



Title	スコアを無断複写する行為の不法行為該当性を否定した事例
Author(s)	鮑, 妙堃; Hou, Myoukon
Citation	知的財産法政策学研究, 68, 285-309
Issue Date	2023-09
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/90478">https://hdl.handle.net/2115/90478</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	68_08_Hou.pdf



# スコアを無断複写する行為の不法行為 該当性を否定した事例

東京地判令和3年9月28日判決

平成30(ワ)19860 損害賠償請求事件(以下「第1事件」という。)

平成30(ワ)33090 損害賠償請求事件(以下「第2事件」という。)

鮑 妙 堃

## I 事実

### 1 当事者

X会社(原告)は、多数の楽譜を電子媒体及び紙媒体で出版し、実店舗に卸売りしているほか、自社及び他社のウェブサイトにおいて販売している。Y会社(被告)は、「GLNET+」というウェブサイト(以下「本件サイト」という。)や「U-FRET」というウェブサイトにおいて、多数のバンドスコアを無料で公開し、不特定多数人の用に供したうえで、広告収入を得ている。

Y会社の代表取締役を務める被告W2は、自身のメールアドレスを使用して、訴外株式会社ジャパン・ミュージックワークスが運営するウェブサイト「△△△△△」から、平成20年8月頃から平成31年4月頃までの間に、原告スコアの608曲を購入した。被告会社は、そのうちの598曲について、購入日と同日又は翌日以降に、被告スコアを本件サイトに公開した。

X会社は、平成30年6月3日、Y会社に対し、原告スコアを本件サイトで公開したとして、公開終了を求める文書を送付した。それを受け、Y会社は、平成30年6月末頃、本件サイトを閉鎖した。

X会社が、Y会社が自社の制作・出版のバンドスコアを模倣して制作したバンドスコアをウェブサイトにて無料で公開したことにより、X会社の法律上保護される利益を侵害していると主張して、Y会社については不法行為（民法709条）に基づく損害賠償請求として、Y会社の代表取締役である被告W2についてはY会社との共同不法行為（民法719条）に基づく損害賠償請求として、本件訴訟を提起した。

## 2 バンドスコアの概要

クラシック音楽については、作曲家が楽曲全体の構成をあらかじめ楽譜として作成するのに対し、バンドミュージックは、録音現場において演奏・録音しながら作曲することが大半である。作曲者自らが作成した完全な楽譜はほとんど存在せず、楽曲の全てを表現するのは録音された原盤だけであるという場合が非常に多い。そのため、バンドスコアを制作する場合、音源の演奏内容を聴き取り（「耳コピーする」）、楽譜を書き起こす（「採譜する」）ことが求められることになる。

## II 判旨

### 請求棄却（控訴）

#### 争点1（被告会社が原告スコアを模倣したかどうか）について

I 「被告会社は、原告が模倣性を主張している本件楽曲のうち578曲について、被告W2が原告スコアを購入した日又は翌日以降に被告スコアを本件サイトに公開していること、少なくとも平成28年6月以降、自社のアルバイトにバンドスコアを作成させる際、原告スコアを送付していたことが認められる。そのうち、No. 296、No.300及びNo.446の3曲については、被告W2による原告スコアを購入日と被告スコアの公開日が同一であるから、被告会社が、原告スコアに依拠するとしても、購入したその日に被告

スコアとして作り替え公開することは事実上不可能であると考えられる。他方、その余の楽曲については、被告会社は原告スコアに依拠して被告スコアを作成することが物理的には可能であったといえる。」

Ⅱ 「原告は、訴状において、少なくとも別紙609曲の原告スコアと被告スコアを比較すると100%（又はほぼ100%）のレベルで本質的に同一の演奏情報が楽譜として記載されていると主張していたのであり、それにもかかわらず…原告スコアが公開される前に被告スコアを本件サイトに公開したものがあるのであって…原告の上記主張を前提とすれば、被告会社が原告スコアを模倣せずに被告スコアを制作しても、バンドスコアの一部が似たような内容になる可能性があることになる。また、仮に一部の楽曲の一部分の小節について完全に演奏内容が一致していることが認められたとしても、原告が模倣性を主張した全楽曲579曲の全小節についても同様に一致したこと、ひいては被告会社が同全楽曲について原告スコアを模倣したことが認定できるわけではない。さらに…本件楽曲のうち96曲について、原告スコア及び被告スコアの演奏内容が一致した部分があることが認められるが、他方において、210曲について、原告スコア及び被告スコアの演奏内容が一致していない部分があることも認められるから、上記事実からも全楽曲の全小節の個別具体的な立証がされない限り、全楽曲についての模倣性は認められない。」

### Ⅲ 模倣性の判断基準

「被告スコアは、同一楽曲について採譜したものであり、原曲に近づけて演奏できることを目的として制作している以上、その表記内容が類似しているからといって、直ちに模倣したと判断することはできない。他方で…原告スコア及び被告スコアが細部にわたり一致しており、特に、原告による独自の表記や、明らかな誤りが一致しているなど、被告会社が独自に採譜した場合にはおよそ一致していることが有り得ない表記が一致している場合には、偶然一致したとは考え難いから、そのような場合には、被告会社が原告スコアを模倣したと認められる。」

### Ⅳ 模倣主張楽曲についての検討

「ア 『Fight For Liberty』、『見たこともない景色』

『Fight For Liberty』の原告スコア及び被告スコアは…演奏内容が大部分において同一であるほか、被告会社のアルバイトが、原告特有の説明方法

で、かつ、被告スコアに記載する意味のない『Small note』の表記を、その表記の意味を理解できないままに被告スコアに表記したことが認められる。『見たこともない景色』についても、被告会社のアルバイトが、被告スコアに記載する意味のない『Small note』の表記をしたことが認められる。…原告による独自の表記が一致している上、被告会社のアルバイトはその表記の意味を理解できずに原告スコアの当該表記を複写していることからして、その余の対象となる小節についても、同様に複写しているのではないかとの疑いが生じる。

しかしながら…被告スコアには…原告スコアには記されていない箇所があることも認められ、当該部分については、少なくとも被告会社のアルバイトが聴音して表記していると考えられる。そうすると、原告スコアの表記をそのまま複写している部分と、被告会社が独自に採譜している部分が当該楽譜には含まれていることとなる。

…被告会社のアルバイトが独自に採譜した後に原告スコアと照合した結果、意味の理解できない記号である『Small note』を記入した可能性も未だ残るため、上記記載が一致していることから直ちに…被告会社が模倣したものと認めることはできない」

「イ 『himawari』

原告スコア及び被告スコアの同一箇所にも、『PitchShifter: add octave lower tone』との表記がある…当該箇所について被告スコアは原告スコアに依拠している可能性が高い。

原告スコア及び被告スコアには演奏内容が異なる箇所もあり、当該箇所への依拠性が認められても、その余の小節全体について直ちに模倣しているとは認められない。」

「ウ 『打上花火』

原告スコア及び被告スコアの同一の箇所に『Delay: 468ms』の記載があり…計測時間が千分の一秒単位まで一致するとは通常考え難いことからして、原告スコアにそのまま依拠して上記表記を行ったと推認できる。

しかしながら…被告スコアでは演奏がされている部分で、原告スコアでは演奏がされていない箇所があることに鑑みると、当該各箇所について被告スコアが原告スコアと無関係に採譜していることが明らかである。そうすると、被告会社が全体について採譜した後に、ディレイタイムなどの細

かい表記の部分について原告スコアの表記に合わせた可能性をなお排斥できない。」

「エ 『瞬き』

原告スコア及び被告スコアに…コード表が配置されていなかった誤りがあった…仮に原告スコアを被告スコアと照合するために用いていたとしても、被告会社が自身で採譜していたのであれば、原告スコアの表記が誤っていることに気付くのが普通であり、当該箇所については、被告会社が原告スコアに依拠したと考えられる。

もっとも、原告スコア及び被告スコアには演奏内容が異なる箇所もあり、当該箇所の依拠性が認められても、その余の小節全体について直ちに模倣しているとは認められない。」

「オ 被告会社が先行公開している楽曲について

被告会社が原告に先行して公開した楽曲…について、原告スコア及び被告スコアの演奏内容の不一致部分が多く認められ、模倣主張楽曲の数小節については、多くの箇所で一致部分が認められることからすると、模倣主張楽曲の当該小節について、被告会社が模倣しているとの判断につながり得る。」

V 小括

「以上からすると、模倣主張楽曲のいずれについても、被告会社が原告スコアを模倣して被告スコアを制作したと認めることはできない。」

### III 評釈

#### 1 はじめに

本判決は、知的財産権を侵害しない行為について民法709条の適用を認める余地があるものとしつつ、証明の問題として「模倣」があったと認めることはできないという理由で、不法行為の成立を否定した点に特徴を有する。

また、「模倣」の判断において、原告による模倣主張楽曲について、被告スコアが原告スコアに依拠したことを推認するための事実認定を詳細に行い、個別具体的な箇所について「模倣」を認めつつ、両スコアには演

奏内容が異なる箇所もあることを理由として、その余の小節全体について直ちに模倣したとは認められないと判示し、もって不法行為による保護を否定した点でも注目される。このような運用の下では、楽曲の全小節をまるごとデッド・コピーしたことを立証しない限り、全楽曲の違法利用とならないことになりかねないが、そのような処理が果たして妥当なものであるか、考察に値するものと思われる。

そこで、本稿では、知的財産法によって違法視されない行為についての不法行為性に関する検討を中心に、従来の裁判例と比較しながら考察を進めることにしたい。

## 2 従来の裁判例

### (1) 最高裁の枠組み

現行法上の民法 709 条は、「他人の権利又は法律上保護される利益」が不法行為の保護対象とする定めである<sup>1</sup>。ここでいう「権利」の意義に関して、[桃中軒雲右衛門]事件<sup>2</sup>は最上級審判決として初めてこの論点を扱った<sup>3</sup>。事案は、浪花節芸人の桃中軒雲右衛門が浪花節を吹き込んだ蓄音機の蠟盤を写調した蠟盤を販売していた被告の行為が問題となったものである。大審院は即興的な音楽につき著作権の保護を否定するとともに、明文で権利が定められていない限り、民法 709 条で保護されるべき権利には該当しないという立場を示したのである。この判決は、利用行為を違法とするためには明確な立法が求められるという立場をとるものであり、不法行為法理による著作権法の補完の可能性を否定していると評価できよう。

このような厳格な解釈は、大判大正 7. 9. 18 民録 24 輯 1710 頁<sup>4</sup>において再び確認されていたが、のちの大判大正 14. 11. 28 民集 4 卷 670 頁 [大学

---

<sup>1</sup> この条文は、平成 16 年改正までは、「故意又は過失によりて他人の権利を侵害したる者は、これによりて生じたる損害を賠償する責めに任ず」という文言であった。平成 16 年の民法改正により、不法行為責任の成立要件のひとつとして、「権利の侵害」が、「他人の権利又は法律上保護される利益」の侵害に変わったと思われる。

<sup>2</sup> 大判大正 3. 7. 4 刑録 20 輯 1360 頁。

<sup>3</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008 年・有斐閣）4～5 頁。

<sup>4</sup> 著作権の及ばない蓄音機音譜（レコード）を製作した者が、これを複写した者に対して差止めや損害賠償を請求した事案で、大審院は、「何等法令ノ禁止スル所ニ

湯]によって覆されるようになった。同事件の原告は、先代の代から被告1が所有する建物を賃借りし「大学湯」の名称で湯屋業を営んでいた。被告1は、右賃貸借契約が合意解除により終了した後、他の共同被告2と共同被告3に当該建物を賃貸して湯屋の営業をさせた。しかし、原告は、先代が借り受ける際に、被告1との間に、湯屋業にかかる老舗は被告が買い取るか、先代が任意に他に売却することを許す特約が存在したと主張し、債務不履行と不法行為を理由に損害賠償を請求した。

原判決は特約の存在を認めず、不法行為の成立も否定していたが、大審院は、「凡ノ不法行為アリト云フトキハ先ツ其ノ侵害セラレタルハ何権ナリヤトノ穿鑿ニ腐心シ吾人ノ法律観念ニ照シテ大局ノ上ヨリ考察スルノ用意ヲ忘レ求メテ自ラ不法行為ノ救済ヲ局限スルカ如キハ思ハサルモ亦甚シト云フヘキナリ」と判示し、原判決を破棄差し戻した。

すなわち、大審院は、法律上保護される利益であれば、特に何々権という形で明文がなくても、その利益の侵害として不法行為が成立し得るという柔軟な解釈をとっている。この意味で、本判決は、「権利」という概念そのものについては厳格な理解を維持しつつ、不法行為を「法規違反の行為」と捉えたときには民法709条の「権利侵害」行為に関する規律だけでは規律の欠缺が存在するから、これを「法律上保護された利益」に対する侵害行為に関する規律を立てることで補完しようとするもの<sup>5</sup>である。前掲桃中軒雲右衛門判決と異なり、不法行為法理による補完的な保護を認める途が拓かれたと思われる<sup>6</sup>。

その後、物のパブリシティ権事件として知られている[ギャロップレーサー]<sup>7</sup>が現れた。競走馬にパブリシティの権利が認められるのかということが争点とされており、最高裁は、「競走馬の名称等が顧客吸引力を有す

---

非スシテ各人ノ自由ナレハ之ニ依リテ利益ヲ営ミ創製者ノ営業上ニ損害ヲ被ラシムルモ為メニ複製者ノ行為ヲ目シテ不法行為ト謂フヲ得ス」と判示し、著作権や実用新案権等の権利がない以上、原告には請求権がないとして請求を棄却した。この判決を契機として、1934年の旧著作権法改正で、レコード製作者も著作権を享有することとなった。齊藤博「『雲右衛門』判決へのもう一つの評価」北川善太郎編『知的財産法制』（1996年・東京布井出版）116頁を参照。

<sup>5</sup> 広中俊雄『民法解釈方法に関する12講』（1997年・有斐閣）12頁、潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（第2版・2009年・信山社）64頁を参照。

<sup>6</sup> 丁文杰[判批]知的財産法政策学研究42号（2013年）401頁。

<sup>7</sup> 最判平成16.2.13民集58巻2号311頁。

るとしても…法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできない」と述べ、不法行為性を否定した。最高裁はあくまでも、物のパブリシティ権を持ち出したとしても不法行為は成立しないと判示したに過ぎず、他の法律構成により不法行為を主張することまでは否定したわけではないという意見もあるが<sup>8</sup>、法令等により違法性が明確化されていないことから不法行為を否定した、という意味では、上述の厳格的解釈に親和的なものであると位置付けることができよう<sup>9</sup>。

こうした判例の立場の行き来に終止符を打ったのが、[北朝鮮著作物]事件<sup>10</sup>である。同事件は、北朝鮮文化省傘下の行政機関であるX1及びX1から本件各映画の日本国内における独占的利用について許諾を受けたX2が、本件各映画の一部をXらの事前許諾なく放送した行為に対して、Xらが著作権侵害及び利用許諾権侵害を理由に、差止め及び損害賠償を請求したものである。

著作権法により明文で規律されていない未承認国の著作物の利用行為につき、最高裁は、前掲[ギャロップレーサー]最判の説示を踏襲したうえで、「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」という一般論の下で、本件において「X2が主張する本件映画を利用することにより享受する利益は、同法が規律の対象とする日本国内における独占的な利用の利益をいうものにほかならず、本件映画が著作権法6条3号所定の著作物に該当しない以上、Yの放送がX2に対する不法行為を構成するとみることはできない」と判示した<sup>11</sup>。

<sup>8</sup> 瀬戸口壯夫 [判解] 曹時 59 卷 3 号 (2007 年) 225～227 頁。

<sup>9</sup> 田村・前掲注 3) 7～9 頁。

<sup>10</sup> 最判平成 23. 12. 8 民集 65 卷 9 号 3275 頁 [スーパーニュース]、最判平成 23. 12. 8 平成 21 (受) 604 等 [ニュースプラス]。

<sup>11</sup> 本件原審においては、本件映画が著作権法 6 条所定の著作物に該当せず、わが国著作権法の保護対象外のものであるとしても、客観的な経済的価値をもつ本件映画について不法行為法上の保護が及ばないとする立法事実は認められないと判じた。そして、これを基に、著作権法の規律とは独立に、不法行為責任の判断基準を定立

そして、仮に当該行為が営業妨害であると解し得るとしても、「本件放送は、テレビニュース番組において、北朝鮮の国家の現状等を紹介することを目的とする約6分間の企画の中で、同目的上正当な範囲内で、2時間を超える長さの本件映画のうちの合計2分8秒間分を放送したものにすぎない」という放送の態様を考慮すれば、「同放送が自由競争の範囲を逸脱し、X2の営業を妨害するものであるとはいえず、不法行為は成立しない」と判断した。原審では、企画全体（約6分間）のうち、本件映画が利用された部分（2分8秒）の占める割合の大きさに着目されたのに対して、本判決では、本件映画（2時間超）のうち、本件放送に利用された部分（2分8秒）の占める割合の小ささに注目がなされていることから、不法行為の成立を導くためには、作品全体ないし相当部分が利用されていることが必要となるとも考えられる<sup>12</sup>。

すなわち、[北朝鮮著作物]最判は、一般論として、個別の知的財産法がすでに保護の要否や限界について判断を示した場合には、民法709条による介入は控えるべきである旨を説いており、著作権法が規律している利益と異なる法的な利益が侵害されている、という特段の事情のある場合に限って、司法の介入が正当化されるという基準を明確にしたものだと位置付けることができる<sup>13</sup>。

著作権法が規律している利益と同じ利益が主張されている限り、その保護の要否に関しては、著作権法という立法がすでにその要件、効果を規律しているので、民法709条を媒介として裁判所がそれと異なる判断をなすわけにはいかないということなのである。逆に、既存の知的財産法にない目的に基づいて一般不法行為を通じた規律を行うのであれば、知的財産法による規律の趣旨を潜脱することにはならない。むしろ、立法を待つことなく司法による迅速な保護を図ることができるという利点が考えられる

---

し、Yが営利目的で本件映画を無断利用したことは社会的相当性を欠くとして、一般不法行為の成立を認めている。本件において不法行為責任の成否が原審と本判決とで分かれたのは、著作権法（特別法）と不法行為法（一般法）の関係の捉え方に相違がみられたことに起因するという意見として、山根崇邦[判批]小泉直樹ほか編『著作権判例百選（第5版）』（2016年・有斐閣）228～229頁を参照。

<sup>12</sup> 小泉直樹[判批]ジュリスト1437号（2012年）7頁。

<sup>13</sup> 丁・前掲注6）418～419頁を参照。

ため、個別の知的財産法とは異なる分野における利益の存在が証明されれば、保護され得る旨を説いていると思われる。

また、[北朝鮮著作物]最判は、本件放送の態様を考慮し、「同放送が自由競争の範囲を逸脱し、X2の営業を妨害するものであるとはいえない」として、「営業上の利益」について言及している。しかし、そこでは一般論を展開することなく、本件特有の事情を上げ連ねたうえで「利益の侵害がない」という結論を述べていることに止まり、その意味で、こちらのほうの判断に関しては事例判決の域を脱しないといえよう。<sup>14</sup>その際、最高裁は、結論に至る直前で「自由競争の範囲を逸脱」なる文言を用いてはいるが、抽象的な文言に過ぎず、そこから一般論を導くことは困難である。実際、本件の調査官である山田真紀は、「本判決は、本件の具体的な事情の下で不法行為成立の余地がないことを示したにすぎず、営業妨害の不法行為の成否の限界事情を示唆するものではない」<sup>15</sup>と解説しており、事例判決でしかないことを明確にしていると解されよう。

結局、本判決は、営業上の利益を「異なる利益」のひとつの例として挙げており、それが侵害された場合には、別途不法行為が成立する余地がある旨は明らかにしたものの、その一般的な要件論に関しては、今後の展開に委ねたものと読むことができる。

## (2) 下級審の傾向

### ア 【北朝鮮著作物】最判前の裁判例

すでに[北朝鮮著作物]最判が下される前からして、個別の知的財産法で規律されていない模倣行為に対して、一般不法行為による救済を認めた

---

<sup>14</sup> 本稿と同意見のものとして、窪田充見[判批]『商標・意匠・不正競争判例百選』（2011年・有斐閣）119頁は「ここでは著作権法上の保護があるか否かとは切り離して、営業上の利益の不法行為が成立するかを問題とし、本件放送は自由競争の範囲を逸脱しXらの営業上の利益を違法に侵害するものではないとの判断を示しているのである」と述べている。その他、小嶋崇弘[判批]『著作権判例百選』（2019年・有斐閣）別冊ジュリスト242号211頁も参照。

<sup>15</sup> 山田真紀「北朝鮮著作権事件」Law & Technology 56号（2012年）86頁を参照。

裁判例は一桁に止まっており<sup>16</sup>、しかも、他の法理で基礎づける裁判例<sup>17</sup>を除くと、純粹に模倣行為によるフリーライドで不法行為該当性を肯定したものはごくわずかであった。具体的に、以下の二類型がそれに該当するとされている<sup>18</sup>。

第一類型は、いわゆる商品形態のデッド・コピー事例<sup>19</sup>である。他人の製造販売する木目化粧紙をフォトコピーし、全く同じ柄のものを競合地域で廉価販売する行為の不法行為性が認められた〔木目化粧紙〕<sup>20</sup>がその典型例である。

第二類型は、個別法による保護に欠缺があることが一般に指摘されている成果物の冒用事例である。

たとえば、[スーパーフロントマン] 中間判決<sup>21</sup>で、被告が、原告製品に登載されている自動車整備業者向けの車両データ 12 万件のうち、約 6 万件ないし 10 万件のデータをそのまま複製して被告製品を作成し、競合地域で販売した行為に対し、原告は著作権侵害と不法行為を理由に差止めと損害賠償を請求した。車両データベースについて、対象となる自動車の選択やデータ項目の選択、データベースの体系的な構成に創作性を欠くことを理由に、東京地裁は、データベースの著作物性を否定しつつ、原告が開発に 5 億円以上、維持管理に年間 4,000 万円の費用を投入して製造した車両データベースのデータを大量に複製し、競合地域で販売した行為については、他人が費用や労力をかけて情報を収集、整理することで作成したデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、その者の販売地域と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ものとして、不法行為を構成する場合がある」と判示し、不法行為の成立を肯定した。

---

<sup>16</sup> 前田健「知的財産法と不法行為」窪田充見等編『事件類型別不法行為法』（2021年・弘文堂）375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(2022年)191頁を参照。

<sup>17</sup> 田村・前掲注3)12～19頁の整理を参照。

<sup>18</sup> 田村・前掲注3)19～22頁。

<sup>19</sup> 現在では1993年に新設された不正競争防止法2条1項3号で規律されている。

<sup>20</sup> 東京高判平3.12.17知裁集23巻3号808頁。

<sup>21</sup> 東京地判平成13.5.25判時1774号132頁。

そのほか、傍論ながらも、書体の模倣行為につき、著作物性が認められないとしても、他人によって無断使用されている場合には、不法行為の法理を適用して保護する余地があると判示したのとして、[写植機用文字書体]<sup>22</sup>がある。

原告は、台湾等東南アジア地域向けの写真植字機用文字盤に搭載する文字につき、それぞれ統一性のある書体を完成し、それを搭載した文字盤を写真植字機に組み込んで販売している。被告は、自社システムに搭載すべき文字につき、書体の製作を台湾の業者である訴外会社に依頼して製作させた。裁判所は、写真植字機用文字書体の機械的複製行為につき、「原告の方で、五五〇〇字ないし六〇〇〇字を一組とした文字について統一性のある新しい書体を製作するためには、少なくとも二年を下らない年月を費やしているもの」として書体の創作のためには多くの労力と時間、費用を要することを認めたとえ、傍論ながら、「著作物性の認められない書体であっても、真に創作性のある書体が、他人によって、そっくりそのまま無断で使用されているような場合には、これについて不法行為の法理を適用して保護する余地はあると解するのが相当である」と判示した。ただし、事案への具体的な当てはめとしては、本件書体の創作性の内容が明らかではないこと、そっくりそのまま流用したとまでは認め難いこと等を理由に不法行為該当性を否定している。

逆に、これらの二類型のいずれにも該当しない模倣行為について、裁判例が不法行為性を認めることは滅多にない<sup>23</sup>。そのような中、例外的に、不法行為該当性を認めた事例として、[ヨミウリオンライン]<sup>24</sup>がある。

日刊新聞の発行等で広告収入を得ている原告が運営する「YOMIURI ONLINE」に掲載された 25 字以内のニュース記事見出しをほんの少し改変を加えただけで、1日あたり 65 個の YOMIURI 見出しに対して、約一年にわたり、1日平均 7 個の見出しをコピーし、自らのホームページ上や約 2 万サイトに及ぶ登録ユーザのホームページ上に表示させた被告の行為について、一審<sup>25</sup>は、YOL 見出しの著作物性を否定して主位的請求を棄却し、

---

<sup>22</sup> 大阪地判平成元. 3. 8 無体集 21 卷 1 号 93 頁。

<sup>23</sup> 田村・前掲注 3) 25 頁注 60 を参照。

<sup>24</sup> 知財高判平成 17. 10. 6 平成 17 (ネ) 10049。

<sup>25</sup> 東京地判平成 16. 3. 24 判時 1857 号 108 頁。

予備的請求については、著作権法等によって排他的な権利が認められない以上、第三者が利用することは本来自由であり、不正に自らの利益を図る目的により利用した場合あるいはXに損害を与える目的により利用した等の特段の事情のない限り、インターネット上に公開された情報を利用することが違法となることはないとして一般不法行為の成立を否定し、Xの請求を棄却した。

しかし、控訴審は一審判決とは異なり、不法行為の成立を肯定し、逸失利益としての適正な使用料相当額の賠償を認めた。裁判所はその理由を次のように説いている。

すなわち、「ニュース報道における情報は、控訴人ら報道機関による多大の労力、費用をかけた取材、原稿作成、編集、見出し作成などの一連の日々の活動があるからこそ、インターネット上の有用な情報となり得るものである。…本件 YOL 見出しは、法的保護に値する利益となり得るものというべきである」。

裁判所は、法的に保護された利益の存在を肯定するに当たり、記事見出し自体の工夫、YOL 見出しのみでも有料での取引対象とされるなど独立した価値を有するものとして扱われている実情等のみならず、控訴人に無断で、営利の目的をもって、かつ、反復継続して情報の鮮度が高い時期に YOL 見出し及び YOL 記事に依拠して、デッドコピーないし実質的にデッドコピーして LT リンク見出しを作成し、2 万サイト程度にも及ぶ設置登録ユーザのホームページ上の LT 表示部分に表示させるという、Y側の種々の事実を指摘している。

独自に取材体制を構築することなく、Yのような競合行為を許容してしまうと、新聞社としての取材体制の構築のインセンティブが過度に阻害されることになると考えられる<sup>26</sup>。ゆえに、知的財産法中心主義を採用する場合でも、例外的に不法行為の該当性を認めてよいであろう<sup>27</sup>。

---

<sup>26</sup> 田村・前掲注3)28頁を参照。

<sup>27</sup> 判旨に賛成するものとして、山根崇邦[判批]知的財産法政策学研究18号(2007年)、田村・前掲注2)がある。反対するものとして、茶園成樹[判批]法律時報78巻10号(2006年)1067~1068頁、奥村弘司[判批]著作権研究31号(2004年)89頁が挙げられる。なお、前田哲男[判批]中山信弘等編『著作権判例百選(第4版)』(2009年・有斐閣)11頁は、本判決によれば、YOL見出しは一日当たり160個から200個作成・掲出されているが、YがLTリンク見出しとして利用していたのは

もうひとつ例外的な肯定例として、[通勤大学法律コース]控訴審<sup>28</sup>がある。一般人向けの法律解説書等の書籍と、個別の論述や全体の構成等がよく似ている「通勤大学法律コース」なる文庫シリーズの一環として 3 冊の書籍を発行した被告の行為に対して、一審<sup>29</sup>は、主張された類似部分のうち 3 か所のみ<sup>30</sup>につき著作権侵害（複製権侵害、氏名表示権及び同一性保持権侵害）を肯定したが、控訴審は原審の判断を覆し、原審で侵害と認められた箇所は「法令の内容や判例から導かれる当然の事項を普通に用いられる言葉で表現したものにすぎず、創作的な表現であるとは言えない」として、創作性の要件を満たさないということを理由に、著作権侵害を否定した。

他方、不法行為に関しては、「X 各文献を構成する個々の表現が著作権法の保護を受けられないとしても、故意又は過失により X 各文献に極めて類似した文献を執筆・発行することにつき不法行為が一切成立しないとすることは妥当ではない」と前置きしたうえで、本件への具体的な当てはめとして、被告が、原告の書籍に依拠して個別の論述から全体の構成まで酷似している書籍を同一の読者層に向けて、特に三つのうち二つについては原告書籍出版後 4 か月ないし 6 か月という極めて短時間のうちに執筆・発行したものであることを理由として、不法行為の成立を肯定し、損害賠償請求を認容した。

見出しであれ、文献であれ、いずれも著作権法が保護しようとする著作物の創作活動といえるものである。この二つの事案は、ありふれた表現であって創作性がない（[ヨミウリオンライン]）、あるいは、共通している部分が創作的な表現でなかった（[通勤大学法律コース]控訴審）、とい

---

そのうち 6~8 個程度に過ぎなかった（LT リンク見出し全体の YOL 記事見出しへの依存度は不明）のであり、そのような事実関係の下で、著作物としての保護を受けない YOL 見出しを利用した Y の行為に一般不法行為の成立を認めるに足りる悪質性があったといえるかという点について疑問を呈しており、同[判批]小泉ほか編・前掲注 11) 230 頁は、以上の事情に鑑みて、YOL 見出しに関する X の「営業」を法律上保護される利益とみて一般不法行為の成立を肯定することは困難であると考え、結論として、本判決は一般不法行為の成立を相当広く認めたものであると位置付けている。

<sup>28</sup> 知財高判平成 18. 3. 15 平成 7(ネ) 10095。

<sup>29</sup> 東京地判平成 17. 5. 17 判時 1950 号 147 頁。

<sup>30</sup> その一か所を掲げているものとして、田村・前掲注 3) 30 頁を参照。

うことを理由として、著作権法による保護が認められなかった事案である。ただ、前述したように、[ヨミウリオンライン]では、記事の見出しそのものの自身の価値はいうに及ばず、ヨミウリオンライン見出しを作成しアップする体制を構築するため投下された莫大な労力・費用等が斟酌されている。ニュースとしての価値が失われないうちに相当数の見出しの酷似的なコピーを継続的に配信する被告の行為を許容してしまうと、原告の事業展開が難航し、さらには取材体制構築のインセンティブにも影響が出てくることは想像に難くない。ゆえに、個別法による保護に欠缺があることが一般に指摘されている成果物の冒用類型に属さないにもかかわらず、インセンティブに欠缺があることが明らかである本件のような場合は、不法行為の成立を肯定すべきであろう。結論として、[ヨミウリオンライン]控訴審判決の取扱いは、正鵠を射たものであるように思われる。

それに対し、[通勤大学法律コース]では、取材や原稿作成に多大な労力がかけられていることが認定されている一方、裁判所がそこで指摘しているのは、あくまでも「安易化、単純化するなどの工夫」というものに過ぎない。しかも、この種の平易化・単純化等の工夫は、著作権法が保護しようとする著作物の創作活動と不可分の関係にあり、著作権法は、まさにそれが創作的な表現に至って初めてこれを保護することを宣言しているように思われる<sup>31</sup>。そういう意味では、[通勤大学法律コース]は、著作権法が規律の対象とする利益に対して、いったん著作権法の保護を否定しつつ、返す刀で不法行為法による救済を認めた特殊な例と位置付けることができる。他の裁判例とは一線を画す例外的な裁判例と評価される所以である。

以上を踏まえて、[北朝鮮著作物]最判の射程を考慮するのであれば、前掲[スーパーフロントマン]中間判決及び[ヨミウリオンライン]については、データベースの開発及び管理にかけられた投資、もしくは、取材体制の構築にかけられた投資は、いずれも著作権法が保護しようとする著作物の創作とは別個独立に存在するものであり、これを保護したからといって著作権法の趣旨の悖ることにはならず、[北朝鮮著作物]最判の枠組みの下で、不法行為性を認めてよい事案であるといえよう。他方、前掲[通勤

<sup>31</sup> 田村・前掲注3)32頁、丁・前掲注6)422頁も参照。

大学法律コース]のように、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規律されていない行為を違法とする場合には、行為者の予測可能性を害してしまい、競争を過度に委縮させる恐れがあることから、廃棄されるべきであるということは、[北朝鮮著作物]最判の枠組みに与しても、結論に変わりがないであろう。

結局、[北朝鮮著作物]最判により、従前の下級審の裁判例は変更を迫られることはないと理解してよいかもしれない。

## イ [北朝鮮著作物] 最判後の裁判例

個別の知的財産法で規律されていない模倣行為について、不法行為による保護を安易に認めないという従来の傾向は、[北朝鮮著作物]最判以後、さらに加速する。管見の限り、個別の知的財産権侵害がない他人の成果物の利用行為（純粋に模倣行為によるフリーライド）に対して一般不法行為に該当するとした裁判例は未だに現れていない<sup>32</sup>。

近時の裁判例の大半は、原告が主的に知的財産法（主に著作権法又は不正競争防止法）に基づく救済を求め、予備的に民法709条の一般不法行為による保護を請求する、というパターンのものである<sup>33</sup>。これらの事例

---

<sup>32</sup> [北朝鮮著作物]事件の最高裁判決後の下級審裁判例を整理したものとして、前田・前掲注17)374～376頁、上野・前掲注17)193頁注13も参照。

<sup>33</sup> たとえば、主的に著作権侵害が主張され、予備的に一般不法行為も主張されていたという事案で、ナレーション及び字幕（東京地判令和4.9.28令和3(ワ)30051[日本放送協会]）、音楽作品（東京地判令和4.6.24令和2(ワ)18801[日本音楽著作権協会]）、表示画面（知財高判令和4.3.23令和3(ネ)10083[ソフトウェアプログラム]）、プログラム（知財高判平成28.4.27平成26(ネ)10059・10088[接触角計算プログラム]）、キャッチフレーズ（東京地判平成27.3.20平成26(ワ)21237[キャッチフレーズ]）、書籍（東京地判平成27.1.30平成25(ワ)22400[不動産登記法テキスト]）、データベース（東京地判平成26.3.14平成21(ワ)16019[旅nesPro]）、星座板（大阪地判平成25.4.18平成24(ワ)9969[星座板]）、ウェブサイトの画面及びソースコード（東京地判平成24.12.27平成22(ワ)47569[大道芸研究会ウェブサイト]）、歴史的事実に対する記述・発言（大阪地判平成24.7.5平成23(ワ)13060[近世錦絵世相史]）図柄（知財高判平成26.1.22平成25(ネ)10066[シャトー勝沼]）の無断利用行為につき、著作物性を否定し、不法行為の成立も認めなかった裁判例がある。

また、商品等表示に該当しない、もしくは、営業秘密として認められない等を理由として、不正競争行為該当性を否定し、さらに不法行為の成立も否定した裁判例として、商品価格情報の不正取得及び開示（東京地判令和3.2.26令和元(ワ)25455）、類似する商品の製造及び販売（大阪地判令和2.2.14令和元(ネ)1635）、技術情報の無断利用（知財高判令和元.9.20平成30(ネ)10049[**Purolite Core Technology**]）、

では、著作権法や不正競争防止法による保護の要件を欠くと判断されているわけで、それにもかかわらず、返す刀で一般不法行為該当性を肯定してしまうと、これらの法の要件が設けられている趣旨が潜脱されてしまうと考慮され、不法行為該当性をいずれも否定しているわけである。

そのような中、とりわけ注目に値するのが、[ディスプレイフォント]<sup>34</sup>である。フォントベンダーであるXが、テレビ放送等での使用に何ら制限をせずに販売されていた旧フォントの一部に変更を加え<sup>35</sup>、本件フォントを製作し、番組等に使用するには個別の番組ごとの使用許諾及び使用料の支払いが必要である旨を示して、これを販売していたところ、ユーザである放送局であるYらが（商用使用に制限がない時期から旧フォントソフトを使ってきた）外注先であるP1社等によって、本件フォントを画面のテロップに無断使用した番組を制作、放送等する行為の不法行為該当性が主位的に問われた事案である。

知財高裁は、本件フォントの当該利用行為は、「ある創作されたデザインが、上記各法律の保護対象とならない場合には、当該デザインを独占的に利用する権利は法的保護の対象とならず、当該デザインの利用行為は、

---

テキスト問題の無断利用（知財高判平成 30.12.6 平成 30（ネ）10050[サピックス解説]）、設計図の不正取得及び流用（大阪地判平成 28.9.29 平成 25（ワ）10425・10428[設計図]）、顧客情報等の不正取得及び利用（東京地判平成 27.9.11 平成 25（ワ）20534）、キャッチフレーズの複製及び公衆送信等（東京地判平成 27.3.20 平成 26（ワ）21237）、類似する食事券の発行及び販売（東京地判平成 26.1.24 平成 25（ワ）1062[全国共通お食事券]）等が挙げられる。

上記 2 類型の組合せ型として、著作権侵害が否定され、不正競争行為にも該当しないとされ、そのうえでさらに民法 709 条の適用も排除された事案として、データ（東京地判令和 4.8.9 令和 3（ワ）9317[電子データ]、知財高判令和 4.3.23 令和 3（ネ）10083）がある。これは、[北朝鮮著作物] 最終後も一般不法行為の成立が知的財産訴訟の実務で期待されていることの表れと考えられる（上野・前掲注 16）193 頁注 13）。

<sup>34</sup> 大阪高判平成 26.9.26 平成 25（ネ）2494。

<sup>35</sup> Xは、旧タイプフェイスの一部にわずかな修正を加えたものを、本件フォントソフトとして販売したが、タイプフェイスとしての同一性を損なわない範囲の修正であったため、メガ丸、メガG、ロゴG、ロゴ丸、ロゴJr、ロゴ丸Jr、ラインG、ギガGといった旧フォントの名称をそのまま承継した。その中、ロゴGについては、これを構成する 7725 の文字のうち 343 の文字に、肉眼で確認可能な程度の形状の変更がされ、その余の文字については、大きさや配置に調整が加えられたものもあるが、肉眼で判別できるほどの修正は加えられなかった。本件フォントのうち、ロゴG以外のデジタルフォントにおける修正の範囲及び程度もほぼ同様である。

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」という〔北朝鮮著作物〕最判の説示を踏襲し、「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ないとして、本件Xが主張する利益は「異なる利益」として法的保護の対象とはならないと判じ、不法行為該当性を否定するという原審<sup>36</sup>と同じ結論になった。

同じく書体（フォント）の無断利用が争点とされる〔北朝鮮著作物〕最判前の裁判例〔写植機用文字書体〕とは、創作活動への評価が異なっている。〔写植機用文字書体〕において、書体制作側が、5,500字ないし6,000字を一組とした文字について統一性のある新しい書体を製作するために、2年を下らない年月を費やしていることが認定されている。他方、上述したとおり、〔ディスプレイフォント〕における本件フォントは、テレビ放送等での使用に何ら制限をせずに販売されていた旧フォント7,725文字のうち343字を、タイプフェイスの同一性を損なわない範囲でわずかな形状の変更を施したものに過ぎず、その余の字は文字の大きさを拡大又は縮小したものがあつた程度で、形状自体には変更は加えられていないことから、相当な費用や労力がかげられたとはいひ難い。もつとも、旧使用許諾契約の下で自由に使用することができた旧フォントの販売開始から約6年ないし9年が経過した後に、本件フォントの販売開始とあわせて使用許諾契約の条項に変更を加え、テレビ放送等での使用に制限を課し、別途使用料を求めることとしたとしても、その利益の要保護性を格別高いものとみることはできないであろう。ゆえに、著作権法や意匠法で保護の対象とならない本件フォントについて不法行為の法理による保護を認めないという結論につながつたと思われる。

もうひとつ例外的な裁判例として、〔北朝鮮著作物〕最判以前に保護が認められていたデータベースにかかる前注〔旅 nesPro〕がある。原告が費用や労力をかけて開発・制作した旅行者向けのシステムに含まれる、検

---

<sup>36</sup> 大阪地判平成25.7.18平成22（ワ）12214。

索および行程作成業務用データベースを流用し、4種類のデータベース CDDB を開発した被告の行為につき、東京地裁は、旧版3つの CDDB までは著作権侵害と認めたが、被告 CDDB（新版）については、総レコード数からみた場合のこれら流用レコードの割合も相当に低いもの（原告の42個のマスターテーブルと被告の29個のマスターテーブルのうち20個が一致し、また、フィールド項目294個のうちは133個が一致している）となっていることを理由として、侵害を否定した。

そこで、予備的に主張されていた不法行為の該当性について、「原告が費用や労力をかけて作り上げた原告 CDDB に関して主張する保護されるべき利益とは、結局、原告が著作権法によって保護されるべきと主張する法的利益、すなわち、原告 CDDB の情報の選択方針や、情報内容それ自体といったアイデアや抽象的な特徴、ないし表現それ自体でないものに基づく利益と異なるものではないことになり、それらの点が著作権法によっては保護されないものである」として不法行為該当性も否定した。

データベースの作成にかけられた投資という点からは、[北朝鮮著作物]最判以前の裁判例[スーパーフロントマン]と似ているが、模倣された部分の割合、言い換えれば、模倣者によって付加されている部分の割合というのは、裁判所が判断する際、ひとつの決め手となると思われる。

すなわち、[旅 nesPro]において、旧3つの CDDB についてはそもそも著作物性が認められており、新 CDDB についても、情報の選択又は体系の構成等が類似しているに過ぎず、総レコード数からみた場合のこれら流用レコードの割合が相当に低い（共通しているのは、20個や133個と絶対値としては少なくないが、被告の全レコード数は270万件ある）ことから、模倣者によって付加された割合が圧倒的に多いといえる。一方、[スーパーフロントマン]において、12万件のうち、約6万件ないし10万件のデータがそのまま模倣されたので、模倣割合は前者に比べたら、相当高いといわざるを得ない。それがゆえに、両判決における裁判所の結論が分かれたと考えられる。

とはいえ、[旅 nesPro] 控訴審<sup>37</sup>では、新 CDDB についても、原告 CDDB の共通部分（代表道路地点等の選別・選択）の情報の選択における本質的

<sup>37</sup> 知財高判平成28.1.19平成26(ネ)10038。

な特徴を直接感得することができるものとして、原告 CDDB の翻案物に当たると認め、著作権侵害を肯定した。結果として、被告の行為は違法であるという[スーパーフロントマン]とは同じような司法上の判断がなされたともいえるかもしれない。

### 3 本判決の検討

#### (1) 本判決の位置付け

本判決は、原告が個別の知的財産法・不正競争防止法による保護を求めず、主位的に民法 709 条によって純粋な模倣行為の不法行為該当性を求めた事件であるものの、裁判所は、原告の利益が知的財産法の規律する利益とは異なる法的に保護された利益に該当するか否かという肝心な点に関しては何も言及していない。従前の下級審裁判例では、このような処理をなしたものは見当たらず、本判決の取扱いはかなり異例なものであると思われる。

また、本件は、これらの近時の裁判例とは異なり、もともと著作権法の枠内で考慮されていない活動が争点とされているので、[北朝鮮著作物]最判の枠組みに従ったとしても、民法 709 条で不法行為の成立を認める余地があるといえるのかもしれない。以下では、近時の裁判例と比較することで、本判決の位置付けについて検討する。

既述したように、[北朝鮮著作物]最判以降、個別の知的財産法で保護されない行為を不法行為に該当すると判断した裁判例はひとつもないが、インセンティブの観点から、もっとも境界線に近いものとして、前掲の[ディスプレイフォント]及び[旅 nesPro]が挙げられる。

[ディスプレイフォント]において、控訴人 X は、本件フォントの著作権侵害を理由とする請求をしないことを明らかにしているほか、意匠法や不正競争防止法による保護も一切主張していない。その代わりに、本件フォントは知的財産であり、法律上保護される利益（民法 709 条）であると主張しているが、その主張する法的利益の具体的な内容・実体については明確にしていない。そこで、裁判所は、「不法行為に関する控訴人の主張からすると、他人が本件フォントを無断で使用すれば、本件フォントの法的利益を侵害するものとして直ちに違法行為となり、無断使用について故意

又は過失があれば不法行為を構成するという趣旨である」と解し、その主張は、「本件フォントを他人が適法に使用できるか否かを控訴人が自由に決定し得るというに等しく、その意味で本件フォントを独占的に利用する利益を控訴人が有するというに等しい」という理由で、そのような独占の利用の利益は、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ないと判じた<sup>38</sup>。

たしかに、個々のフォント自体は著作物に該当することはほとんどないが、フォントの作成等は、単なる「額に汗」といった単純化する工夫のようなものではなく、創作的価値がある程度認められるがゆえに、法的保護の対象として想定される余地があるといえる。その意味で、著作権法による保護が与えられなくても、著作権法が提唱する「創作性」の方向とは近い方向で進んでいる作業と位置付けることができよう。

〔旅 nesPro〕に至っては、旧3つのCDDBについてはそもそも著作物性が認められている。新CDDBについては、情報の選択又は体系の構成等の類似性を認めつつ、「新たな創作的表現が付け加えられたりしている被告CDDB(新版)全体からみた場合は、原告CDDBと共通性を有する部分は、被告の全体の中から見れば、もはや原告CDDBの表現の本質的な特徴を直接感得することができなくなっている」ということを理由に著作権侵害を否定したうえ、「原告が費用や労力をかけて作り上げた原告CDDBに関して主張する保護されるべき利益とは、結局、原告が著作権法によって保護されるべきと主張する法的利益、すなわち、原告CDDBの情報の選択方針や、情報内容それ自体といったアイデアや抽象的な特徴、ないし表現それ自体でないものに基づく利益と異なるものではない」としている。著作権法が保護しようとする著作物の創作活動といえるものである。

これらの裁判例に対して、本件におけるバンドスコアというのは、音楽作品を固定化させる一種の媒体に過ぎず、採譜行為も、音源をいかに忠実

---

<sup>38</sup> 控訴人は、ライセンスビジネス上の利益も法律上保護される利益に該当するとさらに主張しているが、裁判所は、営業の自由が憲法上原則的に保障されている以上、他人の営業上の行為によって自己の営業上の利益が侵害されたことをもって、直ちに不法行為上違法と評価するのは相当ではないと指摘し、「自由競争の範囲を逸脱し、営業の自由を濫用したものと見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と解するのが相当である」と判じた。

に再現するかという作業であるため、その意味で、著作権法が保護しようとした創作性、つまり他と異なることとは真逆の方向性の努力であると考えられる。[ディスプレイフォント] 及び「[旅 nesPro]」で議論されているフォントやデータベースといった創作物よりも、著作権法とはかなり離れているため、著作権法による保護が認められないのが当然だと思われる<sup>39</sup>。

すなわち、本件では、著作物該当性が完全に否定され、しかもデッドコピーといえるぐらい模倣されている部分が多く認定されているため、スコアを創作するためにかかる労力や費用の保護の成否がより直截的に問題となる事例といえよう。その意味で、本件は[ディスプレイフォント]、[旅 nesPro] よりも「異なる利益」の程度が高いもの（「異なる利益」の存在が最も認めやすいもの）であるといえよう。

もっとも、本件において、採譜行為は、既存の著作権法の趣旨とは異なる方向の努力であることが認められても、個別の知的財産法による保護の欠缺があることが一般に認識されていると直ちにいうことはできない。特に本件のような場合、バンドスコアという市場は決して大きくなく、今までの学説や裁判例でもバンドスコア市場の利益問題に触れたことはない。そのため、本件の位置付けを明らかにするためには、この種の個別の知的財産法による保護の欠缺があることが一般に認識されていない事例に対して、不法行為該当性が問われた事案を検討する必要がある。そこで、[ヨミウリオンライン] 事件は、ひとつの肯定例として、検討するに値するものであると思われる。

事件の特徴として、模倣人は作成人に無断で、営利の目的をもって、かつ、反復継続して情報の鮮度が高い時期に YOL 見出し及び YOL 記事に依拠して、デッドコピーないし実質的にデッドコピーして LT リンク見出しを作成し、2 万サイト程度にも及ぶ設置登録ユーザのホームページ上の LT 表示部分に表示させる等のことが挙げられる。独自に取材体制を構築することのない模倣者によるフリーライドを放置しておく、新聞社としての取材体制の構築のインセンティブが過度に阻害されることが想定される。

---

<sup>39</sup> 創作性の要件が他と異なることとされていることにつき、田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年・有斐閣）12頁、「額に汗」をいくらかいたとしても、つまり労力と費用をいくらつぎ込んだとしても、それだけでは著作権法の保護に値しないとされていることにつき、同24～25頁。

ゆえに、[ヨミウリオンライン]事件は、個別の知的財産法による保護の欠缺があることが一般に認識されていないが、成果開発に関するインセンティブが不足することが明らかな場合、不法行為該当性を肯定すべきである旨を説いているものだと理解できよう。

結局、[北朝鮮著作物]最判が提唱する「異なる利益」というのは、それまでの学説上でいう「個別法による保護に欠缺があることが一般に指摘されている成果物が冒用された場合」、言い換えれば、「インセンティブに欠缺があることが明らかである場合」で法的保護に値する利益とは同じのものであると理解できなくもないであろう。

そういう意味では、本件は、[北朝鮮著作物]最判後最も侵害否定例と肯定例の境界線に近いものであると位置付けることができよう。

## (2) 判旨の評価

すでに述べたように、本件には「異なる利益」の存在を認める余地があるものの、本件裁判所は証明の問題として「模倣」があったと認めることはできないという理由で、不法行為の成立を否定した。「模倣」という概念を持ち出すという本判決の判断手法は、争点（本件被告が他人のスコアを無断複写・販売する行為が個別具体的な知的財産権侵害に該当しないにもかかわらず、民法709条で保護され得るのか）に関する法律判断を回避しようとするためのものであるように読み取れるが、裁判所の取扱いは、「異なる利益」があったとして、「模倣」行為がないということを理由として、不法行為該当性を否定しているようにも考えられる。「模倣」行為に関する裁判所の判断は、経験則に違反しているところがあると思われる。以下、敷衍する。

本判決は、他者の採譜に対する無断複写がいかなる場合に違法と目すべきかということにつき、一般論の展開を避けている。その代わりに、裁判所は、被告会社による模倣行為は「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を侵害する」ものであるとして主位的に一般不法行為による保護を求めようとする原告の主張に対し、被告会社が原告のバンドスコアを模倣したことが上記主張の前提となることを理由として、本件の争点を「被告会社が原告のバンドスコアを模倣したかどうか」等に絞った。さらに結論としても、原告の主張自体が失当というのではなく、被告の行

為が「模倣」に該当しないことを理由に原告の請求を棄却した。逆にいえば、裁判所は、「模倣」があれば不法行為に該当する余地があることを前提としていると理解するのが素直な読み方といえるのではなからうか。

しかし、裁判所にいう「模倣」がいかなる概念のものかということは明確ではない。本判決は、判旨IVで模倣主張楽曲について検討する際、被告スコアに記載する意味のない「Small note」という原告特有の表記を被告会社のアルバイトは理解できずに当該表記を複写していることを斟酌として、「その余の対象となる小節についても、同様に複写しているのではないか」として複写の疑いを認めつつ、他方で「被告スコアには…原告スコアには記されていない箇所がある」ことを斟酌して、「当該部分については、少なくとも被告会社のアルバイトが聴音して表記していると考えられる」として、当該表記共通部分以外について直ちに模倣しているとは認められないということを理由に「Fight For Liberty」につき「模倣」該当性を否定した。

「見たこともない景色」に至っては、特に相違点があることを認定することなく、同じ転記がなされた「Fight For Liberty」に相違点があったことを理由に「模倣」したとは認められないと判断した以上、「見たこともない景色」についても当然に否定されるという論理により「模倣」該当性が否定された。

しかし、全体について独自に採譜をなすという労力をかけた者が、あえて固有の表記や誤記等、ほぼ労力をかける必要がない部分のみ原告スコアを参照するということを想定することは困難であろう。実際、依拠が要件となっている著作権侵害の事件は、同様に誤記がある場合には、作品全体について依拠があると認められ、侵害が肯定されている<sup>40</sup>。

また、「himawari」「瞬き」等については、同一箇所と同じ表記がある、スコアにある誤りがそのまま転記されている、計測時間が千分の一秒単位まで一致する、といった通常有り得ない一致性があるにもかかわらず、両スコアには演奏内容が異なる箇所もあって、「当該箇所の依拠性が認

---

<sup>40</sup> 大阪地判昭和 26.10.18 下民集 2 巻 10 号 1208 頁 [学習用日本地図]、東京地判昭和 60.4.17 判タ 566 号 273 頁 [ど忘れ漢字字典]、名古屋地判昭和 62.3.18 判時 1256 号 90 頁 [実用字便覧]、東京地判平成 4.10.30 判時 1460 号 132 頁 [タクシー・タリフ]、東京地判平成 10.11.27 判時 1675 号 119 頁 [壁の世紀]。

められても、その余の小節全体について直ちに模倣しているとは認められない」として直ちに曲全体の模倣性を否定している。当該相違部分がスコア全体に占める割合は全く問われていないように思われる。

結果的に、本判決の取扱いの下では、依拠に基づいて同一の表記がなされている箇所があったとしても、ひとつの楽曲全体について模倣が行われたと認めることができないことになる。たしかに、判決は、原告スコアと被告スコアには演奏内容の相違部分があれば、全楽曲について「模倣」があったとは認めないとまでは明言していないが、上記のような事情があるにもかかわらず模倣が認められないのであるから、これ以上、一体どこまで真似すれば「模倣」となるというのか、定かではないところがある。

そもそも、同じ音源に基づいて採譜したものである以上、スコアの本質的演奏内容が一致するのは当然である。採譜者にとって、「そうならざるを得ない」必然的な表現については、仮に類似性が認められたとしても、それがゆえをもって模倣したとも、模倣していないとも、どちらであるかを断定することは困難である。逆にいえば、ほぼ労力をかける必要がない箇所や小節で独自に採譜していないことが認められるということこそ、被告スコアの実際の採譜過程が示されない限り、全体を模倣していると推認させる証拠となり得るのであり、本件ではその数も決して少なくないといえる以上、楽曲の他の部分、さらにいうと他の楽曲に関しても採譜をしていない蓋然性が高いということが許されるのではなかろうか。

したがって、少なくとも原判決が一致しているところがあると認定した96曲については、証明責任を転換し、被告のほうから具体的な採譜過程を示す事実を示さない限り、当該96曲については独自に採譜していないと認定すべきであるように思われる。

もって、控訴審の判断に期待するところが多いと思われる。