論　説

著作者人格権の不行使特約
―法と経済学における分析

河　島　伸　子

はじめに

デジタル化時代においては、著作物の流通・利用を促進するために、同一性保持権に対する制限が重要であると指摘されて、15年以上にもなる[1]。同一性保持権とは、著作者が、自己の著作物とその題号につき、その意に反して変更、切除その他の改変を受けないという権利（著作権法20条）であり、これは、著作権を譲渡した後にも、著作者に一身専属的に帰属する。著作権に関する国際的取決めであるベルヌ条約においても、著作者の「名誉、声望に傷をつけるような」改変を禁ずることができる権利が盛り込まれており（６条の２）、国際的な最低基準が定められているが、我が国の著作権法においては、「著作者の意に反する」改変を差し止めることができる。ベルヌ条約の規定が客観的な損害を要件とするのに対し、我が国の規定では著作者のこだわり、心情といった主観的要素に依存するところが大きいと読めることより、我が国の同一性保持権は保護範囲が広いと言われている[2]。近年、情報と通信手段のデジタル化が進むにつれ、この権利

[1] 知的財産研究所「Exposure’94」NBL541号52頁（1994年）、中山信弘『マルチメディアと著作権』（岩波書店・1996年）、文化庁『著作権審議会マルチメディア小委員会第一次報告書』（1997年）第３節３、「シンポジウム　著作権法性と人格権」著作権研究23号１頁（1996年）。国際的にも同様の関心は高まっている。See Fernández-Molina, J.C. and Peis, E., ‘The Moral Rights of Authors in the Age of Digital Information’ 52 (2) *J. of the Am. Soc’y for Info. Sci. and Tech.* 209 (2001).

[2]「意に反する」改変という要件が、世界的に見ても極めて強い保護だとしばしば言

の強さが障害となり、著作物の円滑な流通・利用が難しいことが問題として表面化してきた。

しかし、同一性保持権を当事者間の合意により制限することは容易ではない。というのも、これは、主に経済的権利に関する著作権とは別の系統に属する「著作者人格権」[3]の一つであり、人格権という以上、本来は、当事者の一存によって処理できるものであってはならないからである。そこで、同一性保持権を制限するための立法論や解釈論が提言されるようになってきた。例えばフランス法にならい公序良俗や権利濫用といった民法上の一般条項の活用[4]、あるいはドイツ法にならい、一般条項的な内容を持つ著作権法20条２項４号の活用などが提案されてきた[5]。また、実務上では、著作者自らが著作者人格権を行使しないという契約、更には当該権利を放棄するという契約により処理されているようであるが、かかる契約が有効であるかどうか、法的には不安定な状態にある。そこで不行使契約を法的に有効なものとして明示的に認めるべきではないか、という議論が有

われる。例えば中山信弘『著作権法』（有斐閣・2007年）360頁には「世界的に見ても最高水準」「世界一強い著作者人格権」という記述がある。確かに日本ではベルヌ規定以上に保護を広げているには違いないが、世界各国の著作者人格権法制を詳細に調べた戸波美代「著作者人格権に関する一考察―法制比較の試み（その二）」筑波法政26号47頁（1999年）・52～59頁にある条文の国際比較を参照すると、ベルヌ条約上の「名誉、声望」に対応する要件をそもそも定めない、すなわち、日本よりもさらに保護範囲が広い国が、フランスをはじめ少なくとも７カ国あると確認されている。また、日本のように、保護を広げる方向で要件を別のものに替えている国も数多くある。このように、いわゆる「ベルヌ・プラス」規定を設ける国は、我が国以外にも数多くあることに注意したい。

[3] 著作者人格権の概論として、斎藤博「著作者人格権の本質」コピライト548号２頁（2006年）。また世界各国の著作者人格権法制については戸波美代「著作者人格権に関する一考察―法制比較の試み（その一）（その二）（その三）」筑波法政22号113頁（1999年）、26号47頁（1999年）、28号133頁（2000年）が詳しい。

[4] 藤川純子「フランス法における著作者人格権と権利濫用論」国際公共政策研究３巻２号121頁（1999年）。

[5] 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる考察（一）（二・完）」民商法雑誌120巻４・５号748頁（1999年）、120巻６号925頁（1999年）。

力になってきている[6]。

確かにどれも参考にはなり、著作者人格権の処分を可能にすべきであるという結論自体は妥当であるように思われる。しかし、これまで、著作者人格権を制限する必要性と正当化については、実務上の不都合以外の理由があげられることは少なく、理論的検討が十分になされているとは言えない[7]。さらに言えば、そもそも著作者人格権の存在そのもの、その一身専属性の根拠についても、「著作物は人格の流出したものであり、その人格を保護する以上、当然である」という以上の説明がなされることは少ない。

このことには何か釈然としない感じが残る。その理由の一つは、我が国の著作権法が大陸法の体系をとっているものの、その基本たる自然権論や、著作者主義を支える、芸術的・文化的創造者、創造活動に与えられる絶対的な価値と畏敬の念といった法文化[8]が、我が国にも同様に根付いていると言えるだろうか、という疑念にある。外形的には大陸法的姿をとっているものの、特に近年の著作権法に関する議論の方向性は、むしろ英米法的な思考に基づいているようにも見える。そもそも法第１条にある、「文化の発展への寄与」という法の目的は、アメリカ著作権法を支える憲法上の思想に通ずるものがある。職務著作規定にしても、大陸法の伝統を大きく外れるものと言われるが、著作物の利用・流通に関して比較優位性を持つ者に対して、著作権の原始的帰属を認めるべきであるという立法の趣旨[9]は、アメリカでも work-for-hire doctrine に関して繰り返し判例等で述べられてきていることであり[10]、英米的な功利主義に合致するものである。

[6] 上野達弘「著作者人格権に関する法律行為」著作権研究33号43頁（2006年）・43～46頁。

[7] 板倉集一「契約による著作者人格権の制限序説―フランス法を中心として」平成法学１号91頁（1996年）（以下、板倉）・94頁。

[8] 例えばフィリップ・ゴドラ「著作者人格権の一般理論―フランス法を例に―」著作権研究32号102頁（2005年）が大展開しているような議論である。

[9] 潮海久雄「職務著作制度の法的構造―著作者人格権の帰属の観点から―」本郷法政紀要４号121頁（1995年）、同『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会・2005年）。

[10] Hardy, I.,‘An Economic Understanding of Copyright Law’s Work-Made-for-Hire Doctrine’12 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 181 (1988); Landes, W.M.,‘What Has the Visual

我が国の著作権法が、英米法的な志向を持つのではないか、という仮説はさておき、本稿で問題としたいのは、確かな理論的根拠を持たないままに、著作者人格権の不行使特約・放棄等の有効性を認めることを通じて、この権利の制限を目指すことの危うさである。そもそも、「人格の流出したものが著作物なのだから」という、（自己完結しているが我々の心情にすんなりとは入ってこない）自然権論を一旦離れると、基本的には譲渡不可能とされる著作者人格権のような権利をなぜ認めるのか、その理由は途端に曖昧になる。それにもかかわらず、これまでの議論では、人格権ゆえの絶対性を大前提としながら、処分不可能性を制限する実務上の必要、そのための法律構成を繰り返し論じているように見える。

このような状況に鑑み、本稿では、これまで、この領域に関して取り上げられることの少なかった英米法の視点から、この問題を分析することを試みたい。従来、英米法の視点が希薄であったのは、もちろん、大陸法系に属する我が国の法のあり方と英米法の体系との差が大きいこと、また、著作者人格権に対して極めて消極的態度をとってきたアメリカ合衆国、イギリスの著作権法と、特に同一性保持権については比較的緩やかな要件で保護を認める我が国の著作権法とにも大きな差があることに起因する。

しかしながら、特にアメリカにおける著作者人格権とその処分可能性については、ベルヌ条約への加盟（1989年）にあたり、賛成論・反対論がたたかわされ、かなりの量の議論が蓄積されている。不行使特約については、著作者人格権の導入により著作物流通が阻害されることを懸念した業者（出版社、レコード会社など）が制限の必要を説いているが、これは我が国の現状と合致している。ちょうど、我が国において著作権人格権を制限すべく、その不行使契約の有効性を認めようとする動きと、180度異なる方向からのアプローチではあるが、到達目標は同じであると言ってよい。すなわち、著作者人格権を著作権法の中に法定しつつ、利用者の利益にも配慮し、この権利を制限するために、あるいは著作者当人の意志を尊重する意味からも、不行使特約の有効性を明示的に認める、といった法のあり方を志向しているのである。我が国でも、例えば著作権法学会などでは何度か大きなテーマとして取り上げられ、議論が重ねられてきてはいるが、

Artist's Rights Act of 1990 Accomplished?' 25 *J. Cult. Econ.* 283 (2001), p.285.

あまり先に進んでいない。ここで、視点を英米の議論に移し、その検討・評価をすることは有意義であると思われる。

この検証作業の結果を先に述べると、まず、英米における著作者人格権の処分不可能性に関する伝統的法学手法による議論を見る限りにおいては、実は、（全く逆方向から）我が国の場合と同じ論点について、同じレベルでの議論を繰り返す傾向が強い。すなわち、英米においても、著作者人格権賛成論者は、フランスやドイツをモデルと仰ぎ、著作物は著作者の人格から流出したものであり、非経済的権利をも尊重する著作者人格権は重要である、と考える。そして、人格権ゆえその譲渡等は不可能である、また、その権利の処分可能性を認めてしまうと、著作者と文化産業との間での力関係の差により、権利は全く意味をなさなくなってしまうと主張する。このタイプの議論は、日本でも同様に繰り返されており、アメリカにおいては全く逆方向からではあるものの、特に目新しい視点が見つかるわけではない。

しかしながら、英米法の視点というよりは、特にアメリカの法学研究における、学際的アプローチをとる研究、とりわけ著作者人格権に対して否定的・批判的な見解、あるいは自然権論と切り離した議論には興味深いものがある。制定法上の著作者人格権の存在を前提としてのみ議論を進めざるを得ない大陸法諸国の場合とは異なり、著作者人格権と著作者主義の理論そのもの（すなわち自然権論）への挑戦をする論文、あるいは著作者人格権なるものの'脱構築'を図る研究も見られ、鋭い切り口の論考に出会うのである。

中でも注目したいのは「法と経済学」からの議論である。アメリカの法学においては、既に40年以上にわたり、契約法・物権法はもちろんのこと、多くの法領域において経済学からの分析が進んでいるが[11]、著作権法学においては、フェア・ユースに関する議論を例外として、経済学の影響力はまだ限られている[12]。本稿との関係から言えば、必ずしも著作権プロパー

[11] 林紘一郎「『法と経済学』の方法論と著作権への応用」同編著『著作権の法と経済学』（勁草書房・2004年）。

[12] Samuelson, P., 'Should Economics Play a Role in Copyright Law and Policy?' 1 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 1 (2004).

の論文として書かれているわけではないが、著作者人格権をある種の制限物権的な権利ととらえ、その性質と効果について経済分析する論文などには、著作権研究にとって新鮮な主張が見られる。先述したように、我が国とは逆方向からの議論であるため、多少の修正を必要とはするが、著作者人格権およびその処分可能性につき、どのようにとらえるべきか、示唆に富む研究がいくつか存在しているのである。本稿は、これらを援用しつつ、我が国のように、同一性保持権侵害に関する要件がベルヌ条約の規定より緩く、同一性保持権の保護が厚い著作権法において、権利処分の可能性を導入していくことの理論的根拠を模索するものである。

以上のような目的のもと、本稿は、次のように構成されている。第一に、本稿で問題とする著作者人格権の放棄、不行使特約をより広くとらえる概念で、英文の文献において、近年 inalienability という言葉で表わされる概念が、法と経済学の文献でどのように論じられているかを簡単に説明する。この説明を通じて、法と経済学の基本的考え方になじみを持ってもらうことが目的の一つである。第二に、同一性保持権の処分可能性に関する各国の制定法上の位置付けとその運用の実態を簡単に述べる。第三には、特にイギリスの著作権法およびアメリカ合衆国の VARA における同一性保持権およびその不行使特約に関する学説のサーベイを行う。第四には、我が国での考え方を構築するにあたり有益と思われる「法と経済学」における議論を紹介し、著作者人格権の権利制限の理論的妥当性を考察する。そして最後に、契約当事者間の交渉力の差が取引の法的有効性に及ぼす影響に関して検討し、結論へと至る。

１．Inalienability と「法と経済学」

英語で inalienability という言葉の元になっている Alienate という動詞は、財産・権利などを譲渡することであるから、inalienability とはその処分不可能性を表すととれる。もっとも、厳密な定義が一義的にあるわけではない。法と経済学の分野ではこの「処分不可能性」に関する研究が進んでおり[13]、

[13] 文献レビューとして Rose-Ackerman, S.,‘Inalienability’ *Palgrave Dictionary Law and Economics* (2002), pp.268-273.

最も広義にとらえる論者は、inalienability とは何らかの（所有に関する）権利（entitlement）にまつわる制限一般を指すと考えている[14]。かかる広義の inalienability では、いわゆる①処分の可否を問うのみならず、②権利を有することができる者を、法的に一定の者に限定すること、③権利を有する者に、当該権利にかかる一定行為の作為もしくは不作為の義務を法的に課すこと、まで含んでいる。②の事例としては、例えば公職に関わる選挙権を成人に限る法律が、③には文化財などの指定を受けた建築物については無許可で改築をしてはならない、あるいは一年に一度は所轄官庁の検査を受けなければならない、といったことを定めるタイプの法律がある[15]。

狭義の inalienability では、ある種の権利につき、所有者の一存では処分できないことを法的に定めることをいう。例えば、通常、どの国においても公職選挙権や人間の血液は売買してはならないことになっている。前者がいかなる場合にも譲渡不可能であるのに対し、後者は、通常、無償の場合に限り譲渡可能とされる。

さて、法と経済学は、かかる処分不可能性を定める法律が、なぜ存在するのか、ということへの説明を試みてきた。上述の例では、人間の尊厳、民主主義の原則といった観点から、私たちにとっては半ば自明と思えるが、法と経済学においては、これを「社会的効率（social efficiency）」[16]の観点からとらえようとする。例えば、公職選挙権が売買可能であると、貧困層はこれを売ろうとするであろうから、政治は富裕層の私物になっていく。貧困層は、選挙を通じて結集して自分たちの利害を代表する政治家を当選させなければならなかったところ、その力を失い、売った個人はそれなりの金銭を手に入れるものの、集団としては結局損をする。社会的効率の悪い結果が生まれる、というのである[17]。あるいは、人が血液を売ってもよい

[14] Rose-Ackerman, S.,‘Inalienability and the Theory of Property Rights’ 85 *Colum. L. Rev.* 931 (1985).

[15] Ibid.

[16] ここでいう経済的効率とは、経済学で「パレート最適」と呼ばれる状態を指す。すなわち、全ての人が他人の満足を損なうことなしには自己の満足を増加させ得ない状態を意味する。

[17] Rose-Ackerman, supra n.13, p.271. 逆に、売買可能とすれば、政治に関する情報

とすると、やはり貧困層が売りに走るであろうが、貧困層は相対的に健康状態もよくないから、あまり質のよくない血液ばかりが集まり、社会全体としての効率は悪くなる。自発的な、無償の提供に任せておく方がよい、というわけである[18]。

社会的効率という言葉を使ったが、要するに、金銭には換算しにくいものもあえて数量的価値に置き換えて、各人にとってのプラス・マイナスの総和すなわち社会全体としての厚生がどのようになっているか、を点検しているわけである。選挙権、血液とも、売買の対象となってはいけない、と誰もが倫理的感覚、直観に基づいて考えるものである。しかし経済学では、むしろ、各個人に与えられたものをどのように処分してもよさそうである、それをあえて禁止する国家的介入を正当付ける理由は、この自由を奪うコストを上回るプラスが何かあるからだ、と考え説明するのである。

多くの法学者にとって、人間の尊厳や民主主義の根本を、金銭と置き換えてプラス・マイナスを測ることは、言語道断の行為かもしれない。しかし、そのように反論しては、議論がすれ違うだけであるから、ここではひとまず経済学独特のアプローチ、世界観、基本的枠組みを理解してもらい、論を進めていきたい。実際、経済学においても、このような批判に直面し、より洗練された説明も付加されてきているが、ここで詳細に紹介できる範囲を超えていることも断っておく[19]。

の不足した者や無関心層から、政治に強く関心を持つ層に影響力が移動するから、その方が社会全体にとって効率よいという説もある。あまり会社の経営方針に関心がない株主が、総会における議決権行使を委任することが通常であることを、公職選挙にもあてはめてた考えである（Rose-Ackerman, supra n.14, pp.962-963）。

[18] Rose-Ackerman, supra n.14, pp.945-946.

[19] 前掲のRose-Ackermanも、所得再配分、市民社会と民主主義といった、経済学の狭いアプローチではとらえにくい概念を拒否するものではなく、経済効率のみから論じようとする経済学と、「パターナリスティックな倫理主義」（supra n.14, p.969）の議論の間を目指す方向で、inalienabilityに対する説明をまとめている。資源再配分を理由とするinalienabilityには経済学者の反対が強い（例えばEpstein, R.A.,‘Why Restrain Alienation?’85 *Colum. L. Rev.* 970 (1985)）。なお、他のアプローチでよく引用される論文としては、所有と人格との関係を論じるRadin, J.M.,‘Property and Personhood’34 *Stan. L. Rev.* 957 (1982) ; Radin, J.M.,‘Market-Inalienability’100 *Harv. L. Rev.* 1849 (1987)がある。また、特に著作者人格権のinalienabilityについては、著作者の自律性を尊重する観点から論じるNetanel, N.,‘Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy: A Normative Evaluation’24 *Rutgers L.J.* 347 (1993); Netanel, N.,‘Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law’12 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 1 (1994) がある。

[20] See Adeney, E.,‘Defining the Shape of Australia’s Moral Right: A Review of the New Laws’4 *Intellectual Property Quarterly* 291 (2001), p.318.

[21] 例えば、イギリスで著作者人格権を導入するにあたり、議会ではある議員によりconsentとwaiverにつき、次のように説明されている。‘…consent is short term… there must be an act in the minds of both parties before there can be anything to which consent can be given.　Waiver, on the other hand, is the giving up of rights in whole or in part, conditionally or unconditionally, revocably or irrevocably, in favour of particular people or in favour of the whole world, irrespective of whether any particular act is in anyone’s mind.’(Lord Beaverbrook, quoted in Adeney, E., *The Moral Rights of Authors and Performers: An International and Comparative Analysis*, Oxford University Press (2006), 14.120)（以下、本書につきAdeney）。

ここで著作者人格権のinalienabilityに話を戻すと、広義から言えば、権利を有することができる者は誰か（自然人である著作者に限るのか、その相続人はどうなるのか）、それを行使することができる者は権利を有する者に限られるのか、権利の存続期間はいつまでなのか（自然人である著作者の生存期間中に限るのか、経済的権利である著作権と同時に失効するのか、永遠に存続するのか）、権利譲渡は可能であるのか、権利者が自ら不行使を表明した場合、これは有効なのか、効力を持つとして、それは債権のように契約相手にのみ有効なのか、それとも物権のように対世的なのか、権利者は著作者人格権を包括的に、あるいは限定的に放棄することができるのか、といった多岐にわたる問題を含んでいる。本稿ではinalienabilityを狭義にとらえ、waiverすなわち権利を行使しないと約束することに注目して考えていくこととする。なお、著作者人格権に関する英米文献において、waiverという言葉自体に法的に厳密な定義があるわけではない[20]。限定的な不行使、永久的な不行使、対世効のある任意放棄などのうち何を指しているかは、その他の条文に依存することもあり、その解釈はまちまちである[21]。

２．各国における著作者人格権の処分可能性

大陸法諸国、特にフランスにおける著作者人格権は、保護に厚いことでよく知られる。元々、フランスこそが著作者人格権発祥の地だとよく言われるが、実際には、著作者人格権は判例法上発達したもので、1957年の法改正で初めて法定された。我が国の著作権法にもある氏名表示権、同一性保持権の他に、作品を公表することや撤回することに関する意思決定（公表権、撤回権）も著作者人格権の一部として認められている。同一性保持権は、条文上細かい規定がなく、むしろ著作物尊重権となっており、著作者の名誉・声望に関する要件も明示されていない、幅広い権利である。また、これらの著作者人格権は、条文上では、永久的、譲渡不可能、処分不可能、と絶対的であることが明記されている。

しかし、著作者人格権が全く制限を受けないわけではない。例えば同一性保持権については、著作物を具現化する有体物（美術の原作品など）が存在する場合や、何らかの実務上の効用を目指した著作物（建築が典型例）の場合には、特に所有者の利益、所有権の絶対性との衝突が大きい。そこで、裁判所は、この権利行使の濫用にあたるかどうか、という論法により、インフォーマルな形で利益衡量を行ってきた[22]。また、条文上で、共同著作物や映像作品の創作活動にあたった者は、作品全体をつくっていく中で、各自の貢献部分がある程度改変されることに黙示の同意を与えたものと解される。同様に翻案については、原作品の精神を忠実に受け継いでいる限り、翻案を許諾したことにより、必要な改変行為への黙示の同意を与えたものと解される。さらに、行使にあたり、著作権法上、信義則、禁反言といった民法の一般条項の制限を受け、権利の濫用があってはならない[23]。特に公表権や著作物の撤回権については、それに伴い生じる経済的損害への賠償が必要とされる。さらに、撤回権の行使により一旦取り下げた著作物の発表について、別の出版社等と（よりよい条件で）契約することはできず、著作者が経済的利益を目的に著作者人格権を行使することを阻止している[24]。

以上を前提として、まず著作者人格権一般の放棄については、合意によって、少なくとも部分的放棄は可能であると解されているようである[25]。特に著作物尊重権については、著作物尊重権放棄条項を含めた契約を無効とした裁判例があるが[26]、著作者の追認があれば有効だとも考えられている[27]。また、不行使特約を明示的に認める条文はないものの、作品への尊敬を欠く態様で不合理な改変でない限り、改変に同意する特約自体は有効であると考えられている[28]。

同様に著作者人格権の充実したことで知られるドイツにおいては、ベルヌ条約以上に広範囲で、厚く著作者人格権を保護しており、フランスよりも細かく規定を置いている。また、先述の４つの権利に加え、著作物へのアクセス要求権も規定している。例えば、美術家が自分の作品を売ったが、その原作品のポスター化を許諾したい場合、第三者の元にある原作品にアクセスすることが必要となるからであり、その意味では、人格権ではある

[22] Adeney, 8.97. これらの利益への配慮に欠け、著作者人格権の保護の行き過ぎだと、二つの特定の判例を批判するものとして、Françon, A. and Ginsburg, J.C., ‘Authors’ Rights in France: The Moral Right of the Creator of a Commissioned Work to Compel the Commissioning Party to Complete the Work’ 9 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 381 (1985).

[23] Netanel, supra n.19 in *Rutgers L.J.*, p.397. また、藤川・前掲注(4)に詳しい。

[24] Adeney, 8.110-8.111.

[25] 板倉・100頁。DaSilva, R.J., ‘Droit Moral and the Amoral Copyright: A Comparison of Artists’ Rights in France and the United States’ 28 *Bull. Copyright Soc’y of the USA* 1 (1980), p.16 にも、不行使特約は契約によく見られ、これが裁判で有効とされることも多いとある。

[26] 板倉・104頁。一方、破棄院（最高裁判所）で、作品創作より事前に、著作者人格権を譲渡したり、部分的に制限することに同意することを認めていると解釈できる判旨を出しており、フランス国内では強く批判を受けているようである。See Pollaud-Dulian, F., ‘Moral Rights in France, through Recent Case Law’ 145 *RIDA* 126 (1990), pp.132-140（判例については、注に RIDA October 1876, p.197; A. Françon Chronicle, RTDCom. 1988, p.224; E. Derieux, ‘Commissioned Work, Creative Freedom and the Author’s Moral Right’ RIDA July 1989, p.198 とある）.

[27] 板倉・105～106頁。

[28] Merryman, J.H., ‘The Refrigerator of Bernard Buffet’, 27 *Hastings L.J.* 1023 (1976), p.1044.

が経済的目的にも利用されてよいと考えられている[29]。

権利制限については、改変禁止権を定める条文（14条）自体に含まれる、アメリカのフェア・ユース的な一般条項（特に「正当な」利益とは何かという解釈をめぐり）が活用されてきた[30]。利益衡量にあたっては、侵害行為の態様、著作物の性質などに関係した要素が考慮され、著作者側と利用者側の利益が比較される[31]。また、これ以外にも、著作物の種類や、著作者と利用者との関係により、各論的な細かい制限規定がある。例えば、著作物の経済的な利用許諾を得た者（例えば出版社）が、著作者の許諾なしに改変してはならないとする一方で、誠実な（in good faith）著作者が反対できないような改変は許される、という条文がある（39条）。また、映画作品の著作者（プロデューサー以外にも数多くいる）が改変を禁じることは、改変がはなはだしく、かつ、他の著作者とプロデューサーの利益に、適切に配慮した上で、と限定されている（93条）。これらの条文を援用する場合には、何が「誠実」「他の利益への適切な配慮」にあたるかを判断するわけであるが、ここにも利益衡量が内包されていることになる。

さて、ドイツでは、フランスとは異なり、人格的権利と経済的権利の一元論がとられていることより、著作権が切れると同時に、著作者人格権も消滅することが前提となっている。そもそも経済的著作権すら譲渡の対象ではなく（著作者は複製などの許諾を行うのみ）、著作者人格権も当然譲渡の対象とはならず、改変行為に対する事前の同意はできないことが条文上明示されている（42条２項）。また、著作者人格権の「核」にあたる部分については、不行使に同意・放棄することができない、と学説・判例において繰り返し述べられてきている。しかし、逆に、この核を浸食しない限りでの同意、放棄は可能だと思われる。前述の39条においても、同意が可能なことが読みとれる。あるいは、事前に同意していた場合（かつそれが著作者人格権の核を侵さないものである場合）には、14条における「正当な」利益がない、と解釈されるようであるから[32]、やはり「核」を侵さない限りでの同意が認められると解される[33]。こうしないと、実務上、著作物の利用許諾を受けたライセンシーにとってあまりに不都合が大きいことはもちろんであるが、著作者の自己決定権を尊重する必要も根拠とされている[34]。

これらをまとめると、フランスとドイツにおける不行使特約に関する考え方として、次のようなものが浮かび上がる。第一に、氏名表示権と同一性保持権については、著作者が放棄することはできない。第二に、事前に包括的に結ばれた著作者人格権の不行使契約は、有効と認められない。しかし、第三に、限定的・特定的な内容で、予測可能な効果が含まれて締結された不行使契約は、一般に有効である[35]。

大陸法諸国における基本的考えとは対照的に、英米法圏では、著作者人格権について従来極めて消極的であった。この違いにより、1928年のベルヌ条約改正会議においても、著作者人格権の規定導入をめぐり大論争が起きた。結局採択されたこの条文（６条の２）のためもあり、アメリカは長くベルヌ条約に加盟せず、一方、イギリスやアイルランド、オーストラリアといった国々は、それぞれ、商標法や不正競争防止法などの規定が、条約上著作者人格権として定められている氏名表示権と同一性保持権に匹敵する効果を持つことを主張して、19世紀から（例えばイギリスは1886年

[29] Adeney, 9.130.

[30]「利用者の利益」には、著作物という文化を享受する公衆の利益が含まれるという（上野・前掲注(5)に詳しい）。スペイン、オランダにも同様に、利益衡量をするための条文とその運用があるようである。See Dietz, A.,‘The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries’19 *Colulm.-VLA J.L. & Arts* 199 (1995), pp.222-223. 作品等の所有者と著作者との利益対立調整は著作者人格権の保護範囲を決定するための基本的課題ととらえるディーツは、ベルヌ条約６条の２も、このような利益衡量的アプローチに使っていったらよいのではないかと考えている。See Dietz, A.,‘The Artist’s Right of Integrity under Copyright Law－A Comparative Approach’25 *IIC* 177 (1994), p.187; 本脚注内前掲Dietz, pp. 225-227.

[31] 上野・前掲注(5)。

[32] 以上、Adeney, 9.181-9.188.

[33] ドイツ学説における法律構成の解説は、上野達弘「著作者人格権に関する契約をめぐる一考察―同一性保持権の不行使特約を中心として―」『第２回著作権・著作隣接権論文集』（著作権情報センター・1999年）26～29頁を参照。

[34] Adeney, 9.178.

[35] Rigamonti, C.P.,‘Deconstructing Moral Rights’47 *Harv. Int’l L.J.* 353 (2006), p.47 (以下、Rigamonti).

に）条約に加盟しつつも、著作権法に、大陸法諸国のような明示的規定を持たないまま長年やり過ごしてきた。しかし、その後20世紀終わりになり、カナダ（1988年施行）[36]、イギリスにおいて著作権法改正による著作者人格権の設立があり（1989年施行）、ニュージーランド、アイルランド、ジャマイカなどの国々に影響を与えた。かかる著作者人格権制定の「第二の波」は、オーストラリアにおいて1999年に法改正がなされたことで、一応締めくくられた。以下では、不行使契約の有効性を明示的に条文で認めているイギリスとアメリカを取り上げる。

イギリスでは、1988年に著作権法を改正する形で、著作者人格権を導入したが、全体に、限定的な権利付与であり（例えば、著作者人格権の対象となる著作物の種類について）、制限規定については細かく書き込み、著作者人格権を狭く規定していることに特徴がある。またベルヌ条約違反になりかねない部分を持っているとも言われる[37]。権利としては、氏名表示権と同一性保持権の二つのみが規定されている。

同一性保持権を定める条文内容は、概ねベルヌ条約に合うように書かれているが、実は、条約のフランス語版にあった曖昧さをそのまま持ち込んでいる[38]。著作者人格権の制定には、産業界からの反対が強かったため、まず、あらかじめ、本来なら侵害行為となるようなことであっても著作者の同意（書面を必要としない）により違法性が阻却され（87条１項）、さらに、著作者の書面によることを条件として、現存の、あるいは将来の著作物について包括的に、同一性保持権をあらかじめ放棄すると契約することができる、という条文が続く（87条３項ａ）。もっとも、放棄だからといって、永遠にこれを行使できないということではない（87条３項ｂ）。また、これらの条文外でも、禁反言と通常の契約法の原則の適用があり、インフォーマルな放棄、不行使契約があってもよいとされている（87条４項）。さらに、不行使契約を結んだ相手が著作権の譲受人でもあった場合には、その契約の効果は、当該譲受人から当該作品に関する利用許諾を得たライセンシー、および当該著作権の更なる譲受人たちに対しても及ぶ(83条)。以上のように幅広い緩和条項があるため、全く同一性保持権創設の意味をなしていない、と海外からも強く批判されている[39]。

アメリカも、先述のように、著作者人格権に対しては、従来極めて消極的であったことを一つの理由として、ベルヌ条約にも長らく加盟しなかった[40]。しかし、20世紀終わりに至り、アメリカ人による著作物が海外で保護されることの利益の大きさを認識し、加盟に向けて動きを始めた。ここで大きな障害となったのは、著作者人格権の規定である。州レベルで著作者人格権を規定する法律もいくつかあったものの、連邦レベルでの著作権法には全く含まれていなかったからである。そもそもこのような規定が、アメリカ連邦著作権法に伝統的な思想である功利主義とは相いれないと考えられた一方、イギリス同様に、新たに定めなくとも、既存の連邦レベルでの各種法（商標法、不正競争防止法、名誉毀損やプライバシーなどに関する憲法修正条項など）、そして著作権法上保護・活用範囲が相対的に広い翻案権の総体が、ベルヌ条約に規定される著作者人格権と同等の効果を持つ、と主張してきた[41]。この主張が通り、加盟へとこぎつけることが

[36] ただし、カナダはフランスに似た大陸法的性質を併せ持つ。

[37] Adeney, 14.02. 特に氏名表示権は著作者が自ら主張しなければならず、権利の主張は、その直接的相手しか拘束しない（Copyright, Designs and Patents Act [CDPA] 1988, 78条）点、形式性を問わないとするベルヌ条約５条２項違反の疑いが濃い（Ginsburg, J., 'Moral Rights in a Common Law System' *Ent. L. Rev.* 1(4) 121 (1990), p.128)。

[38] Adeney, 14.66-14.75. CDPAは同一性保持権をまず 'the right…not to have his work subjected to derogatory treatment' (section 80(2)) と定め、次にsection 80(2)(b) で 'A treatment will be derogatory only if it amounts to a distortion or mutilation of the work or is otherwise prejudicial to the honour or reputation of the author or director.' としている。この 'or is otherwise' という部分の意味が英文上難しい。

[39] Ginsburg, supra n.37. See also Dworkin, G., 'The Moral Right of the Author: Moral Rights and Common Law Countries' 19 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 229 (1995), pp.257-258.

[40] アメリカのベルヌ条約加盟前後の事情等については、Ginsburg, J.C. and Kernochan, J.M., 'One Hundred and Two Years Later: The U.S. Joins the Berne Convention' 13 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 1 (1988) を参照。

[41] Final Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention, 10 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 513 (1986). 著作者人格権につき、このレポートを批判するコメントとして、Damich, E.J., 'Moral Rights in the United States and Article 6bis of the Berne Convention: A Comment on the Preliminary Report of the Ad Hoc

できたのであるが、依然として、国内には本格的著作者人格権の創設を訴える勢力があった。この主張への配慮からか、また国際的にベルヌ条約の精神を尊重する姿勢を示す必要からか[42]、1990年に新たに著作権法106条Aをもうけ、美術家にのみ著作者人格権にあたる権利（Visual Artists' Rights Act of 1990、以下VARA）を創設した。もっとも、著作者人格権に対して極めて消極的であることに変わりはなく、アメリカは、ベルヌ条約加盟にあたっては、同等の効果を持つ他の法律があるという便法を用いてこれで通したが、この論法の危うさを考えてか、TRIPsにおいては、ベルヌ条約6条の2を適用除外とするよう働きかけることを忘れなかった。

アメリカ連邦レベルで1990年より施行されたVARAの著作者人格権は、次のような特徴を持つ。第一に、限定的に、特にいわゆる純粋美術の分野にしぼった著作者人格権の条文を従来からの著作権法に加えた法改正であり[43]、その他大部分の著作物にはここで定められているような保護が全く及ばない。第二に、書面による不行使特約の有効性を明示的に認めてはいるものの、どの作品のどのような改変を認めるのか、イギリスの場合よりも、明確に限定しなければいけない。第三に、「(社会的に)重要な地位を占める作品」(works of recognized stature)を、故意もしくは重過失によって破壊することを禁じる権利も一連のVARA条文中に位置付けられており[44]、文化保存が著作者人格権の一つの目的として掲げられていること

Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention' 10 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 655 (1986). 一方、レポートの結論に概ね賛成するコメントとして、Geller, P., 'Comments on Possible U.S. Compliance with Article 6bis of the Berne Convention', 10 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 665 (1986). これらのコメントは、同レポートの付属資料として載せられている。

[42] 他に、VARA適用範囲が非常に限定されていることから警戒感が弱まったこと、この範囲でアメリカの著作権法に、著作者人格権を試験的に導入するよい機会となること、なども要因としてあげられる。See Ginsburg, J.C., 'Copyright in the 101st Congress: Commentary on the Visual Artists Rights Act and the Architectural Works Copyright Protection Act of 1990' 14 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 477 (1990), pp.478-479.

[43] VARAの詳細については、Ginsburg, supra n.42を参照。

[44] 17 USC 106A(a)(3)(B). 安藤和宏「アメリカ著作権法におけるモラル・ライツの一考察―文化財を保護する破壊防止権とは―」法研論集124号1頁(2007年)に詳細が

を強く示唆している。

では、限定的であるVARAの規定における不行使特約（waiver clause）の詳細はどのようになっているのか。まずVARAが保護の対象とするのは、いわゆる純粋美術の原作品および展示目的で撮られた写真作品で、オリジナルが一つ、もしくは版画などで作者の署名入りで順番に番号がふられているものが200部以下である作品の著作者に限られている[45]。美術以外の分野はもちろんのこと、応用美術や職務著作の創作者は埒外に置かれている。また、たとえ絵画の原作品であっても、それが映画作品の一部として制作されていた場合には、適用除外となる[46]。著作者の生存中、一身専属のものとして認められている権利は、氏名表示権と同一性保持権であり、同一性保持権については、ベルヌ条約同様に著作者の名誉・声望を傷つける改変を禁じるものである[47]。美術作品の中でも、建造物の一部として設置されており、物理的に除去・移動が困難なタイプの作品については、特別に、権利制限が設けられている[48]。

VARA制定にあたり一つの議論の的となったのは、不行使特約の有効性を認める条文を入れるかどうか、その内容はどうするか、ということであった。著作者人格権推進派は、このような不行使特約を認めるべきではない、と強く主張したが、結局、著作者が、特定の作品について、特定の態様をとる改変行為に対して、書面により同意することは可能である、となった[49]。著作権や有体物である原作品の譲渡があっても、黙示の不行使特約があったと意味されるものではない[50]。

クリエイターの側は、作品を購入したり、商品として流通させたりする側との間での交渉においては、弱い立場にあり、権利をあらかじめ放棄さ

ある。ジョセフ・L・サックス（都留重人監訳）『「レンブラント」でダーツ遊びとは』（岩波書店・2001年）も参照。

[45] 17 USC 101.

[46] Ibid.

[47] 17 USC 106A(a)(1)(2).

[48] 17 USC 113(d).

[49] 17 USC 106A(e)(1).

[50] 17 USC 106A(e)(2).

せられることになるであろう、あるいはこの権利不行使同意条項に目を通さずに売買契約、利用契約書全体にサインをしてしまうのではないか、そうだとすればせっかく創設した権利を無にするものである、と不行使特約条項には批判が強かった。そこで、同法には当初から、「法施行から５年以内に、アーティスト、クリエイターの間でVARAがどの程度認知されているのか、不行使特約が、実際、半ば強制的に結ばれる状況があるのか、といった点につき、著作権局が調査し、議会に対して報告、（必要なら）提言もすること」と義務付けられた[51]。この結果、1992年の中間報告を経て、1996年には最終報告書[52]も出されている。しかし残念ながら、全体に時期尚早だったこともあり、法改正に向けて示唆に富む内容を呈するものではない。

３．著作者人格権をめぐる議論

次に、著作者人格権をめぐって、特にアメリカにおいて蓄積された議論の紹介とその評価を試みたい。

先述したように、英米法においては、伝統的に著作権を経済的権利ととらえており、基本的には著作者人格権に対して強い違和感を持ってきた。大陸法におけるこの権利を包括的に紹介した初期の論文として頻繁に引用されるもの[53]は1940年に発表されているが、その後1970年代に美術関係の法研究者として著名なメリマンの紹介により[54]、より広く知られるようになった。そして、英米法諸国に著作者人格権が導入されつつあり、アメリカがベルヌ条約に加盟しようという動きを始めた1980年代から、かなり

[51] VARA 608, Pub. L. No. 101-650, 104 Stat. 5128 (1990). 報告書の提出については、期限延長が認められた。

[52] US Copyright Office, *Waiver of Moral Rights in Visual Artworks: Final Report of the Register of Copyrights* (1996).

[53] Roeder, M.A., 'The Doctrine of Moral Right: A Study into the Law of Artists, Authors and Creators' 53 *Harv. L. Rev.* 554 (1940).

[54] Merryman, supra n.28.

の数の論文が出てくる[55]。これらの論文における究極の目標は、同様の法規定をアメリカ著作権法に盛り込むことにあり、その前提として、フランスやドイツの紹介をするが、著作者人格権の本質としては、「人格権だから」と説明し[56]、アーティスト、クリエイターの心情に対する配慮、創作活動自体の尊さなどに関しては、フランスやドイツの論調をそのまま持ってきているに過ぎない。すなわち、海外の理論を批判的に検討するという態度ではない（なお、1990年代後半あたりからは、デジタル化社会、サイバー・スペースにおける著作者人格権の問題について論じるものが増えてきたことも、一つの特徴としてあげられる）[57]。

このように、大陸ヨーロッパの制度をモデルとして紹介し、そこに疑問をはさませないタイプの論評は我が国にもよくあり、特に珍しいものではない。対する反対派からは、「著作権の本質は経済権であり、そのような非経済的な側面を急に持ち出されても困る、当事者の自由を尊ぶアメリカの法文化になじまない」という反論[58]、あるいは「確かに優れた作品を勝手に改変することはマナー違反だが、それを法律で禁じたりするのはおか

[55] 例えば、Kwall, R.R., 'Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?' 38 *Vand. L. Rev.* 1 (1985); Damich, E.J., 'The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors' 23 *Ga. L. Rev.* 1 (1988); DaSilva, R.J., 'Droit Moral and the Amoral Copyright: A Comparison of Artists' Rights in France and the United States' 28 *Bull. Copyright Soc'y of the USA* 1 (1980); Marcus, E., 'The Moral Right of the Artists in Germany' 25 *Copyright L. Symp.* 93 (1980) など。

[56] 作品の改変は人格を傷つけることになるという議論を循環論だと批判するものとして、Beyer, L.A., 'Intentionalism, Art, and the Suppression of Innovation: Film Colorization and the Philosophy of Moral Rights' 82 *Nw. U. L. Rev.* 1011 (1988), n.232.

[57] 以下、法科大学院学生による論文で、特に秀逸というものではないが、一応紹介しておく。McDonough, M.J., 'Moral Rights and the Movies: The Threat and Challenge of the Digital Domain' 31 *Suffolk U. L. Rev.* 455 (1997); Nielander, T.E., 'Reflections on a Gossamer Threat in the World Wide Web: Claims for Protection of the Droit Moral of Integrity in Digitally Distributed Works of Authorship' 20 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 59 (1997); Pessach, G., 'The Author's Moral Right of Integrity in Cyberspace - A Preliminary Normative Framework' 34 *IIC* 250 (2003).

[58] 例えばLeiser, B.M. and Spiessbach, K., 'Artists' Rights: The Free Market and State Protection of Personal Interests' 9 *Pace L. Rev.* 1 (1989).

しい、アメリカの憲法精神に反する傾向すらある」という批判[59]が出るだけである。この議論を繰り返しても、すれ違いが解消することはなく、何の進展も見られない[60]。我が国においても、著作者人格権の説明には同様の傾向が見られるが、大陸法の系統にあるだけに、それが我が国の法文化になじまない、とは正面切って言いづらく、反論が出ないに過ぎない。

もっとも、全く異なる次元からの反論、批判が不可能な領域ではない。議論がかみ合っているかどうかはさておき、英語文献においては、著作者人格権を理論的に批判する興味深い論文がいくつかある。

その第一は、文化的アプローチをとり、著作者人格権のうち、特に同一性保持権については、これが文化に対する私的検閲にあたる、というものである。ベルヌ条約のように「名誉、声望を傷つける」改変に限られていたとしても、この解釈次第では、緩やかな要件にもなり得る。著作者により差止めも可能なこの権利の行使は、新たな文化的表現の生成を妨げる可能性が高い。この説では、同一性保持権の本質は文化への私的介入にあり、人格権という論理は著作者のフェティシズムを隠ぺいする理屈であろう、という主張すらある[61]。また、アメリカのVARAが想定している「純粋美術」は、現代の美術活動の最先端とはそぐわない、著作者の手を離れて改変されることで作品の進化もあり得る、という著作者人格権法制度への批判もある[62]。どれも興味深い議論であるが、これらに対する反論はやはり難しく、「そんなことはない、人格権は人間にとって最も重要である」という話で終わってしまうことが多い。

第二に、著作者人格権を支える論理が内部矛盾に満ちていることが最大

[59] 例えばCarter, S.L., 'Owning What Doesn't Exist' 13 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 99 (1990).

[60] 著作者人格権の一つと位置付けられることもある「追及権」をめぐる論争においても同じ現象が見られた。河島伸子「追及権をめぐる論争の再検討（1）（2・完）－論争の背景、EC指令の効果と現代美術品市場」知的財産法政策学研究21号89頁（2008年）、22号137頁（2009年）参照。

[61] 例えばBeyer, supra n.56.

[62] Adler, A.M., 'Against Moral Rights' 97 *Cal. L. Rev.* 263 (2009).

の問題だ、という指摘をする論考がある[63]。イギリスの視点から書かれたこの論文によれば、自然権論が著作者人格権（同一性保持権のみならず、公表権や撤回権なども含めて）全体をまとめる理屈になっているかもしれないが、同一性保持権や氏名表示権など個別の権利には、他の論理も援用されており、それらが統一性を持たないという。また、それらの論理が、権利の運用実態と合致していない面もある。例えば、同一性保持権については、著作者の心情、作品へのこだわり以外にも、普遍的価値を持った文化作品がこの世から消滅してしまうことを防止する、文化保存の必要という理由があげられることもよくある。この理由をあげると、特に美術の原作品については、比較的容易に納得できるかもしれない。しかし、著作物には、コンピューターのプログラムや、特に英米法においては（オリジナリティの判断基準が緩いため）データベースや電話帳など、単なる事実や情報の集積物が含まれることもあり、「人格」云々といった議論とそぐわないことは明らかである[64]。我が国のように、法人著作の場合にも、著作者たる法人に著作者人格権が認められる例では、やはり人格権という根拠は必ずしも適切ではない[65]。

さらに、優れた文化、人類共通の遺産の保存という根拠は、通常の人格権と異なり、著作者人格権が権利者の死後にも一定期間存続することを示唆している。フランスで著作者人格権が「永久的」であることとも合致する。しかしその一方で、その行使が著作者人格権の相続人等権利承継人に限られていることと、論理的一貫性を欠くことになる[66]。この論を一歩進めると、著作者の生存中において、著作者に行使権が一身専属的であることすらおかしいことになる。たとえ権利の帰属自体は一身専属的であると

[63] Masiyakurima, P., 'The Trouble with Moral Rights' 68 *Mod. L. Rev.* 411 (2005).

[64] Ibid., pp.414-415. なお、フランスでは、コンピューター・ソフトウェアに関しては、著作者人格権を大幅に制限している（板倉・110〜111頁）。

[65] 法人に著作者人格権を帰属させることの説明を法律構成的に試みるものとして、大渕哲也「著作者人格権の主体」著作権研究33号11頁（2006年）が興味深い。島並良「著作者人格権の客体」著作権研究33号36頁（2006年）・40頁では、同一性保持権の保護法益は、元々、著作者の社会的評価である、すなわち、著作者人格権の主体は社会的評価を受け得る者であるとして、法人における著作者人格権を肯定している。

[66] Masiyakurima, supra n.63, pp.418-419.

しても、これほど公共の利益がかかっているのならば、その行使には、司法長官や文化保存を目的とする何らかの公的組織があたってもよいと考えるべきである[67]。また、著作者の相続人（あるいは著作者自身）が、客観的には作品の価値を損なっていると見える改変を自ら施している場合には、どうなるのだろうか。著作者やその相続人にとってこの行為が経済的利益をもたらしている場合、それを妨害してよいものか。フランスにおける著作者人格権は、それなりに一貫性を持っているが、一方で、財産権たる著作権がなくなると同時に著作者人格権も消える、という規定を持つ国も少なくない。したがって、文化保存という根拠はいかにも後付けのように思われてくる。すなわち、一つの根拠が、ある文脈ではそれなりの妥当性を持っていたとしても、違う文脈に置かれると、それは妥当性を失い、内部矛盾につながることが、著作者人格権の最大の問題である、というのである[68]。

第三に、そもそも「人格権」という論理が持ち出された歴史的経緯の探求、この論理の「脱構築」という作業をした結果、自然権から説明する人格権論理には誰もが正面から反対しにくい高尚な理念、概念が含まれるようになったが、本質はそれほど大げさなものではない、という結論を出す論文[69]がある。この論文の著者リガモンティは、ドイツ、フランス、イタリアにおける著作者人格権を、関係する条文とその運用実態を分解・再構築していった結果、絶対的に見える権利が、意外に狭く規定されたものの集合体であり、必ずしも処分不可能な著作者の権利として概念化されなくてもよいものであると論じている[70]。彼が「脱構築」した著作者人格権（公表権、撤回権、氏名表示権、同一性保持権）の実態は、不法行為・債務不履行に関わる、以下７つの原則（decisional rules）の総体として表現されている[71]。

① 著作者の許諾なしに著作物を公衆に発表することは違法である。
② 著作者の許諾なしに改変された作品を流通させることは違法である。
③ 氏名表示、作者の本名・身元開示に関しては、著作者の決定にゆだねるべきであり、作者の意図とは異なる形で（例えば、偽の作者名を付して）作品発表することは違法である。
④ 作品制作を委託された著作者がその契約を履行しない場合、この履行を強制することはできない。ただし、債務者は債権者に対して経済的損害の賠償をしなければならない。
⑤ 著作者は、作品の経済的利用に関する契約を、個人の心情の変化を理由として解除することができる。ただし、解除により発生する経済的損害の賠償をしなければならない。
⑥ 著作物の流通に際しては、著作者が本名を伏せたいと申し出ない限り、本名もしくは通称を作品に付すことが、契約の基本ルールである。
⑦ 著作物の利用に際しては、著作物が実質的に改変されないことが契約の基本ルールであり、著作者は、契約時には予測できない将来的改変行為に対して、事前の包括的同意を与えることはできない。

このような不法行為法や契約法的な言語で、著作者人格権規定に独特の概念を具体化・中立化していることは興味深い。

リガモンティによれば、①〜③は経済的著作権を補完する「不法行為シナリオ」と総称できるルールである。そもそも、著作物利用に関して契約した相手ではないにもかかわらず、かかる不法行為におよんだ全ての第三者に対して主張できる当然の権利であるが、著作物利用許諾を受けた者との間で、特に著作者の意思決定を重んじる点が補充的である。これに対して、④以下は債権的ルール（「契約シナリオ」）であり、必ずしも経済的著作権ではカバーできない内容を含む。確かに、著作者の人格的利益に関連するようにも見えるが、実は著作物利用に関する契約の基本型を定めるものに過ぎない[72]。

例えば、フランス法などにある公表権、すなわち、著作者のみが、どの

[67] Ibid., p.419.
[68] なお上掲の論文においては、他に、特に氏名表示権、公表権、撤回権と、「表現の自由」「作品の真正（authenticity）」の保護という根拠との関係を論じている。本稿においては、同一性保持権と最も関係の深い、人格と文化保存の保護という根拠との矛盾のみを論じた。
[69] Rigamonti.
[70] Ibid., pp.367-380.
[71] Ibid., p.368.
[72] Ibid., p.372.

時点で作品が完成したか、そして公衆に発表してもよいものとなっているかを決定することができる権利は、実は①、②、④のルールの総体である。①、②（および③）は経済的著作権の侵害にも関わっているから、それで処理できる。一方、④は、行為債務を強制履行させることはできない、という契約法の基本そのものである。それゆえ、著作者人格権として公表権をことさらに規定する実益は、訴訟上請求金額を増大し得る点に限られる。

本稿で問題にしている同一性保持権には、②と⑦が関わるが、②については、改変の有無にかかわらず許諾なしに複製等を行うことはそもそも経済的著作権の侵害であり、著作者人格権を持ち出す必要性は強くない。⑦は不行使特約の有効性について、大陸法の判例で概ね見られる結論を言い換えているものである。⑦に規定される基本型は、契約関係において弱い立場にあると考えられる著作者を保護しようという国家のパターナリズムと資源配分的観点から設定された、本来は当事者の自由に任されるべき契約内容に対する法的規制である。しかし、出版社やレコード会社など、アーティストの作品を商品化する企業体が、許諾なく修正して発表したり、あるいは、テレビ局が、作品放映にあたり、大幅に短縮して放映した事例など、著作者人格権を持ち出さなくとも、許諾なしに改変をしないことは黙示の契約であったと解して債務不履行で処理できる問題であるように思われる[73]。あるいは、アーティストの名誉や声望が傷つくような行為を、名誉毀損行為であるとして訴えることも可能であると思われるから、著作者人格権という特別の人格権を付与する実益は、損害賠償額の増大ぐらいであるように思われる。

このようにしてリガモンティは、以下の主張を展開している。第一に、こうした７つの原則を、著作者人格権という高尚な概念にまとめあげたところに、大陸法の巧みさがあるが、実体法上のルール、運用を見れば、実は先にあげた原則の集合体に過ぎない。第二には、かかるルールは、英米

[73] 我が国においても、法政大学懸賞論文事件につき、債務不履行問題として処理すべきであったにもかかわらず、同一性保持権侵害として処理したために、この権利の範囲を著しく拡大する結果になってしまった、という指摘が見られる（野一色勲「同一性保持権と財産権」『紋谷暢男還暦記念論文集　知的財産権法の現代的課題』（発明協会・1998年）664〜669頁）。

法にも、さらに大陸法の著作権法以外の部分にも散在している。第三に、絶対的で幅広い保護を与えているかのように見える著作者人格権は、意外に狭い規定である。特に、著作者人格権の処理不可能性は人格権のレトリックからしても、この権利の本質・絶対的な性質であるかのようだが、よく見てみれば、著作権契約の内容に対する、一つの細かい制限規定に過ぎない[74]。そうだとすれば、何も無理して違和感のある大陸法的思想を取り入れなくとも、著作者人格権保護として不足する部分を修正・補正するだけで、英米法も対処できるはずだ、その方が健全である、というのである[75]（さらに、リガモンティは、イギリスの法改正では不行使特約の有効性をあまりに幅広く認めることで、かえって著作者人格権的要素を弱めているし、アメリカではVARAにより、確かに一部のアーティスト保護にはなっているが、他の大多数のアーティストにとって負の外部効果を生み出した、と両国の法改正を批判している[76]）。

同じ著者には、かかる不法行為法・契約法解釈上のルールを、著作者人格権という「高尚な概念」の下、著作者に一身専属的であり処分不可能な権利としてまとめあげたプロセス、歴史的経緯を分析する、やはり秀逸な論文[77]がある。ここでは、元々19世紀までは、英米法、大陸法を問わず、今日の著作者人格権にあたるさまざまな権利は、人格権の一部として、あるいは経済的著作権として、種々の条文・判例に、個別に存在していたことが、まず指摘されている[78]。しかし、当時は、こうした権利を、あえて著作者に専属の、処分不可能な権利としてとらえ、それを支える理論を築こうという意識は、法学界には育っていなかった。これらをまとめあげて、著作権法上の権利として位置付けるという大変化は、大陸法においては19

[74] Rigamonti, p.380.

[75] Ibid., p.399.

[76] Ibid., pp.399-411.

[77] Rigamonti, C.P., ‘The Conceptual Transformation of Moral Rights’ 55 *Am. J. Comp. L.* 67 (2007)

[78] ドイツについて、上野達弘「著作者人格権の生成と発展―ドイツおよび日本における同一性保持権を中心に―」『小野昌延先生古稀記念論文集　知的財産法の系譜』（青林書院・2002年）に同旨がある。

世紀末から20世紀初頭にかけて起こり、この成果がベルヌ条約６条の２である、という。この変化が起きた理由は、著作者人格権に関する何か実体法上の変化や政策的要請があったからではなく、法理論と法に関する意識の変化にあったという。そしてその変化には、フランスやドイツの法学者の貢献が大きかったことを歴史的検証に基づき示している。こうして、1928年のベルヌ条約ローマ改正会議では、６条の２の草案が曲折を経て批准されるに至り、著作者人格権は世界的に広がっていったのである。

以上、著作者人格権を経済的権利とは別の絶対的な聖域として崇めることを拒否し、この部分に切り込む論評に優れたものがあることを紹介した。しかし、これらの論文はやはり独特の世界を構成しているためか、英米の著作権法学の主流派がこれらの論文を引用して著作者人格権を再度正当化する、という現象につながっていない。このように議論はかみ合わないままなのだが、上に紹介したいくつかの切り口は、我々が日本の著作者人格権のあり方を考察するにあたり、新鮮な視点を提供してくれている。

そこで次に、これらの視点への理解を前提に、特に不行使特約の有効性に焦点をあてた議論を検討する。全体として、英米の文献では、せっかく新たに著作者人格権を創設するにもかかわらず、不行使特約があるために、それを骨抜きにするものである、撤廃すべきだ、という論調が圧倒的に強い[79]。そもそも、アーティストは、画廊、レコード会社、出版社、放送局といった、作品の買い手に対しては弱い立場にある。これらの流通業者は、まず間違いなく、あらかじめ著作者人格権を行使しないことに同意する、という意味の定型条文を契約に入れてくるであろう、という議論である。

こうした論調における最大の弱点は、実証的論拠に欠けることにある。アーティストの方が出版社などより弱い立場にある、交渉力を持つのは一部のスターに限られる、ということは繰り返し言われており、私たちの直観的理解と合致するかもしれないが、これはどの程度現実を反映しているのであろうか。本来は当事者の自由に任されるべき契約内容を無効だとする国家的介入には、強い正当化事由が必要となるが、それが、「交渉力の差」という程度のものでよいのか。実はパターナリズムに基づいているのではないか、という疑いが生じるのである。アメリカでもイギリスでも、アーティストが、分厚い契約書の中に紛れ込んでいる著作者人格権不行使特約に気付かない可能性が高いこともあるから、書面での同意に限るというセーフティ・ネットが張られているが、これではまだ不十分だとするのだろうか。アーティストは一般に教育程度の高い人たちであるにもかかわらず、あまりに彼らの実務的計算能力を過小評価しているのではないか、と思われないでもない。

VARA 施行後に行われたアメリカ著作権局による調査[80]は、このような疑問にこたえようとする一つの試みであった。この調査は、美術家たちがどのような契約をしているか、それに VARA で定められている著作者人格権の不行使を定める条項が含まれているか、その不行使特約を結ぶことが、美術家たちの交渉力に何か影響を与えたかどうか、といった点について調べる目的で、アンケート調査、公聴会開催、事例としての契約書収集などにより構成された。調査報告書[81]によれば、回答したアーティスト1,000名強の約２割が、作品売買契約に著作権不行使特約が含まれていたと答えているが、特に作品制作委託契約の場合には、この割合は４割にのぼる[82]。また、VARA でカバーされる範疇の仕事をしているアーティスト（彼らは美術活動からの収入が年間25,000ドル以上あるような、比較的地位の安定したアーティストである）においては、13％が不行使特約締結を拒否したことがあると回答している[83]。もっとも、締結の拒否により取引が不成立という結果につながると思うか、という質問に対しては、わからないという回答が約７割にものぼる[84]。全体に、著作者人格権の創設が取引交渉力の相対的増大につながったとは感じられていないが、一方、不行使特約に「別の値段」がついているという回答も、約３分の１から得られている点[85]、

[79] 例えばDamich, E.J., ‘The Visual Artists Rights Act of 1990: Toward A Federal System of Moral Rights Protection for Visual Art’ 39 *Cath. U. L.* Rev. 945 (1990), pp.966-967.

[80] 調査の背景・経緯については、本稿第２節の最後に簡単に述べた。

[81] US Copyright Office, supra n.52.

[82] Ibid., p.134.

[83] Ibid., pp.135-136.

[84] Ibid., p.136.

[85] Ibid., p.137. 不行使特約を締結することにより、その分、受領金額が増えたという意味だと思われるが、報告書には詳細な説明がない。

興味深い。

もっとも、いずれにせよ、取引の多くは口頭で済まされており、書面によらなければならない著作者人格権不行使特約は、実は実務上ほとんど登場していない。また、そもそも著作者人格権の存在、不行使特約の有効性、その要式性などにつき周知が徹底していないこと[86]、法の施行以来期間が経過していないこともあり、全体にさして意味のある調査であったとは言えず、著作権局も議会に対する具体的政策提言をしなかった[87]。なお、2003年に、ある法科大学院学生が、全く同様の内容の小規模調査を行っているが、結果はほぼ同様であったと報告している[88]。

この調査結果に照らし、VARAは特に公共の建物などに付随した委嘱作品の場合、同一性保持権との衝突が十分あり得るから、買い手はあらかじめ書面で同権利の不行使特約を得なければならなくなった。上述の調査結果に照らすと、その意味で余分な契約・取引コストを生み出し、このコストはアーティストに反射するから、結局、VARAはアーティストに大きな便益をもたらすものではないという評価もある[89]。

我が国では、逆に、特に同一性保持権が強過ぎることを懸念する一派により、不行使特約の有効性を認めるべきであるという主張がなされている。しかし、英米における議論と共通して問題であるのは、どちらも契約当事者のうち一方の利益にしか注目していないことである。英米では、アーティストの取引相手は、欲深く、アーティストを搾取するために何でもする悪者だととらえられている。一方、我が国においては、アーティストの欲求、必要を把握しようとはせず、実務上の都合、流通業者にとっての便利、著作物流通の促進、といった利用者側にとっての恩恵に重きがある。

[86] この3項目につき、知っていると答えた割合は、回答アーティスト1,000名強の73%、41%、32%である（ibid., p.133）。著作権局ではこれは低い数字だと評価しているようである（ibid., p.xv）。

[87] Ibid., p.194.

[88] Chang, R.M., 'Revisiting the Visual Artists Rights Act of 1990: A Follow-up Survey about Awareness and Waiver' 13 *Tex. Intell. Prop. L.J.* 129 (2005).

[89] Landes, W.M., 'What Has the Visual Artists Rights Act of 1990 Accomplished?' 25 *J. Cult. Econ.* 283 (2001).

著作権の経済学においては、まず、著作者の保護をすることと、著作物を自由に利用したい利用者（流通業者と一般消費者を含む）の利便を図ることの間で、利害が衝突すると考える。あまり保護を強くすると、利用に対する制限も強くなるから、最終消費者にとって、優れた、あるいは多様な文化作品に接する機会が減ってしまう。これは社会全体にとって好ましいことではない。また、作品利用が減少し、結局、創作活動に対する経済的インセンティブも減退することになる。逆に保護を弱くすれば、利用は拡張するが、著作者に対する利益の還元が減っていくことより、やはり経済的インセンティブが減退し、生み出される作品数が減ることになる。これも社会全体にとって好ましくない。したがって、この対立する二つの利益の間で、社会的厚生を最大化する著作権のあり方を模索することが必要になる、と考えられる[90]。

かかる経済学的考え方を、著作者人格権の不行使を定める契約の有効性を認めるか否か、という議論にも適用することは可能である[91]。英米において注目されている、アーティスト保護の観点と、我が国で近年注目されている、利用者側にとっての便益とは、明らかに対立する利益である。この調和点を探るにあたり、利益だけではなく、コストにも注目していくことが必要になる。コストには、著作者人格権という法制度を運営する社会的コスト、そして不行使特約を結ぶことにかかる取引コストがある。これら全てを勘案して、社会的厚生が最大化する制度を設計するべきである。なお、ここでは「経済学」という言葉を使ってきたが、法学論文にも、同じ考え方が根底にあるものは存在する[92]。法政策、制度の設計を考える際に、便益の総和からコストの総和をひいていき、いくつかのオプションを比較することは、当然の手法であり、経済学はそれをシステマティックに

[90] Landes, W.M. and Posner, R.A., 'An Economic Analysis of Copyright Law' 18 *J. Legal Stud.* 325 (1989); 田中辰雄・林紘一郎「延長問題の客観的な議論のために」同編著『著作権保護期間』（勁草書房・2008年）。

[91] See Rushton, M., 'The Moral Rights of Artists: Droit Moral ou Droit Pécuniaire?' 22 *J. Cult. Econ.* 15 (1998).

[92] 例えば、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号1頁以下（2008年）。林・前掲注(11)27〜28頁も、田村の著作に同様の評価を与えている。

進める術を持っているに過ぎない。

４．法と経済学から見た著作者人格権という法制度

以上、前節においては、英米と日本における著作者人格権に関する議論、特に同一性保持権の不行使特約についての議論を俯瞰した。この結果、「人格権だから」という形で著作者人格権を神聖化して語ることにより、議論が進まない、したがって新たな切り口からこれをとらえ直す必要があることが明らかになった。また、著作者対利用者という図式の全体像をとらえ、法制度運営にかかるコストを考慮し、社会全体としての利益の最大化を考えていく必要があることも述べた。

この理解に基づき、本節では、「法と経済学」が、著作者人格権をどのように分析しているかを論じて、不行使特約の有効性に関する議論への一つの考え方を提供したい。

著作者人格権を「法と経済学」のアプローチから分析する文献は数限られている。人格権を論じるのに、経済学は最も遠いところにあるように思われるからかもしれない。ここにあえて切り込む旗手は、エール大学教授のハンスマン（Henry Hansmann）である。彼は、サンティーリとの共著で著作者人格権の経済学に関する論文を1997年に発表した[93]。同じ研究の延長上には、追及権の経済学を扱う論文もあり[94]、また、ハーバード大学教授のクラークマンとの共著で、もう一本、著作者人格権の経済分析に関する論文を発表している[95]。サンティーリとの共著二本は、著作権プロパーの論文として書かれているため、著作権法学者の間では広く読まれ、引用も

[93] Hansmann, H. and Santilli, M., 'Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis' 26 *J. Legal Stud.* 95 (1997).

[94] Hansmann, H. and Santilli, M., 'Royalties for Artists *versus* Royalties for Authors and Composers' 25 *J. Cult. Econ.* 259 (2001).

[95] Hansmann, H. and Kraakman, R., 'Property, Contract, and Verification: The *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights' 31 *J. Legal Stud.* S373 (2002)（以下、Hansmann and Kraakman）. この論文を詳細に紹介するものとして、渕麻依子「財産権（property）としての知的財産権―情報取引契約についての議論の前提として―」知的財産研究所平成19年度調査研究報告書（2007年）がある。

多い。人格権すら経済学で分析するのか、と伝統的法学者には相当ショックを与えたようであり、全く受け入れられない、という感想が口頭では聞かれるが、論文の形になっている批判としては、今のところ一本しか見当たらない。この批判論文[96]は、立派な論考には違いないのだが、ハンスマンが芸術の内在的価値を全く忘れている、という主張は、芸術の内在的価値すら経済モデルに取り込むことが理論的には可能な（あるいは既に織り込み済みであるかもしれない）ことに気づいていない結果であるから、結局、経済学者にとっての痛手にはならない。

それでは、ハンスマンは上掲の三本の論文を通じて、著作者人格権をどのように分析しているのか、まとめて見ていこう。

まず、著作者には、基本的に、財産的著作権、著作者人格権（および通常は、美術の原作品のようなオリジナルの有体物がある場合にはその所有権）が原始帰属する。財産的著作権と有体物である美術原作品の所有権も譲渡可能であるが、著作者人格権が著作権法に規定されている場合、著作者人格権のみは、通常、譲渡不可である。その結果、財産的著作権・有体物である美術原作品の所有権が移転していくにもかかわらず、著作者には（期間はまちまちであるが、最短でも著作者の生存中）いわば制限物権的な権利が残るため、著作物という財産に関する権利の分属が生じ得る。

ここで権利の譲渡不可性について述べると、本稿第１節で見たように、大陸法・英米法とも、一般に、これに対して厳格な態度をとり、限定的にしか認めないものである。本来、当事者間での自発的な財の移転を促進すれば、その権利の価値がより高いところで利用されていくことになり、社会全体の経済効率が上がるからである[97]。

権利分属についても、法は例外的にしか許さず、ある財産に関する権利の全てはその所有者に帰属することが基本ルールである。特に取引が頻繁である動産については、最初の権利者が、当該動産の所有権を正当に取得した第三者に対して主張することのできる物権を留保することは、きわめ

[96] Ong, B., 'Why Moral Rights Matter: Recognizing the Intrinsic Value of Integrity Rights' 26 *Colum. J.L. & Arts* 297 (2003).

[97] Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 4th edition, Little, Brown & Co. (1992), p.75.

て限定的にしか認めない[98]。しかし、この原則に過度に固執すると、その財産の経済的な活用が妨げられることになる。特に不動産については、その経済的利用価値が高いため、法は、この厳格態度を緩めている。担保物権はその典型例である。この場合、当該財産に関する権利の所在を、取引に入ろうとする第三者が確認できる仕組みと、争いが起きた際の処理ルールが必要となる（例えば、登記制度。一方、隣地通行権は現地の形状から明らかであるので、格別の確認は不要とする、など）。各国の法は、制定法・判例法の蓄積により、推定、対抗要件、公示の仕組みなどを整えている[99]。登記に代表される確認ルールの設定・維持にはコストがかかるため、その有用性が高く（権利利用者にとっての価値が高く、利用も頻繁である）、権利所在の確認等にかかる取引コスト、システムを維持する社会コストの総和を上回り、社会厚生に資する場合に限り、権利分属を認めるべきである[100]。なお、「権利の有用性」には、当該権利が存在した場合にそれが行使される頻度、および存在しなかった場合に生じる損失も含めて考える。

以上の論理を著作者人格権にあてはめて考えると、著作者人格権を譲渡不可として、権利分属をまねく効果を生むことが許されるのは、権利の有用性が高く、取引コストなどのマイナス総和を上回る、という条件が整っている場合でなければならないことになる[101]。この考えにそって、我が国の著作者人格権、特に同一性保持権に焦点をあてて分析していこう。

まず、「権利の有用性」の具体的中身は何で、それはどの程度あるのか。これは、作品に改変が加えられることによる損害、と言い換えることができる。同一性保持権が、いわゆる「著作者のこだわり」を保護するもの、と説明する限りにおいては、これが、権利の分属という一般的にコストのかかる制度を創設・維持するに足る保護利益であるかどうかは疑わしい。著作者の‘フェティシズム’かもしれない「こだわり」は、著作者の主観に負うところが大きく、著作物利用取引における遅滞を招くであろう。改変の有無を著作者の意思に委ねることで、利用者に事前に改変につき著作者の意思を確認させるべきである、という考え方[102]は、確かに、裁判所に事後的に文化的価値判断を任せるよりも健全かもしれない。しかし、これは同時に、私的な検閲を許す効果を持つと言えなくもなく、社会にとって有用な著作物へのアクセスを妨げることになってしまう。

これに対して、改変とは、ベルヌ条約レベルの、著作者の名誉・声望を害する行為であると限定すると、かかる改変は、当該作品の損害以上に大きな影響を持つ、すなわち「外部効果」を持つことになる。美術においては、当該アーティストの個々の作品は、他の作品の広告塔でもあるから、美術作品の市場価値は、ある作家の「作品群」として作者に対する美術界の評価と連動する傾向が強い[103]。このことは、文化経済学の研究においても、既に実証されていることである[104]。すなわち、ある作品に対する（ベルヌ規定並の）改変は、当該アーティストの一般的評判、経済的価値に悪影響を及ぼすと言える。また、当該アーティストの他の作品の市場価値も下がるため、その所有者たちの経済的利益にも負の影響をもたらす。さらに、卓越した芸術作品、アーティストの意図に忠実な、本物の作品の存在という便益を享受する社会全体にとっての損失があるという指摘も可能である[105]。このように一作品の評判は、「外部性」を持ち、他の作品の所有者を含む第三者、社会全体にも影響することから、同一性を保持しようという著作者の利益は、それなりの意義を持つと言えよう[106]。

また、別レベルでの話となるが、著作者人格権を法的に保護することは、創作活動への支援を社会全体で行うのだというシグナル効果を持ち、創作へのインセンティブとなる、というプラスの効果も想定できる[107]。

98 Hansmann and Kraakman, pp.375-377.

99 Ibid., p.384.

100 Ibid., pp.402-403.

101 Hansmann and Santilli, supra n.93, pp.100-102.

102 松田政行『同一性保持権の研究』（有斐閣・2006年）6～7頁。

103 Hansmann and Santilli, supra n.93, pp.104-105. 他には、作品の素材やサイズなどのより客観的な要素が価格に大きな影響を与える。詳しくは、河島・前掲注(60)（2・完）150～158頁参照。

104 See Galeson, D.W., ‘The Careers of Modern Artists’ 24 *J. Cult. Econ.* 87 (2000), pp.93-94; Rengers, M. and Velthuis, O., ‘Determinants of Prices for Contemporary Art in Dutch Galleries, 1992-1998’ 26 *J. Cult. Econ.* 1 (2002), p.24.

105 Merryman, supra n.28, p.1041.

106 Hansmann and Santilli, supra n.93, pp.105-108.

107 Towse, R., ‘Copyright and Artists－A View from Cultural Economics’ 20 *J. Econ.*

では、同一性保持権という制度の利用・運営にかかるコストの問題はどうか。日本のように、著作者人格権が著作者に対して自動的に付与され、その譲渡不可性が明文規定にある場合、著作者人格権の不存在を確認する作業は不要であるから、コストはゼロと言ってよい。しかし、大きなマイナスとなっているのは、著作者人格権が著作者に留保されることで必然的に起きている権利分属状況において、著作権利用者が著作者を探し、作品に変更を加えることにつき許諾を得る取引コスト、このことにより著作物の迅速な利用が妨げられるという社会的コストであろう。著作者と直接取引する者にあっても、著作者人格権の不行使・放棄契約の有効性が不透明な現行法下では、その不確実性というコストが存在している。

以上、外部効果の観点から権利の有用性を大きなものと考え、そして、同一性保持権という制度を維持するコストが高過ぎないとすれば、この権利の正当化は可能であることになる。すなわち、著作物に関する権利の分属という、一般に好ましくない状況を生む著作者人格権の譲渡不可性を正当化することが可能となるのである。

それでは、この権利を行使しないという契約、あるいは自ら放棄することを、認めてはならないのであろうか。上述の論理にしたがい、今度は、権利の譲渡不可性を緩和することの便益とコストとを考慮しなければならない。便益については、先に述べた権利の有用性（評判の外部効果）として述べたことの逆があてはまる。すなわち、外部効果が大きいと思われる、アーティストの社会的名声を守るためにこそ、同一性保持権は存在するのであるから、ベルヌ条約レベルの保護要件を前提とする限りは権利の有用性は高く、不行使特約を認めることはこれを害し、便益をマイナスにする可能性が高い。しかし、我が国の現行法のように、ベルヌ・プラスの広い保護範囲を認めている場合には、必要以上の保護により、著作物の有益な利用を妨げている可能性が高い。よって、その過剰部分に関する不行使特約を認めることは、正の純便益をもたらす可能性が高い[108]。

また、不行使特約が有効に認められる制度において、同一性保持権を留保するアーティストの姿勢は、自分の作品群に対する責任、コミットメントの強さを示す効果を持つと考えられる[109]。逆にやすやすと不行使特約を結び、改変を許すようなアーティストの作品の価格が将来的に維持されるかどうか、作品の買い手には疑いが生じる余地がある。よって、アーティストはあえて著作者人格権を留保することで、一見、当該取引においては損をするように見えるが、そのようなアーティストの作品を購入したいと考える人が増え、価格が上昇するという効果を見込むこともできる[110]。すなわち、不行使特約の有効性を認めることで、これを行使しないことの価値が生まれ、正の純便益の方向に働くのである。

次にコスト面を見ると、不行使契約を一切認めない法制下で、かつ、著作者人格権について一般的理解が浸透している社会であれば、著作物について取引関係に入る第三者にとっては、著作者人格権の存在は明白であるから、権利が著作者に留保されているかどうかを確認するコストはゼロとなる。もっとも、取引とは別に、著作者から改変に関する許諾を得なければならないので、この交渉に関わる取引コストが発生する。一方、不行使契約の有効性を認めるとすれば、著作者の直接の取引相手には、通常の取引コストしかかからないが、第三者には、原則として、不行使契約の存在と内容を確認しなければならないコストが発生する。さらに、その確認方法とルールを設計・維持するコストもある。これは、「不行使契約の第三者効」と言われる問題につながっていく。もし、著作権が転々と譲渡されていくことが経済的価値を生み、しかし、その度に著作者人格権の留保の有無について確認することが多大なコストとなるのであれば、第三者効を認めつつ、登録のような、維持コストはかかるが利用しやすい制度を社会的に負担する意義はありそうである。

不行使特約の第三者効を立法上明確にすべきである、という意見があるが、これは著作者と改変を行う第三者との間で、いかなる場合に、著作者に同一性保持権が留保されている（いない）か、という基本的推定と対抗要件の問題であると言い換えることができる。この点については、いくつかの規定方法が可能である。例えば、契約内容の登録制度をつくり、登録

Surveys 567 (2006), p.571; Landes, supra n.89, p.301; Ong, supra n.96, pp.311-312.

[108] Hansmann and Santilli, supra n.93, pp.129-130を参照。

[109] Hansmann and Santilli, supra n.94, p.276では、追及権の効果について論じているが、同様の論理があてはまる。

[110] Hansmann and Santilli, supra n.93, pp.128.

がない限り著作者人格権は留保されている、という基本型にする制度、あるいは、現行法からは距離があるかもしれないが、財産的著作権の譲渡と同時に、著作者人格権の不行使契約も結ばれたものと推定することとする。そして、不行使特約は結んでいないという旨の登録を、著作者による権利留保の対抗要件とする、などの制度が考えられよう。登録のような制度は維持にコストがかかるから、作品に、著作者人格権の不行使あるいは留保に関するラベルのようなものを付着させる（例えば立木の明認方法のようなもの）方法も、特にデジタル化されたコンテンツが著作物である場合には、十分に現実性を持つ。要は、どの方法が、我が国の現行の法体系、取引慣行、著作者人格権に関する国民の基本的認識・法文化、著作権の登録制度などと親和的であり、訴訟経済の観点からも効率がよいものであるかを検討して選べばよいことになる。

さらに、以下、ハンスマンの論文から特に読みとれることではないが、不行使特約の有効性に関わる制度設計にあたっては、著作者にいかなる経済的効果が生じるのか、という視点を持つことも重要である。

まず、著作者人格権の経済効果を考えるには、作品の買い手、著作物の利用者（ここでは特に流通業者）側の需要構造を知る必要がある。著作者人格権が新たに生まれれば、一般論としては、一部のスターにとっては有利な状況になる。この不行使特約にプレミアムがつき[111]、ライセンス許諾、著作権譲渡の価格が上昇するからであり[112]、その程度の価格上昇があっても、やはりスターと契約したいと熱望する流通業者にとって、需要は下がらない。しかし、その他大勢のアーティストにおいては、流通業者から見ると新たな負担がついたとみられ、その分需要が弱まり、提示できる条件も悪化する。すなわち、スターにとっては、不行使特約にプレミアムがつ

[111] アメリカのVARA導入による効果として不行使特約に「別の価格」がついたという調査結果を本稿第3節で紹介したとおりである。

[112] VerSteeg, R., ‘Federal Moral Rights for Visual Artists: Contract Theory and Analysis’ 67 *Wash. L. Rev.* 827 (1992), p.827はここに注目して、VARAの不行使特約はアーティストにとって有利な状況を生んだと論じる。一方、Damich, supra n.79は逆の立場をとり、不行使特約の有効性を認めるVARAは、この権利を無意味にすると論じている。どちらも、「アーティスト」をひとまとめにしている点、不十分である。

くから、不行使特約締結を交渉に利用できるが、そうではないアーティストたちにとっては、このような意義はない。実際、VARA制定以前の6年間ほどの期間に、州レベルでの著作者人格権制定が進んだが、その結果、当該州[113]在住のアーティストたちの収入は、むしろ年平均4,000米ドル減ったという調査結果もある[114]。比較的短い期間における収入の変遷を見た調査ではあるが、収入の減少は著作者人格権の制定により、買い手側の購入意欲が（少なくとも制度導入後の初期段階では）減退したためであると考えることができる[115]。

一方、我が国のように、既に著作者人格権が存在する法制度においては、買い手にとって、この負担は既に価格に織り込まれていると考えることもできる。よって、不行使特約が有効に締結できるようになると、流通業者にとっては好都合で、これまでよりも需要を上げる方向に働くため、多くの著作者にとって有利に働くと思われる。もっとも、美術、音楽、映像などの各ジャンルの、特定市場における需要の価格弾力性と代替市場の存在・不存在により、どの程度に有利に働くかは異なると思われるため、一概に、断定的には言えない。スターにとっては、いずれにせよ、あまり関係がない。

以上をまとめると、次のような結論となる。まず、現行法のように、ベルヌ条約上の「改変」の意義とは異なり、同一性保持権の「外部性」を超えた理由でその保護を拡大することは、保護にかかるコスト（この場合は、

[113] カリフォルニア、ニューヨーク、マサチューセッツ、メイン、ルイジアナ、ニュージャージー、ペンシルバニア、ロードアイランド、コネティカット州が含まれる。他にも著作者人格権を制定した州はあるが、ユタ州など限定的な権利である州や、相対的に遅い時期に制定した州は、調査では除かれている（Boyle, M., Nazzaro, S., and O’Connor, D., ‘Moral Rights Protection for the Visual Arts’ 34 *J. Cult. Econ.* 27 (2010), n.10）。

[114] Ibid.

[115] 法的に新たに創設された（特に）同一性保持権という負担付きの作品を買うことに、購入者たちが、以前よりは慎重な態度になるから、という意味である。もっとも、これが4,000ドルもの収入低下につながったという因果関係の有無はわからない。このあたりについて、前掲注(113)の論文においても、曖昧な記述しか見当たらない。

著作物の利用に制限が存在することによる利用過少化を指す）が大きく、権利の有用性を超えてしまうものと思われる。よって、「名誉、声望への傷」より緩い要件で侵害を認める現行法の規定は、社会的厚生を損なっている可能性が高い。保護レベルを、権利の有用性とコストとの関係から、下げる必要がある。あるいは、現行法のままでベルヌ・プラス該当部分の不行使・放棄特約を有効とすることが望ましい。これによって、社会的厚生を上げることが可能であるからである。もっとも、社会的評判に傷をつけるような改変があってもよいとする合意は、その定義上、本来的に、社会的厚生を低下させることになるものなので、認められるべきではない。また、法政策の立案上、不行使特約の有効性を認めるとするのであれば、その結果、アーティストにどのような経済的影響が予想されるのかを考慮する必要もある。第三者効の明確化については、権利の所在についての確認ルールとして考えられる、いくつかの方法の中から、最も効率のよいものを選んでいけばよい。

５．契約における力関係と特約の有効性

前節では、不行使特約の有効性を認めるか否か、という点に関する考え方の一つの枠組みを提示した。第３節で述べたように、有効性を認めることについて、英米の著作権法学では基本的には反対意見が強いが、その根拠としては、契約当事者間での交渉力の差があげられてきた[116]。本節では、かかる根拠について検討を加える。

契約法の領域では、特に近年、（財やサービスの供給者たる企業との間で）弱い立場にあると考えられる消費者保護の必要が強く言われるようになり、契約成立後一定期間内は、一旦結んだ契約を消費者の側から撤回することができるような措置（例えばクーリング・オフ制度）がとられるようになってきた。この潮流に照らしても、流通業者との間で相対的に弱い立場にあると想定されるアーティストが著作者人格権放棄・不行使特約を取り消す自由を認めてもよさそうである。また、そもそも、アーティストの弱さに付け込んで締結させている不行使特約を有効とはできない、という考え方をとることもできよう。

これに関連して、英米法においては、unequal bargaining power 法理（より広くは契約の無効に関する unconscionability 法理）と呼ばれる考え方が、いくつかの裁判例で見られており、議論の対象として一つの領域をなしている。例えば、雇用者と従業員との間の雇用契約が典型例であるが、本稿に関連して、無名の新人アーティストと音楽出版社との間での著作権譲渡契約が、両者間の交渉力の差を理由に無効とされたという有名なイギリスの裁判例[117]もある。この判例に対して、法と経済学の論者からは批判が強い[118]。特に問題とされるのは、このような司法判断の影響である。これにより、文化産業側では、若手の新人アーティストと契約することにはリスクが伴うと感じるようになり、契約に消極的になっていくから、結局、新人アーティストが契約にこぎつけるチャンスが減っていくという、マイナスの効果が生まれる[119]。そもそも、この司法判断の目的は交渉力の差を是正することにあると言えるが[120]、そこには主観的な価値判断が持ち込まれざるを得ないことに根本的問題がある。経済学は、効率という概念は得意とするが、公平（equity）という概念をもって最適解を出すことには消極的なのである。

契約を無効もしくは取消可能にする論法として一つ考えられるのは、契約内容の社会的妥当性を問題にする公序良俗違反の考え方である[121]。しか

[116] 例えばVaver, D.,‘Authors’ Moral Rights－Reform Proposals in Canada: Charter or Barter of Rights for Creators?’25 *Osgoode Hall L.J.* 749 (1987), p.774; Damich, E.J.,‘The Visual Artists Rights Act of 1990: Toward A Federal System of Moral Rights Protection for Visual Art’39 *Cath. U. L. Rev.* 945 (1990), pp.966-967.

[117] *Macauley v. Schroeder Publishing Co. Ltd.* (1974) All ER 171.

[118] Trebilcock, M.J.,‘The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords’26 *U. Toronto L.J.* 359 (1976); see also Rushton, M.,‘The Law and Economics of Artists’ Inalienable Rights’25 *J. Cult. Econ.* 243 (2001); Epstein, R.A.,‘Unconscionability: A Critical Appraisal’17 *J.L. & Econ.* 293 (1975).

[119] Trebilcock, supra n.118, pp.381-384.

[120] このような立法動機、司法判断が多いことにつき、Kennedy, D.,‘Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power’41 *Md. L. Rev.* 563 (1982).

[121] 著作者人格権を制限する契約の効力を、公序良俗論の枠組みにおいて判断する

し、内容面から契約が無効とされるのは、例えば殺人請負契約のように、それが社会規範に明らかに大きく反する場合である。アーティストが著作者人格権を行使できなくなることが、公序良俗違反に匹敵するとは、通常認めがたいであろう。

そもそも、契約法上、契約の取消しが可能であるのは、詐欺、強迫があった場合、契約者が制限行為能力者であった場合などであるが、ここに共通しているのは、契約者の意思表示能力、意思表示の過程における瑕疵を治癒するという目的である。契約当事者双方とも契約締結に必要な行為能力を備えており、情報を十分に持った上で合意したのであれば、両者間の経済力の差を是正する目的で、契約の有効性を否定することには問題がある。消費者保護法の発達は、当事者における経済力・交渉力格差を是正するためにあるのではなく、情報の非対称性という、公正な市場取引における瑕疵を治癒するために、限定的な取消可能措置を設けているに過ぎない。

あるいは、他の論法としては、アーティストにとって交渉相手は数限られており、これは買い手の独占市場（monopsony という）であり、不公平だ、というものがあろう。実際、画廊、出版社、レコード会社、放送局などは数多くあるが、自分にとっての買い手は一社しかないという事情があるかもしれない。しかし、これは、「差異化された」サービス提供者たちによる競争状況があると見るべきであり、これをもって、法的介入を認めるほどの不公平さ、市場の失敗があるとは言い難い。また、真に買い手独占の状況があり、売り手であるアーティストが不公正取引を強いられているのであれば、これは独占禁止法上の問題となり得、そちらの手段で対処すべき問題だということになる[122]。契約の有効性を認める、認めない、という民事上の解決によるべきではない。

もちろん、アーティストと企業との間が全く対等な交渉者であるとは言い難い実情は容易に想像できる。しかし、だからこそ、集団交渉手段というものも発達している。特にアメリカでは、作家や作曲家の協会や組合が発達しており、業界との間で、雇用、作品利用などに関して非常に細かく

フランスの考え方などにつき、藤川純子「著作者人格権を制限する契約と公序良俗論」国際公共政策研究３巻１号135頁（1998年）。

[122] Trebilcock, supra n.118, n.92.

取決めを作り上げてきている。著作者人格権にあたる権利は、アメリカではこの枠組みで保障されているのだ、という指摘のとおりである[123]。

結論

本稿では、デジタル化時代において必要性が増していると言われる、同一性保持権の権利制限について、理論面からの考察を加えた。従来の議論では、大陸法諸国にならった解釈論が中心的であったが、本稿では、英米法と「法と経済学」の視点から、権利制限の根拠を探ってきた。特に第４節におけるハンスマンの議論の紹介と応用は、我が国における同一性保持権の保護範囲が広過ぎて、社会的厚生を損なっている可能性が高く、ベルヌ条約レベルに縮小することが望ましいことを示唆した。デジタル化時代の本格化をにらみ、新たな著作権法のあり方を探った Exposure’94 では、①同一性保持権の不行使特約の有効性の明確化及び第三者効の創設、または、②同一性保持権の及ぶ範囲を著作者の「意に反する」改変から「名誉又は声望を害する」改変に限定すること、を具体的に提言しているが[124]、これと正に合致する結果となった。

最後に注意したいのは、ハンスマンの議論が、アメリカの VARA が対象とする純粋美術の領域を念頭に置いていることである。美術の原作品の場合、有体物性を持ち、各作品が基本的には唯一のものであり、一人のアーティストが生涯に生みだせる作品数に限りがあるという特徴を持つため、一作品の市場評価が他作品の評価に連動する傾向があり、「外部性」の議論が典型的にあてはまる。今日、デジタル化社会ということで、流通・利用の促進がすすめられているのは、音楽、文芸、映像、写真などの、大量に複製が可能な情報財の方であり、美術原作品のような、アナログの有体物とはかなり異質であることは確かである。しかし、ハンスマン自身も、議論の射程が美術原作品以外の領域を含めており、応用可能であると断っ

[123] Gorman, R.A., ‘Federal Moral Rights Legislation: The Need for Caution’ 14 *Nova L. Rev.* 421 (1990).

[124] 知的財産研究所・前掲注（1）61頁。

ているとおり[125]、作品への社会的評価の外部性は、他の領域でも十分に想定可能である。

ハンスマンの議論およびそれをベースとする本稿の限界として断りたいのは、むしろ、現代の芸術のあり方、文化のあり方への視点が欠けていることである[126]。例えば、改変により元の作品の価値が落ちることが議論の前提となっているが、現代芸術においては、必ずしもそうとは言えない。著作者自身が認めない改変であっても、実は、その結果、原作品より優れたものが生まれ、市場でも価値を持つ事例もある。また、本稿では主に流通業者を念頭に、この者たちにおける改変の必要から、権利制限を見てきたが、一般の視聴者、観客、読者などが、プロの手による既存作品を解釈しようとする中、その一部を切り取ったり、つなげ合わせたり、といった作業をしていき、その連鎖が興味深いユーザー・クリエイティビティと呼べる現象を生み出していることにも留意したい[127]。「本物」「正統性」という価値は、確かにこれまでの美術品市場では最も重要な基準の一つであったが、そうした文化のあり方に挑戦する動きが起きていることこそが、著作権法の基礎を揺るがしているわけである。著作者人格権だけが、果たして、この価値観にしがみつき続けることができるのか。今後の研究においては、このような文化の生産、消費の実態をとらえた議論が必要になってくるであろう。

＊謝辞

本稿の執筆にあたっては、平成21年度私立大学等経常費補助金特別補助高度化推進特別経費大学院重点特別経費（研究科分）の助成をうけた。また、草稿の段階で、八木匡、小島立両氏から貴重なコメントを頂いた。この場を借りて感謝したい。

---

[125] Hansmann and Santilli, supra n.93, p.100.

[126] Adler, supra n.62は、この点を詳細に検討して著作者人格権を批判する。

[127] Kawashima, N.,‘The Rise of User Creativity－Web 2.0 and a New Challenge for Copyright Law and Cultural Policy’ *Int’l J. of Cult. Pol’y* (2010, forthcoming).