

著作権法におけるサービス：舞台演芸、放送およびプロスポーツ

刀田, 和夫
九州大学大学院経済学研究院：教授

<https://doi.org/10.15017/1058>

出版情報：経済学研究. 68 (4/5), pp.61-81, 2002-08-30. 九州大学経済学会
バージョン：
権利関係：



著作権法におけるサービス

—舞台演芸、放送およびプロスポーツ—

刀 田 和 夫

目 次

はじめに

1. 著作権法における舞台演芸
2. 著作権法における放送サービス
3. 著作権法におけるプロスポーツ
4. 保護の必要性とプロスポーツ

はじめに

本稿は、舞台演芸、放送業およびプロスポーツ興業の三つのサービス業が生産・販売するサービスに関するわが国の著作権法研究における取り扱いに関して、二つの問題を取り上げて検討している。その問題と、経済学を専門とし法律学はまったくの門外漢の筆者がかかる企てを思い立った問題意識を説明するならば次の通りである。

(1) わが国の著作権法では舞台演芸や放送業における実演家および放送事業者の権利は著作権隣接権で保護されているが、著作権法研究者の間には、これらの人々の権利の客体である「実演」や「放送」を実演家や放送事業者の行為と規定し、それらの行為の成果物であることを否定する考え方がある。これは果たして妥当か。

著作権法研究における以上の考え方は、上記サービス業のサービスを行為ととらえてその成

果物であることを否定するものであって、経済学的研究の分野でもこの考え方が「サービス＝機能説」として多数の研究者の支持を得ている。しかし筆者はこの説には反対で、むしろサービスは行為の成果物（生産物）であるにとらえるのが事実在即したものと考え、それを「サービス＝生産物説」として以前から主張してきた¹⁾。こうした経緯から筆者は、「実演」および「放送」に関する上述のような考え方には、法律分野の議論としても果たして適切なものかという疑問を抱くに至った。

(2) わが国の著作権法は舞台演芸における実演家などの権利は保護しても、プロスポーツ興行におけるスポーツ選手などの権利は保護しない。あるいは前者の「実演」は権利保護の対象

1) 「サービス＝機能説」は、サービス業が生産・提供するサービスを、人や物や「システム」などの「機能」（行為、活動、作用など）にとらえるものである。本稿でも取りあげる「実演」に相当する舞台演芸についていえば、それは、例えばコンサートで提供されるサービスを演奏家の演奏行為そのものと理解し、行為の成果物たる音楽であることを否定するものである。これに対して筆者がとっている「サービス＝生産物説」は、サービスを人の行為ないし活動の成果物（生産物）にとらえるものであって、コンサートの例でいえば、提供されるサービスを演奏行為ではなく、その成果物たる音楽にとらえるものである。

なお「機能説」については野村 [1983] および井原 [1999] を、またこの説の疑問点および筆者のとする「生産物説」については、刀田 [1995] および [2000] を参照。

とするけれども、後者の競技やゲームはその対象とは認めない。こうした扱いは果たして妥当か。

著作権法上の以上のような扱いは、プロスポーツ興業のサービスを舞台演芸のサービスとは本質的に異なるとみなすものである。しかし経済学的にはいずれのサービスも経済活動の成果物として本質的に異なるところはない。また昨今、プロスポーツはテレビ放送のキラ・コンテンツとして、コンサートなどの「実演」などと比べても決して劣らない産業的重要性をもつものとなっている。けれども両者の法律上の扱いはいかにも不均衡である。これら経済学的に見た理論的および実証的な疑問から、筆者は、プロスポーツ興行に関する上述のような差別的扱いが、法律学的に見ても果たして十分な根拠を有するものであるかに疑念をもつに至った。

＊

もとより筆者は著作権法研究に関してはまったくの素人である。そのため見当違いの議論をしているのではないかと恐れも少なくない。本稿で見解を取り上げさせて頂いた先生方をはじめ専門家の方々には、ご叱正ならびにご教示を切にお願いしたい。

＜凡 例＞

引用回数の多い次の文献は以下のように略記する。

加戸守行『著作権法逐条講義〔三訂新版〕』
→『加戸・著作権』

金井重彦・小倉秀夫編著『著作権法コンメンタール』上巻→『コンメンタール』

斉藤 博『著作権法』→『斉藤・著作権』

吉田大輔『著作権が明快になる10章』→『吉田・著作権』

1. 著作権法における舞台演芸

舞台演芸として提供されるサービスの多くは法律上では著作権法の「実演」に相当する。本節ではこの「実演」を取り上げる。

著作権法はこれを「放送」および「レコード」などとあわせて著作隣接権という権利で保護しているが、「実演」を含むこの権利の「客体」は例えば次のように説明されている。

「著作権の客体である著作物と峻別すべき客体があるからこそ、別途、著作隣接権を承認することになるが、客体の間にどのような違いがあるのか。著作権の客体である著作物が思想または感情の創作的な成果物であるのに対して、著作隣接権の客体は著作物をはじめとする既存の精神財を伝達する知的行為である。前者が成果物であるのに対して、後者は行為（Leistung）である。」²⁾

「著作権法制下で権利の客体を論ずる際、著作物の他に、給付（Leistung）が論ぜらるる。著作物が精神的な創作物であるとすれば、給付は、実演、レコードの製作、放送、有線放送というような、行為である。それらが著作権法制の枠内で保護されるのは、いずれも著作物を伝達する機能を伴うからである。」³⁾

「著作物は表現物、成果物であり、実演等は行為であって、それぞれ保護すべき対象が異なるのであり、したがって、権利の方も、著作権、著作隣接権と、別個の権利が当てられている。」⁴⁾

以上は斉藤博氏の解説である。ここでは著作

2) 『斉藤・著作権』、44-45ページ。

3) 同上、67ページ。

4) 同上、67-68ページ

権の客体である「著作物」との対比で著作隣接権の客体の特色を説明し、前者が著作者の「思想または感情の創作的な成果物である」のに対して、後者の「実演」などは実演家等が行う「行為」として、後者の「実演」などは実演家等が行う「行為」として説明している。すなわち前者が行為の「成果物」であるのに対して、後者は「行為」そのものだとしている。

さらに詳しく見ると、著作権法は「実演」を「著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、講演し、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。）」（著作権法2条1項3号）と規定している。「演じ、舞い、演奏し、歌い……演ずること」という表現は明らかに行為をさして、行為の成果物ではない。また条文のかっこ書き中の「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」という記述も明らかに「行為」といっている。だから斉藤氏の解釈は法文には忠実といえる。そして斉藤氏だけでなく注解書の多くも「実演」を「行為」とし、あえてその行為の成果物には言及していない⁵⁾。

しかし何故、実演家の権利の客体である「実演」は「行為」であって行為の成果物ではないのか。実演行為は明らかにその成果物をつくり出している。音楽家の演奏は音楽という、俳優の演技は演劇という成果物をつくり出している。

なのに何故これらの成果物は実演家の権利の客体ではないのか。

その理由は「著作物を……演ずること」という「実演」の定義に関係している。すなわち実演家の行為は既存の「著作物」を何らかの形で演ずるものであり、したがって「著作物」を単に伝達ないし再現するものでしかない。だから実演行為の成果物は実演家の創作物ではない。それは著作者の創作物すなわち「著作物」であり、それには著作者の権利すなわち著作権が及び実演家の権利は及ばないから、その権利の客体にはならないということであろう。そして権利の客体が成果物であることを否定したとき、実演家の権利の客体となる可能性をもったものとして何が残るかといえ、実演家の実演行為だけとなる。そこでこの「行為」を実演家の権利の客体と見なすという論理になるのではなかろうか。

確かに実演家が演ずるのは著作者が創作した「著作物」である。しかしだからといって実演家が何らの創作行為も行わないとはいえない。それに実演家の行為に創作性を認めないことは著作隣接権の趣旨にも反する。実演家の行為にも創作性を認めてその権利を保護するというのが著作隣接権の趣旨だからである⁶⁾。そして実演行為に創作性を認めるならば、当然その成果物にも認めなければならない。行為の創作性は当然その成果物に表されるからである。そうす

5) 「実演とは、著作物を何らかの形で演ずることをいい、著作物の無形利用の一種であるが、著作物の創作行為ではない。……実演は著作行為ではないとはいえ、創作行為に準ずる価値のあるものであることから、現行著作権法は著作隣接権による保護を与えている。」「本号のかっこ書きによれば、ある行為が著作物を演ずる行為に類するものではあるが、演ずる対象が『著作物』でない場合、この行為が芸術的な性質を有するときには本号の実演に含まれ、著作隣接権の保護を受ける。」（以上、『コンメンタール』、33-34ページ）

6) 「実演家・レコード製作者・放送事業者及び有線放送事業者を保護することとしたのは、実演、レコード、放送、有線放送といったものについては、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ずる準創作物の知的価値を正当に評価するものであるからでございます。」（『加戸・著作権』、451-452ページ）

ると実演行為の成果物は単に著作者の創作物であるだけでなく、同時に実演家の創作物ともなる。創作物に対するその制作者の権利を保護するのが著作権法の目的とするならば、実演行為の成果物に対する実演家の権利も保護されなければならない。そうすればその成果物には著作者の権利だけではなく実演家の権利も及ぶことになり、それは実演家の権利の客体にもなる⁷⁾。こう考えれば実演行為を実演家の権利の客体と考える必要はなくなる。すなわち実演家の権利の客体たる「実演」を実演行為とすべき理由はなくなる。それは実演行為ではなくてその成果物である。そしてこちらの考え方が法律の実態に即したものであることは、実演家の権利の内容をみれば容易にわかる。

実演家の権利にはまず録音権と録画権がある。「実演家は、その実演を録音し、又は録画する権利を専有する」（著作権法91条1項）。これは実演家の許諾なくその実演を録音および録画することを禁じたものである。

最初に録音権を取り上げることにするが、著作権法における「録音」とは「音を物に固定し、又はその固定物を増製することをいう」（2条1項13号）。「音を物に固定」とは、音を、後でカセットデッキやプレーヤーなどの機器を

用いて再生することができる状態で、磁気テープやレコードなどの有体物に記録することであり、「固定物を増製する」とはテープのダビングや商業用レコードのリプレスなどのように、音の記録物を複製することをいう。

録音といえば通常は前者をさし、この意味での「録音」の対象は音である。したがって「実演」の録音とは、「実演」において発せられる音を録音することである。

演奏家の「演奏」を例に考えるならば、演奏される音楽は作曲家の「著作物」（「音楽の著作物」）であって、「音によって表現されている著作物」⁸⁾である。それは楽譜に記録されているが、現実の音としては演奏家の演奏によって作り出される。そして演奏の録音ではこの音が録音される。だから演奏家の音楽演奏において録音されるのは音である音楽である。もとより演奏行為と音楽とは違う。音を発生させる行為と発生された音とは違う。演奏行為によって音楽は演奏され、後者は前者によって作り出されるその成果物である。他方、演奏行為は「録音」できない。それは音を発する行為であるけれども音ではないからである。したがって録音権という権利の客体は演奏行為ではなくその成果物たる音楽である。

もちろん演奏される音楽は「著作物」である音楽を演奏するのだから一面では作曲家の創作物である。しかしそれは演奏家の演奏行為がなければ存在し得ない点では、さらには演奏家による独自の貢献が含まれている点では、演奏家の演奏行為の創作物でもある。この意味で演奏される音楽は作曲家と演奏家の行為の複合的な成果物であるといえる。そしてそうであれば、

7) このように考えると、実演行為の成果物は著作者の「著作物」と同等の意義をもつものだから、それは実演家の「著作物」であるともいえる。したがって「実演」を成果物にとらえることは、それを「著作物」と理解することを含意している。斉藤氏らのように「実演」を成果物ではなく実演行為にとらえることの背景には、成果物にとらえると「実演」を「著作物」と理解することになり、それでは実演家の権利は著作権によって保護されることになってしまう。しかしそれでは著作権とは別の著作隣接権の存在意義はなくなってしまうという配慮があるように推測される。この意味では、実演家の権利を著作権ではなく著作隣接権によって保護するというわが国の著作権法の体系故に「実演」は成果物であることを否定され、行為とされているといえる。

8) 『コンメンタール』、194ページ。

演奏された音楽には作曲家と演奏家との二重の権利が及ぶと理解すべきではなかろうか。こう考えれば、演奏された音楽が作曲家の権利の客体であるとしても、同時に同じ音楽が演奏家の権利の客体であることは否定されない。

以上では演奏家の音楽演奏を例に議論したが、一般的にいつて実演家の「実演」を録音することは、実演家の実演行為を録音するのではなく、実演行為によって発生した音を録音することである。音を発生させる行為は発生された音とは区別される別物であり、録音は音の録音だからであるから。そうだとすれば「録音」という実演家の権利の客体は実演行為ではなくて、実演行為の成果物たるもの、音楽、歌唱、演劇のせりふ等々である。

次に録画権に関していうと、著作権法における「録画」は「影像を連続して物に固定し、又はその固定物を増製することをいう」（2条1項14号）。「影像を連続して物に固定」とするとは具体的には、「影像」すなわち人の目に映る事物の姿⁹⁾を、後でビデオデッキ・テレビセットや映写機・スクリーンなどを用いて再生することができる状態で、ビデオカメラで撮影して磁気テープへ記録することや、映写カメラを使って撮影しフィルムへ記録することである。また「固定物を増製する」とは影像を記録したビデオテープをダビングし、あるいは映画フィルムをプリントするなどして記録物を複製することである。

9) この「影像」は著作権法だけの語法である。この語の通常の意味は「絵画に表わした神仏や人のすがた。えすがた。肖像」（『小学館・国語大辞典〔新装版〕』）であるが、著作権法の「影像」はこのような限定的意味では使われていない。「絵画に表した」ものだけでも、「神仏や人のすがた」だけでもなく、一般に人の目に映るあらゆる事物の姿の意味で使われている。

録画といえは通常は前者を指し、この意味での録画の対象は影像である。したがって実演の録画とは、実演家の実演影像を録画することであり、実演する実演家の姿を録画することである。

例として「実演」の中から「舞い」を取り上げて考えてみよう¹⁰⁾。「舞い」は「著作物」である「舞踊」を上演するものであり、後者は「身体の動きによる表現物」¹¹⁾であるが、これは「演技の型」である「振り付け」をさす¹²⁾。これが著作権の客体である。そして脚本に記録されていたり、振り付け師などによって指示されたりする「振り付け」に基づいて実際に舞踊家が演ずるのが「実演」としての「舞い」である。それは「振り付け」の現実の表現である。通例この関係は、舞踊家の演ずる「舞い」は既存の「著作物」である「舞踊」を再現する、あるいは伝達するものである理解されている¹³⁾。

10) 斉藤氏は「舞い」に関して、実演家の権利の客体は「行為」とする解説をしている。

「舞踊等においても、表現物（著作物）とそれを演ずる行為とは分けなければならない。舞踊等の著作物はたしかに人の動作による著作物であるが、すでに作成されている表現物を伝達する行為、演ずる行為は実演であり、それは、別途、著作隣接権の客体となる。」（『斉藤・著作権』、77ページ）

11) 『斉藤・著作権』、77ページ。

12) 「〔舞踊および無言劇は〕人の身振り、動き、静止、形などを『振り付け』といった形で表現し、そのあるべき型を表現したものを意味すると解されている。」（『コメンタール』、202ページ）「踊りそのものは実演であって著作物ではなく、著作隣接権の保護を受けるにすぎない。踊りの振り付けが著作物となる。……振り付けとは演技の型のことである。」（三山裕三〔2000〕、36ページ）「〔舞踊は〕身振りや動作によって表現される著作物であります。身振りや動作といっても、実演に該当する演技そのものを指すわけではありません。演技の型であります。」（『加戸・著作権』、116ページ）

なお『講談社・日本語大辞典』（1990年）の「振り付け」の項は、「日本舞踊やバレエなどの洋舞で、歌詞や音楽の意味や情緒を身体の動き（＝踊り）として表現するため、個々の動きを定め、全体の構成を組み立てること」と説明している。

その故に著作権者の権利は「舞い」にも及び、それは著作権の客体であると解釈されている。

しかしそれは事態の一面でしかない。他面では「舞い」は舞踊家によって作り出されるものである。舞踊家が上演しなければそれは存在しない。加えて舞踊家が異なるごとに異なる要素が付け加わり、一面ではその舞踊家ごとの個性的な「舞い」にもなる。これらの理由から「舞い」は舞踊家の創作物でもある。以上の意味では「舞い」は「舞踊」の著作権者の行為と舞踊家の行為との複合的な成果物であるといえる。そしてそうであるならば、上演された「舞い」には作者だけでなく舞踊家の権利も及ぶと考えることができる。またその限りでは、「舞い」は著作権者の著作権の客体であると同時に舞踊家の権利の客体でもあるといえる。そしてそのことは、実演家の権利である録画権の内容を見れば明らかである。

舞踊家は舞いを舞い、踊りを踊る。その時の舞踊家の身体の動きによる表現物が「舞い」である。それは舞踊家の舞い踊る一連の影像によって構成される。だが舞い踊る舞踊家の影像は、舞い踊る行為そのものとは違う。行為は生きた人間の行為として存在するが、その影像は単にその人の目に見える側面—舞い踊る姿—でしかないからである。そして舞踊家の「舞い」を録画することはこの一連の影像を録画することである。したがって録画の対象は舞い踊る行

為ではなく¹⁴⁾、その成果物たる「舞い」である。そしてそうであるならば、舞踊家の権利たる録画権の客体は明らかにその実演行為ではない。実演行為によって作り出されるその成果物たる「舞い」である。

以上では例を「舞い」にとったが、一般的に言って実演家の「実演」を録画するとは実演する実演家の一連の影像を録画することである。録画されるものは実演家の実演行為そのものではない。実演行為は録画できない。録画できるのは行為する実演家の影像、その姿だけである。そしてその一連の影像が「舞い」や演劇などを構成する。これは実演行為の成果物たるものである。そしてこれが録画される。よって実演家の録画権の客体は実演行為ではなく、実演行為によって作り出されるその成果物たるもの、「舞い」や演劇等々である。

さて、斉藤氏は実演家の権利の客体である「実演」を「行為」と説明していた。けれども実演家の録音・録画権の例で明らかなように、法の実態をみるならば実演家の権利の客体は明らかに行為ではなくて、行為の成果物たるものである。先に見たように著作権法は権利の客体である「実演」を「著作物を……演ずること」と記述し、法文自体は明らかに行為をさしていて成果物ではない。しかし同じ著作権法が規定する録音・録画権の客体は明らかに行為ではなくてその成果物である。だから法文と法の実態との間には明らかな不一致があるといわざるを得ないが、実演家の権利の内容は録音・録画権

13) 「舞踊の著作物」と上演された「舞い」との関係をこのようにとらえることには問題がある。前者を「振り付け」と理解すれば、「振り付け」の指示に基づいて後者が作り出されるという関係である。これは設計図と建築物との関係と同様の関係で、「再現」とか「伝達」という関係ではない。音楽と演奏および脚本と演劇との関係と同じである。なお、両者の関係を「複製」—「無形的複製」—と理解する考え方(半田[1997]、133-134ページ参照)もあるが、同じ理由からこれも疑問である。

14) そもそも行為を録画するということはある得ない。行為は生きた人間の行為として存在し、生きた人間と切り離せない。このような行為を録画するとしたら、生きた人間そのものを「録画」しなければならない。しかしそのようなことは不可能である。録画されるのは生きた人間の人の目に映る側面、すなわちその影像でしかないからである。

等であり、これらの権利の客体は成果物の方であるのだから、著作権法も事実上は同様にとらえていると解釈すべきであろう。要するに法の実態から見れば「実演」を「行為」とする斉藤氏の解説は妥当性を欠くというべきである。

2. 著作権法における放送サービス

権利の客体を「行為」とする見解は、放送事業者の権利の客体である「放送」でも見られる。著作権法上の「放送」は「公衆送信のうち、公衆によって同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う無線通信の送信をいう」（2条1項8号）。この「無線通信の送信」という表現は「行為」を想起させる。つまりこの表現では「放送」を送信行為と規定していると解釈される。次の吉田大輔氏の説明はまさにそのように述べている。

「放送が保護されるといっても、そこで対象とされているのは放送という行為であって、放送番組の内容ではない。言い換えれば、電波を流しているという行為が保護されているのである。例えば、ラジオ放送でニュースをアナウンサーが読み上げ、それが放送される場合には、アナウンサーが読んでいるニュースは言語の著作物であり、著作権によって保護されている。また、テレビ放送でドラマが放送される場合に、ドラマは映画の著作物であり、著作権によって保護される。放送事業者の権利は、これらの著作権とは別に放送という行為について生じているのである。放送事業者は、番組内容となっている著作物の著作権者（もちろん全てではない）という立場と著作隣接権者としての立場の二面性を持っている。」¹⁵⁾

吉田氏は以上で「放送」を「放送という行

為」あるいは「電波を流しているという行為」と説明している。すなわち放送事業者の権利の客体である「放送」は放送行為であると¹⁶⁾。

しかし放送行為によって流される電波には放送番組がのっている。この放送番組を放送事業者は視聴者に提供している。番組内容は放送事業者が制作する場合もしない場合もある。放送事業者が番組内容を制作したとしても、それは著作権法上の放送事業者の固有の行為ではない。例えば番組内容がテレビドラマで、それを放送事業者が制作したとしても、それは「映画の著作物」の著作権者としての行為であるにすぎない。放送事業者としての固有の行為は、この映画という番組内容をテレビ受像器で再生することのできる状態に、すなわち電波信号に変換することである——これは同時に視聴者に向け電波を発信することでもある。そしてこの電波信号に変換された番組内容が放送番組である。この意味では放送事業者の行為は放送番組をつくり出す行為である。したがって放送番組は放送事業者の行為の成果物ととらえられるものである。問題は、放送事業者の権利の客体は放送行為であるとされ、どうしてこの成果物である放送番組の方は権利の客体とはされないのかということである。

この問には、上掲引用中の「ラジオ放送でニュースをアナウンサーが読み上げ、それが放

15) 『吉田・著作権』、61-62ページ。

16) 同様の解説は他にも見られる。「放送は送信という行為なり給付なり (Leistung) である。著作物を伝達するところに法的評価が及び、その事業者固有の権利が認められてきた」（『斉藤・著作権』、111ページ）、「放送に含まれている内容（番組その他の著作物及び著作物でないものを含む）とは別に、放送という行為（いわば番組を電波に載せて発出すること）が著作隣接権の対象となるものとして概念されている」（『新版・著作権法辞典』「放送」の項）と解説している。

送される場合には、アナウンサーが読んでいるニュースは言語の著作物であり、著作権によって保護されている。また、テレビ放送でドラマが放送される場合に、ドラマは映画の著作物であり、著作権によって保護される。放送事業者の権利は、これらの著作権とは別に放送という行為について生じているのである」という箇所が、事実上、答えている。すなわち放送番組の内容は「著作物」である。だから放送番組は著作権で保護される。例えばテレビのドラマ番組は「映画の著作物」であり、これには映画制作者（放送事業者の場合も含む）の著作権が及ぶ。そのため放送番組には放送事業者の権利（著作権隣接権）は及ばない。その故に放送番組は放送事業者の権利の客体とはならないと。そして放送番組が権利の客体でなければ、放送事業者が関係するものとして残るのは放送行為だからそれが放送事業者の権利の客体であるというのが、放送行為を放送事業者の権利の客体とする論理であろう。

だがこのような考え方には明らかに疑問がある。すなわち「著作物」を内容とする番組には著作者の権利が及ぶからそれには放送事業者の権利は及ばないというのは論理に飛躍がある。なぜかという、先に述べたとおり放送番組は番組内容を電波信号に変換したものであり、それは単に番組内容の著作者の成果物であるだけでなく、放送事業者の行為の成果物という性格をも有している。したがって放送番組には著作者の権利と放送事業者の権利がともに及ぶとする扱いもあり得るからである。そしてそのときには放送行為をもって権利の客体とすべき理由はなくなる。

実は著作権法の「著作物」の中には、放送番組と同じく「著作物」を内容とする成果物が

「著作物」と規定されているものがある。つまりそのような成果物に「著作物」の著作者の権利だけでなく、その制作者の権利（著作権）も及ぶとされている場合がある。その例の一つが「データベースの著作物」である。「データベース」とは「論文、数値、図形その他の情報の集合体であって、それらの情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したもの」（著作権法2条1項10号の3）である。「データベース」の内容を構成する「情報」が「著作物」であれば、「データベース」にはもちろんその著作者の著作権が及ぶ。しかしだからといって、それにデータベース業者の権利が及ばないわけではない。「著作物」を内容とする「データベース」は、著作者が制作したままの「著作物」ではなく、それを「電算機を用いて検索することができるように」構成したもので、具体的には電算機の記憶装置中にデジタル信号で記録され、利用者の操作によってディスプレイ上に表示されるようにしたものである。要するに「著作物」をこのようにデータベースに特有の形で表現したものが「データベース」である。データベース業者はこれをその行為の成果物として作り出している。そしてこれは「著作物」すなわち「データベースの著作物」と規定され、それにはデータベース業者の権利—著作権が及ぶのである。

これに対して「著作物」を内容とした放送番組の場合も、著作者が制作したままの「著作物」がそのまま放送番組となるのではない。例えばドラマはビデオテープに磁気信号の形態で記録されているが、それがテープ上の磁気信号から電波信号に変換されて放送番組になるのである。それはドラマという内容を電波信号に変換したものであり、電波信号の形で表現したも

のである。したがって一般的に言えば、「著作物」を内容とする放送番組は、それを電波信号という放送に特有の形で表現したものといえる。そしてこれを放送事業者は成果物としてつくり出しているのである。

このように「データベース」と放送番組とは、いずれもその内容を構成する「著作物」を別の形で表現したものである点で同一の性格をもつ。またそれらが各の事業者の行為の成果物である点でも異なるところはない。だから「データベース」に「著作物」の著作権の権利が及ぶだけでなく、その制作者の権利も及ぶとするならば、これに比べて、放送番組にも番組内容の著作権の権利だけでなく放送事業者の権利も及ぶとすることは、決して均衡を欠いたものとはいえない。この意味で放送番組には放送事業者の権利も及ぶとすることは十分根拠のあるものといつてよい。

ただこうした扱いは、以上に述べて来たところからもわかるように放送番組を「著作物」と理解することを含んでいる¹⁷⁾。そして放送番組を「著作物」と理解するならば、著作権とは別の放送事業者の権利というものは存在しなくなる。それでは著作隣接権によって放送事業者の権利を保護する必要そのものがなくなる¹⁸⁾。だから逆に言えば、著作権とは別の著作隣接権によって放送事業者の権利を保護するという現行著作権法体系のもとでは、放送番組に放送事業者の権利が及ぶとする扱いは不可能だということこ

とになる。そしてそうである限り、放送番組を放送事業者の権利の客体とすることもできないということになる。明言はされていないものの、おそらく吉田氏も以上のように考えているのではないだろうか。

しかし放送番組を放送事業者の権利の客体としない理由とその当否いかんの問題はさておき、著作権法の放送事業者の権利内容を見ると、放送事業者の放送行為とする吉田氏の解釈とは裏腹に、事実上、権利の客体は放送番組と解釈され得る内容になっている。

放送事業者の権利の一つとして著作権法98条はその複製権を規定している。すなわち「放送事業者は、その放送又はこれを受信して行う有線放送を受信してその放送に係る音又は影像を録音し、録画し、又は写真その他これに類似する方法により複製する権利を専有する」と。

実演の場合と同じくその中から録音・録画権を取り上げるが、上記の吉田氏の考え方に従えば、録音し録画される対象は「電波を流しているという行為」になるはずである。しかし「電波を流しているという行為」は録音・録画できない。「実演」の時にも述べたように録音・録画できるのは音であり影像である。例えばビデオデッキで映画番組やスポーツ中継を録画する場合を考えればわかるように、ビデオテープに録画されるのは音と影像である。著作権法の98条もはつきりと「放送に係る音または影像を録音し録画」と書いているのである。そしてこれらの音と影像によって映画番組は構成され

17) 「著作物」は創作性を要件としていて、「データベース」はそれを構成する「情報の選択又は体系的な構成」に創作性がある場合に「著作物」として認められる(著作権法12条2項1号)。放送番組の場合でも番組内容の選択や番組編成上の構成にそれぞれの放送局の独自性が見られる。この理由から創作性の点でも放送番組を「著作物」とみなすことには問題はない。

18) この点を意識して斉藤氏は次のように述べている。
「放送という行為ではなく、放送番組という成果物の保護に重きをなすとすれば、放送事業者を著作権者と位置づけることになり、それは、著作権法における放送の位置づけの変更を迫ることになる。」
(『斉藤・著作権』、111ページ)

ている。だから録画されるのは明らかに番組である¹⁹⁾。再生してみればわかることだが、番組は映っている「電波を流しているという行為」はどこにも映っていない。それは録画されないからである。そうである以上、放送事業者の複製権という権利の客体は放送行為ではあり得ない。それは放送行為によって発信される放送番組である。そしてこれは、番組が「著作物」を内容とするものか生番組²⁰⁾であるかを問わない。いずれであれ録音・録画されるものは「放送に係る音又は影像」だからである。

ところで「実演」の場合には権利の客体を「行為」とする解釈に対して積極的な反対論は見られないようであるが、「放送」の場合には放送事業者の権利の客体を放送行為とする解釈とは明らかに対立する解釈が見られる。その例の一つは『加戸・著作権』である。しかしその場合でも放送番組を権利の客体とすることは慇懃に避けられている。

「放送事業者の権利は、その放送についての複製権・再放送権・有線放送権・テレビ放送伝達権であります。保護の客体は、放送というよりも放送に係る音又は影像でありまして、放送番組という著作物的な発想では決してないことにご注意ください。放送番組を著作物として保護するという考え方は立法論としてないわけ

ではありませんが、著作隣接権の観点からは、

20) 放送番組のうち実況中継の報道番組、ワイドショウ、バラエティ番組、スポーツ実況中継番組などのいわゆる生番組については、「著作物」を内容とする番組とは異なる扱いがなされている。これらは著作権法上の「著作物」ではなく、そのために放送事業者が制作してもそれには著作権は及ばず著作隣接権が及ぶだけとされている。しかしこれらの番組もひとたび録画されると、すなわちビデオテープなどの「物への固定」が行われれば、「映画の著作物」として「著作物」の扱いを受け、それには放送事業者の著作権が及ぶ。そしてそれが放送されれば、放送に対して著作隣接権が及ぶ。要するに「物への固定」という物理的要件の欠如が生番組を「映画の著作物」から除外し、そのことがさらに「著作物」から除外しているといえる。

「映画の著作物」に「物への固定」という要件を設けた理由は、そもそもが生番組を「映画の著作物」から除外するためだったといわれる（『コメンタール』、117ページ）。しかし何のために生番組を「映画の著作物」から除外する必要があったのか。これに関しては『コメンタール』などでも明確な説明がない。またそれを不問に付すとしてもなお疑問が残る。それは「映画の著作物」からの除外が何故「著作物」からの除外とイコールなのかということである。「映画の著作物」ではないとしても、そのこと自体は生放送を「映画の著作物」とは別の「著作物」として扱うことを何ら妨げるものではないからである。ともあれ生番組を「著作物」とは認めない現行著作権法の扱いには明確な根拠が欠けているといわなければならない。

なお生番組の現行著作権法上の扱いに関しては放送業界から批判的な意見が見られる。その趣旨は、生番組にも映画の場合と同じく制作者の創作性が認められる以上、「物への固定」の有無をもって「映画の著作物」であるか否かを区別するのは根拠がないというものである。

「映画の著作権はフィルム、ビデオに固定を要することになっております。従って、スポーツ実況中継とかライブ番組をそのまま流す場合は、映画の著作物とは扱われないことになります。これは不都合だということで、民放連は文化庁に改正するよう求めています。著作隣接権の方で生番組の放送信号は保護されるでしょうが、著作権でないと保護が弱い。生番組も録画番組もカメラアングルを凝らし、スイッチャーが映像を選択編集し、全体として創意工夫を凝らしておりますので、同じに扱われるべきでしょう。……創作性が認められる限り生番組と録画番組とを区別する理由は乏しい。」（阿部編著[1996]、174-175ページ）

生放送を「映画の著作物」と扱うべしとする主張に関しては、吉田氏も「生中継の場合にも複数のカメラを用いて、カメラ・ワークに工夫を凝らし、カットやモンタージュなど映画に類似した手法で画面を制作する場合も多いから、著作物として保護してもよいのではないか」という議論もあり得ると思う（『吉田・著作権』、32ページ）と肯定的に述べている。

19) 映画番組の録音・録画は一面では映画という「著作物」の録画である。しかしそれは「放送を……受信してその放送に係る音又は影像を録音し、録画」するものであって、映画を直接録音・録画するものではない。電波信号に変換されている映画（音と影像）をビデオテープ上の磁気信号に変換するものであるから、それは放送に特有の形態にある映画、すなわち放送番組である映画を録音・録画するものである。放送番組の録音・録画を論ずるときには単に「著作物」である映画の録音・録画ではなくて、放送番組である映画の録音・録画を論じていることを失念してはならない。

放送という電波に乗った音声信号又は映像信号に転換されている音又は影像にウエイトがあるわけでありまして、信号という物理的な属性の介在を要件とした音又は影像の保護と考えるべきであります。そういう意味で、言葉のうえでは放送の保護といいましても、……『放送』、即ち『無線通信の送信』を保護すると字句どおりに読むと論理的ではない面が生じます。」²¹⁾

加戸氏は「保護の客体は、放送というよりも『放送に係る音又は影像』」、あるいは正確には「電波に乗った音声信号又は映像信号に転換されている音又は影像」であるという。「放送に係る音又は影像」の一句は98条からとったものであることは明らかだから、同氏が放送事業者の複製権の対象が「放送に係る音又は影像」と規定されていることをもとに、上記のような解釈を行っていることは間違いない。そしてこの98条の規定は一応妥当であるし、放送事業者の権利の客体一般と複製権の客体とは同じであるはずだから、この解釈は一応肯定できる。そしてそのように解釈すると、権利の客体である「放送」は明らかに「電波を流しているという行為」すなわち放送行為ではない。それは放送行為によって流される「電波に乗った」ものだからである。

しかしそうすると、「放送」を「無線通信の送信」とする著作権法2条1項8号の規定と、複製権の対象を「放送に係る音又は影像」とする98条の規定との間には表現上の矛盾があるといわなければならない。加戸氏が「言葉のうえでは放送の保護といいましても、……『放送』、即ち『無線通信の送信』を保護すると字句どおりに読むと論理的ではない面が生じます」と注

釈を加えているのは、以上の点を指摘していると理解してよいであろう。

加戸氏の以上の解釈は、放送行為とする解釈に比べれば遙かに適切なものである。しかし筆者はこれでもまだ不徹底と感ずる。それは権利の客体を「放送に係る音又は影像」としながら、なぜ放送番組としないのかということである。

「放送に係る音又は影像」は明らかに放送事業者が送信する番組の「音又は影像」である。また「放送に係る音又は影像」は無秩序、無意味な音や影像の連続ではなく、一定の秩序をもち一定の意味をもっている。こうした意味をもつ「放送に係る音又は影像」はまさに放送番組といわなければならない。それを証拠に「放送に係る音又は影像」が放送されれば視聴者はこれを番組として楽しむ。番組でないというならそのようなことは不可能であろう。これを番組としないのは、麦わら帽子をさして、帽子ではなく、ただの麦わらだというに等しい無理を犯すものである。

かかる無理を犯す理由を尋ねたいが、加戸氏の「保護の客体は、放送というよりも放送に係る音又は影像でありまして、放送番組という著作物的な発想では決してない」という説明がヒントを与えている。これから推測するなら、放送番組を権利の客体とすることはそれを「著作物」と見なすことになる。それは避けたいということであろう。その理由は、放送番組を「著作物」と見なすならばそれには放送事業者の著作権が及び、それが放送事業者の権利の客体となる。しかしそれでは放送事業者の権利は著作権によって保護されることになり、著作隣接権の存在理由がなくなる。それは放送事業者の権利を著作隣接権として規定している現行著作権法体系を否定することになる。それを避けるに

21) 『加戸・著作権』、528ページ。

は放送番組を「著作物」とみなし、それを放送事業者の権利の客体とするようなことはしてはならない。それで番組ならざる「放送に係る音又は映像」を権利の客体とするということになる。著作権とは別の著作隣接権によって放送事業者の権利を保護するという現行著作権法の体系が、吉田氏の場合と同じく加戸氏の場合もかかる無理の原因となっていることは明らかである。

現行著作権法のもとでは生番組であるか録画番組であるかを問わず、放送番組は放送事業者の権利の客体ではないとされる。加戸氏によれば「放送に係る音又は映像」が権利の客体であり、これは放送番組ではないという解釈である。法の実施の実態もこの解釈に従っている。しかしすでに述べたように、「放送に係る音又は映像」を放送番組ではないとする解釈には無理がある。かかる無理は、放送事業者の権利は著作権ではなく著作隣接権で保護するという現行著作権法体系から生じているといわなければならない。しかし例えそうだとした場合、放送行為が現実の放送事業者の権利の客体でないことだけは確かである。それは放送番組といわれようと「放送に係る音又は映像」といわれようと、放送事業者の放送行為ではない。それは番組内容を電波信号に変換しそれを発信するなどの放送事業者の行為の「成果物」といえるものである。

3. 著作権法におけるプロスポーツ

プロスポーツ競技やゲームの著作権法上の取り扱い「実演」との関係において論じられることが多いので、本節でも同様の見地から見ていくが、本稿の第1節で見たように「実演」は「著作物を、演劇的に演じ、舞、演奏し、歌い、

講演し、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。）」（著作権法2条1項3号）をいい、そして「実演家」は「俳優、舞踊家、演奏家、歌手その他実演を行う者及び実演を指揮し、又は演出するものをいう」（2条1項4号）と規定されている。これに対してプロスポーツ競技・ゲームは「著作物」を演ずるものではないから「実演」ではない。したがってプロスポーツ選手は「実演家」ではない。この理由から彼らが行う競技・ゲームは著作権法の保護対象から除外されている。

けれども著作権法は上掲2条1項3号のかつこ書きで「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」と規定し、「著作物」を演じない場合でも、それが「芸術的な性質」を有するものは「実演」に含まれるとしている。それに該当するものとしては、通例奇術、腹話術、物真似、曲芸などがあげられている²²⁾。そこでこの観点からプロスポーツ競技・ゲームを見ればどうかというと、その場合でも結論は否定的で、「スポーツ選手のプレーは著作物を演じているわけでもなく、芸術的な性質のものでもないので、著作隣接権で保護される実演には入らない」²³⁾とされている。

このようにいわれると、いったい「芸術的な性質」とは何かということが問われなければな

22) 『コンメンタール』、34ページ。

こうした扱いの理由を吉田氏は「芸能ショウなどでは、歌手や落語家などの著作物を演じる実演家と奇術手品などの著作物を演じない実演家と一緒に出演している場合があり、一方だけ保護することは不均衡が生ずるからである」と説明している（『吉田・著作権』、57ページ）。しかし奇術ショウや手品ショウが常に歌唱ショウや落語と一緒に行われているとはいえないから、かかる理由付けには疑問がある。

23) 『吉田・著作権』、57-58ページ。

らなくなるが、著作権法はそれに明確な定義は与えていない。これに対して『コンメンタール』の次のような解説は「芸能的な性質」についての一つの解釈を与えている。

「芸能的な性質を有するか否かの基準は、必ずしも演ずる者がプロかアマチュアかという点にあるのではない。奇術、腹話術、物真似、曲芸は、プロが行ってもアマが行っても芸能的な性質を有する。しかし、あるタイプの行為が演ずる者の違い、演ずる目的によって、芸能的な性質を有する場合と有しない場合に分かれることがある。体操の床運動、つり輪や鉄棒の演技あるいはフィギュアスケATINGなどの行為をアマチュアの演技として行う場合は芸能的な性質を有せず、実演とはいえないが、同様の行為をアクロバットショウ、アイススケートショウ（ホリデー・オン・アイス等）において行うようにプロのショーマンとして観客向けのショーとして行うときは実演といえる……。要するに、娯楽的要素が主となるときには芸能的な性質が認められよう。」²⁴⁾

ここではアマ・プロの違いを取り上げ、それは奇術などでは「芸能的な性質」を有するか否かの基準にはならないが、スポーツではその基準となるとする。そしてスポーツ行為を「アマチュアが競技として行う」ときは「芸能的な性質」はもたないとし、それが「プロのショーマンとして観客向けのショーとして行う」ときはもつとしている。これから判断すると料金を取って見せることを目的に行われる、すなわち興行²⁵⁾として行われるスポーツは「芸能的な性質」をもつことになるのではないと思われる。

24) 『コンメンタール』、35ページ。

25) 「観客を集め、見物料を取って、演劇、相撲、映画、見世物などを催すこと。」（『小学館・国語大辞典〔新装版〕』の「興行」の項）

確かにアマスポーツは競技参加者が勝ち負けや順位を争うものであって、必ずしも観客に見せることを主目的とはしていない。また料金をとることはあってもそのこと自体は目的ではないことが多い。他方、アクロバットショウやアイススケートショウは料金をとって演技者の行為が表現するものを見せる目的で行われる。その点でアクロバットショウなどはアマスポーツよりはバレエなどの舞踏公演と共通の性格をもつ。

しかし興行として行われると「芸能的な性質」をもつということであるなら、プロスポーツはすべて「芸能的な性質」をもつといえる。プロスポーツも料金を取ってスポーツ選手の行為（プレー）が表現するもの、すなわち競技・ゲームを観客に見せているのである。また「芸能的な性質」について『コンメンタール』は「娯楽的要素が主となるときには芸能的な性質が認められ」ともいっているが、「娯楽」とは「心をなぐさめること。楽しむこと」（『小学館・国語大辞典〔新装版〕』の「娯楽」の項）であるから、「娯楽的要素が主となる」という点でも、プロスポーツはアクロバットショウやアイススケートショウと異なるところはない²⁶⁾。

このように、興行として行われるとか「娯楽的要素が主となる」とかということが、スポーツ行為が「芸能的な性質」を有することの基準に

26) プロスポーツはアマスポーツと同じく勝ち負けや順位を争う競技として行われる。この点は同じプロとはいえアクロバットショウなどとは明らかに異なる。後者は競技という要素を抜きにして行為（演技）を行い、この行為が表現するものを観客に見せるのであって、この点ではプロスポーツとの違いは大きい。けれども競技という要素は「観客向けのショーとして」行われるという性質を少しも排除しない。プロレスを思い浮かべればその点は了解されると思うが、ショー的要素は競技という要素によって高められこそすれ、決して低められることはないのである。

なるなら、プロスポーツも「芸能的な性質」を有しているといえる。だから「芸能的な性質」を「実演」の要件にするなら、プロスポーツ競技・ゲームも「実演」ということができるはずである。しかるに「スポーツ選手のプレーは『著作物』を演じているわけでもなく、芸能的な性質のものでもない」ので、著作隣接権で保護される実演には入らない」といわれ、現実にはそれは著作権法による権利保護のらち外に置かれている。「実演」の要件とされる「芸能的な性質」についての『コンメンタール』の解説が一般に支持されているものであるとしたら、プロスポーツ競技・ゲームを「実演」から除外し、それを著作権法による権利保護の対象としないという現行著作権法の取り扱い²⁷⁾、著しく均衡を欠いたものであるといわざるを得ない。

さて、著作権法2条1項3号のかっこ書きが該当する奇術やアクロバットなどは、「著作物」を演じるものでないからそれ自体は「著作物性」を有しない。にも関わらずかっこ書きはそれらを「実演」に含めて権利保護の対象としている。しかし、そもそも「著作物性」のない

ものを著作権法上の権利保護の対象にするということは、それ自体が矛盾した行為である。著作権法は保護対象を「著作物」およびそれに準ずるもの、すなわち「著作物性」をもつものと規定しているからである。だから論理的一貫性を保つならば、「著作物性」をもたない対象は保護対象から除外すべきである。けれども著作権法の趣旨からいってそれでは済まされない理由があるからこそ、かかる扱いがなされたものといえよう。その意味ではここで改めて、著作権法による保護の必要性がいったい何に由来するのかが問われているといえる。

4. 保護の必要性和プロスポーツ

著作権法の保護対象は大きく二つに分けられ、その一つは著作権の客体である「著作物」である。そしてもう一つは「著作物」ではないが「著作物」を伝達することによって「著作物性」をもつとされる、著作隣接権の客体である「実演」「放送」および「レコード」などである。

前者は著作権法2条1項1号において「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、音楽の範囲に属するものをいう」と定義されている。そして同法10条は「著作物」²⁸⁾を例示して次の9点をあげている（番号は筆者の付加）。

- ① 小説、脚本、論文、講演その他の言語の著作物
- ② 音楽の著作物
- ③ 舞踊又は無言劇の著作物
- ④ 絵画、版画、彫刻その他の美術の著作物
- ⑤ 建築の著作物
- ⑥ 地図又は学術的な性質を有する図面、図

27) もちろんプロスポーツ関係者が何らの権利保護も受けられないというわけではない。例えばプロ野球やプロサッカーなどの巨額の放映権契約が話題になるように、放映権という、実演家の権利でいえば放送権に相当する権利が競技の開催者に認められている。しかしこれは慣習的な権利といってよく実演家の放送権や複製権のように法律で認められた権利ではない。また実演家なら著作隣接権で守られるスポーツ選手の競技映像の写真撮影や録画およびその経済的利用に関する権利は、別に肖像権及び「パブリシティ (publicity) の権利」などによって保護されることになる。

なお、スポーツ競技・試合（映像）は、放送されれば「放送」として著作隣接権による保護対象となり、その放送番組が録画されれば「映画の著作物」となって著作権による保護を受ける。ただしこれらの場合、著作隣接権などの権利を与えられる者はいずれも放送事業者であって選手などのプロスポーツ関係者ではない。

表、模型その他の図形の著作物

⑦ 映画の著作物

⑧ 写真の著作物

⑨ プログラムの著作物

そして以上に⑩二次的著作物（11条）、⑪編集著作物（12条1項）および⑫データベースの著作物（12条2項）の三つが加えられている。

『コンメンタール』は上記の著作権法2条1項1号の定義に基づいて、「著作物」の要件として次の4点をあげる²⁹⁾。

- (1) 思想又は感情（を内容とするものであること）
- (2) 創作的であること（創作性）
- (3) 表現したものであること（表現）
- (4) 文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものであること

『コンメンタール』は「著作物」であるためには四つの要件すべて具備していなければならないとするのであるが、これらの要件間の関係

はどう理解したらよいであろうか。あるいは何が「著作物」にとって基本的といえようか。

その点に関していうと、『コンメンタール』は要件(3)について「著作権の保護するのは表現であって、『表現されたもの』であることが、法的保護の大前提になる」³⁰⁾と述べる。このように「表現されたもの」を「法的保護の大前提」とであると強調するのは、一つには「表現」される内容たる「思想又は感情」は保護するものでないということと、もう一つは、同じ知的財産権法に属する特許法および実用新案法などが「アイデア（思想）」を保護するものであるのに対して、著作権法の保護対象の特色を指摘したものである³¹⁾。だから「著作物」の要件としては何よりもまず「表現されたもの」であるということが基本的であるといえよう。そして次にこの「表現」についてその内容が「思想又は感情」であり、その「表現」が「創作的である」という関係にあるのではないだろうか。また(3)の「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものである」ということは、(1)から派生するものといえよう。

以上のように理解して大過ないとする、著作権法の保護対象としての「著作物」にとっては「表現されたもの」—以下「表現」と略記す

30) 『コンメンタール』、21ページ。

31) 特許権法の保護対象は「発明（invention）」であるが、それは「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいう」（特許法2条）とされ、また「発明活動の結果もたらされる工業的に利用可能な、すなわち技術分野における一定の問題を解決する新規のアイデアである」（『新版・著作権法辞典』の「発明」の項）と解説されている。

なお、要件(4)についても同様の点が強調され、「産業の発展を目的とする工業所有権との境界を抽象的に表現したものである。発明などの工業所有権による保護の範囲に属するものを除くという点で、『文芸・学術・美術又は音楽の範囲に属するもの』という文言は意味を持つ」（『コンメンタール』、23-24ページ）とされる。

28) この「著作物」は著作権法だけの語法である。①の「講演」と②～⑨の「著作物」は日本語では著作物ではないし、社会通念からしても著作物とはいわない。「著作」は「書物を書きあらわすこと」をいう。だから著作物とは書かれた書物を意味する。したがって書物の形を取らない「講演」は著作物ではない。また書物ではない音楽も舞踊も絵画・彫刻も写真も映画も決して著作物とはいわない。「著作物」は旧著作権法（1899年）以来の用語だが、この用語法は同法制定のきっかけとなったベルヌ条約における保護対象「literary and artistic works」を「文学的及び美術的著作物」と翻訳したことに由来する。これを素直に訳せば「文学作品と芸術作品」ないし「著作物と芸術作品」だから、著作物は保護対象の一つでしかない。にもかかわらずこれを「文学的及び美術的著作物」と翻訳したために、つまり「works」を「作品」ではなく「著作物」と翻訳したために「著作物」が一般に保護対象とされ、「著作物」ではない講演をはじめ音楽、舞踊、絵画・彫刻、写真、映画などの「芸術作品」までが「著作物」として並ぶという奇観を呈する結果となった。以上の経緯については『斉藤・著作権』、66-67ページなどを参照。

29) 『コンメンタール』、9ページ。

る一であるということが基本的重要性をもつといえる。またそうであれば、この「表現」を保護することこそが著作権法の基本目的であるといえよう。

そこで考えてみたいことは、この「表現」を法律で保護する必要性に関して、それが「思想又は感情」を内容とすること、すなわち「思想又は感情」の「表現」であることが不可欠かということである。歴史的には著作権法は文字通りの著作物（書物）や芸術作品の保護を目的として制度が作られてきたから、この点は自明であるかのように考えられる。しかしそうした歴史的経緯を離れて考えた場合、果たしてそれは保護にとって必須であるかということである。

著作権法による保護の必要性をどう説明するかについては、法律学では意見が分かれているといわれるが³²⁾、筆者の見るところこの説明には経済学的説明が不可欠であり、それにはこの「表現」のもつ財としての特別な性質と、それが引き起こす特殊な経済問題に注目しなければならない。

「表現」は各種の財貨やサービスのコンテンツとして利用され、例えば小説本として、あるいは映画のカセットビデオとして製造・販売される。これらの「表現」は小説であれば読むとか、映画のカセットビデオであれば再生して楽しむとかいう具合に、その購入者が「表現」を

享受するために、あるいはコンピュータ・プログラムのように「表現」の機能（コンピュータへの指令）を発揮させるために、そのまま利用することができる。これを「表現」の「通常の利用」と呼んでおくが、この「表現」の「通常の利用」のケースでは、利用者はそれらをコンテンツとした財を代金を払って購入した上で利用し、それを対価を払わずに利用すること、すなわち「ただ乗り（free ride）」はできない。ここでは対価を支払って財を利用するという商品経済の通常のルールのもとで「表現」の利用が行われる。

ところがこの「表現」は「通常の利用」だけでなく、小説本であればその内容（小説）を使って別に出版するとか、映画ビデオであれば記録内容（映画）をダビングして別にカセットビデオを製造・販売し、あるいはテレビ番組のコンテンツとして放送するとか、コンピュータ・ソフトであればビデオと同じくダビングして販売するとか、要するに複製や放送によって財貨・サービスの生産のために利用することもできる³³⁾。すなわち「表現」をコンテンツとして財の生産へ利用するのである。そしてこの場合には「表現」の「通常の利用」では生じない「ただ乗り」が発生する。

多くの財は誰か一人がそれを利用すれば他の人は利用できない。つまり財には利用上の競合性がある。これを財の「競合性(rivalness)」

32) 著作権法による保護の必要性ないしそれを正当化する根拠については、「精神的著作物と著作者の人格が一体のものとして、いわば著作者の自然権として保護される」とする自然権論の説明と、「著作権という独占的権利を付与することにより、著作者に正当な利益の配分が行われ、結果として創作活動へのインセンティブがより増大する」という功利主義的説明との二つがあるといわれる（『コンメンタール』、3ページ）。以下の本文における筆者の説明は、後者の「功利主義的説明」の系列に属するものである。

33) 著作権法上の用語としては、筆者が「表現」の「通常の利用」と呼んだものには「使用」という語が使われ、「表現」をこれ以外の「複製」、「上演」、「放送」などに用いる場合は「利用」という用語を使って区別している。また著作権法は「使用」については関与せず、「利用」に関してのみその範囲を定めて許諾等の権利行使の対象とする。「使用」と「利用」の区別については『斉藤・著作権』、52-54ページ参照。

という。そして競合性があると、誰か一人が財を利用すれば他の人はその利用を妨げられる。すなわち財の利用から排除される。これを財の「排除性 (excludability)」という³⁴⁾。例えば一着のスーツをAさんが着ればBさんは着られない(競合性)。したがってAさんがそのスーツを着ればBさんが着ることは妨げられる(排除性)。そして財に排除性があり、それが商品として供給されるならば、財を利用するには人々はそれに代価を支払って購入しなければならない。上のスーツの例でいえば、スーツを着るにはBさんはお金を払ってそれを買わなければならない。この場合には代価を支払わない財の利用すなわち「ただ乗り」はできない。またそうであれば、生産者も支払われた代価の中から費用を回収し利益を得ることができ、正常に財の生産活動を続けられる。要するに商品経済のルールのもとで財を生産・供給する経済活動が成り立つ。

以上の関連は、商品として販売される小説本

34) 排除性有する財を「私有財 (private goods)」といい、私有財は市場を通して供給される。なお、私有財の要件である「排除性」はかなり幅のある概念である。本文では競合性と表裏一体の関係にある、(1)ある財を誰かが利用すれば他の人は利用を妨げられる、という内容で排除性を規定したが、これ以外にも、(2)専有可能であること、すなわちそれを保持して他人に引き渡さなければ、その人は利用を妨げられること、(3)何らかの物理的手段で他人の利用を妨げること、(4)法的・制度的手段でもって他人の利用を妨げること、などの内容によって規定することもできる。また(3)については、そのための費用が高すぎて経済的に実行不可能となったり(一般道路)、あるいは排除が社会的に望ましくないと判断されて、排除性を設けない場合(一般公園)もある。

現実の財は(1)~(4)のいずれかあるいはいくつかの内容で排除性をもち、それによって私有財となる。例えば有料道路は(1)および(2)の内容では「排除性」はないが、(3)の点では「排除性」をもち、私有財となる。また「著作物」や発明特許などの「無体物」は(1)~(3)の意味では「排除性」はないが、(4)の点では「排除性」をもち、私有財となる。

やカセットビデオなどの場合も同様に当てはまり、先に述べたように、これらの財のコンテンツである「表現」の利用についても「ただ乗り」はできない。ただしこれは「表現」の「通常の利用」の場合である。

これに対して「表現」をコンテンツとして財の生産に利用する場合は異なる。例えば小説本を出版するとき、著者の委託を受けた出版社がひとたび出版するならば、他の者がそれを購入し同じ内容を利用して小説本を出版することができる。すなわち小説内容には競合性はない。したがって小説内容は前者が出版に利用しても後者が同様に利用することは妨げられない。すなわち小説内容には排除性はない。そして排除性がなければ、「表現」の財生産への利用に代価を支払わない利用、すなわち「ただ乗り」が可能になる。小説本の例では著者に原稿料を払うことなく出版できる。その点は映画のカセットビデオの場合も同様で、記録内容を本来の制作者がカセットビデオの制作に利用し、またテレビ番組のコンテンツとして提供する一方で、他の者が本来の制作者にその利用の代価を支払うことなく、ダビングして製品として売り出すことやテレビ番組として放送することが可能になる。そしてこうした「ただ乗り」は、「表現」を販売用の商品やサービスの生産に用いる場合だけでなく、他の人が購入した書籍やカセットビデオを借りて複写やダビングを行う場合のような私的利用のケースでも行われる。

だから「表現」のこうした用途への利用に制限—著者の許諾を得ない出版の禁止、制作者の許諾を得ない複製および放送の禁止—を設けないと、小説の作者や出版社あるいは映画制作者は、「ただ乗り」のために小説やカセットビデオの売り上げが増えないとか、放送事業者に番

組コンテンツとして提供して収入を得る機会を失うなど、要するに得べかりし利益の逸失を被る³⁵⁾。そしてこうした状態を望ましくないとする社会的判断があるために、そこに「表現」の特定用途への利用に関して作家や出版社や映画製作者に独占的権利—出版、複製、放送などへの利用の許諾権—を与え、「ただ乗り」を禁止して得べかりし利益の逸失を防止することになる。この独占的権利が著作権であり、それを構成する出版、複製、放送などの権利の客体として「表現」が保護対象とされるのである。したがって著作権法による「表現」の保護は、それが競合性も排除性ももたないという特異な性質をもつために、その財生産への利用に関して「ただ乗り」が生じ、それが引き起こす損失を防止するために行われているといえる。もちろんこれには「表現」が様々な商品のコンテンツとして経済的価値を有すること、すなわちその利用が一定額の貨幣の支払いに値するということが前提されているから、著作権法による「表現」保護の必要性は、経済的価値を有する「表

現」の「ただ乗り」による損失の防止ということから生じているといえる³⁶⁾³⁷⁾。

ところで競合性も排除性ももたない財を経済学では「公共財 (public goods)」と呼ぶ³⁸⁾。いまこの語を使うならば、著作権法による保護の必要性は「表現」が公共財性をもつことに由来するといえる。だから保護の必要性にとっては、「表現」が経済的価値を有することが前提される限り、それが公共財性をもつことが本質的要因である。そうだとすれば「表現」の保護に

35) こうした状態が続けば、それは「表現」を生産する事業で適正な利益を獲得することを困難にし、あるいは事業に投下した資本の回収を困難にすることも生じ得る。そうした事態は「表現」を創作しそれを生産する事業へのインセンティブを低下せしめ、結局は市場を経由した「表現」の供給を大幅に減少させたり、あるいはまったく不可能にしたりする、すなわち「市場の失敗」を引き起こす。この市場の失敗を社会的に見て望ましくない（社会的厚生を損なう）という判断が、法により特別の制限を加えて「表現」の「ただ乗り」を禁止するということになるとも説明されよう。また逆に、法（著作権法）による「ただ乗り」の禁止は事業に適正な利益を保証し、それが無い場合に比べて「表現」を創作しそれを生産する事業へのインセンティブを増大させるともいえる。著作権によって「著作者に正当な利益の配分が行われ、結果として創作活動へのインセンティブがより増大する」（『コンメンタール』、3ページ）という、著作権法による保護の必要性に関する「功利主義的説明」はこの側面に着目したものであろう。

36) 著作権法による保護の必要性に関するこのような説明は、「著作物」全般に通用するとは思われない。例えば絵画や彫刻などの美術品の場合はその模倣を放置しても、模倣された当該美術品の売り上げに影響はない。この場合の模倣を禁止する根拠は「功利主義的説明」では不可能である。また著作権法における公表権、氏名表示権、同一性保持権などの「著作人権」の保護に関して、上述の説明は有効ではない。これらについては「自然権論的説明」を必要としよう。

37) ここでは「著作物」保護の必要性を「複製」および「放送」への利用との関連でだけ説明したが、もちろんそれ以外の利用に関しても同様のことがいえ、それぞれに著作者の権利が規定され、その客体として保護されることになる。

38) 競合性をもたず、加えて排除性ももたない財は「ただ乗り」を引き起こすために市場を通しては供給できない。そのためそうした財は私企業によってではなく、公共機関すなわち政府によって税をもとに無償で供給されるか、あるいは強制的な料金取り立て制度のもとに提供されることになる。よってこうした財を公共財という。ただし公共財の要件の一つである排除性ももたないということは、注34で述べたように排除性がかかり幅のある概念であるために、理論的には、公共財はそれに応じて狭くも広くも規定できる。そして現実には公共財として供給されている財は、注34の(1)の排除性ももたないということだけでなく、(2)～(4)の内容の排除性のいくつかなしいいずれかをもたない財である。この事情から現実の公共財は、国防・治安並びに一般道路・公園、あるいは公共放送などごくわずかの財に限られる。

以下では排除性ももたないということを、注34で述べた(4)の排除性は含まない前提で議論する。したがって「表現」が公共財性をもつということは、(4)を考慮に入れないという前提のもとでいいうることである。著作権法の対象である「著作物」などは競合性ももたない一方、それが公表ないし実行される限り(1)～(3)の排除性ももたない。この限りで「表現」は公共財である。

としては、それが「思想又は感情」を内容とすることは不可欠ではない。「思想又は感情」を内容としない「表現」であっても、それが公共財性をもつならば「ただ乗り」が行われて作者に損失を発生させ、この損失の防止のためには保護が必要になるからである。

実はこれに該当するものが「著作物」の中にもいくつか存在する。例えば⑪「編集著作物」のうちの「著作物」でない「素材」を内容としたもの、および⑫「データベースの著作物」のうちの「著作物」ではない「情報」を内容としたものがそれにあたる。

「編集著作物」は「その素材の選択又は配列によって創作性を有するもの」（著作権法第12条第1項）である。その際「素材」が「著作物」であるか否かは問わない³⁹⁾。「素材」が「著作物」ではなくても「素材」を選択・配列する行為に創作性があれば、その行為の成果が「著作物」と同等に評価される。その代表的な例が職業別電話帳である。この電話帳は電話番号という単なる事実を内容とし、それは人間の「思想又は感情」を表現するものではない。それでも電話番号を職業との関係で選択・配列する点で「表現」に創作性があれば、これを「著作物」と認めるのである⁴⁰⁾。だから「編集著作物」では人間の「思想又は感情」を内容としない「表現」でも著作権法による保護対象とされる。したがって「表現」が人間の「思想又は感情」を内容とすることは、著作権法による保護の必要性にとって不可欠とはされていない。説明は省略するが、以上の点は「データベースの著作物」のうちの「著作物」ではない「情報」を内容とする場合もほぼ同様である⁴¹⁾。

以上に述べて来たことは著作隣接権の保護対象である「実演」「放送」「レコード」などについても同様に当てはまる。ここではそれらの中から「実演」を取りあげ、音楽「演奏」を例に考えてみよう。

演奏される音楽は音による人間の「思想又は感情」の「表現」である。この「表現」は多くの聴衆が同時に聴いて楽しむことができ、ある一人の聴衆が聴いたからといって他の聴衆が聴くことは妨げられないという意味で、それは競合性も排除性ももたない。同様に演奏音楽は演奏者や主催者が聴衆に提供するかたわら、それを邪魔することなく演奏音楽を録音してレコード(CD)制作に利用し、また映像・音声をテレビ番組のコンテンツとして放送に利用できるという意味でも、競合性も排除性ももたない。よっていずれの意味でもこの「表現」は公共財性を有している。ただ前者の「通常の利用」ケースでは、入場ゲートを設けて入場料を払わ

41) わが国の著作権法は「編集著作物」および「データベースの著作物」のいずれの場合も、「著作物」ではない「素材」（前者）や「情報」（後者）を内容とし、その「素材の選択又は配列」などに創作性が認められない場合一五十音順電話帳、単なる事実や数値データを内容とするデータベースなどは「著作物」とは認めず、法的保護の対象にはしないとされる（『加戸・著作権』、127ページ）。これに対してヨーロッパ諸国では異なる扱いがなされている。わが国以外では「データベース」といえば「編集著作物」と「データベースの著作物」の両方を合わせたものをいうが、「ECデータベース指令」（1996年）はこれについて創作性を有するものを著作権の保護対象とする一方、創作性を有するか否かに関わらず著作権とは別に「スイ・ジェネリス（*sui generis*）の権利」という独自の権利を創設し、データベースの制作者に「抽出行為（*extraction*）」および「再利用行為（*re-utilization*）」に関して排他的権利を与えている。その趣旨は、創作性のないデータベースでもその制作のためには多大の労苦と投資が必要である以上、その「ただ乗り」は許されない、その労苦と投資を保護する必要があるとするものである。以上に関しては名和 [1996]、72-73ページを参照。

39) 『コメンタール』、238-239ページ。

40) 『加戸・著作権』、126-127ページ。

ない者は入場させないという方法で排除性を確保して「ただ乗り」を防止し、通常の商品経済のルールのもとでサービスを提供できるが、これだけでは後者の財生産への利用のケースにおける「ただ乗り」は避けられず、それが行われればコンサートの開催者および演奏者は得べかりし利益の逸失を被る。これを望ましくないと考えるならば、その時には後者の用途への利用に対して法的制限を設け「ただ乗り」を防止するほかない。このようにして「実演」の場合もその「表現」が公共財性をもつために特別の法的保護が必要になるといえる。

しかしこのようだとすると、「実演」が法的保護の対象となるためにはそれらが必ずしも「著作物」を演じるものであること、あるいはその意味で「著作物性」をもつものであることを必要としないことは明らかである。「実演」として行われる「表現」が経済的価値を有することが前提されれば、公共財性をもつことで十分である。公共財性をもてばそのことによって必ずその「表現」は「ただ乗り」を引き起こして実演家や「実演」の開催者に得べかりし利益の逸失をもたらす。かかる「ただ乗り」による損失を防止することが著作権法の目的とするところだから、「ただ乗り」による損失発生があれば、この場合の「実演」も保護の対象とすべき理由がある。

そのいい例が「著作物性」をもたないとされる手品や奇術、あるいはアクロバットショウやアイススケートショウである。これらが経済的価値を有していることは明らかなが、それだけでなく「著作物性」をもつとされる上述のコンサートの演奏音楽などと同じく公共財性をもつことも明らかである。そして公共財性をもてば、その複製や放送などによる財・サービスのコン

テンツとしての利用に関して「ただ乗り」が発生し、実演家ないし「実演」の開催者は得べかりし利益の逸失を被る。そうであればこれらも当然著作権法の保護対象となる。「著作物性」をもたない手品などの「実演」の保護を規定した著作権法2条1項3号「かっこ書き」の趣旨は、経済的価値を有する「表現」の「ただ乗り」による損失防止という著作権法の目的からすれば、これらの「表現」も保護する必要ありとするものであったと推察されよう。

そしてこのように考えてくると、現行著作権法ではその保護対象から除外されているプロスポーツについても異なる扱いが可能になる。

プロスポーツにおける競技やゲームは「実演」の「舞い」などと同様にスポーツ選手たちの身体の動きによる表現物である。この「表現」は端的にいえばスポーツ影像であるが、それは多数の観客が入場料を払って見に来るものである。またスポーツ影像は映画と並ぶテレビ番組のキラコンテンツであって、番組コンテンツとしての利用には放送事業者から多額の放映権料の支払いが行われる。いずれの場合もその利用が一定額の貨幣支払いに値するという意味で経済的価値を有している。

他方、競技・ゲームは多数の人々が同時に観戦することができ、そのため観客の誰かが観戦しても他の観客同時に観戦するのを妨げないという点で、競合性も排除性ももたない。また同じ競技・ゲームを同時に録画や放送に利用できるという点でも、またその際、誰かが録画や放送に利用しても他の者が同様に利用することを妨げないという点でも、それは競合性も排除性ももたない。したがっていずれの点でも競技・ゲームは公共財性をもつといえる。

そして公共財性をもてばそこに「ただ乗り」

が発生する。ただし競技・ゲームの「通常の利用」を行う観戦のケースについては、入場ゲートを立てて入場料を払わない者は入場させないという方法で排除性をもたせることによって、それは防止できる⁴²⁾。けれどもそれだけでは競技・ゲームを財生産に利用する、複製や放送による「ただ乗り」は排除できない。それを放置すれば開催者は得べかりし利益の逸失を被る。著作権法による権利保護の目的が経済的価値を有する「表現」の「ただ乗り」による損失防止にあるとするならば、プロスポーツの競技・ゲーム（映像）もその保護対象とすべき十分な根拠があるといわなければならない⁴³⁾。

舞台演芸およびプロスポーツ興行は、経済学的に見る限りいずれもサービスを生産・提供する活動であり、両者が提供するサービスは経済活動の成果物として本質的な性格の違いはない。けれども著作権法は、前者のサービスに相当する「実演」はその保護対象とする一方、後者のサービス（スポーツ映像）は保護対象から除外するという差別的な扱いをしている。本節の以上の結論はそのような差別的扱いは不当であり、同等に扱うべきことを求めているといえる。

<文 献>

阿部浩二編著 [1998] 『音楽・映像著作権の研究』学際図書出版。

井原哲夫 [1999] 『サービス・エコノミー [第2

版]』東洋経済新報社。

加戸守行 [2000] 『著作権法逐条講義 [三訂新版]』社団法人著作権情報センター。

金井重彦・小倉秀夫編著 [2000] 『著作権法コンメンタール』上巻、東京布井出版。

斉藤 博 [2000] 『著作権法』有斐閣。

刀田和夫 [1995] 「サービスの概念と第三次産業—サービス＝機能説に関連して」『経済学研究』（九州大学経済学会）第61巻第3・4合併号。

_____ [2000] 「サービス産業の販売商品—舞台演芸とプロスポーツ興行」『経済学研究』第67巻第1号。

野村 清 [1983] 『サービス産業の発想と戦略—モノからサービスへ』電通。

名和小太郎 [1996] 『サイバースペースの著作権—知的財産権は守られるのか』中央公論社。

半田正夫 [1997] 『著作権法概説「第8版」』一粒社。

文化庁内著作権法令研究会監修・社団法人著作権情報センター編 [1999] 『新版・著作権法辞典』出版ニュース社。

三山裕三 [2000] 『著作権法詳説 [全訂新版]』東京布井出版。

吉田大輔 [1999] 『著作権が明快になる10章』出版ニュース社。

[九州大学大学院経済学研究院教授]

42) 各種の「実演」の場合、著作権法は入場者の「通常の利用」に関しては特に実演家あるいは開催者の権利を規定していない。これは入場者には入場ゲートを立てて入場料を支払わなければ入場させないという方法で「表現」の無断利用は排除できるからである。

43) ゲームにはルールはあっても筋書きはないからすべての試合がオリジナルであり、「著作物」が要求される創作性という点でも保護対象たる要件を満たしている。