

〔論 説〕

デジタル著作物特別法の理論的可能性

塩 澤 一 洋

第1章 序論——百年の計

デジタルで記録された著作物だけに適用される著作権法の特別法は理論的に可能なのだろうか。本稿は、著作権法上、従来のアナログで記録された著作物とデジタルで記録された著作物を峻別して扱うべきか否か、という議論の前に、そもそもそれを分けて扱うことが可能なのか否かを、抽象的、理論的に考察するものである。

「一年の計は元旦にあり」というが、著作権法は「百年の計」である。著作権は、著作者の生存中および死後50年間存続する（著作権法第51条）。例えば70歳で亡くなった人が20歳のときに描いた絵画の著作権は、生存中50年＋死後50年で計100年間存続するのである。したがって、著作権法について論じ、あるいはその規定に対する改変や改正を検討する場合は、常に100年後の社会を慮ることが必要なのだ。つまり、我々が今この著作権制度をどうデザインするかは、今から100年後、すなわち22世紀社会のデザインにつながっているのである。現在の著作権制度のあり方如何が、22世紀の社会が文化的豊かさを享受するか、文化的な貧困を招くかという重大な選択であることを十分に認識すべきなのである。

ではそもそも著作権制度は何のために存在するのか。従来、著作権制度の存在意義については、大別して二つの立場があった。自然権論とインセンティブ論である。これに対して私は「公表支援のフレームワーク論」を提起した¹。本稿はそれを基礎としている。

現在までにデジタル著作物の将来像や新たな著作権制度に関する提案としてなされているものとしては、超流通²、コピーマート³、クリエイティブ・コモンズ⁴、@マーク⁵がある。また特に米国では2006年頃以降、「copyright reform」が提言されてきている⁶。しかし、そもそもデジタル著作物を既存の著作権制度と分けて論じることが可能か否かについて本稿のような視点からは論じられていない。

本稿においては、デジタル形式で記述、記録された著作物を「デジタル著作物」、それ以外の従来の著作物を「アナログ著作物」と呼ぶことにする。

第2章 デジタル著作物の普及と著作権法の変化

2-1 著作物のデジタル化に対する著作権法の対応

著作物がデジタル化されることにより、ネットワークを流通するようになり、それに呼応して著作権法も「改正」を重ねてきた。1971年1月1日の施行以来、特に最近20年間の著作権法の歴史は、著作物のデジタル化への対応の歴史と見ることもできる。以下、過去の著作権法改正のうちでデジタル化への対応に関係するものを概観する（なお引用条文番号は改正時ではなく本稿執筆時のものを用いた）。

著作権法とデジタル著作物との関係は、1985年の改正で第10条（著作物の例示）に「プログラムの著作物」が加えられたことに始まる（第10条第

-
- 1 塩澤一洋 [2008] : 塩澤一洋 「「公表支援のフレームワーク」としての著作権法の意義」成蹊法学68・69合併号（2008年12月）
 - 2 森亮一 [1983] : 森亮一「ソフトウェア・サービスについて」JECCジャーナルNo.3（1983年）pp.16-26
 - 3 北川善太郎 [1997] : 北川善太郎「電子著作権管理システムとコピーマート」『情報処理』第38巻8号（1997年）pp.663-668
 - 4 Lessig [1999] : Lawrence Lessig, 『CODE and other laws of cyberspace』Basic Books（1999年）、山形浩生訳『CODE』翔泳社（2001年）
 - 5 林紘一郎 [1999] : 林紘一郎「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』慶應義塾大学（1999年）
 - 6 Pamela Samuelson and Members of CPP, The Copyright Principles Project: Directions for Reform, 25 Berkeley Tech. L.J. (2010), http://btlj.org/data/articles/25_3/cpp.pdf

1項第9号)⁷。著作物の定義（第2条第1項第1号）に鑑みれば、コンピュータープログラムであろうともおよそ「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」であれば著作物であるはずだから、第10条に掲げるまでもなく、その定義に合致する限り、著作物である。しかし、コンピュータープログラムが著作物であることを明示するため、本条の「例示」のひとつとして加えられたのだ。

これが著作権法のデジタル対応の第一歩であった。はたしてこれが正しかったのか否か、まだわからない。コンピュータープログラムは形式的に著作物の定義に該当するけれども著作権法の対象からは除外する、という法政策もあり得たが、結果としては著作権法の定義通りの対応となった。しかし、著作権法の範疇に含まれる結果、その権利は作者の生存中および死後50年間存続してしまう。百年の計である。それがはたしてこの分野の進化のスピードにふさわしいかどうか。疑問なしとしない。なお翌年にはデータベースを著作物とする改正がなされた⁸。

さてその1980年代から普及を始めたのが音楽CDである。もとより著作権法は音楽の著作物の複製物としてレコードを認めていたが⁹、レコードがCDに取って代わられるのにそう時間を要さなかった。著作権法上はCDもレコードの定義（第2条第1項第5号）に含まれるためその扱いは基本的に同一だが、実態としては質的転換であった。デジタル化された音楽ファイルがWebに出回る契機となったのである。またこのCDこそが後述するように、音楽著作物が“純粹”無体物性を発揮する嚆矢となった。

これに対してレコード業界からは2002年3月、いわゆるCCCD（コピーコントロールCD）が発売された。CDからリップングされた音楽ファイルがWebに流通する状況に対抗するためである。しかしCCCDはその使い勝手や音質の悪さから、ユーザーのみならずアーティストにも嫌われ、2006年までには各レコード会社からCCCDによる新譜は発売されなくなった。

一方、著作権法は徐々にデジタル対応を進めていった。これは単に著作権者側の権利を拡充するだけでなく、利用者の利便にも配慮したものとなっ

7 昭和60年法律62号

8 昭和61年法律64号

9 この点、米国著作権法はレコード（phonorecords）自体を著作物としている。U.S.C § 101

ている。まず1997年、「放送権」と「有線放送権」が「公衆送信権」に統合されたのと同時に、「送信可能化権」が創設された（第23条）¹⁰。これによって著作物をサーバに蓄積し、利用者の求めに応じて送信できるようにする行為が著作権の対象となった。デジタル著作物のオンラインでの流通に対する著作権者のコントロールを認める改正である。

1999年には、技術的保護手段回避の制限、権利管理情報の保護、譲渡権の創設、そして上映権の適用範囲をすべての著作物に広げる改正がなされた¹¹。細かいデジタル化対応の始まりである。すなわち、著作権等の侵害の防止あるいは抑止を目的とする電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法）を技術的保護手段とし（第2条第1項第20号）、それを回避してなされる複製は、私的使用を目的としても認めないこととする一方で（第30条第1項第2号）、権利管理情報（電磁的方法により著作物等とともに記録されたり送信される著作者や著作権に関する情報）として虚偽の情報を故意に付加する行為、権利管理情報を故意に除去、改変する行為を著作権侵害とみなすこととした（第113条第3項）。また従来映画の著作物だけに限定されていた上映権をすべての著作物に認めることによって、プロジェクターによる映写を著作権の対象とした。これも著作物のデジタル化への対応である。一方、譲渡権の新設は趣を異にする。著作物のデジタル化と直接は関係しない。

2006年の改正では、主として権利制限規定の拡充が図られた¹²。まずIPマルチキャスト放送に関して、地上波放送の同時再送信につき実演家とレコード制作者の権利を制限し、有線放送と同様、報酬請求権化した（第94条の2、第95条第1項、第97条第1項、第102条第5項～第7項）¹³。また権利制限規定が拡充¹⁴されたもののうちデジタル化対応に係るものとしては、同一構内の無線LANによる送信について有線LANによる場合と

10 平成9年法律86号

11 平成11年法律77号

12 平成18年法律121号

13 文化庁「著作権分科会（IPマルチキャスト放送及び罰則・取締り関係）報告書」（2006年8月）http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/06083002.htm

14 文化庁「文化審議会著作権分科会報告書」（2006年1月）http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/06012705.htm

同様に「公衆送信」の範囲から除外し（第2条第1項第7号の2）、機器の保守・修理等のための一時的な複製について保守・修理等の後に当該複製物を破棄することを条件として権利制限が認められた（第47条の4）¹⁵。

2007年には「映画の盗撮の防止に関する法律」が制定され¹⁶、映画館における映画の盗撮行為が、著作権法第30条第1項の私的使用のための複製から除外された（映画の盗撮の防止に関する法律第4条）。映画館で盗撮された映像・音声はWebで流通する問題に対応するものである。

2009年改正では、インターネットによる著作物流通の円滑化と違法な流通の抑止が図られた¹⁷。円滑化としては、Webにおける検索サービスを提供するための複製等に係る権利制限（第47条の6）、国会図書館における所蔵資料の電子化（複製）に係る権利制限（第31条第2項）、インターネットにおける美術の著作物等の譲渡（販売）の申出に伴う画像掲載（複製・公衆送信等）に係る権利制限（第47条の2）、コンピューターによる情報解析研究のための複製等に係る権利制限（第47条の7）、Webにおける情報送信の効率化・障害の防止のための複製（キャッシュ等）に係る権利制限（第47条の5）、電子計算機利用時に必要な複製（キャッシュ等）に係る権利制限（第47条の8）がなされた。一方、違法な著作物の流通を抑止するための措置としては、著作権等侵害品の頒布の申出を著作権侵害とみなす（第113条第1項第2号）とともに、著作権等を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音又は録画をその事実（＝著作権等を侵害する自動公衆送信であること）を知りながら行う場合は私的使用目的の複製にかかる権利制限の対象外とされた（第30条第1項第3号）。後者がいわゆる「違法ダウンロード」であり、この時点では刑事罰規定は設けられなかった。

しかしその「違法ダウンロード」に対して、2012年の改正¹⁸で刑事罰規定が設けられた。それについては節を改めて論ずることとし、それ以外の改正項目について先に触れておく。まず、いわゆる「写り込み」（付随対象著作物の利用）について権利制限規定を設けた（第30条の2）。写真撮

15 これに関して複製物概念との間で生じる問題については第3章で検討する

16 平成19年法律第65号

17 文化庁「文化審議会著作権分科会報告書」2009年1月 http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/21_houkaisei_houkokusho.pdf

18 平成24年法律第43号

影、録音、録画の際に撮影等の目的とする対象以外の著作物が写り込んでしまっても原則としては著作権侵害とされないものとしたのである。また、著作権者から許諾を得て著作物を利用しようとする際にその検討段階においてなされる複製や翻案に関しても権利制限規定を設けた（第30条の3）。いずれもデジタルのみを対象とする改正ではないが、デジタルデバイスの普及に伴って写真や動画の撮影が一般化している現状、あるいはWeb上にある著作物を適法に利用しようとする際に一般的に行われる行為に対応するものである。さらに、新技術を開発するにあたって試験的に既存の著作物を用いる行為（第30条の4）、および情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用に関しても権利制限規定の対象とされた（第47条の9）¹⁹。また国立国会図書館については、絶版等の理由で一般に入手することが困難な図書館資料について記録媒体に記録された著作物の複製物を用いて自動公衆送信を行うことができることとされた（第31条第3項）。いずれも、デジタル化された著作物の流通において、有益な進歩であるとともに、著作物の利用や新たな創作が促進されるための重要な改正である。

他方、著作権侵害となる範囲を広げる改正が2つなされた。第一に、「技術的保護手段」の対象として、著作物の暗号化が加えられた（第2条第1項第20号）。DVDやBlu-ray Discに使われている暗号化がこれに該当する。そして第二が上述の違法ダウンロードに対する刑事罰規定の新設である。

2-2 違法ダウンロードの刑罰化

2012年10月、違法ダウンロードに刑罰を科す改正著作権法が施行された。下記が新設された条文である。

第119条第3項 第三十条第一項に定める私的使用の目的をもって、有償著作物等（録音され、又は録画された著作物又は実演等（著作権又は著作隣接権の目的となっているものに限る。）であつて、有償で公衆に提供

19 文化庁「いわゆる「写り込み」等に係る規定の整備について（解説資料）（第30条の2、第30条の3、第30条の4及び第47条の9関係）<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/utsurikomi.html>

され、又は提示されているもの（その提供又は提示が著作権又は著作隣接権を侵害しないものに限る。）をいう。）の著作権又は著作隣接権を侵害する自動公衆送信（国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権又は著作隣接権の侵害となるべきものを含む。）を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、自らその事実を知りながら行って著作権又は著作隣接権を侵害した者は、二年以下の懲役若しくは二百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

本条については、下記のような問題があると考ええる。

(1) 「有償著作物等」という概念を使うことは、著作権法の体系から見て不適切である。そもそも著作権法は、著作物が「有償」か「無償」かによって区別していない。「有償」という文言が著作権法に使われているのは1カ所のみであり、それも「有償であるか又は無償であるかを問わず」という表現においてである（2条1項19号）。すなわち著作権法は著作物の経済的価値によって、法的な取り扱いを異にすることはせず、むしろ経済的価値とは無関係に著作物を法的に評価しようとしている。著作権法の価値観として、著作物を有償か無償かによって区別しないのだ。このように著作権法が権利関係において細かく規定を設ける中に「有償」、「無償」を観念していないにもかかわらず、刑罰規定のみに「有償」概念を用いるのは不適切と考える。

当然のことながら、著作物の経済的価値はその置かれた社会によって大きく変動する。公表当初、まったく見向きもされなかった著作物が、時代の変遷とともに巨額の価格で取引の対象とされることは枚挙に遑がない。またその逆もあろう。とくに、フリーミアム²⁰の普及に伴って当初無償で公表していたものが途中から有償に変更され、あるいは有償で公開されていたものが無償化される例も増えてきているWebの市場においては、著作物の有償性は流動的である。犯罪の構成要件としては不安定であると考えられる。

また著作権法における「公衆」とは、不特定多数と特定多数の両方を含む概念である（2条5項）。この「有償著作物等」の定義によると、社会のどこかで一部の人々に対して有償で提供・提示されている著作物（録音

20 Chris Anderson, "Free: The Future of a Radical Price" Hyperion, 2009

され、又は録画された著作物又は実演等)も「有償著作物等」に該当する。その場合、一般の市民が、ある著作物に関して社会のどこかでそれが有償で提供・提示されているものか否かを判断するのは不可能であろう。たとえば聴衆100名(それが特定であろうと不特定であろうと「公衆」に該当する)に対して行われた演奏会の録音ファイルが演奏会後にその聴衆に対してオンラインでダウンロード可能とされており、その対価は演奏会開催時に徴収されていた場合、それが有償で販売されているファイルであるか否かを他の人々は判断できるであろうか。

(2) このようにその意義が不明瞭な文言を含む構成要件によって刑罰規定を設けることは、刑法の基本である罪刑法定主義に反する。

(3) 同時に、刑事罰の対象となる行為以外は自由に行動してよいという刑法の自由保障機能をも阻害するため、人々に萎縮効果をもたらし、違法でない著作物の流通にまで負の影響をもたらさう。すなわち通常、人はできる限り違法行為を避けようとするから、不明確な刑事罰規定があると、判断のつかないグレーな行為はすべて躊躇し、回避する。せっかくインターネットですばらしい著作物が多数流通していても、それが違法にアップロードされたものであるかどうかの判断がつかないために視聴できない、という状況がこの社会で生ずることになる。著作物が利用しにくくなればなるほど、著作物に触れる機会が少なくなり、既存の著作物に触れにくくなれば、学ぶ機会も減り、著作物を視聴して影響を受ける機会も減って、新たな著作物が生み出されにくくなる。それは著作権法の最大の目的である「文化の発展」を阻害することにつながってゆくのであり、「百年の計」を旨とする著作権法の立法としては適切ではない。

(4) 著作物などの「情報」は、得てみて初めて内容が理解されるという性質を有する。たとえば書店が立ち読みを黙認し、あるいはソファなどをおいて積極的に立ち読みを認めている趣旨はここにある。したがって著作物を得る(ダウンロードする)前にその内容(つまり違法にアップロードされたものか否か)を判断せよとする本条の要求には無理がある。

(5) コミュニケーションによって社会を形成しながら生きる人間にとって、情報を得ることは基本的かつ本質的な行為である。したがって情報を入手するプロセスには基本的に刑罰を科すべきではない。この点、電波法は、無線通信を傍受する行為は刑罰の対象としていない²¹。情報の入手プロセスの一部を刑罰の対象とすることは、人々の判断や表現の基礎を奪う

ことにつながり、憲法の定める思想良心の自由（19条）、表現の自由（21条）にも反することになる。

(6) 著作権法の各条項はその究極の目的である「文化の発展に寄与」（1条）するように規定すべきであるし、解釈・運用すべきである。しかし以上の(1)～(5)を総合すると、(3)の点のみならず全体として、この規定がその目的に適するとはいえないと考える。この規定の運用次第では、Webを流通する著作物一般に対して懐疑的な印象を持ち、無限の可能性を有するWebの価値が減殺され、経済的にもマイナスに働くこととなる。それは、当の「録音され、又は録画された著作物又は実演等」を販売する人々が不利益を被ることにもつながるのだ。こうして文化的にも経済的にも貧困を招く可能性のある規定が、たった3日間の国会審議のみで立法されてしまったことは極めて残念である。

2-3 異質性の考慮

以上のように著作権法は30年ほどの年月をかけて、著作物のデジタル化とそれに伴うネットワークでの流通に対応すべく、変貌を遂げてきた。創作や利用の幅を広げるものと利用を制限するものとのバランスがある程度保たれてきたといってよいであろう。しかし、違法ダウンロードの刑事罰化は、前述のとおり、ずいぶんと異質である。そのような異質性をおしてでも刑事罰規定の導入に積極的な力が働いたということは、デジタル化した著作物のWebにおける流通については、従来の著作物とは異なる（異質な）考慮を要すると考えることもできよう。

すなわち、1971年以来の著作権法制、あるいは1886年以来のベルヌ条約体制において前提とされてきた価値観と、デジタル化された著作物が流通する社会の価値観との間に乖離があるのではないか。もしそうだとすれば、デジタル化された著作物に関しては、従来型の著作権法制とは分けて考えてみるべきなのではないか。仮に分けて考えた末、結局のところ、両者合一的な法制の下で運用する方がいい、という結論が出るとしたらそれでいい。思考実験としては、異質なもの（異質かもしれないもの）を分けて考察することは大切だと思うのだ。

ではその前提として、そもそも従来型の著作物とデジタル化された著作

21 109条、109条の2。それによって知り得た内容を漏らす行為は犯罪を構成する

物とを分けることが可能なのか。すなわち「デジタル著作物特別法」といったものが可能なのか。以下、著作権法と民法との関係を分析することから検討したい。

第3章 民法と著作権法との構造的関係

3-1 著作物は著作物

デジタル形式で記録されている著作物を従来型の著作物と別異に扱うべきか、従来のアナログに記録された著作物と分けずに扱うべきか。著作権法の流れは、前述のとおり後者である。1985年に第10条第1項第9号にプログラムの著作物が例示として付け加えられたときから、著作物の定義（第2条第1項第1号）に該当する限りはアナログであろうとデジタルであろうと著作物であるとされ、以後、従来の著作権制度の枠にデジタル形式の著作物も含めることが前提とされてきた。

少なくとも20世紀の間は、私も、著作物をデジタルかアナログかで峻別すべきでないと論じてきた。音楽は音楽である。それがアナログのLPレコードに収められていようとも、bit化されてCDに収められていようとも、あるいはMP3などの圧縮されたデジタルのファイルであろうとも、音楽であるという本質には何ら変わりはない。だから、それをアナログとデジタルという記録の形式を捉えて別異に扱うことは誤っていると私は考えてきたのだ。

しかし、21世紀に入り、その考え方に自ら疑問を持つようになった。著作権法というのはそもそも何のための法律かという根本的な問いから考えたときに、デジタル形式で記録されている著作物を別異に扱うことも可能ではないか、そしてもしかしら場合によってはその方が妥当なのではないか。そう考えるに至ったのだ。

その前提となっているのは「公表支援のフレームワーク論」である。著作権制度は著作物を公表するためのインフラを整える制度であると捉え、著作者が著作物の公表にあたって剽窃の危険にさらされることに対する躊躇を払拭し、安心して著作物を世に出せる環境を整備するものと考えているのだ。

著作権法の目的としては一般的には創作に対するインセンティブ論が多数説であり、研究会、学会においても著作権法は著作者に創作のインセンティブを与えるのだという価値観はおおよそ所与のものとして論じられてい

る。しかし、憲法19条のもと、人は自由に思想、良心を抱き、それに基づいて自由に表現をする（あるいは表現しない）ことは、憲法21条が保障するところである。表現というプロセスに法が介入すべきでないという謙抑性の現れである。表現するのもしないのも、創作するのもしないのも、個々人の自由であって、法がそこにインセンティブを与えるなどということはあってはならないと考えている²²。そこで、著作権法は、人が自由な意思に基づいて著作物を創作した後をアシストする。すなわち自由に創作、表現した結果生み出された著作物は社会の文化的な所産であるから、できることならそれが社会に出されて、他の人々の目に触れ耳に触れ、社会を文化的に豊かにして欲しい。さらにそれに触発された人が新たな創作を行ってくれたら社会はさらに文化的に豊かになる。そのような要請に鑑みれば、社会は著作物の公表をアシストしたい。著作物を公表したい人が丸腰で著作物を世の中に出すと剽窃されたり勝手な改変あるいは他人の名義での流通などがなされるおそれがあるが躊躇を覚えるとしたら、その躊躇を払拭する制度、インフラが必要だ。著作権制度はそのように機能する仕組みであると捉えるのが公表支援のフレームワーク論である²³。

ではそれを前提とした場合、その展開として、デジタル形式で記録されている著作物を既存の著作権法、著作権制度の枠の中で論じる、あるいはその制度に組み入れていることは本当に妥当なのか。以下、検討したい。

3-2 著作物の複製物および原作品の意義

20世紀型の著作権制度は、著作物をどのように把握しているか。まず著作物の定義において、著作物は無体物とされる。これは異論のないところであるが、定義規定の解釈としては、第2条第1項第1号において「思想又は感情を創作的に表現したもの」そして「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」とあり、その「もの」がひらがなの「もの」になっていることに意味があろう。民法第85条で「この法律において「物」とは有体物をいう」として、有体物については漢字の「物」が用いられているところ、著作権法の著作物の定義では「もの」と表記されており、これが著

22 この点、条文上は、特許法第1条には「発明を奨励し」との文言がある一方、著作権法には「創作を奨励し」といった文言が存在しないことが根拠である。

23 塩澤一洋 [2008]

著作物が無体物であることのひとつの現れであるとする事ができる。いずれにしても、著作物が無体物であることは論を俟たない。

例えば、小説には触ることはできない。絵画には触ることはできない。音楽には触ることはできない。小説に触ろうと思っても、触れるのは紙、バルブあるいはインクである。絵画に触ろうとしても、触れるのはキャンバスや油絵の具である。油絵の具やキャンバスという有体物を組み合わせて表現されている表現内容である著作物に、人は触ることはできないのだ。これが著作物の無体物たる所以である。

従って、その無体物を三次元に存在させるにあたっては、何らかの形で有体物に化体させることが必要である。ここで「化体」は有価証券法で多く用いられる語であるが、本稿では著作物が有体物に固定されることを「化体」と呼ぶことにする。

ではそのように著作物が化体された有体物をなんと呼ぶか。それが著作物の「原作品」であり、「複製物」である²⁴。例えば書籍は著作物の複製物であり、楽譜もCDも音楽の著作物の複製物、絵画は美術の著作物の原作品又は複製物である。しかし、著作権法において「複製物」は141ヶ所に用いられる極めて重要な語でありながら、その定義規定はない。「複製」によって作り出される有体物が「複製物」であるとしてその定義は自明と考えられているのかもしれないが、この定義規定の欠如が今日のデジタルにおける諸問題を生む原因のひとつともなっている²⁵。

「複製」については、第2条第1項第15号に「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること（後略）」と定義されている。その定義から明らかなとおり「複製」とは行為を表す動詞であって名詞ではない。そこで「複製」行為によって「複製物」が生成された場合は

24 なお「原作品」と似た単語として「原著作物」という語が11ヶ所で使われているが、これは二次的著作物に対する元の著作物を指し示すものであり、無体物としての「著作物」の一種である（第3条、第4条、第11条、第18条、第19条、第28条、第49条、第54条、第121条）。

25 この点、伝送経路上を著作物が通った際の電線、コンピューターにおけるキャッシュといった、いわゆる「一時的蓄積」を複製物に含めるかという問題につき、「複製物」には該当しうるとしてもその生成過程で「複製」行為が介在しないことから著作権の射程外であると考えている。塩澤一洋 [1999]：「一時的蓄積」における複製行為の存在と複製物の生成」法学政治学論究43号（1999年12月）213～245頁

「有形的に再製すること」を要し、すなわち複製物とは無体物を有体物にのせたもの、無体物たる著作物を有体物に化体させたものとして、間接的に定義されているといえることができる。しかし、複製行為を経ずして複製物が生成される場合については、依然として間接的にも定義を欠いた状態にある。

一方、著作権法は「原作品」の語を11ヶ条、22ヶ所で用いている²⁶が、これもその定義はなされていない。加戸守行氏によるとこの原作品には「オリジナルコピーと呼ばれる複製の彫刻製品や版画刷りも含まれる概念」とされ²⁷、(仮に複数あっても) 著作者が「オリジナル作品」との意思を持って表現(製作)した作品をさすものと考えることができる。この「原作品」も複製物と同様、無体物を有体物に化体させたものであり、各条文中では「原作品又は複製物」(第26条の2、第47条の2)あるいは「原作品若しくは複製物」(第35条第2項、第113条の2)のように複製物と並列して用いられることも多い。従って著作権法は、著作者がその著作物をオリジナルとして化体させた有体物を「原作品」といい、それを元にして有形的に「再製」された有体物を「複製物」と捉えているものと思われる。いずれも定義規定がないので明らかではないが、両者を包摂する上位概念がない並列的な語として両者が用いられているものと推測される²⁸。

この点、米国法においては、著作物(work)が創作された(created)ことの要件として、複製物(copy)への固定(fixed)が必要である²⁹ことから、著作物はすべて複製物に固定されているため³⁰、概念体系は明解である。

まずcreatedの定義は下記のとおりである。

A work is "created" when it is fixed in a copy or phonorecord for the

26 第14条、第18条第2項、第19条第1項、第25条、第26条の2、第35条第2項、第45条、第46条、第47条、第47条の2、第113条の2

27 加戸守行 [2006] : 加戸守行『著作権法逐条解説〈5訂新版〉』(著作権情報センター・2006年) 140ページ

28 ただし、前述のとおり複製行為によらない複製物については定義を欠いているから、論理的にはそれらすべてを包摂する上位概念として「複製物」を用いることは可能と思われる。

29 U.S.C § 101

30 このため、米国は一時的蓄積についてもfixされていると主張する。塩澤 [1999]

first time; where a work is prepared over a period of time, the portion of it that has been fixed at any particular time constitutes the work as of that time, and where the work has been prepared in different versions, each version constitutes a separate work. (著作物はそれが最初に複製物または蓄音媒体に固定された時に「創作された」ものとする。著作物がある期間にわたって作成される場合は、どの時点においてもそれまでに固定されている部分はその時点での著作物を構成するし、また複数のバージョンがあるときはそれぞれが独立の著作物を構成する。)

次に、そこに含まれるfixedの定義。

A work is "fixed" in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is "fixed" for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission. (著作物が「固定される」とは、一時的以上の時間にわたって知覚され、再現され、その他伝達されることを認めるのに十分な永続性と安定性をもって、著作物が、またはその許諾を得て、その著作物を有形的表現媒体に化体させることをいう。音声、画像、又はその両方からなる著作物が送信されるときは、送信と同時にその著作物が固定される場合も「固定される」ものとする。)

そしてcopyの定義。

"Copies" are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term "copies" includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed. (「複製物」とは、蓄音媒体以外の有体物であって、現在知られ又は将来開発される方法によって著作物が固定され、直接又は機器や道具を使って著作物が知覚され、再現され、又は伝達されることが可能なものをいう。「複製物」の語は、著作物が最初に固定された有体物(蓄音媒体を除く)をも含むものとする。)

従って、米国著作権法の「copy」はあくまでも名詞であって動詞ではない³¹。また日本の著作権法における「複製物」と「原作品」を含む広義の概念である。

3-3 民法と著作権法の構造

制定時の著作権法が前提とする社会においては、著作物を存在、そして流通させるためには常に有体物に固定することが必要であった。著作権法はそのためにあるといってもよい。なぜなら、著作物の創作者あるいは著作権の譲渡をうけた著作権者に著作権が認められるためには、常にその著作物が化体している有体物の所有権あるいは所有権者の権利との相剋、コンフリクトが生じ、それを調整する要請から著作権制度が必要となるのだ。

民法第206条は所有権について「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」と規定する。「法令の制限」は民法内では第207条以下に規定されるし、その他非常に多くの法令によって規定される。著作権法もまたそのひとつである。以下、民法と著作権法との関係を概観する。

まず複製行為については、例えば絵画を買って所有している人は、その絵を複製する行為は原則として無許諾ではできない（30条以下の「著作権の制限」についてはここでは考えないものとする）。本来であれば絵画という有体物の所有者は、自由にその絵画を使用、収益、処分できるはずのところ、その絵画には絵画の著作物の複製権（第21条）がのっているため、著作権者の側に複製行為をコントロールすることが認められている結果、絵画の所有権を持つ所有者は自由に複製できず、その使用、収益権限が制限を受けている。

同様に上演行為、演奏行為については、例えば台本や楽譜を所有していてもそれを公に（公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として）上演、演奏することができない。著作権者の「上演権」「演奏権」（第22条）がかかっているからである。上映行為、口述行為についても、DVDの所有権、書籍の所有権に対する制限として、上映権、口述権がかかる（第22条の2・第24条）。その他、公衆送信権（第23条）、展示権（第25条）、頒布権（第26条）、譲渡権（第26条の2）、貸与権（第26条の3）、そして翻訳権や翻案

31 日本語で「コピーする」というような動詞についてはduplicateを用いる

権等（第27条）に至るまで、そこに規定された諸行為は、著作権者の許諾がない限り有体物の所有者はできない。著作権法第21条から第28条に規定される各行為をまとめて「利用」というが、著作物を利用する行為については著作権者に留保され、所有者の使用、収益、処分権限を制限する、という関係に立つのだ。

さらに詳細に見ると、これらの利用行為と有体物との関係は大きく2つに分けることができる。利用に伴って有体物の占有ないし所有権が移転するか否かである。頒布権（第26条）、譲渡権（第26条の2）は有体物の所有権と占有権が移転するし、貸与権（第26条の3）は占有権が移転する。それ以外の利用態様においては、占有の移転とは直接は無関係である³²。

そこで1999年に追加された譲渡権については、いわゆる「消尽」が規定されている（第26条の2第2項）。著作物が化体している有体物に対する所有権の制限として、民法第206条の「処分」権限を無限に制限し続けることができってしまうのは明らかに過剰だからである。一方1970年の公布当初から盛り込まれている頒布権については消尽が規定されていないが、判例³³は中古ゲームソフトの販売に関して消尽を認めている³⁴。

これは、所有権と著作権とが競合する局面において両者の効力をどこで切り分けるのかという問題である。頒布権は映画の著作物の流通の特殊性に鑑みて公布当初からおかれている規定であるから例外と考えると、現状、譲渡権の範囲が限界と考えるべきであろう。貸与権が1984年に追加されて所有権のうち「使用」および「収益」を制限し、譲渡権が1999年に追加されたことによって「処分」を制限した。著作権が着実に所有権を「浸食」しているのである。

またこれらの制限は、著作物が化体している媒体の所有権に対する制限であると同時に、複製機器等の所有権に対する制限でもある。すなわち、

32 例えば展示のために美術館（法人）に占有を移転する場合、朗読のために書籍を貸す場合等、有体物の占有の移転を伴う利用もあるが、一般的には自己所有かつ自己占有の有体物について利用を行うことが多い。

33 最一判2002年4月25日民集56巻4号808頁

34 明文規定のない消尽を認めることが妥当だったか、疑問なしとしない。ゲームソフトの実態に鑑みれば、そもそもゲームソフトは映画の著作物ではなく頒布権もないとして著作権侵害を否定した第一審（東京地判1999年5月27日判時1679号3頁）の法律構成が妥当だと考える。

録音録画が可能な機器を所有していれば本来、何を録音録画することも自由なはずだが、他人が著作権を有する著作物に関しては無許諾で録音録画することができない。これはその録音録画機器に対する所有権の制限に該当する。

このように民法と著作権法との関係は、民法第206条の「法令の制限」に著作権法が該当し、有体物の使用、収益、処分を制限する構造となっている。これは著作物が常に有体物に化体して存在し、流通するという実態に起因する。

ただし、著作権には「著作権の制限」が付随している（第30条～第50条）。すなわち、第21条から第28条で「著作権に含まれる権利の種類」として上記のような所有者の所有権に対する制限を認めるが、さらにそれを制限するのだ。著作権を制限し、著作権が及ばなくする結果、所有権が制限を受けなくなり、所有者は著作権者の許諾なくそれらの行為を行えることになる。

なかでも最も重要なものが冒頭に規定される「私的使用のための複製」である（第30条）。例えば、写真集（書籍）を所有していても第21条の原則からすれば所有権が制限されてその写真を複製することはできないが、私的使用（個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること）を目的としている場合には、その使用者は、著作権者の許諾を得ることなく、自分で複製することができる。またその他、多くの「著作権の制限」が規定されている。例えば第38条であれば、所有する書籍に書かれた小説を公衆に朗読することは第24条の口述権の範囲に属するが、非営利で報酬や料金の授受がなければ無許諾で行えるといったものである。このように著作権を制限することによって所有者の自由、すなわち所有権の範囲を少し回復しているのだ。

つまり「著作権の制限」は、そもそも著作権が所有権の制限であるから、所有権から見れば「所有権の制限の制限」に該当することになる。例外の例外を設け、原則通り所有者は法令（著作権）の制限を受けずに使用、収益、処分をできるという206条の自由の側に再度戻しているのだ。

一般に著作権法は民法の特別法であるといわれるが³⁵、その特別法であ

35 1890年（明治23年）に公布された民法（いわゆる「旧民法」）財産編第4条には「著述者ノ著書ノ発行、技術者ノ技術物ノ製出又ハ発明者ノ発明ノ施用ニ付テノ権利ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定ス」とされていた。

るとする根拠は多くの場合、民法第709条の不法行為の特別法であるという点が挙げられる。すなわち民法第709条以下で不法行為に基づく損害賠償請求権が規定されているが、著作権法ではそれに上乗せして差し止め請求権を認めたり賠償額の推定規定をおいたりしているという点において特別法として把握されることが一般的なのである。しかし実際のところはそれ以外の部分でも著作権法全体にわたる多くの点において著作権法が民法の特別法的地位にあることがうかがえるのだ。上述の所有権との関係は、その最も根本的な関係である。

3-4 著作物の存在と流通

以上が、20世紀型の著作物の存在と流通における民法と著作権法の構造である。しかし、21世紀に入ると、著作権法を取り巻く環境が大きく変化してきた。

2003年4月28日にアメリカのApple Computer社によって音楽販売サービス「iTunes Music Store」が開かれ、日本でも2年後の2005年8月26日に開始された³⁶。ここに音楽の流通がCDからWeb配信へシフトし始めたのだ。このときApple ComputerのCEOであるSteve Jobs氏がした発言は正鵠を射ている。"We're going to fight illegal downloading by competing with it. We're not going to sue it. We're not going to ignore it. We're going to compete with it."³⁷（我々は違法ダウンロードと戦っていく。訴えることはしない。無視することもしない。競うのだ。）。2006年9月12日にはiTunes Storeと名称を変更し、音楽だけでなく映画の配信も開始する。2007年4月2日にはDRM (Digital Rights Management) を施さないファイルによる楽曲配信を始めると発表し、2008年1月15日には映画のレンタルサービスも開始。2008年7月10日にはiPhoneやiPad向けのアプリを販売する「App Store」も併設した。2012年11月7日にはソニー・ミュージック系の主要な邦楽アーティストの楽曲も配信が開始され、国内主要レーベルの楽曲が揃った。また他社もソニー・ミュージックグループのレーベルゲート社による「mora」³⁸、KDDIによる「LISMO」³⁹など、携

36 <https://www.apple.com/jp/itunes/>

37 <http://www.wired.com/gadgets/mac/news/2003/10/60851>

38 <http://mora.jp>

39 <http://www.au.kddi.com/lismo/index.html>

帯端末向けの音楽配信サービスを行っている。ソニーは英国とアイルランドで2010年12月から提供していた「music unlimited」サービスを、2012年7月3日から日本でも開始した⁴⁰。サービス開始当初は月額1,480円、2013年3月1日からは月額980円で1300万曲以上の楽曲を定額で聴き放題できるサービスである。

実際、国内のレコード、CD、テープ、音楽ビデオの総生産枚数は1997年、1998年がいずれも4億8千万枚（巻）であったのをピークに、その後徐々に減少を続けている⁴¹。2010年、2011年はいずれも2億5千万枚（巻）、2012年は2億9千万枚（巻）である。また金額ベースでは、1999年の6,070億円をピークに、2012年度は3,100億円に減少している⁴²。

その一方で国内の有料音楽配信は、2005年がダウンロード回数26万回、売上3,428万円⁴³であったものが、2012年は2億7千万回、542億円⁴⁴とその市場は大きく拡大している。

映画に関して日本では2010年11月11日に、iTunes Storeによるレンタルと販売が開始された。レンタルの場合、HD画質で400円支払うと、見始めてから48時間見られる。また2008年3月12日に米国で開始された「hulu」も2011年8月31日に日本で配信開始⁴⁵、当初は月額1,480円、2012年4月12日からは月額980円で映画とテレビドラマやアニメシリーズが見放題である。

市場は着実に、ディスクからファイルにシフトしている。CDやDVDの所有権を購入するとか、ディスクの貸与を受けて占有権を得るといった必要はないのだ。町のTSUTAYAで借りて家で視聴するとか、DMM.comから配送されるCDやDVDを自宅で受け取って視聴した後また送り返す、という形態ではなく、映画や音楽と行った著作物のファイルをダイレクトにウェブから配信を受けて視聴する形態にシフトしていつているのである。その流通は、もはや著作物が有体物に化体することを必要としなくなったのだ。CDという有体物を伴った、あるいは有体物に化体した形による流

40 <http://www.sony.jp/music-unlimited/>

41 <http://www.riaj.or.jp/data/quantity/index.html>

42 <http://www.riaj.or.jp/data/money/index.html>

43 <http://www.riaj.or.jp/data/download/2005.html>

44 <http://www.riaj.or.jp/data/download/2012.html>

45 <http://www2.hulu.jp>

通から、ウェブのみで完結し、有体物を伴わずに配信するという形態にシフトしているのである。

同様に、従来パッケージで販売されていたコンピューター・ソフトウェアはオンラインでの販売が中心となってきた。Appleの「App Store」やGoogleの「Google Play」からオンラインでアプリを購入するのだ。この流れは、iOSやAndroidを搭載した携帯端末の普及で加速している。

電子書籍の普及も始まっている。書籍の存在と流通に紙、パルプ、インクという有体物を必要としないのだ。また新聞も日本経済新聞、朝日新聞が紙の誌面とはほぼ同じものをWebで有料配信している。有体物なしで著作物や情報が流通しているのだ。

3-5 原作品と複製物の意義

このようなデジタル著作物の普及と流通環境の変化を前提として著作権法の条文を見ると、その限界が見えてくる。

そのひとつは著作物を化体させる「原作品」および「複製物」という有体物概念である。このうち「美術の著作物」又は「写真の著作物」に関して「原作品」を問題としている条文は、第18条第2項第2号、第25条、第26条の2、第45条、第46条、第47条、第47条の2がある。コンピューターでイラストを描いたり、デジタルカメラで写真を撮影した場合、そのデータは第一次的にはHDD（ハードディスクドライブ）やフラッシュメモリに保存される。ひとつのHDDやメモリには通常、数千、数万の著作物を保存しているが、はたしてそのHDDやメモリは「原作品」に該当するといえるであろうか。あるいはそのHDDやメモリの入ったPCなりカメラなり携帯電話なりを「原作品」あるいは「複製物」と呼ぶだろうか。一般人の感覚としては、それは無理があろう。多くの人は携帯電話で写真を撮影してももはや紙にプリントすることなく、携帯電話の中に保存したままにしている。それを友人とシェアするためにはメールで送るとかSNSにアップロードするといった方法を使うのであって、紙にプリントされないことのない写真は圧倒的に多い。その場合は何をもって原作品と呼ぶのか。原作品がないと考えるのか。

さらに、第18条第2項第2号、第26条の2、第47条の2においては「原作品の譲渡」を観念する必要があるが、デジタル形式の美術の著作物や写真の著作物が大量に収められているHDDやメモリを「原作品」とするな

ら、そのHDDやメモリーの譲渡をもって「原作品の譲渡」ということになる。もちろん特定の写真のファイルを他人に渡すためにUSBメモリに保存し、そのUSBメモリを譲渡する場合もあるが、大量にファイルが保存されているHDD等を他人に譲渡する場合にひとつひとつのファイルの内容を確認、認識せずに譲渡した場合、これが「原作品」の譲渡とされるべきではないであろう。「複製物」についても同様の問題が生ずる。

従って、デジタル著作物に関しては、原作品なり複製物の存在を前提とした法秩序は体系的に綻び始めているのだ。

3-6 複製物の「保存」の意義

デジタル著作物を記録した媒体については、複製物の保存に関する矛盾をはらんでいる。まず、第47条の3は第1項で「プログラムの著作物の複製物の所有者は、自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度において、当該著作物の複製又は翻案（これにより創作した二次的著作物の複製を含む。）をすることができる。（後略）」と定め、第2項で「前項の複製物の所有者が当該複製物（同項の規定により作成された複製物を含む。）のいずれかについて滅失以外の事由により所有権を有しなくなった後には、その者は、当該著作権者の別段の意思表示がない限り、その他の複製物を保存してはならない」とする。これは「その他の複製物」に該当する有体物がCD-Rなど安価な保存媒体の場合はそれを廃棄すれば、「保存してはならない」との規定に従ったことになる。

では例えばプログラムの著作物を大容量HDDに複製した場合はどうなるだろうか。そのHDDが「その他の複製物」に該当し、そのHDDには当該ソフトウェア以外にも多数の著作物等が記録されているが、もし第2項の事態が生じた（当該複製物のいずれかについて滅失以外の自由により所有権を有しなくなった）場合、「その他の複製物を保存してはならない」とすると、「その他の複製物」であるHDDを廃棄、処分することを要するのか。しかし一般的にはHDDを処分することはなく、HDDに記録されたプログラムの著作物を消去するだろう。解釈上、著作物を消去することで「複製物を保存」していないものと解するべきであるが、「複製物を保存してはならない」との規定を文言通りに捉えると、著作権による所有権の制限としては過剰である。

また第47条の4第1項においては、記録媒体内蔵複製機器の保守又は修

理を行う場合には、その内蔵記録媒体に記録されている著作物を当該内蔵記録媒体以外の記録媒体に一時的に記録することができ、当該保守又は修理の後に当該内蔵記録媒体に記録することができると規定している。第3項は、その保守または修理の後には「当該記録媒体に記録された当該著作物の複製物を保存してはならない。」とある。ここで保存してはならない「複製物」とは、「当該記録媒体に記録された当該著作物」自体（無体物）を指しているように読める。しかし「複製物」は有体物であるから「当該記録媒体」であるはずだ。

通常、機器の保守・修理等のために一時的にデータを複製した場合、単にそのデータ（ファイル）を消去するのが一般的である。複製物（記録媒体）を廃棄することはしないであろう。これも、そのファイルを消去することによって複製物の保存をしていない状態になったと解釈すべきであるが、素直に読めば著作権による所有権の制限としては過剰である。

従って、複製物の「保存」についても、体系的に、民法と著作権法との関係に整合性を欠いていると考える。民法上、「保存」とは有体物の「現状を維持すること」である。それを前提として「保存してはならない」を解すると有体物たる複製物の「現状を維持すること」をしてはならない、ということになるが、それだけでは何をすれば「保存していない」ことになるのか不明である。端的に「消去しなければならない」などと規定すべきであるが、現在の著作権法には「消去」ないし「抹消」という概念（文言）は存在しない。有体物の存在を前提としているからである。

3-7 「記録」の意義

一方、現行著作権法の中には既に、デジタル著作物に対応した表現も使われている。デジタル形式の記録に関して、「記録媒体に記録することができる」との表現が7カ所あるのだ⁴⁶。電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう）を作成する場合（第31条第2項）、インターネット資料を収集する場合（第42条の4）、記録媒体内蔵複製機器の保守又は修理のために一時的に別の記録媒体に記録する場合（第47条の4）、自動公衆送信の障害の防止等を目

46 第31条第2項、第42条の4、第47条の4、第47条の5、第47条の8

的とする場合（第47条の5）、電子計算機による情報処理を円滑かつ効率的に行うために必要な場合（第47条の8）である。「複製する」とは異なり「記録する」には定義規定がないため、その意義は一見明確ではない。とはいえ、上記の条文はいずれも「著作権の制限」に含まれる行為であるから、「記録する」ことは著作権の対象たる「利用」に含まれる行為でなければならない。とすると、これらの「記録する」行為は「複製」（第21条・第2条第1項第15号）行為に含まれるものと解される。これらの場合に「記録媒体に記録する」と表現しているのが「有形的に複製する」行為たる「複製する」との表現を避けた結果であるとするれば、デジタル著作物に親和的な条文となっているといえるだろう⁴⁷。しかし「複製する」とはいえず、「記録する」と表現せざるを得ないのは、その行為が「複製する」（著作物を有形的に複製する）とは言いにくいからであり、これもまた、有体物への固定を前提とした現行著作権法の限界を示すものである。

第4章 デジタル著作物の"純粹"無体物性

4-1「複製」から「移動」へ

前章で見てきたとおり、デジタル著作物は今日、有体物に化体することを必要とせずに、存在し、流通することが可能である。従来のアナログ著作物は、著作物とそのキャリアである有体物が一体不可分だった。存在においても流通においても、単一の著作物が単一の有体物に化体した状態でのみ、著作物が生きながらえることができたのだ。だからこそ、化体した有体物の所有権との間で利益の調整が必要となり、所有権の制限としての著作権が構築されてきたのだ。

そこに模写、筆写といった技術や、複写機、録音機といった道具が出てくる。有体物から著作物を抜き出し、別の有体物に再固定（有形的に複製。すなわち複製）することが技術的に可能になったのだ。これは「有体物A＋著作物W」から「有体物B＋著作物W」を作出する行為である。その行為を著作物Wの著作権者にコントロールさせる仕組みが現在の著作権制度であり、Wの著作権がAやBの所有権を制限することを認めたのである。この段階では、AであるかBであるかを問わず、およそWの存在と流通には有体物を必要とした。

47 前述の「消去」に関しては、この「記録」の反対語としての意義がある。

著作物がデジタル形式で記録されるようになっても当初、その状況は変わらなかった。CDには音楽がbit化されて収録されているが、それを携帯オーディオで聞くためにカセットテープやMDに録音するとしても、そこで行われていたのは依然として「有体物A+著作物W」から「有体物B+著作物W」を作出する行為であった。

しかし、CD等をパーソナルコンピューターで扱うようになると、状況が一変する。CDから音楽をファイルとして抜き出すこと（ripping・リッピング）が可能になったのだ。これは一見すると「有体物A+著作物W」から「有体物C+著作物W」を作出する行為である。ディスク（A）からWを取り出し、PCのHDD等（C）に記録するのである。でもそれは従来とは本質的に異なる。ひとつの有体物Cにはたくさんの著作物を詰め込むことができ（集約性）、さらに有体物Cから有体物DへとWを極めて容易かつ瞬時に移動させることができるのだ。従来、紙（B）に複写するとかMD（B）にコピーするといった場合、WをBとともに持ち運ぶことが目的だったし、Wはそうのように有体物Bに化体した状態でのみ存在できたが、この場合のHDD等（C）は一時的にファイルを「保管」することが目的である。CとWは一体不可分なのではない。

なおここで「移動」と表現したのは「有形的に複製」する「複製」とは異なって「複製物」（単一の著作物が化体した単一の有体物）の発生を意図していないからである。その場合に、CからDにWを「移動」後にもCにはWが残っている状況はアナログ著作物と同じである。

4-2 「自炊」の構造

同様に、CDのように当初からデジタルであるものだけでなく、アナログ著作物もが有体物から吸い出されるようになった。たとえば書籍のデジタル化である。紙の書籍Aに小説等Wが書かれている状態はデジタルではない。しかし、スキャナやカメラを使うと書籍Aの版面を吸い出してデジタル化し、HDDやメモリ等別の有体物Cに保管することができる。Cは保管場所に過ぎず、読むときにはさらにiPadなど（D）に「移動」して使われる。これが、自分で吸い出すこと等から「自炊（自吸い）」と呼ばれる行為である。書籍の所有者（または使用権限のある占有者）がそのような複製を私的使用目的で行う場合は第30条で著作権者の複製権が制限される結果、所有者の所有権を制限していた複製権が制限されて及ばず、所有者

の複製行為は自由となり、Wを吸い出す（現行法上は「複製する」）ことができるのだ。

このようなリップリングや「自炊」によってデジタル化された結果、Wは、さまざまな場所にある複数の記録媒体を自在に行き来することができるようになった。記録媒体がネットワークによって接続されているからである。リップリング、自炊したファイルは自宅のHDDはもとより、クラウドに「保管」することができ、クラウドサービスの提供者は多くの場合、データ消滅の危険を低減するために二重三重に保管される。またそのサーバの設置場所も国内はもとより地球上のさまざまな場所に散在している。それをまたいつでもクラウドから自分の携帯端末等に呼び出して、使用（音楽を聴く、小説を読む）することができる。

4-3 有体物からの解放と「純粹」無体物性

これによって著作物が有体物から解放されたのだ。もう「移動」に有体物を伴わなくてよい。有体物に化体した状態で有体物を移動することによってのみ著作物を移動することができた時代から、著作物が著作物のみで「移動」できるようになったのだ。有体物の呪縛から解放されたデジタル著作物は、「純粹に」無体物なのである。

実は1980年代にワープロ専用機やパーソナルコンピューターが登場して以来、すでに著作物は、創作の始めから一貫してデジタル形式で扱われていた。コンピューターで小説を書くのも、音楽を作るのも、イラストを描くのも、デジタルカメラや携帯電話で写真や映像を撮影するのも、すべて最初からデジタルなのだ。本来であればそれをそのまま流通させるのがよい。しかし、20世紀にはそのようなインフラがなかったから有体物に化体させる既存の流通経路を使う必要があった。書籍や雑誌は紙、音楽や映画はディスクである。流通を担う各業界も、有体物に化体することによって従来同様の利益を確保することができた。

21世紀になり、デジタル機器とネットワークが普及したことにより、デジタル著作物をデジタルのまま流通させる環境が整った。デジタル環境で創作した文章、音楽、絵画、地図、図表、映像、写真、プログラムといった各種の著作物が、デジタルのまま編集され、デジタルのまま市場に置かれ、デジタルのまま市民の使用や利用に供されることとなったのだ。それが可能であるにも関わらず、旧来の流通形態に固執していた分野の著作物

は、利用者の手によってリッピングや自炊され、有体物から切り離された。すべてをデジタル著作物にすることによって、その利便性を享受できるからだ。デジタルで創作された著作物が、封じ込められていた有体物から解放されたのである。

創作する側はデジタル、使用する側もデジタル。その間をつなぐ流通のみが有体物を要していた状況から、ようやく流通も含めてトータルにデジタルな環境が実現したのである。かくして、著作物は、デジタル著作物のまま創作され、流通し、使用されることとなった。各所で保管するには有体物の存在を必要とするものの、移動にはそれを伴う必要がない。純粋な無体物なのだ。「財」として独立したのである。

創作、流通、使用のフローには下記8つの類型がある。

創作 → 流通 → 使用

- ① アナログ→アナログ→アナログ (ex.旧来の著作物一般)
- ② アナログ→アナログ→デジタル (ex.油絵を購入した人がデジタルカメラで撮影してアーカイブ化)
- ③ アナログ→デジタル→アナログ (ex.FAX送付によるちらし広告)
- ④ アナログ→デジタル→デジタル (ex.旧来の映画のDVD)
- ⑤ デジタル→アナログ→アナログ (ex.書籍)
- ⑥ デジタル→アナログ→デジタル (ex.書籍の自炊)
- ⑦ デジタル→デジタル→アナログ (ex.Webの新聞をプリントして読む)
- ⑧ デジタル→デジタル→デジタル (ex.iTunes Store、App Storeなど)

最終的な使用時にアナログな①、③、⑤、⑦のうち、①は未来永劫続いていく本質的な著作物の形態である。⑤は減少していくとはいえ、今後も続くだろう。③と⑦は元々少ないし、次第に減っていくであろう。

一方、最終形態がデジタルな②、④、⑥、⑧は今後ますます増えてゆくに違いない。元々デジタルで創作されたもののうち⑤は⑧に移行していきはずだし、アナログで創作されたものも④に流れてゆく。またアナログで流通する著作物がある限り、②と⑥は続く。

総じて、著作物を有体物から切り離して独立させようとする趨勢なのである。今後の100年は、建築等、有体物と本質的に一体不可分の著作物以外の多くの著作物が⑧の形態を採ってゆくことになるだろう。そのような流れ

の中で、著作権制度はどうあるべきなのであろうか。

第5章 デジタル著作物特別法は可能か

著作物がデジタル化されることによって有体物から遊離し、有体物を伴わずに流通可能になった。有体物の呪縛から解かれ、著作物のみが独立して、有体物から有体物へと移動を繰り返す。著作物が「有体離脱」したのだ。そのような「純粹」無体物性、あるいは「純粹」無体財産性を備えたデジタル著作物を対象とする法規範は、従来の著作権制度でよいのであろうか。

既に見たように、現状の著作権制度は民法206条の所有権を制限する「法令の制限」に該当し、所有権に基づく物の自由な使用、収益、および処分を制限する権利として著作権が位置づけられる。常時ひとつの有体物に化体し、不可分一体のものとしてそのまま流通する形態の著作物であれば、現行法は実態に合致しているが、ひとたび著作物が有体物から遊離した後は、単一の有体物との関係を前提として構築された制度の枠を飛び出すことになる。それが今日、デジタル著作物と現行著作権制度とのコンフリクトをめぐる各種の問題の根幹にあるのだ。このようなデジタル著作物を対象とする著作権制度について、既存の著作権制度とは分けて考えることが必要であろう。

従来、デジタルであろうとアナログであろうと著作物は著作物であって差異はないと考えていた。その根本的な考えは変わっていない。けれども、著作物が現に存在し、公開され、流通するプロセスを支えるインフラとして著作権制度と捉えたならば、その制度の在り方としては、従来型の所有権の制限としての著作権制度である必然性は、もはや少なくともデジタル形式の著作物においては無いのではないか。

歴史上、初めて著作物が独立の無体財産として流通しうる状況、つまり有体財産の体を借りずに著作物という魂だけが独立に流通しうる環境を得たのが今日、21世紀の我々の社会である。デジタル著作物の"純粹"無体物性、あるいは"純粹"無体財産性を看取でき、化体していた有体物の所有権による束縛から解放されたのだ。法的な客体としても有体物とは独立に扱うことができるようになったのではないか。有体物に対する所有権の延長としてそれを制限する著作権制度ではなく、無体物たる著作物を直接の対象とする著作権制度を構築することは理論的に可能なのではないか、と考

えるのである。

では、どのような制度が望ましいか。著作物の社会的価値を最大化し、最も文化の発展に寄与（第1条）するためにはどのような制度設計がよいか。まずファイルのメタデータやサーバ等に記載する内容に対世効を認めることが考えられる。すなわち、一般法たる著作権法に規定される著作権の範囲内で、著作者（著作権者）がその利用態様に関する意思を表示している場合に、現行法上は各々の利用者との間で相対で契約が締結されたものとする債権的な効力を認めるが、より端的に、意思に基づいて著作権の効力を限定する効力を著作権の延長として対世的に認めるのである。著作物が独立して流通するためには、氏名表示、改変の可否、その著作物の使われ方、商用の可否、といった著作者の意思をサーバやメタデータ等に記載することによって「宣言」した場合に、それが尊重され、そのとおりに使われる、という法的な後ろ盾が必要だからだ。純粹に無体物として流通するデジタル著作物の利用態様を、著作物が化体した有体物に対する「所有権の制限」という法律構成ではなく、有体物から切り離して独立に、直接、著作者（著作権者）の意思にかからしめるのだ。

具体的には、例えばメタデータにクリエイティブ・コモンズの各項目を記載した場合にも、日本法の下でもクリエイティブ・コモンズ・ライセンスと同等の法的な効力を与えることができる⁴⁸。クリエイティブ・コモンズでは、「表示」（著作者名、作品のタイトル、URL）、「継承」（改変した場合に元の作品と同じ内容でライセンスする）、「改変禁止」、「非営利」という4つの項目が規定されており、これを用いることによって一般的な著作者の意思を反映できる。著作物のメタデータやそれを配布するサーバに宣言してURLを記載すれば利用者はいつでも参照できるし、メタデータに記載した場合に仮にメタデータが削除されたとしても、検索技術の進歩により、著作者、利用者とも、次第に容易に探せるようになっていくはずである。もちろん、利用態様は既存の著作権法に則って認める（ex. All Rights Reserved）と書けば（あるいはまったく何も書かなければ）、現状通り、一般法としての従来の著作権法所定の権利を享受することができる。

またそのような対世効を持つ宣言には、利用に対する対価に関する情報

48 <http://creativecommons.jp/licenses/>

を含めることもできる。現状では許諾を得ない著作物の利用に対しては不法行為に基づく損害賠償として請求するが、著作権の延長として対世効のある宣言を認めれば「不法」な利用ではなく純粋な正規の利用の対価として請求することが可能となる。さらに長期的に商用目的で著作物を公表する著作者（著作権者）のために登録制度を設ければ（ないし現行の登録制度を拡充すれば）、対抗力を強化することもできよう。

著作物は著作者の「思想又は感情を創作的に表現したもの」である。ならば、その著作物の使われ方についても、著作者がその意思を表示し、それが尊重される仕組みが望ましい。私的自治の原則にも合致する。著作者の意思がメタデータ等に記載された状態で流通すれば、利用者そして社会は、その意思をくんだ使い方をすることができる。すべての著作物の著作権者に対して一律に現行著作権法が規定する著作権のメニューすべてを与えるのではなく、個々の著作物ごとに著作者（著作権者）が望む著作物の使い方（あるいは限定された著作権の範囲）が明示されて流通すれば、利用されやすくなるし、より広く利用されることにつながる。それが、著作権法の究極の目的である「文化の発展」に資すると考えるのである。