

アメリカにおけるミュージック・サンプリング  
訴訟に関する一考察 (2・完)  
—Newton 判決と Bridgeport 判決が与える影響—

安 藤 和 宏

— 目 次 —

- I. はじめに
- II. ミュージック・サンプリングとは
- III. アメリカ著作権法のルール
  1. 音楽著作物とサウンド・レコーディング
  2. 著作権侵害の要件構造
  3. *de minimis* 法理
  4. フェア・ユース法理
- IV. 初期の裁判例とサンプリング実務
  1. 初期の裁判例
  2. サンプリング実務 (以上、前号)
- V. 主要な裁判例 (以下、本号)
  1. *Newton* 事件
  2. *Bridgeport* 事件
- VI. 日本法の下での若干の考察
  1. 楽曲のサンプリングについて
    - (1) 創作的表現の再生
    - (2) 著作権制限規定の適用
    - (3) 本稿が提案するアプローチ
  2. レコードのサンプリングについて
    - (1) アメリカ法と日本法の相違点
    - (2) 著作隣接権制度の意義
    - (3) レコード製作者に対する権利付与の正当化根拠
    - (4) レコードの保護範囲
    - (5) 実演家に対する権利付与の正当化根拠
    - (6) 実演の保護範囲
- VII. むすびに代えて

## V. 主要な裁判例

前号では、ミュージック・サンプラーがミュージシャンの間に広まった経緯、ミュージック・サンプリングが音楽ビジネスにもたらす影響、アメリカ著作権法のルール、ミュージック・サンプリング訴訟の初期の裁判例とそれを受けて形成されたサンプリング実務について、解説した。本号では、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<sup>1</sup>と第6巡回区連邦控訴裁判所が下した *Bridgeport* 判決<sup>2</sup>に焦点を当てて、これらの判決の問題点を指摘し、この分析を基に日本法の下での若干の考察を行うこととしたい。

### 1. *Newton*事件<sup>3</sup>

#### *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-D<sup>b</sup>-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



<sup>1</sup> *Newton v. Diamond, 349 F.3d 591 (9th Cir. 2003)*.

<sup>2</sup> *Bridgeport Music v. Dimension Films, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005)*.

<sup>3</sup> この事件については、作花文雄『著作権法 制度と政策 (第3版)』(発明協会・2008年) 196-197頁に簡単な紹介がある。

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。

[判旨]

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どうかであった。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-D<sup>b</sup>-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D<sup>b</sup>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<sup>4</sup>。

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-D<sup>b</sup>-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得るが、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って、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

上記の表を見れば分かるとおり、*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

<sup>4</sup> AL KOHN & BOB KOHN, KOHN ON MUSIC LICENSING 1485 (3d ed. 2002)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。

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と考える<sup>5</sup>。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ループして大量に利用することを些細過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<sup>6</sup>。

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

物の成立に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-D<sup>b</sup>-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(地裁のアプローチ)。このように、ミュージック・サンプリング訴訟においては、著作物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リフやバックキックやリフ、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、後続の作曲家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成立の判断基準は、高い創作性を要求すべきである。

本稿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> )

## 2. Bridgeport事件<sup>7</sup>

### ***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

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> Kohn, *supra* note 4, at 1484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、著作権侵害になり得ると述べている。

<sup>7</sup> この事件については、作花・前掲注3) 167-168頁に簡単な紹介がある。

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 からはライセンスを得ていなかった。

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ず、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



[判旨]

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、それは度を越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、すでに示したとおりである。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時、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、本件はサウンド・レコーディングの著作権が問題となった訴訟である。前号で説明したとおり、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こととなった。

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、一部でも元のサウンド・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<sup>8</sup>。

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・レコーディングに複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<sup>9</sup>。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、著作権侵害とする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<sup>10</sup>。

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。

<sup>8</sup> 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43頁(2005年)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).

<sup>9</sup> 3 Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* § 13.03 [A] [2][b] (2006).

<sup>10</sup> *Id.*

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<sup>11</sup>。

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、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<sup>12</sup>」。

次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抑えると断言してい

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すると言われ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<sup>13</sup>。

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。

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することができるかと判示している。学説の中には、サンプリングを利用した

<sup>11</sup> 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).

<sup>12</sup> See Kim, *supra* note 11, at 125.

<sup>13</sup> Jeremy Scott Sykes, *Copyright—The De Minimis Defense in Copyright Infringement Actions Involving Music Sampling*, 36 U. MEM. L. REV. 749, 778 (2006).

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<sup>14</sup>。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。但し、*de minimis* 法理や実質的類似性の分析は適用しないとっておきながら、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指摘するものがある<sup>15</sup>。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<sup>16</sup>。アメリカ著作権法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<sup>17</sup>。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<sup>18</sup>。

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<sup>19</sup>。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いう指摘がなされている<sup>20</sup>。確かに、115条(b)で、強制使用許諾を受けたライセンスは、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

<sup>14</sup> 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。M. WILLIAM KRASILOVSKY & SIDNEY SHEL, THIS BUSINESS OF MUSIC 209 (2007). See also Kohn, *supra* note 4, at 1485.

<sup>15</sup> Somoano, *supra* note 11, at 306.

<sup>16</sup> 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).

<sup>17</sup> 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。2009年5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115条(a)(1)(ii)参照。

<sup>18</sup> Robert M. Szymanski, *Audio Pastiche: Digital Sampling, Intermediate Copying, Fair Use*, 3 UCLA ENT. L. REV. 271, 295 (1996).

<sup>19</sup> Bryan Bergman, *Into the Grey: The Unclear Laws of Digital Sampling*, 27 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 619, 650 (2005).

<sup>20</sup> *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).



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し得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。

但し、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<sup>21</sup>。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きわめて高い<sup>22</sup>。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

<sup>21</sup> アメリカ法における強制許諾制度につき、ロバート・A・ゴーマン＝ジューン・C・ギンズバーグ編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解（下）（第2版）』（信山社・2003年）525頁参照。但し、ボーカル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。

<sup>22</sup> 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であろうことを認識していたという指摘がある。Ponte, *supra* note 20, at 549.

はかなり難しいと言わざるを得ない<sup>23</sup>。

## VI. 日本法の下での若干の考察

本章では、*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し、日本法の下でのサンプリング問題の考察を試みたい。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。

### 1. 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

<sup>23</sup> 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の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ま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).

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<sup>24</sup>。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。但し、対象となる著作物の性質・種類を考慮して、何を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<sup>25</sup>。

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、筆の勢い等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。但し、この判決は書特有の事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<sup>26 27</sup>。

<sup>24</sup> 田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣・2001年)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]。

<sup>25</sup> 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1309頁(2006年)。

<sup>26</sup> 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(2)―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17号82頁(2007年)。

<sup>27</sup> 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)

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、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<sup>28</sup>。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、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<sup>29</sup>。そして、前述したように、サ

---

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って差し支えないと思います」と述べている。

<sup>28</sup> 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)(井奈波朋子執筆部分)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。

<sup>29</sup> 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51頁(2007年)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られているために、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得るだろう。但し、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

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。

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<sup>30</sup>。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。

但し、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<sup>31</sup>。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

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分からないというケースを想定すると分かりやすいだろう。

<sup>30</sup> 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。

<sup>31</sup> 前田哲男「工業製品の外観などに利用された著作物の『写込み』的な利用について」『現代社会と著作権法—斉藤博退職記念』(弘文堂・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利用の具体的な態様等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。

## (2) 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<sup>32</sup>、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<sup>33</sup>。なお、同項の規定は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

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2頁(2006年)も参照のこと。

<sup>32</sup> 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]。

<sup>33</sup> 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73頁、17号79頁、18号31頁(2007年)、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2頁(2007年)、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号96頁(2000年)、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—」コピライト560号2頁(2007年)、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183頁(2007年)等を参照のこと。

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<sup>34</sup>。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つが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ー最高裁判決（最判昭和55.2.28民集34巻3号244頁 [パロディー第一次上告審]）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、伝統的な裁判例が用いるこの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<sup>35</sup>。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

<sup>34</sup> 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。

<sup>35</sup> 東京高判昭和60.10.17無休集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。

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<sup>36</sup>、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<sup>37</sup>。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。但し、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、被引用著作物の附従性を失わせると解されるため<sup>38</sup>、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得るだろう。

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物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、積戻し命令の取消しを求めた事件で、本件贋作と本件原画の相違点はごく僅かであり、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

<sup>36</sup> 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）（桑野雄一郎執筆部分）404頁。

<sup>37</sup> 作花文雄『詳解著作権法（第3版）』（ぎょうせい・2004年）335頁、上野・前掲注33）半田正夫古稀312頁、横山久芳「著作権の制限（2）」法学教室342号112頁（2009年）。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。

<sup>38</sup> 前掲東京高判 [レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]。

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「取成型」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言い難い<sup>39</sup>。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<sup>40</sup>。

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<sup>41</sup>。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

<sup>39</sup> 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。

<sup>40</sup> 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6頁(2007年)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。

<sup>41</sup> 飯村・前掲注33)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、条文と文言との関連性が乏しい」と指摘する。また、田村・前掲注25)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。

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<sup>42</sup>。

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し得る。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どう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])<sup>43</sup>。

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])。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。

<sup>42</sup> 上野・前掲注33)半田正夫古稀325頁。

<sup>43</sup> 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3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、一審判決の手法を支持している。

るだろう<sup>44</sup>。

では、サンプリングに関して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)<sup>45</sup>。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・アマノ氏が創作した、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<sup>46</sup>。

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

<sup>44</sup> 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重す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])。

<sup>45</sup> 田村・前掲注24) 243頁。田村・前掲注33) コピライト15頁も参照。

<sup>46</sup> 田村・前掲注24) 243頁。

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使う創作活動が一切禁止されることになる<sup>47</sup>。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ということで、およそこのような作品を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引用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

<sup>47</sup> 茶園成樹『「引用」の要件について』コピライト565号13頁(2008年)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。

適法引用に当たると解する余地があるとしても、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<sup>48</sup>にしても、*Jarvis* 事件<sup>49</sup>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<sup>50</sup>。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

<sup>48</sup> *Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc.*, 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

<sup>49</sup> *Jarvis v. A&M Records*, 827 F. Supp. 282 (D.N.J. 1993).

<sup>50</sup> 但し、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33) 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えます」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。

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。

但し、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、分からなくなる<sup>51</sup>。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

<sup>51</sup> 田村・前掲注24) 240頁。

すべきである<sup>52</sup>。

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<sup>53</sup>。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、多額の利益を得ていただけでなく、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] [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。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、

<sup>52</sup> Ponte, *supra* note 20, 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。

<sup>53</sup> 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「著名標識と排他権一特に商標権、著作権との抵触について」*パテント*53巻1号19頁(2000年)、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49頁(2005年)がある。

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]<sup>54</sup>）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—剣と寒紅控訴審]）がある<sup>55</sup>。

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<sup>56</sup>。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。

<sup>54</sup> 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、その差止めを請求しうことは、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ことは、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。

<sup>55</sup> 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。

<sup>56</sup> 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130頁(2003年)。



### (3) 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、文言復帰アプローチの下でも、パロディー・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の利用を適法な引用と認めることは困難であると考えられる。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、サンプリング訴訟における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は高度な類似性を要求する (*difficult to infringe*) ことで妥当な解決が図れると考える。

従来裁判例は、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<sup>57</sup>。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から正当化される。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<sup>58</sup>。

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」として創作性を認めた裁判例もある(東京地判平成

<sup>57</sup> 東京高判平成14.10.29平成14(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。

<sup>58</sup> 田村・前掲注24) 12頁。

13.5.30判時1752号144頁 [交通標語事件])<sup>59</sup>。

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(東京高判平成20.7.17判時2011号137頁 [ライブドア裁判傍聴記控訴審])<sup>60</sup>。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つばら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

<sup>59</sup> 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(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と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す」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。

<sup>60</sup> 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判平成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)未開の地ウブドです」と同じホテルに滞在したいのです。ちなみに第二希望はポロブドゥール遺跡のアマンジョオなのですが、こっちは9日間は飽きるだろうと言われていひます」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。

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である。

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、もともと楽典上の制約が大き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り得る。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(譜例⑥参照)<sup>61</sup>。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ことである。

<sup>61</sup> 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。

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。

#### 譜例⑥

##### Happy Birthday to You



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)<sup>62</sup>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)<sup>63</sup>が対立し

<sup>62</sup> 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211頁(2006年)。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』(弘文堂・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145頁(2006年)、上野・前掲注29) 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74頁(2007年)も参照。

<sup>63</sup> 橋本英史「著作権侵害の判断について(上)」判時1595号27頁(1997年)、同/(下)

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<sup>64</sup>。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、音楽の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」、Harry Warren 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])<sup>65</sup>。

判時1596号11-12頁(1997年)。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加えられている分模倣の程度は減退しているものであり、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62) 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87頁(2007年)も参照。

<sup>64</sup> 田村・前掲注24) 58-59頁。

<sup>65</sup> 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

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分かるとおり、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<sup>66</sup>。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<sup>67</sup>。

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。

<sup>66</sup> 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62)知的財産法政策学研究151頁)。また、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号32頁(2001年)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、背景的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29) 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ってしまう」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。

<sup>67</sup> 駒田・前掲注62) 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(わずかでも)生まれているとすれば、当該模倣は原告著作物が有する

サンプリングは、オリジナル・レコードの一部を採取して、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.*<sup>68</sup> 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が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

---

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ったと認めてよい。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。

<sup>68</sup> *Tuff 'N' Rumble Management Inc. v. Profile Records Inc.*, 42 U.S.P.Q. 2d 1398 (S.D.N.Y. 1997).

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得る。

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。

但し、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。特別な場合とは以下のような例である。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、その曲想や曲調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<sup>69</sup>。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。

---

<sup>69</sup> *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、少し変更したものま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<sup>70</sup>。

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にもかかわらず、類似性を否定した<sup>71</sup>。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

<sup>70</sup> 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27) 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、少しを変えたものま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。

<sup>71</sup> 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。

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ことが指摘されている<sup>72</sup>。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。

但し、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、代替性が失われなことが多い<sup>73</sup>。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。したがって、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、ハーモニーまたはリズム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である。

<sup>72</sup> 田村・前掲注24) 76頁。

<sup>73</sup> Kohn, *supra* note 4, 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。

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	高度な類似性 ( <i>difficult to infringe</i> )

## 2. レコードのサンプリングについて

### (1) アメリカ法と日本法の相違点

ここでは、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。前述のとおり、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。

本稿では、著作隣接権制度の意義とレコード製作者・実演家に対する権利付与の正当化根拠を探求し、そこから各々の権利範囲を画定するというアプローチを採ることとする。それでは、まず著作隣接権制度の意義を考察してみよう。

### (2) 著作隣接権制度の意義

著作物を公衆の手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、誰でも自由にその成果物を利用できるとなると、伝達行為のインセンティブが減殺するおそれが高い。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<sup>74</sup>。

<sup>74</sup> 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ので、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・前掲

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ところに求められる<sup>75</sup>。

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<sup>76</sup>。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<sup>77</sup>。

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

注24) 519-520頁参照。

<sup>75</sup> 田村・前掲注24) 519頁。なお、中山・前掲注35) 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6頁(2007年)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いう批判する。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得る(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、制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(但し、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)。

<sup>76</sup> 加戸・前掲注30) 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227-228頁(1996年)、渋谷・前掲注39) 439頁。

<sup>77</sup> 作花・前掲注37) 440頁。

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批判がなされている<sup>78</sup>。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<sup>79</sup>。

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<sup>80</sup>。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、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<sup>81</sup>。

なお、繰り返して付言するが、本稿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活動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

<sup>78</sup> 田村・前掲注24) 519頁。また、中山・前掲注35) 422頁は、「レコード製作者や放送事業者に創作的要素が皆無であるとはいえないが、この程度の創作的要素であればほとんどの企業に見られることであり、これだけでは保護の理由として不十分であろう」とする。

<sup>79</sup> 本山・前掲注75) 5-6頁。

<sup>80</sup> 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—斉藤博退職記念』(弘文堂・2008年) 117頁参照。

<sup>81</sup> 本山雅弘「実演家の保護と著作権法制」企業法学6号208-209頁(1997年)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。

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<sup>82</sup>。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くくるのは難しく、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<sup>83</sup>。

### (3) 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ぬ。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<sup>84</sup>。原盤制作費の平均は、アルバムで1,000~1,500万円、シングルで200~300万円である。1本のマスターテープが完成するまでに、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。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。

<sup>82</sup> WIPO (大山幸房訳)『隣接権条約・レコード条約解説』(著作権資料協会・1983年) 16-17頁参照。

<sup>83</sup> 本山・前掲注81) 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。

<sup>84</sup> 田村・前掲注24) 530-531頁。

いくら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、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<sup>85</sup>。

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<sup>86</sup>、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<sup>87</sup>。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等、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<sup>88</sup>。

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。

<sup>85</sup> 安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス(基礎編) 3rd Edition』(リットーミュージック・2005年) 11頁。

<sup>86</sup> 加戸・前掲注30) 544頁。

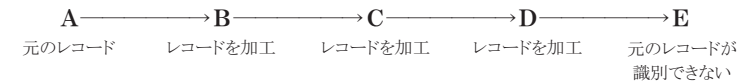
<sup>87</sup> 中山・前掲注35) 445頁。

<sup>88</sup> 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・ブームの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のであろう。

#### (4) レコードの保護範囲

著作権法上、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(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とは「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が要求されていないので、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得る。



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、デジタル技術の進展により、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。

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。

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、投資の阻害要因になりかねず、投資を保護しようとした著作隣接権制度の趣旨に悖る結果となる。著作隣接権が投資を誘引しようとしているレコード製作者にとって識別不可能な場合には非侵害とすべきであるから、識別可能の判断主体は需要者ではなく、当業者(平均的なレコード製作者)という結論を導き出すことができる。

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することができないこととしても、オリジナルのレコード製作者のレコード製作に対するインセンティブを減じることにはなら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分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<sup>89</sup>。

#### (5) 実演家に対する権利付与の正当化根拠

一般的に、実演家は表現方法や表現技術の習得のために多大な努力や費用、それに時間を必要とする。能や歌舞伎、狂言等の伝統芸能の例を出すまでもなく、観衆が満足するようなパフォーマンスを生み出すためには、そのような自己投資が不可欠となるため、彼らに自己投資を回収する方法や機会を与えない限り、実演家の担い手が不足するおそれがある。

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取ることで、自己投資を回収することができた。しかしながら、レコードや放送に代表される、実演を機械的に伝達する技術が発展したことにより、生の実演の機会が減少してしまった。その結果、表現方法や表現技術の習得のためにかけた自己投資を新たに回収する方法や機会を与えないと、実演家が減少するおそれがあった。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、法は多大な自己投資を必要とする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

<sup>89</sup> 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・前掲注3) 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のかが疑問である(実演に関しても同様である)。

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<sup>90</sup>。

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還元してもよいのではないかというものである<sup>91</sup>。但し、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)は、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<sup>92</sup>。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

<sup>90</sup> 中山・前掲注35) 427頁は、今日の状況においては、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。

<sup>91</sup> 安藤・前掲注85) 208頁。

<sup>92</sup> 二次使用料の分配をめぐる経緯については、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) 259-263頁を参照のこと。

となるという指摘があるが<sup>93</sup>、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、伴奏を担当するレコーディング・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。旧著作権法において、実演は演奏歌唱についてのみ、1920年改正法によって、1条1項の著作物例示列挙に記載されていた。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。但し、この事実をもって、準創作説に与するのは妥当ではないだろう。なぜなら、この法改正は、桃中軒雲右衛門事件(大判大正3.7.4刑録20輯1360頁)に代表される、この時期に多発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、能力によって特色が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<sup>94</sup>。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。

## (6) 実演の保護範囲

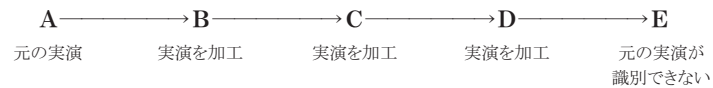
著作権法は、実演とは「著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること(これらに類する行為で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するものを含む)をいう」(2条1項3号)と定義し、さらに実演家とは「俳優、舞踊家、演奏家、歌手

<sup>93</sup> 中山・前掲注35) 427頁。

<sup>94</sup> 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。

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は及ばない。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、逆に言うと、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、実演家としての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得る。



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再考察する必要がある。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<sup>95</sup>。

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。

## VII. むすびに代えて

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めぐ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。

[付記] 本稿は、2008年8月29日に行われた北海道大学大学院法学研究科の知的財産法研究会の報告を元に執筆したものである。研究会の席上および本稿の執筆にあたり、田村善之教授から貴重なご教示を頂いた。この場を借りてお礼を申し上げたい。

<sup>95</sup> 田村・前掲注24) 523頁、532頁。安藤・前掲注89) 59頁。