

著作隣接権の理論

—ドイツ比較法を基礎とするわが国の「著作隣接権」概念の解釈

筑波大学審査学位論文（博士）

2019

本山 雅弘

筑波大学大学院
ビジネス科学研究科 企業科学専攻

目 次

第1部 問題の所在	1
第1章 「著作隣接権」概念の意義に対する疑問—本研究の課題	1
第2章 本研究の構成	4
第2部 ドイツ著作隣接権概念の意義	7
序章 考察の方法と用語	7
第1章 著作隣接権概念の生成背景	8
第2章 著作隣接権概念の生成	13
第1節 給付保護権 (Leistungsschutzrecht) 概念の誕生期	13
第1項 エルスターの問題提起	13
(1) 序	13
(2) 「著作権の競争的限界づけと内的限界づけ」 (Die wettbewerbliche und die immanente Begrenzung des Urheberrechts, GRUR 1926, S.493ff.)	14
(3) 「二次創作的芸術家の著作権なるものは存在するのか？」 (Gibt es ein Urheberrecht des nachschaffenden Künstler ?, GRUR 1927, S.42ff.)	16
(4) 「著作権に代わる雛型保護—間近に迫った法改正についての緊要な課題」 (Musterschutz statt Urheberrecht – Eine dringende Frage für die bevorstehende Gesetzesreform, JR 1928, S.276ff.)	19
(5) 「著作権の真の国際的統一および個別の国内著作権法の改正にむけた必須の基礎的問題」 (Notwendige Vorfragen für eine wirkliche internationale Angleichung des Urheberrechts, sowie für die Reform einzelstaatlicher Urheberrechtsgesetze, GRUR 1929, S.71ff.)	22
(6) 「実演家の給付保護権」 (Das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers, UFITA 1930, S.574ff.)	24
(7) エルスター所説の総括	26
第2項 学説の反応	27
(1) 序	27
(2) ホフマンの見解① (Studien zur Revision der Rev. Berner Uebereinkunft, V. Das Urheberrecht des nachschaffenden Künstlers, GRUR 1927, S.69ff.)	29
(3) ホフマンの見解② (Gedanken zur Systematik eines deutschen Urheberrechtsgesetzes, GRUR 1931, S.706ff.)	30

(4) ホフマンの見解③ (Das Schallplattenkonzert der Rundfunkgesellschaften, GRUR 1932, S.44ff.)	33
(5) バウムの見解 (Rundfunk und Schallplatte, GRUR 1932, S.259ff.)	34
(6) 学説反応の総括	35
第3項 まとめ	36
第2節 給付保護権概念の揺籃期	37
第1項 序	37
第2項 産業的権利保護としての給付保護権	38
第3項 ホフマンの法律草案	40
(1) 序	40
(2) 給付保護概念の成文化	40
(3) 給付保護概念の意義	42
第4項 エルスターによる理論展開	44
(1) 価値的基準論の支持	44
(2) 「隣接的権利領域」の概念の発見	46
(3) 著作権法体系の基本構想と著作隣接権概念の生成	48
第5項 法改正の提案内容にみる新概念の使用	52
(1) 1931年 GRUR 協会陳情書	52
(2) 1932年・1934年ライヒ司法省草案	54
(3) 1939年ドイツ法アカデミー草案	56
第6項 まとめ	60
(1) 給付保護権概念の理論射程の拡大	60
(2) 価値的基準論の生成と給付保護権概念の意義の再構成	60
(3) 著作隣接権概念の生成と同概念を要する問題意識の一般的共有	62
第3節 総括	62
第1項 著作隣接権概念の生成意義	62
第2項 生成意義の解明作業の不可欠性	65
第3項 再びホフマンの見解と新たな課題	68
第3章 著作隣接権概念の確定—複合的意義の探究	71
第1節 本章の課題	71
第2節 著作隣接権概念の生成意義の展開	72
第1項 意匠ないし応用美術の保護	72
(1) 意匠保護制度の著作隣接権の枠組みへの位置づけ	72
(2) ドイツ意匠法の性質—著作権法との段階的な関係	73
(3) 著作権法と旧意匠法の体系的関係と著作隣接権概念	77
第2項 写真の保護	78

(1) フープマンの体系論とウルマーの体系論	78
(2) 現行法の立法過程にみる写真の著作隣接権制度の意義	80
第3項 実演の保護	82
(1) フープマンの見解	83
(2) ウルマーの見解	84
(3) LUG2 条 2 項の性質論に関する最高裁判決	86
① 「フィガロの結婚」事件	86
② 「グラウンケ・オーケストラ」事件	89
③ 旧実演保護制度の人格権構成論による理解	91
(4) 現行法立法理由書の見解と現行法下の下級審裁判例における解釈論	92
① 現行法の立法理由書にみる見解	92
② 下級審裁判例における解釈論	93
(5) 学説の論争—解釈行為保護説と人格権保護説	95
① デュンバルトの解釈行為保護説	95
② ヘルティンの人格権保護説	97
(6) 連邦通常裁判所による解釈行為保護説の採用	98
(7) 実演保護における著作隣接権概念の意義	101
第4項 まとめ—生成意義の承継・維持	102
第3節 著作隣接権概念の発展的意義の解明	104
第1項 発展的・副次的意義の萌芽	104
第2項 レコード盤の著作隣接権とその意義	106
第3項 放送の著作隣接権とその意義	109
第4項 映画製作者に関する著作隣接権の発見とその意義	113
第5項 まとめ—発展的意義の中身	117
第4章 著作隣接権概念の意義	118
第1節 生成意義と発展的意義	118
第2節 結論とドイツ法学説および近年の法展開に照らしたその評価	121
第1項 結論	121
第2項 ドイツ法学説の到達状況に照らした評価	121
第3項 近年の法展開に照らした評価	123
第3部 1961年ローマ条約と著作隣接権概念との関係	128
第1章 検討課題	128
第2章 ローマ条約の概観	129
第1節 条約成立の沿革	129
第2節 最終草案および条約採択をめぐる議論	133

第3項 条約成立の背景に窺う著作隣接権概念の位置づけ	136
第3章 ローマ条約の規定内容と著作隣接権概念の欠缺	137
第4章 ローマ条約の規律対象と国内法の関係—その規律意図の存否	139
第1節 条約の原則的規律対象としての涉外関係 (international situations)	139
第1項 規律対象の原則	139
第2項 内国民待遇の定義	139
第3項 内国民待遇の限界	140
第4項 国内法に対する規律意図の欠如	142
第2節 条約の規律対象 (涉外関係) の理解をめぐる議論	143
第3節 まとめ	144
第5章 「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かり	145
第4部 日本の「著作隣接権」概念の意義	147
第1章 問題の所在および考察の方法	147
第2章 「著作隣接権」概念の他律的存在理由の存否	150
第1節 著作権保護基準—高度創作性を要請する創作性の程度論の存否	150
第1項 「著作隣接権」概念導入前の議論—学説	151
(1) 水野鍊太郎博士の見解	151
(2) 勝本正晃博士の見解	152
(3) 城戸芳彦博士の見解	153
(4) 小林尋次弁護士の見解	154
(5) 山本桂一博士および現行法立案者の見解	155
第2項 「著作隣接権」概念導入前の議論—裁判例	156
(1) 明治40年「通信省絵葉書複製」事件	157
(2) 大正3年「桃中軒雲右衛門」事件	157
(3) 大正8年「職業別電話帳」事件	159
(4) 昭和12年「訟廷日誌」事件	161
(5) 昭和26年「学習用日本地図」事件	162
(6) 昭和35年「簿記仕訳盤」事件	163
(7) 昭和35年「住宅案内図帳」事件	164
(8) 昭和36年「昆虫さし絵」事件	164
(9) 昭和46年「地球儀用世界地図」事件	165
(10) 施行後間もない現行法下の裁判例	166
第2節 著作権帰属論—職務著作制度	167
第1項 現行法の立法論議	168
第2項 制度創設前の学説	170

第3節 著作権帰属論—映画著作権の法定譲渡	174
第1項 現行法の立法論議	174
第2項 制度創設前の学説	178
第4節 まとめ—他律的存在理由の欠如	180
第3章 「著作隣接権」概念の自律的存在理由	184
第1節 考察の方法	184
第2節 「著作隣接権」の保護対象と創作的要素	186
第1項 立法資料の記述	186
第2項 旧著作権法上の対応制度とその趣旨継受	188
第3項 放送法制上の放送保護制度との相違	191
第4項 保護対象の特色からみた「著作隣接権」の制度趣旨	193
第3節 「著作隣接権」の保護対象と投資利益	195
第1項 投資利益を保護対象とする見解の由来	195
第2項 投資利益を保護対象とする立法論の可否	199
第4節 「著作隣接権」の保護主体	206
第1項 実演の保護主体	206
第2項 放送の保護主体	207
第3項 レコードの保護主体	209
第4項 保護主体の特色からみた「著作隣接権」の制度趣旨	212
第5節 まとめ—「著作隣接権」概念の複合的趣旨	213
第4章 「著作隣接権」概念の解釈	216
第1節 「著作隣接権」概念の理論的意義	216
第1項 これまでの考察成果と演繹の方法	216
第2項 他律的存在意義の欠如	217
第3項 自律的存在意義の欠如	217
第4項 結論	222
第2節 「著作隣接権」概念の社会的存在理由	224
第1項 社会的存在理由の探求の試み	224
第2項 日本人の法意識研究からの示唆	225
第3項 理論的な存在意義の解明は何故に意味を持ち得るか	228
第3節 「著作隣接権」概念の実践的意義—米国著作権法の著作権概念との比較	230
第1項 本節の課題	230
第2項 実演の保護	232
(1) 音声実演	232
(2) 映像実演	233
(3) まとめ	234

第3項 レコード (sound recordings) の保護	235
第4項 放送番組および番組編成行為の保護.....	239
第5項 米国法上の著作権概念との実質的同等性	240
第5部 「著作隣接権」概念をめぐる実践的解釈論.....	242
第1章 考察の課題と順序	242
第2章 実演の創作的要素	243
第1節 実演における創作的再現方法	243
第2節 制定法上の根拠	245
第3節 実演の保護内容と保護範囲	247
第4節 実演概念と著作物利用行為概念との関係	250
第3章 レコードの創作的要素	251
第1節 レコードによる原音の再現とその創作的要素.....	251
第2節 レコード製作者の解釈	255
第1項 裁判例における解釈対立.....	255
第2項 「職務レコード」承認論と投資負担者説との相違.....	257
第3項 投資負担者説の解釈論としての限界.....	259
第3節 レコードの複製権の解釈とサンプリング問題.....	261
第1項 複製権の効力範囲.....	261
第2項 サンプリング行為と複製行為の関係.....	263
第4章 放送「著作隣接権」の実践的意義と放送法制によるその代替的保護	266
第1節 問題の所在一放送「著作隣接権」をめぐる重複問題.....	266
第2節 「著作隣接権」が放送事業者を保護する意義.....	268
第1項 考察の課題.....	268
第2項 著作権の保護対象としての放送に係る音声・映像.....	269
(1) 個々のまとまりを持った音声・映像としての放送番組	270
① 解釈	270
② 裁判例	273
③ 小括	275
(2) 複数の放送番組の集合物としての番組編成	275
第3項 放送に係る音声・映像に対する「著作隣接権」保護の実践的意義	277
(1) 放送事業者がその制作に係る放送番組・番組編成を放送する場合	279
(2) 放送事業者が他者制作の放送番組をその番組編成のなかで放送する場合	279
(3) 放送事業者が外部制作の視聴覚作品または外国制作の放送番組を放送する場合	281

第4項 放送「著作隣接権」の実践的な存在意義に対する疑問	281
第3節 放送「著作隣接権」の代替的制度としての放送法の可能性	283
第1項 放送法と放送事業者の私益保護	284
(1) 検討の対象	284
(2) 旧放送法6条の再送信の同意制度の趣旨	285
(3) 有規法5条の再送信の同意制度の趣旨	286
(4) 有テレ法13条2項の再送信の同意制度の趣旨	287
(5) 放送法による放送事業者の私益保護の可能性	288
第2項 放送法による代替的保護の妥当性	289
第4節 結論と残された課題	292
結び	294

第1部 問題の所在

第1章「著作隣接権」概念の意義に対する疑問—本研究の課題

現行の著作権法（昭和45年5月6日法律第48号）は、その立法に際し、著作権、著作者人格権および出版権のほかに、旧著作権法（明治32年3月4日法律第39号）上存在しなかった唯一の権利概念として「著作隣接権」の概念を導入した。著作権法第4章は「著作隣接権」と題される。立法当初、実演家、レコード製作者および放送事業者の権利の総称として出発した「著作隣接権」は、1986年の法改正を経て、いまや有線放送事業者をもその権利主体に加えている。

ところで、現在の代表的な著作権法体系書の記述のなかに、「著作隣接権」概念の存在意義、すなわち、わが著作権法が著作権の概念とは別個に「著作隣接権」なる権利概念を必要とする理由を求めるならば、明示的には、つぎのような説明を得ることができる。

①実演家、レコード製作者および放送事業者は著作物の利用者であって著作物の創作者ではないことから、この実演家等に著作権の保護を与えることは理論的に無理である。ゆえに、著作権の枠外において実演家等の権利を設定する枠組みとして「著作隣接権」が必要となる¹。②著作権の客体は思想・感情の創作的表現物であって成果物であるのに対し、実演、レコード製作ないし放送・有線放送は知的な行為（Leistung）であって著作権の客体たる著作物とは峻別されなければならない。ゆえに、そうした行為を権利客体とするがために、著作権とは別途、「著作隣接権」を承認することとなる²。③実演、レコード、放送および有線放送は著作物に準ずる準創作物である。ゆえに、そうした準創作活動の奨励を目的として、著作権に準じた「著作隣接権」の創設が必要とされる³。

しかし、疑う余地のないかのごとく説かれたこれらの諸説も、著作権法体系全体の論理との整合性という観点からあらためて吟味するならば、それぞれつぎのような疑問を抱えていることに気づく。すなわち—

学説① この学説は、実演家等が既存の著作物の利用者であって自己の著作物の創作者でないことに、「著作隣接権」の意義なり必要性の根拠を認める。しかし、著作物の利用者たることと著作物の創作者たることが原理的に排斥しあう関係にないことは、既存の著作物の利用者たる翻訳者なり編集者が、翻訳の二次的著作物（著作権法2条1項11号）なり編集著作物（12条）の創

¹ 半田正夫『著作権法概説〔第14版〕』（一粒社、2009年）239頁。

² 斉藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）47・48頁、71・72頁。

³ 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）551頁。

作者となり得ることからも明らかである。しかも、著作権概念は、著作物なりその創作者を保護する権利概念として定義づけられるわけではない。この点は、職務著作制度（15条）および映画製作者への法定譲渡制度（29条）の存在からも、裏付けられよう。そうとすれば、この学説が「著作隣接権」の理論的必要という帰結を導くには、この翻訳者なり編集者とは異なりとくに実演家等の著作物の利用者が著作物の創作者たり得ない理由を、そして、著作権が制定法の定めとは異なり著作物の創作者の権利概念として限定されなければならない理由を、別途、示さなければならないはずである。しかるに、このような本学説の論理にとっての本質的理由が示されないのは何ゆえであらうか⁴。

学説② この学説は、「著作隣接権」の客体が、著作権の客体である「表現物」ないし「成果物」とは異なる「行為」である点に、「著作隣接権」の意義を求める。しかし、著作権法2条1項5号は、まず「著作隣接権」の客体たるレコードを「蓄音機用音盤…その他の物に音を固定したもの」と規定し、「思想又は感情を創作的に表現したもの」と定義される著作物（同2条1項1号）と同様に、抽象的な音の表現物と解している⁵。また、著作権法98条は、放送事業者が「その放送に係る音又は影像を…複製する権利を専有する」と規定し、放送に関する「著作隣接権」の客体が、「放送」の定義（同2条1項8号）の字句どおりに解される行為すなわち「無線通信の送信」ではなく、その送信行為の対象たる「音又は影像」という成果物であることを明らかにしている⁶。そうとすれば、「著作隣接権」の客体は、著作権の客体と同様に成果物なり表現物と解されるのであり、「行為」と「成果物」との峻別という構成に「著作隣接権」の固有の意義を求めることは、わが著作権法の文言からして難しいのではなかろうか。

学説③ この学説は、「著作隣接権」の固有の意義を、著作物に準ずる準創作物の保護に求めている。しかし、わが国の著作権法学説および実務に広く承認を得た解釈として、著作権の保護対象である著作物の概念は創作性の程度とは無関係であった⁷。したがって、この学説が著作物について用いる「準」な

⁴ 半田教授は半田・前掲書245,248頁でも、実演家等が著作物の創作者でない旨を説かれるが、やはりこの理由は示されない。また、同書73頁では、著作物の意義の観点から、実演の一形態である演奏・歌唱が「厳密には著作物とは考えられない」旨説かれるが、やはりそうした主張の根拠は示されないままとなっている。

⁵ 加戸・前掲書〔6訂新版〕28頁。

⁶ 加戸・前掲書〔6訂新版〕640頁。

⁷ 学説として、齊藤・前掲書77頁、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）12頁、花文雄『詳解著作権法〔第5版〕』（ぎょうせい、2018年）67頁、島並良ほか『著作権法入門〔第2版〕』（有斐閣、2016年）26頁〔上野達弘〕、高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）19頁など参照。また裁判例として、東京高判昭和62年2月19日無体例集19巻1号30頁「当落予想表」事件、東京高判平成11年9月30日判タ1018号259頁「古文単語語呂合わせ」事件、東京高判平成14年10月29日判例集未搭載「ホテルジャンキーズ」事件等。

り「準ずる」といったいわば程度概念は、著作権保護対象を限界づけるうえでの法技術的な意味を持ち得ないはずである。そうとすれば、法技術的に無意味な「準創作物」なり「準創作活動」を鍵概念とする「著作隣接権」の説明は、やはり法体系的に有意味な説明とはいえないのではなかろうか。

このようにわれわれは、現時点の著作権法理論が、この「著作隣接権」概念の意義について、いまだ法体系的観点からみて論理的な説明を手にしていないことを知るのである。「著作隣接権」なる概念がわが国の著作権法に規定されてすでに久しいが、「著作隣接権」概念が著作権概念とは別個に存在する意義について、意外なことに、これまでこのような問題意識なり理論的認識を示す見解はみられなかった。ごく近時の有力な体系書にしても、両権利概念の区別について理論的な不明確性を指摘するにとどまる⁸。それどころか、従来の学説には、上記諸説による説明を踏まえたうえで、多様な理論構成のもとに「著作隣接権」概念を著作権概念とは別に存置しておくことが、将来生じうる様々な保護対象を吸収するうえで、法体系として明解である旨を説く見解もみられた⁹。しかし、その個々の理論構成が、右のような疑問を抱え十分とはいえない以上、それに基づする「著作隣接権」概念をもって構成される法体系もまた、明解とはいえない難いと思われるのである。

ここに私は、「著作隣接権」概念の法体系的意義の探究を、わが国の著作権法理論に課された課題とみなしなければならないと考えるのである。しかも私は、この課題が、単に理論的関心のうちにとどまるものではなく、より実践的な意義をも担っていると考えている。というのも、これまで、出版者の出版行為なり版面形成行為の成果¹⁰、創作性を欠くデータベース¹¹、タイプフェイス¹²等、技術の発展に伴い保護の必要性が顕在化する新たな財貨の権利として、立法、学説あるいは裁判実務の各場面で、「著作隣接権」の主張がなされることがあった¹³。こうした主張は、昨今のデジタル・情報加工技術の爆発的な発展・普及を背景に、既存の法の枠組みに収まりきれない様々な情報財貨が出現するなかで、今後も衰えることはないであろう¹⁴。そうとすれば、その主張の実践的妥当性を吟味するに際しては、著作権法内に著作権による保護という一方の可能性が存在する以上、著作権保護と「著作隣接権」保護とのいずれが妥当かという問いが立てられるはずである。そして、この二者択一の問いに明快な解答を与える

⁸ 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）538頁。

⁹ 作作文雄『詳解著作権法〔第4版〕』（ぎょうせい、2010年）478頁。

¹⁰ 文化庁「著作権制度審議会第8小委員会報告書」（平成2年6月）42頁、「これからの著作権問題〔座談会〕」ジュリ 885号（1987年）37頁、松井正道弁護士発言。

¹¹ 吉田大輔「著作隣接権制度の形成と発展」横浜国際経済法学 4巻2号（1996年）236-238頁、中山・前掲書 540頁、島並ほか・前掲書 205頁〔横山久芳〕。

¹² 東京高判昭和 58年4月26日無体例集 15巻1号 340頁「ヤギ・ボード」事件被控訴人主張。

¹³ 比較法的にも、たとえばフランスでは、コンピュータ・プログラムおよびデータベースの著作権法内での保護をめぐる議論の当初（1980年代中頃）においてこの著作隣接権の主張が学説を中心に展開されたことも想起されてよい。Vgl. hierzu Knöbl, Alternative Schutzmöglichkeiten für die urheberrechtliche „kleine Münze“ in Frankreich, UFITA 2002 I, S.49,51.

¹⁴ 中山・前掲書 540頁は、立法論として「著作隣接権」のプロバイダー保護への拡張可能性にも言及する。

には、論理必然的に、著作権法が現に「著作隣接権」なる概念を著作権の概念とは別個に用意する理由、すなわち「著作隣接権」概念の固有の存在意義が問われることになる。われわれは、この意義を理解してはじめて、両権利概念の実体的比較と取舍選択とが可能となるからである。要するに、「著作隣接権」概念の意義の理論的探究という課題は、こうした、将来のわが著作権法体系像をいかに描くのかといった実践的課題とも、密接に関連しているのである。

第2章 本研究の構成

さて、現行著作権法の立法審議の過程で、「隣接権制度に関する事項を分掌」したとされる著作権制度審議会第五小委員会の審議（1962年）において配布された参考資料によれば¹⁵、同委員会がその当時すでに著作隣接権の概念を有する法制度として参照の対象とした外国法は、1936年制定のオーストリア著作権法¹⁶、1941年制定のイタリア著作権法¹⁷および1960年制定のスウェーデン著作権法¹⁸である。しかし、この参照の事実をもって、わが国の著作権法が「著作隣接権」の概念なり考え方を上記諸国の法制度より継受したと解することは、適当ではないであろう。なぜならば、その参照は、「著作隣接権」という概念の導入それ自体を検討する場面で行われているのではなく、「著作隣接権」という概念の導入を前提しその具体的な権利内容を定めるに際して行われているに過ぎないと考えられるからである。

他方、われわれはつぎの事実を知ることができる。すなわち、上記諸法の制定に先だち、すでに1920年代には、ドイツ著作権法学説において著作隣接権概念の萌芽が認められたというのである¹⁹。したがって、わが著作権法の「著作隣接権」の意義を探求するに際しては、その前提ないし手がかりとして、同権利概念の発祥地であるドイツ法が比較法研究の対象として選択されなければならない。

そこで本研究は、まず第2部において、後に展開されるわが国の「著作隣接権」概念の解明作業の前提として、ドイツに生成と発展をみた著作隣接権概念の意義の解明について基礎的な考察を行う。わが国では、これまで、著作隣接権概念の発祥地をドイツ法と見定め、そこに生じたこの特殊な権利概念の意義を特定しようとする問題意識は、少なくとも顕在的には見られなかったといえる。本研究の第2部の考察は、こうしたわが国における理論的な間隙をいささかでも埋め、さらには、本研究の主題で

¹⁵ 文部省・著作権制度審議会第5小委員会資料集（昭和40年3月）9-10頁、57頁。

¹⁶ Bundesgesetz vom 9. April 1936 über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), II. Hauptstück. Verwandte Schutzrechte.

¹⁷ LEGGE 22 Aprile 1941-XIX, n.633 - Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, TITOLO II. Disposizioni sui diritti connessi all'esercizio del diritto di autore.

¹⁸ Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, 5 kap. Vissa upphovsrätten närstående rättigheter.

¹⁹ Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954, S.158; Thoms, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, 1980, S. 316.

あるわが国の「著作隣接権」概念の意義解明にあたって、その不可欠の理論的な前提を与えることになろう。

ついで、本研究の第3部では、わが「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かり求めて、1961年に採択された「ローマ条約」すなわち「実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約（International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations）」について考察する。著作隣接権に係る国際条約としてローマ条約にわが国が加入を果たしたのは1989年（平成元年）である。それは現行法の施行後かなり時を経てのことであった。しかし、わが国の「著作隣接権」制度の創設もこのローマ条約と無関係であったわけではない。現行著作権法の立案担当者の体系書にも、わが「著作隣接権」制度がこのローマ条約を「土台」として創設された旨の説明もなされるところである²⁰。すると、わが国の「著作隣接権」概念の意義の特定という本研究の課題解明にあたり、このローマ条約の検討も無関心では済まされないはずである。

そして、本研究の第4部では、第2部および第3部の考察成果を踏まえ、本研究の課題である、わが国の「著作隣接権」概念の理論的な意義の解明について結論を得るとともに、そうした意義解明の成果について、法社会学の知見を借り、また、米国著作権法の著作権概念の保護機能との比較を通じ、補足と補強を行う。すなわち、本研究を通じて、わが国の「著作隣接権」概念には理論的な存在意義を見出し難いとの結論を得ることになるが、そうした、理論的な存在意義の欠如にもかかわらず現に制定法上の権利概念として社会的な存在を得ている事実について、法社会学上の知見を基に合理的な説明を試みるとともに、理論的な存在意義の欠如を、著作権概念による代替可能性に置き換え、米国の著作権概念の保護機能との実質的な同等性を手掛かりに、その可能性を検討しようと思うのである。

最後の第5部では、わが国の「著作隣接権」概念の意義に即して、実演、レコードおよび放送の各権利客体の保護の具体的なあり方について、実践的な解釈論を展開する。本研究の理論的な研究成果に実践的な解釈論を接続することにより、「著作隣接権」概念の理論研究が実践的解釈論にも有機的に関連し得ることを示すとともに、本研究のような理論的な問題意識に発する研究がともすると陥りかねない実践論との乖離を少しでも回避し、本研究の目的とする「わが国の『著作隣接権』概念の解釈」に実践的な意味を与えようと思うのである。

なお、すでにこれまでの叙述にも反映させたところであるが、本研究では、問題の焦点を明確にするために、同じく著作隣接権の名称のもとに語られる権利概念であっても、日本法のそれをカギ括弧を添えて「著作隣接権」と表記し、ドイツ法に生成・確立されたところの著作隣接権の概念と区別することにした。つまり、その生成地であるドイツ法理論の研究を通じ著作隣接権概念の意義を特定したうえで、当該意義を

²⁰ 加戸・前掲書 550 頁。

前提に、比較考察の手法により、わが国の「著作隣接権」概念の存在意義を考察するとともに、「著作隣接権」をめぐる実践的解釈を通じ、わが国の「著作隣接権」概念の意味するところを少しでも明らかにしようとするのが本研究である。

第2部 ドイツ著作隣接権概念の意義

序章 考察の方法と用語

著作隣接権なる概念を導入したドイツ現行著作権法（Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. September 1965）の立法が1965年であることから明らかなとおり、ドイツにおいて、すでに1920年代の学説議論にその萌芽を認められる著作隣接権概念が、制定法上のゆるぎない権利概念として実を結ぶまでに、第2次大戦期をはさみ、約40年の歳月を要している。

この第2部の研究では、ドイツに発祥した著作隣接権概念の体系的意義の解明を課題とするが、その考察の時期的範囲を、戦前期と戦後期とに分割した。その理由は、大戦終了の1945年が奇しくも著作隣接権概念をめぐる議論をおよそ前後20年に分割する時間的折り返し地点であるとの形式的事情と、およそ1945年を境に、学説上の議論の主要な担い手が変わり、また同概念の意義の内容にも、戦前期のそれとは明らかに異なる新たな展開および発展が認められるという、より実質的的事情にある。

すなわち、本研究は、戦前期の約20年をドイツにおける著作隣接権概念の「生成期」と位置づけ、それを戦後約20年の「確定期」と区別したうえで、まず、生成期に認め得る著作隣接権概念の意義、これを「生成意義」と名づけ、その解明作業を第2部第2章で行う。そして、つぎなる第3章では、確定期において生成意義がいかに承継・維持されたかを明らかにするとともに、確定期に新たな発展をみせた同概念の意義、これを「発展的意義」と名づけ、その解明作業を行う。そのうえで、最後に、第4章において、ドイツ法理論の研究成果として、著作隣接権概念の意義を複合的な内容からなるものとして特定しようと思う。

ところで、ドイツ著作権法上の議論では、制定法上の著作隣接権すなわち“*verwandte Schutzrechte*”の概念および1961年のローマ条約（実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約）に由来する著作隣接権すなわち“*angrenzende Rechte*”の概念²¹は、従来より、給付保護権すなわち“*Leistungsschutzrechte*”の概念と同義に使用されている²²。したがって、われわれは、ドイツにおける著作隣接権概念の意義を知るうえで、考察対象として両概念を区別する必要はないはずである。しかし、本研究では、これら原語に忠実に訳出し、給付保護権と著作隣接権との用語を使い分けることにした。その理由は、本研究の目的が、ドイツにおける著作隣接権概念の生成過程に関する歴史的事実をまず知ることにあり、それゆえ史料の内容にはもちろん用

²¹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3.Aufl., 1980, S.17.

²² v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 1968, Einf. Rdnr. 30f.; Schricker/Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 3.Aufl., 2006, Einl. Rdnr. 28; Dreier/Schulze/Dreier, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 6.Aufl., 2018, Einl. Rdnr. 1; Ganea, Verwandte Schutzrechte im Urheberrecht der Länder Japan, China und Deutschland, 2000, S. 4.

語表現にも忠実でなければならないと考えたからであり、しかも、本研究の成果として後に述べるところから明らかになるとおり、給付保護権の概念に含まれる「給付」の語は著作隣接権概念の発祥地点を確定する意味も含意していたからである。給付保護権概念は著作隣接権概念に実質的に等しいと考えられるのであるが、本研究は前者の概念を後者の概念に吸収させることをせず、したがって、ドイツ法上の議論ないし用語法に忠実に考察をすすめることにした²³。

まず次章では、序論的な考察として、著作隣接権概念がいかなる議論のなかで生成してきたのかを知るに要するかぎり、同概念の生成前におけるドイツ著作権法の法状況について、概観が行われる。

第1章 著作隣接権概念の生成背景

ドイツにおいて給付保護（Leistungsschutz）をめぐる議論が1920年代には開始され²⁴、また、1930年代には「給付保護権」なる権利概念も明確な法概念として存在していたこと²⁵は、すでに知られている。しかし、ドイツの学説においても、給付保護権なり著作隣接権の概念の生成過程を歴史的につぶさに検証し、実証的かつ帰納的に、同概念の生成に至った問題背景を解明しかつ同概念の体系的意義を導こうとする作業は、これまで意外と行われてこなかった。

これに対し、現在の代表的なドイツ著作権法の注釈書は、著作隣接権なり給付保護権の意義に関する説明として、現行法の草案理由書のつぎの表現を援用するにとどめるのが通例である²⁶。すなわち一、

「本草案は、草案の第2章で扱われる著作隣接権を、著作権のように創作的給付（schöpferische Leistung）を保護するのではなく、他の種類の諸給付（Leistungen anderer Art）、すなわち、著作者の創作的給付に類似しあるいは著作者の著作物に関連してもたらされるところの給付を保護する権利、という意味に理解する」²⁷。

ここで「他の種類の諸給付」とは、立法当初70条ないし87条に規定された²⁸、保護著作物たり得ない学術の版、遺作著作物の版、写真、実演、レコードおよび放送からなる著作隣接権の客体である。この説明から、われわれは、著作権の保護対象たる創作的給付とその他の給付との峻別、すなわち創作性の有無を基準とする保護対象の

²³ ドイツ法の制定法上の権利概念は“Verwandte Schutzrechte”にほかならないが、同概念をめぐる議論においては、それと並存的にしかし敢えて、“Leistungsschutzrechte”の権利概念が用いられるのが一般的である。

²⁴ Hubmann, a.a.O., S.158.

²⁵ Thoms, a.a.O., S. 316; v. Münchhausen, Der Schutz der Sendeunternehmen nach deutschem, europäischem und internationalem Recht, 1999, S.67.

²⁶ v. Gamm, a.a.O., Einf. Rdnr. 30; Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, Kommentar, 9. Aufl. 1998, Vor § 70. Rdnr. 1; Schricker/Schricker, a.a.O., Einl. Rdnr. 27; Möhring/Nicolini/Ahlberg, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2000, Einl. Rdnr. 6.

²⁷ Begründung des Regierungsentwurfes, abgedruckt bei UFITA 1965 II, S.240,247.

²⁸ ドイツ現行著作権法の最終草案である連邦政府草案では80条ないし97条。

峻別が、著作隣接権の意義を考えるうえで少なからぬ意味を有していることを、まず理解することができる。

ところで、周知のとおり、ドイツ著作権法 2 条 2 項が、著作権の保護対象（保護著作物＝Geschützte Werke）の要件として掲げる「個人的かつ精神的な創作（persönliche geistige Schöpfung）」つまり創作性の概念は、従来、質的な基準を意味するものと理解され²⁹、この基準をめぐるドイツ法では、「創作性の程度」論、すなわち、“Schöpfungshöhe”（創作の程度）、“Gestaltungshöhe”（造形の程度）あるいは“Leistungshöhe”

（給付の程度）などの概念の意味が議論されたところである。したがって、上記の草案理由書の説明が、著作隣接権の存在意義を知る手がかりとして示唆するところは、要するに、著作権の保護対象たる「創作的給付」と「他の種類の諸給付」との質的な峻別、換言するならば、質的基準による著作権保護対象の限界づけ、という発想である。われわれは同様の示唆を、保護著作物を限界づける「個人的かつ精神的な創作」なる質的な基準を放棄すべきことを提案する体系的研究が、その論理的な帰結として、著作隣接権の体系的意義なり必要性の大部分を否定していることにも認めることができる³⁰。

いずれにしても、著作隣接権の体系的意義と、著作権保護対象すなわち保護著作物の質的な限界づけという課題との間には、理論的な関連性の存在が示唆されるのである³¹。

著作隣接権という概念は、ともすると、著作権保護対象とは無縁の概念であると考えられがちである。確かに、著作権を定める第 1 章と著作隣接権を定める第 2 章とはドイツ著作権法の体系を分けており、制定法の外見的な構成に照らせば、一見したところ、両者は無関係のようにも映る。しかしながら、著作隣接権概念の体系的意義を理解するうえでは、著作権の保護対象とはいったい何かといった問題が問われるのである。

では、著作隣接権概念の生成前夜ともいうべき 20 世紀初頭のドイツにおいて、著作権の保護対象はいかなる範囲で限界づけられていたのだろうか。

その当時、著作権に関する主要な法律としてドイツに妥当したのは、1901 年の「文学および音楽の著作物についての著作権に関する法律（Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901＝LUG）」

（以下、単に LUG と略称）および 1907 年の「造形美術および写真の著作物についての著作権に関する法律（Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907＝KUG）」（以下、単に KUG と略称）である。

²⁹ Rau, Antikunst und Urheberrecht—Überlegungen zum urheberrechtlichen Werkbegriff, 1978, S.2.

³⁰ Rau, a.a.O., S.60.

³¹ Vgl. auch v. Gamm, a.a.O., Einf. Rdnr. 30; Dreier/Schulze/Dreier, a.a.O., Einl. Rdnr. 17; Ganea, a.a.O., S.2f.

前者の LUG は、先にふれた現行ドイツ著作権法 2 条 2 項のような、保護著作物に関する一般的な定義規定を持たなかった。たとえば、言語著作物の保護に関して、LUG 1 条 1 項は、「言語著作物および講演または演説で精神修養、教導または養育の目的の用に供するものの著作者」を保護することを明文化し、その保護主体を明らかにするに過ぎなかった。著作権の保護対象たる「言語著作物」の解釈は、専ら、判例と学説に委ねられたのである³²。そして、その結果、当時の裁判所が著作権保護を承認する言語著作物には、純文学的な言語作品にとどまらず、アドレス帳、電話番号簿、契約書式、旅行案内書、商品使用説明書、カタログおよび価格表、教会新聞 (Kirchenanzeiger)、調理・料理説明書、アルファベット順地名索引、特許明細書、写真露出表、価格一覧表、計算早見表、広告パンフレット、商品目録あるいは新聞案内書といった、実用的な産業財も広く含まれることになっていたのである³³。

また、今日の著作隣接権の客体にも重なり得る実演ないし実演を収録したレコード盤の産業的な著作権保護についても、寛容な態度を示す裁判例が現れていた。すでに 19 世紀末葉に生じた商業用レコード盤の無断模造をめぐる紛争に際し、下級審裁判所³⁴はその著作権保護 (LUG) を承認し、ライヒ裁判所³⁵も、ドイツ民法典 826 条に定める良俗違反の不法行為の適用にあたり、特別法たる著作権法がレコード盤の産業的保護を明示的かつ意図的に排除するものではないことを前提としたのである。そして、そうした裁判所の解釈論は、当時の有力な学説の後ろ盾を得て³⁶、著作権法内にレコード盤保護に関する制定法上の根拠をもたらしした³⁷。1910 年の LUG 改正 (Gesetz zur Ausführung der revidierten Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der

³² Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, S.19.

³³ Marwitz/Möhring, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland, Kommentar, 1929, S.17f.

³⁴ Urteil vom Landgericht I Berlin Kammer für Handelssachen, abgedruckt bei Schutz von Gesangsvorträgen gegen phonographische Wiedergabe, GRUR 1900, S131f. (本事件の概要はつぎのとおり。ある著名なオペラ歌手 (原告) は歌曲を歌唱し蝋板蓄音機に収録した。蓄音機販売業者は、収録済みのシリンドラー (Walze) を広く販売した。これに対し、既存の収録済み蝋板蓄音機シリンドラーの複製装置の発明に成功した蓄音機製作者は、当該オペラ歌手の収録済みのシリンドラーを通常取引方法で入手したうえ、それを複製かつ流通させた。そこで原告が自らの歌唱の音に関する法的保護を求め訴えを提起。ベルリン地方裁判所 1 部は収録済みシリンドラーを言語の著作物と認定し、原告の請求を認容した。); Urteil vom 7.12.1908 12.C.Ar.73/08, abgedruckt bei Mittelstädt, Schutz der Vortragskunst, GRUR 1909, S.34f. (本事件の概要はつぎのとおり。レコード製作者である原告は、著名な実演家に多額の報酬を支払いその演奏のレコード収録を行うとともに、当該収録に関する排他的権利を実演家から譲り受けた。原告が投下資本の回収のため、比較的高額でこのレコードを販売したところ、被告は、原告レコードをコピー装置により機械的に忠実に複製しかつ廉価で販売。原告は、契約によって取得した実演家の演奏に関する著作権に基づいて、被告のコピーレコードの製作と販売に対して著作権侵害を主張。ライプツィヒ地方裁判所は芸術的演奏が精神的創作に該当する旨認定し、原告の請求を認容。)

³⁵ RGZ 73, 294, 296f.-Schallplatten(Urteil vom 7. 4. 1910).

³⁶ コーラー (Josef Kohler) の学説である。Vgl. v. Gamm, a.a.O., Einf. Rdnr. 30. コーラーは Autorschutz des reproduzierenden Künstlers, GRUR 1909, S.230f.において、実演の著作権による財産権的保護を承認している。このコーラーの見解については、拙稿「著作権法制が直面する課題」CRIC 賞論文集 (著作権情報センター、1997 年) 134 頁参照。

³⁷ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.444.

Literatur und Kunst vom 22.Mai 1910.) がそれである。すなわち、LUG2 条は、著作権の帰属主体である著作者・翻案者を定めた従来の規定に第 2 項を追加し、つぎのように改められた。

LUG2 条 1 項 著作物の著作者とはその作成者をいう。翻訳の場合にあつてはその翻訳者をもって、その他の翻案の場合にあつてはその翻案者をもって、著作者とする。

2 項 文学または音楽の著作物が、個人的な上演演奏を通じ、聴覚のための機械的再生用の音響用の装置 (Vorrichtungen für Instrumente) に写調されている場合には、この方法で製作された装置を、当該著作物の翻案物とみなす。その写調が、穿孔、刻印、尖頭配列または類似の行為によって行われかつ当該行為が芸術的な給付と認められる場合も、同様とする。前段に掲げる場合においては上演演奏者をもって、後段に掲げる場合においては写調を行う者をもって、翻案者とみなす。

この第 2 項により、著作物の翻案者とみなされる上演演奏者（実演家）と写調行為者（レコード盤製作者）とは、第 1 項を媒介に、それぞれ、著作物の翻案とみなされる録音済み実演と録音とに関して、著作者とみなされ、実演とレコード盤とは、いずれも著作権の新たな客体とされたのである。

こうした、実用的な産業財に著作権保護客体を拡大しようとする動きは、いわゆる「美的趣味感」の満足を工業製品にも追求しようとする産業発展を背景として³⁸、KUG においても同様であった。

もともと、この KUG の旧法にあたる 1876 年の「造形美術の著作物についての著作権に関する法律 (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste vom 9. Januar 1876)」の 1 条は、「造形美術の著作物を完全にまたは部分的に模造する権利は、当該著作物の著作者に排他的に帰属する」と定め、芸術的な造形美術と峻別された産業的な応用美術の保護は、これを予定していなかった。同条の理由書は、「本法律は単に造形美術の著作物を保護するのであり、産業の著作物には関係しない」と強調し、後者の美術産業の著作物すなわち応用美術の保護を、同時にライヒ議会に法案が提出された 1876 年のドイツ意匠法 (Geschmacksmustergesetz)³⁹に委ねたのである⁴⁰。しかし、その後 1907 年に制定された KUG2 条はつぎのごとく定め、美術に関する著作権の保護対象を、基本的には⁴¹、実用的な産業財にも拡大したのである。

³⁸ Schulze, a.a.O., S.32f.

³⁹ 正式な法律名称は「雛形および模型についての著作権に関する法律 (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876.)」である。

⁴⁰ Motive zu § 1 KUG 1876, abgedruckt bei Scheele, Das Deutsche Urheberrecht an literarischen, künstlerischen und photographischen Werken, 1892, S.168; vgl. auch Eck, Neue Wege zum Schutz der Formgebung, 1993, S.22.

⁴¹ KUG は、こうしてその保護対象を意匠法の射程がおよぶ実用的産業財にまで拡大したわけであるが、その後、両法の保護領域の限界づけをめぐる議論については、判例に蓄積がみられ、また学説も「段階理論 (Stufentheorie)」等の理論を形成していったことは周知のとおりである。Vgl. hierzu z.B. Nordemann,

KUG2 条 1 項 美術産業の製作物は造形美術の著作物に含まれる。建築著作物の場合も、当該著作物が美術的目的を追求するかぎり、同様とする。

2 項 美術産業の製作物および第 1 項に掲げる種類の建築著作物に関する下図も、造形美術の著作物とみなされる。

以上のように、20 世紀初頭のドイツ著作権法のもとでは、学説・裁判例の解釈論のみならず法改正を通じて、文学的・芸術的な表現物のみならず実用的・産業的な成果物に対して、さしたる理論的な抵抗感を示すこともなく、著作権の保護を拡大していたわけである。

しかし、このような法状況を前にして、しだいにドイツ学説には、著作権の保護対象の妥当な範囲のあり方をめぐる問題意識が醸成され、そうした問題意識は、1920 年代後半以降、著作権法の本格的な改正論議へと発展していったのである。たとえば、1929 年、ドイツとオーストリアの多数の法律家の間で、両国の著作権法の統一的改正を目指した活発な議論が行われたところ、そこでは著作権保護対象の限界づけが議論の焦点となっている⁴²。また 1931 年、GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) 誌の発行母体であるドイツ産業財産権保護協会 (Der Deutsche Verein für den Schutz des Gewerblichen Eigentums) が設置した著作権委員会 (Urheberrechtsausschuß) は、司法大臣に宛て著作権法改正の陳情書 (Eingabe) を提出しているが、そこにも、保護著作物の一般的定義規定の導入問題、あるいは営業目的の用に供する著作物の保護妥当性に関する問題について、議論された形跡を認めることができる⁴³。

われわれの研究対象である給付保護権なり著作隣接権の権利概念は、まさにこの 1920 年代後半以降の、著作権保護対象の限界づけをめぐる立法論的な議論のなかで誕生したのである。

そこでつぎの第 2 章では、この 1920 年代後半から第 2 次大戦戦前期にかけて、すなわち本研究が名づけるところの著作隣接権概念の「生成期」に著わされた学説の考察を通じて、給付保護権なり著作隣接権なる権利概念の誕生地、誕生の問題背景、それに同権利概念の「生成意義」が探求される。

考察の方法を述べるに要するかぎりで結論を多少さきどりするならば、歴史的にはまず、給付保護権の概念が、著作権保護対象の限界づけという問題意識に発するエルスター (Alexander Elster) の LUG2 条 2 項解釈論のなかで誕生し、このエルスターの考え方が他の学説の基本的承認を得たのち、さらなる解釈論の蓄積により、給付保護権概念の体系的位置づけなり著作権保護対象の限界づけの基準をめぐり新たな理論展開がなされ、やがて、著作隣接権概念の生成に至ったのである。

Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz, UFITA 1967, S.906ff; Eck, a.a.O., S.54f.

⁴² Elster, Hoffmann, Marwitz, Abhandlung. Zur deutschen und österreichischen Urheberrechtsreform, UFITA 1929, S.125. そこでは、題号、美術産業、写真、活人画、舞台装飾、造園、造花、建築、手紙、ダンス創作、実演等をめぐり著作権の保護対象の範囲が議論されている。

⁴³ Eingabe betr. Reform des Urheberrechts, abgedruckt bei GRUR 1931, S.894.

そこで、ドイツ著作隣接権概念について、まずその生成意義の解明を目指すつぎの第2章の研究では、考察の時期的範囲を前後二期にわけるとする。すなわち、まず、給付保護権概念の誕生とその学說的承認に至る時期を給付保護権概念の「誕生期」とし（第1節）、そして、その後の同概念をめぐる理論展開と著作隣接権概念の生成をみる時期を、給付保護権概念の「揺籃期」として考察をすすめる（第2節）。そのうえで、この両期の考察の成果を総括し、給付保護権なり著作隣接権なる概念の生成意義について結論を示す（第3節）。

第2章 著作隣接権概念の生成

第1節 給付保護権（Leistungsschutzrecht）概念の誕生期

第1項 エルスターの問題提起

（1）序

エルスターは、1926年から1930年にかけて、著作権保護対象の限界づけの問題を論ずる6編の論文⁴⁴を公にしている。その学説変遷を辿る作業は、給付保護権概念の発祥地を見極める作業にほかならない。

ここでは、その6編の論文のうち、エルスターの学説変遷を論理的に辿るうえで不可欠と考えられる5編の論文を採り上げ、その要旨の把握を行いながら、彼が著作権保護対象の限界づけという問題意識を有するに至った理論的背景、その限界づけの基準、そして著作権保護対象から排除された保護対象の受け皿となる新たな権利概念の構想、以上の観点に主たる関心を払いつつ、給付保護権概念の誕生が著作権法体系上にいかなる意義を有していたかを分析しようと思う。

エルスターが先駆的に取り組んだ、この著作権保護対象の限界づけという課題は、いうまでもなく、著作権法の特定条文の個別的解釈論の域にとどまる課題ではない。それは、文字通り、著作権保護対象の全般に亘ってその理論射程を拡大し、「著作物」なり「著作権」といった著作権法上の基本的概念の理解の仕方にも関わらざるを得ない課題であった。しかも、この課題は、先行学説によってすでに論点に収斂をみたいわば既成問題ではなく、エルスターによるポレーミッシュな問題提起の性質を有していた。したがって、その論旨は、必ずしもすべてが理論的確信に支えられた明快なも

⁴⁴ Elster, Die wettbewerbliche und die immanente Begrenzung des Urheberrechts, GRUR 1926, S.493ff; ders., Gibt es ein Urheberrecht des nachschaffenden Künstler ?, GRUR 1927, S.42ff; ders., Musterschutz statt Urheberrecht – Eine dringende Frage für die bevorstehende Gesetzesreform, Juristische Rundschau 1928, S.276ff; ders., Der Schutz von Inseraten, Reklamevorlagen und Reklameschlagwörtern, GRUR 1929, S.443ff; ders., Notwendige Vorfragen für eine wirkliche internationale Angleichung des Urheberrechts, sowie für die Reform einzelstaatlicher Urheberrechtsgesetze, GRUR 1929, S.71ff; ders., Das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers, UFITA 1930, S.574ff.

のとはいえない。しかし、われわれは、多少の冗長をおそれず各論文の論旨全体を通じて彼の考察の軌跡を丹念に追うことにより、当初は不明確な論旨を残した主張がやがて一定の理論的構造物に収斂していく様子を眺めることができる。

（２）「著作権の競争的限界づけと内的限界づけ」（Die wettbewerbliche und die immanente Begrenzung des Urheberrechts, GRUR 1926, S.493ff.）

エルスターは、すでに 1921 年には知的財産権法の全般を扱う体系書を著したが、その時点で、彼は、著作権保護対象をその精神的行為なり創作性の程度の評価によって限界づけようとはしなかった。たとえば、手紙の著作権保護の基準となるのは、手紙に書かれた内容の価値 (Bedeutung ihres Inhaltes) ではなく、専ら流通財 (Verkehrsgut) としての可能性であった⁴⁵。このことを彼は、著作権の保護対象として “kleine Münze (小銭)” と “große Münze (大金)” とは不問である旨、比喩的表現を用い説明した⁴⁶。すなわち、彼によれば、産業的に量産可能な実用的表現物と解される⁴⁷ “kleine Münze” であっても、それと対照的に把握される芸術作品等と同様に、著作権の保護対象になり得るというのである。

ところが、その後、1926 年に GRUR 誌に公表されたこの論文では、従来と同様に、“kleine Münze” と “große Münze” との峻別論 (kleine Münze の保護排除論) には、その解釈論としての実践可能性の乏しさの観点から消極論が示されつつも、他方で、著作権の保護対象は際限なく拡大され得ずそこには自ずと限界がある旨が述べられ、その限界づけに際して保護対象を分析する視角はいかにあるべきかが説かれたのである。

（１）著作権の保護対象を限界づける基準について 著作者保護の到達半径 (Radius des Urheberschutzes) を検討するに際しては、著作物におけるアイデアの良さ高度さ新しさ等の質的・価値的要素が問題となる (S.496)。しかし高度に創作的なもの (große Schöpferische) のみが著作権保護に相応しいとの見解は独善的で高慢な見解であるばかりか実務的にも不可能である。何となれば、「立派なもの (Größe)」と「貧弱なもの (Kleinheit)」との間の境界は流動的で画定し得ないからである (S.496)。つまり、保護対象について “kleine Münze” と “große Münze” との間の原則的区別は承認されない (S.496)。ゆえに、著作権は “große Münze” の創作者にかぎり留保され得る旨の命題は、著作権法改正の基礎とはなし得ない (S.496f.)。そこで、純然たる価値判断を伴う「立派な (Groß)」と「貧弱な (Klein)」の限界づけ基準に代え、本質的かつ実践的な一般的判断基準の拠りどころとして既存の著作物への依存性 (Abhängigkeit) の分析視角が主張される (S.497)。この視角によって、

⁴⁵ Elster, Gewerblicher Rechtsschutz umfassend Urheber- und Verlagsrecht, 1921, S.40.

⁴⁶ エルスターが 1921 年の体系書で最初に使用したこの “kleine Münze” は、比喩的表現とはいえ、今日においても、保護著作物の限界づけをめぐる議論に登場する概念として、ドイツ学説・判例上妥当している。Vgl. Schulze, a.a.O., S.1; Dreier/Schulze/Dreier, a.a.O., Einl. Rdnr. 16; BGH in GRUR 1995, S.581, 582 „Silberdistel“. なお本研究では、この “kleine Münze” ないし “große Münze” の日本語への翻訳が、原文の論旨の理解を顕著に助けるとは思えないことから、基本的に、原語表記のまま使用することとした。

⁴⁷ Thoms, a.a.O., S. 332.; Schulze, a.a.O., S. 2.

「依存的給付 (abhängige Leistung)」と「非依存的給付 (unabhängige Leistung)」とが一般的に峻別され、さらにその前者は、編曲、翻訳、映画化、実演等の翻案 (Bearbeitung)、編集なり出版等の協力 (Mitwirkung)、それに遺作著作物の発見者および相続人等の権利承継者 (Rechtsnachfolger) の3類型に分類される (S.499)。そして、既存の著作物への依存性ゆえに固有の「内的価値 (immanenter Wert)」が乏しいにもかかわらず高度の「競争価値 (wettbewerblicher Wert)」を備える依存的給付は、「内的価値」と「競争価値」とが乖離 (Zwiespalt) する依存的給付として、著作権保護が疑問視される (S.497f.)。

(2) 著作権保護に代わって構想される新たな保護枠組みについて 翻案、協力および権利承継者の依存的給付にかかる二次的関係者 (Zweithändigen) に、限定的ではあっても「語の本来の意味の著作権」を付与しようとする立場は、著作権法改正に際して疑問視される (S.499)。音楽シリンドー (Musikwalze) 製作者の翻案に関する著作権、実演に関する著作権、美術産業に関する著作権等の問題に対する皮相的見解はこれを克服し、すでに解明された内的評価、競争上の独自性および依存性 (Abhängigkeit) に基づいて著作権の限界を設けることが、重要な改正課題となる (S.499)。上記の3類型の依存的給付のうちの翻案の場合、翻案自体に認められる独立性、価値および必要性の程度が高ければそれだけ著作権の保護は承認されやすいが、反対に、翻案自体が高度の独自価値 (große Eigenwerte) を備えず原著作物と競争関係に踏み込む程度が強ければそれだけ、当該翻案に著作権は承認され難い (S.500)。その例として、音楽著作物のメドレー曲 (Potpourri)、翻訳、非創作的演出の演技、絵画や彫像等の著作物の写真、蓄音機レコードなどを挙げ得る (S.500)。これら二次的創作物は原著作物と比較して内的な重みに欠けるゆえ、精神的な著作権は承認され得ず、純然たる産業的排他権 (einem rein gewerblichen Ausschließungsrecht) あるいは競争的権利 (Wettbewerbsrecht) が承認され得るに過ぎない (S.500)。同様に、演奏の保護に際しての著作権構成も消極的に解される (S.501f.)。言語著作物なり音楽著作物の演奏は、生産的給付 (produzierende Leistung) ではなく再生的給付 (reproduzierende Leistung) に過ぎず、演奏の「内的価値」は著作物のそれに比較して低いので、名目的かつ実質的に著作権とは異なる競争的権利のもとで、その機械的再生からの産業的保護が図られる (S.501)。

このようにエルスターは、「語の本来の意味の著作権」などと述べたうえで、著作権概念が本来有すべき意味をあらためて問い直すとする態度を明白にしている。すなわち、著作権の保護対象の限界づけという問題意識を支えるのは、個々の創作物の保護の是非論にとどまる課題ではなく、著作権概念のアイデンティティにおよぶ課題なのである。彼にあつては、“kleine Münze”を著作権保護対象から排除する考え方は、“kleine Münze”と“große Münze”の峻別が流動的な価値判断を伴うとの理由で否定される一方、より客観的な「原著作物への依存性」という分析視角が提唱され、「内的価値」、「競争価値」、「高度の独自価値」あるいは「内的重み」といった価値的モメントを基準として、著作権保護対象の限界づけが行われるのである。そして、この基準により著作権の保護から排除される対象は、既存楽曲のメドレー曲、翻訳、

実演、絵画・彫像等の写真、レコードなどの「依存的給付」であり、したがって LUG の規定内容とは異なり、「実演家の著作権」なり「レコード製作者の著作権」は否定されることとなる。また、そうした「依存的給付」を著作権に代わって保護する枠組みとして、「純然たる産業的排他権」あるいは「競争的権利」なる権利概念が、新たに構想されるのである。

本論文には理論的に必ずしも明快とはいえない主張も認められる。とりわけ、著作権保護対象の峻別基準たる「内的価値」なり「競争価値」の価値的モメントの意味内容は解明されていない。そればかりか、そうした価値的基準の採用は、他方で“*kleine Münze*”と“*große Münze*”の区別を流動的な価値判断を伴う困難さゆえに排斥することとの論理的整合性に、疑問を投げかけよう。

しかし、こうした理論的に未成熟な点にもかかわらず、彼がここで、著作権概念のアイデンティティの観点から、著作権保護対象の限界づけという体系的問題の存在を明示し、かつ、すでにこの時点で、著作権概念とは峻別される特殊な権利概念の必要を、制定法の規定に整合しないにもかかわらず説いたことは、勇敢な卓見であったと評価し得るとともに、本研究の課題に照らしても、極めて注目に値するところである。

（３）「二次創作的芸術家の著作権なるものは存在するのか？」（Gibt es ein Urheberrecht des nachschaffenden Künstler ?, GRUR 1927, S.42ff.）

実演という「依存的給付」を著作権の保護対象から排除しようとする上記論文（２）の立論は、当時の LUG2 条 2 項との関係で立法論的な意味を有した。というのも、すでに前章でも言及したとおり、同条項は実演家（上演演奏者）を著作物の翻案者としており、翻案者を著作者とみなす同条 1 項の規定を媒介に、LUG の文理解釈としては、「実演家の著作権」を演繹し得たからである。こうした、上記論文（２）の立法論的な問題提起の一方で、解釈論として、「実演家の著作権」の承認に疑問を投げかけようとするのが本論文である。

（１）実演家の原則的著作権の限界　　実演（再生的給付）は既存著作物の再生に過ぎず、その動的半径（den dynamischen Radius）を原創作的給付に較べ制約する依存性（Abhängigkeit）を認め得るから、著作権的には下位法（minderen Rechts）の給付とみなされなければならない（S.43）。他方、実演家が単なる再生を越えて独自創作的に（selbstschöpferisch）行為する場合には、実演は独自給付（Eigenleistung）となり得るので、その場合にはじめて、この独自給付が著作権により保護される給付の体系に帰属するかが検討される（S.43）。ゆえに、これと異なり、LUG2 条 2 項が実演家に「翻案者」の著作権を原則的に承認することには、私見によれば、最初から極めて重要な限界一つあり、純然たる表現手段（Ausdrucksmittel）と真の創作としての翻案との間に引かれる限界一がある（S.43）。

（２）LUG2 条 2 項の構造論・解釈論・意味論　　LUG2 条 2 項は、二重の擬制、すなわち翻案者を著作者とみなす擬制（同条 1 項）および実演家を翻案者とみなす擬制（2 項）を前提とし、しかも、こ

の二重の擬制が妥当する場面を、実演家の個人的実演による音響用装置への録音と穿孔、刻印等の芸術的行為によるそれとの二種の特別な複製形態に限定する (S.45)。したがって同条項は、厳格かつ限定的な解釈が要され、実演家の原則的な著作権の根拠規定にはなり得ない (S.45)。LUG2 条 2 項から演繹される著作権は、「装置 (Vorrichtung)」上の「翻案」に例外的に承認された著作権なのであり、しかも、LUG9 条は当該「翻案」による原著作物の変更を禁止する⁴⁸のであるから、この場面で実演家の創作的行為は強調し得ない (S.45)。実演家に著作権が承認されるのは、その実演が原著作物への依存性を脱し、LUG13 条⁴⁹の意味における独自創作 (eigentümliche Schöpfung)、つまり「既存のものへの依拠にもかかわらず著作物の完全なる延長 (Ausdehnung) における独自創作」に該当する場合に限定される (S.46)。つまり LUG2 条 2 項は、原則的な著作権が承認される場面と解すべきではなく、「単に準著作権的 (quasi urheberrechtlich) であり得る事象への、純粋な著作権 (des echten Urheberrechts) の特別な転用 (Übertragung)」がなされたものと解すべきである (S.45)。著作権の例外的承認となるにもかかわらず、LUG2 条 2 項が擬制を用いて著作権概念の転用を行うのは、著作権の競争的部分 (dem wettbewerblichen Teil des Urheberrechts) に相当する新たな発想なり権利概念—すなわち準著作権的な発想なり権利概念—を、今日のドイツ著作権法が備えないがゆえである (S.45)。

(3) 立法論としての「著作権類似の保護」 著作権保護に必須のモメントは、①形式化されたアイデア (eine in Form gebrachte Idee) (アイデアの造形モメント) と②その流通上の競争適合性 (競争モメント) であるが、実演のような依存的給付のみならず、翻訳、レコード、使用説明書、絵画の写真のごとく、保護著作物のカテゴリには競争モメントを認め得てもアイデアの造形モメントは希薄な保護対象が存在する (S.47)。立法論として、こうした給付は著作権保護に必須のアイデアの造形モメントを欠くので、完全な著作権の保護に代え (statt eines vollen urheberrechtlichen Schutzes) 著作権類似の保護 (einen urheberrecht-ähnlichen Schutz) が承認されるべきとの提案が可能である (S.47f.)。

本論文から導かれるエルスターの解釈論を要約すれば、つぎのごとくである。すなわち—

実演に著作権保護が原則的に承認されるのは、実演が原著作物への依存性を脱し LUG13 条の意味での独自創作に該当する場合である。しかるに、一般的な社会的事実として、実演には原著作物への依存性が認められるのであり、しかも、「実演家の著作権」の根拠規定たる LUG2 条 2 項は、二重の擬制という特殊な条文構造を有している。したがって、LUG2 条 2 項については、これを「実演家の著作権」をあくまでも例外的に承認した規定と解すべきなのであり、限定的な厳格解釈が要されるのである。

このような LUG2 条 2 項の厳格解釈論そのものは、彼にはじまる見解ではなかったと解される。たとえば、ゴルツバウム (Wenzel Goldbaum) は、その著作権法注釈書

⁴⁸ LUG9 条は、著作権譲渡後の同一性保持に関し、著作権の譲受人が、別段の合意がある場合または著作者が信義・誠実に照らし改変の同意を拒めない場合を除き、著作物、題号および著作者表示を改変し得ない旨を定めていた。

⁴⁹ LUG12 条は、作者の権限がその著作物の翻案による利用行為すなわちレコード盤への録音行為等にまでおよぶ旨を定める一方で、同 13 条は、それにかかわらず、独自創作 (eine eigentümliche Schöpfung) が作成される利用行為は自由利用 (freie Benutzung) としてこれを許容していた。

において、LUG2 条 2 項に関し、保護対象たる芸術的給付 (künstlerische Leistung) は著作権の保護対象たる精神創作的給付 (geistig produktive Leistung) とは基本的に相違する旨を説くとともに、やはり「実演家の著作権」を実演一般に関してではなく、実演を収録した機械的装置 (mechanische Vorrichtung) に限定して承認していたところである⁵⁰。

われわれが注目すべきエルスターの所説の先駆性は、LUG2 条 2 項を実演家の例外的著作権の根拠規定と解したうえで、さらに、同条項のもとで実演家が本来取得すべき権利を、著作権とは異なる権利として洞察した点にある。彼はこの権利を「準著作権」と表現するのである。

先に紹介した論文 (2) の立法論では、「語の本来の意味の著作権」が明瞭に意識され、著作権とは峻別される「純然たる産業的排他権」などの権利概念が構想されていた。これと同様に、この解釈論でも、著作権概念の純粋性 (「純粋な著作権 (des echten Urheberrechts)」) に対する問題意識が明瞭に示され、「著作権の競争的部分」を担う新たな権利概念として「準著作権」なる概念が創造されていたのである。もちろん彼は、この時点で、LUG2 条 2 項から「実演家の準著作権」を演繹するわけではない。しかし所説は、その可能性を示唆している⁵¹。われわれはここに、彼の前稿論文 (2) の立法論のみならず本論文の解釈論の文脈でも、著作権の保護対象の限界づけという課題のなかで、「著作権」と峻別される新たな権利概念が生まれつつあったことを知るのである。

また、本論文における立法論も、先の論文 (2) からやや理論化されている。本論文では、著作権保護対象に必須のモメントが、「アイデアの造形モメント」と「競争モメント」であることが示されたうえで、その限界づけに際しては、とりわけ前者のモメントの重要性が説かれるのである。そして所説は、論文 (2) ですでに著作権保護が疑問視されていた実演、翻訳、レコードの「依存的給付」のみならず、「使用説明書」にも共通して妥当する理論的説明を獲得しているのである。

つぎに紹介する論文 (4) から明らかになるとおり、彼はこの「使用説明書」を言語著作物の “kleine Münze” と解している。すなわち彼は、先の論文 (2) では著作権保護を否定しなかった “kleine Münze” を、本論文では実演等の「依存的給付」と同様に、著作権保護に必須のモメントである「アイデアの造形モメント」に不足し「競争モメント」に偏る保護対象と把握したうえで、それらを一括して著作権の保護対象から排除し「著作権類似の保護」に委ねるべきとの立法論を展開してみせるのである。こうした理論展開は、前稿論文 (2) で指摘され得た論理的な矛盾点、すなわち、一方

⁵⁰ Goldbaum, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, 1922, S.25.

⁵¹ もっとも、そうした演繹を許す解釈は、いわゆる反制定法的解釈を意味しよう。その解釈は、LUG11 条を媒介に実演家の著作権取得を予定する LUG2 条 2 項の規定に文理上反するからである。反制定法的解釈については、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(有斐閣、1997 年) 54,95 頁参照。Vgl. auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6., neubearb. Aufl., 1991, SS. 365, 413f.

で、“kleine Münze”の峻別に関する価値的判断をその実践性の乏しさゆえに避けながら、他方で、実演等の「依存的給付」については、価値的な基準のもとで著作権保護を否定するという矛盾点の、解消に寄与することになるろう。

（４）「著作権に代わる雛型保護―間近に迫った法改正についての緊要な課題」 （Musterschutz statt Urheberrecht – Eine dringende Frage für die bevorstehende Gesetzesreform, JR 1928, S.276ff.）

エルスターは、1921年の知的財産権法体系書で、意匠保護（Geschmacksmusterschutz）と実用新案保護（Gebrauchsmusterschutz）とを包摂する権利概念として「雛型保護権（Musterschutzrecht）」なる概念を使用し、1876年の意匠法⁵²と1891年の実用新案法⁵³とを注釈していた⁵⁴。本論文で彼は、この「雛型保護権」なる概念とともに、それといずれも同義の「雛型および模型保護（Muster- und Modellschutz）」あるいは「雛型保護（Musterschutz）」なる概念⁵⁵を用い、著作権保護対象の限界づけをめぐる理論をさらに展開している。すなわち、本来の著作権保護から排除されるべき対象が、意匠や実用新案と同様に、他者による「模倣の手本（Vorlage）」をメルクマールとして、雛形なり模型の概念をもって統一的に把握され、その保護枠組みが、「雛形保護権」と解されるのである。

（１）雛型および模型保護の枠組みの創設　1876年の意匠法は「雛型および模型についての『著作権』に関する法律」と称され、一方1891年の実用新案法は「小特許法（Kleines Patentrecht）」⁵⁶として特許法に隣接して制定されるが、両法の間に本質的相違は存せず両法はただ目的を異にするに過ぎない（S.276）。支配的な見解によれば、著作権と特許権との境界は雛型保護権にも妥当し、一方の意匠保護は著作権のひとつに、他方の実用新案保護は特許権のひとつに数えられる（S.276）。しかし、こうした法体系観は、著作権を含めた全精神―産業的権利保護の共通課題と著作権に関する新たな研究成果とを背景に、修正を要する⁵⁷（S.277）。著作権の領域では法改正論議を契機に、極めて重大な諸問題が活発に議論され認識されるに至っている。すなわち、①レコード盤、シリンダー等の機械音楽的「翻案」への著作権保護の拡張問題、②それと関連する翻案者としての実演家の「著作権」保護をめぐる争

⁵² Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876.

⁵³ Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891.

⁵⁴ Elster, Gewerblicher Rechtsschutz, 1921, S.132ff.

⁵⁵ 永田菊四郎『工業所有権論〔改訂版〕』（富山房、1959年）52頁は、ドイツ意匠制度の沿革を説くに際し、Musterを「雛形」そしてModellを「模型」と訳す。本研究はこの訳語にしたがっている。

⁵⁶ わが国の学説上も、特許制度との比較において実用新案制度の保護対象が「小発明」と称されることがある。清瀬一郎『発明特許制度ノ起源及発達』（学術選書、1970年）214頁、末弘厳太郎『工業所有権法』（日本評論社、1939年）12頁参照。

⁵⁷ エルスターは、本論文に先行して同年に著わした自身の知的財産法体系書の新版では、この支配的な見解を支持していた。すなわち、意匠権は著作権に由来し実用新案権は特許権に傾くと説かれ、その自説は、雛形保護権の全体を統一的に把握して著作権と特許権とのいずれにも割り当てない英国法の体系観と対照的に語られていた（Vgl. Elster, Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 1928, S.253.）。ここでは、そうした自説があらためられ、支配的な見解とは異なり、英国法の法体系観が支持されるのである。

い、③言語著作物の保護を「文学的」作品に制限する問題、換言すれば、使用説明書やアドレス帳等に対するその拡張をめぐる問題、および④写真を含めあらゆる種類の美術産業（Kunstgewerbe）に対する美術著作物の保護の拡張をめぐる問題が、それである（S.277）。これらの難しい問題に対して、私見は徐々にある確信に到達した。すなわち、「上述の難解で疑わしい問題は、すべて単一領域に存在し、かつ、各客体に狭義の著作権保護に代え雛型および模型保護を承認することにより相当容易に解決される、という確信」である（S.277）。意匠法と実用新案法とから、「保護可能な手本（Vorlage）の総体」を保護する単一の法律として雛型および模型保護の枠組みを創設し、著作権との間で保護対象を峻別することは、意匠法の「雛型および模型についての著作権」なる法律名称の誤謬が示され、また、意匠法と実用新案法との一体的関係が説明されるのみならず、「小美術保護（Kleinen Kunstschutz）」、言語著作物の“kleine Münze”（使用説明書、番組表等）および実演家の権利をともに受け入れる場所が用意されるゆえ、切実かつ有益である（S.277f.）。

（2）各論の展開 著作権に代わる雛型保護権との発想を基礎として、先に示された、①レコード盤保護、②実演保護、③言語著作物の“kleine Münze”の保護および④美術産業の“kleine Münze”の保護をめぐる議論が個別に展開される。

①および② LUG2 条 2 項の規定は最も有害な類の応急的な規定であって、ドイツ著作権法の基本的考え方を根本から破壊する（S.278）。演奏家ならびに機械的音楽著作物の穿孔者（Locher）および刻印者（Stanzer）の保護は雛型および模型保護の領域に属する（S.278）。まずレコード盤について。レコード製作者は、実用目的または美的目的に資する機器を創作し、その種類（Art）においてオリジナルでかつ模倣から保護されるべき模型、雛型、手本（Vorlage）を提供する（S.278）。模型保護によりレコード製作者は必要な保護を手にし、しかもかような構成は、雛型保護権の保護要件（1876 年意匠法 1 条、1891 年実用新案法 1 条）との関係でも矛盾は生じない（S.278）。実演家の実演の場合も同様。実演は、何かを学ぼうとするすべての美術専攻生（Kunstabfälligen）にとって、彼らがそのすべてまたは若干を模倣しようとする場合、雛型であり模型となる（S.279）。すなわち、実演家は精神的著作物を創作するのではなく、他者が「模型」として利用し得る「雛型的な」給付を創作するという考え方に基づき、雛型および模型保護の考え方が構成される（S.279）。著作権の構成に代え、独自の給付に関する競争保護を実現する雛型および模型保護の構成を採ることで、著作権は現在ひどく苦しむ統一的構成の危機から解放されるであろう（S.279）。

③ 言語著作物の営利的な“kleine Münze”の保護について。ドイツの LUG1 条が、単に「言語著作物（Schriftwerken）」の保護を謳うに過ぎず、「文学（Literatur）の著作物が本法律の保護を受ける」と定めるオーストリア法のような「文学的」基準を備えないことが、ドイツの保護著作物の概念の希釈化（verwässern）をもたらしている（S.279）。そこで、言語著作物の著作権保護の限界をより限定的に画するために、アドレス帳や番組表などの営利的「言語著作物」に対し、著作権保護に代わる雛型および模型保護の付与が説かれる（S.279）。雛型および模型保護といういわば「小著作権保護（kleiner Urheberrechtsschutz）」は著作権の範囲におけるより精神的な競争部分をより営利的な競争で置きかえたものであるから、そもそも競争的発想が精神・産業的権利保護の不可欠の要素であることを前提とす

れば、この雛型および模型保護は体系的にも正当化される (S.279)。雛型および模型保護の承認により、まさに文学的著作権が重大な体系的危機から解放される (S.279)。

④ 美術産業の“kleine Münze”に関しても同様の帰結が主張される。工業写真等は雛型および模型保護の領域に適切な場所と十二分の権利保護を見出すので、もはや、工業写真等が著作権に相応しいかという問題が著作権の基礎を動揺させることはなくなる (S.279f.)。ここでも、雛型および模型の法概念あるいは「手本」の法概念、すなわち独占妥当で模型適格のある (modellfähig) 給付の法概念は、統一的法概念であると同時に外的範疇に依存しない内的な法概念であり、学問的にも法技術的にも有効に利用可能であるから、統一的な法学的見解を主張し得ること疑いない (S.280)。

このように本論文では、著作権保護から排除される保護対象の受け皿として、「雛型および模型保護」(雛型保護権、雛型保護)なる枠組みないし権利概念が提唱されるのである。

われわれはすでに前稿の論文(3)で、「使用説明書」が、実演、翻訳あるいはレコードと同様に著作権保護を疑問視するべき対象と認識されていたことを知り得た。本論文で彼は、その「使用説明書」に例示される“kleine Münze”を、論文(2)の所説とは異なり、著作権の保護対象から一般的に排除しようとするのである。その結果、いずれも「保護可能な手本の総体」として把握可能な実演、レコード盤、言語著作物の“kleine Münze”および美術産業の“kleine Münze”つまり応用美術⁵⁸の各保護対象は、従来の著作権保護が否定され、新たに構想される「雛型および模型保護」の枠組みに委ねられるというのである。そして、こうした著作権保護対象の限界づけを支える問題意識の焦点は、著作権概念をその「統一的構成の危機」なり「体系的危機」から解放し、さらに著作物概念の希釈化 (verwässern) を回避する点に置かれる。

では、ここで、とりわけ“kleine Münze”の著作権保護に関する処遇をめぐり、前掲論文(2)との間で理論的帰結を分けることになった要因は何か。いうまでもなく、それは、著作権の保護対象を限界づけるに際しての基準の相違にある。本論文で彼は、論文(2)で価値判断を伴うゆえに実践的可能性に乏しいと断じた“kleine Münze”と“große Münze”の峻別基準を克服し、営利的競争と精神的競争の峻別という新たな理論的視角を、著作権の保護対象を限界づける基準として採り入れている。つまり、とくに言語著作物の“kleine Münze”をめぐる文脈で説かれるとおり、著作権は営利的競争と峻別される精神的競争の分野を守備範囲とする権利体系と構想され、したがって、営利的ないし産業的競争分野に帰属する実演、レコード盤および“kleine Münze”は、同分野を守備範囲とする「雛型および模型保護」の権利体系に委ねられるのである。

⁵⁸ 後年ホフマン (Willy Hoffmann) は、美術産業の製作物 (kunstgewerbliche Erzeugnisse) の概念との関係で、「支配的見解によれば、美術産業の製作物とは、実用目的に資すると同時にその造形を通して美的感情を刺激するにも適した産業の製作物と理解される」と説く。Vgl. Hoffmann, Grenzfragen des Urheberrechts, GRUR 1932, S.132, 133.

このことは、つぎのことを意味しているといえよう。すなわち、本論文で彼が発見し提唱した「雛型および模型保護」なる概念は、著作権の保護対象から産業財なり営利的競争財を排除することによって、著作物概念の希釈化を回避し、かつ、著作権概念をその体系的危機から解放するという、体系的な機能なり目的を担う法技術的な概念であつたということである⁵⁹。

（５）「著作権の真の国際的統一および個別の国内著作権法の改正にむけた必須の基礎的問題」(Notwendige Vorfagen für eine wirkliche internationale Angleichung des Urheberrechts, sowie für die Reform einzelstaatlicher Urheberrechtsgesetze, GRUR 1929, S.71ff.)

前稿の論文（４）でエルスターが著作権保護対象の限界づけという課題に取り組み、法体系的見地から著作権とは峻別される「雛型および模型保護」等の新たな概念を創造ないし発見し得たのも、彼が著作権概念の独自性なり本質、あるいはその固有の法体系的位罫のあるべき姿を明瞭に認識していたからにほかならない。本論文は、彼のそうした認識を示す論考である。そこでは、著作権概念を営利性なり産業性と対立的に位置づける彼の体系的構図を、一層明瞭に読みとることができるのである。

（１）著作権理論の必要　法体系的に安定した著作権法を構築するには、著作者なり精神的著作物の概念とその確固たる限界づけの解明を前提に、内在的な法的根拠に立ち返って確実に妥当な著作権理論を持たなければならない（S.73）。この著作権理論の基礎を築くうえで重要な認識は、①動的権利（*ein dynamische Recht*）としての著作権の本質の認識と、②人格権的要素と競争権的要素とからなる著作権の構成の認識である（S.73）。

（２）動的権利としての著作権の本質　ローマ法が可視的・静態的な保護対象に権利を付与し静的性質を有したのとは異なり、著作権は有形的に把握し得ない精神的給付を基礎とする動的な法的構成物である（S.73f.）。つまり精神的給付を流通財に具現化するのが著作権であり、それは独自給付の無体の力から（*aus der immateriellen Kraft*）生ずる（S.74）。しかし、あらゆる給付に著作権が発生するわけではない（S.74）。この保護対象の限界づけの問題、換言すれば著作権の主体の拡張如何に関する問題の重要性は、実演家、舞台造形の監督、室内家具の装飾家、映画製作者それに使用説明書等の著作権保護をめぐる多くの論点に示されるが、保護対象の内在的限界を見失うと、著作権の際限なき希釈化は免れ得ない（S.74）。

（３）人格権的要素と競争権的要素とからなる著作権の構成　著作権の構成を人格権的要素と競争権的要素とに認める考え方を、私見は、「精神的財貨・競争理論（*Gesitesgut-Wettbewerbstheorie*）」と名づける（S.74f.）。第一に精神的財貨の要素について。あらゆる精神的な給付が精神的財貨つまり精

⁵⁹ 著作権の権利体系を営利的・産業的領域を守備範囲とする権利体系と対立的に位置づけ、そうした著作権の体系的位罫を保全するための法技術として「雛形保護」なる新たな枠組みを要するという発想は、本項で要約紹介を割愛した Elster, *Der Schutz von Inseraten, Reklamevorlagen und Reklameschlagwörtern*, GRUR 1929, S.443ff.でも説かれている。

神的著作物になるわけではない (S.75)。給付の精神的価値、アイデア (Idee) および創作的観念は具体的な「造形 (Formgebung)」を通じて精神的著作物となるのであって、この「造形」のモメントがまず精神的著作物の必須の要件となる (S.75)。つぎに、「造形」を経た精神的著作物は、著作者人格権の対象になると同時に財産権的な著作権の対象ともなるので、精神的著作物の流通能力

(Verkehrsfähigkeit) が要件として付加されなければならない、これが第二の要素たる競争モメントである (S.75)。ここにいう「競争」の概念は、不正競争防止法が規制対象とする「営利化された競争行為 (eine kommerzialisierte Gruppe der Wettbewerbshandlung)」とは異なり、精神的著作物それ自体に起源と限界を有している (S.75)。この相違は著作権に存在する競争観念を正解するうえで堅持すべき重大かつ重要な相違であり、その正確な認識によって、著作権の限界づけの問題も自ずと解明される (S.75)。たとえば、使用説明書は、その競争目的は営利本位の目的であり、たとえ韻文を含んでいても独立の精神的著作物にはなり得ないので、その著作権による保護は承認され得ず、雛型および模型保護の枠組み (Ramen des Muster- und Modellschutz) が妥当である (S.75)。同様のことは、アドレス帳や市街地図 (Stadtplan) の保護にも妥当する。すなわち、アドレス帳は、「まさにその競争モメントを、精神的創作 (著作物) においてではなく営利的実践において備え」 (S.75)、市街地図の場合、「競争利益は精神的著作物ではなく営利的利用そのものにある」 (S.76) ので、著作権の保護は両者のいずれについても承認され得ない。こうした保護対象との関係で著作権保護の概念を拡張することは著作権の概念の希釈化を招く (S.75f.)。したがって、著作権を「文学」および「美術」の著作物に限界づけることが正当化される (S.76)。精神・文化的競争 (geistig-kulturellem Wettbewerb) に登場する純然たる精神的著作物と、直接に営利的競争 (kommerziellem Wettbewerb) に登場し言語著作物の外形を有するに過ぎないアドレス帳、使用説明書、芝居プログラムなどとの区別は、法改正に際して従前以上に認識されなければならない (S.76)。ただし、その際、著作物の価値 (Wert) の高低の区別は不能に陥るので従来通り顧慮されるべきではない (S.76)。

このようにエルスターは、著作権の本質を、保護著作物の「造形」の要素と流通能力すなわち「競争」の要素とに求めるのである。そして、この後者の要素たる「競争」を、不正競争防止法の規律対象たる「営利的競争」と対照的に理解可能な「精神・文化的競争」の意味において認識することこそが、著作権概念なり著作物概念の限界づけをめぐる問題を考察するうえでとりわけ重要な理論的態度だとするのである。

ここにわれわれは、彼が著作権なり著作物の概念を、営利・産業的保護対象と対照的に把握可能な精神・文化的保護対象との関係で、換言すれば、精神・文化性に純化して、理解しようとしたことを知るのである。したがって、著作権の保護対象に使用説明書、アドレス帳などの営利的競争財を取り込むことは、著作権概念の希釈化を招くゆえに回避されなければならない、またそうした希釈化を回避するためにこそ、営利的競争財を吸収する枠組みとして「雛型および模型保護」の必要が説かれるのである。

すなわちここでも、「雛形および模型保護」の概念は、著作権の保護対象から営利的競争財を排除することによって著作権概念の希釈化を回避するための、技術的な概念として構想されているわけである。

（６）「実演家の給付保護権」(Das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers, UFITA 1930, S.574ff.)

われわれはこれまでに、著作権保護対象の限界づけをめぐるエルスターの見解が、論文（２）から（５）へと、しだいにその理論的輪郭を明瞭なものにするとともに、そうした理論的展開のなかで、立法論として、著作権と峻別される権利概念が複数構想され、やがて「雛型および模型保護」なる概念が生み出された事実を眺めた。また同時に、論文（３）の考察で明らかにされたとおり、彼は LUG2 条 2 項の解釈論の文脈でも、著作権概念の純粋性を強く認識したうえで、それと保護対象を分別し峻別さるべき「準著作権」なる概念に言及していたことも知った。ここに紹介する論文において彼は、この解釈論をより積極的に展開するなかで、ついに、われわれが本節での研究の焦点とするところの「給付保護権」なる概念を、将来の立法論も見据えつつ提唱するのである。

（１）「著作権」概念および「翻案」概念の希釈化（体系的危機）の回避 学説には、実演が常にかつ原則的に「翻案」たり得ると考え、実演家の「著作権」を承認する見解もあるが、「著作権」と「翻案」の両概念の体系的明確性（methodische Klarheit）の崩壊を防ぐには、非体系的な LUG2 条 2 項に由来するこうした根本的誤解は排除されなければならない（S.575）。実演家は恒常的に著作者に依存（abhängig）しその実演は原著作物と同等の創作（parallele Schöpfung）という意味での「翻案」にあらず、したがって実演家の権利は真の著作権ではあり得ない。それにもかかわらず、実演家による著作物再生（Werkwiedergabe）に完全な「著作権」を承認し実演を「翻案」とみる見解によって、著作者の真の著作権と実演家の権利との境界は曖昧となり共同著作権（Mit-Urheberrechte）といった間違った見解なども生じる — 体系的危機（der methodischen Gefahr）の中心点はここにある（S.576）。残念ながら、これまで「翻案」概念の充分な解明は行われてこなかったが、法律学上の概念の完全な希釈化（verwässern）を望まないのであれば、「翻案」とは原著作物と同一平面上での独自創作的なもの（Eigenschöpferische）と解さなければならず、既存の著作物の単純な再生は「翻案」に該当しないこととなる（S.576）。実演の場合には、この単純な再生部分と翻案に該当する付加・変更部分との区別が不可能であるので「翻案」概念の適用は不可能となり、翻案著作権は承認し得ない（S.577）。

（２）給付保護権の概念 では、LUG2 条 2 項で実演家に付与される権利は、著作権に非ずとして、何と解すれば良いのか。そこで提唱されるのが給付保護権（Leistungsschutzrecht）の概念である。この給付保護権の権利概念は、将来の立法で制定法上の概念として明文化されるべきであるが、すでに現行法 LUG2 条 2 項の解釈論としても導き得る（S.576）。給付保護権は、通常の著作権および翻案に関する著作権とならんで存在する準著作権（Quasi-Urheberrecht）と理解される（S.576）。LUG2 条 2

項は、その表現方法で給付保護と著作権保護の混同という体系的過ちを犯しているが、同条項の「当該行為が芸術的な給付 (eine künstlerische Leistung) と認められる場合」なる文言から明らかなとおり、同条項は給付保護の法命題を定式化した規定にほかならない (S.577)。こうした LUG2 条 2 項の解釈は、著作権法内に準著作権の客体も紛れ込んでいることを前提とするが、美術産業なり写真が著作権保護対象へ包摂される事実にも照らしても、著作権法内に下位法の客体 (Objekte niederen Rechts) を発見しかつ当該客体をそれに相応しく扱うに躊躇は要しない (S.577)。

(3) 給付保護権の輪郭 LUG2 条 2 項の解釈から演繹される給付保護権とはいかなる輪郭を持つ権利か。LUG2 条 2 項の主たる目的は、実演家の営利的 (kommerzieller) またはその他の競争的 (wettbewerblicher) 利益を保護する点に置かれる (S.580)。したがって、その帰結として、給付保護権はあらゆる機械的再生に関して承認されなければならない (S.580)。また給付保護権は財産権的要素と人格権的要素とから構成されるので、営利的利用と同様に改変等の人格的利益に関しても実演家は保護を得る (S.580)。将来の立法による明文化に先だち、LUG2 条 2 項の規定を、原則的解釈において、財産権的要素と人格権的要素とから構成される実演家の給付保護権の根拠とする学問的勇気を持ってよい (S.581)。

このように、エルスターは LUG2 条 2 項の解釈を通じ、実演家の営利的利益および人格的利益の保護を目的とする権利概念として、同条項の “eine künstlerische Leistung (芸術的給付)” の文言にヒントを得つつ、「給付保護権」なる新たな概念を発見したのである⁶⁰。

ところで所説は、「LUG2 条 2 項＝実演家の著作権」説を排斥する理由を、先の解釈論 (前掲論文 (3)) が主に同条項の特殊な条文構造 (二重の擬制) に求めたのとは異なり、著作権概念と翻案概念との希釈化ないし体系的危機の回避に求めている。ここで、従来から彼の問題意識の根幹にあった「著作権概念の希釈化」という問題点に加えて、「翻案概念の希釈化」という新たな問題点が示されているが、彼は「翻案」を原著作物と同等の独自創作物、すなわち著作権の本来の保護対象たる精神的著作物と解するのであるから、結局、「翻案概念の希釈化」の問題とは、著作権の保護対象がこの精神的著作物を越えて拡大する問題状況、つまり、これまでも彼が論じてきた「著作権概念の希釈化」と、実質的に同等の問題を意味するものと解してよいであろう。そうすると、LUG2 条 2 項から「実演家の著作権」を導く解釈を排斥する理由は、結局のところ、著作権概念の希釈化ないし同概念の体系的危機の回避に求められることになる。これはまさに、彼がすでに立法論として、実演なり “kleine Münze” の著作権保護を否定し、そのかぎり、著作権に代替する「雛型および模型保護」等の新概念を必要とした理由と重なるものであろう。

⁶⁰ LUG2 条 2 項から「実演家の給付保護権」を論理的に導くこの解釈は、同条項の文言に忠実な解釈が「実演家の著作権」を導いていた (本項論文 (3)) ことの反対推論からわかるとおり、同条項の規定内容に文理上反する解釈、すなわち反制定法的解釈であったこと窺わせる。

すなわちわれわれは、ここに解釈論として提唱された「給付保護権」なる概念も、立法論における「雛型および模型保護」の概念と同様に、著作権概念の本質とその保護対象の限界に対する認識を前提として、その前提に矛盾する実演、写真等⁶¹を著作権保護対象から排除することにより、著作権概念の希釈化なり体系的危機を回避しようとする体系的・技術的意味を持つ概念として創造されていたことを知ることができる。つまり、エルスターの提唱にかかる著作権概念と峻別される新概念は、立法論における「雛型および模型保護」と解釈論における「給付保護権」とで異なるのであるが、その立論を支える基本的な問題意識ないし法技術的な含意は、両概念の間に差異はないと解されるのである。このような理解は、本論文で彼が、「給付保護権」の概念を、解釈論のみならず将来の立法論としても妥当するごとく主張していることとも整合するものといえよう。

（７）エルスター所説の総括

以上のとおり、われわれは、1926年から1930年までの5年間にエルスターが公表した5編の論文を考察することにより、著作隣接権概念の体系的意義の探究という、本研究の課題にとって少なからぬ意味を持つところの「給付保護権」概念について、その誕生の瞬間と経緯に触れることができたのである。ここにあらためて、この「給付保護権」概念の誕生の持つ意味を、彼の理論の時系列的な展開にも目配せしながら、簡単に整理しておこう。

すでに前掲論文（6）で知り得たとおり、「給付保護権」の概念は、直接的にはLUG2条2項という個別条文の解釈論のなかに登場した。しかし、その解釈論は、当該論文に突如として現れかつ単独に存在し得たのではない。それは、以上5編の論文を通した考察から明らかになるとおり、前掲論文（2）ないし（5）の4論文に発展と展開をみた、彼の著作権法体系全般に亘る著作権保護対象の限界づけをめぐる課題研究の一環として、先行4論文を前提とし、かつそれとの理論的・有機的関連のもとに、はじめて生成し得た解釈論であった。したがって、「給付保護権」概念の誕生の意義を、単にLUG2条2項という個別条文の解釈論の枠内でのみ捉えることは妥当でないうえに、理論的にも不可能というべきであろう。それは、立法論を主軸とするこの5編の論文全体に通奏する理論構造を前提として、理解されなければならないのである。

その理論構造とは、「雛型および模型保護」の新概念を生成させた論文（4）とそれを補強する論文（5）の2編の論文からわれわれが読み取ることでできた彼の主張の理論構造にほかならない。すなわち、著作権概念を営利的・産業的競争と峻別される精神的競争の分野を守備範囲とする権利概念として位置づける体系的理解ないし認識を前提として、従来の著作権保護対象から営利性ないし産業性と親和的な実演、レコー

⁶¹ 実演のほか、一部の写真および一部の雛形保護に関する権利も、給付保護権と性格づけられている。Vgl. Elster, UFITA 1930, a.a.O., S.574,581.

ド盤あるいは各種の“kleine Münze”等の「営利的競争財」を排除することにより、上記前提に立脚する著作権概念をその希釈化と体系的危機とから解放するという法技術的な機能を担う概念として、「雛型および模型保護」なる新概念が必要とされる、という理論である。

したがって、われわれは、エルスターの所説の総括から、「給付保護権」概念の誕生の持つ意味を改めて捉えなおすならば、つぎの3点に集約・整理することができる。すなわち、

- ① 給付保護権概念は、著作権保護対象ないし著作権概念の限界づけというエルスターの問題意識を母体として生まれた。
- ② 給付保護権概念は、LUG2条2項の解釈論として生まれたが、その理論的意味は、一条文の解釈論の域を越え著作権法体系全体を視野に入れた著作権保護対象の限界づけという立法論的意味をも備えていた。
- ③ 給付保護権概念は、「営利的・産業的競争財と峻別される精神的競争財を保護対象とする著作権概念」なる理解を前提として、そうした著作権の保護から排除される営利的・産業的競争財を吸収することにより、著作権概念の希釈化なり体系的危機の回避を実現するための法技術的な概念として生まれた。

第2項 学説の反応

(1) 序

エルスターが著作権概念の希釈化の回避という法技術的意味を託して生み出した「給付保護権」の概念、あるいは、その発祥の前提ないし理論的母体たる著作権保護対象の限界づけをめぐる彼の問題提起に対し、他の学説はいかなる反応を示していたのであろうか。

エルスターの理論は、著作権保護対象を縮減する内容を有していた。したがって、それは、われわれが前章で概観したように、むしろ著作権保護対象の外延拡大に寛容であった従来の裁判実務と立法に対しては、その批判論とも位置づけ得る。すると、当然そこには旧説の立場からする反論なり防禦の議論が予想される。それはどう展開されていたのか。それを探るのが、本項の課題である。

この課題に関して、われわれはまず、前項に紹介したエルスターの論文(2)公表の翌月(1926年12月)に公にされたマルヴィッツ(Bruno Marwitz)の論文「著作権の保護を受けるものの範囲の拡大あるいは制限」⁶²に注目し得る。論文タイトルから明らかなおと、同論文は著作権保護対象の限界づけの問題を主題とするものにほかならない。しかし、その所説には、保護対象の限界づけをめぐり、著作権法の体系的見地からの一貫した論理なり理論は認めにくい。そのことは、写真保護をめぐり、著作権と産

⁶² Marwitz, Erweiterung oder Beschränkung des Kreises der urheberrechtlich Geschützten, GRUR 1926, S.573ff.

業的財産権との峻別を説く一方で、「産業的利用」に付される応用美術の著作権保護を難なく承認するという理論的な矛盾に⁶³、また、造園美術や生け花、舞台造形の著作物等を著作権保護から排除するとの帰結を著作権法の体系的論理からではなく、単に「造形的 (bildende)」美術という一文言の解釈から導くに過ぎない点に⁶⁴、窺われる。

すなわち、マルヴィッツの見解からは、その主題直結を思わせる論文タイトルにもかかわらず、エルスターがすでにこの時期に自覚していた「語の本来の意味の著作権」(前項論文 (2) S.499) を意識したうえで、著作権法の体系論の見地から著作権保護対象の限界づけの課題に取り組もうとする問題意識あるいはそうした問題意識に対する反論は、およそ、窺うことができないのである。

つぎにわれわれは、エルスターの前項論文 (3) と同時に公表されたスモシェヴェア (Fritz Smoschewer) の論文「再生的芸術家の著作者保護の問題について」⁶⁵に注目し得る。考察の対象は、彼のいう「再生的芸術家 (wiedergebende Künstler)」つまり実演家の保護問題に限定するものであるが、この問題は、エルスターの問題提起においても主要な論点を構成していた。スモシェヴェアは、この論文で、実演そのものの機械的再生に対する著作権保護は否定され、その保護は一般的人格権 (das allgemeine Recht der Persönlichkeit) に委ねられる旨を説く⁶⁶。実演の著作権保護が承認されるのは、実演の再生方法なり容姿が記述ないし描写され、他者の模倣可能性が客観的に肯定される場合に限定されるというのである⁶⁷。しかし、こうした実演の著作権保護に対する彼の消極的態度がその基礎を置くのは、人格権法論者⁶⁸としての彼に固有の見解である。すなわち、実演が実演家の現実の容姿・動作・歌声等の人格的要素から分離し得ない以上、他者はそれを再生も模倣もできないのであって、ゆえに著作権には馴染まない問題だというのである。その理論射程は、人格要素と密着する実演の特殊性と不可分であって、著作権法が直面する保護対象一般にまでおよぶ広さは有していない。

すなわち、スモシェヴェアにあっても、著作権法に内在的な理由による著作権保護対象の限界づけという、エルスターが提起した著作権法の体系論全般におよび得る問題意識あるいはそうした問題意識に対する反論は、持ち合わせていなかったと解されるのである。

そこでわれわれは、以下にみていくように、ホフマン (Willy Hoffmann) によってなされた主張とその展開を追跡することに、本項の課題、すなわち著作権保護対象の

⁶³ Marwitz, a.a.O., S.573.

⁶⁴ Marwitz, a.a.O., S.573.

⁶⁵ Smoschewer, Zur Frage des Urheberschutzes der wiedergebenden Künstler, GRUR 1927, S.50ff.

⁶⁶ Smoschewer, a.a.O., S.51.

⁶⁷ Smoschewer, a.a.O., S.51.

⁶⁸ スモシェヴェアの人格権法論への関心は、わが国においても斉藤博『人格権法の研究』(一粒社、1979年) 90,91 頁ですでに考察されている。

限界づけというエルスターの問題提起に他の学説がいかなる反応を示していたのかを把握する作業を、集中させることができるのである。

（２）ホフマンの見解①（Studien zur Revision der Rev. Berner Uebereinkunft, V. Das Urheberrecht des nachschaffenden Künstlers, GRUR 1927, S.69ff.）

当時のドイツ著作権法学界において確固たる存在感を示していたホフマンは⁶⁹、本論文と同様、「改正ベルヌ条約の改正に関する研究」とのタイトルからなる論文を、三度にわたり GRUR 誌に公表している。いずれも 1928 年のベルヌ条約改正会議に向けた論考である⁷⁰。1926 年に公にされた二論文⁷¹では、翻訳権等に関する留保条項、保護期間、放送権の各論点について論じており、翌 1927 年に「V. 二次創作的芸術家の著作権」なる副題を添えて実演家の保護問題を論じたのが本論文である。主題は実演家（二次創作的芸術家）の保護問題にほかならないが、その前提として、「翻案」なり「二次創作」の概念あるいはエルスターの「依存性」の分析視角に対するホフマンの見解が示されている。

本論文は GRUR 誌 1927 年 2 月号に公表されているが、その前月号では、エルスターが、LUG2 条 2 項の厳格解釈から実演家の例外的な著作権を導き、かつ、実演、翻訳、レコード等の「依存的給付」のみならず“kleine Münze”に該当する「使用説明書」をも著作権保護対象から排除する立法論に論及した前項論文(3)を著わしていた。

実演家の給付に関する著作権の概念的可能性を解明しようとするのであれば、問題となることは、ひとえに、そうした二次創作的給付（実演）が LUG1 条の意味での精神的著作物、つまり形式を得たオリジナルな創作（Schöpfung）に生ずる精神的な著作物に該当するか否かである（S.69）。「そこでいかなる場合でも前提となることは、『二次創作者』の行為は事実上ひとつの創作（Schaffen）であるということ、つまり、その効果において再生対象とは何らかの異なるもの、すなわち実演者の主観が、客観化されるということである」（S.69）。すべての精神的創作の根源は、主観が何らかの方法で形式を得て客観化されること、つまり、思想なり空想の外的な形式化であって、「再生者（Reproduzierenden）の再生対象に対する依存性（Abhängigkeit）」は基準とならない（S.69）。もちろん、LUG12 条 2 項 5 号が翻案として挙げる楽器用装置（レコード盤）への著作物の録音は、当該著作物の外面形式の新規創作（Neuschöpfung）に該当しないゆえ（S.69）、著作物とはおよそ無縁である（S.71）。他方で、レコード盤への録音が芸術的質を備えた個人的演奏によって行われる場合、当該演奏はまさに実演家の著作物となる（S.70）。何となれば、実演家の実演によって既存著作物の表現手段（Ausdrucksmittel）

⁶⁹ ホフマンは著作権に関する論考を絶えず公にするとともに著作権法学に新たな道を拓き、その言葉は彼の支持者のみならず論敵にさえも重みを持ったという。Vgl. Baum, Rundfunk und Schallplatte, GRUR 1932, S.259,265.

⁷⁰ したがって、表題に掲げられる「改正ベルヌ条約」とはベルヌ条約の 1908 年ベルリン改正条約を意味している。

⁷¹ Hoffmann, Studien zur Revision der Revidierten Berner Uebereinkunft, GRUR 1926, S.416, u. GRUR 1926, S.465.

が変更され、その変更後の表現手段は創作者の客観化（die Objektivierung eines Schöpfers）であって、新たな著作物の表現（Ausdruck eines neuen Werkes）となるからである（S.70）。この点に関し既存著作物への依存性（Abhängigkeit）を強調するエルスターの主張には、結局のところあらゆる精神的創作者が先人の成果に依拠するとの事実を看過する恨みがある（S.70）。「二次創作的芸術家と彼の手本（Vorlage）との間の関係は極めて密接」であるが、この依存性にかかわらず、実演は原著物から生ずる何か異なるもの（etwas anders）あるいは何か新しいもの（etwas Neues）であって、実演家の精神的著作物にほかならない（S.71）。

このように、エルスターが LUG2 条 2 項の厳格解釈論から実演家の例外的な著作権を導いたのとは異なり（前項論文（3） S.45.）、ホフマンは、専ら LUG1 条の解釈として、実演が精神的著作物に該当し、したがって実演家が原則的に著作権を取得し得るとの帰結を導くのである。しかも、ホフマンにあっては、著作権の保護対象たる精神的著作物としての一般的基準は、思想等の主観を外的形式に客観化することに尽きる。したがって、既存の著作物に対する「依存性」も、著作権の保護対象を限界づける基準として意味を持たないことになる。むしろ、あらゆる精神的創作物が先人の成果を基礎として成立する以上、「依存性」は、実演、翻訳等のエルスターのいわゆる「依存的給付」のみならず、原著物にも妥当する性質と解されるのである。ここにホフマンは、エルスターが前項論文（2）で提唱した「依存性」の分析視角に対しても明確な不支持を表明するわけである。著作権の保護対象として、上記の一般的基準に照らし著作物たり得ないレコード盤（楽器用装置）を除き、実演をはじめ翻訳、編曲、翻案あるいは編集物等、原著物への「依存性」を認め得る各種の二次的創作物が広く承認されるのである（S.72）。

ここにわれわれは、著作権の保護対象を体系論の見地から限界づけようとするエルスターの見解は、この時期、いまだホフマンの支持を得ていなかったことを知ることができる。

（3）ホフマンの見解②（Gedanken zur Systematik eines deutschen Urheberrechtsgesetzes, GRUR 1931, S.706ff.）

ホフマンが、エルスターの体系的問題意識に対し不支持を表明した前掲（2）論文の公表は 1927 年のことであった。しかし、その 4 年後の 1931 年、ホフマンが著作権法の体系論の見地から、エルスターと同様に、著作権保護対象の限界画定の問題に取り組んだのが、本論文「ドイツ著作権法体系についての見解」である。この 4 年の間に、エルスターは、著作権保護対象の限界づけをめぐる自説を展開させ、「雛型および模型保護」なる新概念を用いて立法論の理論的輪郭の明確化につとめるとともに（前項論文（4）（5））、1930 年には UFITA 誌で著作権概念の希釈化を回避するための法技術的な概念として「給付保護権」なる新概念の発見に至っていたところである（前項論文（6））。

ホフマンは、本論文で、「個々の規定の検討から離れ、ドイツ著作権法の全体ないし全体構成に展望を開き、要するに、すべての個別規定を顧慮の外に置いたうえで、ドイツ著作権法の構造に関する根本的な基本線を描き出」(S.706) そうとするのである。彼によれば、著作権を法律上の規範とするに際してまず顧慮されるべきことは、著作権が「精神的かつ造形的な行為」(S.707) のみを保護するとの原則であるという(S.706f)。すなわち、著作権法立法の課題として重要なことは、「著作権の客体を、それに隣接(verwandt)はしても決して帰属することのない緒現象(Erscheinungen)から峻別」することであると説くのである(S.709)。この峻別されるべき諸現象とは、具体的に何を意味するのか。彼は、その峻別論を、アドレス帳、列車時刻表等のいわゆる“kleine Münze”、写真、美術産業の製作物、実演家の給付それに学術的財産権(wissenschaftliche Eigentum) に関して、以下の要約のとおり、個々に展開する。

(1) まず“kleine Münze”について。彼は、ドイツの判例が、とりわけアドレス帳、列車時刻表、アルファベット順の地名索引(Ortsregister)、図表(Tabellen)を、いずれも著作者の最小限の個人的・精神的行為が認定され得るに過ぎないにもかかわらず言語著作物とみなす実情に対し、精神的著作物の解釈における行き過ぎとして驚きを示す(S.709)。そして、「判例がさらにこの方向に進み、個性的な造形(Formgebung)の基準を決定づける価値(Wert)に基づくことなくこの最小限の精神的労作で十分とするならば、著作権の觀念(Gedanke)は希釈化される」と警告する(S.709)。そこで、アドレス帳のごとく精神的内容をほとんど感得し得ない矮小給付(Zwergleistung)を言語著作物とみなす判例の傾向に対しては、「個人の個性的な造形給付(Formungsleistung)」のみが著作権保護対象と評価されるべきことを明確に主張しなければならないと説く(S.709)。つまり彼は、著作権保護の最重要の前提たる「個性的な造形」を顧慮しない従来の判例を変更するため、著作権の保護対象を原則的に「個性的かつ精神的な行為の造形財(Formungsgut)」と定式化し、かつ、その定式を著作権法の冒頭(Spitze)に位置づけることを主張するのである(S.709)。なお、著作権の枠組みから排除される“kleine Münze”をエルスターの説く「模型保護(Modellschutz)」に委ねるか否かの問題については、本論文での検討を留保する(S.709f)。

(2) また彼によれば、“kleine Münze”が著作権から排除されるのと同様の理由により、極めて美しい写真も精神的著作物とみなされてはならず、「美術的写真」も美術著作物ではないと説かれる(S.710)。美術著作物の場合に問題となるのは観察対象(Geschauten)が個性的造形において客観化されることであるが、写真の場合にはこの客観化が欠如すると説かれる(S.710)。

(3) ついで、美術産業の製作物(die Erzeugnisse des Kunstgewerbes)すなわちいわゆる応用美術の保護について。美術産業の製作物が造形美術の著作物と評価され得るか否かをめぐる問題は一層難解であるが、この問題に関するライヒ裁判所の確定判例における基準は、著作権で保護されるあらゆる著作物の基本前提すなわち「芸術的に創作する主観の造形」との基本前提にすでに適合しないとして、批判される(S.710)。そこで彼は、美術著作物の本質をその永続性(Ewigkeitscharakter)に求め、さらにこの永続性の本質はコーラー(Josef Kohler)の提唱にかかる「創世的觀念(Welterschöpfungs-idee)」

に通じると説き、この「創世的観念」の表現たることをもって美術著作物の要件と解する (S.710)。すなわち、美術産業の創作において、この「創世的観念」に由来する本質性 (Wesenheit) が形成されている場合には、その創作は美術価値の高低を問わず美術著作物として承認されると説く (S.710)。また同様のことは、建築著作物にも妥当すると説かれる (S.710)。

(4) しかし、このような美術産業の製作物に著作権を承認する議論は、実演家の給付つまり実演の保護問題には妥当しない。その類推適用さえ否定される (S.710)。実演家の給付の質的な高さは認められるとはいえ、この給付と精神的著作物との相違は質的要素ではなく存在条件 (Daseinsbedingungen) にある (S.710)。何故なら、実演家の給付は、「何か未形成のもの (etwas Ungeformtem) の個性的な造形ではなく、たとえ個性的であってもすでに存在する他者の著作物の造形であって、専らその著作物を通じしかもその著作物との関係でのみ理解可能なもの」だからである (S.710f.)。したがって、実演家の給付の保護の必要性は認め得ても、著作権による保護は否定される (S.711)。

(5) 最後にごく簡単に付言されるのが学術的財産権の保護問題である。彼によれば、この学術的財産権は著作権の完全な外部に存する (S.711)。そこでは、産業的利用のための工業的給付 (industrieller Leistung) を根拠とする保護が問われるのであり、著作権の客体たる造形財すなわち精神的著作物の保護が問題となるわけではないのである (S.711)。

こうしてホフマンは、エルスターと同様に、著作権概念の希釈化に対する懸念を示しながら、著作権保護対象をより限定的に画そうとの所説を展開するのである。そこでは、彼の前掲 (2) 論文 (GRUR 1927, S.69ff.) で説かれた、実演の著作権保護を承認する自説は明確に修正され、また、“kleine Münze” および写真は精神的著作物とみなされ得ず、加えて、美術産業の製作物 (応用美術) と建築著作物の著作権保護も限定的に承認されるに過ぎない。ここにわれわれは、ホフマンが、著作権法の体系論の見地から著作権保護対象を限界づけようとする課題について、エルスターと問題意識を共有し、しかも現実の法状況よりも著作権保護対象をより限定的に画そうとする方向で基本的な一致をみていたことを知るのである。エルスターが前項論文 (4) (S.279) で著作権法の体系的危機に対する問題意識を象徴的に表現した著作権概念の「希釈化」なる術語を、ホフマンが本論文で用いているのも (S.709)、そうしたエルスターの問題意識に対する共感を意味するものと解されよう。

とはいえ、両者の所説は、その理論構成に至るまで一致しているわけではない。著作権保護対象の限界を画する基準には、両者の理論に相違を認め得る。エルスター理論の特色は、著作権保護対象の限界づけに際し、保護対象の「競争目的」の別に着眼し、「精神・文化的競争財」から峻別される「営利的競争財」を著作権保護の対象から排除する点にあった (前項論文 (5) S.75f.)。これに対し、ホフマンは、本論文で「個性的な造形の基準を決定づける価値」(“kleine Münze”、写真、学術的財産権)、

「創世的觀念」⁷²（美術産業の製作物、建築著作物）および「存在条件」（実演）にそれぞれ着眼するように、保護対象の創作財としての内的評価を、著作権保護対象の限界づけの基準とするのである。そして、具体論において、この基準なり着眼点の相違が、美術産業の製作物すなわち応用美術を一般的に著作権保護対象から排除するエルスターの見解（前項論文（4）S.277）と、「創世的觀念」の表現たることを要件として応用美術にも著作権保護を承認するホフマンの見解との違いをもたらしていると考えられる。

（4）ホフマンの見解③（Das Schallplattenkonzert der Rundfunkgesellschaften, GRUR 1932, S.44ff.）

ホフマンは、本論文「ラジオ放送機関のレコードコンサート」で、ラジオ放送機関によるレコードコンサートの開催が当該レコード製作者の権利侵害を構成するか否かの問題を考察した。この論文で彼は、LUG2 条 2 項の規定から実演家の「給付保護権」を導くエルスターの解釈論（前項論文（6））に対して、明確な支持を表明するのである。

LUG2 条 2 項は翻案者とみなされる吹き込み (bespielenden) 実演家に「ある権利 (ein Recht)」を付与するが、この規定からは通常、当該翻案者はその翻案物について著作権を取得しその著作権をレコード製作者との契約を通じ後者に移転する結果、結局当該レコード製作者が著作権の保有者となる、との推論がなされる (S.44)。しかしこの演繹は、LUG2 条 2 項から実演家に関する著作権の発生を帰結する点で、出発点から間違っている (S.44)。LUG2 条 2 項では、著作者の行為 (Urhebertätigkeit) は問題とされず、また同規定の創設の目的はレコード盤の無権限模造に対するレコード製作者の産業的権利保護 (einen gewerblichen Rechtsschutz) にあった (S.44)。したがって、LUG2 条 2 項では、著作権法内に位置するにもかかわらず、著作権の保護は問題とならず、本来は製作者に原始的に帰属すべき産業保護権 (ein gewerbliches Schutzrecht) が問題となり得るに過ぎない (S.44)。すると、法律が実演家の行為の保護を意図する一方で、実演家のその実演に関する「著作権」が存在しないということになると、そこからは、「立法者は、LUG2 条 2 項により、実演家の『給付保護権』にのっての制定法上の根拠を創設した」との帰結が導かれなければならない (S.44)。エルスターにしたがって LUG2 条 2 項をこのように解釈すれば、この規定は著作権法の他の諸規定と整合的な意味を獲得する (S.45)。

このように、ホフマンは、著作権保護対象の限界づけに関する体系的問題意識をエルスターと共有した前掲（3）論文にひき続いて、LUG2 条 2 項という個別条項の解釈論の域を出るものではないが、エルスターの「給付保護権」概念の発想にも共感を示

⁷² このコーラーに由来する「創世的觀念 (Weltschöpfungsidee)」なる概念について、のちにエンゲレルト (Brigitte Englert) は、何らかの空想的な物事についての觀念であって現に実在する事柄とは区別される觀念であると説明している。Vgl. Englert, Grundzüge des Rechtsschutzes der industriellen Formgebung, 1978, SS.162,166; auch Kohler, Kunstwerkrecht, 1908, SS.25f,31.

すのである。すなわち、エルスターが、1926年から1930年の自説の展開として到達した「給付保護権」の新概念は、ここに、当時の有力学説を担うホフマンの支持も得ていたことがわかるのである。

（５）バウムの見解（Rundfunk und Schallplatte, GRUR 1932, S.259ff.）

ホフマンの上掲（４）論文公表（1932年１月）の２ヶ月後、バウム（Alfred Baum）が同じく GRUR 誌に、その反論として掲載したのが本論文「ラジオ放送とレコード盤」である。本論文におけるバウムの攻撃対象は、ホフマンの LUG2 条 2 項解釈論であった。とはいえ、同解釈論はエルスターの「LUG2 条 2 項＝実演家の給付保護権」説にほかならなかった。したがって、バウムの所説はエルスターの所説に対する反応としての意義も有する。

LUG2 条 2 項の内容と意義に関してホフマンの説くところは、同規定の文言と立法者意図に照らしたその意味とに明白に矛盾する（S.265）。LUG2 条では、翻案物の場合にその翻案者が著作者となる旨規定されるが、これは翻案者がその翻案物に関して LUG11 条以下で著作者に承認される著作権の権限を有することを意味するにほかならない（S.265）。法律の明確な文言によれば、実演家がその実演を録音した機械的装置の翻案者として著作権保護を享受することは自明である（S.265）。立法時の資料を検討すれば、立法者が LUG2 条 2 項を通じ単に実演家の「給付保護権」を創設しようと意図したとする見解が不当なことは明らかである（S.266）。事実はその逆であって、実演家個人に発生する著作権という迂路を経て、機械的音楽楽器の産業に関する保護が創設されているのである（S.266）。また、たとえ LUG2 条 2 項から「給付保護権」以外は帰結されないとしても、そこからいかなる権限が演繹されるかが不明確である（S.266）。LUG2 条 2 項が人格権と民法 826 条から導かれる権利以上のものを承認しないのであれば LUG2 条 2 項の存在意義が疑われる（S.266）。LUG2 条 2 項の意義は、この規定に利益を有する者に LUG が著作者に与えるすべての権限を帰属させるかぎりで認め得る（S.266）。明確な立法者意図によって与えられるこの権限は、まさに「給付保護権」ではなく純然たる著作権である（S.266）。

このようにバウムは、LUG2 条 2 項から「実演家の著作権」を導くべき旨を説き、ホフマンが依拠したエルスターの「LUG2 条 2 項＝実演家の給付保護権」説に異論を唱えるのである。

しかし、ここで留意すべきは、バウムによる LUG2 条 2 項の解釈が、専ら個別条文の立法者意図なり立法過程での論議の解明に基づく歴史的解釈を示していることである。それは、エルスターが同条項から実演家の給付保護権を演繹した際、著作権概念の希釈化の回避と法体系理論の再構築という著作権法体系全体にかかわる課題を視野に入れたうえで、一種の反制定法的解釈を行っていたのと対照をなしている。この解釈方法の相違は、法律解釈に対峙する際の解釈者自身の問題意識の相違を示すもので

あろう。すなわち、バウムの主張の基礎には、エルスターがホフマンと共有し得たところの、著作権保護対象の限界づけなり著作権概念の希釈化の回避といった法体系的な問題意識が欠けていたのである。

これを言い換えれば、バウムの反論は、著作権法体系論の問題意識から、「実演家の著作権」を演繹する主張ではなかったのである。他方で、バウムの見解には、そうした体系的問題意識の妥当性それ自体に対する反論を見出すこともできない。要するに、バウムの主張とエルスターなりホフマンの主張とは、著作権法の体系論をめぐる議論としては、まったく噛み合っていなかったのである。したがって、バウムの所説は、エルスターの著作権保護対象の限界づけという問題意識に発する「LUG2 条 2 項＝実演家の給付保護権」説に対しては、有効な反論を形成していなかったといえるのである。

（6）学説反応の総括

以上にわれわれは、著作権概念の希釈化の回避という法技術的な意義を担って誕生した「給付保護権」なる概念と、その誕生の母体となった著作権保護対象の限界づけというエルスターの問題意識とに対し、他の学説がいかなる反応を示していたのかを、1926 年から 1932 年にかけて公表された 6 編の論文を通じて考察した。

ここにあらためて、学説の反応を総括すれば、つぎのようにいえるであろう。

マルヴィッツの見解（1926 年）とスモシュヴェアの見解（1927 年）には、著作権保護対象を体系論的観点から限界づけようとする問題意識そのものが希薄であった。両説ともに、断片的には、著作権保護対象の限界づけにも言及していたが、いずれも確固たる著作権法内在的な体系的理論から演繹される見解ではなく、個別のアドホックな解釈論の域を出るものではなかった。これに対し、ホフマンの見解①（1927 年）は、著作権の保護対象たり得る精神的著作物の本質的要素にまで切り込み、したがって、著作権保護対象の限界画定に関する一般理論としての性格を認め得るものであった。同見解は、こうした理論的立場から、LUG1 条の解釈論として「実演家の著作権」を導きかつ保護対象の「依存性」のメルクマールに著作権保護対象を限界づける基準としての意味を承認せずに、翻訳、編曲あるいは編集物等の二次的な創作物の著作権保護を広く許容したのであり、それは、その時点でのエルスターの理論の根本的否定を意味したのである。

ところが、エルスターが、著作権概念と峻別されるべき「雛型および模型保護」の概念（1928 年）なり「給付保護権」の概念（1930 年）を創出し、著作権保護対象の限界づけという自説の理論的輪郭をより明瞭なものとした後に著わされたホフマンの見解②（1931 年）では、理論的様相は一変していた。ホフマンは、実演家の著作権保護を一般的に否定したうえ、体系論的な問題意識から著作権保護対象の限界を現実の法状況よりも限定的に画そうとする基本的認識について、これをエルスターと共有し

たのである。しかも、その翌年に公表されたホフマンの見解③（1932年）では、LUG2条2項の解釈論において、エルスターの提唱にかかる「実演家の給付保護権」なる概念が支持され、ここに、かつてホフマン自身がLUG1条の解釈論として導いた「実演家の著作権」の理論的可能性は、完全に否定された。もっとも、このLUG2条2項の解釈論に対しては、バウムが早々に反論を提起していた（1932年）。しかし、その反論は、体系論的な問題意識に由来するものではなかった。したがって、そこでは、著作権法全体の体系論的な問題意識に裏づけられた給付保護権なる技術的概念が批判に遭遇したと評価することはできなかったのである。

結論としてわれわれは、エルスターの給付保護権概念の誕生期にあつては、著作権法の体系論的な問題意識から著作権保護対象の限界をより限定的に画そうとする考え方、そしてその法技術的な表現にほかならない給付保護権の概念それ自体も、当時の有力な学説の基本的支持を受け、他方で決定的な反論なり異説によって批判を受けることもなかったことを知るのである。

第3項 まとめ

以上の考察から明らかになったとおり、われわれが著作隣接権概念の関係概念として注目する給付保護権の概念は、1930年のUFITA誌上⁷³において、直接的にはエルスターによるLUG2条2項という個別条文の解釈論のなかで誕生した概念であつた。しかし、この「LUG2条2項の解釈論」という出生の文脈自体は、給付保護権概念の意義について語るところは多くないと解することが可能であつた。同概念とLUG2条2項の解釈論の文脈との関係は、同概念の「給付保護」なる権利名称の由来を、同条項の「芸術的な給付（eine künstlerische Leistung）」なる文言に求め得る点に認められるに過ぎなかった。これに対し、同概念の意義は、個別条項の解釈論を出て、著作権保護対象のあり方という、ドイツ著作権法の体系論的かつ立法論的な問題意識を背景として、はじめて理解し得たのである。すなわち、給付保護権概念は、営利的・産業的競争財と峻別される精神的競争財を保護対象とする著作権概念なる理解を前提として、著作権保護から排除される営利的・産業的競争財を吸収することにより著作権概念の希釈化なり体系的危機の回避を実現するための法技術的な概念として生まれたのである。そして、エルスターが提起した、著作権保護対象の制限的な限界づけに関する体系的な問題意識と、それを母体に誕生した給付保護権なる新たな枠組み概念とは、致命的な批判を受けることなく、学説に受け入れられたと考えられる。

さて、ここで次節の考察に接続するために若干の問題点を抽出しておこう。

まず、給付保護権概念の理論射程に関する問題である。給付保護権の概念は、すでに明らかになったとおり、著作権法体系全体を射程におさめる立法論の文脈においてはじめてその理論的意味を正確に捉え得る概念であつたが、その理論射程は、実演家の保護

⁷³ Elster, Das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers, UFITA 1930, S.574,576.

権を核とする限定的範囲にとどまるものであった。つまり給付保護権概念は、この誕生期において、今日の著作隣接権概念のように、著作権法を著作権概念と二分し、レコードなり放送の保護にまでおよぶ理論射程を得るには至らなかった。そこで、この給付保護権概念がいかに著作権概念とならぶ著作権法上の基本的権利概念に成長したのかが問われる。

つぎに、著作権と給付保護権との峻別基準、換言すれば、著作権保護対象の限界づけの基準に関する問題である。エルスターにあって、著作権概念と峻別される給付保護権概念は、著作権保護対象から営利・産業的競争財を排除するための技術的概念として意味を持った。つまり両権利概念の峻別基準は、保護対象をめぐる精神・文化的競争と営利・産業的競争との分別にあったわけである。しかし、この精神・文化的競争と営利・産業的競争との相違の意味するところがより具体的に解明されることはなかった。他方でわれわれは、この著作権保護対象を限界づける基準として、エルスターがその問題提起の当初において保護対象の価値的基準を顧慮していたこと（本節第1項(2)論文）、また、ホフマンも著作権概念の希釈化の回避に際して、保護対象それ自体の内的評価に着目し、保護対象の個性的価値なり「創世的観念（*Weltschöpfungsidee*）」などの価値的基準を顧慮したこと（本節第2項(3)論文）を想起することができる。つまり、以上に考察された給付保護権概念の誕生期においては、著作権と給付保護権との峻別に基準を与えるところの著作権保護対象の限界づけの基準について、なお理論化の余地が残されたわけである。

つぎなる給付保護権概念の揺籃期においては、この給付保護権概念の理論射程の拡大と、著作権保護対象の限界づけ基準の具体化をめぐる理論展開が前面に出る。そして、そうした理論展開の延長線上に、われわれは、ようやく、著作隣接権なる概念の生成の事実を認めることになるのである。

第2節 給付保護権概念の揺籃期

第1項 序

前節の考察から明らかになったとおり、給付保護権概念の誕生は、営利性なり産業性と対立的に把握される著作権概念との体系的な峻別関係において理解されたわけである。ところで、こうした「営利性」なり「産業性」を対立軸とする体系的な峻別関係は、ドイツの知的財産法学が伝統的に「著作権（*Urheberrecht*）」と「産業的権利保護（*gewerblicher Rechtsschutz*）」の両概念を使いわけてきた事実を想起させる。

たとえば、ドイツ知的財産法学において最も古い歴史を有する学術誌“GRUR”は、やはり両概念を区別し、「産業的権利保護および著作権（*Gewerblicher Rechtsschutz*

und Urheberrecht) 」なるタイトルを掲げている。同誌の創刊号⁷⁴には、著作権と産業的権利 (gewerbliche Rechte) の両法領域を、別個の法領域として相異なる概念で把握しようとの明確な意図が認められる⁷⁵。また 1904 年には、著作権法を除く特許法、実用新案法、意匠法および商標法の領域を「産業的著作権 (gewerbliches Urheberrecht) 」なる体系概念のもとに包摂し、同領域を一体的に「著作権」領域と区別して解説するはじめての注釈書が、アルフェルト (Philipp Allfeld) の手により著わされていた⁷⁶。さらに 1908 年には、当時の GRUR 誌編集長であったオスターリース (Albert Osterrieth) が産業的権利保護に限定した教科書を公にしている⁷⁷。彼は産業的権利保護が、特許権、実用新案権、意匠権、氏名および商号の保護、商標に関する権利および不正競争に対する保護を包括すると述べ、これらの素材を産業的権利保護なる共通概念のもとに併合する理由を、「それらの目的が産業 (Gewerbe) において現実のものとなり、かつ、その結果、それらの法政策的な根拠および部分的にはそれらの哲学的な正当化が、共通のないし隣接する観点に基礎を置くということ」⁷⁸に求めている。

以上からみて取れるように、ドイツの知的財産法理論は、すでに 19 世紀末葉から 20 世紀初頭にかけて、営利性なり産業性との対照において著作権概念を把握する理論的視角を、著作権概念と産業的権利保護概念との体系的峻別を通じて用意していたものと解される。

われわれが本節で眺めようとする給付保護権概念の揺籃期においては、この著作権と産業的権利保護との対立的な体系構造観が給付保護権概念の法体系上の位置の理解とその後の理論展開にきっかけを与え、そうした理論展開のなかで、給付保護権概念の母体である著作権保護対象の限界づけの理論は、とりわけその限界づけの基準において発展をみせ、やがて著作隣接権概念を生み出すことになる。その理論展開の担い手はエルスターとホフマンであった。これらの事柄の解明が本節の課題にほかならない。

第 2 項 産業的権利保護としての給付保護権

LUG2 条 2 項から解釈論として導き得る実演家の給付保護権を、産業的権利保護 (gewerblicher Rechtsschutz) ないし産業的保護権 (gewerbliches Schutzrecht) とし、て性格づけることの理論的な可能性を最初に示唆したのは、ホフマンであった。

すなわち、彼がエルスターの「LUG2 条 2 項＝実演家の給付保護権」説を承認した際、その前提として彼は、LUG2 条 2 項から実演家の著作権を導き得ない理由を、同

⁷⁴ 専ら産業的権利保護の法領域を扱った「産業的権利保護雑誌 (Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz) 」(1892 年創刊) を前身として、1896 年にドイツ産業財産権保護協会より創刊された。

⁷⁵ Vgl. Zur Einführung, GRUR 1896, S.1f.

⁷⁶ Allfeld, Kommentar zu den Reichsgesetzen über das gewerbliche Urheberrecht, 1904. 彼は、「産業的権利保護」なる体系概念が存在することを前提としつつも、同概念は産業的労働者の保護の文脈にも使用可能であることから、保護対象の性格づけを不明瞭なものとするとの懸念を理由に、それに代えて、「産業的著作権」なる体系概念を用いた旨を断っている。Vgl. Allfeld, a.a.O., Vorwort VII.

⁷⁷ Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, 1908.

⁷⁸ Osterrieth, a.a.O., S.1.

条項がレコード会社に原始的に帰属すべき産業的保護権に関する規定であることに求めたのである⁷⁹。ホフマンに先だち、マルヴィッツとメーリング（Bruno Marwitz u. Philipp Möhring）の共著による著作権法注釈書は、立法理由を参照しつつ、LUG2 条 2 項が多額の投資のもとに製作されたレコード盤の無断複製からレコード会社を救済する産業的権利保護を承認した規定である旨を論じていた⁸⁰。ホフマンはこの見解を、「実演家の給付保護権」の解釈論に結びつけたのである。

このホフマンの見解に示唆を得て、実演家の給付保護権を産業的権利保護として明確に位置づけたのはエルスターであった。彼は、実演家の給付保護権の積極的な法的性格を解明しようとする問題関心から、ホフマンの上記論旨を紹介して、「これは間違いなく有益でかつ極めて注目すべき見解」⁸¹であると評価した。

一方で、エルスターは、実演家の給付保護権を産業的権利保護の枠組みに位置づけることによって、かえってそれと著作権との理論的に密接な血縁関係が見失われることに対しても警戒感を示す。何となれば、前項で述べたとおり、すでにドイツ知的財産法理論には、産業的権利保護を著作権と対立的な保護枠組みとみる体系構造観が根づいていたからである。

そこで彼は、この給付保護権の客体が精神的著作物から明確に区別可能な実演家の給付ではあっても、それは著作物と内的・内容的には矛盾しないことを、強調して説くのである⁸²。すなわち、エルスターの述べるところによれば、給付保護権の客体は著作物と「別物（aliud）であるが矛盾するもの（res contraria）ではない」⁸³のであり、そして、給付保護権は、「無体財貨に関する権利であって、それゆえに著作権のごく近傍に隣接する（verwandt）のである。それは準著作権として著作物著作権

（Werkurheberrecht）から区別され得る」⁸⁴というのである。彼によれば、給付保護権が広義の産業的権利保護に帰属することは承認され得ても、この「産業的権利保護」の術語によって給付保護権の精神的ないし芸術的基盤（Grundlage）が見落とされてはならない⁸⁵。この意味で、二律背反的ではあるが、「この給付保護権は純粋に産業的であるが、当然ながら産業的でなくもある」とも説かれるのである⁸⁶。

こうして、ホフマンとエルスターによる展開を通じて、「実演家の給付保護権」概念は、産業的権利保護という理論的な拠りどころを新たに得たわけである。

⁷⁹ Hoffmann, Das Schallplattenkonzert der Rundfunkgesellschaften, GRUR 1932, S.44.

⁸⁰ Marwitz/Möhring, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland, Kommentar, 1929, S.46.

⁸¹ Elster, Ist das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers ein gewerbliches Schutzrecht ?, GRUR 1932, S.427,428.

⁸² Elster, a.a.O., S.428.

⁸³ Elster, a.a.O., S.428.

⁸⁴ Elster, a.a.O., S.428.

⁸⁵ Elster, a.a.O., S.428.

⁸⁶ Elster, a.a.O., S.428.

すでにわれわれが知るとおり、給付保護権概念はそもそも営利性・産業性と対立的に把握される著作権概念の希釈化の回避を目的とする法技術的な概念であった。したがって、これを産業的権利保護なる概念のもとに位置づけようとする見解自体は、いわば実演家の給付保護権の営利的・産業的性質の理論的追認ないし再確認に過ぎなかったともいえる。しかし、この見解が給付保護権概念のさらなる理論展開にとって有する意義は少なくなかった。その意義は、もちろん、著作隣接権概念の生成を予言するかのように給付保護権と著作権との「隣接性」が語られた点（上記エルスターの表現）にも認め得るが、より本質的には、給付保護権概念が、その理論射程を、実演家の保護権を越えてレコード盤や放送の保護権を包摂する著作権法上の基本概念にまで拡大させる手がかりを得た点にこそ、認められるのである。

すなわち、給付保護権概念は、ドイツ知的財産法の体系的骨格を著作権概念と二分して構成する産業的権利保護という基本概念との理論的接点を確保したことにより、自らの出自である実演家の権利概念という理論的制約から解放され、著作権法を著作権概念と二分して構成する著作権法体系上の基本概念となり得る理論的な基盤を得たと解されるのである。

第3項 ホフマンの法律草案

（1）序

給付保護権の概念は、産業的権利保護というドイツ知的財産法の基本概念との理論的接点を得たことで、その理論的な可能性は、著作権概念と著作権法体系を二分する著作権法上の基本概念へと拡大し得たものと解される。ドイツ知的財産法における著作権と産業的権利保護との対立的な体系構造観は、著作権法内における著作権と給付保護権との対立的な体系構造観へと投影され得たからである。

その理論的可能性をより具体的な法命題ないし法律条文の形式で明らかにしたのが、ここに考察する、1933年に公にされたホフマンの著作権法改正草案『ドイツ著作権法 — 著作権に関する法律の草案とその理由（Ein deutsches Urheberrechtsgesetz — Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht mit Begründung）』にほかならない。

（2）給付保護概念の成文化

この法律草案は6章・76か条から構成され、その第1章「著作権(Das Urheberrecht)」に続く第2章の表題が「給付保護 (Der Leistungsschutz)」とされている。

ホフマンは、この第2章に対応する理由書の冒頭で、こう述べている。

「草案の本質的な刷新のひとつは、草案がその第2章で給付保護を立法に導入することである。…諸外国の立法は、様々な種類の給付保護を知っているが、その本質を明瞭に把握していないかあるいは全

領域の規範化 (Regelung) には着手していない。いまやこの草案で、はじめてこの道が歩まれるのである (傍点は筆者)」⁸⁷。

こうして、第 2 章を構成する 47 条ないし 51 条の 5 か条によって、5 種類の給付保護権⁸⁸が、ドイツ著作権法制史上はじめて、またホフマンの語るところによれば諸外国の立法にも先駆けて、条文形式のもとに成文化されたのである。すなわち—⁸⁹、

第 2 章 給付保護

第 47 条 (1) 以下に掲げるものは、その作成者の同意を得た場合にかぎり、複製と頒布が許される。

1. 図面 (Zeichnung)、地図 (Karten)、立体表現およびその他の学術的または技術的種類の図面で、造形美術の著作物と認められないもの
2. 著作物またはその再生の編集物でその選択と配列とにおいて統一性を構成するもの

(2) 保護は公表後 30 年をもって終了する。

第 48 条 (1) 音響固定物 (Schallstücke)、影像固定物 (Bildstücke)、写真の製作物および写真に類する方法で作成される製作物は、その作成者の同意を得た場合にかぎり、複製と頒布が許される。

(2) 産業上作成された前項の固定物または製作物の場合、その保護権は事業主に帰属する。

(3) 音響固定物または影像固定物がその作成者の同意なく複製された場合には、その複製物は、その音響固定物または影像固定物に収録された著作物の再生を再生するために、利用することはできない。

(4) 保護は公表後 30 年をもって、写真に関しては 10 年をもって終了する。

第 49 条 (1) 放送は、ライヒ・ラジオ放送有限責任協会または当該放送を行うラジオ放送協会の同意を得た場合にかぎり、産業的利用が許される。

(2) 放送を行うラジオ放送協会が、その放送の音響固定物による複製を他の者に許諾した場合には、27 条の規定が準用される。著作権に関する規定は、これによって影響されない。

(3) 放送が、第 1 項によって必要とされる同意なく、音響固定物または影像固定物に収録されている場合には、その音響固定物または影像固定物を放送の再生のために利用してはならない。

(4) 保護は公表後 30 年をもって終了する。

第 50 条 (1) 言語著作物の演技または演劇著作物もしくは音楽著作物の上演は、そこに独自個性的な特徴からなる給付が認められる場合には、その演技者または上演者の同意を得たときにかぎり、音響固定物もしくは影像固定物に収録またはラジオ放送によって再生することができる。オーケストラ演奏または合唱の場合には、指揮者の同意をもって足りる。

(2) 劇場または営利企業の事業として行われる演技または上演の収録を目的とする場合には、劇場責任者または事業主の同意をもって足りる。

⁸⁷ Hoffmann, Ein deutsches Urheberrechtsgesetz — Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht mit Begründung, 1933, S.81.

⁸⁸ Hoffmann, a.a.O., S.84. 草案上の概念は「給付保護」であるが、理由部分では「給付保護権」の概念が用いられており、このことは両概念の意味するところが実質的に等しいことを意味している。

⁸⁹ Hoffmann, a.a.O., S.15f.

(3) 演技または上演が、第1項および第2項によって必要とされる同意なく、影像固定物または音響固定物に収録されている場合には、その影像固定物または音響固定物を当該演技または上演の再生のために利用してはならない。

(4) 保護は影像固定物または音響固定物の公表後30年をもって終了する。

第51条 (1) 未公表の報道情報(Pressenachricht)は、その有資格者の同意を得た場合にかぎり、複製しまたはその他の方法をもって報道目的に利用することができる。専らラジオ放送を通じて公表された報道情報で、その公表後12時間を経過しないものについても、同様とする。

(2) 公表された報道情報は、その第一公表の翌日の終了までは、出展を明記する場合にかぎり、複製しまたはその他の方法をもって報道目的に利用することができる。

(3) 本条の意味における有資格者とは、産業的に報道情報を収集しまたは収集させる者をいう。

(3) 給付保護概念の意義

ではホフマンは、著作権法体系を著作権概念と二分する基本的な権利概念として、この給付保護概念が必要とされる理由を、どこに求めているのか。給付保護概念の著作権法上の体系的意義に関する問題である。

彼は、給付保護の客体となる5種の給付、すなわち、造形美術の著作物とは認められない図面等(47条)、音響固定物ないし写真の製作物等(48条)、放送(49条)、実演(50条)および産業的報道情報(51条)の一般的性質についてこう述べている。

「こうした諸給付は、産業的権利保護または著作権の意味における技術的または芸術的創作ではないが、他の産業的な労働成果物に対して際立つ点は、個人的または技術的な造形要素との結合によってある特別な価値がそこに内在し、その価値により、当該給付は産業上の特別な給付として、比喩的にいえば、価値序列(Wertskala)において創作と給付の間に立つように映るという点である(傍点は筆者)」⁹⁰。

要するに、ホフマンによれば、新たに構想される給付保護の対象は、特別な価値を備えた産業上の給付ではあるが「価値序列」において芸術的創作には相対的に劣位するゆえに、著作権の保護対象となり得ず給付保護に委ねられるというのである。ここでわれわれが知り得ることは、彼が給付保護概念を著作権概念とは別個に設ける意義を、その客体の営利的・産業的性質から直に導くのではなく、著作権の保護対象との間に生じる「価値序列」から導こうとしている点である。

では、彼の給付保護概念の意義を決定づけるところの、この著作権保護対象と給付保護対象との間の「価値序列」の意味するところは何か。それを知るには、著作権保護対象つまり著作物の概念を、彼がいかに把握していたのかを理解しなければならない。

そもそも、著作権保護対象を人格の発露としての精神的な形態創作(Formschöpfung)に限定して再構成するという課題は、給付保護概念の定立と並んで、ホフマンがこの

⁹⁰ Hoffmann, a.a.O., S.81f.

法律草案で目指した重要な目標のひとつにはかならなかった⁹¹。そして、この目標を実現するために、彼は従来のドイツ著作権法（LUG, KUG）に欠けていた著作物の一般的定義規定を、草案の冒頭に置いたのである。すなわち—⁹²、

第1条 （1） この法律の意味における著作権による保護を受ける著作物とは、精神的行為に関するすべての表現で、その造形において作者の独自個性的な創作（*eigenpersönliche Schöpfung*）であるものをいう。

この保護著作物の定義規定を設けた理由について、彼は、こう述べている。

「これにとって決定的であったのは、こうした一般的な概念規定の助けを得てはじめて、著作権保護から将来、確かに給付でかつそれ自体で保護に相応しいけれども、著作物すなわち創作を行う主観の客観化（*Objektivierung eines schaffenden Subjektes*）にはあたらないすべての表現物（*Erscheinungen*）を排除することが、可能となるであろうとの考慮である。これまで判例が著作権財（*Urheberrechtsgut*）について設けた要件はあまりに低かったので、最低限の精神的・内容的要素も著作権保護を基礎づけた。…一般的な概念規定の定着は、将来において…精神的創作のみを著作権によって保護することに貢献するであろう（傍点は筆者）」⁹³。

ここではまさに、著作物の概念の再構成とその保護基準の引き上げとが意図されている。すなわち、彼によれば、最低限の精神的内容を認め得るに過ぎない対象は（たとえ保護に相応しい給付であっても）著作権保護から排除され、作者の人格の発露なり主観の客観化たり得る「独自個性的な創作（*eigenpersönliche Schöpfung*）」のみが保護著作物として承認されるのである。このことは、保護著作物に求められる個性なり独自性あるいは精神的創作性の程度が、従来の保護基準よりも高度に設定されることを意味しているといえよう。

このようにホフマンが、著作権の保護を受ける著作物を、質的に高度な創作性を備えるものと理解しようとしていたことに照らすならば、それと給付保護対象との間に存在すべき「価値序列」の意味するところも、自ずと明らかになる。すなわち、彼のいう著作権保護対象と給付保護対象との間の「価値序列」とは、高度の個性なり創作性を備える著作物を頂点として段階的に把握される保護対象の価値的なヒエラルヒーを意味するものと解されるのである。

したがって、われわれは、彼の給付保護なる概念の存在意義についても、この保護基準のレベルアップが図られた著作物概念との関係で理解しなければならないのである。

⁹¹ Hoffmann, a.a.O., S.82.

⁹² Hoffmann, a.a.O., S.5.

⁹³ Hoffmann, a.a.O., S.26f.

すなわち、給付保護とは、ここに再構成された著作物概念の高度な価値的基準に到達せず「価値序列」において著作物に劣位する保護対象を吸収する枠組みにほかならなかったと解されるのである⁹⁴。

以上の考察により、われわれは、ホフマンの給付保護概念が、保護著作物に設定される高度の価値的基準を充たさない営利財なり産業財（産業的給付）を著作権保護対象から排除することにより著作物概念なり著作権概念の希釈化を回避するとの法技術的意義を担った概念であったことを知るのである。

給付保護権概念が著作権保護対象の限界づけという理論的課題の解決のために法技術的に必要とされる概念であることは、その誕生の当初から所与であった。ところが、ここに、その限界づけの基準がホフマンの価値的基準に置き替えられた結果、給付保護権概念の意義は新たな理論的説明を得たといえるのである⁹⁵。

第4項 エルスターによる理論展開

（1）価値的基準論の支持

こうした、高度の個性的価値を指標とする価値的基準によって再構成される著作物概念、そして、その理論的文脈において意義を持つ給付保護概念というホフマンの理論展開に応じるかのように、まもなくエルスターは、自説の著作権法改正論のなかで、やはり、価値的基準によって画されるべき著作物概念なり著作権概念のあり方について、明快に説いている。その論考が、1934年の *Juristische Rundschau* 誌に公表された『作成かあるいは創作か？—現行および将来の著作権によせる一寄稿（Schaffung oder Schöpfung? — Ein Beitrag zum geltenden und künftigen Urheberrecht）』⁹⁶である。その要約は、つぎのごとくである⁹⁷。

著作権の再編にとっては創作（Schöpfung）の概念に関する明快な意識が非常に重要であるが、現実でかつ法的問題に使用可能な精神的・美術的著作物の概念を画定するには、人格（Persönlichkeit）から

⁹⁴ そこで、たとえば、「特別な素質（Fähigkeit）、巧みさ（Geschick）そして熟練（Fertigkeit）を要する精神的給付」の表現に該当しながらも独自個性的な創作とは評価し得ない“kleine Münze”（47条）なり「最も高度の個性的性質の給付が存するが、それは著作権の観点において重要な意味を持つ著作物の造形とはみなされない」実演（50条）には、給付保護が承認されるに過ぎない。Vgl. Hoffmann, a.a.O., S.81 - 83.

⁹⁵ ところで、ホフマンはこうして営利・産業性という保護対象の性質と精神的創作性の程度の低さとを同義にとらえて保護対象の峻別論を構成するが、こうした考え方は、すでに、産業的権利保護のグループに属する意匠法と著作権法との峻別基準にも見出すことができた。Vgl. hierzu Osterrieth, a.a.O., S.10. この事実は、著作権と給付保護権との峻別論が、ドイツ知的財産法体系にすでに定着していた著作権と意匠権との峻別論を支える発想と理論的関連性を有していることを教え、さらに、エルスターがかつて給付保護権概念に想到する前段階で既存の意匠権概念の類推によって新たな「雛形および模型保護」なる概念を構想していた見解との理論的接点をも示唆するのである。

⁹⁶ Elster, Schaffung oder Schöpfung? — Ein Beitrag zum geltenden und künftigen Urheberrecht, JR 1934, S.157ff.

⁹⁷ Elster, a.a.O., JR, S.157 - 159.

構成されるところの創作行為の理解が必要である。精神的著作物なる尊称（Ehrenbezeichnung）は、つまらないもの（Nichtigkeiten）、営利的な“kleine Münze”それに単純な労作（Arbeiten）には相応しくなく、精神的・美術的著作物が問題となり得るのは人格がそこで表現されている場合にかぎられる。著作物は全く主観的な創作（Schöpfen）を備えて作成されなければならないのである。それゆえに、月並みな作業からは、著作物ではなくて単に製作物（Erzeugnis）が作成されるに過ぎない。「給付（Leistung）は創作と同等ではないが、その活動と製作物とを資格あるものとする。創作、給付、製作物—この三概念において、人格影響力（Persönlichkeitswirkung）の程度は全く相違している」⁹⁸のである。このように、著作物の価値は作成者の独自性（Eigenschaften）に依存するけれども、そのことは「価値の高い—専門的判断の意味で価値の高い—創作のみが著作権を享受すべき」との意味での絶対的価値理論を意味せず⁹⁹、著作物概念の画定は、批判的（文学的、学術的、美術的）な価値判断と同義ではない。しかし、「そもそも著作権との関係で問題となる精神的・美術的著作物のグループ（いわゆる『著作物』）には、やはり、著作物の公益性（Gemeinnützigkeit）の意味において比較的高い価値基準（Wertmaßstab）を当てはめなければならず、そうした著作物の程度（Werkhöhe）に達しないものすべては、給付ないし製作物として、真に著作権保護の可能な著作物から排除され、…他の保護グループに仕向けられなければならないのである」¹⁰⁰。そうした限界づけは困難ではあるが、「著作権をありのままの高さで維持するためには、必要である」¹⁰¹。

このように、エルスターは、創作すなわち著作物の特殊性を「人格の発露」に求め、著作権保護対象たる著作物の要件として、換言すれば、著作権の客体を限界づける基準として、人格的影響力の程度によって判断される高度の価値的基準を設定するのである¹⁰²。この限界づけの価値的基準を説くにあたり、「人格」なり「人格影響力」の術語を用いる彼の所説は、同様の場面で「独自個性的な創作」なる概念規定を用いていたホフマンの所説（前項法律草案 1 条(1)）とは異なっている。しかし、両者が、著作物の概念を高度な個性的価値なり人格的価値を備えた保護対象の概念として理解し、著作権保護対象を価値的な基準によって限界づけようとした点にかわりはないものと解されるのである。

⁹⁸ Elster, a.a.O., JR, S.159.

⁹⁹ Elster, a.a.O., JR, S.159.

¹⁰⁰ Elster, a.a.O., JR, S.159.

¹⁰¹ Elster, a.a.O., JR, S.159.

¹⁰² こうしたエルスターの価値的基準に基づく著作権保護対象の画定論の背景には、1934 年という本論文公刊時の時代状況におけるナチス私法学の影響を窺えないわけではない。彼は、「将来、著作権はもはや単に個人的な著作物保護（Individual-Werkschutz）としてではなく、同時に国民的かつ民族的にすぐれた性質の著作物保護という本質的な特徴のもとに考えられなければならない」（S.157）と説き、著作物の質的要求を国家保護の正当化のために必要とするのであり（S.157）、そこには、個人主義的・自由主義的発想の否定と共同体的・民族主義的発想の要求を汲み取り得るからである。たとえば、広渡清吾「戦前の民法典の変化＝ドイツ民法典の 50 年」比較法研究（1997 年）32 頁も、ナチス私法学のなかでも最もラディカルな理論闘争を進めた「キール学派」の理論は、抽象的、個人主義的、自由主義的、物質主義的、実証主義的思考に由来する既存の法理論、法概念を否定し、具体的、類型的、共同体的、民族主義的思考に基づいて民法典体系の解体を課題とし、この理論は、ナチス私法学の「中核」として、当時の私法学全体に大きな作用を及ぼしたことは間違いないと指摘している。

ここに、著作権保護対象の限界づけに関するホフマンのいわば価値的基準論は、エルスターの基本的支持を得ていたといえることができる。

もっとも、エルスターの所説は、この価値的基準による著作物概念の限界づけが、絶対的あるいは学術専門的な価値判断とは異なりあくまで人格的影響力の多寡を基準とする相対的な判断であることを明確にする点で、より緻密であるといえる。こうした相対的な人格的影響力を指標とする「価値的基準 (Wertmaßstab)」を前提として、「著作物の程度」なる概念が説かれ、その「程度」に到達しない対象は、「給付」なり「製作物」として著作権保護から排除され、「他の保護グループ」に委ねられるのである。

すでにわれわれが知るとおり、エルスターは、給付保護権概念の誕生期において、保護対象の営利性なり産業性をメルクマールとして著作権保護を限界づけようとしていた（前節第1項論文(4)(5)）。もちろん本論文に説かれた価値的基準論も、このかつての彼の基準論と矛盾するものではない。営利的な“kleine Münze”は、人格表現としての精神的著作物から除外されているからである。すなわち、著作権保護の限界づけをめぐるエルスターの基準は、かつての営利性・産業性を指標とする基準から、いまや、個性的・人格的価値の程度を指標とする価値的基準へと、理論的な連続性を保ちつつ再構成されたわけである。

ところで、彼がこうして「著作物」の概念を「給付」なり「製作物」の概念と峻別するのも、そして、後者を非「著作物」として「他の保護グループ」に委ねるのも、著作権保護を限界づけることによって著作権概念の希釈化を回避しようとする理論的要請の帰結であったことには、あらためて注意を要するところである。彼が、「『作成（給付）』を『創作（著作物）』から区別しようとするのは、純粋な著作権の本質をより明確に認識するためである」¹⁰³と説くのも、そのことを示しているものと解される。

すなわち、この「著作物」と「給付」ないし「製作物」との概念区別にせよ、また著作権保護と峻別される「他の保護グループ」という発想にせよ、いずれもアプリアリに措定され得る概念区別なり発想ではない。それらは、給付保護権概念の誕生がそうであったように、あくまでも、著作権保護の限界づけという理論的文脈においてはじめて意味を持つところの、法技術的な概念区別なり発想にほかならなかったと解されるのである。

（２）「隣接的権利領域」の概念の発見

著作権保護対象を高度の価値的基準によって画することにより、著作権概念の希釈化なり体系的危機を回避しようとするエルスターの価値的基準論の考え方は、上記論文と同年に UFITA 誌に公表された「著作者保護かあるいは雛形保護か？—新たな理論

¹⁰³ Elster, a.a.O., JR, S.160f.

的認識にむけて（Urheberschutz oder Musterschutz? — Auf dem Wege zu einer neuen theoretischen Erkenntnis）」¹⁰⁴にも明快に説かれた。

すなわち、言語著作物および造形著作物の“kleine Münze”、たとえばカタログ、使用説明書、アドレス帳、写真製版の製作物等の営利的・産業的な製作物 一本論文に頻繁に用いられるこの「製作物」の概念も、彼が前論文で高度の価値的程度を備えた「著作物」と区別するために用いた法技術的な概念であることは、もはやいうまでもない— は、その実用適格性（Gebrauchstauglichkeit）という社会的機能ゆえに目的なり機能に制約された文学的・美的表現を提供し得るに過ぎず、一般的には、著作物と比較して人格的影響力を指標とする価値的程度は低いことになる¹⁰⁵。したがって、そうした製作物は、著作権保護に際しての要件たる「給付の程度（Leistungshöhe）」¹⁰⁶すなわち個性なり人格の発露を内容とする高度の価値的程度を充たさないがゆえに、著作権概念の希釈化を回避するためには、著作権保護対象からは排除され「雛形保護」に委ねられるというのである¹⁰⁷。

ここでは、価値的基準論が、保護対象の実用適格性の概念を媒介に、彼がかつて採用したところの保護対象における営利性・産業性をメルクマールとする基準論（前節第1項論文（4）（5））との理論的連続性を明確にしつつ、説かれたわけである。

ところで彼は、本論において、こうした価値的基準論により著作権から排除される保護対象を吸収する技術的概念として「雛形保護」の概念を用いつつも、著作権概念の限界づけという課題について序論的に説く部分で、つぎのように述べていた。

「文学的著作権保護と美術的著作権保護とを単一の法律に統合することが将来のドイツ著作権法にとっての既定の事実という事情によって、体系的により厳格な限界づけは、容易になりそれゆえに促進される。というのも、その結果、『著作権』はもはや、すべての可能な法律に出没する（herumgeistert）ものではなく、それは精神・産業的保護法の全領域において、法律技術的にもより厳格に限界づけられた権利種別（Rechtsgattung）となるからである。若干の準著作権的領域は、『隣接的（angrenzende）』領域として、新法の独立の章に仕向けられるべきとの改正案（die geplante Neuerung）をつけ加えるとすれば、それは、この新たな厳格なる限界づけを補完しかつ裏書する（傍点は筆者）」¹⁰⁸。

ここで準著作権的領域とは、著作権概念の希釈化を回避するために著作権保護から排除されるべき対象を受け入れる枠組みを意味するものと解され、具体的には、機械音楽的な「翻案物」つまりレコード盤やシリンダー、実演家の実演、使用説明書、価格表、アドレス帳などの産業的な言語著作物そして産業的な応用美術と写真製版の製作物の保護領域が、それである¹⁰⁹。

¹⁰⁴ Elster, Urheberschutz oder Musterschutz? — Auf dem Wege zu einer neuen theoretischen Erkenntnis, UFITA 1934, S.345ff.

¹⁰⁵ Elster, a.a.O., S.351-353.

¹⁰⁶ Elster, a.a.O., S.352.

¹⁰⁷ Elster, a.a.O., S.351f.

¹⁰⁸ Elster, a.a.O., S.346.

¹⁰⁹ Elster, a.a.O., S.347.

われわれは、ここに、この「準著作権的領域」と同義のもとに、著作隣接権概念のまもなくの生成を暗示するような新概念、すなわち「隣接的権利領域(angrenzende Rechtsgebieten)」なる概念の登場を知るのである。

彼が、このような叙述を展開したにもかかわらず、その本論の部分では、「隣接的権利領域」概念ではなく「雛形保護」概念を敢えて用いたのは、後者の概念が持つ積極的意味を優先させるためであった。すなわち、「雛形保護」概念によれば、保護対象の模型性 (Modellhaft) つまり実用的な複製品にとっての手本 (Vorlage) という保護対象の本質を文字通り表現し得るのに対し¹¹⁰、「単に『隣接的権利領域』なる言葉を用いかつそれを著作権法内に規定することに甘んじるに過ぎない場合は、体系的に何か消極的なこと (etwas Negatives) が述べられたに過ぎず、積極的なこと (das Positive) は未解決のままとなる」¹¹¹からであった。

要するに、先に本論で「雛形保護」概念を用いて彼が説いていた事柄は、そのまま、「隣接的権利領域」の概念について説くところとして妥当するのである。すなわち、われわれは、この「隣接的権利領域」なる概念を、著作権概念の希釈化なり体系的危機の回避という理論的要請から導かれる法技術的な概念であって、個性的・人格的価値を指標とする高度の価値的基準すなわち「給付の程度」に到達しない客体を受け入れる保護枠組みの概念として、理解することができるのである。

(3) 著作権法体系の基本構想と著作隣接権概念の生成

エルスターは、ホフマンの法律草案に姿を現した著作権保護対象の限界づけに関する価値的基準論を基本的に支持し、その理論的な精緻化につとめるとともに、同基準論のもとで、著作権概念と峻別される技術的な概念として「隣接的権利領域」の概念を導いた。そして、ついに、1935年の *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 誌に掲載された「著作権に関する未決着の限界問題の解決にむけた産業的保護権 (Gewerbliches Schutzrecht zur Lösung strittiger urheberrechtlicher Grenzfragen)」¹¹²において、彼は、この「隣接的権利領域」の概念と同様の理論的意義を有する新概念として、著作隣接権の概念を提唱するのである。

彼はまず、著作権に対し歴史的に先行する出版権 (Verlagsrecht) が産業保護権の発想に立脚することに注目し、この出版権のアナログを通じて、著作権概念が産業的権利保護との体系的な対立関係において理解され得ること、そして、「給付保護権」なり「隣接的権利領域」なる概念が著作権と産業的権利保護との対立構造という理論的文脈から導かれることを、つぎのごとく説くのである。

¹¹⁰ Elster, a.a.O., S.348.

¹¹¹ Elster, a.a.O., S.347.

¹¹² Elster, *Gewerbliches Schutzrecht zur Lösung strittiger urheberrechtlicher Grenzfragen*, ZAIP 1935, S.364ff.

著作権に関する限界問題（Grenzprobleme）と称される、写真、レコード盤、実演、映画およびラジオ放送の保護をめぐる問題に関しては、その一致した産業的性質と出版権との発想上の類似性が指摘され得る¹¹³。すなわち、こうした保護対象は、まさしく広義の出版業として、精神的・美術的著作物の複製と頒布に従事するという産業的な社会的機能を共通にしている¹¹⁴。いずれの場合も、産業的モメント（das gewerbliche Moment）が前面に立ち、観念的・著作物創作的（ideell-werkschöpferisch）な行為との対照として「産業的」と考えられる¹¹⁵。「こうした認識によって純然たる著作権との対照が確かめられ、またそれゆえに、そうした産業的に強調される機能の保護を…本来の著作権から峻別することは、著作権の純粹保持（Reinerhaltung des Urheberrechts）に矛盾なく貢献するはずである」¹¹⁶。つまりこの理解により、純然たる著作権の限界領域が明瞭になり、産業的特徴を通じて著作権の体系論に忍び寄る危機は容易に払いのけられ、多くの問題が解決可能となる¹¹⁷。たとえば出版者が独自の「著作物」ではなく単なる「製作物」を作成したに過ぎない場合は、著作権ではなく出版権による保護で充分であり、また、創作的寄与をなす映画事業者の存在を例外的に認め得るとしても、一般的に映画事業者には、産業に由来する「出版権」を承認すれば、著作権保護を一般原則として法定する必要も生じない¹¹⁸。すなわち、「精神的・美術的著作物を基礎とする製作物は、精神のおよび美術的著作物への奉仕（Dienst）に関する客体であって、したがって、産業的権利の対象であり著作権の対象ではない」¹¹⁹。状況はレコード製作者およびラジオ放送機関の関係でも同様であり、ここでも著作物創作的な創作に与えられる著作権はもはや問われず、レコード盤なりラジオ放送という、精神のおよび美術的著作物とその頒布とに奉仕する製作物の産業的保護が問題となる¹²⁰。ドイツの第二政府草案（Regierungsentwurf—der zweite—）¹²¹は、写真の製作物の保護の産業的性格を前提として、私の提案にしたがい「隣接的権利領域」なる表題の章で若干の製作物グループとともに給付保護を承認し、それによって「理解の進展の歩み」を明瞭に示している¹²²。著作物と製作物との峻別、創作と給付との峻別は、即物的性質（gegenständliche Qualität）からなる事業者の製作物を著作権保護から排除すると同時に、実演家の給付保護権を著作物創作者の著作権から峻別することも命ずる¹²³。給付は、人格権的内容（der persönlichkeitsrechtliche Gehalt）を媒介に、創作すなわち精神的または美術的著作物となるが、単純な給付は、たとえ専門的性質をのぞかせようと本来の著作権保護からは排除され、体系的に異なる保護権が与えられなければならない

¹¹³ Elster, a.a.O., S.374f.

¹¹⁴ Elster, a.a.O., S.375.

¹¹⁵ Elster, a.a.O., S.376.

¹¹⁶ Elster, a.a.O., S.376.

¹¹⁷ Elster, a.a.O., S.376.

¹¹⁸ Elster, a.a.O., S.377.

¹¹⁹ Elster, a.a.O., S.377.

¹²⁰ Elster, a.a.O., S.377f.

¹²¹ 1932年に著作権法改正のライヒ司法省草案—“Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie mit Begründung”—が公にされており、ここに言及される第二政府草案とはその修正案と思われるが、管見によるかぎり私はそれを確認できなかった。1932年のライヒ司法省草案は、著作権保護とは別個に、実演芸術家の保護、書簡および肖像画の権利ならびに題号保護に関する第6章を設けていたが、「給付保護」なり「隣接的権利領域」なる概念はいまだ使用されていない（S.19 - 22.）。

¹²² Elster, a.a.O., SS.364, 378.

¹²³ Elster, a.a.O., S.379.

ない¹²⁴。ドイツの1901年出版法によれば出版権は他者の著作権に從属する権利であり、たとえば著作権の消滅した公有著作物からは導くことが不可能となるから、新たに他者の著作権に從属しない産業的な出版権類似の保護権あるいは第二の産業的保護権の制定が必要となる¹²⁵。こうした産業的保護権を、「非從属的な（しかし排他的な）出版権ないし『小著作権（kleines Urheberrecht）』と、あるいはまた給付保護権とも呼び得るが、この名称は、…事の本質が明確にされていれば、決定的ではない」¹²⁶。この中間世界（Zwischenreich）には、「私が“kleine Münze”と名づけたところのもの、すなわち、使用説明書、カタログ、劇場プログラム（Theaterzetteln）、アドレス帳などで、私が趣味的雛型保護への帰属を以って正当に評価しようと試みた対象」も含まれる¹²⁷。

このように、エルスターによれば、出版、レコード盤、実演、映画、ラジオ放送それにいわゆる“kleine Münze”は、その共通する産業性という性質ゆえに、「著作権に関する限界問題」を構成するのであり、その結果、著作権保護から排除されて産業的権利保護の枠組みに委ねられるのである。

しかし、ここで注意すべきは、この保護対象の産業性という基準が、著作権保護対象の限界画定を終局的に決定づける基準と考えられていたわけではなかったということである。彼は、広義の出版者による産業的「製作物」が著作権保護から排除される旨を説く際に、「こうした明確な限界づけによっても、…出版者が、書籍出版者、映画事業者あるいは写真家等のいずれであろうと、既存著作物について独自創作的（selbstschöpferisch）に作成を行う場合には、そのかぎりで純然たる著作権を取得し得ることは排斥されない」¹²⁸と述べるのである。

要するに、著作権保護対象なり著作権概念を限界づける根本的な基準は、独自創作性なり人格的影響力¹²⁹を指標とする保護対象の価値的程度であって、ここでも価値的基準論が支持されることにはかわりはなかったのである。言葉をかえて述べるならば、エルスターの見解によれば、産業的な保護対象は、専らその産業性という性質のみを理由として著作権保護から排除されるわけではなく、先にも述べたとおり、実用適格性という社会的機能による表現上の制約から、産業性という性質と多くの場合に同義である人格的・価値的程度の低さによって、著作権保護から排除され産業的権利保護の枠組みに委ねられるのである。

ところで、上記の要旨にも示したとおり、エルスターにとって、価値的基準論に基づく著作権保護対象なり著作権概念の限界づけという発想が共有されていれば、そうした発想の法技術的な表現ともいい得るところの、著作権概念と峻別されるべき新たな権利概念の名称のあり方は、副次的な問題に過ぎなかった。それは、「第二の産業

¹²⁴ Elster, a.a.O., S.379.

¹²⁵ Elster, a.a.O., S.380.

¹²⁶ Elster, a.a.O., S.381.

¹²⁷ Elster, a.a.O., S.381f.

¹²⁸ Elster, a.a.O., S.378.

¹²⁹ Elster, JR 1934, a.a.O., S.159.

的保護権」とも、「小著作権」とも、「給付保護権」とも、あるいは「隣接的権利領域」とも名づけることに理論的な障害はなかったのである。この権利概念の名称問題に関する基本的な考え方に則して、彼は、本論文の最終頁に、つぎのような法体系構想のいわば見取り図を示すなかで¹³⁰、著作権と区別された新たな権利概念を使用した。それが著作隣接権（Angrenzende Rechte）なる概念である。

- A. 精神的著作物および美術的著作物（純粋な美術産業を含む）の創作者の著作権（完全保護期間による）
- B. 著作隣接権（主に短縮保護期間による）
 - 1. 精神的または美術的財貨にむけた製作物の作成者（出版者、グラフィック会社および写真会社、映画事業者、レコード製作者、ラジオ放送機関）に関する産業的保護権 【出版権的発想】
 - 2. “kleine Münze”（使用説明書、カタログ、アドレス帳等、雛型および模型ならびに一部の写真）のデザイナーの製作物保護権 【雛型権的発想】
 - 3. 実演家の給付保護権 【人格権的および競争法的な給付保護的発想】
 - （4. 書簡および肖像画に関する権利） 【人格権的】
 - （5. 題号および装丁の権利） 【競争法的】

われわれはここに、著作隣接権の概念がドイツ著作権法理論上はじめて、映画製作者、レコード製作者およびラジオ放送機関などの産業的保護権、“kleine Münze”デザイナーの製作物保護権、そして実演家の給付保護権を包摂しつつ、著作権の概念と体系的に峻別される著作権法上の基本的権利概念として使用されたことを知るのである。

上の見取り図には、上記の権利のほか、書簡・肖像画（Eigenbild）に関する権利および題号・装丁の権利も著作隣接権の枠組みに含まれている。しかし、その括弧書きの表記が物語るとおり、エルスターが理論的確信のもとに、これらの権利を著作隣接権の一部として承認しようとしたかはさだかでない。むしろ、彼は、そのような留保つき見解を示すに際しては、次項で考察する 1932 年の著作権法改正に関するライヒ司法省草案に配慮したのではないかと推測される。同草案は、著作権保護とは別個に第 6 章（57 条～63 条）を設け、実演家の保護、書簡および肖像画の権利ならびに題号と外観装丁の保護を規定していたからである¹³¹。

以上のとおり、ホフマンが給付保護（権）概念をもって著作権概念と著作権法を二分する基本的権利概念となす法律草案を著した 1933 年に遅れること 2 年、エルスターは、著作隣接権概念と著作権概念とを基本的権利概念とする、ドイツ著作権法の新たな基本構想を示したのである。この著作隣接権の概念が、創作性の程度に関する高度

¹³⁰ Elster, ZAIP 1935, a.a.O., S.383.

¹³¹ Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie mit Begründung, 1932, S.19 - 22.

の価値的基準によって画される著作権概念の希釈化なり体系的危機の回避のために法技術的に必要とされる概念であったことは、すでに前段で「隣接的権利領域」なる概念との関係で述べたところと同様である。

第5項 法改正の提案内容にみる新概念の使用

本節で考察対象とした諸論考、すなわち、1932年のホフマン¹³²とエルスター¹³³の論文から1933年のホフマンの私草案¹³⁴を経て、1934年と1935年に相次いで公けにされたエルスターの3編の論文¹³⁵において、著作権保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論を背景としつつ、著作権概念と著作権法体系を二分ししかも著作権概念の希釈化回避という体系的意義を担って生成された給付保護権ないし著作隣接権の概念が、学説上その理論的な生成の基盤を固めるなかで、ほぼそれと同時並行のかたちで、一学者の私説の域を出た複数の法改正の陳情書や法律草案の中でも、やはり、著作権法体系内に、著作権概念とは別に設けられるべき保護枠組みなり権利概念の存在が認識されるようになる。

ここでは、そうした新たな概念の使用の事実を示し、その使用意図を考察する。それらを眺めることにより、著作隣接権概念の生成を導いた法体系的な問題意識が、個別の学説の枠内に留まることなく、当時のドイツ著作権法学説の集約的・支配的見解として、さらには、立法当局の公的見解としても、すでに明確に共有されていたことを知ることができるであろう。

(1) 1931年GRUR協会陳情書

最初に考察対象とすべきは、GRUR誌の発行母体（当時）であるドイツ産業財産権保護協会（Deutscher Verein für den Schutz des gewerblichen Eigentums）の作成にかかる著作権法改正の陳情書（Eingabe）である。同協会は、1928年のベルヌ条約ローマ改正規定へのドイツ法の対応も念頭に置きつつ、1931年の同誌上において、ライヒ司法大臣宛ての著作権法改正の陳情書を公けにしている¹³⁶。

この陳情書は、「著作権法改正に関する著作権委員会の決議（1931年第二読会）」と題され¹³⁷、本章に考察した著作隣接権の生成論議にいずれも登場するエルスター、ゴルドバウム、ホフマンおよびマルビッツの4者の作成にかかる4種の草案を基礎と

¹³² Hoffmann, Das Schallplattenkonzert der Rundfunkgesellschaften, GRUR 1932, S.44.

¹³³ Elster, Ist das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers ein gewerbliches Schutzrecht?, GRUR 1932, S.427.

¹³⁴ Hoffmann, Ein deutsches Urheberrechtsgesetz — Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht mit Begründung, 1933.

¹³⁵ Elster, Schaffung oder Schöpfung? — Ein Beitrag zum geltenden und künftigen Urheberrecht, JR 1934, S.157; ders, Urheberschutz oder Musterschutz? — Auf dem Wege zu einer neuen theoretischen Erkenntnis, UFITA 1934, S.345; ders, Gewerbliches Schutzrecht zur Lösung strittiger urheberrechtlicher Grenzfragen, ZAIP 1935, S.364.

¹³⁶ Eingabe betr. Reform des Urheberrechts, GRUR 1931, S.894.

¹³⁷ GRUR 1931, a.a.O., S.896.

して¹³⁸、法改正の対象となり得る 10 項目の事項に関し、その法規範化の要否も含めて、各決議の内容を箇条書きにまとめたものである。その第 8 項目には、「隣接権 (Verwandte Rechte)」が提案されている。

「隣接権」の項目で決議対象とされた内容は、①実演芸術家の権利、②レコード盤の保護、③草稿 (Manuskript) に関する権利、④書簡に関する権利、および、⑤自己肖像に関する権利である。①「実演芸術家の権利」に関しては、著作物の実演を行う実演家にその実演のあらゆる利用に関する排他的権利を死後 30 年までの存続期間で承認すべき旨の第 1 読会の決議が、18 対 15 の決議で否決されている。②「レコード盤の保護」に関しては、レコード盤の保護に関する特別規定の導入が、22 対 12 の決議で否決されている。③「草稿に関する権利」に関しては、オリジナル草稿ないし造形美術の著作物の所有者に、その著作者による接近を許容する義務を与えようとする提案が否決される一方、同じくその著作者にその著作権行使を許容する義務を与えようとする提案は承認されている。④「書簡に関する権利」に関しては、書簡、日記等の無断公表を、一定の場合に、作成者の死後 20 年まで禁止等する提案が承認されている。⑤「自己肖像に関する権利」に関しては、現行法 (KUG20 条以下) の規定内容が承認されている。

この決議内容には理由書の添付がない。それゆえ、本陳情書が、著作権法体系内において、著作権とは異なる新たな「隣接権」の権利概念を用いた意図は、明示的には示されない。また、「隣接権」の保護枠組みの下には、実演やレコード盤の保護制度のみならず、著作者のアクセス権や書簡・日記・自己肖像の保護制度も包摂され、本節で明らかにした著作権保護対象の価値的基準論という、保護対象の創作性の評価を契機とする著作隣接権概念の意義のみでは、説明し難い保護制度も含まれている。

とはいえ、この陳情書が公にされた 1931 年の時点において、エルスターは、著作権保護対象の限界づけをめぐる自説を展開させ、著作権保護に代わる新たな「雛型および模型保護」なる概念を用いて立法論の理論的輪郭の明確化につとめ（前節第 1 項論文 (4) (5)）、1930 年の UFITA 誌の論考では、著作権概念の希釈化回避のための法技術的な概念として「給付保護権」なる新概念の発見に至っていた（前節第 1 項論文 (6)）。またホフマンも、著作権概念の希釈化に対する懸念を共有し、1931 年の GRUR 誌の論考で、著作権法改正の主要課題が、「著作権の客体を、それに隣接 (verwandt) はしても決して帰属することのない緒現象 (Erscheinungen) から峻別」することであると、明瞭に述べていた（前節第 2 項論文 (3)）。

そのエルスターとホフマンの両者が、本陳情書の検討の基礎となる草案を提供していたことは、前述のとおりである。すると、GRUR 協会がここに使用した「隣接権 (Verwandte Rechte)」なる従来法にない新規の権利概念が、エルスターとホフマンの両者が示した問題意識と無関係に構成されたとは想定し難いところである。

¹³⁸ GRUR 1931, a.a.O., S.895.

本陳情書が使用した「隣接権」なる概念は、その理由の明示がなかったとはいえ、前項までの考察で明らかにした著作隣接権概念の生成理由と同様に、著作権概念の希釈化という法体系的な問題意識を背景にその回避を意図して使用され、それが、立法当局（司法大臣）に宛てた法改正の陳情内容に馴染むに足りるほどの、一般的な承認を得ていたとみるのが妥当であろう。

（２）1932 年・1934 年ライヒ司法省草案

つぎに考察対象となし得るのは、立法当局であるライヒ司法省の法律草案である。

来るべき著作権法がその体系を構成するにあたり、従来法のような著作権保護の枠組みのみでは足りず、別途の保護枠組みをも要するとの考え方は、先述の GRUR 協会陳情書の後、ほどなくして、その名宛人であった立法当局自身の見解としても明瞭に示される。そのことを教えるのが、ライヒ司法省の手により 1932 年¹³⁹と 1934 年¹⁴⁰とに相次いで起草された著作権法の改正草案である¹⁴¹。

まず草案に示されるのは、著作権保護対象つまり著作物概念の限界づけに対する明確な問題意識である。すなわち、32 年草案の理由書冒頭の総論部分は、改正法の主要な修正点（Änderungen）として、著作権保護の根拠の「精神的かつ芸術的な創作行為」への限定を明瞭に掲げる¹⁴²。そして、両草案ともに、保護対象たる著作物を、新たに「独自かつ精神的な創作（eigentümliche geistige Schöpfung）」として限界づける（32 年草案 2 条、34 年草案 1 条）。従来法の「著作物」の定義規定の欠落が、ここに「修正」されるのである。また、そうした著作物要件の明文化のみならず、その厳格解釈の必要性も説かれる。それによれば、富くじリスト、地名索引帳、住民住所録等の言語作品は、「創作者の個性に由来する独自性を備えた創作的な精神行為の成果」に該当しないゆえに著作物該当性は否定され¹⁴³、ポップーリ等の音楽作品に関しても、同様に、「判例はこの保護著作物の明文規定を考慮することにより、…従来よりも厳格な基準を置く」と説かれ、裁判所による厳格な解釈論に期待が示される¹⁴⁴。

他方、著作権の保護対象の限界づけに関するこうした問題意識のもとでは、実演芸術家またはレコード製作者を著作物の翻案者とみなす LUG2 条 2 項の制度も、明らか

¹³⁹ Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie mit Begründung, 1932.

¹⁴⁰ Ministerialentwurf eines Urheberrechtsgesetzes vom 22. Januar 1934, Abgedruckt in Rehinder, UFITA, 2000III, S.743.

¹⁴¹ 近時の博士論文である Vogt, Die urheberrechtlichen Reformdiskussionen in Deutschland während der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, 2003 によれば、この 32 年草案と 34 年草案のほかに、32 年草案の修正として作成され、かつ、34 年草案によって再修正を受けた、1933 年の司法省草案の存在が明らかになる（S.166 u. S.175）。この 33 年草案は今日もなおその全文が一般に示されることがない。とはいえ、未見の 33 年草案の修正として 34 年草案を位置づけ得るのであるから、当時の立法当局における立法課題の認識状況を知ろうとするここでの課題にとって、考察の対象は中間草案を除いた両端の 32 年草案と 34 年草案とで十分といえる。

¹⁴² Entwurf, 1932, a.a.O., S.32.

¹⁴³ UFITA, 2000III, a.a.O., S.780f.

¹⁴⁴ UFITA, 2000III, a.a.O., S.781.

な修正対象となる。実演とレコード盤を従来法のごとく著作権の保護対象とすることは、「著作権保護の対象を構成し得るのは、著作物の作成行為の成果のみである…との原則(Grundsatz)」に矛盾する¹⁴⁵。両者の保護は、「法の構成(Rechtskonstruktion)」の観点¹⁴⁶および「著作権保護に関する限界の混乱」の回避¹⁴⁷を理由に、著作権の枠組みから排除されなければならないというのである。

そして、このような、「法の構成」観や著作権保護対象の限界づけに向けられた体系的な問題意識を背景に、著作権保護に馴染まない実演等の保護対象を受け入れるため、「著作権」保護とは異なる新たな保護枠組みが著作権法内に用意されることになる。それが、32年草案において、著作物・著作権保護に関する章(第1章～第5章)とは別個に設けられた第6章の諸規定であり¹⁴⁸、また、34年草案においては、同じく第6章においてその表題にも使用された「隣接的権利領域(Angrenzende Rechtsgebiete)」なる新たな枠組みである¹⁴⁹。

この著作権とは区別された保護枠組みのもとに、32年草案では、実演芸術家の保護(57条～59条)、書簡の保護(60条)、自己肖像の保護(61条)および題号の保護(63条)が構想され、他方の34年草案では、保護対象の種類に拡大が見られ、文化財的意義を有する著作物の保全(53条)、題号の保護(54条)、実演芸術家の保護(55～57条)、写真の保護(58条)、録画物・レコード盤の保護(59条)、放送の保護(60条)、書簡の保護(61条)および自己肖像の保護(62条)が構想されている。

もともと、草案に具体化された「隣接的権利領域」の保護法益は、その保護対象に応じて多様である。すなわち、文化財的意義を有する著作物については文化的観点からの公益¹⁵⁰、題号については識別標識の混同防止に関する競争法的利益¹⁵¹、実演については実演芸術家の人格的利益・財産的利益¹⁵²、写真についてはその作成者の産業的利益¹⁵³、録画物・レコード盤についてはその製作者の営業的利益¹⁵⁴、放送(ラジオ放送)については放送機関の営業的利益¹⁵⁵、書簡については秘密領域の人格的利益¹⁵⁶、

¹⁴⁵ Entwurf, a.a.O., 1932, S.52, UFITA, a.a.O., 2000III, S.809.

¹⁴⁶ Entwurf, a.a.O., 1932, S.52.

¹⁴⁷ UFITA, a.a.O., S.809.

¹⁴⁸ Entwurf, a.a.O., 1932, SS.19,22.

¹⁴⁹ UFITA, a.a.O., SS.762,767. なお、34年草案に先立って作成された司法省の33年草案の内容を紹介するVogtの前記博士論文においても、33年草案にすでにこの「隣接的権利領域」なる概念が使用されていたかどうかは、明示的には論じられていない(Vogt, a.a.O., SS.169,173)。とはいえ、そうした事情はつぎなる34年草案に対する考察においても変わらない(Vogt, a.a.O., SS.177,181)。33年草案において記述を欠くのは研究者の問題意識の欠落という理由も考えられるから、33年草案によってすでに「隣接的権利領域」なる概念が使用されていた可能性は、否定できない。とはいえ、司法省の最終的見解である34年草案における同概念の使用を知り得るのであれば、そうした使用の実態を知ろうとするここでの課題にとっては十分であって、上記可能性を検証する必要はない。

¹⁵⁰ UFITA, a.a.O., S.868.

¹⁵¹ UFITA, a.a.O., S.870.

¹⁵² UFITA, a.a.O., S.874.

¹⁵³ UFITA, a.a.O., S.879.

¹⁵⁴ UFITA, a.a.O., S.883.

¹⁵⁵ UFITA, a.a.O., S.884.

そして、自己肖像については従来法 KUG22 条ないし 24 条の保護法益¹⁵⁷が、それぞれ説かれている。そこには、前段に考察した GRUR 協会陳情書の場合と同様に、一見して、前項までの考察で明らかにした著作権保護対象の価値的基準論を背景とする著作隣接権概念の意義、すなわち、保護対象の創作性の段階的評価を契機とする段階的な保護枠組みとしての意義のみでは説明し難い保護制度（文化財的著作物の保護、題号保護、書簡・自己肖像の保護）も含まれる。

とはいえ、この司法省草案に使用された「隣接的権利領域」なる概念が、エルスター自身も自説との関係を明確に説いていたように（本節第 4 項論文（3））¹⁵⁸、彼の同年の学説（本節第 4 項論文（2））¹⁵⁹に由来しそれを採用したものである点に、疑いを差し挟む余地はないであろう。

要するに、両司法省草案においては、いずれも、前項までの考察で明らかにした著作隣接権概念の生成を導く体系的問題意識、すなわち、著作権保護対象の創作的限界づけと著作権概念の希釈化回避の問題意識が、草案全体を貫いており、その帰結として、一方では著作物の厳格解釈が要請され、また他方では、著作権保護とは峻別される保護枠組みなり「隣接的権利領域」の概念が導入されていたのである。著作権なり著作物概念の希釈化回避の問題意識に根ざす新たな権利概念の必要が、立法当局の見解においても共有されていたことを知ることができる。

（3）1939 年ドイツ法アカデミー草案

最後に考察対象となるのは、ドイツ法アカデミー（Die Akademie für Deutsches Recht）の作成にかかる法律草案である。

ドイツ法アカデミーとは、1933 年に、法と経済の両面に亘り当時のドイツの立法論議への寄与を目的に設立された学術団体である¹⁶⁰。同アカデミー内の著作権専門家委員会（Fachausschuß für Urheber- und Verlagsrecht der Deutschen Arbeitsgemeinschaft für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht）が先のライヒ司法省草案を基礎として検討し、その修正草案として 1939 年に理由書と併せ刊行されたのが、ここに考察するドイツ法アカデミー草案である¹⁶¹。

¹⁵⁶ UFITA, a.a.O., S.885.

¹⁵⁷ UFITA, a.a.O., S.887.

¹⁵⁸ Elster, Gewerbliches Schutzrecht zur Lösung strittiger urheberrechtlicher Grenzfragen, ZAIP 1935, S.364ff.

¹⁵⁹ Elster, Urheberschutz oder Musterschutz? — Auf dem Wege zu einer neuen theoretischen Erkenntnis, UFITA 1934, S.345ff.

¹⁶⁰ Vogt, a.a.O., S.221, Fn.897. Vogt によれば、同アカデミーの設立は、1933 年 6 月 26 日のバイエルン州司法省で行われた設立総会に基づいており、その定款によれば、当時の国家社会主義プログラムの実現がその課題に含まれるとされている。

¹⁶¹ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, in der Schriftenreihe „Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht“, Heft 11, 1939.

同草案は同年発行の GRUR 誌上にもその掲載を見る¹⁶²。GRUR 誌の発行母体は、1934 年に、その名称を、従来の「ドイツ産業財産権保護協会」から「ドイツ産業的権利保護および著作権研究団体 (Deutsche Arbeitsgemeinschaft für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht)」へと変更した¹⁶³。草案を検討した前記委員会名称にこの団体名称 (der Deutschen Arbeitsgemeinschaft für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht) が含まれることは、同草案の検討が、ドイツ法アカデミーとこの GRUR 研究団体との共同作業でなされたことを意味する¹⁶⁴。このアカデミー草案は、この後、第二次大戦の影響を受け、戦後の 1950 年の実質的再開まで中断¹⁶⁵されるドイツの戦前の著作権法改正論議において、その最後に登場した法律草案であり、いわば戦前のドイツ法改正論議の理論的集大成と位置づけ得るものである¹⁶⁶。

この草案は、先に見た 1934 年司法省草案を検討の基礎とする¹⁶⁷。したがって、そこには、司法省草案に使用された「隣接的権利領域」の概念の継承も認め得る。しかし、そればかりでなく、さらに本研究の問題関心との関係で注目されるのは、本節で明らかにした著作隣接権概念を必要とする体系的な問題意識、すなわち著作権保護対象の限界づけと、その保護基準に充たない保護対象の段階的な受け入れ枠組みとしての同概念の体系的機能とに対する明瞭な認識が、当該「隣接的権利領域」の概念との関係で、条文形式の具体的な法命題のなかにも読み取り得ることである。

草案はまずその理由書の導入部分において、来るべきドイツ著作権法の構成に際し、「創作的人格の保護 (der Schutz der schöpferischen Persönlichkeit)」を位置づける¹⁶⁸。すなわち、「『著作権』と称される法秩序と創作的人格の保護の原則との関連性が明確に把握される」ことが、著作権法立法にとって決定的意義を有すると説かれる¹⁶⁹。ここにはすでに、草案の「著作権」の概念の捉え方に対する強い体系的な問題意識を窺うことができる。そして、草案の出発点となるこの法原則を、法命題として集約的に具体化するのが、著作権保護対象を定める著作物の定義規定にほかならない。すなわち、草案は、「著作権が著作者に与えるのは、その著作者によって著作物に表現される特別な特徴 (Prägung) に関する保護」¹⁷⁰であるとの原則を堅持したうえで、著

¹⁶² Entwurf eines Urheberrechtsgesetzes, GRUR 1939, S.242; Bericht über die Beratungen und Vorschläge des Ausschusses für Urheber- und Verlagsrecht für die Neugestaltung des deutschen Urheberrechtsgesetzes, GRUR 1939, S.256.

¹⁶³ An alle Mitglieder!, GRUR 1934, S.1.

¹⁶⁴ Hoffmann, Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts-Eine Einführung zu den Vorschlägen des Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht der Akademie für Deutsches Recht, Deutsches Recht 1939, S.1221.

¹⁶⁵ Maracke, Die Entstehung des Urheberrechtsgesetzes von 1965, 2003, S.57.

¹⁶⁶ Vogt, a.a.O., S.221. Hoffmann, Deutsches Recht 1939, a.a.O., S.1221 は、この草案をもって、1926 年にまで遡り得るドイツ著作権法改正論議の第一段の終結 (ein erster Abschluß) と捉えている。

¹⁶⁷ Rehbindner, Vorbemerkung, UFITA, a.a.O., 743.

¹⁶⁸ 理由書がこれを説くにあたり、ヒトラー (Hitler) の著書 „Mein Kampf“, S.497 の一節を引用していることも、当時の時代状況における法律思想の影響を窺ううえで、注目される点である。

¹⁶⁹ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, a.a.O., 1939, S.34; GRUR 1939, a.a.O., S.256.

¹⁷⁰ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, a.a.O., 1939, S.35; GRUR 1939, a.a.O., S.256.

著作権の保護対象たる著作物を、先の司法省草案の「独自かつ精神的な創作 (eigentümliche geistige Schöpfung)」に代え、あらためて「独自個性的な特徴を備えた創作 (Schöpfungen eigenpersönlicher Prägung)」と定義づける (草案 1 条 1 項)¹⁷¹。この用語修正が意図するところは、「著作物の本質は創作的人格の表現である」旨を、「厳に明確化する」ことにほかならなかった¹⁷²。

そして、草案が、この著作権保護対象の限界づけ作業とともに、現行法に対する「原理的關係における重要な前進」と位置づけるのが、「隣接権 (verwandten Rechten) に対する著作権の明確な限界づけ」と「当該隣接権保護の著作権法内での規範化」の作業なのである¹⁷³。その規範化の具体的な帰結こそが、先の司法省草案を引き継ぎ草案第 6 章に明文化された「隣接的権利領域 (Angrenzende Rechtsgebiete)」の枠組みにほかならない¹⁷⁴。

では、この「隣接的権利領域」によって著作権を限界づける「原理的な」意図を、草案はいかなる点に見出そうとするのか。

「隣接的権利領域」を構成する保護制度の内容は、保護対象の別により、①文化財的意義を有する著作物の保全 (53 条、53a 条)、②遺作著作物の版・学術の版・翻案の保護 (53b 条)、③実演芸術家の保護 (55 条～57 条)、④写真の保護 (58 条)、⑤図面・設計図・地図等の学術的・技術的性質を有する説明図の保護 (58a 条)、⑥録画物・レコード盤の保護 (59 条)、⑦放送 (ラジオ放送) の保護 (60 条)、そして、⑧書簡 (61 条) および自己肖像 (62 条) の保護の各制度に大別される¹⁷⁵。

ここには、先の 1934 年司法省草案と比較した場合、題号の保護制度の削除と、出版ないし図面等の保護制度の拡充の点にすでに特色を見出し得る。しかし、「隣接的権利領域」概念の使用意図との関係で、より注目すべき特色は、当該保護領域の保護対象の一部に関して、著作権保護対象 (著作物) との連続的な隣接関係が、著作権保護要件を基準とする具体的な法命題によって明示される点である。

まず、53b 条 2 項に定める学術の版または翻案物の保護制度である。すなわち、他者の著作物を用いた学術的な出版行為と翻案行為は、それが著作権保護要件を充たす場合にはそれぞれ「著作物」としての保護を受けるが (学術の版につき 1 条 4 項、翻案物につき 2 条 1 項)、著作権保護要件を充たさない学術の版および翻案物については、53b 条 2 項が明文をもって、「隣接的権利領域」の枠組みに別途定められた学術の版および翻案物の保護制度の保護対象としている。つぎに、58 条に定める写真の保護制度である。この「隣接的権利領域」制度の主たる目的は、「独自個性的な造形行

¹⁷¹ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, a.a.O., 1939, S.1; GRUR 1939, a.a.O., S.242.

¹⁷² Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, a.a.O., 1939, S.35; GRUR 1939, a.a.O., S.256.

¹⁷³ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, a.a.O., 1939, S.39; GRUR 1939, a.a.O., S.258.

¹⁷⁴ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, a.a.O., 1939, S.20; GRUR 1939, a.a.O., S.250.

¹⁷⁵ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, a.a.O., 1939, S.20-26; GRUR 1939, a.a.O., S.250-253.

為」¹⁷⁶を欠くがゆえに「著作物」の要件を充たし得ない写真の保護にあるが、同条7項は、その準用制度として、キネマ影像のうち、著作物要件を充たし著作権保護対象となり得る映画著作物(1条2項4号)に該当しないものの保護を明文で定めている¹⁷⁷。さらに、58a条に定める図面等の保護制度である。すなわち、この「隣接的権利領域」の制度は、やはり明文で、著作物要件を充たし著作権保護対象となり得る図面等(1条2項6号)の存在を前提としつつ、その「著作物」たる図面等に該当しない図面等の保護を定めている。

ここでは、いずれの場合も、「隣接的権利領域」の保護枠組みが、明らかに、草案が他方で厳格化・明確化を図った著作権保護対象の創作性基準との関係で、当該基準を充たし得なかった同種の保護対象を段階的・連続的に受け入れる枠組みとして構想されているのである。

「隣接的権利領域」の制度は先に見たとおり大別して8種の保護制度を包摂している。「隣接的権利領域」と著作権保護との段階的・連続的関係を明文の法命題が教える上記の「学術の版」を始めとする保護制度は、確かに、この8種の全保護制度の一部に過ぎない。同制度内には、実演、録画物・レコード盤あるいは放送のように、著作権保護の領域に同種の保護対象を有しないがゆえ、具体的な法命題が明文で両保護領域に跨る保護対象の整序を要しないものや、文化財的著作物、書簡あるいは自己肖像の保護制度のように、文化的な公益保護¹⁷⁸あるいは秘密領域の人格権保護¹⁷⁹を目的とし、著作権保護基準を媒介とする著作権保護対象との連続的関係では把握の困難な保護対象も含まれる。

とはいえ、たとえその一部とはいえ、「隣接的権利領域」の保護対象が、著作権保護対象との関係で、その著作権保護基準の充足の可否を契機として構成され得ることが、草案の具体的な法命題にも明瞭に示されたことは、当該「隣接的権利領域」の意義を知るうえで、極めて注目に値するものと思われる。

すなわち、このドイツ法アカデミー草案においては、先の司法省草案もそうであったように、前項までの考察で明らかにした著作隣接権概念の生成を導く体系的問題意識、すなわち、著作権保護対象の創作的限界づけと著作権概念の希釈化回避の問題意識が、草案全体を貫き、その帰結として、一方では著作物要件のさらなる厳格化・明確化が要請され、また他方では、著作権保護とは峻別される「隣接的権利領域」の概念が導入されていたのである。

著作権なり著作物概念の希釈化回避の問題意識と、その具体的な制度論というべき、著作権保護要件に関する価値的基準論とを背景とする新たな権利概念の必要が、戦前

¹⁷⁶ Hoffmann, Deutsches Recht 1939, a.a.O., S.1224.

¹⁷⁷ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, a.a.O., S.57; GRUR 1939, a.a.O., S.267; Hoffmann, Deutsches Recht 1939, a.a.O., S.1224.

¹⁷⁸ Hoffmann, Urheberrecht und Leistungsschutz, Zum Akademieentwurf eines Urheberrechtsgesetzes, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S.27.

¹⁷⁹ Hoffmann, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, a.a.O., S.28.

のドイツ著作権法改正論議の集大成ともいえるべき本アカデミー草案にも、明瞭に示されていたのである。この事実、著作隣接権概念の生成意義を特定しようとする本研究の課題にとって、その考察成果の妥当性を裏付けるものともいえよう。

第6項 まとめ

本研究では、エルスターが著作権保護対象の限界づけをめぐる理論的検討を開始し1930年の給付保護権概念の着想に至る時期を給付保護権概念の「誕生期」とし、その後の理論展開を経て著作隣接権概念の生成に至る時期を給付保護権概念の「揺籃期」としたうえで、本節はこの揺籃期を考察の対象とした。

以上の考察から明らかになるとおり、われわれは、この揺籃期における理論展開の成果を、第一に、給付保護権概念の著作権法上の基本的権利概念への成長、第二に、著作権保護対象の限界づけをめぐる基準の理論的変容とそれに伴う給付保護権概念の意義の再構成、第三に、著作隣接権概念の生成と同概念を必要とする体系的問題意識の一般的・社会的承認に、集約することができる。

それぞれを若干敷衍しつつ述べるならば、以下のとおりである。

（１）給付保護権概念の理論射程の拡大

給付保護権概念は、前節の考察で明らかにされたとおり、LUG2条2項解釈論を超えて、著作権保護対象の限界づけという、著作権法体系全体にも妥当し得る立法論的文脈において誕生した。しかし、その当初の理論射程は、直接的には実演家の保護権を核とする限定的範囲にとどまるものであり、今日の著作隣接権概念のごとくレコード製作者や放送事業者の保護にまでおよぶ広い射程を有するわけではなかった。そうしたなかで、この給付保護権概念の射程の拡大に理論的な突破口を与えたのは、すでに19世紀末葉から20世紀初頭のドイツ知的財産法理論に用意されていた、著作権と産業的権利保護との体系的な峻別構造であった。すなわち給付保護権概念は、著作権概念とともにドイツ知的財産法体系上の双璧をなす産業的権利保護の概念にその理論的位置を得ることで、著作権概念と著作権法体系を二分する基本概念として構成され得るための基盤を得たのである。そして、この理論的基盤の獲得の結果として、ホフマンの1933年の法律草案において、現にこの給付保護権概念は著作権法上の基本的権利概念へと成長を遂げたのである。われわれは、このホフマンの法律草案に、著作権と著作隣接権との両権利概念を基本的骨格として構成される今日のドイツ著作権法の原型を、はじめて認めることができたのである。

（２）価値的基準論の生成と給付保護権概念の意義の再構成

ホフマンの法律草案は、著作権保護対象の限界づけの基準をめぐる理論展開にも貢献した。すなわち、かつてエルスターが、この基準を単に保護対象の精神・文化的競争目的と営利・産業的競争目的の分別に求め、あるいは、産業的性質の濃淡に求めた

のとは異なり（本章第1節第1項論文（4））、ホフマンは、著作権保護対象たる著作物を「独自個性的な創作」とまず概念規定したうえで、これを前提として、高度の個性的価値なり独自の価値を指標とする価値的基準を著作権保護対象の限界づけの基準としたのである。いわば、著作権保護対象の限界づけをめぐる価値的基準論の構成である。そこでは、著作権の保護対象たる著作物と給付保護の対象たる産業上の給付とは「価値序列」を形成した。そして、この「価値序列」を維持し著作権の保護対象を高度な個性的価値を備えた著作物に画すること、換言すれば、保護著作物に求められるこの高度な価値的基準を充たさない保護対象を著作権保護から排除すべくその受け皿として給付保護の枠組みを新たに創設することが、ホフマンの法律草案全体を貫く主要な課題であったのである。

この価値的基準論は、まもなくエルスターの支持を得て同時に若干の理論的補充もなされた。彼は、ホフマンと同様に高度の個性的・人格的価値を指標とする価値的基準をもって著作権保護対象の限界づけを説きつつも、その基準が絶対的・学術専門的な基準とは異なり個性的・人格的価値の多寡によって判断される相対的基準である旨を明らかにした。さらに彼の所説を通じ、この著作権保護対象の価値的基準による限界づけという新たな考え方とかつての産業的性質の濃淡による限界づけという考え方との理論的關係も明らかにされた。すなわち、産業的な保護対象は、実用適格性

（*Gebrauchstauglichkeit*）という社会的機能による表現上の制約ゆえ、一般に個性的・人格的価値の程度は低いことから、そのかぎりでは、保護対象の営利的・産業的性質というメルクマールはそれ自体で著作権保護対象を限界づける基準として意義を有するのであるが、より一般的に採用可能で本質的な限界づけの基準は、高度な個性的・人格的価値の具備によって判断されるところの価値的基準にほかならなかったのである。かくして、著作権保護対象を限界づける基準は、この揺籃期において、かつての誕生期における保護対象の営利的・産業的性質の濃淡を指標とする基準を吸収しつつ、高度の個性的・人格的価値を指標とする相対的な価値的基準へと理論的変容を遂げたわけである。

ところで、給付保護権概念にとって著作権保護対象の限界づけという課題は自らの出生の理論的母体であり、両者は理論的に不可分の関係にあった。したがって、後者の限界づけの基準をめぐる理論展開は、必然的に、給付保護権概念の意義そのものの理論展開にも影響を与えずにはおかなかった。この揺籃期における価値的基準論をめぐる理論展開を反映して、給付保護権概念の意義はつぎのごとく再定式化されなければならなかったのである。すなわち、給付保護権概念は、高度の個性的・人格的価値を指標とする価値的基準によって画される著作権保護対象を理論的な前提として、そうした価値的基準を充たさず著作権保護から排除される保護対象を受け入れ、そのことにより著作権概念あるいは著作物概念の希釈化なり体系的危機を回避するという、法技術的な意義を担う概念として理解され得たのである。

（３）著作隣接権概念の生成と同概念を要する問題意識の一般的共有

このように、給付保護権の概念は、「著作権保護対象は価値的基準論に基づいて高度の個性的・人格的価値を備えた保護対象に画される」という命題の、法技術的な表現にほかならなかったわけであるが、そうであれば、同様の法技術的な意義なり機能を担い得る概念がこの給付保護権概念に代替することは理論的に可能であった。むしろ、同概念の法技術的な意味こそが重要なのであって、その権利名称は副次的な問題に過ぎなかったのである。そこで、給付保護権概念と同様の意義を担う概念としてエルスターによって新たに説かれた概念が、まさに著作隣接権の概念にほかならなかった。すなわち、著作隣接権の概念は、著作権保護対象に関する価値的基準論のもとで、著作権概念なり著作物概念の希釈化の回避という法技術的な機能を担いつつ、給付保護権の概念に代替し得るところの著作権法上の基本的な権利概念として、ドイツ著作権法理論上に生成されたわけである。

そして、この著作隣接権概念の生成を導いた著作権概念の希釈化回避に関する法体系的な問題意識は、個々の学説・私説の枠内に留まることなく当時の一般的なドイツ著作権法改正論議のなかにも共有・受容され、現に具体的な立法提案書の類においては、著作権法体系内に、著作権概念とは別個に設けられるべき保護枠組みなり権利概念の存在が、明瞭に認識されていた。その事実を示すのが、1931年GRUR協会陳情書に使用された「隣接権（Verwandte Rechte）」の権利概念であり、1932年司法省草案に著作権の保護枠組みとは別途設けられた実演等の保護に関する独立の章であり、同司法省草案の修正として位置づけ得る1934年司法省草案に創設された「隣接的権利領域」の保護枠組みであり、また、1939年ドイツ法アカデミー草案に採用された「隣接的権利領域」の保護枠組みであった。すなわち、エルスターとホフマンを中心にこの揺籃期に鋭意説かれてきた著作隣接権概念の生成を導く問題意識は、戦前のドイツ著作権法改正論議の集大成（1939年ドイツ法アカデミー草案）と位置づけ得る見解の内にも、その承認を得ていたわけである。

第3節 総括

第1項 著作隣接権概念の生成意義

20世紀初頭のドイツにおいて、当時主要な著作権法として妥当したLUGとKUGのもとでは、文学的・芸術的作品のみならず量産可能な実用的産業財に対しても広く著作権の保護が承認されていた。こうした立法および実務の法状況に対して、著作権保護対象の範囲をより制限的に限界づけようとの体系論的な問題意識が生じた。1920年代後半以降の、この問題意識に発する解釈論なり立法論が、給付保護権概念および著作隣接権概念の誕生と生成の母体となったのである。本章では、給付保護権概念の誕生に至るまでの時期を給付保護権概念の「誕生期」として（第1節）、これを、同

「揺籃期」と名づけるところの、その後の同概念をめぐる理論展開と著作隣接権概念の生成に至る時期と区分したうえで（第2節）、著作隣接権概念の生成過程を辿り、同概念の生成が持つ意義の探究を試みた。その成果を総括するならば、つぎのように述べることができる。

誕生期において、エルスターによって開始された著作権保護対象の限界づけをめぐる体系論は、著作権概念を営利的・産業的競争財と対照的に把握される精神的・文化的競争財の保護権とみる理論的な認識を前提に、そのように制限的に限界づけられた著作権保護対象から排除される保護対象を吸収するところの、著作権概念とは峻別される概念として、「準著作権」なり「雛形および模型保護」といった権利概念なり保護概念を必要とした。そして、これらの新概念の生成と共通の理論的文脈において、つまり、著作権法体系全体に妥当し得る立法論的意味を備えつつ誕生した概念が、給付保護権（Leistungsschutzrecht）の概念であった。

ここにわれわれは、給付保護権概念が、専ら精神的・文化的競争財を保護対象とする著作権概念の体系論的な理解を前提として、そうした著作権概念の希釈化なり体系的危機の回避を目的に、著作権保護対象から排除される営利的・産業的競争財を吸収するいわば法技術的な概念として、誕生したことを知り得たのである。

しかし、こうして構成された給付保護権の概念は、直接的には実演家の権利に関するLUG2条2項の解釈論として誕生した概念であった。したがって、その理論射程は、基本的には実演家の保護権を核とする限定的範囲にとどまるものであり、著作権法体系を著作権概念と二分するような著作権法上の基本的権利概念として妥当するまでには至っていなかった。また、その誕生の理論的母体である著作権保護対象の限界づけをめぐる議論も、とりわけその限界づけの基準の内容については、いぜん理論展開の余地を残すものであった。こうした理論的課題がエルスターとホフマンとの学說的努力により解消される時期こそが、つぎなる給付保護権概念の揺籃期にほかならなかった。

まず、給付保護権概念が今日のドイツ著作権法の著作隣接権の概念のごとく著作権概念と著作権法体系を二分する基本的権利概念に成長を遂げたのは、ホフマンの1933年の著作権法草案を嚆矢とした。確かに、給付保護権概念が、こうしてその理論射程を実演家の保護権を越え、レコード盤や放送の保護権を包摂する著作権法上の基本概念にまで拡大し得た背景に、同概念をして、ドイツ知的財産法の体系的骨格を著作権（Urheberrecht）と二分する産業的権利保護（gewerblicher Rechtsschutz）の枠組みに位置づけたエルスターの貢献があったことを看過することはできない。しかし、ドイツ著作権法制史上はじめて、給付保護権の概念が著作権概念と並ぶ体系上の基本概念に実を結んだのは、このホフマンの草案においてであった。われわれはここに、著作権と著作隣接権との基本的骨格から構成される今日のドイツ著作権法の原型を、認めることができたのである。

他方、著作権保護対象の限界づけの基準をめぐる理論展開も両学説によって導かれた。まずホフマンは、著作物概念の再構成を通じて、保護対象が備える高度の個性的・独自の価値の程度を指標とする価値的基準によって著作権保護対象を限界づけようとした。この個性的・独自の価値の程度を指標とする価値的基準論は、まもなくエスルターの基本的支持を得た。そして彼のさらなる理論化によって、この価値的基準論が相対的な価値判断を基準とすること、また、誕生期に説かれた保護対象の営利的・産業的性質の濃淡を指標とする基準論を理論的に吸収し得ることが、それぞれ明らかにされたのである。

そして、この限界づけの基準をめぐる理論展開は、同時に、給付保護権概念の意義についても理論的な再構成をもたらした。その結果、われわれはこの揺籃期の研究を通じ、給付保護権概念の意義を、あらためて、つぎのように定式化することができた。

すなわち、給付保護権概念とは、創作性の程度に関する高度の個性的・人格的な価値的基準によって限界づけられる著作物概念なり著作権概念を前提として、そうした著作物概念なり著作権概念の希釈化の回避を目的に、著作権保護対象から排除される保護対象を吸収すべく必要とされる法技術的な概念であったのである。

ところで、この給付保護権の概念は、価値的基準論に基づくところの著作物概念なり著作権概念の希釈化を回避するための法技術的な概念なのであるから、同様の法技術を実現し得るかぎり、他の法概念なり権利概念に代替されることに理論的障害はなかった。そのことを当初より鋭敏に認識していたのは、ほかならぬエルスターであった。彼が、誕生期より、給付保護権概念と同様の理論的意義を有する概念として「準著作権」なり「雛形および模型保護」という複数の概念を同時に提唱し得たのも、これらの概念がいずれも著作権概念の希釈化の回避という共通の法技術的な機能を備えていたからにほかならない。また、そもそも彼による「給付保護権」なる権利名称の発見も、「給付」の文言を含む LUG2 条 2 項の解釈論というその出生の文脈に規定されていたのであり、当該の権利概念が備えるべき固有の理論的意義から必然的に導かれる権利名称ではなかった。こうした理論的背景のもとで、エルスターは、来るべきドイツ著作権法の基本構想を提示するに際して、著作権概念と法体系を二分する基本的権利概念として、著作隣接権（*Angrenzende Rechte*）の概念を使用したのである。われわれは、ここに、ドイツ著作権法理論において著作隣接権の概念が生成された場面を特定し得たのである。

以上の考察を通じ、著作隣接権概念の生成意義に関しわれわれが到達し得た結論は、つぎのとおりである。

すなわち、著作隣接権概念とは、「著作権の保護対象は創作性の程度に関する高度の個性的・人格的価値を指標とする価値的基準によって画される」という価値的基準論に基づく命題の、法技術的な表現として生成されたものと解されるのである。

著作隣接権概念の生成意義は、著作隣接権の概念それ自身のなかに見出し得るものではなかった。それは、あくまでも、著作権法の体系論として著作権なり著作物の概念をいかに構成すべきかという、まさしく「著作権」の側の問題意識に起源するものであった。むしろ、そうした著作権概念の体系的理解をめぐる問題意識なくしては、その生成意義を理解し得ない概念こそが、この著作隣接権の概念であったということもできるのである。

第2項 生成意義の解明作業の不可欠性

本章の考察で明らかにした、著作隣接権概念の発祥に関する沿革的な意義、すなわち同概念の生成意義については、私が、それに関する最初研究成果を公けにした平成16年（2004年）の時点において¹⁸⁰、ドイツの学説においても、個別の研究対象として正面から論じられ解明されることはなかった。

そして、このような研究の不在状況は、今日のドイツ学説においても大差ないものと考えられる。そのように考える理由は、つぎのとおりである。

本章（第1節および第2節）の考察から明らかになったとおり、ドイツ著作隣接権概念の「生成期」における意義の特定には、少なくとも、給付保護権概念の「誕生」を支えたエルスターの1926年から1930年にかけての6編の論文、同概念が産業的権利保護の概念を抛り所として著作権概念との対立概念に成長し、かつ、価値的基準論の獲得によりその理論的な具体化がなされて著作隣接権の概念の生成までを辿ることを可能にする、1932年のホフマン、エルスターの各1編の論文、1933年のホフマンの法律草案、および、エルスターの1934年から同35年にかけての3編の論文を読解する作業が不可欠であった。というのも、特殊概念の生成期のゆえに、それに関する見解も決して当初より理論的に完成されていたとはいえない中で、それぞれの主張を論理的に繋ぎ、共通の問題意識のもとで次第に姿を現した著作隣接権概念の意義を帰納的に導くには、上記のいずれの論考（11論文・1私草案）も、不可欠であると考えられるからである。

しかし、そうした作業が、著作隣接権概念の意義の探究という課題のもとに実践された形跡を、ドイツ学説に認めることはできない¹⁸¹。そうとすれば、ドイツ学説においても、本研究が前章に明らかにした著作隣接権概念の生成意義は、依然として未解明のまま、認識・共有されているとはいえないとみるべきであろう。

¹⁸⁰ 本山雅弘「著作隣接権の理論に関する基礎的考察—戦前期ドイツ学説史の考察を中心として—（一）（二）」民商法雑誌130巻2号92頁・同巻3号47頁（2004年）。

¹⁸¹ 2003年に公にされた博士論文Vogt, Die urheberrechtlichen Reformdiskussionen in Deutschland während der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, 2003は、本研究と同様に戦前の1930年代の資料を考察対象とするものであり本研究でもすでにその一部を参照・引用の対象とするところであるが、その問題関心は戦前のナチス（国家社会主義）の法思想のもとでの著作権法改正論議の特色を解明するところに置かれ、本研究のような著作隣接権概念の意義に関心を払うところはない。

そのような事情は、近時のドイツに著わされた、実演家の保護制度を考察する複数の博士論文、あるいは、戦後のドイツ著作権法の成立過程を詳細に考察した博士論文からも、窺うことができる。

まず、実演家保護論をテーマとして 2006 年に現れたグリュンベルガー (Michael Grünberger) の博士論文である¹⁸²。グリュンベルガーは、その問題関心を専ら実演家保護制度に限定するものではあるが、30 年代に公にされた数種のドイツ法改正案に共通する特徴として、実演家に対し著作権とは体系的に峻別された給付保護 (Leistungsschutz) の保護枠組みが用意されている点を指摘し、さらに、この 30 年代に定着した峻別論が 20 世紀後半に採用されることとなる実演家保護制度の路線を先行的に定めた旨を指摘している¹⁸³。また彼は、1961 年のローマ条約における実演家の保護制度を給付保護権の枠組みで捉える考え方の背景として、1930 年代のドイツ法における議論を指摘している¹⁸⁴。このように、グリュンベルガーも、著作隣接権の発想の淵源が、本研究が解明したように、20 年代後半以降のドイツ法の理論展開に求め得るとの認識を示すわけである。

しかし、その所説には、ドイツ法のもとで何故に著作隣接権概念が要されたのかという問題意識を欠くために、その著作権概念との峻別論の理論的背景を解明するまでには至っていない。結局、彼は、ドイツの 1965 年現行法が著作隣接権制度を設け著作者の保護枠組みと実演家の保護枠組みとの間に一線を引いた背景を、専ら著作者団体による実演家保護に対する消極的態度 (die ablehnende Haltung) に還元可能と自ら解するところの¹⁸⁵、1961 年のローマ条約における実演家の著作隣接権保護に、求めるに留まるのである¹⁸⁶。しかし、1930 年代後半以降のドイツにすでに定着をみていた著作権と著作隣接権の峻別論の背景を、時期的にはそれに遅れる 1961 年に成立をみたローマ条約のうちに、しかも、その単なる実演家保護のあり方をめぐる議論に求めるべきでないことは、前節の考察に照らして明らかといえよう。

つぎに、同じく実演家保護論をテーマとして 2011 年に現れたアペル (Simon Apel) の博士論文である¹⁸⁷。アペルは、1920 年代以降の実演家保護に関する LUG2 条 2 項の妥当性をめぐる議論を採りあげ、その議論の帰結として「給付保護の観念 (Das Konzept des Leistungsschutzes)」が生じ、実演家を著作権とは異なる枠組みで保護する考え方が現れた旨を指摘している¹⁸⁸。すなわち、実演家の著作権による保護を導く LUG2 条 2 項に賛否両論が存在したところ、著作権保護の否定論は一般的に承認し得る実演の個性との関係で整合性が得られず、また他方の肯定論が説く実演それ自体の創作該

¹⁸² Grünberger, Das Interpretenrecht, GEW Band 5, 2006.

¹⁸³ Grünberger, a.a.O., Rdnr.32, S.11.

¹⁸⁴ Grünberger, a.a.O., Rdnr.42, S.16.

¹⁸⁵ Grünberger, a.a.O., Rdnr.52 S.20.

¹⁸⁶ Grünberger, a.a.O., Rdnr.54, S.21.

¹⁸⁷ Apel, Der ausübende Musiker im Recht Deutschlands und der USA, GeuWR 57, 2011.

¹⁸⁸ Apel, a.a.O., S.93.

当性も説得力を得難かったがゆえに、その賛否両論の狭間に実演家の「給付保護 (Leistungsschutz)」の発想が生まれたと説くのである¹⁸⁹。

しかし、このようなアペルの分析にも、何故に実演家の給付保護権を著作権保護の枠組みの外側で実現しなければならなかったのかという、著作隣接権なり給付保護権の概念の体系的意義に関する問題意識が欠けている。その結果、結局アペルは、新概念の「給付保護」の意義を、本研究が彼の研究と同じ資料¹⁹⁰を通じて知り得ていた著作権概念なり著作権保護対象のあり方に関する体系的課題と結び付けて理解することができず、単に、LUG2 条 2 項の評価対立を克服して実演家保護を確保するための「中道 (Mittelwege)」ないし「新たな歩み寄りの手段 (neue Herangehensweise)」としての機能に求めるに留まるのである¹⁹¹。そこでは、給付保護権の概念は、実演家保護の維持のための妥協的な機能を担った概念として捉えられるに過ぎず、著作権概念なり著作物概念の希釈化回避のための体系的機能を有した概念との捉え方には至っていない。

他方、2003 年に現れたマラッケ (Katharina Maracke) の博士論文¹⁹²は、1965 年の現行著作権法の成立過程をつぶさに研究するなかで、著作隣接権概念を、著作物の定義づけの問題と理論的にリンクする著作権保護対象の限界づけという「著作権の本質問題に対する問題意識」の理論的産物として、捉えている¹⁹³。しかし、マラッケはそうした問題意識を「戦後の立法論議のメインテーマ」¹⁹⁴として認識するに過ぎない。そこに欠けるのは、そのような問題意識が、根源的にいつ、どこに、どのような議論の担い手のもとに生じたのかという事柄の解明である。要するに、本研究が明らかにしたような、戦前の法改正論議に豊かに蓄積されていた、著作権保護対象の限界づけ論との理論的関連づけが、マラッケの論考には欠落しているのである。このような考察に留まるかぎり、著作隣接権概念の必要論を、先のグリーンベルガーが説いたごとく 1961 年のローマ条約に求めるといった弊も排除されないし、著作隣接権概念の誕生の意義を著作権概念なり著作物概念の希釈化回避という、ほかならぬドイツに生じた著作権保護対象の価値的基準論との関係で正確に位置づけることは困難であろう。

要するに、今日までのドイツ法学説においては、著作隣接権概念が 1920 年代後半以降のドイツ学説に起源することが示されても、その生成を支えた体系的意義は依然として未解明なのであり、また、現行法の著作隣接権概念が著作権保護対象の限界づけという著作権の本質問題に関わりを有することは知られても、その本質問題の具体的

¹⁸⁹ Apel, a.a.O., S.87-94.

¹⁹⁰ Elster, Gibt es ein Urheberrecht des nachschaffenden Künstler?, GRUR 1927, S.42ff(本章第 1 節第 1 項 (3) 論文).

¹⁹¹ Apel, a.a.O., S.93.

¹⁹² Maracke, Die Entstehung des Urheberrechtsgesetzes von 1965, 2003.

¹⁹³ Maracke, a.a.O., S.49.

¹⁹⁴ Maracke, a.a.O., S.49.

中身が、1920年代後半以降から戦前にかけて展開されたドイツ学説をもとに解明されることはないのである。

すると、このようなドイツ法学説の状況に照らすならば、本章で行われた、ドイツ著作隣接権概念の生成意義を歴史的・沿革的に解明する作業は、独自の理論的意義を有するとともに、同概念の意味するところを基礎としてわが国の「著作隣接権」概念の意義を再検討しようとする本研究にとって、不可欠の作業であったということができよう。

第3項 再びホフマンの見解と新たな課題

ところで、われわれは、著作隣接権概念の生成意義に関する上記結論を、学説のうえでは、当該著作隣接権概念のまさに「生成の現場」であった1935年のエルスター論文（本章第2節第4項論文（3））を時期的には最終の考察対象として、導いたところである。

そこで、本章を総括するにあたり、戦前のドイツ著作権法改正論議の集大成とも位置づけ得る前出1939年のドイツ法アカデミー草案の後に、その注釈として著わされたホフマンの見解を参照することにより、「著作権」概念の確立の文脈のなかで捉え得る著作隣接権概念の意義という、本章の考察が到達し得た著作隣接権概念の生成意義の捉え方について、その理論的妥当性を改めて確認するとともに、他方で、同アカデミー草案の「隣接的権利領域」の枠組みに具体化された個々の保護対象のうちに、価値的基準論を背景とする著作隣接権概念の意義のみでは説明が困難な保護対象の存在を指摘することにより、本研究の次章に委ねられるべき課題の抽出を図ろう。

ホフマンは、1939年ドイツ法アカデミー草案の注釈として、まず草案の基本構造を端的に述べるにあたり、草案の全規範の構成に先立ちかつその基礎をなす課題として、「著作者」と「著作物」の両概念の範囲画定（*Bezirkung*）の問題を位置づける¹⁹⁵。つまり、草案の「隣接的権利領域」を含めた全規範のあり方が、当該両概念の範囲画定の課題と不可分に結びついているとの見方を示すのである。そのうえで、その「隣接的権利領域」に具体化された給付保護制度の意義を教えるところとして、ホフマンは、つぎのように述べている。

「この給付保護を規範化することによって、本草案を支配している真の意図（*Wahrheitsgedanken*）は、さらに力を得てその勝利を収めることができた。というのも、現行法によれば、写真、学術的または技術的性質の図面、それにレコード盤さえも、…よく考え直せばそこに独自個性的な表現行為が存しないことは明白であるにもかかわらず、著作権の保護を受ける著作物となるからである」¹⁹⁶。

¹⁹⁵ Hoffmann, Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts-Eine Einführung zu den Vorschlägen des Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht der Akademie für Deutsches Recht, Deutsches Recht 1939, S.1221.

¹⁹⁶ Hoffmann, Deutsches Recht 1939, a.a.O., S.1221,1224.

すなわち、隣接的権利領域の創設を通じ、写真、学術的・技術的図面、レコード盤等の保護が従来の著作権保護の枠組みから排除されたことにより、草案を支配する「真の意図」、つまり、ホフマンが草案の基本構造の見方として全規範構成の基礎に位置づけた「著作者」「著作物」概念の範囲画定、さらにこれを換言すれば、著作権保護対象の「独自個性的な特徴を備えた創作＝著作物（草案1条1項）」への限界づけという草案の通奏低音たる最重要課題の解決が、より確実なものとなり得た—ホフマンは、こう述べるのである。

ここには、草案第6章に結実した隣接的権利領域の枠組みは、ほかならぬ著作者と著作物とをどう構成すべきかという、「著作権」保護制度の構成のあり方の理論的帰結であり、逆に見るならば、隣接的権利領域の枠組みは創作性要件による「著作権」保護対象の限界づけを体系的に支える技術的意義を担った概念であることが、明瞭に示されているといえる。

また、ホフマンは、同時期に、しかもアカデミー草案の注釈という同趣旨で著わした別稿においても、「隣接的権利領域」内に規定された給付保護を準著作権（*Quasi-Urheberrecht*）なり著作権制度の準用規範と捉える解釈を、「著作権の理解の基礎をなす峻別を不明瞭にする（*verwischen*）」ものとして排斥する¹⁹⁷。彼は、著作隣接権を「著作権に準ずる」といった程度の、後者に対する境界の曖昧模糊とした規範と捉えることを拒絶するのである。すなわち、著作隣接権の概念は著作権との厳格な峻別が要されるものであり、それによってはじめて、「著作権」のアイデンティティが確立されると説くのである。著作隣接権の概念は、まさに著作権概念の自律性を確立・維持するうえで必須の概念として構想・理解されているのである。

このように、戦前期のドイツ著作権法改正論議を締め括るホフマンの見解にも、著作隣接権（すなわちアカデミー草案の用語にいう隣接的権利領域）の概念は、本章の考察が結論として到達したとおり、まさしく、創作性要件の厳格化・明確化による著作権保護対象の限界づけあるいは著作物概念の希釈化回避という、「著作権」ないし「著作物」の存在意義に関わりそれを左右し得る法技術的意義を担う概念として生成したことが、明瞭に語られているのである。

ところで、これまでの考察を振り返るならば、特に法改正の提案として具体化された法律草案のなかで、著作隣接権の枠組みに委ねられる個々の具体的な保護対象には、著作権保護の価値的基準論（創作性の程度による著作権保護対象の限界づけ）という、創作性の程度を契機とする著作権保護対象との段階的・連続的な関係づけをもってしては、その保護法益の把握を困難とする保護対象が含まれていたことを知ることができる。

¹⁹⁷ Hoffmann, Urheberrecht und Leistungsschutz, Zum Akademieentwurf eines Urheberrechtsgesetzes, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S.28.

たとえば、当時の学説の明示的な分析や草案理由書から読み取り得るかぎり、文化財的著作物（34年司法省草案53条、39年アカデミー草案53条）では文化的な公益の保護が¹⁹⁸、録画物・レコード盤（34年司法省草案59条、39年アカデミー草案59条）では不正競争防止法（UWG）の保護法益とも重なり得る競争法的利益の保護が¹⁹⁹、放送（39年アカデミー草案60条）ではやはり多大な投資を背景とする競争法的利益の保護が²⁰⁰、また、書簡・自己肖像（34年司法省草案61・62条、39年アカデミー草案61・62条）では秘密領域における人格的利益の保護が²⁰¹、それぞれの保護法益として語られるところである。

アカデミー草案が、具体的な法命題で、著作権保護対象との段階的・連続的把握の可能性を明示的に示した保護対象、すなわち他者の著作物の学術の版・翻案物（53b条2項）、キネマ影像（58条7項）、学術的・技術的性質を有する図面（58a条）、あるいは、実演芸術家の「独自個性的な給付」²⁰²と解される実演（55条）については、いずれの場合にも、それぞれの保護対象に著作物と同様の創作性の契機を見出すことは、さほど困難ではない。ところが、文化財的著作物を始めとする上記の保護対象については、その著作権法上の具体的な保護法益が、文化的公益や競争法的利益を通じ、客体の創作性の契機とは無縁に構成されていると考えざるを得ないのである。

ここに新たな疑問が生じ得る。すなわち、著作隣接権に吸収される保護対象には、著作権・著作物の概念の希釈化回避といった問題意識は共通させてはいても、著作権保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論を前提とするその生成意義とは異なる意義によって説明可能な保護対象が含まれ得るのではないか、との疑問である。これを換言すれば、著作隣接権概念の意義は、その多様な保護対象との関係で、本章の考察が明らかにしたその生成意義によって一元的には解し難いのであり、それとは異なる意義をも持ち合わせていたのではないか、という疑問である。

すると、このような新たな疑問を抱えたわれわれにとって、次章で考察すべき課題とは、つぎのようなものとなろう。すなわち、戦後のドイツ法改正論議において、著作隣接権概念の生成意義がいかに継承され、また、この生成意義とは異なる意義がいかなる内容をもって構成されたのかを探り、1965年の現行法に結実した著作隣接権概念について、その複合的な意義を特定することである。

¹⁹⁸ Hoffmann, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, a.a.O., S.27.

¹⁹⁹ Ministerialentwurf eines Urheberrechtsgesetzes vom 22. Januar 1934, Abgedruckt in Rehbinder, UFITA, 2000III, S.743, 883.

²⁰⁰ Ministerialentwurf, UFITA, 2000III, a.a.O., S.743, 884.

²⁰¹ Hoffmann, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, a.a.O., S.28.

²⁰² Hoffmann, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, a.a.O., S.27.

第3章 著作隣接権概念の確定—複合的意義の探究

第1節 本章の課題

前章の考察を通じて明らかになったことは、つぎのとおり要約できる。すなわち、著作隣接権なる概念は、1920年代から同30年代半ばにかけての、ドイツ著作権法学説において、著作物概念なり著作権概念の希釈化回避を理由として、著作権保護対象すなわち著作物の価値的基準論の観点から、創作性の程度において著作物に劣位する保護対象を受け入れる枠組み概念として、誕生したのである。

このような著作隣接権概念の生成意義との関係では、近時のドイツ法研究にも、十分とは評価し得ないながらも、著作隣接権概念の出自に関する歴史的・沿革的な問題関心の萌芽を指摘することができた（前章第3節第2項）。ところが、それより時期的に先行して著わされ、いまやドイツの有力説ともいい得る学説によれば、著作隣接権概念の生成過程には特段の問題関心が払われない一方で、著作隣接権の意義を投資保護・行為保護の枠組みである点に捉え、それを、成果保護の枠組みたる著作権と対照的に把握しようとする見解が示されてきたところである。

すなわち、ヒルティ（Reto M. Hilty）教授は、著作隣接権（Leistungsschutzrechte）の特色について、こう説いている。著作隣接権に特徴的なことは、その保護対象が、発明や著作権保護対象の著作物のような、精神的給付の成果（das Resultat einer geistigen Leistung）ではなく、反対に、そこで保護されるのは、有形と無形を問わずある成果物の製作に関する給付（die Leistung einer Herstellung）であり、これを換言すれば、その保護が関係づけられるのは、著作権や特許権の場合とは異なり、製作された成果物（das hergestellte Produkt）ではなく、その成果物が製作されたという事実（die Tatsache, daß das Produkt überhaupt hergestellt wurde）のほうであって、著作隣接権はこの製作行為以上のものに向けられるものではなく、それゆえ、保護対象の給付（Leistung）によってもたらされる成果物の性質がその保護を決定づけるのではないというのである²⁰³。

この見解に特色的なのは、著作隣接権の保護対象を、著作権の保護対象が成果物それ自体と捉えられるのとは対照的に、「成果物をもたらす行為」とみる考え方である。そこでは、著作権の場合とは異なり、成果物の性質に着目する視点は捨象されている。その帰結として、著作隣接権の保護対象は無価値的な「製作行為」であるから、保護対象の性質がその保護を導くものではない旨が説かれるのである。

要するに、このヒルティの見解は、著作隣接権を、保護対象の価値論とは無関係の保護枠組みと捉える考え方である。それは、保護対象に創作性の契機との接点を認め

²⁰³ Hilty, Das Basler Nachdrucksverbot von 1531 im Lichte der gegenwärtigen Entwicklungen des Urheberrechts, in: Dittrich, Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, 1991, S.31-33; ders., Gedanken zum Schutz der nachbarrechtlichen Leistung-einst, heute und morgen, UFITA 116(1991), S.41-44.

ない点で、保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論を基礎に置く著作隣接権概念の生成意義とは、明らかに異なる考え方であるといい得る。そして、著作隣接権の保護対象に創作的成果のみならず投資利益を含めて解そうとするこうした考え方に対しては、著作隣接権概念について、その統一的な意義説明の欠如を指摘する見解においても、基本的な支持が表明される状況にある²⁰⁴。ヒルティの見解は、著作隣接権概念の意義の一部を説明するものとして、いまやドイツ法理論において支配的な見解ともいい得るのである。

確かに、前章の考察からも明らかとなおり、1930年代に現れた複数の法律草案には、著作隣接権の保護対象として、その具体的な保護法益が、客体の創作性の契機とは無関係に構成されていると解さざるを得ないものが含まれていた。そして、前章総括（第3節第3項）にもすでに述べたとおり、著作隣接権概念の意義は、その多様な保護対象との関係で、その生成意義のもとでの一元的な把握は困難というべきであり、著作権保護対象の価値的基準論を背景とするその生成意義とは異なる別種の意義の解明が、新たな課題ともなり得たところである。

ここに、生成意義とは異なる意義の解明が要されるとともに、このような新たな意義の解明が必要とされる以上、生成意義の維持ないし併存についての考察も、同時に要されることになろう。

そこで本章では、戦後のドイツ立法論議において、現行法に確定を得るまでの著作隣接権制度をめぐる議論、あるいは、著作隣接権の意義を知り得るに有益と思われる現行法の解釈論を手掛かりとして、前章で明らかにした生成意義が、現行法の著作隣接権概念に維持・承継されていることを述べるとともに（第2節）、著作隣接権概念には、この生成意義とは異なる別個の意義も発展的に託されたことを明らかにし（第3節）、1965年の現行ドイツ著作権法の立法時まで、著作隣接権概念が複合的な意義を備えていたと解されることを明らかにしようと思う。

第2節 著作隣接権概念の生成意義の展開

第1項 意匠ないし応用美術の保護

（1）意匠保護制度の著作隣接権の枠組みへの位置づけ

著作隣接権概念の生成意義が戦後立法論議においても依然として妥当していたことを示す徴憑として、第一に指摘し得るのは、1876年に立法され2004年まで妥当した旧意匠法（Geschmacksmusterrecht）の体系的な位置づけ、とりわけ、その著作権法との体系的関係の説明において、著作隣接権概念の果たした役割である。

²⁰⁴ Dreier/Leistner, Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, GRUR 2013, 881, 883f.

戦後ドイツの立法論議において重要な理論的貢献をなした代表的学者は、ウルマー (Eugen Ulmer) 教授とフープマン (Heinrich Hubmann) 教授である。ウルマー教授は、戦後の著作権法改正論議の再開を、立法当局に対していち早く促した当事者であり²⁰⁵、自らも、法改正 (1965 年) を見据え著作権法理論を体系化するものとして、1951 年にその教科書の初版²⁰⁶を、また 1960 年にはその 2 訂新版²⁰⁷を著わしている。フープマン教授も、やはり著作権法改正への理論的貢献を意図して、著作権法理論の体系的な研究書²⁰⁸を、1954 年に著わしている。

この両学者の見解で注目されることは、いずれも、著作権法とは異なる制定法である意匠法について、それを、理論的には、著作隣接権概念によって括られる制度枠組みのなかに位置づけようとする点である。

すなわちウルマーは、1951 年の教科書の初版では、著作権と著作隣接権 (angrenzende Rechte) の体系的関係を説明する文脈で、後者の一例として意匠法を採りあげ、その概要、つまり意匠保護の形式的・実質的要件、保護期間および保護範囲について解説している²⁰⁹。さらに、その 1960 年の 2 訂新版では、「著作隣接権 (Verwandte Schutzrechte)」と題された第 10 章 (最終章) において、やはり意匠法を採りあげ、旧版よりも詳細な解説を行っている²¹⁰。いずれの版にも、意匠法は本質的に著作権に隣接する旨が説かれているのである²¹¹。またフープマンも、その体系的な研究書において、給付保護 (Der Leistungsschutz) 概念の叙述に充てられたその最終章のなかで、著作隣接権の内容を説くに際し、「文化生活の領域では意匠 (Geschmacksmuster) のみが意匠法を通じて著作隣接権に関する特別規範を経験してきた」旨を説いている²¹²。つまり、意匠法は、むしろ著作隣接権の先駆的な存在としてすら位置づけられるのである。

(2) ドイツ意匠法の性質—著作権法との段階的な関係

では、ウルマーとフープマンが、いずれもこの著作隣接権概念の枠組みに理論的に位置づけようとしたドイツ意匠法とは、いかなる法制度であったのか。これを知ることにより、両学者が、著作隣接権にいかなる体系的意味を認めていたかがわかるであろう。

彼らが説いた当時の意匠法とは、1876 年 1 月 11 日に立法された、「図案および雛形についての著作権に関する法律 (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern

²⁰⁵ Maracke, a.a.O., S.52.

²⁰⁶ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951.

²⁰⁷ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. neu arbeitete Aufl., 1960.

²⁰⁸ Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954.

²⁰⁹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.15-16.

²¹⁰ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S.416.

²¹¹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.18; ders, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S.416.

²¹² Hubmann, a.a.O., S.158.

und Modellen vom 11. Januar 1876)」（以下、旧意匠法と称する）である。それは産業デザイン（応用美術）の保護法であって、2004 年立法の現行意匠法（Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen vom 12. März 2004）によって廃止されるまで妥当していた²¹³。

この旧意匠法の性質を理解するうえで極めて重要な解釈論が、その旧意匠法と著作権法との体系的関係論、すなわち応用美術の保護をめぐり双方の保護対象を限界づける段階理論（Stufentheorie）の考え方である。

段階理論（Stufentheorie）とは、著作権の保護対象となり得る応用美術を、旧意匠法の存在、あるいは旧意匠法による応用美術の保護可能性を理由として、高度の創作性基準で限界づけようとする考え方である²¹⁴。そこでは、意匠権と著作権の間に存在するのは本質的相違ではなく程度（Grad）の相違に過ぎないと理解され、両権利の保護対象は、美的創作性の程度なり造形程度（Gestaltungshöhe）をメルクマールとして段階的に峻別される²¹⁵。

応用美術の保護をめぐり、意匠権保護と著作権保護との峻別基準の確立に取り組みをみせた最初の判例は²¹⁶、1911 年 6 月 10 日に現れたライヒ裁判所の「学校用ドイツ文字」事件²¹⁷であった。事案は、学校図書等での使用を意図した印刷用書体を意匠登録した原告が、原告書体と同一の書体の鋳型を販売する被告に対し、原告書体の意匠権および著作権に基づき被告販売行為の差し止めおよび損害賠償を求めたというものである。ライヒ裁判所は、当該書体の意匠権保護を認める一方でその著作権保護を否定するに際して、美的創作性の程度に基づく峻別基準を説いて、つぎのように判示している。

「意匠法 1 条 2 項は、意匠保護を、新規かつ独自の製作物の要件と結びつけている。従来、取引において依然存在していない意匠は、ライヒ裁判所の判例における右概念の言い換えが説くように、個性的かつ創作的な力（individueller schöpferischer Kraft）の成果であることを明らかにしなければならないのである」。「美術保護と意匠保護との間には、ある明確な、概念的メルクマールによって終局的に確定された境界を引くことは、およそ不可能なのである。両者の相違は程度の差であって、それを決定するのは、より豊富あるいはより貧弱な美的内容である。…応用美術の著作物…は、つぎの場合にのみ存在する。すなわち、形態の合目的性に付加されている美的余剰（ästhetische Überschuss）が、その美術的価値の如何を問わず、実生活上の支配的見解によれば美術と称され得る程度にまで、到達する場合である（下線強調は筆者）」。

²¹³ なお、現行意匠法は 2013 年 10 月 10 日の法改正により、法律名称を Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design—すなわちデザイン保護法に、変更している。

²¹⁴ Nordemann, Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz, UFITA 1967, S.906,908.

²¹⁵ Knöbl, Die „kleine Münze“ im System des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts, 2002, S.90f.

²¹⁶ Heydt, Geschmacksmuster und Werke der angewandten Kunst, GRUR 1968, SS.533,537.

²¹⁷ RGZ 76, 339（ライヒ裁判所 1911 年 6 月 10 日判決）。

この「学校用ドイツ文字」事件の判示後段部分には、後に段階理論と名付けられるところの考え方がすでに示されている。ここで注目すべきは、その後段の判示の前提として、前段の部分で、意匠権の保護対象が「個性的かつ創作的な力の成果」と把握されている点である。

段階理論のもとでの意匠権保護対象の理解をよく教える判例として、つぎに参照すべきは、1937年6月12日に現れたライヒ裁判所の「家具用布地」事件²¹⁸である。いずれも家具用布地織物の製作者を紛争当事者とするこの事案において、原告は、その織物模様につき意匠権を取得したところ、被告織物に原告意匠の模倣を認めたことから、自己織物模様の意匠権および著作権に基づき、被告織物の製造の差し止めおよび損害賠償義務の確認を求めた。ライヒ裁判所は原告請求を棄却するに際してつぎのように判示した。

「鑑定人と控訴裁判官は原告織物模様に関する創作的行為の承認を完全に排除するものではないが、その場合、美術著作物保護と意匠保護との間の限界づけの問題が決定的意味をもつところ、「意匠保護が承認される対象も、専ら、個性的な創作力 (individueller Schöpferkraft) の成果として表現されかつ美的感覚の刺激に向けられている製作物に限られる（前掲「学校用ドイツ文字事件」判決を引用：筆者注）。ライヒ裁判所は、確定した判例において、意匠保護の要件を充足するすべての表現物が同時に美術産業の製作物であるとはかぎらない旨を固く維持してきた（前掲「学校用ドイツ文字事件」判決を引用：筆者注）。その相違は、美的内容の程度に存するのであって、美術著作物の場合、その程度は、実生活において支配的見解によればなお美術といわれ得る（前掲「学校用ドイツ文字」事件判決を引用：筆者注）ほど高度でなければならないのである（下線強調は筆者）」。

このように、この判例は、前出「学校用ドイツ文字」事件に従い、その説くところの段階理論を援用すると同時に、その理論的もしくは論理的な前提として、意匠権の保護対象を「個性的な創作力の成果」と把握するのである。そして、旧意匠法の性格を知るうえで重要なのは、裁判所が、意匠権の保護対象と著作権の保護対象を、いずれも「個性的な創作力の成果」と解している点である。意匠権の保護対象は、著作権の保護対象と、創作的な成果物としては何ら変わらないものとして把握されているのである。

さらに、段階理論のもとでの旧意匠法の性格をよく教える戦後の判例として、1958年5月30日に現れた連邦通常裁判所の「Candida 活字」事件²¹⁹を挙げることができる。当事者はいずれも印刷用活字の製造販売業者である。被告が“Candida”と名づける活字を鋳造・頒布したところ、原告は同じころ“Manutius”なる名称の活字を販売した。被告が、原告活字“Manutius”には被告活字“Candida”の無断模倣があるとして、“Candida”の著作権に基づいて原告に警告したところ、原告は、被告活字“Candida”の著作権保護の可能性などを争い、被告には原告活字“Manutius”の製造・頒布を禁

²¹⁸ RGZ 155, 199（ライヒ裁判所 1937 年 6 月 12 日判決）。

²¹⁹ BGH GRUR 1958, 562.

止する権限は存しないことの確認を求めて、訴えにおよんだ。最高裁である連邦通常裁判所は、原告の請求を認めるに際して、つぎのように述べた。

「控訴裁判所は、被告の“Candida”活字に美術保護が承認され得るかの問題の審査にあたり、つぎのような法的基準から出発した。すなわち、一著作権法に基づく保護の取得に関する要件は、美術産業の給付の場合であっても、問題となる製作物が著作権法 1 条の意味における造形美術の著作物について設けられる要求を充たしたということである。同じく美的感情に影響するよう規定されかつ同様に新規性と独自性とを要件とする意匠との比較において、実用品の美術著作物としての承認には、創作的給付が、実生活において支配的な見解であって、教養を備えかつ美術鑑賞にある程度親しんだ美術的事柄に敏感な階層の見解によればなお美術といい得る程度にあることが必要とされる。それゆえ、美術著作物と意匠の間の相違は、段階的なものである。それを決定するのは美的内容の高低であって、その際、美術著作物の独自性を基礎づける『美的余剰』の確定にあたりより厳格な基準が置かれなければならない（下線強調は筆者）」。

旧意匠法の捉え方に注目して判決の論理を整理するならば、つぎのようにまとめることができよう。すなわち、意匠権の保護対象は、「美的感情に影響するよう規定され」かつ「新規性と独自性とを要件とする」点で、著作権の保護対象と何ら異ならないが、両権利の保護対象は厳格な「美的余剰」を基準とする美的内容の程度によって峻別されるがゆえに、美術著作物と意匠との間には段階的な相違が存在するのである。

そして、この段階理論は、1995 年 6 月 22 日に現れた連邦通常裁判所の「ちゃぼあざみ」事件²²⁰のつぎなる判示のもとに、近年の 2013 年 11 月 13 日に連邦通常裁判所の「誕生日列車」事件による判例変更²²¹を受けるまで踏襲されてきた。事案は、チャボアザミ（キク科の植物）をモチーフとするイヤリングの製造者（原告）がこれと酷似する同一モチーフのチャボアザミイヤリングを通販する者（被告）に対して差し止め等を求めたところ、控訴裁判所は原告イヤリングの著作物性を肯定したのに対して、上告審はそれを否定したというものである。

「…応用美術の著作物に際しての判例は前々から、同著作物が意匠保護を取得可能なかぎり、より高度の要求を設定してきたのである。著作権と意匠権との間には本質的相違は存在せず、ただ段階的相違が存在するに過ぎないのである。そして、すでに意匠保護能力を有する造形は、保護されない平均的造形、すなわち、純然たる単純作業的なものでかつ日常的なものから区別されなければならないのである

²²⁰ BGH GRUR 1995, 581, 582 – Silberdistel.

²²¹ BGH GRUR 2014, 175; NJW 2014, 469 – Geburtstagszug. この「誕生日列車」事件の最高裁判例は、1876 年の旧意匠法を全面改正して成立した 2004 年の現行意匠法（「図案および雛形の法的保護に関する法律（Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen）」）が従来の著作権法と意匠法との体系的関係を断絶したものであって、もはやその現行法のもとで段階理論を維持して応用美術の著作物に関して特別な保護基準を支持する理由はないとして、「ちゃぼあざみ」事件判例が示す段階理論の放棄を、明示的に判示した。この段階理論の放棄に至る理論的な背景については、本山雅弘「ドイツにおける応用美術の法的保護—いわゆる段階理論の理論的意義とその今後の展開を中心として」知財年報 2009（別冊 NBL130）（2009 年）230 頁）に論じた。また、段階理論を放棄した「誕生日列車」事件に関して、その判例変更の意義と理由については、本山雅弘「応用美術に関するドイツ段階理論の消滅とわが解釈論への示唆」L&T64 号（2014 年）41 頁に、分析を示した。

から、著作権保護能力との関係では、さらに一層の隔たりつまり平均的造形からの明白な凌駕が求められなければならないのである。したがって、著作権保護との関係では、単に意匠保護能力を備えた対象の場合と比較して、より高度の創作的独自性の程度が要求されなければならない、その際、両者間の限界はあまりに低く設定されてはならないのである（下線強調は筆者）」。

（３）著作権法と旧意匠法の体系的関係と著作隣接権概念

以上の考察から理解できることはつぎのことである。すなわち、1876年に制定された旧意匠法は、その正式な法律名称に文字通り示されていたとおり、ひとつの著作権法と理解され、その保護対象は、著作権法のそれと同様に、美的創作物として把握されてきたのである。換言するならば、旧意匠法の保護対象は、著作権法の保護対象である著作物との間で、いずれも創作的要素を共通させつつ、ただその創作性の程度を相違させ、間断なく連続的に把握されてきたのである。

このような理解を前提とするならば、ドイツ学説が、旧意匠法をして著作権法の異母弟（der kleine Stiefbruder）²²²と称したことも素直に頷けよう。そして、両法の間では、創作性をその共通の要素とする双方の保護対象の連続的な把握が可能であればこそ、その創作性の程度に不足して著作権保護を得られない応用美術であっても、低い創作性で保護要件を充たし得る旧意匠法の保護を受けることができたのであろう。

すると、このような旧意匠法の理解を前提とするならば、ウルマーとフープマンがそれを位置づけ得た著作隣接権の枠組みが、体系的にいかなる意味を託されていたものと解すべきであるかも、自ずと明らかになるだろう。

すなわち、彼らが旧意匠法を著作隣接権の枠組みのもとに理論的・体系的に位置づけることが可能であったのは、著作隣接権の概念が、あたかも旧意匠法が著作権法に対して持ち得た段階的關係のごとく、著作権保護対象とその創作性の程度において段階的に異なる保護対象を受け入れる枠組みとして理解されていたからであろう。

著作隣接権の概念は、ここに、著作権保護対象である著作物（応用美術）と比較して創作性の程度において劣位する保護対象（意匠）を受け入れる枠組みとして、すなわち、われわれが、その生成意義として理解したのと同様に、保護対象を創作性の程度の観点から限界づけることにより、著作権概念なり著作物概念の希釈化を回避させる機能を有した権利概念として、理解されていたことがわかるのである。

なお、1965年に立法されたドイツの現行著作権法では、応用美術は、ウルマー・フープマンによる著作隣接権保護への位置づけとは異なり、保護著作物の一種として、2条1項4号でその著作権保護が明文化された。しかし、その後、最高裁である連邦通常裁判所も、2013年の「誕生日列車」事件での判例変更に至るまで、段階理論を堅持してきたことは先に考察したとおりである。したがって、応用美術を著作権の保護対

²²² Nordemann, Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz, UFITA 1967, S.906.

象とした現行法のもとでも、著作隣接権概念の生成意義を構成した、創作性の程度を基準とする著作権保護対象の限界づけの考え方は、実質的に、応用美術の保護制度のうちに維持されていたと解することができるのである。

第2項 写真の保護

(1) フープマンの体系論とウルマーの体系論

1907年KUGはその1条で、写真(Photographie)の著作物を造形美術と同じく著作権の保護対象とするとともに、その3条は、この写真著作物と「類似の方法で製作される」その他の写真(Lichtbild)についても、保護期間を異ならせつつも²²³、やはり造形美術の著作物と同様に著作権の保護対象としていた²²⁴。

このような、著作権による写真保護制度が妥当する中で、すでに考察したとおり、1934年司法省草案および1939年アカデミー草案は、いずれも、写真を著作権の保護対象から排除し、著作隣接権の先駆的概念といい得る「隣接的権利領域」の保護対象としていた。

そして、写真を専ら著作隣接権の保護対象と位置づけたこの戦前の改正案に支持を表明したのが、フープマンの体系論である。フープマンは、著作隣接権による写真保護の考え方に対し、「方法論的により正当な(Methodisch richtiger)」²²⁵方法によるものとして支持を与えていた。しかし、その際、フープマンが、写真の著作隣接権保護を正当化すべき根拠として具体的に述べていた事情は、保護対象に備わる創作的要素の段階的評価ではなく、むしろ、写真製作に要される費用であった。すなわち、フープマンは、芸術的な撮影のみならず産業的に製作される写真の場合にも共通して要される個人的な給付(eine individuelle Leistung)として、遠方の風景を撮影する際に生じ得る「費用の出捐(einen Aufwand an Geld)」を指摘し、それを根拠として、写真(Lichtbildern)に対する著作隣接権保護の必要を導くのである²²⁶。そこにおいて、著作隣接権概念の意義としてフープマンが見出そうとしたものとは、保護対象の創作性の程度を契機とする著作権保護対象との相対化の機能ではなく、むしろ、創作性の要素なり契機とは無縁の、投資保護の機能にあるものといえる。

ところが、現行法の写真の著作隣接権保護に結実した立法論議には、それとは異なった、やはり保護対象の創作性を契機とする著作権保護対象との相対化の機能という、著作隣接権概念の生成意義の存在を認めることができるように思われる。

²²³ 1907年KUG25条は造形美術の著作物に関して著作者の死後30年の保護期間を設ける一方で、同26条は写真著作物についてはその公表後10年の保護期間を定めた。

²²⁴ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.312; ders, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S.423.

²²⁵ Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954, S.171.

²²⁶ Hubmann, a.a.O., S.171.

すなわちウルマーの体系論は、写真保護制度の構成に際して、フープマンのそれとは異なり、一貫して、保護対象たる写真の創作的要素の多様性の存在からアプローチする。ウルマーによれば、1907年 KUG の写真保護制度との関係で疑問視されるべき事柄は、写真には撮影位置や照明のあり方においてその創作的要素を認めるべき芸術的写真が存在する一方で、同 KUG 保護制度が、そうした創作的要素を写真保護の要件とすることなく、たとえばパスポート写真のような形式的な撮影をも、一律に著作権の保護対象とする点にある²²⁷。そして、ウルマーは、創作性の程度の観点において相対化され得る写真の性質を前提として、フープマンが専ら投資保護の観点から一律の著作隣接権保護を導いたのとは異なり、その相対化に対応した著作権保護と著作隣接権保護との併存的な段階づけ (Abstufung) を提案する。すなわち、彼は、「芸術的な写真の作者には完全な著作権保護を与え、それに対し、その他の写真の製作者には短期保護期間で人格権の内容を欠く給付保護 (Leistungsschutz) を与えることを考えてもよいであろう」²²⁸と説くのである。

要するに、ウルマーの体系論によれば、写真保護制度における著作隣接権概念の意義は、それを専ら投資保護の枠組みと解したフープマンの体系論とは対照的に、著作権保護対象となり得る写真 (Photographie) と対比し創作性の程度において劣位する写真 (Lichtbild) との関係で、その受け入れ枠組みとなる点に認め得るのである。このことは、彼が、「芸術的写真 (künstlerische Photographien)」と区別するその他の写真 (Lichtbildern) の保護権は、「その本質に照らして、著作権に隣接する保護権といふべきである」²²⁹と説いたうえで、この著作隣接権としての写真保護権が、人格権的な傾向 (Einschlag) と芸術的写真の保護をも考慮する必要に照らし、レコード製作者の著作隣接権と対比して著作権により近接する旨を述べ²³⁰、あるいは、写真に関する著作隣接権とレコード盤に関する著作隣接権とを単純比較する考え方を排斥する点²³¹にも、よく表れている。

後述 (本章第3節第2項) で明らかにするとおり、レコード製作者の著作隣接権は放送事業者の著作隣接権とともに、ほかならぬ投資保護という競争法上の保護法益の観点にその理論的な基盤が求められることになる。ウルマーによれば、写真の著作隣接権は、そうしたレコード製作者の著作隣接権とは異なり、著作物の保護制度である著作権の近傍に位置づけられるのである。それは、この著作隣接権の概念が、写真の保護制度との関係では、その保護対象を、創作性の程度の観点から著作権保護対象と峻別する概念として、理解されるからであろう。

²²⁷ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.312; ders, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S.423.

²²⁸ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.312; ders, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S.423.

²²⁹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S.424.

²³⁰ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.313; ders, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S.424.

²³¹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.317.

（２）現行法の立法過程にみる写真の著作隣接権制度の意義

このような写真保護制度を巡って理解される著作隣接権の意義は、現行法の立法過程からも導き得るところである。

現行著作権法はその 2 条 1 項 5 号で写真著作物（Lichtbildwerke）の著作権保護を定め、他方、72 条で著作物に該当し得ないその他の写真（Lichtbilder）について著作隣接権保護を定めている。しかし、このような、いわばダブル・トラックによる写真保護法制は、戦後の改正論議の過程で作成された複数の法律草案において、当初から所与のものではなかった。

戦後の立法論議の過程で公表された公的な法律草案には、1954 年の参事官草案（Referentenentwurf）²³²、1959 年の司法省草案（Ministerialentwurf）²³³および 1961 年の政府草案（Regierungsentwurf）²³⁴の 3 種の草案がある。ところが、1965 年の現行法に結実することになる「著作物」としての写真保護制度（著作権保護制度）を具体化したのは、最終草案たる 1961 年政府草案が最初であった。1954 年参事官草案（68 条ないし 71 条）と 1959 年司法省草案（77 条ないし 80 条）とは、いずれも、専ら「著作隣接権」としての「写真の保護（Schutz der Lichtbilder）」の規定を定めるに過ぎなかった。そして、1961 年の政府草案が、写真保護に関するダブル・トラック制度を導入した意図には、立法者が著作隣接権の概念に委ねたところの、保護対象の創作性の程度の観点からの相対化の機能を認め得るのである。

すなわち、草案理由書は草案の基本的特色として著作隣接権の制度について説くなかで、写真の著作隣接権（82 条）に関して、こう述べている。

「現行法においては、『写真の著作物』は造形美術の著作物と同様に、著作権保護を受ける。しかし、写真のはるかに圧倒的な部分には、創作的な給付（Leistung）は認められないのであり、それゆえ、著作権の保護客体としては問題とならないのである。そこで、本草案は、著作権保護を、写真著作物と称される創作的な写真に限定することとし、その他の写真には、…その範囲においては写真著作物に関する著作権保護と統一された著作隣接権（Leistungsschutz）を与えることとした。保護期間は、写真著作物と写真とに関し、現行法と同様に、統一的に 25 年となる。」²³⁵（傍点は筆者）

また草案理由書は、写真著作物の著作権保護規定（2 条 1 項 5 号）の説明に際しても、こう述べている。

「支配的見解によれば、KUG の意味における『写真の著作物』は、それが、著作物の概念に関してその他の場合に求められる『個人的かつ精神的な創作』の要件…が満たされるか否かとは無関係に、写真のすべての製作物、要するに、ほとんどの素人撮影のように、創作的な行為の成果にはあたらないす

²³² Referentenentwürfe zur Urheberrechtsreform. Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, Bonn 1954.

²³³ Entwürfe des Bundesjustizministeriums zur Urheberrechtsreform (Ministerialentwürfe), Bonn 1959.

²³⁴ Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) mit Begründung, BT-Drucks. IV/270.

²³⁵ Begründung, a.a.O., BT-Drucks. IV/270, S.34.

すべての撮影が、理解される。本草案は、このような、単純に技術的な製作物への体系に反する著作権保護の拡張を引き継がない。すなわち、草案は著作権保護を写真著作物に限定し、かつ、創作的ではない写真の製作物（Lichtbildern）には、単に、82条で規定される著作隣接権（Leistungsschutz）を与えている。写真保護の構成にあたりもちろん考慮しなければならないことは、写真著作物と写真との間の限界づけは、実務において、非常な困難をもたらすであろうことである。これを回避するために、本草案では、…写真著作物と写真とに、範囲と期間とにおいて完全に同等の保護を予定している。本草案は、1959年の司法省草案に提案された、すべての写真に統一的に著作隣接権（Leistungsschutzrecht）を承認しようとする規範を採用しない。」²³⁶（傍点は筆者）

要するに、この政府草案の意図するところとして、写真保護制度において著作権保護と著作隣接権保護とを峻別する基準は、保護対象たる写真の創作性の評価の一点にある。

すると、著作隣接権の概念に託された意義とは、その保護対象である写真に関し、専ら客体が備える創作性の観点からそれを著作権保護対象との関係で相対化する点にあるものと解されよう。

反対に、その意義が、写真撮影に要する投資保護の要請に求められるものでないことは、形式的には、草案理由書が写真の著作隣接権を説くに際して、そのような投資保護の必要に言及しない点から読み取り得るが、より実質的にも、草案が著作権保護対象から排除し著作隣接権の枠組みに委ねようとする写真の典型例として、「素人撮影（Amateuraufnahmen）」という、投資保護の要請とはおよそ無縁と考えられる写真類型を指摘している点からも読み取り得るであろう。

さらに、この1961年政府草案を通じた写真保護制度の最終的修正において、著作隣接権概念の体系的意義という本研究の問題関心との関係で注目すべきことは、写真（著作隣接権保護対象）と写真著作物（著作権保護対象）との間の創作性の評価に関する実務上の峻別困難性を考慮し、保護範囲・期間の点で「完全に同等」の法的効果を与えるにもかかわらず²³⁷、専ら、法体系上の理論的理由から、著作権の保護対象である写真と著作隣接権の保護対象である写真とを、その創作的要素の評価の相違によって区別しようとする点である。

ここには、著作隣接権の特殊な存在意義に対する立法者の明確な認識が示されるとともに、創作性の程度を契機とする著作権保護対象との峻別という課題が、著作隣接権概念の意義と分かち難く結びついていたことが、明瞭に示されているといえる。

しかも、こうした創作性の程度を契機とする保護対象（写真）の「理論的」な峻別論が、先の1954年参事官草案および1959年司法省草案における「一律的な著作隣接権保護」の構成を敢えて修正しつつ、その実務的な意義は希薄であるにもかかわらず、

²³⁶ Begründung, a.a.O., BT-Drucks. IV/270, S.37.

²³⁷ 1965年の立法時においては、写真と写真著作物の保護期間の終期は、いずれも、発行後25年とされた。その後の改正で、写真著作物のこの保護期間を定めた68条は削除され、他の著作物と同様に著作者の死後70年を終期とする保護期間が適用されることになる。

最終的な政府草案において採用されたことは、著作権保護対象の創作性の程度の観点からの限界づけによる著作権概念の希釈化回避という、著作隣接権概念の生成意義が、現行法の写真保護制度の構成に際しても文字通り妥当していたことを、よく示すものといえる。

なお、今日のドイツ学説の通説的解釈においても、現行法 72 条の著作隣接権の保護を受ける「写真（Lichtbilder）」は、著作権保護対象たる著作物の要件として 2 条 2 項が求める「個人的かつ精神的な創作（persönliche geistige Schöpfungen）」という質的要件との関係で、相対的に把握されるものと解されている²³⁸。また、連邦通常裁判所の判例も、著作隣接権による写真保護に関し、2 条 2 項の意味における創作性の具備までは求めず、「最小限の個人的かつ精神的な給付の程度で十分である」²³⁹と説いて、その保護要件を著作権保護要件との関係で相対的に把握するところである。

いずれの解釈論にも、著作隣接権の概念が、保護対象の創作性の程度において著作権保護対象と相対的に把握され得る客体を受け入れる枠組みとして、すなわち同概念の生成意義のもとに理解されていることが、示されているものと解される。

第 3 項 実演の保護

先に言及したとおり（前章第 3 節第 2 項）、ドイツにおける音楽実演家保護論を歴史的に考察するのがアペル（Simon Apel）の 2011 年の博士論文であった。この博士論文の分析によれば、現行著作権法の実演保護制度の改正論議に際して依拠されたのは、第二次大戦前の議論がすでに獲得していた知見であったという²⁴⁰。

このアペルの分析は、ドイツ実演保護制度において著作隣接権の概念が現に果たしていた体系的意義という、本研究がここで探究する課題を、直接に解明するものではない。しかし、それは、少なくとも、現行ドイツ法における実演保護論の理論的基盤が、著作隣接権概念の生成地となっていた戦前の実演保護をめぐる議論に求め得ることを、示唆している。

では、アペルの分析も示唆するように、実演保護制度としての著作隣接権の理論的な出自を、本研究も解明してきた著作隣接権概念の生成に関する戦前の議論に求め得るとして、その著作隣接権概念が現に現行著作権法上で体系的に担った具体的な意義をも、その生成意義と同様に、保護対象の創作性の程度を契機とする著作権保護対象との段階的・連続的ないし相対的な峻別という点に求めることは、果たして可能であろうか。現行ドイツ著作権法に結実した実演保護制度としての著作隣接権が現に担っていたと考えられる体系的意義の特定が、ここでの課題である。

²³⁸ Schricker/Loewenheim/Vogel, Urheberrecht Kommentar, 5.Aufl., 2017, § 72, Rdnr.22.

²³⁹ BGH GRUR 2000, 317, 318-Werbefotos.

²⁴⁰ Apel, Der ausübende Musiker im Recht Deutschlands und der USA, 2011, S.153.

(1) フープマンの見解

実演家の著作隣接権に、その生成意義と同様の意義を見出そうとする見解は、まず、フープマンの体系論に窺うことができる。

フープマンの体系論が著作隣接権の枠組みのなかで実演保護制度ないしその正当化根拠を説くにあたり、そこで考察の対象とされているのは、実演の一方における個性的要素と、他方における著作物の再生行為としての代替可能性という没個性的側面である。こうした、実演の個性的要素に対する、一見したところ矛盾するかのような評価が、その著作隣接権という、著作権とは異なる枠組みにおける保護を理論的に基礎づけるのである。彼の叙述に即して、その説くところをやや敷衍しよう。

まず、実演が具備する個性的要素と法的保護の必要性が説かれる。すなわち、フープマンによれば、実演家の実演には、たとえそれが芸術的に不完全であるとしても、特殊な訓練と才能とを要し、「常に誰しもが提供できるわけではない個性的な給付 (eine individuelle Leistung)」²⁴¹を認め得るのであって、そこには、著作物との関係で、「追加的な給付 (eine zusätzliche Leistung)」を認め得るからこそ、実演家にはその実演に関して排他的な利用権が付与されなければならないのである²⁴²。この「個性 = Individualität」の概念が、創作性の程度との関係で意味を有する概念であることは、今日のドイツ学説の一般的な理解に照らしても明らかであると思われる²⁴³。

他方、フープマンによれば、著作物再生行為としての実演は没個性的であって、著作権保護は否定されなければならない。すなわち、実演においては、著作物の個性に対して追加的に新たなものが刻印されるわけではなく、ほとんどの場合、他の実演家によって代替可能な給付が認められるに過ぎない²⁴⁴。そして、フープマンの体系論によれば、ある客体が著作権の保護資格を得るには、他者による代替が不可能な程度の表現における個性の発露が要される²⁴⁵。その帰結として、料理ブック、アドレス帳、カタログ、使用説明書、レシピ集、遊戯説明書等のいわゆる *kleine Münze* は、個性的な給付 (eine individuelle Leistung) に起因はしても、個性的な精神 (*der individuelle Geist*) の表現とはいいい難いものであるから、著作権保護対象から排除され、その保護は著作隣接権の枠組みに委ねられる²⁴⁶。この理屈と同様に、実演家の実演も、著作物としてではなく著作隣接権の保護に委ねなければならないのである²⁴⁷。

要するに、フープマンの見解によれば、実演に一定の個性的要素を認め得るけれども、それを著作物の再生行為としてニュートラルに捉えるならば他の実演に代替可能なのであって、しかも、著作権保護を承認し得る個性の程度には *kleine Münze* のそれ

²⁴¹ Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954, S.178.

²⁴² Hubmann, a.a.O., S.178.

²⁴³ Schulze, Anmerkung der Rechtsprechung, BGH NJW 2014, 469, 475-Geburtstagszug.

²⁴⁴ Hubmann, a.a.O., S.179.

²⁴⁵ Hubmann, a.a.O., S.163.

²⁴⁶ Hubmann, a.a.O., S.81, S.174-176.

²⁴⁷ Hubmann, a.a.O., S.163.

を超えることが要されるのであるから、実演の著作権保護は否定され、その保護は著作隣接権の保護枠組みに委ねられるというのである。

フープマンの体系的整理を待つまでもなく、実演は既存表現の再生行為に過ぎず、新規表現の創出行為でないことから、そこに他に代替不可能な表現上の個性を認めることはもとより不可能といえよう。したがって、他に代替不可能な表現上の個性に対してのみ著作権保護を承認しようとする彼の厳格な体系論のもとでは、実演は、必然的に著作権保護対象とは区別されることになる。その帰結は、*kleine Münze* を一般的に著作権保護対象から排除する立場からは、むしろ当然ともいえよう。彼の見解で注目に値するのは、そのような実演の著作権保護排除を導く帰結ではない。

ここでの課題との関係で注目すべきは、フープマンが、実演の著作隣接権を説くに際して、その個性的要素を明示的に指摘する一方で、先に彼が写真の著作隣接権の根拠をその投資保護に求めていたのとは異なり、実演保護については、それを投資保護の観点から正当化しようとする見方を示さない点である。

フープマンの見解は、*kleine Münze* の著作権保護の排除論にみられるように、個性的要素に関する厳格な著作権保護基準を特色とするものであるが、そうした厳格な基準には到達し得ないとしても、一定の個性的要素を認め得る実演については、これを著作隣接権の保護枠組みに委ねようとするのである。つまり、著作隣接権の保護を正当化する根拠は、実演行為に要される投資ではなく、著作権保護対象との関係で相対的に把握されるべき実演が備える個性的要素と解されているのである。

要するに、彼が実演保護論で用いた著作隣接権の概念とは、創作性の要素との関係において著作権保護対象と相対的に把握されるべき保護対象を受け入れる概念として、使用されていることがわかるのである。

（２）ウルマーの見解

これに対し、ウルマーの見解はいかなるものであったか。

その 1951 年発行の教科書の初版には、「著作隣接権」の章で、概要、こう説かれる。すなわち、

実演家の基本的な役割は、他者の著作物の再生（Wiedergabe）にあり、それは高度の芸術的レベルに達することはあり得ても、著作権の保護対象となる著作物の創作行為とはいいい難い²⁴⁸。それにもかかわらず実演家の給付は保護を要する。レコード盤や録画物への固定、固定物の複製や販売、あるいはラジオ・テレビでの放送や別会場への伝送に対しては、実演家はその同意を要する排他的権利を持たなければならない²⁴⁹。現行著作権法（LUG2 条 2 項）は、実演芸術家に擬制の翻案著作権を与えるけれど、それは、レコード収録に関する実演芸術家の合意を所与の前提とするものに過ぎず、レコード製作者の保護に資するところはあるとしても、実演芸術家の保護に十分な保護規定とはいいい難い²⁵⁰。とはいえ実演家

²⁴⁸ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.319.

²⁴⁹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.319.

²⁵⁰ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.320..

は現行著作権法の保護の欠缺を甘受する必要はなく、その補充的保護は一般法から導かれ得る。すなわち、財産的利益が問題となる場合には競争法（Wettbewerbsrecht）が参照され、実演家の意思に反するその実演の固定ないし放送は BGB826 条、UWG1 条の良俗違反の財産侵害に該当するものと解され、また固定や放送に対しては、現行法が承認する人格権、とりわけ氏名権と自己肖像権の準用によって、人格権的な保護も承認されなければならない²⁵¹。

また、1960 年に版が改められた新訂 2 版の「著作隣接権」の章で、実演保護制度について説かれるところは、概要、つぎのとおりである。すなわち—

実演家の場合、まず最初に問題になるのは、その実演の無断の収録ないし送信を排除し得る人格的・経済的利益であり、固定された実演の再利用、たとえば映画収録や公衆再生に対しても実演家は保護されなければならないのであって、さらに、経済的利益とともに、自らの実演の改変を禁止するための人格的利益も考慮しなければならない²⁵²。現行法（LUG2 条 2 項）に欠ける実演の直接利用の保護に関しては、人格権法および競争法の一般的原則による補充がなされ、実演の無断収録ないし無断放送は、「それらが芸術家の経済的利益を侵害するかぎり、BGB826 条および UWG1 条の意味における良俗違反の財産侵害」となり、「芸術家の人格権に対する侵害も…存在する」のであり、「権利侵害の結果として、芸術家は持続的な侵害行為の除去と将来の侵害行為の差し止め…を請求し得る」²⁵³。

このウルマーの見解には、その立論の出発点を、当時妥当した制定法上の実演家保護制度である LUG2 条 2 項の解釈とその補充とに置こうとする点に、著作隣接権の解釈を出発点とした先のフープマンの見解とは異なる特色が認められる。そして、一方のフープマンが、実演の個性的要素を積極的に承認し、実演保護制度と著作権保護制度との連続的・段階的把握の可能性を示していたのに対し、このウルマーの見解には、そのような実演の評価は認め難い。未固定実演の保護可能性の構成に際しても、それを単純な「経済的利益の侵害」を根拠に導こうとするのであり、客体の創作価値の保護の要請を顧みようとする態度は窺われない。むしろ、その特色は、実演保護制度の根拠を、著作権保護制度とは異なる一般法に求め、具体的には不競法的保護と人格権的保護とによって構成しようとする考え方に見出すことができる。

とはいえ、ウルマーが示したこのような見方が、果たして、現行法に結実した著作隣接権の意義に関する彼の考え方を示すものと解し得るかは、疑問がないとはいえない。というのも、ウルマーは同時に、他方で、そのような一般法から導かれる不競法的・人格権的保護が、実演家保護制度としては単なる「暫定的（vorläufige）な解決」に過ぎず、1932 年草案と 1939 年草案とに示された著作隣接権（Leistungsschutzrecht）の制度とは異なる旨を説いているからである²⁵⁴。

つまり、ウルマーがその教科書で展開していた、実演保護制度の不競法的ないし人格権的保護による構成論は、その「著作隣接権」の章に説かれたとはいえ、あくまで、

²⁵¹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.320.

²⁵² Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.420.

²⁵³ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.441.

²⁵⁴ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.321.

旧法 LUG2 条 2 項の解釈論ないしその補充論として示された考え方に過ぎず、しかも、現行法の著作隣接権の概念の意義の理解とは切り離して論じられた可能性がある。先のフープマンが、著作隣接権概念を出発点として実演保護制度を論じたがゆえに、それを著作権保護制度と連続的・段階的に構成することが可能であったのに対し、ウルマーの教科書に説かれた実演保護制度論は、著作隣接権概念の意義に由来するものではないからこそ、その不競法的・人格権的構成が可能であったと推測されるのである。

このような推測の妥当性は、ウルマーが依拠した旧 LUG2 条 2 項の性質論に関し、ドイツ最高裁が 1960 年の判決で示した解釈にも求めることができる。そこでは、旧法の実演保護制度は、著作権法の体系内にいわば仮置きされた実演家の一般的人格権の保護制度と解釈されているのである。この旧 LUG2 条 2 項の連邦通常裁判所による解釈論を、つぎに詳論しよう。

(3) LUG2 条 2 項の性質論に関する最高裁判決

連邦通常裁判所は、1960 年 5 月 31 日、当時妥当した旧著作権法 LUG2 条 2 項における実演保護制度の解釈に関して、4 件の判決を示している。それらは、いずれも、現行著作権法の立法理由書が、新たな著作隣接権概念のもとでの実演保護制度を説くに際し、従来法たる LUG2 条 2 項の解釈を示した「原則判決 (Grundsatzentscheidungen)」と名付けるものであり、特筆すべき判例である²⁵⁵。

この 4 判決は、現行著作権法の立法を 5 年後に控えたその前夜ともいうべき時期において、いわば、LUG2 条 2 項の解釈の最終到達点として示された最高裁判例といえる。そして、このうち、LUG2 条 2 項の性質論の解釈について、とりわけ明瞭な見解を示したのが、「フィガロの結婚」事件²⁵⁶および「グラウンケ・オーケストラ」事件²⁵⁷の 2 件の判例である。

以下に、両判例の判示内容から、連邦通常裁判所が示した LUG2 条 2 項の性質論の中身を考察する。

① 「フィガロの結婚」事件

まず、「フィガロの結婚」事件である。本件は、オペラ公演「フィガロの結婚」の録音行為とその録音物を用いた放送行為とに関して、公演指揮者と劇場経営者との許諾を得ていた放送事業者が、それとは別に、個々のオーケストラ構成員の許諾をも要するか否かが争われた事件である。

当時の LUG2 条 2 項は、翻訳その他の翻案物の翻案者が著作者となり得る旨を規定した同条 1 項を受けて、「文学または音楽の著作物が、個人的な上演演奏 (persönlicher Vortrag) を通じ、…機械的再生用の音響用の装置に写調されている場合には、この方

²⁵⁵ UFITA 45, 1965 II, S.307.

²⁵⁶ BGH GRUR 1960, 614-Figaros Hochzeit.

²⁵⁷ BGH GRUR 1960, 630 -Orchester Graunke.

法で製作された装置を、当該著作物の翻案物とみなす」と規定し、録音物にすでに固定された実演に関して、それを著作物の翻案物（Bearbeitung）として保護する制度を設けていた。つまり、LUG2 条 2 項は、もっぱら固定後の実演についてその保護制度を明文化した規定に過ぎず、固定前の生の実演の保護可能性を明文で定めたものではなかったのである。「フィガロの結婚」事件では、この LUG2 条 2 項の欠缺部分である生の実演（オーケストラの演奏）の保護可能性が、その理論上ないし制定法上の根拠と併せ、主要な論点となったのである。

原審のベルリン控訴審判決（1958 年 3 月 21 日）²⁵⁸は、結論として、この生の実演の固定権限を承認し、オーケストラ構成員の差止請求を認容した。その際、同控訴審はその理論的論拠として、ほかならぬ著作隣接権（給付保護権）の概念を、依然制定法の概念とはなり得ていなかったにもかかわらず、用いた。すなわち、著作隣接権概念を生み出した 1930 年代のエルスターの学説等に依拠しつつ、「今日一般に要請される実演芸術家の給付保護に一致させるならば、実演芸術家の給付保護権（Leistungsschutzrecht）の存在は肯定されるべきである」²⁵⁹と述べて、オーケストラ構成員の許諾権（差止権限）を承認したのである。

これに対し、連邦通常裁判所は、控訴審判決による差止権限承認の結論は維持しつつも、つぎのように述べて、実演保護制度を実演家の一般的人格権によって基礎づけることにより、著作隣接権の概念によって生の実演の排他的な利用権限一般を根拠づけようとした控訴審判決の解釈論を斥けた。

「問題があるように思われるのは、控訴裁判所が、この結論を、その必要性が『一般的に承認されている』という実演芸術家のいわゆる『給付保護権』から、この給付保護権の法的な基盤を現行法に照らしてより詳細に明確にしないまま、導こうとする点である」。「連邦通常裁判所も、制定法の個別の規定を欠いたまま、ある会談（Gespräch）の無許諾の録音物収録を、基本法 1 条・2 条によって承認される一般的人格権で、…人間にその個人的な領域に関する自己決定の自由を保障するもの（BGHZ 27, 28）に対する違法な干渉（Eingriff）であると認めている。学説においても、圧倒的に出発点となるところは、人間による音声表現はあらゆるもの（jede）も、その者の人格の表現として、その者の自己決定のもとにあるのであり、したがって、その者の許諾なく録音物に収録しあるいは放送で送信してはならないということである…。同様のことが、基本的には、実演芸術家により楽器を使用して行われる音楽著作物の実演に関しても妥当する。…それらはまさにその独自性に照らしてその個々の人間の唯一の個人的領域に帰属しているのであり、このことから、人格の発現に関する自己決定権は自らを正当化する」のである。本件で問題とされるオペラオーケストラの構成員による再生給付にもまさに、それは同様に存在する。」²⁶⁰。（下線強調は筆者）

²⁵⁸ Schulze KGZ 25, 1.

²⁵⁹ Schulze KGZ 25, 14.

²⁶⁰ BGH GRUR 1960, 614, 615-Figaros Hochzeit.

ここで連邦通常裁判所が引用した、ドイツ連邦通常裁判所民事判例集（BGHZ）の掲載判例とは、「録音テープ収録（Tonbandaufnahmen）」事件²⁶¹と称されるものであり、人の人格要素である「声」の保護と民法 823 条 1 項の解釈をめぐり、1958 年に現れた事件である。同判例は、すでに紛争関係にあった当事者の会談の席で、一方の当事者の承諾なく行われた会談内容の録音行為が、その者に認められる民法 823 条 1 項の「その他の権利」としての一般的人格権（das allgemeine Persönlichkeitsrecht）の侵害にあたる旨を、判示している。

要するに、本件連邦通常裁判所は、実演保護の理論的根拠をこの判例法理たる一般的人格権に見出すことにより、オーケストラの生演奏の無断録音に対する保護を、個人の会談音声の無断録音に対する保護と同列に論じそれを承認したのである。

そして、本件において、LUG2 条 2 項の性質に関する最高裁の理解を知るうえで重要な点は、連邦通常裁判所がつぎのように述べて、LUG2 条 2 項の実演保護制度の正当化根拠を、明らかにこの一般的人格権に求める点である。そこでは、その論理の裏返しとして、後述する同日判示の「グラウンケ・オーケストラ」事件判例（後述）を引用しつつ、LUG2 条 2 項の実演保護制度が著作権法内に規定されるにもかかわらず、その正当化根拠は、創作保護法たる著作権法のそれとは無縁であり、したがって、その保護対象における創作性要件も不要である旨が、明らかに述べられるのである。

「ここには、LUG2 条 2 項に規定された規範に関する内的な正当化の理由づけも認め得るのであり、そこでは、音楽著作物の音による再生の録音物へのあらゆる固定により、その演奏を行う芸術家本人に、著作権的に構成された請求権が、その音響装置に関して、しかも、その芸術家の演奏が『芸術的な』給付であるとか、いわんや『独自性のある創作』であるとの評価が可能であるかどうかとは無関係に発生するのである（参照、1960 年 5 月 31 日の当法廷の判決-I ZR 71/58-Orchester Graunke）」²⁶²。「問題となるベルリン国立オペラのオーケストラ構成員は、オペラ上演の放送目的の録音について、…その個々の寄与が創作的な独自性（eine schöpferische Eigenart）となっているか否かについて考慮することなく、それを禁止する権利を有するからである。そのかぎりでは、まさに、問題となっているのは、著作権法に関する問題ではなく、人格権法、競争法および…契約法に関する問題である」²⁶³。「その保護は、その内的な正当化の理由づけを、創作的な精神的著作物の保護を目的とする著作権法を支配している観点とは、異なる観点から導かなければならないのである」²⁶⁴。（下線強調は筆者）

このように、「フィガロの結婚」事件は、旧 LUG2 条 2 項の実演保護制度の本質が実演家の一般的人格権の保護にあり、同制度が創作保護法たる著作権法の本質とは無縁である旨を、連邦通常裁判所として明瞭に判示したのである。

もともと、実演の排他的利用に関する一般的な保護を、既存の判例法理である一般的人格権から直に導こうとする当該最高裁の論理に照らすならば、制定法の個別規定

²⁶¹ BGH GRUR 1958, 615-Tonbandaufnahmen.

²⁶² BGH GRUR 1960, 614, 615f.-Figaros Hochzeit.

²⁶³ BGH GRUR 1960, 614, 616-Figaros Hochzeit.

²⁶⁴ BGH GRUR 1960, 614, 617-Figaros Hochzeit.

である LUG2 条 2 項の性質論それ自体への言及は、傍論であったとも位置づけ得よう。というのも、LUG2 条 2 項の性質論にまで言及せずとも、生の実演の排他的利用権限の論拠を、控訴審判決が持ち出した著作隣接権から転換して判例法理の一般的人格権に求めることは、論理的に可能と考えられるからである。

すると、「フィガロの結婚」事件で連邦通常裁判所が示した LUG2 条 2 項の一般的人格権保護制度としての解釈は、同条項の性質を一般的人格権の観点から積極的に定義づけたものとはいえ、逆に、創作保護法としての著作権法の観点から、同条項が著作権法と異質な関係にある旨を、判旨結論の不可欠な前提として明らかにしたものとは評価し難い。この意味で、後者の論旨を最高裁判例の判旨と捉えてよいかという問題は残されよう。

これに対し、固定された実演の保護主体の範囲をめぐり、LUG2 条 2 項の適用対象となり得る事実関係に関して、まさに、創作保護法たる著作権法の観点から LUG2 条 2 項の位置づけなりその性質論を展開したのが、つぎに考察する「グラウンケ・オーケストラ」事件である。

② 「グラウンケ・オーケストラ」事件

「グラウンケ・オーケストラ」事件は、オーケストラ演奏に関し、指揮者のみならずオーケストラ構成員もその LUG2 条 2 項の権利を有するかが争われた事件である。具体的には、演奏の放送利用に関し、指揮者が単独で受けた放送利用料に対して、オーケストラ構成員が LUG2 条 2 項の翻案著作権を根拠とする分配請求権を有するかが争われた。指揮者と演奏者とは、それぞれの演奏行為における寄与の性質が異なるところ、双方の寄与が等しく LUG2 条 2 項の保護対象となり得るかが問題であった。そこでは LUG2 条 2 項の保護要件が問題となったのである。

原審であるミュンヘンの控訴審裁判所は、オーケストラ構成員による翻案著作権の取得を否定した。すなわち、「オーケストラ演奏が収録された録音物に関する翻案著作権は、指揮者と例えば共演ソリストとにのみ生ずるものであって、当該録音物に固定された再生給付に関するそうした権利は個々のオーケストラ構成員については考慮されることはない」というのである²⁶⁵。その理由は、LUG2 条 2 項の保護要件の解釈にある。つまり、控訴審判決によれば、同条項は、「著作権法という法律のなかに規定され、かつ、著作権法の観点から構成されている」のであるから、その保護要件である「『個人的な上演演奏 (persönlicher Vortrag)』のメルクマールの概念内容も、専ら、著作権法に照らして定め」られ、「ある個性的な精神的給付を表現する演奏のみが、LUG2 条 2 項による保護を根拠づけるのに相応しい」のであって、「オーケストラ演奏の場合、その演奏において自らを打ち出すのは専ら指揮者の個人的な見解で

²⁶⁵ BGH GRUR 1960, 630, 632 -Orchester Graunke.

あるから、この指揮者のみが、当該規定の意味において著作者とみなされ得る」というのである（下線はいずれも筆者）²⁶⁶。

要するに、オーケストラ構成員の演奏行為における寄与には、指揮者のそれとは異なり、LUG2 条 2 項の実演保護の要件となる「個性的な精神的給付」を欠くがゆえに、当該オーケストラ構成員にその保護（主体性）は承認し得ない、というのが控訴審判決の解釈である。創作保護法としての著作権法の原則から、保護対象論を組み立てようとしたのが、控訴審判決の論理といえる。

これに対し、連邦通常裁判所は「控訴裁判所による LUG2 条 2 項のこのような解釈には賛同できない」²⁶⁷として、控訴審判決の解釈を斥けた。そして、つぎのように述べて、LUG2 条 2 項の実演保護要件が実演の創作的要素とは無縁である旨を明らかにして、オーケストラ構成員の LUG2 条 2 項に基づく請求権限を承認した。

「立法者が明らかに出発点としていることは、この規定の意味において、著作物の『個人的な上演演奏（persönlicher Vortrag）』による録音物への写調に関する要件は、録音物が実演芸術家の直接的な再生給付を固定している場合には常に満たされるということである」²⁶⁸。「このことから、LUG2 条 2 項 3 文の意味における演奏者は、その『個人的な見解』がその演奏に打ち出された者に限定されるという控訴裁判所の見解は、法律の文言にもまた立法の沿革にも根拠を見出し難い。控訴裁判所がまったく間違っているのは、問題となる規定の著作権法内への位置づけが、著作権法の意義に関して決して無視してはならない全てを、『個人的な上演演奏』の概念に委ねるよう強いると考える点である。というのも、たとえば、自己の肖像に関する権利の規定も著作権法のなかに取り込まれており（KUG22 条以下）、その権利は著作権に類似する権限をもって構成されているが、それにもかかわらず、そこで扱われるのは、疑いなく、純然たる人格権なのであって、著作権ではないのである」²⁶⁹。（下線強調は筆者）

要するに、連邦通常裁判所によれば、実演保護制度である LUG2 条 2 項が著作権法内に規定されているとはいえ、その保護対象を創作保護法としての著作権法の意義の観点から理解する必要はない、というのである。そこで保護を受けるのは、「個性的な精神的給付」の存在を要件とする著作権ではなく、自己肖像の保護を規定した KUG22 条と同様に、あらゆる人格要素たる実演を保護対象とする人格権にほかならない、というのである。

LUG2 条 2 項の人格権保護規定としての性質を、一般的人格権の観点から、積極的に定義づけたのが先の「フィガロの結婚」事件であったとするならば、この「グラウンケ・オーケストラ」事件とは、それと対照的に、LUG2 条 2 項と創作保護法との異質な関係を、著作権法の観点から消極的に明らかにしたものと解することができる。

²⁶⁶ BGH GRUR 1960, 630, 632 -Orchester Graunke.

²⁶⁷ BGH GRUR 1960, 630, 632 -Orchester Graunke.

²⁶⁸ BGH GRUR 1960, 630, 633 -Orchester Graunke.

²⁶⁹ BGH GRUR 1960, 630, 633 -Orchester Graunke.

以上を要するに、両判例は、相俟って、旧実演保護制度である LUG2 条 2 項の性質を、一方において創作保護法である著作権法から異質なものとして切り離し（「フィガロの結婚」事件）、他方において一般的人格権に結び付けているのである（「グラウンケ・オーケストラ」事件）。最高裁は両判例を通じ、LUG2 条 2 項の一般的人格権の保護制度としての性質を、論理的にも過不足なく描き出したものといえる。

③ 旧実演保護制度の人格権構成論による理解

さて、以上が、連邦通常裁判所が導いた LUG2 条 2 項の性質論である。そこに示された見解を改めて整理するならば、つぎの三点に要約することができよう。

すなわち、第一に、①LUG2 条 2 項の旧実演保護制度は、実演の一般的人格権に基礎する制度にほかならず、それゆえ、第二に、②同条項の意義は、創作保護法たる著作権法の意義とは無縁と解すべきであり、また保護対象たる実演には必ずしも創作性要素は要されず、声、楽器演奏等の人格要素のみをもって常にその保護を享受し得るのであり、さらに、第三に、③LUG2 条 2 項に現れた旧実演保護制度の理論的根拠を人格権保護に求めるべきである以上、それを新たな著作隣接権の概念をもって説明することはできない、ということである。

ところで、われわれが「フィガロの結婚」事件と「グラウンケ・オーケストラ」事件を通じ、連邦通常裁判所が導く LUG2 条 2 項の性質論を解明しようとした目的は、ウルマーがその教科書に説いた、不競法的ないし人格権的な構成による実演保護制度論の意味するところを特定しようとする点にあった。そしていまや、連邦通常裁判所が、ほかならぬ、旧 LUG2 条 2 項の解釈の最終到達点として、著作隣接権の意義とは切り離された人格権構成論を説いたことを知ることにより、われわれは、このウルマー所説の含意を特定することも可能になったといえる。

すなわち、ウルマーは、その教科書の「著作隣接権」の章において、人格権保護論に基礎を置く実演保護制度論を説いていたのであるが、それは、上記の両連邦通常裁判所判例が示した解釈と同様に、著作隣接権の概念とは理論的な連絡を欠いた、むしろそれとは無縁の、旧実演保護制度（LUG2 条 2 項）の解釈論として述べられたものと解されるのである。つまり、ウルマーによる実演保護制度の人格権的構成論は、現行法に結実すべき著作隣接権の概念の意義として述べられた見解ではなかったと評価し得るのである。

このような見方が私の恣意的な解釈でないことは、実演保護制度の人格権構成論を説く点でウルマーの所説と共通性を有した「フィガロの結婚」事件および「グラウンケ・オーケストラ」事件の両連邦通常裁判所判例について、著作隣接権という現行法に結実した実演保護制度とは切り離して理解すべき旨を説く下級審裁判所の説示にも、認め得る。すなわち、ハンブルク地方裁判所は、現行著作権法 73 条の実演芸術家の著

作隣接権に関し、実演の保護要件が争われた 1975 年 7 月 11 日の「ラジオアナウンサー」事件において、つぎのように述べている。

「連邦通常裁判所は、LUG2 条 2 項 1 文…に基づく翻案著作権を純然たる人格権の基盤のうえに位置付けるのであり、その際に、その用語に関して示されることは、連邦通常裁判所が判決で『個性』の概念を使用しているのは、人格権的な概念の変形においてであって、それに対して、著作権法的な意味において独自創作性の概念（現行著作権法 2 条 2 項の『個人的かつ精神的創作』）を輪郭づけるためではない、ということである。ところが、1965 年 9 月 9 日の新たな著作権法のもとでは、事実状態および法状態は、異なるものとなっている」²⁷⁰。（下線強調は筆者）

この事件では、北ドイツ放送（der Norddeutsche Rundfunk）において自らの放送用原稿を読み上げたアナウンサーの口述行為が、著作隣接権の保護対象たる実演に該当するかが争われた。その際、ハンブルク地方裁判所は、旧 LUG2 条 2 項に関する連邦通常裁判所判例の解釈論を人格権保護説の立場に明瞭に位置付けるとともに、その人格権保護説を創作性保護説との関係で対照的に捉えたうえで、現行法の実演保護制度すなわち著作隣接権概念のもとでの実演保護制度が、旧制度すなわち人格権保護説で説明され得る実演保護制度と、「事実状態および法状態」の双方において「異なる」と説くのである。

このような裁判所の解釈論に照らしても、現行法の実演保護制度としての著作隣接権概念の意義を、ウルマーがその教科書で説いたように旧法と同様の人格権保護説の立場から理解することは、困難とみるべきであろう。

（４）現行法立法理由書の見解と現行法下の下級審裁判例における解釈論

それでは、現行ドイツ法において実演保護制度として採用された著作隣接権の意義を、われわれはいかに解すべきか。それを、著作隣接権概念の生成意義と同様に、権利客体の創作性の程度の観点で、著作権保護対象である著作物に対し段階的・連続的に相対化し得る保護対象（実演）を受け入れる枠組みと解してよいであろうか。

① 現行法の立法理由書にみる見解

まず現行法の立法理由書の見解に耳を傾けよう。

理由書は、著作権法全体を貫く立法趣旨を総論的に解説する箇所、こう述べている。

「実演芸術家の実演…は、現行法においては、法律が…著作物の翻案と同列に置くという方法によって、保護される。この体系的には誤った、加えて、不完全な実演芸術家の保護規範は、今日では一般的には承認を得られていない。本草案では、これに代え、実演芸術家は、…確かに体系的には著作権法に

²⁷⁰ LG Hamburg GRUR 1976, 151, 152-Rundfunksprecher.

依拠するが、事実それ自体としては異なって構成される給付保護権を取得することになる」²⁷¹。（下線強調は筆者）

理由書は、また、新たな実演保護制度を各論的に解説する箇所、こうも述べている。

「現行法は、実演芸術家の保護を…LUG2 条 2 項に規定する。この規範は、…著作権に関する支配的な原則、つまり、創作的給付のみが著作権保護を受け得るのであり、単なる二次利用的な給付はそれを受け得ないとの原則と矛盾している。…それゆえ、本草案は、LUG2 条 2 項に予定された規範を引き継がず、それに代え、実演芸術家に固有の給付保護権を与えている」²⁷²。（下線強調は筆者）

これらの理由書解説に、いずれも説かれたことは、創作保護法たる著作権法の体系的・原則的観点からみた旧実演保護制度（LUG2 条 2 項）の誤謬の指摘と、その誤謬除去の手段としての新たな著作隣接権（給付保護権）概念の必要性である。そこには、著作隣接権という新たな権利概念について、体系的な問題意識に由来する必要論は説かれるが、その権利概念の固有の意義について、それが著作権概念との相対的關係において明瞭に説かれるわけではない。

要するに、現行法の立法理由書の記述には、著作隣接権概念の出自の体系論的性格が明らかにされながらも、著作権の保護枠組みから排除された実演保護制度が、新たな著作隣接権概念に委ねられることについて、その体系的な意義が具体的に示されるわけではないのである。これを実体的要件論との関係で言い換えるならば、保護実演の要件は、旧制度と同様に単なる人格要素の存在で足り得るのか、あるいは、著作隣接権の生成意義に照らして要請されるはずの、著作権保護対象と段階的・連続的に把握される創作性要素を要するかの問題に対して、同理由書には、明瞭な見解が示されているとはいえないのである。

② 下級審裁判例における解釈論

これに対し、この現行著作隣接権概念の体系的意義ないし保護実演の要件論の問題に関して、現行法施行後の初期の段階にありながら、明解かつ説得的な解釈論を提供するのが、前出の「ラジオアナウンサー」事件、すなわち、現行法の著作隣接権制度と旧実演家保護制度の双方の法状態の相違を明瞭に説いた 1975 年のハンブルク地方裁判所の判決である。

同判決は、先に引用した、旧 LUG2 条 2 項と著作隣接権制度との異質性を説いた判旨に引き続いて、つぎのように、著作隣接権（給付保護権）の体系的含意に関して解釈論を展開している。

「1910 年の LUG2 条 2 項の導入時とは異なり、新著作権法の公布時には、一般的人格権の存在が承認され、判例と学説とにその形成の展開がみられていた。したがって、『実演芸術家』の保護が専ら人

²⁷¹ UFITA 45, 1965 II, S.248.

²⁷² UFITA 45, 1965 II, S.306f.

格権の観点から導かれていたとするならば、特殊な給付保護権を発展させ構成することは、必要とされなかったであろう。すると、給付保護権をめぐる立法前の議論がすでに示唆することは、そこで問題となるのが、一般的人格権に関する要件事実ではなく、一定の評価を要する要件事実、すなわち、二次創作的な著作物解釈者の保護であるということである。政府草案の理由書…では、確かにそのことは明示的に強調されるわけではない。…しかし、一般的人格権の原則によるよりも広範囲の権利で、実演芸術家に特に財産権の領域で認められるものを承認するためには、もはや純粋に人格権に関する要件事実の存在では十分ではなく、むしろ、一定の評価を要する連結点が要される。それが、『芸術性』のモメントである」²⁷³。「給付保護権の付与に関して根拠となるのは、(芸術的な) 解釈行為なのである」²⁷⁴。

(下線強調は筆者)

要するに、ハンブルク地裁は、新たな著作隣接権のもとでの保護実演の要件として、単なる人格的要素の存在ではなく、一定の評価的要素、すなわち芸術性評価を可能とする解釈行為の要素を求めている。その根拠は、第一に、著作隣接権概念の導入時における一般的人格権の学説・判例による承認状況と、第二に、著作隣接権概念のもとでの保護内容の拡大との、2点である。つまり、一般的人格権の判例・学説での通説的承認という解釈状況があったにもかかわらず、敢えて著作隣接権概念が導入された以上、同概念を旧実演保護制度のごとく人格権構成論で解することは理論的に困難であり、また、著作隣接権による財産権的側面での保護内容の拡充は、保護要件について従前の人格的要素にとどまらず追加的な評価的要素による再構成を要とするのである。

ハンブルク地裁は、結論として、原告アナウンサーの口述が「純然たる文章表現に含まれる個別情報のみを可能なかぎり明瞭に伝達するもの」に過ぎず、その放送用原稿は「解釈行為 (Interpretatio) の余地を与えない」と判示し、著作権法 73 条の著作隣接権に関する請求を棄却するのである²⁷⁵。保護要件の未充足を判断したものであるから、この裁判例からは、保護要件の実質的内容を読み取り得るものと考えるべきであろう。

裁判所が著作隣接権の付与に際し要請する「解釈行為 (Interpretation)」の要素と、著作権の保護要件としての創作性要素との関係は、必ずしも明瞭ではない。とはいえ、この解釈行為とは一定の評価的な要素であって当該解釈者に固有の精神活動を意味するものにほかならないとすれば、そこに、同様に評価的な要素である創作性要素との通有性を見出すことは、さほど困難でない。それゆえにこそ、裁判所は、現に判示のなかで、著作隣接権の保護に要される「一定の評価を要する要件事実」を、「二次創作的な著作物解釈者」と言い換えるのであろう。実演芸術家が一定の評価を要する要件事実を備え著作隣接権の保護を受けることは、当該実演芸術家の解釈行為が二次創作的と評価されることと、同義なのである。

²⁷³ LG Hamburg GRUR 1976, 151, 152f.-Rundfunksprecher.

²⁷⁴ LG Hamburg GRUR 1976, 151, 153-Rundfunksprecher.

²⁷⁵ LG Hamburg GRUR 1976, 151, 153-Rundfunksprecher.

すると、われわれは、このハンブルク地裁による著作隣接権概念の理解に、その生成意義と同様の意義、すなわち、創作性の程度を契機として著作権保護対象と相対的・段階的に把握される実演を受け入れる枠組みとしての意義を、見出すことができるものといえよう。

（５）学説の論争—解釈行為保護説と人格権保護説

他方、学説においては、この 1975 年のハンブルク地裁判決以降も、1970 年代終盤に至るまで、著作隣接権の保護対象である実演の保護要件、ひいては、何ゆえに実演に対して著作隣接権の保護が与えられるべきかといった、実演保護制度としての著作隣接権の意義の解釈をめぐり、ハンブルク地裁の解釈論におけると同様の対立図式、すなわち、いわば解釈行為保護説と人格権保護説との論争が展開されていた。デュンバルト（Rolf Dünnwald）とヘルティン（Paul W. Hertin）が、その担い手である。両説の主張を概観しよう。

① デュンバルトの解釈行為保護説

まず、デュンバルトの説く解釈行為保護説である。彼は、前示ハンブルク地裁判決に先立ち 1972 年の UFITA 誌に著わした論考「芸術的な給付保護の内容と限界」²⁷⁶と、その後のヘルティンによる反論を受けて、同じく 1979 年に著わした論考「保護される給付としての芸術的実演」²⁷⁷とにおいて、その解釈行為保護説を、概要、つぎのように説いている（下線は筆者）。すなわち—

実演芸術家を定義する 73 条では著作物利用行為としての口述概念（Vortrag）と同様の文言を用いるが、73 条での書き換えはそれほど包括的なものではない²⁷⁸。その目的は、特殊な性質を備えた給付を、74 条以下の保護を受けないその他の給付から限界づけることにあり、これとの関連において、本質的な限界づけのメルクマールは、「芸術的（künstlerisch）」という属性である²⁷⁹。その口述を行う人物が特定の役を演じ、そこで著作物を個性的な造形をもって聴き手に届けている場合には、どこでも芸術的な実演を認めることができる²⁸⁰。口述用表現物が演技余地を欠きその朗読者が演ずる可能性を有さない場合には芸術的な実演の承認余地は無く、その場合の朗読者は個性的な造形者ではなくニュートラルな著作物伝達者に過ぎない。そこで問われるのは情報であって解釈行為（Interpretation）ではないのである²⁸¹。

誰が実演芸術家にあたるかは、録音、放送等の利用手段の対象となる給付の性質によってもっぱら規定されるのであり、この性質は、外的事情によって左右されるものではなく、給付が公衆に向けられていることや、伝達技術を手段として公衆に提供されているといった単純な事実は、著作隣接権保護にと

²⁷⁶ Dünnwald, Inhalt und Grenzen des künstlerischen Leistungsschutzes, UFITA Bd.65, 1972, S.99,.

²⁷⁷ Dünnwald, Die künstlerische Darbietung als geschützte Leistung, UFITA Bd. 84, 1979, S.1.

²⁷⁸ Dünnwald, a.a.O., UFITA Bd.65, 1972, S.107.

²⁷⁹ Dünnwald, a.a.O., UFITA Bd. 65, S108.

²⁸⁰ Dünnwald, a.a.O., UFITA Bd. 65, S112.

²⁸¹ Dünnwald, a.a.O., UFITA Bd. 65, S112.

って十分とはいえない²⁸²。口述との関係ではこの芸術的要素の具備の問題が重要な意義を持つ。というのも、19条1項は口述概念であらゆる言語的再生を包摂しており、それと同様に73条の概念を把握するならば、公衆に向けて行われるすべての口述給付が無制約にその行為者を実演芸術家としてしまうからである。そのようなことをすれば、「著作隣接権によって著作権法に一般的人格保護を導入することになるであろう」²⁸³。要するに74条以下の保護を享受するのは、芸術的な実演（künstlerische Darbietungen）に限定される²⁸⁴。

他方で、芸術的実演の概念の理解および限界づけの問題は、依然として十分に解明されているとはいえず、ヘルティンの立場は、芸術的実演の概念に実質的要素を否定し、「その結果として、あらゆる著作物再生行為が、単に人格権によってのみ保護される行為との限界づけなく、著作隣接権保護を享受するというもの²⁸⁵。出発点とすべきは、解釈行為（Interpretation）と芸術的実演（künstlerische Darbietung）とは同一のことを意味しているということであって、両者は再現給付それ自体、つまり精神的・肉体的な行為で著作物を視覚的・聴覚的に認識可能なものとするものを意味する²⁸⁶。しかし、「芸術的な（künstlerisch）」の意が「個人的な（persönlich）」の意に他ならないとするならば、論告求刑をする検察官から政治評論家に至るまで実演芸術家になってしまう²⁸⁷。他方で、解釈行為の概念から出発して、解釈行為と単純な再現行為とを区別しながらも、単に解釈行為における「個性的な特徴（individuellen Züge）」を指摘するに過ぎない見解もあるけれど、そのような見解では、その個性なるもの（Individualität）が、再現における客観的独自性（形式）から帰結されるのか、あるいは、再現者における主観的独自性（人格）から帰結されるのかが、示されないのであるから、要するに、「個人的な（persönlich）」や「個性的な（individuell）」のメルクマールは、保護される芸術的給付と保護されない非芸術的な給付とを限界づけるうえで有用ではない²⁸⁸。

解釈者にとっての本質的構成部分はまず第一に、基礎にある著作物との密接な精神的結びつき（enge geistige Verbindung）であり、そうした解釈者における著作物との直接的な関係性の本質とは何かという点は、つぎの事例から明らかになる。体操演技や床運動は、音楽に合わせて行われることもあるが、当該音楽著作物の解釈となるものではないのに対し、アイスショー（Eisrevue）の演技は、肉体的な器用さと優雅さの表現を超えており、音楽作品および振付作品との精神的な関連性を示すバレーのように、芸術的な著作物再現であり得る²⁸⁹。

要するに、デュンバルトによれば、著作隣接権の意義は一般的人格権のそれとは異なるのであり、したがって、その保護対象は、単なる非評価的な人格要素としての実演ではなく、対象作品に対する精神的な解釈行為という評価的な要素を備えた実演と解すべきであるというのである。彼が、実演の評価的要素の言い換えとして、その「個性的な特徴」なる表現を不十分と考える理由は、当該表現が、実演の表現形式面にお

²⁸² Dünwald, a.a.O., UFITA Bd. 84, 1979, S.6.

²⁸³ Dünwald, a.a.O., UFITA Bd.84, S.9.

²⁸⁴ Dünwald, a.a.O., UFITA Bd.84, S.9.

²⁸⁵ Dünwald, a.a.O., UFITA Bd.84, S.9.

²⁸⁶ Dünwald, a.a.O., UFITA Bd.84, S.13.

²⁸⁷ Dünwald, a.a.O., UFITA Bd.84, S.13.

²⁸⁸ Dünwald, a.a.O., UFITA Bd.84, S.13.

²⁸⁹ Dünwald, a.a.O., UFITA Bd.84, S.14.

ける客観的独自性ではなく、その人格要素における主観的独自性を意味するに過ぎない点にある。すなわち、彼のいう実演の評価要素としての解釈行為とは、実演表現上の客観的独自性としての「個性的な特徴」を意味するのである。

ここで、著作隣接権の保護対象である実演が、「解釈行為」なり著作物要件と同様の表現形式上の客観的独自性という評価的要素によって限界づけられることに照らすならば、デュンバルトが著作隣接権概念のもとで理解する実演とは、著作権の保護対象たる著作物と創作性要素の評価の点で連続的・段階的な把握がなされるべき保護対象であることがわかる。

ここには、著作隣接権概念に関し、まさにその生成意義と同様の理解を認め得るものといえよう。

② ヘルティンの人格権保護説

つぎに、ヘルティンの説く人格権保護説である。彼は、1978年 UFITA 誌の論考「著作権法およびローマ条約における芸術家概念について」²⁹⁰において、その明瞭な人格権保護説に基づき、アナウンサー朗読の実演該当性を否定した先のハンブルク地裁判決を批判しつつ、概要、つぎのように説いている（下線は筆者）。すなわち一、

著作隣接権を付与する理由を芸術的な解釈行為に求めるハンブルク地裁の見解は唐突であって、アナウンサーの口述行為に解釈余地を欠くとしてその保護可能性を否定する解釈論は十分な検討に耐えない²⁹¹。ハンブルクの地裁がその判決理由で正当にも指摘していることは、連邦通常裁判所は LUG2 条 2 項 1 文の実演による翻案著作権を「純粋な人格権的な基礎に据え、かつ、『個性 (Individualität)』の基準はその人格権的な意義との関係で使用されており、『独自創作性の概念の輪郭づけに関するその著作権的な意義において』使用されるわけではない」ということである²⁹²。著作権法 73 条の実演芸術家の定義は、旧 LUG2 条 2 項に依拠するのであり、「著作物を個人的に口述する者は、それによって自動的に実演芸術家となる」のである²⁹³。「著作権法 73 条・19 条によれば、口述の概念は、(技術的に行われる再生とは異なる) 個人的な実演行為を要するに過ぎないのであり、独自でかつ個性によって特徴づけられた給付との関連性を有するわけではない」のである²⁹⁴。客観的な法律文言に照らすならば、著作物の口述者は、73 条・19 条の公衆口述を行う以上いずれの場合にも実演芸術家となり、それにより、著作隣接権の保護は承認される²⁹⁵。これに対し、著作隣接権の保護実演を解釈行為 (Interpretation) と解するハンブルク地裁には、著作隣接権の目的の評価にも誤解がある²⁹⁶。他の著作隣接権者であるレコード製作者と放送事業者とが、著作物の利用の有無にかかわらずその保護を受ける理由は、それらが

²⁹⁰ Hertin, Zum Künstlerbegriff des Urheberrechtsgesetzes und des Rom-Abkommens, UFITA Bd.81, 1978, S.39.

²⁹¹ Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.48.

²⁹² Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.49.

²⁹³ Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.49.

²⁹⁴ Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.49.

²⁹⁵ Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.50.

²⁹⁶ Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.50.

一定の投資に基づき保護に値する企業の給付を競争法の原則に従い提供する点にあるが²⁹⁷、実演芸術家が保護を受けるのは、これに相当する保護に値する給付を著作物の実演を通じて提供しているからである²⁹⁸。著作権法 73 条に使用された「芸術家 Künstler」なり「芸術的 künstlerisch」の文言を通じて、実演行為に「解釈性 Interpretationsfähigkeit」といったさらなる別の基準を読み取ることはならない²⁹⁹。

要するに、ヘルティンによれば、著作隣接権の保護対象である実演は、旧 LUG2 条 2 項の場合と同様に、純粋に人格権の保護対象となる人格要素によってのみ構成されるのであり、著作権保護対象の場合に妥当するような、創作性や個性あるいは解釈性といった基準で限界づけられるものではないのである。そして、実演保護制度としての著作隣接権の意義にしても、実演の解釈的要素なり創作的要素の保護に求められるべきではなく、レコード製作者と放送事業者の著作隣接権の場合と同様の、一定の投資を背景とする競争法的な利益に求められるべきであるというのである。

（６）連邦通常裁判所による解釈行為保護説の採用

このように、実演保護制度としての著作隣接権概念については、1975 年のハンブルク地裁が、明瞭にその生成意義に即した解釈論、すなわち解釈行為という評価的要素を実演保護の要件とする解釈論を示す一方で、先に検討したとおり、現行法の立法理由書には、新たな著作隣接権の概念と人格権構成論に立脚する旧 LUG2 条 2 項との理論的關係が明瞭に説かれなかったことも手伝って、学説には、その生成意義に即した解釈行為保護説と旧 LUG2 条 2 項の人格権構成論に即した人格権保護説との対立が、1970 年代後半の段階に至っても、依然みられたのである。

しかし、このような学説の対立状況にも、間もなく終止符が打たれることになる。それが、1980 年 11 月 14 日の連邦通常裁判所に現れた「クイズマスター」事件判決³⁰⁰である。そこでは、1975 年のハンブルク地裁の「ラジオアナウンサー」事件判決の理論構成が追認され、すなわち解釈行為保護説のもとで、現行法の実演保護制度としての著作隣接権の体系的意義が生成意義と同様に理解される。

事実の概要はつぎのとおりである。実演の著作隣接権の意義を決定づける判例ともいえるので、やや詳しく紹介する。

原告はラジオ・テレビの放送作家としても著名なクイズ等の娯楽番組の司会者である。被告は著作権法 75 条が実演芸術家の著作隣接権として認める録音・録画権の管理団体である。両者の権利管理契約に基づき、原告は被告に対し、その実演芸術家としての権利を移転した。両者の争いは、原告の出演に係る数本の特定のテレビ・ラジオ番組に関して、原告が著作権法 73 条によって著作隣接権の保護を受ける実演芸術家に

²⁹⁷ Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.50.

²⁹⁸ Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.51.

²⁹⁹ Hertin, a.a.O., UFITA Bd.81, S.51.

³⁰⁰ BGH GRUR 1981, 419-Quizmaster.

あたるか否か、そして、被告は各番組に関する報酬の分配義務を原告に対して負うか否かの点にある。

当時の著作権法 73 条は、著作隣接権の保護を受ける実演芸術家 (Ausübender Künstler) を定義して、「この法律の意味における実演芸術家とは、著作物を口演もしくは上演・演奏しまたは著作物の口演もしくは上演・演奏に際して芸術的に協力する者をいう (Ausübender Künstler im Sinne dieses Gesetzes ist, wer ein Werk vorträgt oder aufführt oder bei dem Vortrag oder der Aufführung eines Werkes künstlerisch mitwirkt)」と定め、著作物の口演等の行為者自身およびそうした行為者の芸術的協力者が実演芸術家と定められた。争いは、原告の各番組での出演行為が、この実演芸術家の行為に該当するか否かである。

問題とされた放送番組には、素人や著名芸能人が解答ゲームに参加するクイズ番組が含まれ、番組進行の内容と決定はクイズマスターとしての原告の役割である。原告が読み上げるテキストは多くの部分が原稿に予め記載されている。原告は、すべての番組との関係で実演芸術家に該当するとして、被告が原告に対して両者合意の管理契約の分配計画に基づく報酬の分配義務を負うことの確認を請求したところ、被告は、原告の行為はスポーツ司会者の解説行為と変わらず、著作権法 73 条の実演芸術家の承認の前提となる芸術的行為を欠く旨を主張した³⁰¹。

第一審の地方裁判所が、原告の行為には芸術的な造形行為が欠けるとして原告の実演芸術家該当性を否定したのに対し、原審である控訴審 (ベルリン上級地方裁判所) は、地裁判決を変更し、被告が原告に対し問題となる全番組との関係で報酬の分配義務を負う旨の確認請求を認容した。これに対し、被告は原告請求の排斥を求め、また原告も「番組監督」としての実演芸術家の評価を求め、両者が上告した³⁰²。

これに対し、連邦通常裁判所は、つぎのように判示して、原告の「実演芸術家」該当性を肯定した。

「控訴裁判所は、口演の概念につて、それが芸術的給付すなわち著作物の解釈行為が前提となる旨の見解を説いた。控訴裁判所によれば、言語著作物の口演に際しての解釈行為とは、単純朗読によりその文章内容から引き出される情報を越えて、それ以上のメッセージを言語に再変換 (zurückzu-
transponieren) することで、聴き手に『行間にあるもの』を伝達することを意味する

というのである」³⁰³。「控訴裁判所のこうした法の見解に問題はない。規定の文言と立法者の意思はこうした解釈に合致している。すでに『実演芸術家』の概念に芸術性の契機が本質的に内在している。…言語著作物の口演の場合も同様である。口演の概念が、著作権法 19 条 1 項の場合のように、言語著作物の単純な音響的再生に限定されるとするならば、単純な報道番組を読み上げるニュースアナウンサーも実演芸術家として承認されなければならないであろう。しかし、そのようなことは、立法者の明らかな意思と一致しな

³⁰¹ BGH GRUR 1981, 419-Quizmaster.

³⁰² BGH GRUR 1981, 419-Quizmaster.

³⁰³ BGH GRUR 1981, 419, 420-Quizmaster.

いし、事実問題としても正当化されないであろう」³⁰⁴。「控訴裁判所が法的誤りなく判断したことは、口演者の芸術的給付もまた、著作物の解釈行為（Werkinterpretation）の意味で理解しなければならないということである。その際、控訴裁判所が、ハンブルク地方裁判所の判決（GRUR 1976, 151ff. Rundfunksprecher）に依拠して述べたところによれば、言語および音楽の著作物の再現に際して重要なことは、元来、言語または楽曲として知覚された著作物がその保持のため他の異なる媒体（活字または音符）に転換されているものを、その元来の媒体に再変換（zurückzutransponieren）することであるというのである」³⁰⁵。「こうした見解に法的な問題はない。言語著作物に関する芸術的な解釈行為は、聴き手に考えや情報を伝達する音響的な文書再生に尽きるものではない。むしろそれ以上に前提となることは、聴き手が言語の表現可能性をもって、事実的な内容とは独立に、ある感覚的印象で、聴き手の気持ち、感情、感性または想像力を刺激するものを受け取るということである。活字の著作物を、概念的に把握可能な領域から感覚的に把握可能な領域へと変換するにあたり、芸術的に独自の価値が表面化せざるを得ない。控訴裁判所の見解とは異なり、その際、口演者の人気なり評価は問題ではない。そうした人気や評価は、ニュースアナウンサーの場合にもあり得るが、それによって、彼が実演芸術家になるわけではない。…著作物の解釈行為で僅かな芸術的な程度しかないものも保護を受け得る。著作権法においては、いわゆる kleine Münze が存在するということは、長らく承認されている」³⁰⁶。（下線は筆者）

連邦通常裁判所は、著作隣接権の保護対象としての実演を、その芸術性を前提に著作物の解釈行為（Werkinterpretation）と捉える原審（控訴裁判所）の見解を、基本的に承認する。すなわち、著作隣接権の保護対象である実演とは、基礎となる著作物の単純な再生行為、たとえば報道アナウンサーの単純な報道記事の読み上げ行為とは異なり、その受け手にその感性や想像力を刺激するに足るものを与え得るところの、「芸術的な解釈行為」であると解するのである。つまり、著作隣接権の保護対象である実演は、単にその再生行為者の声等の人格的要素だけでは足りず、それに加え、価値的評価が可能な芸術性なり解釈性を要する、との理解である。ただし、控訴裁判所の解釈に修正を要するのは、保護対象となり得る実演を、その実演行為者の人気や評価とは切り離して理解する点にある。実演行為者の人気・評価とは無関係に、また当該行為の芸術性の程度（künstlerische Höhe）とも無関係に、「芸術的に独自の価値」を伴う著作物の解釈行為がなされる場合には、当該行為が実演として著作隣接権の保護対象となり、当該実演を行う者が著作権法上の「実演芸術家」に該当すると説くのである。

ここに展開された連邦通常裁判所の解釈論は、著作隣接権の保護対象である実演を著作物の解釈行為と捉える見解、すなわち、解釈行為保護説にほかならないものと解される。

³⁰⁴ BGH GRUR 1981, 419, 420-Quizmaster.

³⁰⁵ BGH GRUR 1981, 419, 420-Quizmaster.

³⁰⁶ BGH GRUR 1981, 419, 421-Quizmaster.

要するに、実演保護制度としての著作隣接権の理解をめぐり、1970年代後半に至るまで、実演の人格要素の保護に着目する人格権保護説と学説上の対立をなしてきた解釈行為保護説は、この1980年11月の「クイズマスター」事件判例に至り、明確な立法者意思の探究も踏まえた解釈論として、有権的にもその承認を得ることになったのである。

（7）実演保護における著作隣接権概念の意義

以上に、現行ドイツ法に結実した実演保護制度としての著作隣接権概念に関し、その意義探究を行った。その探究の経路は、やや複雑なものとならざるを得なかったが、以下のとおりである。

われわれは、まずフープマンの学説において、生成意義と同様の意義を実演保護制度としての著作隣接権に求め得ることを確認する一方、ウルマーの学説には、それとは異なり、実演保護制度の根拠を不競法的・人格権的保護に求める見解を見出した。しかし、このウルマーの所説は、現行法の著作隣接権概念の意義として説かれた見解とは解し難いものであり、むしろ、旧LUG2条2項における実演保護制度の理解を示したものと解するのが妥当であることを、旧LUG2条2項の解釈に関する連邦通常裁判所の判例をも手掛かりに明らかにした。

つぎに、探究の対象は現行法の立法理由書に移されたが、その具体的な文言に、実演保護制度としての著作隣接権の意義を明示的に説く表現を見出すことは困難であった。とはいえ、その現行法の解釈論を、立法者意思に基づいて展開した下級審裁判例には、明確に、生成意義と同様の意義、すなわち、保護対象の創作性要素の段階的把握により、著作権保護対象と相対化され得る実演を受け入れる枠組みとして、著作隣接権を捉えようとする見解を、われわれは認めることができた。

他方、現行法の解釈論を展開する学説には、著作隣接権概念の意義を、旧LUG2条2項の意義と同様に、実演の人格的要素に着目して人格権保護説として理解する見解と、それとは異なり、実演の芸術性なり解釈的要素に着目して解釈行為保護説として理解する見解との対立が1970年代後半に至るまで見られた。しかし、その後の1980年に現れた判例では、実演保護制度としての著作隣接権を、単なる実演行為者の人格要素ではなく、芸術性という価値的要素を備えた著作物の解釈行為を保護する権利と捉える見解、すなわち、解釈行為保護説が、連邦通常裁判所の有権解釈として示されたことを知り得たのである。

以上の考察を通じて、実演保護制度としての著作隣接権の意義について理解し得たところは、つぎのようにまとめることができる。

要するに、実演保護制度として、旧LUG2条2項の人格権保護制度から転換を図った現行法の実演保護制度としての著作隣接権の概念は、一定の芸術的要素を備えた解釈行為と評価されるべき実演を保護する枠組みとして、体系的に整合的な説明を得て

いたのである。そして、この実演における解釈性（＝著作物の解釈行為）という要素は、著作物の二次創作における解釈性と、連続的に把握可能な要素である³⁰⁷。それは一種の創作的要素にはかならない。つまり著作隣接権とは、実演との関係において、創作的要素の具備の点では著作権保護対象である著作物と同様でありながら、それとは区別されるべき保護対象を受け入れる枠組みとして理解されていたのである。

すると、われわれはここに、現行法の実演保護制度に結実した著作隣接権概念の意義を、その生成意義と照らし合わせ、つぎのように把握することができる。すなわち、その意義とは、著作隣接権概念の生成意義と同様に、保護対象の創作性の要素を契機として著作権保護対象と相対的・段階的に把握し得る客体（＝実演）を受け入れる枠組みという体系的意義に、ほかならなかったのである。

第4項 まとめ—生成意義の承継・維持

以上、われわれは、現行ドイツ著作権法における著作隣接権をめぐる立法論議ないしその施行後の学説・裁判所による解釈論を通じ、応用美術、写真および実演という保護対象との関係で、現行法で導入された新たな著作隣接権概念が著作権法体系で担った意義の解明に努めた。

そして、その考察の成果は、つぎのようにまとめることができる。

すなわち、著作隣接権の概念は、上記の各保護対象との関係で、いずれの場合も、創作的要素の具備の点で著作権保護対象と連続的に把握できても、その程度の点で後者と峻別されるべき保護対象を受け入れる枠組みとして、機能していたのである。つまり、著作隣接権の概念は、現行法においても、その生成意義、すなわち、保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論により著作権保護対象とは峻別されるべき保護対象を受け入れる枠組みとしての体系的意義を、担っていたことがわかるのである。

前章の考察でわれわれが解明した著作隣接権概念の生成意義は、現行法の著作隣接権概念のうちにも、承継・維持されていたことが、ここに明らかになったといえる。これが、本節の課題に対する結論である。

最後に、この、著作隣接権概念の生成意義が現行法の同概念の考え方のなかにも承継・維持されていたとの理解を、補足的に、著作権保護対象である著作物の定義づけないし限界づけをめぐる議論を考察することにより、補強しておこう。

戦後ドイツの立法論議における公的な改正草案として、1954年には参事官草案³⁰⁸が、そして5年後の1959年には連邦司法省の手になる司法省草案³⁰⁹が、公にされている。この立法論議のなかで、著作権の保護対象である著作物の概念（Werkbegriff）をいか

³⁰⁷ LG Hamburg GRUR 1976, 151, 152, 153-Rundfunksprecher.

³⁰⁸ Referentenentwürfe zum Urheberrechtsreform, veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, 1954.

³⁰⁹ Entwürfe des Bundesjustizministeriums zum Urheberrechtsreform, 1959.

に理解し定義するかの問題は、決定的な重要性を帯びざるを得なかった³¹⁰。というのも、従来の著作権法制度、すなわち LUG、KUG および意匠法³¹¹には、いずれも著作物概念の定義規定を欠いており、新たな著作権法が著作物概念の限界づけないし定義の課題と取り組むとすれば、それは制定法上の規範確立の作業としては最初の作業となったからである。

その議論の中で、われわれの問題関心との関係で注目されるのは、著作物の保護要件に関する創作性程度の廃止論者が、その自説の理論的な帰結として、法案にすでに導入・規定された著作隣接権ないし給付保護権の概念について、その体系的な必要性を否定する点である。換言すれば、著作権保護対象に要する創作性のあり方と、著作隣接権の概念とが、理論的に関連し合うということである。

すなわち、ミュンヘンの地裁評議員であったリーデル (Hermann Riedel) は、1960 年に著わした「著作権法改正に関する基本問題 (Grundfragen der Urheberrechtsreform)」³¹²のなかで、著作権法改正に際して統一的な著作物概念を用いる以上、現に“kleine Münze”の著作権保護の可否をめぐり存在する、LUG と KUG の双方の領域間における保護基準の乖離を解消するため、いずれかの保護基準の引き上げまたは引き下げを要すると説く。そして彼は、社会的実情の観点から保護を要する著作物の範囲と、保護著作物の定義に関し、1939 年ドイツ法アカデミー草案 (前章第 2 節第 5 項 (3)) が採用した「独自個人的な刻印の創作 (“Schöpfungen eigenpersönlicher Prägung”)」の定式³¹³に代え、戦後、「個人的かつ精神的な創作 (“persönliche geistige Schöpfung”)」なる定式を採用した 1959 年司法省草案³¹⁴との整合的理解とを前提として、当面の改正著作権法の下では一切の“kleine Münze”も保護可能とすべき旨、したがって、応用美術分野との関係では段階理論によって著作権保護対象の高度の造形程度を支えてきた意匠法を廃止すべき旨、との基本的理解を示す³¹⁵。そして彼は、このような理解をもとに、さらに、同草案が、写真と写真著作物の両概念を両者の創作性の段階的相違を根拠に峻別し、前者を著作権とは異なる著作隣接権 (Leistungsschutzrecht) の保護対象とする (草案 77 条ないし 80 条) 考え方³¹⁶、同じく、動画 (Laufbilder) ないし映画的制作物 (kinematographische Erzeugnisse) を映画著作

³¹⁰ Riedel, Grundprobleme der Urheberrechtsreform, NJW 1959, S.2096; ders, Zum Werk-Begriff im Urheberrecht, JR 1957, S.366.

³¹¹ z.B., Riedel, Zum Werk-Begriff im Urheberrecht, JR 1957, S.366. リーデルはここで、現行著作権法改正に際して当時の著作権法に著作物概念の定義を欠くことを指摘するなかで、著作物保護の規範が LUG、KUG および意匠法の 3 個の法律で実現されると述べる。

³¹² Grundfragen der Urheberrechtsreform, GRUR 1960, S.216ff.

³¹³ Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, in der Schriftenreihe „Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht“, Heft 11, 1939, S.1.

³¹⁴ Entwürfe des Bundesjustizministeriums zum Urheberrechtsreform, 1959, S.3.

³¹⁵ Riedel, Grundfragen der Urheberrechtsreform, GRUR 1960, S.216, 217u.225. 他方で、高度の保護基準による著作物概念の構成による著作権法の文化法 (Kulturrecht) としての性質強化は将来 (in Zukunft) の課題と位置づける。hierzu S.218.

³¹⁶ Riedel, GRUR 1960, S.218f.

物と峻別し、前者を著作隣接権の保護対象とする（草案 93 条ないし 98 条）考え方³¹⁷について、それらを、いずれも誤ったないし不要な考え方と評するのである。

われわれは、このリーデルの所説の反対推論を通じ、著作物概念の価値的基準の程度に応じた定義問題ないし画定問題が、著作隣接権概念の体系的意義や存在意義と、理論的に有機的な関連性を有していることを、改めて確信することができる。何故ならば、著作権保護対象である著作物（応用美術や写真等）の画定に創作性の程度（価値的基準）を不要とする考え方が、その帰結として、かつてウルマーとフープマンがその生成意義的な理解のもとに著作隣接権の枠組みに位置づけた意匠法をも含めて、著作隣接権の権利概念が、著作権法体系上不要であるとの結論を、導いているからである。

このように、戦後の立法論議における著作物概念の意味内容の理解をめぐる活発な議論に際しても、著作隣接権概念の意義がそれと一体的に論じられ、同概念は、「著作権保護対象は高度の価値的基準によって限界づけられる」との命題と不可分に、同命題を制度として実現するための法技術概念として、理解されているのである。このことは、著作隣接権の概念が、現行法においても、その生成意義、すなわち、保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論により著作権保護対象とは峻別されるべき保護対象を受け入れる枠組みとしての体系的意義を担っていたことの、ひとつの証左ともいえよう。

第 3 節 著作隣接権概念の発展的意義の解明

第 1 項 発展的・副次的意義の萌芽

著作隣接権概念の生成意義は、戦後の立法論議に明らかに維持され、現行法に結実した著作隣接権制度の 1 つの体系的な存在根拠を支えていた。他方で、著作隣接権の枠組みの中で議論され得る保護対象には、たとえば録画物・レコード盤や放送のように、その生成意義をもってしては説明が困難な保護対象、つまり、その具体的な保護法益が、客体の創作性の契機とは無縁に、むしろ投資保護を背景とする競争法的利益によって構成されていると解さざるを得ない保護対象が見受けられた。すると、これらの保護対象との関係では、著作隣接権の概念は、その生成意義とは別に、いかなる体系的意義なり存在理由を託されていたとみるべきかが問われる。

本節の課題は、この著作隣接権概念における第二の、その生成意義とは異なる、いわばその発展的な意義の解明にある。

まず、その意味内容の具体的な解明に入る前に、そのような生成意義とは異なる第二の意義が、現に存在し得たことを示唆する学説の確認から始めよう。

³¹⁷ Riedel, GRUR 1960, S. 220.

すでに述べたとおり、ウルマー教授は戦後に展開された現行ドイツ著作権法の立法論議をいち早く促そうとした当事者であって、現行法の体系的な理論構成に、圧倒的な影響力を与えた³¹⁸人物である。

そのウルマーが 1951 年に著わした体系書『著作権と出版権』（Urheber- und Verlagsrecht）の叙述において、著作隣接権概念の第二の意義の存在を示唆するのは、新たに構想される著作隣接権の枠組みに「写真保護制度」と「レコード盤保護制度」とがいずれも位置づけられるにもかかわらず、双方の制度には、著作権の枠組みとの対比において、明らかに異なる意味が与えられている点である。

すなわち、ウルマーは、レコード盤の保護に関して、旧法の「著作権」の保護に代えた、著作隣接権による保護が妥当である旨を説く一方で、このレコード盤の「著作隣接権」が、「写真の著作物」の「著作権」とは別個に承認されるべき写真の「著作隣接権」とは、性質が異なる旨を、つぎのように対比的に明言する。

「同じ著作隣接権として、レコード盤に関する権利は写真の権利と比較され、写真産業の成果物とレコード産業の成果物が同列に置かれることがあるけれども、この比較には問題があり、写真の場合は、その性質上、真の著作物創作と同等の芸術的な写真家の給付も想定し得るが、レコード盤の場合は、専ら産業的給付が問題となるに過ぎない。」³¹⁹

つまり、著作権の保護対象となる著作物との比較において、写真の「著作隣接権」の場合には、著作物の創作と芸術的な給付との峻別、つまり保護対象の性質相違が念頭に置かれる一方で、レコード盤の「著作隣接権」の場合には、保護対象の性質相違よりもむしろ産業的給付の有無、つまり保護法益の性質相違が、著作権と著作隣接権との峻別に際して念頭に置かれているのである。

さらにウルマーは、著作隣接権概念の捉え方に関し、つぎのようにも述べている。

「確かに、創作性（Schöpfung）による（保護対象の：筆者注）限界づけは、著作権に隣接しても要件と効果においてそれを下回る権利のうち、主要なグループの権利の指標とはなり得るけれども、そのすべての権利の指標となるわけではない。」³²⁰

創作性ないしその程度を契機として著作権の保護対象と区別する機能は、まさに著作隣接権概念がその生成意義として担った機能であった。しかし、ウルマーは、著作隣接権の概念が、そうした創作性を契機に保護対象を峻別する機能のみでは、その意義を十全に説明し尽くし得ないというのである。すなわち、生成意義で理解される著作隣接権概念のもとに集約される権利は、著作隣接権の主要部分ではあってもその一部に過ぎず、他の著作隣接権は、生成意義とは異なる意義をもって説明できるというのである。

著作隣接権概念の意義が、ウルマーがその体系書を著わす段階でも、依然未確定であり、流動的でさえあったことは、彼がその初版より、「著作隣接権の領域における

³¹⁸ Schricker, Meister des Urheberrechts, im “Eugen Ulmer zum Gedächtnis” 1989, S.46.

³¹⁹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.317.

³²⁰ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.18.

法的展開は、依然として流動的（noch im Fluß）である」³²¹と説くことにも窺われるように思われる。現に、著作隣接権の保護対象に位置づける客体の種類にも、初版で説かれていた写真、レコード盤および実演の3種から、その第2版では、意匠、写真、実演、レコード盤および放送の5種へと、拡張がみられる。しかも、その第2版では、当該保護対象につき、「上記の列举は最終的なものではない。著作隣接権の承認は、むしろ、その他の事実関係についてなお検討の段階である」³²²とも説かれたうえで、レコード盤に関する著作隣接権を類推することにより、「映画著作物の精神的な創作者に帰属する著作権」とは別個の「映画フィルムに関する著作隣接権」の承認の可能性にも言及されるのである³²³。

要するに、ウルマーがその第2版を著わした1960年の段階でもなお、著作隣接権の意義は、戦前の立法論議から引き継がれたその生成意義にのみ限定的に確定されていたとみることは妥当ではなく、なお流動的に、新たな意義を託されつつ、理論展開の渦中に置かれていたといえる。

では、ウルマーも示唆したこの著作隣接権概念の第二の発展的意義とは、具体的にはいかなる内容のものと解されるべきであるか。このことの解明のために、まずは次項において、ウルマーが写真の著作隣接権と対比的に捉えたレコード盤の著作隣接権に注目し、著作権との保護法益の相違に由来する権利峻別の必要をヒントに、著作隣接権概念が著作権法体系上で期待された第二の機能を明らかにしてみよう。

第2項 レコード盤の著作隣接権とその意義

1965年の現行著作権法の立法理由書は、レコード盤の著作隣接権の創設に関して、つぎのように説明する。

「…本草案は、録音物（Tonträgern）の製作者に関する固有の著作隣接権を予定している。確かに、録音物の製作者は、実演芸術家のような芸術的給付をもたらすわけではない。しかし、その高度の技術的な給付と、販売に相応しい録音物の製作に要される多大な経済的出費とを考慮するならば、その保護は正当化されるように思われる」³²⁴。（下線強調は筆者）

ここにまず示されることは、第一に、レコード盤（録音物）の著作隣接権の保護対象は、高度な給付ではあっても、実演とは異なり、芸術的評価ないし価値的評価との接点を持たない「技術的な給付」であること、そして第二に、レコード盤の著作隣接権の保護法益は、そうした技術的給付を背景にレコード盤製作に要される「多大な経済的出費」、つまり投資であることの2点である。さらに続けて、この理由書は、著作隣接権の主体論について、レコード盤の製作には個人的な給付よりも技術面・資金面での調達が重きをなすとの事情を理由に、保護対象の個人的な作成者が権利を取得

³²¹ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.14; ders., 2.Aufl., 1960, S.17.

³²² Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.17.

³²³ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.17.

³²⁴ UFITA 45, 1965 II, S.314, Vierter Abschnitt, Ab.3.

するという一般原則はここでは妥当せず、レコード盤の産業的な製作主体である事業者が権利主体となる旨を説いている³²⁵。

要するに、現行法の立法理由書によれば、レコード盤の著作隣接権制度とは、創作性や芸術性といった価値的な要素とは無関係に把握される保護対象（レコード盤、録音物）について、その製作に要する費用なり投資の保護法益に関し、その投資主体たる事業者を保護主体とする制度である。レコード盤の著作隣接権の目的は、レコード盤の製作に伴う事業者の投資保護にある。そこに認め得るのは、ドイツ法注釈書の言葉を借りるならば、創作的な自然人の保護という創作法ドグマとの明らかな断絶である³²⁶。

とはいえ、ドイツ著作権法の沿革に照らすならば、このレコード製作者の（芸術的・価値的評価とは無関係の）投資保護という目的それ自体に、著作隣接権の固有の意義、つまり著作隣接権の概念なくしては実現し得なかった法目的を求めることは適切でない。というのも、ドイツ著作権法は、すでに旧 LUG のもとで、つまりこの著作隣接権の概念が登場する以前から、その体系内にレコード製作者の製作投資それ自体の保護制度を、実質的に実現し得ていたからである。

1910 年改正による旧 LUG2 条 2 項の新設がそれである。同条項は、本研究でもすでに実演芸術家の保護制度との関係で幾度か言及したとおり、「文学または音楽の著作物が、個人的な上演演奏を通じ、…機械的再生用の音響用の装置に写調されている場合には、この方法で製作された装置を、当該著作物の翻案物とみなす。…前段に掲げる場合においては上演演奏者をもって、…翻案者とみなす。」などと規定した。レコード盤の製作者（投資事業者）は、この規定を通じ、自らのレコード製作行為の芸術的・価値的評価とは無関係に、実演芸術家（上演演奏者）がレコード盤（「機械的再生用の音響用の装置」）について取得する翻案著作権の譲り受けを前提に³²⁷、当該レコード盤製作の投資保護に関する制定法上の根拠を得たのである。

そして、このレコード製作者の投資保護との関係で、その理論的根拠として学説の異論なく指摘する判例が³²⁸、1910 年のライヒ裁判所に現れた「レコード盤（Schallplatten）」事件である³²⁹。

事案は、レコード製作者である原告が実演家の演奏報酬や収録費用等を負担してレコード盤を製作販売したところ、被告がその複製物を原告レコード盤の半額以下の価格で販売したことが、ドイツ民法典 826 条の良俗違反の不法行為に該当するかが争われたものである。ライヒ裁判所は、問題となる事実関係が著作権法の適用範囲外にあることを前提としたうえで³³⁰、「被告は、…原告の完成された労働給付を使用するこ

³²⁵ UFITA 45, 1965 II, S.314, zu § 95, Ab.2.

³²⁶ Schricker/Loewenheim/Vogel, Urheberrecht Kommentar, 5.Aufl., 2017, § 85, Rdnr.11.

³²⁷ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.444.

³²⁸ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.443.

³²⁹ RGZ 73, 294-Schallplatten.

³³⁰ RGZ 73, 294, 296-Schallplatten.

とによって、原告に危険な競争を強いている。…このような行為は、原告からその固有の労働の成果物を奪うものであって…公正な取引に関する良俗に反する…」³³¹と書いて、競争法の観点から、レコード盤の製作費用の投資利益に関して不法行為法による救済を認めたのである。

要するに、先の立法理由書がその必要を説いたレコード盤の製作に伴う投資の保護は、すでに旧 LUG2 条 2 項によって実質的に実現されていたのである³³²。ドイツ著作権法は、レコード盤製作に関する事業者の投資保護を、現行法の著作隣接権の概念を要するまでもなく、実現し得ていたのである。したがって、レコード盤の著作隣接権概念の固有の意義を、この事業者の投資保護制度の実現それ自体に求めることは、困難ということになる。

では、何をもって、この著作隣接権概念の固有の意義と解すべきか。結論を先取りするならば、その意義とは、レコード盤の投資保護を著作権法内で実現するにあたり、著作物なり著作権の概念を用いることにより同概念の体系的意味が希釈化することを回避するため、従来の著作権の概念に代わって投資保護を受け入れる権利概念として機能する点に、見出し得るのである。

レコード盤の投資利益は、ライヒ裁判所の「レコード盤」事件に示されるとおり、著作権法の保護対象としてではなく、あくまでも、不法行為法上の救済対象利益として承認されたものであった。この投資利益を、旧 LUG2 条 2 項は、自らの著作権法の体系内に保護対象として取り込んだわけである。ところが、この旧 LUG2 条 2 項に対しては、著作権法の体系論の観点から難点が認識された。すなわち、同条項が、「機械的再生用の音響用の装置」つまりレコード盤を「著作物の翻案物」に擬制し保護する手法は、「創作的な給付ではなく、著作権法の意味における著作物とは異なる」客体に対し著作権を承認するものであるゆえ、「欠陥のある方法」と理解されるのである³³³。

つまり、創作的要素と接点を持ち得ない投資成果物を一種の著作物と捉えることは、著作権法上の「著作物」概念と相容れないところであり、また、そうした投資成果物に対し「著作権」を承認することも、著作権法の創作保護法としての体系論からすれば理論的な「欠陥」と解されるのである。いずれも、著作物なり著作権の概念について、その体系的意味の希釈化を懸念する問題意識である。

そこで、こうした希釈化の回避と体系的懸念の払拭を期待されたのが、著作隣接権の概念である。すなわち、レコード盤の投資保護制度を従前通り著作権法体系内で維持しながらも、LUG2 条 2 項の擬制的手法に生じる体系的な「欠陥」、つまり、著作物概念なり著作権概念の希釈化を克服するために要請されたのが、現行法の著作隣接権によるレコード保護制度なのである。

³³¹ RGZ 73, 294, 297-Schallplatten.

³³² Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.316; ders., 2.Aufl., 1960, S.443.

³³³ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.316; ders., 2.Aufl., 1960, S.431.

要するに、レコード盤に関する著作隣接権概念の意義とは、創作的要素の保護と接点を有しない投資保護ないし事業者保護の制度を、著作権法体系内で維持すると同時に、そのような投資保護制度を、著作物なり著作権の概念を使用せずに実現することにより、両概念の体系的意味の希釈化が生じる事態を回避することにあつたと解されるのである。

ここにわれわれは、著作隣接権概念に関し、その生成意義とは明らかに異なる体系的意義の内容を捉えることが可能である。生成意義とは、保護対象の創作性の程度（価値的基準）に着目し、著作権法体系論の観点から、創作性の程度の相対的に低い保護対象を「著作権」の保護対象（著作物）から排除することにより、「著作物」なり「著作権」の概念の希釈化を回避することあつた。これに対し、ここに見出されるレコード盤の著作隣接権の意義は、その保護法益の特殊性ゆえに創作的要素と接点を有しない保護対象を「著作権」の保護対象（著作物）から排除することにより、やはり著作権法体系論の観点から、「著作物」なり「著作権」の概念の希釈化を回避することにあつたのである。

いずれの著作隣接権概念も、著作権法体系論の観点から、著作物概念と著作権概念の希釈化の回避を目指すものである点は共通する。しかし、前者の生成意義が、保護対象の創作性の程度に応じて、著作権保護対象から排除されるべき対象を受入れる枠組みとしての機能に求め得るのに対し、後者の発展的意義は、投資保護・事業者保護という保護法益の特殊性に照らし、著作権保護対象から排除されるべき対象を受け入れる枠組みとしての機能に求め得るのである。ここに両者の体系的意義の相違は明瞭といえよう。

要するに、著作隣接権概念の第二の発展的意義は、創作的要素と接点を有しない投資成果物に関する事業者保護制度を、著作物および著作権の概念を用いることなく実現することにより、後者の両概念の体系的意味の希釈化を回避する点に見出されるのである。

そして、こうした意義は、つぎに考察する放送の著作隣接権の概念にも同様に見出し得るように窺われる。すなわち、著作隣接権概念のもとで構想された放送保護制度の目的は、放送に関する事業者の投資保護にあり、そうした投資保護制度を著作物なり著作権の概念の希釈化を生じさせることなく著作権法体系内で実現するためにこそ、著作隣接権という別個の権利概念が要されたと考えられるのである。

第3項 放送の著作隣接権とその意義

まずは、レコード盤保護の場合と同様に、放送の著作隣接権の保護に関する立法理由書の説明を見よう。

「本草案は、放送事業者に関しても、その放送の権限のない利用に対する独立した権利を予定している。録音物に実演を収録することと同様に、放送の実施にも、高価な技術的かつ経済的な出費を要する。

こうした放送法人 (Sendegesellschaft) の給付を、第三者は、当該放送を再放送に使用したり、録画物・録音物に収録しあるいは公衆に再生することにより、たやすく使用することはできない。もちろん、その他の著作隣接権の場合と同様に、放送事業者に対して、その放送に関する排他的権利を、著作物に関する著作者の場合と同様に包括的な方法で承認することは、正当化されないように思われる。むしろ、ここでも、その保護はどうしても必要なものに限定されなければならない³³⁴。(下線強調は筆者)

ここにまず示されることは、放送の著作隣接権の保護対象は、第一に、レコード盤の場合と同様に、創作性等の価値的評価との接点を欠いた「高価な技術的かつ経済的な出費」、つまり放送行為に要する投資であること、そして第二に、その保護主体は、創作行為の主体となり得る自然人ではなく、単なる投資の主体となり得る法人

(Gesellschaft) としての事業者であることの 2 点である。保護法益が投資でありその保護主体が投資主体としての事業者である点は、レコード盤の著作隣接権の発想とまったく同様である。

投資保護の点で放送保護制度とレコード盤保護制度との同質性を指摘する見解は、ウルマーとフープマンの学説にも共通して認められるところである。

ウルマーが、著作隣接権の保護対象に新たに放送を加えた検討を始めるのは、その体系書の第 2 版 (1960 年刊) 以降のことである。その叙述の特色は、放送の著作隣接権保護を、レコード盤のそれと全く並列的に扱う点にある。つまり、放送事業者の保護に関し、レコード盤の保護の場合と同様に、人格権的要素は排除される一方で、財産権的な保護として、やはりレコード盤の無断模造の場合と同様に、専ら不正競争行為の排除 (競争法的保護) の必要が説かれている³³⁵。フープマンも同様である。彼もまた、新たに創設されるべき著作隣接権の内容の検討に際して、重大な資本投下を要するレコード盤の場合と同様に、やはり重大な資本投下を伴う組織的かつ技術的な作業を要する放送行為にも、著作隣接権の保護を要すると説いている³³⁶。

また、放送保護制度とレコード盤保護制度との投資保護制度としての同質性は、ウルマー³³⁷とフープマン³³⁸とが、ともにその放送著作隣接権の立論の理論的根拠とする裁判例にも明らかである。その裁判例とは、ベルリン上級地方裁判所 (KG) の 1928 年 7 月 7 日判決³³⁹である。すなわち、ボクシング試合のラジオ放送音声について、原告ラジオ放送事業者の同意なくそれをレコード盤に収録し業として販売する被告行為を、「不正競争防止法 1 条および民法典 826 条の意味において、ラジオ放送の給付の良俗に反する利用とみなした」³⁴⁰、控訴審事件である。そこで裁判所は、放送に関する保護法益の内容を、つぎのように説いている。

³³⁴ UFITA 45, 1965 II, S.315, zu § 97, Ab.1.

³³⁵ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.429.

³³⁶ Hubmann, a.a.O., S.181-182.

³³⁷ Ulmer, a.a.O., S.445.

³³⁸ Hubmann, a.a.O., S.174..

³³⁹ KG in JW 1929 S.1251.

³⁴⁰ Ulmer, a.a.O., S.445.

「原告主張が依拠するのは、UWG1 条と BGB826 条の観点である。被告は、レコード盤による収録によって原告の番組を独自の精神的作業もなくまた実質的な費用もかけずに、継続的にその占有のもとに置き、それにより、原告の利益に実質的な損害を与えた。この事情は、ライヒ裁判所が取り組んだレコード盤事件 (RG, 73, 294ff.) に近似している。そこで正当にも述べられたことは、相当な努力と高額の費用をもって得られる他人の労働給付の成果物を、自らの相当な努力と費用を経ずに着服し、それによって当該他人に危険な競争を強いることは、公正な取引の要請に合致しないということである」

³⁴¹。(下線強調は筆者)

つまり、放送の著作隣接権についてその理論的根拠を求め得る裁判例とは、先のレコード盤の著作隣接権に理論的根拠を与えたライヒ裁判所の判例「レコード盤」事件を引用しつつ、他人の放送音声の無断利用に関して、当該放送に関する競争法的な投資保護を認めた事件なのである。これを換言すれば、立法理由書および学説に展開された放送の著作隣接権を支える保護法益は、レコード盤のそれと同様に、事業者の投資保護に関する競争法的な保護法益ということになる。

そして、このベルリン控訴裁判所による放送の保護法益の捉え方は、単に下級審裁判所の判断の域にとどまることはなかった。その後、以下のとおり、戦前のライヒ裁判所および現行法の立法前に現れた連邦通常裁判所(最高裁判所)の判例においても、同様の保護法益が承認されている。

すなわち、ライヒ裁判所は、1930 年 4 月 29 日の「ツェッペリン号 (Zeppelin)」事件³⁴²において、飛行船ツェッペリン号の着陸を報じた原告ラジオ放送の報道を被告新聞社がその無料の号外に掲載し発行した行為が、不正競争防止法 (UWG) 1 条違反、民法典 (BGB) 826 条違反にあたるか否かの争いに関して、原告請求を棄却するにあたり、上記ベルリン控訴裁判所の判決を引用して、つぎのように判示している。

「ラジオ放送すなわち電波の借用が、上記の事案 (ベルリン控訴審裁判所の事案：筆者注) がそうであったように、その内容が、たとえば、レコード盤に写調されることで継続的に所有の対象となりかつ営利的に利用されるような方法で行われる場合に、UWG1 条および BGB826 条に抵触することについては、疑いの余地は無い」³⁴³。(下線強調は筆者)

これは、放送の保護を主張する原告請求を排斥(棄却)するにあたって述べた判示であるから、放送の競争法的な保護の可能性を認めた上記判示は、いわば判決の傍論にあたる。とはいえ、ライヒ裁判所が、最上級審としてベルリン控訴審裁判例を追認し、放送事業者の投資保護に関する競争法的な保護法益を「疑問の余地なく」承認した意義は大きいと思われる。

³⁴¹ KG in JW 1929 S.1251.

³⁴² RG GRUR 1930,813-Zeppelin.

³⁴³ RG GRUR 1930,813, 816-Zeppelin.

そして、ベルリン控訴裁判所の示した放送の保護法益は、レコード盤の保護法益とまったく同様に、投資保護に関する競争法的な保護法益である旨を明確にした判例が、1962年2月27日の連邦通常裁判所「AKI」事件決定³⁴⁴として現れた。

事案は、原告放送事業者が放送したサッカー世界選手権の報道映像を被告シネマ経営者が自己の大型スクリーンで有料上映した行為について、その不正競争行為該当性（UWG1条違反）を争うものである。原告請求を認容するに際して、連邦通常裁判所は、つぎのように説いている。

「本件事案において問題となるのは、…他人の給付（Leistung）の直接的な使用で、当該給付を提供する者の競争上の地位を損なうことにより独自の利益の促進を目的とするものである。…ライヒ裁判所は、この観点に立って、たとえば、保護された音楽著作物が固定されたレコード盤の複製行為が、依然として…著作権法によって禁止されなかった時代に、そのレコード盤のコピー完成行為に関して、BGB826条の抵触を認めたのである（RGZ 73, 294）。ライヒ裁判所は、同様の考え方にたって、ベルリンの控訴裁判所の判断を承認しており、それによれば、スポーツ・ルポルタージュのラジオ放送を無断でレコード盤に固定する行為は、他者の Leistung の寄生という法的考慮に照らして、不公正な競争行為となるのである（RGZ 128, 330, 336; KG in JW 1929, 1251）」³⁴⁵。（下線強調は筆者）

連邦通常裁判所は2件のライヒ裁判所の判例を引用する。一方は、レコード盤の投資保護に関し、競争法的な保護法益を承認した前出1910年「レコード盤」事件判例であり、他方は、放送の投資保護に関し、ベルリン控訴審裁判例を引用してその競争法的保護法益の可能性を示唆した前出1930年「ツェッペリン号」事件判例である。これを論理的に整理するならば、連邦通常裁判所は、放送の保護法益を確定するにあたり、レコード盤の投資保護に関する保護法益を承認したライヒ裁判所「レコード盤」事件判例を前提とし、当該判例と同様の考慮から放送の投資保護に関する保護法益を承認したベルリンの控訴審裁判例を、ライヒ裁判所「ツェッペリン号」事件判例と同様の見解に立って追認することにより、放送の保護法益が投資保護に関する保護法益である旨を、明らかにしたのである。

要するに、現行法に著作隣接権概念を導入するに際し、学説が、ベルリンの控訴審裁判例を理論的根拠として導こうとした放送の著作隣接権制度は、ほかならぬ放送に関する競争法的な投資保護制度を意味していたことがわかる。

では、現行法は、このような放送に関する投資保護制度を体系内に取り込むにあたり、その保護枠組みとして、何故に、敢えて「著作権」とは異なる「著作隣接権」の権利概念を要すると解しているのか。立法技術の考え方次第では、放送保護を、著作物に関する著作権保護の場合とは保護法益を異にするとしても、それと同様の「著作権」の権利概念のもとに、限定的な権利内容を承認するという手法も、想定し得るところである。

³⁴⁴ BGHZ 37, 1; BGH GRUR 1962, 470-AKI.

³⁴⁵ BGH GRUR 1962, 470, 475-AKI.

この点も、やはり、レコード盤の著作隣接権概念の場合と同様である。すなわち、放送保護を著作権法体系内で実現するうえで、その権利概念として、著作権とは異なる新たな著作隣接権の概念を要する理由は、創作的要素との接点を有さない純然たる投資成果物をもその保護対象とすることによる著作権概念の希釈化を回避する点に見出し得るのである。

フープマンは、来るべき著作権法における放送保護のあり方を検討するなかで、まさにその点を説いて、つぎのように述べている。すなわち、「著作権を完全に希釈化しないためには、たとえば放送番組のように、高度の給付がその背後に隠れてしまう一連の製作物は、排除されなければならない」³⁴⁶というのである。その問題意識の焦点は、放送保護の実現に伴う著作権概念の希釈化に置かれる。

要するに、われわれは、放送の著作隣接権概念のなかにつぎのような意義を認め得る。すなわち、放送という投資成果物に関する事業者の保護を著作権法体系内で実現する一方で、著作隣接権概念を用い、創作的要素と接点を持たない投資成果物をその保護対象として吸収させることにより、著作物なり著作権の概念の体系的意味の希釈化を回避させるとの意義である。

これは、同じく著作隣接権概念の意義でありながら、その生成意義、つまり保護対象の創作性の程度（価値的基準論）の観点から著作権保護対象を画し著作権概念の希釈化回避を意図したその生成意義とは、明らかに異なる意義であると解される。

第4項 映画製作者に関する著作隣接権の発見とその意義

著作隣接権概念の発展的意義を探ろうとする場合、映画製作者の著作隣接権を考察対象から外すべきではないと思われる。というのも、映画製作者の著作隣接権は他の著作隣接権よりも時期的に遅れてドイツ立法論議に登場したのであり、しかも、それは当初の著作権承認論からの修正として成った経緯があるからである。そこでは、あてがわれるべき権利概念の修正過程を通じて、著作隣接権概念に託された意義が明瞭に示されるはずである。

現行のドイツ著作権法は、映画著作物に関する著作権保護制度を総じてその「著作権」と題する第1章に設ける一方で、第3章に別途置かれた「映画に関する特則」の章で、映画の利用に関する映画製作者（Filmhersteller）の独自の保護制度を設けている。具体的には、映画製作者は映画収録物の利用行為（複製・上映等、歪曲・短縮の行為）について排他的権利を持つのである（94条）。

この映画製作者の排他的権利は、「著作隣接権」と題する第2章が定めるものではない。しかしながら、立法理由書によれば³⁴⁷、その保護理由はレコード製作者や放送事業者が取得する著作隣接権（Leistungsschutzrecht）と同様に説かれる。また、著

³⁴⁶ Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954, S.174.

³⁴⁷ UFITA 45, 1965 II, S.315, zu § 104, Ab.1.

著作権法の適用領域を定める第5章は、「著作隣接権」に関するその第1節第2款に、他の著作隣接権者と並んで映画製作者の保護を掲げる(128条)。このことから、映画製作者の排他的権利が法体系的には著作隣接権を意味することは明らかであろう。

とはいえ、「映画製作者の著作隣接権」という発想は、戦後展開された立法論議においても、その当初より存在した考え方ではなかった。むしろ、1954年の参事官草案³⁴⁸に至るまで、映画製作者は著作者に擬制され映画著作権を原始的に取得するとの考え方が優勢ですらあった³⁴⁹。同草案93条1項は、「映画著作物の著作者は、その映画著作物を製作した事業者(映画製作者)とする」旨を定めるのである。

では、何ゆえに映画製作者の保護枠組みは著作権から著作隣接権へと変更され、その際に、著作隣接権の概念にはいかなる機能なり意義が託されたのであろうか。

まず出発点となる映画製作者への著作権帰属論は、その著作者擬制論と不可分に、代表的には、戦前の1936年に著わされたホフマン(Willy Hoffmann)の論考に明確に説かれた³⁵⁰。ホフマンは、映画著作物の総合芸術としての特色を前提に、その多様な構成要素の統合と組織化の行為の重要性を根拠として、当該行為を担う映画製作者への著作権帰属を主張するのである³⁵¹。すでにホフマンが1933年に著わした著作権法改正の私草案にも(4条2項)、この映画製作者への著作権帰属論は明確に示されている³⁵²。

ところが、この製作者帰属論に対する異論は、すでにホフマンと同時期の戦前の学説に展開された。すなわちコッホ(Justas Koch)によれば、映画製作者の保護の必要性は認め得ても、事業者たる映画製作者に著作権帰属を認める考え方は、著作物の創作者をもって著作者とする旨の法命題の原則的・体系的維持を困難にさせるというのである³⁵³。そして、映画著作権の製作者帰属を認めるならば、実質的には産業的給付(gewerbliche Leistung)を保護するに過ぎない「著作権」と、原則通りに創作者を保護する「著作権」との、二種の著作権(zwei Urheberrechte)を生みだすことになり、その結果、創作者の保護権としての著作権の本来の内容が次第に失われることになる旨警告するのである³⁵⁴。

要するにコッホの反論は、映画著作権の製作者帰属論について、「著作権の創作者帰属」という著作権の原則(創作者主義)との原理的抵触を疑問視するものである。そして、彼が用いた「二重の著作権」なる表現からも読み取り得るように、その問題

³⁴⁸ Referentenentwürfe zur Urheberrechtsreform. Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, Bonn 1954.

³⁴⁹ Baur, Der Filmherstellerebegriff im Urheber-, Filmförderungs- und Steuerrecht, UFITA Bd.2004/III, S.665, 690.

³⁵⁰ Hoffmann, Gedanken zum Urheberrecht am Tonfilm, Juristische Wochenschrift, 1936, S.1501.

³⁵¹ Hoffmann, a.a.O., JW, S.1501,1503.

³⁵² Hoffmann, Ein deutsches Urheberrechtsgesetz — Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht mit Begründung, 1933, S.5, 34.

³⁵³ Koch, Das originäre Urheberrecht des Filmherstellers, UFITA Bd.7, 1934, S.259,262.

³⁵⁴ Koch, a.a.O., S.259, 266.

意識は、単に映画著作権の問題にとどまらず、「著作権」概念の拡散や希釈化といった、まさに著作隣接権概念の必要を導いた体系論にも通じるような理論的課題を示唆するものである。

とはいえ、その反論の具体的内容は、権利の帰属論といういささか形式論の嫌いを否定できず、権利の性質論なり保護対象の性質論といった、より本質的な議論を踏まえた見解とはいいい難い。しかも、映画製作者の著作権に代替する権利枠組みの提案については、これを欠くところであった。

これに対して、映画著作権の製作者帰属論を、コッホと同様に著作権の原則の観点から批判するとともに、映画における多様な保護対象とその保護法益の相違を分析し、それぞれに異なった権利枠組みの考察のなかから、映画製作者に関する著作隣接権を最初に提案したのが、戦後の立法論議をリードしたウルマーである³⁵⁵。

すなわちウルマーは、その 1960 年の体系書第 2 版において³⁵⁶、「映画製作者」を映画を製作する事業者を意味するものと定義づけたうえ³⁵⁷、その保護制度のあり方について明確な立場を示している。その見解は、映画著作権の製作者帰属論の排斥であり、それに代わる著作隣接権による映画製作者保護論である。その根拠は、著作権の保護対象はあくまでも精神的著作物（*Gesiteswerk*）であって産業的成果物（*das gewerbliche Erzeugnis*）とは異なるから、事業者たる映画製作者が生み出す産業的成果物は、著作権ではなく著作隣接権の保護対象と解すべきとの理解にある³⁵⁸。そして、映画の場合に映画製作者の著作隣接権が承認されるべきことは、レコード盤に関してレコード製作者に直接帰属する著作隣接権が承認されるべきことと同様である旨が説かれるのである³⁵⁹。

ここには、映画製作者に保護されるべき保護法益を、一方では、著作物の創作に関する作者の保護法益と異質なものと捉え、また他方では、レコード盤という投資成果物に関するレコード製作者の保護法益と同質なものと捉えたうえで、後者と同様の著作隣接権を映画製作者との関係で承認すべきとの考え方が展開されている。

このような、保護対象なり保護法益の性質相違に基づく著作隣接権の承認論は、すでに 1954 年に公にされたウルマーの個別論考にも³⁶⁰、同年の参事官草案が示した映画製作者への著作権帰属論に批判論を展開するなかで、詳細に述べられていたところである。

³⁵⁵ Ulmer, Zum Filmrecht des Entwurfs, GRUR 1954, S.493,495. なお映画の保護制度との関係で、映画に関する権利の理解に際して、著作権のみならず著作隣接権の要素を認めようとする考え方は、すでにbaum (Alfred Baum) の見解にもみられた。Vgl., Baum, Die Brüsseler Konferenz zur Revision der Revidierten Berner Übereinkunft, GRUR 1949, S.1,7.

³⁵⁶ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., 1960, S.17.

³⁵⁷ Ulmer, a.a.O.,1960, S.179.

³⁵⁸ Ulmer, a.a.O.,1960, S.176.

³⁵⁹ Ulmer, a.a.O.,1960, S.180.

³⁶⁰ Ulmer, Zum Filmrecht des Entwurfs, GRUR 1954, S.493.

そこでは、彼はまず、映画著作物の特殊性、つまりその完成に創作行為のみならず演技と収録の行為を要するとの特殊性に対応させ、映画著作物に関する権利を、単に著作権のみの単線的発想から、創作行為から生ずる権利と演技・収録行為から生ずる権利との複線的発想への転換をはかる³⁶¹。そのうえで、この権利の複線的発想を、著作権と著作隣接権との併存関係を認める当時の新たな知見に対応させることにより、事業者たる映画製作者の行為は、映像の収録・編集の統括行為にあり、それはレコード製作者と同様でもあるから、事業者たる映画製作者には、その製作統括行為に対応した著作隣接権が承認されるべき旨を説く³⁶²。そして、事業者たる映画製作者をレコード製作者・放送事業者と同様に著作隣接権の枠組みで保護することは、著作権の原則（Die Grundsätze des Urheberrechts）を維持するうえで体系的に優れている（Die systematischen Vorzüge）のに³⁶³、参事官草案のごとく映画製作者への著作権帰属を認めるならば後者の著作隣接権との関係にも矛盾を生ずる、と説くのである。

つまり、ウルマーが映画製作者の保護枠組みとして著作隣接権を採用する理由は、映画製作者は著作物の創作者ではありえず、その保護対象は創作的要素と接点を有しない産業的成果物つまり投資成果物にほかならないのであるから、創作物たる著作物の保護を原則とする著作権の概念をもって映画製作者を保護することは不可能であり、映画製作者の保護はその保護対象に照らして著作隣接権に委ねられるべきという考えにある。

この映画製作者の著作権帰属論に代替する著作隣接権承認論は、ウルマーが自らの体系書で、その法的展開を「依然として流動的（noch im Fluß）」³⁶⁴と述べ理論的發展の可能性を示唆した著作隣接権概念について、その新たな適用範囲なり意義を、映画製作者の保護との関係に見出した帰結であるといえよう。そして、この著作隣接権承認論が、学説の賛同を得たほか³⁶⁵、ドイツ地方政府や連邦通常裁判所の支持も得て³⁶⁶、制定法（現行法 94 条）に結実したのである³⁶⁷。

要するに、映画製作者の著作隣接権の概念には、著作権保護対象たる著作物と映画製作者の保護対象と解すべき産業的成果物なり投資成果物との相違を踏まえ、その後者を著作権の保護対象から排除し著作隣接権に委ねることにより、著作権概念の希釈化を回避させるとの体系的な意義を認め得るのである。立法理由書³⁶⁸が、映画製作者の著作隣接権の説明に際し、「映画製作者は、…映画著作物の製作にあたり創作的な関与はしていない」けれども、「映画製作は…組織的かつ経済的な給付を意味するの

³⁶¹ Ulmer, a.a.O., GRUR 1954, S.493, 495.

³⁶² Ulmer, a.a.O., GRUR 1954, S.493, 495.

³⁶³ Ulmer, a.a.O., GRUR 1954, S.493, 496.

³⁶⁴ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.14; ders., 2.Aufl., 1960, S.17.

³⁶⁵ Werhahn, Urheberrecht am Tonfilm, GRUR 1954, S.16,21.

³⁶⁶ Maracke, Die Entstehung des Urheberrechtsgesetzes von 1965, 2003, S.132, 133 u. 135.

³⁶⁷ Baur, a.a.O., UFITA Bd.2004/III, S.665, 697.

³⁶⁸ UFITA 45, 1965 II, S.320, zu § 104, Ab.1.

であって、それはたとえば録音物製作者や放送事業者の給付に対して相対的に低く評価することはできない」と説く行も、上記の意義を踏まえるならば、素直に理解することが可能であろう。

著作隣接権概念のこのような意義は、著作権概念の希釈化回避の目的を共通にするとはいえず、保護対象の創作性の程度に着目した生成意義とは異なるものと解される。それは、映画製作者という事業者の投資保護との関係で新たに見出された、その第二の発展的意義といえよう³⁶⁹。そして、映画製作者の著作権帰属論に代替する著作隣接権の承認論は、映画製作者を著作者と位置づけた参事官草案の修正というその出自にも示されるとおり、創作者主義の原則の維持・保全という著作権概念側の理論的要請の帰結であると解することができる³⁷⁰。

これと同様の意義を有する著作隣接権は、現行法 95 条が「動画 (Laufbilder)」の保護制度として、映画著作物に該当しない「連続映像および音声付き連続映像」に準用する著作隣接権にも認められるように思われる。その立法理由書によれば³⁷¹、映画製作者の著作隣接権は、単純なドキュメント映画やオペラ上演の固定カメラ映像等の「創作性を有さない」動画にも準用されるというのである。動画製作と映画製作は、「製作協力者の多さ」と「高額な製作コスト」の点で共通するからである。

要するに、その著作隣接権の保護趣旨は、創作的要素と接点を有しない投資成果物の保護に見出すことができる。すなわち、現行法 95 条の動画保護に関する著作隣接権も、映画製作者のそれと同様に、同概念の発展的意義をもって説明可能な著作隣接権と解されるのである。

第 5 項 まとめ—発展的意義の中身

以上、われわれは、著作隣接権概念の第二の発展的意義を探るため、いずれも現行ドイツ著作権法に結実したところの、レコード盤に関する著作隣接権、放送に関する著作隣接権、そして、映画ないし動画に関する著作隣接権の意義について考察した。

その成果をごく圧縮したかたちで述べるならば、つぎのようになる。

すなわち著作隣接権概念は、投資成果物として創作的要素と接点を有しない保護対象、あるいはこれを権利主体の観点から言い換えるならば、その権利帰属主体を投資主体としての事業者と解すべき保護対象について、それらを著作権保護の枠組みから排除し自らの保護枠組みに吸収することにより、創作物・創作者の保護という著作権

³⁶⁹ なお、職務著作制度の研究において潮海久雄教授は、ドイツ学説を参照しつつ、映画製作者が取得する著作隣接権の実質的な趣旨として、創作者主義の原則を貫くドイツ法のもとで著作権の獲得を期待し得ない映画製作者に、別個の権限を確保する点を指摘する。本研究の問題関心は、そうした著作隣接権の「実質的」な機能よりも、むしろ、その映画製作者に確保される実質的な権限が、何故に、著作権とは異なる著作隣接権という別概念で構成される必要があったかという理論的な点にある。参照、潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005 年）120 頁。

³⁷⁰ 潮海・前掲書 51 頁は、ドイツ法の権利帰属制度との関係で創作者主義の変遷を明らかにするなかで、映画製作者に著作者の地位を与える参事官草案の修正を、創作者主義の原則の現れとして位置づけている。

³⁷¹ UFITA 45, 1965 II, S.321, zu § 105, Ab.1.

概念の原則を維持・保全し、その結果、著作権概念の体系的意味の希釈化の回避をはかる、との意義を有していたと解されるのである。

要するに、この著作隣接権概念の意義は、保護対象の創作性の程度（価値的基準論）の観点から著作権保護対象の限界づけをはかる生成意義とは明らかに異なるものであり、創作的要素と接点を有しない投資成果物なり投資利益に関し、その投資主体たる事業者の保護を著作権法体系内で著作権概念に代わって実現することにより、創作的利益に関する創作者保護という著作権概念の側に厳格に要求される創作者主義の原則（Schöpferprinzip）³⁷²を維持・保全するという、体系的な機能に見出すことができるのである。

つまり、それは、前者の生成意義と性質を異にする、第二の発展的意義と解すべきものである。

第4章 著作隣接権概念の意義

第1節 生成意義と発展的意義

本研究はこれまでに、わが国の著作権法理論が、わが法文脈に一見定着しているかに窺われる「著作隣接権」概念の意義について、実は、いまだ法体系的観点からみて論理的な説明を手にしていないという問題意識を出発点として（第1部第1章）、当該意義を考察するため、著作隣接権概念の発祥地であるドイツ法を研究対象に選択し（第1部第2章）、この第2部において、ドイツ著作隣接権概念の意義の解明を行ってきた。

その具体的な方法論について改めて若干の整理をするならば、著作隣接権概念は、戦前の1920年代後半以降にはじまる著作権保護対象の限界づけをめぐる議論を誕生の母体とし、最終的には1965年の現行法の立法で定着することから、この議論開始から戦前期にかけての約20年間を著作隣接権概念の「生成期」、そして、戦後から現行立法までの約20年間をその「確定期」と区別したうえで、同概念の意義を考察した。

その考察の成果として、著作隣接権の概念には、二つの意義、すなわち、戦前の生成期に理論的に確立され（第2部第2章第3節）、戦後の確定期にその承継・維持がなされた（第2部第3章第2節）第一の意義と、戦前の生成期にその萌芽が認められ、戦後の確定期に理論的輪郭が明確にされた（第2部第3章第3節）第二の意義とが、複合的に認められることが明らかになった。

われわれは双方の意義を、それぞれ「生成意義」と「発展的意義」と名付けてきたが、その内容を簡潔にまとめれば、つぎのとおりである。

³⁷² 創作者主義に関する基礎研究として、潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）39頁以下。同書51-52頁では、現行ドイツ著作権法における創作者主義の厳格な適用について、その制定過程の考察も踏まえて明らかにされている。

すなわち、第一の、著作隣接権概念の生成意義とは、著作権保護対象に要請される創作性の程度（価値的基準論）の観点から、当該基準を充たさない保護対象を著作権概念に代わって著作隣接権が受け入れることにより、著作権保護対象すなわち著作物の創作性の程度を相対的に高度に維持し、著作権概念および著作物概念の双方に関し、その体系的意味の希釈化を回避する点に認められるものであった。

他方、第二の、著作隣接権概念の発展的意義とは、創作的利益に関する創作者保護という著作権保護主体に要請される創作者主義の観点から、創作的要素と接点を有しない投資利益に関する事業者保護を著作権概念に代わって著作隣接権が受け入れることにより、投資事業者の保護を著作権法体系内で実現しつつ、著作権帰属主体を著作物の創作者に維持し、著作権概念に関しその体系的意味の希釈化を回避する点に認められるものであった。

要するに、著作隣接権概念は二つの相異なる意義ないし体系的な存在理由を備えて創設されており、その二つの意義とは、「著作権保護対象に関する価値的基準論」および「著作権保護主体に関する創作者主義」という、いずれも著作権概念の基本原則を理論的な前提とし、その維持保全を目的とするものであったと解されたのである³⁷³。これを換言すれば、ドイツの著作権概念が備える基本原則は、保護対象に関する価値的基準論と保護主体に関する創作者主義との二態様であるがゆえに、その基本原則の維持保全を目的とする著作隣接権概念の意義も、その生成意義と発展的意義とに分化し得たということもできよう。

ところで、1965年に立法された現行のドイツ著作権法は、「著作隣接権」と題するその第2章に、本研究が以上に同概念の意義を探究すべく考察対象としてきた保護制度、すなわち、写真、実演、レコード盤、放送、映画製作者および動画の各保護制度のほかに、学術の版（Wissenschaftliche Ausgaben：70条）と遺作著作物（Nachgelassene Werke：71条）に関する出版の保護制度を定めている。

この特定の出版保護制度に関する著作隣接権概念との関係でも、本研究が以上に明らかにした意義が妥当し得ることは、その立法理由書の説くところにも示されるように思われる。

まず学術の版の保護制度に関して、立法理由書は、その必要をつぎのように説明する。

「現行法によれば、著作権によって保護されない著作物または文書、たとえば、いまだ印刷されていない草稿や碑文等について、その学術的な版が保護を受けるのは、もっぱら、それが個人的かつ精神的な創作物であり、つまり、その作成者が当該文書の欠落部分を独自の創作によって補充し、または、当該文書を注釈をもって解説する場合にかぎられる。しかし、そうした文書の編集それ自体で、創作的給付にはあたらないが、しばしば重要な学術的作業と多くの費用の出費を必要とするものを保護することの必要性は、承認されたものとして存在している。…本草案が提案するのは、そうした版の作成者に対

³⁷³ わが国の学説においても、潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）51-52頁は、後者の創作者主義の貫徹が現行ドイツ法の基本的な特色と解されることをすでに指摘するところである。

し、そこに存する著作権の存在とは無関係に、保護期間を除き、その範囲において著作権と完全に対応する別個の著作隣接権を、付与することである」³⁷⁴。（下線強調は筆者）

要するに、この学術の版の著作隣接権保護の理由は、客体の創作性要素ではなく、その学術的価値および経済的投資の程度に置かれている。ここには、創作的要素とは接点を有さない保護対象の著作隣接権の枠組みへの取り込みをみる。すなわち、著作隣接権概念が、その発展的意義のもとで、学術の版に対し、客体の創作的評価とは無関係に出版行為の投資保護を可能にする枠組みを用意しているものと解することができる³⁷⁵。

つぎに、遺作著作物の版に関する立法理由書の説明は、つぎのとおりである。

「この権利は、…学術の版…に関する権利とは異なるものであるが、それは、それが学術的な給付を要件とせず、もっぱら、これまでに公知でない、または、口承伝承によって知られるに過ぎない著作物を、その著作権保護期間の経過後に、公衆に複製または頒布によって提供するという事実に、結び付けられたものである。…古い俗謡または民族舞踊の集成、古い原稿や作曲の発見、およびそうした著作物の出版は、学術的・批判的な改変作業は不要であるとしても、しばしば、相当な労働と費用の消費を必要とするものであり、そのことは、その出版者に、当該版の利用に関する一定期間の排他的権利の付与を、正当化するように思われる」³⁷⁶。（下線強調は筆者）

「…著作者の創作的給付に隣接する学術的行為に関して与えられるものではなく、単に著作物の事実上の出版に報酬を与えようとするものであるから、…その範囲に関してそれを著作権と完全に同化することは、妥当でないと思われる」³⁷⁷。（下線強調は筆者）

要するに、この遺作著作物の版の著作隣接権保護の理由は、客体の創作性要素ではなく、その労働・経済的投下資本の程度に置かれている。ここには、創作的要素とは接点を有さない保護対象の著作隣接権の枠組みへの取り込みを認めることができる。

旧法 LUG29 条 1 文は、遺作著作物の版に関し、その遺族を保護主体とする保護期間の 10 年延長制度を設けていた。ところが、この遺作著作物の著作隣接権の保護主体は出版者である。これは、本制度の保護目的が、遺作著作物の発掘・出版に関する出版者の投資保護であることを明瞭に示す。すなわち、遺作著作物の著作隣接権も、やはりその発展的意義のもとで、出版事業者の投資保護を著作権法制度内に実現する枠組みとして機能しているものと解することができる。

ドイツ著作権法が 70 条と 71 条に定める出版保護制度としての著作隣接権概念が、いずれも、その発展的意義のもとで妥当していることが、以上により明らかになるであろう。

³⁷⁴ UFITA 45, 1965 II, S.304, zu § 80.

³⁷⁵ ウルマーの教科書新訂 2 版には、学術の版の保護必要性は、著作隣接権の枠組みを使用することを明示して、明確に説かれるに至る（vgl., Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S.119.）。

³⁷⁶ UFITA 45, 1965 II, S.304, zu § 81.

³⁷⁷ UFITA 45, 1965 II, S.304, zu § 81.

第2節 結論とドイツ法学説および近年の法展開に照らしたその評価

第1項 結論

さて、われわれがこの第2部で、ドイツ著作隣接権概念の意義の探究を目指し縷々考察を重ねた成果は、以上のとおりである。そこで、これを踏まえ、本研究第2部の結論として、ドイツ著作隣接権概念の意義をごく簡潔な命題のかたちにまとめ、本研究のつぎなる課題である日本法との比較法研究が準拠すべき出発点を示すならば、つぎのようになる。すなわち一、

著作隣接権概念とは、「著作権保護対象は高度の個性的・人格的価値を指標とする価値的基準によって画される」との著作権の保護対象に関する価値的基準論、および、「著作権は著作物創作者たる著作者に原始的に帰属する」との著作権の帰属に関する創作者主義という、いずれも著作権概念をめぐる法原則の存在を理論的な前提としたうえで、これら法原則を維持保全することによって著作権概念の希釈化を回避するという、体系的かつ複合的な意義を備えた法技術的概念である。

第2項 ドイツ法学説の到達状況に照らした評価

ドイツ著作隣接権概念の意義は、本研究の成果によれば、上記の複合的な内容をもって理解されるべきこととなるが、このような複合的意義については、従来のドイツ法学説によっても、必ずしも十分な理解が示されてきたとはいえないように思われる。

その明白な一例を、現行法の立法論議における議論に見出すならば、ヒルシュ・バリン（Ernst D. Hirsch Ballin）が著作権法改正に関する1954年参事官草案に対して展開した「著作隣接権（Verwandte Schutzrechte）」と題する論考³⁷⁸を指摘し得る。その論旨は、参事官草案に用いられた著作隣接権概念に対し批判的見解を述べるものであるが、その論拠は、2点に大別され、実演芸術家が創作的行為主体であるにもかかわらず著作隣接権の枠組みに収められている点、そして、レコード盤製作者と放送事業者の保護法益が文学芸術とは無関係の産業商業の分野にあるにもかかわらず著作権法内での保護が実現されている点に置かれている。

しかし、この前者の論拠は、論者が、著作隣接権の概念とは、創作性の程度において著作物と別異に評価されるべき保護対象を受け入れる技術的枠組みであるという、その生成意義について認識を欠くことを、また、後者の論拠は、論者が、著作隣接権の概念とは、創作性の契機とは無縁の、その意味で、著作権とは本来的には無縁の保護対象を投資保護の観点から著作権法体系への受け入れを可能にする枠組みであるという、その発展的意義について認識を欠くことを、はからずも明瞭に示している。

要するに、ヒルシュ・バリンの著作隣接権批判論は、著作隣接権概念の体系的意義について、十分に理論的な裏打ちをされ得た議論とはいえないのである。

³⁷⁸ Hirsch Ballin, “Verwandte Schutzrechte”, UFITA Bd.18, 1954, S.310.

著作隣接権概念の意義に対する理解の不十分さは、近年の体系的な研究書にも見出し得るように思われる。

パイファー教授（Karl-Nikolaus Peifer）の教授資格論文（Habilitation）がその例である³⁷⁹。同論文は、現行著作権法上の「独自性（Individualität）」概念の分析にあたり著作隣接権の保護対象を著作権の保護対象と比較考察するが、その際、著作隣接権の保護対象を、一方の実演・版の保護のグループと他方の写真・動画およびレコード盤・放送の投資保護のグループとに大別する。

しかし、そこでは、著作隣接権概念の必要性はアプリアリの前提とされており、何故に著作権概念とは異なる著作隣接権概念が必要かという問題意識を欠くゆえに、その発生史的観点に立った体系的「意義」の解明がなされず表面的な「説明」に留まっている。

たとえば、学術版・遺作著作物版の保護に関する著作隣接権（70条、71条）に関し、双方の保護対象（版）を投資保護の保護法益の観点から著作権保護対象と峻別する視点を欠くゆえに、双方の著作隣接権の枠組みへの位置づけを疑問視する³⁸⁰。また、写真保護（72条）に関しては、創作性の程度の観点から著作権保護対象と相対化する視点を欠くゆえに、動画保護（95条）の場合と同様に投資保護制度として説明しようとする³⁸¹。

しかし、版の保護と写真保護とを投資保護なり創作性の程度の観点から著作権保護対象と相対化する発想は、本研究で明らかにしたとおり、現行ドイツ著作権法の基礎をなした1939年ドイツ法アカデミー草案の「隣接的権利領域（Angrenzende Rechtsgebiete）」の枠組みに、すでに明瞭に示されていた（第2章第2節第5項（3）参照）。また、前節に示したとおり、現行法の立法理由書に照らせば、学術版・遺作著作物版の保護の趣旨は出版投資保護にあったから、それらを発展的意義のもとでの著作隣接権の枠組みへ位置づけることに、著作権法の体系論としては何ら疑問の余地はなかったはずである。

出版および写真の保護の体系的な位置づけという些細な事柄とはいえ、またそれゆえにこそ、著作隣接権概念の意義の理解にも関わるこのような説明は、ドイツ著作隣接権概念の意義に対する十分な理解を欠いていることを示すものといえよう。

またヒルティ教授（Reto M. Hilty）は、本研究でもすでに紹介したとおり（前章第1節）、著作隣接権概念の意義を著作権と対照させながら探るなかで、著作隣接権の特色を、発明や著作物のごとく成果物それ自体の保護に向けられた制度ではなく、ある

³⁷⁹ Peifer, Individualität im Zivilrecht, 2001.

³⁸⁰ Peifer, a.a.O., 2001, S.110.

³⁸¹ Peifer, a.a.O., 2001, S.112.

成果物の製作行為（Herstellungsverleistung）それ自体に向けられた制度であって、それゆえ成果物の性質（Natur）それ自体が当該保護を左右しない点に求めている³⁸²。

著作隣接権の保護対象を無価値的な製作行為と捉えるこの見解は、われわれが本研究で明らかにした著作隣接権概念の発展的意義と整合する見方である。発展的意義とは、創作的要素と接点を有しない投資成果物に関する事業者保護の実現に見出し得たからである。そこでは、保護対象の限界づけに際し、創作性という価値的要素の評価は無縁であった。

しかし、現行著作権法に結実した著作隣接権概念には、この発展的意義とは別個に、保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論によって導かれた生成意義が、むしろ発展的意義に先行して、確立されていたのである。

ヒルティは、さらに、著作隣接権概念の特色を捉えて、伝統的な著作権概念の単純な論理的・未来志向的な発展形態（eine logische, zukunftsweisende Weiterentwicklung）ではなく、むしろ、著作権概念に先行して存在していた産業保護の枠組みであるとの理解を示す³⁸³。

しかし、本研究が明らかにしたとおり、著作隣接権概念とは、ヒルティが強調する創作的要素とは無関係な事業者の投資保護を担う概念であったばかりでなく、むしろ、それに先んじて、創作的要素を備えつつもその程度を著作物に劣位させる保護対象を著作権に代わって受け入れる点において、著作権概念の希釈化回避を目指す未来志向的なビジョンのもとに、まさに伝統的な著作権保護の考え方の論理的な帰結として、生成された概念といえたのである。

要するに、著作隣接権概念を生成させ確立させ得たドイツ法のもとにおいても、同概念の複合的な体系的意義については、これまで必ずしも十分な認識がなされてきたとはいえないのである。また、そうした状況は、今日の有力視され得る学者の手になる研究との関係でも、同様に指摘可能なものと思われるのである。

第3項 近年の法展開に照らした評価

ここでは、本研究が解明し得た著作隣接権概念の複合的意義が、近年のドイツ著作権法を取り巻く法展開にも照らして、いかなる議論をもたらしつつあるかについて、若干の考察を試みよう。

まず、著作隣接権概念の発展的意義は、創作性の契機とは無縁の保護対象の取り込みを内容とするものであるから、その潜在的な保護対象の範囲は、現在の著作隣接権の客体に限定されない広がりを持つ可能性がある。発展的意義によれば、客体の創作的要素の有無は保護対象を限界づけるうえで機能せず、他方で、保護対象を限界づけ

³⁸² Hilty, Das Basler Nachdrucksverbot von 1531 im Lichte der gegenwärtigen Entwicklungen des Urheberrechts, ÖSGRUM, Bd.9, 1991, S.20, 31f.; ders, Gedanken zum Schutz der nachbarrechtlichen Leistung—einst, heute und morgen, UFITA Bd. 116, 1991, S.35, 41f.

³⁸³ Hilty, a.a.O., ÖSGRUM, Bd.9, 1991, S.39.; ders, a.a.O., UFITA Bd. 116, 1991, S.47.

た投資利益も、営業利益一般にもおよび得る広い射程を有するメルクマールと考えられるからである。

それ故に、この発展的意義のもとでは、著作隣接権の保護対象として取り込まれ得る客体の限界づけの問題が、理論的には不可避の課題として生ずることになる。すなわち、著作隣接権概念が発展的意義のもとで潜在的に抱えるところの、保護対象なり客体の限界面定の問題ともいうべきものである。

同様の問題意識は、ヒルティ教授の前掲論考にもすでに示されていたところである。すなわち、彼は、事業者の著作隣接権を基礎づけるのは「成果物の製作行為」という無価値的な事実問題に過ぎないのであるから、この事実を共有する他の事業者に、単に著作物を用いた製作行為を欠くという理由のみで著作隣接権を否定するのは一種の価値判断に過ぎず、仮にこの価値判断を認めるとしても、今度は、特許発明を実施した製品の製作者が著作隣接権と同様の保護を享受し得ない理由に窮する旨を、説くのである³⁸⁴。

彼の指摘する「事業者の著作隣接権」とは、本研究が明らかにしたところの発展的意義の著作隣接権を指すものである。したがって、ここに説かれたのは、発展的意義の著作隣接権が、無価値的な「製作行為」というその保護対象（正当化根拠）に照らし、保護を受ける客体と主体とに関して、有効な限界づけの基準を欠くという問題意識であると解される。

この限界面定の問題が、制定法の次元で顕在化した例として、近年のドイツ法の新たな著作隣接権制度の立法をめぐる議論を指摘することも可能であろう。すなわち、2013年に新たに立法導入されたプレス出版者（Pressverleger）の著作隣接権（87f～87h条）をめぐっては、その理論的・体系的な妥当性に対する疑問が有力な学説によって指摘されているところである³⁸⁵。そこでは、新たな著作隣接権とその投資保護の制度趣旨との整合性が問われるのである。つまり、発展的意義のもとでの著作隣接権概念が、その保護対象の「限界づけ」の問題を、すでに具体的な法制度の次元で抱えつつあるということである。

つぎに、著作隣接権概念の生成意義の現代的展開との関係では、ドイツ著作権法を取り巻く欧州著作権制度の状況、とりわけ著作権保護基準としての創作性の程度のあり方に関する欧州指令の展開についても触れることができよう。

³⁸⁴ Hilty, a.a.O., ÖSGRUM, Bd.9, 1991, S.32 u. S.58.; ders, a.a.O., UFITA Bd. 116, 1991, S.42.

³⁸⁵ マックス・プランク知的財産法研究所は、欧州著作権制度におけるプレス出版者の保護提案に対して、ヒルティ教授の共著による意見書をそのHPで公にしている。そこでは、投資保護を趣旨とする著作隣接権の性質に照らして、プレス出版者の著作隣接権には正当化理由を見出し難い旨が述べられている。

Hilty/Moscon, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposes Modernisation of European Copyright Rules, PART E, Protection of Press Publications Concerning Digital Users, 2017, p.3.

ドイツには伝統的に、いわゆる *kleine Münze* 論という、1920 年代から始まった³⁸⁶著作権保護対象論、つまり、著作権概念の純粋性保持ないし希釈化回避の観点から、著作権保護要件を厳格化しようとする議論がある。すなわち、著作権の保護を受ける以上、一定の創作性の程度（造形程度：*Gestaltungshöhe*）の高さを求め、*kleine Münze*のごとく創作性の程度の低い表現物を、著作権保護対象から排除しようとする問題意識である。

この *kleine Münze* 論は、1965 年の現行法の立法以降も、1980 年代までは、明示的な議論として十分存在し得た。つまり、著作権概念の希釈化を回避するために著作物の創作性の程度は一定程度の高度な水準に設定すべきとの問題意識は、根強く維持されていたとみることができる。その代表的研究の例としては、今日、著作権法のコンメンタールも著すシュルツェ（Gernot Schulze）博士の 1983 年の博士論文³⁸⁷を、挙げることができる。

しかし、この流れの転換点となったのが、1990 年代に相次いで現れた著作権に関する欧州指令である。すなわち、1991 年のコンピュータ・プログラム保護指令³⁸⁸、1993 年の保護期間指令³⁸⁹、そして、1996 年のデータベース保護指令³⁹⁰では、プログラム、写真およびデータベースについて、それぞれの著作権保護基準が示され、各文書内に、その保護要件としての高度の創作性基準を設けてはならない旨が求められた³⁹¹。

これを受け、1993 年の著作権法改正は³⁹²、コンピュータ・プログラムの著作物に関して質的な基準の排除を明文化し（69a 条 3 項）、高度の創作性基準を求めた従来の最高裁判例³⁹³がもはや妥当し得ない旨を明らかにした³⁹⁴。写真の著作物に関しては、保護期間指令の編入に際し、上記プログラムに関する明文ルールと同様に高度の創作性基準を求め得ない旨が明らかにされた³⁹⁵。データベースの著作物に関しては、1997 年の著作権法改正によりその保護が明文化されるとともに（4 条 2 項）³⁹⁶、やはり、上記プログラムの場合と同様の軽微な創作性基準によってデータベースの *kleine Münze*

³⁸⁶ Elster, Gewerblicher Rechtsschutz, 1921, S.40; vgl., auch Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, S.1.

³⁸⁷ Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, S.137ff.

³⁸⁸ COUNCIL DIRECTIVE of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC).

³⁸⁹ COUNCIL DIRECTIVE 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights.

³⁹⁰ DIRECTIVE 96/9/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

³⁹¹ 本山雅弘『ドイツにおける意匠法と著作権法との体系的峻別構造の生成と展開（平成 17 年度産業財産権研究推進事業報告書）』（知的財産研究所、2006 年）68 頁以下。

³⁹² Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetz vom 9. Juni 1993, BGBl.1993 Teil I, S.910ff.

³⁹³ BGH GRUR 1985, 1041, 1048-Inkasso-Programm.

³⁹⁴ Dreier/Schulze/Dreier, UrhG Kommentar, 6. Aufl., 2018, § 69a, Rdnr.25.

³⁹⁵ Dreier/Schulze/Schulze, UrhG Kommentar, 6. Aufl., 2018, § 2, Rdnr.195.

³⁹⁶ Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes vom 13. Juni 1997, BGBl.1997 Teil I, S.1870.

が広範に保護される旨が確認されたのである³⁹⁷。

また、この欧州の動きに呼応するかのように現れた有力学説が、1994年に公表された、シュリッカー教授の「著作権法における造形程度との訣別？」³⁹⁸である。シュリッカーはこの論考で、まさに欧州著作権制度との調和の観点に立って、著作権保護基準の全般的なあり方を論じ、ドイツの伝統的な理論に根強い高度の保護基準の放棄を説いて、さらに旧意匠法との交錯が問題となる応用美術の著作物についても、その高度の美的創作性基準、つまり段階理論（前章第2節第1項（2））に疑問を投げかけたのである³⁹⁹。

そして、その後、この応用美術の著作権保護に関する段階理論も、2013年に現れた「誕生日列車」事件の最高裁判例⁴⁰⁰によって修正され、高度の美的創作性の基準が放棄されたことは、本研究でも先に言及したところである（前章第2節第1項（2）（3））⁴⁰¹。

この段階理論の放棄も、欧州指令の新たな展開と密接に関係していた。すなわち、1998年欧州意匠指令⁴⁰²の編入として行われた2004年の意匠法の全面改正により、ドイツの意匠法は、著作権法との旧来の密接な体系的関係（前章第2節第1項（3））を失うこととなり、その結果、著作権法の段階理論の解釈を支えた体系的根拠も消失したのである⁴⁰³。つまり、欧州指令に由来する意匠法の大改正を経て、段階理論の放棄は、かつてシュリッカーが指摘した理論的な可能性に留まらず、具体的な法律の解釈論として現実味を帯びることとなり、そこに登場した最高裁判例が2013年の「誕生日列車」事件であったのである。

このような、いずれも欧州指令に端を発する著作権保護基準の平準化の動きは、高度の創作性基準の適用を困難なものとし、造形程度の軽微な *kleine Münze* の一般的な保護を、ドイツ著作権法に求めるものと解される。すると、このことは同時に、ドイツ著作権法において、著作隣接権概念を支えた生成意義が、今日もなおその体系的妥当性を維持しているものと解すべきかという点について、興味深い論点を投げかけることにもなろう。生成意義の理論的特色は、まさに創作性の程度に関して高度の個性的・人格的

³⁹⁷ Schricker/Loewenheim/Leistner, Urheberrecht Kommentar, 5.Aufl., 2017, §4 Rdnr. 50.

³⁹⁸ Schricker, Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?, Festschrift für Kleire, 1994, S. 715ff.

³⁹⁹ Schricker, a.a.O., S. 716-721.

⁴⁰⁰ BGH GRUR 2014, 175; NJW 2014, 469-Geburtstagszug. 段階理論の放棄に至る理論的な背景については、本山雅弘「ドイツにおける応用美術の法的保護—いわゆる段階理論の理論的意義とその今後の展開を中心として」知財年報 2009（別冊 NBL130）（2009年）230頁）に論じた。

⁴⁰¹ この判例変更の意義と理由については、本山雅弘「応用美術に関するドイツ段階理論の消滅とわが解釈論への示唆」L&T64号（2014年）41頁に分析を示した。

⁴⁰² DIRECTIVE 98/71/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 October 1998 on the legal protection of designs.

⁴⁰³ Eck, Neue Wege zum Schutz der Formgebung, 1993, SS. 55f., 128; Kur, Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts auf die Praxis, GRUR 2002, S. 661, 670; Koschtial, Die Einordnung des Designschutzes in das Geschmacksmuster-, Urheber-, Marken- und Patentrecht, 2003, S. 293; E.v.Gamm, Die Problematik der Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht, 2004, SS. 93, 233; Koschtial, Zur Notwendigkeit der Absenkung der Gestaltungshöhe für Werke der angewandten Kunst in deutschen Urheberrecht, GRUR 2004, S. 555, 556.

価値を要求する価値的基準論にあったからである。現に、保護期間指令による写真の創作性基準の引き下げを受け、写真の著作物の著作権保護（2条1項5号）と写真の著作隣接権保護（72条）とのダブルトラックの制度が、その意義を失いつつある旨を指摘する見解も見出し得る⁴⁰⁴。

以上の概観にも示されるとおり、著作隣接権概念は、今日のドイツ著作権法を取り巻く法展開なり理論状況のもとで、その発展的意義と生成意義のいずれの側面においても、その創設の当時には存在し得なかった新たな解釈論上の課題に直面しているものと解することもできそうである。著作隣接権概念が、たとえ、その創設時の理論的な文脈では、それと整合的な意義を担って確立され得たとしても、その後の著作権法を取り巻く理論状況の変化が、著作隣接権概念の意義の変容にも影響を与えずにはおかないことは、想定可能なことであろう。

もちろん、そうだからといって、著作隣接権概念の意義の解明という、本研究のこれまで行ってきた作業が、その意味を失うことになるわけではないであろう。

上記に指摘し得るような新たな解釈論上の課題は、今日のドイツ著作権法における著作隣接権概念の意義の「変容」の可能性を検討するうえでは看過し得ないとしても、同概念の体系的意義をその創設時に遡って特定することを目的とした本研究の課題とは異なるものだからである。したがって、本研究が著作隣接権概念の創設時の意義として特定し得た複合的意義の内容も、今日の同概念が置かれた理論状況によって左右されるものではないと考えてよいであろう。

⁴⁰⁴ Dreier/Schulze/Schulze, UrhG Kommentar, 6. Aufl., 2018, § 2, Rdnr.195.

第3部 1961年ローマ条約と著作隣接権概念との関係

第1章 検討課題

標記の1961年ローマ条約とは、本研究でもすでに言及してきたとおり、1961年10月26日にローマにおいて署名され1964年5月18日に発効した、「実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約」を意味する。このローマ条約を、現行著作権法は「実演家等保護条約」の略称で呼称する（7条5号）。

ローマ条約に関しては、現行法の立案者が、異口同音に、これを国内法のいわばパイロット条約と捉え、わが国の「著作隣接権」制度の立案に際して参考とした旨を述べるところである⁴⁰⁵。

そこで、ここでの検討課題は、このようにわが国の立法に少なからず影響力を持ち得たかのような印象を否定し得ないローマ条約のうちに、果たして、わが著作権法体系が著作権概念とは別個の権利概念として「著作隣接権」概念を備えるべき理由、あるいは、これを換言するならば、「著作隣接権」概念の固有の存在意義に関して、その解明の手掛かりを求め得るかどうかを明らかにする点にある。現行法の立案者が、ローマ条約に「著作隣接権」制度のパイロット的役割を指摘する以上は、同概念の意義を探るわれわれとしても、同条約が意味するところを改めて確認する必要があるだろう。

この課題は、あくまでも、わが国の「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かりを探索するかぎりでは、意味を持つものである。したがって、条約の権利種類等の制度内容を改めてここで考察することには、あまり多くの実益はないであろう。むしろ、実体的な内容としては、条約自身における著作隣接権概念の扱い、あるいは、締約国の国内法に対する権利概念の創設の指図の有無等に、考察の焦点があてられるべきであろう。

もっとも、そうした条約の実体的な内容にとどまらず、条約の成立に先立つ沿革なり議論を確認することは、条約の特色を知るうえで有益であるにとどまらず、著作隣接権概念の確立を条約成立の過程に認め得るものというべきかを確かめるうえでも有益であろう。

そこで、まず次章において、ローマ条約の成立の沿革と、条約の最終草案・条約採択をめぐる議論とをごく簡単にふり返る。それにより、条約成立の背景に照らし、著作隣接権概念の確立なり理論的な意義に関する確たる考え方をローマ条約のうちに求め得るものというべきかについて考察する。そのうえで、続く第3章においては、実体的な規定内容に目を移し、条約自身が著作隣接権なる権利概念をその体系上でいかに扱っているかを確認する。そして続く第4章では、条約が締約国における著作隣接

⁴⁰⁵ 安達健二「著作権法改正について〔特集・著作権法改正〕」ジュリスト329号（1965年）13頁、佐野文一郎・鈴木敏夫『新著作権法問答』（新時代社、1970年）388頁〔佐野文一郎〕。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）87頁。

権概念の創設に関して影響力・拘束力を有しているものと解すべきか否かについて考察する。そして、以上の考察をもとに、最後の第 5 章では、わが国の「著作隣接権」の意義解明の手掛かりをローマ条約のうちに求め得るか否かという課題について、結論を示す。

第 2 章 ローマ条約の概観

第 1 節 条約成立の沿革

ローマ条約は、国際労働機関（International Labor Organization : ILO）、ベルヌ同盟およびユネスコ国連教育科学文化機関（United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization : UNESCO、ユネスコ）の三国際機関共同開催による外交会議において採択された⁴⁰⁶。

条約採択に至る過程は長期に亘り、また複雑であった。条約の端緒となった実演家保護に向けた議論はすでに 1920 年代後半にはみられたが、その後の保護主体の範囲の拡大に加え、第二次世界大戦の混乱も重なり、その採択は、結局 1961 年のローマ外交会議開催まで待たなければならなかったのである。

ここで仮に、ローマ条約が規範作りの対象とした課題を包括して「隣接権問題」と称するならば、ローマ条約の成立経過を時系列的にふり返る場合、上の三国際機関がこの隣接権問題にいかに関わっていたかの観点から、大まかにつぎの四つの時期に区分して考えることができると思われる。すなわち、第一期として、ILO とベルヌ同盟に問題意識の萌芽をみた 1920 年代後半、第二期として、活動主体の重心が主に ILO に置かれていた 1930 年代、第三期として、第二次世界大戦の混乱を経ながらも、ベルヌ同盟がベルヌ条約改正会議およびその準備過程で議論を重ねた 1940 年代、そして、第四期として、活動主体の一極にユネスコを加える一方、複数の条約草案が作成されながら、やがて議論が収束に向かう 1950 年代から外交会議に至る時期である。

第一期、すなわち 1920 年代の後半は、実演家保護の問題が、初めて国際的解決を要する具体的課題として認識された時期である。ILO とベルヌ同盟とによって、実演家保護の問題が各々議論されていた。

まず、1926 年、ILO の一常設機関たる国際労働事務局（International Labour Office）が、実演家団体である国際音楽家連盟（International Union of Musicians）の要請に応え、実演家保護問題の検討に着手する⁴⁰⁷。一方、ベルヌ同盟においても、1928 年ローマに開催されたベルヌ条約の改正会議において、実演家の国際的保護の必要性が認

⁴⁰⁶ 文化庁「隣接権の国際的保護に関する外交会議記録（本会議および総会）」（昭和 56 年 2 月）116 頁。

⁴⁰⁷ ILO, Rights of performers in Broadcasting, Television and the Mechanical Reproduction of sound, Advisory Committee on Salaried Employees and Professional Workers, Second Session, 1952, p.53 .

識され、「實演藝術家ノ權利ノ保護ニ關スル件」として希望決議が採択されている⁴⁰⁸。この時期、実演家の保護問題に対するより積極的な取り組みの姿勢は、ILO の方に見受けられる⁴⁰⁹。国際労働事務局は、関連する実演家団体はじめ、ベルヌ同盟、国際電信委員会および国際放送連盟と連絡をとりつつ、実演家保護の問題に関する予備的な報告書を、すでに、1929 年に開催された ILO の知的労働者諮問委員会の第二セッションに提出しているのである⁴¹⁰。

第二期の 1930 年代は、ILO が、実演家保護問題になお積極的対応を示し、問題解決に向けた活動主体の重心としての様相を呈する時期である。

ILO における実演家保護問題の検討は、引き続き、知的労働者諮問委員会での議論を通じて行われていた。労働理事会（Governing Body）は、同委員会の前出第二セッションに続き、第三および第四セッションにおいても、実演家保護の問題をその議題として掲げていく⁴¹¹。こうした ILO の積極的姿勢は、他の国際機関からの、実演家保護問題に関する管轄権の承認にも結びついていった。すなわち、1931 年にパリで開催された会議の場で、国際連盟、国際知的協力機構（International Institute for Intellectual Co-operation）、ベルヌ同盟、国際私法統一協会および国際労働事務局の各事務局代表は、実演家の権利に関する問題の管轄（competence）が国際労働事務局に置かれることを公式に承認するのである⁴¹²。こうした中、ILO の労働理事会は、実演家の権利の問題を、1940 年開催予定の第 26 回国際労働総会（Conference）の議題に加えることを正式に決定する⁴¹³。

一方、管轄の所在を国際労働事務局に認めたとはいえ、ベルヌ同盟自らも、実演家保護問題に対する関心を絶やしたわけではなかった。ベルヌ同盟は 1939 年、国際私法統一協会主催の下、著作権専門家委員会をサマダンに開催する。ここで、「演出芸術家及び演奏芸術家並びに録音盤及び類似の機器の製造者の保護を確保する条約草案」および「ラジオ放送の保護を確保する条約草案」（いわゆるサマダン草案）が作成される⁴¹⁴。実演家のみならず、レコード製作者および放送事業者の保護にもおよぶ条約の草案である。具体的には、実演の放送・録音行為に対する報酬請求権、レコードの

⁴⁰⁸ 文部省「文學的及美術的著作物保護條約改訂羅馬會議報告書」（昭和 26 年）53-54 頁。

⁴⁰⁹ 例えば、第三回国際演劇会議（the Third International Stage Congress）は、実演家問題の解決は国際労働事務局を頼りとするを明らかにし、また、国際知的労働者連盟（International Confederation of Intellectual Workers）は、その事務局に対し、国際労働事務局に回付すべく実演家保護の国際条約草案を準備するよう求めている。ILO, op.cit., p.54.

⁴¹⁰ ILO, op.cit., p.55.

⁴¹¹ ILO, op.cit., p.55.

⁴¹² ILO, op.cit., p.55.

⁴¹³ 労働総会は、他の労働理事会、国際労働事務局と共に ILO の常設機関を構成し、その中でも最も重要な機能を果たしている。総会の重要な任務は、労働条件の改善に関する条約案または勧告を作成することである（田畑茂二郎『国際法講義・上[新版]』（有信堂、昭和 57 年）262-263 頁）。

⁴¹⁴ 文部省「実演芸術家等保護に関する国際条約準備資料（二）」（昭和 28 年）107 頁以下。

複製禁止権と放送に対する報酬請求権、放送の再放送・録音行為の禁止権等を内容とし、隣接権問題に関する最初のまとまった条約草案と評価されるものである⁴¹⁵。

翌第三期の 1940 年代に入ると、その前半は、第二次大戦の混乱により、実演家保護に関する議論の進展も影響を受ける。1940 年に開催予定であった上記労働総会は中断され、ILO の実演家保護に関する活動は一時中断することになった⁴¹⁶。一方、後半に至ると、今度はベルヌ同盟が、1948 年ブラッセルで開催されたベルヌ条約の改正会議の場で、実演家保護に関する希望を採択する⁴¹⁷。すなわち、希望八として掲げられた「隣接権とくに実演家の保護」がそれである。また、このブラッセル会議では、「ベルヌ同盟常任委員会」の設置が決議されている。1949 年の第一回ヌシャテル会議以降、毎年開催されるこの常任委員会では、実演家の保護問題が鋭意検討される⁴¹⁸。しかし、そこではもはや、実演家保護問題が単独で検討対象とされることはなかった。レコード製作者および放送事業者の保護問題が、併せ議題にのぼり、検討されることになるのである。この頃に、上記三者の一体的保護という隣接権問題の基本的枠組みの定着をみるのである。

第四期の 1950 年代以降は、それまで別個に実演家保護の問題を検討してきた ILO とベルヌ同盟とが、レコード製作者および放送事業者の保護問題をも念頭に、協力して単一の条約草案の作成を試みた 1950 年代前半と、その試みが一時破綻する一方、検討主体の一極にユネスコも加え、統一的条約の採択に向け再度の努力が払われる 1950 年代後半以降とに分けて考えることが可能である。

まず、1951 年、ベルヌ同盟は、ILO の協力のもとに、ローマに「著作権に近いある種の権利または著作権に由来する権利の保護に関する専門家混合委員会」を開催し⁴¹⁹、実演家と並んで蓄音機レコード製造者およびラジオ放送機関の保護に関する規定を盛り込んだ国際条約予備草案（いわゆるローマ草案）を作成する⁴²⁰。その後、1954 年ルガノで開催された第五回ベルヌ同盟常任委員会は、当該ローマ草案に対する各国の意見を検討の上、その後の専門家委員会に関する準備作業の促進を決議する。しかし、翌 1955 年ジュネーブで開催された「隣接権」作業部会で、当該専門家委員会の構成をめぐり、ベルヌ同盟と ILO との間に意見の一致がみられず、結局、ILO は独自の専門家委員会を開催し、1956 年ジュネーブにおいて、「実演家、蓄音機レコード製造者お

⁴¹⁵ 阿部浩二「いわゆる隣接権の保護—国際会議をめぐる—」法學 25 卷 2 号（1961 年）139-140 頁。

⁴¹⁶ ILO, *op.cit.*, p.55.

⁴¹⁷ 阿部・前掲 140 頁。

⁴¹⁸ 文部省「ベルヌ同盟常任委員会に関する資料（C-第九号）」（昭和 35 年）51 頁。

⁴¹⁹ 阿部・前掲 141 頁。

⁴²⁰ 文部省「実演芸術家等保護に関する国際条約準備資料（三）」（昭和 28 年）1 頁。阿部・前掲 141-145 頁は、ローマ草案が、実演家、レコード製作者および放送事業者の三者の錯綜する利害関係を踏まえ、いかなる保護制度のあり方を提案したかの点について詳細な考察を行う。

よび放送機関の保護に関する国際条約草案」（いわゆる ILO 草案）を起草することになる⁴²¹。ここで、ベルヌ同盟と ILO との条約創設に向けた活動は、一時の分裂をみる。

一方、この頃、1955 年の万国著作権条約発効を受け、ユネスコが、実演家保護をはじめとする隣接権問題に対して関心を示し始めていた。すなわち、ユネスコは、1956 年マドリッドにおける第 43 回ユネスコ執行委員会の決議を受け、「隣接権」に関する国際協定草案の作成準備に積極的な参加を開始する⁴²²。ILO との間に意見の相違をみたベルヌ同盟は、今度はこのユネスコとの間で条約草案の作成にとりかかるのである。その結果、1957 年モンテカルロにおいて、ベルヌ同盟およびユネスコの共同主催による専門家委員会が開催され、「著作権に隣接するといわれるある種の権利の保護に関する協定草案」（いわゆるモンテカルロ草案）が起草されることになる⁴²³。

こうして、1957 年の時点で、隣接権問題に関しては、ILO の作成に係る ILO 草案と、ベルヌ同盟およびユネスコの作成に係るモンテカルロ草案との、二種類の条約草案が出揃うことになった。ところが、両草案の相違点は、国際的な著作権条約と新条約との関係をいかに位置づけるかの点に明瞭に現れていた。すなわち、ILO 草案が労働者保護の見地から隣接権問題を著作権条約の加盟と切り離したのに対し、モンテカルロ草案はベルヌ条約または万国著作権条約のいずれかの加盟を新条約の要件としたのである⁴²⁴。

そこで、これら二草案に寄せられた各国の政府見解の多くは、条約草案を統合すべく再検討を要請するものであった。その結果、1960 年オランダのヘーグにおいて、上記三国際機関共同主催による専門家委員会が開催される。そして、上記両草案は統合され、「実演家、レコード製造者および放送事業者の保護に関する国際条約草案」（いわゆるヘーグ草案）が作成される⁴²⁵。両草案の顕著な相違点であった著作権条約との関係はモンテカルロ草案の考え方が採用され、その加盟要件が支持される⁴²⁶。当該草案に対しては、再び各国政府に対し見解要請がなされ、その後開催されたローマ外交会議における基礎資料を提供することになる。

こうした経過の後、三国際機関の共同開催により 1961 年のローマで開催された外交会議において、ローマ条約が採択されるに至るのである⁴²⁷。

以上を要するに、ローマ条約は、著作権条約を所管するベルヌ同盟およびユネスコのほか、労働者保護の発想に基礎を置く ILO の当初からの関与のもと、5 種類の条約

⁴²¹ 文部省「モンテカルロにおける『隣接権』専門家委員会に関する資料」（隣接権関係資料第 10 号）」（昭和 32 年 8 月）115-116 頁。

⁴²² 文部省・前掲 105 頁。

⁴²³ 阿部・前掲 147 頁。

⁴²⁴ 阿部・前掲 147-148 頁。

⁴²⁵ 文部省「実演家、レコード製造者および放送事業者の国際的保護に関する専門家委員会報告—1960 年 5 月ヘーグ」（昭和 35 年）26 頁。

⁴²⁶ 文部省「実演家、レコード製造者および放送事業者の国際的保護に関する専門家委員会報告—1960 年 5 月ヘーグ」8 頁。

⁴²⁷ 文部省「実演家、レコード製作者及び放送事業者の保護に関する条約要覧」（昭和 39 年 3 月）3 頁。

草案を生み出し、実演家の保護の希望決議を採択した 1928 年のベルヌ条約ローマ改正会議から起算して 30 年余りの歳月を経て、ようやく成立するのである。ローマ条約の特色のひとつとして、このような条約成立の複雑な経緯を指摘することができよう。

第 2 節 最終草案および条約採択をめぐる議論

本節では、ローマ条約の最終草案を作成したヘーグ専門家委員会の議論と、そのヘーグ草案を基礎として条約を採択したローマ外交会議の議論を瞥見し、条約採択のまさに最終段階において、われわれが検討しようとする条約上の権利をめぐるいかなる議論が展開されていたかを考察しようと思う。そのような考察を通じ、ローマ条約がとりわけその権利概念をめぐり、いかなる理論状況のもとでその採択に至っていたのかを把握することが可能となろう。

まず、ヘーグ専門家委員会における議論である。

1960 年 5 月、ILO、ベルヌ同盟およびユネスコの三者共同開催のもと、オランダのヘーグにおいて、実演家、レコード製作者および放送事業者の国際的保護に関する専門家委員会が開催された。このヘーグ専門家委員会は、ILO 草案、モンテカルロ草案および両草案に対する各国政府の見解書を討議の材料とし、実演家以下 3 者の権利保護に関する条約草案の起草を主たる任務としていた⁴²⁸。一連の討議の後、ローマ条約の最終草案となったヘーグ草案を作成するのである。

会議における討議事項は多岐に亘った。その中にあって、一般問題の冒頭では、実演家と他の保護主体とを同時に包摂する隣接権問題の構造自体が議論の対象となった。ポーランド国代表およびユーゴスラビア国代表は、レコード製作者および放送事業者の権利を扱う条約草案の中で実演家の権利をも同時に扱うことは誤りである旨を論じている⁴²⁹。さらにユーゴスラビア国代表は、実演家の権利はむしろ著作者の権利と近い関係に置かれるべきであり、他の 2 者すなわちレコード製作者および放送事業者の権利とは性質を異にする旨を論ずるのである⁴³⁰。

しかしながら、この問題に関する活発な討議も、実演家の権利の法的性質なり他の 2 者との異同に関し何ら明瞭な結論をもたらすものではなかった。一般的見解の趨勢は、3 者の保護を同時に包摂する隣接権問題の合理的根拠を、終始、3 者の権利の密接な関連性に求めるに過ぎなかった⁴³¹。討議の末、委員会は、「世界の四隅からわざわざ専門家たちが参集してきたこの会議の目的は、できれば三範疇の人々全部を対象とする

⁴²⁸ 文部省「実演家、レコード製造者および放送事業者の国際的保護に関する専門家委員会報告—1960 年 5 月ヘーグ」1 頁。

⁴²⁹ 文部省「実演家、レコード製造者および放送事業者の国際的保護に関する専門家委員会報告—1960 年 5 月ヘーグ」4-5 頁。

⁴³⁰ 文部省「実演家、レコード製造者および放送事業者の国際的保護に関する専門家委員会報告—1960 年 5 月ヘーグ」5 頁。

⁴³¹ 文部省「実演芸術家レコード製造者および放送事業者の保護に関する国際条約案に対する諸政府の見解と提案」（昭和 36 年）39 頁。

国際文書の草案を起草することにより、したがって委員会はそうするように努力すべき」であることを確認するにとどまる⁴³²。実演の特殊な評価を出発点とする、隣接権問題の構造自体に対する問題提起も、説得力ある回答を得ないまま排斥されるのである。

また、実演家の人格権を論ずる場面でも、他の 2 者とは異なる評価のあり方が示されていた。すなわち、多くの専門家委員は実演家についてはその人格権承認に賛意を示すのである。しかし、そうした問題提起も、できるかぎり多くの批准国の確保という要請に道を譲らざるを得なかった。結局委員会においては、実演家の人格権規定の創設が加盟国確保の弊害になることを考慮し、草案に人格権規定を盛り込むことを断念するのである⁴³³。

このように、ヘーグ専門家委員会の議論においては、実演家の保護に対し固有の評価を要請する問題意識が示され、他の 2 者の保護との差別化を求める見解まで表明されていたのである。ところが、そうした問題意識も、多くの批准国を確保しようとする一種の政治的配慮の前に、更なる発展の道は閉ざされていた。権利の性質なり権利の種類をめぐり実演家と他の 2 者との間に一定の相違の可能性は認識されつつも、そうした認識は、多数国間条約の早期実現という課題のために、道を譲らざるを得なかったということができる。

つぎに、ローマ外交会議における議論である。

1961 年 10 月、ILO、ベルヌ同盟およびユネスコの三国際機関の共同開催により、隣接権問題に関する外交会議がローマにおいて開催された。そこでは、上にみたヘーグ草案およびこれに対する各国政府見解を基礎資料として討議が重ねられ、ローマ条約を採択するのである。

第一回本会議の冒頭、ユネスコ代表により、外交会議が採択すべき条約の国内法に対するパイロット的役割が、つぎのように確認されている。すなわち、「条約の重要性は、国際間のみならず国内の問題としても、強調し過ぎることはないと考える。…かつて国際条約の目的は、原則として締約国政府の相対的権能と義務を定めることであつたが、近年それは、次第に、人類の諸権利を規定し、世界共同体に属する諸国がその国内法において実現すべき倫理的かつ社会的基準を定める傾向を帯びてきた」というのである⁴³⁴。一方で、条約が目指そうとする保護水準が、全ての当事者を完全に満足させ、またそうさせ得るものでないことも認識されていた。外交会議は、適切

⁴³² 文部省「実演家、レコード製造者および放送事業者の国際的保護に関する専門家委員会報告—1960 年 5 月ヘーグ」5 頁。

⁴³³ 文部省「実演家、レコード製造者および放送事業者の国際的保護に関する専門家委員会報告—1960 年 5 月ヘーグ」18 頁。なお、実演家の人格権を断念した背景には、とりわけ米国および英国に対し、新条約の批准を促そうとする意図が働いていたことが指摘されている。専門家委員は、米国のベルヌ条約加入を躊躇させてきた要因が同条約上の人格権承認にあるとの認識に立ち、同様の結末を防ぐためにも、草案への実演家の人格権の挿入を拒もうとするのである。参照、文部省「実演芸術家レコード製造者および放送事業者の保護に関する国際条約案に対する諸政府の見解と提案」17 頁。

⁴³⁴ 文化庁「隣接権の国際的保護に関する外交会議記録（本会議及び総会）」（昭和 56 年）1・2 頁。

な将来の発展に資するよう、できるかぎり多くの国に受け入れられる一般原則の構築に全力を注ぐべき旨を、まず確認している⁴³⁵。

とはいえ、こうした基本的認識に立つ外交会議においても、条約の保護を受ける 3 者の性質の異なり条約内での位置づけに関する問題意識は、先のハーグ専門家委員会に引き続いて示されるのである。

第三回本会議の一般討論の中で、ポーランド国代表、メキシコ国代表およびオランダ国代表から、実演家の保護と他の 2 者の保護とを単一の条約で規制することに対し明確な疑問が提起されている。ポーランド国代表は、「実演家の保護は自然人の権利に関するものであるが、レコード製作者および放送事業者の保護は大企業の権利に関するものである」旨を論じ、更に、「実演家に与えられる最低限の保護は著作権法または国際著作権条約に定められたところよりも低いものであってはならない」旨を論ずる⁴³⁶。実演家の権利と他の 2 者の権利との間に性質の相違を指摘し、実演家の権利にはむしろ著作権と同等の評価を与えようとする見解と解される。また、メキシコ国代表は、「実演家の保護は、放送事業者の保護と同一の条約で規定されるべきでなく、個々別々に取り扱う必要がある」旨を論じ、オランダ国代表も、「関係三者に与えられる保護は、それぞれ個別の価値によって考慮されるべきであり、その含まれる利益の正当性および社会正義が単一の条約を保証するとは確信していない」旨を論じている⁴³⁷。いずれも、実演家に対する個別の評価を軸に、レコード製作者および放送事業者の保護を含む隣接権問題を単一条約で解決することの限界を指摘する見解ともいえる。

しかしながら、こうした問題提起も、制度の構造自体に見直しを迫るまでに切迫感を持つものではなかったようである。前記のとおり権利性質の不統一と保護枠組みの分割を示唆したポーランド国代表も、「実演家を援助したいと願ってはいるが、この二つの問題を二つの異なる条約中で別々に取り扱うべきであるという提案を、この会議がそれを支持しないかぎりには、固執するものではない」旨を論じている⁴³⁸。結局、実演家とレコード製作者および放送事業者とを単一条約で保護しようとする隣接権問題の基本構造が見直されることはなかったのである。

以上、条約の最終草案および条約採択の外交会議の議論に窺われるとおり、ローマ条約は、その詰め最終段階に至ってもなお、実演家、レコード製作者および放送事業者の 3 者の権利について、性質や正当化根拠に関する相互の関係あるいは著作権との関係に関し、一貫した理論的説明を得ていなかったということができよう。すなわち、多数の批准国確保という優先的な課題の陰で、3 者の権利の性質なり関係に関する

⁴³⁵ 文化庁「隣接権の国際的保護に関する外交会議記録（本会議及び総会）」8 頁。

⁴³⁶ 文化庁「隣接権の国際的保護に関する外交会議記録（本会議及び総会）」20-21 頁。

⁴³⁷ 文化庁「隣接権の国際的保護に関する外交会議記録（本会議及び総会）」21-23 頁。

⁴³⁸ 文化庁「隣接権の国際的保護に関する外交会議記録（本会議及び総会）」21 頁。

理論的整理は不問のまま、それらを単一の条約のもとに包摂したのが、ローマ条約の採択に際しての理論的な状況であったと解されるのである。

第3項 条約成立の背景に窺う著作隣接権概念の位置づけ

以上に考察したところによれば、条約成立の沿革上の特色と条約採択の最終段階の議論とに照らし、ローマ条約のうちに、著作隣接権の概念についてはもちろん、条約上の権利を包括し得る何らかの統一的な権利概念についてすら、その確立に関する確たる考え方を求めることは困難であるように思われる。

まず成立の沿革に示されたとおり、ローマ条約は、実演家保護の要請に始まる議論がやがてレコード製作者と放送事業者を含めた3者の保護にまでその射程を拡大し、しかも、著作権条約を管轄するベルヌ同盟のみならず、労働者保護の発想に基礎を置くILOを含めた三国際機関による不可分の連携のもとに成立したものである。

このような沿革の特色に照らすならば、条約上の統一的な権利概念を確立し、さらにその性質なり意義を著作権概念との関係において整理しその合意形成を図ることは、容易ではなかったものと推測されるのである。

実際に、条約の最終草案（ヘーグ草案）の作成に至るまで、ローマ条約の前提として著作権保護条約への加入を要件とすべきか否かについて、ILO作成のローマ草案とベルヌ同盟・ユネスコ作成のモンテカルロ草案との間で、見解の一致はみられなかったところである。このことは、条約が保護を目指す新権利と著作権との関係の有無についてすら、条約の作成主体である三国際機関の間では、必ずしも見解を一致させていたわけではなかったことを意味しよう。そのような作成主体のもとで、新権利に関する統一的な概念の確立なりそれと既存の著作権概念との理論的関係の整理について見解を集約することは、およそ不可能なことであったと解されるべきであろう。

そして上記のような推測が妥当であることは、条約採択に向けた最終段階の議論状況にも示されていたように思われる。

すなわち、条約採択の最終段階に至ってもなお、特に実演家の権利とその他の2者の権利との性質相違が指摘され、一方では実演家の権利と著作権との親和的な性質が、他方では実演家の権利と他の2者の権利を単一の条約内で扱うことの困難さが指摘されるなど、条約の保護を受ける3者の権利の性質に関し、理論的に未整理な状況が露呈していた。しかも、多数の批准国確保の要請のもとで、そうした理論的な未整理の状況をいわば棚上げして採択されたのがローマ条約であると解された。

このような条約の採択状況を前提とするならば、3者の権利を統括すべき統一的な権利概念の確立なり、それを支える理論的な整理をローマ条約のうちに期待することも、やはり極めて困難であったというべきであろう。

ローマ条約を管理する世界知的所有権機関（World Intellectual Property Organization : WIPO）は、同条約の起源、目的、性質および範囲を解説することを目

的とする解説書を作成している⁴³⁹。その記述にも、ローマ条約に著作隣接権という特定の統一的な権利概念の確立を期待し得ないことが示されているように思われる。

解説書によれば、条約の保護を受ける 3 者が単一の条約に包摂されるべき理由は、著作物を公衆に伝達する機能において、いずれも著作者の補助者に位置づけられ、3 者相互の間にも、依存関係なり権利の関連性が認められる点に求められるというのである⁴⁴⁰。そして、このような理由のゆえに、一方では、レコード製作者や放送事業者の行為における熟練や才能 (skill and talent) といった独自の要素は産業行為の名のもとに度外視され、また他方では、実演家の創作的な行為が、他の 2 者の行為との寄せ集め (hotch-potch) の批判余地にもかかわらず、単一の条約のもとに包摂されるというのである⁴⁴¹。

すなわち、ローマ条約の基本的な視座は、3 者の保護主体を、「著作物の公衆への伝達機能」を接点として、一括してローマ条約の保護枠組みに包摂する点にあると解される。これを換言すれば、ローマ条約において 3 者の保護枠組みを決定づけているのは、少なくとも、3 者の取得すべき権利の性質論なりその共通性ではなく、「著作物の伝達者」なり「著作者の補助者」という、著作者との社会的な関係に過ぎないと解されるのである。

このような条約を所管する WIPO の解説書の記述に照らしても、ローマ条約のうちに、著作隣接権概念はもちろん、条約上の権利を包括し得る何らかの統一的な権利概念について、その確立に関する考え方を求めることは困難であるといえよう。

第 3 章 ローマ条約の規定内容と著作隣接権概念の欠缺

ローマ条約は全部で 34 か条の規定からなる。このローマ条約の通称として、わが国では、とりわけ現行法の立案に関与した行政関係者の語るところにおいて、「隣接権条約」なる名称が慣用されてきたところである⁴⁴²。

しかし、ローマ条約は、その正式名称にはもちろん、条約を構成する全 34 か条の規定においても、一度として、隣接権なり著作隣接権なる概念を使用することはない。この、一般的な通称慣用の事実に対してローマ条約自身が著作隣接権なる概念を使用しない点については、単なる権利概念の使用の問題にもかかわらず、条約成立直後の学説でも、すでに意識的な論及が見られたところである⁴⁴³。

⁴³⁹ WIPO, GUIDE to the ROME CONVENTION and to the PHONOGRAMS CONVENTION, 1981, p.4.

⁴⁴⁰ WIPO, GUIDE, op.cit., p.12, para.XX.

⁴⁴¹ WIPO, GUIDE, op.cit., p.12, para.XX.

⁴⁴² 安達・前掲ジュリスト 329 号 10 頁、佐野・前掲書 388 頁。

⁴⁴³ 阿部浩二「隣接権〔特集・著作権法改正〕」ジュリスト 329 号 (1965 年) 30 頁、山本桂一『著作権法〔再版改訂〕』(有斐閣、1973 年) 16 頁。

すると、ローマ条約の名称および規定に著作隣接権概念の使用が認められないことは、もはや多言を要するまでもなく、そもそも条約の実体的内容のうちに、著作隣接権概念の意義あるいは著作権概念との理論的關係について、有益な示唆を得ることは困難であることを意味しよう。というのも、特定概念を使用しない条約が、その概念の使用意図を明示するはずがないからである。

このことは、先にも触れたローマ条約の解説書の記述からも、明瞭に読み取り得る。同解説書は、冒頭の序文で条約上の権利を総称するに際し「著作隣接権 (neighboring rights)」の用語を使用するのであるが、その使用意図が単なる権利総称のための便宜的使用 (For ease of reference) に過ぎない旨を断るうえに、さらに、同用語の使用が、著作隣接権と著作権との真の隣接關係の有無 (in truth neighbors to the copyright) について予断を与えるものではない (without prejudging) 旨にも、敢えて言及するのである⁴⁴⁴。

すなわち、同解説書の記述に照らしても、ローマ条約自身に著作隣接権の権利概念の使用意図はないこと、また、著作隣接権と著作権との理論的關係の整理にも条約自身は無関心であることが、いずれも明らかになるのである。

すると、条約自身に著作隣接権概念の使用意図がないとすれば、ローマ条約に対応した保護制度を国内法として立法するに際し、著作隣接権概念を使用すべき実体的根拠を条約に求めることは、およそ困難というべきことになろう。要するに、わが国の国内法の「著作隣接権」概念の意義なり存在理由の解明の手掛かりを、ローマ条約に求めることは、そもそも論理的に不可能であることがわかるのである。

このように、ローマ条約に著作隣接権概念の使用意図を欠く以上、わが国の「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かりを同条約に求めようとするわれわれの課題は、すでにその達成が困難であるというべきことになろう。

しかしながら、本研究ではさらに、上記課題との関係で、より本質的な問題として、ローマ条約が国内法上の権利概念の設定という国内法の規律内容に対して、直接的な影響力・拘束力を持ち得るのか否かという点を明らかにする。というのも、そもそもローマ条約に、権利概念の設定・構成論を含めた国内法の内容に対し、直接的な影響力を欠くものと解されるならば、条約自身の権利概念の扱いの如何に関わらず、国内法上の権利概念の意義を条約に求めることは、およそ理論的に不可能というべきだからである。

要するに、問題は、条約の規律対象に国内法の内容を含み得るか否かという点である。この観点から、わが国の「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かりをローマ条約に求めることが可能か否かを考察するのが、次章の課題である。

⁴⁴⁴ WIPO, GUIDE to the ROME CONVENTION and to the PHONOGRAMS CONVENTION, 1981, p.7.

第4章 ローマ条約の規律対象と国内法の関係—その規律意図の存否

第1節 条約の原則的規律対象としての渉外関係 (international situations)

第1項 規律対象の原則

ローマ条約の規律対象に関する原則は、それを渉外関係 (international situations) に限定する点にある。したがって、国内関係 (domestic situations) の規律は専ら締約国の国内法の定めるところに委ねられ、条約が国内法の規律内容を直接的に左右し得るものではない⁴⁴⁵。つまりローマ条約は、原則的に、国内法に対する規律意図を持たないのである。

この点に関しては、条約を採択した最終的な外交会議に至っても、条約の規律対象を国内関係にまで拡張すべき旨の提案がなされてはいたが、国内法の規律内容を条約が左右することに対する懸念を理由として、当該提案は排斥されている⁴⁴⁶。

このように、条約採択の最終段階に至るまでそれに反する提案がなされた事実からも推測されるとおり、ローマ条約は、規律対象が渉外関係に限定される旨の上記原則を、その具体的条文に明文化するわけではない。この点は、著作権の国際的な保護枠組みであるベルヌ条約（「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約 (Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)」）の場合とは、事情が異なる。ベルヌ条約は、著作物の「本国 (Country of origin)」の概念を設けたうえで（同条約5条4項）、当該本国における規律を専ら当該本国の国内法に委ね、当該本国の国内法の内容すなわち国内関係 (domestic situations) に条約の規律がおよばない旨を明文化することにより（同条約5条3項）、条約の規律対象が渉外関係に限定されることを明らかにするのである⁴⁴⁷。

とはいえ、ローマ条約がその規律対象を渉外関係に画し、国内法に対する規律意図を有しないと上記原則は、つぎに考察するとおり、同条約が定める内国民待遇 (National treatment) の制度の特色なり規定ぶりから読み取ることが可能と思われる。

第2項 内国民待遇の定義

ローマ条約の内国民待遇の制度に関し、他のたとえばベルヌ条約等の著作権関連条約にみられない特色として第一に指摘し得ることは、ローマ条約が、同制度の適用にあたり、予め「内国民待遇」の意味するところを条文に明示する点である。すなわち、条約2条1項によれば、たとえば、実演家保護制度に関する「内国民待遇」とは、締

⁴⁴⁵ Ulmer, The Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations-Part II, 10 Bulletin of the Copyright Society of the USA, 1963, p.171.

⁴⁴⁶ Ulmer, op. cit., p.171.

⁴⁴⁷ Silke von Lewinski, International Copyright Law and Policy, Oxford Univ. Press 2008, p.111, para.5.38.

約国の国民である実演家がその国内で行った実演に対し締約国が与える保護などを意味する。

では、何故にこのような「内国民待遇」の定義を要するか。

内国民待遇とは、締約国の国内法によって提供される保護（待遇）にはかならない。ところが、各締約国の国内法が定める保護資格の制度に相違が存すると、国内法の保護の提供される場合が、締約国の間で異なることになる。たとえば、実演の場合、国内法の定める保護資格の設け方次第で、国内法の保護は、自国民である実演家が行った実演にかぎり与えられる場合と、実演家の国籍を問わず自国内で行われたすべての実演に与えられる場合とで、二通りの態様が存在し得ることになる。

すなわち、条約の内国民待遇が前提とすべき「国内法の保護」なるものが、国内法の保護資格の相違によって内容を異にし、その一元的解釈が困難になる場合があり得るということである。同様の状況は、国内法が、レコード製作者の国籍とその製作地、あるいは放送機関の主たる事務所所在地とその送信地に関し、いずれを各々の保護資格と定めるかにより、双方の保護主体との関係でも、各締約国の国内法の間に生じ得る。

そこでローマ条約は、「内国民待遇」それ自体の意味を 2 条 1 項に明確化することにより、各国内法の保護資格の如何に関わらず、内国民待遇の内容を構成する「国内法の保護」の意味するところの実質的な一元化を図ったのである⁴⁴⁸。

すなわち、ローマ条約は、国内法の定める保護資格において締約国間の相違が生ずることを前提としつつ、「内国民待遇」の意味を予め与えることにより、その実質的内容に締約国間の相違が生ずることを避けようとしているのである。

要するに、「内国民待遇」の概念に関するローマ条約独自の定義の背景には、条約が国内法の定める保護資格に相違がある場合にもそれを除去しないという事情を指摘できるのである。ここには、ローマ条約の規律の対象は涉外関係に限定されており、国内法の規律内容はそれに含まれないとの原則を読み取ることができるといえよう。

第 3 項 内国民待遇の限界

ローマ条約が国内法に対する規律意図を欠くことは、やはり内国民待遇の制度との関係で、当該待遇（保護）の限界を示した条約 2 条 2 項にも認めることができるように思われる。

条約 2 条 2 項は、「内国民待遇」が、「この条約において明示的に保障する保護及び明示的に定める制度に従って」保障される旨を定める。条約が保障する内国民待遇とは、締約国の国内法による保護（待遇）を意味するものにかならないが（条約 2 条 1 項）、この 2 条 2 項によれば、その待遇の具体的な中身は、当該国内法の保護内

⁴⁴⁸ Ulmer, op. cit., p.169.

容を基準とせず、条約自身が定める保護内容を基準にするというのである⁴⁴⁹。そして、この条約自身の保護内容は、後続の 7 条（実演家の権利）、10 条（レコード製作者の権利）、12 条（レコードの二次使用）、13 条（放送機関の権利）および 14 条（保護期間）において、いわゆる条約のミニマム・プロテクション（最低限の保護）として具体化されている。

この 2 条 2 項が定める条約基準の内国民待遇は、同じく「内国民待遇」であっても、その保障内容に、条約上の権利のみならず締約国の国内法上の権利をも含めるベルヌ条約 5 条 1 項のそれとは異なる。このことは、ローマ条約の特色ともいい得る。とはいえ、その文理に照らすかぎり、この 2 条 2 項の意味するところの実質は、「条約の保護内容が後続規定でいずれ条約自身が示す保護内容に等しい」という、同語反復的な内容に過ぎない。すると、同条項は、条約の保護内容について、後続規定に含まれるルールを重ねて言及するに過ぎず、そのかぎりでは、必ずしも必要のない規定とも映るところである⁴⁵⁰。

ところが、このような規定を条約が敢えて設ける事情も、ローマ条約の規律対象が涉外関係に限定され国内法の規律内容を含み得ないとの上記原則と、密接に関係しているのである。

この条約基準の内国民待遇の定めが設けられた理由は、つぎのとおりである。すなわち、条約作成の時点では各国の国内法に保護水準の平準化を期待し得ない一方で、ローマ条約自身も国内法に対する規律意図を有しないことから、場合によっては、条約の保護内容と国内法のそれが一致しないことがあり得る旨を予め明確にするために、この規定が設けられたのである⁴⁵¹。

つまり、2 条 2 項の趣旨は、単純に「条約の保護内容」それ自体を示すこと（同語反復）にあったのではなく、条約の規律対象が涉外関係に画されるゆえに、条約の保護内容と国内法のそれとの間に不一致が生じる場合にも、「条約の保護内容」を確保することにあったわけである。

このような 2 条 2 項の趣旨は、まさに同条項が、条約の規律対象に国内法を含まないとの原則と、論理的に表裏の関係にあることを示している。その表裏関係は、具体的には、つぎのような推論から明らかになる。

すなわち、仮に条約が、その規律対象に国内法の内容を含み、国内法の保護内容を条約のそれと一致させ得るとしたならば、2 条 2 項が無くとも、国内法の内国民待遇を通じて条約の保護内容（ミニマム・プロテクション）の実現は可能である。それに対して、条約の規律対象が涉外関係に限定され、国内法におよばない場合には、条約の保護内容と国内法のそれとの不一致は排除されないから、2 条 2 項が無ければ、国内法

⁴⁴⁹ Ulmer, op. cit., p.169.

⁴⁵⁰ Ulmer, op. cit., p.169,

⁴⁵¹ Ulmer, op. cit., p.169, WIPO, op. cit., p.20, para.2.4, 2.6.

の内国民待遇によって条約の保護内容（ミニマム・プロテクション）を確保し得ない状況が生じ得よう。

要するに、2条2項の必要は、条約の規律対象に国内法が含まれない場合にのみ生ずるのである。これを換言すれば、同条項は、条約の規律対象が渉外関係に限定されるとの原則を論理的な前提として、存在しているのである。

ところで、ローマ条約の内国民待遇の範囲に関しては、締約国の国内法の保護内容・レベルが却って条約のミニマム・プロテクションのそれを超過する場合に、解釈の余地も指摘され得る。つまり、内国民待遇の保護を当該超過部分にまでに認め得るか、あるいは、条約のミニマム・レベルに限定すべきかという問題である⁴⁵²。この解釈問題に関しては、条約作成当時の諸国の関連制度の整備状況における顕著な相違に照らせば⁴⁵³、広範な締約国の確保を目指す国際条約の目的のうえでも、内国民待遇を条約のミニマム・レベルを越える国内法にまで求める解釈は、高い保護レベルの国内法を備える国の条約加入をむしろ躊躇させるものであり、困難というべきであろう⁴⁵⁴。

しかし、いずれの解釈論にせよ、2条2項の存在を、ローマ条約の規律対象の原則と異なる根拠から説明しようとするものではない。したがって、2条2項という、一見同語反復的な規定の存在が、渉外関係への限定からなる条約の規律対象の原則と不可分の関係にあるとの上記理解は、これら解釈論によって左右されることはないといえよう。

第4項 国内法に対する規律意図の欠如

以上の考察から明らかになるとおり、ローマ条約の規律対象に関する原則は、それを渉外関係に限定し、国内法に対する規律意図を有さないという点にある。

この原則は、それ自体に関する明文規定に表現されるわけではない。しかし、条約上の保護制度の根幹部分にあたる内国民待遇の制度（条約2条1項および同2項）には、国内法の保護資格の制度あるいは保護内容に対する条約の向き合い方を通じて、明瞭に当該原則を読み取ることができたところである。むしろ、ローマ条約は、国内法相互間あるいは条約と国内法の間の制度相違を前提として⁴⁵⁵、ミニマム・プロテクションによる内国民待遇を実現しているのである⁴⁵⁶。

要するに、ローマ条約にとって、その関心の対象は専ら渉外関係の規律にあり、国内法の規律内容には無関心ということである。もちろん国内法は、条約と対応する場合、自国民の差別的冷遇を避けるため、条約の保護レベルを下回る保護制度を設ける

⁴⁵² Silke von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford Univ. Press 2008, p.201, para.6.27, and p.241, para.7.34.

⁴⁵³ WIPO, *op. cit.*, p.20, para.2.3.

⁴⁵⁴ Lewinski, *op. cit.*, p.242, para.7.37. なお、Lewinski, *op. cit.*, p.201, para.6.27 は、内国民待遇を条約レベルに限界づけるならば、国内法による保護（待遇）という内国民待遇の制度はその実質的な意味を失い、条約の保護内容（ミニマム・プロテクション）と同様の効果を持つに過ぎなくなる旨を指摘する。

⁴⁵⁵ Ulmer, *op. cit.*, p.169.

⁴⁵⁶ WIPO, *op. cit.*, p.20, para.2.4 and 2.6.

ことはしないであろう⁴⁵⁷。しかし、条約側からすれば、権利概念の構成論を含め、国内法の制度をいかなる内容のものとすべきかの問題は、関心の対象にはないものと解されるのである。

第2節 条約の規律対象（涉外関係）の理解をめぐる議論

前節で述べたとおり、ローマ条約の規律対象は涉外関係（international situations）に限定され、そこに国内関係すなわち国内法の規律内容は含まれないものと解される。では、如何なる事実関係について、それを条約が規律すべき涉外関係、つまり、国内法が規律すべき国内関係（domestic situations）と異なるケースと解すべきかが問われよう。

この点に関して、ベルヌ条約5条は、前述のとおり、著作物の「本国（Country of origin）」の概念を用い、当該本国を国内法の適用領域（条約の適用の無い領域）とし、当該本国での規律対象を国内関係（domestic situations）と解することにより、それ以外の締約国での関係を、条約の規律対象すなわち涉外関係（international situations）とした⁴⁵⁸。つまりベルヌ条約は、著作物の本国の概念を介して、まず国内法の規律対象となる国内関係を特定し、それを除外するかたちで、いわば間接的に、条約の規律対象となる涉外関係を導いたのである。

これに対しローマ条約は、そのような間接的手法を採用していない。条約の規律対象となる涉外関係が、実演、レコードおよび放送の各客体との関係で、直接に規定されているのである（4条ないし6条）⁴⁵⁹。たとえば実演の場合、条約上の保護資格が与えられるのは、他の締約国で行われた実演等である。ローマ条約が実演の保護資格として、ベルヌ条約にみられるような国籍（nationality）を選択しなかった理由は、オーケストラ等の集合的な実演における国籍の多様性にある⁴⁶⁰。いずれにせよ、ローマ条約の涉外関係は、各保護客体との関係で、他の締約国であるその行為地を連結点として、直接的に特定されるのである。

このようにローマ条約は、その規律対象となる涉外関係を特定しているが、その一方で、ベルヌ条約が用いた本国概念を用いず、国内法が専ら規律すべき国内関係すなわち条約の規律の及ばない関係を特定しなかった。この結果、条約の規律がおよび得る涉外関係の外延をめぐり、条約採択にあたって一定の議論を生じたのである。それは、外国人実演家が国内で行った実演に関して、その保護の欠缺が生じた場合に関する議論である。

実演の条約上の保護（内国民待遇）の資格は、上記のとおり、実演の行為地が他の締約国（外国）である場合に生じる（条約4条）。すると、ある締約国の国内法の保

⁴⁵⁷ Ulmer, op. cit., p.171.

⁴⁵⁸ Lewinski, op. cit., p.111, para.5.38.

⁴⁵⁹ Ulmer, op. cit., p.172.

⁴⁶⁰ Ulmer, op. cit., p.172, Lewinski, op. cit., p.192, para.6.02.

護資格として国籍が求められる場合、外国人の実演家は当該締約国でいずれの保護も得られないことになる。国内法の保護資格は自国民に限定される一方で、条約上の保護資格も、実演の行為地が国内であるゆえに、その外国人実演家には与えられないからである。

この保護の欠缺状況を解消するために、条約採択の外交会議の場でドイツ代表からなされた提案は、ベルヌ条約 5 条を参考に、他の締約国の国籍を、その場合の保護資格とするものであった⁴⁶¹。

このドイツ提案は、国内における外国人実演家の保護において、国籍に限定した国内法の保護資格と両立し得ない結果を導くものであり、実質的には、国内法の規律内容を条約が修正するに等しいともいえよう。とはいえ、ローマ条約の場合、本国概念を用いず、国内法の専属管轄とすべき規律関係（国内関係）を明確にしなかったことから、条約の規律対象である涉外関係をいかに限界づけるかに関しては明確な制約が存在しない。したがって、このドイツ提案は、理論的な問題はなかったはずである。

ところが、このドイツ提案は結果的に不採択となった。提案者たるドイツ代表の見解によれば、その提案に係る規律対象を涉外関係と解することに問題は無かったが、米国に代表される反対意見は、それを疑問視するものであったというのである⁴⁶²。つまり、明確な国内関係とはいいい難いが、涉外関係としての位置づけにも疑義を生じ得るケースに対しても、条約による規律が慎重に排除されたのである。

前述のとおり、ローマ条約はその規律対象となる涉外関係を明確にするのみで、条約の規律のおよばない国内関係を条約上で明確にすることはしなかった。しかし、上記の外交会議での議論から窺われるとおり、ローマ条約は、その規律が国内法の内容にまでおよぶことを慎重に排除されたうえで、採択されているものと解される。

要するに、このような条約の規律対象の限界づけをめぐる外交会議での議論に照らしても、ローマ条約の規律対象に国内法の内容が含まれるものと解することは一般に困難というべきであり、涉外関係と接点を有さず国内法の内容として明確に位置づけ得る関係に対しては、ローマ条約の規律の余地を認めることはいっそう困難と解されることになろう。

第3節 まとめ

ローマ条約の原則的な規律対象は涉外関係に限定され、国内法の規律は専ら国内法の定めるところに委ねられている。ローマ条約にはその規律対象から国内法を除外すべき旨を定めた明文のルールはないが、条約の規律対象に関する上記原則は、内国民待遇の制度、あるいは、外国人実演家の国内実演に関する保護の欠缺問題をめぐる外交会議での議論の帰結からも、十分に読み取り得るところであった。むしろ、明らかな国内関係

⁴⁶¹ Ulmer, op. cit., p.172-173.

⁴⁶² Ulmer, op. cit., p.173.

とはいいい難くとも、国内法の規律内容の実質的な修正にあたり、純粋な涉外関係と解するのに疑義の生じ得る場面にすら、条約の規律が認められることは困難であった。

要するに、ローマ条約の規律意図は、少なくとも、国内法の規律内容として明確に位置づけ得る事柄に対して認めることは不可能と解されるのである。

すると、国内法の権利概念の構成論という立法課題には涉外関係を見出す余地が無く、それは純然たる国内法の規律内容と解するほかないのであるから、わが国の「著作隣接権」概念の創設に関しても、ローマ条約はおおよそ無関心であると解するほかないであろう。

したがって、わが国の「著作隣接権」概念に関し、その意義解明の手掛かりをローマ条約に求めることは、その規律対象の原則に照らして、おおよそ困難であるというべきこととなる。

第5章 「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かり

以上にわれわれは、ローマ条約にわが国の「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かりを探ることを目的として、まず、ローマ条約の成立の沿革なり条約採択の最終段階の議論を考察し、ついで、ローマ条約自身による著作隣接権概念の扱いの状況を考察し、さらに、ローマ条約の国内法の権利概念の構成論に対する直接的な影響力・拘束力を見極めるために、条約の規律対象の原則について考察を加えた。

これらの考察成果を受けて、ここでの研究課題に対する結論を示せば、つぎのとおりまとめることができよう。

すなわち、条約成立の複雑な沿革とその採択の最終段階の議論状況に照らせば、そもそも、ローマ条約がその成立過程においてすでに著作隣接権なる統一的な権利概念を確立していたものとは解し難く、また、ローマ条約自身が著作隣接権概念の使用意図を有さず、著作権概念との理論的關係の整理にも無関心であると解され、さらに、条約の規律対象は涉外関係に限定され、少なくとも、国内法の規律事項と明確に位置づけ得る事柄に条約の規律が及ぶものと解することは困難であることから、結局のところ、ローマ条約のうちに、わが国の「著作隣接権」概念の構成論という、純然たる国内法の規律事項と解するほかない問題に対し、その規律意図を見出すことはおおよそ不可能なものと解される。

したがって、ローマ条約のうちに、わが国の「著作隣接権」概念の存在意義なりその意義解明の手掛かりを求めることは、理論的には不可能というべきこととなる。

このような結論は、従来のわが国の学説によるローマ条約の評価とも整合する。

すなわち阿部浩二教授は、ローマ条約の作成に至る国際会議での議論を詳細に検討したうえで、国際会議での主たる議論対象が涉外関係に関するものであって、権利の

性質論にまで立ち入る余地はなかった旨を指摘する⁴⁶³。ローマ条約が規律する実演家、レコード製作者および放送機関の三者の権利に関してすでそのような評価が可能であるから、いわんや著作権概念との理論的關係なり著作権概念との相対的観点からする著作隣接権概念の意義の特定など望むべくもなかったものと解される。このことは、先に明らかにした WIPO 解説書が、著作隣接権概念を使用しつつも、それと著作権概念との理論的關係についての整理は依然としてブランクである旨指摘していた点と、整合している。

さらに阿部教授の考察は、国際条約の宿命すなわち広く加盟国を獲得すべきとの目的に照らしても、条約の内容は、各国の国内法の差異、利害關係を踏まえたうえで、三者の保護内容を最低限度のレベルに止めざるを得ないとの制約があった旨を指摘する⁴⁶⁴。

条約作成に向けた議論が直面したこのような現実的な制約に照らしても、当該三者の権利を単一の権利名称のもとに統括し、しかもその理論的性格を著作権概念との關係で明確に位置づけることなども望むべくもなかったことといえよう。そうした権利概念の意義の理論的な限定ないし明確化は、むしろ、その理論的前提を受け入れがたい国にとっては、ローマ条約が加入し難い国際規範と映るはずだからである。

ローマ条約が確立を目指した実演家等の保護規範が、依然として各国の間で整備が進まない状況下においては、著作隣接権概念の使用なり当該概念の著作権概念との理論的關係の確定などは、条約の国際的普及の目的とは、両立の難しい課題であったと考えられる。ローマ条約にわが国の「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かりを求めることが、およそ困難であることは、このような従来の学説が明らかにしてきた条約作成の現実的課題からも、首肯できるところである⁴⁶⁵。

⁴⁶³ 阿部浩二「いわゆる隣接権の保護—国際会議をめぐって」法学 25 卷 2 号（1961 年）160 頁。

⁴⁶⁴ 阿部・法学 25 卷 2 号 160 頁。

⁴⁶⁵ 齊藤博「実演家の権利の発展」『実演家概論—権利の発展と未来への道』（勁草書房、2013 年）21 頁も、ローマ条約上の三者の権利が統一的な「著作隣接権」概念から演繹されたものではなく、著作隣接権は性格と内容を異にする三者の権利を整序するための単なる上位概念に過ぎないと指摘している。

第4部 日本の「著作隣接権」概念の意義

第1章 問題の所在および考察の方法

本研究第2部の考察の成果によれば、ドイツ著作権法にその出自を求め得る著作隣接権概念の意義は、著作権保護基準の創作性の程度に関する価値的基準論および著作権帰属主体に関する創作者主義という、いずれも著作権概念の側の理論的な原則を前提として、これら原則と整合し得ない保護対象なり保護主体を自らの権利枠組みに吸収することにより、著作権に関する原則を維持・保全し、著作権概念の希釈化の回避をはかることに認められるものと解された。

また、本研究第3部の考察の成果によれば、1961年ローマ条約は、わが国の「著作隣接権」制度の導入に際して指摘されたいわゆる「パイロット機能」にもかかわらず、その規律対象を涉外関係に限定するとの原則に照らして、またそもそも、条約のうちに著作隣接権なる統一的な権利概念を確立させていた事実は認め難いとの実情に照らして、わが国の「著作隣接権」概念の意義解明の手掛かりをローマ条約に求めることは困難と解されることがわかった。

以上の成果を用いて、日本の「著作隣接権」概念の意義を探究するのが、この第4部の課題である。それは、ドイツ著作権法上に生成と展開をみた著作隣接権概念の体系的意義を前提として、それとの比較研究により、わが国の「著作隣接権」概念の意義を探究する作業にはかならない。

そこでまず、この課題解明の方法論の整理から始めよう。それはすなわち、この第4部を構成する各章で考察する内容をあらかじめ示すことでもある。

上記のとおり、著作隣接権概念は、理論的には、創作性の程度に関する価値的基準論と著作権の帰属主体に関する創作者主義という、著作権をめぐる法原則の維持・保全を目的とする技術的な概念であると解された。これを換言すれば、当該著作権概念に関する法原則の維持・保全の要なくして、著作隣接権概念の意義なしということである。すると、そうした法原則の維持・保全の必要という、著作権概念側の理論的な課題の存否を確認する作業こそが、わが国の法文脈における「著作隣接権」概念の意義探究の出発点となるはずである。

確かに、著作隣接権概念の必要は、その生成意義と発展的意義のいずれにせよ、著作権概念の希釈化回避という、より抽象的テーマを課題に据えるものであったから、わが国の「著作隣接権」概念との関係でも同様に、著作権概念の希釈化回避の問題意識を探るという方法論も考え得るかもしれない。しかし、そうした問題意識は所詮著作権に関する上記法原則の存在を前提とするものであるし、そもそも、「著作権概念の希釈化回避」とは一種の比喩的表現に過ぎず、その理論的実態は価値的基準論と創作者主義という法原則の維持保全を意味するのであるから、比喩的表現なり比喩的な

問題意識の所在を探究するよりも、それを生じさせる理論的事情の所在を直截に探究することのほうが、方法論としてはより適切であろう。

では、わが法の著作権概念との関係で、この価値的基準論と創作者主義の維持・保全という理論的課題の存否を明らかにするうえで、具体的にはいかなる課題と取り組むべきであろうか。

第一に、著作権保護基準の価値的基準論との関係では、その実質的内容は著作権保護要件たる創作性の程度論にあったわけであるから、具体的には、わが国の「著作隣接権」概念の導入に先立つ解釈論に、著作権保護要件として高度の創作性を求めるべき旨の創作性の程度論が確固たる体系的問題意識として存在したのか否かの解明が、その課題となる。そして、この課題に関する考察対象としては、旧著作権法の保護要件についての学説・裁判例の解釈が、相応しいであろう。つまり、旧法下の学説・裁判例の解釈論における著作物の要件たる創作性の中身が、第一の主たる考察対象である。

第二に、著作権帰属の創作者主義との関係では、その実質的内容は創作者保護の徹底ないし投資事業者への著作権帰属の排除にあったわけであるから、具体的には、わが国の「著作隣接権」概念の導入に先立つ解釈論に、著作権の帰属主体論との関係で、そうした創作者保護の徹底なり事業者保護の排除という考え方が確固たる体系的問題意識として存在したのか否かの解明が、その課題となる。そして、この課題に関する考察対象としては、現行法に設けられた職務著作制度（15条）および映画著作権の法定譲渡の制度（29条）をめぐる立法論議および旧法下の学説が、相応しいであろう。いずれも創作者以外の者への著作権帰属を導く制度であるから⁴⁶⁶、これら制度と創作者主義との理論的關係についての一般的な見方なり認識を制度創設前の議論に探ることにより、同時に導入された「著作隣接権」概念との関係でも、その導入に先立って、わが著作権法の創作者主義の維持・保全に対する問題意識はいかなるものであったかが明らかになるであろう。

そこで、まずつぎの第2章では、価値的基準論と創作者主義の維持・保全という、いずれも著作権概念に関する理論的な問題意識の存否を、わが国の「著作隣接権」概念の導入に先立つ議論に探ることを目的に、第一に、著作権保護基準としての創作性概念の理解（第1節）、第二に、職務著作制度の導入論における創作者主義の体系的徹底に対する問題意識の有無（第2節）、そして第三に、映画著作権の法定譲渡制度の導入論における同様の問題意識の有無（第3節）を、旧著作権法の解釈論ないし現行法の立法論議のうちに考察する。この考察を通じ、わが法の「著作隣接権」概念について、そのいわば他律的な存在理由の存否を明らかにする（第4節）。

⁴⁶⁶ 潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）10頁以下は、職務著作制度と映画著作権の法定譲渡の制度とに関し、それらを創作者主義の原則からの乖離する制度として位置づけ、その根拠等を解明している。

ところで、ドイツ法研究を通じ、著作隣接権を著作権の関係概念と捉え得た本研究の成果に照らすならば、このような、著作権概念側の理論的な事情から演繹的に「著作隣接権」概念の意義を考察する方法論は、論理的には妥当なものと思われる。とはいえ、そうした著作権概念の側から眺めた他律的な存在理由の考察のみでは、「著作隣接権」概念の意義を十分に把握したことにはならないであろう。これに加え、「著作隣接権」の概念なり制度自体が、「著作権」制度とは異なる制度として、何を自らの根拠とし、それにより「著作権」制度との間で差別化をはかろうとしたのかという、いわば自律的な観点から、「著作隣接権」概念の存在理由を考察する必要がある。このような、いわば自律的な存在理由に、著作権概念の機能をもってしては実現し得ないものが見出されるのであれば、そこに、「著作隣接権」概念の意義を認め得るからである。

そうした自律的な存在理由の中身は、無論、「著作隣接権」概念を新たに導入した現行著作権法の制度趣旨なり立法者意図を考察することで、明らかにされ得るであろう。

ところで、今日の著作権法学説によれば、「著作隣接権」の制度趣旨の解釈をめぐることは、内容を異にする2つの見解の対立がみられる。

一方は、著作物の創作に準じた創作活動の奨励を目的に、「著作物に準ずる準創作物」を「著作隣接権」の保護対象と解する見解である⁴⁶⁷。他方は、著作物等の情報の伝達行為に要する投資保護を目的に、「著作隣接権」の趣旨をその投資主体である伝達者の保護に求める見解である⁴⁶⁸。

その内容に照らすならば、本研究を進めるうえで、便宜上、前者は「準創作行為保護説」と、また、後者は「伝達行為保護説」ないし「投資保護説」と称することができよう。実演、レコードおよび放送の共通の権利客体に関して、前者の準創作行為保護説は、その保護対象なり保護根拠を客体の創作的要素に見出す見解であるのに対し、後者の伝達行為保護説ないし投資保護説は、それを伝達行為を行う事業者の投資利益に見出す見解であると解される。両説は、「著作隣接権」の保護対象と保護主体の双方の観点において、見解の相違をみる。

そこで、第3章では、まず、わが国の「著作隣接権」の制度趣旨を明らかにするため、上記解釈の対立軸に沿い、第一に、保護対象の観点から、創作的要素および投資利益の双方と「著作隣接権」の保護対象との関係を考察し（第2節、第3節）、第二に、保護主体の観点から、とりわけ投資主体たる事業者と「著作隣接権」の保護主体との関係を考察する（第4節）。その後、これら考察を通じて特定した制度趣旨の理

⁴⁶⁷ 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）551頁。

⁴⁶⁸ 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）539頁、540頁、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）518頁、520頁、高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）244頁、茶園成樹編『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2016年）264頁〔茶園成樹〕、島並良ほか『著作権法入門〔第2版〕』（有斐閣、2016年）204頁、205頁〔横山久芳〕。

解に基づき、わが法の「著作隣接権」概念について、著作権概念側の理論的事情とは切り離された、その自律的な存在理由の中身を明らかにする（第5節）。

以上の考察を経たわれわれは、著作権概念の理論的事情から導かれる「著作隣接権」概念の他律的な存在理由の存否を知り、そして、現行法の立法趣旨としての「著作隣接権」概念の自律的な存在理由の中身を知ることにより、ようやく、わが法における「著作隣接権」概念の意義の解明が可能になる。

そこで、第4章では、「著作隣接権」概念の解釈として、まず、他律的存在理由および自律的存在理由の考察の成果を踏まえ、「著作隣接権」概念がわが著作権法の体系内で著作権の概念とは別個に存在することの理論的な意義について、本研究の結論を示す（第1節）。先取りするならば、そこに示されるのは、「著作隣接権」概念の理論的存在意義の欠如という結論である。そこで、この結論を受け、理論的な存在意義を欠く権利概念が、何故に現に制定法上の概念として社会的に存在し得ているのかという疑問について、「権利」概念や「法律」に対する日本人の法意識の特色を指摘した法社会学の知見に示唆を求め、その若干の説明を試みる（第2節）。また、「著作隣接権」概念の理論的意義の欠如という結論を、著作権概念による代替可能性の意味に捉え直すことにより、米国著作権法の著作権概念の機能と比較しながら上記結論の妥当性を実証的に考察するとともに、「著作隣接権」概念の実践的な意義を改めて確認する（第3節）。

第2章 「著作隣接権」概念の他律的存在理由の存否

第1節 著作権保護基準—高度創作性を要請する創作性の程度論の存否

旧著作権法（明治32年法律第39号）は、保護対象である著作物に関する定義規定を欠いていた。その1条が、「文書演述図書彫刻模型写真演奏歌唱其ノ他文芸學術若ハ美術（音楽ヲ含ム以下之ニ同ジ）ノ範圍ニ属スル著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ權利ヲ専有ス」と定め、保護される著作物の類型と範囲は定めたものの、創作性要件の中味の理解は、もっぱら解釈に委ねられたのである⁴⁶⁹。

他方、現行著作権法（昭和45年法律第48号）は、2条1項1号に「著作物」の定義規定を設け、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、學術、美術又は音楽の範圍に属するものをいう」と定める。しかし、明文の保護要件とされた創作性（「創作的に」）について、それを定義する規定はないことから、現行法が立法に際して前提とした創作性要件の理解を、法文上にはもちろん、現行法の立法資料にも、求めることは困難である。

⁴⁶⁹ 小林尋次『〔再刊〕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—』（第一書房、平成22年）30頁。

結局のところ、「著作隣接権」概念の現行法への導入に先行して存在していた、著作権保護基準としての創作性要件の一般的理解に、価値的基準論、すなわち高度の創作性といった「創作性の程度」を要請する発想が存在していたかを探ろうとする場合、その手掛かりは、創作性要件に関して旧法のもとで展開されていた学説および裁判例の解釈論となる。

そこで、まずは次項において、旧法の主要な学者と現行法立案者の見解を参照し、「著作隣接権」概念の導入の前夜に存在していた、創作性要件の理解に関する学説の分析を行う。

第1項 「著作隣接権」概念導入前の議論—学説

(1) 水野鍊太郎博士の見解

まず旧著作権法の起草者である⁴⁷⁰水野鍊太郎博士の所説である。

水野によれば、著作物とは、「英語ノ Work…獨語ノ Werk ニ該當スル語ニシテ吾人ノ頭腦ノ働ニ因リテ生シタル一切ノ創作物」である⁴⁷¹。これを素直に読めば、「一切」の「創作物」を、つまり「創作物」において質的評価の点で例外を設けることなく、著作権の保護対象たる著作物と認める趣旨と解される。すると、水野の見解は、著作物が具備すべき創作性については、一般論として、その質的程度を不問とする見解であると解されよう。

このような見方が妥当であることは、編集物の創作性の捉え方に関する水野の見解からも知り得る。旧法 14 条は、既存著作物の選択・配列による編集物につき、著作権保護の可能性を定めた。水野はこの規定の解釈にあたり、「創作的事實ハ必スシモ…狹義ニ解スヘキニ非ス編輯ト雖モ排列ノ順序、選擇、蒐集ノ方法ノ如キ精神的工夫ヲ要シ創作的能力ノ發頭タルヤ疑ナシ」と説く。すなわち、まず、創作性要件を狹義に解する態度が排除されたうえで、編集物の創作性を基礎づける「精神的工夫」にも、何ら質的な限定は意図されないようである。その論旨に照らせば、水野が著作物に求める創作性とは、価値的基準なり質的程度とは無関係の要件であると解される。

また、このような創作性要件の捉え方が、編集物のみならず、改作の著作物との関係にも妥当するものと考えられていることは、旧法 19 条に関する水野の解釈論から読み取ることができる。

旧法 19 条は、既存著作物に付加された修正増減の表現が、新たな著作物として評価される可能性を定めた規定である。問題となるのは、当該「修正増減」の保護と不保護の限界づけである。「修正増減」は新たな著作物（今日で理解される 2 次的著作物）の創作性を基礎づける唯一の根拠と解される。したがって、その限界づけを説くにあたり、水野が前提とする創作性要件の捉え方が自ずと明らかになるといえよう。

⁴⁷⁰ 水野鍊太郎『著作権法』（水野鍊太郎著作権論文刊行会、昭和 49 年）1 頁。

⁴⁷¹ 水野・前掲書 67 頁。

旧法 19 条の解釈にあたり、水野は、当該「修正増減」について、その程度が、「實質ニ於テ原著作物ヲ其儘ニ複製シタルニ過キ」ない場合には「新ニ著作権ヲ發生スルコトナシ」とする一方で、「精神的勞力ヲ費シ創作的著作物ト看做サルヘキ場合」には「新著作物トシテ著作権ノ目的物タルヤ固ヨリナリ」というのである⁴⁷²。

この見解で、後段部分が「新著作物」の成立根拠を「創作的著作物」との評価に置く点には、循環論の嫌いが無いではない。しかし、水野が、その前段部分で、「新著作権」の発生が否定される場面を「原著作物ヲ其儘ニ複製」の場面に限定して解する点は、創作性要件の捉え方を窺ううえで重要と思われる。すなわち、付加された「修正増減」について、改作著作物の創作性を基礎づける要素としての限界づけが、原著作物の「其儘ニ複製」、あるいは、水野の他の体系書の表現によれば、「單ニ他人ノ製作物ヲ模倣シタルニ過ギザルモノ」⁴⁷³に対してなされているに過ぎない。つまり、付加された「修正増減」が既存著作物の「其儘」の複製あるいは「模倣」にあたらなければ、当該付加的表現の創作性は承認されるのであり、それ以上に、既存著作物との相違性について質的・量的な程度は問われないわけである。

ここでもやはり、水野が著作物の要件として前提とする創作性が、質的程度や価値的評価とは無関係な概念であったと解することができよう。

（２）勝本正晃博士の見解

勝本正晃博士は、昭和 15 年に公にされた旧著作権法の体系書において、著作物要件に関してこう述べている。「著作物たる精神的労作は著作者の獨創に依る特性を具備することを要する。此點に就いては翻譯、編輯が問題となるが、之等についても、如何に翻譯又は編輯を為すべきかに就いて獨創が現はれてゐなければならぬのであつて、かゝる限度に於てのみ著作者たり得る」⁴⁷⁴。勝本はこれに続き、職業別電話帳に関し一般論ながら著作権保護を肯定した裁判例（東京地判大正 8・6・20 評論 8 卷諸法 237 頁）を挙げ、編集物の保護可能性にも言及する⁴⁷⁵。

勝本の解する創作性要件の中味を知るうえでは、上記の「獨創に依る特性」の意味するところが重要である。限られた叙述のなかにその理解の手掛かりを求めれば、「獨創」性の具備を翻訳物と編集物との関係で一旦問題視しながらも、その承認例の裁判例を肯定的に引用し、また、「獨創」性の判断手法に関し「…に就いて獨創が現はれてゐなければならぬ」と述べる一方で、その「獨創」性の質的程度等の判断基準には一切の言及をなさない点に照らすならば、勝本が「獨創」概念のもとに説く創作性も、質的程度を問わない要件と解することが可能であろう。

⁴⁷² 水野・前掲書 72 頁。

⁴⁷³ 水野鍊太郎『著作権法要義』（有斐閣書房、明治 32 年）80 頁。

⁴⁷⁴ 勝本正晃『日本著作権法』（巖松堂、昭和 15 年）87 頁。

⁴⁷⁵ 勝本・前掲書 88 頁。

このような見方が妥当であることは、勝本が昭和 24 年に著わした著作権法の改正私案に照らしても明らかと思われる⁴⁷⁶。

同改正私案は、旧法が備えなかった著作物の定義に関する規定を設け、その 1 条に、「一定の思惟を客観的に感知し得、且つ固定又は複製、放送その他公開し得べき状態において表現したときは、その表現の上に著作権が成立する。」と定めている⁴⁷⁷。勝本が、この定義規定の解説にあたり特筆するのは、著作物の範囲（文芸、学術、美術の範囲）に関する要件の不要性と客観的表現の必要性の 2 点にとどまる。そこには、保護要件として求められる創作性なり独創性の程度については、言及が認められない。要するに、勝本の改正提案のうちに、著作権保護要件としての創作性について、その質的程度を求めようとする発想を、明示的に認めることはできないのである。

そして、この著作権法の全面改正に関する勝本私案は、その序文によれば、法改正を念頭におく当時の文部省が、その有益性に鑑み公刊を促したものとされる⁴⁷⁸。すると、このような勝本私案の学説としての特殊な扱いに照らすならば、著作権保護要件としての創作性に特段の質的程度を問わない発想にしても、勝本の単なる私見の域にとどまらず、旧著作権法の改正前において、旧法解釈の理論的到達点として、いわば通説的な見解となり得ていたとの推測も、可能なように思われる。

（３）城戸芳彦博士の見解

城戸芳彦博士は、昭和 18 年に著わされた旧著作権法に基づく体系書において、著作物の保護要件について、「著作物が精神的創作物であるが爲には獨創性を有することを要す」と述べ、「獨創性」をその要件と解している⁴⁷⁹。すなわち、著作権保護要件としての創作性は、城戸によれば「獨創性」と表現されるのである。しかしながら、その「獨創性」概念は、「相對的・比較的概念」に過ぎず、それが「先人の文化、時代の思想と隔絶した絶對的の創作」とは異なる旨も説かれる⁴⁸⁰。さらに、創作性（「獨創性」）の実質的中身については、「先人未發の思想感情の表白のみを要求するものではなく、著作物の本質に於て獨創性を具備すれば足り、消極的には既存著作物の改竄・剽窃・模倣でなければそれを以て足る」と説かれるのである⁴⁸¹。

要するに、城戸の見解は、創作性要件に関し、「模倣か否か」といった創作行為の形式的・客観的な評価を基準とするものに過ぎず、その創作の質的程度といった実質的・主観的な評価を問おうとはしない発想であったと理解することができる。

⁴⁷⁶ 勝本正晃『著作権法改正の諸問題』（法文社、昭和 24 年）。

⁴⁷⁷ 勝本正晃『著作権法改正の諸問題』（法文社、昭和 24 年）108 頁。

⁴⁷⁸ 勝本正晃『著作権法改正の諸問題』（法文社、昭和 24 年）1 頁。

⁴⁷⁹ 城戸芳彦『著作権法研究』（新興音楽出版社、昭和 18 年）30 頁。

⁴⁸⁰ 城戸・前掲書 30 頁。

⁴⁸¹ 城戸・前掲書 31 頁。

城戸の説く著作物の一般的要件としての「獨創性」概念が、質的程度を不問とする概念であることは、自らが用いた同概念と旧法 22 条ノ 3 後段が映画著作物の保護期間を定めるに際して用いた獨創性概念との相違を説く中でも、明確にされている。

旧法 22 条ノ 3 後段は、映画著作物の保護期間に関し、「獨創性ヲ有スルモノ」については、著作物一般の保護期間と同様とする一方で、「之ヲ欠クモノ」については、写真著作物の場合と同様の短期の保護期間（発行後 10 年）を定めた規定である。映画著作物は「獨創性」の有無で保護期間を分けるものとされたのである。

これに関し城戸は、映画の保護期間を分ける「獨創性とは…高度の獨創性を意味」し、短期の保護期間となる映画の場合には、「之を必要としないとの趣旨である」と説く⁴⁸²。すなわち、旧法 22 条ノ 3 の条文で使用される獨創性概念は、城戸が著作物一般に関して説いた「獨創性」概念とは異なり、相対的に高度な要件を意味するということである。城戸は、この「高度の獨創性」を具備する映画の例として、「映画脚本類を映画化した所謂劇映画、及漫画映画・影絵映画等の藝術映画、其他、科學映画・教育映画等の所謂文化映画」を挙げ、また、それを具備しない映画の例として、「自然の現象・風物・其他を撮映したる観光・風景映画、ニュース・記録映画」を挙げる⁴⁸³。

すなわち、城戸の解釈によれば、旧法 22 条ノ 3 の獨創性を欠く記録映画等も、一般的な著作物の要件として城戸の説く創作性（「獨創性」）は備えるのである。つまり、城戸が著作権の一般的な保護要件として説いた創作性（「獨創性」）は、長期保護期間の映画について旧法 22 条ノ 3 がとくに求めた「高度の獨創性」とは異なり、質的程度とは無関係の、それを不問とする要件と解されることになる⁴⁸⁴。

（４）小林尋次弁護士の見解

旧内務省で著作権行政を担当し旧著作権法の改正（昭和 6 年）に立案者としても携わった小林尋次弁護士は、昭和 33 年に著した旧法の体系的研究書において、著作物の保護要件に関し、「著作物は、獨創性（Originalität）を有するものでなければならぬ」と説いたうえで⁴⁸⁵、その獨創性の意味について、つぎのように敷衍する。

すなわち、「獨創という言葉に厳格に解釈すると…何れにも類例を見ない独特のものと言うことになるが、凡そ何人と雖も…純粹独自の思想を生み出すことは考えられない」、「『獨創性』と言うのは、その思考、思惟に独自の創作の努力が払われ、その成果に独自性が表れて居れば良い」、「作者の独自の意図を以て題材を選定し、之

⁴⁸² 城戸・前掲書 31 頁。

⁴⁸³ 城戸・前掲書 82 頁。

⁴⁸⁴ もっとも、上野達弘「創作性」『知的財産法の理論的探究（現代知的財産法講座Ⅰ）』（日本評論社、2012 年）182 頁は、城戸の見解とは異なり、長期保護期間の映画の要件とされる「獨創性」を著作物一般に要される要件と同等のものと理解を示している。しかし、この「獨創性」を欠く記録映画等の短期保護期間の映画著作物の存在を前提とすると、法体系的には、城戸の示す「獨創性」の解釈論が整合的であるように思われる。

⁴⁸⁵ 小林・前掲書 27 頁。

を整理し、之に独自の形式を付与することによって、独創性ある成果が生まれる」、
「著作物たるには、作品に個性…乃至人格性…が存するものでなければならない。単純に他人の作品を借用したもの、日常の会話及び通信、事務的文書…等はこの意味で独自創作性を欠き、著作権保護の対象とはならない」、「著作権保護の対象たるためには、『個性乃至人格性』の存する作品でなければならないと述べたが、此の点を簡単明瞭に表現するならば、『独立の新著作物』と認定されるものであれば良いとも言い得る」と述べる⁴⁸⁶。

要するに、小林の理解する創作性要件（独創性要件）は「独自性」を意味する。そして、小林の言葉から解釈すれば、この「独自性」とは、厳格解釈を要するものではなく、すなわち、他者の作品の模倣に該当せず、単純な修正増減を超え、かつ、日常的なありふれた表現にも該当しない個性的表現には認められる要件であると解されよう。その点は、小林が改めて、「著作物が著作権保護を受けるためには、独自の創作性でなければならないのであって、単に他人の著作物を借用したり、単純な増減修正を加えただけでは著作権保護を受け得ない」⁴⁸⁷と述べる点からも、読み取ることができる。

つまり、小林の説く見解にも、創作性要件に質的な程度や価値的評価を求める発想は認め難いのであり、その創作性要件は、質的程度を不問とする要件として解されていたものとみることができる。

（５）山本桂一博士および現行法立案者の見解

最後に現行著作権法の立法時期に旧法の解釈論を示す体系書を著した山本桂一博士、そして、現行法立案者である佐野文一郎氏の所説を考察する。

山本は、「著作権の本源的な発生原因」と解する「創作」の一般的意味について、「完全な独創ということはむしろ稀で、…先人の影響があることが通常」と述べたうえで、その具体論として美術著作物を例に挙げ、「完全な模写模造でない限り、創作性を認めてよい」と説く⁴⁸⁸。その他の著作物との関係でも、「単純に他人の作品を借用したものは、独創性を欠き、創作とはいえない」と述べている⁴⁸⁹。

佐野は、まず創作性要件の一般的意味に関して、「まったくの独創だとかあるいは前人未踏だということをいう必要はない」、「ほかのものの極端な模倣でない、その著作者なりのものが出ていればいい」と説く⁴⁹⁰。その具体論においても、「交通公社の発行している『時刻表』は、少なくとも編集著作物としての保護を受ける」⁴⁹¹と説かれ、実用的表現物の保護は難なく肯定され、さらに、「普通の埋め草的なもので、

⁴⁸⁶ 小林・前掲書 27-28 頁。

⁴⁸⁷ 小林・前掲書 29 頁。

⁴⁸⁸ 山本桂一『著作権法〔再版改訂〕』（有斐閣、1973 年）63 頁。

⁴⁸⁹ 山本・前掲書 64 頁。

⁴⁹⁰ 佐野文一郎・鈴木敏夫『新著作権法問答』（新時代社、1970 年）103 頁〔佐野文一郎〕。

⁴⁹¹ 佐野・前掲書 107 頁。

全部著作物性があると判断してかかったほうがいい」、「一般的には、著作物性の有無を判断する場合に、迷ったらいちおう著作物だと考えて処理するのが正しい」とも説かれている⁴⁹²。

いずれの見解も、創作性を他者の表現物の「模倣でないこと」と同義に捉えている。両説とも、創作性の否定場面を、他者表現の「借用」なり「極端な模倣」の場合に限定し、創作性が肯定される場面を例外的なケースとは解さない考え方である。

要するに、現行法の立法当時の有力学説とその立案者のいずれの見解にしても、著作物に求められる創作性を、質的な程度論とはまったく無関係の要件と解する考え方であることがわかる。

第2項 「著作隣接権」概念導入前の議論—裁判例

「著作隣接権」概念の導入に先立つ旧法上の解釈として、著作物の保護要件としての創作性が裁判所によって如何に解釈されていたかを探るのが、ここでの課題である。とりわけ、創作性要件に高度の価値的な基準を設定していたものと解し得るかが、解明の焦点である。

ところで、著作物の諸類型のうち、小説、音楽のように、表現の多様性をほぼ無制約に想定し得る芸術的表現物の場合、個性を発揮する余地はほぼ無限定であるから、裁判所としても、保護要件の吟味にあたり、創作性の程度の多寡を捉える必要性が少なくと解される⁴⁹³。これを換言するならば、芸術的表現物の場合は、創作者が他の表現に依拠せずに独立創作したとの形式的判断がなされるならば、創作性の存否について明示的な吟味が要されずに、個性的表現の存在が推定できるともいえる⁴⁹⁴。つまり、そこでは、裁判所の判断の前提とする創作性の中身が、その程度論の存否を含め顕在化する可能性が小さいといえる。

これに対し、編集物等の事実的・機能的な表現物の場合は、その事実性・機能性のゆえに、表現に個性を発揮する余地が限定されるから⁴⁹⁵、そのような表現類型においては、独立創作の形式的な判断のみでは、保護要件としての創作性の存在が推定困難であり、その結果、創作性の存否が実質的に吟味され、そこに裁判所が前提とする創作性の認定基準が顕在化しやすいといえよう⁴⁹⁶。事実的・機能的な表現類型の場合に、創作性の程度に関する価値的基準論の採否を含めた、創作性要件の実質的な基準の捉え方が現れやすいといえる。

⁴⁹² 佐野・前掲書 108 頁。

⁴⁹³ 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究 28 号（2003 年）3 頁、6 頁。

⁴⁹⁴ 蘆立順美「編集著作物およびデータベースにおける創作性」著作権研究 28 号（2003 年）25 頁は、芸術的表現物の場合には、個性の発揮の余地がどの程度あるのかという検討が省略される旨を指摘する。

⁴⁹⁵ 小泉直樹「機能的著作物の創作性」著作権研究 28 号（2003 年）14 頁。

⁴⁹⁶ 中山・前掲「創作性についての基本的考え方」6 頁、蘆立・前掲「編集著作物およびデータベースにおける創作」25 頁。

そこで、以下には、まず最初に、芸術的な表現類型に関して、その著作権保護の要件論を吟味した希少な大審院判例を採り上げ、そこに創作性の程度論の存否を確認したうえで、ついで、事實的・機能的な表現類型に関し、その創作性要件の具備を実質的に吟味したものと考えられる裁判例を、主として旧法の解釈のなかから複数抽出し、「著作隣接権」概念の創設の前夜におけるわが著作権法上の創作性要件の捉え方について、分析しようと思う。

そもそも、旧法施行下の裁判例の件数は豊富といえず、しかも、ここでの課題である創作性要件の内容を吟味した事件数はさらに限定されざるを得ないが、そのような中にも、保護要件としての創作性の程度論の要否について、裁判所実務の基本的な考え方を捉えてみたいと思う。

（１）明治 40 年「逋信省絵葉書複製」事件⁴⁹⁷

本件は、国（当時の逋信省）の作成・発行にかかる絵葉書の無断複製・販売行為との関係で、当該絵葉書の著作権保護の可否が争点となった大審院判例である。その掲載判例集（刑録）からもわかるように、本件は、刑事裁判に私訴としての損害賠償請求が附帯した事件である。大審院は結論において、絵葉書の著作権保護を認めている。

本件は、著作権保護の可否を争点とする希少な大審院判例ではある。とはいえ、その判旨に、著作物保護要件としての創作性の吟味を直接に読み取り得るわけではない。上告理由は、絵葉書の著作物性を必ずしも争うわけではなく、旧法の定めた保護著作物の「範囲」⁴⁹⁸と絵葉書との関係を争うもののようである。これに対し大審院は、当該絵葉書に関して、「観艦式陸軍凱旋観兵式…靖国神社ノ図」「我主力艦隊敵艦遊撃ノ図」「東京郵便電信局ト郵便発着所ノ図」等の「人又ハ物ノ形象ヲ描寫シタル絵葉書ニシテ著作権法第 1 條ノ所謂図画ナルコト明カ」と述べ⁴⁹⁹、絵葉書が「図画」としての著作物に該当する旨を判示する。

もっとも、大審院が当該の絵葉書に著作物性を認めたことは疑いない。そして、その根拠を示す判示部分としては、「人又ハ物ノ形象ヲ描寫シタル絵葉書ニシテ」の部分のほかには認め難い。

すると、ごく限られた文字数とはいえ、そこに表現された大審院の著作物性判断の根拠に創作性の程度に関する文言が認められない点に照らすならば、少なくとも明示的には、本件の大審院判例から、著作権保護要件としての創作性に質的な程度を問おうとする考え方は認め難いということができよう。

（２）大正 3 年「桃中軒雲右衛門」事件⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ 大判明治 40 年 3 月 18 日刑録 13 輯 263 頁。

⁴⁹⁸ 当時の旧著作権法 1 条 1 項は「文書演述図画彫刻模型寫眞其ノ他文藝學術若ハ美術ノ範圍ニ属スル著作物ノ著作人ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ權利ヲ専有ス」と定めた。

⁴⁹⁹ 刑録 13 輯 270 頁。

⁵⁰⁰ 大判大正 3 年 7 月 4 日刑録 20 輯 1360 頁。

本件は、浪曲芸人である桃中軒雲右衛門の作成にかかる浪花節の音楽について、それを収録した蓄音機（レコード）が発売されたところ、その偽造レコードの製作・販売行為との関係で、浪花節の音楽の著作権保護の成否が争点となった大審院判例である。本件は、周知のとおり、わが国の不法行為法の歴史の中で、その成否に関する権利侵害の要件を限定的に解する立場の代表例として捉えられてきた判例である⁵⁰¹。本件も、前記（1）事件と同様、掲載判例集（刑録）に示されるとおり、刑事事件を基礎に、そこに損害賠償請求の私訴が附帯する裁判例である⁵⁰²。

東京地裁の1審判決は、本件の浪花節について、「著作権法ニヨリ保護セラルル著作物ハ汎ク文藝學術若クハ美術ノ範圍ニ属スル精神的創作物ヲ包含スル…右ノ内…就中所謂音楽的著作物ト称スルモノハ…音階旋律又ハ曲節及ビ音調ニヨリ成立スル独創ノ美的表出物ヲ汎称スルモノト解スベク…從テ特種ノ音楽的意思表示ノ存スルトコロ茲ニーノ音楽的著作物ヲ生スルモノト謂フベシ」と判示し⁵⁰³、その音楽著作物性を肯定していた。

他方、この結論を維持した2審（東京控訴院大正2年12月9日）⁵⁰⁴に対する上告審において、大審院は原審判断を排斥し、その音楽著作物性を否定した。

大審院が検討の対象としたところは、雲右衛門が自らの即興的な演奏によって創作する楽曲が著作権の保護を受けるか否かの点にある。

この点について、大審院は、「即興的音楽」の場合は、「演奏者ノ主観ニ於テ其旋律ガ確定スル場合」または「演奏者ガ特ニ楽譜ヲ作りテ之ヲ固定セシメタル場合」のほかは、「音楽的著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受ルコトヲ得ズ」とする⁵⁰⁵。もちろん、楽譜への固定を音楽著作物の保護要件とするわけではないが、「其音楽ガ先人未發ノ新ナル旋律ヲ包含スルコト」は「其音楽ニ著作物タルノ性質ヲ認ムル」ための「必要条件」に過ぎず、著作権保護の十分条件としては、「其創意ニ係ル新旋律」が「定型ヲ成シテ其頭腦ニ深キ印象ヲ存シ因テ以テ作曲者ヲシテ随時随所ニ之ヲ反覆セシムベキ可能性ヲ有スルノ程度ニ於テ熟シタルコト」を要すると説くのである⁵⁰⁶。そして、本件の場合、レコードへの無断複製の対象となったのは、「雲右衛門ガ…古人数名ノ事蹟ヲ叙シタル文句ニ其創意ニ係ル音階曲節ヲ配シ独得ノ聲調ニ依リ演述シタル音楽的聲音」であるとはいえ、それが、「反覆スルコトヲ可能ナラシムル程度ニ於テ熟シ

⁵⁰¹ 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣、1974年）32頁。能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌44巻2号（2009年）208頁は、この事件が、不法行為の成立要件との関係で、「権利を厳格に考えるのか柔軟に考えるのか、そもそも権利侵害という要件を必須の要件と考えるか否か、という不法行為法にとって重要な論点の出発点となっている」と指摘している。

⁵⁰² 本件訴訟に至った紛争の背景やその時代背景あるいは技術的背景も含め、本事件を総合的に考察する論考として、能見・前掲183頁。

⁵⁰³ 東京地判大正元年11月11日法律新聞828号26・27頁。

⁵⁰⁴ 判例集未登載。参照、能見・前掲201頁。

⁵⁰⁵ 刑録20輯1392頁。

⁵⁰⁶ 刑録20輯1391・1392頁。

タル確定的旋律ヲ包含スルヤ」は原審確定の事実には照らし肯定できないゆえ、そこに著作権保護を否定せざるを得ないというのである⁵⁰⁷。

要するに、音楽著作物の要件論に関する判旨の焦点は、音楽の定型性と「随時随所」におけるその反復可能性の有無にあると解される⁵⁰⁸。楽譜を使用しない本件浪花節には、これらを認め難いというのが、その音楽著作物性を否定した大審院の論拠である。大審院が音楽著作物性を否定した論拠に、浪花節の創作性の程度の吟味とその未充足の判断を認めることは、困難といえることができる。

もともと、今日の学説には、この定型性・反復可能性の付加要件という「厳しい要件」の背景に、「浪花節に対する偏見にも近い特有の音楽論」を指摘する見解もある⁵⁰⁹。確かに、大審院の判示には⁵¹⁰、本件の音楽を、「我国ニ於テ従来行ハレタル低級音楽ノ一種タル浪花節（傍点筆者）」と述べる部分も見られる。しかし、その判示の直後には、「雲右衛門ガ…其独特ノ創意ニ依リ…瞬間ニ於テ作曲演唱シタルモノ」が「普通一般ノ浪花節藝人ノ演唱中ニ存セザル新旋律ヲ包含スル」とも説かれる。そこには、むしろ、本件浪花節の「新旋律」について、相対的には高度な創作性に対する評価も窺うことができるように思われる。こうした点に照らすならば、浪花節に対する「低級音楽」との大審院の表現には、旋律の芸術的な評価の意味ではなく、技術的な次元における高低の意味を読み取ることも可能であろう⁵¹¹。

いずれにせよ、大審院が、この「低級音楽」論を創作性要件の解釈として述べ、それを根拠に浪花節の音楽著作物性を否定したものと解することは、前示の判旨の論理に照らして困難と解されよう。

すると、本件の大審院の明示的な判決文からは、前記（1）事件の大審院判例の場合と同様、著作権保護要件としての創作性に質的な程度を問おうとする考え方は認め難いといえることができる。

（3）大正8年「職業別電話帳」事件⁵¹²

本件は、勝本博士が前掲体系書で⁵¹³、職業別電話帳の保護可能性を説くに際し言及した民事事件の裁判例である。事案は、原告作成の職業別電話帳に関し、著作物性（「著

⁵⁰⁷ 刑録 20 輯 1393-1394 頁。

⁵⁰⁸ 同様の理解を示す見解として、大村敦志『不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点』（有斐閣、2011 年）90 頁、松井正道「判批」著作権判例百選（別冊ジュリスト 91）（1987 年）169 頁。これに対し、大家重夫「判批」著作権判例百選（別冊ジュリスト 91）（1987 年）163 頁は、大審院が求めた定型性・反復可能性の要件を解釈論を超えとの理由から著作物の「水準」に関する要件に読み換えて解そうとし、また能見・前掲 208 頁は、大審院が浪花節の著作権保護を否定した根拠を、新旋律の欠如の点に見出している。

⁵⁰⁹ 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』（東京布井出版、1996 年）108 頁、同「実演家の権利の発展」『実演家概論—権利の発展と未来への道』（勁草書房、2013 年）13 頁。

⁵¹⁰ 刑録 20 輯 1393 頁。

⁵¹¹ 大村・前掲書 91 頁。能見・前掲論考は、雲右衛門の庶民の間での人気ぶり（185 頁）、本件で偽造対象とされた浪花節レコードの積極的な製作・販売活動の実態（188 頁、190 頁）を明らかにしている。

⁵¹² 東京地判大正 8 年 6 月 20 日法律評論 8 巻諸法 237 頁。

作権ノ目的物タリ得ヘキモノ」)を認めつつも、訴外第三者作成の既存電話帳との同一性を根拠にその著作権の取得を否定し、著作権侵害を原因とする原告請求を棄却するものである。

判旨において、裁判所の創作性要件の捉え方との関係で注目すべき点は、職業別電話帳の著作権保護の可能性を、一般論として考察する際に、「人名簿」を例に挙げ、その著作権保護と不保護との限界づけに関し、つぎのように述べる点である。

すなわち、「例令バ…単純ナル人名簿ノ如キハ何レモ著作権ノ目的物タリ得ザルモノト謂ハザルヲ得ズ然リト雖モ苟クモ相当思考力ヲ旋ラシ組織的ニ之ガ排列方法ヲ講ジ新タナル思索ノ内容ヲ保有セルモノト認ムベキモノニアッテハ右人名簿ノ如キモノニ著作権ヲ認メ之レヲ保護スベキ理由アルコト多言ヲ俟タズ(傍点筆者)」⁵¹⁴というのである。

要するに、判旨によれば、著作権保護対象となり得る「人名簿」と保護されない「単純なる人名簿」とを分ける基準は、「相当思考力ヲ旋ラシ組織的ニ之ガ排列方法ヲ講ジ新タナル思索ノ内容ヲ保有」するか否か、つまり、編集上の組織的な配列方法において、「新たな思索内容」を認め得るか否か(存否)の一点にある。それ以上に、「思索内容」の質的程度なり価値的な評価は問われていない。

このような質的程度を問わない保護要件の捉え方は、事案で具体的に問題となった職業別電話帳に関する保護の可否の判示部分にも、窺うことができる。すなわち判旨は、原告が「電話番号ヲ職業ニヨリ見別シ容易ニ索引シ得ベキ考案ヲ旋ラシ」た旨主張する職業別電話帳に関し、「右事実ヲ認メ得ベキ」ゆえに、「斯ル電話帳ハ毫モ思索ノ内容ヲ認ムベカラザル単純ナル人名簿等ト區別」し得るとして、当該電話帳が著作権保護を受け得る旨を認めるのである⁵¹⁵。要するに、著作権保護を承認する根拠は、原告の電話帳を、「毫モ思索ノ内容ヲ認ムベカラザル」ものとは解し難いとの一点に置かれているのである。

判旨は、創作性要件の解釈論を意識的に判示するわけではないが、それは、先に述べたとおり、旧法が著作物保護要件としての創作性概念を条文に明記していなかったことによるものであろう。また本件は、著作物性の否定例ではないから、著作権保護の最低限の基準を明示しそれを適用するものではない。しかし、「思索内容」の欠如は認められないとの一事をもって著作権保護の根拠とする判旨は、実質的な保護の最低基準を「思索内容」の存否におき、その質的な程度を問わないものと解することができよう⁵¹⁶。

⁵¹³ 勝本・前掲『日本著作権法』88頁。

⁵¹⁴ 法律評論8巻諸法237頁。

⁵¹⁵ 法律評論8巻諸法237頁。

⁵¹⁶ 裁判所が結論において、原告電話帳に関する著作権取得を否定した理由は、訴外第三者作成の既存電話帳に「職業ヲいろは別ニ區別シ排列シタル根本着想ニ於テ全ク同一思考ニ出」るものが存在し、両者の間に認められる「多少ノ修正増減」にも「新ニ著作権ヲ認メ得ヘキモノ」ではないと判断したからである。つまり、原告電話帳の著作権保護を承認し得る創作性は、原告に由来するものではないとの判断である。

すなわち、本件裁判所が前提とする著作権保護要件としての創作性とは、質的程度を問わず、価値的基準とは無関係な創作性であったと解することができる。

（４）昭和 12 年「訟廷日誌」事件⁵¹⁷

本件は、弁護士等の訴訟に携わる者の業務用日誌として「訟廷日誌」を発行する原告が、同一の記載事項を含む「法曹日誌」を発行する被告に対し著作権侵害の旨を主張したところ、原告日誌の著作物性の有無が争われた民事事件の大審院判例である。原審は著作物性を否定したのに対し、大審院はこの原審判断を排斥し、事件を控訴院に差し戻している。

この判例は、編集物における創作性の探求方法の確立を含め、「旧法下における著作権理論とその発展に大きい一石を投じた歴史的案件」と評され⁵¹⁸、また、原審の大阪控訴院⁵¹⁹が著作物の定義に際して述べた「著作物トハ精神的労作ノ所産タル思想感情ノ独創的表白」なる一般的判示は、現行法の当該定義規定（2 条 1 項 1 号）に先例を与えたとの評価もなされており⁵²⁰、旧法のみならず、現行著作権法の下での著作権保護対象の捉え方（解釈論）に、強い影響力を有したものと解されている事件である。

わが著作権法のもとでの創作性の程度に関する裁判所の解釈を考察するうえでは、極めて重要な判例と解されるものといえよう。

大審院は、「諸種の材料を集輯結合して成る」実用的編集物の創作性の探求に関し、「之等材料の選擇配列若くは分類方法等に関し著作者自らの精神的勞力加はり此の點に付獨創的思索の表現を觀取し得る」か否かを考察すべき旨を説いたうえで⁵²¹、問題となった訟廷日誌に関し、「結局之等事項の選擇集輯及其の配列分類方法に就ては能く上掲訴訟用日誌としては便宜に資せんが為め上告人獨自の考案を廻らしたるものにして畢竟此點に付上告人の創造的着想の表現を認容するに足る（傍点筆者）」と述べ⁵²²、その創作性を肯定する。

大審院が創作性を肯定した「選擇集輯及其の配列分類方法」とは、当該年度の裁判所執務時間、裁判所事件番号等記入欄、中止中断事件番号等記入欄、受任事件年末統計欄あるいは住所録欄の各種記入欄の選択・配列方法である。原審である控訴裁判所（大阪控訴院）⁵²³は当該編集方法に関して、「各欄ノ形式内容ハ平素訴訟ニ関係アル

今日の学説（中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（有斐閣、2014 年）71 頁）が創作性要件の再構成として説く、いわゆる「表現の選択の幅」論が、他者表現の「模倣」の有無を創作性要件の中で判断せず、したがって模倣は創作性を排除せず、ただ著作者性なり著作権の帰属根拠を排除する旨を説くところと、同様の発想を認め得る。

⁵¹⁷ 大審院昭和 12 年 11 月 20 日法律新聞 4204 号 3 頁。

⁵¹⁸ 三宅正雄「判批」別冊ジュリスト 91 号著作権判例百選〔初版〕（1987 年）47 頁。

⁵¹⁹ 大阪控訴昭和 11 年 5 月 19 日法律新聞 4006 号 12 頁。

⁵²⁰ 半田正夫・紋谷暢男編『著作権のノウハウ〔第 6 版〕』（有斐閣、2002 年）24 頁〔半田正夫〕、上野達弘「創作性」『知的財産法の理論的探究（現代知的財産法講座 I）』（日本評論社、2012 年）187 頁。

⁵²¹ 法律新聞 4204 号 4 頁。

⁵²² 法律新聞 4204 号 5 頁。

⁵²³ 大阪控訴昭和 11 年 5 月 19 日法律新聞 4006 号 20 頁。

者ハ何人ト雖モ経験則若ハ既存ノ裁判上ノ記録書類…ニヨリ容易ニ推知考案シ得ヘキカ故ニ之ヲ以テ創造的思想ノ表現アリトハ解シ難ク…尚且控訴人主張ノ各欄ヲ綜括セル形式表現ニ於テモ右同様創造的着想考案ナリト解シ得サル」と述べその創作性を否定（控訴を棄却）したのに対し⁵²⁴、大審院は原審の判断を排斥して創作性を肯定したのである⁵²⁵。

大審院は、著作権保護対象に必要となる創作性の具体的程度については言及しない。また本件は、著作物性の否定例ではないから、著作権保護の最低限の基準を明示するものでもない。とはいえ、控訴審の事実認定を踏まえた大審院の見解によれば、問題となる編集方法が、「経験則若ハ既存ノ裁判上ノ記録書類…ニヨリ容易ニ推知考案シ得ヘキ」編集方法（控訴審の認定）に過ぎなくとも、それが「上告人独自の考案を廻らした」ものであれば、創作性の保護要件を充たすというのである。これを換言すれば、創作性とは、独自の思考の成果であれば、経験則に照らして想到が困難といえないものにも認められる要件と解されよう。

すなわち、大審院が前提とする著作権保護要件としての創作性とは、質的程度を問わず、価値的基準とは無関係な創作性であったと解することができる。

（５）昭和 26 年「学習用日本地図」事件⁵²⁶

本件は、小中学校の学習用の日本地図を作成した原告が、原告地図を無断出版した被告に対し著作権侵害の旨を主張する民事事件であり、原告地図の著作物性が争われた。裁判所は結論においてその著作物性を肯定している。

その判旨によれば、裁判所は、実用地図の保護要件を如何に解すべきかを考察するに際し、一般論として、「学術的図面として地図製作者の学識、見識等その個性が表示されていなくてはならない」、「同一大の日本地図についてみても…そのすべてにつき同様であるということは人間の個性の相違のある如く絶対ありえない」、「地図を著作する人の学識、見識、経験、個性等によっては可成りの程度迄異なってきた、…此の意味に於て地図に著作権を認めその著作者を保護する必要がある」などと述べ、その保護要件を、地図表現における「個性」に求めようとする。そのうえで、原告地図の著作物性について、「…地図表面に表示されているすべてのもの…の何れを捨て何れを如何に表示するかは全く原告独自の考慮によつたものである以上単なる模倣と異なる新たな著作物としての存在が認められる（傍点筆者）」と判示する。

判旨に明らかなとおり、裁判所は、単純な模倣と異なる独自表現をもって、保護要件を充たすものと解している。これを換言すれば、裁判所が著作権保護要件として求

⁵²⁴ 法律新聞 4006 号 30 頁。

⁵²⁵ 差戻後の大阪控訴院は著作物性を肯定しつつ侵害を否定したところ、その上告審で大審院昭和 15 年 5 月 18 日大民集 19 卷 11 号 849 頁は、編集物の相違点を根拠として「模倣剽窃」の関係は否定し得ない旨述べて、再度の破棄差戻をしている。

⁵²⁶ 大阪地判昭和 26 年 10 月 18 日下民集 2 卷 10 号 1208 頁。

める「個性」とは、単純模倣と異なる独自性を意味するに過ぎず、当該独自性の程度を問わない要件であると解される。本件は地図の著作物性の否定例ではないから、著作権保護の最低限の基準が明示されるものではないが、保護根拠を単純模倣でないことに求める判旨に照らせば、その前提となる創作性基準は、質的な程度を問わないものと解されよう。

すなわち、裁判所が前提とする著作権保護要件としての創作性とは、質的程度を問わず、価値的基準とは無関係な創作性であったと解することができる。

（６）昭和 35 年「簿記仕訳盤」事件⁵²⁷

本件は、実用的な簿記仕訳盤を考案した原告が、その類似品を無断販売した被告に対し著作権侵害の旨を主張する民事事件の裁判例であり、原告考案の簿記仕訳盤の著作物性が争われた。判示によれば、問題となる簿記仕訳盤とは、「日常取引に最も多く用いられる 36 項目の取引事項について」、複式簿記の記帳に際して機械的になし得るよう考案されたものである。裁判所は結論においてその著作物性を肯定している。

裁判所は、この簿記仕訳盤の著作物性について、「簿記学に精通したものにしてはじめて為し得る学術上の所産である（傍点筆者）」と判示し、もっぱら作成者の簿記学への精通性なり学術性を根拠に、当該著作物性を肯定し著作権保護を認めている。簿記仕訳盤はそれを含む著書の文部省への著作権登録申請に際し、独立の登録対象と認められなかった事実が認定されているが、裁判所はこのような事実も、当該仕訳盤の「著作物たる性質を剥奪」しない旨を判示する。著作物性の判断に際し、その創作性の程度を問う態度は示されない。

本件は著作物性の否定例ではないから、著作権保護の最低限の基準が明示されるものではない。しかし、保護根拠を作成者の簿記学への精通性なり学術性の存在に求め、何らその表現上の個性的要素の程度等に求めようとしない判旨に照らせば、その前提となる創作性基準は、質的な程度を問わないものと解されよう。

すなわち、裁判所が前提とする著作権保護要件としての創作性とは、質的程度を問わず、価値的基準とは無関係な創作性であったと解することができる。本件を評釈する学説も、本件判旨を踏まえ、「他人の作品の単なる模倣ないし盗用でなく、特定個人のものといえる特殊性（個性の表現）があれば足りる」と述べ、創作性要件を、独立創作とほぼ同義に捉え、質的程度を問わない要件と捉えている⁵²⁸。

⁵²⁷ 神戸地姫路支部判昭和 35 年 2 月 29 日下民集 11 卷 2 号 447 頁。

⁵²⁸ 満田重昭「判批」著作権判例百選（別冊ジュリスト 91）（1987 年）51 頁。また豊崎光衛「判批」ジュリスト 272 号（1963 年）97 頁も、作成者の簿記学への精通性なり学術性の存在のみを根拠に著作物性を肯定する判旨を支持している。

（７）昭和 35 年「住宅案内図帳」事件⁵²⁹

本件は、住宅案内図の無断利用に関し著作権侵害の成否を問う刑事事件の控訴審判決であり、侵害該当性の判断の前提として、当該住宅案内図の著作物性が争われた。裁判所はこれを肯定し、被告人の控訴を棄却するものである。

裁判所は、問題となる住宅案内図について、名古屋市の「中区全体にわたって正確、精密に居住者を調査し、これを合理的に配列し統一的に編集している（傍点筆者）」との認定に基づき、住宅実情の独自調査とその配列の合理性と編集の統一性を根拠として、著作物性と著作権保護の可能性を肯定する。その帰結として、当該案内図の無断利用行為について、著作権侵害罪の成立が認められている。著作物性の判断に際し、案内図の表現における創作性の程度を問う態度は示されない。

住宅案内図に関して著作物性を肯定する根拠の説明は、必ずしも詳細なものとはいえない。しかし、裁判所は、住宅案内図に著作物性を肯定する一方で、それとは別に、やはり被告人が無断利用の対象とした市街地図の著作物性の吟味に際し、「既に巷間に流布されている市街図を利用したものであるときは、模製の場合はもちろん、拡大敷延、修正等が加えられる場合は原則として新著作物とはならない」と判示している。ここでは、著作権保護に要される最低限の基準が説かれているものと考えられるが、そこにおいても、保護が否定されるのは単純なデッドコピーや複製の範囲にとどまる修正等の場合に過ぎず、それを超えて、保護の最低基準として、明示的な質的程度が求められていると解することは困難であろう。

すなわち、裁判所が前提とする著作権保護要件としての創作性とは、質的程度を問わず、価値的基準とは無関係な創作性であったと解することができる。

（８）昭和 36 年「昆虫さし絵」事件⁵³⁰

本件は、昆虫の生態を写實的に描いた原画の作成者である原告が、これを無断転載した被告に対し著作権侵害の旨を主張する民事事件の裁判例であり、原告作成の昆虫原画の著作物性が争われた。裁判所は結論においてその著作物性を肯定している。

科学雑誌に掲載される昆虫原画について、その模写性ゆえに創作性の存否が争われたところ、裁判所は、写實的な当該原画が「美術画家としての感覚と技術とを駆使して…描いた（傍点筆者）」描いたことのみを根拠に、その創作性を承認する。創作性の判断に際して、原画作成者の資質なり技量（「感覚と技術」）が前提とされるに過ぎず、具体的表現に現れた個性的要素の質的な程度等が検討されることはない。

本件の昆虫原画の著作物性を争う被告は、科学雑誌への掲載目的や実物の正確な模写性を理由に、その著作物性の欠如を主張したが、これに対し裁判所は、そうした目的・制約が「各原画の創造的な精神的労作としての性格を失わしめるものではない」

⁵²⁹ 名古屋高判昭和 35 年 8 月 17 日高刑集 13 卷 6 号 507 頁。

⁵³⁰ 東京地判昭和 36 年 10 月 25 日判決下民集 12 卷 10 号 2583 頁。

と述べ、被告主張を排斥している。とりわけ、実物の正確な模写性は、個性的・特徴的な表現の可能性を制約する要素と考えられることから、このような制約にも関わらず昆虫原画の著作物性を承認する裁判所の発想には、創作性を質的な程度を要するものと解する考え方は馴染みにくいものといえよう。

すなわち、裁判所が前提とする著作権保護要件としての創作性とは、質的程度を問わず、価値的基準とは無関係な創作性であったと解することができる。本件を評釈する学説も、本件判旨を踏まえ、創作性の欠如は個性発現の余地がない程に「表現が画一化される場合」を意味するものと解し、創作性要件を、表現の画一性回避とほぼ同義に捉え、質的程度を問わない要件と捉えている⁵³¹。

（９）昭和 46 年「地球儀用世界地図」事件⁵³²

本件は、地球儀用に作成された世界地図の無断利用に関し著作権侵害の成否を問う刑事事件の控訴審判決であり、侵害該当性の判断の前提として、当該世界地図の著作物性が争われた。裁判所はこれを肯定し、被告人の控訴を棄却するものである。

被告人の主張は、問題となる世界地図に関し、原判決がその創作性の根拠を明示していない旨を指摘するものであった。これに対し裁判所は、問題となる世界地図について、「各種素材の取捨選択及び表現方法並びに全般的構図に関し、編図者…の多年に亘り蓄積された学識及び経験に基づく同人の独創に成る」旨の原判決の説明に瑕疵は認められないとして、被告人主張を排斥する。また裁判所は、改めて、問題となる世界地図が、「地図に表現すべき各種素材に付ては、…自己の判断と責任とに於て之を取捨選択すると共に、その表現方法にも自己の創意に係る工夫を凝らし、編図者なりに独自の新しい構想と体系とに基づいて」作成されたものであるとの認定も示し、その著作物性を肯定している。

そこで承認された創作性とは、地図作成者（編図者）の資質なり技量（「学識及び経験」）によってのみ基礎づけられる創作性であり、また、「自己の判断」なり「自己の創意」といった、他者に依存しない「編図者なり」の独立創作の事実によって根拠づけられる創作性であると解される。少なくとも、裁判所が前提とする創作性要件を、独立創作の事実のみならず質的程度なり価値的評価の吟味を要するものと解することは、その程度評価の尺度も判決に示されない以上は、困難というべきであろう。

すなわち、裁判所が前提とする著作権保護要件としての創作性とは、質的程度を問わず、価値的基準とは無関係な創作性であったと解することができる。本件を評釈する学説も、本件判旨を踏まえ、「一般的には、他人のたんなる模写・盗用の関係がなく、著者の『個性』が表現されていれば、創作性は認めてもよい」と述べ、創作性要件を、独立創作とほぼ同義に捉え、質的程度を問わない要件と捉えている⁵³³。

⁵³¹ 松井正道「判批」著作権判例百選（別冊ジュリスト 91 号）（1987 年）13 頁。

⁵³² 東京高判昭和 46 年 2 月 2 日判時 643 号 93 頁。

⁵³³ 千野直邦「判批」著作権判例百選（別冊ジュリスト 91 号）（1987 年）25 頁。

（１０）施行後間もない現行法下の裁判例

以上に考察した 9 件の裁判例は、いずれも、旧法の適用と解釈に取り組む事件であった。

これに加え、以下には、現行法の昭和 46 年（1971 年）の施行後間もない時期に現れた現行法の解釈に関する裁判例を 2 件採り上げ、そこで展開された創作性要件の解釈論を考察する。裁判所が、現行法解釈論の蓄積が依然十分とはいえない段階において、創作性要件をいかに解していたかを見ることにより、現行法が立法の前提とした創作性要件の捉え方について、裁判所の理解を探ってみようと思う。

まず、昭和 53 年に現れた「富山住宅地図」事件⁵³⁴である。事案は、原告住宅地図（著作物）と被告住宅地図との侵害関係の有無を争うものである。原告地図の著作物性には争いがなかったことから、著作物の要件論が議論されたわけではない。しかし、原告地図の著作権が被告地図にまでおよぶものと解すべきかが争われたことから、裁判所は、著作権の保護範囲を検討することになり、その文脈で、著作物が備える創作性の程度にも言及することとなった。

裁判所は、住宅地図の著作物性に関しては、地図の一般的性格に照らし、「個性的表現の余地が少な」いけれども、「各種素材の取捨選択、配列及びその表示の方法に関しては、地図作成者の個性、学識、経験等が重要な役割を果たすものであるから、なおそこに創作性の表出がある」と説く。創作性の要件を「個性」等と同義に捉えるのである。そのうえで、この「個性」と捉えられた創作性の程度と著作権の保護範囲との関係について、つぎのような一般論が展開される。

すなわち、「模範として利用された旧著作の独自性が顕著であればあるほど、新著作中に化体された精神的業績が高度であることが、新著作を独立の著作物として保護するために必要とされるが、旧著作が個性的表現の僅少なものであれば、これに対する著作権による保護は厳格に限定されねばならない」というのである。

その論旨は、創作性の程度の高度・僅少と著作権の保護範囲の広狭との相関関係を説く点にある。そこで裁判所が、「個性的表現の僅少なもの」にも、「厳格に限定され」る保護範囲とはいえ、著作権を難なく承認する点は、著作権保護要件としての創作性の捉え方を窺ううえで、重要である。すなわち、裁判所は、創作性の程度を、著作権侵害の成否（保護範囲）との関係では考慮の対象とするとはいえ、著作権保護の成否（著作物要件）との関係では、それを問わず、「個性的表現の僅少なもの」にも、著作権保護を承認するのである。

要するに、裁判所は、創作性の程度と保護範囲の広狭との相関関係の解釈を説くに際し、著作権保護要件としての創作性が、質的程度なり価値的評価とは無関係の要件であることを、その解釈の前提と解していたことがわかる。

⁵³⁴ 富山地判昭和 53 年 9 月 22 日無体集 10 巻 2 号 454 頁。

さらに、「個性」と把握されるべき創作性要件が質的程度とは無関係である旨を、より直截的に判示する裁判例として、昭和 61 年に現れた「当落予想表」事件⁵³⁵を指摘することが可能である。

事案は、週刊誌に掲載された国政選挙の当落予想表に関して、当落予想の表示に使用された○△▲の符合の表現形式の著作物性を争うものである。これに対し裁判所は、結論として、問題とされた当落予想表の著作物性を肯定するのであるが、その判断にあたり、創作性要件（現行法 2 条 1 項 1 号）の一般的解釈として、つぎのように判示する。

すなわち、「…『創作性』は、厳格な意味で独創性とは異なり、著作物の外部的表現形式に作者の個性が現れていれば十分である」というのである。同事件の控訴審判決も、同様の判旨を、「『創作的に表現したもの』とは、厳格な意味での独創性があるとか他に類例がないとかが要求されているわけではなく、『思想又は感情』の外部的表現に作者の個性が何らかの形で現れていれば足り」と判示する⁵³⁶。

ここに裁判所は、著作権保護要件としての創作性が「個性」と同義であること、そして、それが「厳格な意味での独創性」と異なること、つまり創作性要件が質的・量的な程度問題とは無縁であるとの理解を明瞭に示しているといえよう。それはすなわち、創作性要件の解釈に関し、その質的程度は問われず価値的基準とは無関係な要件であるとの、旧法下の「訟廷日誌」事件に代表される基本的考え方が、現行法のもとでも妥当する旨を端的に示すものといえよう。

本件を評釈する学説も、本件判旨を踏まえ、創作性が「『厳格な意味で独創性とは異』ることはよい」と述べ、創作性要件を、質的程度を問わない要件と捉えている⁵³⁷。

第 2 節 著作権帰属論—職務著作制度

現行法 15 条 1 項は、「職務著作」の規定を設け、事実問題としての創作行為を行わない者（作者の使用人ないし所属法人等）を著作者とみなし、実際の作者とは異なる者が、その著作物に関する権利（著作者人格権および著作権）を原始取得する制度を定める。職務著作の成立場面は、業務従事性なり職務上創作などの同条が定める諸要件を充たす場面ではあるが、その著作者となる者は、いずれにせよ、事実としての創作行為を行う者ではない。

現行法は、2 条 1 項 2 号の定義規定で、著作者人格権および著作権の享有主体である「著作者」を「著作物を創作する者」と定義する。すなわち、著作物に関する権利の原始的帰属主体をその作者とする「作者主義」を原則とするのが、現行法にほか

⁵³⁵ 東京地判昭和 61 年 3 月 3 日判時 1183 号 148 頁。

⁵³⁶ 東京高判昭和 62 年 2 月 19 日無体例集 19 卷 1 号 30 頁。

⁵³⁷ 澤木敬郎「判批」著作権判例百選（別冊ジュリスト 91）（1987 年）21 頁。

ならない。これに対し、創作者以外の者に著作物に関する権利の原始的帰属を認める職務著作の制度は、著作権帰属に関する創作者主義の原則の例外と位置づけられる⁵³⁸。

すると、創作者主義の体系的な維持・保全を意図する法体系においては、職務著作制度の導入は理論的なジレンマを生じさせるはずであり、また、そのジレンマの解消なり合理化に向けた議論を相当程度要するはずである。

そこで本節での課題は、現行法の職務著作制度の導入に際し、創作者主義との理論的ジレンマに対する懸念なりその解消に向けた議論の発生をみたのかを、当該制度創設前の立法論議および学説のうちに探ることにより、わが現行法の立法論議ないしそれに先行する解釈論に、著作権の帰属主体論との関係で、創作者保護の徹底なり事業者保護の排除という考え方が、確固たる体系的問題意識として存在したのか否かを説明することにある。

第1項 現行法の立法論議

現行法に結実した職務著作制度は、その原型が、同法最初の公的草案として昭和41年10月に公にされた「著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）」⁵³⁹に、すでに条文のかたちで示されている。すなわち、同草案10条は、「法人等の著作名義の著作物の著作者」を表題として、つぎのように定める。

「法人…の役員、国家公務員、地方公務員又は従業者が職務上作成した著作物で、法人、国、地方公共団体又は使用者（以下この条において『法人等』という。）がその法人等の著作の名義の下に公表するものの著作者は、その法人等とする。」

つまり現行法の職務著作制度は、この文化局試案に至る前の段階で、すでにその導入に関しての合意形成が立法審議のうちになされていたことがわかる。では、その合意形成に至るまでの審議過程には、特に当該制度と創作者主義との理論的關係の理解について、いかなる議論が認められるであろうか。

現行法の立法審議は当時の著作権制度審議会で行われた。職務著作制度を審議対象としたのは、同審議会の第1小委員会である。著作権制度審議会は、昭和41年4月に文部大臣に対し法案作成の基礎となる審議結果を答申し⁵⁴⁰、その答申説明書⁵⁴¹も公けにしている⁵⁴²。

答申説明書は、職務著作制度を導入すべき理由について、つぎのように説明する⁵⁴³。

「従来、著作の能力は自然人のみが有するものとされてきたが、今日の著作物の創作の実態からすれば、法人等の活動として著作行為がなされるものと解することを適当とする事例も多いと認められる」

「また、著作物を創作した者が、著作者であり、著作権は原始的に著作者が取得するものとする原則に

⁵³⁸ 潮海・前掲書10頁以下。

⁵³⁹ 文部省文化局『著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）』（昭和41年10月）。

⁵⁴⁰ 文部省『著作権制度審議会審議記録（一）』（昭和41年11月）13頁。

⁵⁴¹ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』48頁。

⁵⁴² 文部省『著作権制度審議会答申』（昭和41年4月）。

⁵⁴³ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』59頁。

についても、雇用契約に基づき著作される著作物に関しては、使用者と創作者たる被用者との関係につき特別な考慮を要する…。」

ここには、創作者が著作権を原始取得する旨の創作者主義が「原則」として説かれるものの、その例外としての職務著作制度については、その必要論が、法人活動上の創作の実態を根拠に説かれているに過ぎない。そこには、創作者主義との体系的整合性や理論的抵触に関する問題意識は、示されることがない。

この答申説明書に審議会の考え方がまとめられるまでに、小委員会レベルの審議結果が審議会内で提出されている。昭和 40 年 5 月に作成の「著作権制度審議会各小委員会審議結果報告」がそれである⁵⁴⁴。第 1 小委員会の報告内容によれば、答申説明書との相違点は、政府刊行の白書に代表される「法人著作・団体著作」の場合と、従業員の雇用契約に基づく「職務著作」の場合とが区別され、後者との関係では、立法措置に対して消極的な結論が示される点である⁵⁴⁵。

とはいえ、その消極的結論を支える根拠は、創作者主義の徹底という体系的・理論的な問題意識に生ずるものとはいいい難いように思われる。それは、「職務著作」をめぐる実際上の慣行の未確立や実情への不即応といった、職務上の創作の実態に照らした問題意識に由来する消極論であったと解される⁵⁴⁶。むしろ、この小委員会レベルの消極論にもかかわらず、それが、翌年の答申説明書で、何の理論的留保も付されずに職務著作制度の承認・導入論に吸収されていたことは、審議会の答申レベルにおいて、権利帰属に関する創作者主義の徹底といった体系的・理論的な問題意識が、職務著作制度の立法論議との関係で認識ないし共有されていなかったことを意味するといえよう。

同様の理論状況は、現行法の立法を目前にした時期の国会審議用の資料にも認めることができる。昭和 45 年 4 月に国会図書館が公刊した『著作権法改正の諸問題—著作権法案を中心として—』がそれである。同書は国会審議の参考のために、現行法の法案に関して、法体系全体に亘り、審議会答申とその説明書を基礎に、「改正内容とその問題点を取上げた」⁵⁴⁷ものである。

その職務著作制度に関する記述には、創作者主義の原則に対するこの例外的制度の必要論が、主に職務上の創作行為の目的や法人等への権利帰属による著作物利用に関する法律関係の明確化の観点から説かれる⁵⁴⁸。しかし、そこには、創作者主義の徹底の必要性に対する問題意識はもちろん、その例外たる職務著作承認による著作権法体系論との理論的衝突といった懸念なり問題意識は、示されないのである。

⁵⁴⁴ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』139 頁。

⁵⁴⁵ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』148 頁。

⁵⁴⁶ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』147,148 頁。

⁵⁴⁷ 国会図書館『著作権法改正の諸問題—著作権法案を中心として—』（昭和 45 年 4 月）「はしがき」。

⁵⁴⁸ 国会図書館・前掲書 81-82 頁。

以上の考察によれば、現行法の職務著作制度の立法論議のうちに、著作権帰属主体論との関係で、原則たる創作者主義を徹底し、事業者への権利帰属を排除すべきといった問題意識を認めることは、困難といえることができる。すでに今日の学説も明らかにするとおり、職務著作制度は創作者主義とは理論的に両立困難な制度といわざるをえない⁵⁴⁹。ところが、そうした例外的制度を制定法として導入するに際しても、現行法の立法論議には、創作者主義との体系的抵触を懸念する問題意識は、少なくとも明示的な議論としては、これを見出し難いのである。

これは、職務著作制度を自らの体系内に包摂し得た現行法のなかに、著作権帰属主体に関する創作者主義の徹底なり事業者等の法人帰属の排除という発想、つまり、著作権隣接権概念の存在を必要とする考え方が、確固たる体系的問題意識として存在しなかったことを意味するものといえよう。

第2項 制度創設前の学説

まず、昭和8年に旧著作権法の体系書を著わした榛村専一博士の見解である。

榛村は、著作権の帰属主体を論ずる項で、実際の創作者が著作権を原始的に取得する旨の創作者主義の原則を説く⁵⁵⁰。一方で榛村は、この創作者主義の例外、すなわち「実際の著作者でない者に著作権が原始的に帰属する場合」のあることを認め⁵⁵¹、その具体例として、文藝学術著作物に挿入された写真の著作権に関し文藝学術著作物の著作者への帰属を定める旧法24条、嘱託肖像写真の著作権に関し嘱託者への帰属を定める旧法25条、そして、法人等の団体を著作名義とする著作物について法人等への原始的権利帰属を認める「團體著作者」の解釈を指摘する。

他方で榛村は、上記の「團體著作者」の解釈論と分けて、「勤務上の著作者」についても論じている。そこでは、被用者等が職務上作成する著作物に関しては、特約による権利承継の場合を除き、創作者主義の原則通り、実際の創作者である「勤務上の著作者」に権利が帰属する旨が説かれるのである⁵⁵²。

このような榛村の学説には、創作者主義を著作権帰属の原則として位置づけ、この原則を解釈論上可能なかぎり尊重すべき旨の態度が認められる。とはいえ、旧法が現に有していたその例外的制度なり解釈論を、創作者主義の観点から批判することなく、難なく承認するのである。このような態度に照らして考えるならば、榛村の学説が、著作権帰属主体論に関し、創作者主義の理論的徹底なり事業者等の法人帰属の排除について、その問題意識を明確に有していたとはいえない難いものと思われる。

つぎに、勝本正晃博士が昭和15年の前出体系書に説く見解である。

⁵⁴⁹ 潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）10頁以下。

⁵⁵⁰ 榛村専一『著作権法概論』（巖松堂書店、昭和8年）92頁。

⁵⁵¹ 榛村・前掲書92頁。

⁵⁵² 榛村・前掲書91頁。

勝本は、著作物に関する権利帰属の原則論について、著作物の実際の創作者を著作者と解したうえで、当該著作者への著作者人格権および著作権の原始的帰属を説く⁵⁵³。その見解は、旧法 25 条が規定する嘱託肖像写真の嘱託者への著作権帰属を例外扱いするものと解され、著作権帰属に関する創作者主義の立場にほかならない。

他方で勝本は、「職務上の著作者」について特に検討し、創作者主義の原則論とは異なる解釈を示す。すなわち、「公務員、社員、被用者等が職務に関して為した著作」に関しては、「特約又は職務規定に依り…直接に官署、法人、使用主が著作者となる」と説く⁵⁵⁴。そうした職務著作の場合、被用者等が法人等の機関ないし手足として創作行為を行う点が指摘され、実際の創作者と異なる法人等がその著作者となって、特約・職務規定の譲渡の目的となり得る著作権を承継取得する旨が説かれている。

ここで勝本が説くのは、あくまでも解釈論であって、現行法の職務著作制度に通じするような制定法上のルールを説くものではない。とはいえ、その見解の意味するところは、職務上の著作物に関して、法人等が単なる著作権者にとどまるのではなく、「著作者」の地位の取得をも認めるものである。

勝本が、職務著作に関し、法人等の著作権承継のみならず著作者の地位取得にまで踏み込んだ意図は、必ずしも明らかではない。しかし、彼が、実際の創作者を著作者と定義し権利の原始的帰属主体とする原則論を説きながら、他方で、その基本概念である「著作者」に創作者と異なる意味づけを承認する点に照らすならば、この彼の解釈論には、創作者主義の理論的徹底なり法人等への著作権帰属の排除について、明確な問題意識を認め得るとはいいい難いものと思われる。

ついで、城戸芳彦博士が昭和 25 年に著した『著作権法改正私案』に説く見解である。

同私案は、勝本博士の手になる前出『著作権法改正の諸問題』（昭和 24 年刊）と同様に、旧著作権法の改正論議への寄与を意図して著されたものである⁵⁵⁵。具体的な条文の体裁からなる草案にその立案理由が述べられた第 2 部には、「職務著作と著作者」の表題のもとに第 6 条が設けられ、「法人又は団体の…被用者…が、職務として著作した著作物の著作権は、反対の定めのない限り、その法人又は団体、若しくは、使用者に帰属する。」と規定されている⁵⁵⁶。

城戸私案には「著作者」の定義規定を欠くゆえ、創作者と著作者の関係は必ずしも明らかでない。しかし、第 1 条に置かれた目的規定は「著作者の権利の保護」を規定することから⁵⁵⁷、その出発点は、創作者たる著作者を保護する創作者主義の原則にあるものと思われる。これに対し、上記の職務著作の規定は、特約による反対取極めを留保しつつも、実際の創作者とは異なる法人等への著作権の原始的帰属を定めたもの

⁵⁵³ 勝本正晃『日本著作権法』（巖松堂書店、昭和 15 年）76 頁。

⁵⁵⁴ 勝本・前掲『日本著作権法』78 頁。

⁵⁵⁵ 城戸芳彦『著作権法改正私案』（文部省管理局、昭和 25 年）1 頁。

⁵⁵⁶ 城戸・前掲書 31 頁。

⁵⁵⁷ 城戸・前掲書 21 頁。

と解される。その立案理由は、職務著作の「著作権が、使用者等に帰属することは、当事者の意思に添う常態と解すべきである」と説明されるにとどまる⁵⁵⁸。

要するに、創作者主義の理論的徹底よりも「当事者の意思」に則した「常態」を重視し優先させる考え方が、この城戸私案の職務著作の制度を支えているものと解される。この城戸私案の見解にも、著作権帰属主体論に関し、創作者主義の理論的徹底なり事業者等の法人帰属の排除について、その明確な問題意識を読み取ることは困難といえることができる。

以上のように、旧法下の主要な学説には、総じて、創作者主義の理論的徹底に対する明確な問題意識は認め難いところである。これに対して、小林尋次弁護士が旧法の体系的解釈を著した前出研究書⁵⁵⁹には、法人等への原始的権利帰属を明確に否定する見解が展開されている。小林は、先述のとおり、旧内務省で著作権行政を担当し旧法改正（昭和6年および同9年）の立案者でもあった。

すなわち小林は、著作権帰属論に関し、「創作者は原則として著作権を原始取得する」と述べて創作者主義の原則を説いたうえで、「現実に創作行為を為した者が著作者である…被傭者がその職務上著作したものであっても同じであって…現実に創作行為をしない依頼者又は雇傭主が著作者となることは有り得ない。同様の趣旨から、自然人でない法人が著作者となることは有り得ない」⁵⁶⁰と述べている。つまり、実際の創作者と異なる法人等への著作権の原始的帰属の考え方を、強く排斥するのである。創作者主義の徹底論に馴染む考え方といえる。

さらに小林は、被用者を使用者の「機関乃至手足」と解し「使用者が著作者である」とまで説く他者の見解に特に言及し、それを批判するのである⁵⁶¹。この「機関乃至手足」の表現や、職務上の使用者を「著作者」と解する見解は、前出勝本の学説に見られたところである。ここにも、小林の見解が、創作者主義の理論的徹底に問題関心を示さなかった他の学説と、相容れない内容を持つことが推測される。

とはいえ、このような小林の創作者主義の理論的徹底を意図するかのような見解は、現行法の立法当時において、それと相反する前示主要学説の傾向を排し、わが国の著作権法理論として広く支持を得た見解であったとは解し難いのである。

そのことは、現行法の立法時期に公にされた前出山本桂一博士の体系書、そして、現行法立案者の前出佐野文一郎氏の見解から知ることができる。

すなわち山本は、「勤務上著作物を作成した」場合の著作権の帰属論に関し、著作権は「常に自然人の精神活動を予定する」から当該作成者に「発生することは当然」と述べながら、「法律上その帰属を何人に定めるかということはこれとは別のこと」

⁵⁵⁸ 城戸・前掲書 32 頁。

⁵⁵⁹ 小林尋次『〔再刊〕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一』（第一書房、平成22年）。

⁵⁶⁰ 小林・前掲書 72-74 頁。

⁵⁶¹ 小林・前掲書 75 頁。

として、「この場合」、つまり職務著作の場合には、「使用者などが著作権者であると定めることも、或いは当然その著作物の利用権を有すると定めることも、もとより可能」と説いている⁵⁶²。ここに、著作権帰属に関する創作者主義の理論的徹底を意図する見解は、認め難いといえよう。山本によれば、権利帰属の理論的要請と法律上の帰属論とは「別のこと」なのであり、その帰属主体を法人等の使用者と「定めること」も「もとより可能」な政策論なのである。

一方の佐野は、現行法施行を直前にした時期（昭和 45 年 11 月）に公にされたその解説書で、職務著作制度の妥当性に関し、主に職務著作の場合に著作者人格権を法人等が取得することの合理性の観点から、「特定のものについては、会社…が、みずから著作者の地位に立つという措置をすることが必要」、「個々の五十人の職員の共同著作物として、その五十人が著作者の地位に立つと考えるよりは、会社を著作者の地位につけることが妥当」、「そういうものについては、法人等の使用者を著作者にするという法律上の措置をとることが、必要」と説いている⁵⁶³。

ここに説かれたことは、専ら、職務著作制度に関する実務的観点からの要請論といえよう。それと理論的には抵触し得る創作者主義との関係で理論的調整を図ろうとする言及も、佐野の所説に認めることはできない。要するに、現行法立案者の見解にも、見出し得るのは、ただ職務著作の実態を背景とする職務著作制度の実務的要請論に過ぎず、創作者主義の理論的徹底に対する問題意識はもちろん、創作者主義との理論的な抵触関係の発生に対する問題意識も、少なくとも明示的には、それを認めることはできないのである。

以上の考察によれば、職務著作の問題をめぐり、旧法下の学説には、その一部に創作者主義の例外を排除する見解も存在したが、大方の学説は、それと異なり、創作者主義の理論的徹底に関して明確な問題意識を示すところを欠き、また現行法の職務著作制度の立案者の見解にも、権利の原始的帰属問題に関し、創作者主義の理論的徹底なり法人等の事業者への帰属論の排除を示す明確な問題意識を認めることは困難と解される。むしろ、現行法の立法の前提において、創作者主義の理論的要請よりも職務著作に関する実務的要請を優先させる考え方が、疑問視されるまでもなく妥当していたからこそ⁵⁶⁴、職務著作制度はその 15 条に明文化され得たものと解される。

これは、職務著作制度を自らの体系内に包摂し得た現行法のなかに、著作権帰属主体に関する創作者主義の徹底なり事業者等の法人帰属の排除という発想、つまり、著

⁵⁶² 山本桂一『著作権法〔再版改訂〕』（有斐閣、1973 年）77 頁。

⁵⁶³ 佐野文一郎・鈴木敏夫『新著作権法問答』（新時代社、1970 年）192 頁〔佐野文一郎〕。

⁵⁶⁴ 潮海・前掲書 11・14 頁は、職務著作制度の立法理由として、著作者名義となる法人等の対外的信頼の保護、多数創作者による法人内創作の著作物に関する円滑利用の確保、創作者個性の希薄な職務上の著作物に関する著作者人格権の法人等による享有、職務著作における法人等の創作イニシアチブや公表実態に照らした当事者の合理的意思を指摘している。いずれも職務上の創作物に関する実務的要請に由来する立法理由と解される。

作隣接権概念の存在を必要とする考え方が、確固たる体系的問題意識として存在しなかったことを意味するものといえよう。

第3節 著作権帰属論—映画著作権の法定譲渡

現行法 29 条 1 項は、映画の著作権の法定譲渡の制度を設け、映画製作に参加を約する映画著作者に生じた著作権が、その譲渡の意思表示を別途要することなく、映画製作者に帰属する旨を定める。

ここで「映画製作者」とは、現行法 2 条 1 項 10 号が定義するとおり、映画著作物の「製作に発意と責任を有する者」である。同概念は、現行法の施行当初より、映画製作に要する経済的費用を負担し法的な権利義務の帰属主体になる者を意味するものと解されている⁵⁶⁵。それは、現行法 16 条が「映画の著作物の著作者」として別途定める、「映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与した者」とは別概念である。

要するに、映画に関する著作権を、自然人たる映画の著作者ではなく、映画の創作行為を行わないがその巨額の製作費用を投入する事業者⁵⁶⁶、承継取得の方法によらず法律上帰属させるのが、この法定譲渡の制度である。著作権帰属に関する創作者主義とは異なる考え方を、この制度に見出すことができる⁵⁶⁷。

すると、創作者主義の体系的な維持・保全を意図する法体系においては、この法定譲渡制度の導入は理論的なジレンマを生じさせるはずであり、また、そのジレンマの解消なり合理化に向けた議論を相当程度要するはずである。

そこで本節での課題は、現行法の法定譲渡制度の導入に際し、創作者主義との理論的ジレンマに対する懸念なりその解消に向けた議論の発生をみたのかを、当該制度創設前の立法論議および学説のうちに探ることにより、わが現行法の立法論議ないしそれに先行する解釈論に、著作権の帰属主体論との関係で、創作者保護の徹底なり事業者保護の排除という考え方が、確固たる体系的問題意識として存在したのか否かを解明することにある。

第1項 現行法の立法論議

映画著作権の法定譲渡の制度の原型は、現行法に関する最初の公的草案である前出「著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）」⁵⁶⁸に、すでに条文のかたちで示されている。同草案 31 条は、「映画の著作物の著作権の帰属」と題して、つぎのように定める。

⁵⁶⁵ 加戸守行『著作権法逐条講義〔初版〕』（著作権資料協会、昭和 49 年）28 頁。

⁵⁶⁶ 加戸・前掲書〔初版〕136 頁。

⁵⁶⁷ 潮海・前掲書 18・19 頁は、この映画著作権の法定譲渡の制度について創作者主義の原則を制限するものと捉えている。

⁵⁶⁸ 文部省文化局『著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）』（昭和 41 年 10 月）。

「映画の著作物の著作権は、映画製作者（映画の著作物の製作に発意と責任を有する者をいう。以下同じ。）に帰属する。」

すなわち、映画著作権の法定譲渡の制度は、職務著作制度の場合と同様に、この草案に結実する前段階で、すでにその合意形成が図られていたことがわかる。すると、当該制度の導入の経緯のなかに、創作者主義の徹底に関する問題意識の有無を探るうえでは、当該合意形成に至る前段階での立法論議、すなわち、昭和41年4月の前出著作権制度審議会答申までの議論が考察の対象となる。

まず、同審議会の答申説明書の記述内容である。

答申説明書は、映画製作者への著作権帰属の手法について、特約による反対取極めの余地を残す推定譲渡と、映画製作者への権利帰属を法定する法定譲渡との、二通りの考え方を併記したうえで、結論的に、「法律上限定された一者が有するものとする措置が必要」と述べて、答申が後者の法定譲渡の考え方を採用した旨説明する⁵⁶⁹。その理由とするところは、第一に、映画の権利関係者の多様性を踏まえた、第三者による映画利用の円滑化の要請、第二に、多額投資を背景とする企業活動としての映画製作の実態を踏まえた、投資主体である映画製作者への権利帰属の社会的要請の二点にある⁵⁷⁰。

法定譲渡の結論を支えるいずれの論拠も、映画の利用と製作の実態を踏まえた、社会的・実務的要請を優先させる考え方である。そこに、権利帰属に関する理論的問題を顧慮しようとする議論は明示的には認め難い。すなわち、映画著作権の法定譲渡の制度が、主として映画利用と映画製作とを背景とする社会的・実務的な要請によって導かれた一方で、その導入に際し、権利帰属に関する創作者主義との理論的整合性なり、それが法定譲渡制度と理論的な矛盾・抵触関係を生じさせることに対し、明示的な問題意識が共有されていなかったことがわかる。

映画著作権の帰属論をめぐる立法論議に、創作者主義の徹底に対する問題関心が窺われないことは、答申に至る前段階の前出「著作権制度審議会各小委員会審議結果報告」⁵⁷¹のうちに、より明確に認めることができる。

映画著作権の帰属論を検討した第4小委員会の審議結果報告によれば、この段階で、映画著作権の帰属問題のみならず、それに先立つ問題として、映画著作者をいかに把握するか、すなわち映画著作権の原始的な帰属主体を誰と解すべきかの問題についても、結論は得られていなかった⁵⁷²。すなわち、その一案は、映画著作者を実際の映画創作行為を行う者としたうえで、映画製作者への権利帰属は推定譲渡の規定をもってするとの考えであり⁵⁷³、他の一案は、映画を映画製作者の単独の著作物と解し、つま

⁵⁶⁹ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』64頁。

⁵⁷⁰ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』64頁。

⁵⁷¹ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』48頁。

⁵⁷² 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』243頁。

⁵⁷³ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』244・246頁。

り映画製作者を映画著作者と解して、映画の著作権を映画製作者が原始取得するとの考えであった⁵⁷⁴。

ここには、実際の創作行為を行う自然人ではなく、事業者たる製作者に著作者の地位を認める選択肢を案出する点において、すでに現実の創作行為を行う著作者の保護を出発点とする創作者主義と理論的乖離がある。しかも、その一方の案を容れて、映画製作者を映画の著作者と解する立場をとるならば、即座に創作者主義の考え方との理論的整合性に疑問が生じるはずである。しかし、第4小委員会の審議結果の記述には、創作者主義の徹底の必要性はもちろん、その例外承認による著作権法体系論との理論的衝突といった問題意識も、認めることは困難なのである。

さらに、本研究の課題との関係でとりわけ目を惹く内容は、この審議結果報告に至るまでの議論の過程に認められる。そこでは、映画製作者に付与されるべき権利が検討されるなかで、当時、同じく立法論議の渦中にあったドイツ法に展開された著作隣接権による保護のアイデアが検討に付されながらも、報告のとりまとめに際し、その必要性は理解されず、不採択にされているのである。

昭和40年5月の第4小委員会審議結果報告には、映画著作物の利用権を映画製作者に帰属させる方法として、主として、権利の推定譲渡による方法と法定譲渡による方法との二通りの可能性に言及されるのであるが⁵⁷⁵、この結果報告に至る議論では、これらの方法のほかに、「映画製作者に隣接権的な固有の経済的利用権を与える」とのアイデアが検討されていたのである。すなわち、同報告に先立ち、昭和40年1月に作成された「第四小委員会結果報告案修正（案）」なる資料には、そのアイデアが明記され⁵⁷⁶、さらに同小委員会の審議内容を記録した「第四小委員会審議結果概要（第一回―第十二回）」なる資料にも、映画製作者による権利取得の方法の一案として、「映画製作者に、隣接権的な固有の経済的利用権を付与する規定を設ける」と記載されている⁵⁷⁷。

ところが、この映画製作者に関する「隣接権的な固有の経済的利用権」なる考え方は、審議結果報告がその成案を見る過程で姿を消すのである。

上記の「第四小委員会結果報告案修正（案）」には、そうした「考え方をとらない」理由が、つぎのように説かれる。本研究の課題に直接関連する事柄であるので、やや詳しく紹介しよう。

⁵⁷⁴ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』249頁。

⁵⁷⁵ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』245頁。

⁵⁷⁶ 文部省「第四小委員会審議結果報告案修正（案）」（昭和40年1月26日）1頁。なお、本資料と昭和40年5月の審議結果報告の間に作成された文部省「著作権制度審議会第四小委員会審議結果報告（案）」（昭和40年4月14日）なる資料には、すでに、「映画製作者に隣接権的な固有の経済的利用権を与える」旨のアイデアの記載は、失われている。

⁵⁷⁷ 文部省「第四小委員会審議結果報告（第一回―第十二回）」1頁。

「ドイツ法案にみられる如く、映画に関する権利を、原作者等の権利、映画の著作者（監督、カメラマン、編集者等）の権利および映画製作者に帰属する固有の隣接権の権利に分け、前者の権利の映画製作者への移転を推定する法制をとることも理論上は考えられるが、映画の著作者の権利の譲渡を推定するならば、さらに製作者に固有の権利を与える必要性は少ないものと考えられた…。（傍点筆者）」⁵⁷⁸

本研究で明らかにしたとおり、ドイツで展開された映画製作者の著作隣接権とは、その発展的意義のもとで、著作権帰属に関する創作者主義を体系的に維持・徹底するうえで、理論的に必要とされた権利概念であった。

すなわち、創作者主義との理論的整合性を保持する観点から、事業者たる映画製作者への著作権帰属を法定し得ないからこそ必要とされたのが、著作隣接権の概念であり、また、その映画製作者への帰属論であった。そこに、著作権の製作者への推定譲渡との制度選択の問題が生ずる余地はなかったと解される。本研究で考察したその理論展開に明らかなとおり（第2部第3章第3節第4項）、ドイツ法における映画製作者の著作隣接権の発想は、製作者への著作権帰属論の修正として登場したのであり、そもそも、著作権の推定帰属論と理論的な代替関係にある発想ではなかったはずである。

ところが、第4小委員会の議論によれば、推定譲渡が可能であれば、映画製作者の著作隣接権の必要性がないというのである⁵⁷⁹。これは文字通り、同小委員会の立法論議に、映画製作者において著作隣接権概念を必要とする問題意識、すなわち著作権帰属に関する創作者主義の体系的徹底という問題意識が、極めて希薄であったか、あるいはそれが共有されていなかったことを意味するといえよう。

以上の考察によれば、映画著作権の法定譲渡の制度をめぐる議論に照らして、現行法の立法論議に、創作者主義を体系的に徹底すべきとの問題意識を認めることは困難といえる。

映画著作者の著作権をその譲渡意思を介することなく映画製作者に帰属させるこの法定譲渡の制度は、純粋に理論的な意味では、創作者主義と両立困難な制度といわざるをえない。ところが、そうした制度を制定法として導入するに際しても、立法審議の過程で、創作者主義の体系的徹底が困難になることについての懸念は、示されることがなかった。むしろ、創作者主義の理論的徹底を理由として編み出されたドイツの著作隣接権のアイデア、すなわち、事業者たる映画製作者への著作権の帰属を回避しつつ、その安定的な利益保護を図る手段としての著作隣接権による保護論も⁵⁸⁰、創作

⁵⁷⁸ 文部省・前掲「第四小委員会審議結果報告案修正（案）」3頁。

⁵⁷⁹ 第4小委員会の審議結果報告の直前に、報告内容をほぼその成案のかたちで記載した文部省「著作者制度審議会第四小委員会審議結果報告（案）」（昭和40年4月14日）では、映画製作者の隣接権的な利用権の付与に関する考え方には、その不採用理由の記述も含め、一切の言及が見られない。

⁵⁸⁰ 潮海・前掲書120頁は、実務的機能の観点から、映画製作者の著作隣接権について、著作権の推定譲渡とは別個の権限確保という機能が認められることを指摘する。

者主義という当該アイデアを要請する理論的事情を検討するまでもなく、その採用は見送られている。

このことは、要するに、映画著作権のその製作者への法定譲渡の制度を自らの体系内に包摂し得た現行法のなかに、著作権帰属主体に関する創作者主義の徹底なり事業者等の法人帰属の排除という発想、つまり、著作権隣接権概念の存在を必要とする考え方が、確固たる体系的問題意識として存在しなかったことを意味するものといえよう。

第2項 制度創設前の学説

旧著作権法は、昭和6年5月に、映画著作権の帰属問題に関連し得る法改正を行っている。旧法22条ノ4の新設がそれであり、「他人ノ著作物ヲ活動寫眞術又ハ之ト類似ノ方法ニ依リ複製（脚色シテ映畫ト爲ス場合ヲ含ム）シタル者ハ著作者ト看做シ本法ノ保護ヲ享有ス」と定められた。

この規定は、他者の著作物の複製・脚色による映画の「作成者」が映画著作者である旨を定めたものであるが、当該「作成者」が、映画監督等の事実上の創作者と、映画製作の事業主体たる映画製作者とのいずれを意味するかについては、解釈の余地を残すものであった⁵⁸¹。

この解釈にあたり、当時の学説として、榛村専一博士は、映画を脚本作家、映画監督および映画音楽の作成者による共同著作物と解し、映画著作権をそれらの者の共有に属するものと解したうえで、「特約に依り著作権は映畫製作會社に帰することが實際多い」⁵⁸²と述べている。また、行政官として同改正の立案者でもあった小林尋次氏は、映画監督を映画著作者と解し、映画監督による映画著作権の原始取得を認めたうえで、「契約に基づき、映画著作権は映画完成と同時に映画会社に移る」と述べている⁵⁸³。また、勝本正晃博士は、映画著作権の原始的帰属を、映画脚本作者、映画監督、撮影者、編集者等の共有関係のもとに認めたうえで、「雇傭、委任等の関係」あるいは「其他特約・慣習」を通じ、「映畫フィルム著作権は原則として、フィルム製作者…又は製作名義人なる映畫會社其他に属す」との解釈を述べている⁵⁸⁴。

いずれの学説も、一方で、事実上の創作者への映画著作権の原始帰属を認めたうえで、他方で、契約・慣習に基づく映画製作者による承継取得を説く見解であり、著作権帰属の創作者主義の考え方と矛盾しない解釈論であると解される。すると、旧法の学説の解釈論としては、映画著作権の帰属論は、基本的に創作者主義の原則のもとで解されていたものとみることができる。

⁵⁸¹ 旧著作権法下の映画に関する著作権の原始的帰属をめぐり、近年の裁判例（知財高判平成20年7月30日判タ1301号280頁）においても、この点に争いが生じた。

⁵⁸² 榛村・前掲書84頁。

⁵⁸³ 小林・前掲書88頁。

⁵⁸⁴ 勝本・前掲『日本著作権法』102-103頁。

とはいえ、現行法が映画製作者への法定譲渡の制度を立法する際に、こうした創作主義に原則に即した考え方が支配的な学説として妥当していたとはいえないように思われる。とりわけ、現行法の立法前夜の時期に公にされた学説には、理論よりもむしろ政策論を重視した映画製作者への権利帰属論が展開されているのである。

まず、城戸芳彦博士は、前出城戸私案において、「映画の著作者」と題する 13 条に「映画を製作し…た者は、その映画について著作者とみなす」と定め、「企業者」としての映画製作者を映画著作者と定めている。城戸は、その理由について、「本条は…企業者を著作者と規定してみた、それは映画製作には莫大な資本と長時日を要し、且つ企業者のあることが普通であるから」と述べている⁵⁸⁵。

すなわち、城戸私案では、権利の法定譲渡の迂路を要するまでもなく、事業者である映画製作者が「著作者」として映画著作権を原始取得する制度が、当該事業者による製作投資の実態のみを根拠に、導かれるのである。まさに、創作主義とは相容れ難い考え方が、しかも、その理論的抵触に対する懸念なり問題意識が示されるまでもなく、提案されているのである。

また、山本桂一博士は、現行法の立法時期に合わせて著した前出体系書において、まず、映画著作権の帰属問題について「具体的帰属を何人にするかはある意味で政策問題」と述べ、権利帰属問題を理論的な問題ではなく政策問題として位置づける⁵⁸⁶。そのうえで、山本は、「映画著作権は、一般には、映画フィルムそのものが映画企業者により製作され、その経済的基礎は、製作者とくに製作会社にあり、その公表は、映画企業の名で行われることから、映画製作者が、映画著作権者である」と述べる⁵⁸⁷。つまり、映画製作費用の経済的負担等を根拠に、映画製作者への法的な帰属論が説かれるのである。他方、自説と異なり、映画監督を原始的な権利帰属主体と解する他説の比較検討に際しては、「アプリアーに定まることでなく、法技術的にはいずれにも片付け得る」として、後者の他説見解を斥けるのである⁵⁸⁸。

こうしたアプリアーな評価を否定する解釈態度からも明らかなように、山本の見解は、映画著作権の帰属問題を創作主義の理論とは切り離し、それを基本的には政策論と捉えるものと解される。そこには、創作主義の理論的徹底に対する問題意識を認めることは、困難であるといえよう。

さらには、現行法の立法に向けて公表された各種の審議会報告書に向けられた学説の見解にも、創作主義の理論的徹底に対する問題意識を読み取ることは困難である。

既述のとおり、昭和 40 年 5 月には、審議会の各小委員会レベルの審議結果報告が公にされているが、これを受けて沢木敬郎博士は、ジュリスト誌上の特集記事で、映画

⁵⁸⁵ 城戸・前掲書 37・40 頁。

⁵⁸⁶ 山本桂一『著作権法〔再版改訂〕』（有斐閣、1973 年）254 頁。

⁵⁸⁷ 山本・前掲書 255 頁。

⁵⁸⁸ 山本・前掲書 255 頁。

著作権の帰属問題を検討している⁵⁸⁹。そこで沢木は、当該帰属問題について、「理論的に究明したところで一義的な解決はえられない」と説き理論的検討を断念したうえで、「商品としての映画の流通性の確保と、知的創作者に対する経済的保障」に対する「政策的な配慮のみ」で、映画製作者への権利帰属の妥当性を説いている⁵⁹⁰。理論的検討に代わる政策的判断を示す沢木の見解には、創作者主義の理論的徹底に対する問題意識は認められないものといえよう。

また、昭和 41 年 4 月に公表された審議会答申に対しては、法貴次郎氏は民商法雑誌にその総括的な「論評」を寄せている。そこで法貴は、映画著作権の帰属論を取上げ、「映画を製作し、且つ、配給することを以て事業の生命とする映画製作産業というものが存在する以上、…映画製作会社が映画の著作者となりうることを認めるのが自然ではないか」と述べる⁵⁹¹。製作者を著作者と解するその理論構成の中身は必ずしも明らかではない。とはいえ、その叙述から読み取り得るかぎり、理論的帰結よりも、むしろ映画製作産業という実態が、この法貴の映画著作権の帰属論を導いているものと解される。そこには、少なくとも、創作者主義の理論的徹底に対する問題意識は、窺うことができない。

以上の考察によれば、映画著作権の帰属問題をめぐり、旧法下の学説には、その一部に創作者主義に即した見解も存在したところであるが、そうした見解に支配性は認め難いものといえた。大方の学説は、それと異なり、創作者主義との理論的抵触に対する懸念を示すまでもなく、主として映画製作に要する投資回収を念頭に、事業者保護の政策的観点から、映画著作権の製作者帰属論を支持するものであった。すなわち、映画著作権の法定譲渡制度の創設前の学説のうちに、権利の原始的帰属問題に関し、創作者主義の理論的徹底なり法人等の事業者への帰属論の排除を示す明確な問題意識を認めることは困難と解されるのである。

これは、映画著作権の法定譲渡制度を自らの体系内に包摂し得た現行法のなかに、著作権帰属主体に関する創作者主義の徹底なり事業者等の法人帰属の排除という発想、つまり、著作隣接権概念の存在を必要とする考え方が、確固たる体系的問題意識として存在しなかったことを意味するものといえよう。

第 4 節 まとめ—他律的存在理由の欠如

本章では、わが国の「著作隣接権」概念の導入に先立つ議論に、著作権保護要件に関する価値的基準論と著作権帰属主体に関する創作者主義の体系的な維持・保全という、いずれも著作権概念に関する理論的な問題意識の存否を探ることを目的として、第一に、著作権保護基準としての創作性概念の理解、とりわけ保護要件としての創作

⁵⁸⁹ 沢木敬郎「映画著作権〔特集・著作権法改正〕」ジュリスト 329 号（1965 年）20 頁。

⁵⁹⁰ 沢木・前掲書 21 頁。

⁵⁹¹ 法貴次郎「著作権法改正の根本問題—著作権制度審議会答申に対する論評—」民商法雑誌 54 巻 3 号（昭和 41 年）273 頁。

性の程度論の存否（第1節）、第二に、職務著作制度の導入論にみる創作者主義の理論的・体系的徹底に対する問題意識の存否（第2節）、そして第三に、映画著作権の法定譲渡制度の導入論にみる上記と同様の問題意識の存否（第3節）の各点を、旧著作権法の解釈論ないし現行法の立法論議のうちに考察した。

その成果はつぎのように要約することができる。

まず、第一点目の、著作権保護要件と創作性の程度論との関係についてである。

旧法のもとで展開された解釈論から現行法の立案者の見解に至るまで、学説には、一様に、著作権保護要件としての創作性概念に価値的基準を設けようとする見解は見当たらなかった。いずれの学説も、創作性を、質的程度や価値的評価とは無関係な概念と捉える見解を示すものと解された。また裁判例においても、芸術的な表現類型に関し、著作権保護の可否を争点とした2件の大審院判例に加え、事実的・機能的な表現類型に関し、創作性要件の具備を実質的に吟味したものと解される9件の事件にも、創作性要件を質的・量的な程度問題と関係づけて理解する解釈は認められなかった。後者の表現類型に関するいずれの裁判例も、著作物性を肯定する事案であったが、それに対する反論を排斥する裁判所の判示にも、著作権保護基準として高度の創作性を要請する解釈は認められず、創作性を、「個性」なり他の著作物の模倣でないことと同義に捉え、質的程度や価値的評価とは無関係な概念と捉える見解にとどまるものと解された。

要するに、著作権の保護要件に関し、主として旧法のもとで展開されたところの、現行法の立法の前提をなしたと考えられる一般的な解釈論には、創作性概念を価値的基準論のもとで把握する見解は存在しなかったと解されるのである。

ついで、第二点目の、職務著作制度の導入論議における創作者主義の徹底に対する問題意識の存否についてである。

現行法の立法資料および旧法下の主要な学説ならびに現行法の立案者の見解のいずれにおいても、そうした問題意識を一般的に認めることはできなかった。職務著作制度は、職務上の創作活動に関する社会的実態なり実務的要請を背景に導かれた制度であって、そこに権利帰属に関する創作者主義の理論的要請を優先させようとする問題意識を優位に認めることは困難であった。職務著作制度は、理論的には創作者主義と両立不可能な制度と解されるが⁵⁹²、現行法の立法の前提となる議論において、職務著作制度の導入を、創作者主義との理論的な抵触の点で著作権法が抱える体系的問題と捉える見解は、少なくとも支配的なものとはなり得ていなかったものと解される。

要するに、現行法は、創作者主義との理論的抵触に格別の懸念を示すまでもなく、それと両立し難い職務著作制度を、自らの法体系内に包摂することができていたのである。このことは、現行法が、その立法の前提において、著作権の帰属論に関し、少

⁵⁹² 潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）8頁。

なくとも、創作者主義の徹底なり事業者等の法人への権利帰属の排除については、明確な問題意識を有していたとは解し難いことを意味するものと解される⁵⁹³。

最後に、第三点目の、映画著作権の法定譲渡制度の導入論議における創作性主義の徹底に対する問題意識の存否についてである。

現行法の立法資料と現行法の立法時期に展開されていた学説の見解のいずれにおいても、そうした問題意識を一般的に認めることはできなかった。立法論議と学説のいずれにしても、映画著作権の帰属問題を、理論的観点から整理・検討しようとする問題意識は希薄であり、むしろ、映画の製作・利用の実態に着目した投資回収の政策的観点から、映画製作の事業主体である映画製作者にその法的帰属を導こうとする見解が一般的であった。そこには、理論的観点から創作者主義の徹底を考慮する余地はなかったといえる。確かに、旧法の映画著作権の帰属問題を左右し得る規定の解釈論には、創作者主義と整合的な見解が見られたが、現行法の立法論議の文脈では、一転して、そうした創作者主義に則した議論は影を潜め、映画製作者への著作権帰属論が支配していたのである。

要するに、現行法は、創作者主義との理論的ジレンマを自覚するまでもなく、創作者主義の制限を意味する映画著作権の法定譲渡制度を、自らの体系内に包摂することができていたのである。このことは、現行法が、その立法の前提において、著作権の帰属論に関し、少なくとも、創作者主義の徹底なり事業者等の法人への権利帰属の排除については、明確な問題意識を有していたとは解し難いことを意味するものと解される。

そこで、以上の考察の成果を踏まえ、著作権概念側の理論的事情によって規定される「著作隣接権」概念の他律的存在理由について、本章の結論を示すならば、つぎのようにまとめることができるであろう。すなわち、

現行著作権法の立法の前提をなす解釈論には、著作権保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論および著作権帰属主体に関する創作者主義の維持・保全という考え方は、いずれも認めることが困難であった。これは、著作隣接権概念の存在を要請する著作権概念側の理論的事情が、わが国の「著作隣接権」概念の導入に先立つ議論には、いずれも存在しなかったことを意味する。したがって、わが国の「著作隣接権」概念は、著作権概念側の理論的事情が規定するその他律的な存在理由については、これを欠いているものと解することができる。

価値的基準論の不採用と創作者主義の例外設定には、いずれも、一定の合理性が認められるものと解される。というのも、前者によれば、著作権保護要件の判断に際し

⁵⁹³ もっとも、現行法 15 条の定める要件に照らし、職務著作の成立が契約によって妨げられることから、その任意法規性と実質的な創作者主義の強行法的な保障（創作者主義の片面的強行法規性）は指摘され得る。参照、潮海・前掲書 15 頁。

裁判所の恣意が排除され判断の客観性を担保し得るからであり⁵⁹⁴、後者によれば、創作に要する投資を促すうえで合理的な権利帰属主体の決定を図り得るからである。

本章の考察によれば、これらの著作権解釈をめぐる考え方は、すでに現行法の立法前にその存在が認め得たのであり、よって「著作隣接権」概念については、価値的基準論と創作者主義の維持・保全という、同概念の登場を要請する理由は、わが国の著作権法体系内に認め難かったと考えられるのである。

ところで、「著作隣接権」概念の創設前の著作権法解釈論に焦点を当て、同概念の存在が要請される理論的事情の存否を著作権概念との関係で考察したのが本章であった。このような考察の趣旨からは逸れることにはなるが、著作権概念の側の理論的事情に「著作隣接権」概念の存在を要請する理由が欠けるとの状況は、著作権概念をめぐる展開される今日の解釈論のうちにも、見出すことができるように思われる。

近時の有力な学説には、創作性概念の解釈を中心に、著作権概念の競業法的・競争法的な傾向を指摘する見解がある。

すなわち、著作権法が、データベースのような非創作的な投資行為にこそ保護の実益を見出す保護対象を包摂し、加えて、創作投資の提供者に権利を帰属させる職務著作制度や映画著作権の法定譲渡制度を備えている点に、著作権の競業法的性質を指摘する見解であり⁵⁹⁵、また、そうした著作権の競業法的性質に即した解釈論の構成にあたり、著作権保護要件としての創作性概念を、従来の「思想・感情の流出物」としての個性という観点からではなく、「表現の選択の幅」という他者の競争的な創作余地の確保の観点から捉える見解である⁵⁹⁶。

こうした見解を、著作権保護要件である創作性の判断手法を、個性なり人格的要素の評価という主観的なものから解放する解釈論と捉えるならば⁵⁹⁷、それは、わが国の著作権保護基準論が、人格的要素の評価をむしろ重視する価値的基準論とは異なる発想に立つことを示唆するものといえよう。

また、こうした見解を、著作権法の実質的な機能なり制度趣旨の観点において、創作者の個性の人格権的保護を中心とする要請から、投資なり経済的利益の競業法的・

⁵⁹⁴ 東京高判平成 14 年 10 月 29 日「ホテル・ジャンキーズ事件」。

⁵⁹⁵ 中山信弘「著作権法の動向」『現代企業立法の軌跡と展望—鴻常夫先生古希記念』（商事法務研究会、1995 年）877 頁、885 頁。

⁵⁹⁶ 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究 28 号（2001 年）2 頁、同『著作権法〔第 2 版〕』（有斐閣、2014 年）65 頁。また、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として」著作権研究 30 号（2003 年）157 頁は、創作性要件を主観的個性の存否を問う要件から事實的・機能的表現物にも即した要件として他者に創作活動の余地を確保するものか否かを問う「創作の幅」要件に再構成し、他者との創作競争という競争原理に適合するものとして創作性要件を捉え直そうとする。

⁵⁹⁷ 中山・前掲「創作性についての基本的考え方」7 頁、同・前掲書『著作権法〔第 2 版〕』70 頁。潮海・前掲書『職務著作制度の基礎理論』85 頁は、わが国では創作性の概念は「選択の幅」概念に平準化され人格的要素が希薄化している旨を指摘している。

競争法的保護を中心とする要請への変容を指摘するものと捉えるならば⁵⁹⁸、それは、わが国の著作権保護主体論が、投資主体の事業者保護の発想と違和感なく融合し得るものであり⁵⁹⁹、却って、創作者主義の体系的な貫徹なり維持・保全とは異なる発想に立つことを示唆するものといえよう。

すると、このような近時の見解を前提にするならば、わが国の「著作隣接権」概念に関して、著作権概念の理論状況に照らしたその他律的存在理由が欠けるとの理論状況は、その立法時のみならず今日もなお失われることなく、わが国の著作権法理論に妥当しているとみるべきこととなろう。

他律的存在理由の欠如に関して本章が得た結論は、近時の著作権概念に関する解釈論の展開に照らしても、矛盾を生じさせないものといえよう。

第3章 「著作隣接権」概念の自律的存在理由

第1節 考察の方法

本章の目的は、「著作隣接権」概念の創設に関して窺うことのできるその制度趣旨を考察し、それを「著作隣接権」概念に認められる自律的な存在理由として捉えることにより、当該存在理由が著作権概念の機能との関係において、「著作隣接権」概念に独自の存在意義（自律的存在意義）を与えるものと解し得るかを検討する後（第4章）の考察に繋げるものである。

「著作隣接権」概念の趣旨をめぐっては、今日の学説に準創作行為保護説と伝達行為保護説（投資保護説）の見解の対立があることは、すでに触れたとおりである（第4部第1章）。

準創作行為保護説とは、「著作隣接権」の客体に「著作物の創作活動に準じたある種の創作的な活動」を認め、著作物の創作活動に準じた創作活動に法的保護を与え、その準創作活動を奨励することを、「著作隣接権」の趣旨とする考え方である⁶⁰⁰。すなわち、大雑把に捉えるならば、保護対象の創作的要素を「著作隣接権」の保護根拠なり保護法益とする考え方と解される。つまり同説は、「著作隣接権」の趣旨を、客体なり保護対象の特色（＝創作的要素）に焦点を当てて導く考え方といえる。

⁵⁹⁸ 中山・前掲「創作性についての基本的考え方」7頁、中山・前掲書『著作権法〔第2版〕』71頁、潮海・前掲書『職務著作制度の基礎理論』133頁、203頁、同「編集著作物の保護に関する基礎理論的考察」著作権研究27号（2000年）169頁、170頁、178頁、横山久芳「創作投資の保護」『知的財産法の現状と課題』工業所有権法学会年報30号（2006年）126頁。上野達弘「創作性」『知的財産法の理論的探究（現代知的財産法講座Ⅰ）』（日本評論社、2012年）203、205頁は、近時の創作性解釈論を「競争法的選択の幅論」と捉え、そこに、著作権法の競争法的再構成なり著作権法の制度趣旨の競争法的な転換を見出す。

⁵⁹⁹ 中山・前掲「著作権法の動向」885頁は、著作権の帰属ルール観点から、わが国の職務著作制度と映画著作権の法定譲渡の制度に、投資保護を目的とする不正競争法的な機能を見出している。潮海・前掲書『職務著作制度の基礎理論』91頁も同旨。

⁶⁰⁰ 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）551頁。

他方、伝達行為保護説とは、著作物の社会的な享受を可能にする伝達行為には多額の投資を要する場合があるところ、投資主体である伝達者に投資回収の手段としての権利を与え、その伝達行為にインセンティブを与えることを、「著作隣接権」の趣旨とする考え方である⁶⁰¹。すなわち、保護対象の創作的要素を必ずしも必須の構成要素とは解さず、その伝達行為に要する投資利益の保護要請に着目し、「著作隣接権」の保護根拠なり保護法益を事業者の投資行為に求める考え方と解される。つまり同説は、「著作隣接権」の趣旨を、保護対象の特色（＝投資利益）とともに、保護主体の特色（＝投資主体たる事業者）にも焦点を当てて導く考え方といえる。

このような分析からもわかるように、両説は、「著作隣接権」の説明にあたっての着眼点なり観点を、必ずしも一致させていないものと解される。「客体の性質」に着眼する前者によれば、創作的要素のほかは保護対象とならないはずであるが、「主体の性質」に着眼する後者によれば、事業者による投資の成果物であれば、客体の性質の如何は問題とならないから、結果的に、創作的要素を欠くものも保護対象（客体）に含むことになる。すなわち、両説は、制度趣旨を解釈するうえでの議論の出発点を、保護対象の観点と保護主体の観点との間で、すでに異にしている可能性がある。

ところが、「著作隣接権」の制度趣旨を論じようとする場合、この「制度趣旨」なる言葉について、保護対象（客体の性質）と保護主体（主体の性質）のいずれの観点から捉えるかの点で齟齬なり混淆があると、双方の解釈する「制度趣旨」の比較は困難となり、その結果、双方の議論は噛み合わず、混乱が生じ兼ねないばかりか、双方の解釈のいずれを妥当とみるべきかの評価にも窮するように思われる⁶⁰²。したがって、上記両説の理論的な妥当性を吟味するうえでも、この「制度趣旨」を捉える観点の整理が、まず必要となろう。

そこで本章では、上記両説の対立軸に沿いつつ、「著作隣接権」の制度趣旨について、①保護対象の観点と、②保護主体の観点との、双方の相異なる観点から、いかに解するのが妥当というべきかを別個に分けて検討しようと思う。

すなわち、まず、「著作隣接権」の保護対象の観点から、それと創作的要素との関係を明らかにし（第2節）、創作的要素との接点を有しない投資利益を保護対象と解し得るか否かについて考察する（第3節）。いずれの考察にあたっても、現行法の立法資料のみならず、課題解明に必要な範囲で、旧法のもとで展開された判例の解釈論や立法論を手掛かりとする。ついで、今度は、「著作隣接権」の保護主体の観点から、事業者の保護との関係を明らかにする（第4節）。これらの考察を通じ、わが国の「著

⁶⁰¹ 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）537-539頁、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）518頁、高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）244頁、茶園成樹編『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2016年）264頁〔茶園成樹〕、島並良ほか『著作権法入門〔第2版〕』（有斐閣、2016年）204頁〔横山久芳〕。

⁶⁰² 特許法に関する議論であるが、横山久芳「知的財産法の現状と課題」工業所有権法学会年報30号162頁（質疑応答）も、特許法も客体の観点から捉えれば「創作法」と解されるが、主体の観点から捉えれば「投資の回収法」と解されることを指摘している。

作隣接権」概念について、著作権概念側の理論的事情とは切り離された、その自律的な存在理由の中身を明らかにする（第5節）。

第2節 「著作隣接権」の保護対象と創作的要素

第1項 立法資料の記述

現行著作権法の立法に向けた政府レベルの論議は、著作権制度審議会が、昭和37年5月16日、当時の文部大臣から、著作権法の改正ならびに実演家、レコード製作者および放送事業者の保護制度の創設に関する基礎的事項について諮問を受けたことに始まる⁶⁰³。

著作権制度審議会において、「著作隣接権」制度の創設を検討したのは、その第5小委員会である。同小委員会での論議を知り得る公表資料には、時系列の順に、昭和38年11月の審議状況の中間報告、昭和40年5月の審議結果報告、昭和41（1966）年4月に文部大臣に提出された審議会答申およびその答申説明書がある。このうち、昭和38年の中間報告は、その記述に照らすかぎり⁶⁰⁴、「著作隣接権」制度それ自体の趣旨に関する言及はなく、しかも、放送事業者の保護論については、その時期的な関係のゆえか、依然として実質的な議論の形跡が見られない。ここでの課題である「著作隣接権」制度の立法趣旨を探るうえでは、昭和40年の審議結果報告および昭和41年の審議会答申および答申説明書が、考察すべき立法資料である。

昭和40年の審議結果報告は、「隣接権制度の創設」と題する項で、まず「隣接権制度」の趣旨について、それが1961年のローマ条約に由来する新制度である旨を示唆したうえで、つぎのように述べている。

「著作物を公衆に伝達する媒体としての実演家、レコード製作者、放送事業者等の行為に著作物の創作行為に準じた精神性を認め、労働保護あるいは不正競争防止の観点より一歩進んだ、無体財産権保護的な保護を、これらの者に与えようとするものである…。（傍点筆者）」⁶⁰⁵

この冒頭で「著作隣接権」の各主体の共通性を「著作物を公衆に伝達する媒体」に求める点は、一見、各保護対象の共通性として、「著作物の公衆への伝達行為」を示唆するかのようである。

確かに、「著作隣接権」なる権利概念を依然知らなかった旧法のもとにおいても、その保護対象となるべき実演、レコードおよび放送に関して、これらを「著作物の公衆への伝達行為」として統一的に把握しようとする見解は、すでに見られた。すなわち旧法下の学説には、放送事業者の保護制度の検討にあたり、「放送をなす権能、すなわち放送権は、演奏歌唱、実演、出版、レコード製造などに関する権利と同様、本来、著作物、その他、事物、事象を公衆に伝達するための手段たる行為であって…。

⁶⁰³ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』はしがき。

⁶⁰⁴ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』133頁。

⁶⁰⁵ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』255頁。

以上を総括して、これらの権利を供与権（Leistungsrecht）という新しい言葉で表現する学者もある。」⁶⁰⁶と説くものもある。

とはいえ、この「著作物の公衆への伝達行為」なる性質が、「著作隣接権」の客体にのみ妥当する特殊な性質とはいいい難く、たとえば出版行為や映画製作行為にも同様に認め得る性質であることも、やはりこの審議結果報告を考察した学説が即座に指摘したところである⁶⁰⁷。つまり、「著作物の公衆への伝達行為」という各客体の性質は、それだけでは、「著作隣接権」の保護を、とりわけ著作権の保護とは別個に正当化し得る根拠になり得ているとは、いい難いと解される。

審議結果報告が、「著作隣接権」保護の根拠とするのは、むしろ、「著作物の創作行為に準じた精神性」とみるべきであろう。そうした創作的要素が、保護対象たる「実演家、レコード製作者及び放送事業者の行為」にいずれも「認め」得るからこそ、「労働保護あるいは不正競争防止の観点」とは異なる「無体財産権」の観点から、上記三者の行為をいずれも客体とする「著作隣接権」が承認され得るというのである。いい方を変えれば、「創作行為に準じた創作性」を根拠とする「無体財産権保護的な保護」は、創作的要素を前提としない労働保護・不正競争防止の「観点より一步進んだ」ものと捉えられ、そうした「一步進んだ」保護制度としての「著作隣接権」が実演家等に承認されるというのである。昭和41年の答申説明書の記述も、説明を簡略化しているものの、これと同旨を述べている⁶⁰⁸。

このように立法資料には、「著作隣接権」の立法趣旨において、各権利客体が共通に備える伝達行為という性質それ自体ではなく、当該伝達行為が、いずれも「著作物の創作行為に準じた精神性」なる創作的要素を含むことを根拠として、その保護対象としての正当性なり必要性が説かれているのである。すると、「著作隣接権」は、その保護対象なり保護の正当化根拠として、客体における創作的要素の存在を前提とする制度と解されよう。

現行法の立案担当者が著わした解説にも、このような客体の創作的要素ないし知的価値に対する考慮を不可分とする「著作隣接権」概念の説明を見出すことができる。

すなわち、「著作隣接権」の保護理由は、「著作物の創作活動に準じたある種の創作的な活動が行われることから、そういった著作物の創作活動に準じた創作活動を行った者に著作権に準じた保護を与えることが、その準創作活動を奨励するものであり、かつ、そういった著作物に準じる準創作物の知的価値を正当に評価する」⁶⁰⁹点に求められるというのである。「著作隣接権」の保護を正当化する根拠および目的を、いずれも、「創作活動」に求める見解と解される。

⁶⁰⁶ 勝本正晃『現代文化と著作権』（雄渾社、昭和31年）95・96頁。

⁶⁰⁷ 阿部浩二「隣接権〔特集・著作権法改正〕」ジュリスト329号（1965年）30頁。

⁶⁰⁸ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』93頁。

⁶⁰⁹ 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）551頁。

現行著作権法には、その公式な理由書の添付はない。とはいえ、昭和 45（1970）年第 63 回国会において著作権法案を審議した衆議院文教委員会では、法案説明に政府委員として出席した文化庁次長（当時）の安達健二氏はこうも述べている。

「この法律におきまして、著作隣接権という制度を定めておるわけでございます。その際に、実演家のほか、レコード製作者…を隣接権の権利者といたしておるわけでございます。これはレコード製作者にしる…著作物の使用に関連しながら、そこに一種の創造的な寄与をしておるという意味において、著作者ではないけれども、著作者に準ずるような地位等もあるということにかんがみまして、これらのものに隣接する権利を与えておるわけでございます。（傍点筆者）」⁶¹⁰。

この発言は、「著作隣接権」の保護主体である「レコード製作者」の概念が営利事業の主体を意味するものではないか、との質問（山中吾郎委員）に対しなされた答弁である。その答弁は、レコード製作者の事業者性に着目した質問者の見方に対して、レコード製作者の創作的寄与という創作行為に、「著作隣接権」の根拠を指摘するものと解される。当時の立法者のこうした発言にも、レコード保護制度を含めた「著作隣接権」の保護趣旨を、創作的要素を前提としない事業活動それ自体の保護ではなく、「一種の創造的な寄与」の評価に求める意図を読み取ることができよう。

すなわち、現行法の「著作隣接権」の創設に関する立法者意図は、その立法資料の記述に照らすかぎり、実演、レコードおよび放送の各客体が備える創作的要素を前提として、その創作的要素それ自体を保護対象なり保護の正当化根拠とするところにあったと解するのが妥当といえよう。

第 2 項 旧著作権法上の対応制度とその趣旨継受

このような理解は、「著作隣接権」と客体を重ならせる旧著作権法上の制度なり他の関連法制度との理論的關係について述べた立法資料の説明とも、整合しているように思われる。

審議結果報告は、まず実演とレコードの「著作隣接権」に関して、旧法がすでに両客体に対応する「演奏歌唱」と「録音物」に「著作権を認めてきた」ことに触れたうえで、「これらを著作権で保護しようとした際に立法者が意図したこと…は、隣接権的な保護で足りる（傍点筆者）」と説いている⁶¹¹。同様に、答申説明書もその同旨を述べて、「…立法趣旨および現行法におけるこれらの権利の実質的な内容を考えれば、…隣接権的な保護を与えることが相当（傍点筆者）」と説いている⁶¹²。ここで重要な点は、旧制度の趣旨と「著作隣接権」との連続性の指摘である。すなわち、旧法上の実演（演奏歌唱）およびレコード（録音物）の立法者意図なり立法趣旨は、現行の「著作隣接権」制度がそのまま継受するというのである。

⁶¹⁰ 第 63 回国会衆議院文教委員会議録第 7 号（昭和 45 年 3 月 18 日）3 頁。

⁶¹¹ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』256 頁。

⁶¹² 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』94 頁。

そこで問われるのは、この「著作隣接権」の制度趣旨に重なるところの、旧法上の著作権保護の趣旨なり立法者意図の意味するところである。

まず、演奏歌唱が旧法 1 条の「著作物」の一類型に加えられたのは大正 9 年の著作権法改正である。この改正により実演家はその演奏歌唱について著作権保護を受け得ることとなったが、鳩山一郎議員立案の議員立法によるこの法改正の動機は、むしろ、海賊版レコードに対するレコード製作者の救済にあった。すなわち、レコードの無断複製・販売という「不正行為を防止して欲しいとの業界の切なる要望」⁶¹³を背景として、レコード製作者の投資利益の保護が、この改正の動機であったのである。

ところが、その具体的な制度化に際して着眼されたのは、レコード製作者の競争法的な保護法益それ自体ではなく、レコードに収録された実演（演奏歌唱）であり、当該実演の著作物との同質性であった。

改正審議の過程で、立案者である鳩山は、「歌唱シ又ハ演奏ヲ爲スニ就テ、精神的ノ努力ヲ要シ、熟練ヲ必要トスルコトハ勿論デアリマスカラ此处ニ規定シタ次第デアリマス（傍点筆者）」⁶¹⁴と述べる。また当時の内務省警保局長である政府委員は、改正の趣旨について、「元来著作権法ニ所謂著作物ト申スノハ、其有形タルト無形タルトヲ問ワズ、苟シクモ吾人ノ精神的勞力ニ依ッテ得タ所ノ、一切ノ製作物ヲ申スノデアッテ、而シテ其製作物ガ文藝學術、又ハ美術ノ範圍ニ属スルモノデアラバ、之ニ著作権ヲ與フト云フコトガ趣旨デアル…随ッテ其演奏歌唱等ガ精神的勢力ニ依ッテ得タルモノハ、現行法ノ解釋トシテ正當ト思フケレドモ、判決例ニ依テ此範圍ニ属セザルモノト認メラレタモノモアリマス、随ッテ此際法律ニ明ラカニスル事ハ、無用ノコトデナイト思ウノデアリマス（傍点筆者）」⁶¹⁵と述べている。いずれの発言も、「演奏歌唱」が精神的成果物である点において、著作物と同等の評価が可能である旨を指摘するものであると解されよう。

要するに、大正 9 年改正は、レコード製作者の投資利益の保護を動機とするものではあったが、この立法動機を著作権法の立法課題へと接続するには、保護法益なり保護対象として、著作物との同質評価を可能とする創作的要素との接点が必要とされたと解されるのである。その創作的要素との接点を提供したのが、新たな客体としての「演奏歌唱」である。これを換言すれば、レコードの海賊行為対策の立法動機に対し、その製作投資利益の競争法的な保護を、直接に著作権法の立法課題へとつなげ得たならば、このような「演奏歌唱」の「迂路」は必要なかったといえよう。つまり、大正 9 年改正による演奏歌唱の保護制度の立法趣旨は、その保護対象に著作物との同質評価が可能な創作的要素を見出し、それを保護法益とする制度を意図するものと解することができるのである。

⁶¹³ 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）48-49 頁。

⁶¹⁴ 第 43 回帝國議會衆議院著作権法中改正法律案委員會議録第 2 回 3 頁。

⁶¹⁵ 第 43 回帝國議會衆議院著作権法中改正法律案委員會議録第 3 回 7 頁。

つぎに、レコード（録音物）の著作権保護が明文化されたのは、昭和 9 年改正である。改正法 22 条ノ 7 は、「音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ他人ノ著作物ヲ適法ニ寫調シタル者ハ著作人ト看做シ其ノ機器ニ付テノミ著作権ヲ有ス」と定め、レコード製作者は「音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器」すなわちレコード（録音物）につき、著作権の保護を受けた。

この旧法のレコード保護制度がいかなる保護対象を前提とするものと解すべきかの点に関し、昭和 9 年改正の直後に著された立案者の解説には、つぎのような説明がある。

「又凡そ著作権の保護を受くる著作物たるには、文藝、學術又は美術の範圍に属することを要する所であるから、例へば單に他人の演奏を機械力のみにより『レコード』板に印刻したるのでは未だ著作権は發生しないのであって、其の印刻の過程に於ける操作が美術的と認められるものたることを要する。如何なる操作が美術的と認めらるかは、具體の場合に付判断するより外はない。若し之に付疑義が解決せざれば、結局裁判所の判断を俟つより外はない。（傍点筆者）」⁶¹⁶

すなわち、レコード保護制度を著作権法上に基礎づける論拠は、レコードの収録行為における創作的要素に置かれている。著作権の客体となるレコードは、他の著作物と同様に、その作成行為の質的評価、すなわち「其の印刻の過程における操作」が「美術的と認められるものたること」を要件として、はじめて承認され得るというのである。

同様の理解は、当時の立案当局である内務省と共に法案審議に関与した司法省の担当者のつぎの解説にも示されている。

「右の『レコード』に對する著作権は翻譯、編輯、映畫化と同様他人の著作物を基礎として生ずる所謂二次的著作権である。然し乍ら他人の著作物を基礎としたるものであつても更に相當の精神的勞作を加え、獨創性の有するものを創作するならば著作権として保護するの必要がある故に、此の趣旨に於て『レコード』に對する著作権を認めたのである。従つて他人の演奏等を何等修飾を加へず單に『レコード』に複製するのみにては足りない。必ずや内容の排列、複製技術等の上に精神的工夫を廻らした獨創性を有するものでなければならぬ。之著作権の本質上獨創性を缺くべからざる要素とする當然の帰結である。（傍点筆者）」⁶¹⁷

ここには、新制度がレコードの創作的要素を保護法益なり保護根拠としている旨が、文字通り述べられている。しかも、その創作的要素の具備は、レコード保護制度が著作権法上に論拠を有するための「當然の帰結」とすら評価されているのである。

要するに、昭和 9 改正によるレコード保護制度の立法趣旨は、先に見た大正 9 年の演奏歌唱の保護制度の創設の場合と同様である。すなわち、その保護対象に著作物との同質評価を可能とする創作的要素を見出し、それを保護法益なり保護の正当化根拠とする制度を意図するものと解することができるのである。

⁶¹⁶ 小林尋次「著作権法中改正法律の解説」放送 4 卷 7 号（昭和 9 年）32-33 頁。

⁶¹⁷ 奥野健一「著作権法中改正法律の註解」法曹会雑誌 12 卷 7 号（昭和 9 年）98 頁。

すると、旧法上の演奏歌唱およびレコード（録音物）の保護趣旨は、それぞれの客体が具備すべき創作的要素を前提としてそれを保護対象なり保護法益とするところにあったと解されよう。先の審議結果報告および答申説明書の説くところによれば、このように解される双方の立法趣旨を、現行法の「著作隣接権」制度が継受したというわけである。

つまり、現行法の「著作隣接権」制度は、その客体である実演とレコードとの関係において、旧法の対応する保護制度の制度趣旨を維持する観点からも、各客体の創作的要素を保護対象なり保護の正当化根拠とした制度であると解すること妥当であるように思われる。

第3項 放送法制上の放送保護制度との相違

審議結果報告は、放送の「著作隣接権」と既存の放送保護制度との関係について、こう述べる。すなわち、「放送に関しては、現在、放送法等で、放送事業者の同意を得ずしてその放送を受信して再放送し、また再送信することを禁じており、…電波行政上…の観点から、実質的に放送事業者が…守られている…が、実演家、レコード製作者と並んで、放送事業者の番組編成等の行為に着目し、電波行政上の問題とは別に隣接権制度上で…放送事業者の保護をはかることが適当（傍点筆者）」と説く⁶¹⁸。答申説明書も放送法等との関係について同旨を説いている⁶¹⁹。

ここで重要な点は、放送法等による保護と「著作隣接権」保護との観点の相違の指摘である。すなわち、放送事業者は、「放送」という共通の客体に関して、現に放送法等の電波行政上の保護を受けているけれども、「番組編成等の行為に着目」という、電波行政とは異なる観点から、放送法制上の保護とは別途、放送事業者の「著作隣接権」保護が要請されるというのである。

放送法（昭和25年法律第132号）は、「著作隣接権」制度の創設当時、その旧6条で（平成22年11月の改正⁶²⁰前）、放送を受信して行う再放送の送信に関して放送事業者の同意を要する旨の再送信同意制度を定めていた。放送事業者が自らの放送の無断再放送を禁止し得る同意制度である。同様の同意制度は、有線放送に関して、旧有線ラジオ放送業務の運用の規正に関する法律（旧有規法）5条が定めていた。

これらの同意制度が、電波行政上の規律とはいえ、「著作隣接権」制度と同様に、放送事業者の私益保護をも目的とする制度と解されることは、すでにその立法趣旨を考察した先行研究によって明らかにされている⁶²¹。

⁶¹⁸ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』256頁。

⁶¹⁹ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』94頁。

⁶²⁰ いわゆる通信・放送法体系の見直しの改正であり、この結果、放送法（昭和25年法律第132号）は、従来の有線ラジオ放送業務の運用の規正に関する法律、有線テレビジョン放送法および電気通信役務利用放送法を統合・廃止し、放送法体系を新たに作る法律として再構成された。

⁶²¹ 本山雅弘「放送事業者の著作隣接権とその放送法制による代替的保護の可能性」國士館法学43号（2010年）51-55頁。

なかでも、その明瞭な根拠として指摘可能なところとしては、旧有規法 5 条の同意制度をめぐる立法審議において⁶²²、同意制度の目的が放送に関する著作権保護の趣旨を有規法制内部で重複的に実現する点にある旨が述べられ、また、その制度目的が放送法旧 6 条の同意制度の趣旨とも一致する旨についても、「要は放送法と同趣旨によりまして著作権の保護、放送著作権の保護のために、かような規定を NHK 及び民間放送の相互に通じまして設けた…（傍点筆者）」と述べられているのである⁶²³。

そこで、「著作隣接権」の固有の趣旨を理解するうえで重要となるのは、放送事業者の私益保護の目的を放送法制の同意制度と共有しながらも、「著作隣接権」を差別化するうえで論拠とされた「番組編成等の行為」の意味するところである。

この番組編成の行為に、著作権保護対象にも足り得る創作的要素を認めようとする見解は、すでに塩野宏教授の学説にも示されている。

すなわち、塩野教授は、「放送番組の編集それ自体が、人の創作的活動の一つであるとみるならば、これを編集著作物としてとらえることはできないであろうか。…放送事業者としては、一日の放送時間をどのように分け、いかなる順序で番組を配列するかに、意をそそいでいるわけであって、それによって、一つの創造物が存在するといえるように思われる」と説かれ⁶²⁴、番組編成全体を編集著作物として評価し得る可能性を示唆している。

番組の編成とは、「番組全体の配列及び放送事項の内容、種類、分量…としての個々の番組について、それをあみ、組み立て、つくり上げること」と解されてきた⁶²⁵。放送事業者の組織内において、「専ら放送番組の編成方針を樹立し、放送番組を企画し、制作し、実施する」ことが編成作業であった⁶²⁶。すなわち、番組編成の行為とは、一定の編成方針に基づき、一日の全放送時間内で放送すべき素材としての個々の放送番組を「選択」し、かつ、それらの個々の放送番組を所定の放送時間帯に「配列」する行為にほかならない。「編成の意味は、…狭義番組の企画制作実施と、広義番組の作成配列である」と説かれるのも⁶²⁷、このことをいうものと解される。

そして、そうした選択・配列の基準となる編成方針に著作権保護要件としての創作性を認めることも、また困難ではなかろう。放送事業者は視聴者に対する訴求力なり商業的放送事業者の場合にはスポンサーの広告影響力等の要素を考慮しつつ、独自の方針により、特定の放送番組を特定の放送時間帯に配し、また、放送番組の音声・映像と広告用フィルムの音声・映像との配列順序を決定することが可能だからである。

⁶²² 第 10 回国会参議院電気通信委員会会議録 11 号 1 頁〔衆議院専門員の答弁内容〕。

⁶²³ なお、塩野宏「有線テレビ放送をめぐる法技術—有線テレビジョン放送法の問題点—」『放送法制の課題』（有斐閣、1989 年）192 頁でも、有規法 5 条の立法趣旨は放送事業者の利益保護に傾いている旨の理解が示される。

⁶²⁴ 塩野宏「再送信の同意権と著作隣接権—放送事業者の権利の一側面—」『放送法制の課題』（有斐閣、1989 年）208 頁。

⁶²⁵ 金沢覚太郎「編集と編成—放送の主体性に関する一考察—」電波時報 8 巻 9 号（1953 年）27 頁。

⁶²⁶ 金沢・前掲書 27 頁。

⁶²⁷ 金沢・前掲書 29 頁。

すると、複数の放送番組の集合物としての番組編成は、塩野教授が示唆するように、それに組み込まれた広告用フィルムの音声・影像と一体的に、全体として、著作権法上の編集著作物を構成するとみることに、理論的な障害はないように思われる。

要するに、立法資料が「著作隣接権」と放送法制との差別化を決定づけた「番組編成等の行為に着目」なる観点は、番組編成行為の創作的要素に着目する観点を意味するものと解することができる。すなわち、この番組編成行為に認め得る創作的要素に着目することで、ともに放送事業者の私益保護を目的とするとはいえ、放送法制のそれとは異なる制度趣旨が、「著作隣接権」に託されるというわけである。このような理解はまた、審議結果報告の文言が、この「番組編成等の行為に着目」なる観点を根拠に、放送事業者の保護と実演家・レコード製作者の保護とを並列的な関係に位置付けていた点とも整合しよう。前段で明らかにしたとおり、実演家・レコード製作者の「著作隣接権」の保護対象なり保護根拠は実演・レコードの創作的要素と解されたからである。

以上によれば、現行法の「著作隣接権」制度は、その客体である放送との関係において、放送法制上の放送保護制度との差別化を確保する必要から、放送の番組編成行為における創作的要素に着目し、それを保護対象なり保護の正当化根拠とした制度であると解することが妥当であるように思われる。

第4項 保護対象の特色からみた「著作隣接権」の制度趣旨

以上のとおり、本節では、現行法の立法資料の記述内容を改めて振り返り、その記述内容の示唆するところに従い、また、旧法上の対応する著作権保護制度（実演・レコード保護制度）と放送法制上の放送保護制度（再送信同意制度）との制度趣旨上の関係にも照らして、まずは保護対象の特色の観点から、現行法の「著作隣接権」の制度趣旨なり立法者意図の解明を試みた。

その考察の成果を踏まえるならば、現行法の「著作隣接権」は、実演、レコードおよび放送のいずれの客体に関しても、そこに含まれ得る創作的要素の存在を前提として、その創作的要素を、保護対象なり保護の正当化根拠として創設された制度と解することが妥当というべきであろう。

ところで、このような「著作隣接権」の制度趣旨の理解は、同制度の立法にパイロット的機能を果たした1961年のローマ条約との関係で⁶²⁸、その理論的整合性あるいはその締約国に課される保護義務との整合性を確保し得るのかとの疑問を生じさせるかもしれない。というのも、ローマ条約3条は、保護の主体なり客体の定義として、「『実演家』とは、俳優…その他…著作物を…実演する者をいう」（a項）、「『レコード』とは…音の専ら聴覚的な固定物をいう」（b項）、「『放送』とは…無線による…影像

⁶²⁸ 安達健二「著作権法改正について〔特集・著作権法改正〕」ジュリスト329号（1965年）13頁、佐野文一郎・鈴木敏夫『新著作権法問答』（新時代社、1970年）388頁〔佐野文一郎〕。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）87頁。

及び音の送信をいう（f項）と定めるところ、そこに保護対象と創作的要素との関連を示唆する文言を認め難いからである。

この点について、実演に関するかぎり、条約正文の一つであるフランス語テキスト（33条）によれば、「実演家」の定義は「*artiste-interpret ou exécutant*（解釈または実演する芸能家）」と表現され、単純な実演行為（*exécutant*）のみならず解釈行為（*interpret*）を伴う実演を、条約の保護対象と解することは可能である⁶²⁹。同様に、ローマ条約のWIPO解説書も、実演の個性的要素、解釈的要素および創作的要素に言及する⁶³⁰。すると、実演保護制度との関係では、ローマ条約を客体の創作的要素を保護法益とする制度と解することも可能である。しかし他方で、レコードと放送の保護対象に関しては、条約の定義上、創作的要素に関して明示的な言及を見出し難い。

とはいえ、わが国の「著作隣接権」の制度趣旨を、客体の創作的要素の存在を前提として捉えることは、以下に述べるとおり、ローマ条約と国内法の規律内容との関係、換言すれば、ローマ条約の規律対象の原則に照らして、同条約と矛盾する関係にはないというべきであろう。

すなわち、ローマ条約の規律対象に関する原則は、すでに本研究が第3部で考察したとおりである。それは、条約が規律し得るのは渉外関係（*international situations*）に限定され、条約に国内法の内容に対する規律意図を見出すことはできないという点にあった。換言するならば、ローマ条約の規律対象は、明確に渉外関係と解される事項に限定される一方で、単純かつ明確に国内関係（*domestic situations*）と解される事項にはもちろん、単純な国内関係とはいいい難いとしても、国内法の規律内容に実質的な修正を与え渉外関係としての理解にも疑義が生じ得る事項にも、ローマ条約の規律は排除されるというのが、条約の原則であり、また、条約採択の外交会議での結論でもあった（第3部第4章第3節）。

他方で、わが現行法の「著作隣接権」の制度趣旨をいかに構成するかとの課題に、ローマ条約の規律対象とする渉外関係を見出し得ないことは自明であろう。制度趣旨とは、いうまでもなく、国内法を如何に構成するかという、純粹に国内法の規律の問題であり、しかも、それは、ローマ条約の規律がおよぶ渉外関係、すなわち、他の締約国を行為地とする客体との関係（条約4条ないし6条）が発生する以前に、生じ得る問題だからである。ローマ条約上の渉外関係として、わが国の「著作隣接権」概念の制度趣旨を議論する余地はないものと解して差し支えないであろう。

わが現行法の「著作隣接権」の制度趣旨をいかに構成すべきかの問題は、ローマ条約がその規律対象とはなし得ない事柄と解するほかないであろう。したがって、現行法の「著作隣接権」の制度趣旨を客体の創作的要素の保護に見出すことは、ローマ条

⁶²⁹ Silke von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford Univ. Press 2008, p.197, para.6.16.

⁶³⁰ WIPO, *GUIDE to the ROME CONVENTION and to the PHONOGRAMS CONVENTION*, 1981, pp.21-22, para.3.4.

約との理論的整合性あるいはその締約国に課される保護義務との整合性に関し疑問を生じさせることはないものと解される。

そうすると、結局のところ、わが国の「著作隣接権」制度の趣旨は、これを保護対象の観点から捉えるならば、客体の創作的要素を保護対象なり保護の正当化根拠とする制度と解されることとなる。

さて、「著作隣接権」の保護対象に着目する以上の考察によれば、今日の学説に展開される「著作隣接権」の制度趣旨をめぐる解釈論としては、客体の創作活動に保護の根拠を求め保護対象を創作的要素に見出す準創作行為保護説が妥当と解される。これに対し、伝達行為保護説に認められるような、保護対象の創作的要素を必ずしも必須の構成要素とは解さず、伝達行為に要する投資利益に「著作隣接権」の保護根拠を見出す解釈は、保護対象の観点から特定される「著作隣接権」の制度趣旨の理解としては、妥当する余地は少ないように思われる。

とはいえ、「著作隣接権」の保護対象を投資利益それ自体とみる上記解釈に対する消極的評価は、その保護対象を創作的要素と特定し得たことに照らした、いわば間接的な評価に過ぎないともいえよう。その解釈の当否を実質的に評価するには、投資利益を「著作隣接権」の保護対象とする立論それ自体について、その理論としての当否と立法論としての当否を、いずれも「著作隣接権」概念の創設当時に遡って検討することが要されよう。

そこで次節では、伝達行為保護説に認められる、投資利益それ自体に「著作隣接権」の保護対象を見出す考え方について、まず、その理論的なルーツを探り、そのルーツたる見解が、「著作隣接権」概念を生み出した当時の立法論の文脈で理論的な整合性を備えていたのかを検証するとともに、他方で、創作的要素を要しない投資利益に一定の法的保護を与えるという発想が、「著作隣接権」概念の創設当時にどれだけわが国の立法論として可能であったのかという点について、一般法としての不法行為法理論の若干の考察も踏まえ、またドイツ法解釈論との比較も踏まえて検討する。

第3節 「著作隣接権」の保護対象と投資利益

第1項 投資利益を保護対象とする見解の由来

前節の考察に照らしても明らかなとおり、現行法の立法資料の記述内容に、「著作隣接権」の保護対象を、創作的要素を必ずしも含まない投資利益に見出す伝達行為保護説の考え方（以下、投資保護説と略称する）を読み取ることは困難と思われる。立法資料から読み取り得るところは、実演、レコードおよび放送の各客体に関して、その創作的要素が「著作隣接権」の保護の正当化根拠とされていたからである。つまり、投資保護説の理論的ルーツを現行法の立法資料に見出すことは困難ということになる。

また、現行法の立法論議の過程で公にされた学説にも、投資保護説の理論的ルーツを見出すことは困難と思われる。

前節でも紹介したとおり、昭和 40 年の審議結果報告を受けジュリスト誌上で組まれた著作権法改正に関する特集記事で「著作隣接権」を解説した阿部浩二博士は、そもそも「著作物の伝達行為」を「著作隣接権」の保護対象に限定された通有性と解することは困難との見解を示していた⁶³¹。阿部は、その当時すでに、「著作隣接権」に関する論考を重ねて著す学者であった⁶³²。また、現行法の立法審議の最中（昭和 44 年）にその初版が、その施行直後（昭和 48 年）には再版改訂版が公にされた山本桂一博士の体系書『著作権法』の記述にも、「現行著作権法は、すでに演奏歌唱を著作物として…レコードを著作物として著作権の対象とするから…実質的にはある程度隣接権を承認していると考えられる」と説かれている⁶³³。そこでは、「著作隣接権」はむしろ著作物保護制度と連続的に解され、少なくとも明示的には、「著作隣接権」を「著作物の伝達行為」の保護制度と捉える見解は認め難いといえよう。他方、昭和 44 年発行の著作権法学会誌では、審議会委員を務めた勝本正晃博士が、新法の立法理由を説くにあたり、伝達行為の観点から「著作隣接権」を説明しているが、投資保護をその趣旨とする見解が示されるわけではない⁶³⁴。

すると、そもそも著作物の伝達行為に着目する投資保護説とは、その理論的ルーツをどこに求め得る見解であるかが問われよう。上記の立法審議の時期に現れた学説には、いずれもそれを求め得ないとするならば、学説とは別に、立法審議の諸資料のうちに示された見解に、その手掛かりを求めることも許されよう。

この観点から注目される論考は、国立国会図書館により国会審議の参考資料として作成された、『著作権法改正の諸問題—著作権法案を中心として—』（以下、単に「諸問題」という）である。

内田晋氏の執筆によるものとされる⁶³⁵同論考は、昭和 41 年の審議会答申を踏まえ、法体系全般に亘り旧法との比較や審議会議論の経緯等を通じた法案の検討を行ったものである。そして、この「諸問題」では、「著作隣接権」に関する総論部分において、その制度の目的なり趣旨に関する説明として、つぎのような叙述が展開されている。すなわち—

「実演家、レコード製作者および放送事業者はいずれも、著作物の著作者とその著作物を享受する一般の人々の間にあって、著作物を媒介するという点において、共通性を持っている。…最近は録音、録画の技術の発達…によって、レコードや放送を録音、録画することが簡単にできる…。このようなことが営利の目的でさかんに行われれば、レコードの製造や放送電波の発射に多大の努力をほらい莫大な経費を投じているレコード製造者や放送事業者が大きな経済的打撃を受けるだけでなく、…実演家の利益

⁶³¹ 阿部・前掲ジュリスト 329 号（1965 年）30 頁。

⁶³² 阿部浩二「いわゆる隣接権の保護—国際会議をめぐって」法学 25 卷 2 号（1961 年）128 頁、同「いわゆる隣接権について」私法 23 号（1961 年）167 頁、同「隣接権と外国法制」法経学会雑誌 11 卷 3 号（1961 年）343 頁。

⁶³³ 山本桂一『著作権法〔再版改訂〕』（有斐閣、1973 年）16 頁。

⁶³⁴ 勝本正晃「著作権法の改正について（2）」著作権研究 2 号（1969 年）31 頁。

⁶³⁵ 国会図書館『著作権法改正の諸問題—著作権法案を中心として—』（昭和 45 年 4 月）「はしがき」。

にも痛切にひびくことになる。そこで、これら三者の利益の保護をはかるために、著作権制度とは別にこれら三者にも著作権類似の排他的権利を与える…。(傍点筆者)」⁶³⁶

ここに説かれたのは、要するに、著作物の伝達行為に要する「莫大な経費」の保護の必要であって、「著作隣接権」の制度趣旨が、まさに投資保護の観点から捉えられているものと解されよう。

すると、現行法の施行前の時期において、投資保護説をいち早く明示的に説いたのは、この「諸問題」であったと解することが可能となろう。

ところが、この「諸問題」が上記の叙述を導いた論理の筋道を詳細に検討するならば、そこには、以下のとおり、必ずしも説得的とはいえない難い内容が少なからず含まれていることがわかるのである。

「諸問題」はまず、新たな「著作隣接権」制度の必要性を説く文脈で、演奏歌唱を著作物とした旧法の大正 9 年改正に関して、レコード製作者の保護という立法動機と実演保護という改正の帰結との齟齬を指摘する⁶³⁷。実演に関して承認された著作権の保護制度を批判する趣旨である。

しかし、前節第 2 項の考察で明らかにしたとおり、大正 9 年の立法審議で演奏歌唱の保護を正当化した根拠は演奏歌唱の創作的要素にはかならず、創作保護法としての著作権法の立法審議としては、瑕疵はなかったはずである。保護対象の創作的要素を立法の正当化根拠とすることは、レコード製作者の営業利益の保護という立法動機とのずれはあっても⁶³⁸、それは創作保護法たる著作権法改正を実現するうえでの必然の帰結であったと解されたのである。実際に、昭和 9 年改正では、レコードそれ自体に創作的要素が見出されることになり、その結果、レコードを著作権の直接の保護客体とすることが可能となったのである。

すると、「諸問題」が指摘するように、演奏歌唱の著作権保護を実現した大正 9 年改正に、立法動機と立法の帰結との間の齟齬が存在することはそのとおりであるとしても、そのことだけを根拠として同改正の妥当性を疑うことは困難といえよう。

加えて「諸問題」は、保護客体の実演が「演奏歌唱」に限定された点にも大正 9 年改正の不備を見出そうとする⁶³⁹。しかし、レコードという音声録音技術は存在し得ても映像録画技術が存在しなかった大正 9 年当時に、映像実演の保護要請がなされなかったことは、むしろ当然であるとも解されよう。また「諸問題」は、レコードの著作権保護を承認した昭和 9 年改正に関しても、レコードの演奏権なり放送権の存否が規定上明確でない点に、改正法の不備を指摘している⁶⁴⁰。しかし、この問題は、レコー

⁶³⁶ 国会図書館・前掲書 199 頁。

⁶³⁷ 国会図書館・前掲書 196-197 頁。

⁶³⁸ 大正 9 年改正の立法動機がレコード製作者の保護にあったことは、阿部浩二「レコード製造者の著作権について—その沿革についての覚え書」企業法研究 129 輯（昭和 41 年）26 頁にも指摘される。同旨の指摘として、大村敦志『不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点』（有斐閣、2011 年）91 頁。

⁶³⁹ 国会図書館・前掲書 197 頁。

⁶⁴⁰ 国会図書館・前掲書 197 頁。

ド著作権の内容の明確性に関するものに過ぎないといえる。すると、いずれの問題点の指摘も、著作権に代替する「著作隣接権」の必要論を支える直接の論拠としては、必ずしも十分なものとは評価し難いといえよう。

以上のように、いずれの論拠も明解とはいえないものの、差し当たり旧法の実演・レコードの著作権保護制度の批判論を展開したうえで、「諸問題」は転じて、実演・レコードに関して創作的要素の欠如を指摘する。すなわち、「演奏、歌唱その他の実演は、…自らの精神的創作活動によって新たに著作物を作り出すわけでは決してない」、「レコード製造という行為自体も工業製品の機械的生産というべきものであって、これを精神的創作行為とみることは不可能」というのである⁶⁴¹。

しかし、このような旧法の保護対象の捉え方に関する「諸問題」の見方は、前節第2項で明らかにした大正9年改正および昭和9年改正の立法者意図、すなわち、実演（演奏歌唱）とレコードのいずれの客体にも創作的要素を見出し、それを著作権保護の正当化根拠とした考え方とは、いずれも、相容れない見解であると解される。

しかも、この見方は、現行法の立法論議のなかで示された審議会結論とも、整合し得ない見解と解される。すなわち、昭和41年の審議会答申には、その「著作者」を論ずる審議結果の項において、映画に出演する実演家としての俳優に関して、「俳優も映画の全体的形成に創作的に関与したと認められるものである限り、映画の著作者たり得ると考える」との結論が述べられているのである⁶⁴²。つまり、「諸問題」が一般的に否定するところの実演の創作的要素は、審議会結論においては、むしろ、映画との関係で肯定されていたのである。

そもそも、この保護対象の創作的要素の欠如を論拠とする「著作隣接権」制度の説明は、第一に旧法の実演（演奏歌唱）・レコード保護制度の趣旨承継と、第二に放送法制上の放送保護制度との差別化という、いずれも保護対象の創作的要素の存在を前提としてはじめて整合的に解し得る「著作隣接権」の立法趣旨（前節第2項・第3項参照）とは、整合しないものと評価することが可能であろう。

以上、諸点の指摘から明らかになるとおり、「著作隣接権」に関する投資保護説をいち早く説いた「諸問題」の叙述の内容には、それを導くうえでの論拠や論理の筋道において、旧著作権法の実演・レコード保護制度の捉え方やその現行法に対する位置づけ、あるいは現行法の立法趣旨との関係で、整合的とはいえない点が認められる。換言すれば、投資保護説を生み出した理論的ルーツは、「著作隣接権」概念の創設が前提とした旧法との継受関係や現行法の立法論議との関係で、十分な説得力を備えた論拠をもって展開されていたとは解し難いことがわかるのである。

⁶⁴¹ 国会図書館・前掲書 198 頁。

⁶⁴² 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』24 頁。

このことは、投資利益を「著作隣接権」の保護対象と解する投資保護説の考え方は、「著作隣接権」概念を生み出した当時の立法論の文脈から捉えるならば、必ずしも十分に理論的な整合性なり説得力を備えていた見解とは解し難いことを示すといえよう。

第2項 投資利益を保護対象とする立法論の可否

わが国の「著作隣接権」が投資利益を保護する制度として説明されるとき、その典型例とされるのが、レコードの「著作隣接権」である⁶⁴³。典型例とされる背景には、後述するように、わが国の古い判例にも、レコード製作投資の不法行為法による保護を争う事件が存在し、すでに本研究でも言及したとおり、旧著作権法のレコード保護制度の立法動機も、レコード製作投資の回収と無関係ではなかったとの事情があるものと推測される。そこでは、レコード製作に投じた経済的費用の回収が、「著作隣接権」の目的と解され、創作的要素を前提としない製作投資利益それ自体が、「著作隣接権」の保護対象と解される。

ところが、逆説的であるが、「著作隣接権」概念の創設当時に投資利益を保護対象とする立論が、必ずしも容易ではなかったと考えられる根拠の一つは、まさに、この典型例と解されるレコード保護制度との関係で、ドイツ著作隣接権との比較・対照において指摘できるように思われる。

ドイツ著作権法は、著作隣接権に関する第2章に第4節「レコード製作者の保護 (Schutz des Herstellers von Tonträgern)」を設け、レコード保護制度を定める(85条および86条)。その制度趣旨がレコードの投資利益それ自体の保護と解される点に、争いはない。すなわち、レコード保護制度の法的性質は、特殊な企業投資を、競争法的な観点から、そのただ乗り行為に対して不正競争防止法の救済よりも強力に保護する点に求められ⁶⁴⁴、レコード製作の投資主体たる事業者に原始的な権利帰属を認める擬制制度も正当化される⁶⁴⁵。つまり、ドイツのレコード著作隣接権は、他方の自然人の創作行為を基礎とする創作的要素の保護制度との関係で、法的ドグマの断絶さえ指摘されるのである⁶⁴⁶。

ところが、こうした投資保護制度としての明瞭な立論を支える理論的背景として、ドイツのレコード著作隣接権には、その先例たる基本判例の存在を指摘することが可能なのである。ドイツ現行法の理論構成に圧倒的な影響力を持ち得たといわれる⁶⁴⁷ウルマー教授 (Eugen Ulmer) ⁶⁴⁸はもちろん、今日の学説⁶⁴⁹も指摘するその基本判例と

⁶⁴³ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）518頁、531頁、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）565頁、島並良ほか『著作権法入門〔第2版〕』（横山久芳）（有斐閣、2016年）204頁、225頁、高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）242頁。

⁶⁴⁴ Schricker/Loewenheim/Vogel, Urheberrecht Kommentar, 5.Aufl., 2017, § 85, Rdnr.13.

⁶⁴⁵ Schricker/Loewenheim/Vogel, a.a.O., § 85, Rdnr.13, 33.

⁶⁴⁶ UFITA 45, 1965 II, S.314, zu § 95, Ab. 2, Vogel, a.a.O., § 85, Rdnr.9.

⁶⁴⁷ Schricker, Meister des Urheberrechts, im “Eugen Ulmer zum Gedächtnis” 1989, S.46.

⁶⁴⁸ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.316; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. neu arbeitete Aufl., 1960, S.443.

は、戦前の 1910 年のライヒ裁判所に現れた「レコード盤 (Schallplatten)」事件である⁶⁵⁰。

すなわち、ライヒ裁判所は、原告レコードの海賊盤を真正盤の半額以下で販売する被告行為について、ドイツ民法 826 条の良俗違反の不法行為⁶⁵¹の該当性を検討するに際し、「現時点の立法状況…に照らすならば、原告のレコード盤は、模倣に対して、特別法の保護を受けないのではあるけれども、原告が模倣によって故意に損害を加えられる場合には、民法典 826 条の適用を正当化する良俗違反が、その模倣に見出され得る」⁶⁵²、「被告は、自ら製作しかつ完全に模倣したレコード盤を原告がなし得るものと比べ相当に廉価な価格で市場に提供し、その結果、原告が被告と競争できない状況にしているのである。このような行為は、原告からその固有の労働の成果物を奪うものであって…公正な取引に関する良俗に反する」⁶⁵³と判示し（傍線筆者）、被告行為に民法 826 条の不法行為を認めた。

要するに、レコード保護制度が依然として著作権法に設けられていない状況において、ライヒ裁判所は、いわばそうした知的財産法の欠缺の補充として、レコード製作の投資利益それ自体を、被告の意図的な廉価販売という良俗違反の行為に対して、不法行為法の保護対象として認めているのである。

このような、投資保護制度と位置づけ得るドイツのレコード著作隣接権について、そうした立論に明確な根拠を与え得るドイツ解釈論の状況と比較するならば、わが国が、現行著作権法の立法時に、レコード「著作隣接権」の創設に臨もうとした際の解釈論の状況は、対照的であるように思われる。

わが国でも、レコードの海賊盤の販売行為について民法 709 条の不法行為の成否を争う事例は、不法行為理論が依然そのいわゆる「権利侵害」論⁶⁵⁴の枠組みにとどまる段階で、すでに存在していた。大正 7 年の大審院に現れた「蓄音器音譜無断複製」事件⁶⁵⁵がそれである。

同事件は、その数年前の大審院が、同じく海賊盤レコードの製造・販売による不法行為の成否について、レコードではなくその収録音楽の著作権保護を主たる争点とし、また著作権法違反を問う刑事事件の附帯私訴のなかでその成立を否定した大正 3 年の

⁶⁴⁹ Schricker/Loewenheim/Vogel, a.a.O., § 85, Rdnr.3.

⁶⁵⁰ RGZ 73, 294-Schallplatten. この判例は、ドイツ旧著作権法のレコード保護制度の趣旨を探る必要から、本研究第 2 部第 3 章第 3 節第 2 項でも考察した。

⁶⁵¹ ドイツ民法典 826 条は、良俗に反する方法で故意的に加えられた損害との関係で不法行為法の実質的な一般条項を含む規定であり、加害者は故意により生じた損害について賠償義務を負う旨を定めており、良俗違反行為は差止請求の対象となるものと解されている。邦訳文献として、ドイチュ／アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本法論社、2008 年）149 頁、158 頁参照。

⁶⁵² RGZ 73, 294, 296-Schallplatten.

⁶⁵³ RGZ 73, 294, 297-Schallplatten.

⁶⁵⁴ 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為 [第 2 版]』（有斐閣、2005 年）180 頁、潮見佳男『不法行為法 I [第 2 版]』（信山社、2009 年）61 頁、窪田充見『不法行為法 [第 2 版]』85 頁。

⁶⁵⁵ 大判大正 7 年 9 月 18 日大審院民事判決録 24 輯 1710 頁。

「桃中軒雲右衛門」事件⁶⁵⁶とは異なり、純粋な民事裁判として、しかも、収録音楽とは無関係にレコード投資利益それ自体について、不法行為法による保護の可否を争うものである。

すなわち、不法行為否定の結論について、刑事事件における罪刑法的主義の厳格解釈の影響も指摘され得る雲右衛門事件とは異なり⁶⁵⁷、大正7年の「蓄音器音譜無断複製」事件では、そうした制約の観点からは、裁判所は解釈論においてフリーハンドを得ていたといえそうである。しかしながら、大審院はつぎのように判示し、その保護を否定している。

「蓄音器音譜ニ付テ…他人カ創製者ノ承諾ヲ得スシテ其音譜ヲ複製シ之ヲ販賣スルコト…ニ依テ利益ヲ營ミ創製者ノ營業上ニ損失ヲ被ラシムルモ爲メニ複製者ノ行爲ヲ目シテ法律上所謂不正競争ト云フ能ハサル…ト同時ニ創製者ノ…權利ヲ侵害スル不法行爲ナリト云フヲ得サル」、「本件ニ於テ…被上告人ハ恣ニ上告人ノ製造ニ係ル音譜ヲ複製シ廉價ヲ以テ之ヲ市場ニ提供シタルカ爲メ上告人ノ製造スル音譜ノ賣行ニ減少ヲ來タシ上告人ハ營業上多大ノ損失ヲ生スルニ至リタリ尤モ上告人ハ右音譜ニ付著作権…ノ如キ權利ヲ有スルモノニ非スト云フニ在レハ…上告人ハ被上告人ニ對シテ本件請求ヲ爲スノ權利ヲ有セサル（傍点筆者）」⁶⁵⁸。

要するに大審院は、レコード保護制度が依然として著作権法に設けられていない状況において、たとえ、被告の海賊盤レコードの廉価販売により原告レコード製作者が営業上の損失を被るとしても、不法行為に基づく損害賠償請求は認められないというのである。

ここには、海賊盤の廉価販売による損害発生という前提事実の類似性にもかかわらず、レコード投資利益に不法行為法の救済を認めた前記ライヒ裁判所の判例との、明らかな対照性を指摘できるように思う。

確かに、ライヒ裁判所判例は、ドイツ不法行為法の一般条項としての民法 826 条における受皿的要件⁶⁵⁹の適用事例であった。この点で、「権利侵害」要件に限定された当時の民法 709 条の、しかも後の違法性論による修正を受ける前の「権利侵害」を厳格に解するわが国の不法行為判例と、同列に論ずることはできないであろう⁶⁶⁰。しかし、被侵害利益と加害行為の態様を類似させる同様の事案に対して、レコード投資利益を直接の法的保護の対象とする最上級審判例が存在するか否かは、やはり、レコー

⁶⁵⁶ 大判大正3年7月4日大審院刑事判決録20輯1360頁。

⁶⁵⁷ 能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌44巻2号（2009年）219頁は、雲右衛門事件の刑事裁判における厳格な罪刑法定主義の要請を前提として、「刑事と民事の判断の関連、特に附帯私訴からくる両者の連動というものが、雲右衛門事件においても影響しなかったとは言い切れない」と指摘している。同旨の見解として、大村敦志『不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点』（有斐閣、2011年）87頁。

⁶⁵⁸ 民録24輯1721-1722頁。

⁶⁵⁹ ドイチュ／アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本法論社、2008年）149頁。

⁶⁶⁰ 潮見・前掲書62頁は、民法709条の「権利」が、明治末期から大正時代にかけてのドイツ学説の継受を背景に、ドイツ民法823条1項の「権利」が意味する「絶対権」および絶対的利益と同様ののものであると解されていた旨を指摘する。

ド投資利益それ自体を保護対象とする立論（立法論）の可能性との関係では、わが国とドイツとの間に存在する看過し得ない相違点なり対照性と見るべきであろう。

しかも、このような解釈論の相違の状況は、わが国の不法行為理論が、その後の大審院の大正 14 年「大学湯」事件⁶⁶¹による実質的な判例変更を経て、「権利侵害から違法性へ」の再構成をみた不法行為理論への移行後も⁶⁶²、依然として指摘できたように思われる。

周知のとおり、大審院は「大学湯」事件において、不法行為法の保護法益について、「嚴密ナル意味ニ於テハ未タ目スルニ權利ヲ以テスヘカラサルモ而モ法律上保護セラルルノ利益ナルコトアルヘク」⁶⁶³と述べ、不法行為の成否に際し権利侵害を穿鑿する解釈論は、法律觀念の大局觀を欠いた考慮不足である旨を説いて⁶⁶⁴、権利侵害論の立場を明確に排斥した。

しかし、その後、不法行為の成否を、被侵害利益の種類・性質と加害行為の態様との相関関係に基づく違法評価によって判断する相関関係説のもとでも⁶⁶⁵、実定法上の「権利」性を欠く「利益」は、無制約に不法行為法の保護を受けてきたわけではなかった旨が、不法行為法学説により指摘される⁶⁶⁶。そこでは、「利益」の重大性と加害行為の態様とが相関的に考慮され、不法行為法の救済対象となる利益を定型的に捉えることが困難であったからである⁶⁶⁷。むしろ、救済対象利益の限界づけこそが、不法行為法学の重要課題であり続けたというのが、不法行為法学説の夙に指摘するところである⁶⁶⁸。

すると、われわれがここで検討するレコード投資利益も例外ではなく、不法行為法学の「重要課題」の対象として、救済対象利益の限界づけ問題の渦中にあつたと解すべきなのであろう。すなわち、レコード投資利益がその侵害に対し不法行為法の救済を受けるか否かは、「大学湯」事件以降の「権利侵害から違法性へ」という不法行為理論の展開のなかでも、必ずしも自明ではなかったと考えられるのである。

この点は、雲右衛門事件に現れたレコード保護問題を不法行為法の観点から分析する近時の民法学説が、「大学湯」事件以降、「被侵害利益としての営業的利益の保護の必要性・その限界」というレコード保護問題に現れた経済的利益の侵害に関する議

⁶⁶¹ 大判大正 14 年 11 月 28 日大審院民事判例集 4 卷 670 頁。

⁶⁶² 加藤・前掲書 169 頁、潮見・前掲書 66 頁、窪田・前掲書 85 頁。

⁶⁶³ 民集 4 卷 676 頁。

⁶⁶⁴ 民集 4 卷 676 頁。

⁶⁶⁵ 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』（新法学全集 10）（日本評論社、昭和 5 年）126 頁以下。

⁶⁶⁶ 加藤・前掲書 181 頁。

⁶⁶⁷ 加藤・前掲書 181 頁、潮見佳男『不法行為法 I 〔第 2 版〕』（信山社、2009 年）69 頁。

⁶⁶⁸ 加藤・前掲書 168 頁。

論について、「意外と不法行為理論は発展しなかった」⁶⁶⁹と指摘している点にも、窺うことができるように思われる。

また同様の見方は、著作権法学説にも窺うことができる。すなわち、「蓄音器音譜無断複製」事件を評釈した著作権法学説は、レコード投資利益の保護問題を、「大学湯」事件による不法行為の要件修正を踏まえてもなお、未解決の課題と位置づけているのである⁶⁷⁰。著作権法学説も、レコード投資利益それ自体の保護を、必ずしも自明の結論とはみなしていなかったことを示すものといえよう。

不法行為法の保護を受け得る投資利益の特定が、その要件論において、単純な議論で済まされ得ないことは、さらに、今日の知的財産法の不法行為法による補充に関する裁判例からも窺われるように思われる。

すなわち、著作権保護を受けない自動車データベースの製作投資の保護に関し、裁判所は、①製作者の費用・労力を費やした情報収集・整理、②当該データベースの製造販売による営業活動の実施、および、③製作者の販売地域と競業する地域での侵害者の複製物の販売という諸要素を、不法行為成立の要件として判示する⁶⁷¹。データベース製作投資の利益は、このような諸要素を要件として、はじめて不法行為法の救済対象となるのである。

また、最高裁は近時、平成 23 年の「北朝鮮映画」事件⁶⁷²において、既存の知的財産法の保護がおよばない情報財に関する不法行為法による補充的保護の可能性の問題について、初判断を示している。しかし、この問題の解釈をめぐっては、この最高裁判例に先行して、保護を受ける投資利益の特定問題とも絡みつつ、下級審裁判例にも分裂が生じ⁶⁷³、また学説の立場にも多様な見解が見られたところである⁶⁷⁴。

⁶⁶⁹ 能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌 44 巻 2 号（2009 年）221 頁。同様の指摘として、大村敦志『不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点』（有斐閣、2011 年）91 頁。

⁶⁷⁰ 松井正道「判批」著作権判例百選（別冊ジュリスト 91）（1987 年）169 頁。

⁶⁷¹ 東京地判平成 13 年 5 月 25 日判時 1774 号 132 頁「翼システム」事件（中間判決）、東京地判平成 14 年 3 月 28 日判時 1793 号 133 頁同事件（終局判決）。考慮要素の分析抽出は、蘆立順美『データベース保護制度論』（信山社、2004 年）162 頁を参照した。

⁶⁷² 最判平成 23 年 12 月 8 日民集 65 巻 9 号 3275 頁。

⁶⁷³ 従来の裁判例の解釈論には、大別して、二つの考え方が見られた。一方は、知的財産法の保護法益に軸足を置く観点から、知的財産法の保護のおよばない対象・行為に関して不法行為法による補充的救済の余地を極めて厳格に解し、例外的に、詐害性ある行為に対してのみ救済を認める考え方である（東京地判平成 14 年 9 月 5 日判時 1811 号 127 頁「サイボウズ」事件、東京地判平成 15 年 10 月 31 日判時 1849 号 80 頁「換気口用フィルタ」事件、東京地判平成 16 年 3 月 24 日「YOL」事件等）。これに対し、他方の考え方は、知的財産法の保護法益に軸足を置くのではなく、むしろ、当該保護法益とは異なる投資利益なり営業利益の観点から、たとえ知的財産法の保護法益の観点からすれば自由利用に委ねられるべき対象に対しても、その不法行為法による補充的救済の余地を検討し、その救済を肯定するものである（知財高判平成 17 年 10 月 6 日「YOL」事件、知財高判平成 18 年 3 月 15 日「通勤大学法律コース」事件、知財高判平成 20 年 12 月 24 日「北朝鮮映画」事件）。

⁶⁷⁴ 主要な論考として、田村善之「知的財産権と不法行為」『新世代知的財産法政策学研究の創成』（有斐閣、2008 年）3 頁、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」コピライト 607 号（2011 年）26 頁、窪田充見「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究 36 号（2009 年）29 頁、潮見佳男「判批」コピライト 538 号（2006 年）51 頁、横山久芳「創作投資の保護」日本工業所有権法学

そして、確かに「北朝鮮映画」事件で最高裁は、この補充問題に関し、「知的財産法の保護法益とは異なる保護法益を侵害する」といった「特段の事情」がないかぎり不法行為を構成しない旨の一定の判断を示した。とはいえ、最高裁がそこで示したのは、不法行為を否定すべき場合に関するいわば「否定命題」に過ぎず、その成立に関する「肯定命題」ではなかったといえることができる。不法行為の要件論は、その「肯定命題」にこそ現れるものであろう。すると、この一事によっても、最高裁の判示内容から、不法行為法による補充救済が認められる場面に関し、その要件論としての一義的な解釈を導き得るか否かについては、なお議論を要することのように思われる⁶⁷⁵。

要するに、不法行為法による投資利益の補充救済に関する要件論は、一般に、単純にその解釈論議が終了し得る課題ではないと解されるのである。そしてレコード投資利益の保護問題も、これと同様の補充救済の問題である点に変わりはないはずである。

すると、レコード投資利益との関係で、このような近時の最高裁判例も含めた補充救済に関する解釈論の議論状況に相当するものを、「大学湯」事件以降の解釈論に見出し難いことに照らすならば、レコード投資利益が、遅くとも現行法の立法時点において、不法行為法の定型的な救済利益として承認を得ていたと解するには、少なからず躊躇を覚えざるを得ないのである。そして、こうした否定的評価は、民法の不法行為学説が、レコードの投資保護の限界づけ問題に関し、「大学湯」事件以降の議論が「意外と発展しなかった」旨を述懐することとも、符合するように思われるのである。

さらに、レコード投資利益が、一般的に、不法行為法の救済利益としてのみならず、とりわけ、新たな知的財産権の承認を獲得するためには、その前提として、相当程度の解釈論の蓄積を要するであろうことは、まさにその実践例として、平成 24 年の最高裁に現れた前示「ピンク・レディー」事件⁶⁷⁶を指摘することができるように思われる。

最高裁は同事件において、氏名・肖像等の人格要素の経済的利用の側面に関し、知的財産権の一種として⁶⁷⁷、パブリシティ権を承認している。いわば判例法による新たな知的財産権の法創造といえよう。とはいえ、こうした判例法によるパブリシティ権の承認も、一朝一夕になり得たわけではなかった。

会年報 30 号（2006 年）123 頁、宮脇正晴「判批」L&T34 号（2007 年）59 頁、今西頼太「著作権非侵害行為と一般不法行為」同志社法学 60 巻 7 号（2009 年）1177 頁等。

⁶⁷⁵ 詳細については、本山雅弘「未承認国の著作物の保護義務と不法行為法による補充的救済の可否—北朝鮮映画事件」『続・知的財産法最高裁判例評釈大系』（青林書院、2019 年）223 頁で論じている。たとえば、三村量一「一般不法行為」『知的財産訴訟実務体系Ⅲ』（2014 年）367 頁は、本件最判の解釈として、知的財産の侵害に対する不法行為法の補充的保護は、恣意的な営業妨害等の詐欺的な行為に限定して認められるとしている。しかし、本件最判は不法行為の否定命題を示したに過ぎず、肯定命題で成立要件を明確にした判例とはいえない点、この最判の直後に現れた後掲「ピンク・レディー」事件の最高裁判決が、知的財産の補充的保護を詐欺的とは評価し難い行為について肯定している点などに照らしても、上記の解釈は必ずしも自明とはいえない難いと考えられる。

⁶⁷⁶ 最判平 24 年 2 月 2 日民集 66 巻 2 号 89 頁。

⁶⁷⁷ 中島基至『最判解説民事篇平成 23 年度（上）』28 頁。

最高裁による権利承認の背景には、まず、昭和 51 年の東京地裁に現れた「マーク・レスター」事件⁶⁷⁸以降の多数の裁判例の蓄積⁶⁷⁹を指摘しなければならないであろう。また、それら裁判例に関する個々の評釈はもちろん、パブリシティ権の権利構成論・性質論をはじめとする、多くの学説の蓄積も指摘しないわけにはいかないであろう⁶⁸⁰。とりわけ、権利の財産権構成と人格権構成をめぐる議論は、パブリシティ権の排他性なり侵害救済措置としての差止請求の承認の根拠論とも絡みつつ重要な論点をなしていた⁶⁸¹。

このような、新たな知的財産権に関する判例法形成の実際のサンプルに照らして考えるならば、レコード投資利益の知的財産権保護に関して、しかも侵害救済手段としての差止請求の効果をも伴いつつ、それを承認すべき旨の解釈論の状況を得るには、わが国においても、相当な裁判例と学説による議論の蓄積が要されたであろうことは、想像に難くないといえる。しかし、繰り返し述べるとおり、レコード投資利益に関し、そのような議論の蓄積を、わが国の「著作隣接権」概念の創設前の解釈論に見出すことは困難というほかないのである。

そうすると、以上を要するに、投資保護制度たるドイツのレコード著作隣接権の沿革との対照性に留意しつつ、「大学湯」事件以降の、不法行為法の補充救済を受ける保護法益の特定に関する解釈論の状況に照らすならば、少なくとも、1970 年の現行法の立法に際し、「著作隣接権」概念の創設時において、レコード製作の投資利益を直接の保護対象として、しかも、侵害行為に対する差止請求という強力な効果を伴う保護対象として、それを承認することを可能にする立論あるいは立法論の基盤が、わが国に存在していたとは解し難いように思われるのである。

⁶⁷⁸ 東京地判昭和 51 年 6 月 29 日判時 817 号 23 頁。

⁶⁷⁹ 菊地浩明「パブリシティ権についての裁判例の分析（上）」判タ 1346 号（2011 年）35-37 頁は、「ピンク・レディー」事件最判前の東京地判平成 22 年 10 月 21 日「ペ・ヨンジュン」事件までの 41 件の裁判例を一覧にしている。

⁶⁸⁰ 主要な論考に限定しても、阿部浩二「パブリシティの権利とその展開」現代社会と民事法（第一法規、1981 年）、同「パブリシティの権利と不当利得」谷口知平ほか編『注釈民法（18）』（有斐閣、1991 年）578 頁、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任〔増補改訂版〕』（判例時報社、1998 年）284 頁、斉藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、1986 年）137 頁、渡邊修「人格メルクマールの利用権—人格権の一元的構成に関する覚書き」法学 60 巻 6 号（1997 年）286 頁、花本広志「人格権の財産権的側面—パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」獨協法学 45 号（1997 年）241 頁、井上由里子「パブリシティの権利の再構成—その理論的根拠としての混同防止規定」『現代企業法学の研究』（信山社、2001 年）127 頁、同「パブリシティの権利」法教 252 号（2001 年）34 頁、田村善之『不正競争法概説〔第 2 版〕』（有斐閣、2003 年）507 頁、同『ライブ講義知的財産法』（弘文堂、2012 年）537 頁、設楽隆一「パブリシティの権利」牧野利秋ほか編『著作権関係訴訟法（新・裁判実務体系（22））』（青林書院、2004 年）546 頁、窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティ—生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書き—」民商法雑誌 133 巻 4・5 号（2006 年）721 頁、上野達弘「パブリシティ権をめぐる課題と展望」高林龍編『知的財産法の再構築』（日本評論社、2008 年）185 頁、潮見佳男『不法行為法 I 〔第 2 版〕』（信山社、2009 年）215 頁、菊地浩明「パブリシティ権についての裁判例の分析（上）」判タ 1346 号（2011 年）25 頁、同「パブリシティ権についての裁判例の分析（下）」判タ 1347 号 32 頁等。

⁶⁸¹ 具体的な学説の分析については、本山雅弘「パブリシティ権の権利構成の展開とその意味に関する覚書」國士館法学 45 号（2012 年）62 頁以下を参照。

投資利益が国会審議を経て国民の合意を背景に制定法の保護対象なり保護の正当化根拠として明確化されるためには、それに関する不法行為法の要件論の積み重ねが、まずは立論の基盤として、要されるはずであろう⁶⁸²。わが国の「著作隣接権」概念の創設時においては、投資利益の保護の典型と解されることのあるレコード「著作隣接権」との関係においてすら、そのような要件論の蓄積は認め難いのである。

第4節 「著作隣接権」の保護主体

前節までの考察を通じ、わが国の「著作隣接権」制度の趣旨は、これを保護対象の観点から捉えるならば、客体の創作的要素を保護対象なり保護の正当化根拠とする制度と解されることが明らかになったように思われる。

そこで、本節の課題は、「著作隣接権」の制度趣旨について、前節までにおけるような保護対象の観点からではなく、実演、レコードおよび放送の各客体に関する保護主体の観点から、それを明らかにしようとする点にある。

考察の便宜を考え、それぞれの保護主体の性質決定にあたり解釈の余地が比較的少ないと思われる実演および放送についてまず検討し、その後レコードについて検討する。

第1項 実演の保護主体

まず、実演である。

著作権法 89 条 1 項によれば、「著作隣接権」の第 4 章に実演の利用に関して規定された諸権利、すなわち実演家人格権（90 条の 2 および 90 条の 3）、狭義（89 条 6 項）の「著作隣接権」（91 条ないし 92 条の 2、95 条の 2 および 95 条の 3）および報酬請求権（95 条の 3 第 3 項）ならびに二次使用料請求権（95 条 1 項）は、いずれも実演家に帰属する。実演の「著作隣接権」の保護主体は実演家である。

この「実演家」とは、定義規定（2 条 1 項 4 号）によれば、俳優、歌手等の「実演を行う者」および実演の指揮者・演出者を意味するものと定めている。実演の保護対象がその創作的要素であることに照らすと、これらの者が実演の創出主体としての自然人であることは明らかであろう。

現行法の立法資料に照らしても、その点は明らかと思われる。すなわち、現行法の立法の基礎として昭和 41 年に公にされた著作権制度審議会答申によれば、たとえば、「実演家の人格権的保護」なる項目のもとで、その保護の必要性に言及するなかで、「実演家の氏名表示について…」と説かれている。現行著作権法が、たとえば、その著作者の推定規定である 14 条で、人格に関する「名前」を、自然人の場合は「氏名」と呼称し、法人等の場合の「名称」とは区別して用いていることに照らしても⁶⁸³、こ

⁶⁸² 山田知司「知的財産権法の補完としての不法行為法（フリーライドを巡って）」『知財立国の発展へ〔竹田稔先生傘寿記念〕』（発明推進協会、2013 年）519 頁。

⁶⁸³ 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）143 頁。

の答申が説く「氏名表示」への言及は、自然人である「実演家」を前提にしたものと解するのが合理的であろう。

この実演家の氏名表示権は、1970年の現行法立法時には明文化されることはなかった。それが実演家人格権の一部として同一性保持権とともに立法されたのは、2002年（平成14年）の改正時である。もちろん、著作権法上の人格権の帰属・発生が、必ずしもその主体の創作主体性を意味しないことは、職務著作制度（15条）のもとで著作物の非創作主体に著作者人格権が原始帰属することから指摘可能ではある。しかし、昭和41年の答申に示された「氏名表示」の保護の必要性和、2002年に立法された実演家人格権は実演家に原則的に帰属する権利にほかならない点に照らせば、この実演家人格権が実演の創出主体である自然人としての実演家を前提とすることは明らかであろう。

すると、実演の場合、その保護主体は保護対象の創出主体と一致することとなる。すなわち、実演の「著作隣接権」に関しては、実演の創作的要素の創出主体である自然人としての実演家が、その保護主体となっていると解することができる。

したがって、実演の「著作隣接権」の制度趣旨は、これを保護主体の観点から捉えるならば、保護対象たる創作的要素の創出主体を保護する点に認めることが妥当ということになる。

第2項 放送の保護主体

つぎに、放送である。

著作権法89条3項によれば、「著作隣接権」の第4章に放送の利用に関して規定された諸権利、すなわち狭義（89条6項）の「著作隣接権」（98条ないし100条）は、いずれも放送事業者に帰属する。放送の「著作隣接権」の保護主体は放送事業者である。

この「放送事業者」とは、定義規定（2条1項9号）によれば、「放送を業として行う者」を意味する。すなわち放送事業者とは放送を業として反復継続して行う事業者である⁶⁸⁴。「放送事業者」の用語は、放送法にもその使用例がある。放送法上の「放送事業者」は、電波法上の放送局の免許取得者（放送法2条22号）等を意味するから（同条26号）、「著作隣接権」の保護主体である放送事業者は、この免許取得を要しない点で、放送法上の「放送事業者」より広い概念である⁶⁸⁵。しかし、「著作隣接権」の保護主体が、放送業務の反復継続を可能とする事業者であることは明らかである。

すると、放送の「著作隣接権」の発生根拠である保護対象が「番組編成等の行為」における創作的要素であると解するならば（本章第2節第3項参照）、当該要素の創

⁶⁸⁴ 加戸・前掲書38頁。

⁶⁸⁵ 斉藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）138頁も、放送法の放送事業者と一致しない旨を指摘している。

出主体である自然人と保護主体である事業者としての放送事業者との関係が問われることになる。

この点、立法資料の記述には、「放送事業者の番組編成等の行為に着目し、電波行政上の問題とは別に隣接権制度上で私法上の権利として放送事業者の保護をはかることが適当」と説かれているに過ぎない⁶⁸⁶。すなわち、放送の「著作隣接権」の発生根拠である保護対象が「番組編成行為」という創作的要素を認め得る「行為」であることは示されても（本章第2節第3項）、この創作的な「行為」の主体と解すべき自然人と権利帰属主体である放送事業者との関係について明示的な説明はない。

一方で学説には、現行法の立案者の見解として、当初、放送行為における「業として反復継続」性の必要を考慮して、「アマチュア無線家」を保護主体たる放送事業者の概念から除外するものも見られた⁶⁸⁷。その後、この見解は微妙に修正され、「アマチュア無線家」であろうと「業として反復継続」して送信行為を行う者であれば、「著作隣接権」の保護主体になる旨が説かれるところとなるが、このような制度解説の微妙な言い回しに対する配慮にも、「著作隣接権」の保護主体を決定づける要素が、放送行為の事業としての継続可能性に求められ、その保護対象である「番組編成等の行為」における創作的要素の創出可能性に求められるわけではないことを、見出し得るように思われる。

今日の学説にも、放送の「著作隣接権」の保護主体としての放送事業者を、継続的な放送事業を成立させる投資主体の観点から把握する見解が説かれている⁶⁸⁸。他方学説には、放送事業者を、先に検討した実演家と同列に、「著作物の創作活動に準じた創作活動を行った者」と捉える見解も見られる⁶⁸⁹。しかし、後者の見解は、放送事業者には創作の事実行為をなし得ない法人も含むものと解されるから、一般的な妥当性を有する見解とはいえない。

すると、現行法の立法資料にも、「番組編成等の行為」の創作的要素が放送の「著作隣接権」を根拠づけるにもかかわらず、その創出主体である自然人と保護主体である放送事業者との関係が明瞭とはいえない、また放送事業者は文字通り放送事業の継続性のみを要素とする事業主体と解されることに照らすならば、放送の場合、その保護主体は保護対象の創出主体と必ずしも一致しないこととなる。すなわち、放送の「著作隣接権」に関しては、放送の創作的要素の創出主体である自然人ではなく、事業としての放送行為を継続的に可能にする投資主体としての事業者が、その保護主体となっていると解することができる。

⁶⁸⁶ 文部省『著作権制度審議会審議記録（一）』（昭和41年）256頁。

⁶⁸⁷ 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権資料協会、1974年）27頁。この見解は、同書の現行版（6訂新版）38頁の記述には見られない。

⁶⁸⁸ 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）539頁、540頁、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）518頁。

⁶⁸⁹ 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）551頁。

したがって、放送の「著作隣接権」の制度趣旨は、これを保護主体の観点から捉えるならば、継続的な放送事業を行う投資主体を保護する点に認めることが妥当ということになる。

第3項 レコードの保護主体

最後に、レコードである。

著作権法 89 条 2 項によれば、「著作隣接権」の第 4 章にレコードの利用に関して規定された諸権利、すなわち狭義（89 条 6 項）の「著作隣接権」（96 条ないし 97 条の 3）は、いずれもレコード製作者に帰属する。レコードの「著作隣接権」の保護主体はレコード製作者である。

この「レコード製作者」とは、定義規定（2 条 1 項 6 号）によれば、レコード音を「最初に固定した者」を意味する。すなわちレコード製作者とはレコード音の最初の固定行為者である⁶⁹⁰。

レコード「著作隣接権」の発生根拠である保護対象がレコード固定行為における創作的要素であると解するならば（本章第 2 節第 2 項）、その固定行為者とは、創作行為主体たる音響エンジニア等の自然人を意味しよう。もっとも、立法資料には、「…権利を与えられるレコード製作者とは、音を最初に固定する自然人または法人とし、原盤を増製するいわゆるリプレッサーは該当しない」との記述がある⁶⁹¹。また「法人の被雇用者が就業中に音を固定する場合、固定者とみなされるのは、法人であって被雇用者ではない」との記述もある⁶⁹²。

ここで、レコード原盤の増製行為を行うに過ぎないリプレッサーを保護主体たる「レコード製作者」から除外する趣旨は、単純な複製行為者に過ぎないリプレッサーには、レコードの「著作隣接権」の保護根拠である創作行為を認め難いとの事情により説明が可能であるように思われる。一方で、この立法資料の記述によれば、レコード製作者は創作行為主体としての自然人のみに限定されず、当該自然人が所属法人との間に雇用関係を有する場合には、その法人がレコード製作者として「著作隣接権」の原始的な帰属主体となる。

あたかも、事実上の創作行為を行わない者を著作者とする職務著作の制度（15 条）に類する発想が、ここに示されている。法人がレコード音の固定という事実行為をなし難い点を考慮すれば、法人を「固定行為者」とするのは一種の法的擬制と解され、また、固定行為の出発点をレコードの創作的要素の創出行為と解すれば、当該擬制は「固定行為者」の例外と位置づけるのが妥当であろう。

この立法資料が示唆する職務著作に類する制度は、現行法のレコード保護制度のなかに明文化されることはなかった。とはいえ、現行法の立案者にかかる学説には、そ

⁶⁹⁰ 加戸・前掲書 30 頁。

⁶⁹¹ 文部省『著作権制度審議会審議記録（一）』（昭和 41 年）265 頁。

⁶⁹² 文部省・前掲書 265 頁。

れと同様の、いわば「職務レコード」の成立の可能性を示唆する見解も認められる。すなわち、レコード固定行為を「芸術的想像力を要する」人為的行為であるとの理解を出発点としつつも、固定行為者は必ずしも物理的意味での録音者に限定されず、「録音行為に法律的主體性を有する」法人（レコード会社）を含む旨が説かれている⁶⁹³。

この「法律的主體性」の意味するところは必ずしも明らかではない。それが、あたかも「映画製作者」（2条1項10号）の場合のような、レコード製作に発意と経済的責任を有するとの意味であるか、あるいは、職務著作（15条1項）の場合のような、業務従事者に職務行為として固定行為をさせる等の意味であるかは明らかとはいえない。つまり、法人の「法律的主體性」をいうためには、その帰結を導くに足るだけの一定の解釈論の構成が別途要されよう。

とはいえ、少なくとも、例外的かつ規範的に、事实现行為としてのレコード固定行為を行わない法人が、その「著作隣接権」の法的な帰属主体となる場合を認めるのである。その解釈を認める根拠は、レコード会社が備えるべき良質の録音施設設備に求められている⁶⁹⁴。すなわち、レコード製作の投資主体たる事業者を保護することが、「職務レコード」の規範的解釈の目的ないし趣旨と解される。

一方で、レコード「著作隣接権」の実践的機能が、投資主体たる事業者保護との関係で典型的に現れることは、実際の裁判例における権利帰属主体の実態分析からも、その一端が窺われるように思われる。

すなわち、レコードの「著作隣接権」をめぐる裁判例において、その「著作隣接権」の帰属主体として訴訟の当事者となる者は、原盤の固定行為を行った自然人としてのレコード製作者よりも、レコード製作・販売を行う事業者であるケースが、相対的に多数を占めているのである。

レコードの「著作隣接権」をめぐる訴訟で審級の別を問わず単純な事件数として捉えると、たとえば平成年代に現れた訴訟件数は、自然人としての固定行為者が当事者となるケースが2件にとどまるのに対し⁶⁹⁵、レコード製作・販売の事業者が当事者となるケースは17件を見出すことができる⁶⁹⁶。この訴訟当事者の観点のみから、レコー

⁶⁹³ 加戸・前掲書 30 頁、623 頁。

⁶⁹⁴ 加戸・前掲書 623 頁。

⁶⁹⁵ ①知財高判平成 22 年 10 月 28 日（平 22（ネ）10057 号）（レコード音の固定行為者である原告が CD 見本の販売による譲渡権侵害を理由として、損害賠償を請求し認容された事件）、②東京地判平成 23 年 7 月 21 日（平 21（ワ）37303 号・45623 号）（レコード音の固定行為者である原告が原盤の製作契約に基づき、報酬を請求し認容された事件）。

⁶⁹⁶ ①東京地判平成 12 年 5 月 16 日（平 10（ワ）17018 号）、②平成 12 年 5 月 16 日（平 10 年（ワ）19566 号）（以上いずれも、レコード会社である原告が複製権侵害を理由として、侵害行為の差し止めを請求し認容された事件）、③東京高判平成 17 年 3 月 31 日（平 16（ネ）446 号）（レコード会社である原告が送信可能化権侵害を理由として、侵害行為の差し止めを請求し認容された事件）、④東京地判平成 19 年 1 月 19 日（平 18（ワ）1796 号・12662 号）（アーティスト所属事務所である原告がレコード製作者の地位に基づき、送信可能化権の帰属について確認を請求し棄却された事件）、⑤東京地判平成 23 年 11 月 29 日（平 23 年（ワ）22642 号）、⑥知財高判平成 26 年 4 月 18 日（レコードの原盤製作の費用負担者である原告がレコード製作者の権利を有することについて、確認を請求し認容された事件）⑦東京地判平成 26 年 6 月 25 日（平 26（ワ）3570 号）、⑧東京地判平成 26 年 7 月 31 日（平 26（ワ）3577 号）（以

ドの「著作隣接権」の事業者帰属について、その原始取得と固定行為者からの承継取得とを判別することは困難である。しかし、この権利帰属主体としての訴訟当事者が事業者に偏在する実態は、レコード「著作隣接権」の保護の実益が事業者との関係で高く認められることの一端を示すものともいえよう。

もちろん、レコードに関する「著作隣接権」の保護主体から、その文字通りのレコード固定行為者（創作行為者）である自然人を排除する解釈は、レコード音を「最初に固定した者」を当該保護主体とする現行法の文理（2条1項6号）に照らして、困難であろう。しかし、当該行為の経済的基盤を提供するレコード会社等の事業者もレコード「著作隣接権」の保護主体として妥当することは、実際の訴訟における権利帰属の優位な実態に照らせば、否定できないであろう。学説にも、レコード製作者を、先に検討した放送事業者の場合と同様に、レコード製作事業を成立させる投資主体ないし事業者の観点から把握する見解が示されている⁶⁹⁷。

すると、レコードの場合、その保護主体は保護対象の創出主体と必ずしも一致しないこととなろう。すなわち、レコードの「著作隣接権」に関しては、その立法資料の記述を前提とするならば、原則的には、創作的な固定行為を行った自然人が保護主体であると解されることとなるが、例外的かつ規範的な解釈を経ることにより、固定行為を行わない法人等、すなわちレコード製作の投資主体たる事業者がその保護主体になり得るものと解することができる⁶⁹⁸。

したがって、レコードの「著作隣接権」の制度趣旨は、これを保護主体の観点から捉えるならば、保護対象たる創作的要素の創出主体を保護する点に限定することは必

上いずれも、レコード会社である原告が氏名不詳者による送信可能化権侵害を理由として、発信者情報の開示を請求し認容された事件）、⑨東京地判平成26年10月23日（平25（ワ）19107号）（カラオケ機器の製造販売事業者である原告が複製権侵害を理由として、損害賠償を請求し認容された事件）、⑩東京地判平成28年6月23日（平28（ワ）10458号）、⑪東京地判平成28年8月3日（平28（ワ）15218号）（以上いずれも、レコード会社である原告が氏名不詳者による送信可能化権侵害を理由として、発信者情報開示を請求し認容された事件）、⑫知財高判平成28年11月2日（平28（ネ）10029号・10064号）（音楽作品制作会社である原告が複製権侵害を理由として、損害賠償を請求し認容された事件）、⑬東京地判平成28年12月20日（平28（ワ）34083号）（カラオケ音源の製作者である原告が送信可能化権侵害を理由として、侵害行為の差し止めを請求し認容された事件）、⑭東京地判平成29年6月26日（平29（ワ）12582号）（レコード会社である原告が氏名不詳者による送信可能化権侵害を理由として、発信者情報の開示を請求し認容された事件）、⑮大阪地判平成30年4月19日（平29（ワ）781号）（レコード音の固定行為者から権利譲渡を受けたレコード会社である原告が複製権侵害を理由として、映画配給会社に損害賠償を請求し認容された事件）、⑯東京地判平成30年5月24日（平30（ワ）6456号）、東京地判平成30年6月15日（平30（ワ）5939号）、⑰東京地判平成30年7月19日（平30（ワ）6484号）（以上いずれも、レコード会社である原告が氏名不詳者による送信可能化権侵害を理由として、発信者情報の開示を請求し認容された事件）。

⁶⁹⁷ 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）540頁、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）518頁。

⁶⁹⁸ 念のため付言するならば、レコード会社等の固定行為を行わない者をレコード製作者と擬制するこのような解釈は、「レコード製作者」の定義規定（2条1項5号）の規範的な解釈として初めて可能なものであり、同条項の直接的な解釈から導き得るものではない。後者のような直接的な解釈が抱える問題については、第5部第2章第3節で考察している。

ずしも妥当でなく、レコード製作事業を行う投資主体・事業者を保護する点にも認めることが妥当ということになる。

ところで、レコードの「著作隣接権」の保護期間については、現行法立法時にはその終期の起算点を「音の最初の固定時」としていたところ（著作権法 101 条 2 号）、平成 14 年の改正により、当該起算点を「レコードの発行時」に修正された（同 101 条 2 項 2 号）。保護の始期はいずれも「音の最初の固定時」であり、当該改正により保護期間はレコードの発行時を基準として実質的に延長されたことになる。レコードの発行行為は、レコード複製物を市場取引の対象とすることであり、レコード製作の事業者による投資の回収行為にも等しい。すると、この保護期間の延長は、保護主体の観点から把握される投資主体・事業者保護の制度趣旨に即した改正と評価することも可能となろう。

第 4 項 保護主体の特色からみた「著作隣接権」の制度趣旨

以上の考察をまとめるならば、つぎのように述べることができる。

すなわち、「著作隣接権」の保護主体は、実演に関しては、その創作的要素の創出主体と解される一方で、放送とレコードに関しては、その保護の根拠たる創作的要素の創出主体に限定されず、そうした創作行為を可能にする事業・設備等の投資主体たる事業者と解することが可能である。むしろ、放送に関しては、放送事業の反復継続性に照らし原則的に、またレコードに関しては、音の固定の事実行為を行う者を意味する「レコード製作者」の定義規定にもかかわらず、その規範的解釈の可能性や裁判例から読み取り得る実務の実態に照らし優位に、この事業者保護の側面が認められるものといえる。

そうすると、わが国の「著作隣接権」制度の趣旨は、これを保護主体の観点から捉えるならば、実演家の保護の場合を除き、レコード製作者および放送事業者という、著作物の公衆に伝達する媒体としての事業者ないし投資主体の保護を主たる目的とする制度と解されることとなる。

このように、保護主体の観点から、「著作隣接権」の制度趣旨を捉えようとする立場からみるならば、先に考察した「諸問題」において、伝達行為保護説の理論的ルーツと解されたつぎの叙述部分にも、事業者保護ないし投資主体保護に制度趣旨を求める考え方に整合的な見解を読み取ることができるように思われる。すなわち、

「実演家、レコード製作者および放送事業者はいずれも、著作物の著作者とその著作物を享受する一般の人々の間にあって、著作物を媒介するという点において、共通性を持っている。…最近では録音、録画の技術の発達…によって、レコードや放送を録音、録画することが簡単にできる…。このようなことが営利の目的でさかに行われれば、レコードの製造や放送電波の発射に多大の努力を払う莫大な経費を投じているレコード製造者や放送事業者が大きな経済的打撃を受けるだけでなく、…実演家の利益

にも痛切にひびくことになる。そこで、これら三者の利益の保護をはかるために、著作権制度とは別にこれら三者にも著作権類似の排他的権利を与える…。(傍点筆者)」⁶⁹⁹

その論旨は、冒頭の書き出しに示されるとおり、「著作隣接権」の保護主体に関心を払い、特にレコード製作者と放送事業者について「著作物の媒介」行為に関する投資主体性を認めたとうえで、そうした投資事業者の保護を、「著作隣接権」の主要な制度趣旨と解するところにあると思われる。まさに、保護主体の観点に立ち、「著作隣接権」の制度趣旨を主に投資事業者の保護によって説明する見解といえる。

「諸問題」は、先に考察したとおり(前節第1項)、「著作隣接権」の保護対象の理解の観点からは、説得的とはいえない難い内容を含むものといえた。しかし、伝達行為保護説の理論的ルーツと目された上記引用の叙述には、保護主体の観点から捉え得る「著作隣接権」の主要な制度趣旨としては、むしろ的確な説明がなされていたものと評価することができる。

すると、このことから明らかなとおり、「著作隣接権」の制度趣旨に関して説かれる伝達行為保護説についても、つぎのような評価が可能であろう。

すなわち、「著作隣接権」の制度趣旨をその保護主体の観点から捉えるならば、伝達行為保護説が説くように、著作物の伝達行為に多額の資本を投下する伝達者を前提として、その伝達者に投資回収の手段を与えることを「著作隣接権」の主要な目的と解することは、当該制度趣旨の一面を捉えたものとして妥当なものというべきこととなる。

第5節 まとめ—「著作隣接権」概念の複合的趣旨

さて本章では、「著作隣接権」の自律的存在理由を探ることを目的に、その制度趣旨を、①保護対象の観点と、②保護主体の観点との、双方の視角から解明することを試みた。その考察の成果を圧縮した形でまとめ、「著作隣接権」の制度趣旨、すなわちその自律的存在理由について結論を示すならば、つぎのように述べることができよう。

まず、「著作隣接権」の保護対象は各客体における創作的要素と解するほかないものといえた。その理由としては、第一に、現行法の立法者意図は実演、レコード、放送の各客体についてその創作的要素を保護の正当化根拠としたものと解されること、第二に、投資利益それ自体を「著作隣接権」の保護対象と解する考え方は、その理論的ルーツにおいてわが国の立法沿革と整合し得ない「著作隣接権」制度の解釈を内包したものと解さざるを得ないこと、そして第三に、投資利益それ自体を「著作隣接権」の保護対象と解する考え方は、そうした立論が「大学湯」事件以降のわが国の不法行為理論の展開に照らしても現行法立法時に十分に可能であったとは解し難いことを指摘することができた。したがって、「著作隣接権」の制度趣旨は、これを保護対象の

⁶⁹⁹ 国会図書館・前掲書 199 頁。

観点から捉えるならば、客体の創作的要素を保護対象なり保護の正当化根拠とする制度として解することができたのである。

他方、「著作隣接権」の保護主体は投資主体なり事業者も含むものといえた。この点は、事業としての継続性を前提とする放送の保護主体に関して、また、職務著作に類する法律関係の解釈を前提とするレコードの保護主体に関して、すでに立法者意図のうちにも読み取ることができた。この点に照らせば、「著作隣接権」の制度趣旨を、そうした投資主体としての事業者に関する投資保護と無関係なものと解することは妥当ではないと解された。したがって、「著作隣接権」の制度趣旨は、これを保護主体の観点から捉えるならば、客体の創作的要素の創出主体のみならず、そうした創出行為の継続に経済的な基盤を提供する投資主体としての事業者を保護する制度として解することができたのである。

以上の考察の成果を踏まえるならば、わが国の「著作隣接権」の制度趣旨は、①保護対象の観点から把握可能な、客体の創作的要素の保護と、②保護主体の観点から把握可能な、創作的要素の創出主体および当該創出に継続的な経済的基盤を提供する投資主体としての事業者の保護という、複合的な趣旨として特定することが可能ということになる⁷⁰⁰。

この、わが国の「著作隣接権」の制度趣旨の理解に関する結論は、一見したところ、矛盾を孕むようにもみえるかもしれない。「著作隣接権」制度は、その趣旨の捉え方の視角によって、多面的な評価を導いているからである。すなわち、保護対象の観点から捉えるならば、その制度趣旨は専ら創作保護の属性から把握され得るのに対し、保護主体の観点から捉えるならば、単なる創作保護の属性で把握しきることはできず、投資保護ないし事業者保護の属性が不可欠となったのである。

しかし、権利概念の存在意義を解明しようとする本研究の立場からは、この両視角からの分析は混同すべきではないと考えている。とりわけ、「著作隣接権」概念の趣旨を、専ら保護主体の観点から把握可能な制度趣旨との関係でのみ理解すべきではないと思われる。この点を若干敷衍すると、つぎのように述べることができる。

権利はまず特定の保護対象との関係で創設・承認され、権利を誰に帰属させるべきかという帰属問題は、その権利承認後に生じ得る問題である。ゆえに、権利承認論（保護対象論）と権利帰属論（保護主体論）とは、双方の理論的フェーズが異なる議論といえよう。そして、「著作隣接権」概念が何故に著作権概念とは別個に創設されたのかという権利の存在意義に関心を注ぐ本研究の問題関心からすれば、その解明対象として権利承認論すなわち保護対象論は不可欠な論点というほかないであろう。その問題関心の中核は、特定の保護対象に対していかなる「権利」を付与すべきかという、

⁷⁰⁰ 中山信弘教授は、わが国の「著作隣接権」が包摂する保護法益の性格を「一律ではない」と指摘されるのも、このような保護客体（保護対象）の側面と保護主体の側面という制度を捉える観点の相違によって、「著作隣接権」の保護法益が複合的に捉え得ることを指摘するものと考えられる。中山信弘「著作権法の動向」『現代企業立法の軌跡と展望—鴻常夫先生古希記念』（商事法務研究会、1995年）875頁（注1）。

権利承認論の理論フェーズに置かれているからである。したがって、本研究の課題解明の観点からは、単に権利帰属論すなわち保護主体論から説明可能な趣旨のみをもって、「著作隣接権」制度の趣旨と解するべきではないと考えるのである。

このような議論の整理の必要は、近時有力に展開される、著作権制度の競業法的・投資保護法的な変容の指摘からも、一般的に指摘可能であるように思われる。

近時の有力な学説には、著作権制度の競業法的・投資保護法的な変容を指摘し、その制定法上の手掛かりを職務著作なり映画著作権の法定譲渡という投資主体・事業者保護に関する制度に求め⁷⁰¹、また創作性要件に関しても、いわゆる「表現の選択の幅」論を説いて、著作権の競業法的な変容と整合し得る客観的な再構成論を提唱する見解がある⁷⁰²。とはいえ、そのような学説にしても、著作権の保護対象が創作的要素と無関係の投資利益それ自体と解されるわけではないのであろう⁷⁰³。

つまり、著作権の制度趣旨について、保護主体の観点から捉え得る競業法的・投資保護法的な変容が指摘され得ても、そのことは、必ずしも、保護対象の観点から把握される制度の特色から、創作保護の属性が奪われることを意味するわけではないと考えられるのである⁷⁰⁴。

本研究が主題とする「著作隣接権」の制度趣旨の理解にしても同様であろう。それは、保護主体の観点から把握された投資保護・事業者保護の属性のみによって理解することは適切ではなく、保護対象の観点から把握された創作的要素の保護の属性も看過されるべきではない。その制度趣旨は、双方の視角から把握された複合的な趣旨として理解されるべきこととなろう。

すると、以上のような制度趣旨の理解に基づき、これに対応する「著作隣接権」概念の自律的存在理由について結論を示すならば、つぎのように述べる事が可能であろう。

すなわち、「著作隣接権」概念の自律的存在理由は、①客体の創作的要素の保護（創作的要素を保護対象とする機能）と、②その創作的要素の創出主体および当該創出の

⁷⁰¹ 中山信弘「著作権法の動向」『現代企業立法の軌跡と展望—鴻常夫先生古希記念』（商事法務研究会、1995年）884頁、同書877頁以下には、プログラムとデータベースの著作権保護の実質的要請が非創作的行為にある旨が説かれているが、この見解も、保護対象の観点から創作的要素を無用とする考え方ではなく、保護主体の観点から投資主体・事業者保護の制度趣旨を指摘する考え方であると思われる。潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）91頁も、職務著作制度と映画著作権の法定譲渡制度に着目し、これらの権利帰属制度を投資保護制度の一種と捉える見方を示している。

⁷⁰² 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究28号（2001年）2頁、同『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）65頁。

⁷⁰³ 横山久芳「創作投資の保護」『知的財産法の現状と課題』工業所有権法学会年報30号（2006年）129頁は、専ら投資保護を趣旨とする半導体集積回路配置保護法は例外として、「労力や投資を根拠に著作権の保護を認めることができないということは、当然のこと」と述べ、また、「既存の知的財産権法は、特定の創作的内容を有する情報をモデルとして、その保護内容を画一的に決定するもの」と分析している。

⁷⁰⁴ 中山信弘「著作権法の動向」『現代企業立法の軌跡と展望—鴻常夫先生古希記念』（商事法務研究会、1995年）877頁以下では、プログラムとデータベースの著作権保護の実質的要請が非創作的行為にある旨が説かれているが、この見解も、保護対象の観点から客体の創作的要素を無用とするものとは解されず、保護主体の観点から投資主体・事業者保護という事実上の実態を指摘するものと思われる。

行為に経済的基盤を与える投資主体としての事業者の保護（創作的要素の創出主体およびその創出行為に経済的基盤を与える投資主体・事業者を保護主体とする機能）との両機能に、見出すことができるということになる。

したがって、次章において、「著作隣接権」概念の自律的な存在意義の存否を検討するにあたっては、この①②の両機能について、著作権概念による代替可能性を探ることが課題となろう。

第4章 「著作隣接権」概念の解釈

第1節 「著作隣接権」概念の理論的意義

第1項 これまでの考察成果と演繹の方法

さて、この第4部の検討課題とは、すでに本研究第2部の考察を通じ特定し得たドイツ著作隣接権概念の意義を踏まえ、比較法研究の手法により、わが国の「著作隣接権」概念の意義を理論的に解明することにあつた。いうまでもなく、この課題は、本研究が最も主要な目標とするところである。

この課題のもと、第一に、第2章において、わが国の著作権概念の側に、ドイツ法の場合と同様に「著作隣接権」概念の意義を他律的に支える理論的事情（他律的存在理由）を見出し得るか否かを考察し、第二に、第3章において、わが「著作隣接権」制度の創設に際しては、当然のことながらその必要を自律的に支える制度趣旨があり得たはずであるから、そうした自律的な制度趣旨（自律的存在理由）がいかに特定され得るものというべきかを考察した。

そこで、これら他律的存在理由の存否および自律的存在理由の内容のいずれをも明らかにし得たわれわれは、つぎの演繹的考察を通じ、本研究の主要な目標であるわが国の「著作隣接権」概念の理論的な意義を解明することが可能となる。

すなわち、第一に解明した他律的存在理由の存否をもって、著作権概念の理論的事情によって規定されるべき「著作隣接権」概念の体系的意義の存否を探り、ついで、第二に解明した制度趣旨すなわち自律的存在理由をもって、それが「著作隣接権」概念に固有の趣旨というべきか否か、換言すれば、当該制度趣旨なり自律的存在理由は著作権概念によって実現・代替が不可能なものというべきかどうかを、考察することである。

それぞれの考察を、順次、以下の第2項と第3項にて行い、第4項にてその成果をまとめて結論として示す。

第2項 他律的存在意義の欠如

まず、第一の「著作隣接権」概念の他律的存在理由については、第2章で明らかにしたとおり、これを認め難いとするのが考察の結論であった。

すなわち、わが国の著作権概念との関係では、著作隣接権概念の存在意義を支えるその理論的前提、すなわち、著作権保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論および著作権帰属主体に関する創作者主義の体系的な徹底ないし維持・保全という考え方は、いずれも、現行法の立法の前提とする著作権法理論には認められなかった。

これは、わが国の「著作隣接権」概念の存在を支えるべき著作権概念側の理論的事情、すなわち、著作隣接権概念という著作権とは異なる権利概念の存在を必要とする体系的でないし問題意識が、現行法の立法の前提とする著作権理論には、存在しなかったことを意味するものにほかならないといえる。

したがって、「著作隣接権」概念の他律的な存在意義の存否について結論を示せば、つぎのとおりとなる。すなわち一、

わが国の「著作隣接権」概念には、著作権法体系上、著作権概念とは異なる権利概念として存在すべき固有の意義は、著作権概念側の理論的事情から導かれ得る、いわば他律的な存在理由としては、これを認め難いというべきこととなる。これが、わが国の「著作隣接権」概念の意義探究に関する、第一の成果である。

第3項 自律的存在意義の欠如

このように、わが著作権法体系において、「著作隣接権」概念の意義は、著作権概念側の理論的事情から演繹ないし規定し得ないとする、「著作隣接権」概念の意義は、専ら、第二の自律的存在理由すなわちその制度趣旨が、著作権概念によっては実現不可能なものと評価すべきか否かにかかることになる。

仮に、「著作隣接権」の制度趣旨なり体系的な機能について、これを著作権概念をもってしては実現し得ない事情が認められるとすれば、そのかぎり、「著作隣接権」概念には、独自の存在意義が認められることになる。

わが国の「著作隣接権」概念の自律的存在理由は、前章で明らかにしたとおり、①客体の創作的要素の保護（創作的要素を保護対象とする機能）と、②その創作的要素の創出主体および当該創出の行為に経済的基盤を与える投資主体としての事業者の保護（創作的要素の創出主体およびその創出行為に経済的基盤を与える投資主体・事業者を保護主体とする機能）との両機能に、見出すことができた。

すると、この自律的存在理由をもって「著作隣接権」概念に固有の存在意義と解し得るか否かの評価は、上記①②の両機能について、わが国の著作権の概念によってはそれを実現し得ないと解すべき理論的事情が存するか否かの一事にかかることになる。以下に、①②の機能につき、順次、著作権概念による理論的代替性の可否を検討する。

まず、上記①の客体の創作的要素を保護対象とする機能についてである。

客体の創作的要素を保護対象とする機能について、これを著作権概念によっては実現し得ない機能と解すべき事情は、認め難いように思われる。わが国の著作権概念は、旧著作権法から現行著作権法に至るまで、一貫して、創作的要素（創作性）を著作物の保護要件の一つとし、客体の創作的要素を保護対象なり権利の正当化根拠としてきたものと解されるからである。

すなわち、著作権法が、そもそも創作保護法として、創作的要素を備えた著作物の保護制度と解されてきたことは、旧著作権法の起草者が、「著作権ノ目的物タル著作物」の第一義的な要件に「精神的創作物タルコト」を挙げ、「創作タルヤ…吾人ノ頭脳ノ作用タル精神的労力ノ結果ニ因リテ生シタルモノ」と述べることに照らし、すでに自明であろう⁷⁰⁵。また、同様のことは、すでに本研究で考察したとおり、現行法の「著作隣接権」の客体である実演・レコードが、旧法上の著作権の客体となった際に（大正9年改正、昭和9年改正）、いずれも双方の創作的要素をその正当化根拠としていたことから明らかと思われる（前章第2節第2項）。しかも、著作権なる権利概念が、文字通り、創作的要素を保護対象の不可欠の要素とする概念であることは、現行著作権法2条1項1号が、創作性を著作権（著作物）の保護要件とすることにより、制定法上明らかにしているところである。これらのことに照らせば、わが国の著作権概念の側に、客体の創作的要素をその保護対象と解することを困難とする事情を見出すことは、困難といえよう⁷⁰⁶。

もともと、創作的要素としては同様であつたとしても、著作権の保護対象となり得る創作的要素と、「著作隣接権」の保護対象としての創作的要素との間に、理論的に架橋し難い質的相違があり得るとすれば、事情は異なることになるう。

確かに、「著作隣接権」の制度趣旨に関する準創作行為保護説は、「著作隣接権」の正当化根拠を権利客体の創作的要素に求めつつも、それを「著作物に準ずる準創作物」と位置づけることにより⁷⁰⁷、「著作隣接権」概念に、著作権概念とは異なる固有の存在意義を求めてきたようにも思われる。すなわち、「著作隣接権」概念の意義は、著作権の保護対象である創作的要素とは質的な程度において相違する「準創作的要素」を保護対象とする点に、求め得るという発想である。

⁷⁰⁵ 水野鍊太郎『著作権法』（水野鍊太郎著作権論文刊行会、昭和49年）68頁。

⁷⁰⁶ 近時の有力な学説には、とりわけ機能的な著作物としてのプログラムとデータベースについて、その著作権保護の実質的要請が非創作的行為にある旨を指摘する見解が説かれるが（中山信弘「著作権法の動向」『現代企業立法の軌跡と展望—鴻常夫先生古希記念』（商事法務研究会、1995年）877頁以下）、この見解も、「保護対象」の観点から客体の創作的要素を無用とするものとは解されず、「保護主体」の観点から、投資主体・事業者保護という事実上の実態を指摘するものと解されることは、すでに本研究でも指摘したとおりである。

⁷⁰⁷ 加戸・前掲書〔6訂新版〕551頁。

しかしながら、わが国の伝統的な著作権法の解釈論に、著作権概念に関する理論的事情として、保護対象の創作性要件に質的な程度を求める価値的基準論を見出し難いことは、すでに本部第2章第1節の考察で明らかにしたところである。

この第2章の考察は、主として、「著作隣接権」概念の導入前の旧法解釈論を対象としたものであったが、価値的基準論が、「著作隣接権」概念導入後の現行法の解釈論にも妥当し難いことは、近時の裁判例の判示からも読み取ることが可能であろう。

たとえば、平成14年に現れた事例で東京高等裁判所⁷⁰⁸は、ホテル利用の経験談等の文章の著作物性に関しつぎのように判示し、著作権保護要件の創作性が質的程度を問う基準とは無関係である旨を、明確に説いている。

「著作物と認めるためのものとして要求すべき『創作』」の程度については、例えば、これを独創性ないし創造性があることというように高度のものとして解釈すると、著作権による保護の範囲を不当に限定することになりかねず、…さらに、創作性の程度は、正確な客観的判定には極めてなじみにくいものであるから、必要な程度に達しているか否かにつき、判断者によって判断が分かれ、結論が恣意的になるおそれが大い。このような点を考慮するならば、著作物性が認められるための創作性の要件は厳格に解釈すべきではなく、…表現者の個性が何らかの形で発揮されていれば足りるという程度に、緩やかに解釈し、…決まり文句による時候のあいさつなど、創作性がないことが明らかである場合を除いては、著作物性を認める方向で判断するのが相当である。（傍点筆者）」

このような、わが国の創作性要件が価値的基準論とは無縁である旨の解釈論は、その後の知財高裁の裁判例でも、その実質を圧縮したかたちで引き継がれていることが窺われ⁷⁰⁹、また学説の支持も広く得ているものと解される⁷¹⁰。

むしろ、近時の学説には、著作権制度の競業法的ないし投資保護法的な変容という認識踏まえつつ、創作性要件について、そうした競業法的変容とも整合し得る客観的な再構成論として、いわゆる「表現の選択の幅」論を提唱し⁷¹¹、あるいは、著作権概念の機能に投資保護の機能を認めようとする観点から、その投資保護の要請と整合的に、質的程度を問わない創作性要件の合理性を説明する見解も認められる⁷¹²。このような見解が体系的な矛盾なく説かれるのも、わが国の創作性要件が、創作性の質的程度を要請する価値的基準論と縁遠いことを、間接的に示すものといえよう。

⁷⁰⁸ 東京高判平成14・10・29判例集未搭載「ホテルジャンキーズ」事件。

⁷⁰⁹ 例えば、知財高判平成22・7・14判時2100号134頁「箱根富士屋ホテル」事件は、「『創作的』に表現されたというためには、厳密な意味で独創性が発揮されたものであることは必要ではなく、筆者の何らかの個性が表現されたもので足りるというべきであるが、他方、文章自体がごく短く又は表現上制約があるため他の表現が想定できない場合や、表現が平凡かつありふれたものである場合には、筆者の個性が表現されたものとはいえないから、創作的な表現であるということとはできない。」と判示する。

⁷¹⁰ 齊藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）77頁、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）12頁、作花文雄『詳解著作権法〔第5版〕』（ぎょうせい、2018年）67頁、島並良ほか『著作権法入門〔第2版〕』（有斐閣、2016年）26頁〔上野達弘〕、高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）19頁など参照。

⁷¹¹ 中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究28号（2001年）2頁、同『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）65頁。

⁷¹² 潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）88頁、203頁。

要するに、わが国の旧法以来の伝統的な著作権解釈論の文脈において、保護対象が具備すべき創作的要素を質的程度によって高度に限界づける解釈は、妥当してこなかったものと解されるのである。すると、著作権の保護対象となり得る創作的要素と、「著作隣接権」の保護対象である創作的要素との間に、理論的に架橋し難い質的な相違を認めることも困難ということとなろう。

結局のところ、著作権概念の側には、客体の創作的要素を保護対象とする機能との関係で、それと矛盾・抵触する理論的な事情を見出すことはできないのである。したがって、その点で、著作権概念は「著作隣接権」概念の機能を代替し得るものと解すべきこととなる。すると、「著作隣接権」概念には、当該機能すなわち上記①の自律的存在理由との関係では、著作権概念によって実現し難い固有の存在意義を認めることは困難ということになる。

もちろん、著作権の客体である「著作物」は、定義上、創作的要素のみをもって構成される概念ではないから（2条1項1号）、両権利の客体概念の間に即座に代替性を認めることは困難といえる。しかし、著作権概念については、これを著作物保護の権利概念に限定して用いなければならない事情を現行法のうちに見出すことは困難と解される。というのも、著作権法17条1項は、著作者が著作物について取得する財産的権利の総称として「著作権」の用語を使用するものの、「著作権」の定義規定は存在せず、それを専ら著作物を客体とする権利概念として用いなければならない体系的理由は、これを見出し難いからである。

すると、著作権概念に、「著作隣接権」の客体との関係で、「著作隣接権」概念を代替する可能性を否定することもまた、理論的には困難というべきであろう。

ついで、上記②の、創作的要素の創出主体およびその創出行為に経済的基盤を与える投資主体・事業者を保護主体とする機能についてである。

まず前者の、創作的要素の創出主体を保護主体とする機能について、これを著作権概念によって実現し得ない機能と解すべき事情は認め難いように思われる。わが国の著作権制度は、権利帰属に関する創作者主義を原則とし、著作物の創作者を権利の原始的な帰属主体としているからである（17条1項）。著作権概念が、創作的要素の創出主体を保護する機能に関して、矛盾・抵触する事情を有しないことは明らかである。

また後者の、創作的要素の創出行為に経済的基盤を与える投資主体・事業者を保護主体とする機能についても、これを著作権概念によって実現し得ない機能と解すべき事情は認め難いように思われる。この点は、わが国の著作権制度が、権利帰属に関する創作者主義を原則としつつも、その例外として、著作物創作の事実行為を行わない法人等を職務著作制度のもとに著作者とし（15条）、あるいは、映画著作物の著作権について、その創作者である原始的な帰属主体の譲渡の意思表示を要するまでもなく、映画製作に関する事業者としての映画製作者への法定譲渡を認めていることから（29条1項）、明らかであろう。

要するに、著作権概念の側に、創作的要素の創出主体を保護主体とする機能および当該創出行為に経済的基盤を提供する投資主体なり事業者を保護主体とする機能に関し、それらと矛盾・抵触する理論的な事情を見出すことはできないと解される。したがって、その点で、著作権概念は「著作隣接権」概念の機能を代替し得るものと解すべきこととなる。すると、「著作隣接権」概念には、当該機能すなわち上記②の自律的存在理由との関係では、著作権概念によって実現し難い固有の存在意義を認めることは困難ということになる。

もちろん、著作権の保護主体となる「著作者」の概念は、定義上、著作物の創作者を意味し（2条1項2号）、あるいは職務著作を成立させ得る使用者等がこれに該当する場合があり（15条）、いずれにせよ、「著作物の創作」と不可分の概念であるから、両権利の主体概念の間に即座に代替性を認めることは困難といえる。しかし、著作権概念を著作者保護の権利概念に限定して用いなければならない事情を現行法のうちに見出すことは困難というべきであるから⁷¹³、著作権概念に、「著作隣接権」の保護主体との関係で、「著作隣接権」概念を代替する可能性を否定することもまた、理論的には困難というべきであろう。

なお先に述べたとおり、今日の学説には、著作権制度の競業法的・投資保護法的な変容を指摘し⁷¹⁴、あるいは、著作権概念の機能に投資保護の機能を認める観点から、その投資保護の要請と整合的に、質的程度を問わない創作性要件の合理性を説明する見解も認められる⁷¹⁵。

このような、著作権概念に単なる創作保護のみならず実質的な投資保護の機能を見出す見方は、わが法の著作権概念が価値的基準論や創作者主義の徹底論とは縁遠いことを説明する上で一つの論拠になったところである（本部第2章第4節）。しかし、これにとどまらず、このような著作権概念の見方に照らすならば、「著作隣接権」概念の機能として認められた投資主体・事業者保護の機能が、著作権概念によっても、同概念に関する体系的・理論的な矛盾を引き起こすことなく実現可能であることが、間接的に示されるものといえよう。つまり、今日の学説が指摘する著作権概念の機能の「変容」に照らしても、「著作隣接権」概念の上記②の自律的存在理由が著作権概念によって吸収され得るという結論は、やはり支持されるように思われるのである。

以上の考察を踏まえ、「著作隣接権」概念の自律的な存在意義の存否について結論をまとめるならば、つぎのとおりとなる。すなわち、

わが国の「著作隣接権」概念に立法者が託した自律的存在理由、すなわち、①客体の創作的要素の保護と、②その創作的要素の創出主体および当該創出の行為に経済的

⁷¹³ この点は、著作権法29条が著作物の著作者とは異なる映画製作者（1項）と放送事業者（2項）に著作権の帰属を法定していることから明らかであろう。

⁷¹⁴ 中山信弘「著作権法の動向」『現代企業立法の軌跡と展望—鴻常夫先生古希記念』（商事法務研究会、1995年）877頁、885頁、横山久芳「創作投資の保護」『知的財産法の現状と課題』工業所有権法学会年報30号（2006年）126頁。

⁷¹⁵ 潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）88頁、203頁。

基盤を与える投資主体としての事業者の保護との両機能に、わが著作権法体系上、著作権概念では実現ないし代替し得ない固有の存在意義を認めることは不可能となる。これが、わが国の「著作隣接権」概念の意義探究に関する、第二の成果である。

第4項 結論

以上の考察をもって、わが国の「著作隣接権」概念に関し、その理論的な意義を説明するうえで本研究が必要と考える検討作業は、いずれも済まされたことになる。

そこで、上記の「著作隣接権」概念の意義探究の第一および第二の成果を統合し、本研究が課題とした、わが国の「著作隣接権」概念の理論的な意義について結論を示せば、つぎのようにまとめることができる。すなわち一、

わが国の「著作隣接権」概念には、著作権概念側の理論的事情に由来する意義はこれを認め難く、また、保護対象と保護主体の双方の観点から特定される「著作隣接権」の制度趣旨に照らしても、著作権概念をもって代替不可能とみるべき意義を見出すことは困難であると考えられた。したがって、「著作隣接権」概念には、わが国の著作権法体系の論理から導かれる帰結としては、同法体系のうちに、著作権概念と別個に存在する理論的な意義を認めることは困難というべきこととなる。

「著作隣接権」の概念は、昭和45年の旧著作権法の全面改正を機に現行著作権法に導入され、そして一見したところ、著作権概念とは異なる財産権の一概念として、独自の意義を備えて現行法体系内に位置づけられているかに窺われる。ところが、旧法以来の、わが著作権法体系に蓄積かつ維持されてきた理論状況を前提とするならば、理論的には、「著作隣接権」概念の独自の存在意義をわが法体系上に見出すことは、不可能といわざるを得ないのである。

このような結論、つまり、「著作隣接権」概念の固有の存在意義を理論的には現行の著作権法体系内に見出し難いとの結論は、旧著作権法の理論状況を前提に、昭和23年に著わされた勝本正晃博士の改正私案『著作権法改正の諸問題』に照らしても、支持され得るように思われる。

この改正私案は旧著作権法の全面的改正を念頭に文部省（当時）の委嘱のもとにまとめられたものである⁷¹⁶。このような背景に照らせば、そこに、旧著作権法の理論的到達点を踏まえ、それと整合的に導かれる著作権法の体系論を読み取ることも許されよう。

注目されることは、勝本が、1932年に作成されたドイツ著作権法の改正草案を認識・理解したうえで、新たな著作権法の体系を構想する点である。

⁷¹⁶ 勝本正晃『著作権法改正の諸問題』（法文社、昭和24年）1頁。

すでに本研究で明らかにしたとおり（第2部第2章第2節第5項（2））、ドイツ司法省が1932年に公にした草案とは、著作隣接権の生成意義に連なる著作権概念の希釈化という法体系的な問題意識を背景に、来るべき著作権法がその体系を構成するにあたり、従来法のような著作権保護の枠組みのみでは足りず、別途の保護枠組みをも要するとの考え方が示された法律草案であった。具体的には、同草案は、著作物および著作権保護に関する章（第1章～第5章）とは別個に、実演芸術家等の保護に関する独立の第6章を設け、続く1934年司法省草案が「隣接的権利領域（Angrenzende Rechtsgebiete）」なる新概念を用いて表題とする権利枠組みを、初めて示したのである。

勝本は、この著作隣接権の萌芽というべき新たな「第6章」の権利枠組みに関し、一方では、「この部分については進歩した規定が多く、立法的に云って注目に値する部分である」⁷¹⁷、「獨草第六章は演出藝術家の保護、書簡、自己の肖像に関する権利、表題の保護に関し、劃期的な進歩せる規定を設けている…。著作権の本質に関する獨草の見解…と共に、確かに獨草の特長と云うべきものである」⁷¹⁸と説き、立法論的見地からもその独自性を認めたとうえで積極的・肯定的な評価を与える。それにもかかわらず、勝本は、そのような肯定的評価とは裏腹に、ドイツ法草案が著作権保護の枠組みと別建てにした実演芸術家の保護を、わが国の法制度としては、「著作権を發生せしめる各場合のうちに包含せしめることにする（傍点筆者）」⁷¹⁹と説いて、ドイツ法草案が「隣接的権利領域」として峻別するところを、従来通り著作権保護の枠組みのなかに吸収させるのである。

すなわち、勝本草案22条は、「文藝、學術、音樂其他一定の思惟内容を適法に演出した者」すなわち実演家⁷²⁰が、「其演出について著作権を取得する」と定める。実演家の保護制度に関し、ドイツ法草案が著作権保護とは異なる枠組みのヒントを与えたにもかかわらず、従前と同様に著作権保護の枠組みが用いられるのである。いわば著作隣接権概念の不要論が説かれるわけである。

このような勝本の見解が説かれるのも、当時のわが国の著作権法解釈論の到達点に照らし、わが法文脈において、著作権とは異なる著作隣接権の保護枠組みなり権利概念の体系的必要性が認識されていなかったからであると思えてならない。

この勝本の改正私案は、現行法立案者が異口同音に「著作隣接権」制度のパイロット条約と捉えた⁷²¹1961年のローマ条約が登場する以前に著されたものである。その意

⁷¹⁷ 勝本正晃『著作権法改正の諸問題』（法文社、昭和24年）13頁。

⁷¹⁸ 勝本・前掲書15頁。

⁷¹⁹ 勝本・前掲書107頁。

⁷²⁰ 勝本・前掲書133頁によれば、ここにいう演出とは、「演述、演技、演奏其他、文字によらずして思惟内容を傳達する一切の表現を云う」のであり、すなわち実演を意味する。

⁷²¹ 安達健二「著作権法改正について〔特集・著作権法改正〕」ジュリスト329号（1965年）13頁、佐野文一郎・鈴木敏夫『新著作権法問答』（新時代社、1970年）388頁〔佐野文一郎〕。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）87頁。

味で、国際的な議論の影響に晒される以前の、いわば素のままの国内法理論を語ったものと解釈することも可能であろう。

すると、そのような見解のうちに著作隣接権概念の不要論が認められたことは、わが国の著作権法体系に「著作隣接権」概念の固有の存在意義が欠如するとの本研究の結論について、それを間接的に支持するひとつの「証拠」を示すものではないかと考えるのである。

第2節 「著作隣接権」概念の社会的存在理由

第1項 社会的存在理由の探求の試み

わが国の「著作隣接権」概念の著作権法体系上の理論的な存在意義は、これを認め難い。このことが、以上までの考察を経て本研究が到達し得た結論である。

では、理論的に存在意義を認め難い「著作隣接権」概念が、現に、著作権法上の明文の概念として、わが法制度上に、ひいてはわが日本社会に存在しているという事実を、われわれは如何に理解し、説明することが可能であろうか。

「著作隣接権」概念は、現行著作権法に関する昭和37年以降の立法論議を基礎として、間違いなく昭和45年の国会の審議と決議とを経て、制定法上の権利概念として明文化されたはずである。すると、わが「著作隣接権」概念は、理論的にはその存在意義が認められないとしても、社会的な事実としては、その「存在」を受け入れざるを得ないのであり、したがって、何故に理論的な存在意義が欠如するにも関わらず、「著作隣接権」概念が制定法上の明文の権利概念としてわが国の法文脈に存在し得ているのかの点について、合理的な説明が求められるはずである。

この問いは、理論的な存在意義の希薄さが明らかになったわが国の「著作隣接権」概念について、改めて、いわばその社会的な存在理由を探ろうとする課題といえる。

本研究は、もちろん、法社会学の研究を意図するものではない。そもそも、その資格を持ち合わせるものでもない。本研究が目指したのは、あくまでも、従来の解釈論のもとで体系的意義の不明瞭な「著作隣接権」概念に関し、その意義探究を目的とする、法解釈研究のひとつに過ぎない。

しかし、本研究がその成果として、わが国の「著作隣接権」概念の存在意義を理論的には疑問視すべき旨の結論を主張ないし提示する以上、それに対しては即座に、わが国の社会に疑いなく存在する「著作隣接権」概念について、それが制定法上の権利概念として存在することは何故に可能であるのかといった、その社会的な存在理由に関する疑問が生ずるであろう。

また、仮にこの疑問に対する答えとして、「著作隣接権」概念の社会的な存在理由が、その理論的な存在意義とは別個に説明できるということになると、今度は、改めて、「著作隣接権」概念の合理的な「存在」にもかかわらずその「存在意義」を否定

するといった、一見矛盾を含むかのような、本研究結論の逆説的な主張の意図するところについても、説明が要されることになる。

したがって、本研究がその結論として主張するところの真意を明確にするためにも、「著作隣接権」概念について、その社会的な存在理由を考察する必要がある。

第2項 日本人の法意識研究からの示唆

この考察に対し有益な示唆を与えるように思われるのが、日本人の伝統的な法意識なり法概念の捉え方の特色を、欧米のそれらと比較することにより示した、川島武宜博士の著書『日本人の法意識』⁷²²である。

同書は、「わが国に広汎にのこっている『前近代的』な法意識」⁷²³について、複数の観点、すなわち、①「権利」概念と「法律」の捉え方、②私的財産制度としての「所有権」の捉え方、③財産法領域における「契約」の捉え方、そして、④「裁判」ないし「訴訟」の捉え方の4つの異なる観点から、個別的かつ多面的に、その解明を意図する論考である。

同書は、その初版が1967年（昭和42年）に公にされている。その後の改訂版が、1982年（昭和57年）に公にされた『著作集』に収録されたが⁷²⁴、その基本的内容は、初版を引き継いでいるものと解される。川島は、初版「はしがき」に、同書の解明する法意識の特色が、わが国に例外なく普遍的に存在する旨を主張するわけではないけれども、けっして「懷古趣味」で論じられる課題ではなく、その公刊当時（1967年）にもなお、「前近代的な法意識は、われわれ社会生活の中に根づよく残存し…」と述べている⁷²⁵。すなわち、川島の研究は、まさに当時の生きた「日本人の法意識」を対象としたものと解される。

そこで、本研究は、とりわけ、同書の、日本人特有の「権利」概念や「法律」の捉え方をテーマとする上記①の観点からの考察のうちに、示唆を求めたいと思うのである。

すなわち、川島が解明しようとした日本人特有の「法意識」に、わが国の「著作隣接権」という「権利」概念が確たる理論的意義を持たぬまま著作権法という「法律」上に存在し得た理由について、何らかの示唆を得られるのではないかと考えるのである。というのも、「著作隣接権」概念の創設論議が、現行法の立法論議として1962年（昭和37年）に顕在化し、1970年（昭和45年）に制定法上の「権利」概念に結実したことに照らすならば、まさに、この時期に重なる1967年当時に認められた「日本人の法意識」を、「権利」概念なり法規範の捉え方に関して考察した川島の研究は、わ

⁷²² 川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、1967年）。

⁷²³ 川島『日本人の法意識』「はしがき」i頁。

⁷²⁴ 川島武宜『川島武宜著作集〔第4巻〕法社会学4』（岩波書店、1982年）226頁。

⁷²⁵ 川島『日本人の法意識』「はしがき」ii頁。

れわれの課題との関係で、時代背景と考察内容のいずれの点に照らしても、示唆を求めるに妥当なものと思われるからである。

さて、川島は、日本人の伝統的な法意識を踏まえ、具体的な「法律」に対する日本人の思考なり意識の特色を、二つの側面から説明する。すなわち、第一に、法律の概念構成と解釈における不確定性⁷²⁶の側面からの説明であり、第二に、法律の規範性における不確定性⁷²⁷の側面からの説明である。

より具体的には、つぎのように説くのである。

すなわち、一方の、法律概念の構成・解釈における不確定性の意味するところとして、西欧・米国社会の特色は、法律概念の構成に際して法律用語に明確かつ確定的・固定的な意味を与え、法律の解釈に際しても「法律のことばの意味は本来確定的・固定的のものであるということが一般の信念として予定されている」点に認められるのに対し、日本社会の特色は、「法律のことばの意味を本来不確定的・非固定的のものとして意識し承認」する点に認められるというのである⁷²⁸。

そして、他方の、法律の規範性における不確定性の意味するところとしては、欧米社会の特色は、法律の規範的適用に際して、当為・理想と存在・現実とは明確に分離対置され、規範としての法律が現実妥協することは容易には行われない点に認められるのに対し、日本社会の特色は、現実と理想との厳格な二元主義の思想伝統が極めて弱く、法律の当為と現実との妥協関係が本来的に予定されている点に認められるというのである⁷²⁹。

この川島の指摘には、わが国の「著作隣接権」概念に関しても、その理論的な存在意義の欠如と法律上の概念としての現実的な存在とを架橋する説明を考えるうえで、示唆に富むものが含まれているように思われる。

まず、川島の第一の指摘にしたがうならば、日本社会には伝統的に、法律上の権利概念の構成に際して、あるいはその構成後の解釈に際して、西欧・米国社会におけるような、権利概念を確定的・固定的な概念と捉える意識なり思考習慣を認めにくいことになる。

すると、そのような法意識に関する事情のゆえに、わが国では、「著作隣接権」概念の構成にあたって、その理論的な存在意義の探究と確定にはさしたる問題意識が払われることはなく、むしろ理論的な存在意義の存否は不問のまま、新たな法律上の権利概念として、社会的な承認を得られたと解することができよう。

また、川島の第二の指摘にしたがうならば、欧米社会では、当為と存在との二元的対立は絶対視され、法規範が現実妥協することは容易には許されない。こうした厳格な規範性のもとでは、法律の概念構成の作業にも厳格性が要請されよう。当為たる

⁷²⁶ 川島『日本人の法意識』37-42頁、川島『川島武宜著作集』256-259頁。

⁷²⁷ 川島『日本人の法意識』37頁、43-48頁、川島『川島武宜著作集』255頁、260-264頁。

⁷²⁸ 川島『日本人の法意識』38-40頁、川島『川島武宜著作集』256-257頁。

⁷²⁹ 川島『日本人の法意識』43-45頁、川島『川島武宜著作集』260-262頁。

法律の概念構成に厳格性を欠いては、その規範的な効果に説得力は期待し得ず、現実との妥協を容易に許さない規範の厳格性は担保され得ないことになるからである。ところが日本社会には、川島の指摘によれば、法律の規範性をめぐるこうした意識なり思想伝統が極めて弱いことになる。

すると、そのような法意識に関する事情のゆえに、わが国では、「著作隣接権」概念の構成にあたって、その理論的な存在意義の特定に厳格な問題意識が共有されることはなく、むしろ理論的な存在意義の存否は不問のまま、新たな法律上の権利概念として、社会的な承認を得られたと解することができよう。

要するに、川島が示した日本人の伝統的な法意識の特色を前提とするならば、わが国の「著作隣接権」概念が、著作権法上の重要な権利概念であるにもかかわらず、その体系上の存在意義を厳格に吟味ないし特定されないまま構成・承認され得たことも、わが国に法体系においては十分に生じ得た、つまり想定可能な事情なり現象として、説明が可能になるように思われるのである。

そして、このように考えると、「著作隣接権」概念が著作権法体系に「存在」するという社会的な事実には、そのドイツ比較法的観点に照らした理論的意義の「不存在」にもかかわらず、日本人の権利概念の構成に関する思想伝統なり法意識に照らすならば、むしろ、合理的な理由さえ見出すことができるように思われるのである。

そのような推論が可能であることを窺わせるひとつの論拠として、学説に説かれた「著作隣接権」概念のひとつの捉え方を指摘することができる。

本研究は、その冒頭で問題の所在を説くにあたり（第1部第1章）、現時点の「著作隣接権」概念の意義に関する理論的説明に諸説あるところ、学説には、そうした諸説を踏まえ、多様な理論構成のもとに「著作隣接権」概念を著作権概念とは別に存置しておくことが、将来生じ得る様々な保護対象を吸収するうえで、法体系として明解である旨を説く見解がある旨を指摘した⁷³⁰。

多様な、しかも、場合によっては、両立し難い理論構成による「著作隣接権」概念のもとでは、当為・理想としての法的規律の範囲は不明瞭になるはずである。ところが、上記学説は、むしろその点に、権利概念としてのいわば汎用性を見出し、「著作隣接権」概念の固有の意義を見出すかのようである。つまり、上記学説は、川島が説いた日本人の法意識なり思想伝統に照らすならば、まさに、そのような法意識・思想伝統から、わが「著作隣接権」概念の「社会的な存在意義」を捉えた見解と解することができるように思われるのである。

以上を要するに、川島によって、とりわけ現行著作権法の制定時期と重なる時期に説かれた、日本人の「権利」概念なり「法律」の捉え方に関する法意識の「特色」を前提とするならば、「著作隣接権」概念が、理論的な存在意義を欠くにもかかわらず、

⁷³⁰ 作花文雄『詳解著作権法〔第4版〕』（ぎょうせい、2010年）478頁。ただし同書の改版である第5版（ぎょうせい、2018年）には、同様の記述部分は認められない。

制定法上の「権利」概念として承認され、現に社会的に「存在」し得た理由について、一定の合理的な説明が可能となるように思われるのである。

すなわち、「著作隣接権」概念が、理論的な存在意義を確定されないまま、制定法上の権利概念として承認され得たのは、権利概念の構成に確定的・固定的な意味や、規範的な厳格性を求めないという、現行著作権法の立法当時の日本人の法意識の帰結として、理解可能ではないかと考えるのである。

つまり、理論的な存在意義を問うたならば疑問が呈されたはずの「著作隣接権」概念が現に立法され得た理由は、「権利」概念や「法律」の捉え方に関する立法当時の日本人の法意識の特色に求めることができる。川島の研究に照らすならば、このような説明が可能であるように思われるのである。

第3項 理論的な存在意義の解明は何故に意味を持ち得るか

以上のように、理論的意義を欠く「著作隣接権」概念の存在が法社会的に合理的な説明を得られるとするならば、現行法の立案者のみならず審議会等の議論を通じ立法論議に参加した関係者が、「著作隣接権」概念の創設・承認にあたり、著作権概念との関係でその理論的意義を疑問視しなかったとしても、そのこと自体は、日本人の法意識の特色として、少しも不思議なことではなかったとすべきであろう。

このことは、わが著作権法が理論的意義に乏しい「著作隣接権」概念を備えるに至ったことの責めを、安易に、その立案者なり立法関係者に帰すべきではないことを意味しよう。

それどころか、「著作隣接権」概念の創設・立法に、日本人の法意識の特色に照らした合理的な説明が可能であるとするならば、むしろ、その存在意義を改めて問おうとした本研究の課題設定のほうにこそ、わが著作権法の解釈論としては、その実益について、疑問が向けられることになるかもしれない。

しかし、それにもかかわらず、私が本研究を通じて、わが国の「著作隣接権」概念の理論的な存在意義の不明確性を主張しそれを問題視しようとするは、つぎのような事情にある。

すなわち、この問題を放置することにより、本研究の問題の所在（本研究の課題設定）において述べたとおり、論理的に整合的な著作権法の体系的記述および理解を困難とするばかりでなく、その理論的間隙を縫って、創作保護法の観点からは異質の解釈論が、まさに「著作隣接権」概念の名を借りて、理論的妥当性の十分な検証を欠くままに、著作権法体系内の解釈論として無批判に入り込む余地を与えると考えるからである。

その具体的な例は、すでに近時の裁判例にも現れたところでもある。

すなわち、平成 19 年の東京地裁の「The Boom」事件⁷³¹、および、それを引用した平成 26 年の知財高裁の「MIKI」事件⁷³²では、レコード「著作隣接権」の帰属に関し、レコード製作費用の負担者を原始的な帰属主体とする解釈論が示された。この解釈論の詳細な検討は後に行われることになるが（第 5 部第 3 章第 2 節）、そこでは、端的に述べるならば、創作的要素とは接点を有しない投資利益それ自体が、レコード「著作隣接権」の保護対象なり保護の正当化根拠となり得るかのような解釈論が展開されるのである。

要するに、「著作隣接権」が、創作的要素と接点を有しない投資利益を保護対象とし、その直接的・原則的な保護主体を専ら投資費用の負担者なり事業者とする旨の考え方が、創作保護法にはかならない著作権法上の一権利概念の解釈として、示されるのである⁷³³。

このような解釈論が、現行法の「著作隣接権」概念の創設論議とりわけ保護対象論の全体に照らしても（前章第 2 節第 1 項）、あるいは論点をレコード保護制度に限定し、旧著作権法の立法論議はもちろん（同第 2 項）、不法行為法の補充救済を受けるレコード投資利益の特定に関する解釈論の展開の不十分さに照らしても（前章第 3 節第 2 項）、わが国に妥当する余地を容易には見出し難いと考えられることは、すでに本研究が述べてきたところである。

ところが、それにもかかわらず、そのようなわが国の法解釈論として妥当し難い考え方が裁判所の解釈にも登場するのは、やはり、「著作隣接権」概念の理論的な存在意義の解明がわが国において不十分であり、「著作隣接権」概念が著作権法体系内で意味するところの共有がこれまで十分に行われてこなかったことに起因するものと思われるのである。

私が本研究で、わが国の「著作隣接権」概念の意義の探究に努め、結論として、「著作隣接権」概念が独自の理論的な存在意義を持つとはいいい難いこと、つまりこれを裏側から述べれば、創作的要素を保護対象とする権利概念として著作権概念との実質的な差別化を図り難いことを明らかにしようとするのも、そうすることにより、わが著作権法の体系的記述ないし理解との関係において、論理的な観点から生ずる疑問に一定の回答を用意するとともに、著作権概念との関係ではおそらく疑われることがないと考えられる創作的要素の保護という基本的原則が、「著作隣接権」概念との関係でも等しく妥当すべきことを示し、それと矛盾する解釈論が制定法に即した解釈とはいいい難いことを明らかにしたいと考えるからなのである。

⁷³¹ 東京地判平成 19 年 1 月 19 日判時 2003 号 111 頁。

⁷³² 知財高判平成 26 年 4 月 28 日判例集未搭載。

⁷³³ 本山雅弘「わが国におけるレコード製作者保護論覚書—知財高裁「MIKI」事件法理に対する疑問—」比較法制研究第 37 号（2014 年）38 頁。

第3節 「著作隣接権」概念の実践的意義—米国著作権法の著作権概念との比較

第1項 本節の課題

前節までの考察を通じ、わが国の「著作隣接権」概念がその理論的な存在意義を欠くものと解される一方で、そのような理論的意義を欠く権利概念が、制定法上の明文概念として現に社会的に存在することの理由についても、わが国の伝統的な法意識に関する知見を前提とするならば、一定の説明が可能であることが、示されたように思われる。

ところで、「著作隣接権」概念が著作権概念との関係に照らし、独自の存在意義を欠くとの理解が仮に正しいとするならば、理論的には、他方の著作権概念が、「著作隣接権」の客体なりその保護対象を引き受ける権利概念として機能しなければならないはずである。

そして、そのような著作権概念の、「著作隣接権」に代替する保護機能の可能性は、そもそも著作隣接権概念を有さない別の法制度のもとで、わが国の「著作隣接権」が実演、レコードおよび放送の各客体との関係で果たす保護機能と実質的に同等のものを、その別の法制度の著作権概念が果たしていることを示すことによって、間接的に実証することが可能であろう。

そこで本節では、そもそも著作隣接権概念を有さない法制度として、米国の1976年立法の現行連邦著作権法（Copyright Act of 1976, title 17 of the United States Code, 以下、米国法）に着目し、その実演等の客体に関する著作権概念が、いわば「保護対象の引き受け」に関する機能の点で、換言すれば、双方の保護対象なり保護を正当化する保護法益の捉え方の点で、わが国の「著作隣接権」概念のそれと実質的に同等と心得ることを考察しようと思う。

そのような米国の著作権概念との同等性が示されるならば、それにより、わが国の「著作隣接権」概念に理論的な存在意義を欠くということが、間接的ながらも、より実証性を伴う事柄として理解されることになるであろう。また、同時に他方で、わが国の「著作隣接権」概念が、その理論的な存在意義の欠如にも関わらず、実践的には、米国法の著作権概念にも相当し得る存在意義を備えた権利概念であることが、改めて示されることにもなる。

ここで米国法に着目する理由は、もちろん、その体系内に著作隣接権概念を有さないという事情のほかに、つぎの点にある。

まず、著作権保護基準として創作性の程度を求める価値的基準論を欠く点である。米国法102条(a)は、著作権保護の要件として著作物の創作性（originality）を求める。問題は保護基準として要求される創作性の程度であるが、この点、学説は一般論とし

て、この創作性を質的な程度を問う要件とは解していないようである⁷³⁴。また裁判所の解釈においても、この創作性要件は、1991年のFeist事件最高裁判決が、編集物の保護要件に関して判示したとおり、「額に汗 (sweat of the brow)」の理論として説かれる単純な労力や投資によっては充足されないものの、「創作性の必要なレベルは極めて低く、僅かな量でさえ十分である」⁷³⁵と解されるのであり、創作性の程度なり価値的な基準を問わない要件と解されているのである。

つぎに、著作権帰属主体に関して創作者主義の徹底を体系的には欠く点である。米国法 201 条(a)は、著作権帰属の原則として、著作物の創作を実際に行う著作者⁷³⁶に原始的に帰属する旨を定めている。上記のFeist事件最高裁判決も、著作権保護の根拠を努力なり労働それ自体にまで拡張するいわゆる「額に汗 (sweat of the brow)」論を否定し⁷³⁷、創作的表現に最低限度の寄与を行った者を著作者と解している⁷³⁸。ここに見出されるのは、いわゆる創作者主義の発想である。ところが、米国法 201 条 (b) は、職務著作の制度を設け、「職務著作物 (101 条)」に該当する著作物類型については、創作者と異なる者が著作者として著作権の帰属主体となる旨を定めている。ここに見出されるのは、権利の原始的帰属に関する創作者主義からの顕著な逸脱 (significant departure)⁷³⁹である。

要するに、米国法の著作権概念には、①著作権保護基準に関する価値的基準論の欠如と、②著作権保護主体に関する創作者主義の徹底の欠如との2点において、わが国の著作権概念の理論的性質と共通性が認められる。このことは、本研究がわが国の「著作隣接権」概念の理論的意義を否定する際にひとつの根拠となった、著作権概念側の理論的事情（他律的存在理由の欠如）を、米国法の著作権概念にも認められることを意味する。つまり、わが国に「著作隣接権」概念を要しないと解すべき理論的事情が、米国法の著作権概念にも同様に認められるのである。

したがって、米国法の著作権概念は、論理的には、わが国の「著作隣接権」概念と実質的な保護機能を一致させている可能性を大いに備えていると見ることができるのであり、それゆえ、米国法は、わが国の「著作隣接権」概念の保護機能との同等性を考察する比較対象として、適当な著作権概念を備えた著作権法であると解されるのである。

もちろん、ここで検証しようとする保護機能の同等性とは、双方の保護内容の一致性を意味するものではないことはいうまでもない。ここでの考察対象は、権利概念のいわば「保護対象の引き受け」に関する機能であるから、わが国の「著作隣接権」概

⁷³⁴ Melville & David Nimmer, Nimmer on Copyright, §§2.01[B] at 2-13 (2008); William F. Patry, 2 Patry on Copyright § 3:34 (2019).

⁷³⁵ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, at 346, 111 S.Ct. 1282 (1991).

⁷³⁶ Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, at 737, 109 S.Ct. 2166 (1989).

⁷³⁷ 499 U.S. 340, at 355; Patry, op.cit., § 5:3.

⁷³⁸ 499 U.S. 340, at 346.

⁷³⁹ Patry, op.cit., §5:44.

念と、その共通の客体に関する米国の著作権概念とが、双方の保護対象なり保護の正当化根拠（保護法益）の捉え方の観点で、実質的に同等の権利概念と解し得るかを検討しようとするのである。

なお、米国は、わが国と異なり、ローマ条約（実演家等保護条約）に加入していない。しかし、ローマ条約が、先に考察したとおり（第3部）、加入国に対し著作隣接権概念の存在意義およびその使用義務を規定するものではなく、また、ここでの検証課題は、米国の著作権概念とわが国の「著作隣接権」概念との保護機能の「同等性」であることからすれば、加入有無という「相違点」は、それを検証するうえで妨げにはならない事柄であると考ええる。

第2項 実演の保護

（1）音声実演

保護著作物を例示する⁷⁴⁰米国法 102 条 (a) は、実演それ自体を特定の著作物類型として掲げるわけではない。実演のうち、演奏・歌唱等の音声に関するものは、次項に述べるレコード (sound recordings) の著作物の構成要素として、著作権の保護を受ける。実演家は、録音物に固定されたレコードの利用に関して、職務著作に該当しないかぎり、米国法上の著作者として著作権を有することになる。

もっとも、米国法は著作権保護に固定を要件とし (102 条 (a)) ⁷⁴¹、録音物となった音声が保護対象となることから、生の実演音声の場合とは異なり、当該音声の固定行為すなわちレコード作成者の行為が、その固定音声の作出に加えられることになる。この結果、実演はその固定音声に関して、典型的には、レコード収録行為とともに共同著作物 (joint work) を構成することが指摘されている⁷⁴²。このことは、米国法の立法資料にあたる 1976 年の下院司法委員会の報告書 (House Report、以下「委員会報告書」) が、レコード著作権の保護理由を、レコード製作者 (record producer) の収録行為のみならず、「その実演が収録された実演家」の寄与に求める点にも、窺うことができる⁷⁴³。

では、この実演の著作権保護の正当化根拠なり実質的な保護対象は何か。

実演が米国法上の「著作物」を構成するものである以上、他の著作物類型と同様の保護要件が適用される。すなわち、米国法 102 条が一般的に規定するところに従い、実演がその著作者の創作的な著作物 (original works of authorship) に該当することが要件となる。

⁷⁴⁰ Nimmer, op.cit., §2.03[A] at 2-31.

⁷⁴¹ Nimmer, op.cit., §§2.03[B] at 2-32, 2.10[A] at 2-172.1.

⁷⁴² Beatrice Wagner-Silva Tarouca, Der Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts, Heft 20, 1983, S.71.

⁷⁴³ H. R. Rep. No.1476, 94th Cong., 2d Sess. p. 56 (1976).

ニンマー (Melville & David Nimmer) の体系書によれば、実演家による既存著作物の実演が、創作的な著作物を構成することには、ほぼ疑問の余地がない (little question) という⁷⁴⁴。

その実演の創作的要素を指摘する際に学説が依拠する見解は⁷⁴⁵、1955 年の Capitol Records 事件で示されたハンド (Learned Hand) 判事の解釈論である。ハンド判事は、楽譜は歌唱にせよ楽器演奏にせよ実演のすべてを決めるわけではなく、実演家はその才能次第で広い選択が可能であり、その結果、実演家の実演は、楽譜の「編曲」または「翻案」と同様に、創作的なものとして著作権保護に相応しいものとなる旨を説いている⁷⁴⁶。

要するに、米国法上、レコード著作物の構成要素としての音声実演について、その著作権保護の正当化根拠なり保護対象とされるのは、当該実演における創作的要素であると解することができる。この点について、学説の解釈も同様である。ニンマーの体系書は、音符の強調や陰影付け、声の調子、声楽表現のタイミング等における創作的要素が、実演の著作権保護を正当化する旨を説いている⁷⁴⁷。

(2) 映像実演

音声実演が保護著作物の一類型であるレコードの構成要素として著作権保護の対象となり得るのであるから、これと同列に解すれば、映像実演については、米国法 102 条 (a) の保護著作物の一類型である視聴覚著作物 (audiovisual works) の構成要素として、その著作権保護の可能性が問題となり得ると考えられる。ここで、視聴覚著作物とは、「連続する関連した映像であって、本来的にプロジェクター、ビューワーまたは電子機器等の機械または装置を用いて見せることを目的とするものからなる著作物」を意味する (101 条)。

この問題に関して、学説の分析によれば、米国法の解釈として、映像実演の実演家を視聴覚著作物の著作者として明確に位置付ける裁判例は存在しない一方で⁷⁴⁸、映像実演の著作権保護の可能性を完全に否定する裁判例も、存在しないものと解されている⁷⁴⁹。

むしろ、学説には、音声実演がレコードの著作物の構成要素として著作権保護対象になり得ることと同様に、映像実演についても、そこに創作的要素を含むかぎり、視聴覚著作物の構成要素として著作権の保護対象になり得る旨を指摘する見解がある⁷⁵⁰。その根拠は、米国法の保護著作物の一類型である「無言劇および舞踊の著作物 (102

⁷⁴⁴ Nimmer, op.cit., §2.10[A] [2], at 2-176.

⁷⁴⁵ Nimmer, op.cit., §2.10[A] [2] at 2-176; Tarouca, a.a.O., S.64.

⁷⁴⁶ Capitol Records, Inc. v. Mercury Records Corp., 211 F.2d 657, at 664 (2d Cir. 1955).

⁷⁴⁷ Nimmer, op.cit., §2.10[A] [2], at 2-177.

⁷⁴⁸ F. Jay Dougherty, Not a Spike Lee Joint? Issues in the authorship of motion pictures under U.S. Copyright Law, 49 UCLA LAW REVIEW 225 (2001), p.300.

⁷⁴⁹ Dougherty, op.cit., p.301.

⁷⁵⁰ Dougherty, op.cit., p.302.

条 (a) (4))」の類推である。映像実演の構成要素である動作、姿勢およびジェスチャーは、いずれも著作権保護を受ける無言劇および舞踊の類推を可能とし、この類推は、「あらゆる形式の無言劇 (all forms of choreography)」⁷⁵¹に著作権保護を承認する立法者意思に照らしても、支持されるというのである⁷⁵²。

裁判例としては、カリフォルニア州控訴裁判所の事例であるが、映画に出演する俳優が映画の著作権者を被告として、自己の氏名・肖像等に関する州法上のパブリシティ権に基づき、その映像実演の複製・頒布の禁止を求めた事案において、映画に収録された原告の実演が米国の著作権保護を受けることに疑問はないと説いて (There can be no question)、米国の先占 (preempted) を認め、原告の控訴を棄却した事件が存在している⁷⁵³。

また、米国著作権局 (Copyright Office) の見解も、映像実演について著作権保護の可能性を示唆するものといえる。すなわち、同局への著作権登録 (408 条、409 条) に関する手続きマニュアル (administrative manual) には、映画著作物の登録申請にあたり、その主要著作者 (major authors) として、実演家を特定すべき旨が説かれている⁷⁵⁴。これは、映画を構成する映像実演が著作権の客体であるとの理解を前提とする実務ガイドラインといえる。

要するに、米国の著作権法上、視聴覚著作物の構成要素としての映像実演についても、それ自体として著作権保護の可能性が認められ、またその正当化根拠なり保護対象とされるのは、当該実演における創作的要素であると解される。この実演の創作的要素が、視聴覚著作物の保護対象なり保護の正当化根拠の一部を構成するといえ換えることもできよう。

(3) まとめ

以上の考察から知り得るとおり、米国の著作権法上、実演家は、その音声実演と映像実演のいずれの場合にも、その固定された実演に関し著作権の保護を受けており、そして、その著作権は、実演における創作的要素を実質的な保護対象なり保護の正当化根拠とするものと解されていることがわかる。

他方で、本研究が前章「著作隣接権」概念の自律的存在理由として考察してきたとおり、わが国の「著作隣接権」の客体である実演について、保護の正当化根拠を与え、またその保護対象と解されるのは、実演の創作的要素であった (前章第 2 節第 1 項および第 4 項)。

すると、米国の著作権概念には、実演の保護法益なり保護対象を画する機能の点で、わが国の「著作隣接権」概念との実質的な同等性が認められるといえそうである。

⁷⁵¹ H. R. Rep., p. 52.

⁷⁵² Dougherty, op.cit, p.303.

⁷⁵³ Fleet v. CBS, Inc., 50 Cal. App. 4th 1911, at 1919-20 (1996).

⁷⁵⁴ U.S. Copyright Office, Compendium of U.S. Copyright Office Practices, 808.10(A)(3)(a), (3d ed. 2017).

もちろん、たとえば固定要件の有無の点において、双方の権利概念のもとで実際に保護を受ける実演の範囲には相違がある。また米国法 103 条(a)は、既存著作物を素材として使用する著作物の保護は、適法な使用部分にのみ生ずる旨を規定するから、著作権保護を受ける実演は、あくまで許諾を得て固定された実演に限られるものと解される⁷⁵⁵。しかし、これらのことは、双方の権利概念の同等性を、実演における保護対象なり保護の正当化根拠の捉え方の点に認めるうえでは、妨げにならないであろう。

米国の著作権概念は、実演保護に関し、わが国の「著作隣接権」概念と実質的に同等の機能を果たしていることがわかる。

第3項 レコード (sound recordings) の保護

レコードは米国法 102 条(a)(7)が掲げる保護著作物の一類型である。

米国法 101 条は、この著作物として保護されるレコード (sound recordings) の概念を定義し、「連続する音楽音声、口頭音声またはその他の音声で、動画その他の視聴覚著作物に伴うものを除き、…その固定の結果として得られる著作物」と定める。

米国法上のレコード概念は、わが国の「レコード」概念（著作権法 2 条 1 項 5 号）と同様に無体物を意味している。他方、その「固定」に要される有形媒体は、「録音物 (phonorecords)」(101 条) の概念である⁷⁵⁶。米国法上のレコードは、その定義にあるとおり、映画等の視聴覚著作物のサウンド・トラックの音声を除いていることから、この点でも、わが国の「著作隣接権」の客体である「レコード」の概念（「音を専ら影像とともに再生することを目的とするもの」を除いている）とほぼ同様の概念と解される。

この米国法上のレコードは、「著作物」の一種にほかならないから、他の著作物類型と同様の保護要件が適用になる。すなわち、米国法 102 条が一般的に規定するところに従い、レコードがその著作者の創作的な著作物 (original works of authorship) に該当することが保護の要件となる。

前項でも言及したとおり、立法時の委員会報告書は、レコードの著作権保護を正当化する要素 (copyrightable elements) として、レコードの構成要素となる実演家の寄与のほかに、「レコーディング・セッションの立ち上げ、音声の収録および電子的な

⁷⁵⁵ Tarouca, a.a.O., s.65; 山中伸一「ウルグアイラウンド TRIPS 協定に伴うアメリカ著作権法の改正」コピライト 408 号 (1995 年) 12・13 頁。

⁷⁵⁶ 米国法の邦訳には、本研究とは逆に、著作物である sound recordings に「録音物」の訳語を、固定媒体である phonorecords に「レコード」の訳語を充てるものがある。しかし、無体物概念の「レコード」と有体物概念の「録音物」は、わが国の著作権法の用語とも整合し得るものであり（著作権法 2 条 1 項 5 号、92 条 2 項 2 号ロ等）、また、米国法の著作権の客体 sound recordings と、わが国の「著作隣接権」の客体「レコード」との比較を試みる本研究にとって、文字通りの比較を可能にすることから、本研究では、米国法の著作物である sound recordings に「レコード」の訳語を、その固定媒体である phonorecords に「録音物」の訳語を充てている。

処理ならびにそれらの編集と編成によって、最終的なレコードを作成することに責任を有するレコード製作者」の寄与を指摘している⁷⁵⁷。

ニンマーの体系書は、このレコード製作者の寄与について解説するにあたり、委員会報告書が最初に言及する「レコーディング・セッションの立ち上げ」それ自体には、著作権保護を正当化し得る創作性は認め難いのであり、それゆえ、当該寄与がそれにとどまるかぎり、レコード製作者を著作者と解することは困難である旨を指摘している⁷⁵⁸。他方でニンマーは、委員会報告書が、レコード製作者の他の寄与要素として、「音声の収録および電子的な処理ならびにそれらの編集と編成によって、最終的なレコードを作成すること」にも言及する点に着目したうえで、この点に、写真撮影行為における創作性を類推しつつ、レコード保護の正当化根拠を与える創作性を見出そうとしている。よって、その帰結として、ニンマーによれば、レコード著作権の原始的な帰属主体は、その音声収録・電子的処理等の創作的行為を行った音響エンジニア（sound engineer）なのであり、レコーディング・セッションを立ち上げたに過ぎないレコード製作者は、音響エンジニアの著作権を、職務著作または譲受けによって取得するに過ぎない旨が説かれるのである⁷⁵⁹。

要するに、レコードの著作物の著作者はあくまでその作成に創作的な寄与をなした者であり、レコード著作権は、まずは当該著作者にのみ、原始的に帰属するというのである⁷⁶⁰。もっとも、レコード作成の創作的寄与者を事実問題として確定する作業は、映画の場合と同様に、作成関係者数の多さと寄与の多様さゆえに、一般的な著作物類型と比較して必ずしも容易とはいえない。この問題を雇用関係と関係者の交渉に委ねることを意図するのが米国法である⁷⁶¹。

すなわち、レコード創作に関与する実演家とレコード製作者との間に職務著作の関係や前者から後者への著作権譲渡の合意が無い場合には、レコード著作権は、専ら実演家に帰属し、あるいは、創作的寄与をなす音響エンジニア・編集者等との雇用関係を媒介に、その使用者たるレコード製作者と実演家との共有に帰する⁷⁶²。要するに、職務著作物または契約取極めの場合のほかは、レコードの創作的寄与者がレコード著作権の保護を受けることに変わりはないのである。

このように、レコード著作権の正当化根拠なり保護対象を、レコード収録行為における創作的要素に見出し、レコード製作を可能にする経済的負担のみでは著作権保護あるいは権利帰属の根拠となし難いとするのが、学説の基本的な見解であると解される⁷⁶³。

⁷⁵⁷ House Report, op.cit., p.56.

⁷⁵⁸ Nimmer, op.cit., §2.10[A] [2] [b], at 2-178.

⁷⁵⁹ Nimmer, op.cit., §2.10[A] [2] [b], at 2-178.1.

⁷⁶⁰ Nimmer, op.cit., §2.10[A] [3], at 2-178.2.

⁷⁶¹ Nimmer, op.cit., §2.10[A] [3], at 2-178.2(1), n.52.

⁷⁶² Nimmer, op.cit., §2.10[A] [3], at 2-178.2(1).

⁷⁶³ Patry, op.cit., § 3:161.

裁判例もこうした学説と同様の立場である。すなわち、レコードの著作者性 (authorship) が争われた 1993 年の Forward 事件⁷⁶⁴で、裁判所は、委員会報告書の解釈において、「委員会によって構想されている『製作者 (producer)』とは、その製作を芸術的に監督し編集することに従事している者である」⁷⁶⁵と判示し、レコーディング・セッションをアレンジし演奏楽曲を指示したに過ぎない原告について、レコードの著作者性を否定している。レコード著作権の保護対象なり保護の正当化根拠を、その創作的要素に求める解釈といえる。

米国著作権局が説くところでも、レコードの保護要件は創作的表現 (803.5(B) Creative Expression) であり、それを決定づける具体的な要素は、「同時または連続する音声の数、収録の長さ、および音声の創造、固定および操作において知覚的に表現された創作性」である⁷⁶⁶。

レコードの保護対象をその創作的要素とする考え方は、アナログ録音の既存レコードをデジタル化したリマスター・レコード (remastered sound recording) について、その著作権保護を否定した近時の裁判例にも、読み取り得る。

2018 年の ABS Entertainment 事件⁷⁶⁷では、原審の地裁判決が、デジタル・リマスターの過程で加えられた変更点に創作性を認め、リマスター盤を派生的著作物

(derivative works) と認めたのに対し⁷⁶⁸、控訴裁判所は、レコードのリマスター行為について、「音源の順番を変更せず、またリミックスその他の方法で音源をその順番または特性において変更しない」場合には、派生的著作物に足りる創作性、すなわち「新たな異なる本質的特徴と独自性」を欠くものであり⁷⁶⁹、また、リマスター・エンジニアの「集中的で熟練した、創造的でさえある労働力」の投入も、著作権保護を基礎づけるものではない旨を判示し⁷⁷⁰、地裁の判断を排斥して、当該リマスター盤の著作権保護を否定するのである。リマスター・レコードの著作権保護の可能性が全否定されるわけではないが、著作権保護に要する最低限の創作性レベルに照らしても、デジタル盤のリマスター・レコードにそれを見出すことは稀であるというのである⁷⁷¹。

リマスター・レコードの場合には、実演収録の行為を欠き、レコード創作は実演家の創作的寄与との共同創作の側面を欠くことから、レコード収録行為それ自体の創作的要素の吟味が浮き彫りになるケースといえる⁷⁷²。この点からも、上記の裁判例は、米国のレコード著作権の保護対象が、あくまでレコードの収録行為における創作的要素であることを、よく示すものと考えられる。

⁷⁶⁴ Forward v. Thorogood, 985 F.2d 604 (1st Cir. 1993).

⁷⁶⁵ 985 F.2d 604, at 607.

⁷⁶⁶ U.S. Copyright Office, op.cit., 803.5(B).

⁷⁶⁷ ABS Entertainment, Inc. v. CBS Corporation, 908 F.3d 405 (2018).

⁷⁶⁸ 908 F.3d 405 at 412.

⁷⁶⁹ 908 F.3d 405 at 418.

⁷⁷⁰ 908 F.3d 405 at 419.

⁷⁷¹ 908 F.3d 405 at 423.

⁷⁷² 908 F.3d 405 at 423.

米国著作権局の見解も同様である。既存の音源の再アレンジ・リミックス等の再構成により、新たなレコードを作成することも可能である。それは派生的レコード

(derivative sound recordings) である⁷⁷³。とはいえ、派生的レコードが著作権保護を受けるには創作的要素が不可欠である。すなわち、既存音声との相違点が機械的なものに過ぎない場合や、僅かなバリエーションの付加等に過ぎない場合は、著作権保護は否定されるものと解されている⁷⁷⁴。

またレコードは、構成楽曲の編集による一種の編集著作物として、その著作権保護を受け得るとも解されている⁷⁷⁵。その保護根拠も楽曲の構成・編集行為における創作的要素である。

2010年のBryant事件⁷⁷⁶は、レコードを一つのアルバムとして捉える観点から、当該アルバムの構成楽曲の選択・配列における創作性を根拠に、一種の編集著作物としてレコードの著作権保護を認めている⁷⁷⁷。米国著作権局の説くところでも、既存のレコードの選択、調整または配列からなる編集物は、その選択、調整または配列に創作性が認められる場合には、全体が一つの編集著作物として登録可能とされている⁷⁷⁸。

以上の考察のとおり、米国のレコードに関する著作権は、レコードの収録音声それ自体に着目する場合にせよ、あるいは、レコードをアルバムの編集物として捉える場合にせよ、創作的要素をその保護対象なり保護の正当化根拠とする制度であることがわかる。

他方で、本研究が前章「著作隣接権」概念の自律的存在理由として考察してきたとおり、わが国の「著作隣接権」の客体であるレコードについて、保護の正当化根拠を与え、またその保護対象と解されるのは、レコードの収録行為における創作的要素であった（前章第2節第2項および第4項）。

すると、米国のレコード著作権は、わが国のレコード「著作隣接権」と、実質的に保護対象を同等にするものと解される。ここでも、実演の場合に言及したのと同様に、双方の権利の間には、たとえば権利発生に関する固定要件の有無において相違があり、また、米国のレコード著作権は、既存著作物を違法に収録したレコードに生じないものと解される（103条(a)）⁷⁷⁹。しかし、これらの相違点は、双方の権利概念の同等性を、実質的な保護対象なり保護の正当化根拠に認めるうえでは、妨げにならないであろう。

米国の著作権概念は、このレコード保護に関しても、わが国の「著作隣接権」概念と実質的に同等の機能を果たしていることがわかる。

⁷⁷³ U.S. Copyright Office, op.cit., 803.6.

⁷⁷⁴ U.S. Copyright Office, op.cit., 803.6(B).

⁷⁷⁵ Patry, op.cit., § 3:162.

⁷⁷⁶ Bryant v. Media Right Productions, Inc., 603 F.3d 135, at 141 (2010).

⁷⁷⁷ Patry, op.cit., § 3:162.

⁷⁷⁸ U.S. Copyright Office, op.cit., 803.7(A).

⁷⁷⁹ Tarouca, a.a.O., s.65.

第4項 放送番組および番組編成行為の保護

米国法 102 条 (a) (6) は視聴覚著作物を保護著作物の一類型として掲げるが、放送ないし放送番組を明示的にそこに含ませるわけではない。

とはいえ、米国法の学説は、個々の放送番組それ自体については、ラジオ放送とテレビ放送とのいずれに関しても、たとえば後者の場合はそのカメラワークやライティング等の創作的要素に着目し、それが著作権保護を受け得ることを前提とした議論を展開している⁷⁸⁰。裁判例にも、チャップリン映画のシーンを選択・配列し 13 分間のフィルム・モンタージュとした番組について編集著作物性を認めた事件のほか⁷⁸¹、歌謡ショー番組に関し、当該番組を分解して得られる個々の構成要素（会話、楽曲、衣装等の要素）を検討してその著作物性を否定した地裁判決を排斥し、番組の構成要素の組み合わせの全体に編集著作物性の有無を検討すべき旨を判示した控訴裁判所の事件がある⁷⁸²。

問題は、わが国の放送に関する「著作隣接権」が、放送法等の電波行政上の放送保護との差別化を図るため⁷⁸³、その独自の保護対象とした「番組編成等の行為」なりその成果物としての番組編成全体における創作的要素に関して（前章第1節第3項）、米国法の著作権の保護がおよぶものと解されているか否かである。

この点に関して、一日の番組編成の構成全体の著作権保護の可能性を承認する事件として、学説⁷⁸⁴も引用する裁判例が、1982 年の NAB 事件⁷⁸⁵である。放送事業者の協会である原告が、著作権使用料審判所（Copyright Royalty Tribunal）から分配を受ける放送番組の有線再送信の使用料額について、その妥当性を争った事件である。

裁判所は、使用料額の妥当性を吟味する前提として、放送事業者が編成する broadcast day、すなわち「一日全体を通じた番組の選択と配列」⁷⁸⁶を、放送事業者の相当な時間と労力（time and effort）を要する編集物（compilation）と捉えたうえで、それが編集著作物の定義（101 条）に照らし、「著作者の創作的な著作物（original works of authorship）」に該当する旨を判示する。つまり、放送事業者の個々の番組の制作行為ではなく、一日の番組編成の行為に着目し、その成果物としての番組編成全体を、創作的な著作権の保護客体（編集著作物）と認めるのである。

この裁判例とそれを引用する学説から窺われることは、米国法の著作権の概念は、放送事業者の個々の放送番組のみならず、その番組編成行為ないしその成果物としての番組編成全体をも、その客体に包摂しているということである。

⁷⁸⁰ Nimmer, op.cit., §2.03[B][2], at 2-34, n.33.

⁷⁸¹ Roy Export Co. v. CBS, 672 F.2d 1095, at 1103 (1982).

⁷⁸² Apple Barrel Productions v. Beard, 730 F.2d 384, at 388 (1984).

⁷⁸³ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』256 頁。

⁷⁸⁴ Patry, op.cit., § 3:159.

⁷⁸⁵ National Ass'n of Broadcasters v. Copyright Royalty tribunal, 675 F.2d 367 (1982).

⁷⁸⁶ Patry, op.cit., § 3:159.

他方、上記のとおり、わが国の「著作隣接権」概念は、放送事業者の「番組編成等の行為」に着目し、放送法上の放送保護制度との差別化を図りつつ、当該編成行為の創作的要素を保護対象なりその保護法益とする権利概念であった。

すると、米国の放送に関する著作権は、わが国の放送に関する「著作隣接権」と、実質的に保護対象を同等にするものと解される。この番組編成全体の保護との関係でも、実演・レコードの場合に言及したのと同様に、たとえば権利発生の固定要件の有無の点で、双方の権利の保護対象の広狭には相違が生じ得る。わが国の「著作隣接権」の客体である「放送」は固定を要しない概念と解されるからである（著作権法2条1項8号）。しかし、こうした相違点は、双方の権利概念の同等性を、実質的な保護対象なり保護の正当化根拠に認めるうえでは、妨げにならないであろう。

米国の著作権概念は、放送の保護に関しても、わが国の「著作隣接権」概念と実質的に同等の機能を果たしていることがわかる。

第5項 米国法上の著作権概念との実質的同等性

以上の考察を通じ、米国の実演、レコードおよび放送（番組の編成行為）の各客体に関する著作権の概念は、「保護対象の引き受け」に関する機能の点で、換言すれば、保護対象なり保護を正当化する保護法益の捉え方の点において、わが国の「著作隣接権」概念と実質的に同等の権利概念であるとの評価ができそうである。

すなわち、わが国の「著作隣接権」が実演等の各客体に関して実現しようとした保護機能の実質は、いずれも、米国法のもとでは、著作権の概念がそれを果たしていると解することができるのである。

すると本節がその実証の対象とした、いわば「仮説」、すなわち、わが国の「著作隣接権」概念がその独自の存在意義を欠く以上、理論的には、他方の著作権概念が、「著作隣接権」の客体なりその保護対象を矛盾なく引き受ける権利概念として機能し得るはずであるとの仮説は、著作隣接権概念をそもそも有さない米国の著作権概念が、まさにわが国の「著作隣接権」と同等の機能を果たしていることを知り得たことにより、間接的に、その妥当性が示されたことになろう。

このような考察の成果は、まず、わが国の「著作隣接権」概念が理論的な存在意義を欠くとの本研究が到達し得た知見について、それをより実証的な事柄として理解することを可能としよう。

また他方では、改めて、わが国の「著作隣接権」概念の実践的な存在意義が再確認されることにもなろう。というのも、上記の考察成果は、わが国の「著作隣接権」が各客体に関して果たす実践的な保護機能は、米国法の文脈に置き換えてみるならば、米国の著作権が各客体に相当するものについて果たす機能と、実質的に同等であることを示しているからである。

わが国の「著作隣接権」概念は、著作権概念と別個に存在すべき理論的意義は欠くものといわざるを得ない。本研究が到達した結論はそこにあった。しかしながら、そのような理論的意義の欠如は、「著作隣接権」が著作権法体系内において実演、レコードおよび放送の各客体に関して果たす実践的意義を、損なわせるものではない。むしろ、わが国の「著作隣接権」概念は、米国法のような、著作隣接権概念を有しない法制度と比較するならば、その著作権概念と実質的に同等の機能を各客体との関係で果たしているとみることができるのである。

第5部 「著作隣接権」概念をめぐる実践的解釈論

第1章 考察の課題と順序

これまで、わが国の「著作隣接権」概念の意義解明という課題と取り組んできたわれわれは、同概念の著作権法体系上の理論的意義の欠如という結論を得るとともに、その一方では、同概念が制定法上の権利概念として現に社会的に存在することについて、日本人の伝統的な法意識に関する知見を手掛かりに、一定の合理的説明を手にし、また、米国法上の著作権概念との実質的な保護機能における同等性の考察を通じて、「著作隣接権」概念の実践的な意義の存在を改めて確認したところである。

要するに、わが国の「著作隣接権」概念は、著作権概念との関係でその理論的な存在意義を欠如させるにもかかわらず、その社会的な存在についてはわが国に特有の事情を有し、また、実践的な存在意義については米国法上の同等客体に関する著作権概念に相当し得るものを備えた権利概念と解することができたのである。

ところで、著作権法体系上の理論的意義の欠如という結論は、保護対象の観点から捉えるならば、「著作隣接権」がその権利客体の創作的要素を保護対象とする概念であり、その法的な機能なり意義の点で、著作権概念との理論的な差別化が困難であるとの理解を前提とするものであった。

しかし、この保護対象に関する前提は、「著作隣接権」の権利客体における創作的要素を、具体的な要件論としていかに把握すべきかの点に関する実践的な解釈論を伴わないとすれば、空論とならざるを得ず、その結果、「著作隣接権」概念の意義解明の作業も、解釈論研究としての意味を損なうものとなろう。実践的な意味を伴わない理論的な知見のみでは、実学としての法解釈論としては、空虚なものといわざるを得ないからである。

そこで、この第5部が課題とすることは、「客体の創作的要素を保護対象とする制度」として理論的には同定し得た「著作隣接権」について、その実践的な実像をより鮮明なものとするために、「著作隣接権」がその立法時に予定した実演、レコードおよび放送の各客体に関して、主として、その創作的要素の具体的な評価に関する解釈論の構成を、考察することである。

すなわち、第2章では、実演の創作的要素に関して、また第3章では、レコードの創作的要素に関して、それらを具体的な解釈論のレベルでいかに把握すべきかの点を考察する。また、そうした保護対象の創作的要素の把握の帰結として、それぞれの「著作隣接権」の保護範囲の捉え方についても考察を加えようと思う。

他方、放送に関しては、すでに、「著作隣接権」の制度趣旨を根拠づけた番組編成行為における創作的要素の内容に関し、その実践的な解釈論の可能性を、塩野宏教授の所説も参照しつつ⁷⁸⁷、論じたところである（第4部第3章第2節第3項）。

ところが、放送の「著作隣接権」に関しては、番組編成行為との関係で、「創作的要素を保護対象とする制度」としての実践的なアイデンティティが特定されると、即座に、つぎなる課題として、一方における著作権の保護制度と他方における放送法制という、「著作隣接権」とは別個の法制度との関係で、それぞれの重複問題が生じ得るのである。放送に関する「著作隣接権」は、一方で、番組編成を構成する個々の放送番組の著作権との関係で、実際上の権利客体について重複問題を生じさせ、また他方で、放送法制の再送信同意制度との関係でも、同様の重複問題を生じさせるからである。

そこで、第4章では、この放送に関する「著作隣接権」の実践的な重複問題に関して、考察を行う。すなわち、放送「著作隣接権」と個別番組の著作権保護制度との重複関係の中身を明らかにしたうえで、同一法体系におけるそうした重複問題の解消の可能性を探るため、放送法制による放送「著作隣接権」の代替的保護の可能性について、若干の検討を試みようと思う。

第2章 実演の創作的要素

本章の課題は、「著作隣接権」の客体である実演に関し、客体の創作的要素を保護対象とする「著作隣接権」の趣旨と整合的に、それが備えるべき創作的要素を、実践的な解釈論としていかに把握すべきであるかという点を考察することである。

現行法2条1項3号によれば、「実演」とは、「著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること（これらに類する行為で、著作物を演じないが芸術的な性質を有するものを含む。）」を意味する。

第1節 実演における創作的再現方法

上記の実演の定義にも明らかなとおり、実演とは、その演ずる対象としての著作物の存在を主たる前提として解さなければならない概念である。すると、実演の保護要素の中身を分析しようとするわれわれの課題との関係でも、実演を、まずはその前提たる著作物との関係で相対的に位置づけてみることに有意義であろう。

著作物は、著作者の主観に言語・音声または影像を伴って知覚された後、客観的に固定されるために、活字媒体・音符媒体等の何らかの表現媒体に記録される必要がある。しかし、そうして固定・記録された表現物は、各媒体に客観化され得た範囲の著

⁷⁸⁷ 塩野宏「再送信の同意権と著作隣接権—放送事業者の権利の一側面—」『放送法制の課題』（有斐閣、1989年）208頁。

著作物に過ぎず、著作者が主観的に知覚した著作物それ自体とはいいい難いであろう。著作物とはそもそも、何らかの物理的制約を受けることなく著作者に知覚され得るものであるのに対し、それを客観的に固定・記録した表現物は、活字・音符等の表現媒体が自ら抱える物理的制約（たとえば、二次元平面上での視覚的記録）を受けざるを得ないからである。

実演において実演家が行っている「演ずる」行為は、この著作物が一旦活字媒体・音符等の媒体に転換され固定されたものを、改めて、それを著作者が知覚したであろう著作物に、再転換し再現することと捉えることが可能であると思われる。その再現行為の際に、実演家は、著作物の全体を理解・咀嚼したうえで初めて可能になる当該再現部分についての主観的に妥当な再現方法を、つまりその実演家独自の再現方法を、選択・確定するのである。

より具体的に述べるならば、実演家は、自らが演じようとする著作物の全体解釈を踏まえて、実演箇所の場合、登場人物の心情あるいは著作者が当該箇所では表現しようとする思想・感情を再現するに相応しい、動作、身振り、表情あるいは声色の種類、発音・発声の強弱、抑揚または長短等のさまざまな再現態様を選択し組み合わせ、自らの実演を構成するのである。

実演保護の根拠を支える創作的要素は、この著作物の全体解釈を踏まえた実演（著作物の再現行為）の方法、つまり著作物の再現方法における技能的な創作的要素ないし独自の要素に求めることができるように思われる。この著作物の再現方法の選択・確定に際しての創作的要素が、個々の実演家による「著作物の解釈」と評価される要素であろう。

たとえば、同一楽曲について甲乙の実演が全く異なった印象を与えるとき、われわれは、実演で再現された表現それ自体が異なるものと解し、あるいはそう感ずるかもしれない。しかし、これを著作権法の観点から説明するならば、甲乙別種の実演のもとでは、著作物として異なるものが表現されているわけではない。甲乙の実演家があたかも互いに異なる表現物を提供しているように感ずるのは、表現の基礎となる著作物が異なるからではなく、その再現方法の選択・確定が、双方の実演家固有のものとして異なるからであると解すべきであろう。

もちろん、著作物の種類によっては、たとえば、客観的報道の原稿のように、専ら事実情報の伝達を目的とし、その朗読等による再現行為に際して、そもそも解釈の余地のないもの、あるいは、その再現者に解釈の必要を求めないものもあり得よう。また一方では、たとえば、一般的な発声方法によるカラオケ歌唱のように、著作物の再現行為とはいえ、著作物の全体解釈を経ずに、あるいは、ありふれた再現方法によって行われるものもあり得よう。このような再現行為は、その再現方法における創作的要素（解釈要素）を欠くものであるから、著作物の単純な伝達行為に過ぎず、著作権法上の保護対象（＝創作的要素）を備えた実演とは、評価し得ないこととなる。

このように、実演の保護を支える実質的根拠を、実演の技術的な方法レベルにおける創作的要素に見出そうとする考え方は、今日の学説に説かれている見解に照らしても、結論的には、特異なものとはいえないように思われる。

すなわち学説が、著作物の単純な伝達行為と実演とを分ける基準を、「演技」すなわち「演ずる技」「技法」といった実演の技術的要素の存否に求め⁷⁸⁸、あるいは、実演における「自己の技量」といった技能的側面を重視し⁷⁸⁹、さらには、実演家の権利が実演家の行為に関するものでありその成果物を保護するものではない⁷⁹⁰と説くのも、その実質は、いずれも、実演の保護を決定づけるその創作的要素の探求先を、著作物の再現行為の方法的・技術的側面に置こうとする考え方として整理することができる。

第2節 制定法上の根拠

実演保護の要件をその創作的な再現方法に求める以上の解釈は、創作的要素を保護対象とする「著作隣接権」の制度趣旨を踏まえ、著作権法が使用する実演の用語それ自体の意味を探究することから得られるものである。そうした解釈の実践的な後ろ盾を、実演の定義規定（2条1項3号）のうちに求めるならば、それは「演ずること」および「芸能的な性質」の文言に求めることができようように思われる。

同定義規定に明らかなとおり、たとえば演奏の方法による実演が構成されるためには、無価値的な「演奏」が行われるだけでは足りず、「演ずること」自体が不可欠の要素となっている。実演概念との関係では、「演奏」は「演ずること」のひとつの方法例示に過ぎない。しかも、著作物を演じない場合に実演が構成されるためには、その括弧書きにおいて、「芸能的な性質」の具備が不可欠の要素となっている。この括弧書きの内と外とは、法的に同等評価が可能であることを意味するであろうから、その外側に規定された場合、すなわち、著作物が演じられる場合にも、「芸能的な性質」と同等評価の可能な実演行為が意図されていると解すべきであろう⁷⁹¹。要するに、実演の定義規定において、「演ずること」と「芸能的な性質」の文言は、双方が実質的に同等な意味を有しつつ、保護を受け得る実演の範囲を限界づけていると解されることになる。

ところで、この「芸能的な性質」の文言をめぐっては、従来の学説によれば、演技行為における競技性の有無の観点から、スポーツ競技とは異なる観客向けショーや大衆娯楽等を意味する基準と解されてきた⁷⁹²。しかし、その境界の不明瞭を指摘する見

⁷⁸⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義〔6訂新版〕』58頁、半田正夫・松田政行『著作権法コンメンタール1〔初版〕』（勁草書房、2009年）〔龍村全〕265頁。

⁷⁸⁹ 作花文雄『詳解著作権法〔第5版〕』（ぎょうせい、2018年）477頁。

⁷⁹⁰ 齊藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）117頁。

⁷⁹¹ 半田正夫・松田政行『著作権法コンメンタール1〔第2版〕』（勁草書房、2015年）270頁〔龍村全〕。

⁷⁹² 加戸・前掲書〔6訂新版〕26頁、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）521頁、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）543頁、島並良ほか『著作権法入門〔第2版〕』（有斐閣、2009年）190頁〔横山久芳〕、龍村・前掲書〔第2版〕270頁。

解も有力に説かれてきたところである⁷⁹³。むしろ、競技性の存在を理由に保護を受け得る実演から排除するのであれば、その定義規定上の手がかりは、芸能性の基準ではなく、著作物を演ずる実演に「類する行為」か否かの要件に求めることも十分に可能であろう。

「芸能」とは本来、「学問・芸術・技能などについてのすぐれた能力」（大辞泉）を意味する言葉でもある。また、実演家たる俳優の言葉を借りるならば、「作家の創り出した世界の枠をのり越えて、次元の異なるところで独自の精神的・肉体的創造活動をする」⁷⁹⁴ことが演技者の使命とされる⁷⁹⁵。そうであるとするならば、特殊な技能をもって、著作者の世界、すなわち著作物を再現することが、まさに「芸能」によってなされるところと解することも可能であろう。すなわち、「芸能的な性質」が意味するものは、著作物の再現方法における技能的な創作性それ自体と解することもできよう。

このように解すると、実演の保護要件として著作物の再現方法における創作的要素を求める解釈は、その制定法上の手がかりを、実演の定義規定に含まれる「演じること」と「芸能的な性質」とに求め得るものと考えられる。

ところで、実演の創作的要素の所在を、著作物の再現方法や演技・演奏方法という技能面ないしアイデアレベルの創作性に求める考え方は、それと同様の考え方を、著作権法 12 条の編集著作物の規定に求めることも可能であろう。

同条 1 項は、編集物における創作性の所在を、「その素材の選択又は配列」に求め得る旨を定める。たとえ、事実情報の集合物たる編集物（たとえば、職業別電話帳）において、その具体的な表現部分に創作性を見出し難い場合であっても、それを著作権法の保護対象とするには、著作物の要件たる創作性の探求先を、具体的な表現部分に止めずに、「素材」の選択・配列という、編集方針・編集方法といったアイデア部分（思想・感情部分）にまで遡らせる必要がある。12 条 1 項は、事実編集物の保護の必要性に鑑み、このような編集物の創作性の判断枠組みを明らかにした規定と解されよう⁷⁹⁶。

実演の場合も同様に考えることができる。実演表現の表層を構成する部分には、その表現者（実演家）本人の創作的要素を読み取ることはできない。すなわち実演の表層部分、たとえば、台詞や歌詞の語順、旋律を構成する音階の序列、あるいは身体動作の部位や方向・順序等は、いずれも、実演に先立ち、すでに台本、楽譜あるいは脚

⁷⁹³ 田村・前掲書 521 頁、中山・前掲書 543 頁。

⁷⁹⁴ 久松保夫著作集編集委員会編『役者人生奮戦記—久松保夫著作集』（日本芸能実演家団体協議会、1995 年）118 頁。

⁷⁹⁵ 半田正夫・松田政行『著作権法コンメンタル 1 〔第 2 版〕』（勁草書房、2015 年）〔棚野正士・小島京古〕82 頁。

⁷⁹⁶ 東京高判平 12・11・30 判例集未登載「職業別電話帳」事件には、12 条 1 項の解釈として同様の考え方が示される。

本に表現されたものである。そこに感得し得るのは、他者（著作者）の手に成る創作的表現にほかならない。

ところが、実演を通じ、既存の著作物を視聴覚可能なものとするには、台本、楽譜等の平面に文字・記号等で書き留められた範囲の表現物から著作物を空間的に再現するうえでの再現方法の選択・確定が要される。そして、実演家は、その再現方法、すなわち、動作、身振り、表情あるいは声色の種類、発音・発声の強弱、抑揚または長短等のさまざまな再現態様を素材として、その選択または配列によって構成される再現方法に、他の実演家とは異なる独自の創作的要素を与えることができる。

実演の場合、この再現態様（素材）の選択・配列に関する方法（再現方法）というアイデア部分において、当該実演家固有の創作的要素を認め得るからこそ、著作権法上の保護が正当化されているものと解すべきなのであろう。

第3節 実演の保護内容と保護範囲

実演の保護の根拠を著作物の全体解釈を前提とするその再現方法における創作的要素と解することにより、実演家の「著作隣接権」の保護内容や保護範囲の特色についても、そうした保護の根拠と整合的な説明を得ることができるように思われる。

まず、著作権法 91 条 1 項において実演の有形的再製に関する権利が、複製権ではなく録音・録画権に限定されていることの理由である。

著作権法 2 条 1 項 15 号の「複製」の定義規定によれば、「録音・録画」は有形的再製一般を意味する複製概念に包摂される下位概念に過ぎない。そして、「録音・録画」の定義規定によれば（同 13 号・14 号）、「録音」とは音の再生を目的とするその固定を、また「録画」とは影像の連続再生を目的とするその固定を意味すると解されるから⁷⁹⁷、録音・録画権が及ぶ行為は、音声・影像の連続再生を目的とする有形的再製に限定される。つまり、実演家に与えられる「著作隣接権」としての録音・録画権は、著作者に与えられる複製権よりも、権利の内容は減縮されているのである。

この権利内容の限定も、録音・録画という一連の実演表現の再製によって初めて、実演の保護根拠である創作的再現方法（創作的要素）を感得し得るとの事情から、合理的な説明を得られよう。

つまり、実演による著作物の再現方法なり演技・演奏方法の創作的要素は、時間的な前後関係を踏まえた連続性のなかで初めて感得され得るところ、演技のワンカットの写真影像や演奏の一部の瞬間的な音声のように、時間的な連続性を欠く音声・影像の場合には創作的再現方法は感得できないことから、そのような再製行為は実演家の権利に含めしめる必要が無いのである。換言するならば、著作権法は、実演の有形的再製に関する権利が、当該実演の創作的再現方法（創作的要素）の再製が感得される

⁷⁹⁷ 加戸・前掲書〔6訂新版〕52-53頁。

限度で認められることを、予め明確にするために、それを連続再生を目的とする録音・録画権に限定したものと解することができる。

従来の学説としては、実演の有形的再製に関する権利が録音・録画権に限定され、実演の写真撮影やスケッチ行為に及ばない理由を、「我が国の国情」に求める見解が、現行法の施行当初より説かれてきたところである⁷⁹⁸。しかし、この見解は、「国情」の具体的内容が不明なばかりでなく、当該「国情」なるものと実演に関する権利内容の減縮との相関関係も明らかではなく、必ずしも説得的とはいえないであろう。これに対し、上記の解釈論のように、実演の「著作隣接権」の保護内容を、保護対象たる創作的要素の解釈と整合的に、その創作的再現方法の再製によって限界づけるならば、当該再現方法の再製を感得し得ない瞬間的な影像に対し複製権が承認されないことについて、保護の正当性・必要性の観点から合理的な説明を得ることが可能となろう。

実演の保護範囲の特色についてはどうであろうか。

実演の創作的要素に関する評価の対象は著作物の再現方法である。この再現方法は実演のアイデアに該当する。したがって、当該再現方法それ自体は、著作権法上の保護対象とはなり得ない。実演の保護要件と解すべき創作的要素の所在は再現方法というアイデアレベルに求め得るとしても、その保護対象に当該アイデアが包含されるものと解すべきではない。保護の要件論と効果論とは明確に区別しなければならない。すると、実演における著作物の再現方法に独占効果はおよばないのであるから、同一・類似の再現方法を用いた他者の実演との関係で、当該再現方法の保護はおよばないと解することとなろう。

たとえば、実演家 A の編み出した再現方法に依拠してそれと同一の再現方法で同一楽曲を演じた実演家 B の実演に対して、A の「著作隣接権」はおよばないものと解される。もっとも、この場合、B の実演に「著作隣接権」が生ずることはない。その保護根拠と解すべき創作的要素は、専ら（同一性）、A の創作に係るからである。B の実演の全体に亘り、その再現方法が A の実演のそれと実質的に同一と解されるならば（そのような状況は稀であろうが）、B の実演に「著作隣接権」を支える B の創作的要素は欠けるのであるから、理論的には、B の「著作隣接権」は生じ得ないこととなる。

この、A の「著作隣接権」が B の実演におよばない旨の解釈は、編集物の場合と類似する。編集著作物において編集方法・方針（アイデア）が共通であっても、その具体的表現を構成する素材が異なればもはや著作権保護がおよばないと解される⁷⁹⁹。これと同様に、実演において、たとえ著作物の再現方法としての発音・発声方法や動作

⁷⁹⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義〔初版〕』（著作権資料協会、昭和 48 年）358 頁。

⁷⁹⁹ 加戸・前掲書〔6 訂新版〕133 頁。田中幸一「編集著作物」新・裁判実務体系 22〔著作権関係訴訟法〕150 頁。東京地判平 16・3・30 判例集未登載「ケイコとマナブ」事件、知財高判平 25 年 4 月 18 日判例集未登載「薬剤便覧」事件も同旨。

方法が共通であったとしても、実演の具体的表現を構成する素材としての音声、容貌、身体が異なれば、もはや先行実演の権利はおよばないと解すべきこととなろう。

従来より学説では、その理由は必ずしも明らかではないが、声帯模写なり形態模写等のいわゆる実演の物真似が、模倣対象の実演とは別個独立の実演であって、両者の間に盗作関係は生じない旨の見解が長らく説かれてきた⁸⁰⁰。上記のような、実演の保護対象たる創作的再現方法と著作権法の保護のおよび得ないアイデアとの整理を踏まえるならば、このような従来の学説の説く実演の保護範囲の特殊な解釈についても、合理的な説明を得ることが可能になろう。実演の物真似とは、要するに、後続実演が、特定の表現の再現方法において先行実演と模倣関係にあることを意味する。ところが、その模倣対象の再現方法は実演表現のアイデアに相当するから、上記解釈論に示すとおり、著作権法の独占対象にはなり得ないのである。

では、実演における再現方法が異なる実演家の間で偶然に一致した場合は、どのように解すべきであろうか。先行実演家 A の再現方法に依拠しない実演家 B の再現方法に、前者との一致が見られる場合である。A の「著作隣接権」が B に及ばないことは上に述べたが、実演家 B の創作的努力は、その保護要件と解すべき創作的要素との関係で、いかに評価すべきであろうか。

実演の再現方法における創作的要素を保護することは、著作権法が、著作物の創出場面のみならず、その現実的・具体的な再現の場面でも、再現の方法・種類の多様化を促すことで、社会に提供される表現の更なる多様化を促すことを意味する。実演における再現方法における創作的要素というとき、それは、一種のアイデアに対する評価ではあるが、法の意図するところは、表現の多様性の確保・促進であって、科学技術の進歩のような発展的要素を含む評価ではない。したがって、たとえ、過去に特定の再現方法の実演が社会に提供されることがあったとしても、その創作的要素を借用する事実（依拠）がないかぎり、それと同一・類似の再現方法の実演についても、その独自の創作的要素を認めることに支障はない。すると、上の実演家 B は、その実演に「著作隣接権」の保護を得ると解すべきこととなろう。

また、実演保護の正当化根拠をその再現方法における創作的要素に求めることにより、著作権法 2 条 1 項 4 号が、「著作隣接権」の保護主体たる「実演家」の定義規定において、「実演を行う者」と「実演を指揮し、又は演出する者」とを峻別し、前者の反対解釈により「実演を行わない者」というべき指揮者・演出家に「著作隣接権」を付与する点に関しても、合理的な説明を得ることができるように思われる。それは、指揮者・演出家の指揮・演出のもとになされる再現行為には、その再現方法において、当該指揮者・演出家の創作に由来する創作的要素が認められるからにほかならない。つまり、そこでは、「指揮・演出」とは、具体的な演奏・演技行為である実演に対し、その創作的要素を提供あるいは補充し、演奏・演技を現に演ずる実演家と共同創作的

⁸⁰⁰ 加戸・前掲書〔初版〕358 頁。

にその再現方法を作出する行為と解されているのである。その指揮者・演出家の行為は、多様な再現方法の創出を促すという「著作隣接権」の目的に照らしても、法的保護に値するのである。

もっとも、実演の再現方法における創作的要素がその指揮者・演出家に由来し、それらの者が「著作隣接権」の法的地位を獲得し得たとしても、その再現方法を現に演じ具体化する者が演奏家や俳優である以上は、その演奏家等が保護主体の地位を失うと考えることは困難であろう。演奏家等が現に著作物を再現して示した当該再現方法は、再現手段（声、楽器、表情、身振り）をその再現場面で持ち合わせない指揮者・演出家とともに、共同して練り上げ獲得されたものと解されるからである。指揮・演出のもとで行われた実演についても、その演奏家、歌手あるいは俳優における当該再現方法に対する創作的寄与は、これを指揮者等との共同創作的な観点から捉えることはできるとしても、それを否定することは、困難というべきであろう。

第4節 実演概念と著作物利用行為概念との関係

実演の要件として創作的要素を求めると、実演の定義規定（2条1項3号）を構成する概念に、文言上、著作物利用行為の「演奏」概念との表現上の重複がみられることから、そのような実演要件として創作的要素を求める解釈が、著作権の及ぶ範囲にも影響しかねないとの反論が予想される。つまり、著作権の効力のおよぶ「演奏」の行為は、常に創作的要素を伴うことになり、当該要素を欠く演奏行為には著作権がおよばないのか、との反論である。

しかし、実演の概念と、それと表現において重なり合う著作物利用行為の概念とが、互いに異なる意味を有すると解することは困難ではないと考えられる。

確かに、従来の学説には、2条1項3号の実演概念から演奏・歌唱を除いたものを上演概念で把握するとの説明をなし⁸⁰¹、あたかも、「著作隣接権」の客体たる実演の概念と著作物利用行為の概念との区別をしないかに窺われる見解がある。

しかし、同見解は3号該当性のある実演の範囲の議論をしているに過ぎず、3号該当性の無い演奏・歌唱の存在を否定するものではない。先にも述べたとおり、実演の定義規定では、単なる演奏それ自体をもって実演を規定していないのであり、「演奏」は「実演＝演ずること」のひとつの方法の例示に過ぎない。演奏の方法による実演が構成されるためには、別途の「演ずること」自体が不可欠の要素と解されることになる。むしろ、「演奏」ないし「上演」の概念それ自体が無媒介に実演に含まれるとしたら、「演奏」「上演」概念は演奏・上演の録音録画物の再生も含むことから（著作権法2条7項）、実際に「演ずること」を要しない当該再生行為も実演に含まれるという不合理が生じるであろう（CD録音物の再生ボタンを押す行為は著作隣接権の保護対象とは解しがたい）。しかも、実演の定義規定ではその括弧書きで「芸術的な性質」

⁸⁰¹ 加戸・前掲書〔6訂新版〕57頁。

を要件とするのに対し、著作物の利用行為概念としての上演・演奏にはそうした「芸術的な性質」の評価契機は欠けている。これらの事情を考慮するならば、上記の学説の見解にもかかわらず、実演の概念のなかに著作物の利用行為概念である上演・演奏の概念が含まれることを示す根拠は十分とはいえないものと考えられる。

そもそも、たとえ表現上の重複があったとしても、「著作隣接権」の客体である実演の概念と著作物の利用行為の概念とは異なる解釈が許されてよいであろう。なぜならば、そこで対峙するのは、保護される実演（「著作隣接権」の客体）の範囲の解釈と著作物利用行為ないし著作権の権利内容の解釈であり、両者は、保護主体および解釈の次元においてまったく異なる対象と考えられるからである。

以上の考察によれば、実演の要件に創作的要素を求める解釈論は、実演の構成概念と著作物利用行為の概念との表現上の重複によっても妨げられることはないものと解される。

第3章 レコードの創作的要素

本章の課題は、「著作隣接権」の客体であるレコードに関し、客体の創作的要素を保護対象とする「著作隣接権」の趣旨と整合的に、それが備えるべき創作的要素を、実践的な解釈論としていかに把握すべきであるかという点を考察することである。

現行法2条1項5号によれば、「レコード」とは、何らかの物理的な支持物に固定された無体物としての音を意味する。

第1節 レコードによる原音の再現とその創作的要素

私は、この考察に有効な手がかりを与え得るのが、先に考察した、実演の創作的要素に関する解釈論（前章第1節）であると考ええる。

実演の創作的要素の論拠を、いまいちど簡単に整理しよう。「著作隣接権」の客体たる実演は、何らかの創作的要素を連結点として著作権法の保護対象となり得ている。とはいえ、実演は、その口演、演技、演奏、歌唱等によって、再現すべき対象の著作物に何らの新たな表現（創作的表現）を付加するわけではない。その実演から具体的な表現として感得し得るのは、原著作物の表現上の本質的特徴にとどまる。したがって、実演それ自体は、著作権法上の「著作物」と解することは困難である。これに対し、実演保護の根拠を支えるべき創作的要素は、一般的な著作物の場合にみる具体的な表現における創作的要素ではなく、既存著作物（表現物）の再現方法における創作的要素であると解することができる。

この解釈とほぼ同様のことは、レコードにも妥当すると考えられる。

レコードに固定された音が有する表現それ自体は、すでに既存著作物をもとに実演家が再現したもの、あるいは自然音・環境音等の、原音そのものが備える音声表現で

ある。したがって、音響制作者が原音をレコード音に構成する過程で加えたものに、新たな表現（創作的表現）はないはずである。換言すれば、レコードから具体的な音声表現として感得し得るものは、原音にすでに含まれていた音声表現上の本質的特徴に過ぎない。つまり、音響制作者のレコード製作行為（音の固定行為）に認め得る創作的要素は、著作者の創作行為におけるような、表現創作上のそれではないと解される。

では、音の固定行為における創作的要素とは、どこに見出し得るものと解すべきであろうか。それは、いったん実演によって再現された音声あるいは自然音・環境音等の原音が、時間と場所を変えて、レコードの聴取者において聴き取り得る音（レコード音）として「再現」される際に、その音響制作者が自ら意図する音質・音感・音量・音の空間的配置等の音響印象をその音声表現上に確保するために要される、創作的工夫と解することができるように思われる。それは、実演によって再現された音声表現を、あるいは自然音・環境音が元来有していた音声表現を、レコードによって改めて再現するうえで用いられた再現方法における創作的要素と言い換えることができる。

実演家の音声にせよ自然音・環境音にせよ、その録音（固定）行為は録音機器によって行われるのであるから、その録音の前後で、すでに当該機器の技術的制約ゆえに音質等に変化が生ずることは不可避であろう。その録音行為は、そうした技術的制約を承知のうえで、単純に機械的に、すなわち後の音声再現時における再現音声の音質等を想定した能動的操作を行うことなく、単にマイクを音源に向け、録音操作を開始することで実施することも可能である。しかし、客体の創作的要素を保護対象とする「著作隣接権」のもとでは、そのような創作的契機を有さない機械的な録音行為に、法的保護の根拠を見出すことは困難と解される。レコードに固定された音声に関して、時・所を変えたその再現時における音質等の音響印象の点において当該音響制作者に独自の「再現音声」を作出するために要される固定行為の創作的工夫こそが、レコードの創作的要素であると解されるのである。

このような、レコード音の固定行為における創作的要素の捉え方は、かつてドイツ著作権法の解釈論として、同じくレコードの音響制作者の行為における創作的要素の探求という問題意識のもとで、フープマン教授（Heinrich Hubmann）によって説かれた見解とも重なり得る。

すなわち、フープマンは、レコードの収録担当者である音響マイスター（Tonmeister）の行為の創作的要素を分析して、つぎのように述べている。

「音響マイスターは、自らの音響に関するイメージに沿って、電子的音響メディアに適合するように、演奏の技術的・芸術的な変換を行う。その成果物は、指揮者と実演家が作り出した音像（Klangbild）とはまったく異なる。むしろ、著作物が電子的音響メディアでどう聴こえるべきかについての音響マイ

スターの個人的な考え方が、演奏音声に入り込んでおり、そしてそれを特徴づけているのである。（下線強調は筆者）」⁸⁰²。

つまり、音響マイスターは、レコードに収録すべき音声（演奏）に「技術的・芸術的な変換」を加え、その成果物つまりレコードを、「指揮者と実演家が作り出した音像」すなわち原音とは、「まったく異なる」ものにするというのである。そして、この相違点に認められるのが、音響マイスターの「個人的な考え方」であり、すなわち、それがレコードにおける創作的要素だとフープマンは説くのである。

ここに説かれたのは、実演家等の演奏が音響メディアで再現される時に「どう聴こえるべきか」という、まさに原音の再現方法という考え方に、音響マイスターに固有の「個人的な考え方」つまり創作的要素を見出そうとする発想にほかならないであろう。本研究がレコードの創作的要素を、レコードの固定行為における工夫、これを換言すれば、原音の再現方法という考え方なりアイデアレベルの独自・個性的要素に求める発想と、同様であると解される。

以上のとおり、わが国のレコード「著作隣接権」の趣旨が、客体の創作的要素を保護対象とする点にあると解される以上、レコードの固定行為の創作的工夫が生み出すところの、レコード音の再現方法における創作的要素が、その「著作隣接権」の保護対象をなすものと解すべきであろう。ところが、従来の学説は、レコード「著作隣接権」の保護が自然音の収録音にもおよぶ旨を説く一方で⁸⁰³、この自然音等の収録行為に場合によっては含まれ得るような、創作的契機を有さない、単に音源にマイクを向けるだけの機械的な収録行為について、敢えてそれを保護対象から排除することもしなかった。

このような、「著作隣接権」の制度趣旨との整合性の点において、必ずしも十分に検討されたものとは評価し難い議論状況が、一方では、「レコード」の創作的要素の具体的内容について、その実践的な解明作業を怠らせ、それどころか他方では、レコード「著作隣接権」の保護対象を、レコード製作に伴う投資利益なり営業利益それ自体といった、創作的要素と接点を有さないものと解する見解を、登場させる要因となったとも推測される⁸⁰⁴。

前述のとおり、レコード保護を正当化し得る評価要素は、その固定行為の創作的要素であると解される。したがって、収録対象が自然音や環境音の場合にあっても、その単純に機械的な収録音は「著作隣接権」の客体たるレコードに該当しないと解すべきであろう。たとえ、収録対象が自然音等であっても、「著作隣接権」の保護を受け

⁸⁰² Hubmann, Zum Leistungsschutzrecht der Tonmeister, GRUR 1984, 620, 621.

⁸⁰³ 加戸・前掲書〔6訂新版〕30頁。

⁸⁰⁴ 知財高判平成26年4月18日「MIKI」事件は、レコード「著作隣接権」の原始的な帰属主体である「レコード製作者」の概念を、レコード製作への創作的寄与とは無関係に専らその製作に要する「費用の負担者」とする解釈を示しており、レコード「著作隣接権」の保護対象を、創作的要素と無関係なレコード製作に関する投下資本なり営業利益それ自体と解する見解に馴染む考え方を示している。参照、本山雅弘「わが国におけるレコード製作者保護論覚書」比較法制研究37号（2014年）38頁。

るには、その固定行為に、原音再生時の再生方法における創作的要素が認められなければならないことになる。したがって、たとえば、聴く者の臨場感を高めるためにその原音の奥行き感や空間的広がり感等の、原音再現時に聴取感得し得る要素を付加して固定・収録した場合に、その付加要素において、原音の再現方法における創作的要素を認め得るか否かが、当該収録音のレコード該当性を判断するうえでの決定的要素と解されることとなろう。

ところで、ごく近時、平成 30 年の大阪地裁に現れた裁判例に、既存のマスターテープの音源をもとにミキシング等の加工行為を経て作成された別音源が、新たな「著作隣接権」の客体たる「レコード」と評価し得るかが争われた事件がある⁸⁰⁵。

この点に関し、裁判所は、「ある固定された音を加工する場合であっても、加工された音が元の音を識別し得るものであるかぎり、なお元の音と同一性を有する音として、元の音の『複製』であるにとどまり、加工後の音が、別個の音として、元の音とは別個のレコード製作者の権利の対象となるものではない」と判示し、結論として、当該別音源に関し、「多額の費用を投下する場合」も想定可能なミキシング等を経たにもかかわらず、新たな「著作隣接権」の客体としての「レコード」性を否定している。

すなわち、裁判所の解釈によれば、「著作隣接権」の客体たり得る「レコード」の作出には、費用投下の事実とは関係なく、既存音源の単なる「複製」では足りず、既存音源との同一性を失わせるに足るだけの「加工」が要されるということである。

この「加工」の意味内容は必ずしも明らかではない。とはいえ、一般に、「著作物」に関して、「複製」が、既存著作物の表現上の本質的特徴の同一性を維持する行為と解され、そこに新たな創作的要素を付加することにより別の著作物（二次的著作物）を作成する行為と解される「翻案」と区別されることに照らすならば⁸⁰⁶、既存音源との「同一性」を超える「加工」とは、新たな創作的要素を感得するに足る修正、増減、変更等を当該既存音源に加える行為と解することができよう。

この裁判例に窺うことができる「著作隣接権」の客体たる「レコード」性の判断手法は、収録対象の原音の再現方法における創作的要素に求めようとする本研究の上記解釈論と、基本的な考え方において矛盾しないものと考えられよう。

なお、本研究の解釈論をより実践的に明確にするには、上記にしばしば用いる「原音」の概念についての説明も補足を要しよう。

著作権法の定義によれば、レコードとは、録音媒体という「物に音を固定したもの」（著作権法 2 条 1 項 5 号）である。私が上記解釈論で、レコードの創作的要素を、その「音」の固定時に音響制作者が独自に付加する創作的工夫に見出そうとする場合、そこにいう「音」は、この定義上の「音」と同義である。これに対し、上記解釈論で

⁸⁰⁵ 大阪地判平成 30 年 4 月 19 日「ジャコ音源」事件。

⁸⁰⁶ 最判平成 13 年 6 月 28 日「江差追分」事件民集 55 卷 4 号 837 頁。

用いた「原音」とは、このレコードに固定される音それ自体を意味するものではない。原音を固定する際に付加される創作的工夫をレコードの創作的要素と解するのであるから、レコードに固定された音と原音とが異なることは当然である。

私が「原音」という場合、それは、レコードに固定された音それ自体を意味するのではなく、レコードに固定の対象とされる音を意味している。すなわち、上記解釈論にいう「原音」は、レコードの固定の対象として特定されるに過ぎず、またそれをもって足り、レコードに固定される音それ自体として特定される必要はないのである。

ところで、学説には、レコードの定義規定（著作権法2条1項5号）の解説にあたり、音の固定行為に著作物の場合と同様の創作性は要さず、機械的な録音をもって足りる旨を説く見解がある⁸⁰⁷。これは、一見したところ、本研究の解釈と相容れない見解であるかのようにも窺われる。ところが、同一の学説は、レコード製作者の複製権（96条）の解説に際しては、その権利承認の根拠をまず説くにあたり、「音を固定する行為に知的創作性に準ずる創作性を認め」得ると述べるのである⁸⁰⁸。

同一学説である以上、両説に矛盾関係がないものとすれば、前説は単に、レコードの創作的要素（知的創作性に準ずる創作性）が「著作物の場合と同様」でないことを述べた見解に過ぎないと解するほかないであろう。本研究の解釈も、レコードの創作的要素を収録音再現時の再現方法に求め、著作物の場合のような表現創作上の創作性に求めないことは、既述のとおりである。したがって、その一見したところ相容れないかに窺われる上記学説も、むしろ本研究の解釈と同様のことを主張するものと解される。

第2節 レコード製作者の解釈

第1項 裁判例における解釈対立

現行著作権法によれば、レコード「著作隣接権」の原始的な帰属主体は「レコード製作者」である（89条2項）。この「レコード製作者」とは、「レコードに固定されている音を最初に固定した者」と定義され（2条1項6号）、また「レコード」とは、何らかの物理的な支持物に固定された無体物としての音を意味する（2条1項5号）。

従来の学説は、このレコード作成に関する「音の最初の固定行為」に「知的創作性に準ずる創作性」なり「芸術的想像力」を認めたうえで、「著作隣接権」の原始的な帰属主体である「レコード製作者」をそうした創作的な固定行為の行為者と解してきた⁸⁰⁹。その論理は、レコード「著作隣接権」の制度趣旨はレコードの固定行為における創作的要素の保護にあるから、当該創作的要素の創出主体である固定行為者に「著作隣接権」が原始的に帰属する、というものである。

⁸⁰⁷ 加戸・前掲書〔6訂新版〕29頁。

⁸⁰⁸ 加戸・前掲書〔6訂新版〕623頁。

⁸⁰⁹ 加戸・前掲書〔6訂新版〕623頁。同旨、斉藤・前掲書137頁。

すなわち、これを「著作隣接権」の保護対象の観点も踏まえて捉えるならば、客体の創作的要素を保護対象なり保護の正当化根拠とする「著作隣接権」の制度趣旨の立場（第4部第3章第2節第4項）に合致した、レコード製作者の解釈であるといえる。

この見解を便宜的に「創作的固定者説」と称するならば⁸¹⁰、この立場を示した実践的な解釈論の例として、平成14年の東京高裁に現れた「輸入レコード」事件⁸¹¹がある。

東京高裁は、旧著作権法下の実演（旧法1条）とレコード（旧法22条ノ7）の双方の権利の独立性をめぐるレコード会社間の争いに関し、つぎのように判示している。

「旧法22条の7における『写調シタル者』とは、現行法の『レコード製作者』についての定義規定（2条1項6号）における『（レコードに固定されている音を）最初に固定した者』と同じく、レコードの『原盤の製作者』を意味し、単なる『複写盤製作者（リプレスサー）』は含まれないと解されているが…、このことを保護法益の観点からみると、旧法においても現行法と同様に、音の最初の固定行為（原盤の製作行為）には、芸術的想像力を要し、著作物の創作行為に準ずる価値があると認めて、…これを直接保護することにしたものと解することができる。」「我が国の著作権法制度において、…レコード製作者の権利は、旧法においても、…『最初の音の固定（写調）行為』に、創作的な価値（法益）があるものとして、…保護されており、これらが『著作隣接権』として法の保護形式は変わったものの、現行法に引き継がれて、…著作物の創作行為に準じたものとして、…保護されるに至っているものと認められる…。（下線強調は筆者）」

ここに展開されるのは、旧法の「レコード製作者」の権利に関する解釈論である。しかし、その解釈が基礎に置くのは、現行法の「レコード製作者」の解釈である。判旨によれば、現行法の「レコード製作者」とは、「著作隣接権」の保護法益である「創作的な価値」を備えた「音の固定行為」の実施者である。これは文字通り創作的固定者説の解釈を示すものといえよう。

これに対し、近時の裁判例には、「レコード製作者」の意味について、この創作的固定者説とは明らかに異なる解釈を示すものがある。すなわち、知財高裁は、平成26年の「MIKI」事件⁸¹²において、レコード「著作隣接権」の帰属に関する実演家とレコード会社との争いに対し、平成19年の東京地裁に現れた「The Boom」事件⁸¹³（実演家が所属する音楽事務所とレコード会社との間で「著作隣接権」の帰属を争う事件）を先例として引用しつつ、つぎのように判示している。

「著作権法上の『レコード製作者』とは、『レコードに固定されている音を最初に固定した者』（著作権法2条1項6号）をいうが、ここでいう『固定した者』とは、物理的な録音行為の従事者ではな

⁸¹⁰ もっとも同一の学説は、レコードの定義規定の解説にあたり、音の固定行為に著作物の場合と同様の創作性は要さず、機械的な録音をもって足りる旨の見解も示す（加戸・前掲書〔6訂新版〕29頁）。これは創作的行為者説と矛盾する見解とも解されるが、他方で、叙述が簡潔に過ぎその真意を測り兼ねる面も否めない。しかし、いずれにせよ、上記の創作的行為者説はレコード「著作隣接権」の帰属ルールそれ自体に関する見解であり、相矛盾する見解のいずれに当該学説の真意を認めるべきかと問えば、用語の定義規定に関する解説よりも、権利帰属ルールそれ自体に関する見解をその真意と見るべきであろう。

⁸¹¹ 東京高判平成14年10月17日判例集未搭載。

⁸¹² 知財高判平成26年4月28日判例集未搭載「MIKI」事件。

⁸¹³ 東京地判平成19年1月19日判時2003号111頁。

く、自己の計算と責任において録音する者、通常は、原盤制作時における費用の負担者がこれに該当するといふべきである…。(下線強調は筆者)」

要するに、上記判旨によれば、「レコード製作者」とは、音の事実上の固定行為者ではなく、原盤制作の費用負担者と解されることになる。すなわち、レコード「著作隣接権」の原始的帰属は、先の創作的固定者説が説くような固定行為なりレコードの創作的要素の創出行為とは無関係に、専ら固定行為の費用負担、換言すれば、レコード製作投資の負担の有無によって決定されるというのである。

この「MIKI」事件の解釈の見解を便宜的に「投資負担者説」と称しよう。すると、この立場は、「著作隣接権」の保護対象の観点から捉えるならば、創作的要素の存否とは無関係に、著作物等の伝達行為に要する投資利益をその保護対象とする、伝達行為保護説ないし投資保護説と一致するものと解されよう⁸¹⁴。というのも、レコード「著作隣接権」の原始的な取得契機が、固定行為なりレコードの創作的要素の創出行為とは無関係に、専ら固定行為の費用負担、換言すれば、レコード製作の投資負担に求められるとするならば、そこで原始的に発生した「著作隣接権」も、創作的要素の契機とは無関係に、換言すれば、創作的要素の有無とは無関係な投資利益なり営業利益それ自体を保護対象として、承認されているものと考えざるを得ないからである。

このように、「MIKI」事件の投資負担者説と、「輸入レコード」事件が先に示していた創作的固定者説との間には、単にレコード「著作隣接権」の原始的帰属主体(保護主体)の解釈のみならず、その保護対象の捉え方の観点においても、「著作隣接権」の制度趣旨の理解に及び得る、見解の対立を指摘することが可能なのである。

第2項 「職務レコード」承認論と投資負担者説との相違

確かに、創作的固定者説の立場からも、創作的な行為者と異なる者を、「レコード製作者」と解する見解も示されることがある。すなわち、著作物との関係で事実上の創作者とは異なる者を「著作者」とみなす職務著作制度(著作権法15条)を類推することにより、いわば「職務レコード」として、「レコード製作者」を創作的な固定行為者とは異なるレコード会社等にも認めようとする見解である⁸¹⁵。

しかし、この「職務レコード」承認論と、「MIKI」事件が示した投資負担者説とは、つぎに述べる二つの点において、決定的に相違する見解と解さなければならないであろう。

まず1点目は、例外論と原則論の相違である。

⁸¹⁴ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(有斐閣、2001年)518頁、531頁、中山信弘『著作権法〔第2版〕』(有斐閣、2014年)539頁、565頁、島並良ほか『著作権法入門〔第2版〕』(有斐閣、2016年)204頁〔横山久芳〕、高林龍『標準著作権法〔第3版〕』(有斐閣、2016年)244頁、茶園成樹編『著作権法〔第2版〕』(有斐閣、2016年)264頁〔茶園成樹〕、安藤和宏『著作隣接権制度におけるレコード保護の研究』(博士論文)34頁、41頁。

⁸¹⁵ 加戸・前掲書〔6訂新版〕30頁、623頁。

創作的固定者説における「職務レコード」論は、著作権法 2 条 1 項 6 号が規定する固定行為者としての「レコード製作者」の概念に対し、あくまでその「例外」として、固定行為者に非ざる者の「レコード製作者」該当性を、15 条の類推によって認めるものに過ぎない。この「例外性」は、類推元の 15 条が規定する職務著作制度と同様である。職務著作制度とは、創作者たる著作者に著作権を原始的に帰属させる創作者主義の「例外」にほかならない。

しかも、「職務レコード」論は、当該例外規定たる 15 条の直接適用ではなく、その「類推」適用が導く解釈論である。法解釈論における「類推」とは、本来要されるべき法規の例外的な欠缺を前提に、その欠缺補充のための既存規定の適用操作である⁸¹⁶。すなわち、「職務レコード」論とは、2 条 1 項 6 号について、法規の例外的な類推を要する欠缺場面にそれを適用する解釈に過ぎない。これを言い換えれば、2 条 1 項 6 号の「レコード製作者」の「例外」に該当する場面に、これまた「例外」規定である 15 条の職務著作を適用して導かれるのが、「職務レコード」論というわけである。

要するに、「職務レコード」論とは、著作権法にとって「二重の例外」論にほかならない。これに対し、「MIKI」事件の投資負担者説は、2 条 1 項 6 号の定めるレコード製作者について、その原則的な解釈として、投資負担者の解釈を導くものである。つまり、二重の例外的解釈である「職務レコード」論と原則的解釈である投資負担者説とは、同じく事実上の固定者以外の者を「レコード製作者」と認めるとはいえ、解釈の方法論において、すでに明白に異なる見解と解されるのである。

さらに、相違の 2 点目は、事例解釈と法理解釈の相違である。

創作的固定者説が説く「職務レコード」論は、ある特定の主体、つまり事実上の固定行為を行わないレコード会社等を、規範的に「レコード製作者」とみることを相当とする特定の事例を示す解釈に過ぎないものと解される。これに対し、「MIKI」事件が判示した投資負担者説は、2 条 1 項 6 号の文言からの直接の演繹として述べるその形式に照らし、同規定の規範の意味について、その法理を示そうとした解釈と解される。

すると、前者の「職務レコード」論の適用範囲は、当該事例があてはまる場面に限定されるものと解されるのに対し、後者の投資負担者説の適用範囲は、一般性が認められ、そのような事例的な意味での適用場面の限定は存在しないものと解される。つまり、事例解釈に過ぎない「職務レコード」論と一般的な法理解釈を示した投資負担者説とは、同じく事実上の固定者以外の者を「レコード製作者」と認めるとはいえ、解釈の射程なり適用範囲においても、明白に異なる見解と解されるのである。

以上の二つの点を要するに、創作的行為者説に立つ見解が、「職務レコード」承認論を説いて、事実上の固定行為者以外の者についてもレコード「著作隣接権」の原始的帰属の可能性を示唆するとはいえ、そのことをもって、当該承認論と「MIKI」事件の投資負担者説とを同等視することは、解釈の方法と射程の両面において困難といわ

⁸¹⁶ 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣、1997 年）40 頁以下。

ざるを得ないのである。つまり、「MIKI」事件の投資負担者説と、「輸入レコード」事件の創作的固定者説とは、「レコード製作者」概念に関する解釈論としては、まったく異質な解釈論と解されなければならないこととなる。

第3項 投資負担者説の解釈論としての限界

しかし、レコード製作者を定める2条1項6号の法理解釈として、「MIKI」事件が示した投資負担者説が妥当する余地がないことは、本研究のこれまでの考察成果に照らし、もはや多言を要しないことのように思われる。

すなわち、この投資負担者説は、先述のとおり、レコードの投資利益それ自体を「著作隣接権」の保護対象と捉える見解と解さざるを得ない点において、わが国の裁判例と立法に展開されてきたレコード保護問題の沿革に照らし、実践的な解釈論として妥当性を保つことが困難であろうと考えられるのである。

本研究が、「著作隣接権」の制度趣旨（自律的存在理由）を解明するにあたり、「著作隣接権」の保護対象と投資利益との関係について考察した際にも明らかにしたとおり（第4部第3章第3節第2項）、レコード製作に要する投資利益を不法行為法の救済対象として承認した判例は、依然わが国に存在していない。

海賊版レコードの無断複製・販売に対するその製作投資負担者（レコード会社）の救済の可否を検討した大正7年大審院判例「蓄音器音譜無断複製」事件⁸¹⁷は、「蓄音器音譜ニ付テ…他人カ創製者ノ承諾ヲ得スシテ其音譜ヲ複製シ之ヲ販賣スルコト…ニ依テ利益ヲ營ミ創製者ノ營業上ニ損失ヲ被ラシムルモ爲メニ複製者ノ行爲ヲ目シテ法律上所謂不正競争ト云フ能ハサル…ト同時ニ創製者ノ…權利ヲ侵害スル不法行爲ナリト云フヲ得サル」、「本件ニ於テ…被上告人ハ恣ニ上告人ノ製造ニ係ル音譜ヲ複製シ廉價ヲ以テ之ヲ市場ニ提供シタルカ爲メ上告人ノ製造スル音譜ノ賣行ニ減少ヲ來タシ上告人ハ營業上多大ノ損失ヲ生スルニ至リタリ尤モ上告人ハ右音譜ニ付著作権…ノ如キ權利ヲ有スルモノニ非スト云フニ在レハ…上告人ハ被上告人ニ對シテ本件請求ヲ爲スノ權利ヲ有セサル」（下線強調は筆者）」⁸¹⁸と述べ、その保護を否定した。

この大審院判例の後、大正14年の「大学湯」事件⁸¹⁹を契機に、不法行為法理論は権利侵害から違法性論への転回をみるが、現行法の立法時期に重なる1970年代前半に至るまで、保護法益の内容は、被侵害利益の重要性和加害行為の態様の相関的衡量が決めるところであった（相関関係説）⁸²⁰。そこに、レコード投資利益それ自体を定型的

⁸¹⁷ 大判大正7年9月18日大審院民事判決録24輯1710頁。

⁸¹⁸ 民録24輯1721-1722頁。

⁸¹⁹ 大判大正14年11月28日大審院民事判例集4巻670頁。

⁸²⁰ 潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』（信山社、2011年）69頁。

な救済対象利益と捉える解釈論を見出すことは、「大学湯」事件以降の判例も含め困難であったと解される⁸²¹。

このような実践的な解釈論の状況は、今日でも変わりはないものと考えられる。

学説は、著作権法上の創作的要素を備えない対象に関して、不法行為法による投資保護の余地を認めながらも、そうした投資保護の事例は裁判例の展開のなかで例外的であるに過ぎず、しかもその投資保護承認には慎重な判断を要する旨を指摘している⁸²²。レコード製作費用にとどまらず、投資利益それ自体が不法行為法の救済対象利益となり得るのは、例外的・限定的な場合に過ぎないとの見方を示すものと思われる。

また、一般論として、投資利益が国会審議を経て国民の合意を背景に制定法の保護対象として明確化されるためには、その前段階において、それに関する不法行為法の要件論の積み重ねが、まずは要されるはずであろう⁸²³。しかし、わが国の裁判例には、レコード投資保護との関係で、そうした要件論が積み重ねられた形跡は、容易には認め難いというべきであろう⁸²⁴。

すでに本研究で明らかにしたとおり、わが国のレコード製作者保護論は、たえず、レコードから読み取り得る創作的要素の探求に腐心してきた。すなわち、レコード保護制度を沿革的に支えてきた裁判例にせよ立法にせよ、その評価の対象は、実演行為やレコード音の固定行為といったレコード音に含まれる創作的要素であった（第4部第3章第2節第2項）。

そして、レコードの保護要件に関して前節の考察に示したとおり、レコードの創作的要素を実践的な要件論として具体化することもまた、けっして不可能なことではないと考えられる。

すると、先に述べたとおり、「MIKI」事件の投資負担者説の立場が、わが国のレコード「著作隣接権」の保護対象を、創作的要素の存否とは無関係に、レコード製作の投資利益それ自体と捉える見解と解さざるを得ない以上、同説は、わが国のレコード「著作隣接権」が前提とする保護対象の理解と整合させることが困難となる。したがって、同説は、「著作隣接権」の制度趣旨に即した解釈論の限界を超えるものと評価せざるを得ないと考えられるのである。

⁸²¹ 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』（有斐閣、2005年）181頁、潮見・前掲書69頁。能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌44巻2号（2009年）221頁は、大審院判例に現れたレコード保護問題を不法行為法の観点から分析し、「大学湯」事件以降、「被侵害利益としての営業的利益の保護の必要性・その限界」というレコード保護問題に現れた経済的利益の侵害に関する議論について、「意外と不法行為理論は発展しなかった」と指摘している。同様の指摘は、大村敦志『不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点』（有斐閣、2011年）91頁にも示される。

⁸²² 田村善之「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」コピライト607号40頁。

⁸²³ 山田知司「知的財産権法の補完としての不法行為法（フリーライドを巡って）」『知財立国の発展へ〔竹田稔先生傘寿記念〕』（発明推進協会、2013年）519頁。

⁸²⁴ この点については、すでに本研究第4部第3章第3節第2項において、近時の関連する最高裁判例の展開も踏まえて詳細に検討したところである。

ところで、ごく近時、平成 30 年の大阪地裁に現れた裁判例として、「レコード製作者」の意味を音の固定行為を現に行った者と解し、また固定音が「レコード」と評価されるためには、既存音の単なる「複製」に留まらずそれとの同一性が失われるに足るだけの加工行為が要される旨を説いたうえで、一定の費用投資を伴うミキシング行為について、「レコード」性の評価に足るだけの加工行為の存在を否定した事例を指摘することができる⁸²⁵。

裁判所がいう「加工」の意味は必ずしも明らかでないが、著作物に関する「複製」概念の一般的意味に照らすならば⁸²⁶、「複製」を超える加工行為とは、創作的要素の付加行為と解することが可能と考えられ、音の固定行為を通じそうした創作的要素の付加行為を行った者をレコード製作者として「著作隣接権」の原始的な帰属主体と解しているように思われる。そのような創作的要素の付加行為と評価し難い場合には、たとえミキシング行為が多額の費用投資を伴うものであったとしても、その行為者にはレコード製作者性を認め難いとするのが裁判所の解釈である。

ここに展開されるのは、レコードの創作的要素を「著作隣接権」の保護根拠とし、その創出主体をレコード製作者として権利の帰属主体と解する解釈論である。この裁判例は、本研究が上記に示した解釈論と基本的に矛盾しない解釈を示しているように思われる。

第 3 節 レコードの複製権の解釈とサンプリング問題

第 1 項 複製権の効力範囲

レコードの創作的要素を、原音という既存表現の再現方法における創作的要素に求める本研究の解釈論は、レコードに認められた有形的再製に関する権利が、実演のそれが録音・録画権に限定されるのとは異なり、複製権一般に承認されていること（著作権法 96 条）に疑問を生じさるかもしれない。

実演の有形的再製に関する権利が録音・録画権に限定される理由については、すでに本研究がその合理的な説明を試みたところである（前章第 3 節）。すなわち、その理由は、実演の保護根拠である著作物等の再現方法における創作的要素が、実演の瞬間的な範囲の複製行為では再製されず、時間的な連続性をもった範囲の録音・録画行為によって初めて再製・感得し得るとの事情に求められる。つまり、実演の録音・録画権への限定は、その保護法益を実演の再現方法の創作的要素と解する解釈と整合するのである。

これに対し、レコードの有形的再製に関する権利は限定なく複製権として定められている。レコードの保護根拠が、実演の場合とほぼ同様に既存表現の再現方法の創作的要素であり、当該再現方法における創作的要素は再現対象である原音の時間的に連

⁸²⁵ 大阪地判平成 30 年 4 月 19 日「ジャコ音源」事件。

⁸²⁶ 最判平成 13 年 6 月 28 日「江差追分」事件民集 55 巻 4 号 837 頁。

続的な展開と不可分な関係で把握され評価されるべきであると解されるのに、レコードには、複製の時間的な範囲とは無関係に、有形的複製一般に関する複製権が付与されている。

しかしながら、レコード「著作隣接権」の保護対象なり保護の正当化根拠が客体の創作的要素にあるものと解される以上、レコードの複製権もレコードの創作的要素が複製される限度で認められ、瞬間的ないし短時間の音声のような、当該要素を感得し得る時間的連続性の範囲を欠いた複製にはおよばないものと解すべきこととなろう。

このようなレコード複製権の解釈は、一見したところ、無制約に認められた有形的複製の権利と矛盾するかのように映る。しかし、同じく「複製権」に関し、著作物のその実質的な効力範囲を捉えた解釈論に照らすならば、むしろそれとの整合性が指摘可能であるように思われる。

すなわち、商品カタログへの書の著作物の掲載行為について複製権侵害該当性が争われた事案で、東京高等裁判所は「複製」の意味をつぎのように解釈し、当該該当性を否定している⁸²⁷。

「著作物の複製とは、…単に字体や書体が再現されているにとどまらず、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった…美的要素を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するものというべき…。」「本件各作品の書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分が再現されているということとはできず、本件各カタログに本件各作品が写された写真を掲載した被控訴人らの行為が、本件各作品の複製に当たるとはいえない…」（下線強調は筆者）

要するに、複製権とは、複製行為一般ではなく、保護対象である美的要素なり創作的な表現部分が感得・再現され得る複製行為にのみおよぶ権利であるというのである。

本研究の成果によれば、レコード「著作隣接権」の保護対象はレコードの創作的要素と解された（第4部第3章第2節第4項）。そして、この創作的要素には、著作権の保護対象となる著作物の創作的要素との間に、理論的に架橋し難い質的な相違を認めることも困難と解された（第4部第4章第1節第3項）。すると、著作権の複製権が保護対象である創作的な表現が再現される場合にのみおよぶべきものと解されるにもかかわらず、レコードの複製権は保護対象である創作的要素の感得とは無関係にレコードの構成音の有形的複製一般におよぶとしたら、「複製」概念は、体系的に矛盾を抱えることになるだろう。

したがって、レコードの有形的複製に関する権利は、実演の録音・録画権とは異なり、複製権として規定されるけれども、その保護趣旨に照らすならば、実質的には実演の録音・録画権の場合と同様に、その保護根拠である原音表現の再現方法の創作的要素が、一定の時間的な連続性を伴って複製され得る場合にのみおよぶ権利であると解すべきである。

⁸²⁷ 東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁「雪月花」事件。

第2項 サンプルング行為と複製行為の関係

このような解釈論は、レコードのいわゆるサンプルングの問題にも、一定の解釈の方向性を与えるであろう。すなわち、他者レコードの収録音から時間的に限られた範囲の音のみを借用するサンプルング行為について、その複製該当性は、当該借用部分が当該レコードにおける原音の再現方法における創作的要素を感得させるものか否かを基準として、判断すべきこととなる。

この点に関するわが国の裁判例はいまだに存在しない。とはいえ、上記のような解釈の妥当性を推論するのに格好の素材を提供する実践的解釈の例として、ドイツの最高裁判例を指摘することができる。

それは、2008年の連邦通常裁判所に現れた「Metall auf Metall」事件⁸²⁸である。ここでは、“Metall auf Metall”なる歌謡曲を収録したレコードから、約2秒間のリズム反復（Rhythmussequenz）—多くの打楽器による特定のリズム構造で途切れなく繰り返されるもの—を、“Nur mir”なる他の歌謡曲にサンプルングの方法で借用する行為について、レコード著作隣接権に関する複製権（ドイツ著作権法85条1項）の侵害該当性が争われた。

連邦通常裁判所の結論は、いったん当該サインプリング行為が複製権侵害に該当する旨の判断を示したうえで、著作権の権利効力のおよばない利用を許容するドイツ著作権法24条の類推余地を認め、その適用の吟味のために事件を原審の控訴裁判所に差し戻すというものである。

われわれの主たる関心は、この前半の複製権侵害の肯定論にある。連邦通常裁判所は、その肯定の結論において原審のハンブルク控訴審裁判所⁸²⁹と異ならないのであるが、侵害判断の基準なり理由については、敢えて控訴審の考え方を排斥かつ修正し、つぎのように判示するのである⁸³⁰。

「控訴裁判所が、結果的に収録音全体が借用されているゆえ…原告の権利が侵害されている旨の自らの判断について、それを根拠づける理由は、本質的にはつぎのとおりである。すなわち、“Metall auf Metall”の…19および20小節から抜き出されたリズム反復は、収録音の特徴的部分…にほかならず、その収録音は当該特徴的部分の一定不変の繰り返しからなるというのである。そして“Nur mir”…では、収録音のこの部分が依然として明瞭にその特徴的な構成において感得可能であ…るというのである。これによれば、控訴裁判所は、レコードのトリミングによる借用がレコード製作者の権利を侵害するかどうかの問題の判断に関して、当該レコードに固定された音の連なりに関する質的または量的に本質的部分が借用されているかどうかを、決定的なものとして考えたのである…この点に同意することはできない。」「レコードから抜き出された音の質または量は、…当該レコードのトリミングによる借用がレ

⁸²⁸ BGH GRUR 2009,403-Metall auf Metall (Urteil vom 20.11.2008).

⁸²⁹ OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 3-Metall auf Metall.

⁸³⁰ なお、ドイツ法のレコード著作隣接権の客体は正確には有体物としての「録音物」を意味するが、ここでは、わが国の解釈論への示唆を見出しやすくするため、同客体をわが法の用語に合わせ「レコード」とする。

コード製作者の権利を侵害するか否かの判断に関して適切な基準とはいいい難い。レコード製作者の著作隣接権は、当該レコードに固定された音の質または量とは無関係に生ずる…のである。」（下線強調は筆者）

すなわち、連邦通常裁判所は、複製権侵害の基準をレコードの質的または量的な本質的部分の借用の有無に求めた控訴審判断を排斥し、借用音の質的または量的な評価とは無関係に、「レコードから最小の断片音（kleinste Tonfetzen）が抜き出される場合」⁸³¹においてすでに、レコードの複製権侵害を肯定するのである。

では連邦通常裁判所が、敢えて控訴審の判断基準を修正し、レコード複製権の保護範囲を借用音の質的・量的評価とは無関係に承認するうえでの論拠は何であったと解すべきか。裁判所はその根拠について、つぎのように明確に説いている。

「最も小さい音片を抜き出すこと自体が、著作権法 85 条 1 項 1 号が保護するレコード製作者の給付の侵害を意味する。著作権法 85 条 1 項 1 号の保護対象は、レコードないし音の連なりそれ自体ではなく、音の連なりをレコードに固定するうえで要される、レコード製作者の経済的、組織的および技術的な給付なのである…。レコード製作者は、こうした企業活動としての給付を、そのレコード全体との関係でもたらすのであるから、レコードのうちには、こうした出費の一部が割り当てられずしたがって保護の対象とならない部分は存在しないのである。」（下線強調は筆者）

要するに、連邦通常裁判所が控訴審の判断基準を修正した理由は、ドイツのレコード著作隣接権の制度趣旨にある。すなわち、著作隣接権の保護対象はレコードの質的評価とは無関係な経済的・組織的・技術的給付であるから、侵害認定に借用部分の質的・量的評価は要しないという解釈である。

ドイツのレコード著作隣接権がわが国の「著作隣接権」とは異なり、レコードの製作投資の法的保護について明確な判例法上の基礎を有し、レコードの投資利益を直接の保護対象として立法されたことは、わが国のレコード「著作隣接権」の保護対象を対照的に把握しようとの意図から、すでに本研究でも考察したところである（第 4 部第 3 章第 3 節第 2 項）。

改めて略述すれば、ドイツ著作権法は、著作隣接権に関する第 2 章に第 4 節「レコード製作者の保護（Schutz des Herstellers von Tonträgern）」を設け、レコード保護制度を定める（85 条および 86 条）。その制度趣旨をレコードの投資利益それ自体の保護と解する点に争いは無い⁸³²。レコード著作隣接権は、他方の自然人の創作行為を基礎とする創作的要素の保護制度との関係で、法的ドグマの断絶さえ指摘されるのである⁸³³。そして、投資保護制度としての理論的基礎となる基本判例は、レコード海賊行為に対し不法行為法上の救済（民法 826 条の良俗違反）を認めた 1910 年ライヒ裁判

⁸³¹ BGH GRUR 2009,403, 404-Metall auf Metall.

⁸³² Schricker/Loewenheim/Vogel, Urhr Kommentar, 5.Aufl., 2017, § 85, Rdnr.13.

⁸³³ UFITA 45, 1965 II, S.314, zu § 95, Ab. 2; Schricker/Loewenheim/Vogel, a.a.O., § 85, Rdnr.11.

所の「レコード盤」事件である⁸³⁴。レコード著作隣接権は、ドイツ著作隣接権概念の発展的意義（第2部第3章第3節第5項）で捉え得る制度の典型例といえる。

連邦通常裁判所判決が、サンプリング行為の侵害判断に際して借用部分の質的・量的評価を基準とする控訴審判断を排斥して、当該評価とは無関係に同行為の侵害判断を導いた論拠は、このような、レコード製作に関する投資利益の保護という、レコードの質的評価とは無関係なレコード著作隣接権の制度趣旨にほかならない。

そして、このようなレコード複製権の保護範囲の捉え方が、投資保護の制度趣旨と論理的に不可分な関係にあり、したがって、創作的要素を保護対象とする著作権の保護範囲の発想とは異にすべき旨を、連邦通常裁判所は、音楽著作権の保護範囲を根拠にレコード著作隣接権の保護範囲の限定的解釈（複製権侵害の非該当性）を説く上告理由への応答として、つぎのように述べる。

「著作権法 85 条が、レコード製作者の経済的・組織的および技術的な給付の保護を対象とするのに対して、著作権法 2 条 1 項 2 号は作曲者の個人的な精神的創作を保護するのである。それらの完全に異なる保護対象ゆえに、レコード製作者の著作隣接権と音楽著作物の著作権とは保護範囲の比較になじまないのである。」

ここに、わが国のレコード複製権の解釈について、つぎのような反対推論が成り立ち得るように思われる。

わが国の「著作隣接権」の制度趣旨は客体の創作的要素を保護対象とする点にあり、その保護対象を投資利益それ自体に求める余地はない。わが国のレコード「著作隣接権」とドイツのレコード著作隣接権とは保護対象と保護の正当化根拠とを異ならせる制度である。すると、ドイツ最高裁が借用部分の質的・量的評価とは無関係なサンプリング保護の根拠を専ら投資保護というレコード著作隣接権の制度趣旨から演繹していたのであるから、同様の論理を用いるならば、レコードの創作的要素を保護対象とするわが国のレコード「著作隣接権」の解釈としては、同様の演繹が妥当する余地は無く、むしろ「著作隣接権」の制度趣旨なり保護対象に即して、レコードの創作的要素が借用されるかぎりでサンプリング行為による複製該当性が検討されるべきこととなる。

要するに、レコード複製権の侵害判断にあたっては、サンプリング行為の場合にあっても、当該レコードに含まれた原音再現方法の創作的要素の再製ないし感得の有無を基準とすべき旨を説いた前記の本研究解釈論は、このようなドイツのレコード著作隣接権に関する判例に照らしても妥当性が認められるべきものと考ええる。

これに対し学説には、サンプリング行為について、その借用音の質的・量的評価とは無関係にレコード複製権の侵害を肯定する見解がある⁸³⁵。しかし、同見解はレコード「著作隣接権」の保護対象を創作的要素と無関係に捉えるものと解される。したが

⁸³⁴ RGZ 73, 294-Schallplatten.

⁸³⁵ 前田哲夫・谷口元『音楽ビジネスの著作権〔第2版〕』（著作権情報センター、2016年）275頁。

って、この見解は、ドイツ著作隣接権のもとであれば妥当する余地があり得たとしても、わが国の「著作隣接権」のもとでは、とりわけその制度趣旨やわが国の旧法以来のレコード保護制度の沿革を前提とするかぎり、受け容れ難い解釈論であると解される。

もっとも、レコード音それ自体のサンプリングではなく、レコード音の構成に用いられた原音再現方法と同様の方法を用い、別途自らレコード音を収録する行為は、上記のような複製権の保護範囲の限定的な解釈に俟つまでもなく、もとより複製権侵害を構成しないものと解されなければならないであろう。というのも、繰り返し述べるとおり、レコード「著作隣接権」の保護根拠は音響制作者のレコード製作行為（音の固定行為）に認め得る原音の再現方法における創作的要素であり、著作者の創作行為におけるような、表現創作上のそれではない。すなわちそれは、再現方法における創作的工夫というアイデアレベルの創作的要素である。そこに著作権法の保護はおおよび得ないのであり、同様の再現方法を採用した他者のレコード製作行為を「著作隣接権」は排除し得ないと解されよう。

第4章 放送「著作隣接権」の実践的意義と放送法制によるその代替的保護

第1節 問題の所在—放送「著作隣接権」をめぐる重複問題

放送法等の一部を改正する法律案は、第176回臨時国会に提出され、衆議院での一部修正可決ののち、平成22年11月26日に参議院での可決により成立した。ここに、放送法（昭和25年法律第132号）は、従来の有線ラジオ放送業務の運用の規正に関する法律（以下略して、「有規法」）、有線テレビジョン放送法（以下略して、「有テレ法」）および電気通信役務利用放送法を統合・廃止し、放送法体系を新たに構成する法律として改正された（以下、この改正後の放送法を「新放送法」と、改正前の放送法を「旧放送法」と称する）。

この新放送法の2条1号は、その規律の対象となる放送の概念を、新たに、「公衆によって直接受信されることを目的とする電気通信…の送信…をいう」と定めている。新法は、従来の放送法体系にみられた「放送（無線通信の送信）」（旧放送法2条1号）、「有線放送（有線電気通信の送信）」（有テレ法2条1号、有規法2条同旨）、あるいは、いわゆるIPマルチキャスト放送等の「電気通信役務利用放送」（電気通信役務利用放送法2条1項）といった概念の区別を廃し、これらをいずれも新たな「放送」の統一概念のもとに包摂した。そのうえで、新放送法11条は、そうした放送を業務として行う事業者、すなわち放送事業者（新放送法2条26号）が、その放送の他者による再送信利用に対して同意権を有する旨を、つぎのように定めている。

（再放送）

放送法 11 条

放送事業者は、他の放送事業者の同意を得なければ、その放送を受信し、その再放送をしてはならない。

すなわち、無線なり有線等の伝送手段の別を問わず、またテレビジョンないしラジオといった放送形式の別を問わず、他の放送事業者の送信に係る放送に関しては、その受信・再送信を行う場合には、当該放送事業者の同意を要するというのである。つまり、放送事業者が、自らの放送の再送信利用に関してコントロールをおよぼすことを可能とする、同意制度である。

この再送信の同意制度は、旧放送法をはじめ、今次の法改正で統廃合の対象となった法律が、すでに定めていたところである。旧放送法 6 条は放送による再送信に関して、有線法 5 条および有線法 13 条 2 項は有線放送による再送信に関して、また、電気通信役務利用放送法 12 条は IP マルチキャスト放送等による再送信に関して、それぞれ再送信の同意制度を定めていた。新放送法における再送信の同意制度は、これらの従来の制度を統合・集約し、少なくとも法律の文言上は、同意権の客体とその規制対象となる行為とを、いずれも、伝送手段と形式とを問わない「放送」へと拡張的に再構成したものといえる。

ところで、現行著作権法に目を移すならば、その「著作隣接権」の制度内に、放送事業者および有線放送事業者が、自らの放送等の他者による再利用に関してコントロールをおよぼし得る制度として、上記の放送法の同意制度と類似した制度を見出すことができる。

すなわち、放送事業者は、その放送を受信して行う再放送、有線放送あるいは送信可能化（ネットワークへのアップロード）等による再利用行為に対して（著作権法 99 条 1 項、99 条の 2）、また、有線放送事業者は、その有線放送を受信して行う放送、再有線放送あるいは送信可能化による再利用行為に対して（同 100 条の 3、100 条の 4）、それぞれ、排他的な「著作隣接権」を有している。ここには、放送等の無断再利用行為から放送事業者等を保護するというその法律効果の点において、先にみた放送法上の同意制度との明らかな一致点ないし重複点を認め得る。

この両制度間の重複に対する問題意識は、すでに久しく、塩野宏教授により指摘されてきたところである。塩野教授は、制度の重複に対する立法技術的な問題意識から、その両者の現実的機能が基本的部分において共通することを指摘したうえで、放送法の同意制度を廃止して、「著作隣接権」による放送事業者の保護制度に吸収させるべき旨を説かれていた⁸³⁶。

⁸³⁶ 塩野宏「再送信の同意権と著作隣接権—放送事業者の権利の一側面—」『放送法制の課題』（有斐閣、1989 年）206 頁。

しかし、このような塩野教授の提言にも関わらず、今回の法改正で新放送法は、その同意制度を廃止するどころか、むしろ、放送概念の再構成により、同意権の客体的ないし規制対象行為を拡張したことで、「著作隣接権」制度内における放送事業者等の保護制度との重複関係を、より拡大したとも評価することができる。そうとすれば、塩野教授の示された制度重複に関する問題提起は、いささかもその今日的意義を失っておらず、いまなお未解決のまま、むしろ、その問題性を拡大させて、残されているとみるべきであろう。

このような問題関心に促されて、本研究では、放送事業者等の「著作隣接権」と放送法の再送信の同意制度との重複問題の解消に向けて、塩野教授のそれとはやや異なる理論的立場なりアプローチから、考察を試みようと思う。

すなわち、本章は、これまでの研究成果として、「著作隣接権」の独自の理論的な存在意義がわが著作権法体系には見出し難いことが明らかになったことを踏まえ（第4部第4章第1節第4項）、放送法の同意制度についてその「著作隣接権」による吸収を説かれた塩野教授の立論とは逆に、放送事業者等の「著作隣接権」についてその放送法による吸収なり代替的实现について、その理論的妥当性なり可能性を、検討しようとするものである。

なお、本章では、そうした考察の焦点を、テレビ放送事業者の「著作隣接権」に当てることとする。有線放送事業者ないしラジオ放送に関する同様の論点は、ここでの考察成果を類推し得る側面が多々認め得るのではないかと考えたからである。

まず次節において、放送の「著作隣接権」は番組編成行為における創作的要素を保護対象とする制度と解されることから（第4部第3章第2節第3項）、放送番組の創作的要素を保護する著作権制度と比較することにより、いかなる場合に存在意義を認め得るものというべきかを明らかにしたうえで、続く第3節において、放送事業者の「著作隣接権」の放送法制による代替的保護の理論的可能性を、放送法の再送信の同意制度の趣旨を手掛かりとして、放送法制による放送事業者の私益保護の可能性を探りつつ、あるいは、放送行為の公益的性質を背景とする放送法制による保護の妥当性を検討しつつ、明らかにし、最後に第4節では、本章の考察の結論と残された課題を示そうと思う。

第2節 「著作隣接権」が放送事業者を保護する意義

第1項 考察の課題

本研究がこれまで明らかにしてきたとおり、放送事業者に認められた「著作隣接権」は、著作権法の体系論的観点から、著作権と併存的に存在するその理論的意義について、疑問を抱えた権利概念であった（第4部第4章第1節第4項）。とはいえ、このことは、放送事業者の「著作隣接権」の実践的な存在意義までも、それを即座に否定し得るものではない。というのも、理論的には、わが著作権法が著作権の概念とは別

に「著作隣接権」の概念を備えるべき意味が乏しいとしても、「著作隣接権」が、現に放送事業者の利益保護を、著作権法内に他の選び得る保護手段を欠いたまま一手に引き受けているのであれば、そのかぎりでは、その実践的な存在意義は、優に承認されるべきであるからである。

ところが、放送事業者（有線放送事業者）は、著作権法体系上、「著作隣接権」の主体としてはただひとり、その著作権および「著作隣接権」による重複保護、すなわち両権利の重複的享有が可能とされるのである⁸³⁷。しかも、その保護を受ける客体は、事実問題としては⁸³⁸、いずれも放送に係る音声・映像（放送番組の音声・映像）であることに変わりはない。そうとすれば、放送事業者は、自らの保護客体に関して、「著作隣接権」のみならず著作権による重複的保護を享受する可能性を有するのであり、したがって、放送事業者の「著作隣接権」は、その実践的な存在意義についても、疑問を生じさせる可能性がある。

そこで、本節では、放送事業者の「著作隣接権」が、その著作権とは別個に存在する実践的な意義なり必要性を検討する。

この目的のために、まず、放送に係る音声・映像すなわち放送番組が、著作物として、著作権・著作者人格権の保護を受ける場合を整理・確認したうえで（第2項）、その実情に即して、さらに放送事業者が「著作隣接権」の保護を受ける実益ないし放送事業者の「著作隣接権」の実践的な存在意義の有無について、整理・検討を行う（第3項）。そして最後に、考察成果をまとめて示し、その後の検討課題である放送法制による代替的保護の可能性を論ずるに先立って、その問題点を明確にする（第4項）。

第2項 著作権の保護対象としての放送に係る音声・映像

放送に関する「著作隣接権」の具体的客体は、法律の文言によれば、「放送に係る音又は映像」（複製権に関し著作権法98条）または「放送」（99条ないし100条）である。しかし、「放送」にその「音又は映像」に該当しない部分を観念することは、事実問題としては困難である。したがって、放送「著作隣接権」の客体は、具体的には、放送に係る音声・映像を意味する。

ここでの検討課題は、この放送に係る音声・映像が、著作権の保護対象である著作物と評価され得るかどうかの問題である。

⁸³⁷ 現行著作権法の立案担当者の解説においても、放送局がそのスタッフだけで製作する報道番組のたぐいは放送事業者が「著作者」すなわち「著作権」の帰属主体となる旨が明言される一方で（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）224頁）、学説の通説的見解は、実演家の行為やレコード製作者の行為に独自の知的作業を認めることができるとしても、その実演等を著作権の保護対象とすることはできない旨を説く（齊藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）71頁）。

⁸³⁸ 加戸・前掲書〔6訂新版〕640頁は、放送事業者の「著作隣接権」が保護する対象が、「信号という物理的な属性の介在を要件とした」音または映像と解すべきであって、「放送番組という著作物的な発想では決してない」と説くが、事実的現象としては、「著作隣接権」の客体である「放送に係る音又は映像」と著作権の客体となり得る放送番組を構成する音声・映像とを相違するものと観念することは難しい。

この問題の検討に際しては、個々のまとまりを持った音声・影像としての個々の放送番組に関する検討と（以下（１））、複数の放送番組の集合物としての番組編成に関する検討（以下（２））とを分ける。その意義は、放送に係る音声・影像が再放送等の形態で利用される場合であっても、個々の放送番組の単位でその利用がなされる場合と、個々の放送番組の集合物である番組編成全体が利用される場合とが想定され得ることから、その各々の利用場面に著作権が働くか否かを検討する必要があると考えるからである。

（１）個々のまとまりを持った音声・影像としての放送番組

① 解釈

著作権法 2 条 1 項 1 号は、著作権の保護対象となり得る著作物を「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」と定める。著作権法上、著作物の意義を定めた規定はほかにはないから、ここで検討する放送番組の著作物該当性の問題は、専ら放送番組がこの 2 条 1 項 1 号の各要件を充足するかどうかの問題に帰着する。

まず、「思想又は感情」の要件は、積極的には「人の考えなり気持ち」を意味し、消極的には「事実それ自体」には該当しないものと解されている⁸³⁹。つぎに、「創作的に表現（創作性）」の要件は、一般的な解釈としては、積極的には表現に認められる何らかの個性なり独自性を意味し、消極的には平凡かつありふれた表現なり不可避的な表現ではないことを意味するものと解されている⁸⁴⁰。この創作性要件の具備を他人の著作物の模倣でないことと同義に解されることも多く、そこでは表現の非模倣性は当該表現の創作性具備に一致する⁸⁴¹。近時の学説には、いわゆる「表現の選択の幅」論が有力に展開されている⁸⁴²。この解釈論の主たる意図は、表現の選択肢に限界のある機能的・事実的な表現物に関し、創作性要件の再構成をはかることあるものと解される⁸⁴³。したがって、ここで検討する放送番組のような、表現の選択肢にかぎりがあるとは考えにくい表現物について、創作性要件の実質的修正をせまるものとは解し難いであろう。最後に、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」の要件は、基本的には、保護著作物のジャンルを限界づける要件とは解されておらず、知的・文化的包括概念と解されている⁸⁴⁴。裁判例も従来より、この要件を、知的・文化的精神活動の所産全般を意味するものと解している⁸⁴⁵。

⁸³⁹ 齊藤博『著作権法〔第 3 版〕』（有斐閣、2007 年）74 頁、中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（有斐閣、2014 年）46 頁。

⁸⁴⁰ 齊藤・前掲書〔第 3 版〕75 頁、中山・前掲書〔第 2 版〕62 頁。

⁸⁴¹ 齊藤・前掲書〔第 3 版〕75 頁、田村善之『著作権法概説〔第 2 版〕』（有斐閣、2001 年）12 頁。

⁸⁴² 中山・前掲書〔第 2 版〕65 頁以下。

⁸⁴³ 中山・前掲書〔第 2 版〕66 頁。

⁸⁴⁴ 齊藤・前掲書〔第 3 版〕78 頁、中山・前掲書〔第 2 版〕80 頁。

⁸⁴⁵ 東京高判昭和 62 年 2 月 19 日無体例集 19 卷 1 号 30 頁「当落予想表」事件。

このような、著作物の要件をあてはめれば、放送番組を著作物と評価し得るとの結論に、障害はないものと考えられる。むしろ、著作物性を否定される放送番組を見出すことが困難といえよう。

放送番組は、たとえ事実の報道を扱う番組であっても、人為的な思考作業を一切経ない単なる客観的事実そのものの伝達を行うことは想定し難く、報道対象とする事実・事件を取捨選択する行為にすでに番組制作者の主観すなわち「思想又は感情」が備わっていることは否定し難い。テレビドラマなりテレビ映画にこの「思想又は感情」が備わることは疑う余地がないが、他にたとえば、バラエティ番組なり歌謡番組などの場合にも、番組全体の構成に際し制作者の「思想又は感情」は不可欠である。さらに、落語、演劇あるいはスポーツの中継番組にしても、カメラワークの工夫ないしカメラ映像の選択・編集作業に人の「思想又は感情」を否定することはできない。

そして、創作性要件の具備は、これもまた多言を要しないであろう。放送番組が他の放送番組の模倣である場合は想定し難いのであるから、放送事業者が独自に制作する放送番組に、創作性の具備を否定することは困難といわざるを得ないであろう。

たとえば、落語や演劇の劇場公演の中継番組の場合にあっても、防犯カメラの映像とは対照的に、単一の固定カメラによるありふれた映像構成は考え難い。また仮に、固定カメラの固定映像による番組を想定し得たとして、カメラワークの観点での創作性は認め難いとはいえ、複数のカメラで捉えられる複数映像の選択・編集行為に創作性を認めることは、困難とはいえないであろう。放送番組を構成し得る創作的要素はカメラワークにのみ限定されるわけではないのであるから、たとえ劇場公演の中継番組にしても、その映像編集時の創作的行為を認めないとするのは困難と解される。

中継番組の創作的要素に関しこれと同様の解釈を示唆するものに、現行法の立案担当者の見解がある。すなわち佐野文一郎氏は、舞台中継の放送番組に関し、その固定物が「映画の著作物」に該当する旨を何の躊躇もなく説いている⁸⁴⁶。つまり、舞台中継の放送番組に著作物要件としての創作的要素は難なく承認されるのである。

このように放送番組の著作物該当性を論ずるときに、一つの反論の根拠として想定され得るのが、著作権法2条3項が規定する「映画の著作物」の定義規定である。同条項は、「映画の著作物」には、いわゆる劇場用映画のほかに、「映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現され、かつ、物に固定されている著作物」が含まれる旨を規定する。とりわけ、放送番組が、スポーツ競技等の各種興行の実況中継番組や、歌謡ショー番組あるいはニュース番組等の生（ライブ）番組である場合に、上記規定の後段に定められた「物に固定されている」の要件の充足が問われることがある。

確かに、現行著作権法の立案担当者の解説によれば、この固定性要件は、「テレビの生放送番組のように、放送と同時に消えていく性格のものは、映画の著作物として

⁸⁴⁶ 佐野文一郎・鈴木敏夫『新著作権法問答』（新時代社、1970年）400頁〔佐野文一郎〕。

は保護しない」ことを意図するものと解されている⁸⁴⁷。すなわち、この要件は、一面で、放送番組の保護を限界づけている。上記に紹介した学説で、舞台中継番組の創作的を難なく承認していた佐野も、固定の有無と無関係に中継番組それ自体の著作物性を承認することには、消極的な見解も示していた⁸⁴⁸。

しかし、ここで注意しなければならないことは、この固定性要件は、われわれがここで吟味の対象とする2条1項1号の「著作物」該当性との関係で問われるものではなく、あくまで、2条3項の「映画の著作物」該当性との関係で求められているに過ぎないということである⁸⁴⁹。放送番組の「著作物」該当性を問う議論は、その「映画の著作物」該当性を問う議論とは異なる。両者の議論は混同されるべきではないのであろう。前者の議論は後者のそれとは別個のものであると解さなければならない。

先に述べたとおり、著作権法で著作物の保護要件を定めた規定は、2条1項1号の著作物の定義規定のほかにはない。したがって、放送番組の著作物性は、専ら当該規定の定める要件充足を吟味すれば足りると解される。そして、著作物性を備えるものと解された放送番組は、固定性要件をみたさない場合には「映画の著作物」に該当しないといい得るに過ぎず、これをたとえば「映像の著作物」なり「視聴覚著作物」と呼称することに、著作権法体系上の理論的障害を指摘することは困難であろう。学説にも、放送番組等の映像作品を念頭に置きつつ、それを映画著作物の延長上に位置づけるのではなく、映像の著作物という著作物の新たな類型に包摂させるべき旨を説く見解がある⁸⁵⁰。

もっとも、生放送番組を包摂する映像著作物なる概念によって固定の前後・有無を問わず放送番組一般の著作物該当性を承認するにしても、生放送番組との関係では、著作権法上「映画の著作物」にのみ用意された特殊な制度の適用がなされないとの懸念が生じ得るかもしれない。その特殊な制度としては、主に、①複製物による頒布権（26条）、②映画製作者への著作権の集中的帰属（法定譲渡）の制度（29条）、が挙げられる。

しかし、①の頒布権は、複製物という、まさに固定後の映像作品の利用に関する権利であって、未固定の生放送番組が必要とする権利ではない。しかも、複製物が作成され「頒布」の実需が生じた状況のもとでは、すでに固定性要件がみたされ「映画の著作物」と解するのに支障はないから、頒布権の不適用問題も生じないであろう。また、②は、多数の創作者の関与する映像作品の円滑な利用促進を目的とする制度であるが、放送事業者が番組制作会社のスタッフを局内に受け入れ局内プロデューサーら

⁸⁴⁷ 加戸・前掲書〔6訂新版〕71頁。

⁸⁴⁸ 佐野・前掲書407頁。

⁸⁴⁹ ビデオゲームの「映画の著作物」該当性を吟味した裁判例（大阪高判平成13年3月27日「中古ビデオゲーム販売」事件）も、その検討に際して、「固定性の要件は、生成と同時に消滅していく連続影像を映画の著作物から排除するために機能するものにすぎず…」と述べる。

⁸⁵⁰ 斉藤・前掲書〔第3版〕93頁。

の指揮監督のもとに放送番組を制作する場合には⁸⁵¹、著作権法 15 条の職務著作制度により放送事業者が当該放送番組の著作者として一切の著作権を原始取得することも考えられ、放送番組が放送事業者の発注に基づき番組制作会社が丸ごと制作する場合にも、放送事業者は番組制作会社との契約によりその著作権をすべて取得するかまたはその両者の共有とする例が多いのであるから⁸⁵²、いずれの場合にせよ、放送番組の利用に関する著作権は放送事業者自身がすでに集中的に保有していることになろう。したがって、この場面に、著作権の集中的帰属の制度を敢えて適用する実益がすでに乏しいように思われる。

以上の考察に照らすならば、生の放送番組を含めた放送番組全般について、映像著作物なり視聴覚著作物として、その著作物該当性を承認することに、解釈論上の障害はないものと解されよう。

② 裁判例

上記の解釈論は、すでに裁判所の判断でも示されてきたところである。

その事例として指摘すべきは、スポーツ競技の映像について著作物該当性を認めた「全米女子オープン事件」最高裁判決⁸⁵³である。事案は、米国で開催されたスポーツ競技の衛星生中継の映像等に関して支払われたテレビ放送料が源泉所得税の徴収義務の対象となる著作権の使用料（所得税法 161 条 7 号ロ）に該当するか否かが争われたことから、その前提として、当該衛星中継の映像が著作権の保護対象といい得るかが争われたものである。

最高裁はつぎのように判示して、生のスポーツ競技映像の著作物該当性を認めた。

「原審の適法に確定するところによれば、上告人がスポーツイベントの各主催団体から配信を受けた映像は、スポーツ競技の映像を効果的に表現するために、カメラワークの工夫、モンタージュ、カット等の手法又はフィルム編集等が行われたものであるというのであるから、上記映像は著作権法 2 条 1 項 1 号にいう著作物といえることができる。そうすると、上記映像が所得税法…161 条 7 号ロにいう著作権の対象となる著作物に該当しないことをいう論旨は、上記映像が映画の著作物に該当するか否かを判断するまでもなく、採用することができず、同条項の解釈適用の誤りを前提とする所論違憲の主張は、その前提を欠く。」

原審の控訴審判決⁸⁵⁴は、最高裁判決と結論を同じくしながらも、衛星生中継による映像との関係では、「映画の著作物」に関する固定性要件を重視し、「映像が送信と同時に録画されている場合には、固定性の要件を満たすと認められる」などと述べて、ホスト・ブロードキャスターが映像送信と同時に行う当該映像のビデオテープ収録等

⁸⁵¹ 鈴木秀美他編著『放送法を読みとく』（商事法務、2009 年）23 頁。

⁸⁵² 鈴木他・前掲書 23 頁。

⁸⁵³ 最判平成 15 年 2 月 27 日判例集未掲載。

⁸⁵⁴ 東京高判平成 9 年 9 月 25 日行集 48 巻 9 号 661 頁・判時 1631 号 118 頁。

の事実を前提に、あくまで、当該生放送番組の「映画の著作物」該当性を認定していたところであった。

ところが、最高裁は上記の判示のとおり、スポーツ競技映像の「映画の著作物」該当性を吟味するのではなく、著作権法 2 条 1 項 1 号の「著作物」該当性を吟味し、それを肯定したのである。しかも、その肯定の論拠は、「映像を効果的に表現するため」の「カメラワークの工夫、モンタージュ、カット等の手法又はフィルム編集等」であって、スポーツ映像の特殊性に依拠したものとは解されない。その判旨は、生の放送番組一般にも妥当し得るように思われる。

もちろん、この判例は著作権法 2 条 1 項 1 号の解釈を示した法理判例とはいえない。しかし、最高裁が、生放送番組の著作権保護可能性を、固定性を要件とする「映画の著作物」を論拠に導く解釈を排斥して、固定性要件とは無関係の同 2 条 1 項 1 号の「著作物」として導いた意義は少なくないと解される。ここに、放送番組を映像の著作物なり視聴覚著作物としてその著作物該当性を一般的に承認しようとする見解は、それを支持する一つの最高裁判例を得たことは明らかであろう。

他に公表された裁判例にも、放送番組の著作物該当性を認めた事例を挙げ得る。たとえば、東京地決平成 19 年 3 月 30 日「ロクラクⅡ」事件は、放送事業者の制作に係る放送番組（具体的には、「関口宏の東京フレンドパークⅡ」）が著作物に該当することを前提としている。また、大阪高判平成 19 年 6 月 14 日「選撮見録」事件控訴審は、「被控訴人らが行う放送番組の中には、他者制作のものだけではなく、一部であるが準キー局として制作するローカルニュースやバラエティ番組のように、被控訴人が職務著作（法 15 条 1 項）として著作権を有する複数の自社制作番組も含まれ…」と述べ、ローカルニュースやバラエティ番組について、その著作物該当性を認めている。さらに、テレビドラマの事例として、知財高判平成 17 年 6 月 14 日「武蔵 MUSASHI」事件を挙げ得る。この事件では、著作物該当性それ自体が争点となつたわけではないが、特定のテレビドラマ（具体的には、NHK 大河ドラマ「武蔵 MUSASHI」の第一回放映分）が既存の映画著作物の翻案にあたるか否かが争われた際に、当該テレビドラマが二次的著作物に該当することを前提とするものと考えられる。

先の解釈論に展開したとおり、落語、演劇等の劇場公演の中継番組にも、その創作性を肯定する余地は存在し得る。加えて、そうした中継番組が生放送番組として作成される場合にも、その創作性が肯定されるべきことは、上記の最高裁判例に照らし明瞭であろう。劇場公演の中継番組の映像に、最高裁がその創作性判断の論拠とした、「映像を効果的に表現するため」の「カメラワークの工夫、モンタージュ、カット等の手法」を見出すことは、困難とは解し難いからである。

前記のとおり、現行法の立案担当者の佐野の見解にあっても、舞台中継番組の創作性承認には躊躇せずとも、固定と無関係にその著作物性を承認することには消極的で

あったが⁸⁵⁵、放送番組なり中継番組の著作権保護の可能性を、固定の有無を契機に「映画の著作物」該当性と不可分に捉えるこのような考え方は、もはや前記最高裁判例と整合しないこととなろう。

③ 小括

以上の考察から、放送番組を個々のまとまりをもった音声・影像の表現物としてみた場合に、当該放送番組が、生のものであるか、あるいは、すでに固定（録音・録画）されたものであるかの別を問わず、著作権法 2 条 1 項 1 号の要件を充足し、著作物（映像著作物ないし視聴覚著作物、固定性要件を満たす場合には映画の著作物）として著作権法の保護を受け得ることは、明らかとなろう。

これまで幾度か言及してきた佐野の見解には、放送番組の作成行為における創作的要素をもって、放送の「著作隣接権」の保護根拠として説明するものを認めることもできる⁸⁵⁶。つまり、現行法の立案者にあっても、放送番組に放送事業者に由来する創作的要素を見出し得ることは、これを当然の前提としているものと解されるのである。すると、その放送番組に、固定要件を問わず著作権保護を認める解釈が判例によっても示された以上は、放送番組の著作物性を承認するうえで解釈論としての疑問は生じないと思われる。

したがって、放送番組には、その固定の前後・有無を問わず、著作権（21 条ないし 28 条）および著作者人格権（18 条ないし 20 条）が発生し得ることとなる。

（2）複数の放送番組の集合物としての番組編成

つぎにここで検討することは、個々の放送番組に注目するのではなく、複数の放送番組の集合物としての番組編成に注目した場合に、当該番組編成を著作物と評価し得るかどうかということである。

放送事業者は、自らの制作した個々の放送番組を利用し、あるいは、他の放送事業者の制作に係る個々の放送番組を利用することで、自らの全放送時間帯に各々の放送番組の放映時間を割り振り、全体として、当該放送事業者の一貫した思想なり考え方に基づいた番組編成を行っている。そこに、著作権法が著作物の要件として求める要素を認め、番組編成全体を著作物として評価し得ないかというのが、ここでの問題である。そして、この問題は、いうまでもなく、個々の放送番組それ自体の保護の問題ではなく、放送事業者の編成による放送全体ないし全番組の再利用と著作権法による保護との関係を明らかにする点に意義がある。

このような問題意識は、すでに塩野宏教授が示されていた。すなわち、塩野教授は、「放送番組の編集それ自体が、人の創作的活動の一つであるとみるならば、これを編

⁸⁵⁵ 佐野・前掲書 400 頁、407 頁。

⁸⁵⁶ 佐野・前掲書 408 頁。

集著作物としてとらえることはできないであろうか。…放送事業者としては、一日の放送時間をどのように分け、いかなる順序で番組を配列するかに、意をそそいでいるわけであって、それによって、一つの創造物が存在するということがいえるように思われる」と説かれ⁸⁵⁷、番組編成全体を編集著作物として評価し得る可能性を示唆した。しかし、そこでは、編集著作物の要件論にまで立ち入った議論がなされたとはいえない難かった。

著作権法 12 条は、編集物が「その素材の選択又は配列によって創作性を有する」場合には、それを著作物（編集著作物）として保護することを明らかにする。先に述べたとおり、著作物の保護要件は専ら 2 条 1 項 1 号が定めるが、この 12 条が敢えてここに編集著作物の規定を設けた趣旨は、編集物における創作性の所在を、具体的に表出された表現部分に求めるだけでなく、「その素材の選択又は配列」すなわち編集方針・編集方法といった、具体的な表現部分の背後に存するアイデア部分（思想・感情部分）にまで遡って探求し得る旨を明らかにする点に求めることができよう⁸⁵⁸。

編集物には、たとえば職業別電話帳のように、事実情報（職業別電話帳の場合は個々の電話番号）の集合物として存在するものもあり、その具体的な表現部分には創作性を見出し難いのが通例である。しかし、12 条を手掛かりとすることで、編集方針・編集方法といった、編集物を支える思想・感情部分に創作性が存すれば、そうした事実情報の集合物であっても、著作物として著作権の客体になり得ることが明らかになるのである。

ここで、複数の放送番組の集合物としての番組編成を一個の編集物として考える場合、当該編成を構成する個々の放送番組は編集物の「素材」にあたる。編集物の著作物性を考えるに際し、この個々の素材の著作物性は考慮する必要はない。問題は、そうした素材たる個々の放送番組を全体として編成する際の編成方針が、編集著作物における「素材の選択又は配列」に該当するか否か、そして、その編集方針が創作性を備える場合があるか否か、すなわち、平凡かつありふれたものでなく不可避的なものでもない方針が認められるか否かである。

放送番組の制作に関する専門的知見によれば、番組の編成とは、「番組全体の配列及び放送事項の内容、種類、分量…としての個々の番組について、それをあみ、組み立て、つくり上げること」と解されてきた⁸⁵⁹。放送事業者の組織内において、「専ら放送番組の編成方針を樹立し、放送番組を企画し、制作し、実施する」ことが編成作業であった⁸⁶⁰。すなわち、番組編成の行為とは、まさに、一定の編成方針に基づき、一日の全放送時間内で放送すべき素材としての個々の放送番組を「選択」し、かつ、

⁸⁵⁷ 塩野・前掲書 208 頁。

⁸⁵⁸ 同様の理解に立って著作権法 12 条を解釈するものと解される裁判例として、東京高判平成 12 年 11 月 30 日「職業別電話帳」事件控訴審。

⁸⁵⁹ 金沢覚太郎「編集と編成一放送の主体性に関する一考察」電波時報 8 巻 9 号（1953 年）27 頁。

⁸⁶⁰ 金沢・前掲書 27 頁。

それらの個々の放送番組を所定の放送時間帯に「配列」する行為を意味している。「編成の意味は、…狭義番組の企画制作実施と、広義番組の作成配列である」と説かれるのも⁸⁶¹、このことをいうものと解される。そして、そうした選択・配列の基準となる編成方針に創作性を認めることも、また困難ではないのであろう。放送事業者は視聴者に対する訴求力なり商業的放送事業者の場合にはスポンサーの広告影響力等の要素を考慮しつつ、独自の方針により、特定の放送番組を特定の放送時間帯に配し、また、放送番組の音声・影像と広告用フィルムの音声・影像との配列順序を決定することが可能だからである。

以上のことからするならば、複数の放送番組の集合物としての番組編成は、それに組み込まれた広告用フィルムの音声・影像と一体的に、全体として、著作権法上の編集著作物を構成するとみることに、解釈論上の障害はないものと解すべきこととなる。したがって、そうした番組編成全体には、著作権（21条ないし28条）および著作人格権（18条ないし20条）が発生し得ることとなる。

なお、このような解釈は、本研究が先に考察した米国裁判例の NAB 事件判決⁸⁶²に照らすならば（第4部第4章第3節第4項）、比較法的な観点からの支持をも得られるように思われる。すなわち、同事件で裁判所は、放送事業者が編成する broadcast day、すなわち「一日全体を通じた番組の選択と配列」⁸⁶³を編集物（compilation）と捉えたうえで、それが編集著作物の定義（米国著作権法 101 条）に照らし、「作者の創作的な著作物（original works of authorship）」に該当する旨を判示し、放送事業者の個々の番組の制作行為ではなく、一日の番組編成の行為に着目し、その成果物としての番組編成全体を創作的な著作権の保護客体（編集著作物）と認めていたところである。

第3項 放送に係る音声・影像に対する「著作隣接権」保護の実践的意義

以上の考察によれば、個々の放送番組と個々の放送番組の集合物としての番組編成とは、いずれも著作物として著作権法の保護を受け得るということになる。

もっとも、著作物性を具備するか否かの判断は、個別の具体的な放送番組ないし番組編成との関係で吟味されるべきものである。しかし、先に述べたように、著作物性を実質的に決定づける創作性の要件が、他人の表現物との関係に対する非模倣性と同義にも解されることからすれば、実際問題として、現に存在する放送番組ないし番組編成は独自に制作され、他の放送番組ないし番組編成との模倣関係は認め難いところであるから、基本的には、放送番組と番組編成のいずれにも、実際問題としても著作物性は承認されることとなろう。

⁸⁶¹ 金沢・前掲書 29 頁。

⁸⁶² National Ass'n of Broadcasters v. Copyright Royalty tribunal, 675 F.2d 367 (1982).

⁸⁶³ William F. Patry, 2 Patry on Copyright § 3:159 (2019).

そこでつぎなる課題は、放送番組と番組編成とがいずれも著作物と評価可能であり、その結果として、いずれの客体にも著作権と著作者人格権が発生し得る状況において、放送事業者は、その放送に係る音声・映像との関係で、さらに、「著作隣接権」の保護を享受する実益（実践的意義）が存するの可否かの検討である。

この検討には、その前提として、著作物たる放送番組等の著作権等の放送事業者への帰属が問題となるところ、放送番組の制作実態には多様性が存するので、その実態に応じて、放送事業者における権利の所在を確認しておく必要がある。

まずは放送番組であるが、放送事業者による番組制作（取材、演出、撮影ないし録音、編集等）の実態は、大別して、①放送事業者が完全に自己スタッフのみで完成させる形態（便宜的に、「完全自己制作型」）、②放送事業者が「プロダクション」と称される外部の番組制作会社のスタッフを受け入れ、放送事業者のプロデューサーらの指示のもとで完成させる形態（便宜的に、「制作スタッフ受入れ制作型」）および③放送事業者の発注に基づきプロダクションが独立して番組を完成させそれを放送事業者に納入する形態（便宜的に、「委託制作型」）が存するものと考えられる⁸⁶⁴。また、放送に係る音声・映像には、これらのほかに、④外部制作の視聴覚作品（広告用フィルム、映画およびアニメーションを含む。以下同様。）あるいは外国で制作された放送番組をそのまま内容とするものがあり得る。

①完全自己制作型の場合、放送事業者は、著作権法 15 条の職務著作制度を経由してその放送番組の著作者となり、当該放送番組に関して、すべての著作権と著作者人格権を享有するものと考えられる。②制作スタッフ受入れ制作型の場合、放送事業者は、著作権法 15 条の職務著作制度を経由してその放送番組の著作者となり⁸⁶⁵、あるいは、プロダクションと共同著作者となり⁸⁶⁶、当該放送番組に関して、すべての著作権と著作者人格権を享有するときと、職務著作制度が成立しない場合に、著作権法 29 条 2 項を経由して、その「放送のための技術的手段として製作する映画の著作物」の映画製作者となり、当該放送番組に関して、放送権、有線放送権、自動公衆送信権、公衆伝達権および複製権等を享有するときとが考えられる。③委託制作型の場合、著作者はプロダクションと考えられるから当該プロダクションが当該放送番組に関する著作者人格権を保有するが、その著作権は「放送局がすべてもつか、または制作会社と共同で保有する形（共同制作）をとるケースが多い」とされていることから⁸⁶⁷、放送事業者は、当該放送番組に関して、一般的には、すべての著作権を享有するものと考え

⁸⁶⁴ 鈴木他・前掲書 22-23 頁。

⁸⁶⁵ この場合の外部制作会社のスタッフの場合のように、創作者が使用者と雇用契約を締結していなくとも、使用者による指揮命令・監督関係があり、使用者に著作権を原始的に帰属させることを前提としているような関係があれば、職務著作制度の成立を認めようとするのが最高裁の判断である。参照、最判平成 15 年 4 月 11 日判時 1822 号 133 頁「RGB アドベンチャー」事件。

⁸⁶⁶ 放送事業者が番組制作会社とともに放送番組（テレビドラマ）の共同制作者となり得る旨を認定する事例として、東京高判平成 8 年 4 月 16 日「悪妻物語」事件控訴審。

⁸⁶⁷ 鈴木他・前掲書 23 頁。

られる。④外部制作の視聴覚作品あるいは外国で制作された放送番組を自己の放送とする場合、放送事業者は、当該放送音声・影像に関して、いずれの著作権と著作者人格権も享有しないものと考えられる。

つぎに番組編成であるが、番組編成は、たとえそれが他者の制作に係る放送番組等を一部に含むものであっても、先に考察したとおり、全体としては、それを放送する放送事業者自身が編み組み立てるものであるから、当該番組編成が編集著作物に該当する場合には、その放送事業者が著作者として、当該番組編成に関して、すべての著作権と著作者人格権を享有するものと考えられる。

以上の考察を前提として、放送事業者がその放送に関して「著作隣接権」を有する必要があるか否かの問題を、以下に、放送事業者がその制作に係る放送番組・番組編成を放送する場合（（１））、放送事業者が他の放送事業者の制作に係る放送番組をその番組編成のなかで放送する場合（（２））、そして、放送事業者が外部制作の視聴覚作品または外国制作の放送番組をその番組編成のなかで放送する場合（（３））に分けて、検討する。

（１）放送事業者がその制作に係る放送番組・番組編成を放送する場合

この場合、放送事業者は、当該放送番組および番組編成に関して、すべての著作権を享有するか（完全自己制作型の場合、制作スタッフ受入れ制作型の場合で職務著作制度が成立するとき、委託制作型の場合）、または、少なくとも、複製権、放送権、有線放送権、自動公衆送信権および公衆伝達権を享有する（放送番組に関して、制作スタッフ受入れ制作型の場合で職務著作制度が成立しないとき）。他方、「著作隣接権」制度のもとで、放送事業者は、当該放送番組ないし番組編成の放送に関して、複製権（著作権法 98 条）、再放送権および有線放送権（99 条 1 項）、送信可能化権（99 条の 2）ならびに影像拡大特別装置による公衆伝達権（100 条）を享有することとなる。しかし、これらの「著作隣接権」は、いずれも、前記の放送事業者が有することとなる著作権の内容と、権利の種類および客体の点で、一致するかまたはそれに包含され得ると考えられる。

したがって、放送事業者がその制作に係る放送番組・番組編成を放送する場合において、当該放送事業者が当該放送との関係で「著作隣接権」（98 条ないし 100 条）を有することの実益は、認め難いものと考えられる。

（２）放送事業者が他者制作の放送番組をその番組編成のなかで放送する場合

この場合、放送事業者はその個々の放送番組について、著作権の譲渡を受けるなどの例外的な場合を除き、基本的には著作権を有しない。したがって、個々の放送番組の利用との関係では、「著作隣接権」のみが自己の放送の音声・影像の保護手段となる。

とはいえ、わが国における他者制作番組の放送の実態を考えるならば、そのような場面においても、「著作隣接権」の実践的な存在意義は、さほど大きくないことにも気づかされる。

わが国における他者制作番組の放送とは、民間放送のいわゆるキー局（日本テレビ、東京放送、テレビ朝日、フジテレビおよびテレビ東京）が、それ以外のローカル局に対し、放送番組を供給することによって行われている。すなわち、キー局の放送する放送番組は、その 95 パーセント前後が自社制作によるものとされる一方で⁸⁶⁸、ローカル局の場合には、放送番組の自社制作率はせいぜい 30 パーセント前後に過ぎず⁸⁶⁹、ローカル局は、地域のニュースなり天気予報等のほかは、その放送に係る放送番組の多くをキー局の供給に負うというのである⁸⁷⁰。

ここで重要なことは、こうした放送番組の制作・供給関係から明らかなとおり、ローカル局が供給を受けて放送する放送番組については、その制作者たるキー局が自己の著作権を有していること、そして、キー局とローカル局とは、単なる番組の供受給の関係にとどまらず、むしろ、キー局の番組販売に伴う収益確保の観点において⁸⁷¹、密接な利害関係を有するということである。

このような状況のもとでは、個々の放送番組の利用に関して、ローカル局の「著作隣接権」行使の利害はキー局の著作権行使の利害と重なることとなり、それどころか、自己の番組販売の収益確保の観点から当該番組の無許諾利用に対してより強度の利害関係を有すると考えるべきキー局側が、その著作権行使に関し、より主体的な関心を持つこととなろう。ここに、当該放送番組の個別の利用に関して、キー局の著作権がそれにおよぶ以上は、ローカル局の「著作隣接権」の固有の存在意義は薄れることになる。

実際に、最近の裁判例にも、同一の放送番組の無許諾利用行為をめぐって、「著作隣接権」を根拠とするローカル局と著作権を根拠とするキー局とが、ともに被告の単一の利用行為（権利侵害行為）の差止めを請求し、それが認容されるケースも認められる⁸⁷²。

他方、個々の番組ではなく番組編成との関係では、ローカル局もその編集著作者として著作権・著作者人格権を有することになる。したがって、番組編成のなかに他社制作の放送番組を含む場合でも、番組編成全体との関係では、すでにローカル局自身との関係で、「著作隣接権」の存在意義が失われることとなる。

⁸⁶⁸ 鈴木他・前掲書 21-22 頁。

⁸⁶⁹ 鈴木他・前掲書 20-21 頁。

⁸⁷⁰ 鈴木他・前掲書 20 頁。

⁸⁷¹ 鈴木他・前掲書 20 頁。

⁸⁷² 最判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 卷 1 号 399 頁「ロクラク 2」事件では、東京放送（キー局）が著作権を有する放送番組を用いて静岡放送（ローカル局）が静岡県内で行った放送に関し、その他者による無断利用をめぐり、東京放送と静岡放送とは、それぞれ当該放送番組の著作権者と当該放送の「著作隣接権」者として訴訟を提起し、いずれの請求（著作物の複製権侵害差止仮処分請求、放送に係る音又は映像の複製権侵害差止仮処分請求）も認容されている。

（３）放送事業者が外部制作の視聴覚作品または外国制作の放送番組を放送する場合

この場合、放送対象となる音声・影像の著作権の保有者は、放送事業者とは異なる他者であり、しかも、その権利保有者と放送事業者との間に、当該音声・影像の利用に関する利害を共通させるほどの密接な関係を常に想定することは困難であろう。したがって、放送事業者が当該外部制作の視聴覚作品または外国制作の放送番組を放送する場合には、その個々の利用のコントロールに関して、「著作隣接権」の実践的意義が認められることになる。

以上、三つの場合分けに基づく考察によれば、放送事業者がその放送について持つべき「著作隣接権」が実践的な意味において存在意義を有するのは、①ローカル局がキー局から供給を受けてその放送番組を放送したにもかかわらず、その放送番組の個々の無許諾利用に対して当該キー局が自己の著作権の主張をなし得ない例外的な場合、および、②他者が著作権を有する外部制作の視聴覚作品または外国制作の放送番組について放送が行われる場合に限定されるものと解されよう。

第４項 放送「著作隣接権」の実践的な存在意義に対する疑問

以上のように、放送事業者の「著作隣接権」について、その実践的な存在意義の存否を探ってきたわけであるが、その考察の成果をまとめれば、つぎのようにいえよう。

①複数の放送番組の集合物としての番組編成は、それに組み込まれた広告用フィルムの音声・影像と一体的に、それ自体を編集著作物と評価し得るものと考えるべきであり、また、番組編成は個々の放送事業者が個別に行うものであって、個々の放送事業者が当該番組編成の編集著作物に関する著作者と評価されるべきものである。したがって、個々の放送事業者は、自らの番組編成について、著作権と著作者人格権を有しているものと考えられる。そうとするならば、放送事業者が放送を行う場合、番組編成全体との関係では、放送事業者の「著作隣接権」の存在意義は、実践的にはこれを認め難いことになる。

②個別の放送番組は、その固定の前後を問わず著作物として評価し得るもの解され、ゆえに、放送事業者は、自社制作の放送番組との関係では、すべての著作権を有するか、または、少なくとも、複製権、放送権、有線放送権、自動公衆送信権および公衆伝達権を有するものと考えられる。したがって、放送事業者が自社制作の放送番組を放送する場合には、その放送事業者の「著作隣接権」の存在意義は、実践的にはやはりこれを認め難いことになる。

③これに対し、他の放送事業者の制作に係る放送番組なり外部制作の視聴覚作品あるいは外国制作放送番組との関係では、その放送を行う放送事業者がその著作権を有することはない。しかし、わが国における放送番組の供給の実態を考慮するならば、放送事業者の放送との関係で「著作隣接権」の存在意義を認め得るのは、ローカル局がキー局から供給を受けてその放送番組を放送したにもかかわらず当該キー局が当該

放送番組の著作権保護の主張を行わない例外的な場合、および、外部制作の視聴覚作品または外国制作放送番組について放送を行う場合に限られることになる。

このような考察結果から、つぎのような指摘が可能であろう。

すなわち、放送事業者の「著作隣接権」は、現実の放送番組の制作や放送の実態を考えるならば、すべての放送番組に関するすべての放送の場面で一律ないし一般的に存在意義を有する権利とはいえず、その実践的な存在意義が現に承認され得るのは、ローカル局がキー局から供給を受けてその放送番組を放送したにもかかわらず当該キー局が当該自己の放送番組について著作権保護の主張を行わない例外的な場合、および、外部制作の視聴覚作品または外国制作放送番組について放送を行う場合という、限定的な場合に過ぎないということである。

そして、このような限定的場合が放送事業者の放送行為全体に対する占有率は、いわゆるネットワークを構成するキー局とローカル局との密接な利害関係なり日常的なテレビ視聴経験に照らすならば、必ずしも高くはないのであろう。そうとするならば、著作権法が放送事業者に与えた「著作隣接権」は、少なくとも、放送番組の放送一般との関係で承認されたその存在の形式において、すでに実践的な意味においても、疑問を抱えた制度であるといわざるを得ないこととなろう。

なお、学説には、「著作隣接権」の客体として、著作権の客体と重複し得る放送番組なり番組編成とは別に、音声・映像を伴わず創作的要素との接点を見出し難い単純なデータ（情報）から構成される放送を指摘する見解がある⁸⁷³。そこでは、モールス信号送信やデータ放送が、その放送類型の例として挙げられる。そうした放送類型に創作的要素との接点を欠くとすれば、当該類型との関係で著作権保護を承認することは困難となる。そこには、一見したところ、放送「著作隣接権」に固有の実践的な存在意義が生じ得るかのようにも窺われる。

しかし、この見解は、放送「著作隣接権」の制度趣旨と整合し得るかが、まず疑問となろう。すでに本研究で明らかにしたとおり、放送「著作隣接権」は、他の「著作隣接権」と同様に客体の創作的要素を保護対象なり保護の正当化根拠とし、「不正競争防止の観点」⁸⁷⁴と「電波行政上の観点」⁸⁷⁵とのいずれとも異なり、放送事業者の番組編成等の行為における創作的要素を保護法益とする制度であったのである（第4部第3章第2節第3項）。創作的要素との接点を欠く放送類型が「著作隣接権」の客体となり得る旨の解釈は、この制度趣旨と整合しないのである。すると、制度趣旨と整合性を欠く放送類型について客体可能性が説かれたとしても、その見解をもって、放送「著作隣接権」の実践的な存在意義を支える根拠とすることは困難というべきであろう。

⁸⁷³ 加戸・前掲書〔6訂新版〕37頁。

⁸⁷⁴ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』93頁、255頁。

⁸⁷⁵ 文部省・前掲『著作権制度審議会審議記録（一）』94頁、256頁。

しかも、この点を描き、たとえ創作的要素を欠くモールス信号送信やデータ放送のような放送類型に、「著作隣接権」の存在意義を観念的には承認し得たとしても、その放送全体における占有率なり一般性あるいは経済的取引価値の相対的評価がいずれも高いとはいえないことを容易に想像し得ることに照らすならば、やはり、当該類型のみを採り上げて、放送「著作隣接権」の実践的な存在意義を支える主要な根拠と解するには、説得力の点でいささか困難があるというべきであろう。

また、「著作隣接権」の制限を定める著作権法 102 条 1 項によれば、放送の「著作隣接権」に関する公衆伝達権（100 条）には著作権法 38 条 3 項が準用されない。すなわち、影像拡大特別装置を用いた放送の非営利無料の公衆伝達行為に対して、著作権の公衆伝達権が制限される一方で（38 条 3 項）、「著作隣接権」は行使可能である。このケースにも、制度上は、放送「著作隣接権」に固有の実践的意義を認め得ることになる。

しかし、このケースの例として現行法の立案担当者が想定する場面は、アイドホールのような⁸⁷⁶「超大型テレビジョン受像機などを用いて公衆に視聴させる場合」なり「本来テレビ放送が予定している利用の範囲・程度を超えて一種の映画的な利用がされる場合」である⁸⁷⁷。ところが、現行法の立法当時とは異なり、家庭用テレビジョン受信機が一般に普及するわが国の現状においては、アイドホールや映画的な利用といった公衆伝達の場合が、実際問題として、一般性の認め難いケースであることは明らかであるように思われる。

すると、やはりこのような例外的なケースの存在のみを論拠に、多くの場合を著作権保護と重複させる放送「著作隣接権」に関して、その実践的な存在意義を一般的に承認することは、説得力の点で困難というべきであろう。

第 3 節 放送「著作隣接権」の代替的制度としての放送法の可能性

前節までの考察の成果として、放送事業者が著作権法に有する「著作隣接権」は、「著作隣接権」の概念それ自体の体系的意義の観点で、理論的な疑問を抱えているにとどまらず、放送番組なり番組編成における著作権保護の可能性あるいは現実の放送に関する利害関係の実態を考慮するならば、著作権保護との重複関係に照らし、実践的な存在意義の観点でも、やはり疑問を抱えていることが、明らかになったと思われる。

そうとするならば、このような疑問を抱えたまま、放送事業者の「著作隣接権」を著作権法内に留め置くことは、立法の一般的な在り方として、また著作権法の体系論

⁸⁷⁶ 佐野・前掲書 403 頁。

⁸⁷⁷ 加戸・前掲書〔6 訂新版〕651 頁。あたかも、ドイツの著作隣接権制度のもとで、その放送保護制度を競争法的な投資保護制度として理解することに論拠を与えた、1962 年のドイツ最高裁「AKI」事件決定（BGHZ 37, 1; BGH GRUR 1962, 470-AKI）の事案を想起させるかのような、「放送利用」の場面である（第 2 部第 3 章第 3 節第 3 項参照）。

および解釈論の観点からも、けっして好ましいこととはいえないであろう。とはいえ、このような消極的評価への対応として、放送に関する「著作隣接権」の制度を、代替措置を欠いたまま廃止することは、限定的とはいえ、その実践的な意義が残存し得る放送類型の存在に照らしても、現実的な発想とはいえないであろう。

そこで、つぎなる課題は、放送事業者の規律を含む放送法に着目することにより、疑問を抱えた放送事業者の「著作隣接権」の制度を、それによって吸収ないし代替させることの可能性を検討することである。

ここで、放送事業者の「著作隣接権」保護の代替的な受け入れ先として、放送法に注目する理由は、いうまでもなく、放送法が、放送の無断再利用に対する規律ないし放送事業者の保護の点で、「著作隣接権」と同様の効果をもった再送信の同意制度をその体系内に有してきたことにある。

ここでは、まず、この再送信同意制度の趣旨を検討することにより、そもそも放送法が放送事業者の私益保護という「著作隣接権」の目的とするところを体系的に矛盾なく受け入れ得るか否かを検討し、ついで、放送法によって放送事業者の代替的保護をはかることが、「著作隣接権」による保護の実現と比較してより妥当と評価すべき点を見出し得るか否かについて、若干の考察を試みようと思う。

第 1 項 放送法と放送事業者の私益保護

(1) 検討の対象

すでに本章の冒頭（第 1 節）に述べたとおり、新放送法 11 条は、放送の無断再利用に対する規律として、有線・無線等の伝送手段を問わない「放送」に関して、やはり伝送手段を問わない「再放送」に対する保護の制度、すなわち再送信の同意制度を、旧放送法 6 条、有規法 5 条、有テレ法 13 条 2 項および電気通信役務利用放送法 12 条に規定された同種の制度を統合・集約して設けている。

ここでの課題は、これらの制度の趣旨を、その立法時の論議にまで遡って検討し、放送法と放送事業者の私益保護との親和性の存否を探ることである。なお、その際に、検討の対象としては、前三者の再送信同意制度、すなわち、旧放送法 6 条、有規法 5 条および有テレ法 13 条 2 項のそれを選択することが妥当であると考ええる。その理由は、この前者二法の立法は昭和 24 年と昭和 26 年であり、また有テレ法の立法論議の開始は昭和 44 年であって⁸⁷⁸、いずれの法律も、現行著作権法に「著作隣接権」制度が登場した昭和 45 年より以前に、再送信同意制度を備え、または、その論議が開始されているからである。これらの法律にこそ、「著作隣接権」制度との事後的な整合が図られる前の、いわば素のままの再送信同意制度の趣旨を窺い得るのではないかと考えるのである。

⁸⁷⁸ 塩野宏「有線テレビ放送をめぐる法技術—有線テレビジョン放送法の問題点—」『放送法制の課題』（有斐閣、1989 年）153 頁。

そこで以下には、旧放送法 6 条、有規法 5 条および有テレ法 13 条 2 項の順に、それぞれの再送信の同意制度の趣旨を探ることとする。なお、本研究でもすでに何度か言及したとおり、基本的な問題意識は本研究のそれと異なるが、再送信同意制度の意義の考察については、すでに、塩野宏教授が詳細な論考「有線テレビ放送をめぐる法技術—有線テレビジョン放送法の問題点—」⁸⁷⁹および「再送信の同意権と著作隣接権—放送事業者の権利の一側面—」⁸⁸⁰を著されているところである。本研究が、これら先行業績に多くを負っていることはいうまでもない。

（２）旧放送法 6 条の再送信の同意制度の趣旨

旧放送法 6 条に定められた再送信同意制度の原型は、放送法制定に先立って昭和 22 年に作成された放送事業法案の総則の規定に求め得る。そこでは、「放送事業者は、他の放送事業者の放送を、その者の許可を得ないで中継放送し、又は、録音その他の方法により、再生放送をしてはならないこととする」と定められていた⁸⁸¹。しかし、この定め趣旨を明らかにする資料は見当たらない。

これに対し旧放送法 6 条をめぐっては、法案審議の過程で若干の議論が認められる。

すなわち、昭和 25 年 3 月 8 日開催の衆議院電気通信委員会において、中村純一委員が、再送信同意の対象放送が生の中継放送に限定されるのかあるいは録音後の再放送をも含むのかについて質したのに対し、綱島政府委員が、「第六條にいいますところの、放送を受信して再放送するという意味につきまして、私どもは、これは直接受信したものをただちに送信機に入れまして、電波として出すという場合はもちろんでございますが、それを受信したものを録音いたしまして、少し時間をずらして再放送するということも含まれるものと解釈しておる次第であります」と答弁したところ、さらに中村委員は、再送信同意制度と著作権との関係について、こう質問している。

「そういたしますといずれの場合におきましても、著作権の問題が関連をして来ると思うのでありますが、この著作権の問題の処理につきましては、この放送法案に何らの規定が現われていないのでありますが、それは放送法案によって規律するものではなくして、著作権法の條項に基いて、かつ当事者間の契約に基いて、その面においてこの問題は解決せられるものである。しかるがゆえにこの放送法案においては、直接その点については触れておらないのであると私どもは考えておるのでありますが、政府ははたしてさような見解であるかどうか。その点を承りたいのであります。」⁸⁸²

これに対し政府委員は、「私どもはまったくただいまの御説と同じ考えを持っておりまして、特に放送法案にそれを書かなかつた次第でございます」と述べている⁸⁸³。

⁸⁷⁹ 塩野宏『放送法制の課題』（有斐閣、1989 年）151 頁・175 頁所収（初出「新聞研究」254 号（1972 年））。

⁸⁸⁰ 塩野宏『放送法制の課題』（有斐閣、1989 年）187 頁・212 頁所収（初出「著作権シリーズ」57 号（1979 年））。

⁸⁸¹ 荘宏、松田英一、村井修一『電波法放送法電波監理委員会設置法詳解』（1950 年）23 頁。

⁸⁸² 第 7 回国会衆議院電気通信委員会議事録第 9 号 3 頁。

⁸⁸³ 第 7 回国会衆議院電気通信委員会議事録第 9 号 4 頁。

ここでは、再送信同意制度の立法趣旨が正面から議論されるわけではない。しかし、重要なことは、再送信同意と著作権処理との関係を明らかにしようとの問題意識を背景とする論議において、両者の保護法益の相違を意識する議論が認められないこと、換言すれば、再送信同意制度と著作権とが保護法益を共通にする制度であるとの認識に立って議論が行われているように窺われることである。

（３）有規法 5 条の再送信の同意制度の趣旨

再送信同意制度の保護法益が著作権の保護法益と異ならないとの認識は、有線放送設備による放送再送信の規律を目指した⁸⁸⁴有規法 5 条の同制度の立法審議において、より明確に認めることができるように思われる。

すなわち、昭和 26 年 3 月 26 日開催の参議院電気通信委員会において、鈴木恭一委員が、有規法の再送信同意制度の趣旨を「著作権の保護の規定ばかりでなく、その編集が再放送の際に歪曲されるということに対する保護」と解してよいか否かにつき質したのに対して、法案提案者（衆議院電気通信委員会）として高塩三郎衆議院議員は、「第五條の再送信の同意に関する規定で、NHK をも含めた無線放送事業者の同意を要することといたしましたのは、中継、特に録音中継の場合における放送著作権の保護と、いわゆるこまぎれ放送による権利の侵害を防止するためであります」と答えている⁸⁸⁵。

また、山田節男委員が、とりわけ民間放送事業者の利害との関係での再送信同意制度の必要性を質したのに対して、吉田弘苗衆議院専門員は、つぎのように答弁するのである。

「お説のように再送信の同意につきましては、民間放送業者は恐らく中継したいことを歓迎するのであつて、同意を拒むことはなかろうと思います。尤も同意などは必要がない場合が多いと思うのですが、一つには放送著作権の規定がございまして、その関係から放送法にも、御承知のあらゆる民間放送を含めました放送事業者につきまして、再送信の同意を得なければならないという規定がございまして、それと同様の趣旨にいたしました。さような事例が生ずるか、生じないかは存じませんが、例えば有線放送を行いますものが、民間放送のプログラムのエンターテインメントなところばかりをとりまして、広告というような部面はカットするというようなことをやる虞れもある、なきにしもあらずと思います。そういうことがたび重なれば、恐らく民間放送も同意を拒むということもやはり絶無とは言えないと存するのでありまして、要は放送法と同趣旨によりまして著作権の保護、放送著作権の保護のために、かような規定をNHK及び民間放送の相互に通じまして設けた次第であります。」⁸⁸⁶

以上の論議に照らすならば、有規法の再送信同意制度の保護法益は放送に関する著作権のそれと矛盾しないどころかそれと共通し得ること、さらには、放送に関する著作権保護の趣旨を有規法制内部においても重ねて実現することが、再送信同意制度の

⁸⁸⁴ 橘照雄「有線放送業務の運用の規正に関する法律の解説」電波時報 6 巻 5 号（1951 年）15 頁。

⁸⁸⁵ 第 10 回国会参議院電気通信委員会会議録 11 号 1-2 頁。

⁸⁸⁶ 第 10 回国会参議院電気通信委員会会議録第 11 号 5 頁。

創設の目的とも解されたこと、そして、これらの制度趣旨は、旧放送法 6 条の再送信同意制度の趣旨と一致しているとの理解が示されていたことが明らかになる⁸⁸⁷。

（４）有テレ法 13 条 2 項の再送信の同意制度の趣旨

昭和 44 年からその立法論議を開始した有テレ法が成立をみたのは昭和 47 年のことである。これは、現行著作権法が放送事業者の「著作隣接権」を制度内に抱えて立法された昭和 45 年より後のことである。したがって、有テレ法 13 条 2 項の再送信同意制度の立法論議では、放送事業者の「著作隣接権」の存在が意識されることになる。そして、そのような意識のもとでの立法論議にも、同制度と「著作隣接権」との保護法益の共通性に関する議論を見出すことができる。

まずは、昭和 47 年 6 月 6 日開催の参議院通信委員会の議論である。そこで、有テレ法の再送信同意制度の趣旨を、著作権法による私益保護と放送秩序維持との関係でいかに解するべきかを質す西村尚治委員に対して、藤木栄政府委員は、こう答弁している。

「この同意の条項でございますが、これは現在の放送法にもそういったことがございますし、現在、有線放送業務の運用の規正に関する法律という現行法にも同意の条項がございます。まあ今回も、それと同じ同意の条項を入れたわけでございますが、それにつきましては、おっしゃいますように、著作権と、まあ放送の場合ですと、隣接著作権といいますが、そういったものに関係するわけでございます。それが主体でございますが、実際個々の場合になりますと、いろいろおっしゃいましたような放送秩序の問題もございますので、まあそういったことも含めて私どもとしては考えておるわけでございます。」

888

すなわち、有テレ法の再送信同意制度は、放送法および有線法上の同制度と同様に、著作権法上の放送保護制度とその趣旨を共通させると同時に、加えて、放送秩序の維持をも趣旨とするとの理解が示されるのである。

つぎは、昭和 47 年 6 月 12 日開催の参議院通信委員会の議論である。そこで、放送の再放送に関する著作権制度と有テレ法の再送信同意制度との関係をめぐる議論として、鈴木強委員は、「再送信をやるということは、放送事業者の、著作権なりあるいは隣接権によって内諾を得なければ、同意を得なければ、原則的にできないわけだから、第二項にあるように」⁸⁸⁹と述べている。ここでは、再送信同意制度の意義が著作権法上の放送事業者の保護制度と重ねることにより理解されている。

ついで、衆議院において昭和 47 年 5 月 18 日に開催された通信委員会である。そこで、再送信同意を放送事業者の対価請求権限との関係でいかに理解すべきかを質されたのに対し、藤木栄政府委員は、こう述べている。

⁸⁸⁷ 塩野・前掲書「有線テレビ放送をめぐる法技術—有線テレビジョン放送法の問題点—」192 頁でも、有線法 5 条の立法趣旨は放送事業者の利益保護に傾いている旨の理解が示されている。

⁸⁸⁸ 第 68 回国会参議院通信委員会会議録 19 号 4 頁。

⁸⁸⁹ 第 68 回国会参議院通信委員会会議録 21 号 30 頁。

「現在、著作権法というものができておりますので、前とはちょっと違うわけですが、そもそも、放送を出すという放送事業者にとりましての権利があるわけですので、そういった点を私どもとしては尊重して、かつてにやって商売をしたのじゃいけないという意味で同意ということ掲げたわけでございます。」⁸⁹⁰

すなわち、ここでは、再送信同意制度の必要性の根拠として、著作権法上の放送事業者の権利ないし利益を位置づけるかのような認識が示されているように思われる。

さらに、昭和 47 年 5 月 23 日開催の衆議院通信委員会における議論である。そこで、水野清委員は、つぎのように述べている。

「民放会社がその番組について隣接著作権というものを御主張なさることも非常によくわかりますが、…」 「現在かかっております法案には、放送事業者、いわゆる民放会社の立場を理解をしまして、放送事業者の同意を得なければいけないというふうになっておりますが、私は、本来は、放送事業者もお金をかけて番組をおつくりになるのですから、そのお立場もよくわかりますが、…」 「東京のテレビは、少なくともキー局のテレビは全部放送しなければいかぬと思っている。」⁸⁹¹

すなわち、ここには、有テレ法の定める再送信同意制度が、放送事業者の「著作隣接権」と制度趣旨を共通にするとの理解どころか、後者の「著作隣接権」の存在を前者の制度創設の基礎とし得るかのような理解さえ読み取ることができるのである。

以上の論議に照らすならば、有テレ法の再送信同意制度は、放送法および有規法の同制度と同様に、著作権法で実現された放送事業者の私益保護の制度趣旨と共通する趣旨を有すること、そして、これに加え、放送秩序の維持をもその制度趣旨に含み得ることが、明らかになるのである。

そして、このような理解は、単にその立法時にのみ妥当したものではなく、今日もなお生きた考え方ともいい得るように思われる。

すなわち、平成 20 年 3 月に公表された総務省・有線放送による放送の再送信に関する研究会の最終報告書⁸⁹²によれば、有テレ法の再送信同意制度の趣旨が、放送番組の同一性なり放送事業者のチャンネルイメージといった「番組編集上の意図」として表現され得る放送事業者の私益の保護との関係で、理解されているのである⁸⁹³。放送の「著作隣接権」の保護対象が「番組編成行為の創作的要素」であることは、本研究がしばしば指摘してきたところである。有テレ法の再送信同意制度の保護法益がこれと実質的に重なることは、上記報告書の理解からも容易に読み取ることができるように思われる。

（５）放送法による放送事業者の私益保護の可能性

⁸⁹⁰ 第 68 回国会衆議院通信委員会会議録 16 号 8 頁。

⁸⁹¹ 第 68 回国会衆議院通信委員会会議録 17 号 9 頁。

⁸⁹² 総務省「有線放送による放送の再送信に関する研究会最終とりまとめ」（平成 20 年 3 月）。

⁸⁹³ 総務省・前掲書 22 頁。

以上のとおり、旧放送法 6 条、有規法 5 条および有テレ法 13 条 2 項が定めた再送信の同意制度の趣旨を検討するならば、同制度の立法趣旨は、放送事業者の私益保護の目的と矛盾を生じさせないこと、すなわち、放送法制が従来から定めてきた再送信の同意制度は、放送事業者の私益保護を受け入れ得る制度であることが、明らかになるように思われる。そして、新放送法がその 11 条に引き継いだのは、これらの従来の再送信の同意制度に他ならないのであるから、上記の理解は、新放送法との関係でも、そのまま妥当するものと考えて差し支えないであろう。

そうとすれば、こうした再送信の同意制度を理論的な矛盾を生じさせることなくその法体系内に維持し得る放送法にとっては、著作権法に実現される放送事業者の私益保護制度を自己の法体系内に受け入れることも、理論的な障害にはならないものと解することが可能であろう。

ところで、このような放送事業者の私益保護と放送法制との親和性は、放送法が他に定める有料放送の保護制度からも、よく知り得るところである。

すなわち、旧放送法 52 条の 5 は、「何人も、認可契約約款等に基づき、有料放送事業者とその有料放送の役務の提供を受ける契約をしなければ、国内において当該有料放送を受信することのできる受信設備により当該有料放送を受信してはならない」と定め、契約を介しない無断の無線有料放送の視聴行為を違法化し、また、新放送法 157 条は、「何人も、有料放送事業者とその有料放送の役務の提供を受ける契約をしなければ、国内において当該有料放送を受信することのできる受信設備により当該有料放送を受信してはならない」と定め、有線放送をも包摂した有料放送の無断視聴行為について、その違法性を明確にした。

これらは、たとえば、視聴制御に関する技術的な手段を回避した有料放送の視聴行為を民事的規制の対象とすることで、有料放送の対価取得の現実的機会の確保を意図する制度といえる。放送法が、放送事業者の私益保護に直結する制度をその体系内に備え得ることは、ここからも知り得るのである。

第 2 項 放送法による代替的保護の妥当性

以上の考察のとおり、放送法の枠組みでの放送事業者の「著作隣接権」の代替的保護は、放送法の法体系に矛盾を生じさせないことが明らかになった。では、このような、いわば消極的な理由にとどまらず、そうした代替的保護をより積極的に支持する理由は見出し得ないであろうか。これについて若干の吟味を試みるのが、ここでの課題である。

そこでまず指摘されるべきは、放送の公益性である。

放送の公益性は、その電波の波及範囲の広域性に照らしただけでも、改めて詳細な指摘を要しないであろう。たとえば、先の放送法改正の諮問に応じた情報通信審議会の答申にも、放送が、その教養、教育、報道、娯楽および広告媒体等の諸機能と相ま

って、民主主義の健全な発達、情報共有の促進、教養・教育水準の向上、娯楽の提供あるいは専門情報の提供等の役割を果たすべき旨が、説かれる⁸⁹⁴。現実に行われている放送の評価は別論としても、放送がこうした公益的役割を果たしていることに異論はないであろう。放送法も、「放送を公共の福祉に適合するように規律し、その健全な発達を図ること」を目的とし（1条）、そのような放送像を前提としている。

そうとするならば、放送事業者の放送に関する私益保護は、放送の公益的観点からの規律を目的とする法制度のなかで、その固有の制約にも服しつつ実現することが、法政策的かつ法技術的にみてより適切であると考えられることもできよう。たとえば、新放送法は、再送信の同意制度の同意取得をめぐる紛争処理との関係で、あっせんおよび仲裁の制度（142条）と総務大臣の裁定制度を（144条）を設けている。こうした制度は、まさに放送事業者の私益保護と放送政策上の公益的規律との調整弁として理解されるのであり、また、公共の福祉への配慮も要請される放送法の枠組みであればこそ実現され得る利害調整の装置と解されるべきであろう。

要するに、放送事業者の私益保護は、放送の公益性に由来する放送行政上の直接の規律を可能とする放送法制内で実現することのほうで、そのような規律の手段を十分に備えない「著作隣接権」制度においてそれを実現するよりも、公益的性質を有する放送に対する一貫した放送政策を実施するうえでも、妥当なものと解されるべきではないかと考えるのである。

つぎに指摘されるべきは、著作権法上の問題である。

周知のように、著作権法はその平成18年の改正で、地上放送のIPマルチキャスト放送による同時再送信の円滑な実施を目的として、実演家とレコード製作者の「著作隣接権」の一部を制限した。その際、IPマルチキャスト放送を有線放送と同列に位置づけたことにより、有線放送事業者と同等にIPマルチキャスト放送事業者をも「著作隣接権」の主体とすべきかの新論点が浮上した⁸⁹⁵。

この問題に関して、現在の放送事業者の「著作隣接権」の枠組みを前提とするならば、必ずや、保護対象としての放送とIPマルチキャスト放送（自動公衆送信）との異同、あるいは、IPマルチキャスト放送事業者を「著作隣接権」の主体とすることの意義なりその前提としての「著作隣接権」制度の体系的意義などが問われよう。しかし、すでに本研究が明らかにしたとおり、そもそも「著作隣接権」概念が著作権概念とは別個に存在すべき意義を理論的には認め難いわが著作権法のもとで、これらの議論をすることは、決して有益かつ生産的な作業とは評価し難いであろう。

それに対して、放送事業者の放送番組であろうとIPマルチキャスト放送事業者のそれであろうと、それらが著作物として評価可能であれば、その著作権保護を認めるこ

⁸⁹⁴ 総務省・情報通信審議会「通信・放送の総合的な法体系の在り方<平成20年諮問第14号>答申」11頁。

⁸⁹⁵ 文化庁・文化審議会著作権分科会（IPマルチキャスト放送及び罰則・取締り関係）報告書
（http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/06083002.htm）。

ととする一方で、放送なり送信といった行為そのものに随伴する私益の保護は、その公益的側面にも留意しつつ放送法制に委ねてその実現をはかることのほうが、一貫した放送政策の実施のみならず、創作保護法としての著作権法のアイデンティティの確保を図る上でも、妥当というべきであろう。

このような意味においても、放送事業者の私益保護は、放送法の枠組みにおけるその実現を目指すべきものと考えられる。

ところで、放送「著作隣接権」の放送法による代替的保護の妥当性を論じる場合、両法体系のもとでの保護主体（放送事業者）と保護場面との相違が問題となり得るかもしれない。

「著作隣接権」の保護主体となる放送事業者とは、「放送を業として行う者」と定義されるに過ぎない（著作権法 2 条 1 項 9 号）。これに対し、放送法上の「放送事業者」とは、電波法上の放送業務に関する総務大臣の認定取得者（放送法 2 条 21 号）、電波法上の放送局の免許取得者（同条 22 号）（以上、基幹放送事業者：同条 23 号）、一般放送業務に関する総務大臣の登録受けた者やその届出を行った者（以上、一般放送事業：同条 25 号）と定義される（同条 26 号）。少なくとも、「著作隣接権」に関する放送事業者は、電波法による免許取得は前提としないから、放送法上の放送事業者より広い概念である。放送法が放送事業者の私益保護を可能としても、放送法上の保護主体の範囲を前提とする場合には、「著作隣接権」の保護主体との広狭の相違により、「著作隣接権」保護の代替性も不十分となりかねない。

しかしこの点は、以下に述べるとおり、本研究が放送「著作隣接権」の放送法による代替的保護を検討することの妨げにはならないと考える。

これまでの研究の経緯からも自明なとおり、本研究が放送法による代替的保護を検討する動機の第一は、著作権概念の存在に照らした、著作権法体系上の「著作隣接権」に固有の理論的な存在意義の欠如である（第 4 部第 4 章第 1 節第 4 項）。この点は放送「著作隣接権」に限定された観点ではないが、代替保護可能性の検討動機の基礎をなしている。そして検討動機の第二は、放送の音声・影像の著作権保護の可能性に照らした、放送「著作隣接権」の実践的な存在意義に対する疑問である（前節第 4 項）。つまり、著作権保護との重複関係による放送「著作隣接権」の実践的な存在意義の限定性・例外性が、その理論的な存在意義の欠如と相俟って、本研究に放送法による代替保護可能性の検討を促したのである。

すなわち本研究は、著作権法上、その理論的な存在意義に加え実践的な存在意義にも一般性を欠くものと解される放送「著作隣接権」を、そのまま著作権法内に留め置くことには、著作権法の創作保護法としてのアイデンティティの確保の観点からも疑問が見出されることから、その放送法による代替保護の可能性を検討しようとしたものである。したがって、その検討動機は、放送法と放送「著作隣接権」との双方の保護主体の整合関係にあるわけではない。

そもそも本研究の考察で示したとおり、放送「著作隣接権」の保護主体はその多くが著作権の重複保護を受け得るのであり、一方で、放送「著作隣接権」の固有の実践的意義を認め得るのは、限定的・例外的なケースあるいは「著作隣接権」の制度趣旨との整合性がむしろ疑われるケースであった（前節第4項）。

すると、「著作隣接権」の代替的保護の検討と実質的な関係を持つのは、こうした限定・例外的あるいはその制度趣旨との整合性の疑われる放送類型における保護主体に過ぎず、放送「著作隣接権」の保護主体たる放送事業者一般、すなわち、その多くが著作権の重複保護を受け得る放送事業者一般とは解し難いのである。

つまり、本研究で試みられた代替的保護の検討の射程は、実質的には、「著作隣接権」の保護主体たる放送事業者一般に及ぶものではないのである。代替的保護によって放送法にのみその保護手段を求めることとなるべき放送事業者は、「著作隣接権」の保護主体のごく限定・例外的な放送事業者に過ぎないのである。したがって、保護主体の広狭に関する法律概念上の形式的な相違は、放送法による代替的保護の検討を実質的には妨げないであろう。

いずれにせよ、実際の問題として、放送「著作隣接権」保護に代替する放送法のあり方を検討する場合には、必要に応じて、個々の代替すべき保護法益ごとにその受益者の範囲（保護主体の範囲）なり受益場面（規制の対象となる相手方の範囲）を検討することになるだろう。

第4節 結論と残された課題

本章では、わが国の「著作隣接権」概念の意義の探究という本研究に一貫した基本的な問題意識のもと、理論的な観点からは同概念の固有の存在意義を現行法内に認め難いとの研究成果を踏まえ、実践的な意義探究の観点から、とりわけ放送事業者の「著作隣接権」について、放送法に規定された再送信の同意制度に着目し、その放送法による代替的保護の可能性を考察した。

その考察の成果を要約するならば、つぎのとおりである。すなわち一、

放送番組の集合物である番組編成なり個別の放送番組に関する「著作物」（編集著作物なり映像著作物）としての評価の可能性、それに、現実の放送番組の制作・放送の実態を背景とするキー局とローカル局との間の利害の補完関係を考慮するならば、放送事業者の「著作隣接権」がその現実的な存在意義を有するのは、ある特定の放送場面に限定され得る。したがって、放送事業者の「著作隣接権」は、放送一般を一律に保護対象とする存在形式にもかかわらず、その実践的な存在意義において、疑問を抱えている（以上、本章第2節）。そして、本研究でこれまでに解明してきた理論的存在意義の観点に加え、上記の実践的な存在意義の観点においても、疑問を抱えた放送事業者の「著作隣接権」について、その放送法による代替的保護の可能性を検討するならば、再送信同意制度の立法趣旨に照らし、放送法と放送事業者の私益保護との

間に体系的な矛盾は存在しないのであるから、その可能性は肯定的に承認し得る。さらに、放送事業者の「著作隣接権」の放送法による代替的保護という発想は、放送の公益性に由来する規律を放送法により直接的かつ一貫性のもとに実現するとの観点から、また、放送・送信といった行為に随伴する私益保護はこれを放送法に委ね、創作保護法たる著作権法のアイデンティティを確保するとの観点から、その妥当性が支持され得る（以上、本章第3節）。

このような成果を踏まえて、本節の結論を示すならば、つぎのようにいえよう。

すなわち、現行著作権法における放送事業者の「著作隣接権」については、とりわけ、その実践的な存在意義がなお残存し得る限定的な放送類型の保護の維持を考慮するのであれば、放送法内部での放送事業者の私益保護の実現によるその代替を目指すことが、著作権法の体系論の理論的観点（「著作隣接権」概念の固有の存在意義の欠如）から、放送事業者の「著作隣接権」の実践的な存在意義の観点（著作権との重複関係による放送一般に関する「著作隣接権」の実践的な存在意義の疑問）から、そして、放送という特殊な保護対象に対する公益的配慮を可能とする放送法制の意義の観点からも、支持されるべきであるということになる。

もっとも、この代替的保護を立法論として実現に移すうえでは、前記に指摘した保護主体の範囲のほか、放送法内部での放送事業者に付与され得る救済の種類にも、さらに目配せが必要とされよう。たとえば、「著作隣接権」の侵害行為に対する差止請求権（著作権法112条）なり刑事的救済（同119条）が、放送事業者が同時に有する著作権の侵害効果として確保される同様の救済に加え、放送法のもとでも確保されるべきかが問題となり得よう。こうした問題は今後の検討課題となる。

結び

わが国の現行著作権法上の主要な財産権の概念として、著作権の概念とともにそれを支えるのが「著作隣接権」の概念である。この「著作隣接権」概念は、昭和 45 年（1970 年）の現行法の立法時に、旧法を引き継ぐ著作権概念とは別に、新たに導入された権利概念である。しかしながら、このような新たに導入された概念であるにもかかわらず、「著作隣接権」概念の体系的な存在意義、すなわち、著作権概念とは別個の概念として何故にその存在が要されるのかという理由について、今日においても、依然として明瞭な説明が得られているわけではない。

このような問題意識を出発点として、わが国の「著作隣接権」概念の意義を、ドイツ法理論に生成と確定をみたドイツ著作隣接権概念の意義を特定したうえで、それとの比較検討の手法により解明に努めようとするのが、本研究の主たる課題であった。

この研究から得られた主要な成果を、あらためて、ごく圧縮したかたちでまとめるならば、つぎのとおりである。

①ドイツの著作隣接権概念とは、著作権保護対象の創作性の程度に関する価値的基準論および著作権帰属主体に関する創作者主義という著作権概念の理論的原則を維持することにより、著作権概念の体系的意味の希釈化を避けるために、著作権法の体系内において、著作権概念に代わり、価値的基準を満たし得ない創作的成果物の保護（生成意義）および創作者主義の原則と整合し得ない投資主体たる事業者の保護（＝創作的要素と接点を有しない投資利益の保護）（発展的意義）を実現するという、複合的な意義を備えた技術的な概念であった。

②1961 年のローマ条約はわが国の「著作隣接権」制度のパイロット条約と称されることがあるけれども、条約の成立に至る沿革・議論のうちに統一的な著作隣接権概念が確立された事実は認め難く、条約の実体的内容に照らしても、その自らの規定のうちに著作隣接権概念を用いないばかりでなく、その規律対象は涉外関係に限定されており、国内法で使用される権利概念の決定のような国内法の規律内容に対する規律意図を、同条約に求めることはできないことから、わが国の「著作隣接権」概念の存在意義についてはもちろん、その意義解明の理論的な手掛かりについても、それらをローマ条約に求めることはできないことが示された。

③ドイツ法研究の知見に基づくならば、わが国の「著作隣接権」概念の存在意義を解明するには、著作隣接権概念の意義を支えた価値的基準論および創作者主義の徹底という著作権概念側の理論的事情に照らした意義（他律的存在理由）の存否を明らかにするとともに、「著作隣接権」の制度趣旨（自律的存在理由）に照らしたその権利機能に著作権概念によっては実現し難い内容を見出し得るかを明らかにする必要があったところ、わが国の「著作隣接権」概念には、この他律的存在理由と自律的存在理由のいずれも理論的には認め難いものというべきであり、したがって、

わが国の「著作隣接権」概念には、その体系的な存在意義、すなわち著作権概念とは別個の権利概念として存在すべき理由は、理論的にはこれを認め難いというべきことが示された。

以上のような研究成果に基づき、さらに本研究は、理論的な存在意義は認め難くとも、現に「著作隣接権」概念が著作権法上の明文の権利概念として存在し得ている理由を、法社会学の知見を借りることにより、日本人に固有の伝統的な法意識なり法概念の捉え方に求めようとする試みを行い、また、米国著作権法の著作権概念の実践的機能との比較を通じて、わが国の「著作隣接権」概念の保護機能が著作権概念によって代替される理論的な可能性を間接的に実証するとともに、改めて「著作隣接権」概念の実践的な存在意義を、米国の著作権概念との保護機能における実質的な同等性を通じて明確にし、「著作隣接権」概念に関する実践的な解釈論を、実演、レコードおよび放送の主要な権利客体との関係で、その具体化に努めたのである。

本研究は、著作権法体系内で、解釈論のいわば主戦場ともいえるべき著作権概念の陰で、必ずしも目立つ存在とはいえない「著作隣接権」概念に着目し、その意義解明に努めるものであった。ところが、その意義解明という研究目的を達するうえで不可欠であったのは、図らずも、ほかならぬ著作権概念の理論的な理解であったのである。ドイツ比較法研究の成果に示されたとおり、著作隣接権概念の体系的意義は、「著作権保護対象に関する価値的基準論」および「著作権保護主体に関する創作者主義」という、いずれも著作権概念側の理論的事情が、それを規定したのである。

つまり、わが国の「著作隣接権」概念の理論的な意義を知る作業は、著作権概念の理論的な意義を知る作業であったといい換えることもできるのである。「著作隣接権」概念が決して著作権概念と独立した権利概念ではなく、あくまで著作権概念の理論的特色によって規定されるその「関係概念」であることを、改めてわれわれに教えるのが本研究であった。

他方で、著作隣接権概念が、このように、著作権概念の「関係概念」として後者の理論的事情によって規定されることは、著作隣接権概念のアイデンティティは必ずしも確定的ないし固定的なものではないことを意味しよう。著作権概念を規定する理論的な事情も、決して固定的かつ不動のものであるとはかぎらないからである。

仮にドイツ著作権概念の理論的事情として、著作隣接権概念が理論的に確立された時期の解釈状況とは異なり、著作権概念の競争法的・投資保護法的な変容を受け、もはや保護対象に関する価値的基準論の妥当する余地が失われているとするならば、著作隣接権概念の意義を一方で支えたその「生成意義」も失われることになろう。欧州指令の展開を受けた著作権保護基準の変容に、現にそのような理論的兆候を認め得ることも本研究に指摘したところである。

今後のドイツ著作隣接権概念の理論的な展開は、著作権概念の意義の現代的な展開とともに、注目されるところである。

また、本研究を通じて得られたわが国の「著作隣接権」概念に関する知見は、わが著作権法の国際的な位置づけに関してこれまで説かれてきた一般的な認識にも、一定の修正を求めることになるだろうと思われる。

著作権法の基本的な思想をめぐって、いわゆる大陸法系諸国のオーサースライト (author's right) アプローチと英米法系諸国のコピーライト (copyright) アプローチの相違が指摘され、しかも、その相違の外見的なメルクマールが、ほかならぬ、著作権法体系における著作隣接権概念の有無に求められることがある。

その理由は、著作隣接権概念が著作権概念とともに二元的に著作権法を構成する大陸法系アプローチと、著作権概念のみが一元的に著作権法を構成する英米法系アプローチとの間では、著作隣接権概念の有無が、双方の外見上の顕著な相違点を示すことになるからである。

すると、基本的な思想を異にする大陸法系著作権法と英米法系著作権法とが、著作隣接権概念の有無を相違点として対峙するとすれば、著作隣接権概念が、著作権概念の性質相違から導かれる双方のアプローチの不整合性を吸収していることになるだろう。そして、この見方によれば、著作隣接権概念を持つ国と持たざる国とは著作権法思想を相容れ難く相違させ、他方で、著作隣接権概念を共に備える国は、著作権法の基本的な思想を分かち難く共通させていることになるだろう。

しかしながら、本研究によるドイツ法とわが法との比較にも示されたとおり、たとえ著作隣接権概念が体系内に等しく存在しても、同概念の理論的意義は、個別の体系間でまったく異なるものとなり得るのであるし、著作隣接権概念を等しく体系内に備えることは、著作権法思想とりわけ著作権概念に関する理論的特色が、個別の体系間で等しいことを意味するわけではないのである。

むしろ、やはり本研究で得られた、わが国の「著作隣接権」概念と米国の著作権概念との機能の実質的な同等性の知見に照らすならば、著作隣接権概念を有するわが法とそれを有せざる米国の間に、「著作権法の基本的思想」の相違に足るだけの決定的な相違を指摘し得るかは、必ずしも自明とはいえないと思われるのである。

要するに、著作隣接権概念を備えるという外見的なメルクマールが、一方では、同概念を等しく備える他の法体系との法思想における親和性や、他方では、同概念を有せざる法体系とのその相反性を、いずれも決定づけるものとはいえないといえよう。

すると、「著作隣接権」概念を備え、いわばその「顔つき」において大陸法系アプローチの特色を備えるわが著作権法ではあるが、その基本的な法思想なり著作権概念の理論的な特色を理解するには、そのような大陸法的「顔つき」に無闇に囚われず、「著作隣接権」概念を欠く英米法系アプローチにも関心を払うべきであろう。

「著作隣接権」概念の理論的な存在意義を欠如するものと解さざるを得ないわが著作権法の解釈に際しては、いっそう、そのような解釈態度が要されるように思われる。