

# d マークの提唱

## - 著作権に代わる「デジタル創作権」の構想 -

林 紘一郎

© 1999, 林 紘一郎 ( d -0, April 1, 1999, Version 1.0 Koichiro HAYASHI )

1. 提案の骨子
2. 補足的コメントと適用事例
3. 現行著作権の問題点
4. 問題解決の視角
5. 実際の適用

### 要旨

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映画やテレビ、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、90年代に入ってから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。

デジタル時代の著作権のあり方については、これまでも何人もの識者が新しい提案をしてきたが、いずれも現制度を前提にし、それに必要な修正を加えるというアプローチだった。しかし事態は漸進的改良ですむほど単純ではなさそうである。

以下に述べるのは、「創造的破壊」というまったく新しい方法論により、著作権に取って代わる新しい制度を創出しようという思考実験である。私はこのアイデアを勤め先の紀要に「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」と題して発表したが、本稿はそれを要約したものである。

## 1. 提案の骨子

デジタル時代の著作権に相当するものとして、私は以下の10項目からなる大胆な私案を提案中である。

- (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することにより、「デジタル著作権」を設定することができる。
- (2) 公表は、業として「デジタル著作権」の公表の事務を取り扱う者のウェブ・サイトにおいて、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。
- (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。
- (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」の両支分権を含み、いずれも放棄できない。
- (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、あらゆる支分権を含むが、権利の保護期間は公表後15年までの、5年刻みとする。具体的には、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種類とする。
- (6) 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・サイトに継続して掲出し、かつその旨を広く周知しなければ、権利を喪失する。
- (7) 「デジタル創作物財産権」としての対価の徴収は、インターネットを介して行なう。
- (8) 一旦「デジタル著作権」を主張した同じ創作物については、その後著作権を主張することはできない。
- (9) 「デジタル著作権」は、本稿の私の氏名の脇に( )内で表記したような方法で表示する。ここで d-0 は「本稿はデジタル著作権を主張するものであること、財産権の存続期間はゼロ年、すなわち公表と同時に放棄し、パブリック・ドメインに属するものである」ことを示している。April 1, 1999, Version 1.0, Koichiro HAYASHI は夫々、1999年4月1日に公表されたこと、1.0版であること、権利者の氏名を表わしている。ただし本稿そのものは、デジタル的な公表をしていないので、在来型の著作権を有するものである。
- (10) 「デジタル著作権」は国際的な協調のもとに、いずれ「著作権」に代わる新条約としての発効を目指す、さしむき著作権者の自由意思による私法上の権利として設定する。上記の例で、d表示や創作者名をアルファベットで表記したのは、国際的な制度調整のことを意識したためである。

## 2. 補足的コメントと適用事例

以上の各点について、若干のコメントを加えておこう。

(1) 著作権は、何らの様式行為を必要とせず、著作行為によって自然に発生する権利（無方式主義）であるが、「デジタル著作権」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、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。この方法が「公表」に当たるか否かは、現行法上疑念があるとされるが、やがて一般化していくであろう。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・補正が必要となろう。

また「業として『デジタル著作権』の公表の事務を取り扱う者」の範囲および資格をどうするか、という問題が発生するが、従来のインターネットの発展が示したような、ボランティア的な活動によって解決されることが望ましい。

(3) 「デジタル著作権」といえども、著作権の「権利の束」的性格（バンドル性）から完全に逃れることはできない。しかし、できるだけアンバンドルしようとするものである。

(4) 権利の主体は、財産権よりも人格権である。後述の公文の指摘のように、「プライオリティー権」すなわち「氏名表示権」と、それを裏面から担保する「同一性保持権」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。

(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（とくに保護期間）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、テッド・ネルソンの「電子図書館」のような方式が望まれるが、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。

(7) 「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。

(8) そのためもあり、また権利の保護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 d 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。

(9) 著作権は暦年単位でしか表示されないが、「デジタル著作権」の成立と消滅は日付単位まで必要と考え、そのような表記法をとった。

以上の説明に対して、一体このような権利性の弱い制度を作っても、利用者がいるのだろうか。創作者はすべからず著作権の保護の下に走るはずで、わざわざ「デジタル著作権」を宣言する人はいないのではないか、という疑問が生ずるだろう。しかし、次のような事例を考えてみよう。

事例 - 1。私が駆け出しの作家で、まったく世間に認められていないとする。売り込みのため、原稿をあちこちの出版社に送ってみるが、なかなか採用にならない。そこでウェブ・サイトに自作を出して、思いきってタダで（つまり権利期間ゼロとして）閲覧可能にする。すると誰かの目にとまり、次の仕事のきっかけが得られるかもしれない。ウェブ・サイトに掲出する費用はほとんどゼロである。著作権を放棄することは、それ自体としては得べかりし収入を失うことになるが、セールス・プロモーションだと思えばナンセンスとばかりは言えないだろう。

事例 - 2。私は何冊かの本の著者であるが、そのうちの一冊が初版をほぼ売り尽したものの、再販を出せるような販売実績ではなかったため、「在庫切れ、再販の見込みなし」とせざるを得ない旨、出版社から通告があった。自分の著作のなかでは、一番軽いものだが、肩の力が抜けて仕上がったため愛着が強く、なんとしても世間の人に続けて読んで欲しい。そこで、出版社との出版契約は解消し、インターネット上に自作を無料（あるいは小額の料金）で公開する。すると日本中の読者は、ブラウザさえ持っていれば、いつでも著作を読めることになる。なお現在、このような利用形態を想定して、読みたい部分だけをコピーし表紙などを付けて、あたかも一冊の書物であるかのようにして、届ける商売も始まっている。また青空文庫のように、著作権が消滅した書籍を、電子的に復刻するプロジェクトも始まっている。

事例 - 3。私はプログラマーで、各種のソフトを作ってきたが、最近あるアルゴリズムを考えついた。これを小さなサブルーチンとしてプログラム化したが、応用分野が相当ありそうなのに、自分一人では考えつかない。友人に相談したところ、まずネット上に公開し「個人使用は自由にどうぞ」と言ってみると、思いもかけぬ使い道を見つけてくれる人がいるはずだ。その後「会社の内部で使いたい」とか「ライセンスをもらって、より大きなソフトの一部に組み込みたい」という人が出てきたら、改めて根付けをしたらどうかという助言だった。

以上の例を分類すれば、（1）では新人創作者の登竜門としての機能が、（2）では紙メディアの補完機能が、（3）では試供品の提供によるソフトウェアなど「目に見えない」（intangible）商品の品質保証機能が、主として期待されていることになろう。

### 3. 現行著作権の問題点

このような新たな提案をした理由は、現行著作権法が次のような問題点を抱えているからである。

#### （1） 物権か債権か

現在の法体系は、物権と債権という二分法をとっている結果、物権と債権という二大権利の間に、表-1のような対照的な差異を抱えたまま、法の運用がなされ

ることになった。

表 - 1 物権と債権の違い		
	物権	債権
法定性	法に制限列挙されたものだけが物権である	法に定められたのは例示にすぎず、いかなる契約も自由
対抗力	所定の対抗要件を満たせば、誰に対しても対抗できる	契約当事者を拘束するだけで、第三者には対抗できない

表からもわかるとおり、物権となれば、所有者に排他的な権利が生じ、手順を踏めば第三者にも対抗できる。（具体的には、著作権を侵害する行為を差止めたり、現状回復させたりできる。）他方債権だとなれば拘束されるのは当事者だけで、第三者が行なった行為については、事後的な損害賠償請求などは可能だが、差止請求はできない。善意の第三者に対しては、このような事後救済手段も及ばない。

このような中で、19世紀においては発明・発見や芸術的創作物などの権利を、所有権に近似のものとして、つまりは債権ではなく物権として保護する動きが主流となったのは、当然のこととも言えよう。「工業所有権の保護に関するパリ条約」の締結が1883年、「言語と美術の著作物の保護に関するベルヌ条約」の締結が1886年のことであったから、ここで債権的権利として条約を作ることは、ほとんど考えられないことであつたらう。

しかし、所有権類似のものとして取り扱うことには、もともと無理があつた。なぜなら有形物ではなく、コピーが容易でコピーしてもオリジナルが無くならないものを、「所有」になぞらえるのは擬制に過ぎないから。

## （2） 権利付与か行為規制か

アイデアや著作物を保護する方法としては、これに一定の権利を与える形態（権利付与法制）と、保護されるべき利益を害する行為を特別に禁止する方式（行為規制）、さらには同上の行為に対する一般的な禁止条項（一般不法行為規制）の三つのパターンが考えられる。そして発明者あるいは著作者の権利性は上記の順に強いことになる（表 - 2参照）。

したがって理論構成の面から見れば、仮に特許法や著作権法が存在しなくても、創作者の権利を侵害する行為は、不法行為による損害賠償で、ある程度までは守ることができる。しかしこの方式だと、原則として差止めが認められず、損害額の立証等においても困難が多い。

そこでこのような権利のかたまりが社会的に認知されるようになると、模倣などの行為を不正競争行為として禁止するようになる。すると創作者は、事実上独

占的にその情報を利用することが可能になり、情報財としての地位が高まる。ここでは違法行為に対する損害賠償はもとより差止めも認められる。この権利性がさらに強まり、所有権に近い位置づけがなされたのが、現在の知的財産権である。これによって妨害排除請求権や損害賠償請求権が認められるだけでなく、譲渡・相続・実施許諾・担保権の設定などが可能になり、第三者にも対抗できることになる。

以上は純理論的枠組みとして三つの法則を検討したものであるが、近代以降の歴史的展開からみると、実は順序は逆であった。印刷術の発展とともに、その営業に特許が与えられ、やがてその中から著作権が分岐していったというように、権利付与法制が最初に出現し、行為規制（特別・一般）が後追いつたのである。

したがって制度の発足から短く数えても3世紀近くを経た現時点で、ゼロ・ベースで制度をデザインすることが可能だとすれば、所有権類似の構成をとることは必ずしも絶対条件ではない。むしろ情報の特性、すなわち消費の非排除性や、無限の複製可能性からすれば、権利付与方式は権利保有者にあまりに有利とも言えよう。

表 - 2 知的財産の保護方式			
方式	内容	現行法	効力
権利付与	創作者に権利を付与する	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
行為規制	不正競争により著作権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)
一般不法行為規制	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

### (3) 特許権か著作権か

さらに問題なのは、特許権と著作権という「知的財産権」の二大権利が、前者がアイデアを保護し、後者は表現を保護するというように、二分法の下にあることである。先に述べた両条約は、人間の知的生産の結果に対して対照的な扱いをすることになった。つまり特許権に代表される工業所有権は、技術的思考のアイデアやコンセプトを保護し、一定期間（わが国では、出願日から20年）の絶対的独占権を認めると同時に、特許権者が他の者に実施許諾（ライセンス）を供与することによって、発明されたアイデアの普及に期待している。

一方、著作権は、文書や芸術作品の表現の保護、すなわち複製権にポイントを置いた法体系であり、経済的影響が大きい「著作財産権」は、保護期間（通常、著者の死後50年）内の個人の権利を保護している。このように「著作権は表現を保護し、特許権はアイデアを保護する」結果になり、また保護の期間も、長短の差が顕著である。

このことは、この両者の中間領域に属する知的財産の扱いを困難で微妙なものにする。プログラムという知的生産物に対して、特許か著作権かでもめるのは、その端的な例である。

#### （４） 著作者の権利か、複製する権利か

著作権についてさらに事態を複雑にするのは、その中に「著作者人格権」と「著作（財産）権」という二つの要素を含んでいることである。前者は、たとえば私が本原稿の正しい著者として、いつまでも（私の死後も）認められ、不利な（たとえば名誉毀損に該当するような）扱いを受けない権利をいう。他方後者は、私の原稿をこのような形で出版したり、後刻複製することを許諾するような、財産上の権利のことをいう。

この二分法は実は著作権の発生史とともに生まれた、古くて新しい問題である。そして現在でも、どちらかといえば「人格権」の要素を重く見る大陸法系の流れと、「財産権」の方を重視する英米法の考え方が対立していると言われる。また、この権利が印刷術とともに発展してきたため、「財産権」の中心に出版社がいる。コピーライトというのは、文字どおり「複製する権利」であり、後者の流れに沿った用語だといえよう。

また「著作者人格権」だけを取り上げても、その中には「公表権」「氏名表示権」「同一性保持権」の三つの支分権が内包されている。「著作（財産）権」にいたっては、「複製権」を核としつつも、「上演権」「公衆送信権」など雑多な権利を束ねた（バンドルした）、文字どおり「権利の束」である。そして権利侵害にあたって、これらの個々の権利が論ぜられる場合は別にして、人権の一種である「著作者人格権」と、物権的権利である「著作（財産）権」とを、意図的に分けて考えようとする試みはほとんど見られなかった。むしろ逆に、この両者を不可分のものとして論ずる「一元的構成論」さえ主張されてきた。

## 4. 問題解決の視角

このように、物権と債権の二分法、アイデアと表現の保護の二分法、の二つのマトリックスの狭間に成立した現行法が、急速に変化する社会・経済情勢にマッチしなくなったのは、当然のこととも言える。とりわけ情報の重要性が高まる現代にあっては、モノを念頭においた法体系とは違った秩序が、考えられてしかるべきであった。

この点に関して、公文俊平が「情報権」という概念を初めて主張したことが想起される。公文は、国家や市場・企業という主体が中心的存在（主体）である「社会システム」に続いて、ネットワークという主体が中心的位置を占める「第3の社会システム」が登場したとして、表-3のような区分を提唱する。

表 - 3 社会システムの分類図式		
	複合主体(=組織)	社会型(=非主体型)システム
脅迫・強制型	国家 (脅迫・強制型組織)	国際社会 (脅迫・強制型社会型システム)
取引・搾取型	企業 (取引・搾取型組織)	市場 (取引・搾取型社会型システム)
説得・誘導型	ネットワーク組織 (説得・誘導型組織)	社会型ネットワーク (説得・誘導型社会型システム)

そして今後は「所有権」と同等かそれ以上に「情報権」が重要な役割を果たすとして、その二大要素として「プライバシー権」と「プライオリティー権」を掲げる。ここで「プライオリティー権」とは、「なんらかの情報が他者に伝達される際に、その再伝達にあたっては、必ずその情報の最初の提供者（発明・創造者）の名前を明記すべきことを、その条件とする権利」をいう。

公文は法律用語を避けているが、この含意はまさに今後の「知的財産権」の核心部分を出ている。そして今後情報化がさらに進み、情報がネットワークを介して流通する度が高まれば、その円滑な流通に力点を置いた制度設計が求められるのではなからうか。なぜなら、ネットワークとは「その中では情報権の放棄（情報のシェアリング）が意図的に行なわれるシステム」に他ならないからである。

そしてネットワーク化の進展とともに、電子的な手段による情報の流通と、著作権管理のシステム（Electronic Copyright Management System = ECMS）が現れた。テッド・ネルソンが考え出した「ザナドゥ」という電子出版計画がそのはしりであり、彼はここで取扱われる権利を「Trans Copyright」と呼んでいる。わが国では、森 亮一などが主張する「超流通」も同種のアイデアである。わかり易い書籍の例をとれば、従来の方は本というハードウェアを「所有」する際に対価を支払っていたが、超流通では「利用」するときに初めて料金を支払う。しかも利用した部分だけ、その頻度に応じて支払うことになる。また、ある人がコピーした著作物が他の人に再コピーされても、オリジナルの著者のIDは必ずコピーされる技術を想定している。

こうした技術を前提に、私的権利としての著作権の本質を守りつつ、「大量権利現象」に対する取引システム（システム契約）としての「コピーマーケット」を提唱したのが、北川善太郎である。これは著作権データが登録されたデータベース（Copyright Market）と著作物そのもののデータベース（Copy Market）を連動させることによって、著作権を取引する市場（マーケット）を構築しようという発想である。コピーマーケットは、市場原理に基づいて著作権を売買する電子的な市場であり、著作権者は、自由意思で利用条件を提示する。利用客は条件が気に入れば相応の対価を払って著作権物をデジタルの形式で入手できる。利用料の徴収や支



払いも、この電子的市場でなされる。

これは法学者としては画期的なアイデアである。なぜなら、従来法学の世界では、コンピュータは大量複製を可能にする「悪の根源」とみなされていたのに、その能力を逆手にとって「著作権の裁量を拡充（たとえば一部分の販売）する」提案をしたからである。しかしそこに「コピーマート」論の限界もある。なぜなら、この仕組みによって著作権は何らの修正を求められないばかりか、ますます純粋な形で適用されること（たとえば許諾の自由や個別徴収）のみが強調されているからである。これでは公文のいう「情報のシェアリング」は起らない。

この点について全く斬新なアイデアを出したのは、ソフトウェアの製作者達であった。この分野ではIBMやマイクロソフトという企業が「財産権としての」（proprietary）OS（オペレーティング・システム）の販売で財を成していった影で、UNIXというユーザの自主開発になる無料のソフトウェアが、ワークステーションの分野での、デ・ファクト・スタンダードになっていった。アメリカでは、法的にも著作権を放棄することができるため、PDS（Public Domain Software）として無料で誰にも公開されるソフトが、研究者などを中心に広まる素地ができた。またストールマンのような自主独立のプログラマー（言葉の本来の意味でのハッカー）は、ソース・コードを公開し、複製・改良・再配布は奨励するものの、何度コピーや改良が繰り返されようとも、これでソフトの再開発目的以上の対価を得てはならないという義務を伴った許諾契約を考え出し、これを「コピーレフト」と名付けた。

いずれにせよ今後の課題は、現行の法体系の延長線上に解を求めるのではなく、「創造的破壊」をも辞さず、それを乗り越えたところに新しい地平を開くことである。しかもその作業は、直ちに開始しなければならない。なぜなら、著作権の保護期間が、著作者の死後50年もあるという現状に照らせば、仮に新しい法や制度が誕生したとしても、それが実際に効果を発揮するのは「来世紀の後半」という途方もない未来に属することになるからである。（ドッグ・イヤーにも例えられるインターネットの急展開と、法律という秩序維持機構のなんというミスマッチ！）

## 5. 実際の適用

以上の案は今のところ、私の頭の中で考えられ、非常にプリミティブな形で提案されたに過ぎない。しかし現実の世界においても、このアイデアを適用できそうなケースが散見される。

たとえば現在私はこのアイデアを英文の形でまとめているが、これをアメリカの学会誌に投稿し、採択されて読者の眼に触れるようになるまでには、相当の時間を要するだろう。それよりは、提案者本人がdマークを使って、アメリカの誰かのウェブ・サイトに掲出してもらう方が効率的なようである。

また私が属する慶応義塾大学においては、藤沢キャンパスでも三田でも、デジタル形式によるデータベースが着々と構築されつつあり、これらの権利関係をどう処理するかが緊急の課題となっている。また当グローコムでも、故香山健一氏の著作を電子化する作業が3月中に終了するが、早晩慶応義塾大学と同じ問題に突き当たるに違いない。

このような具体的事例をもとに、私のアイデアが活かされるか否か、直ちに活かされないにしても一部条件を変えれば有効になるか否か、などを試してほしいと思っている。

いずれにしても「情報化社会」とは、経済的には「情報財」の取引が主体の時代に違いあるまい。とすれば、われわれは工業社会の中心概念であった「所有権」に代り得る、新たな権利設定を迫られている、と言えるであろう。

林 紘一郎

慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所教授  
国際大学グローバル・コミュニケーション・センター特別研究員