

著作権の要件としての固定

Fixation, Required for a Work to be Copyright

近藤 紀男

Michio KONDOH

Abstract

The Berne Convention provides that it is a matter for legislation in the member countries to prescribe whether works shall not be protected unless they have been fixed in some material form. This is one of the so-called compromise clauses between Common Law System and Civil Law System.

In the former countries copyright is concerned principally with the tangible medium and in consequence its economic value than the inner merit of works, so the originality is conferred on the labour and skill expended in this respect.

Hence, the fixation and the low hurdle of originality characterise the copyright system of common law countries where the romantic notion of the authors' right is hardly acceptable.

はじめに

前回の拙稿では、無体物である著作物が有体物に具体化された場合、例えば、小説という著作物を図書として印刷、出版した場合、この出版物はすでに著作物ではない。そういう有体物を排他的に支配するのは所有権の権能であり、それは無体物にまでは及び得ないから、無体物である著作物の保護は、かかる所有権及びそれを基礎とする各種の財産権とは別の領域に属すべきものである、ということを論じた⁽¹⁾。

人の精神的知的な創作である著作物が彼の胸中脳裡にある間は他人の排他的支配に服さないことは言うまでもない⁽²⁾。

そういう人格の一部である作者の思想、感情が、動作や口述等によって外部に表現され、その人格から切り離されたとしても、それだけではまだ財産権の対象とするには適さない。なぜなら、そのような一過性の(ephemeral)、不確定な存在について排他的支配を認めることはできないからである。

しかし、この表現が文書、図画等の有体物に記録、固定されれば、それに対する排他的支配が可能となるから、これを財産権の対象とすることができる。このようにして、無体物である著作物の財産的保護には、有体物への固定が不可欠であると考えられる⁽³⁾。

しかるに、ベルヌ条約は、その第2条第2項において、著作物の保護に固定を必要とするか否かは各国の立法に留保されると定めている⁽⁴⁾。そうすると、上述のような財産的保護の前提を欠くものも著作権による保護の対象となり得るから、加盟国によって保護の内容が相違するという結果を招くことになる。条約は単なる国際礼譲ではなく、法的な実効性を伴うものである以上、その内容は法的に明確なものでなければなるまい。

ベルヌ条約のこの規定は、大陸法系と英米法系という二つの法律思想の対立からもたらされる妥協の結果であるが、同様の対立は「フィルムコピライト」を認めた第14条の2にも現れている。しかし、この条項の導入によって、ベルヌ条約は、創作の保護ではなく、投下された労力、資本等の保護を目的とする一般的財産権条約であるという性格を明確にしたものと考えられる。

本稿は、英米法系の、著作物の保護に固定を要件とする制度が、創作それ自体を保護の対象とする大陸法系とは異なり、著作物の創作性を事実上不要とし、著作権は所有権と同じ一般的な財産権であるとする立場に帰着することを明らかにして、知的財産保護制度の一つとしての著作権のあり方を考える手がかりにしようとするものである。

1. ベルヌ条約第2条第2項の成立経緯

ベルヌ条約第2条第2項が設けられる直接のきっかけは、舞踊、無言劇の保護に関連してであった。

舞踊、無言劇は演劇又は音楽の著作物としても保護され得るが、これを独立の著作物とすべきであるという主張は、ベルヌ条約の成立時からすでに存在した。ただ、1886年の創設条約ではまだそれが条文化されるには至らなかったが、その保護は各国の立法に委ねられることが総会の合意として確認されていた⁽⁵⁾。

その後各国での保護が進展するのに伴い、1908年のベルリン改正会議でこれが著作物の一つに追加されることになる。ただし、専ら一過的な動作を主とする舞踊、無言劇の存在証明を容易にするために、「文書その他の方法で固定されている」ことが必要とされたのである⁽⁶⁾。

その後1948年のブラッセル改正会議では、このような固定要件を舞踊、無言劇の著作物にだけ明記することの是非が論じられたが、未だ条約内容に実現されるまでには至らなかった。しかし、この問題は続く1967年のストックホルム改正会議で再び取り上げられ、委員会に付託して大いに論議されることになる。

舞踊、無言劇の著作物にのみかかる固定要件を設けたことは、条約第2条第1項に列举するその他の著作物についてはそれを必要としないという解釈を成り立たせる余地がある。そうすると、加盟国のうち、とくにコモンロー諸国のように著作物について固定を要件としている立場からすれば、その削除はすべての著作物について固定を必要としないことを原則化するという懸念がある。そのような事情に配慮してか、インドは著作物の保護に固定を必要とするか否かは各国の立法に委ねられるべき問題であるという提案をし、これがイギリス等の強力な支持の下に現行の第2条第2項として採択されたのである⁽⁷⁾。

このことに関し、Ricketson 等は次のようにいう。多くの加盟国が固定要件を廃止する用意のない現状に鑑みれば、この第2条第2項の規定は必要なものであり、もしベルヌ条約上、固定要件の廃止を強制的なものとするならば、イギリス等の脱退を招き、更には、当時はまだオブザーバーにとどまっていたアメリカの加盟も覚束なくなったであろう。

この「固定を必要とする主な理由は証拠法上のものである。固定されない著作物の存在証明は、それ以外の方法では困難であるし、そういう著作物の範囲や内容を確定することも難しい。固定がなければ、こうした著作物の保護はそれの『アイデア』又は内容の保護に近いものとなるだろう」⁽⁸⁾。

思うに、無体物である著作物については、その存在、内容、範囲を直接に認識することができない。そういう観念的なものが主観的には存在するとしても、それを客観的に把握するためには何らかの有形的な媒体が必要である。

何れにせよ、法律上、権利はそれを定めた要件の充足により認められるものであるから、要件としての事実、無体物である著作物についてはそれを具体的に表現する有体物の存在が証明されない限り、著作権は認められないと

せざるを得ない。それ故、著作物を具現する有体物は著作権の存在要件である。それがなければ、著作権の名の下に与えられる様々な独占的権利——複製権、演奏権、公衆送信権、翻訳権等は存在しない。

かくして、無体物である著作物については、有体物への固定が、それを財産権によって保護するための要件とされねばならないのである。

2. 固定による著作権の原始的取得——Walter 判決と「記録者の著作権」

権利取得の要件を充足させた者は、その権利の原始的取得者となる。例えば、特許権は、当該発明について最初に出願、登録した者が取得する。それは発明者であるとは限らない。

無形、無体の著作物については、これを具体的な文書、図画等に固定した者が著作権を原始的に取得する。通常それは原稿を書きカンヴァスに描く作家や画家であるが、口述や演奏については必ずしもそうではない。

演説や即興演奏については、その演説者や演奏家が創作者であることには違いない。しかし、これを有体物の上に固定していない以上、彼は財産権としての著作権を取得することはできない。他方において、その演説の筆者や演奏を譜面、機器等に固定した者は、演説者、演奏家とは独立に、彼自身の著作権を取得するであろう。

大陸法系の考え方では、速記者や録音者はその著作物の創作者ではないから著作者にはなり得ず、著作権は与えられない。せいぜい著作隣接権が認められるにとどまる。これに対して英米法系では、彼らにも著作者として独自の著作権が認められるのである。

そのことを説いた判決が *Walter v Lane* (1900) であった⁽⁹⁾。

事案は、Rosebery 卿の行った政治演説を速記者の逐語的な記録により報道したタイムズ紙が、これを無断で利用した者を著作権侵害で訴えたものである。

被告は、この演説の著作者は Rosebery 卿であるから、それを記録しただけの速記者には著作権はないと主張し、控訴院 (Court of Appeal) はこれを認めたが、最高裁である貴族院は次のように判示してこれを覆した。

「公衆に対してなされた演説を書きとめ、文章化し、その演説の逐語的な記録を新聞紙上に発表する者は、1842年法の意味における記録の『著作者』であって、当該記録についての著作権を有し、その著作権を譲渡することができる」⁽¹⁰⁾。

その理由は、次のようなものであった。

「他人の労働、技能及び資本によって利益を得、それを自らのものにすることが法律によって許容されていると推断することは到底できない。…〔著作権〕法は、複製物を増製する権利を意味する著作権と称するところのものを、国内で最初に発行した図書の著作者に与えている」。タイムズ紙に発表された Rosebery 卿の演説の記録は、同社が最初に発行した印刷物であり、同法にいう図書に該当する⁽¹¹⁾。

「演説とその記録は別個のものであり、前者の著作者と後者の著作者は別の人であり得る。…演説はその記録に先行するものであるが、口頭の演説は『図書』ではない。書かれた記録がそれである。図書は第3条にいう著作権の対象であり、図書についてのかかる著作権の *property* はその著作者にある」⁽¹²⁾。

「著作権は、著作者や編集者の創作性又は文芸的価値に関わるものではない。」それ故、判例は住所録や広告のリスト等に著作権を認めている。演説の記録についても同様である。「Rosebery 卿の演説について、自分なりの記録を作成することは他の記録者にも許されており、また、その記録を他の新聞や図書で発表することも同様である。しかし、人は他人の技能、労働及び出費を、その印刷物の複製により我が物にすることは許されない、ということは確たる原則である」⁽¹³⁾。

この判決は、直接には1842年法の著作者（author）の解釈に関わるものであった。控訴院は、文書化された演説の著作者は原の話し手（original speaker）でなければならないと狭く解釈したのであるが、最高裁は著作権法にはそのような限定はないとして、速記者も演説の記録については著作者であるとしたのである。

その後、1911年著作権法は、その保護対象である著作物を original literary, dramatic, musical and artistic work であると定め（第1条第1項）、これが1956年法（第2条第1項、第3条第2項）を経て1988年の現行法（CDPA）に下記のように受け継がれている。

CDPA 第1条第1項

(a) 「文芸、演劇、音楽又は美術の原著作物」⁽¹⁴⁾

original literary, dramatic, musical and artistic works

しかし、これらの制定法（statute）の定める“original”という要件は、上述した Walter 判決の判断に何ら新しい内容を付加するものではなく、その

後の判決もこれを先例としていることから、この判断は「今日でも有効な法律(law)である」とされる。判例法系である英米法系のコモンロー諸国にとっては、これが現行法なのである^{(15) (16)}。

思うに、Walter 判決が意味するところは、次の三点にあると考えられる。

第一に、人の思想、感情の表現である言葉も、文書等に記録されてはじめて著作権の対象になる、ということである。CDPA 第3条第2項が定めるように、固定されるまでは「著作権は存続しない」。話された言葉自体は創作、従って著作物であるにしてもである⁽¹⁷⁾。

第二に、そういう創作について他人も著作権を有し得るということである。なぜなら、記録者の著作権は、創作者の著作権がまだ存在しない以上、それを侵害するものではないからである。そして、創作者が自らこれを固定した場合は、彼の著作権は別途生ずるのであるが、しかし、その存在、利用等は記録者のそれとは別個のものである⁽¹⁸⁾。

ただし、第三に、記録者の著作権が認められるのは公表された著作物についてである。未公表の著作物については創作者がコモンロー上の権利を有するから、それを侵犯することは許されない⁽¹⁹⁾。

この公表については、Caird v Sime 判決（1887）が次のように判示する。「何人かの差別なく、聞き手の選別や制限なしに、広く公衆に対して話をした講演者は、…そのアイデアや言葉を公衆全体の利用のために放棄した、換言すれば自らそれを公表したことは明らかである」⁽²⁰⁾。すなわち、公開の演説、出版、放送等、不特定多数の者に対する著作物の提供又は提示がこの公表に当たる。このような公にされた内容について、その受け手は自らの創作を自由に行うことができるのである。Rosebery 卿の演説は報道関係者を前にして行われたのでこの公表要件を充たしており、記者等はその報道記事をそれぞれ自由に創作することができたわけである⁽²¹⁾。

以上のような Walter 判決の法理を前提とするならば、そういう演説を最初に録音した者も、彼自らの労力、技能を投入することにより独自の著作権を取得するであろうし、音声だけでなく同時に映像を固定するところの映画製作者も、また、それらを送信する放送事業者も著作権の原始的取得者になるはずである。

かくして、イギリス1956年著作権法は、20世紀前半までに登場した各種のメディアを使用して著作物を固定する者を著作者に加えたのであり（第2部

第12～15条)、現行の CDPA もこれを受け継いで、その冒頭の第1条第1項で、前記の (a) に続けて著作物の種類を次のように定めている。

(b) 「録音物、映画、放送又は有線番組」

sound recordings, films, broadcasts or cable programmes, and

(c) 「発行された版の印刷配列」

the typographical arrangement of published editions

3. 著作物の固定と創作性

これらの録音、放送等は、通常、著作物の利用行為として著作隣接権の対象とされるが、イギリスでは上述のように著作物として保護され、それを製作する者は著作者とされる。その理由は、これを歴史的に辿るのが理解し易いであろう²²⁾。

蓄音機が実用化されるのは19世紀末であるが、早々にその著作権による保護を求められた1909年の著作権委員会では、蓄音機の製作にはかなり多くの技能と出費を要すること、そのような事情からすれば、蓄音機が無断複製から保護されないとすることは不公正であることが認められ、1911年の著作権法において、「音が機械的に作り出されるレコード、穴あきロールその他の装置」が著作権の保護対象とされたのである。

ただし、それは音楽の著作物に準じ、原盤の所有者が著作者とみなされた。しかし、このような必ずしも音楽とは限らない音の記録を音楽の著作物として扱うという変則性は1956年法により改められ、録音物も映画、放送とともに独立の著作物とされるのである。

現行 CDPA のこれらに関連する規定は、次のとおりである。

録音物については録音媒体や再生、製作手段の如何に拘わらず、その製作者が著作者とされる (第5条の A、第9条 (2))。そして、この音 (sounds) は、音楽的な、あるいは聞き手に意味のあるものである必要はなく、“originality” がなくてもよい。「著作者がその製作に何らの心的技能や努力を費やさなくても保護が認められる」のである²³⁾。

映画については、人的な技能、労力に拘わりなく、カメラや録音機器を使って映像や音を最初に固定することだけで著作権が取得される (「フィルムコピライト」)。ただし、その後、EC 指令との関連で、1997年施行の著作権及び隣接権令により、映画はそのような製作者と「主たる監督」の共同著作になるものとされる (第9条 (2) (ab)、第10条 (1A))。なお、この「フィルムコ

ピライト」は、映画の原作である脚本、音楽、舞台装置等の創作者が有する著作権とは別個のものである²⁴⁾。

放送については、狭義の「放送」（視覚的映像、音その他の情報の無線電信による送信）、「有線番組」（有線番組サービス（無線電信以外の視覚的映像、音その他の情報を送信する番組サービス）に挿入されたいずれかの項目の送信）の両者について、放送の製作者、すなわち、放送を行う者又は有線番組サービスを提供する者が著作者とされ（第6条（1）、第9条（2）（b）、（c））、何れも創作性は必要とされない^{25) 26)}。

これらの措置は、前述の経緯からも明かなように、音や映像を記録、固定し、あるいは送信等を行うこと自体に費やされる技能、労力、資本を、その無断複製に対して保護しようとするものである。

しかし、それは伝統的な文芸、演劇、音楽、美術の著作物についても同様なのである。著作物の要件とされる創作性（originality）とは、著作者自身の技能、知識、知的労働、識見又は判断の実質的な投入であり、その量は少なくともよいが、実体のないものであってはならない（not insubstantial）。もちろん、それは創意に富んだ（inventive）ものである必要もなく、ごく僅かの、単純な日常的知的労力でさえあれば足りるとされる²⁷⁾。

このような創作性の基準は、19世紀以来一連のディレクトリーに関する判決の中で形成されてきたものであるが、EC データベース指令の国内実施に伴い、1997年にデータベースについて新たな基準が設けられたことによって、この「創作的な文芸の著作物（データベースを除く。）には、読み書きを知ること以上に何らの想像力ある行為又は何らの知的技能は必要とされないという一般原則は、今日でも変わっていない」とされる²⁸⁾。要は、こういう技能、労力、更には資本が他人のものでなく、彼自身のものであることが original なのである²⁹⁾。

確かに、彼自身が投入した労力、技能を他人が奪うことは許されてはならない。また、労働の成果は、それを投入した者自身が受け取るべきである。これはまことにもっともな考え方であり、所有権を認める根拠と同じく近代の意味における自然法思想に基づいている。

著作権がコモンロー上保護される権利であるか否かについて最初に判示した1769年の *Millar v Taylor* 判決は、著作権の根拠と内容を説示するに当たり「この偉大な property の理論からの要約」として次のようにいう。

「人は、その身体、生命、名誉、労働、その他のもの、略言すれば、彼のものと言いうるすべてのもの（any thing that can be called his）に property を有する。そういう彼の権利の占有、使用、処分を、力づくや不正手段によって侵害し妨害するのは、人類の平和と福祉に反すると同時に、理性、正義及び真理の原則に逆らうものである」³⁰⁾。

自ら汗して畑を耕し収穫を得た者は、その収穫物の所有者となる。その過程で彼が投入した労力、技能、判断、資本を他人が奪うことは許されない。そういう所有権と著作権は何ら異なるものではない。住所録や電話帳を作成するために投入した労力、技能等は、収穫物の所有権を取得するために投入したそれを必ずしも上回るものではないであろう。

もちろん、著作物を創作するための労力、技能とそれを固定するための労力、技能は同じではない。しかし、著作物の財産的利益を保護するに当たっては、前述のようにまず固定がなされねばならないが、それには内容の独創という意味における創作性は必要ではない。「著作権は、著作者や編集者の創作性又は文芸的価値に関わるものではない」³¹⁾のである。著作権はこういう固定のために投入された技能、労力等の財産的利益を保護するのである。

かくして、イギリス法における著作権は、自らの製作物のコピーを防止し、その使用収益を妨害されないという内容の、文字通り copy-right 「複製防止の権利」であり、無断で複製された場合はそれを取り戻し、あるいは差し止めることができるとするものである。それは、所有物が故なく持ち去られ使用されるような場合に、その占有を回復し侵害を差し止めることができるのと同じものである。

4. 法人の著作者性

ベルヌ条約は、その120年余にわたる歴史の中で、新しい技術の出現に対応して著作物の範囲を着々と広げてきた（第2条第1項）。そして、条約上、著作物ないし著作者の定義は置かれていないが、1948年のブラッセル改正会議において編集物の要件として明記された intellectual creation という文言等から、著作物とは精神的知的な創作物をいうに他ならないと解釈されている³²⁾。

そのことは、また、この条約の創設が Victor Hugo に主導される文学者、芸術家等の権利保護を目的として進められたという経緯からも首肯されるであろう。従って、その著作者とは、そのような知的精神的創作能力を有する自然人が暗黙の前提とされていたと考えられる。

著作物を純粹に創作のレベルで捉え、著作物の要件として固定を必要としない大陸法系の立場では、このことは自明であり、自然人でない法人や創作ででない他の自然人は作者にはなり得ない。しかし、それは實際上甚だ困難な問題に逢着する。映画のように一個の著作物の成立に多数の作者が寄与する場合には、共同著作物として共有の論理により全員の合意を得ないと権利の行使ができない、等々の不便が生ずる。そこで、各国は、譲渡の推定や法定譲渡等を法的に擬制することによって権利の集中一本化を図ろうとするのであるが、作者人格権については、その不可譲渡性の故に凡そそれは不可能である。

これに対して、英米法系では有体物に固定する者が作者とされるから、自然人だけでなく法人も著作権の原始的な取得者となり得る。映画製作者である映画会社も当然に作者なのである。

そうすると、「例えば、フランスの映画監督はイギリスでは保護を受ける権利が全く認められないのに対し、フランスでは彼は共同作者とされ映画製作者への推定的譲渡に対抗できる。他方において、イタリアでは彼は共同作者とされるが、その権利は映画製作者へ強制的に譲渡されてしまう」というわけで、映画著作物についての権利行使が国際的に困難となるのである³³⁾。

そこで、1967年のストックホルム改正会議では、すでに1908年のベルリン改正以来独立の著作物とされてきた映画の権利者について、その条約上の取扱いを統一することが大きな課題とされたのである。そして、再三の論議と提案、修正を経て成立するのが条約の第14条の2である。それは、監督等の作者から映画製作者への著作権移転承認の推定と並んで、フィルムコピライト及び法定譲渡の制度も許容するというものであった³⁴⁾。

具体的には、次のような内容となっている。

第1項 「映画の著作物は、翻案され又は複製された著作物の作者の権利を害することなく、原著物（original work）として保護される…」

第2項

- (a) 「映画の著作物について著作権を有する者を決定することは、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」
- (b) 映画の著作物の製作に寄与した者を映画の著作権者とする国においては、製作に寄与することを約束した作者は、反対又は特別の定めがない限り、製作者がする複製、頒布、公の上演、放送等に反対

することができない。

(c) 著作者の約束の形式

しかし、これによってフィルムコピライトの制度が条約上正当化され、映画製作者も著作者とすることが公認されたのであり、ベルヌ条約はもはや精神的知的創作を保護するにはとどまらない条約であることが明確になったと考えられる。

そうすると、実際の創作者でない者に著作者性を認める上述の CDPA 第1条第1項 (b), (c) だけでなく、「みなし著作者」、例えば職務著作の制度等も条約上是認されることになる。これは「一般論としては、同盟国は明らかに著作物の実際の創作者でない人又は存在にまで『著作者』の地位を広げるべきではないということに対する特殊な例外と考えられるものであろう」。しかし、こういう例外が大陸法系においても、すでに EC 指令の中で認められていると Ricketson 等は指摘する⁽³⁵⁾。

例えば、EC ソフトウェア指令（1991年）第2条第1項では、

「コンピュータプログラムの著作者は、そのプログラムを創作した自然人、自然人の集団、又は構成国の立法が認める場合は、その立法によって権利者とされる法人とする。」

と定め、またデータベース指令（1996年）第4条第1項も同様の規定を置いている。

このように、コモンロー諸国だけでなく大陸法系諸国においても、現在では実際の創作者ではない法人にも著作者性を認めるに至っているのである。

5. むすび

以上見てきたように、今日における著作権は、もはや自然人の創作を保護するという素朴な性格のものではない。

しかし、翻って考えるならば、著作権は、そもそも印刷、出版事業者の保護から始まったのである。世界最初の著作権法である Anne 法（1709年）は、ロンドンの出版業者の特権を認めるために制定されたものであった⁽³⁶⁾。

ロンドン出版業組合の創立は古く1357年に遡るが、1556年には国王の出版特許を取得し、中世ギルドの慣行に従い条例を制定し、組合員の登録図書についてのみ独占的な印刷、出版の権利を認めた。無断で出版された図書は没収され焼却され、違反者は懲役に処せられた。

この出版特許の制度は、危険な新思想の普及を統制するという国王の利益

にも合致するものであったが、出版の自由が確立されるとともに1694年に廃止される。そこで、ロンドンの出版業者は既得の保護手段が失われたとして議会に対する請願を行い、その結果制定されるのが Anne 法である。

その内容は、従来どおり出版業組合への登録を条件として、14年間の印刷、出版の独占権を認め、違反者に対して刑罰を科する。この期間経過後、著作者が生存中であれば、この権利は更に14年間彼のものとなる。その他、価格の統制、イングランド及びスコットランドの大学等への図書の一部無償納入等を定めたものであった。

Anne 法は14年間に限ってロンドンの出版業者の既得権益を保障したのであるが、彼らは、その期間経過後もこの特権がコモンロー上の永久権として認められること、今後は Anne 法の保護を要求しない代わりに、大学等への無償の図書納入もやめることを主張した。

このような特権への要求は、一つには新興のスコットランド出版業者に対抗するためのものであったが、図書の利用者からは、見かけだけの印刷や、高価格、知識の抑圧をもたらすことになると批判され、他方、著作者の側は、保護期間の長期化を歓迎こそすれ、産を為すのは出版業者であることに不満があった。1774年の *Donaldson v Beckett* 判決は、かかる特権は Anne 法によってのみ認められたものであることを明確にしたのである。

その後100年余を経て、「文学的及び美術的著作物に関する著作者の権利をできる限り効果的かつ統一的に保護すること」を目的として、ヨーロッパの大陸法系諸国を中心とする10カ国によりベルヌ条約が創設される⁽³⁷⁾。そして、創作の保護という著作者の権利に関するロマンティックな観念が、その後の人格権概念の高揚と相俟って、著作物の人格的側面を強調するの余り、著作権保護の内容を不当に拡大し、不明確にしてきたのである⁽³⁸⁾。

しかし、著作物を人格的な創作と見る大陸法系諸国においても、上述のように今やその財産的保護が創作性とは直接のつながりを持たないとするに至っている。著作権は、その由来がそうであり、また最近の発展が示すように、その本質は投入された労力、技能、更には資本を保護する財産権である。

創作的 (original) とは、著作者自身が投入したもの、その意味において固有の、従って个性的、独自なものであるというにすぎない⁽³⁹⁾。著作権は、そういう自らの支配領域内の財物を奪われないという所有権と同じ性質の権利なのである⁽⁴⁰⁾。

それ故、その支配の内容、範囲は、所有権における占有と同じく、無体の著作物を具現するところの有体物によって客観的に捉えられねばならない。

それが著作者の支配内にある限り、その侵害に対する差止請求権が物権的請求権として認められる。

従ってまた、著作権は実施権を含むものではない。なぜなら、実施は商品化等の私的な契約により、専有する著作物の複製、送信、展示等を自らが行い又は他人にさせることであって、特許権、意匠権のような公権的に付与された客観的、排他的な内容と効力を有するものではないからである。著作権は、他人が無断で複製等をしてはならないとする権利にすぎない。

他方において、無体物である創作自体の改竄、剽窃、僭称については、財産権とは別の保護が与えられねばならないであろう。わが国の著作権法はこれを著作者人格権と称するが、イギリスでは *moral rights* と名づける。それは多分に文字通りのモラル、道徳の問題であって、*legal*（法的）な領域には属さない^{(41) (42)}。

著作者人格権は、ベルヌ条約のローマ改正会議において提案され、ブラッセル及びストックホルムの改正会議で引き続き審議されたのであるが、人格的利益又は精神的利益という文言の使用、死後の保護、更には映画著作物の改変等をめぐり、イギリスをはじめとするコモンロー諸国の激しい反対に遭い、結局その内容は各国の立法に委ねられること（第6条の2第3項）とされたのである⁽⁴³⁾。

このベルヌ条約第6条の2もコモンロー諸国の制度、立場を顧慮した妥協の産物であるが、そのことは、創作という人格的利益の保護と財産権としての著作権の問題が別のものであることを如実に示しているのである⁽⁴⁴⁾。

（注）

- (1) 「著作物の創作性と無体物性」名古屋学芸大学研究紀要 教養・学際編 no.2 (2006.2) p.91.
- (2) もちろん、作品の制作やその成果の給付に他人に義務付けることはできるが、それは彼の役務の利用を目的とする契約によるのである。自由平等な市民社会を前提とする限り、そのような給付は制作者の自由な意思に基づくものでなければならず、債権者は債務者自身に対して排他的な支配を直接及ぼすことは許されない。
- (3) 精神的知的な創作という無体物の存在、内容等を確定し、これに財産的権利を認めるには、公権的手続による登録、公示という方式もある。発明やデザインを保護する特許権、意匠権がそうである。しかし、そのような方式をとらない著作権制度の下では、著作物の存在、内容等は第一次的には私的な個人の主張、判断に係らしめられる。これを他人の側から見れば、著作権を承認するには何らかの客観的な根拠を必要とするであろう。著作物という無体物の存在、内容等を認める手がかりがなければならぬ。それが文書等の有体物への固定である。

(4) ベルヌ条約第2条第2項

「もっとも、文学的及び美術的著作物の全体又はその1若しくは2以上の種類について、それらの著作物が物に固定されていない限り保護されないことを定める権能は、同盟国の立法に留保される。」

Berne Convention for the protection of literary and artistic works. § 2 (2)

It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form.

(5) Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, 'International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond. 2nd ed.' Oxford Univ. Press (2006) p.421-2.

(6) Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.423. なお、「その他の方法」には、広く映画、写真等も含むとされた。

(7) Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.417-8.

英米法系諸国、例えばイギリスでは「文書その他のものへの記録」、アメリカでは「有形的な表現媒体への固定」を必要としている（オーストラリア1968年法第22条、カナダ1985年法第3条も同趣旨）。

Copyright, Designs and Patents Act 1988 [UK]（以下 CDPA と略称）, s 3 (2)

Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; ...

Copyright Act of 1976 (17 U.S.C., July 2001) § 102 (a)

Copyright protection subsists ... in original works of authorship fixed in a tangible medium of expression, ...

(8) Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.418.

なお、黒川徳太郎訳「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（パリ規定、1971年）逐条解説」著作権資料協会（1979）（以下、「逐条解説」と略称）p.21は、「固定は条約第5条（2）にいう方式ではない…著作物の存在を立証するものである」として、同盟国の中には固定の必要性について「考え方の相違があり、かつ、同盟国は知的な創作性を具現していると考ええるもののみを保護する自由があるため、条約はどの考え方にも組せず、また、なんらの解釈も示さず、著作物がなんらかの有形的な物に固定されることを保護の条件とする自由を同盟国に与えている」と述べている。

(9) Sir Hugh Laddie et al, 'The modern law of copyright and design. 3rd ed.' Butterworths (2000) p.93-6.

(10) *Walter v Lane* [1900] AC 539.

(11) *ibid.* at 545, per Lord Halsbury L.C.

(12) *ibid.* at 557, per Lord Brampton. なお、property の意味、内容については、後掲注(30) 参照。

(13) *ibid.* at 552, per Lord Davey.

(14) CDPA 各条項の訳文については、「外国著作権法令集（34）英国編」大山幸房訳著作権情報センター（2004）による（以下も同様）。

なお、この第1条第1項（a）の“original... works”は、ベルヌ条約第2条第3項、第8条、第11条第2項、第14条の2第1項等にも見られるが、外務省の公定訳では何

れもこれを「原著作物」又は単に「その著作物」としている（昭和50年3月6日条約第4号）。

- (15) Laddie, *ibid.* p.94. 判例としては、Univ. of London Press Ltd v Univ. Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601; Ladbroke (Football) Ltd v William Hill (Football) Ltd [1964] 1 All ER 465; Express Newspapers plc v News (UK) Ltd [1990] 3 All ER 376等がある（なお、後掲注（29）参照）。
- (16) 1990年の Express Newspapers 判決で、副大法官 Nicolas Browne-Wilkinson 卿は、8時間半以上に及ぶ対談を記事にした記録者の技能は、Walter 判決における Rosebery 卿演説の速記者のそれよりもはるかに大なるものと述べて、この記録者の著作権（reporter's copyright）を確認している。

事案は、Daily Express 紙が報道した要人の会見記事を、同日付の Today 紙が引用まで含めて無断使用したというので、Daily Express 紙が Today 紙を著作権侵害で訴え、その差止め判決を得た。

この訴訟の係属中に、Today 紙が王室の一員に関係する会見記事を掲載して大きな反響を巻き起こしたところ、翌日の他紙が一斉にこれを報道する中、Daily Express 紙の系列である Daily Star 紙がこの Today 記事を引用まで含めてトップで使用したので、今度は Today 紙側が逆にこれを著作権侵害で訴え、その差止めを求めた。

両者の応酬はしつぱ返しの様相を呈し、裁判所としてはこれをむしろ新聞業界の倫理問題であるとしながらも、「不幸にして事件は二つの新聞グループ間のみならず、新聞全体更には一般公衆にも関わる重要な法律問題を含んでいる」として判決に及んだのである。

まず、記録者の著作権については Walter 判決に従い、「この貴族院の決定の結果として、他人の言葉の単なる記録も、その記録の中に技能と判断が使用されている限りにおいて記録者の著作権を生じさせる」とし、この判決は1842年法についてなされたものであるが、その後オーストラリア最高裁の判決（Sands and McDougall Pty Ltd v Robinson (1917) 23 CLR 49）が、この1911年法の“original”の要件を仔細に検討し、Walter 判決が依然として有効な法律であるとしていること、また、1988年法第3条第3項が、記録された言葉とは別に話された言葉の記録者がその言葉の記録に著作権を有するとしていること等から、「Walter 判決は現在でも有効な法律であることは明らかである」と判示したのである（*ibid.* at 381）。

なお、MacQueen, “‘My tongue is mine ain’: copyright, the spoken word and privacy”, in: David Vaver ed., Intellectual property rights: critical reviews in law. Routledge (2006) vol.2, p.168; David J. Brennan & Andrew F. Christie, ‘Spoken words and copyright subsistence in Anglo-American law’, I.P.Q. (2000) p.332参照。

- (17) 固定に関しては、CDPA 第3条が次のように定める。

第2項 「文書その他に記録されない限り、かつ、それまでは、文芸、演劇又は音楽の著作物に著作権は存続しない。また、この部におけるそのような著作物が作成される時への言及は、著作物がそのように記録される時への言及である。」

s. 3 (2) Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this

Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded.

第3項 「第2項の目的上、著作物が著作者により又はその許諾を得て記録されるかどうかは、重要ではない。また、著作物が著作者により記録されない場合には、同項のいずれの規定も、記録された著作物と区別される記録物に著作権が存続するかどうかの問題に影響しない。」

s. 3 (3) It is immaterial for the purposes of subsection (2) whether the work is recorded by or with the permission of the author; and where it is not recorded by the author, nothing in that subsection affects the question whether copyright subsists in the record as distinct from the work recorded.

固定に関する最近の判決としては、*Green v Broadcasting Corp of New Zealand* [1989] 2 All ER 1056がある。

事案は、英国で人気のテレビショーを、ニュージーランドのある放送会社が模倣したとして、このショーの司会者が著作権侵害で訴えたものである。

第一審は、固定にかかる文書の類がないという理由で、また、ニュージーランド控訴院も、原告が証拠として提出した「スクリプト」等は、要するに十数年間にわたる毎週の出演者とのやりとりや番組終了時における若干のキャッチフレーズを記した程度のものでありアイデア以上のものでないとしてこれを棄却した。上告を受けた枢密院も、次のような理由でこれを斥けた。

「著作権による保護は独占を付与するものであり、『他人との不正を避けるためには、かかる対象が明確なものでなければならない』(*Tate v Fullbrook* [1908] 1 KB 821 per Farwell LJ at 832-3)」。本件においては、そのような明確性がない。「演劇の著作物は実演可能な十分な実体を有するものでなければならず、テレビショーの『フォーマット』であると〔上告人が〕主張するような特徴は、他の演劇又は音楽の実演の際に用いられる付随的なものの他相互の関連性がなく、上述の基本的な特質を欠いている」。

(18) CDPA を準備した *Whitford* 委員会報告書 (1977年) も、「記録又は筆記自体についての別個の著作権が、話し手の同意を得てなされるか否かに拘わらず、記録された版の製作者に与えられる」べきである、と提言している。*Brennan & Christie*, *ibid.* p.330.

(19) *Laddie*, *ibid.* p.317-8, 267-8.

コモンロー上の *property* の権利の一つとして、複製を阻止する権利がある。それは、制定法上のいわゆる著作権とは異なり、著作物の公表 (*first publication*) によって消滅し、以後その保護は制定法の定めるところによる (*property* の意味、内容、及びその制定法との関係については、後掲注 (30) 参照)。従って、それは公表されない限り永久に存続する。また、文書等への固定その他の方式も必要とされない。

この権利は、プライバシーとも異なる。すなわち、すべての開示が公表になるのではない。大学での学生に対する講義は公表に当たらない (次注 (20) 参照)。銅版画の手刷りを知人に配布しただけでは公表にはならない。*Prince Albert v Strange* (1849) 1 H & TW 1, 47 ER 1302 at 1310.

- (20) Caird v Sime (1887) 12 App Cas 326 at 344, per Lord Watson. 判決は、大学における講義が公表されたものであるか否かについて、まず「…講義その他の創作物の著作権は、彼の同意を得て公衆に伝達されるまでは、当該著作物の他人による公表を阻止できる property の権利を保有している」と述べ、Jefferys v Boosey 判決 ([1854] 4 HLC 867) に従い、「口頭か著作物の筆記又は印刷による複製物の配布かの何れであれ、かかる公衆に対する伝達により著作権者の property の権利は消滅する。公表後のコピーを複製する排他的な特権である著作権は制定法の所産であり、本件においては、かかる権利は何ら関係していない」と判示し、学生への講述はそのような公衆に対する伝達ではないとして、学生による虎の巻ノートの刊行を差し止めたのである。(ibid. at 343. なお、property の意味、内容については、後掲注 (30) 参照)。

その他「公衆 (the public)」又は「公衆に対して (in public)」については、次のような判決がある。Harms (Inc) Ltd v Martans Club Ltd [1926] Ch 870, [1927] 1 Ch 526 (会員制の社交クラブでの演奏) ; Jennings v Stephens [1936] Ch 469, CA (地域婦人会の集会での上演) ; Ernest Turner Electrical Instrument Ltd v Performing Right Society Ltd [1943] Ch 167, CA (従業員の能率向上のため作業中にした放送、レコード演奏) ; Performing Right Society Ltd v Harlequin Record Shops Ltd [1979] 1 WLR 851 (レコード店の店頭でする一般顧客向けのレコード演奏) ; なお、Australasian Performing Right Society Ltd v Commonwealth Bank of Australia (1992) 40 FCR 59 (Aus) は、“public” とは “domestic” 又は “private” の反対概念であるとしている。

- (21) Laddie, ibid. p.789. CDPA 第58条は、これを報道の自由との関係で注意深く条件づけたものである。

なお、記録者の著作権が認められない場合にも、CDPA 第30条第2項によって「時事の報道を目的とする著作物(写真を除く。)の公正利用 (fair dealing)」が許される。

著作物の公表についてのこのような理解は、新聞報道だけでなく文芸の創作その他の表現の自由と著作権の問題についても示唆を与えるものである。

- (22) Laddie, ibid. p.349-350.

1988年のイギリス著作権法が、録音、放送等について著作権を認めることと並んで、デザイン権、登録意匠権、特許権も併せて定めていることは、イギリス法の歴史的連続性の中で、知的創作を財産権として保護する制度の歴史的な発展経過を示すと同時に、その相互の内容的な関連性も表していると考えられ、興味深いものがある。

- (23) Laddie, ibid. p.354-5.

- (24) Laddie, ibid. p.367-8. 従って、製作者はその使用について契約等による権利処理をしなければならない。

- (25) Laddie, ibid. p.413, 422.

- (26) なお、「発行された版の印刷配列」(いわゆる版面権)については、出版者が著作者とされる(第9条(2)(d))。これは、書体やレイアウトではなく、「著作物のタイプセッティングに関する出版者の投資を保護すること」を目的とするものである。Laddie, ibid. p.431.

- (27) いわゆるデッドコピー (slavish copying) は、そのためにいかに大量の労力、技

能が費やされようと、その著作物としての創作性を基礎づけるものではない。「加えられたものの中に、全体として彼自身の著作物と認めるに十分なだけの実質的な改変、潤色をなす要素がなければならない」。Interlego AG v Tyco Industries Inc and others [1988] 3 All ER 949 at 972.

New Shorter Oxford English Dictionary (Clarendon Press, 1993)によれば、in-substantialとは、not existing in substance or reality; not real, imaginary, illusory; lacking solidity or substance; not substantialを意味する。

- (28) Laddie, *ibid.* p.93. EC Database Directive (1996年)を実施するためのCDPA改正により、著作物とされるデータベースについてはEC Directiveの定める創作性の要件が必要とされることになったが(第3条のA)、同時に、創作性のないデータベースについては特別法によりデータベース権が認められている。Copyright and Rights in Databases Regulations 1997, Part 3.
- (29) Laddie, *ibid.* p. 82-7 (directory cases). 例えば、ある街の住所録を、自らの実地調査に基づいて作成すれば、他人がすでに作成したものと同一であっても、それについて自らの著作権を取得する。後からの作成者は、コピーでないことを証明するのが困難かもしれないが、「しかし、それは証明の問題であって、法的な権利の問題ではない」のである。

20世紀に入ってからでもWalter判決のほか多くの判決がこの基準を確認している。Blacklock v Pearson [1915] 2 Ch 376 (旅行案内書の時刻表駅名の索引); Univ. of London Press Ltd v Univ. Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601 (試験問題); Ladbroke (Football) Ltd v William Hill (Football) Ltd [1964] 1 All ER 465 (サッカーくじの試合組合せ表); Express Newspapers plc v News (UK) Ltd [1990] 3 All ER 376 (会見記事の報道); Designer Guild Ltd v Russel Williams (Textiles) Ltd [2000] 1 WLR 2416 (HL) (織物のデザイン)。

1916年のUniv. of London Press判決は、『文芸の著作物 (literary work)』とは、その質や文体が高度か否かという問題に関係なく、印刷物又は文書に表現された著作物をいう」のであり、その「要件とされる創作性 (originality) は、思想の表現に関わるものであるが、法はこの表現が創作的又は新規な形式 (original or novel form) のものでなければならぬとするのではなく、その著作物が他人の著作物のコピーではない、すなわち、その著作者に由来する (originate from the author) のものでなければならない、としているのである」(*ibid.* at 608-9, per Peterson J.)と判示する。

また、2000年のDesigner Guild判決において、貴族院は著作権の根拠を次のように述べている。

「著作権法は、極めて明確な原理に基づいている。すなわち、いかなる性格のものであれ、自らの技能及び労力によって彼自身の著作物を創作した者は、限られた期間、その著作物を複製する排他的な権利を享有する。他人は、その間、著作物が播いたところのものを刈り入れてはならない (*ibid.* at 2418, per Lord Bingham of Cornhill)」。

なお、イギリスにおける労力保護理論の展開については「IT時代の報道著作権」新聞通信調査会(2004) p.64-〔蘆立順美〕参照。

- (30) Millar v Taylor (1769) 4 Burr 2302, 98 E.R. 201 at 220. 事案は、ロンドンの出版

業組合員 Andrew Millar が、その登録図書を Robert Taylor により許諾なしに印刷、出版されたために生じた損害の賠償を求めて王座裁判所 (Court of King's Bench) へ訴え出たものである。

判決は、「著作者が自らの著作物について有する property」が著作権 (copy-right) であり、それは、「最初に出版する彼固有の権利 (the original right of first publishing) …印刷、出版の独占的な権利である」(ibid. at 224-225, per Aston J.) と述べて、こういう著作権が Anne 法以前からコモンロー上に存在していたとした。

次いで、このコモンロー上著作者の有する権利と Anne 法の定める権利との関係について判示したのが *Donaldson v Beckett* (1774) 2 Brown 129, 1 E.R. 837 であった。Brennan & Christie, ibid. p.314, 317.

事案は、劇作家、詩人である James Thomson が1729年1月16日に出版業者 Andrew Millar にその著作の一部を譲渡した。Thomson の没後、1738年6月16日に Millar は他の出版業者から Thomson の別の著作を譲り受けた。そして、1768年6月の Millar 没後にその遺言執行者からこれらの権利を購入した Thomas Beckett は、同年エディンバラの出版業者 Alexander Donaldson が独自にその一部を出版したことにより蒙った損害の賠償と将来にわたる出版の差止めを求めて訴えたものである。

Donaldson は、Anne 法は、図書の最初の出版後14年間、その著作者が生存中の場合は更に14年間、当該図書の著作者又は譲受人にその印刷、出版をする独占的な権利を認めている。この Thomson の著作は1729年に最初の出版がなされたもので、最大28年としてもその期間は1757年に満了していること等を主張した。

この上訴事件に関与した各種裁判所の長その他判事の多数意見は、著作者には上述のような自らの著作物を最初に印刷、出版する独占的な権利がコモンロー上認められているが、出版によってこの権利は失われ、以後は Anne 法の定める期間と条件の下での保護を受ける、というものであったため、貴族院は「図書の著作権は Anne 法に基づいてのみ認められる。同法によれば、複製物の印刷、販売の独占権は、最初の出版の時から14年間、著作者又はその譲受人に付与される。しかし、この期間の満了時に著作者が生存している場合は、その権利は更に14年間著作者のものとなる。…」と判示して、訴えを棄却したのである。

これ以後、著作権という特権ないし独占権はコモンロー上のものではなく、専ら制定法の所産であるという考え方は、*Jefferys v Boosey* 判決 (1854)、*Caird v Sime* 判決 (1887) 等により繰り返し確認されている。前掲注 (20) 参照。

この property は、英米法辞典(東京大学出版会、1991年)によれば、「財産(権)」、「所有権」と訳されるが、その源は John Locke のいう自然状態における生命、自由と並ぶ人間の基本的権利の一つである。要するに、彼自身のもの “something that is his own”, “properly his” (John Locke, *Two treatises of civil government*. Book II, para 27) という意味であるから、占有又は専有という訳語も妥当するであろう。コモンローは、「記録にない(時代からの)慣習 (immemorial usage)」であり、コモンロー上の権利は良心と自然的正義に基づくものである (*Donaldson v Beckett*, ibid. at 840) とされるから、property は制定法以前に存在する理性の法によって認められる自然権なのである。

Millar 判決は、出版業者、それもロンドンの国王特許に基づくギルドの独占権

を認めたものであるが、Anne 法以前から永久的な独占権がコモンロー上認められていたとするならば、そのような特許は必要なかったはずである。「要するに、図書販売の実際を根拠付けるためには、コモンロー裁判所によって認められた著作権というものを考案する必要は何らなかったのである」(Laddie, *ibid.* p.54.

(31) 前掲注 (13)。

(32) Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.358-9. ただし、この知的創作性の要件を具体的に適用するための指針、とくに創作性の程度について条約は何ら示していないから、「第2条第1項に列挙する著作物に必要な知的創作性の最低限については、加盟国は各別の解釈を採用することが許されている」として、コモンロー諸国が伝統的にこれを緩やかに扱ってきた立場を擁護している (*ibid.* p.404-5)。なお、逐条解説 p.20 参照。

(33) Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.379-380. ベルヌ条約の内国民待遇の原則が適用されるからである。

(34) その経緯については Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.381-388. 逐条解説 p.92-3。

(35) Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.367-372. これは、ベルヌ条約の前提とする著作者すなわち創作者という考え方に挑戦するものであるとし、そういう自然人だけが著作者であるとする考え方を否定する根拠は、一つには、集合的又は集団的事業においては、誰が著作者かを確定することが実際に困難であること、もう一つには、事業の性質が文芸的、美術的というよりは産業的性格を有することによるのであるが、その何れもフィルムコピライトの制度を正当付けるものであるとする。

なお、EC データベース指令第7条第1項（保護の目的）では、「構成国は、そのコンテンツの取得、確定、又は提供において質的又は量的な投資をするデータベースのメーカーに対し、そのデータベースのコンテンツの全部又は質的若しくは量的に評価して実質的な部分の抽出又は再利用を防止する権利を定める」として、メーカーの保護を正面から謳っている。

(36) Laddie, *ibid.* p.52-6. なお、この特権をめぐる裁判の経緯については、前掲注 (30) 参照。

(37) ベルヌ条約前文。イギリスは原始締約国の一つであるが、1930年に至るまで加盟16カ国中コモンロー国はイギリスただ一国であった。1931年ようやくカナダとインドが、また1935年にオーストラリア、アイルランド、南ア連邦が加盟するのである。

(38) Fiona Macmillan, ‘Copyright’s commodification and creativity’, OIPRC-EJWP 02/03は、著作権の強化、拡張には、創作の保護という著作権のロマンティックな概念が大いに影響している。しかし、それは単に権利の帰属点というだけであって、実際には著作権は譲渡可能な財産権であるとされ、その商品化、事業化のためには著作者の創作性を認めないという逆説的な結果になっている。例えば、録音物や映画については「著作者性の基準として、資金の投資 (financial investment) が独創性 (creativity) にとって代わるのである」という (*ibid.* at [4-5])。そこで、このような商品化、事業化を抑えるには、moral rights や実演家の権利を対抗させる必要があるとする (*ibid.* at [19])。

しかし、本稿で見てきたように、イギリス法における著作権は所有権と同じ性質の財産権であるから、商品化はむしろ当然のことである。従って、これを妨げ

のような譲渡可能性のない著作人格権は、ベルヌ条約へのその導入にかかる経緯（後掲注（43）及び本文）が示すように、コモンロー諸国の立場としては容れることのできないものである。むしろ、財産権としての著作権に人格との一体性からもたらされる不可譲渡性なる概念を持ち込んだロマンティックな考え方こそ行き過ぎであったとされるべきで、それが本文で述べたような EC 指令の中に反省として示されたと見ることができるであろう。

- (39) イギリスでは、**original** とは **originate**、すなわち、「そのものに由来する」という意味に解釈されている（前掲注（29）参照）。わが国の通説が、創作性を個性、独自性であるとし、幼児の描いた絵にも創作性があり著作権が認められるとするのは、この意味において妥当であると解される。
- (40) **Intellectual property** には、かつて「知的所有権」という訳語を充てるのが一般的であったが、対象を財産的利益の側面に限定するならば、この用語は誤りではない。
- (41) David Vaver, 'Moral rights yesterday, today and tomorrow', in: David Vaver ed., *Intellectual property rights: critical reviews in law*. Routledge (2006) vol.2, p.273-280 は、1988年の CDPA に取り入れられたこの「**moral rights**」なる表現は、誤解を招くものである」という。それは、凡そイギリス法にはない概念で、適当な訳語も見当たらず、内容的には従来からコモンローその他の方法で保護されてきたものである。他のコモンロー諸国の例を見ても、アメリカはベルヌ条約加盟に際し「**moral rights** は既存の法律により適宜保護されている」という理由で条約施行のための措置は何らとらなかったし、オーストラリアではここ10年ほど大いに論議されてきたが結果として見るべきものはなく、カナダも1931年にこれを導入してから半世紀以上にわたり裁判例は殆どなく実務上は専らコモンローによっている。ただ、CDPA が条約の規定に整合的でない、例えば放棄の自由を認める点については、合理性の基準によってこれを制限することにより、権利者、利用者間の利害の調整に柔軟に対処することが今後期待できるであろう、としている。
- (42) イギリス法では、コモンローと制定法の相違はもとより、法律と道徳の区別は厳守すべきものとされる。例えば、*Prince Albert v Strange* (1849) 1 H & TW 1, 47 ER 1302 では、銅版画所有者の同意に基づかないカタログの出版が、所有者のひそかな所持の満足を妨げることになるかどうかの判断は、**morality** の問題であって法律の争訟の対象ではないとされる（*ibid.* at 1306）。その根底には、「法律と道徳の境界は厳格に守られねばならず、内面的行為（**internal actions**）は法律の対象とされてはならない。…この基本的な区別が侵されるや否や、支配的な権力による個人の権利への最も非道で恣意的な侵害への扉が開かれるのである。また、司法権が道徳的な義務の広汎な領域にまで侵入しすぎることを許されるようなところでは、概して、それは一貫性のない不公正なものになる危険がある」という考え方がある（*ibid.* at 1312-3）。

内面的行為も有形的な媒体によって表現されて外面的行為と認められるようになれば、それは法律の問題となり得るであろう。ただ、プライバシー（秘匿されたもの）が公けにされても、本人の承諾がないか又は限られた範囲にとどまる場合は、コモンローの対象ではあっても制定法の対象ではない（前掲注（20）参照）。いわゆる公衆に対して公表されたもの、換言すれば **public interest** に関わるものが著作権法の対象であると考えられる。

- (43) その経緯については、Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.586-599. 齊藤博「著作者人格権の本質」コピライト no.548 (2006.12) p.2-、とくに p.14-5「資料1. ベルヌ条約と著作者人格権」参照。
- (44) 「根本的な問題は、コモンローシステムの強い経済的志向をもった著作者の道德上の関心という考え方を、[大陸法系の概念である] 著作者の権利 (authors' right) という本質に適合させるのが困難であるということにあった。Moral rights を保護する義務が条約に取り入れられてから75年以上経つ今日でもなお多くのコモンロー諸国がその要件を履行するのにとっているやり方は、条約実施という問題に関する偽らざる疑問を浮彫りにしているのである」。Ricketson & Ginsburg, *ibid.* p.590.