

## デジタル化時代の知的財産法制度

田村善之

[\*291]

はじめに

知的(無体)財産権法が対象としている著作物や発明などの無体物は、有体物と異なり何処でも誰でも利用可能である。1つしかない有体物は1人の者の占有に服している。したがって、たとえ所有権というような法制度がなかったとしても、有体物を利用しようとする者は、有体物を占有している者と交渉することになる。占有者は有体物の占有を移転する代わりに対価を要求することができる。これに対して、著作物や発明などの無体物の場合には事情が異なる。知的財産権により著作物や発明の利用行為が法的に禁止されていなければ、あえて開発者に対価を払うような者はいない。法律により法的に利用行為が禁止されたことにより初めて、利用しようとする者が権利者と交渉することになるのである。したがって、知的財産権によって作出される排他権はあくまで法的に創設されたものである。

このような排他権を法的に認めたその趣旨は、文化の発展あるいは産業の発展のためには知的創作活動のインセンティブを設ける必要があるとの価値判断にある。知的財産権は、あくまでこの制度目的に必要なから人工的に権利を設けたにすぎない。したがって、時代の趨勢に応じて制度目的に従えばどのような行為を権利に服せしめるべき[\*292]なのかということ自由に設計してよく、またそうすべきなのである(田村善之「機能的知的財産法の理念」, 同『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社))。ただし、知的財産の利用行為は何処でも誰でもなすことができるのであるから、それに対して権利を設定したとしても、利用行為を有効にチェックすることができなければ、結局、権利侵害が横行し、当該知的財産権制度は画餅に帰することとなる。新たな知的財産権の枠組みを考える際には、法でできることと、できないことがあるということを肝に銘じておかなければならない。

ところで、従来、マルチメディア・ソフトの法的取扱いを論じる文献においては、立法論を語るものを含めて、既存の知的財産権の法制度(具体的には著作権法)を所与の前提として、これを新たな技術に適用するためにはどのようにすべきか、といった発想を採るものが多かった。そのアプローチは現実的なものであり、実益という観点からも推奨されて然るべきものであろう。そして、一般には集中処理機構による権利処理の必要性和著作者人格権に関する何らかの手当てがなされるべきことが提言されている<sup>(1)</sup>。この基本的な方向性に特に異を唱えるつもりはない。

ただし、より長いスパンで考えた場合、技術が進歩するにつれて、既存の知的財産権の法制度が所与のものとしていた技術的前提が失われているということが起こりうる。その場合、技術の進展に対してあくまで既存の法制度の枠組みを前提として対処していこうとすると、旧態依然とした法制度が足枷となって、新たな技術にたがをはめ、社会にもたらされるはずの便益

の享受に失敗するおそれがある。実際、利用の頻度に応じて対価を還流させることを可能とする技術的なシステムが完成され普及可能な状態となったとすれば、複製のところに排他権をおよぼしめることで対価を還流させることとする現在の著作権法のシステムに変わる法制度が設計されることが望まれることとなる。

そこで、技術を法に合わせるのではなく、法を技術に合わせるという発想で、デジタル化されたソフトの法的保護制度を設計しようとする試みが必要となる。もしかすると、ここでなされる提案は、現在、普及している技術の水[\*293]準では絵空事に聞こえるかもしれない。しかし、技術というものが不断に進歩するものである以上、本稿が前提とする技術が実現する可能性があるのであれば、それに備えて、法制度を今から準備しておくことは決して無駄なことではないであろう。逆にいえば、法制度の設計という観点からみた場合、望ましい技術的システムはいかなるものであるのかということをはっきりとすることも必要である。かりにそのような技術的システムが到来しなかったとしても、このような角度からの検討には、現行著作権法が拠って立っている技術的前提を明らかにし、現行著作権法を相対化して眺める契機を与える 1 つの思考実験としての意義を認めることができるであろう。

#### 一 マルチメディア・ソフトを巡る問題の状況

文字、数値、音、画像、映像によって表現された素材がデジタル化されて流通するようになると、コンピュータを使用してこれを複製、改変することが極めて容易となる。オーサリング・ツールの発達に伴い、マルチメディア・ソフトの制作費用は、ますますコスト・ダウンするであろう。デジタル技術の進展に伴い、ソフト制作の際には、極めて多数の素材を簡単に処理して利用することが可能となる。

しかし、ソフト制作の際に利用する素材に関しては、他人の著作権等の権利が存在することが通常である。もちろん、従前から、多数の素材を利用するために、その制作に際しては、多くの権利を処理する必要がある映画のようなソフトは存在した。だが、技術的に制作費用が低くなってくると、相対的に権利処理の費用が高つくことになる。個人の有するパソコン・レヴェルで高品質のマルチメディア・ソフトを容易に制作することが可能となるのだとすれば、各個人が制作したソフトがネットワークを通じて他に伝播するというような形でソフトの流通が進展することが期待される。そのような流通形態が盛んになるとすれば、相乗効果により、さらに高品質のソフトが制作され提供さ[\*294]れることとなる。だが、それとともに個々のソフトには極めて多数のソフトが素材として混入することとなり、映画のようなソフトに比して絶対的にも権利処理の費用が嵩むことになる(中山信弘「著作者保護と情報の利用・流通促進の基本的視点」ジュリスト1057号51頁(1994年))。他方で、このような状況下では、至るところで行われる利用行為を把握することが困難となるために、権利侵害が何処で誰によって行われたのかということを確認することも困難となる。

ソフトを技術的に容易に制作することが可能となったにもかかわらず、素材に関して権利処理の費用が高つき手間がかかるのでは、流通がスムーズに行われないことになるか、もしくは

侵害が発見されるリスクとの兼ね合いで権利侵害が横行するか、いずれかの道を辿ることになる。前者のような事態は、折角、技術が進歩したにもかかわらず、法制度が旧態依然としたままであるために、結局、技術を活用することが困難となるような事態であり、極力回避しなければならない。他方、後者のような事態により、知的創作活動のインセンティブが不十分なものとなり創作活動が衰退するとすれば、これもまた見過ごすことができないということができよう<sup>(2)</sup>。以上の叙述からも明らかなように、法制度を整備して権利処理の費用を安価にするということは、ひとり素材の利用者の利益のみを追求することになるわけではない。素材の利用を促進することによってマルチメディア・ソフトの制作、流通が隆盛を迎えるのだとすれば、それは、素材の権利者にとって、収益を得ることができるパイが拡大することを意味する。結局、そのような法制度の整備がなかった場合に比して、権利者の獲得することができる利益も飛躍的に増大することとなる。

## 二 現行著作権法の前提

[\*295]

著作権法上は、著作物の全ての利用行為が著作権者の排他的権利に服するのではなく、21条から28条、113条1項、2項に規定されている以外の利用行為には著作権の保護は及ばない。著作権の本体は21条の複製権にあり、これを補完するものとして頒布権(26条。映画の著作物についてのみ)、貸与権(26条の2)があるが、著作物の上演、放送、口述、展示等々の使用行為は、公になす場合に限り著作権侵害となるという構造になっている。したがって、本を複製することは21条により著作権の侵害となるが、本を読むことは、公に口述されるものでない限り何ら著作権侵害とはならない。同様に楽曲を複製することは著作権の侵害となるが、演奏することは、それが公に行われるものではない限り著作権侵害にはならない。それでは、なにゆえこのような制度になっているのであろう。以下、言語の著作物の利用行為を念頭において説明するが、そこでの説明は音楽の著作物等、他の著作物の多くに当てはまる。

創作活動に対する適正なインセンティブが図られるためには、利用価値に応じた対価が還流すべきであろう。利用価値という観点からみれば、書物が複製されるかどうかということよりも、どの位読まれるかどうかということの方が重要である。したがって、複製行為毎に対価が取れるとするよりも、読まれる度に対価が取られるようにした方が良いようにも思われる。そうであるのに、著作権は書物を読む行為に及ばないとされているのは何故なのだろうか。

もちろん、その理由を、当初、著作権法が著作者の権利を保護するものとしてではなく、むしろ出版社の権利を保護するものとして主張された考え方から次第に発展してきた(参照、アラン・ラットマン他〔内藤篤訳〕『1990年代米国著作権法詳解(上)』(1991年・信山社)1~5頁、A. R. ミラー = M. H. デーヴィス〔松尾悟訳〕『アメリカ知的財産法』(1995年・木鐸社)217~218頁、半田正夫『著作権法の研究』(1971年・一粒社)9~12頁、白田秀彰「コピーライトの史的展開(1)~(4)」一橋研究19巻4号・20巻1号・3号・4号(1995~96年))という歴史に求めることも可能であろう。くわえて、著作物を読みその内容を知る行為は本来自由であるべきであるなどの価値判断も

含まれているはずである。しかし、いずれにせよ、著作権法の骨格が現在のよなものに固まった時代にあっては、使用の度に対価を徴収する[\*296]ことができるような権利を構成することは技術的に不可能であり、複製のところで対価を徴収とせざるをえない次のような事情があったと考えられる。

すなわち、書物を読む行為に対して権利を及ぼす制度を採用したとしても、侵害行為が行われたかどうかを把握することは困難である。法的に書物を読む行為が権利の範囲とされ、権利者に無断で書物を読む行為が権利侵害となったとしても、実際に権利侵害が何時、何処で、誰によってなされたかということ把握することは困難である。著作権と異なり、特許発明の使用行為についてまで権利が及ぶとされている特許権の場合には、特許発明を使用した製品が早晚市場に出回ることになるから、そこから権利侵害が行われたかどうかということ把握することが可能である。また特別の設備を必要とすることが多いから、侵害行為が行われているかどうか目を配っておく必要があるところは限られていることが少なくない。ところが、書物を読む行為は、別に読書をした証が世に出回るわけではなく、また、特別の設備を要することなく実行することができるから、そのような行為が行われたかどうかを把握することは困難である。そうだとすると、読書行為を権利範囲内としたとしても、読書行為をなす者は業者ではなく一般人なのであって、しかも読書は度々行われるのであり、その度に一般の人がわざわざ権利者を捜し出してそこに対価を払うという複雑な手続きを果たして取るかという甚だ心許ないということになる。そして、特別な設備を要することなく大量の人間によって頻繁に行われる行為について逐一許諾を求められたとしたならば、権利者にとっても煩雑で耐えられないであろう。

要するに、読書行為を権利範囲の内に含ましめても、読書をする者をして権利者にその読書行為の許諾を求めるよう仕向ける制度的な保障を設けることには技術的な困難が付きまとうとともに、複雑な手続きは権利者にとっても煩雑であり、社会的にも経済上、無駄が多いということになるから、そのような制度は益少なくして労多しということである。

[\*297]

そこで、著作権法は、複製を著作権侵害とすることで、著作物の複製が行われるところから対価を徴収することができるような法制度を用意することとした。著作物の複製行為は、最近に到るまでは、手写する者など奇特定の人の行為を別とすれば、特別の設備を要し、出版社など相当の資本投下をなした者にのみ許されるものであったから、複製を行う者は、読書をなす者の数に比べて極めて少なかった。またたいていの場合には出版物という形で複製の証が世に出回ることになるから、権利侵害の把握は可能である。そして、複製の数というものが、使用の数にかなりの程度対応するものである以上、複製のところで著作権者に対価を払うようなシステムを採用したとしても、著作物の利用価値に応じた対価を著作権者に還流させることが可能である。そうだとすれば、その複製が行われるところで、複製者に著作権者と交渉させることにより、著作権者に対価を還流させるシステムを採用する方が、読書のところで交渉させるシステムよりも、効率的かつ現実的であることは明らかである。

これに対して、著作物の使用行為が公になされる場合には、これを権利の範囲内としても違

法行為を監視することが可能であるとともに、公に使用する者は限られているから、著作権の権利範囲に含まれて、より直接的に利用価値に応じた対価を著作権者に還流せしめることが可能となる。

著作権法が複製権を原則とし、後は公の使用行為のみを禁止することを旨としているのは、概要、以上のような趣旨であると解される。ちなみに、同じくやはり複製行為が手写などの奇様な行為かもしくは特別の高額の設備を必要とした時代を前提として作られた制度に、著作権の制限規定である著作権法 30 条の私的複製の制度がある。例外的な複製行為が私的に行われる場合には権利者に与える影響も微々たるものである反面、権利の範囲内としたとしても権利侵害をチェックすることができず、権利処理の費用も高いことに鑑み、私的複製者の利益を優先したものである。

[\*298]

### 三 技術の進展による前提の崩壊

しかし、最近のように技術が進展してきたために、複製行為というものが、それほどの投下資本を要することなく、誰もがどこでもごく簡単にできるような行為ということになってくると、複製者の数が激増するために交渉費用がかさむこととなって、上のようなシステム的前提が崩壊することになる。

もちろん、技術の発展により、私的な利用のレベルに権利を及ぼしめても、権利侵害をチェックすることが可能であり(=適法行為へのインセンティブがある)、権利処理が簡単にできるような制度を技術的に構築することができ、それにより利用の価値に応じた対価が権利者に還流することになるのであれば、問題の抜本的な解決を図ることができよう。しかし、少なくとも現段階の技術の普及状況を前提とするときには、この方式により ~ の条件を満足するシステムを構築することは未だに非現実的である。

たとえば、私的レベルの複製行為についても対価を著作権者に還流することを可能とする技術的な解決策として、自動的に複製行為をカウントするとともに、自動的に複製者から対価を徴収して権利者に還流せしめるような技術の開発を期すという方策が提唱されている(北川善太郎『技術革新と知的財産法制』(1992年・有斐閣)212~219頁参照)。

魅力的な提言であり、今後はこの方向での技術革新を進めるべきであるが、少なくとも現在の技術的、社会的な状況下ではこの構想の実現化には困難がある。なぜならば、~ の条件を満たすような形で、このような構想を実現化するとすれば、たとえば、書物(の全ての頁)に識別情報を記載させ、この識別情報を読み取らない限り複写ができないようにする。複写機器はプリペイドカードを挿入しない限り作動しないものとする。プリペイドカードの総収入[\*299]から権利者への分配額の決定は、回収カードのモニタリングにより概算された各複写物の割合をもとになすこととする、というシステムを構築することとなる。しかし、残念ながらすでに識別情報を読み取らなくとも複写することができる複写機器が普及している以上、このようなシステムを現実のものとして機能させるには、システムに適合しない複写機器を根絶するか、識別情報

を読み取らない限り複製ができないような仕掛けを書物の方に忍ばせなければならない。前者の方策は、現在存在する複製機器の廃棄をも要求することになるから、社会的なコンセンサスを得ることが困難であろう(中山信弘「情報の流通と著作権」『知的財産権の現代的課題』(本間崇還暦記念・1995年・信山社)218頁参照)。かといって、後者の方策は、少なくとも現段階ではコスト的に非現実的である。

ために、結局、複製機器や複製媒体のところから対価を徴収するようなシステムが実現化されることになる(その起源となったドイツの法制については、半田・前掲 309～330頁、北川・前掲 204～206, 209～211頁を参照)。我が国でも1992年の著作権法改正により、従来、著作権の権利範囲外に置かれていた私的複製レベルにまでその一部に著作権の効力を及ぼすこととし、指定されたデジタルコピーによる私的録音録画に関しては補償金を支払う必要があると定め(著作権法施行令1条, 1条の2によりDAT, DCC, MDが指定)、私的録音補償金管理協会の集中管理の下で複製機器および複製媒体の製造業者から補償金を徴収するという制度が発足した(著作権法30条2項, 104条の2～104条の11)。この権利は指定管理団体がある場合には、その団体のみが行使しうるに過ぎず、著作権者や著作隣接権者自身もこれを行行使することができなくなることとし(104条の2)、もって権利処理が煩雑となり複製機器や複製媒体の流通および著作物の利用に支障を来さないような制度としている(この制度について詳しくは、田村善之「著作権法講義ノート」、発明93巻8号参照。なお、補償金請求権の法的性格に関しては、中山信弘『マルチメディアと著作権』(1996年・岩波新書)160～164頁の叙述が示唆に富む)。

マルチメディア・ソフトに関しても、デジタル技術の発展のために複製というものが到るところで可能である以上、[\*300]複製の度に排他権の庇護を及ぼすことにより、著作権者に対価が還流するように促すシステムには欠陥があることになる。交渉費用がかさむために、結局、利用が促進されないか、著作権侵害が横行することになる。

#### 四 技術の進展による新たな前提の形成の可能性

ところが、技術の発展は、以上のような従来の著作権法が前提としていた技術的状况を根本から覆し、利用のレベルで ～ の条件を満たしたシステムを現実的なものとする可能性を秘めている。

##### 1 オン・ラインの利用行為の把握のみによる処理とその限界

まず想起することができるのは、 の条件を実現するために、マルチメディア・ソフトを利用することができるネットワークを創設することである。ネットワークの提供者は、登録されたソフトに関してはネットワーク内でそのソフトが使用される場合、所定の対価を貰い受ける限り排他権を行使しないという条件で、そこにソフトを提供してよいと考える希望者を募り、登録させる。ソフト利用の希望者にもネットワークに加入させる。希望者は、登録されたソフトの中から好きなものを選択する。その際、画面には、使用に対する単位当たりの対価(権利者が設定)と権利者

の銀行口座番号等、ソフトに予め組み込まれた権利者情報が掲示される。使用者は、その銀行口座に所定の対価を支払う等所定の手続きを経ることにより、適法にソフトを使用することができることとなる。銀行のVANと連携することにより、使用すると自動的に使用者の銀行口座から権利者の銀行口座に所定の対価が振り込まれるようにするシステムを設けておけば、取引費用をさらに低下させることができよう。

注意しなければならないのは、このような契約構成に依存したシステムである限りは、ソフトのコピーに対するプ[\*301]ロテクションが重要なものとなるということである。たしかに、オンラインでネットワーク上でソフトを使用する限りは大きな問題は起こらないであろう。しかし、いったんソフトがコピーされてオフ・ラインで流通することになると、契約外の人間にコピーが渡ることになる。そうだとすると、ソフト提供者としては、オフ・ラインでコピーが自由に使用されてしまうのでは、単位当たりの使用に対する所定の対価ではとても足りないこととなる。さらにいえば、コピーが流通せず加入者のところに止まっているとしても、オフ・ラインで勝手にコピーを使用されるのでは、やはり単位当たりの利用に対する所定の対価では不足することになる。もちろん、コピーその他の行為を契約により禁止したりすることは可能であろうが、プロテクションがないか、あるいは容易に破られるようなものであれば、禁止を守る者は道徳心のある奇特定の者に限られてしまうこととなる。すなわち、 の条件が失われる。

しかし、コピー・プロテクションが発達したとしても、それが果たして最も望ましい解決かという大いに疑問が残るところである。コピー・プロテクションにより、結局、コピーによるソフトの流通というものが阻害されることになるが、これでは、コピーにより多数の同品質のソフトを容易に現出させることができるというデジタル化の持つ技術的な特徴が活用されているとはいいがたいからである(森亮一＝田代秀一「ソフトウェア・サービス・システムの提案」電子情報通信学会論文誌 Vol. J70-D No.1, 70 頁(1987年))。1つの対策としては、単位当たりの使用の対価よりも多額の対価を支払うことにより、コピー・プロテクションを解除し、コピーを認めるシステムとすることであるが、これでは、複製のところで対価を徴収しているにすぎないから、以降、コピーからコピーが生み出されるとすれば、使用価値に見合った対価を徴収することはできない。逆にコピー・プロテクション解除の対価が高額なものであったり、連続コピーに対するプロテクションを敷くのでは、デジタル技術のメリットを十分に反映したシステムにはなりえていない。

[\*302]

## 2 オフ・ラインの利用行為を把握する技術の必要性

このように考えてみると、コピーは自由とするが、コピーされたソフトが転々流通しようとも使用の頻度に応じて対価を徴収することができるような技術的なシステムが、 の条件を満たすような強固な形で確立されることが望まれることになる(使用の頻度に応じて対価を徴収するのであるから、 の条件が満足されることは明らかである)。

その1つの構想が、ソフトあるいはそのコピーが何処に流通しようとも、ソフト提供者がソフトの使用度数(時間単位ないしアクセス回数単位)をカウントすることができることを可能とする技

術である。たとえば、まず、使用度数をカウントすることができる専用のアダプター（このシステムを普及させるためには、アダプターは既存の機種に対応するソフトの形で供給されることが望ましいであろう）を装着したコンピュータでない限り、ソフトを使用できないようなプロテクションをかける<sup>(3)</sup>。そして、そのコンピュータを用いて使用したとしても、一定数以上使用すると使用が不可能となるようなプロテクションもかける。ただし、この2番目のプロテクションは、所定の手続きを踏めば解除できるようなものとしておけばよい。そうすると、使用者は、口座振込を用いるなど権利者に所定の対価を支払うことにより、このプロテクションを解除してさらに使用することが可能となる。フリペイドカードを用いて、これをアダプターに挿入することによりプロテクションの解除ができるようにしておけば、より簡単に権利処理ができるシステムとなる。このカードを多数のソフトに共通のものとする、使用者としてはテレフォンカードのようにこれを使うことができる。そのようにしたとしても、使用頻度に応じて各権利者に対価を還流させることを可能とするような方策は、カードを相当数回収してそのモニタリングに依る等々、幾らでも想起することができよう。ネットワークで結ばれたコンピュータでソフトを使用する場合には、使用の都度、登録されたソフトの提供者の銀行口座に、コンピュータを使用する加入者の銀行口座から所定の対価が振り込まれるようなシステムを構築することもできる。[\*303]通信コストを考えれば、この方法による場合には、ある程度まとまった回数ごとに対価を支払うことになるであろう。ソフトがコピーされると必ずこれらのプロテクションもコピーされるようにしておけば、コピー自体に対するプロテクションは不要となる。というよりは、確実に課金ができるのであるから、むしろソフトがコピーされて使用された方が、権利者にとっては好都合である。ソフトはコピーによりどんどん普及することになるが、代わりに権利者に支払われる対価もどんどん増えていくことになるからである。使用者にとっても、どの程度使用するかわからないソフトについて複製のところで一律に対価を払うという現在のやりかたではなく、使用の頻度に応じて料金を払えば良いから無駄金の出費がなくなるとともに、ソフトの流通量が飛躍的に増大するために単位当たりの使用料が低廉なものとなるというメリットがある<sup>(4)</sup>。もちろん、面倒くさければ、現在一般に行われているように、売り切りの形でソフトを提供する者がいてもよい。

## 五 新たな前提に適合した新たな法制度の設計の試み

### 1 制度設計の際の留意点 アナログ世界の法とデジタル世界の法の交錯

以上のような技術的前提が確立された時代が到来した暁には、ことデジタル・ソフトを扱う限度においては著作権の法制も変容を迫られることとなる。複製の度に著作権侵害とするコピーライトの発想は印刷技術を前提とした法制でしかなく、使用の度に対価を徴収することが技術的に可能となった以上、もはや採用するを得ない。

しかし、ここで注意する必要があるのは、いかにデジタル技術が進歩しようともアナログの世界は残るということである。このアナログの世界に関しては現在の技術状況と変化がない以上、従来型の著作権法が妥当することとなる。しかもデジタル化されたマルチメディア・ソフトがデ

デジタルのままで流通するとは限らない。いったんアナログ[\*304]に落とされたうえで、アナログのコピーが重ねられることもありうるのである。そして、アナログから再度デジタル化されることもある。そうすると、従来型の著作権法が妥当するアナログ社会と新規の法制に親しむデジタル社会とを全く別個独立の社会として観念することができないことになる。法制度としても、両者をどのように調和させるのかという難問に突き当たることになる。この問題を解決しない限りは、折角の技術の進展に法制度が追いつけないということになる。

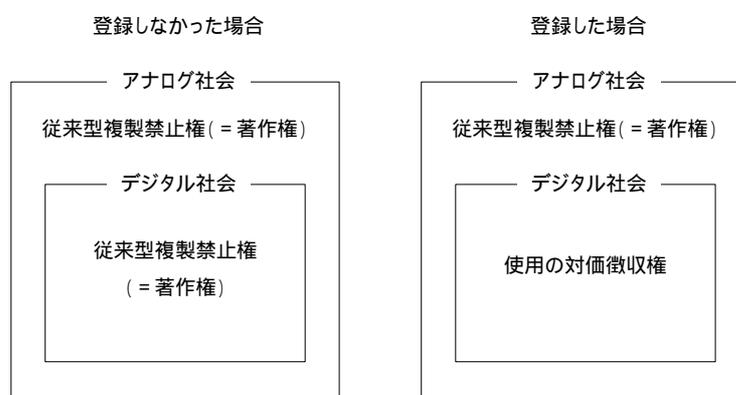
## 2 登録を媒介項とする解決

その解決としては、従来型の著作権法制と新規の法制を繋ぐ媒介項として、登録という制度を設けることが考えられよう。マルチメディアに適するソフトを開発した著作権者はソフトを登録することにより、デジタル・コピーに対しては排他権を失うが、その代わりにソフトの使用に対する対価徴収権を取得することができるものとする。ただし、ソフトがアナログ・コピーされた場合には著作権法による排他権行使を失うものではない、というような形で両者を調和することが考えられる。

この法制のメリットは、マルチメディア・ソフトの利用関係にとどまらず、一般のコンピュータ・プログラムに関しても、登録制度を媒介させることにより、コピーライトという発想にとらわれず、使用に対する対価徴収権を基本とする法制度を構築することが可能となるということにも求めることができる。

もちろん、登録は強制的なものではない。登録を強制する場合には、利用者のメリットを強調するのみで権利者の利益を後退させることとなり、創作活動のインセンティブを失わせしめることになる。したがって、登録は自由意思で行わせしめる必要がある。そのような法制にしたところで、上記のような技術的なシステムがいたるところで完備されているような時代が到来した場合には、より多くの収益を期待する経済的合理人は、このシステムを活用して利益[\*305]を獲得することが容易となるように登録を希望することとなる。登録していない場合にも、よほどそのソフトでなければ駄

目だという利用希望者は、未登録権利者の所に許諾を求めてはくるとは、同じような品質のソフトが登録されているとすれば、当然、取引費用が安くつく登録ソフトの方を利用者は選択するからである。



### 3 登録の決定権者は誰か

この登録するか否かを定めることができる権利者は、アナログ社会に妥当する法制度の権利者である。

著作物の著作権者がその最たるものであろう。その他には、たとえばデータベースの不正抽出に対する権利であるとか(参照、由上浩一「データベースの法的保護」工業所有権法研究 113号, 1993年, 田村善之「著作権法講義ノート」発明 92巻5号96頁(1996年)), コンピュータ自動生成物に関する権利等が法制下された場合には、これら[\*306]の権利者も登録の可否の決定権者に含めるべきである。この他、著作隣接権者、特に実演家について、これを決定権者に含めしめるべきか、それとも単なる対価請求権を有するにとどめるか、その場合には対価をいかなる手続きで決定するのかということも検討する必要がある。

なお、一部には単に既存の著作物をデジタル化しただけの者にまでデジタル化権等の権利を認めるべきであるという主張がある(松田正行「マルチメディア著作権」法とコンピュータ 10号 63・66頁(1992年))。

他人がデジタル化した者にフリーライドする行為は許容すべきではないという立場からこの提言に賛成する向きもあろう。しかしながら、フリーライド即違法とする単純な法理は存在しない。実際、松田・前掲もこのような単純な発想を採っているわけではないことに注意しなければならない。他人が開発した成果にフリーライドすることを許容すると、成果開発に十分なインセンティブが提供されないという場合に初めて、フリーライドを禁止すべきということになるのである(中山信弘『工業所有権法(上)』(1993年・弘文堂)6~7頁, 田村・前掲「機能的知的財産法の理念」)。したがって、問題は、フリーライドを許容してまでデジタル化のインセンティブを確保する必要があるか否かという判断に尽きることになる(同様の問題意識を示すものとして、中山・前掲新書 115~120頁)。

松田・前掲 63頁は、デジタル化行為に対するフリーライドを許容すると、デジタル情報化に労働、資金を投入することができなくなると論じており、その際に、著作権の存続期間経過後の著作物であるとか川の流れや鳥の声などそもそも著作物でないものをレコード化した場合にも著作隣接権の保護が生じる以上、デジタル化した者にも同様の保護を与えるべきであると自己の立場を理由付けている(同 64頁)。しかし、少なくとも著作隣接権が設けられた当時、そして現在でもレコード化をなすという作業を可能にするためには一定の資本の投下を必要とする。これに対して、かりにオーサリング・ツールの発達によりデジタル化そのものが安価に容易にできることになれば、そのような権利を認めてまでデジタル化を促進する必要があるのだろうか<sup>(5)</sup>。そもそも、デジタル化権なるものを認めな[\*307]くとも、有用なデジタル化技術を有している者は、登録しようと希望している著作権者と契約ベースで交渉することにより一定の対価を取得することができるのであるから、それ以上に無体財産権を認める必要はないのではなからうか。もちろん、著作権の保護が及ばないようなデータを収集してデジタル化した者などには、そのような収集行為を促進するために一定の保護を与える必要があるが、そのような要請はデータベースの不正抽出に対する権利等のそういった行為に適合した法理を独自に発展

させていくことにより満足すべきものである。それを安易にデジタル化権なるものを認めることにより解決しようとする場合には、既存の著作物を何らの努力もなさずにボタン1つでデジタル化した者に著作権者とは別個に独自の保護を与えることとなり、徒に権利を錯綜させるだけの帰結となる<sup>(6)</sup>。

#### 4 著作者人格権との関係

この他、改変容易というデジタル化されたソフトの特徴を活かすためには、著作者人格権、特に同一性保持権に関して何らかの手当てをしておく必要がある。

1つの方策として、登録の可否を決定する権利者に著作者人格権者を含め、登録に同意した場合には著作者人格権を放棄させるという方策により対処するという考え方があるようである。

だが、著作権者以外に著作者人格権者を登録の可否を決定する権利者に含めることを議論する実益があるのは、著作権を他人に譲渡した著作者に関してということになる。このような者にとっては登録制度により利用の対価が還流するわけではないから、登録に同意するインセンティブがあまりなく、かえって登録数自体が減少してしまうおそれがある。これに対して、登録により利用の対価が還流することを認めるのであれば、それは結局、著作財産権の1つを観念しているにすぎない。著作権を譲渡した場合にまで、譲受人のところに著作権(登録可否決定権を含む)とともに、なぜこの財産権のみが著作者のところに常に併存していなければいけないと観念するのか、理解に苦しむ<sup>(7)</sup>。

#### [\*308]

むしろ、登録は著作者の許諾なく行うことができるものとするが、著作者がデジタルによる利用に対しては著作者人格権の放棄の宣言をなすということを認めることにすれば足りよう。もちろん、現在の法制下でも、著作者人格権の不行使契約をなすことは可能であると解されるが<sup>(8)</sup>、ここでいう放棄とは、契約の相手方だけではなく、第三者もその効力を援用することができる物権的なものである<sup>(9)</sup>。そして、この放棄宣言があった場合、登録された権利情報にこの放棄宣言のあることを記載することができるようにしておくというような制度を連動させるべきであろう。この方策による場合には、放棄宣言が付随しない登録も多く行われることになるであろうが、その場合には、著作者の名誉感情の毀損の有無に関わりなく、著作物の改変、即、同一性保持権の侵害とする著作者人格権自体の現在の解釈を改めていくことにより、解決を探るべきであると思われる<sup>(10)</sup>。

#### 5 その他の問題

ソフトが極めて多数ある以上、特許のように出願を審査したうえ真の権利者か否かを確定する手続きを設けることは非現実的であろうが、異議申立てによって稼働する登録取消制度を特別に設けることは考慮してよい。

また、ソフトの利用を促進させるために、違法登録があった場合に善意利用者の保護制度を設けておくことも一考に値する。登録取消後あるいは悪意転換後も所定の対価を支払わせることにより利用を継続するということを認めるということも考えられる。しかし、そのような保護制度を設けた場合には真の権利者の保護に欠けることとなる可能性がある。損害保険制度と連動させ、登録料、コンピュータ購入料の中から一定額を強制的に保険料として徴収し、損害保険に強制加入させるという方策もありうるのかもしれない。

このような法制度を採用した場合にも問題は残る。マルチメディア・ソフトは決してそのままの形で流通するわけではないからである。むしろ、オーサリング・ツールによりたえず改変が加えられつつ流通することが通常であろう。

[\*309]

ただし、少なくともデジタルのままで流通するかぎりは技術的な問題は少ないであろう。改変されたソフトが登録される度に権利者が増えることになるが、技術が発展すれば多数の権利者の情報を重疊的にソフトなりホスト・コンピュータなりに貯蔵していくことは不可能ではあるまい。前述した技術的システムのもとでは、改変ソフトが使用されたとしても、それが原ソフトの複製に手を加えたものであるかぎり、権利者情報も複製されているのであるから、使用の度ごとに、原ソフトの登録者の元に対価が還流することには変わりはない。したがって、権利者情報も複製されている場合には、原ソフトの登録者に改変ソフトの登録を拒否する権利を認める必要はなく、改変者は自由に改変ソフトを登録することができる制度にすることにより、ソフトの流通を促進すべきであろう。ただし、最初のソフトの登録者の要求する対価の額が、ソフトがそのままの形で流通する場合と改変後のソフトが流通する場合とで同じものでしかないとすると、システムは極めて簡単なものとなるが、そうすると改変の度にただ権利者の数が増えていくのであるから、ソフトの利用の対価は雪ダルマ式に膨れ上がることとなる。少なくとも、改変の度に、すなわち元のソフトから改変ソフトが離れていく度に、要求する対価を低めていくような権利者の申し出を認めることができるようなシステムを用意すべきであろう。

むしろ、問題は、ソフトがアナログにいったん落とされる場合である。幾多の権利者が錯綜しているようなソフトは、簡便な取引を可能とするようなシステムがない限りは利用不可能であろう。さらに、現在の著作権法は創作性を基準として著作物の権利者とその保護範囲を確定する法制を採用しており、創作性のある表現を模倣しない限りは、改変著作物は二次的著作物となって著作権侵害となることはなく原権利の枠外に拉致されることになる。こうした法制度は、ソフトの改変が幾ら進もうとも元のソフトの権利者識別情報がコピーされ対価が還流する技術的システムとの間に齟齬を生むことになる。

アナログ社会に適合する法制とデジタル社会に適合する新規法制を連動する必要上、結局、著作権法の原則はデジ[\*310]タルのままの改変にも及び、著作権の権利範囲を越えるような改変については元のソフトの権利は及ばないということが妥当なのかも知れない。ただし、デジタル技術が関連する著作物の利用行為に関しては、そもそも現在の著作権法の権利範囲(田村善之「著作権法講義ノート ~ 」発明 92 巻 7 号 ~ 93 巻 3 号(1995 ~ 96 年)を参照)自

体が馴染まないものなのではないのかという問題があり、これをクリアしない限りは根本的な解決は得られないであろう。

なお、右のような技術的システムにとって、違法利用を技術的に防止するプロテクションは命綱とでもいうべき必須物である<sup>(11)</sup>。このプロテクションを法的に支援するために、プロテクションに対する破壊行為に対しては、刑事罰等、制裁が効果的に科せられるような法制度を敷くことが望まれよう。

## おわりに

ここでは右に述べたようなシステムを新規の「法」制度として導入することを提唱した。ただし、このようなシステムをあえて「法」制度として設けなくとも、第四節で述べたような技術的前提が確立した時代にあっては、自発的に同様の登録制度を設計する事業者が登場して、契約ベースで登録を希望するソフトの提供者を募ることになるであろう<sup>(12)</sup>。そうだとすると前記システムを法制度として設ける実益がどこにあるのかということが問われなければならない。

この問題に対して回答を与えるとすれば、第 1 に、使用行為が著作権の権利範囲に含まれておらず、さらに私的に複製することは著作権の権利範囲外とされている現行法制のままでは、無断使用者に対しては契約ベースで法的責任を追求するか、もしくは無断複製があった場合にそれを捉えて著作権侵害の責任を追求するしか方途がない(著作権法 113 条 2 項参照)。ために、権利者以外の第三者から適法に複製物を入手した後で使用度数をチェックするシステム[\*311]を何らかの形で迂回して無断で使用を開始した者に対して法的責任を追求することは困難である。したがって、そもそも登録された著作物の無断使用は違法であるという法制度とすることにより、技術的システムが破壊された場合、無断使用者に対して法的責任を問うことが可能となり、システムを法的に支援することができるということになる。

第 2 に、権利者の承諾無く登録された著作物について善意無過失で利用した者を保護しようとするのであれば、契約ベースで処理できない問題である以上、何らかの形で法的な規律を設ける必要があることは当然であるということになる。

逆にいえば、右システムを法制度として設ける実益はこの限度で存在するにすぎない。特に善意利用者の保護の制度を設けなくともよいという判断に立つ場合には、法の手当では最小限のもので済むことになる。

また、登録センターは 1 つで足りると考えるべきか、それとも複数ある方が望ましいと考えるのか、また、センターは公的なものであることを必要とするのか、私的なもので足りるとするのか、という問題がある。

センターが複数あるよりも 1 つである方が利用者にとっては 1 回の照会で簡便に多数のソフトを利用することかできるとともに、ソフトの供給者側が供給価格を吊り上げることができなくなるために、結局、使用価格も低廉なものとなるからより望ましい利用環境が形成されるという判断もありえよう。

しかし、他方で、登録センターが複数登場して競争が行われた方がより多くのソフトが掘り出

されるとともにセンター間で使用価格競争が行われるから、むしろこちらの方が望ましい利用環境となるという判断もありえるであろう。1つの方式に法制化することで下手に登録の仕方を規格化すると、かえってその後の技術の進展を妨げることになってしまうおそれなしとしない。競争に委ねておいた方が、登録方式、課金方式の技術が不断に進歩するのではないかという価値判断がありうるであろう。いずれにせよ、善意無過失利用者の保護制度を設けるとするならば、当然、登録センターはそれに足る信頼性のあるものに限るといふことになり、何らかの形で最低限の公的な規制は必要となる。

[\*312]

これらのヴァリエーションの中から1つの選択肢を採用したうえで、法的な規制をどの程度で設けるのかということを考える必要がある。ここで示した提案は、その1つの試みである。

- (1) 文化庁『著作権審議会マルチメディア小委員会第一次報告書』(1993年)、『著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキング・グループ検討経過報告』(1995年)、知的財産研究所『EXPOSURE '94 マルチメディアを巡る新たな知的財産ルール の提唱』(1994年)、知的財産研究所『マルチメディア社会実現のために必要な知的財産権ルールに関する調査研究』(1995年)など。やや保守的ながら網羅的に論点を紹介する文献として、山中伸一「マルチメディアソフトと著作権 ～ 」『発明』91巻8～9号(1994年)を参照。
- (2) ただし、デジタル化時代の到来により、放っておいても十分な創作活動が行われる、ゆえに特にインセンティブを設ける必要はないという判断を採用するのであれば、後者の事態に陥ったことを嘆く必要はない。その場合には、前者の権利処理のコストにより流通が阻害され、前者のような事態に陥ることを防ぐか、あるいは後者のような事態の中で法を守る正直者ばかりが馬鹿を見つというような事態を回避することだけを考えればよい。結局、デジタルの利用に対しては権利を弱めることになる。
- (3) ゆえに、この方式による場合には、プロテクションがかかっているプログラムは、従来型のコンピュータでは作動しないことになるから、アダプターを装着しない従来型のコンピュータの使用を法的に禁止したりする必要はなく、同様に、以下述べるところからも明らかなように、全てのプログラムにプロテクションをかけ、後述するプリペイドカード等による課金方式を法的に強制する必要もない。中山・前掲新書 157～158 頁の超流通(後述注(4)参照)に対する認識には技術的な点に関し誤っているところがある。
- (4) 以上のシステムを実現する技術的方策には種々のものがありうるであろう。その1つに超流通(Superdistribution)の構想がある(理論的な位置づけは以上のとおりであるが、本稿作成の歴史的な経緯からいえば、本文の叙述をなすに当たって全面的に参考としたのが超流通の構想であるといった方が正しい)。簡便に超流通の構想を俯瞰するには、森亮一「ソフトウェア流通の混乱を打開する超流通、使用記録の回収で料金徴収」『日経エレクトロニクス』582号98～101頁(1993年)、森亮一「著作権と超流通」『コピーライト』400号2～9頁(1994年)、河原正治「超流通における電子オブジ[\*313]ェクト課金方式の検討」『電子情報通信学会技術研究報告』Vol.94 No.240,

17～24 頁(1994 年)に当たるのが便宜である。また、森亮一＝河原正治「歴史的必然としての超流通」情報処理学会『超編集・超流通・超管理のアーキテクチャシンポジウム論文集』94 巻 1 号 67～77 頁に詳細な文献リストが付されている(同論文の本文はコピーライト 400 号 10～15 頁(1994 年)に転載されている)。

- (5) ただし、その後に発表された松田征行「マルチメディアにおける法的保護」知財管理 45 巻 1 号 97 頁(1995 年)の叙述はこの種の問題設定をなすべきことを認める趣旨であろう。
- (6) ただし、こと動画に関しては、CD-ROM 内にデジタル情報として長時間記録するためには、高度の画像圧縮の技術と一定の投下資本を要する。このような現在の技術を前提とすると、著作隣接権類似の権利を与えるという主張も、動画を CD-ROM に記録する場面に限っては、理解できなくはない。しかし、将来、技術が発展し、動画に関してもデジタル化技術が簡単に利用可能ということになれば、そのような著作隣接権類似の権利を設けてまで、動画のデジタル化を保護する必要はなくなるであろう。そうだとすると、動画に関しても、今からデジタル化権なるものを付与すると、かえって既得権化し剥奪すべきときに剥奪しえなくなるおそれがあるということを考える必要があるであろう。
- (7) 登録制度発足前に著作権を譲渡してしまった著作者の保護を考えているのだとすれば、経過措置の問題として論じるべきである。なお、ドイツ法には、権利譲渡時点あるいは利用権の付与時点で著作者が予想しなかった著作物の利用態様が現れた場合等々において、当該利用態様に関する権利は譲渡等の対象に含まれていなかったと解釈する法理(目的譲渡理論＝Zweckübertragungslehre)が存在することにつき、参照、渡辺修「譲渡目的論序説」東北法学 9 号(1988 年)。
- (8) この考え方に対しては、人格権について不行使契約が締結されたとしても公序良俗に反し無効であるとの反論があるかも知れない。しかし、反対説は、著作者兼著作権者が著作物の翻案につき他人に同意した場合にも、同一性保持権不行使も契約内容に黙示的かつ有効に含まれていると解さず、翻案物に対して後から同一性保持権を行使することを認める趣旨なのであろうか。もしそうであるとするならば、実務に多大な混乱を及ぼすことになる(井上由里子「著作物の改変と同一性保持権」ジュリスト 1057 号 67 頁(1994 年))。人格権に関し不行使契約を締結することができるか否かという問題は、すべての人格権について一律に論ずべきものではなく、各人格権の性質に応じて個別的に考えるべきものであろう。そして、著作者人格権に関しては、現行法上も、不行使契約は有効なものであると理解すべきであろう。

この他、やや折衷的な立場として、同一性保持権の不行使契約は著作者の名誉声望を害さない限り有効であるとの理解もあ[\*314]るようである(知財研・前掲 EXPOSURE22 頁を参照)。そこにおいて「名誉声望」がいったいどのような趣旨で使われているのか不明であるが、不行使契約の条件としてそのような制限を付すか否かは契約自由の枠内の問題であると解さないと、実務上、困ったことになることも少なからう(井上・前掲 70 頁注(12)、松田・前掲知財管理 102 頁も参照)。ちなみに、旧著作権法 36 条の 2(現行法 115 条)の「声望名誉」に関して社会的声望名誉を指すものであって名誉感情は含まれないとした最判昭和 61・5・30 民集 40 巻 4 号 725 頁(パロ

ディ事件第二次上告審)およびそれに対する批判と他の裁判例を紹介するものとして、参照、田村善之(判批)法学協会雑誌 106 巻 3 号 494~502, 504~505 頁(1989 年)。

- (9) なお、同一性保持権不行使契約を第三者が援用できる可能性を探究する解釈論上の努力として松田・前掲知財管理 99~102 頁があるが、同 102 頁も、現行法上、不明確な点があることは否めないから、立法で明確化するに越したことはない述べている。
- (10) ベルヌ条約 6 条の 2 第 1 項は、著作物の同一性を害する改変のうち、著作者の「名誉又は声望」を害するおそれのある行為に対して異議を申し立てる権利を認めることを要求しているに過ぎないと理解されており(WIPO(黒川徳太郎訳)『ベルヌ条約逐条解説』(1979 年、著作権資料協会)46 頁)、我が国の著作権法の同一性保持権の保護のレベルをこのベルヌ条約のところまで引き上げるべきであるという提言がある(知財研・前掲 EXPOSURE 22 頁)。これに関しては、井上・前掲 66~67 頁、中山・前掲新書 133 頁を参照。もちろん、そこにいう「名誉又は声望」の意味を明確化しない限り、評価可能な具体的な提言にはならないことに注意しなければならない。注(8)も参照。なお、著作者人格権も民法上、保護が認められている名誉その他の通常的人格権(=一般的人格権)の一表出物であるという理解が一般的である。斎藤博『概説著作権法』(第 3 版、1994 年、一粒社)95~97 頁、同『人格権法の研究』(1979 年、一粒社)228~235 頁を参照。ただし、反対、半田正夫『著作権法概説』(第 7 版、1994 年、一粒社)125~127 頁、同・前掲研究 183~184, 36~39 頁。

この他、パロディに関して、同一性保持権との関係での問題点を指摘する文献として、井上・前掲 68~69 頁、さらに著作財産権との関係をも視野に入れる文献として、加藤一郎「パロディと著作権」知的財産研究所編『知的財産の潮流』(知財研 5 周年・1995 年・信山社)所収を参照。

- (11) 利用度数をチェックしカウントするシステムに対する攻撃には、ハードないしソフトに物理的にアタックする方策の他に、ソフトをコピーする際にプロテクションを迂回してコピーする方策がありえよう。前者に対する対策の一例として、参照、森[\*315]=河原・前掲コピーライト 12・13 頁。後者に対する対策としては、暗号によるスクランブル化が考えられている。しかし、過度に暗号に頼る場合には、復号鍵を知る人間に対する金銭的誘惑、物理的脅迫等々のアタックが考えられるから、はたして の条件(前述第三節を参照)を満たす強固なシステムたりうるのかということが問題となる。参照、大瀧保広「超流通アーキテクチャにおける開発環境について」前掲信学技報 9~16 頁。
- (12) 森・前掲コピーライト 4~5 頁参照。なお、この文脈で語られたものではないが、著作権データが登録されたデータベースと著作物のデータベースを連動させ、著作権を取引する市場を形成しようとする構想として、参照、北川善太郎「著作権市場論、取引の場を構築する」日経エレクトロニクス 582 号 94~97 頁(1993 年)。