

(ディスカッション・ペーパー：コメント歓迎)

## デジタルはベルヌを超える：無方式から自己登録へ

④-0, September 28, 2007, Koichiro Hayashi (林 紘一郎)

(このマークの意味するものについては、本文 13 ページ以降を参照)

### 概要

著作権は無方式主義であるとのベルヌ条約の規定がある。多くの人は、これがグローバル・スタンダードになっており、わが国著作権法も準拠していることから、著作権に方式主義そのものでなくても、それに近い方法を持ち込むことは禁じ手であると考えている。しかし、無方式主義に宗旨変えしたはずのアメリカは、依然として内国著作物については、登録を訴訟容要件としている。わが国でも、限定的ながら登録の制度がある。

著作物が有体物に固定されていた時代には、無方式主義はさほどの問題を生じなかったが、0 と 1 のデジタル情報のまま著作権が成立するようになると、何らの存在証明なしに権利を主張することの不自然さが、露呈するようになっていく。権利を自己登録する仕組みとして、自然発生的に各種のマークや DRM などのソフトウェアが登場したのは、こうした実用的ニーズを背景にしている。

本稿はこのような動向を踏まえ、登録を切り口にしてデジタル著作物を見ると、どのような世界が開けてくるかについて思考実験したものである。登録が意外にも、現在課題になっている著作権存続期間のあり方についても、柔軟性を付与する可能性があることが示される。なお本稿は、林[2006][2007]およびデジタルコンテンツ協会[2007]の林執筆分を再整理し、その後の検討結果を加味したものである。

### 1. 著作権と無方式主義、保護される情報

著作権は創作と同時に権利が成立し、何らの要式行為を必要としない(無方式主義)。わが国著作権法 17 条 2 項は「著作者人格権および著作権の享有には、いかなる方式の履行をも要しない」としているが、それは「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」5 条 2 項に準拠しており<sup>1</sup>、グローバル・スタンダードである。

著作権の源流とも言うべき「出版特許」は、15 世紀のイタリアに始まり、16 世紀以降ヨーロッパ諸国に広まったとされる。当時印刷機と活字という固定資産に相当額の投資をし、古典の複製などに労力をかけて事業を始めた印刷業者の思惑と、印刷を産業として振興したい国王との利害が一致し、国王が印刷業者に独占的出版権を付与したのが始まりである。その背景には、印刷が自由に行なわれると人々の政治意識が高まって、統治の基盤が危うくなることを恐れた国王の思惑が見え隠れする。したがって、独占的出版権と検閲とが同居していたことも、また特許料という国庫収入が期待されていたことも、想像に難くない。

<sup>1</sup> 同項は次のように定める。「前(1)の権利の享有及び行使には、いかなる方式の履行をも要しない。」

しかし、やがてブルジョア革命によって、市民が新しく政治の表舞台に登場すると、著作権に関する考え方は 180 度の転換をみせる。ここでは自立した個人が本来的に持つ「自然権」と、それを憲法上の権利として確定した「基本的人権」が最大限に尊重されることになった。「思想・信条の自由」「言論・出版の自由」は、その重要な一部であり、かくして著作権も「自然権」の側面から論じられた。つまり著作権は言論の自由の発露であり、著作権の成立に国家の検閲につながり易い「方式主義」を持ち込むことは、禁忌であったと考えられる。

その後、産業革命を経て工業が発展し、先進国では産業社会と呼ばれる時代になると、創作者の権利そのものよりも、創作者に何らかのインセンティブを与えることが、文化を発展させ社会全体のためになるという、「インセンティブ論」が通説になった。現行の著作権条約などは、ほぼこの時代の産物であり、後述するように片方で経済自由主義に依拠する「所有権の絶対性」のアナロジーを掲げながら、他方で「文化的側面」をも重視する制度となっている。

いずれにせよ、同じ知的財産制度の中でも、出願一審査一登録という厳密な方式主義をとる特許権と対比した場合、著作権の無方式主義は権利の存在や第三者対抗要件等の点で、脆弱性を持っていることは否定できない。商標その他の産業財産権も総じて方式主義をとっており、不正競争防止法というやや違った保護法益として守られる営業秘密も、公的な方式は不要であるものの、企業としての秘密管理性を要件とする点で、一種の緩やかな方式主義であるとも言える<sup>2</sup>。このように著作権は、知的財産権の中で唯一とも言える無方式主義である（制定法にはないが、判例で認められつつある「パブリシティ権」に近い）。

さて米国の法体系は、ヨーロッパ大陸諸国と異なることはもちろん、コモン・ローの先輩であるイギリスとも異なる場合がある。知的財産制度においては、米国特有の特許における先発明主義と、著作権における方式主義が、世界の大勢から逸脱するものであった。

しかし世界経済における米国の実力からして、米国方式を孤立に追いやることはできないため、何らかのハーモナイゼーションが必要である。そこで著作権については、無方式主義のベルヌ条約とは別に、方式主義の万国著作権条約が締結され、前者の著作物も©のマークをつければ、後者のメンバー国間においても権利を尊重するとの妥協が成立した（万国著作権条約 3 条 1 項）。

ところが、登録には手間隙がかかるばかりか、上述のとおり「著作物は言論の自由の発露」という見方からすれば、リスクの大きい仕組みである。そこで遂に米国も政策を転換し、1989 年にはベルヌ条約に加盟した。これによって、無方式主義が真の意味でグローバル・スタンダードになったかの如く考えられた。

しかし、これは登録をしないことを意味しない。著作権の登録なしでも権利が付与されるにもかかわらず、わが国でも「著作権が移転した場合の取引の安全を確保する

---

<sup>2</sup> この点は後述するように、営業秘密を「知的財産」の一種と見るのではなく、「秘密」の一種と見る方が説明しやすいことを暗示している。

とか、あるいは著作権関係の法律事実を公示するという観点から」(加戸[2003])登録が行なわれている。

登録をすることにより、著作者、第一発行年月日、創作日の推定や権利変動における第三者対抗力が得られるとされている。しかし、これらは言うてみれば「著作権関連情報」(後述の著作権管理システムの視点ではメタ情報)の登録であり、著作物自体の登録を行なわない制度であるため、実際の裁判では原告の著作権立証から始まるなど、事実関係の証明の負担が大きくなっているという(デジタルコンテンツ協会[2007])。

一方米国では、無方式主義に移行した現在でも、内国著作物については著作権の登録が「訴訟要件」になっている(米国著作権法 411 条(a))。加えて以下の措置により、登録にインセンティブが付与されている。第 1 に、著作物の発行後 5 年以内に著作権登録がなされれば、その著作権登録証に記載された事項および著作権の有効性について裁判上一応の証拠となり、これについて法律上の推定を受けることができる(410 条(c))。他方、著作権登録申請に虚偽の記載をすることには、刑事制裁が課されている(同 506 条(e))。

第 2 に、登録された著作権の侵害については、著作権者に法定賠償請求権と弁護士費用請求権が与えられる(同 412 条)。前者は現実損害額の証明なしで、一定額の損害賠償を求めることのできる権利であり(同 504 条(c))、後者は勝訴した場合に、その訴訟に要した弁護士費用を侵害者から取り立てることができる権利である(同 505 条)。米国においては、弁護士費用がすぐに億(円)の単位になるので、弁護士費用の賠償請求権は実務上重要であるという(山本[2004])。

ここで、その利用状況を見ると、日本では年間 500 件程度に対して米国は 60 万件と、その差は歴然としている。米国には既に 3 千万件以上の登録済み著作物があり、裁判などに活用されている。日本での裁判においても、米国の著作権登録証明書が著作権の保有に対して強い事実関係の証明力が認められる事例もあり、日本の著名なアニメ作品や映画作品については、わざわざ米国の著作権登録証明書を取る例が、年間 30 件以上あるという(デジタルコンテンツ協会における山本隆司弁護士からのヒアリング調査結果による)。

ところで著作権が保護しているのは、「著作物」すなわち「思想または感情を創作的に表現したもの」(著作権法 2 条)である。その際体现(法律用語では「化体」とりわけ固定はごく限られた著作物について要件とされているだけで、一般的な要件ではない<sup>3</sup>。たとえば即興演奏のように瞬時に消え去るものでも、創作性があれば音楽の著作物としての保護が及ぶ(斎藤[2000])。しかも一般には誤解され易いが、固定された「モノ」の「所有権」と、そこに体现されている「情報財」の「著作権」とは別である。例えば私が、さる高名な書家の書を購入したとしても、契約前に著作権のうち写真による出版権が既に第三者に譲渡されていれば、私が自分で書を鑑賞したり他人に見せることは自由だが、自分で写真

---

<sup>3</sup> ベルヌ条約(パリ改正条約)では、著作物の保護に固定要件を課さず、同盟国が立法で課すことは自由としている。わが国では映画の著作物(著作権法 2 条 3 項)など、ごく限られた範囲で固定を要件としている。

をとって出版することはできない（顔真郷自書建中告身帖事件<sup>4</sup>）。

このように知的財産制度（著作権もその一部）は、見たり触ったりすることの出来ない無形財を保護するものであるが、一般的な法律は有体物に焦点を合わせている。近代法の基本原理とされる「所有権の優越性」「契約自由（私的自治）の原則」「過失責任の原則」などは、工業（産業）社会を前提にしたもので、その後の社会の変化につれて微調整されてきたが、有体物を中心とする民事法体系の根幹は、ほとんど変化していない。民法 85 条において「本法において物とは有体物をいう」とあるのが象徴的である。

そしてそれには、法的にも十分な理由がある。「有体物」の場合には、「自己のためにする目的をもって物を所持する」ことが可能で、法的にはこの「占有」（民法 180 条）を前提に、権利者の絶対的排他権を認めたものが「所有権」（同 206 条）であり、これを（第三者を含む）社会一般に担保する仕組みが、登記や引き渡しなどの「対抗要件」である（同 177 条、178 条）。ところが「情報財」は、本人でさえ触って確認することができない実体のないものだから、他人の使用を排除することはきわめて難しい（非排除性）。また誰かに「情報財」を引き渡したつもりでも、私の手元には同じものが残っている（非競合性）。つまり法的には「占有」状態が不明確だし、明確な移転も起こらないのである<sup>5</sup>。

このことは次の例を考えてみれば、理解しやすい。今私がここに書いている原稿は、著作権についての私の思想を述べたもので、他の人とは違った意見を含んでいるので、「著作物」に該当するだろう。良く書けているとすれば、この原稿を読んで下さる方には、私の思想は容易に伝達されるだろう。しかし、そのことによって私自身の思想は減って失くってしまうことはない。むしろ逆で、賛同者や批判者が増えれば増えるほど、私の思想は補強され補足されて、豊かになっていく。

このような特質を持つ無形の財貨を保護し育てていくことは、文化の発展にとって望ましいことであろう。それでは、どのような保護のあり方が望ましいだろうか。一方で、ある思想を生み出した人に何の権利もなく、他人は勝手に使って良いことにすれば、創作をしようというインセンティブに欠けることになるだろう。また、有体物（財物）を盗めば窃盗罪（刑法 235 条）に問われることに比べて、著しく正義にもとる感は否めない。しかし他方で、創作者に与えられる権利が絶大で、有体物の所有権と同程度だとしたら、どうだろうか。文化の発展は、まず先人の業績に学び、それを模倣することによって発展してきたという歴史に鑑みれば（たとえば山田[2002]）、最初の創作を強く保護することは、次の創作を困難にし独創性を窒息させてしまうかもしれない。

自然科学や学術の分野も含めて、偉大な著作と言われているものでさえ、天才が突然ひらめいて創作したものではなく、先人の業績の上にプラス $\alpha$ を加えたものがほとんどである。コペルニクスの転回を成し遂げたコペルニクスでも、物理学を書き換えてしまったア

<sup>4</sup> 最二小判 1984 年 1 月 20 日、民集 38 卷 1 号 1 頁。阿部[1994]。ただし本件事案は相当入り組んでいるので、本文では簡素化してある。

<sup>5</sup> これは経済学では「公共財」に近いことを意味する。なお他にも、一旦引き渡した情報は取り戻すことができない（取引の不可逆性）とか、一物一価が成り立たないなどの特徴もある。

インシュタインでも、現代でも上演される戯曲を多数創作したシェイクスピアでも、ゼロからスタートしたならば、あの高みに達することは不可能であつたらう<sup>6</sup>。

従って現在の著作権制度が、著作者にインセンティブを与えるために、所有権に近似した排他権を与えつつ、利用者の側の使用の自由度とのバランスを取ろうとしていることは、賢明な解決策というべきであろう。われわれの日常生活との関連で見ても、①「アイデア」を保護する特許法と違って、著作権で保護されるのは「表現」であること、②事実やありふれた表現などは保護の対象にならないこと、③自己のためにする「使用」は禁止されていないこと（本屋での「立ち読み」をしても、本屋に叱られることはともかく、著作権法違反になることはない）、④物に体现した場合は、その物を最初に売った時点で、以後の著作権は「消滅」と考えられていること（消尽理論あるいはFirst Sale Doctrine）などは<sup>7</sup>、こうしたバランス論の具体例と考えることができる。

## 2. 情報資産の保護方式と登録制度

ところで、この世に遍く存在する情報の中から、知的財産という情報を特定して保護することは、一種の情報セキュリティである。ここで情報セキュリティの基本とは、主として企業における情報資産を、管理者の欲するレベルの安全度で維持することであり、その際必要な要素は「機密性」(Confidentiality)、「完全性」(Integrity)、「可用性」(Availability)、略称CIAであると言われてきた<sup>8</sup>。しかし、企業の有する情報資産には多種多様なものがあるにもかかわらず、その分類とCIAとの対応関係、特に法的な対応関係については、ほとんど触れられていない<sup>9</sup>。

そこで私たちがなりの分類を試みてみよう。まず企業の保有する情報は、大きく2つに分かれる。1つは自社や他社の情報、すなわち法人その他の団体に関する情報と、団体が法的権利を有する情報である（以下「法人の情報」という）。そしてもう1つは、自己や他人の情報、すなわち個人（顧客・従業員等）に関する情報、および個人が法的権利を有する情報（以下「個人の情報」）である<sup>10</sup>。他方、これらの情報を守る手段としては、「秘匿して守る」「公開して守る」の2種類がある。前者は「防衛秘密」「通信の秘密」などの「秘密」であり、後者は特許権・著作権などの「知的財産」である<sup>11</sup>。ここで、縦軸の一つである「秘匿して守る」の欄は、前述のCに該当すると考えて良いだろう。また、「公開して守る」は

<sup>6</sup> ニュートンが言ったとされる「私が遠くを見ることができたのは、巨人の肩の上に立つことによってである」という言葉はあまりに有名であるが、その言葉自体が先人の発言に基いている（例えば名和[2002]参照）。

<sup>7</sup> 中古ゲームソフト事件。最一小判2002年4月25日、民集56巻4号808頁。

<sup>8</sup> 1992年にOECDが採択した「情報システムセキュリティ・ガイドラインに関する理事会による勧告及び付属文書」が最初であるとされる。

<sup>9</sup> 岡村[2007]は、情報セキュリティ関連法を体系化した先駆的・画期的著作であるが、主としてCIA分類によっており、情報資産の区分への配慮は希薄である。

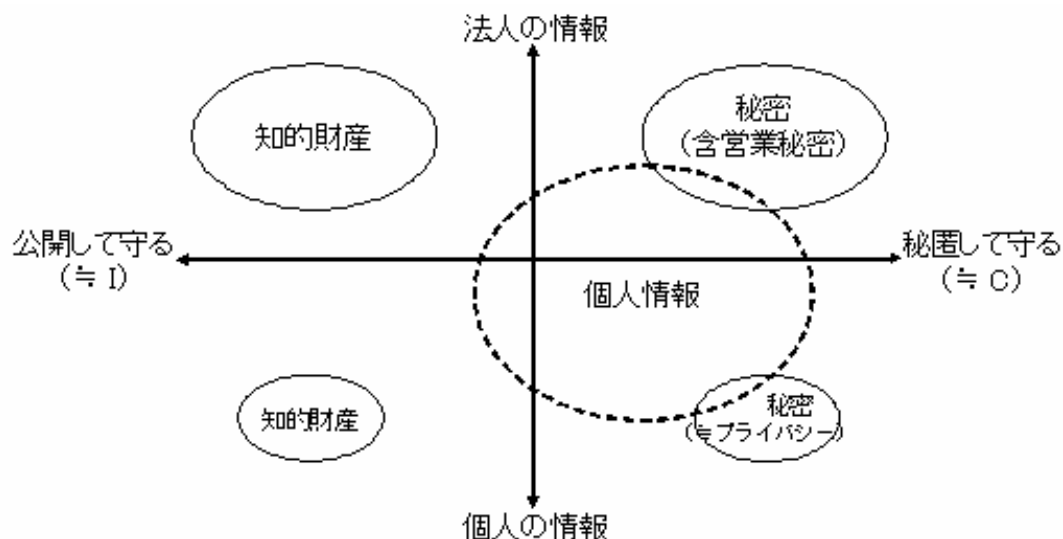
<sup>10</sup> これらの分類に含まれない第3の類型も観念できるだろうが、ここでは簡素化のため2大別する。

<sup>11</sup> ここで「公開して守る」というのは論理矛盾と思われるかもしれないが、実は知的財産の大部分はこの方式によっており、営業秘密はむしろ例外とすることができる。

概ね I の要素が強いと思われる。

以上の関係を図示すれば、図表 1 のようになる。この図は法人と個人に分けて描いてあるが、本稿のテーマである著作権についてはこの区別は無視してよく、CかIかの方が重要である。

図表 1. 情報資産の法的保護方式（有体物への固定を要件としない場合）



(注1) 営業秘密は知的財産の一部として扱われることが多いが、その実秘密の一種である。  
(注2) 不法行為や債務不履行による事後救済は有体物に同じ。

ここで情報資産を法的に保護する上では、有体物を保護する場合とは全く違った困難が待ち受けている。つまり前述のとおり、占有（独り占め）することが難しい。また情報を他者に伝えても、私はその情報を失う訳ではないので、「占有の移転」も明確でない。また、一旦漏洩した情報は取り戻せない（取引の不可逆性）からである（林[2001a][2003a]）。したがって法は、こうした掴みどころのない客体である情報に対して、種々の工夫をして、何とか有体物の法体系並みの保護をしようとしてきた。

その代表例が「公開して守る」方式である知的財産に、端的に現れる。なぜならここでは、もともと公開情報であるビット列に排他権を付与しようとするものであるから、その範囲を特定しなければならない。そこで狭義の知的財産（田村[2006]の分類では、インセンティブ創設型法制）である特許法・実用新案法・意匠法・半導体集積回路法・種苗法においては、いずれも登録を権利成立要件としており、著作権の無方式主義はむしろ例外である（図表 2 参照）。

一方これを広義の知的財産（田村[2006]の分類では、インセンティブ支援型）に広げて考えた場合には、いささか様相が異なって見える。しかしこれは一重に「営業秘密」という異分子が入り込んだから、そう見えるだけである。これを「秘密」の保護方式の一つだとして図表 3 から除外すれば、すべて公知の情報に排他権を付与する制度だということに

図表 2. 狭義の知的財産制度：インセンティブ創設型

	保護の態様	禁じられる行為	対応する法律	保護される客体としての情報の公知性等	登録の必要性
インセンティブ創設型	自然法則を利用した技術的思想の創作	発明の不正使用	特許法	認定の登録により公開される(公知のものは登録不可)。それ以前に出願公開もある	あり
		考案の不正使用	実用新案法	同上 (公知のものは登録不可)	あり
	物品等の形状で視覚的に美感を起こさせるもの	意匠の不正使用	意匠法	同上 (公知のものは登録不可)	あり
	半導体集積回路の配置利用	半導体集積回路配置の不正使用	半導体集積回路法	利用権設定の登録により公開される	あり (利用権を設定)
	植物の新品種	植物新品種の不正使用	種苗法	品種登録により公開される	あり
	思想または感情の創作的な表現	著作物の不正使用	著作権法	通常公表により周知されるが、非周知のものにも権利成立	なし (無方式主義)

インセンティブ支援型・創設型や保護法益の分類は、田村[2003]によるが、一部修正。特に私の分類では、営業秘密は知的財産としてではなく、秘密の一種として保護される。

図表 3. 広義の知的財産制度：インセンティブ支援型

	保護の態様	禁じられる行為	対応する法律	保護される客体としての情報の公知性等	登録の必要性	
インセンティブ支援型	市場先行の利益	商品形態のデッドコピー	不正競争防止法	公知	なし	
	(秘密管理体制)	営業秘密の不正利用	同上	非公知	なし。代わりに「秘密管理性」が必要)	
	技術的管理体制	技術的制限手段の迂回	同上、著作権法	通常は非公知。ただし公知であっても保護される。	なし	
	信	商品等の表示	商品等主体の混同	不正競争防止法	公知(周知性が要件)	なし(先使用等の特例あり)
		同上	著名表示の不正使用	同上	公知(著名性が要件)	なし(先使用等の特例あり)
		ドメイン名	ドメイン名の不正取得(図利加害目的の場合)	同上	公知	なし(ただし商標と同じであれば、次項へ)
	用	商標	商標の不正使用	商標法	認定の登録により公開される(公知のものからの創作が容易であれば登録できない)	あり(不正使用の場合の対策あり)

インセンティブ支援型・創設型や保護法益の分類は、田村[2003]によるが、一部修正。特に私の分類では、営業秘密は知的財産としてではなく、秘密の一種として保護される。

なる。ここで商標権だけが登録を要件とし、他は無方式であるが、それは当該情報の使用状態や違法性が比較的感得しやすいから、登録を求められていないに過ぎない。

換言すれば、情報に排他権を与え、これを法的に守ることはそれだけ難しいことを意味する。具体例として、情報が窃盗罪の対象になるか否かを考えてみよう。窃盗罪は「他人の財物の窃取」が要件である（刑法 235 条）が、ここで財物とは有形のものであった。しかし既に戦前において、裁判所は「電気」の盗用に窃盗罪を適用し<sup>12</sup>、戦後はこれを明確にするため、「窃盗および強盗の罪」の章においては「電気は財物とみなす」旨の規定（同 245 条）がおかれている。しかし「みなす」ということは、「実際はそうでないのに法的には同じものとして扱う」という意味だから、反対解釈をすれば刑法は「有体物に体现された情報」を保護しており、電気はその唯一の例外である。したがって、財物ではない情報を盗んでも、窃盗の構成要件に該当しないと見るしかない。

世間では情報の価値が次第に高まっていることや、有体物を窃取すれば罪に問われることに比して、著しく均衡を欠くとの視点から「情報窃盗」を法定化すべしという論議がある。しかし顧客情報の流失や盗用を秘密侵害罪として処罰する先進国がみられるものの、わが国の秘密漏示罪は犯罪行為の主体を限定している（身分犯）。また仮に「情報窃盗」罪を作っても、「実質秘」性を具備しない電気信号の集積や公開情報を編集したプログラムやデータベースが、広く同罪における「秘密」に含まれることはないものと思われる<sup>13</sup>。

またコンピュータ化の推進につれて、これを利用した犯罪が多発したため、1987 年の刑法改正において「電磁的記録不正作出」（刑法 161 条の 2）「電子計算機使用詐欺」（同 246 条の 2）「電子計算機損壊等業務妨害」（同 234 条の 2）などの罪が、2001 年には「支払用カード電磁的記録に関する罪」の章（同 18 章の 2）が新設・追加された。これらの場合の保護対象は「電磁的記録」（同 7 条の 2）であるが、これまたデータそのものではなく、有体物に体现されたものと位置付けられていることに注意すべきである<sup>14</sup>。

したがって総じて言えば、刑事法は「秘密」のような無形のもを直接保護するような態度は取っておらず<sup>15</sup>、その役割は「防衛秘密」「通信の秘密」などを保護する特別法（前者につき、秘密保護法<sup>16</sup>や自衛隊法、後者につき電気通信事業法など）に委ねられている（林 [2005]）。

このような刑事法の対応と比較して、民事法の対応はどうだろうか。実は、有体物を中

---

<sup>12</sup> 大審判 1904 年 5 月 21 日刑録 9 卷 874 ページ。

<sup>13</sup> 逆に「有体物」でなくても安易に窃盗の対象とされるようであれば、カンニングや本屋での立ち読み、あるいは観光ツアー・ガイドの説明を盗み聞きすることも、形式的には窃盗罪になってしまう。

<sup>14</sup> ただし「支払用カード不正作出準備罪」（同 163 条の 4）は、電磁的記録の「情報」を取得しただけで罪になるので、「情報そのもの」を保護していると言える。

<sup>15</sup> これに対して、財産上の価値のある情報（財貨としての情報）については、いわゆる 2 項犯罪（強盗罪・詐欺罪・恐喝罪の各 2 項）として「財産上の利益」が客体とされている。通常は、債権の取得や債務の免脱、債務履行期限の延期などであるが、情報を欺網・暴行・脅迫などの方法で取得した場合には、情報それ自体が 2 項犯罪の保護対象となり得る。

<sup>16</sup> 正式には「日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法」（1954 年法律第 166 号）。



心とする民法体系の根幹は、時代の変化にもかかわらず、ほとんど変化していない。民法 85 条において「本法において物とは有体物をいう」とあるのが象徴的である。そしてそれには十分な理由があることは、先に「占有」という概念が不明確であることを説明した件から明らかだろう。

もっとも「情報の保護」と真正面から銘打たなくても、実行上これに近い効果を与えてくれる規定は存在する。たとえば民法の「不法行為」（民法 709 条以下）においては「他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合」に「財産以外の損害に対しても」損害賠償の責任を課している（同 710 条）から、名誉など「非財産的損害」も保護されていることになる。

図表 4. 知的財産の保護の 3 方式

方式	内 容	現行法	効 力
排他権付与	創作者に他者の利用を排除する権利を付与する	特許法 著作権法など	妨害排除、損害賠償請求、譲渡、相続、実施許諾、第三者への対抗、担保権の設定など
差止権付事後救済	不正競争により知的財産等営業上の利益を害する行為を禁止する	不正競争防止法	差止請求、損害賠償請求、（損害額の推定の規定あり）
事後救済	故意または過失により、創作者等の利益を害する行為を禁止する	民法	損害賠償請求のみ

しかし不法行為によって事後的に救護される場合（事後救済法制、アメリカ法では Liability Rule）よりも、事前に排他権が与えられていて他人の利用や妨害を排除できる場合（排他権付与法制 Property Rule）の方が保護の程度が強いことは明らかである。知的財産制度はこの後者の代表例といえる（Calabresi & Mamed [1972]）。この中間に特定の行為に限り差止を認める方法（差止権付事後救済）があるが、この三者を比較して見ると、排他権付与 > 差止権付事後救済 > 事後救済、と権利の強弱が異なることが分かる。

このように考えてくると、改めて「占有権」（民法 180 条）に基礎を置く「所有権」（同 206 条）が、極めて強い排他権であることが確認できよう。所有権は図表 4 の保護の 3 方式の「効力」欄に掲げるすべての機能を有している。また所有権に代表される財産権（＝物権）は民法等の法律で特定されている（同 175 条＝物権法定主義）。知的財産制度は、このような有体物の法体系を念頭におきつつ、それに準ずる形で特定の情報に対して権利を付与したものである。

このような所有権の特徴を知ってか知らずか、知的所有権という用語が使われることがあるが、知的財産たる情報が所有の対象になり得ないことは、繰り返すまでもないだろう。

この問題は一言言葉の問題のように見えるが、実は権利の強弱をどう捉えるかに関係している。そしてこの立場の違いは、公的機関による審査や登録を要件とする特許権の場合より、何らの手続きを必要としない著作権（無方式主義）の場合に、より先鋭な形を取る。デジタル化の影響を受けて、著作権の侵害が広汎に行なわれたのは、意外なことではない<sup>17</sup>。

### 3. デジタル化による脆弱性の露呈

本の出版から始まったコピーライトあるいは著作権は、新しいメディアである蓄音機・映画やテレビ、コピー機やコンピュータ・システムの誕生に合わせて適用領域を拡大して、数世紀を経た今日もなお生き続けている。しかし、1990年代に入ってから、デジタル技術とインターネットの急速な進展は、長い歴史を持つ著作権制度を、根本から揺さぶっているようだ。

近代著作権制度は、①「著作物」という言葉に表されるように創作の結果は「モノ」に体现される、②オリジナルは特定できる、③複製にはコストや時間がかかり品質は必ず劣化する、④伝送による複製は品質の劣化で不可能か、極度に高くついたり時間がかかりすぎる、⑤改変についても事情は同じ、という暗黙の前提の上に成り立っていた。これはアナログ技術の制約と言い換えてもよいが、その制約が逆に制度の安定をもたらしていたとも言えよう。なぜなら、「モノ」に体现されたオリジナルが存在するという事は、本物と偽物（コピー）を見分けることを可能にするし、複製すれば品質が劣化することは、違法コピーの蔓延にも技術的な上限があることを、意味することになるからである（牧野[2002]）。

ところがデジタル技術においては、①創作物を「モノ」に体现させずデジタル的素材のまま交換することができ、②複製することは瞬時にほぼ無料ででき、かつ品質も劣化せず、③これを伝送しても条件は同じ、④改変もまた同じ、ということになってしまう。たとえば、作曲をパソコンで行なって、そのまま電子ファイルで保存しているとしよう。ある日気が変わって、一部を手直しして上書き保存したとすると、修正済みのものが新しい創作物になって、前のものはなくなってしまう。もちろんバージョンの管理を厳密に行なっていれば、新作・旧作ともに自分の著作物だと主張することは可能だが、通常は絶えず更新を続けることが多く、どれがオリジナルかは本人もわからない場合がある。

またこの楽曲を誰かに送信する場合を考えてみよう。親しい友人がいて、彼もまた作曲の才がある場合には、お互いに無償で交換するかもしれない。しかし中には互惠主義を守らない者がいて、第3者に送信してしまうかも知れない。かつてのアナログ時代には、このようなコピーや伝送を繰り返せば必ず品質は劣化するから、オリジナルとは価値が違った別商品に転化してしまっただとして、違法コピーを目こぼしても問題は少なかった。しかし、デジタルではオリジナルと同じ品質のものが再生され、世界中に拡散されるので、創作者の被害は甚大になる。

アナログの時代には、著作物（情報）は有体物に体现されていたので、侵害を回復する

---

<sup>17</sup> ウィニーによる情報漏洩の最大の懸念は、個人情報漏洩とともに著作権侵害情報の流通である。

には有体物を差止めれば良かった。また、損害賠償も有効な救済手段だった。しかし、デジタル情報によって著作物が表現されれば、それは0か1かのビット列に他ならないから、瞬時にしかもコスト・ゼロで複製され、伝送され、改変される危険に晒されている（林（編著）[2004]）。

しかし創作物の種類によって、その度合いに差があることにも留意しておこう。先の3つの困難性のうち「伝送」と「改変」は、「体現」または「固定」のそれと連動する面が強いので、今後の制度設計にあたっては、体現の困難度と複製の困難度を両軸に、著作権の対象になる創作物を分類してみることが有効であろう（図表5）。

図表5. 体現と複製の難易度による著作物の分類

容易	実演	デジタル財
困難	初期の出版、彫刻	音楽、CG
体現（縦軸） 複製（横軸）	困難	容易

この図表の原点に近い「体現困難・複製困難」の代表例が、かつての出版や、古くからある彫刻である。この対極にあるのが、「デジタル財」とでも呼ぶべきもので、「体現も複製も容易」であることから、従来の著作権の概念だけでは律せられない問題を提起している。その両者の間に「体現は容易だが複製が困難」な例として、実演（パフォーマンス）などがある。かつて実演は体現するのも困難であったが、デジタル録画装置などの発達によって、体現そのものは容易になった。しかし、そのような方法で体現されたものが、実演そのものと同等の価値を伝えているかとなると、いささか疑問である。ベンヤミンのいう「アウラ」が伝わらないからである（Benjamin[1936]）。同様の意味で、絵画にも本物と複製の差がありそうである。

もう一つの中間的存在は、「体現は困難だが複製は容易」のパターンで、CG（Computer Graphics）が代表例である。CGの作業は、コンピュータへの入力に時間・労力と創造力が必要だが、一旦制作されたものを複製するのは、いとも簡単である。したがって著作権侵害にもっとも弱いメディアと考えられ、作者は学者寄りの道を歩むかアーティストに徹するか迷うことになる（河口[2002]）。

加えて、権利侵害に対して裁判による救済を求めようにも、デジタル財には次のような特性があって、うまく機能しないことが分かってきた（図表6参照）。

- ① オリジナルがどれかも判然としないので、複製がオリジナルに「依拠」<sup>18</sup>したものかどうか判断が難しい。
- ② ネットワークを介して複製が行なわれると、被害は世界規模になり、加害者を特定し難しい（林[2001c]）。

<sup>18</sup> 著作権侵害の要件として、類似性と依拠が挙げられるのが通例である（田村[2001]）。

- ③ 被害額が膨大であり、短期間に発生するので差止めの効果が無い。
- ④ そこで勢い、情報の仲介者の責任を問うことになりがちである。
- ⑤ 国境を越えた紛争になりやすく、準拠法・裁判管轄などの問題が発生する。

図表 6. 著作権とアナログ技術・デジタル技術

区分		アナログ技術	デジタル技術
実 体 面	オリジナルの特定	特定できる	特定できない場合がある
	オリジナルの体化	通常体化される	体化されない場合がある
	複製コストと時間	ある程度かかる	ほとんどタダで短時間
	複製品質	オリジナルに比べて劣化	劣化しない
	伝達の場合	上の2欄の限界が更に強くなる	上の2欄に同じ
	改変の場合	同上	同上
手 続 面	侵害の特定	特定しやすい	特定しにくい
	侵害の範囲	オリジナルにアクセスできる範囲から遠からぬ範囲	グローバルにどこまでも
	侵害者の数	限定的	特定できないほど多数
	仲介者の責任	あまり考えなくて良い	侵害者に近い責任を問いたくなる
	訴訟の困難性	比較的容易	準拠法、裁判管轄などの複雑性

このような状況の下では、従来通り著作者や著作権者の権利を守ることは、極めて難しい。実効担保のコストがきわめて高くなった訳だから、知的財産権という権利付与がそれを上回る効用を社会にもたらしているのか、が改めて問われている訳である。

一方、デジタル化の影響は流通段階にも及ぶ。著作物がアナログ技術に支えられ、「モノ」に体现されることが一般的であった時代には、著作物の流通について格別の注意を払う必要はなかった。なぜなら、それは一般的な財貨の流通と異なるものではなかったからである。ところが、著作物がデジタル情報として生産され流通・消費される場合には、3つの大きな変化が生ずる。

1つは流通機能の変容で、うかうかしていると流通業者は中抜きされて不要になってしまう。なぜなら、アナログ時代には有体物の流通無くして著作物が流通することは不可能なので、最低でも物流業者としての仲介業者が必要であった。デジタルになると、この部分が要らないからである。しかし逆に、仲介業者が存在しなくなると、代金の回収を誰に頼ったら良いか、という問題が発生する。eコマースがゆっくり立ち上がろうという間に、携帯電話を使った情報サービスが急速に成長したのは、(他の要因もあろうが) 電話会社の代金回収代行力が有効だったからと思われる。つまり流通機能は、全く新しい視点からのものに変化していくであろう。

大きな変化の第2は、流通業者の機能変化の陰で、生産者と消費者が直結する動きが出てくることである。しかもトフラーの指摘するように、消費者は時として生産者にも変化し得る(プロシューマー)ので、この変化は一方的ではなく、相互依存的になる。その例として、著作権管理は強化に向かうのか、緩和に向かうのかを考えてみよう。

世間では、いわゆる DRM (Digital Rights Management) 技術の登場によって、著作権管理は徹底的に細分化され、どこまでも追跡可能になるから、著作者 (=生産者) の権利が強化され、いわゆる違法コピーは撲滅されるし、されるべきだとする向きがある。Lessig のようなコモンズ派は、反対にそのような管理社会の到来を危惧している (Lessig[1999][2001])。しかし本当にそうだろうか。DRM の完徹は、比喩的に言えば本の立ち読みにしても、その量に応じて課金するということだが、それでは立ち読みをする人が減少するだけでなく、本屋に入る人の数自体も減ってしまうことにならないだろうか。「禁酒法」のたとえはまさにそのような状況を暗示している (林[2001a]<sup>19</sup>)。

しかも、著作者の権利を強化することは、次の著作者の権利を制限することに他ならないが、第 1 の著作者=第 2 の著作者というケースもあれば、第 1 の消費者=第 2 の著作者というケースもあり、利害関係は従来以上に錯綜してくる。ここで著しく一方だけを利する法改正は難しく、結局のところはバランス論への回帰、つまり現行の保護レベルの微調整にとどまらざるを得ないのである。

このような状況の下では、従来通り著作者や著作権者の権利を守ることは、極めて難しい。問題がいち早く顕在化した音楽の分野では、デビット・ボウイが自分自身を証券化して売り出し、保有者にライブ・チケットを優先的に割り当てることで価格を上げ、逸失利益の回収を図っている。デジタル・マルチメディアの環境の下では、一つの出力フォーマットを著作権で守ることに腐心するより、若干の違法コピーには目をつぶり、そこで得たポピュラリティを利用して、他のメディアで稼ぐことを工夫した方が賢い (林[2001b])。つまりワン・ソース・マルチ・ユースの発想でいくべきであり、またそれ以外のビジネス・モデルは考え難い。

そこで第 3 の変化として、無方式主義の著作権制度の中に「登録」という機能を入れ込むことが考えられる。無方式主義は著作(権)者が誰であるかの探索コストを、利用者が負担する制度である。しかし、もともと拡散しやすく排除しにくい財貨である情報に、強い排他権を付与するのであれば、権利成立後の探索コストを権利者に課す方法の方が合理的と考えられる。

その理由は、第 1 に負担の公平である。他の知的財産がすべて登録料を要する制度である点からも、著作権の登録コストを権利者負担とすることが妥当であろう。そして第 2 は、それが最少のコストだからである。権利者が登録をするコストは微々たるものであるのに対して<sup>20</sup>、後刻多数の利用者がそれぞれに探索コストをかければ膨大になるからである。

#### 4. ㊦マークと自己登録制度

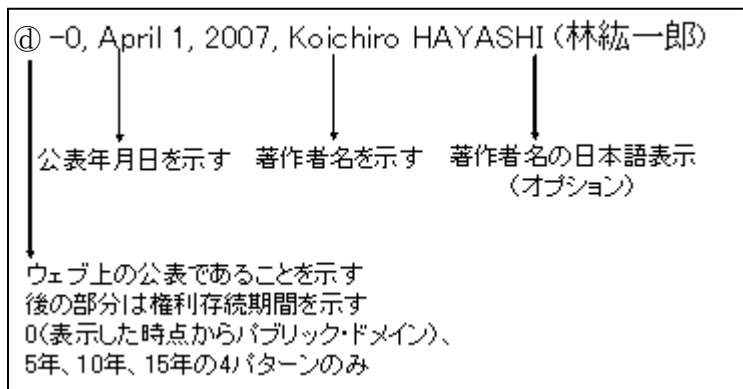
ところで私は、ウェブ上で発表する著作物については、現行著作権法をベースにしなが

<sup>19</sup> なお法律的に言えば、本のあらゆる小部分に著作権を表示する ID を付与することは、創作性がない非著作物にも権利を付与することになり、現行著作権法に違反する (名和[2000])。

<sup>20</sup> 読者は登録が巨大なデータベースを要するものと、誤解しないで欲しい。私の分類では自己登録も DRM も登録の一種で、前者についても分散型データベースを想定している。

らも、全く新しい発想を採り入れるべきだと考え、1999年春以降「デジタル著作権」(©マーク)という大胆な私案を提案中である(林[1999a][1999b])。私の考えも時間とともに少しずつ変化しているが、現在の案は図表7のとおりである(レッシングほか[2005])。

図表7. デジタル著作権(©マーク)



これは「私はこの作品をウェブ上で公開しました」と宣言する、自己登録付きの著作物の公表制度である。やや具体的な補足説明をしておこう。

- ① デジタル創作物の作者は、自らまたは代理人を通じて世間に公表し、©マークを付すことにより、「デジタル著作権」を設定することができる。「デジタル著作権」は、原著作物がウェブサイトには存在しない「デジタル創作物」について、現行著作権制度を基礎としながらも、著作者の意思で以下に述べるような変更を加えたものである。
- ② 公表は、自らあるいは他人のウェブサイトによる。ただし、公表時点において広範囲に利用されているブラウザ・ソフトで読解可能な方法で行ない、かつ広範囲に利用されている検索エンジンで検索可能にしなければならない<sup>21</sup>。
- ③ 「デジタル著作権」には、一身専属的な「デジタル創作者人格権」と、「デジタル創作物財産権」の両者を含むが、両者を法技術上可能な限り「分離」(アンバンドル)する<sup>22</sup>。
- ④ 「デジタル創作者人格権」には、「氏名表示権」と「同一性保持権」の両支分権を含む<sup>23</sup>が、「公表権」は既に行使済みであるので含まれない。
- ⑤ 「デジタル創作物財産権」は、著作権法上認められていると同一のあらゆる支分権を

<sup>21</sup> デジタル著作権の存続期間中は、創作者はその利用可能性を保証しなければならない。仮に最初に掲出したウェブサイトが閉鎖等により利用不可能になった場合、創作者は他のウェブサイト継続して掲出し、かつその旨を広く周知しなければならない、権利を喪失する。

<sup>22</sup> 本論において「アンバンドリング」という用語を、いわば自明のこととしてしまったが、これはもともとコンピュータや通信の分野の競争政策として、会社分割を伴わない、いわゆる非構造分離の手段として考えられたものである(林[1998])。その後アンバンドリングは、コンピュータや通信分野以外にも広く適用可能な手段として認められつつある。コンピュータ本来の分野では、マイクロソフトの独禁法違反訴訟において、ウィンドウズというドミナントなOSとエクスペローラというブラウザ・ソフトをバンドルして販売することが認められるか否かが、主たる論点になった。

<sup>23</sup> このうち氏名表示権は、後述するようにこの権利の中心を成すが、同一性保持権については、それを貫徹した方が良いか、それとも緩和して後の創作者の創意を刺激した方が良いか、なお逡巡している。

含むが、権利の存続期間は、公表後直ちに財産権を放棄するもの、5年間の権利を主張するもの、10年間のもの、15年間のもの、の4種類とし、㊸の後ろに0年、5年、10年、15年の4パターンのいずれかを記入する。

- ⑥ 一旦「デジタル創作権」を主張した同じ創作物については、その後（アナログの）著作権を主張することはできない<sup>24</sup>。

日本の現行著作権法には、著者または著作権者による著作権の放棄（すなわちパブリック・ドメインにする）の明文の規定がない。実際上は権利を行使しなければ、自由に複製することができるので、権利の放棄と同じことになるかと説く人もいる。しかし、権利不行使の場合には、権利者がいつ翻意するかもしれないので、法的安定性の点で問題がある。㊸-0はその部分を明確化しようとするものである。

また併せて、権利存続期間を最長でも公表後15年として、ドッグ・イヤーに対応させる。15年は特許権の存続期間（申請後20年）を念頭においたものである。そして、公表の年月日を記入する。今までの著作権管理では通常、年単位でしか管理していないが、そろそろ年月日単位の管理が必要ではないかと考えた。著作者名をわざわざ英語で書いたのは、国際デファクト標準にしたいという野心からであった。

私の提案は、a) ウェブ上の公表という分散型の緩やかな登録システムであり、b) 権利存続期間を最長15年までの4パターンに制限する、c) 氏名表示権を重視する、という点に特徴がある。著作権のあり方自体を論じる視点からはb)が最もシリアスな問題提起であるが、ここではa)とc)を中心に若干のコメントを加えておこう。

- ① 「デジタル創作権」は公表し、かつ財産権に関する部分については、権利の存続期間を自ら宣言し、ウェブサイト到自己登録することによって発生するものである。
- ② 公表は、現提案ではインターネットのウェブサイトによるものに限られている。ただし将来にわたってウェブサイトが唯一かつもっとも効率的な公表手段とは限らないので、今後追加・補正が必要となる。
- ③ デジタル的な公表の場合の問題点は、それが将来とも利用可能であるという保証が乏しいことである。将来的にはネルソンの「ザナドウ」のような電子図書館方式が望まれる（Nelson[1991]）が、さしむき創作者の側に一定の義務を課すのも、やむを得ないであろう。
- ④ 権利の内容としては、財産権よりも人格権を重視している。かつて公文俊平が指摘した、「プライオリティ権」<sup>25</sup>すなわち「氏名表示権」こそ、もっとも尊重されなければならない権利だと考えているからである<sup>26</sup>。

<sup>24</sup> 実はこの制限条件を守るのは意外に難しい。私自身も、一旦ウェブ上で公開した著作物は書籍の出版の際極力利用しないように努めているが、この制限に決して触れていないかどうかは自信がない。もっともこれは前注の同一性保持権の考え方とも関連している。

<sup>25</sup> 公文は「情報権」として「プライバシー権」と「プライオリティ権」の2つを考え、後者が特に重要だとしている。公文[1986]参照。

<sup>26</sup> 従来の人格権重視説は、主として同一性保持権侵害に対して強い規制を求めるものであったが、私の説は氏名表示権重視である（名和[2000]）。

- ⑤ これに対して財産権、すなわち「デジタル創作物財産権」は、限りなく債権化してよいものであり、現著作権による「死後 50 年」という長期・一律の保護は、「スピードの経済」の時代には、ふさわしくないと考える。債権であるとするれば、どのような権利（とくに権利存続期間）設定も可能であるが、取引の安全性と取引費用の節減の観点から、ある程度の標準化が望ましいと考え、5 年毎の 4 種類のパターンを考えた。
- ⑥ 「デジタル著作権」はアナログの「著作権」と理念が相当に異なるもので、両者は両立しない。権利を主張するものは、創作あるいは公表の際に、そのどちらを選ぶかを明確にしなければならず、一旦「デジタル著作権」を選んだ場合は、後刻変更することはできない。ただし途中まで、アナログの著作権を主張してきた者が、後刻何らかの事情で「デジタル著作権」に乗り換えることは可能とする。
- ⑦ そのためもあり、また権利の存続期間に差があるため、万国著作権条約で考案された©マークに倣って㊦マークにより識別を容易にし、取引の安全を高めようとするものである。

㊦マークに類似のものとして、既に幾つかの提案がある。いずれも電子的手段を使って何らかの管理を行なうもの、すなわち ECMS (Electric Copyright Management System) という点では似かよっており、一種の登録制度といえよう (レッシングほか [2005])。

これらは、①現行法に忠実 (L=Loyal 型)か独立志向 (I=Independent 型)か、②原著作物に関する権利情報 (メタ情報) をデータベースとして蓄積するか (D=Data Base)、それともウェブサイトによるリンク形式のようなものを用いるか (この中が更に狭義のハイパー・リンク H=Hyperlink と、現在のウェブ型=W に分かれる)、さらに ID を埋め込み型にして追跡していく型を取るか (T=Traceable)、更には媒体組込型か (M=Media) という 2 つの軸で分類可能である (図表 8)。

個々の例をあげれば：

- ① 北川善太郎の “copymart” は、コンピュータによる現行著作権の保護、つまり L 型でしかも D 型 <[http://www.copymart.jp/index\\_j.html](http://www.copymart.jp/index_j.html)>。
- ② Ted Nelson の “transcopyright” は、ハイパー・リンクの創始者らしく、I=H 型 <<http://xanadu.com.au/ted/transcopyright/transcopy.html>>。
- ③ Free Software Foundation の GPL (General Public License) は I=W 型の典型で、私に㊦マークについての幾つかのアイデアを与えてくれた。 <<http://www.opensource.jp/gpl/gpl.ja.html>>。
- ④ Harvard Law School の Berkman Center の提案した cc マークは、同じく I=W 型である <<http://cyber.law.harvard.edu/cc/cc.html>>。
- ⑤ 私の㊦マークは、基本は I=W 型ではあるが、工夫をすれば L=W 型にも使える点に特徴がある。
- ⑥ 森 亮 一 の “super-distribution” は、典型的な I=T 型



<<http://sda.k.tsukuba-tech.ac.jp/SdA/>>。

- ⑦ Content ID Forum (cIDF)は、L=T型にもI=T型にも使える普遍的なシステムを目指したものであるが、現在は活動を休止している。

<<http://www.sophia-it.com/content/%E3%82%B3%E3%83%B3%E3%83%86%E3%83%B3%E3%83%84ID%E3%83%95%E3%82%A9%E3%83%BC%E3%83%A9%E3%83%A0>>。

なお、オンライン上の利用を想定したものではないが、文化庁自身も「コピーOK」「学校教育ならOK」「障害者の利用OK」などの、「自由利用マーク」を推奨している<<http://www.bunka.go.jp/jiyuriyo>>。また純粋に民間ベースのものとして、eye-love-eyeマークなどもある<<http://eyemark.net/>>。

図表 8. ECMS の提案比較

現行法との関係 処理方式	忠実(L)	独立(I)
ディレクトリ型(D)	コピーマート	
狭義のハイパーリンク型(H)		Transcopyright
ウェブ式リンク型(W)	(@ マーク)	GPL ccマーク @ マーク
IDによる追跡型(T)	cIDf	超流通 cIDf
媒体組込型(M)	DRM	DRM

\*他にアナログを主体にしたマーク(文化庁のもの、eye-love-eyeなど)

ところで2002年以降、上記の分類にも「融合現象」が生じてきた。2000年ごろからccマークを始めたLawrence Lessigは、ハーバードからスタンフォードに移ると同時に、cc=counter copyrightという否定的な活動から転じてcc=creative commonsと捉え直したプロジェクトを開始した。そしてpro bonoという弁護士のボランティア活動にも支えられて、マークだけでなく添付の契約書はもとより、それをプログラム化するところまで進んできた<<http://www.creativecommons.org/>><sup>27</sup>。

そこで提案されているマークは、Attribution(氏名表示権重視)、Noncommercial(非商業利用)No Derivative Works(完全同一性保持)、Share Alike(相互主義)の4つが中心である<sup>28</sup>。このうち第一のもの(マークとしてはBYマーク)は、私のアイディアに近

<sup>27</sup> 日本語訳も整備されている<<http://www.creativecommons.jp/>>。

<sup>28</sup> 当初は、これら4種のマークを組み合わせることによって、11通りの利用方法が可能であるとしていたが、その後

いばかりか、さらにそれを実現するソフトウェアも実装しようという意欲的な試みで、これを活用する向きが増えつつある（レッシグほか [2005]）。

また、アメリカでは、これらの使用許諾契約を中心にした工夫のほか、古い歴史を持つ登録制度を活用して、実行上のパブリック・ドメインの範囲を明確にしていこうという主張もある。後述するように、Landes & Posner[2003]の著者たちは、一定期間の著作権付与と登録料支払いを前提にした、永久に更新可能な制度が望ましいとしている。この期間や登録料・更新回数の設定如何で、制度の機能はかなり変化すると思われるが<sup>29</sup>、十分検討に値する主張であろう。

以上のような展開を踏まえて、私は④-mark の第 2 世代版、すなわち Mark II を提案中である（レッシグほか [2005]）。その基本的発想は、

- ① クリエイティブ・コモンズで可能な部分は、できるだけ譲って重複を避けたい<sup>30</sup>。
- ② 著作者の意思による権利存続期間の設定は、④マークのみで可能な仕組みであり、これを利用したいというユーザの声に応えたい<sup>31</sup>。
- ③ 第 1 世代案で提案したバージョン管理や使用許諾条件の設定は、ソフトウェアを対象にする場合には不可欠だが、一般には煩雑な感を与えかねないので、他のシステム（特に FSF など）に譲ることにしたい。

という現状認識に立っている。前出の図表 7 には、これらの要素を織り込み済みで、実は Mark II の表示法であった。

## 5. 新しい任意登録制度と検討課題

アナログの時代には、米国型の登録制度は、いかにも不都合に思えた。国土が広く、隣の州が世界の遠い国のように見える国においてしか、登録制度は意味がない様であった。しかし、デジタル財のつかみどころのない欠点が露わになった現在では、従来の任意的登録制度を超える仕組みを、検討すべき時期ではないかと思われる（林[2006]）。

効果として期待される最大のものは、裁判において真正な著作者であり、真正な著作物であると認定されることであろう。それに最も近い方式は、著作者や著作物の登録を権利発生要件とすることであるが、それではベルヌ条約（その一部は WTO の仕組みに組み込まれて、WTO 条約で追認されている）に定めた無法式主義を否定することになってしまう。これに準ずる方式は、現在の米国がそうであるように、内国著作物については登録を訴訟要件とすることであろうか。これでもなお、ベルヌ条約違反の疑いは消し去れない。

より現実的で国際的調和を乱さない方法は、登録に裁判上の証拠能力を付与すること、

---

Attribution は必須であるとの考えに転じたので、現在は 6 通りの組合せが利用できる。

<sup>29</sup> たとえば 14 年の著作権付与と 1 回限りで 14 年の更新期間（合計 28 年まで）というのが、1790 年に制定された最初のアメリカの著作権法の規定であった。

<sup>30</sup> 現在の最大の問題点は、④-0 と attribution の調整である。両者は近似の概念であり、利用者にも無用の混乱を与えないためにも、何らかの整理が望ましいが未調整である。

<sup>31</sup> creative commons でも検討したが、理事会で当面採択しないこととなった由=Lessig 教授からの聴き取り。

すなわち「登録された著作者または著作物は、真正の著作者または著作物と推定する」との効果を付与することであろう。これは裁判実務の積み重ねでも可能であろうが、立法化の方が即効性があり、法的安定性の面でも優れていると考えられる。

なおその際、ベルヌ条約の定めを越える部分（いわゆるベルヌ・プラスで、権利存続期間を「著者の存命中及び死後 50 年」というベルヌ条約を越えて、たとえば「死後 70 年まで」とした場合に、51 年以降 70 年までの期間）をどう定めるかは国内法に委ねられているとして、この部分に登録制度を義務付ける（方式主義とする）案も主張されている。

さて、このような発想に基づく新しい登録制度では、登録機関は唯一の公的機関だろうか。「公的なものが 1 つあるのが望ましいが、民間機関が複数あることも排除しない」という制度設計が望ましいと考えるが、その理由は以下のとおりである。

まず第 1 に、データベース・ビジネスは「規模の経済性」が極めて強いことから、登録機関は寡占にならざるを得ないので、何らかの形で公的関与は必要である。ただし 1. で述べた無方式主義の意義に鑑みれば、行政機関が自ら登録機関になることは回避すべきである。米国の登録機関である著作権局が、議会図書館の附属機関である辺りに、工夫の跡が見られる。

第 2 に、登録業務と電子認証業務はきわめて近い関係にあるから、電子認証制度が民間主体で運用されていることと整合性を保つことが望ましい。そして第 3 に、本業務は著作権管理業務とも重複する部分があることに配慮しなければならない。著作者（あるいは著作権者）から見れば、著者と著作物の真正性を確保するための「登録」と、その権利処理を「信託」するための情報入力に、2 度手間を要するのはわずらわしい。またこの 2 つの業務を分離すれば（極端な例として、両業務の兼業を禁止すれば）上の第 1 で述べた「規模の経済性」を生かせないことになる。

しかしこのことは、著作権登録データベースと、著作権管理データベースが混在して分離不可能であってよいことを意味しない。前者は権利の存在確認が主目的であり、後者は許諾業務の円滑化が主目的であるから、前者はより公開に適し、後者はより秘匿に適している。そこでこの両データベースをアンバンドルし、前者にのみ開示義務を課す制度が望ましいだろう。

なおここで、自己登録も認められるべきであることも、忘れてはならない。クリエイティブ・コモンズ（レッシングほか[2005]）や®マーク（林[1999a][1999b]）など、世間には自主的な仕組みを使って権利を主張したり自ら権利制限をする向きがある。文化庁自身が推奨しているマークも、最も緩やかな意味での（自己）登録制度だといえる。これらは従来、著作権を弱める動きと捉えられがちであったが、レッシングの標語（Some Rights Reserved）が示すように、一定範囲での著作権保護を強める機能も持つのである（林[2006]）。

このような柔らかな発想に立てば DRM（Digital Rights Management）などのソフトウェアも、著作権登録の機能を果たしていることになる。DRM を含めた著作権管理システム（C）が、本報告で提案する著作権登録システム（R）とどのような関連性を持つのか（ $R \subset C$ 、

$R \doteq C$ 、 $R \supset C$ ) は、技術の進化を踏まえて、今後検討を深めるべきテーマであろう。

それ以外にも、この提案には課題が多い。以下にそれらを列挙しておこう。

#### (1) デジタルとアナログ

登録の緊急性は、デジタル著作物に関して顕著である。しかし、デジタル著作物が一度も媒体に体现されないとの保証もないし、現に存在する著作物の大半はアナログをベースにしている。したがって制度設計はデジタル技術を前提にするのは当然としても、登録の対象はデジタル・アナログ両方を含むものとして検討すべきであろう（規模の経済性を生かすためにも）。

#### (2) 商用が主か、パブリック・ドメインの明確化が主か？

前節で述べたように、 $\text{®}$ マークなどの仕組みも登録の一種だと考えれば、これまでの提案は、どちらかと言えば「パブリック・ドメインの明確化」が主であったと思われる。現行著作権法には「著作権の放棄」に関する明文の規定がないので、マークでその旨宣言することは、利用促進の効果があろう。著作権の存続期間が不明確であったり、権利者の行方知れずのため、著作物の利用が限定されている点を考えれば、これだけでも登録の効果はある。しかし、著作物利用の本命は許諾による商用の利用であるから、新しい登録制度を考えるなら、こちらを主に設計すべきである。先に著作権管理事業者が登録事業を兼営することは妨げないが、両データベースをアンバンドルせよとも主張したのは、このような発想に基づいている。

#### (3) 著作者情報と著作物の紐付け

登録によって「この論文は、私が書いたものである」ということを証明できるだろうか。今この論文をお読みの方は、冊子としてのまとまり、表紙・目次・奥付などから、私が本稿の執筆者であることに疑いを持たれないであろう。しかし著作権登録データベースに、私の権利がメタ情報として収録されているだけでは、その情報の信頼性はおぼつかない。

この状態を無視して、登録情報に第三者対抗力を付与したり、ましてや権利成立要件とすることは、冒頭に述べた無方式主義との関連性を別にしても、無謀な案だと思われる。なおこの状況はすべてがデジタル化されたケースでは、電子署名・電子認証技術によって緩和される部分もあるが、本人確認というアナログ的な部分は依然として残る。

#### (4) 著作物情報と原本の紐付け

登録するのはメタ情報であるから、それが著作物と 1 対 1 で対応しているかどうかは、何らかの方法で検証しないとわからない。デジタルの場合には電子認証がその役割を担うが、アナログの場合には「原本あるいはそのコピー」を提示してもらい、それを長期間保存する仕組みを考えないと、情報と原物との関係を証明できない。またコピーの場合には、それが原本のコピーであることを、別途の方法で確かめなければならない。

米国著作権局の場合は、郵送も含めて原本またはコピーを提出してもらい、突合・保管の作業をしており、作業量が膨大になっている（デジタルコンテンツ協会[2007]）。これらのコストは取引費用として市場から回収できるか、あるいは税金で支出して文化の発展に

資すべきか、突合を不要または極端に低コストにする方法はないか、など総合的な考察が必要である。

#### (5) 登録拒否はあり得るか

原本（またはコピー）との突合を行なうケースの場合、登録業務を行なう側が登録を拒否できるか否かが問題になる。わいせつ物が持ち込まれた場合を考えてみればよい。一切拒否できないこととすれば、憲法でも保護されない表現物について、著作権の登録が可能になり、釈然としない。しかし一方で、事業者がみだりに拒否権を行使すれば、表現の自由が妨げられるおそれもある。この問題は、プロバイダー責任制限法における情報の削除と似ており、ケース・バイ・ケースで判断せざるを得ないが、登録システムの設計の際に、避けて通れない課題である。

#### (6) 登録の3形態

以上の諸要素を勘案しつつ、私が委員長を仰せつかっているデジタルコンテンツ協会の研究会では、A. 原本保証モデル、B. 証書発行モデル、C. 自己登録モデルの3つのモデルを提示している(デジタルコンテンツ協会[2007])。

ここで、3モデルの鼎立を認めるべきだと考える理由は以下の3点である。①無方式主義が原則の中で例外的に方式主義に近い制度を導入しようというのであるから、緩やかな制度設計が望ましい。②言論の自由の発露である著作物については、検閲あるいは自主規制の危険を最小化すべきである。③従来の著作権制度は、全部一律(one-size-fit-all)の発想だったが、多様性が增大している現代では、オプション(選択肢)がある方が望ましい。

#### (7) 「なりすまし」対策

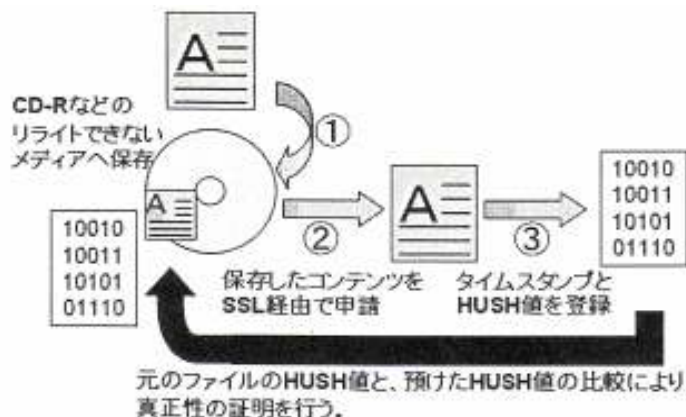
このようなシステムを最大限に活用するためには、暗号(認証)技術と組み合わせることが望ましい。つまり本人確認のためにも、著作物の真正性の証明のためにも、さらにはそうした証明を行なった時刻の証明に関しても、こうした技術を使うのである。ここで特に、著作物そのものとそのメタ情報との「紐付け」が重要である。図表8に掲げた各種のシステムは、cIDfを除けばマークやIDを付した著作物が、メタ情報と同一のものであるか否かが分からない。つまり、「著作物のなりすまし」に弱いのである。

そこで認証の際、著作物のデータ量が多い場合には、ハッシュ関数による情報圧縮を行なう<sup>32</sup>。図表9は、ハッシュ値による真正性の証明手順を示している。まず著作物として保護したい情報をCD-Rなどのリライトできないメディアに固定する。その上で当該情報(コンテンツ)をネットワークを介してSSL(Secure Socket Layer)と呼ぶソフトウェアで暗号化して送信する。受け取った相手(認証局 Certified Authority = CA)では、このコンテンツのハッシュ値と登録時間(タイムスタンプ)を保管する。

---

<sup>32</sup> ハッシュ関数とは与えられた原文から固定長の疑似乱数を生成する演算法で、生成した値は「ハッシュ値」と呼ばれる。通信回線を通じてデータを送受信する際に、経路の両端でデータのハッシュ値を求めて両者を比較すれば、データが通信途中で改ざんされていないか調べることができる。不可逆な一方関数を含むため、ハッシュ値から原文を再現することはできず、また同じハッシュ値を持つ異なるデータを作成することは極めて困難である。

図表 9. ハッシュ値による真正性の証明



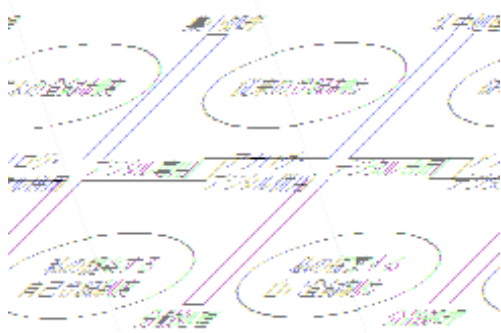
(出典：デジタルコンテンツ協会[2006])

後刻紛争が生じた場合には、元のコンテンツのハッシュ値と預けたハッシュ値を比較することにより、真正性の証明を行なうことができる。なおここでは概念を明確にするため、登録主体をCAとは別人として説明したが、理論的にはこの両者を兼ねることができる。ただし、この場合にも第3者（一般的にはTrusted third Party = TTP）は必要で、登録者は用心深くTTPと情報をやり取りして、自己の情報が第三者の証明を受けたものであることを明確にしておかなければならない。

以上で述べてきた自己登録制度は、アメリカで現に行なわれている著作権局における登録とは似て非なるものである。その要点は次の2点に集約される。

- ① アメリカのものが1つの機関における集中処理を念頭においているのに対して、自己登録制度は、著作者等が自分のウェブサイト分散型で登録するものである。
- ② アメリカでは電子式登録の試行も始まっているが、登録可能な著作物にはアナログのものも含まれる。これに対して自己登録制度は当面デジタル情報としての著作物に特化したものである（図表10参照）。

図表 10. 登録制度の分類



このような観点からは、前節で述べた電子認証制度と組み合わせて実施することが望ま

しい。しかし、著作物の自己登録制度だけのために、認証局を開設することは、コスト的に成り立たない<sup>33</sup>。認証・署名・タイムスタンプなどは、電子商取引が一般化すれば不可欠の基盤であるから、著作物の登録だけに目的を絞って検討するより、汎用的な用途に対応できる仕組みを検討すべきであろう。電子商取引の必要から、認証が一般化していけば、1件あたりのコストもリーズナブルな水準に下がり、著作物登録の際に利用することが可能になるろう。

このような状況では、直ちに理想的な自己登録を推進することはできない。図表 8 において、当初から電子認証などのシステムとの組み合わせを想定していたのは cIDf であるが、実効上は行き詰っている。むしろ逆に、このような厳密さを放棄して、マークだけを使った簡便な権利表示システムである cc マークの方が、ある程度の利用層を確保している。

この場合、権利の正当性はまったく保証されないし、マークはメタデータを示すにとどまるから、当該メタデータと著作物との対応関係(紐付け)も保証されていない。しかし、ある著作物にあるマークが貼ってあれば、その著作者が一定の取引条件を表示しているから、取引の促進材料にはなるろう。訴訟が頻発するアメリカで、多勢の弁護士がサポートして作った標準契約書が、法的にはこのようなプリミティブな水準であること自体が、自己登録制度の困難性あるいは限界を示していることになるのだろうか。

## 6. 登録と権利存続期間の関係

登録システムは現行著作権法の枠内で、任意の制度として機能するものであるから、著作権の存続期間のあり方とは独立の事柄である。しかし既に「ベルヌ・プラスにだけ登録制度を義務付ける」案があるように、立法論として考えれば、登録制度が新しい可能性を開く余地はある。

たとえば Landes and Posner[2003]は、IRS (Indefinite Renewal System) という概念を提案している。(最初の)権利存続期間を比較的短く定める代わりに(たとえば米国の最初の著作権法のように 14 年など)何度でも更新登録が可能にし、登録料を通増的にすれば、それだけの手数料を払っても登録したいという著作物だけが長生きし、他は早めにパブリック・ドメインに入るので、創作インセンティブと利活用のバランスが保たれるとの主張である。ほぼ同じことを、ローレンス・レッシングは「1ドル登録制度」として紹介している。上記の手数料を 1 ドルという低額に設定すれば、権利存続の意思表示が低コストで確認できるはず、という。

このようなアイデアに触発されて、登録の 3 方式を活用すれば、著作権の存続期間のあり方等について、どのような弾力化が可能であるかを考えてみたのが図表 11 である。ここで表の上段は、既に述べた 3 方式を要約したものであり、下段がそれを活用した方法である。

---

<sup>33</sup> かつて私も「デジタル創作権」を提唱した責任感から「@マークセンター」のような認証局を検討したが、ビジネス・モデルとして成り立たなかった。

図表 11. 登録を利用した著作権制度の弾力化

タイプ	略 称	具体的内容
基本型	1 認証なし自己登録	クリエイティブ・コモンズや? マークのように権利を表示するのみで認証なし。
	2 認証付き自己登録	電子署名・電子認証・時刻認証を利用して、上記1を補強。
	3 推定効付き第三者登録	アメリカ著作権局のような第三者機関により、本人確認、著作物確認などを実施。真正性の証明について推定効を法的に付与。
応用型	4 法人登録	内国著作物であって、法人が著作権者の場合のみ、上記3を適用。
	5 相続登録	自然人も権利を相続する場合には、上記3を適用。
	6 裁定の円滑化	上記1～3のいずれの登録もない場合、法67条の文化庁長官の裁定が自動的に出るものとする。
	7 訴訟要件	アメリカと同様、内国著作物については「推定効付き第三者登録」を訴訟要件とする。
	8 無期限更新可能登録	最初の著作権保護期間を思い切って短縮する(たとえば28年)代わりに、登録を義務化し、何回でも更新可能とする。

(注) 最下段の「無期限更新可能登録」のみ Landes & Posner[2003]のアイデア、他は私自身が(財)日本デジタルコンテンツ協会との共同研究の成果。

4. の法人登録とは、法人が著作者（または著作権者）の場合には、自然人と違って権利の所在を明確にすることに権利者も意義があると感じるはずだし、法人は登録に慣れているので、登録を義務化（なお、法的に強制するだけでなく、登録することに経済的インセンティブを付与することを含む。以下同じ）してはどうかというアイデアである。5. はこれとは逆に、自然人である著作者が死亡した後に、誰が著作権を相続したかが分からなくなるが多いため、相続の場合に登録を義務化してはどうかとする案である。

そしてこの4. と5. は、7. の裁定制度の円滑化と結びついている。現行著作権法には、公表された著作物などで利用の許諾を受けようにも、著作権者が不明などの場合には、「相当な努力」を払っても連絡できないときは、文化庁長官の裁定を受け、通常使用料相当の額を補償金として供託すれば、裁定による利用方法で利用することができる旨の定めがある（著作権法67条1項）。

現にこの条文を利用して、国会図書館が古くなった書物をデジタル化する際に裁定を受けているようだが、一般の利用者に開かれているか否かは定かでない。また「相当な努力」がどの程度であるかを推測することも難しい。このような場合に4. または5. の方法によって登録がなされていれば、まず裁定の必要度がぐっと下がるだろう。加えて4. や5. のような登録がなされていない場合には、「相当な努力」のレベルを大幅に下げ、裁定をほぼ自動的に発出できるようにすれば、著作物の利用は旧来より大幅に円滑になるに違いない。

その他の7. は、現にアメリカで実施されている制度であり、8. は先に述べた Landes and Posner が主張するものであるが、いずれもベルヌ条約違反の疑いがある。既に何度も述べ



たようにデジタルはベルヌ条約を超えるものであるから、ベルヌに代わる新条約（たとえば東京条約）の合意がなされれば別だが、現条約下では将来の課題とせざるを得ないだろう。

いずれにせよ、こうした柔軟な発想ができるのが登録制度の副産物と言え、その先には権利存続期間の自由化、すなわち著作権法における規定（現行法では第51条第2項）の削除も可能ではないかと思われる。これは暴論のように聞こえるかもしれないが、既に施行されている会社法の機関設計の自由化（組合せの数え方にもよるが、委員会設置会社から会計参与の活用まで約40種類の設計が可能）や、検討中の電子債権法案などの考え方と整合的である。

すなわちデジタル社会は、アナログ社会とは非連続の要素を持っており、それを有効に活用すれば、活用した側に比較優位をもたらすに違いない。名和[2004]は、今後の著作権は①標準型、②より強い（財産権志向）型、③より弱い（人格権志向）型に分裂するだろうと予測しているが、今後デジタル技術を最大限に活用すれば、三方式が鼎立しつつ、緩やかに結合することも考えられる。これこそ「柔軟な著作権制度」に他ならないであろう（林[2003][2004]）。

#### 参考文献

- 阿部浩二[1994]「顔真郷自書建中告身帖事件」斎藤博・半田正夫（編）『著作権判例百選（第二版）』有斐閣
- 岡村久道[2007]『情報セキュリティの法律』商事法務
- 加戸守行[2003]『著作権法逐条講義（四訂新版）』著作権情報センター
- 河口洋一郎[2002]「あるべき創造の世界～魅力的なサイバースペースを求めて～」デジタル著作権を考える会『デジタル著作権』ソフトバンク・パブリッシング
- 公文俊平[1986]「ネットワークワーキング第3社会システムへ」『日本経済新聞』経済教室欄，12月27日
- 田村善之[2001]『著作権法概説（第2版）』有斐閣
- 田村善之[2006]『知的財産法（第4版）』有斐閣
- デジタルコンテンツ協会[2007]『デジタルコンテンツの真正性に関する調査研究報告書』同協会
- 名和小太郎[2000]『変わりゆく情報基盤—走る技術・追う制度』関西大学出版部
- 名和小太郎[2002]『学術情報と知的財産権』東京大学出版会
- 林紘一郎[1998]『ネットワーク：情報社会の経済学』NTT出版
- 林紘一郎[1999a]「デジタル創作権の構想・序説：著作権をアンバンドルし、限りなく債権化する」『メディア・コミュニケーション』No. 49 慶応義塾大学メディア・コミュニケーション研究所
- 林紘一郎[1999b]「©マークの提唱——著作権に代わるデジタル創作権の構想」『Glocom

- Review』 Vol. 4, No. 4 国際大学グローバル・コミュニケーション・センター
- 林紘一郎[2001a]「著作権は禁酒法と同じ運命をたどるか?」『Economic Review』富士通総研 Vol. 15, No. 1
- 林紘一郎[2001b]「情報財の取引と権利保護」奥野正寛・池田信夫(編)『情報化と経済システムの転換』東洋経済新報社
- 林紘一郎[2001c]「ナップスター、グヌーテラの潜在力」Net Law Forum No.5 第一法規出版
- 林紘一郎[2003]「デジタル社会の法と経済」林敏彦(編)『情報経済システム』NTT出版
- 林紘一郎(編著)[2004]『著作権の法と経済学』勁草書房
- 林紘一郎[2005]「「秘密」の法的保護と管理義務：情報セキュリティ法を考える第一歩として」『富士通総研研究レポート』富士通総研経済研究所 No. 243
- 林紘一郎[2006]「著作権、自己登録制度、研究者コミュニティ」『日本知財学会誌』 Vol. 3 No. 1
- 林紘一郎[2007]「無方式主義下の著作権登録制度」日本知財学会『第五回年次学術研究発表会 講演要旨集』
- 牧野二郎[2002]「デジタル著作権とは何か?」デジタル著作権を考える会『デジタル著作権』ソフトバンク・パブリッシング
- 山田奨治[2002]『日本文化の模倣と創造—オリジナリティとは何か』角川書店
- 山本隆司[2004]『アメリカ著作権法の基礎知識』太田出版
- ローレンス・レッシング、林紘一郎、梶山敬士、若槻絵美、上村圭介、土屋大洋[2005]『クリエイティブ・コモンズ』NTT出版
- Benjamin, Walter [1936] “Werke Band 2,” Suhrkamp Verlag 佐々木基一(編・解説)[1970]『複製技術時代の芸術』昌文社
- Calabresi, Guido & Douglas Melamed [1972] ‘Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral’ “Harvard Law Review” Vol.85
- Landes, William M., and Richard A. Posner[2003] “The Economic Structure of Intellectual Property Law,” Harvard University Press
- Lessig, Lawrence[1999] “Code and other Laws of Cyberspace,” Basic Books
- Lessig, Lawrence[2001] “The Future of Ideas,” Random House
- Nelson, Theodor Holm[1991] “Literary Machine,” Mindful Press 竹内郁雄・斉藤康巳(訳), [1994]『リテラリーマシン』アスキー