

《 論 説 》

アメリカ著作権法における無意識の依拠に関する一考察

安藤 和宏

- I. はじめに
- II. 依拠性の概念
- III. 主要な裁判例
- IV. 日本法への若干の示唆
- V. むすびに代えて

I. はじめに

周知のとおり、著作権侵害の要件とは、(1) 既存の著作物をもとにして著作物を作成・利用したこと(依拠性)、(2) 自分が作成・利用した著作物に、既存の著作物にある創作的表現と同一または類似の表現が再現されていること(類似性)、(3) 既存の著作物にある創作的表現と同一または類似の表現について、著作権法が禁止権を及ぼしている法定の利用行為を行うこと(法定の利用行為)である⁽¹⁾。したがって、著作権侵害は、依拠が認められる場合でなければ成立しないことになる。

そこで依拠とは何かが問題となるが、著作権法には依拠という言葉は存在しない。依拠とは、「他人の著作物に接し、それを自己の作品の中に用いることを指す」という解釈が一般的であるが⁽²⁾、具体的な解釈を巡っては争いがある。すなわち、依拠とは既存の著作物の表現内容の認識とその自己の作品への

(1) 田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣・2001年)47頁。

(2) 中山信弘『著作権法(第2版)』(有斐閣・2014年)587頁。

利用の意思であるとする説（主観説とする）⁽³⁾と、他人の著作物を自己の作品へ利用する事実で足りるとする説（客観説とする）⁽⁴⁾とが対立しているのである。前者は、表現内容の認識と利用の意図という主観的な要件が加わった概念とみる点で、後者との間に大きな違いがある。

しかしながら、書籍の内容を見ずに複写機でコピーしたり、コンピュータ・プログラムをパソコンのハードディスクにインストールするといった機械的複製の場合、依拠性の要件に表現内容の認識と利用の意図を加えると、依拠性が否定されるために非侵害となるが、これは妥当ではないだろう⁽⁵⁾。問題は、本人が自分の作品を創作したつもりでも、過去に接した他人の著作物を無意識に利用してしまう場合（いわゆる「無意識の依拠」）である。主観説に立てば、依拠は成立しないために非侵害となるが、客観説に立てば、無意識でも他人の著作物を利用すると著作権侵害となる。

他人の著作物を無意識に利用してしまうことは大いにあり得ることであり、無意識の依拠をどのように法的に評価するかは大きな問題である⁽⁶⁾。しかしながら、日本ではこの問題を取り扱った裁判例がないため、活発な議論がなされているとはいえない状況にある。そこで本稿では、アメリカにおける無意識の依拠に関する主要な裁判例や学説を詳細に分析・考察した上で、日本法への若干の示唆を行うこととしたい。というのも、アメリカには無意識の依拠に関する裁判例や学説が豊富に存在し、これらを紹介することは日本における無意識

(3) 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系27 知的財産関係訴訟法』（青林書院・1997年）127頁。

(4) 山本隆司「著作権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務体系22 著作権関係訴訟法』（青林書院・2004年）320頁。

(5) 高林龍『標準著作権法（第2版）』（有斐閣・2013年）75頁。

(6) 福井健策『著作権とは何か—文化と創造のゆくえ』（集英社・2005年）91頁は、「…ソングライターの方に伺ったのですが、メロディが浮かんでも、それが自分の独創なのか、あるいは他人のメロディを思い出したのか判然としないことがある。そういうときには、怪しそうなCDなどをかたっぱしから聴いてみるのだけれど、結局『元ネタ』らしきものが見つかなければ、少し怖いがそのメロディを使ってしまう。そうするしかないじゃないか、とおっしゃるんですね」と述べている。

の依拠に関する議論への一定の貢献になると思われるからである。次章では、アメリカ法における依拠性の概念、具体的にはアクセスと証拠的類似性について解説しよう。

II. 依拠性の概念

著作権法は、特許法や意匠法、商標法といった工業所有権法と異なり、独立創作 (independent creation) の抗弁を許すものである。つまり、既存の作品を知らずに、それと類似または同一の作品を創作しても、侵害責任に問われない。したがって、原告には、被告が自分の作品をコピーしたことを立証する責任が課されている。理論的には、原告やその証人が被告によるコピー行為を実際に見たり、あるいは被告がその事実を認めるといった直接証拠によって証明責任を果たすこともできる。しかしながらこのような直接証拠は入手が極めて困難であるため、通常はアクセスと類似性という状況証拠によって、原告は被告によるコピーを証明することになる。

アクセスは、被告に原告作品を見る (あるいは聴く) 合理的な機会があったという証明で足りるとされている。たとえば、成人向け娯楽雑誌の「Playboy」は全米の書店に並ぶ人気月刊誌であるため、その表紙の写真に類似する作品を創作した者が創作前に当該号の販売期間中に Barnes & Nobles や Borders といった大型書店に入ったという事実があれば、当該号の表紙を見る合理的な機会があったと推定されるだろう。裁判例でも、1970年に発売されたジョージ・ハリソンの「My Sweet Lord」が1963年にビルボードで5週間にわたって1位を獲得したシフオンズの「He's So Fine」の盗作であるとして、著作権侵害訴訟が提起された事件で、第2巡回区連邦控訴裁判所は原告の曲がトップの位置にいたことから被告のアクセスが推認できるとしている⁽⁷⁾。

被告が原告の作品を直接入手していなくても、両者が論理的につながる場合は、アクセスの合理的な機会があったと認められる。これを事象連鎖法理

(7) ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd., 722 F. 2 d 988 (2 d Cir. 1983).

(chain of events doctrine) という。フランスの作家 Louis Gaste が世界的な大ヒット曲「Feelings」を創作したモーリス・アルバートとその音楽出版社であるフェルマータに対して、著作権侵害訴訟を提起した事件において、原告は「フェルマータのオーナーは、原告が下請出版社を探そうとしていた1950年代に原告作品である“Pour Toi”のコピーを受領し、モーリス・アルバートが1973年にオーナーからそのコピーを入手した」ことを主張した。判決にあたり、裁判所は被告によるアクセスがなかったと合理的に結論づけることはできないと判示している⁽⁸⁾。

ただし、事象連鎖法理はあくまでも合理的に事象が連鎖することを前提とするものであり、被告が原告の作品を見たわずかな可能性 (bare possibility) があるという程度では、アクセスがあったとは認められない。たとえば、原告の原稿がロサンゼルスにある映画スタジオとオフィスに保管されており、被告がロサンゼルスで作品を書いたという事実だけでは、被告が原告の作品を見たという合理的な機会を持っていたとは言えず、アクセスは認められない⁽⁹⁾。この例のように、原告の作品を見たという合理的な機会があったとするためには、単なる可能性では足りず、ある程度の蓋然性が必要となる。

では、エンターテイメント企業が原告からデモテープやスクリプトを受け取ったという事実を証明するだけで、被告作品の創作者が原告作品にアクセスしたことの立証責任を果たしたと認められるだろうか。裁判例は、bare corporate receipt doctrine という法理を用いて、これを否定する。レコード会社や映画会社、放送局等の巨大メディア企業は、部署が多岐に分かれ、膨大な人数の従業員が働いている。外部の者からデモテープやスクリプト、番組企画書等を受け取った会社のスタッフと、実際に原告作品を無断で利用したとされる脚本家や作曲家、ディレクター等の間に、常に原告作品が引き渡されるような関係があると前提し、企業が原告作品を受領しただけでアクセスを認めるのは実態にそぐわない。そのため、裁判所は原告に対し、それ以上 (something

(8) Gaste v. Kaiserman, 863 F. 2 d 1061, 1066-67 (2 d. Cir. 1988).

(9) Columbia Pictures Corp. v. Krasna, 65 N.Y.S. 2 d 67, 69 (Sup. Ct. 1946).

more) の証明を求めるのである⁽¹⁰⁾。

では、「それ以上」とはどのような事実か。原告作品の受取人が被告作品のプロジェクトの責任者だったり、あるいは被告作品の創作者と同じプロジェクトや部署で働いていた者であれば、原告作品と被告作品の創作者は関連づけられるとして、アクセスは認められるだろう。ただし、企業内の実務的な事情は外部の者からは容易に分からないため、このような証明責任を原告に課するのは、公平性に失するという意見もある。確かに、このような事情はディスカバリーを用いても分からないことが多く、企業が原告作品を受領したことで、合理的な機会の存在を認定すべきという見解にも傾聴すべきものがある。

証明責任の公平な分配という観点から見ると、企業内で原告作品を受領した者と実際に原告作品を無断で利用したとされる者との間に、過去に実務上の連鎖があったことを原告が証明すれば、原告作品に接した合理的機会があったと推定すべきである。たとえば、原告がレコード会社の副社長にデモテープを渡したとしても、過去にその副社長が外部者(原告に限定しない)のデモテープをA&R部に回付し、A&R部が被告作品の作曲家に外部者のデモテープを聴かせていたという事実を立証した場合、アクセスは推認される。被告は、アクセスの推認を打ち消すために、デモテープの受領から被告作品の制作までの期間、当該スタッフとA&R部間、またはA&R部と当該作曲家の間に接触がなかったこと等を証明することによって、アクセスを否定し、独立創作の抗弁を行うことになる⁽¹¹⁾。

アクセスが証明されただけでは、被告が原告の作品をコピーしたとは認められない。原告と被告の作品に共通点や類似点がなければ、コピーしたことにはならないのである。したがって、問題の焦点は両作品間の類似性に移る。なお、ここで注意しなければならないのは、Alan Latman教授が提唱した「証拠的類似性」という概念である。これは、コピー行為が問題となっている場合に用いるもので、被告作品の中に原告作品をコピーしたことの証拠となるような

(10) Meta-Film Associates, Inc. v. MCA, Inc., 586 F. Supp. 1346, 1357 (C.D. Cal. 1984).

(11) Jorgensen v. Epic/Sony Records, 351 F. 3d 46 (2d Cir. 2003).

類似性が認められるかに焦点が当てられる。複製権侵害の判断に用いる実質的類似性とは異なる概念であることに留意されたい⁽¹²⁾。

原告と被告の作品に誤植や誤記が共通していたり、原告のデータベースにトラップとして入れてあった架空の人物の情報が被告のデータベースにも入っていた場合は、被告が原告作品をコピーしたことの有力な証拠になる。実務上も、電話帳や辞書、データベース等にコピーの証明のためのさまざまなトラップを仕掛けることがあるようである⁽¹³⁾。このような共通点は、コピーの証拠としては有力なものであるが、複製権侵害の証拠としては十分ではない。複製権侵害の判断に用いる実質的類似性は、創作的表現がどの程度類似しているかを調べるものであり、証拠的類似性とは異なる基準で判断される⁽¹⁴⁾。

なお、コピー行為の状況証拠となるアクセスと類似性とは、反比例のような関係にある。すなわち、アクセスの証拠が強いほど類似性の証拠はそれほど要求されない。反対に類似性のレベルが高いほどアクセスの証拠はそれほど要求されない。裁判所はアクセスと類似性の証拠を総合的に考慮してコピー行為の有無を判断するのである。

以上のように、原告はアクセスと類似性という状況証拠によって、被告によるコピーを証明することになるが、これには例外がある。すなわち、アクセスがなければ創作することができないというほどに両者の作品が著しく類似している (*strikingly similar*) 場合、アクセスを推認することができるのである。た

(12) Alan Latman, "Probative Similarity" as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement, 90 COLUM. L. REV. 1187 (1990).

(13) Feist Publ'n, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 344 (1991). 被告の電話帳には原告の電話帳に仕掛けられていた架空のリストが4つ含まれていた。

(14) 裁判例においては、証拠的類似性と実質的類似性を混同しているケースが見受けられる。たとえば、Steinberg v. Columbia Pictures Indus., Inc., 633 F. Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987) でニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、「アクセスの証拠がない場合はかなり高い程度の類似性が要求される。このことから、論理的にアクセスの証拠が提供される場合は、アクセスの証拠がないときよりも要求される類似性の程度は低くてよいということになる。被告は原告のイラストへのアクセスを認めているのであるから、著作権侵害が成立するための類似性の程度は他のケースよりも低くなる」を判示した。両者を混同している好事例であろう。

たとえば、原告のデモテープの曲が被告のリリースした曲に著しく類似しているのであれば、原告が被告のアクセスを証明できなくても、事実認定者は被告が原告の曲にアクセスしたと推認することができる。

では、原告が被告によるアクセスの可能性を証明できない場合、両作品が著しく類似していることだけでアクセスを推認することは許されるのか。第7巡回区連邦控訴裁判所は、*Selle v. Gibb* でアクセスがあったというためには、原告と被告の作品が著しく類似しているだけでは足りず、少なくとも被告が原告作品を利用しうる合理的な可能性を示す証拠が必要であると判示した⁽¹⁵⁾。しかし、そもそもアクセスがなければ創作することができないというほどに両者の作品が著しく類似しているケースで、原告にアクセスの証拠を要求するのは妥当ではない。

この第7巡回区連邦控訴裁判所の判決は、Nimmer 教授の厳しい批判を浴びることとなった。Nimmer 教授は、1,000頁の2冊の本が一言一句、同一である例を挙げ、「このような事例においては、ごくわずかな可能性でも偶然の一致という主張に対抗するに十分である」と述べ、両作品が著しく類似している場合には、被告のアクセスを合理的に示す別の証拠は不要であると指摘した⁽¹⁶⁾。結局、*Selle* 判決の13年後に Posner 判事が *Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc.*, 132 F.3d 1167 (7th Cir. 1997) で「独立創作という偶然がまったくありそうもないほどに類似していることは、アクセスの証拠となる」と判示し、事実上、*Selle* 判決で示された判例法理は修正されることとなった。

このように両作品が著しく類似している場合はアクセスを推認することができるが、被告は独立創作の抗弁を主張する際に、アクセスの推認を打ち消した

(15) *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896, 901 (7th Cir. 1984). この訴訟は、有名な演奏グループであるビージーズの創作した「How Deep Is Your Love」が原告の作品「Let It End」の盗作であるとして提起されたものである。原告側の専門家は、両作品は独立に創作することはできないほど著しく類似していると証言した。しかしながら、地裁は原告がアクセスの推定を正当化せしめるに足りる証拠を提出していないことを理由に陪審の評決を覆して、被告勝訴の判決を下し、控訴審でもこの下級審判決を維持している。

(16) 3 Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* § 13.02 (2006).

めのさまざまな証拠を提出することができる。たとえば、原告作品の販売期間中、被告が海外で生活していたという事実や、原告と被告に共通する表現を持つパブリック・ドメイン作品の存在は、独立創作の抗弁のための重要な証拠となる。

なお、事実認定者は、被告の複製に関する判断を専門家の意見や分析に基づいて行うことができる。*Gaste v. Kaiserman* は、専門家が両当事者の音楽作品に特別の共通点が見られると指摘し、それがアクセスを推認させる一つのポイントとなった事件である。通常、セブンス・コード（属七の和音）はその5度上のメジャーかマイナーコード（主和音）に移行する（これを解決という）のが一般的であるが、両作品は同じ箇所でのこの解決方法を避け、ユニークな転調を行っている。具体的には、原告作品は $B_7 \rightarrow C$ （通常は G ）に、被告作品は $E_7 \rightarrow C$ （通常は A ）という極めて特徴のある解決方法を採用している。原告側の専門家は、このユニークな転調方法がアクセスの証拠になると証言した⁽¹⁷⁾。このように、専門家は一般のリスナーでは気がつかないアクセスの証拠となるような特徴を指摘することができるため、被告のコピーに関する判断において、事実認定者が彼らの意見や分析を参酌することは妥当であるといえるだろう。

Ⅲ. 主要な裁判例

本章では、本稿のテーマである無意識の依拠に関する重要裁判例を見てみよう。アメリカではこの問題を「無意識の依拠」ではなく、「無意識の複製 (unconscious copying)」ということに留意する必要がある。なお、この問題について最初に裁判官として判断を下したのは、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所と第2巡回区連邦控訴裁判所において歴史に残る数々の有名な判決を下した *Learned Hand* 判事である。

(17) *Gaste*, 863 F. 2 d at 1068.

Fred Fisher, Inc. v. Dillingham, 298 F. 145 (S.D.N.Y. 1924)

【事案の概要】

原告の Fred Fisher が著作権を保有している「Dardanella」（作曲：Felix Bernard と Johnny Black）は、1919年に発表された曲であり、翌年にかけて大ヒットした。この曲には8音からなるオスティナート（ある種の音楽的なパターンを続けて何度も繰り返すこと）が使われていた。「Dardanella」の人氣がなくなった直後に、輕歌劇曲「Kalua」が発表され、驚異的な人氣を博した。「Kalua」には「Dardanella」とまったく同じ8音からなるオスティナートが使われていた。原告は、「Kalua」を創作した Mary Dillingham や Jerome Kern らに対して、著作権侵害を主張し、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。同裁判所は以下のとおり判示して、原告の請求を認容した。

【判旨】

著作者が保有する著作権は、著作者による言葉や音符のオリジナルな配列を第三者がコピーすることを禁止するという絶対的な権利である。したがって、著作権侵害は侵害者の誠実さとは無関係に認定されるのである。第三者が実際に著作物を作成するための素材として他人の著作権を利用すれば、当該他人の著作権を侵害することになる。その際に、自分のあいまいな記憶のせいで他人の著作物を利用したということは言い訳にならないのである。著作権法28条に基づいて起訴された場合には、故意が侵害要件であるため、この言い訳は抗弁になるかも知れない。しかしながら、本件のように不法行為が問題となっている場合には、不正行為者の目的が不法行為の成否に関係することはほとんどない。したがって、私は著作権侵害の問題について原告に有利な判決を下すものである。

Bright Tunes Music Copr. v. Harrisongs Music, Ltd., 420 F.Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976)

【事案の概要】

原告の Bright Tunes Music 社は、1963年にシフオンズが歌って大ヒットした「He's So Fine」の著作権を保有している音楽出版者である。この曲は同年にア

アメリカで5週間にわたりビルボード・チャートの1位を獲得しており、またイギリスにおいても、同年で最もヒットした曲の一つとして広く知られている。原告は、1970年にビートルズのメンバーであるジョージ・ハリソンが発表したヒット曲「My Sweet Lord」が「He's So Fine」の盗作であるとして、ジョージ・ハリソンと「My Sweet Lord」の著作権を保有する Harrisongs Music 社を相手に、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。同裁判所は以下のとおり判示して、原告の請求を認容した。

【判旨】

裁判所とハリソンの間でなされた広範なやりとりを見ると、ハリソンとプレストン（レコーディングに参加したアーティスト）が「He's So Fine」を利用したという事実に気がついていなかったということは明らかである。しかしながら、リスナーにとって、原告と被告の曲が一つのフレーズを除いて、実質的に同一であることは誰の目にも明らかである。モチーフ A が4回繰り返された後、モチーフ B が最初は4回、次は3回繰り返され、モチーフ B の2回目のリピート時には同じ装飾音が使われている。

では、ハリソンは「He's So Fine」を故意に使用したのだろうか。私はそうは思わない。それでもやはり、歌詞は違うものの、「My Sweet Lord」は「He's So Fine」とまったく同じであり、ハリソンが「He's So Fine」にアクセスしたということは明らかである。法の下では、これは著作権侵害であり、このことはたとえ無意識になされたとしても変わらないのである。

Three Boys Music Corp. v. Bolton, 212 F. 3 d 477 (9 th Cir. 2000)

【事案の概要】

アメリカで最も有名なリズム・アンド・ブルースのグループの一つであるアイズリー・ブラザーズは、1964年に「Love is a Wonderful Thing」という曲をユナイテッド・アーティストズの依頼により、創作し、レコーディングを行った。ユナイテッド・アーティストズは1966年にこの曲をシングルとして発売したが、トップ100に入ることはなかった。この曲は1991年にCDに収録され、再発売

されている。

マイケル・ボルトンは1980代後半から1990年前半にかけて、1960年代のソウル・サウンドを復活させることによって人気を博したアーティストである。1990年初頭、ボルトンとアンドリュー・ゴールドマークは共同で「Love is a Wonderful Thing」という曲を創作し、1991年4月にシングルとして発売した。また、アルバム「Time, Love and Tenderness」にも収録されている。この曲は1991年の年間ヒットチャートの49位に入っている。

アイズリー・ブラザーズの「Love is a Wonderful Thing」の著作権を保有している原告の Three Boys Music Corp. はマイケル・ボルトンらに対して、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。正式事実審理において、陪審は被告らが原告の著作権を侵害していると認定した。同裁判所は終局判決において、被告らに損害賠償の支払いを命じたため、被告らが第9巡回区連邦控訴裁判所に上訴した。連邦控訴裁判所は以下のとおり判示して、被告らの上訴を棄却した。

【判旨】

アイズリー・ブラザーズは被告らが原告の曲にアクセスしたと主張しているが、それは原告の曲が広い範囲で流行したと、被告らによる無意識のコピーという二つの根拠に基づいている。原告は被告のアクセスについて、4つの方法で証拠を示している。第一に、ボルトンはアイズリー・ブラザーズのようなグループの曲を聴き、彼らの歌を歌いながら育ったということである。第二に、3人のディスク・ジョッキーがボルトンとゴールドマークが育った地域のラジオ局やテレビ局でこの曲が流行したと証言していることである。第三に、ボルトンはアイズリー・ブラザーズの大ファンであり、彼らのレコードを収集していることを認めていることである。第四に、ボルトンとゴールドマークは他の有名なソウル・シンガーの曲をコピーしたのではないかと思ったことである。すなわち、レコーディングの録音テープについて、ボルトンはゴールドマークに対して、彼らが作曲した歌はマーヴィン・ゲイの「Some Kind of Wonderful」ではないかと訊いているのである。

アイズリー・ブラザーズの理論的なアクセスに関する主張は、法的根拠がないわけではない。10代の若者は、概して熱烈な音楽愛好者である。R&Bの音楽に取り付かれた2人のコネティカット州の若者が数週間ラジオやテレビで放送されていたアイズリー・ブラザーズの曲を覚えており、それを20年後に無意識にコピーしたということは、大いにあり得ることである。さらに、ロナルド・アイズリーは、彼らに会った時、ボルトンがロナルドに「私はあなたの曲すべて持っています」と言ったと証言している。最後に、地裁が指摘しているように、ボルトンがマーヴィン・ゲイの「Some Kind of Wonderful」について言及したことは、ボルトンが誰かの曲をコピーしたかも知れないことを認識していたことを示すものである。

このようにアメリカの裁判例では、無意識の複製は依拠性の要件を満たすとされている。しかしながら、アメリカの裁判所が採用する *unconscious copying doctrine* (本稿では「無意識の複製理論」という) に対しては、意外にも多くの批判がなされており、新たなアプローチが提唱されているので、ここで紹介することにしよう。

(1) 無意識の複製は依拠性の要件を満たさないとするアプローチ

裁判所が採用する無意識の複製理論は、創作者に対して、自分の作品が他人の作品に類似しているかどうかのリサーチの負担を過度に課すものであり、これは著作権法の目的である創作的表現の奨励に反するものである。とりわけ、*Three Boys Music Corp. v. Bolton* において、被告は25年前に公表され、かつ、トップ100にも入っていない曲を無意識に複製したとされたため、創作者に課されるリサーチの負担が大きくなった。これは創作活動に萎縮効果をもたらすものである。この問題を解決するには、*Bright Tunes Music Copr. v. Harrisongs Music, Ltd.* でジョージ・ハリソンが証言したように、原告作品を無意識に複製したことの証明責任を被告に課し、それに成功した場合は被告が著作権侵害責任を負わないとするアプローチが望ましい⁽¹⁸⁾。

(41)

(2) 損害賠償額減額アプローチ

無意識の複製理論は、著作権法の経済合理性に合致しないものである。著作者は新しい作品を創作する際に過去の作品の素材を使うことが少なくないが、それらの素材すべてに著作権保護を与えることは、新たな作品の創作においてコストとなることを意味する。したがって、あまりに過大な著作権保護を認めると、作品創作のコストが上昇するため、結果として多くの作品が生まれなくなるといふ萎縮効果が生じる⁽¹⁹⁾。この問題を解決するには、無意識の複製について、善意の侵害 (innocent infringement) に関する規定である著作権法502条(c)(2)を適用し、実際に生じた損害額ではなく、裁判所がその裁量によって損害賠償額を減額するというアプローチが望ましい⁽²⁰⁾。

(3) 侵害要件を直接侵害に限定するアプローチ

無意識の複製理論は著作権の正当性を侵食するものであり、これを防ぐためには無意識の複製理論を完全に放棄しなければならない。さらに著作権侵害が成立するには直接、他人の作品を複製したことに限るとする。というのも、作品創作を奨励し、芸術を拡布するベストの方法は、芸術家が無意識の複製やそれがもたらす多数の訴訟を心配することなく、世界中の作品から創作の刺激を受けること、そして自由に創作活動ができることが必要であるからである⁽²¹⁾。

(1) の無意識の複製は依拠性の要件を満たさないとするアプローチは、本

(18) Christopher Brett Jaeger, "Does That Sound Familiar?": Creators' Liability for Unconscious Copying Infringement, 61 VAND. L. REV. 1903, 1923-25 (2008).

(19) Carissa L. Alden, *A Proposal To Replace The Subconscious Copying Doctrine*, 29 CARDOZO L. REV. 1729, 1743-44 (2008).

(20) *Id.*, at 1761-64. アメリカ著作権法第504条(c)(2)は「侵害者の行為が著作権の侵害にあたることを侵害者が知らずかつそう信じる理由がなかったことにつき、侵害者が立証責任を果たしかつ裁判所がこれを認定した場合、裁判所は、その裁量により法定損害賠償の額を200ドルを限度として減額することができる。」と規定している。

(21) Kimberly Shane, *The Unconscious Erosion of Copyright Legitimacy By The Unconscious Copying Doctrine*, 13 U. DENV. SPORTS & ENT. LAW J. 53, 71-73 (2012).

稿の冒頭で述べたように、日本においても同様の見解が主張されている。この見解に関する検討は次章で詳しく行うことにしよう。(2)の損害賠償額減額アプローチはなかなか興味深いものである。日本の著作権法には、アメリカ著作権法502条(c)(2)に対応する条文がないため、そのまま適用することはできないが、立法論としては示唆に富む指摘である⁽²²⁾。(3)の侵害要件を直接侵害に限定するアプローチは、あまりに権利者と利用者のバランスを欠く提案であり、採用することはできないだろう。ただし、このような極論とも思える見解がアメリカのロー・ジャーナルで発表されていることは注目に値すると思われる。

IV. 日本法への若干の示唆

前述したように、アメリカにおいては無意識の依拠は依拠性の要件を満たすというのが判例の態度である。一方、日本においてはこの問題に関する見解は二分しており、通説といえるものがいまだに存在しない。また、この問題が争点となった裁判例は管見の限りない。そこで、日本における無意識の依拠に関する見解を紹介しながら、この問題についての検討を試みることにしたい。

まず、無意識の依拠は依拠性の要件を満たさないとする説(主観説)を見てみよう。有力説として、他人の著作物に依拠して作品を作成するという行為は、「既存の著作物に表現された内容を知り、これを何らかの程度利用して自己の作品を作出すること」とするものがある。この説によると、(1)既存の著作物の表現内容の認識と、(2)その自己の作品への利用の意思がなければ

(22) 損害賠償額減額アプローチは、民事訴訟法上の割合的認定という理論に通じるところがあるように思われる。高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)(第2版補訂版)』(有斐閣・2013年)577頁参照。

(23) 西田・前掲書(3)127頁は、「既存の著作物に依拠して作品あるいはその一部を作成するということは、具体的には、例えば、他人の著書のある頁を開いて、そこに書かれている文字を読んで内容を認識し、そこに書かれている表現をそのまま自己の著書の原稿に書き写す、そこに書かれている趣旨を要約しあるいは表現を改めて自己の著作の原稿に書く、そこに書かれていることを素材として自己の著作の原稿を書くというように、既存の著作物に表現された内容を知り、これを何らかの程度利用して自己の作品を作出することをいうものと考えられる。」とする。

依拠とはいえないため、無意識の依拠は依拠性の要件を満たさないことになる⁽²³⁾。また、依拠をさらに限定して解釈し、「先行作品を手元に置いて、作品を複製なり、翻案すること」を依拠というとする説もある⁽²⁴⁾。

そして、無意識の依拠について依拠性を否定する理由として、人間の精神的活動に対する制限を回避することを挙げる見解がある。すなわち、「公示制度の発達していない著作権に関して、創作される作品が自己の知らない既存の著作物と同一性のある作品となるか否かにつき配慮をする必要があるとすると、本来自由であるべき人間の精神的活動が制限を受けて停滞してしまうことを回避することを『依拠』を必要とする重要な理由とするならば、過去にアクセスした著作物の表現を強いて思い出すことを表現者に強要することで人間の精神的活動が制限を受け停滞することも回避すべきである以上」、意識的に既存の表現等を利用する意思があることを要するというのである⁽²⁵⁾。さらに、創作行為や創作物の多彩さを確保するために、事案によっては無意識の依拠について依拠性を否定すべき場合があるとする見解もある⁽²⁶⁾。

次に、無意識の依拠は依拠性の要件を満たすとする説（客観説）を見てみよう。有力説として、依拠性の構成要素を「既存の著作物を自己の作品へ利用する事実」とし、無意識の依拠でも著作権侵害が認められるべきとするものがある⁽²⁷⁾。この説は、「夢遊状態で自動車の運転でもできるのであるから引き写し

(24) 大家重夫「『記念樹』事件（東京高裁平成14年9月6日判決）再考」『知的財産法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古稀記念』（発明協会・2006年）835頁。しかし、これでは、先行作品を暗記して再現する場合でも依拠性の要件が満たされず、非侵害という結論になってしまう。したがって、「先行作品を手元に置いて」という要件は妥当ではない。

(25) 小倉秀夫・金井重彦編著『著作権法コメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン・2013年）[小倉秀夫執筆部分] 137頁。

(26) 渋谷達紀『著作権法』（中央経済社・2013年）408頁は、「依拠には、無意識な依拠もある。たとえば無数の著作物に通読している専門家の場合、その知識が本人の素養と化しているため、客観的には複製物や二次的著作物に当たるものを作成しても、他人の著作物に依拠したという意識がないことがある。また、許容される依拠の程度には、業界基準というべきものもある。著作権法の目的は、創作行為や創作物の多彩さを保障することにあるから、差異が僅かであっても多彩な著作物の存在を許容すべき分野においては、無意識的な依拠という理由や、業界基準に基づいて、依拠性を否定すべき場合がある。」とする。

でも可能であろう。このような引き写しの『事実』があれば十分であって、その『意思』までは要件とすべきでない」として、主観説を批判する。

また、無意識であっても記憶から先行作品を引き出す行為は独立創作ではないとして、無意識の依拠を肯定する見解がある。すなわち、「原著作物を感知したのであれば、後にそのことを忘却していたとしても、依拠というのに何の妨げもない。想起感を伴わないとしても、原著作物の感知による記憶から『後作』を引き出しているにすぎないのであるから、独立創作とはいわれず、依拠ありというべきである。米国でジョージ・ハリソンの My Sweet Lord が He's so fine のコピーとされたのはその例である」というのである⁽²⁸⁾。

最後に、主観説と客観説の中間に位置する説を二つ紹介しよう。第一に無意識の依拠をさらに細分化して、依拠性の該当性を判断する見解がある。この説では、依拠を「被告作品の作成時における既存の著作物の表現に関する記憶（意識されてはいないものの、強いて思い出そうと注意を向ければ思い出せる可能性のある精神領域（すなわち前意識）における記憶を含む）」と「その記憶の被告作品の表現の作成に対する実質的な寄与」とに分析する。そして、無意識の依拠でも、その記憶が前意識におけるものであり、かつ、その記憶が被告作品の表現の作成に実質的に寄与した場合には、依拠性を肯定するのである。一方で、被告が原告作品に現実接したとしても、その際の記憶が被告の意識から完全に失われ、被告作品の作成に何ら影響していないケースでは、依拠性を否定する。あくまでも、被告がその作品の作成時において、原告作品の表現に関する記憶が保持されていなければならないとするのである⁽²⁹⁾。

(27) 山本・前掲書（4）319-320頁は、「たとえば、夢遊状態では②の『意思』があるとはいえないであろうが、夢遊状態で自動車の運転でもできるのであるから引き写しでも可能であろう。このような引き写しの『事実』があれば十分であって、その『意思』までは要件とすべきでないと思う。また、そもそも①の『認識』も、依拠性の構成要素ではないと思う。たとえば、自己の書類の中に他人の著作物が紛れ込んでおり、誤って他人の著作物を複写した場合、①の『認識』は存在しなくとも、できた複製物に依拠性を否定することはできない。したがって、依拠の構成要素としては、『既存の著作物を自己の作品へ利用する事実』と考えれば足りる。」とする。

(28) 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタル2』（勁草書房・2006年）〔椋山敬士執筆部分〕71頁。

(37)

第二に、無意識の依拠により作成された著作物を二つに大別して、その場合の法的処理を提言する見解がある。すなわち、他人の著作物に独創的な修正増減が加えられた場合と、ほとんど新たな創作性が加えられない場合とに分けて、前者では事後許諾を認め、当事者間で著作物使用料を決定することによって解決を図る一方で、後者では民法の不当利得の法理を適用して、被告が得た利益の現存する限り、原告に返還することによって解決するというものである⁽³⁰⁾。

では、この問題についてはどのように考えるべきであろうか。確かに、被告には原告作品を複製しているという認識がないので、被告に著作権侵害責任を負わせるのは酷だという主張は、ある程度理解できる。無意識に行われた行為に対して、法的非難を厳しく行うことは妥当ではないという意見も見受けられる⁽³¹⁾。しかしながら、以下の理由により、あくまでも無意識の依拠は依拠性の要件を満たすとして、客観説を採用すべきである。

第一に、記憶に残った原告の作品を無意識に再現したということは、被告は創作的表現にかかるコストを負担していないことを意味する。これは明らかにフリーライドであり、正当化することはできない。たとえば、原告が長い年月と多大な費用をかけて、子供用のキャラクター・グッズのデザインを研究し、販売したとしよう。そのキャラクター・グッズを見た被告が無意識に複製し、

(29) 前田哲男「『依拠』について」『知的財産法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古稀記念』（発明協会・2006年）767頁。

(30) 齊藤博「判批」民商法雑誌81巻2号237-238頁。

(31) 齊藤・前掲書(30)238頁は、「原曲の改作にしろ、原曲そっくりの曲の作成にしろ、それが無意識のうちに行われ、その限りで、原曲を『知らなかった』わけであるから法的非難を厳しく行うことは妥当ではない」とする。また、福井・前掲書(6)93頁は、「ジョージ・ハリスン事件では、1976年の判決で、連邦地裁は『それも著作権侵害のうちだ』という結論を出しました。つまり、意識下に残ったメロディを使っても、著作権侵害になるという判断ですね。ここで筆者が少々引っかかるのは、この場合、本人に過失があるといえるのだろうか、ということです。日本の法律では、故意も過失もなければ、過去に犯してしまった侵害についての損害賠償は成立しません。本人に落ち度がありませんから。」と指摘している。無意識の依拠には過失がないとして、損害賠償を認めないというアプローチは興味深く、一考の余地があるように思われる。

自分の作品として販売した場合、被告の侵害責任を問うことができなければ、原告に大きな経済的損害が生じるため、創作活動のインセンティブが損なわれる結果となる。

第二に、無意識の依拠によって作成された著作物は、あくまでも原告作品あるいはその二次的著作物であって、被告が一から作り出したものではない。被告は自分の記憶の奥から原告作品を引き出して、これを自分の作品として発表したのである。つまり、被告が原告の作品を知らなければ、被告作品は生まれなかったことになる。まさに被告は原告作品を再現しただけなのである。したがって、当然、独立創作の抗弁も受け入れられない。著作権侵害の要件は、原告作品を複製したかどうかであり、故意に複製したかどうかではない。

第三に、無意識による複製に対して、被告の侵害責任を問えないことにすると、原告にとって著しく不利になる。原告が被告のコピー行為を証明したとしても、多くの被告が無意識による複製を主張するだろう。この主張を覆すためには、原告は被告が意識的に原告作品を複製したことを証明しなければならないが、これでは原告の証明責任の負担が大きすぎる。証明責任の公平な分配という観点から見ても、妥当ではない。主観説には、「真に無意識であったか、旗色が悪くなってそう言い逃れてしているだけなのかは、慎重な判断が必要である」として、この問題を意識するものがあるが、具体的な判断方法は示されていない⁽³²⁾。

第四に、主観説を採用すると、無意識の依拠により作成した著作物の著作権は、誰に帰属するのかという問題が生じることになる。たとえば、被告によって原告作品がそのままの形で再現された場合、被告の個性は表現に表れているとはいえないだろう。それでも、被告に著作物に関する著作人人格権を認め、被告の人格的利益を保護すべきであろうか。また、被告が新たな創作的表現を加えて、原告作品の二次的著作物を作成した場合であっても、被告が保有するのはあくまでも被告が新たに加えた創作的表現だけである。これを無意識

(32) 西田・前掲書(3)130頁。

(35)

の依拠という理由で、被告作品全体について被告に著作権を認めるべきであろうか。さらに、被告作品を利用する者は、依拠が連鎖していないという理由で原告作品の権利者からの許諾が不要となると、同一または類似作品の権利者が異なることになり、権利関係が複雑化するおそれがある。

第五に、消極的理由として、客観説を採用しても、創作活動の萎縮や停滞は生じないことが挙げられる。というのは、そもそも創作活動には過去に見聞した他人の著作物を無意識に再現してしまうというリスクが内在しており⁽³³⁾、エンターテインメント業界ではそのリスクを前提として、著作権ビジネスが展開されているからである⁽³⁴⁾。たとえば、音楽の現場ではディレクターやプロデューサーがレコーディング前に必ず類似している有名曲がないかをチェックしており、盗作と疑われる曲は不採用にしているという実態がある。これは出版、映画、テレビ、ゲームソフトといったエンターテインメント業界では当然のことである。したがって、客観説を採用すると創作活動が萎縮や停滞を引き起こすという指摘は妥当ではない。

このような理由により、無意識の依拠については客観説を採用すべきである。長年、筆者はエンターテインメント業界にいるが、業界内では無意識の依拠は依拠性の要件を満たすとする見解が支配的であるように思われる。そのため、ディレクターやプロデューサーが逐一、リリースする作品が盗作ではないかをチェックしているのである。もちろん、そのチェックの目をすり抜けて発表されてしまうケースもあるが、それは企業のリスクとして織り込み済みというのがエンターテインメント業界における一般的な理解である。主観説はこの実

(33) 齊藤・前掲書(30)238頁は、「二つの楽曲が同一ないし類似しているというとき、現実には、本件(ワンレイニー・ナイト・イン・トーキョー事件。筆者註)のような場合より、右のように、かつて接した他人の曲に無意識のうちに依拠する場合のほうが多いのではなからうか。ある作曲家は努めて他人の曲を聴かなかったそうであるが、このことは、如何に他人の曲が自らの意識の奥に沈澱し易いかを物語っていよう」と指摘する。

(34) 梶山・前掲書(28)71頁は「ポール・マッカートニーのイエスタデイは、夢で聞いたメロディーを目覚めて書き留めたものであった。ポールは、昔聴いたことのある曲かもしれないと、みんなに聞いて回ったという。俳句などでも、あまり簡単に良い作品ができたときは、気をつけるといわれているようである。」という。

務の実態を正確に把握しているかどうか疑問である。

V. むすびに代えて

無意識の依拠は、音楽の分野でよく起こると言われている。本稿で取り上げたアメリカの裁判例もすべて音楽に関する訴訟である。確かに昔聴いた曲が頭の片隅に残っていて、それがある日、突然無意識に再現されるということは少なくないだろう。筆者も作曲家を目指していた頃、名曲が生まれたと友人に聴かせたところ、有名アーティストの曲と類似していることを指摘されて、大いに落胆した思い出がある。しかしながら、創作者はそのような苦い経験を繰り返すことによって、真のオリジナル作品を作り出すのであり、またそれが彼らの使命ではないだろうか。

著作物とは創作者の個性の表出である。他人の個性が表出された著作物を自分の作品として扱うことは、著作権法の基本理念に反する。この基本理念に反してまで、無意識の依拠によって作成された著作物を特別に扱うことの正当化根拠は、到底見出すことができない。本稿はアメリカにおける裁判例と学説を紹介・分析したが、この問題の議論にはイギリス法、フランス法、ドイツ法といった比較法的研究が不可欠である。今後の無意識の依拠に関する議論の深化に大いに期待したい。

—あんど う かずひろ・法学部准教授—