

Current Status and issues of the Japanese Copyright Law

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/41144

我が国著作権法の課題

中山 信 弘

明治大学特任教授・東京大学名誉教授

1. 著作権法の枠組み

①著作権法の本質

著作権法は著作物を保護する法であり、保護する目的は文化の発展にある（著作権法1条）。そして著作権法は、著作物を新たに創作した者に一定期間（原則として死後50年）、その著作物の独占的利用を認め、その独占的利用から受ける利益が創作へのインセンティブとなり、その結果ますます創作に励み、情報の豊富化を招き、それが文化の発展に繋がる、という制度設計となっている。そして著作物とは、人の思想感情を創作的に表現したものであるが、それだけでは具体的なイメージが湧かないので、著作権法10条で、小説や音楽等の9種類が例示されている。この9種類はあくまでも例示であり、これ以外にも著作物は存在し得るが、現実にはこれ以外で著作物とされるものは稀であろう。

著作物とは、小説の本とかキャンバスに描かれている絵画の現物のようなリアル世界の有体物ではなく、観念的な存在である情報を指す。絵画の例で言えば、現物の絵画は絵という著作物（情報）を具現化している媒体に過ぎず、小説の例で言えば本という紙を媒体として小説という著作物が具現化されている。従って現物である絵画が燃えて無くなっても、観念的な存在である著作物は失われず、消失後にその絵画が掲載されている本を無許諾出版すれば著作権侵害となる。観念的な存在である著作物は情報であるので、毀損ということは基本

的にはありえない。絵画それ自体を燃やす行為は、絵画という有体物の侵害であって器物損壊罪や不法行為となり得るが、著作権侵害とはならない。最近では、現物の絵画等の損壊も著作権侵害であるとする有力な説も現れているが、判例・通説では著作権侵害ではないと考えられている。絵画を始めとする美術品の場合は、現物自体が価値をもつという特殊性により、現物の絵画自体が著作物であるかのような感覚になりがちであるが、著作物はあくまでも無体の情報である。また読み終わった本を古本屋に売るという行為は、本（紙）という有体物を売ったに過ぎず、著作物を売っているわけではない。

平成 11 年に、譲渡権という支分権が新たにできた（著 26 条の 2）。これは原作品又は複製物の譲渡により公衆に提供する権利であり、古本を売れば譲渡権侵害になりそうであるが、第一譲渡によって権利は消尽するとされているので、正規に買った本を売るとは譲渡権侵害にはならない。著作権法 26 条の 2 では、譲渡権を、著作物をその原作品又は複製物の「譲渡により」公衆に提供する権利と定めている。原作品や複製物を譲渡する権利、ではなくて、著作物を譲渡により公衆に提示する権利と定めているのは、著作物という観念的な存在自体を譲渡するのではなく、有体物である原作品や複製物の譲渡という方法を用いて、その著作物を公衆に提供することを権利の内容としているからである。著作権法 26 条の 3 の貸与権も同じような作りになっており、「複製物を貸与により公衆に提供する権利」と規定されている。著作権法を始め、知的財産法は財産的情報の保護法である、という認識が極めて重要であり、ここを押さえておけば、知的財産法の基本原理が理解できる。

情報は有体物（民法 85 条）とは異なった性質を有する。他人の有体物を盗めば、もはやその他人はその物を利用できなくなる。従って物を盗まれた場合、その物の取戻しができれば所有権の円満性は回復されるので、取戻請求権が中心となる。それに対し、他人の情報を無断利用（つまり盗む）されても、その

情報を盗まれた他人はその情報を従来通り利用できる。知的財産法の問題ではないが、卑近な例で言えば、試験で横の人の答案を見て、すなわち情報を盗んで答案を書いても、盗まれた人は、その情報の利用を妨げられないので、取戻しということとはありえない。カンニングした者の行為を止める、具体的には試験を無効とする等の措置で足りるので、有体物の場合のように取戻すということは考えられない。つまり著作物という情報財の場合には、取戻すということは観念的には考えられず、他人によるその著作物の使用を禁止すれば著作権の円満性は回復される。すなわち著作権の本質は排他権にあると言える。

②著作権法の構造と問題点

個人でも、会社でも、国でも、模倣により発展してきた。模倣一般を禁止すると社会の進歩は止まる。模倣一般を禁止することは妥当でないし、またできないことでもある。いかなる芸術でも学問でも、必ず先人の業績に負っている。ニュートンは、自分は先人の肩の上に乗っているので、少し先が見えたに過ぎないと述べている。ニュートンのような天才でも、自分の業績は先人の業績に負うところが大きいと言っている。つまり模倣一般を禁止すると社会の発展は止まるので、模倣は基本的には自由であるべきである。ただ模倣を自由にしたのでは社会の発展が損なわれる場合に限り、法で模倣を禁止しているに過ぎない。つまり無数にある情報のうち、規制しなければ当該文化や産業が成り立たないようなものを選び、特に法で模倣を禁止しているにすぎない。従って、情報保護法は常にパッチワーク状態になっており、時代が変化すれば、社会の要請により、保護されるべきものも変化する。現に著作権法は情報伝達技術の発展とともにその守備範囲を広げており、それに応じてその弊害を除去する権利制限規定も増加の一途をたどっている。

有体物の侵害形態は、常識的に理解できる。具体的にはその物を奪ったり、

壊したりする行為が侵害である。それに対して情報の侵害形態は多岐にわたり、法で侵害形態を特定しないと、何が侵害に当たるのか判らず、法的安定性を害する。例えば、他人の料理の本の海賊版を出版する行為が侵害になるということは常識的に理解できる。それでは、その本を用いて料理学校でその料理を教えることは侵害か、その料理を作ることは侵害か、作った料理を食べることは侵害か、という点は不明であり、法律でその限界を定めなければ、どこまでが権利範囲か不明である。以上のような理由で、著作権法は、権利の範囲、すなわち侵害となる行為につき、詳しく規定している。具体的には複製権・上演権・公衆送信権等の支分権（著 21 条から 28 条）を定め、その支分権に該当する行為を無断で行えば著作権侵害となる、と規定している。しかしながらそれらに該当する全ての行為を違法とすると、余りにも不都合が大きく、例外として著作権法 30 条以下で規定されている行為については、違法とはならない、と規定されている。この権利制限規定は限定列举であり、その規定に該当しない限り、原則として違法となる。そして多くの学説により、この制限規定は厳格に解釈すべきであるとされてきた。立法時の政治的状況で、国会でそのような答弁をしない限り立法できなかつたし、学説もそれに従ってきた。

しかしながらデジタル技術の発達、それに伴うネット技術の発展により、この権利制限規定に該当しないが、違法とすることは常識に反するような行為が増えてきており、近年は制限規定の新設も増えてきている。一例を挙げれば、記録媒体内蔵複製機器（例えば携帯電話器）が故障して修理するにあたり、修理業者はそこに蓄積されている音楽等の著作物の複製物を一時的に他の記録媒体に移す行為（複製）と、修理後の携帯電話に戻す行為（複製）を行わねばならないが、そこでは 2 回複製を行っており、形式的には侵害となるが、それでは余りに常識に反する。そこで、平成 18 年改正で著作権法 47 条の 4 が新設され、そのような修理業者の行為は合法とされた。それまでは形式的には侵害であったが、具体的事件がなかったことで救われていたに過ぎない。もし裁判に

なれば、裁判所は、このような事例につき、何らかの理由をつけて非侵害とする可能性もあったであろう。

また最近の判例や学説は、これらの制限規定を柔軟に解するようになってきた。例えば東京地判平 11 年 10 月 27 日判時 1701 号 157 頁（雪月花事件）は書の著作物の写真を広告用のパンフレットに小さく掲載したという事件であるが、写真が小さいので書の特徴である墨の擦れや勢いが見えないから複製ではない、とされた事例である。このような、若干無理な解釈をして侵害ではない、として常識的な結論を導いた判例は他にもある。詳細は割愛するが、そのような例としては、「市バス事件」（東京地判平 13 年 7 月 25 日判時 1758 号 137 頁、46 条柱書の「恒常的に設置」という概念の柔軟な解釈）、一連の「中古ゲームソフト事件」（東京地判平 11 年 5 月 27 日判時 1679 号 3 頁（ゲームソフトは映画でない）、大阪高判平 13 年 3 月 29 日判時 1749 号 3（頒布権の消尽を認めた）、東京高判平 13 年 3 月 27 日判時 1747 号 60 頁（26 条 1 項の複製物ではない）、最判平 14 年 4 月 25 日判時 1785 号 3 頁、消尽理論の適用）、「絵画の鑑定事件」（知財高判平 22 年 10 月 13 日判時 2092 号 135 頁、引用概念の拡張解釈）等がある。

これに対し、アメリカではフェアユースという規定があり、一定の要件の下で、フェアと考えられる行為は合法とされている。アメリカにも日本と似た多くの権利制限規定が設けられているが、その前にフェアユースと呼ばれる権利制限の一般規定が置かれている。そこでは、一般的な解釈指針 4 項目を示した後にフェアユースと認められる著作物の利用行為には権利が及ばないとされている（米著作権法 107 条、条文は以下の通り）。

「第 106 条および第 106A 条の規定に関わらず、著作権ある著作物のフェアユース（コピーまたはレコードへの複製その他第 106 条に規定されている手段による利用を含む）は、批評、評論、ニュース報道、教育（教室での使用のために複数のコピーを含む）、研究または調査を目的として、複写物、録音物また

はこの節に規定するその他の媒体へ複製することによる利用も含め、著作権侵害とならない。特定のケースで著作物の利用がフェアユースに当たるか否かを判断する場合には、考慮されるべき要素には、以下のものが含まれる。

- (1) 利用の目的および性質（その利用が商業的性質を有するかまたは非営利教育目的かという点を含む）
- (2) 著作権ある著作物の性質
- (3) 著作権ある著作物全体に対する利用された部分の量と質
- (4) 著作物の潜在的市場または価値に対する利用の影響

上記のすべての要素を考慮してフェアユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。

このアメリカ著作権法 107 条の条文はそれまでに蓄積された判例をリステートしたものであり、4 項目はガイドライン的性格を有する。フェアユースはエクイティ上の衡平の原則に根ざしているものであり、正確な定義付けはされておらず、ケースごとに裁判所で、具体的な事実関係に基づいて判断される性質のものである。アメリカ著作権法では、108 条以下に、わが国と類似した権利制限規定が設けられているが、それらは限定列举ではなく、判例に現れた当然に合法（*per se lawful*）とされたものを列举したものであり、ここに列举されていなくてもフェアユースと認められる場合もある。その意味から、アメリカにおける権利制限規定の中心はフェアユース規定にあるといえる。このフェアユース規定は、裁判所により、時代とともに発展している。

このようなフェアユース規定を持たないわが国においても、時代の進展、なにかんづくデジタル技術の発展により、権利制限規定には該当しないが、常識的に考えれば侵害とすべきではない行為が多数出現するようになった。検索エンジンがその典型例である。先に述べたとおり、それらにつき判例は必ずしも頑な判断をしてきたわけではなく、複製や引用等の既存の概念の柔軟な解釈等で

妥当な結論を見いだしてきた。その限りにおいては、フェアユースの規定を設けなくとも結論に大きな差異はないようにも見えるが、アメリカの例を参照すると、フェアユース規定は、単に従来の法でも解釈可能であるかもしれないものを救済するという作用だけではなく、著作権法と大きく変化しつつある社会の実態との乖離を埋める役割も果たしうるものである。

アメリカのような一般的な権利制限規定があれば、技術の発展に適応した柔軟な解釈が可能となり、Google booksなどは、この規定を利用したビジネスを行っている。具体的には、他人の本（大学等の図書館にある本）を権利者の許諾を得ずに全文コピーして検索が可能とし、著作権が切れたものについては全文が読めるし、期限が切れていないものについては、該当箇所的前後数行（スニペット、snippet）だけを表示し、それが何処で手に入るかを表示する行為がフェアユースに該当するとされている（ニューヨーク州南地区地方裁判所）。これによる一般人や学者等の利便性は計り知れないが反面、著作権者に不利益は殆どない。フェアユース規定はこのように用いられている。もしわが国で同じようなことを行えば、まず本をコピーする段階で複製権侵害となり、スニペットを送信する段階で公衆送信権侵害となることはほぼ確実で、このようなビジネスはできないことになり、Google と同じビジネスを行う為には、法改正が必要である。

そこでわが国では、フェアユース規定の導入を巡り、平成 24 年に文化審議会で議論されたが、大議論の結果、フェアユース規定の導入は見送られた。結局、写真や録画の際に写り込まれたような場合には合法とする、という規定の他、3ヶ条を設けて幕引きとした。具体的には、30 条の 2（付随対象著作物の利用）、30 条の 3（検討過程における利用）、30 条の 4（技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用）、47 条の 9（情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用）が新設されたが、この 4 ヶ条の規定は極

めて詳細かつ具体的な権利制限規定となっており、フェアユース規定とはほど遠い。今のわが国では条文の明確性を重視する傾向にあり、立法された4ヶ条とも詳細を極めた規定になっており、詳細であるが故に解釈の自由度は狭いものとなってしまう、そこでセーフと規定されていないものはアウトと判断されることになりがちである。つまり、詳細であるがゆえに従来はグレイであったものが白黒どちらかはっきりしてしまい、柔軟な解釈を妨げるものとなり、フェアユース規定とはベクトルが逆の規定となってしまった。柔軟な解釈可能性こそフェアユース規定の神髄である。フェアユース規定は、将来何が起きるか判らないので設けるところに意義がある。この改正でフェアユース規定の芽は摘み取られてしまい、ネット・ビジネスを行おうとしている企業にとっては大きな萎縮効果を与えることになる。結局著作権法の基本的構造は従来とは変化がなかったということになる。権利者団体は、自分の著作物がフェアユースの名の下に他人に無断利用されることを恐れて反対に回り、特に新聞協会まで反対し、結局日の目を見なかった。しかし新聞協会は、出来上がった紙面を他人に利用されることを嫌がって反対したが、紙面を作るに際してはフェアユースの規定が必要と思えるのだが、どう言うわけか強力な反対派であった。

デジタル技術やネット技術の発展により、著作権は未曾有の荒波に揉まれている。著作権法の基本的なパラダイムは変わっていないが、著作権を取り巻く環境は大きく変化している。著作物の創作・流通・利用の各側面で大きく変化し、著作権のフィールドとプレイヤーは急激に拡大した。しかしながらベルヌ条約の制約もあり、コペルニクス的な転換は難しく、現在は、「新しい酒を古い革袋に盛る」という状況にある。

従来わが国企業のマインドは、必要があれば、まず官庁に働きかけて審議会で議論し、国会で法律を作ってもらってから行動する、というパターンが多かった。それに対し、フェアユース規定を設けると、まず自分がフェアと信じ

る行為をし、それに異議ある者が現れれば裁判で争うことになる。つまりフェアユースの規定は、官から民へ、事前規制から事後規制へということを意味し、それだけ自己責任が増すことを意味している。このような自己責任の世界には反対する勢力も強く、今回の改正は失敗したが、このような内向きの論理では世界に立ち向かうことはできない。デジタル時代のビジネス、特にネットを用いたビジネスは時間との競争である。役所に働きかけ、審議会で議論し、国会で立法するのでは余りに時間が掛かりすぎる。それに対し、フェアユース規定が存在すると、まず行動を起こし、問題があれば裁判所で決着をつけるので、早急にビジネスを立ち上げることが可能となる。ネット・ビジネスは先手必勝で、世界で最初にビジネスを立ち上げ、先行者利益を挙げることが最も重要である。その好例が検索エンジンである。検索エンジンの技術自体は、日米とも同じ頃にできたが、ビジネスに関しては Google は、フェアユース規定を援用して自らフェアと信ずるビジネスを行い、多くの訴訟に打ち勝って現在の検索エンジンや Google books のビジネスを確立し、世界の大企業になった。そして今や検索エンジンが著作権侵害であると言う者はいなくなった。わが国では Google より 10 年遅れ、平成 21 年に著作権法 47 条の 6 という規定を設け、ようやく検索エンジンビジネスが解禁となったが、この 10 年で既に勝負がついてしまった。経済産業省を中心に、大航海プロジェクトというわが国独自の検索エンジンを立ち上げる計画もあったが、雲散霧消した。政府や法が Google を守ったのではなく、Google は自らのリスクにおいて、訴訟を勝ち抜いてきたのである。わが国企業にはこのようなマインドが少なすぎる。確かなことは、今後のわが国は、Google や Amazon を始めとする海外企業と競争をして行かねばならないということである。わが国は鎖国をしている訳ではないので、外国企業の進出を阻むことはできない。勿論ネット・ビジネスを遅らせているのは著作権法だけではなく、他の要因のほうが圧倒的に大きいと思えるが、少なくとも著作権法が足を引っ張ることはあつてはならないことであり、その点には大いに留意する必要がある。その意味からフェアユース規定の導入失敗は遺憾な

ことである。

2. 現在の著作権法の置かれている状況、問題点

従来は著作権の立法や解釈においては、著作者・著作権者の保護が第一であり、権利制限規定は厳格な解釈が必要であるという考え方が強かった。それはそれなりに時代の要請でもあった。しかしながら社会が複雑化し、デジタル技術・ネット技術が進展するにつれ、著作権法と現実との乖離がますます大きくなり、侵害とするには余りに常識に反する事例も増えている。形式的には侵害となることについては、企業としては侵害を恐れて萎縮するおそれがある。今まさに打って出なければならない時に萎縮したのでは将来はない。一般人は煩わしいので著作権法を無視するようにな傾向にあり、そうなると法の実効性が保てず、モラルハザードが生じることになりかねない。つまり著作権法などは守らなくてもよいのだ、という風潮を招きかねない。いずれにしても好ましい状態ではない。情報規制は必要最小限であるべきであり、過度の規制は、むしろ文化の発展に逆行する。

著作権法では、情報を見るだけ、読むだけ、聞くだけの行為は合法とされている。法解釈的には前述の支分権には含まれていないから合法ということになるが、実質的には、それらを禁止することは知る権利等の憲法上の重大な価値の侵害になるだけではなく、そのような細かな行為まで規制されたのでは生きて行けず、この世は真に生きづらい社会になる。デジタル技術の発展により、情報を見る、聞くだけでも、コンピュータのどこかで他人の著作物の複製が行われており、またネット上でのビジネスにおいては、必然的に複製や自動公衆送信がなされる場合も多い。そうなると権利者に損害を与えるようなものでなくとも、デジタル機器を用いるだけで、あるいはある種のネット・ビジネスを行うだけで、侵害とされてしまう場合が出現するようになってきた。

著作権法もそれに対応すべく、毎年のようにデジタル対応の改正が行われている。しかしそれらの改正は、社会の必要性の変化が激しいため、著作権の強化と権利制限規定の創設の馳ぎっこという状況にある。しかも困っている実情(これを立法理由という)が生じてから種々の手続を経て立法されるために、前述のように、時間が掛かる。この世界的大競争時代において、それでは遅すぎる。

従来の著作権法は、作家等の創作者とその作品の伝達者である出版社や映画会社等の、いわばプロの間の法律であり、一般人が著作権法を意識する場面は少なかった。しかしデジタル技術の発展により素人でも容易に創作活動ができ、それを世界に発信することが可能となった。そのように一般人でも常に著作権侵害を行う可能性が生じてきているが、そうであるが故に著作権は強化される傾向にあり、今では他人の著作物をホームページにアップロードしただけで著作権侵害となり、差止と損害賠償請求を受けるだけではなく、10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金またはその併科に処せられる可能性がある。そして違法サイトから故意にダウンロードしただけで侵害となり、更には平成24年改正で、それに刑事罰まで科せられることになった。我々の回りは著作物だらけで、誰もがいつ著作権侵害行為をしてもおかしくない状態である。一般人の初犯であれば実刑を受けることは無いと思われるが、一億総犯罪人時代になってしまう。実は著作権侵害の刑事事件は一般に思われているよりはかなり多く、駐車違反と同じように身近なものであるが、駐車違反には反則切符制度があるのに対し、著作権侵害は即刑事罰の問題となりかねず、前科がつくことになる。

従来から素人の著作物は無数に存在したが、それらは存在しているというだけで、何の効用もなく、また弊害もなかった。ところがネット時代になると、素人でも世界に発信できるようになってきた。それらの素人の著作物は、実質

上はプロパティとは言えないようなものが多いと思われるが、創作と同時に著作権が発生し、権利処理の対象となってしまう。しかしそれらの著作者は、無償でもよいから誰かに読んでもらいたい、見てもらいたい、聞いてもらいたいという場合が多い。このような著作物は、本来は著作権法的な独占権に馴染まないのかもしれないが、創作と共に著作権が発生してしまうという現行法の下では、その権利の存在が邪魔になって利活用が進まないという現状がある。現状を比喩的に表せば、大リーグのルールで草野球を規制し、プロ仕様のスペックを素人にも適用しているようなものである。

TPP については未だ正確な情報が出されていないので確かなことはいえないが、著作権の期限延長のほか、法定賠償金制度や刑事罰の非親告罪化も議論されていると仄聞している（平成 26 年 6 月時点）。これらがどうなるか未定であるが、従来は素人である侵害者相手に訴訟を提起しても経費倒れになるために放置される場合が多く、問題は少なかったが、仮に法定損害賠償が取り入れられると、将来はアメリカのように、多数の素人を相手に訴訟を提起するようになるかもしれない。また韓国や台湾では、国情も違うので一概に比較できないが、著作権侵害罪が多用されており、わが国でも刑事罰がより一層利用されるようになるかもしれない。特に青少年の著作権侵害に対しては、保護者に刑事告訴をちらつかせて民事上、有利な解決を導く道具として使用する傾向も出てくるかもしれない。

現行著作権法はデジタル時代には相応しくない面もあるが、大改正はしにくい。各国の著作権法はベルヌ条約に拘束されており、そしてベルヌ条約は実体規定を多数含んでおり、その上その実体規定の改正は全会一致でなければならないとされている。全会一致でしか改正できないということは、時流に流された怪しげな改正はできないという利点はあるものの、時代遅れを改めることもできないということも意味している。現在はベルヌ条約に 160 カ国以上が加盟

しているので、その全会一致は難しい。特にデジタルに関わる部分は、先進国と途上国の利害が対立するところであり、著作権法の根幹に関わるような大きな改正を行うことは非常に難しい。

そこで、このような著作権による独占の弊害の回避については、本来であれば法改正で対処すべきであるが、ベルヌ条約の壁もあり、また反対勢力も強いので、法改正ではなく、民間での動きも盛んになり、コモンズの思想が広がりつつある。著作権法は、情報を独占させることにより情報の創作へのインセンティブとなり、情報の豊富化に資するという発想に立っている。それに対し、コモンズの思想は、情報の独占を排し共有することにより情報の豊富化がもたらされる、という発想に立っている。例えば、リナックスのようなフリーソフトウエア、あるいはスタンフォード大学のレッシング教授（現在はハーバード大学）の提唱になるクリエイティブ・コモンズと呼ばれる運動が世界的に広がっている。ウィキペディアも同様である。このように法改正ではなく、民間の力で著作物をお互いに利用し合うという動きとともに、著作権法の強化に反対する動きも強くなっている。具体的には、

※2006年にスウェーデンに海賊党（Pirate Party）という政党が現れ、欧米各国に支部をもち、反著作権運動を進めており、欧州議会では既に2議席を占め、ヨーロッパでは地方議会を中心にかなりの勢力を持ち始め、特に若くて知的水準の高いネットのヘビーユーザーの支持を集めている。その主張自体は過激なもので、直ぐには実現するとは思えないが、反著作権思想がかなり広がっていることを物語っている。

※グレンイーグルズ・サミットでの小泉総理の提唱による ACTA（偽造品の取引の防止に関する協定）につき、わが国はいち早く署名・批准したが、EUでは署名されたものの欧州議会ですべての議員の過半数により批准が否決された。ネッ

ト上で大反対が起きただけではなく、ヨーロッパ各地で“HELLO DEMOCRACY、GOODBYE ACTA”というスローガンの下に大規模デモも行われ、それが議会を動かした。反対理由としては、ACTA 交渉が不透明に行われ広く国民的な議論がなされなかったことに加え、自由やプライバシー、個人情報保護の権利などを害するような危険性、特に非商業的規模の個人による著作権侵害に対する刑事訴追や通信の監視・ISP の著作権警察化をもたらす危険性が高いことなどが挙げられた。

※アメリカに目を向けると、アメリカ議会では、Stop Online Piracy Act (SOPA) が成立すると思われていたが、反対が多く事実上廃案となった。この法案に対しては、英語版ウィキペディアが24時間のストライキ(SOPA Blackout Day)をしたことで知られているし、Google、Amazon、Facebook 等も反対のキャンペーンを行った。SOPA への反対理由は、著作権侵害コンテンツを含むサイトへのアクセス遮断を ISP に命令できる、著作権侵害コンテンツが1つでも含まれていればサイト全体を停止できるとも解釈可能な表現になっている、著作権侵害コンテンツへの資金提供を停止させる、検索エンジンの検索結果から著作権侵害コンテンツを含むサイトの削除を命令できるようになる、著作権侵害コンテンツのホスティングだけではなく、著作権侵害コンテンツへのリンクも対象となる、等である。

これらのコモンズの動きに通底するものは、情報とは共有することによって文化や産業がより一層発展するという発想である。このようなコモンズ思想が今後強まることは確かであろう。以上のように反著作権運動は世界的な広がりを見せてはいるが、他方、ハリウッド等のロビー活動も盛んであり、現実には、著作権は強化されつつある。この二つの流れは激しく衝突し、著作権法はこの二つの荒波の中で、当分の間は苦界の海をさ迷うことになるであろう。情報は独占させることによって情報の豊富化がもたらせるのか、あるいは共有す

ることによってもたらされるのか、という問題は余りに大きな問題であり、対象となる著作物によっても異なるであろうし、また社会的状況によっても異なるであろうから、一概には断定できない。ただ現在の著作権のカヴァーするフィールドは極めて広く、一つのプリンスプルで解決できるようなものではない。抜本的な立法は困難であり、今後は、著作権法の世界とコモンズの世界の制度間競争になるかもしれない。あるいは両者が上手く調和の取れた共存の時代になるかもしれない。

3. 著作権制度の将来

著作権法の歴史は 18 世紀初頭のイギリスのアン法にまで遡ると言われているが、著作権法が実質の意味を持ったのは 19 世紀である。そして著作権法が重要な法と認知されたのは、たかだかこの 30 年くらいであろう。日本で著作権法が一躍世間の注目を集めたのは、昭和 57 年に発生した、富士通対 IBM・日立対 IBM 事件である。それはコンピュータのメインフレームの OS に関する著作権事件であるが、この事件を境にマスコミでも知的財産問題が多く取り上げられるようになった。つまり、著作権法が一躍世間の注目を浴びたのはデジタルに関わる経済問題であり、それ以降、著作権法とデジタル問題は切っても切れない縁になったと言えよう。デジタル技術の発展により、著作権法は、従来経験したことがない異次元の世界に突入したと考えている。デジタルの影響を過小評価する向きもあり、枯れ尾花に怯えているようなものであってブームが過ぎれば元に戻る、という考えの人もある。しかしデジタル技術は著作権システムに決定的な影響を与えるだけではなく、社会一般に大きな影響を与え、産業革命を凌ぐ大きな変化となるであろう。ネット技術が急速に発展していることに関連で著作権の支分権も増えており（例えば送信可能化権）、いかに権利制限規定を設けても、実質上、著作権は強化されており、著作権の存在が窮屈と思う人が世界的に激増していることは間違いない。

しかしながら問題を含んでいるとしても著作権法は厳然として存在しており、我々はそれを前提としてビジネスを行わねばならない。また制度設計としては、ベルヌ条約を所与のものとした上で、そのような時代的背景の全てを勘案して、創作者の利益・利用者の利益・社会全体の利益と調和の取れた制度の構築が必要となる。資源の少ないわが国にとって、コンテンツ・ビジネスの振興が重要な国策ともなっているが、わが国のコンテンツ産業の成長率は、世界の平均的成長率に遠く及ばないということは認識しておく必要がある。勿論、その原因が著作権法だけに起因するものでないことは当然ではあるが、著作権制度にも問題があるかもしれないし、また商慣行や契約意識に問題が潜んでいるかもしれない。ベルヌ条約があるために、現実問題として、著作権法の抜本的改革が難しい以上、産業界は常に新しいビジネス・モデルを模索し続けなければならない。

ただネット・ビジネスは歴史が浅く、未だ確実な姿は見えない。ただ言えることは、ネットの発展により中抜き現象が起きることは確かである。問屋等の中間の流通業者を通り越して、B to C という現象が生じる。つまり物の流通とは違い、ネットが発展している現在、情報の流通には、問屋や小売りのなものが必要なくなる可能性がある。音楽についてはレコード販売業者を通り越してレコード会社からユーザへ直接配信されるし、書籍については書店を通り越して出版社からユーザへ直接配信されるようになる。将来仮に、図書館からの配信が始まるような事態になれば、その傾向はますます勢いを増すであろう。

しかし権利者側には、ネット・ビジネスに対する恐怖心も強い。ネットに一度情報が流出してしまうと際限なく利用されてしまい、利益を回収する機会が奪われるとともに、露出のコントロール権能を喪失するという恐怖感がある。他方では、ネットの特色を生かし露出を高めることにより商機の増大が図れるという期待感もあるし、ネットによりコンテンツ・ビジネス全体の成長に資す

するという期待感もある。前者の恐怖感は従来から語られてきたところであるが、後者の期待感は、最近言われるようになった。後者の特色を生かしたビジネスも次々と出現している。近年大流行しているネットでの無料ゲーム（例えばグリーや DeNA）がその典型例であり、露出を高めることにより裾野を広げファン層を厚くし、その中の一部の人が有料会員になれば十分に利益が上がることになる。かつては YouTube やニコニコ動画には違法なコンテンツが溢れていたが、今ではむしろこれらの露出力を利用してビジネスを行おうという傾向が強い。また音楽でもネットで無料公開し、コンサートやファンクラブ、キャラクター・グッズで利益を挙げるといったビジネス・モデルも出現している。特に国内マーケットが小さい韓国ではそのような傾向が強いと聞いている。欧米では、無料音楽ストリーミングサービス「Spotify」が急拡大している。これは何千万曲という音楽を無料でストリーミングサービスが楽しめるというもので、既に数千万人の会員を擁している。その主なマネタイズは広告収入であるが、それにプラスして、金を払えばダウンロードができたり、あるいは広告無しで楽しめたりでき、さらに SNS（ソーシャル・ネットワーキング・サービス）と結びつける等のサービスを付加することにより大発展を遂げている。

以上は、新しいネット・ビジネスのほんの数例を示したに過ぎず、このようなビジネス・モデルが決め手になるか否か、判らないが、いずれも有体物である本やレコードを売って、その売上げの一部を利益とするというビジネス・モデルではない。これらは情報の有する消費の非排他性（非競合性）という特質を上手く利用しており、コンテンツ・ビジネスを考える上で参考となろう。今後は想像もできないビジネス・モデルが登場することは間違いない。いち早く新しいビジネス・モデルを開発し、世界に打って出て、先行者利益を得ることが重要である。

ただ収益の構造も変わってしまうので、既存のモデルで収益を得ていた者が

引き続き収益を得るという保証は全くなく、既得権益と新ビジネス・モデルとの熾烈な争いになるであろう。ネットの世界では、優れた機器を作ることではなく、新しいルールを作ること、新しいプラットフォームを作ること、新しいビジネス・モデルを開発することが最も重要であり、それらに成功した者が勝者となる。日本からも、LINE やニコニコ動画のような新しいビジネス・モデルが生じているが、誰が真の勝者になるか、全く判らない状況である。アメリカでは、IBM からマイクロソフトへ、そして Apple や Google や Facebook へと覇権が目まぐるしく変わっており、それだけ競争が激しく、新陳代謝も激しい社会であるといえる。わが国企業もこれらと競争をしなければならないが、アメリカに比して新陳代謝が低調であり、相変わらず歴史ある大企業中心の社会となっており、画期的なビジネス・モデルが現れるか、心配である。

他方、著作権の将来にも大きな不安がある。現在は、著作権者が著作権の利用を独占でき、利用の全てを決める権限があることになっており、法律上は絶対的な権利を有している。しかし情報の流通に関しては、Apple、Amazon、Google、Facebook といった巨大なプラットフォームが出現しており、世界的にますます寡占が進むと考えられる。情報の首根っこを押さえられると、彼らに跪かねば、情報を流通されることができなくなる。仮に著作権を如何に強化しても、価格も流通方法も、全てプラットフォームのコントロール下になるかもしれない。そうすると、例えば音楽は99セントで売られ、著作物は単なるコモディティとなり、個性を失う可能性もある。著作権法の将来にいかなるシナリオを描けるのか、見通しが立たない時代に突入してきた。

4. ビジネスにおける問題

以上のような一般論を前提に、今まさに問題となっているトピックスをお話したい。

①出版権

平成 26 年の通常国会で出版権についての改正が成立した。出版者としては、レコード製作者や放送事業者と同じような著作隣接権の立法を求めてきており、1990 年の著作権審議会で作作隣接権を設けるという答申が出されたが、経団連等の反対で日の目をみなかった。著作隣接権は、それ以降出版者の悲願であった。最近になり、中川勉強会では、著作隣接権を創設するという中間案を出していたが、昨年 4 月に、これを改め、出版権の拡張を軸に法改正をすべきであり、この問題はまず文化審議会で議論すべきである、という提言をなした。

※中川勉強会 「中川正春元文部科学大臣」を座長とした超党派の国会議員と出版社、著作権団体関係者などで構成された「印刷文化・電子文化の基盤整備に関する勉強会」を通称中川勉強会と呼ばれている。現在は「電子書籍と出版文化の振興に関する議員連盟」（会長＝河村建夫元官房長官・元文部科学大臣）へと発展している。

出版者の著作隣接権とは、出版者が出版と同時に、著作権類似の権利を有する、という制度である。現在、レコード製作者や放送事業者が著作権類似の権利を有しているが、出版者もそれらと類似の行為をしているのであるから、自分たちにも同じような権利が欲しいという主張である。しかし現行著作権法ですら権利が錯綜して複雑すぎ、権利処理が極めて煩わしく著作物の流通の妨げとなっており、そこに新たに自動的に発生する権利を出版者に認めるということは事態を更に複雑化させるだけであり、好ましくない。やはり権利の淵源は著作者であり、著作者の意思により設定する出版権のほうが好ましい。出版権者は、出版に関しては著作権と類似の権利を有し、侵害を排除することができる。しかし改正前の著作権法の出版権は、紙の出版を念頭においた規定で、電子出版に出版権を設定することはできないし、出版権でネットに流通する海賊

版を押さえることができなかった。勿論、著作権者自身はネットでの海賊版を、公衆送信権侵害として押さえることはできるが、出版者が自らの権利として排除できなかった。

今まで何回も電子出版元年といわれてきたが、最近に至り、電子出版がいよいよ本格的に動き始めた。しかし紙だけを前提にしている改正前の出版権では電子時代にそぐわないので、今回の改正で、電子出版についても出版権の設定ができるようになった。この出版権の規定は任意規定であり、当事者が紙だけと考えれば紙だけの出版権も可能であるし、また電子まで含ませたいと考えれば、そのような出版権も可能であるし、その双方を含む出版権も可能である。出版権に関し細かな規定が設けられているが、それらは任意法規（デフォルト・ルール）であるので、当事者が他の内容の契約をしない限り適用される、というものにすぎない。出版権は今までは紙の出版に限られていたが、それが電子出版にまで及び得るという法的枠組みが決まれば、後は当事者が契約でその具体的内容決めれば良いということになる。具体的には書籍協会と権利者団体が契約のひな形を作り、実務はそれで進むことが望ましい。

②自炊代行業

最近注目を浴びている判決としては、自炊代行業の事件がある。

※東京地判平 25 年 10 月 30 日（裁判所ウェブサイト）

「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であり、その複製の実現に当たり枢要な行為をしている者が複製の主体であるといえることができる（最高裁平成 23 年 1 月 20 日第一小法廷判決・民集 65 卷 1 号 399 頁参照。「ロクラクⅡ事件」）として自炊代行

業を侵害とした。

これは自分の持っている本を自炊代行業者に送り、デジタル化してもらうことが、自炊代行業者の複製権侵害とされた事件である。この判決は奥が深く、またその影響するところは何処までか、つまり判決の射程はどこまでかという点については色々な考え方があり得る。著作権法 30 条では、私的使用目的での複製は「その使用する者が複製することができる」、つまり自分で複製する限り合法であると規定してされている。本件は、物理的には個人が複製をしているのではなく、業者が複製をしているので、一見すると著作権法 30 条に該当せず、侵害となるのは当然のように思える。しかし自分で複製するという概念の中には、他人を手足として用いて複製させることも含まれる。例えば、親が子供のために、あるいは手が使えない障害者のために他人が複製してあげる場合は、その他人が複製の実現に当たり枢要な行為をしている者であっても、30 条の範囲内であろう。クラウドのユーザが、合法的に取得した音楽等の他人の著作物をクラウドに蓄積することはよくあることである。自分の家で録音することは著作権法 30 条で問題無いが、クラウド業者が複製をしているということになると、自炊代行業者と同じとみることもできる。それに対してクラウド業者を手足として用いているとみれば、著作権法 30 条の範囲内と見ることもできる。わが国の判例がどのような判断をするか、未だ不明であり、結論は見えない。しかしアメリカの IT 企業はクラウドで大きな利益をあげつつあり、クラウド問題は今後のわが国の経済発展にとって極めて重要である。ネットは世界中が繋がっているものであり、アメリカではできるがわが国ではできない、という状態を著作権法が作ってはならない。検索エンジンを見れば明らかであるが、日本で禁止してもアメリカで合法であれば、アメリカの Google が、日本を含めた世界中のサイトをコピーし、日本人は Google に跪き、Google を利用せざるを得ず、日本は重要な産業を失うという悲しい結果だけが残ることになる。日本で検索エンジンを禁止しても、日本の著作権者には何も良いことはないのみなら

ず、Google の検索順位を上げるように汲々とすることになる。

③ Google や Amazon 等の脅威

Google の目標は、世界中の情報をデジタル化し、世界中の人がアクセスし、利用できるようにするという壮大なものである。21 世紀は情報の時代であり、デジタル・アーカイヴという情報の首根っこを海外の企業に押さえられたら、国は情報戦争で敗退する。情報戦略は 100 年の計を考えるべきである。Google は私企業であり、今は隆盛を誇っていても、いつ倒産するか判らず、また中国企業に買収されないという保証はない。そのような懸念から、EU では壮大なアーカイヴ計画である「ヨーロピアーナ」はパブリックセクターにより行われている。

※ヨーロピアーナ EU 各国の図書館、博物館、文書館をネットで結び、膨大な量の書籍、音声、映像、動画、絵画、手稿史料などのデジタル・アーカイヴとして公開している。

わが国においても、独自のアーカイヴを設立する必要がある、現在、そのための議員連盟も存在し、文化審議会でも議論が始まる。Google は私企業であるが、わが国場合、パブリックセクターで進める以外にないであろうし、また百年の計という観点からはパブリックセクターによることが望ましい。但し全てを税金で賄うということは不可能であろうから民間の活力の利用も重要である。

アーカイヴについては、余りに大きな問題であり、一言で述べることはできないが、まずは資料を収集し、次にそれをデジタル化し、最終的には配信まで考える、という手順になる。その場合、出版物に関しては、フィージビリティを考えると、国会図書館が中心にならざるを得ないであろう。出版物の収集に

関しては、国会図書館には納本制度があり、国内の出版物に関しては、基本的には全て揃っている。国会図書館に限っては、既に著作権法改正により、図書館資料のデジタル化ができることになっており（著作権法 31 条 2 項）、デジタル化に伴う法的な問題はない。あとはデジタル化の費用を如何にして調達するか、という金銭の問題である。アーカイヴには膨大な費用が掛かり、国会図書館については、数年前に百数十億円のデジタル化のための補正予算がついたが、現在では年 2000 万円程度の予算しかなく、事実上デジタル化は足踏みをしている。このアーカイヴ事業は国家的な事業と位置づけて行わなければ成功は覚束ないと思われる。金の問題をどうするか、という点が成功するか否かのキーポイントである。

国会図書館以外の公立図書館では、まずデジタル化（複製）の権利処理の壁がある。その場合、最も大きな問題は、権利者不明の場合の権利処理である（孤児著作物問題）。権利者不明の著作物は、極めて多く、その権利処理は大変な作業である。現行著作権法 67 条以下には、権利者不明の場合の裁定制度が規定されている。しかし手続が面倒であり、国会図書館と受験問題集（いわゆる過去問題集）の出版社が利用している程度であり、実用性に乏しい。著作権法 67 条は全ての利用形態を同一の手続で処理しており、公立図書館での複製も受験参考書も同じ手続になっている。最終的には著作権法 67 条の抜本的な改正が必要と思えるが、他人の財産を簡易な手続で利用させることには抵抗も強い。そこで、まず公的アーカイヴに限っての立法を考えれば、比較的抵抗は少ないと思われる。現在の手続を改め、不明者搜索の簡便な手続でアーカイヴに利用できるようにし、権利者が現れたら一定の額の利用料を支払い、また権利者が希望すればアーカイヴから削除する、という、いわゆるオプトアウト方式が好ましい。

これに対しては、情報財も土地も同じ財産であり、他人の財産を利用する場

合には同じように慎重な手続を課すべきである、という主張も強い。しかしながら情報と物とでは、財としての性格は全く性質が異なっている。情報財の場合には、消費の排他性がない、すなわち複数の者が同時に利用できるという特性を有している。つまり他の者が利用したとしても、権利者の利用を妨げるものではなく、不動産の場合と比べると損害は低い。まして孤児著作物の場合は、既に商業利用されていないものであり、損害は殆ど考えられない。そして、著作者・著作権者としても、誰にも読まれなくなるよりは、青空文庫のように、アーカイブに入れて誰かに読んでもらうことを願うであろう。権利者が現れれば、事後的に対価を支払うことになるので、問題は少ないと思われる。出版者や権利者に影響を与えるのは、図書館におけるデジタル化という複製行為自体ではなく、その後の公開や伝達であり、その段階で何らかの工夫をすることが必要となろう。つまり取りあえず、デジタル化までは容易に認めることが重要と考える。この孤児問題を抜きにしてアーカイブは構築できない。構築できないということは、情報戦略で、日本は欧米に負けるということを意味している。因みに Google はオプトアウト方式で書籍の複製を行っており、これはフェアユースと考えられている。

デジタル・アーカイブができれば、次にこれを如何に公開し、伝達するか、という問題が控えている。図書館での館内閲覧については大きな問題は無いが、このユビキタス時代において、それでは余りに能が無い。将来的には、いかなる山間僻地にいても、家庭で閲覧できることが望ましいが、それには大きな壁がある。2014年の著作権法改正で、国会図書館に限り、絶版等資料に係る著作物については、他の図書館に公衆送信できるとされた（著作権法31条3項）。これは画期的な規定であり、将来の発展を秘めた規定であって学界でも評価が高い。現在、国会図書館からは、他の図書館への配信が始まっており、設備が整えば、今後更に多くの図書館に配信されると思われる。ただ送信できるのは図書館止まりであり、そこから先の送信は認められていない。また配信される

のは、絶版等で入手困難なものに限られており、学術書等では大きな意味を有するが、一般の人にはどの程度裨益するのか判らない。理想としては、図書館資料が自宅にいても、オフィスにいても、24時間いつでもアクセスできるということが望ましい。しかし図書館情報を自宅から無償で取得されたのでは、多くの著作権者や出版者は生きて行けない。国会図書館から家庭にまで配信されとなると、全国に多数ある図書館の役割も大きく変わらざるを得ない。ユビキタスの実現の為に、出版者と著作権者に相応の対価が保証されるスキームが必要であるし、また図書館のあり方も見直さなければならないことになる。美術館や博物館は入場料の必要ところが圧倒的に多いが、公立図書館については図書館法により無償となっている（図書館法 17 条）。しかし何らかのスキームを考え、著作者や出版者の利益を守りつつ、図書館資料を家庭まで配信する努力をすべきである。

Google Books では既にかんりの情報を個人にまで公衆送信しており、わが国が今後のスキームを考える際には、この Google の動きを無視することはできない。Google が良いとか悪いとか、あるいは好きとか嫌いという問題ではなく、この Google と戦って行かねば 21 世紀の生き残りは覚束ない、という認識が重要である。Google Books では、以下のようなビジネスを行っている。

- ・著作権の切れた書籍は全文が公開されている。⇒電子図書館として機能。
- ・著作権の存続している書籍は、書籍の一部がプレビュー表示され（検索キーワードが出現するページと前後の数行を含む抜粋のみが表示）、書籍販売サイトへのリンクが表示される⇒広告・販売促進サイトとして機能。

Google は、著作権が切れていない書籍を含め、世界中のあらゆる書籍を対象にアーカイブして、それを有料で配信し、その対価の一部を著作権者に還元するシステムを考えているが、現在のところ、クラスアクションでの和解が裁判所の許可が得られず頓挫している。ただ Google はアメリカの企業であり、検索

結果は英語文献が先に出てくることは容易に想像できる。情報の洪水の中で、検索結果は順位が重要であり、下位に記載される検索結果は無いに等しいと言われている。この Google の動きを見ていると、わが国においても早急に手を打つ必要があり、そのために最も必要なことは、オールジャパン体制を作ることであろう。いずれにせよ、アーカイヴの実現の為には、膨大な資金、著作権法の改革、それに出版者・権利者の合意が必要であり、大きな政治力が必要となる。

※本稿は2014年6月7日に弁護士知財ネット北陸地域会・金沢大学共催の講演会での講演に若干の手を入れたものである。

なお本研究は、科学研究費補助金（基盤研究 A）「コンテンツの創作・流通・利用主体の利害と著作権法の役割」（研究課題番号 23243017）による研究成果の一部である。