HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権の一元的構成について（４）
Author(s)	半田, 正夫
Citation	北大法学論集, 15(4), 17-41
Issue Date	1965-03-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16052
Type	bulletin (article)
File Information	15(4)_p17-41.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(四)

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（以上本誌一五巻一号）
第二章　実定法における著作権の構造
―比較法的考察―
第一節　著作人格権の形成とその諸類型
第二節　各実定法体系における著作人格権の地位（以上本誌一五巻二号）
第三節　総括―各国法の比較―（以上本誌一五巻三号）
第三章　わが国の著作権制度と一元的構成

第一節　著作権の権利構成に関する従来の考え方とその批判
第一項　二元的構成論とその批判
第二項　一元的構成論とその批判
第二節　著作権一元論の前提についての検討
第一項　著作権の保護客体
—著作物の本質—
第二項　著作権の保護主体（以上本号）
第三節　著作権一元論による現行法の解釈
第四節　派生的諸問題
結

第三章　わが国の著作権制度と一元的構成

本章では、第一章及び第二章でわれわれの最もすぐれていると思料した著作権一元論によってわが著作権法の解釈を試みることが果してどの程度まで可能であるかを考察の対象とする。

わが国の著作権制度—それは欧米各国と同様、出版者の営業保護と検閲を兼ねた特許制度を克服して登場してきたものであるが(1)—は、明治三二年における現行著作権法の制定によって始まっている(2)。この法律は、ベルヌ条約加盟のため同条約に適応する国内法整備の必要上応急の措置として制定せられたものであり、またそれ故に著作者の権利意識の覚醒に基づく権利擁護斗争の結果獲得せられたものではなかったため、成立当初から内容においてきわめて不備なものであった。かてて加えて、近年における機械技術とマスコミの急速な発展は、著作物の経済的利用の方法を大幅に増加させる一方、従来殆ど考慮されなかった著作者の観念的利益保護の要請が重要視されるに及び、ますますその

不備が痛感されるにいたっている。勿論わが著作権法とても徒らに手をこまねいていたわけではない。制定以来今日まで数次にわたる部分的改正を施してはいる。[3] だがそれは条文の錯雑化を招くのみで内容の完全さを解消させるにはほど遠いものでしかなかった。その間、欧米各国では国内法の全面的改正を次々と実施するにいたり、かかる国際的趨勢と歩調を合せる意味からもわが著作権法の全面的改正が緊急の課題となってきた。その結果、わが国では遅ればせながら昭和三七年に著作権制度審議会を発足させ、著作権法の全面的改正についての審議を実施している。[4]

このような状況の下において、著作権一元論によって現行法の解釈を試み、その操作を通じてわが著作権制度のありかたを検討してみるのも決して意味のないものではないであろう。

以上の観点に基づき本章では次のような論述のしかたをとる。

(i) まず第一に、著作権の権利構成に関するわが国の従来の学説の紹介とその批判を行う。ここでは主として問題点の指摘だけにとどめる。

(ii) 次に、著作権一元論がその理論的構成の前提として処理した二つの問題について再検討し、一元的構成の必然性の補強を試みる。

(iii) 続いて、著作権一元論による現行法の解釈を著作権の動態的側面に問題を限定して考察する。

(vi) 最後に、派生的問題について一元的構成がどの程度まで維持できるかを検討する。

(1) わが著作権法の沿革を顧みれば、およそ次の三時期にわかれるようである。

(イ) 特許制度の実施

わが国における著作権に関する法規の最初のものと目されるのは明治二年の出版条例である。この条例は、その名称が示す如くむしろ出版法とでもいうべきもので、主として出版の取締に関する事項を規定したものであるが、その中に若干の著作者―と

ういよりもむしろ出版者―保護の規定を設けている。つまり、この条例は著作権保護に関する規定と、出版取締に関する規定とを混淆してうちに含めていたものとみることができる。

明治二年の出版条例は同五年の文部省布達によって改正され、さらに明治八年の出版条例に受けつがれている。明治八年の条例の特色は、版権という名称を法文上はじめて使用した点にある。すなわち同条例二条において「図書ヲ著作シ又ハ外国ノ図書ヲ翻訳シテ出版スルトキハ三〇年間専売ノ権ヲ与フヘシ此専売ノ権ヲ版権ト云フ」と規定し、版権とは図書専売の権、つまり排他的出版権を意味することを明らかにするとともに版権の譲渡、相続、分版、侵害に対する刑罰等につき詳細な規定を設けた。一方、写真については明治九年に写真条例が制定され、写真にも版権が認められた。

以上の諸条例の立法趣旨は、国家的見地からみて有益な図書を出版した者に対し、出版の費用を償わしめるために一定の期間専売権を与えるという点にあった。そのために専売権の附与は官庁の裁量にかからしめられたばかりか、その専売権も著作者に与えられるものではなく、出版者に与えられるものであったから今日の著作権とは本質的な相違があったのはいうまでもない。しかしながら、著作権法史の初期におけるかかる現象は、ひとりわが国においてのみならず、ヨーロッパ諸国においてもみられる現象であり、各国が特許制度を克服して著作権制度へと発展していったプロセスと対比させるとき、わが国のこの時期における特許制度も著作権制度へ至る一里塚としての意味はもちえよう。

(ロ)

登録制度の採用

出版の取締に関する規定と版権の保護に関する規定とが錯綜していた上述の出版条例は、明治二〇年にいたり内容が二分され、出版の取締に関する規定のみを含める出版条例と版権の保護に関する規定のみを内容とする版権条例とに改編されるにいたった。それと同時に版権条例は多くの点で特許時代における版権の内容を改め現在の著作権に近づけている。特に重要なのは次の諸点である。

1　版権を取得するには内務省に登録すれば足りるとしたこと（三条）。所謂特許主義から登録主義への転換を明らかにしたものである。登録は版権取得の必要条件として規定されているから、登録を履行しないときは版権を有せず、著作物が公有となること勿論である。

2　版権の主体を著作者としたこと（七条）。従来専売権は出版者に与えられていたが、版権条例ではこれを著作者に与えた。

3　未刊の著作物についても版権を与えたこと（二二条）。

4　著作人格権に関する規定を置いたこと(二一条、二八条)。従来の法令は単に金銭上の権利保護を目的としたにすぎないが、新条例では著作人格権を認めた。すなわち、世人を欺瞞するため故らに版権所有の文書図画の題号を冒し、あるいは模擬し、または氏名屋号等の類似したものを湊合して他人の版権を妨害する者を偽版を以て論じ、また版権なき文書図画と雖もこれを改竄して著作者の意を害し、またはその表題を改め、または著作者の氏名を隠匿し、または他人の著作と詐称して翻刻する者を処罰するとの規定を置いた。

明治二〇年の版権条例が制定された同年、脚本条例が制定され、演劇脚本及び楽譜の興行権が新たに認められたほか、写真条例が改正され写真版権条例が制定された。なお明治二〇年の版権条例は明治二六年に若干改正されて版権法として公布されるにいたった。

以上、版権条例及び版権法によって代表される登録制度採用の時期を通常、版権法時代と呼称されているが、この時期は特許制度から著作権制度へいたる過渡的段階として、きわめて重要な意義をもっている。

著作権制度の誕生

現行著作権法は本文で述べた如く、ベルヌ条約加盟の準備工作として制定せられたもので、水野錬太郎博士の起草にかかるものである。この法律は従来の法令にくらべ多くの特色をもっている。主なものは次の諸点にある。

1　著作権は著作によって当然に発生するものとしたこと。登録制度は存置されたが、それは著作権発生の原因としてではなく、単に著作権侵害に対する出訴要件並に著作権の譲渡、質入の際の第三者対抗要件として認められたにすぎない。

2　著作権保護の範囲を拡大強化したこと。すなわち、従来保護された著作物の種類のほかに新たに彫刻、模型等を加えるとともに、他方著作人格権を拡張して、未発行著作物の原本及びその著作権の差押を禁止し、また著作物の改竄、著作者の氏名変更の禁止を著作権の譲受人にまで及ぼしその罰則を強化した。

3　著作権の保護期間を、著作者の生存中または死後三〇年とし、法人の発行した著作物、無名変名の著作物、死後発行の著作物は最初の発行の時より三〇年としたこと。

4　外国著作者の権利を保護したこと。従来わが国は外国著作者の権利を認めず、外国著作物を翻訳することは全く自由であった。蓋し、わが国の文化は欧米より輸入するもの多く、また欧米の文化を輸入することは、わが国の文化を進捗させるのに最も必要であったがためである。だが、ベルヌ条約に加盟する以上、内外人平等主義を採らざるをえなかった。したがって著作

権法制定の真の目的はまさに外国著作者の権利を保護することにあったものとみとめて差支えないようである。

5　翻訳権の保護期間を原著作物発行のときより一〇年としたこと。

以上主として、水野・「本邦著作権法の沿革」法協二〇巻八号六一七頁以下、榛村・著作権法概論（昭和八年）一〇頁以下、勝本・日本著作権法（昭和二三年）二六頁以下、伊藤信男・綜合近代著作権文化史年表（昭和三五年）による。

（2）著作権の名称の由来について、著作権法制定の衝にあたった水野博士は次のように述べておられる。

「著作権ト云フ言葉ハ新シイ言葉デ、著作権法ヲ編ミマスルトキニ実ハ私ガ拵ヘタ言葉デアルノデス……素ト此著作権ト云フ名称ハ日本ノ従来ノ法制デハ版権ト称シ来ツタモノデアリマスガ、版権ト云フト、出版スル権ト云フヤウニ解セラレマシテ、少シク狭過ギルヤウニ考ヘラルルノデアリマス、元来著作者ノ権利ト云フモノハ唯リ出版スル権利バカリデナク、美術者ノ絵画、彫刻物ノ上ニ持ツ権利、音楽家ノ音譜ニ対シテ持ツ権利ト云ヤウナモノモ、著作権ト云フ中ニ含マルルモノデアリマスカラ、版権ト云フテハ意味ガ狭イカラ、版権ナル名称ヲ改メテ著作権ト云フ名ヲ拵ヘタノデス……加藤博士其他ノ人ノ説ニ或ハ創作権トシタラドウカト云フコトモアリマシタガ、著作者ノ権利ガ創作権デアルカ否ヤト云フコトハ一ツノ学理上ノ問題トナツテ居リマスルカラ、兎ニ角適当ノ文字ガ見附カルマデハ著作権ト云フ言葉ヲ用ヒテ、法律上ノ言葉トシヤウト云フノデ、遂ニ著作権ト云フ言葉ガ通過シテ今日ノ法律語トナツタ次第デアリマス」水野・「著作権ノ性質ニ就テ」法協二一巻七号九〇六、九〇七頁参照。

（3）現在までの法改正のうち主なものは次の通りである。

1　明治四三の改正　改訂ベルヌ条約の成立に伴う改正である。保護される著作物の中に新たに建築を加え、また登録を著作権侵害に対する出訴要件とした従来の規定を削除する反面、相続の第三者対抗要件とするなどの規定を挿入した。

2　大正九年の改正　保護される著作物に演奏、歌唱を加え、また「音ヲ器械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ他人ノ著作物ヲ写調スル者ハ偽作者ト看做ス」という規定を設けた。

3　昭和六年の改正　ベルヌ条約ローマ規定に順応するための改正である。この改正によって、著作人格権の強化、映画の保護、ラヂオ放送権の承認と放送権に関する強制実施許諾制度の新設及び新聞雑誌の転載引用権の承認などの規定がおかれた。

4　昭和九年の改正　社会的事実との格差を是正するための改正である。改正点の主なものとしては、第一に、第二章を出版権に当て新たに一〇ヵ条を挿入したこと。第二に、創作年月日の登録制度を確立したこと。第三に、著作権の一部譲渡の可能性を明

らかにしたこと。第四に、著作権審査会の設置を定めたこと。第五に、蓄音機レコードに関する規定を整理したこと。第六に、脚本、楽譜の興行またはその興行の放送の自由に関する規定をおいたこと。第七にレコード興行、放送及び官庁の用に供するための複製を自由にしたことなどである。

5　昭和三三年の改正　海賊版防止のために罰則の強化をはかることを目的とした改正であり、偽作罪の罰則に体刑を加え、罰金額を引上げた。

6　昭和三七年の改正　著作権の保護期間を暫定的に三年延長するための改正である。

なおそのほか著作権法に関連する法令としては、昭和一四年の著作権仲介業務法の制定及び同三一年の万国著作権条約の実施に伴う著作権の特例に関する法律の制定が重要である。前者はブラーゲ旋風の猛威を封ずることを直接の動機とし著作権保護の確実化と使用の簡易化を目的としたものであり、後者はユネスコ条約の批准に伴うもので同条約と国内法との調整を目的としたものである。

(4)　著作権制度審議会の審議状況については、佐野・「著作権改正の動向」時法四八二号及び神出・「著作権制度審議会各小委員会の間中報告」法時三六巻一号参照。

第一節　著作権の権利構成に関する従来の考え方とその批判

第一項　二元的構成論とその批判

(一)　内　容

わが国の二元的構成論者は主としてその主張の論拠を現行著作権法の規定の解釈に求めているようである。

わが著作権法は、著作権の権利構成について特色ある規定の仕方をとっている。すなわち、一方において「著作者ノ権利」として著作財産権に所属する諸権能（一条、二条、二二条ノ二、二二条ノ五、二二条ノ六等）と著作人格権（一八条、三六条ノ二）を規定し、あたかも著作権が著作財産権と著作人格権を包括する権利であるかの如き構成の仕方をとっておりながら、他方において著作権の

譲渡、相続、質入及び差押（二条、一五条、一七条）を承認し、さらには著作権消滅後の著作人格権の存続（一八条二項）をも承認し、著作権が財産権的性質のみを有することを窺知させている。

一見矛盾しているように思われるこれらの規定を矛盾なく説明するためには、二元的構成論者の次の如き解釈が最も妥当のように思われる。著作権概念には広狭二義ある。広義の著作権とは著作財産権と著作人格権とを包括したもので、狭義の著作権とはそのうち著作人格権を除外したものをいう。前者は著作を為すこと自体を原因として同時に著作者に与えられるものを総括したものにすぎず、両者は立法理由を異にし相互の連関はないのであるからこれを包括することは単なる便宜上の域をこえぬ通俗の用法にすぎない。従ってわが著作権法上の著作権とは後者の意味に解すべきであるというが如くにである（広義の著作権が法文上「著作者ノ権利」と称し「著作権」という名称を与えられていないこともこの理を裏付ける一因ともなろうか）。(1)

現行法のこのような解釈は二元的構成論に有力な支柱を与える。論者は概ね以上のように考えて著作権を財産権として把え、著作人格権をこれより除外して人格権の一種として処理している。これを要するにわが国の二元的構成論は結論的にはコーラーの二元論と全く同一のものとなっているとみることができよう。(2)

勿論二元的構成論の論拠は、以上のような現行法の規定の解釈にのみ求めているわけではない。論者は理論上の理由として、一元的構成論を批判しながら次のように述べる。「もし一元的の観方にしたがってこの両種の権利（著作財産権と著作人格権）が一個の権利の両面をなすものであると解するならば、著者が財産権たる著作権を他人に譲渡した後には、一個の権利が主体を別にするの奇観を呈するであろう。これに反し、二元的の観方にしたがってこれらの権利を別個の独立した存在を有する権利であると解するならば、財産権たる著作権と著作者の人格権とが各々その主体を異にする如き現象を何等の矛盾なしに説明し得るのみならず、財産権たる著作権を譲り受けた者が著者の人格権を侵害し、また反対に著作権の譲渡があった後に著者が譲受人の著作権を侵害するというようなことがありうる理

由を容易に会得することができるであろう」と。(3)

(二)　批　　判

以上述べた如く、論者は二元的構成を次の二つの方向から根拠づけようとしている如く思われる。(イ)そのひとつは現行法の解釈を押し進めることによって二元的構成の必然性を導き出そうという方向からであり、(ロ)他のひとつは一元的構成と二元的構成の利害得失を比較検討し、前者の不合理性を指摘することによって消去法的に後者の正当性を浮彫にしようという方向からである。ここでは論述の都合上(イ)については後に廻し、さきに(ロ)についての検討から始めてみたい。

論者が一元的構成論の不合理性を指摘する個所は、著作権の動態的側面における権利内容の分裂にあるように思われる。すなわち、著作権が著作財産権と著作人格権を包括する単一の権利であることを認めても前者が譲渡可能、後者が譲渡不能と解するならば、前者を譲渡する場合にこの両種の権利の帰属主体を異にすることとなり著作権自体の帰属が不明となること、またこのように著作権内容の分解を認めるならば著作権を単一の権利とみること自体全く無意味であることの二点に帰着するようである。たしかに一元的構成論の著作権概念を上述の如く相互に独立した著作財産権と著作人格権を内包した単一の権利と解する限り、二元的構成論者の主張は充分に理由があるものと思う。しかしながらここで前提とされている一元的構成論は真の意味の一元論ではなく、むしろ droit double 論である。わが国ではこの点が誤解されて droit double 論＝一元的構成論と解されてきているようである。だが droit double 論と一元論とは著作人格権を著作権概念に包摂するか否かで多少の相違はあれ、著作権の動態的側面においては著作財産権と著作人格権の分裂を認める点では共通で、ともに二元的構成論の範疇に含ませるべき性質のものなのである。とこ

ろがわれわれが今論じている一元的構成論とはかような意味での一元的構成論ではなく、著作財産権的要素と著作人格権的要素とが互いに交錯して不可分的牽連関係に立つとみる純粋な一元的構成論である。ここでは著作財産権の譲渡も設定的移転としての効力しか認められないのであるから、譲渡の場合に著作権の内容が分裂し、各権利の帰属主体を異にするというおそれはなく、著作権は依然著作者に留保されるのである。論者は、droit double 論を一元的構成論を混同してこれを批判するものであって、真の意味の一元的構成論を批判するものではないから、これを論拠とする二元的構成論の主張は理由がないものといわなければならないであろう。

二元的構成論者の残るいまひとつの論拠は現行法の規定の解釈に置くものである。現行法の錯綜した規定を統一的に解釈するならば、法文上の著作権はたしかに論者の主張する如く財産権として把えなければならないであろう。われわれもこの点は承認しないわけにはいかない、しかしながら本来、著作権が現行法上どのように取扱われているかということ、すなわち、著作権の現実型の問題とどのように取扱わるべきかということ、すなわち、著作権の理念型の問題とは、問題の次元を異にするのであるから厳密に区別してかかる必要があるように思われる。ところが論者は著作権の「本質」論、あるいは「性質」論と称して著作権の権利構成の理念型を追いながらも、それを現行法の解釈という現実型の中に求めたことにより、理念型を現実型の鋳型にはめて造り出すという誤りをおかしている。勿論、現実型が著作権の基礎構造、つまり著作物の本質とか著作者と著作物との間の内的連関等について充分な洞察を加えて形成されているのであれば、理念型をこの中から得ることもあながち否定しさることはできないであろう。しかしながら、わが現行法が法文上著作権を財産権的性質のものと把えていることは、立法者が右に述べた著作権の基礎構造を慎重に検討した上で得た結論であるというよりも、むしろ特許制度時代からの沿革の影響によったものと解せられる。したがって、われわれに要求されるのは現実型の中から理念型を求めることではなく、むしろ、逆に理念型を

現実化たらしめようとする姿勢であろう。すなわち、この際われわれは実定法の文言にとらわれることなく、著作権の基礎構造の闡明という側面から著作権の権利構成を検討し、かつ、現在および将来における著作権制度のありかたを吟味すべきであろう。

二元的構成論が現行法の解釈に拘泥しすぎ、著作権の基礎構造の闡明に欠くるところがあったと思慮せらるる点はとりわけ次の二点である。

まずその第一点は、著作人格権を人格権の一種と考えて著作権概念から駆逐した点にある。既に述べた如く著作人格権と固有の人格権の間には、権利主体及び客体について大きな相違がみられる。(4) したがって、固有の人格権において認められる一身専属性が著作人格権においても認められるかどうかについてはかなり慎重な検討を必要としよう。二元的構成論はこの点をあまりにも軽率に取扱いすぎたきらいがある。

その第二点は、著作財産権と著作人格権との相互の関係を全く顧慮していない点である。この両種の権利はともに著作物という同一客体について生ずる権利であるから、相互に密接な関連があることが予測される。にも拘らず、二元的構成論は著作財産権を著作権に、また、著作人格権を一般的人格権に分けて相互の関係を一切断っている。これは、両種の権利の保護利益に相違があるという見方に立ったがためと考えられる。たしかに著作財産権が、著作者の財産的利益に、また、著作人格権が著作者の観念的利益に奉仕していると一応はいえる。しかしながら、著作財産権は著作者の財産的利益のためばかりでなく、観念的利益保護のためにも行使されることがありうるし、また、著作人格権もその権利行使の背後には著作者の観念的利益保護の要求が潜んでいることもありうるのであるから、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。(5) そればかりではない。例えば、公表権とか改作利用権の如き著作財産権と、著作人格権の交錯領域に生ずる権能が存在すると

いうことは、両種の権利相互の関係を無視できないことを示しているといえる。[6] これらの点については既に二元論の批判の際に述べたので、ここでは詳論を避けるが、以上の結論として、著作権を著作者の著作物に対する財産的利益と観念的利益の保護を目的とした単一の権利と把える方がより実体に即した見方ということができるであろう。

(1) 二元的構成論を主張するのは、とくに末川（「著作権の本質」民法における特殊問題の研究第一巻一三一頁以下、及び論双六巻一六九頁以下）及び榛村（著作権法概論〈昭和八年〉）の両博士である。
だが榛村博士は本文で述べた通り、著作権法上の著作権概念を狭義の著作権、すなわち、著作財産権の意味に把えるが、末川博士はこれと異なり、広義の著作権を意味するか、あるいは、狭義の著作権を意味するかは、各法条について一々これを吟味した上で決すべきであると述べておられるので、両者必ずしも見解を同じくするわけではない。

(2) コーラーの二元論については、本誌一五巻一号六五頁以下参照。

(3) 末川・前掲書一三一頁。

(4) 本誌一五巻一号六九頁以下参照。

(5) 同号七一頁以下参照。

(6) 同号七五頁以下参照。

第二項　一元的構成論とその批判

前項でも若干触れた如く、わが国の一元的構成論は、従来、単に著作権概念に著作人格権を包摂する理論として主張されてきたようである。

その先駆者的役割を演じたのは水野錬太郎博士である。博士は次のように述べる。

「著作者ハ一面ニ於テハ其著作物ヲ発行シテ是ヨリ生スル利益ヲ享有スルコトヲ得マスルシ、又一面ニ於テハ、其著作物ノ形体、内容ヲ保持シ若クハ之ヲ変更スルコトヲ得ルノデアル、而シテ此二面ノ権利ハ著作者ガ他人ヲ排斥シテ有スル権利デアリマスカラシテ、

他人ガ其著作物ヲ発行シマシタトキ、又ハ其著作物ノ形体内容ヲ変更シマシタトキニハ、之ニ対シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルノデアル、而シテ発行ニ関スル権利ハ金銭上ノ利益ヲ目的トスル権利デアリマスルカラシテ、是ハ全ク普通ノ財産権デアル、著作物ノ形体、内容ヲ保持シ又ハ変更スル権利ハ著作物ニ因ツテ表ハサレタル著作者ノ思想ヲ維持スル権利デアリマスルカラシテ、一ノ無形的権利デアッテ思想権トモ称スベキモノデアル、著作権ト云ヒマスレバ私ハ必ズ此両面ノ権利デアルト信ジマスルカラ著作権ハ二方面ヲ有スル混成的権利デアルト信ズルノデアル」(1)

このようにして博士は、著作権が著作財産権と著作人格権（博士は思想権と呼称している）との混成的権利であると把えるのであるが、両者の関係についてはさらに、

「併シナガラ此二種ノ権利ハ必ズシモ常ニ分離シテ居ルモノデハナクシテ、互ニ相錯綜シテ居ルモノデアリマスル、従ツテ著作者ノ財産上ノ権利ヲ侵害スルトキニハ、同時ニ著作者ノ思想上ノ権利ヲ侵害スルコトモアリマスルシ、或ハ財産権ヲ侵害シテ思想権ヲ侵害セナイト云フコトモアリマスル」(2)

と述べ、両種の権利を保護せざる限り、著作権の保護が完全なものとはいえないことを力説しておられる。ここまではわれわれの主張する立場と大差ない。問題は、著作権の動態的側面における博士の見解である。すなわち、博士は著作権の変動に関し、

「著作権ノ一面デアル財産権ハ、民法ニ認メテ居ル所有権其他ノ財産権ト同一デアリマシテ我々ノ資産ノ一部ヲナシ相続、譲渡スルコトモ得ラルルシ、又強制執行ノ目的ト為ルコトモ得ルモノ」(3)

であると述べたのに対し、

「著作権ノ他ノ一面デアル自己ノ思想ヲ保持スル権利ハ……著作者ノ思想ニ基ク権利デアリマスルカラシテ、此権利ハ所謂専属的権利デアル……従ツテ……此権利ハ他人ニ譲渡スルコトヲ得ナイモノデアリマスル」(4)

と述べ、譲渡の場合に限らず著作財産権の変動すべての場合に著作権内容の分裂を認めている。以上の論旨からわれわれは、水野博士の所説が真の意味の一元的構成論ではなく、droit double 論であることを知るのである。

水野博士以後に現れた一元的構成論者についても同様のことはいえる。勿論、そこでは水野説よりもいちだんと深化させた理論を展開している。とくにそれは著作権を著作財産権と著作人格権の「混成」的権利であるとする水野説の曖昧な表現を避け、著作権が両権の合成した複合的権利ではなく、人格権的性質と財産権的性質を具有する単一独立の特殊な支配権であることを明言した点によくあらわれている。(5) この限りでは著作権の基礎構造を充分に考慮に入れた純然たる一元的構成論であるかの如き印象を与える。しかしながら、この見解も、著作人格権を固有の人格権の範疇に含めて、一身専属性をきわめて容易に承認するとともに、他方においては著作財産権を一種の財産権と把え、両者の関係を簡単にわりきったために、著作権の動態的側面においては著作権内容の分裂を認めるという理論構成をとっている。(6) つまり、この見解は一元的構成論を標榜しながらも、結果的には droit double 論に終っているわけである。だが、このように著作権内容の分裂を認めるのであれば、二元的構成論者も批判する如く、著作権の単一性を主張しても、それはあまり意味のあるものとは思われないし、また、かえって理論を展開して行く上においての障害ともなりかねないであろう。この見解の最大の欠点は、二元的構成論と同様に著作権の「本質」として一元的構成を主張しながらも、現行法の規定あるいは、財産権と人格権の伝統的な区別に拘束されて論理的一貫性を保持しきれなかった点にあるようである。論者の如く著作権を「特殊な支配権、絶対権」であると考えるのであれば、既存の法秩序では処理しきれない新しい権利としてその独自性を強調し、一元論による論理的整合性を維持すべきであったであろう。

(1) 水野・「著作権ノ性質ニ就テ」法協二二巻九号一二三二頁。
(2) 同　一二三頁。

(3) 同　一二三三頁。
(4) 同　一二三三頁以下。
(5) 水野博士以外に一元的構成論を採る学者としては、勝本（日本著作権法〈昭和二三年〉六一頁以下）、城戸（著作権法研究〈昭和一八年〉一四九頁）、及び東（「著作人格権について」日法二七巻六号二二頁）の諸博士がある。
(6) 勝本・前掲書一九九頁以下、城戸・前掲書三〇五頁。

第二節　一元的構成の前提についての検討

いままで述べてきたところから明らかなように、われわれは著作権の権利構成に関する学説及び比較法の検討を通して、一元的構成を主張するにあたり、主として議論の焦点を著作財産権と著作人格権相互の関係に合わせた。そのために、本来ならば著作権の権利構造を解明するための前提として、あらかじめ、是非確定しておかなければならない二つの問題の検討を放置した。ひとつは著作権とはいったい何を保護する権利であるかの問題、すなわち、保護の客体たる著作物の本質如何の問題であり、他のひとつは、著作権とは誰を保護する権利であるかの問題、すなわち、保護の主体如何の問題である。いままでの叙述においてわれわれは、二つの問題ともいわば論証を要せぬ公理として処理してきた。だが、いま一元論によって現行法の解釈を試みるにあたり、一元論がこれらの問題について如何なる前提に立ち、それはいったい如何なる理由に基くのかを明らかにしておく必要があるように思われる。

第一項　著作権の保護客体　―著作物の本質―

われわれは著作権の一元的構成を主張するに際して、著作者の著作物に対する観念的利益と財産的利益とが切り離せないものであることを論拠のひとつに数えあげた。

しかも、その前提として、保護の客体である著作物が、著作者の精神的労働の所産であって、いわば、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著作者の経済的利益に奉仕するものであることを強調した。だが、その理由については何も説明しなかった。そこで次のような疑問が提起されるかもしれない。すなわち、ほかの財産権にみられるように保護の客体たる著作物を取引財としてのみ把えることが、何故いけないのかの疑問である。たしかに、著作物を取引財としてのみ把えるならば、著作人格権は著作権概念に包括されないのであるから、困難な問題は何一つ生じない。著作権は財産権として処理すればたりる。だが、われわれの主張するように著作者の著作物に対する観念的利益さえも著作権の保護利益とし、しかも、その根拠を著作物の有する著作者精神の客観的実在という側面におくと解する限り、問題は複雑となる。それにも拘らず、著作権では著作物のかかる側面が重視されなければならないとされるのは、いったい如何なる理由によるのであろうか。本項では、この問題について検討を加えてみたい。

ここで取扱われるのは著作物の本質、つまり、著作権が関心を寄せるのは、著作物の有する如何なる要素についてかの問題である。著作物は多くの要素によって構成されている。創作過程の側面から眺めてみるならば、例えば、集められた素材、著作者のアイデア、素材にアイデアが組合わされて著作者の頭脳に描き出された思想体系、及び、この思想を外部に発表するために採られた表現形式などが考えられる。これらの要素のうち著作権によって保護を必要とするのはいったい如何なる部分なのであろうか。この問題の解決はとりもなおさず著作者に留保され、したがってまた、著作権の保護を受ける部分と、著作者から解放され、万人の自由利用が許される Gemeingut の部分の識別に奉仕するばかりか、著作権侵害の有無を判断するに当ってのひとつの重要な基準をも提供することになろう。

この問題に最初の解答を与えたのはフィヒテである。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（例えば、原稿とか書籍など）を区別し、前者をさらに著作物の「内容」とそれを外部に発表するために採られた「形式」とに細分する。そして、精神的所有権論の立場から彼は上記のおのおのについて所有権の帰属を検討する。その結果、有体物としての Buchstück については物所有権の成立を認めることもとより当然であるが、さらに著作物の表現方法としての「形式」についても言語とか符号の組合せに著作者の独自性を認めて所有権の成立を承認し、著作者に帰属せしめている。一方、著作物の内容については所有権の成立を否定し、著作物公表と同時に著作者の手を離れ公衆の共有物になると述べている。(1) つまり、フィヒテの見解は、著作権上保護されるものは著作物を構成する諸要素のうち、言語の排列順序というが如き著作物の外面的な「形式」に限られるとしたものである。

フィヒテが著作物の中に万人の自由に利用できる Gemeingut の部分が存在することを認識させた功績は大きい。たしかに著作物が創作物であるとはいえ、いかなる著作者と雖も完全なる無から有を創り出すことはできず、必ずやなんらかの形で素材（それは先人の文化的遺産の場合もあろうし、また、自然の事物の場合もあろう）を利用しているはずであるから、この部分については Gemeingut と認めざるをえないであろう。だが、彼は著作者に固有の部分と Gemeingut の部分を単純に「形式」と「内容」とで分けてしまった。このような分け方は、方向において基本的な誤りはないにしても、著作物の諸要素の厳密な検討を怠った、きわめておおざっぱな分け方であったため、とりわけ次に掲げる二つの疑問点を生ずるにいたった。

疑問点の第一は、フィヒテの如く著作物の外部的な「形式」だけが保護されると解するならば、たとえ、著作物の同一性が認められる場合であっても異なる「形式」を使用する限り、それぞれ別個の著作物として保護しなければならないという点である。これは、とくに改作利用の場合に問題となる。例えば、文学的著作物の翻訳、映画化、また

は、演劇化の場合とか音楽的著作物の編曲の場合など、いずれも著作物の表現形式が原著作物のそれと異なるのであるから、もしも、かかる改作が第三者によって行なわれるときは、著作物の同一性が認められる場合であっても新たな著作権が成立し、それが第三者に帰属することとなるから原著作者は、彼の排他的権利をここまで拡張することは許されなくなる。これは実際上明らかに不当であるばかりか、改作利用権が著作権に包含される旨を定めた著作権法の諸規定（例えばわが著作権法においては、一条二項で「文学学術ノ著作物ノ著作権ハ翻訳権ヲ包含」すと定め、また同一九条では「原著作物ニ訓点、傍訓、句読、批評、註解、附録図画ヲ加ヘ又ハ其ノ他ノ修正増減ヲ為シ若ハ翻案シタルカ為ニ新ニ著作権ヲ生スルコトナシ」と定めている。同様の規定は諸外国の著作権法においても均しく設けられている。例えば独LUG一二条、仏著作権法四〇条二項、英著作権法二条五項f、米著作権法一条）にも抵触しよう。なぜならこれらの規定は著作物の同一性が存する限り、いかに「形式」の変更があり、新たな「形式」が作り出されてもその新たな「形式」については、とくにこれを保護しない趣旨を明らかにしたものであると解しない限り理解が難かしいからである。(2)

疑問点の第二は、著作物の「内容」がその公表後に gemeinfrei となると解し、その際に著作物の「内容」を構成する諸要素を吟味することなく、殆ど同列に取扱っている点である。著作物の「内容」を構成する要素は多くのものを数え上げることができる。それを大別すれば次の二つのグループにわけることができよう。そのひとつは一般的淵源 (allgemeine Quelle) から生じ、そのために万人の自由利用が許されるべき性質のものである。例えば、文学的著作物の場合に素材として利用される歴史上の事実とか口碑伝説のたぐい、造形美術著作物の場合における自然の風景、学術的著作物の場合における自然の法則とか先人の思想、あるいは理論、また、編集著作物の場合における収集された材料とか原稿などがこれに該当する。他のひとつは著作者に固有のものである。例えば、著作者の考案にかかるプロットとか思想などである。(3) 前者が gemeinfrei となるのは当然のこととして理解できるが、後者が gemeinfrei となることについては、これらが著作者の個性と独創性の表現にほかならないことから疑問が生じえよう。

疑問点の第一については保護を要すべき著作物の「形式」には「外面的形式 (äußere Form)」と「内面的形式

(innere Form)」とが含まれるとするフィヒテの見解をいちだんと発展させた見解が生ずるにおよんで解決されるにいたった。(4) この見解にいう「外面的形式」とは著作者の思想を文字、言語、色、音等の他人によって知覚されうる媒介物を通して客観的存在たらしめる外部的構成を意味し、また「内面的形式」とは「外面的形式」に対応して著作者の内心に一定の秩序をもって形成される思想の体系を意味している。そして両者の関係については、「外面的形式」がいかに変更されようと「内面的形式」が変更されざる限り著作物の同一性は失なわれないものと解している。つまり、著作物の同一性についての判断基準を「内面的形式」の同一性に求めようとするものであり、したがって「外面的形式」と「内面的形式」とをともに著作物の本質と認めながらも、その重点は後者に置いているもののように思われる。いずれにせよこの見解は著作物の「内面的形式」が同一の場合の「外面的形式」の変更を著作物の改作利用にすぎぬものとし、その利用権を著作者に専属せしめることとなるから、著作者の同意なき「外面的形式」の変更は著作権侵害とみることになろう。これは改作利用に関する前述の諸規定の趣旨にも適い妥当な見解ということができる。

しかしながら、この見解においてもなお、前述の疑問点の第二は解決されない。なぜなら、この見解は著作権によって保護される著作物の本質を「内面的形式」を含む「形式」のみに限定し、著作物の「内容」についてはフイヒテの見解と同様、いぜんとして gemeinfrei と解しているからである。たしかに著作物の「内容」は「形式」を伴なわずしては客観的実在たりえず、また、それ自身著作権の保護の客体となりえないことはいうまでもない。だが、著作物の「内容」は著作物の母胎をなすものであり、とりわけ「内容」を構成する要素のうち、著作者に固有の部分は「内面的形式」と密接不可分の関係にあり、両者を区別することは殆ど不可能であるから、両者を区別する実益に乏しいといわなければならないであろう。ドイツの判例はこの点について夙に指摘している。すなわち一九二六年六月

二三日のKG判決は、[5] 演劇的著作物のケースにつき新しい著作物がその「内容上」古い著作物と重要な部分において一致する場合に著作権侵害となると判示し、これがリーディング・ケースとなって爾後の判例はいずれも「形式」だけではなく「内容」においても保護されるものと解している。また法文上も、一九一〇年のLUG改正によって新たに挿入された一二条二項六号では、文書著作物（Schriftwerk）の「内容」を映画化する権能を著作者に与え、著作物の形式をいかに変更しようとも、著作物の「内容」を映画に利用することが許されない旨を明らかにしている。このような判例及び立法の動向は伝統的な「形式」と「内容」の分離にひとつの疑問を投じたものとみてよい。

そこでわれわれは何故著作物の「形式」と「内容」の分離が必要とせられたかについて、ここで改めて再検討してみる必要があろう。当初、フィヒテが外面的「形式」だけを保護すべきであると主張したのは、「形式」の中にのみ著作者のいわゆる創作的な個性が現われていると考えたからにほかならない。とすれば、著作物の本質を論ずるに当って重要なのは、「形式」か否かの区別の問題ではなく、創作的個性が現われているか否かの問題であろう。外面的な「形式」以外の点で著作者の個性の現れている部分があれば、たとえそれが「内容」を構成する部分であっても、著作物の本質として著作権による保護がはかられなければならないはずである。フィヒテの見解を推し進めるならばこのようにならざるをえないと思われる。ところが、フィヒテに続く学者は「形式」の保護という点を強調しすぎ、肝心の著作者の個性の顕現という点を没却しているように見受けられる。それは、とくに実質的には著作物の「内容」に立入って外面的な「形式」以外の部分に保護の必要があることを認めながらも、それに「内面的形式」という名称を付し、あくまで「形式」だけが保護されるにすぎないと解した点にあらわれている。だが、前述のように「内面的形式」と「内容」とは密接不可分の関係にあって両者を区別することが不可能であるばかりか「内容」の中にも著作者の個性の表象が認められる現在、「形式」と「内容」の分離は無意味なものと考えざるをえないであろう。最近の学

説は「形式」と「内容」の峻別という方法を捨て、著作物形式の三段階たる「外面的形式」、「内面的形式」及び「内容」のおのおのについて、その中に著作者の独創的な個性の顕現を求め、これを著作物の本質と解して、著作権上の保護資格を認めるという傾向にある。(6) 勿論、このように解しても著作物のいかなる部分に著作者の個性が認められるかについて一般的な判定基準を求めることは困難である。結局は著作物ごとに著作者の個性が認められ、従って著作権によって保護を受ける部分とは何か、また、万人の自由利用が認められる Gemeingut の部分とは何かを検討しなければならないであろう。だが、その点はともかく、このような著作物の本質の把え方は従来ともすれば見失いがちであったことがらの本質を再認識させた点で意義があるように思われる。

以上述べた如く、著作物は著作者の創作的個性の顕現にその本質を求めなければならないとするならば、著作権はかかる著作物を保護の客体とする権利、換言すれば著作物に内包せらるる著作者の個性、あるいは独創性保護のための権利と解しなければならないのは当然である。その結果、著作者の著作物に対する観念的利益を著作権の保護利益とすることは、著作物の本質からの必然的要請であり、したがってまた、著作人格権は当然に著作権概念の中枢にその位置を占めなければならないであろう。かってギールケは、著作権の根拠を個性的な精神的創作行為に置き、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主張したが(7)—経済的利用性のためではないという点については異論があるが—独創性を著作物の本質とし、著作者の観念的利益に正当な地位を与えた点については、われわれの見解と同一線上にあるものとしてその意義が高く評価されよう。

著作権の一元的構成を主張するに際して、われわれが著作者の観念的利益を著作権の保護利益とし、しかも、その根拠として著作物の有する「著作者精神の客観的実在」の側面を公理として使用した背後には、概ね以上述べた著作物の本質についての見解が、暗黙の前提となっていたからにほかならない。

(1) 本誌一五巻一号四七頁参照。
(2) 同旨　末川・前掲一二〇頁及び榛村・前掲六四頁。
(3) Vgl. Hubmann, Urheber-und Verlagsrecht, 1959, S. 30.
(4) この学説を採る者は多い。例えばドイツではコーラー (Kohler, UR am Schriftw., S. 128 ff.)、リーツラー (Riezler, UR, S.215)、アルフェルト(Allfeld, LUG §1 Anm. 9)などが、またわが国では、末川・前掲一一九頁以下、榛村・前掲六三頁以下、飯塚・無体財産法論（昭和一五年）一九二頁以下などがこの見解を採っている。
(5) このケースは、《Jung-Heidelberg》と題する演劇が《Alt-Heidelberg》の内容と本質的な部分において一致し、そのため前者が後者の偽作と判定されたものである。
（このケースは判例集にも、Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht にも登載されていないので事案の詳細は遺憾ながら不明である）
この判決以前の独判例は著作物の「内容」について gemeinfrei と解していた（例えば RGZ 63, 158 ; RGZ 82, 16）が、この判決を契機に「内容」についても保護を与えている。
例えば、新しいところでは一九五九年一月三〇日のBGH判決 (Schulze, a.a.O., BGHZ Nr. 55) が、演劇著作物につき、保護されるのは言葉で表現されたものだけではなく、筋書とが登場人物の役割性格なども含まれると判示しているが如きである。
(6) かかる方法を採る者としては、Ulmer, Urheber-und Verlagsrecht, 1960, S. 106 ff., Hubmann, a.a.O., S. 30 ff. などがある。
(7) 本誌一五巻一号六一頁参照。

第二項　著作権の保護主体

われわれは著作権の権利構造を論ずるにあたり、著作権の保護主体を著作者とし、著作権が著作者の保護を目的とする権利であるとの前提に立った。そしてかかる前提に立つ限り著作権一元論が最もすぐれた見解であるとの結論を得た（一元論が最もすぐれた見解であることはとりわけ著作権の譲渡に関する説明にあらわれている。[1]）。実定法の分野においても、同じく著作者の保護を目標としながらも一元的構成に徹した独改正草案と droit double 的構成を採った現行法とでは、既に述べたとおり、前者の方が著作者の

保護という点で徹底している。[2] これをみても明らかなように一元的構成は著作者の保護を前提としてはじめて、その効用を最大限に発揮できるといえる。もっとも著作権の保護主体が著作者であり、著作権は著作者の保護を目的とする権利であるということは、一見したところ当然のような印象を受けるかもしれない。だが必ずしもそうではない。英米法にみられる如く、著作権を著作権所有者、すなわち、著作物を排他的に利用する権限を有する者を保護する権利として把えるならば、著作権の保護主体は著作者に限られないことになるからである。英米法の場合には、著作者よりもむしろ、通常、著作権を取得する立場にある著作物利用者の方に、保護の重点が移されているという感を強くする。

このように著作権は必ずしも著作者の保護とは結びつかないとするならば、何故著作者の保護という前提に立って理論構成しなければならないのか、この点の説明が必要であろう。

そもそも著作権をめぐる利害関係人としては、著作物を創作した著作者はいうにおよばず、そのほかにも著作物の複製、あるいは興行を業とする著作物利用者、さらには著作物より精神的な糧を受ける一般大衆などが考えられる。このうち、著作者と一般大衆との関係については、しばしば著作権における私益と公益の調和の問題として論じられている。[3] 既に述べたように公益的見地よりする著作権に対する一定の制限は、著作権の社会的拘束性から生ずる内在的制約として容認しなければならない。[4] これは著作権が保護の重点を著作者におくか、あるいは著作権所有者におくかとは関係なく妥当する問題である。従って、ここではこの問題には立ち入らない。要は著作者と著作権所有者との関係において何故に前者に保護の重点をおかなければならないのかの点にある。

この問題は著作権の保護客体たる著作物を、どのようなものとして把えるかということと無関係には論じられない。著作物を単に取引財としてのみ把えるならば、著作権の保護主体は著作者及びその権利承継人、つまり、著作権

所有者ということになる。これに対し、著作物を取引財としての側面のほかに著作者個性の表象としての側面を有するものとして把えるならば、著作権の保護主体は著作者に限られよう。われわれは、前項において著作物の本質を後者の意味に把えるべきことを確定したのであるから、かかる立場に立つ限り、著作権の保護主体を著作者と解しなければならないのは当然である。

このような理論上の理由のほかに、全く別の側面からの理由も存在する。それは著作者と著作物利用者との間にみられる力関係の差が、一般に前者に不利に作用しているところから、これを保護しなければならないという政策的な意図より生ずるものである。著作物利用者の力が著作者の力を上回るという現象は、ひとりわが国においてのみならず各国に均しくみられる現象である。(5) このような現象は、著作物の伝播が大きな資本を有する著作物利用者の手を経なければ、実際には不可能という現状にてらせば当然といえないこともない。そのために、著作物利用のための契約は一応当事者の自由な合意によるとはいえ、実際には著作者にとって不利な内容のものとなる場合が多い。著作物の利用より得る莫大な収益のすべてが著作物利用者の手中に帰し、著作者に殆ど還元されない場合もなしとしない。とくにわが国の場合一般に、著作者に権利意識の欠除、契約内容に対する無関心などの傾向がみられるが、この傾向は著作者と著作物利用者の力関係の差の拡大に、いっそう拍車をかけているとみて差支えないようである。その結果、もし著作者の生活が脅かされ、あるいはそれほどまでにいたらなくても、創作意欲の減退という現象が招来されるとすれば、それは一国の文化の向上発展にとって大きなマイナスとなろう。これらの危惧を一掃するためには、著作者の利益保護の観点から著作権の法的構成に努め、力関係の差をできるだけ短縮する方向に向うべきであろう。これが近代的著作権制度確立のための必要条件であると思われる。

以上述べた二つの理由に埋づき、われわれは著作権の一元的構成を主張するに当って、著作権の保護主体を著作者

とし、著作権が著作者の保護を目的とする権利であるとの前提に立ったものである。

(1) 本誌一五巻一号一一〇頁以下参照。

(2) 本誌一五巻三号五〇〇頁以下参照。

(3) 例えば、渡辺「著作権法の全体性と個人性」論双四二巻四号四九三頁以下、勝本・著作権法改正の諸問題（昭和二四年）五頁以下及び城戸・著作権法改正私案（昭和二五年）三頁以下などに詳細である。

(4) とくに保護期間の設定については、本誌一五巻一号九九参照。

(5) アメリカについては、本誌一五巻三号五一二頁、注（8）参照。

Über die monistische Konstruktion des Urheberrechts (4)

Masao HANDA

Dozent (Immaterialgüterrecht)
Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Hokkai Gakuen

Von diesem Heft aus möchte ich das Problem versuchen, ob die Aufnahme der monistischen Konstruktion in unseres Urheber rechtssystem entweder möglich oder nicht ist. Aber ish denke daß sich einige Probleme, im voraus zu lösen, befinden. So in diesem Heft möchte ich besonders die folgende zwei Probleme studieren:

(1) Was ist das Wesen des Werks als das Objekt des Urheberrechts ?

(2) Was ist das Subjekt des Urheberrechts ?