

# 著作権法の憂鬱



明治大学特任教授・東京大学名誉教授・弁護士 中山 信弘

## 要 約

デジタル技術の発展により、著作権法は未曾有の変革の時代を迎えている。著作物の創作・流通・利用の全ての側面において、『情報革命』とでもいべき大きな潮流が見られ、著作権が有している社会的意味にも大きな変化が生じている。この変化に対応して、世界的に著作権リフォームの動きはあるものの、ベルヌ条約の軌により、抜本的改革は難しい状況にある。しかしながら時代の進展とともに従来では創造もできなかったようなネット・ビジネスが雨後の筍のように簇生し、他方では古典的な問題ではあるが、パロディのように、著作権が表現の自由と抵触するという問題も残っている。このような時代背景の下で、最近の立法である「違法ダウンロード（民事・刑事）」の問題と「フェアユース」の問題を題材として、現在の著作権法を眺め直し、将来の展望を考えようとするものである。

## 目次

### はじめに

1. 著作権法における情報化の意味
2. 著作権の意味の変化
3. 最近の立法とその評価
4. 最後に（壮大な構想の欠如）

### はじめに

法律というものは、多かれ少なかれ後追いの性格を有しており、時代のほうが先に進んでいるという現象が見られる。特に著作権法の場合は、法と現実が相当に乖離していように思える。著作権法の世界から眺めると、現在は、デジタルとアナログが混在しており、収集がつかない世界に見える。さはさりながら著作権法は現代社会にとって重要な法的インフラとなりつつあり、嘆いてばかりもいられず、この著作権法を今の現実にあわせるような解釈に努めなければならないという憂鬱な仕事が続いている。

法が現実に関わなければ改正すればよいのだが、著作権法の場合は、ベルヌ条約の存在、その他の理由もあり、抜本的なリフォームは難しいことも憂鬱の理由である。そのような次第で、2007年に出版した著作権の教科書（『著作権法』有斐閣）では、冒頭の節のタイトルを「著作権法の憂鬱」とした。有斐閣からクレームがつくかと思っていたが、すんなり通って出版されてしまい、中身よりもタイトルばかりが話題をさらっ

てしまった感がある。教科書という性格上、著作権に関し思いのたけを述べるができなかったので、今日は、現行著作権制度を離れて、著作権に対する私の思いを述べたいと思う。

## 1. 著作権法における情報化の意味

現在、人類はかつて経験したことがないようなスピードで変化しており、その最大の原動力はデジタル技術にある。この社会の変化のスピードは産業革命をはるかに凌ぐものであると思う。暴力革命や戦争のような鋭角的な変化は誰でも気が付くが、余りに大きな弧（円）の上に乗っていると、あたかも地球が丸く見えないように、人は変化に気がつきにくい。実は後から見ると90度も曲がっていることがありうる。後世、現在は産業革命をしのぐ大革命の時代と評価されるであろう。デジタル技術の影響は著作権の問題をはるかに越えて、国の有りよう、政治状況から、人々の意識に至るまで、社会のありとあらゆるものに深く及ぶと考えられる。検索エンジンやSNS（social networking service）のように、ネットを利用した新しいビジネスが簇生しており、今後どのような変化が生じるのか、その全貌は未だ霧の中である。このような状況の中で、著作権の世界におけるデジタルの影響を過小評価する向きもあるが、それは余りに危険すぎる。

そこで、世界的に著作権リフォームが叫ばれるよう

になってきたが、全面改正をしてデジタル時代に相応しい著作権法を作り上げることは、現実には難しい。実体規定が多く含まれているベルヌ条約の実体規定の改正は全会一致と定められている。21世紀の重要産業に関連するデジタル技術に関しては各国の利害が対立し、世界の百数十か国が一致した条約改正などは難しい。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ことの意味するが、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。しかし現実のデジタル世界は猛スピードで進んでおり、著作権法と現実社会のギャップは広がる一方である。著作権法はいわゆる規制法でなく、物権法のような財産法ではあるが、現実にはデジタル社会において、その物権的構成が著作物の利用・流通には規制法的に機能している側面もある。毎年のように法改正が行われてはいるが、抜本的な改革ではなく、その場しのぎの改正に終始している。

デジタルは社会の多くの側面に大きな影響を与えているが、著作権法という観点からのデジタルの最大の特徴は、誰でもが複製や改変が極めて容易にでき、そして誰でもが情報を極めて容易に世界に発信できるようになったという点にある。その結果、著作権の世界におけるプレーヤーの層が各段に広がった。我々の周りは著作物で溢れ、例えばネットを使えば著作権に抵触する事態が生じる可能性があるという時代になっている。プレーヤーが変化すれば、そこにおけるルールも変化が要求されるが、なかなかうまく行かないというのが現状である。

## 2. 著作権の意味の変化

著作権法の基本的な概念は、従来から大きな変化はない。歴史的にみて、著作権の中心は複製権であるが、その複製権の社会的意味は大きく変化している。複製権とは、従来は出版社等の業者による無断複製を禁止する機能が中心であり、要するに海賊版を押さえる機能が中心であった。一般人は著作権法30条で私的使用目的の複製が自由にできたので、著作権法は一般人にはほとんど関係ない法であった。それが今では、30条には多数の例外規定が設けられ、特に送信可能化権が新設されてからは、他人の写真を自分のホームページにアップロードするだけで著作権侵害とされるようになった。同じ複製という言葉であっても、複製権の及ぶ範囲は広大となり、かつての複製のイメー

ジと、現在の複製のイメージとは全く異なっており、複製権が有する社会的機能も異なっている。

権利者から見れば、素人であっても著作物を無断でホームページにアップすれば、世界中でダウンロードされてしまうことになり、業者が海賊版を作ったのと同じような弊害であって、取り締まって欲しいという要求になる。他方、素人から見ればホームページにアップするのは日記を書く感覚であり、なぜ10年以下の懲役を受けるような行為なのか、という反感を持つことになる。特にネットユーザは、ヘビーになればなるほどネットにおける自由を主張し、ネットにおける規制に対して反発を強めており、その傾向は世界的な広がりを見せている。

従来通りの方法で小説を書き、音楽を作り、絵を描くプロも大勢いるし、従来通りの紙の本もCDもたくさん存在している。それらはプロの作品であり、それなりの才能をもって、それで生計を立てている人達である。しかし現在は、そのようなプロだけが著作物を制作しているわけではない。素人であっても、ネットから素材を取り出し、それらをミックスし、加工し、新しい著作物を制作し、それを世界に発信できる時代になった。多くのサイトはあまり見てもらえぬものかもしれないが、なかには素人の作品でも爆発的に人気を博するものも出てきた。「昨日まで飯もろくに食えなかった人が、一夜にして、こんな不味い飯が食えるか」と嘆く声も聞こえる。ネット時代では、素人のものであると言って侮ることはできない存在となっている。

最近、世界的規模で初音ミク現象が生じている。初音ミクとは、音声合成システム「VOCALOID2」を採用したクリプトン・フューチャー・メディア社発売のボーカル音源音声ソフトウェアとキャラクターの名称である。メロディと歌詞を入力することでボーカルパートやバックコーラスを作成することができるというものであるが、初音ミクとはそこに描かれているキャラクターで、「16歳、158cm、42キロで、足首までの長い緑の髪のキュートなバーチャルな女の子」という想定である。クリプトン社はキャラクター画像については非営利であればほぼ自由な利用を認めている。これが、世界中のアマやプロにより新しい曲や新たなキャラクターが次々と生まれ、この初音ミクの音楽は、世界中でヒットチャートにランクインしており、種々の商品とのコラボも進んでいる。この初音ミク現

象は素人の参画なしには考えられない創作行為であり、かつ流通形態である。初音ミクは正にネット時代の申し子といえよう。

マーケット指向ではない著作物としては、自己満足的・自己実現的なもの、ビジネスにはならないが社会に貢献するもの、あるいは利益を得たいがそのチャンスがないもの、つまり通常の出版や商業レコードという従来型の情報流通ルートに乗らない著作物が多数出現するようになってきた。それらは従来であれば埋もれてしまったであろうが、現在ではインターネットを通じて流通するようになってきた。それらの実態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、著作権法が無方式主義を採用しているために、それらについても現行法では「立派な著作権」が発生してしまい、権利処理の対象となってしまう。この種の著作物の創作者は、無料でもよいか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欲求があるにも拘わらず、権利のあることが邪魔になって利活用が進まないという現状があり、これらについては、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。あるいは学問の世界においては、情報の独占などはせずに、学者同士で情報を共有し合うことにより学問が発展してきた。しかし最近では、知的財産戦略本部を中心に、大学にも知的財産戦略を持ち込もうという流れになってきたために、大学においても秘密主義が広がり、学問が利益と結びつく傾向にあるが、大学と知的財産制度が、本当に親和的なのか、疑問もある。

このように素人がネットに浸透してきた背景の思想としては、コモンズの見落とすことはできない。今の著作権法は、新たな創作をした者にご褒美としてその情報の独占的利用権、つまり所有権類似の物権的権利を与える制度である。いわゆる「コモンズ（共有地）の悲劇」を招かないためには、誰かに所有権を与えて管理することが、社会の厚生（ウエルフェア）を増すと考えられてきた。つまり土地をコモンズにすると、皆がそこから収益だけを図り、土地を耕す者がいなくなり、土地は荒れるという発想であるが、著作権の場合も誰かに権利を与えることにより、利用・流通も進むという考え方で制度設計されている。現に19世紀や20世紀においては、そのようなスキームが比較的上手く機能していた。

それに対してコモンズの発想は、人はパンだけで生

きているものではなく、経済合理性のない創作活動もあり、そのような世界では情報の共有こそ文化発展の基礎となる、というものである。そこでは著作権は情報流通の阻害要因と考えられており、情報を共有して社会全体の厚生を増大化を図ろうとする発想がコモンズの考え方である。具体的には、OSS（リナックス等のオープン・ソース・ソフトウェア）や、スタンフォード大学（今はハーバード大学）のレッシング教授の提唱にかかるCC（クリエイティブ・コモンズ）などがそれに該当する。ウェブ上の百科事典であるウィキペディアもその例であろう。それでは、なぜ人はご褒美もないのに創作活動をするのか？ 名誉心か、知的好奇心か、満足感か、社会奉仕か、そのメカニズムや経済分析は今後の課題ではあるが、このボランティア的世界が増えつつあることは確かである。創作の世界でも利益を前提としない創作活動は昔から存在したが、それがデジタル時代になり顕著な意味を持ち始めたということである。知的財産制度だけが創作の奨励策ではないという点には注目する必要がある。今後、このコモンズの思想がどのように発展するのか、注視する必要がある。

また他方では、2006年にスウェーデンに海賊党（Pirate Party）という政党が現れ、欧州議会では既に議席を占め、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世代の支持を集めており、すでに泡沫政党ではなくなっている。ドイツの世論調査では緑の党を抜き、第三党としての支持を集めているようであるが、今後国政にどのような影響を与えるのか、未だ判然としない。その主張は、著作権を5年に制限する、あるいはネット上の情報の自由（ダウンロードの自由化）を認める、あるいは国によっては著作権法や特許法の廃止を主張するなど、過激なようである。またヨーロッパ議会においては、EUが署名したACTA（偽造品の取引の防止に関する協定）の批准が圧倒的多数で否決されたが、これはネットに対する規制への反感がいかに大きいかを如実に示している。ACTAは2005年のグレンイーグルス・サミットで小泉総理の提唱になるものであるために日本は批准したが、6カ国以上の批准が発効要件となっており、未だ発効していない。またアメリカに目を向けると、Stop Online Piracy Act（SOPA、オンライン海賊行為防止法）が成立すると予想されていたところ、世論反対が強く、審議は延期さ



れ、おそらく廃案になると言われている（2012年11月現在）。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（サービスの停止、SOPA Blackout Day）をしたことでも知られている。

コモンズの台頭、海賊党の進出、欧州議会でのACTAの批准否決は決して過小評価できない。デジタルの及ぼす影響を過小評価したのでは、このような世界の動きを正確に把握することはできない。平成24年のわが国での違法ダウンロードの刑罰化に対して、アノニマスと称する集団なしは一群の者から、霞が関へのネット攻撃が行われた。多くの人は、たかが著作権の問題で外国からサイバー攻撃を受けるとは、驚愕した。サイバー攻撃のように目的のために手段を択ばない行為は論外としても、このアノニマスの行動は、ネットの自由ということが、いかに世界的に注目されているかということを知り、これを如実に物語っている。これら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り、さらには情報の自由は民主主義の根幹であるという考え方である。情報は独占させるべきか、はたまた共有にすべきかという点は、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が、このようなコモンズの思想が今後強まることは確かであろう。しかしコモンズの考えが知的財産制度を根底から崩壊させるとは、当面は考えにくい。本間忠良氏（元三菱電機法務部長、元千葉大教授、元公取委員）は、特許制度は遅効性の甘い毒薬であり、21世紀には減すべきものであると述べているが（特許ニュース9886号、1998年8月17日）、私には、特許制度はもう少ししぶとく生き残るように思える。著作権も同様であろう。知的財産制度とコモンズの考え方は相容れないものではなく、恐らくは両者は並存するであろう。ある場面では知的財産法による独占権が創作へのインセンティブとして有効であり、またある場面では情報の共有によって発展する、ということになる。他方、ACTAに見られるごとく、世界的に著作権の強化の動きもある。また未だ全貌が明か明らかではないが、TPP（Trans-Pacific Partnership）が成立したら、より一層著作権の強化がなされるかもしれない。著作権の強化と、情報の共有、あるいはネットでの自由の狭間で、当分の間、確執が続くものと思われる。

### 3. 最近の立法とその評価

抽象的な話はこのくらいにして、具体的にここ数年、デジタル対応の改正が続いているのでこちらに話を移す。近年では、一方では著作権を強化するとともに、他方では権利制限規定を設けるという繰り返しである。しかし全体的にみれば、著作権強化の方向に進んでいる。特に平成9年の送信可能化権（俗にアップロード権）の創設により著作権はかなり強化され、その後、私的使用目的のダウンロードの違法化、そして平成24年にその刑罰化が加えられた。ネットが急速に発展していることに関連で、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ように思える。

そこで最近の改正を概観すると以下の通りである。

- ・放送の同時再送信に係る実演家及びレコード製作者の権利の見直し（同時再送信に関しては許諾権を要しない）（102条3項～第5項）
- ・同時再送信につき実演家・レコード製作者に報酬請求権を付与（94条の2）
- ・非営利かつ無料で行われる放送の同時再送信に係る権利の見直し（38条2項）
- ・公衆送信の定義の見直し（同一構内の無線LANによる送信の除外）（2条1項第7号の・視覚障害者に対する録音図書の自動公衆送信に係る権利制限（37条3項）
- ・特許審査手続等及び葉事行政手続における複製権の制限（42条2項）
- ・機器の保守・修理等における一時的複製に係る権利制限（47条の4）
- ・輸出行為等の取締り（113条1項2号）
- ・罰則の強化（119条1項及び124条）
- ・教科用拡大図書等の作成（33条の21項）
- ・映画の盗撮の防止に関する法律（平成19年法65号）
- ・違法サイトからのダウンロードの違法化（30条1項3号）
- ・国立国会図書館での電磁的記録（31条2項）
- ・美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等（47条の2）
- ・送信の障害の防止等のための複製（47条の5）
- ・インターネット情報検索サービスを実施するための複製等（47条の6）
- ・権利者不明の場合の著作物等の利用の円滑化（67条の2）

- ・情報解析のための複製等（47条の7）
- ・電子計算機における著作物の利用に伴う複製（47条の8）
- ・権利者不明の場合の著作物等の利用の円滑化（67条の2）
- ・権利侵害品等の頒布の申出行為（113条1項2号）
- ・著作権登録原簿等の磁気ディスク化（78条）

特に平成24年改正は以下の通りである。

- ・2条の定義規定の改正（技術的保護手段の拡張）、それに伴い、技術的保護手段を回避した複製の禁止（30条項2号）
- ・付随対象著作物の利用（30条の2）
- ・検討の過程における利用（30条の3）
- ・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（30条の4）
- ・図書館等における複製等（国立国会図書館の規定を新設，31条）
- ・公文書管理法等による保存等のための利用（42条の3）
- ・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（47条の9）
- ・違法ダウンロードの刑罰化（119条3項）

これらの中の権利制限規定の条文の多くは、改正前から日常的に行われていたがたまたま訴訟を提起されなかった、ということで救われていたに過ぎないものも多い。しかしながら最近の「絵画の鑑定事件」（知財高判平22年10月13日判時2092号135頁）に見られるように、従来当然のこととして行われた行為でも事件となってしまうこともありうる。したがって関係者としては、訴訟になる可能性のある行為につきあらかじめ法改正をして合法ということを明らかにして欲しいという要求となって出てくることになる。その典型例が47条の4（保守修理のための一時的複製）の規定である。記録媒体を内蔵している機器（たとえば携帯電話）が故障して修理する場合には、そこに記録されている音楽を一時外部の機器に移し、修理が終わったらまた元の携帯電話に戻すことになるが、修理業者は業として2回複製行為を行うことになる。それが違法となったのでは修理業務ができないので、平成18年改正でそのような行為を合法とした。それまで修理に関する訴訟は1件もなく、通常は訴訟が起きそうにもないが、しかし無いとは断言できず、業者としてはや

はり法律で合法であるというお墨付きが欲しかったと思われる。普通の人にとっては、何という非常識な改正だと思ってしまうであろうが、このようにして権利制限規定の山が築かれてきた。それらの個々の制限規定の解説は今日の目的ではないので、最近の改正の中で特に注目される条文をピックアップして話をしたい。

#### 1. 違法サイトからのダウンロードの違法化（30条1項3号，平成21年改正）

ファイル交換ソフトの利用や携帯電話用音楽サイトから、違法に複製された著作物が大量に流通するようになり、正規の業者（権利者）からは、安心してネット・ビジネスを行なう上での障害となる、という主張が強まってきた。平成11年から著作権侵害するものをインターネットにアップする行為は違法であったが、私的使用目的でのダウンロードは30条1項により合法であった。そこで平成21年改正で、著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行なうデジタル方式の録音または録画を悪意で行なう者には、私的使用目的であっても複製権が及ぶとされた。家庭内等でのダウンロードであるために、審議会では刑罰まで科すことは行き過ぎであるとされ、この改正には罰則はついていない。この規定の実効性は当初から疑問視されていたが、少なくとも宣伝効果くらいはあるのではないかと考えられていた。現にこの訴訟は1件も提起されていないようである。

#### 2. 違法ダウンロードの刑罰化（119条3項を新設，平成24年改正）

平成21年に違法サイトからの私的使用目的のダウンロードを30条の範囲外としたがほとんど効果がなかったため、平成24年改正で、私的使用目的の違法ダウンロードの刑罰化の規定が設けられた。具体的には、私的使用目的であっても「故意に」「違法にアップされた有償著作物」を「ダウンロードすると」「2年以下の懲役または200万円以下の罰金」または併科されることになった（平成24年10月1日から施行）。刑罰規定は、有償著作物にのみ適用され、市販されている音楽のCDや映画のDVDが典型例である。地上波テレビは無償で提供されているので、それを違法にアップしたものを無断で故意にダウンロードしても、民事上は違法であるが刑罰は科せられない。しかし地上波テレビを同時にネットで有償提供していれば有償

著作物となり適用があることになる。

30条で規定されている私的使用目的での複製については、複製技術の発達やデジタル技術の発展により、30条の適用外とされる範囲が広がってきているが、私的使用目的での複製で刑事罰が科せられるのはこれが最初である。今回の改正で、家庭内にまで刑事罰が踏み込んできており、この改正は著作権法の世界において画期的なものである。この改正は政府の著作権法改正案には含まれてはおらず、国会で自民党と公明党の提案により修正されたものである。この違法ダウンロードの刑罰化は極めて重要な意味があると思われるが、国会では1週間足らず、実質1日くらいの審議がされただけであり、議事録を見ても大した議論をされずに改正されてしまった。弁護士会は反対の意見表明をしたが、学者にとっては反対の論文を書く違すらなかった。国会で法案の修正をすること自体は当然の行為ではあるが、このように国民の多く、特に青少年の多くに関係する改正を、ほとんど議論されないで行うということが本当によいのであろうかという点について重大な疑問を覚えるのは、ほとんどの法律家に共通する思いではないかと思う。この改正は特定の権利者団体のロビー活動の結果であろうと思われるが、このようなことが続くと、審議会などと言う面倒なものは無視して、国会議員へのロビー活動が盛んになり、法改正が一部の関係者の利益のために行われるようになるのではないかと危惧している。

修正案提案者の一人である自民党の馳議員は、「罰則を設けなかったことについては私はもう立法府の不作為で、私自身はこれけしからぬことだと思っているんですよ」と述べている。要するに、民事で違法なら刑罰を科すことは当然であり、3年前に民事的に違法とした際に刑事罰を設けなかったことはけしからんと述べている。そこには情報の特殊性についての深い議論は一切なく、窃盗と同じで、悪い奴には刑罰を科すのが当然で何がおかしいのか、という程度の議論しかなされていない。おそらく有体物と無体である情報の区別がついていないのではないかと思われる。

CDの売上げが急落しており、音楽配信はそれを補うことはできておらず、音楽産業が衰退しているのは違法ダウンロードのせいであり、民事で駄目なら刑事で、という雰囲気の中で改正が成立してしまった。違法ダウンロードは、レコード協会の調査だと年間約43億ファイル以上で約7000億円の損害があるといわれ

ている。しかし違法ダウンロードを行っている者は未成年の中学・高校生が中心であり、彼らの小遣いでは3000円もするCDを買うことは土台無理であり、このような規定を設けても、CDの売上げが伸びるということは考えられない。違法ダウンロードをよく行う者ほど音楽のヘビーユーザであり、刑罰化は逆に音楽ファンを切り捨てることにもなりかねない。彼らを犯罪者に仕立て上げるような改正が、長い将来を見越せば、果たして音楽業界のために正しかったのか、今後も検証が必要である。科学的根拠はない推測ではあるが、民事・刑事の規定を如何に強化しても、ネット上を流れる違法複製物は減らないと思う。極めて容易に複製・翻案でき、それを送信できるということがデジタルに最大のメリットであり、多くの者が一度その味を知ってしまった以上、最早これを止めることはできない。そうである以上、法律で厳しく縛るのではなく、新しいビジネス・モデルで勝負する以外にないと考えている。どのようなビジネス・モデルが良いか、見当もつかないが、従来のビジネス・モデルで対応できないことは、最早明らかであると思える。アマゾンやグーグルやフェイスブックが、新しいビジネス・モデルをひっさげて、極めて短期間に世界的な大企業にのし上がると誰が想像できたであろうか。ネットではどのようなビジネス・モデルが出現するか、誰にも判らない。ただ言えることは、世界のネット・ビジネスは大変革を遂げつつあり、種々のしがらみを抱えた日本の旧態依然たるモデルは衰退するであろう、ということである。

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・ネットワークワーキング・サービス）と結びつけて色々なサービスを付加することにより大発展を遂げている。これはたまたま私が「Spotify」を目にしただけであり、「Spotify」が最良のビジネス・モデルであるとは限らない。これ以外にも、シンガポールのソーシャル音楽サービス「Tell My Friends」等、新しいビジネス・モデルが次々と生まれている。

音楽については、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。このような無料ビジネスが全てのコンテンツ・ビジネスに適応できるとは思えないが、情報の非排他性（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。次々と新しいネット・ビジネスが発生し、それが重要産業になり、グローバルに発展する可能性も秘めている。今後は智慧を凝らした様々なビジネス・モデルが出現し、凄まじい争いとなるであろうが、どのようなモデルが支配的になるかは判らない。この種のビジネス・モデルが盛んになれば、中学生や高校生にとってリーズナブルな条件でコンテンツを入手でき、違法コンテンツは減るのではないかと思う。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った保証はなく、既得権益と新ビジネス・モデルとの熾烈な争いになる可能性はある。著作権法の強化とネットの自由を求める動きとは、正面切つてのガチンコ勝負となろう。

### 3. フェアユース

平成 24 年改正の目玉の一つがフェアユース規定のはずであった。

フェアユース規定とは一般的な権利制限条項のことである。典型例はアメリカであり、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、フェアユースとなる要素を 4 項目挙げている（米著作権法 107 条）。あらゆる法律の裏にはフェアの観念があり、著作権法も当然フェアの観念に裏打ちされている。わが国にはフェアユースの規定はないものの、現実には多くの判例は、既存の概念を柔軟に解釈する等の方法で具体的な妥当性を図っている。実質的にはフェアユースと認めたに等しい判例もあり、その限りではフェアユース規定は当然のことを定めるものであるようにも見える。しかし現実に裁判所で違法と判断されるか否かは別として、ストレージサービスやテレビ放送の転送サービスについては、著作権侵害とされるのではないかという虞があり、ビジネスに萎縮効果を与えている。現在のフェアユース規定には著作権法と社会の実態の乖離を埋める役割も果たしうるのであると思う。

因みに事実上フェアユースを認めたに等しいと評価できる判例としては以下のようなものを挙げることが

できよう。「雪月花事件」（東京地判平 13 年 7 月 25 日判時 1758 号 137 頁、複製概念を柔軟に解釈）、「市バス事件」（東京地判平 11 年 10 月 27 日判時 1701 号 157 頁、45 条 2 項の「恒常的に設置」という概念の柔軟な解釈）、一連の「中古ソフト事件」（東京地判平 11 年 5 月 27 日判時 1679 号 3 頁（ビデオ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）、東京高裁平 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）。

この問題は、知的財産戦略本部の推進計画の中で、日本の現行の著作権法はインターネットサービスなどに対応できておらず、情報通信技術を活用した新たな産業の創出に萎縮効果をもたらしているという問題意識のもとに、「個別の限定列挙方式による権利制限規定に加え、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当である」と提言したことに始まる。その提言を受けて、文化審議会著作権分科会では、審議の結果、3つのタイプの権利制限規定を設けることを提言した。

- A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの。
- B 適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの。
- C 著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用。

この3類型は、恐らく世上普通に行われているような行為であり、一般人の感覚からすれば当然許されるような類のものである。従来判例からすれば、このような行為については、フェアユースという言葉こそ用いないものの、複製概念の柔軟な解釈あるいは引用

概念の拡張解釈等の解釈テクニクにより救済がなされてきたものが多いと思われる。しかしながらフェアユースがこのようなものに留まるものであるならば、裁判官の苦勞を少し和らげてあげるとい程度の意味しかなく、戦略本部の思い描いていたものからはかなりの後退が見られる。フェアユース規定とは、本来は未知の事例にも対応できるための一般規定であり、この3類型では余りに狭すぎるように思える。特にC類型は、知覚することを通じてこれを享受するための利用はフェアユースにはならないということを述べている（報告書はこれを裏から書いてある）。著作物をそのままあるいは変形をして利用するものは、AまたはB類型に該当しない限り、フェアユースにはならないことになる。たとえば多くの会社で行われていると思うが、自社に関することがテレビで放送されたので社内でビデオ録画する行為は、知覚することを通じた享受の典型例であり、しかもAまたはB類型に属さないと考えられるので違法ということになる。

フェアユース規定の導入で最も期待されるものは、ネット・ビジネス（特にクラウド）とパロディでの利用にあると考えられるが、報告書では、それらは明示的に先送りとされている。この二つを含まないフェアユースは、「実を捨てて名を取ったフェアユース」であると考えられる。つまり審議会報告書は、フェアユースで最も肝心なものを後回しにして、現行法でも解釈で何とかかなりそうな、当たり障りのないもののみを規定してお茶を濁した形になっている。特にフェアユースに関しては、表現の自由との関係も議論されなければならない。アメリカでは、著作権法を論じる際には、必ず憲法の修正1条の表現の自由との関係が論じられる。著作権は他人の創作活動を制限するという側面もあるが、著作権の期間制限、表現とアイデア二分論、それにフェアユース規定の存在により、合憲性が保たれていると考えられている。表現の自由との関係では、特にパロディの問題が大きいと考えている。

パロディについては、なぜかわが国著作権法の世界では継子扱いされており、表現の自由との関係で重大問題であるという認識が低い。その結果、概してパロディといえども他人の著作物の利用は許されない、という考えが強い。日本には元来パロディの歴史がなく、パロディは重要ではないという見解もあるが、平安時代の本歌取りを始めとして、わが国の国民性はパロディに満ちており、特に江戸時代はパロディの時代

と言っても過言ではない。このパロディの問題は産業政策的問題とは異なるが、表現の自由という憲法上の重要な問題であり、今回これを積み残したということは極めて残念である。

審議会報告中のC類型では、知覚することを通じてこれを享受するための利用は含まれないとされているが、パロディでの利用の大半は知覚することを通じて享受するものであるために、パロディは原則として違法ということになる。パロディを含めるためにはC類型を変更するか、あるいは新たにD類型を作らねばならない。このような日本の状況を考えると、パロディを合法とするためには何らかの立法が必要であるが、それにはフェアユース規定が最も相応しいものと考えられる。報告書では、パロディは別途検討するとされているが、法律でパロディの定義などできないであろうし、またパロディには実に様々なものがあって、合法的パロディと違法なパロディを条文で書き分けることなどできようはずも無く、またすべきでもない。パロディの範囲については諸説あり、著名な作品を社会風刺等で用いるものでなければならないという意見もあるようだが、作品を茶化すだけ、あるいはダジャレであっても立派なパロディであるし、パロディに法的な限界線を引くということなどできないと考えられる。正当なパロディは合法である、という程度のことしか書けないために裁判所の裁量に大きく依拠せざるをえず、結局フェアユース規定でパロディを認めるのと同じようなことになるであろう。したがってパロディの問題はフェアユースの中に包摂すべきものと考えている。このパロディの問題は現在、文化審議会著作権分科会で議論が始まったところである。

次に、フェアユースの規定はデジタル関連のビジネスと大きな関係があるという認識が重要である。デジタル技術の発展により、今まで想像もできなかったようなビジネス、特にネット関連のビジネスが次々に生まれており、クラウド・コンピューティングの発展によりその傾向はますます強まりつつある。ネット・ビジネスの中には、何らかの形で他人の著作物の複製を介在させることで成り立つものもある。勿論、ネット・ビジネスであっても、他人の著作物のマーケットを侵すような形での利用、つまり実質的な損害を与えるような利用はフェアユースにならないことは言うまでもない。しかし検索エンジンのように、権利者の利益を侵さないような形態で他人の著作物を利用しなが



ら行うネット・ビジネスも存在し、単に形式的に複製等を行っているというだけでそのビジネスを否定することは、社会の発展を阻害するだけであろう。著作権法は物権法と同じ財産法であり、本来はビジネスの規制をするものではないが、原則として複製一般を禁止するという条文になっているために、ネット時代においては、規制法としての色彩も持つようになってきた。特に、アメリカではフェアユースとなるビジネスが、わが国では著作権法が邪魔してできないという事態は最悪である。それは今後重要となるであろうコンテンツ・ビジネスの足を引っ張るだけであり、わが国の権利者にとっても何の利益にもならないし、国益も害することになる。たとえばグーグルの検索エンジンにおいては、結果的にわが国のビジネスは惨敗し、わが国のサイトはグーグルに無断で複製され、わが国国民はグーグルを利用するだけという惨めな結果になってしまった。これは単に産業の問題に留まらず、情報の首根っこを外国の企業に握られてしまうことになり、国家の情報戦略としても重要な意味を有するという点も重要であるが、それは知的財産法の問題というよりは、国家の情報戦略の問題である。

フェアユースの規定があれば、企業は、自己がフェアと信じるビジネスを行い、それに異議のある者は、訴訟で争うこととなる。グーグルはそのようなビジネス・ビヘイビアを取っており、幾つもの訴訟を戦い抜いて今日の検索エンジン・ビジネスを確立した。そして今となっては、検索エンジン・ビジネスを潰そうという者はいなくなった。わが国著作権法が、このようなりスクを取ることを妨げとなっているとすれば、それは悲しいことである。わが国のような個別の権利制限規定では、まず法律を作るように政府に陳情して、法律ができてからビジネスを始めることとなるが、それではネットにおける世界同時大競争時代に到底勝ち目はない。そのような観点からフェアユース規定を考える必要もあるが、今回の改正ではこのような観点からフェアユースを捉えてはいない。

それどころか、平成24年に成立した改正法になると、トーンダウンしている審議会報告から更にトーンダウンさせ、個別的制限規定のような4つの条文に分解され、もはや「名も実も捨てたフェアユース」となってしまう、見るも無残な姿と成り果ててしまった。審議会レベルまでは、なぜそうなったのかという議事録が残っており、第三者にとって検証可能であ

り、批判もできる。しかし審議会報告からどのような理由で4つの条文になったのか、その過程や理由が不明である。漏れ聞くとところによると、内閣法制局とのやり取りでこのような形になったようであるが、なぜこのような条文になったのか判らないために批判のしようもない。立法にあたって重要なのは透明性であり、それなくしてはまともな議論もできず、民主主義の根幹にもかかわる問題である。

例として、今回成立した30条の2（付随対象著作物の利用）を検討してみる。これは前述のAタイプの条文化であり、いわゆる「映り込み」の規定である。写真撮影、録音・録画に際し、著作物が取りこまれてしまった場合、原則として違法ではないという規定である。条文を見ると、幾つかの要件が書かれているが、審議会では無かったが新たに加えられたものがいくつかあり、そのひとつが「分離することが困難である」という限定である。これにより、たとえば娘にミッキーの縫いぐるみを持たせて写真を撮って自分のホームページにアップロードしたら、娘とミッキーの縫いぐるみは意図的に「撮り込み」をしたものであり、分離することは容易であるので30条の2の範囲外となるであろう。現在は親告罪であり、実際問題として告訴の可能性は低いかもしれないが、TPPへの参加により、非親告罪化される可能性もあり、危険性を秘めている。文化庁著作権課によれば、分離困難とは物理的意味ではなくて、社会的意味における分離困難だそうである。社会的分離困難とは何を意味するのか不明であるが、常識的に考えれば、上記の例では、意図的にミッキーマウスを抱かせたのであるから分離は極めて容易であると思える。なぜ敢えて分離困難性などという要件をいれたのか、不思議である。今回の改正がなければ、ミッキーマウスを抱かせた例では、何らかの法テクニックを用いて違法ではないとすることも可能であったかもしれないが、「分離困難性」という要件が明示的に設けられたために、そのような解釈は困難となってしまったと考えられる。フェアユースという観点からは、この条文がない時代よりも事態は悪化したといえよう。フェアユースの規定とは、将来どのようなケースが現れるのか見当もつかないために、一般的な条項を設け、せいぜいその判断基準を付加するという点に意味がある。今回の改正のように、余りに明確な線引きをしてしまうということは、ベクトルとしては、よりフェアユースから遠ざかってしまったと言

えよう。

法改正の際に必ず問題となるのは、立法事実があるのか、という点である。つまり、現在こんなに困っているから改正して欲しいという要望があって初めて改正がなされる。IT技術の進展により、今後どのようなビジネス・モデルが生じてくるか、予想することは難しい。このスピードの時代において、ITビジネスは先手必勝であり、世界に先駆けたビジネスを興し、先行者利益を確保し、世界に飛躍するというモデルが勝利への方程式である。アップルもグーグルもフェイスブックもそれで成功してきた。しかし日本ではまずお上に、こんなに困っているから改正してほしいと陳情し、審議会で議論してもらい、法改正に持ち込んで、やっとビジネスを始めるのが通常である。それでは世界に勝てるはずがない。検索エンジンは日米で同じ頃に始まったといわれているが、グーグルはフェアユース規定を利用して、全世界のサイトを無断複製して検索エンジン・ビジネスを始め、異議があれ削除するというオプトアウト方式を採用した。日本では、他人のサイトを無断で複製等を行うと権利侵害となるので、承諾のあるサイトだけを拾うというオプトイン方式で行わざるをえなかった。これでは勝負は初めからついていた。グーグルブックについてはまだ決着していないが、もしオプトアウト方式が取られるとすると、オプトイン方式のビジネスを圧倒し、しかもそれは便利であるので、世界中の多くの人はそれを利用することになる。因みにこのグーグルブックについては、アメリカのクラス・アクションの問題と独禁法の問題が絡んでおり、もはや純粋な著作権法の問題ではなくなっているようである。日本では平成21年改正で検索エンジン・ビジネスを合法化したのが、今更グーグルに敵うはずもない。その規定(47条の6)は複雑怪奇で詳細を極めた条文であり、しかも「公衆からの求めに応じて」行うものという要件が課されているため、「公衆からの求めに応じて」ない、いわゆるプッシュ式の検索エンジンは違法であるということが明らかになってしまい、たちまちにして時代遅れの条文となってしまった。これらも判る通り、個別に権利制限規定だと、新しいビジネスを見越して規定を設けることは難しく、それがゆえにフェアユースの規定が必要となる。

著作権法は産業振興法ではないので、著作権法を改正すれば産業振興に役立つというものではないが、少

なくとも著作権法が我が国の情報産業の足を引っ張ることは避けなければならない。ビジネスの成功のためには、法以外の様々な要素、ビジネス・モデルやファイナンスや指導者の力量や決定メカニズム等が関係しており、むしろそのほうが圧倒的に大きいと考えられるが、ただ著作権法が邪魔をしてはいけない。ネット・ビジネスに国境はなく、日本で禁止してもアメリカで自由であれば、ビジネスはアメリカに流れ、日本人はアメリカのビジネスを利用するだけという哀れな結末になる。つまり日本で禁止しても権利者には何らの利益もなく、日本から重要な産業が失われるという結果が残るだけということもありうる。今後のクラウドの時代を迎えるにあたり、この認識は極めて重要である。日本の発展の牽引車であった電気産業は、テレビやパソコンのような物づくりでは低迷し、情報産業に脱皮しようと思えば、そこに著作権法の壁が立ちただかっている、という事態は避けなければならない。著作権制度がなぜ存在するのか、その正当化根拠はどこにあるのか、という点に思いをいたす必要がある。

ただここで注意しなければならないのは、フェアユースの根本にあるのは、権利者の利益に実質的な損害を与えない場合に限るという大原則があるという点である。フェアユース規定が設けられると侵害が氾濫し、出版業界等は壊滅するというような見解もあるが、業界を壊滅させるような利用行為は、フェアユースにならない典型例である。アメリカでもフェアユースが認められるケースはそれほど多くはなく、出版業界等に著しい悪影響を与えているとは考えられない。

フェアユースに関しては、法的な安定性に欠ける側面と柔軟性に富んでいるという側面があり、そのどちらを選ぶかという議論がされることが多い。確かにそのような側面も重要な要素ではあるが、実は、フェアユースはもっと大きな問題を含んでおり、法や裁判に対する国民の意識にも大きく関係している。つまりフェアユースの規定を導入するということは、何がフェアなのかということをお官、あるいは立法があらかじめ決めるのではなく、行為者が自らフェアと信じる行為を行い、それに異議のある者は裁判で決着をつけるということを意味している。つまり、事前規制から事後規制へ、官から民へ、行政から司法へ、という大きな時代の流れに沿った改正となる。それであるが故に、フェアユースの規定が生きるか死ぬかは利用者の



意識に係っている。つまり、お上がお墨付きを与えてくれた行為だけをしていれば安全であるという発想から、自己判断でフェアであると考える行為を果敢に遂行し、自己のリスクにおいて裁判所で決着をつけようという発想への変換が必要である。日本の企業、特に大企業は、法的リスクを嫌う傾向にある。それゆえ2007年に私が『著作権法』（有斐閣）を執筆した時は、フェアユースの規定を導入しても企業はそれを使いこなすことができないのではないかと思い、時期尚早という考えを示した。しかし現在ではその考えを改め、早急にフェアユースの規定を導入すべきであると考えている。フェアか否かを自分で判断することは確かにリスクではあるが、反面スピードを稼ぐという大きな意味がある。ネット・ビジネスにおいては、世界同時大競争時代に突入しており、スピードこそが命であり、他社に先駆けてビジネスを展開し、創業者利益を得る、ということが肝心である。

フェアの判断に際し、このようなビジネスを、著作権を理由に潰す事が真に文化の発展にとって好ましいことか、あるいは潰す事が権利者にとって真に利益となるのか、という点を考えなければならない。つまり、両当事者の利害関係に加えて、その判断がもたらす文化的、産業的・公共的な影響も視野に入れた判断が求められることとなる。現行法においては、テレビの転送サービスやストレージサービスが著作権侵害となる可能性があると考えられており、ビジネスへの委縮効果が甚大である。しかしベンチャー企業は元々リスクだらけであり、リスクを取らねば生き残れない。若いベンチャー起業家は、思いもよらないような新しいビジネスを考えている。特にネットベンチャーの中には、法的リスクをとってでも、とにかく早く事業を立ち上げることを希望する者も多く、もしフェアユース規定ができれば、彼らが利用してくれるのではないかと期待している。資源を持たないわが国としてはコンテンツ・ビジネスの振興を図る必要があり、知的財産推進計画でもコンテンツ・ビジネスの振興は重要課題とされている。しかしわが国のコンテンツ・ビジネスの成長率は世界の平均に遠く及ばないという現状にも注目しなければならない。ゲームとアニメが強いと言われているが、それとても足元は脆弱であり、将来共に安泰とはとても言えない。著作権法は、本来は文化発展のための道具ではあるが、今日における著作権法については、もはや産業政策的要素を無視すること

はできない。このような状況から判断すると、全ての問題を個別の権利制限規定で処理することには限界がある。権利者の利益を損なわないような、新しいネット・ビジネスに柔軟に対処できるフェアユース規定の導入が望まれる。

フェアユースの規定は、単に条文を作れば足りるというものではなく、法律を使う企業の意識、それに裁判官の意識、さらには企業を説得する弁護士の意識まで変わらなければならない。我々にとってどのような社会が居心地よいのか、という点については個々人によって異なり、多くの人にとっては変化のない社会のほうが過ごし安いかもしれない。しかしながら現在の世界情勢において、立ち止まるということは遅れをとるということであり、常にダイナミックな変化をしてゆかない限り、今の生活すら維持できない。そのような社会の宿命として、お上が決めた安全な道だけを歩むのではなく、自らがリスクをとって行動をするという様式が変わってゆかざるをえない。フェアユースはそのような社会の変化のひとつに過ぎないと思う。

#### 4. 最後に（壮大な構想の欠如）

デジタル技術の発展により、著作物の創作主体や創作過程にも大きな変化が見られる。その結果、多様な創作物が世に溢れるとともに、違法な複製物もネットに溢れるようになった。このような状況の下において、著作権制度は、一つの方向からだけでは処理できないという状況が生じてきた。コンテンツがネットに氾濫するということには二つの側面がある。一方では、ネットに一度情報が流出して仕舞うと最早コントロール不能となり、際限なく利用されてしまう可能性があり、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るという期待感もある。

このような不安定な社会状況の下で、コンテンツ・ビジネスのモデルが急速に変わりつつあり、広告等で稼ぐ無料ビジネス大きく伸びており、既存のテレビ等のマスコミを脅かす勢いである。民放のラジオ・テレビは無料ビジネスの先駆けであるが、デジタル時代になり、放送以外の分野で無料ビジネスが急速に台頭してきている。近年大流行しているネットでの無料ゲー



ムがその典型例であり、最近では3000万人を越える会員を擁する無料ゲームサイトも出現している。無料であるから爆発的に会員が増え、露出を高めることによりさらに裾野を広げファン層を厚くし、その中の何割かが有料会員なれば十分に利益が上がることになる。また前述の「Spotify」のように、無料サイトとして利用者を増やし、ソーシャル・ネットワーキング・サービスを始め、種々のサービスを結びつけ、利益を挙げるモデルも勢いを増している。

先に述べたように、現在のコンテンツ・ビジネス形態を維持したまま、民事・刑事の規則を強化しても、それだけでは違法コンテンツの撲滅は不可能であり、何らかの活路を見いだす以外にない。その活路とはどのような姿なのか、誰にもわからないが、世界は変わりつつあることだけは確かである。コンテンツ・ビジネスに国境はない。日本でもたまたましている間にも、世界のビジネスが日本を狙っている。従来日本のコンテンツは、日本語という天然の要害に守られていたし、また日本には1億人以上の人口が存在するために、そこそこの利益を上げることができたために、韓国と比べると、変化への対応が遅れてきた。しかし人口が減少し、しかも海外企業との競争に晒されるようになると、日本の企業は立ちゆかなくなる恐れもある。沈み行くタイタニックの中で一等席を争うようなことを止め、よりスケールの大きい構想を持つことが要求される。その中で、著作権制度、あるいは著作権を巡る慣行を改めて考え直さなければならないと考える。

以上の話は、主として音楽というコンテンツを念頭において述べてきたが、実は、その他のコンテンツ、たとえば映画・ゲーム・アニメ・プログラム・小説・漫画等については、それぞれ異なった事情があり、音楽でのビジネス・モデルがそのまま通用するとは限らないので、それらについてはまた別個の検討が必要となろう。2012年8月29日の朝日の夕刊には、有名な漫画「ブラックジャックによろしく」の作者である佐藤秀峰氏が、その漫画につき、商業的・非商業的を問わずあらゆる二次利用を無償で認める、つまり著作権は放棄しないが権利を行使しない、と報じている。その漫画はすでにサイトで無料公開しており、今後は無許諾で複製、ネット配信、小説化、映画化、グッズの製造等を認めるとのことである。佐藤氏は、「インターネットは情報をどこまでも拡散できる。この設計

思想は著作権という考え方と対立する。拡散、共有されることで、著者にも利益が入る仕組みができないでしょうか」、二次利用フリー化を行った結果「どのように作品が拡散し、利用され、著者に利益をもたらすのか、もたらさないのか、その調査をしたいと思っています。その先に見えるものが、きっと次のヒントになると信じています」と述べている。佐藤氏は、著作権と多くの人にコピーで拡散できるインターネットとの相性の悪さを指摘しているようであるが、詳しいことはまだ不明ではある。最も知りたいのは、いかにしてマネタイズするのかというスキームである。作者に収入がなくてもよいということであれば、単に佐藤氏の趣味、あるいは主義主張であり、将来のビジネス・モデルのさきがけになりにくいかもしれない。これが今後、どのような発展を遂げるのか不明であるが、ネットを通じて新しいビジネス・モデルが現れつつある、という一例として紹介した。

またもうひとり著名な漫画家赤松健氏は、「株式会社Jコミ」を立ち上げ、絶版作品を、作者の了解を得て広告を挿入した形で公開し、広告収入を作者に還元することを目的とした活動をしており、自身の人気漫画『ラブひな』全14巻を、実験として無料公開し、1週間で170万ダウンロードされたという。赤松氏は、作者的にはコピーされまくって広告がクリックされまくったほうが儲かる、と述べており、今後、どのような発展をみせるのか、注目したい。

あるいはネットとは関連が薄いが、パッケージに特色をだして売る、というビジネスも有りうる。AKB48のCDには総選挙の投票用紙が入っており、投票券を目当てに買わせ、中には箱買いをする者も少なくない。また普通の出版物でも、通常版と限定版を出し、限定版にはアニメDVD等のおまけをつけ、プレミアムな価値をつけて売るというビジネスもある。(昔からあるグリコのおまけの発展形態かもしれない)

今日は今年の改正を中心に述べてきたが、デジタル時代においては、コンテンツの流通問題が極めて重要な問題となる。一物一権主義が近代の物権法の大原則であるが、著作権法は中世の土地制度と似ている。つまり一つの著作物ないしはコンテンツの上に、複数の権利が共有ではなく、重疊的に存在しており、その結果、流通の妨げとなっている。たとえば過去の放送番組を流通させようとしても、そこには多数の人の権利が、重疊的に存在し、流通阻害要因となっている。こ

の問題は、著作権法の物権的構成にまで関わる大問題であり、当然ベルヌ条約とも関係してくる。また国によっては契約により著作権を出版者に移転しており、電子出版に際しては容易に権利処理が可能となっているが、我が国にそのような契約慣行を導入するには当事者の意識の改革も必要となり、これまた大変な作業であり、今日は問題の指摘に留めたい。

以上から言えることは、著作権スキームは、既存の枠組みだけで捉えていては、確実に世界から取り残されるということである。ベルヌ条約が有る以上、著作権リフォームには限界があるかもしれないが、法規制だけではなく、ビジネス・モデル、商慣行等々の方法

で、スケールの大きい構想で世の中を変えてゆかねばならないと考えている。

本稿は、2012年9月11日の東京弁護士会知的財産法部会研究会での講演に若干の手を加えたものである。

また本研究は、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。

（原稿受領2012.12.3）

## 「弁理士Info」 「ヒット商品を支えた知的財産権」 のご案内

JPAA  
Information

知的財産権制度と弁理士の業務について、イラストや図を使ってわかりやすく解説したパンフレット「弁理士Info」及び季刊誌「パテント・アトニー」のヒット商品を支えた知的財産権と題して連載してきた内容を1冊にまとめた「ヒット商品はこうして生まれた!（平成23年11月改訂版発行）」等のパンフレットがあります。

一般の方には原則として無料で差し上げております。（送料は当会で負担します）

ご希望の方は、下記ご連絡先までお問い合わせください。

### ◆連絡先 広報・支援・評価室◆

ご希望のパンフレット名と部数、ご送付先、お電話番号を明記の上、下記までお申込みください。

**FAX:03-3519-2706**  
**mail:panf@jpaa.or.jp**

