

明治大学知的財産法政策研究所 (IPLPI) セミナー

「出版者の権利とその役割」

(科学研究費補助金 基盤研究 (A) 平成 23～27 年度

「コンテンツの創作・流通・利用主体の利害と著作権法の役割」)

2012 年 11 月 25 日

出版者と隣接権制度

立教大学法学部教授

上野達弘

立教大学の上野でございます。前回の明治大シンポジウムが 8 月 4 日にございまして、わたくしはそれに続く連続登壇ということで恐縮に存じます。最近いろいろところで講演する機会がありますので、ちょっと出しゃばり過ぎではないかというお声があるかも知れませんが、そのような中、再度お声がけをいただきました中山先生、金子先生には感謝を申し上げます。しかし、わたくしのために日程が日曜日になってしまいまして、本日お越しいただきました皆様にはお詫びを申し上げなければなりません。

I はじめに

さて、わたくしのテーマは「出版者と隣接権制度」というものでございます。

ご存じのとおり、出版者の法的保護をめぐる議論が盛んになっている昨今におきまして、隣接権制度の一環として出版者に固有の権利を付与すべきかどうかは 1 つの焦点になっております。わたくしの主たる課題はこれにはほかなりません。

現在、わが国の著作権法は、たしかに出版者に固有の権利を与えておりません。ただ、出版者と申しまして多様なものがありまして、雑誌の出版などにみられますように、従業員が文章等の著作物自体を作成することによりまして出版者が自ら著作者となっているという場合も少なくありません。この場合は当然、出版者が著作者の権利を取得するわけです。しかし、そうではなく、著者が作成した原稿を出版している出版者の場合、そのような出版者は著作権法上、固有の権利を有しないことになります。もちろんそれで問題ないとの見解もありましょうが、他方では、出版者は出版過程におきまして一定の役割を果たし、知的営為を行っているともいわれております。そうした営為と役割にかんがみて、著作権法上、出版者に何らかの固有の権利が与えられるべきかどうか、これがまさに問題というわけでございます。

この問題が最近、電子出版の発展と軌を一にしまして、改めて議論されております。ここでわたくしが「改めて」と申し上げましたのは、この問題を先程のように設定するなら

ば、これに関する議論はかなり長い歴史を持つからであります。ただ、最近の議論におきましては、そのような議論の蓄積が必ずしも十分に踏まえられていなかったり、あるいは、隣接権制度というものについての理解が十分でないことから、ともすると誤解に基づく、かみ合わない議論が熱く展開されていることが少なくないように感じる場所があります。

そこで、わたくしの報告は、この問題をめぐる理論的な問題点を改めて整理することによりまして、今後の議論を可能な限り建設的なものにするための基盤をつくることを試みるものであります。

II 議論状況

さて、出版者に関する従来の議論といたしましては、先程もご紹介がありましたように、1990年の第八小委員会の報告書がよく紹介されますけれども、その議論はさらに昔にさかのぼります。本日は、1970年に現行法が制定される前の議論から始めたいと思います。

1 報告書等

(1) 『著作権制度審議会答申説明書』（1966年4月20日）

すなわち、1966年（昭和41年）の『著作権制度審議会答申説明書』におきましては、隣接権制度について具体的な法制度について記述した後で、最後に次のように述べております。

すなわち、「出版物の組版面…は、それ自体が著作物ではなく、あるいは、すでに著作権が消滅した著作物に係るものであっても、他人がそれを利用することに対し、その出版者、学術的な出版物の著者または採譜者が何らの保護をも与えられないことは妥当ではない。この場合、少なくとも、組版面を写真複製等でそのまま利用すること、あるいは、資料等の複製が無断で行われること等についての何らかの措置を、主として不正競争防止法的な観点から著作権法上講ずることは考慮に価すると考える。ただし、たとえば、採譜したものに基いて著作権のない音楽の著作物を演奏することにまで、採譜者の権利が及ぶものとするような措置が適当ではないことはもとよりである」と述べられております。

ところが結局、現行法制定に当たって、この点についての具体的な対応はなされませんでした。ただ、現行法の可決成立に際して、衆参両院の文教委員会の附帯決議におきまして、例えば、衆議院文教委員会の附帯決議（昭和45年4月9日）におきましては、急速な著作物利用手段の開発による新たな課題に対処すべく、「時宜を失することなく、著作権審議会における検討を経て、このような課題に対処し得る措置をさらに講ずるよう配慮すべきである」と決議されました。

これを受けまして、1974年（昭和49年）7月に、複写・複製問題に関する第四小委員会が設置されまして、1976年（昭和51年）に報告書を公表しております。

これは、「著作物の創作者である著作者及び著作物の伝達に重要な役割を果たしている出版者の経済的利益が不当に害される可能性が強ま」っている、という背景で設置されたものであります。企業内複製を含む複写・複製問題についてさまざまな検討がなされましたけれども、国際的状況も未確定であること、新法が施行されて間もないことから、当面は、「著作権思想普及の徹底」のための「著作者及び出版者を中心とする権利者自身の努力」や「集中的権利処理機構及び包括許諾制」といった手段によって対応しつつ、制度改善のための研究を進めるのが望ましい、とされたわけです。

これを受けて、1980年（昭和55年）11月に、著作権の集中的処理に関する調査研究協力者会議が設置されました。これは、「複写分野における著作権の集中的処理の具体的な在り方について、学識経験者の協力を得て、調査研究を行い、その結果を著作者、出版者、著作物利用者などの関係者に提言するために設置された」ものであり、1984年（昭和59年）4月に報告書を公表しております。そこでは、「著作者団体と出版者団体とが協議、協力して機構を設立することが最も現実的である」とされており、「出版者が著作物の伝達に重要な役割を果たしているという点から、集中的権利処理機構が徴収した使用料の分配においても、出版者の利益が考慮される必要がある」とか、集中的権利処理機構の設立について、出版者が「大きな役割を果たすと考えられることから、その際、出版者が一定の地位を得て機構に参加できた方が業務運営が円滑にいくと考えられる」などと記述されております。

（2）『著作権審議会第八小委員会（出版者の保護関係）報告書』（1990年6月）

これを受けて、1985年（昭和60年）7月、著作権審議会におきまして、「出版者の保護関係」を検討するための第八小委員会が設置されたわけです。

その後、5年間にわたりまして検討が行われ、1990年（平成2年）6月に『著作権審議会第八小委員会（出版者の保護関係）報告書』が公表されました。結論といたしましては、「出版者に固有の権利を著作権法上認めて保護することが必要であるとの意見が大勢を占めた」とされております。

その上で、この報告書では出版者を隣接権制度の中で保護する方向性として、権利の内容や性質に関して具体的な提案がなされております。

まず権利の客体に関しましては、新聞や地図なども含む「出版物の版面」に関する権利とされています。

また、この報告書におきまして、当時すでにCD-ROMなどの「電子出版」というものについて言及されているのは興味深いところではありますが、この点については「将来を見通した判断が難しいところから、今後の課題として別途検討することが適当である」と考えられるとされております。

権利の内容につきましては、出版物の版面の複写機器または写真機器による複製に関する権利とされております。そうした複写以外の行為、例えば有線送信につきましては「将

来的に検討される課題」とされています。

権利の性質につきましては、「複写利用者に、複写に際し、著作権者に加えて出版者の許諾をも要することとするは適当ではない」とした上で、「著作権者の許諾を得ることを前提とした上で、出版者の利益を確保しながら、出版物の複製を認める形、すなわち、出版者の権利の性質は、報酬請求権とすることが適当である」とされています。

その上で、「出版者の権利についても、無報酬で出版物の版面を利用できる場合を設けることが適当である」ともされ、著作権の制限規定が準用されております。

さらに、存続期間につきましては、1988年（昭和63年）3月の「中間まとめ」の段階におきましては、出版後20年とされておりましたが、同年10月に著作隣接権の存続期間が一律30年に延長されたのを受けまして、最終報告書では出版後30年が適当とされております。

経過措置といたしましては、既存の著作隣接権にならしまして、「法律施行時以後に出版された出版物に限って保護することが適当である」とされています。

権利行使のあり方といたしましては、「出版物の複写利用者は、多種多様であり、その数も多く、そのような利用者の利用について個々の権利者が権利行使を行うことは、實際上困難であり、また、利用者の側においても、多くの権利者に個別に報酬の支払を行うことは、事務処理上煩雑である」ことから、「実演家等の商業用レコードの二次使用等に係る報酬請求権と同様、団体によって権利行使ができるようにすることが考えられる」とされております。

以上のように、著作権審議会第八小委員会は、出版者の権利について具体的な答申を行ったわけでありすけれども、結果として法制化されないまま現在に至っております。これは当時、経済団体連合会を中心とする産業界から反対を受けたことによるものといわれております。

ちなみに、今年の平成24年著作権法改正をめぐりまして、いわゆる日本版フェアユースとも呼ばれておりました権利制限規定の拡充につきまして、審議会答申の内容が、その後の立法過程において、とりわけ内閣法制局の影響により内容が薄められたのではないかとことや、議員発議によって違法ダウンロード刑罰化の規定が追加されたことが、立法プロセス一般のあり方として議論されておきまして、その中には、審議会の軽視であるとの批判的な見解も少なくないところであります。ある意味ではこれと同様に、今から約20年前の第八小委員会におきましても、審議会の提案が政治的な事情で実現されないという事態があったということになるのです。

（3）知的財産戦略本部『知的財産推進計画2004』（2004年5月27日）

その後、しばらく時間が経過いたしました後、2004年の知的財産推進計画におきまして、「出版物の複製に係る出版社の報酬請求権の是非に関する関係者間協議の結論を得て、2004年度以降必要に応じ、著作権法の改正案を国会に提出する」とされています。しか

し、翌年以降この項目は知財推進計画に盛り込まれませんでした。

ところが、近時、電子出版の発展を受けまして、この問題が改めて議論の俎上に載せられているわけでございます。

(4) 総務省・文部科学省・経済産業省合同懇談会『デジタル・ネットワーク社会における出版物の利活用の推進に関する懇談会報告』(2010年6月28日)

デジタル・ネットワーク社会における出版物の利活用の推進に関する懇談会(いわゆる三省懇)は、もちろん出版者の権利付与のみを目的とした会合ではありませんけれども、2010年の『デジタル・ネットワーク社会における出版物の利活用の推進に関する懇談会報告』におきまして、「出版者に何らかの権利を付与することについては…様々な見解が示されているところであり、今後…更に検討する必要がある」とされています。

(5) 『電子書籍の流通と利用の円滑化に関する検討会議報告』(2011年12月21日)

その後、2010年11月、電子書籍の流通と利用の円滑化に関する検討会議が文部科学省に設置されまして、テーマの1つとしてこの問題も検討され、2011年12月の報告書におきましては、出版物にかかる「権利侵害は深刻な状況であり、電子書籍市場の健全な発展のためには、何らかの措置を早急に図ることの必要性については意見が一致した」としつつ、「具体的な対応方策については、『出版者への権利付与』を含め、複数の選択肢」について十分に検討する必要がある、「官民一体となった早急な検討を行うことが適当であると考えられる」などとされております。

(6) 印刷文化・電子文化の基盤整備に関する勉強会「中間まとめ(案)」(2012年6月25日)

その後、先の検討会議が行われておりました際に文部科学大臣または副大臣であった中川正春衆議院議員を座長として、このテーマを含む問題を検討する印刷文化・電子文化の基盤整備に関する勉強会(いわゆる中川勉強会)がつくられ、本年2月以降、会合を行っているようであります。その後、出版者の権利に関しまして「中間まとめ(案)」(6月25日)及び「検討の現状について」(11月8日)という文書が公開されております。

2 シンポジウム等

また、この問題をめぐる議論も盛んでありまして、シンポジウムなどもよく行われております。2010年11月20日には、早稲田大学においてJASRAC寄付講座のシンポジウム「電子出版をめぐる著作権法上の課題」が行われまして、わたくしは当時ドイツに留学していたのですが、このために帰ってまいりまして、本日もご登壇される福井先生や横山先生などと一緒に、この問題を含む諸問題を検討させていただいた次第です。

また、クリエイティブ・コモンズ・ジャパンにおきましては、11月1日に「出版社の新しい著作隣接権を考えるシンポジウム」が開かれ、中山信弘先生や桶田大介先生などが登壇されてこの問題が検討されておりますし、さらに明日も出版広報センター主催のシンポジウムが開かれて大淵哲也先生などがご登壇されると伺っております。

3 小 括

このように、出版者の権利という問題は、決して最近になって突然登場したものではありません。むしろ、40年以上前の現行法制定前から議論されているテーマということができます。そのような歴史にかんがみれば、今この問題を検討する上で、以上のような議論の蓄積はきちんと踏まえらるるにふさわしいものであると思われまふ。その意味では、出版者の権利についてまだ議論がほとんど行われていない、などと軽々にいうことはできないのではないかと、わたくしは思ひます。

とは申しましても、過去の議論の具体的内容に立ち入りますと、このような40年以上の議論におきまして、ずっと同じ問題を検討してきたといえるかどうかは一考を要するよう思ひます。

たしかに、昭和41年の現行法答申段階から平成2年の第八小委員会報告書が出るころまでは、出版者が果たしている一定の役割を考慮しつつ、他方でレコード製作者など他の隣接権者とのバランスから、出版者に何らかの固有の権利を認めるのが適当だという考えが、少なくとも審議会レベルでは比較的広いコンセンサスを得ていたようにみえます。

もつとも、そこで念頭に置かれていた権利の客体および内容というものはどのようなものかと申しますと、例えば、昭和41年の現行法答申において保護の必要性が指摘されましたのは、主として組版面を写真複製等でそのまま利用することに過ぎません。また、第八小委員会において固有の権利を付与すべきと提案されておりましたのも、出版物の版面の機械的複製に限って、しかも報酬請求権を認めようとするものに過ぎません。

そのように考えますと、出版者に固有の権利を付与すべきといつても、必ずしも他の隣接権者と形式的にみて同内容の著作隣接権を付与しようとするものではありません。その意味では、40年以上前から出版者に固有の権利を付与すべきだという議論をしているといつたしましても、その頃に念頭に置かれていた権利の内容と、ごく近時の議論におきまして出版者に付与すべきとして具体的な提案がされている権利の内容とは一定の相違があるという点は指摘されなければなりません。

ただ、他方では、この40年間に起きた技術の発展によりまして、現時点では、新しい技術に対応した権利保護が必要となることはあり得ましよう。なるほど、電子出版元年と呼ばれた2010年以降、電子出版との関連でこの問題が議論されたことによりまして、ネット送信による侵害行為がほとんどなかった第八小委員会の1980年代と比べて、具体的な提案内容が変化するのは、ある意味では自然なことかも知れません。

もつとも、他方では、新しい技術に対応する権利保護が必要だとしても、新しい技術によってユーザーが享受している行為自由も同様に尊重されるべきであり、ユーザーの自由が権利保護によって過剰に阻害されることになりはしないかという視点も、権利保護と同様に必要となるとも考えられます。知的財産法や著作権法の基礎理論や権利保護の正当化根拠といったものをめぐりましては、近時さまざまな議論が行われておりまして、各人その立場は大きく異なるところではありますけれども、いかなる立場をとるとしましても、技術発展を受けて権利の保護と利用のバランスをいかに図るかという観点それ自体は、著作権法のあり方を考える上で、ほぼ否定できない共通の認識になっているものとわたくしは思います。

Ⅲ 議論の整理

1 総論

では、この問題の議論を整理してみたいと思います。まず、出版者に隣接権制度の一環として固有の権利を認めるべきかどうか、という総論についてです。

(1) 消極説

一方では、出版者に固有の権利を付与することに消極的な見解があります。

権利の創設による流通阻害

この中にもいろいろな見解が含まれますけれども、多くの場合、こうした消極説の背景には、現状の著作権法が権利保護に傾き過ぎているという認識があるように思われます。消極説によりますと、そうした状況の中で出版者に新たな権利を付与するということは、著作物等の円滑な利用と流通をますます阻害するものであり、これは妥当でないとされるわけであります。

実際のところ、有用なコンテンツでありながら、そこに多数の権利が重畳的に存在するため、その二次利用が困難になっている例は既に少なからず見受けられます。その典型としてよく指摘されますのが、過去の放送番組であります。例えば、過去に放送されたテレビドラマにつきまして、これをネットでオンデマンド送信するサービスを行おうといたしますと、映画の著作物としての著作権や、そのもとになった脚本や原作などの著作権が及ぶのみならず、多数の出演者全員が実演家としての著作隣接権を有していると考えられますために、基本的にはその全員から許諾を得なければそのまま利用することはできないということになります。かつて2008年頃、デジタル・コンテンツ法有識者フォーラムというところが「ネット法」や「ネット権」といった政策提言を行いましたのも、このような問題意識に基づくものと考えられます。

もちろん他方では、出版物というのは、放送番組のように多数の出演者が関与するコンテンツとは同じでないともいえましょう。

とは申しまして、例えば、着メロと着うたというものを例にとりますと、次のように言うことができます。すなわち着メロの場合は、楽曲に関する著作権のみが及ぶために、JASRAC等の著作権管理団体を通じて許諾を受ければサービスを行うことができます。これに対しまして、着うたの場合は、CD等の音源をそのまま使用する限り、楽曲および歌詞の著作権が及びますし、そればかりか、実演家およびレコード製作者が有する著作隣接権が及ぶことにもなります。そのため、そのすべての許諾を得なければそのサービスを行うことができないこととなります。

このとき、権利が集中管理されていればともかくとして、そうでない場合であって、許諾を得る作業が繁雑に過ぎるといふこととなりますと、事実上ビジネスとして成立しないということにもなりましょう。

もちろん、権利が重複すると言いましても、著作隣接権の客体と著作権の客体という、あくまで別の客体に別の権利が成立しているということでもありますから、1つの客体に複数の権利が成立しているのではない、ともいえます。したがって、これは一物一権主義に反するわけではないのではないかと、とわたくしは思いますけれども、ただ、1つのコンテンツについて複数の権利が重畳的に存在するということによって、当該コンテンツの利用と流通が阻害される可能性があるというのは確かかと思えます。そのような事態になるのであれば、権利はできるだけ少ないほうが望ましいのだ、消極説によればそのような考え方になるわけです。

権利創設の必要性に対する疑問

また、消極説の根拠といたしまして、出版者に固有の権利を付与する必要性に対する疑問というのもよく聞かれるところでもあります。

と申しますのは、もし出版物の違法な利用者に対して、著作権者だけではなく、出版者も差止請求権等を行うことができるべきだ、といたしまして、それなら出版者が著者から著作権の譲渡を受けておけばよいのであって、そうした契約を促進することによってこの問題を解決すべきだという考え方もあるからであります。

あるいは、出版者が著者から著作権法上の出版権設定を受けておけば、少なくとも当該出版物を「文書又は図画として」複製する無断利用者に対しては、出版権者である出版者が差止請求できることとなります。

また、たとえ単なる利用許諾に過ぎない場合でありましても、一定の場合にはライセンサー（被許諾者）が著作権侵害者に対して差止請求できるという見解も有力であります。とりわけ、ライセンサーが契約上の侵害排除義務を負っていると解釈できる場合であれば、ライセンサーは債権者代位に基づいて侵害者に対して差止請求できると解されており、これが出版契約にも妥当するならば、これによって出版者が差止請求を行うことは可能で

はないか、ということになるわけです。

(2) 積極説

以上のような消極説に対しまして、出版者に固有の権利が与えられるべきだ、という積極説の考え方もあります。

権利創設の理論的根拠

まず、理論的にみて、わが国著作権法によって著作隣接権が与えられている4つの主体、すなわち実演家、レコード製作者、放送事業者、有線放送事業者と比較すれば、出版者にも著作隣接権が付与される理由はあるとも考えられます。

わが国著作権法における隣接権の主体は、著作者のように一般的に定められているものではなく、4つの主体が挙げられているに過ぎません。したがって、その根拠を一元的に説明することは必ずしも容易ではありませんけれども、従来の議論を総合いたしますと、著作隣接権を付与する根拠は、著作物の伝達（著作物を公衆に伝達する役割を果たしていること）および準創作性（著作物の創作に準じた営為を行っていること）にあるといわれております。そうしますと、出版物というものは著作物の伝達および準創作性という要素を共に満たす場合が少なくないとも考えられるというわけです。

他方、現行法上の著作隣接権の対象となっている実演、レコード、放送、有線放送について、現行法上の定義をみますと、そこでは著作物の伝達であることは必ずしも要件とされておりません。また、準創作性につきましても、実演はともかくとして、レコード、放送、有線放送については、明文上そうした要素が必要とされておりません。

その結果、例えば、街中にICレコーダーを設置して街の雑踏をそのまま録音したに過ぎないような場合のように、著作物の伝達もしておらず、準創作性もないと考えられる録音物であっても、現行著作権法によればレコードとして著作隣接権が与えられております。

これとのバランスからすれば、出版者というものは、著作物の伝達と準創作性をともに満たすことが多いと考えられ、現状において著作隣接権が与えられているレコード製作者以上に——具体的な権利の内容はともかくとして——何らかの権利が付与されてしかるべきだという考え方があるわけです。

たしかに、“等しき者を等しく”扱うというのは、効率性や政策といったものを超えた一般的な法理念として——もちろん簡単な論点ではありませんけれども——法学において尊重されるべき基本的な考え方であるとも考えられます。

ただ、これに対しましては、今回問題になっている出版者がレコード製作者と比較して、実質的にみて“等しい”と評価できるのかどうかの問題となるところであります。また、仮にそうだといたしましても、ほかにも“等しい”ものがありはしないかという点も問題となるところであります。

権利創設の必要性

また、理論面を離れまして、現実面からいたしましても、出版者には固有の権利が必要だという考えがあります。

もちろん、一方では、出版者に差止請求権が必要ならば、著者から著作権譲渡や出版権設定を受ければいいのではないかと考えられるところでもあります。たしかに、アメリカなどにおきましては、出版契約におきまして、著者が出版者に著作権を事実上譲渡するのが一般的のようでもあります。

ただ、従来のがわの出版実務におきましては、もちろん分野によるとは言いましても、著作権譲渡は必ずしも一般的でないようでもあります。だとしますと、このような実務を変更することが本当に現実的かどうか問題となりますし、仮にそれが可能だとしても、日本の出版契約実務において、アメリカで行われているように著作権譲渡を一般化すべきなのかどうかということが問題となろうかと思えます。

また、そもそも隣接権制度というのは、一定の役割を果たしていると考えられる者について、そのこと自体に著作者とは別個の意義を認めて、これに法的保護を与えるものがあります。そうだといたしますと、もし出版者にも、著作者とは別の知的営為と役割が認められるのであれば、著者に付与される権利とは別に、出版者に固有の権利が認められてしかるべきだ、ということになります。

もし、出版者は著者から著作権譲渡を受ければいいのだから固有の権利は不要だ、というのであれば、すでに著作隣接権が付与されているレコード製作者や放送事業者についても同様のことがいえるのではないとも言えましょう。

例えば、レコード製作者は固有の権利を有しなくても、そこに収録されることになる著作物の著作者から著作権の一部譲渡を受けたり、実演家から著作隣接権の一部譲渡を受けたりすれば侵害者に対する差止請求もできるのだから、レコード製作者に著作隣接権を付与する必要はない、ということになるのではないかというわけでもあります。同様に、放送事業者も放送番組に係る著作権等の譲渡を受ければよいのではないかということにもなりますし、もともと放送事業者は放送番組の著作者であることも少なくないわけですから、放送事業者には、よりいっそう著作隣接権を付与する必要はないということになりかねません。

これに対しては、たしかにレコード製作者や放送事業者に付与されている著作隣接権も本来は必要性がなく、根拠もないものであるため、論理的には付与すべきではないが、条約上やむを得ず付与しているのだ、という説明もなされ得るところかと思えます。

他方で、たとえ出版者は著者から著作権譲渡を受ければいいと申しましても、例えば、保護期間の経過により著作権の消滅した著作物や著作物性のないコンテンツにつきましては、そもそも著作権が存在いたしませんので、このようなものを出版する場合は、著者から著作権譲渡や出版権設定を受ければいいというだけでは済まないことになろうかと思われれます。

これに対しては、そのような事態はレアケースだという考えもあるかも知れませんが、例えば、——これはわたくしが好んで取り上げる例でありますけれども——、保護期間の経過したクラシック音楽の楽譜をデジタルスキャンした PDF ファイルが大量にアップロードされている IMSLP というウェブサイトがあります。ご存じのように、クラシック音楽の世界では、すでに保護期間の経過した著作物が広く愛好されておりますために、このようなサイトは、音楽愛好家にとりまして極めて便利なものであることは間違いありません。わたくしもその 1 人です。

一例を挙げますと、例えば、こちらのラヴェルのボレロの楽譜なども掲載されておまして、このように Disclaimer が表示されるのですけれども、アクセプトいたしますと、PDF ファイルがダウンロードできるようになっております。ラヴェルのボレロは、日本では著作権が消滅しておりますが、国によっては消滅していないといった表示がなされています。ちなみに、こちらにアップされているボレロの楽譜は、フランスのデュラン (Durand) という出版社の楽譜ですけれども、非常に優れた質の譜面を出していることで知られています。こうしたものが自由にダウンロードできるわけでありませぬ。

このような場合、楽譜の作成自体について著作物としての創作性が肯定されるようなことがあればともかく、そうでない限り、たとえこうしたウェブサイトが日本で開設されたとしても、楽譜出版者はこのようなウェブサイトに対して差止請求できないこととなります。

もちろん、保護期間の経過した著作物は可能な限り自由に利用できるべきであるという考え方もあり得ます。例えば、青空文庫のように、パブリックドメインとなった著作物の流通を促進させることの文化的意義は大きいとわたくしも思います。ただ、音楽著作物そのものの利用と楽譜の利用を同列にとらえていいかどうかは問題となり得るところであります。例えば、すでにパブリックドメインとなっているベートーヴェンの音楽著作物について、新たな校訂を加えて楽譜を出版するということが行われておりますが、その場合も、その版面が著作権法上まったく保護されず、出版後、すぐに複製も公衆送信も自由にできしてしまうとするならば、楽譜出版ビジネスの在り方として望ましいかどうか、それは問題となり得るといえる考え方があろうかと思えます。

2 各 論

以上のように、総論といたしましてすでに議論が分かれるところではありますけれども、そもそも論だけではなく、権利の具体的内容などの各論について議論すべきであります。

といたしますのは、これはこの問題に関する実際の議論でよく感じることなのですが、積極説にせよ消極説にせよ、そこで念頭に置かれている「出版者の権利」という権利の具体的な内容や幅というのは、論者によってかなり異なるからあります。権利の具体的な内容によっては、この問題に対するイメージや賛否が大きく変わってくるように思われるので

す。

これは当然のことでありまして、権利の具体的内容や客体の具体的範囲によりまして、その権利が設けられると、本当に著者の権利と重疊的になるかどうかという点、あるいは、流通の阻害になるかどうかという点は、大きく変わってくることになります。しかし、そうであるにもかかわらず、こうした具体的な権利の内容について認識が一致しないまま、抽象的な印象論やイメージだけで主張が繰り返され、わたくしから見ると、かみ合っていない議論にとどまっていることが残念ながら少なくないように思われます。言い争いことだけが議論の目的であるというのでもない限り、こうした事態は極力避けるべきだろうとわたくしは思います。そこで、次に各論について検討したいと思います。

(1) 客 体

第1に、客体についてです。仮に、出版者に固有の権利を付与するといたしました場合、その権利の客体は何か、という点がとても重要な問題になります。この点で考え方が大きく分かれてきますので、まずはこの点を整理したいと思います。

① 出版物の版面

まず、出版物の「版面」イメージそれ自体を客体とするという考え方があります。

例えば、第八小委員会の答申におきましては、「出版物の版面」が出版者の権利の客体とされてきました。もちろん、「出版物」と申しまして、例えば、国会図書館法 24 条におきましては、CD や DVD 等も含む広い概念とされておりますなど、その意味は明確なものと言い難いところがあります。ただ、第八小委員会では、「文書又は図画」の出版物とされていますので、新聞や地図などもこれに含むとされてはいますが、紙媒体を中心とする有体物が念頭に置かれております。第八小委員会の答申では、CD-ROM などの電子媒体について残された課題だとされているのもそのためです。

したがって、いわゆるポーンデジタルのコンテンツなどは、「文書又は図画」の存在を前提としていないために、第八小委員会の提案する出版者の権利の客体に含まれない、ということになろうと思います。

なお、紙媒体の出版物といいますが、広告、チラシのようなものも含むかどうかといった点が問題となるところであります。これにつきましては、中国における 2002 年の裁判例があります。

そもそも、あまり知られていないようではございますけれども、中国というのは、著作権法において隣接権制度としてわが国と同様の 4 主体に加えて、まさに出版者を著作隣接権の主体と認めている国の 1 つであります。そして、この 2002 年 11 月 13 日の判決によれば、広告用のリーフレットなどは中国著作権法上の著作隣接権の保護対象に含まれないとされたようです。こうした議論は、わが国にとっても大変参考になるものだと思います。

他方、以上のような考えとは異なり、「文書又は図画」に限定するのではなく、電子媒体

の出版物であっても、それがPDFファイルのように固定的な版面イメージであれば、出版者の権利の客体に含めるという考え方もあり得るところであります。これにしたがいますと、電子出版でありましても、いわゆるフィックス型（固定型）の電子出版物であれば保護の客体に含まれるということになる反面、いわゆるリフロー型（再流動型）の電子出版物は含まれないということになるかと思えます。

② 出版物等原版

これに対しまして、「版面」というものにとられるべきではないという考え方もありえます。すなわち、「文書又は図画」の出版物や、フィックス型の電子出版物のみならず、リフロー型の電子出版物も含むという考え方であります。

例えば、中川勉強会のたたき台におきましては、「出版物等原版」という概念が用いられておりまして、これは、「原稿その他現品又はこれに相当する物若しくは電磁的記録を文書若しくは図画又はこれらに相当する電磁的記録として出版するために必要な形態に編集したもの」と定義されておりまして、そこには「電子出版用フォーマットで記述されたデータファイル等」も含まれると説明されておりまして、したがって、これによれば、リフロー型の電子出版物も保護客体に含まれることになるようであります。

たしかに、今後の電子出版におきましては、フィックス型よりもリフロー型が中心になるとも考えられますので、そうだといたしますと、まさにリフロー型を権利の対象とすべし、という考え方もありましょう。そして、リフロー型というのは、たしかにある意味では可変的であるといえども、電子出版用フォーマットにしたがって確定したという点では、版面イメージと同等の固定的性質を有するとの考え方もあり得るとは思います。

しかし、他方では、リフロー型電子出版が保護の客体に含まれることになりまして、例えば、ネット上のブログや青空文庫に掲載されたコンテンツについても出版者の権利が与えられることになりはしないか、そうだとするとこれも含まれていいのか、という問題が生じるところであります。

もちろん、他方では、例えば、中川勉強会のたたき台におきましては「出版」という文言が設けられておりますので、これによって限定がされているという考えもあろうかと思えます。ただ、これで適切に除外できているかどうか、除外できているとして、そのような基準で除外する根拠があるのかどうか、というような点が問題となるところであります。

客体の同一性

以上のように、権利の対象ないし客体をどのようなものにするかという点に関しましては、いろいろな考え方があり得るところです。そして、これは客体の同一性という問題にも密接に関わってまいります。

まず、権利の客体を固定的な版面イメージのみだととらえますと、これに対する権利も版面イメージをそのまま機械的に利用すること、いわばデッドコピーにしか及ばないこと

になります。

例えば、第八小委員会の報告書においても、「出版者の権利を著作隣接権として位置付けるならば、レコードについて、既存のレコードの音と同じ音を作り固定した場合と同様に、組み直した場合には、同一の紙面であっても権利が及ばないものと考えられる」と書かれております。

この点において基本的に誤解されていることがしばしばあるように思うのですが、著作隣接権の客体というのは、抽象性を有する著作物とは異なりまして、極めて具体性の高いものであります。

例えば、他人の実演をものまねして、物理的にみれば完全に同一の音を再現したといたしましても、それは他人の実演を利用したことになりませんので、実演家の著作隣接権は及びません。また、他人のレコードを耳で聞いて、物理的にみれば完全に同一の音を再現するレコードを作成したといたしましても、それは他人のレコードを複製したことになりませんので、レコード製作者の権利は及びません。

したがって、既存の隣接権制度の考えからいたしますと、出版者の権利を認めるといたしましても、その権利は、固定的な版面イメージをそのままデッドコピー的・機械的に利用する行為にのみ及ぶものとするのが自然だともいえましょう。

他方、中川勉強会のたたき台における保護客体である「出版物等原版」というものにリフロー型が含まれるということになりますと、当該「出版物等原版」自体を利用する行為であれば、見かけ上のレイアウトがたとえ組み替えられたといたしましても、なお同一の客体の利用に当たるとして、権利が及ぶことになるのではないかとと思われるところです。

たしかに、出版者の権利の保護客体を固定的な版面イメージに限定してしまいますと、例えば、すでに紙媒体で出版されている書籍が何者かによってOCRされて、それがリフロー型の電子書籍として無断配信等されても、出版者の権利は基本的に及ばないことになりかねません。したがって、これでは保護として十分ではないという考え方があるのも自然なことかと思えます。

ただ、先程の第八小委員会の報告書も、「出版者の権利を著作隣接権として位置付けるならば、……組み直した場合には、同一の紙面であっても権利が及ばないものと考えられる」と指摘しているところであります。

このように、既存の隣接権制度とのバランスという観点から出版者の権利を考えるといたしますと、たとえ版面を組み直しても出版者の権利が及ぶということがレコードの客体に関する同一性判断との関係を整合的に説明できるかどうか、これが問題になるところではないかと思えます。

ただ、仮に版面を組み直しても出版者の権利が及ぶといたしましても、「出版物等原版」というもののみが権利客体であることには変わりありませんので、例えば、出版物それ自体を利用するのではなく、著者が自らの下に保有している原稿ファイルですとか、あるいは漫画の原画を用いて、別の者に電子出版させる等の行為を行ったとしても、これに出

版者の権利が及ばないことは、いずれの見解をとったといたしましても、明らかでありませぬ（ましてや出版物に収録された著作物を原作としてこれを映画化・ドラマ化するといった行為自体に出版者の著作隣接権が及ぶようなことは、当然のことながらございませぬ）。

こうした点はときどき誤解があるようですので、注意が必要であります。

著者の権利との区別

といいますのも、隣接権制度というのは、著作者の権利の内容に何ら影響を与えるものではないからです。したがって、もし出版者に固有の権利を付与するといいたしましても、それは隣接権制度である限り、著者の権利を何ら減ずるものではありません。

また、著作隣接権に限らず、知的財産権はあくまで禁止権であります。そのため、出版者がその出版物について排他的な権利を持ったとしても、その権利は、無権限で出版物を利用する行為を禁止できる法的な立場に過ぎないのでありまして、その権利をもっているからといって、出版者が自己の出版物を自由に出版できる立場が保障される、ということでは決してありません。

例えば、ある出版者が倒産して、別の者に著作隣接権が移転したといたしましても、その著作隣接権を取得した者が、著者の意向に反して当該出版物を出版できるようになるというわけではないのです。

ただ、このように申し上げても、なお著者の方の中には、出版者に新しい権利が付与されると、著者としては、何となく自分の権利を一部とられたような気がすると感じてしまうという向きもあるようです。

これは基本的には誤解なのですが、ただ考えようによっては、あながち感情論に過ぎないと言い切れないところがあります。

と申しますのは、そこでは結局のところ、“本（出版物）は誰がつくったものなのか”ということが問題となっているようにわたくしには思われるからです。極端な話をいたしますと、著者は、本は自分がつくったものだと考え、出版者も、本は自分がつくったものだと考えている、そんな感覚が、意識的かどうかはともかくとして、ひょっとするとあるのかも知れないと思うわけです。そうだとしますと、著者の気持ちとしては、自分が書いた本は自分がつくったものであるにもかかわらず、それをコピー等することについて自分以外の者が権利を持つことになるということについて、直感的な抵抗があるということなのかも知れません。

ただ、これに対しては次のようにいえるのではないのでしょうか。例えば、あるシンガーソングライターが自分の CD を出したという場合、その CD はシンガーソングライターだけがつくったものかといいますと、そうではないはずでせぬ。著作権法上も、シンガーソングライターには楽曲と歌詞という著作物に対する著作権が帰属しますが、CD というものに対してレコード製作者の権利も存在することになります。したがって、自分の CD が発売されたことが嬉しいからといって、当該シンガーソングライターがその CD の音源を

自分のウェブサイト自由にアップロードしたりすることはできないわけです。そして、このようなことが自由にできないということについて、シンガーソングライターが不満を持っているかという、そうではなく、このこと自体は一般的な納得が得られているのではないのでしょうか。

それは、CD というものは、シンガーソングライターだけが作ったものではないと考えられているからです。つまり、CD に収録されている音楽や歌詞といった著作物、あるいは歌唱という実演はシンガーソングライターが作ったものであるけれども、レコード自体はレコード製作者が作ったものだと考えられているわけです。

これが隣接権制度の考え方です。このような隣接権制度の考え方からいたしますと、本についても同様に考えることができます。つまり、本の中身である著作物は著者が作ったものであり、版面レイアウトは出版者が作ったものだと考えることができる、というわけであります。

ただ、もちろん版面に関する出版者の寄与の度合いは、分野によって異なるとも考えられましょう。もし版面に関する出版者の寄与の度合いが違うならば、その度合いに応じて、出版者の権利によって保護する分野を客体の上で限定するという考え方もあり得ます。

例えば、イギリス著作権法におきましては、すでに一定の版面権の制度が設けられておりますが、そこでは、美術や写真をそのまま出版物にしたものは保護対象に含まれないようであります。このことは、とりわけ漫画の取り扱いを含めまして、わが国における立法論の検討にも参考になるところではないかと思えます。

また、別の観点から保護客体を限定する考え方もあります。と申しますのも、著作権が存在するような著作物の出版物であれば、著作権譲渡や信託等によって一定の対応が可能なのであるから、これについて出版者に固有の権利を付与する必要はないといえたとしても、著作権が消滅したパブリックドメインの著作物やそもそも著作物性のない情報については、いくら契約を活性化させたところで、著作権譲渡等によって対応することができません。ですので、このような出版物に限って出版者に固有の権利を付与するという考え方もあり得ることになります。例えば、ドイツの著作権法において著作隣接権が付与されている学術的刊行物や遺作著作物がこれと同様の考え方に基づいているようです。

このように、出版者の権利を創設するといいたしましても、どのような客体を対象とする権利とするかによって、さまざまな選択肢があります。

(2) 主 体

第二に、主体について触れたいと思います。

もし、出版者に固有の権利を付与する立法を行うといいたしましても、その主体をどのように定めるのが問題となります。

中川勉強会のたたき台におきましては、「出版物等原版を作成した者」とされております。これは結局、出版者の権利をなぜ付与するのかという根拠や、どのような客体に対する権

利とするのかといった点と関係しておりまして、主体の問題を独立して取り上げることは難しいところがあります。

ただ、どのような定義にするにいたしましても、「作成」をメルクマールにいたしますと、現実の編集プロセスにおきましては、当該「作成」行為をいわゆる出版者が行っていると評価できるのかという問題ですとか、あるいは、結果として出版者の権利を有する主体が不明確になるという問題も指摘されるところであります。

ただ、これに対しましては、主体の認定という問題は、出版者の権利に関してのみ問題となるわけではなく、レコード製作者に関しても、放送事業者に関しても、また著作者に関しても、法律上の主体は誰かという解釈問題は、一般的に存在するものなのであるから、出版者の権利についてだけこれを持ち出して、それだけを理由として権利を付与すること自体を否定することは妥当でない、という考え方もあるところかと思えます。

ただ、これに対しましては、現状を前提にして新しい権利を付与するという以上は、それが誰に帰属することになるのか事前にまったく不明確なまま権利を付与するというのは、現場に混乱が生じかねないのではないかと、という点も問題となり得るところかと思えます。

(3) 権 利

第三に、権利の内容です。

① 内 容

どのような行為が権利の対象になるかという点について、おおむね以下の4つが議論されているところでもあります。

まず、複製行為を権利の対象にすべきかという点であります。たしかに、複製は出版者の権利をめぐる歴史におきましても、常に対象になってきた典型的な権利対象行為であります。

ただ、複製に関して新たな権利を創設するということになると、——もちろん私的複製等の権利制限規定によって解決される部分はあるといたしましても——、いわゆる企業内複製の問題が伴うことは避けられません。その意味では、現状においても企業内複製というものについて完全に権利処理がうまくいっているとは言い難い状況におきまして、さらに出版者の権利が加わることになると、いわば事実上の侵害状態が、程度として拡大することになるのではないかと、との指摘もあり得るところかと思えます。

しかし、これに対しましては、出版者の権利を創設しないとしても企業内複製の問題が解決するわけではなく、むしろ、出版者に固有の権利を認めることによって企業内複製問題のより効果的な解決につながるという考え方もあり得るところかと思えます。

実際のところ、先ほどご紹介した 1984 年の調査研究協力者会議報告書におきましても、「出版者が一定の地位を得て機構に参加できた方が業務運営が円滑にいくと考えられる」と述べられているところでもあります。

次に、送信可能化を権利対象にすべきかが問題となります。第八小委員会の報告におきましては、送信系の権利は当時そのような利用形態がなかったことから、「将来的に検討されるべき課題」とされています。

他方、中川勉強会のたたき台におきましては送信可能化権が提案されております。たしかに、送信可能化に関する権利を、とりわけ排他権として創設するのであれば、出版物がインターネットに無断アップされることに対して差止請求が可能になります。

これに対しましては、たとえ日本法で送信可能化権も設けても外国におけるアップロード行為については権利が及ばないから意味がないという見解もあります。この問題は国際私法に関わるものでありまして、その解釈によって結論が変わってまいりますけれども、わが国における従来の裁判例にしたがうならば、差止請求については主にベルヌ条約の規定に基づき保護国法を準拠法とすることになるかと思っておりますので、これによれば、日本の送信可能化権が外国におけるアップロード行為には及ばないことになり得るところです。

ただ、サーバーが外国にあるといたしましても、日本国内から外国のサーバーにアップロードする行為については、日本の送信可能化権の侵害となり得ます。実際のところ、過去の裁判例においても、カナダにサーバーがあったというケースで、日本の著作権侵害を認めたものがあります。

次に、貸与であります。貸与行為を権利の対象にすべきかどうか、対象にするとしても、既存の著作隣接権として、レコード製作者や実演家に付与されている貸与権との平仄からして、その客体は「商業用」のものに限定するかどうか、といった点などが問題となります。

そして、譲渡であります。つまり、有形物の譲渡行為を権利の対象とすべきかという点です。例えば、漫画などの出版物を自炊、つまり電子化した PDF ファイルを保存した CD-R を無断販売するような行為が行われている場合、譲渡権があれば、こうした行為をやめさせることができるというメリットがありましょう。

けれども、そのような事例が現実にどれほどあるのかという点は一応問題になります。また、もし先ほどの複製権を排他権として付与するのであれば、特に譲渡権を付与しなくても、みなし侵害の規定（著作権法 113 条）等によって無断譲渡行為についてもおおむねカバーできるという点からして、譲渡権を独立して付与する必要性については検討の余地があるところでもあります。

② 性 質

続きまして、権利の性質といたしまして、排他権にするか、報酬請求権にするかという点も問題になります。

一方では、差止請求を可能にするためには、排他権を付与する必要があるという考え方があります。

他方、例えば、現行著作権法上、レコード製作者に、排他権としての複製権、送信可能

化権、譲渡権等が付与されていますけれども、レコードの放送については、排他権としての放送権は付与されておりませんで、その代わりに、「商業用レコード」の放送や有線放送について二次使用料を受ける権利が付与されております（著作権法97条1項）。

また、例えば、商業用レコードの貸与に関する実演家およびレコード製作者の権利というのも、一定の期間経過後は、排他権ではなく報酬請求権とされております（著作権法95条の3第3項、97条の3第3項）。

このように、排他権ではなく報酬請求権として規定いたしますと、無断で行為を行っても、権利者にやめさせられることはありませんので、その限りで、利用・流通の障害になることはないということもできます。

とはいえ、たとえ報酬請求権という形であり、行為をすること自体が止められることはないといたましても、多数の権利者から個別に報酬を請求されることになって問題が起きるのではないかという考えもあろうかと思えます。

そこで、出版者に報酬請求権を付与するとしても、その権利は団体を通じてしか行使できないと規定することが考えられます。実際のところ、既存の隣接権制度の中でも、レコード製作者および実演家に付与されている貸与にかかる報酬請求権や放送にかかる二次使用料請求権は、団体によってのみ行使することができると定められております（著作権法95条5項、95条の3第5項、97条3項、97条の3第6項）。こうすれば、新たな権利を創設しても、多数の権利者が利用者に対して個別に権利行使をするという問題は生じないことになると考えられます。

実際のところ、第八小委員会の提案におきましても、これにならひまして、「実演家等の商業用レコードの二次使用等に係る報酬請求権と同様、団体によって権利行使ができるようにすることが考えられる」と記述されているのです。

③ 権利制限

また、権利制限につきましては、出版者の権利につきましても、既存の権利制限規定がそのまま準用されることになると考えられます。第八小委員会の提案も同様です。

さらに、もし出版者に権利（特に排他権）を付与した場合に、出版者の権利に特有の事情によって避けるべき問題が生じるとすれば、これに対応する一定の権利制限をさらに加えるということも考えられるところであります。

④ 存続期間

そして、権利の存続期間についてでありますけれども、出版または発行を始期としつつ、その年数についてはいろいろと考えられます。

第八小委員会の時代には、著作隣接権の存続期間がそもそも一律30年でありましたために、出版者の権利についても30年とされておりました。この考え方にしたがうならば、現在は著作隣接権の存続期間が50年になっておりますので、出版者の権利も50年というこ

とになるのかも知れません。

他方、中川勉強会のたたき台は、イギリス法などの例を参考に25年としております。また、すでに著作隣接権としての版面権を付与している中国著作権法におきましては10年とされておりまして、これも参考になるところかと思えます。

⑤ 経過措置

なお、出版者の権利が付与される対象となる出版物の時期的な範囲につきましても課題となります。

出版者の権利を創設する根拠が、出版者による準創作的な営為に求められるという観点からすれば、たとえ過去に出版された出版物であっても保護の対象に含まれるべきだという考え方もあり得ないではないと思えます。ただ、出版者の権利を付与するという立法が、少なくとも形式的には新しい権利を創設するものである以上、過去の出版物は対象とせず、改正法施行後に発行されたもののみを対象とする旨の経過措置を置くことが考えられます。

既存の隣接権制度をかつて創設する際にも、そのような取扱いをしておりまして、また、第八小委員会の提案も、そして中川勉強会のたたき台も、このような考え方を採用しているところであります。

3 他の手段

以上が、隣接権制度の中で出版者に固有の権利を付与することに関する各論的な課題であります。

こうした議論に対して、出版者に固有の権利を付与する以外の手段によって、出版者が自ら侵害対策ができるようにする方法が検討されているところであります。

ここではまず前提とされていることがあります。つまり、技術の発達によって出版物の無断複製や送信が容易になっており、現実にも、ネット上の侵害行為が拡大しつつあること、そして、これに対して、著者とは別に、固有の利害関係を有する出版者も自ら対処できるべきであるという前提です。この点はおおむねコンセンサスがあるようです。その上で、そのための手段としてどのような方法があり得るかということが議論されているわけです。

(1) 解釈論の可能性

第1に、現状のままで解釈論により対応する可能性があるという考え方があります。

債権者代位

まず、いわゆる独占的利用許諾契約をめぐる従来の議論におきましては、ライセンシーは排他権を有しないわけですが、少なくともライセンサーである著作権者が第三者の侵害

を排除する義務を負っている場合、ライセンシーは債権者代位によって侵害者に対して自ら差止請求できるという解釈が多数であるといえます。

そのため、仮に出版者が著者から著作権譲渡を受けておらず、単に出版許諾を受けているに過ぎない場合でありましても、債権者代位によって侵害者に対する差止請求を行うことができるかと解される余地は否定できません。

ただ、実際の出版許諾契約におきまして、自然人である著者に、侵害排除義務まで課されていると解釈できる場合はどれほどあるのか、これは問題となるところであります。

また、仮に著者が侵害排除義務を負っていると評価できる場合でありましても、当初の独占的許諾というものが、紙媒体の出版に関する複製および譲渡に関する許諾に過ぎないという場合は——実際にもこのような場合が多いと思いますけれども——出版者は、あくまでその範囲内で独占的利用許諾を受けているに過ぎないため、無断で紙媒体の出版を行う者に対しては債権者代位により差止請求することはできますが、第三者が無断で出版物をスキャンしてインターネット送信しているという場合、この者に対して出版者が債権者代位によって差止請求することは、たとえ先程のような解釈論を前提にしたといたしましても困難ではないかと考えられようかと思われまます。

不法行為

ただ、出版者がたとえ著作権譲渡を受けておらず、また、先程のように債権者代位構成による差止請求権も認められないといたしましても、不法行為法による救済はあり得るところであります。といいますのも、従来の議論においては、著作権法上の権利侵害に当たらないとしても不法行為に当たる場合があるとする考え方が見られるからです。

もちろん、北朝鮮事件に関する最近の最高裁判決（最一小判平成23年12月8日）以降は、若干その適用可能性が狭まっているかも知れないところがあります。ですけれども、従来の裁判例に照らしますと、出版者が資本と労力を投下して出版している出版物を無断でデッドコピーして安価で販売するような行為は、当該出版者に対する不法行為を構成すると認められる可能性は十分あるように思われます。

例えば、保護期間の経過により著作権の消滅した音楽著作物について、新たな楽譜を出版した直後に、これを別の出版者がデッドコピーして廉価で販売する行為が完全に自由かという、これは不法行為に該当すると判断される可能性はあるように思われます。

もっとも、わが国では不法行為の効果は損害賠償のみですので、この場合でも、不法行為を理由とする損害賠償が認められるにとどまり、差止請求はできないこととなります。

契約解釈

以上は、第三者による出版物の利用に対する関係でありましたけれども、出版者と契約関係にある著者との関係につきましても、出版者と著者との間の契約を解釈することによって、著者が行う出版物の版面等の利用について一定のコントロールをすることは、現状

でもすでに可能とも考えられます。

著作者認定

さらに、厳密に申しますと、出版者が著作者と認定される可能性も否定できません。

例えば、若手作家による漫画の出版実務においては、あるいは、法律出版の世界においてさえそうかも知れませんが、編集者が単なる著者への助言や校正作業の補助といった作業のみならず、具体的な文章表現にまで創作的に関与しているということはあるようです。そのような場合であれば、出版者も、少なくとも部分的には著作者または共同著作者であるということを主張し、これを理由として侵害者に対して著作権に基づく差止請求をするということが、理論的には可能でありましょう。

他方で、たとえ出版者の編集者が具体的な創作的表現の作成にまで関与しているように見えるといたしましても、例えば、いわゆる智恵子抄事件（最判平成5年3月30日）で問題になりましたように、最終的な決定が著者に委ねられているという場合であれば、出版者が著作者と認定されない可能性も否定できないといえましょう。

また、仮に事実としては、著者が作成する著作物の出版過程において、編集者が創作的関与をしていることを証明できるといたしましても、その事実を出版者が公に主張できるかということ、それは現実的ではないとか、望ましいものではないといった考え方もあるところかと思えます。

（２）契約の活用促進

以上が解釈論での可能性についてです。第2に、現状のまま実務における契約をより活用していくべきだという考え方もあります。

従来の出版実務におきまして著作権譲渡契約が必ずしも一般的でない分野が多かったといたしましても、今後は著作権譲渡等の契約を活用して問題を解決すべきだという考え方があります。中山先生のご意見はこれに近いのではないかと思います。

もちろん、契約である以上、合意が必要となりますので、著者がそうした著作権譲渡等に合意しなければ、現状と何も変わらないとはいえましょう。

しかし、著作権譲渡は、全部譲渡のみならず一部譲渡も可能であります。この一部譲渡には、——議論があるところではありますけれども——、内容的、時間的、場所的な一部譲渡をすべて含むと解されております。したがって、一部の支分権のみを譲渡することはもちろん、支分権をさらに内容的に分割するとか、一定の期間に限定した著作権を譲渡するとか、場所を限定して譲渡するとか、さらには外国の著作権だけ譲渡するということも著作権法上は可能であります。例えば、中国の著作権だけ譲渡するとか、来年から5年間分の著作権だけ譲渡するといったことが、少なくとも理論的には可能であります。そのため、一部譲渡という形であれば、わが国の著作者も著作権譲渡に合意する可能性はあるのではないかと、この考え方もあり得るところであります。

ただ、著作権譲渡というのは、自分の作品でありながら自分も利用できなくなることを意味する、実は重大な決定であります。例えば、自分がつくった歌でも、その著作権を他人に譲渡すれば、自分が公に歌うことも基本的にはできなくなるわけであります。同様に、例えば、出版者が著者から著作権譲渡を受けますと、たとえ一部譲渡だとしても、その限りで、著者は自分の著作権を喪失することになります。つまり、著者が著作権を譲渡すると、当該著作物それ自体に対する著作権を喪失するために、同じ著作物を別の出版者に利用させることは当然できなくなります。たとえ、版面を組み替えたとしてもそれは変わらないということになります。

したがって、契約の活用を促進すべきだという際には、著者も、このような事実を理解する必要があります。その上で、契約の促進というものの現実的な可能性が判断されるべきであります。

(3) (独占的) ライセンスに排他性を付与する立法

他方、現状のままでは十分でないと考えるのであれば、例えば、法改正によってライセンス、とりわけ独占的ライセンスに排他性を付与し、著作権侵害者に対する差止請求ができるように立法する、つまり訴権の付与という対応も考えられるところであり、金子先生はこのお立場のようであります。

これは、英米法等においては、単なるライセンス契約でありましてもライセンシーが著作権侵害者に対して差止請求ができるとされていることから、わが国でもこのような改正をすればいいのではないかという考え方であります。実際のところ、特許法をめぐる立法論におきましては、独占的ライセンシーに登録なくして差止請求できるようにする制度改正が、産構審の知財政策部会などで検討されております。

もっとも、わが国では、債権というのは一般に特定の者に対する権利に過ぎず、基本的に第三者効を有しないものと考えられているように思われますので、そうだとすれば、著作権法などの知的財産法に限ってそのような原則を変更する改正を行うことが可能なのか、ということが問題となろうかと思えます。

(4) 出版権制度を拡充する立法

最後に、現行著作権法上の出版権の制度を見直すという手段が考えられます。

現在の出版権は、「著作物を文書又は図画として出版することを引き受ける者に対し、出版権を設定することができる」(著作権法79条1項) というものであります。起草者によりますと、「文書又は図画」というのは、書籍や雑誌、画集や写真集、あるいは楽譜といったように、あくまで「直接可視的な著作物の複製物」を指すものといわれておりまして、ビデオの作成やレコードへの固定といった行為は、出版権の対象に含まれないとされております。

これにしたがいますと、ある著作物について、たとえ出版者が出版権の設定を受けまし

でも、第三者が無断で当該著作物を頒布目的で CD-ROM に複製したり、インターネットで公衆送信したりした場合、この者に対して著作権に基づく差止請求はできないこととなります。

もちろん学説におきましては、解釈論といたしましても、著作権の対象には「著作権が設定された書籍の文章を CD-ROM に複製する行為」も含まれるとする田村先生のご見解や、CD-ROM 等の電子出版を含めることは可能とする中山先生のご見解もあります。福井先生もこうした見解について「概ね賛成」と書いていらっしゃいます。

ただ仮に、「文書又は図画」という文言に電子媒体が含まれるものと解釈できたとしても、さすがにネット上の配信型の電子出版には、既存の著作権は及びようがありません。

この点も十分理解されていないことがありますので、改めて確認されなければなりません。つまり、現行著作権法上の著作権というのは「複製」により有体物である出版物を作成する形での出版にのみ及ぶのでありまして、公衆送信という無体的な行為には著作権が及ばないと解されるからであります。

したがって、出版者がいくら著作権の設定を受けたといたしましても、当該出版物を無断でネットに掲載している第三者に対しては、著作権の侵害を主張できないということになるわけです。

立法論

そこで、「文書又は図画」しか対象としていない現在の「著作権」を、ネットワーク配信型の電子出版も含むように定義を拡大するという手段が考えられないではありません。

実際のところ、福井先生もこの立場のようでありまして、ご論文の中でも、「端的に定義規定を修正して『電子出版を含む』という趣旨を付け加えれば十分ではないかという見解」を「筆者の意見である」と述べていらっしゃいます。

たしかに、現在の「著作権」をネット配信型の電子出版をも含むように修正し、例えば、すでに著作権設定を受けた者が、今後は、ネット配信型の電子出版に対する排他権を行使できるというのであればいいかも知れません。

しかし、これは定義だけを変えれば済むというものではなさそうです。と申しますのも、現行法上の著作権というのは、あくまで複製権から生み出される用益権に過ぎません。著作権法 79 条 1 項に「第 21 条に規定する権利を有する者…は…著作権を設定することができる」と規定されておりますように、著作権を設定できるのは「第 21 条に規定する権利を有する者」すなわち複製権者にはかなりません。複製権者というのは「複製」すなわち有形的再製という行為についてしか権利を有しておりません。そのため、現状の著作権を電子出版に拡大するとはいたしましても、それは複製権によってカバーすることができる、いわばパッケージ型の電子出版に及ぶものにしか拡大できそうにありませんで、これをネットワーク配信型の電子出版に拡大することは困難と考えられます。

もし、ネットワーク配信型の電子出版についても著作権が及ぶようにするというならば、それは、従来の著作権とは別個に、公衆送信権から生み出される用益権としての新しい著作権というものを創設する必要があります。このとき、複製権と公衆送信権が別個の権利であるということからいたしますと、このネットワーク配信型の電子著作権というのは、さしあたり従来の著作権とは別の権利として、新たに創設することにならざるをえないように思います。

そうだといたしますと、たとえそうしたネットワーク配信型の電子著作権制度というのが創設されたといたしましても、従来の（複製型）著作権しか設定されていない出版者は、なお第三者の無断ネット配信行為に対して権利行使して侵害対策を行うことは難しいと考えられます。

しかし他方、ネットワーク配信型の電子著作権というものが制度として創設され、かつ、出版者が著者からこのネットワーク配信型電子著作権の設定を受けられれば、当該出版者は当該著作物につき、ネットワーク配信型の電子出版を独占して行うことができます。こうなれば、第三者による無断ネット配信行為は、たとえそれが既存の出版物の版面イメージをそのまま用いるものでなく、たとえ版面を組み替えたといたしましても、この権利が及ぶこととなります。今後の電子出版においてリフロー型が一般的になるとすれば、これは有効なことではないかと考えられます。

IV 若干の考察

さて、以上では、過去から現在までに行われている議論を整理することに努めてまいりました。

その上で、議論を整理するだけでなく自分の見解も明らかにせよ、という声も、もしかしたらあるかも知れません。ただ、わたくしは敵をつくらぬ八方美人的な研究者でありまして、そのためとりわけ立法論につきましては、議論のまっただ中にプレイヤーとして身を置くより、議論の場内整理をして、議論の前提や歴史的背景、あるいは、国際的な動向や理論的な整合性などについて精査し、多くの関係者に会いながらもそれに流されず、議論が行われるステージの裏で、その議論の理論的側面が望ましいものになるように努力することの方が性に合っているように思います（会場笑い）。

しかし、本日それだけでは許されないような気もいたしますし、議論がより一層かみ合い、そしてまとまることを期待いたしまして、あえて試論として、次のような方向性を提示してみたいと思います。

1 ひとつの試論

まず、先程みましたさまざまな手段というのは、いずれも考慮に値するものといえます。しかし、これらはいずれかを択一的に選択しなければならないというものではなく、出版

者に権利を付与することと両立できないものではありません。ですから、これらを代替案と呼ぶのは必ずしも適切でないと思います。

(1) 現行著作権をパッケージ型電子出版に拡大

その上で、立法論といたしましては、現行著作権法上の著作権をパッケージ型電子出版に拡大することが考えられます。現状では、たとえ著作権が設定されても、この著作権が及ぶ「文書又は図画」には電子媒体が含まれない、というのが起草者の解釈でありますので、まずは現行の著作権の対象に電子媒体も含むことを明らかにする改正を行うというものであります。

これによりまして、そうした著作権の設定を受けた出版者は、自己の出版物が無断でパッケージ型電子出版された場合に、差止請求等の権利行使ができるということになります。

(2) 電子配信型著作権の創設

もっともこのような著作権は、配信型の電子出版には及びません。ですので、これとは別に、新たに配信型の電子著作権を創設するということが考えられます。出版者が著者からこの電子出版型著作権の設定を受けることができれば、自ら独占的に配信型電子出版を行うことができるほか、その出版物を無断でネット配信する侵害者に対して差止請求もできることとなります。そして、この権利は、たとえ版面レイアウトを組み替えても及ぶということになります。

(3) 出版者の権利創設

ただ、現実問題として、著者が出版者にこのような新しい著作権の設定に合意するかどうかは明確ではなく、また、著作権の存しない出版物もあることを考慮いたしますと、出版者に固有の権利を一定の範囲で付与するということが考えられます。

そして、すでにレコード製作者には一定の著作隣接権を付与している現行著作権制度を前提にするならば、これとの平仄からして、出版者に何らかの固有の権利を付与することは、相当の理論的根拠があるというべきではないかとわたくしは思います。

ただここで、とりわけレコード製作者とのバランスが根拠とされる以上、権利の具体的内容もそれにならうこととなります。

版面

この点、諸説あり得ることは承知しておりますけれども、まず保護客体といたしましては、固定的な版面イメージに限定し、電子媒体を含むといたしましても、リフロー型の電子出版物は含まないものとするのが考えられます。そうすると、このような出版者の権利は、固定的な版面イメージのデッドコピーに及ぶにとどまり、版面レイアウトを組み替えた場合は権利が及ばないということになります。

そのため、これでは今後の電子出版において中心となるリフロー型電子書籍がこの権利によって保護されないではないかというご指摘もあるところかと思えます。これについては、先程みた既存の出版権の拡大と配信型電子出版権の創設が実現されれば、著者からその設定を受けることによって、出版者がこれに対応するということが可能となると考えられます。

また、版面に限定されると申しまして、紙媒体の版面のみならず、電子媒体に固定された版面が権利の対象に含まれるという点では、第八小委員会の提案よりも、権利の客体が広いという点は指摘できようかと思えます。

送信可能化権&複製・貸与に係る報酬（二次使用料）請求権

そして、権利の性質といたしましては、送信可能化については排他権として構成することにいたしまして、これによって、例えば、出版物の版面をデッドコピーして無断アップロードしている者に対しては差止請求できるようにすることが考えられます。

他方、複製については、第八小委員会の提案と同様に、報酬請求権にとどめることが考えられます。

貸与についてはなお検討を要するところでありますけれども、レンタルコミック等の実態を踏まえて、複製と同等の報酬請求権を一定の範囲で付与することが考えられます。

また、そうした複製または貸与にかかる報酬請求権は、レコード製作者等の権利と同様に「商業用」の版面に限定する方法も考えられます。

さらに、こうした報酬請求権は、団体を通じてしか行使できないものとし、各権利者が個別に企業等に請求できないとすることが考えられます。これも第八小委員会の報告書に沿うものです。

以上の試論は、出版者の権利といたしまして、中川勉強会の——以前に比べると狭くなったといわれている——たたき台よりもさらに狭いものでありますけれども、それでも、複製に関する報酬請求権だけを定めていた第八小委員会の報告書よりは広いものということができます。

（４）権利制限規定の再整備

さて、仮にこうした新しい権利を創設することになりますと、これに伴って当該権利あるいは既存の著作権を制限して、円滑な利用とのバランスをとる、すなわち権利制限規定をさらに整備する、ということも併せて検討すべきであります。

例えば、出版物をOCRする際に必然的に伴う版面の複製行為につきましては、一定の権利制限を設けるという手もあります。これは本来、日本版フェアユースの議論における「B類型」で問題となった一般的な課題でありまして、何も出版者の権利に限って問題となるものではないのですけれども、必要があれば、これに明示的な対応をすることが考えられます。

あるいは、既存の著作権制限規定の中には、例えば図書館複製（著作権法 31 条）のように、少なくとも間接的には出版者の利害に関わるようなものがあります。

したがって、もし出版者に一定の権利を付与するのであれば、これを機会にそうした権利制限規定の内容や、その運用に関して実務上、図書館と出版者の間で行われているといわれている協議のあり方が再検討されることが検討されて然るべきではないかとわたくしは思います。

これについて詳しく述べる時間はないのですが、一例を申しますと、図書館に関する権利制限規定やその運用をある程度見直すことによりまして、例えば、図書館の利用者による資料のコピーは、紙への複写のみならず USB メモリへの保存が認められたり、図書館から利用者への複写物の郵送のみならずメール送信などのサービスが認められたりといったようなことが考えられます。

もし、そうした便宜が図られるとするならば、一般の利用者にとりましては、出版者の著作隣接権が創設されることによって生じる不利益とは到底比較できないくらい非常に大きなメリットを享受できることになるかと、わたくしは思います。このような方向でバランスを探ることが一つの選択肢になるのではないかと思うわけです。

（５）複写等に係る権利管理の整備

また、もし出版者に複製にかかる報酬請求権を付与するとしますと、企業内複製等に関する権利管理をますます整備する必要があります。もちろん、以前から複写権団体によって出版者が少なくとも管理委託を受けた複写権の管理はなされておりますけれども、現実問題として、権利者および利用者をどのようにカバーし、その報酬をどのように分配するかという課題が残っているところかと思われまいます。したがって、以上の措置とあわせて集中管理体制の整備が求められることになりましよう。

（６）著作権契約法の整備

さらに、もし新たに配信型電子出版権を創設するといったことによって出版契約を促進するということになります場合は、出版者と著者との間の契約実務を、契約自由の名の下に自由のまま放置しておいていいかという点も問題となり得ます。

もちろん、著作権譲渡が一般的でないといわれるわが国の出版契約実務におきましては、一般論として、出版者が著者に対して強い立場を行使して不利な契約を締結させているという状況にあるようには現在見えないわけでありまして、また他方では、契約はすべからず自由である方が望ましいという見解もあるところではあります。

しかし、国際的にみますと、——これについて今日は全く触れることができませんけれども——わが国の著作権法は著作権契約法に関する規定が極めて乏しいということを指摘しなければなりません。その意味では、——これは出版契約に限られる話ではありませんけれども——この機会に、著作権法上の契約法についても整備することを検討し、より

望ましい契約環境が確保されることが検討されてしかるべきではないかと、わたくしは思います。

おわりに

さて、長くなりましたけれども、以上の報告が、今後の理論的かつ建設的な議論の基盤作りに、わずかでも貢献できたといたしましたら、そして、どういうわけかとかく熱い論争になりやすいこの議論が、冷静でかみ合ったものになることに少しでも貢献できたとすれば、こんなにうれしいことはありません。そのことを心から祈りながら、わたくしからの報告とさせていただきます。ご清聴ありがとうございました（拍手）。