

《論説》

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 ——

本 山 雅 弘

- 1 問題の提起
- 2 わが国のレコード保護制度はいったい何を保護しようとしてきたか
- 3 創作的要素を連結点とする考え方とその淵源—わが国の法沿革の理解
- 4 投資保護説と創作行為保護説との混淆はさけるべきである—ドイツ比較法による知見
- 5 わがレコード製作者保護制度をいかに解すべきか
- 6 結語

1 問題の提起

ここに、表題に掲げたレコード製作者の保護のあり方をめぐり、人口に膾炙し得た課題とは言い難いけれども、わが著作権法の体系論の観点からは、軽微ならざる問題を抱えているように思われるところの、相反する解釈論を示すことができる。

一方は、ごく最近に現れた、知財高判平成26・4・18「MIKI」事件にみる解釈である。そこでは、レコード製作者の著作隣接権の帰属をめぐる実演家とレコード会社との間の争いに関し、東京地判平成19・1・19判時2003号111頁「The Boom」事件（実演家所属の音楽事務所とレコード会社との間で、著作隣接権の一部につき帰属が争われた）を先例として引用しつつ、つぎのように判示されている。

「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うべきである…。(下線強調は筆者)」

レコード製作者とは、レコードに関する著作隣接権の原始的な帰属主体である。これを、上記判旨は、音の固定行為の実施者ではなく原盤制作の費用負担者であるという(以下、便宜的に、「費用負担者説」という)。すなわち、判旨によれば、レコード著作隣接権の原始的帰属は、固定行為ないしその成果物であるレコードの質的評価とは無関係に、もっぱら固定行為を支える費用負担、換言すれば、レコード製作に要される投下資本の所在によって決せられるというのである。

他方で、この費用負担者説とは異なり、従来の見解は、「音の最初の固定行為」が「明白に芸術的想像力を要する」などと説き、レコード固定行為に創作的要素を認め、レコード製作者をそうした創作的な固定行為をなし得る固定実施者と解してきた⁽¹⁾(以下、便宜的に「固定行為者説」という)。そして、この固定行為者説は、東京高裁の裁判例の見解としても認め得る。すなわち、上記「MIKI」事件が依拠する「The Boom」事件の4年余りに現れた東京高判平成14・10・17「輸入レコード」事件では、現行法の「レコード製作者」の解釈を前提としつつ、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、つぎのように判示されていた。

「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(レプレッサー)』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）」

ここで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、その解釈の出発点は、現行法のレコード製作者（2条1項6号）の概念、つまり「MIKI」事件が取り組んだのと同様の、「レコードに固定されている音を最初に固定した者」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、創作的な価値を備える音の固定行為の実施者である。そこに説かれたのは、固定行為者説にほかならない。

もっとも、固定行為者説の立場からは、レコード著作隣接権の帰属主体の解釈として、「著作者」に関する職務著作制度（15条）の類推により、いわば「職務レコード」を認め、レコード製作者を固定行為者とは異なるレコード会社等とする見解も説かれるところである。しかし、このような見解（当該見解が説く「類推」を認め得るかどうかの問題を留保しなければならないが）と、「MIKI」事件が示した費用負担者説⁽²⁾とは、法解釈論として、つぎの2点において決定的な相違点を有しているとみるべきである。

まず1点目は、例外論と原則論の相違である。固定行為者説における「職務レコード」論は、2条1項6号の固定行為者としての「レコード製作者」の原則に対し、あくまでその例外論の可能性を、15条の「類推」によって示唆するものにすぎない。「類推」とは、いうまでもなく、本来必要とされるべき規定の欠缺を前提として、当該欠缺を補充する解釈採作である。これに対し、「MIKI」事件の費用負担者説は、「レコード製作者」の明文規定それ自体について、その原則的解釈を示すものである。双方は、解釈の方法論においても明白に異なる。

相違の2点目は、事例解釈と法理解釈の相違である。固定行為者説が説く「職務レコード」論は、ある特定の主体、つまり実際の固定行為を行わないレコード会社を、規範的に「レコード製作者」とみることを相当とするひとつの事例を示す解釈にすぎない。これに対し、費用負担者説は、2条1項6

号という規範の本来の意味に関して、その法理を示した解釈にほかならない。双方は、解釈論の射程においても明白に異なる。

要するに、「MIKI」事件が示した費用負担者説と従来の見解と解される固定行為者説との間には、レコード著作隣接権の原始的な帰属主体に関する原則それ自体について、相互に両立不可能な解釈論の対立を認めなければならないのである。

ところで、従来の固定行為者説が、レコード著作隣接権の保護法益を自然人たる固定者のみながし得る創作的行為なりレコードの創作的要素と解する創作行為保護説の論理的な帰結であることに照らすならば、「MIKI」事件の費用負担者説は、そのような論理的前提を介さずに、レコード著作隣接権の保護法益を、固定行為なりレコードの創作的要素とは無関係な、レコード製作に伴う投下資本なり営業利益と考える近時の投資保護説と、理論的には無関係ではないのであろう。というのも、レコード著作隣接権の⁽³⁾原則的な帰属主体が、固定行為の質的評価と無関係に費用負担の所在のみを接点として、換言すれば、創作的行為の有無、所在とは無関係に、決定されるとするならば、その権利承認にかかる保護法益も、創作的要素の有無とは無関係な投下資本なり営業利益それ自体であると考えざるをえないからである。

このように、「MIKI」事件が示した費用負担者説は、従来の固定行為者説との間に、単に、レコード著作隣接権の帰属主体をめぐる解釈のみならず、レコード著作隣接権の保護法益なり保護趣旨、さらには、その保護法益の演繹によって保護対象である「レコード」（2条1項5号）の意味が定まるとするならば、その保護対象の理解なり解釈にまでもおよび得る、両立不可能な理論的対立をもたらすことになる。

しかもこの対立状況は、「MIKI」事件に至り、より先鋭化したということが出来る。というのも、「MIKI」事件の判旨が依拠した平成19年の「The Boom」事件は、その紛争の主戦場を、実は、レコード著作隣接権の原始的な帰属問題ではなく、著作隣接権の「権利譲渡」の文言に関する契約解釈に置くものであった。それゆえ、同事件を参照する教科書も、それを権利の譲

渡契約の解釈に関する先例として扱うにとどめるものが多かった⁽⁴⁾。しかし、知財高裁「MIKI」事件は、まさにその主戦場を、権利の原始的な帰属主体の確認それ自体とする事案であった。そのような意味において、固定行為者説と費用負担者説との対立は、今日に至り、レコード著作隣接権の原始的な帰属の原則的ルールに関し、実質的意味を持ち、より先鋭化し始めたといえることができる。

そこで本稿は、このようなレコード著作隣接権の根本的理解に関する課題を採りあげ、主として、「MIKI」事件の判旨つまり費用負担者説への批判的立場から、まず、わが国のレコード保護制度の立法趣旨を確認し（2）、同制度がその沿革に照らして、旧著作権法の時代より、著作権法との連結点をたえず権利客体における創作的要素に求めてきたことを解明し（3）、つぎに、そのような沿革の特色が固定行為者説を体系的にも支持する論拠となり得ることを、わが国と対照的な沿革をもつドイツのレコード著作隣接権との比較で考え（4）、最後に、固定行為者説のもとで構成されるべき解釈論とはどのようなものとなり得るか、換言すれば、レコード固定行為なりレコードにおける創作的要素の実体とはどのようなものであると解すべきかについて、若干の考察を試みたい（5）。

2 わが国のレコード保護制度はいったい何を保護しようとしてきたか

(1) 昭和9年改正による旧法22条ノ7の制度趣旨

レコード保護制度がわが国の著作権法にはじめて明文化されたのは、旧法の昭和9年改正である。すなわち、旧法22条ノ7に、「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者ト看做シ其ノ機器ニ付テノミ著作権ヲ有ス」なる規定が新設され、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」すなわちレコードにつき、その著作者として著作権の保護を受け得た。

ではこの旧法22条ノ7の制度趣旨はいかなるものであったと解すべきか。

まず、昭和9年改正直後に著わされたその立案者の解説をみよう。そこでは、新たなレコード保護制度の実務上の効果として期待されるところが、レコード会社の保護であることに言及されながらも、保護対象たるレコードの意味については、つぎのように説明される。

「又凡そ著作権の保護を受くる著作物たるには、文藝、學術又は美術の範囲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。(下線強調は筆者)⁽⁶⁾」

すなわち、わが国最初の明文によるレコード保護制度は、その実務上の効果として、レコード会社すなわちレコード製作の費用負担者の保護が期待され得るとしても、その制度を著作権法上に基礎づける論拠は、あくまでもレコードにおける創作的要素に置かれている。新たに著作権の独立の保護対象となるレコードは、他の著作物と同様に、その製作行為、すなわち「其の印刻の過程における操作」が備える、質的評価、すなわち「美術的と認められるもの」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解説にもよく示されている。

「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へ、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。(下線強調は筆者)⁽⁷⁾」

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趣旨とすることが、文字通りに語られている。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」というのである。

この解説文にしても、上記引用部分に続き、「此の著作権を取得する者は『レコード』作成者即主として蓄音機会社であって…⁽⁸⁾」と述べ、レコード会社の保護という実務上の効果に期待を示す部分がある。しかし、保護法益なり保護の論拠は、あくまでもレコード製作行為における創作的行為にほかならない。したがって、「寫調其のものに依り新に著作物が製作せらるゝのであるから、寫調者のみに著作権を生ぜしむるが當然⁽⁹⁾」とされ、当該創作行為（レコードの寫調）をなし得る自然人のみに著作権が発生することが説かれている。このレコード保護制度の直接的な保護趣旨を、レコード製作の費用負担者の保護と見ることは、いささか困難といえる。

（2）現行法による著作隣接権の制度趣旨

このように旧法22条ノ7の保護対象はレコードの音における創作的要素であった。しかし、この保護対象の理解に際しては、旧法のレコード保護制度が「著作権」の概念のもとに構成されていた点も看過すべきではないであろう。これに対し現行法は、旧法のレコード保護制度を、新たに「著作隣接権」の枠組みのうちに引き継ぎ、著作隣接権を定めた第4章に、「レコード製作者の権利」（第3節）を定めている。それでは現行法の立法者が、敢えて権利概念を変更し、その著作隣接権なる新たな権利概念のもとで保護しようとしたのは、いったいレコードという客体の何であったのか。そこには、権利概念のみならず保護対象の変更も意図されていたのであろうか。

周知のとおり、現行著作権法の制定を準備した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。昭和41（1966）年4月に文部大臣に提出された著作権法制度審議会答申および同審議会第5小委員会審議結果報告は、現行の著作隣接権制度の創設の基礎をな

すものといえる。

その後者の第5小委員会審議結果報告は、著作隣接権制度の基本的理念について、つぎのように説いている。すなわち、著作隣接権を保護する趣旨は、「著作物を公衆に伝達する媒体としての実演家、レコード製作者及び放送事業者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步進んだ、無体財産権保護的な保護」を与える点にある⁽¹⁰⁾というのである。

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、今日の著作隣接権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「著作物等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は、放送事業者の放送行為をいかに保護すべきかの問題意識のもとで、「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…。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⁽¹¹⁾」と説いている。上記の審議結果報告が、著作隣接権の保護対象の通有性を「著作物を公衆に伝達する媒体」に求める点には、こうした旧法学説の影響を窺うこともできよう。

しかし、同審議結果報告が、著作隣接権の保護趣旨として、より直接的な根拠を与えているのは、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「無体財産権保護的」な観点から、上記三者の行為をいずれも保護対象とする著作隣接権が承認され得るというのである。同審議結果報告のそのような読み方に格段の障害はないはずである。

このように、著作隣接権の立法背景の考え方としては、保護対象の伝達行為という通有性それ自体が制度承認の契機となったというよりも、当該伝達

行為がいずれも創作的要素ないし知的価値をも含むことを論拠として、その保護対象としての正当性なり重要性が、明瞭に説かれていた。現行法の立案者の手になる解説においても、このような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が展開されている。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⁽¹²⁾」点に求められる。

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、著作隣接権著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。（下線強調は筆者⁽¹³⁾）」。

この発言は、ほかならぬ、2条1項6号の「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。当時の立法者のこうした明示的な意図にも、レコード保護制度を含めた著作隣接権の保護趣旨を、営利活動それ自体の保護ではなく、「一種の創造的な寄与」の評価に求める態度は明らかといえる。

すなわち、現行法のレコード保護制度に関する立法者意図は、旧法の著作権から現行法の著作隣接権への概念変更にもかかわらず、前項にみた旧法立法者のそれと同様に、レコードの音という無体物に対する質的評価を前提と

した創作的要素の保護にあったと解される。

3 創作的要素を連結点とする考え方とその淵源—わが国の法沿革の理解

ところで、このような、権利客体の創作的要素の所在を前提とするレコード保護制度の構成という考え方は、その実現をみた昭和9年改正に先立って、レコード保護問題にかねてより対峙してきたわが国の法理論に固有の考え方であり、その必然的な帰結であったとも解される。

レコード保護問題は、すでに大正年代初期のわが国に生じていた。その議論の内容を改めて振り返るならば、わが国の法体系が当該問題と向き合いその法的対応の可能性を探るに際して、権利客体の創作的要素を探求するという基本的態度は、すでに当時の司法府と立法府の考え方のなかに、明瞭に読み取ることができるのである。そのことを示すのが、大判大正3・7・4刑録20輯1360頁「桃中軒雲右衛門」事件および大判大正7・9・18民録24輯1710頁「蓄音器音譜無断複製」事件の2件の大審院判例、そして、保護著作物に演奏歌唱（実演）を追加した大正9年の著作権法改正である。

以下に、それぞれの分析をしよう。

(1) 大正3年「桃中軒雲右衛門」事件

まず大正3年の「桃中軒雲右衛門」事件である。この雲右衛門事件の紛争の焦点は、浪曲師桃中軒雲右衛門の演奏に係る浪花節を収録したレコードについて、その無断複製・販売に対するレコード製作出損者の救済の可否であった。まさに、レコード製作費用の保護が、その問題の焦点である。それにもかかわらず、議論の主たる焦点は、レコードなりレコード製作出損者に固有の保護法益の評価ではなく、当該レコードに収録された訴外実演家（雲右衛門）の実演の評価に置かれている。

すなわち大審院は、雲右衛門の実演について、

「浪花節ノ如キ比較的音階曲節ニ乏シキ低級音楽ニ在リテハ演奏者ハ多クハ演

奏ノ都度多少其音階曲節ニ變化ヲ與ヘ…機ニ臨ミ變ニ應シテ瞬間創作ヲ爲スヲ常トシ其旋律ハ常ニ必スシモ一定スルモノニアラスシテスル瞬間創作ニ對シ…著作権ヲ認ムルカ如キハ断シテ著作権法ノ精神ナリトスルヲ得ス」, 「而シテ本件雲右衛門ノ創意ニ係ル浪花節ノ樂曲…ハ瞬間創作ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サレモノニシテ之ヲ目シテ著作権法ニ所謂音樂的著作物ト謂フコトヲ得ス（下線強調は筆者⁽¹⁴⁾）」

などと述べ、その著作権保護の可能性を判決文の大半を充てて考察し否定する。他方、実演の評価とは無関係なレコード製作出捐者に固有の利益については、判旨はわずかに、

「本件ノ如ク他人力出捐ヲ爲シテ蓄音機ノ蠟盤ニ吹込マシメタル樂曲ヲ他ノ蠟盤ニ寫シ取りテ音譜ヲ製造シ利ヲ營ムコトノ正義ノ觀念ニ反スルハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ…之ニ関スル取締法ノ設ケナキ今日ニ在テハ之ヲ不問ニ附スル外他ニ途ナシトス（下線強調は筆者⁽¹⁵⁾）」

と述べ、その保護を否定する。その結論は、著作権法を根拠とするレコード保護の可能性を否定するものである。

ここで改めて問われるのは、判旨が何故に、レコードの保護を議論すべき場面で、製作投資の費用というレコードに固有の経済的属性についてはその保護をあっさり否定する一方で、議論の主題を、レコードそれ自体ではなくその収録対象の実演の評価に置いたのか、という素朴な疑問である。

思うにそれは、判旨が著作権法上の課題としてレコード保護問題を捉える以上、権利客体の創作的要素という連結点はこれを度外視することができず、のちにレコードそれ自体にそれを見出し得た昭和9年改正とは異なり、まずは、「瞬間創作ヲ爲スヲ常ト」する雲右衛門の実演に当該連結点の所在を吟味するほかなかったからであろう。

いずれにせよ、ここで重要なことは、大審院が、ほかならぬレコード保護問題を検討するに際して、敢えて議論の焦点を雲右衛門の実演の評価へと転換することで、問題を著作権法上の課題へと接続することに成功しているということである。つまり、レコード保護問題は、権利客体の創作的要素という理論的な連結点を通じてはじめて、著作権法上の議論対象となり得ていた

のである。これを雲右衛門事件の具体的な事実関係に照らして言い換えるならば、雲右衛門の浪花節の演奏における創作的要素が、レコード製作出捐者の保護の是非を問うレコード保護問題を、著作権法上の解釈論へと接続し得たともいうことができる。

(2) 大正7年「蓄音器音譜無断複製」事件

つぎに大正7年の「蓄音器音譜無断複製」事件である。この蓄音器音譜事件の紛争の焦点も雲右衛門事件と同様にレコードの無断複製・販売に対するその製作出捐者（レコード会社）の救済論であった。しかし、その議論の焦点は、雲右衛門事件と異なり、そもそも著作権保護の是非論にはない。先例である雲右衛門事件が、たとえその収録対象である実演が解釈論上の連結点となり得ても、著作権法によるレコード出捐者の救済が困難であることを示したのであるから、当該先例を踏まえた立論としてはこれが当然ともいえる。

レコード保護問題は、雲右衛門事件を経たことにより、その現実的な救済の手立てを著作権法の中には失ったものといえる。この大正7年の蓄音器音譜事件の法廷論争の焦点は、レコード製作に伴う投下資本なり営業利益という、創作的要素とは無関係な、レコード製作行為それ自体の経済的属性について、その不法行為法による保護の是非を問うことであった。

ところがこの問題に対し、大審院はつぎのように述べて、他者製作レコードの無断複製・販売による不法行為の成立を否定する。

「蓄音器音譜ニ付テ…他人カ創製者ノ承諾ヲ得シテ其音譜ヲ複寫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…権利ヲ侵害スル不法行爲ナリト云フヲ得サル」, 「本件ニ於テ…被告ハ恣ニ原告人ノ製造ニ係ル音譜ヲ複寫シ廉價ヲ以テ之ヲ市場ニ提供シタルカ爲メ原告人ノ製造スル音譜ノ賣行ニ減少ヲ來タシ原告人ハ營業上多大ノ損失ヲ生スルニ至リタリ尤モ原告人ハ右音譜ニ付著作権…ノ如キ権利ヲ有スルモノニ非スト云フニ在レハ…原告人ハ被告人ニ對シテ本件請求ヲ爲スノ権利ヲ有セサル」(下線

強調は筆者⁽¹⁶⁾）。

ここで本稿の問題関心との関係で重要なことは、大審院が、レコード保護問題について、営業利益の保護を一般的に否定したことにより、レコードの保護法益を理論的に基礎づけるに際しては、一般不法行為法の保護法益のうちにそれを見出すことが困難となったということである。

ここに、わが国のレコード保護問題は、もはや創作的要素の連結点に依存しない救済の道を断たれたわけである。すなわち、先の雲右衛門事件と併せて理解するならば、わが国のレコード保護問題は、何らかの権利客体の創作的要素を連結点としてそれを著作権法上の議論対象とするほかに、一般不法行為法を含めて、法的な議論の対象とはなり得ないことになったといえるのである。

（3）大正9年著作権法改正

そして、その唯一残されたレコード保護の可能性を模索したものと解されるのが、大正9年の著作権法改正である。

この大正9年改正は鳩山一郎の立案にかかる議員立法によるものである。その立案の背景にあったのは、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⁽¹⁷⁾」であった。要するに、この大正9年法改正の動機は、これに先行する2件の大審院判例の場合と同様に、レコード無断複製・販売に対するレコード製作出捐者の救済にほかならなかったわけである。

ところが、そこで現に模索された救済制度の具体的な構成は、レコードの属性それ自体に保護法益を見出そうとすることではなく、旧著作権法1条の保護著作物に「演奏歌唱」を追加することであった。これは、前項で考察したとおり、従前の大審院判例が示してきたわが国のレコード保護問題に関する議論枠組みに、正確に則したものであったと解される。

すなわち、レコード保護問題に対する立法的対応として、当該問題を著作権法上の立法課題へと接続するために要されたのは、権利客体の創作的要素

という連結点であったのであり、それは具体的には、雲右衛門事件の場合と同様に、レコード収録対象である「演奏歌唱」の質的評価であった。

改正審議の過程で、立案者である鳩山一郎議員は、「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処ニ規定シ次第デアリマス⁽¹⁸⁾」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フズ、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ルナラバ、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⁽¹⁹⁾」と述べる。いずれの発言も、「演奏歌唱」がその精神性において、他の保護著作物との同質である旨を指摘するものと解される。

この大正9年改正の意義は、大正3年の雲右衛門事件の大審院が司法府の判断として否定した著作権保護対象としての実演の創作的要素を、もっぱら立法府の政治的責任において、それを肯定した点に認め得るといえよう。その点で、この法改正には、雲右衛門事件との不連続性がある。しかし、着眼点をレコード保護問題と著作権法との関係に移せば、大正9年改正と雲右衛門事件判例とは一直線に連続する。つまりレコード保護問題が著作権法領域の立法課題となり得るには、権利客体における創作的要素という連結点が必要であるということである。この連結点を大正9年改正は、大正3年の雲右衛門事件の大審院の判断とは異なり、いわば政治的責任において、レコードに収録された実演について立法的に承認したということである。

(4) レコード保護問題に対するわが国の法沿革

以上の大正3年の雲右衛門事件、大正7年の蓄音器音譜事件そして大正9

年の法改正の考察をまとめるならば、つぎのようにいうことができよう。

要するに、レコード保護問題に対峙してきたわが法理論は、昭和9年の制度明文化の以前より、レコード製作に伴う投資をそれ自体としては著作権法のみならず一般不法行為法の保護法益と認めることをせず（大正3年雲右衛門事件、大正7年蓄音器音譜事件）、他方で、レコード保護を著作権法上の課題として捉えるに際しては、解釈論にせよ（大正3年雲右衛門事件）、立法論にせよ（大正9年著作権法改正）、権利客体の創作的要素を著作権法との理論的な連結点として常に探求してきたのである。

前節で明らかにした、レコードの創作的要素を保護法益とする昭和9年改正の創作行為保護説の考え方は、まさに、こうしたレコード保護問題をめぐるわが国の法沿革なり法伝統と、理論的に符合・整合しているものと解されるのである。

4 投資保護説と創作行為保護説との混淆はさけるべきである—ドイツ比較法による知見

(1) 投資保護説としてのレコード製作者保護論の沿革的背景

ところで、「MIKI」事件の知財高裁の示す費用負担者説なり投資保護説が、上述のような法伝統を背景とするわが国のレコード保護制度の解釈論として妥当でないことは、反対に、明らかな費用負担者説なり投資保護説が妥当するレコード保護制度が、わが国のそれと全く異なる法伝統なり理論的沿革を背景に成立していることを知ることによっても、推論が可能であろう。

われわれは、そのような比較法的知見を、著作隣接権概念の発祥地であるドイツのレコード製作者に関する著作隣接権制度に見出すことができる。⁽²⁰⁾

ドイツ著作権法は、著作隣接権制度を定める第2章に第4節「レコード製作者の保護（Schutz des Herstellers von Tonträgern）」を設け、レコード製作者の著作隣接権の内容を規定する。とりわけ85条1項は、レコード著作隣接権の帰属ルールを定める。そこでは原則的な帰属主体をレコード製作者（Der Hersteller eines Tonträgers）としつつ、みなし規定として「レ

コードが事業において製作されたときは、その事業の保有者が製作者とみなされる」と併記する。事業者ないし法人がレコード著作隣接権の原始的な帰属主体になり得ることを明文で定める点において、本稿の課題であるレコード製作者の概念をめぐり、すでにわが国のレコード著作隣接権制度との相違が認められる。

ドイツの学説は、このレコード著作隣接権の保護趣旨を、明確に、レコード製作に伴う投資それ自体の保護に求めている。

まず、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以上に強力に保護する点に求められる。⁽²¹⁾ それゆえ、レコード保護制度は自然人の行為に必ずしも結びつけられるものではなく、レコードを製作した事業者を原始的な権利帰属主体とする擬制制度も要請されることになる。レコード製作者の著作隣接権は、⁽²²⁾ 自然人のみならず投資主体である法人に原始的に帰属させることも可能なのである。⁽²³⁾ むしろ、レコードが企業活動の成果として製作される場合には、権利の帰属主体は事業者であってその従業員ではない。⁽²⁴⁾ したがって、裁判例によれば、放送事業者から放送向け番組ソングの創作を請け負った作曲家が、実演家報酬、楽器レンタル料あるいはスタジオ使用料等の実質費用を負担してレコードを作成した場合には、当該作曲家がレコード製作者となり得る。⁽²⁵⁾ ほかならぬ、「MIKI」事件判決が、製作費用の負担をメルクマールとして、レコード製作者を実演家と解したのと同種の解釈論を、ここに認め得る。

要するに、ドイツにおけるレコード製作者の著作隣接権の制度は、自然人がもたらす創作的要素を保護しようとする制度との間に、法的ドグマに関して明らかな断絶を有するのである。⁽²⁶⁾ 1965年の立法理由書も、その制度正当化にあたって、レコード製作の場合における技術的・経済的手段を重要視する一方で、保護対象の個人的な作成主体を権利主体とする原則が、このレコード保護制度の場合には適用されない旨を説いている。⁽²⁷⁾

しかし、ここでわが国との比較法観点において見逃すべきでないのは、このドイツのレコード保護制度を理論的かつ沿革的に支えている基本判例の中

身である。ドイツ現行法の体系的な理論構成に圧倒的な影響力を持ち得たウ
 ルマー教授（Eugen Ulmer）の教科書はもちろん、今日の学説も指摘する
 その基本判例とは、戦前の1910年のライヒ裁判所に現れた、レコードの無断
 複製に対するレコード事業者の民法および不正競争防止法上の保護を認めた
 判例である。

事案はつぎのとおりである。原告は蓄音機レコード盤を工場製造したところ、その際原告は、実演家に対する高額報酬の支払いやその収録に要する高額費用と諸作業とを負担した。これに対し被告は、原告レコード盤の複製方法を開発し、当該レコードの無断複製物をその半額以下の値段で販売した。被告複製レコードと原告レコードとは僅かに音質が相違するにすぎなかったため、被告行為は原告レコードに危険な競争をもたらし、その事業投資を危険に晒すことになった。原審の控訴裁判所は、原告が著作権を有さないとはいえ、被告行為に対し民法典823条1項の法益侵害と同826条の良俗違反を認めた。被告の原告に対し、ライヒ裁判所はつぎのとおり判示し、後者の826条の良俗違反の判断について原審判決を支持し、原告を排斥した。

「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ところである。ライヒ裁判所がその確定判例で述べていることは、取引生活における不法な行為に対する保護を目的とする民法典の規定、とりわけ826条の規定の適用は、既存の特別法によって排除されないということであり、また、この見解は、…1909年6月7日の不正競争防止法1条においても明文の承認が見出されるということである。いうまでもなく、特別立法の本質から明らかになることは、そこで確定された違法な行為に関する事実を、他の法的観点のもとで異なる評価をすることはできず、また、著作権法が、特定の事実に関して明示的かつ意図的に保護を排除する場合には、民法典の一般的観点からしてもそうした保護を導くことはできない、ということである。本件事案で問題となっていることは、もっぱら、現時点で特別法が定めていない事実、とりわけ著作権法には範囲外の事実であって、すなわち、芸術的実演の複製物

を業として製作する者が、第三者に対し、この複製物をもって…機械的な方法でその模造物を作成し販売することを、禁止することができるかどうかという問題である。(下線強調は筆者)⁽³²⁾」

「…原審に対しては、本件事案の特殊な事情に照らせば、被告の行為は良俗違反となると思われるとの点に関して、賛同することができる。被告は、たとえば、レコード盤製作に関する原告の方法を着服したわけではなく、また、この方法に基づいてレコード盤を製作したわけではない。被告は、むしろ、原告の完成された労働給付を使用することによって、原告に危険な競争を強いているのである。この労働給付は、…録音エンジニアの雇い入れや、専属芸術家への高額報酬と歩合金の支払いによって原告に生ずる、相当な努力と費用の成果である。被告は、こうした努力と費用とを、原告の労働給付を利用することによりそのレコード盤を製作することで、節約する。…こうすることで、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安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ものである。(下線強調は筆者)⁽³³⁾」

ここに認め得るのは、わが国のレコード保護問題を支えてきた法伝統なり沿革との対照的な相違である。

すなわち、わが法が、不法行為法によるレコードの投資保護を明確に否定し（大正7年蓄音器音譜事件）、著作権法との連結点をつねに保護対象の創作的要素に求めてきた（大正3年雲右衛門事件、大正9年法改正、昭和9年法改正）のとは異なり、ドイツ法は、創作的要素と何らの接点をもたない投資利益を、難なく不法行為法および不正競争防止法の保護法益として認めている。さらに、著作権法もまた、この1910年ライヒ裁判所判例を基本判例として、そうした投資利益からなる法益を、何らの理論的な違和感を示すこともなく、自らの体系内に著作隣接権の枠組みのもとに吸収してしまうのである。

筆者がすでに別稿で明らかにしたとおり、1920年代以降のドイツ著作権法の理論展開に発祥する著作隣接権なる概念は、著作権保護対象を創作性の程度によって相対的に限界づけることにより、著作権概念なり著作物概念の意

義の希釈化を回避するために要された概念であった。著作隣接権の存在なりその必要性の背景には、著作権保護に要される創作性の程度の相対的限界づけによる著作権概念なり著作物概念の希釈化（Verwässerung）の回避という問題意識が前提となっていたのである。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾

とはいえ、ドイツ著作隣接権の概念の持つ体系的意義は、こうしたいわば「原初的」な意義に限定されるものではなかったとみるべきなのであろう。それは、権利客体の創作的要素という理論的な連結点を有さない保護対象をも著作権法の体系内に吸収することを可能にする一方で、そうした保護対象を「著作権」とは異なる枠組みなり権利概念で保護することにより、やはり著作権概念の体系的意味の希釈化を回避するという、第二のいわば「発展的」な意義も担っていたと解されるのである。

そのような第二の意義の理論的解明は、それ自体、独立した別個の研究課題であり、テーマを限定する本稿の意図するところではない。しかし、そうした第二の意義の手がかりは、1950年代に展開された現行法の具体的な立法論議を参照するならば、レコード製作者の保護制度のみならず、放送事業者の保護⁽³⁶⁾あるいは映画製作者の保護⁽³⁷⁾の各制度のあり方をめぐる学説にも認めることができるのである。

要するに、ドイツのレコード製作者の保護制度とわが国のそれとは、投資保護を根拠とする制度正当化の可否なり客体の創作的要素に対する考慮の要否の観点において、沿革的な理論構成を異にする、およそ正反対の制度と解されるのである。両者は、「著作隣接権」という顔つきは類似させても「保護法益」というその魂を異にした、似て非なる制度といわなければならない。したがって、ドイツに妥当する費用負担者説なりそれを基礎づける投資保護説と同様の解釈論を、わが国のレコード製作者の理解に用いるならば、それは木に竹を接ぐに等しいことのようにも見える。

（2）レコードの創作的要素の保護可能性に関する議論枠組みの存在

とはいえ、ドイツ著作権法にも、わが国の固定行為者説なり創作行為保護

説と同様の問題意識がないわけではない。すなわち、レコードの固定行為に際して見出される音響担当者（音響マイスター）の創作的行為に、レコード製作の投資利益とは異なる独自の保護価値を見出そうとする問題意識がそれである。しかし、その議論の枠組みは、もはや、レコード製作者の投資保護に関する著作隣接権（85条）の枠組みではない。同じく著作隣接権のなかに位置づけられながら、創作的要素の保護枠組みとしてそれと対照的な、実演保護制度である。

ドイツ著作権法は著作隣接権制度を定める第2章に第3節「実演芸術家の保護（Schutz des ausübenden Künstlers）」を設け、その73条に保護主体である「実演芸術家」を定義する。そこには、著作物を実演する者のみならず当該実演に関する芸術的な協力者が含まれる。具体的には、演奏指揮者や演技監督あるいは舞台監督等、実演に芸術的に協力する者が実演芸術家として著作隣接権の保護を受ける。⁽³⁸⁾レコード収録を指揮するプロデューサーや音響担当者の創作的な解釈行為の評価場所は、レコード著作隣接権に関する85条ではなく、この実演協力者の著作隣接権に関する73条である。⁽³⁹⁾

現にドイツ最高裁の判例には、オーケストラ演奏のレコード収録を行った音響担当者について、その「実演協力者」該当性を吟味した、1982年5月27日の「音響マイスター」事件がある。⁽⁴⁰⁾同事件で最高裁は、音響マイスターの「行為は多くの音楽的理解と感情移入の能力を必要とし、実演芸術家の行為と同等のものである」⁽⁴¹⁾と述べた。さらに最高裁は、当該音響マイスターが、オーケストラ演奏に際して、指揮者との間で演奏楽曲について固有の解釈を協議し、どの楽器をどの部分で強調すべきか、あるいは個々の部分でどのような音の強度とテンポが相応しいか等を見極める行為を行う場合には、これらの行為を通じて楽曲の芸術的な再現に対して固有の影響を与え得る旨を承認したうえ、これらの点を事実審で判断させるために、事件を控訴審裁判所すなわちケルン控訴裁判所に差し戻した。これに対し同控訴審は、1984年1月11日の判決で、音響マイスターの行為が「高度に芸術的な行為」であることを認めながらも、当該行為はライブの音作りそれ自体に関するものでなく、

その録音と事後再生に関するもので、実演との同時履行を要する協力的行為にあたらぬとの理由で、その著作隣接権保護を否定した。⁽⁴²⁾

この「音響マイスター」事件を批判的に考察するフープマン教授（Heinrich Hubmann）の論考は、⁽⁴³⁾レコード製作にあたる音響担当者の創作的行為を考察するうえで、興味深い議論を展開している。そこでは、レコード製作に際しての音響マイスター（固定行為者）の行為における創作的要素の存在が実証的に論証され、そのドイツ法73条による実演芸術家としての保護可能性が論じられる。

多少長くはなるが、その創作的要素を説く部分は具体的であり、かつ、この種の分析がこれまでのわが国学説に見られることはなかったという意味で示唆的であるので、その要旨を以下に示そう。

音響マイスターは最初に演奏楽曲の楽譜を研究し、目指すべき電子的音響の音像（Klangbild）イメージをつかむ。その後彼は収録ホールで指揮者、歌手、演奏家と楽曲の個別部分について協議して音響に関するイメージの彼らとの共有を目指す。音響マイスターはマイクの数と種類を決め、指揮者とも相談しつつ自らのイメージに沿ってそれらを配置する。演奏中の演奏を、音響マイスターは楽譜を手元に、指揮者を見渡せて電話で直接連絡も可能な収録室で見守る。音響マイスターは、ミキシングパネルにおいて、マイクが拾った音声を、電子的音響メディアにとって適切と自ら考える音像に合うように変更する。音のひずみ補正、ひずみ付加およびフィルタリング、反響部分とエコーとの混合、個々の楽器と声の強弱調整、個々のマイクの調整等を通じて、音響マイスターが試みるのは、自らができるだけ好ましいと考えるバランス、ダイナミックさ、音色および空間構成を得ることである。状況次第で、音響マイスターは、電子的に作られた諸音声を混ぜ合わせる。⁽⁴⁴⁾

このようにして作り上げた演奏音声を音響マイスターはスピーカーやヘッドホンを通じて聴き、そして、それを収録する。スタジオ録音の場合は、音響マイスターは、自己のイメージに合わないときは演奏を中断させ、その修正点について指揮者と演奏者と協議する。少なからず、音響マイスターは作品の部分は何回も演奏させ、時には指揮者とともに、しかし多くの場合はひとりでベス

ト・テイクを選び出す。さらに音響マイスターは、録音テープやレコードによって再生される実際の演奏音を考慮して、個々の部分のカットや接合を行う⁽⁴⁵⁾。

音響マイスターの行為がより重要な意味を持つのは、娯楽音楽、とりわけポップミュージックとロックミュージックの場合。そこで音響マイスターが通常作り上げるものは、演奏家・歌手が生み出すことのできないサウンドである。今日の電子音楽の場合には、音響マイスターの行為は演奏家や歌手にとって代わる。音響マイスターはその機材で音声を作り出すのであり、その多様性と数量に限界はない。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⁽⁴⁶⁾。

そして、こうした音響マイスターの芸術的な行為は、演奏家・歌手が作り出した音声を独自の解釈行為の付加なしに単純に固定する純粋に技術的な行為を行う音響エンジニア (Toningenieur) の行為とは区別される⁽⁴⁷⁾。

このようにフープマンはレコードの音の固定行為者の行為に解釈的・創作的要素を見出し、それを根拠にその実演芸術家の該当性を認める一方で、そうした固定行為者の保護制度と経済的な投資保護を趣旨とするレコード製作者の著作隣接権 (85条) との相違を強調するのである。要するに、わが国がレコード製作者の該当性問題において考察すべきレコード音における創作的要素を、ドイツでは実演芸術家 (実演協力者) の該当性問題として考えるわけである⁽⁴⁹⁾。ドイツ法は、レコード固定行為における創作的要素の保護枠組みと、固定行為の質的評価とは無関係なレコード製作投資の保護枠組みとを、別個に備えていることになる。

ところで、フープマンの上記論考の結論は、創作的要素を備えたレコード固定行為者の行為については、差戻し後のケルン控訴審の判断とは異なり、ライブ演奏後における録音と事後再生とを目的とするものであっても、それを明示的に73条の実演協力行為として著作隣接権の保護対象に含めるよう法

改正を促すものであった。⁽⁵⁰⁾その後、2002年11月のドイツ著作権法改正は、73条の実演芸術家となり得る実演協力者の概念規定に関して、従来の「実演に際して (bei)」から「実演に関して (an)」へと文言を修正し、ライブ実演と実演協力行為との同時履行性が要されない旨を明確にしている。⁽⁵¹⁾

5 わがレコード製作者保護制度をいかに解すべきか

(1) 費用負担者説ないし投資保護説と解釈論の限界

わが国のレコード製作者の保護制度を、レコード製作費用なり投資をダイレクトに保護する制度とみることが、わが国の法沿革に照らして難しいことは、これまで述べてきたところである。

加えて、「MIKI」事件判決の費用負担者説ないし投資保護説の立場は、今日の解釈論において、とりわけ不法行為法による知的財産権の補完が問題となる場面ですら、投資それ自体の保護が容易には承認され得ない状況に照らしても、その支持が困難であるように思われる。

近時の最高裁が示した最1小判平成23・12・8民集65巻9号3275頁「北朝鮮」事件は、そのことを教える裁判実務上の好例であろう。その原審である控訴審判決（知財高判平成20年12月24日）が、「相当の費用、労力、時間を要し、それ自体客観的な価値を有し、経済的な利用により収益を挙げ得る」著作物に関して、著作権保護が否定される場合にも、不法行為法による保護を認めたのに対し、最高裁はこれを否定した。事実審で認定され得た投資事実も、著作権法の規律との関係を踏まえるならば、それ自体では不法行為法の保護対象にすらなり難いということである。学説も、創作的要素を備えない対象に関して不法行為による投資保護の余地は例外的に認めながらも、そのような事例が裁判例の展開のなかで例外的なものであり、しかもその投資保護承認には慎重な判断を要する旨を説く。⁽⁵²⁾

いわんや、投資保護が国会審議を経て国民の合意を背景に制定法の保護法益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、まずは要されるはずであろう。⁽⁵³⁾しかし、自明のごとく、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事実は認められない。それどころか、むしろその不法行為法の保護を否定した大正7年「蓄音器音譜無断複製」事件の大審院判例を有するに過ぎない。繰り返しになるが、レコード製作に要する投資それ自体を、ライヒ裁判所が、不法行為法、不正競争防止法の観点から保護したドイツ法の状況とは対照的である。

さらに、不法行為法による保護法益は、それと対峙する様々な対抗諸利益との衡量を経て、はじめてその輪郭が明らかにされる利益であろう。それに対して、制定法上の保護法益は、そうした利益衡量を経るまでもなく、しかも差止請求権等の強力な保護が与えられる利益である。するとそこでは、それ相応の、不法行為の保護法益とは異なる特殊な保護法益が存在しているものと解さなければなるまい。とはいえ、レコード製作に要される投資なり営業利益が、そのような特殊な保護法益として、すでにわが国の現行法立法時(1970年)の段階で制定法に結実していたとは、およそ解し難い。

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。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。この点で、ドイツのレコード製作者保護制度が、その理論的根拠を、競争法的なレコード投資保護の判例に置き、保護対象を創作的要素と無関係の経済的な投資要素とするのとは、異なっている。このドイツ法のような法理論を持ち合わせないわが国が、「MIKI」事件判決のごとく、その立法趣旨を離れてドイツのレコード製作者保護制度と同様の投資保護説(費用負担者説)を展開することは、もはやわが法の解釈論の限界を逸脱するのであろう。

(2) わが国のレコード保護制度の具体的な保護対象

では現行のわが国のレコード保護制度はいったいレコードのなにを保護していると解すべきか。その検討に際しての一つの手がかりは、同じく著作隣

接権の枠組みのなかにその保護制度を持つ実演保護制度の理解に求め得るように思う。

著作隣接権の保護対象である実演も、レコードと同様に、その創作的要素を連結点として、著作権法の保護対象としての地位を獲得しているものと解される。⁽⁵⁴⁾ とはいえ、実演はその再現対象の著作物に何らの新たな表現（創作的表現）を付加するものではない。その実演表現に認められるのは、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」とはいい難い。

他方で、実演に固有の創作的要素とは、その原著作物の表現を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であると解することができる。⁽⁵⁵⁾

これとほぼ同様のことはレコードにも妥当しよう。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音声、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。レコード音に音響作成者が新たに加えた表現（創作的表現）はないはずである。そこには原音が備える音声表現上の本質的特徴が認められるにすぎない。

つまり音響作成者のレコード製作行為に認め得る創作的要素は、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。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・環境音等の原音を、時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）として新たに「再現」させるのに必要な創作的工夫であろう。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であると解される。

このようなレコード保護の正当化要素として認められるべきレコード音の再現方法における創作的要素は、フープマンが前掲論考で、レコードの収録担当者である音響マイスターの行為の創作的要素を分析して「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⁽⁵⁶⁾」旨を論じていたこととも、重なるように思われる。

わが国のレコード保護制度が、創作行為保護説によって基礎づけられた固定行為者説をもって理解される以上、その固定者の創作的行為によって得られたところの、レコード音の再現方法における創作的要素が、その著作隣接権を正当化しているものと解すべきであろう。そして、そうした権利保護を通じて創作的なレコードの作出を促そうとしているのが、創作法の体系である著作権法内に位置づけられた、わが国のレコード製作者保護制度の真意であると解すべきであろう。

6 結 語

わが国のレコード保護制度が自然音の収録音もその保護対象とする旨が説かれる一方で⁽⁵⁷⁾、従来の固定行為者説なり創作行為保護説は、その保護趣旨をレコード固定者の創作的行為に求めながら、この自然音等の収録行為に含まれ得るような、あたかも能動的契機を有さない、単に音源にマイクを向けるだけの受け身的な収録行為も、レコード製作行為を基礎づけるかの印象を積極的に排除することもなかった。

このような、論理的な整合性の点で必ずしも十分とはいえない難しい理論状況が、わが国のレコード製作者の保護制度に関して、「MIKI」事件あるいは、それに先行する「The Boom」事件のように、投資保護説に基づく費用負担者説を裁判例にまで登場させる要因となったとも考えられる。そこには、同じく著作隣接権の制度において、実演の保護法益ないしその保護の正当化根拠が立法者意思においてはその創作的要素であったと解されるにもかかわらず、当該創作的要素の実質的な意味内容の解明が十分になされなかったがゆえに、実演保護制度の趣旨を実演の創作的要素とは接点を有さない伝達行為の投資保護に求めようとする見解が主張されるにいたっている状況と、よく似た構⁽⁵⁸⁾

造をみてとることができそうである。

本稿が検討したとおり、保護対象としてのレコードにおける評価要素がその固定行為における創作的要素であると解するのであれば、自然音や環境音の場合にあっても、その単純な収録音はいぜんとして著作隣接権の対象たるレコードにあたらぬことになる。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、原音の再現時に聴取感得し得る要素を付加して固定した場合に、その付加要素に原音の再現方法における創作的要素を認め得るか否かを、レコード該当性の判断要素と解すべきこととなるらう。

- (1) 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター，2013年）623頁。同旨、斉藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣，2007年）137頁。
- (2) 加戸・前掲書30頁，623頁。
- (3) 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣，2001年）518頁，531頁，島並良ほか『著作権法入門〕〔横山久芳〕（有斐閣，2009年）203頁，高林龍『標準著作権法』（有斐閣，2010年）240頁，中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣，2014年）565頁，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。
- (4) 横山・前掲書231頁，作花文雄『詳解著作権法〔第4版〕』（ぎょうせい，2010年）453頁，中山・前掲書419頁。
- (5) 小林尋次「著作権法中改正法律の解説」放送4巻7号（昭和9年）32頁。
- (6) 小林尋次「著作権法中改正法律の解説」放送4巻7号（昭和9年）32-33頁。
- (7) 奥野健一「著作権法中改正法律の註解」法曹会雑誌12巻7号（昭和9年）98頁。
- (8) 奥野・前掲書98頁。
- (9) 奥野・前掲書98頁。
- (10) 文部省「著作権制度審議会記録（一）」（昭和41年）255頁。
- (11) 勝本正晃『現代文化と著作権』（雄渾社，昭和31年）95・96頁。
- (12) 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター，2013年）551頁。
- (13) 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。
- (14) 刑録20輯1394-1395頁。
- (15) 刑録20輯1394-1395頁。
- (16) 民録24輯1721-1722頁。
- (17) 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。
- (18) 第43回帝國国会衆議院著作権法中改正法律案委員會議録第2回3頁。
- (19) 第43回帝國国会衆議院著作権法中改正法律案委員會議録第3回7頁。
- (20) 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—（二・完）」民商法雑誌130巻3号456頁。
- (21) Schricker/Vogel, Urhr Kommentar, 3.Aufl., 2006, § 85, Rn.11.
- (22) Vogel, a.a.O., § 85, Rn.11, 30.
- (23) Vogel, a.a.O., § 85, Rn.11.
- (24) Vogel, a.a.O., § 85, Rn.30.
- (25) OLG Hamburg GRUR 1997, 826, 827-Erkennungsmelodie.
- (26) Vogel, a.a.O., § 85, Rn.9.
- (27) UFITA 45 [1965] 240/314, Zu § 95, Ab. 2.
- (28) Schricker, Meister des Urheberrechts, im “Eugen Ulmer zum Gedächtnis” 1989, S.46.
- (29) Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.316; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. neu arbeitete Aufl., 1960, S.443.
- (30) Vogel, a.a.O., § 85, Rn.2.
- (31) RGZ 73, 294-Schallplatten.
- (32) RGZ 73, 294, 296-Schallplatten.
- (33) RGZ 73, 294, 297-Schallplatten.
- (34) 本山・前掲書130巻3号463頁。
- (35) 著作隣接権の発祥地であるドイツにおいても、この著作隣接権概念の発祥経緯に関する研究は必ずしも豊富とはいえないが、近時の実演家の権利に関する体系的研究によれば、今日の著作隣接権制度の萌芽なり出生地を1920年代後半に開始され30年代前半に完成するドイツでの理論展開に求め得るとの認識がなされつつある。Vgl., Michael Grünberger, Das Interpretenrecht (2005), S.11 (Rn.32) u. S.16 (Rn.42).
- (36) 現行法立法論議の過程で、フープマン（Heinrich Hubmann, Der Schutz der Rundfunksendung gegen unbefugte Verwertung, GRUR 1953, 316, 321）は、放送事業者の権利の構成に際して、客体の創作性の契機とは無縁の競争法的保護の観点から構成し、それを著作隣接権の枠組みで実現させようとする見解を示している。フープマンも、将来の著作権法において実現されるべき著作隣接権の概念に、創作性の契機とは無縁の保護対象を著作権法体系内に受け入れるための枠組みとしての意義、すなわち著作隣接権概念の「原初意義」とは明らかに異なる「発展的意義」を見出していることが明らかになる。
- (37) 現行法立法論議の過程で、ウルマー（Zum Filmrecht des Entwurfs, GRUR 1954, 493, 495）は、その映画製作者の著作隣接権を説く際に、レコード製作者に承認された著作隣接権を類推の対象として言及する。このことに照らせば、ウルマーの見解に示された映画製作者の著作隣接権は、著作隣接権概念の「原初意義」

ではなく、むしろその「発展的意義」をその意味として備えたものと言える。もっとも、ウルマーの思考の基礎にあるのは、事業者の経済的投資の保護という問題意識よりも、事業者のもとで俳優、録音・編集技術者あるいは照明担当者によって提供される給付をいかに（映画化の基礎になる著作物との関係において、あるいは、彼の説く、著作物の領域とその演技・収録の領域との峻別において）評価すべきかという問題意識であったことにも注意を要する。

- (38) Dreier/Schulze/Dreier, UrhG Kommentar, 3.Aufl., 2008, § 73, Rn.13.
- (39) Vogel, a.a.O., § 85, Rn.35.
- (40) BGH GRUR 1983, 22-Tonmeister.
- (41) BGH GRUR 1983, 22, 25-Tonmeister.
- (42) OLG Köln GRUR 1984, 345, 347-Tonmeister.
- (43) Hubmann, Zum Leistungsschutzrecht der Tonmeister, GRUR 1984, 620.
- (44) 以上, Hubmann, a.a.O., GRUR 1984, 620.
- (45) 以上, Hubmann, a.a.O., GRUR 1984, 620, 621.
- (46) 以上, Hubmann, a.a.O., GRUR 1984, 620, 621.
- (47) Hubmann, a.a.O., GRUR 1984, 620, 622.
- (48) Hubmann, a.a.O., GRUR 1984, 620, 626.
- (49) Vogel, a.a.O., § 85, Rn.35.
- (50) Hubmann, a.a.O., GRUR 1984, 620, 626.
- (51) Dreier, a.a.O., § 73, Rn.13.
- (52) 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。
- (53) 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。
- (54) 本山雅弘「著作隣接権の保護理由と実演における創作的要素」『実演家概論—権利の発展と未来への道』（勁草書房, 2013年）43～44頁。
- (55) 本山・前掲書44～51頁。
- (56) Hubmann, a.a.O., GRUR 1984, 620, 621.
- (57) 加戸・前掲書30頁。
- (58) 本山・前掲書44頁。