HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権の一元的構成について（１）
Author(s)	半田, 正夫
Citation	北大法学論集, 15(1), 35-118
Issue Date	1964-09-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16036
Type	bulletin (article)
File Information	15(1)_p35-118.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

著作権の一元的構成について(一)

半田正夫

目次

序—問題の提起と用語上の約束
第一章　学説の形成とその批判
　第一節　古典的学説
　　第一項　精神的所有権論
　　第二項　人格権一元論
　　第三項　二元論
　第二節　現代の学説
　　第一項　Droit double 論
　　第二項　新精神的所有権論
　　第三項　著作権一元論（以上本号）
第二章　実定法における著作権の構造
　　—比較法的考察—
第三章　わが国の著作権制度と一元的構成

序 ― 問題の提起と用語上の約束

著作権は私法体系中特異な位置を占める権利である。それは保護の客体である著作物が創作者の精神的労働の所産であって、云わば精神の客観的実在たる一面を有するとともに、他方独立の取引財として創作者の経済的利益に奉仕していることから、著作権もまた著作者の観念的利益と財産的利益とを同時に満足するように構成しなければならないという理由による。

かかる特異な性格を有する権利の構造を解明するには多くのアプローチの仕方がある。その一は、他の私権とくに無体財産権の範疇に属する私権との異同を、あるいは巨視的に、あるいは微視的に検討しながら著作権の特質を浮彫にする方法であり(1)、その二は、視点を著作物の創作過程に置き、著作者の創作的精神が著作物の上にどのように具現されて行くかの考察を通して、著作物の特異性ひいては著作権の特異性に論究する方法であり(2)、その三は、著作権の権利構成に関する諸学説を一つ一つ吟味すると同時に、著作権の形成に影響を与えた歴史的、社会的諸条件、さらには各実定法における著作権制度の体系的考察などを比較検討しながら著作権の基礎構造を明らかにする方法などである(3)。だがこれらの方法は、単独ではそれぞれ著作権の一面を把えるにすぎず、その全体構造を明らかにするには程遠いものでしかない。著作権の分析の徹底化をはかるためには、あらゆる角度から、あらゆる方法を以て綜合的な考察を加えなければ完璧を期しがたいであろう。しかしながら、これは一個人の能力を以てしては殆んど不可能に近い。そこで本稿ではとりあえず上記三つの方法のうち主として第三の方法により、この角度から著作権の構造を多少なりとも明らかにしようと試みるものである。

著作権の権利構成に関する論争は、かって、ドイツにおいて顕著であったが、その影響を受けてわが国においても

種々論じられている。問題の焦点は、著作者の財産的利益に奉仕する諸権能——例えば著作物を印刷・出版、演劇、映画、放送等に利用する権利（これを総称して著作財産権という）——と観念的利益に奉仕する諸権能——例えば著作物を公表するか否かを決定する権利、著作物の内容変更に異議を唱える権利、著作者たることを主張する権利等（これを総称して著作人格権という）——とを著作権上どのように位置づけるかにかかっている。この問題についてわが国の学説は、およそ次の二つの見解の対立から成っているように思われる。一つは、著作権＝著作財産権とし、これと人格権としての著作人格権とを併置して把えたり、[4] あるいは著作権を著作財産権と著作人格権の併存する重複権(droit double)として把えたりして、[5] 二元的構成を主張する立場であり、他の一つは、著作権からその効力として著作財産権と著作人格権が流出することは認めながらも、著作権自体はこれら両権の源泉たる単一権であって、財産権でも人格権でもない特殊の支配権、絶対権であるとして、一元的構成を主張する立場である。[6] 私は、結論的には、著作権の一元的構成を主張する立場、すなわち著作権一元論に賛成する。それは、この見解が著作物の本質及び著作者と著作物との関係を最もよく把えているばかりか、著作権上の諸問題を包括的に説明する説得的技術としてもすぐれていると思料するからである。

しかしながら、従来のわが国における著作権一元論は、本来、この理論の核心ともなるべき著作財産権と著作人格権の牽連性についての洞察を怠り、そのために、一元論の論理的帰結である著作権の譲渡、相続及び消滅等の諸問題（以下これを著作権の動態的側面と呼称する）についての一元的構成の維持を否定するという論理的矛盾をおかしている。もっとも、現行著作権法が著作権の一元的構成を貫く上に障害となるいくつかの規定（例えば著作権法二条、一八条二項、三六条ノ二など）を置いていることが、一元論の純粋な形での採用を躊躇させるにいたった最大の理由かもしれない。しかし、「著作権の本質」論として著作権の一元的構成を標榜していながら、法現象面において現行法にすなおに妥協する態度にはやは

り問題が残ろう。わが国の一元論は、当初の意図はともかく、結果的には二元的構成に近く、その差はほとんどないといってよい。だが、本来の意味での著作権一元論とは、かかる内容のものではなく、一元的構成を著作権の全分野にわたって純粋に貫こうとする理論のはずである。現在ドイツの通説となっている著作権一元論はもとよりのこと、私の賛成する一元論もこの意味における一元論である。

さて、かかる意味での著作権一元論とは具体的にいかなる内容を有し、いかなる点で他の理論よりすぐれているか、さらにはまた、この理論を現行法の解釈によって法現象面に反映させることが、わが国においては実際に不可能であるのか、についての論究が著作権の構造を理解する上に差当って重要と考える。そこで本稿では、以上の問題意識に基き、次のような論述の進め方をとる。

(i)　まず、著作権の権利構成に関するドイツの諸学説を逐一検討する。ここでは、著作財産権と著作人格権の関係および各学説が著作権の動態面をいかに処理しているかが論点の中心をなす。各学説の批判を通じて著作権一元論がいかに理論としてすぐれているかを論証するのが、ここでのねらいである。

(ii)　次に、各国における実定法の沿革、解釈運用および改正の方向などの比較法的考察を行い、著作権制度のありかたを検討する。ここでは、とくに、著作人格権が各実定法体系において、いかなる地位を占めているかが論述の中心となる。著作論一元論が、単なる理念型にとどまらず現実型としても把えうることの論証をここでのねらいとする。

(iii)　最後に、著作権一元論が、わが国の現行著作権法の解釈に際して、果して維持できるかを考察の対象とする。できればここで改正私案の提示をも試みたい。

実定法と社会的事実との間にみられるずれは、如何なる時代、如何なる法域においてもみられる一般的な法現象であるが、最近の著作権法領域においてはそれがとくに著しい。近年における機械技術とマスコミの急速な進展は著作物の経済的利用の方法を大幅に拡大する一方、従来殆んど考慮されなかった著作者の観念的利益保護の要請が新たに重要視されるにいたったからである。このような急激な事実の変動に対処するため、各国では、あるいは現行法の解釈の拡張により、あるいは個々の規定の修正により、さらにはまた著作権法の全面的改正などにより、あらゆる対策が講じられている。このような国際的趨勢を直視するとき、現行法の改正を企画立案中のわが国においても、単に現行法上の欠陥を個々的に補正するに留らず、より高い視野にたった著作権法体系の再構成が望まれるところである。そのためには著作権の構造を明らかにし、その全体像を把えることが先決であろう。本稿では、かなり思い切った議論を展開したため多くの難点があることをおそれる。大方の御叱正御教示によって後日の補正を期すると同時に、本稿を契機に著作権に対する関心が喚起されるならば望外の幸せである。

次に本稿において使用される用語について約束しておきたい。

(1) 著作権を構成すると考えられている二種の権利、即ち主として著作物を経済的に利用する権利と主として著作者の観念的利益に奉仕する権利を、それぞれ著作財産権、著作人格権と呼称する。前者は対価を伴わないものも含むのであるから、著作物利用権と呼ぶ方が適切かとも思われるが、わが国では著作財産権の語が慣用されているようであるし、また著作人格権との対比を明らかにする上からもあえてこの語を使用することとする。

(2) 著作財産権および著作人格権から派生する諸権利、例えば前者から生ずる複製・頒布権、放送権、映画化権、展覧権等、ならびに後者より生ずる公表権、著作物変更権、著作者たることを主張する権利等をそれぞれ総称する場

合には、その源泉となる著作財産権、著作人格権と区別するため、財産権的権能、人格権的権能と呼称する。

(3)　本稿中、著作物内容変更権または著作物変更権と呼称する権利は、わが国では通常、この権利の消極的側面のみを取り上げて、著作物変更異議申立権と呼ばれているが、本稿では積極的側面をも含める意味において上記の名称を使用する。

(4)　その他、わが国において適訳がないためにかなり思い切った訳語を使用している個所もあるが、それらはそれぞれ関係個所において説明することとする。

(1)　この方向でのすぐれた研究としては Schramm, Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes, 1954.

(2)　この方向での業績としては Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954. 末川・「著作権の本質」（民法における特殊問題の研究第一巻所収）、阿部・「著作権の基礎構造」（勝本還暦記念、現代私法の諸問題下所収）。

(3)　本稿で、著作権の権利構成に関する学説と称するものは、従来わが国で著作権本質論あるいは著作権性質論と呼称されていたものと同一であるが、後者は用語として適切を欠くと思われるので本稿では意識的にこれを避けたものである。

(4)　榛村・著作権法概論（昭和八年）三五頁以下。

(5)　末川・前掲書一三一頁以下、または論双六巻一六九頁以下。

(6)　水野・「著作権の性質について」法協二一巻九号一二三二頁以下、勝本・日本著作権法（昭和二三年）六二頁、城戸・著作権法研究（昭和一八年）一四九頁。

第一章　学説の形成とその批判

著作者の著作物に対する関係を保護する権利として著作権が認識されるようになつたのは、比較的新しいことに属

する。それは一八世紀初頭における精神的所有権論の登場をもって始まるといわれている。本章では精神的所有権論以後に生じた主要諸学説について、それらの学説がどのような動機のもとに形成され、著作権の構造をどのように把握しているかを、著作権の動態的側面の処理の問題をも含めて考察し、かつ批判してみたいと思う。かかる批判を通じて著作権の権利構造を浮彫にしようというのが本章でのねらいである。

なおここではドイツにおける学説の検討だけに問題を限定することとした。それは、わが国における著作権理論が殆んどドイツの学説を中心に論じているのと歩調を合わせたことのほかに、その他の国の学説はドイツのそれに追随するか、あるいは少くとも大差ないと考えられ、その必要を感じなかったことにもよる。また本章は古典的学説と現代の学説の二節に分けたが、この分類の規準は、既に過去のものとなっているかあるいは現在なお生き続けているかの点に置いたものにすぎず、それは全く論述の便宜上の理由によるものであるから、これによって発生年代の新旧をあらわしたものと速断されることのないよう予めお断りしておきたい。

第一節　古典的学説

第一項　精神的所有権論

(一)　内　容

精神的所有権論は、一八世紀初頭に、伝統的な出版者の営業保護の思想に基く特許制度を超克するものとして登場した。そこでは著作者と著作物との関係がはじめて認識されており、従来省みられなかった著作者自身の保護に焦点が合わされている。(1) この見解は、その名称が示す如く、精神的創作物たる著作物を有体物との対比において、著作者の

権利を物所有権と同様に構成しようと試みた点に特色を認めることができる。だが出現した当時から直ちに著作者保護の意識が確立したわけではなく、それが醸成されるまでにはかなりの期間を要している。しかも約二百年の長期におよぶこの理論の存続期間中、時代によりあるいは主張者により絶えずその内容が動揺しており必ずしも理論の発展の方向へとひたすら進んでいるというわけでもなかった。そこで本項では精神的所有権の内容を創生、隆盛、衰退の三期に大別し、その間の複雑な動揺の過程を辿ることとしたい。(2)(3)

(イ)　創生期における精神的所有権論

精神的所有権論を生み出す直接のきっかけは、出版所有権論に求めなければならない。一八世紀初頭ドイツでは既に神聖ローマ皇帝の権威が失墜し、それに代ってラント諸侯の勢力が増大する時期にあったが、かかる国内状勢は当時の出版界にも影響を与えずにはおかなかった。すなわち従来皇帝の有していた特許付与権は効力がうすれ、各ラントがそれぞれ独自に有していた特許制度のみが出版者を保護する唯一の制度となったが、あるラントの出版特許もその効力範囲はその領域内に限られドイツ全土におよぶ排他的出版権を与えるものではなかったため、著作者に対する報酬の支払と引換えに原稿を譲受けた出版者と雖も、絶えず無断複製に悩まされる事情に陥った。他方、出版者に与えられる特許は、一応期間が限られていたが屢々更新されており、なかば独占権化する傾向にあった。これらの事情は、必然的に出版者に排他的出版権の意識を醸成する作用を営み、遂には、出版著作物に一種の所有権が生じ出版者に帰属するという主張がなされるにいたった。これが出版所有権論である。(4) この見解は、その論拠の一つとして、出版者の排他的出版権を原稿所有権の取得でもって理由づけようとした。この点につき一七〇六年ライプチッヒ大学の Responsium は「本の所有権は著作者みずからこれを出版するときは著作者に、また出版者がこれを取得したときは

出版者に属する…本の刊行および公表によって著作者または出版者は彼らが有する所有権を失うものではない」と述べ、特許付与が所有権を生ぜしめるものではない点を強調している。[5] 同様の趣旨は一七二二年一月のヴィッテンベルク大学の Gutachten も明らかにしている。[6][7] ここではまだ有体物としての原稿と無体物としての精神的著作物との相違が意識されず、未分化のまま所有権の対象として取扱われている。だが出版者の排他的出版権の論理的前提として、著作者に、かかる未分化の所有権の帰属を認めたことが、後における精神的所有権論の樹立に示唆を与えることとなった。

最初に精神的所有権論を主張したのはグンドリング (Gundling) である。[8] 彼は一七二六年の論文の中で「本の著作者は彼自身の思想について所有権を有するばかりでなく、出版者に売却しうる価値についても所有権を有する」と述べている。続いて一七三一年にはボェーマー (Böhmer)[9] も「多大の労力を費して創作した本の著作者は、かかる労力と著作物の所有者 (Dominus) であり著作者は自己の有する所有権を売却することができる」と主張している。同様の論旨はビルンバウム (Birnbaum) も唱えているが、この段階にいたってはじめて、従来明確には区別されていなかった原稿と精神的著作物との相違が意識されている。すなわち、彼は一九三三年の論文で著作者の才能が生みだしたものはその著作者に所有権が帰属し、著作者のみがそれを排他的に使用する権利を有すると述べたあと、権利の譲渡に触れ、次のように論じている。「出版者に対する原稿の譲渡は有体物に関する所有権の譲渡ばかりでなく、それと結合しかつ著作者のみに帰すべきあらゆる権利の譲渡を含む」[10] と。

このようにして精神的所有権論は次第に確立するにいたった。だがこの時期における精神的所有権論は、出版者の排他的出版権を裏付ける意味で第二義的に主張されたものにすぎず、著作者の権利を保護するという点にウエイトが置かれていなかったために、精神的所有権の内容とか効力にまで論及した見解は逐に現われなかった。

以上述べた精神的所有権論は、その成立の当初から激しい抵抗に遭遇した。反対論の主張は次の理由に基くものであった。その一は、出版者は著作者の精神的所有権を譲り受けることによって排他的利用権を取得するとすれば、これによって独占的な価額が設定される恐れがあるという点であり、その二は、特許ですら場所的、時間的制限を受けるにも拘らず、この理論によれば全く無制限な効力をもつ排他的利用権を認めることになり、そのため出版者の権利が必要以上に強くなるという点であった。(11) しかも出版者の排他的出版権を著作者の精神的所有権で理由づけるにしても、それには実定法の根拠がないことがいわば致命的な欠陥であった。反対者はこの点をつき、無断複製は如何なる意味においても自由でなければならないと主張した。

かくの如き反対説の主張にみずからを防禦しなければならなくなった精神的所有権論者は、排他的出版権の根拠を自然法に求めた。彼らは当時の自然法学説の影響を受けて次の二つの方法を採っている。すなわち、その一は、幾何学的論理構成によりア・プリオリな根本規範から体系的に特殊な法規範を演繹するクリスチャン・ヴォルフ (Christian Wolf) の方法論に拠るもので、著作者が著作物について所有権を有することを前提とし、この所有権から物所有権と同様の論理構成によって排他的出版権を演繹するものである。(12) その二は、上述の如き所有権概念を採らずに、専ら著作物の経済的利用可能性と出版事業の本質から排他的出版権を根拠づけるもので、これはいわば一定の社会的所与から事物の本性を帰納し、これを権利の妥当根拠とする新しい自然法学的方法に基くものとみることができよう。ここでは社会的所与としての著作物の経済的利用可能性と出版事業の本質について次のように考えている。著作者は名声のみでは生活を維持することはできないのであるから、出版者による著作物の利用に対し当然報酬支払請求権を有する。活発な創作活動は公共の利益とくに国民の教化にとって不可欠なのであるから、創作意欲をかきたてるためにも報酬の支払は必要である。他方、出版者は著作物の初版発行についての諸費用を負担し、とくに著作者に対し報酬

を支払う義務を負っている。しかも著作物の出版の際の危険は出版者一個人が全部負担しなければならない。以上のようにみてくると出版者は著作者に経済的利益を保障するためにも、また出版の際の危険を回避するためにも、排他的出版権が保障され、利益取得の可能性が認められなければならない、とする。(13)

グンドリング、ボェーマー等初期の精神的所有権論者が、この相対立する二つの方法論を併用して自説の裏付けとしたことはまことに興味深い。(14) 恐らく彼らはトマジウス学派に所属する学者として、両者の根本的な相違を殆んど認識しなかったものであろう。われわれはここではからずもドイツ啓蒙主義期における価値基準混乱の一断面をのぞくことができるのである。この二つの方法論のうちヴォルフの方法論は一八世紀以降に衰退し、それに代って事物の本性を価値原理とする自然法論が隆盛をきわめることとなった。そこではもはや時所を超越する規範体系は求められず、社会的事実の変遷によって変りうる規範体系の樹立を目標としている。この新しい自然法学上の方法論は後における精神的所有権論の発展に大いに貢献することとなった。(15)

(ロ) 隆盛期における精神的所有権論

以上述べた精神的所有権論は一部においては有力に主張されたが、実務の承認するところとはならなかった。理論の展開は一八世紀中葉より起ったオーストリア継承戦争および七年戦争のために約三十年間中絶したが、平和が回復し出版者による組織的な無断複製が相次いで生ずるにおよんで再び活発に議論が開始されるにいたった。この時期における精神的所有権論の特色は、初期の理論が出版者の営業保護に焦点を合わせ、著作者の権利を副次的に評価したにすぎないのに対し、著作者の保護を議論の中心にすえ、出版者の著作物利用権が著作者の精神的所有権の譲受または派生物であるとみて主客顚倒させた点に認めることができよう。

まず一七七四年ピュッター（Pütter）[16]は、著作物を、古代および中世のいわゆる写本時代に属し、しかし公知であるものと、現代において新しく創作されたものとで区別し、前者は本来何人も自由に複製しうるものであるが特許制度が採られている以上これに拘束され、特許を出版権の成立要件と認めなければならないが、後者は著作者だけが著作物について所有権を有するのであるから出版権の成立要件は著作者との出版契約に求めなければならないと述べ、出版契約によらない複製が禁止さるべき旨を説いた。[17]

ピュッターの見解は一七八〇年のフェーダー（Feder）の論文[18]によってさらに発展させられた。彼は著作物の最初の所有者を著作者とみる点においてはピュッターと一致しているが、出版者の取得する権利を著作者の有する権利の一部にすぎないと主張した点に大きな意義を認めることができる。すなわち彼によれば著作者は精神的所有権を譲渡する際に条件および期限を付すことができ、譲渡されざる部分については依然として著作者のもとに留まり、著作者はさらにこれを第三者に処分することができるものと解するのである。[19]同様の見解は一七八四年エーラーズ（Ehlers）によっても主張されている。[20]だが彼はフェーダーが出版者の法律上の地位の闡明を第一義と考えて論述を進めたのに対し、著作者の立場に主眼を置いたところに特色を認めることができる。[21]

上述のすべての見解を、より明白にかつより論理的に体系だてて述べたのはツェラ（Cella）である。彼は一七八四年の論文において次のように主張する。[22]

彼はまず、著作物とその内容を構成する社会的事実または事件との区別を強調し、後者については排他的所有権の対象としての資格を認めず、著作者は第三者による自由利用を排除できないものとした。しかしながら他方、かかる事実または事件を内包する著作物自体は著作者に所有権が帰属し、何人も著作者の意に反してそれに変更を加えたり、利用したりすることは許されないと述べ、著作者が出版によって著作物を公表した後でさえ所有権は著作者に留

保され、出版者の取得するのは著作者との人的契約に基いて生ずる単なる出版権にすぎないと主張する。しかも彼はこの出版権を人的権利 (ein persönliches Recht) として把え、この権利に排他的効力を認めようとする。だが彼がここで「人的権利」と呼称するものは今日にいう「人格権」とは異なるもので、ただ無体物についての絶対権をあらわす意味で使用しているにすぎないことを注意する必要がある。ツェラはさらに出版権を原則として永久的権利とみているが、その反面これが独占的な書価決定を招くことを恐れて、公衆の利益保護の見地から実定法によって期限が付されるよう提案している。おそらくこれが保護期間の設定を主張した最初の見解ということができよう。[23]

ツェラよりもさらにいちだんと精神的所有権の内容に立ち入って論及しているのはフィヒテ (Fichte) である。彼は一七九三年の論文において、[24] 一般哲学上の異種概念である「形式」と「素材」とを精神的著作物の中に採り入れて次のようなユニークな見解を発表した。

彼はまず精神的著作物としての Buch とそれを有形化したものとしての Buchstück (原稿とか印刷された個々の書籍) とを区別する従来の精神的所有権論者の考え方を肯定した上で、前者をさらに著作物の思想内容たる「素材」とこの思想の表現方法である「形式」とに細分する。そして著作物の「形式」は常に著作者にその所有権が帰属するのに対し、著作物の「内容」は著作物の公表と同時に著作者の手を離れ公衆の共有物となると述べる。[25] またさらに著作物の「形式」についての所有権から、この形式の著作者たることを主張する権利とこの形式の排他的利用権とが派生すると説く。この叙述からわれわれはフィヒテが当時において既に著作権が財産権的性質と人格権的性質とを兼有するものと考えていたかに解せられやすいが、彼自身はとくにこのような意識をもっていたわけではなく、著作者の権利を財産権と解する基本的態度には変りはなかったようである。またフィヒテは出版者の法律上の地位につき、著作者との契約によって精神的所有権から生ずる一定の用益権の主体にすぎないものと考え、無断複製者はこの用益権を

侵害するものであるから許されないと主張している。[26]

以上述べたように無断複製をめぐる見解の確執を通じて、つまり主として排他的出版者とその他の出版者との争いを通じて精神的所有権論は次第に論理構成を緻密にし、学説としての確固たる地位を着々と築くようになったが、これが出版業界におよぼす影響は甚だ微弱でしかなかった。大勢は依然として伝統的な出版業保護の思想に基く出版所有権論が占めていた。[27] しかしながら一八世紀の末にいたり著作者と出版者とが対立するにおよんで、精神的所有権論は実際面においても若干ではあるが利用価値を認められるようになった。両者の争いは新版発行権の帰属と既に個別的には発行されている著作物を全集として発行する権利の帰属如何に関して生じた。出版者は、著作者が出版契約締結の際に無留保であったときには、その著作物の所有権は出版者に帰属するのであって、この所有権から新版発行権が派生するのであるから著作者に報酬の支払義務はないと主張したのに対し、著作者は、精神的所有権の非譲渡性と著作物変更権の著作者帰属性とを理由に、新版の発行には著作者の同意を要すること、ならびに全集発行権を初版発行者以外の者に与えることが許されることを主張した。前者はライプチッヒの出版者グレフ (Gräff) の唱えるものであり、また後者はヴィーラント (Wieland) ロベタン (Lobethan) ビーリッツ (Bielitz) デュプレ (Duprée) の主張にかかるものである。とくにビーリッツとデュプレは出版契約に賃貸借契約に関する規定を準用して自説を理由づけている。[28]

他方、大学 (Juristenfakultät) もこの論争に決して無縁ではなかった。リンテルン大学は一七九一年の Gutachten においてグレフと同様の見解をとり、出版者は何の制限も受けない完全な所有権を取得すると述べ、[29] またゲッチンゲン大学もピュッターの作成になる Gutachten において、出版契約の際に期間または版数について制限を加える旨の約定がない場合には精神的所有権の永久的譲渡がなされるという立場をとり、出版者に譲渡された後はたとえ著作者

であっても出版者の同意なくして著作物を利用することは許されない、と説いている。[30]

ところがこれに反して出版業界の中心地と目されるライプチッヒにおいては、大学も参審裁判所もこれとは反対の立場をとり、かえって著作者に有利な主張をしているのは興味深い。すなわち一七九一年のライプチッヒ大学の Gutachten および一七九三年の判決は、何れも初版発行者の出版権は特約なき限り一版だけに制限されるという見解を採っている。[31] これはホムメル (Hommel)[32] の意見に拠ったものと考えられる。ホムメルは出版者が著作者に対する報酬支払の反対給付として受けるものは原稿 (manuscriptum, quod emit) の公表許諾にすぎず、完全な所有権 (dominium plenarium) を取得するものではなく、従ってまた出版者が新版を発行する際にはその都度、著作者の同意を必要とすると述べている。[33] 彼のかかる見解は原稿所有権だけを考慮しているにすぎず、著作物自体の所有権を念頭におくものではなかった。そのために精神的所有権から派生するところの排他的出版権というものは完全にその存在が否定されており、その結果無断複製は違法行為ではなくただ倫理的価値判断の対象となるにすぎないという結論に達している。

ホムメルのみならず一八世紀末におけるライプチッヒの学者に共通していえることは、精神的所有権論に対する関心が比較的薄く、またその理解するところも正確ではなく、そのために往々にして出版所有権論との混同がみられることである。例えばエアハルト (Erhard)[34] は一応出版者の排他的出版権を著作者の著作物についての「真の所有権 (Wahre Eigentum)」の取得で理由づけているが、無断複製に対する権利の保護を叙述するに際しては特許とか登録を根拠とする方がより簡便であるとして、これを排他的出版権の重要な源泉として強調しているし、[35] またロェスィヒ (Rößig)[36] も精神的所有権を理由に出版者の出版権を一版だけに限っているが、その実、出版契約によって出版者の取得する権利は原稿所有権であって排他的出版権は出版契約によって当然生ずる権利とみているが如きである。[37]

(ハ) 衰退期における精神的所有権論

一九世紀初頭におけるドイツ解放戦争（ナポレオン戦争）の勝利はドイツ国民に民族意識の高揚をもたらしたが、その波紋は出版界にもおよび著作者死亡後における著作物の帰属は全ドイツ民族であるという意識が確立されるにいたった。これは当時一八世紀後半に現れたドイツ古典主義作家のうち高齢者が既に死亡しているという事情を背景として、無断複製の擁護を主張する出版者によって唱えられたのがきっかけをなしたものである。出版権は決して永久的権利ではありえず、一定の時間的制限を受けるとする見解が出版者の間で大勢を占めるにいたった。(38)

このように出版者側においては、精神的著作物に関する排他的権利に時間的制限が付されなければならないとする新しくかつ重要な思想が展開されたのに対し、同時代の法学者はこの問題にむしろ消極的であった。それはとりわけ歴史法学派の影響によるものである。一九世紀初頭以来ドイツ法学は次第にローマ法およびドイツ法の歴史的研究に目を転じつつあった。そのため一八世紀にいたってやっと自然法学によって発展させられ比較的年数の浅い精神的所有権論は当時の法学者の関心の外にあったのである。のみならず精神的著作物に所有権を認めることは無体物に所有権を容認することであり、これは法律概念を正確に使用しようとする法律学の新しい傾向とも合致しなかったのである。ハッセ（Hasse）が一八一五年に「たとえ精神的所有権に好意を抱くにしても、それを一般的に認めるときはやがてドイツ法学に言葉の濫用が支配的になるだろう」と述べているのはこの間の事情を端的に物語っているといえよう。(39)

だがこのような学者の消極的な態度にも拘らず一八一五年に成立したドイツ同盟は、出版業界の強い要望によって同盟条約に著作者の著作物に対する権利の原則的保障を定めた規定（一八条）を置くこととなり、(40)この権利を呼称するものとして「文学的所有権」という名称が一般に使用されるに至って、学者―とくに法学者以外の学者―の間に「文

学的所有権」に何らかのFormを与えるべきだという見解が次第に強く現われてくるようになった。[41] このような意味での精神的所有権に関する学者間の論争の再燃は、一八一一年の弁護士グリージンガー（Griesinger）の論文を契機とする。[42] グリージンガーの見解は、著作者は著作物の公表によって排他的権利即ち所有権を失うものであって、爾後出版は何人も自由になしうるものとなること、および出版者に排他的出版権を容認すれば一般的営業の自由が制限され、出版者の保護のために読者が犠牲に供されることになるから是認できないことなどをきわめて形式的に論証しようとするものであった。[43] このような見解に対し一八一三年には法学者のシュミット（Schmidt）[44]と哲学者のクルーグ（Krug）[45]が、またその翌年には哲学者のパウルス（Paulus）[46]がそれぞれ反対している。彼らはいずれも保護期間に制限を置くことを否定する点で一致しているが、その理由をシュミットが財産権として相続可能な権利である点に求めているのに対し、クルーグおよびパウルスは保護期間の設定による時間的制限が著作者の存在根拠を奪う点に求めている。彼らの見解の共通の特色は、著作者の著作物に対する権利を永久的権利とみてはいるが、物所有権と完全に同一視しようとするものではなく、所有権の名称で排他的利用権即ち財産権を表示しようとしている点にある。[47] このような所有権概念の把え方はとくに哲学者によって受け入れられ、ヘーゲルとかショーペンハウエルなどいずれも同様の見解を明らかにしている。[48]

しかしながら法学者の大多数は所有権概念を有体物に限るべきであるという厳格な解釈態度に拘泥したため、一九世紀の中盤から後半にかけて精神的所有権論は次第に衰微の方向を辿り、かわって著作権を所有権概念から解放しようとする諸見解が登場するにいたった。例えば著作権を立法者によって承認された権利としてではなく、単に個々の禁止規定の反射的効果の総体にすぎないとして、不法行為に基く請求権に解消しようとする反射理論（Reflextheorie）[49]著作権を、かって営業保護の見地から特定の者に付与せられた特許が合目的的理由に基き立法者によって一般化、普遍

化されたものとして把え、実定法により生ずる排他的営業権と解する独占権論（Monopoltheorie）[50]さらには出版権をそれに論理的に先行する著作権に従属し、かつそれより派生する権利として解さず、出版者によって原始的に取得されるものとして把え、それに伴い著作権の核心は他人をして著作物の経済的利用を可能ならしめる点にあるとして、著作権を出版契約論の中で処理しようとする出版権論（Verlagsrechtstheorie）[51]などである。これらの見解は精神的所有権論の意図を正当に把握していないところから生じたもので多くの欠陥を有するが、著作権を財産権的構成で貫いている点では精神的所有権論と同じ山脈の上にそびえているものと解することができるであろう。

(二)　批　判

以上述べたように精神的所有権論はきわめて複雑な過程を経て発展し、そして衰微した。その間多くの論者によってなされた主張は、その内容について必ずしも一致をみなかったが彼らに共通していえることは、無体物たる著作物についての排他的権利を著作者固有の権利として承認したことである。勿論この見解が主として偽版に対する出版者の営業保護のための理論的支柱として利用された点は認めなければならないが、それはともかくとして、精神的所有権論が一六世紀以降行なわれていた特許制度を克服して著作権確立への道を開いた功績は高く評価さるべきであろう。だが論者は著作者の権利を物所有権に範をとり、これと同じ次元で処理しようとしたために―それが著作権の承認を容易ならしめるのに役立ったことは否定できないにしても―著作権と所有権との相違を充分に意識していない嫌いがあった。

両者の相違は保護客体の種類（所有権の対象は有体物であるのに対し、著作権の場合は無体物たる著作物である。従って前者は同時に複数の場所で使用できないのに反し、後者はそれが可能である。）、使用の方法（所有権は客体を物質的に使用することができるにすぎないが、著作権の場合は印刷・出版・展示、上演、放送等著作物に特殊な使用方法が認められる。）および処分の範囲（所有権の内容をなす権限―使用権、収益権、処分権―を個別的に処分したり、また各権限をさらに分割してその一部を処分したりすること

は許されないが、著作権の内容をなす権限―複製・頒布権、上演権、放送権等―の場合はこれが可能である。）などにみることができるが、[52] 特に重要なのは、所有権の特性である排他性と永久的存続性とが著作権にそのまま適用できないことである。権利の排他性とは、権利主体の支配する客体を第三者が享受するのを排除する性質をいうが、著作物の場合、それが公表されることによって著作者の内心の領域から解放されるとき、公衆による著作物の利用を完全に排除することはできず―例えば著作物の私的利用とか他の著作物への節録引用とか官庁の用に供するための複製など―、排他性には限界があるものと解しなければならない。これは著作権の社会性すなわち社会的拘束性よりくる制限であるが、後に述べるように同じことは時間的制限についても妥当し、著作権に存続期間を設定することはいわば著作権の内在的要素でさえある。[53]

このようにみてくると著作権を所有権に倣って構成することは決して適当でないことが明らかとなろう。後期における精神的所有権論者が文学的所有権の概念を排他的財産権の意味で把えたり、あるいは所有権概念を放棄した反射理論、独占権論、出版権論などが登場するにいたったのも、故なしとしない。だがこれらの見解はすべて著作権の一面に光をあてたものにすぎず、著作権の全容を示していないものである。たしかに著作権は独立の取引的価値を有する著作物を対象とし、著作者の経済的利益に奉仕するものであるから、その限りでは財産権として把えることは可能である。だが、著作物は著作者の創作的個性の具現化したものであり、従って著作者と著作物とを結ぶ観念的紐帯は切り離すことのできぬものであるから、著作者の観念的利益を少くとも同時に満足させるように著作権の構成を考えなければならないはずである。精神的所有権論をはじめ著作権を財産権とのみ考える諸見解は、いずれも著作権の有するかかる側面を看過したもので採ることをえないものである。

（1） ドイツにおける著作権意識の発生は、本文で述べた如く、一八世紀初頭に現われた精神的所有権論を契機とするのが通説の見解で

あるが、最近ポールマン (Pohlmann) がこれに異議を唱えている。彼は、Zur geschichtlichen Entwicklung des Urheberrechts-bewußtseins der Komponisten (ca. 1400–1800), 1958；Die Frühgeschichte des musikal. Urheberrechts (ca. 1400–1800), 1961, Neue Materialien zum deutschen Urheberschutz in 16 Jahrhundert, 1961；Neue Materialien zur Frühentwicklung des deutschen Erfinder-schutz in 16. Jahrhundert (GRUR 1960)；Das neue Geschichtsbild der deutschen Urheberrechtsentwicklung (Schriftenreihe der UFITA Heft 20), 1961 などの諸論稿において、豊富な文献を手がかりに、一六、七世紀当時既に著作権意識が現われていること、さらに特許は通説が考えているような領主の恩恵物ではないことを論証しようとした。彼の結論を要約すれば、一六世紀当時、皇帝は著作者に対し特許を付与していること、その特許は著作者の創作行為について与えられており、営業保護とは無関係であること、しかもこの場合、特許の付与によって権利が発生するのではなく、特許は創作行為によって既に生じている権利の確認として把えられていることなどである。だが彼の主張には通説の側からとくにバッペルト (GRUR 1961, 441ff.) およびテッツナー (JZ 1962, 231 ff.) によって批判されている。ポールマンの見解の弱点は、資料の多くを皇帝およびザクセン領主による特許状に求めており、その他のラントをほとんど顧慮していないにも拘らず、それを一般化して論じた点にある。従って本稿では通説に従い、精神的所有権の発生の時期をもって著作権の成立時期とみることとする。

(2) 精神的所有権論はほぼ同時期に英・仏・独において現われたが英仏については第二章参照のこと。

(3) 本項は主として Gieseke, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts, 1959；Bappert, Wage zum Urheberrecht, 1962；Kohler, Die Idee des geistigen Eigentums, AcP. 82, 141 による。

(4) Hubmann, Urheber-und Verlagsrecht, 1959, S. 12 (以下 Hubmann, Urheberrecht と省略)；Gieseke, a. a. O., S. 51ff.；Bappert, a. a. O., S. 251 ff. なお、出版所有権論の詳細については、阿部・「著作権法前史(1)」岡山大学法経学会雑誌三一号七八頁以下参照。

(5) Gieseke, a. a. O., S. 76；Kohler, a. a. O., S. 175

(6) Gieseke, a. a. O., S. 76 f.

(7) これに対し、イエナ、ギーセン、ハルレ、エルフルトの各大学は Responsium でいずれも、出版者の権利保護を特許付与にかからしめている。Vgl. Hubmann, a. a. O., S. 15

(8) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 79；Bappert, a. a. O., S. 259

(9) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 79f.；Bappert, a. a. O., S. 259 f.

(10) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 80 f.; Bappert, a. a. O., S. 260

(11) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 82 f.; Bappert, a. a. O., S. 261

(12) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 84

(13) Vgl. a. a. O., S. 85

(14) Vgl. a. a. O., S. 83

(15) 例えば後述の著作権の社会的拘束性による保護期間の制限など。

(16) Johann Stephan Pütter（一七二五―一八〇七）一七四七年以降ゲッチンゲン大学教授。

(17) Pütter, Der Büchernachdruck nach ächtn Grundsätzen des Rechts, 1774. (vgl. Gieseke, a. a. O., S. 91 ff.)

(18) Johann Georg Heinrich Feder, Neue Versuch einer einleutenden Darstellung der Gründe für das Eigentum des Bücherverlags……, in: Gättingisches Magazin der Wissenschaften und Literatur, 1. Jg., 1780.

(19) Vgl. Giseke, a. a. O., S. 94; Bapperr, a. a. O., S. 269

(20) Martin Ehlers, Über die Unzulässigkeit des Büchernachdrucks nach dem naturlichen Zwangsrecht, 1784.

(21) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 94 f.; Bappert, a. a. O., S. 269

(22) Johann Jakob Cella. Vom Büchernachdruck, in: Cellas freimütige Aufsätze, Bd. 1. 1784.

(23) Vgl. Gieseke. a. a. O., S. 95 f.; Bappert, a. a. O., S. 269

(24) Johann Gottlieb Fichte Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, in: Berlinische Monatsschrift, Bd, 21, 1793.

(25) このように著作権の保護すべき客体を著作物の「形式」とみる発想は、後の学説に大きな影響を与えている。例えばコーラーとかデ・ボーアは、この「形式」をさらに外部的形式と内部的形式とに分け、前者だけが保護客体であると解している。

(26) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 97; Bappert, a. a. O., S. 271

(27) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 100

(28) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 100 f.

(29) Vgl. a. a. O., S. 101

(30) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 101 f.

(31) Vgl. a. a. O., S. 102

(32) Carl Ferdinand Hommel（一七二二―一七八一）、一七五二年にライプチッヒ大学教授、ライプチッヒ上級裁判所判事。

(33) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 102

(34) Christian Daniel Erhard, Handbuch des Churſächsischen Peinlichen Rechts, 1789.

(35) Vgl. Gieseke, a. a. O.,S. 103

(36) Carl Cottlieb Rößig, Handbuch des Buchhandlesrechts, 1804.

(37) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 103

(38) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 132

(39) Vgl. a. a. O., S. 137

(40) 一八一四年までに数個のラントにおいて無断複製禁止の法律が実施されてはいたが、オーストリア、ヴュルテムブルク、ラインランドなどでは依然として偽版が野放しの状態におかれていた。そのためこれらのラントから行商人によって全ドイツへ偽版物が伝播されることとなり無断複製を禁止したラントにおいてもラント法の効力は空虚なものとなった。そこで一八一四年ライプチッヒの書籍見本市に集合したオーストリアを含む全ドイツ八一の書籍業者は代表を選任して、ウイーン会議に請願をなし、偽版禁止の制定法の成立を要望した。この請願書は著作者の精神的所有権およびこれより派生した出版者の排他的出版権についての彼らの考えを、主としてピュッターの学説にしたがって述べたものである。ウイン会議で成立したドイツ同盟は立法権をもたなかったので、彼らの要望は結局同盟条約一八条において、同盟会議はその最初の会合において著作者と出版者の権利の保障について討議するであろう旨の規定を置かせるのに成功したにすぎなかった。Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 129 f.; Hubmann, Urheberrecht, S. 16 f.

(41) Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 138.

(42) Griesinger, Der Büchernachdruck, aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik betrachtet, 1822.

(43) グリージンガーの見解は、ヴェルテムベルクで行なわれている複製の自由の慣行に理論的根拠を与えようとしたものである。Vgl. Gieseke, a. a. O., S. 138 f.

(44) Schmidt, Der Büchernachdruck, aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik, Gegen L. Fr. Griesinger, 1823.

(45) Krug, Kritische Bemerkungen über Schriftstellerei, Buchhandel und Nachdruck, 1824.

(46) Paulus, Rechtforschungen für Juristen und Nichtjuristen, Heft 1, 1824.

(47) Vgl. Bappert, a.a.O., S. 278f.

(48) Vgl. a.a.O., S. 279f.

(49) Maurenbrecher, Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts Bd.2, 2Aufl. 1855; Phillips, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts, 3. Aufl., 1846 ; Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1855 ; Gerber, System des deutschen Privatrechts 17Aufl., 1856 ; Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 2,1 Abtlg. 1880.

(50) とくにフランスにおいて賛成者が多い。例えば Clèment, Du droit des auteurs sur leurs oeuvres, 1863 ; Renouard, Traité des droits d'auteurs, 1838 ; Lebret, La propriété littéraire 1878 ; Marrillot, Protection accordée aux oeuvres d'art-dans l'empire, d'Allemagne 1878 ; Worms, Etude sur la propriété littéraire Bd. I, 1878. だがドイツにおいても Zorn, Das Reichsstaatsrecht, Bd. II 1897; Schäffle, Die nationalökonomische Theorie der ausschließlichem Absatzverhältnisse, 1867 ; Randa, Das Eigentumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher, 1881 などがこの説を採っている。

(51) Wächter, Das Verlagsrecht mit Einschluß der Lehren vom Verlagsvertrag und Nachdruck 1857/58 ; Klostermann, Das geistige Eigentum an Schriftwerken, Kunstwerken und Erfindungen nach preußischen und internationalem Rechte Bd, I, 1867 ; Friedländer, Der einheimische und ausländische Rechtsschutz gegen Nachdruck und Nachbildung 1857.

(52) Roeber, Urheberrecht oder geistiges Eigentum (Schriftenreihe der UFITA, Heft 1) 1956 S. 30.

(53) Rintelen, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht 1958, S. 34 (以下 Rintelen, Urheberecht と省略)。

第二項　人格権一元論

(一)　内　　容

一九世紀のドイツ私法における人格権論の展開に呼応して(1)、著作権を人格権とみる見解即ち、人格権一元論が台頭し隆盛をきわめた。時あたかも精神的所有権論の矛盾が露呈し、それに代るべき理論の模索に苦しんでいた著作権論者にとって、人格を法によって承認された権利の源泉として強調する人格権論は、権利がすべて観念的性質を帯有す

ること、したがってまた著作者が著作物に対して有する観念的利益を、権利にまで昇華させる可能性を有すること、などを示唆させるに充分であったということができよう。この方向での最初の論者は刑法学者のノイステーテル(Neustetel)である。彼は偽版をローマ法のinjuriaの概念の下に含めようと試みた。彼によれば、著作物の公表、頒布を決定する権利は著作者に固有であり、しかも著作者の権利能力から直接生ずるものであるから、その侵害に対してはactio injuriariumによって保護すべきであるとする。[2] 彼の見解はアベッグ(Abegg)[3]およびヘフター(Hefftfer)[4]等主として刑法学者によって受けつがれたが、一八八五年にはイエーリング[5]も同様の見解を明らかにしている。[6] また法律畑以外の分野から人格権一元論を提唱したカントの功績も見過すわけにはいかない。彼は《Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdruckes》と題する論文の中で、書籍を、言語の記号を通じて公衆に対してなす演述(Rede)を表示する文書であると定義した上、所有権の対象となる技術的産物(opus mechanicum)と人格権の対象となる著作者の公衆に対する演述とに区別し、著作者の同意なしに偽版を発行した場合は後者の侵害にあたる、と述べる。[7] このような考え方は法律学者の支持を受け、ここに人格権一元論が有力に展開されることとなった。

人格権一元論を最初に採り上げたのはブルンチュリ(Bluntschli)[8]である。彼は、著作物は個人の個性(Individualität)から生じたものであるから、著作権もその個人即ち、著作者に常に帰属しなければならない、という認識から出発する。そしてかかる著作権と著作者人格との本質的な関連性から、彼は著作権を物所有権と厳密に区別しようとする。例えば所有権は、物を所有すること自体が保護を受けるのに対し、著作権は著作者たること(Urheberschaft)が保護を受けるべきものとして評価されるのであり(S. 189)、また著作物は精神的創作物として無体物的性質を有するものであるから、それは一定の本とか原稿に付着するばかりか、演述としても存立することができる。従って原稿が破棄されたり、印刷物がすべて他人の所有に帰しても、著作権は依然著作者の下に留るもの(S. 188)とする。この

ように著作権を所有権から区別した上で、彼は著作権の人格権的性質を積極的に推進する。すなわち著作物は著作者の人間精神の発露であるから、著作者は創作者と創作物との間の関係にみられる如き自然権を有するものであって、著作物を自ら留保することも、また、意に反する公表を禁ずることも、この権利の効果として主張しうるとする。そしてさらに論旨を具体化して、著作物を公表するか否か、如何なる時期に如何なる方法で公表するかについての決定は、著作者のみがなしうるものであるから、著作者の承諾なくして何人も著作物を公表することはできず、著作者の意に反した公表は著作者人格の一部である著作者の名誉を侵害するものであると説く。もちろんブルンチュリも著作物の有する財産的価値を看過してはいない (S. 192)。だが彼によれば第二義的な意味をもつにすぎないものと解せられているようである (S. 192)。

ブルンチュリは著作権の動態面についても考察の眼を向ける。まず彼は、著作物が公表されることによって公衆に伝達されるとき、著作権の性質にある変化をもたらすものと考え、著作物はもはや著作者一個人にのみ属するのではなく公衆の Gemeingut にもなるとする。従って公表された著作物に対する著作者の権利と公衆の権利とは互いに均衡を保つよう立法および判例によって考慮されなければならないと提唱する (S. 193)。そこで彼は物所有権の永久的存続性に対し、著作権には時間的制限があるとし、その期間は本来、著作者の生存期間に限られるべきであるが、著作者の人格が彼の死亡と共に消滅するのではなく彼の家族および相続人の胸中に生き続けているのと同様著作物もまた、なお一定期間保護されなければならないと主張する。そしてその期間相続人に保障されるものは死者の記憶に基礎をおく観念的利益だけではなく、それに見合った財産的価値をも含むとする。ブルンチュリは以上の論旨から、保護期間は著作者の死後三十年が相当であると述べている (S. 193-194)。

ベーゼラー[9]も精神的所有権の概念は物についてだけ妥当し、著作権の概念はこれとは別箇に独立して取扱うことこ

そ法律学に課せられた使命であると提唱し、彼自ら著作権を人格権と定義する。そして複製をすることによって生ずる収益請求権を考慮に入れる限りでのみ財産権的側面を認める。だが彼は、著作権に財産的側面があるからといって、著作権の法的性質を決める際にはこれを無視しているようである。

ダーン（Dahn）[6]も法秩序が著作者と著作物との関係を承認しようとする場合には、著作物は彼の人格の発露であるから、著作権は人格から派生したもの、即ち人格的権利として構成すべきであるという見解を採っている。

以上のようにして展開されてきた人格権一元論は、ギールケ（Gierke）の《Deutsche Privatrecht Bd. 1, 1895》が出現するにおよんで頂点に達した。

彼の理論の大要は次の如くである。彼は私法体系を法規範の総体であるObjektives Rechtと、法律関係とくに権利義務の総体であるSubjektives Rechtとの二部分に分って論究する。そして後者の主体となりうる能力を人格と呼称し、それが法規範によって承認を受けたとき（一般的）人格権（Recht der Persönlichkeit）を生ずる（S. 265）とする。このような意味での人格権は、人として承認されるべく法秩序によって保障された一般的請求権であるから、あらゆる個別的権利の基礎となると同時に、それに含まれているところの統一的な基本権である。従ってそれは公権にも私権にも、また物に関する権利や人に関する権利にも、化体され付随する権利である（S. 703）。

この一般的人格権から派生し、従ってまたこれとは区別しなければならぬものに個別的人格権がある。これは物権、債権、身分権などと同様一つの権利グループを形成するものであるが、権利主体に彼固有の人格領域の構成要素に対する支配を保障する権利である点で、それらとは区別される。ギールケは個別的人格権の種類として、身体および生命の尊重を要求する権利、人的自由の尊重を要求する権利、名誉の尊重を要求する権利、特別の境遇に基く権利（出生境遇権、職業境遇権、宗教所属権、住所権、団体所属権）精神的・肉体的な活動をなす権利、氏名権、商号権、

符号権（記号権、紋章権、印章権、商標権）および発明権とならんで著作権をも加えている（S. 708-897）。

このように著作権を法体系中に位置づけていることから、ギールケは著作権の本質を、著作者固有の人格領域の構成要素としての精神的著作物がその対象をなすところの人格権とみている（S. 756）ことが明らかとなる。事実彼は著作権の対象となる精神的著作物を、精神的創作行為によって生じ「個性化により特別の存立を有し、外部的固定により独立の存在を取得し、非物質的財としての特殊性により独自の価値をもつ」人格財（S. 765）と考えているが、かかる精神的著作物はそのすべてが著作権の対象となると述べる。

従ってギールケによれば、著作権の根拠は個性的な精神的創作行為にあることとなり、精神的著作物が保護を受けるのはその独創性のためであって経済的利用性のためではないということになる（S. 766）。われわれはここに彼が財産的利益を第二義的なものとする明白な態度を看取することができるのである。

以上述べた基礎理論に基き、彼はさらに著作権の内容、範囲、譲渡および消滅について具体的に論旨を展開する。

まず著作権の内容をなすのは精神的著作物の譲渡に関する排他的処分権能であるとする。即ち著作物を著作者の人格（Person）から解放すべきか否か、解放するとしてその時期および方法をどうするかについて決定することができるのは著作者のみであり、その著作物を破棄するかあるいはそのまま保存するかの決定、および複製の方法、数量を決定することもまた同様である。かかる著作者に留保せられた支配領域を無権限で侵害したもの、つまり著作者の同意なくして著作物を公表、変更または複製する者は、たとえそれが営利追求のためになされたものではないにしても、あるいは著作者に財産上の不利益をもたらさないものであっても著作権の侵害となると説く。従って逆説的な表現をすれば、財産的価値を有さない、あるいは財産的価値を利用することの不可能な著作物についても著作権が生ずることになる。このようにして彼は著作権の人格権性を強調する。だが財産権的側面を全く無視しているのではないこ

とは、次の記述から明らかである。「だが著作権は人格権的核心（personenrechtlicher Kern）を損うことなしに同時に財産権を包含することができる。何故ならば著作者は、著作物の創作者（Herr）として著作物を経済的に利用するか否か、如何なる方法でするかについて決定する唯一の者であるから。従って生じ得る利用収益もまた著作者にのみ帰属する。他人が著作物を利用しうる権利はすべて著作者の著作権だけから生ずるのである」（S. 766）と。即ち彼にいわせると、著作者が著作物を経済的に利用しうる権限をもつことは、著作者固有の人格領域の支配たる権利（＝著作権）の反射にすぎないということになる。

また著作権の範囲については、著作物が著作者の人格領域に所属する限度内におよぶとする。従って著作物が公表されると著作者の人格から解放され、一定の範囲内で Gemeingut となるのであるから著作権の範囲も必然的に狭められる。公表された著作物は誰でも受動的に使用できるばかりでなく積極的に創作のために利用することができるものとなる。だが著作物と著作者とを結ぶ紐帯はこれによって切断されることはなく、著作物は依然として著作者の人格財であるとみる。そこで著作者に留保される権利と公衆の著作物共同利用の権利との区別が重要となるが、ギールケは、この区別は実定法によって決められなければならないと主張する（S. 766-767）。

次に著作権の譲渡について、彼は、著作者の人格から解放される人格財についての処分であるから広い範囲で可能であるとしながらも、著作権の実体（der Substanz nach）は人格から切り離せないものであるから、その行使のみ（nur der Ausübung nach）が譲渡されるにすぎないという特殊な理論をうちたてる。かかる方法により著作者は生存中に著作権のうち利用可能な部分を出版権、上演権、飜訳権等によって移転することができるのである。また著作者の死後にあっても著作物は依然として彼の精神的創作物であり、ただ相続人の手中で保護されるにすぎない（S. 767-768）とする。

最後に著作権の消滅についてギールケは、特別の理由に基きよく早く消滅する場合を除き、法定期間の経過によって消滅するとし、著作権の永久的存続性を否定する見解を述べる。その根拠を彼はつぎの点に求める。即ち著作物は人格財であるから本来著作者の生命に追随しなければならないものである。従って著作者の生存期間中は無条件で保護を与えなければならないのはもちろんであるが、著作者の死亡によって著作権の生命力の源泉は失なわれてしまうことになる。しかしながら著作者の死亡によって直ちに著作権が消滅するとすれば老少不定の人間の生命のために、著作権は絶えず不安定な状態におかれることになるばかりか、死者の人格が近親者の間でなお生き続ける事実を無視することになる。従って著作者の死亡後も著作権の存続を認めなければならない。だが著作者の死後、生き続けてきた精神的個性 (geistige Individualität) が相続人および権利承継人の間でもはや何の意味ももたなくなり、国家および国民に帰属するように思われる時期以後においては特に保護する必要をみないのであるから、その時点を保護期間の限度とすべきである (S. 768-769)。ギールケは大要このように述べ、ドイツ法がこの期間を一世代に当たる三十年としたのは、著作権の本質を人格権とみていることを裏付けるものであるとして全面的に賛成の意を表わしている。

以上の如きギールケによって代表される人格権一元論は全ヨーロッパに多くの支持者を得た。とりわけローマ法系諸国において多い。イタリアではカセリ (Piola Caselli)[11] が、またフランスではスフェテア (Jules Sfetea)[12] が人格権一元論者として著名である。ドイツにおいては特にハイマン (Ernst Heymann) がギールケの理論を継承しさらに発展させている[13]。

(二) 批　判

人格権一元論が、従来知られていなかった著作者の著作物に対する観念的利益の保護を認識させた功績は大きい。

しかしながら、論者はいずれも著作権の財産権的側面を不当に過小評価し、副次的な意義しか認めなかった点で一面的に堕した感を免れない。とくにギールケは、著作物を著作者の人格領域の構成要素とみて、身体、生命、自由および名誉等の人格財と同一次元で処理している。従って彼によれば、著作権は著作者の自分自身（Person）に対する関係を保護する権利とみているものと解せられる。だがかかる論理は、身体、生命、自由および名誉等の人格財については妥当する（これらの人格財は Person に内包されるものであるから）にしても、著作物については当然あてはまるというものではない。著作物は、著作者の精神的創作活動の結果生じたものであるから人格財としての側面をもつことは否定できないが、それはあくまで創作活動の結果生じた独立の実在であって創作活動自体とは異なるから、独自の使命と宿命を担った精神財（Geistesgut）として把握しなければならないであろう。著作権が承認されるにいたった歴史的過程および著作物が取引の対象として確固たる地位を占めている現状を考慮するならば、著作物は人格財としての側面を有するほか、経済生活において独自の役割を演ずる取引財（Verkehrsgut）としての側面を有することは明らかとなる。[14] 従って著作権も著作者の観念的利益を保護するためばかりでなく、少くとも同程度の保護を、著作者の財産的利益のために保障するように構成されなければならないと解せられる。人格権一元論は著作人格権の形成に先駆者的役割を果した点に歴史的意義を認めることができるが、著作物の取引能力を軽視したために現在この学説を採る者は存在しない。[15]

（1）一九世紀ドイツにおける人格権論の展開に関しては、Leuze, Entwicklung des Persönlichkeitsrecht in 19 Jahrhundert ; Scheying, Zur Geschichte der Persönlichkeitsrechts in 19 Jahrhundert, AcP 158, 503f. 参照。なお五十嵐、松田「西ドイツにおける私生活の私法的保護」（「プライヴァシー研究」所収一七九頁以下）に詳細な紹介がみられる。

（2）Neusitetel, Der Büchernachdruck nach römischen Recht, 1824.

(3) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836.
(4) Hefftter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 6 Aufl. 1857 § 398.
(5) Jhering, Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Neue Folge BXI 1885.
(6) 以上については主として Bappert, Wege zum Urheberrecht S. 243f. に拠る。
(7) カントは同様の論旨を Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, S. 127ff. においても展開している。
(8) Bluntschli, Deutsche, Privatrecht Band I. 1853 §§ 46ff.
(9) Beseler, System des gemeinen deustchen Privatrechts, 2Abteilung, 4Aufl. 1885 S.851ff.
(10) Dahn, Privatrechtliche Studien 1884, in : Bausteir, Gesammelte kleine Schriften. 5.Reihe 2.Schrift, zum Urheberrecht S. 76ff.
(11) Vgl. Ulmer, Urheber-und Verlagsrecht, 2Aufl. 1960 S.95.
(12) Sfetea, De la nature personelle du droit d'auteur. 1923.
(13) Vgl. Hyemann, Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts, 1827 S. 95f. u. Rabels Z 1937 S. 12ff.
(14) Vgl. Ulmer, Urheber-und Verlagsrecht, 2Aufl. 1960 S. 95ff.(以下 Ulmer, Urheberrecht と省略): Hubmann, Urheberrecht, S. 17ff.
(15) 最近ではトロラーが、ギールケの人格権一元論を再評価すべきであると主張している。彼の述べるところによると、ギールケは著作権概念を「精神的著作物の公表および複製について処分する著作者の排他的権利」として把え、さらに「著作物を公表するか否か、または、どのような方法をもってするかに関する権利およびこれによって条件づけられる観念的および物質的利益を享受する権利は、著作者自身に帰属する」と述べているところからすれば、彼が著作権を無体財産権とみていることは明らかであるとする。そして、さらに、ギールケの思考方法は新精神的所有権論と本質において一致するものであって、両者の相違は単にテルミノロギーの違いにあるにすぎないと述べる。Troller, Bedenken zum Urheberpersönlichkeitsrecht, Schriftenreihe der UFITA, Heft 16, 1959 S. 14f.（以下 Troller, Bedenken と省略）だがかかる解釈はまだ一般化しているとはいえない。

第三項　一元論

(一)　内容

前述の精神的所有権論および人格権一元論が、それぞれ立場は異にするにせよ著作権を一元的に把えていたのに対し、著作者に無体財産権（Immaterialgüterrecht）と個人権（Individualrecht）の二種の権利を与えようとする見解、即ち、二元論が人格権一元論と相前後して登場した。その主唱者はコーラー（Kohler）である。彼は所有権と著作権との共通の地盤を充分に認めた上で、両者の体系的な相違を考慮し、どちらかというと直観的に把握された精神的所有権論を学問的に基礎づけて無体財産権論を発展させ、精神的所有権の観念から著作権の財産権的要素への理論的過渡期の役割を果した。

彼の理論は、おびただしい数にのぼる著書、論文によって精力的に展開されており(1)、ギールケが彼の見解を殆んど《Deutsche Privatrecht I》だけで論述したのと比べ、きわめて好対照をなしている。

コーラーの見解はおおよそ次の通りである。彼はまず著作権を、「人間の外に存在するが無形で把握することのできぬ権利財（Rechtsgut）に関する権利」(2)即ち無体財産権とみ、物所有権が有体物から経済的利益を得る権利であるのと同様、無体物から経済的利益を得ることを目的とするものとして把握する。従ってこの点で人格権一元論とは根本的に相反する。彼の見解はむしろ精神的所有権論に接近する。だが彼は、保護の対象を著作物の「形式」に限り認めて、「内容」については gemeinfrei としたフィヒテの考えを受け継ぎ、さらにこれを克明に分析することによって、著作権の保護を受けるべき著作物の「形式」には、言葉とか音などの表現形式である「外面的形式（äußere Form）」のほかに、例えば文学的著作物の場合の筋の運び方などの「内面的形式（innere Form）」もまた著作者固有のものとして含まれるものと説き(3)、有体物（文学的著作物の場合には書籍）を保護の対象とする物所有権との必然的な相違を明らかにして、所有権概念を放棄している。

以上述べた如くコーラーは著作権＝無体財産権として把えるけれども、著作者の精神的利益の保護を全く無視して

いるわけではない。彼は著作権とは別に個人権（Individualrecht）を想定する。個人権とは、彼によれば人的利益のすべてについてその完全なる利用および享受を保障する単一の権利をいい、現在の一般的人格権と呼称されるものに相当する。従ってそれは著作者だけに認められる特殊な人格権を指すのではないから、著作権の有無とは関係なく個人権の存立および行使が認められることになる。かかる一般的包括的個人権から氏名権、信書権、自己肖像権等の個別的個人権が派生するが、彼はとくに著作物との関連において公表権を個人権に含めて次のように論じている。(5) まず著作物を公表するか否かは著作者のみが判断すべきであるから、この段階では個人権のみが現われ、財産権は問題とならない。従って著作者が破産した場合には債権者はたとえそれによって大きな利益が期待される場合であっても、未公表著作物の原稿を質入したり、あるいは印刷に付すことによって利用することは許されないとする。また公表権が個人権として著作者に帰属するとすれば、何人も著作者の同意なくして著作物に変更を加えてはならないという内容変更に対する異議申立権も著作者に属することとなるし、その反面、実際の著作者は他人であるに拘らず自己の氏名が付されて公表されてはならないと主張することもできるとする。

このようにしてコーラーは、著作権と個人権とが全く異なった要件を必要とし、しかも全く異なった領域に属することを理由に、かかる二種の権利の相関関係を理論上否定しながらも、(6) 結局は後に両者の関連する場合の存在を認めざるを得なかった。例えば彼は、著作物が著作者の意に反して公表された場合につき、これは著作者の個人権の侵害となると同時に財産権たる著作権の侵害となるという結論を引き出している。(7) しかしながら彼はかかる結論から、著作権を異なる機能を合わせ含むところの単一の権利と認めるところまでには至らず、併存する二つの権利とみる見解を捨てるものではなかった。

コーラーの著作権の性質に関する考え方はおよそ以上述べたことでつきるわけだが、彼はそのほかにも現代に生き

る卓越した見解を随所に示している。

まず著作権を財産権としながらも一定の保護期間によってその存続に制限を受ける点について、彼は、物所有権が社会的拘束を受けるのと同様、著作権も社会的拘束性を有する権利であるとして、次のように述べる。即ち著作権は、公衆に伝達されるべき著作物を対象とするものであり、それは国民の精神文化および精神生活の一要素に還元さるべき性質のものであるから、物所有権の如き過大な個人主義を認めることはできない。従って著作者の相続人に永遠に著作権の行使を容認するわけにはいかず、一定期間経過後は公衆の共通財産とならなければならない、と。(8)

また著作権契約について、彼は、著作物の利用権限を他人に付与する場合に、この付与された権限は著作権契約の締結当時現に存在する権利だけに限られ、契約後に生じた新しい経済的利用の可能性とか新しい利用権能は著作者に留保され、権限の付与を受けた第三者に生じないと説く。(9) この内容は今日われわれが目的譲渡理論(10)で説明するものを既に指摘していたことを示すものである。

(二) 批　判

(イ) 一般的人格権と著作人格権との相違

以上述べたところから明らかなように、コーラーは著作者の権利として財産権と人格権とが併存することを認め、両者を対等に評価するものであるが、その点、人格権一元論が著作者の観念的利益の保護を重視して、財産権を著作物の公表により人格権たる著作権から生ずる第二義的な権利として把握し、両者の評価に差等を設けたのに比べると、正当な契機に基ずく見解ということができよう。何故ならば、著作者の著作物に対する観念的利益と財産的利益とは、いずれが主で、いずれが従であるかについて一般的に論ずることは不可能であるからである。

だが問題は、著作物の経済的利用性を強調するあまり著作権を無体財産権として把握し、著作人格権をこれより駆逐して一般的人格権たる個人権に解消させた点にある。そもそも人格権を一つの権利概念として正確に定義づけその範疇を明らかにすることがいかに困難であるかは、過去において多くの学者がこれにいどみながらも、いずれも満足すべき結果をもたらさずそのためにまだ統一した見解が示されていないという事実から明らかである。(11) そこで極言するならば現在の段階においては、論者の定義のたてかた如何によってはいかなる権利をもこれに含みうるということができよう。従ってコーラーが個人権を「人的利益のすべてについてその完全なる利用および享受を保障する権利」と定義して、著作人格権をこれに含めたこともあながち論難すべき筋合のものとはいえないように思われる。しかしながら人格権あるいは個人権と称されるものの中にあっても一方、生命権、自由権、自己肖像権、名誉権等のいわゆる höchstpersönlich であるがために固有の人格権と認められるものと、他方、著作人格権との間には次のような相違を認めることができる。

(1) 固有の人格権がおよそ人である以上すべての者に保障せらるる権利であるのに対し、著作人格権は著作者だけが保障される権利であること(権利主体の特殊性)。

(2) 固有の人格権の保護の対象は Person 自体であるのに対し、著作人格権の場合は著作者の Person から独立した—いわば精神の客観的実在たる—著作物であること(権利客体の特殊性)。

(3) 従って固有の人格権は権利主体の Person に対する関係が保護される権利であるのに対し、著作人格権は著作者の著作物に対する関係が保護される権利であること。(12)

このように両者の間には大きな相違がある。だが両者類似する場合のあることも否定できない。例えば名誉権と著作者たることを主張する権利との間にみられる類似性である。しかしながらこの場合も後者は、名誉そのものが保護

を受けるのではなく、著作物の創作者としての地位が保護されるのである。同様に公表権、著作物内容変更権等の著作人格権に属する諸権能の場合も、著作物自体が保護を受けるのであって著作者の Person が保護を受けるものではない。[13] 著作物を創作するのが著作者の Person であることには違いないが、著作者の Person は客観的実在たる著作物を保護することによって間接的に保護を受けるにすぎないものと解すべきである。このようにみてくるとき固有の人格権と著作人格権とを同一次元で把えて一般的人格権または個人権の命称の下で包括するのは少くともあまり意味のあるものとは考えられない。

別の側面から一般的人格権と著作人格権とを区別する考え方がある。

スイスの著作権法の権威として著名なトロラー (Troller) は、一般的人格権の特質とされる不可譲渡性および不可放棄性が、著作権にそのまま妥当するか否かについて概念的検討ではなく、具体的事実関係を吟味することによって、それらの特質が著作人格権の特質たりえない点を実証し、両者の区別を主張している。[14] 彼はまず公表権について著作物の利用は通常、公表を伴うものであるから、財産権的権能の譲渡には公表権の譲渡も含まれるとみなすべきであるとして公表権の譲渡可能性を認め、また著作者たることを主張する権利については理論上は譲渡可能ではあるが、実際上行なわれる例少ないと述べながらも、権利の放棄は日常頻繁に行なわれているという事実を具体的に示して可能であることを明らかにしている。さらに内容変更権については、小説を映画化あるいは演劇化する場合などの映画化契約または上演契約は内容変更権の移転なくして不可能だという理由で、放棄、譲渡ともに可能であると説いている。

またドイツにおけるこの分野の第一人者ウルマー (Ulmer) は、一般的人格権が不可相続的でただ死者の近親者によって行使されるにすぎないのに反し、著作人格権が相続される点を両者の区別する理由の一つに掲げている。

このような一般的人格権の特質から著作人格権を識別しようという見解には、一般的人格権にこれらの特質を否定する見解も有力であることを考慮に入れるとき、必ずしも全面的に賛意を表するわけにはいかない。しかしながら、前述の如く、著作人格権は客観的実在たる著作物に対する関係を保護するものであるから、権利の譲渡性、放棄性および相続性が容認される可能性は Person に対する関係を保護する固有の人格権に比べるとより強いということはできよう。

以上述べたことから明らかなように、著作人格権は固有の人格権に比べると異質の要素を多く含んでいるのであるから、これを個人権または一般的人格権の範疇に含めることは妥当ではなく、むしろ別箇に取扱うべきであったと考えられよう。

(ロ) 著作財産権と著作人格権との牽連性

二元論は著作物を経済的に利用する権能の集合体—即ち著作財産権—を著作権に、また著作人格権を一般的人格権たる個人権に分属せしめるものであったことは上述の通りである。従ってそこでは著作者の著作物に対する財産的利益と観念的利益とが分断されている。しかしながら共に保護の対象とする著作物は、一方経済的に利用しうる独立の精神財であると同時に、他方それ自身の中に著作者の個性が内包されているものであるから、著作者が著作物を利用するに当っては観念的利益充足の考慮が働いていることは当然であろうし、逆に著作人格権の行使もまた財産的利益に左右されることも首肯しうるところである。かかる場合に両者を分断して論ずることが果して実態に即した見解といいうるかどうかはきわめて疑問である。

問題を財産的利益と著作人格権との関係および、観念的利益と著作財産権との関係の二つに分って考えてみよう。

(α)　財産的利益と著作人格権との関係

まず公表権についてみてみよう。公表権とは著作物を公表するかどうか、公表するとした場合にそれを如何なる方法および条件を以ってするかについての意思決定権をいうのであることは前述した。著作者はこの権利を行使するに当り、公表がもたらす社会的評価―その著作物の作者としての名声―を予め充分に計算の上で最善の方法を選択しようとする。その限りでは著作者の観念的利益に奉仕する。だが公表に際して著作者の意見決定を促す動因は、かかる観念的利益を満足させることだけにあるのではなく、同時に公表による財産的利益の取得をも意図する場合が多い。著作物の創作をなす者が概ねそれを職業とする者であることはこの間の事情を裏付けるものである。(16)

同様のことは著作物内容変更権についても妥当する。著作者が彼の創作にかかる著作物について内容を変更する排他的権利をもつのはむしろ当然であって、この権利より他人のなす改竄その他の変更に対して異議を唱える権利もまた派生する。たとえ著作者により著作物の利用を認められた者と雖も、著作者の同意なしに勝手に内容を変えることは許されない。著作者の心血を注いだ労苦の結晶である著作物に他人が手を加えてその完全性を歪めるとき、彼の全く関知しない事情によって著作者としての社会的評価が著しく毀損される恐れが生ずるからである。従ってこの限りではこの権利も著作者の観念的利益に奉仕するものとして把えることができる。だが財産的利益との関連性もきわめて密接であってこれを無視することはできない。なぜなら経済的利益取得のため、著作物を出版者、興行者等に利用させるに際し、これら利用者側の種々の事情のため著作物の内容変更が余儀なくされる場合（例えば舞台装置の技術上の困難さのため或は主演に予定されていた俳優の不測の事故のための一部シーンの短縮又はカットをする場合、小説を映画化又は演劇化するために脚色をする場合、造形美術著作物を複製出版する際に印刷技術上の理由でカラーに若干の変調を来たす場合など）に著作者が内容変更に同意を与えたり、あるいは内容変更に異議を唱えない旨を約束したり、さらにはまた著作者みずから著作物の内容に手を加えるなどの内容変更権の行使はむしろ財産的利益の取得に著作者の重点がおかれているものと解するのが自然だからであ

る。(17)

また固有の人格権との類似性が著しいといわれる著作者たることを主張する権利の場合も財産的利益保護の側面を全く否定することはできない。この権利は著作者の氏名または著作者の同一性を表象する符号（例えばペンネーム・雅号）を著作物およびその複製物に表示することの主張および他人による著作者名の僭称の排除を内容とする権利であるから、かかる権利の行使は著作物に対する責任の帰属を明らかにする反面、著作物に寄せられた社会的評価を著作者一人に帰せしめるという効果をもつものである。従ってこの限りでは著作者の観念的利益に関する権利ということができる。だが著作者は通常かかる効果のみを期待するものではあるまい。われわれはある著作物がいったん世評を呼ぶとき、同じ著作者の手にかかる他の著作物もその著作者の創作物であるという理由だけで、同様の社会的評価を受け著作者の経済的利益の増加をもたらすという実例を数多く見聞している。特に既に名声を得た著作者の創作物はその名声の故に彼の著作者名が表示されている限り、いかなるものでも高価に取引されているようである。従ってかかる実例を考慮に入れるならば著作者たることを主張する権利の行使は、著作者の財産的利益保護の要求をも併せ含んでいる場合が多いものと考えるのが至当のように思われる。(18)

(β) 観念的利益と著作財産権との関係

逆に観念的利益と著作財産権との相関関係をみてみよう。著作者はごく稀な例を除いて著作物をみずからの手で公衆に伝達する手段と施設をもたないのが普通であるから、一般に著作物の利用を業とする企業に委託して行うことになる。この場合著作財産権の行使は著作権契約（出版契約、上演契約、放送契約等、なおこれらの契約は排他的授権ばかりでなく単純授権をも含むこと後述参照）によってなされるが、通例対価を伴うものであるから著作財産権は著作者の財産的利益に奉仕する権利ということができる。しかしながら著作財産権の行使は必ずしも財産的利益と結びつくとは限らない。例えば学者が永年の研究の成果を非営利的機関誌に

発表したり、あるいは純文学の新人グループが同人誌に寄稿したり、さらにはまた著作物を慈善興行のため無償で上演許諾をした場合など、何れも著作者としての名声とか社会的評価を考慮しての行為であろう。また対価を得て著作物の利用を認める場合ですら自己の業績ができる限り多くの人に認められたいという欲求を含んでいることも否定できないであろう。従って著作財産権も財産的利益ばかりでなく著作者の観念的利益に密接な関係があるものと考えなければならない。

以上のようにみてくると著作者の保護利益によって財産権と人格権とに分断することは、こと著作権に関する限り不当といわざるをえない。むしろ両利益の保護を目的とした単一の権利として著作権を把えるべきだという結論に到達する。このようにいうと、物所有権においても、その対象が先祖伝来の家宝とか、故人の遺品あるいはコレクションなどの場合に所有者の観念的利益に関係しながらも財産権に含められているという例を挙げ、著作権の法的性質も観念的利益を顧慮すべきでないという反論がなされるかもしれない。だが物所有者の有する観念的利益は、その物が所有者の下に留る限りでのみ保護を受け、いったん所有権が移転されるとき前所有者は自己の観念的利益保護の要求をなすことは許されなくなるのであるから、この利益の保護は物を全面的排他的に支配することより生ずる反射的効果にすぎないものと解すべきであって、たとえ観念的利益が認められるからといって所有権の財産権的性質を変更するほど強力なものではないのである。しかるに著作物の場合は前にも述べたようにそれ自身の中に著作者の個性を内包すると同時に独立した取引財でもあるのだから、観念的利益も財産的利益も共に法律上評価さるべき利益とみなければならず、精神的所有権論を除けばギールケはもとよりのことコーラーさえこれを無視するものではないのである。コーラーはこの両利益を対等に評価した点でその功績は不朽のものとなっているが、保護利益によって著作者の

権利を分断することは上述の如く不可能なのであるから、著作人格権を個人権の範疇より引き戻し著作権の中に包括すべきであったと考える。

さらに被保護利益の点を度外視しても著作人格権と著作財産権とが相互に交錯する領域のあるところから両者の牽連関係を認め、著作人格権を著作権に包摂すべきであるという見解が成立つ。特に公表権と改作利用権の場合に問題となろう。公表権は著作物を公表するか否か、公表するとしたときその方法および条件をどうするかについての意思決定権であるから純粋の意味では著作人格権の範疇に含まれるものである。だが著作物の公表は出版、演劇、映画、放送等の媒体によって行なわなければならないのであるから、公表権は必然的に著作財産権の中にも包含されるべき性質のものである。ドイツにおける著作権法改正の試みの過程で一九三二年の草案（Amtliche Entwurf）が公表権を著作財産権の範疇に含めたにも拘らず一九五四年の草案（Referentenentwurf）では《Verwertungsrecht》の章よりはずして著作人格権を構成する諸権能とともに《Sonstige Rechte des Urhebers》の章に含め、さらに一九五九年の草案（Ministerialentwurf）では《Verwertungsrecht》および《Urheberpersönlichkeitsrecht》とは別の第三の範疇として規定し、また一九六一年の草案（Regierungsentwurf）では再び《Urheberpersönlichkeitsrecht》の章に含めるなど、著作財産権と著作人格権の間を絶えず浮動させているのはこの間の苦悩を如実に示しているということができる。

また改作利用権は原著作物に修正増減を加えもしくは翻案をなしたもの―例えば翻訳、小説のドラマ化、ドラマの映画化、音楽のアレンジ、彫刻の絵画化等―を複製利用する権利をいうのであるが、改作すること自体は個人的使用の範囲内の行為であるから著作者の同意を要するまでもなく何人も自由になすことができる。ただ改作したものを複製する場合は公衆への伝達の可能性を有するから個人的使用の枠を逸脱するものであって、原著作物の利用の一形態

にほかならない。従ってこの場合は著作財産権の一種に数えられるのである。だが改作は必然的に著作物の内容の変更を伴うものであるから、著作人格権に属する内容変更権との関係が問題になる。本来、改作利用権取得のためには①著作財産権の譲受（排他的授権）または利用の許諾（単純授権）[19]および②著作物内容変更の同意の二種の承諾を著作者より得なければならないのであるが、これを一括して改作利用権の譲受または改作利用の許諾という一種の承諾でこれに代える便法を認めたものと解すべきであるから、改作利用権はこの限りでは変更権をも内包するものということができる。このようにして著作財産権と著作人格権は異なる性質をもつ権利とはみられながらも、相交錯し合う領域をもつものであるから両者は密接不可分の関係にあり著作人格権を著作権に包括せしむべきであるという論拠をここにも見出すことができる。著作人格権と著作財産権とを截然と区別しようという試みはドイツアカデミー草案の作成過程において種々企てられたが、委員達の懸命の努力に拘らず遂に失敗に帰したことが報告されている[20]点からみてもコーラーの二元論は採ることのできない見解であると考えねばならないであろう。コーラー自身、後には両者の牽連性に気づいた模様で、公表権の侵害が個人権の侵害であると同時に財産権たる著作権の侵害と述べてはいるが、これは彼の二元論が事実上崩壊したことを意味するものといえよう。コーラーの後継者が二元論を採りながらも著作人格権を著作権の中に含めその土俵の上で著作財産権と対立させている（droit double 論後述参照）のは正当な方向を示すものといいうる。

（1）コーラーは自説を Patentrecht, 1877, 1878; Autorrecht, 1880; Die Idee des geistigen Eigentums, in AcP 82,141; Das Recht an Briefen, 1893; Das Eigenbild in Recht, 1903; Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1907; Kunstwerksrecht, 1908, Zur Konstruktion des Urheberrechts, in Arch. Bürgerliches Recht 10,246 などで展開している。

（2）Kohler, Urheberrecht, 1967, S.1.

(3) Kohler, Autorrecht 1880. S. 167.

(4) Kohler, Urheberrecht S. 15.

(5) Kohler, Autorrecht S. 265.

(6) Kohler, Autorrecht, S. 155.

(7) Kohler, Urheberrecht, S. 15 u. 17.

(8) Kohler, Autorrecht, S.48 この点については Gierke, Deutsche Privatrecht, I S. 764(63) および Bappert, a.a.O., S. 296 に記述がある。

(9) Kohler, Autorrecht. S. 278.

(10) 後述一一一頁参照

(11) 例えば Constantinesco, Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz in französischen Recht, AcP 159, 320 (323f.) 参照

(12) De Boor, Die Übertragung des Droit moral, *in*; Deutsche Landesreferate zun III. Internationalen Kongress für Rechtvergleichung, 1950. S. 695. および Troller, Bedenken, S. 8.

(13) De Boor, a.a.O., S. 695.

(14) Troller, Bedenken, S. 45ff. u. Brennpunkte der schweizerischen Urheberrechts-Revision, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht 104, 44ff. (以下 Troller, Brennpunkte と略称)

(15) Ulmer, Urheberrecht, S. 42.

(16) De Boor, a.a.O., S. 696.

(17) Troller, Bedenken, S. 50. ; De Boor, a.a.O., S. 696.

(18) Troller, Bedenken, S. 43ff. u. Brennpunkte, S. 37.

(19) 排他的授権と単純授権については、第二節第三項に述べる。

(20) De Boor, a.a.O., S. 695.

第二節　現代の学説

第一項　droit double 論

(一)　内　容

基本的には二元論に立ちながらも、著作人格権の一般的人格権に対する特殊性または著作権の観念的側面を認識して、著作人格権を著作権の中に包摂する見解がある。これは一元的把握に絶望して、著作権を、各々独立した著作財産権と著作人格権とから成る重複権とみるものであって、権利の譲渡、相続および消滅について、二つの権利がそれぞれ異なった道程を経ることを容認する。この見解は、フランスでは多数説となっているばかりか[1]、その他の国でも例えばスイスのメリガー (Melliger)[2]、ドイツのデ・ボーア (de Boor) ―後に改説―など賛成者が多い。なかでもデ・ボーアの見解は、この理論の特色をあますところなく彼独特の明快な論旨をもって叙述しているので、ここでは彼の見解を以って代表させることとしよう。

デ・ボーアの droit double 論は、一九三一年にドイツ著作権法改正草案 (Amtliche Entwurf) が発表された折に《Von Wesen des Urheberrechts》と題する論文で、草案に対する批判と改正私案の提示を試みながら緻密に展開されている。

彼はまず、草案が一元論の立場から、「著作権自体 (Urheberrecht als solches) は著作物利用権 (Werknutzungsrecht) と著作人格権の二面性を有し、前者は譲渡可能であるが後者は譲渡できないこと、従ってまた著作権自体は著作人格権が譲渡不可能であるが故に譲渡できないもの」とする論旨に攻撃の鉾先を向けて次のように述べる。

「ある権利がAプラスBという構成をとるとき、Aのみを強調して権利の性質を決定することも、またBのみを強調してその性質を決定することもできないはずであるにも拘らず、草案は著作権の構成要素のうち、人格権的部分のみを強調して著作権の性質を決めようとしている。だが草案の論理をとればその逆の場合即ち著作物利用権は譲渡できるから、著作権自体も譲渡できるとする結論も可能でなければならない。結局これは《著作権自体》という概念構成が権利譲渡を問題とする場合には何ら益するところのないものであることを示している。また草案は強制執行についても《著作権自体》の概念を使用し、《著作権自体は強制執行に服しない（§36I）》と規定している、だがこれも著作物利用権のみが強制執行の対象となると表現すれば足りることさらに《著作権自体》という概念をとる必要は全くない。つまり草案は、著作物利用権と著作人格権とを単一の著作権の構成要素としようとするあまり《著作権自体》の概念を採らざるを得なかったのであるが、かかる概念は内容の空虚な意味のないものであるから、これを捨て併存した二元的権利として把握すれば充分であると考える」(S.26ff.)。

このように草案の一元的構成を批判した後、デ・ボーアは droit double 論を積極的に展開する。まず彼は従来の二元論が著作財産権と著作人格権の区別の基準を保護利益に置き、前者は経済的利益、また後者は人的利益の保護に奉仕するものとした見解を、プリミティヴな識別方法であると非難し別の基準を立てる。彼の考えによれば「著作財産権の背後には著作物の利用価値（経済的収益に限らない）を最大限に発揮させることについての利益があり、また著作人格権の背後には著作者たることを主張することについての利益がある」(S. 34)とする。そしてさらに「この二つの利益の間には大きな相違があり、場合によっては対立関係に立つ」(S.35)点を指摘し、これを法技術的に構成するためには二元的把握にしくはない旨を強調する。そして彼は、「著作権がこれらの権利で構成されるということは、これらの権利すべてが始源的に著作者に帰属すること、即ちこれらの権利の集合体 (Summe) が著作権であることを意味するにすぎない」のであるから、「草案の如く、著作権を、その構成要素がそれぞれ別個の権利主体に帰属しうる

単一の権利とする構成は、法技術的にみて目的に反する誤った概念である」(S.35.)と非難する。

以上のような著作権の二元的把握に基き、彼は相続および譲渡の問題につき独自の見解を明らかにする。

(i) 著作権の相続について(S. 39ff.)

BGBの相続法理の適用を受けるのは財産権だけであるから、財産権的色彩の強い著作財産権は相続人に移転する。

だが著作人格権の場合はBGBの適用を認めるわけにはいかず、著作者の意を体して観念的利益の保護にあたる者としては、何人が最も相応しいかの点から決しなければならない。従ってそれは必ずしも相続人の範囲と一致するわけではない。第一位にランクされるべき者は近親者—彼によればこの範囲を子供、生存配偶者、何れも存在しないときは父母に限っている—であるが、その何れもが存在しないときにはじめて相続人の範囲に広げるべきである。しかし近親者といっても必ずしも著作者の精神的著作物の適切な監守者ということができないのであるから、著作者は死因処分によって著作人格権の行使を第三者に委託することができる。

(ii) 著作権の譲渡について(S. 53ff)

著作人格権は譲渡できない。

著作財産権の譲渡については次のような興味ある見解を示す。通常、譲渡という場合には譲渡人が全く権利を失うものをさすのであるが、著作財産権の譲渡をこれと同様に解することはできない。蓋し著作者の人的利益の保護は著作人格権だけでは不充分であるから著作財産権もまたこれに奉仕すべく定めなければならず、そのために著作財産権は著作者から完全には解放されるものではないからである。これは必然的に著作財産権が譲渡できないことを示している。だが、他方、著作物の有する経済的価値の実現する方法を妨げることもできない。この相反する二つの要請を

矛盾なく説明するためには次のような構成を採らなければならない。即ち、著作財産権を Werknutzungsrecht と Verwertungsrecht の二種に分け前者を処分可能な個々の権能（例えば複製・頒布権、上演権、放送権等）とし、後者をこれら諸権能の源泉となる単一の処分不可能な権利とする。そして前者の移転は後者の負担（Belastung）—両者の関係は所有権に対する制限物権の関係と同様である—とみる。その結果 Werknutzungsrecht の譲受人が権利放棄その他の理由により権利を失った場合には gemeinfrei となるのではなく、著作者に留保される Verwertungsrecht のもとに復帰する。また機械技術の発展によって新たに生じた Werknutzungsrecht は、Verwertungsrecht に生ずるのであって、著作権自体にもまた著作人格権にも生ずるものではない。

デ・ボーアの論旨は大要以上の通りである。彼は著作人格権の一般的人格権に対する特殊性を意識して、著作人格権を著作権概念に含めると同時に、同じく著作権概念に包摂される著作財産権との相違を明確にした点で典型的な droit double 論者であるといいうる。他の論者も動態的側面の処理について多少の相違はあれ、同様の趣旨を明らかにしている。

(二) 批　判

droit double 論の功績は、なんといっても一般的人格権に対する著作人格権の独自性を認めた点に帰せられよう。この理論によって、従来二元論に加えられた非難の一つは解消されたといいうる。だが問題は、著作者の著作物に対する法律関係を、厳格に著作財産権と著作人格権の二種の権利に分割し、相続、譲渡その他著作権の動態面において各々別箇の法律効果を与えることがはたして可能であるのか、また可能であるにしてもそうしなければならないもの

なのか、の点にある。以下に著作権の交錯領域および動態面の二つに分って考察してみよう。

(イ)　交錯領域についての批判

デ・ボーアは、著作財産権と著作人格権の交錯領域に属する権利を、巧みな理論構成によって二つに分断する。彼はまず公表権について、一九三二年の草案がこれを著作物利用権(Werknutzungsrecht)の範疇に含め、複製権、営利的頒布権および放送権とならべて独立の権利として規定した(§131I)ことに(3)反対し、公表権を著作物利用権の中で独立の地位を認めるとすれば、次のような場合に行きづまざるをえないとする。例えば今仮に著作者が公表権をAに、複製・頒布権をBに、上演権をCに等々すべての利用権能をそれぞれ異なる第三者に譲渡したとする。この場合、公表権の取得者たるAは、自己の権能の行使を欲しても公表の具体的実現手段たる複製・頒布権とか上演権とかを何一つもたないのであるから、結局行使できないことになる。他方BC等も、著作物を利用する権限をもつとはいうものの、肝心の公表権をもたないのであるから、これまた権利を行使することができないという結果になる。デ・ボーアはこのジレンマを鋭く指摘して、公表権は個々の財産権的権能に含まれ―従って著作者が一方で出版者に排他的複製権および頒布権を、他方で興行者に排他的上演権を同時に譲渡するとき、両者は自己の権能の範囲内で公表する権限を分有するのであって相互従属性はない―独立の権能としての意味をもたないものであると主張している。(4)しかしながら彼も公表権の著作人格権的側面を見逃してはいない。著作者の名声が甚だしく侵害される恐れがある場合には、たとえ財産権的権能の譲渡後であっても、著作者は公表を拒絶することができなければならないとしている。(5)そしてこの権利を特に公表権という名称を冠することなく、著作人格権の中に含めている。彼はこのように公表権の内容を積極的部分（公表決定権）と消極的部分（公表異議申立権）とに二分し、それぞれ著作財産権と著作人格権とに

分属させることによって、二元的把握の徹底を期している。

彼の見解は、要するに、公表権の独立の意義を否定することによって、droit double 論のもつ欠点をカバーしようとするものである。[6] たしかに、公表権の積極的部分は、通常著作財産権に包括される。だがこの一事をもって公表権の独自性が否定されることになるであろうか。この点についてフープマンは、次の二つの理由から公表権の存在意義を主張している。[7]

(i) すべての著作物利用者に先だって、ある者に優先的に公表をなす権限を与える場合、即ち、第一公表権(Erstveröffentlichungsrecht) 付与の場合—例えば多くの劇場に著作物の上演を許諾しながらも、そのうちのある劇場に第一公表権を与える場合など—においては、公表権は著作財産権と分離され、第一公表権を有しない利用者が先に公表したときには、この公表権の侵害となるといわなければならない。

(ii) 著作者が死亡した場合、相続人は著作財産権を相続する（この点について反対者なし）。著作物が未公表であるときには、相続人は財産権的権能の譲渡によって如何ようにも著作物の公表をなすことができる。だが相続人は必ずしも著作者の意見を充分に忖度して公表の時期および方法を決定するとは限らない。かかる危惧の存する場合、著作者は自己の観念的利益保護のために、生前、信頼を置く友人知己に公表権の行使を委託するという方法が認められていなければならない。

以上のフープマンの主張は、公表権の独自性を肯定するに足る充分な理由をもつものということができよう。このようにして公表権の存在意義を認めるとき、デ・ボーアによって分離せられた積極的内容と消極的内容とを再び結合させ、単一の公表権として独立の地位を認める方が、むしろ妥当のように思われる。公表権は観念的利益と財産的利益とが、等価的にからみ合った権利なのであるから、droit double 論を貫くあまり、内容を強いて分割することは権

利関係を不当に歪曲視するものといわざるをえない。

交錯領域のもう一つの場合である著作物内容変更権について、デ・ボーアはこの権利が著作人格権の一部を構成することを認めながらも、次のように財産権的側面を有することを強調する。[8] 著作物の変更それ自体は、個人的利用の範疇に属し、誰にでも自由に許されるのであるから、勿論、著作者の同意を必要としない。だが、変更された著作物が複製等によって公に利用されるようになると、個人的利用の範囲を逸脱することになり、著作者の同意を必要とする。つまり変更権が効力を発揮するのは、財産権的権能の処分の際ということになる。従って、この限りでは変更権は著作財産権に内包されるということができよう。とくに改作利用権の場合は、必然的に著作物の変更を伴うものであるから、変更の同意は改作利用権譲渡の要件でさえある。このようにみてくると変更権と著作財産権との関連性はきわめて強い。だが著作財産権が変更権を内包するというとき、変更権の全内容が含まれてしまうことを意味するものではない。換言すれば、著作物の変更が財産権的権能の処分の際に契約で許されるとしても、契約によればいかなる変更も可能というわけではない。一九三二年草案が、一二条四項で、ただ単に、著作者の同意のない著作物自体、タイトル又は著作者の符号の変更を禁ずる旨規定しているところから、草案では著作者との契約によりさえすれば、いかなる変更も可能と解される余地があった。だが利用者が著作者より優越的立場にある場合—例えば新進の作家が巨大な資本を有する出版会社または映画会社と、著作物利用契約を結ぶ場合など—には、その契約内容が著しく著作者に不利—経済的にも観念的にも—決められる例が多い。かかる場合に、著作者がその契約に拘束されるとすれば明らかに不当である。草案の起草者は、著作者の観念的利益を甚だしく侵害するような契約を私法の一般原則によって処理すれば足りると考えたようである。だが、かかる原則によって著作者の救済をはかることは以下に掲げる理由により充分とはいえない。[9]

(i) 公序良俗の原則によって救済をはかることは可能である。だが公序良俗違反に当らない場合でも、著作者の観念的利益が重大な侵害を受ける場合がある。例えば新聞社と寄稿者との契約において、限られたスペースにおさめなければならないという新聞のもつ特殊性から、原稿を短縮する権利を編集者に与えるような場合など、この種の契約には良俗違反は全くない。だがこの契約に拠ってなされた原稿の短縮が拙劣であるために、著作者の名誉が侵害される場合がある。これを良俗違反によって救済をはかることは殆んど不可能である。また良俗違反の有無は契約締結の時点で考慮され、爾後における事情の変更には関知しないものであるのに対し、観念的利益の侵害はむしろ契約締結後に生ずることが多いのであるから、この点からも公序良俗の原則に拠ることはできない。

(ii) 右のような場合に事情変更の原則を(clausula rebus sic stantibus)適用することが考えられる。だが今日の判例の立場によれば、この原則はまだ確立するにいたっていない。[10] また事情変更の原則は債務契約に適用されるものであるが、財産権的権能の処分は物権行為であるから、[11] BGB第二四二条を引用して解決をはかることも許されない。

デ・ボーアは以上のように述べて、私法上の一般原則によって著作者の観念的利益の保護をはかることが不可能もしくは著しく困難であるとすれば、結局、著作権に特有の著作人格権によって解決しなければならないと主張する。そこで彼は変更権の著作人格権性を認め、これを財産権的権能の処分に随伴することなく常に著作者に留保されるものと解している。

このようにしてデ・ボーアは、変更権の内容の一部を著作財産権の中に解消せしめ、その他の部分を著作人格権に含ませることによって権利の分断をはかっている。しかしながら彼が、本来著作人格権に含まれるべきはずの変更権の一部を著作財産権の中に解消させたことは、とりもなおさず著作財産権と著作人格権との交錯を容認したことを意

味しており、従来明瞭には意識されなかった両者の牽連性を明らかにして著作権一元論に有力な支柱を与えた功績は特筆に価しよう。このように著作財産権と著作人格権との牽連性を強調するとき著作権一元論に行きつくのが当然の事理と考えられるが、彼自身が一元論にふみきったのは後のことであり、この時期においては両者の牽連性は認めながらもできる限り厳密に区別しようとしている。その最たる理由は著作権の動態面、即ち、相続と譲渡の問題について、両者を異別に考えることの方が著作者の権利関係を正当に把握しうると考えたためと思われる。だが著作権の動態面に関し、二元性を堅持する必要ありや否やを検討してみるとき、必ずしもその要をみないばかりかかえって解決困難な多くの問題を残すことに気付くのである。

(ロ)　動態面についての批判

(α)　著作権の相続

著作人格権の一身専属性を強調して、著作者の死亡と同時に著作権全体が消滅するとか(この意味では一元的構成)、あるいは著作人格権のみ消滅するとか(二元的構成)主張することは許されない。著作者の死亡の時期は全く予測不可能な問題であるから、死亡と同時に著作権全体が消滅するとすれば、生前、排他的利用権の譲渡を受けた者の地位が甚だしく不安定になるばかりか、相続人の期待的利益を侵害する(既に著作者の取得した印税等の報酬は相続されるのに未公表著作物の場合には全く相続を受けられないことになる)ことになり、また近代的著作権法が何れも著作権の保護期間を著作者の死後にもおよばせている趣旨を否定することにもなって決して妥当ではない。他方、著作者の死亡と同時に消滅するのは著作人格権だけであるとみることも、著作者の死後直ちに著作物の改竄を認めることとなって妥当ではない。国民の文化的利益を考慮に入れるとき、著作物の純粋性は永久に保障されることこそ最も望ましいものであるからである。かかる見地から著作人格権の存在を承認する

学説は、一元的構成たると二元的構成たるとを問わず何れも著作物の純粋性の維持を著作者の死後にまでおよぼそうとする。だがその場合、著作物の純粋性を保持するための監視権を誰に委ねるかの点が問題となる。これには二つの考え方が可能である。一つは著作財産権と同様、相続人に委ねる場合であり、他の一つは近親者（相続人の範囲と必ずしも一致しない）に委ねる場合である。前者はさらに相続人に委ねられる著作人格権を相続とみるか（一元論の立場を徹底するとこうなる）あるいは相続人固有の権利とみるかの二つの場合に分かれるが、この点の考察は後に回す[12]としてここでは近親者に委ねることの当否を検討することとしよう。

デ・ボーアの説によれば相続法の適用を受けるのは、財産権的色彩の強い著作財産権に限られ、著作人格権に適用するのは誤りであるとする。そして著作人格権の場合は、著作者の意を体してその観念的利益の保護に当る者としては、何人が最も相応しいかの観点より決しなければならないとして最近親者に同種の権利―彼によれば最近親者の取得する著作人格権は著作者より承継されたものではなく、最近親者の著作者に対する敬虔的利益より生ずる固有のものとみている―を与えるという見解を採っている。かかる解決策は決して前例のないものではなく、ドイツ法では既に自己肖像権の場合（KUG §22）[13]に現われており、彼はこれを著作人格権一般に採用しようとしたものにすぎない。このようにしてデ・ボーアは相続の際における著作権内容の分割を企図しているのである。

しかしながらこのように著作財産権と著作人格権とで権利主体を異にする可能性を容認するとすれば、著作人格権の取得者が遺稿の公表決定とか著作物の内容変更とかを肯じない限り、著作財産権の取得者は自己の有する権利の行使を大幅に制限されることになる。とくに改作利用が全く否定されることになるのであるから、これに関する限り著作財産権はあってなきに等しい結果になろう。逆の場合も考えられる。著作人格権の取得者が遺稿の公表を決定しても、また、著作物の内容変更を必要と認めて出版者、興行者等に同意を与えたとしても、肝心の著作財産権取得者が

著作物の利用に同意せぬ限り結局は無に等しい。[14] 従って著作物の利用を有効適切になしうるためには好むと好まざるとに拘らず著作財産権取得者と著作人格権取得者との共同が必要となる。このようにみてくると一方において権利主体を別々にしながらも、他方において両者の協調を要求するのであれば、むしろ著作人格権の取得者も相続人として、無用のあつれきを生ずる可能性を無くすることの方が望ましいといえるのではなかろうか。

(β)　著作権の譲渡

droit double 論は、デ・ボーアを除き、著作人格権を譲渡不可能な権利とする一方、著作財産権の譲渡を認める点では一致している。著作物の経済的価値を利用するためには、少くとも著作財産権の処分だけは許さなければならないのは当然であろう。だがここで注意しなければならないのは、著作財産権の「譲渡」の意義を、私法上の一般的な譲渡概念と同じく承継的移転と解することが決して妥当ではないことである。何故なら権利の承継的移転とは、従前、譲渡人に属していた権利が完全に譲受人に移転することをいい—従って譲渡人とその権利をつなぐ紐帯は完全に切断され—爾後、譲渡人のその権利に対する容喙が一切許されなくなることを意味するものであるが、著作財産権の譲渡をこの意味での移転と解するならば、例えば譲受人が彼の取得した権利を放棄した場合とか、あるいは譲受人が死亡し相続人が不存在である場合などでは、著作財産権は著作者のもとに復帰することなく消滅し、以後何人も自由に著作物を利用できるという結果にならざるをえないだろう。しかしながら他方、近代的著作権法は、著作者の財産的利益—および観念的利益—と公衆の文化的利益との妥協策として著作権に一定の保護期間を設け、期間内は著作者に独占的な著作物利用を保障するとともに、期間経過後は、著作権は消滅し誰でも自由に著作物を利用できるものとしている。ところが上述の場合のように、保護期間の終了をまたずに著作財産権が消滅するのを認めるとすれば、保護期間を設けた意義の大半が失なわれてしまうことになる。勿論その責任は著作者が無留保のまま著作財産権を移転した

点にあるのであるから、このような場合の救済を考慮する余地はないとも解せられるが、著作者は通常みずからの手で著作物を公衆に伝達する手段および施設をもたず、専ら利用者に依存しなければならないのであるから、それだけ著作者は劣弱な地位におかれており、利用者との力関係の差が往々にして著作者に対し著作財産権の無留保移転を強いる結果をもたらしている事実を直視するとき、あながち著作者にばかり責を帰せられないであろう。以上の点を考慮に入れるならば、著作財産権の譲渡を承継的移転と解するのは妥当ではなく、譲渡後も著作者のもとに復帰する可能性を有するべく法律構成することが望まれるところである。

デ・ボーアは、かかる点を慎重に考慮して、droit double 論に立ちながらも著作財産権の譲渡を承継的移転とは解さず、前述のように著作財産権を処分不可能な Verwertungsrecht と処分可能な Werkuntzungsrecht とに分け、後者を前者より派生する利用権能とし、前者との関係を負担と解した。この見解によれば、利用権能の取得者が権能を放棄した場合とか、あるいは取得者の死亡後相続人の不存在の場合などにより、利用権能が取得者のもとで消滅したとき、その利用権能は著作者に留保されている Verwertungsrecht のもとに復帰すると解されるのであるから、上述の非難は回避されることになる。きわめて巧妙な理論である。しかしながら droit double 論の droit double 論たる所以は、譲渡の際においても著作財産権と著作人格権とが全く別個の法律的運命を辿るところにあるに拘らず、デ・ボーアは著作財産権のいわば本体ともいうべき Verwertungsrecht を著作者に留保せしめ、譲渡不可能な著作人格権と併置したが、このように著作者のもとに常に Verwertungsrecht と著作人格権が留まると解するのであれば、敢て二元的構成に固執する必要はないように思われる。むしろ短的に著作権を一元的に構成し、著作権は譲渡できないが、個々の利用権能は制限物権の設定と同様の方法で―彼のいう負担で―処分しうると説明するだけで充分であるものと考える。デ・ボーアは、著作権の譲渡を論ずるにあたり、二元的構成に徹しきれず、理論の修正を余儀なくされ

たが、それはみずから二元的構成の矛盾を肯定したことを示すものということができよう。彼は後に自己の見解を全面的に改め、著作権一元論を採用したが、むしろ当然の推移と考えることができるのではなかろうか。(15)

(1) Vgl. Ulmer, Deutsche und französische Urheberrechtsreform, JZ 1955, 405.

(2) Melliger, Das Verhältnis des Urheberrecht zu den Persönlichkeitsrechten, 1926.

(3) 草案が公表権を著作財産権の一種とした理由は次の通りである。

「著作者の同意なくして著作物が公表されることに対する著作者の保護は、著作物に関する著作者の人的利益および財産的利益の要求するところである。…著作物を公表するか否か、何時、如何なる方法で公表するかを決定する排他的権利は著作者に留保されなければならない。無権限の公表が著作者の人的利益の侵害ともなりうるということは、公表権を著作財産権に含めることの障害とはならない。何故なら、公表権とその他の利用権限—とくに頒布権と上演権—との間には密接な関係があり、また、公表権以外の利用権能の取得者は多くの場合、自己の経済的利益を完全に保護するために排他的公表権を必要とするからである。」Vgl. de Boor, Vom Wesen des Urheberrechts, 1933, S. 48.

(4) もっとも、デ・ボーアとても公表権の存在意義を全く否定しているわけではなく、現行、ドイツ著作権法—一九三九年草案も同様—が、造形美術著作物の展覧権（Ausstellungsrecht）の規定を欠いているところから、この点についてのみ公表権の意義を認め、範囲をこれに限定するならば容認しうると述べている（a.a.O., S. 49）

(5) A.a.O., S. 32, 92.

(6) デ・ボーアが著作人格権に含めている公表権の消極的部分のうち、財産権的権能の譲渡後に著作物の公表を禁ずる権利については、現在、著作者の信念変更による撤回権（Widerrufsrecht）と呼称され、公表権とは別に通説によって主張されている。この点については第二章参照。

(7) Hubmann, Urheber-und Verlagsrecht, S. 135.

(8) de Boor, a.a.O., S. 27ff.

(9) A.a.O., S. 31; Die Übertragbarkeit des Droit Moral, in Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung S. 706.

(10) 事情変更の原則については、五十嵐「ドイツ法における行為基礎論の発展—事情変更の原則に関する比較法的研究—」北法一一巻四号一頁

(11) 財産権的権能の処分が物権行為であることについては、後述一〇九頁以下参照。

(12) 第二章以下参照。

(13) KUG二二条、は近親者の範囲を死者の配偶者および子供とし、その何れもが存在しないときには両親としている。なお目下審議中の「人格および名誉の私法上の保護の新秩序のための法律案」では、第一二条において、被害者が死亡しているときまたは侵害が故人に向けられている場合につき、近親者に侵害除去請求権等を与えており、近親者の範囲を生存配偶者および子供、その何れも存在しないときは両親、両親も存在しないときは兄弟姉妹および孫としている。五十嵐、松田「西ドイツにおける私生活の私法的保護」(伊藤・戒能「プライヴァシー研究」一九八頁所収)参照。

(14) デ・ボアー自身後にはこの点を認めている。de Boor, Die Übertragbarkeit S. 708.

(15) 彼は Die Überagbarkeit des Droit Morad と題する上記の論文によって著作権一元論に改説している。

第二項 新精神的所有権論

(一) 内 容

(イ) 著作権の制限と基本法第一四条

精神的所有権論は第二次大戦後のドイツにおいて再び台頭している。その発端の役目を果したのはドイツ作曲家協会理事のW・リヒャルツ(W. Richarz)である。[1] 彼は一九五四年著作権法改正参事官草案の公表を機に、次のように意見を述べている。

「精神的所有権に特殊な社会的拘束性ありとする固定観念は、著作権の法的構成に際し棄て去らねばならない。著作者の創作にかかる著作物は、精神的所有権(の対象)として物所有権と同様に取扱わるべきであり(従って)著作権に時間的制限を課すべきでない。[2]」

この影響を受けてフープマン(Hubmann)[3]、レーマン(Lehmann)、エルメッケ(Ermecke)[4]シュルツェ(Schulze)[5]などの学者および実務家が相次いで精神的所有権に立脚する理論を展開した。彼らは何れも現行法および改正草案に対する批判の形で意見を述べているのであるが、その要旨を概略すれば次のようになる。

ボン基本法第一四条は所有権を保障している。公共の福祉のための公用徴収の場合でも、補償を要するものとして所有者の利益の保護をはかっている。同趣旨の規定はワイマール憲法第一五三条にもみられたが、そこでは無補償収用の余地が残されていたのに対し、基本法は「補償は公益および関係者の利益を正当に衡量してこれを定めなければならない[6]」と規定して無補償収用を完全に否定している。立法者はこのようにして意識的にワイマール憲法との間に一線を画し、所有権保護の強化を意図しているのである[7]。これを要するに、基本法の下において所有権は公共の福祉の見地から社会的拘束性を有する権利であるが、公用徴収による拘束の場合には有補償によって代替的に保障せられているとみることができよう。精神的所有権論者はこの規定を著作権にも適用しようと試みる。彼らはその根拠を自然法に求めて一四条の所有権概念を拡張する。例えばフープマンは所有権に妥当する《Jedem das Seines》の原則を至上の原理として著作権にも適用しなければならないと主張[8]し、レーマンは物質財に対する精神財の優位を強調しており[9]、またエルメッケはキリスト教的自然法論から所有権概念を導き出して、精神的所有権も自然法によって承認された権利であると述べている[10]が如くである。

このようにして論者は著作権を基本法第一四条にいう所有権の範疇に含めているのであるが、そうすることによって彼らは、いかなる効果をもたらそうとするのであろうか。論者によって説くところは多種多様であるが、大約すれば次の二点に帰せられる。その一は、著作権を一四条の所有権に含めることによって、著作権の社会的拘束性を物所有権と同程度に限るべきであるという効果を引き出すものであり、その二は、同様にして、著作権の公用徴収に対し

て補償を要するという効果をもたらそうとするものである。両者は相関連するものであるから厳密に区別することは難しいが、ここでは一応分けて考えることにしよう。

著作権の社会的拘束性を物所有権と同程度にすべきであるとする要請は、とくにLUG第二二条に対して向けられている。この規定は音楽的著作物の著作者が、機械的複製の目的で第三者に著作物の営利的複製を許諾し、それが発行された場合に著作者に対し適正な報酬を支払うすべての第三者（国内に主たる営業所または住所を有する者に限る）は著作者に同様の許諾を請求することができ、また著作者は許諾の義務を負う旨を定めたものであって、ドイツ著作権法唯一の強制許諾に関する規定である。これが設けられた趣旨は一レコード会社による独占的価格設定を阻止して、産業の共存共栄を図ろうとする点にあり、勿論公衆の保護に出たものではなかった。そこで、レーマン[11]およびシュルツェ[12]は強制許諾を一種の公用徴収とみた上で、特定産業の保護育成を図る趣旨に出でたLUG第二二条は違憲であると主張する。

また著作権の公用徴収に補償を必要とするという要請は、LUG第二七条に対して向けられている。この規定は既刊の音楽的著作物の公演が営利を目的とせずかつ聴衆が無償で聴取しうる場合に、著作者の許諾を必要としない旨を定めたものであるが、レーマン[13]およびシュルツェ[14]はこれを無補償の公用徴収を規定したものと解し、基本法第一四条三項に違反すると主張する。

さらに特に重要なのは著作権保護期間設定の制度に対する彼らの批判についてである。ここでは上に述べた二つの要請がからみ合って、彼らの批判論の拠所となっている。この問題は保護期間経過後の著作物の利用を有償とすべきか否か、有償とする場合にその報酬の受取人を誰とするかの問題、即ち有償公有制度(domaine public payant)の問題とも関連するので項を新めて述べることとする。

(ロ)　保護期間の設定と有償公有制度

ドイツ現行法は著作権の保護期間を原則として著作者の死後五〇年と定め、それ以後の著作物の利用は自由であるとしている。参事官草案もこの規定を引きつぎ全く同様の定めをしている。しかしながら著作権を基本法第一四条の所有権概念の範疇に含める精神的所有権論者は、ここでも反対を唱えること上述の通りである。彼らは物所有権との均衡論に立脚して、次のように主張する。

有体物の所有権は種々の社会的拘束を受けるが、権利自体は永久に保障されているのに対し、著作権は有期限である。これは著作権に所有権よりも強い社会的拘束を課するものであって妥当でないばかりか[15]、期間後に著作物が自由利用となることは、有体物公用徴収の要補償の原則と対比するとき著しく不利となっている[16]。従ってかかる著作権の規定を違憲として無効と解するか[17]、あるいは少くとも保護期間経過後の著作物の自由利用の場合についても補償を要するものと規定すべきである[18]。

論者は大要以上のように述べて保護期間設定の制度に異議を唱えるのであるが、フープマンはこれとは異なる独自の見解を明らかにする。彼は法律の下での平等の原則(Art. 3 GG)により同様の利益状態にある者は、同様の保護を受けるべきであるとして、著作者の利益が所有者の利益と同程度に評価されてしかるべきであるという前提に立つ[19]。この点では他の論者と差はない。しかし彼はあらゆる点で物所有権と同様に取扱うべしという意見に対しては、概念法学的であるとして排斥し、著作権の対象および利益状態に存する特殊性から、それにふさわしく構成され限定されなければならないと強調する[20]。そして結局、著作権に対する公衆の利益のために、著作権は保護期間の経過によって消滅するが著作人格権は永久に存続するとの結論を引き出している[21]。

著作権の保護期間の限定は、その経過後における著作物の利用を無償とするかあるいは有償とするかの問題、即ち

有償公有制度採否の問題と関連する。この制度は保護期間経過後に gemeinfrei となった著作物を利用して莫大な収益をおさめる利用者から、一定率の報償を徴収して著作者保護機関に納付せしめ、この基金を他の著作者の生活保障あるいは著作活動の保護促進のために使用しようといういわば文化保護政策の一環として、各国において次第に承認されてきた制度である。現在、フランス、イタリー、ソヴィエト、アルゼンチン、チリー、メキシコ、ウルグワイ、ユーゴスラヴィア、チェコ、ハンガリー等[23]で採用されているが、ベルヌ条約ブリュッセル会議においても著作者の生活条件および労働手段改善のため、この制度を採ることが望ましいとの希望決議がなされている。[24] ドイツにおいてもこの制度の採用について賛成するものが多い。[25] 精神的所有権論者もこれを決して否定するものではない。だが著作権の永久的保護を主張する観点からするとき、これとの調整が考慮されなければならない。論者はいづれも巧みに両者の調整を図っている。

まづシュルツェは、物所有権と比較するとき、著作権の保護期間を延長することだけでは足りず、保護期間を設けること自体違憲として否定すべきであると述べて著作権の永久的保護の要求を純粋に貫くが、有償公有制度の存在意義を全く無視しているわけではなく、現在（基本法施行当時）既に gemeinfrei となっている著作物についてだけは有償公有制度適用の余地があると述べている。[26]

レーマンはシュルツェと同様、著作権を永久的に保護すべしとする基本的立場に立つが、保護期間設定の意義を認め弾力ある見解を明らかにする。即ち、彼によれば期間経過後に著作物を gemeinfrei とすることは一種の公用徴収であるから、それに対する相当な補償が支払われるのであれば必ずしも違憲ではないとし、期間経過後の著作物利用は自由であって著作者相続人の同意を必要としないが、報償は従来同様、相続人に支払わるべきであるとする。いわば一種の法定許諾と解そうとしているように見受けられる。そしてさらに、もし相続人が報償の受領者として一般に

認められない場合には、同世代の他の著作者を、広い意味での「著作者の精神的相続人」とみてこれに支払わるべきであるとも述べる。[27] 従って彼によれば、有償公有制度を著作権外の制度とみているわけではなく、著作権の事後効として把えているものと推察される。

フープマンはレーマンが予備的に主張した有償公有制度の著作権事後効的把握を主たる請求にたかめる。即ち彼によれば、有償公有制度は報償請求権を伴う一種の法的許諾であり、保護期間経過後の著作物利用者は、従来同様の報酬を著作者の精神的相続人たる一定の著作者保護機関に納入すべきであるとする。[28]

(ハ)　精神的所有権に関する判例

一方判例は以上のような動きにどのような反応を示したであろうか。従来の判例は精神的所有権について消極的であった。例えば、RG一九二六年五月一二日の判決(RGZ 113, 413)[29]は、当事者が精神的所有権を採用して一般的、包括的著作権を主張したのに対し、現行法によれば精神的所有権による一般的保護は認められないとして、著作者は現行法がLUG第一条で個別的に列挙した権能しか保護せられない旨判示しているが如きである。

これに対しBGH一九五五年五月一八日(BGHZ 17, 266)[30]は、私的使用のための録音テープ吹込事件において、精神的所有権に触れ次のように述べている。

「特許制度の基礎をなす法理論は、精神的所有権論によってあらゆる文明国でかなり以前に克服されている。現代の著作権においては著作者の利用権は精神的所有権より派生したものと一般に承認されている。これによれば著作者の著作物に対する支配は、立法者によってはじめて与えられるのではなく事物の本性から、即ち精神的所有権から生ずるものであり、実定法はそれを確認し、法的構成するにすぎないものということになる。著作権を支配するこのような思想は、著作権法のあらゆる規定の解釈に当り、常に考慮されなけ

ればならない」

以上の前提に立ち連邦裁判所は誰でも容易に個人的利用のために吹込をすることができるテープ録音装置の発明を、一九〇一年および一九一〇年の立法者の予見することのできなかった事実関係とみなし、LUG第一五条二項の規定（個人的使用のためであり、かつ営利を目的としない著作物の複製を自由とする旨定めた規定）にも拘らず、これをLUG第一一条一項の著作者の排他的複製権に含まれるものと解して、著作者に報酬請求権を認めている。

(二) 批　判

以上述べたところから新精神的所有権論は、次の二つの方向において主張されていることが明らかとなる。その一は、立法者の予測することのできなかったコミュニケーション技術の著しい進展に伴って、現行法に生じた欠陥を解決しようという方向での主張であり、その二は、物所有権との間に存する格差を是正し、少くとも物所有権と同程度の保護を与えるべきであるという方向での主張である。

前者は、判例の採る立場である。前掲BGH一九五五年五月一八日の判決は、私的利用のためのテープ録音につき、LUG第一五条二項の適用を除外するという理論構成の根拠を、事物の本性即ち、精神的所有権に求めた。たしかに、著作者と利用者とが利害対立する場合に著作者の利益を優先させることは、著作権法を貫く基本思想に合致する。これを説明するために、自然法に起源を有する精神的所有権概念を採用するのであれば別に否定する理由はない。何故なら精神的所有権概念は、著作者の精神的労働から生じたものに対して、著作者のみが排他的権利を取得することを最も端的に表現しているばかりか、著作者が法に明記された権能以上の包括的権利を有することとか、あるいは著作者の利益を最優先させるべきことなどの説得に強い効力を示すからである。(31)

しかしながら精神的所有権概念には、往々にしてそれ以上の意味をもたせられる場合がある。後者はまさしくこれに該当するものであって、新精神的所有権論者たる前述の学者および実務家の主張するところである。

勿論ここでいう新精神的所有権論（以下新論という）とは、古典的精神的所有権論（以下旧論という）のように著作権の性質を財産権とのみ解するものではない。このことは、フープマンが著作権を無体財産権的要素と人格権的要素とから成る単一の権利であると主張し[32]、またエルメッケが人格権と財産権との二側面を有する権利であると説明しているところから窺うことができる[33]。従って、彼らが精神的所有権概念を再び著作権に援用しようとする真のねらいはこれによって著作権の性質を決定しようとする点にあるのではなく、ただ著作者保護の範囲を拡大しようとする立法政策上の要求を理由づけるための論拠とする点にあるものと推察される。たしかに著作権の権利構成論と立法政策論とでは問題の側面が異なるのであるから、それぞれ異なった理念あるいは概念を使用しても矛盾はないといえるかもしれない。だがやはり問題は残ろう。旧論の衰退した原因が著作権の内容をあまりにも物所有権と同視しすぎたことにあったのを考えるとき、そしてさらに、爾後の学説がすべてこの欠陥を克服して物所有権との相違の闡明に努力しているのをみるとき、この概念を採用することは、たとえ立法政策上の要求の理論的根拠に使用するにすぎないとはいえ、時流に逆行した見解と評せざるをえない。とくに問題となるのは新論主張者の要求の核心をなしている著作権の永久的保護についてである。論者は物所有権との均衡論に立って著作権に保護期間を置くことを否定する。しかしながら、著作権の対象をなしている著作物は著作者の創造力から生ずるものであるが、いかなる著作者といえども完全なる無から有を創り出すことは不可能であり、必ずや資料の提供を先人の文化的遺産に負っているはずである。従ってこのようにして創作された著作物を、永久に著作者一個人のものとして独占させることは許されず、一定期間の経過後は社会に還元して後世の著作者その他の者の文化的資料ならしめる社会的義務を有しているものと解しなけ

ればならない。このような著作物の宿命は必然的に著作権を有期限のものとする。いいかえれば保護期間の設定は、著作権の社会的拘束性から生ずる内在的制約として是認せらるべきものである。それ故に著作権の永久的保護を主張して保護期間になんらの意義を認めないばかりか、それを無効とするシュルツェの見解には賛成できない。

同様の批判はレーマンにもあてはまる。彼は著作権の永久的保護を主張しながらも保護期間の設定にある程度の意義を認め、期間経過後における著作物の自由利用を一種の公用徴収と解し、著作者相続人に対する補償を従来の著作者報酬の形で存続させようとする。つまり彼は、保護期間の経過によって著作物の利用が自由になることを認めながらも、著作者相続人の経済的利益だけは未来永劫にわたって保障しようとするものである。こうすることによって彼は著作者相続人と公衆との間で利益均衡が維持されるものと考えたようである。しかしながら彼の見解は次の二つの点において賛成できない。その一つは、著作者と著作者相続人とは同一人でないのであるから、著作者に認められるところの公衆に対する優越的な地位はそのまま著作者相続人に認められるとは限らないにも拘らず、公衆の犠牲において著作者相続人を永久に保護している点であり、その二は、著作物の自由利用は無償であってこそその実効力を遺憾なく発揮することができるものであるにも拘らず、公衆に報酬支払義務を課して、実質的には自由利用に大幅な制約を加えている点である。レーマンは公衆の利益を保護するために設けられた保護期間の制度を不当に低く評価し、結果的には著作者相続人のみを利することになって妥当でない。

これに対し、同じく新論を主張する者の中にあってもフープマンは、保護期間の制度を正当に評価すると同時に、これと著作権の永久的保護の主張との矛盾を巧みに解決する特色ある見解を採っている。即ち彼は、著作権の社会的拘束性を充分に認識して、保護期間経過により著作財産権のみが消滅するものと解する一方、有償公有制度の意義を認め、著作物の自由利用に報酬支払の義務を課する。しかも彼は、報酬請求権の帰属主体を独立の法人格を有する文

化基金(Kuturfond)と解して、その設立を要望する。この点にわれわれは、フープマンの見解がレーマンのそれと明白に相違するのをみることができる。だがフープマンは、文化基金の取得する報酬請求権を著作権外の権利とはせずに、著作権の事後効としてあくまで著作権内部の問題として処理している。それは報酬請求権を著作財産権の変形と解していることから明らかである。[34] つまり彼は、従来著作者およびその相続人に帰属していた著作財産権は保護期間の経過によって、文化基金を帰属主体とする報酬請求権に形を変えてなお存続するものであり、文化基金は一種の相続人として永久に保護されるものと考えたようである。しかしながら一方では公衆の利益を考慮して、著作財産権が保護期間の経過により消滅すると解しながら、他方ではその残存物を認めるのは論理的に矛盾するばかりか、文化基金を一種の相続人と解するのも甚だしい擬制といわなければならない。しかも有償公有制度それ自体は一国の文化興隆のための法政策上の問題に属し、私権としての著作権とは直接の関係はないのであるから、フープマンのように有償公有制度を強いて著作権内部の問題として処理する必要はないものと思われる。[35] 従ってフープマンの見解にも賛成できない。

以上述べたところから明らかなように、新論主張者が著作者の保護範囲の拡大という方向で精神的所有権概念を援用した限りにおいては、示唆に富む見解としてその努力をかうことができるが、著作権の永久的保護を主張し、著作者よりもむしろその相続人の利益保護に焦点が合わされるにいたっては、もはや無条件に承認するわけにはいかない。なぜなら、相続人が保護されればそれだけ公衆の利益は後退を余儀なくされ、著作物の自由利用は空疎なものになりさがるおそれがあるからである。勿論、相続人の利益を全く無視することはできない。だがそれは著作者とその相続人との親疎の度合によって決すべきで、著作者からの世代の数が多くなればなるほど、相続人よりもむしろ公衆の利益の方を重視すべきであろう。諸外国の立法例によれば、著作権の保護期間は概ね著作者の死後五〇年とされて

いるが、これは著作者の次世代者を保護する趣旨に出たもので、これらの者が、通常、経済的収益取得について期待的利益を有することに鑑みるとき、相続人保護の限界をここに求むべきであろう。従って五〇年以後は著作権は完全に消滅するものと解し、著作物の無償かつ自由な利用を公衆に保障すべきではなかろうか。

(1) Schulze, Urheberrechtskommentar I, 1961, §1 LUG, S. 2.
(2) Roeber, Urheberrecht oder geistiges Eigentum, 1956, S. 41.
(3) Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954.
(4) Lehmann, Ermecke, Overath und Richartz, sämtlich in : Urheberrechtsreform—Ein Gebot der Gerechtigkeit, 1954.
(5) Schulze, Recht und Unrecht, Eine Studie zur Urheberrechtsreform, 1954,
(6) 山田晟訳「ドイツ連邦共和国基本法」(宮沢編「世界憲法集」岩波文庫)による。
(7) Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums,1954, S. 97.
(8) Hubmann, a.a.O., S. 5f.
(9) Lehmann, a.a.O., S. 11, vgl. Roeber, a.a.O., S. 11.
(10) Ermecke, a.a.O., S. 21, vgl. Roeber, a.a.O., S. 11.
(11) Vgl. Roeber, a.a.O., S. 36.
(12) Schulze, a.a.O., S. 21 : Schulze, Die Zwangslizenz, 1960. S. 14.
(13) Vgl. Roeber, a.a.O., S. 36.
(14) Schulze, a.a.O., S. 21.
(15) Richartz, a.a.O., S. 46f., Schulze, a.a.O., S. 54.
(16) Lehmann. a.a.O., S. 12f., vgl. Roeber, a.a.O., S. 36.
(17) Schulze, a.a.O., S. 54.
(18) Lehmann, a.a.O., S. 12f.

(19) Hubmann, a.a.O., S. 61.

(20) A.a.O., S. 88.

(21) A.a.O., S. 153, 156.

(22) 有償公有制度を表示する語としてドイツでは Kulturabgabe または Urhebernachfolgevergütung の語が使用されているが、前者は主として著作権外の公法上の法律関係として把える場合に使用され、後者は、著作権の事後効として把える場合に用いられている。vgl. Ulmer, a.a.O., S. 282.

(23) 勿論各国で規制している有償公有制度の内容には大きな差異がある。例えば、著作物の利用形式のうち一定の形式だけに限ったり（イタリーでは上演、放送および出版による利用についてのみ認める）、著作物の種類を限定したり（フランスでは文学的著作物だけに限っている）するばかりか、報償の額、帰属主体、支払の方法などについても各様である。

(24) Vgl. Entwürfe des Bundesjustizministeriums zur Urheberrechtsreform, 1959, S. 64.

(25) 一九五九年の連邦司法省草案は、明文をもって規定している。即ち、公有となった著作物の営利的頒布および公演（öffentliche Wiedergabe）の場合に、独立の法人格を有する Urheberfond に報償を支払わなければならないとし、その額は有形的複製物の頒布の場合には頒価の一％、その他の場合には著作権保護期間中に相当な報償とみなされた額の一〇％とされている。

(26) Schulze, a.a.O., S. 54.

(27) Lehmann, a.a.O., S. 13. vgl. Roeber, a.a.O., S. 39, Schulze, a.a.O., S. 54.

(28) Hubmann, a.a.O., S. 155.

(29) 被告はベルリン放送局のプロデューサーとして、原告の創作した戯曲を原告の同意を得ずに放送した。原告の抗議に対し被告は著作権法解説者の見解によると、既刊著作物の放送による写調は、著作者の同意を要しないとあると反駁した。そこで原告は、著作者の同意を得ない著作物の放送を著作権の侵害であると主張して、二〇〇〇マルクの損害賠償を請求した事件。本稿本文に掲げたRGの精神的所有権に対する判断は、原告が文学的著作物について放送権を有すると主張した多くの理由のうちの一つについてなされたものである。RGは結局、文学的著作物のラヂオ放送が聴取料をとる場合にはLUG第一一条一項一文の「営利を目的とする頒布」に該当するとして原告を救済している。

(30) 原告はドイツの多数の作曲家との契約により演奏権の管理およびレコード製造権の委譲を受けている音楽著作物利用団体であり、

被告はテープ・レコーダーの製造会社である。原告は、原告の同意なくしてレコードを個人的使用のためにテープに吹込むことは許されないとの見解を採り、レコード会社と共同でその旨をテープレコーダー製作者、取扱販売店、映画館等に通告した。被告の同業者であるA会社とL会社は、争訟の解決するまで、その間に販売したレコーダーのすべてにつき許諾料を原告に支払うことに同意したが、被告だけは拒絶した。そこで原告は被告に対し、原告のレパートリーに属する音楽的著作物の録音、複製、演奏は原告の同意を得てのみ可能である旨をレコーダー買主に告げることなしに販買または推せんしてはならないとの不作為請求および損害賠償義務の確定を請求した事件。争点は、音楽的著作物の演奏を私的利用のために直接テープに録音することが原告の利用権を侵害したことになるかという点にあった。BGHの判決理由は長文にわたるものであるが、その大要を述べると次のようになる。

テープレコーダーによる著作物の複製は一九〇一年および一九一〇年当時の立法者の予見し得なかった事実関係に属す。従って立法当時における利害関係者の利益衡量によって定められたLUG第一五条二項の規定をこの事実関係に適用することはできない。かかる場合には、規定の文言に反しても法の意味および目的にしたがって解釈されなければならない。現代の著作権においては著作者の利用権は著作者の精神的所有権から派生したものと一般に解されており、これによれば著作者の著作物に対する支配は立法者によってはじめて与えられるものではなく、事物の本性から、即ち精神的所有権から生ずるものであり、実定法はそれを確認し、法的構成するにすぎないものということになる。著作権を支配するかかる思想は著作権法のあらゆる規定の解釈に当り、常に考慮されなければならない。従って、著作者の創作領域と利用者の私的領域との間に利害の衝突のある場合には著作物の利用は創作なくしては不可能なのであるから、著作者の創作領域を優先すべきであると解されよう。そうだとすると、LUG第一五条二項の私的利用のための複製の自由の規定は、この基本思想の例外をなすものであるから、この規定本来の意味および目的以上に拡張されてはならない。テープの録音はレコードよりも演奏時間が長く、持続性が大きいばかりか、いつでも消却して他の著作物を録音できる点に長所をもつ。しかも音楽著作物をテープに録音する場合にはレコード放送を直接録音すれば足り、レコードを買うを要しないのであるから、テープレコーダーの普及はレコードの売行の減少となり、それは直ちに著作者の許諾料収入の減少となって現われる。従って、テープ録音は、たとえそれが私的使用のためになされる場合であっても、著作権の基本思想によれば、LUG第一五条二項の適用を受けえないものと解すべきである。即ち、テープ録音はそれが個人的使用のためにのみなされ、営利の意思がない場合でも著作財産権の侵害となる。なお、本件の判例批評としては de Boor, JZ 1955, 747 および Goldbaum, Schulze BGHZ Nr. 15, 39 がある。

(31) Ulmer, a.a.O., S. 93.

(32) Hubmann, a.a.O., S. 88.
(33) Ernecke, a.a.O., S. 23 ; vgl. Roeber, a.a.O., S. 31.
(34) Hubmann, Urheber-und Verlagsrecht,S. 164.
(35) ドイツでは有償公有制度を著作権外の制度として把え、文化基金を公法人とし、報酬を一種の公課（Abgabe）と解する見解も有力である。例えば、Ulmer, a.a.O., S. 284 ; Roeber, a.a.O., S. 29 など。なお、現在審議中の改正草案は、有償公有制度を Urhebernachfolgevergütiang の項で規定しているところから、著作権の事後効として著作権内部の問題と解しているようである。註(22)参照。

第三項　著作権一元論

著作権の対象である著作物は経済的に利用しうる独立の取引財であるが、それと同時に著作者精神の具体化したものとしてそれ自身のうちに個性(Individualität)を有し、著作者の Person と密接に結びついている。従って著作者の利益は、一部は著作物の経済的利用に向けられ、また一部は著作者との観念的紐帯の保護に向けられているといえる。だがかかる財産的利益と観念的利益とは著作者において互に関連し合っており、著作者は著作物について有する観念的利益を満足させながら同時に財産的利益を取得しようとする。このように密接な関連をもつ二つの利益を保護する著作権は、純粋の財産権でもまた一身専属的な人格権でもなく、財産権的要素と人格権的要素とが有機的に結合した単一の権利であるとみなければならない。[1] 以上の発想に基き著作権一元論が登場した。最初にこの見解を主張したのはアルフェルト（Allfeld）である。[2] 彼は一九〇一年の著作権法制定の直後にこの理論を発表したが、著作物の本質および著作物と著作者との関係を最も良く把えており、しかも従来の学説のもっていた欠陥を巧みにカバーしてあるため急速にドイツの通説にのしあがるにいたった。[3] 現在では判例[4]はおろか改正草案[5]をリードするまでにいたっている。

著作権一元論の特色は、著作者の著作物に対する財産的利益と観念的利益との不可分性から著作財産権と著作人格

権の厳密な区分を不可能と考える点にある。この点についてはほかの学説の批判の際に既に詳説したので再論を避け、ここではこのような著作権の構造を明快に図示したウルマーの主張を聞くことにしよう。彼は著作権の構造を樹木に譬えて次のように説明する。すなわち著作者の観念的利益と財産的利益は著作権の二つの根をなす。著作権自体は単一の幹である。著作権上の諸権能は枝であり、これらの枝は滋養分を、あるいは両方の根から、あるいは主として一方の根から摂る(6)、と。つまり枝にあたる著作権上の諸権能のうち人格権的権能は主として観念的利益保護の要請に応ずるものであるが場合によっては著作者の財産的利益の要求をうちに含むことがあるし、他方、財産権的権能も主として財産的利益の保護に奉仕するが場合によっては観念的利益を満足させるために行使されることがあるとするものである。このような図示は複雑な著作権の構造を巧みに述べているといえよう。

さて以上述べた著作権の一元的構成を、論理的に首尾一貫させて、著作権上の諸問題を考察するとき、いったいいかなる結果が生じ、いたなる利点がもたらされるであろうか。以下著作権の消滅、相続および譲渡の問題に関する一元論者の主張をきくことにしよう。

(イ) 著作権消滅の際の一元性

著作権の一元性は、権利の発生においてとられるばかりでなく、消滅の際にもとられる。つまり保護期間の経過によって、著作財産権のみならず著作人格権も消滅する(7)。

勿論、著作物が永久に原形のまま維持される必要があることはいうまでもない。それは著作者のためばかりでなく公衆の文化的利益のためにも要求されるところである。従って、保護期間経過後直ちに著作物利用者による著作物の改竄その他の変更が許されるものと解することはできない。この点だけをとりあげれば、著作人格権は著作財産権の

如く時間的拘束に服することなく、永久に存続すべきだとの見方が成り立つ(8)、しかし一元論者は、(i)著作者の死後著作者に代って著作物の監視の任にあたる者（例えば相続人とか死因処分によって著作人格権の行使を委ねられた者等）が、著作者の意図を充分に忖度して権限を行使するとは限らず、多くの収入を得るという理由のみで改竄に同意を与えたり、あるいは甚だしいときにはこの権利を濫用して著作物の自由利用を阻害する場合すら生じうること、しかも、かかる権限の不正行使は、著作者との身分関係が疎遠になればなるほど増大する傾向にあること(9)、(ii)著作者の死後五〇年も経過すれば、著作物の多くはその生命力を失い世間から忘れさられてしまう運命にあるから、その時にはもはや著作者の人的、精神的利益を問題とする必要はないこと(10)、などの理由により、著作人格権も著作財産権同様、著作者の死後五〇年を保護期間の限度とすべきであるとの見解を採る。

だが、一元論者とても、芸術的価値の高い少数の著作物について、完全無傷性が永久に維持されるべきことを決して無視するものではない。ただ、この著作物保護の要請は、公衆の文化的利益に基くものであって、著作者の利益とは直接に関係はないから、その保障は性質上著作権上の保護ではなく、国家の文化政策による Denkmalschutz と解すべきであるとする(11)。しかも、Dankmalschutz の具体的方策として、一定の公の裁定機関に監視を委ねる方法(12)、あるいは違反者に対し罰則を適用する方法(13)などが考えられているが、とくにウルマーが、著作物の芸術的価値の判断を裁判所その他の公の機関に委ねることは必ずしも最上策とはいえず、むしろ世論の批判陶汰に一切を委ねるべきではないかと主張しているのは(14)注目に価する。

(ロ)　著作権相続の際の一元性

著作財産権と著作人格権との不可分的牽連性を考慮に入れるならば、著作権の一元性は相続の際にも維持されなけ

ればならない。つまり、著作財産権と著作人格権とは分離されることなく相続人に移転する。[15] 前に述べたように、著作財産権は相続人に、著作人格権はこれとは範囲を必ずしも同じくしない一定の近親者(Angehörigen)に承継されるべきだとの見解があるが。[16] 著作財産権の相続人と著作人格権の承継人との間にいたずらに対立激化を招くだけで、取引の安全を著しく阻害することとなるから妥当ではない。これは一元論を裏から補強するのに役立つ。

一元論によれば、著作権の相続の際にはBGBの相続法の規定が適用されることになる。従って著作権は、他の遺産とともに法定相続人、あるいは場合によっては遺言または相続契約による相続人に移転される。著作者が生存中に個々の権能を処分したときはBGBの規定に基き、相続人は著作者の処分に拘束されること勿論である。この論旨は人格権的権能の処分の場合にも妥当する。[17] しかしながら、生存中のかかる処分にも拘らず、著作権の中核部分(Kern)は著作者に留保され、したがってまた相続人に移転される(後述参照)。[18] 例えば人格権的権能を著作財産権と一緒に著作者の生存中第三者に委託する場合、この処分は相続人に対しても効力を有するが、受託者が著作者の観念的利益に重大な侵害を加えるときには、相続人は、自己の留保された中核部分に基き、その行為の差止を請求することができる。[19] また著作者は死因処分によって著作権の管理を遺言執行者に委ねることもできる(BGB § 2208)が、この場合にも著作権の実体は相続人に移転され、ただ著作権管理行為のみが執行者の手中に確保されるにすぎない。

(ハ) 著作権譲渡の際の一元性

著作人格権が譲渡できないこと、したがってまた著作権自体が譲渡できないことについては、一元論の立場においても droit double 論と全く同様である。問題は著作財産権の譲渡である。一元論を徹底するならば、著作人格権との不可分的牽連性により著作財産権の譲渡も否定せざるをえない。だが、それでは著作物を経済的に利用する方法が

大幅に制限されることとなって（僅かに著作物利用契約のみが許されるにすぎない）実状にそぐわない。そこで一元論者は、著作財産権の「譲渡」を、譲渡の通常の用法である承継的移転としてではなく、「設定的移転（konstitutive Übertragung）」と解することによって、著作財産権の不可譲渡性と著作物の経済的利用性との間に存する矛盾を回避し、一元論を純粋に貫いている。[20] すなわち、この解釈によれば、移転される著作財産権（著作財産権全体の移転のほか財産権的権能を個々的に移転する場合をも含む。以下著作財産権の譲渡という際には両者を含めた意味で使用する）は、著作権の母権（Mutterrecht）たる地位に対して派生権（Tochterrecht）としての地位しかもちえず、なんらかの理由によってこの派生権が消滅した際には、著作権は従前の円満な姿に復帰すると同時に[21]、他方、派生権の基礎となる母権は常に著作者に留保され、この母権の中に著作権の一元性が維持されることになる。しかもこのようにして移転された著作財産権と著作権との関係は、あたかも制限物権と所有権との関係に類似するため、論者はこの法理を援用して著作財産権の設定的移転を説明している。[22]

さて、著作財産権の譲渡を以上述べた如くに理解するとき、譲受人の取得する権利の内容は、当然、譲渡の通常の形式である承継的移転の場合とは異ったものとならざるをえない。

そもそも著作財産権はその本来の内容として、著作物を使用する権能―例えば複製・頒布権、上演権、放送権等―すなわち著作財産権の積極的部分（positives Element）と、他人の使用を禁止する権能、すなわち著作財産権の消極的部分（negatives Element）とを包含している。したがって著作者が著作財産権を譲渡するという場合においても、消極的部分をも含めて移転する場合もあるし、また含めないで移転する場合もある。[23] 前者は、いわば排他的効力をもった利用権が設定されるのであるから、排他的授権（ausschließliche Berechtigung）と呼ばれ[24]、それに対し後者は、単純授権（einfache Berechtigung）と呼ばれている。[25] 排他的授権の例として、一元論者は出版権の設定を挙げる。[26] ドイ

ツでは著作権法のほかに出版法を設け出版契約一般について規定しているが、反対のとりきめがなき限り著作者は出版者に出版権を与えなければならないことになっている (Verl.G § 8)ので、出版契約は通常、出版権の設定を伴うようである。したがってこの事例はきわめて多いものと考えられる。また単純授権の例として、一元論者は、音楽的著作物の演奏権の場合などを挙げる。その他の授権契約は勿論のことこれらの著作権契約においても、排他的授権がなされているか否かの判定については、結局、当該契約の内容—とくに契約の目的とか当事者の意思—によるほか、取引の慣習も重要な決定要因をなすことは否定できない。ともあれ、ここで注意しなければならないのは、著作財産権の譲渡を設定的移転と解する一元論の立場においては、単純授権をも「譲渡」の一種と考えていることである。[27] かつてドイツでは、単純授権契約を単なる債務契約とみなし、著作者は相手方の著作物利用を甘受すべき債務を負い、相手方はこれに対する債務法上の請求権を有するにすぎないものと考える学説が有力であった。だがこの理論を貫くとき、例えば、著作者がAに単純授権をし、その後にBに排他的授権をする場合に、AはBに対抗できないこととなるため、Aの地位はきわめて不安定なものとならざるをえない。またそのために、Aが単純授権を好まないことになれば、著作者は著作物の簡便な利用をなしえなくなるおそれがある。そこで債務契約説を主張する学者は、この不合理さを避けるために、BGB五七一条の不動産賃貸借の規定を準用して単純授権が排他的利用権にも対抗しうるものとする理論を採った。[28] だが、かかる理論構成はかなり技巧を弄する嫌いがあったため、最近の通説は、このような回り道を避け、単純授権も物権的権利 (gegenständliches Recht) を与えるものと解して、単純授権を受けた利用者は利用権能を直接把握するものであるから、排他的利用権の取得者にも対抗できると説明している。[29] すなわち、単純授権は移転した権能の種類、および範囲内で著作財産権の積極的部分の一部が分割されたものであるから、爾後、著作者および、排他的授権をえた利用者は、制限付の権利を取得するにすぎないものとするのである。したがって例えば、興

行者に対し一定の日時および場所を指定して演奏を許諾した作曲者は、みずからその演奏を拒絶することができないのは勿論のこと、作曲者の相続人も、さらには排他的演奏権を取得した者も同様の拘束を受けることになる。この見解は、単純授権が著作者ばかりでなくその権利承継人をも拘束するものと解するのであるから、排他的授権に接近する。だが、単純授権が物権的効力を有するとはいっても、それは著作者およびその権利承継人に対する関係においてのみに限られ、その他の者にはおよばないのであるから、第三者の権利侵害に対しては独自に異義を申立てることができない—すなわち著作財産権の消極的部分をもたない—ことには変りなく、この点に両者の差異を求むべきであろう。以上のように一元論者は、単純授権を一種の物権的権利の移転と解することによって、著作財産権の「譲渡」の範疇に含めている。以下、著作財産権の譲渡または著作財産権の設定的移転と称するときは、単純授権を含む意味で使用することとする。

上述の説明で明らかなように、一元論者は技巧的とまでいいうる複雑な理論構成をもって著作権の一元的構成を譲渡の際にも貫徹するのであるが、ここで当然次に掲げる二点が問題となってこよう。

(i)　著作財産権の譲渡を設定的移転と解することが具体的にいかなる効用をもたらすか。

(ii)　著作人格権の処分はいかなる意味においても否定されるのか。もし処分が許されるとすればその範囲および著作者との関係はどうなるか。

これらの問題に対する一元論の立場からの解答を次にきくことにしよう。

(I)　著作財産権の譲渡に関する一元的構成の効用

まず第一の効用は、著作財産権の譲受人が権利を放棄した場合、あるいは譲受人死亡の際に相続人が不存在である

場合などにおいて、著作財産権は著作者のもとに復帰し、その結果著作権が従前の円満な状態を回復する点にある。著作財産権の譲渡を承継的移転と解する立場（以下、承継的移転説と略称）では、移転された著作財産権は著作者から完全に切り離されてしまうのであるから、たとえ譲受人が権利を放棄した場合でも、また譲受人が死亡し相続人が存在しない場合でも著作者のもとに復帰することはありえない。おそらく国庫帰属か、あるいは gemeinfrei となると解しなければならないだろう。だがそれでは著作権に保護期間を設け、その限度内での著作者の経済的利用を認めた法制度の趣旨が、偶然の事情によって破壊されることになって妥当ではない。これは承継的移転説の致命的欠陥であって、設定的移転説によらなければ容易に解答がつかない問題である。

第二の効用は、目的譲渡論(Zweckübertragungstheorie)に有力な支柱を与える点である。目的譲渡論とは、著作財産権が移転される際に、その契約において処分の範囲につきなんらの制限が加えられていない場合であっても、おのずから制約があり、処分の範囲は譲受人の著作物利用「目的」に必要な限度に限られるとするもので、ゴールドバウム(Goldbaum)によって提唱され、判例の採用している見解である。(30) これによれば、著作財産権の全部移転が契約された場合に契約当時には予測されなかった新しい著作物の利用形式が技術の発展によって生じたとき—例えば契約当時にはラジオ放送しか考えられなかったのが後にテレビ放送が可能になったような場合—、これの利用は契約に含まれていないとして著作者に帰属せしめることになる。この見解は、著作権一元論、すなわち設定的移転説とは直接の関係はない。だが両者は、著作者の死命を制するほどの力をもつ著作物利用者の圧迫によって著作者が往々にして不当な契約を強いられているという社会的事実を考慮して、著作者をできるだけ保護し、できる限りの権能を著作者のもとに留めようとするところに共通の目的をもっている、したがって目的譲渡論は、設定的移転説という強力な味方を得ることによって、前よりもいっそう著作者の保護に万全を期することができるようになったとみることができる。

第三の効用は、無権限者の著作物利用―すなわちNachdruck―に対し、譲受人とは無関係に著作者が自己の名前で争いうる点にある。著作財産権の譲渡が単純授権である場合において、従来の債務契約説では、著作者と利用者との関係を債務関係とみたところから、著作者は著作財産権を失うものでなく、従って異議申立権を留保すると説明していた。しかし、前述のように著作一元論では、かゝる場合でも設定的移転と解するので、母権は著作者のもとに留まることになり、結論的には債務契約説と同じになる。排他的授権の場合も、一元論では単純授権の場合と同様、著作者は異議申立権を失わない。ところが承継的移転説によれば排他的授権の場合には譲受人のみが争うことができ、著作者は無権限者が著作物を改竄して利用した場合はともかく―この場合には著作権に留保される著作人格権によって争いうる―その他の場合にはたとえ無権限者の侵害によって物質的利的の減少をもたらした場合―例えば文学的著作物が無権限の出版者によって発行され、そのために有権限の出版者の書籍の売行きが低下し、それが印税の減少となって著作者にはねかえってきた場合など―でも財産権の取得者と独自に争いえなくなるという結果を生ずる。普通このような場合には譲受人によって争われ、著作者の介入する余地を認めなくとも差支えないであろうが、譲受人の異議申立が必ずなされるという保障はなく、またなされるとしても、これによって著作者の物質的利益が完全に補塡されるとは限らないのであるから、承継的移転説では妥当な結果が得られないであろう。(31)

第四の効用は、著作財産権の再譲渡―すなわち利用権の設定をうけたものがこの権利をさらに第三者に譲渡（これは本来の意味での譲渡、すなわち承継的移転）すること―に制限を課する点にある。承継的移転説によれば、著作財産権の譲渡により、譲受人が権利の完全な取得者となるのであるから、この権利をさらに第三者に譲渡する場合においても著作者の同意を要しないこと勿論である。だが、著作者は彼の著作物の完全性が維持されることについて利益を有しており、そのため著作物利用者を選択する場合には、その著作物を正当に評価し、しかも改竄その他の毀傷行

為をなさないことに信頼を置くことのできる者を選び、これに利用権能を与えるものであるから、利用者はかゝる著作者の意図に拘束を受けるものと解しなければなるまい。承継的移転説は、著作者の利益保護を基調とする著作権制度を歪める結果となり妥当でない。これに反し、一元論によれば、著作財産権の譲渡を設定的移転と解することにより、排他的授権の場合ですら著作者による拘束が完全に解かれるものではなく、譲受人の取得する権利は上述の著作者の意図による拘束を内包する権利とみなければならないのであるから、再譲渡も著作者、譲受人間の処分目的に合致する限りでのみ可能と解することになり、承継的移転説のもつ欠陥を克服することができよう。(32)

(II) 著作人格権の処分

著作者と著作物とを結ぶ観念的紐帯は解き放すことのできぬものであるから、著作人格権の処分が許されないのはもとより当然である。だが、それは著作人格権自体についてのみいえることで、それより派生した個々の権能の処分が完全に否定されることを意味するものではない。前にも述べたように、公表権は著作財産権の移転に伴うのがむしろ通例であるし、内容変更権も著作者が新聞、雑誌の発行者に対して原稿の削減を許したり、演劇の興行者にあるシーンのカットを、また映画製作者にタイトルの変更を認める場合など、いずれも譲渡（逆にいえば異議申立権の放棄）が行なわれたものとみることができる。著作者たることを主張する権利ですら他人をその著作物の著作者と認めることにより、譲渡することができる。以上の諸例は日常しばしばみられるものであるから、著作者の観念的紐帯を強調するあまりにこれらをすべて許容しがたいものとすれば、かえって取引の不活潑化を招き、著作者の財産上の不利益という結果をもたらすことになる。しかしながら、逆に人格権的権能の無制限な処分を許すならば、著作者に対して有利な立場に立つ著作物利用者によって悪用され、著作者の観念的利益が著しく侵害されるおそれもなしとしない。

このような取引の活潑化と著作者の観念的利益の保護という矛盾し合う二つの要請を同事に満足させるためには、人格権的権能の処分にも一定の制限を加えなければならないことは明らかである。

そこでドイツの一元論者は次のように説明する。(33)

(i)　著作人格権自体は譲渡できない。人格権的権能の源泉として常に著作者に留保される。従ってもし新しい人格権的権能が生じ、それが一般に容認されるとき、それは著作者に属する。他方、著作人格権より派生する個々の人格権的権能を契約によって譲渡（又は放棄）したり、あるいは、かゝる権能の行使を第三者に委託したりすることは可能である。

(i)　しかしその処分にも限界がある。すなわち処分された権能の行使によって著作者の著作物に対する精神的、人的利益が重大な危険に陥るか、あるいは侵害される場合には、権能を処分されているにも拘らず、著作者はこれに対し異議を申立てることができる。このような場合には放棄もまた無効である。(34)

以上の説明は、いわば人格権的権能の構成を処分可能な部分と不可能な部分とに分け、後者を著作人格権の中核に当る部分（Kernbestandteil）として常に著作者に留保せしめようとするもので、著作者と著作物との観念的紐帯を充分に尊重しながらも取引の慣行をも考慮している点すぐれて巧妙な理論ということができる。

さてこのように著作人格著の処分を理解するとき、人格権的権能の取得者（行使受託者を含む）はみずからその権利の主体として積極的権能を行使できるばかりか、消極的権能すなわち第三者の権利侵害に対する防禦権をも行使することができるが、他方、著作者及びその相続人も処分不可能な部分（Kern）については依然として権利の主体であるから、取得者と並んで防禦権を行使することができることになる。そこで両者の意見が対立したときいずれの意見が優越するか、次に検討を要すべき問題として残る。

まず、著作者と人格権的権能の取得者との関係につき、一元論者は前者の優位を認める。[35]なぜなら、人格権的権能の処分が認められるといっても、中核部分は常に著作者に留保されるものであり、それは著作者と著作物との観念的紐帯の不可分性から由来するものであるから、取得者の権能はかゝる優越的な著作者利益のために優先されると解しなければならないという理由による。相続人と人格権的権能の取得者との関係も全く同様に解して、相続人の意見の優越を認める。[36]

次に、著作者が生存中人格権的権能を処分した場合に、著作者死亡後の著作権相続人と人格権的権能取得者との間で意見の衝突が生じたときは、いずれの意見が優越するか問題となる。この問題については一元論者の中でも説が分れている。取得者優越説は、[37]相続人は必ずしも著作者の観念的利益保護の適格者といえず、著作者が相続人を措き、敢て人格権的権能の処分に踏み切ったのは、第三取得者の方がより著作者の意を体した権利行使を行なうものと思慮したものにほかならないから、この著作者の意思を尊重し、取得者の意見を優越させるべきであると説明する。だが、この説によれば、著作者の生存中は著作者の意思が優越し、死後は取得者の意思が優越することとなって、著作者の死後における取得者の法律上の地位は生前よりも高められるという結果をもたらす。このように著作者死亡の時点の前後によって取得者の地位に変動を来たすのは妥当な解決策とはいえない。またこの説によれば、取得者の権能について相継人はなんら容喙を許されなくなるのであるから、著作権は著作者の死後において、相続人に移転する部分と取得者に移転する部分とで完全に二分されたものとみなければならないことになる。これは一元論の否定である。したがって、著作者相続人は、著作人格権を含めた著作権全体を承継し、その中に含む人格権的権能の中核部分に基き、常に取得者の意思に優越すると解する相続人優越説[38]を妥当としよう。

以上述べた著作権一元論は、今まで現れた学説の中で最もよく著作権の構造を把握しており、しかも、動態的側面においても、明快な説得力ある論旨をもって著作権の一元的構成を貫徹しているため、私も基本的にはこの見解に同意する。もっとも著作権の構造分析の徹底化を期すためには、序で述べた如く第一の方法及び第二の方法による検討を必要としようが、それをまつまでもなく著作財産権と著作人格権の不可分的牽連性を主張するこの見解は、方向において基本的な誤りはないものと信ずる。しかしながら一元論は、一元的構成を純粋に貫くあまり、技巧的な説明を試みている箇所もあるため、なお検討を要すべきいくつかの問題を残しているものと思われる。それらの問題についての検討は、それぞれ第二章以下の関係箇所に譲ることとしたい。

(1) Hubmann, Urheberrecht, S. 46 ; Ulmer, Urheberrecht, S. 98ff.

(2) Allfeld, Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst (以下 Allfeld, LUG Kommentar と略称), 1902 および Kommentar zum Gesetz über das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (以下 Allfeld, KUG Kommentar と略称) 1907.

(3) 例えば Runge, Urheber-und Vlerагsrecht, 1953, S. 55f. ; Hubmann, Urheberrecht, S. 19 ; Rintelen, Urheberrecht, S. 39; Schramm, Grundlagenforschung auf dem Gebiet de gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht; De Boor, Die Übertragbarkeit des Droit Moral S. 693. スイスでは Troller Brennpunkte, S. 37.

(4) この点については第二章において詳説する。

(5) 一九三九のアカデミー草案、一九五四年の参事官草案、一九五九年の連邦司法省草案、そして一九六一年の政府草案など何れも著作権一元論に立脚している。

(6) Ulmer, a.a.O., S. 101.

(7) Ulmer, a.a.O., S. 100.

(8) 二元的構成を主張する立場では、この点を大きな理由とする。だが、一元論を主張する学者の中でも、例えばフーブマンのように

著作権の消滅に関しては著作権内容の分離を認める者も存在する。Hubmann, a.a.O., S. 54.

(9) De Boor, Die Übertagbarkeit, S. 710.

(10) Ulmer, a.a.O., S. 280.

(11) Ulmer, a.a.O., S. 281 u. Deutsche und französische Urheberrechtsreform, JZ 1955 S. 406.

(12) Vgl. Ulmer, Urheberrecht, S. 281.

(13) Rintelen, Urheberrecht, S. 177.

(14) Ulmer, JZ 1955. S. 406.

(15) Ulmer, Urheberrecht, S. 100 ; Hubmann, a.a.O., S. 164f.

(16) 前掲八七頁参照。

(17) Hubmann, a.a.O., S. 165.

(18) 一一四頁参照。

(19) Hubmann, a.a.O., S. 165. この点については前掲のコシマ＝ワーグナー日記事件でBGHの採るところとなっている。

(20) Ulmer, a.a.O., S. 100f. u. S. 290 ; Hubmann, a.a.O., S. 171.

(21) ギールケ (Deutsche Privatrecht I, S. 767) およびアルフェルト (KUG Kommentar, S. 66) は、著作権の実質 (der Substanz nach) は移転できないが、行使のみ (nur der Ausübung nach) は移転できると主張する。この説によれば、著作権の譲渡がなされた場合でも、著作権の実質は移転せず、譲受人が権利の放棄または相続人なくして死亡したときにはその権利は消滅することなく、著作者のもとに復帰することとなる。したがって、著作権の行使の移転の観念は、ここでいう著作権の設定的移転の観念と内容的には同一のものと思われる。

(22) Ulmer, a.a.O., S. 290 ; Beck, Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, 1961. S. 3.

(23) 消極的部分のみを移転する場合もある。例えば、著作者が著作権侵害訴訟をみずから提起せず他人に委ねる場合など (Hubmann, a.a.O., S. 170)

(24) 一九五四年および一九五五年のドイツ草案にいう ausschließliche Nutzungsrecht および一九三九年のドイツアカデミー草案にいう Werknutzungsrecht は排他的授権をさしている。

(25) 前註の権利に対応させて草案が掲げた einfache Nutzungsrecht および Werknutzungsbewilligung は単純授権をさしている。

(26) わが国の著作権法も著作権（＝著作財産権）の譲渡のほかに出版権の設定を認めている。従って、学説は譲渡と設定とを区別して扱っている。しかし、譲渡を設定的移転と解するとき、両者の相違はなくなるものと解しなければならない。詳細は第三章で叙述の予定である。

(27) わが国の通説は、譲渡と許諾を区別し、前者が物権的効果をもつに対し、後者は債権的効果をもつにすぎないと解している。（例えば、勝本前掲二〇三頁など）

(28) Riezler, Urheberrecht, S. 311 ; Marwitz-Möhring LUG §8 Anm, 21 ; de Boor, Vom Wesen, S. 68f.

(29) Ulmer, a.a.O., S. 298 ; Hubmann, a.a.O., S. 172.

(30) Goldbaum, Urheberrecht und Urhebervetragsrecht Kommentar. 1961, S. 73ff.判例としては RGZ 118,282 ; RGZ 123,317 (Schulze RGZ Nr. 6); RGZ 134,201 (Schulze RGZ Nr. 7); RGZ 140,245 (Schulze, RGZ Nr. 3); BGHZ 9,262 (SchulzeBGHZ Nr. 8); Schulze BGHZ Nr. 37 ; Schulze BGHZ Nr. 51 など多数ある。

(31) Beck, a.a.O., S. 3 ; de Boor, Vom Wesen, S. 57 ; Ulmer, a.a.O., S. 299.

(32) Riezler, Urheberecht, S. 88 ; Ulmer, a.a.O., S. 300 ; Goldbaum, a.a.O., S. 74.

(33) Ulmer, a.a.O., S. 303ff. ; Hubmann, a.a.O., S. 175ff.

(34) この説明は、ユシマ＝ワーグナー日記事件におけるBGHの判決理由にもみることができる。それは次のように述べる。「RGHは…生存中の著作権の処分は人格権的利益保護の譲渡を包含しうるという判例を一八八四年（RGZ 12, 50）認めている。学説においても、著作権の人格権的要素を生存中に処分することが可能であるという見解が優勢である。限界をなすのは著作人格権の中核部分（Kernbestandteil）の侵害の場合である。すなわち、譲渡された権能の行使によって著作者の著作物に対する精神的、人的関係が重大な危険に陥るか、あるいは侵害される場合である。」

(35) Ulmer, a.a.O., S. 305 ; Hubmann, a.a.O., S. 176.

(36) Ulmer. a.a.O., S. 305.

(37) Hubmann, a.a.O., S. 177.

(38) Ulmer, JZ 1955, S. 216.

Über die monisitsche Konstruktion des Urheberrechts (1)

Masao HANDA
Dozent (Immaterialguterrecht)
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Universität Hokkai Gakuen

Das Urheberrecht ist das Recht, das die besondere Stelle im System des Privatrechts nimmt. Diese Besonderheit des Urheberrechts liegt in der Natur des Werks–Objekts des Urheberrechts–, das einerseits ein selbständiges, im Verkehr verwertbares Geistesgut ist, andererseits doch eng mit der Person des Urhebers verbunden ist, weil es dessen Individualität in sich enthält.

Wir können daher heftigen Streit um das Wesen das Urheberrechts nicht nur in Deutschland, sondern auch in Japan sehen. Der Brennpunkt des Problems ist, welche Stelle im Urheberrecht die vermögensrechtliche Befugnisse (z.B. Vervierfältigungs–, Verbreitungs–, Aufführungs-und Verführungsrecht) und die persönlichkeitsrechtliche Befugnisse (z.B. Veröffentlichungs–, Urheberschaftsrecht und Werkschutz gegen Anderungen) nehmen.

Die monistische Theorie ist die Auffassung, dass das Urheberrecht weder reines Persönlichkeitsrecht noch reines Vermögensrecht, sondern eine Mischform eigener Art sei. Dabei wird angenommen, dass aus dem einheitlichen Urheberrecht zwei Arten von Befugnissen entspringen, nämlich vermögensrechtliche und persönlichkeitsrechtliche. Demgegenüber ist die dualistische Theorie die Auffassung, dass das Persönlichkeitsrecht und Vermögensrecht kein einheitliches Recht bildeten, sondern getrennt nebeneinander ständen, oder die Auffassung, dass das Urheberrecht selbst ein Doppelrecht (droit double) sei, das beide Rechts in sich enthalte.

Ich zustimme zur monistische Theorie. Die monistische Auffassung in Japan ist aber etwas anderes von diejenigen im eigentlichen Sinn, steht vielmehr der dualistischen Konstruktion nahe.

Ich möchte daher in diesem Aufsatz untersuchen, was die

monistische Theorie in eigentlichen Sinn sei, und wie sich diese Theorie unter anderen Auffassungen auszeichnete.

So in diesem Heft (Kapitel (I): Die Bildung und die Kritik der Auffassungen) möchte ich zunächst versuchen, in welchem Prozess die Auffassungen gebildet werden, und in welchem Teil diejenige mangelhaft waren.