

クラウド、プライベート・ユース、オープン・コミュニティと著作権法制

——これからの10年のために——

奥 邨 弘 司*

抄 録 コンテンツ・ビジネス分野のイノベーションは、今後も、デジタル技術・インターネット技術の進歩によってもたらされるだろう。中でも、クラウド・コンピューティングの進歩と普及は、コンテンツの流通形態を変化させ、それは著作権法制にも変革を迫ることだろう。そのとき著作権法制はいかにあるべきか。さらに、デジタル技術とインターネット技術は、あらゆる分野で、これまでプロフェッショナルと組織の独壇場であったものを、アマチュアと個人に解放する。では、その流れに著作権法制はいかに対応すべきなのか。これらの疑問を出発点に、著作権法制のありようについて考察してみたい。

目 次

1. はじめに
2. イノベーションの源泉
 2. 1 デジタル技術・インターネット技術
 2. 2 メイカーズ・ムーブメント
 2. 3 メイカーズ・ムーブメントが示唆するもの
3. クラウド・コンピューティング
 3. 1 検討の視点
 3. 2 コンテンツとコンテナ
 3. 3 著作物の所有
 3. 4 アクセス権
4. 個人の活躍のために
 4. 1 プライベート・ユース再確認
 4. 2 オープン・コミュニティ
 4. 3 ラスト・リゾートとしての著作権法制
5. おわりに

1. はじめに

本稿の目的は、我が国の成長戦略に寄与する著作権制度のありようについて考察することにある。

多くの人が実感しているように、我が国を取り巻く状況は厳しい。政治、経済、社会、国際

関係のあらゆる面で、八方塞がりといっても良い状況である。最近、多少晴れ間がのぞくものの、鉛色の雲が低く垂れ込めた曇天が続いているような、そんな閉塞感がいまだ蔓延している¹⁾。

このような状況を招いた原因は多々あり、また各原因は、きっと相互に複雑に絡み合っていることだろう。ただ、少なくともビジネスの世界に関して言えば、停滞の原因の一つは、我々が長らく親しみ、その上に繁栄を築き上げ、そして誇りにしてきた、様々なビジネスモデルが、もはや有効に機能しなくなっているためであるのは確かだろう。端的に言えば、ビジネスモデルの新旧交代が必要になりつつあるのだ。旧来のビジネスモデルがその役割を終え、新しいそれにとって代わられる。そういった時期なのだろう。

今求められているのは、新しいビジネスモデルを生み出すこと、すなわち、イノベーションである。イノベーションこそが、長い停滞を抜

* 慶應義塾大学大学院法務研究科 教授
Koji OKUMURA

け出し、成長していくための鍵なのだ²⁾。

もっとも、コンテンツ・ビジネスの分野に限っても、イノベーションそのものを論じるのは、技術やビジネスの専門家に委ねるべきであって、筆者の手には余る。そのため、本稿での検討は、コンテンツ・ビジネス分野のイノベーションそのものではなくて、その源泉になると思われるものを取り上げ、それに対して、著作権法制がどうあるべきかを考察するに留まる点ご容赦頂きたい。また、本稿における検討の時間軸は、ここ1、2年を前提とするのではなく、例えば10年先を念頭に置いたものにしたと考えている。

2. イノベーションの源泉

2.1 デジタル技術・インターネット技術

少なくともこの30年間³⁾、コンテンツ・ビジネス分野のイノベーションは、デジタル技術・インターネット技術の進歩によって生み出されてきた。例えば、デジタル技術の進歩によって、レコードがCDに変わって音楽はより身近なものとなったし、DVDやデジタル放送の登場で家庭でも高画質の映画が楽しめるようになった。さらに、デジタル技術を利用してコンテンツを保護するDRM (Digital Rights Management) も一般的になった。また、インターネット技術の進歩によって、コンテンツのオン・デマンド配信が一般的になるとともに、音楽や映画をはじめとする様々なコンテンツは、新しい流通チャンネルを手に入れた。

周知のように、デジタル技術・インターネット技術は、今も進歩を続けている。とすれば、今後も、デジタル技術・インターネット技術の進歩が、コンテンツ・ビジネス分野のイノベーションの源泉たり得ることは想像に難くない。もっとも、これまでがそうであったから、今後ともそうであり続けると考えるのは、早計との指

摘もあろう。また、そのような連続的な発想では、そもそもイノベーションを考えることはできないとの指摘もあろう⁴⁾。

確かに、指摘されるような問題があることは認めよう。しかしながら、それでもデジタル技術・インターネット技術の進歩には、これまで以上に大きな変化を生み出す力が秘められており、十分、さらなるイノベーションの源泉になり得ると思われるのである。そのことを示すために、ここで一旦コンテンツ・ビジネスの分野を離れて、製造業の分野で、デジタル技術・インターネット技術が生み出しつつあるイノベーション (の萌芽) についてみてみたい。

2.2 メイカーズ・ムーブメント

製造業の分野におけるイノベーションの萌芽として、今、メイカーズ・ムーブメントが注目を集めている⁵⁾。

メイカーズ (Makers) とは、インターネットの世界で成功した手法をリアルの世界に応用して物作りを行う人々や企業を指す。典型的な、そして理想的なメイカーは、①CADシステム⁶⁾を用いて製品を設計し、②関心を持つ人々が集まるオンライン・コミュニティに設計を公開して、コミュニティ参加者の寄与によって改良を加え、また、③3Dプリンタ⁷⁾やCNC工作機械⁸⁾を活用して試作品を作るなどして、設計を完成させ、④製造はインターネット経由でEMS⁹⁾に発注し、⑤販売はeコマース企業を通じて行うことになる。

実はこの流れは、インターネット上でのプログラム開発やコンテンツ開発などとそっくりといえる。例えば、スマートフォン用の便利なアプリを思いついたプログラマーが、最初のバージョンを自分で開発して (①)、それをオープン・ソースとしてコミュニティに公開し、コミュニティ参加者からの様々な寄与によってアプリを改良して完成し (②③)、最後はインター

ネット上で配信する(④⑤)、のとは比べると、違いは最終的に開発される対象が、ソフト(ビット)か、それともハード(アトム)か、でしかないことが理解できるだろう¹⁰⁾。

かつてのソフト開発には、プロ用の特殊で高価な機器や設備が必要とされたが、デジタル技術の進歩によって、それらを持たない一般個人でも、デスクトップ・パソコンを使えば同様のことが行えるようになった¹¹⁾。さらに、インターネットの普及によって、組織に所属しない者でも、多くの協力者を得て分業を進めることができるようになり、また出来上がったソフトを流通させる方法に悩むこともなくなった。つまり、ソフトの開発も流通も、プロだけのものではなく、一般個人にも広く開放されたのである。そして、今、それと同じことが、ハードの世界でも起きようとしている。それがメイカーズ・ムーブメントなのである。

メイカーズ・ムーブメントは、スマートフォンの保護ケースやストラップのような小物の製造から始まり、電気電子機器そのものの製造、そして規模においても複雑さにおいても製造業の王様といえる自動車産業にも波及しそうな勢いである¹²⁾。大規模な企業が、多大の設備と人員を抱え、技術を蓄積し、それらを活用して、新製品を開発し大量生産大量販売する、これまでの製造業の成功モデルは、メイカーズ・ムーブメントによって大きく揺らぐことになるのかもしれない。

このように、デジタル技術・インターネット技術の進歩は、ビットの世界を超えて、アトムの世界をも変えようとしている。それだけの力を秘めているのである。

2.3 メイカーズ・ムーブメントが示唆するもの

ところで本稿の目的は、アトムの世界について検討することではなく、ビットの世界について

検討することであった。したがって、メイカーズ・ムーブメントに対して、著作権法制がどうあるべきかについての考察は別の機会に譲ることとして、ここでは、再びビットの世界に立ち返って考えたい。

メイカーズ・ムーブメントは、ビット、すなわちコンテンツ分野の今後について考える上でも、重要な示唆を与えてくれる。1つは、デジタル技術・インターネット技術の持つ影響力である。既に見たように、デジタル技術とインターネット技術の進歩は、物作りというハードの世界さえ大きく変えようとしている。物作りの世界における、旧来のビジネスモデルや産業構造といった既成概念を、根本から変革してしまいかねない力を秘めているのである。とすると、元々、デジタル技術やインターネット技術の処理対象であったコンテンツの世界で、両技術が「破壊的」な影響力を持つとしても、驚くには当たらないといえよう。

今ひとつは、デジタル技術・インターネット技術によって、それまではプロと組織の独壇場だったものが、アマチュアと個人に開放されるという点であろう。メイカーズ・ムーブメントの結果、我々は、物作りビジネスに取り組むに当たって、アイデアを練り、創造力を発揮し、ビジネスの才覚を働かせることに集中できるようになった¹³⁾。もっとも、物作りの場合、物を作る、運ぶという工程自体は省略できず、その部分を支える設備や人員は、プロの組織に頼らざるを得ないという、物理的制約は存在する。しかしながら、コンテンツの場合、そのような制約は存在しない。デジタル技術とインターネット技術を駆使することで、アマチュアが、個人が、縦横無尽に活躍できるのだ。

デジタル技術・インターネット技術がもたらす、「既成概念の破壊」と「個人の活躍」の2点をキーワードに以下の検討を進めたい。

3. クラウド・コンピューティング

3.1 検討の視点

最近注目を集めているデジタル技術・インターネット技術の1つとして、クラウド・コンピューティング（以下、クラウド）があげられよう。現在様々な分野でクラウドの利用・応用が進んでいる。コンテンツ・ビジネス分野もその例外ではない。既に、クラウドを用いた様々なサービスが提供されており、今後も、クラウドの進歩につれて、次々と新しいサービスが生まれ、ユーザも拡大していくことだろう。

もっとも、ここ数年のスパンで見たときに、クラウドに関連して著作権法にどのような課題が生じるかについては、既に文化庁の調査研究報告書¹⁴⁾で明らかにされている。そこでは、規範的利用主体論、間接侵害、公衆概念、私的複製などに関して課題が生じ得ること、一方でそれらの課題はクラウド特有のものではなくて、これまでも議論されてきた諸課題そのもの、またはその延長である旨が指摘されている。この報告書については、批判も含めて種々の議論があり得ようが、作成に携わった1人として、その内容をここで再吟味するつもりはない。本稿では、より長期の、10年先を想定した議論をしたい。

ところで、クラウドが何を意味するかについては、技術的に種々の定義がある¹⁵⁾。ただ、SaaS¹⁶⁾やPaaS¹⁷⁾などというような区別自体は、本稿での議論とは直接関係しない。むしろコンテンツ・ビジネスの分野で注目すべきは、クラウドの場合、ユーザが保有する情報・データをクラウド（上のデータセンタ）に預けることで、情報・データの同期が容易になるという点であろう。もちろんこれは、コンピューティング・モデルの歴史的に考えるなら、サーバ・クライアントモデルによって普及した分散処理が、ク

ラウドによって再び集中処理に先祖返りしつつあるということになるのかもしれない¹⁸⁾、その意味では、いずれまた振り子が振れて、分散処理が主流のポスト・クラウド時代が来るのかもしれない。ただ、情報化社会の進展に伴い、我々一般ユーザは既に大量の情報・データを保有している。情報やデータは同期しなければ価値がないことを考えると、情報・データの集中処理を実現し、同期を容易に実現するクラウドは、一時の流行を超えて、むしろこれからの社会で必須のインフラとなっていくのではないかとと思われる。

クラウドによる情報・データの同期は、コンテンツ・ビジネス分野でいえば、クラウドにコンテンツを預けることで、いつでも、どこでも、どんな端末からでも、それを視聴し、利用することが可能となることを意味する。このことは、著作権法制の既成概念にどのような影響を与えるのだろうか。そしてそれに対して著作権法制はいかに対応すべきなのだろうか。

3.2 コンテンツとコンテナ

(1) コンテンツ (content) とは本来、中身や内容を意味する言葉であり、それが転じて、CDやDVDなどに記録された中身である音楽や映像を指すようになったといえる。そして、コンテンツが中身なら、当然、容れ物 (container・コンテナ) の存在が前提となる。音楽や映像が中身ならば、CDやDVDはその容れ物である。

言うまでもないが、著作物とは無体物であり、コンテンツそのものである。しかしながら、我々は長らくの間、著作物＝コンテンツの流通といいつつ、実はコンテナの流通を問題としてきたという現実がある。例えば音楽の流通とは、レコードやCDの流通のことであつたし、映像ソフトの流通はVHSやDVDの流通のことであり、ゲームの流通とはカートリッジやディスクの流通のことであつた¹⁹⁾。もしこれらを著作権法的

に正確に言うなら、それらは順に、「音楽著作物の複製物」の流通、「映画の著作物の複製物」の流通、「ゲーム著作物²⁰⁾の複製物」の流通、と呼ばれるべきであろう。しかしながら、著作物の流通=コンテナ（複製物）の流通と捉えてよい時代は長かった。

(2) この長い歴史は、デジタル技術、インターネット技術の進歩によって終止符を打たれつつあるように見える。音楽や映像、ゲームの世界で今や電子配信は当たり前となった。著作物を流通させるコンテナとして最古の存在である書籍でさえ、電子化が着実に進展している。ただ、電子配信と呼ばれるものの多くは、物理的な流通過程を電子的なそれに置き換えることから始まったものが多かった。

例えば、音楽をCDに焼き付けて、それを卸業者や小売店を通じて、物理的に、エンドユーザに届ける過程を、インターネットに置き換え、直接ユーザのコンピュータに届ける、そういった電子配信である。この場合、途中の過程は変化したものの、ユーザが著作物の複製物を取得し保持するという点自体には、何らの変化もみられない²¹⁾。このように考えると、米国において、ユーザの手元に複製物を作成することを前提とする著作物の電子配信が、頒布権の対象と捉えられていることにも²²⁾、一応の納得がいくことだろう。

(3) このような状況を大きく変えるのが、クラウドである。クラウド上に（正確には、サーバ上に）コンテンツを預けておけば、いつでも、どこでも、どんな端末からでも、コンテンツを視聴することが可能となった²³⁾。これまでなら、例えば、CDに収録されたお気に入りの音楽を出先で聴くためには、コンテナであるCD自体を持ち出すか、それとも、ポータブルオーディオ機器などの別のコンテナに音楽を移し替えて持ち出すかする必要があった。しかしながら、クラウドを利用すれば、そういった必要はなく

なる²⁴⁾。結果、我々は、近い将来コンテナの存在を意識しなくなるだろうし、著作物の流通を、コンテナの流通と同視することもなくなっていくだろう。そうなれば、コンテナの流通に関する権利である、頒布権や譲渡権、貸与権はお役ご免となることだろう。著作権法の教科書に、「かつてそのような権利が存在したが、クラウド技術が日常化した今日においては（原作品に関するものを除き）不要のものとなり、20XX年をもって廃止された」と記述される日も、存外遠い未来ではないのかもしれない²⁵⁾。

3. 3 著作物の所有

(1) 頒布権などの廃止にまで踏み込むのは（筆者としてはかなりの現実感を持って想定しているものの）極端にすぎると批判されそうだが、少なくとも、次のようなことは指摘できるだろう。

CDやDVDなどのコンテナによる流通の場合、最初の譲渡以降は、当該コンテナについて譲渡を規制する権利は消尽してしまい、自由に譲渡することが可能となる²⁶⁾。しかしながら、この消尽の制度は、著作物の流通がコンテナの流通に他ならないことを前提とした制度であった。したがって、コンテナの流通のないところに、消尽の問題は生じ得ない。現にインターネットで公衆送信されるものに関しては、消尽に類似するような権利の制限は存在しない²⁷⁾。では、クラウドによる著作物の流通が当たり前になったときも、それでよいのだろうか。

この問題は、単純に公衆送信権に消尽類似の権利制限を認めるか否かという次元の問題ではない。その行き着く先には、著作物の所有²⁸⁾（著作権の所有ではない）とは、果たして何を意味するのか、という根源的とも言える問いが控えているのだ。

これまで我々は、コンテナの所有を通じて、コンテンツを所有してきた。我々がCDやDVD

を購入するのは、物理的な円盤そのものに価値を見いだしてのことではない。その円盤に記録されたコンテンツの価値に対して対価を支払ってきたのである。つまり、コンテナの購入＝コンテンツの購入であったし、コンテナの所有＝コンテンツの所有であった。したがって、コンテンツの所有そのものについては、法律上は余り注目してこなかった。

(2) しかしながら、コンテンツの所有という概念は、我々の行動に影響を及ぼす、実はかなり強力な存在である。以下に、その一例を紹介したい。

現在、欧米で人気を集めているクラウド型のコンテンツ配信サービスは、サブスクリプション・システム（典型的には、月額会費を支払って会員になれば、映画や音楽をどれだけ視聴しても、追加料金を請求されることはない料金システム）を採用している。有名なところとしては、米国のNetflix²⁹⁾（映画）、欧州のSpotify³⁰⁾（音楽）があげられよう。

ではなぜ、サブスクリプション・システムなのか。もちろん、ユーザーにとってのお得感がポイントであることは否定しないが、コンテンツの所有という観点からも答えることができる。サービス提供者が、そのユーザーとすることを狙う層は、既に、CDやDVD、書籍などの形で、手元にたくさんのコンテンツを所有している。いかにクラウド型のコンテンツ流通が便利なものであるといっても、既に手元に所有するコンテンツと同じものを、改めてクラウド型の流通で購入する者は限られよう。「もったいない」という素朴な感覚は、クラウド型流通の普及にとって、最大の壁なのである。しかし、この壁は、サブスクリプション・システムによって乗り越えることができる。ユーザーのコンテンツ所有意識は、膨大な数の見放題、聞き放題リストの中に、希釈されてしまうからである^{31)、32)}。

いわゆるロッカー・サービスが人気を集める

のも、似たような理屈からである。手元に所有するコンテンツと同じものを改めて購入し直すのではなくて、それを活かしながら、クラウドの便利さを享受したい。そういったユーザの素朴な思いを実現するのが、ロッカー・サービスなのである^{33)~35)}。

(3) コンテンツの所有は、クラウドによって大きく姿を変えることだろう。既にみたように、著作物の流通現場から、次第にコンテナは姿を消していくであろう。したがって、従来のようにコンテナの購入・所有＝コンテンツの購入・所有という関係は成り立たなくなる。そのとき、コンテンツ＝著作物を所有するとは何を意味するのか。

法律面は別として、実体面においては、クラウド上に存在する著作物を、視聴したり享受したりする権限を有していることが、著作物を所有していると理解されることになるだろう³⁶⁾。つまり、クラウド時代においては、著作物にアクセスする権利を有していることこそが、著作物を所有するということになるのだ。そして、このような変化は、消尽の問題にも影響するだろう。消尽は、「著作物」の所有者と「著作権」の所有者との間の利害関係を調整するための権利制限規定であり^{37)、38)}、コンテナの自由な流通を認めることで、コンテンツの流通の自由も保障する効果を有していた。とすると、クラウド時代になって、著作物の所有の形態が変化することで、消尽が有効に機能しないとするならば、消尽が果たしていたのと同様の役割を果たすなんらかの調整規定（原理）が必要になるのではないか³⁹⁾。

この点、今はまだ実感を伴わないだろう。しかしながら、これから10年後に著作物の流通のほとんどがクラウド型になった社会を想定して欲しい。今なら、（紙の）書籍を購入すれば、それはずっと手元に残る。例えば、読書好きの祖父母が亡くなったとき、家族には彼・彼女の

蔵書が残される。では、クラウド型の電子書籍全盛の時代となった場合はどうか。亡き祖父母の電子書籍サービスのアカウントに、遺族がアクセスすることはできるのか。仮に、相続ということでそれが許されるとしても、いつまでも祖父母のアカウントでアクセスし続けなければならないのか。祖父母のアカウントで購入した書籍を家族に形見分けすることは許されるのか。

別の場合も考えてみよう。これまでAというクラウド型の音楽配信サービスを利用していたあるユーザが、今後はサービスBに乗り換えようとしたとき、彼・彼女は、サービスAで購入した音楽をサービスBに持って行けるのか。また、彼・彼女が利用していたサービスAが、ある日突然サービスを停止した場合どうなるのか。これまでなら、レコード会社が倒産しても、既に購入したCDに影響が及ぶというようなことはありえなかった。それと同じ状況を確保できるのか。

もっとも、この問題への対応は、とりあえずは、提供するサービスの内容の問題として、各クラウド・サービス提供者に委ねられるだろう。したがって、上記に対して、全て不可とする業者が現れたとしても驚かない。しかしながら、ユーザが安心してコンテンツを入手できる環境をいかに整えるかは、サービス提供者にとって、工夫のしどころ、競争上優位に立つための要といえる⁴⁰⁾。従来型の流通がまだ主流であるにもかかわらず、クラウド型流通に移行するとこれまでよりも不便になるのでは、物好きなユーザ以外は、従来型流通で十分と考え、クラウド型流通に乗り換えないだろう。従来型流通で可能なことは全て実現した上で、いかに便利で楽しいものを提供できるかが勝負となる以上、様々な工夫が行われるに違いない。

3. 4 アクセス権

ただ、過渡期は以上のような対応でよいとして、クラウド型流通が主流となる頃までには、この問題に対して著作権法制上の手当が必要となってくるのではないだろうか。いつまでも、サービス設計の問題としてよいとは思えない。そしてそこに至って我々は、アクセス権の問題と直面することになるだろう。

アクセス権といえば、著作権の世界に長く関わっている人は、かつて議論されたアクセス権のことを思い浮かべるかもしれない。しかしながら、これから我々が直面することになるアクセス権は、かつてのそれとは全くの別物である。というのも、当時議論されたのは、著作物へのアクセスを許諾する権利としてのアクセス権であった⁴¹⁾。しかし、クラウド時代のアクセス権は、180度逆のベクトルを持つ。すなわち、ユーザにアクセスを許諾する権利ではなくて、ユーザが著作物にアクセスすることを保障するための権利としてのアクセス権である。

これまで著作権法は、作者の利益は「権利」によって保護する一方で、利用者の利益は「権利の制限⁴²⁾」によって保障してきた。その意味で、利用者の利益をアクセス権なる「権利」で保護するのは、既成概念の枠外のことであり、少なからぬ抵抗感があるだろう。しかしながら、それは、デジタル技術・インターネット技術がもたらすイノベーションに対応するためには、避けて通れない課題ではないかと考える。

もっとも、どのような場合に、どの程度のアクセス権を、誰に対して付与すべきなのか、さらには強行性を持たせるのか、などの点については、今後のクラウド型流通とそれがもたらすイノベーション次第の議論であるから、現時点ではこれ以上踏み込めない。しかしながら、遠からぬ時期に、その具体的設計を始めるべき時がくるのではないだろうか。

4. 個人の活躍のために

4.1 プライベート・ユース再確認

(1) 既にみたように、デジタル技術・インターネット技術は、ビジネスの世界で、個人が活躍する可能性を大いに拡大する。コンテンツ・ビジネスの分野もその例外ではない。そして、多くの場合、イノベーションは個人の閃きから始まることを思い起こせば、個人が活躍する舞台を整備することは、イノベーションを生み出すために必要不可欠といえる。この点、本稿では、私的使用（プライベート・ユース）の再確認と、オープン・コミュニティ支援の、2つの視点から考えていきたい。

(2) まず、私的使用の再確認からみていこう。

我が国著作権法は、個人がその私的領域において著作物を利用すること、すなわち「個人的にまた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」ことに対して、極めて広い自由を与えている⁴³⁾。もっとも、その広さ故か、この規定は、条文を超えて制限的に解釈される傾向にある。例えば、個人の行為であっても職業に結びつく場合は、この規定の「趣旨に合致するとは言い難い」とされることがある⁴⁴⁾。しかし、立法趣旨に照らせば「個人的に」とは「一人で」という意味とされるから⁴⁵⁾、仮にそれが職業に結びつく行為でも、例えば自分限りで行われることを目的とするのであれば、個人的な行為として権利制限の対象になるべきであろう⁴⁶⁾。また、「家庭」という、人間相互の関係のみではなくて、場所も含む言葉⁴⁷⁾が用いられているがために、利用の場所が限定されるがごとき錯覚にとらわれそうになるが、あくまでも範囲を示す概念であって、場所を示す概念ではない。したがって、仮に複製を行う機器が場所としての家庭の中に存在せず、例えばハウジング業者に預けていてそれをVPN⁴⁸⁾でリモート

に操作するのだとしても、「個人的に」使用するのならば権利制限が認められるべきである。その場合、場所を検討するために「家庭内その他これに準ずる限られた範囲内」であるかどうかを考慮する必要は全くない。

(3) もっとも、最近の動きを見ると、私的領域の自由が次第と縮減されていく傾向が見て取れる。著作権法30条1項1号から3号はその典型であるし、昨年新設された同法119条3項の有償著作物等の違法ダウンロード刑事罰化規定もその一環といえよう。しかしながら、このような流れは、個人の活躍がイノベーションにつながるという、デジタル時代、インターネット時代にマッチした流れなのだろうか。

さらに、まねきTV事件、ロクラクⅡ事件の両最高裁判決⁴⁹⁾は、テレビ番組の転送機器や複製機器を業者に預けることを不可能としたが、結局それは、それらの機器の所在を、「家庭内その他これに準ずる限られた」場所に限定する反射的效果を有しているといえる。しかしながら、我々の活動領域が、リアルの世界からネットの世界に広がっている中で、私的な領域も本来ならバーチャルに捉えるべきであろう時代に、機器の物理的所在を考慮しなければならないというのは、どうなのだろうか。米国のケーブルビジョン判決⁵⁰⁾やエアリオ事件判決⁵¹⁾では、物理的な意味で家庭の中で行って適法なことは、ネットを利用してバーチャルに実現しても適法であるという整理がなされている。

もちろん、私的領域であることを隠れ蓑とする海賊行為（もっとも、私的であるのは隠れ蓑であるから、その蓑の下の海賊行為自体は私的な行為ではない）を放置せよと主張するつもりは毛頭ない。しかし、これまでの流れは、拡大しないパイの取り合いをするデフレ的発想ではないのかと思われてならない。それよりもむしろ、権利者も納得できる私的な領域を改めて確認し、個人が自由創作を行い、イノベーション

を生み出せる基盤を十全に用意することで、コンテンツ・ビジネス全体の成長を図ることによってこそ、解決されるべきではないのだろうか。成長のためには、私的領域を再確認する必要性を強く感じる。

4. 2 オープン・コミュニティ

(1) デジタル技術・インターネット技術の進歩と普及によって、誰もが一定レベル以上のコンテンツを創作し発信することが容易となる環境が整う中で、創作の過程も成果も、そしてその利用もオープンとする創作活動が隆盛し始める。リナックス⁵²⁾はその代表例であるが、そこまで大規模なものでもなく、例えばニコニコ動画⁵³⁾に公開されている無数の動画の多くも、前述の意味でオープンな創作物である。

創作行為の基本は、個人の行為であるが⁵⁴⁾、一方で、創作物の完成度を上げたり、大規模なものを制作したり、創作にかかる時間を短縮したりするためには、コラボレーションが欠かせない。従来は、プロが、その所属または提携する企業などの組織の力を借りて、それを実現してきた。しかし、インターネットが人々をつなぐ現在、組織ではなく、オープンな創作活動に取り組む人たちのネット上での集まり（オープン・コミュニティ）が、組織を代替するようになり、時にそれは、組織以上の力を発揮してコンテンツを生み出し続ける。先に挙げたリナックスはまさにそのようなオープン・コミュニティの実力を示す象徴であろう。

(2) ただ、これらのオープンな創作活動を前にするとき、著作権の存在は霞んでみえる。著作権を正当化する論拠の主要なものとして、いわゆる自然権論とインセンティブ論が存在する⁵⁵⁾。前者は、労働の成果はその労働を行った者に帰すべしとの考え方をベースに、創作行為を知的労働と捉えて、創作物に対する権利、すなわち著作権は創作者に帰すべきものと説く。一方、

後者は、創作を誘因するために、著作権によって模倣を制限し、創作物の利用を創作者に独占させるのだと説く。いずれも一長一短はあるが、長らく著作権を正当化する論理として、受け入れられてきた。

しかし、状況は変わりつつある。オープンな創作活動を前にするとき、自然権論やインセンティブ論は著作権の正当化を上手く説明できない。そもそも、成果物の利用をオープンにするつもりで創作者にとって、模倣を制限し、利用を独占させる著作権という存在が、創作活動の誘因となるはずもなく、むしろその目には、邪魔な存在としか映らないことであろう。この点、自然権論は、創作活動の端緒を著作権に求めない点で、インセンティブ論とは一線を画す。しかしながら、そもそも自然権論は、その歴史的背景を考えても、権力に対して、個人の財産権などを保障することを目的に考え出された論理ともいえ、権利主張のための論理といってよい。一方で、オープンな創作活動を行う者は、そういった意味で権利を主張することを考えていないのであるから、自然権論は無用の長物ともいえよう。

このように著作権の正当化が上手くいかない中で、オープンな創作活動に取り組む人々からは、著作権不要論や著作権制度を敵視するような主張さえなされることになる。しかし、果たしてそうなのだろうか。

4. 3 ラスト・リゾートとしての著作権法制

(1) オープン・コミュニティは、それぞれに性格を異にするが、次の2点は、比較的多くのコミュニティに共通するであろう。一つは、成果物の利用について、何らかのルールが定められていることである。確かに成果物の利用はオープンとされているが、一方で全くのオープンではない。何らかのルールが定められているのが通例だろう。それは、例えばクリエイティブ・

コモンズ・ライセンスにおける「表示」のように、作者名を表示し続けるだけという簡易なものもあれば⁵⁶⁾、GPLのように複雑なものも存在する⁵⁷⁾。ルールが多寡、詳細か簡素かの違いこそあれ、ほとんど全てのコミュニティが、成果物の利用に何らかのルールを定めているといえよう。

そしてそのルールの内、極めて重要なのが、オープンな創作物をプロプライエタリ化（私物化）することの禁止であろう。すなわち、成果物の利用はオープンにされているが、そこには成果物を私物化することまでは含まれていないのである。ある成果物を元にした派生的成果物をオープンなものとする限り、元になった成果物の利用をオープンにすることを明示的に謳うのはGPLであるが、他の場合も、程度の差はあれ、そのことは前提条件として理解されているといえよう。これが2点目である。

(2) ところで、これらを、コミュニティはどのようにして実現していくのだろうか。ルールの違反者がコミュニティの参加者であり、そしてそれ以降も参加者であり続けることを希望する者ならば、コミュニティの内部の問題として、違反者に何らかの罰を与え、以降はルールを厳守することを誓わせることも可能だろう。しかし、違反者が、それを機にコミュニティを離脱した場合はどうか。それどころか、違反者はそもそもコミュニティ外の人間であったらどうか。

これらの場合、コミュニティ内の問題としては解決することはできず、コミュニティのルールをコミュニティの外の世界でも強制する仕組みが必要となってくる。そのとき、著作権法（をはじめとする知的財産権法）は、有効な手段を提供することになろう。すなわち、オープン・コミュニティのルールをコンテンツのライセンスと位置づけることにより、その違反者に対して、違反行為を停止させ、制裁を与えることが可能となる⁵⁸⁾。つまり、著作権法は、オープン・

コミュニティにとってのラスト・リゾート（最後の砦）として機能し得るのである。決して、著作権法制とオープン・コミュニティは相対立する存在ではないのである。

(3) もっとも、そういった人々にとって、今の著作権法は、フルセットで重すぎるのかもしれない。牛刀割鶏とでもいうべきだろうか。その意味では、オープン・コミュニティが望めば、フルセットではなくて、サブセット、すなわち、その活動をサポートするために必要な範囲に限った権利範囲となることを可能とするような工夫が、著作権法制にあってもよいのではないだろうか。例えば、権利者が、自らの著作物について、オープン化のための一定の手続きを経た場合には、当該著作物については、違反してライセンスが解除されない限り、全ての著作権が制限されるという、権利制限条項などは考えられないだろうか⁵⁹⁾、⁶⁰⁾。

もちろん、このような提案をすると、直ちに、スリー・ステップ・テスト（権利制限規定は、①特別の場合について、②著作物の通常の利用を妨げず、③当該著作物の正当な利益を不当に害しないものであること）違反ではないかとの指摘があり得よう⁶¹⁾。しかしながら、権利者がオープンな利用を認めている以上、②や③はそもそも問題とならないであろうし、「オープン化のための一定の手続きを経た場合」（具体的にそれをどのようなものとするかは大いに議論があろうが）に限る以上、①もクリアできるのではないか。また、オープンな創作行為を奨励するという、公共的な政策目的も有しているといえるのではないだろうか。

筆者自身も未だ詰め切れていない部分があるため、粗野な提案であることを自覚しつつ、種々のフィードバックを期待して、敢えて提案してみたい。

5. おわりに

電通総研の奥律哉氏によれば、人は、自らの青春時代に最も慣れ親しんだメディアから、生涯にわたって強い影響を受け続けるという⁶²⁾。例えば、筆者も（誤差の範囲で）含まれる66世代（1966年生まれ）が中学生・高校生の頃、最も慣れ親しんだメディアはテレビであった。当時、歌番組は全盛で、ドラマも今と比べて高い視聴率を誇った。事実、66世代が15歳となった1981年、NHKの紅白歌合戦の平均視聴率（関東地区）は74.9%にもものぼっている（それ以降で、これを越えたのはわずかに1度のみ）⁶³⁾。66世代＝テレビ世代なのであり、66世代にとって、テレビは生涯にわたって重要なメディアであり続ける。

では、今の中学生・高校生にとって青春のメディアは何か。彼・彼女らが、スマートフォンで、クラウド・サービスを当たり前のように使いこなしている姿を思い浮かべれば、説明は不要だろう。彼・彼女らにとって、青春のメディアは、クラウド・サービスである⁶⁴⁾。とすると、10年後には、クラウド・サービスから強い影響を受ける彼・彼女らが、社会人として活躍していることになる。当然、クラウド世代の彼・彼女らは、それらを使いこなして様々なビジネスを展開していくことだろう。

そのとき、どんなイノベーションが生み出されていくのだろうか。著作権法がどのように対応していくのか頭の痛い部分もあるが、現下の停滞が、変化と成長に変わっていることに期待を抱かずにはいられない。

注 記

- 1) 1990年代始め以降の日本の状況は、「失われた20年」などと称されることもある。例えば片岡剛士「日本の『失われた20年』」三菱UFJリサーチ&コンサルティングwebサイト

[http://www.murc.jp/thinktank/rc/column/search_now/sn100422] 参照。

- 2) 本稿が扱う新技術とイノベーションの関係についての簡単な解説として『平成18年版科学技術白書』コラムNo.07
[http://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/hpaa200601/column/007.htm] 参照。
- 3) 音楽のデジタル化を実現した、CD（コンパクト・ディスク）プレーヤーがはじめて発売されたのは、1982年であった。ソニー株式会社webサイト
[<http://www.sony.co.jp/SonyInfo/CorporateInfo/History/sonyhistory-a.html>] 参照。
- 4) もっとも、イノベーションの全てが、既存のものを破壊する非連続的な革新とは限らないようである。前掲注2)『平成18年版科学技術白書』参照。
- 5) メイカーズ・ムーブメントについては、クリス・アンダーセン [関美和 (訳)] 『MAKERS——21世紀の産業革命が始まる』(NHK出版・2012)が詳しい。また概略は、「メイカーズ革命」週刊東洋経済2013年1月12日号34頁以降参照。
- 6) コンピュータ支援設計 (Computer Aided Design) システムのこと。
- 7) 3次元 (3D) の造形、すなわち立体物の制作を可能とする、コンピュータ周辺機器のこと。コンピュータからは、通常のプリンタに対するようにデータを出力すると、印刷物の代わりに、立体物が出来上がる。もっとも、現時点では、材料として樹脂を使うものがほとんどであり、完成物も樹脂製となる。
- 8) コンピュータ数値制御 (Computer Numerical Control) 工作機械のこと。コンピュータによって制御できる工作機械を指す。
- 9) 電子機器受託製造業者 (Electronics Manufacturing Service) のこと。
- 10) 東洋経済・前掲注5) 45頁は、ウェブの世界をビットと呼び、リアルの世界をアトムと呼んでいる。
- 11) 最も分かりやすく身近なのは軽印刷の世界であろう。DTP (デスクトップ・パブリッシング) の普及の結果、オフィスや学校などで、軽印刷として外注するものが大きく減少したのはいうまでもない。
- 12) アンダーセン・前掲注5) に紹介されている、ロカール・モーターズ社は、自動車産業におけるメイカーズ・ムーブメントの典型であろう。

- 13) アンダーセン・前掲注5)には、彼の祖父が、物作りベンチャーを目指して、エンジニアとしての才能とは全く関係ない部分で、苦勞した話が紹介されている。
- 14) 『クラウドコンピューティングと著作権に関する調査研究報告書』[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/cloud_computing_houkoku.pdf]
- 15) 米国国立標準技術研究所(NIST)は、クラウド・コンピューティングについて、「クラウド・コンピューティングとは、最小限度の、管理努力またはサービス提供者とのやりとりによって、迅速な提供や解放が可能であり、かつ構成の変更が可能な共同利用コンピュータ資源(例:ネットワーク、サーバ、ストレージ、アプリケーションその他のサービス)への簡便かつオン・デマンドのネットワークアクセスを可能とするモデルのことである。」The NIST Definition of Cloud Computing [2009] [<http://www.nist.gov/itl/cloud/upload/cloud-def-v15.pdf>]と定義する。
- 16) Software as a Serviceの略。
- 17) Platform as a Serviceの略。
- 18) NTTコミュニケーションズ株式会社webサイト [http://www.ntt.com/cloud/data/knowledge_factor.html] 参照。
- 19) 本田雅一「本田雅一の週刊MOBILE通信“モバイルの時代”で変化するコンテンツ・オーナーシップという考え方」PC Watch [http://pc.watch.impress.co.jp/docs/column/mobile/20110118_420967.html] 中の「“コンテンツを購入する”ということ」の章参照。
- 20) 著作権法にゲームの著作物という例示はないから、著作権法の例示する著作物で表現するなら、「映画の著作物とコンピュータ・プログラムの著作物の複合体の複製物」ということになろう。
- 21) ダウンロード型の配信であるが、EST (Electric Sell Though) と呼ぶ方が、実態を性格に現しているかもしれない。ESTについては後掲注29) キネマ旬報映画総合研究所webサイト参照。
- 22) 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識 第2版』(太田出版・2010) 88頁参照。
- 23) 本田・前掲注19) の冒頭部分参照。
- 24) 例えば、株式会社レコチョクが2013年1月23日にプレスリリースした「レコチョク Best」サービスの場合、クラウド上の楽曲を、スマートフォンやPCなどの端末から、ストリーミングで聴くことが可能とされている [http://recochoku.jp/corporate/pdf/n_20130123.pdf]。もっとも、現状、常に端末のインターネット接続が確保されているとは限らないため(例:地下鉄内など)、過去聴いたことのある楽曲の内一定のものは、端末内にキャッシュされる仕組みとなっている。その意味では、端末はコンテナとして機能していることになるが、通信圏外をカバーするための補助的な手段にすぎず、ユーザはそのようなコンテナの存在をほとんど意識しないだろう。
- 25) もっとも、著作物の流通に関して、コンテナの流通を考える必要はなくなったといっても、純粹にコンテンツの流通だけを考えればよいのかどうかは、はっきりしない。なぜなら、我々がコンテナの存在を意識しなくなったといっても、音楽や映像などのコンテンツが、それぞれクラウド(雲)のように空中を漂っているはずもなく、コンテンツは、クラウド・システムのどこかにはちゃんと記録されているからだ。その意味では、クラウド・システム全体が大きなコンテナで、我々自身もそのコンテナの中に取り込まれてしまっているがために、コンテナを意識する必要がなくなっただけなのかもしれないからである。
- 26) CD(音楽著作物)については著作権法26条の2第2項に明文の規定がある。DVD(映画の著作物)については、著作権法26条に基づく限り頒布権は消尽しないが、中古ゲームソフト事件最高裁判決(最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁)の趣旨に鑑みると、公衆に提示することを目的としない映画の著作物の複製物については、一旦適法に譲渡された後は頒布権のうち譲渡にかかる部分は消尽すると解することになろう。前記最高裁判決前のものであるが、中古ビデオソフト事件判決(東京地判平成14年1月31日判時1791号142頁)は、ビデオソフトについて、前記同様の結論に至っている。
- 27) 著作権法38条2項は、放送(有線放送)される著作物は、営利を目的とせず、聴衆などから料金を受けない場合は、有線放送または一定の自動公衆送信が可能とする規定する。これは、広義に見れば、消尽的な性格ともいえるわけではない。
- 28) 著作権の所有が、Copyright Ownershipなら、著作物の所有はContent Ownershipということ

- になろう。Content Ownershipについて理解する上では、本田・前掲注19) が必読である。
- 29) [<https://signup.netflix.com/global>]なお、定額使用料を支払うタイプのVOD(Video on Demand)のことをSVOD(Subscription VOD)と呼ぶ。映像配信の様々なサービス形態とその状況について解説するものとして「トピックジャーナル10月号 Hulu上陸。日本の映像配信の行方は？」キネマ旬報映画総合研究所webサイト [<http://www.kinejun.com/kri/topic/tabid/178/Default.aspx?itemid=15>] 参照。
- 30) [<http://www.spotify.com/int/>]
- 31) 本田・前掲注19) 中の「“コンテンツを購入する”ということ」の章も参照。
- 32) もっとも、「希釈」されて気にならなくなるからといって、今所有しているコンテンツを処分してしまってよいかは考えものである。次項(3)で説明するような問題が生じるからである。
- 33) ロッカー・サービスの嚆矢といえるのは、MP3.com事件で問題となったMy.MP3.comサービスであろう。拙稿「まねきTV・ロクラクⅡ事件最判のインパクト 米国における関連事例の紹介」ジュリスト1423号(2011)30頁参照。
- 34) 日本では、MYUTA事件判決(東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁)で問題となったサービスがまさにロッカー・サービスである。また、ロッカー・サービスに関して米国で訴訟が提起されているものとしてMP3tunes事件がある。詳細は、拙稿「ロッカー・サービスとDMCAのセーフハーバー—MP3tunes事件正式事実審理省略判決が示唆するもの—」知的財産法政策学研究40号(2012)33頁以降 [http://www.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP_vol40/40_2.pdf] 参照。
- 35) ロッカー・サービスと我が国著作権法上の課題について、拙稿「ロッカー・サービスと著作権」高林龍=三村量一=竹中俊子編『年報知的財産法2012』(日本評論社・2012)11頁以降参照。
- 36) 本田・前掲注19)の冒頭部分参照。
- 37) 消尽原則の趣旨については、島並良「デジタル著作物のダウンロードと著作権の消尽」高林龍=三村量一=竹中俊子他編『知的財産法の国際的交錯』(日本評論社・2012)224~225頁が詳しい。
- 38) 多少乱暴に言えば、消尽とは、適法に流通した
- コンテナについて、譲渡しようが貸与しようが、どう処分しようと所有者の勝手であり、コンテナに含まれるコンテンツの権利者の指示は受けない、が本来なのであろう。しかし、我が国の場合はこの点分かりづらく、消尽とはあくまでも再譲渡が可能という趣旨に理解されがちである。というのも、我が国の場合は、映画の著作物だけに消尽しない頒布権が認められ、他の著作物には譲渡に関する権利は認められていないという状況から出発し、その後、映画以外の著作物について、まず、貸与権が認められ、さらにその後、映画以外の著作物に消尽する譲渡権が認められた、という経緯をたどったからである。
- 一方、米国の場合はずいぶんと分かりやすい。というのも、全ての著作物について頒布権が認められていたが、それは消尽するものだったからである。頒布権が消尽するため、米国の場合は、適法に流通した複製物の所有者は、譲渡だけでなく、貸与も自由に行うことができる。その後、レコードとコンピュータ・プログラムについてのみ、レンタルビジネスがもたらす被害への対応から、消尽の例外として、限定的に、貸与権が認められたにすぎない。つまり、米国の場合、所有する適法なコンテナをいかに処分しようとも所有者の勝手、という考え方が原則となっているのである。
- 39) 本稿では、クラウド型の流通が主体となった場合の消尽の問題を扱ったが、より近々の問題としては、EST(ダウンロード型配信)の場合に消尽が適用されるか否かという問題がある。島並・前掲注37)209頁以降は、この問題について考察する。
- 40) 関連して、本田・前掲注19)中の「作品への投資を保護」の章参照。また、本田雅一「本田雅一のAVTrends“ポストBD”の本命? UltraVioletの理想と現実」AV Watch [http://av.watch.impress.co.jp/docs/series/avt/20120119_505242.html]も参照。
- 41) 『文化審議会著作権分科会審議経過報告 平成15年1月』 [http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/030102b.htm] および『文化審議会著作権分科会報告書 平成16年1月』17~18頁 [http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/singi_houkokusho_1601.pdf] 参照。

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 42) ここにいう「権利の制限」とは、権利制限規定のことだけではなくて、例えば、演奏や上映などの権利の対象が、「公に」行うものに限られていることなども含む。
- 43) 著作権法30条1項および46条参照。
- 44) 『著作権審議会第4小委員会（複写複製関係）報告書 昭和51年9月』〔http://www.cric.or.jp/houkoku/s51_9/s51_9.html〕参照。
- 45) 昭和45年4月8日衆議院文教委員会における政府委員安達健二氏（文化庁次長）発言。半田正夫＝松田政行『著作権法コンメンタル2』（勁草書房・2009）〔宮下佳之担当〕146頁参照。
- 46) 宮下・前掲注45) 146～147頁は、組織の一員としての複製は、個人的な複製とはいえないとする。一方島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（有斐閣・2009）162頁は、業務上の複製でも個人的な複製はあり得るとする。
- 47) 「夫婦・親子などの家族の集まり。また、その生活の場所。」大辞林ATOK版
- 48) Virtual Private Networkのこと。
- 49) 最判平成23年1月18日判時2103号124頁および最判平成23年1月20日判時2103号128頁。
- 50) Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc., 536 F. 3d 121 (2d Cir. 2008)
- 51) Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC, 821 F. Supp. 2d 627 (S.D.N.Y. 2011)
- 52) ソースコードを公開し（オープン・ソース）、オープン・コミュニティによって開発されているUNIX互換OSの名称。〔<http://www.linux.org/>〕
- 53) 〔<http://www.nicovideo.jp/>〕
- 54) 著作権法には、職務著作に関する規定（著作権法15条）があり、同規定は、法人が著作者となることを認めているが、法人が「創作」することを求めているわけではない。
- 55) 田村善之『著作権法概説 第2版』（有斐閣・2001）4～6頁参照。マーシャル・A・リーファー〔牧野和夫監訳〕『アメリカ著作権法』（レクシスネクシス・ジャパン・2008）22～23頁および26～29頁参照。
- 56) 〔<http://creativecommons.jp/licenses/>〕
- 57) 〔<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>〕日本語訳は〔http://sourceforge.jp/projects/opensource/wiki/licenses%252FGNU_General_Public_License_version_3.0〕
- 58) 現実に訴訟が提起されている事例もある。例えば、「SFLC, 家電企業14社をGPL違反で提訴」COMPUTERWORLD（2009年12月15日）〔<http://www.computerworld.jp/topics/597/170269>〕参照。
- 59) いわゆる2階建て論とは異なり、あくまでも現行著作権法内での、スーパー権利制限規定の提案である。
- 60) ここでの提案は著作権の放棄とは異なる。放棄してしまうと、その後は一切のコントロールが効かないからである。ここでの提案は、イメージ的には、ライセンスが有効な間、著作権の全面的な一時停止というのが分かりやすいかもしれない。
- 61) ベルヌ条約9条および著作権に関する世界的所有権機関条約10条など。スリー・ステップ・テストについての詳細は、ミハイリ・フィチョール〔大山幸房他訳〕『WIPOが管理する著作権及び隣接権諸条約の解説並びに著作権及び隣接権用語解説』（著作権情報センター・2007）65～70頁および244～248頁参照。
- 62) 奥律哉「市場トレンド私はこう読む：加齢を時系列で追う」日経産業新聞2012年9月21日7面参照。
- 63) 株式会社ビデオリサーチのwebサイト〔<http://www.videor.co.jp/data/ratedata/program/01kouhaku.htm>〕参照。
- 64) 奥・前掲注62) 参照。
- (上記Webの最終確認日は全て2013年1月30日)
- (原稿受領日 2013年1月29日)