

中山 信弘著『著作権法』

田 村 善 之

はじめに

2008年10月、待望の書籍が出版された。長らく知的財産法学界をリードされてこられた中山信弘先生の著作権法の体系書『著作権法』がついに公刊されたのである。1980年代に中山先生の講義や『ソフトウェアの法的保護』（新版・1988年・有斐閣）[初版・1986年・有斐閣]で、自然権より政策論、所有権より財産権という特徴のある先生の知的財産法の体系に接し、著作権法や知的財産法の研究に踏み込むことになった書評者にとって、本書を手にする感慨は、格別のものがある。以下、紙幅の都合もあり、枝葉にこだわることなく、本書の体系観に関わるところに集中した紹介を行うことで、書評とすることにした。

1 著作権法の体系観

1) 創作へのインセンティブ vs. 自然権的アプローチ

よく知られているように、著作権法あるいは知的財産法の存在意義に関しては、大別すると、創作のインセンティブを確保するために必要だからとするインセンティブ論と、人は創作したものについて当然に権利を有すると考える自然権論という二つの潮流がある(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))。

この点に関し、本書は、著作権の存在理由に関し、「創作へのインセンティブ」(13頁)と「自然権的アプローチ」(14頁)が対立していることを指摘しつつ、具体的な著作権の制度自体は、「時代の産物」であり、「アナログ時代に適合的であった制度が、必ずしもデジタル時代に適合的であると

はいえない」と指摘するに止め(14頁)、いずれのアプローチが妥当かということに関しては少なくとも明言はしていない。

これは著作権法の構造が「創作者の個性の流出物」としての「古典的著作物」としての保護を前提としており、近時著作権法が保護を拡げつつある「経済財としての性格が強い」著作物の規律に妥当すべき「産業政策的フレキシビリティ」を欠くという指摘と無関係ではないだろう(16～17頁)。著作権法の構造が前提としていられる「古典的著作物」としての保護は、明示されていないが「自然権的アプローチ」に馴染むものとされていると捉えて大過ないだろう。それに対して、著作物の規律に妥当すべきであるとされる「産業政策的フレキシビリティ」が「創作へのインセンティブ」のアプローチに馴染むものであることは明らかである。こうした叙述から読み取れることは、本書が「創作へのインセンティブ」に特化したいところであるが、著作権法の構造が「自然権的アプローチ」を前提としている以上、単純に一本化することはできないということなのではないかと思われる。

しかし、より具体的な解釈論の大原則を唱える際には、明らかに「自然権的アプローチ」ではなく、目的手段的な「インセンティブ」アプローチをとっている。

たとえば、第一に、著作権の制限のところ、著作権は天賦の人権ではなく、文化の発展という目的のためにその内容を定めるべきものであるから、著作権法30条以下は著作権の制限規定であるがゆえに制限的に解釈しなければならないという考え方は採用しがたい、とされている(241頁)。元来、著作権は無制限な権利であって制限規定はその権利を奪うものであるとか、作者の犠牲になるような権利制限をすべきではないなどの議論はなすべきではない、という叙述も見られる(272頁)。

第二に、著作権の保護期間に関して、著作権による表現の自由の制限が許されるのは、著作権の制限規定の存在、アイデアと表現の二分論、保護期間の制度があるからであり(342頁)、現状でさえ長期にわたる著作権の存続期間をさらに延長させることは、創作のインセンティブの改善が検証されない限り、社会に不利益を与えるものでしかない旨が説かれている(343～345頁)。

こうしたインセンティブ論に立脚した目的手段志向が、他の多くの著作

権法の教科書と異なる本書の特徴である。

2) 叙述の構成

ところで、インセンティブ論に立脚した著作権法の体系書としては、書評者の著した、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)[初版・1998年・有斐閣]がある。同書は、本書の考え方を継承するとともに(田村・前掲著作権法概説の公刊は本書よりも早い)、その時点ですでに中山・前掲ソフトウェアの法的保護や同『マルチメディアと著作権』(1996年・岩波書店)が公刊されていたことを指摘するまでもなく、そもそも書評者は中山先生の講義等から受けた学識を研究の出発点としている)、著作権制度の存在意義の積極的な根拠をインセンティブ論に特化し、自然権論は消極的な根拠に止めている(田村・前掲著作権法概説20～21頁)。それゆえ、著作権法を叙述するのに、現行著作権法の条文の順序で、たとえば著作物性、著作者、著作者人格権、著作権の内容、著作権の制限、権利侵害といった順序で体系を論じることはせず、独自の叙述の構成を志向する(同書はしがきiii頁参照)。著作権は、物理的には自由である人の行為を、目的達成のために法的に人工的に制約する権利に過ぎないという理解を前提に、ゆえに、法で設定された侵害の範囲を決めることが先決であり、その後で権利の帰属(=著作者)や経済的利用を考えるという体系を提唱したのである。

本書は、こうした田村・前掲著作権法概説の構成をして「ダイナミックな記載」と評しつつ、著作権法の条文どおりの構成が「読者にとっても馴染みが深い」ことを理由に、叙述の順序も著作権法の条文の順序にほぼ沿うものとしている(はしがきiii頁)。

しかし、ここには読者の「利便性」の確保という表面的な理由以上の意味合いがあるように思われる。すぐ後に述べるように、本書の本文は、「著作権法の憂鬱」と題するショッキングな書き出しで始められている。田村・前掲著作権法概説のように現行著作権法の構造をインセンティブ・アプローチで一元化する方策を採用せず、現行著作権法の条文の前提(本書の理解では、それは自然権アプローチである)と、本書が目指す目的手段志向に齟齬があるという状況こそが、本書が著作権法の「憂鬱」ないし「混迷」(後述)の原因であり、それがそのまま著作権法を語る順序という器を

著作権法の条文に沿ったものとしつつ、叙述の内容には条文が前提とする自然権アプローチとは異なるアプローチを含めるというスタイルを採用したことに顕現しているように思われる。

2 「著作権法の憂鬱」

1) 「著作権法の憂鬱」

本書が「著作権法の憂鬱」（2頁）の原因として指摘しているものには、二種類のものがあることに注意する必要がある。

2) 「憂鬱」の原因 その1（著作物の拡大）

本書は「著作権法の憂鬱」の原因として、プログラムやデータベース等が著作物として保護対象に取り込まれたことを指摘する(24頁)。著作権法は、「創作者の個性の流出物」としての「古典的な著作物」の保護から「経済財としての性格が強い」著作物に保護対象を拡張している、というのである(24頁)。

このうち、「経済財」としての著作物に対しては、「著作者の個性の保護」から「投資保護」へと発想を転換する必要がある(25～26頁)。ところが著作権法は、著作物を創作者の個性の流出と捉えており(25頁)、「文化」を規律する法となっているがために(15～16頁)「産業」を規律する特許制度のような「産業政策的なフレキシビリティ」を欠く(17頁)。このような保護対象と著作権法の構造との齟齬の間で、著作権法の解釈論の一つの原理で貫くことは困難であり、「著作者の個性の保護」と「投資保護の要素」の双方の要請のなかで、著作権法はしばし「混迷」をさまようことになる、と予言する(26頁)。

3) 「憂鬱」の原因 その2（流通の変化）

割かれている頁数は少ないが、もう一つ、本書は「憂鬱」の原因として、デジタル技術による情報の流通量が拡大しており、さらにインターネットが隆盛を迎えたことを指摘する(28～29頁)。著作物の取引が量的にも地域的な範囲においても拡大するなかで、著作物の無断利用行為を禁圧しつつ、情報が広く利用されるという、ややもすれば背反する要請を調査させるこ

とが今後の課題となるが、現行著作権法がそのような状況の変化に耐えうるものであるのか、検証が必要であるという表現で疑義を呈することで、考察を結んでいる(29頁)。

4) 「憂鬱」の内在的検討

「憂鬱」の原因その1は、「1980年代的憂鬱」と評することが許されるであろう。1985年の著作権法改正により、プログラム著作物が保護の対象となる著作物の例示のなかに明記された。また、1986年の著作権法改正では、データベース著作物の保護規定が創設された。この時代に著されたのが、中山・前掲ソフトウェアの法的保護である。

これに対して、「憂鬱」の原因その2は、「1990年代的憂鬱」と評することができる。1990年代前半にはマルチメディア時代の到来という表現が盛んに用いられた。複製容易、改変容易の時代の著作権のあり方という問題意識の下で様々な議論がなされた。この時代に著されたものが、中山信弘『マルチメディアと著作権』（1996年・岩波書店）である。そして、1990年代後半には、インターネットが普及し、複製容易、改変容易ばかりでなく、流通容易の時代を著作権法は迎えることになる。

3 「著作権法の憂鬱」への対応策

1) 「憂鬱」対策の理念型

1980年代的憂鬱である「憂鬱」の原因その1に対しては、理念的には、著作権法を二分化することによる対応が可能である。「古典的著作物」に対しては、「伝統的」著作権法の法理をもって当て、新型のプログラムやデータベース等の「経済財」型著作物に関しては「産業政策的」な法理を導入するという方策である。

ところが、1990年代的憂鬱である「憂鬱」の原因その2は、このような二元的な対策を困難とする。伝統的著作物についてもデジタルとインターネットの波は押し寄せているからである。ことここに至っては、もはや二元的処理ではなく、古典的著作物に関しても変革の対象にせざるを得ない。「著作権法の憂鬱」が増す所以である。

2) 本書の対応

それでは、こうした二つの憂鬱に対する本書の対応はどのようなものであるのか。

かつて、1980年代的憂鬱に接した、中山・前掲ソフトウェアの法的保護は、二元的処理を志向し、プログラム著作物の産業的な性格を強調し古典的著作物と異なる取扱いを強調した。たとえば、古典的著作物の創作性に関しては「個性の発露」があれば足りるが、プログラムの著作物には「高い創作性」を要求するという「ダブルスタンダード」はその顕れである(51頁を参照)。また著作権法15条の職務著作の評価に関しても、「同条はあくまでも著作権法体系の中では例外的な規定であり、拡張解釈すべきでないことは言うまでもない」(中山・前掲ソフトウェアの法的保護54～55頁)とされていた。

これに対して、本書にあっては、伝統的著作物を含めて一元的な変革を目指す場面が増えた。たとえば、権利の発生の場面では、「表現の選択の幅」という尺度で測る「統一的創作性概念」(52頁)を提唱し、伝統的著作物、「機能的・事実的著作物」をなだらかに処理すべきことを提唱する。このことは、「著作権を創作者の人格を中心にした構造から、経済財を中心とした競争法的、経済法的要素を中心にした構造へと再構成することを意味する」という(58頁)。また、権利の帰属の場面でも、かつては例外的な事象であるとしていた職務著作に関する15条に加えて、映画に関する16条、さらにはコンピュータ創作物に関しては、「投下資本の回収と利潤の獲得という経済目的のために、財産権と著作者人格権を一か所に集中させ、流通・利用の促進を図るという必要があり、著作権の経済財化傾向を示すものとして、著作権法の新しい体系を考察する際に注目すべき事象である」と、著作権法全般に影響を与えるべき制度として肯定的な評価がなされている(171頁)。

もともと、二元的処理を志向する場面もある。たとえば、著作者人格権の取扱いに関しては、著作者人格権と一般的人格権との関係につき、あえて同質説にも異質説にも純化することなく両性説とでも呼ぶべき立場を採用し(362頁)、名誉声望を害される場合を超えた保護の部分は著作権法が特別に規定している権利であると捉えて、その部分に関しては柔軟な解釈が可能であるとする(362頁)。具体的には、たとえば、その部分につき

放棄が可能である(365頁)、あるいはその部分について同意の効力を認めている(395頁)。そして絵画や小説等に関しては、著作者人格権を強く解し、事前の契約の効力は弱く解するという(363頁)。ここでは、一般的人格権との連続性が強調されている。他方で、プログラムのように「人格の露出」が低い著作物に関しては、著作者人格権を弱く解する事前の契約の効力を強く認める(363頁)。ここでは、一般的人格権との異質性が強調される(366頁)。一般的人格権との距離感を軸に、古典的著作物と産業政策的な著作物の二元性が維持されているといえることができる。

3) 「憂鬱」の外在的検討

外在的に検討するのであれば、はたして「憂鬱」の第二の原因は1990年代型憂鬱に特有の現象かということが問題となろう。これは書評者が提唱する著作権法の時代認識論である「著作権法の第三の波」の議論に関わる(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』(2003年・有斐閣)193～194頁)。

「著作権法の第一の波」とは、印刷技術の普及を指し、それにより複製禁止権を柱とする著作権制度の制定が促された。複製技術が普及していなかった時代、複製禁止権は実質的に競争規制を意味していた。「著作権法の第二の波」とは、複製技術の普及である。これだけ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いう枠組みは、著作権の実効性が問われるとともに、私人の自由を過度に害することになるという問題が発生した。そして「著作権法の第三の波」であるインターネット時代が到来し、公衆送信までもが容易になった結果、「公の」使用という枠組みすら私人の自由を守る安全弁にならない。

このうち、第二の波の時点で、憂鬱の原因その2は起きていたといえることができる。伝統的著作物を含めて利用の自由を確保するために一元的に著作権法が変革しなければならぬ要請はより強いものであるように思われる。

4) 今後の課題

本書は、プログラムやデータベース著作物の混入という1980年代的憂鬱と、デジタル化時代、インターネット時代の到来という1990年代的憂鬱の

二つの憂鬱を抱えながら、古典的な著作物を前提とする伝統的な著作権法が、産業政策的な処理にもがく様を描き出し、そのような憂鬱のなかで、一元的処理と二元的処理の危うい綱渡りを続ける著作権法の混迷を描写する。こうした構成が採用されているのは、1980年代的憂鬱の時点に中山・前掲ソフトウェアの法的保護が著され、著作物中心の二元的アプローチからスタートした後1990年代的憂鬱を視野に入れたことと無縁ではないのかもしれない。

他方で、書評者は、1980年代に、本書の素となる発想の聲咳に接しながら、1990年代憂鬱の時点に、本格的な著作権法の研究をスタートさせている(田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」同『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)[初出：ジュリスト1057号(1994年)]。「選択の幅」と同じことを「自由度」という物言いで表しながら(もちろん、書評者は、中山先生の講義等からいただいた学恩を学説では発展させており、行為者にとっての選択の自由度で創作的表現を問題とする発想のプライオリティはいうまでもなく本書にある)、著作物性のところよりは、侵害の成否を決する著作物の類似性における創作的表現の再生という基準のなかで、行為者の自由度に応じた保護範囲の広狭を探る叙述を主とする、行為者の自由中心の一元的アプローチを志向する構成を採用したのも(田村・前掲著作権法概説63～71頁)、単なる偶然ではないのであろう。もっとも、インターネットに適合的な著作権法の体系を構築していないことに変わりはない。本書が指摘する「憂鬱」ないし「混迷」という警鐘を肝に銘じつつ、新しい著作権法の体系を模索していく必要がある。

4 結びに代えて—本書の解釈手法の特徴—

本書が提唱する個別の解釈論は示唆に富むものが多く、とても本書評に許された紙幅で書き切ることはできない。そこで、最後に、本書の解釈の特徴のようなものを概観することで結びに代えることにしたい。

本書は、先にも述べたとおり、目的手段志向により、著作権を絶対視せず、相対化するが、他方で、同じく目的手段志向により著作権の保護を強化する方向の解釈を呈示することも辞さない。

たとえば、設計図に関して、原則は「創作性の判断は、思想・感情自体

の創作性ではなく、原則として創作過程の創作性に着目すべきであるが、設計図のように技術的・事実的色彩の濃い著作物に関しては「表現方法」が確立しているものもあるということを指摘しつつ、著作権法が奇抜なものや解読不能な設計図のみを奨励する「間の抜けた法」になることを回避すべきことを理由に、「設計図等の場合の具体的な表現とは、思想・感情を無視した裸の表現と考えるべきではな」とする(64頁)。

編集著作物に関しては、創作性を選択の幅の問題と捉える方向による解決を示唆しているが(114頁)、職業別電話帳等について特別の扱いを必要とする旨が説かれており(116頁)、12条1項は確認的な規定ではないとするその言辭からは、事実・データを素材とした編集著作物に関しては、アイデアは保護されず創作的表現のみが保護されるという著作権法の原則を修正することも辞さずと考えていることが窺える。

実際、その実現のために「素材」を「規範的に」捉えることを提言し(113頁)、一般的にアイデアに止まるような選択や配列についても、選択や配列の対象となる素材自体をより抽象的な次元で把握することにより、通常はアイデアの領域に止まると考えられているような編集方針をも創作的表現と捉える手法が採用されている(111～114頁)。他方で、編集方針というアイデア保護に繋がることにより弊害が生じかねないことは否めないとするので鶴的である。明言されているわけではないが、網羅型のデータベースについても、選択の幅が競業者にある程度、残存する限りにおいて保護を認める方向に踏み込むのであろう。

侵害の成否に関しては、データベースの保護に関する叙述であるが、創作性要件については競争法的要素を加味するとしつつ(123頁)、侵害の場面では、ユーザーがデータのみをまとめて抽出する行為に対して「創作性ある情報の選択や体系的構成が存在するとは限らない」ことを理由に消極的な態度を示している(124頁)。結局、創作性概念を競争法的に操作し、一定の網羅型データベースに関して、従来の見解よりも著作物性を認める範囲を広くとるが、その保護は全体がデッド・コピーされた場合あるいは相当程度のまとまりが抽出された場合など、変容された創作性が再現される限度で認められるに止まるということであろう。

こうした設計図や編集著作物の取扱いは、他の著作物と異なる創作性概念を志向する非一元的処理を志向し、(田村・前掲著作権法概説80～90・

93～95頁に比すると)相対的に easy to copyright, easy to infringe と評しうる解釈論を提唱したものであることができる。

もっとも、このように目的手段志向様式が常に解釈論に反映されるわけではなく、むしろ、原則は司法限りでの判断ではなく、立法に委ねるべきとする慎重な態度が示されることが少なくない。

こうした謙抑的な姿勢は、権利者に有利にも不利にも働くところに特徴がある。

たとえば、未保護領域における不法行為の活用に関しては、知的財産法で保護しないという制度設計をしたことは、基本的に当該情報は自由利用の領域に属すということと、法的安定性の観点に鑑みて、不法行為の成立には慎重であって然るべきである(209頁)、とする。著作権のいわゆる間接侵害に関しても、条文の根拠なく差止めを認めることは妥当ではないとする(476～477頁)。手足論で侵害の主体を拡大することは認めざるを得ないが(477・482頁)、カラオケ法理を過度に広げることが、侵害行為を特定し権利制限規定を設けている法の規律が迂回されることになりかねない。最近の法改正は迅速になされるから、侵害の主体は条文で規定された範囲として、結論に問題があるとなれば立法に委ねるべきである(480～482頁)、とする。

他方で、フェア・ユースに関しては、著作権の制限規定が詳細であり、フェア・ユースの入り込む余地はないように見えるということと、現在では毎年のように法改正が行われ、必要があれば制限規定も迅速に改正されるようになっていくことを理由に解釈論として導入することに否定的な立場をとる(309～310頁)。

このように権利を拡張する方向にも、権利を制限する方向にも、原則は立法マターであるとして、等しく慎重な態度をとることに違和感がなくはない。知的財産のユーザーの立場に立つことが多い中小企業や消費者の利益のように、トータルでは大きな利益となるにも拘らず組織化されにくい者の利益は、知的財産権の権利者の立場に立つことが多い大企業の利益のように、トータルでは消費者の利益よりも小さいのだけれども組織化されやすい者の利益に比して、政策形成過程や立法過程に構造的に反映されにくいという問題がある。そして、こうした政治過程に拾われにくい利益を擁護するのに最も適した機関は、立法ではなく、司法ではないかと思わ

れるからである(田村・前掲「知的財産法政策学の試み」)。権利を拡張する方向に関して司法は謙抑的であれとする不法行為や間接侵害に関する指摘は、まさに我が意を得たりというところがあるが(参照、田村善之「知的財産権と不法行為」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)、同「著作権の間接侵害」『著作権法の新論点』(2008年・商事法務研究会))、フェア・ユースに関してはもう少し積極的に司法の役割に期待すべきであるように思われる(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(2003年)、同「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト554号(2007年))。

[付記] 本稿は、2007年12月9日に知的財産高等裁判所の知的財産権部研究会で「新時代の著作権法体系の構築に向けて—中山信弘『著作権法』と田村善之『著作権法概説』の比較検討—」と題して筆者が講演した内容を活字としたものであり、もともとは、書齋の窓574号37～45頁(2008年)に掲載したものである。同誌の読者対象と本誌の頒布先が必ずしも重なるものではないことに鑑み、今回、本誌に再録させていただくことにした。講演の機会を与えていただいた塚原朋一先生、飯村敏明先生を初めとする知的財産高等裁判所のご関係の先生方にこの場を借りて感謝申し上げたい。なお、中山信弘先生は、その後、フェア・ユースの導入に積極的な立場を表明するに至っていることを申し添えておく(参照、中山信弘[発言]「シンポジウム」『権利制限』著作権研究35号164頁(2008年))。