

真の著作権リフォーム (2・完)

Jessica LITMAN

比良友佳理(訳)

目次

- I. 現在の著作権制度の欠点
 - A. クリエイターの著作権
 - B. ユーザーの著作権
 - C. 媒介業者の著作権
 - 1. 分配業者
 - 2. メーカー
 - D. まとめ
- II. 著作権リフォームの実際 (以上、第38号)
- III. 著作権リフォームの目的 (以下、本号)
 - A. 抜本的な簡素化
 - B. クリエイターの権原の強化
 - C. ユーザーの権原の強化
 - D. 仲介の排除 (Disintermediation)
 - E. まとめ
- IV. 真の著作権改革に向けて
 - A. 著作権の保護範囲の見直し
 - 1. 商業的利用権の一元化?
 - 2. 実効性の検証
 - 3. より慎重な代替案
 - B. クリエイターと著作権の再結合
 - C. ユーザーの権利の認識
 - D. 堅固な仲介業者の除去
 - E. まとめ
- V. ここからそこへ向かうには
- VI. 結語

Ⅲ. 著作権リフォームの目的

学者やジャーナリストの間では、Jane Ginsburgが「欲張り」と呼ぶところのものが著作権の正当性を損ねてきたということに関して、広いコンセンサスがあるように思われる¹³⁸。著作権の専門家の中には、見かけに騙されてはいけないと互いに慰め合っている者がいる。不当だと主張されているけれども、実際はそのようなものではないのだと彼らはいうのである。その代わりに、こうした者によれば、不当性の実態は、対価を支払うことなく何かを得るべきと考える10代の海賊たちの騒ぎ立てる声が、著作権法学界の誤った批判と組み合わせられたものに過ぎないということなのだろう¹³⁹。主流のメディアが最近至るところで、著作権が憲法に定められている目的から逸脱し始めているのではないかと問うようになってきており¹⁴⁰、本当は著作権を支持している（あるいは子供たちに著作権教育プログラムを施ささえすれば著作権を支持することになるだろう¹⁴¹）はずの人々の意

¹³⁸ Ginsburg, *supra* note 65, at 61; *see, e.g.*, Editorial, *We Aren't All Pirates*, L.A. TIMES, July 10, 2006, at B10.

¹³⁹ *See, e.g.*, HELPRIN, *supra* note 65, at 30–39, 213–14; Horbaczewski, *supra* note 123, at 393; Internet Anti-Piracy Task Force, Nat'l Music Publishers Ass'n, *The Engine of Free Expression: Copyright on the Internet*, http://web.archive.org/web/2005-2004re_/http://www.nmpa.org/music101/copyrights.asp.

¹⁴⁰ *See, e.g.*, Editorial, *Buyer Beware: Music, Technology Industries Reach an Agreement That Neglects Consumers' Rights*, COLUMBUS DISPATCH, Feb. 4, 2003, at A8; Editorial, *Free Mickey Mouse*, WASH. POST, Jan. 21, 2003, at A16; Editorial, *Grokster and the Information Exchange*, N.Y. TIMES, Aug. 30, 2004, at A18; Editorial, *The Genuine Article: Appealing to Consumers' Better Nature May Be a More Effective Way To Curtail Rampant Piracy*, L.A. TIMES, Dec. 23, 2007, at M2; Editorial, *Tune in Fairness for Broadcast Music: Artists, Broadcasters Should Work Together for Solutions*, DETROIT FREE PRESS, June 14, 2009, at 28A; Steven Levy, *Info with a Ball and Chain*, NEWSWEEK, June 23, 2003, at 59; *Music Industry Fight To Block Net Access Hits New Lows*, USA TODAY, Dec. 10, 2002, at 22A.

¹⁴¹ *See* William Patry, *Non-profit, Non-partisan Education in Copyright*, THE PATRY COPYRIGHT BLOG (Sept. 12, 2007, 7:53 AM), <http://williampatry.blogspot.com/2007/09/non-profit-nonpartisan-education-in.html>.

見を誤って伝えているともいわれている。

私の直感では、ソニーボノ著作権保護期間延長法案が全ての著作物の保護期間を20年延長し、延長した期間を著作権者ではなく権利者に付与したことは、著作権という仕組み全体に対する人々の支持が損なわれたという意味で、逆説的なことであるが、実は著作権を弱めるものであろうとするGinsburgの示唆が正しいものであると考える¹⁴²。著作権が最も透明性を持ち、著作業と著作物の利用の促進という著作権の核となるゴールに直接的に機能しているときにこそ、普通の人々にとって著作権に正当性が最も感じられると考える。人々が最も投資したいと思う著作権の話は、クリエイターとユーザーの話だろう。筆者はこの点を証明できるわけではない。著作権法のうま味をクリエイターとユーザーに与えようと、彼らの間にいる分配業者に与えようと、大した違いはないと唱える、著作権の因習的な経済理論の主張者に比べ、筆者の方が多くのデータを持っているわけではないが、それでも上記の点は正しいものであると信じている。（主要な著作権プレイヤー側に立つロビイストも同様に、それが正しいと信じているように見える。というのもロビイストは議会に対し、著作権のさらなる拡大を議会に対し求める際に、自分たちの主張は著作権者とユーザーの立場に立った主張であると強調しているからである。）¹⁴³ 私の考えが正しければ、著作権がこれまで一度も「ユーザーの権利 (user's rights)」を具現化してこなかったと議会や人々に確信させようとする現在の試み¹⁴⁴は、長期的な視点を欠いており、非生産的なものである。「フェア・ユースの権利」に人々が夢中になっていると一部の著作権専門の弁護士が不満を漏らしている

¹⁴² *See* Symposium, *The Constitutionality of Copyright Term Extension: How Long Is Too Long?*, 18 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 651, 701 (2000); *see also* Ginsburg, *supra* note 65, at 65.

¹⁴³ *See, e.g.*, *The Performance Rights Act*, *supra* note 58, at 4–6, 36–38 (testimony of Sheila Escovedo, Recording Artist, MusicFIRST Coalition).

¹⁴⁴ *See, e.g.*, David R. Johnstone, *Debunking Fair Use Rights and Copyduty Under U.S. Copyright Law*, 52 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 345 (2005); Koenigsberg, *supra* note 132; Randy Picker, *Fair Use v. Fair Access*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 603 (2008); Patrick Ross, *The Remix Culture*, COPYRIGHT ALLIANCE BLOG (July 7, 2008, 2:50 PM), <http://blog.copyrightalliance.org/2008/07/theremix-culture/>.

が¹⁴⁵、これは実際のところ、著作権法が著作権者の権利に加えてユーザーの権利をも体现したものであると認識されれば、人々が著作権法を広く受け入れて支持するだろうことの証拠である。

また、同じく証明はできないが、著作権に対する人々の支持の失墜という点は、デジタル時代の著作権法が直面している危機の中でも最も深刻なものであるということについても筆者は確信している。著作権の利害関係者は著作権法の正当性を崩壊させてしまっており（あるいは構想を誤ったキャンペーンによって傷付け¹⁴⁶、戦略的な失敗を犯しており¹⁴⁷）、また同時に、いずれは技術によって、著作権侵害を単に禁止ないし抑止するだけでなく、実際にやめさせることができるようになるだろうという見込みを立てて自分自身を慰めている¹⁴⁸。人々は侵害品の複製や侵害コンテンツの

¹⁴⁵ See, e.g., Johnstone, *supra* note 144, at 381 (「議会のヒアリングにおいては、著作権保護の軽減化に対して隠しがたい利益を有する者による、擁護することが困難な議題が蔓延する状態が続いている。」); Koenigsberg, *supra* note 132, at 679 (「創造性の敵たちは…フェア・ユース『権』について議論する。だがフェア・ユースの『権利』などというものは存在しない。」); Patrick Ross, *Perspective: Fair Use Is Not a Consumer Right*, CNET (Sept. 6, 2007), http://news.cnet.com/Fairuse-is-not-a-consumer-right/2010-1030_3-6205977.html.

¹⁴⁶ 様々な学者がそれぞれに、最も非生産的なキャンペーンがどれかを挙げている。私自身のリストにはSonyのルートキットが入っている。これについては、see *Sony BMG Settles FTC Charges*, FED. TRADE COMM'N (Jan. 30, 2007), <http://www.ftc.gov/opa/2007/01/sony.shtm>. § 106(3) にいう頒布権の範囲を「利用可能化」にまで包含するよう拡大しようとする試みについては、see Jane C. Ginsburg, *Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats*, 50 ARIZ. L. REV. 577, 578 n.1 (2008). また、P2P ファイルシェアリングを行う個人に対する匿名訴訟に関しては、see, e.g., *Capitol Records Inc. v. Thomas-Rasset*, No. 06-1497 (MJD/RLE), 2009 WL 1664468 (D. Minn. June 11, 2009).

¹⁴⁷ この点に関しては、Secure Digital Music Initiative の技術に基づき学術論文をチームの解説研究で提示したことにつき、Dmitry Sklyarov を訴追し、Ed Felten とその研究チームに対し訴訟提起の脅しをした例を示したい。See *United States v. Elcom Ltd.*, 203 F. Supp. 2d 1111 (N.D. Cal. 2002); *Felten v. Recording Indus. Ass'n of Am.*, Case No. CV-01-2669 (D.N.J. filed June 6, 2001).

¹⁴⁸ See *Content Protection in the Digital Age*, *supra* note 119, at 6–8 (testimony of Dan Glickman); Jeffrey Cunard, *Technological Protection of Copyrighted Works and Copyright*

再生が不能な装置を買うために行列を作ることになるので、著作権の規範に対する公衆のサポートを欠いているという事態によって、いずれ規範はその深刻さを大きく失うことになるだろう。こうした戦略が伴うコストは既にほのめかしたとおりである。読者、ユーザー、視聴者の著作物の利用を、それを計り監視する技術によって取り囲むという形で負担をかけてしまつては、著作権の本質的なゴールの一つを侵食してしまうことになるのである。くわえて、デジタル・ライツ・マネージメント (DRM)¹⁴⁹の試みに10年余りが費やされたが、DRMのプロテクションがかかった形式でリリースされた著作物に関する著作権侵害の有意な減少が、今のところまだ見られてはいないということは明らかであるように思われる。DRMは今のところ、容易にハッキングされてしまうために、一種のスピード・バンブ程度の機能しか果たしていない。そのため、意図的な侵害者を妨害できていない一方で、法に従ったリスナーがiTunesで購入した音楽をPalm Preで再生しようとするのを妨げることによりフラストレーションを与えてしまっている¹⁵⁰。著作権法1201条では「技術手段の迂回」や「技術、製品、サービス、装置、部品もしくはその一部の製造、輸入、公への申し出、提供、その他の取引」行為が違法とされているにもかかわらず、迂回ツ

Management Systems: A Brief Survey of the Landscape, in *ADJUNCTS AND ALTERNATIVES TO COPYRIGHT: PROCEEDINGS OF THE ALAI CONGRESS JUNE 13–17, 2001* (Jane C. Ginsburg & June M. Besek eds., 2002), available at http://www.alai-usa.org/2001_conference/pres_cunard.doc; Lionel S. Sobel, *DRM as an Enabler of Business Models: ISPs as Digital Retailers*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 667 (2003).

¹⁴⁹ 著作権者はデジタル頒布の初期の時代からデジタル・ライツ・マネージメント技術を使用してきた。1998年には議会が著作権法に、著作物へのアクセスをコントロールし装置の販売を禁じるDRM技術迂回禁止条項や、より広い範囲でDRM技術の迂回サービスに関する条項を追加した。See 17 U.S.C. § 1201 (2006). See generally Pamela Samuelson & Jason Schultz, *Should Copyright Owners Have To Give Notice of Their Use of Technical Protection Measures?*, 6 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 41 (2007).

¹⁵⁰ See Larry Magid, *Podcast: iTunes Cuts Off Palm Pre Sync*, CNET (July 16, 2009), http://news.cnet.com/8301-19518_3-10288094-238.html; Charlie Sorrel, *Sync Your Palm Pre with iTunes. Again*, WIRED (July 17, 2009), <http://www.wired.com/gadgetlab/2009/07/sync-yourpalm-pre-with-itunes-again/>.

ールは広く入手可能で、またそうした行為が妥当なものと広く認識されている¹⁵¹。そして真の危機は、プロテクション技術が賢明なゴールの達成に役立っていると人々がコンセンサスを形成することなしには、技術的なプロテクション方法が実効性を得られることはないという点であろう。この点にコンテンツ産業が気付かないことには、人々は著作権法の大部分が賢明であるとも合理的であるとも考えないだろう。これこそが真の危機なのである。

真の著作権リフォームでは、著作権制度をより効率的にし、その正当性を拡大することを目指すべきである。これを達成するためには、リフォームは相互に関係する4つのゴールに焦点を当てて行われるべきであると考えられる。それは①抜本的な簡素化、②クリエイターの権原の強化、③ユーザーの権原の強化、④仲介の排除である。

A. 抜本的な簡素化

筆者はこの点について何度も警鐘を鳴らしてきた¹⁵³。著作権法は長く、複雑で、反直感的で、罣や落とし穴で溢れており、中には不注意な新規参入者や不運な著作者、厄介な潜在的競業者を意図的に陥れるものもある¹⁵⁴。エンターテインメント業界やインフォメーション業界の市場を牽引する者は、著作権の立法を、初期の競争を妨害する市場障壁を作り上げる好機

¹⁵¹ See, e.g., Walter Mossberg, *Some Cures for the Multiple iPod Blues*, CHI. SUN-TIMES, Jan. 14, 2006, at 30 (「これが iPod を用いて様々なコンピュータに音楽をコピーする方法である。」); Sorrel, *supra* note 150 (Palm Pre ユーザーが iTunes も使えるようにする第三者ワークアラウンドについてレビューしている); *Mac the Ripper*, GUSTAVUS ADOPLHUS COLLEGE, https://gustavus.edu/gts/Mac_the_Ripper (last visited Sept. 17, 2010) (大学が DVD のリッピング用のソフトを、大学内のメディアセンターに設置されたコンピュータのハードドライブにインストールし「コピー可能」としていることについて記述している)。

¹⁵² 17 U.S.C. § 1201 (a)(1)(A), (a)(2), (b)(1).

¹⁵³ See, e.g., Jessica Litman, *The Exclusive Right To Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 50–52 (1994).

¹⁵⁴ E.g., 17 U.S.C. §§ 112, 203, 304, 1008.

として用いるようになってきた¹⁵⁵。こうした点は著作権の立法プロセスにおける避けることのできない副産物なのかもしれないが、我々が維持していくべき利点であるとはいいたい。著作権を利用する機会に対して読者や視聴者が費やす何百万ドルのお金は、名目的な金額がクリエイターの手元に届く前に、集中・頒布メカニズムに吸い取られてしまっている。これも著作権制度の遺産のメリットというよりデメリットであるといえよう。結局、著作権のルール遺産が普通の人々の日々の取引を拘束するという事実は、複雑過ぎて人々に説明するのが難しいが、誇るべきものではないのである。著作権を取り巻くこうした事実を変更しようとする政治的意思を見出すことができるのであれば、我々はそうすべきである。これらは19世紀と20世紀の著作権制度の人工的な遺物であり、その主要な存在理由は、著作権法の専門家が長い時間をかけてそれと共存する方策を見付けてきており、さらに、我々が知的活動と時間に対し費やした投資を失うのをためらっている点にあるのである。

著作権法の専門家は現在のシステムの瑣末な奥義にまで深い愛着を有している。見かけ上意味をなさない相違点の中で航行するノウハウを知っていることで、著作権精通者という聖職者の仲間入りを果たせるのである。ルールが奥義とも呼べる程度に深遠であるという事態は、著作権のルールに従わされる人々が少ない場合には、まだ寛容することができる。しかしルールを広く適用しようというのであれば、わかりやすいルールにする必要があるであって、それをよりシンプルにすることこそが、必要な第一歩である。実際、それぞれ異なる保護対象、制限、範囲、例外を有する7つの種類の著作権などというものを我々は必要としていない¹⁵⁶。たとえばあなたがスポーツ・バーの店主に対し、著作権の制定法によれば、スポーツ・バーには映像がオフになっているものなら最大で6台のテレビを設置することができるが、映像がオンになっているものなら1台しか認められないですよと教えてあげるとしよう¹⁵⁷。店主は「法の方がばかげてい

¹⁵⁵ See Litman, *supra* note 59, at 593–94.

¹⁵⁶ See 17 U.S.C. §§ 106, 106A, 107–122.

¹⁵⁷ Compare *id.* § 110(5)(A) (個人の家庭で一般的に使用される種類の単一の受信装置を用いて、放送を公に利用する行為を許容する), *with id.* § 110(5)(B) (非演劇的音

る」というだろうが、それは当然の反応である。同様に、それぞれ異なる条項、手続き、料金、条件、徴収・分配プロセスを有する様々な強制ライセンス制度の束も、我々が誇りに思うべき代物とはいえない¹⁵⁸。

制定法の中には、複雑過ぎて著作権の専門家ですら理解できないと主張される条文まで存在する¹⁵⁹。クリエイターや分配業者、ユーザーが、代理者なしでは著作権制度を舵取りできないようにすることが我々の目指すゴールでない限り、この点は放置するわけにはいかないのである。

B. クリエイターの権原の強化

第 I 部では、現在の著作権制度によってクリエイターが抱えているいくつかの問題を検討した。著作権をリフォームする機会を、著作権制度をよりクリエイターにやさしいスキームへと作り直す機会として利用すれば、制度の正当性と、著作物の創作と普及の効率性の両方を拡大できるだろう。

多くのヨーロッパの国々は著作権法を「author's rights」の法と捉え、ク

楽著作物の放送に限り、複数のスピーカー及び画面スクリーンを用いて公に利用する行為を禁止する)。

¹⁵⁸ See *id.* §§ 111(d), 112(e), 114(d), 115, 118, 119, 122; see also *id.* § 116 (「交渉による」ジュークボックスの利用許諾)。

¹⁵⁹ *E.g., id.* § 114 (「録音物に関する排他的権利の範囲」)。前著作権局長の Ralph Oman はこれに関して以下のように述べている。

恵まれたこの世界のどこかでは、著作権のお偉方が本当に111条(8頁にもわたってケーブルによる二次送信を規定する)や114条(18頁にもわたって録音物の排他的権利の範囲や、今やウェブ放送までも規定する)、115条(約7頁にわたってレコード製作及び頒布にかかる強制許諾(デジタル配信も含む)を規定する)、119条や122条(約17頁にわたって衛星による二次送信を規定する)といったものを理解しているのである。現著作権局長の Marybeth Peters は公式なコメントとして、114条の大部分はほとんどの人が全く理解できないものとなっており、そうなった理由としては議会が条文を接合し、細分化した上で、縫合して元に戻すという作業を続けてきたことが挙げられると述べている。

Ralph Oman, *Going Back to First Principles: The Exclusive Rights of Authors Reborn*, 8 J. HIGH TECH. L. 169, 172–73 (2008) (footnotes omitted).

リエイター中心の様々なルールを設けている¹⁶⁰。米国ではこれとは異なったモデルを追い求めることを企図してきた。それは法が、商業的に著作物を活用したいと望むクリエイターが全ての権利を媒介業者に委託し、その見返りに一定額のお金を受け取るのを促進するというモデルである¹⁶¹。ほとんどの場合、仲介する分配業者はかなり限られた期間だけ著作物を公衆に利用可能なものとするが、場合によっては利用不可能にすることもある。著作物はユーザーのところへ届くこともあれば、届かないこともある。マーケティングに向けた当初の努力はやがてその役割を終える。大多数のクリエイターにとっては、その後は休眠期間に突入し、それは著作権存続期間が終了するまで続くだろう¹⁶²。分配業者は自分たちの抱える在庫を、新しいメディアで活用するか、新しい世代に売り込むために現金を投入するといったインセンティブをほとんど有していない¹⁶³。議会が著作権を自動更新とする以前、圧倒的多数の著作物が著作権を登録更新されることがなかった理由の一つはここにある¹⁶⁴。

新しい機会や新しいメディアが生まれても、著作権を既に譲渡してしまったクリエイターは新しい利用に関してライセンスを行う権原を持たない。その間、著作権者は自分で新しいメディアを活用したり、潜在的競業者に在庫をライセンスしたりすることから多くの利益を得るとは考えな

¹⁶⁰ *E.g., Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz] [UrhG] [Copyright Act]*, Sept. 9, 1965, BGBL. I at 1273, as amended by *Gesetz [G]*, Oct. 26, 2007, BGBL I at 2513, §§ 29–42 (Ger.) (著作権の移転とライセンスに関するドイツの規定); *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual tit. II, ch. III, §§ 14–16 (B.O.E. 1996, 1)* (スペインの著作者人格権), available at http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html#.

¹⁶¹ GOLDSTEIN, *supra* note 29.

¹⁶² See, e.g., *Orphan Works Fact Sheet*, FUTURE OF MUSIC COALITION, <http://futureofmusic.org/article/fact-sheet/orphan-works> (last visited Sept. 17, 2010).

¹⁶³ See, e.g., DUKE CTR. FOR THE STUDY OF THE PUB. DOMAIN, ACCESS TO ORPHAN FILMS 1–3 (2005), available at <http://www.law.duke.edu/cspd/pdf/cspdorphanfilm.pdf>.

¹⁶⁴ See *Copyright Renewal Provisions: Hearing on S. 756 Before the Subcomm. on Patents, Copyrights and Trademarks of the S. Comm. on the Judiciary*, 102d Cong. 25–31 (1991) (statement of Ralph Oman, Register of Copyrights).

いかかもしれない¹⁶⁵。その結果、多くの著作物が、人々が未だに読み、聞き、見たいと望んでおり、クリエイターがそれを活用したいと渴望していたとしても、利用しえない状態になっているのである¹⁶⁶。

クリエイターは理論上、制定法上の終了権条項 (termination-of-transfer provisions)¹⁶⁷に基づき、自分の著作権を取り戻す権利を有している。議会は終了権条項によって、譲受人が権利から利益を得る合理的な機会を得た後に、著作権を取り戻す機会を著作者に与えようと意図していた¹⁶⁸。一般

¹⁶⁵ 著作権契約の中には、新たなメディアにおける利用を許諾する権利は留保されると裁判所が解釈するものもある。これについてはRandom House, Inc. v. Rosetta Books LLC, 283 F.3d 490 (2d Cir. 2002)等を参照。また明確に権利の復帰を定める条項を有する契約もあり、市販本の出版契約でよく見られる。これについてはRichard Curtis, HOW TO BE YOUR OWN LITERARY AGENT 106-13 (2003)を参照。しかし他のほとんどの分野ではそれほど一般的ではない。See, e.g., PASSMAN, *supra* note 38, at 245, 259-61, 392-94, 397.

¹⁶⁶ See, e.g., TIM BROOKS, SURVEY OF REISSUES OF U.S. RECORDINGS 4-14 (2005), available at <http://www.cler.org/pubs/reports/pub133/pub133.pdf>; Joel Rose, *Copyright Laws Severely Limit Availability of Music*, NPR.ORG (Jan. 9, 2006), <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=5139522&ft=1&f=2>.

¹⁶⁷ 17 U.S.C. §§ 203, 304(c), 304(d) (2006); see *Returning Authors Rights: The CC Termination of Transfer Tool [Beta]: Frequently Asked Questions*, CREATIVE COMMONS LABS, <http://labs.creativecommons.org/demos/termination/faq.php> (last visited Sept. 17, 2010); *Termination of Transfers and Licenses Under 17 U.S.C. § 203*, U.S. COPYRIGHT OFFICE, <http://www.copyright.gov/docs/203.html> (last visited Aug. 23, 2010).

¹⁶⁸ 米国著作権法は1831年から、著作者が自分の著作権を譲受人から取り戻せるよう設計した条項を組み入れている。See Barbara Ringer, *Study No. 31: Renewal of Copyright, in 1 STUDIES ON COPYRIGHT 503* (Copyright Soc'y of the U.S.A. ed., 1963)。1976年まで、著作権は最初の期間経過後に保護が満了し、著作者もしくは著作者の相続人は第二の「更新」期間を登録することができ、最初の期間内の譲渡から自由となり解放されることを認めていた。しかしながら更新条項は二つの理由において不十分なものであった。一つは、著作者と著作者の相続人が当該条項を十分に理解しておらず、制定法で定められた手続きを履践することができなかったという点である。二点目は、著作権者は著作者に対し、最初の著作権譲渡の際に決まって、将来更新する権利を譲渡するよう求めており、裁判所もこうした事前譲渡の有効性を認めてきたという点である。Miller Music Corp. v. Charles N. Daniels, Inc., 362 U.S. 373,

的に、譲渡から35年経過すれば、著作者は自分の権利の返却を求める旨を譲受人に通知することができる。譲受人に対する通知は少なくとも2年前にはなさなければならず、譲受人が創作した派生的著作物は、譲渡後に創作したものを含めて、その後も利用可能である¹⁶⁹。1976年著作権法の立法へと繋がる交渉において、著作者の代表者は、最初の出版契約にサインした時点で著作権の更新や延長に関する権利を全て譲渡した出版社から、自分たちの著作権を取り戻す機会を守って欲しいと懇願した。分配業者は終了権が主張されるようになるまでの期間がより長くなり、また派生的著作物の継続的活用に関する保護が明示されるようになるという恩恵を受けた—これらは両方とも、分配業者にとって1909年法の更新制度以上に大きく有利なることを意味していた。さらに、終了権を譲渡不可能とする見返りに、出版社と映画スタジオはそれを行使しづらいものにするよう要求した¹⁷⁰。実際、終了権は、ほとんどのクリエイターにとって有名無実のものといえるほど、その行使が難しいものとなっている。1976年と1998年、議会が著作権保護期間を延長した際には、延長期間を現在の著作権者に与えつつ、同様の終了権に服することとしたが、これもまた著作者やその相続人にとって同様に問題を孕むものであることが後に明らかになった¹⁷¹。くわえて、裁判所の判決も、取り戻す対象となる権利の範囲を狭め¹⁷²、ま

383 (1960); Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons, 318 U.S. 643, 656 (1943)。これは、実際には著作者が権利を取り戻せないということを意味していた。See Ringer, *supra*.

¹⁶⁹ 17 U.S.C. § 203(b); Jessica D. Litman, *Copyright, Compromise, and Legislative History*, 72 CORNELL L. REV. 857, 891-93 (1987)。既存の著作物の著作者は、1976年に立法された著作権延長期間に関しては延長された19年間の最初の時点において、1988年に立法された著作権延長期間に関しては延長された20年間の最初の時点において、終了権と同等の権利を有する。17 U.S.C. § 304.

¹⁷⁰ See Litman, *supra* note 169, at 892; *Burroughs v. MGM, Inc.*, 683 F.2d 610 (2d Cir. 1982).

¹⁷¹ See *Burroughs*, 683 F.2d at 620-31; *Marvel Worldwide, Inc. v. Kirby*, No. 10 Civ. 141 (CM)(KNF), 2010 WL 1655253, at *4 (S.D.N.Y. Apr. 4, 2010); *Siegel v. Warner Bros. Entm't, Inc.*, 542 F. Supp. 2d 1098, 1120 (C.D. Cal. 2008).

¹⁷² See *Mills Music, Inc. v. Snyder*, 469 U.S. 153, 177-78 (1985); *Copyright Holder Pro-*

た終了が可能となる日より前に基本となる契約について再交渉することで終了を逃れるという譲受人の戦略を是認してきた¹⁷³。

したがって、我々の制度はクリエイターの権利の譲渡は容易にしつつ、取戻しを極端に困難なものにしているのである。著作権の譲渡の条件にもよるが、クリエイターは一般的に新しい市場や新しいメディアにおける著作物の活用に関してほとんど支配力を持っていない。著作物を創作したクリエイターから著作権を切り離してしまったことにより、著作権が不当なものであり、知識の発展とは無関係であるという認識が拡大した¹⁷⁴。著作物の活用に対する支配力を回復させるメカニズムをクリエイターに与えれば、長い保護期間の始めから終わりまでクリエイターと著作権の繋がりが強化され、著作権の正当性が支えられるだろう。またそうすることで、既存のメディアでは採算が取れない、あるいは既存のビジネスモデルにはうまくフィットしないと考えられてしまうかもしれない新しい方法によって、古い著作物を活用する新たな機会を、分配業者とメーカーに与えることができるだろう。権利の復帰が著作権制度全体にとって価値のある特徴といえるのであれば、賢明な著作権リフォームを行う上では、現在の形骸化した終了権を廃止した上で、その代わりに謳い文句通りに実際に機能する取戻しのメカニズムによって置き換えるべきであろう。

C. ユーザーの権原の強化

著作権法は判例法の中でも特別の位置にいる。こうした特別の位置というのには、修正1条の合憲性の推定が含まれる¹⁷⁵。Eldred v. Ashcroft判決で最高裁判所は、1998年著作権保護期間延長立法に対する修正1条に基づ

tection Act: Hearing on S. 1384 Before the Subcomm. on Patents, Copyrights and Trademarks of the S. Comm. on the Judiciary, 99th Cong. 40–42 (1985) (statement of Barbara Ringer); Litman, supra note 169, at 901–02.

¹⁷³ See Penguin Grp. (USA) Inc. v. Steinbeck, 537 F.3d 193, 202–03 (2d Cir. 2008); Lydia Pallas Loren, *Renegotiating the Copyright Deal in the Shadow of the “Inalienable” Right To Terminate*, 62 FLA. L. REV. 1329 (2010), available at <http://ssrn.com/abstract=1611256>; Scott, *supra* note 45.

¹⁷⁴ See PATRY, *supra* note 30, at 67–96, 171–75.

¹⁷⁵ See Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 560 (1985).

く主張につき、「議会が著作権保護の伝統的な輪郭を変更しない限りは、修正1条に合致しているかを吟味する必要はない」¹⁷⁶と述べて退けている。そこには一種のパラドックスが存在するように思われる。というのも著作権法は、決まって修正1条による審査を受ける他の法よりも直接的に表現を規律するものだからである。このパラドックスの鍵となるのは、著作権法が伝統的には表現を促進しつつ、著作権が保護する表現を読み、聴き、観る自由は守ってきたという点である。読み、聴き、観るという行為が重要であるからこそ、著作権法が特別な扱いを受けることができるのである。読み、聴き、観る自由は人の自由にとって必要不可欠な特性であり、そのため我々はそれを当然のものと思ってしまう。これらは思想の自由(freedom to think)と一体になっている。読み、聴き、観る自由は、全ての著作権制度が基礎としている、極めて重要な基本的自由である。これらの自由がなければ、どんな著作権制度も全く意味をなさない。

著作権法が読者や視聴者の権利を保障しているとすれば、そうした権利はどこにあるのだろうか？第1部で議論したように、これらの権利の大部分は、著作権の制定法の連続体によって限界付けられる、空白部分に潜ってきた。初期の著作権の制定法は、著作権保有者の排他権の及ぶ範囲を印刷、再版、刊行、販売に限定していた。つまり読者や視聴者の著作物利用行為にまでは及んでいなかったのである。著作権法が個人の読者や視聴者を放っておく限り、利害の衝突は発生しなかった。著作権法が狭く規定されていると、ユーザーの利益が著作権スキームにとって重要だということが忘れられがちとなる。これまでのわが国の歴史の大半は、著作権法の範囲が今日に比べれば限定的なものとされていたのであって、こうした一連の問題が生じることはごく稀であった。当然ながら今日では、著作権法が拡大し、著作権者と読者、視聴者間の対立で満ち溢れている¹⁷⁷。しかし、今日の広範囲な著作権の文脈においてすら、制定法は読者や視聴者が好きなように著作物を利用できる自由を認める空白部分をかなり残している¹⁷⁸。

¹⁷⁶ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 221 (2003).

¹⁷⁷ See NETANEL, *supra* note 128, at 109–53 (現代の著作権法が言論の自由に課する負担について詳しく述べている)。

¹⁷⁸ See Litman, *supra* note 55, at 1895–1919.

この空白部分こそが、最高裁判所がEldred判決で述べた「伝統的な輪郭」であると考えられる—この輪郭は読み、聴き、観て、考える自由の保障を通じて、著作権のゴールと修正1条を推進するものである。*Lawful Personal Use*という論文で私はユーザーの権利を「copyright liberties」と呼んだ。これらは米国著作権法の構造に歴史の早い段階から体现され続けてきたものであり、著作権法の設計にとって必要不可欠なものである¹⁷⁹。

しかしながら、著作権者が個人の利用をコントロールしお金を得ようとするにつれ、著作権者は、読者や視聴者がユーザーの権利と考えるものなどは、著作権者が善意と優れた商売上の勘に基づいて施した、条件付きの恩恵的利益に過ぎず、商売上の理由が発生したら、直ちに削り取られる対象となる、と主張するようになった¹⁸⁰。著作権法に対する一般の人々の失望のある程度の部分は、著作権において読者や視聴者は権利を何も認められていないと著作権者が主張したことに由来する。読者や視聴者の著作権

¹⁷⁹ *Id.* at 1904–08.

¹⁸⁰ 最も悪名高い例は、消費者が録音楽曲をCDからコンピュータやデジタル録音再生装置にコピーする行為が、法律上認められているものであるか否かという問題である。*MGM v. Grokster*の口頭弁論において、原告側弁護士は以下のような陳述をした。「私の顧客であるレコード会社は、今のところ、自分で購入したCDから自分のコンピュータにアップロードしたり、自分のiPodに入れたりすることは完全に適法であると述べており、ウェブサイト上においてもそのように表記してきた。」*Transcript of Oral Argument at 12, MGM, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005) (No. 04-480), 2005 WL 832356 at *14.* 10ヶ月後、DMCAの迂回禁止条項の例外に対する反対意見を申し出る際、レコード会社はこうした行為の位置付けをいくぶん変更した。消費者が音楽をiPodに適法にコピーできたのは、撤回可能な恩恵的利益を著作権者が与え、そうできるようにしたからに過ぎないとしたのである。*See Ass'n of Am. Publishers et al., RM 2005-11, Joint Reply Comments at 22 (Feb. 2, 2006), http://www.copyright.gov/1201/2006/reply/11metalitz_AAP.pdf*（「音楽CDのバックアップ用コピーを作成することは非侵害の利用に該当しない。」）；*id.* at 22 n.46（「一定の状況下でのコピー作成がしばしば、あるいは『いつも』許諾を得ている必要があるという事実があっても、著作権者が許可を保留した場合にコピーする行為がフェア・ユースに該当するということの証明にはならない。この点により、*Grokster*事件の著作権者側の弁護士によるものと考えられている陳述は、単に許可に関する陳述であって、フェア・ユースに関するものではないということになる。」（citations omitted））。

の自由を明確に認識することで、ユーザーを侵食から守ることができ、それによって著作権制度が核となる目的をきちんと達成することにも繋がる。またそうすることで、著作権というものが実は、人々の多くがその価値を信じたいと思うような法なのだということを保障できるようになるだろう。

D. 仲介の排除 (Disintermediation)

権利行使をするのに弁護士に相談しなくてもよいレベルまで法律をシンプルにし、クリエイターにもっと権利を与え、読者や視聴者にもっと自由を認めるとなると、必然的に、現在分配業者が享受している豊富なインセンティブを減らしてしまうことになるだろう。第I部で述べたように、私は分配業者が今日有している著作権制度に対する支配力がそれ自体、著作権の重大な病理であると考えている。それは頒布が今日よりもずっと費用のかかっていた時代に由来するものである。そうした支配力が21世紀になっても継続しているのは、有名なエンターテイナーに魅せられることに熱心で、米国経済が直面する唯一の根本的問題は米国の著作物の海賊版が広く蔓延してしまっていることだという説得を快く受けてしまう議員の助けによって、著作権ロビイストが政治的な力を有しているからである。

現在の著作権制度は媒介をする著作権者にあまりにも甚大なインセンティブを与えているため、著作権者は現状を守って維持するために、議会へのロビイング活動に何百万ドルもつぎ込んでいる。これは、制度が甘受し、実のところ支持までしている無駄が困惑に値するほどに達していることを示唆している。けれども、著作権法上の権力のほとんどを分配業者のところに集中させることは、無駄であるだけではない。これはそれ自体として、著作権制度を蝕むものである。著作権の現在の受益者は、議会による著作権の立法を妨害するほどの政治的な力を持っているので、彼らの競業者を不利な立場に置くような条文を新しい法律に組み込むよう要求する。法律におけるこのような妨害は、クリエイターがユーザーと接触するのを阻止し、新しいメディアで流通される著作物を読者や視聴者が利用しづらくするものである。こうした妨害はクリエイターが活用したい、ユーザーが利用したいと思う著作物を紹介することを非現実的なものとする可能性を有している。媒介する分配業者のインセンティブを大きく減

らすことができれば、この種のレントシーキングに基づく行動を防ぐことができる可能性がある。たとえそうでなくても、現在の媒介業者を著作権スキームにおいて任意に選択可能なプレイヤーへと配役変更すれば、法はもっと賢明なものになるだろう。今日この分野を支配している媒介業者は、クリエイターやユーザーのニーズに合ったサービスを提供する限りにおいて有用な参加者として取り扱われるべきであるが、制度の行く末を決める上ではもはや必要がなくなっている。

E. まとめ

実行可能な著作権リフォームとはおそらく、著作権法の評判の低下を招いた、行き過ぎに取り組むものであるべきだろう¹⁸¹。私の考えでは、そのようなリフォームにとって重要な要素の一つに、シンプルであることが挙げられる。既に他のところで述べたが、人々は合理的かつ公正で、理解しやすい法律をはるかによく支持する傾向がある¹⁸²。理想的には、著作権リフォームは著作権とクリエイターの繋がり、そしてクリエイターと読者、視聴者の繋がり強化を通じて、法の正統性も向上させるべきである。それを達成するには、自らの支配力を弱めるリフォームに対してはこれを結末して妨害する、現在の媒介業者の多くをその陣地から追い払う必要があるだろう¹⁸³。そのことが現在の分配業者に対する強大なインセンティブを弱めることになるとしても、それは全くもって歓迎すべき事態であるといえる。分配業者の過大な権利を制限すれば、著作権制度に有益な効果をもたらすことができるだろう。排他性から得られる報酬が今より小さくなれば、潜在的に競業する著作物やメディアがユーザーに達するのを妨害すべく大量の資金と労力を投資することに、もはや媒介業者が価値を見出すこともなくなるだろう。

¹⁸¹ See Ginsburg, *supra* note 65, at 65–67.

¹⁸² See LITMAN, *supra* note 2, at 116–17.

¹⁸³ See *A Special Conversation with Marybeth Peters*, *supra* note 13.

IV. 真の著作権改革に向けて

ここまで、私は真の著作権リフォームでは、クリエイターと読者や視聴者のために制度が機能する方法の改善を目指すべきであると主張してきた。そうしたリフォームにおける最も重要なゴールは、以下のものである。まず現在弱まってしまっている著作権法の正統性の強化を試みるべきである。そして現在の複雑な法律をもっとシンプルにして、クリエイターが著作物を創作し活用する際や、読者や視聴者がそれを利用する際に著作権専門の弁護士に相談しなくてもよいようにすべきである。またクリエイターとユーザーの権原の強化に焦点を当てるべきであり、実現可能であるならば、現在著作権のうま味を非生産的なまでに享受している著作権の媒介業者を犠牲にして、それらの強化に当たるべきである。こうしたゴールは相反するものというよりもむしろ、補強し合うものである。というのも、よりシンプルで、クリエイターとユーザーを中心とした著作権法は、クリエイターとユーザーにとって正統性があり、使いやすい法律だからであり、また、正統性が高まれば、よりきちんと遵守されるだろうし、その分効率的に機能するはずである。

こうしたゴールを制定法のリフォームにおいて体現していく上では様々な方法があり、著作権の論者たちはこれまでこれらのゴールを達成するために、絵空事のような提案を様々な形で発表してきた¹⁸⁴。以下では私

¹⁸⁴ See, e.g., FISHER, *supra* note 114, at 199–258 (クリエイターに報いる新たなシステムを提案している); ROBERTA KWALL, *THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES* 69–85, 147–65 (2010) (著作者人格権の拡大を提案); LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN AN INTERCONNECTED WORLD* 250–59 (2001) (短期間で更新可能な著作権保護期間や、新たな強制許諾、そして著作権者に損害が発生していないことを被告が立証できた際に被告の責任を免除することを提案); NETANEL, *supra* note 128, at 195–217 (孤児著作物の利用と保存を容易にし、非商業的なP2Pファイルシェアリングに関し著作権者を補償する、非商業的利用の課金を容易にするリフォームを提案); Michael W. Carroll, *Fixing Fair Use*, 85 N.C. L. REV. 1087, 1122 (2007) (フェア・ユースに基づく請求を裁き、フェア・ユースに関する決定を出す権限を持つ行政組織の設立を提案); Ginsburg, *supra* note 64, at 286–88, 301–06 (自然人のクリエイターに放棄可能な氏名

自身が最も好ましいと考えている私なりの案を示す。法学者の伝統は、弁護士やロビイスト、立法担当者に比べて不当なまでの利点を私にもたらしにくれた。私はロー・レビュー上で自分の考えを固めてきているので、「私が提案するリフォームは賢明であると信じており、あなたを説得させるつもりです」との弁解を付しさえすれば、現実的には立法するチャンスが全くないようなリフォームであっても提案することができる。それで私は、著作権法を作る上で我々が依拠する立法プロセスが決して著作権法を短くシンプルにするものではないということ（過度に）心配せずに、正統性、簡素化、クリエイターとユーザーの権原の強化、仲介排除といったアジェンダを提案することができるのである。立法プロセスは何年も前から、バランスが取れているとか、公正あるいは賢明だと人々に映るかという点を反映してこなかった。これはクリエイターやユーザーの合理的な利益に本当にごく僅かしか注意を払っていない。法学者がダンスを踊ることを奨励される場合は純粋な理論の分野であり、そこでは奇抜なアイデアですら他の人の思考の糧になりうる。そのため、ここからそこへ向かうことのできる妥当なルートを見付けていないという事実について私が心配する必要は実際のところ、ないのである。それにもかかわらず、これまで私は実

表示権を付与する著作権改正を提案); Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 STAN. L. REV. 1345, 1410 (2004) (P2Pネットワークで侵害を行った消費者に対する小規模な請求に関する、合理化した行政紛争解決手段を提案); Loren, *supra* note 88, at 703 (6つの排他権に代えて「著作権で保護される表現を『商業的に活用する権利』」とすることを提案); R. Anthony Reese, *Copyright and Internet Music Transmissions: Existing Law, Major Controversies, Possible Solutions*, 55 U. MIAMI L. REV. 237, 268-73 (2001) (既存の強制許諾の拡大と、許諾を受けた、もしくは例外に当たる利用に付随するRAMへの一時的保存に関する例外を拡大するよう議案に提案); Samuelson, *supra* note 114, at 556 (著作権法のモデルとなる条項を概説); Pamela Samuelson & Tara Wheatland, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, 51 WM. & MARY L. REV. 439, 497-510 (2009) (著作権の損害賠償に関する条項の改正を提案); Christopher Sprigman, *Reform(aliz)ing Copyright*, 57 STAN. L. REV. 485, 551 (2004) (ベルヌ条約に合致した「新しいスタイルの」形式主義の採用を提案); Stadler, *supra* note 67, at 746-57 (公の利用権の範囲を狭くする改正を提案)。

際に機能する提案を考え出すことについて長い間真剣に心配してきた。そこにたどり着くことができさえすればよいとの一心で。

A. 著作権の保護範囲の見直し

著作権はクリエイターに対し、著作物を商業的に活用する権利を保障すべきであるのと同時に、読者や視聴者に対して、商業的な活用と無関係に行う著作物の利用も認めるべきである。現在の著作権法の条文は、著作権を複製権、翻案権、公への頒布権、公の利用権、公の展示権に分割し¹⁸⁵、著作者がそれらの権利を別個に分けて処理することを奨励している¹⁸⁶。著作権産業の大部分では、異なる媒介業者が様々な著作権をばらばらに管理することが慣習となっている¹⁸⁷。著作物の新しい活用方法が生まれるにつれて、こうした媒介業者は、新しい利用が侵害しているのは他の媒介業者の権利（ばかり）ではなく自分の権利であると主張するようになった¹⁸⁸。同時に、著作権の排他権の区別はデジタルの世界には適さなくなっているように思われる。インターネット上でウェブサイトの閲覧や曲の視聴をなすとき、複製、頒布、利用、展示のどれを行っているのか、あ

¹⁸⁵ 17 U.S.C. § 106 (2006).

¹⁸⁶ 17 U.S.C. § 201(d).

¹⁸⁷ 最も古典的な例は音楽業界であり、公の利用権はASCAPのような実演権団体によってライセンスされているものの、複製権と頒布権は音楽出版社が管理している。See PASSMAN, *supra* note 38, at 206-38. See generally *Music Licensing Reform*, *supra* note 78.

¹⁸⁸ 音楽業界をまた例にとると、ASCAPは録音楽曲を含むファイルをインターネット上で送信する行為と、携帯電話で着メロを再生する行為はどちらも、公の利用の範囲に含まれ、ゆえに自己の管轄下にあると主張している。音楽出版社は、ファイルの送信と、着メロを携帯電話会員に販売する行為は、公の利用には当たらないが複製物の頒布には該当すると主張している。See *United States v. ASCAP*, 607 F. Supp. 2d 562, 571 (S.D.N.Y. 2009); *United States v. ASCAP*, 485 F. Supp. 2d 438, 441-42 (S.D.N.Y. 2007). このうち一方から許諾を受けたとしても、他方からの故意侵害の訴訟提起の可能性があることを防げないというリスクがあることを、ユーザーとなる企業は気付くようになった。See, e.g., *Country Rd. Music, Inc. v. MP3.com, Inc.*, 279 F. Supp. 2d 325 (2003).

るいは全てを同時に行っているというのだろうか¹⁸⁹？著作権に基づく排他権を侵した責任を負う者は、個人の視聴者なのか、ファイルのホスト・コンピュータの持ち主なのか、それとも遠隔視聴を可能にしたコンピュータ・ネットワークの管理人なのか、それとも誰か他の人ということになるのだろうか¹⁹⁰？一度の取引で潜在的ライセンシーがライセンスに必要な許諾を得ることができるようにする方策を探求する試みはうまくいっておらず、その理由として、確立した媒介業者の間でそのうち誰がライセンサーになるのかという点での合意が成立していないことが挙げられる¹⁹¹。議会は様々な排他権を、重複し合うものではなくそれぞれ排他的なものとして位置付けることに消極的であった¹⁹²。裁判所は特定の排他権の用語の下で定義された制定法上の例外を、同じ行為ではあるが他の権利を侵害するものとも特許付けられるものに適用することに消極的であった¹⁹³。著作権の可分性は著作者の権原の強化を意図していたのかもしれないが¹⁹⁴、結局は問題を山積みするに終わっている¹⁹⁵。

1. 商業的利用権の一元化？

簡略化、正統性、そして著作者とユーザーの権原の強化が、我々が目指す唯一のゴールであって、これまでの実務や既得権、国際的な義務では加減されることなく調整される必要がないとすれば、著作権を、注意深くそ

の外縁を画した単一の排他権として再構成するのも捨てたものではない。もし核となる単一の著作権を確立することを選択するとすれば、最も期待できる候補となる権利は、私の考えでは商業的利用をコントロールする権利である¹⁹⁶。著作権の範囲を商業的利用に限定すれば、現在の、5つ、6つ、7つ、もしくは8つもの、異なるが重複し合う権利の陣立て¹⁹⁷をもっとシンプルにできるだろう。さらに、商業的利用に対するコントロール権として著作権を定義すれば、著作権が著作者に現に与えており、また与えるべきであると人々が理解していると我々が認識しているものにも合致するだろう¹⁹⁸。また逐一ライセンスを求めなくても、非搾取的な方法で著作物を利用する読者や視聴者の自由が保全されることにもなる。

少数ではあるが一部の著作権法学者は長年、著作権によって授けられる排他権は既に少なくとも暗示的に、商業的利用に限定されていると主張し続けてきた。Ray PattersonとStanley Birch判事は論文*Unified Theory of Copyright*においてこの点を詳細に述べている¹⁹⁹。また、非商業的な利用はフェア・ユースの規定やその他何らかの規定によって、一般的に著作権者のコントロールが及ばないとすべきとする論者もいる²⁰⁰。さらに、現在の法が著作権者にどんな権利を与えていようとも、著作者の許諾がなくても非商業的利用を広く行えるように議会は制定法を修正すべきだと述べ、その方法として新しい著作権の例外規定や新たな法定許諾などを挙げる論

¹⁸⁹ See, e.g., Lemley, *supra* note 88, at 550–62; Reese, *supra* note 184, at 240–49.

¹⁹⁰ See, e.g., *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121, 125 (2d Cir. 2008), *cert. denied*, 129 S. Ct. 2890 (2009); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002), *withdrawn*, 336 F.3d 811, 815–16 (9th Cir. 2003); *ASCAP*, 607 F. Supp. 2d at 565; *ASCAP*, 485 F. Supp. 2d at 446.

¹⁹¹ See *Music Licensing Reform*, *supra* note 78, at 106–44 (testimony of Marybeth Peters, U.S. Register of Copyrights).

¹⁹² See H.R. REP. NO. 94-1476, at 61–65 (1976).

¹⁹³ See, e.g., *Kelly*, 280 F.3d at 940–44, 947–48; *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1022–24 (9th Cir. 2001).

¹⁹⁴ Justice Ginsburg suggested as much in *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483, 494–97 (2001).

¹⁹⁵ See Loren, *supra* note 88, at 698–701.

¹⁹⁶ 私は様々な機会に、現在の排他権を商業的利用権に置き換えれば著作権を改善することができるだろうと述べてきた。See LITMAN, *supra* note 2, at 180–86; *accord Loren*, *supra* note 88, at 717–18.

¹⁹⁷ 排他的な複製権、翻案権、公への頒布権、公への展示権に加え、現在の制定法は公の利用権を、録音著作物と録音著作物以外の著作物とで異なる定義をしている。See 17 U.S.C. § 106(4), (6) (2006)。視覚芸術の著作者は別個に、氏名表示権及び同一性保持権を有する。See *id.* § 106A.

¹⁹⁸ See Jessica Litman, *Copyright Noncompliance (or Why We Can't "Just Say Yes" to Licensing)*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 237, 253 (1997); Litman, *supra* note 55, at 1912.

¹⁹⁹ Patterson & Birch, *supra* note 28, at 293–96, 335–37, 385–95.

²⁰⁰ E.g., Glynn S. Lunney, Jr., *Fair Use and Market Failure: Sony Revisited*, 82 B.U. L. REV. 975, 1017–29 (2002).

者もいる²⁰¹。これに対し著作権を擁護する者は、法はこれまで広く定義された非商業的利用に関する恩恵的利益を組み入れたことはなく、そうすべきではないと反対している²⁰²。さらに彼らは、商業的利用と非商業的利用の境界線が曖昧に過ぎ、そのような重要な役割を担うことはできないとも付け加える。利用に商業的な重要性が全くないならば、著作権者は利用に反対しないだろうとも主張する。

境界線を画定するのは厄介な作業であるということは重々承知しているつもりだが²⁰³、それでも私は、商業的利用と非商業的利用の違いが、著作権制度の機能の仕方に関する我々の理解にとって重要な区別を体現するものであると考えている。議会は、様々な機会において、商業的利用と、著作権の行使が制限される読者や視聴者の消費行為との境界線が、著作権の範囲の暗黙の限界線であるということを示してきた²⁰⁴。非商業的利用は、商業的活用を通じて著作権者が収入を得る機会を過度に害することなく、著作物の利用を奨励することによって著作権の利益を促進する。主要な著

作権国際条約は加盟国に対し、著作権者に複製と公の利用のコントロール権を付与するよう義務付け、その上で非商業的利用についてはコントロールの範囲から除外する広汎な裁量を認めている²⁰⁵。人々は著作権の正当な範囲が商業的利用に限定されていると考える傾向にある。著作者に商業的利用のコントロールを認めるという点に関しては人々の広い支持があるように思われるが、非商業的利用のコントロールを認めることに対する支持は僅少なものに留まっているように見える²⁰⁶。

したがって、著作権を商業的利用のコントロール権と定義すれば、クリエイターに重要な経済的権利を与えつつ、同時に著作権の核となる目標を促進する形で著作物を利用し著作物に触れ合うユーザーの自由を保持することができるだろう²⁰⁷。さらに、著作権の束における権利同士の区別を止めれば、著作権の断片によってコントロールを及ぼす現在の媒介業者を追い出して、そうした力をクリエイターに戻すことができるだろう。

2. 実効性の検証

しかしながら、魔法の杖の存在しない世界においては、著作権を単一の、商業的利用コントロール権として再構成しようとしても、たやすく混乱に陥るだろう。現在の著作権に適用しようにも、既に契約やライセンスの分類の対象となってしまうので、すぐに全ての著作権を単一の商業的利用コントロール権に替えることは、予測可能性を裏切ることになり、著

²⁰¹ E.g., FISHER, *supra* note 114; Netanel, *supra* note 114.

²⁰² See, e.g., Patrick Ross, *Live from Digital Hollywood: The Canary is Spain*, COPYRIGHT ALLIANCE BLOG (May 5, 2010, 8:36 AM), <http://blog.copyrightalliance.org/2010/05/livefrom-digital-hollywood-the-canary-is-spain/>; Patrick Ross, *Seven Sneaky Words on Fair Use*, COPYRIGHT ALLIANCE BLOG (Mar. 10, 2010, 2:12 PM), <http://blog.copyrightalliance.org/2010/03/seven-sneaky-words-on-fair-use/>; Thomas D. Sydnor II, *Thomas on Copyright Reform: An Injudicious Threat to Consumers and Artists*, PROGRESS ON POINT (Progress & Freedom Found., Wash., D.C.), Dec. 2008, available at <http://www.pff.org/issues-pubs/pops/2008/pop15.18thomasreform.pdf>.

²⁰³ See, e.g., CREATIVE COMMONS, DEFINING “NON-COMMERCIAL”: A STUDY OF HOW THE ONLINE POPULATION UNDERSTANDS “NON-COMMERCIAL USE” 11 (2009), available at http://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf (クリエイターもユーザーも、お金を稼ぐか広告の関わる利用は商業的なものであると考えるが、その他のオンライン上の利用行為が商業的なものであるか否かについては「明快さよりも不確実性」があると考えていると伝える); cf. Lydia Pallas Loren, *The Evolving Role of “For Profit” Use in Copyright Law: Lessons from the 1909 Act*, 26 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 255, 269–80 (2010) (1909年法の「営利目的 (for profit)」の制限を解釈する裁判所の試みを記述している)。

²⁰⁴ See Litman, *supra* note 55, at 1904–07.

²⁰⁵ See Daniel J. Gervais, *Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test*, 9 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 1, 27–34 (2005).

²⁰⁶ See, e.g., PAT AUFDERHEIDE ET AL., CTR. FOR SOC. MEDIA, AM. UNIV., THE GOOD, THE BAD, AND THE CONFUSING: USER-GENERATED VIDEO CREATORS ON COPYRIGHT 8 (2007), available at http://dspace.wrlc.org/bitstream/1961/4612/1/good_bad_confusing.pdf; MARY MADDEN, PEW INTERNET & AM. LIFE PROJECT, ARTISTS, MUSICIANS AND THE INTERNET 75–77 (2004), available at <http://www.pewinternet.org/Reports/2004/Artists-Musicians-and-the-Internet.aspx>; Glynn S. Lunney, Jr., *Copyright, Private Copying, and Discrete Public Goods*, 12 TULANE J. TECH. & INTELL. PROP. L. 27–33 (2009).

²⁰⁷ Cf. Loren, *supra* note 203, at 281–84 (被告の使用が「商業的損害」を引き起こしたということの立証を原告に求めることで、著作権の排他権の範囲を制限すべきと提案している)。

作物の複製、翻案、実演、伝達等を許諾する権利を著作者に保障するよう求める国際条約とのコンプライアンスに関しても問題を生じさせるだろう²⁰⁸。有体の表現メディアに未だ固定されていない著作物へ適用しようとする場合には、移行の問題は多少なりとも和らぐだろうが、それでもなお相当の不確実性を伴うだろう。著作権を商業的利用に対する排他権と再定義すると、米国著作権を、著作物を公衆に利用可能な状態にする排他的権利まで含むものへと拡大させる機会を提供することになってしまうかもしれない(少なくとも商業的利用に関連して「利用可能化」する場合には、ということになるが)。またそうすることで、メーカーに責任を負わせることについて、寄与侵害よりも説得的な理由を提供してしまうことになるだろう。こうした可能性は確かに苛立たしいものであり、訴訟の大きな引き金となってしまうかもしれない。他方で、新たな著作物を新たなルールで処理しつつ、古い著作物については古いルールで対処し続けるという形の共存型のシステムで対処しようとする、その複雑さゆえに、この移行措置が達成しようと企図している簡素化の便益が容易に無意義なものになってしまうだろう。

3. より慎重な代替案

著作権の世界をカオスにせず、うまくこうした再定義の便益だけを手にすることはできるのだろうか？私にはできると考えている。著作権の範囲を商業的搾取に限定することは、従前から法のうちに黙示的に存在していた制限を明示的に承認するという装いを取るようリフォームするという、より控えめな修正を採用するという方策があると思われるからである²⁰⁹。複製、翻案、頒布、公の利用に対するコントロール等の支分権に関して、

²⁰⁸ See Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, arts. 8–9, 11–14, July 24, 1971, S. TREATY DOC. NO. 99-27. 議論が分かるところではあるが、著作者に有意な氏名表示権と同一性保持権を付与しておらず、またバーとレストランに対し無許諾の音楽の演奏に関する多くの例外を設けている以上、我々は既に条約上の義務に違反している。See Gervais, *supra* note 205, at 14–16; Ginsburg, *supra* note 64, at 265–66.

²⁰⁹ See, e.g., Patterson & Birch, *supra* note 28, at 385–95.

商業的利用を具現するが、それを超えることはないという定義を与えればよいだろう。くわえて、現在の著作権制度が抱える問題の中でも最も看過しがたいものに対して、別途、同様に控えめな修正を施すことによって解決できるだろう。著作権リフォームは、著作権の排他権が及ぶ範囲を、著作物の商業的利用の中核部に位置する利用に対するコントロールとして定め、非商業的で非搾取的な利用は自由にしておくという形で行われるべきである。

商業的利用に関係する利用に著作権を限定しても、ファースト・セール・ドクトリンやフェア・ユースのような、一般的な特権や制限に対するニーズが失われるわけではないだろう。こうした制限は商業的利用に対する争訟で問題になるものであって²¹⁰、どのような商業活動が著作権者の支配下に入るべきで²¹¹、どのようなものが入るべきでないのか²¹²を検討する際に重要な役割を果たす。しかしながら、著作権が商業的利用のみに限定されると、現在は数こそ少ないものの、あらゆるもの、あらゆる人を対象としている一般的な特権に対する圧力を軽減できるだろう。

仮に著作権が複数の排他権に分割可能で、それぞれ別の人に帰属し、コントロールされてよいとする原則を維持することを選択するのであれば、著作権が分割可能であることによって生じるライセンスの行き詰まり問題に対して何か手立てを講じる必要がある。著作権の利用には、個々の利用に対して異なる複数のライセンスが求められるというばかげた発想を廃棄することができれば、それは明らかに一つの改善策であるということができよう。以前発表した論文で、私は現在の法の下でも、ライセンスされた利用に随伴する複製、翻案、頒布、上演、展示については黙示的な許

²¹⁰ See, e.g., Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339 (1908); Simms v. Stanton, 75 F. 6 (N.D. Cal. 1896).

²¹¹ See, e.g., New York Times Co. v. Tasini, 533 U.S. 483 (2001); Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985); Columbia Pictures Indus., Inc. v. Aveco, Inc., 800 F.2d 59 (3d Cir. 1986).

²¹² See, e.g., Quality King Distrib., Inc. v. L'anza Research Int'l, Inc., 523 U.S. 135 (1998); Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994); Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984); Christopher Phelps & Assocs. v. Gallogway, 477 F.3d 128 (4th Cir. 2007).

諾があると取り扱うことが賢明であると示唆してきた²¹³。法律をリフォームするのであれば、さらに進んだ解決を実現することもできるだろう。第一の方策として、分割された断片それぞれが独立したものであり、互いに重複することはないという主張を維持させない形で、著作権を分割することを認めることが考えられる。著作権の一部の移転は、その権利の行使やライセンスを行う上で必要な権利の移転を伴うものと理解すべきである。すなわち、著作権の断片を保有する者が、他の保有者の芝生に踏み出すようなライセンスを与える場合には、互いに報告する義務を負い、ライセンスを受けようとするユーザーは、全てのライセンサーを探し出して交渉する責任を負うこととはしないとするのである。第二の方策として、著作権譲渡後であっても、クリエイターと原始的な著作権者は、譲受人に報告することを条件に、あらゆる利用に関するライセンスを行う権利を持ち続けることができるとする原則を導入する選択肢もありうる。こうすることで、どのような利用にどのようなライセンスを誰から受けなければならないのかに関する混乱を改善することができ、同時に、クリエイターと著作権との結び付きを取り戻すことができるだろう²¹⁴。クリエイターの権原の強化とライセンスの敷の除去を推し進めるためには、幻想に過ぎない現在の終

²¹³ See Litman, *supra* note 55, at 1917.

²¹⁴ かつては著作物の著作者を探すよりも出版社を見付け出す方が容易である場合があったかもしれない。事業譲渡や、生産ラインのスピーン・オフ、さらには破産時の清算がめまぐるしく行われるメディア・コングロマリットの世界においては、今や分散されてしまった譲受人や承継人、さらにそこからの譲受人よりも、著作者の方が見付け出しやすい。また、最初に著作者と契約を結んだ会社を買収した会社をさらに買収したというような場合を考えると、著作者が、どの出版社が著作者の出版社を買収したのかを追跡する方が、出版社が契約で引き受けることになっている著作者全員を見付けるよりも容易であるように思われる。See, e.g., PATRICK BURKART & TOM MCCOURT, DIGITAL MUSIC WARS: OWNERSHIP AND CONTROL OF THE CELESTIAL JUKEBOX 24-37 (Andrew Calabrese ed., 2006); ALBERT N. GRECO, THE BOOK PUBLISHING INDUSTRY 51-65 (2d ed. 2005). このため、Napster事件の原告のレコード会社は、著作物毎に誰の代わりに訴訟を提起しているのかということと特定することは困難もしくは不可能であると主張したのである。A&M Records, Inc., v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896, 925 (N.D. Cal. 2000), *aff'd in part, rev'd in part*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

了権を立て直すべきだろう。第三の方策としては、現在の制定法上の「強制」許諾を単純に廃止すべきである。これらの提案については後ほどより詳細を述べる。

もし著作権が商業的な活用の過程で行われる利用に対する排他権に限られ、ライセンスというものが、異なる排他権の断片に対する許諾というよりも、作品の利用に対する許諾として理解されれば、その後の条文が長々と続く現在の制定法の単調な頁は不必要になるだろう。その他の条文は、かつては道理にかなっていたかもしれないが、皆で守られた媒介業者の影響力を、クリエイターとユーザーの犠牲の下に永久化するのが現在の主な機能となってしまっているかもしれない²¹⁵。さらに、他の条文は、古いメディアが新しいメディアよりも有利な条件で著作物を活用できるようにすることで、著作権制度をねじ曲げている²¹⁶。もし著作権の排他権に適切な限定をかけることができるならば、現在の産業中心の様々な例外、制限、その他の複雑な規定の集まりを一掃することができるだろう。またアイデア・表現二分論やファースト・セール・ドクトリン、フェア・ユースといった、伝統的な一般的制限規定を保持した上で、特定の限定的な例外をその後ろに追いやることができるようになるだろう。

B. クリエイターと著作権の再結合

第III部では、クリエイターから著作権が剥奪されてしまっていることに由来する著作権の正当性の問題を議論した。著作者は自分の著作物を活用したりライセンスしたりすることがもはやできなくなっていると不満を述べているが、それは彼らが著作権を媒介業者に譲渡してしまっていて、媒介業者が手放すのを拒んでいることが理由となっている²¹⁷。理論的には、

²¹⁵ E.g., 17 U.S.C. § 115 (2006).

²¹⁶ E.g., *id.* §§ 111, 112, 114, 119.

²¹⁷ See Jonathan Band, *Publish and Perish? Protecting Your Copyrights from Your Publisher*, ASCB NEWSLETTER (Am. Soc'y for Cell Biology, Bethesda, Md.), May 2008, available at <http://www.policybandwidth.com/doc/20080523-PublishANDPerishFinal.pdf>; *Comments of Recording Artist Groups on Orphan Works*, FUTURE OF MUSIC COALITION (Mar. 25, 2005), <http://futureofmusic.org/filing/comments-recording-artist-groups-orphan->

終了権がそうした問題を処理すべきであるが、終了権は大いに形骸化してしまっていることが判明している。現在の見せかけの終了権を本物の終了権に置き換えれば、クリエイターと著作権を再結合すると同時に、大幅な仲介の排除を達成することができる²¹⁸。少なくとも5年前に告示することにより、譲渡時点から15年以上が経過した、あらゆる既存の著作権の譲渡を、著作権の存続期間中、終了させる権利を著作者に与えるべきである。現行法と同様に、終了権は引き続き、譲受人に対して譲渡の間に創作した派生的著作物を継続して活用することを認める例外に服すべきであるが、新たな派生的著作物の創作は認めるべきではない。5年の告知期間と派生的著作物に関する例外規定によって、著作権の媒介業者に、著作物に対する投資を行う上での十分な保護を受けるとともに、過度の支配力を与えることを防ぐことができるだろう²¹⁹。同時に、早期に終了する可能性があるとなれば、媒介業者は、著作権譲渡に関する最初の契約を、よりクリエイターに親和的な形式で構成するようになるかもしれない。

C. ユーザーの権利の認識

著作権の範囲を商業的利用に限定することで、読者や視聴者に対する著作権法の伝統的な配慮に再び命を与える方向へと進めるであろうし、また過度に著作権者の商業的なインセンティブを失わせることなしに、消費的

works. See generally KEEP YOUR COPYRIGHTS, <http://www.KeepYourCopyrights.org> (last visited Sept. 17, 2010).

²¹⁸ 他の形態のリフォーム案として、クリエイターと著作権の繋がりに対する認識の強化に貢献すべく、明確な氏名表示権を立法することが提案されることもある。See Ginsburg, *supra* note 64, at 286–88.

²¹⁹ もっとも、譲受人の一部が、著作物が職務著作であると主張することで終了権の行使を回避することは妨げえないだろう。See, e.g., *Sound Recordings as Works Made for Hire: Hearing Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Prop. of the H. Comm. on the Judiciary*, 106th Cong. (2000) (testimony of Marybeth Peters, U.S. Register of Copyrights). 著作者が拡大した終了権を行使する機会を守るためには、§ 101(2) の定義がいうところの委託による職務著作というカテゴリーを、少なくとも狭く、場合によっては削除することを含めて検討を行うべきであろう。

及び創作的な形で著作権の利用を促進することができるだろう²²⁰。しかし私はさらにその先に進みたいと考えている。著作者の過度な干渉を受けずに、読者や視聴者が自由に著作物を利用できるということが、著作権の核として重要であるということを明確に著作権の制定法で承認することができるのであれば、著作権制度の正当性は拡大するだろう。著作権法が明確に、読者や視聴者の利益が時としては行き過ぎたクリエイターや分配業者から保護されなくてはならないということを承認するのであれば、搾取的な読者や視聴者からクリエイターと分配業者を著作権法で保護すべきだという原理を投資の対象とすることが、人々にとって格段に容易になるだろう。

さらに私には有用だと思われるリフォームの追加策として、著作権局内に官僚制とは独立した部門を作り、著作権オンブズマンとして、人々に著作権制度を説明し、人々の利益を明らかにして著作権局や議会の職員へと橋渡しするようにする、というものが挙げられる。人々の立場を代弁すべき議会、著作権局、その他様々な著作権関連組織が、いざ特定の問題のこととなると、信用できる形で人々の声を代表することが困難となる理由は、既に他の論文で示してきた²²¹。弁護士に仕事を与える際に、顧客のことをよく聞くようにと指示したところで、得るものは少ないだろう。著作権に関わる公共の利益に関するアクターの考え方は本当に人それぞれだからである²²²。イノベーションというものが常にそうであるように、大きな変化は些細な改善からもたらされるものである。

D. 堅固な仲介業者の除去

権利者が受諾してもよいと考える条件で著作物を許諾してもらいたいと望むライセンスを想定してみよう。著作権制度の機能は、そうした取引の取決めを容易にすることにありべきである。もしライセンスが、適

²²⁰ See Litman, *supra* note 66, at 179–83.

²²¹ See Litman, *supra* note 153, at 53–54; Litman, *supra* note 9, at 299–301, 311–16.

²²² Compare, e.g., Neil Turkewitz, *Copyright, Fair Use and the Public Interest*, CULTURAL COMMONS (Dec. 2004), <http://web.archive.org/web/20050831033648/www.culturalcommons.org/comment-print.cfm?ID=22>, with, e.g., PATRY, *supra* note 30, at 101–02.

切なライセンサーをうまく見付けられなかったり、ライセンス条件をうまく見付けられなかったりしたら一すなわち、誰が既に著作物を利用して誰が利用を希望しているのかを著作権者が見付けられなかったら一システムはものすごく莫大な無駄を引き起こすだろう。個人の利用の価値がライセンス交渉の取引費用によって矮小化している場合に、米国の著作権制度は無許諾の利用を完全に認めたり²²³、包括的集中ライセンス²²⁴や法定許諾²²⁵に基づく利用を認めたりしてきた。集中ライセンスは反トラスト法の同意判決が課す制約の範囲内で活動する、実演権団体によって分割されている²²⁶。強制ライセンスは制定法で定められたものであるが、その条件は議会による立法の前に、著作権者の代表者や、制定法上のライセンシーによって考案されたものである²²⁷。

著作権を論ずる者は著作権のライセンスを、クリエイターと分配業者の

間で個別に交渉される取引の話をするが²²⁸、著作物のライセンスの多くは、法定許諾もしくは集中ライセンスを伴うものである。法定許諾、あるいは「強制」許諾は、実務的には集中的ライセンスとあまり違いがない。どちらも制定法上の基準と私的な交渉の融合物である。両方とも政府の相当な監督と高額な交渉を伴うものである。また両方とも、ロイヤルティの分配よりも徴収に長けている²²⁹。両者あいまって、様々な法定許諾が、その相互に矛盾する条件と、一貫性を欠く料金体系と手続きのバッチワークとなつて、多くの店をはしごしないと手に入れることができない高価な必需品となり、革新的な利用を制約するのである²³⁰。

他方で、音楽の実演に関する集中処理団体は、どう見ても、規制されていない私的な市場取引向けの広告塔とはなっていない。ASCAPもBMIも、反トラスト法に基づく詳細な命令による制限の範囲内で活動しており、そこでは著作権の獲得と管理が制限され、入会を認めなければならない構成員の水準が決められており、認めることのできるライセンスの範囲と条件について制限が課されており、類似の状況にあるライセンシー間で価格差別をすることや、メンバーが競合するライセンスを行う機会を妨げるこ

²²³ 例えば、スポーツ・バーはABCで放送される試合を公に利用する。放送に伴う音楽の利用は17 U.S.C. § 110(5) (2006)において例外とされている。

²²⁴ 例えば、ABCの地方支局は、当該ローカル地域の視聴者に試合を放送する際に、ASCAPやBMI、SESACから、試合に伴う音楽の放送について、公の利用に関する包括許諾を得ている。

²²⁵ 例えば、Comcast CablevisionはABCの放送を加入者に送信する際に、二次送信を認める17 U.S.C. § 111に基づく法定使用許諾料を支払っている。料金は他の料金と合算され、一年の終わりに映画スタジオやメジャー・スポーツのリーグ、ASCAP、BMI、SESAC、その他§ 111の許諾におけるケーブル・システムで送信された番組について著作権を主張する者の間で分割される。See 17 U.S.C. §§ 801-805; Nat'l Ass'n of Broadcasters v. Librarian of Cong., 146 F.3d 907, 911-12 (D.C. Cir. 1998)。同様の制度は衛星テレビにも適用されている。See 17 U.S.C. § 119。衛星ラジオとインターネット・ウェブ放送局による録音物のデジタル送信はこれとは異なる、非常に複雑な制度でカバーされている。See *id.* §§ 114, 115; United States v. Am. Soc'y of Composers, Authors & Publishers, 485 F. Supp. 2d 438 (S.D.N.Y. 2007)。

²²⁶ See Daniel A. Crane, *Intellectual Liability*, 88 TEX. L. REV. 253, 275-77 (2009); Loren, *supra* note 88。

²²⁷ See generally *Licensing Information*, U.S. COPYRIGHT OFFICE, <http://www.copyright.gov/licensing/> (last visited Sept. 17, 2010) (ライセンスに関する情報とライセンス・フォームを提供している)。

²²⁸ See, e.g., GOLDSTEIN, *supra* note 29, at 218-36; Trotter Hardy, *Property (and Copyright) in Cyberspace*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 217; William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 326 (1989)。

²²⁹ 実演権団体はそれぞれの組織で秘密にされている定式に基づいて会員にロイヤルティを分配している。強制許諾のロイヤルティのほとんどは理論的には、著作権使用料審判官が請求人に配分する。ライセンス料はまず共同基金に支払われ、それから請求人の間で分割するよう求める制定法の項には、ロイヤルティの支払いを委ねられた著作権使用料審判官に対し、資金を共同基金に分配するよう促す条項が存在しない。むしろ制定法は請求人に対し、請求人同士で交渉して満足の行くロイヤルティの額と分割を決めることを奨励している。See 17 U.S.C. §§ 111(d), 112(e)(2), 114(e), 118(b)(2), 119(c), 803(b)(3), 805, 1007。1976年法が効力を有するようになってから30年間、著作権者である請求人がシェアを請求するコストに関して追求していた戦略は、結局のところ集中処理団体や大規模な組織によって代表された上で、その残余から戦利品を分配する交渉を行わない限り、請求人がやる気をなくすようなレベルにしてしまうものでしかなかった。

²³⁰ See *Music Licensing Reform*, *supra* note 78, at 106-44 (testimony of Mary Beth Peters); Loren, *supra* note 88。

とが禁じられていて、人々にライセンスできる著作物のリストを人々がアクセス可能な状態にしておくことが義務付けられており、またそれらが集めたロイヤルティをどのように分割、分配しているかを人々に示すことも義務付けられている²³¹。さらに、ASCAPとBMIのライセンス価格は、連邦裁判所の審査の対象となっている。それゆえ、強制ライセンスと集中ライセンスはいずれも、かなりの程度政府の規則によって束縛されており、両者とも、私的な交渉によって作られた条件という特徴を有しているのである。強制、集中的ライセンスの複雑な手続きを、もっとスムーズなものに改善しようとする最近の試みは、特定の分け前を守ろうとする堅固な媒介業者の奮闘によって妨げられ、決裂してしまっている。クリエイティブ・コモンズは著作物の無償の利用に関するライセンスを簡略化する形式と手続きを考案してきた²³²。それに比肩しうる商業的ライセンスを整備しようとするクリエイティブ・コモンズの試みは今のところ成功には至っていない²³³。

こうした背景の下では、ライセンス問題を解決する一つのアプローチが、自ずとその姿を明らかにする。現在媒介業者を困らせている砦をなくせば、簡略化と仲介排除という両方のゴールに資するだろう。政治的な問題を取りあえず脇に置いておくとすると、それを達成する最も簡単な方法は、法定許諾を全て廃止し、ライセンスの権限を個々の著作者に戻して、ライセンスを頼りにする者が、上記のライセンスを置き換える集中ライセンスを自発的に考案することに価値を見出すのかをしてみることであろう。新たな集中ライセンスは当然ながら、それを管理する新しい非妥協的な媒介業者を生み出すものである。したがって、媒介業者が再び要塞化することに

²³¹ United States v. Am. Soc'y of Composers, 2001 WL 1589999, at *6-8 (S.D.N.Y. June 11, 2001); United States v. Broad. Music, Inc., 1966 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,941 (S.D.N.Y. 1966), *modified*, 1996-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,378 (S.D.N.Y. 1994); *see* Crane, *supra* note 226.

²³² *See License Your Work*, CREATIVE COMMONS, <http://creativecommons.org/choose/> (last visited Sept. 17, 2010).

²³³ *See CCPlus*, CREATIVE COMMONS, <http://wiki.creativecommons.org/Ccplus> (last visited Sept. 17, 2010); *Metadata Lab*, CREATIVE COMMONS, <http://labs.creativecommons.org/demos/metadata/> (last visited Sept. 17, 2010).

よってもたらされる損害を防止するには、法がこうした集中機関に対し、反トラスト法による強固な監視に服することなく、活動をなすことを認めるべきであり、ゆえに、その種の規制は過去70年を通してASCAPやBMIに対する監視から学んできた条件や、透明性や競争を確保するために作られた条件、そして再要塞化をしづらくするために作られた条件に止めるべきである²³⁴。少なくとも最初の問題として、こうした組織が著作物のクリエイターを確実に代表するようにするためには、ASCAPやBMI、Sound Exchangeが今日行っているように、著作権者を通して分配額を先細りさせるのではなく、クリエイターの分のロイヤルティはクリエイターに直接分配することを集中管理組織に要求するのが賢明であろう²³⁵。

ここまで提案してきたリフォームを法に適用すれば、可能な限り、一箇所に著作権を集中させるモデルから、複数の者が非排他的に活用するのを奨励するモデルへとシフトするような形になるだろう。議会が著作権を分割可能とした際に、米国著作権法は様々な方法でこうした方向へと進み始めたが、ライセンスに付随する問題がその行き先を妨害した。全ての著作権の管理を少数の者の手に集中させることなしにライセンスの泥沼の問題を解決できれば、クリエイターやユーザー、そして様々な媒介業者に対して広汎な草刈り場を与えるシステムを構築するとともに、現在のプレイヤーに新規参入者を締め出すような過度のインセンティブを与えずに済ませることができる。

E. まとめ

私の提案は控えめである。著作権の排他的権利を、商業的利用に関する

²³⁴ こうした条件には以下のような条項が含まれるだろう。集中機関は非排他的権利のみを管理できるといったものや、会員になりたいと希望する者は受け入れ、現在の会員が競業機関に乗り換えるのを許容しなければならないといったもの、あるいは利用毎のライセンスと包括ライセンス両方を提供しなければならない、ライセンスの準備ができていない著作物のリストを公に利用可能な状態にしなければならない、分割や支払いに関する条件を会員とライセンサー両方に利用可能な状態にしなければならない、といった条項等。

²³⁵ *See* Litman, *supra* note 88, at 43-44.

利用に限定するよう提案した。また、著作権の譲渡後も、ライセンスの付与に関する権原を著作者に留保するとともに、報告を義務付けるべきであるということや、ライセンスの利用に付随した利用に関しては黙示的な許諾があるものと取り扱うべきであるということ提案した。終了権を再び活気付けて、ユーザーの自由を明示的に容認すべきだとも提案した。そして最後に、現在の法定許諾を廃止すべきだと提案した。これらの提案は、著作権の広い輪郭をそのままにしておくものである。決して、「著作権を全く異なったものとする」²³⁶ものであったり、憲法起草者たちが構想した期間まで保護期間を限定するとか²³⁷、米国に対し国際著作権条約の撤回や書き直しを求めたりするものでもない²³⁸。私のゴールは互いに補強し合う関係にあるので、比較的小さな修正によっても、相応の改善を達成することが可能である。複雑で、歴史的に見ても偶然の産物でしかない200頁にも及ぶ制限規定や制約、例外、条件、条項、複雑性を片付けるだけでも、この大きな課題の相当部分を成し遂げることになるだろう。そうすることで法はより短く、シンプルで、説明しやすいものになる。私は新しい制定法が短くてシンプルなまま今後も存続していこうとまでいうつもりはない。真新しい著作権法がいかに整理されたものであったとしても、時の経過に伴って、独自の複雑性を獲得することになるだろう。しかし少なくとも21世紀に問題となっている厄災から始めたということではできるだけ。つまり、18世紀、19世紀、20世紀の病理に対処するために採用してきた状況をそのまま将来に繰り越すことは防げるからである。

²³⁶ Keith Kupferschmid, *Are Authors and Publishers Getting Scroogled?*, INFORMATION TODAY, Dec. 1, 2005, 2005 WLNR 22457424; see Edward Wyatt, *Google Library Database Is Delayed*, N.Y. TIMES, Aug. 13, 2005, at B9 (quoting Patricia Schroeder, President of the Association of American Publishers).

²³⁷ See LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE* 133–35 (2004); see also Rufus Pollock, *Forever Minus a Day? Calculating Optimal Copyright Term* (June 15, 2009) (unpublished working paper), available at http://www.rufuspollock.org/economics/papers/optimal_copyright_term.pdf.

²³⁸ See FISHER, *supra* note 114, at 248–49.

V. ここからそこへ向かうには

法学者の伝統のお陰で、議会が立法するとは現実には想像できないような著作権リフォームを提案することができると自慢したのは前述のとおりである。このため私は現在まで、著作権リフォームの指揮を、20世紀の著作権者に委ねてしまってよいのかという問題や、彼らを追い払うことが可能なのかという問題を先延ばしにしてきた。

第IV部で、私は現在の著作権法制度が抱える最も深刻な問題に対処する一連の著作権リフォーム案を提案した。私が示したリフォームは、著作権に反乱を起こすものというよりも、著作権を修理するといった性質のものである。このリフォームでは、大規模な解体をせずに、クリエイターと読者や視聴者のための著作権制度の効能を改善することを目指している。また、既得権益を抱える媒介業者のインセンティブを減らしつつ、ライセンスをしやすくすることも目指している。そして最終的に、制度の正統性を改善することを目指して、このようなリフォーム案を作り上げたのである。このリフォーム案は、多様な提案者による多様な著作権政策に関する思慮深い著作権リフォーム案²³⁹に同調するものである。議会や著作権ロビイストはこれらの提案のいずれに対しても、あまり真剣な関心を寄せそうもない。

今は、著作権立法を行う場が、完全に受益者によってコントロールされている。受益者は議会に対して、自分たちの同意なしに著作権を立法化しようとするのは的外れなことであると説得してきた。何らかの意味で彼らから力を奪うような制定法を、黙認することはないだろう。たとえ著作権ロビイストがリフォーム案の叡智に個人的に納得したとしても、それが彼らの顧客を以前よりも悪化させるものであれば、それに同意することは困難であろう。そのため、真の著作権リフォームを成し遂げるためには、著作権法を作る方法を変える必要がある²⁴⁰。これは少なくとも近いうちに

²³⁹ *E.g., id.*; KWALL, *supra* note 184; Gervais, *supra* note 23; Ginsburg, *supra* note 64; LESSIG, *supra* note 237; Netanel, *supra* note 114; Reichman, Dinwoodie & Samuelson, *supra* note 114; Samuelson, *supra* note 114; Sprigman, *supra* note 184.

²⁴⁰ *Accord* Lydia Pallas Loren, *The Pope's Copyright? Aligning Incentives with Reality by*

うのは、不可能な作業かもしれない。国会議員は、有権者がそうしたアプローチを期待したり、注意を払っていたり、投票するときの考慮要素にしていると議員が考えない限り、なかなかこれまで採ったことのないアプローチを検討しない。それでも、この方向に向かう第一歩は、なぜ著作権制度がうまく機能していないのかという点、及びどのような変化であれば可能であるかという点について、広く議論を喚起することである。

著作権の聖職者が、我々のためにそうした議論に着手してくれるとは思えない。彼らはそうする必要がないからである。著作権の聖職者は著作権を批判する者に対し、「反著作権 (anti-copyright)」²⁴¹や「反著作者 (anti-author)」²⁴²、「反財産権 (anti-property)」²⁴³、あるいはクリエイターの生計に対する攻撃²⁴⁴、といった烙印を押すというレトリックに依存することができる。著作権者の目立った便益に役立たない提案を行う著作権リフォームを勧める者は、「情報は自由になりたいと望んでいる」という信念を押

Using Creative Motivation To Shape Copyright Protection, 69 LA. L. REV. 1 (2008); Samuelson, *supra* note 114; Lawrence Lessig, *Required Reading: The Next 10 Years*, LESSIG 2.0 (June 19, 2007, 2:07 AM), http://lessig.org/blog/2007/06/required_reading_the_next_10_y_1.html.

²⁴¹ Turkewitz, *supra* note 222; *see, e.g.*, HELPRIN, *supra* note 65, at xiv–xv, 33–39; James V. Delong, *Defending Intellectual Property*, in COPY FIGHTS: THE FUTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY IN THE INFORMATION AGE 17, 17–18 (Adam Thierer & Clyde Wayne Crews, Jr. eds., 2002).

²⁴² *See, e.g.*, HELPRIN, *supra* note 65, at xiv, 99–100, 216–17; Marci A. Hamilton, *The Distant Drumbeat: Why the Law Still Matters in the Information Era*, in THE MARKETPLACE OF IDEAS: WENTY YEARS OF CARDOZO ARTS & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL (Peter K. Yu ed., 2002).

²⁴³ *See, e.g.*, Thomas D. Sydnor II, *Tragedy and Farce: An Analysis of the Book Free Culture*, PROGRESS ON POINT (Progress & Freedom Found., Wash, D.C.) Apr. 2008, available at <http://www.pff.org/issues-pubs/pops/pop15.5freecultureanalys.pdf>.

²⁴⁴ *See, e.g.*, *Net Neutrality and Free Speech on the Internet: Hearing Before the Task Force on Competition Policy and Antitrust Laws of the H. Comm. on the Judiciary*, 110th Cong. 23–26 (2008), available at <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/Carnes080311.pdf> (testimony of Rick Carnes, President, Songwriters Guild of America).

し付けようとしているのだといわれてしまう²⁴⁵。著作権者は、法律のバランスを変えて著作権者の支配力を制限してしまえば、金の卵を産む鴨を殺してしまうことになることを警告する²⁴⁶。著作者の支持者もこれに同調して、もし著作権者が議会に彼らの権力を増強するよう十分説得できさえすれば、クリエイターも拡大した著作権から生まれる便益のおこぼれには与えるだろうという仮定に自分たちの希望を賭けている。

しかしそれはありそうもないことのように思われる。仮に議会による度重なる著作権の拡大が、クリエイターの富を拡大したことが依然として明らかになっていないのであれば、たとえ著作権の範囲と価値を大幅に拡大したとしても、現在の米国著作権制度はクリエイターに著作権の分け前を僅かしか付与していない以上、はっきりわかるほどの影響をクリエイターにもたらすことはないだろう。クリエイターのところにある程度の改善がもたらされるまでには、著作権の莫大な追加的保護が必要となるだろう。著作権拡大を唱える論者が、著作者保護という外装をまとうのを許している限り、分配業者の権利を弱めればクリエイターが良化するという考えを売り込むのは難しいだろう。

著作権者はクリエイターを支持するものであるという理解や、彼らの利益は大抵の場合連動し合っているのだという理解に反論することは、死命を制するほどの重要な戦略的手段であるかもしれない。著作権を巡る言説が近年、分極化しているため、こうしたアプローチは10年、あるいは20年前に比べてずっと取扱いが難しいものとなっている。著作権の保護を主張する者が、理屈や事例を受け付けなくなってしまうということとは

²⁴⁵ *E.g.*, HELPRIN, *supra* note 65, at xii–xiii, 33–39, 51–55; Koenigsberg, *supra* note 132, at 679. Wikipediaによれば、*Whole Earth Catalog*の著者 Stewart Brandが創始したとされるこのフレーズは、John Perry Barlowが彼のエッセイの中で著作権に対する挑戦を再び試みた際に、著作権に対する挑戦という新しい意味合を帯びるようになったという。John Perry Barlow, *The Economy of Ideas: A Framework for Patents and Copyrights in the Digital Age (Everything You Know About Intellectual Property Is Wrong)*, WIRED, Mar. 1994, at 84, 89.

²⁴⁶ HELPRIN, *supra* note 65, at 214; Koenigsberg, *supra* note 132, at 689.

既に議論してきたとおりである²⁴⁷。たとえ仮にシンプルで短く正統性のある法がもたらす便益が、著作権に関わる全ての利害関係者にとって明らかであるとしても、現在の風潮ではこうした提案は問題の多いものとされてしまうだろう。クリエイターとユーザーにとってより親和的な著作権法を作る可能性のある特定のリフォーム案に焦点を当てることで、我々はさらなる議論を進める小さな糸口を手にすることができるかもしれない。著作権の最も重要な機能の一つは、クリエイターと読者や視聴者の繋がりを促進するという点であるべきである。現在の著作権法システムがどのような形でこのことに失敗しているか、クリエイターやユーザーが考察すれば、両者とも、著作権者に著作権の制定を委ね続けるのが賢明なことなのか、疑問に思うようになるだろう。

VI. 結語

我々の著作権制度はまだその原型の刻印を残している。複製と頒布がまだ高価なものであった1790年、議会は著作者に限定的で短期間かつ譲渡可能な権利を与え、出版と、時に少々のお金と引換えに、分配業者にそれらの権利を譲渡することを奨励することを選択した。しかしもはや頒布はそれほど高価でなくなった。著作権もそれほど限定的な権利ではなくなった。著作権存続期間ももはや短期間とはいえなくなった。にもかかわらず、著作権は未だに譲渡可能で、著作権制度はクリエイターが頒布と、時に少々

のお金と引換えに、全ての権利を分配業者に譲渡することを相変わらず奨励している。著作権を分配業者の手元に集中化する正当化根拠は、著作権の保護期間が延長され、かつ無数の利用行為を包含するものとなり、様々な分配業者の関心と呼ぶ可能性があり、しかも大規模な頒布にもはや多額の資本投資が必要なくなった今日では、あまり意味をなさないようになった。

安価なデジタル頒布によってもたらされた機会のお陰で、クリエイターや読者や視聴者のニーズに合致した著作権制度の構築を通じて著作権の正統性を拡大することについて、我々は真剣に考えるようになった。クリエイターとユーザーのニーズにうまく合った制度を考えるべきである。そのような会話こそが、著作権改正がちょうど始まったばかりである今、我々がなすべきことである。

[訳者付記]

本稿の翻訳は、明治大学文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年度～平成27年度）「情報財の多面的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」の成果の一部である。

また、本稿は Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, 96 IOWA L. REV. 1 (2010) を日本語訳したものである。翻訳掲載の許可をくださった Jessica Litman 先生、並びに翻訳作業において懇切丁寧なご指導をしてくださった北海道大学の田村善之先生に、この場を借りて心から御礼申し上げる。

²⁴⁷ 私が考える唯一の例は攻撃的というより悲しむべきものである。著名な小説家 Mark Helprin は昨年、まるまる一冊がヒステリックで満ち溢れた書籍を出版した。それは反著作権の陰謀を暴露することを意図していたが、何よりもまず Larry Lessig とクリエイティブ・コモンズに対する人格攻撃を行っている。HELPRIN, *supra* note 65. Lessig は the Huffington Post に公表した苦悩に満ちた書評でこれに対応した。See Lawrence Lessig, *The Solipsist and the Internet (A Review of Helprin's Digital Barbarism)*, HUFFINGTON POST (May 20, 2009, 05:18 PM), http://www.huffingtonpost.com/lawrence-lessig/the-solipsist-and-the-int_b_206021.html. 著作権の批判者、そして Lessig の友人という筆者の有利な立場からすると、Helprin の本は妄想的であるように思われる。だが Helprin の立場からすると、私や私のような学者たちは共産主義の共謀者か奴隷のどちらかということになるのだろう。