

音楽教室における生徒の演奏行為と著作権法 — 物理的・自然的な観察のもとに

本山 雅弘

I. 問題の提起

1. 世間の耳目を集めた音楽教室事件とその当座の結論
2. 教室内的生徒演奏は家庭内での自主的な生徒演奏と同等か：
本稿の問題意識
3. 規範的利用主体論とは筋を異にする解釈問題

II. 生徒演奏に関する使用料請求権の可能性

1. 生徒演奏と演奏権該当行為
2. 生徒演奏には著作権法38条1項の制限規定が適用され得るか

III. 生徒演奏を根拠とする民事責任のあり方

1. 生徒演奏による演奏権侵害（加害行為）とその効果
2. 非営利演奏を行う生徒と責任との関係
3. 音楽教室の金銭賠償責任
4. 小括

IV. 結語

1. これまでの考察の要約
2. 控訴審判決の結論との抵触をいかに評価すべきか
3. いずれの結論を妥当と解すべきか

I. 問題の提起

1. 世間の耳目を集めた音楽教室事件とその当座の結論

近時、世間の耳目を集めた著作権関係の紛争として、音楽教室事件がある⁽¹⁾。事案は、営利事業としての音楽教室のレッスンで行われる音楽演奏に関して、音楽教室（原告・控訴人）が音楽著作権の管理事業者（被告・被控訴人）に対して、演奏使用料の支払義務を負うべきか否かを争うものである。

音楽教室に対する演奏使用料の請求根拠の有無を争う事件とはいえ、もちろん、事業者たる音楽教室自身がレッスン演奏を直接に行うわけではない。たとえ教師が（個人教室のごとく）事業者を兼ねる場合であっても、レッスン演奏を直接に行う者は、事業者ではなく、レッスンの教師とその受講者たる生徒の両者である。

音楽教室事件では、この教師と生徒の両者の演奏行為について、換言すれば、音楽教室にとっては他者の演奏行為について、事業者である音楽教室が、演奏使用料の支払義務を負うべきかが争われたわけである。すなわち、著作物の物理的な利用者と異なる者が、他者の物理的な利用行為を自らの行為として規範的な責任を負うべきかという、いわゆる規範的利用主体論の問題である。

規範的利用主体論とは、現に著作物の物理的な利用を行わない者に対して、規範的観点から、その利用主体性を認め、著作権侵害の責任を問う解釈論である。最高裁判例として、最三小判昭和63・3・15民集42巻3号199頁クラブキャッツアイ事件は、カラオケスナックにおける客の歌唱（演奏）行為について、スナック経営者にその規範的な演奏主体性を認め、また、最一小判平成23・1・20民集65巻1号399頁ロクラクⅡ事件は、インターネットを通じた客の遠隔操作による放送番組等の複製行為について、複製・転送サービスを提供する事業者はその規範的な複製主体性を認めている。

音楽教室事件において、第一審の東京地判令和2・2・28は、教師と生徒のいずれの演奏に関しても事業者たる音楽教室の規範的な演奏主体性を肯定し、音楽教室には教師と生徒の双方の演奏行為について、演奏使用料の支払義務が認められる旨の判断を示した⁽²⁾。

これに対し、控訴審の知財高判令和3・3・18は、教師演奏に関しては音楽教室の規範的利用主体性を肯定する一方で、生徒演奏に関してはそれを否定し、第一審判断とは異なり、生徒が音楽教室のレッスンで行う演奏(以下、教室内レッスン演奏ともいう)については、演奏権行使の対象となる演奏行為に該当せず、したがって、使用料請求の対象とならない旨の判断を示した⁽³⁾。

要するに、控訴審判決の示した結論は、規範的利用主体論の解釈によれば、生徒演奏については、演奏の使用料請求権を根拠づけえないとの判断である。

2. 教室内での生徒演奏は家庭内での自主的な生徒演奏と同等か：本稿の問題意識

このように、音楽教室事件が世間の耳目を集めた主たる要因は、紛れもなく、生徒の教室内レッスン演奏について⁽⁴⁾、その規範的利用主体論の成否に関する解釈論であろう。

これに対し、本稿が、ここで改めて注目してみたいのは、その控訴審判決が到達した結論それ自体なのである。

すなわち、同判決の主文は、音楽教室での生徒演奏に関する使用料請求権の不存在について、「被控訴人(著作権管理事業者：筆者注)は、各控訴人(音楽教室：筆者注)が生徒との間で締結した…契約に基づき行われる、…生徒の演奏について、…著作物…の使用に係る請求権を有しないことを確認する。」と述べている。

もちろん、控訴審判決は、この主文結論を導くにあたり、生徒演奏に関

して使用料請求権の発生をいったん認めたうえで、あるいは、その発生の如何に関わらず、単に被控訴人へのその帰属を否定（不存在確認）したものとは解されない。むしろ、同判決は、「念のために付言する」と断ったうえで、生徒演奏が、『公衆に直接（中略）聞かせる目的』で演奏されたものとはいえない」とも判示している。それは、生徒演奏に著作権の効力がおよばないこと、すなわち、その使用料請求権の発生根拠が欠けることを、意味する判示であろう。

つまり、前記主文の意味するところは、使用料請求権という一債権の帰属論にとどまらず、生徒演奏が、著作権法の規律対象外の行為であり、したがって、使用料請求権の発生それ自体を根拠づけない旨の判断に、およぶものと解される。

しかし、営利音楽教室での生徒によるレッスン演奏に、無許諾・無償の自由演奏を許容するこのような結論には、とりわけ、同じく当該生徒の演奏であっても、使用料請求権を根拠づけないことがほぼ自明と解される家庭内での自主演奏（以下、家庭内自主演奏ともいう）と比較した場合に、にわかには賛同し難い疑問を覚えるところである。

生徒の家庭内自主演奏が、演奏権該当行為を構成せず、またそれを構成する場合にも、法定の権利制限を根拠に演奏権の効力がおよばないものと解されること、したがって、それらの帰結として、生徒の家庭内自主演奏には、無許諾・無償の自由演奏として、演奏使用料の支払義務も生じ得ないことは、ほぼ自明であろう。

たとえば、生徒が自室に籠ってただ一人で演奏練習に打ち込む場合、その演奏行為は自らに聞かせることを目的として行うものと解されるから、「公衆に直接…聞かせることを目的」とする演奏権該当行為（著作権法22条）にはあたらない。「公衆」とは、不特定または特定多数の者を意味すると解され（同2条5項）、「自らに聞かせる」演奏が公衆要件を欠くことは明らかで

ある。また仮に、少数の家族や友人のいる場でその演奏が行われたとしても、そうした特定少数者は公衆に当たらないと解されるから⁽⁵⁾、やはり公衆要件を欠き、演奏権該当行為とならないであろう。さらには、ホームパーティーなどの私的宴会に多数の知り合い等を招いたうえで披露演奏を行った場合、当該演奏は特定多数者の公衆に聞かせる目的で行われるものであるから22条の演奏権該当行為になり得たとしても、当該演奏は営利を目的とせず、その聴衆から料金を受けずかつ生徒自身も演奏報酬を受け取ることがなければ、著作権法38条1項が定める演奏権の法定制限(営利を目的としない上演等)によって、演奏権の効力がおよばない行為となろう。いずれの家庭内自主演奏にも、使用料請求権を根拠づける演奏行為は認め難いであろう。

すると、生徒演奏として、控訴審が使用料請求権の発生を否定した教室内レッスン演奏と、上記の家庭内自主演奏とは、他者の著作物に関する使用料請求権を根拠づけないとの結論においては、見かけ上、何らかわるところのない同等の演奏行為ということになる。

では、控訴審判決の結論に基づき、教室内の生徒演奏を家庭内自主演奏と同視すべきこととなるこのような帰結は、双方の社会的・経済的意味の下記のような相違に照らしてもなお、著作権法上の評価として、妥当なものと解すべきなのであろうか。

音楽教室での生徒演奏とは、控訴審の事実認定の言葉を借りるならば、「営利を目的とする音楽教室事業の遂行の過程において、その一環として行われるもの」である。つまり、生徒演奏は音楽教室の事業経営に組み込まれた行為である。生徒演奏が仮に存在しなければ、営利事業たる音楽教室の成立の基盤である受講契約が成立し得ず、したがって、音楽教室の「営利を目的とする音楽教室事業の遂行」は不可能となろう。

そのような意味で、音楽教室の生徒演奏は、他者の音楽教室事業の遂行にとって不可欠の要素と解されるのであり、この点で、他者の営利・経済活動

の契機とはおよそ無関係な家庭内自主演奏とは、その社会的・経済的意味を、明らかに異にするものと解される。

すると、生徒の教室内レッスン演奏が、音楽教室への利益帰属ないし営利性寄与の点で⁽⁶⁾、家庭内自主演奏と社会的・経済的意味を明瞭に異ならせているにもかかわらず、双方の演奏行為が著作権法上の評価を同じくし、他者の著作物利用に関する使用料請求権をいずれも根拠づけなかったらば、そのような帰結は、果たして法的に妥当なものと解されるのであろうか。

本稿を促す問題意識の焦点は、ただこの点にある⁽⁷⁾。

3. 規範的利用主体論とは筋を異にする解釈問題

もっとも、このような本稿の問題意識は、第一審と控訴審が論点とした規範的利用主体論とは異なる解釈論に関するものであることには、注意を要しよう。

本稿の問題意識は、ほかならぬ音楽教室での物理的な利用主体たる生徒の演奏それ自体に着目し、その法的評価に照準するものである。これに対し、第一審および控訴審が検討した規範的利用主体論とは、先にも述べたとおり、生徒の演奏を規範的評価として音楽教室の演奏とみなし得るか否かについての解釈論である。その解釈論は、生徒による物理的な演奏行為を評価の対象とするものではない。

この点は、両判旨が異口同音に、「音楽教室における演奏の主体については、単に個々の教室における演奏行為を物理的・自然的に観察するのみではなく、音楽教室事業の実態を踏まえ、その社会的、経済的側面からの観察も含めて総合的に判断されるべき」（控訴審判決）と述べる点に、窺われるように思われる。

そもそも、最高裁判例が展開してきた規範的利用主体論とは、「物理的・自然的に観察」される直接的な利用行為の違法評価を前提とする、いわゆる

従属説の考え方とは異なる。むしろ、規範的利用主体論とは、そのような物理的な直接利用行為の違法評価論とは相容れない考え方なのであり⁽⁸⁾、当該直接行為を支配・管理し、その実現の不可欠の要素を与え得る間接的な関与行為に、規範的観点から、著作権の効力のおよぶ利用行為を見出そうとする解釈論であったと解される（最判平成23・1・20民集65巻1号399頁ロクラクⅡ事件）。

要するに、音楽教室事件で第一審と控訴審が取り組んだ規範的利用主体論は、物理的な利用行為の評価を前提としない解釈論なのであって⁽⁹⁾、それゆえ両裁判所は、いずれも、本稿が考察対象とする物理的な生徒演奏それ自体の評価を行っていないはずである⁽¹⁰⁾。したがって、控訴審判決が、生徒演奏について、音楽教室による規範的主体論の観点から、非侵害＝適法の結論を示しているとしても⁽¹¹⁾、そのことは、本稿が検討対象とする生徒演奏それ自体の法的評価を左右するものではなく、いわんや、その適法性を即座に意味するものではないと考えられる⁽¹²⁾。

教室内レッスン演奏という、物理的な生徒演奏それ自体の評価に向けた本稿の問題意識は、第一審と控訴審が検討した規範的利用主体論とは、論理を異にする別個の解釈論に向けられているのである。

第一審判決以降、学説は、いち早く、生徒演奏こそが音楽教室事件の規範的利用主体論の中核問題である旨の慧眼を示してきたが⁽¹³⁾、本稿は、同じくその生徒演奏に対して、規範的利用主体論の観点からではなく、もっぱら物理的・自然的な観点からの法的評価に関心を置くのである。

とはいえ、本稿が検討対象とする生徒演奏（教室内レッスン演奏）は、当然ながら、控訴審が規範的利用主体論の適用の基礎とした生徒演奏と事実として異なるものではない。むしろ本稿が、生徒演奏に関する控訴審の結論（使用料請求権の否定）の当否の検討を主眼とする以上は、本稿が考察の基礎とする生徒演奏（教室内レッスン演奏）は、控訴審によって認定され、あるいは、

控訴審の判旨と整合的に把握される生徒演奏を、事実として前提としなければならぬであろう。

以下には、まず、生徒の教室内レッスン演奏について、控訴審判決が判断の基礎とした生徒演奏に関する諸事実の理解を前提に、その演奏権該当行為の有無（Ⅱ.1）と著作権法38条1項の権利制限事由の該当性の有無（Ⅱ.2）を順次検討したうえで、その検討から得られた帰結に基づき、生徒の教室内レッスン演奏をめぐる民事責任のあり方を、主として、その基本的な考え方の枠組みの観点と（Ⅲ.1および2）、それを支える法律的な構成の観点から（Ⅲ.3）、検討し、最後に結語（Ⅳ）として、本稿の考察成果を要約するとともに、控訴審判決の結論との相対評価を試みようと思う。

Ⅱ．生徒演奏に関する使用料請求権の可能性

1．生徒演奏と演奏権該当行為

生徒の教室内レッスン演奏、すなわち、控訴審の事実認定の言葉を借りるならば、「営利を目的とする音楽教室事業の遂行の過程において、その一環として行われる」生徒演奏は、演奏権の規律のおよぶ演奏行為、すなわち演奏権該当行為と解されるか。これがここでの検討課題である。

著作権法22条は演奏権の規律対象となる演奏権該当行為について、著作物を「公衆」に「直接」に「聞かせること」を目的とする演奏行為である旨を定めている。すなわち、22条の演奏権該当行為とは、著作物を、公衆という聞き手に、直接に聞かせるための演奏行為と解されることになる。

そこで、われわれが考察すべきは、生徒の教室内レッスン演奏が、まずは、誰を直接の聞き手としており、ついで、その聞き手に「聞かせる」ものであり、また、その聞き手が生徒にとって「公衆」に該当するものと解し得るか、ということになる。

(1) 生徒演奏の直接の聞き手は誰か

控訴審は、「著作権法22条は、演奏権の行使となる場合を、演奏行為が相手方に『直接』聞かせることを目的とすることに限定しており、演奏者は面前にいる相手方に聞かせることを目的として演奏することを求めている」と述べている。

現行法立案者の見解によれば、「直接」の要件を「面前」演奏に限定して解する理由はない⁽¹⁴⁾。とはいえ、面前演奏が「直接」演奏であることは明らかであり、面前演奏の事実は、演奏権該当行為の「直接」要件を満たそう。この点につき、音楽教室における生徒演奏が、面前のレッスン担当教師に向けられた演奏と解されることに、おそらく異論はないであろう。

控訴審の判旨によれば、面前の教師に向けて行われる点が生徒演奏の本質であるという。すなわち、「音楽教室における生徒の演奏行為の本質は、本件受講契約に基づく音楽及び演奏技術等の教授を受けるため、教師に聞かせようとして行われるものと解するのが相当」、「音楽教室においては、生徒の演奏は、教師の指導を仰ぐために専ら教師に向けてされているのであり、他の生徒に向けてされているとはいえないから、当該演奏をする生徒は他の生徒に『聞かせる目的』で演奏しているのではないというべきであるし、自らに『聞かせる目的』のものともいえないことは明らか」、「音楽教室における生徒の演奏の本質は、あくまで教師に演奏を聞かせ、指導を受けること自体にあるというべき」なのである。

これに対し第一審は、生徒演奏の聞き手を生徒自身または他の生徒と捉えた。すなわち、第一審によれば、「音楽教室における生徒の演奏は、原告らの管理・支配下で行われることから著作物の利用主体による演奏と同視し得るところ…自ら又は他の生徒の演奏を聞くことの必要性、有用性に照らすと、その演奏は、公衆である他の生徒又は演奏している生徒自身に『聞かせることを目的』とするものであると認めるのが相当」、「音楽教室における生徒の

演奏は、音楽著作物の利用主体である原告らの演奏と同視し得るものとして、他の生徒又は自らに向けられたものであり、演奏する生徒が自らの演奏を聞いて課題を自覚し、あるいは、グルーブレッスンにおいて他の生徒に聞かせるためのもの」なのである。

しかし、このように生徒演奏を捉えた第一審が、控訴審が事実認定した「面前教師に向けた演奏」という生徒演奏の「本質」を、見誤ったものとは解することは適切ではないであろう。

第一審が生徒演奏をその生徒自身や他の生徒に聞かせる演奏と捉えたのは⁽¹⁵⁾、その判示部分に規範的利用主体論が組み込まれている点から知り得るとおり、生徒演奏を、その規範的演奏主体である音楽教室からみて、音楽教室と同視される教師とは異なる聞き手に向けたものと捉える論理的な必要から、生徒演奏の聞き手を生徒自身または他の生徒と捉えたままであろう⁽¹⁶⁾。

現に第一審は、生徒演奏の聞き手に教師が含まれることを示唆している。すなわち、生徒演奏の捉え方に対する原告反論を排斥するに際し、「音楽教室における生徒の演奏は、教師のみならず他の生徒又は自らにも向けられたものであって…」と判示されており、生徒演奏について教師を聞き手とする演奏であるとの理解は排除されていない。

要するに第一審は、もっぱら規範的利用主体論の観点から生徒演奏を評価することに徹したために、論理的には、生徒演奏を生徒自身または他の生徒に向けた演奏と捉えることで十分としたのであろう。生徒演奏の聞き手を生徒自身等と捉える構成は、第一審の規範的利用主体論から導かれた構成であり、控訴審が認定した「生徒演奏の本質＝面前教師に向けた演奏」を見誤るものではないと解される。

また、このような教師を直接の聞き手とする「生徒演奏の本質」の捉え方は、音楽教室自身の主張にも沿うものと解される。

すなわち音楽教室側（原告）は、第一審において、規範的利用主体論の観

点から生徒自身を生徒演奏の聞き手と捉える権利者側の主張への反論として、「音楽教室のレッスンにおいては、生徒は教師に対して演奏するのであり、生徒自身に対する演奏をしているわけではなく…」と述べ、音楽教室での生徒演奏が教師を聞き手とする演奏である旨を、歌唱者自身が歌唱を聞く立場にあるカラオケ・ボックスの歌唱態様と対照させながら述べている。

以上の考察によれば、生徒の教室内レッスン演奏は、面前のレッスン教師に聞かせるために行われる演奏であり、演奏権該当行為の「直接」要件を満たす演奏と解してよいであろう。

(2) 生徒演奏は教師に「聞かせる」演奏か

第一審と控訴審の判決文によれば、音楽教室側(原告)は、22条の「聞かせる」要件を満たす演奏といい得るためには、単純に演奏を知覚させる目的意思では足りず、聞き手に官能的な感動付与の目的、音楽の著作物としての価値享受の目的を要する旨主張している。これに対し権利者側(被告)は、演奏者の主観的な意図を要件とする演奏権解釈は文理解釈の点から理解の余地は無い旨を、また「演奏態様や巧拙は『聞かせることを目的』とするか否かとは無関係」と反論している。

裁判所は第一審と控訴審で一貫して、音楽教室側の主張を排斥した。控訴審によれば、「『聞かせることを目的』とは、演奏が行われる外形的・客観的な状況に照らし、演奏者に…演奏を聞かせる目的意思があったと認められる場合をいい、かつ、それを超える要件を求めるものではないと解するのが相当」なのである。意識的にこの点を検討した学説にも、音楽教室側の主張に沿う見解は聞かれない⁽¹⁷⁾。

問題となる「聞かせる」要件とは、いうまでもなく演奏権該当行為の要件である。では、演奏権を、音楽教室側の主張のごとく、聞き手への官能的な感動付与の場合にのみおよぶ権利と解することは妥当であろうか。

まず、その官能的な感動付与の著作物利用を誰の視点で判断するのが問題となろう。仮にこの判断主体（視点）を、創作者または鑑賞者となし得たとしても、官能ないし感動はいずれも極めて主観的な感性の反応であり、いずれの判断主体を前提にしても客観的な基準を確立することは、およそ困難であろう。

また、仮に演奏権行使を官能的な感動付与の利用場面に限定し、演奏者の演奏技量ないし再生技法という享受者の評価を要する要素に演奏権該当行為の成否を依存させるとしたならば、果たして、演奏権の許諾実務は成り立ち得るかが問題となろう。許諾対象となるべき演奏権該当行為といえるかどうかの評価が実際の演奏技量に対する享受者の評価を待たざるを得ないとしたら、事前の技量評価と実際の演奏技量の実態が合致する保障はどこにもないから⁽¹⁸⁾、事前の許諾実務は現実不可能となろう。

そもそも、演奏権の効力をおよぼすべき利用行為に官能的な感動付与といった聞き手（享受者）の感性的評価に関する基準は存在しないはずである。

一般に著作権の到達範囲を画する権利概念が翻案権であるが、その限界的な翻案権の場合ですら、享受者側の感性的評価が権利該当行為の要件として求められることはない。

翻案の解釈を判示した最判平成13・6・28民集55巻4号837頁江差追分事件によれば、翻案権の保護は、既存著作物への依拠と新たな創作的表現の付加とを前提としたうえで、アイデアや事実それ自体の再生・再製行為にはおよばない一方で（第2判決要旨）、既存著作物の表現上の本質的特徴を享受者が直接感得できるように再生・再製する行為におよぶ（第1判決要旨）。つまり、翻案権該当行為が認められるには、著作物の側にすでに備わる表現上の本質的特徴それ自体の利用と直接感得があればそれで十分なのであり、それに加えて、享受者側への官能的な感動付与といった感性的評価が求められることはない。

演奏権の場合も同様である。すなわち演奏権の規律対象となる行為とは、著作物の表現上の本質的特徴という創作的要素を演奏再生する行為にすぎず、演奏者の演奏技量や演奏結果に対する享受者側の評価によって相対化される余地はないと解すべきであろう。

「聞かせる」要件は、保護対象である著作物の表現上の本質的特徴を聞き手に伝達する（見せ聞かせる）主観的意図に基づく利用行為を、著作物の利用行為として権利者の許諾の対象とするための要件であろう。換言すれば、そうした他者に著作物の本質部分を伝達する意図を欠く行為は、他者の著作物の違法利用として権利者の許諾範囲の収める必要を欠くことから、当該行為を規律対象から除外するための要件がこの聞かせるため目的の要件と解されよう。

生徒演奏の本質が、当該著作物の演奏技法等の教授を受けるために教師に向けて演奏する点にあることは前記考察のとおりである。するとこの演奏目的を達するうえでは、当該著作物の本質的特徴部分の演奏実態を、その演奏技術の未熟・練達に関わらず、教師に伝達することが前提となろう。そのような演奏実態なくして、教師は当該著作物に適切な演奏技法の指導をなし得ないからである。すると教師に聞かせることを本質とする生徒演奏に、当該著作物の本質的特徴部分をその聞き手に伝達するという要素が欠くものは、およそ解し難いところであろう。

以上の考察によれば、裁判所が第一審・控訴審を通じて判示したとおり、生徒の教室内レッスン演奏は、教師に著作物の表現上の本質的特徴を聞かせるために行われる演奏であり、演奏権該当行為の「聞かせる」要件を満たす演奏と解してよいであろう。

（3）教師（聞き手）は生徒（演奏者）からみて「公衆」と解し得るか

（a）生徒と教師との関係性

ではつぎに、生徒の教室内レッスン演奏は教師という「公衆」に向けた演奏と解し得るかどうかを検討してみよう。

「公衆」とは演奏権の効力範囲（演奏権該当行為）を画し得る規範的な要件である⁽¹⁹⁾。したがって、名古屋地判平成15・2・7判時1840号126頁社交ダンス教授所事件が一般論として述べるとおり、公衆概念の解釈には、「著作権者の権利を及ぼすことが社会通念上適切か否かという観点」も要されよう。

定義規定（2条5項）によれば、公衆には「特定かつ多数」が含まれる。よって、特定者の場合には、その人的数量の多少が問題となり得よう。他方で、少数者の場合には、公衆該当性の焦点は、当該少数者が不特定者、すなわち、著作物の利用者と個人的結合関係を欠く者にあたるかに絞られよう⁽²⁰⁾。むしろ、その少数者が利用者との関係で不特定者にあたる場合には、その人的数量は公衆該当性の本質的問題とならないとも解される⁽²¹⁾。

第一審認定の事実（「原告らの音楽教室における演奏態様」）によれば、生徒演奏の聞き手である教師は、いずれのレッスン形態の場合も少数者（1名）のようである。すると、ここでの解釈の焦点は、生徒からみて教師が不特定者すなわち個人的結合関係を欠く者と解し得るかどうかにある。

ここで検討する「生徒からみた教師」ではなく、「音楽教室からみた生徒」の公衆性の問題に関してはあるが、控訴審は、公衆概念の解釈にあたり、つぎのように述べている。「受講契約締結に際しては、生徒の個人的特性には何ら着目されていないから、控訴人らと当該生徒が本件受講契約を締結する時点では、控訴人らと生徒との間に個人的な結合関係はなく、かつ、音楽教室事業者としての立場での控訴人らと生徒とは、音楽教室における授業に関する限り、その受講契約のみを介して関係性を持つにすぎない。そうすると、控訴人らと生徒の当該契約から個人的結合関係が生じることはなく、生

徒は、控訴人ら音楽事業者との関係において、不特定の者との性質を保有し続けると理解するのが相当」、「たとえ生徒が1名であっても当該生徒は音楽教室事業者からみると不特定の者として『公衆』に該当する」。

この控訴審が示した公衆該当性の判断基準には、2つのポイントを指摘できる。

一つ目は、演奏の聞き手が誰しも、演奏者と受講契約を締結すればその演奏を聞き得る状況にあった場合には、その聞き手を演奏者からみて不特定者すなわち個人的結合関係を欠く者と解する点である。二つ目は、受講契約上の当事者であることは、受講契約の締結後においても、演奏行為との関係では当事者の不特定関係を失わせないとする点である。

いずれの基準も、著作物利用に関する契約に着目し、その特色から両者の関係の不特定性(公衆性)を判断するものであり、とりわけ一つ目のポイントは、放送の自動送信サービスに関する利用契約の一般開放性を根拠に、サービス提供者(送信主体)からみてサービス利用者を不特定者(公衆)と解した、最三小判平成23・1・18民集65巻1号121頁まねきTV事件の判断手法に沿うものと解される⁽²²⁾。

もっとも、本稿が検討する生徒演奏に関しては、演奏主体たる生徒と享受者(聞き手)たる教師とが契約当事者の関係に立つことはない。したがって、契約関係の特色に着目して公衆性を判断した控訴審の手法は、両者の関係性を考察するうえで有効とはいえない。とはいえ、契約の当事者関係それ自体が双方の不特定関係を損なわせない旨の第二のポイントに照らせば、契約の当事者関係すら欠ける生徒と教師との間には、双方の不特定関係を損なわせる事情はさらに見出し難いということもできよう。

しかし、そもそも、このような控訴審の「契約の開放性」に着目した判断手法に依るまでもなく、ここで検討する音楽教室の場合、受講契約の内容それ自体が、生徒演奏の聞き手である教師は、生徒との個人的結合関係を欠く

不特定者であることを明らかにしているように思われる。

すなわち、第一審認定の事実（「生徒との受講契約等」）によれば、受講契約には「講師の変更があり得る旨」が記載されるようである。これは、生徒が音楽教室と受講契約を締結する際に、自らの演奏の聞き手を特定しないことを前提に、その意思表示をしたものと解されよう。換言すれば、生徒は、受講契約の締結時には、不特定者たる教師に聞かせることを目的として、自らの演奏を行う旨の意思を表示していたものと解されよう。これは、公衆演奏の意思表示にはかならないといえる。

ではこのような評価は、教師自らが経営する音楽教室との間で受講契約が締結される場合（個人教室）には、妥当しないというべきであろうか。その場合には、生徒は、面前の特定の教師（教室経営者）に向けて演奏することを認識したうえで、受講契約を締結すると考えられるからである。

しかし、この場合の考え方としては、上記控訴審の「契約の開放性」（第1のポイント）と「契約当事者関係と演奏当事者関係との区別」（第2のポイント）に着目した公衆解釈が妥当しよう。

すなわち、演奏主体である生徒が、受講料等の経済的条件や立地等の物理的条件が合致するかぎり、教師（聞き手）の個人的特性とは無関係に、換言すれば、その個人的特性を問わずいかなる教師であろうとも、その教師が経営する音楽教室と受講契約を締結する場合には、生徒演奏は、不特定者たる教師を聞き手とする演奏と解されるであろう（第1のポイント）。加えて、その受講契約上の当事者関係それ自体が、教師の演奏当事者としての不特定者（公衆）の性質を失わせることにはならないと解されよう（第2のポイント）⁽²³⁾。

そもそも、控訴審の「生徒」の公衆該当性に関する前記判断は、当然のことながら、事案に含まれる個人教室の教師（教室経営者）と生徒との関係にも、妥当するものである。そうすると、上記本稿の「生徒からみた教師（個人教

室経営者)」の公衆性を認める考え方は、前記控訴審の「個人教室経営者(教師)からみた生徒」の公衆性を肯定した考え方と、事実としての当事者に相違がない以上は、異なるところはないと解されよう。

(b) レッスン当事者という関係性をどう解するか

他方で、生徒(演奏主体)と教師(聞き手)の間には、受講契約の締結後に、実際のレッスン当事者として関係性を持つとの特殊な事情もある。このような事情は、両者の個人的結合関係の存否の解釈に影響を与えるものと解すべきであろうか。

この点に関しては、第一審の音楽教室側の主張にも、継続的レッスンが「生徒との間で相互に信頼関係が築かれ、個人的な結合関係が醸成される」と説かれたところであるし、控訴審の追加主張でも、生徒と教師間の演奏に関して、レッスン開始当初からあるいはレッスンの回数を重ねていく中で「どこかの時点では、担任教師と生徒…は人的結合関係を強め」、特定者間の演奏になる旨が説かれたところである。

しかしながら、最三小判平成23・1・18民集65巻1号121頁まねきTV事件は、送信サービスの契約締結後に、特定の顧客向けに「あらかじめ設定された単一機器宛てに」送信が行われる場合でも、当該送信行為の公衆性は失われない旨の判断を示している。すなわち、著作物利用に関する契約締結後に、著作物の利用主体と享受者との間に1対1の関係が確立しても、そのことによって、契約締結前の不特定性を根拠とする両者間の公衆性がただちに失われることはないとの理解である⁽²⁴⁾。

この考え方に照らすならば、音楽教室の場合、受講契約締結後、より正確には、レッスン担当教師の決定後に、生徒による演奏が特定の担当教師向けに1対1で行われているという事情によっても、契約締結後かつ初回レッスン開始前の不特定性を根拠とする両者間の公衆性は、やはりただちに失われ

ることではないと解すべきことになろう。

そもそも、一般論として、演奏主体とその聞き手の関係性の時間的経過による変化が、演奏行為の公衆性、すなわち演奏権の消長に、影響を与えるものと解すべきかが問われよう。

まず、両者間の当初の不特定性を特定性に転換させる関係性を、いかなる基準により客観的に判断すべきかが問題となろう。また、当初の不特定性に変化が生じることは、たとえば、美容院の顧客や歯科医院の患者のように、演奏主体（当該美容院等）と何らかの継続的な契約関係に入った当事者に、しばしば生ずることではあるまいか。このような場合に、演奏主体との間に一定の関係性を生じさせた顧客や患者に対し、その都度、著作権の効力を個別に排除することは、制度の実効性の観点からも疑問とされよう。

（c）生徒演奏の教師を公衆と解することの妥当性

ここまでの考察によれば、生徒演奏との関係で、生徒（演奏主体）と教師（聞き手）との間には個人的な結合関係はないものと解される。しかし、他方で、生徒演奏の場合には、誰しも、その教師すなわち聞き手になり得るわけではない。この点に、例えば、放送番組の複製・送信サービスの利用者に誰しもなり得る場合に、その利用者を公衆と解するケースや（前掲ロクラクⅡ事件最判）、音楽教室からみて誰しも生徒として受講契約を締結し得る場合に、その生徒を公衆と解するケースとは（本件控訴審判決）、事情に相違がある。生徒の教室内レッスン演奏の場合、聞き手たる教師は、まずは当該音楽教室の教師でなくてはならないからである。

とはいえ、生徒演奏の場合、生徒の受講目的は、演奏技術の習得それ自体にあり、特定の教師に属人的な特殊技術を習得することではないと解される。換言すれば、聞き手である教師は「誰でもよい」というのが、レッスン受講の一般的な実態であるともいえよう。現に、音楽教室事件で問題となったレッ

ス演奏では、受講契約の文言に照らすかぎり、教師は変更可能であって、基本的に生徒の意思で特定されないのである。そもそも、生徒からみた教師の不特定性は、生徒が教師の個人的特性を問題とすることなく自己の演奏の聞き手とする点に認められることは、すでに前記のとおりである。

また、そもそも、演奏の聞き手の公衆性は、聞き手が演奏主体からみて無制約に開放されている場合には、もちろん十分に認め得ると解されるが、他方で、そうした無制約な開放性を欠く場合に、一律その公衆性が否定されるものとも解し難い。すなわち、聞き手が一定の限定的な集団に開放されているにすぎない場合でも、実際の聞き手が、なお演奏者からみて特定されず不特定者として公衆に当たると解すべき場合も、あり得よう⁽²⁵⁾。

そうとすれば、著作物の利用者が、不特定者に向けて利用行為を行うとの意図を有するのに十分なだけ、享受者の側に開放性が認められる場合には、その利用行為の公衆性は承認されよう。生徒演奏の場合、その聞き手は、音楽教室との雇用関係等を有する教師に限定されてはいるが、生徒の側からみれば、誰しも担当教師（聞き手）になり得るのが受講契約の内容である。すると、生徒演奏についても、演奏主体が不特定者に聞かせることを目的とする演奏であると解することに、妨げはないように思われる。

また、前掲社交ダンス教授所事件が指摘するとおり、公衆該当性の解釈には社会通念の考慮も要請されるところである。そして、社会通念を重視した社交ダンス教授所事件が公衆該当性の肯定に際して考慮した具体的要素は、著作物利用の組織性と継続性であったと解される⁽²⁶⁾。

他方、この著作物利用の組織性と継続性を、営利的な音楽教室事業の遂行の一環として、その不可欠の要素として行われる生徒演奏に認めることは、困難ではない。すると、音楽教室における生徒演奏について、その公衆性を仮に否定するとしたならば、社交ダンス教室事件が重視した社会通念なるものにも、矛盾することになろう。

加えて、公衆該当性の判断に際しては、当該行為が著作権の実効的な行使の対象となり得るかという観点からの考慮も可能であろう。

複製権は私的領域で制限される一方で（30条1項柱書）、公衆設置の自動複製機器による行為は制限から除外される（30条1項1号）。これは公衆にアクセス可能な場所における複製行為が私的領域のそれと異なり、複製権行使に実効性を伴うからであろう。演奏権の場合にも、生徒演奏が家庭内自主演奏として私的領域で行われるわけではなく、教師と雇用契約等を通じて同視し得る音楽教室という⁽²⁷⁾、公衆にアクセス可能な場所で行われている場合には、これを演奏権の実効的な行使を可能とする公衆演奏と解するひとつの事情に加えることもできよう。

なお、控訴審判決は「付言」として、「生徒の演奏について教師が『公衆』に該当しないことは当事者間に争いがない」と述べている。しかし、これは生徒演奏の規範的主体を音楽教室と仮定した場合の議論であって、その真意は、「教師は、演奏主体たる音楽教室からみてそれと同視される立場にあるから『公衆』に該当しない」ことをいうにあるものと解される⁽²⁸⁾。したがって、当事者はもちろん控訴審裁判所も、聞き手を教師とする物理的・自然的な生徒演奏との関係で、その聞き手たる教師が、本稿の立場とは異なり、公衆にあたらないとの法解釈を示しているとは解されないであろう⁽²⁹⁾。

（4）小括：演奏権該当行為としての生徒の教室内レッスン演奏

以上の考察をまとめるならば、生徒の教室内レッスン演奏は、「公衆」に当たる担当教師に向けて、その面前において「直接」に、著作物の表現上の本質的特徴を「聞かせるため」に行われる演奏であると解されるから、著作権法22条の定める演奏権該当行為と評価することができよう。

改めて確認するならば、本稿の考察の目的は、生徒の教室内レッスン演奏に、家庭内自主演奏と同様に、使用料請求権の発生根拠を欠くものと解すべ

きか否かの検討にあった。

上記のまとめを得たことにより、ひとまず、生徒の教室内レッスン演奏は演奏権該当行為であり、したがって、使用料請求権の発生をアブリアリに否定し得ない行為である旨を、明らかにしたこととなる。

2. 生徒演奏には著作権法38条1項の制限規定が適用され得るか

以上に考察のごとく、生徒の教室内レッスン演奏が演奏権該当行為と解し得るとしても、仮に、同行為が、著作権法30条以下の権利制限規定に定める無許諾・無償制限(以下単に、無償制限)の対象となり得れば、その使用料請求権の発生は、改めて否定されることになる。

現に、音楽教室事件を考察する学説にも、そのような見方がすでに示されている。すなわち、いわゆる非営利・無料・無報酬の3要件のもとに無償の自由演奏(無償制限)を認める著作権法38条1項が、教室内での生徒演奏に適用され得るとの見方である⁽³⁰⁾。

しかし、この見方は、それほど自明な解釈というべきであろうか。

(1) 生徒演奏と音楽教室＝第三者の営利

もちろん生徒は、自らの営利事業として音楽教室のレッスンを受講するわけではない。したがって、生徒演奏が生徒自身の営利を目的としているとは解し難い。仮に、生徒が将来の営利演奏の実現を目的として、レッスンを受講し教室内の生徒演奏を行っているとしても、生徒の営利に寄与するのは将来の別個の営利演奏である。教室内で現に行われている生徒演奏は、現在の営利を目的とするものではないし、将来の演奏が生み出す営利を目的とする演奏と解することも困難であろう⁽³¹⁾。

しかし、見過ごされるべきでない事実は、生徒演奏と音楽教室との営利との密接な関係である。すなわち、控訴審(第一審も同様)の事実認定によれば、

生徒演奏は、「営利を目的とする音楽教室事業の遂行の過程において、その一環として行われる」演奏なのであり、それは、音楽教室の事業運営に不可欠の要素として組み込まれた演奏行為なのである。

そして、音楽教室とは、演奏主体である生徒にとって、その相手方たる聞き手（教師）とは異なる、「第三者」である。この第三者の「事業の遂行の過程」に「その一環として」組み込まれたのが、生徒演奏にほかならない。すると、生徒演奏が音楽教室という「第三者の営利」に寄与する演奏行為であることは、第一審と控訴審の判決がともに前提とする事実と解されよう。

加えて、音楽教室での生徒演奏は、同じく第三者営利に寄与する演奏行為といっても、たとえば、営利レストランで行われた無料パーティーでの演奏が、演奏時の飲食物提供を通じ当該レストランに第三者営利をもたらす場合のように⁽³²⁾、音楽利用を不可欠の構成要素とはしない第三者の事業遂行（レストラン経営・飲食物提供）に、いわば間接的に寄与するにすぎないケースとは異なる。生徒演奏は、音楽教室の事業遂行に不可欠の要素であり、したがって、音楽教室の第三者営利に直接的に寄与する関係が認められる。

確かに、音楽教室事件では、音楽教室が取得する受講料に生徒演奏（著作物利用）の対価が含まれていると解されるか（第一審）、否か（控訴審）につき、判断が分かれていた⁽³³⁾。しかし判断が分かれたのは、受講料を演奏対価と教授対価とのいずれと解すべきかという、いわば受講料の内訳に関する理解にすぎない。

これに対し、生徒演奏に伴う受講料の支払いが、その内訳の如何に関わらず、音楽教室の営利に直接寄与する関係にあるとの理解は、両審の間で異ならないのであろう。繰り返しの指摘となるが、この点について、両裁判所はほぼ同一の表現で、生徒演奏が「営利を目的とする音楽教室事業の遂行の過程において、その一環として行われる」演奏であると認定するところである。

生徒演奏が第三者たる音楽教室の営利に直接的に寄与する点は、事実認定

の問題として争う余地がないということであろう。

(2) 非営利性要件と第三者営利との関係

では、このような音楽教室の第三者営利と密接不可分の寄与関係を有する生徒演奏は、38条1項が定める非営利性要件(「営利を目的とせず」)を充足させ得るのであるか。すなわち、非営利性要件と第三者営利との関係である。

この解釈問題は筆者がかつて別稿で論じたところでもあるので⁽³⁴⁾、ここでは屋上屋を架す弊を避け、生徒演奏の評価を導くに必要な範囲でのみ再論しよう。

非営利性要件は、他の2要件(無料性、無報酬性)と相俟って、重疊的に、著作者私益に優越しその無償制限を正当化する公益的利用場面を特定する要件と解される⁽³⁵⁾。3要件の機能が著作者私益に優越する公益的利用場面の特定であることは、現行法の3要件がその実質的な規範内容を引き継いだ旧著作権法30条1項7号の立案者解説にも、明瞭に説かれている⁽³⁶⁾。

また、このような3要件の機能の理解が妥当であることは、沿革的にも明らかといえる。すなわち、現行法3要件のルーツは、旧法30条1項7号が、同様の3要件により演奏権の制限規定を構成した1901年のドイツ旧著作権法(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901)をモデルとした点にある⁽³⁷⁾。そのドイツ法3要件の機能が著作者私益に優越する公益的利用場面の特定にあることは、立法資料(旧ライヒ議会速記録)の記述のみならず⁽³⁸⁾、当該3要件の合憲性を吟味した1978年のドイツ憲法裁判所の判示にも明瞭に説かれているところである⁽³⁹⁾。

要するに、38条1項の制限規定の趣旨は、その文言に「目的」などの語句を以て明示されるわけではないが、著作者私益に優越する公益的利用場面に

において著作権を無償制限し、公益的利用の確保を図る点にあり、そのような無償制限を正当化し得る公益的利用場面を抽出・特定する機能を担うのが、はかならぬ非営利性・無料性・無報酬性の3要件であると解されるのである⁽⁴⁰⁾。

ところが、無償制限を受けた著作物の利用に伴って第三者の営利が発生するとしたならば、3要件は十分にその機能を發揮していないこととなり、また38条1項の正当化根拠も危ういものとなろう。というのも、3要件により著作者私益の無償制限を正当化する根拠が「公益」であるにもかかわらず、当該著作物の無償利用によって、「公益」のみならず、それとは無縁な他者（第三者）の私益が発生しているとしたならば、その根拠の正当性は容易に失われるからである。換言すれば、公益的利用場面として、著作者私益が無償制限によりいわば完全否定される一方で、その利用行為が第三者の私益を発生させているとしたならば、38条1項は明らかな制度矛盾を抱えることになるう。

そして、第三者営利の発生が、38条1項の制度趣旨と矛盾し、3要件の導く無償制限を正当化し得ないことは、まさに3要件のルーツであるドイツ法の解釈および立法の経験が、すでによく示しているところである⁽⁴¹⁾。

すなわち、そのリーディング・ケースとして1955年最高裁に現れた企業パーティー事件では⁽⁴²⁾、第三者レストランで行われる従業員向け企業パーティーでの無料演奏について、当該レストランの第三者営利の促進（飲食物の売上増大）を理由として、無償制限が否定（権利侵害および演奏差止が肯定）されている。そして、この判例を受け、1965年に立法されたドイツ現行著作権法52条では、3要件が従前と同様に無償制限を導くものとしつつ、そこに第三者営利が発生する場合には、無償制限を修正し、当該第三者を報酬義務の負担者とする有償制限（無許諾・有償）の制度へと、転換されているのである（原初規定1項1号後段、現行規定1項4文後段）⁽⁴³⁾。

要するに、ドイツ法では、まず1955年の最高裁が、第三者営利の発生は、演奏権の無償制限を正当化する要件、換言すれば、著作者利益の完全否定を正当化し得る公益的利用場面を特定する要件を妨げる旨を明らかにし、それを受けた1965年の立法が、無償制限を必要十分に正当化し得る要件を、従来の3要件から、実質的に、3要件+第三者非営利性の4要件へと修正したものと、整理することができるのである。

(3) 生徒演奏に対する非営利性要件の解釈

ドイツのリーディング・ケースにおいて、企業パーティーの演奏行為について無償制限の否定を導いたレストランの第三者営利と比較した場合、生徒演奏と第三者たる音楽教室の営利との関連性は、より直接的かつ自明であるといえよう。というのも、レストランでの楽曲演奏が多数参会者の参加とその長時間滞留とを促し、そのことが間接的に、飲食売上げを増大させることは、経験的には明らかというべきである⁽⁴⁴⁾。これに対し、生徒演奏は、第一審と控訴審の両裁判所が認定するとおり、音楽教室の営利発生 of 不可欠の要素として組み込まれ、直接に音楽教室の営利に寄与することが、経験則によってではなく、すでに事実として明らかだからである。

もっとも、先にも触れたとおり、控訴審判決は、音楽教室の獲得する営利(受講料)が、その内訳の点で、生徒の演奏行為それ自体との対価関係になく、もっぱら演奏技術の教授内容の対価と解されるべき旨を、示したところである。

しかし、このような音楽教室の営利と生徒の演奏行為それ自体との因果関係の厳格な捉え方は、控訴審が検討した生徒の演奏行為に関する規範的利用主体論の成否において、その「利益帰属」の要素の解釈との関係で要されたものである⁽⁴⁵⁾。

これに対し、本稿が考察する38条1項の解釈では、著作者私益の無償制

限を正当化し得る公益的利用場面の特定が要され、第三者営利の発生は、同条の趣旨に照らせば、そもそも論理的に排除されるべきなのであるから、そこで問われるのは、むしろ著作物利用との厳格な対価関係に立たない、「何らかの」第三者営利の発生の有無である。

そして、音楽教室の受ける受講料（私益）が、基本的に⁽⁴⁶⁾、生徒演奏による著作物利用がなくしては存在し得ず、生徒演奏に伴って発生する利益であることは、自明といえる。したがって、音楽教室の受ける受講料が生徒の演奏行為との対価関係を認め難いものであるとしても、そのことが、38条1項の適用の文脈で、音楽教室の第三者営利を否定する事情にはならないであろう。

すると、第三者たる音楽教室の営利発生に不可欠に組み込まれた生徒演奏を、演奏権の無償制限を正当化し得る公益的利用場面として許容することは、3要件の機能ないし38条1項の制度趣旨に照らし、また3要件のルーツたるドイツ法の経験に照らしても、もはや困難というべきであろう。

すなわち、生徒演奏は、演奏権の無償制限を正当化し得る非営利性要件を充足しないものと解すべきこととなる。

そして、このような解釈は38条1項の文理上も可能なものと解される。というのも、非営利性要件は、その営利の獲得主体を明示していないからである。この点は、日本法の比較法的な特色としても、軽視されるべきではないものと考えられる。

演奏権制限に関するドイツ法52条は、無償制限の成立を排除する第三者営利の発生を、無償制限を導く非営利性要件とは分けて、別個の考慮要素（要件）として定めている（原初規定1項1号後段、現行規定1項4文後段）。しかし、このような「第三者営利」要件の別建てが要されたのは、ドイツ法52条の場合、非営利性要件の営利獲得の主体が、主催者（Veranstalter）すなわち演奏利用主体に限定されているからである。これに対し、わが国の38条1項の場合、非営利性要件の主体限定はないのであるから、そこに主催者

等の演奏主体のみならず、演奏を行わない第三者を読み込むことは、ドイツ法の場合と異なり、可能である。

加えて、非営利性要件による第三者営利の排除は、現行法の立法趣旨にも沿うものと解される。すなわち現行法の立案資料には、利用主体本人の間接的営利を排除する趣旨において、病院や美容院の待合室等における演奏を、「営利性との結びつきは薄い」が、営利性との結びつきを全面的に否定することは困難ゆえに営利目的演奏に該当すると述べられる⁽⁴⁷⁾。ここには、無償演奏に伴う営利性の排除をかなり厳格に解そうとする態度を認め得る。

このような、営利性の厳格排除という立法趣旨に照らすならば、音楽教室事件に現れた、生徒演奏と不可分に関連する音楽教室の第三者営利は、38条1項の適用にあたり、度外視し難い営利性であると解すべきであろう。

また、無償制限の対象から排除されるべきは、38条1項の文言に照らすならば、音楽教室の営利を「目的」とする生徒演奏である。そして、この「目的」とは、演奏行為による何らかの営利効果の発生を期待することで十分と解されるのであるから⁽⁴⁸⁾、音楽教室の受ける営利(受講料)を自ら支払う生徒に、この「目的」を認めることは困難ではないだろう。したがって、生徒演奏は、第三者たる音楽教室の営利を「目的」とする演奏として、38条1項の適用が排除されるべき演奏行為と解されることとなる。

すでに学説には、生徒演奏を、38条1項の無償制限の対象行為と解し得る旨の見解が示されていることは、前述した。とはいえ、そのような見解も、38条1項の非営利性要件に関する本稿と同様の問題意識のもとに、生徒演奏に結びつく第三者営利の吟味を踏まえた結論とは、解し難いところである。

音楽教室での生徒演奏は、それが音楽教室の営利の不可欠の要素をなすとの社会的・経済的な実態を踏まえるならば、38条1項の定める無償制限の対象とはなり得ず、したがって、その使用料請求権の発生は否定し難いものと解すべきであろう。

（4）小括

以上の考察を踏まえてまとめてみよう。

生徒の教室内レッスン演奏は、22条の演奏権該当行為と解されるところ、第三者たる音楽教室の営利を目的とするものであるから、38条1項の「営利を目的とせず」との非営利性要件を満たす演奏とは解すべきではなく、同条の無償制限による自由演奏が許される行為とは解し難い。

したがって、生徒の教室内レッスン演奏については、音楽教室事件の控訴審判決の結論とは異なり、使用料請求権の発生を否定することは困難といふべきであろう。

Ⅲ．生徒演奏を根拠とする民事責任のあり方

1．生徒演奏による演奏権侵害（加害行為）とその効果

前段の考察の結論によれば、生徒演奏は、38条1項の適用を受け得ず、無償制限の対象にはならないものと解された。生徒演奏と経済的に不可分な関係で受講料という音楽教室の第三者営利が発生している事実関係のもとでは、当該生徒演奏を、著作者利益の無償制限を導く38条1項の公益的利用場面と解することは、同条の制度趣旨に照らし、困難であるというのが、その根拠であった。

では、生徒演奏に38条1項が適用されないとして、その無許諾の演奏行為に対し、どのような権利救済措置を認めるべきであろうか。

生徒演奏は、それ自体が非営利演奏である。生徒の演奏行為にのみ視野を限定するならば、38条1項の適用可能性のある生徒演奏を、違法行為に転化するのには、音楽教室の第三者営利の発生にすぎない。このような法的に特殊な位置づけがなされる生徒演奏に関して、侵害行為に対する差止請求（著作権法112条）または金銭賠償請求（民法709条等）の効果のあり方を、いか

に考えるべきであるか。

それがここでの考察課題である。

生徒演奏に38条1項が予定する公益的利用の側面が否定されないことは明らかである。というのも、すでに述べたとおり、生徒演奏は生徒自身との関係では非営利演奏と解さざるを得ず、したがって、生徒自身にとってその演奏が同条の3要件をいずれも満たす公益的演奏と解されても無理はないからである。すなわち、生徒演奏については、非営利性要件の営利主体(演奏主体または第三者)の捉え方しだいで、38条1項が許容する公益的利用場面としての評価が、相対化され得るということである。

すると、38条1項の解釈として非営利性要件の営利主体を第三者(音楽教室)も含めて解すべきだとしても、その結果、同条の不適用(権利侵害)の効果として、生徒演奏に対する差止請求を認めるとしたら、同条の趣旨とも整合し得ないことになろう。というのも、そもそも同条が、公益的利用場面として、自由利用を許容したはずの生徒自身の非営利・無料および無報酬の公益的演奏が、一転して禁止されてしまうからである⁽⁴⁹⁾。

これに対し、金銭賠償による作者の経済的利益の確保それ自体は、生徒の非営利演奏による公益実現を妨げるものではなく、38条1項が目指す立法趣旨と何ら矛盾するものではないであろう⁽⁵⁰⁾。金銭賠償を認めても、公益実現を意味する生徒自身の非営利演奏それ自体が、禁止の対象になるわけではないし、しかも、著作権という法定の財産権を根拠とする作者への金銭的補償が公益と矛盾するはずもないからである⁽⁵¹⁾。

すると、生徒演奏による公益実現と、音楽教室の第三者営利による公益矛盾の排除をするためには、第三者営利の発生を根拠に38条1項の適用が排除される生徒演奏については、その無断利用行為による演奏権侵害の効果として、差止請求は認められるべきではなく、他方で、金銭賠償請求(使用料相当額等の請求)のみが認められるべきであろう⁽⁵²⁾。

そして、このような考え方が制度論としても違和感がないことは、それと同様の発想を、既存の権利制限規定が採用する補償金請求権（有償制限）の手法（例えば、著作権法38条5項）を用いて、容易に立法的に表現可能であることから支持されよう。

すなわち、立法論としては、第三者営利が生ずる場合に、38条1項の無許諾制限はこれを維持しつつ（禁止権ないし差止請求効果の排除）、著作権者の経済的利益を確保する手段として、補償金請求権を新たに創設（金銭賠償請求の承認）し、第三者営利の発生の場合に無許諾・有償制限へと修正することが考えられる。

なお、以上の解釈、すなわち演奏権侵害を構成し得る生徒演奏に対し差止請求を否定する解釈が、著作権法体系的にも矛盾を生じさせないことは、いうまでもないであろう。差止請求権の根拠を与える著作権法112条は、「その侵害の停止…を請求することができる」と定めるにすぎず、権利侵害時に差止の効果認めなければならないわけではないからである。

2. 非営利演奏を行う生徒と責任との関係

（1）生徒を使用料支払い（金銭賠償）義務の負担者と解すべきか

では、生徒演奏による演奏権侵害の効果として、金銭賠償請求のみが認められるべきとして、その賠償義務の負担を生徒に課すことは妥当であろうか。

そのような帰結は妥当とは言い難いであろう。

生徒は、論理的には演奏権の侵害行為者といわざるを得ないとしても、その演奏行為を通じ自らが何らかの利益・利得を得ているわけではなく、しかも、先に考察したとおり、生徒自身の非営利性（非営利演奏）にのみ視野を限定すれば、生徒演奏は、非営利・無料・無報酬の3要件のもとに、38条1項が公益的利用場面として無償の自由演奏を許容し得る行為とみることもできるからである⁽⁵³⁾。

他方で、それ自体は公益的利用とも解し得る生徒の非営利演奏に違法評価の法的原因を与え、かつ、その原因行為として、生徒演奏と密接不可分に関係づけ得る営利を得ているのは音楽教室である。すると、衡平の観点に照らしても、生徒演奏の著作権侵害に基づく金銭賠償(使用料)の支払い義務は、唯一の収益主体である音楽教室が負うものと解するのが妥当であろう。

一般論として、同様の考え方(営利第三者が存在する場合に当該第三者が帰責主体となるべき旨の発想)は、わが国の38条1項の立法をめぐる議論にも指摘できる。

旧法30条1項7号は非営利演奏を受けた放送をも無償制限の対象としていた。しかし、現行法の立案段階では、「収益を目的としない興行をスポンサー付で放送し、その放送によって収益をあげることも考え…れば、放送することまでも自由にするには問題がある」と説かれ、当該放送行為は、無償制限の対象行為から除外され、その放送主体が許諾を得るべき行為とされた⁽⁵⁴⁾。

本稿が検討する非営利演奏と関連する第三者営利との関係でいえば、現行法立案者が懸念するスポンサー付放送による収益とは、まさにこの第三者営利に該当する。第三者の営利放送行為の場合、当該行為自体が著作権許諾の対象となり得る行為である点で、音楽教室の経営行為とは違いがある。とはいえ、38条1項の無償制限が許容される場面からこのような第三者営利の発生を排除し、しかも、その第三者営利行為に関する許諾取得ないし使用料支払いの義務を当該営利第三者の負担とする発想は、生徒演奏に関し、音楽教室の第三者営利を原因とする著作権侵害に基づく金銭賠償(使用料支払い)の義務を当該第三者に負担させる考え方と、軌を一にするものといえよう。

以上の考察によれば、第三者たる音楽教室の営利発生を理由とする生徒演奏の著作権侵害の評価に際し(38条1項の非営利性要件の未充足)、金銭賠償ないし使用料支払の義務の負担者を演奏主体たる生徒自身と解することは

妥当ではなく、生徒演奏の行為と密接不可分に営利を獲得し、かつ、その違法評価の原因を与える音楽教室が、その責任を負うと解するのが妥当というべきであろう。

（2）非営利演奏の無許諾許容と営利第三者の有償義務

そうすると、前段Ⅲ.1での考察（生徒演奏に対する差止請求の排除）も踏まえるならば、非営利演奏を行う生徒は、教室内のレッスン演奏による演奏権侵害の効果として、差止請求と金銭賠償請求とのいずれに関しても、それらの義務の負担者として妥当ではないと解されるべきこととなる。

このような帰結が、とりわけ、第三者営利の発生時の金銭賠償負担のあり方において、制度論としても妥当性を有することを示唆する外国の立法例として、やはり、演奏権制限に関するドイツ法52条を指摘できよう。

すなわち、同条は、演奏主体の非営利演奏のもとで第三者営利が生ずる場合において、非営利演奏主体に対する差止請求権はこれを排除する一方で、金銭賠償請求との関係では、営利取得の第三者に対して、著作権者への報酬義務を負担させているのである（原初規定1項1号後段、現行規定1項4文）。

この点について、ドイツ最高裁の先例である前出1955年企業パーティー事件では、第三者営利の発生を理由に演奏権の無償制限を正当化し得ないケースにおいても、演奏権侵害に基づく損害賠償義務を、演奏主体（パーティー主催者）の負担としていたところであった⁽⁵⁵⁾。ところが、1965年現行法の立法理由書は、第三者営利のケースでは、非営利演奏主体が報酬義務を負担すべきではない点について、「営利取得第三者が存在する場合に、非営利主催者の報酬義務は妥当視されない」旨を述べている⁽⁵⁶⁾。そのうえで、第三者営利が発生する場合には、非営利演奏主体に対する差止請求が排除される一方で、営利取得の第三者が負担すべき金銭的な報酬義務が、制度化されたのである（原初規定1項1号後段）。

つまりドイツ法52条は、第三者営利が発生する非営利演奏に関して、非営利演奏主体にとっては無許諾、かつ、営利第三者にとっては有償の、演奏権制限制度ということである⁽⁵⁷⁾。

これを音楽教室事件の事実関係にあてはめてみるならば、音楽教室による第三者営利が発生する場合に、生徒演奏それ自体に対する差止請求は排除されるとともに、金銭賠償請求も、生徒が負担すべきものではなく、営利取得の第三者たる音楽教室が負担すべきものと解されることになろう。

第三者営利の発生を根拠とする生徒演奏による演奏権侵害の効果として、生徒への差止請求のみならず金銭賠償請求も妥当し難いとみる本稿の立場は、ドイツ法52条が先行的に明文化する同様の制度に、モデルを見出し得ると思われる。

3. 音楽教室の金銭賠償責任

では、第三者営利をもたらす違法な生徒演奏に関する金銭賠償(使用料支払い)の責任を、営利獲得主体である音楽教室が負担するとの考え方は、法的にはどのように構成することが可能であろうか。

生徒演奏の演奏行為者は生徒にほかならない。違法な演奏行為の実行行為者は生徒である。しかも、控訴審判決の認定に従えば、生徒演奏は、生徒の「任意かつ自主的な姿勢に任され」た演奏行為である。事実問題として、生徒演奏の実行それ自体に、音楽教室の意思的関与を認めることは困難といえよう。

しかし、これまでの考察からも明らかなとおり、生徒演奏の違法性は、法的には、生徒の非営利演奏の単独行為によって成立するものではなく、音楽教室の営利的な関与、より具体的には、生徒演奏の前提となる受講契約の締結および有料レッスンの提供の各行為を原因として成立している。

すると、音楽教室は、受講契約の締結および有料レッスンの提供行為を通じ、違法な生徒演奏の実行に加功し、演奏権侵害行為を惹起する幫助者であ

ると評価することが可能であろう。

そして、生徒演奏による侵害行為は、法的には、生徒の単独行為で成立するのではなく、音楽教室の上記行為と不可分な一体的関係のもとに生ずるのであるから、生徒と音楽教室とは、客観的にみて一体的な加害行為により（客観的関連共同性）、演奏権侵害を惹起しているものと解することが可能であろう。すると、音楽教室は、共同不法行為（民法719条）の効果として、その幫助行為、すなわち受講契約の締結および有料レッスンの提供行為を根拠として、生徒との一体的な加害行為によって生じた損害の全体について、賠償責任を負うとの帰結を得ることができよう⁽⁵⁸⁾。

そして、音楽教室において、生徒が生徒演奏の演奏権侵害行為をすること（無許諾のままに演奏を行うこと）を現に認識・認容しながら受講契約および有料レッスンを維持することは、侵害結果について故意の幫助と評価することが可能であろう。

また、そのような認識を欠く場合でも、従来判例に照らすならば、音楽教室の過失責任を認めることも可能であるように思われる。

すなわち、最二小判平成13・3・2民集55巻2号185頁ビデオメイツ事件は、演奏権侵害を惹起し得るカラオケ装置のリース業者に対し、リース契約の相手方が著作物の使用許諾契約を締結しまたは申込みをしたことを確認したうえで、カラオケ装置を引き渡すべき条理上の注意義務を負うことを明らかにしている⁽⁵⁹⁾。

そして、同最判は、その注意義務が肯定される根拠として、①権利侵害蓋然性高いカラオケ装置の提供、②被害法益の重大性、③侵害蓋然性高いカラオケ装置提供による営利、④著作権侵害の予見可能性、⑤侵害回避措置の実施可能性、を挙げている⁽⁶⁰⁾。

音楽教室にこれをあてはめるならば、それぞれ、①生徒演奏による演奏権侵害の原因行為（受講契約の締結および有料レッスンの提供）の提供、②は

同様、③権利侵害の原因行為提供による営利、④38条1項の非営利性要件の解釈を通じた演奏権侵害の予見可能性、⑤は同様、と解されよう。

したがって、上記最判の先例に照らすならば、生徒演奏による演奏権侵害の回避に向けて、音楽教室にも条理上の注意義務が肯定されるべき根拠は、優に認め得るように思われる。むしろ、音楽教室の場合、生徒演奏の違法性は音楽教室自身の行為（受講契約の締結および有料レッスンの提供）に法的に起因して初めて生ずるのであるから、その負担すべき条理上の注意義務は、カラオケ装置リース業者の場合⁽⁶¹⁾よりも、導きやすいと考えられる。

そして、このような音楽教室自身の行為と生徒演奏の違法性発生との密接な牽連関係に照らすならば、その注意義務の内容を、より厳格に構成することも可能というべきであろう。

すなわち、音楽教室の注意義務の具体的内容としては、①生徒が著作物の使用許諾契約を締結しまたは申込みをしたことを確認したうえで、受講契約を締結しまたは有料レッスンを提供する義務にとどまらず、さらに、有料レッスン開始後に生徒演奏の適法状態を維持すべきとの観点から、②生徒に使用料許諾契約の締結の事実が認められない場合には、受講契約の締結または有料レッスンの提供を中止する義務が含まれるものと、解することもできるように思われる。音楽教室には、こうした注意義務の懈怠を理由に、違法な生徒演奏による損害について賠償責任が認められよう。

また、音楽教室の損害賠償責任を構成するうえでは、侵害専用品（ゲームソフト改変用メモリーカード）の提供者に対し、その使用による同一性保持権侵害を惹起したものとして、不法行為に基づく損害賠償責任を認めた、最三小判平成13・2・13民集55巻1号87頁ときめきメモリアル事件も参考になろう。

同事件で最高裁は、主として、カード提供者が侵害発生（侵害専用品の使用）を「予期して」その提供行為を行ったこと、カード提供者の提供行為がな

ければ、「本件ゲームソフトの同一性保持権の侵害が生じることはなかった」ことを理由に、カード提供者が他者の使用による「侵害を惹起した」と述べて、不法行為に基づく損害賠償責任を認めている。

この最判は、侵害の実行行為者を明示せず、不法行為責任の枠組みでカード提供者の損害賠償責任を肯定したものである⁽⁶²⁾。したがって、幫助による共同不法行為の先例と解することは、必ずしも適切ではないだろう。しかも、侵害専用品の提供者の責任論である点で、そのような侵害行為への物質的寄与をなす者ではない音楽教室の場合とは、事案に相違がある。

しかし、音楽教室の場合、その営利的な受講契約の締結および有料レッスンの提供行為がなければ、生徒演奏による演奏権侵害が生じ得ない関係にあり、加えて、音楽教室は受講契約の締結と有料レッスンの提供に当たり、生徒演奏によって演奏権侵害が発生することを予期し得るであろう。ここには、音楽教室が侵害行為を誘発・惹起している点において、改変専用カードの提供者が同一性保持権を惹起する点との事案相違を超えた共通性を指摘できるように思われる。

すると、上記最判の先例に照らすならば、侵害専用品の提供者の場合と同様の構成により、音楽教室にも不法行為責任を承認することは可能であると考えられる。

そして、さらに、近時の不法行為理論に照らすならば、音楽教室には、生徒の演奏行為との関連共同性に注目するまでもなく、独自の不法行為責任（民法709条）を認めることも、困難ではないように思われる。

音楽教室の場合、その行為と侵害結果との因果関係はかなり明確であるといえる。音楽教室の受講契約の締結および有料レッスンの提供行為は、いま述べたとおり、生徒演奏の違法化に決定的な原因を与えていると解されるからである。換言すれば、音楽教室の当該行為がなければ「違法」な生徒演奏も発生しない関係にあるといえよう⁽⁶³⁾。すなわち、音楽教室の行為を単独の

行為と捉えた場合にも、生徒演奏による演奏権侵害ないし損害との個別的な因果関係は認められるように思われる。

すると、近時の不法行為理論を参照するならば、侵害結果ないし損害との個別的な因果関係が不明確な場合に被害者救済を目的に責任主体の拡大を図る共同不法行為（民法719条）の枠組みを用いるまでもなく、音楽教室の幫助行為を単独の行為と捉え、その因果関係において生じた生徒演奏による演奏権侵害の結果に対し、民法709条の一般不法行為の枠組みのもとで、その賠償責任を導くことも可能であるようにも解されるところである⁽⁶⁴⁾。

いずれにせよ、これまでの最判が示してきた著作権侵害に関する幫助者の共同不法行為ないし不法行為の構成の仕方に照らしても、音楽教室には、生徒演奏による演奏権侵害の結果としての損害の全部に関して、固有の賠償責任を認めることは困難ではないと思われる。

生徒演奏の侵害行為を理由とする金銭賠償を音楽教室が負担すべきとの本稿の考え方は、以上のように、法律論としては、音楽教室の不法行為責任（民法709条、719条）をもって構成することが可能であろう。

4. 小括

本稿では前段(Ⅱ)の考察をつうじ、生徒の教室内レッスン演奏については、音楽教室事件の控訴審判決の結論とは異なり、使用料請求権（使用料支払い義務）の発生を肯定し得る旨の結論を得ていた。

そして、上記(Ⅲ.1～3)の考察を踏まえるならば、生徒演奏による演奏権侵害の結果に対しては、生徒自身は、自身の非営利演奏に対する差止請求やその金銭賠償請求を受けるものと解されるべきではなく、その一方で、音楽教室に対しては、生徒行為との関連共同による共同不法行為（民法719条）または単独の不法行為（民法709条）に基づく損害賠償義務として、演奏使用料に相当する金銭賠償の全部を請求し得るものと解されるべきこととなる。

そうすると、生徒の教室内レッスン演奏について肯定される使用料請求権は、その実質は、生徒演奏に伴う演奏権侵害の結果に対して、音楽教室が、その共同不法行為または不法行為に基づき負担すべき、使用料相当額の損害賠償責任を意味すると解するのが妥当ということになろう。

IV. 結語

1. これまでの考察の要約

音楽教室の事業遂行に不可分に組み込まれた生徒の教室内レッスン演奏に関して、他者の著作物の使用料支払い義務が否定されたとしたならば、この結論において、教室内の生徒演奏は、家庭内の自主演奏と選ぶところがないこととなる。しかし、このような帰結は、営利事業への直接的寄与の有無という、双方の演奏行為の社会的・経済的意味の決定的相違に照らし、すでに矛盾を抱えたものと見るべきではあるまいか。

音楽教室事件の控訴審判決に接した得られた、このような素朴な疑問に促され、本稿は、その疑問に法的な裏付けを与えようと考え、若干の考察を試みたものであった。

ここに、その考察から得られたいくつかの成果を圧縮してまとめれば、つぎのようになる。

1. 生徒の教室内レッスン演奏は、「公衆」に当たる担当教師に向けて、その面前において「直接」に、著作物の表現上の本質的特徴を「聞かせるため」に行われる演奏であると解されるから、著作権法22条の定める演奏権該当行為と評価することができる。
2. 生徒の教室内レッスン演奏は、第三者たる音楽教室の営利を目的とするものと解されるから、著作権法38条1項の「営利を目的とせず」との非営利性要件を満たす演奏とは解すべきではなく、

同条の無償制限による自由演奏が許される行為とは考え難い。

3. 生徒の非営利演奏による公益実現を図りつつ、音楽教室の第三者営利による公益矛盾を排除するためには、第三者営利の発生を根拠に38条1項の適用が排除される生徒演奏については、差止請求の対象とされるべきではなく、金銭賠償請求のみが認められるべきである。
4. 生徒の非営利演奏に違法評価の原因を与え、かつ、その原因たる第三者営利を得るのは音楽教室であるから、生徒演奏の著作権侵害に基づく金銭賠償義務は、音楽教室がこれを負うものと解するのが妥当である。
5. 音楽教室に課されるべき金銭賠償義務は、生徒演奏による演奏権侵害の結果としての使用料相当額の損害につき、音楽教室が負うべき共同不法行為責任(民法719条)または一般不法行為責任(民法709条)として、法律構成が可能である。

2. 控訴審判決の結論との抵触をいかに評価すべきか

本稿の考察を通じ、音楽教室内の生徒演奏については、まさに家庭内自主演奏には欠けた、その本質的特色である音楽教室への営利的寄与(第三者営利性)を主たる根拠として、筆者の疑問を裏付ける法律解釈も、十分に可能であることが明らかになったように思われる。

生徒の家庭内自主演奏については、著作物使用料の支払い義務は生じ得ないと考えられる一方で、営利音楽教室における生徒のレッスン演奏に関しては、それを否定した控訴審判決の結論とは異なり、著作物使用料の支払い義務は肯定すべきであり、また、その義務負担者は、生徒の非営利演奏の前提となる受講契約の締結ないし有料レッスンの提供を通じて営利を取得する音楽教室と解すべきであるとの結論を、本稿の考察は得たことになる。

等しきものは等しく、等しからざるものは異に、との平等原則は、音楽教室の生徒演奏と生徒の家庭内自主演奏とをめぐる著作権法解釈にも、妥当していたものと解することができよう。

規範的利用主体論のもとでの控訴審判決の結論は、上記のとおり、これと異なるものであり、生徒演奏は、他者の著作物の使用料の支払い義務を負わない点において、実質的に、家庭内自主演奏と異ならないことを意味するものであった。

しかし、注意しなければならないことは、その結論は、あくまで規範的利用主体論という、特殊な解釈論の議論の文脈において得られた結論であった点である。控訴審判決の上記結論が、著作権法体系の全体の論理ないし解釈論とも整合し得る旨の断定を、特殊な議論を前提とする控訴審判決をもって直ちに導くことは、困難というべきであろう。

そもそも、一方の論理に照らして得られた結論が他方の論理に照らせば矛盾を生じることになることは、それぞれの論理が特定の異なる系を構成している場合、あるいは、一方の論理が特定の問題領域にのみ妥当するものとして構成されている場合には、不思議ではないであろう。

規範的利用主体論とは、物理的・自然的な著作物利用主体とは異なる者を利用主体と捉えようとする特殊な文脈で用いられる、特殊な規範的解釈操作であると解される。これに対し、本稿の問題意識は、すでに述べたとおり、規範的利用主体論とは議論の文脈を異にするものであった。本稿の推論に用いた論理は、規範的利用主体論の論理とは系を異にするものといえる。

したがって、本稿の考察が、控訴審判決のそれと異なる結論を得たことは、何ら驚くには値しないであろう。

3. いずれの結論を妥当と解すべきか

しかし、共通の事実関係に対する法解釈の結論が異なる以上、それを放置することもまた、法解釈論としては妥当ではないのであろう。そのような放置は、「紛争の解決」という法律の存在意義に、矛盾を生じさせてしまうからである。

そこで、問題は、いずれの結論が法体系全体の論理に照らして、あるいは、本件事案の解決のための論理として、支持を得やすいのかという観点であろう。

この点で、規範的利用主体論は、「侵害主体」すなわち著作権法112条1項の差止請求の対象者（「侵害する者」）を見極め、確定する点に、最大の効力を発揮する解釈論であったことを忘れるべきではないであろう。反対に、事案における請求内容が、差止請求ではなく、金銭的な使用料請求にとどまる場合は、その請求の相手方（被請求者）について、規範的利用主体論のもとで「侵害主体」性を検討する意義・実益は少ないともいえよう。

というのも、使用料請求は金銭賠償請求を意味するから、仮にこれを民法719条の共同不法行為で構成する場合、先にも考察したとおり（Ⅲ.3）、近時の民法学説の共通理解によれば⁽⁶⁵⁾、被請求者の行為に、他者の侵害行為との間で関連共同性が認められるならば、その被請求者の行為は、すでに同条所定の「共同行為」として、侵害結果との間の個別の因果関係を問われるまでもなく、また、著作権法112条1項の「侵害行為」の認定を要するまでもなく、その被請求者に対し、損害（使用料）の賠償を請求し得ると解されるからである⁽⁶⁶⁾。

ところが、この規範的利用主体論のもとで生徒演奏の使用料請求権を否定した控訴審判決は、生徒演奏に対する差止請求の争いに対して述べられた裁判ではない。当事者の争いの焦点は、あくまでも金銭的な使用料請求権の存否であり、生徒演奏に対する差止めの論点とは無縁であった。

すなわち、音楽教室事件の場合、当事者間の請求をめぐる紛争解決に際して使用された論理枠組みが、その請求権の存否を吟味するに過不足なく相応しいものであったかの点に、すでに疑問がある。もう少し踏み込んだ言い方をするならば、使用料請求権の存否に関する争いの議論として、果たして規範的利用主体論まで要するというべきかの点において、すでに疑問も生じ得るところである。

これに対し、本稿を促した疑問は、控訴審判決の結論にのみ着目し、もっぱら演奏使用料の支払い義務に関する金銭的な請求権の存否の点に、生ずるものであった。その問題提起は、本件事案の紛争内容に過不足なく合致した範囲に、とどまるものといえる。

しかも、著作権法の体系において、金銭的な使用料請求権は、物権的な差止請求権と比較した場合、著作権という財産権の、より本質的で不可欠な内容をなしているとも考えられる。そのことは、著作権の制限規定（著作権法30条以下）が、例外なくその差止請求（許諾権）の効力を否定し得ても、一部に補償金（報酬）請求の制度を設け、金銭的な請求権については、これを最低限の財産的利益の保障手段として確保している点にも、窺われるように思われる⁽⁶⁷⁾。

そうすると、財産権たる著作権にとって、より本質的な使用料請求権の存否について、もっぱらその判断に過不足のない論理のもとに検討して得られたのが、本稿の結論であったと解される。これに対し、控訴審の結論とは、財産権のプライオリティとしては相対的に劣後し得る差止請求権の見極めにこそ意義を有する規範的利用主体論の成否について、しかも、差止請求権の見極めを要しない事案との関係で、検討して得られたものであったと解することができる。両者の結論には、このように、明らかに異なる評価を与えることが可能である。

以上のような事情を踏まえるならば、両者の結論が矛盾・抵触を示すとし

ても、著作権法の体系論および本件事案の解決に用いられた論理の適否の観点からすれば、本稿の結論を採用することが妥当であると思われる。

そして、このことは、生徒演奏に関して使用料請求権の発生を否定した控訴審判決の結論が、たとえ規範的利用主体論のもとでのひとつの解釈の帰結であるとしても、著作権法の体系論の観点からは矛盾を抱えたものであり、妥当とは言い難いことを意味するものと思われる。

- (1) 東京地判令和2・2・28(第一審)および知財高判令和3・3・18(控訴審)。控訴審判決後、両当事者が上告受理の申立てを行っているとの由である。
- (2) 主な評釈として、上野達弘「音楽教室と著作権」L&T88号(2020年)20頁、小泉直樹「音楽教室における音楽著作物の利用主体」ジュリ1545号(2020年)8頁、土肥一史「音楽教室事件」コピライト711号(2020年)22頁、横山久芳「音楽教室等における著作物の実演をめぐる法律問題」法学教室479号(2020年)57頁、橋本阿友子「音楽教室裁判にみる著作権法の諸問題」ジュリ1547号(2020年)79頁、安藤和宏「音楽教室における演奏について、演奏主体が音楽教室事業者であるとされた事例」東洋法学64巻3号(2021年)125頁。
- (3) 主な評釈として、小泉直樹「音楽教室における演奏主体」ジュリ1560号(2021年)8頁、金築誠志「音楽教室事件」コピライト724号(2021年)34頁、横山久芳「音楽教室における演奏に対する演奏権の行使」NBL1200号(2021年)64頁、安藤和宏「音楽教室における生徒の演奏に対して、演奏権侵害が否定された事例」東洋法学65巻1号(2021年)203頁、匿名記事「判例特報」L&T92号89頁。
- (4) 生徒演奏こそが音楽教室事件における規範的利用主体論の中核問題である旨の指摘として、上野・前掲L&T88号28頁、38頁。
- (5) 加戸守行『著作権法逐条講義〔6訂新版〕』（著作権情報センター、2013年）73頁。
- (6) このように、生徒演奏による「音楽教室への利益帰属」の点が本稿の問題意識を導く核心的要素といえるが、第一審および控訴審が論点とした規範的利用主体論との関係では、まさに、この利益帰属の要素を同規範的解釈を導く考慮要素に加えるべきか否か、そしてその「利益」と著作物利用との因果の距離は、論点となる問題である(参照、上野・前掲L&T88号29頁)。控訴審判決も、生徒演奏に関する音楽教室の規範的主体性を否定する一つの論拠として、音楽教室への帰属利益が生徒演奏による著作物利用との対価関係を欠くことを挙げている。
- (7) これに対し、橋本・前掲ジュリ1547号84頁は、第一審判決に対する評価として、生徒演奏に演奏権の効力を排除することが「実態」に即し、著作権法の目的にも整合する旨を述べている。しかし、「実態」の意味が必ずしも明らかでない。事実問題としては別論、法的には、音楽教室に使用料徴収を開始したのはごく最近であって、音楽教室の営利を生み出す生徒演奏が、本稿に展開を試みるような、著作権法38条1項の制限を受け得るかの解釈論議が存在しなかったのが、むしろ法的な「実態」ではあるまいか。

- (8) 小泉直樹「演奏による音楽著作物の利用」慶應法学44号(2020年)93頁。
- (9) 小泉・前掲慶應法学44号96頁。
- (10) 放送番組の遠隔複製サービスに関してサービス提供者の規範的な複製主体性を肯定したロクラクⅡ事件最判も、物理的な複製主体であるサービス利用者の行為に関する判断とは、何ら関係を有しないものであると解されている(最判解民事篇平成23年(上)75頁〔柴田義明〕)。これになぞらえて述べれば、本稿は、教室内での生徒演奏に関して音楽教室の規範的な利用主体性を検討した第一審・控訴審の判断とは別個に、教室内での生徒の物理的な演奏行為を検討するものである。
- (11) 金築・前掲コピーライト724号40頁では、「本判決の論理には、多少わかりにくい部分があるが、生徒の演奏を教室経営者の演奏と同視できないとした結論は、一般の感覚に合致するところがあるように思う」と述べられている。
- (12) 第一審判決が、規範の利用主体論の観点から導いた生徒演奏に関する侵害＝違法性の結論に対しては、これを疑問視する見解もみられるが(上野・前掲L&T88号33頁、橋本・前掲ジュリ1547号82頁、安藤・前掲東洋法学64巻3号133頁以下)、そのような見解も、規範の利用主体論としての疑問にとどまり、物理的な生徒演奏それ自体の考察を踏まえたものと解することは適切でないであろう。
- (13) 上野・前掲L&T88号28頁、38頁。
- (14) 加戸・前掲書187頁。
- (15) 生徒演奏の聞き手をその生徒自身とする第一審の捉え方に対しては、金築・前掲コピーライト724号41頁は、『『自分に聞かせる』』という言い方が全くないわけではないと思うが、一般的な用法では『聞かせる』相手は他者である』と批判的に評価している。
- (16) 現に控訴審判決は、「念のために付言すると」と述べたうえ、仮に生徒演奏に関し音楽教室を規範的演奏主体と解するならば、教師を聞き手とする生徒演奏の「本質」に照らし、当該生徒演奏は規範の利用主体論のもとでも演奏権該当行為を構成し得ない旨を、判示している。
- (17) 小泉・前掲慶應法学44号97頁によれば、演奏権は著作物の表現を知覚・享受するための演奏行為におよぶとの理解を前提に、「音楽著作物の表現を知覚・享受するため」の生徒演奏は演奏権の対象行為と解され、また金築・前掲コピーライト724号41頁によれば、「聞かせる目的」に、聞き手への官能的感動付与等の「実質的な要件を付加することには、無理がある」と解されている。

- (18) 演奏権の許諾申請時の演奏技量に官能的な感動付与の要素を欠くとして演奏権該当行為が生じ得ないと評価されたのちに、実際の演奏行為においては十分な演奏技量を発揮して官能的な感動付与を実現するケースなど。
- (19) 加戸・前掲書73頁。
- (20) 加戸・前掲書73頁、中山信弘『著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2020年）312頁。
- (21) 加戸・前掲書187頁は、不特定のコンサート客や通行人に聴かせる目的の演奏であれば、結果的に聴く者がいない場合にも公衆演奏に該当する旨を説いている。
- (22) 最判解民事篇平成23年（上）55頁〔山田真紀〕。
- (23) このように解すると、卓越した演奏技法を有した特定の演奏家に師事しその「余人をもっては代え難い」演奏技法の教授を目的にレッスンの受講契約が成立する場合には、生徒演奏は公衆演奏と解されず演奏権該当行為とならないと解されるが、このような帰結は、著作権法の観点からすれば新たな実演家とその実演の創出にも寄与することであり、また音楽家ないし演奏家の養成に関する社会的実態ないし社会通念に照らしても、許容されるところであろう。
- (24) 山田・前掲最判解50頁。
- (25) ある事業会社が演奏会主催者として自社の商品購入者向けに演奏を行う場合などが容易に想定されよう。
- (26) 同事件は、ダンス楽曲の聞き手である受講生の公衆性を肯定するにあたり、その受講契約の一般的開放性に加え、「受講生に対する社交ダンス指導に不可欠な音楽著作物の再生は、組織的、継続的に行われるものであるから、社会通念上…公衆に対するものと評価するのが相当」と述べている。
- (27) 公衆とはそもそも規範的概念なのであるから、その解釈にこのような教師という主体を規範的に音楽教室と同視した解釈を踏まえることも許されよう。
- (28) これに対し、匿名・前掲L&T92号89頁は、この付言の「本意」を、規範的利用主体論によらずとも、音楽教室における生徒演奏に演奏権侵害の余地はない旨の説示である点に捉えている。しかし、物理的・自然的な侵害主体の観点ではなく、もっぱら規範的利用主体論の観点から生徒演奏の侵害可能性を検討した判旨が、物理的・自然的な観点から生徒演奏の法的評価を行っているとしたら、審理不尽と解されないであろうか。
- (29) この点に関して、横山・前掲NBL1200号70頁は、規範的利用主体の判断に関わらず生徒演奏に演奏権行使が認められない旨を述べているが、控訴審の判断対象は規範的利用主体論の成否に限定され、物理的・自然的な観点から生

徒演奏を評価するものではないから、後者の観点からの演奏権行使の否定までも意味するものではないのであろう。

- (30) 上野・前掲 L&T88 号 27 頁、橋本・前掲ジュリ 1547 号 80-81、84 頁、安藤・前掲東洋法学 65 卷 1 号 215 頁。
- (31) これに対し、例えば商品の販売促進を目的とする商品説明会での音楽演奏が将来の商品売上げを増大させる場合には、現に行われる演奏行為が購買の動機形成に寄与するのであるから、現在の営利を目的とする演奏行為と解されよう。
- (32) BGHZ 17, 376, GRUR 1955, 549-Betriebsfeiern (Urteil vom 24. 06. 1955).
- (33) この点の指摘として、安藤・前掲東洋法学 65 卷 1 号 (2021 年) 214 頁。
- (34) 本山雅弘「著作権法 38 条 1 項の解釈と第三者の営利」『現代社会と著作権法 [斉藤博先生御退職記念論集]』(弘文堂、2008 年) 73 頁。
- (35) 本山・前掲書 82 頁。
- (36) 小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として [再刊]』(第一書房、2010 年) 167 頁は、同条の解説として、「この利用自由は、公益のためにする著作権制限の目的を、最も明からさまに表現した事項である」と述べ、同書 168 頁は、「なお法文には『公益目的』と言うことを明言はしていないが、本号の置かれた立法精神に鑑みて、その興行の行われる動機乃至目的が、…公益目的のためなることをも合せて要件としたものと、解釈すべきであると考える」と述べている。
- (37) 本山・前掲書 77-78 頁。
- (38) 本山・前掲書 79-81 頁。
- (39) 本山・前掲書 81-82 頁。BVerfG GRUR 1980, 44-Kirchnemusik (Beschluss vom 25.10.1978) は、ドイツ現行著作権法 52 条 1 項 1 号前段(原初規定)が演奏権制限の要件として定めた、「主催者の非営利性」、「演奏会参加者の無料性」および「実演家の無報酬性」の 3 要件の機能について、「その催しが公益に関する事実関係に寄与することの、徴候(Indiz)である」と述べている。
- (40) 本山・前掲書 82-83 頁。
- (41) 詳細は、本山・前掲書 84-90 頁。
- (42) BGHZ 17, 376, GRUR 1955, 549-Betriebsfeiern. 第三者レストランの飲食物売上げに寄与する無料演奏会に演奏権の無償制限が妥当し得ないことを、「一般経験則によれば…パーティーでのダンス楽曲や娯楽楽曲は、それを欠く場合と比べ、多数の参会者がまずはそれに参加しかつそこに長時間留まることを顕著

に促すのであって、それによって、ホール経営者の飲食の売り上げが増加するのが通例である。しかるに、こうした第三者の営利事業の間接的な促進は、そうしたパーティーに著作権法27条1項前段の適用を排除するのに十分である」と判示している。

- (43) この点に関し、1965年の現行ドイツ著作権法の立法理由書は、公式判例集に掲載された1955年企業パーティー事件を引用したうえで、「もっとも、このようなケースにおいて、著作者への使用料支払い義務を、営利目的を欠く主体に課すことは正当化されないと考えられる。他方で、演奏の催しとその収益目的に寄与するところの第三者に、著作者に対する相当報酬の支払い義務を課すことは、正当化されるであろう。」と述べている。Vgl., Begründung, BT-Drucks, IV/270, abgedruckt im UFITA 45, 1965 II, S.286.
- (44) BGHZ 17, 376, GRUR 1955, 549, 551-Betriebsfeiern.
- (45) 横山・前掲 NBL69-70 頁。
- (46) 生徒が受講料を支払っておきながらレッスンを全欠席し生徒演奏が行われなといった、常識的にも稀と解されるケースは論外とする。
- (47) 現行著作権法制定時の検討過程に関する調査研究委員会『著作権及び隣接権に関する法律草案(文部省文化局試案)コンメンタール[著作権研究所研究叢書別冊]』（著作権情報センター、2021年）303頁。
- (48) 加戸・前掲書302頁。
- (49) もっとも、第三者営利の発生の場合に無償制限を否定したドイツ法のリーディングケースである BGHZ 17, 376, GRUR 1955, 549-Betriebsfeiern では、第三者レストランでの従業員向け無料演奏の行為に対して、差止請求を認めている。
- (50) このような発想は、演奏権制限に関するドイツ法52条が、第三者営利が発生する公益的利用場面において、演奏利用主体による当該公益的利用を排他権の対象から排除する一方で、営利取得第三者に著作者への報酬支払い義務を課すことと(原初規定1項1号後段、現行規定1項4文後段)、軌を一にするとはいえよう。
- (51) このような発想に示唆を与えるものとして、BVerfG GRUR 1980, 44 (Beschluss vom 25.10.1978) -Kirchenmusik は、1965年の現行著作権法の立法理由書を引用して、「著作者の排他権が、優越する公益を考慮してその限界を見出さなければならない多くのケースにおいても、著作者にはその著作物の使用に関する報酬請求権が保障されるというのである。というのも、著作権の禁止

効は公益にしばしば対立するけれども、それに対して、自己の著作物の利用から相当な対価(Nutzen)を引き出す作者者の経済的利益は、公益との対立はないからであるというのである。」と判示している。

- (52) もちろん、立法論としては、第三者営利が生ずる場合に、無許諾制限は維持しつつ(禁止権ないし差止請求効果の排除)、作者者の経済的利益を確保する手段として補償金請求権の創設(金銭賠償請求の承認)して有償制限への改正が考えられるところであり、そのような立法論との関係でも、本文のような整理は有益であろう。
- (53) もっとも、第三者営利の発生の場合に無償制限を否定したドイツ法のリーディングケースである、前掲 BGHZ 17, 376, GRUR 1955, 549-Betriebsfeiern では、第三者レストランでの従業員向け無料演奏を行う企業、すなわち演奏主体本人に対して、損害賠償請求を認めている。
- (54) 現行著作権法制定時の検討過程に関する調査研究委員会『著作権及び隣接権に関する法律草案(文部省文化局試案)コンメンタール[著作権研究所研究叢書別冊]』(著作権情報センター、2021年)306-307頁。
- (55) BGHZ 17, 376, GRUR 1955, 549-Betriebsfeiern. もっとも、同事件でドイツ最高裁は、訴外営利レストランの第三者営利の発生を根拠に、演奏権の制限規定(ドイツ旧著作権法27条1項)の適用を排除するとともに、従業員向けの企業パーティーそれ自体の間接的な営利性をも根拠に、同制限規定の適用を排除している。よって、第三者営利の発生のみを根拠として演奏権制限が否定される場合にも、演奏主体がその損害賠償義務を負担すべき旨の判旨と解し得るかは、必ずしも明らかではない。
- (56) Begründung, BT-Drucks, IV/270, abgedruckt in UFITA 45, 1965 II, S.286.
- (57) なお、演奏主体(演奏主催者)が営利目的の場合に禁止権が行使される(許諾を要する)一方で、第三者営利が発生する場合には禁止権が制限される(許諾を要しない)理由について、立法理由書に言及はないが、憲法裁判所は、1978年の BVerfG GRUR 1980, 44-Kirchnemusik 事件で「この相違の説明としては、主催者のみが著作物の選択に影響を有する一方で第三者はそれに欠け、むしろ第三者には著作者の同意の取得を期待できるとの事情が可能である」と判示している。
- (58) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂、1992年)195-196頁、潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』(有斐閣、2011年)164頁以下、森田宏樹「判批」著作権判例百選〔第6版〕(2019年)181頁。音楽教室の幫助行為すなわち受講契約の締結お

よび有料レッスンの提供行為のうち、特に後者の行為は、生徒演奏による侵害行為がなされる場所および時期において客観的に一体になされるのであるから（場所的・時間的一体性）、潮見・上掲書166頁が「強い関連共同性」として類型化する共同不法行為と解することができよう。

（59） 最判解民事篇平成13年（上）179頁〔高部眞規子〕。

（60） 高部・前掲注59最判解196-197頁。

（61） リース業者はカラオケ装置の他者の使用による権利侵害を惹起するものとはいえても、自らのリース行為が法的原因となって侵害が発生するわけではない。

（62） 最判解民事篇平成13年（上）126-128頁〔高部眞規子〕。

（63） ただし、生徒演奏の演奏回数に応じて音楽教室が取得する営利が増加する関係にはないし、生徒演奏はあくまで生徒の任意かつ自主的な行為なのであるから、音楽教室と生徒演奏との間に、幫助と実行行為の関係を越えた、いわば共同正犯的な関係を認めることは、困難と解されよう。

（64） 潮見・前掲書173-175頁、同「著作権侵害にける『間接侵害』の法理」コピライト557号7-8頁、森田・前掲著作権判例百選181頁。

（65） 潮見・前掲コピライト557号7頁、森田・前掲著作権判例百選181頁。

（66） 本文にも論及した平成13年のときめきメモリアル事件最判も、事案の請求内容が損害賠償にとどまる以上、その事案解決にあたり、規範的利用主体論の採否について立場を明示する必要がない旨を、よく示唆する判例と理解することができる。参照、高部・前掲注62最判解127頁。

（67） 中山・前掲書725頁は、著作権に関する差止請求権の意義を、権利者の交渉力の確保という、主として法技術的な側面に認めたいうえで、このような技術的側面からの必要性を措けば、差止請求権がない著作権も、「理論上は背理とはいえない」と述べている。この見解にも、財産権のプライオリティにおいて、金銭的な請求権に対し相対的に劣後し得る差止請求権の位置づけを認め得る。