



Title	音楽著作物の類似性の範囲について : 記念樹事件
Author(s)	松本, 有啓
Citation	知的財産法政策学研究, 2, 121-133
Issue Date	2004-05
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43404">https://hdl.handle.net/2115/43404</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	2_121-133.pdf



## 音楽著作物の類似性の範囲について —記念樹事件—

松本有啓

### 1 はじめに

先頃、音楽に関する著作権侵害訴訟において、極めて重要な判決が出された。東京高判平成 14. 9. 6 判時1794号3頁 [記念樹 2 審]<sup>1</sup> である。この事件は、「どこまでも行こう」を作曲した小林亜星らが、「記念樹」を作曲した服部克久らに対して、訴訟を提起したものである。東京地判平成 12. 2. 18 判時1709号92頁 [記念樹 1 審] は侵害を否定したが、前掲・東京高判 [記念樹 2 審]<sup>2</sup> は、音の高さが72%も同一であることや曲の構成が似ていることなどを勘案して、被告楽曲は原告楽曲の翻案権を侵害していると結論づけた。<sup>3</sup>

音楽の著作物を作成するに当たっては、先に作成された楽曲と類似した作品を作成してしまう可能性が十分にあり得る。同じ形式の中で違うメロディーを作りつづけることには限界があるからである。この事件程度に似ているだけで侵害とされてしまうのであれば、著作権侵害事件が多発しかねない。そこで本稿は、同事件を端緒として、音楽著作物の類似性の判断基準について考察してみる。<sup>4</sup>

### 2 全体比較論と部分比較論

類似性の範囲については、原告著作物の創作的表現の再生という基準をとるべきであるといわれている。著作権法の保護の対象となる著作物となるためには、思想、感情が創作的に表現されたものであることが必要とされているからである。(2条1項1号参照)<sup>5 6</sup>

さて、著作物の類似性判断に関しては、いわゆる全体比較論と部分比較

論とが対立している。

全体比較論とは、著作物の全体に着目し、部分的に類似していたとしても全体として異なれば著作権侵害が否定される理論である。それぞれの作品における創作的な表現形式としての価値の存否及び程度をそれぞれ検討し、両者の創作的価値の相関関係を比較衡量して、創作的な表現形式(全体)の同一性を判断するのである。<sup>7</sup>

これに対して、部分比較論とは、原告著作物中の創作性に注目し、被告著作物においてそれが再生されているかを判断材料とする理論である。つまり、創作性のある表現部分の再生の基準を貫徹し、原告著作物の創作的表現を再生した部分が、被告著作物の一部に止まる場合であっても、侵害となる。<sup>8 9</sup>

全体比較論を採る裁判例としては、東京地判昭和43.5.13 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー1審]がある。<sup>10</sup>

同判決は、原告楽曲(甲曲)と被告楽曲(乙曲)を第1部分から第3部分に分けた上で、その旋律を比較する。その結果、第1部分と第3部分が類似しているものの、「甲乙曲間には旋律のみならず、節奏形式においても類似した点が見られる」が、「第2部分で明らかな差異があり…(第2部分は)平易な旋律であるとはいえ、甲曲に全くみられない独自の旋律であって、これに先立つ第21小節から24小節までの旋律を受けてこれを盛り上がらせて高潮させ、同曲の中で最も盛り上がった部分を形成し、甲曲にみられない日本歌謡調を表現している点で明らかに獨創性を認めることができ」、「この部分について獨創性を発揮する余地は十分にあり得ると考えられるのであって、その獨創性は楽曲全体の獨創性に影響を及ぼすものとしてみるのが相当である」として、甲曲と乙曲に同一性はないと結論づけた。<sup>11</sup> 部分が類似しており、その部分同士の比較では侵害とされる可能性があるとしても、新たに獨創的な表現が付け加えられることによって非侵害となつたこの判決は、全体比較論を採用したものとして位置づけることができよう。

もっとも、全体比較論を採る立場からすると、部分的に似かよっていたとしても、全体比較において類似していないとすることで、音楽のような比較的表現上の自由の少ない著作物についても、創作の自由度の範囲を広げるといふメリットが主張されるかもしれない。しかし、部分比較論を採

っても、音楽の表現の自由度を広げるところについては、アイデアと表現の区別のところで調整すれば足りる。また、全体比較論では、何が著作物の「全体」なのかという判断枠組みが不明となり、問題解決につながらなくなるであろう。<sup>12</sup> 前掲・注5 [江差追分上告審]においても、全体比較論を採ると「書籍全体と番組全体」「書籍全体と番組ナレーション」「プロローグと番組ナレーション」のどれを比較すべきかという問題を明確化する手がかりがなくなる。<sup>13</sup> さらに、過去の楽曲の部分部分をつなぎ合わせたメドレー曲に関しては、その抜き出された部分だけで比較するのではなく、曲全体を比較することとなるので、侵害を認めにくくなるであろう。<sup>14</sup>

### 3 アイディアと表現

創作的表現が再生されているか否かという基準のもとでは、アイデア自体が共通しているだけでは侵害とならない。著作権法が保護の対象としているのは、著作者の思想または感情の創作的な「表現」であって「アイデア」ではないからである。<sup>15</sup> よって、元の著作物の著作者の創作にかかるとも、それが表現ではなくアイデアと評価される限り、その共通性は著作権侵害の成否に影響しない。<sup>16</sup>

アイデアと表現を区別することを明示した最高裁判決として、前掲・江差追分上告審がある。<sup>17</sup> 最高裁は、「著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情、若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するに過ぎない場合には、翻案に当たらない」とした上で、ノンフィクションとナレーションとの共通しているところを抽出し、原告被告の両著作物に共通している要素である「江差町がかつてニシン漁で栄え、そのにぎわいが『江戸にもない』と言われた豊かな街であったこと、現在ではニシンが去ってその面影がない」ことは「ありふれた事実」であって「表現それ自体ではない」とした。<sup>18</sup> この判旨は、言語著作物についてという限定を付してはいるが、創作的表現の保護という著作権法の趣旨に鑑みると、少なくとも一般論としては、あらゆる種類の著作物について妥当するに思われる。<sup>19</sup>

もっとも、著作物における表現方法は様々ではなく、絵画・音楽などその著作物の態様によって異なるだろう。<sup>20</sup>そこで、音楽著作物について、アイデアと表現の間の線引きをどこで行うか検討していくこととする。

#### 4. 音楽著作物に関する具体例の検討

##### (1) 序

音楽は、いくつかの音符の連なりを一つの意味のあるまとまりにしたフレーズという単位で区切ることができる。そのため、音楽著作物の類似性を判断するにあたっては、そのフレーズ単位での比較が重視されるようである。

記念樹1審では、原告楽曲と被告楽曲のメロディを4つのフレーズに分割し、「ドレミーードシードレドーー」(原告楽曲第1(A)フレーズ)<sup>21</sup>と「ドレミーーミレーレドーー」(被告楽曲第1(a)フレーズ)、「ドドファーファファソラソーー」(原告第2(B)フレーズ)と「ドドファファファアラソファソーー」(被告第2(b)フレーズ)、「ソソラーソファソラソーーミド」(原告第3(C)フレーズ)と「ソソラーソファソラソソミレド」(被告第3(c)フレーズ)等、フレーズ単位で比較を行っている。

しかし、フレーズ単位で比較を行うといっても、音楽はある程度表現の方向性が決まっており、7音の基本音階(ドレミファソラシ)に5音の補助音(＃ド＃レ＃ファ＃ソ＃ラ)<sup>22</sup>のみで表現しなければならないなど、その自由度は絵画・言語など他の著作物の態様に比して少ない。<sup>23</sup> 記念樹2審もこの点に関して「乙曲の旋律との同一性ないし類似性が問題とされているのが、このようなフレーズ程度の旋律部分にかかるものであるとすれば、創作的な表現とはいえない慣用的な音型の一致又は類似にすぎず、表現上の本質的な特徴の同一性を基礎づけないということもありうる」と述べている。<sup>24</sup> <sup>25</sup> ありふれていて創作性が低いフレーズは、たとえその部分が被告著作物と類似であったとしても保護すべきではないと思われる。

結論をいえば、音楽における創作的表現をどのように判断するかについては、当該フレーズが、独占を認めてもかまわないほどの独創性を有しているか否かで決すべきである。<sup>26</sup>換言すれば、そのフレーズに関して著作

権を認めてしまうと、音楽の創作活動に支障をきたすというのであれば、未だ創作的な表現と認めるべきではないとすべきである。<sup>27</sup> 以下、この点に関して、メロディがデッドコピーで使用された場合、メロディが共通しながらも異なる音が数音ある場合、抽象度の高いところで類似している場合、の3つのケースについて検討する。

##### (2) メロディーがデッドコピーで使用された場合

原告楽曲からメロディーをデッドコピーし、被告楽曲に使用した際、どの程度の長さであれば侵害となるのだろうか。学説の中には、ベートーヴェン「運命」の冒頭の4音[ソソソトミ]や、映画「未知との遭遇」において円盤から発せられる信号音として用いられた5音[ソラファファド]について、創作的表現と認めてよいのではないかとする見解がある。<sup>28</sup> しかし、4音や5音程度の長さではメロディーの組み合わせが限られてしまうため、この程度で創作的表現とするのは短すぎると思われる。その程度であれば、たとえデッドコピーでそのメロディーを使用したとしても非侵害とすべきであり、侵害とするにはもう少し長い単位で抜き出す必要があるだろう。記念樹事件における先のaフレーズにおいては、前述のように、原告楽曲のフレーズと同じ展開をなす楽曲があったのであるから<sup>29</sup>、たとえ当該1フレーズが同一のものであったとしても、その場合には創作的表現がないとして侵害を否定すべきなのであろう。メロディーがそのまま抜き出されるデッドコピーにおいて侵害となりうるのは、そのメロディー展開が他の曲に見受けられなくなり、音楽の創作に対する自由度が増す程度の長さをその範囲とすべきではないだろうか。つまり、本件では「ドレミーードシードレドーー」(フレーズA)が抜き出されただけでは足りず、その次のフレーズ「ドドファーファファソラソーー」(フレーズB)まで併せてデッドコピーで抜き出されて初めて、侵害とされる長さと言えるだろう。<sup>30</sup> <sup>31</sup>

##### (3) メロディーに異なる音が数音あった場合

原告楽曲と被告楽曲のメロディーを比較する際、各々に異なる音があった場合にその扱いをどうするか。異なる音が、その楽曲のメロディ進行において重要な位置を占める場合と、和声構成音と和声構成音を音階的につ

なく音(経過音)<sup>32</sup>のようにそのメロディー進行にあまり重要な影響を与えない場合とでその処理は異なる。

前者については、記念樹2審における「シ」の問題が好例となるであろう。同2審では、原告楽曲「ドレミーードシードレドローー」と被告楽曲「ドレミーードミレードレドローー」のフレーズが比較された際に、原被告のメロディに共通しない「シ」の音の有無が問題になった。「シ」は旋律を主音(楽曲の調の中心をなす音)へと導く音である導音<sup>33</sup>の役割を果たしており、メロディー進行において重要な部分を担う音となっている。この音に関して、裁判所は「導音シの有無は、両曲の旋律上の重要な相違点ではあるが、そのこと自体から直ちに表現上の本質的な特徴の同一性が否定されるものではなく、結局、導音を排した旋律という新たな創作的表現が加わったことにより、旋律が類似するにも関わらず、両曲の表現の本質的な特徴の同一性を損なうことになるかどうかは、全体的な検討の中に位置づけて」考慮すべきであるとして、「シ」の有無はフレーズ単位ではなく、より抽象度の高いレベルで比較すべきとした。その上で、原告楽曲と被告楽曲の構成を比較し、「導音シの有無の点は、乙曲のみが有する新たな創作的表現を含むものとして軽視することはできないものの、量的にも、質的にも、共通する旋律の組立によってもたらされる支配的な印象を上回るものではないというべきである」として、侵害を肯定している。

ところで、作曲という作業は、自分が今まで聴いてきた音楽を潜在的に呼び起こし、そこに自分の感性を加えていくというものである。今まで音楽を全く聞いたことがない人が作曲をしようとしてもできるものではない。そのため、そこから生み出されるメロディーに共通する部分が生じるのは避けて通れない道なのである。<sup>34</sup>

よって、記念樹のように導音が問題となるときには、その有無によってメロディー進行が変わりうるのであるから、その音がフレーズの類似性判断に影響を与えるものとすべきだろう。判決では、問題となった「シ」に関して、非類似と結論づけるべきだったと思われる。<sup>35</sup>一方、経過音については、メロディーの基本的な動きにさほど影響を与えないのであるから、メロディーラインをデッドコピーしたものに1音2音の経過音等が付け加えられた程度では、類似性を肯定したところで弊害はない。記念樹に即して考えると、原告フレーズ「ドレミーードシードレドローーードドファー

ーファファファソラソローー」に対して、被告フレーズが「ドレミーードシードレドローーードドファーードファファファソラソローー」と、経過音「レ」(下線部)を加えた程度だった場合には、類似の範囲内とすべきであろう。

#### (4) 抽象度が高いところで類似している場合

抽象度が高いところで類似していることをもって侵害となりうるか。この点、文章の著作物において、ストーリー展開という抽象度のレベルを高くしたところに共通性があるかどうかには焦点を合わせて著作権侵害の成否を判断したものとして、東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁[悪妻物語?1審]、東京高判平成8.4.16知裁集28巻2号271頁[同2審]ある。ここでは、ストーリーが共通していることについて類似性が肯定されたが、これは音楽にも妥当しうるか。

記念樹2審においては、曲の構成が問題となった。裁判所は、この点について「甲曲の表現上の本質的な特徴を基礎づける主要な要素」としたうえで、「甲曲と乙曲の旋律は、数量的に見て約72%が音の高さで一致しているにとどまらず、楽曲の旋律全体としての組立ての上で重要な役割を担っている起承転結の連結部及び強拍部が、全フレーズにわたって、基本的に一致しており、その結果、乙曲の[a-b-c-a']-[a-b-c-a]の構成は、甲曲のフレーズA~Dから成るA-B-C-Aという起承転結の構成を2回繰り返し、反復二部形式に変更したにとどまるといっても過言ではないほど、両者の構成は酷似しているといわざるを得ない。そして、以上の諸要素が相まって、両曲の楽曲としての表現上の本質的な特徴の同一性が強く基礎付けられるというべきである。」として、類似性を肯定した。<sup>36</sup>

しかし、曲の構成は抽象度が高いものである。これに独占を許すことは、創作の自由度を狭めることとなるだろう。よって、曲の構成が共通することだけでは未だアイディアの段階に止まり、侵害とはならないと結論づけるべきであろう。<sup>37</sup>

## 5 その他の問題

本稿はメロディを中心に比較していたが、比較に際しては他の和声・リズム等の要素を総合的に判断すべきかどうかという問題がある。記念樹事件では、1審、2審ともメロディーを重視しながらも、和声・拍子・リズム・テンポといった他の要素についても、必要に応じて考慮している。<sup>38</sup>

この点に関連して、前掲・江差追分事件において最高裁は、放送されたナレーションについて「本件ナレーションを見ても、…上告人（筆者注：NHK）らが創作した映像を背景として放送したのであるから、これに接する者が本件プロローグの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできないというべきである」とし、ナレーションの背景に映像が付加されていることをもって、原告著作物（筆者注：書籍）と被告著作物（テレビ番組）との創作的表現の類似性を否定する方向に斟酌し、結論として非類似となると判断している。

しかし、映像とナレーションは分離可能なのであるから、ナレーションと表現を異にする映像を加えて判断することに対しては疑問が残る。<sup>39 40</sup>

音楽に関していうと、和声やリズムは、これらの要素がメロディを基礎づけるものであり、メロディーと分離することが不可能であるため、メロディとともに考慮をしてよいように思われる。しかし、テンポ・調・拍子に関しては、これらの要素の違いは創作性のない変更に過ぎず、メロディと分離して考慮することができるため、メロディーが類似するものであれば、テンポや調が判断要素に加わったことで、侵害の成否には影響を与えないとすべきであろう。さもないと、テンポを変化させたばかりに、非類似となる事態が生ずることになりかねない。<sup>41</sup>

本論文の作成に当たっては、指導教官である田村善之先生をはじめ、北海道大学大学院法学研究科知的財産法研究会の諸氏から貴重な助言を頂いた。また、私の叔母で、ピアノの師でもある荒井満喜子さんには、音楽の専門家の立場からいろいろと貴重な意見を頂いた。ここにお礼を申し上げる次第である。

- 1 この判決の評釈として、安藤和宏〔判批〕判時1812号196頁（2002年）、茶園成樹〔判批〕ジュリスト1246号253頁（2003年）。
- 2 2審において、小林は同一性保持権及び氏名表示権侵害を、楽曲の著作権の譲受人である金井音楽出版は編曲権（翻案権）侵害を主張した。金井音楽出版は、日本音楽著作権協会に対して演奏権等を信託的に移転したが、編曲権に関しては留保している。なお、1審で争われた同一性保持権侵害については、佐藤薫「音楽著作物における同一性の判断について」海保大研究報告47巻2号（2003年）参照。
- 3 なお、本件は上告されたが、最高裁は平成15年3月11日、上告不受理の決定を下している。
- 4 著作権侵害が成立するためには、他人の著作物に依拠してこれと類似する著作物が作成される必要がある。本稿では、その著作権侵害の成否に関する2番目の要件を、類似性と呼ぶこととする。
- 5 最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分上告審〕。
- 6 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年・有斐閣）。
- 7 橋本英史「著作権侵害の判断について（下）」判時1595号12頁（1997年）。
- 8 田村・前掲60頁。書籍の例を挙げ、被告書籍中、原告書籍からの盗用部分が2頁に過ぎないと言うような場合であったとしても、217頁中215頁の相違から「全体」が異なるため著作権侵害は否定されるわけではなく、その2頁が創作的表現である限り、侵害は侵害とする。
- 9 音楽著作物に関して、創作的表現のまとまりとしてのフレーズが1つでもあったら侵害を肯定するものとして、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス 実践編』（第2版・2002年・リットーミュージック）100頁。
- 10 本件の背景を説明するものとして、伊藤信男『著作権事件100話』（1976年・著作権資料協会）また、評釈として松井正道〔判批〕判タ225号62頁（1968年）。
- 11 なお、著作権侵害とするかについて、既存の著作物との類似性ないし同一性の程度と、当該作品の全体としてみた場合の独創性ないし独自性との相関において処理すべきであるものとして、石黒一憲〔判批〕法協98号7号119頁（1981年）。
- 12 田村・前掲60頁。
- 13 結果的に、書籍全体と番組全体を比較した場合には、書籍とは全く違う内容が番組内に加えられているから、非侵害とされるのであろう。
- 14 これは、実務の取り扱いに反する。実務では、メロデー楽曲を創作する際に、その曲を構成する著作者の許諾が必要となる。また、JASRACに対しても、1分40秒未満の利用であれば断片使用として減額されるものの、著作権使用料を支払わなければならないとされる。安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス 基礎編』（第2版・2002年・リットーミュージック）124頁参照。
- 15 TRIPS協定9条2項、WIPO著作権条約2条参照。また、アメリカ合衆

国著作権法9条2項。

16 田村善之 [判批] 法協119巻7号219頁 (2002年)。

17 本判決の評釈等として、高部眞規子 [判解] ジュリスト1220号111頁 (2002年)、田村・前掲判批、渋谷達紀 [判批] 判時1770号188頁 (2002年)、蘆立順美 [判批] ジュリ1224号292頁 (2002年) がある。

18 逆の結論をとった、東京地判平成8.9.30地裁集28巻3号464頁 [江差追分1審]、東京高判平成11.3.30民集55巻4号945頁参照 [江差追分2審] を覆した。なお、1審の評釈として、小泉直樹 [判批] 著作権研究24号161頁 (1997年)、鈴木眞実子 [判批] コピライト428号32頁 (1996年)、大家重夫 [判批] 久留米法学34号51頁 (1999年) がある。

19 島並良 [判批] コピライト488号19頁 (2001年)。

20 三浦正広「著作権法によるアイデア—アイデア—表現二分論の批判的考察」『著作権法と民法の現代的課題』(半田正夫古希・2003年・一粒社) 89頁。

21 音の表記は、判決文中の表記に従った。

22 12音が一定に配置される方式を、12平均律と呼ぶ。12平均律とは、ドから1オクターブ上のドまでの12の音階を、全ての半音階の周波数比が一定になるように配置するものである。1オクターブ差の音階(ドと1オクターブ上のド)の周波数比は2になるよう決まっているので、半音階の周波数比は、ちょうど2の12分の1乗(約1.05946309436倍)になる。1オクターブを12音と定めることによって、転調や移調が容易となる。

23 すなわち、12音でしか表現ができないため、自ずとその幅に限界が生じてくる。楽曲の中には、複数のオクターブを使用するものもあるが、記念樹のようなポピュラー歌謡曲では、使用するのはせいぜい2オクターブに止まる。

24 ワン・レイニー2審における鑑定人意見では、「乙曲の第一ないし第三動機はいずれも極めて平易な音楽的進展から生まれうるものである」(池内友次郎)「乙曲の第一動機のように、短調の主音に落ち着くに先立ち、属音を主軸として上下に半音ずつ移行し、巡回する旋律断片は、日本流行歌特有の『小ぶし』に用いられるように、非常に親しまれているものであって珍しいものではない」(服部龍太郎)「乙曲の第一動機のように、短音階の属音を中心に半音上の第六音と半音下の嬰下属音の間を上下する旋律は、他の作曲者の作品にも多数見ることができ、乙曲の第一動機の第六音以下の下がり方は自然である。…乙曲の第二動機の第四ないし第八音は短音階の単なる下向型であり、これと同じ形の旋律は無数にある。乙曲の第三動機は和声的音階の単なる上向型で、この種の形の楽曲も無数にある」(古閑裕而)など、フレーズがありふれていることについて述べている。

25 記念樹事件においても、フレーズAの「ドレミ—ドシードレド—」は、楽曲「ミルク色だよ」とその原曲とされる「ケアレスラブ」の「ドレミ—ド

シ—レド—」や、「涙くんさよなら」の「ドレミ—ドシードレド—」と類似するほか、冒頭が「ドレミ」で始まる曲は、「テネシー・ワルツ」、「ドレミの唄」、「カントリー・ロード」等に、続く「ドシードレド」の部分も、「時計」等にも見られること、②フレーズBの「ドドファー—ファファソラソ—」は、「モーツァルトの子守歌」の「ドファファソラソ—」と類似すること、③フレーズCの「ソソラー—ソファーソラソ—ミド—」の前半部分は、「ステンカラージン」の「ラー—ソファラソ—」、「アンジェリータ」(マルセロ・ミネロビ作曲)の「ラーラソファソラ」等に類似するほか、後半部分に類似する「ソーミレド—」の旋律が、「風に吹かれて」、「明日に架ける橋」等に見られることなどから、「このような部分的、断片的な旋律として見る限り、甲曲は慣用的な音型で成り立っているということもできないではない」と述べている。

26 著作権侵害の判断を決する手順としては、二段階テストと濾過テストがある。二段階テストは、原告の著作物のみに着目して創作性を判断し、その上で被告の著作物を観察して、原告の創作的な表現が再生されているか否かを検討するものである。一方、濾過テストは、最初から被告の著作物を考慮に入れた上で、原告・被告両方の著作物に共通している要素を取り出し、そこが創作的表現と認められるかどうかを吟味する方法である。(田村・前掲著作権法48頁)

記念樹事件1審2審・ワンレイニー1審2審においては、二段階テストが採用されているようである。しかし、音楽のフレーズには、未だ創作的表現と言えないフレーズもある。そこで、音楽の著作物に関しては原告・被告に共通している要素を取り出し、そこが創作的表現と認められるかどうかを問う濾過テストが馴染むのかもしれない。

27 例えば、示導動機(ライトモチーフ。特定の人物・物・状態・感情などを表すために用いられた音楽主題断片。劇としてのまとまりを強め、音楽的な統一性をもたらす)のように、いかに作曲家がそのフレーズを重要だと思っただとしても、それは客観的に創作性のレベルを判断すべきであろう。

28 田村・前掲著作権法75頁。

29 支石墓のシンプルな形状について保護を及ぼした場合に、他者の創作行為を狭める可能性もあるため、他者の創作意欲を減少させると述べるものとして、蘆立順美 [判批] 判時1767号170頁。

30 なお、メロディーのデッドコピーに関する判決として、東京地判昭和9.4.14法律新聞3686号5頁 [酒は涙か溜息か1審] がある。この事件は、昭和初期に、原告である古賀政男の作曲した「酒は涙か溜息か」が大ヒットしたのに倣い、被告であるオーゴンレコードがこの曲に類似した「夢は涙か思い出か」という曲を発売した。この事に怒った古賀政男が、偽作レコードの製造、販売頒布の禁止と著作権侵害の損害賠償として金250円也及び人格的利益侵害の慰謝料として金100円也の請求訴

訟を東京地裁に提起した。東京地裁は、作曲家・中山晋平の鑑定を参考にしつつ『夢は涙か思い出か』の曲は『酒は涙か溜息か』の曲と大部分同一にして僅かにその少部分を変更改竄したるものに過ぎず其全曲の旋律を原告の曲と紛らわしき程度に類似せしめ…原告の作曲と別個独立の創作物に非ざることを認むるに足る」として、被告に250円の支払いと発売の差し止めを命ずる判決を下した。また、本件は楽曲のみならず歌詞の方も類似している事例でもある。原告楽曲の一番が「酒は涙か溜息か こゝろのうさの捨てどころ」であるのに対し、被告楽曲では「夢は涙か思い出か こゝろの人の歌ごころ」となっていたり、三番において前者が「酒は涙か溜息か かなしい恋の捨てどころ」であるのに対し、後者は「夢は涙か思い出か かなしい人の歌ごころ」となっているなど、それぞれの構成単語・韻の踏み方などにおいて酷似している点が見られる。

31 小説「雪国」の冒頭の1節にある「国境の長いトンネルを抜けるとそこは雪国であった」という部分だけでは創作性がないため、この部分をデッドコピーしても著作権侵害とはならず、さらに2、3文の創作性が認められる程度の部分を利用して初めて、著作権侵害となるであろうという見解がある。(田村・前掲著作権法58頁)音楽に関しても同様の基準が妥当するのではないか。

32 刺繍音と呼ばれる場合もある。

33 機能と和声(調性音楽の和声を、音階各度上の和声の機能の観点から説明したものの)では、各々の音に役割がある。主音(tonic)と属音(dominant)は、最も重要な音で、調性を支配する。これは、ハ長調で言えば、ドとソにあたる。同様に下属音(subdominant)も重要である(ハ長調でファ)。導音(leading tone)は、安定した音へ短二度の上行で進行する(ハ長調ではドに進行する)音である。

34 たとえば、半田正夫『著作権法概説』(第10版・2001年・一粒社)93頁は「たしかに著作物が創作物であるとはいえ、いかなる著作者といえども完全なる無から有を作り出すことはできず、必ずや何らかの形で素材(それが先人の文化的遺産の場合もあろうし、また自然の事物あるいは日常生活起せる事件の場合もあろう)を利用しているはずであるから、この部分については公有と認めざるを得ないであろう」と指摘している。

35 甲曲の導音シの存在は、次のドと強く結びつき、旋律の中に前進的な力を生み出すものであって、回想的な乙曲とは全く相容れないものである。(すぎやま鑑定意見書)導音を使うと、旋律の展開が聴き手に強く予測されてしまうので、次の展開をやわからで自由なものにするため導音を排除するということが、作曲技法上、非常に重要なポイントである。(三枝鑑定意見書)

36 両曲の全体の構成を比較した点に関して、全体比較論に立脚したものであるという見解があるかもしれない。しかし、全体比較論に立たずとも、原告と被告の両著作物に共通している創作的な表現レベルの位相を高くすれば、かなり大きな単位

の比較で侵害とされることがあり得る(田村・前掲著作権法60頁)。そのため、本件における構成の比較も、抽象的レベルの高いところで比較したものであるといえよう。

37 裁判所は、曲の構成における起承転結の類似性を重視したが、本件においては、被告著作物に独創的な小節がなかったため、構成に着目した可能性がある。もし被告楽曲の構成がa-b-c-aではなく、a-b-x-aだった場合(被告楽曲がA:ドレミミレドドー B:ドドファーファファソラソー X:ラシドシラソファミ D:ドレミーードレーードー)と、x部分だけ独自に創作したものであると想定されたい)には、構成で比較する立場からしても非類似とする可能性は残されるであろう。

38 ワン・レイニー1審、2審とも同旨。「音楽が旋律・和声・節奏・形式の四要素からなることは原告といえども否定しないのであって、音楽がかような四要素から成立し、これらが一体となって一個の楽曲を形作っている以上、二つの楽曲の同一性を考えるに当たっては、これらすべての要素を考慮に入れて判断を下すのが相当であると考えが、…ポピュラー歌謡曲においては旋律が重要であることはいうまでもない」(同1審)、「日常用語としては、歌曲のうち伴奏・前奏・後奏を除いた部分を旋律(メロディー)ということが明らかであり…そうすると、この意味の旋律には、前述の四要素のうち和声・節奏が当然に含まれており…また、楽曲全体の旋律には形式が当然含まれる」(同2審)

39 田村・前掲判批227頁。同趣旨のものとして、蘆立・前掲判批294頁。

40 島並・前掲19頁。

41 なお、[記念樹]が最高裁で確定して以降、音楽出版社・レコード会社・テレビ局・JASRACにそれぞれ責任を認めた判決が出された。東京地判平成15.12.19 [記念樹II]、東京地判平成15.12.19 [記念樹III]、東京地判平成15.12.26 [記念樹IV]である。

[記念樹II]は「どこまでも行こう」の著作権者である金井音楽出版とその著作物である小林亜星が「記念樹」を番組内で使用したフジテレビに対して、[記念樹III]は、金井音楽出版社が「記念樹」の著作権者であるフジパシフィック音楽出版並びに「記念樹」のレコードを制作したポニーキャニオンに対して(小林亜星は補助参加)、[記念樹IV]は金井音楽出版社が「記念樹」を信託管理していたJASRACに対してそれぞれ起こした訴訟である。

これら3つの訴訟の中の[記念樹II][記念樹III]において、[記念樹2審]と同様の枠組みで、編曲権侵害の認定が行われている。