

<著作権法(1)>

著作権法を始めたいと思います。最初に、著作権法の趣旨です。これは、今までお話ししてきた、知的財産権制度の趣旨の復習のようなことになります。

最初に書きました、著作権がない時代、あるいは著作権がない国にいたとした場合に、作家は出版社から執筆活動に対する対価を得ることができるのか、著作権がないからまったく得ることができないのかという問題があります。これを考えてみると良いと思います。答えを申し上げますと、実はこれは、著作権がなくても対価を得ることは可能です。なぜかというと、原稿を書いたときに、原稿料をくれないかぎりはこの完成した原稿を渡しませんと言えば済むわけです。そうすると、仕方がない。もし、仮にこの出版社がこの作家の原稿を世の中に出版しようと思っているのであれば、お金は払います。著作権があろうが、なかろうがです。著作権がなくても、渡さないとはいいいわけです。渡さなければ、原稿を見ることを出版社ができなければ、事実として、その原稿を出版することはできないのだから、そのとき渡す条件としてお金をくれと言っているのだとしたら、出版社はお金を払わざるを得ないです。

では、次、問いの2です。それでは、著作権があってもなくても同じなのか。著作権が無くてもお金が取れるというのだったら、著作権があってもなくても変わらないのかというところではなくて、ここからが著作権制度の趣旨になりますが、対価が違って来るだろうということです。なぜかということ、こういうことになります。まずその設例のところを見ていただくと、Aという出版社とBという出版社の2つを用意しました。Aという出版社は最初に出版した会社で、お金を払うわけです。お金を払わないと原稿を渡してくれないので、作家にお金を払う会社、それがAだとします。

それに対してBは、海賊出版社、著作権がないのですから法的な意味での海賊出版社ではありませんが、日常用語的な意味での海賊出版社で、自分は別に作家にお金を払わない。むしろ、Aの出版があって、そのAの出版物を見て、出版された本からその著作物の内容を知って、そっくりそのままコピーする会社です、Bというのは。著作権がないのだから、Bという会社は出版できるわけです。この場合、作家から原稿をもらう必要はないです。世の中に出ている本を見ればいいだけの話だから。これは、著作権があったらBという出版社は登場しないです。登場すると、著作権侵害になる。でも、著作権がないので、Bという出版社は、Aの出版社がお金を払って作家からいただいた原稿で出版した著作物の内容を見て、それを出版すれば良いということになるので、作家にお金を払う必要がありません。本当は、市場には幾つかいるでしょうから、CとかDとかEとかFとかも登場してきますが、面倒なので、ここではB 1社ということで、シミュレーションをしてみようと思います。

さて、こうした状況下でBという出版社が登場する、それからBという出版社は作家には、著作権がないのでお金を払わないという状況下で、Aは一体、最初作家に幾らを払う

のかということを考えると、どうなるか。設例と書いてある字の2行上くらいのところですけれども、Aは最初に作家に対価を払う分、Bより不利になるわけです。例えば、100万円なら100万円を払うとすると、この原稿料は、Bの立場に立てば払わないで済むお金です。だから、経済合理的に行動するのであれば、それを上回る利益がないかぎり是对価を払わない。

では、上回る利益はどのくらいあるのかということ、もう1回、その設例の図を見ていただくと、結局、Aが出版した後、Bがこれをまねしようかどうかを考える、市場の状況を見てまねしようかどうかを決断する。その上で、まねしようと決断してから、Bの方も印刷に取りかかる。そのために、それなりに時間がかかります。例えば、1カ月とか2カ月とか、かかる。その間にAが売ることができる利益、例えば、1,000部とします。そうすると、この1,000部、市場先行の利益ですが、これは作家に対価を払ったから初めてBに先行して出版できた利益です。作家に対価を払わなければ、ほかの会社が出版するのを待っていなければいけないということになりますから、これは作家に対価を払い、いち早く原稿をほかの他社に先駆けて知ることができた結果、得ることができる販売部数です。例えば、1,000部です。そうすると、この1,000部の分はAがBよりも有利になるわけです。

こういうふうに、すべて神様のように状況が分かっているときには、Aとしては2つの選択肢があるわけです。作家からお金を請求された、ここで原稿料を払って最初の出版社になって市場先行の利益を得る、そのかわり作家に払う原稿料代は損するという選択肢と、もう1つは誰かほかに払わせてBの立場に立つ。誰かほかにAがあらわれるのを待って、自分としては、ほかの人が作家に原稿料を払って出版するのを待って、海賊出版する。海賊ではないわけですが、模倣出版をする、Bの立場に立つ。その2つの選択肢がある。そうすると、Aはもし、作家の要求する利益が、この1,000部に対応する利益、例えば、1,000部で、1冊1,000円くらいで売るとして1冊100円くらいの利益があるとすると10万円です。この市場先行利益に対応する分、例えば10万円よりも高い金額を作家が請求してきたのであれば、ばかばかしい。だったら、誰かが出版するのを待ってBの立場に立てばいいと思うわけです。

だから、すべてが神様のように分かっているときには、Aがうんと言うのは、この市場先行の利益、1,000部に対応する、例えば10万円よりも作家に支払う対価が安いときに初めてAの立場に立つわけです。それより高ければ、Bの立場に立ちます。そうすると、結局、著作権がないと、というところ。もう1回今のをまとめると、著作権がないと著作者の報酬は、要するにAの支払う対価だから、市場先行の利益に対応する分よりも少なくなってしまうわけです。これ以上の金額を払うのであれば、Aは後から出版した方が得なので、こういう金額になるだろう。

では、著作権があるとどうなるのか。これはえらく変わります。ドラスティックに変わります。著作権があると、適法に行動することを前提にしましょう。著作権侵害というのはしてはいけないし、した場合には例えば刑事罰がかかるということで、一応もう、その

選択肢はないものと考えてください。そうすると、Bという立場に立って、おくらせて出版しても、結局、著作者に対価を払わなければいけないわけです。だから、Aは対価を払った分、不利になることはないだろう。どうせ、Bも請求されるに違いない。だったら、払い損ということはない。どっちにしろ、払わなければいけないということになります。そうすると、Aの選択肢としては、今、作家に原稿料を払ってこれだけの部数を出版するか、それとも、また同じように作家に原稿料を今、払わずに将来、払って、これだけの部数を販売するかというだけです。ビジネスリスクとかがあるからぴんとはこないでしょうし、なかなかはっきり判断するのは困難かもしれませんが、今、神様のように、この設例のような需要だと分かっているのであれば、かなりのお金を払ってもAの立場を選びます。どうせ、Bも請求されるから。

そのとき、Aの払う限度はどうか、ちょっと難しいところがあるんです。ちょっと条件をつけなければいけないですけれども、Bという出版社が、例えば出てくるだろう、恐らく作家はいつか許諾するだろうということを前提にします。Aが3,500部売ることができる、Bは2,500部売ることができるという、この設例の状況だとします。そうすると、Aの支払う対価は幾らが上限になるかというと、Aが出版することができる総部数、1,000部だけではなくて、その後、市場でBと競争した結果出てくることになる、2,500部を足した3,500部に対応する分まで払っても損はしない。3,500部に対応する分ということ、例えば1冊100円だとすると35万円。だから、Aはこれだけ、経済合理的に行動するならば、これにちょっとでも利益があればいいんだから、34万9,000円とか34万9,999円を払っても1円の利益があるのであれば、払うだろうということです。作家がAから得ることができる金額はだいぶ上がりました。さっきは、1,000部対応分で10万円だったのが、今度は3,500部対応分で35万円ですが、さらに作家はBからも取ることができます。

Bは2,500部を出すとしましょう。ちょっと作家が許諾のタイミングを遅らせたということで、2,500部だとすると、Bからも2,500分を取れる。例えば、1冊100円だと25万円を取れる。そうすると、著作者の報酬は全部の、市場全体の部数である6,000部に対応する分、例えば60万円になる。さっきの、この設例だと6倍になる。これは大事です。ポイントはどこかということ、よくみんなが勘違いすることは、著作権がなかった場合にまったくお金を取れないと思うんです。そうではないんです。著作権がなくても、今、言ったような事情で市場先行の利益分に対応する分のお金は著作者のもとに還流してくる可能性があるわけです。ポイントは1つ、それ。

2つ目のポイント、これはちょっと難しかったと思います。この設例だと、著作権があってもなくてもAは3,500部売ることができるという設例です。そのときに、これも2番目に勘違いするポイントですけれども、Aは3,500部売ることができる、だから、この例だと、1冊100円ずつの利益だとしましたから、Aは、35万円の利益を得ることができるんです。著作権があってもなくても、です。そのときに勘違いしてはいけないのは、著作権があってもなくても35万円の利益を得ることができるのであれば、作家に30万円なり

34 万円なりを払っても、5 万円なり 1 万円なりの利益は残るわけだから、著作権があってもなくても 35 万円近くまで払うことができるのではないかと思うかもしれない、それが勘違いの 2。それは違うんです。なぜかという、ほかに B という立場に A は立つことができるから。

もう 1 回繰り返しになります。今のこの例だと A は 35 万円の利益を得ることができますが、11 万円を作家に払ってしまうと利益は 24 万円になります。著作権がなかった場合には、B という立場に立つことができる。しかも、そのときは作家にお金を払いません。B という立場に立つと 25 万円の利益を得ることができる。だから、今、作家に 11 万円を払うと損になる。だから、著作権がなかった場合には A は 35 万円の利益丸々を作家に吐き出そうとはしないわけです。一番たくさん吐き出したところで、10 万円でとまる。

あとは交渉力です。その 10 万円の中で 50・50 で分けるのか、7・3 で分けるのかというのは作家と A の交渉力で決まる。著作権がないときにはそこまでとまるんだけど、著作権があると、B という立場に立ったやつはどうせ 25 万円を丸取りはできない、払わなければいけないということになるので、今みたいに、比較で経済合理的に行動する必要がない。純粋に自分の利益の中から幾らを払うかを決めればいい。例えば、50・50 で、17 万 5,000 円ずつで分けるとか、ちょっと交渉力が強くて向こうに 11 万円を払うだけとか、あるいは交渉力が弱くて 30 万円を払うとか。そういうふうに分けることができる。

ついでに、設例のバリエーションですが、著作権者としては著作権があるのだから、A だけに独占出版を許諾してもいいわけです。そのときには、この 2,500 部の分も A の方に行くから A が 6,000 部を得る。そうすると、6,000 部に対応する分が A から直接著作権者に全額払われることになります。ともかく、ちょっと頭の体操ですけども、著作権があるかないかという違いは市場先行の利益以上の利益を著作権者が把握することができるというところに出てくることになります。

さて、次にいきましょう。ということで、著作権は非常に意味がある。では、その著作権の保護を受ける要件です。何が著作権として保護を受けるのか、著作物性の要件のお話をします。著作物の要件、これは条文、著作権法の 2 条 1 項 1 号、著作物の定義があります。「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」大まかに分けると、思想または感情を創作的に表現したもの、創作的表現の要件といいますが、創作性のある表現であること。創作性と表現であることで、細かくさらに分けると 2 つです。大まかに言うと、創作的表現であること。それから次は長いので、普通は文化の範囲と簡単に言います。文芸、学術、美術または音楽の範囲に属していること、文化の範囲に属していること。この 2 つが要件になります。

まず、創作的表現であることという要件です。レジュメに書きましたが、最初に、これは創作的表現であるということは、創作性がなければいけないということを意味しています。大事なことは、何かの媒体に固定されることは不要です。これは国によって違うんです。アメリカ著作権法だと、ただしゃべっただけだと保護されない。媒体と呼んでいます

が、例えば、これが録音されるとか、あるいは皆さんがノートに書くとか、そういった形で何か有形のものに固定されないと保護されません。アメリカではそうですが、日本ではそうではありません。日本では、この2条1項1号の定義を見ても、何かに録音、録画されていることとか、複写されていることという要件はない。

例えば録音されていない私のしゃべりを再現することは不可能ですが、その場合にも保護はされる。この講義の例でいくと、仮に録音していなかったとしても、私のしゃべっていることは日本法上保護されるわけです。それは誰が著作権かという、私が著作権だということになります。

皆さんは今、ノートをとっています、とっていないかもしれないけれども。レジュメにちょっと書き加えるだけですけれども、例えば、これがまったくレジュメがなくて、1からノートをとっているとします。そういう授業もあるでしょう。そうすると、そのノートの著作権者は誰なのかということが問題になります。結論を言うと、ノートにかかわる著作権者は2人います。どういうことかという、教官のしゃべっている講義のことは一番もとなる著作物なので原著作物といいます。皆さんがとっているノートですが、皆さんの創造性がなければいけないんですけれども、皆さんはノートをとるときに、私のしゃべっていること全部をとるのは不可能です。これはたぶん世界に誰もいない。

だから、皆さんはノートでは物すごく取捨選択しているでしょう。特にきょうはレジュメがあるので、ごく一部しかとっていないでしょう。そうすると、皆さんがとっているノートは同じにならないです。個々、個性が出てくる。著作権法上は創造性といいます、皆さんのとっているノートは私のしゃべっている著作物、原著作物をもとにはしているけれども、個性があるので、それぞれに著作物性を満たすので、2次的著作物と、そういうものをいいます。皆さんがとっているのは、2次的著作物です。

それで、2次的著作物に関する著作権はどうなっているのかといいますと、条文は後でお話ししますが、2次的著作物に関する著作権は、まず、私がいて、皆さんがいる。第三者が利用するのを誰がとめることができるかということですが、皆さんは2次的著作物の著作権を持つので、第三者が皆さんのノートをコピーするのをとめる権利を皆さんも持っています。だから、皆さんがノートなんかをなくしたり、誰かに盗まれたりして、その人が私的複製を超えてコピーをすると、それに対して皆さんは、2次的著作物ではあるけれども著作権を持っていますので、ノートの著作権を行使することができます。ところが、プラスして、2次的著作物の場合はお一方だけではなくて、私も著作権を行使することができます。自分のしゃべっている創造性が皆さんのノートに残っていますから、それに基づいて著作権を行使することができます。ということで、第三者が例えば、皆さんのノートを出版しようと思ったときには、両方の許諾が必要です。

ちょっと応用になります。皆さんが、自分で私的複製はできるわけです。30条というのはできますが、皆さんが私的複製を超えて自分のノートを、せっかくとったんだから出版しよう。皆さんが今、どうも著作権を持っているらしい、著作権を行使するということ

で、自分でそのノートを出版しようとするとうなるか。すぐ分かると思いますけれども、このZに皆さんの立場が立つだけです。自分でやるのだから、自分の分は許諾はいらないです。だけれども、私の許諾が必要です。

だから、必ず2人の許諾が必要だということです。では、私が皆さんのノートを出版するときはどうなるか。これも同じです。自分の原著作物とはいえ、私以外の人の手が加わっているわけです。皆さんの個性がある。それを、皆さんのノートを私が出版しようとするときも、これは落ちているから、いいノートだと思って私が出版しようとする、それはだめで、やはり皆さんの許諾も必要、だから、両すくみの関係にあります。では、私にできるのは何かというと、皆さんのノートと関係なく自分でノートを作って出す分には私はできるわけです。

ということで、特許なんかでも利用発明という話で、他人の特許を利用する特許の話があったと思いますけれども、著作権の場合は、まったく論理的には同じことですが、より人の著作物の一部を借りてさらにつけ加えるなんて、実際は多い。例えば、原作をテレビドラマ化するとか、テレビドラマを映画化するとか、多いので、結構こういう関係はしょっちゅう発生します。

さて、その上でもう1回創作性の問題に戻ります。創作性ですが、学術的、芸術的にすぐれていることは不要です。結構、皆さんもびっくりするかもしれません。他人の著作物と異なるというだけでじゅうぶんです。

どんな陳腐な絵であっても著作物になります。だから、皆さん、全然意識していなかったし、私もずっと意識していませんでしたけれども、皆さんも子どものころから著作物を日々生産しているのです。最初に、ある程度の意識を持ってかいた絵から著作物です。思想感情が創作的に表現されていればいいので。子どもなんかはまったくお手本もなく、自分で勝手にかきますから、ほとんど創作性を満たしています。そういう幼稚園児、あるいはもうちょっと下のころから、たぶん最初にかいた絵からずっと著作物を皆さんは量産し続けているということです。これは大変驚くべきような話です。

これで良いのか、どうしてこうなっているのかというお話をします。2つそこに理由を書きました。1つは消極的理由です。もう繰り返しますが、消極的理由というのは、そういう要件にしても不都合はないというやつです。これはわりとすぐ思いつくかもしれない。世の中にいろいろと価値のない絵だとかもたくさんある。価値のない楽曲とか、私が、適当に赤ちゃんをいやすために勝手に作曲する歌とか、そういうどうでもいいような歌は幾らでもあるわけです。ですが、そういう絵について著作権があってもあまり困らないです。誰も複製しないだけです。だから、不都合はない。これは特許とかとはちょっと違う。特許でも誰も使わない技術というのはありますけれども、わりと技術は積み重ねの要素が大きいので、むしろ陳腐というか、ありきたりの技術であればあるほど、みんなが使うという要素がないわけではない。特許の場合には、こういう消極的理由はあまり通用しないです。だから、特許権を与えるときには新規であり、進歩性のあることを要求しています。

それに対して、著作権の場合は積み重ねの要素が少ないです。まったくないとは言いません。まったくないわけではないから後からお話しするアイデアの模倣は自由という原則があるんですが、それはちょっと置いておいて、積み重ねの要素が少ないので、排他権を認めても弊害があまりない。幼稚園児のかいた絵とか、私がときどき口ずさむ勝手な歌とか、そんなものに著作権があっても誰も複製しないので、困ることがない。だから、弊害がない。これが消極的理由、著作権を与えても良い。問題は、消極的理由だけでは弱いので、与えなくても良いから。

では、なぜ与えるのか。積極的理由があります。これがなかなか思いつかないのかもしれない。高度に学術的なのか、あるいはさらにもっと難しいのは、何が芸術なのかということは、人によってばらばらです。例えば、印象派が最初、19世紀にヨーロッパ画壇に登場したときにはほとんど冷笑をもって迎えられたのは有名な話です。それから、私はやはりすぐれた芸術だと思いますけれども、最初、子どものときにピカソの絵を見たときはよく分からない、何だろうという気がしました。それは人それぞれだということです。だから、人によってばらばらです。仮にこの、他と異なることでじゅうぶんではなくて、例えば進歩的であることとか、高度の学術性、芸術性を要件とする場合には、何が著作物になるのかということが不明確になります。

特に、最終的に著作物性を判断するのは裁判所だということになりますから、その裁判官の志向に文化が影響されます。裁判官が良いと思った、これは高度だと思ったものについては著作権の保護が与えられて、創作にドライブ、インセンティブがかかる。けれども、裁判官がこれはくだらないと思ったものに関しては著作権の保護が否定されて、インセンティブがかからない。そうすると、裁判官がその文化について一定の価値判断を持ち、それが影響を与えることになります。それで良いのかということです。これは、技術であれば一定の尺度があるはず。特許の場合、1回特許庁の判断を介在させながらも、最終的には裁判所が決めます。でも、それでいいんです。それをいいと言うのは、技術については例えば、効率性という尺度がある。一応、どちらがすぐれているかということは分かることになっている。

だから、裁判官の判断を求めてもおかしうはないけれども、文化というのは効率性の世界ではない。技術は効率性の世界ですが、文化は多様性の世界です。その中で何を選びとるのかというのは人それぞれなので、裁判官の嗜好に影響されてはおかしいではないか、むしろ他と異なるというだけでじゅうぶんとして、あとは全部に保護を与えて、その中から実際に何が利用されるのか、著作権をみんなに与えますが、その著作権で何がもうかっていくのかということは社会、市場の判断にゆだねればじゅうぶんではないかと考えているからこそ、異なるだけで十分だということになっていると理解することができます。これが積極的理由です。

ということで、創作性という要件は他と異なるだけで十分なわけですがけれども、次の問題。もう1つ、先ほど条文で創作的表現の要件だと言いました。2条1項1号の条文には

「創作的に」という以外に、「表現したもの」であることと書いてあります。これはアイデアと表現の区別として世界的に通用する基準を前提にしています。何かというと、アイデアは保護されない、アイデアは保護しない、その表現のみを保護する。普通、皆さんが著作権と聞くと、あるいは世の中の著作権の事件なんかで、多くの著作者が言いたいことは、例えば、私の本なんかもそうですけれども、こういう本のまさにアイデアを保護してほしい、こういった学説がある、おれは考えたとか、あるいはこういう並べ方で本を考えた、そういうアイデアみたいなところを保護してほしいと思うんです。あるいは小説なんかでもこのこういうモチーフで考えた、そのアイデアを保護してもらいたいと思うことが多いわけですが、そこは保護しないで、そのアイデアをいかに表現するかというところを保護するというのが伝統的な理解です。

その条文上は、思想感情の創作的表現が保護されるというところにあらわれています。思想感情が創作的かどうかを問題にしているわけではないです。ちょっと難しいのですが、この条文は、創作性があるかどうかは問わないで、思想感情があることを前提にして、これをいかに創作的に表現しているかということを問題にしているのです。思想感情、アイデアですが、ここの部分は保護の範囲外だということです。

具体的に何を言っているのかというと、こういうことです。誰が創作しても同じような表現になるものは創作性を欠くのだ。例えば、「国境の長いトンネルと抜けるとそこは雪国だった」、これはノーベル賞作家の川端康成の「雪国」の非常に有名な冒頭です。非常に有名ですが、これに保護を与えることができるか。これを冒頭にもってきたのはすごいアイデアだと思います。これは保護を受けることができるかという問題ですが、これには保護を与えるべきではない。なぜかというと、文章が短すぎます。

もし、この程度の文章に保護を与えてしまうと、次の人はこの国境を県境にかえるとか何かして、それぞれに著作権が発生して、それぞれ、皆さんが言いかえの言葉を探すことになります。そうすると、たぶん 20 人目とか 30 人目くらいからこのアイデアを表現できなくなる。県境、国境で、長いトンネルで、今まで全然雪も降っていなかったところが、ぱっと抜けると一面もう雪国だったという、そういうアイデア、それをいかに表現するかで苦労しているわけですが、しかし、これだけ短い文章だと、どうしても表現の選択肢には限りがあります。日本語をしゃべる人はたくさんいますから、この程度の文章に保護を与えていたのでは、いつかは表現が尽きてしまう。そうすると、アイデアの独占を招いてしまうので、これは保護しない。この程度の長さのときは保護しない。

具体的な裁判例で見てみます。教科書の 378 ページ。これは、ラストメッセージ in 最終号事件として有名な事件です。ざっと見てくれれば分かります、こんな本を誰が買うのだらうと思うのですけれども、安上がりではあります。週刊誌とか月刊誌とか季刊誌とか、そういう雑誌の最終号の編集者のごあいさつだけをまとめて本にしたという、そういう本です。私はこれを買ったわけではなく判例集だけから見ているのでよく分からないのですが、たぶん、こんな感じで並んでいたと思うのです。それで、そのまま複写してきた

ようで、雑誌の最終号の、皆さんのごあいさつをずらっと複写して本にしたという本のようです。いろいろな短いごあいさつの文章が並んでいるわけです。全員がではないんですけれども、一部の雑誌社、一部の出版社が著作権侵害だと訴えたのです。

例えばということで図1だと、簡単です。「本誌はこの号でおしまいです。長い間のご愛読に感謝します」とか。図2、図3だと少し長くなっています。図4「新創刊のお知らせ。長い間ご愛読いただきました『BONTON』は今月号をもって休刊し、紙面を一新して7月発売で新雑誌としてデビューいたします。どうぞご期待ください。編集部」とか。5、「いつも『なかよしデラックス』をご愛読いただきましてありがとうございます。なかデラのアピールで15年間にわたって皆様のご声援いただいていたりましたが、この号をもちましてひとまず休刊させていただくことになりました。今度は『増刊ルンルン』を……」うんぬんということです。こういう形で文章が並んでいます。ずいぶん長い文章もあります。図8ですと、「暖かいご声援をありがとう」ということで、大仰に、ずいぶん構えていますけれども「昨今の日本経済のもとで『ギアマガジン』は」、ずいぶん大きな話をしています。なかなか経済的な状況だと言っていますけれども、要するに需要者の志向に合わなくなったということでしょう。「新しい編集コンセプトで再出発を余儀なくされました。皆様のアンケートでも新しいコンセプトの商品情報誌をとというご意見をたくさんいただいております。『ギアマガジン』が再び店頭に並ぶことをご期待いただき、今号が最終号になります。長い間のご愛読ありがとうございました」と書いてあります。

図9はもうちょっと詳しいです。「休刊のお知らせ。東京地方の桜の開花が待たれる昨年の3月23日、ニューシングルの人たちが心地よく住まうことをテーマにしたライフスタイルの提案誌として『NESPA』が誕生しました」うんぬん、うんぬんとあります。これは長いです。それで、これはそのままのデッドコピー、複写の事件なので、結局、どの程度似ているかという要件が問題になったのではなくて、まさに図1から図9のこれらの文言が著作物になるかどうか、著作物となったものは保護される、ならなかったものは保護されないということになった事件です。

これは、皆さん、どのくらいから保護する気ですか。裁判官の答えは後で紹介いたしますが、皆さんのお考えはどうかということです。ざっと見て、これは1から9まで適当に、私なりの判断で、だんだん長く、だんだん表現が豊かになっていく順に並べているんです。だから、例えば、2番からとか、5番からとか、8番からとか、どこかから先が、裁判所は著作物性を認めています。1からどこかまでは著作物性を認められていないです。9は著作物性を認められています。だから、1が認められていない、9が認められている。問題はどこらへんで線引きがあったかということです。

一応、アンケートをとってみます。ざっと見ていただいて、どこらへんが線かということですが、図の2から著作物になると思う人。なかなか、挙げにくいですね。図の3、まだ様子見ですね。図4、全然来ないですね。永遠に、自分1人になりたくないですね、こういうとき。では、ちょっと逆方向から攻めることにいたしまして、図の8が著作物にな

と思う人。なるほど、大体8割くらいです、2割くらいがここで……。では、図の8が著作物ではないと思う人、5人でした。態度を決していない人たちが結構いるということです。研究員の皆さんは知っているためなのかどうか、敢えて手を挙げない。マツモトちゃんは分かっていますけれども。図8では、著作物を認める人がまだ大半のようです。図の7はどうでしょう。著作物だと思う人、少し落ちてきた。思わない人、まだ5・3ぐらいで著作物派の方が多いです。2割くらいがちょっと判断を決めかねているか、あるいはさっき挙げているからかもしれません。図の6は著作物だと思う人、減った。大体、こういう本の習いから真ん中ぐらいだと思っているのでしょうか。図の6は著作物ではないと思う人。どうもありがとうございます。では、ここらへんで、皆さんは思っているということですね。

答えということもない、裁判官によっても分かれると思うんです。裁判所は、7までは著作物性を否定です。8と9を、著作物性を肯定です。でも、これは人によって分かれるところだと思います。恐らく、7が著作物性を否定されたのは、文章は長いけれども、ざっと見てくれば分かるとおりにこれは定型文です。大体、決まり文句に雑誌の名前を入れた程度の文章です。これを独占させるわけにはいかないだろう。そういう意味では、これに著作物性を認めなかったのは妥当のような気がします。

図8、これが限界線だと思うんです。図7よりも文章は短いです。短いけれども、まねしなくてもいいような、そういう意味で工夫がある文章です。「日本経済のもとで余儀なくされました」なんて、これは独自性をすごく感じます。それに何か、やや負け惜しみの的ですが、逆説的に、やめるというよりはご声援ありがとうございますということと、新しく頑張るかもという感じを強調しているというところが創作的な表現と認められた理由だと思います。ただ、私は、図8は、「日本経済のもとで再出発を余儀なくされた」なんて別に普通に言いますから、この程度の組み合わせはどうかと思いますが。ただ、どっちでもいい、認められたところで困りはしないという気はしないでもない。図9はさすがに著作物性ありということになるでしょう。ということで、ここらへんが大体、限界線を示していることになります。

もう1個、判決を紹介しましょう。万年カレンダー事件というのがあります。万年カレンダー事件については、380ページの実際のカレンダーを見てください。印刷の都合で恐縮です。しかも、これは被告の方のカレンダーです。過去に授業とゼミを通じてたったお一方だけ、これを持っていた方がいるんですけども、持っている人はいませんか。要らなかったらいただきたいんです。皆さんにとっては無価値でしょうけれども、著作権法の世界では大変これは、たぶんプレミアがつくのではないかというお宝のもので、授業で活用できるのでぜひ、いただきたいんですが、ちょっと持っていなさそうですね。

これはどう使うかというのですが、ちょっと見にくくて恐縮ですが、非常にアイディア商品です。確かにこの事件を見るまではなんとなくぼんやり分かっていた気がつかなかったんですけども、毎月、日曜日は何日だったとか、きょうは何日だったとか、私なんか

もう 40 年間、物心ついたころだから、30 何年間苦労している、この問題です。よく考えると、曜日が 7 つしかないのだからパターンは 7 個しかないわけです。1 日が何曜日かといったら 7 個しかない。それに着目して、この 380 ページの右側の 7 つの箱がありますが、ここには 7 つのパターンの曜日が並んでいるわけです。それにそれぞれ、虹の七色で塗り分けている。ちょっとつぶれていて申しわけないんですけども、全部に 7 つのパターンで、全部の月のパターンが並んでいる。

左側は何かというと、例えば 1917 年の 1 月だと、何色かちょっと分かりませんが、黄色か何かでしょうか。この色の月ということが分かる。だから、1917 年の 1 月だと、左側で色を確認して、右側でその月を見ると、今月はこのパターンだと分かる。これを見ていけば、1917 年から 2084 年までずっと、これが分かるわけです。ただ、ここだけで分からないのは、いつが 31 日で、いつが 30 日で、いつが 28 日、29 日なのかということです。それは外国でどうやっているかは分かりませんが、日本の場合は「西向く侍」で考える。昔、こういうふうに喋ったら、「西向く侍」というのは何ですかと書いてくれた人がいたので、たぶん、数名、分からない人がいるかもしれません。2 月、4 月、6 月、9 月、武士の士の 11 月は短い月だという、「西向く侍」で考えるんです。

あと、閏年はすごく難しくて、正確には私も再現できませんが、4 年ごと、4 の倍数のときに 29 日になるけれども、1900 年とか、100 年ごとに例外的にうるう月じゃなくなって、だけれども、2000 年は例外の例外でもう 1 回閏月なのかな。そうやっていくと、5000 年とか 6000 年くらいはあまりずれなくて済むけれども、いつかは直さなければならないと、確かそんなふうになっているはずですよ。そういう形で、閏月はあるということです。

問題はこの事件では、なんと原告が実用新案権を取っていたのです。取れる方もどうかと思うけれども。コロンブスの卵かもしれませんが、こんなの実用新案でいいのかと私は思いますが、実用新案権が取られている。この事件は実用新案権の侵害事件です。被告の方が、これは被告の図面ですが、勝手に万年カレンダーを販売したので、実用新案権の侵害事件です。ですが、実用新案権が取られるまでに時間が多少ありましたので、その実用新案権が登録されるまでの間、要するに産業財産権、工業所有権がない間の侵害行為からも損害賠償を取りたいということで、著作権侵害も原告は主張した事件です。

それで、実用新案権侵害は認められたわけですが、その登録前の行為について著作権侵害になるかどうか争われたのです。裁判所は著作物性を否定しました。実用新案が取られているくらいですから、アイデアとしては、非常にアイデア商品だということになりますが、裁判所は、虹の七色に塗り分けるということは誰もが思いつくことなのだ、表現としては創作的な表現ではないということで、保護を否定したんです。

ここで重要なことは、万年カレンダーという、こういうカレンダーを作る、これはアイデアです。それ自体は実用新案権を取られていたわけですから、新規であり、かつ非容易考案性を満たしていたと思います。無効になっていないので、実用新案における進歩性を満たしていたのでしょう。そういう意味で、アイデアはアイデアとしてはじゅうぶ

ん創作性、独創性があるものだったということになるはずですが、何度も申しあげるように、著作権法上はアイデアが独創的かどうかは問わないです。そうではなくて、あるアイデアが決まったときに、それをいかに創作的に表現するかで決まるわけです。そうすると、この万年カレンダーが決まったときに、虹の七色に塗り分けるというのはやはり独占させてはいけないだろうということです。

これがもし、創作的な、例えば、個々の絵がポケモンのキャラクターの絵になったりとか、すごく見づらいですけども、そんな感じだったら独占させてもいいかということになっていくのでしょうか。ということで、この事件では保護は否定された。これは大事ですが、このアイデア部分の保護はやはり実用新案とか特許で保護すべきなのです。実用新案とか特許だと、権利の存続期間が10年なり、出願から20年なりと短いわけです。それに対して、著作権の保護は著作者の死後50年と非常に長いので、そういったアイデアの保護法としてはやや保護が強すぎる。だから、アイデアは保護しないで、表現だけを保護する。実際にアイデアについて保護してもらいたければ、きちんと特許実用新案を取ってくれということで、そういう意味で特許実用新案と著作権の守備範囲の切り分けでも、大変、典型的例を示している判決です。

<著作権法(2)>

編集著作物のところからです。90 ページ、編集著作物です。12 条 1 項が条文になります。これも創作性の話ですけれども、12 条 1 項で「編集物でその素材の選択又は配列によって創作性を有するものは、著作物として保護する。」と。それから、次の 12 条の 2 というのにデータベースの著作物というのがあります。これも編集著作物の一種です。「データベースでその情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するものは、著作物として保護する。」ということです。この編集物ですけれども、その素材の選択とか配列に創作物を有するものも著作権として保護されることが分かります。

例えばということで、判例百選。特許判例百選、著作権判例百選あるいはいろいろな民法、商法、民事訴訟法の判例百選というのがあります。あれは、編者も著作者になるということです。判例百選を編集するときには、例えば著作権だと、たくさんある著作権の裁判例の中から百個か、百数十個、百十幾つとかの代表的な裁判例を選んできて、それを取り上げると決める。それが素材の選択です。そこにそれぞれの編者の個性が出ます。編者がかわれれば、大体 70 とか 80 は同じ裁判が選ばれると思うけれども、最後の 20～30 くらいになるとやはり個性が出ます。私が選ぶのと別の先生が選ぶのでは違います。それが素材の選択です。それだけではなくて、配列もあります。順番に、最初は総論的なのを並べようか、所有権の区別を並べようか、それとも著作物性から並べるかとか、あれもえらい個性が出てきます。私は私なりの体系で並べると思いますし、人によって変わってきます。それは配列の創作性です。そういった形で選択とか配列に創作性のあるものも著作物になります。

問題は、これは、実はそこに書いた原著作物と二次的著作物と同じことです。私の考え方だと、これの確認的な規定だということになるのですが、判例 100 選も、編者も一部を書いているでしょうけれども、もともと、編者以外の方が大体 100 人、50 人とか、30 人とか 70 人とかが百選を書くわけですから。それぞれの、個々の判例の事実と判旨を抜いてきて、解説を加えている。ですから、判例百選でしたら、個別の百選については著作者がいるわけですから。例えば、私も判例百選を書いています。著作権判例百選、あるいは最近、特許判例百選を私は個別に 2 本書きましたから、その 2 本の著作者は私です。判例百選全体については、そういう著作者が 50 人くらいいるわけですから。その上で編者がいる。特許判例百選だと 3 人の編者がいました。その方が全体の編集著作権を持っています。

そうすると、次に、権利関係はどうなるのか。まず、私の特許判例百選の、私の書いたところだけをコピーする場合、あるいは出版する場合、あるいは私の書いたところだけを私が次の論文集に載せようと思って載せる場合、そういうことはありますから、そのときには誰の許諾が要るかという編者の許諾は要らないです。なぜかという、その 1 枚、その事件 1 つ、その 1 枚の紙の中には編者の創作性はあらわれていません。それは私がある事件について書いたものだけです。同じような形で百選から 2～3 個の解説をコピーす

る程だと、個々の解説の著作権を侵害するだけです。だから、個々の解説の、著作権者の許諾が要るだけです。

では、編者はいつごろから出てくるのか。ちょっと少ないと思うけれども、20～30 あるいは50、60 くらいですか、百選の場合は誰がやっても同じようになる判決がどうしてもあるので、もうちょっと多いような気もしますが、ある程度のまとまりをコピーすると、その百選、3つではあらわれていませんが、30、40、50、60、70 とコピーしていくに従って、だんだん編者の個性、この素材、その70の中にこの編者が選んだ、編者の創造性があらわれ、その個性が出てくるわけです。そうすると、その編者の創造性があらわれる程度のまとまり、それはものによって違うんです。ぴったり数が分かるわけじゃない。百選だとどうやっても収斂する、多少技術に似たところがあります。代表判例というのは大体決まっていますから。

でも、そういう形ではなくて、イラスト百選とかだとだいたいぶらばらだから、イラスト百選がそもそも成り立つかどうか知らないけれども、日本の名曲百選でもずいぶん変わりますよね。だから、数はものによるわけです。誰がやっても同じようになる度合いが強ければたくさん選ばなければいけないし、結構ばらばらなときにはちょっと少なく選んでも編者の個性はあらわれてきます。ものによって違うのですが、そういった編者の創造性があらわれる程度の数を抜き出したときには、個々の解説の著作権者にあわせて編者の著作権も、無許諾だと侵害しますから、許諾も必要です。

次にいきましょう。さて、編集著作物ですごく難しい問題があります。それは情報を単に並べたもの。例えば、あいうえお順で学生全員の名簿を作る。非常に財産的価値が高いです。これは本当にありますけれども、完全なものはないですけれども、全裁判例、公刊された裁判例全部というのはあります。そのデータベースでもあります。非常に財産的価値があります。

問題はこういう情報集積型でひたすら網羅していくタイプの場合、誰が並べても同じになるので、著作物ではないことがあるのです。あいうえお順に並んでいる、アルファベット順に並んでいる。網羅すれば網羅するほど価値があるんですけれども、網羅すれば網羅するほど誰がやっても、大変だけれども同じでしょう。だから、それは著作物ではないと言われています。大変な話ですが、そうなんです。

額に汗と書いていますけれども、額に汗してもそれだけでは著作物にはならない。労力を保護する法律ではなくて、創造性を保護する法律なのだ。具体的に裁判例でも最初にこの授業でお話したスーパーフロントマンという、自動車の整備業用の検索のデータベースの事件がありました。あの事件でも、著作権侵害と不法行為と請求されているんですが、著作権侵害の方は自動車の整備業用の、この網羅型の、自動車の部品に関するデータベースです。それは創造性がない。打ち込みに数億をかけたデータベースですけれども、著作物性がないとされたので、結局、最初の授業でお話したとおり、著作権侵害ではなくて不法行為で救ったわけです。

では、どうしてそうなっているのかということですが、理由もそこに書きました。著作権法は権利範囲が非常に広いです。競争事業者に限らず権利が及ぶんです。私的複製は、皆さん、セーフになることになっている、家庭内及びこれに準ずる限られた領域での複製はセーフですが、そうではないのは全部アウトになっている。非常に保護範囲が広いです。ライバル企業だけではなくて、例えば、著作権法の条文を墨守すると、私の書いた本について、どこかの法務部さんがコピーしていると、それは私的複製にならないです。私とその法務部さんはライバル関係にはないけれども、それは著作権侵害になるというのが条文上の建前です。非常に広いです。保護範囲が広すぎるので、競争関係に限らず権利が広範に及ぶので、何でその表現をコピーできないのか、違う表現をしなければいけないのかと、そういう正当化する理由が必要です。それが創作性だと。

こうしておかないと、額に汗した表現とはいえ、創作性がない表現について独占権を及ぼしてしまうと、その名簿を一覧表に使って、プロ野球の選手の一覧表を使って転職先を出してみるとか、学生の名簿を使って、就職先をだーっと記入していく、そのときに名簿を使っているわけです。原著作物かどうかは問題ですが、そういった行為が全部違法になるし、それから公に読み上げたりする行為も違法になるということで、情報の独占を招くわけです。情報の独占を招く法律としては、権利関係が競業関係に及ぶ。広い。これが特許だったら違うのです。特許だったら、業としての実施ということで基本的にライバル企業しか、基本的にはで、完全にそうとは言いませんが、業としての実施にしか及ばないという形で限定がかかっています。それに、実施行為もすごく限定されている。保護期間も短い。それに対して、著作権は保護範囲が広くて、保護期間も長いということで、情報の独占法としてはなじまないだろうということです。

では、なぜ、スーパーフロントマン事件で不法行為は拾ったのか。これは意味があるんです。著作権侵害と違って不法行為だと、例えば、協業関係に使うような場合で、保護期間もすごく短く考えて、できた後すぐ、投資の回収が終わっていないという数年の範囲での保護とか、そういった形で不法行為だと、権利侵害とか、あるいは学説上の要件の違法性とか、そこで保護範囲、保護期間を調整できます。だから、不法行為として処理すればいいだろうということです。ただ、ちょっとだけ問題は残っています。日本の不法行為でいった場合、差止請求が認められないという問題がどうしても残ります。でも、それはむしろ、709条の問題の方だと思います。だからといって、著作権を取り込むわけにはいかないだろうということです。

次にいきます。コンピュータ・プログラム、これも大変難しいというか、議論を呼んだ話です。1985年の改正で、著作権法で保護されることが決まりました。著作物の例示が10条1項に掲げられています。そして、著作物の例示が並んでいる、その著作権法の10条1項9号にプログラムの著作物が例示として挙がっています。これは非常に争いがあったんです。1980年代の初頭にすごい争いがあったんです。どういう争いかというと、これは絶対著作権で保護してくれというアメリカと、それから、著作権はちょっと勘弁してくれと

いう。日本では2つに立場が分かれていて、著作権でいいという立場と著作権で保護は勘弁してくれという立場と分かれていて、非常に議論になったんです。

アメリカの目的は明らかで、アメリカはコンピュータ産業がすごく先行していた。もちろんコンピュータ・プログラムについて保護は必要です。無法がすごく容易、コピーが容易ですから、保護が必要ですが、そのときにいちいち新しい産業財産権、新しい工業所有権法として、世界各国で立法してくれと頼むというのはすごくコストがかかる。いちいち作ってもらわなければいけない。しかも、コンピュータ先進国はともかくとして、多くの国は自分の国にとって利益にならないから、そういう独自立法を嫌がるでしょう。アメリカが考えたことは、そんなこと、いちいち、各個撃破で作ってもらうよりは、著作権法はどの国でもたいていありますから、著作物だということにしてもらった方が、裁判所の解釈とかで著作物だということになりますから、立法なしに保護が全世界に及ぶということで、著作権法でいきたいとアメリカは考えたわけです。

それから、一応アメリカの立場としては、著作権の保護は強いですから、普通の産業財産権にない、保護期間がすごく長く、強いので、そういう意味でも著作権がいいだろうということだったようです。日本は当時は、アメリカの多少後塵を拝していました。それでもコンピュータ・プログラム先進国であるから、保護は必要だけれども、ちょっと著作権は勘弁してほしい、独自立法でいきたいと考えていたわけです。アメリカとしては、日本でつまずいたらもうおしまいです。日本で独自立法にされたら、もう世界のほかの国は絶対言うことをきかないでしょう。コンピュータのプログラムの相対的に先進国である日本でつまずいたら。ここが大事だということですのでいい圧力をかけて、何とか著作権法にしてくれということになったのです。

そんなこんなで、日米間の政治問題となり、結局、著作権法に取り込まれた。これを起点として以降、世界的にもどんどん著作権法に取り込まれることになりました。今では、WTO加盟国はTRIPS協定というのがありますから、条約でプログラムは著作権法に保護しなければいけないということになっています。そのきっかけになったのは1985年改正です。

今の話を理論的にまとめたのがそこに書いてありますが、何が問題だったか。著作権法が予定しているのは文化です。他と異なるところに意味がある。陳腐なものを保護しても誰もまねしないから、排他権を与えておいても弊害がないだろう。積み重ねの要素が低いから、創作性の低いものに長期の保護を与えても弊害がないだろうということだったのですが、プログラムは、これはやはりむしろ技術の世界です。

プログラムは今でこそほとんど目にしませんけれども、私が学生のころでは確かに著作物みたいな感じはあったんです。Fortranとか、ああいうコンピュータ言語でエンター何々とか書いていくから、プログラムは文字として読める。だけれども、ねらっているのは、プログラマーは別にその文章を読んでくれと言って書いているわけではないです。動かそうと思って書いているわけです、機械を、ハードを、最終的には。プログラムが属してい

るのはそういう意味では効率性の世界で、いかにステップ数を短く動かすか。ステップ数が短ければ短いほどいい。チップの短い範囲につき込むことができますから、短ければ短い方がいい。そういう意味では効率性の世界です。収斂する方向にあります。

91 ページにいきます。ある人が開発して、これはこういうふうにステップを組むと一番いいという、そういう短いステップなんかはむしろ、どんどんまねさせた方がいいわけです、技術の発展のためには。あるいは、一定期間の独占権を、例えば与える必要があるとしても、長期の保護は必要ない。今ではしょうがない。プログラムは著作権法に入ってしまった。それから、この分野はまだ侵害の事件がすごく少ないんです。裁判例は、ちょっと教科書にも紹介しているように、まったくないわけではありませんが、まだ少ない。はっきり解釈が決まっていますが、こういった要素がある。もう著作権に入ったのはしょうがないです。世界的な趨勢であり、しょうがないけれども、プログラムに関しては他と異なるという創作性ではなくて、高度の創作性を要求すべきだという考え方の方が普通です。

プログラムというのはやはり表現に目的がないので、そこに書きましたけれども、機能が問題なので本当は産業財産権になじむんですが、これはもうしょうがないので、なじむということを前提にした上で、普通の、従来型の伝統的な著作物ではない、新しい、産業財産権型の著作権だということを理解して、創作性を高く要求するとか、そういった形で保護範囲を狭くするとか、あるいはアイディアの部分を大きく考える、保護されるアイディアも大きく考えるとか、そういった感じで調整していく必要があるということになります。

続いての要件、2条1項1号の2つ目、大きく分けると2つ目の要件です。「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属すること」文化の範囲に属することという要件です。文化の範囲に属するものが著作物になります。10条は先ほど読みましたけれども、これは著作物の例示です。限定列举ではありません。注意してください。おおむね次のとおりであると柱書きに書いてあります。だから、10条の1項の1号から9号にあたらなくても、著作物になるものはあります。それから、10条1項の1号から9号にあたって、創作的表現であり、文化の範囲に属している必要があるんです。これはあくまで例示です。

それから、文芸、学術、美術、音楽と書いてあって、いちいち文芸は何か、学術は何か、美術は何か、音楽は何かと言いたくなるのですが、そういう各概念の区別の詮索は不要です。むしろ文芸、学術、美術と音楽を全部総体ととらえて、この何に入るか入らないかの方が重要です。だから、以下は文化の範囲とだけ言います。この文化の範囲に入るかどうか重要です。この文化の範囲の要件ですが、実用品について問題になります。具体的には、教科書の387ページにいろいろな実用品が並んでいます。著作物と思えるような実用品が並んでいます。こういったタイプのものについて、この要件が問題になるんです。

なぜ問題なのか。問題の状況をお話ししますと、91 ページで、これは、実用品のデザイ

ンなりということになると、意匠法での保護がされます。意匠法の大まかな構造をいくと、物品のデザインについて、特許と同じです。出願する、審査する。新規で、容易に創作できないものを保護する。登録が要件だ、存続期間は登録後 15 年だということになっています。だから、デザインはそっちで保護することができる。

それに対して著作権法はどうか。著作物について出願審査は要りません。新規性、非容易創作性ではなくて、他と異なるという創作性があればいい。しかも、この他と異なるというのは実は、自分で主観的に他と異なると思っていればいいです。新規性は必要ないです。たまたま同じものができても、保護されます。見て同じものを作ったら創作性ではないから、だめですけども、主観的には創作性たる。そうすると、直ちに登録を必要とすることなく、著作物として保護が認められます。存続期間は著作者の死後 50 年が原則、非常に長いです。そうすると、文化の範囲という要件が、例えばなくて、普通の車のデザインとか、こういう工業製品のデザインとか、こういう時計のデザインとか、そういったデザインについて保護が及ぶとしてしまうと、どんな不都合が起きるか。幾つか問題があります。これは実は、不正競争防止法で 2 条 1 項 1 号の保護について、競争上似ざるを得ない形態の除外説を話したときと同じ問題です。

1 つはまず、実体的な問題として、著作権の保護が意匠を取れるもの全部に、もし及んだとすると、意匠権とは何なのだろうということになります。意匠権よりも保護の要件が軽くていい、存続期間も長いということになると、意匠権を取らなくてもいいということになる。意匠権の存在意義が不明になります。それから、手続き的な問題もあります。同じような保護が得られるのだったら、わざわざ意匠を出願する必要はないのではないか。特許庁を用意して、出願してください、登録を保護の要件とするとしている制度自体が無意味になります。むだな制度を作ったということになりかねませんので、これらの問題を防ぐために、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属しなければ著作物としないという要件が機能します。

要するに、著作権法は文化の範囲にとまっていなさいという要件ですので、普通のこういう、扇風機のデザインとかテレビのデザインとか、通常のデザインについては文化の範囲でない、文芸、学術、美術または音楽の範囲ではないということで保護されません。意匠法でやってくれということになります。よく、意匠権を取っていないとか、取ろうとしたけれども登録できなかったというときに、デザイナーが著作権法の保護を主張することがあるんです。でも、たいていは今の要件でだめです。それは理由があることです。まさにそのために意匠制度があるんですから。

意匠権を取れるけれども、著作物と言わざるを得ないのではないかという問題はある。それを、著作物と言うかどうか、まさにこれから議論することですが、保護の範囲がどうしても交錯しているところがあるんです。それをどう考えるか。

それを一般に、ちょっと難しい言葉で、この業界の専門用語ですけども、応用美術と言います。実用品に応用される美術の意味です。応用美術の保護、応用美術はやはり意匠登

録できる以上、意匠だけで保護するのか、それとも美術である以上、著作権でも保護が及ぶのかという問題です。彫刻が本棚になるとか、絵画がポスターになるというのは典型例です。「考える人」というのが著作物であることは疑いないですが、あれが本立てになっているのを見たことがあります、あれが保護されるかどうかという問題です。

92 ページで裁判例をいきますと、量産品だからといって著作物であることを否定しない。大量生産品、そういう意味で意匠になじむけれども、大量生産品でも著作物に該当することがあるというのが裁判例の立場です。それから、ちょっと先にレジュメにいくと、著作物に該当するか否かの判断基準については、創作性の要件をクリアする必要がある。これはもう当たり前です。別に、応用美術じゃなくても創作性の要件をクリアする必要がありますから、当然です。それだけではなくて、文化の範囲に属する著作物かどうかはもちろん吟味する。そのときの判断基準が、裁判例の言葉遣いでは、純粋美術と同視しうるかどうかという基準で判断します。純粋美術と同視しうるのだったら、文化の範囲で著作物だ、同視し得ないのだったら文芸、学術、美術または音楽の範囲ではないので、著作物ではないとします。

では、具体的に。問題は、その何をもって純粋美術と同視しうるかということです。これは非常に分からない。条文上もはっきり書いてありません。条文上、関連する規定としては、著作権法の2条2項というのがあります。「この法律にいう「美術の著作物」には、美術工芸品を含むものとする。」としか書いていないです。応用美術で美術工芸品と呼ばれるものは著作物に入るといえるのは分かるけれども、この美術工芸品というのは何なのか、一品制作なのか、大量生産品なのか、よく分からない。しかも、含むと書いてあるので、美術工芸品以外の美術は含まれるのか、分からない。というので、2条2項は全然決め手になりません。これは妥協の産物で入れた条文なので、決め手になっていません。

では、どうなっているのか。むしろ具体的な裁判例の、どういうものが著作物になったか、どういうものがならなかったかを見ていく必要があると思います。387 ページの図をいきます。図を見てください。図1は博多人形赤とんぼ事件として、大変著名な事件です。これは大量生産品です。1回、一品制作的に博多人形を作って、それを量産しているわけです。被告の方はデッドコピーで、本抜きといって、この博多人形から直接型をとって作ったんです。型をとって作るからちょっと小さくなるけれども、被告の方はデッドコピー品。それは被告が作ったんです。これは、しようと思えば意匠登録できるんです。できるかどうかは、この意匠が非容易創作性を満たしている必要がありますが、意匠登録はしていないので、著作権侵害で訴えたんです。裁判所は、これは著作物だと言いました。それから、図2。これは仏壇の彫刻です。龍がかたどられているのだと思いますが、これもまねされたんですけれども、著作物だと言いました。

図3。これはTシャツの図案です。サーファーが手を上げています。左側にバランスをとっています。下の方はイルカとサンゴ礁か、貝がいます。それから、ここから先が難しいですが、サーファーはサーフィンに乗っています。右側に黒く裏返っているのがサーフ

インです。それから、サーファーの手から二重線が引かれていますが、これは虹です。この図柄がTシャツに大量にプリントされているのですが、著作物だということになっています。3つ目までは著作物です。

図4。これは前にお話しした木目化粧紙事件です。フォトコピーされた事案です。これは自然な木目を持ってきて、幾つか候補を選び出して、きれいになるように少し人の手が加わって修正して、かつ、モンタージュ写真に適するように、ある一定の長さのところでぴったり同じ杉目が出てくるようにして、繰り返し印刷を可能にしているという意味で、これは人が書いたものです。だけれども、これは文化の範囲に属しないと。自然の木肌をそのままやっていて、こういう木目に使われるということです。これがもし、著作物だということになると、これがほとんど、著作権が木目に及びかねません。これは著作物ではないということになりました。そのかわり、デッドコピーについてだけ不法行為を認めたわけです。今だったら、不正競争防止法の2条1項3号でしょう。

めくってください。限界線上の事例だと思います。388 ページ。これは丸紋です。帯です。帯でも、物すごい、見返り美人とか、ああいう形で著作物であることが疑いない、Tシャツの図柄みたいな形で著作物になるものもあると思うんですが、この場合は、多少ありふれている。そんなにはありふれていないようで、結構それなりに独創的な模様だったようですが、それでも実用品としての制約があって、その帯の図柄の域を脱していないということで、著作物とされていません。これは著作物でいいと私は思っていますが、裁判所は著作物性を否定しています。ここらあたりが限界線です。

<著作権法(3)>

92 ページの検討というところです。どのように考えるべきか、ということです。まず、物の本の中には制作者の意図が心理的なものであったのか、それとも、量産目的なのかということを考えるという文献が全くないわけじゃないのですね。でも、それはおかしいのではないかと私は思っています。主観的な制作者がいかに美を追究していったとしても外にそれが分からない、出ていないときは利用者に不足の不利益を与えるでしょう。例えば、外から見ると量産されて量産品だ。意匠登録がないから利用は自由だと考えた。で、第三者は意匠登録もない。量産品で著作権でもないだろうといって第三者が利用したところ、著作者の主観的には美を追究していったということで、著作権でいきますと。意匠登録はありませんが著作権で抑えますと言われたのでは第三者は不足の不利益を受けます。ということで、美を追究しているのかどうかということは主観の問題ではなくて、あくまでも外から客観的に著作物自体から判断しうる基準が必要であるだろうと思います。

それから、次の問題として創作された後どのように利用されているべきかということも考慮すべきじゃないと思います。中には、日本ではありませんが外国で一時期あった法律では、例えば 25 個作ると量産サイドで意匠法の問題だ。それ以前が著作権だとする法律があった。なかったわけではありません。しかし、これはむしろ立法できちんと処理しなければいけないだろう。なぜかという、もし大量に生産された途端に意匠権の問題ということになりますと、いったん成立した著作権が消えるということでしょうけれども、そうするとこれは現時点で大量生産品ではないから著作物だと思って、例えば著作権者がライセンスを受けた人はどうなるのかという問題があります。あるいは、著作権の譲渡を受けた人はどうなるのかという問題がありますので、いったん成立した権利が消えるというのは立法で善意者の保護規定か何かを作らない限りはなかなか難しいのではないと思うわけです。

最後もう一つなのですが、著作権法と意匠法がある程度重なるということも是認した方がいいだろうと。截然（せつぜん）と分かれているのだという人もいますが、やはり重なると思った方がいいんじゃないかと思います。それは、こういうことですね。著作権法と意匠法の領域を重なっていると考えべきだと。両方ともダブルで保護される領域があると考えべきだろうと思います。それはなぜかということですが、中には截然と分かれている。例えば、ここでびしと分かれているのだ、分かれるべきだ。両方重なるべきじゃない。2つの保護が重なるのがよくないという方もいらっしゃるわけではありません。しかし、そういう考え方を取ると次のような不都合が起きるんじゃないかと思うんですね。それは、こんな不都合が考えられるだろう。例えば、截然と分かれている制度を取ります。こういう重なる領域がない。プロテクション領域がない。そうすると、例えばということで、最初に創作した創作者の方はこれはどうも自分の作ったものは限界線であるここにあるのではないか。境界線上にあるけれども、限界線に近いけれども意匠法保護領域

じゃないかと思って特許庁に出願をした。ところが、特許庁の判断はここではないと。「確かに境界線の領域だけどあなたはこちらですよ」ということで出願を拒絶されてしまう。あるいは、こういうことも考えられますね。自分でも最初からこっちだと思って意匠法の登録者の出願をしないということもあり得ます。ということで、ひとまず特許庁に拒絶されたのか、もしかしたら自分の判断で出願しなかったのか分かりませんが意匠を持っていないとします。その上でこちらなのだから著作権で保護される、意匠登録はないのだけど大丈夫だと考えて後から侵害者が出てきたときに著作権侵害訴訟を提起した。ところが、裁判所はもう一回元に戻って、裁判所の方の判断は「限界線だけどあなたは意匠法の領域にいますよ」と。だから、意匠法の領域に入った途端に著作権じゃないという考え方ですから著作権では保護できません。「あなたは意匠登録がありませんね。じゃあ保護しません」というふうに言われてしまう可能性があります。そうすると、この限界線上にある人たちは自分で判断するとリスクがあるし、また特許庁と裁判所の判断が異なればそれによって自分が全く保護を受けられなくなる可能性が出てきてしまいます。で、意匠法と著作権法は別に創作者を困らせるためにある法律じゃないですよ。どちらも創作者を保護しようと思っているわけです。ところが、2つ重なる制度が隣接してあるために隣接の領域の近くのところで創作した人が迷う。で、迷った結果保護が薄くなるというのは法の趣旨に反するだろう。両方とも創作者を保護するために作ってある法律なのですから。そう考えますと、どっちに入ろうか迷うような領域ではダブルプロテクション。二重の保護を認めておいた方がよいだろうということになります。こういったことをあわせて考えますと説示の上では純粋美術と同視してくると裁判所は言っているわけですが、そこでいう純粋美術というのはそんなに高度な話じゃないだろうというのが 387 ページの教科書の図を見れば分かりますよね。だから、ちょっとファービーひいきなのは僕はおかしいと思いますが、あと丸紋事件ですね。丸紋事件はちょっと厳しすぎだと思いますが、それはともあれ大体そこら辺あたりで外形的に判断する。外形的に純粋美術と同視しうるかどうか見る。そこでいう純粋というのは高い基準じゃない。で、博多人形とかこういうのも出願すれば意匠登録できると思いますけれども、登録され得る物ですね。あとは新規性と非常易創作性を満たす必要がありますが、意匠登録の対象になりうる物についても著作権の保護を認めているという意味で私の言っている3つの話、3つの基準、3つの観点を裁判例は満たしているのではないかと。ただ、ちょっとその適用は若干厳しいものがいくつかあるというだけではないかと思いますのでこれでよいだろうと私は考えています。私は、丸紋はちょっとぎりぎりとはいえ、やはり著作物じゃないかな。で、木目はさすがに著作物じゃないだろう。ファービーは著作物だろうと思っているので多少違うというだけであります。以上が著作物性の話の最後でした。

「著作権侵害の成否」というところから入ります。著作権侵害の成否ですが、著作権侵害の要件。著作権法の権利侵害の条文は21条からということになります。21条に複製権というのがありまして、そこから21条以下ずらずらっと権利が並んでいます。ここで大事な

のは 28 条です。28 条の条文を読みますと「2 次的著作物の原著作物の著作権者は 2 次的著作物の利用に関し、この款に規定する権利で当該 2 次的著作物の著作権者が有するものと同一の種類の権利を専有する」すごく難しく書いてありますが、実は先ほど説明したことが書かれているだけです。原著作物がある。これを基にした 2 次的著作物があるという場合に、この条文が言っていることは 2 次的著作物の原著作物の著作権者はこの 2 次的著作物の利用に関しては 2 次的著作物の著作権者に有するものと同じ種類の権利を持つということです。2 次的著作物の著作権者は 21 条以下の条文に従って第三者の利用行為に対して複製を禁止したり譲与を禁止したりする権利を持っているんですが、同じ権利を原著作物の著作権者も持つということです。先ほど言ったように 2 次的著作物の利用行為については両方が同じ権利を行使することができるということがこの条文に書いてあるということです。先ほど申し上げたことの条文がここにあります。で、そこからいくつか分かることがあるのですが、何かの侵害行為ですね。Z の使っているものがこの人の X の著作物そのものを利用しているのか、それとも多少改変を加えているのか。別の人が改変を加えたものを利用していてもいいですし、自分でそれなりに改変を加えてもいいんですよ。自分というときはこの立場に立つわけですが、X の著作物そのものをコピーしているのか。デッドコピーではなくてコピーではあるけれども多少改変を加えているのかということを侵害の成否の判断のところで議論する実益があるのか。侵害の成否を決するとき Z が利用しているものが著作物そのものの複製なのか、それとも多少改変を加えた翻案を侵害しているのか。あるいは、28 条で翻案された結果では 2 次的著作物を利用しているのか。それは区別する実益はあるのか。複製なのか、それとも 2 次的著作物なのかということを区別する実益があるかというのではないですね。侵害の成否を決するときはない。なぜかという、先ほどもお話ししたとおり、他人が改変を加えたものを利用しているときにはこの図の関係で Z になりますから、Z の時は 2 次的著作物の権利者のものを使っているとしても原著作物の創作という表現が残っている限りは 28 条で権利がある。原著作物の著作権者が及びますからそのものを使っていない。二次的著作物を使ってもどっちにしても侵害ですよ。だから、二次的著作物なのか、原著作物なのか区別する実益はまずありません。それから、Z はこの立場じゃなくてご本人の時も 2 次的著作物の著作権者であっても原著作物の著作権を侵害することはできないわけです。私の講義は原著作物。皆さんが持っているノートが 2 次的著作物とする。皆さんは私の許諾なくそのノートを出版できるかという著作権を持っているけど駄目でした。私の許諾も必要です。となると、皆さんのノートが私の著作物をそのままコピーした。皆さんがものすごく優秀でそのままコピーしているか。そのままコピーすると創作性がないから著作権は発生しないわけです。もしくは、かなり創作性が加わって皆さんののは 2 次的著作物になるのか。ただのそのままのコピーなのか、2 次的著作物なのかというのは議論しなくていい。どっちでも僕の権利の侵害ということになります。これを区別する実益はありません。じゃあどこで区別する意味があるのかというと、皆さんが書いたものがそのままコピーなのか。それとも区別する実益があるのはこっちなのか。

第三者が出てきたときに皆さんが訴えることができるかどうかを判別するときに意味があるんです。皆さんが今ノートを取っています。そのノートが私の言ったことがそのまま、額に汗はかいているけど全く創作性がないとします。そうすると、著作権は私しか持っていない。皆さんのものは私の著作物の複製でしかない。2次的著作物になりません。そのときは、例え廊下に落ちている皆さんのノートを誰かが出版したとしても皆さんは著作権は行使できないです。行使できるのは私だけ。それに対して、普通はそうでしょうけど皆さん取捨選択してノートをしている。そうすると、皆さんの個性が表れています。皆さんの個性が表れているということは、皆さんは2次的著作物の著作権者です。そのときに廊下に落ちているのを誰かが拾って出版したときには私も訴えることができますが、皆さんも訴えることができる。だから、皆さんの今書いているものが2次的著作物になるかどうか判断する実益があるのは第三者の行為を止めることができるかというときに実益があるわけですね。自分が2次的著作物の著作権者であるということになれば第三者の行為を止めることができます。それに対して、皆さん自身が出版できるかということを考えるときに皆さん自身が著作権を持っているかどうかは関係ないです。自分が2次的著作物の著作権者であろうが、単なる複製物の持ち主であろうがどちらにしても私の著作権を侵害してはいけないことに変わりはありませんから議論する実益がないということになります。

そこで、次の問題ということになりますが、これもよく間違えることですが、あるいは専門家の書いたものでも不用意に間違えて書いてあることなのですが、著作権は自ら著作物を複製することのできる権利である。これは×です。著作権を持っていたとしても他人の著作物が原著物である場合には2次的著作物の著作権者であっても著作物を自ら複製することはできません。許諾が必要です。じゃあ、著作権って何なのというと、著作権は他人が著作物を複製することを禁止する権利です。皆さんが2次的著作物の著作権者であれば自分で複製することはできないかもしれませんが、少なくともいえていることは他人が無許諾で複製することは著作権の例外にあたらない場合は禁止することができます。その意味で著作権の本質は禁止権にあるということがいえます。これは特許と同じですね。今のが著作権侵害の全体の基本的な理解です。

さて、それでは著作権侵害の要件の話をししますと、大別すると要件は3つに分かれます。他人の著作物に依拠して、それと類似するものを作って、それを法律で定められてある利用すること。これが侵害の要件だということになります。もうちょっと具体的に細かく見ていきます。まず、依拠って何なの？ レジューメに戻りますが、依拠というのは著作権に依拠して作成されたものであることという要件ですが、たまたま同じ著作物を創作したとしてもそれは著作権侵害にはならないんです。これは特許と違いますね。特許の場合は独自発明でも、たまたま同じ発明をして実施したとしても侵害ですよ。それが侵害にならないためには先使用の要件ですね。先使用の要件というのは特許法79条ですね。特許権者の出願よりも先に事業の準備をしている人がいる。特許の場合はそれを満たさない限りは独自発明者といえども侵害ですよ。ところが、著作権の場合は違う。たまたま同じになって

もセーフだということになります。なぜか。積極的理由。まず、これは特許と対比するときには必ず書いてもらいたいことは「文化の世界」と「技術の世界」という話です。文化の世界は多様性の世界だ。技術の世界は効率性の世界だ。じゃあ多様性の世界は何かというと、他と異なるものを作ることに価値がある世界です。ほかと異なるものを作ってくれ。で、その世界では狭い社会かもしれないけど主観的に自分の見ている範囲ではほかと異なるものを作ったとします。だから、自分では著作権があると考えているわけです。それにもかかわらず他の人とたまたま同じ著作物だった、あるいは類似しているということで著作権侵害になる。というのでは、自分独自にやっている。だから、セーフだろう。他人の著作権を侵害していないだろう。自分の見る範囲では特に著作権がないから大丈夫だと思った独自創作者に不測の不利益を与える可能性があります。そうすると、創作、他と異なることを奨励しているだけですから、他と異なればいいと奨励しているのですからその著作権の趣旨に反するんじゃないか。これは積極的ですが、今回は実はより消極的の方が重要です。大事なことはたまたま同じような著作物を創作されることはまれだということです。めったにない。例えば音楽の世界ですと同じ曲をたまたま作るなんてほとんど無理でしょう。文章だって最初の1、2文ぐらいは似ていることがあるかもしれない。あるいは、ラストメッセージに書かれているような文章もあるかもしれないけれども、あれが8番目9番目だと二度と同じような文章が出てこないかもしれないですよ。で、私の本が、私がいなかったときに1から500ページまで同じ本を書かれることは確率的にあり得ないと思います。この本の中の1ページでも多分ないでしょう。めったにないだろう。もしあったらそれは本当にごくささいなことだ。そうだとすると、なんか依拠を侵害の要件とする。独自創作者は全部セーフですよとしたときに何か独自創作者がたくさんいて、著作権が実効性ない権利になるということはなさそうですね。どんどん独自創作者が出てきて著作権が空虚な権利になるということはなさそうだということが言えます。これは特許とすごい対比ですね。特許の場合は侵害の成立に依拠は不要でした。積極的理由、これは技術の世界だ。特許は技術の世界で効率性を追求しているわけです。だから、効率性は何かということ、常に一定の方向に収斂する。効率性という一つの尺度がある。多様性と違う。一つの尺度に皆さんが目指して頑張る。より効率的なもの、より効率的なものをという形で皆さんがそれを開発するのに努力しているわけです。そうすると、早晚同じような発明をなす者が表れるのです。むしろその方が多いわけですね。エジソンがいなかったとしても電気は生まれたでしょうし、電話なんかもエジソンとベルがものすごい争いでした。そんな有名な例を出すまでもなく大抵の特許なんかにはもう、特に皆さんが絶対開発を望んでいる特許なんかですと通常は数ヶ月単位で、ぎりぎりの範囲で同じような発明が出願されることが少なくありません。そういうことがなければノーベル賞級の大発明だということになりますね。通常はぎりぎりの範囲で出てくるか、あるいは出てこないとしたらそれはあまりにもくだらない発明だからということで、みんながやろうと思っていることは本当に特許のレースは本当にハナ差の争いである、数ヶ月単位の争いだということが少なくありま

せん。そうすると、そういったみんなが一定の方向だけを目指している世界ですと依拠を侵害の要件とすると独自創作者が多数出てきますから特許権が実効性のない権利になりかねません。だから、特許権を実効性のある権利にしておくためには依拠を侵害の要件にするわけにいかないのです。これが積極的理由です。

で、どうしても不都合がないという消極的理由は、まず出願公開制度とか登録制度を設けました。これは、なぜかという独自創作者に対しても権利を及ぼす必要があるわけですね。で、第三者の予測可能性に少しでも配慮するために一応調べれば分かるような状況にしておこうということです。ほかにもいろいろな理由はありますよ。出願を公開させて技術を伝播（でんぱ）させる。そっちの意味の方が大切です。だけど、副次的な存在、出願公開制度とか登録制度の副次的な意義として独自発明に対しても権利が及ぶ以上第三者の予測可能性はある程度保護しよう。ただ、先使用の要件でやったと思いますが完全な保護はしていませんよね。完全に保護するのだったら出願公開より前に使用していればセーフにしてあげたいところなのですが、先使用によって違いますね。出願より前です。だから、特許の出願がここであった。出願があってから出願公開されるまでは1年半の月日があるわけです。そうすると、この間に実施した独自発明者は特許の出願の事実を知らない可能性が高い。というか、教えてくれない限りは知る手段がない。そうすると、この人は自分としては特許を調べて安心して実施したのだけど、実は出願より遅れていたのだから先使用の要件を満たさないから侵害になるということがあり得るのですね。その意味で完全な保護はしていません。完全な保護していないのにはそれなりに理由があって、1年半とはいえ待って出願公開時点での先使用で足りるなんてしちゃうと、特許が本当に実効性がなくなっちゃいます。1年半も待てないということです。で、あともう一つ、とにかく安心できないのでみんな発明した人はみんなさっと出願するか、さっと実施するかどっちかですよ。出願とか実施が早ければ早いにこしたことはないわけですね。そうすると、こういう制度のもとですとドライブがかかって出願するか、実施するか、両方するか。みんな一生懸命頑張ります。相手の出願が自分より先なのか後なのか分からないからすぐ出願しよう。あるいは、自分は出願する気はないけどとにかく早めに実施しておかないと先使用の要件を満たさなくなる恐れがある。だから、早めに実施する。それは、ドライブがかかる。そういう形で技術をどんどん使わせようとしているという、そういった理由で完全な予測化の保証はしないけど、とにかくそれなりの手だてを打っているということで、これが著作権とすごく違ってくる理由の1つになっています。

さて、次の問題ですが「依拠の証明」という問題になります。すごく難しいですよ。訴訟か何かで大体、全員とはいいませんけど文句を言うのはそんなに少なくないですね。侵害者だといわれている被告が「いや、私は独自に創作しました」ということは少なくありません。そうすると主観の問題ですから「いや、お前独自に作っていないだろう。依拠しただろう」というのは困難なようにも思いますが、果たして困難かという問題があります。実は裁判例では依拠の要件が著作権侵害の要件だといった判決してすごく有名なのが

「ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件」があります。「ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー」という曲、私も知らなかったんですがレトロ趣味のある人でご存じの方います？ ちょっといらっしゃらないかもしれませんね。確か昭和40年のレコード大賞の候補曲になったようです。越路吹雪さんとかマヒナスターズとか共作で4人ぐらいの方が歌ったようですね。それで、「ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー」が別の楽曲を侵害しているのではないかという事件になった。事件になったせいでレコード大賞を受賞できなかったといわれています。その事件での原告はムーラン・ルージュって最近でも映画がありましたけど、最近のムーラン・ルージュは無関係の映画のようです。昭和9年に公開されたアメリカのムーラン・ルージュの主題歌で、昭和35年か38年までの間に13,841枚だから別に大ヒットではないですね。別に全く売れていないわけでもないです。「The Boulevard of Broken Dreams」に似ているぞと言われたんですね。裁判所ではすごく問題になって有名な方がどんどん鑑定を書いたりして大騒ぎになった事件ですが、最高裁までいきました。そこまでは著作権の範囲と言えるほど類似しているかどうかの争いだったのですが、最高裁ではむしろ依拠が証明されていないと言われちゃったんです。被告の作曲家は東京放送のテレビ編成局演出部に勤務していて10曲ほど作曲をしていたという方なんですが、依拠しているのは推認できないとされてしまったという事件です。いろいろな争いがあったんですけども、私はこの事件はやはり直接の証拠が出にくい。ただ、東京放送のテレビ編成局にいたということは編成局ですからいろいろな曲を聴いているはずですよ。だということで、推認はそういう形からもある程度の基礎はあると思う。プラスして、私は本件で重要なのはむしろ両著作物が類似性という、聞いていないとこんなに似ないよねといった形で類似しているかどうかということが依拠の要件を証明する有力な証拠になるんじゃないかと思っていますところ。2つの問題があるんですね。1つは聞いていないとこんなに似ないよという意味での依拠の要件の話。それからもう一つは、この後でお話しますが、いや、もしかしたら依拠して作っているかもしれないけどこの程度変えているんだから著作権の保護範囲から外れるよという2つの問題があります。

ということで、依拠の要件については今みたいな形で、例えば絵とか本とかなんでもいいんですけど実際の著作物が似ているかどうかというところがかなり依拠の要件を推認する有力な証拠になるだろう。本判決はほとんどそれを使わなかったのですが、その後の裁判例ではむしろそういった形で両著作物が似ていることを依拠の推認する有力な証拠にしています。ここですごくうるさく言う人がいて、次に話す類似性の要件ってあるのにこれをこっちで推認の証拠に使うのはおかしいのではないのって。なぜそれがおかしいのか。ただ、おかしいのではないのと言うだけでおかしいとする理由は教えてくれないのですけれども、そういった方も学者の中に何人かいるんです。でも、ここで大事なことはまず趣旨が全然違う。著作権侵害の要件としての、直接の要件として依拠を推認する類似性と趣旨が違います。例えば、トラップというのは割と辞書の侵害事件ではよく出てきます。地図の侵害事件にも出てきます。トラップは何かというとわざと間違いを忍ばしておくので

すね。どの地図にもトラップがかけられているようです。トラップの中にはいくつか例があって、例えば間違いとは言えないけど意味もなく編集者の名前を入れておく。あるいは担当者の名前を入れておく。普通鈴木さん、田中さんで済ませるところをちょっと珍しい名前を例文に何人か入れておくとか、それだと大抵トラップだとばれてしまうのもうちよっと高度なものになると、例えば漢字の辞書の事件であるんですけど、詳しくは忘れちゃったけど後期の時代の明朝体をこの辞書では必ず採用しているんだけど時々異字体として、普通はその方針だと採用しない。いくつかの文字についてそっちを採用しているとか、あるいは英語の辞書だとももちろんアルファベット順に並んでいるんだけどわざと最後の数文字は気にしない。辞書を使用する意味じゃ支障がない範囲でいくつかわざと順番を逆にして間違えている。普通はアルファベットのAとBだとももちろんAの方が先にくるのが、細かい長い単語の最後のAとBが逆転したりしている。そういった形でトラップをかけるということがあります。そのほかによくあるのが意図せざるトラップ、誤植なんていうのもあるんですね。侵害の事件はそこが似ている。あと地図でもごく一部に支障がない範囲で間違えておくとか、表記を間違えておくとか不正確に書いておくというトラップをかけることがあるんですね。それでトラップが似ていると「おいおい、そこが似ているといったらそれは依拠しているだろう」という有力な証拠になるんですね。だけど大事なことはトラップが似ているからといって著作権侵害の類似性まで肯定されるわけじゃない。アルファベットの語順が一部違うところが似ているからといってそれだけで侵害になるわけじゃない。全体の地図のごく一部の表記が、本当はその地図だと高校は特別のマークをするところを小学校のマークで文と書いてあるとか、そういう間違いが似ているからといって最終的には著作権侵害になるわけじゃない。そういう意味で著作権侵害を判断するときの直接の著作権侵害の保護範囲を決めるときの類似性の要件と依拠を証明する類似性の要件は違うのですね。それから、今も皆さん手を挙げるのが明確に分かれたように、依拠を推認するときの類似性の判断基準と著作権侵害の保護範囲の類似性の判断基準が違うのでトラップじゃないときにも違うことがあるのですね。例えば今のですと全体の構成と最初の方の数音がよく似ている。だから全体の構成が非常によく似ているのでこれはまねしただろう。少なくともこの曲を聴いたことがあるだろうと推認させます。だけど、全体に4小節に配してあるのにここら辺でちょっと盛り上がってみるとかそういうのはアイデアかもしれない。でも、アイデアとして保護の対象にならないかもしれないけどもアイデアの部分に似ていることが少なくとも依拠を推認する証拠にはなるかもしれない。そういった形でトラップ以外にも依拠を推認する類似性の要件と著作権の保護範囲の類似性の要件はずれるところがあるんです。全く別の趣旨の話なので重なっているわけではありません。そういうことが言えるかと思います。

<著作権法(4)>

類似性、2番目の要件です。著作権の保護範囲を決する基準ですね。これは、著作物の創作性のある表現を再生していることだということになります。ちょっと私独自の言葉遣いが入っていますが、著作権を趣旨から考えるべきです。それは、少し下を書いてある、著作権法はアイデアを保護するのではない。創作的表現のみを保護するんだ、というふうに先ほど申し上げました。著作権の要件としてそうなっているのであれば著作権の保護範囲だってある程度似ているけど表現がだいぶ違う。アイデアだけが似ているに過ぎないときは侵害にしないとしなければアイデア保護になってしまうので、著作権の保護範囲のところでも保護要件と同じように、まさに著作物を保護したその理由である創作的表現の部分が共通していること。それが類似の範囲、類似性の要件だということになります。これ自体は既に私だけではなくて最高裁も後で紹介する江差追分という事件でこの基準を採用することを明らかにしています。

じゃあ具体的にはどうなのかということで最初ちょっと文章で見ていきましょう。まず大阪地裁の発光ダイオード論文事件、これは非常にこの分野では先駆的な判決で有名な事件です。右側の原告から見ていくと、原告の著作物は大体原告も被告も同じ会社で、同じ研究グループで働いていた人たちのようです。で、被告の方は東京大学で学位論文を提出した。でも、その学位論文が原告の著作物を、論文を侵害するよということで原告が著作権侵害だといって訴えたという事件です。いろいろなところが似ていると言われていたのですが時間の都合がありますので一部だけ抜いてきました。ここがよく似ていると言われたところ。右側の原告の記載からいくと「Mg/Cdの結晶はかっ色で $\sim 1/2$ は赤色である。これらの結晶はラウエ写真では六方晶系と思われる対称性を示すが、粉末解析では立方晶系である」何を言っているかさっぱり分かりませんが、さらに似ているぞ、同じじゃないかと言われたのが被告の学位論文の方で、「Cd、Mg、Te、Cd、Mg、Teの結晶はラウエ写真では六方晶系と思われる対称性を示すが、粉末回析では立方晶系である」こういったたぐいの記載が結構たくさん似ているのです。ですから、全体の論理の運び方も似ていた。同じ研究成果なのでですから当たり前ですが似ていた。そういう事件です。裁判所はどういうふうに言ったかということと侵害を否定いたしました。で、どのように考えるべきなのかということになりますが、検討ですが、論旨の進め方、これは完全に論旨は紹介できていませんがこういう論旨の進め方、これはある学説を採用した以上は論理的な証明、特に理系の論文になるとそうでしょうね。論理的な証明というのは筋書きを似ざるを得ないと思います。ですから、具体的な表記、これは今、一部を紹介いたしました。これは初めて発見したこともあると思うんですが、そうはいっても発見したのは事実ですからこれ言うためにはデータをねつ造するわけにいかないわけですからこれも似ざるを得ないということで、こうしたところが似ているからといって侵害になるとはいえないだろう。こうしたところはまさにアイデア、学説だ、ということになります。だからもっと侵害になるた

めにはもっと似ていなきゃいけない。デッドコピーと言われるぐらいまで相当似ていないと侵害といっちはいけないだろうと思うのですね。じゃないとこの学説の保護になってしまう。他のいろいろな意見があるかもしれない。この事件の子細は不明ではありますが、割と学説の先後を争って著作権侵害の事件が提起されること、学者間での争いが著作権侵害訴訟になることは少なくありません。だけど、大体そういう事件では当事者の思惑と違いまして大抵はアイデアを保護しませんよ。似ているのはアイデアだけですよ、ということで侵害が否定されているんですね。でも、私はそれでいいのだろうと思うんです。なぜかというと、要するに争っているのは私が学説を先に考えました。お前は後ですよ。いや私が先なのだ、そういう争いです。でも、それは学説の先後とかあるいは私の方が優れているということにつながるのですが、学説の優劣の問題となりますとどちらが先かとか、どちらがすべてを先に考えたのかというのはむしろ学会の評価に委ねるべきで裁判所で決める話じゃないのかと思うわけですね。だから、学説でどこまでが独自でどこからが既存のもののまねなのかという評価はどうやったって分かれるわけですよ。田村説だといっては本当に田村説かどうかなんてことも分かれるわけです。それは基本的には裁判所ではなくて学会で決めればいいたろう。少なくとも著作権の問題にすべきじゃないと思います。だから、唯一法律の問題になるとしたらあり得るのは名誉棄損ですね。それは過去の裁判例もあるんですね。名誉棄損はどういうことかということ、私が最初の学説の創始者です。彼は違いますと言ったのはうそだという場合ですね。そういうときには名誉棄損はあり得ないわけじゃない。実際名誉棄損を認める判決もないわけではありません。でも、それは名誉棄損の問題であって著作権の問題ではないだろうということになります。少なくとも人の名誉をきちんと尊重している限りは学説というのは基本的に模倣されてしかるべきだと思うわけであります。

次にいきます。学説じゃないときにどうなるか。もうちょっと自由度がある。学説とまっていえないときにどうなるか。先ほちょっと紹介しました江差追分事件として大変有名な、最高裁までいった事件です。木内宏さんというのはかなり有名なノンフィクションの作家で、具体的にこの事件でまねされたのはいくつかあるのですが、そのうち最高裁までいった事件は「北の波濤に唄う」という文章ですね。この文章について被告の方はNHKなのですが、北海道NHKが製作したものですからNHKが被告なのですが、NHKスペシャルは有名ですね。あのうち、今回は北海道スペシャルだということで北海道が任されているときがあるみたいですが、北海道スペシャルで放送した45分の長い番組ですが、その中の一部の部分のナレーションが原告のノンフィクションに似ているということで侵害かどうか争われた事件です。具体的に見ていきましょう。原告のノンフィクションは少し省略してありますが、昔鯉業で栄えた江差、江差分かりますね。昔鯉漁で栄えた江差は漁期にあたる4月から5月にかけてが1年の花であった。『出船三千、入船三千、江差の五月は江戸にもない』そうでしょうね。三千も船が来たら。という有名な言葉が今に残っている。鯉の去った鯉は乱獲でほとんど捕れないんですよ。たまに鯉がくると騒ぎになる

ぐらいですから。50 年ぐらい前はたくさん捕れたんですけど今は捕れません。鯿の去った江差に昔日の面影はない。何か寂しい話ですね。要するに全然、木内さんも私のように江差に何回も行っているみたいですが、行ったときにそんなに栄えていないぞということです。その江差が9月の二日間だけ突然幻のように華やかな1年の絶頂を迎えた。日本中の追分自慢を一同に集めて江差追分全国大会が開かれるのだ。町は生氣を取り戻し、かつての栄華がよみがえったような知人の熱風が吹き抜けていくという文章ですね。江差追分は有名ですね。この大会を始めるにあたってはNHKも木内さんも関与したようなんですが、北海道スペシャルにするために多少盛り上がりが必要と大会をやったのが始めて、それが今でも定着して江差追分の大会がずっとやられているようです。それに対して北海道スペシャルの方はどうなのか。はるかなるユーラシアの歌声といって、今お話ししたこととは関係ないのですがもう一つ事件が争われていて、事件としては結局最高裁まではいかなかったのかな。江差追分がウラル地方の歌とすごく音が似ているということで「ウラル源流説」というのがあるのですね。それで、何かとてもこの小説は面白くて、東北地方の蝦夷（えみし）の英雄でアテルイという方がいるんじゃないですかね。アテルイという結構有名な7、8世紀の英雄のようですね。大和民族をけ散らしたので。最終的には負けたんだと思いますけど英雄なのですが、アテルイという言葉がアッティラと似ているということでアッティラの末えいだという小説なのです。とても雄大な話で面白いのだけど木内さんも学説としては出せないで小説のような形で出したのですね。それをNHKがアテルイ、アッティラはさすがにスペシャルでやらなかったと思いますが、なんかウラル源流説をパクったというので怒っている。実はもともとややこしくて、木内さんに1回コンタクトをとってNHKが制作を開始したのですが、途中から木内さんとも親交があった札幌の大学の有名な先生の方に重点を置いてその先生にNHKに出たりしてもらったので「話が違うじゃないか。私が作った説なのにその先生の説になっているじゃないか」と思って木内さんが訴えたというのがこの訴訟の始まり。ただ、そちらの事件の方は著作権侵害が否定されて東京高裁で終わっているのですね。で、最高裁にいったら事件全体の中ではごく一部のナレーションの侵害だけだということになります。ナレーションの方はNHKの番組に次のように流れたのです。「日本海に面した北海道の小さな港町――江差町。古くは鯿漁で栄え江戸にもないというにぎわいを見せた豊かな海の町でした。しかし、鯿はすでに去り、今はその面影を見ることはできません。9月、その江差が年に一度のかつてのにぎわいを取り戻します。民謡江差追分の全国大会が開かれるのです。大会の三日間、町は一気に活気づきます」よく似ていますね。論理の構成なんかそっくりですし、また語調はNHK調でナレーションにあわせて淡々とかつ短くなっていますがいっていることは同じですね。それで訴えたということになります。で、地裁と高裁は侵害を肯定したんですね。理由は396ページの後ろから10行目ぐらいからですが、1審、2審判決は江差町が江差追分全国大会の時に一年の絶頂を迎えるという認識は一般的なものと異なる。大変面白くて、みんな一般的にそういうことを思っている。これが定説だという

ことになる。創作性がないということになる。どっちにしても創作性がないアイデアという気がします、ともかくそういうふうになりかねないので原告の方はこれも木内さん独自でこんなことを考える人が他にいないと言ったんですね。なぜかという、江差では夏祭りがある。夏祭りの時は町を挙げて盛大なお祭りになってそれが一番栄えていると。追分の時は確かに全国からのど自慢が来るけどのど自慢が何万人も来るわけじゃないし、追分が好きな人は限られているし、全然町は注目していない。だからこのときだけかつての栄華がよみがえったように感じるのは木内さんだけだというように裁判所が認定して独自だと。要するに間違えているから独自だと言ったようなものですが、こんなことを考えた人はほかにいない。認識が一般的なものと異なる。そのときに加えて本件のプロローグのような順序で江差の過去の栄華と現在の予測を容赦して江差追分全国大会の熱気を過去の栄華がよみがえったものと認識すると形式をとっているのはほかに見あたらないということ。これを理由に侵害を肯定したのですね。私、これは大変ばかな判決だろうと思ってまして本にいろいろと書いたんですが、やはりおかしいと思いますね。もしかしたら本当にほかに見あたらないのかもしれないけど、例えば木内さんの文章を読んで「あ、なるほど。そういう読み方もあるかな」と思ったとして私は本を書けないですよ。ここまで似なくてもいいというのかもしれませんが、それでも結構文章自体違うわけですよ。だからこんな形で「ああ、そうか。昔江戸の時に栄えていたのだ。今はそうでもないのだ。でも確かに江差追分のときに栄えているね」というのを紀行文みたいに書くと侵害になるわけですね。この程度似ているだけで侵害になるのですがちょっと書きようが随分制限されてしまうと思います。なので、むしろアイデア保護になっちゃうだろう。仮にほかにもこういうアイデアを考えた人がいなかったとしてもその独占を許すわけにはいかないのではないかと思うわけです。実際、幸い最高裁も創作的表現が共通していることが著作権侵害の成否であると一般論を最高裁として初めて展開した上で、この場合は似ているところはアイデアに過ぎない。表現ではないと言ったわけです。396 ページの下から 2 行目で「原告の特異の認識やアイデアであっても認識自体は著作権上保護する表現といえず、これと同じ認識を表明することが著作権法上禁止されるいわれはなく、具体的な表現においても両者は異なったものとなっている」ということであります。この最高裁判決の方がよほど正当だろうと思っているわけです。

それでは侵害になるのはどういった場合かということですが、ちょっと侵害になる例もお知らせしておこうと思うのです。『悪妻物語』という事件を見てください。この事件は多少ノンフィクションとフィクションのはざまみたいなものなんですけれども、原告はルポルタージュ風な読み物で実際の取材に基づいて他人の体験に基づいてそれを脚色したルポルタージュ風の読み物を書いた方が原告です。被告は何名かいますが、テレビ東京、あるいはその関係者ということになります。で、具体的にはテレビドラマがルポルタージュ風の読み物を侵害しているとされた事件ですね。テレビドラマは『悪妻物語、謎』というタイトルで、それが侵害しているとされた事件です。具体的にストーリーがすごく似ていた

のです。原告の方はルポルタージュ風な小説でかなり短いものなので、具体的で被告の方は随分長いドラマでいろいろ脚色はついているんですよ。とはいえ基本的なところが似ている。どういうところが似ているかというと、建設会社に勤務する主人公章子—岡江久美子さん。夫—三浦浩一さんがサウジアラビアへ2年間の単身赴任を命じられる。章子は夫と同行したいと願い夫と議論するが会社の方針によって許されないまま夫は赴任する。章子は希望を実現しようとサウジアラビアに社員を派遣している石油会社や商社会社を尋ね歩き、企業の海外単身赴任の実情を知ると共に社員寮アパートを提供できるかもしれないという企業まで見つけた。章子は自力でサウジアラビアを赴こうとするが回教国である同国へは女性の単身での入国ビザが得られないという障害にぶつかる。しかし書類上の操作で入国が不可能ではないことを知る。章子が夫の後を追う恐れがあると知った会社は夫に帰国命令を下す。といった点が共通している。さらに具体的な会話のやりとりが共通していたという事件でした。結構似ていますよね。すごくストーリーが似ているのです。何でもこんなに似たかということ、そもそも実は原告の著作物を原作とするという前提で制作が開始されたのです。ところが、この後話が違って来る。前半部分はいいいです。後半が違っていくのです。原告の方のルポルタージュではこの後結局会社重視である夫の中には章子さん、自分の居場所が少ない。会社の命令の方が妻である自分の意思よりも尊重してサウジアラビアに来るなという夫。それについて非常に飽き足らないものを覚えて章子さんは自分で仕事を始めるんですね。仕事を始めたうちに自分の仕事が楽しい。そうすると自分のパートナーとしては同じように仕事のことを分かる。同じように生きがいを感じることが出来るパートナーがほしいけど、旦那の方は確かに仕事に生きがいを感じているけど旦那に乗っている自分は旦那の中のごく一部に過ぎない。お互いに仕事を尊重するパートナーではないということに気づいて離婚する。今は若い別の方と同居しているが結婚はしていないという形で終わるんです。その中で女性にとっての仕事の意味とかそういったものを問いかけるルポルタージュだということになっているんです。ところが、テレビ東京で実際に放映されたドラマは企画の会議の時にこのままでは主たる視聴層、この時期ですから10年よりもかなり前ですね。当時の主たる視聴者層の主婦層に受けない。僕は今だったら違うのではないかと言う気もしますけど受けない。非常にテーマが良くない。家庭崩壊とかは良くない。もっと円満に終わらなければいけない。多少揺らいでもいい。でも、最後はまとまらなきゃいけないということでここから後が変わるんですね。この後どうなったかといいますと、テレビ東京のドラマの方では三浦浩一さんも企業と妻の狭間に立ちながらも何とか妻を呼び寄せないように非常に努力する。妻はその過程でいろいろな事件があって、お隣のお友達がいて、そのお友達が不倫するとか多少、長いドラマにしなきゃいけないですからそれはちょっとメリハリもなければいけない。それが不倫をしたのに殺傷事件を起こしたかなんかそういうメリハリがないとなかなか盛り上がりがないのでそういうのを付け加えて、それぐらい付け加えたことじゃ原告も文句を言わなかったんですけど、そういう過程の中でいかに夫が自分のことを思いながら行動してくれたか知ると。

自分の働き出すと仕事の大切さがよく分かる。夫の気持ちもよく分かる。ということで、結局章子さんはサウジアラビアに行くのはあきらめる。でも、別に離婚なんか絶対にしません。それで、最後は仕事をしながら章子さんが仕事をしている風景にナレーションで章子さんのお手紙がかぶるとか「今、私も仕事に生きがいを感じるようになりました。あなたの気持ちがよく分かるようになりました」とお手紙がずっと後ろに流れる。それで終わるというのが被告のテレビドラマ。で、テレビ東京は番組を撮った後「いかがでしょう？」と原告に言ってきたのですね。そりゃ原告は怒りますよね。だってテーマが違うんだもん。何か話が逆になっちゃった。なので、それはもう絶対許諾しません。ということで、原作者としても名前を載せてくれるなということで勝手に原作の名前を出さずにテレビ東京がさっと放映しちゃったんですね。それで、著作権侵害だと怒って訴えた。大事なこと、これは学者の中にはテーマが全然違うから侵害じゃないんじゃないかという方がいるのですね。だけど、既に皆さんお分かりになっていると思いますけどテーマとかアイデアは著作権侵害とは関係ないのです。具体的な表現が似ているかどうかが大事なのですね。これだとテーマは全体のテーマは違うわけですけど、前半の部分のストーリーがすごく酷似している。ついでに言うと名前まで一緒なのですね。名前が一緒かどうかは影響ないですよ。トラップみたいに依拠の推認にはなるかもしれない。これは依拠を証明する必要はない事件ですけど、ここまで似ている必要はないだろう。このぐらいのストーリーの独占を認めてもドラマの制作に困ることはないと思いますし、逆にこのぐらいまで似ているのを侵害にしないとほとんど著作権、原作を勝手に人の原作にしてテレビドラマにしたらほとんどが原作の許諾が不要になりかねません。インセンティブ上問題があると思いますので、私は、これは侵害していいだろうと思いますし、裁判所も侵害だとしてあります。

限界線はどうか。ここに書きませんでしたけどウエストサイドストーリーって見たことがある人。少なくなりましたね。年々少なくなってほとんど意味がないんですね。ロミオとジュリエットをどんなバージョンでもいいから見たことがある人、あるいは読んだことがある人。これは私が見たことがないディカプリオバージョンがあるので多少はいいんですよ。私はオリビア・ハッセーのバージョンだと劇団四季「ハムレット」あるいはローレンス・オリビアなんかといっても分からないでしょうけど、古いです。ウエストサイドストーリーはミュージカルで非常に大ヒットしたので1964年ごろでしたでしょうか。映画にもしたんです。すごくいい映画だったのでミュージカルですけどアカデミー賞も取りましたし、それから主役の黒で上が少しワインレッドの服を着たベルナルドと呼んでいましたけど、彼のスタイルをまねて、それも皆さんにとっては過去の人かもしれませんがあのマイケルジャクソンがビートイットなんかを、あれはウエストサイドストーリーをまねして作っているのですね。すごく似ているのです。どこが似ているかというストーリーの運びが似ていて、シェイクスピアの戯曲だと2つの対するグループに属する男と女、家が違うのですね。家系がすごくけんかし合っている家同士の男女が仮面の舞踏会を契機にそれと知らずに恋に落ちる。夜にテラスで愛を誓い合うのだけど、男性が女性の兄を殺害

してしまったことを発端として悲劇的な破局に向かう。この後はご存じのようにちょっと仮死状態になる毒を女性が飲む。で、連絡の不行き届きで死んだと思ってしまった男性が自殺をして、生き返った女性もショックを受けて自殺をする。その二人の愛の姿を見て両家が仲直りの機運を見せる。そういうストーリーですね。簡単すぎるかもしれない。シェイクスピアに怒られるかもしれませんが、ウエストサイドストーリーの方は対する王家が家族じゃなくて民族ですよ。プエルトリコから来た移民と生粋のニュー Yorker 同士の争いなのですね。で、仮面は付けていませんでしたけど舞踏会で恋に落ちる。ダンスパーティで恋に落ちる。それでテラスではなくて家の横についている階段で愛を誓い合う。だけど、男性が女性の兄を殺害してしまったことを発端として、その後別に魔法の仮死状態になる薬なんか出てきませんから、どうなったかという結局男はピストルで撃たれて殺される。でも、女性のナタリー・ウッドは嘆き悲しむけど死なないで生きていく。だけど、最後にそのお二人の愛を知って両方のグループが男性の遺体を両方が支え合って持つていくというところで終わる。すごく似ているわけです。で、これはアメリカの著作権法の教科書では限界線上の事例として取り上げられます。多くの場合はもしシェイクスピアが著作権があれば、あんなものは切れていますけど、切れているというかそもそも著作権の保護対象じゃない事態の話ですけど、著作権があれば侵害になるのではないかなと言う人が多いと思います。私はだいぶ見た印象も違ってくるので非侵害でもいいのじゃないかなと思っていますが、いろいろな意見があるかもしれません。ここら辺が限界線上の事例だということになります。

裁判例だこういったアイデアの保護と著作権の保護を考える非常に面白い事件があります。95 ページに紹介しました「コムライン・デイリー・ニュース事件」この事件の原告は日経新聞ですね。で、コムライン・ニュースサービスというのは被告が提供していたサービスなのですが、これは英文です。ここには翻訳を載せていますけど基本的には英文です。英文で朝の 8 時半の始業時まで当日のいろいろな朝刊を読んできてその抜粋を英語で書いてファクスで顧客に送るというアイデア商売ですね。で、自分独自の取材網を持っているわけじゃないのですね。当日、大体朝の 5 時から 6 時の間に新聞が来ますよね。それを見て要約を英語で書いて送る。大体日本で英字新聞を読む人の多くはむしろビジネスの必要性がある場合が多いだろう。それから、全部はいらないだろうと。大体株価何かに反映されるからさっと読む必要があるだけで、要旨で十分なんじゃないか。もし必要があるんだったら日経新聞の原文を読めばいいだけでと考えて英字新聞をどんどん出したんですね。しかも、要約のニュースをファクスで送り届けたという事件のようです。非常にアイデア商売で初期投資はほとんどいらないですよ。通訳者が一人いれば十分だということになります。どんなふうに似ていたかという上が被告の記事、下が原告の記事です。原告の記事を見ると「飛島建設は 3、700 億円を超える借入金のうち 1,500 億円の圧縮に乗り出す。93 年 3 月までに販売する予定の不動産代金回収を急ぐ。不動産事業への過大投資による借入金の増大に加え、16 日に和議申請したナナトミに総額 1,200 億円にのぼる債務

保証、貸し付けが明らかになっていた。今後ナナトミの債務の一部を肩代わりする可能性が高く、思い切った減量に踏み切ることにした。支援の姿勢を示しているメインバンクの富士銀行に債務圧縮計画を示し、細部を検討する」とあります。被告はどうかというと、上ですね。本来は英語何ですが翻訳すると以下のように「建設大手の飛島建設はメインバンクの富士銀行に対して2年間で約1,500億円の不動産を売却する計画を提出した。その売却代金はほぼ同額の債務返済に当てるという。1990年同社の負債総額は3,700億円強であった。同社によると、ナナトミ倒産成り行き次第では、売却予定額を引き上げる可能性が出てくるといふ」ということであります。同じような文章はほとんどないのです。だけどほとんど同じような文章になっている。というか、情報源が下ですからこれをまとめただけで似ているのは当たり前です。で、裁判所は著作権侵害だということで著作権侵害を肯定したんです。損害賠償請求認容です。どう考えるか。私の立場をいうと確かに裁判所の気持ちも分からないではない。被告の行為は原告の取材体制に費やした労力、費用へのフリーライドです。原告はこういった記事をたくさん書くために日々たくさんの記者を雇って世界各国に派遣していて、しかも取材網とほかに連絡網なんかも整備している。ものすごい人件費とものすごい設備費がかかっているわけです。そのとき被告は多分ファクス1台と事務所が1個あって一人通訳者がいればそれで十分ですよ。すぐできる。なぜすぐできるかというと原告の取材に対してフリーライドしているからだということになります。しかも競争相手ですね。朝8時半の始業時までには届けられてしまったのではこういった行為が許されるのでは取材に対して講じるインセンティブが削がれるだろうと思うので、これを保護した結論は間違いないと思うのです。問題は著作権でいくべきだったのかということです。不正競争型の行為なのでこういうのは違法にするべきだろう。しかし、それにしても著作権は権利が広すぎるのではないかと。本件はいいですよ。なぜかというと、新聞で競争するのではなくて講演で「そう言えば最近新聞記事からこういった事件が話題になっていましたよね」という話をします。その情報は別に僕が自分で取材してきたわけじゃなくて日経新聞から読んだ話だということはしょっちゅうあるんですね。そのときにこの程度の圧縮で紹介することはしょっちゅうあるわけです。そういった行為が直接は競争していないわけですがそれでも著作権だと競争だけ禁止というわけにはいきません。条文にそうならないので違法になるわけです。この程度にまとめたものが違法であるならば講演でしゃべったときも、裁判所は多分判断を変えてくるとは思いますけど論理的には違法になると言わざるを得ないのです。そういった意味で著作権の保護範囲は広すぎる。それで、不正競争型の行為、特に競争がないものもいろいろとあるけど週刊誌だったら構わないということですね。週刊誌は独自の取材体制を敷くことなく最近の事件とかで、プロ野球の事件とかあるいは飛島の事件でも何でもいいですよ。週刊誌が独自の取材体制を敷くことなく、新聞記事からの情報とかテレビからの情報だけで書くというのはしょっちゅうです。むしろそっちの方が多いわけですから。だから雑誌でも構わないと思うのです。情報の伝播を、表現の自由とかを過度に委縮させてはいけないと思います。何が問題

かということ、やはり直接の競業タイプの、新聞を直接指示を送ってしまうような、同じ朝8時半を目掛けてくるようなものは違法とするべきだろうということです。そのためには著作権ではなくてそういう特定のピンポイントで狙うことができる。そういう意味では権利侵害とか違法性のところで操作ができる不法行為にいくべきだろう。ということで、本来これは民法 709 条でいくべきだったのではないかなという気がいたします。もちろん請求が来ていないとどうしようもないのですが、釈明等をするとかいう手があるということになります。逆に言うと、本判決の射程はすごく狭いと考えた方がいいですね。これがあるからといって講演のタイプにまで同じように著作権が及ぶということは考えるべきではないということです。

ということが大体文字型の著作権の話ですが、じゃあどうかということで次に小説の続編というのが非常によく議論になるのです。例えば『風と共に去りぬ』という有名な小説と映画があります。あれの続編で 10 年ぐらい前に『スカーレット』という続編が出たんですね。マーガレット・ミッチェルは既に随分前に亡くなられているので遺族か何かの許諾を得たんだと思いますが、新しい方が書いたのです。で、既に亡くなられた森洋子さんが日本語に翻訳してといった話ですが、スカーレットがテレビドラマになったのを僕はスカーレットを読んでいないしテレビドラマも見えていないのでよく分からないところがあります。そういったのは本当に許諾がいるのか。これも多くの方が、許諾が必要だという方が多いです。私はいらないのではないのかなと思っている。それは、どう考えるか。続編ですから話が終わった後にくるので……話自体は違うのですよ。ただ設定が似ているわけですよ。いつ離婚して、いつ結婚していて、戦争で誰が死んでいて、どういう家族でどこに家があってという設定は似ている。だから、そういう設定を著作物と考えるかどうかで決まります。で、私は続編をいろいろと書いて共作した方が面白いと思う方ですからアイデアなんじゃないかな。『風と共に去りぬ』の場合だとわれわれはすごくイメージがあるんですね。ビビアン・リーのイメージが強いです。でも、もし映画がなくて小説だけだったらみんなそれぞれ思い浮かべるスカーレットの像が違うはずなので、私は名前が似ているだけでアウトにしなくていいのではないかなと思っているんです。でも、それは少数説です。むしろ多くの方は、多くの方といっても 3 対 1 とか 2 対 1 ぐらいですよ。この分野は数が少ないから皆さんが書けばまたすぐ逆転されるかもしれない程度ですが、多くの方がアンケートを採ったとして多分ですが多くの方が続編はやはりアウトだろうと思っていると思います。そんな私ですが、漫画の続編はアウトです。それは、漫画の続編を書くとストーリーは違ってもキャラクターがそっくりだから。だから、続編じゃなくてもパロディ本なんかでも皆さん自由だ、自由だとおっしゃっているのですが、普通はあれをセーフだという人はなかなかいない。漫画の続編は基本的にアウトです。

じゃあ、研究書。例えば『磯野家の謎』という有名な研究書がありますよね。サザエさんの家の見取り図であるとかいろいろと紹介する。なんかおかしいぞって。それで、ああいったものはどうかということあれは引用が要件を満たすかどうか。ただ単に研究書だから

といってたくさんサザエさんの本を引用していいということじゃないのですが、例えば説明するとサザエさんの髪型の変遷とか、サザエさんの家の間取り図はこうなっているんじゃないかという説明をするために他人の著作物を引っ張ってくるのは引用ということで自由です。それが 32 条です。

<著作権法(5)>

3つ目の侵害になる要件は、法定の利用行為に当たることということです。著作物のすべての利用行為が侵害になるわけではないのです。特定の利用行為だけが侵害になると規定されているわけです。

具体的には、21 条からということになります。大きく2つに分けることができるかな、細かく分けると3つですが、まず21条が雑然と権利が並んでいます。まず1つの柱は複製権。21条、「著作物を複製する権利を専有する」他人がやってはいけないという意味です。それから21条以外に、21条の複製権を補完する形の権利として、後で紹介します26条頒布権、26条2に譲渡権、26条3貸与権等があります。それとまた別に複製権、それを補完する権利ということですが、基本的には複製権というのが1つの柱です。

もう1つに公の使用行為という柱もあります。それはずいぶん条文がたくさんあります。22条は上演・演奏、22条2は上映、23条は公衆送信、24条は口述、25条は展示です。ここまでの権利が公に利用する場合に関する権利です。大事なことは、複製は基本的に、私的複製以外は公になされるものではなくても、企業の中などでも全部侵害になるのですが、使用行為はこの上演から展示までは、内輪で少数の人相手のときには適応されない。もっと公に不特定多数、あるいは特定多数でもいいのですが、多数の人に公に使用すると侵害になるという枠組みになって、複製が中心。使用は公だけが規制されているということになります。

だから、例えば読書。口の中で読むのは全部セーフですが、読書も私がしゃべって読んだとしても、公の構図でない限りは侵害にはならない。演奏なども公向けではない演奏は、別に営利目的であっても、スタジオの中だけでたった1人とか2人とか3人とか、あるいは4人とか5人がレコーディングする場合でも、公の演奏ではない限りは侵害にならない。ただ、レコーディングしたところでちょっと複製が絡んでしまっているので、レコーディングすると複製権の侵害になるということになります。読書とか演奏はそうではなくて、そういった内部者のときではなくて、外に向けてコンサートをするとか、特定多数も含まれますが、公に多数の人間向けに使用したときに初めて侵害になるということになっています。ということで、基本的には複製禁止権中心です。基本は複製のほうが先に侵害になる。複製のが広く抑えているということになります。

では、コピーライトというくらいですから、なぜ複製権なのか。あまり突き詰めて皆さんは考えないのですが、なぜ複製権侵害が中心になっているのかなということが問題になります。これは素朴な疑問だとかいう疑問もあってしかるべきです。何か複製禁止権になっているけど、創作に対して適正なインセンティブを与えるためには、複製禁止権ではなくて複製よりはむしろ複製されるほうが、私もそうですが、買ったりした本を全部は読んでいません。複製の部数よりはむしろ使用価値に応じた対価を環流させたほうがインセンティブとしては適切なのではないか。だから、利用に対して権利が及ぶようにしたほう

がいいのではないか。公のもの以外のものも含めて利用のたびに対価を払うようにしたほうが良いのではないかという疑問があるかもしれない。まあ、そうはなっていないわけですけど。そうっていないということは、逆に言うと、なぜ著作権はそうしていないのかな？複製権を原則としていて、利用は公の利用行為だけを規制していることにしているのかな？ということを考える必要があるということになります。

「答え」と書きましたが、歴史的な理由がまず大きいです。実は著作権というのは、長い法律の歴史からいくと最近できた権利です。世界最初の著作権法典といわれているのは18世紀最初のイギリスの「アン法典」と呼ばれているものです。

その以前は、もともと出版社の権利、独占権を認めることからスタートしたのです。著作権というのは、印刷技術が普及しました。グーテンベルグの活版印刷が16世紀ぐらいに普及してきた。そうすると、みんな複製をし出す。あと、同業組合ギルドの統制が中央政権国家の中で少し弱まってきた。そうすると、本を出すと海賊業者が出てくる。本を最初に初期投資をして本を組んだのに、すぐまねされてしまう。そうすると、出版社としては困るので何とか保護してほしい。そういった制度から出発したのが著作権です。だから、出版社の権利だったので、読むか読まれるかではなくて、出版の独占権ですから、複製の独占権になったのは歴史的な理由があります。

ただ、その歴史的理由は最初はそうだったとしても、今に至るまでコピーライトが中心なのは、もっと歴史以上の何かの技術的なテクニカルな正当化理由があるはずです。だからこそ、永続しているのだと思います。それはなぜかと言うと簡単に言うとうこういことです。

仮に利用行為。例えば読書とかいった行為に対して、権利を及ぼす制度を採用したらどうなるかと考えればいい。読書をする者は多数いるわけです。内部的に読書をすごく多数たびたび行われている。侵害が行われているかどうか把握するのは困難です。私の本が今どこで読まれているのかな？私が把握することはほとんどできない。それから、仮にできたとして、例えばものすごく国民の規範意識が高い、著作権が読書を含めてなったときには、みんなが守るということになると逆に権利処理が大変です。読むたびにいちいちメールとか電話が毎日かかってくる。私だって大変でやっつけられません。

こういったときに侵害行為をチェックするかどうかが把握するのは困難で、権利処理が煩雑だということにはどうなるかと言うと、通常は権利侵害が横行します。権利処理するのに大変だ。でも見つからないというと、普通にみんな侵害しますので、権利侵害が横行して、結局適正な対価が環流しないことになります。したがって、益少なくして労多しという制度になりかねない。

ここは、特許制度と違います。特許制度というのは、相対的な問題ではありますが、特許制度は使用についても権利が及ぶことになっています。特許方法の使用に権利が及びますし、特許がものの発明に及んでいるときは、ものの使用については権利が及びます。ただ単に適法に製造され、譲渡された特許製品については用尽理論、消尽理論で権利が及ば

ないことがあるだけで、侵害製品のときには侵害の使用行為にも及ぶわけです。ということなので、特許の場合はそうなっているのです。

なぜかと言うと、特許と著作権の最大の違いは使用者の数です。特許の場合は、普通の場合は相当な投資をした人でないと特許の使用はできません。数が少ない。数が少ないということは権利処理がそんなに煩雑ではない。許諾を求めてこられても毎日私の電話がパンクするということはない。処理できる。それで、数が少なくて特定の技術を持っている業者は限られているので、相対的に言えば、見つけることはできます。それでも、特許の使用を見つめるのは困難だといわれていますが、読書の比ではありません。見つけることはできるし、実際に侵害事件は多々あるわけです。こういうところだと一応権利が画餅に帰することはなさそうです。何とか守られるだろう。ところが、著作権はそうはいかない。侵害行為の数が多いから、権利処理が煩雑だ。見つかりにくい、より見つかりにくいから、もし、仮に権利ができたとしても守らないだろう。そこが特許と違ってきているのだということは分かります。

では、なぜ複製禁止権になったのか。これは 18 世紀から 20 世紀の中ごろまでを考えていただけるといいと思います。今はちょっとこの理が妥当しないのですが、20 世紀の後半にくるまでの長い間、複製者は最近に至るまでは少数でした。出版社であるとかレコード業者であるとか、それなりの技術と投資をした人に限られていたのです。複製者の数は少なかった。特許と同じ。特許製品の実施と同じ程度の数しかいなかったわけです。そうすると、侵害を把握することは可能です。権利処理も煩雑ではありません。適法行為へのインセンティブが働くことになります。侵害してしまうと見つかってしまう。しかも、権利処理をするのは楽だということになると、皆さんは権利処理をするということで、適法行為のインセンティブがある。権利処理の費用も楽だということで、皆さん結構許諾を求めてくるだろう。

複製の数と利用の数は必ずしも比例しません。例えば、私の本などはフルで複製したほうが安いせいもあって、かなり企業の法務部とか 知財部、あるいは学生さんのコピーの対象になっていると思います。私の本はだいたい 1 万部ぐらいしか累計でまだどの本も売れていませんけど、私の本よりもたくさん複製されている、例えば『少年マガジン』とか 400 万部ぐらいですか？ 300 万部ぐらい。相当売れています。私の本の比ではない。だけど、たぶんコピーされている数は私のほうが上です。

コピーされている数は 300 万対最初の部数の 1 万部よりはばん回していると思います。それから、使用されている割合でいくと、でも、分からないか。みんなマンガは繰り返し読む人もいるかもしれない。でも、この本は難しいです。時間数で使用回数を量るかどうかわからないという問題がありますが、この本を 1 ページ読む間にマンガなら 10 ページぐらい進む気がします。あと、継続の力もそうです。マンガはわりと 1 時間でも 2 時間でも 3 時間でも読むのでしょうけど、この本はだいたい 30 分ぐらい読むと疲れてしまうのではないかな。自分でも嫌です。何かやたらと文章が長いようだけど、文章自体すごい削除し

ているので、すごく短くつないでいるから、分かりやすくは書いてないです。そうしないとこれが1,000 ページになってしまうから。なので、時間数で量るかどうかは分かりませんが、使用回数からいったら、マンガよりは僕。300 万対1万という、300 分の1ほど、特にマガジンとかジャンプには読まないマンガもあの中にはあるのでしょうか。私は生まれてから1度も最初から最後まで読んだことはないです。皆さんはあるのかも。僕は最初から最後まで読んでいたのは『小学1年生』とかいう月刊で、子供で時間があつたときです。例えば、あの中には300 万人が読んでいるわけではないマンガもたぶんあるはずです。でも、複製はされています。

でも、それは弱いかな。私の本も最初から最後まで読んだ人が1万人いるとは思えないです。あまり理由になりませんが、だから、いまいち良い例ではなかったかもしれません。けど、複製数と利用者数は微妙に違いますが、だいたい数は合っているだろうということで、ある程度利用の価値に応じた適正な対価が権利者に環流するということです。読書をたびたび抑えるのではなくて、複製のところで抑えているだろうと思います。そもそも読書の自由とかは表現の自由の基礎になるようなことですから、私人の自由として権利を及ぼすようなことではありませんが、経済を合理的に考えても及ぼすべきではないでしょう。

それに対して、利用行為が仮に公になされるとすれば、公に上演するというのは相対的にいえば、数は少なくなってきます。相対的には侵害を把握するのは簡単です。そうすると、公の利用行為については権利を及ぼしても権利が崩壊するということはなさそうです。だから、権利が及んでいるのです。だから、2本立てになっているのだ。複製でだいたい利用をカバーして、あと利用がすごくなされて、見つかりやすい公のところを抑えている。それが今の著作権法の姿なのではないかという気がいたします。

次に、複製禁止権の補完という話ですが、ところが今、私が話した話は実は現在では通用しなくなっているのです。20 世紀の後半になってから、複製技術が一般に普及しました。

「複製の読書化」と私は呼んでいます。昔、読書だったと同じように複製も皆さんがするようになっている。だから、権利者がすべての複製を捕まえることができなくなっている。読書ほどではないかもしれないけど、たびたび行われています。ということで、複製回数も多数で侵害の把握も困難になり、複製のたびに電話をかけられては困るという状況ですから、権利処理も煩雑になりました。ということで、現在では実は著作権侵害は横行している。著作侵害が横行するので、国民の規範意識を求める方がいます。これは別にどの国でも共通している問題です。経済を合理的に構造するのであれば見つからない、権利処理も煩雑だった。では、侵害してしまえ。かえってびっくりしますよね。「これから先生の本を複製いたしますが、よろしいでしょうか」普通に考えたら、なんて奇特定人なんだと思うか、なんて変人なのだと思うかどちらかですよ。いまだかつてないです。

もちろん技術が仮にこういった形で発展すると複製禁止権もあり得るかなというものがあります。実効性が上がるのかな。それは権利侵害をチェックすることができて、権利処

理を簡単にできる。そして、利用頻度に応じた対価が環流するシステムを組むことができれば、複製禁止権は復活、実効性が復活するかもしれない。

コピーVAN 構想というのがあります。例えば、皆さんが生協のコピーカードみたいなものを買ってコピーしていますよね。あれは別に著作権者にお金払うためにやっているのではなくて、コピー機の使用のためにやっているのですが、あのカードの中に著作権料が入っているようなイメージです。コピー料みたいなものを包括的に払うようなカードがあって、それを買ってくる。それで皆さんがコピーする。一定のモニタリングをしていて、1年に1度でも1月に1度でもいいですけど、たぶん全国で推計、田村先生のご本は1万ページぐらいコピーされた。そうすると3円ずつで3万円とか。そんな形で著作権者にお金を払う、そういった仕組みが考えられるのではないかという構想があります。これの最大の問題点は、カードをどうやって使わせるか。現にカードを使わなくて済むコピー機が世の中にあふれているのです。それを使わせないようにするという仕組みが必要です。コピー機を捨てろというわけにはなかなかいかないから、1つはプロテクションをかけるのでしょうね。実際に技術的にはできるのです。

これはコピー機の性能といたちごっこですけど、皆さんは見たことがあるかもしれませんが、この非常に薄くて読むのには支障がない、背景に細かい薄い記号があり、読むのには支障はないのですが、その紙を使う。だけど、コピー機の編み目の性能次第なのですが、例えば現行のコピー機だと写すと全部真っ黒になるというような紙は、今でも技術的にできますし、あります。ただ、それはすごくコストがかかる。ただでさえ4,000円もしませんが、その紙を使ったらたぶん3万とか5万とかしてしまうかもしれない。それから、あとはいたちごっこですから、コピーの性能を上げないように仕組みないといけなかったりしますので、ちょっと非現実的です。この複製禁止権を実効化するようなシステムは、少なくとも紙媒体では非現実的ですので、ちょっとできないのであれば、法律で複製以外のところに目を向けるしかありません。

簡単に言うと、昔複製だったようなもの。昔複製だったところは今は読書化しました。みんな多数行われるようになっていく。だったら、今、昔の複製のときのように利用にある程度関係していて、まだみんなができないような技術があるのだったら、そこに権利を及ぼせばいいのではないかな？行為があるのなら、そこに権利を及ぼせばいいのではないのかという発想です。

いくつかそういう流れがあります。1つ目は貸与権。これは1984年改正で新設されたものです。世界に先駆けて日本が最初にできました。なぜか、日本は世界で最初にレンタルレコード店が栄えたからなのです。レンタルレコード店というのは、確か1980年だったと思います。東京の三鷹駅、今ではもうないですけど、三鷹駅で黎紅堂という名前のレンタルレコード店が日本で最初のレンタルレコードではないかといわれています。実際にそこが一番最初に流行ったことは事実です。立教大学の学生さんが始めたアルバイト商売です。僕の時代もカセットテープが普及してきた。ちょうどラジカセを初めて見たのは1971

年ぐらいでした。ステレオではなかったですが、ドッとでっかくて。それで、最初こんなものがあるんだと感動しましたが、その後 1978 年か 79 年だったか、ウォークマンが出たのです。それまではラジカセは持ち運びよりもこんな大きかったですよね。それが、当時はこのぐらいよりちょっと大きかったですけど、すごく携帯型で持ち歩けるというのができたのです。すごく画期的だった、名前もウォークマンといって、大ヒット商品になりました。

それから、同じ時期にカーステレオが流行り出したのです。皆さんが経済的に余裕が出てきてカーステレオ。そこでは当時は CD ではありません、カセットテープです。当たり前ですが、アナログレコードをカーステレオでは掛けられません。そんなジャンプしますから無理です。それで皆さんがカセットに撮る。そうすると、皆さんがどういう行動を取ったかと言うと、音質はいいのでレコードを買う。何か大きいのでレコードを買う。だけど、何回も繰り返し聴くし、CD と違ってすぐに傷が付くので、保存しようとかあるいは車で聴こう、ウォークマンで聴こうということで、皆さんレコードを買うとだいたい自分でテープにダビングしていました。

そこで、立教大の学生さんが思ったわけです。当時のレコードは 2,800 円したのです。みんなダビングしている。みんな結局レコードは聴かない。だったらこうすればいいのではないのということで、レコードを 300 円ぐらいで貸そう。それなら、みんなはそっちを借りるのではないか。借りてダビングして返せばいいだろう。そうしたらすごくヒットするのではないかといったら、本当にヒットしたのです。もう 1 月ぐらいで模倣店が世の中にたくさん出てきて、黎紅堂も発展しましたが、模倣店もドッとたくさん世の中にすぐ普及したのです。それが 1980 年ごろです。

それと共に、今まで順調に伸びていたレコードの売上が頭打ちか少し下がるぐらいになった。レコードの売上が再び伸び出すのは CD が普及してからです。それまでしばらく頭打ちか少し下がり気味になりました。ミリオンセラーなどがなかなか出ない時代が続きました。それはレンタルレコードが普及したせいだろうといわれているわけであります。

それで、大変著作権者としては困った、あるいは著作隣接権者というのがあります。レコード会社は著作隣接権者という権利を持つのですが、だから、著作権者は作曲家や作詞家です。著作隣接権者はレコード制作者あるいは実演家と呼んでいますが、歌手や楽器を弾いている人。そういった方々が非常に苦境に立たされたということで、何とかしてほしいということになったわけです。

問題は、今までだったらだいたい複製物、レコード 1 枚を売ると、友達への貸し借りは もちろんあったのでしょうけれども、だいたい 1 枚のレコードが売れると 1 人ないし数人、平均すれば 1.2~3 人ぐらいの人が使うぐらいだったのです。そこから 2,800 円が丸ごと著作権者にいくわけではないですが、その 10% ぐらいが著作隣接権者にいたり、著作権者にいたり、10 とか 20 分かかりませんが。そういった形で対価が還流していて、それで十分やっていたのです。

ところが、レンタルレコードの問題は1枚しか売れないのに、その1枚から10人20人100人が複製することです。そうすると一挙に売上が減る。それで、利用価値に応じた対価が環流しなくなるわけです。これは複製が普及したことの、著作権者から見た場合の弊害ということができます。

それで、どうするかというので、レコードの売上が利用価値を反映しなくなってきました。たしかに貸しレコードが自由に行われたほうが短期的には需要者にとってはとても有利です。今まで2,800円出さなければなかなか手に入らなかったものが280円ぐらいで入るというのは有利です。ただし、長期的に考えるとそうも言っておられない。だんだんレコード会社がつぶれていくだろう。作詞・作曲家も減っていくだろう。そうすると、思ったよりは著作物が生まれなくなってくるのではないか。今までよりは著作物が生まれなくなってくるのではないか。そうすると、長期的にはわれわれにとって不利だということになります。ただ、バランスを取る必要がある。

1984年改正で、公衆への貸与行為が著作権の権利範囲に含まれることが決まりました。26条の3です。ただ、実際にはジャスラック（日本音楽著作権協会）を通じて、包括的に許諾が行われているので、貸与権は禁止権ですが、実際はインディーズ以外は普通は皆さんが自由に借りることができます。ただ、その代わり確か、新譜は何日までという貸与禁止という制限期間が数日ぐらいはあるはずです。あれは貸与権がその期間だけ行使されている。本当は著作者の死後50年は行使できるのですが、まあ、その期間だけ行使しているということになります。

ほかにも実演家とレコード制作者の隣接権者にも貸与権が設けられています。その条文は95条3の1項と97条3の1項だということになります。それで、95条の3第2項を見ていただくと、「前項の規定は最初に販売された日から起算して1月以上12月を超えない範囲において、政令で定める期間を経過した商業用レコードの貸与による場合には適用しない」とあります。期間経過商業用レコードといいます。政令で12ヵ月、1年になっていますので、著作隣接権者の貸与権は存続期間が1年です。これは世界的には今、世界が日本を追い越して保護水準が高いので世界的に批判されています。1年で切れてしまうのが。

1年経過後は、95条3の3項で「商業用レコードの公衆への貸与を営業として行う者は、期間経過商業用レコードの貸与により、実演を公衆に提供した場合には、当該実演に係る実演家に相当な額の報酬を支払わなければならない」ということで、1年経過すると禁止権はなくなって、報酬請求権になっているのです。それが著作隣接権の存続期間いっぱいまで続くということになります。同じ条文が97条の3にもあります。

これは日本のレコードに関しては、著作権者と足並みをそろえていまして、1年間の期間はフルには行使していませんので、今、レンタルレコード店に行くと日本のレコードは新譜の一定期間制限以外は借りられるはずですが、外国の洋楽についてはせっかく権利があるのであれば、しかも日本の権利はどうも貸与権は短いようだけれども、せっかく権利があるというなら、フルに行使しましょうということで、外国の著作隣接権者は1年間の

期間をフルに行使しますので、1年間は洋楽が借りられないという状況にあります。これは権利をフルに行使しているからということになります。

元のレジュメに戻ります。5行目の注意点。適法に譲渡された複製物を販売することは著作権侵害にならないけれども、貸与はアウト。これは何かと言うと、著作権法では当時と違いまして現在では、著作権法の26条の2というところに譲渡権もあるのです。著作権の譲渡。自由に譲渡してはいけないと一応決まっている。だから、自由に貸与してはいけないと26条3以外に26条に自由に譲渡してはいけないと決まっているのです。

ところが、譲渡には特許と同じで、用尽理論が条文で規定されている。そこが特許と違います。特許と同じ理論が特許と違って条文で決まっているのです。26条2の2項で前項の規定は適用しない。26条2の2項の1号、「前項に規定する権利を有する者、またはその許諾を得た者により、公衆に譲渡された著作物の原作品または複製物については適用しない」ということですので、適法に譲渡されたものについては権利がなくなる。譲渡権が働かないということなので、譲渡は基本的には用尽理論が対象になっている。だから、適法に譲渡されたものを再譲渡するのは自由なのです。用尽理論があるから、それを公にやろうが営利でやろうが自由です。でも、貸すとアウトになるのです。これは大事です。貸与には今の用尽理論の条文はありません。これは基礎知識として覚えておいてください。

なぜか、公衆への貸与の最大問題は、貸与すると返ってくることです。1つの複製物で何回も何回も貸す。貸すため一般的には私的複製が行われていく。そこが問題なのです。譲渡だけだったら、レコード店は譲渡しています。あれは公衆譲渡ができるわけですが、譲渡だったら、1回買ったからおしまいなので、譲渡のときには何回も私的複製が行われることはない。基本的にはないということになります。そこが貸与と譲渡の違い。だから、譲渡は一応放任しておく。だけど貸与は抑えておくということになっています。

ただ、今実は譲渡で問題が起きているのです。それが、新古書問題といわれているものです。新しい本なども安いから買ってきて、しかもきれいで値段も統一されて、ほとんどすごい品ぞろえであれを買ってきて、読んで面白かったらもう1回に売するという形です。そうすると何回も何回も1冊でぐるぐると消費者を回る。そういう意味では貸与と変わらないので、ああいうものについても権利を及ぼしてくれという動きが今、すごく盛んになっています。今後どうなるか、もうちょっと注視しておく必要があるマターの1つです。

次、ただ問題は貸与については完全に問題が貸与権で決まったわけではないのです。まず1つは私的な貸し借りは自由です。公衆への貸与だけが禁止されているだけです。貸すのは自由です。

もう1つ、私的複製は貸与を基点として行われるだけではないです。ほかにもエアチェックで放送されているものやケーブルなどで放送されているものを録音・録画するということは、いつも行われているわけです。そういったものについては貸与権だけではなかなか規制は及ぼすことはできません。ということで、これにつきましては別の対策が必要だということになります。

<著作権法(6)>

対策の2。貸与権は抜本的な解決になっておりません。それではどういふことをするか。これは1965年の当時の西ドイツで、判決が出てその判決が示唆していた大変頭のよい方法なのですが次のような方策があります。それは複製はたくさん行われているけれど、複製機器や媒体をまだ作る人が少ないということに着目して、複製機器や複製媒体からお金を取るという方策です。複製機器、つまりラジカセやビデオカセットデッキやDVDレコーダー。複製媒体というのは、テープやMDやDVD-Rとか、DVD-RAMとかそういったものです。そこからお金を取るという方策です。

これですと、昔の複製のようにまだ、複製機器とか複製媒体をゼロから作れる消費者はいないわけです。数が少ないので料金の徴収が容易です。

これは最終的には、一定の価格が複製機器の対する対価として、転嫁されますから、最終的には消費者負担だ、複製者負担だということになります。ただ料金をいかに分配するかというところに多少問題があるが、モニタリング等などで対処するということです。この導入に関しては大変な議論がありました。西ドイツでは割とすぐさま導入されたのです。ところが日本ではなかなか導入が進まなかった。その理由は、この複製機器メーカーとレコード会社が基本的に同一資本、同一グループが多い。普段だったら、貸与権を作るとき、ぜひ作りましようとか動いた業界が、あんまり熱心ではないところがあります。それで、またアメリカのこの点に関して似たような状況にありますので、あんまり熱心ではない。結局どうなったかという、妥協的な解決が図られました。

1992年改定で、ようやく設けられたのですが、デジタルコピーについて私的録音・録画についても、保証金を支払わせるという妥協が成立したのです。なぜ妥協かというと、当時はまだデジタルコピーは主流ではない。だから、当時主流だったアナログのコピーについては、普通のVHSテープやベータテープあるいは普通のテープについては、従来通りに権利が及ばない。その意味で、従来の指示はくわない。他方で、デジタルコピーが今後主流になることはみんな分かっていたわけです。今後は権利がどんどん伸びていくだろうということで、妥協を図られまして、デジタルコピーに関しては、しかも指定をされなければいけません、指定をされたものについては私的録画をしても保証金が支払われるということでもあります。現状でいつも指定は追加されているのですが、「知的財産法」408ページに書かれているものは、指定されたものになっています。数%が実際の価格に上乗せされています。それが数%原資として各権利者に分配しているということになります。DAT、DCC、MD、CD-R、CD-RW、DVCR、デジタルVHS、DV-VHS等々が入っているということです。

私的録音保証金管理協会というところと、私的録画保証金管理協会というところが、集中管理をしてお金を取っています。

それからモニタリングには限界があるので、すべての著作権者のためになるようにとい

うことで一括徴収した保証金の2割以内の額を著作物の創作の進行及び普及関する事業に支出しています。

それで残された問題。これは妥協のせいでデジタルコピーだけになっているのですが、デジタルコピー以外の録音・録画はどうなるのか、これは次第に減ってきています。ほとんどデジタル録音・録画が普通になってきているので、これは、今そんなに大きな問題ではないかもしれません。もっと大きな問題は録音・録画以外の複製、複写です。文献複写の問題です。文献複写のデジタルはまだまだ進んでいません。アナログのコピーが多いですね。それでもデジタルの複写もだんだん出てきています。そうはいつても、まだアナログのほうが多いと思います。それで、録音・録画というのはそもそも規定されていますから、文献の複写は入らないです。録音・録画ではありません。これは大きな問題です。

西ドイツ、今のドイツなどですと、私のような者にも、本を出している関係で一定の複写機器メーカーからお金を取りますから、それが一定額ボーナスのように、例えば10万とか20万とか頂けるという事のように、日本はそこまでいっていない。特に日本で問題なのは、学者は別に著作権があろうがなかろうが、結構みんな物好きで書きますからいいのですけれど、出版社は苦しいのです。昔は何十万部も法律学再掲とか法律学全集なども何十万部売れたのですが、今は本当に本が売れなくなっている。それは、皆さん買わなくなっているからです。1冊企業の法務部で買えばいいという感じで買わなくなってきた。複写がどんどんされている。そうすると、部数が少ないから値段が上がる、ますます複写が進むという悪循環に陥っています。学術書はすごく高くなっているのはそのせいです。だから、そういったわれわれだけではなく出版社などにも還元したほうがいいのですが、なかなかそれがうまくいっていないという問題があります。ですから、ぜひ文献複写などにも権利を及ぼしたほうがいいのではないかと。

それで、この録音・録画の問題は普通、私的複製に焦点をあわせて、私的複製は今、現行法上原則自由、その代わりに録音・録画機器媒体から取りましょうということになっているのです。文献複写については、録音・録画に比べると皆さん文献複写をやっていますが、録音・録画よりはしていないですね。文献複写は、むしろ企業内でどんどんやられているわけです。企業内複製については、基本的には著作権侵害なのだからというような建前があるのです。そちらを抑えればいいではないか。でも、実際の企業内複製を全部たたっているわけではないです。ほとんどが放任されているわけです。そうだとすると、私がこうすべきだと思うのは現状に合わせて無理はせずに企業内複製は42条と同じような形で原則自由にする。不当に著作権者の利益を害するようなフルコピーを10部とかは絶対駄目ですけど、不当に著作権者を害さないような形で42条を企業内複製にも回す。その代わり、紙媒体からもお金を取るのはちょっと難しいかもしれませんが、文献複写機器媒体からのお金を取れるような形で、解決したほうがいいのではないかと私は思っています。

対策その3。最近ではさらにそもそも自助努力で、コピープロテクション等で対価を環

流させよう。プロテクションでそもそもコピーを禁止しようという動きが盛んです。ビデオテープですとマクロビジョン方式といってきれいに録画ができないようなテープがほぼほとんどのビデオに入っています。それからDVDなどですと通常プロテクションがかかっていますので、コピーはできないということになります。それから、さらに放送番組もデジタルの放送は基本的に1回だけの録画しか許容してないです。2回目の録画は禁止する記号が入っています。そういったものが、コピープロテクションがあってそれがコピーをしないようにしている。それからコピーではありませんが、アクセスコントロールというのもされています。例えば、WOWOWやケーブルテレビですと、お金を払わないと画面がザーッと見えない。あれはコピーの問題ではないです。あれはそもそも見えないのです。アクセスをコントロールしているのです。あれをみるためには、パスワードをいただく必要がある。そのためにはお金を払わなければいけないということが問題になります。ところがこれはすべて技術なので迂回が容易です。インターネット等が通じて、コピーガードキャンセラー等が普及していましたし、更にWOWOWなどでもあの暗号を解除する、スクランブルを解除する機械がネット等で、あるいは普通に巷で売られていたわけです。

こういった技術的管理、ちょうど営業秘密の秘密管理と同じように技術系管理ができることが、成果開発にインセンティブになっているということなので、一定の保護を与える必要があるということになりました。そこで1999年著作権法改定で、次のようになりました。

まず権利管理情報というのは、デジタルで権利者は誰ですか？というのが分かるように特定の信号を埋めておいて、権利処理を進めるような情報なのですが、そういったものを勝手に改変してはいけないという条文ができました。ただ、こちらの方はまだあまり権利処理をきちんと権利処理をしながら対価を還流させるプロテクションを解除しながら対価を還流させる。そういったシステムはほとんどなくてただひたすらプロテクションあり、絶対コピーは破れません。複製物をもう1個持ちたいなら買ってくださいというシステムがほとんどなので、実際としてきちんと動いているわけではありませんが、もしかしたら将来的にああいうプロテクションとともに解除技術も発展して、これからコピーする人は簡単にメールなどをするとパクッとパスワードをもらって、その代わりクレジットから引き落としということがあるかもしれないので、そういったものを応援するつもりで権利管理情報は保護しようということになったのです。

それから、技術的保護手段。それを回避する行為に関して、これは今まで私的複製は自由だったのが著作権法30条1項の2号というのができて、私的複製は自由なのだけでも、私的複製は柱書きのほう、本文見ていただくと著作権の目的があって「著作物は個人的にまたは家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用することを目的とするときはその使用者が複製できる」というのが原則なのですが、2番目でかっこを全部飛ばして、「技術的保護手段の回避により可能となり、またはその結果に障害が生じないような複製をその事実を知りながら行う場合」ということでプロテクションをはずして複製す

ることを私的にやっても著作権侵害だということになったわけです。

その上で、著作権の 120 条の 2 第 1 号で技術的保護手段の回避を行うことをもっぱらその機能とする装置。コピーガードキャンセラー等です。それを公衆に譲渡したり、取引においたりする行為が、あるいはインターネット送信などの公衆送信をしたりする行為が刑事罰の対象となることになりましたので、現在は昔と違って公にはコピーガードキャンセラーは売っていないということになったわけです。

特徴を申し上げます。技術的保護手段はいくつかありますが、このうちコピープロテクションだけを保護します。アクセスコントロールは著作権法の保護の対象ではありません。これは原則、今まで著作権というのは複製禁止権であって、アクセス禁止権ではなかったのです。何かを見たりすることに関しては自由だったので、それを禁止する権利ではないので、著作権ではそこは応援しない。コピープロテクションだけ対象。だから、アクセスコントロールを迂回したり、アクセスコントロールを迂回装置を提供しても、少なくとも著作権侵害ともならないし、著作権法上は刑事罰ともなりません。ただし、後から述べる不競法の対象にはなります。

それから、回避装置の提供行為は刑事罰は規定されましたが、特に民事的救済は規定されているわけではありません。ただしということで、30 条 1 項 2 号で私的複製でもコピープロテクションを迂回すると著作権侵害がここになりました。この著作権侵害に供される装置ですから、その著作権侵害を助長する装置として著作権侵害のほう助ということで共同不法行為になるのではないかと思いますので、民主的救済は全くないわけではなくて、共同不法行為だということで刑事罰がかかるか、装置の提供自体については損害賠償が請求できるだろうと。ただ、民法の解釈に従うと差止めは無理だということになります。

右側のレジュメ、ちょっと錯綜（さくそう）しているのですが、さらに大事なことは不正競争防止法も関連規定があるということです。不正競争防止法の 2 条 1 項 10 号と 2 条 1 項 11 号です。10 号と 11 号はそんなに違いはありません。10 号が一般的なプロテクションの保護であるのに対して、11 号はある特定の一部の人は使っているよ、ある人は駄目だよといっているときに、その使っているといわれた人以外の人がプロテクションを破るような行為は 11 号です。全部禁止しているのか、一部だけ禁止しているのかというだけのプロテクションの違いなので、あまり条文上区別する実績はありません。一応形式的には違います。2 条 1 項 10 号 11 号は長いので読みません。

不正競争防止法で次のことが書いてある。技術的制限手段の専用迂回装置の提供に対する民主的救済が定められている。これは不正競争行為だとなっているので、不正競争防止法上は営業上の利益を害された者は差し止め請求ができます。こちらの特徴はコピープロテクションのみならず、アクセスコントロールも対象にしていますので、WOWOWなどのプロテクションを外す装置については、不競法だけで対処するということになります。

それに対して、複製コピープロテクションを外す装置については、著作権法と不競法で二重に規律するということになります。

それから、迂回装置を用いた私人の迂回行為自体は放任されている。装置の提供行為だけがコピーコントロール・アクセスコントロールの装置の提供だけが不正競争防止法の差し止める損害賠償の対象になっているので、迂回装置を用いた私人の行為自体は不競法上規律していません。それはもっぱら著作権の法の問題だ。そうすると、私的にコピープロテクションを外した人は著作権侵害になります。だけど、アクセスコントロールを私的に外した人は、あくまで現行法上は明文の違法とする規定はありません。私自身は不法行為に当たると考えて良いと思っていますが、特に議論はそれ以上あるわけではありません。むしろ、何にも規定していないのだから、セーフだと思ったほうがいいかもしれない。それで、刑事罰はないです。ややこしいですね。

まとめにいきます。ずっと複製禁止権の流れを追ってきまして、なかなか実効性が上がらなくなってきたので、違うところに権利をおく、権利の対象を変えているというお話をしました。大事なことは非常にこの複製が悪のようになれることがある。何か著作権の敵なのでしょう。複製は悪だ、複製は怪しからんといわれることがあるのですが、ちょっと考えてみましょうということが私の提言です。これは私だけではありません。若い方とか特にアメリカの学者の方はよくいっておられる。アメリカの人はいろんな方がいっておられますが、そもそも、誰がどこでも複製できるようになった。それは確かに複製禁止権としての著作権の脅威ではあると思いますが、それは悪い自体なのか。むしろ、技術の進展によりもたらされた社会的な便益ではないか。複製ができるようになった、われわれの可能性が広がったということです。もっと肯定的に評価したほうがいいのではないかと私は思っています。

旧態然とした法制度、要するに複製の数が少なかった時代の法制度が足かせとなって、こういったみんな複製できる、事実としてできるのにそういう複製を禁止する権利というのがあるせいで、みんなが技術の勉強の享受に失敗することがあってはならないと思うのです。昔の法律は複製禁止権があっても困らなかった時代の法律です。著作権法というのは。複製というのは数が少なかった。私人の自由を過度に害するものではなかったのですが、今は過度に害するものになっている。だとするとやはり私的複製、企業内複製をもっと自由にすべきだ。複製機器媒体から対価を徴収させるようにするべきですし、プロテクションの保護も私は強すぎだと思います。特に不正競争防止法のプロテクションは強すぎます。著作権の保護が切れていたものだったりしても、プロテクションで守っているかぎり是不競法の保護を受けることができるのです。これはちょっと保護が強すぎる。著作権と連動させていないからですけど、連動させた途端にそれは不競法の話ではなくて著作権法の話だということになりますから、著作権法と連動させていないのですが、これは強すぎると思うわけです。

さらに、著作権のほうも現在の市場を考えると、例えばDVDなどもすぐに売り切れてしまうのです。なので、例えば売り切れているということは、2度と販売するつもりがないならば、もう著作権者側はソフトでもうけようと思っていないわけですから、コピーを

止める利益はないはずですので、そういったものについては保護しなくてもいいのではないかと私は思っています。むしろ、販売部数も少なく、今売っていないからこそプロテクションを解除したいわけです。そうすると侵害になるということになっているというのは、僕はみんなが複製をできる時代でちょっと時代錯誤的な法律なのではないかなと思っています。なかなかこういった消費者の声というのは、立法過程に反映されないのが残念なところであります。

次に、複製物の流通に対するコントロール。以上が複製禁止権の本体の話をしました。補完する権利の話もしましたが、もう1つ流通についてもコントロール権が及ぶようになっています。ここはすごく条文が入り組んでいます。2つありますので、ここはきちんと理解する必要があるのですが、これはなかなか難しいのですが、先ほどちょっと読んだところ26条の2、譲渡権。26条の譲渡権は非常に重要な規定なのですが、何が重要かという条文が複雑だから重要なのですが、皆さんが覚えたほうがいいところです。26条の2で第2項があって、ここで全体は用尽規定なのですが、特に26条の2の2項の1号が重要です。用尽規定があると申し上げました。この規定がある結果、適法に譲渡されたものについては、譲渡権は及ばないわけです。

さらに特許よりも強力なのですが、実際は適法に譲渡されないのだけど、適法に譲渡されたと勘違いする人のために善意者保護規定があります。113条の2です。「著作物の原作品もしくは複製物の譲渡を受けたときにおいて、それらがそれぞれ第26条の2、第2号各号等のいずれにも該当しないもの」ここに挙がっている条文は著作権および著作隣接権の譲渡権の用尽規定が挙がっているのです。そのいずれにも該当しない、要するに用尽していないことを知らず、かつ知らないことにつき過失がないもの。譲り受けの時点で実は譲渡権を侵害している、用尽していない。でも、そういうことを知らない、しかも無過失だといった者が、これを公衆に譲渡する行為は権利を侵害しないものとみなすということで、用尽はしていないのだけれど、善意者保護規定。だから、用尽していると勘違いした人、譲渡時点で過失がなければその人は適法に譲渡できるということで用尽するわけです。

これは譲渡時点で善意無過失であればとのことなので、後から警告を受けてもいいのです。譲渡時点での期待可能性は保護しています。こちらのほうが本体の用尽よりもより広く適用があるわけです。ここまででもちょっと複雑ではないですか。

さらに複雑なのが、ただし、今のは適法に複製されたけど、すごいピンポイントで実はあまり適法でないのではないかなと思うのですが、適法に複製されたけども、適法に譲渡されなかったもの。だから、複製物は適法なのだけれど、何か譲渡権限に違反して勝手に譲渡されてしまったものについての規定なのです。だから、それ以外の適応もありますが、意味があるのはそこだけです。なぜかと言うと、海賊出版物、適法に製造されていなかったもの。譲渡ばかりではなくて製造についても侵害品だということが多いでしょう。それについては譲渡権ではなくて、113条1項2号が適応される。著作権を侵害する行為によって作成されたものを情を知って頒布し、または頒布の目的を持って所持する行為は著作権

侵害になります。条文が複雑で大変です。

だから、譲渡権を用尽しています。基本的に言うと、適法に製造されたものについては譲渡権について用尽理論が働く。それがたまたま譲渡権を侵害していたとしても、善意無過失では保護されます。だけど、そのものがそもそも単に譲渡権侵害だけではなくて、そもそも複製権も侵害している。海賊出版物だったときには 113 条 1 項 2 号が適応されますので、それを情を知って頒布すると、あるいは頒布目的で所持すると著作権侵害になるのです。ややこしいです。

どういうことかと言うと、譲受けの時点で善意無過失だと譲渡権は仮に用尽しなくても、実質用尽と見なされるという制度なのです。だけど、その後で警告をされてしまう、そのときに実はこれは譲渡権侵害だけではなくて、複製権も侵害した海賊物でございますという警告を受けるでしょう。そうすると、これは頒布時点での情が大事なので警告を受けた後以降は譲渡してはいけなくなるのです。そうすると侵害になります。だから、海賊出版物というか、出版だけではないけれども、海賊物、複製権侵害品については情を知らなければそれでもいいのですが、警告等とか何かで 1 回情を知ってしまうと次から売れなくなる。でも、海賊出版物ではなく複製は適法に行われていて、たまたま譲渡権だけ侵害しているときには、譲り受け時点だけで善意無過失であれば、以降警告を受けてもそれは売れる。

なぜ、そうなっているかと言うと、譲渡権侵害だけど複製権侵害していないものは対価は 1 回著作権者に還流しているわけですので、むしろ譲受人を保護しても構わないだろうと、譲渡権だけ侵害しているだけなのですから譲受人を保護しましょうと。それに対して海賊物、複製権侵害品は 1 回も対価は還流していません。譲受人はある程度保護しなければいけないとしても、基本的にはことが発覚した時点ではやはり著作権者を守りましょうということになっているのです。

次に、以上が普通の著作物一般に適応される条文なのですが、映画の著作物についてだけは例外規定があります。それが 26 条の頒布権という条文です。「著作者はその映画の著作物、その複製物に頒布する権利を専有する」ここで頒布は何の意味かと言うと、2 条 1 項 19 号に書いてあります。公衆への譲渡と公衆への貸与だと書いてあります。ここで頒布は広い概念で譲渡と貸与を含む概念です。映画の著作物についてだけ 26 条で譲渡と貸与が一緒に規定されている。なぜか。

実は 1984 年改正で一般の著作物に貸与権が、さらに 1999 年改正で一般の著作物に譲渡権が認められる前から、1970 年の新法制定当時、現行著作権制定当時から 26 条はあったのです。頒布権。映画の著作物についてだけ認められていた。なぜか。これは配給権を保障するためだといわれています。映画の配給権はフィルムですから、フィルムを各映画館に一定期間貸与することが多いようですが、配って上映する。終わったら映画のフィルムを返してもらう、あるいは違う館に移すという形でフィルムを配ったりしているから、そういう配給権。映画を配給する権利ということで、映画を上映する権利のことを配給権とい

う。これは著作権法上の言葉ではありません。一般の業界の用語で配給権といいます。これを保障するために複製物であるフィルムの貸与や頒布についても権利を及ぼしたほうがいいだろうということで配給権は規定されているということです。ただ、これは要らなかったのだろうと私は思っています。違法な複製を禁止して、上演禁止権だけあれば皆さん適法に上映するためには許諾を求めてくる必要があるので、わざわざ配給権とかいってフィルムのもうけを抑えなくても、フィルムが行った先の上映行為だけを抑えておいて、さらに違法複製を抑えておけば十分だったと思うのですが、ともあれこれは条約上もつくれといわれているものでありますから、入っているということです。

問題は映画の著作物の定義が広いのです。2条3項に定義規定らしきものがおかれている。2条3項を見ますと、「この法律にいう「映画の著作物」には、映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現され、かつ、物に固定されている著作物を含むものとする」非常に広く規定されていて、われわれの日常用語でいう映画を超えて、普通のビデオソフトなど、ああいっただ動画一般に入ります。固定されている動画一般を含む場合、この僕が撮ったようなものも含むのです。非常に広いということは注意しなければいけないと思います。

それで、何が問題になったかと言うとそこに書いた通りでありまして、映画のフィルムだけではなくて、ビデオソフトやゲームソフトも条文上該当するのではないか。ゲームソフトも動画が多いですから。それでいろんな議論がある。学説はいくつか分かれていて、立法当時予定されてなかったので、ビデオソフトとかゲームソフトには26条は適用がないという説もあります。あるいは、実は頒布権についても政治的にもすごい争いがあったので、1999年改正で著作物一般について譲渡権を設けて、さらに用尽規定を設けたときに一切映画の著作物については用尽規定をつくらなかったのです。それは条文の構造上、だから用尽規定が適応がないのだということもできるかもしれませんが、他の著作物と同じように扱って、頒布権・用尽を認めましょうという学説もあります。

1だと、ビデオソフトやゲームソフトについてはちょっと映画の著作物にあたるけど、頒布権をなしとしてしまいますと、これは貸与権がなくなってしまうのです。ちょっときついなと。むしろ2のほうがいいと思います。それで、最高裁までいきました。判決が下級審で分かれたのですが、最高裁までいったのです。中古ソフト事件で問題になったのです。中古のゲームソフトを売る行為がどうなるか。一般の著作物でいくと、先ほど申し上げた通り、中古のソフトを売ることは自由なのです。なぜかと言うと権利が用尽しているからです。用尽しているから中古ソフトの販売は自由なのだけれど、それは貸与と同じ効果があるので新古書問題が起きていると先ほど言いました。ただ、中古ソフトやゲームソフト、動画が入っているとなりますと、これは2条3項の規定からいくと映画の著作物に当たるので、きちんとした条文がない。消尽規定の条文がない。26条の問題になります。それで消尽するのかしないのかといって、最高裁まで争われたのです。

結論は、最高裁は頒布権の用尽を肯定しました。具体的には譲渡のときは用尽する。上

映目的が絡まない限り、譲渡については用尽するといったのです。上映のために譲渡するのはいけない。それから貸与は何もいっていない。だから、基本的には普通の著作物並に用尽があると考えたということです。これで良いと思います。いろいろな意見があると思います。特に中古ソフトの場合には、エミュレーターといいまして、皆さんもお持ちの方もたくさんいるかもしれませんが、パソコンなどを使用すると割と簡単にプロテクションなどを外して、複製ができたりする。

中古ゲームソフトに関しては、ただ飽きて売っているのだという説もありますが、多くの方は自分で複製をして返しているのだという説もあるのです。もし、複製して自分の手元に複製物をおいて中古ソフト市場に流しているのであれば、何か規律しないと著作権者の保護に欠けることになりそうです。そういうことがあるからといって、たまたま映画の著作物は頒布権の条文があるという形で、そういった事態を念頭においていない条文をもってくるのは、やはり筋違いだろう。それは立法的決断です。そういう被害が生じているのか。それで保護する必要があるのかということは、立法の問題としてもう1回考えるべきで、たまたま適応できそうな条文があるからといって、趣旨に反して拡張して使うようなことをすべきではない。これはやはり立法マナーとしてきちんとやるべきだと思うので、いったんは保護を否定したのは最高裁の判決は非常に妥当だったと思います。

あるいは、このプロテクションの保護などで済まして、あえて頒布権を設けないという見方もありますし、あるいはおよそ映画の著作物に当たらないので頒布権などはなかなか裁判にいかない。そもそも立法問題として議論している新古書問題と同じように扱うということもあり得るでしょう。そういったことは立法で決めるべきではないかなと思っています。

<著作権法(7)>

もう1つの法定の利用行為の柱である、公の使用行為についての話をします。

条文はすでにご紹介した通りで、22条以下ということになります。著作物の使用行為が公になせる場合に限って侵害としているのが現在の著作権法の建前です。一般的には複製のところでお金を取ることにしているわけですが、著作物の利用が公になされる場合には利用価値がそれだけ高いということを意味していますし、さらに普通のただの読書のような私的使用と違いまして、相対的な問題ではありますが、公の利用行為はモニタリングができ、権利の監視ができるということで権利を作っても実効性がないということにはならないということです。

例外的に公になされない場合でも、使用行為が侵害になることがあります。それがプログラムの著作物の使用行為についての特則で著作権法113条2項です。113条2項によりますと、「プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によって作成された複製物を業務上、電子計算機において使用する行為は、これらの複製物を使用する権限を取得したときに情を知っていた場合に限り、当該著作権を侵害する行為とみなす」と書いてあります。取得時に悪意である必要があります。まず海賊版である必要があります。他の113条に書かれている関係で、他の21条からの条文と違いまして、違法にそもそも複製されている複製物である必要があるということで海賊版である必要があります。

それで、その海賊版を使用する行為は他の著作物であれば、海賊版を使用する行為は公であっても公でなされない限りは侵害にならないのですが、プログラムの場合に限っては公になされなくても、私的に使用する場合はやはり侵害にはなりません、業務上電子計算機において使用する行為は侵害になる。

ただし、そのとき取得時点で悪意である必要があります。購入したときに海賊版であることを知っていて、その後業務に使用すると侵害になるということです。ただ、公ではない使用に対する禁止権を作るということは著作権法上初めてのことだったということもあって、あくまでも海賊版であることを必要としている。あるいは取得時に悪意があることを必要としているとかなり縛りがあります。だから、特別に使用を独自で保護するというよりは違法複製物があるときに、その違法複製物によって権利者が受ける悪影響を防ぐ。使用で拡大するのを防ぐという意味で体系的には複製禁止権の補完だということになります。

それから、今、私的に複製するのはセーフだと言いましたが、それは全然構わないわけです。そういった私的な行為などで自由にされている、あるいはいろいろと自由にされている行為が著作権法上侵害にならない行為がいくつかあるのですが、そういったものについて著作権者であるソフトウェアメーカーが規制しようとして、さまざまな契約締結をしようとしてことがあります。それが、シュリンク・ラップ・ライセンスとかクリック・オン・ライセンスが問題点です。

シュリンク・ラップ・ライセンスとは何かと言うと、シュリンク・ラップのシュリンクというのは英語で「縮む」という意味なのだそうです。プログラムの箱は普通ビニールのカバーに入っています。そのビニールカバーをシュリンク・ラップといますが、そのビニールのカバーのここに契約書が書いてあって、「本パッケージを破った場合には以下の条件でこのプログラムを使用することについて同意したものとみなします」という注意文が書かれていることがあります。今はだいぶ少なくなりました。

それから、最近ではクリック・オンあるいはクリック・スルーといますが、インストール型とオンライン型があるのですが、インストール型のクリック・スルー・ライセンスというのは、パソコンを使っている皆さんはほぼ全員体験していると思います。例えば、買ってきたソフトをインストールするときに、かなり早い個所で、以下の条件でプログラムでインストールすることについて同意しますかといって、「はい」と「いいえ」がある。いいえを押すと手続きは終わってしまいますから、使うためには、「はい」を通過しなければいけません。そのときに皆さんはどうしているか知らないですが、下へスクロールをするとずらずらと長くいろんな条件が書いてあるのですけど、たぶん読まないで「はい」へいくのではないですか。あれがクリック・オン、クリック・スルーのライセンスですが、特にインストール型といます。

それから、オンラインでプログラムをダウンロードされた経験がある方はかなり多いと思いますが、オンライン型の場合にも同じようにインストールのときに同じような画面が出るが多いと思います。そこを通過しないとプログラムがインストールできないということで、皆さんは「イエス」ないし「はい」を押すということになります。

3つのタイプがあるのですが、契約成立しているのかということが問題になります。この中で私はシュリンク・ラップとインストール型クリック・オンというところと、オンライン型のクリック・オンと、インストールとオンライン型の間でちょっと区別をしようかなと思っています。

なぜかと言うと、シュリンク・ラップとインストール型クリック・オンの場合には、これは不意打ちの問題があるのです。シュリンク・ラップのときもお店の店頭で提示されているわけですけど、とりあえずあまり気にせずにソフトウェアをソフトウェアの販売店から買ってきて、いざ使おうというときにその表示を見る。おそらくゼロに近いのではないかと思うのですが、よほどの人ではない限り、ちょっとこの条項はおかしいなといってやっぱり返そうと思って、返しにいった人はいないのではないかと思うのです。少なくとも返しにいった人に会ったことはないです。やっぱりもう買って受け取ってしまった以上、何かトラブルを抱えるよりは使っしまえ、何か訳の分からないことが書いてあるけど大丈夫だろうと使ってしまう方が多いのだと思うのです。

インストール型もそうです。すでにインストール型は箱を開けていますから、返せるのかよく分からないし、やっぱり突っ返す人はいないのではないかなと思います。あそこで「いいえ」を押して持って返す人はたぶん、あまりいないのではないかなと思います。著作権にくわし

くて書いてある条項の意味が分かる人でも返さないのではないかと僕は思います。

いったん、そういうふうの使用が進んでいる、あるいは一定の箱を破るとかプログラムをインストールするとか一定の行為が消費者のほうで進んでいるので、なかなか引き返せない状況にある。そういったときに初めて契約の条件を提示されても、事実として自由意思等はなかなか言いにくいのではないかという気がいたします。あと、民法の条文上も各者間の契約になりますから、それは別に勝手に承諾の方式を一方当事者が決めることができるという法律はどこにもないのです。これは大事です。

例えば、推理小説の本の中に裏のほうに「この結末は誰にも教えないでください」と書いてあったりするとします。このページを開くと同時にこの契約が締結されたものとみなしますなど書いてあるとします。でも、たぶん誰も本気にしないです。契約が成立したと思わないでしょう。思うのであれば話は別ですけど。民法の建前上はその契約はそこで成立することにはならないです。一般にその契約が成立するようにちゃんとした慣行みたいなものにならなければいけません。

そういうことを考えると、このシュリンク・ラップ・ライセンスやクリック・オン・ライセンスも特にインストール型クリック・オン・ライセンスには私は契約成立のところで大いに問題があるのではないか。これの学説は分かれています。私自身は、契約は不成立だろうと思っています。ただし、この学説の中では成立を認める者もかなりあるので、一概には言えないということと、それからオンライン型のクリック・オンのときには私でも契約の成立は認めます。それはインストール型と違ってオンラインの場合には引き返すのは容易ですから、インストール型やシュリンク・ラップだと1回お店から買ってきてすでに持って帰るのは面倒くさいわけです。特にインストール型クリック・オンのときにはパッケージも開けているということで、なかなか返しにくいという問題がありますが、オンライン型の場合には一応読んだ上で中断することができるわけです。中断するのが簡単であるということで契約の成立を肯定せざるを得ないのではないかと私はと思っています。

ここで、分ける人もいますし、分けない人もいます。この学説は本当に分かれています。ただ、契約の成立を認めたところで、あるいは私と違う説を取ってシュリンク・ラップ・ライセンスとかインストール型クリック・オン・ライセンスを含めて契約の成立を認めたところで、もう1つの問題があるのです。

契約が成立をするかどうか。成立したとしてすべての条項が有効かどうかという問題があります。それはどうしてそういうことが問題になるかと言いますと、著作権の権利の範囲以外の行為、あるいは著作権の制限規定でできるとされている行為が制約されている。それを制約する条項が非常に多いのです。例えば、著作権法上私的な貸与は権利範囲外です。自由にできるわけです。公の貸与が禁止されているだけで、私的な貸与は自由ですが、多くのシュリンク・ラップ・ライセンスやクリック・オン・ライセンスの中では貸与は禁止されている。あるいはそもそも使用機種が制限されていて、一機種にだけ入れてくださいと書いてあることが多いと思います。そういったものをどう考えるかということです。

それから、著作権法 47 条の 2 というのがあります。これはプログラムの著作物の複製を持っている人は自ら使用するために必要と認められる限度で、複製または翻案をできるということで、これはバックアップです。プログラムが壊れたときなどのために備えて、バックアップ用のコピーを取ることが認めています。バックアップのコピーをすることは自由だよと認めている規定なのです。ここまでにいくまでもなく、皆さんの中では業務上使用している方もこれから業務上使用する方も多いと思いますが、そういう業務上使用している方ではない場合には、そもそもここまでの制限もなく、もっと広く。プロテクションが掛かってない限りは 30 条の私的複製ができる。コピープロテクションが掛かっているときは駄目だと昨日お話ししましたが、プロテクションが掛かっていないときは 30 条の私的複製がそもそもできる。バックアップに限らず、どんどん私的複製ができる。

こういったことの行為が全部禁止されていることが、こういった条項で禁止されているのが多いです。それで、そういうことになるのか。そこにリヴァース・エンジニアリングというすごく難しい言葉を書きました。これは特許法 69 条で説明があったと思いますが、試験・研究のために特許の発明を実施することがセーフだという条文が特許法でありました。同じように著作権法上は条文はないのですが、争いが全くないわけではありません。学説ではプログラムの効率化を図るためやプログラムの技術を研究するためにプログラムを複製するということは、リヴァース・エンジニアリングすることは著作権法の目的にかんがみて、著作権侵害にならないという学説のほうが有力です。まだ裁判例はありません。そういう試験・研究目的の複製です。試験・研究目的も防いで、してはいけないと書いてある条項もかなり多いです。

こういった行為について、契約の成立が仮に認められるとして、あるいは私でもオンライン型は認めますから、自由意思で契約が成立したからといって良いと考えていいのかという問題があります。複製物の利用の一部を禁止する、著作権法に定めていないところに禁止するのは、著作権法がそこを自由に行っている趣旨に反するのではないかという問題があるわけです。それで、この 4 月から北大に来られた曾野裕夫先生がこの問題についてのエキスパートですが、彼は次のように言っています。

オンライン型の問題については、契約の成立が認めたとしても著作権法の公序の問題があるというふうに理論設定をします。著作権法の公序というのは、結局著作権法で定めている自由としている行為、民法 90 条の公序良俗の公序に当たる。著作権法でそこは自由で、私的な貸与は自由だとしている。それによって情報の自由な流通を妨げないようにしている。あるいは学説上ですが、リヴァース・エンジニアリングは著作権法の解釈として自由としている。もし、それが正しいとすれば、それは著作権法の趣旨にかんがみて、それを禁止してしまうことは公序に反するのではないか。そういった形で契約の成立を認めるとしても、民法 90 条で個別に条項の有効性を吟味すべきだろうと言われています。これはいろんな方が言っていますが、特に曾野先生がこの道の専門家であります。ただ、曾野先生の論文によりますと、それが正しいのだと思いますが、2つの場面に分けるべきだろう。

皆さんが買うようなマスマーケットを相手にするプログラムと、企業同士でプログラムの請負をして「うちの会社のためにこういうプログラムをつくってください」という形で個別の交渉を経て、複製されるプログラムは話が違いただろうと彼は言います。その通りだろうと思います。

マスマーケット相手だと大衆にプログラムは配られる。そのマスマーケット型のプログラムですと、これは事実上、クリック・スルーのライセンス契約などを認めてしまいます。このプログラムを受け取る公衆全員が特定の行為ができなくなります。その条項で私的貸与ができないと書いてあったら、全員が、私的貸与できなくなる。これは契約による物権の創造だ、契約による事実上の著作権の創造だということになりますから、90 条に反するだろう。著作権法がみんな自由だよといっているその民法 90 条に反するのではないか。自由だよといっているその著作権を定める公序に反するから、民法 90 条で無効となるのではないか。

それに対して企業同士の個別交渉を経てできたプログラムの請負契約などですと、当初はそもそも力関係があるから、嫌だといったりするわけですし、できるわけです。それにもかかわらず「リヴァース・エンジニアリングは禁止ですね、分かりました」といって契約するのはそれなりのメリットがあると感じて契約をしているわけです。物権化にもならない。それは個別交渉を経ますから、うんと言う人もいれば嫌だと言う人もいるでしょうし、個別的に自由になったり、不自由になったりするだけで、それは個別の相対の当事者だけの問題です。それで物権の創造になることはありません。

逆にそういった情報がないとリヴァース・エンジニアリングが自由だとなかなかプログラムの秘密を渡せない。プログラムがこういう構造になっていますと教えることができないということになりますと、返ってライセンスが進まないということになりかねませんのでこれは有効だろう。だから、2つに分ける。物権の創造につながるマスマーケット型とそうではない個別交渉型を分けるという考え方を曽野先生は継承していますし、これで良いだろうと思います。

次に、インターネットと著作権。インターネットと著作権はちょっと図を書いたほうがいいですね。インターネットがいろいろとつながっていて、インターネットにアップするときは普通の皆さんの場合ですと、プロバイダーなどと契約をしなくてはいけないのですが、そのプロバイダーに契約してホームページをアップロードする。これは普通はユーザーといいます、皆さんがプロバイダーと契約するときに一応この契約した人のことをクライアントと呼んでおきます。ユーザーと一般的にはいうのですが、次に説明するこちら。どなたかがプロバイダーを通じてアップロードしたホームページを閲覧する人のことを今からユーザーと呼びますから、ちょっと区別するためにクライアントとユーザーと分けてみます。それで、もちろん同じ人のことが普通は多いです。普通一般用語では両方ともユーザーといいます、一応区別してしゃべります。

インターネットと著作権の関係はどうなっているのかということです。結構大変です。

まず、このクライアントがホームページを立ち上げる。皆さんの中でもホームページを持っている方は結構いらっしゃるのではないかと思います。

そういった形でホームページをインターネットに掲載するときにはどうなるかということです。著作権処理、自分の著作物はいいのです。でも、ホームページの中に例えば、ほかの人の著作物を入れたりみたりとか、ほかの人の写真やほかのネットから拾ってきた写真を入れてみる、あるいは新聞記事を貼り付けてみる。そういった行為がどのくらいできるのかということですが、最初にインターネットに流すためにホームページのファイルを作成する。それからたぶんパスワードか何かでサーバーにアップロードする。

最初にホームページのファイルを作成した時点で、例えば新聞をスキャンする。そうすると複製ができます。その時点で皆さんの目的が私的な使用目的ではなくて、インターネットに流す目的があるということになりますと、30 条の適用を受けることができません。家庭内及びこれに準ずる限られた範囲内において使用するつもりではない。世界に向けて、誰が読むかは知りませんが、一応世界に向けて、世界中どこでも見ることができるインターネットに流す目的があるので、私的複製には当たらない。私的使用目的ではないということで、実はそのスキャンをした時点で複製権の処理が必要になります。ただ、実際にそれが著作権者に見つかるかどうかは別の話です。そこでスキャンしたけれども、思いとどまって結局載せなかったときに、一応条文上や解釈的にもそこで著作権侵害があるのですが、それで実際に捕まるかどうかということや本気で捕まえにくるかどうかはまた別の話です。ただ、条文上はそこで著作権、複製権、あるいは加工すると翻案権の侵害に該当しています。

それから、さらにそのスキャンしたものをサーバーに載せる、アップロードした。新聞記事をサーバーにアップロードした。それで、コメントなどが大量について引用に当たるのなら構いませんが、ただ新聞記事をそのままアップロードした、あるいは雑誌の写真をアップロードした。そのときにはさらにということで、このサーバーに送信した時点で「送信可能化」といいます。少し難しい言葉です。

23 条、著作権者は公衆送信に関する排他権を持っています。公衆送信というのはインターネットを含むインタラクティブな送信であるとか、あるいはインターネットではないただの放送や有線放送などのすべてを含む、公に向けて放送を送信するすべてを含めた概念です。その公衆送信に関する、権利を排他権を持っているのですが、その公衆送信の中には、自動公衆送信の場合には送信可能化を含む。自動公衆送信とは自動にインタラクティブな送信ですが、その場合には送信可能化を含むということで、送信可能化というのは一応条文を見てみると、著作権法の 2 条 1 項 9 号の 5 に定義があります。特に読んで解析するのは大変困難です。もし、9 号の内容を知りたいければ、私の「著作権法概説」を読んでいただきたいと思います。送信可能化ということで、インターネットにつながっているサーバーに接続した時点で送信可能化ということで、自由にインタラクティブに公衆送信し得る状態においたということで、送信可能化の権利の侵害になります。公衆送信権の一部の

送信可能化権の侵害に該当します。

さらに、どなたかが例えば他のクライアントが送信可能化をした、他のユーザーがあるいはご本人でもいいのですが、ユーザーがそこをのぞいたという時点で、実際に信号が送られますから、実際に信号が送られた時点で公衆送信がされたということで、同じ条文ですが、送信可能化に止まらず、公衆送信権も侵害したということになります。

そこに共同不法行為責任と書いてあります。少し争いがあるのですが、送信可能化をご本人がやる、その後ほかのユーザーがそのホームページを閲覧する。そのときには実際にそのサーバーからこの人がタッチすることは、送信可能化まではタッチしたけれど、実際にその後はこの人がタッチすることなく、プロバイダーのサーバーから情報が送信されているので、プロバイダーが直接の公衆送信の主体です。それで、送信可能化したクライアントはその直接の公衆送信をほう助しているということで、共同不法行為になるというのが多数説かどうかは分からないけれども、1つの有力な考え方です。私はこの立場です。

それで、インターネット著作権のときに問題になったのは、今も話した通りクライアントの場合は今みたいに無許諾で大量の著作物をアップロードすると、そもそもファイル作成の時点からいろんな権利をどんどんと侵害し出すということになるのですが、問題はこちらです。

プロバイダーがどの程度の責任を負うのかということが問題になりました。それからプロバイダーだけではなくて、もう1つ。そういうBBS、電子掲示板。自分でBBSを開設している。そうすると、このBBSの電子掲示板に何か人の著作物を侵害するファイルや文章が打ち込まれた。例えば、私ではありませんが別の大学の先生ですが、別の大学の先生のきょうの試験には、こんな試験問題がでましたというのがアップロードされたのを私は見たことがあります。特にコメント抜きです。そういうのはやっぱり著作権侵害になっています。それから、皆さんも大量に見ていると思いますけど、例えばアイドル歌手の写真などを貼る。これはもちろん著作権侵害です。あるいはパブリシティ権も侵害しているかもしれない。そういったことも行われる。そうすると、例えばXさんが開設しているBBSに私の著作権のある論文が貼られたときに、貼った人はもちろん著作権侵害の責任を負うとして、この場所を提供しているXさんも責任を負うのかという問題もあるのです。それから、さらにこのXさんと契約しているプロバイダーもこれについての著作権侵害の責任を負うのかという問題があります。これは大変な大問題で、まだいろんな人が議論しているにもかかわらず、特にまだ多数説が形成されているわけではないような気がします。よく分からない。多少混乱しているということがあります。

どういうふうに考えるかということになります。それで、中には一方の局にはこれはプロバイダーさんなどは多数の何万のホームページがこのプロバイダーと契約して開設されていますので、いちいちチェックできないし、いちいち自分と契約しているクライアントのすべてのホームページについて著作権がないかどうかは確認ができない。だから、プロバイダーは侵害の責任を負わないのだという考えもありました。そういう立場の人にとっ

では、このプロバイダーが提供しているのはちょうどコピー屋さんが提供しているコピー機のようなものだ。だから、コピー屋さんに行って皆さんがいろんなものをコピーします。そのときには著作権が全然侵害しない私的複製のときもあるでしょうが、中には営利目的などで複製しているために私的複製に該当しない、著作権侵害のときもあるでしょう。でも、それについてコピー屋さんはノータッチなのです。そのときにはコピー屋さんは責任を負わないと考えるのが普通ですが、それと同じでプロバイダーも全く責任を負わない、ただ通過している器を提供しているだけなのだという立場を取る人もいます。

BBSについては、もうちょっと積極的に管理しているような気もしますが、例えば管理者だって、四六時中自分のBBSを見ているわけではないです。ところが、例えば勤務時間中にBBSを見ていない瞬間に、何か著作権の侵害するものがアップロードされている。僕の著作物だったら別に損害賠償も大した金額ではないからいいのですが、例えば、アメリカなどで事件になったのはゲームです。新作の発売間もなくのゲームをBBSにアップロードしてしまう。そうすると、知らないうちに1日放置しただけで、何十億の損害賠償を払わなくてはいけないという問題があるわけです。損害は何十億と実際になるわけです。そういう問題がありますので、そういう意味でもこのBBSの開設者もコピー機の提供者と同じように無責任だ、場所を提供しているだけなのだという説がないわけではない。すべてアメリカで基本的に議論されている話なのですが、ないわけではありません。

どう考えるかということですが、ポイント。私は次のように考えています。プロバイダーのことを考えるのも重要ですが、著作権者のことも考えなくてはいけないということで、権利の実効性を確保するためには、プロバイダー等に対する請求を認めるべきであろう。どういうことかと言うと、今ずっとプロバイダーは大変だという話をしましたが、逆に著作権者も大変なのです。個別のクライアントを見つけてくるのは大変です。自分の著作物を侵害された人がいて、この自分の著作物を侵害された著作権者がいたとして、個別のクライアントを見つけてくるのは非常に大変です。住所が分からないし、プロバイダーに聞いてもプロバイダーが持っている住所が本当に正しいかどうかは分からないし、コンピュータのIDアドレスは分かっても、IDアドレスで場所が分かるかどうかはまた別の話です。hokudai.ac.jp だったら、北大の中にいそうだというぐらいは分かるけれども、それが分からないようなアドレスも多いです。だから、すぐく見つけるのは大変です。

それから、これも非常に問題なのですが、従来の著作権侵害ですと、例えばゲームメーカーに何十億の損害を与えるような、そういった行為はインターネットが到来する前までは、業者側でしかできなかったです。何万枚もゲームのソフトをコピーして配る、流通させるという手段を持っていたのは業者さんだけだった。それで、海賊業者も多かったですが、ある程度の収益力があつた。ところが、今や普通の学生さんやもっと若い方でも子どもでもインターネットの知識さえあれば、一挙に何十億円 of 損害をゲームメーカーに与えることができるのです。だけれども、持っている資産はパソコン1台だったり、しかもそれは人から借りていたりするという問題があります。そういうことを考えると、権利者の

ことも考えなくてはいけないので、直接より相対的に言えば、よりモニタリングができるこのプロバイダーに対する請求を認めたほうが良いだろうという要素があります。

そうすると先ほどから言ったように多数のホームページを管理するプロバイダーさんには侵害責任は酷だし、BBS の開設している人にとっても四六時中監視しているわけにはいかないで酷なようですが、ここから先は割と調整が効くのではないかな。まず1つは、それは故意過失の問題ではないか。四六時中監視することが困難だ、あるいは多数のホームページを管理することは困難だ。そのときは過失がないということで、損害賠償責任を否定すればいいのではないかな。では、何で。逆に何か変です。責任を認めるべきであって、損害賠償責任を否定する。原則は否定しようといっているのです。では、何でそんなことを私が迂路をたどるのかと言うと、差し止めが問題なのです。差し止請求はどんどん認めるべきではないか。「あなたの BBS に私の論文が載っていますよ」と警告をする。そうすると、さっと削除してもらおう。あるいはプロバイダーさんに「あなたの管理しているサーバーのホームページに侵害著作物が載っていますよ」という。そうすると、さっと削除してもらおう。これは何の責任もない単なる器を提供しているだけで、何の責任もないというそれをいっただけでは駄目ですから、いちいちこういう人を見つけてきて、この人にメールをするなり、メールアドレスが分からないときは住所を見つけて警告書を郵送するなりしなくてはならない。しかも実際にいうことを聞いてくれるかどうか分からないです。

そういう問題があるのですが、プロバイダーや BBS の開設者に直接侵害の責任を認めておけば、あわてて差し止めに対しては反応してくれるだろうということですので、差し止請求に対しては侵害ということが明らかになった時点でホームページを削除すれば良いだけの話です。それで削除してもらおうということです。この点もインターネットの特質です。

だいたい従来ですと、例えば本を出版した業者さんが「その本は侵害するページが載っていますよ」といわれて、侵害を回避しなければいけないとなると、ものすごい損害になるわけです。既に売っている物は侵害品だということで駄目になりますし、それから今製造ラインに乗せている版型も変えないといけないということで、何百万も投資した物が無駄になったりするのです。

ところが、インターネットの場合は差し止めに服するのはすごく簡単です。一挙手一投足で削除すればいいだけ、Delete のボタンを押せばいいだけなのです。ということで差し止請求は怖くない。損害賠償請求が怖いのです。逆に権利者にとっては、確かに損害賠償請求も大事ですが、これからの侵害の拡大を防ぐという意味では差し止めは大事です。ということで、差し止めを容易に認めてあげるために直接、このプロバイダーさんとか BBS の開設者は直接著作権侵害を働いていると考えるべきだろうというのが私の立場です。具体的には場所を提供しているだけではなくて、自分の機械でインターネットに公衆送信されている。自分の開設している掲示板でインターネットに公衆送信されているので、そういう侵害な著作物の公衆送信の主体だ。だから、公衆送信権を侵害しているというべきだろうというのが私の立場です。

実はこの問題については、一部ですが、損害賠償については法律で解決が付いています。それが、そこに書いた長たらしい名前の法律ですが、一般には「プロバイダー責任制限法」という名前と呼ばれています。著作権侵害に限らず、一般的な規定です。例えば名誉棄損とかそういったものも含む、あるいは先ほどちょっとお話ししたパブリシティ権なども含む規定です。

それで、どんなことが書いてあるかというと、プロバイダーは「問題の情報の流通を知って、かつ侵害を認識しているか、認識するに足りる相当な理由がある場合にのみ賠償責任を及ぶ」。かなり過失を明確化して、しかもかなり限定しているのです。これはすごい限定をしているのです。1つは、プロバイダーさんが限定をし過ぎかもしれないです。問題の情報の流通を知らなければ、一切責任を負わない。知らないことに過失があっても、責任は負わないです。だから、全然モニタリングしていない、あるいは出張しているとか自分のBBSを見にいったりするのが面倒くさくなって、ずっと放置している。その結果、侵害の論文がずっと自分のホームページに2カ月間ぐらい載っていたということを知らなければ、それについて過失があろうがなかろうが、知らなければ責任を負わない。そういう意味ですごくプロバイダーを保護しているわけです。

それから、もう1つは論文が載っている、何か載っていると知っていても、次は普通の話ですが、それが侵害の著作物であるかどうかについて知らない。あるいは知らないことによって過失がなければ責任を負わない。でも、たいていは雑誌の切り抜きなどを載せたら、その承諾を得ていると思うのはおかしい話なので、そういう場合は侵害と認識しているか、侵害を認識するに至る相当な理由があるということで責任を負うことになると思うのです。中には権利関係がよく分からない。自分でつくった問題ですと本人が知っている。それが実は別の人がつくった問題の著作権侵害をしていた。でも、それがなかなか分からなかったときには、問題の論文をアップされているのを知っていて、かつアップされているのを知っているのだけど、侵害を認識していないとか、あるいは認識するような相当な理由がなかったということでセーフになるということです。それがプロバイダー責任制限法に書かれていますので、これは大変重要な規定です。

ただ、大事なのはプロバイダー責任制限法に書かれているのは、損害賠償責任の免責だけです。差止請求については規定がありません。そこは立法的な解決をしていないのです。それで、こういう場合はこういった理由があるからといって、差止請求を免れるわけではない。それまで侵害を認識していなかった、あるいは相当な理由がなかったということで損害賠償を払わなくて良かったとしても、すごい警告書がきて証拠もちゃんととっている。普通はこれは侵害を認識するに至る相当な理由があるくらいのとっているというのであれば、この時点でさっと差し止めなければいけない。自分で侵害を停止しなければいけないということです。この法律は私がさっき提言した話の損害賠償を制限しましょうということが明文になっているということです。別にこれ自体、私以外の人もたくさんいますが、それが明文化されている。だけど、差止請求については規定がないので、これは

解釈に委ねられているということです。その解釈として私は差止請求に服する義務がある、直接侵害者だろうという解釈を継承しているわけです。

もう1つ、このプロバイダー責任制限法には重要な規定があります。これが差し止めに関連します。それは権利者が警告をする。この場合、著作権侵害に欠けない一般的な規定ですから、名誉侵害された者とかそういうのも含む概念ですから、何か権利者の方がクレームをする、警告をする。そのクレームがあってから、プロバイダーやBBSの開設者が発信者にクレームがあってから、その情報をアップロードしている人に問い合わせる。「何かこんな警告がきました」と問い合わせるのです。その問い合わせから7日以内に「それはおかしい、実は私のほうが権利を持っています」という申し出がないときには、削除しても良い。その情報を削除しても発信者に対する責任はない。この人に対して責任を負わない。これは普通はアップロードでずっと続けなければいけない契約をしているわけです。だけれども板挟みになってしまうでしょう。侵害だという警告を受けている。でも片やこれをずっと警告をして置いておく義務がある。その板挟みからこのプロバイダーを救済するために、「この人、こんな警告がきましたよ」といってから7日間たった。7日間たったにもかかわらず、クライアントが不同意だといってこないときには、削除してもよい。そうしてもこの人に対する責任は負わないという規定があります。

これはあくまでもプロバイダーが契約している、契約上の義務を負っている。クライアントとの関係で免責するだけです。免責するだけなのですが、差し止めに関係するということは、この規定があるおかげで差止請求に関して7日間の時間はたちますが、削除をすることができるようになっていくということで、対応を容認しているといえると思います。

ただ、実はまだこの条文には穴があります。それは、これは相当のクレームがきて、相当の意味がよく分からない。迷っているときであれば、この7日間のこれを使って問い合わせ、何かよく分からないことをいわれて、自分で判断が付かないと7日間問い合わせ、発信者が文句をいわない。そこで削除すればいいということになるのですが、もしこれに相当な理由があった場合、これはどう見ても侵害だろうというときには、この7日間の間とはいえ、損害賠償責任は免責されません。だから、相当な理由が備わった警告書を受け取ったときには即座に削除しないといけません。

そのときには、普通は著作権を侵害している場合には、このクライアントに対して削除しても免責されますという条項がおいてあるはずですが。それで処理していただく。そうではなくても、一般に著作権侵害の責任をプロバイダーに負担させるようなことをクライアントに請求させるわけにはいかないので、一般の契約の普通の解釈としても、補充的な解釈としてもクライアントに対して免責になると思いますが、ともあれ、プロバイダーの立場に立つ方、あるいはBBSなどを開設している方はご注意ください。迷っていると普通の人では分からない、ちょっと本当に侵害かどうか分からないときにはそのまま削除してしまうと「おい、侵害ではない。なぜ勝手に削除した。契約違反だ」と発信者にいわれてしまいますから、そのときはこの7日間の「ノーティス・アンド・テイクダウン」

と呼んでいます、この手続きを使って削除する。あるいは不同意といわれたら、あとは当事者間に任しておくしかない。当事者間での紛争ですから、当事者間に任しておく。それで自分は相当な理由が自分のところに備わるまで待つ。

それから、警告を受けた時点で相当な理由があると分かったのであれば、その時点で削除するという必要があります。その意味でややまだまだインターネット、プロバイダーの責任は大変難しい問題があります。

<著作権法(8)>

他人のホームページにリンクを貼る行為がどうなるかという問題があります。よく私のメールアドレスにも「先生のホームページをリンクで紹介しても良いですか」と来るのですが、いちいち面倒くさいのです。中にはリンクフリーですとウェブに書いてある方もいます。これはほとんど異論がないと思いますけど、これはネチケットと呼ばれている、要するにエチケットの問題でしかなくて、自由にできるのではないかと思う方のほうがアンケートを取れば多いと思います。著作権法の問題ではない。リンクを貼ること自体は、著作権侵害の問題にはならない。

ただし、中にはリンクの貼り方がすごくけしからん事件というのがあって、これは日本ではありませんが、アメリカであった事件ですが、日本でも最近は問題になっていました。紛争があります。こういうことです。自分のホームページや人のホームページに例えばニュースや広告とかいろんな重要な良い情報が載って、そのホームページは例えば何とかニュースとかニュースが載って、そのホームページにいろんなスポンサーの広告が書かれているということがあり得ます。そのときに問題になったケースというのは、この自分ではつくらないで枠の中だけ、ここにリンクを飛ばすのです。ここが見えるようにしておく。それで、外側の広告は自分で取ってきてしまうという。こういう行為が問題になったことがあります。これですと、よく見るとこの人のホームページでないことが分かるのです。よくURLを確認していくと、この人のホームページでないことが分かるのですが、パッと見にはこいつがやっているのかなと思いかねない。こういった行為は著作者人格権侵害ということで考えればいいのではないか。著作者人格権とは氏名表示権です。これは法人の名称も入りますが、氏名表示権侵害でいけばいいのではないか。あるいはこのページを閲覧している人は実際にはここに限っては、この人から公衆送信されているのではなくて、こちらのサーバーから公衆送信を受けているのですが、ユーザーの目から見ると公衆送信の主体はどう見てもこの人だということで、著作権侵害の主体になる。無許諾で他人の著作物を公衆送信している。本当はしていないのです。本当はほかのちゃんと権利者が公衆送信しているページにリンクを貼って飛ばしているだけなのですが、ユーザー基準で考えるとあたかも自分がやっているように見えるということで、公衆送信権侵害をすればいいのではないかなというのが私の考え方です。だから、これについては、反論はありませんので、まだみんながどう考えるか分からないということがあります。

それで、ずっと長い間、複製禁止権中心主義から公の使用行為まで、著作物の利用行為に関する規制の話をしてきました。これは大きな時代の流れの中にあるということをお話ししてきました。だいたい3つの時代にこの著作権法の利用行為の規制というのは区分されるのではないかなというのが私の意見です。

まず「第一の波」と私は呼んでいます、「第一の波」というのは印刷技術が普及したということです。グーテンベルグの活版印刷の技術が普及した結果、海賊出版というのものも

起こるようになった。産業として出版社が成り立つようになり、さらに同時に海賊出版も起こるようになった。それ自体が著作権制度の制定を促したというお話は昨日いたしました。

それから、次に著作権法の「第二の波」というのは、第一の波の時代にできた複製禁止権中心主義が崩壊していく過程です。崩壊するとか現実には合わなくなってくる。複製技術が普及したという 20 世紀後半から。これが著作権法が被った「第二の波」です。複製が容易になった時代に、逐一、複製禁止権を働かせると私人の自由を過度に害するだろう。

そして、20 世紀の末から「第三の波」というのがきて、複製だけではなくて公衆送信までもが容易になった。だから、公の使用行為規制というものですら、私人の自由というのを過度に害するようになってきているということでもあります。

以降は少し、著作権法を不磨の大典のように考えて、必ずコピーライト禁止権でなくてはいけないと思われている方が非常に多いのですが、今みたいにそもそも著作権の制定のときからして、技術環境に左右される権利なのです。技術的な環境に応じて生まれてきた権利ですから、技術環境に応じて変わらなくてはいけません。それをいつまでたっても昔の時代の技術環境に合わせたコピーライトではいけないだろうと思うわけです。

実際にはインターネットの時代ですから、複製やアップロードまで立法論としては自由にする。その代わりアクセスの回数とかダウンロード回数に応じて、課金できるような、そういう報酬請求権のような形に変わっていくべきではないかなと思います。

ただ問題は、著作物を自由に利用し得るという技術環境をどんどん進んでいくのですが、著作権を管理する技術がそれに追いついていないのです。なかなかこのプロテクションが進まない。プロテクションをきちんとして自由に、その代わりにプロテクションの解除も自由にして皆さんが自由に使える。その代わり対価が権利者に流れるようなシステムができることが望まれています。現にそういった技術の研究は現在でも進んでいますが、まだなかなか発展途上にあるというもののようです。以上で公の使用行為は終わらせていただきます。

続いて、著作権の制限規定です。今まで依拠＋類似性＋法定の利用行為で著作権侵害になるという話をしてきたのですが、今度は依拠＋類似性＋法定の利用行為が肯定されたとしても侵害にならない場合があるということです。先ほどからお話をしている私的複製はその例ですが、著作権制限規定は 30 条からということになります。

それで、日本の著作権法は、個別の制限規定や著作権の制限規定の数は非常に多いです。なぜ多くなっているかというと、条文は限定列挙です。例えば、アメリカではフェアユース（fair use）という法理が条文にあります。公正な使用に関して、著作権侵害を否定する。こういったものがフェアユースにあたるかどうかということは、逐一、裁判所に個別具体的に判断をする。そういう一般条項があるのです。ところが、日本の著作権法はこれがない。これがないので非常に苦労している。時代に合わせて条文が変わっていかねばいいのですが、なかなか変わらないのです。そういう問題があります。

そんな中でも、一般条項とはいいいませんが、やや一般的に使える条項としては2つありまして、その1つが私的複製です。30条、私的使用のための複製。なぜこの私的複製がセーフになっているか。これはもともとつくられた時代は複製行為が一定の投下資本を必要とした時代の法です。だから、私的複製というのが非常に奇手な手写をするとか、あるいは当時はまだ高価だった複製機器を買って行われるようなものだったので、私的複製というのはそれで許しても権利者に与える影響が微々たるものだった。その反面、これは今でもそうですが、権利の範囲内としても権利侵害はチェックできない。権利使用人の費用も高いということで私的複製は著作権の権利範囲外にしたというのが、30条の立法趣旨です。

ただ、現在では私的複製はみんな自由に行われるようになったので、30条はむしろ私人の自由を確保するというように、法の趣旨、命題が変わってきていると思います。やや条文のちょっと細かなことで、皆さんの生活にかかわることなので説明をしておきます。30条には例外がある。30条1項2号、プロテクションが掛かっている場合には例外だということをお話しました。もう1つ、30条1項1号。公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器を用いて複製する場合は、次に掲げる場合に除きとありますので、この30条1項1号にあたる場合は私的複製は自由に行うことはできません。

具体的には102ページの後ろから5行目に書きましたが、例えば、電気店でビデオ2台が置いてある。それでダビングしてもいいですよと書いてある。そこで、公衆が使用できますから、電気店のビデオ2台を用いてテープをダビングすると、それはご自身が私的に家庭内で、これに準ずる限られた領域で使用する目的があるといえども、私的複製にはあたらないということです。ではコピー屋にコピー機があります。皆さんがどんどんコピーしています。あるいは生協でもコピーしています。ああいう所ではどうなるのかと言うと、著作権法の本文では侵害にあたります。ところがということで、著作権法の付則の5条の2というのがあります。「新法30条1項1号の適応については、当分の間、これらの規定に規定する自動複製機器には、専ら文書又は図画の複製に供するものを含まないものとする」とありますので、当分の間がいつまで続くのかよく分かりませんが、妥協的です。当分の間、文書又は図画の複製に供するものを含まないということです。録音・録画と違って複写機器については30条1項1号の適応はありません。1号の適応がないということは、30条1項の原則どおりで、公衆の使用に供するための自動複製機器を用いて、皆さんが私的使用目的でコピーしてもセーフです。ただ、これは当分の間と書いてありますから、この当分の間が司法解釈でもう当分の間は過ぎたというふうに裁判所はいわないことになっているようなので、当分の間とあるので、当分の間は数十年続いています。立法でこの付則が削除される危険性はないわけではありません。でも、現在は大丈夫だということになります。

もう1つは一般的に使える、やや一般条項化しているものとしては32条の引用という条文があります。これは皆さんがよくいう「引用」というものと微妙に違います。その要件をこれからお話します。公表された著作物は引用して利用することができる。「この場合

においてその引用は公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものでなければならない」ということです。どうしてこれができるのか、これがセーフにされているかと言いますと、著作権法の建前。著作権法というのは文化の発展を阻害しないようにということで、表現のみを保護するという話を昨日いたしました。それで、アイディアの抽出は自由といたしました。でも、中には新しい文化の活動をするときに、表現を迂回してアイディアだけを持ってくるだけでは、なかなか文化活動ができないときがある。表現そのものを使用しなければいけないときというのがどうしてもあります。そういったときに例外的に表現までも利用して、引用して利用することができる旨を定めたのが32条1項です。

とはいっても、何か新しい著作物をつくるときに「私は知的財産法の本が書きたい」と、そうすると田村先生の本がいいので、100ページぐらい引用させてください。私はちょっと20ページぐらい付け加えてみますとか、そんな形で引用されてしまいますと、何のための著作権か分からなくなってしまいます。二次的著作物についても権利が及ぶというのは著作権法の建前です。そこで枠組みとして引用が条文上は「公正な慣行に合致して、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものでなければならない」ということは要件になっています。

この要件が大々的に争われた有名な事件が「パロディ事件」です。教科書の429ページに写真があります。左側が原告で著作権者の方の写真です。白川義員（しらかわよしかず）さんというスキー写真家で、これはオーストリアのアルプスか何かの確か写真だと思います。これを撮るのに結構苦労されて、そうでしょう標高が高いし。それに対してマッド・アマノさんというのは、長い間写真週刊誌の最後のページでパロディ写真をずっと載せていました。今、北大の図書館にも結構彼のつくったたくさんのパロディ写真が載っている本がいくつか入っています。大変有名な方です。それで、マッド・アマノさんが被告です。白川義員さんの写真はコカ・コーラの広告に使われたり、あるいは生命保険会社のAIU社のカレンダーに使われたりと、かなりそういう意味で有名な写真のようですが、それに対してマッド・アマノさんは、『週刊ポスト』の「グラフ特集—マッド・アマノ 奇妙な世界」にこの写真を掲載したのです。それで、ご覧いただければ分かる通り合成写真です。写真を見ていただくと、白川さんの写真の上に自分で撮った写真ではないようですが、ブリジストンタイヤだと思いますが、タイヤの広告の写真を貼り付けたというものです。それで、白川さんが訴えたので大議論になった。中にはこのマッド・アマノのほうが芸術的に優れているではないかとか、すごい芸術論争になりまして、著作権と芸術ということで大変な論争を生んだ大事件です。十数年のそして2回の最高裁判決を生んだという大変な事件です。それで、結果的には侵害だということになりまして、2回目の最高裁の後、差戻しを受けた後、和解で解決しましたが、最後に残った最高裁判決は基本的には侵害を認めている。和解も40万だったか和解金を払っていますので、一応侵害は認めたことになっていると思います。

昭和 55 年最高裁判決なのですが、この事件ではマッド・アマノの主張としていろんな主張をしているのですが、これは引用にあたる。現在でいえば著作権法 32 条。当時は旧法でしたが、現在の著作権法でいえば 32 条の引用にあたる。だからセーフなのだといいわけですが、最高裁はセーフとは認めてくれなかった。最高裁の判決は次のようにいいました。「引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならないというべきである」

2つの要件をいっている。レジュメに戻ると、まず1つは明瞭区別性。引用して利用する側と引用されて利用される側の区別をなさい。それから附従性。引用して利用する側の著作物が主、引用される側の従である必要がある。それはそうでしょう。ということをしている。そうすると、この事件を見ていただくとまず明瞭区別がない。どこからどこまでが人の写真、どこからどこまでが自分が付け加えたのか分からない。それから附従性もない。面積比でいくとほとんどは原告の写真で占められている。ということで、この事件では2つの要件を満たさないということで、侵害だということになりました。

では、どう考えるかということですが、私は次のように考えています。取込目的型と批評・研究目的型を区別するべきではないか。取込目的型というのは、他人の表現を借用して、新しい表現をしようとする。要するにパロディです。それから批評・研究目的というのは何か自分で論文を書くときに、この写真のこういうことがおかしいよという形で批評・研究するタイプ。

104 ページの批評・研究目的型の引用のときには、最高裁のいっていることは非常に正しいと思います。例えば、昭和 60 年「レオナール・ツグハル・フジタ事件」というものがあります。このレオナール・ツグハル・フジタというのは大変有名な画家で、もともと日本人だったのですが、最終的にはフランス国籍を持ったのではないかと思いますけど、フランスで活動していた有名な画家です。それで、なかなか日本に対してきちんとレオナール・フジタを過去に評価していなかったという思いが奥さんにあるのか、亡くなられた後に奥さまがなかなか日本での画集にレオナール・フジタを載せるなという行為、あるいは展覧会に出すなどの行為にはあまり快く思っていなかったようです。それで、一連のいくつかの事件があるのですが、その1つが「レオナール・フジタ事件」です。

この事件では、日本の洋画館みたいな形で大々的に大手の出版社が本を出したのですが、レオナール・フジタについては画集への掲載を断られたのです。仕方がないので引用でいこうということで、レオナール・フジタの絵画 12 点は画集に複製しました。複製しましたが、そこに解説文を付けたのです。その解説文のための引用という形式を取って、何とかセーフにならないかということでレオナール・フジタの絵画を無許諾で掲載したという行為をしたわけです。

ところが、この判決では明瞭区別性はあったのです。区別している。ところが、附従性の要件が満たしていなかった。概括的にレオナード・フジタを紹介しているのですが、中には掲載されている作品にちゃんとした言及がないとか、あるいはなおざりの文章しかなかったりして、主となっているのはむしろ絵画のほうだ。「それ自体鑑賞性をもった図版として、独立性を有する」解説文のほうが従だとされましたので、附従性の要件を満たさないということで引用に当たらない。最高裁のいっている要件を満たさないということで引用に当たらないとした判決があります。これは確かにその通りだと思うのです。明瞭に区別しないと批評のしようがありませんし、正確な論評の前提です。それから、附従性の要件がないと引用の名を借りて、著作物が自由に利用されることになりかねませんから、この批評・研究目的のときには最高裁の要件は機能する。その良い例が「レオナルド・フジタの事件」なのだろうと思います。

この関係でもう1件。今度はセーフになった事件を申し上げますと、「脱ゴーマニズム事件」というのがあります。『ゴーマニズム宣言』は大変有名な書籍ですので、お読みになられた方もたくさんいるのでは。『脱ゴーマニズム宣言』というのは『ゴーマニズム宣言』を批判する目的で書かれた本です。いろんな批判をしているのです。その本の中に『ゴーマニズム宣言』の絵をたくさん引用されていたという事件であります。

いろんな引用があるのですが、特に特徴的なものをちょっときょうは引いてきました。典型的に一番引用と認めやすかったのは、左側の下の1の2の2です。新しい歴史教科書をつくる会、うわさの真相、これは『脱ゴーマニズム宣言』の著者の上杉さんが自分で引いてきた写真です。これが小林よしのりさんを初めとする新しい歴史教科書をつくる会というところが記者会見を行ったときの写真が一番下の左に載っているのです。

それで、上杉さんの『脱ゴーマニズム宣言』では、なぜこれを持ってきたかと言うと、小林よしのりさんが『脱ゴーマニズム宣言』でこの記者会見を紹介する絵が真実を語ってない。そのために実際の写真と絵を対比したのです。なぜかと言うと、これにはいろんな方の顔が載っていて、山本夏彦さんや藤岡信勝や西尾幹二さんや高橋史朗や坂本多加雄さん、そして小林よしのりさんが並んでいるのですが、これはちょっと本当に見にくくなって恐縮ですが、欠席者が3人いるのです。深田祐介さん林真理子さん阿川佐和子さんが欠席している。それで、欠席の空席が3人も欠席をしたので、非常に当日目立っていたというのが上杉さんの主張で、よしりん（小林よしのり）の絵では欠席者のところがすごく狭く描かれていて、欠席者が目立たないようにしている。真実を伝えてない。それで、両者を見比べてという、そのために持ってきたのです。

それから、右側の1の1の3はさらにひどくて、『女性セブン』の写真なのですが、よしりんが最近やつれている。顔色が悪いのではないかと書いてあったかな。ちょっと正確には覚えていないけど、やつれている。それで、その小林よしのりさんの自画像が実際に反映していないということで、両者を見比べる。

それから、ほかは1の2の1とか1の1の2などは、ここで問題になったのは、主張を

文章で書かずに、この小林よしのりさんの『ゴーマニズム宣言』というのは文章ではなく絵画とものすごく長い文章で、文章でも絵画の中に埋め込まれている。それで話が進んでいくという非常に特徴のあるマンガ的というか小説的というか、批評マンガです。小林よしのりさんの主張は文章だけ引いてくればいいのではないかと。絵まで取っていく必要はないだろう。自分の文章だけを引いてきてくれば、あとは絵まで取ってこないでも十分に批判はできるだろう。これは引用として取りすぎなのだと主張したわけです。

例えば、1の2の1などは取りすぎだといわれているということです。ほかにもいろいろとあるのですが、2の3なども従軍慰安婦問題で強制連行があったといって、小林よしのりさんの議論だと、オウム真理教の事件でも結局麻原さんが何もしていないということになるのではないかと、そういう論理なのではないかという形でカッコして言い換えているのは上杉さんが言い換えたのです。なのですけど、こういったものも文章だけを取ってこればいいので、絵まで取ってくる必要はないのではないかといわれたという、そういう事件です。そこが争点になった。

1審で結局小林よしのり側が敗訴です。これは適法な引用にあたるということでセーフになりました。それで、東京高裁の2審までいきました。控訴審までいきました。基本的に引用と認められたのですが、一部だけ侵害が認められたのです。それが、被告書籍64ページの右側の2の2です。もともとの『新ゴーマニズム宣言』ではこの3つのコマが横に並んでいたのです。よしのりさんが指を差してしる、このコマが左横に並んでいたのです。ところが『脱ゴーマニズム宣言』では冒頭のタイトルがある関係で、3つ並べるとちょっと小さくなるので、配置を換えて上に2つと下に1つにしたのです。実はこの1点が違法とされたのです。それで、どうして違法になったかと言うと、引用の問題ではなくて、著作者人格権というのがあります。20条で同一性保持権というのがありますが、著作者人格権の侵害だと、なぜかと言うと、横に並んでいるところの差している指が直隣の2番目のコマを差していると分かるのですが、下に並べられてしまうと1番目のコマを差しているように取られるだろう。なので、趣旨をたがえているので同一性保持権侵害だということになったのです。対痛み分けみたいなのところがありまして、結局この本はこのページのせいで出版してはいけないことになったのです。私は1ページ、この個所が違っただけで出版の差し止めを認めるべきではないと思いますが、とにかくこの本は出版してはいけないことになったのです。だけど、ほかのたくさん主張されているものはほとんどセーフになっている。1個所だけ侵害になったということで、痛み分けを控訴審でしたということになりました。

ただ、私がここで取り上げているのは同一性保持権侵害の問題ではありません。そうではなくて、引用のところでのこの判決をいっていることが面白くて、104ページの中ごろで、判決は絵自体を批評の対象とする場合、例えば1の2の2場合はもとより、原告の主張2の3を批評の対象とする場合であっても、「批評の対象を正確に示すには、文のみならず、絵についても引用する必要があるべきである」といって、マンガについてまでの引用を認

めたのです。私はこれでよかったのだろうと思います。もともと小林よしのりさんの主張の仕方がマンガを加えて主張する。そのマンガもすごい情報量あるわけです。それに対して、正確な批評を加えるにはマンガの雰囲気伝えるには、文章ではとても伝わらないです。そういう意味ではそれでよかったのだろうと思います。

ほかにもこの判決は面白くて、同一性保持権侵害といわれたのは2の2だけですが、実際には例えば1の2の1や2の1の2などで、わざわざ目線を入れているのです。もともと原作にない目線を入れたのが同一性保持権侵害になるのではないかとされているのですが、これは何かモデルの人物が非常に悪く書かれている。これを再読するには忍びない。再読するとさらにその人物の人格権を侵害しかねないということで、目線を入れたということで、これは構わないとされています。いろんな論点がある事件ではあります。

103 ページに戻ります。取込目的型。今のが批評・研究目的型ですが、取込目的型の場合はパロディのように表現をそのまま借用しようとしている場合には、最高裁のいう要件は厳しすぎると思います。明瞭区別性の要件を満たすことは著しく困難です。パロディはそういうものです。ただ、一般論を言うと、何かを使ってパロディをしているという名のもとに著作物が本当に簡単に自由利用できるのでは、何のための翻案権か何のための二次的著作物の利用権か分かりませんから、簡単にはいえない。

そこに書きましたが、どうしてもその写真を利用せざるを得ない場合というのがあるのだと思います。これはマッド・アマノさんの本を見て考えたのですが、例えば昭和 51 年にロッキード事件が発覚しました。大変有名な事件で皆さんもご存じかと思います。最終的には田中角栄元首相の逮捕につながったロッキード事件。そのロッキード事件のときの内閣の官僚が任命時に首相官邸前でひな壇に並んで必ず写真を写します。そのときに疑惑の閣僚が非常に多かったのです。その疑惑の閣僚の顔写真をピーナッツにすり替えた。なぜピーナッツかは皆さんは分からないかもしれませんが、ピーナッツというのがそのロッキード事件の暗号に使われたのです。何かいろいろの金額の暗号でピーナッツが金額の単位に使われていたのです。それで非常にピーナッツという言葉が流行ったのです。それで疑惑の閣僚の顔をピーナッツにすり替えた。そういう写真がありました。

これなどはこういった写真をつくるためには、マッド・アマノさんではなかなか首相官邸前に自分で写真を撮りに行くわけにはいかないですし、新聞社のほうはこれに許諾するとはなかなか思えないので、こういった場合にはパロディ。そういった表現を成り立たせるためにはその写真を使わざるを得ませんので、こういった場合には僕はパロディを成立させるために引用を認めて良いと思っています。

それで、そこに書きましたが、他の代替措置によることができないという必然性がある。必要最小限の引用に止まっている。著作権者に与える経済的な不利益が、これは僅少でしょう。パロディがあることによって、市場がすり替わることがない。元の写真が売れなくなることはないと思いますから、こういった場合には引用を認めてもいいのではないかと私は思っています。

ただ、実際の「マッド・アマノの事件」ではどうだったのかと言うと、これは引用を認める必要がない事件だと思うのです。なぜこの写真を使う必要があるのかよく分からない。マッド・アマノさんはおそらくシュプールというのですか？シュプールがタイヤのわだちにすごく似ているので、それで何か面白い構図だということで取り上げたのかもしれませんが、だとしたら例えばほかの写真を自分で撮ってくるなり、あるいは他のパブリックドメインの写真を使ったりすればいいので、わざわざこの写真を使う意味はないのではないかと思います。

それで、後付けではないかと思うのですが、訴訟ではこれは生命保険会社のカレンダーに元の写真は使われているのですが、何か自動車に追われている現代社会を風刺して、生命保険会社も自動車で成り立っているようなところがありますから、それを風刺するためにこの写真を載せたのだと。それ自体は非常に面白い発想だと僕は思います。思いますが、いっていることが正しいかどうかよく分からない。これがもともと生命保険会社のカレンダーですよというのは、どれほど有名だったのかよく分かりません。あまり有名ではないとすると、マッド・アマノの写真を見てもどこにも「これはほかの人の写真ですよ」と書いていない。もともと生命保険会社に掲載された写真ですよというのはどこにも書いていない。むしろ、自分の写真であるかのような形で出していますので、その目的がきちんとパロディに表れているとは思えないので、私は、これは認めなくてよかったと思っています。

ともあれ、最高裁の理屈ではただ一般的にパロディは絶対駄目ということなので、ややきつすぎるのかなと思っていますところであります。

<著作権法(9)>

存続期間。著作権法の 51 条です。まず 51 条で創作の時から始まりますが、存続期間の終期は 51 条 2 項で、作者の死後 50 年となっています。レジュメには書いていないよね。57 条を見てください。51 条の期間の終期を計算するときは、作者が死亡した日、または著作物が公表されもしくは創作された日のそれぞれ属する年の翌年から起算するので、死後 50 年と簡単に言っていますが、その亡くなった年の年末から起算です。だから、亡くなったときが 9 月 9 日だったならば、9 月 9 日の 50 年後に切れるのではなくて、その 50 年経った時の 12 月 31 日で切れます。なぜかという、死亡年はわりとすぐ分かるけれども、死亡日までにはなかなか分からないので、予測可能性を確保するために公衆の便宜のために年末で切ります。

それから保護期間に関してはいろいろな問題があって、例えば、第二次世界大戦の交戦国の著作物については大体 10 年ぐらいですけども、戦時中には十分な保護が果たされていなかったということを理由に、大体 10 年ぐらいなのですが、10 年と少しですけども存続期間が延びることになっています。だから、実際に存続期間、もし実務的に問題になるときには、特に外国の方が絡むときには気をつけて、私の「著作権法概説」を見るなり何なりして気をつけてください。存続期間はそんなに簡単な話ではないのです。ただ、原則は簡単で作者の死後 50 年だということになります。

それから法人名義の場合、後でお話をしますが、法人が作者になることがあるのですが、法人の場合は、死ぬという概念がありませんので、永続する可能性も無いわけではないので、53 条で原則として公表後 50 年ということになっています。

映画の著作物については昨年に延びまして、54 条で公表後 70 年ということになっています。存続期間についてはご存じかもしれませんがアメリカでつい最近延びたのです。いつもアメリカではちょうどミッキーマウスの著作権が切れそうな時に保護期間延長の立法が大体あるので、ミッキーマウス立法とかよく言われたりしています。アメリカではそれが 1 回切れると信じていたのにまた延びるとは何事だということで憲法訴訟になりまして、それをミッキーマウス訴訟と呼んだりします。ただ、日本ではなかなか法律の条文が延びただけで違憲訴訟を提起するというのは、むしろ憲法の問題ですが、付随的な違憲審査制ですが、そういうことはなかなかないです。

さて、なぜ存続期間があるか。積極的理由です。これは特許と同じです。技術や文化の積み重ねで発展する以上、一定期間経過後は模倣を自由とすべきだろう。パブリック・ドメインすべきだろう。著作権でも特許法ほどではありませんが、積み重ねの要素はありますので、一定期間経過後は模倣を自由にすべきだろう。

消極的理由、不都合は無いのですが、新しい創作者、創作活動を行った者も普通は先人の文化や技術の上に初めて立って新しい創作活動を行っているのですから、恩恵を受けた文化や技術の発展のためにはもう 1 回パブリック・ドメインに帰させてもいいだろうとい

う趣旨であります。

問題はなぜ著作権の方が非常に長いのか。長いですね。著作者の死後 50 年といいますと、50 年から 100 年～120 年ぐらいか、よく分かりませんが、すごく長いです。平均といいますか、その人の余命次第では非常に長くなる。最低でも 50 年ということで、非常に長いわけです。なぜ、これほど長いのか。特許法が扱っているのは技術の世界。技術の世界は功利性の世界でした。だから、一定の方向に発展して、一定方向に収斂していく傾向がある。ということは、一つの技術の利用が制約されているということは、一定方向に積み重ねる要素が非常に高いですから、これを利用することによって利用可能な人の、他の技術の利用も確実に制約される度合いが強いということです。他方で文化は多様性の世界です。積み重ねの要素さにはありますが、ある著作物に権利が付与されても当該著作物に利用が制約されるだけで、他の著作物の創作活動が妨げられるという要素は相対的にいえば低い。なので、技術の場合でしたら、早めにパブリック・ドメインにする必要があるけれども、著作権はゆっくりしていてもいいのかなという事情があります。

それから、違った言い方をすることができるかもしれない。消極的理由の方のことになりますが、少し違った理由を言うことができるかもしれない。これは中山信弘先生が言い出したことですが、技術というのは一定の方向性を持って不断に発展していくので、当該発明者が出なくても、早晩、社会は同じ発明を得ることができたのではないかと。特にバイオの分野では数カ月遅れの出願は珍しくないですね。そういう形で不断に発展していくので、もし産業活動を刺激するためにインセンティブとして特許権があるのだと思いますが、そうだとすると、早晩どうせ発明された物に対していくらインセンティブの必要があるかという、少なくとも 20 年、少し短い気もしますが、創作者の死後 50 年などのような長期間の権利を付与することはかえってマイナスになってしまう。どうせ誰かがすぐにつくることができた物について長期間の権利を付与することは、かえってマイナスになるだろうということです。

他方で著作物に関しては、相対的にいえば、早期に存続期間を区切ることの弊害は少ないと思います。例えば、ベートーベンがいなければ永遠に『運命』が誕生しなかっただろう。シェークスピアがいなければいまだに『ハムレット』とか『ロミオとジュリエット』をわれわれはあの形で読むことはないでしょう。あと、私がいなければ、この『著作権法概説』の『知的財産法』は世の中にはない。こういう体系もなかっただろうと思います。その意味で、技術に比べると著作物はすごくいろいろなタイプがあります。いろいろなタイプがあるけれども、多くの著作物の場合は、早晩同じような著作物が現れただろう。同じようなものがあるかもしれないけれども、同じ著作物が現れたとはいえないところがある。その意味では、長期間、権利を与えても公衆から何かを奪ったとはなかなか言いにくいところもないわけではないということで、長くてよい。これはこれでかなり説得力があります。

しかし、逆に言いますと、コンピュータプログラムでお話をしたように、著作権の中に

も産業財産権型の工業所有権型の著作権とでもいうような技術的な著作物が入ってきています。そういったものには著作権の死後 50 年は長すぎるのだと思います。学者さんは皆そう言うのです。でも、なかなか保護期間を短くする方向には動かないのです。

なんで著作権の死後 50 年か。それ自体が問題です。私なんかは死んだ後は別にどうでもいいですから、死後 50 年も皆さんを制約するほどの権利は必要ないと思っています。インセンティブの問題から考えると、著作権の死後 10 年だろうが、50 年だろうが、たぶんやる気は変わらないような気がするのです、そうすると、やる気をかき立てるためだけの問題だとしたならば、今の保護期間は長すぎます。一般に著作権の死後 50 年というのは、これは孫の代まで著作権を保障するという趣旨だと言われています。孫の顔を見て、頑張って、この子が成長しても大体亡くなるまででしょう。この子が成長しても大丈夫なように俺は頑張るのだという家族愛にすごく満ち満ちた作者にとっては意味があるかもしれませんが、むしろ作者と作者の家族を自然権的に保護するという発想の方がたぶん世の中では強いのだと思うのです。それで、世界的には 50 年でも短すぎるということで、どんどん長くなる傾向にあります。まだベルヌ条約は 50 年ですが、もしかすると将来的に日本も、映画は長くなりましたけれども、70 という数字が初めて出てきましたけれども、こういった 10 年、20 年が 70 とか 75 ぐらいになる可能性がまだ残っています。その理由も平均余命が伸びたからとか、晩婚になったからとか、そういうことなのです。孫の代まで 50 年ではカバーできない。そこら辺はインセンティブ論と私は唱えています、どうも著作権というのはインセンティブ論だけでは割り切れない法制になっているのだろと言わざるをえません。

さて、次に行きましょう。作者。ずっと著作権の権利範囲のお話をしてきました。制限のお話とか存続期間を含めて権利範囲のお話をしてきました。そういった形で著作権の権利範囲というのは分かるのですが、次、作者というのはその権利を持つのは誰かというお話を実は今まで飛ばしてきて、お話ししていないのです。そのお話をします。

誰が権利を持つのか。簡単にいえば、著作物の創作者、2 条 1 項 2 号です。著作物を創作した人です。作者であるということになるかということ、17 条で作者は先ほどからずっと説明をしている 21 条以下の著作権の権利を持ちます。原始的に著作権の権利を持ちます。あとはそれを譲渡することはできますが、原始的には作者が著作権を持ちます。映画の著作物についてだけは例外がありまして、29 条、映画の著作物はきのうお話をしたとおりビデオなんかも含む概念です。動画で固定されたものですから、ビデオとかゲームソフトとかも動画がある限りは入ります。その辺を著作権は、その作者が映画製作者に対し当該への著作物の制作に参加することを約束しているときは映画製作者に帰属する。例えば、典型例ですが、映画の監督さんであるとか、あるいは美術監督とかそういう方も含むと思いますが、そういった映画の著作物に関する作者が映画制作に参加しますと言っているときには、別の契約をすればいいのですけれども、別の契約をしていないと、映画製作者の方に、プロデューサーの方に著作権は原始的に帰属します。これはなぜかとい

うと、映画にはいろいろなものがありますが、この条文が基本的に念頭に置いているのはものすごい大作の劇場用映画なんかです。

あと、コンピュータソフトぐらいのゲームソフトだって相当のお金がかかっている。普通の劇場用映画よりもお金がかかることがあります。たぶん 100 億ぐらいかけるときだっているから。それだけ売れるのです。だから、お金の回収を容易にするためにプロデューサー、制作会社が多いと思いますが、制作者の所に原始的に著作権を帰属させるようなシステムになっています。これは映画だけが例外です。ほかは著作者が原始的に著作権を取得します。

それからもう一つ、時々出てきているけれどもあまりお話をしていないもの。著作者は著作者人格権という権利も持ちます。それは 18 条から 20 条が本体ですが、まず 18 条はみだりに公表されない権利です。いったん公表されてしまうと公表権は無いのだけれども、まだ未公表の著作物についてはそれを公表するかどうかについての決定権を著作者が持っています。

それから、19 条で氏名表示権。これは、大事なものは、本名をつけろという権利ではないのです。自分で好きなように氏名をつけたり、つけなかったりする権利なのです。だから、田村善之という名前を出すのが嫌だったならば、違う名前でもいいのです。自分の特別な名前をつけてよいとか、あるいは名前を隠してよいとか、そういったように自由に名前をつけたり、つけなかったりする権利が氏名表示権です。

同一性保持権は簡単に言えば勝手に変えるなという権利です。

それで、著作者人格権というものがあるのですけれども、これは一身専属で、59 条で著作者の人格権です。一身専属著作者の人格的利益を保護するということで、一身専属譲渡不可です。

著作権というと著作者人格権は普通入りません。ただ、広義で著作権というと著作者人格権を入れるときもありますが、著作権は普通、著作者人格権は入りません。その著作権の方、あるいは著作者人格権と区別するために著作財産権と呼んだりしますが、著作財産権の方は 20 条以下の複製権とかそういうものは 61 条で譲渡ができます。しかし、著作者人格権は譲渡できないのです。だから、私は有斐閣には譲渡していませんが、私は有斐閣さんにこの本の著作権を譲渡したとします。そのときも著作者人格権は譲渡不可だから僕の所に残るのです。どういうことかということ、公表については同意したものとみなすことになるのでしょけれども、同一性保持権と氏名表示権は働くのです。だから、全面的に著作権を有斐閣に渡したところで、私の名前をこういうふうにつけてください、あるいは田村善之をつけるのはやめてくださいという決定権は僕に残るのです。それから、自分の主義主張がありますから文章をみだりに変えないでくださいという権利、同一性保持権も残るのです。そういった形で人格的利益を保護する権利は著作者の所に残ります。そして、著作財産権だけが譲渡されるということになります。だから、著作権といっても一般的に著作者人格権を含めて言う方もいますが、法律的には両者は別物です。あまり、著作権に

著作者人格権を含めて言わない。誤解を防ぐためには、著作財産権と著作者人格権と言ったりしますが、別物ということをご注意ください。

死んだらどうなるのか。民法の方では死者の人格権は無い。人格的利益を保護すべきかもしれないけれども、死者の人格権は無いと一般に言われていますが、条約の縛りがあるので 60 条で著作者の人格的利益は死後も保障されています。三島由紀夫さんの事件の話すれば、あの事件は著作権の問題でもあり、死者である三島由紀夫さんの人格的利益の保護の問題でもありました。60 条で著作者が存しなくなった後においても存しているとしたならば、著作者人格権を侵害ならびに公表をしてはならない、うんぬん、かんぬん。多少は制約があるのです。60 条です。死んでいる時に権利の帰属主体がいらないから、誰が訴訟を提起するのかということですが、116 条で著作者の死後においてはその遺族が請求をするのだということです。差止請求権を請求する。損害賠償請求は無いです。差止めだけです。括弧書きに書いてあります。遺族は配偶者、子、父母、孫、祖父母、または兄弟姉妹。大事なのは相続と違うのです。相続であったならば配偶者に 1/2、子どもに 1/2 となりますけれども、著作者の人格的利益の行使に関しては配偶者がいれば配偶者だけです。その配偶者もいなくなったならば子どもです。そういった形で、あるいは父母。同順位の人は共同だと言っていますが、基本的には順々に移っていくということになります。安心して死ねる利益を保障するためには死後も誰かが私の著作者人格権を守ってもらう必要があるということです。

ただ、私のように寂しく、家族も無く死んでいく人のために 116 条では法人でもいいですけれども指定することができます。116 条 3 項で請求者を指定することもできます。

元に戻ります。以上が人格的利益、人格権の話でしたが、そういった人格権を一身専属で享受する、もしくは著作財産権の方も原始的には帰属することになる著作者は誰か。これは条文にあったとおりです。これは著作権法のキーワードです。創作的な表現というのはキーワードです。創作的な表現を保護する著作権法の建前から考えると、帰属主体が著作者も表現を創作したものになるはずだ。これは当然だと思います。こういうキーワードで全部の著作権法を書いたのは私の本が初めてなのですが、そういう意味では私の著作権法のキーワードでもあります。ただ、これについては基本的には裁判でも現在では全部は認めているところです。表現の創作者になるのでアイデアの創作者ではないということです。

具体的な事件で言いますと、智恵子抄事件というのがあります。『智恵子抄』も大変有名な詩集です。高村光太郎さんの奥さまが先に亡くなられたのですが、その奥さまに関する光太郎の詩を集めた本だということになります。この本については、最初、高村光太郎さんは智恵子さんの詩をたくさん書いていて、いろいろな詩集に載せていたのですが、智恵子さんの、亡くなった奥さまの詩だけを集めるのはいろいろな理由で、自分の気持ちの整理がたぶんつかなかったということなのではないでしょうか、出す気はほとんど無かったのです。無かったのだけれども、熱心な出版社の人がぜひ出しましょうと。智恵子さんの詩だ

けを集めて出しませんかと熱心に働きかけて、結局そうだねということになって、高村光太郎も詩集を出すことにした。きっかけは大体、編集者の方がいるのです。ところが、高村光太郎さんも亡くなった後で、遺族の方が『智恵子抄』の出版社を大手に代えたいということで、その編集者と遺族との間で争いが起こったという事件がありました。その事件では編集者さんの方は、「自分がきっかけをつくって『智恵子抄』が世に出たのだから、自分は著作者なのだ。著作者の一人なのだ。高村光太郎は詩を書いていますから著作者です。でも、自分も『智恵子抄』の編集著作者の一人なので、勝手に遺族で、勝手に著作権を行使するわけにはいかないのだ」ということを主張しまして、紛争になったわけです。

どのようになったかということになりますが、裁判所は『智恵子抄』を編集著作したのは光太郎だけだと認定しました。具体的に何が問題になったのかというと、この編集者の方が光太郎に示したものは幾つかあるのですが、まず、今、申し上げたように智恵子に関する詩集を出版するという構想を初めて提示したのは編集者です。ですが、これはやはりアイデアです。でも非常に重要なアイデアだった。だけれども、アイデアを保護しないというのは著作権の建前ですから、これを言ったところで著作権を保護する著作物をつくったことにはならないのです。

次、それからもう少しやったのです。第一次案でもなかなか光太郎さんが「うん」と言わないので、第一次案として光太郎の詩集の中から智恵子さんに関する詩を全部抜いてきて、年代順に並べて、「どうですか」と持っていったのです。これについても編集著作権の所でお話をしましたけれども、抜いていこうと思えば、微妙なケースはあるのかもしれませんが、智恵子さんに関する詩だと言って抜いていくということは、誰がやっても基本的には同じになるのだろう。その順序にしても年代順に並べたというだけでは誰がやっても同じになる。これもまだ著作物とはいえないのです。ですが、被告の編集者がやった行為はこれだけだったので、これではまだ著作物を創作したとはいえないと言われたわけです。

このようにされると、逆に編集者の保護にすごく欠けるような気がします。アイデアに止まるとはいえ、最大のきっかけをつくったのは編集者だから。ですが、全く保護される手段が無いというわけではなくて、もし必要であれば独占的出版許諾をきちんとしておけばいい。あるいは、出版権というものが実はありますから、出版権という独占的出版許諾を登録するような権利なのですけれども、出版権というのは設定すれば良かったので、一番簡単なものは独占的出版許諾ですが、出版許諾を設定すれば良いということが言えます。だから、そういう契約をしていなかった以上は仕方がないと言わざるを得ないということです。

職務著作。著作権法 15 条。これは大変大事な規定です。「法人その他使用者の発意に基づき法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物で、その法人等が自己の著作の名義の下に公表するものを著作者は、その作成の時における契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする」これは職務上創作した物であることがもちろん要件なのですが、もう一つ大事なのは、「法人の名義の下に公表するもの」という要件がある。

この要件を満たすと、著作者は法人になるのです。自然人でも何でもありません。著作者は法人になる。これは世界的に見ても結構珍しい規定です。アメリカはこうなっていますけれども、要件は違いますが、ヨーロッパ大陸ではなかなかこうはならない。普通は自然人が著作者です。なので、すごく珍しい規定です。だから、例えば、新聞記事で無記名の新聞記事が多いです。ああいったものは朝日新聞という名の下にすべての記事が公表されていますので、フリーライターが書いたのは別ですけども、朝日新聞の社員が書いた記事は、すべて著作権は朝日新聞社にある。週刊誌は大体そうです。

それでは、私の場合はどうなのか。私が職務上書いているのかどうかというのがいろいろと問題があるところですけども、一応、何でも田村善之の名前が付されているので、これが付されていると北大に取り上げられることはない。それから、すごく困るのはレジュメです。毎回名前を書いていないのです。一番初めの1ページ目に名前を書いているので、あれで僕は代表しているつもりなのです。1ページ目に名前を書いているのは僕のものだと思っていますけれども、どこにも書いていないとまずいです。そうすると結構危険です。

ちなみに (C) マークなのですが、これはアメリカ著作権法上、少しだけ意味があるだけです。(C) Yoshiyuki Tamura という名前を全部書式に出すために、(C) に年号と名前を全部書かなければいけなかったと思いますけれども、アメリカというのは特に昔は日本と違いまして、方式主義国といいまして、この (C) マークはコピーライト表示です。コピーライトマーク、この (C) マークが無いと昔はパブリック・ドメインにしたものとみなされて、著作権が享受できなかったのです。今は、アメリカも、ベルヌ条約といいまして、日本も入っている条約のお仲間になったので、(C) マークはわれわれにとって意味が無くなりました。これは有っても無くても構いません。ただ、便利なので今でも結構みんな使っていますけれども、無くてもいいです。ただ、アメリカを本国とする著作物、簡単に言ったら、アメリカの中で初め発売された著作物については (C) マークを入れておかないと、訴訟提起ができないということがありますが、取りあえず、われわれにとって (C) マークは、今は法的には無いです。無いけれども便利なので、こういうのは使ったりします。でも、これを書かなくても別に著作権を失うわけではありません。ただ、今、言ったように、書いてなくて、名義も無く、このレジュメを配っていると、1ページ目の私の名前で満たしてくれるかどうか。ともあれ、どっちにしろ、それでも吉田先生の特許法のページまで含めて共同著作者である私の名義はついていますので、北大に取り上げられることはありません。だから、これがついていれば万全です。別に (C) マークでなくても、田村善之という普通の名前でもいいわけですが。著作者と分かるような形で書いてあればいいわけです。書いていないと、職務でやっているとなると、法人の所に著作権が帰属する。

趣旨説明。従業員を手足として用いる法人行為の著作活動を認めた規定であるという考え方があります。なぜ、法人が著作者になるのというのに対して、それは従業員を手足として使っているからだ。法人実在説みたいな感じです。そういう考え方があります。だ

けれども、要件と少しずれているのではないか。もし、そうだとすれば、手足として使った場合、すべて法人が著作者になるべきなんですが、自己の名義の下に公表するという要件は入っています。何で法人の名義を必要としているのか。その説明がうまくいってないだろう。では、どう考えるか。これは私の説明ですが、まず積極的理由。法人等に権利を帰属させる積極的理由。法人等で著作活動が行われている。そのインセンティブの付与のためには資金を投下している法人の方を保護する必要があるのではないか。これは職務発明で使用者である企業に法定の通常自主権を認めるとともに、事前承継と呼んでいますけれども、契約もしくは発明規定、勤務規則等で特許権を取り上げることを許すのと同じ理由です。インセンティブを与えるためには法人を保護する必要があるのではないか。

もう一つ、法人内における著作の実体は外部の者には非常に分からない。例えば、新聞記事は誰が書いているのかよく分かりません。また、特に新聞記事の場合は多数の者が関与しています。現場の記者から途中の編集から最後のデスクの所まで何人もの人が目を通して。例えば、著作者の死後 50 年はもっと長くなってしまっても、15 年前の新聞の記事は誰が書いたのというのは本人たちも分からないかもしれない。そうすると、著作者の特定が困難です。著作物というのは数が多いから発明以上に困難です。そうすると、著作者が不明確のままだと、使いたいだけでもどこに許諾を求めていいかよく分からない。仮に分かったとしても、例えば、23 人が著作者だとする。15 年も経っていると、どうしても亡くなっている方が出てくる。亡くなっている方が出てくると、本当に大変なのです。大抵、著作権に関する遺言なんかは無いです。普通、遺産分割でも絶対しません。でも、お話したとおりにはほぼ全員が著作権を持っているのです。でも、皆さんは意識をしていない。新聞記者の遺族なんかもよほど有名な方でないと意識をしていないと思うのですけれども、この 15 条が無いと個別の著作権を持っていたりするわけです。15 条があるからいいけれども、無いと持っていたりする。そうすると、まったく分割しないと、3 人ぐらいいに分かれているのです。奥さまとお子さま二人。大変です。数がどんどん増えてくる。30 年も経つと、さらにもう一段相続なったりして、すごく大変なのです。特に死後の著作権の場合は分割されていて、大変分りにくくなっています。そうすると、著作物の円滑な利用に支障が生じかねません。そこで、個別の創作者の権利行使を制限して、権利の所在を法人等に一元化したのだと思います。

ただ、著作権の行使に関する限りはここまでしなくてもいいです。例えば、29 条のように著作権だけは法人に行くとしても良かったはずですが。ところが、日本の著作権法は、さらに、著作者に著作権が移るとだけにしなくて著作者になとしたのです。その意味は著作者人格権も法人に帰属させるということです。それが 29 条との大きな違いです。

ちなみに、映画会社に雇用されている監督がつくった場合はこっちの方でいきますから、29 条でなくて、映画会社自体が著作者になります。

さて、なぜ、こうなったのかというと、現行法が法人等を著作者とする大胆な決断を採った理由は、従業員を著作者としたままでは著作者人格権が行使されるおそれがある。そ

うすると、氏名をいちいち提示してくれとか、氏名を変えてくれとか、同一性保持権で勝手に編集するとか、勝手に抜粋するとか、いろいろ言われかねない。それも面倒なので、一律法人に権利を一元化したのだと思います。

以上が積極的に法人を著作者にしなければいけない理由なのですが、消極的理由。そうしても不都合がない、あるいは正当化理由。まず一つは、職務上の作成者は労務に対する報酬の形で経済的な埋め合わせを受けているではないか。著作権剥奪についての説明です。経済的埋め合わせがあるではないか。

それから、人格的利益の方はこういうふうに説明をするのかなと。職務上、法人等の指揮監督で創作されるものは、ほかの自由に書いている著作物に比べると、愛着等の点で自然人の、つくった人本人の人格的利益の付着の度合いが低いのではないかと。

それから、さらに、それでもなかには愛着がある物もあるかもしれないけれども、少なくとも法人等の名義で公表されるものは自分の名義をつけないわけですから、人格的利益を主張しないことを当然の前提として、予定としてつくっているのではないかと。逆に、レジュメ等に名前を出す人は、特にピシッと書く人は絶対自分の権利を行使したいと思っているわけですから、それは権利を行使させる。そういった形で法人等の名義の有る無しで、人格的利益を剥奪するかどうかを決めているというのが現行法の姿だということになります。

ただし、以上の説明をしても説明しきれないところがあるのです。以上の説明からすべて成り立っているとしても、説明しきれないところがあります。何か。著作権は法人に帰属させるべきだ。それは分かりました。次、著作者人格権。これを剥奪すべきだ。剥奪しても法人名義の物はしょうがない。いいのではないの。仕方がないのではないの。そこまでは分かった。最後の問題。著作者人格権を著作者に行使させてはいけない、剥奪すべきということは分かったけれども、剥奪して、法人に与える理由が分からないのです。著作権は分かる。経済的利益だから。法人が著作権を持たないと著作権を行使できない。ライセンス収入なんか無いかもしれない。独占権を持っていない。それは困る。著作権保持はいきましょう。著作者人格権は著作者に行使させなければいいだけの話で、法人に行使させる必要は本当にあるのか。大体、法人に人格的利益なんてどこにあるのかという大きな問題が日本の法制には隠れています。なので、解釈論としても、法人等が著作者となった場合の著作者人格権は大幅に制限すべきだろうと思っています。

例えば、同一性保持権。こんなものは法人に認める必要はないのではないかと。法人は著作権の一つとして翻案権を持つわけです。だったら、これを行使すればいい。その法人が原始的に持った翻案権を他者に譲渡することだってありうるわけです。そのときに、私は人格的利益を持っていますからといって、同一性保持権を行使させる必要はないでしょう。これが自然人だったならば別でしょう。もしかしたら私が著作権を誰かに譲渡するかもしれない。だけれども、自分の趣旨に反して変えてくれるなという形で同一性保持権を行使するというのはありうる。私には保護されている人格的利益があるから。法人にはないの

ではないですかという気がいたします。

だから、最後ですが、法人等に行使させる意義を認めるとすれば、信用にかかわっている氏名表示権ぐらいではないか。うちで最初につくりましたと言ってもら。その程度ではないかなと思っています。

次の論点。15 条をめぐるのは、法人名義で公表することという要件があるので、公表を予定していないものはどうするのかという問題があるのです。具体的な事件でいきましょう。これもこの道では大変有名な事件です。新潟鉄鋼事件。会社に保管されているプログラムそのものではなくて、プログラムの仕様書です。フローチャートのようなものです。社員が自分でつくった物であるのですが、会社に保管されているプログラムに関するシステム設計書、仕様書等を社員が複製のために社外に持ち出したという事件です。その事件で刑法 253 条の業務上横領罪の成否が問題になりました。この事件そのものを取り上げるかどうかは分かりませんが、たぶん、刑法の授業の方では一時使用と領得罪という論点で、不法領得と意思という論点で出てくる論点で、その話です。1 回複製をして返したときはどうなるのかという話です。ただ、この事件では著作権法上の話も論点になったのです。被告人にはこういうふうに言ったのです。「本件設計書は、もともと秘密にしておく趣旨の設計書だ。公表することを予定していない。法人名義で公表することを予定しない。そうだとすると、15 条 1 項は適用されない。ということは、自然人であるわれわれが著作者だ。著作権も持っている。われわれはその複製権を行使するために本件資料を持ち出したにすぎないのだ」と。言いたかったことを簡単にパラフレーズすると、こういうことになるのかもしれない。要するに著作権は俺が持っている。紙の内容は俺の方が手に持っている。では、会社に帰属しているのは何か。内容を抜いた紙だけだ。だから、こんなものは紙を盗んだに等しいのだ。財物といっても紙を一時的に持ち出したにすぎないのではないか。そういうふうに言いたかったのかもしれない。

どう考えるかということですが、まず、この事件の中の問題としてこの論点を議論する意味があるのかということです。情状としては酌量してもいいかもしれない。けれども、犯罪の成否とは無関係です。だって、私の著作物を皆さんが持っているけれども、僕が皆さんの本を盗んだならば、僕は窃盗でしょう。自分の知的財産法だとかいって、出かけていって、「はい、俺の本です」というのは窃盗です。有体物と無体物は違うのですから。僕が盗んだ時に皆さんにとっての被害は 4,000 円でしょう。著作物の内容を含んだ価値です。その紙代 1,000 円という話にはならないですよ。すごく有名な絵を描いたゴッホさんが、もう亡くなっていますが、100 億ぐらいで『ひまわり』を売却されたとして、その『ひまわり』を盗んだ時に油絵の原料費代だけの窃盗ですとは言わないですよ。実は情状には影響しますが、犯罪の成否とは無関係の論点です。

でも、それを置いておいて、著作権法上の問題として考えるとどうなるか。裁判所は、公表が予定されていない物であっても、仮に公表されるとすれば、法人の名義で公表される性格のものは法人が著作者となるのだと判示しました。公表は予定されていないけれど

も、もし公表するならば、おそらく新潟鉄鋼さんという会社の名前でしょう。プログラマーの名前はつけないだろうということを言いまして、法人が著作者になるという判示をしたわけです。

これは反対説が全く無いわけではない。例えば、中山先生は判旨には反対されておられていたと思います。

ただ、多数説は私を含めてこの判旨に賛成しています。私の説明はこうなります。なぜ、法人等の名義で公表することが要件になっているのか。必ず、要件の外縁を画する、要件の具体的な意味を考えるとときには、その要件が立てられた趣旨を考えなければいけない。その趣旨に即して範囲を決める必要がある。ものすごく大ざっぱな議論があるのです。自然人を著作者とする原則の例外だから厳格に解釈すべしだ。だから、条文の文言に忠実に解釈するのだと。何をもちて厳格というのかよく分かりませんが、そのようなすごく大ざっぱな方法論を採るべきではなくて、趣旨にかんがみて考えていく。そうすると、どういうことになるかということ、なぜ法人名義の公表を要件としたか。それは法人等が氏名表示権を行使する。法人等に行使する著作者人格権で意味があるとすれば氏名表示権ぐらいです。法人等に氏名表示権を与えるに足る利益が法人等に備わっているかどうか。あるいは、従業者から著作者人格権を剥奪してもかまわないのかということ吟味するための要件です。そうだとすると、現在公表する予定は無いとしても、仮に公表するとどちらが権利行使をするのか。そういう問題設定を立てることは決して背理ではない。仮に公表するのであれば法人がいきましょう。いや、仮に公表するのであれば自然人がいきましょう。氏名表示権というのは、基本的には公表されたときにはどちらかの名義を使う権利ですから、今、公表予定が無くても、仮に公表されるとすればどちらになるのかという問題設定をすることは決して背理ではない。ということは、この判決の結論でいいだろうということです。

ちなみに、この判決の後に著作権法が施行されまして、改正著作権法の下ですと、15条2項で、プログラムに関しては公表されないことが多いので、プログラムに関しては公表名義を問わず、法人が著作者になるとされています。よりいっそう、人格的利益の付着の度合いが少ない。しかも、プログラムについては私や中山先生や有力学説がほとんど著作者人格権を認めなくていいだろうと言っているのです。そうなってくると、著作者が誰かという問題設定は実は著作権はどこに置いておくべきなのかという話になるのです。だとすると、やはり職務上作成したものは使用者でいいだろうということで、名義を問わないことにしているということになります。

細かいことを言うと、この事件で盗まれたのがプログラムの直前のシステム設計書なので、15条2項の適用はないのです。だから、今でもこの事件については15条1項です。プログラム設計書だけではコンピュータプログラムにならない。設計書だけではコンピュータは動きません。コンピュータプログラムというのはプログラムを動かす物ですから、この次に、これをさらに高度にしたものがプログラムということになるので、あくまでもこ

著作権法

の事件は今でも 15 条 1 項でいいますが、それはすごく細かい話です。

<著作権法(10)>

著作物の経済的利用。今のような形で作者という方は原始的に著作権を取得します。その作者は幾つかの形で著作物を経済的に利用することができる。まずは、自ら著作物を利用できる。でも、これは別に著作権を持っていなくても利用できますが、自ら排他的に著作物を利用できる。ほかの人を近づけない形で利用できる。だから、もちろん、他人の著作権を侵害しているときは利用できません。

それから、利用許諾を与えることができる。これは特許の通常実施権と同じです。他人の著作物の利用に対し、著作権を行使しないと約束する代わりに対価を得ることができます、63条1項。特許権の場合は通常実施権、さらには専用実施権について登録制度というものも用意していましたが、著作権の場合には登録制度が全体には無いのです。ついでに言うと、著作権の登録制度、著作権登録というものも無いのです。著作権の登録というのは無いのです。著作権の譲渡を登録したり、移転を登録したり、著作権の創作年月日を登録したりする制度はありますが、著作権自体の登録はありません。一般的に著作権の利用許諾について登録はできませんが、図画の出版に関しては、その独占的許諾に関してだけは79条というのがありまして、出版権というものがあります。88条でこれを登録することができます。だから、出版権についてだけは特許の専用実施権と同じような制度がある。けれども、これだけです。著作権の利用許諾で登録できるのはこれだけ。だから、文書または図画に関するものだけです。録音とか録画についてはありません。ほかの公衆送信なんかについても、排他的許諾を設定したとしても登録するすべはありません。そこは注意です。

それから、著作権は譲渡もできる。著作者人格権は残りますが、譲渡もできるということをお話しました。

さて、経済的利用に密接にかかわるものとしては著作隣接権というものもあります。著作物に隣接している、あるいは著作権に隣接しているという意味なのでしょうか。著作隣接権という言葉があります。実演家、レコード制作者、放送事業者、有線放送事業者の権利です。条文は、結構、後の方です。89条以下が条文になります。

実演家というのは、例えば、最近、山口百恵のリバイバルもあるのでいいでしょう。宇崎竜童が作曲家で、作詞家が阿木燿子さんと、歌手が山口百恵だとしますと、著作者は誰だというと、あの歌は作詞者阿木燿子、作曲者宇崎隆道が著作者です。あと、編曲者が別にいるとすれば、その編曲者も編集著作権を持っている。山口百恵さんは何をしているかというと、別に歌を創作しているわけではない。そのまま歌っているわけです。なので、山口百恵さんは著作者ではありません。ありませんが、彼女の歌声によって著作物が世の中に普及しているので、著作物の普及に貢献しているということで著作隣接権を持つのです。それを実演家として、歌手として彼女は持ちます。しかも実演家は一人ではないです。楽器のインストルメント、楽器を弾いている人たちもみんな持ちます。たくさんの著作隣

接権があのレコードにはくっついています。だから、実演家は多数です。

それから、レコード制作者。今はもう名前が変わっていると思いますが、あれはC B Sソニーが出していましたから、レコード制作者であるC B Sソニーが著作隣接権を持ちます。

ちなみに、著作権法上というレコードという概念は日常用語でいうレコードよりも非常に広い概念です。条文は2条1項5号で、蓄音機用音盤録音テープ、その他の物に音を固定したもの。音をもっぱら映像とともに再生することを目的とするものを除く。だから、DVDなんかは入りませんが、普通のアナログのレコード以外にCDは入りますし、テープも入る。少しびっくりするかもしれませんが、皆さんが録音すると、皆さんもレコード制作者になれる。ただ、例のごとくで、誰も使わないのではないかと。それだけの話です。だから、レコードと言っていますが、これは著作権法上の特別な用語なのだということがご理解ください。

さらに、放送事業者、有線放送事業者も著作隣接権を持ちますので、例えば、一番多いパターンは山口百恵さんが歌っているレコードがあって、例えば『プレイバック Part 2』とか、レコードを有線放送で、あるいはFM放送かなんかで流れている。それを誰かが録音したとします。私的複製は自由なのですが、それを営利目的で例えば録音をしたとすると、何人の許諾が要るかというすごい数の許諾が要るのです。まず、著作権者の許諾が要る。だから、作詞家、作曲家、編曲者。でも、それだけでは足りません。ここら辺はJASRACで一括して管理をしてくれますが、それだけでは足りません。レコードの音なので、レコード会社の許諾が要る。それから、放送を通していますから、放送事業者の許諾が要る。そういう形で、たくさんの権利が絡んでくるということになります。音源が違うと、違うのです。だから、山口百恵さんの歌でも別の人が歌っていると、その人の歌だとその人が実演家になる。あるいは、山口百恵さんの歌を聴いた。いい歌だと思って、僕が営利で公衆に向けて勝手に自分で歌うと、著作権は侵害しているかもしれないけれども、著作隣接権は侵害しない。著作隣接権というのは、あくまでもその音源が使われたときです。だから、その意味では、だいぶ著作権よりは権利範囲が狭いということになります。声を似せて歌っても著作隣接権の問題にはなりません。別の意味で、人格権の問題になるかもしれないけれどもね。

さて、なぜ、著作権とは別個独立にこんな権利があるのでしょうか。学説からいこう。学説の中には、実演家等は、隣接権者は著作物の創作者でないけれども、著作物の創作者に準ずる精神的な給付をなしているのだ。だから、著作権に類似する権利が与えられるのだという方がいます。けれども、実演家はそれなりに精神的な努力をいろいろとなさっているし、精神的な愛着もあると思うのですが、しかし、レコード事業者であるとか、さらには、放送事業者はただ放送しただけで隣接権を持ちますから、放送事業者に関しては精神的な給付とはなかなか言えないのではないかと。

なかには、皆さんが実演家だと思っている人の中には、例えば、演出家の蜷川幸雄の演

出なんてありますけれども、蜷川さんの演出は同じシェークスピアとは思えないような劇になりますよね。見たことがないかもしれませんが、彼はいろいろなタイプの演出をしますが、例えば、私が見たバージョンだと、皆さんが室町時代の服を着てハムレットをやるとか、全然違ったふうになります。それは端的に著作者として著作権を与えればいいのではないかと思います。

では、どういうふうに考えるか。これはむしろ投資保護の問題だと思います。著作物が公衆の手元に届けられてその利用に供されるためには、創作されただけでは足りない。必ず伝達行為が必要です。だから、著作物を普及させるのが著作権法の目的だといえますと、創作活動だけではなくて、伝達行動にも保護は必要だと。レコードをつくるのにそれなりにお金がかかっている。放送網を敷くのにそれなりにお金がかかっている。それが勝手に利用されてしまうとすれば、セカンドランナーの方が有利となって、ファーストランナーになる伝達行為の意欲が減殺するということはあるわけです。もっとも著作物に関しては著作権が存在しますから、伝達行為にかかわる者の保護としては、著作権者から独占的な利用許諾を受けるとか、著作権の一部譲渡を受けるとか、あるいは出版権とか、そういった形で保護される。やや受動的ですが、著作権者から権利をある程度譲り受けてもらうという手もあります。ありますが、それだけでは足りない。独立して必ず保護しなければいけないと思う人を現行法はピックアップして、その著作隣接権者として位置づけているのだということになります。

特に実演家の場合は大変な機械的失業、機械的というのは翻訳なんですけれども、機械的失業というのは何なんだろう。これはレコードなんかができて、演奏の機会が減っているということです。レコードが無い時代であったならば、どんどん演奏に出かけていって、お金を得ることができた。ところが、レコードができると、レコードができた結果、自分の演奏の機会が奪われています。特に一番悲惨なのは自分の演奏したものを録音されると、その人を演奏に呼ばなくてもいいや。レコードを聴きましょうということになる。そうすると、そのレコードの録音についても、録音のところで一定の権利を認めるべきではないのかということで実演家を保護しなくてはいけないということです。

それから、レコード事業者、放送事業者も事業の開始・運営に多大な資本投下が必要なのでやはり保護しようということで、特別に著作隣接権を与えているのだということになります。

対立点。立法論になりますが、これはまだ世界的にも例が無いのですが、日本で一時期かなり実現に動いたものとして、版面権と呼ばれるものがあります。これは出版社を著作隣接権者に加えるべきではないかという議論です。今、複製技術が発達して、複写がどんどん進んでいることによって、出版社は売上げが落ちて大変苦境に立たされている。どんどん複製されて、学術図書を高くせざるを得ない。ただし、どんどん複製、複製される。困っているのは出版社です。有斐閣がもしつぶれてしまう、あるいは弘文堂がつぶれてしまうと、私の本を売ってくれる人がいなくなると、結局、私の方も困ってしまうこ

とになるのです。書いても意味が無くなってしまうという問題があります。そういう意味で出版社を保護しなければいけないのではないかと。ということで、版面権という形で著作隣接権を与えるべきではないかという議論がありました。ただ、いろいろな議論がありまして、出版社は精神的給付をなしていないではないかという反対論があったのですが、しかしということで、文化の重要な担い手でありながら複写技術の発展により売上げ減退という形で経済的な悪影響を受けている点では、著作隣接権者と同じではないかと。現在は著作隣接権者と同じではないかと。私が思っているのは、保護すべきだと思っていますが、この試みは、現在、途絶した段階にあります。将来、本当に今以上にインターネットというものにもう少し信頼性が出てきて、皆さんがインターネットで自説を普及させればいいという時代になると、本というものの存在意義が問われてくることになるかもしれない。だから、昔と違って、今、版面権というのはなかなか盛り上がらない議論なのかもしれません。少しよく分からないところがあります。