維持しつつ、外部形式に変化を加え、新たな著作物を作ること」と解していた（試案注解・前掲注（109）104-105頁）。すなわち、編曲を除く、翻訳、変形及び翻案を表現形式（外部形式）の変換と解していた。編曲に関しては、『音楽辞典』（音楽の友社）及び日本音楽協会の「編曲」受諾管理に関する「審査基準」を引用しその具体的解釈に替えていたことから（104頁）、文化局はこれに関する定見を持ってはいなかったものと思われる。また、文化局は、この立法趣旨に関して「既存の著作物（原著作物）に基づく創作物であっても、そこに新たな創作性の認められるものは、そのもととなった著作物とは別に、著作物（二次的著作物）として保護することを明らかにした」（102頁）とする。しかし、このような趣旨であれば、このことを素直に明文化すれば済むことであり、敢えて翻訳等の概念を持ち出す必要はない。そこには別の理由が必要であり、そこには以下のような政策的判断が暗黙裡に内包されていたものと推察される。それは、表現形式の変換が原作品の表現形式に基づく創作的表現を消失し同時に新たな表現形式に基づく創作的表現を発現することを前提に、それでもなお、原作品の著作権者に、原作品に基づく表現形式の異なる作品までもコントロールさせるか否かという問題である。このことを明確にしたのが、2条1項11号、27条及び28条であったと考えられ、これらはそのように解されるべきものとする。

(115) 複製は「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に複製することをい」う（2条1項15号）と定義されている。ここでいう再生とは、「具体的に存在する物の中に著作物等を収録する行為」（加戸・前掲注（79）54頁）であり、単に固定というような意味に過ぎないとされる（上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（上）」知的財産法政策学研究41号33-77頁、64-65頁（2013））。要するに、複製とは何らかの客体を有形物に固定する行為のことである。そして、その客体は著作物である（21条）。バンドスコアにおける問題は、この複製という行為にあるのではなく、この行為の客体にある。すなわち、演奏された音楽の著作物とこれを音符化した音楽の著作物との差異に関する問題である。バンドスコアとは、音符化した音楽の著作物を紙等に固定（印刷）したものであり、演奏された原著作物を固定（録音）したものではない。このように考えると、バンドスコアを演奏の複製と言うことにも、採譜を複製と言うことにも、その正確性において問題があることがわかる（前記・上野74-77頁参照）。

(116) このことは、自由度という点で差異はあるものの、例えば、素描又は銅版画と油絵の関係においても同じである。

(117) 「異なる採譜者が、同一の音源から採譜を行った場合、採譜者の技量や個性によって、細部に違いが出る」と判示はされているが、バンドスコア間の相違の内実までは把握することはできない。

(118) 伊藤・前掲注（1）307頁は「音源を忠実に再現することを目的としたものについては、独自の著作物性が認められないだろう」とする。しかし、目的のみを以ってこれを判断するならば、客体は異なるものの、多くの肖像画や静物画の著作物性も否定されてしまうのではないだろうか。

(119) 「原作品に創作的付加がなされていなければ複製となる」（中山・前掲注（18）312頁）とする立場においては、複製判断に「原作品に創作的付加がなされていない」ことの判断が包含されることとなり、複製であることは同時に著作物性が無いことをも意味することとなる。しかし、複製とは何らかの客体を有形物に固定する行為のことであり、原作品に創作的付加がなされているか否かにかかわらず複製は複製である。創作的付加はあくまでもその客体の問題であり、改作後の作品評価の問題である。前掲注（115）参照。

(120) 井上・前掲注（18）140頁。

（原稿受領 2025.10.17）