

## 【判例評釈】

飲食を提供するライブハウスにおいて演奏者が主催するライブ演奏の主体はライブハウスの経営者であるとして演奏権侵害が肯定された事例

知財高判平成 28 年 10 月 19 日(平成 28 年(ネ)10041 号)Live Bar 事件

東洋大学法学部  
安藤和宏

## 【事案の概要】

X(原告・被控訴人)は、著作権等管理事業法に基づき、文化庁長官の登録を受けた音楽著作権管理事業者であり、著作権者から著作権ないしその支分権(演奏権、録音権、上演権等)について信託を受け、音楽の利用者に対して、音楽著作物の利用を許諾して、その対価を徴収し、これを国内外の著作権者に分配することを主たる目的とする一般社団法人である。

Y1(被告・控訴人)は、著名なミュージシャンである Y2(被告・控訴人)の提案を受けて、平成 21 年 5 月 23 日に「Live Bar X.Y.Z.→A」という名称のライブハウス(以下、本件店舗という)を開店した。Y2 は本件店舗に自らを契約者とする固定電話を設置しており、また本件店舗の開店資金は Y1 と Y2 が支出している。

本件店舗では、スケジュールが空いている限り、出演を希望する者には、その内容を問わず出演を認めている。また、ミュージックチャージの額の決定、演奏曲目なども含めたライブの内容の決定、ライブの名称の決定、宣伝文の作成は出演者が行っており、Yら及び本件店舗のスタッフがその内容について指示することはない。

本件店舗のスタッフは、出演者からライブの名称や宣伝文、写真等のデータを受領すると、それを本件店舗のホームページに掲載し、また本件店舗のライブスケジュールが印刷されたチラシを本件店舗に置いたり、配布したりしている。本件店舗では、他の一般的なライブハウスとは異なり、出演者に会場使用料の支払やチケット販売のノルマといった負担が課されることはなく、ミュージックチャージは全額出演者に渡される。

本件店舗でライブが開催されるときには、客は入店時にミュージックチャージ及び飲食代金 1,000 円を支払い、1,000 円分の本件店舗の食券を受領する。客は、本件店舗において、この食券を利用して飲食物の提供を受けることができるが、飲食代が 1,000 円を超える場合には超過分を現金で支払い、1,000 円に満たない場合は、おつりの額に応じた本件店舗の食券を受領する。

本件店舗におけるライブの出演者は、本件店舗に設置されているアンプ、キーボード、ドラムセットなどの機材・設備を使用することができるが、本件店舗には音響や照明等に係るスタッフはおらず、出演者が音響設備等のセッティングを行っている。

X は、平成 21 年 9 月 10 日、本件店舗宛に「著作権手続はお早めに」という題する文書と「音楽著作物利用許諾契約申込書」を郵送したが、同申込書は、座席数、月間演奏時間、標準単位料金(客一人当たりが通常支払う料金)に基づいて、一定額の月額使用料を決定する方式の利用許諾契約の申込書であった。

Y2 は、これらの文書を見て、X がライブハウスでどの楽曲が演奏されているかを把握することもなく著作権料を徴収していたことを知り、これでは楽曲が演奏されても著作権者に分配がされないと認識して、X のやり方に不信感を抱いた。そのため、Y2 は X に対して、分配方法や分配額に関する説明を求めたり、公開討論会を開くことを提案したり、サンプリング調査に基づいた分配の問題点を指摘するなどしたが、X は公開討論会の開催、分配額やサンプリングデータの開示についてはいずれも拒否したことから、X と Y2 の議論はかみ合わなかった。

X は、平成 24 年 2 月 7 日、八王子簡易裁判所に Y らを相手方として、著作権使用料と遅延損害金の支払いを求めて、調停を申し立てた。この調停において、Y2 は平成 24 年 6 月 11 日以降の使用料については、演奏した作品に分配される仕組みを採りたいと述べ、「社交場利用楽曲報告書」に記載をして演奏楽曲を報告すること及び「積算算定額による包括許諾契約」によって支払をする旨述べた。Y2 は、「社交場利用楽曲報告書」を用いて報告し、報告した楽曲数に応じた使用料を支払うことで、著作権者に確実に著作権使用料が分配されるものと理解した。X の職員は Y2 に対し、本件店舗における 1 曲 1 回当たりの使用料は 140 円である旨述べた。

その後、X は、Y2 の提案による調停条項は、X の使用料規程に定められていない独自の方法によるものであり、受諾できないことを述べたため、調停は不成立で終了した。X は、調停の不成立を受けて、Y らは①本件店舗における X 管理著作物の演奏利用を管理・支配しており、また、②X 管理著作物の演奏利用による利益を得ているから、X 管理著作物の利用主体に当たるべきであると主張し、Y らの行為が X 管理著作物の著作権を侵害するとして、Y らに対して、本件店舗における X 管理著作物の演奏の差止めと損害賠償を請求した。原審は X の請求を認容したため、Y らが控訴した。

## 【判旨】

本件の争点は多岐にわたるが、本稿では①演奏主体性、②権利濫用の抗弁の成否、③差止請求の適法性及び差止めの必要性の 3 点を取り上げる。本判決は、争点 1 について、Y らの演奏主体性を認め、争点 2 について、権利濫用を認めず、争点 3 について、差止請求の適法性及び差止めの必要性を認めた。以下、上記の争点に関する判示部分を適宜引用する(なお、下線は筆者が挿入したものである)。

### 1. 著作権の利用主体について

「本件店舗において、X 管理著作物を演奏(楽器を用いて行う演奏、歌唱)をしているのは、その多くの場合出演者であることから、このような場合誰が著作物の利用主体に当たるかを判断するに当たっては、利用される著作物の対象、方法、著作物の利用への関与の内容、程度等の諸要素を考慮し、仮に著作物を直接演奏する者でなくても、ライブハウスを経営するに際して、単に第三者の演奏を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、演奏の実現における枢要な行為をしているか否かによって判断するのが相当である。」

「・・・本件店舗は、ライブの開催を伴わずにバーとして営業する場合もあるものの、ライブの開催を主な目的として開設されたライブハウスであり、本件店舗の出演者は、Y2も含め、X 管理著作物を演奏することが相当程度あり、本件店舗においては、X 管理著作物の演奏が日常的に行われている。」

「・・・Y らは、共同して、ミュージシャンが自由に演奏する機会を提供するために本件店舗を設置、開店したこと、本件店舗にはステージや演奏用機材等が設置されており、出演者が希望すればドラムセットやアンプなどの設置された機材等を使用することができること、本件店舗が、出演者から会場使用料を徴収しておらず、ライブを開催することで集客を図り、ライブを聴くために来場した客から飲食代として最低 1,000 円を徴収していることからすれば、本件店舗は、X 管理著作物の演奏につき、単に出演者の演奏を容易にするための環境等を整備しているにとどまるものではないというべきである。」

そして、Y1 は、本件店舗の経営者である。また、・・・Y2 は、自らを本件店舗の経営者と認識しているものではないものの、①本件店舗の開店・運営のための資金を提供し、本件店舗の賃貸借契約の連帯保証人となり、本件店舗に自らを契約者とする固定電話を設定し、自らのバンド名を本件店舗の名称として使用することを決定し、ミュージシャン仲間らとともに、本件店舗に無償で、ライブに不可欠な音響設備等を提供するなど、本件店舗の開店に積極的に関与したこと、②また、本件店舗の開店前には 20 組ほどのバンドやグループなどのミュージシャン仲間にライブバーが開店することを伝えて出演するよう声をかけ、本件店舗開店当初は単独でブッキング(電子メール等で出演申込みを受け付ける業務)を行っていたこともあり、さらに、自らのブログ等において本件店舗や本件店舗のライブの宣伝活動をし、本件店舗のアルバイト募集の記事、本件店舗におけるライブの様子を紹介する記事等を掲載するなどしているほか、本件店舗のチラシを Y2 の所属するロックバンドの所属事務所が印刷しているのであって、本件店舗の経営に積極的に関与していること、③本件店舗が、出演者に自由に演奏させるという Y2 の意思に沿った運営をしていること、④さらには、本件調停において、Y2 は、平成 24 年 6 月 11 日以降の使用料については演奏した作品に分配される仕組みを採りたいと述べ、『社交場利用楽曲報告書』に記載をして演奏楽曲を報告すること及び『積算算定額による包括許諾契約』によって支払をする旨述べたり、『社交場利用楽曲報告書』への記載のあり方について X と折衝したりするなど、自ら本件店舗のライブを主催する者として振る舞っていたことからすれば、Y2 においても、Y1 とともに、本件店舗の共同経営者としてその経営に深く関わっていることが認められる。

これらの事実を総合すると、Y らは、いずれも、本件店舗における X 管理楽曲の演奏を管理・支配し、演奏の実現における枢要な行為を行い、それによって利益を得ていると認められるから、X 管理著作物の演奏主体(著作権侵害主体)に当たると認めるのが相当である。」

## 2. 権利濫用の抗弁の成否について

「Yらは、Xが、徴収した使用料を実際に使用された楽曲の原権利者に分配するという管理事業者としての本旨に反し、曲別申請・曲別分配を行わない運用を多用しているのであって、本件においても、濫用的な請求を行っている」と主張する。

しかし、Xは、管理著作物を使用する者から使用料を徴収して原権利者に分配する必要があるから、Xの原権利者への分配に関しYらが問題視するような運用があるとしても、そのことをもって、管理著作物の使用者に対する請求が権利の濫用として許されないということとはできない。

Yらは、調停手続において、Xに対し、実際に使用された楽曲の原権利者のもとに使用料を正しく分配する運用を行うように求めたところ、Xは、不当にも調停を成立させず、原権利者に正しく分配されることのない過大な賠償金の請求を行っているのであって、著しく信義に反し、相当ではない、などと主張する。

しかし、XがYらの提示した調停案に応じなかったことが違法不当であるということとはできない。また、Xの原権利者への分配に関しYらが問題視するような運用があるとしても、Yらが無許諾で管理著作物を使用している以上、Yらに対する使用料相当損害金の請求が信義則違反として許されないということとはできない。」

### 3. 差止請求の適法性及び差止めの必要性について

「…Yらは、Xが、『X管理著作物1曲の使用につき140円をY2が本件店舗におけるライブの出演者から徴収してその積算額をXに支払い、Xがこれを正当な著作権者に分配する』という内容の許諾の申入れに応じなかったことをもって、Xが利用許諾を拒否していると主張しているものと解されるが、上記方法は、使用料規程に定められていない方法であるところ、Xが、文化庁長官に届け出た使用料規程に定められた方法以外の方法による契約の締結に応じないことは、事務処理の煩雑性を回避して手数料を低廉に保つために必要な合理的な措置であると考えられるから、Xには、許諾の申入れを拒否する正当な理由があるといえる。

Yらは、使用料規程に『社交場における演奏等のうち、利用の態様に鑑み本規定により難しい場合の使用料は、利用者と協議のうえ、本規定の額の範囲内で決定する。』という記載があることから、Xは、使用料規程によらない方法での申込みも受諾すべきである旨の主張もしているが、上記規定の文言に照らすと、同規定は、X管理著作物の『利用の態様』が、通常の社交場等における利用の態様とは異なるために、使用料規程に定められた方法を適用することが相当ではない場合に対応するための例外的な規定であると考えられるから、同規定が存在することをもって、Xが利用者に対し、当該利用者が希望する使用料規程に規定される方法以外の方法において、利用許諾をすべき義務があるということとはできない。」

#### 【検討】

##### 1. 著作物の利用主体の判断

###### (1) 本判決が定立する規範の問題点

本判決は、カラオケスナックにおける来客の歌唱を店舗の経営者の歌唱と法的に擬制して、著作物の利用主体を店舗の経営者とし、演奏権侵害を肯定した最高裁判決[クラブキャッツアイ](最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁)と、テレビ放送を録画し、専用端末の送信指令に応じて録画データを送信して視聴させる機能を持つシステムを構築し、システム使用のために必要な録画・送信機器の運用スペースやテレビ放送受信設備、インターネット接続、電源等を提供した事業者をテレビ放送の録画の行為主体と法的に擬制して、複製権侵害を肯定した最高裁判決[ロクラクⅡ](最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁)の双方を参照し、「本件店舗において、X 管理著作物を演奏(楽器を用いて行う演奏、歌唱)をしているのは、その多くの場合出演者であることから、このような場合誰が著作物の利用主体に当たるかを判断するに当たっては、利用される著作物の対象、方法、著作物の利用への関与の内容、程度等の諸要素を考慮し、仮に著作物を直接演奏する者でなくても、ライブハウスを経営するに際して、単に第三者の演奏を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、演奏の実現における枢要な行為をしているか否かによって判断するのが相当である」と述べて、著作物の利用主体を判断する際の規範を示している。

これは「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当である」とした上で、「サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである」とする[ロクラクⅡ]判決の規範を本事案にそのまま当てはめたものである。

しかしながら、[ロクラクⅡ]判決は、一連の複製過程のうちの枢要部分を自ら行った業者を複製行為の主体として判断したものであり、第三者の演奏を法的に Y らの演奏と同視できるか否かが争点となる本件とは、事案が本質的に異なっている。[ロクラクⅡ]判決の調査官解説によると、「本判決の射程は、その判文からも、放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおけるなど、判決設定事例におけるものに限定される」としている<sup>1</sup>。したがって、[ロクラクⅡ]と事案が本質的に異なる本件に

---

<sup>1</sup> 柴田義明「最高裁重要判例解説」L&T51号(2011年)113頁。小泉直樹「まねきTV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」ジュリスト1423号(2011年)9頁も「本件はいわゆる『場合判例』の一例であり、厳密には、『クラブキャッツアイ』判決のような『事例判例』とは異なり、本判決で示された判断は本件事案に限定されるわけではないが、制定法の要件又は効果に係る規定の解釈としては、本件で設定された1つの『場合』ないし設定事例に限定される。」と述べている。三村量一「カラオケ法理の考え方と最高裁判決」著作権研究38号(2011年)103頁も「複製行為の主体を判断する際の考慮要素について一般的に判示する部分は、複製に関連するほとんど全てを抽象的に掲

対して、さしたる検討をすることなく、「複製」を「演奏」と置換して、新たな規範を定立したことは問題である。

さらに本判決は、演奏主体性に関する結論部分において、「これらの事実を総合すると、Yらは、いずれも、本件店舗におけるX管理著作物の演奏を管理・支配し、演奏の実現における枢要な行為を行い、それによって利益を得ていると認められるから、X管理著作物の演奏主体(著作権侵害主体)に当たると認めるのが相当である」(下線は筆者)と判示している。ここで本判決が定立した規範にはなかった「利益」という要素がいきなり登場する。そして、本件ではこの「利益」という要件を充足するという理由で、Yらの演奏主体性を認めるのである。自ら定立した規範にない要素を用いて、著作物の利用主体性を判断するという理論構成は、理解しがたい。

なお、[ロクラクⅡ]判決後に下された知財高判平成26年10月22日判時2246号92頁[自炊代行]では、顧客から依頼された書籍の電子ファイル化という自炊代行業者の行為が当該書籍の複製権を侵害するかが問題となったが、知財高裁は「一般に、ある行為の直接的な行為主体でない者であっても、その者が、当該行為の直接的な行為主体を『自己の手足として利用してその行為を行わせている』と評価し得る程度に、その行為を管理・支配しているという関係が認められる場合には、その直接的な行為主体でない者を当該行為の実質的な行為主体であると法的に評価し、当該行為についての責任を負担させることがあり得るということが出来る」(下線は筆者)と判示している。本判決が定立した規範は、知財高裁が自ら確立した一般的基準からもかけ離れたものであり、妥当ではないと思われる。

## (2) 本判決の規範に対する当てはめ

本判決では、[ロクラクⅡ]判決を参照して定立した上記の規範の当てはめにおいて、下記の認定事実を示して、Yらの演奏主体性を認めている。

- ① 本件店舗はライブの開催を主な目的として開設されたライブハウスであること。
- ② Yらは、共同して、ミュージシャンが自由に演奏する機会を提供するために本件店舗を設置・開店したこと。
- ③ 本件店舗にはステージや演奏用機材等が設置されており、出演者が希望すればドラムセットやアンプなどの設置された機材を使用することができること。
- ④ 本件店舗の出演者は、Y2も含め、X管理著作物を演奏することが相当程度あり、本件店舗にはX管理著作物の演奏が日常的に行われていること。
- ⑤ 本件店舗が出演者から会場使用料を徴収しておらず、ライブを聴くために来場した客から飲食代として最低1,000円を徴収していること。
- ⑥ Yらが本件店舗を経営していること。

---

げたものにすぎない。また、枢要行為性や不可欠性についても、本件設定事案を超えて一般的に適用するに足りる具体的な判示がされているとは言い難い。本判決の射程は、本件設定事例の事案に限定されるものと解するのが相当と思われる」と指摘している。

このように、本判決は事案の規範への当てはめに際し、考慮要素として種々の事情を指摘する。そして、取り上げたすべての事情について、具体的な理由を述べることなく、これらすべてを演奏実現のための「枢要な行為」として評価している。しかしながら、Y らによるこれらの行為がその管理、支配下において、演奏を実現するために枢要なものといえないことは明らかである。

まず、①本件店舗がライブの開催を主な目的として開設されたライブハウスであること、②Y らは、共同して、ミュージシャンが自由に演奏する機会を提供するために本件店舗を設置・開店したこと、③本件店舗にはステージや演奏用機材等が設置されており、出演者が希望すればドラムセットやアンプなどの設置された機材を使用することができることは、本件店舗は演奏ができる施設という意味でしかない。すなわち、Y らは、出演者の演奏を容易にするための環境を整備しているだけであり、出演者の演奏実現のために枢要な行為を行っていないのである<sup>2</sup>。たとえば、演奏ができる施設には本件店舗のようなライブハウス以外にも、レンタル・スタジオ、リハーサル・スタジオ、レコーディング・スタジオや、楽器が設置されている公民館、市民センター、市民集会所あるいはマンション等が提供している楽器設置型の共有スペース等があるが、これらの施設の経営者や運営者が X から管理著作物の使用許諾を受けて、著作物使用料を支払っているという実態は管見の限り存在しない。

次に、④本件店舗の出演者は、Y2 も含め、X 管理著作物を演奏することが相当程度あり、本件店舗には、X 管理著作物の演奏が日常的に行われていることは、本件店舗において X 管理著作物が出演者によって演奏されている事実を示しているに過ぎず、演奏実現のための枢要な行為とはまったく無関係である。また、演奏者による X 管理著作物の演奏行為は、Y2 自身が演奏者である場合以外は、Y らが行っている行為ではない。ここで問題とされているのは、ライブハウスの経営者・運営者として Y らが行った行為が演奏を実現するための枢要なものであるかである。Y らが行っていない行為を著作物の利用主体性の法的根拠として摘示することは、理解しがたい。

さらに、⑤本件店舗が出演者から会場使用料を徴収しておらず、ライブを聴くために来場した客から飲食代として最低 1,000 円を徴収しているという事実は、本件店舗がライブの開催による直接の利益を得ていないことを示すものであり、Y らが演奏主体に当たらないことを裏付けるものである。また、来場者から徴収する 1,000 円はあくまでも飲食の対価であり、出演者の演奏を視聴することへの対価ではない。来場者から飲食代を徴収する行為が出演者による演奏実現のための枢要なものとして認められるのであれば、利用者に飲食を提供するレンタル・スタジオ、リハーサル・スタジオ、レコーディング・スタジオ等は、著作物の利用主体と認定される可能性が高くなるが、この行為がスタジオにおける演奏の実現に枢要だと考える者は皆無であろう。

---

<sup>2</sup> 駒田泰土[判批]速報判例解説第 6 号(2010 年 4 月)日本評論社 266 頁は「単に会場や一般的な機器を提供しているというだけでは、当該利用に特徴的な物的手段を管理しているとまではいえないため、そのことを理由に提供者の行為について管理性を認めるべきではない。演奏会の実施に係るイニシアティブの所在こそが慎重に特定されるべきである」と指摘する。

最後に、⑥Y らが本件店舗を経営していることは、本件店舗の経営者が誰かを示しているに過ぎず、演奏を実現するための重要な行為とはまったく無関係である。

そもそも「枢要」とは、「かんじんなところ。かなめ。」(広辞苑第 6 版)、「物事のもっとも大切なところ。もっとも大切であること。また、そのさま。中枢。要点。かなめ。」(精選版日本国語大辞典)という意味である。前掲最判[ロクラクⅡ]は、枢要な行為の認定に際し、「複製時におけるサービス提供者の上記各行為(放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力する行為のこと:筆者注)がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能」であることをその理由としている。

したがって、この[ロクラクⅡ]判決の説示に従うのであれば、本件では、Y らの管理、支配下において、Y らが出演者による演奏の実現のために欠くことのできない、重要な行為を提供しているかが問題となるべきである。[ロクラクⅡ]判決の調査官解説も「…複製の実現に対して因果関係のある行為が枢要な行為であるとか、そのような因果関係がある行為をした者が複製の主体となるといっているものでないことは明らかである。本判決は、複製の実現への関与の程度が小さい行為について、仮にその行為と複製の実現との間に因果関係があるといえるとしても(たとえば、電源の供給、単なる機器の提供、複製のための場所の提供等)、その行為をした者が直ちに複製の主体となるとの考え方を前提にしたものではない」としている<sup>3</sup>。しかしながら、本判決は Y らの管理、支配下における演奏実現のための枢要な行為ではなく、出演者の演奏を容易にするための環境を整備する行為(①②③)あるいは演奏の実現とまったく無関係な行為(④⑤⑥)を羅列しているだけであり、[ロクラクⅡ]判決が定立した規範の当てはめに失敗している。

### (3) デサフィナード判決との比較

本事件に類似する裁判例として、大阪高判平成 20 年 9 月 17 日平成 19 年(ワ)735 号[デサフィナード]がある。この事件は、和歌山市所在の「レストランカフェ デサフィナード」の経営者が当該店舗において、歌手、楽器奏者および客に、歌唱と楽器演奏により、原告(JASRAC)の管理著作物の演奏をさせ、これを来店した不特定多数の客に聞かせることを行っていたというものである。当該店舗では、①ピアノ演奏(客からリクエストを受けてするピアノ演奏、ピアノBGM演奏、ピアノ弾き語り等)、②当該店舗が主催するライブ演奏、③演奏者が主催するライブ演奏、④貸切営業による演奏というように、さまざまな形態の楽曲演奏が行われていた。

大阪高裁は、③演奏者が主催するライブ演奏について、次のように判示した。「プロの演奏者又は後援会からライブ開催の申込みにより行われ、演奏者が自ら曲目の選定を行い、ちらし等を作り、雑誌に掲載して広告し、チケットを作って販売し、ライブチャージを取得するのであって、本件店舗は、従業員が客からのライブチャージ徴収事務を担当し、例外的に予約を受け付けることがある以外、何らの関与もせず、演奏者

<sup>3</sup> 柴田・前掲注(1)111頁。



等から店舗の使用料等を徴収せず、演奏者に演奏料も支払われないのであるから、本件店舗は、ライブを管理・支配せず、基本的に、ライブ開催による直接の利益を得ていない。他方、本件店舗のコンセプトに照らすと、本件店舗は、このようなライブを店の営業政策の一環として取入れ、かかる雰囲気を楽しむ客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していた可能性も否定できないが、ライブ開催と来店者及び収益の増加との関係は必ずしも明らかではなく(略)仮に一定程度の利益が生じるとしても、管理著作物の利用主体を肯定することにはならない。そうすると、このような形態のライブで、本件店舗(Y)が、演奏を支配・管理し、演奏による営業上の利益の帰属主体であるとまではいうことができず、管理楽曲の演奏権を侵害したとは認められない。」(下線は筆者)。

この事件の演奏者が主催するライブ演奏の形態は、以下の通り、本件事案とほぼ同一である。

- ① 演奏者からのライブ開催の申込みにより行われていること。
- ② 演奏者が自ら曲目の選定を行っていること。
- ③ 店舗は(例外的な作業以外)ライブに関与しないこと。
- ④ 演奏者がミュージックチャージを取得すること。
- ⑤ 店舗は演奏者から店舗の使用料を受領しないこと。
- ⑥ 演奏者には店舗から演奏料が支払われないこと。
- ⑦ ライブ開催と収益(来客から得る飲食代)の増加との関係が明らかでないこと(仮に一定程度の利益が生じるとしても、原告管理著作物の利用主体を肯定することにはならないこと)。

この[デサフィナード]判決で注目すべきは、①から⑥までの認定事実を根拠として「本件店舗は、ライブを管理・支配せず」と判断している点である<sup>4</sup>。さらに⑦の認定事実をもって、「ライブ開催による直接の利益を得ていない」とし、結論として、被告の演奏の利用主体性を否定している<sup>5</sup>。なぜ、事案がほぼ同一であるにもかかわらず、[デサフィナード]事件と本事件とでまったく異なる判決が下されたのであろうか。

[デサフィナード]判決では、①から⑥までの認定事実を考慮すると、第三者が主催するライブ演奏においては、当該店舗の関与度が低いため、演奏主体性を規範的に導くことはできないとされた。さらに⑦については、当該店舗は来客から徴収する飲食

---

<sup>4</sup> 鎌田薫「民法理論からの検討」『寄与侵害・間接侵害委員会 寄与侵害・間接侵害に関する研究』(著作権情報センター・2001年)54頁は、「劇場の所有者または管理者が、対価を取って会場を提供し、公演予定表等によって一定の宣伝・広報活動を行っていたとしても、演目の選定や上演内容の詳細について全く関与をしていないときには、仮に上演者が著作権または著作者人格権の侵害行為を行ったとしても、そのことから直ちに会場提供者に侵害行為の主体性を認めうることはならないと解される」と述べている。

<sup>5</sup> この判決は、上記最高裁判決[ロクラクⅡ]の前に出されたものであるため、著作物の利用主体性の判断においては、演奏の実現における枢要な行為であるかという判断基準ではなく、「支配・管理性」と「利益」というメルクマールを使用するいわゆるカラオケ法理を用いている。

代を収益として得ることができるが、この収益は演奏に付随して間接的に生じるものに過ぎず、演奏行為との直接的な牽連性は認めがたい。そのため、ライブ演奏に対する当該店舗の関与度の低さを補完するほどの収益とは認定されなかったということである<sup>6</sup>。

一方、本判決は、前述したように、出演者の演奏を容易にするための環境を整備する行為あるいは演奏の実現とまったく無関係な行為を羅列して、Yらの演奏行為の利用主体性を認めている。驚くべきは、[デサフィナード]判決では「管理・支配性」を否定する要素として挙げた④演奏者がミュージックチャージを取得することと、⑤店舗は演奏者から店舗の使用料を受領しないことを、本判決では、X管理著作物の演奏を管理・支配し、演奏実現における枢要な行為として摘示している点である。これらの行為は出演者の演奏行為に対する店舗の関与度の低さを示しているにもかかわらず、本判決ではこれらを演奏実現のための枢要な行為と認定している。これは明らかに不当な判断と言わざるを得ない。

#### (4) 本判決の当てはめについて

前述したように、本判決は、出演者の演奏を容易にするための環境を整備する行為あるいは演奏の実現について、まったく無関係な行為を羅列し、X管理著作物の演奏を管理・支配し、演奏実現のための枢要な行為として摘示している。しかしながら、この理が通るのであれば、X管理著作物の演奏主体が際限なく広がるおそれがある。

たとえば、前述したレンタル・スタジオ、リハーサル・スタジオ、レコーディング・スタジオや、楽器が設置されている公民館、市民センター、市民集会所、あるいはマンション等が提供している楽器設置型の共有スペース等の経営者・運営者は、利用者の演奏を容易にするための環境を整備しているだけであるが、本判決の法理論に基づくと、X管理著作物の演奏主体性が認められる可能性がある。なぜなら、Yらのライブハウスは、原則として、演奏者からのライブ開催の申込みによって運営されており、これらの施設とブッキングの実態について、ほとんど変わるところがないからである。

このように、出演者と演奏の場を提供した者(関与者)との関係性が弱い場合、関与者に著作物の利用主体性が認められるべきではない<sup>7</sup>。なぜなら、本件のように関与者はそもそも出演者が演奏する曲目を事前に(あるいは事後も)把握することは困

<sup>6</sup> 駒田・前掲注(2)266頁は、[デサフィナード]判決について、「演奏会という事案に即しカラオケ法理の適切な運用を行ったものとして、基本的に妥当な判示である」と評価している。本山雅弘[判批]コピーライト578号(2009年6月)40-41頁も参照。

<sup>7</sup> 上野達弘「いわゆる手足論の再検討」『現代知的財産法 実務と課題』(発明推進協会・2015年)1125頁は「…密接な支配関係が認められない場合は、たとえ何らかの管理性や利益性があっても、Aは利用行為主体に当たらないとされ、物理的利用行為者Bのみが利用行為主体とされることになる」と述べている。また、塩月秀平「著作権侵害主体論と裁判官の視点」論究ジュリスト6号(2013年)160頁は、これまでの裁判例を分析した結果、①直接行為者の違法性の高低と②著作権侵害の場の提供者と直接行為者との緊密度が相関関係にあることを指摘している。

難であり、出演者に代わって、侵害行為の帰責性を認めるのはあまりにも酷だからである。本件の Y らは出演者が演奏する楽曲を指定することも、その範囲を限定することもできない<sup>8</sup>。このような人的支配関係や人的管理関係に乏しい、言い換えると、弱い人的関係にまで行為主体性を認める本判決の法理論は、法解釈の限界を超えており、法的安定性や予測可能性を著しく損なうため、受け入れることはできない<sup>9</sup>。

## 2. 権利濫用の抗弁の成否、差止請求の適法性及び差止めの必要性について

### (1) 積算算定額に基づく包括許諾・曲別徴収の正当性

Y らは X に対して、「X 管理著作物 1 曲の使用につき 140 円を Y1 が本件店舗におけるライブの出演者から徴収してその積算額を X に支払い、X がこれを正当な著作権者に分配する」という内容の申入れをした。いわゆる積算算定額に基づく包括許諾・曲別徴収の申入れである。しかしながら、X はこの申入れを拒絶した。このことについて、本判決は「上記方法は、使用料規程に定められていない方法であるところ、X が、文化庁長官に届け出た使用料規程に定められた方法以外の方法による契約の締結に応じないことは、事務処理の煩雑性を回避して手数料を低廉に保つために必要な合理的な措置であると考えられるから、X には、許諾の申入れを拒否する正当な理由があるといえる」(下線は筆者)と判示したが、この認識には誤りがある。

Y らによる包括許諾・曲別徴収の申入れは、事務処理が煩雑なものでは決してない。X は J-OPUS というコンピュータ・システムを開発し、利用者<sup>10</sup>に無償で提供しており、ライブハウス等の店舗はこのサービスを利用して、インターネット上から利用曲目の報告を行うことができるため、X による利用曲目データの収集および入力作業は不要である。このシステムはコンサートやイベント等で X 管理著作物を使用する場合に利用されるものであるが、ライブハウスにおける X 管理著作物の使用にも対応している。したがって、Y らによるこの提案が X に新たな負担を課すものではないことは明白である。それどころか、Y らが包括許諾・曲別徴収を採用すると、X に対してライブハウスで演奏された

<sup>8</sup> 島並良「直接侵害者の画定」法学教室 388 号(2013 年)144-145 頁は、「利用可能な著作物の範囲を決定した主体を直接行為者として捉える」というアプローチを提唱し、この理解は「現在の著作権法の規定にも合致するように思われる」と指摘する。

<sup>9</sup> 島並良「著作権の間接侵害をめぐる立法のあり方(上)」知財研フォーラム 75 号(2008 年)29 頁は、「人的支配関係の存在によって間接行為者を直接行為者の道具または手足を評価できる場合はともかく、そこまでの人的関係性がないにもかかわらずカラオケ法理で利用主体を拡張することは、現行法の他の規定との整合性という観点からも無理があるように思われる」と指摘している。また、高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト 1306 号(2006 年)125 頁は、「我が国においても、著作権法上の侵害行為者がだれであるかを検討するに当たっては、事態を即物的・物理的に観察すべきではなく、規範的に、法律上侵害者として責任を負うべき主体と評価すべき者がだれであるかという法的観点から決すべきであろう。そのような観点からすれば、権利侵害行為を支配管理する立場にあり、かつ、それにより営業上の利益が帰属する者は、著作権法上の規律として、実際の行為者を手足とする侵害の主体と同視することができる場合があり、その場合には、侵害者として、損害賠償の責任を負う。なお、その場合には、差止請求も認容されることになる」と述べている。

楽曲を全曲報告することになるため、XはYらの店舗において、費用をかけてサンプリング調査を行う必要はなくなる。結果として、事務処理が煩雑になるどころか、効率的に行うことができるようになるのである。

そもそもXの使用料規程に定められた方法以外の方法を採用すると、Xの事務処理が煩雑になるとは限らない。著作権等管理事業者は著作権等管理事業法13条2項により、使用料規程を定め、または変更しようとするときは、利用者またはその団体からあらかじめ意見を聴取するように努めなければならない。さらに同法23条2項により、利用者代表から指定著作権等管理事業者に対する使用料規程に関する協議の申入れがあった場合、指定著作権等管理事業者にはその応諾義務が課せられている。Xは演奏権の分野において、指定著作権等管理事業者であるので、利用者代表から協議の申入れがあった場合、協議をしなければならない。また、実務上も、Xは使用料規程を定め、または変更する場合、利用者代表から協議の申入れがなくても、利用者団体とその都度協議をしている。そして、利用者団体はそのような協議の場において、Xに対して料率だけでなく、徴収方法についても、さまざまな申入れを行っている。したがって、Xの使用料規程は、必ずしも事務処理の煩雑さを回避して、手数料を低廉に保つために作成されたものとはいえないのである。

実は、演奏権分野において、継続して演奏会や催物を開催する使用者は、Xと包括的利用許諾契約を締結することができる。具体的には、コンサート、レビューショー、アイススケートショー、舞踊発表会、音楽発表会、カラオケ発表会、カラオケ大会、マーチング、コンテンポラリーダンス、日舞、バレエ等の発表会等である。このような演奏会や催物における演奏については包括許諾・曲別徴収を認めているのに、ライブハウスにおける演奏については認めないというXの取扱いは理解しがたい。

さらに、レコード分野においては、Xはすべてのメジャー・レーベルとの間で、包括許諾・曲別徴収を内容とした包括的利用許諾契約を締結している。すなわち、メジャー・レーベルはXの管理著作物を複製してレコードを発売する場合、事後(レコードの出荷後)に税抜小売価格の6%に総括倉庫からの出庫数量の75%を乗じた金額をXに対して支払えばよいのである<sup>10</sup>。レコード分野だけでなく、音楽配信やビデオグラム分野においても、包括許諾・曲別徴収が一般的に行われている。このように包括許諾・曲別徴収はさまざまな分野で広く用意されている方法なのである。

## (2) JASRAC が包括許諾・包括徴収を要求する理由

原告であるJASRACは、放送分野においても、包括許諾・包括徴収だけでなく、包括許諾・曲別徴収を用意しているが、1978年4月からすべての放送局が包括許諾・包

---

<sup>10</sup> JASRACの著作物使用料規程では、レコードの複製枚数に対して使用料を発生させることになっているが、メジャー・レーベルとの包括的利用許諾契約では、レコードの複製枚数ではなく、包括倉庫からの出庫数量に対して使用料を発生させることになっている。また、JASRACの使用料規程取扱細則により、電子的方式による申請・報告に対する減額措置として5%、包括契約を締結したメジャー・レーベルの業務の円滑化、効率化への寄与に対する減額措置として20%、併せて25%の減額措置が用意されており、メジャー・レーベルはその減額措置の適用を受けている。

括徴収を採用している。その理由として、①JASRAC の管理著作物を回数を気にせず、好きなだけ利用できること、②曲別徴収に比べて使用料が低額に抑えられることが挙げられる<sup>11</sup>。一方、X にとっての包括徴収のメリットは、放送使用料を安定的に確保できることである<sup>12</sup>。つまり、放送局による使用曲数に依存することなく、一定の使用料を確実に徴収できるということである。

放送分野における X にとっての包括徴収のメリットは、ライブハウスの分野においてもそのまま当てはまる。すなわち、X はライブハウスに対して、曲別許諾・曲別徴収ではなく、包括許諾・包括徴収という方法を誘導的に選択させることによって、ライブハウスにおける使用曲数に依存することなく、ライブハウスから安定した使用料を毎月確実に徴収できる。一方、毎日大量に X 管理著作物を利用する放送局に比べると、ライブハウスのメリットはそれほど大きくない。X 管理著作物ではないオリジナル楽曲を演奏するアマチュアバンドが多く出演するようなライブハウスでは、曲別徴収の方が使用料を低額に抑えられるケースも少なくないからである。

X はライブハウスに対して、「音楽利用店の経営者の皆さまへ」と題する書類を送付しているが、この中には「音楽著作物利用許諾契約申込書」が同封されている。これは包括利用許諾契約であり、音楽の利用目的や演奏方法、管理著作物の月間演奏時間、標準単位数(客単価)、店舗の面積、座席数等を記入すれば、店舗が X に支払う月額使用料が算定されるというものである。この書類には、曲別許諾・曲別徴収については一切触れられていない。さらに X のホームページにも、包括利用許諾契約の説明だけが記載されている。これらの事実は明らかに X がライブハウスの経営者に対して、曲別許諾・曲別徴収ではなく、包括許諾・包括徴収に誘導していることを示している。実際に、2005 年の使用料規程取扱細則(社交場)には、第 4 条に「営業者が本協会と著作物使用許諾契約を結ぶ場合は、包括的使用許諾契約(以下「包括契約」という。)によらなければならない」との規定がある。取扱細則は文化庁長官への届出も必要のない内規であり、X が細則によって被用者にこの運用を義務付けていたことは明らかである。

本件において、Y らは X が徴収した使用料を実際に使用された楽曲の原権利者に分配するという管理事業者としての本旨に反し、曲別申請・曲別分配を行わない運用を多用しており、本件においても、濫用的な請求を行っていると主張したが、本判決は「X は、管理著作物を使用する者から使用料を徴収して原権利者に分配する必要があるから、X の原権利者への分配に関し Y らが問題視するような運用があるとしても、そ

<sup>11</sup> 安藤和宏「JASRAC の放送包括ライセンスをめぐる独禁法上の問題点」知的財産法政策学研究 39 号(2012 年)189 頁。なお、かつては放送したすべての楽曲を報告するという膨大な手間が省けることというメリットがあったが、ほとんどの放送局が全曲報告をしている現在では、このメリットはなくなった。

<sup>12</sup> 安藤・前掲注(11)191 頁。なお、日向央「使用料の『包括徴収方式』は権利者には理想の制度である」調査情報 491 号(2010 年)81 頁は、「現行の包括方式は、JASRAC にとって、これほど美味しいものはないという使用料の徴収方式なのである。放送局が放送収入の売上を立てるだけで、使用料が転がり込んでくる。局の営業担当者が汗を流し、売り方に工夫を凝らして、スポンサーから少しでも多くの広告費を頂戴することができれば、JASRAC が受け取る包括使用料も増える。これは、放送で音楽が使われたか否かにかかわらず、増えるのである」と指摘する。

のこともあって、管理著作物の使用者に対する請求が権利の濫用として許されないということではできない」(下線は筆者)と判示している。しかしながら、この説示は X がライブハウスにおける管理著作物の演奏利用に関して、積極的に包括許諾・包括徴収へ利用者を誘導する理由にはなっていない。Y らが問題視しているのは、サンプリングによるデータ収集に基づく分配方法だけでなく、なぜ X は利用者に対して、包括許諾・包括徴収を押し付けるのかということなのである。

### (3) JASRAC による使用料規程の柔軟的な運用の実態

Y らは、使用料規程に「社交場における演奏等のうち、利用の態様に鑑み本規定により難しい場合の使用料は、利用者と協議のうえ、本規定の額の範囲内で決定する。」という記載があることから、X は使用料規程によらない方法での申込み(包括許諾・曲別徴収のこと)も受諾すべきである旨の主張もしている。しかしながら、本判決は「上記規定の文言に照らすと、同規定は、X 管理著作物の『利用の態様』が、通常の社交場等における利用の態様とは異なるために、使用料規程に定められた方法を適用することが相当でない場合に対応するための例外的な規定であると考えられるから、同規定が存在することをもって、X が利用者に対し、当該利用者が希望する使用料規程に規定される方法以外の方法において、利用許諾をすべき義務があるということではできない」(下線は筆者)と説示している。

このように本判決は、X が使用料規程を厳格に運用しているように捉えているが、実際には使用料規程の第 1 章総則の備考「本規程に定める使用料は、著作物の利用の態様に照らし特に必要であると認められる場合に限り、契約の促進、管理の効率化又は利用目的による公平化を図るため、本規程に別段の定めがないときは、別に定める基準に基づき、減額することができる」という規定に基づき、使用料規程取扱細則を定めて、多くの減額措置を設けている。

たとえば、大手のレコード会社やビデオ会社は、通常のレコードやビデオグラムに収録する著作物の複製使用料について、使用料規程取扱細則に基づき、X から最大で 25%の減額措置を受けている<sup>13</sup>。さらに X は大手使用者と録音利用許諾契約書を締結し、使用料の対象を複製数量ではなく、在庫数量としている。同じように、配信事業者は X から最大で 15%の減額措置を受けることができる<sup>14</sup>。放送事業者はレコード放送について全曲報告すると、使用料について 5%の減額措置を受けることができる<sup>15</sup>。また、社交場における演奏についても、X は使用料規程取扱細則を制定し、社交場に

<sup>13</sup> 安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス基礎編 4th Edition』(リットーミュージック・2011 年)70-71 頁。

<sup>14</sup> (1)著作物データの違法な複製等を防止する技術的保護手段を講ずること、(2)X の指定する権利管理情報を電子透かし又はそれに準ずる方法により著作物データに付加すること。(3)利用曲目及び利用実績に関する正確な報告を、電子的方式により当協会の指定する権利管理情報を付して X と利用者が締結する著作物の利用に関する許諾契約約定の期日までに履行することという 3 つの条件を満たせば、配信事業者は 15%の減額措置を受けることができる。

<sup>15</sup> 安藤・前掲注(11)190 頁。

における標準単位料金と宿泊料金の基準を定めている。このように、X は実務上、使用料規程について、かなり柔軟に運用しているのである。

周知のとおり、社交場における演奏権の分野では、X は著作権管理事業者として100%の市場占有率を保有しているため、X は音楽の利用者に対して、圧倒的に強い交渉力を持っている。つまり、音楽の利用者は音楽事業を行いたいのであれば、不合理と思われる規程でも従わざるを得ない状況にある。したがって、Y らが提案する方法が客観的に見て、正当かつ合理的である場合、実務上、実施が不可能であったり、過度の事務負担が発生する等の特別な事情がない限り、X にはその方法を採用して利用許諾すべき義務があると考えられる。

そして、Y らが提案する方法は、客観的に見て、正当かつ合理的なものである。なぜなら、X はライブハウスの経営者に対して、曲別許諾・曲別徴収を用意しているため、Y らが曲別徴収を選択することについては、実務上は何の問題も生じない。曲別許諾を選択すると曲別徴収が可能となるが、包括許諾を選択すると曲別徴収が不可能となるという X の主張は通用しない。徴収・分配システムは曲別徴収に対応しているのだから、X が包括許諾・曲別徴収を認めるか、認めないかという問題に行きつくことになる。つまり、包括許諾・曲別徴収の可・不可は、本判決が指摘しているような事務手続上の煩雑さの問題ではないのである。

なお、2001年10月1日に仲介業務法が廃止され、著作権等管理事業法が施行されるまで、X は音楽著作権管理事業を60年以上にわたって独占していた。そのため、X が標準的に採用している包括許諾契約(座席数(面積)、標準単位料金、演奏方法、演奏時間等に基づいて使用料を定める方法)は、音楽著作物の利用者はX 管理著作物のみを利用するという前提で作成されている。しかしながら、著作権等管理事業法の施行により、現在では複数の音楽著作権管理事業者が登場し、管理事業を行っている。社交場における演奏権を管理する音楽著作権管理事業者はまだ現れていないようだが、X のライバル事業者である株式会社 NexTone は将来、この分野に進出する可能性が十分にある。その場合、積算算定額による包括許諾・曲別徴収の方が利用実態に合った使用料を算定することができる。さらに曲別徴収では全曲報告が行われるので、サンプリング報告と異なり、原権利者に確実に使用料が分配されることになる。したがって、1曲140円を積算して算定した月額使用料を支払い、全曲報告を行うという Y らの提案は、Y らだけでなく、X および原権利者にとっても正当かつ合理的なものであると考えられる。

#### (4) 出演者からの使用申請を拒否することの不当性

本判決は X の使用料規程に基づく運用や徴収実務を手放しで肯定しているが、その実態にはかなり問題がある。たとえば、証人調書によると、X はライブハウスでの X 著作物の演奏について、すべてライブハウスから使用申請を受け付け、出演者からの使用申請を受け付けていないとしている。証人はその理由として、「本件店舗のようなケースにつきましては、あくまでもお店側の管理の中で出演者をブッキングしたり、そしてそういった生演奏を飲食店という形で飲食の提供もしながら音楽を聞かせているという

こと」を挙げている。つまり、X は、ライブハウスが出演者をブッキングし、かつ、お客に飲食の提供をすると、演奏の利用主体性が認められるという解釈をもって、著作物使用料の徴収実務を行っているということである。確かに X としては、所在を把握することが難しい出演者から使用料を徴収するよりも、所在や経営者が明確なライブハウスから使用料を徴収する方が簡便かつ確実だろう。しかしながら、この実務慣行は裁判所が定立した法解釈とかけ離れたものであり、認められるべきではない。

出演者からの使用申請を受け付けないという運用は、演奏者が演奏する店舗はすべて X と包括的利用許諾契約を締結しており、演奏者自ら権利処理を行う必要がないという誤解を招くことになる。最近では、ライブハウスだけでなく、カフェやレストランでライブ演奏をすることが多くなってきている。多くのカフェやレストランは演奏者の演奏について、包括的利用許諾契約を締結していないため、誰も X に対して、使用料を支払わないという状況が生まれることになる。

一方で逆の現象が起きる可能性もある。すなわち、ライブハウスが包括的利用許諾契約を締結していることを知らないで、イベンターが X に対して、コンサート・ホールでの演奏と同じように、曲別許諾・曲別徴収で使用申請をするおそれがあるということである。というのも、X はライブハウスとコンサート・ホールの違いを明確に定義していないため、ライブハウスをコンサート・ホールと認識して、使用料を支払うイベンターがいなくても限らない。この場合、X は使用料の二重取りとなるため、不当利得となる。

さらに著作権等管理事業法 16 条(利用の許諾の拒否の制限)は、「著作権等管理事業者は、正当な理由がなければ、取り扱っている著作物等の利用の許諾を拒んではならない」と規定されている。X の法解釈は正当な理由とは認められないため、X による運用は著作権等管理事業法違反のおそれがある。

#### (5) サンプルング報告の不透明性

X によるサンプルング調査によって収集したデータに基づく分配方法についても、大いに疑問が残る。JASRAC のホームページにはサンプルング調査について、下記の説明がある(<http://www.jasrac.or.jp/bunpai/restaurant/detail1.html>)。

「サンプルング調査とは、放送使用料の分配にも一部採用しているもので、社交場の場合、全体の利用状況を推定するために、統計学に基づいて一部の契約店舗の利用曲目を調査することをいいます。具体的には、まず全ての社交場契約店舗の使用料の合計に対して、社交場を営業形態等に応じて分けた区分ごとの使用料の合計が、それぞれどれだけ占めているかの比率を算出します。次に、その比率を基に各区分の調査対象店舗数を決めます。このように決めた数に応じて、全国の契約店舗の中から区分ごとに無作為に調査対象店舗を選びだし、直接訪問するなどして任意の一日に演奏された全ての利用曲目を収集しています。これを四半期ごとに繰り返すことで、一四半期あたり累積で 800 店から収集した利用曲目を分配資料としています。」



一方、X が一般社団法人日本音楽出版社協会の主催する 2015 年度の「MPA 音楽著作権管理者養成講座」で配布した資料には、「一四半期ごとに 200 店を無作為に抽出し、当該店舗の 1 日の全利用曲目を収集」、「通年の利用実態を反映させるため、4 期 800 店の利用曲目を累積して分配資料としている」という記述がある。一四半期の調査対象店舗数が両者で異なり、どちらが正しいか不明である。

また、X の著作物使用料規程によると、社交場とは「ライブハウス、キャバレー、ディスコ、バー、スナック、旅館その他設備を設け客に飲食又はダンスをさせる営業を行う施設」をいうとされており、これらの施設で演奏された楽曲を区分毎にサンプリングする店舗数を決めて、無作為抽出により、実態調査をしているということになる。しかし、この説明だけではライブハウスにおいて、一四半期毎にいくつの店舗から利用曲目データを収集しているか不明である。

なお、X の代理人が提出した準備書面によると、包括的利用許諾契約を締結する場合、「支払われた使用料は、無作為に抽出した店舗における任意の 1 日の演奏を収集した曲目(略)、及び 3 ヶ月に 1 度、ライブハウスの経営者から報告された曲目に基づき分配され」ということだが、下北沢のライブハウス「GARAGE」の経営者によると、開店から現在(2016 年 12 月 12 日)までの 24 年間で X の委託会社が調査のために来店したのは、わずか 3 回だそうである。一方で筆者がヒアリングした都内のライブハウスによると、X から 1 年に 3 回の頻度でサンプリング調査を依頼されるそうである。X がどのように調査店舗を選択しているのかは不明であるが、これでは実態に即した使用料の分配が行われるはずがない。このような偏向的な調査方法は早急に是正されるべきである。

また、この準備書面によると、3 ヶ月に 1 度、ライブハウスの経営者から報告された曲目データは分配資料となるとされている。また、前述の X のウェブサイトにおいても、「ライブハウスなどの契約店舗に対して四半期ごとに利用曲目の報告を依頼し、この依頼に応じてご報告いただいた利用曲目を、当該四半期の分配対象楽曲に含めています」という記載がある。しかしながら、果たして X が一四半期毎に何店舗のライブハウスに利用楽曲の報告を依頼しているかは不明である。ライブハウス「GARAGE」の経営者によると、これまで X から利用楽曲の報告を依頼されたことは一度もないそうである。

X 自身も演奏楽曲が出演者によって大きく異なることを認めており、サンプリング調査の補完方法として、J-OPUS というシステムを利用することにより、ライブハウスが利用曲目を自主的に報告できるようにしている。このデータは使用料の分配資料として利用されるが、ライブハウスにはわざわざ時間や労力をかけて、利用曲目を方向するインセンティブがないため、果たしてどのくらいのライブハウスが利用曲目を報告しているかは疑問である。ライブハウス「GARAGE」では人手不足のため、自主的に利用曲目データを提出していないそうである。

さらに上記の準備書面によると、積算算定額による包括許諾契約の場合、「支払われた使用料は、経営者から定期的に提出された利用楽曲報告書に記載された曲目に基づき分配され」としているが、「定期的」とはどの頻度で利用曲目データを収集しているかはまったく不明である。

周知のとおり、ライブハウスでは出演者のオリジナル楽曲を演奏するのが通常の形態であり、演奏楽曲は出演者によって大きく異なるため、「このライブハウスで演奏されている楽曲は、ほかのライブハウスでも演奏されているはずだ」という推定が働かない。つまり、ライブハウスにおける利用曲目データの収集には、サンプリング調査がまったく適していないのである。したがって、サンプリング調査を続ける限り、原権利者に使用料が正しく分配されないことは明白である。また、X はサンプリング調査の補完として、ライブハウスの経営者に対して曲目データの報告を依頼したり、あるいは自主的な提出を求めているが、果たしてどの程度の曲目データが収集されているのかが明らかではない。

放送分野においては、X はレコード使用について、放送局にレコードによって放送した大量の曲目をすべて報告させることは物理的に困難であったため、サンプリング調査によって、利用曲目データを収集してきた。しかしながら、サンプリング調査では分配の精度が低いという批判を受け、サンプリング報告から全曲報告(センサス方式)に切り替わっている<sup>16</sup>。ライブハウスでの演奏においては、放送のように大量の音楽著作物を利用するわけでもなく、また J-OPUS というシステムを利用すれば、X の管理著作物の利用者はだれでも容易に全曲報告することができる。さらにコンサート・ホールでの演奏利用については曲別徴収のため、X は利用者に対して全曲報告を要求している。したがって、ライブハウスでの演奏において、サンプリング調査を行う必然性・正当性はまったくないのである。このことを Y らは不当であると主張しているのであり、X は可及的速やかにこれまでの対応を是正する必要がある。

実は、著作権侵害事件で権利濫用の主張が認められることは、これまでほとんどない。差止請求が権利濫用とされた「キューピー」事件<sup>17</sup>と「写真で見る首里城」事件<sup>18</sup>、損害賠償請求が権利濫用とされた「やっぱりブスが好き」事件<sup>19</sup>があるが、ほとんどの訴訟では認められていない。確かに、権利濫用の法理は恣意的な運用をすると、私的自治の原則を害することになるため、裁判所は権利濫用の法理をもって、権利を制約することに対しては謙抑的な態度にならざるを得ない。しかしながら、外形上は権利の行使のように見えるが、権利者の行為が社会的妥当性を欠き、権利の行使として認めることのできない場合は、権利濫用の法理によって、権利行使は否定されるべきである<sup>20</sup>。

そして、本件においては、前述のように、①Y らは X が算定した 1 曲 1 回当たりの使用料に使用曲数を乗じた金額を演奏後に支払うという正当かつ合理的な方法(包括

<sup>16</sup> 安藤・前掲注(11)190頁。JASRACの会報「JASRAC NOW 705号」(2016年)によると、2016年3月末日現在で、全曲報告を実施している民放地上放送事業者は、193社228局のうち、190社219局(98.4%、96.1%)である。

<sup>17</sup> 東京地判平成11年11月17日判時1704号134頁。

<sup>18</sup> 那覇地判平成20年9月24日判時2042号95頁。

<sup>19</sup> 東京地判平成8年2月23日判時1561号123頁。

<sup>20</sup> 権利濫用については多数の論稿があるが、先駆的文献として末川博『権利濫用の研究』(岩波書店・1949年)がある。また、藤岡康宏「権利濫用に関する一覚書—生活妨害(公害)における法規範創造的機能を中心として—」北大法学論集26巻2号(1975年)95-180頁は、権利濫用法理の学説の変遷を分かりやすく解説している。

許諾・曲別徴収)を提案し、当該方法は、実務上、実施が不可能であったり、過度の事務負担が発生する等の特別な事情がなく、②Xは演奏権分野では著作権管理事業者として100%の市場占有率を保有しているため、YらはXから許諾を得られなければライブハウス事業を行うことができず、③Xはライブハウスの演奏者からの使用申請を法的な根拠なく拒絶し、④分配に際して、サンプリング調査を使用するため、原権利者に正しく使用料が分配されておらず、Yらの提案によればこれが是正される、という事情の下では、XのYらに対する差止請求権の行使は、権利濫用の法理によって、否定されるべきである。

#### 【結びに代えて】

本判決で明らかのように、[ロクラクⅡ]判決の「枢要な行為」は規範的利用主体論のマジックワードになり得る。したがって、被告が権利行使の対象となる行為の実現に「枢要な行為」をしているか否かは、行為に対する管理・支配の観点から、客観的に判断されなければならない。本判決のように、被告の行為をすべて羅列して、演奏の実現に「枢要な行為」であると断ずるのは、まったく説得力がない。裁判官の恣意的運用を許さないためにも、今後は「枢要な行為」の意義についての議論の深化が必要となるだろう。