HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権法におけるパブリック・ドメインの衰退と興隆
Author(s)	黄, 汇; 蘭, 蘭//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 38, 283-311
Issue Date	2012-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49623
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ38_009.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

著作権法におけるパブリック・ドメインの衰退と興隆

黄　　汇
蘭　　蘭(訳)

一. 著作権法におけるパブリック・ドメインの自由な文化創造にとっての意義とその衰退
二. 著作権法におけるパブリック・ドメインの縮小に関する理論分析(1)
—著作権法におけるロマン主義的創作者主義の誤った位置づけ
三. 著作権法におけるパブリック・ドメインの縮小に関する理論分析(2)
—「複製に値するものは保護に値する」および「著作権は複製技術の発達に反比例して変化する」という観念との関連性
四. 著作権法におけるパブリック・ドメインの興隆の将来像(1)
—「義務的パブリック・ドメイン」への理論的視座の転換
五. 著作権法におけるパブリック・ドメインの興隆の将来像(2)
—パブリック・ドメイン存続のための制度改革と展開
1. クリエイティブ・コモンズによるパブリック・ドメインの興隆
2. 自由な二次創作によるパブリック・ドメインの将来像
3. インターネット時代における黙示的許諾によるパブリック・ドメインの形成
六. 結　語

要 旨：　著作権法におけるパブリック・ドメインは人類の文化創造活動の源泉である。しかし、20世紀の末頃から「著作財産権」を「パブリック・ドメイン」と対立させて取り扱う傾向が日増しに盛んになり、著作権法におけるパブリック・ドメインの日毎の衰退をもたらしている。このような衰退をもたらした原因は、次の二つの誤った思想が現行著作権制度に影響を及ぼしているためであると考えられる。一つは、著作権法における「ロマン主義」的創作者観の誤った位置づけである。もう一つは、著作権者の間での「価値あるものであれば何であれ権利の付与に値する」という考え方や、「著作権の保護は複製技術の発達による複製コストの低下に

反比例して強化すべきである」という考え方の普及である。著作権法におけるパブリック・ドメインが生まれ変わるためには、我々は理念の方向を転換し、理論的な観点から「義務的パブリック・ドメイン」論を推し進めるほか、（政策的な観点から）一連の新しい制度を創出しなければならない。そのような例としては、「クリエイティブ・コモンズ」に関するパブリック・ドメイン運動や「自由な二次創作」を可能とするようなパブリック・ドメインの将来像への邁進、インターネット時代の共有スペースに関する「黙示的許諾」の形成等が挙げられよう。ここにおいて我々は著作権法におけるパブリック・ドメインの再構築の端緒をみて取ることができるのである。

キーワード：
著作権法におけるパブリック・ドメインの衰退、著作権法におけるパブリック・ドメインの興隆、理念の転換、新しい制度の創設

著作権法におけるパブリック・ドメインは、人類の自由な文化創造にとっての源泉である。しかし、20世紀の末頃から、「著作財産権」と「パブリック・ドメイン」が対立するものとして取り扱われるようになり、パブリック・ドメインは、著作財産権を拡大しようとする勢いに飲み込まれた。しかし、そもそも我々はなぜ「パブリック・ドメイン」の十全性を要求してまで「フリー・カルチャー」の興隆を培わなければならないのだろうか。最終的にどのような要素が、20世紀末における著作権の拡張を生じさせ、著作権者の無限に膨張する「権利の欲望」の湖に「パブリック・ドメイン」を沈めてしまったのか。また、人類のフリー・カルチャーの再興隆を実現するためには、我々は著作権法におけるパブリック・ドメインの将来像をどのように構築すれば良いだろうか。本稿はこれらの問題について理論的に検討し、著作権法における「パブリック・ドメイン」の復興の途を探求して、人類のフリー・カルチャーの再創造を実現させることにしたい。

一．著作権法におけるパブリック・ドメインの自由な文化創造にとっての意義とその衰退

広範なパブリック・ドメインは、人類の自由な文化創造にとって重要な価値がある。Lior Zemer が分析したように、「著作者の知識と創造性は、

共同的なものと個人的なものという、二つの補完的な観点から定義することができる。後者は、……資質、常識、反応を利用することに関係するものである。これに対し、前者は、公衆による貢献と関係するものである。共同的なものと個人的なものとの相互作用は、著作権の生産を現実のものとする。すなわち、天性の能力が、共同生産され共同所有された財産を経験し、解釈し、囲い込むことによって、現実の能力へと変換されるのである。」[1]。これはまた、いかなる著作者であれ、つまり作家であれ、芸術家であれ、音楽家であれ、皆先人が構築してきた情報のパブリック・ドメインを基礎にしているということである。「個々の著作者は、単に各自の方法でそれらの情報を新しくしたり、展開したりしているにすぎない」[2]。これに対し、著名な画家 Pablo Picasso が述べたように、もし私が私以前の画家たちのまねをしなければ、私は残りの命を使って自分のまねをすることになる[3]。これは道具がない状況において車輪を発明するようなものであろう[4]。一言で言えば、我々人類が火興しを実現して以来、世の中に純粋に新しいものは何ら存在しないと言えよう。今日もまた同じく、文化は科学技術と同様に、同一性や共通性を強め合い、助け合いながら、生成発展しているのであり、あらゆる創作者は、先人の著作物の一部を引用したり、批判したり、パロディとして利用したりしているのである。我々はこれを「創作」と呼ぶのであって「盗作」とは呼ばないのである[5]。

しかし、もし我々が、知的財産権の世界において人類の「知的財産」と「パブリック・ドメイン」とを対立させ、前者を過剰に保護するような場合には、必然的に「人々が期待している、知的財産が本来もたらしてくれ

---

[1] Lior Zemer, The Idea of Authorship in Copyright, England: Ashgate Publishing Limited, 2007, at 107.

[2] *Id.* at 112.

[3] *Id.* at 117 に引用されている Brewster Ghiselin (ed.), The Creative Process: Reflection on Invention in the Arts and Sciences, Berkeley: University of California Press, 1952, at 50 を参照。

[4] Mihaly Csikszentmihalyi, Creativity: Flow and the Psychology of Discovery and Invention, New York: Harper Perennial, 1996, at 421-422.

[5] Robert P. Merges（著）齐筠等（译）『新技术时代的知识产权法』（中国政法大学出版社、2003年）660-661頁。

るはずの創造力を扼殺してしまう」ことになろう[6]。そのため、科学の進歩と芸術の発展にとって、情報がパブリック・ドメインに属していて再利用が可能であるということは、知的財産権を付与することと同じように重要なことなのである[7]。まして、パブリック・ドメインに属する「情報は、単に商品であるというにとどまらず、人類の学習、文化、競争、技術革新、さらには民主的な対話プロセスにとっても極めて重要な資源であり、動力源でもあるということを認識しなければならない。」[8] そのため、「知的財産権はより広範な情報政策にその拠点を見出さなければならないのであって、まさにそれゆえに、知的財産権は情報社会に奉仕するものでなければならず、情報社会を統治するものであってはならないのである。」[9]

パブリック・ドメインの存続は、人類の「自由な文化創造」にとって重要な意義を有するものである。Benjamin Kaplan教授の洗練された議論によれば、もし人が何らかの「自然」権を有するとすれば、自然権のうちでも、決して軽視することができないものは先達をまねる権利、つまり自己が種を蒔かざるところから刈り取る権利であるに違いない。パブリック・ドメインに由来する教育というものは、結局のところ、一種の模倣から生じるものであり、また「進歩」というものは、もしそれが完全に幻想的なものでないとすれば、コピーに対する寛大な気前よさの上に成立するものなのである[10]。

著作権法の形成においてパブリック・ドメインの存続が有する価値について、ある学者は、公用道路と私有地の関係を比較した比喩を用いて説明している。彼によれば、もし私有地の一部を公用道路や高速道路にすれば、その私有地の価値は増加するだろう。確かに、公園や通行用道路は、一方では私人が所有する土地の割合を減少させるが、他方では土地の財産的価

[6] 前掲注５）660-661頁。

[7] Pamela Samuelson, Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunites, 66 Law & Contemp. Probs. 147 (2003), at 170.

[8] *Id.* at 170.

[9] *Id.* at 170-171.

[10] Mark A. Lemley, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Tex. L. Rev. 1031 (2005), at 1067.

値を増大させることになるのである[11]。著作物の創作についても同じことが言えるのではないだろうか。著作権の外延において、商品化と私有化の影響を受けることのない独立したパブリック・ドメインを確保することは、確かに表面的には著作権法領域において「私有化」できる要素が減少したかのようにみえるが、他方でそれが著作権制度の運用効率を高めることに変わりはない。逆に、このような著作者と私権の干渉を受けることのない領域を確保せずに、著作権者が個々の思想表現に対して完全な財産権をもつことを許容してしまうと、それは必然的に人類の持続的な進歩の停滞をもたらしてしまうだろう。

これに対して、学者のCarol. M. Roseが述べたように、「歴史学の観点からみても、経済学の観点からみても、『パブリック・ドメイン』と『著作者の領域』を『互いに独立し、対峙的に存在する二領域』という認識は完全なる誤りである」[12]。パブリック・ドメインと著作権は必ずしも分断された二つの領域ではなく、伝統的な「知的財産」と「公共領域」の二分論は、明らかにパブリック・ドメインにおける「公衆」と著作権における「個人」（著作権者）の関係について、相互に関連するものであるという事実に対する認識を覆い隠すものである。「『パブリック』と『私人』という二元的に区分する構造とは異なり、一般的に『パブリック・ドメイン』は通常『私人の財産』に奉仕するものであり」[13]、しかも「両者は歴史的にも経済的にも密接に絡み合っているのである。」[14]

したがって、もしパブリック・ドメインのような外部環境がなければ、著作権は早晩、著作者とパブリック・ドメインとの不協和音によって、「パブリック・ドメイン」の退廃による不利益を被ることになる。このことは現実にも証明されている。我々は、史上初めて、「領地の私有化運動」よ

[11] Lawrence Lessig（著）李旭（译）『思想的未来』（中信出版社、2004年）210頁。

[12] Carol M. Rose, Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age, 66 Law & Contemp. Probs. 89 (2003), at 103.

[13] Anupam Chander & Madhavi Sunder, The Romance of the Public Domain, 92 Cal. L. Rev. 1331 (2004), at 1352.

[14] Rose, *supra* note 12, at 101-102.

りも酷い「文化領地の私有化運動」に遭遇したのである[15]。問題は、我々がパブリック・ドメインが人類の文化的繁栄にとって果たす意義を極めて軽視しているところにある。

要するに、著作権法の領域において、「著作権」と「パブリック・ドメイン」とを対峙させてしまうと、我々は著作物の価値を「商品主義」という方法で計り、その結果は必然的に確実的な利益の代表がないことになってしまう。これは、法律によって残された「自然領地」的なパブリック・ドメインが権利者の知的「財産」に対する強い欲望の下において犠牲になったものと認識されている。学者 James Boyle が述べるように、「情報問題に関する経済分析における根本的なアポリアや、『オリジナル・オーサー』を中核とした財産権モデルがもつ真の源泉について目をくらますような性質、さらにはパブリック・ドメイン全体……の重要性に対する政治的な無関心といった問題が、すべて一体となって押し寄せ、その結果、最初は概念上において、そしてその後は次第に現実においても、パブリック・ドメインの消滅をもたらすようになったのである。」[16] したがって、もし我々が、著作権制度がいかに「社会の創造力を侵食する方法[17]」を通じて「パブリック・ドメイン」を侵食したのかについて反省するならば、著作権制度の根本に立ち戻る必要があり、著作権制度がいかなる理論的思想に基づいてパブリック・ドメインを侵食しているのかを解明し、もって著作権法におけるパブリック・ドメインの新たな興隆に向けた糸口を探らなければならない。

[15] 黄汇「版权法上的公共领域研究」現代法学(2008. 3) 46頁。

[16] James Boyle, A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?, 47 Duke L.J. 87 (1997), at 111-112.

[17] Wendy J. Gordon, Authors, Publishers, and Public Goods: Trading Gold for Dross, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 159 (2002).

二. 著作権法におけるパブリック・ドメインの縮小に関する理論分析 (1)—著作権法におけるロマン主義的創作者主義の誤った位置づけ

20世紀末以来、著作権法領域にみられた拡張運動について理性的に分析してみると、我々の著作権制度が「ロマン主義」的な創作者観の影響を受けており、そのことが「パブリック・ドメイン」の日毎の衰退につながった一つの重要な原因であると筆者は考えている。

このような考えに至った理由は、一つには人類の文明が18世紀に入って複製技術の発達や民主政の興隆を経験したことによるが、それとともに重要なことは、現代的な意味における『自我』という概念がこの時期に誕生したことによる。René Descartes（ルネ・デカルト）の「我思う、ゆえに我あり」という言説や、John Locke の『人間知性論』に登場する「身分、意識と自我」という概念などがそれである[18]。19世紀における「自我」という概念の興隆は、神の死と文学分野における「ロマン主義」的な創作者観の確立、さらには著作者という身分の「独占性」の確立に起因するものである。このような概念が支配的な影響力をもつ中で、著作者は、自己を知る責任主体として認識されるようになり、文学作品も著者の感情や自我の発露、自己形成の産物として認識されるようになった[19]。こうして個人の人格は、神の存在に取って代わり、知の神聖な源泉となったのである[20]。

また、1790年の『アン法典』の制定により、「ロマン主義」的な創作者観は、「文学分野において市場を獲得できたのみならず、徐々に人々の法意識の中にも浸透するようになった。」[21] こうして著作権の立法過程においても、司法過程においても、著作者は「神聖な」主体として認識される

[18] Joseph Hillis Miller（著）秦立彦（译）『文学死亡了吗？』(广西师范大学出版社、2007年) 12頁。

[19] Peter Jaszi, Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship", 41 Duke L.J. 455 (1991), at 497-502.

[20] 卡拉＝赫茜（著）金海军＝钟小红（译）「知识产权的兴起：一个前途未卜的观念（二）」科技与法律 (2007. 2) 65頁。

[21] Jaszi, *supra* note 19, at 497-502.

ようになり、その「独創」的な作品に対して過分な評価が与えられるようになった。ある学者が述べたように、「ロマン主義」の著作者は、理想的な人格および独立の創作主体としてみなされることが多く、彼らは非凡な智慧を有し、かつ独立にその「創作的なオリジナル作品」を完成した。著作者は最初の創作者であり、著作物はその者の人格の具現化である。そのような著作者が創作した著作物は、豊饒な主観性とオリジナリティを備えたものであるというのが、18世紀的な構図である[22]。

このような「ロマン主義」の著作者観が支配的な状況のもとでは、著作者はすべてを意味し、著作物に関するすべての栄光が著作者一人に帰属することになる。このようにして、「パブリック・ドメイン」がいかにして著作権によって食い荒らされたのかを理解することができよう。James Boyleの言葉を借りれば、「ロマン主義的な著作者観は、著作者の孤高の才能とその作品のオリジナリティを過度に強調することで、創作活動における外部資源の重要性を過小に評価するのである。」[23] このような外部資源こそ、我々が述べてきた「パブリック・ドメイン」のことにほかならない。すなわち、まさに「ロマン主義」的な著作者観が著作者の「神聖」な側面を過分に強調し、その「人間的」な側面を見逃しているために、著作権法においては、「コントロールと権力の基礎となる二つの源泉、すなわちパブリックの貢献と著作者の貢献をめぐる調整の駆け引きのうち、一つの源泉のみが、つまり著作者のみが、コントロールと報酬を享受している」のであり[24]、作品の創造に貢献してきた他の主体は完全に忘れ去られているのである。

Mark TwainがHelen Keller宛の手紙において述べたように、「電報、蒸気機、レコード、電話、あるいは他の重要な発明〔や著作物の誕生〕をめぐって、数千人の努力が介在しているにもかかわらず、最終的に栄誉を獲得できるのは一人しかいない。我々は他の人を忘れている。」のである[25]。

要するに、近代の著作権法は、「ロマン主義」という指導原理のもと、著作者を天才および創作の源泉と位置づけ、「著作者の身分」を一種の個人責任の問題と解釈することで、「時代の智慧（wisdom of the ages）」に対する敬意を低下させたのである[26]。このような精神的な指導原理のもとにおいては、著作権法体系の中で「パブリック・ドメイン」が次第に侵食されるのも決して珍しいことではなくなるだろう。なぜなら、もし我々が著作者万能主義の重要性を過度に強調し宣伝すると、そのことは著作権を一種の「結果的な」権利とみなす誤った方向へと導くことになりやすいからである。のみならず、それは知的創作活動の過程（すなわち知識の創作、伝播および使用）の重要性を見落としてしまうことにもなりかねない。それは同時に、著作権法における奨励に対する誤った認識を生じさせやすい。すなわち、創作に対する奨励と著作者に対する奨励を同視するうえ、パブリック・ドメインの枯渇という、他の著作者も同様の作業環境を通じて著作者の創作に対する誘因によって奨励の目的を達成しようとする[27]。著名な知的財産法学者であるDavid Langeが述べたように、18世紀に発祥した「ロマン主義」的創作者観は、「著作者のうちの一部の者に対して敬意を示したにすぎず、その他の著作者はそれによって対価を支払うことになった」のである[28]。

要するに、ロマン主義的な著作者の人格が有する非凡な力と持続的な影響力は、以下のことを明らかにしている。すなわち、「『著作者』という概念は、決して争いのない一般的な著作権法上の原則の『源』ではなく、むしろその概念は、実際には創意工夫に富んだ創作物への公衆のアクセスとそれに対する私的なコントロールという基本的な矛盾関係を伴った特定

[22] Alan R. Durham, The Random Muse: Authorship and Indeterminacy, 44 William & Mary Law Review 569 (2002), at 618.

[23] James Boyle, Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society, Cambridge MA: Harvard University Press, 1996, at 114.

[24] Zemer, *supra* note 1, at 107.

[25] John Gantz & Jack B. Rochester（著）周晓琪（译）『数字时代，盗版无罪？』（法律出版社、2008年）31頁。

[26] David Lange, At Play in the Fields of the World: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literate Millennium, 55 Law & Contemp. Probs. 139 (1992), at 145.

[27] Jessica Litman, The Public Domain, 39 Emory Law Journal 969 (1990).

[28] Lange, *supra* note 26, at 143.

の結節点なのである。」[29] ロマン主義的な著作者観を指導原理とする著作権法の体系が、「パブリック・ドメイン」を通じて、「ロックの意図したいわゆる人類の『共同財産』の原則」[30]を達成することは、法律上の泡影になりかねず、また、著作者に対する有限な奨励を通じて、人類の知識の「パブリック・ドメイン」の無限の繁栄を実現するという願望は、しばしばユートピアになりかねない。

三．著作権法におけるパブリック・ドメインの縮小に関する理論分析（2）—「複製に値するものは保護に値する」および「著作権は複製技術の発達に反比例して変化する」という観念との関連性

20世紀末頃の「文化領地の私有化運動」は、「ロマン主義」的な著作者観という誤った思想の影響を受けたほか、次の二つの誤った思想の影響を受けているように思われる。

第一に、「複製に値するものであれば保護に値する」ないし「価値あるものであれば何であれ権利の付与に値する」[31]という思想の普及である。このような思想の影響を受けて、著作権者は、その作品の利用に対し、およそ万能な手段によるコントロールができていた。なぜなら、著作権者が以下のことを確信しているからである。つまり「創造的な作品には価値がある。私が他人の創造的な作品を利用したり転用したり二次創作の素材にしたりする場合にはいつでも、何か価値あるものを取得していることになる。誰かから価値あるものを取得する場合にはいつでも、相手の許可が必要となる。無断で他人の価値あるものを横取りするのは間違いであり、一種の海賊行為である。」[32] このような考えのもと、著作権法の領域において、一種の著作権楽観主義の立場が誕生した。彼らによれば、もし著作者がすべての価値を創作したのであれば、著作者はその作品を完全に所有し、コントロールすることができるというわけである。著作権楽観主義者からすれば、「もし著作権を水が半分だけ入っているグラスに例えるならば、彼らは、グラスの中に入っている水の量に注目し、残りの半分が足されることを待ち構える」[33]ことになる。他方で、このような著作権による保護の拡大は、著作者の創作意欲を奨励するという目的にとって必要な限度を超えるかどうかにかかわらず権利が拡張され、それはやがて「人々の言論の自由と創作の自由を侵食する」[34]状態にまで至るのである。

しかし、「価値あるものであれば何であれ権利の付与に値する」といった著作権理論については、Lawrence Lessig が深刻に反省したように、「このような理論が、アメリカにおける創造的財産の理論であったことは一度もない。それはアメリカ法において一度も採用されたことのない考え方である。むしろアメリカの伝統においては、知的財産は道具でしかない。それは豊かな創造性をもつ社会の基盤を形成するものであるが、創造性の価値に対しては従属的な立場でしかないものである。現在の議論はこれを逆転させてしまっている。我々は道具の保護にばかり関心を寄せるあまり、価値の方を見失っている。」[35] なぜなら、聡明な憲法の起草者たちは、人類の創造性が終始「創造性の持ち主による創作物に対する不完全なコントロール」に依存してきたということを深く了解していたからである[36]。著作権法が正当な概念的基盤の上に成り立つものでなければ、その法律に拘束されることを拒否することの不道徳性を基礎づけることはできない[37]。このような根本原則は、いわゆる「公共善の優先原則」である[38]。

そして、「価値あるものであれば何であれ権利の付与に値する」という

[29] Jaszi, *supra* note 19, at 457.

[30] Zemer, *supra* note 1, at 83.

[31] Richard M. Stallman, Free Software, Free Societies 57 (Joshua Gay, ed. 2002).

[32] Lawrence Lessig, Free Cultrue: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity, the Penguin Press, New York, 2004, at 18.

[33] Paul Goldstein（著）金海军（译）『著作权之道—从古登堡到数字点播机』（北京大学出版社、2008年）11頁。

[34] 前掲注33）11頁。

[35] Lessig, *supra* note 32, at 19.

[36] *Id.* at 119.

[37] Jon M. Garon, Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics, 88 Cornell Law Review 1278 (2003), at 1283.

[38] A.J.K. Robinson, The Evolution of Copyright 1476-1776, 22 Cambrian Law Review 55 (1991), at 67.

思想が誤りであるのは、著作物の創作と有体物の創造とは完全に異なるものだからである。有体物の創造には因果関係のような前提条件が問われない。例えば、ある建物を建築しようとする場合、無償で開放される「パブリック・ドメイン」を前提とすることは不要である。そのため、建築された建物は絶対的な財産として取り扱われることになり、他の人々が無断でそれを奪ったり、共有したりする権利は認められない。これに対し、作家の創作活動は完全に異なっている。作家は、創作活動において多くの材料を必要としており、先人の作品やパブリック・ドメインの中から材料を調達している。しかし、彼らはそれに対して対価を支払っていない。したがって、著作物が創作されたとしても、それを絶対的な「私有財産」として取り扱うべきではなく、作家が権利を享受すると同時に社会の他のメンバーが共有するニーズを満たすように対処しなければならないのである[39]。

第二に、著作者による著作権の拡張は、以下に述べるような誤った仮説を前提としている。それは、著作権の保護の強さは著作物の複製コストに反比例して変化しなければならないというものである。つまり、複製技術の発展によって複製のコストがゼロに近づくにつれて、著作権に対するコントロールも完璧なものでなければならないというわけである。Boyle は、近年のアメリカにおける技術発展に伴う著作権の拡張現象について、次のように述べている。「一本のラインを想像してみよう。ラインの一方の端には、アリストテレスの『詩学』を苦労して書き写している修道士が座っている。ラインの中央にはグーテンベルグの活版印刷機がある。ラインの端から４分３ほど進んだあたりにはコピー機がある。そしてラインの他方の端には、インターネットとオンライン版のヒトゲノムがある。ステージ毎に複製のコストは低下し、財の競合性や排除可能性も低下していく[40]。……私の言いたいことは、知的財産権の強度は複製のコストに反比例して変化しなければならないといった前提が存在するかのようにみえる、ということである。すなわち、修道士のような書写をする者に対応するためには、原稿に対する物理的なコントロールだけで十分であり、我々は知的財産権

[39] 寿步＝方兴东＝王俊秀编『我呼吁』（吉林人民出版社、2002年）198頁。

[40] 吴汉东等『知识产权基本问题研究』（中国人民大学出版社、2006年）37頁。また、张玉敏『中国殴盟知识产权法比较研究』（法律出版社、2005年）8－10頁。

を必要としない。しかし、グーテンベルグの活版印刷機に対応するためには、我々はアン法典（Statute of Anne）[41]を必要としている。そして、インターネットに対応するためには、我々はデジタルミレニアム著作権法（Digital Millennium Copyright Act）[42]、電子窃盗禁止法（No Electronic Theft Act）[43]、ソニー・ボノ著作権延長法（Sonny Bono Copyright Term Extension Act）[44]、さらにおそらくは収集情報不正利用禁止法（Collections of Information Antipiracy Act）[45]さえも必要としている。複製のコストが漸近的にゼロに近づくにつれ、知的財産権は完全なコントロールに近づかなければならない、というものである。」[46]

しかし明らかに、著作権保護の強さを決定するために、複製技術を唯一の参照軸とする考え方は完全な間違いである。「著作権は市場に属するが、市場に完全に隷属するわけではない」からである[47]。これに対し、「複製技術の低迷も過度の発達も、それなりの経済的な意義を有するが、どれも現行の著作物の私有を不可能にする結論へと導きかねない」[48]。さらに言えば、インターネットが著作物の違法複製のコストを低下させたという考え方は、ある重要な事実を見逃している。それは、インターネットが著作者の創作のコストや流通のコスト、さらに著作物の広告宣伝のコストをも低下させたということである。くわえて、インターネットは、著作者の知名度を上げる有力な手段であり、著作物の将来の市場規模を顕著に拡大させた

[41] 13 Ann., c. 15 (Eng.).

[42] Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (codified as amended in scattered sections of 5, 17, 28, and 35 U.S.C.).

[43] Pub. L. No. 105-147, 111 Stat. 2678 (1997) (codified as amended in scattered sections of 17 and 18 U.S.C.).

[44] Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (1998) (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C.).

[45] S. 2291, 105th Cong. (1998).

[46] James Boyle, The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, 66 Law & Contemp. Probs. 33 (2003), at 42.

[47] Neil Weinstock Netanel, Copyright and a Democratic Civil Society, 106 Yale L.J. 283 (1996).

[48] 刘茂林『知识产权法的经济学分析』（法律出版社、1996年）129頁。

のである[49]。そのため、インターネットがもたらした著作物に対する侵害および利用可能性の増大と、「権利者の損失とは、我々が一定水準のインセンティヴを維持するうえで保護を増大させる必要があるようなものであろうか。」[50]

また、著名な学者である Mark Rose が述べたように、インターネットが有する共有性は、実際に「公共道路」（それも本質的には公共物の一種である）の使用における渋滞のコストを大幅に抑えることができる。そのため、もし知的財産の領域においても、有体物の世界における「公共財」のようなものがあり、かつそれが「パブリック・ドメイン」への帰属や人類の共有にふさわしいものであれば、インターネット社会における情報が疑いなくその最も適切な代表であろう。なぜなら、インターネットによる情報の共有はしばしば未曾有の知的創造能力の資源の効果を生み出しているからである[51]。したがって、このような新しいインターネット環境にお

[49] Richard A. Posner が述べたように、「複製のコストの低減は、著作権者自身の複製コストの低減でもある。しかも、多くの分野においては、表現のコストの低減をもたらしている」。そのため、Posner らは、「知的財産権が存在しない場合でも、数多くの要素が複製を制限する可能性がある。」と指摘している。William M. Landes & Richard A. Posner（著）金海军（译）『知识产权法的经济结构』（北京大学出版社、2005年）51-75頁。

[50] Boyle, *supra* note 46, at 43.

[51] Rose, *supra* note 12, at 103. しかし、Lawrence Lessig の見解はこれと異なる。つまりネット空間は両者の特徴の最も悪い組合せであるという。すなわち、「複製技術は良すぎるのに対し、法的保護は悪すぎるのである」。Lawrence Lessig（著）袁泳（译）『代码—网络空间中的法律』（中信出版社、2004年）155頁。そのため、筆者は、このような場合に我々にとって必要なのは、収益に関する実態調査であると考える。すなわち、インターネット環境において、より多くのパブリック・ドメインを確保することが人類の創作にとって有利に作用するのか、それとも権利者に対して知的財産権の厳格なコントロールを追加的に与える方が有利に作用するのか、ということを調査することである。しかし、いざこのような調査の結果が明らかになれば、パブリック・ドメインのネットワーク効果とその強大な生産力がもたらす知的創造力の方が、知識を純粋に私人のコントロールに委ねる場合よりも絶対的に優れているということがわかるだろう。そのため、筆者は、インターネット環境においては、抜け穴のある著作権法制度の方が、厳格なコントロールに基づく著作権制度よりも、

いて、「抜け穴のある市場は、厳格にコントロールできる小型の市場よりも、多くの収益をもたらすに違いない」[52]。他方、「パブリック・ドメインの情報の『私有化運動』が創作にもたらす潜在的なリスクは、それが創作を奨励する利益に匹敵する程のものである。」[53] Napster 事件の判決はこの点を十分に証明した[54]。

要するに、著作権が新たな創作に対して果たす役割についてある学者が予言したように、財産権の数を増やせば新たな創作にとって多くの奨励をもたらすかもしれない。しかし、そのことは必ずしも、より多く、より良い製品と創造を生み出すことにつながるわけではない。時には、それは単に副作用を生み出すにすぎないかもしれない。人類が新たな創作活動を継続していく道程に、多くの財産権やライセンス許諾のような障害物を置くならば、それは人類の創作活動を促進するのではなく、実際には遅らせることになる[55]。Michael A. Heller & Rebecca S. Eisenberg が述べたように、「複雑な財産権がもたらす取引費用が、創作に必要な競争費用を超える場合には『コモンズの悲劇』が起き、逆の場合には『アンチ・コモンズ』が起きるのである」[56]。このように、多くの著作権は、「パブリック・ドメイン」

人類に多くの知的収益と社会的福利をもたらしてくれると信じている。

[52] Boyle, *supra* note 46, at 43.

[53] James Boyle, Cruel, Mean, or Lavish?: Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property, 53 Vand. L. Rev. 2007 (2000).

[54] Napster の成功は、技術が社会における知識と富の急速な増大をもたらしたことを示した。それは、個人の利己的な行為と社会全体の利益の増大とが結びついた最も良い例である。しかし、過度の著作権保護は、資金力の限界ゆえに購買意欲の低い潜在的な消費者を市場から排除し、彼らが知識の発達の恩恵を享受することを妨げると同時に、著作権者の著作物へのアクセスを認めることで生まれえた潜在的な知識や富の創造機会を減殺しかねない。これは、無視できるような社会的コストとは言えないだろう。张楠「网络环境下的版权合理使用：法律经济学的视角—兼评唱片公司 A&M 等诉 Napster 案」经济学季刊（2002. 4）923-936頁。

[55] R. David Kryder, et. al., The Intellectual and Technical Property Components of pro-Vitamin A Rice: A Preliminary Freedom-To-Operate Review, available at http//: www.isaaa.org/Publications/briefs/Brief/.20.htm (last visited 2008-3-11).

[56] Michael A. Heller & Rebecca S.Eisenberg, Can Patents Deter Innovation? The Annticommons in Biomedical Research, Science, 698, May 1, 1998. 本文の引用箇所は、Boyle,

の存続にとって大きな脅威や障害となるのみならず、著作権法自身の発展にとっても足枷となりかねないのである。

四．著作権法におけるパブリック・ドメインの興隆の将来像（1）—「義務的パブリック・ドメイン」への理論的視座の転換

著作権法領域の生態系を重視する多くの学者は、20世紀末頃に起きた著作権の拡張運動に対して、パブリック・ドメインの観点から著作権の問題を見直すことが重要であること、そしてまた、著作権の拡張のスピードを牽制しうるような有意義な理論構築を試みることが必要であることを認識するようになった。しかし残念ながら、多くの場合、こうした学者らの議論は、理想的な意義からはほど遠いものであった。筆者からみれば、これらの議論においては、「パブリック・ドメイン」の本質を必ずしも十分に把握できていない点が問題である。彼らは、基本的に「価値ではなく事実として」の側面に着目してパブリック・ドメインの概念を描写しているにすぎない。そのため、パブリック・ドメインと著作権との有効なバランスを取るための手段と制御装置を喪失するという事態が生じた。そしてそのことは、著作権の歯止めのない勝手気ままな拡張を許す結果を招来したのである。

1980年代以降、英米諸国の学者らは、「パブリック・ドメイン」に関する理論を構築することで著作権の拡張傾向を阻止することの重要性を認識し始めた。しかしながら、これらの学者は、パブリック・ドメインを「権利の保護期間を満了した状態」[57]、あるいは「著作権の保護が認められない素材の集合」[58]と定義するにとどまっている。いずれの定義においても、「パブリック・ドメインに対する事実の陳述にとどまり、それに対する価値判断はなされていない。」

supra note 46, at 44 の記載を参照した。

[57] Jane C. Ginsburg, "Une Chose Publique"? The author's Domain and the Public Domain in Early British, French and US Copyright Law, 65 The Cambridge Law Journal 638 (2006).

[58] James Boyle, The Opposite of Property?, 66 Law & Contemp. Probs. 5 (2003).

しかしいざ我々が前述したように、著作者は常に「パブリック・ドメイン」を侵食しながら新たな創作を行っている。「歴史分析および理論分析はともに次のことを示唆している。すなわち、知的財産について議論する場合の論理的な方法というのは、利用者（あるいは利用者を代表する国家）の側が、著作者の財産を侵害するようなあらゆる行為態様を明確に示し、擁護し、対価の支払いを行わなければならないというものではなく、むしろ著作者もしくは所有者（あるいは彼らを代表する国家）の側が、無形財と関わり合う公衆の自由を奪うようなあらゆる独占的な利用行為の態様を明確に示し、擁護しなければならないというものである。」[59] したがって、他者の自由利用のために新しい著作物を創作した著作者に、当該著作物を無条件にパブリック・ドメインに提供させることは、その著作者の創作に当たって必要な「支出」であり、公衆に対する「必然的な義務」である。

これに対して、「フェアユース」という重要なパブリック・ドメイン的メカニズムについて評価する際に説明したように、もしある著作者が創作の過程において先人の著作を利用したことにより「収益」を得たのであれば、その著作者は著作物が完成した後、他者の利用のために素材を「支出」しなければならない。フェアユースの本質は、一定の社会制度に配置された、特定の創作者と不特定の利用者との間に行われる情報資源の交換である[60]。

「パブリック・ドメイン」が「公衆」と「著作者」との間の交換であるのならば、両者には必然的に利益上の「対価」[61]関係が存在するはずである。著作者は著作権を拡張することを通じて「パブリック・ドメイン」を占拠する目的を達成する一方、彼らは「パブリック・ドメイン」の安定的な豊富化と長期的な繁栄を促進し、実現するという義務を履行するための十分な資源を有している。しかし20世紀末から、我々は「パブリック・ドメイン」という概念を発見したにもかかわらず、当該概念を適切に利用するこ

[59] Ronan Deazley, Rethinking Copyright-History, Theory, Language, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, at 160.

[60] 刘茂林『知识产权法的经济学分析』（法律出版社、1996年）129・235頁。

[61] 徐瑄「知识产权的正当性—论知识产权的对价与平衡」中国社会科学（2003. 4）149頁。

とによって著作権の拡張を防ぐことをしてこなかった。問題は、我々がパブリック・ドメインの描写において「**価値ではなく事実として**」の側面にしか着目してこなかったために、「パブリック・ドメイン」の精神の中核から離れた、あるいは反するような前提において用いるなど、当該理論が著作権の拡張を検証する力を失ってしまっている点にある。

逆に、もし我々が「パブリック・ドメイン」に内在する「著作者と公衆」間の資源の交換と対価との関係を十分に析出することができ、かつ「**義務的パブリック・ドメイン**」という理論をもって問題を解釈することができるとすれば、数多くの問題の解決が容易になるだろう。したがって、「**パブリック・ドメインが著作者の義務的な領域であるならば、公衆にとっては、それは一つの権利の領域である**」。ある学者が述べたように、「パブリック・ドメインと知的財産権とは対極的な存在であり、パブリック・ドメインが知的財産権のバランスを取っている。また、パブリック・ドメインは、著作物と知識の集合であり、知的財産法が具体的な制度を通じて有限の形式によって積極的に付与しようとする私権とは対極に位置するものである。パブリック・ドメインは、社会の公衆が享受する情報に対する権利である」[62]。

パブリック・ドメインを「**著作者の義務的な領域とパブリックの権利の領域**」と位置づけることは、確かに表現上の方向転換になるだけでなく、パブリック・ドメインに対して「合法的」な覆いをかけることが可能となり、もって著作者の著作権を拡張しようとする要求に対抗することができる。なぜなら、「もしパブリック・ドメインが公衆の権利であるとすれば、**それは一種の価値判断であり、単なる事実の記述ではない**」からである。このように解する場合には、数多くの問題について実質的な転換が生じる。例えば、「技術的保護手段」のようなパブリック・ドメインを侵食する著作権の拡張手段について言えば、もし公衆が「パブリック・ドメイン」の権利者であることについて確認をすることができなければ、著作権者は完全に次のように主張することができるだろう。すなわち、フェアユースは、他の法律に違反する場合にまで、この特権を行使する権利を利用者に与え

[62] John Frow, Public Domain and Collective Rights in Cultural Rights in Culture, 13 Intell. Prop. J. 29 (1998), at 39-40.

るものではないのであって、それは、図書館の鍵を不正にこじ開け、そこにある「フェア」な著作物を複製したり、自動販売機を破壊し新聞紙を複製して友人と共有したりするようなことを可能にするものでもない[63]。以上に対し、もし我々が、パブリック・ドメインは著作者の義務的な領域であることを確定することができれば、この問題の論理は次のように転換される。すなわち我々は、無権原者のアクセスを防止するために「デジタル著作権管理制度（DRM）」を保護する必要はない。つまり、甲という人があるドアに鍵をかけたからといって、他人が別の鍵を使ってそのドアの鍵を開けるのを禁止する権利を甲が保有することになるわけではないということである[64]。なぜなら、このドアはもともと我々の権利だからである。

したがって、「義務的パブリック・ドメイン理論」への邁進、あるいは「義務的パブリック・ドメイン」の理論自体が重要であることに疑いの余地はない。Lawrence Lessigが述べたように、「著作権は既に過分の保護を受けている。したがって、問題は著作権の『権利』という側面にあるのではなく、著作権における『義務』という側面にある。」[65] すなわち、著作権の保護を受けるあらゆる者は、財産としての著作権を、「パブリック・ドメイン」を通じて他者の正当な利用に供する義務がある。このような「パブリック・ドメイン義務論」の提出は、18世紀以来「ロマン主義」的な創作者観にみられる、著作者が万能であるという感情について徹底的に反省し、それに抵抗する際に役に立つのみならず、近代著作権法の価値構造における「著作者の権利本位の無制限な強調と、パブリック・ドメインが有する意義と役割に対する極端な無視」といった極めて「左」に偏った理論を矯正することができる。いずれも十分に重要な意義と価値を有するものである。

要するに、David Langeが述べたように、「知的財産理論を承認するかぎり、我々はその周辺にある『無主の領域』のようなものも受け入れなけれ

[63] 托马斯＝霍伦（著）刘芝秀（译）『逻辑信息论—信息法项记』周林（编）『知识产权研究（第18卷）』（知识产权出版社、2007年）46頁。

[64] Hearing on H.R. 2281 and H.R. 2280 Before the Subcomm, on Court and Intellectual Property of the House Comm., on the Judiciary 105th Cong. (1997), at 208.

[65] Lessig・前掲注51）157頁。

ばならない。」[66]「知的財産権の排他的利益を承認するのであれば、必然的にそれに含まれる対抗利益、つまりパブリック・ドメインを承認しなければならない。」[67] David Langeはさらに、パブリック・ドメインを「アラスカの脆弱な生態系」に例えて、「人類が知的財産権を発展させる前に、パブリック・ドメインの存在環境について評価することは非常に重要である」[68]とも述べている。Boyleも同様に、パブリック・ドメインを著作権の領域外にある生態系と表現している。彼によれば、「パブリック・ドメインは、社会が著作権の保護対象である私有財産に興味をもつようになる前から形成され、考慮されるべき概念である」[69]という。

「パブリック・ドメイン義務論」の提出は、確かに表現上の方向転換にすぎないのかもしれない。しかし、このような表現上の転換は非常に重要なことである。**なぜなら、それは、我々を価値判断と関係のカテゴリに対する認識体系へと導き、長い間「パブリック・ドメイン」に対する低次元の事実認識にとどまっていた状態から脱却するための糸口となるからである。**このことは、伝統的な民法学における物権の認識についても当てはまる。すなわち、「物権は単なる人と自然界の事物との間の事実的支配関係ではなく、人と人、人と社会あるいは人と国家との間の法律関係である。」[70] このような認識上の転換により、伝統的な法学の考え方にみられた「物があるが、人がいない」という問題を回避することが可能となるのである。

このような「パブリック・ドメイン義務論」を提出することの本質は、パブリック・ドメインに内在する「著作者と公衆間の資源交換」の関係を析出するところにあり、それによって、著作者が著作物の創作後、公衆が利用できる公共空間を確保するための理論的な根拠を提供するところにある。著作者自身と社会の公衆からすると、他者のためにパブリック・ドメインを確保し、それを通じて知的創作に関する「特権」を利用することは、法律上の一種の「必然的」な義務であり、しかもそれは著作者の生活において行動的な自覚に転化されるものである。逆に、著作者が当該義務的な自覚に反する場合、著作者は公衆がパブリック・ドメインを通じて情報を獲得する権利に違反することになる。この場合において、公衆は、侵食されたパブリック・ドメインの原状回復を当然に要求することができる。このようにして、一種の価値としての「義務的パブリック・ドメイン」理論は、著作者において長年みられた、「パブリック・ドメインの安定的な確保が果たす意義を無視し、自己の利益をひたすら強調するような誤った傾向」を根本的に覆すことができる。もって、著作権法は、著作者の利益を考慮に入れると同時に、他の人々にも十分な「呼吸空間」を残すことができるのである[71]。

[66] David Lange, Recognizing the Public Domain, 44 Law & Contemp. Probs. 147 (1981).

[67] *Id.* at 150.

[68] *Id.* at 176.

[69] Boyle, *supra* note 46, at 39.

[70] 尹田『物权法的方法与概念法学』http//www.gtzyzcfl.com.cn/news.asp?id=1919（2010年1月11日アクセス）。

五．著作権法におけるパブリック・ドメインの興隆の将来像（2）
―パブリック・ドメイン存続のための制度改革と展開

著作権法における「パブリック・ドメイン」の興隆の将来像について、上述した概念の再構築が必要であるほか、制度の改革と創設も行わなければならない。筆者は、以下に述べる実践が著作権法における「パブリック・ドメイン」の興隆の行方を示唆し、人類のフリー・カルチャーの形成と知的創作のための新たな道程を提供するものであると考えている。

1．クリエイティブ・コモンズによるパブリック・ドメインの興隆

「クリエイティブ・コモンズは、国家によって強制されるものではなく、著作権法上保護される権利内容の全部ないし一部を創作者または権利者が自発的に提供するものである。利用条件を設定し、契約条項を形成して、当該利用条件を承諾する不特定多数の利用者に対して著作権の利用を開放する旨の宣言を行う、新たなメカニズムである。」[72] こうした新しい動き

[71] Michael Geist（著）李静（译）『为了公共利益―加拿大版权法的未来』（知识产权出版社、2008年）319頁。

[72] 林懿萱＝庄庭瑞「现行著作权体制下的弹性授权模式：谈 Creative Commons」智慧

は、ライセンス許諾の方法を通じて「パブリック・ドメイン」を拡大することを狙いとしている。クリエイティブ・コモンズ運動が誕生した当初は、著作物の利用者に高額な著作物利用料やライセンス料の支払いを求める著作権法の枠組や、著作者に一切の権利が帰属するか（all rights reserved）、または一切帰属しないか（no rights reserved）、という二者択一的な建前を取る著作権法の構造がもたらす、著作物利用上の弊害に対処することを目標としていた[73]。その理由は、伝統的な著作権制度が知識の利用および伝播の妨げとなっており、それゆえ「創作者が巨人の肩に乗って」[74]という観念を脅かすものであったからである。こうして、一種の対抗運動としてクリエイティブ・コモンズが誕生したのである。

クリエイティブ・コモンズの基本的理念は、概ね次のようにまとめることができる。第一に、人類の創作活動は、先人の創作物に依拠し、これを利用することに依存している。第二に、著作権法は著作物の利用について新たな制限を設けており、他人の著作物を共有したり再利用したりすることの障害となっている。第三に、著作権に関わる高額な費用は、特に個人の利用者に影響を与えており、彼らが著作物の利用や再利用を行う能力に制限を課している。第四に、著作権の執行は著作物の共有と再利用を促進するような形で行われるべきである[75]。今日、クリエイティブ・コモンズ運動は、一国内での展開にとどまらず、グローバルなクリエイティブ・コモンズ運動の展開（いわゆる International Commons / iCommons）にまで急速に発展している[76]。

以上を要するに、クリエイティブ・コモンズ運動の当初の目標は、単に

財产权月刊（2006. 76期）28-45頁。

[73] 虞文祥『从著作财产权授权利用之困境探讨创作共享机制之推展』东吴法学（2006. 2）11-24頁。

[74] 欧洲专利局（著）郭民生等（译）『未来知识产权制度的愿景』（知识产权出版社、2008年）49頁。

[75] Niva Elkin-Koren, Exploring Creative Commons: A Skeptical View of a Worthy Pursuit[C].//L. Guibault and P. B. Hugenholtz (eds.), The Future of the Public Domain, Kluwer Law International., Netherlands 2006, at 326.

[76] 张永强＝康勤＝蔡东廷「从我国著作权法探讨 Creative Commons 之应用与发展」科技法律透析（2005. 5）10頁。

「パブリック・ドメイン」を形成することでもなければ、著作者が著作物の著作権を完全に放棄し、人類に共有させるための「意図的パブリック・ドメイン」を形成することとも異なる[77]。クリエイティブ・コモンズは、著作者による完全な独占を許容しない制度の構築を意図しているが、少なくとも法律学の観点からみれば、それは「私有」を基礎とする著作権制度の上に形成されたものだからである。クリエイティブ・コモンズは、自由利用の領域を作り出す制度であると同時に、著作者としては、自己の知的創造に係る排他的権利を放棄しなくて済む制度でもある。したがって、「少なくともクリエイティブ・コモンズは、パブリック・ドメインを脅かすような商品化に関する企てには反対するものである。」[78]

また、現在のところクリエイティブ・コモンズ運動は、一種の市民運動にとどまっている。しかし、その発起人の一人である Lawrence Lessig が強調しているように、クリエイティブ・コモンズは「パブリック・ドメインを通じてフリー・カルチャーを獲得することができる」という共通理念の下に展開されている。そのうえで、Lessig は真剣に次のように予言した。「この運動が世間を動かし始めたら、ワシントンにも影響を及ぼせる希望が出てくる。」[79] そのため、我々が次のことを確信するのには十分な理由がある。すなわち、市民モデル的なクリエイティブ・コモンズ運動はまだ駆け出しの段階にすぎないが、そうした運動が将来におけるパブリック・ドメインの興隆をもたらす前兆ではないと断言することなど、誰にもできないだろう。クリエイティブ・コモンズ運動は、「パブリック・ドメイン」の興隆を長期的に抑制する伝統的な著作権制度に対して独自の方法で挑戦し続けることになる。

[77] いわゆる「意図的パブリック・ドメイン」とは、著作者がその所有する著作権を放棄することを積極的に促し、人々が完全に自由に著作物を利用できるようにすることである。

[78] Sé verine Dusollier, Mapping the Public Domain in Intellectual Property: Beyond the Metaphor of a Domain, Working Paper, 28 June (2006). また、Robert Merges, A New Dynamism in the Public Domain, 71 Uni. Chi. L. Rev. 183 (2004).

[79] Lessig, *supra* note 32, at 275.

2．自由な二次創作によるパブリック・ドメインの将来像

これは、法定ライセンスのようなルールの形成を通じて、著作者の支配下にあるライセンス権を剥奪し、もって公衆が自由に原著作物を利用できる制度を形成しようとするものである。パブリック・ドメインにおける自由な二次創作が合理的であると思われる理由は、それが大幅にパブリック・ドメインに関連する思想を借りているためである。すなわち、「知的財産権はそれが存在する文化資源の周辺から生まれたものであるため、知的財産権の存在は、主に文化の発展を促進するところにある」[80]というものである。学者らが明らかにしたように、「エリザベス時代に文学創作が繁栄した主な要因は、その専有と二次創作の自由にあった。……しかし、Kaplanらによれば、その時期以降、著作権法の保護範囲の拡大がもたらされ、出版物の自由な二次創作が禁止されるようになったのである。ここで言う二次創作とは、改変、削除、翻訳および脚本化といった形式を指す」[81]。知的財産法の弁護士であるPaul Edward Gellerも同様の見解を示している。すなわち、先行作品の創作性にフリーライドをして二次創作を行う行為は、「大量の新しい著作を喚起し、これらの著作物は文化の繁栄に大いに貢献するものである。」[82] しかし、「著作権および著作者の権利範囲が大幅に拡大される場合、特に著作者が著作財産権と著作者人格権を取得し、それらの権利に基づいて、先人の著作物を利用し新たな二次創作をなそうとする人々の利用行為を禁止するような場合には、当該権利は前述したような文化の繁栄を抑制しかねないことになる。」[83] そのため、「現実には、我々は著作権の保護期間を短縮する必要があり、もって他者が創作活動に利用できる『パブリック・ドメイン』の範囲を拡大する必要がある。同様の理由に基づいて、著作者がコントロール権原をもつ『著作物の二次創作』に関

[80] Pradip N. Thomas & Jan Servaes（著）高蕊（译）『亚洲知识产权与传播』（清华大学出版社、2009年）167頁。

[81] Ronald V. Betting（著）沈国麟＝韩绍伟（译）『版权文化—知识产权的政治经济学』（清华大学出版社、2009年）100頁。

[82] Paul Edward Geller（著）李祖明（译）『版权的历史与未来：文化与版权的关系』郑成思（編）『知识产权文丛（第6卷）』（中国方正出版社、2001年）303-304頁。

[83] *Id.* at 303.

する権利も弱められるべきである。」[84]「特に新たなデジタル化社会においては、……著作者は、他人がその著作物を改変したり再構成したりすることを甘受しなければならない。このことは、建築物の建築士であっても、その建物の所有者が他人に売却しやすいように当該建築物の構造を自己の思うように改変することを禁止したりできないのと同様である。」[85]

とはいえ、パブリック・ドメインにおける自由な二次創作は、原著作者に対して精神的および財産的な損害をもたらしうる。法はいかにしてそのような問題に対処しうるのであろうか。この点、ある学者が検討しているように、もしあらゆる著作物の創作がパブリック・ドメインにある要素を引用することに依存しており、しかもそれらの要素を取り込み、変更を加えることで創作行為が成り立っているのだとすれば、「『現実には誰が語ったのか。それは本当にこの人であってほかの誰でもないのか。いかなる真正性をもって、いかなる独創をもってか。また、この人はその言説の中で自分の奥底から何を表現したというのか。』――そういった長い間蒸し返されてきた問いは、もはや聞こえてくることはないだろう。」[86] もしそうだとすれば、「あらゆる言説がそこでは、その身分規定、形態、価値のいかんを問わず、それらに対して向けられる取扱い方いかんを問わず、囁きの匿名性のうちに繰り広げられることになろう。」[87] すなわち、過去に新たな作品の創造をなした人々が、「自己の」コンテンツの命運に対する伝統的なコントロールを維持するために、先を競ってさまざまな新規立法や規則を制定するようなことを、可能なかぎり減らすことが肝要となろう[88]。例えば、著作権法は、次のようなパブリック・ドメインの開拓策によって、現存する著作物を利用して自由な文化創造を展開しようとする後行の著

[84] Neil W. Netanel, Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena, 51 Vand. L. Rev. 217 (1998).

[85] William W. Fisher（著）李旭（译）『说话算数—技术、法律及娱乐的未来』（上海三联出版社、2008年）220頁。

[86] Michel Foucalt, What's author? in Robort C. Davis & Ronald Scheifer, Contemporary Literary Criticism: Literary and Cultural Studies 274 (Longman, 1989).

[87] Lange, *supra* note 26, at 145.

[88] Negativland, Two Relationships to A Cultural Public Domain, 66 Law & Contemp. Probs. 239 (2003), at 239-242.

作者の願望を叶えることができる。つまり、著作者に著作者人格権の放棄を認めたり、著作者人格権の行使にも保護期間の制限を課したり、あるいは著作者人格権に対するフェアユースの抗弁を認めるなどの方策である[89]。他方で、著作財産権（とりわけ二次創作に対する権利）による後行著作者の過度の制約については、立法により、知的財産権の「物権主義」方式を「債権主義」方式に転換することが考えられる。すなわち、もし後行者が著作者の許諾を得ずに二次創作を行って非常に成功したような場合には、著作者の二次創作に対する権利の行使を制限し、代わりに法定利用許諾制度を新設することによって、後行者が自由に著作物を二次創作に利用することができるようにするというものである。このような制度改革を通じて初めて、著作権法は、「文化を受容する末端にいる人々の心の中における、知識の公共領域を通じた自由な文化創造と自由な知識交流を実現しようとする願望」を真に叶えることができるのである。

3．インターネット時代における黙示的許諾によるパブリック・ドメインの形成

最後は、インターネット時代における「黙示的許諾」によるパブリック・ドメインのルールの形成についてである。いわゆる黙示的許諾とは、著作物が創作され公表された場合において、著作者が事前にその著作物の無断利用を拒む旨の表示をしていなかったり、著作者が合理的な公の催告を受けたにもかかわらず、著作物の利用を拒む旨を明示しなかったりしたような場合に、当該著作者が他者の利用を黙示的に許諾したものとみなす、というものである。但し、その代償として、利用者は著作者に対して報酬を支払わなければならない旨の制度を設けることができる。インターネット環境において、黙示的許諾のようなパブリック・ドメインのシステムが必要とされる理由は、「もしインターネットが一つの共有の資源であるとすれば、それは無限の発展が得られなければならない」[90]からである。しかし、

[89] これに関連する議論について以下のものを参照。郑成思（编）『知识产权—应用法学与基本理论』（人民出版社、2005年）355-387頁、雷云『作者精神权利的保护应有时间限制』载法学（2008.1）102頁等。

[90] Robert Logan & Louis Stokes（著）陈小全（译）『合作竞争—如何在知识经济环境中催生利润』（华夏出版社、2005年）24頁。

我々が伝統的な著作権法の許諾方式にしたがって、インターネット・プロバイダに対し、著作物の利用に際して著作者に通知する義務を課すならば、大量の著作物の利用許諾に要する時間と労力のコストにより、インターネット・プロバイダが人類の知識伝播のための有効手段として機能することは困難となるだろう。もし本当にそうであるとすれば、「アメリカの法は、それまで一度も手を出したことのないような文化と創造性を大量に、そのコントロールの範疇に引き込もうとするほど拡大している」ことになろう[91]。逆に、もしインターネット環境において、黙示的許諾のようなパブリック・ドメインを形成することができるならば[92]、それは「ますます知的財産権の保護で満たされている私有空間の中で、僅かながらも『公衆の緑地』を開拓することにつながり、……創作活動により広大な空間を提供し、権利者の独占的な地位を動揺させ、もって知的財産権制度にさらなる適応能

[91] Lessig, *supra* note 32, at 8.

[92] 黙示的許諾制度は、現行著作権制度においてまだ先例がない。例えば、新聞紙間の転載制度について定めた中国著作権法33条は、次のように規定している。「著作物が掲載された後、著作権者が転載または編集をしてはならない旨を表明している場合を除き、他の新聞・刊行物はこれを転載またはダイジェスト、もしくは資料として掲載することができる。但し、規定に基づき著作権者に報酬を支払わなければならない。」このほか、中国著作権法23条によれば、「９年義務教育制度および国の教育計画を実施するために編纂出版される教科書には、著作者が事前に使用を許諾しない旨を表明した場合を除き、著作者の許諾を得ることなく、当該教科書の中で既に公表された著作物の一部または短編著作物、音楽著作物、または一枚ものの美術著作物、撮影著作物を編集することができる。但し、規定に基づき報酬を支払わなければならず、著作者の氏名・著作物の名称を明記しなければならない。併せて著作権者が本法により享有するその他の権利を侵害してはならない。」これも一つの例となる。但し、これらの制度は、伝統的な著作権法理論においてはすべて法定許諾とされているが、その本質は黙示的許諾である。黙示的許諾と法定許諾との主な相違は、黙示的許諾は推定許諾であり、著作者は事前に留保を付したり、事後的に著作物の利用を拒絶したりすることができるのに対し、法定許諾は法律上の明確な制限であり、著作者は著作物の利用について何らの留保を付したり拒絶をしたりすることができない点にある。

力を備えさせる」ことになるだろう[93]。

要するに、インターネットは、人類の知識伝播のための有効な手段なのであって、公衆が著作者の成果物を窃取するためのツールとみなされるべきではなく、我々の法律も、「著作権ビジネスが公衆の文化産物の獲得をコントロールするための手段となってはならない。」[94] もし我々が、「大衆の啓蒙を高めることが我々の目標であるとすれば、全面的に私有化された知的財産の『価値』は、制約のより緩やかな知的環境における人類の知力の拡大がもたらす文化的価値を上回るものではない」[95]と認めるならば、人類がインターネット社会における無限の繁栄および興隆を促進するという目標を達成するために、著作者による著作権の許諾権の行使を制限するようなパブリック・ドメイン・メカニズムを形成することが全くもって必要となるのである。

六. 結　語

以上は、著作権法におけるパブリック・ドメインの衰退と興隆についての検討であった。概して、我々は知識の保存に頼って人類の発展を実現できる道程を選択してきたと言える。すなわち「著作権は、公衆に恩恵を与えることができて初めて正当なものと言える」[96]こと、また、「団体であれ、共同体であれ、個人であれ、あらゆる人が自分にとって自由な文化創造をなす権利を有している……いかなる秀才であっても文化の生産、分配と伝播を独占できない」[97]等について認めることができて初めて、著作権法は「知識の獲得を阻害するものではなく奨励するものである」という真の目的を実現することができる。これに対し、パブリック・ドメインのような

[93] 张平「论网络环境下著作权许可模式的变革」http://www.fengxiaoqingip.com/ipluntan/lwxd-zz/20090307/3814.html (2012年1月20日アクセス)。

[94] Edward Samules, The Public Domain Revisited, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 393 (2002).

[95] Negativland, *supra* note 88, at 262.

[96] Elkin-Koren, *supra* note 75, at 340.

[97] Betting・前掲注81) 228頁。

「人類の創作材料の相互交換を提供するのに適当な場」も永遠に興隆し続けることになろう！

[訳者付記]

本稿の翻訳は、明治大学文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年度～平成27年度）「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」の成果の一部である。