

## デジタル化時代の著作権制度 — 著作権をめぐる法と政策 —

田村善之

本日の私の報告は、著作権制度をどのように考えたら良いのかということに関する三つの視点を指摘したうえで、デジタル化時代を迎えた著作権法制度のあり方を論じようとするものです<sup>1</sup>。

### 1 著作権を保護しなければならない根拠は何かということ を考えるべきである —自然権論の限界—

最初の視点は、なぜ我々は著作権を保護しなければならないのか。その根拠を考えようということです。これにつきましては、大きく分けると自然権論と功利主義、あるいはインセンティブ論が対立しているところです。

自然権論には主に二つのタイプがあります。一つは、「人は自ら創作したものに当然に権利を有する」というものです。ロック自身がそのように言っていたわけではないのですが、それはともかくとして、このような議論を提唱する方は、ジョン・ロックの労働所有理論の応用としてこういったことをおっしゃるわけです。もう一つは、「人は自己の人格が顕現した

---

<sup>1</sup> 以下、引用は必要最小限のものに止める。詳しくは、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年)、田村善之「知的財産法政策学の成果と課題—多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望—」新世代法政策学研究創刊号(2009年)に譲る。PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY (Dartmouth 1996)、Antonina Bakardjieva Engelbrekt (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック(1)~(2)」知的財産法政策学研究22~23号(2009年)も参照。

ものに当然に権利を有す」というものです。前者が創作に主眼を置くとすると、後者は人格に主眼を置くものです。

しかしながら、知的財産権に関しては、どうしてもこれらのタイプの自然権論には限界があるのではないかと私は思っております。なぜなら、他者の自然権と衝突してしまうという問題があるからです。

ロックの労働所有理論<sup>2</sup>について言えば、第一に、ロックの労働理論は身体活動の自由を前提にしています。そして、人が身体活動の自由を犠牲にして労働した以上はその成果物に権利を持つべきだという論理を展開することで所有権を導きます。労働を犠牲としてとらえているところに限界もあるわけですが、それはともかくとして、人の身体活動に自由があることが前提となっています。

ところが、著作権のような知的財産権を認めるということは、逆に他人の身体活動の自由を拘束することになります。法哲学者の森村進先生がおっしゃっていることですが、ロックの自然権論が身体活動の自由を前提にしていたといたしますと、その権利で他者の身体活動の自由を制約することは、自由対自由で引き分けに終わってしまいますから、当然の自然権として導けないのではないかと考えます<sup>3</sup>。

第二に、ロックの理論における腐敗の制約と呼ばれるものに関わる問題があります。ロックの理論は、神は利用させるために自然というコモン、いまで言えばコモنزを人に与えたということを前提としています。その場合、特に有体物の場合にはコモンは腐敗します。腐敗するということは神からの教えに背くことです。そして、人が労働により自然から区別したものに関しては、その利用のために所有権を主張したとしても、コモنزに関わる他者の同意を必要としないと考えます。なぜかといいますと、その人が所有しなければそれは腐敗してしまったのだから、何も奪っていないと考えるわけです。

しかしながら知的財産権の場合には、ほとんどの場合、1人の者しか占有し得ない有体物と異なりまして、知的財産権という形で他者の利用に対

<sup>2</sup> JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, 286-289 (Peter Laslett ed., 1988) (1698).

<sup>3</sup> 森村進『ロック所有論の再生』(1997年・有斐閣) 121・241～261頁。

して排他権を主張できなくても、自ら知的財産を利用することは可能ですし、それで腐敗することはありません。ということは、腐敗の制約自体の前提が成り立たないと考えます。

第三に、ロック的なただし書きに関わる問題があります。ロックのセオリーでは、労働所有理論は、他者に同じようにたっぷりと残されている場合に限って、所有権を認めようという条件が付いています。もちろん、いまお話ししたように知的財産権の場合には、誰かがそれを利用して、他の人には利用する場所が残っていますので、このただし書きが問題になることはほとんどないのかもしれませんが。もともと、自己の世界を表現するために他者の著作物を利用せざるを得ないような場合には、著作権が制限されるのではないかと議論があります。

これについては、たとえば小説『風と共に去りぬ』を読む等の行為により他人の著作物を自らにとりこんだ結果、それが自分の体験の一部を構成している人にとっては、その著作物を利用することが自分を表現するために必要であり、それができないとすると自分の一部を切り取られたような思いをするという考え方から、このロック的なただし書きを使って、一部のパロディー等を正当化することが Wendy J. Gordon 先生によって唱えられているところです<sup>4</sup>。

続いて、人格に基礎を置く理由付けには様々なタイプのものがあり得ますが、ここでは、よく知られているものとして、ドイツの精神的所有権論に端を発するもの、特に、その主張者の一人である G.W.F. Hegel の理論<sup>5</sup>について検討してみます。

ヘーゲルは、人格を外界に発展させていくうえでは所有というものは不

<sup>4</sup> Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533, 1538-39, 1556-72 (1993). Wendy J. Gordon (田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号11～12頁(2006年)、田村善之「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方」同『市場・自由・知的財産』(21世紀COE知的財産研究叢書1・2003年・有斐閣) 226頁。

<sup>5</sup> G.W.F. ヘーゲル(長谷川宏訳)『法哲学講義』(2000年・作品社) 102～109・127～129・145～154・464～465頁。

可欠であり、所有権なしには、人は人格を外に発展できないという論理の展開で、所有権を導きます。ところが知的財産権は、別にそれを持っていなくても生活していくことはできます。つまり自己の人格を発展させるうえで、知的財産権は不可欠とは言えません。逆に知的財産権は、他人の人格の発展と抵触いたしますので、ヘーゲルの立場から言ってもやはり当然の権利とは言えないように思います。

したがって、知的財産権を正当化するためには、自然権論では足りないということになります。どうしても、自然権論に加えて功利主義的な考えが必要ではないかと思えます<sup>6</sup>。つまりインセンティブ論だということになります。インセンティブ論は、フリーライドをある程度は規制しないと創作的意欲がかなり減退し、知的財産の生産が過小となり、万人が困ることになるので、社会全体の厚生を促進のために功利主義的に権利がある、という説明をします。

以上のように、最初の観点は、著作権の保護の根拠を説明するためには、自然権だけでは不可能であり、功利主義的に考えなければいけないのだらうということになりましたが、これですべてが済むかというところ、そうではないところが非常に難しいところです。

## 2 著作権に関する政策形成過程に目を向けるべきである —インセンティブ論の陥穽—

続きまして、第二の視点に移ります。それは、著作権に関する政策形成過程に目を向けるべきだという考え方です。

私はいま、著作権や知的財産権というものは最終的には社会的な厚生に依拠して正当化しなければならないのではないかということをお話ししましたが、問題は、知的財産権に関して特定の制度を導入したことにより、本当に社会全体の効率性や厚生が改善したのか否かということを検証することは非常に困難であるということです<sup>7</sup>。権利の設定、拡張、制限等

<sup>6</sup> 森村進『財産権の理論』(1995年・弘文堂) 168～171頁。

<sup>7</sup> Nari Lee (田村善之訳)「効果的な特許制度に関する多元的理論の試み(1)～(2)」知的財産法政策学研究14～15号 (2007年)。

色々な制度設計がありますが、それによって本当に社会全体が良くなったかどうかという検証は困難です。

そうしますと、実体的な内容だけで、最終的に知的財産権あるいは著作権を正当化するには、不明なところが残ります。そこで、ある制度の採用や改革、権利の拡張、制限等を、たとえば立法等の民主的な手続きによって決定したのだからそれで良いのだという、政治的な責任の問題に帰着させないことには、最終的な正当化ができないのではないかということになります。したがって、プロセスが重要になります。先ほどの自然権論対功利性のところは正当性についてお話ししましたが、ここではむしろ正統性が問題となります。二つの「せいとうせい」を合わせざるを得ないのではないかということです。

しかしながら、ことはそれほど単純ではありません。これは集合行為論あるいは公共選択論<sup>8</sup>の教えるところですが、政策形成過程というものには、組織化されやすい利益が反映されやすいものです。たとえば、TRIPS等が多国籍企業のロビイング運動によって大きく左右されたのはよく知られています<sup>9</sup>。他方、経済合理的に人が行動する限りは、政策形成過程に影響を与えるほどのロビイング活動をするほどの便益がなければ、人は行動しないので、組織化されにくい利益は、政策形成過程に反映されにくいものです。ですから、世の中のトータルでは非常に大きな利益かもしれないけれど、分散され、組織化されていない利益というのは、政策形成過程にはなかなか反映されにくいという構造的なバイアスがあります。

たとえば、ユーザーの利益というものはなかなか反映されません。日本の著作権法上、いまだにファックスをすることをセーフとする明文は、実はどこにもありません。もちろん、私的複製はできるでしょう。しかし、企業内で使用する目的でファックスをした場合に、はたして著作権侵害が

<sup>8</sup> マンサー・オルソン(依田博=森脇俊雅訳)『集合行為論』(新装版・1996年・ミネルヴァ書房)、J.M. ブキャナン=G. タロック(米原淳七郎他)『公共選択の理論—合意の経済論理』(1979年・東洋経済新報社)。

<sup>9</sup> PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS KNOWLEDGE ECONOMY? (New Press 2004), Peter Drahos (立花市子訳)「知的財産関連産業と知的財産の国際化：独占促進と開発阻害？」知的財産法政策学研究3号 (2004年)。

否定されるのかという論点に関しては、私は以前からそれはセーフであると解釈すべきであると言っていますが<sup>10</sup>、そんなことを定めた条文はどこにもなく、解釈論を展開する他の方が本当にそう思ってくれるのか心もとないところがないわけではありません。

以上のように政策形成過程にバイアスがあるために、トータルで見れば組織化されにくい利益のほうが総計では非常に大きく、社会全体の厚生という観点からは本来は組織化されにくい利益を優先させる制度設計をすべきかもしれないのだけれど、立法過程のみですと、どうしてもこれを十分に反映することができないために、結果的に知的財産権が高止まりになる傾向があります。

しかも、さらに事態を悪化させるのが、Peter Drahos 先生が指摘されたように、知的財産権はかなり人工的に、自由に制度設計できる権利であることです。有体物に関する権利、所有権等であれば、どうしても有体物の利用を中心に、私はそこをフォーカル・ポイントと呼んでいます、焦点みたいなフォーカル・ポイントがありますので、そこを超えて自由に制度設計することはできにくいと思われまます。しかし、知的財産権は自由に色々な人の行為を禁止することができるし、国際的にも禁止することができます、そのうえ禁止できればできるほど利益が上がります。その分、政策形成過程に身を傾注するに足る便益があるということで、ますます歯止めがなく拡大し得るといえます<sup>11</sup>。これは、だれが悪いと言っているのではなく、経済合理的に行動するのであれば、どうしてもそのようになるということです。その意味で、こうしたバイアスによって社会全体から見れば損失をもたらすような制度が採用されてしまうという事態は、「悲劇」と言うことができます。

そこで、二つの対策が考えられています。一つは政策形成過程のガバナンス構造を何とか変化させることができないのかということです。そしてもう一つが、司法に期待するという考え方です。

一つ目の対策として、まず政策形成過程のガバナンス構造の変化につ

<sup>10</sup> 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号130頁(2003年)。

<sup>11</sup> DRAHOS, *supra* note 1.

いて考えてみます。

これはあくまで日本の動向ですが、日本には、私も発起人に名を連ねていますが、thinkC という NGO があります。この thinkC が扱っているのは、著作権の保護期間の延長問題<sup>12</sup>です。本日は、アメリカで保護期間の延長問題に対峙された Lawrence Lessig 先生<sup>13</sup>がいらっしやっておりますが、日本でも同じような問題があります。現在、日本の著作権法上の保護期間は著作者の死後50年が原則となっていますが、これをさらに20年延ばそうかという議論がなされているのです。

しかしながら、著作権の根拠がインセンティブに基づいて与えられるのだとしたならば、20年の延長によって、創作活動のインセンティブがどの程度改善されるのかは不明です。むしろ権利処理のコストが増すだけであり、延長は不要ではないかと考えられます。そもそも著作者の死後50年の保護ですら、必要なか怪しいものです。しかしこういった考え方は、なかなか政策形成過程には反映されにくいものです。そういった問題を考えるうえで、政府とは関係のない組織が動いているというのは大変興味深いところだと思います。

二つ目の対策が、司法による権利の制限に期待するということです。

これも日本の動向となりますが、日本の著作権法の条文上は、明確なフェア・ユースの条文がありません。したがって、著作権を一般的に制限する条項はありません。その代わり、日本の著作権法には多数の詳細な制限規定があります。それは完全にユーザーの利益を反映するようなものにはどうもなっておりません。さきほどはファックスの話をしたしましたが、インターネットにおいても、たとえばメールのコピー・ペースト等もどうなっているのかよくわからないところがあります。他方で、文化庁が監督する教育関係のユーザーについては著作権法内に非常に詳細な制限規定がありますし、また、権利者団体以外にも、放送局等の利用者の団体

<sup>12</sup> 今村哲也「欧米の著作権の保護期間延長議論にみる理論的諸相」高林龍編『知的財産法政の再構築』(2008年・日本評論社)、田中辰雄＝林紘一郎『著作権保護期間—延長は文化を振興するか?』(2008年・勁草書房)。特に政策形成過程のバイアスと保護期間の関係につき、今村/前掲220～222頁。

<sup>13</sup> ローレンス・レッシング(山形浩生＝守岡桜)『FREE CULTURE』(2004年・翔泳社)。

が関わっているところに関しては、それ相応のルール形成ができているところがありますが、こうしたエージェントを持たない、組織化されにくいユーザーの利益はなかなか反映されにくいという構造的な問題があります。

そうしますと、現在フェア・ユースを導入しようという議論が盛んになされていますが、これは、個別の制限規定が良いのか、それともフェア・ユースのように一般条項でスタンダードを決めておくのが良いのか、ルールとスタンダードの役割分担の問題になります。

古典的な法と経済学における議論におきましては、ルールでいくのか、スタンダードでいくのか、すなわち、個別の制限規定でいくのか、それとも一般条項でいくのかという問題は、立法のコストと執行のコストを比較する問題だと言われています。その議論は精緻なものですが、時間の関係上、不正確なことを承知のうえで簡単に言いますと、同種の紛争が多発する場合には、司法でいちいち決めていくよりは、立法で一挙に規律を明確化したほうが良いということで、そのときはルールを選択すべきであると言われています。他方で、同種の紛争が少ない場合には、立法にコストをかけるよりも、むしろ柔軟性を重視する点では、司法で事後的に規律を明確化したほうが良いので、スタンダードを選択すべきであると言われています。このような議論からは、たとえば私的な利用関係等は、非常に多数の著作物で行われていますから、むしろ個別の制限規定、すなわちルールを選択すべきではないかということになりがちです。

しかし、公共選択論の考えを入れた場合には、著作権のように法政策形成過程にバイアスがかかりがちな制度においては、ルールとスタンダードの区別にも別の意味を認めるべきではないかと考えられます。

ルールによる立法には、次のような弱点があります。ルールの場合には、ロビイングの攻撃目標が明確だということがあります。したがって、定められようとするルールに対して、権利者側に有利な方向に定めようとする圧力を誘うかもしれません。その結果、できあがったルール、たとえば個別具体の著作権の制限規定は、社会全般の厚生から見ると、著作権保護の水準としては高過ぎるものになってしまうかもしれません。

それに対して、スタンダードであれば、明確な攻撃目標にはならないかもしれません。スタンダードを採用した場合には、それぞれ内心で考える

ことは違っていますが、これなら許せるかなという感じで大きな枠組みについて合意を取り付けておくことができるかもしれません。著作権の制限規定に関しても、フェア・ユースのスタンダードで、ロビイングをかわして、大ざっぱに合意を取り付けておくことができるかもしれません。その場合、スタンダードはいったいどういう意味なのかというその具体化は、少なくとも日本では、ロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねることができます。

したがって、ことは立法と司法のどちらに判断させたほうがバイアスが少なくなるのかということが関わってくるのですから<sup>14</sup>、単純に、紛争が多いからルールのほうが良いとは言えないはずですが。このようにルールとスタンダードの役割分担に、法政策形成過程のバイアスというプロセスの視点も導入することが必要ではないかと考えています。この種の発想が、私が知的財産法政策学<sup>15</sup>として提唱しているアプローチです。

### 3 著作権制度は技術的・社会的環境の変遷に合わせて変化すべきである —著作権法の第三の波—

三つ目の視点は、著作権制度は技術的、社会的環境の変化に合わせて変化してきており、また変化すべきだという発想です。10年ぐらい前にインターネット時代が到来したとき、私は著作権法の第三の波<sup>16</sup>という考え方を提唱しました。これは別に、功利主義を取らずに自然権を取った場合にも必要となる考え方だと思います。

まず、著作権制度が被った第一の波は、印刷技術の普及です。

著作権というものは、不磨の大典のような権利ではなく、ローマ法以来の長い法律の歴史の中では新しいほうの権利に属します。そして、現在に

<sup>14</sup> Engelbrekt/前掲注(1)知的財産法政策学研究23号を参照。

<sup>15</sup> 田村/前掲注(1)知的財産法政策学研究20号、同/前掲注(1)新世代法政策学研究創刊号。

<sup>16</sup> 田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』(1999年・北海道大学出版)207～209頁、同/前掲注(4)232～237頁。

つながるという意味での著作権法の起源は、16世紀に印刷技術の普及によってもたらされました<sup>17</sup>。印刷技術が普及したことに伴い、海賊版、海賊版かどうかは当時は問題ですが、それが現れ、出版社が立ち行かなくなり、出版社を保護する必要性が生じたので、コピーに対する権利を求める声があがり、コピーライトができあがっていったのです。出版行為を規制する権利である以上、コピー禁止権、つまりコピーライトになったのも当然だと思います。

20世紀半ば頃までこれで十分でした。なぜなら、複製には相当の投資が必要だったので、複製者は少数しかいなかったからです。レコードや本をつくることは、私人ができることではありませんでした。したがって、コピーライトという権利の名前であったものの、事実上は競争を規制する権利に止まっていた。そうなりますと、二つの意味で利点がありました。第一に、総体的にいえば、監視が容易であることです。現在の特許と同じ程度ですが、監視が容易であり、権利に実効性もありました。それだけではなく、競争だけが規制されますから、私人の自由はあまり害さない権利であったわけです。

ところが、第二の波として、20世紀半ばの複製技術の普及です。

複製技術が私人の領域にまで普及したことにより、複製者が多数になりますから、コピーライトが私人の活動をも規制する権利に変容しました。これは、私人の活動の自由が害されているだけではなく、権利者にとっても困ったことで、監視が困難であり、権利の実効性を欠くという問題があります。そこで対策としては、複製技術を持つ者が少数だった時代に複製権を付与したことと同様の観点から、いまだに行業者が少ないところに権利を移していく考え方が取られました。貸与権や、複製機器や媒体に対する補償金制度がその例です。これは、複製の数は多くなったかもしれないけれども、公に貸与する業者や、複製機器や複製媒体を製造販売する者の数がまだ少ないことに着目した規律です。

この第二の波に対する対応が解決しないうちに、第三の波が現れました。それがインターネットの普及です。

20世紀の末からインターネットにより、公衆送信までもが私人に普及し

てきました。コピーライトは長い間、複製禁止権と公の利用行為規制という二本立てで私人の活動を規律していました。そのうちの一つ、公の利用行為を規制するという枠組みまでもが、私人の活動と抵触するようになりました。監視は不可能ではありませんが、数は膨大、かつ国際的です。他方で、Lessig 先生が提唱したように、逆にプロテクションがかなり強くなってくる可能性がありまして<sup>18</sup>、権利のバランスが問題になってきているということです。

#### 4 デジタル化時代の著作権制度のあり方

最後に、デジタル化時代の著作権制度のあり方というものを、今までの三つの話を踏まえてまとめたいと思います。

インターネット時代の到来を著作権法が被った第三の波と私が名付けてから10年経ちましたので、ここでいまい度その意味を少し考えてみようと思います。

一つは、よく言われることですが、他人の著作物の利用の機会が増えたことに伴い、利用の自由を確保する必要が増えたのではないかと。他方で、利用され過ぎるのでどうするかという問題があります。これは第二の波のときにすでに問題となっていたことが、場面を変えて拡大したということになりますが、しかし、インターネットが与えたインパクトはそれだけには止まりません。

インターネットの時代になって、従来と異なり、利用の機会が増えただけではなく、利用される著作物も増えました。つまり、私人の著作物が、本人の許諾の有無に拘らず、どんどんインターネットにアップロードされてきています。そして、以前はほとんどアクセスすることができなかったような昔の記事や雑誌の写真等が、アップロードされて、使用されています。そういたしますと、利用される著作物のタイプが大きく分かれることになります。利用される著作物の中で、著作権処理のコストに見合う便益を得ている著作物と、そうではない著作物があるわけですが、インターネット時代の前に比べると前者の割合が低下しました。これは第二の波のと

<sup>17</sup> 白田秀彰『コピーライトの史的展開』(1998年・信山社)を参照。

<sup>18</sup> ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『CODE VERSION 2.0』(2007年・翔泳社)。

きにはなかった現象です。

それに対応して、権利者も大きく分けて二つのタイプに分かれていると思います。一つは、プロテクション技術の活用を通して、あくまでも権利を行使していこうとする著作権者です。他方で、権利行使に一切無関心な著作権者も存在します。特に著作権者が不明になっている orphan works の問題もあります。後者のタイプの権利者の著作物までもが大量に容易に利用できるようになってきていることが現在の問題だと思います。

このうち前者のタイプ、つまり権利を行使する著作権者の意向は、政策形成過程に反映されやすいものです。他方で後者のタイプの権利者の意向は、政策形成過程にはほとんど反映されにくいものです。その結果、権利者の意向と著作権法の乖離も大きくなっていくと見ることができます。

そうすると、さきほど利用者側のガバナンス構造の話を説明しましたが、権利者のほうでも同じようなガバナンス構造の問題になってきており、そこにクリエイティブ・コモンズ<sup>19</sup>の意味があるように思います。クリエイティブ・コモンズには、利用の自由の確保ということだけではなく、それ以上に、分化する権利者の意向に合わせた法制度の形成を促すという意味があるのではないかということです。つまり、政策形成過程に反映しにくい利益の吸い上げという意味もあるのではないかということで、ガバナンス構造の変化という観点からも、クリエイティブ・コモンズの運動は注目されるどころです。

しかしながら、クリエイティブ・コモンズはあくまでも任意的な動きであります。多くの権利者が現行法のような水準の著作権は必要ないと考えていたとしても、そのような権利者のなかには、クリエイティブ・コモンズの意味がよくわからず、それを研究してまでして CC マークを付けることを面倒だと思う人が少なくないかもしれません。そうしますと、むしろ法制度としては、たとえば権利が大きく二つに分かれたとき、どちらに法制度を合わせたほうが良いかを決定する際に、むしろ政策形成下でアクションを取ることが困難な側に法制度を合わせ、政策形成下でアクションを取れる側に政策形成を動かすようにさせる考え方があり得るのではない

<sup>19</sup> クリエイティブ・コモンズ・ジャパン編『クリエイティブ・コモンズ—デジタル時代の知的財産権』(2005年・NTT出版)を参照。

かと思います。

結論として、デフォルト・ルールを変更してしまう。たとえばパブリック・ドメインであるとか、クリエイティブ・コモンズで選択しうる程度の保護<sup>20</sup>をデフォルトにするという法制度が考えられます。それがあまりにもドラスティックに過ぎるといのであれば、オプションとしては、デジタル用に限定したり、一定期間経過後は登録をしないとパブリック・ドメインやクリエイティブ・コモンズ並の保護になるとか、多少マイルドな制度設計もあるでしょう。

## 5 結びに代えて —クリエイティブ・コモンズの運動の意義—

最後になります。ただ、このような話をすると、ベルヌ条約やTRIPS協定との関係はどうなのかが問題となります。日本の著作権法で、少なくとも日本を本国とする著作物について上述した制度を採用しても条約違反にはならないと思いますが、そうは言っても政治的な問題は生じるでしょう。また、そもそも、日本を本国としない著作物についても同様の制度としなければ抜本的な解決とはならないかもしれません。そうすると、権利を弱める方向への条約の改正というそれこそガバナンス構造の観点か

<sup>20</sup> J. Coates, “Creative Commons – The Next Generation: Creative Commons license use five years on”, (2007) 4:1 *SCRIPTed* 72 <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol4-1/coates.asp>> によると、2006年6月までの統計では、クリエイティブ・コモンズを選択した者のうち、96.6%が「表示」(著作者名、タイトル等の情報を表示することを求めるもの)を選択しており、67.5%が「非営利」(営利目的での使用を禁止するもの)を選択している。他方、「改変禁止」は24.3%、「継承」(改変により新たに生み出されたものについて同一の組み合わせでのライセンスを求めるもの)は45.4% (「改変禁止」が選択されていないことが前提となるので、改変も自由、継承も求めない者の割合は、 $100\% - 24.3\% - 45.4\% = 30.3\%$ となる) という数字となっている。

つまり著作権が完全にフリーと考えられているわけではなく、ほとんどが日本法で言えば著作者人格権である氏名表示権の尊重を求めており、また著作権についても営利目的のものは禁止する意向が表明されることのほうが多いことが分かる。デフォルト・ルールの落としどころを探るうえで興味深い数字であると言える。

ら困難な課題を克服する必要があることとなります。したがって、近々の解決策ではないかもしれませんが、長い目でみれば、このような新たな制度の導入ということも考えてしかるべきであるように思います。

もちろん、条約を引き合いに出すまでもなく、こうしたドラスティックな変化というものを政策形成過程に反映していくには、多大な困難が伴います。しかし、まさにそのように政策形成過程に直接反映されることのない利益が関わっているからこそ、クリエイティブ・コモンズの運動に着目すべきだろうと思います。このようなクリエイティブ・コモンズの運動が盛んになればなるほど、デフォルト・ルールというものが社会に望まれているということが明らかになり、それが何らかの形で政策形成過程に反映される可能性があるように私は思います。私の報告は以上です。

[付記] 本稿は、2008年7月29日に札幌で開催された Creative Commons International が主催する iCommons Summit の LEGAL DAY における Copyright Institution in the Digital Age と題する keynote speech の講演録である。関係者の方々、とりわけ招聘の労をとっていただいた Creative Commons International の Director の Catharina Maracke 弁護士に感謝申し上げたい。