

講 演

違法または公序良俗違反の作品に についての著作権保護か？

マンフレッド・レービンダー

田 尻 泰 之 訳

- 1 法規の欠缺および法律上当然に生じる権利取得
- 2 法秩序の一体性

著作権の包括的保護をはかるドイツ最大の会社「GEMA」、すなわち「音楽の上映権および機械的複製管理会社」は、二年前の新聞紙上において、ロックミュージック界に蔓延している極右的歌詞、ファシズムに傾倒した歌詞または外国人に敵意を抱く歌詞で綴られた作品の権利を、保護しないと正式に発表した⁽¹⁾。その当時、我々は、この声明が「著作権および著作隣接権の保護に関する法律」第6条1項に規定されている、著作権管理会社に課せられている法律上の保護義務に抵触するのではないか、という疑問を呈した。さらに、GEMAの法政策的見解には好感を抱くものの、独占企業が法政策的な検閲官的役割を担うのは、僭越ではないのかとも思われた。

この問題提起は、多くの根本的問題に関連した。すなわち、違法な作品または公序良俗に反する作品の保護は、著作権においてどのようにはかれるのか？ 我々は、この問題に何度も取り組んできた。より厳密には、ポルノグラフィーに対する非難に関するものではないにせよ、国家反逆や人種差別主義に対するもの程度には、取り組んできた。此处では、音楽作品以外のもの、すなわち文学作品、創作芸術および映画芸術作品が討論されてきた。そこで、まず第一に、違法または公序良俗違反の作品にそもそも著作権が生じるのかどうか、さらに著作権が生じる場合、その著作権が行使可能であるかどうか、検討

(1) Hamburger Abendblatt vom 5. 8. 1997, S. 9. taz vom 6. 8. 1997, S. 11.

されなければならない。

1 法規の欠缺および法律上当然に生じる権利取得

創作という事実行為を伴っている違法または公序良俗違反の作品について、著作権が生じるかという問題は、著作権法に明文規定されていない。その結果、違法または公序良俗違反の事例に対して明確な例外規定が欠缺するため、原則の適用、すなわち創作性の原則（著作権法第7条）が適用される。作品が創作されると、法律に基づき著作権が生じる⁽²⁾。それでも今日、その他の知的財産においては、法律状態が異なっている。工業所有権の保護領域においては、法律が例外規定を包括的に定めている。違法または公序良俗違反の発明、商標、実用新案および意匠は、明文による法律上の規定に基づき、特許権、商標権、意匠権の対象とならない（特許法第2条1号、商標法第8条2項3号および9号、意匠法第7条2項）。

著名なスイス無体財産法学者の見解によれば、このことは、至極当然のことである。なぜなら、公序良俗違反性や違法性を有するものは、いずれにせよ権利保護を受けないからである⁽³⁾。それ故、彼は、「著作権上の法律状態への類推」も主張するのである⁽⁴⁾。

しかしながら、法規の類推適用は、真正な法規の欠缺を前提としている。そのようなものが存在するのか？これについて著名な法学者たちは、以下の根拠に基づいて異議を唱えてきた。すなわち工業所有権の保護は、通常国家の協力のもと、厳格に法律に従った要式行為により成立するが、その一方で著作権は、創作行為により当然に発生するので、違法行為者または公序良俗違反者に対して、国家行為による制裁の余地は生じないのであると⁽⁵⁾。つまり、著作権の発生につき審査、登録、寄託等の国家的な協力が行われないため、著作権に対しては、工業所有権法の法的状態から何も演繹することができないと思われる。したがって、工業所有権と著作権とでは発生行為が異なっているという理由づけは、真正な法が欠缺しているのではなく、現行法の解釈を通じて補

(2) *M. Rehbinder*, Urheberrecht, 10. A. 1998, Rz. 164.

(3) *Blum/Pedrazzini*, Das schweizerische Patentrecht Bd. I, 2A. 1975, Art. 2N. 3.

(4) *Pedrazzini*, Patent- und Lizenzvertragsrecht, 2 A. 1987, S. 75.

(5) *v. Gamm*, Urheberrechtsgesetz, 1968 § 2 N. 17; *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, 1970, § 2N. 10h.

完すべき不真正な法規の欠缺が生じていることに基づいている。

確かに上述の解釈は、著作権法の成立に関する規定では国家の協力が得られなくなる一方で、何故、工業所有権に関する法律上の規定を通じて違法または公序良俗に反する無体財産の問題に対応しうるかを説明できてはいるが、それでも以下の問題は、未解決のままにある。それは、権利の客体が違法または公序良俗違反であるにもかかわらず、権利の発生の際に国家の協力を得られないことが、創作者に著作権を成立させ、そして（論理的な発生時間の後、）その行使を制限⁽⁶⁾するための十分な根拠となるかという問題と、そもそも違法または公序良俗違反の客体については、その権利を全く認めることができないのではないか、という問題である。議論の余地がある最近の決定において、スイス連邦裁判所は、麻薬の窃盗可能性について詳論している。すなわち、流通性は所有権の必要条件なので、麻薬は所有権の対象とならない。（そして、大抵において当てはまるであろう、）商取引と所持が禁止されている限り、麻薬は流通不可能な物である。さらに麻薬は、各々の定義に鑑み、私法上の所有権の客体にも適さない⁽⁷⁾。これは正当なのか？ そして、そこから著作権法に対して何かを演繹することができるのか？

ここでは、著作権の歴史を概観することが有益である。それにより、我々が抱える問題が旧知の事項であり、立法者は、そこにおいて工業所有権上の保護と比較した上で、規定せずとの決定を下しており、そしてその結果、類推により解決することを不可能とする不真正な法規の欠缺のみが存在していることを知るのである。つまり、（すでにビスマルク帝国内でドイツ統一が行われる前の）19世紀に、当時のドイツ連邦の全州に適用される著作権法の立法がなされていた際⁽⁸⁾、ヴィッテンベルク州の代表は、文学等の作品が刑法により拒否される場合における文学等の作品保護をはかる必要性について、理論上、何度も慎重に検討された問題を提起した。（1863年12月2日の委員会議事録によれば、）以下の点につき同意が得られていた。それは、発行の際に警察による検閲的規定にのみ反していた書物が、それにもかかわらず、複製から保護されねばならなかったこと。そしてこれに対し、一般的法原則によるならば、犯罪的な内容故に決して頒布されてはならない類の書物については、頒布に関する排

(6) *Schricke/Loewenheim*, Urheberrecht, 2 A. 1999, § 2. Rz. 47.

(7) BGE 122 IV 179, 183f. において言及。

(8) いわゆるフランクフルト草案 (abgedruckt in UFITA 121 (1993), S. 71-291.) をみよ。

他の権利を何者も有さないことであった。それでも、これに関する特別規定を法律として定めることは、不適切であるとみなされていた。なぜなら、この問題は一般的法原則で十分に対処できるのであり、もしもその関係に直接対応しようとするならば、例えば、書物のわずか一節が犯罪的な内容である場合等々、詳細な規定を必要とするようになるからである⁽⁹⁾。

一般的法原則で十分であるとし、規定を見送ることについて委員会の意見が一致したのは、以下の見解に基づいている。それは、委員会が「慎重に検討した」限り、この時点において諸文献、とりわけ、ハイデルベルク大学の私講師であり、後のバーデン大公国大臣となったユリウス・ヨリーの著作「複製の理論」(1952年)⁽¹⁰⁾、シュトゥットガルトの実務家であるオスカー・ヴェヒターの著作である「出版法」(1857年)⁽¹¹⁾、オーストリア・ハンガリー帝国大学教授ペスト・ペーター・ハルムの著作「現代オーストリア出版法」(1857年)⁽¹²⁾等は、統一的な見解をとっていた。全ての著者が、自らの結論を法秩序の一体性に関する議論を用いて正当化しており、とりわけ注目に値するものとしては、(オーストリアは既に分離していたものの、)その後のドイツにおいて、既に統一著作権法を有していた時代に、偉大なるベルリンの法学者であるヨゼフ・コーラーによって「著作権法」(1880年)が記されている。確かにコーラーは、英国の裁判所がバイロン卿の「ドンファン」のような傑作の著作権を拒絶するという試みを、激しく非難していた。それでも、芸術や科学における性的自由のために彼が送った熱烈なエールは、当時発展していった猥褻的、非人道的、煽動的または名誉毀損的な傾向にある作品の著作者には保護を与えない、という原則に反するものではなかった。

なぜなら、コーラーによれば、「(ある)作品が淫猥な性的刺激の目的を追求し、そしてそれ故、その意味において非道德的であり、その頒布が禁止されているか罰すべきものであるように思われるとき(帝国刑法第184条)、または、およそ法律違背の罰すべき行為や、法に対する不服従の教唆(帝国刑法第110条および111条)、反逆の教唆(帝国刑法第85条)、社会主義法に対する違法行為(帝国刑法第166条)等、罰すべき内容がある場合⁽¹³⁾、その作品に対する著

(9) Ebd. S. 111f.

(10) Nachgedruckt in UFITA 111 (1989), S. 101-204 (209).

(11) S. 180ff.

(12) S. 71f.

(13) 筆者による強調。

著作権者の保護は否定される。さらに、著作権者の保護そのものも否定されうる⁽¹⁴⁾。なぜなら、一方において、この作品の頒布が禁止され、また他方において、当該著作権者に対して頒布権が保障されるならば、法秩序が自ら矛盾に陥るからである⁽¹⁵⁾」。

それでもコーラーは、違法または公序良俗違反の作品を著作権保護から排除すべき旨を主張した最後の偉大な著作者である。というのは、その後、学説上の通説は、これと対立または一線を画した立場をとったのである。それは、著作権の法的性質に関する認識の発達によるものである。エマニュエル・カントの著作である「著書複製の違法性について」（1795年）⁽¹⁶⁾に引き続き、とりわけヨハン・カスパー・ブルントゥシュリ（1844年）、カール・ガライツ（1877年）、オットー・フォン・ギールケ（1895年）等により、著作権理論が人格権として発展していった。この理論によれば、「著作権」は、単なる財産権であるのみならず、（より厳密には、まず第一に）人格権なのである。著作者は、その第一において、自己の作品を自らのために手元にとどめておく権利および作品それ自体の出版を取りやめる権利を有する。出版および頒布に関する作者固有の権利（およびそれに関する財産権）は、（人格権上の）排他的権限から生じた単なる結果にすぎない⁽¹⁷⁾。チュウビンゲンの法学教授であるグスタフ・マンドレイによれば、「著作権の法的意味内容は、排他的権限の中に存するのであって、複製や頒布に関する権限の中にはない。この排他的権限は、確かに通常、複製や頒布を可能とし、著作権者に経済的収益をもたらすために認められているが、出版やその意図自体が保護の法的前提となるのではない。このことは、むしろ著作権者が有している全体的な利益を配慮した上で、認めら

(14) 筆者による強調。

(15) *Josef Kohler*, *Autorrecht*, 1800, S. 137–144.

(16) Nachgedruckt in UFITA 106 (1987), S. 137–144.

(17) *Bluntschli*, *Deutsches Privatrecht*, 3. A. 1864, S. 115ff. それによれば、「作品が有する財産としての価値は、……それ故、もちろん、著作権が所有権として用いられる局面が実務においても最も重要であるにもかかわらず、著作権の内的核心ではなく、法的認識としては、副次的意義を有するにすぎない」。これに関する詳細は、*M. Rehbindner*, *Johann Casper Bluntschli's Beitrag zur Theorie des Urheberrechts* (1993), in derselbe: *Aufsätze zum schweizerischen Urheber- und Medienrecht*, Bern 1995, S. 181–201.

(18) *G. Mandry*, *Das Urheberrecht an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst*, 1867, S. 95f.

れるものである⁽¹⁸⁾」。コーラーは、無体財産が有する財産権上の性格を、著作権と併存して著作権者の人格を保護している人格権で補完する事を通じて、此处で基礎となっている人格権としての著作権理論を無体財産としての著作権理論として発展させていた。それにもかかわらず、コーラーにとってこの人格権は、著作権とは区別されるものであったため、コーラーは、著作権の違法または公序良俗に反する内容を否定することができたのである。しかしこれは、無体財産権に関するコーラーの支持者たちとも、以下の点で相違している。すなわち、現代的な見解によれば、財産権と人格権を含めた両領域を著作権が有する二重の権利と理解することにより、人格権は著作権の構成要素となる。なぜなら、今日の著作権は、頒布禁止の際にも、それどころか製造禁止の際にも存在し続けなければならないからである。それ故、ミュンヘンの法学者エルヴィン・リーツラーが1909年に記した「ドイツ著作権および発明者権」によれば、

「独自の精神的著作物には、その内容が名誉毀損や讒謔等の法律または公序良俗に反するものであっても、文学上の著作権が成立する。これについて詳細に述べるならば、すなわち、対立する法規が欠缺していることであり、公序良俗および法規に反する内容を有する作品も含めた物的所有権の類推なのであり、結局のところ、まさにこのような作品で、無権限者ではない者が本質的な内容を初めて公表したときに、著作権者の利益が特に強力になることについての検討なのである……」。

これに対して、違法または公序良俗に反する諸発見には特許が付与されないと主張するならば、二つの事例における法律状態の本質的差異を見落とすことになる。発明者権は、国家権力による特別の行為を経て、初めて特許における完全性を備えることになる。このことは、国家権力がその他の観点から拒否することを、とりわけ発明者権により制裁するために機能することを求めるものではない。それ故、特許法は、公序良俗および法律に反する発明に対して特許を与えないことを、明文で規定している。これに対して、文学上の著作権は、全く国家権力の活動から独立しており、精神的な創作のみにより成立する⁽¹⁹⁾」。

2 法秩序の一体性

法制史の概観がその構造を示すように、現行の著作権法は、工業所有権の保

(19) Riezler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht, 1909, S. 217f.

護に関する法律上の規定により補完を要するような法規の欠缺は含まないであろう。しかし、違法または公序良俗に反する作品が有する著作権上の保護と対立する者によって用いられる法秩序の一体性原則を、どのように解釈すればよいのか（法秩序に関する対抗の自由）⁽²⁰⁾？ ユリウス・ヨリー、オスカー・ヴェッヒャー、ヨゼフ・コーラーは、法秩序の一体性が侵害されていたと考えていたし、特定の作品の頒布禁止が望まれていても、その作品についての著作権は認められていた。しかし、（物的所有権のような）著作権が、積極的な内容のみならず、消極的な内容も有しているならば、彼らの理解による規範対立は問題とならない。著作権の外部で確立した複製禁止および頒布禁止に該当するのは、著作権の積極的内容、すなわち特定の行為権限のみであって、これに対して、消極的内容、すなわち、著作権者が第三者により自らの利益を侵害されたときに行う妨害排除請求の基礎にある、排他的効力に関わるのではない。この内容は、かつて、第一出版権やその他の人格権上の利益が指摘されていたときに考えられていた人格権による請求に基づいているのみならず、第三者の不正使用に対抗するための利用権による妨害排除請求にも基づいている。つまり、主体的意味における著作権の内容は、そこから生じる権限が法秩序の全体により確定される限りにおいて、移ろいやすい。不動産の所有権でさえ、例えば、公法がその所有権を認める限りにおいてのみ成立する（例えば、不動産の所有者は、自己所有の土地の上に発電所の電柱がたてられることを黙認しなければならない）。

著作物の違法性または公序良俗違反の例証として、ポルノグラフィーについて言及してみたい。刑法第184条は、文書、音声、画像、データによる頒布（第184条1項1-7号、3項1号および2号）を禁止しており、その他の表現による頒布（刑法第11条3項）、放送による頒布（第184条2項）、さらには頒布を意図してポルノグラフィーを制作することも禁止されている（同条1項8号、3項3号）。すなわち通常、著作権者は、複製権、頒布権、放送権を有している一方で、この権利は、その（行使権としての）積極的内容のうち、著作権のポルノグラフィーとしての内容について、例外的に付与されないのである。なぜなら、その限りにおいて著作権が刑法秩序に抵触するからである。それでも、人種差別的なロックミュージックに対するGEMAの事例は、法秩序

(20) これについては、*Karl Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 46ff. が詳細である。

対立の自由と調和するものであるかという疑念が生じる。

可能性の一つとしては、製造禁止または頒布禁止となった作品について、その利用が刑法上禁止されているという範囲内で著作権上の積極的な権限はなく、ただ消極的な権限のみが存在しているとの判断がある。著作権は、(例えば、極右に傾倒した内容の流行歌が上演されるに際して、GEMAが著作権使用料を支払う義務はない等、)その権限について全面的に積極的な内容を有するものではないが、(例えば、海賊行為からの保護のように、)第三者に対する妨害排除権は残る⁽²¹⁾。もっとも、この見解に対しては、ドイツで代表的な著作権法注釈書において異論が唱えられている。そこでは、「(刑法第184条に抵触する)公序良俗違反の内容を有する著作物では、完全な著作権が発生するのではなく、禁じられた権能により制限された著作権が存在するという(レービンダーの)見解には、同意できない。著作権は成立し、ただその行使のみが、その他の法規定に基づき、此处の権能において不適法となるのである⁽²²⁾」。

レーベンハイムの注釈書からは、なぜに単純な行為禁止に依拠した完全な権利者状態という彼の見解が、内容制限としての製造禁止および(または)頒布禁止の解釈よりも法理論上の説得力を有しているのか、という実務上の根拠を見いだすことはできない。此处では理論構成上の相違のみを問題としている。それでも筆者は、物的所有権において比較可能な状況を指摘することを通じて、筆者の見解を弁明してみたい。

まず第一に、麻薬の所有権について、その窃盗能力につき論究してみたい。本稿の冒頭でも触れたように、麻薬は私法上の所有権の対象となり得ず、その取引不能性故に、窃盗の対象ともならない、と判断したスイス連邦裁判所の見解は⁽²³⁾、ドイツでは受け入れられない。製造禁止や頒布禁止は、必然的に所有権の喪失となるわけではない。海水や大気のように、取引不能なものとして誰の所有物にもなり得ないものに限り、「(「未知の物」ではないため、)窃盗対象として問題とはならない⁽²⁴⁾。しかし、麻薬に関する所有権は、(ドイツ民法第903条1文によれば、)「物を自由に処分できる」という意味での包括的支配権ではない。なぜなら、包括的支配権は、「法律および第三者の権利を侵害しな

(21) *M. Rehlinger*, Urheberrecht, 10. A. 1998, Rz. 46.

(22) *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 2. A. 1999, § 2 Rz. 47.

(23) BGE 122 IV 179, 183f.

(24) 此处では以下の文献のみを参照 (*Albin Eser* in Schönke/Schröder, StGB, 25. A. 1997, § 242 Rz. 19.)。

い限りにおいて（同文）」所有権者に付与されるからである。権利⁽²⁵⁾は認められる。しかし、その権利は、（その他の権利と比較するならば、）麻薬に関する刑法上の規定により内容上の制限を受けるのである。もう一つ例証してみる。公法上、数多くの規定が土地所有権の意味内容を定めており、その規定は、「物を自由に処分できる」権能を「対立する法規」により制限している。ドイツ民法第903条1文は、所有権者が有する民法上の「処分権」を全体的法秩序により留保することで、法秩序の一体性をはかっている⁽²⁶⁾。

この構成を知的所有権に転用するならば、主体的意味における著作権には、包括的な作品支配権が認められているものの、その権利は、この支配について全体的法秩序が確定する境界の範囲内でのみ認められることになる。GEMAの事例で、これが意味するのは、人種差別や全体主義的な内容のロックソングを頒布したり、公での演奏を刑法上禁じることを勧案すると、GEMAがライセンスによる受任契約に基づいて引き受けた著作権上の利用権は、全く成立しないことになる。GEMAは、収入からの分配を権利者のみに対して義務づけられているので、当該ロックグループや出版業者の側からGEMAになす請求は認められない。より厳密には、この領域においてGEMAが、仮にワールドツアーではなく、（例えば、このロックグループのコンサートや、複製権の委託にのような）音楽に関連して収入を得た場合であれ、当該請求は認められない。なぜなら、この事例においても、当該無権利者に対する不当利得は生じないからである。

*訳者あとがき

本稿は、レービンダー教授（Prof. Dr. Manfred Rehbinder）が²、1999年10月7日早稲田大学比較法研究所において行った講演の翻訳である。原題名は、Urheberrechtsschutz an rechts- oder sittenwidrigen Werken？である。この論文において

(25) 「権利」の概念に対する疑念については、*M. Rehbinder, Einführung in die Rechtswissenschaft*, 8. A. 1995, §§ 14-16. をみよ。

(26) 所有権に関する一つの形式的概念と、外的または内的に生じる実行制限として機能する所有権意味内容の各具体化を区別することは、とりわけ、その区別と実務上の結論が何の疑問もなく結合することもないため、ほとんど意味をなさない（ebenso schon *Fritz Bauer* in *AcP* 176 (1976), S. 97ff. (117) und *Ludwig Raiser*, *Funktionsteilung des Eigentums*, in *Festgabe Johannes Sontis*, 1977, S. 167ff. (168f.), siehe auch *Olzen*, *JuS* 1984, 329)。

筆者は、1997年、違法または公序良俗違反であるロック・ミュージックの著作権保護をGEMAが拒否したことをきっかけとして、歴史的考察およびドイツ法とスイス法の比較法的考察により、著作権の本質を簡明に論究している。