

博士論文2021年度

デジタルアーカイブにおける
著作権の権利制限：「ユーザの権利」論序説

慶應義塾大学大学院政策・メディア研究科

氏名 栗原 佑介

主 論 文 要 旨

No.1

報告番号	甲 乙 第	号	氏 名	栗原 佑介
主論文題目：				
デジタルアーカイブにおける著作権の権利制限：「ユーザの権利」論序説				
(内容の要旨)				
<p>文化資源のデジタルアーカイブ（以下「DA」という。）政策が、国内外で進められている。DAは、文化資源へのアクセスにおける地理的、時間的制約を緩和する点で有用で、コロナ禍における博物館等の閉鎖・入館制限等によって、ニーズはより顕在化した。</p> <p>しかし、DAの実施では、著作権を中心とする関係者の権利保護が制約となる場合がある。その解決を試みる立法政策として、著作権を制限する規定による対応もみられる。</p> <p>もっとも、このような文化政策としてのDAは、文化を享受する国民・市民を中心に据えて展開されるべきである。そのために、本研究では、文化政策としてのDAが、国民・市民の主体的な権利行使として再構成できないか検証する。</p> <p>本研究は、全4部から構成され、その内容は次のとおりである。</p> <p>第I部では、文化資源及びDAの意義を明らかにし、DAの国内外の政策動向を概観する。</p> <p>第II部では、著作権法等の改正により徐々に権利制限の範囲が拡大するわが国の現状と、文化資源の保護との関係でなお残る課題を明らかにする。また、データ流通のためのメタデータや学術情報については、権利者が著作物としての保護よりも幅広い流通やアクセスを望む場合もあることを取り上げた。</p> <p>第III部では、DAの利益を享受する主体の権利として、著作物の「ユーザの権利」に焦点を当てる。諸外国の知的財産法制や裁判例による権利制限、パブリックドメインの設計を分析し、文化資源に対するアクセスを法的に保障すべき局面を横断的に展望する。そして、従来は「権利の空白」とされてきた領域について、「ユーザの権利」の表徴として再評価を試みる。</p> <p>第IV部では、以上の検討から得られた示唆を明らかにする。その示唆は、要旨以下のとおりである。</p> <p>第一に、ユーザの権利は、①消費者保護における消費者の権利、②憲法上の権利としての著作物利用権、③集団的利益からの権利化への正当化、という3つの根拠から正当化される。そして、デジタルアーカイブ権については、目的に応じて根拠は異なるが、②及び③によって肯定される。</p>				

第二に、デジタルアーカイブ権の具体的な権利行使として、抗弁として機能する可能性は保障されるべきである。具体的な場面として、①ユーザによる保存目的のデジタル（ダーク）アーカイブ、②ユーザによる孤児著作物の利用が挙げられる。これらのケースにおいては、いずれも著作権者によるユーザに対する権利行使が、権利濫用（民法 1 条 3 項）の抗弁として制限される場合を想定することができる。

キーワード：著作権，ユーザの権利，デジタルアーカイブ，パブリックドメイン

Thesis Abstract

guaranteed. As specific situations, (1) digital (dark) archives for preservation purposes by users and (2) use of orphan works by users can be mentioned. In any of these cases, it may be assumed that the copyright holder's exercise of rights against the user is restricted as a defense of abuse of rights (Article 1(3) of the Civil Code of Japan).

Keywords: copyright, user's right, digital archives, public domain

目次

凡 例	vi
第 I 部：デジタルアーカイブ戦略の現状と法制度.....	1
序 章 本研究の問題意識と所在	1
第 1 節 はじめに	1
第 2 節 デジタルアーカイブの定義.....	5
第 3 節 文化資源の意義と対象	10
第 4 節 小括－文化資源のデジタルアーカイブ.....	11
第 1 章 諸外国のデジタルアーカイブ政策動向	12
第 1 節 国家を超えた取組み	12
第 2 節 各国の取組.....	23
第 2 章 わが国のデジタルアーカイブ政策動向	34
第 1 節 政策動向前のわが国での取組み.....	34
第 2 節 政策動向	34
第 II 部 デジタルアーカイブ政策を支える法的基盤.....	54
第 3 章 著作権の権利制限規定の設計の在り方	54

第1節	はじめに	54
第2節	文化資源保護法制の概要.....	55
第3節	文化資源保護・調整機能としての著作権法	62
第4節	デジタルアーカイブと著作権法の権利制限	74
第5節	文化政策目的の包括的権利制限の可能性	85
第6節	むすびにかえて	92
第4章	アーカイブ機関における権利制限規定の活用.....	94
第1節	はじめに	94
第2節	MLA の各設置根拠, 権限.....	95
第3節	MLA 連携の具体的内容と課題	101
第4節	MLA と著作権法	103
第5節	著作権ライセンスとデジタルアーカイブ	109
第6節	デジタルコンテンツの保護—技術的保護手段.....	115
第7節	MLA 連携における著作権法上の課題	122
第8節	結語.....	128

第5章 著作権以外の「権利の壁」の制限可能性－肖像権を例に	131
第1節 コロナ禍とデジタルアーカイブ	131
第2節 肖像権という「権利の壁」	132
第3節 「肖像権」とは何か	133
第4節 デジタルアーカイブ学会「肖像権ガイドライン」の概要	134
第5節 企業におけるガイドラインの活用可能性	137
第6節 小括	139
第6章 データの共有基盤と著作権法制	141
第1節 学術情報流通におけるオープンアクセス	141
第2節 メタデータの知的財産法による保護と制限	156
第Ⅲ部：ユーザの権利の理論的基礎	169
第7章 著作権法におけるユーザとしての障害者の権利	169
第1節 はじめに	169
第2節 「障害」、「障害者」及び情報アクセシビリティの意義	171
第3節 障害をめぐる法制度の概観	173

第4節	障害者の情報アクセシビリティと著作権	177
第5節	文化政策における情報アクセシビリティと著作権	183
第6節	情報アクセシビリティの確保—ソーシャルインクルージョンの観点から	185
第7節	小括—著作権法と情報アクセシビリティの未来	190
第8章	知的財産制度とユーザの権利	193
第1節	知的財産制度の対抗利益	193
第2節	ユーザの権利と文化権	194
第3節	知的財産法の権利制限規定とユーザの権利	202
第9章	自由利用を可能にするパブリックドメインの意義と範囲	241
第1節	知的財産権のパブリックドメインに至るまでの課題	241
第2節	パブリックドメインの意義と価値	268
第3節	パブリックドメイン化した知的財産の共用モデルの検討	291
第IV部	：デジタルアーカイブ権の確立に向けて	300
終章	デジタルアーカイブ権の確立に向けて	300
第1節	デジタルアーカイブ権の正当性と展開	300

第2節 本研究の限界と今後の課題.....	304
第3節 最後に.....	306
付録・謝辞.....	308
第1 付録－参考文献.....	308
1. 邦語文献.....	308
2. 海外文献.....	335
第2 謝辞.....	342
第3 初出一覧.....	342

凡 例

第1 略称について

以下の文献（右欄）につき，略語（左欄）を用いる。

1. 書籍

- 池村・著作権法：池村聡『著作権法コンメンタール別冊平成 21 年改正解説』（勁草書房，2010）
- 池村＝壹貫田・著作権法：池村聡＝壹貫田剛『著作権法コンメンタール別冊平成 24 年改正解説』（勁草書房，2013）
- 岡村・著作権法：岡村久道『著作権法』（民事法研究会，第 5 版，2020）
- 小倉＝金井コンメ I～III：小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタール I～III』（第一法規，改訂版，2020）
- 加戸・逐条講義：加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター，七訂新版，2021）
- 川島ほか・合理的配慮：川島聡＝飯野由里子＝西倉実季＝星加良司編『合理的配慮』（有斐閣，2016）
- 経産省・不競法：経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法』（商事法務，第 2 版，2019）
- 小泉ほか・はばたき：小泉直樹＝田村善之編『中山信弘先生古稀記念論文集はばたき—21 世紀の知的財産法』（弘文堂，2015）
- 小林・文化権：小林真理『文化権の確立に向けて文化振興法の国際比較と日本の現実』（勁草書房，2004）
- 小林ほか・文化政策：小林真理＝小島立＝土屋正臣＝中村美帆『法から学ぶ文化政策』（有斐閣，2021）
- 斉藤・著作権法：斉藤博『著作権法』（有斐閣，第 3 版，2007）
- 斉藤・概論：斉藤博『著作権法概論』（勁草書房，2014）
- 作花・詳解：作花文雄『詳解 著作権法』（ぎょうせい，第 5 版，2018）
- 潮海・職務著作：潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会，2005）
- 渋谷・著作権法：渋谷達紀『著作権法』（中央経済社，2013）
- 高倉・国際政策：高倉成男『知的財産法制と国際政策』（有斐閣，2001）
- 高林・著作権法：高林龍『標準著作権法』（有斐閣，第 4 版，2019）p.182
- 田村・著作権法：田村善之『著作権法概説』（有斐閣，第 2 版，2001）

- 田村ほか・フロンティア1：田村善之＝山根崇邦『知財のフロンティア第1巻 学際的研究の現在と未来』（勁草書房，2021）
- 田村ほか・フロンティア2：田村善之＝山根崇邦『知財のフロンティア第2巻 学際的研究の現在と未来』（勁草書房，2021）
- 同志社・挑戦：同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（弘文堂，2013）
- 同志社・挑戦II：同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦II』（弘文堂，2020）
- 特許庁・逐条解説：特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説』（発明推進協会，第21版，2020）
- 中村・文化権：中村美帆『文化的に生きる権利－文化政策研究からみた憲法第二十五条の可能性』（春風社，2021）
- 中山・著作権法：中山信弘『著作権法』（有斐閣，第3版，2020）
- 中山ほか・しなやか：中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けてコンテンツと著作権法の役割』（信山社，2017）
- 根木・文化行政法：根木昭『文化行政法の展開』（水曜社，2005）
- 半田・著作権法：半田正夫『著作権法概説』（法学書院，第16版，2015）
- 水谷・MLA：水谷長志編『MLA 連携の現状・課題・将来』（勉誠出版，2010）
- 山口・情報法：山口いつ子『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』（東京大学出版会，2010）
- 山田・コモンズ：山田奨治編『コモンズと文化－文化は誰のものか』（東京堂出版，2010）
- 山田・人権：山田奨治『人権とコモンズ 著作権は文化を発展させるのか』（人文書院，2021）
- 吉藤・特許法：吉藤幸朔（熊谷健一補訂）『特許法概説』（有斐閣，第13版，2001）
- スロスビー・文化政策：ディヴィット・スロスビー（後藤和子＝阪本崇監訳）『文化政策の経済学』（ミネルヴァ書房，2014）

2. 法学系雑誌の名称

日本評論社ウェブサイトにて、公表している「文献略語表 2020」

(<https://www.nippyo.co.jp/blogjihou/bunryaku/>) に従い略することがある。

3. 判例集の引用

判例集の引用については、法学論文の慣例に倣い、冒頭の頁のみ示し、「○頁」とする。

第2 法令名

以下の法令名は略称を用いる。

行政機関の保有する情報の公開に関する法律（平成十一年法律第四十二号）：情報公開法

個人情報の保護に関する法律（平成十五年法律第五十七号）：個人情報保護法

第3 ウェブサイトの URL

本論文に記載したウェブサイトの URL は、2021 年 12 月 31 日に確認済みである。ただし、それ以降に情報を追加した場合は、その日による。

以 上

第1部：デジタルアーカイブ戦略の現状と法制度

序章 本研究の問題意識と所在

第1節 はじめに

1. 本研究の問題意識

本研究の目的は、諸外国の文化政策・知的財産政策におけるデジタルアーカイブの法的意義、位置づけを明確化し、デジタルアーカイブ権の確立を目指すことにある。

その動機、つまり本研究を一貫する問題意識は、文化資源（意義は後述する）へのアクセスが実効的に担保されなければならないとする考えに起因する。しかし、現状は、日本を例にしても、国の博物館、文書館は東京都など都市部に偏在し、地方の博物館、図書館は政令指定都市に存在する。これは世界でも一般的には同様であり、有体物の文化資源は当然に、文化資源が偏在しなくとも、特定の文化資源にアクセスするためには、物理的に移動することが必須である。

ここに、デジタルアーカイブに注目する理由がある。本来、アーカイブは、文化財保存科学に関する知見に基づく、保存のための修復方法、解析手段など技術的側面が欠かせないが、これらは主に有体物を対象としている。これに対し、本研究は、地理的、時間的制約を超えて、文化資源を継承するための手段であるデジタルアーカイブに着目する。デジタルアーカイブは、上記の有体物の文化資源への一定のアクセスを可能にし、文化資源のオリジナルが何らかの原因で消滅した場合にも、時間を超越し得る効果を持つ。

また、博物館展示論の観点からも、オリジナルの保存と展示の両立は重要な課題である。展示は劣化を加速させることがあるからである。そのため、屋外の常時展示されている彫刻などを除けば、常時展示されていることは珍しく¹、劣化が著しい場合は、リマスターアート（高解像度の画像処理技術などを駆使し、絵画作品を余すことなく記録し、再現し、伝達する多目的画像運用技術を用いて制作されたレプリカ²）をもとに展示されることもある。例えば、アメリカのメトロポリタン美術館は、2017年2月に37万点以上のパブリックドメイン作品をデジタル化し、公開したが、このデータもレプリカである。

これは、2020年に起きた世界的なパンデミックである新型コロナウイルスによる博物館

¹ 例えば、東京国立博物館では、浮世絵版画や絵画は1年の内4週間以内、書跡、歴史資料、染織は8週間以内、油彩画は3か月以内などと決められている。

(https://www.tnm.jp/modules/r_free_page/index.php?id=132)

² テレコミュニケーション編集部編、NTT 東日本経営企画部営業戦略推進室・NTT ArtTechnology 監修『地域活性化へ文化芸術のデジタル活用 ICT が実現するアート／文化財の継承と新しい鑑賞のかたち』（リックテレコム、2020）p.27

の閉鎖、重要な文化財の自然災害による損壊、テロによる破壊活動を目前にし、より顕著になったといえる。

この問題意識は、必ずしも独善的ではない。その証左に、デジタルアーカイブ促進のために著作権を中心とする法改正が行われ、多少の改善を見せつつある。特に、最近では、令和3年著作権法改正がある。これにより、一定条件での図書館資料のデジタル配信は、パンデミックによりその議論が加速した成果として実現したといえるが、上記の問題意識との関係では、地理的制限の解消の1つに過ぎない。また、2020年10月25日、地方創生政策における政府関係機関の地方移転の一環として、東京国立近代美術館工芸館が石川県金沢市に移転し、2021年4月1日からは、「国立工芸館」となった。このような動きは文化資源の偏在という観点からは改善がある。

2. 理論的検討の方向性

上記の問題意識の向かう先には、著作権を中心とする権利処理の壁が存在する。

しかし、この「壁」は、れっきとした権利として存在するため、権利を「壁」と認識すること自体の当否、正当性から検討されなければならない。つまり、権利に対抗し得るだけの、上記の問題を解決するデジタルアーカイブの法的意義が問われなければならない。

次に、その法的意義があるとしても、デジタルアーカイブは、国民（市民）が文化的利益を享受する（この利益の享受主体を一律「ユーザ」と表現する。）権利として保障されるのだろうか。

また、ボトムアップ型あるいは草の根型のアーカイブに関して、どのように対応できるのか、これを考えるためにも、デジタルアーカイブの法的意義を検討することは有用と思われる。

デジタルアーカイブの文脈の中で、これまで文化財保護法が検討対象とされたことは管見の限り見当たらず、また、文化政策の観点からデジタルアーカイブが目的とする文化資源の時代や場所を超えた伝承のための一連の法制度の検討は不十分である。また、これまで、知的財産法学は、知的財産権の意義、範囲について明らかにすることが中心であり、その不保護の領域であるパブリックドメインや知的財産権に対抗する法的利益・権利に関しては、長い間、十分な配慮を欠いていたといえる。しかし、近年、パブリックドメインに着目する研究が著作権保護期間延長の観点から世界中で起き、対抗する法的利益・権利の関係では、権利制限規定との関係で、その正当化根拠として、原理的な探求が始まっている。

本研究は、それらの先行研究の整理・分析を行い、法解釈や立法論によって、いかにしてパブリックドメインの保全や豊富化、あるいは（文化資源を享受する立場としての）ユーザ側の法的利益・権利が認められるのか、認められるとして、具体的には何ができるの

か明らかにする。

3. 本論の構成

そこで、本研究では、以下の順によって検討される。

まずは、ユーザの権利を実効的に保障するために、その整備が必要な範囲を画定する必要がある。そのため、「デジタル」「アーカイブ」「デジタルアーカイブ」の意義について、概説する。本研究は、デジタルアーカイブを知的財産法（あるいは情報法³）と文化政策を横断的に検討する学際的研究であり、文化資源のアクセスの確保に資する手段として位置づけ、第Ⅰ部では、国内外のデジタルアーカイブ政策の概略を取り上げる。

次に、第Ⅱ部では、デジタルアーカイブ政策における法的基盤を明らかにする。その視点は次の4つである。

第1は、著作権法における権利制限規定の機能の分析である。特に、権利制限規定がもたらす文化資源保護機能に着目する。知的財産法の対抗価値として評価できるためには、そもそも比較衡量可能な利益であることを前提とするからである（第3章）。

第2は、その権利制限規定は、アーカイブ機関が行うデジタルアーカイブにどのような影響をもたらしているのか、組織が実践する中での問題を分析する（第4章）。

第3は、著作権以外の「権利の壁」として、肖像権を対象に、最近の実践的な取り組みを取り上げ、分析する（第5章）。

第4は、デジタルアーカイブの特徴であるデータの連携に必要な法的基盤として、研究データの共有（データポリシー）や、学術情報流通におけるオープンアクセスの状況と展望を取り上げる（第6章）。

さらに、第Ⅲ部では、知的財産を利活用するユーザの権利の理論的検討を行う。

まず、著作権法とユーザの権利の関係である。わが国は、知的財産基本法に基づく「知的財産立国」や2017年6月に施行された「文化芸術基本法」に基づき、「文化芸術立国」の実現に向けた様々な施策を進めている。デジタル・ネットワーク社会の進展等による著作物等の創作・流通・利用を巡る環境の急激な変化に対応するため、著作権に関する多様な課題の検討を行っているが、デジタルアーカイブの促進と著作権制度の関係は、その1つである。

まず、本研究では、前述のとおり、ユーザの権利とパブリックドメインの法的意義に着

³一義的ではないが「情報の生産・流通・消費に関する法」をいう（曾我部真裕＝林秀弥＝栗田昌裕『情報法概説』（弘文堂、第2版、2019）p.6[曾我部]）。情報法が、情報のライフサイクル全体を補足する概念であることからすれば、デジタルアーカイブはその収集から公開まで含む概念であり、情報法と親和性がある。しかし、本論では、その外延が不明確であること、本研究の分析方法は民法、知的財産法を中心に行っていることから、この用語は用いないこととする。

目する。先行研究では、障害者（用語法については該当箇所の説明する。）著作物利用の正当化根拠をユーザの権利と捉える見解があることから、かかる議論状況とそれによって得られる可能性（障害者を対象とした包括的権利制限規定の可能性）について検討し、そのうえで、さらなる一般化を試み、著作権制度におけるユーザの権利の状況と可能性と検討する（第7章）。

次に、ユーザの権利を基礎づける、複数のアプローチを検証する（第8章）。

もっとも、本研究では、デジタルアーカイブの性質を踏まえ、文化権としての著作物利用権に着目して、ユーザの権利を検討している。EUでは、2013年にPSI指令改正（その後、2019年にオープンデータ指令に全面改正）により、これまで政府保有の統計情報などを対象とした公開の義務付けに加え、図書館を含む研究教育機関、文化的施設（美術館、オペラ、劇場など）も公開対象に含めている。さらに、DSM著作権指令6条では、文化遺産の（デジタルを含む）保存のために必要な複製を認めるため、情報社会指令等の例外規定を設けることを義務付ける。そこで、諸外国デジタルアーカイブの法的価値をどう位置付けているのか。特に、わが国では、「文化権」という概念があることから、デジタルアーカイブとの関係を明らかにする。

最後に、知的財産権の存続期間の満了後のパブリックドメイン（コモンズ）の位置づけである（第9章）。ここまでの本研究では、利用主体に着目していたが、ユーザの権利を保障の程度や範囲は、対象の範囲画定によっても左右される。そこで、パブリックドメイン範囲画定に関する検討を行う。知的財産権は、存続期間満了後は誰でも使用できると言われている（パブリックドメイン）。これは、天然資源でいえば、コモンズである。しかし、知的財産の場合「共有地の悲劇」が無体物ゆえに当然に有体物と同様に発生するとは限らず、独自の規律が有用である。

しかし、まず、そもそもの問題として、コモンズ論が前提としていた自明の「コモンズ」の範囲が、無体物を保護対象とする知的財産の場合、不明確である。そのため、パブリックドメインの意義やパブリックドメインの範囲、特に、期間満了となり、パブリックドメイン化される経時的過程における法的分析を行う。

次に、パブリックドメインの法的意義について検討する。従前の知的財産法学からすれば、単に知的財産権で保護されない領域として消極的に捕捉されるに留まっていた。しかし、近年それを見直す見解も出てきており、パブリックドメインの法的意義を検討したうえで、それによってもたらされる利益を検証する。

さらに、パブリックドメインの範囲を画定したうえで、コモンズ論（共的資源の利用・管理についての研究）の応用として、文化コモンズ（文化に関わる私的所有でない事物、及びその所有・管理・用益の在り方）を検討する必要がある。その特性から天然資源と異なるからである。つまり、デジタルアーカイブが共有地全体に利益をもたらすのであれば、

デジタルアーカイブという手段は、それを担保するものとして正当化される可能性があるからである。他方で、その利用関係について、明確にする必要があるが、パブリックドメインは、知的財産権の保護の対象外の領域とされていたため、これまで、法制度としては沈黙しているといえる。そのため、デジタルアーカイブの権利（あるいはその制限）が、コモンズの観点から正当化できないか、検証する。

第IV部では、第I部で述べたファクトとしての政策動向と、第II部における理論的検討、第III部における文化政策としてのユーザの権利範囲、パブリックドメインの範囲を踏まえ、デジタルアーカイブの正当化根拠を検討し、文化資源をデジタルアーカイブ化する権利の正当化される法的根拠について検討する。

第2節 デジタルアーカイブの定義⁴

1. デジタルアーカイブという用語の沿革

本節では、議論の前提に必要な範囲でデジタルアーカイブの定義を概観する⁵。

わが国において、「デジタルアーカイブ」の用語は日本由来の和製英語といわれている（もっとも、現在では“Digital archives”の用語は海外でも普及しつつある。）。その定義や意義は、論者によって異なるが、政府系文書では従前からいくつか言及されている。

2001年のe-Japan重点計画では、「アーカイブ（archive）」は文書や記録の集積を意味し、デジタル技術により、様々な資源を、文字、映像、音声等により記録集積し、インターネット等で配信したり検索し再活用したりすることを可能としたもの⁶としている。

2012年の総務省の有識者会議の提言では、「何らかの方針に基づいて、デジタルコンテンツを選択、収集、組織化、蓄積し、長期間にわたって保存、提供するサービス」とし、そのコンテンツの対象や行為（選択から収集、保存、組織化、その後の提供まで）を広範に捉えていた⁷。その後の2017年4月に公表した「我が国におけるデジタルアーカイブ推

⁴ 本節は古賀崇「「デジタル・アーカイブ」の多様化をめぐる動向－日本と海外の概念を比較して－」アート・ドキュメンテーション研究 No.24（2017）pp.70-84を参照し、私の分析に基づき情報をアップデートしている。

⁵ したがって、重要な点であるが、従前のアーカイブズ学が対象としている「アーカイブズ」と「デジタルアーカイブ」の違いについては、検討しない。例えば、森本祥子教授は、「デジタルアーカイブ」はデジタル情報を扱うことに意識が集中し、「アーカイブ」は単に情報の置き場所とシンプルに捉えているという（森本祥子「(コメント3) 伝統的アーカイブズとデジタルアーカイブ発展的議論を進めるために」アーカイブズ学研究 15 巻（2011）p.55）。

⁶ 「e-Japan 重点計画－高度情報通信ネットワーク社会の形成に関する重点計画－（平成13年3月29日IT戦略本部）」（<https://www.kantei.go.jp/jp/it/network/dai3/3siryou43.html>）

⁷ 総務省・知のデジタルアーカイブに関する研究会「知のデジタルアーカイブ－社会の知識インフラの拡充に向けて－提言（2012年3月30日）」p.8（https://www.soumu.go.jp/main_content/000156248.pdf）

進の方向性」では、定義はないものの、「未来の利用者に対して、過去及び現在の社会的・学術的・文化的資産がどういったものかを示す、永く継承されるべき遺産であるとともに、その国・地域の社会・学術・文化の保存・継承や外部への発信のための基盤となるもの」とし、収集対象のコンテンツを広く捉える。また、「発信のための基盤」として、その後の提供も含めた一連の行為を念頭に置いている⁸。

また、デジタルアーカイブを、「文化資源をデジタル形式で記録し、その情報を整理してデータベース化の上で保存し、インターネット等を通じて利用できるように情報を発信するもの」と定義⁹する者もいる。これらの最大公約数を取ると、(デジタル化されているか問わず)文化資源を対象に、これをデジタル形式で収集、保存、組織化し、公開・提供行為まで含む一連の行為を指すといえる。

反対に言えば、その具体的な内容を一切捨象しているが、海外においては、私の理解では、デジタルアーカイブの用語は、概ね下表にある5つの用語があり、定義が若干異なる。

表1：デジタルアーカイブ関連用語と定義の一例

用語	定義	出典
Digital heritage	文化、教育、学術、行政に関する情報だけでなく、技術、法律、医学の分野などでデジタル形式により作成された様々の情報、又は既存のアナログよりデジタル方式に転換されたものを包含する ¹⁰ 。	デジタル遺産保存に関する憲章（2003年）1条 ¹¹
Digital Collection	それ自体の発見・アクセス・利用を促進すべく選択され組織化されたデジタル資料（object）から構成されるもの ¹²	デジタルコレクションのためのフレーム

⁸ デジタルアーカイブの連携に関する関係省庁等連絡会・実務者協議会（事務局：内閣府知的財産戦略推進事務局）「我が国におけるデジタルアーカイブ推進の方向性（平成29年4月）」

(https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_kyougikai/houkokusho.pdf)

⁹ 松永しのぶ「デジタル化時代における文化政策」小林真理編『文化政策の現在3 文化政策の展望』（東京大学出版会、2018）p.245

¹⁰ 松村多美子「デジタル資料保存の国際的イニシアチブーユネスコのデジタル遺産保存憲章ー」情報管理47巻7号（2004）pp.473-475 掲載の仮訳参照。

¹¹ UNESCO, Charter on the Preservation of the Digital Heritage

(<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000131178>)

¹² 邦訳は古賀・前掲「「デジタル・アーカイブ」の多様化をめぐる動向ー日本と海外の概念を比較してー」p.75 によった。

		ワーク第3版 ¹³
Digital library	主に学習や研究のために使用される資料 (object) (デジタル, 物理的, または抽象的なオブジェクト) のコレクションを情報基盤とする情報システム ¹⁴	電子図書館イニシアチブ (DLI ¹⁵)
Digital preservation	時間の経過とともにデジタルコンテンツへのアクセスを保証するポリシー, 戦略, 行動の組み合わせ (最も短い定義)	アメリカ図書館協会 (ALA) ¹⁶
Digital archives	①ポーンデジタルの記録 (records) の集積 ②デジタル化された資料の集積 (コレクション) に対してアクセスを提供するウェブサイト ③ある事柄についての, さまざまな種類のデジタル化情報を扱うウェブサイト (例: テキスト情報と画像資料が混在したもの) ④ウェブ上の「参加型」コレクション (利用者からの資料提供に依拠するもの) ¹⁷	Encyclopedia of Archival Science ¹⁸

上記の表の若干補足をする。まず, “Digital Collection”は, 用語としては一般化されているが, 一例として, 米国情報標準化機構 (NISO), 博物館・図書館情報サービス機構 (IMLS) による定義を取り上げる。NISO と IMLS のフレームワークでは, デジタルコレクションを構築し, 管理・保存する際の原則を構成するフレームワークとされる。ただし, 2007年12月の第3版より更新されていない。また, 図書館に限られず, 博物館や文書館

¹³ NISO, IMLS, A Framework of Guidance for Building Good Digital Collections 3rd edition December 2007 (<http://www.niso.org/sites/default/files/2017-08/framework3.pdf>)

¹⁴ DELOS/NSF Working Group on “Reference Model for Digital Libraries: Actors and Roles” Final Report (23 July 2003) (https://web.archive.org/web/20090114023211/http://www.dli2.nsf.gov/internationalprojects/working_group_reports/actors_final_report.pdf)

¹⁵ <https://web.archive.org/web/20180403103609/http://www.asis.org/Bulletin/Oct-99/fox.html>

¹⁶ Definitions of Digital Preservation (<https://www.ala.org/alcts/resources/preserv/defdigpres0408>)

¹⁷ Duranti, Luciana, Patricia C. Franks (eds.) Encyclopedia of Archival Science. Lanham, Rowman & Littlefield, (2015) at 159.なお, 邦訳は古賀・前掲「「デジタル・アーカイブ」の多様化をめぐる動向ー日本と海外の概念を比較してー」p.73によった。

¹⁸ *Id.* at 157-60.

にも適用可能とする¹⁹。そして、ここでのデジタル化された図書館資料は、①ボーンデジタル資料、②デジタルフォーマット化した資料、③ウェブ情報に大別できる、とされている²⁰。

また、“Digital Library”は、“E-Library”とも呼ばれる。この場合、主目的として学習や研究の機能に着目し、物理的な意味での「館」は意味を持たない。ただし、この部分に機関の意味を持たせ、制度と捉える見解もある²¹。もっとも、電子図書館イニシアチブ（DLI）は、図書館サービスに注目している。この意味では、情報科学技術協会がDLIにおいて、1994年から1999年において、NSF、DARPA、NASAによって実施された際に用いられた²²。

次に、“Digital preservation”は、世界最大規模の図書館（教育）振興団体である、アメリカ図書館協会が2007年6月24日のWashington, D.C.での年次総会において公表された定義である。最も短いものから、詳細な定義まで3つある（上記の表は最短の定義である。）。

中間的長さの定義は、ポリシー、戦略、行動を組合せ、メディアの障害や技術変化にかかわらず再フォーマットされたコンテンツや、ボーンデジタルへのアクセスを保証することをいう。デジタル保存の目標は、認証されたコンテンツを長期にわたって正確にレンダリング²³することをいう。

また、長い定義では、短い定義における用語（ポリシー、戦略、行動など）を詳細に述べている。具体的には、コンテンツの体系化、構造化、再フォーマット化といった、公表を目的としている内容も含むが、文字どおり、飽くまで「保存」に注目し、そのベストプラクティスの確立を志向しているといえる。

最後に、“Digital archives”については、Encyclopedia of Archival Scienceに5頁にわたり記載があり（なお、次の項目が“Digital preservation”である）、結論としてまとめているのが、上記の定義であるが、アーカイブ関係の専門職は①ボーンデジタルの集積としか捉えないが、一般の人々にとっては、②～④も含むものと理解されていると指摘する²⁴。

¹⁹ NISO, IMLS *supra* note 13, at ii, 2.

²⁰ 加藤多恵子「デジタルライブラリーにおけるデジタルコレクション」情報管理 47 巻 4 号（2004）pp.258-266

²¹ Levy, David M., *Digital Libraries and the Problem of Purpose*, D-Lib Magazine 6, no. 1 (January 2000).

²² See, Fox, Edward A, *The Digital Libraries Initiative: Update and Discussion*, Bulletin of the American Society for Information Science, 26 (1), (1999).

²³ レンダリングとは、一般的には、データ記述言語やデータ構造で記述された抽象的で高次の情報から、コンピュータのプログラムを用いて画像・映像・音声などを生成すること指す。

²⁴ Europeana のアグリゲータモデルを考えると、専門家においても、少なくとも、②については、デジタルアーカイブとして認識されているように思われるが、その妥当性には疑義がある。

なお、古賀教授は、このほか、SAA（米国デジタルアーカイブ協会）のアーキビスト育成ガイドラインのプログラムを含めると、“Digital archives”の意義には、以下の3点の特徴があるという²⁵。①“Digital archives”はボーン・デジタルの記録を前提とすること、②「デジタル・フォレンジック」の知識・手法の習得や、その適用をめぐる倫理的判断が求められること、③プライバシー・秘匿性は、故人や歴史的人物のみならず、存命中の人物についてのものを大いに意識する必要があること、である。

2. デジタル化の2つの意味

日本語で「デジタル化」と言っても、英語では2つの用語がある。それが、“Digitalization”と“Digitization”である。この点、これまで日本のアーカイブス学では意識されていないようであり、管見の限りその差異を言及する文献はなかった。

Gartnerの説明によると、“Digitization”は、単なるデジタル化を意味する²⁶。そのため、行為としては、アーカイブの意味を含む「保存」と単なるデジタル化とは異なることが指摘されている²⁷。

他方で、“Digitalization”は、デジタルテクノロジーを使用してビジネスモデルを変更し、新しい収益と価値を生み出す機会を提供することを指す²⁸。つまり、単にデジタル化に留まらず、これにより新しい価値を付与することも含意しているとされる。デジタルアーカイブの議論からすれば、理論的には、公表に向けた連携、フォーマット化、メタデータ整備を予定しているのであるから、“Digitalization”があるべく姿ともいえる。しかし、用語としては、主にビジネス用語として普及していたためか、実際の調査では、“Digitization”の方が“Archives”との用語の関連性が強く、出現頻度も高いことがわかっている²⁹。後述する1995年のG7での文書において「電子ミュージアム・ギャラリー構想」においても、“Digitization”の用語が使われており、初期は、情報流通させ、アクセスを確保することに重点が置かれていたため、デジタル化の用語が使われたと考えられる。

²⁵ 古賀・前掲論文「「デジタル・アーカイブ」の多様化をめぐる動向－日本と海外の概念を比較して－」pp.73-75

²⁶ Gartner Glossary (<https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/digitization>)

²⁷ See, Routhier Perry, S, *Digitization and Digital Preservation: A Review of the Literature*. School of Information Student Research Journal, 4(1), (2014).

²⁸ *Supra* Gartner Glossary.

²⁹ Han-Teng Liao et al, *A Literature Review of Museum and Heritage on Digitization, Digitalization, and Digital Transformation*, Proceedings of the 6th International Conference on Humanities and Social Science Research (ICHSSR 2020), at 475 (Table.1)

第3節 文化資源の意義と対象

文化資源の意義については、第3章で述べるが、本研究では、「人間の文化にかかわるさまざまな有形のモノやそれについての情報のほか、身体化された知識・技法・ノウハウ、制度化された人的・組織的ネットワークや知的財産など、社会での活用が可能な資源とみなされるもの」と定義する³⁰。つまり、伝統的な文化財、文化遺産も含まれているが、それにとどまらず、国や国際機関など一定の権威によって、その価値が認められたもの以外をも広く含む趣旨である。さらに、その対象も広範なものを想定している。

そのため、文化財、映像、音楽、書籍のテキストのような、一般的に想定されるデジタルアーカイブ以外も含まれている³¹。ここでは、一例として、技術のデジタルアーカイブを取り上げる（本研究では技術的な観点からの検討は対象外である。）。

無形の伝統技能も上記の定義から文化資源に該当するが、その継承にデジタルやアーカイブは無縁であった。これまでは、徒弟制度により、長期間の修行を積み重ねてようやく習得してきた。また、実際に伝統技能は、言語化、映像化（学習用として実演を録画する場合を除く）が困難な暗黙知とされ、観察困難な技能という特徴もあった。

しかし、技能者の高齢化や継承者不足が深刻化し、技術的な解決が試みられるようになる。例えば、和紙の伝統技術では、和紙のすきぎたの動きや波などを見つめる両岸からの映像情報、加速度等の道具情報、筋電データ等の作業者情報を収集し、VR技術を用いることで、統一的に伝達することが試みられている³²。

従前、技能伝承とデジタルの関係は、映像による学習型コンテンツの提供に留まっていたが、技能伝承を記録し、これを感覚として再現することで、学習者は映像ではなく非言語的な感覚を身につけてこれを再現でき、効果的な学習が可能になった。この点に新規性

³⁰ 国立民族学博物館文化資源研究センター（旧ウェブサイト）参照
(<http://www.minpaku.ac.jp/research/activity/organization/rccr>)

³¹ 例えば、スポーツ庁では、東京2020オリンピック・パラリンピックのデジタルアーカイブに取り組んでいる（遠藤翼＝濱田陽人「スポーツ・デジタルアーカイブ・ネットワーク構想事業について」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.4, No.4 (2020) pp.373-376)。また、アーティストックススポーツに特化したものとして、町田樹『アーティストックススポーツ研究序説』（白水社、2020）pp.314-342 参照。また、デジタルアーカイブは、個々の対象ではなく、「ヒロシマ・アーカイブ」や「東日本大震災アーカイブ」のような、出来事の総体をデジタルアーカイブする取組みもまた、重要なデジタルアーカイブである（ヒロシマ・アーカイブにつき、庭田杏珠＝渡邊英徳『AIとカラー化した写真でよみがえる戦前・戦争』（光文社新書、2020）参照）。

³² 鬼丸寛之ほか「観察困難な高度技能を教示する複合現実型伝統技能継承支援の検討（一般、複合現実感、仮想都市、及び一般）」電子情報通信学会技術研究報告.MVE, マルチメディア・仮想環境基礎, Vol.111, No.235 (2011) pp.69-74

がある³³と同時に、数値化したデータをアーカイブすることで、将来的にも継承可能であるところに文化的意義がある。伝統舞踊のモーションキャプチャによる数値化したデータのアーカイブ化も同様であるといえる³⁴。

第4節 小括－文化資源のデジタルアーカイブ

第2節ではデジタルアーカイブの定義を、第3節では文化資源の意義と対象を検討した。本研究の対象は、デジタルアーカイブの中でも、特に文化資源のデジタルアーカイブ（わが国で発展した片仮名の意味でのデジタルアーカイブ）を対象としている。

そして、文化資源のデジタルアーカイブの意義は、「保存」と「公開」のみにとどまるものではない…デジタルアーカイブの第三の価値、つまり文化資源の「利用」も含まれる³⁵。

そのため、収集、保存、利活用を含めた行為も広く捕捉することが必要であり、本研究では、（デジタル化されているか問わず）文化資源を対象に、これをデジタル形式で収集、保存、組織化し、公開・提供行為まで含む一連の行為を指すこととする。

³³ 檜山敦ほか「一人称視点からの多感覚追体験による伝統技能教示支援(教育・訓練・協調)」日本バーチャルリアリティ学会論文誌 Vol.16,No.4 (2011) pp.643-652

³⁴ 八村広三郎「伝統舞踊のデジタル化」映像情報メディア学会誌 Vol.61,No.11 (2007) pp.1557-1561

³⁵ 生貝直人「デジタルアーカイブと利用条件」カレントアウェアネス No.322 (2014) p.8

第1章 諸外国のデジタルアーカイブ政策動向

第1節 国家を超えた取組み

1. G7（先進国首脳会議）

1994年、ITU（国際電気通信連合）総会は、NII（全米情報基盤）に倣い、世界各国が地球規模の情報インフラを協力・整備する、GII（Global Information Infrastructure）構想を提言していた。これを受け、1995年2月、ブリュッセルで開かれたG7での合意文書³⁶において、デジタルアーカイブ概念がみられる。具体的には、世界的な情報基盤整備に関する調整が必要とされ、合意した11項目のテーマの5番目が電子ミュージアム、ギャラリー構想であり、デジタルアーカイブとなっている³⁷。

2. UNESCO

前述のとおり、UNESCOが2003年の第32回ユネスコ総会において、「デジタル遺産の保護に関する憲章」を公表した（下表参照）。その後、2011年4月29日に“World Heritage Memory Net”をオープンした³⁸。対象コンテンツは、世界各国の世界遺産に関連するデジタル資料（写真、動画、文書等）である（ウェブサイトは2017年までで停止し、その後は世界遺産委員会に移管したうえで公開している³⁹）。

表2：デジタル遺産の保護に関する憲章⁴⁰

共通遺産としてのデジタル遺産	範囲（1条）、デジタル憲章への機会の確保（アクセス）（2条）
遺産損失の回避	消失の脅威（3条）、行動の必要性（4条）、デジタルの継続性（5条）
求められる施策	戦略及び政策の策定（6条）、保存対象の選択（7条）、デジタル遺産の保護（8条）、文化遺産の保護（9条）

³⁶ G7 Ministerial conference on the global information society Round-table meeting of business leaders: Brussels, 25 and 26 February 1995 (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a3426f7a-17fa-4327-80e1-8e1068f1fe52/language-en>)

³⁷ 笠羽晴夫「デジタルアーカイブの歴史的考察」映像情報メディア学会誌 Vol.61, No.11（2007pp.1545-1548）

³⁸ <http://whmnet.org/>

³⁹ <https://whc.unesco.org/en/list/>

⁴⁰ 仮訳は文部科学省によった。（<https://www.mext.go.jp/unesco/009/1386520.htm>）

責務	役割及び責任（10 条）、連携と協力（11 条）、ユネスコの役割（12 条）
----	--

“World Heritage Memory Net”は、2003 年のデジタル遺産の保護に関する憲章から 8 年経過した 2011 年に公表されており、デジタル技術との関係にも言及がある⁴¹。ここで公表されているのは、世界遺産の所在地、概要、解像度が高いとは言えない画像データである。国内の例だが、デジタル北斎と呼ばれる山梨県立美術館で保管されている「富嶽三十六景」のリマスターアートでは、20 億画素もの超高画質となっており、通信技術の普及がなければ、鑑賞に堪えるだけのデジタルアーカイブはできなかつたとされている。最近ではこれが実現できつつあることもデジタルアーカイブが発展している理由でもある。

その後、2015 年 11 月 27 日の第 38 回総会において、「ミュージアムとコレクションの保存活用、その多様性と社会における役割に関する勧告」が公表され⁴²、その中の 19 番目において、ICT 技術の役割が確認された⁴³が、それ以外に大きな政策はなかつたといえる。

最近では、例外なく、新型コロナウイルスの世界的流行が大きな影響を与えている。UNESCO は、2020 年 5 月と 2021 年 4 月に「COVID-19 に直面する世界のミュージアム」報告書⁴⁴を公表した。この報告書は、物理的な博物館の閉鎖や入場制限により、博物館経営、人員にいかなる影響を与えたのかという点に多くの紙面が割かれている。しかし、それに加え、文化資源のアクセスにデジタル技術の恩恵に浴した旨の記載がある一方で、発展途上国においては、デジタルデバイドの問題が顕在化したことをも指摘する。

本報告書には、デジタルアーカイブの用語が出てこないが、デジタル化政策として、取

⁴¹ 例えば、河野浩之「デジタルアーカイブ構築の技術的課題について—ポーンデジタルコンテンツと Web アーカイブ—」アルケイアー記録・情報・歴史—（南山大学史料室）2 号（2008）pp.1-17 参照。

⁴² Recommendation on the Protection and Promotion of Museums and Collections, their Diversity and their Role in Society (https://www.j-muse.or.jp/02program/pdf/UNESCO_RECOMMENDATION_ENG.pdf)

⁴³ 「ミュージアムと情報通信技術（ICTs）、情報通信技術（ICTs）の発達によってもたらされた変化は、遺産とそれに関する知識の保存や研究、創出、伝達といった観点から、ミュージアムに様々な機会を与えている。加盟各国は、ミュージアムが知識を共有し普及することを支援すべきであり、また、ミュージアムの主要機能を向上させる上で情報通信技術が必要と判断された場合には、それらにアクセスするための手段をミュージアムが確実に持ちうるようにすべきである」と記載されている。邦訳につき、国際博物館協会（ICOM）日本委員会「ミュージアムとコレクションの保存活用、その多様性と社会における役割に関する勧告（日本語訳）」(https://www.j-muse.or.jp/02program/pdf/UNESCO_RECOMMENDATION_JPN.pdf)

⁴⁴ Museums Around the World in the Face of COVID-19 (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376729_eng?posInSet=2&queryId=b1541953-7be1-4f65-8af6-f9b25bccaa69)

蔵品の棚卸を行うことで、教育やアウトリーチを支援することを求めている。

なお、この2021年4月の報告書は、2021年6月17日、「破壊と修復：COVID-19が文化に与える影響に関する新たなデータをユネスコが報告」とのタイトルの元、公開した6つの報告書のうちの1つである⁴⁵。

3. 欧州

欧州では、現在、Europeana（ヨーロッパアナ）がデジタルアーカイブ政策の成果として世界的にも著名である。欧州のデジタルアーカイブ政策動向は、詳細なレポート⁴⁶がでており、邦語でも既に政府から調査報告書（本章において「DA 調査報告書」と呼ぶことがある。）が公表されている⁴⁷。そのため詳細は省略するが、重要な経緯を一覧でまとめると下表のとおりである。

表3：欧州デジタルアーカイブ政策概要⁴⁸

年	題目	概要
1991	アーカイブに関する決議	11月14日、デジタルアーカイブが、一方では公共部門における意思決定の基礎として、他方では国の文化遺産の重要な要素としての意義を有し、アクセス可能なアーカイブの確保が民主的機能に大きく貢献することを明記する ⁴⁹ 。

⁴⁵ UNESCO, Disruption and Resilience: UNESCO reports reveal new data on impact of COVID-19 on culture (<https://en.unesco.org/news/disruption-and-resilience-unesco-reports-reveal-new-data-impact-covid-19-culture>) において、以下の6つを公表している。

- ・ World Heritage in the Face of COVID-19
- ・ Living Heritage in the Face of COVID-19
- ・ Cultural and Creative Industries in the Face of COVID-19: an Economic Impact Outlook Cities, Culture and Creativity
- ・ Museums Around the World in the Face of Covid-19
- ・ UNESCO Creative Cities' Response to COVID-19

⁴⁶ Report on Archives in the enlarged European Union Increased archival cooperation in Europe: action plan (<https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:18a22975-b1b7-4e89-aa3f-422669fd6f21/reportarchives.pdf>)

⁴⁷ 特定非営利活動法人映像産業振興機構「デジタルアーカイブに関する諸外国における政策調査調査報告書（平成30年11月）」pp.4-32 参照。

⁴⁸ 2005年以降は、同上の報告書表2-1より参照し、必要な情報を付加している。

⁴⁹ Resolution of the Council and the Ministers of Culture, meeting within the Council of 14 November 1991 on arrangements concerning archives (91/C 314/02) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41991X1205%2801%29>)

1994	EUにおけるアーカイブ	1991年の決議に基づき、専門家パネルにより起草された文書
1994	アーカイブ分野の協力強化に関する理事会決議	6月17日、上記専門家パネルの文書を踏まえ、アーカイブの分野での協力強化に関する理事会決議でデジタルアーカイブの重要性を確認
1999	新たな指針の公表	12月、欧州委員会が「デジタル時代におけるコミュニティの視聴覚政策の方針と指針」公表
2000	映画遺産の決議案採択	6月、欧州理事会が欧州の映画遺産の保護と促進の決議案を採択。アーカイブデータベースの促進、アクセシビリティ改善等の協力を加盟国と欧州委員会に呼びかけ。
2001	視聴覚作品の遺産保護への取り組み	1999年公表文書に基づき、「映画とその他の視聴覚作品に関連した法律面についての報告」を公表。視聴覚作品の遺産保護と不正利用に関し、法的保護について検討。
2002	同上	欧州議会、「視聴覚的遺産の保護のための欧州協定(2001)」の全面的支援を決定。
2003	1994年理事会決議の再確認	2003年5月6日、理事会決議にて、それ以前に行われたアーカイブに関する理事会決議(1991年11月14日)を再確認する ⁵⁰ 。
2005	理事会勧告	2003年の理事会決議を踏まえた勧告で、アーキビスト専門委員会の創設などに言及するほか、アーカイブ分野において取り組むべき優先事項を提案 ⁵¹ 。
	デジタル図書館創設の提言	4月28日、フランス、ドイツ、スペイン、イタリア、ポーランド、ハンガリーの6か国の首脳が欧州デジタル図書館創設を提言
	「i2010：デジタル	欧州委員会が「i2010：デジタル図書館」を欧州議会に提案

⁵⁰ Council of the European Union — Council Resolution of 6 May 2003 on archives in the Member States (2003/C 113/02)

⁵¹ COUNCIL RECOMMENDATION on priority actions to increase cooperation in the field of archives in Europe (<https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:1ab16c77-d8aa-4674-b030-6df411097d50/comision2005-02.pdf>) 参照。優先事項は、①アーカイブの保存と破損予防、②電子文書とアーカイブの欧州学際的な協力の強化、③文書やアーカイブへのインターネット・ゲートウェイ (Internet Gateway) の創設と維持、④文書とアーカイブにアクセスできるようにするための、国内レベルと EU レベル両方での立法、⑤アーカイブ文書の盗用の防止 (アーカイブの適切な利活用に向けた保護) を挙げる。なお、DA 調査報告書では、アーキビスト専門委員会を「公式記録保管人委員会」と訳している。

	ル図書館」	
2006	検討チーム設立	2月27日、欧州委員会、デジタル図書館に関する高レベル検討チーム設置.
	イニシアチブ提案採択	6月15日、地域委員会によるデジタル図書館イニシアチブの提案を採択.
	アクセシビリティ確保等の採択	8月24日、欧州委員会が文化的デジタルデータのデジタル化とオンライン上のアクセシビリティの確保、デジタル保存に関する提言を採択.
2007	欧州デジタル図書館設立決定	9月27日、欧州議会において、「i2010：欧州デジタル図書館に向けて」の決議案を採択し、欧州デジタル図書館の設立が決定、11月8日は同図書館の財団が設立される.
2008	Europeana の胎動	2月1日、フランクフルト会議にて、Europeana の最初のモデルが発表
	理事会決議	11月20日、Europeana の欧州理事会決議
	Europeana 始動	11月20日、Europeana 始動
2009	次の戦略採択	8月29日、欧州委員会が「Europeana：次のステップ」戦略を採択.
2010	DSM（デジタル単一市場戦略）提案	3月、欧州委員会は「欧州 2020：スマートかつ持続性があり、包括的な成長のための戦略」という名の戦略案を発表
	次期計画案採択	5月10日、Europeana の次期計画結論を採択. 加盟国は Europeana とアーカイブ機関が行うデジタル化プロジェクトへの支援を継続的に強めていくことを合意.
2011	デジタルアーカイブの提言採択	10月27日、欧州委員会、「欧州文化遺産のデジタル化と公開、保存に関する欧州委員会勧告（2011/711/EU）」を採択
2012	同上	5月10日、欧州議会、上記提言を採択
	孤児著作物指令成立	10月、孤児著作物の利活用を定めた孤児著作物指令が成立、国内法期限は2014年10月
2013	PSI 指令改正	これまで、政府保有の統計情報などに限定し公開を義務付けた公共セクター情報指令を改正し、公的文化的施設の保有する文書も対象に追加
2014	新たな戦略公表	7月3日、Europeana 戦略 2015-2020 を発表
		7月22日、欧州委員会が「欧州の文化遺産のための統合的

		なアプローチへ向けて」戦略を欧州議会に提案
2016	委員会レポート 公表	7月1日, 欧州の文化遺産をオンラインに載せるための欧州委員会レポートの発表
2019	DSM 指令成立	DSM 著作権指令成立, 国内法期限は 2021 年 6 月
	文化遺産のデジタル化に協力する共同宣言	4月9日, EU 加盟国 27 国, 文化遺産のデジタル化促進のための共同宣言に署名. ① 3D デジタル化で欧州がイニシアチブをとること, ② デジタル化された文化資源の再利用による, 他の産業セクターへの波及の促進, ③ 分野横断的な国境を越えた協力強化の 3 本の柱からなる
	オープンデータ指令成立	6月26日, DSM 戦略内での見直しを踏まえ, PSI 指令を全面改正する, オープンデータ指令 ⁵² を成立, 国内法期限は 2021 年 7 月 16 日
2020	パブリックコンサルテーション実施	6月22日, ノートルダム大聖堂の火災やコロナにより事実上文化遺産にアクセスできない状態になったことについて, より適切な DX 化を進めるべく, 欧州委員会勧告 (2011/711/EU) のパブリックコンサルテーションを実施 ⁵³
	有形文化遺産の 3D デジタル化基本原則公表	9月11日, 欧州委員会, 「デジタル文化遺産と Europeana に関する専門家グループ」が有形文化遺産の 3D デジタル化における基本原則等を示した報告書を作成したことを公表
	2030 年までの目標設定	12月3日, 「デジタルの 10 年」における欧州のメディア: 回復と変革を支援するための行動計画
2021		3月9日, 欧州委員会は 2030 年までのヨーロッパのデジタル変革のビジョンと道筋を公表
	データスペース構想	11月10日, 欧州委員会, 文化遺産の欧州共通データスペースに関する勧告の公表を発表

また, Europeana の成立までに直接関連はないが, Google の一連の動きが影響している。

⁵² Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information PE/28/2019/REV/1 OJ L 172, 26.6.2019, p. 56–83

⁵³ Commission launches public consultation on digital access to European cultural heritage (EC, 2020/6/22) (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-launches-public-consultation-digital-access-european-cultural-heritage>)

具体的には、遅くとも 2003 年 12 月には、市販出版物の内容を表示するサービス、Google Print β 版が公表されていた。2004 年 12 月には、Google Print の拡張版として、ハーバード大学、スタンフォード大学などと提携協力し、蔵書のスキャン、書籍の本文検索を可能にした。

しかし、その後、2005 年 8 月に中断、9 月には、作家団体 Authors Guild や米国出版者協会 AAP (Association of American Publishers) が、著作権侵害に当たるとして訴訟を起こし (Google Books 訴訟⁵⁴)、同年 11 月 1 日より「Google Print Library Project」の再開をした⁵⁵。

なお、法制度に関連して、①公共セクター情報指令 (PSI 指令)、②孤児著作物指令、③ DSM 著作権指令について若干補足する。

まず、①PSI 指令 (Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information) は 2003 年に成立し、政府保有の統計情報などを対象に公開を義務付けた。もっとも、PSI 指令では、図書館を含む研究教育機関、文化的施設 (美術館、オペラ、劇場など) が保有する文書は適用対象外としていた⁵⁶。その後、2013 年改正 (Directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013) において、それら適用外文書も公開対象に含めたことにより、文化資源のデジタル化がさらに EU 圏で加速したといえる⁵⁷。

さらに、後述する DSM 戦略の中で、公共部門及び公的な資金援助を受けて作成された情報の再利用等に関する提案が示され、2018 年に欧州委員会が「公共部門情報の再利用に関する指令案」を公表、その後欧州議会や理事会の審議を経て、2019 年 6 月 26 日、「オープンデータ及び公共部門情報の再利用に関する指令 (オープンデータ指令)」として成立

⁵⁴ 詳細は、松田政行編著、増田雅史『Google Books 裁判資料の分析とその評価』(商事法務、2016) 参照 (特に訴訟経緯の一覧につき、同 pp.43-46)。なお、本件訴訟は、第 2 巡回区連邦控訴裁判所が、2015 年 10 月 16 日、Google の書籍検索結果のスニペット表示は米国著作権法 107 条のフェアユースに該当し、非侵害的利用であると判示した。さらに、この判決を不服とし、AAP は上訴をしたが、2016 年 4 月 18 日、連邦最高裁は、上告不受理決定をした。

⁵⁵ Google Checks Out Library Books (<http://googlepress.blogspot.com/2004/12/google-checks-out-library-books.html>)

⁵⁶ 多賀谷一照「公的情報の再利用について」千葉大学法学論集 28 巻 1・2 号 (2013) pp.12-13

⁵⁷ 生貝直人「文化資源のオープン化と利活用ーデジタルアーカイブに関わる国内外の動向からー」NIRA 研究報告書 2015.6 (2015) pp.61-72。もっとも、その一方で、導入当初は、文化的施設から無料でメタデータを提供することにつき、従来のビジネスモデルが崩壊することを懸念する指摘もある (See, Daniel Dietrich, Joris Peke, *Open Data in Cultural Heritage Institutions*, ePSIplatform Topic Report No: 2012 / 04 April 2012)。

した（前述の PSI 指令は廃止された）⁵⁸。パブリックセクターには、①自由に利用可能であること、②機械可読性があること、③アクセス可能であること、④再利用可能な形式によること、⑤メタデータを付与することを条件とする。さらに、加盟国には、デフォルトルールとして、データの公開原則を求める（同指令 5 条）。同指令は、高価値データセットとして、地理情報を含めるなど、データ全体を対象とするが、とりわけ、デジタルアーカイブに関連するのは、研究データの再利用に関する規定である。加盟国は、適切な国内法令の制定等を通じ、公的な資金援助を受けた研究データが自由に利用可能な形式で提供されるよう支援することが求められる（同指令 10 条）⁵⁹。

次に、②孤児著作物指令（2012/28/EU）⁶⁰もデジタルアーカイブの促進に資する制度である。ここで孤児著作物とは「ある著作物またはレコードは、第 3 条に従って権利者の入念な調査が実施され、かつ登録されたにもかかわらず、その著作物またはレコードに対するいずれの権利者も特定されなかった場合、または権利者のうち 1 人または複数の者が特定されたとしても、それらのいかなる者の所在も不明である場合」を指す（同指令 2 条 1 項）。

同指令前文(1)で「加盟国内で設立された公衆がアクセス可能な図書館、教育機関および博物館、ならびにアーカイブ、映画または音声遺産保存機関および公共放送サービス機関は、欧州デジタル図書館を創設するため、そのコレクションまたはアーカイブの大規模なデジタル化を行っている。それらは、欧州文化遺産の保存および普及に貢献するものであり、それは、ユーロピアナのような、欧州デジタル図書館の創設にとっても重要である」とし、同(9)では、「法的安全を保証するため、ある著作物が孤児著作物かどうか、および何が孤児著作物の適法な利用であるかを決定する共通のアプローチが、特に必要」である旨指摘する⁶¹。このように、MLA 機関が所有するアーカイブの利活用の必要性を指摘し、同指令の対象には、公衆がアクセス可能な文化的施設のコレクション、アーカイブなどが対象となっている（同指令 1 条各号参照）⁶²。

⁵⁸ Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information (<http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1024/oj>)

⁵⁹ オープンデータ指令に関する詳細は、濱野恵「【EU】オープンデータ及び公共部門情報の再利用に関する指令」外国の立法 No.282-2 (2020) pp.6-7 参照

⁶⁰ DIRECTIVE 2012/28/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2012 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0028>) on certain permitted uses of orphan works

⁶¹ 邦訳は、CRIC ウェブサイト (https://www.cric.or.jp/db/world/EU/EU_01.html#zenbun)（井奈波朋子訳）によった。

⁶² 制定までの経緯は、今村哲也「EU における孤児著作物への対応」カレントアウェアネス No.312

最後に、③DSM 著作権指令である⁶³。同指令は、欧州委員会が 2015 年 5 月に公表した DSM (Digital Single Market) 戦略の一部であり⁶⁴、その 1 つに「著作権制度の改革に向けた立法の提案」がある。全体像は、「(a) 産業分野に横断的な事「後」規制、(b) 産業分野に横断的な事「前」規制、そして、(c) 特定の産業分野に固有の事「前」規制の 3 種類から成るトライアングル構造」⁶⁵であり、DSM 著作権指令は、(b)に該当する。デジタルアーカイブの観点からは、同指令 6 条 (文化遺産の保存)、8 条 (文化遺産機関による商業的に入手できない著作物および他の保護対象物の利用) が関連する。

まず、同指令 6 条では、「加盟国は、文化遺産機関が、恒久的にそのコレクション内に存在するあらゆる…保護対象物を、あらゆるフォーマットまたは媒体で…保存目的でかつその保存のために必要な範囲内で複製できるよう、指令 96/9/EC 第 5 条(a) および第 7 条第

(2012) pp.12-18 参照。本指令は、孤児著作物の定義を定め (同指令 2 条)、当該著作物該当性判断のための「入念な調査」手続を定める (同指令 3 条)。孤児著作物は、リスト化され (実際は、孤児著作物として欧州連合知的財産庁 (EUIPO) に登録することで、当該著作物は孤児著作物として認められる。)、加盟国間で相互承認される (同指令 4 条) される点に特徴がある。最近では、孤児著作物指令への批判も出ている。例えば、Ariadna Matas 氏 (Europeana 財団ポリシー・アドバイザー) は、欧州委員会が実施した同指令に関する調査への Europeana の回答を紹介している。そこでは、適用範囲が限定的、要件が煩雑、法的不確実性があるといった問題点を指摘したうえで、DSM 著作権指令との範囲に重複がみられるとする。結論として、「DSM 著作権指令のアウトオブコマースの著作物条項 (引用者注: 8 条の文化遺産機関による商業的に入手できない著作物および他の保護対象物の利用を指す) は、同じ課題に取り組みながらも、孤児著作物指令から得た教訓を考慮し、はるかに優れた解決策と煩わしくない条件を提供している」と指摘し、使われていない孤児著作物指令の撤回を求めている。参照 Evaluating the Orphan Works Directive (Europeana Pro, 2020/11/19)

(<https://pro.europeana.eu/post/evaluating-the-orphan-works-directive>)

なお、邦語での紹介として、カレントアウェアネス・ポータルサイト「Europeana による EU 孤児著作物指令への評価 (記事紹介)」(<https://current.ndl.go.jp/node/42631>) を参照した。

⁶³ DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>)

⁶⁴ Roadmap for completing the DSM

(<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/1617/DSM%20Roadmap.pdf>)

⁶⁵ 神野新「欧米のデジタルプラットフォーム規制の現状(前編)欧州」InfoCom T&S world trend report, No. 377 (2020) p.7

1 項⁶⁶、指令 2001/29/EC 第 2 条⁶⁷、指令 2009/24/EC 第 4 条第 1 項(a)⁶⁸および本指令の第 15 条第 1 項に定める権利に対する例外」を規定するよう義務付ける。

次に DSM 著作権指令 8 条では、1 項で商業的に入手できない著作物または他の保護対象物（いわゆるアウト・オブ・コマース）について、文化遺産機関が、容易にデジタルアーカイブ化を可能とすることを義務付ける（ただし、権利者クレジット及び非商業的なウェブサイトで利用可能とすることという条件がある（同項(a), (b)号)）。

同条 2 項は、「1 項で示されたアウト・オブ・コマース著作物を、文化遺産機関が非営利利用目的で利用可能とするための、権利…制限又は例外を定める」規定である⁶⁹。ただし、第三国で最初に発行又は放送されたものは対象外である（同条 7 項）。

このほか、デジタルアーカイブと著作権の関係を明示したものとして、2020 年 9 月 11

⁶⁶ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31996L0009>)

なお、同指令 5 条(a)は、データベース製作者の排他的権利の 1 つであり、「手段および形式を問わず、全部または一部を一時的または永続的に複製すること」とし、同指令 7 条は、いわゆる sui generis を定めており、「加盟国は、コンテンツの取得、検証または提供のいずれかに質的および/または量的に実質的な投資がなされたことを示すデータベースについて、当該データベースの作成者に対して、当該データベースのコンテンツの全部または質的および/もしくは量的な評価において実質的な一部を抽出および/または再利用することを防止する権利を定めなければならない」とする。（邦訳は CRIC ウェブサイトによった。）

⁶⁷ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0029>)

なお、同指令 2 条は複製権の具体的内容を規定する ((a)~(e))。 (a) 著作者における著作物、 (b) 実演家における実演の固定、 (c) 音声記録製作者（フォノグラム）における制作する権利、 (d) 最初に固定した映画製作者における、当該映画の原版及び複製物、 (e) 放送機関における、当該放送の固定（ただし、当該放送が有線又は（ケーブルや衛星を含む）無線送信かを問わないで送信されているかを問わない）

⁶⁸ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:32009L0024>)

なお、同指令 4 条 1 項は、5 条、6 条を条件に、2 条の権利者の許諾を要するとし（同条柱書）、同条 (a) は、「手段および形式を問わず、コンピュータプログラムの全部または一部を永続的または一時的に複製すること、コンピュータプログラムの読み込み、表示、実行、送信または蓄積が当該複製を必要とする限りにおいては、かかる行為は、権利者の許諾を必要とする」と規定する（邦訳は、CRIC ウェブサイトによった。）

⁶⁹ 城所岩生編著、山田太郎＝福井健策ほか『著作権法 50 周年に諸外国に学ぶデジタル時代への対応』p.40[生具直人]

日に欧州委員会が公表した「文化遺産の3D デジタル化における基本原則とヒント」⁷⁰がある。デジタル化の経験がない者も対象にした本報告書では10個の原則を掲げているが、そのうち、4つ目に、「著作権問題を明確化しオープンで幅広いアクセスを促すための計画を立てること」を掲げ、9つのポイントを挙げる。デジタル化後も、パブリックドメインのままであること、メタデータを含めた著作権ライセンスとすること、3Dモデルを保存・配布し、幅広いパブリックアクセスを提供すること、ベンダーロックインを防ぐべく、コンテンツがオープンなフォーマットで利用できること、機械可読な相互リンクデータとして、メタデータを埋め込むことなどが書かれている。

最近の動向としては、2020年12月、欧州委員会は、2030年までのデジタル政策に関する行動計画を公表した。この行動計画の中には、欧州データスペース構想によって、イノベーションを促進させることを掲げており、データスペースは、国境を越えたメディアコンテンツ（ニュースやエンターテインメントコンテンツ）の検索可能性を高めるだけでなく、文化遺産のデータスペースを例とする、クリエイティブ産業、小売、自動車などの産業セクターにおいて生成されたデータセットとの相乗効果を活用できる可能性があるとしている⁷¹。

さらに、2021年11月10日、欧州委員会は文化遺産の欧州共通データスペースに関する勧告を出した⁷²。本勧告は、冒頭の目的に、文化遺産のデジタル化の促進を挙げるとおり、劣化リスクがあるモニュメントや遺跡の全てと、観光客が頻繁に訪れるこれらの半数を、2030年までに、デジタル化することを奨励している。そして、Europeanaは、この共通データスペースを構築するための基盤となるとされている⁷³。

以上のように、近年の欧州のデジタルアーカイブ政策を概観すると、Europeanaを中心

⁷⁰ Expert Group on Digital Cultural Heritage and Europeana, Basic principles and tips for 3D digitisation of tangible cultural heritage for cultural heritage professionals and institutions and other custodians of cultural heritage (https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=69201)

⁷¹ EUROPEAN COMMISSION, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Europe's Media in the Digital Decade: An Action Plan to Support Recovery and Transformation at 11.

⁷² Commission proposes a common European data space for cultural heritage (EC, 2021/11/10) (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-proposes-common-european-data-space-cultural-heritage>)

⁷³ カレントアウェアネス・ポータル「欧州委員会 (EC)、文化遺産の欧州共通データスペースに関する勧告を発表：文化遺産のデジタル化を促進」(<https://current.ndl.go.jp/node/45173>)

とした展開がみられるほか、2019年の欧州加盟国27か国の共同宣言⁷⁴などにも見られるように、特徴として、文化遺産のデジタル化が、観光、教育、創造的セクターといった、単なる文化政策に閉じない、広い社会的意義があり、経済的利益をもたらす点を強調している。

4. ASEAN 地域

2020年2月、ASEAN文化遺産デジタルアーカイブ（ACHDA）は、当該地域全体の文化遺産を集約するデジタルアーカイブを公表した。プレスリリース⁷⁵によると、日本政府の拠出金により2006年に設立された「日・ASEAN統合基金（JAIF）」の援助を受けて、ASEAN事務局が推進するプロジェクトである。現在は、2018年から開始した第1フェーズの成果である。当初160点の公開から始まり、2021年11月末日現在、274点公表されている⁷⁶。

なお、このプロジェクトには、日本企業がデジタルアーカイブのソリューションを提供している⁷⁷。

第2節 各国の取組

1. フランス

フランスは、博物館情報政策と図書館情報政策を切り分けると理解しやすい。前者はフランス文化省（culture.fr）、後者は国立図書館（Bibliothèque nationale de France: BnF）が所管する。その他、アーカイブ機関として、国立映画センター、後述するINAがある⁷⁸。

1.1. 博物館情報政策

博物館に関しては世界的にも初期の段階から、デジタル化、データベース化の取組みが促進されていた。

例えば、既に、1970年代からコンピュータによる情報処理システムが導入され、文字・画像のデータベースが構築され始め、1975年には、現在の文化省が管理するデータベース

⁷⁴ EU Member States sign up to cooperate on digitising cultural heritage (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/eu-member-states-sign-cooperate-digitising-cultural-heritage>)

⁷⁵ <https://asean.org/asean-launches-digital-archive-of-regions-cultural-heritage/>

⁷⁶ <https://heritage.asean.org/search/list>

⁷⁷ NTT データ「ASEAN 全域の歴史的な文化遺産をデジタルアーカイブ、世界公開へ」(<https://www.nttdata.com/jp/ja/news/release/2020/022700/>)

⁷⁸ 時実象一「フランスのデジタルアーカイブ機関：BnFとINA（調査報告）」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.2, No.3（2018）p.287 表1 参照

の前身である「Jaconde」が作成されている（Jaconde は、モナリザのフランス語である.）。このデータベースは、1992年に Mintel（フランスの電信電話総局が提供していたビデオテレックス用のテレテル）での運用が開始され、1995年にはインターネットの普及によりオンラインとなり、博物館局が管理していた。更新はないもののウェブサイトは現存している⁷⁹。この時点で、既にフランス全土の美術館の収蔵作品のデータベースが完成していた。

現在は、文化省が、公開文化遺産プラットフォーム（POP : la plateforme ouverte du patrimoine）として運営している。

このように、情報化政策は早い段階から展開されていたが、横断的な政策となったのは、1998年のリオネル・ジョスパン首相による情報化政策が転換点であるといえる。「情報社会のための省庁間アクション・プログラム」において、文化資産のデジタル化とインターネットによる配信や“LES ESPACES CULTURE MULTIMÉDIA”の新設に繋がり⁸⁰、教育コンテンツとの連携など、分野横断的に展開していく。

個々の博物館の取組みとしては、ルーブル美術館を筆頭として、1990年代からデジタル化、データベース化が進められている。最近では、ルーブル美術館が、2021年11月、コレクションデータベースをオープンさせたことで話題となった⁸¹。ルーブル美術館以外に、ウジェーヌ＝ドラクロワ国立美術館の所蔵品、チュイルリー庭園やカルーセル庭園の彫刻、「国立美術館の回収」プロジェクトの作品（第二次世界大戦後に回収され、本来の所有者に返還されるまでルーブル美術館に預けられている作品）など、48万2000点以上の作品が登録されている。

また、1974年に設立された、フランス国立視聴覚研究所（INA: Institut National de l'Audiovisuel）の存在も象徴的である。2007年には「Archives pour tous」をウェブ公開し、10万本におよぶテレビ番組、ラジオ番組が公開されている⁸²。

現在、INAの放送アーカイブは、商用アーカイブと、法定アーカイブに分けられる。商用アーカイブは、事業者向けに映像資料として有償で貸出す「INA MEDIA PRO」であり、法定アーカイブは、法律で保管を義務付けられた「INAthèque」により、研究目的で、利用可能となっている。この制度は、1992年に、フランス国内で放送されるあらゆる番組に

⁷⁹ <http://www2.culture.gouv.fr/documentation/jaconde/fr/pres.htm>

⁸⁰ 星野浩司「フランス情報化政策とミュージアムの教育普及における取り組み」むなかた電子博物館紀要 2号（2010）pp.27-40 参照

⁸¹ <https://collections.louvre.fr/en/>

⁸² INAの放送アーカイブについては、ロドリグ・マイヤール「世界最大規模の放送番組デジタル・アーカイブ～フランスINAとINAthèqueの実績～」放送研究と調査 56巻10号（2006）pp.64-76が詳しい。

「法定納入 dépôt légal」の義務を課すことによって成り立っている⁸³。

1.2 図書館情報政策

BnF は、1994 年に設立されている。構想は 1988 年のミッテラン大統領時代から始まり、この時点で「あらゆる人が利用可能で、データ処理の最先端の技術を用い、遠隔地からもアクセスでき」ることなどが挙げられていた⁸⁴。BnF は、文化省の管轄下であり、BnF 設立当初のデクレ⁸⁵（政令）には、「すべての知識分野、特にフランス語の遺産またはフランス文化に関連する遺産を収集、整理、保存、発展させること」（同政令 2 条 1 項）、「知的所有権法典に従い、また、コレクション保存と矛盾しない限りにおいて、法的保護のある機密を除き、コレクションへの最大多数のアクセスを保障すること」（同条 2 項）とされている。

なお、このデクレは、2020 年に文化遺産法典の一部に成文化化されるデクレが出されたことで廃止された⁸⁶。

このように、BnF は、設立の構想が比較的近年であるがゆえに、当時から、デジタル化の片鱗がみられ、文化政策に積極的なフランスらしく、図書館資料のデジタル化は諸外国と比較して早くから展開されている。

まず、設立から 3 年後の 1997 年、BnF は「Gallica」と呼ばれる、インターネット上で無料で読める電子図書館を一般公開した。この電子図書館は著作権保護期間を経過したもののほか、2008 年からは、著作権のある出版物の一部も提供されている。2021 年 12 月現在、図書約 120 万点、新聞・雑誌約 535 万点、手稿約 20 万点、画像資料約 160 万点、楽譜約 6 万 2,000 点、録音資料約 5 万点、博物資料約 51 万点、地図資料約 18 万点、動画 5,300 点が利用可能である⁸⁷。また、Gallica は、OMI-PMH プロトコルにより相互運用を可能にし、Europeana のフランスにおけるアグリゲータとして重要な意味も持っている⁸⁸。

なお、ウェブアーカイブに関しては、BnF は、INA とともに、「情報社会における著作

⁸³ 法定納入制度の背景は、西兼志「INA とアーカイブの思想：鏡の裏箔としてのアーカイブ」マス・コミュニケーション研究 No.75（2009）pp.35-50 参照

⁸⁴ 日仏図書館情報学会編『フランス図書館の伝統と情報メディアの革新』（勉誠出版、2011）p.17[永野祐子]

⁸⁵ Décret n° 2020-194 du 4 mars 2020 relatif à la Bibliothèque nationale de France (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041686941/>)

⁸⁶ Décret n° 2020-194 du 4 mars 2020 relatif à la Bibliothèque nationale de France (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041686941/>)

⁸⁷ Gallica en chiffres (<https://gallica.bnf.fr/GallicaEnChiffres>)

⁸⁸ 日仏図書館情報学会編・前掲書 p.24[永野祐子]

権及び著作権隣接権に関する法律 (Dadvisi 法)⁸⁹において、インターネット情報資源を著作権者の許諾を得ることなく収集・保存できるとされている⁹⁰。

以上から、デジタル化政策は順調に進みつつも、既存制度に基づき、著作権法に従った、ある意味では謙抑的な運用をしていた。しかし、ターニングポイントは、Google Books の登場であるといえる。2002 年から 2007 年まで BnF の館長であったジャンヌネーが 2005 年に著した『Quand Google défie l'Europe: Plaidoyer pour un sursaut (Google がヨーロッパに挑むとき：驚愕の理由)』⁹¹に象徴されるように、一企業が知識を独占することに対し、フランス国内は懐疑的であった (実際に、これが Europeana の展開へと繋がる.)。

しかし、批判的姿勢は一枚岩ではなく、その後、BnF を始め、フランス国内の図書館が Google とデジタル化で提携交渉をしていることが明らかになった。また、フランスでは、Google Recherches de Livres (Google Book Search) が行っていたデジタル化及びその配信については、著作権侵害が認められている⁹²。

同時期の 2009 年 10 月以降、「図書館資料のデジタル化についての調査委員会」が開催され、2010 年 1 月 12 日、「文献遺産のデジタル化に関する報告書」が公表されている⁹³。第 2 章の表題は Google の「不適切な対応」とするなど、Google Books に対する批判的な検討がなされている。

このような情勢の中、サルコジ大統領政権下の 2009 年 12 月には、文化遺産のデジタル化に約 1000 億円を投じることが発表され⁹⁴、インターネット時代への対応を優先課題とし、その後、「芸術創造のインターネット上での流通と保護に関する法律」(2009 年)、「電子書籍の価格に関する法律」(2011 年)、書籍電子利用法⁹⁵ (2012 年) が成立した。

2. ドイツ

⁸⁹ Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000266350/>)

⁹⁰ カレントウェアネス「E951-フランス国立図書館におけるウェブアーカイブの現在」参照 (<https://current.ndl.go.jp/e951>)、鈴木尊紘「フランス法定納本制度改正とウェブアーカイブへの対応」カレントウェアネス No.290 (2006) pp.8-10 参照

⁹¹ 本書は邦訳されている (ジャン・ノエル ジャンヌネー (佐々木勉訳)『Google との闘い—文化の多様性を守るために』(岩波書店, 2007))。

⁹² パリ大審裁判所 2009 年 12 月 18 日判決 (Editions du Seuil et autres / Google Inc et France)

⁹³ RAPPORT SUR LA NUMÉRISATION DU PATRIMOINE ÉCRIT (<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/104000016.pdf>)

⁹⁴ <https://current.ndl.go.jp/node/15473>

⁹⁵ 書籍電子利用法については、井奈波朋子「フランスにおける電子書籍の配信と集中管理」コピライト 612 号 (2010) pp.32-36 参照

ドイツの戦後の文化政策は、ナチスドイツの文化領域への過度な介入に対する反省から始まっている。国家の関与を排除しようとする考えが根底にあり、ワイマール憲法にあった、国が文化を保護、奨励に参加するとした規定がボン基本法ではなくなっている。

小林真理教授は、その代わりの概念が「州の文化高権 (Kulturhoheit der Länder)」であると説く。これは、戦後ドイツが連邦、州、市町村と各段階で権限が分散した (文化分権主義とも呼ばれる) が、憲法に文化に関する規定が連邦の専属的立法権、連邦と州の競合的立法権のいずれにも属さないことを根拠にする。このような、文化振興に関する立法権が州の専管事項とみなされることを、「文化高権」と呼んでいる⁹⁶。

文化分権主義のもう1つの原則が「補完性の原則 (Subsidiaritätsprinzip)」である。文化活動の主体が住民にあることを起点に、原則として自助を原則とし、それでは芸術の自由が十分に整備されない場合、基礎自治体が補完する。それでも不十分な場合に、州が補完し、さらにその上に連邦政府、欧州連合が位置することになる。

デジタルアーカイブ政策⁹⁷は、連邦政府の取組みである。転機は2005年である。2005年にフランスなどとともに、欧州デジタル図書館構想を打ち出した。また、国内では、2005年、連邦政府は、インターネット情報資源を国立図書館へ納入する義務を設ける規定を含めた新たなドイツ国立図書館法 (Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG)) 案を提出した。この法案は、2006年に成立し、現在に至っている。同法⁹⁸では、ドイツ国立図書館を全国の中心的なアーカイブ機能を持ち、かつ書誌センターとして機能させることを明確にしている (同法1条1項)。

インターネット情報資源を含む納入義務は、DNBG15条～19条が規定する⁹⁹。納入義務を、メディア作品を頒布・公開しているドイツに拠点を有する者に課し (同法15条)、その納入手続にあたっては、完全に使用でき、図書館による恒久的なアーカイブができるようにした状態で、無料、かつ納入義務者の自己負担で、1週間以内にしなければならず、ポーンデジタルのメディア作品は、図書館の仕様に従うことで、図書館が収集できる状態にすることも代替できる (同法16条)。納入義務者には、さらに当該メディア作品のメタデータの提供義務があり、これを履行しない場合は、図書館自身が、当該メディア作品を頒布・公開した時から1か月経過した時点で納入義務者の費用負担により、入手する権限がある (同法17条)。

⁹⁶ 小林真理「ドイツにおける<文化国家>概念の展開」文化経済学会論文集2号 (1996) p.42, 文化政策報告書 pp.78-79[秋野有紀]も参照。

⁹⁷ ドイツ国立図書館を中心とする詳細な政策は DA 調査報告書 pp.24-26 参照

⁹⁸ DNBG (<https://www.gesetze-im-internet.de/dnbg/BJNR133800006.html>)

⁹⁹ 条文は拙訳に基づくが、渡邊齊志「ドイツにおけるインターネット情報資源収集の制度化ードイツ国立図書館法ー」日本図書館情報学会誌 Vol.53, No.1 (2007) pp.39-42 を参照した。

なお、義務違反者に対しては、過料規定 (Bußgeldvorschriften) に基づく金銭的な制裁がある (同法 19 条)。

その後、2009 年に The Deutsche Digitale Bibliothek¹⁰⁰ (DDB, ドイツデジタル図書館) の設立が提案され、2012 年に β 版が公開、2014 年に正式公開となった。ドイツ国内の MLA 機関が提供するコンテンツを横断的に検索できるポータルサイトとして機能しており、2021 年 5 月現在で、500 を超える提携機関、3700 万を超えるオブジェクトがある¹⁰¹。また、Europeana のアグリゲータとして機能する他¹⁰²、わが国のジャパンサーチとも連携している。この DDB は、連邦政府、州、基礎自治体の共同プロジェクトとして現在に至るまで、継続的に財政支援がされているが、前述のとおり、文化分権主義の下、運営は、州と MLA 機関のコンソーシアムによってなされている¹⁰³。

3. アメリカ¹⁰⁴

アメリカには、統一的なデジタルアーカイブ政策がないとされる¹⁰⁵。そもそも、アメリカの文化政策は、民間誘導型と評価されることがある¹⁰⁶ように、ハリウッド映画を例に出すまでもなく、文化産業がビジネスとして成立している。また、政府の役割も連邦政府より州政府にその権限があり、裁量がある。そのため、州によって取組みの差が大きい。

歴史的にも、1965 年の「全米芸術・人文科学財団法」によって、創立された全米芸術基金 (National Endowment for the Arts : NEA) にも、“primarily a matter for private and local initiative (民間あるいは地方レベルで支えられるべきものである)”とあるように、原則は民間主導ですべきとの思想があった。しかし、全米芸術基金により、補助金制度が導入される際には民間主導であることは変わらないが、連邦政府は無関心でいるのではなく、財政面で間接的に補助する立場にあることを明確にした¹⁰⁷ように、関与がないわけではない。

デジタル化は、1990 年から 1994 年に行われた「アメリカン・メモリー試験プログラム」から始まり、これを基礎として、全米デジタル・ライブラリープログラムに引き継がれた

¹⁰⁰ Deutsche Digitale Bibliothek (<https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/>)

¹⁰¹ <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/content/ueber-uns>

¹⁰² Europeana と DDB の連携、比較は、丸本友哉「ドイツデジタル図書館 (DDB) の沿革とサービス」カレントアウェアネス No.333 (2017) pp.8-11 参照

¹⁰³ 時実象一「欧州のナショナル・アグリゲータ」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.3, No.3 (2019) p.354

¹⁰⁴ DA 調査報告書 pp.71-99 が詳細に論じており、本研究では、アーカイブ機関の概要のみを取り上げる。

¹⁰⁵ DA 調査報告書 p.73

¹⁰⁶ 平竹耕三『自治体文化政策 まち創生の現場から』(学芸出版社、2016) pp.41-47

¹⁰⁷ See, Joyce Zemans et al, *Comparing Cultural Policy: A Study of Japan and the United States* (1999) at 115-18.

時系列としては、1996年にWayback Machineサービスで著名な「Internet Archives」¹⁰⁹、2005年には前述の「Google Books」、2008年には大学図書館リポジトリである「HathiTrust」¹¹⁰、2013年には米国デジタル公共図書館（Digital Public Library of America：DPLA）が開発された。特に、DPLAは、欧州のEuropeanaに並ぶMLA機関のデジタルアーカイブを横断検索できるポータルサイトであり、世界最大規模である。

それ以外には、米国議会図書館（Library of Congress）のデジタルコレクション、米国公文書記録管理局（The U.S. National Archives and Records Administration：NARA）がある。

4. カナダ

カナダでは、文化遺産省の特別のセクションである文化遺産情報ネットワーク（CHIN）が、文化遺産の保存機関として、コレクション管理をするための支援やデジタル保存、リンクト・オープンデータ¹¹¹、デジタル化などのサービスを提供している。

カナダでは、公共政策フォーラム（カナダ図書館・アーカイブス（LAC）の支援を受け、民間、公共、非営利団体のトップを集めた円卓会議）が、2013年9月の最終報告書「カナダの記憶の保存：デジタル保存への戦略的アプローチの開発」¹¹²を公表した。課題は主に、デジタル時代におけるドキュメントを中心とする特定、保存、共有の在り方であった。

本報告書では、公的・民間セクター、営利・非営利問わず、アーカイブのアクセスの向上や真正性に関し、現状では課題があり、この課題を効率的に解決するための手段として、デジタル化の有用性を認識し、関係機関が協力する必要があると結んでいる。

他方で、図書館や博物館の文化資源をデジタル化の対象としたのは、2016年からである。同年9月、政府は、「カナダ国立遺産デジタル化戦略（National Heritage Digitization Strategy：NHDS）」¹¹³を公表した。文化遺産が、民主主義社会の基盤であり、経済的、社

¹⁰⁸ キャンベル・ローラ「米国議会図書館の全米デジタル・ライブラリー：インターネットを通じて学校・図書館へ」情報管理40巻8号（1997）pp.671-683

¹⁰⁹ Internet Archives (<https://archive.org/>)

¹¹⁰ 時実象一「大学図書館書籍アーカイブHathiTrust」情報管理57巻8号（2014）pp.548-561.
HathiTrustのコンテンツ数は月次報告されており、2021年11月末時点で17,543,896点、そのうち約38%がパブリックドメインである (https://www.hathitrust.org/statistics_deposited_volumes_monthly).

¹¹¹ ポータルサイトとしてLinking Open Cultural Data in Canada 参照

(<https://lincsproject.ca/visualization/>)

¹¹² Preserving Canada's Memory: Developing a strategic approach to digital preservation
(<https://ppforum.ca/wp-content/uploads/2018/06/Preserving-Canadas-Memory-PPF-report.pdf>)

¹¹³ The National Heritage Digitization Strategy (NHDS) (<https://nhds.ca/about/>)

会的、法的、文化的領域をサポートし、イノベーションを促進するための不可欠な資源であるとしたうえで、2000年以前にカナダの大学によって発行された全ての科学雑誌と論文、アーカイブ機関の全てのマイクロフィルムのデジタル化、リンクト・オープンデータなどが掲げられている。

最近では、2020年1月、デジタル化資料の長期保存を推奨するファイルフォーマットのガイドを公表するなど、インフラ整備をしている¹¹⁴。

5. 韓国¹¹⁵

韓国は、デジタルアーカイブ政策において、アジア圏では比較的先進的な取り組みをしている国の1つである。韓国の文化政策を担う中央機関は文化体育観光部であり、その外庁に文化在庁が存在する（ただし、1980年憲法改正により、文化芸術は地方自治体の事務とされている。）。

所管法令も、文化のインフラとしての文化基本法、コンテンツ産業を中心とする文化産業振興基本法、文化財保護の関連法の3つの柱から成り立っている。

特に、文化基本法は、4条において、「全ての国民は文化表現と活動において差別を受けず、自由に文化を創造し、文化活動に参加し、文化を享有する権利を有する」と規定し、これは「文化権」を規定したものとされている¹¹⁶。

¹¹⁴ Digital Preservation File Format Recommendations (NHDS, 2020/1/17)

(<https://nhds.ca/2020/01/17/digital-preservation-file-format-recommendations/>)

¹¹⁵ 韓国の文化政策全般に関しては、「平成29年度諸外国における文化政策等の比較調査研究事業報告書」(文化庁「平成29年度文化行政調査研究」委託業務) pp.141-173[関鎖京執筆]、情報政策に関しては、金容媛「韓国における知識情報資源管理の政策と現況」文化情報学(駿河台大学文化情報学部紀要) Vol.13, No.1 (2006) pp.15-32, 同「韓国における国家情報化政策の現況」文化情報学 Vol.7, No.1

(2000) pp.1-14, デジタルアーカイブ政策に関しては、阿部卓也=加藤論=木村拓=谷島貫太=冨澤かな=宮本隆史「アジア・環太平洋地域のナショナルデジタルアーカイブ政策—文化資源の統合と連携の諸相—」情報学研究(東京大学大学院情報学環紀要) 92号(2017) pp.31-35, DA調査報告書 pp.52-71 参照。

¹¹⁶ ただし、韓国でも、必ずしも確立された権利ではないようである。例えば、ある論考では、文化権は、文化を享受する最低水準を権利として保障することを意味し、障害者であれば、単に差別されない消極的意味に過ぎないとされており、社会福祉関連法として、法律上完全な権利として主張できるようにするためには裁判所が文化権の侵害と理解していかなければならない、と指摘する。(현택수=윤동은=김광명「문화복지의 법적 권리화에 대한 탐색적 연구 (An Exploratory Study on the Legislation of the Right for Cultural Welfare)」Korean Journal of Social Welfare, Vol. 60, No. 4 (2018) pp. 157-173 参照)。

図 1：文化体育観光部所管法律（制定年度）¹¹⁷

文化基本法（2013）	文化産業振興基本法（1999年）	文化財保護法（1962）
公演法(1961) 図書館法(1963) 文化芸術振興法（1972） 大韓民国芸術院法(1988) 博物館及び美術館振興法(1992) 地方文化院振興法（1994） 東学農民革命の参加者等の名義回復に関する特別法（2004） 国語基本法(2005) 文化芸術教育支援法（2005） 読書文化振興法(2006) アジア文化中心都市造成に関する特別法（2007） 芸術家福祉法(2011) 小さい図書館振興法(2012) 地域文化振興法（2014） 文化芸術後援活性化法（2014） 国民余暇活性化基本法（2015） 工芸文化産業振興法（2015） 文化多様性の保護と増進に関する法律（2015） 韓国手話言語法(2016) 点字法(2016)	著作権法(1957) 映像振興基本法（1995） オンラインデジタルコンテンツ産業発展法（2002） 出版と印刷の振興法（2002） ニュース通信振興に関する法律（2003） 新聞等の自由と機能の保障に関する法律(2005) 映画及びビデオ物の振興に関する法律（2006） 音楽産業振興に関する法律（2006） ゲーム産業振興に関する法律（2006） コンテンツ産業振興法（2010） eスポーツ振興に関する法律（2012） 漫画の振興に関する法律（2012）	郷教財産法（1962） 伝統寺院の保存と支援に関する法律（1987） 文化遺産と自然環境資産に関する国民信託法(2006) 文化財保護基金法（2009） 文化財修理等に関する法律（2010） 古都保存及び育成に関する特別法（2011） 埋蔵文化財を保護及び調査に関する法律（2011）

上の表のうち、1999年に制定された文化産業振興基本法は文化コンテンツ産業の育成分野の基本法として文化産業の支援及び育成に必要な事項を定めている。その後デジタル文化コンテンツ産業支援のため、2002年に全文改正されている¹¹⁸。

次に、情報化政策の動向を取り上げる。1980年代半ばから、公的部門の情報化基盤構築のため、電算化網事業が開始された。第1段階（1987年～1991年）は、住民、土地、金融などの主要情報のデータベース化、第2段階（1992年～1996年）は、行政情報共同活用のための電算システム連携に関する事業化である。

1994年4月には、「CYBER KOREA 21」を発表、2002年までの政策課題を提示した。その目標は、①知識情報社会基盤の構築、②情報通信網の高速化・高度化、③情報基盤を活用した新ビジネス創出である¹¹⁹。これにより、情報基盤が整備され、さらに、記録物管理法、知識情報資源管理法の制定により、知識情報資源の体制が整備された¹²⁰。1996年に

¹¹⁷ 文化庁・前掲「平成29年度諸外国における文化政策等の比較調査研究事業報告書」p.165 図表6-28

¹¹⁸ 文部科学省「平成18年版文部科学白書」（第1部 特集2 第3節 4. 韓国の文化行政）

(https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/hpab200601/001/002/012.htm)

¹¹⁹ CYBER KOREAの詳細は総務省「平成14年情報通信白書」pp.217-218 参照

¹²⁰ 金容媛「韓国における知識情報資源管理の政策と現況」文化情報学（駿河台大学文化情報学部紀要）

Vol.13, No.1（2006）pp.17

制定された国家情報化基本法は、上記の公的部門の情報化政策の促進等を念頭においているが、公的部門の情報を民間セクターも利活用できるよう、2018年に改正がされ、さらに、2020年には、AI時代に対応するため、「知能情報化基本法」として全面改正された¹²¹。

さらに、主に産業セクター向けであるが、2021年10月には、「データ産業振興および利用基本法」¹²²が成立した。同法は、国家レベルで、公共・民間部門のデータ政策のとりまとめを担う省庁横断的組織として「国家データ政策委員会」を設置し（同法6条）、人的・物的資産の相当な投資によって生み出された経済的価値を有するデータ（データ資産）の保護などを規定する（同法10条）。

デジタルアーカイブ政策との関係では、1997年に経済危機に陥り、失業率が高まる中、若者の雇用促進策としてデジタル化が挙げられ、2000年には、図書館事業に特別予算を交付する政策を発表、図書館を通して高品質なデジタル知識情報を利用するよう、市民に奨励した¹²³。さらに同年には、知識情報資源管理法が制定された¹²⁴。ここで「知識情報資源」とは、国家的に保存及び利用価値があり、学術・文化又は科学技術などに関するデジタル化の必要性が認められる資料をいう（同法2条1項）。同法では、知識情報資源の管理及び推進計画は、情報通信部長官が総括（同法5条1項）し、政府は、関係省庁と協議し、デジタル化された形態で収集・活用できるよう、必要な施策を講じ（同法10条）、知識情報資源への自由なアクセスと利用を保障し、経済的・社会的及び地域的差別のない平等な条件に基づき、普遍的役務が提供されるように必要な施策を講じなければならない（同法11条1項）と規定されている。

また、2009年に国立中央図書館¹²⁵が電子図書館「dibrary」¹²⁶を開館している。

こうした基盤整備を経て、2015年4月には文化遺産標準管理システム¹²⁷が導入された。

¹²¹ 総務省「世界情報通信事情（大韓民国）」（<https://www.soumu.go.jp/g-ict/country/korea/pdf/082.pdf>）参照

¹²² 「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」（<https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=236051&chrClsCd=010202&urlMode=lsInfoP&efYd=20220420&ancYnChk=#0000>）参照（施行は2022年4月20日）。

¹²³ 李錫浩＝チョウ順英（内田尚子訳）「韓国における大学の電子図書館と情報政策」情報管理44巻2号（2001）p.126

¹²⁴ 法令は、韓国政府が運用するデータベースに依拠した。「지식정보자원관리법」（<https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=65900#0000>）

¹²⁵ 韓国では、国立図書館は、他に国会図書館などがある。その具体的な利用につき、田中福太郎「韓国のデジタルアーカイブとその利用」東洋文化研究19号（2016）pp.289-300参照

¹²⁶ dibrary（<https://www.dibrary.go.kr/>）

¹²⁷ 문화유산 표준관리시스템（https://www.museum.go.kr/site/main/content/relics_management_system）

国公立、私立問わず全国の博物館・美術館の所蔵品を統一的に管理するシステムである。

以上を経て、政府機関の現在の主要なデジタルアーカイブは、以下のとおりである。

まずは、上記の国立国会図書館の「dibrary」である¹²⁸。国立中央図書館の他、国会図書館、国防電子図書館、農村振興庁農業科学図書館、法院図書館、疾病管理庁国立医科学知識センター、韓国科学技術院図書館、韓国科学技術情報研究院、韓国教育學術情報院が参加機関となり、デジタルデータを検索できるポータルサイトである。

「韓国では、デジタルアーカイブは必ずしも活発に行われていない」¹²⁹と評されているが、オープン API も提供されており、利活用を進めている¹³⁰。また、コンテンツも、CCライセンスではないが、公共著作物の自由利用を定めた韓国著作権法 24 条の 2 を前提に、独自の 4 タイプの表示を推奨している¹³¹。

次に、韓国歴史情報統合システム¹³²である。国史編纂委員会のほか 19 機関が参加して運営する統合検索システムのデータベースである。

3 つ目は文化財庁が運営する国家文化遺産オンライン¹³³であり、韓国の文化財及び博物館所蔵品を統合検索・閲覧できるポータルサイトである。

このように、諸外国と比較しても制度とコンテンツの体制整備が進んでいる。

¹²⁸ 開設当初の状況は、韓国図書館事情調査研究会（川崎安子ほか）「韓国の図書館最新事例：国立デジタル図書館と大学図書館を中心に」大学図書館研究 89 号（2010）pp.27-36 参照

¹²⁹ DA 調査報告書 p.102

¹³⁰ dibrary OPEN API (<https://www.dibrary.go.kr/intro/openapi.do>)

¹³¹ dibrary 著作権政策 (<https://www.dibrary.go.kr/intro/copyright.do>)

¹³² 한국역사정보통합시스템（韓国歴史情報統合システム）(<http://www.koreanhistory.or.kr/>)

¹³³ 국가문화유산포털（国家文化遺産ポータル）(<http://www.heritage.go.kr/heri/idx/index.do>)

第2章 わが国のデジタルアーカイブ政策動向

第1節 政策動向前のわが国での取組み

本章は、わが国におけるデジタルアーカイブ政策動向を概観する。実際は、「デジタルアーカイブ」の用語が用いられる以前からの取組みが現在の活発なデジタルアーカイブの興隆に繋がっている。そのため、前史として、簡単に取り上げる。

初めに「デジタルアーカイブ」の用語を用いたのは、1994年、月尾嘉男東京大学名誉教授であると言われている。デジタルアーカイブ推進協議会（JDAA, 1996～2005年）設立前に、「かつての図書館などの電子版」という意味であった¹³⁴。当時は、主に図書館を念頭においていたことは明らかであり、1994年に京都大学にて、電子図書館システム「Ariadne」が試用開始され¹³⁵、1995年には、国立国会図書館が「パイロット電子図書館プロジェクト」を開始している。

第2節 政策動向

1. はじめに

わが国では、文化資源のデジタルアーカイブ政策が、毎年内閣が閣議決定をする知的財産推進計画によって盛り込まれている。

知的財産推進計画では、デジタルアーカイブは、「知的財産」の1つであり、これをアーカイビングすることが文化資源の保存に重要であることから、特に著作権法の観点から、その体制整備として法改正を遂げてきた。

しかし、デジタルアーカイブ政策は、知的財産だけに留まるものではない。実際に未来投資戦略においても言及されている。クールジャパン戦略も含めると、総合的な文化政策、情報政策の1つであるといえる。そして、2020年8月、これまでの集大成ともいえる、書籍、メディア芸術、文化財などわが国が保有する多様なコンテンツのメタデータを検索できる国の分野横断型統合ポータルである「ジャパンサーチ」が公開された。これは、「デジタルアーカイブジャパン推進委員会及び実務者検討委員会」（事務局は内閣府知的財産戦略推進事務局）の方針のもと、多くの機関の連携（博物館、図書館、公文書館の連携を「MLA連携」という。）により、国立国会図書館がシステムを運用する。

結論を先出しすると、知的財産推進計画におけるデジタルアーカイブの対象や施策は、途中から霧散消失したものもあるが、拡大の一途を辿り、複雑化する一方で、ここ5年は

¹³⁴ 影山幸一「デジタルアーカイブという言葉を生んだ「月尾嘉男」」

(https://artscape.jp/artscape/artreport/it/k_0401.html)

¹³⁵ 長尾真「京都大学電子図書館のスタートにあたって」静脩 34 巻 2,4 号 (1998) pp.3-5

「連携」をキーワードに、実践的な取組みも見られようになった。その動向を概観する。

2. 検討

2.1 検討方法

知的財産推進計画制定までの経緯や背景は元特許庁長官の荒井寿光氏の論考¹³⁶、制定から2018年までの概要は、高山論文¹³⁷が詳細に述べるものの、デジタルアーカイブに特化していないため、毎年、公表されている知的財産推進計画を中心に関連する政府文書を概観する。

2.2 知的財産推進計画の以前の取組み

正確には、知的財産推進計画の前から MLA 機関のデジタル化、アーカイブ化が政策として取り上げられたものとして、2001年3月29日の「e-Japan 重点計画」（高度情報通信ネットワーク社会の形成に関する重点計画）を挙げることができる¹³⁸。これは、同年1月22日に高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部（2013年からは正式名称もIT戦略本部）がe-Japan戦略として、IT国家戦略を策定した中で、重点政策分野から5つ¹³⁹を重点計画としたものである。

この4つ目「行政の情報化及び公共分野における情報通信技術の活用の推進」では、施策の意義として、「…家にいながらにして図書館や美術館の情報を活用できたり、移動する車の中で映像情報も含め種々な情報を入手できたりする等、様々な分野でITの便益を身近に体験することを通じ、我が国全体の情報化に向けて大きな波及効果が期待」できるとし、具体的な施策では公共分野に「芸術・文化分野の情報化」とする項目を設けた。

その中にデジタルアーカイブの用語は出てこないが、「…様々な文化財、美術品、地域文化、舞台芸術等に関する情報が地理的な制約を受けずにどこにおいても入手・利用できる環境を整備」「文化情報総合システムの整備（文部科学省）を行う」といった、MLA機関におけるデジタルアーカイブに向けた取組みの垣間見ることができる¹⁴⁰。

これらの政策は、2003年4月22日の文化庁と総務省が連携する「文化遺産オンライン

¹³⁶ 荒井寿光「日本の知的財産推進計画とその進展」日本知財学会誌1巻1号（2004）pp.7-14

¹³⁷ 高山芳之「知的財産推進計画」特技懇293号（2019）pp.30-39

¹³⁸ 「e-Japan 重点計画－高度情報通信ネットワーク社会の形成に関する重点計画－」

(<https://www.kantei.go.jp/jp/it/network/dai3/3siryou40.html>)

¹³⁹ 具体的には、①世界最高水準の高度情報通信ネットワークの形成、②教育及び学習の振興並びに人材の育成、③電子商取引等の促進、④行政の情報化及び公共分野における情報通信技術の活用の推進、⑤高度情報通信ネットワークの安全性及び信頼性の確保、の5つである。

¹⁴⁰ e-Japan 重点計画「5. 行政の情報化及び公共分野における情報通信技術の活用の推進」

(<https://www.kantei.go.jp/jp/it/network/dai3/3siryou45.html>)

構想」の発表から、2004年4月27日「文化遺産オンライン試験公開版」の一般公開に繋がる（なお、正式公開は2008年3月26日である。）¹⁴¹。

2.3 知的財産推進計画にみるデジタルアーカイブ

知的財産推進計画は、「国は、…知的財産の創造、保護及び活用に関する基本理念（以下「基本理念」という。）にのっとり、知的財産の創造、保護及び活用に関する施策を策定し、及び実施する責務を有する。」（知的財産基本法5条）との規定に基づき、2003年以降、毎年公表されている。同法は、2002年2月、当時の小泉純一郎内閣総理大臣が、国会の施政方針演説で「知的財産推進戦略会議を立ち上げ、必要な施策を強力に推進する」と述べたことから始まっている。

その後、スピーディに施策が展開する。2002年3月には、内閣において知的財産推進戦略会議が設置され、2002年7月に「知的財産戦略大綱」を公表した。その中の「5. 知的財産戦略大綱の実施」において、知的財産基本法（仮称）の提出をすると明記され、2002年12月に同法が公布された。最初に「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」（知的財産推進計画2003）が出されたのは、2003年7月8日である。

なお、知的財産推進本部（知的財産基本法24条）の長は内閣総理大臣（同法27条）であり、当時の位置づけの重要性がうかがわれるとともに、それは今でも変わっていない。

以下では、知的財産推進計画2003から2021までを通して概観する（具体的な施策に通し番号を付する。カッコ内の頁数は当該年度の知的財産推進計画の該当頁である）。

2.3.1 「知的財産推進計画2003」

この中に、デジタルアーカイブの用語が登場する。定義はないが、用語集の項目を設けており、そこにアーカイブを挙げ、その定義を「文書や記録を集積すること」（p.68）としている。

アーカイブに関する具体的な施策としては、2つある。コンテンツ流通のためのシステム整備の中に、①「散逸しやすいホームページなどのウェブ情報として存在する有用なデジタル情報をアーカイブ化とその支援」（p.58）、地域におけるコンテンツの活用促進の項目に、②「地域における伝統・文化デジタルアーカイブの拡充・ネットワーク利活用を推進」（p.61）である。

2.3.2 「知的財産推進計画2004」

¹⁴¹ 文化遺産オンライン (<https://bunka.nii.ac.jp/>)。ポータルサイトとしての機能のほか、所蔵作品情報も格納する（丸山雄三「ミュージアムの情報発信力を高める文化遺産オンラインの活用法」情報の科学と技術67巻12号（2017）pp.628-632）。

2003 年の施策①②は、同様である (p.94)。それ以外に、③「教育、文化や芸術分野における知的資産の電子的な保存や活用など（デジタルアーカイブ化）に必要なソフトウェア技術基盤の構築のための研究開発を開始」(p.83) との記載がある。

2.3.3 「知的財産推進計画 2005」

総論及び全 5 章から構成され、「第 4 章 コンテンツをいかした文化創造国家への取組」の中に「7. コンテンツのアーカイブ化に関する取組を奨励・支援する」の見出しが登場する。コンテンツアーカイブ化の促進とともに、④フィルムセンター（現在の国立映画アーカイブ本館）や⑤放送番組センターの充実化、⑥歴史的公文書の保存・公開、活用が挙げられている (pp.102-103)。

なお、施策①～③も同様に挙げられている。

2.3.4 「知的財産推進計画 2006」

アーカイブ化の促進、活用として、2005 年からの施策④⑤が取り上げられた (p.91)。この年の計画には、「デジタルアーカイブ」の用語が消えている。

2.3.5 「知的財産推進計画 2007」

重点編と本編に分け、本編は全 5 章から構成される。重点編の「コンテンツをいかした文化創造国家づくり」には、⑦公共的なデジタルアーカイブされた著作物で、入手困難資料について、クリエイターへの補償措置も考慮しながら、コンテンツの保存・収集・利用を円滑に進められる方策の検討が挙げられる (p.21)。また、2005 年からの施策④⑤の記載もある。この年からデジタルアーカイブの法制度整備に関する言及が始まったといえる。

なお、デジタルアーカイブではないが、生地やデザインのアーカイブ整備も盛り込まれている (p.113)。

2.3.6 「知的財産推進計画 2008」

2008 年は、「世界を睨んだ知財戦略の強化」との副題がつけられた。重点項目 3 つと、本編全 5 章から構成される。⑧国立国会図書館において行われている貴重な図書等のデジタル化が取り上げられた (p.95)。

なお、生地やデザインのアーカイブ整備も引き続き盛り込まれている。

2.3.7 「知的財産推進計画 2009」

5 つの項目に分けており、「3. ソフトパワー産業の成長戦略を推進する」の中に、クリエイターの創作環境を充実し、1 つに「文化資源のアーカイブ化を推進する」の項目が設

けられた。その中の施策は、施策④⑤のほか、施策⑦について、デジタルアーカイブの対象を、入手困難な図書、雑誌、古典籍資料、学位論文等約 90 万冊と具体的に明記している (p.17)。

また、2007 年からアーカイブ整備の 1 つとして挙げられた生地やデザインのアーカイブに関して⑨「デジタルアーカイブシステムの構築に向けた開発」(p.17) などを行うとされた。さらに、⑩国立国会図書館における文化的・歴史的価値のある音源のデジタルアーカイブ化、音楽資料のアーカイブ化に向けた調査研究、⑪写真のアーカイブ化に向けた取組を進めることが記載されている (p.53)。

2.3.8 「知的財産推進計画 2010」

戦略を 3 つに分け、コンテンツを文化資源と捉えアーカイブ化を進めていくこと (p.13) を挙げ、⑫「映像のアーカイブ化や、日本のポップカルチャーに関する様々なアーカイブのデジタル化・ネットワーク化への支援を通じ、創造基盤のためのアーカイブを整備」(p.15)、国立国会図書館による非商業分野のデジタルアーカイブ推進が挙げられている (p.19)。

さらに、工程表には「Ⅱ. コンテンツ強化を核とした成長戦略の推進」の 21 項目に「・メディア芸術デジタルアーカイブ事業、東京国立近代美術館フィルムセンターにおけるアーカイブ事業の実施」、22 項目には施策⑤に関連して、「NHK のアーカイブ業務等の放送文化資産が有効活用されるための…分析・評価」が施策として挙がる（「知的財産推進計画 2010」工程表, p.7）。また、「国立国会図書館等のデジタルアーカイブ化の状況」として、EU のヨーロッパナなどが初めて取り上げられた (p.27)。

2.3.9 「知的財産推進計画 2011」

戦略を 4 つ（国際標準化のステージアップ戦略、知財イノベーション競争戦略、最先端デジタル・ネットワーク戦略、クールジャパン戦略）に分けている。そのうち「最先端デジタル・ネットワーク戦略」において、「コンテンツの電子配信を促進するとともに、我が国の知的資産をデジタル・アーカイブ化して活用する。」との項目が設けられている (p.23)。その中身は、情勢認識と施策例から構成され、Google Books やヨーロッパナの諸外国の例が取り上げられている。

具体的な施策例は、民間ビジネスへの圧迫を避けつつ、公立図書館における館内閲覧などのルール設定、施策⑤に関連した NHK の番組資産の活用、民間放送番組のアーカイブの拡大、マンガ、アニメなど多様なコンテンツのアーカイブ促進のため、支援を行うことが盛り込まれている (p.24)。

また、⑬アーカイブの活用のため、いわゆるオーファンワークス（権利者不明の著作物

の文化庁長官の裁定による利用促進) 対応が初めて盛り込まれた (附表 1p.30).

2.3.10 「知的財産推進計画 2012」

東日本大震災を経た翌年である 2012 年には、「コンテンツのアーカイブ化とその活用促進」の項目の中に、「国立国会図書館と連携して、東日本大震災のデジタルデータを一元的に検索・利用できるポータルサイトを構築」することが挙げられる。その他、⑭「散逸、劣化の危険性の高い作品の保存に資するようゲーム、マンガを始めとするメディア芸術作品の所在情報データベースを整備するとともに、デジタル・アーカイブ化を推進」として、本来の意味でのアーカイブに資する施策が登場する (附表 p.37)。2011 年からの施策⑬は、「相当な努力を払っても権利者と連絡をとることができない著作物の利用」につき、文化庁長官の裁定による利用促進を図ることが引き続き書かれている (附表 p.53)。

なお、2012 年より、前年 (2011 年) の実施状況が盛り込まれ (参考 2p.1 以下)、取り組み状況や課題、評価 (○と△) が書かれている。

2.3.11 「知的財産推進計画 2013」

戦略の柱を 4 つ (産業競争力強化のためのグローバル知財システムの構築、中小・ベンチャー企業の知財マネジメント強化支援、デジタル・ネットワーク社会に対応した環境整備、コンテンツを中心としたソフトパワーの強化) としている。デジタルアーカイブは、この「環境整備」の柱の箇所で、新たな産業や文化創造の基盤となる知的インフラを構築するため、書籍、映画、放送番組、音楽、アニメ、マンガ、ゲーム、デザイン、写真、文化財といった文化資産及びこれらの関連資料などのデジタル・アーカイブ化の促進、各アーカイブ間の連携を実現するための環境整備などを挙げる (p.29)。具体的な施策として、⑮関係府省・団体と連携実現、⑯メディア芸術 (マンガ、アニメ、ゲームなど) の一元的データベース整備によるアーカイブ間の連携推進、⑰JAPCON (コンテンツポータルサイト) を通じた海外発信強化が記載されている。

なお、2012 年の計画に挙げられた震災アーカイブは、2013 年 3 月に正式公開され、その目標は達成された。また、2005 年からの施策④⑤の継続的な実施も挙げられている (実施状況 p.43)。

2.3.12 「知的財産推進計画 2014」

2014 年は、4 つの戦略 (産業競争力強化のためのグローバル知財システムの構築、中小・ベンチャー企業の知財マネジメント強化支援、デジタル・ネットワーク社会に対応した環境整備、コンテンツを中心としたソフトパワーの強化) が柱となっている (p.2)。第 3 の戦略の柱は 2013 年と同じであり、アーカイブ関連もこの中に位置付けられる。

2020年オリンピック・パラリンピックに向けたアーカイブの戦略的利活用の具体的な施策として、⑱文化遺産オンラインの海外発信強化、「e-国宝」の充実化とともに、学校教育におけるアーカイブ利活用がある。また、アーカイブ利活用促進のため、⑲利用条件の明確化及び利活用に係る相談・権利処理窓口機能の整備の促進が盛り込まれた。

さらに、「メディア芸術分野等の取組の加速化」として、⑳資料の滅失等が課題となっている分野のアーカイブの検討、㉑「美術館・歴史博物館重点分野推進支援事業」として、諸外国における映画のデジタル保存に関する技術屋法制度等の調査研究などを行うことの2つが挙げられ、㉒「アーカイブに関する基盤技術の開発等」として、分野横断のアーカイブデータ検索を可能にする大規模情報利活用基盤に関する技術開発、㉓外部向けインターフェースの共通化と公開に向けた技術の普及啓発等のためのデジタルアーカイブ化の促進及び各アーカイブ間の連携実現に向けた取組が挙げられ、㉔「アーカイブ関連人材の育成等」として、2013年からの施策⑮のほか、アーカイブを支える人材の育成支援等の方策について検討が挙げられている。

以上のように、アーカイブの具体化政策としては、最も多くが盛り込まれている。

なお、⑯⑰は継続、施策⑬は、諸外国の動向も参考にしつつ、2012年にも盛り込まれていた裁定を受けた著作物の再利用さらなる手続の簡素化などを目指すことが、検討項目として復活した。

2.3.13 「知的財産推進計画 2015」

当時の総理から直接指示が出された3つの政策課題（地域中小企業の知財戦略強化と地方における産学・産産連携の促進、知財の紛争処理システムの活性化、コンテンツと周辺産業の一体的な海外展開）を重点3本柱とし、それ以外の重点施策を8つに分けている（pp.3-4）。アーカイブ関連は、重点施策のうち、6つ目の「アーカイブの利活用促進に向けた整備の加速化」と「知財人材の戦略的な育成・活用」で取り上げられている。

前者は、統合ポータル構築のもと、アグリゲータ（分野ごとの束ね役）が運用している主要アーカイブとの間で、メタレベルでの連携を取ることを目標として、㉕国立国会図書館サーチと文化遺産オンラインの連携に向けた方策の検討、㉖放送コンテンツのアーカイブ機関がNHK、放送番組センターと連携して、国立国会図書館サーチなどとの連携に向けて課題抽出を行うこと、㉗関係省庁等申合せによりデジタルアーカイブに関する関係省庁等連絡会及び実務者協議会（仮称）を開催し、アーカイブの構築及び利活用促進に向けた各種課題について、解決方策等の検討することが挙げられる。

㉗については、2015年9月3日に、「デジタルアーカイブの連携に関する関係省庁等連

絡会及び実務者協議会」が設置された（2017年4月にとりまとめ報告書提出¹⁴²）。

また、2015年において初めて、「我が国のデジタルアーカイブは一定の充実を見つつある」と評価がされ（p.44）、28地方ゆかりの文化情報などのコンテンツについて、公共クラウドの取組みを通じ、その収集と利活用が可能となるデジタルアーカイブ構築支援も盛り込まれた（工程表 p.57）。

なお、施策24は、司書・博物館過程にアーカイブ関係の科目が新設されたことを踏まえ、専門的知識を有する人材育成の充実、アーカイブの構築をけん引する人材育成に取り組むなど細分化された（工程表 p.57）。

2.3.14 「知的財産推進計画 2016」

2016年は4つの柱（第4次産業革命時代の知財イノベーションの推進、知財意識・知財活動の普及・浸透、コンテンツの新規展開の推進、知財システムの基盤整備）から構成される（p.5）。アーカイブ政策は、3つ目の「コンテンツの新規展開の推進」の中に、「アーカイブの利活用の促進」の項目が設けられた。概要は、これまでと同様、国立国会図書館、関係府省の連携の枠組みの下でのアーカイブ間の連携促進、各分野のアーカイブ構築の促進、アーカイブ利活用のための基盤整備の推進が中心である（pp.46-51）。6ページにわたってアーカイブ政策の記載があるが、基本的な内容はこれまでの施策⑱、24～28が継続している。

新規の施策としては、29統合ポータルとの連携によって集約されるメタデータのオープン化の促進に向けた課題整理と対応策の検討、30集約されたメタデータの促進、31アーカイブ構築と利活用推進のための著作権制度整備（美術館等の所蔵する著作物の解説・紹介のための権利制限、権利者不明著作物等の利用の円滑化）がある。

2.3.15 「知的財産推進計画 2017」

2017年は3つの柱があり、そのうちの1つの「2020年とその先の日本を輝かせるコンテンツ力の強化」の中で、アーカイブ政策は「映画産業の振興」と「デジタルアーカイブの構築」において、取り上げられている。前者は32映画フィルムのアーカイブ強化を目的とした、フィルムセンターの機能強化を図り、日本映画の国内外への発信力を強化する施策を挙げる（p.76）。これは、施策④のさらなる発展形と位置付けられる。

後者の「デジタルアーカイブの構築」の背景には、オープンサイエンスやオープンデー

¹⁴² デジタルアーカイブの連携に関する関係省庁等連絡会・実務者協議会（事務局：内閣府知的財産戦略推進事務局）「我が国におけるデジタルアーカイブ推進の方向性（平成29年4月）」

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_kyougikai/houkokusho.pdf

タ戦略との関係があり、総合科学技術・イノベーション会議、IT 総合戦略本部等との連携、官民データ活用推進基本計画とあわせて推進していくことが明記されている (p.5).

具体的には、**33**国立国会図書館と文化遺産オンラインとの API 連携の実現・他分野とのアーカイブの連携調整、**34**国の分野横断型統合ポータル「ジャパンサーチ (仮称)」の構築に向けた取組み、**35**「デジタルアーカイブの構築・共有・活用ガイドライン」を順守するメタデータのオープン化とその利用条件の表示等を行うこと、**36**デジタルアーカイブ間の連携の意義の周知のため、フォーラムや協議会を通じ、コンテンツ及びメタデータ等の利活用事例の共有化を行うことなどが挙がる。

2016 年からの施策**25**、**26**については、**37**コンテンツの各分野 (書籍等分野については国立国会図書館、放送コンテンツについては放送番組センターとNHK、メディア芸術分野は文化庁と経済産業省、文化財については文化庁) において、各々の機関が、アグリゲータとして、収集対象の選定やメタデータ形式の標準化などのアーカイブ構築の方針の策定等、分野内のアーカイブ機関における収蔵資料のデジタル化への協力、メタデータの集約化を行うこととされた (工程表項目番号 153).

このほか、**38**デジタルアーカイブフォーラムの開催、**39**デジタルアーカイブ推進のための工程表作成が盛り込まれた (工程表項目番号 147,148).

なお、2015 年からの施策**26**も継続して明記されている。

2.3.16 「知的財産推進計画 2018」

2018 年は、3つの重点事項 (人材・ビジネスを育てる、挑戦・創作活動の促進、新分野の仕組みをデザインする) を立て、重点事項ごとに小項目を設けている。そのうち新分野の仕組みのデザインの中に「デジタルアーカイブ社会の実現」の項目が設けられた。その意味は、「我が国の文化資源を中心とした幅広いコンテンツを、海外からも分野横断でワンストップ検索することができ、それらコンテンツの組み合わせも含めた円滑な利活用の助けとなるオールジャパンのデジタルアーカイブ」が、産業と文化の継続的発展のために、仕組みとして価値創造の源泉を見つけることが必要であるとする (p.21).

施策自体は、2017 年からの**32**、**34**～**37**に加え (ただし、**37**には公文書館も含まれる。), **40**メディア芸術の情報拠点等の整備を進め、コンテンツの発信を行う検討を実施することが盛り込まれた。

2.3.17 「知的財産推進計画 2019」

2018 年 6 月、知的財産戦略本部で『知的財産戦略ビジョン～「価値デザイン社会を目指して～」』が公表されたことを踏まえ、2019 年は、目指すべき姿として、「価値デザイン社会 (= 経済的価値にとどまらない多様な価値が包摂され、そこで多様な個性が多面的能

力をフルに発揮しながら、「日本の特徴」をもうまく活用し、様々な新しい価値を作って発信し、それが世界で共感され、リスペクトされていく社会)」を掲げ、それを支える3つの重点政策を柱としている。キーワードは、「脱平均」「融合」「共感」であり、2018年に続き、「デジタルアーカイブ社会の実現」は、そのうち「融合」「共感」を貫くテーマと位置付けられる(p.5)。具体的な施策は、2018年を踏襲しつつ、過去の施策がアレンジされて復活した。新たな施策としては、④1全国の大学等研究機関の人文学術情報を集約し、人文学分野のつなぎ役としてジャパンサーチと連携することが盛り込まれた。

また、2012年の施策④2014年の施策⑧が復活している。具体的には、④14は、散逸・劣化の可能性が高いメディア芸術作品についてアーカイブ化にかかる取組みへの支援を行うこと、⑧18は、④22020東京オリンピック・パラリンピック、2025年の大阪万博に向け、海外発信を強化すべく、国宝などの重要文化財以外の地域の文化資源に関するデータ集約、画像掲載率の向上、多言語対応の取組み推進が盛り込まれた。

2.3.18 「知的財産推進計画 2020」

2020年は、「新型コロナ後の「ニュー・ノーマル」に向けた知財戦略」の副題が付けられた。これは2008年以来である。

具体的な施策としては、④3ジャパンサーチの正式版公開に向けた持続的運営・運用体制の構築とその広報をすること、④4アグリゲータの役割や支援策、地域アーカイブとの連携、法的規制との調和、多言語対応などにより利用機会の拡大を図ること、④5図書館等が保有する資料へのアクセスを容易化するため、図書館等に関する権利制限規定をデジタル化・ネットワーク化に対応したものとすることについて、研究目的の権利制限規定の創設することが盛り込まれた。

2.3.19 「知的財産推進計画 2021」

2021年は、昨年に引き続き、副題が付けられ、「コロナ後のデジタル・グリーン競争を勝ち抜く無形資産強化戦略」とし、知的財産（知的財産基本法2条1項）よりも、広義の無形資産まで対象が拡張していることを強調する点が、特徴的である。

デジタルアーカイブ関連は、知財戦略重点7施策のうちの1つである「デジタル時代に適合したコンテンツ戦略」の中の「コンテンツ・クリエイション・エコシステムを支える取組」に見られる。2020年の施策のうちジャパンサーチ正式公開、令和3年著作権法改正を踏まえた、さらなる対応のほか、④6国立公文書館における所蔵資料のデジタル化等が新たに加わった。また、④7メディア芸術、文化遺産のデジタルアーカイブ化に加え舞台芸術等のアーカイブの「配信」といった、コロナ禍に伴う、文化庁の支援事業に関する取組みとその発展も含まれている。

2.4 知的財産戦略ビジョン

2.4.1 知的財産戦略ビジョン（2013）¹⁴³

知的財産推進計画とは別に、今後10年を見据えた取り組みを公表している。デジタルアーカイブに関しては、状況を俯瞰したうえで、その課題を「コンテンツを利用するためのハードの保存や文化資産としてのデジタル・アーカイブ化及びクラウド上に存在する新しいタイプのコンテンツの記録方法」の検討としている（p.65）。

2.4.2 知的財産戦略ビジョン（2018）¹⁴⁴

デジタルアーカイブの構築を短期・中期目標として、現在のジャパンサーチの構築が掲げられていたほかは、関連する政策動向は見当たらない。

なお、これまでの取組をまとめると以下のとおりになる。

表4：デジタルアーカイブに関する施策（まとめ）¹⁴⁵

¹⁴³ <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/vision2013.pdf>

¹⁴⁴ https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizai_vision.pdf

¹⁴⁵ 以下の知財計画から作成した。

知的財産推進本部（2003）「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/030708f.pdf>

知的財産推進本部（2004）「知的財産推進計画2004」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/040527f.pdf>

知的財産推進本部（2005）「知的財産推進計画2005」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/050926f.pdf>

知的財産推進本部（2006）「知的財産推進計画2006」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/060609keikaku.pdf>

知的財産推進本部（2007）「知的財産推進計画2007」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/070531keikaku.pdf>

知的財産推進本部（2008）「知的財産推進計画2008-世界を睨んだ知財戦略の強化-」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/2008keikaku.pdf>

知的財産推進本部（2009）「知的財産推進計画2009」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf>

知的財産推進本部（2010）「知的財産推進計画2010」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/2010keikaku.pdf>

知的財産推進本部（2011）「知的財産推進計画2011」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku2011.pdf>

知的財産推進本部（2012）「知的財産推進計画2012」

番号	初出	施策内容
1	2003	散逸しやすいホームページなどのウェブ情報として存在する有用なデジタル情報のアーカイブ化とその支援
2	2003	地域における伝統・文化デジタルアーカイブの拡充・ネットワーク利活用を推進
3	2004	教育、文化や芸術分野における知的資産の電子的な保存や活用など（デジタルアーカイブ化）に必要なソフトウェア技術基盤の構築のための研究開発の開始
4	2005	フィルムセンター（現在の国立映画アーカイブ本館）の充実化
5	2005	放送番組センターの充実化
6	2005	歴史的公文書の保存・公開，活用が挙げられている
7	2007	公共的なデジタルアーカイブされた著作物で，入手困難資料について，クリエイターへの補償措置も考慮しながら，コンテンツの保存・収集・利用を円滑に進められる方策の検討
8	2008	国立国会図書館において行われている貴重な図書等のデジタル化
9	2009	生地やデザインのデジタルアーカイブシステムの構築に向けた開発
10	2009	国立国会図書館における文化的・歴史的価値のある音源のデジタルアーカイブ化，音楽資料のアーカイブ化に向けた調査研究

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku2012.pdf>

知的財産推進本部（2013）「知的財産推進計画 2013」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku2013.pdf>

知的財産推進本部（2014）「知的財産推進計画 2014」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku20140704.pdf>

知的財産推進本部（2015）「知的財産推進計画 2015」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku20150619.pdf>

知的財産推進本部（2016）「知的財産推進計画 2016」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku20160509.pdf>

知的財産推進本部（2017）「知的財産推進計画 2017」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku20170516.pdf>

知的財産推進本部（2018）「知的財産推進計画 2018」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku2018.pdf>

知的財産推進本部（2019）「知的財産推進計画 2019」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku20190621.pdf>

知的財産推進本部（2020）「知的財産推進計画 2020～新型コロナ後の「ニュー・ノーマル」に向けた知財戦略～」

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikaku20200527.pdf>

11	2009	写真のアーカイブ化に向けた取組を進めること
12	2010	映像のアーカイブ化や、日本のポップカルチャーに関する様々なアーカイブのデジタル化・ネットワーク化への支援を通じ、創造基盤のためのアーカイブを整備
13	2011	アーカイブの活用のため、いわゆるオーファンワークス（権利者不明の著作物の文化庁長官の裁定による利用促進）への対応
14	2012	散逸、劣化の危険性の高い作品の保存に資するようゲーム、マンガを始めとするメディア芸術作品の所在情報データベースを整備するとともに、デジタル・アーカイブ化を推進
15	2013	デジタル・アーカイブの関係府省・団体と連携実現
16	2013	メディア芸術（マンガ、アニメ、ゲームなど）の一元的データベース整備によるアーカイブ間の連携推進
17	2013	JAPCON（コンテンツポータルサイト）を通じた海外発信強化
18	2014	2020 オリンピックに向けた文化遺産オンラインの海外発信強化、「e-国宝」の充実化及び学校教育におけるアーカイブ利活用
19	2014	アーカイブ利活用促進のための、利用条件の明確化及び利活用に係る相談・権利処理窓口機能の整備
20	2014	メディア芸術分野の資料の滅失等が課題となるアーカイブの検討
21	2014	「美術館・歴史博物館重点分野推進支援事業」による諸外国における映画のデジタル保存に関する技術や法制度等の調査研究
22	2014	アーカイブの分野横断のアーカイブデータ検索を可能にする大規模情報利活用基盤に関する技術開発
23	2014	外部向けインターフェースの共通化と公開に向けた技術の普及啓発等のためのデジタルアーカイブ化の促進及び各アーカイブ間の連携実現に向けた取組み
24	2014	アーカイブを支える人財の育成支援等の方策について検討
25	2015	国立国会図書館サーチと文化遺産オンラインの連携に向けた方策の検討
26	2015	放送コンテンツのアーカイブにおける NHK や放送番組センターと連携し、国立国会図書館サーチなどとの連携に向けた課題抽出
27	2015	関係省庁等申合せによりデジタルアーカイブに関する関係省庁等連絡会及び実務者協議会（仮称）を開催し、アーカイブの構築及び利活用促進に向けた各種課題につき、解決方策等の検討
28	2015	地方ゆかりの文化情報などのコンテンツについて、公共クラウドの取組を通じ、その収集と利活用を可能とするデジタルアーカイブ構築支援

29	2016	統合ポータルとの連携によって集約されるメタデータのオープン化の促進に向けた課題整理と対応策の検討
30	2016	統合ポータルによって集約されたメタデータの促進
31	2016	アーカイブ構築と利活用推進のための著作権制度整備（美術館等の所蔵する著作物の解説・紹介のための権利制限，権利者不明著作物等の利用の円滑化）
32	2017	映画フィルムのアーカイブ強化を目的とした，フィルムセンターの機能強化を図り，日本映画の国内外への発信力を強化
33	2017	国立国会図書館と文化遺産オンラインとの API 連携の実現・他分野とのアーカイブの連携調整
34	2017	国の分野横断型統合ポータル「ジャパンサーチ（仮称）」の構築に向けた取組み
35	2017	「デジタルアーカイブの構築・共有・活用ガイドライン」を順守するメタデータのオープン化とその利用条件の表示等への取組み
36	2017	デジタルアーカイブ間の連携の意義の周知のため，フォーラムや協議会を通じ，コンテンツ及びメタデータ等の利活用事例の共有化
37	2017	コンテンツの各分野において，アグリゲータとして，それ収集対象の選定やメタデータ形式の標準化などのアーカイブ構築の方針の策定等，分野内のアーカイブ機関における収蔵資料のデジタル化への協力，メタデータの集約化
38	2017	デジタルアーカイブフォーラムの開催
39	2017	デジタルアーカイブ推進のための工程表作成
40	2018	メディア芸術の情報拠点等の整備を進め，コンテンツの発信の検討
41	2018	全国の大学等研究機関の人文学术情報を集約し，人文学分野のつなぎ役としてジャパンサーチと連携
42	2019	2020 東京オリンピック・パラリンピックや 2025 年の大阪万博に向け，海外発信を強化すべく，国宝などの重要文化財以外の地域の文化資源に関するデータ集約，画像掲載率の向上，多言語対応の取組みを推進
43	2020	ジャパンサーチの正式版公開に向けた持続的運営・運用体制の構築とその広報
44	2020	アグリゲータの役割や支援策，地域アーカイブとの連携，法的規制との調和，多言語対応などにより利用機会の拡大への取組み
45	2020	図書館等が保有する資料へのアクセスを容易化するため，図書館等に関する権利制限規定をデジタル化・ネットワーク化に対応したものとする

		ことについて、研究目的の権利制限規定の創設
46	2021	国立公文書館における所蔵資料のデジタル化等
47	2021	メディア芸、文化遺産のデジタルアーカイブ化に加え舞台芸術等のアーカイブの「配信」

2.5 知的財産推進本部の下部組織の取組

デジタルアーカイブジャパン推進委員会・実務者検討委員会では、様々な分野におけるデジタルアーカイブの構築・利活用に係る実務的な課題について議論を行っている。これまでの検討の詳細は、省略するが、要旨としては、アーカイブ機関による取組みを支援することを目的に、以下で取り上げる成果物が公表されている。

2.5.1 デジタルアーカイブにおける望ましい二次利用条件表示の在り方について¹⁴⁶

2019年4月、デジタルアーカイブの連携に関する関係省庁等連絡会・実務者検討委員会は、国際的に普及している二次利用条件表示の状況を踏まえつつ、わが国のデジタルアーカイブにおける望ましい二次利用条件表示の在り方について検討結果を示した。

パブリックドメインに対する表示、CCライセンスのほか、権利状態に関する記述をEuropeanaの採用状況を含め一覧表で示している。

2.5.2 デジタルアーカイブのための長期保存ガイドライン¹⁴⁷

2020年8月、デジタルアーカイブとその資源への長期的なアクセスの保証を目的として、公表された。マイグレーションが必要であることを踏まえ、組織として、方針・計画の策定、デジタルデータ管理者の配置、マスターデータの障害等を踏まえた保存体制整備、管理システムの保守、メタデータ管理、DOI (Digital Object Identifier) などの永続識別子付与による長期のアクセス保証、システム更新、組織統廃合に耐え得る技術的・法的な側面からのデジタルデータ移行性の担保、人材育成が挙げられている。

2.5.3 デジタルアーカイブアセスメントツール (改訂版) ¹⁴⁸

2020年8月デジタルアーカイブの推進の1つとして、アセスメントツールを公表している。組織的基盤の取組、メタデータの整備・公開、デジタルコンテンツの作成・展開、オープン化・二次利用可能性、持続可能性の担保、相互運用性の確保、利活用促進に向けた取組の7項目に関し、アーカイブ機関、つなぎ役 (アグリゲータ) に求める水準を記載す

¹⁴⁶ https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_suisiniinkai/jitumusya/2018/nijiryoyou2019.pdf

¹⁴⁷ https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_suisiniinkai/pdf/guideline2020.pdf

¹⁴⁸ https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_suisiniinkai/index.html

る。

2.5.4 3か年総括報告書¹⁴⁹

2020年8月19日、「3か年総括報告書 我が国が目指すデジタルアーカイブ社会の実現に向けて」を公表した。これは、文字どおり、デジタルアーカイブの連携に関する関係省庁等連絡会・実務協議会の3年間の取組みの総括である。ここで、成果として認識されているのが、ジャパンサーチの正式公開である。これをEuropeanaやDPLAと（これまでは比較するのも躊躇したが）比肩し得るものであると評価している。他方で、課題として認識している事項として、以下を挙げている。デジタルコンテンツの拡充（法的・技術的課題）、デジタル情報資源のオープン化及び利活用のための基盤整備（二次利用条件表示）、デジタルアーカイブ構築及び連携を推進する仕組みづくり（アーカイブによるインセンティブ設計）、分野横断統合ポータルサイトの構築（ジャパンサーチの維持発展）、つなぎ役の支援（アグリゲータにメリットとなる支援）、アーカイブ機関の人材教育支援（アーカイブスを含む総合的な知識や能力の涵養）である。

3. 他省庁の取組

3.1 総務省

2011年3月11日に起きた東日本大震災が、わが国のデジタルアーカイブの必要性を強調し、その実現を加速させた。しかし、その前の2011年1月26日、総務省は、「図書・出版物、美術品・博物品、歴史資料等公共的な知的資産の総デジタル化を進め、インターネット上で電子情報として共有・利用できる仕組み（デジタルアーカイブ）の構築による知の地域づくりに向けて、「知のデジタルアーカイブに関する研究会」を開催することを公表している¹⁵⁰。

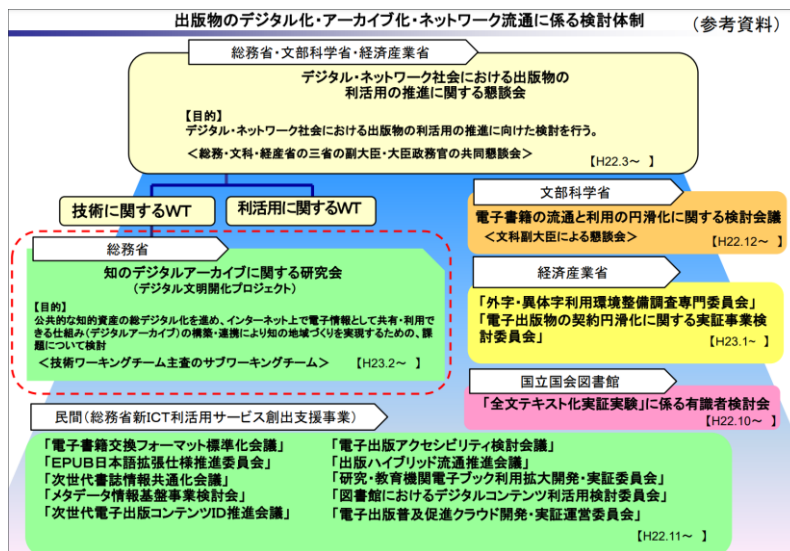
ここに当時の総務省におけるデジタルアーカイブの定義をうかがうこともできる。また、下図のとおり、「デジタルネットワーク社会における出版物の利活用の推進に関する懇談会」の技術に関するワーキングチームとして位置付けられている。

149

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_suisiniinkai/pdf/r0208_3kanen_houkoku_honbun.pdf

¹⁵⁰ 総務省「「知のデジタルアーカイブに関する研究会」の開催」

(https://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01ryutsu02_01000013.html)



同研究会の第 1 回では、各 MLA 機関のデジタルアーカイブに関する取り組みが紹介されおり、当時（2011 年 2 月）において、全体の 26.6% (553 機関) が実施・運営しており、実施・運営の計画を持つ機関が 11.1% あると国立国会図書館の担当者が報告している¹⁵²。

また、地域アーカイブ代表として、秋田県立図書館は、①デジタルアーカイブ構築手法が未確立、②各機関における地域資料に関する知識の亡失、③地域資産の活用と保存は急務（紙としての寿命、人的な喪失）といった課題を既に取り上げていることが注目される¹⁵³。

特筆すべきは、本研究会の第 2 回と第 3 回の間に関東大震災が発生した点である。2011 年 6 月の研究会では、「災害とデジタルアーカイブ」が議題となった。この時点で、Yahoo! は、写真保存プロジェクトを実施することを明らかにしており¹⁵⁴、これが「東日本大震災写真保存プロジェクト」となり、2011 年から 2014 年までに投稿された写真約 6 万点が公表されている¹⁵⁵。

¹⁵¹ 出典：https://www.soumu.go.jp/main_content/000099311.pdf

¹⁵² 大場利康「国内におけるデジタルアーカイブ構築状況について」
https://www.soumu.go.jp/main_content/000101012.pdf

¹⁵³ 山崎博樹「地域資料のデジタルアーカイブの現状－秋田県立図書館の事例から－」
https://www.soumu.go.jp/main_content/000101014.pdf

¹⁵⁴ ヤフー株式会社震災プロジェクト「震災の記録を写真でのこす東日本大震災写真保存プロジェクトについて」
https://www.soumu.go.jp/main_content/000117512.pdf

¹⁵⁵ Yahoo! JAPAN「東日本大震災写真保存プロジェクト」
<https://archive-shinsai.yahoo.co.jp/>

その後研究会の成果は、提言とガイドラインの公表で結実している。提言では、①知的資産の公開、②人的基盤の構築、③システム基盤の構築、④コンテンツ流通基盤の構築を柱とし、デジタルアーカイブの構築・連携ガイドラインでは、中規模 MLA 機関を対象に、デジタルアーカイブ構築事業の基礎的理論と多様な実例や実践的な作業手順やコスト目安の実例を紹介している¹⁵⁶。

さらに総務省は、国立国会図書館と連携し、ポータルサイト「国立国会図書館東日本大震災アーカイブ（ひなぎく）」の構築・公開を推進した。2013年5月には、その成果を踏まえ、「震災関連デジタルアーカイブ構築・運用のためのガイドライン」を策定、公表に至っている¹⁵⁷。

このように、近年は、総務省主導の取組は見当たらないが、東日本大震災の前後において、実践的なデジタルアーカイブ構築のための取組を地方の公的機関向けに実施していた。

3.2 国立国会図書館

知的財産推進計画でも明らかなように、国立国会図書館は、前述の総務省の取組みも加え、国内のデジタルアーカイブ政策全般に関与している。2021年には、デジタルシフト2021-2025を公表した。ユニバーサルアクセスの実現として、①国会サービスの充実、②インターネット提供資料の拡充、③読書バリアフリーの推進、④「知りたい」を支援する情報発信、国のデジタル情報基盤の拡充として、⑤資料デジタル化の加速、⑦デジタル資料の収集と長期保存、⑦デジタルアーカイブの推進と利活用の7つを重点事業とし¹⁵⁸、デジタルアーカイブを重点事業として取り組むことが明らかにされた。

4. 文化庁博物館部会

文化政策の有識者会議において、デジタルアーカイブの用語はあまり見かけない。ただ、2018年6月、文部科学省設置法改正により、文化庁が中核となってわが国の文化行政を総合的に推進していくという体制が整備され、同年10月から、博物館・美術館を文化庁で一元的に担当することになった。そこで、文化庁文化審議会の中には、博物館部会が設置され、博物館の振興に関する事項の調査審議する体制となった。

¹⁵⁶ 「知のデジタルアーカイブ～社会の知識インフラの拡充に向けて～提言及びガイドラインの公表一」 (https://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01ryutsu02_02000041.html)

¹⁵⁷ 「震災関連デジタルアーカイブ構築・運用のためのガイドライン」の公表」 (https://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/02ryutsu02_03000115.html)

¹⁵⁸ 国立国会図書館「デジタルシフト2021-2025」 (<https://vision2021.ndl.go.jp/#vision>)

この時点では、2008年博物館法改正のフォローアップや博物館の定義¹⁵⁹が中心的議題であり、検討案の中に「アーカイブ整備とそうした情報の発信」が項目として挙げられるに留まっていた（デジタルの文字はない。）¹⁶⁰。

ところが、2020年3月からの緊急事態宣言により、博物館施設が閉館や入館制限になった¹⁶¹。その直後の第2期博物館部会は、緊急対策としての感染防止対策事業（補助金）が取り上げられたが、実際、第2期に至るまで具体的にデジタルアーカイブについて文化庁は正面から取り上げていない。

しかし、第3期から変化がみられる。第1回（2021年5月28日）において、太下義之構成員（同志社大学教授）が提出した資料において言及がある（当日は欠席）。そこでは、「ミュージアムのデジタル・トランスフォーメーションが有効となる」「24時間・365日提供可能なデジタルアーカイブが必要不可欠」とし¹⁶²、また、議事録では、第3期より加入した中村伊知哉構成員（iU 大学学長）が、「情報化、ネットワーク化、発信というのは、コロナによって真ん中の課題になった」と言及している¹⁶³。その他の構成員も情報発信の重要性を指摘する。ここでの情報発信は、デジタルアーカイブにおける公表が含意されている。そして、2021年7月に提出された審議経過報告において、「デジタル技術を活用したコレクションのデジタル・アーカイブ化と、インターネットを通じた教育・コミュニケーション活動は、ミュージアムの社会的役割を全うするためにも必要かつ有効」とされた¹⁶⁴。

この背景は、第1章で取り上げた UNESCO 報告書により、コロナ禍の博物館にとってデジタル技術が重要な役割を果たし、具体的にいかなる取組みをし、課題があるのか明示

¹⁵⁹ 2019年9月、ICOM 京都大会において新たな博物館の定義案に改正される予定だったが、長時間の議論の末、結果的に採決が持ち越されたことが背景にある。

¹⁶⁰ 文化審議会第1期博物館部会（第1回）「（資料3）博物館部会において議論いただきたい事項」
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/hakubutsukan/hakubutsukan01/01/pdf/r1422761_03.pdf)

¹⁶¹ UNESCO, Museums Around the World in the Face of COVID19, at 4 によれば、90%以上の博物館が閉館したとある。

¹⁶² 太田義之「文化審議会第3期博物館部会第1回へのコメント」
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/hakubutsukan/hakubutsukan03/01/pdf/02125101_08.pdf)

¹⁶³ 文化審議会第3期博物館部会（第1回）議事録
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/hakubutsukan/hakubutsukan03/01/pdf/93174901_03.pdf)

¹⁶⁴ 文化審議会博物館部会「博物館法制度の今後の在り方について（審議経過報告）」
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/hakubutsukan/pdf/93293401_01.pdf)

されたことも影響しているであろう¹⁶⁵。

5. 小括

コロナ禍で、博物館政策においても、世界的に文化資源のデジタル化が注目された。わが国に関していえば、これまで、知的財産推進計画において中心的に進められてきたデジタルアーカイブは、同計画にも文化政策としての側面はあるが、文化庁の博物館部会でも認知され、取り上げられ、転換点を迎えていると評価できる。

¹⁶⁵ この点は、デジタルアーカイブ政策に詳しい生貝直人准教授（一橋大学大学院法学研究科）へのインタビューに基づく。

第Ⅱ部 デジタルアーカイブ政策を支える法的基盤

第3章 著作権の権利制限規定の設計の在り方

第1節 はじめに¹⁶⁶

文化審議会著作権分科会「過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会」は、文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）¹⁶⁷では、4つの課題¹⁶⁸についての対応を模索する一方、知的財産推進計画2014の策定に向けてパブリックコメントを付する資料の一部として挙げられた「アーカイブに関するタスクフォース報告書」でも、著作権法の裁定制度の活用又は見直しの必要性について言及している。その後も、裁定制度は一部の改善がなされたものの、引き続き検討が進められている。

最新の知的財産推進計画2021では「コロナ後のデジタル・グリーン競争を勝ち抜く無形資産強化戦略」とし、知的財産（知的財産基本法2条1項）に留まらず、広義の無形資産まで、同推進計画のスコープが拡張している点に特徴がある。

デジタルアーカイブ関連は、知財戦略重点7施策のうちの一つである「デジタル時代に適合したコンテンツ戦略」の中の「コンテンツ・クリエーション・エコシステムを支える取組」に見られる。2020年の施策のうちジャパンサーチ正式公開、令和3年著作権法改正を踏まえた更なる対応のほか、国立公文書館における所蔵資料のデジタル化等が新たに加わった。また、メディア芸術、文化遺産のデジタルアーカイブ化に加え舞台芸術等のアーカイブの「配信」といった、コロナ禍に伴う、文化庁の支援事業に関する取り組みとその発展も含まれている。

以上の政策に対応し、近年、文化芸術分野におけるデジタルアーカイブ（以下「DA」という。）を促進させようと法改正の議論が進んでいる。しかし、一口に文化芸術分野といっても、典型的な文化財のDAから伝統的知識などの無形的文化資源のDAに至るまで、コンテンツそのものが知的財産権として保護されていないものから、NHKアーカイブスな

¹⁶⁶ 本稿は、拙稿「著作権法における文化資源保護機能の序論的考察—デジタルアーカイブと解釈上の包括的権利制限の可能性—」（公社）著作権情報センター（CRIC）編『第10回著作権・著作隣接権論文集』（2016）pp.69-93を法改正に加え新たな研究成果を踏まえ、加筆修正したものである。

¹⁶⁷ 文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/21_houkaisei_houkokusho.pdf

¹⁶⁸ ①過去の著作物等の利用の円滑化方策について（権利者不明の場合等の著作物の利用の円滑化方策）、②アーカイブへの著作物等の収集・保存と利用の円滑化方策について（図書館、博物館、放送事業者等においてアーカイブ事業を円滑に行うための方策）、③保護期間の在り方について（保護期間の延長、戦時加算の取扱い）、④意思表示システムについて（クリエイティブ・コモンズ（以下「CC」という。）、自由利用マーク等の利用に伴う法的課題等）の4つである。

どのように、著作権法で現在も保護される DA が存在する。

いずれの場合も、DA は、単なる保存だけではなく、そのデータの公開を前提とし、利活用が念頭に置かれ、情報財として現代社会において流通可能な形で市場に供給される。また、伝統的知識等のアレンジが新たな知的創造物として保護される場合もある。

他方で、デジタルコンテンツに着目した政府は、「Cool Japan 戦略」を打ち出しており、伝統文化だけでなく、アニメやゲームなどのデジタルコンテンツ産業の国際発信力の強化に力を入れ始めるなど、デジタルコンテンツの経済財の面も注目されている。

著作権法は、知的財産権のうち、文化政策分野の一翼を担う法律である。産業財産権が産業の発展に寄与する（特許法 1 条など）目的であるのに対し、著作権法は、「文化」の発展に寄与することが明記されている（著作権法 1 条。以下「法」という。）。

事実、これまでも、文化財保護機能として著作権法が機能する事例が存在していたが、本節は、DA を始めとする文化資源のデジタル情報化（以下、これらの一連の政策を「文化情報政策」という。）という新たな課題に直面した著作権法が、①コンテンツの公益目的の利活用、②コンテンツの保護（新しいデジタルコンテンツや伝統的知識、フォークロアなどを包括した文化資源）との関係で、現在または将来、どのような機能不全を起こす可能性があるのか検討し、そのうえで、著作物の文化政策目的の利活用における包括的な権利制限の可能性について検討したい。

第 2 節 文化資源保護法制の概要

1. 文化資源の意義

平成 21 年の知的財産戦略本部の報告書¹⁶⁹では、日本文化の価値を「日本ブランド」と捉え、基本的戦略として①創造力の強化、②発信力の強化、③体制の構築に分け、①をさらに i ソフトパワー産業の振興、ii 創造基盤の整備に、iii ②をさらに外に向けての発信力強化、iv 訪日促進等を通じた認知度の向上、に分ける（平成 26 年 7 月に発表された“Cool Japan”戦略¹⁷⁰は、この文脈で捉えることができる。）。ただ、前述の知財本部が提唱するブランド戦略としての「戦略 2 創造基盤の整備」には、主な政策として「文化資源のアーカイブ化の推進」が掲げられているものの、文化資源の定義についての記載はない。

ただ、本節では、第 1 章第 3 節で言及したように、文化資源の意義は、一義的ではない

¹⁶⁹ 知的財産戦略本部コンテンツ・日本ブランド専門調査会「日本のブランド戦略～ソフトパワー産業を成長の原動力に～」(平成 21 年 3 月 10 日)

(http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/090310_nihonbland.pdf)

¹⁷⁰ 具体的な中身として、コンテンツ、ファッション、衣食住関連、サービス産業の 4 分野を中心に、プロモーション、融資などへの支援が挙げられている（三原龍太郎「試論：クール・ジャパンと通商政策」RIETI Discussion Paper Series 13-J-051 (2013) pp.1-5 参照）。

が、「人間の文化にかかわるさまざまな有形のモノやそれについての情報のほか、身体化された知識・技法・ノウハウ、制度化された人的・組織的ネットワークや知的財産など、社会での活用が可能な資源とみなされるもの」との定義を前提にする¹⁷¹。

2. 文化資源保護法制の分類と概要

平成13年に文化芸術振興基本法（現在の文化芸術基本法）が制定され、文化振興の基本的な役割を果たしているが、個別法において、文化資源をソフトとハードに分類することができる。ハード面として図書館や博物館、「劇場、音楽堂等の活性化に関する法律」、日本芸術文化振興会法などの設置根拠法があり、ソフト面として、著作権法、コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律（以下「コンテンツ促進法」という。）、美術品の美術館における公開の促進に関する法律、文化財保護法、アイヌ文化振興法（現在のアイヌ施策推進法）などがある¹⁷²。

さらに、海外の美術品等のわが国における公開の促進に関する法律のように、海外の美術品等で文化庁長官が指定したものの強制執行等の禁止（同法3条）を定める法律もある。

2.1 図書館、博物館、公文書館（MLA）関連法

図書館、博物館（美術館）、公文書館（以下「MLA」という。）には、それぞれ設置根拠法が存在する¹⁷³。

しかし、図書館の場合、図書館法があるが、対象は公共図書館を中心にしており（同法2条1項）、国立国会図書館は国会法130条、国立国会図書館法により、学校図書館は学校図書館法より、大学図書館は大学設置基準36条1項3号、38条による。

図書館の中でも、国立国会図書館は、納本制度（国立国会図書館法25条）、著作権者の許諾なく国、地方公共団体等のインターネット資料の記録の収集が可能（同法25条の3）

¹⁷¹ 国立民族学博物館文化資源研究センターによるものである。

(<http://www.minpaku.ac.jp/research/activity/organization/rccr>) これによると、「文化資源のアーカイブ化の推進」として指摘されるアニメ、マンガ、映画などの関連資料等の収集保存、研究、公開及びデジタル・ネットワーク化は確かに文化資源に含まれるが、これは極めて限定的な用法であることがわかる（いわば、一部のソフトのみであり、ハードの部分には一切の言及がない。）。

なお、上記は2018年までの組織体制に基づく旧ウェブサイトの記載ではあるが、現在においても通用すると考えている。

¹⁷² 小林・文化権 p.52 以下参照。

¹⁷³ 南亮一「情報資源管理の法的関係」根本彰編『シリーズ図書館情報学 3 情報資源の社会制度と経営』（東京大学出版会、2013）p.48

となるなど、その権限は、公共図書館とは異なる¹⁷⁴。

博物館（美術館）は博物館法、地方地自治体の博物館（美術館）設置条例によるが、東京国立博物館や民族博物館などは歴史的な経緯によって、同法の対象外となっている。

公文書館は、公文書館法が規律する。その中でも、国立公文書館は、国立公文書館法による独立行政法人であり、平成23年施行の公文書管理法（公文書等の管理に関する法律）と相まって①特定歴史公文書等を保存し、一般の利用に供すること、②行政文書の保存、③歴史公文書等の保存・利用に関する情報の収集、整理及び提供、専門的技術的な助言・調査研究をすること及び保存・利用に関する研修を行う（国立公文書館法11条1項各号）役割が課せられており、その法令が異なる。

文化資源のハード面という点で MLA は、共通しているが、法制度上、公立図書館は、地方自治法における地方自治の中に、「教育基本法－社会教育法－図書館法」と、教育基本法を最上位とするピラミッド関係になっている¹⁷⁵。公文書館は、内閣府所管の公文書館法などで規定されているように、異質のものとして位置づけられている。

他方、MLA という括りで考えるイギリスなどは、これらを文化資源のハード面としての共通基盤として位置づける。EU 圏では2013年改正後の「公共セクター情報の再利用指令」により、MLA もオープンデータの義務対象になり¹⁷⁶、その後のオープンデータ指令（EU）2019/1024においても、同様に規律の対象である¹⁷⁷。

もっとも、文書の二次利用に関する独占合意に関し、原則は、「文書を保有する公的部門の組織または公共事業者と第三者との間の契約またはそれ以外の合意文書は、独占権を与えてはならない」（同指令12条1項）とするが、公的 MLA 機関保有の文化資源（cultural resource）のデジタル化に関して、MLA 機関は、民間セクターとの連携も想定していることから、民間セクターの投下資本を回収することが可能になるよう、同指令前文(49)、12条3項では、文化資源をデジタル化する排他的権利を一般に10年間を超えない範囲で保障し、10年を超える場合は、合意締結の威光の環境変化を踏まえて見直すべきであるとする。

2.2 文化財保護法の概要¹⁷⁸

¹⁷⁴ 判例上、図書館（特に公共図書館）の位置づけと機能について述べたものがある（最判平成17年7月14日（民集59巻6号1569頁））。

¹⁷⁵ 森耕一編『図書館法を読む』（日本図書館協会、補訂版、1995）p.39

¹⁷⁶ 多賀谷一照「公的情報の再利用について」千葉大学法学論集28巻1・2号（2013）pp.12-13

¹⁷⁷ 邦訳は夏井高人「オープンデータ指令(EU)2019/1024 [参考訳]」法と情報雑誌5巻1号（2020）（ウェブ公開版）pp.57-136を参照した。

¹⁷⁸ 小林ほか・文化政策 pp.88-104

わが国の文化財保護法制の沿革は、古器旧物保存方（1871年、太政官布告）に辿りつく。明治政府の美術政策が、現在の文化財保護法へと繋がっている¹⁷⁹。

現行法では、文化財は、有形文化財（同法2条1項1号）、無形文化財（同項2号）、民俗文化財（同項3号）、史跡名勝天然などの記念物（同項4号）、文化的景観（同項5号）、伝統的建築物群（同項6号）に分類されている。このことから、一般的な意味の文化財を超え、「文化」そのもので定義する方が、理解を容易にすると指摘されることもある¹⁸⁰。

そして、同法は、大きく分けて、①国及び地方公共団体の責務を明記（同法3条）、②多様な事物を保護対象とした包括的立法、③文化財保護の手法としての指定制（重点保護、選別保護）、④文化財保護行政の整備、⑤文化財所有者及び関係者の財産権を尊重するというスキームによって、文化財の保護を図る¹⁸¹。このように、「活用」（同法1条）としつつも保護に重点が置かれている。

これら5つの特徴のみを捉えると、国が広範な文化的価値のあるものを保護しつつも、財産権を尊重しているように見えるが、各種の文化財の定義において、「学術上価値の高い」（同法2条1号、4号）、「歴史上又は芸術上価値の高い」（同条2号）などの要件が加わり、それを文化庁長官が文化財諮問委員の議決を経て指定する形式を採用しており、その評価は、指定される時代の価値判断に委ねられている。

このように、文化財は、国民の共有財産という公益的な見地から検討がなされる理念があり（同法1条参照）、一方で、その実態は、文化財保護法という形式的な意味の法律に基づく行政実務に委ねられている。元来、「文化財」とは、東洋史学者の岩村忍京都大学名誉教授が、“cultural properties”の和訳として案出されたといわれているが、同法では、無形文化財や天然記念物である自然物を含んでいることから、同法独自の意義がある¹⁸²。

なお、平成30年6月には、「文化財保存活用支援団体」の制度（文化財保護法192条の2）を導入し、地域の団体などが文化財の関与できるようにするなど、積極的な利活用促進する法改正がなされた（令和元年4月施行）。これに併せ、「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」が改正された。教育委員会が文化財保護行政の職務を担っていたが、こ

¹⁷⁹ 明治維新後の神仏分離政策により、廃仏毀釈の風潮により仏像や寺院の荒廃が進んだため、これを保護する意図であった（1897年には、古社寺保存法も制定されている。）。当時は、江戸時代の流行を引き継ぎつつも、文明開化とともに西洋文化が芸術分野に大きな影響を与えていた時代でもあり、政府は日本の美術工芸品を宣伝するための万国博覧会、1872年に文部省博物館、1877年に殖産興業目的の内国勸業博覧会の際に美術館が国内で初めて建てられるなど、文化芸術政策に政府が積極的に介入していた。戦前の文化財保護行政の沿革は、文化庁『文化財保護法五十年史』（ぎょうせい、2001）pp.3-18参照。

¹⁸⁰ 小林・文化権 p.53

¹⁸¹ 宮崎良夫「文化財」芦辺信喜ら編『岩波講座基本法学 3—財産』（有斐閣、1983）pp.357-360

¹⁸² 詳細は、塚本學「文化財概念の変遷と史料」国立歴史民俗博物館研究報告35集（1991）pp.273-295参照

れを首長部局に移管することが可能になった。この場合は、当該地方公共団体に、地方文化財保護審議会が必置となった（同法 23 条 1 項 4 号，文化財保護法 190 条 1 項）。これにより，文化財保護が近年「教育」に限らず利活用されてきた実態に近づけ，観光行政と一体的に行うなども可能となった¹⁸³。

2.3 その他の文化財関連保護法

銃砲刀剣類所持等取締法は，美術品として価値のある刀剣類を登録制（同法 14 条）とし，また，美術刀剣類の製作承認（同法 18 条の 2）を規定する。また，古都保存法では，「古都における歴史的風土を保存」（同法 1 条）すべく，京都市，奈良市，鎌倉市などの歴史的風土保存区域（同法 4 条 1 項）を定め，維持保全，施設整備，行為制限等に伴う買入れ規定を保存計画に盛り込むことを定める（同法 5 条 2 項）。

さらに文化財保護法と比較して，より広範な範囲を保護対象とする法律としてアイヌ文化振興法¹⁸⁴がある（同法 2 条）。同法では，アイヌ文化を定義し¹⁸⁵，①アイヌ民族の潜在的な土地所有権，生業活動権の法的承認，②「アイヌ民族基金」による支援，③アイヌ文化の振興への援助と公的アイヌ文化研究機関の設立を定める¹⁸⁶。

その後，2007 年に採択された「先住民族の権利に関する国際連合宣言」をはじめ，先住民族への配慮を求める国際的な要請も高まっているため，アイヌ文化振興法は廃止され，

¹⁸³ 平成 30 年文化財保護法，地方教育行政の組織及び運営に関する法律の改正の概要等については，馬場憲一「住民参画の文化財保護政策遂行における法制上の課題－改定文化財保護法と文化財保護条例の分析から－」現代福祉研究 21 号（2021）pp.23-82

¹⁸⁴ 正式名称は，「アイヌの文化の振興並びにアイヌの伝統等に関する知識及び啓発に関する法律」

¹⁸⁵ 同法 2 条はアイヌ文化を「アイヌ語並びにアイヌにおいて継承されてきた音楽，舞踊，工芸その他の文化的所産及びこれらから発展した文化的所産」と定義する。アイヌ文化と一括りにしても，実際は樺太アイヌや北海道アイヌなどによって，文化が異なり，結果として，渦巻文として著名なモレウの例をとっても，異なる表現がなされている（佐々木利和『アイヌ文化誌ノート』（吉川弘文館，2001）pp.101-102）ように，単一ではない。

¹⁸⁶ 同法は，アメリカにおけるアラスカ先住民の先住権にかかわる立法措置 Alaska Native Claims Settlement Act of 1971（ANCSA）をベースとしていることが指摘される（小谷凱宣「アイヌ研究の問題点と研究の緊急性」民族学研究 61 巻 2 号（1996）p.246）。

なお，アイヌ文化を専門に扱う博物館は，北海道白老町のアイヌ民族博物館であったが 2018 年 3 月 31 日に閉館した。その後，2019 年にウポポイ（民族共生象徴空間）が開業（<https://ainu-upopoy.jp/>）し，主要施設として国立アイヌ民族博物館，国立民族共生公園，慰霊施設を備える。その他，北海道大学植物園博物館が重点的に収集している。イギリスでは大英博物館，ロシア科学アカデミー・ピョートル大帝記念人類学民族学博物館に大量のアイヌ文化に関連する資料が保存されていることと比較すると，アイヌ文化に対する日本との違いが明確になる。

新たにアイヌ施策推進法が 2019 年 4 月成立、施行された¹⁸⁷。アイヌ文化の定義（同法 2 条）、基本理念（同法 3 条）は踏襲しつつ、民族共生象徴空間構成施設の管理に関する措置（同法 9 条）、アイヌ政策推進本部の内閣への設置を規定する（同法 32 条）。

なお、商標法の特例がアイヌ施策推進法に規定されている。具体的には、特許庁長官は、認定アイヌ施策推進地域計画に記載された商品等需要開拓事業に係る商品・役務に係る地域団体商標については、登録料、商標登録出願の手数料を軽減又は免除することが可能となっており（同法 18 条）、商標法の特例が設けられている。この趣旨は、アイヌ伝統工芸の更なる振興や自律的な発展を図るためにブランド化を推進し、工芸品の政策が生業として成立するよう支援する必要があるからである¹⁸⁸。

2.4 世界遺産としての保護

世界遺産の保護も、文化資源保護法制の一部を構成する。国際的な文化資源の区分はユネスコが 1972 年に採択した条約¹⁸⁹における区分が一般的である。大きくは文化遺産（同条約 1 条）と自然遺産（同条約 2 条）に分かれ、前者は記念工作物、建造物群、遺跡、後者は生成物群等から成る自然の記念物などが含まれる。

一方、無形文化遺産については、2003 年にユネスコで対策された条約¹⁹⁰により民俗文化財、フォークロア、口承伝統が保護される。

保護範囲は沿革的には拡大し、1992 年、世界遺産に文化的景観（Cultural Landscapes）の項目が追加された。国内法と比較すると、3 領域¹⁹¹に区分されるうち、文化財保護法の文化的景観はおよそ第 2 領域を指しており、保護対象が広い。

¹⁸⁷ 正式名称は「アイヌの人々の誇りが尊重される社会を実現するための施策の推進に関する法律」である。概要は小林ほか・文化政策 pp.263-277、立法担当者解説につき、中村希「法令解説 アイヌの人々の誇りが尊重される社会の実現に向けて：文化・地域・産業・観光等の振興施策を総合的に実施」時の法令 2093 号（2020）pp.45-55

¹⁸⁸ 中村・同上 p.52

¹⁸⁹ 正式名称は「世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約」であり、日本は 1992 年に批准。条約の内容は、河野靖『文化遺産の保存と国際協力』（風響社、1995）pp.37-55 参照。

¹⁹⁰ 正式名称は「無形文化遺産の保護に関する条約」であり（発効は 2006 年）、日本は 2004 年に批准。「アイヌ古式舞踊」は、2009 年にユネスコの無形文化遺産に登録された。また、最近では、和食が無形文化遺産として登録された（取組の一例について今里里美「『和食』の世界無形文化遺産登録に向けて」日本調理科学学会誌（2013）pp.241-243）。

¹⁹¹ 第 1 領域（意匠された景観、人間の設計意図のもとに創造された景観で、庭園や公園など）、第 2 領域（有機的に進化する景観、農林水産業などと関連する景観、あるいは遺跡などの記念物と一体となり、その重要な要素を成す景観）、第 3 領域（関連する景観、進行や宗教、文学、芸術活動などと直接関連する景観）の 3 つである（文化財保護法研究会編『最新改正文化財保護法』（ぎょうせい、2006）82-83 頁）。

2.5 伝統的知識（TK）等の保護

前述したアイヌ施策推進法は、アイヌ文化を特別に保護する法制度である。国際的な知的財産法制では、伝統的知識（Traditional Knowledge, 以下「TK」という。）等の保護が問題となっている。その意義が確定的でないが、主に、WIPOのIGC¹⁹²では、遺伝資源¹⁹³、TK、フォークロア（伝統的文化表現）に分けられていることから、これらを総称して伝統的知識等と言われることがある。IGCは2001年にTK等の保護を検討するために設立されたが、知的財産を巡る南北問題の象徴としてされることが多い¹⁹⁴。

著名な事件としてニーム抽出方法特許¹⁹⁵、ターメリックの創傷治療法特許¹⁹⁶、カニ族の木の实による薬品の物質特許¹⁹⁷がある。最後は成功例とされているように、少なくとも秘密性のないTKに関しては、取得と利益配分（Access and Benefit Sharing :ABS）機能が問題となっている。一方で、秘密（この範囲も問題となり得る。）とされているTKは、公開自体が不利益となり、オープン・クローズ（特許と営業秘密）に類似しており、このことから明らかなように、TKの保護も多様性が確保されなければならない、法的保護を志向してもその範囲画定は困難を伴う。

実際に、現在IGCでは、伝統的文化表現¹⁹⁸に関しては、条約草案が2014年4月までに

¹⁹² 世界知的所有権機関(WIPO)の知的財産と遺伝資源、伝統的知識及びフォークロアに関する政府間委員会(Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources Traditional Knowledge and Folklore :IGC)の略

¹⁹³ 最近の現状と課題について、鈴木睦昭「研究成果有体物と遺伝資源に関する円滑な流通に向けた課題分析と今後の課題解決の展望」日本知財学会知財学ゼミナール編集委員会編『知的財産イノベーション研究の諸相』（コンテンツ・シティ出版、2014）p.114

¹⁹⁴ 伏見邦彦「知的財産を巡る国際的な議論～先鋭化する南北問題」パテント 63 卷 13 号(2010)p.55

¹⁹⁵ インドに自生するニーム（センダン科樹木）が歯磨粉や生物農薬などの用途でインドでは長年使用されてきたが、1985年にアメリカの大手化学メーカー・アメリカ農務省がニームの成分抽出法について国内特許を取得、1995年には欧州で特許を取得した事案で2005年にインドでの成分抽出法と比較して新規性欠如により特許無効が確定した（森岡一「薬用植物特許紛争にみる伝統的知識と公共の利益について」特許研究 40 号（2005）p.36）。

¹⁹⁶ インドでターメリックが傷や発疹の治療薬として使用されている（TKである。）ことに着目したインド人研究者がアメリカでターメリックによる創傷治療法の特許を取得した事案であるが1997年に新規性欠如を理由に取り消されている。

¹⁹⁷ インド南部のケララ州に住む先住民であるカニ族の有する arogyapaacha という木の实に疲労回復効果がある（TKである。）とされ、研究者がその木の实を入手し、成分分析し、その成分を有する薬品を開発し特許を取得した。その特許は、カニ族に対しライセンス契約がなされ、特許満了後は、信託法人を設立し商品化に対する利益配分を受けるスキームをとっていた。

¹⁹⁸ 草案では、伝統的文化表現を「舞踏や儀式などの人間の動き、伝統的工芸品や仮面などの物品、音楽・音、語り、書とその翻訳などを含む可視化されるか否かを問わない、あらゆる形式の芸術的で文学的

まとめられているが、保護範囲や受益者の範囲、保護範囲など詳細が決まっていない。とりわけ、途上国は新たな権利設定を目指し、不当な利用を取り締まるセーフガード措置に留めたい欧州を中心とする先進国で対立する。実際に、TKの保護に関して、諸外国の中でも、保護を図っているのは、途上国が多い¹⁹⁹。

しかし、現行の知的財産法制ではTKの保護に限界がある²⁰⁰として、新たな保護規定の条約化は国際的に基本的な方向である。そこで、必要性について、条約を批准する際に検討が不可欠となるが、従来からその根拠は、①歴史的な搾取を根拠とする見解、②文化的な衝突を根拠とする見解に分かれている²⁰¹。①は、特に遺伝資源において、過去のバイオパライシー²⁰²、即ち、情報の搾取が、植民地化によって派生し得るという事実があるため、これを防ぐことを根拠とし、②は、多文化主義を前提に、TKであれば、現在の規律となる著作権法の保護期間満了後のPDは社会制度に過ぎず、このような知的財産法制によって侵害された先住民の文化を保護する必要があるとする見解である。知的財産法制も例外なく民主主義の正当な過程によって成立しているが、そこには、少数民族の保護の視点が反映されない可能性がある。そうであるならば、多文化主義が知的財産法制の内在的制約として機能し、被侵害文化の保護を図る必要性が正当化される。

第3節 文化資源保護・調整機能としての著作権法

1. 文化資源保護機能

な表現、または、創作的・精神的表現」とする（高木善幸「III WIPOをめぐる国際動向」高林龍=三村量一=上野達弘編『年報知的財産法2014』（日本評論社、2014）p.214）。

¹⁹⁹ 日本国際知的財産保護協会「各国・地域における伝統的知識の保護制度に関する調査研究報告書」（平成21年3月、特許庁委託平成20年度産業財産権制度各国比較調査研究等事業）の質問紙調査によると、TKを固有に保護する規定があるペルーの他、アクセス及び利益配分の規定があるのは、アフリカ連合、ケニア、南アフリカ、アンデス協定、ブラジル、オーストラリア、ニュージーランド、インド、マレーシア、フィリピンなどがあり、南アフリカは知的財産法により保護している（p.14）。オーストリアのように、少数民族アボリジニとの関係により、規定している国もある。

²⁰⁰ TKは新規性がなく、発明者を特定できないため特許法による保護が受けられず、著作権法では創作性がなく、保護期間が原則70年で満了すること、TKは半公有であり、営業秘密による不正競争防止法の保護が受けられず、結果的に現行法制で保護は受けられないであろうと指摘されている（高倉・国際政策 p.347）。

²⁰¹ 田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度・再論」知的財産法政策学研究19号（2008）p.157

²⁰² 具体的には、非工業文化において数世紀にわたって使用されてきた生物資源、生物製品や製法に対する排他的所有権や支配を正当化するために知的財産権制度を利用することと定義される（ヴァンダナ・シヴァ（奥田暁子訳）『生物多様性の保護か、生命の収奪か—グローバルイズムと知的財産権』（明石書店、2005）p.63）。

諸外国における著作権法の立法例には、文化資源保護機能を有するものがある。わが国の著作権法における文化資源保護機能を正面から検討した研究は見当たらない²⁰³が、諸外国の著作権法制において問題となった事例についての先行研究がある。アメリカでは1989年にベルヌ条約加盟の際に、連邦法として視覚芸術家の保護に関する法律（VARA）²⁰⁴においてモラル・ライツを規定したが、それ以前にカリフォルニア州が美術保護法（CAPA）²⁰⁵を制定し、ニューヨーク州のAAR法²⁰⁶、マサチューセッツ州法²⁰⁷がある²⁰⁸。CAPAでは、限定的に芸術品の一部について破壊防止権を規定する²⁰⁹。同法を公益目的の立法と位置付け、所有権に対する制限も認められる文化財保護機能を積極的に認めている²¹⁰。VARAと同様の規定は現在、アメリカ著作権法106条Aが規定するが、視覚著作物のうち、絵画などの有形的固定物又は著作者によって署名等が施され、連番を付された200部以下の複製物に限定される（同法101条の「視覚著作物」の定義による。）。ポスターや応用美術を含まず、法人著作物を含まない。また、権利行使も著作者に限定される。

フランス法²¹¹でも、知的所有権法典（Code de la propriété intellectuelle）では著作者人格権として、氏名表示権、同一性保持権、公表権、修正撤回権を規定する。日本法と異なるのは、著作者人格権が一身専属としつつも、相続などによる譲渡があり、相続人の範囲も限定されない。長期間存続し得る点で文化資源保護機能と親和的である²¹²。

²⁰³ 小島立「文化的表現の多様性における著作権法の役割」法学セミナー760号（2018）p.46は、著作権法は複製物や公衆送信の形で文化的表現が拡散する「マスプロダクション」や「マスメディア」の構造に適合的であり、著作権は「投資」を行う際の「ポートフォリオ」の構築を後押しすることを通じて、私たちの社会における文化的表現の多様性に貢献しているとする。

²⁰⁴ 正式名称は“Visual Artists Rights Act of 1990”

²⁰⁵ 正式名称は“California Art Preservation Act”

²⁰⁶ 正式名称は“New York Artists’ Authorship Rights Act 1983, 1985”

²⁰⁷ 同法はCAPAに類似するが、保護対象が広いこと、当該著作物の改造又は切断が故意又は重過失による場合は訴訟対象となることなどの違いがある。

²⁰⁸ 各州法の整理について、山口裕博『芸術と法』（向学社、2001）pp.263-264

²⁰⁹ 破壊防止権とは、名声が認められる著作物の破壊を防止する権利をいい、VARAにも破壊防止権が規定される。具体的な内容と関連する裁判例の詳細は、安藤和宏「アメリカ著作権法におけるモラル・ライツの一考察—文化財を保護する破壊防止権とは—」早稲田大学大学院法研論集124号（2007）pp.6-15参照

²¹⁰ 詳細は、大沼友紀恵「著作者人格権の文化財保護機能の考察—アメリカ連邦著作権法およびカリフォルニア州法における所有権の制限を素材として—」一橋法学11巻3号（2012）p.1049参照。

²¹¹ ベルヌ条約に建築の著作物を入れるように要望をしていたのは、歴史的建築物を模倣建築から防ごうとするフランスであり、1908年同条約ベルリン改正条約により追加された経緯がある。

²¹² 大沼友紀恵「著作者人格権による所有権の制限とその文化財保護機能—フランス法を素材として—」一橋法学11巻1号（2012）p.179

さらに最近、インドのデリー高裁が正面から著作権者人格権の文化財保護機能を認めた²¹³。インド著作権法 57 条 1(b)²¹⁴は、アメリカと異なり明文で破壊防止権について規定しないが、解釈上認められるとした。

2. わが国著作権法の文化資源保護機能

以上のように、基本的に著作権者人格権が文化資源保護機能の中心的役割を果たしている。翻って、わが国著作権法では、死後の著作権者人格権は内容（法 116 条 1 項）も、著作権者の遺族の範囲も限定的である（法 116 条 3 項）が、法人著作（法 15 条）にも著作権者人格権は存在するので、映画の著作物などは合併等を経て存続し続ければ、半永久的に著作権者人格権を有することとなり、その意味では、文化資源保護強化に資する²¹⁵。潮海久雄教授は、法人の著作権者人格権を情報の豊富化を図る「政策的な権利」と評価する²¹⁶が、この「政策」とは文化（情報）政策に他ならない。

ところで、著作物（複製物）の破棄自体については、同一性保持権侵害とはならないのが通説²¹⁷であり、法的には、文化財保護法などによって保護されるべきとされる（文化財保護法 195 条参照）²¹⁸。そこで、わが国著作権法における文化資源保護の機能と関係がある裁判例を当該機能との関係に限定して、概観する。

3. イサム・ノグチ事件（東京地決平成 15 年 6 月 11 日、判タ 1160 号 238 頁）

本件は、債務者（学校法人）が新校舎建築に当たり、本件建物及び同建物に隣接する庭

²¹³ Amar Nath Sehgal v. Union of India, CS (OS) No 2074/1992. 邦文の評釈は Mira T. Sundara Rajan (志賀典之訳)「本件判批」企業と法創造 5 卷 3 号 (2009) p.134

²¹⁴ 邦文訳につき、CRIC 著作権データベース (<https://www.cric.or.jp/db/world/india.html>)

²¹⁵ 法人の人格権につき、否定する見解もある（田村・著作権法 p.378）。

²¹⁶ 潮海・職務著作 p.204

²¹⁷ 作花・詳解 p.231, 渋谷・著作権法 p.537, 高林・著作権法 p.7, 岡村・著作権法 p.315, 斉藤・著作権法 p.152 以下など。立法担当者の解説として、加戸・逐条講義 p.184 では、その理由として、法 20 条 1 項は、著作物の原作品がこの世から消えることを規制するのではなく、改変行為によって修正加筆されたものが世の中に出されることを規制していることを挙げ、消滅させた場合の著作権者の精神的損害を一般不法行為によって回復することを否定しない（公立図書館の職員が、職務上の義務に反し、図書を破棄した事案で、著作権者の人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となるとした判例がある。最判平成 17 年 7 月 14 日（船橋市図書館事件）参照）。なお、法 20 条 1 項が意に反する改変であるのに対し、ベルヌ条約 6 条の 2 第 1 項は、「著作権者の名誉又は声望を害するおそれのある改変」としており、ドイツ著作権法はこれと実質的に同一の要件を課している（渋谷・著作権法 p.552）ように、著作権者の立場からすれば、侵害態様によって、一般不法行為法か著作権法によるかの違いに過ぎないと考えられる。

²¹⁸ 中山・著作権 p.638. 三浦正広「判批」著作権判例百選（第 4 版）p.169 は、法 60 条ただし書は文化財としての著作物を保護する必要性もあると指摘する。

園及び同所に設置された彫刻を新校舎に移設する工事实施するに際し、前記建物等の製作者から著作物に関する権利の包括承継人と主張する債権者が債務者に対し、文化的享有権に基づき本件建物等の解体等の差止めを求めた事案である。同権利については、法的権利でなく、被保全権利でないことを理由に申立て却下した。傍論として、同一性保持権侵害の判断に当たり、本件建物等を建築の著作物として認定したが、債権者の1人である財団法人の申立ては同人が主張する「指定」(法116条3項)の疎明がないこと、債権者のうち前記学校法人に勤務する教授らの申立ては本件建物等の移設等が公共目的のためであり、可能な限りの原状回復も予定しているとし、法60条ただし書の適用、法20条2項2号の適用を認めている。また、「所有者の経済的利用権と著作者の権利を調整する観点」から法20条2項2号の予定する改変は、経済的実用的な観点からの必要な範囲での増改築であるとしている。

このことから、所有権との調整の結果、原則として経済的利用が優先されることを明らかにしている。一方で、本件は、判断要素として、可能な限りの原状回復を予定していた事実がどの程度重要な考慮要素か不明であるが、原状回復が不能な破壊行為は、同一性保持権侵害とならない²¹⁹のであるから、建築の著作物の同一性保持権侵害の範囲は限定的である(個人的な嗜好に基づく改変は認められないことが明示されている。)

また、建築の著作物の芸術性²²⁰がどの程度影響するのか不明であるが、学説上は、比較衡量の要素として当該建築物の改変態様、範囲、目的、建築物の創作性、美術性の程度、特徴、用途が挙げられ²²¹、所有権と著作権が分離できない状態で存在している建築の著作物、美術の著作物などの文化資源については、経済的利用に劣後する関係に立つ。

4. 駒込大観音事件(知財高判平成22年3月25日、判時2086号114頁)²²²

(1) 事案の概要

Rの遺族X(一審原告、控訴人兼被控訴人)は、Xの亡父T、亡兄R及び兄Jと共同で

²¹⁹ 澤田悠紀「建築作品の保存－所有者による通知の義務・作者による取戻の権利－」中山ほか・しなやか pp.437-460は、建築物の所有者が、これをいつでも自由に破壊でき、これが同一性保持権の非侵害となるのは、諸外国においては必然とは考えられてないことを、立法例を紹介しつつ指摘する。

²²⁰ 立法担当者は、宮殿、凱旋門などの歴史的建築物に代表されるような知的活動によって創作された建築芸術と評価できるものに限定されるところ(加戸・逐条講義 p.129)が、本文で述べている新梅田シテイ(希望の壁)事件など、裁判例でも著作物性が肯定されれば、建築の著作物に該当するとする見解もある(中山・著作権法 pp.102-103)。渋谷・著作権法 p.48は、酷似的複製から保護する必要性のため著作物性を肯定する。

²²¹ 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察(二・完)ードイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆ー」民商法雑誌120巻6号(1999) p.42

²²² 清水利明「判批」著作権研究39号(2012)pp.245-263

制作した美術の著作物である本件観音像について、その原作品の所有者である Y1（光源寺、一審被告、控訴人兼被控訴人）及び同人から、亡 T[本件一審の仮名処理では D4]及び亡 R[本件一審の仮名処理では E4]の死後に仏頭部のすげ替えを依頼した Y2（仏師、一審被告、控訴人兼被控訴人）が被告とした事件である。すげ替え後は公衆の観覧に供していた（すげ替えた事実は、檀家などの関係者しか知らない。）。

これらの行為が、本件原観音像に係る X の著作者人格権（同一性保持権）及び著作権（展示権）の侵害又は X の名誉若しくは声望を害する方法による著作物の利用行為（著作者人格権のみなし侵害）に当たり、かつ、亡 T 及び亡 R が存しているとしたならば、その著作者人格権の侵害となるべき行為に当たる旨主張し、被告 Y1 に対し、①本件観音像の仏頭部を本件原観音像の制作当時の仏頭部に原状回復するまでの間、本件観音像を一般公衆の観覧に供することの差止め、②本件観音像の仏頭部を本件原観音像の仏頭部にすげ替える原状回復請求、③損害賠償請求などをした事案である。

(2)本判決の結論

本件一審では、一部認容（上記②のみ認容、その余棄却）、本件控訴審（双方控訴）では、原判決変更、一部認容（上記④のうち、訂正広告のみ）され、本件上告審では、上告不受理決定（最決平成 22 年 12 月 7 日判例集未掲載）となった。

(3)本件の争点と判断

本件は、論点が複数あるが、①観音像の仏頭部をすげ替えた行為が、同一性保持権などの侵害に当たるか、②著作権法 115 条の「適当な措置」として、謝罪広告が認められるかに限定する。一審は①につき、やむを得ない改変とは評価できないとして、原状回復を認め、②については同法 115 条の「声望を害する行為」に該当しないとした。

控訴審は、①については、同一性保持権の侵害を認定しつつも、請求棄却し、②について、謝罪広告でなく、事実経過の範囲でのみ新聞等への広告を認めた。その理由として、「仏頭部のすげ替え行為は、その本来の目的に即した補修行為の一環であると評価することもできること、交換行為を実施した被告 Y は、R（注：すげ替え前の仏像の製作者）の下で、本件原観音像の制作に終始関与していた者であることなど、本件原観音像を制作した目的、仏頭を交換した動機、交換のための仏頭の製作者の経歴、仏像は信仰の対象となるものであること等を考慮するならば、本件において、原状回復措置を命ずることは、適当ではない」とした。

差止請求は、同一性保持権が認定されれば、効果として認められるが、原状回復請求の場合、「適当な措置」（法 115 条 2 項）と評価できるだけの相当性を裏付ける事実が必要となる。本件では、原状回復ではなく、すげ替え前の仏像こそ自己の著作物である旨の事実・評価を世間に知らしめる広告掲載を認容したものであり、原状回復によって著作者人格権の損害回復と広告掲載によって得られる巷間に対する周知の利益について評価は、論

者によって異なる²²³ところである。

(4)検討

本件一審では、原状回復が認められた点が類例なく画期的であったが、控訴審では、原状回復は認めなかった。しかし、名誉声望回復措置の1つとして、事実経緯を説明するための広告掲載措置を認容している。

・やむを得ない改変（著作権法20条2項4号）との関係

著作者の死後においては、60条ただし書の適用もあるが、原則どおり、20条2項4号に該当する場合も同一性保持権侵害となるべき行為には該当しない。本件一審は、20条2項4号の主張に対し、信仰の対象であることを理由に仏頭部の優劣の評価はできないとして、被告らの抗弁を排斥した（59～61頁）。

本件控訴審は、被告らの抗弁を退けるが、「たとえ、被告光源寺が、観音像の眼差しを半眼下向きとし、慈悲深い表情とすることが、信仰の対象としてふさわしいと判断したことが合理的であったとしても、そのような目的を実現するためには、観音像の仏頭をすげ替える方法のみならず、例えば、観音像全体を作り替える方法等も選択肢として考えられるところ、本件全証拠によっても、そのような代替方法と比較して、被告らが現実を選択した本件原観音像の仏頭部のすげ替え行為が、唯一の方法であって、やむを得ない方法であったとの点が、具体的に立証されているとまではいえない」（79頁）としている。

島並良教授は、信仰上の理由は、実用的・経済的観点からの改変が従来の裁判例では許容されていることを引き合いにして、それらと同等かそれ以上の精神的観点からの改変についても、同号によって許される場合があり得るとする²²⁴。

なお、従来の裁判例では、明らかな誤植の訂正²²⁵、映画のテレビ放送のための改変等²²⁶などの専ら実用的・経済的観点からの改変が許容されている。

信仰上の理由と判断枠組という関係で見た場合、本件一審は、優劣を判断できないから、同法20条1項4号の抗弁を認めない。他方、本件控訴審は、すげ替え行為ではなく、代替手段として全体を作り変える方法等もあると指摘している違いがある。しかし、私見としては、本件一審のようにすると、信仰を理由とするような、精神的観点からの改変が実質

²²³ 島並良「判批」L&T, No.48 (2010) p.68 (以下本章では「島並・判批」という。)は肯定的、清水利明「判批」日大知財ジャーナル5号(2012) p.74 (以下本章では「清水・判批」という。)は否定的である。

²²⁴ 島並・判批 pp.66-67

²²⁵ 東京高判平成3年12月19日判時1422号123頁[法政大学懸賞論文事件控訴審]。本件は、「意に反する…改変」(20条1項)につき、厳格適用説を採用し(外川英明「本件判批」(百選(第4版)p.84))、送り仮名、読点の変更等につき、同一性保持権侵害を認めたが、明らかな誤植については、これに当たらないとした。

²²⁶ 東京地判平成7年7月31日判時1543号161頁[スウィートホーム事件]

的にできなくなる（同4号の抗弁が使えない）ため妥当ではないと考える。

他方で、本件控訴審は、同号排斥を主張するためにすぐ替え行為以外の代替手段の存在を指摘する。確かに、仏像を仮に廃棄して全部作り直した場合、同一性保持権の問題は生じない²²⁷が、作り変える行為が信仰上の理由から許されない場合もあろう。

しかし、それにしても、本件控訴審の判断基準は、厳しいものではないか。特に、代替措置の立証は、そもそも同一性保持権侵害とならないための措置であり、本件で仮に代替措置を取るならば、仏像は保管できない場合、廃棄処分することになるのか。

実際、本件控訴審では、原状回復請求を認めない事情の1つとして、「一旦は、原状回復措置を講じても、その後すみやかに、いわゆる「お焚き上げ」と称する方法により、本件原観音像全体を焼却する措置を講ずることが推測され、結局のところ、Rの名誉、声望等が回復される目的が十分に達成できるとはいえないこと」があるとしている。この判旨部分は、文脈上、本件一審後の弁論によって、被告から現れた供述のようである。

もっとも、この事情は、少なくとも、本件一審の結論の変更に関して、本件控訴審の結論に大きな影響を与えていると思われるが、著作者の死後の人格的利益を保護するという観点からは、いわゆる「やったもの勝ち」とすることは妥当ではない。つまり、改変の内容によっては、コストを度外視した結論を導くことを否定してはならないということである。「社会的事情の変動」（同法60条ただし書）を考慮した改変は許容されているが、著作権と所有権の客体が同一である場合は、特に所有権者の都合が重視され、著作者の死後であることから、当該著作物へのコントロールが及びにくい実態がある。他方で、著作者への配慮から、改変等が全くできなければ、結局のところ、所有権としての客体の側面での支障がでてくる。

この究極的な選択肢が、原作品の廃棄という問題である。本件でも関連するが、わが国では、著作物の廃棄については、同一性保持権侵害にはならないのは通説である。したがって、改変せず、廃棄して新たに建立することで著作者人格権侵害を回避できる。ただ、倫理的、文化的等の社会的に許容されるかは別問題である。また、ドイツ法などの示唆として、著作物の廃棄行為が同一性保持権侵害とならないことについて、従来から疑問が呈されている²²⁸。実際に比較法的には同一性保持権侵害とする例もあり、廃棄行為を一律に同一性保持権侵害としないわが国の立法は、検討の余地があろう。

・建築の著作物と同一性保持権

近年、公に展示された建造物に関して同一性保持権が争われた事件が2つある。本件は明らかに美術の著作物（同法10条1項4号）に該当するが、広く文化的に価値がある展示

²²⁷ 中山・著作権法 pp.638-639

²²⁸ 例えば、戸波美代「著作物の廃棄と著作者人格権」『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古稀記念論集 p.145

物という点、有体物の所有権と無体物の著作権が交錯する事案として、①新梅田シティ事件²²⁹、②ノグチ・ルーム移築事件がある。

①の事件は、庭園の改変であり、建築物と同様に、同法 20 条 1 項 2 号の類推適用の有無が争われた事案である。本件は、原告が設計した新梅田シティ内の庭園の著作者であると主張し、新梅田シティの新都市計画に当たり、当該庭園に工作物（希望の壁）が設計される予定となったことから、庭園（という著作物）の同一性保持権侵害であるとして、同権利を被保全権利として、仮処分の申立てをした事件である。結論としては、同一性保持権侵害を認めなかったが、同号につき、従来からの「経済的、実用的な観点から必要な範囲の増改築のみに限る」とした見解ではなく、「個人的な嗜好に基づく恣意的な改変」をも許容するとしている。その理由として、特段の制約がなく、恣意的な改変でない場合に限定されると、建物所有者の権利に不合理な制約を加えるものであるとしている。

②の事件は、詳細は後述するが、建築物の移築行為が同一性保持権侵害に該当するか争われた事案である。結論としては、移築行為の相当が認められ、同権侵害は否定されている。

・著作権法 60 条ただし書の意義

同条本文の該当性判断に当たっては、条文上、みなし侵害（同法 113 条）を含む著作者人格権侵害に該当することによっても侵害となることから、同一性保持権侵害の判断に当たっては、著作者の生前か死後かによって異なることはない。

一方、同法 60 条ただし書は、前述したとおり、「著作者の意を害しない」ことの意義が問題となるが、本件では、その意義に触れられていないし、判断に当たっては、同法 20 条 1 項 4 号と区別することなく、同一の評価根拠事実から論じられている。しかも、結論として、60 条ただし書の該当性を否定したが、その評価根拠事実を見ると、R の生前の主観的意図に着目し、死後の客観的事情を考慮しておらず、この点を批判する見解がある²³⁰。

前述のノグチ・ルーム移築事件では、イサム・ノグチ氏が故人であることから、法科大学院校舎新築のための移築が同法 60 条に当たるかも争われ、「著作者の意を害しないと認められる場合」とは、「行為の性質及び程度、社会的事情の変動その他」に照らし、「客観的に認められること」を指し、校舎新築のための移築は、公共目的のために必要に応じた建物を建築するためのもの」であり、「その方法においても…可能な限り復元するもの」として、同法 60 条ただし書の適用を認めている。

翻って本件控訴審を見ると、同法 20 条 1 項と 60 条ただし書の適用の文言上の違いに着目せず、判断していることから、ここでも、代替手段の有無が判断基準となっている。こ

²²⁹ 大阪地決平成 25 年 9 月 6 日（平成 25 年（ヨ）第 20003 号）裁判所ウェブサイト参照

²³⁰ 清水・判批 pp.67-74、島並・判批 p.67。もっとも、いずれも、被告の著作権法 60 条ただし書の主張立証に問題があったことを指摘する（清水 p.73、島並 p.67）。

れが、ノグチ・ルーム移築事件に置き換えて考えると、代替手段がないことを立証しなければならない。つまり、建築物を移築する以外に他に法科大学院の新校舎が建設できないことまで要することになる。

仮に、同法 20 条 1 項は、著作者が存在していることが原則であるから、立法趣旨どおり、著作者の意思を重視する厳格適用説からの帰結として、代替手段まで要求することは理解できる。しかし、死後は、社会的事情変動などもあり得ることを考慮すれば、著作者が存しなくなった後まで、生前と同様の基準で、しかも、長期的に人格的利益を保護する必要性があるのか、疑問である。

・アーカイブの観点から

同法 60 条ただし書の該当性判断には疑問があるが、最終的な結論としては、すげ替え行為の「補修」という側面を評価したことの意義は大きいと考える。なぜなら、結果的に、原告の請求一部認容であるが、補修行為自体は法的にも違法であるが現状が是認され、訂正広告という低コストのみの負担で済んでいるからである。被告から見れば、補修をせずに済んだ点では、敗訴とはいえ、負担が少なくなったとも考えられる。

また、事実経過自体は、本件の事実認定の途中でも出てくるように、檀家などは本件観音像の頭部（特に表情）の変化には気づいていたこともあり、その報告によって、関係者以外の者に明らかになったが、既に本判決が公刊されており、もはや公知の事実となっていることからすれば、特に被告らの精神的負担を強いるものではない。

5. 新梅田シティ事件（大阪地決平成 25 年 9 月 6 日，平成 25 年(ヨ)第 20003 号）

本件では、新梅田シティ内の庭園に工作物（希望の壁）を設置したことについて①本件庭園の著作物性、②工作物設置の「改変」該当性（法 20 条 1 項）、③同条 2 項 2 号該当性が問題となったが、請求原因である①②を肯定し、抗弁である③は同号類推適用を認め、同一性保持権侵害を主張する申立てを却下した。特に③にかかる判示部分を概観するが、②において、工作物の設置が「模様替え」に該当するとし、「問題の所在は、建築物における著作者の権利と建築物所有者の利用権を調整する場合に類似するということができ…法 20 条 2 項 2 号の規定を本件の場合に類推適用することは、合理的」とした。3.2.2 の決定と比較すると、公共目的がなくなり、「老朽化、市場の動向、経済情勢等の変化に応じ、その改修等を行うことは当然予定されている」。結局、いかなる態様における工作物の設置、除去が庭園の「改変」と評価できるか明らかになったわけではないが、「本件庭園の景観、印象、美的感覚等」が重要な要素となっていることから、ランドスケープデザインの保護の可能性を指摘する見解もある²³¹。

²³¹ 小島立「判批」L&T64 号（2014）p.71

他方で、「一切の改変が無留保に許容されていると解するのは相当でなく、その改変が著作者との関係で信義に反すると認められる特段の事情がある場合はこの限りではないと解する余地がある」とも指摘する。確かに、破壊行為の前段階で著作者との関係で「信義に反する」特段の事情として差止請求の余地を認めたことに意義はあるが、侵害態様、程度、目的などの外的要因が影響することはうかがわれるが、学説で指摘されていた当該著作物の芸術性の程度の要素は後退するおそれがある。とはいえ、本件において、この余地を認めたことは、著作権法における文化資源保護機能が僅少なながら残っているといえよう。

6. 著作権と DA（東京地判平成 13 年 9 月 20 日，平成 11 年(ワ)第 24998 号）

本件は、DA 作業自体が問題となった事案である。原告が著作者である浮世絵写真のデジタルワークを被告に依頼し、それを被告法人の出版物として刊行する予定であったが、被告らが著作物に改変を施し、かつ被告らの表示を施して出版したため、原告が著作者人格権に基づき損害賠償請求した事案である。デジタルワークの担当者の被告の 1 人が、デジタルワークによりリメイクした図版の著作権は、被告及び被告法人に帰属する旨の主張に対し、「デジタルワーク処理作業は、浮世絵画像から年月の経過による損傷や汚れを除去することにより浮世絵の作成当時における色彩を忠実に復元する…専門的な技術及び経験を必要とする作業であり…そこには作業員自身の創作的要素が介在するものではない」としている（請求一部認容）。結論としては当然であるが、保存修復過程における技術的作業は、創作的要素が欠如しているため、何ら著作権法上の保護はなされないことを明示している。歴史的文化財が経年劣化あるいは環境上の問題から劣化が著しい場合にも、保存修復のインセンティブは存在しないことになる。

結局、DA のインセンティブは著作権法制ではなく、文化財保護法などによらなければならないことを示唆するが、前述のとおり、文化財保護法は、重要な文化的価値という一定基準を満たす必要があり、限定的である。

7. 小括

以上の同一性保持権を巡る裁判例は、所有権に基づく利用との調整によって、基本的に著作権が制限を受けるという構図で侵害の余地を認めるものの、破壊防止権などを規定するアメリカの一部の州法などと比較すると、著作権は所有権に従属的と評価せざるを得ない。しかし、破壊防止権は、事実行為としての改変が著作物の「改変」に直ちにならないことからすれば、事実行為をも取り込む点で「改変」の予防的な機能を有するが、わが国では明文上、取り得ない見解である。また一連の裁判例は所有権と著作権が不可分一体となっている著作物に関する裁判例であり、born-digital の著作物の同一性保持権侵害につい

ては射程外である²³²。このように、著作権法は文化財の保護、修復等の過去を志向しないという見方²³³があるため、直接的に修復等を同法で保護することは困難であるが、解釈上の余地は残されており、同法が文化法であるという位置づけが重要となる²³⁴。

8. 知識へのアクセスと著作権法

近年の著作権法改正は、権利制限規定を新設することで、逆説的に文化資源保護に寄与している。これまで、過去には、図書館等は、図書館資料の保存のために必要があれば、複製ができるとされている（法31条1項2号）が、その要件は厳格であり²³⁵、市場で入手可能なものについては、再購入が求められ、絶版の図書資料に限定されていた²³⁶。

その後、平成24年改正で法31条3項が新設され、平成26年には、法31条1項2号の

²³² 加藤尚徳=野川裕記=上田昌史「クラウド時代における著作権の情報学の視点からの再整理」情報処理学会研究報告 Vol.2009-EIP-45, No.3(2009)では、クラウドコンピューティングでは、所有権と著作権が分離し、しかも、当該著作物が感得不能な状態でネット流通すると、著作権法の適用がされない可能性があり、反対にセキュリティールに基づいてオブジェクトを施すことで、著作権者はエージェントとして、トレーサビリティ確保が容易になることを指摘する。

²³³ 宮脇正晴「文化財の修復と著作権法」赤間亮=鈴木桂子=八村広三郎=矢野桂司=湯浅俊彦編『文化情報学ガイドブック』（勉誠出版、2014）p.172

²³⁴ 澤田・前掲「建築作品の保存－所有者による通知の義務・作者による取戻の権利－」では、建築の著作物に関し、所有者と著作者との権利利益の調整のために、所有者が改変・破壊を行う際には、通知を義務とし、通知を受けた著作者は、所有者に対し取戻権（建築作品の材料費を上回らない限度の価格で取戻を認めること）を付与して調整する制度を取り上げる。

なお、鈴木敬史「米国における Moral Rights 保護：裁判例の観察による保護法益の抽出」神戸法学雑誌70巻3号（2020）pp.181-248は、これまでわが国で米国 Moral Rights に関する研究は、VARAに目を向けるものが殆どである問題意識（同pp.184-185）から、契約法、不法行為法に関する裁判例を通じて、米国における Moral Rights 保護の分析を行い、わが国への示唆を得ようとする論考である。当該論考では、これまでわが国の著作者人格権侵害が形式判断に留まっていることを指摘したうえで（同p.244）、著者によれば、著作者（原告）の人格像が歪められていなければ、保護すべき法益が毀損されていないこととなり、同一性保持権侵害は発生しない（p.245）とする、実質的な侵害基準によるべきであると提唱する。

²³⁵ 「一般の所蔵文書の虫喰い等による資料欠損に対処するためにコピーをとっておく行為の必要性については、極めて厳しい判断基準が課せられる」とする（加戸・逐条講義 pp.293-294）。

²³⁶ 数藤雅彦「著作権法における資料保存のための複製－フィルム、ビデオテープのデジタル化を例に－」奈良文化財研究所『デジタル技術による文化財情報の記録と利活用2－オープンサイエンス・データ長期保管・知的財産権・GIS－』（奈良文化財研究所研究報告第24冊、2020）pp.101-104は、法31条1項2号は解釈も含めて、非営利アーカイブ機関のデジタルアーカイブに際しては、「武器」であり、これを活用することの重要性を指摘する。

解釈に関し、平成 26 年度の文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会では²³⁷、「美術の著作物の原本のような代替性のない貴重な所蔵資料や絶版等の理由により一般に入手することが困難な貴重な所蔵資料についても、稀覯本と同様」の扱い、つまり法 31 条 1 項 2 号に含まれると解釈され、最新の立法担当者にも同様の記述が反映されている²³⁸。

これにより、「主として美術館や博物館が保有する美術作品や、各地の文化施設が保有する地域の郷土資料等が該当すると考えられる」とされている²³⁹。

国立国会図書館法も改正があった。平成 21 年の著作権法改正により、国立国会図書館は、納本（国立国会図書館法 25 条）された資料を法 31 条 1 項 2 号のような限定なしに、記録媒体に記録することができることとされた（法 31 条 2 項[令和 3 年改正後同条 6 項]）。これは、「国内の各種資料を網羅的に収集、保存し、これを国民に提供するという国会図書館の使命…を十分に果たすためには、既に劣化が進んだ資料を電子化したのでは遅きに失することになる」からであると説明されている²⁴⁰。

さらに、平成 24 年同法改正では、法 31 条 3 項の新設により、国立国会図書館に絶版等資料（法 31 条 1 項 3 号）の自動公衆送信が認められることになった。また、国立国会図書館法 25 条の 3 により、国立国会図書館の館長は、国、地方公共団体、独立行政法人等のインターネット資料を著作者の許諾なく記録することによる収集ができる。平成 21 年改正で法 42 条の 3 が新設され²⁴¹、さらに平成 24 年改正で、電子納本制度やオンライン資料の記録（国立国会図書館法 25 条の 4）に対応するために同条が改正された（法 42 条の 4、現在

²³⁷ 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「(資料 3) 平成 26 年度法制・基本問題小委員会の審議の経過等について」p.9

(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/41/pdf/shiryo_3.pdf)

²³⁸ 加戸・逐条講義 p.293

²³⁹ 生貝直人「デジタルアーカイブと著作権に関する国内外の動向」図書館界 67 巻 6 号 (2016) p.349. もっとも、法 31 条 1 項 2 号の主体は、「図書館等」である。図書館や公立の博物館・美術館以外の施設は「図書館等」に該当しないことも多いと思われ、これにより課題が解決したわけではない。また、収蔵スペースを確保するために行われる縮小複製について、これが認められるか、なお争いがある（詳細は小倉＝金井コンメ II p.81[高瀬亜富]）。立法担当者は、原本「廃棄」を条件に法 31 条 1 項 2 号の複製を肯定する（加戸・逐条講義 p.294）。しかし、これも一種のデジタルアーカイブであるところ、デジタルアーカイブは代替に過ぎず、原本の重要性を看過している。また、例えば、収納スペースの関係で縮小複製する場合、当該資料を除籍し、引き取り手が存在する場合は、その者に譲渡する方が望ましいといえる。したがって、郷土資料の保存、複製が同号によって、十分な保護を受けられるとは、必ずしも評価し得ないと考えられる。

²⁴⁰ 池村・著作権法 p.21

²⁴¹ 池村・著作権法 p.52. 「国立国会図書館インターネット資料収集保存事業 WARP」

(<http://warp.ndl.go.jp/>)

の43条)²⁴²。

直近では、令和3年著作権法改正により、図書館サービスに大きく影響を与える改正がなされた。これについては、次章で詳述するが、新型コロナウイルスの影響で図書館の閉館、入館制限が大きく影響している。文化資源へのアクセス向上の観点からは極めて重要な改正であるといえ、また同時に、これまで図書館サービスは、郵送サービスが限定的であったことと比較すると、地理的な制約なく図書館サービスを楽しむことができ、知へのアクセスは向上する。

第4節 デジタルアーカイブと著作権法の権利制限

1. デジタルアーカイブの意義

1.1 用語としての意義

DAの意義は、第1章第2節にて詳述した。アーカイブ学の本質的な問いであるため、その意義については、一義的ではない。しかし、一般化するとおよそ、①アーカイブ（人間が活動する過程で作成した膨大な記録のうち、現用価値を失った後も将来に保存する歴史的価値がある記録資料²⁴³）のデジタル化、②デジタル技術を活用した収蔵物のアーカイブ化²⁴⁴、③デジタルデータのアーカイブの3つの類型に大別できる。

1.2 社会的効用としての意義

DAの技術的な実践例については、他論に譲る²⁴⁵が、MLAの文化政策として、国民（あるいは世界市民）を対象に、文化的享有をもたらす。文化経済学的には、①文化（資本）は、ストックであると同時に他の要素と結びつくフローとして文化的財²⁴⁶やサービスとなり、②公共財と私的財の両面を持つ経済モデルとなること、③供給側と需要側双方に規模の経済性があり、需要側のそれがネットワーク効果（外部性）を生み出し²⁴⁷、知的創造サイクルの経済的側面は、このストックとフローの良好な関係を意味する。

具体的には、MLAがコンテンツをデジタル化し、それらを共有する環境を整備する連携

²⁴² 池村=壹貫田・著作権法 p.144[池村]

²⁴³ 丑木幸男「序アーカイブの科学とは」国文学研究資料館史料館編『アーカイブの科学上巻』（柏書房、2003）p.1

²⁴⁴ 詳細は福森大二郎『文化財アーカイブの現場—前夜と現在、そのゆくえ』（勉誠出版、2010）参照。

²⁴⁵ 松永しのぶ「世界のデジタルアーカイブ実践例」福井健策=吉見俊哉編『アーカイブ立国宣言』（ポット出版、2014）pp.223-251

²⁴⁶ 文化的財の意義として、スロスビー・文化政策 pp.16-18 参照。

²⁴⁷ 後藤和子「文化情報資源政策の確立に向けて—国際競争と著作権の視点から—」文化経済学 Vol.11, No.1(2014)p.21

(MLA連携²⁴⁸)が挙げられる。この連携より国民の文化資源に対するアクセシビリティは加速する。図書館は、2002年10月に「近代デジタルライブラリー」の開設デジタル化を強化してきた国立国会図書館を中心に、図書資料のデジタル化と公開を進めており、デジタル化した絶版資料等を参加図書館に送信するサービスも行っている²⁴⁹。公共図書館においても、図書館法では、学校、博物館、公民館、研究所等と緊密な連絡・協力が図書館奉仕の1つとして規定され(同法3条9号)、横だけでなく、MとLの連携が規定される。

博物館法も、同様に、図書館や他の博物館、あるいは公的施設との緊密な連携、協力、相互貸借が規定され(同法3条1項10号、11号)、また、平成20年改正同法改正では、博物館資料として、「電磁的記録」が明示され、一次資料としての価値を追認している。

これだけではない。博物館の(一次資料を念頭に置いた)DAは、e-Japan II戦略から重要とされ、特に、博物館に所蔵できない自然環境や産業遺産、文化遺産、民話、歴史証言などもアーカイブの対象とされてきた。これは、博物館の基本的機能は、資料の蒐集にあり²⁵⁰、この資料の種類の多様性を担保する必要があるからである。

最近では、博物館法改正に関し、2021年7月に提出された審議経過報告において、「デジタル技術を活用したコレクションのデジタル・アーカイブ化と、インターネットを通じた教育・コミュニケーション活動は、ミュージアムの社会的役割を全うするためにも必要かつ有効」とされた²⁵¹。

2. DA技術と著作権法の関係

2.1 記録媒体とマイグレーション

コンテンツは、born-digitalとそれ以外に区別できる。前者は、文書であればpdf、音楽であればmp3、映像であればmp4など個別のフォーマットによって生成され、最初から保存されている。しかし、後者は、文書であれば紙、音楽であればCD、映像であればBlu-ray Discなどに記録されており、両者の保存がアーカイブスの基本的な問題である。紙媒体は、戦後間もない酸性紙による文書など劣化が激しいものもあり、その保存が必要である。また、CDなども紫外線には弱く、寿命も長くなく、一時的に保存に適していても、読み取り装置の進化によって、マイグレーションを絶えずしていかなければ、長期的な保

²⁴⁸ 古賀崇「『MLA連携』の枠組みを探る：海外の文献を手がかりとして」明治大学図書館情報学研究会紀要No.2(2011) pp.2-9

²⁴⁹ 小坂昌「図書館向けデジタル化資料送信サービスの現況と課題」コピーライト639号(2014) pp.18-23

²⁵⁰ 加藤有次『博物館学総論』(雄山閣出版、1996) p.125

²⁵¹ 文化審議会博物館部会「博物館法制度の今後の在り方について(審議経過報告)」

(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/hakubutsukan/pdf/93293401_01.pdf)

存が不可能となる²⁵²。また、後述するようなゲームの DA においては、エミュレーター²⁵³の開発が必要不可欠となっている。

2.2 メタデータとデータベース

アーカイブは、保存したデータを秩序付ける過程も重要である。単に保存されただけでは、その後の利用ができず、体系的なデータベースを構築し、検索を容易にしてこそ意味があるからである。この場合に重要なことは、データベースを構築する前提となる、各コンテンツのメタデータの記述の標準化である。

図書館情報学の分野では、図書館目録 (library catalog)²⁵⁴があり、書誌記述の標準化が図られている²⁵⁵。そもそも、図書は記述規則の徹底化により、書誌同定を確実にさせる。さらに、索引の便宜のために、分類を規則化し、索引語間の関連性を明示することで、関連文献の検索を容易にしている。

一方で、図書は、書籍が中心であり、その他に CD (レコード) や DVD などがあるのみであり、標準化に適している。しかし、図書館情報学上の成果がそのまま他のコンテンツのアーカイブに適合できるわけではない。一例として、アーカイブに際して記述されるメタデータ項目を比較²⁵⁶すると、ゲームは 24 項目、脚本は 17 項目、アニメは 19 項目、歴史的音源は 17 項目である²⁵⁷。

²⁵² 大島茂樹「デジタル情報保存のリスク：記録メディアの劣化・陳腐化とファイルフォーマットの陳腐化」情報の科学と技術 60 巻 2 号 (2010) p.49 では、記録媒体の技術的、寿命劣化の点を「陳腐化」と表現し、陳腐化を防ぐためにファイルフォーマットの更新やマイグレーション、陳腐化防止の検索管理の重要性を指摘する。

²⁵³ あるハードウェア・ソフトウェアと同様の機能を発揮する別のハードウェア・ソフトウェアを開発し、それによって、当該ハードウェアによっても、同一の機能を再現できるようにする装置であり、例えば、テレビゲームの領域では既に開発製造中止したコンシューマ向けハードウェア (任天堂のファミリーコンピュータなど) をパソコン上で起動するように開発されたハードウェア・ソフトウェアを指す。

²⁵⁴ 図書館によって集積されたコレクションの中の情報資源の発見から入手までを支援するメタデータであり、OPAC (Online Public Access Catalog) と呼ばれている (岸田和明「情報資源の管理とアクセス」根本彰=岸田和明編『シリーズ図書館情報学 2 情報資源の組織化と提供』(東京大学出版会、2013)) p.17 以下参照。

²⁵⁵ 書誌記述については、国際標準書誌記述である ISBD(International Standard Bibliographic Description) がある。

²⁵⁶ 福井健策=吉見俊哉編『アーカイブ立国宣言』(ポット出版、2014) p.73,108,183,204 を基に項目を抽出した。ここでの音楽レコードは、「れきおん」の例である。

²⁵⁷ ゲームは ①ゲームの ID②タイトル (廉価版、英語表記、読み方等) ③プラットフォーム④発売年月日 ⑤ディベロッパー⑥パブリッシャー⑦ブランド⑧レーティング⑨最小プレイヤー数⑩最大プレイヤー数⑪

図書においてメタデータに記述される情報は、標準化された項目について、事実そのものを記述するため、創作性の点から、著作物性が問題となる場合は限定的である（問題となる場合につき、後述する第6章第2節参照.）。しかし、創作性の意義は、著作権法上の根本的な問いであり、解釈上の争いがある。このような状況において、メタデータに記述する項目について、取捨選択がなされ、その項目について、詳細な記述がなされた場合は、著作物性が常に否定されるとは限らないであろう。また、マンガのメタデータでは、各話の情報などに情報元を記述する項目があるが、これは著作物の引用（法32条）に他ならず、メタデータ自体が詳細な記述をすれば著作物性が肯定される事態もあり得る。そうすると、コンテンツの利用に当たって、メタデータの複製が複製権（公衆送信権）侵害に当たることがあり得る。

さらに、これらにシソーラスを独自に構築したデータベースについては、著作物性が肯定できるであろうし²⁵⁸、仮に、これら異なるコンテンツを統合するデータベースを開発すれば、そのプログラムは特許法だけでなく、著作物として保護される可能性がある。

つまり、メタデータは、単なる「権利管理情報」（法2条1項22号）の意味だけでなく、メタデータの集合体そのものが、著作権法の対象となり得るデータベース（法12条の2、2条1項10号の3）やプログラム（同項10号の2、10条1項9号）となり得る。この場合、国又は地方公共団体が保有すれば、編集物についての権利の目的とならない著作物となる（法13条4号）が、データベースは、編集物から除外されている（法12条1項）ため、著作権が発生する。もっとも、国又は地方公共団体、独立行政法人が著作権を有する場合は、その著作物の利活用においては、問題となることが少ないだろう。一方で、大学

レーティング⑫価格⑬メディア（記録メディア、容量）⑭指定周辺機器⑮必要環境⑯推奨環境⑰◎表記⑱備考・その他⑲作業メモ⑳参考資料㉑ジャンル㉒データ入力日㉓所蔵情報㉔公式サイト URL の24項目、脚本は、①管理番号②メディア③ジャンル④枠名⑤タイトル（読み）⑥サブタイトル⑦稿数（準備稿、決定稿等）⑧放送回⑨放送日⑩放送局⑪制作⑫作家名⑬原作者⑭原作名⑮出演者⑯備考（作品情報、台本の現物情報、劣化情報等）⑰非公開情報（寄贈者、入力担当者）の17項目、アニメは①システム固有番号②タイトル（読み仮名、英語表記）③メディア（劇場、テレビ、OVA など）④初出関連（公開日、放送年月日、終了日、発売日等）⑤制作関連（OP/ED クレジット）⑥放送局⑦発売元、販売元、配給会社⑧放送回数⑨時間（分数）⑩原作関連（掲載誌、出版社、原案、（原作）者）⑪監督関連（監督、ディレクター等）⑫メインスタッフ⑬メインキャスト⑭ストーリー⑮各話タイトル⑯◎表記⑰入力日、入力者⑱校正者⑲情報元の19項目、音楽レコードは①タイトルとその読み②作詞・作曲・編曲・実演家とその読み③製作者（レーベル）④出版年月日⑤容量・大きさ⑥内容記述（商品番号、ノイズ除去の有無など）⑦永続的識別子（ID 番号）⑧件名⑨利用可能日（デジタルデータの公開日）⑩作成日（同データの作成日）⑪デジタル変換作業会社⑫デジタル化の日⑬提供者⑭提供制限⑮階層レベル⑯サムネイル URL⑰サムネイルファイル名の17項目である（福井=吉見編・同上 p.73）。

²⁵⁸ 井上由里子「知的財産法(2)ーデジタル化・ネットワーク化の進展に伴う新たな課題」宇賀克也=長谷部恭男編『情報法』（有斐閣、2012）p.220

などの研究機関（学校法人）が有する場合は、少なくとも利用許諾が必要となる。

また、博物館情報資源と著作権法の関係に着目した先行研究もある²⁵⁹。この論文は、アーカイブのための画像技術は、情報伝達過程での流通に際して著作権法を無視できず、博物館情報資源の活用に当たっては、技術的側面と法的側面の双方の検証が必要であると指摘する。同論文は、博物館情報の①入力、②画像処理、③出力、④保存・活用の各過程において生じる問題と著作権法との関係を整理しており、いずれもその関係が密接であることを定量・定性的に明らかにしている²⁶⁰。

2.3 デジタルアーカイブと著作権法

このような技術的な過程において、著作権法上の課題が発生する。冒頭の文化審議会報告書²⁶¹では、アーカイブ化をコンテンツ提供者が行う場合とそれ以外の場合に分け、前者につき、二次利用の問題、後者につき、国立国会図書館の納本制度に着目し、納本制度によって収集される書籍等は、同図書館の保存の問題とし、同図書館以外の図書館等の行うアーカイブについては、法31条1項2号に該当すれば可能であるとし、館外への提供又は提示については、関係者との協議によるべきとしている。

これは、前述した DA に伴う、記録媒体への記録についての言及に留まる。メタデータやデータベースについての言及はない。

また、根本的な問題として、同報告書のいう「図書館等」は図書館法上の図書館、博物館法上の博物館など極めて限定的なアーカイブ機関を想定している点が挙げられる。さらに、同報告書では、アーカイブの対象を「書籍等」と表記しているが、DA を一元的に捉えており、コンテンツの属性について、一切が捨象された議論がなされている。

同報告書以降も、DA の法的対応として、しばしば、Europeana²⁶²の一連の取組み例と

²⁵⁹ 宮田公佳=松田政行「博物館情報資源の機能的活用のための画像技術と著作権法の連携議論」国立歴史民俗博物館研究報告第184集（2014）pp.99-155

²⁶⁰ 宮田=松田・同上 pp.129-152

²⁶¹ 文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）p.194以下

²⁶² 2008年より、フランスを中心として、欧州全域の図書館、博物館、公文書館が協力し、絵画、書籍、文化財、歴史的文書などの文化資源をデジタルアーカイブ化する欧州委員会が運営するプロジェクトである。現在、3000万点がデジタル化、インターネット公開されているポータルサイトである（<http://www.europeana.eu/>）。アメリカでは、2013年4月より、アメリカ・デジタル公共図書館（Digital Public Library of America: DPLA）が公開され、ハーバード大学バークマンセンターを中心に、MLAが連携し文化遺産240万点がインターネット上で閲覧可能となっている（<http://dp.la/>）。増田雅史=生貝直人『デジタルコンテンツ法制 過去・現在・未来の課題』（朝日新聞出版、2010）p.104 [増田]

EUの孤児著作物指令²⁶³、CCライセンスが拳がるが²⁶⁴、これらはDA化に伴う著作権法制との間の総論的な議論に留まる。

つまり、これまでのDAと著作権法に関する議論、先行研究の殆どは、DAが、法的には「複製」(法2条1項15号)であり、仮にこれをネット上で公開すれば、公衆送信となる点、著作権者が多数であり、そのうち、権利者が不明な場合があるという共通点でのみ論じられ、個々のコンテンツを著作物の種類に応じたDAに際しての議論²⁶⁵は、これまで低調であったといえる²⁶⁶。

²⁶³ 同指令の概要は第1章第1節参照。日欧の比較として、星川明江「権利者不明著作物の活用促進について」カレントアウェアネスNo.328(2016)pp.4-6参照

欧州と比較したとき、日本の裁定制度(法67条1項)が批判されるのが、わが国制度に対する一般的な批判の文脈である。それでも、仮裁定制度が供託金を積むことを条件に法改正がなされることで要件が緩和された(法67条の2)。権利者を探す「相当な努力」を要するという厳格な基準によって、その利用件数は、平成20年5件、平成21年12件、平成22年28件であったが、平成28年には381件に伸びた。制度としても、平成26年8月に権利者検索のための「相当な努力」の内容を、文化庁の告示を見直すことで、運用の改善を行い、平成28年2月には、過去に裁定を受けた著作物等の場合について、さらに要件を緩和、平成30年4月には申請手数料を1件13000円から6900円に減額、平成31年には、国や地方公共団体等に限り、事前の補償金供託を不要とするなど、着実に要件緩和が進んでいる。

なお、2014年の論考であるが、今村哲也「我が国における著作権者不明等の場合の裁定制度の現状とその課題について」日本知財学会誌11巻1号(2014)pp.58-77は、大量のアーカイブをする際の手間やコストを考慮し、それまでの実績も参照しながら、「一定のアーカイブ事業に関しては、「相当な努力」の有無を判断する場合に、当該作品の公表時からの期間も考慮に入れることで、事実上の要件緩和を図るべきである」とする(同pp.74-75)。

²⁶⁴ 福井健策「知のインフラ整備とデジタル著作権の挑戦」情報管理56巻10号(2014)pp.661-668

²⁶⁵ 本来は、当然としている図書のDAも装丁部分の表紙やカバー、帯、箱などその方法については具体的な議論がなされるべきである(福王寺一彦=大家重夫『美術作家の著作権』(里文出版、2014)p.48参照)。装丁家の著作権も認められ、装画・装丁の利用に当たっては、それらの著作者の許諾も必要となる(福井健策編、桑野雄一郎=赤松健『出版・マンガビジネスの著作権』(著作権情報センター、第2版、2018)p.168参照)。

²⁶⁶ この点では、最近、デジタルアーカイブ・ベーシックス全5巻(勉誠出版、2019~2021)の刊行により、コンテンツごとに、その具体的取組みの紹介がなされている。災害記録(2巻)、研究データ一般、天文学、工学との学際研究、生物学など自然科学系のコンテンツ(3巻)、アートシーン(4巻)、産業データ(5巻)と多岐にわたる。

なお、コンテンツと権利関係に限っても、例えば、山川道子=金木利憲「アニメーション・アーカイブから見る資料を取り巻く権利とその問題点」福井健策監修、数藤雅彦責任編集『デジタルアーカイブベーシックス1権利処理と法の実務』(勉誠出版、2019)pp.131-152では、アニメーション・アーカイブの権利問題を取り上げ、伊東敦子=前田紘志「震災の記録を横断する」今村文彦監修、鈴木親彦責任編集『デジタルアーカイブベーシックス2災害記録を未来に活かす』pp.63-86では、特にp.84において、肖像権

2.4 コンテンツの属性を考慮したデジタルアーカイブと著作権法

そこで、コンテンツの属性に応じて DA の際の技術的・方法論的プロセスを検証すると新たな著作権法上の問題が顕在化する。

著作物の種類という点から見ると、文書は原則として言語の著作物、音楽は音楽の著作物、映像は映画の著作物、画像は写真の著作物に該当し得る。電子書籍であれば、消尽論との問題が生じるし、映像の著作物であれば、頒布権との関係もあり、著作物の種類によって、支分権が異なる。また、以下で紹介するとおり、典型的な論点だけでなく、アーカイブ化の方法、コンテンツの属性によって問題は個別的である。

3. ゲームのアーカイブ

ゲームアーカイブは、パッケージ版であれば、電子出版物であるから、国立国会図書館も納本制度の対象となる²⁶⁷が、そうでないスマートフォン向けアプリゲームは対象としていない点が課題といえる。それ以外の民間の代表的な取組としては、立命館大学ゲーム研究センター（RCGS）²⁶⁸とゲーム保存協会²⁶⁹がある²⁷⁰。コレクション点数は、2021年10月

を取り上げる。大澤剛士「科学データのデジタルアーカイブにおける必須条件「オープンデータ」」井上透監修、中村覚責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシック3 自然史・理工系研究データの活用』（勉誠出版、2020）pp.33-51 は、全体にわたり、本論文でも後述する著作権の問題を取り上げる。また、中西智範「早稲田大学演劇博物館のデジタルアーカイブの現状と課題」高野明彦監修、嘉村哲郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシック4 アートシーンを支える』（勉誠出版、2020）pp.123-140 は、演劇のデジタルアーカイブを扱う。その中で、裁定制度の供託金支払義務の免除を非営利アーカイブ機関まで拡張すべきと主張している。石原麻子＝吉原潤「日本のオペラアーカイブの現状と課題」同書 pp.162-176 は、昭和音楽大学オペラ研究所の取組みとしてオペラアーカイブを紹介する。その中で、チラシ、プログラム、写真などの資料のデジタル化を進め、当初は画像表示機能もシステムには組み込んでいたが、著作権の関係で公表を断念した旨記載がある。國谷泰道「美術と歴史の分野における画像ライセンスビジネス」時実象一監修、久永一郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシック5 新しい産業創造へ』（勉誠出版、2021）pp.62-82 では、海外からの照会など利活用シーンが増えるにあたり、わかりやすい手続が求められていると指摘する。

²⁶⁷ 国立国会図書館「納本制度のお願い（民間出版物）」

(https://www.ndl.go.jp/jp/collect/deposit/pdf/deposit_request_pvt.pdf)

²⁶⁸ 立命館大学ゲーム研究センター（RCGS）(<https://www.rcgs.jp/>)

²⁶⁹ ゲーム保存協会 (<https://www.gamepres.org/overview/archive-list/>)

²⁷⁰ この他、日本ゲームシナリオライター協会では、ゲームシナリオアーカイブに取組んでいる

(<https://jagsa.jp/game-scenario-archive/>)。ただ、公開シナリオは1つに限定されている。また、ゲームは、紙媒体も対象になる。アナログゲームであるボードゲームは、図書館資料となり得、公共図書館でも遊べるようになってきていることがある。NPO 法人日本PBMアーカイブスでは、1980年後半から1990年代に流行したPBM（Play by Mail）ゲームのアーカイブを行っている (<https://jpbma.or.jp/>)。

末時点で、前者が 7680 点、後者が 7892 点である。RCGS は、2019 年 4 月にコレクションの一般公開がされた。ジャパンサーチ文化庁が運営するメディア芸術データベースなどにもデータ提供している²⁷¹。ただし、ここで公表しているのは、書誌情報（パッケージやビデオゲームの研究書・雑誌などの関連資料）に留まる。

結局、わが国のゲームアーカイブは、ナショナルアーカイブ²⁷²を始め、プレイ可能なものになっていない点に特徴がある²⁷³。

特に、いわゆる据え置き型コンシューマゲームの特徴は、特定のハードがなければソフトが起動しない点にある。そのため、デジタルアーカイブが「公開」まで含むと、単なるパッケージの保存では足りず、マイグレーションが必要になる。また、起動させるためには、エミュレータが必要になるが、このエミュレータは、いわゆる海賊版が流通しているが、エミュレータ自体は中立的な存在としても、その利用には、（特に公的機関の場合）倫理的な問題が存在する。

ゲームのアーカイブに際して必要なエミュレータの開発においては、Winny 事件²⁷⁴を無視できない。同事件では公衆送信権侵害の幫助につき無罪とされたことから、価値中立的であれば、本件の射程が及ぶと考えられる²⁷⁵。しかし、同事件で無罪となったのは、開発者の著作権侵害についての認識とそれへの対応があったことが事実認定に影響を与えたと考えられ、常にエミュレータの開発が著作権侵害にあたらないとは限らない。また、個人が私的にエミュレータを使用している場合、法 30 条 1 項 2 号により、私的複製の抗弁が

²⁷¹ 関係者の論考として、井上明人ほか「持続可能なゲームアーカイブの構築のための専門性についての一考察」Art research Vol.21（2021）pp.93-102 参照。

²⁷² 国立国会図書館のゲームのアーカイブにつき、齋藤朋子「国立国会図書館におけるゲームソフトの収集と保存ーナショナルな協力体制確立の必要性ー」デジタルゲーム学研究 Vol.6, No.1（2012）pp.37-41 参照。同 p.38 表 1 によれば、2011 年コンシューマ向け据え置き型のゲーム販売タイトル数は、931 に対し、所蔵数は 210 となっており、十分とは言えない。）。諸外国の取組みにつき、後藤敏行「コンピュータゲームアーカイブの現状と課題」情報の科学と技術 60 巻 2 号（2010）pp.70-71 参照

²⁷³ 国立国会図書館がパッケージで納本義務の対象としていることから、令和 3 年改正著作権法による家庭等への配信に期待する見解もある（松田真「ゲームにおけるアウトオブコマースの研究 オーファンまたはアウトオブコマースなゲームはプレイ可能に公開可能か」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.5, No.S2（2021）pp.s138-s141）。

なお、実物保存に向けた取組みにつき、高見澤こずえ＝福田一史「ビデオゲームアーカイブにおける実物保存」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.6, No.1（2022）pp.41-46 参照

²⁷⁴ 最判平成 23 年 12 月 19 日（刑集 65 巻 9 号 1380 頁，判時 2141 号 135 頁）

²⁷⁵ 中立的な技術開発と刑事規制から考察する論考として、拙稿「3D プリンタと知的財産侵害リスクー刑事的規制を中心にー」パテント 69 巻 7 号(2016)pp.72-79 参照

成立しない可能性もある²⁷⁶。

さらに、エミュレータによるアーカイブの場合、同一性保持権の問題が残る。ゲームソフトの同一性保持権侵害が問題となった事案としてときめきメモリアル事件²⁷⁷がある。著作者が本来予定していないデータを付加してストーリーを改変した事案では、パラメータがプログラム上は設定可能であることから、同一性保持権の範囲について争いがあった。本件では、パラメータは、それによって主人公（ゲーム上でプレイヤーが操作可能なキャラクター）の人物像を表現するもので、メモリーカードに格納された、本件では原告が想定しないパラメータを備えたデータを用いることで、主人公の人物像が改変されるとともに、その結果、本来予定されていた範囲を超えて展開され、ストーリーの改変をもたらすことになるとして、同一性保持権侵害を肯定している²⁷⁸。この事件は、ゲームアーカイブを想定していないが、少なくとも、ゲームのプログラム自体の改変はしないものの、例えば、アーケードゲームのような筐体型のゲームをエミュレータで使用できるようにする際に、筐体型でしか再現できないプレイヤーへの影響を与える部分（近年では、4DXのような、味覚、嗅覚に影響を与えることもあり得る。）につき、プログラムを改変することがあり得る。そうすると、法20条2項3号の改変を超える可能性がある（なお、ゲームは映画の著作物として扱われているため、「プログラムの著作物」を対象とする同号の直接適用はないが、それ自体がプログラムによって構成されているため、同号の類推の基礎があることを前提にしている。）。

もっとも、「効果的に実行し得る」との文言解釈の問題として利用可能な状態にするプログラムの改変を「効果的に実行し得る」と解釈することでこの点はクリアできる。

他方、「加える」ことは、別の問題を生じる。例えば、体験型コンテンツとして、においや衝撃が発生するようにするコンテンツに改変すれば、創作性を付加したことになり、二次的著作物に該当することになる²⁷⁹。

立命館大学ゲーム研究センターでは①動画キャラクターと背景画、②効果音と背景音楽、

²⁷⁶ 現在において、エミュレータを使用しなければならないコンテンツに技術的保護手段の回避手段を講じなければならないものは少ないと考えられるが、将来的には、問題が顕在化するおそれがある。

²⁷⁷ 最判平成13年2月13日（民集55巻1号87頁，判タ1054号99頁，判時1740号78頁）。

なお、高部真規子「最判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成13年度(上)』（2004）p.119も参照。

²⁷⁸ 松田政行「著作者人格権の類型と射程範囲」著作権研究33号（2006）p.97 図3参照

²⁷⁹ においについては、それ単独で著作物に該当するか否かの議論がある。差し当たり拙稿「香水の香気と食品の味の著作物性に関する考察－CJEU先決判決(C-310/17)の射程を中心に」Aroma research21巻1号（2020）pp.82-85、麻生典「香りの文化と法的保護」コスメトロジー研究報告28号（2020）pp.186-190、関真也「「触覚・味覚・嗅覚コンテンツ」の著作権保護をめぐる考察」ビジネス法務21巻6号（2021）pp.48-50、駒田泰土「香り味の標章性・著作物性再考(1)欧州の判決例等を手がかりに」知的財産法政策学研究61号（2021）pp.49-70参照

③ゲームの展開順序、④コントローラのボタン操作とゲーム画面の関係、⑤ゲーム全般の操作感覚の5点が対象となっている。この場合、ゲームというコンテンツは、映像、音楽など複数の要素からなるものであり、例えば、当時の色味を再現できない場合や、実際にプレイできるようにした場合で、当時の制約から離れて、プレイヤーが当初予定外の操作を自由にできると、アーカイブ時点で同一性保持権侵害となり得る²⁸⁰。

4. CGM (Consumer Generated Media)²⁸¹のアーカイブ

図書館等の公的機関に保存されるものだけが文化を形成するわけではない。

例えば、アニメ、ゲーム、マンガなどを題材として素人が製作した「同人誌」は、(違法なものも含む)二次的著作物²⁸²が大半を占め、日本のポップカルチャーを語る上では看過できなくなっているが、納本を呼びかけるものの、その実効性には疑義がある。現在、特定のイベントで収集された同人誌の一部が明治大学を設置母体として「東京国際漫画ミュージアム」が建設中である²⁸³。明治大学の図書館という位置づけで前述の大学図書館設置基準を満たせば、著作権法上の図書館等としての地位を得る。

また、このような非商業流通によるコンテンツは、YouTube やニコニコ動画といったプラットフォームの出現により、誰でも簡単に制作したコンテンツを公開できるようになった。コンテンツの制作自体も、言語の著作物であれば、DTP(Desktop Prepress)や電子書籍の登場、音楽の著作物では、DTM(Desktop Music)のソフトウェアとして、音声合成システム (VOCALOID) がキャラクターとともに著名²⁸⁴となっている。それと同時に、著

²⁸⁰ ときめきメモリアル事件 (最判平成 13 年 2 月 13 日, 民集第 55 卷 1 号 87 頁) 参照

²⁸¹ 類似の用語として、知的財産推進計画 2021 では「アマチュアクリエイターのプロ化, アマチュアクリエイターによる創作物」を UGC (User Generated Contents) と呼んでいる (同 p.41)。このようなコンテンツは、多種多様なコンテンツがあるため、一元的な権利処理の方策が 2021 年時点では模索されている。

²⁸² 日本弁理士会平成 25 年度著作権委員会第 4 部会『「コミケ」と著作権』パテント 67 卷 9 号 (2014) pp.37-46 では、同人誌の法的問題を支分権ごとに検討しているが、その多くが、翻案権侵害、同一性保持権侵害に該当するが著作権者や著作隣接権者の間で、金銭的な側面から黙認状態になっていると指摘する。

²⁸³ 明治大学ウェブサイト (<http://www.meiji.ac.jp/manga/outline/>) 参照。なお、それまでは個人の収集によっており、マンガ以外にも個人の蒐集家のみが所有している文化資源は存在しており、個人「所有」と公有には、実体として著作権法において取扱いが異なることを示唆する。

²⁸⁴ クリプトン・フューチャー・メディアが開発した初音ミクが代表例であり、中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント 66 卷 1 号 (2013) pp.106-118 では、この登場を著作権の意味の変化を示すとともに、時代の申し子と述べている。初音ミクと CGM の学際的な分析については、情報処理学会編「《特集》CGM の現在と未来: 初音ミク, ニコニコ動画, ピアプロの切り拓いた世界」(2012) が詳しい。なお、本来的なエンドユーザーが作られたコンテンツは UGC(User Generated Contents)と呼ばれ、著作権法上は二次的著作

著作権法上、様々な問題を孕んでいる²⁸⁵。

5. ウェブアーカイブ²⁸⁶

インターネット上のウェブサイトのアーカイブについては、情報資源という点では現在不可欠にもかかわらず、それらは簡単に削除、変更が可能のため、喪失してしまう可能性もある。アメリカでは、1996年からデジタル遺産として保存する取組みがあった（Internet Archive）²⁸⁷。日本では、一定の要件のもと、国立国会図書館による WARP がある²⁸⁸。これは、国立国会図書館法 24 条の 2 で定める者に限定される。

他方で、民間を対象にしたオンライン資料収集制度がある（同法 25 条の 4）²⁸⁹。厳密には、図書または逐次刊行物に相当するものではあるが、ウェブ公開されている点では、ウェブアーカイブともいえる。この場合、会員限定記事など、制度導入から、「当面、無償かつ DRM（技術的制限手段）のないものに限定」している²⁹⁰。著作権法も、国立国会図書館であっても、技術的保護手段の回避行為を伴うアーカイブ行為は正当化されておらず、利用許諾が必要となる。

6. 伝統的知識等のデジタルアーカイブ

世界遺産の保護については前述したが、世界遺産、無形文化財、記憶遺産の形式にかかわらず、デジタル保存が世界的に喫緊の課題に対応するため、2003 年の第 32 回ユネスコ総会において、「デジタル遺産保存に関する憲章（仮訳）」を採択されている²⁹¹。

物であることも多く、また、不特定多数のユーザによって作られる場合もあり、同法的には共同著作物ともいえるが、いずれも同法の予定する範疇を超えたコンテンツである。二次創作物の創作や利用は、同一性保持権侵害となり得るが、明確な基準はなく、また、共同著作の場合も、コミュニティ内は、ローカルルール（利用規約）があればそれに従えばよいが、こうしたルールの適用がない者との間では、別途利用規約が必要となる（福井健策編『インターネットビジネスの著作権とルール』（著作権情報センター、第 2 版、2020）pp.159-165[池村聡]参照）。

²⁸⁵ 児玉晴男「わが国の著作権制度における権利管理」情報管理 57 巻 2 号（2014）p.109 参照

²⁸⁶ 著作権だけでなく、個人情報保護などの法的問題全般は、新保史生「ウェブ・アーカイビングと法」情報の科学と技術 58 巻 8 号（2008）pp.376-382 参照

²⁸⁷ 岸田和明=常川真央「ウェブ情報資源の管理とアクセス」根本彰=岸田和明編『シリーズ図書館情報学 2 情報資源の組織化と提供』（東京大学出版会、2013）p.140

²⁸⁸ 国立国会図書館インターネット資料収集保存事業（<https://warp.ndl.go.jp/>）

²⁸⁹ オンライン資料収集制度（e デポ）（<https://www.ndl.go.jp/jp/collect/online/index.html>）

²⁹⁰ 同上のウェブサイトより引用

²⁹¹ 邦訳は、松村多美子「デジタル資料保存の国際的イニシアチブ—ユネスコのデジタル遺産保存憲章—ユネスコのデジタル遺産保存憲章—」情報管理 47 巻 7 号（2004）p.471

TK の保護政策の視点の 1 つとして、電子文書化が挙げられる²⁹²。特に、非公開でない TK については、技術的情報はアーカイブ化により公知となり、世界各国で特許化による不当な利益が先進国に流出することがなくなる。伝統的文化表現についても、DA によって保存されること自体は反対していない。これに対する ABS については課題が残るが、文化情報政策の観点からは、ストックの増加に資することが想定される²⁹³。

7. 小括

以上のように、DA にあたり、コンテンツごとにその技術的手法が異なり、現状として、アーカイブ機関も異なる。とりわけ、MLA 以外に、一般社団法人や大学付属の研究所、企業博物館によるアーカイブ事業があり、これらを正当化するための個別的な権利制限規定は限界がある。また、私的博物館・記念館、公益財団法人が運営していても、著作権法施行令 1 条の 3 第 1 項 6 号の指定を受けていない一般社団法人等の場合、国立国会図書館のような DA の余地はないため、郷土資料などその地域資源が散逸するおそれもある。国立国会図書館に期待する見解²⁹⁴もあるが、それだけでは十分な文化資源の保護は困難である。

第 5 節 文化政策目的の包括的権利制限の可能性

1. 文化政策としての著作権法制

著作権法の「文化の発展」(法 1 条) という目的を考える限り、同法は文化法として位置づけ得る²⁹⁵。小島教授は、文化政策の達成手段として①文化芸術助成という形式による直接的な支援、②文化セクター(実演活動を行う実演団体、芸術文化活動が行われる文化施設、同活動を支援する推進支援団体がある。)に対する寄付、③著作権法を含む知的財産法制度を挙げる²⁹⁶。①は、アーツ・マネジメント分野の問題であり、法制度として公益法人制度、アート NPO があり、企業メセナマネジメントもこの文脈で捉えることができる²⁹⁷。

上記の 3 つの中で、③の知的財産法制度は、市場を前提としている点に特徴がある。著

²⁹² 高倉・国際政策 p.354

²⁹³ 高級ブランド「エルメス」がスカーフなどで用いるオトミ族(メキシコ先住民)のテナンゴ刺繍は、典型例といえる(このライセンス料は、5000 ユーロ程度とも言われている。)

²⁹⁴ 中山・著作権法 p.396。なお、図書館配信との関係では図書館法 17 条の無料原則との関係で、有料配信は難しいものの、権利者への対価還流システムが望ましいとする。この点は、旧版である中山信弘『著作権法』(有斐閣、第 2 版、2014) p.318 には言及がなかった点である。

²⁹⁵ 齊藤・概論 p.17

²⁹⁶ 小島立「現代アートと法—知的財産法及び文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究 36 号(2011)pp.37-39

²⁹⁷ 小林真理・片山泰輔監修・編『アーツ・マネジメント概論』(水曜社、三訂版、2009) pp.222-276

作物という結果に対して、財産的価値を付与することで、著作権者に投下資本の回収を可能にする。また、著作権者が著作者にその利益を分配することで、創作者のインセンティブが促進され、よりよい著作物が生成されるという知的創造サイクルが完成する（つまり、著作権者と著作者はイコールではなく、法人著作（法 15 条）も想定されるところ、この場合に、適正な利益配分を行うのは、著作権法のみならず雇用契約など民事法全般である。).

また、著作権法制は、著作権法のみならず、コンテンツ促進法、著作権等管理事業法も含まれる。それぞれ法目的は異なり、コンテンツ促進法は、デジタルコンテンツを経済財として捉えており（同法 1 条）、著作権等管理業法は、文化の発展を目的としつつも、その目的達成のための手段として、著作権等管理を「事業」として成立させており、保護領域は完全に一致しているわけではない。

他方、①の文化芸術活動への支援が文化政策の 1 つとして掲げられているのは、芸術活動には市場の失敗があることによる。また、TK が問題となるのは、南北問題を基軸とした ABS の不平等であり、デジタルコンテンツは、経済財であるが、非競合性と非排他性があることによっている。

このように考えると、著作権法制は、法学的アプローチのみならず、文化政策の経済学的側面からも検討されなければならない。解釈に当たっても、文化経済学的な視点が必要となる。それは非競合性という性質に着目して立法的に解決されている問題もある（法 37 条参照²⁹⁸）。

2. MLA と著作権法の権利制限

アメリカ著作権法 107 条は、包括的権利制限（フェアユース）を規定する。わが国では、個別の権利制限を原則としてきた。アメリカ著作権法 107 条におけるフェアユースの導入については、従前は否定的な見解が多数を占めていたが²⁹⁹、近年は、立法論や著作権リフォームの文脈で肯定されることがある³⁰⁰。わが国では、平成 24 年改正により、日本版フェ

²⁹⁸ 加戸・逐条講義 p.331 は、法 37 条の立法趣旨を「経済性」があまりないことを理由の 1 つに挙げる。

²⁹⁹ 加戸・逐条講義 pp.235-236、齊藤・著作権法 p.224

³⁰⁰ 中山・著作権法 pp.491-503、岡村・著作権法 pp.199-200

アユースとして限定的に3つの類型³⁰¹が導入された³⁰²。

MLAと著作権法の権利制限は無関係ではない。これまで、法31条1項の「図書館等」という主体を限定する問題を言及した。しかし、これ以外にも主体の限定が、デジタルアーカイブの現場に不利益を与えている。例えば、裁定による著作物の利用に関して国等は、供託金は不要（法67条2項）であるが、非営利アーカイブ機関は、依然、供託金が必要である³⁰³。

公文書館³⁰⁴との関係では、平成24年改正で導入された法42条の3があり、国立公文書館等、地方公文書館等の長が公文書管理法15条1項又はこれに相当する公文書管理条例の規定によって、歴史公文書等を保存することを目的とする場合に、必要と認められる限度で複製ができるとしている³⁰⁵。

³⁰¹ 知的財産推進計画2009において検討されることとされた、いわゆる「日本版フェアユース」を受け、平成23年1月文化審議会著作権分科会報告書において、以下のとおりとされた（同報告書p.44以下）。日本版フェアユース3類型（いわゆる「ABC類型」とは、具体的には、（A）その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの（著作物の付随的利用）、（B）適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的量的に社会通念上軽微であると評価できるもの（適法利用の過程における著作物の利用）、（C）著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを楽しむための利用とは評価されない利用（著作物の表現を享受しない利用）である（奥邨弘司「フェア・ユース再考～平成24年改正を理解するために～」コピーライト629号（2013）p.2以下）。

³⁰² 中山信弘「著作権の権利制限」高林龍ほか『現代知的財産法講義I 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012）p.273は、この改正を「実も名も捨てた改正」と指摘する。また、清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』（発明推進協会、2013）p.413は改正過程について批判的な指摘をする。さらに、小島立「著作権法の政策形成およびルール形成が抱える課題について」田村ほか・フロンティア2 pp.189-214は平成24年著作権法改正により、脚注301で前述した一般条項型の権利制限規定の導入が「頓挫」（同p.213）するまでの、著作権法の政策形成及びルール形成が抱える課題を分析している。小島教授は、検討の結果、権利者・利用者双方が一般条項型の権利制限規定の役割を過剰に評価していることを原因であると指摘する。

³⁰³ 中西智範「早稲田大学演劇博物館のデジタルアーカイブの現状と課題」高野明彦監修、嘉村哲郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシック4 アートシーンを支える』（勉誠出版、2020）pp.136-137

³⁰⁴ 公文書は、著作権による保護が及ばないことが多いと想定されるが（法13条参照）、その公開（開示請求があった場合を含む）、展示は、内容によっては、個人情報断片的に含まれることから、著作権との抵触が生じるおそれが指摘されている。例として、特定歴史文書等（公文書管理法2条6項）において、新聞記事や審議会における資料として委員が作成、提出した文書等、著作権が存在する場合がある（池村=壹貫田・著作権法p.137[池村]）。

³⁰⁵ なお、デジタルアーカイブ化に限定されない（池村=壹貫田・著作権法p.139[池村]）。しかし、行政機関による保存目的のマイグレーションは事実上できないことが指摘される（南亮一「公文書と著作権：2012年著作権法改正の内容を中心に」専門図書館No.257(2013)p.11）。

3. 解釈による公益目的の包括的権利制限

3.1 文化的享有権（文化権）アプローチ

解釈上、公益目的による包括的権利制限を検討する上で、ユーザ側に著作権に対抗し得る権利を観念する方法がある。文化的所産を享受する権利（以下「文化的享有権」という。）を憲法 13 条あるいは 25 条から設定する方法である。

この可能性を探るには、最高裁判例との整合性が必要となる。我が国では、文化財を享有する権利として、史跡指定解除処分に対する取消訴訟である伊場遺跡訴訟³⁰⁶において問題となったことがある。背景としては行政訴訟として（当時の）行政事件訴訟法 9 条の原告適格（訴えの利益）を肯定するための議論として持ち出されていたものであるが、その理論構成について、3つの見解がある³⁰⁷。

具体的には、①文化財について地域住民や研究者が何らかの利益を有するとしてもそれは反射的な利益に過ぎないとする見解、②国民の文化財享有権、歴史的文化的環境権を憲法論として積極的に 13 条、23 条、25 条、26 条などにより根拠づける見解、③文化財について地域住民や研究者が「共通的生活利益」を有するとし、これを文化財という事物の性質ないし文化的保護法の理念によって基礎づけようとする見解である。

この点、③については、原告適格を肯定する法技術に留まり、一般的な権利性を肯定しない点では①と共通する。②の見解については、「文化財享有権なる観念は、いまだ法律上の具体的権利とは認められない」として前述の伊場遺跡訴訟において最高裁が判示している。最高裁は「いまだ」と指摘し、将来的な権利性の承認について留保しているが、判決から 30 年以上経過した現在、判例変更が必要な程度にまで社会的な背景事情が変化すると評価できる事実は見当たらないことからすれば、今なお有効であると言わざるを得ない。

もっとも、文化財享有権が否定されているに留まり、上位概念である文化的享有権は、対公権力との関係では、制約を受けつつも一般論としては肯定し得る可能性がある。つまり、文化的享有権の具体的な内容を指す文化財享有権が否定されたのは、それが文字どおり権利性を承認する明文が存在せず、解釈上根拠づけ可能な社会的事実が存在しなかったからであると考えられる。

したがって、現行憲法の解釈として通説である憲法 25 条と同様、抽象的権利³⁰⁸であることまで否定されていないため、具体的な明文により、権利性が認められることを意味する。

しかし、当該利益が肯定されたとしても、具体的な著作物の利用についての解釈が当然

³⁰⁶ 最判平成元年 6 月 20 日、集民 157 号 163 頁

³⁰⁷ 以下の記述は、宮崎良夫「文化財」芦辺信喜ら編『岩波講座基本法学 3—財産』（有斐閣、1983）pp.368-369 を参照した。

³⁰⁸ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（岩波書店、第 7 版、2019）p.279

に導出されるものではない。結局は、当該利益が著作者等の保護を上回ることが著作権法制上、肯定されなければならない、解釈指針の1つとしてしか機能しない。

3.2 憲法上の権利と著作権の抵触が発生する場合

前提問題として、著作権は人権あるいは基本権であるかという問題がある³⁰⁹。憲法学の通説では、著作権は、「財産権」（憲法29条1項）の1つであるとしており³¹⁰、上野達弘教授によれば、基本権（ここでは、人権が憲法典によって実体化されたもの）として認められれば、「自然法」や「自然権」を持ち出して人権該当性を議論する必要はないとする³¹¹。ここでの著作権は支分権を指している。他方で、著作権法学の観点からは、著作者人格権においては、一般的人格権との関係が問題となる。この点、ドイツ法に倣い、一般的人格権の母権（Mütterrecht）性を肯定し、個別的人格権は、一般的人格権から適宜導出されると考える見解³¹²に立つと、憲法13条の幸福追求権から派生した権利であると位置付けることも不可能ではない³¹³。

もっとも、憲法上権利が認められたとしても、当然、それは無制限に認められるものではなく、著作権が財産権（憲法29条1項）である以上、仮に、利用を認めたとしても、2項により制限が予定されているが、特別の犠牲となる場合は、補償の要否という問題となり得る（同条3項）。

旧著作権法下の事案であるが、憲法29条との関係で争いになった事案がある³¹⁴。本件は、既に発行した著作物や録音物著作権を興行又は放送の用に供するために複製するとき、「偽作」（著作権の侵害をいう）にあたらぬ旨規定する旧著作権法30条1項8号が憲法29条に反しないか争われた事件である。つまり、この規定があることにより、権利者が権利行使できず、利用に対する対価徴収を行えないようにしている点が、著作権という財産権の侵害に当たると原告は主張していた。最高裁は、憲法29条2項により、公共の福祉

³⁰⁹ 上野達弘「「人権」としての著作権？」コピーライト722号（2021）pp.2-33がこの点を網羅的に取り上げている。なお、山田・人権p.76では、理由は明示しないが、著作権は人権とはいえず、権利者が著作権を人権と主張すること賢明ではないとする。

³¹⁰ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、第2版、2020）p.344ほか、憲法学関連の言及は、上野・同上pp.4-5及び脚注7の文献参照。

³¹¹ 上野・同上p.24。なお、上野教授の基本権の定義は、佐藤・同上p.141による。

³¹² 齊藤博『人格権法の研究』（一粒社、1979）pp.201-202

³¹³ 加藤雅信「人格権と著作者人格権」法律時報87巻3号（2015）p.96は、著作者人格権を人格権と位置付ける見解に「基本方向は同一」であるとしつつも、絶対的人格権（生命身体、健康、自由といった人格権が一般的になる前から不法行為法により保護されてきた利益）と相対的人格権（名誉のほか、自己情報、プライバシー、氏名等、肖像、その他の人格権）に分け、人格権を相対的人格権の中に位置付ける。

³¹⁴ 最大判昭和38年12月25日民集17巻12号1789頁（ミュージック・サブライ事件）

による制約が許容されており、「著作物の利用を許容するのは一定の場合の利用に限定しており」「著作権の性質に鑑み、著作物を広く利用させることが要請され、…その要請に応じるために著作権の内容を規制した」もので憲法 29 条 2 項に沿うと判示した。同条 3 項の適用についても、公共の福祉に適合するように法律をもって定めるときは、同条 3 項の正当補償をなすべき場合に当たらない」とした。この判決の意義の 1 つは、著作権が憲法 29 条で保障される財産権であることを前提に判示している点である。

旧証券取引法 164 条 1 項の憲法適合性が争われた事案では、森林法事件も引用しない³¹⁵。森林法事件にしても、旧証券取引法の事件、あるいは同事件を引用するその後の最高裁判決³¹⁶では、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較衡量することによって判断されており、総合衡量に最高裁の違憲審査基準もシフトしているといえよう。

DA は、様々な機関が実施しているが、公的機関のみならず、NPO などによる DA の促進という規制目的の公益性が肯定されれば、DA 行為の際の形式的な著作権侵害は許容される方向に傾く。②補償の要否については、既に憲法学上は一定の結論が出ており、特別の犠牲に該当するか否かといった観点から判断される。「特別の犠牲」はその損失の程度も要件の 1 つになり得るから、既に権利行使していないような著作権については、その損害の程度もないかあるいはわずかであるから、これも該当しない場合が多いのではないかと解される³¹⁷。

この解釈のメリットは、図書館法や博物館法に該当しない図書館・博物館においても、相互貸借や図書館奉仕の規定を根拠に、DA が正当化され、大学図書館や大学付属研究所による DA も、包括的に正当化し得る点にある。

³¹⁵最大判平成 14 年 2 月 13 日民集 56 卷 2 号 331 頁（旧証券取引法違反事件）、昭和委 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁（森林法違反事件）

³¹⁶ 例えば、最判平成 17 年 4 月 23 日判例時報 2045 号 116 頁

³¹⁷ なお、上野教授は、「著作権法上の財産的権利を憲法上の財産権と位置付けるならば…現存保障は認められるべき」とする立場（ここでの現存保障とは、ある権利を憲法上の財産権と位置づける以上、少なくとも私人が現に有する既存の財産的権利を国家が正当な補償なく剥奪・収用することは憲法上許されないこと）から、「非営利無料の自動公衆送信を無許諾無償の自由とする法改正」をした場合の憲法適合性を検討する思考実験を行い、この場合は許されない可能性があるという（上野達弘「「人権」としての著作権？」コピライト 722 号（2021）pp.24-25）。この思考実験においては、著作権の現状についての言及がない。しかし、憲法 29 条の枠で議論するのであれば、少なくとも同条 2 項との関係で、著作権の権利制限がされる場合は、保障されている財産権の侵害の程度が問題となるはずである。そして、この「程度問題」は、孤児著作物と権利者が明確な著作物とで結論は異なり得ると思われる。したがって、上野教授の仮想事例は、全ての著作物に当てはまる前提であるので、この場合は確かに、私見でも同様であるが、さらなる設定条件によっては、憲法適合性を満たすものと考えられる。

なお、学術用途に関する利用については先行研究がある³¹⁸。この調査研究報告書でも、学術用途という点から 3step-test の検討をし、集中権利管理システムとして、著作権等管理事業法における音楽の著作物の管理などについて指摘しているが、DA との関係では記述がない上、全部が学術目的と評価することもできる点で「学術」の意義が曖昧である一方で、利用許諾システムの円滑化を指摘するに留まり、これから創作されるコンテンツに対しては、CC などの意思表示システムは有効であるが、それ以前のアーカイブについては、解決策を提示できていない。

3.3 憲法上保護し得ない公益的目的による場合

憲法上、明文がない場合でかつ、前述した文化的享有権という概念を用いない場合、どのような解釈があり得るか。前述の 3step-test は、ベルヌ条約 9 条 2 項、1996 年 WIPO 著作権条約 10 条に規定するフェアユースの国際的なデファクトスタンダード³¹⁹である。この基準によれば、文化資源を対象とする DA は、公益目的であり³²⁰、「特別な場合」に該当し得る。

しかし、権利の保護と公正な利用は対比関係ではない³²¹。法は、「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作権者等の権利の保護を図る（法 1 条）ため、著作権者等の保護が優先されるからである。この前提からすれば、著作権法制における基本的立場は、一次的には著作権者等の保護、二次的に、文化的所産における公正な利用が検討されなければならない。しかし、著作権者等の保護は、現在する著作物を保護するのみではない。なぜなら、著作物の創作自体、既に存在する文化的所産の恩恵の上に成立しているからである。

したがって、文化的所産の公正な利用が、著作権法の一次的な意味である著作権等の保護に繋がる場合がある。

また、前述のとおり、文化経済学的な視点からも、市場の失敗が前提となっている文化芸術分野においては、法的な規制ないし緩和により、コンテンツのストックを増やすことが必要であることを証明しており、法制上も、解釈上も配慮する必要がある。具体的には、仮に権利制限を肯定した場合の補償金請求権の有無について、法と経済学の観点から

³¹⁸ 平成 23 年度文化庁委託事業「学術用途における権利制限の在り方に関する調査研究報告書」（平成 24 年 3 月）（一般財団法人比較法研究センター）

³¹⁹ ①特別な場合で、②著作物の通常の利用を妨げず、③著作者の正当な利益を不当に害しない」場合に、著作権者による権利行使制限される。これまでの解釈を巡る状況を網羅した文献である小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test (6・完) 一厳格解釈から柔軟な解釈へ」知的財産法政策学研究 45 号 (2014) pp.263-290 では 3step-test は解釈次第で政策的余地を生み出すことを明らかにしている。

³²⁰ 加戸・逐条講義 p.293 も、著作権法 31 条 1 項 2 号の解説の中で、図書館が行う絶版等資料の複製について「我が国文化の継承・普及に資する公益性の高い行為であると考えられ」とする。

³²¹ 齊藤・概論 p.16

の解釈又は立法上の必要性が検討されるべきである。

そして、文化政策の点から有益な示唆を与える規定が、コンテンツ促進法 4 条, 3 条 3 項, 文化芸術基本法 3 条である³²²。同条, コンテンツ促進法 4 条では, 各法の基本理念を「国又は地方公共団体」が実施するよう努力義務が規定されており, 解釈指針とはなり得る。そして, 「国」であり, 司法府も含まれることから, 仮に侵害訴訟が提起された場合には, この規定に十分留意した判断が必要となる。

一方で, 公益目的の定義が曖昧であり, 権利制限規定としては有名無実化するおそれもある。そうすると, 解釈上は, 公益目的を定義するのではなく, DA の機関を限定する方が現実的である。前述の文化芸術基本法では, 想定しているのは, 文化施設であるから, 解釈上も DA を行う公的機関に限定することが考えられる。

3.4 公益目的において権利制限が認められない場合

DA は, しばしば過去の文化的所産を保存しようとする (例えば「文化遺産オンライン」³²³など)。しかし, コンテンツによっては, 文化政策の観点から肯定できない場合もあり得る。それは, 伝統的知識等の侵害によって創作された著作物の DA である。

日本においては, 前述のとおり, アイヌ施策推進法があり, 同法 5 条が, アイヌ文化振興の努力義務を国や地方公共団体に課す。また, 同法 2 条 1 項では, 「アイヌ文化」を「アイヌ語並びにアイヌにおいて継承されてきた生活様式, 音楽, 舞踊, 工芸その他の文化的所産及びこれらから発展した文化的所産」と定義しており, 法目的においては, 著作権法とこうした特定の文化の保護は, 対立関係に立ち得る。文化資源保護法制では, 所有権侵害と関連するため, 憲法 29 条 3 項との関係で, 補償制度を整備しているが, 著作権は財産権であることからすれば, 公正利用は一応適法であり, 特別の犠牲となる場合は, 補償の要否を問題とするべきであろう。

そして, このように解釈することで, 著作権法において TK 等は保護しないという命題に対して, 矛盾なく国内法的に保護ができるとともに, アイヌ施策推進法とも矛盾しない解決を採ることができる。

第 6 節 むすびにかえて

本章では, 著作権法制における文化政策上の解釈が必要な場合として, DA を素材とし

³²² 阿部浩二「著作権法の二潮流—文化と文明」コピライト 638 号 (2014)p.7 では, 文化芸術振興基本法 (現在の文化芸術基本法) は文化を中心に, 文明は知的財産基本法を基礎として進展せしめることになり, 文化と文明の近親性は相寄って相互に影響すると指摘する。

³²³ 全国の博物館, 美術館から提供された約 2 万点近い所蔵作品情報を一般に公開している。
(<http://bunka.nii.ac.jp/Index.do>)

て検討し、解釈規準として文化資源保護という要素に必要性を論証した。著作権法制の解釈が著作権法に留まるべきでないのは、文化政策と密接に著作権法制が関係している証左でもある。近年は、クラウドコンピューティングサービス³²⁴の新しいビジネススキームと相まって、デジタルコンテンツと著作権法の課題がビジネスローの中で展開されてきた。これに対し、孤児著作物や DA についての課題も、重要ではあるが、実態に即したとは言えない表面的な解釈や立法論として問題とされてきた。しかし、コンテンツの属性やアーカイブ化する目的を捨象した議論は結果として新たな課題に対応できない事態を生じる。

一方で、個々のアーカイブとの関係で著作権法制を規律することは、新しい技術に対応しきれないのではないか。一定の目的に限定し、その目的達成手段を包括的に許容する制度（主体や対象を限定しない制度）は、一考する価値があろう。

³²⁴ 平成 24 年改正（当時の）法 47 条の 9 が新設されたが、これは、高度情報処理の際に必要な分散処理に必要な不可欠な一時的複製を容認した規定に過ぎず、クラウドサービス一般の定義することは困難であり、同条により一般的な規律が設けられたわけではない（永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト 619 号（2012）p.17）。クラウドコンピューティングの法的検討は文化庁「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」参照。

第4章 アーカイブ機関における権利制限規定の活用

第1節 はじめに³²⁵

1. 問題の背景

1990年代以降、主にヨーロッパから「MLA 連携」という言葉が生まれた。これは、Museum の M, Library の L, Archives の A の頭文字と取った、これまで別々とされてきたこれらの3機関の連携を図る運動の総称である。

MLA 連携の背景の1つに、情報のデジタル化により、検索やコンテンツのデジタル化が容易になったことがある³²⁶。技術的に情報がデジタル化したことにより、これらの機関の垣根を超えて情報を検索、入手できるようになれば、より国民にとってアクセス可能性が飛躍的に上昇する。

また、デジタルコンテンツとして、一次資料そのものがデジタル化された状態のものが登場している。

しかし、MLA は、資料収集という点には共通性こそあるものの、博物館は、「1点もの」が中心となり、国、文化、地域の美術作品、歴史資料、考古遺物などを収集、収蔵品の調査・研究、並びに保存・修復が主目的となり、展示は（議論はあろうが）従属的である³²⁷。

図書館は、資料の閲覧、貸出しを目的とし、公文書館は、公文書をはじめとするアーカイブス（記録資料）の収集、保管を目的としているように、それぞれ、資料を収集する目的が異なる。また、資料収集後の保管、分類方法も異なることから、MLA 連携には、制度的、技術的な課題も多いことが指摘されている。

本章では、MLA 連携における制度的課題の中でも特に、著作権法（以下、単に「法」というときは著作権法を指す。）の権利制限規定との関係に焦点を絞り、MLA 連携を図るための著作権法の在り方を提唱することを目的とする。

2. デジタルアーカイブの意義

³²⁵ 本稿は、拙稿「MLA 連携と著作権法における権利制限—文化政策としてのデジタルアーカイブ化における支分権をめぐる諸問題—」（（公財）電気通信普及財団第29回テレコム社会科学学生賞佳作受賞論文）

https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/8838201/www.taf.or.jp/record/documents/c09/29/29_kurihara.pdf をもとに、法改正対応に加え、その後の研究成果を加筆修正したものである。

³²⁶ 日本の動向は、第2章参照。現在の到達点が、2020年8月に正式公開されたジャパンサーチといえる。

³²⁷ 例えば、東京国立博物館は、「観覧」という言い方とするが、展示主体は博物館であり、来場者は、その選択はできない。

「デジタルアーカイブ」の意義自体、1つの問題となり得るが、本研究での文化資源のデジタルアーカイブの定義は、詳細は序章で述べたとおりである。ただ、具体的な行為に着目すると、①アーカイブ（人間が活動する過程で作成した膨大な記録のうち、現用価値を失った後も将来に保存する歴史的価値がある記録資料³²⁸）のデジタル化、②デジタル技術を活用した収蔵物のアーカイブ化³²⁹、③デジタルデータ化したもののアーカイブの3つの類型に分けられる³³⁰。例示すると、以下のとおりである。

①は、現物としてのアーカイブがあり、そのイメージをデジタル化することにより、データベース化することを指す。例えば、東京国立博物館の古地図データベース等がある。

②収集された原資料が未だ目録などが整理されていない場合に、デジタルアーカイブ化と、現物のアーカイブス化を並行して行う場合があり、国立国会図書館法に基づく納本制度とその代替としての電子納本制度がこれに該当する。

③は、デジタルデータ化したアーカイブスのみで構成された、現物の所在がないか、散在するアーカイブ群を指す。例えば、青空文庫のような著作権の保護期間が満了した言語著作物をデジタルテキスト化し、オープンデータ化する試みがこれに該当する。

第2節 MLAの各設置根拠、権限

1. 図書館

1.1 根拠³³¹

平成18年に教育基本法が改正されたが、改正前後を問わず、同法前文には「日本国憲法」の精神に則るとされ、図書館の機能は、憲法上の権利と密接に関連をしている。図書館を利用する国民の権利は、①学習権、②知る権利、③参政権、④国民が余暇を享受する権利などに関連があると指摘される³³²。

図書館は、教育基本法においては、同法12条2項³³³に規定され、社会教育の奨励義務

³²⁸ 丑木幸男「序 アーカイブズの科学とは」国文学研究資料館史料館編『アーカイブズの科学上巻』（柏書房、2003）p.1

³²⁹ 具体的な実務・運用は、福森大二郎『文化財アーカイブの現場—前夜と現在、そのゆくえ』（勉誠出版、2010）に詳しい。

³³⁰ 笠羽晴夫『デジタルアーカイブ基点・手法・課題』（水曜社、2010）p.18。この他に、デジタルアーカイブ推進協議会『デジタルアーカイブ白書2004』では、「文化資産、歴史資産を記録精度が高く、保存性、再現性に優れたデジタルデータの形で記録し、データベース化とネットワーク化により『いつでも、どこでも、だれでも』鑑賞したり、利用したりできるような仕組み」と定義しているものもある。

³³¹ 概要として、小林ほか・文化政策 pp.167-170[中村美帆]参照。

³³² 渡辺重夫『図書館の自由と知る権利』（青弓社、1989）p.111

³³³ 「国及び地方公共団体は、図書館、博物館、公民館その他の社会教育施設の設置、学校の施設の利用、学習の機会及び情報の提供その他の適当な方法によって社会教育の振興に努めなければならない」

(同条1項)を負う国又は地方自治体の社会教育行政の1つと位置付けられる。そして、社会教育法を受けて、図書館法1条では、図書館の設置及び運営に関して必要な事項を定め、その健全な発達を図り、もって国民の教育と文化の発展に寄与することを目的とするとされている。

図書館法では、「図書館」を、「図書、記録その他必要な資料を収集し、整理し、保存して、一般公衆の利用に供し、その教養、調査研究、レクリエーション等に資することを目的とする施設で、地方公共団体、日本赤十字社又は一般社団法人若しくは一般財団法人が設置するもの(学校に附属する図書館又は図書室を除く.)をいう。」(同法2条1項)とし、地方公共団体が設置するものを公立図書館、同法2条1項に規定されるそれ以外の者が設置した図書館を私立図書館という(同法2条2項)。

また、市町村の教育委員会の事務の中に、「所管に属する図書館、博物館、青年の家その他の社会教育施設の設置及び管理に関すること」(社会教育法5条4号)と規定され、地方自治法上は、同法2条8号の自治事務に該当し、図書館、博物館は、「公の施設」(同法244条)に該当する³³⁴。

以上のように、社会教育施設面では、公立図書館は、「教育基本法－社会教育法－図書館法」と、教育基本法を最上位とするピラミッド関係になっている構造の元、図書館法が規律する³³⁵。

なお、以上の規定からもわかるように、図書館法は、大学図書館や専門図書館、国立国会図書館は除外されている。そして、国立国会図書館は、国立国会図書館法が設置根拠となっており(同法1条)、支部図書館³³⁶も同法により、規律されることになる。

1.2 図書館の権限

図書館には、「図書館奉仕」との条文の見出し(図書館法3条)があり、行政サービスとして、図書館が住民に奉仕責務があり、図書館の理念、あり方が示されている³³⁷。図書館資料の収集も、権限ではなく、サービスとして行われるものであるという位置づけをする(同法3条1号)。

なお、都道府県設置図書館は、官報等の刊行物の提供が政府に義務付けられており(同法9条1項)、また、公立図書館から求めがあれば、国又は地方公共団体の機関は、刊行物

³³⁴ なお、平成11年改正前地方自治法2条3項では、地方公共団体一般の処理事務の例示として図書館の設置、管理が規定されていた。

³³⁵ 森耕一編『図書館法を読む』(日本図書館協会、補訂版、1995) p.39

³³⁶ たとえば、最高裁判所図書館は、最高裁判所に置かれる国立国会図書館の支部図書館とされている(裁判所法14条の3)。

³³⁷ 森耕一編・前掲書『図書館法を読む』 p.88

等の資料を無償で提供する義務がある（同条2項）。

1.3 職員

図書館には、館長（図書館法13条1項）及び司書、司書補（同法4条1項）が置かれる。司書は、専門的職員という扱いであるが、司書資格を有していない職員も配置されているのが現状である。また、公立図書館においては、市区町村、都道府県単位で採用された一般行政職員として採用され、異動先の一部署となっていることが多く、司書として採用された職員は年々減少している³³⁸。

また、近年はカウンター業務に指定管理者制度（地方自治法244条の2第3項）³³⁹の影響で、民間業者が参入している³⁴⁰。

³³⁸ 文部科学省生涯学習政策局社会教育課『図書館職員の資格取得及び研修に関する調査研究報告書（平成19年3月）』p.27以下参照。非常勤職員は、司書としての採用が多いのに対し、常勤職員は、一般行政職としての採用が半数近くを占める。

³³⁹ 宇賀克也『行政法概説Ⅲ』（有斐閣、第5版、2019）pp.335-338、塩野宏『行政法Ⅲ』（有斐閣、第5版、2021）p.412は、平成15年地方自治法改正で導入された指定管理者制度を「公物一般に関係する」「規制緩和政策の一環としてのPFI」と評している。

なお、文化政策の視点から指定管理者制度を分析したものとして、小林真理「公立文化施設の課題と指定管理者制度」小林真理編『指定管理者制度—文化的公共性を支えるのは誰か』（時事通信出版局、2006）p.8以下参照。

³⁴⁰ 総務省「公の施設の指定管理者制度の導入状況に関する調査結果」（令和元年5月）によると、全国で指定管理者制度を導入している施設は、76,268施設、そのうち40.0%の施設で民間企業等（株式会社、NPO法人、学校法人、医療法人等）が指定管理者になっている。指定管理者の数は、平成20年の調査と比較すると大幅に増加しているが、平成27年の調査と比較すると、指定管理者制度を導入している施設数は520施設と減っているものの、民間企業の割合は、2.5%増加している

https://www.soumu.go.jp/main_content/000619516.pdf).

また、日本図書館協会の『図書館における指定管理者制度の導入等の調査について2019（報告）』（2020年3月16日）によると、都道府県立図書館では、2006年度に岩手県立図書館が指定管理者制度を導入したのを皮切りに、2018年度までに7つの府県立施設が導入し、検討の結果、導入しないと回答する施設が38ある。他方で、市区町村立図書館の場合、2018年度までに250の自治体で導入と回答している（<http://www.jla.or.jp/Portals/0/data/iinkai/seisakukikaku/shiteikanri2019.pdf>）。

なお、定期調査ではないため、情報がやや古いが2009年時点の市区町村立の図書館の指定管理者の分類内訳は、全体では民間企業が94件（55.6%）、公社財団が44件（26.0%）。自治体別では、特別区では民間企業が指定管理者となっている割合が90.0%、政令市で60.7%、市で52.4%、町村で22.2%となっている（文部科学省『平成21年度図書館・博物館等への指定管理者制度導入に関する調査研究報告書』p.49参照）。

2. 博物館³⁴¹

2.1 根拠

設置根拠は、博物館法による³⁴²。同法による「博物館」とは、「歴史、芸術、民俗、産業、自然科学等に関する資料を収集し、保管（育成を含む。以下同じ。）し、展示して教育的配慮の下に一般公衆の利用に供し、その教養、調査研究、レクリエーション等に資するために必要な事業を行い、あわせてこれらの資料に関する調査研究をすることを目的とする機関」などのうち、地方公共団体などが設置し、所在地の教育委員会の登録（同法 10 条）を受けたものに限定され、東京国立博物館、民族博物館などは除外されている。

博物館は、社会教育を目的³⁴³とする点では図書館と共通し（なお、同法 3 条 1 項 11 号参照）³⁴⁴、公立と私立を分けているのも同様である（同法 2 条 2 項）³⁴⁵。

2.2 博物館の権限

地方公共団体の博物館の場合、教育委員会に与えられた貸出し等の許可の権限を条例で館長に委譲していることが多い。これに対し、博物館法上、博物館の事業として、博物館資料の収集、保存、展示、調査研究などが規定されているが（同法 3 条各号）、権限は見当たらない。

しかし、重要文化財の所有者及び管理団体以外の者がその主催する展覧会その他の催しにおいて重要文化財を公衆の観覧に供しようとする場合、文化庁長官の許可が必要であるが、（登録）博物館が主催する場合は、例外的にこの許可を要しないこと（文化財保護法 53 条 1 項ただし書）、重要有形民俗文化財の公開の届出（同法 84 条ただし書）などで優遇されている規定はある（美術館については、さらに「美術品の美術館における公開の促進

³⁴¹ 平成 19 年 6 月これからの博物館の在り方に関する検討協力者会議（文部科学省）「新しい時代の博物館制度の在り方について」 p.5

³⁴² 小林ほか・文化政策 pp.176-193[中村美帆]参照。

³⁴³ 「社会教育法…の精神に基き、博物館の設置及び運営に関して必要な事項を定め、その健全な発達を図り、もつて国民の教育、学術及び文化の発展に寄与することを目的」とする。

³⁴⁴ 小林・文化権 p.68 の図参照。

³⁴⁵ 博物館法上の博物館は「登録博物館」であるが、それ以外にも一定の要件（同法施行規則 19 条）を満たす博物館相当施設（同法 29 条）、博物館と同種の事業、博物館相当施設と同程度の規模を持つ登録、指定を受けない施設は「博物館類似施設」と呼ばれる。文部科学省社会教育調査では、2018 年 10 月時点で登録博物館 914、博物館相当施設 372、博物館類似施設で 4452、合計 5738 館の博物館が存在する。

なお、2022 年 1 月現在、登録制度の有用性が乏しく、制度見直しの必要性が指摘されている。その他、博物館の定義の見直し、学芸員養成の見直し等が検討されている（小林ほか・文化政策 pp.187-193 参照）。

また、東京国立博物館は文化財保護委員会の付属機関、国立民族学博物館、国立歴史民俗博物館は国立大学法人法のものとの研究機関というそれぞれに位置づけがなされ、博物館法の適用外となっている。

に関する法律」などの規定を受ける³⁴⁶.)。

2.3 職員

博物館には、館長及び学芸員³⁴⁷が置かれる³⁴⁸。しかし、平成 20 年度社会教育調査によって図書館と比較すると、図書館司書の常勤職員が 6732 人、博物館学芸員が 3329 人、非常勤職員は司書 7655 人、同学芸員 434 人と 20 倍近い開きがあり、このことが、図書館における OPAC (Online Public Access Catalog) のような横断検索の検索が成立困難であったとの指摘もある³⁴⁹ように、人的資源は図書館と比較して少ない。

3. 公文書館³⁵⁰

3.1 根拠

他方、公文書館は、昭和 62 年に成立した公文書館法が設置根拠法となる。また、関係法として、国立公文書館法があり、平成 23 年に公文書等の管理に関する法律（以下「公文書管理法」という。）が成立した（同年 4 月 1 日施行）。これらは、内閣府の所管法令である。

このように、設置根拠が異なり、特に図書館・博物館と公文書館の間には、行政的な「距離」があることがわかる。しかし、地方公共団体に設置義務はなく（同法 34 条）、公文書管理法の規制対象外である。そのため、2010 年 9 月時点で、公文書館を設置している都道府県は 30 に過ぎなかった³⁵¹が、2017 年 9 月時点では、全都道府県において公文書管理条例が制定され³⁵²、40 都道府県が公文書館（あるいはその機能を持つ複合施設を含む。）を有している。

なお、国立公文書館は、現在、独立行政法人となっており、国立公文書館法が設置根拠となる。

³⁴⁶ 本法の概要は、美術品公開促進法研究会編『美術品公開促進法 Q&A』（ぎょうせい、1999）参照。

³⁴⁷ 概論的な説明として木下直之「学芸員と博物館」情報の科学と技術 48 巻 9 号（1998）pp.535-537

³⁴⁸ 学芸員の専門性については、司書同様、議論があるところだが、平成 20 年改正により、学芸員の養成課程の科目数が増えている。詳細は、岡庭義行「博物館法改正と学芸員養成」帯広短期大学紀要 49 号（2012）p.1

³⁴⁹ 田良島哲「博物館の情報環境と MLA 連携」水谷・MLA p.79

³⁵⁰ 制度全般につき、小林ほか・文化政策 pp.196-197、内閣府（平成 15 年 5 月）「公文書館制度の現状と課題」参照。国際比較として、右崎正博=三宅弘編『情報公開を進めるための公文書管理法解説』（日本評論社、2011）pp.111-132 参照。

³⁵¹ 松岡資明『アーカイブスが社会を変える 公文書管理法と情報革命』（平凡社、2011）p.141

³⁵² 総務省自治行政局行政経営支援室「公文書管理条例等の制定状況調査結果（平成 30 年 3 月）」

(https://www.soumu.go.jp/main_content/000542521.pdf)

3.2 公文書館の権限

国及び地方公共団体は、歴史資料として重要な公文書等の保存及び利用に関し、適切な措置を講ずる責務を有し（公文書館法3条）、公文書館は、歴史資料として重要な公文書等（国が保管していた歴史資料として重要な公文書その他の記録を含む。）を保存・閲覧に供するとともに、これに関連する調査研究を行うことを目的とする施設（同法4条）とされており、保存、利用に関しては責務を全うするための行為が認められている。

国立公文書館は、分けると、①特定歴史公文書等を保存し、一般の利用に供すること、②行政文書の保存、③歴史公文書等の保存・利用に関する情報の収集、整理及び提供、専門的技術的な助言・調査研究をすること及び保存・利用に関する研修を行うこと（同法11条1項各号）が挙げられている。

なお、国立公文書館等の長は、特定歴史公文書等の永久保存、保管文書の目録の作成及び公表が義務付けられている（同法15条）³⁵³。

3.3 職員

国立公文書館には、館長のほか、監事を置くこととされているが（同法8条1項）、職員については直接的な規定はなく、定員数は49人である³⁵⁴。

公文書館は、「歴史資料として重要な公文書等についての調査研究を行う専門職員」を配置すると規定するが（公文書館法4条2項）、附則により、「当分の間、地方公共団体が設置する公文書館には…専門職員を置かないことができる。」とされ、また、公文書専門官は、文書保存のいわゆるアーキビスト³⁵⁵と言われる専門職ではあるが、これまで、司書や学芸員のような国家資格・公的資格は存在しなかった。2021年1月より、認証アーキビ

³⁵³ 目録には、特定歴史公文書等の分類、名称、移管又は寄贈若しくは寄託を受けた時期、保存場所、移管又は寄贈若しくは寄託をした者の名称又は氏名の記載が必要であり、公表の方法については、同法施行令19条2項に規定されている（浅井直人ほか『改訂逐条解説公文書管理法・施行令』（ぎょうせい、2011）p.66）。また、保存方法として、原本を利用させると破損、汚損のおそれがある場合には、マイクロフィルムを作成し、それを利用させるようにすることも、「保存状態」、「利用の状況」に応じた保存の一要環といえる（宇賀克也『改訂版逐条解説公文書等の管理に関する法律』（第一法規、2011）p.137）。

³⁵⁴ 「独立行政法人国立公文書館の概要」（<http://www.archives.go.jp/information/pdf/gaiyou.pdf>）これでも、2008年の47人から微増している。2008年度8月時点の諸外国の人的、物的規模の比較データとして、高山正也「国立公文書館の現状と有識者会議最終報告に基づく改革に要する課題」ジュリスト1373号（2009）p.23

³⁵⁵ アーキビスト養成の課題について言及した文献は多数があるが、例として、小川千代子「歴史的資料の保存の課題」ジュリスト1373号（2009）p.37、小原由美子「アーキビストの教育と専門職—アメリカとフランスの事例（公文書館専門職員の養成・研修をめぐって）」アーカイブズ12号（2003）p.33

スト制度の運用が開始された³⁵⁶。

しかし、制度は改善に向かっているが、司書や学芸員と比較すると専門職員の人的、物的整備基盤は脆弱であるといえよう。

第3節 MLA 連携の具体的内容と課題

MLA 連携とは、具体的にはどのようなものがあるのか。例えば、都道府県立の MLA の連携で、利用者の登録情報を、クラウドコンピューティングを用いて一元的に管理する、といったことも連携には変わりはない。

そこで、ここでは、どのような連携と課題³⁵⁷があるのか、概観する。

1. 連携の方向性

国立公文書館の八日市谷公文書専門官は、MLA 連携の方向性を①基本的情報連携の共有と②選択的信息連携に分けている³⁵⁸。

①基本的情報連携の共有

主に、所蔵資料の目録情報等のデータベース³⁵⁹化がある。連携可能な方式での書誌情報、記録史料記述情報における情報項目や情報取得内容の標準化がある。

標準化を図ると、資料データベースにおける固定型部分（図書館資料としては、発行年、受け入れ年月日、分類など、博物館資料としては、資料分類、資料名、収蔵場所などの目録情報、素材・材質などの物理的記述³⁶⁰、公文書資料であれば、作生年月日、時代区分な

³⁵⁶ 国立公文書館「認証アーキビストについて」

(<http://www.archives.go.jp/ninsho/aboutCAJ/index.html>)

³⁵⁷ 本節は、著作権法を中心とした課題に限定しているが、一般的な MLA 連携の課題については、石川徹也=根本彰=吉見俊哉『つながる図書館・博物館・文書館—デジタル化時代の知の基盤づくりへ』（東京大学出版会、2011）p.253 以下参照。

³⁵⁸ 八日市谷哲生「国立公文書館におけるデジタルアーカイブ化の促進と情報連携の取組み等に関して」水谷・MLAp.63 以下

³⁵⁹ このようなデータベースは、それ自体が、（プログラムの）著作物となり（法 12 条の 2 第 1 項）、通常は、職務著作（法 15 条）となることが多いと考えられる。比較法的に、著作者人格権も法人等に帰属させる日本法は、一見、特異である（潮海・職務著作 p.33）が、将来的には、データベースそれ自体がアーカイブ化する必要があるし、データマイニングの必要性も生じるなど、課題は山積している。

³⁶⁰ 博物館資料のデータベース化については、久保正敏「博物館資料の整理と情報化」吉田憲司編『博物館概論』（放送大学教育振興会、2011）p.126。例えば、博物館ドキュメンテーションの標準については 1994 年のワシントン DC で開かれた国際会議での MICMO（Proposed Guideline for an International Standard: Minimum Information Categories for Museum Objects）がある（水嶋英治「解説博物館情報学の現状と課題」E. Orna & Ch. Pettitt 著、安澤秀一監修、水嶋英治編訳『アート・ドキュメンテーション叢書Ⅱ博物館情報学入門』（勉誠出版、2003）p.180）。

どの 1 回限りの部分) と、収蔵、管理、関連情報、引用、参照に関する情報などの履歴型部分は、従来は、個々の機関の中でのみ更新されていたが、データベースを共有することで、より精度と確度の高いデータベースを共有できるというメリットがある。

②選択の情報連携：コンテンツ連携

基本的情報連携に加え、さらなる利用者へのサービスとして、デジタルリソースの共用、相互利用を指している。これは、個々の MLA が所蔵資料のすべてをデジタルアーカイブ化するためには時間やコストがかかることから、保存状況や利用頻度を踏まえて、優先順序をつけ、コンテンツの「選択」をしている。つまり、MLA がデジタルアーカイブした情報（あるいはデータベースやサービスなど含むリソース）をネット上のポータルで連携させて広く一般向けのコンテンツとして提供する連携が考えられる。

2. MLA 連携の具体例

2.1 M-M, L-L, A-A の相互連携

L-L 連携の典型は、2013 年 5 月まで運用していた NACSIS-Webcat があるが、地方レベルでみられる基本的情報連携の典型は OPAC による検索（A 図書館の OPAC で B 図書館の蔵書も検索できる）である（OPAC を通じた L-M 連携もある³⁶¹）。

M-M 連携は、文化庁が企画運営する「文化遺産オンライン³⁶²」が典型であり、全国の博物館、美術館から提供された約 2 万点近い所蔵作品情報を一般に公開している。

A-A 連携も国立公文書館と同館アジア歴史資料センター、国立公文書館と宮内公文書館の連携がある。

2.2 MLA 連携

国立情報学研究所が計画、開発した「想—IMAGINE Arts³⁶³」は、早稲田大学演劇博物館と共同で、文化財を中心とした連想情報を提供するサービスとして立ち上がった³⁶⁴。国立国会図書館の「近代デジタルライブラリー³⁶⁵」や前述の「文化遺産オンライン」などとの連動した横断的検索システムを一般公開している。

³⁶¹ 例えば、県立長野図書館では、同館 OPAC を通じ、長野県立美術館「アートライブラリー」の所蔵資料の検索が可能である (https://www.knowledge.pref.nagano.lg.jp/now/news/osirase_210408.html)。

³⁶² 「文化遺産オンライン」 (<http://bunka.nii.ac.jp/Index.do>)

³⁶³ 「想—IMAGINE Arts」 (<http://imagine.artmuseums.go.jp/>)

³⁶⁴ 経緯は、丸山雄三＝阿辺川武「横断的連想検索サービス「想—IMAGINE」データベース連携が拓く新たな可能性」情報管理 53 巻 4 号 (2010) pp.198-204 参照

³⁶⁵ 「近代デジタルライブラリー」 (<http://kindai.ndl.go.jp/>)

地方公共団体においても、秋田県立図書館³⁶⁶では、MLA 連携として県内 6 館のデジタルアーカイブ化した所蔵資料を検索、閲覧を可能にしている。技術的には、図書館向けのクラウドコンピューティングサービスを導入している³⁶⁷などの取り組みがある。

国立公文書館は、独自に「国立公文書館デジタルアーカイブ」を運用しているが、外部連携として、NDL Search³⁶⁸（国立国会図書館サーチ）、CiNii Books³⁶⁹（国立情報学研究所）と連携して横断検索を可能にしている³⁷⁰。

その後、2020 年 8 月には、第 2 章で記載のとおり、ジャパンサーチが正式公開されている。

2.3 平成 20 年 10 月の中間整理で示された論点と MLA 連携の課題

文化審議会著作権分科会の中の「過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会」では、平成 21 年 1 月に文化庁が公表した「文化審議会著作権分科会報告書」に先立ち、平成 20 年 10 月に中間整理を公表している³⁷¹。

ここでは、①過去の著作物等の利用の円滑化方策について（権利者不明の場合等の著作物の利用の円滑化方策）、②アーカイブへの著作物等の収集・保存と利用の円滑化方策について（図書館、博物館、放送事業者等においてアーカイブ事業を円滑に行うための方策）、③保護期間の在り方について（保護期間の延長、戦時加算の取扱い）、④意思表示システムについて（クリエイティブ・コモンズ、自由利用マーク等の利用に伴う法的課題等）の 4 つの論点に分けている。

MLA 連携という点では、②だけでなく、いわゆる孤児著作物（Orphan Works）の円滑化利用は、MLA 連携のコンテンツ充実という点に不可欠であり、③も同様の理由から、重要であるが、コンテンツ収集・保有主体からの検討としては、②について、コンテンツ自体からの検討としては、④について、MLA 連携の課題として以下、論ずることとする。

第 4 節 MLA と著作権法

1. 総論

³⁶⁶ 秋田県立図書館 HP (<http://www.apl.pref.akita.jp/>)

³⁶⁷ 株式会社 NTT データ「AMLAD」(<http://www.nttdata.com/jp/ja/news/release/2012/101600.html>)

³⁶⁸ 「国立国会図書館サーチ」(<http://iss.ndl.go.jp/>)

³⁶⁹ 「CiNii Books」(<http://ci.nii.ac.jp/books/>)

³⁷⁰ 八日市谷哲生「国立公文書館におけるデジタルアーカイブ化の促進と情報連携の取組み等に関して」水谷・MLAp.65

³⁷¹ 「文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会中間整理」（平成 20 年 10 月 1 日）pp.1-2

MLAの収集する「資料」の収集、保存等の取扱いの各段階において、著作権法の規定を無視することはできない。これまで、資料を収集すること自体は、著作権法に抵触することはなかったが、デジタルコンテンツであれば、「保存」行為は著作権法上「複製」に該当することもあるように、著作権法と抵触する可能性がある。

そこで、以下では、MLAと著作権法の間を調べる。

2. 図書館と著作権法

2.1 令和3年改正前

図書館資料は、基本的に、図書、CDなど著作物又はその複製物であり、著作権の保護期間を過ぎたものを除いては、著作権法の保護を受ける。

他方で、図書館は、著作権法上、「図書館等」(法31条1項)は、「国立国会図書館及び図書、記録その他の資料を公衆の利用に供することを目的とする図書館その他の施設で政令³⁷²で定めるもの」と定義され、著作権者等の権利の制限がされている。法31条1項1号は、非営利目的であることを条件に、一定条件の下、図書館資料の複製ができるとされており^{373・374}、実務上、複写サービスとしては、法31条1項1号を受けた種々のガイドラインが重要である³⁷⁵。

デジタルアーカイブとの関係³⁷⁶では、所蔵資料の劣化等のために複製することも一定要

³⁷² 著作権法施行令1条の3参照。大学図書館などの機関で、司書又はこれに相当する職員として文部科学省令で定める職員が置かれている施設に限定されている。

³⁷³ その意義は、大学図書館は学術研究、教育、学習の中心であり、学術研究の進歩発達において図書館等の負うところが大きいこと、公共図書館は地域住民が文化を享受し、教養を高める中心となることなど図書館等の果たす公共的奉仕機能(なお、図書館法3条参照。)があり、その図書館資料の利用として、コピーをするが、それが無制限となると、著作権者の権利が不当に侵害されるおそれがあり、その調整をするものである(半田正夫=松田政行『著作権法コンメンタル2』(勁草書房、2009) p.161[黒澤節男])。

³⁷⁴ 複製の主体は、図書館等自身であり、利用者が法31条1項各号の要件に反して複製を行った場合は、図書館等が結果責任を負う(渋谷・著作権法 p.236)。

³⁷⁵ 具体的には、大学図書館における複写サービスとして「大学図書館における文献複写に関する実務要項」(平成15年、国公立大学図書館協力委員会)、大学図書館間協力では、「大学図書館間協力における資料複製に関するガイドライン」(平成17年、国公立大学図書館協力委員会)、図書館間協力では「図書館間協力における現物貸借で借り受けた図書の複製に関するガイドライン」(平成18年、社団法人日本図書館協会など)などがある。

³⁷⁶ なお、情報検索結果の提供だけでなく、サイバースペース内の公共的図書館空間として、コンテンツ自体を提供する「電子図書館」が理想であっても(山本順一「電子図書館実現への課題」日本図書館情報学会研究委員会編『電子図書館—デジタル情報の流通と図書館の未来』(勉誠出版、2001) p.166)、「青空

件で認められており、図書館等は、図書館資料の保存のために必要があれば、複製ができるとされている（法31条1項2号）。

この点、一般書籍には、「虫喰い等による資料欠損に対処するためにコピーをとっておく行為の必要性については、極めて厳しい判断基準が課せられる³⁷⁷」とされ、市場で入手可能なものについては、再購入が求められ、絶版の図書資料に限定される。

これに対し、平成21年改正により、国立国会図書館は、納本（国立国会図書館法25条）された資料を法31条1項2号のような限定なしに、記録媒体に記録することができるとされた（法31条2項）。これは、「国内の各種資料を網羅的に収集、保存し、これを国民に提供するという国会図書館の使命…を十分に果たすためには、既に劣化が進んだ資料を電子化したのでは遅きに失することになる」からであると説明されている³⁷⁸。

さらに、平成24年改正では、（令和3年改正前）法31条3項の新設により、国立国会図書館に絶版等資料（法31条1項3号）の自動公衆送信が認められることになった。購入に時間がかかる、経済的、時間的に入手困難であることは「絶版等資料」に該当しないとされ、厳格に解されている³⁷⁹。

また、国立国会図書館法25条の3（国、地方公共団体等のインターネット資料の記録）により、国立国会図書館の館長が著作者の許諾なく収集できるとされ、平成21年改正で法42条の3が新設され³⁸⁰、さらに平成24改正で、電子納本制度やオンライン資料の記録（国立国会図書館法25条の4）に対応するために同条が改正された（法42条の4、現在の法43条）³⁸¹。

加えて、国立国会図書館の政策動向もデジタル化強化に向かっている³⁸²。デジタル化資料提供数（概数）では、2021年7月時点で図書99万点、雑誌134万点、古典籍9万点、博士論文16万点など合計279万点である。

以上の改正を踏まえ、所蔵する貴重な稀覯本、代替性のない所蔵資料、絶版等による一般に入手することが困難な資料に関しては、損傷・紛失を予防するために、完全なコピー

文庫」のような著作権切れのパブリックドメインならばともかく、著作権者の利益を考慮すると実現は難しいと言わざるを得ない。

³⁷⁷ 加戸・逐条講義 p.259

³⁷⁸ 池田・著作権法 p.21

³⁷⁹ 上野達弘「国会図書館による絶版等資料の送信—平成24年著作権法改正の意義と課題」ジュリスト1449号（2012）p.35

³⁸⁰ 池村・著作権法 p.52。「国立国会図書館インターネット資料収集保存事業 WARP」

[\(http://warp.ndl.go.jp/\)](http://warp.ndl.go.jp/)

³⁸¹ 池村聡=壹貫田剛・著作権法 p.144[池村]

³⁸² 詳細は、国立国会図書館ウェブサイト「資料デジタル化について」

[\(https://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/index.html\)](https://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/index.html) 参照

をとっておくことが認められる。さらに、劣化していく貴重な資料を可能な限りで良好な状態で記録し、保存しておくためにまだ損傷していない状態で複製する場合も含まれる。

この趣旨を、立法担当者は、「我が国文化の継承・普及に資する公益性の高い行為である」し、「損傷後でないと複製ができないと解釈してしまうことは本来の図書館等の果たすべき公共的奉仕機能の遂行が十分に果たせない」からであると指摘する³⁸³。このように、デジタルアーカイブの「保存」の重要性が、図書館等の役割とともに、指摘されている点は重要である。

2.2 令和3年改正後

その後、図書館と著作権の関係に大きな影響を与える改正がされた³⁸⁴。2021年5月、第204回通常国会において、「著作権法の一部を改正する法律」が成立し、同年6月2日に令和3年法律第52号として公布された（以下、本項では、「改正前」「改正後」とは、同号による著作権法改正前後の条文番号を指す。）。法31条の図書館関係の権利制限規定について、大きく、①国立国会図書館による絶版等資料のインターネット送信に関する措置と②各図書館等による図書館資料の公衆送信に関する措置の2点がある。

①につき、これまでは、改正前法31条2項により、国立国会図書館が絶版等資料の電子化が認められており、改正前法31条3項前段により、その電子化されたデータを、国立国会図書館がその他の図書館等（法31条1項柱書かつこ書にいう図書館等を指す。以下同じ。また政令指定の図書館等につき、同法施行令1条の3参照）及び外国の施設で政令で定めるもの（同法施行令1条の4、同法施行規則2条の2参照）へ送信することができる。そのため、利用者は図書館等にアクセスできなければ、絶版資料等にもアクセスできない。そこで、国民の情報アクセスを確保する観点から、直接利用者に対しても送信できるように改正した（改正後法31条4項）³⁸⁵。

②も、法31条1項では、図書館等は、利用者に対して、複製及び複製物の提供を可能としている（いわゆる複写サービス）ものの、メール等による送信（公衆送信）を行うことはできない。そこで、図書館等が、現行の複写サービスに加え、一定の条件（正規の電子出版等の市場を阻害しない（権利者の利益を不当に害しない）、データの流出防止措置を講じることなど）の下、調査研究目的で、著作物の一部分をメールなどで送信できるように改正した（改正後法31条2項ないし4項）。その際、図書館等の設置者は著作権者に権利

³⁸³ 加戸・逐条講義 p.293。他方で財政的理由による複製は認められない（加戸・逐条講義 p.294）

³⁸⁴ 立法担当者の解説として文化庁著作権課「解説 著作権法等の一部を改正する法律（令和3年改正）について」コピーライト728号（2021）pp.31-76

³⁸⁵ 村井麻衣子「令和3年著作権法改正－インターネットを通じた図書館資料へのアクセスの容易化と放送番組の同時配信等における権利処理の円滑化」法学教室494号（2021）p.59

者に補償金を支払うことを求める（同条5項）。

この背景には、2020年初めからわが国でも本格化した新型コロナウイルス感染症拡大に伴う図書館等の休館・入館制限がある。これを踏まえ、知的財産推進計画2020において、図書館関係の権利制限規定のデジタル化・ネットワーク化の対応が明記され、その後文化庁における検討を経て実現した³⁸⁶。

現時点では、②の制度は補償金請求権を設けたことから、具体的な制度設計は当事者間の協議が必要となるため、施行は成立から2年以内とされ、今後はガイドラインにより、「ソフトローを活用して当事者間の利害調整を行うことが期待され、近年の著作権にまつわる課題へのアプローチの一つの傾向」³⁸⁷が見える。

3. 博物館と著作権法

博物館の展示する資料も、著作権の存続期間を満了していない資料については、その公開やホームページの掲載、美術品の画像処理には、個々の著作者の有する展示権（展示態様によっては公衆送信権）の権利との抵触が問題となる³⁸⁸。

平成23年に財団法人日本博物館協会が公表した報告書³⁸⁹によると、博物館の現場の中で、著作権についての関心が多いというアンケート結果がでている（131件）。著作権処理及び契約に関する懸念が29件、その他、資料等の写真の図録・出版物、ウェブ等への利用についての問題が挙げられている。また、自己の博物館の展示物についての無許可撮影、無断使用、目的外使用に対する懸念も挙げられている³⁹⁰。

デジタル化との関係³⁹¹では、平成20年博物館法改正により、「博物館資料」に電磁的記

³⁸⁶ 川崎祥子「令和3年著作権法改正の国会論議－図書館関係の権利制限規定の見直しと放送番組のインターネット同時配信等に係る権利処理の円滑化－」立法と調査437号（2021）pp.64-65

³⁸⁷ 川崎・同上p.78。ソフトローによる具体化では、図書館の種類や絶版等資料の更なる活用が課題となる（生貝直人「特集 著作権法改正と改正動向図書館等のデジタル・ネットワーク対応」ジュリスト1565号（2021）pp.29-33参照）。

³⁸⁸ 博物館情報学の観点からは、特に著作権データ管理システムの構築が課題と指摘される（波多野宏之「IV館種別博物館の情報化の現状と課題 美術館」加藤有次ほか編『新版・博物館学講座第11巻 博物館情報論』（雄山閣出版、1999）p.244）。

³⁸⁹ 財団法人日本博物館協会『博物館倫理規定に関する調査報告書』（2011）

³⁹⁰ もっとも、これらは、「倫理に関する問題」として挙げられているが、本来、アンケート結果の一部にあるように、著作権の問題は、法的な問題であって、倫理とは別個な側面を持っているはずである。しかし、現場感覚として、著作権の問題につき問題意識を持っていることが明確に表れていることはわかるであろう。

³⁹¹ 博物館のデジタルアーカイブ化について、井上透=杉長敬治「博物館とデジタル・アーカイブ活用」日本教育情報学会第28回年会（2012）p.138以下が平成21年までの現状を論じている。

録が含まれるようになった（同法 2 条 3 項）³⁹²。なお、法 31 条 3 項の国立国会図書館の「絶版等資料」自動公衆送信の送信先として博物館が明示されているのは、MLA 連携の法的承認ともいえる（著作権法施行令 1 条の 3 第 4 号³⁹³）。

また、平成 30 年の法 47 条改正により、展示作品のタブレット端末による解説・紹介を可能した。従前は、美術館等が展示作品の解説・詳解を目的として作成する「小冊子」に当該作品を掲載することは許容されていた。しかし、館内貸与タブレット等の電子機器による作品掲載を認めるために 2 項を、展示作品の所在に関する情報を広く一般公衆に提供するために必要と認められる限度において、当該作品に係る著作物の画像をインターネット上で公開することを認めるために 3 項を、それぞれ新設した³⁹⁴。

特に、MLA 連携を意識した規定が法 47 条 3 項である。同項は、同条 1 項、2 項と異なり、「原作品展示者」以外に「これに準ずる者として政令で定めるもの」とする。同法施行令 7 条の 2 では、原作品展示者に準ずる者として、「国若しくは地方公共団体の機関又は営利を目的としない法人で、原作品展示者の同意を得て展示著作物の所在に関する情報を集約して公衆に提供する事業を行うもののうち、文化庁長官が指定するもの」とされている。2021 年 5 月時点でその指定はないものの、立法担当者は、「平成 29 年文化審議会著作権分科会報告書において、展示者の情報を集約して公衆に提供する一定の公的なアーカイブ機関も主体に含めることが適当である旨、提言されたことを踏まえ」たものであり、「権利者の利益に適切に配慮しつつ、社会的に意義の高い情報提供を行うことが見込まれるか等を検討した上で、個別に指定」されると説明する³⁹⁵。

文化庁長官の指定の基準に「社会的に意義の高い情報提供を行うこと」として、文化の価値判断を行政庁に委ねることについて、若干の疑義があるものの、デジタルアーカイブとその連携を意識した規定が盛り込まれたことは意義深いといえる。

4. 公文書館と著作権法

公文書館が保管する公文書は、公文書管理法によって、その管理等が規定され、運用されることになった。

³⁹² 具体的内容は、日本博物館協会「公布時の博物館法とその後の改正について（特集 博物館法制定 60 周年）」博物館研究 46 巻 12 号（2011）p.17

³⁹³ ただし、独立行政法人である国立美術館や地方公共団体の条例で設置された県立博物館等に限られる（池村=壹貫田・著作権法 p.131）。

³⁹⁴ 加戸・逐条講義 pp.391-396、なお、上野達弘「平成 30 年著作権法改正について」高林龍ほか『年報知的財産法 2018-2019』（日本評論社、2018）pp.21-22 も参照
pp.21-22 も参照

³⁹⁵ 加戸・逐条講義 p.396

もつとも、著作権による保護が及ばないことが多いと想定されるが（法 13 条）、公文書が著作物である場合、適宜媒体を移し替える段階で複製権侵害となる可能性があるため、当該歴史文書にかかる著作物をその著作者の許諾を得ずに複製する権限を必要と認められる限度で付与することにしたのが、法 42 条の 3 である³⁹⁶。公文書管理法との円滑な運用を図るため、平成 24 年改正で新設された。

内容としては、同条 1 項で国立公文書館等、地方公文書館等の長が公文書管理法 15 条 1 項又はこれに相当する公文書管理条例の規定によって、歴史公文書等を保存することを目的とする場合に、必要と認められる限度で複製ができるとしている³⁹⁷。

第 5 節 著作権ライセンスとデジタルアーカイブ

近年、デジタルコンテンツを中心に、ユーザ自ら著作権ライセンスを付与することが技術的にも、ユーザの点からも容易になっている。本論では、コンテンツに付与する著作権ライセンスとそれを利用したデジタルアーカイブに着目する。

1. 利用条件表示・権利情報表示

1.1 クリエイティブ・コモンズの意義³⁹⁸

レッシング教授（当時、スタンフォード大学、現在はハーバード大学）が始めたプロジェクトであり、自己の著作物を公表しようとする段階で、著作権者が自発的に事前の許諾を明示しておく仕組みである³⁹⁹。各国準拠法に基づいたライセンス設計をしており、日本版は平成 16 年 3 月から導入されている。具体的には、著作権者は、著作権を放棄することなく、著作物の流通のライセンス条件の意思表示を明示することで、自己の著作物を共有したり、翻案したりすることが認められている。著作権（を含む知的財産権全般）のコントロールを意図的に制限し、制限された部分を「コモンズ（共有地）」に置くことで、創造的活動を支援することが名称の由来である。

現行著作権法が、原初的に著作物の著作権の全てが著作者に帰属するのに対し、クリエイティブ・コモンズを使うことで、デフォルトで、自由に共有できる状態を創設し、現行制度においても（180 度反対に）事実上、コンテンツの共有状態を作出し、コンテンツを

³⁹⁶ 小倉=金井・コンメ II p.229[金井重彦・芝口祥史]。例えば、特定歴史文書等（公文書管理法 2 条 6 項）において、新聞記事や審議会における資料として委員が作成、提出した文書等、著作権が存在する場合がある（池村=壹貫田・著作権法 p.137[池村]）。

³⁹⁷ 法 31 条 2 項と異なり、複製全般を許容しており、デジタルアーカイブ化に限定されない（池村=壹貫田・著作権法 p.139[池村]）。

³⁹⁸ 野口祐子「複雑化する情報流通とクリエイティブ・コモンズの挑戦」ジュリスト 1425 号（2011）p.2

³⁹⁹ <http://creativecommons.org/>

共有できるバランス状態に世界全体を保つことが期待されている⁴⁰⁰。

このプロジェクトのメリットは、わかりやすいマークとライセンスの発行であり、特にインターネット上の著作物の利用に適している。例えば、インターネット上の著作物は、原則として、誰に対しても公開していることから、利用方法について取引条件を確定することは難しい反面、意思表示をすることは容易であり、利用自体は無料であるデジタルコンテンツの営利目的の複製等を規制する場合などが利用方法として考えられる⁴⁰¹。

また、共通ライセンスが用意されることで、再利用にかかる手間が軽減できることも挙げられる。そして、特にデジタルコンテンツにおいては、コンテンツを利用し、引用し、作り変えていくこと（リミックス）という創作活動の原点である作業が容易になることによって、クリエイティビティが増すことが挙げられる⁴⁰²。

1.2 方法

具体的にクリエイティブ・コモンズ・ライセンスは以下の4つから選択する（当然、複数を組み合わせることもありえる。ただし、バージョン2.0以降では改変禁止と継承の選択はこの限りではないとされるので、11種類のライセンスがあり得る。）。なお、これらを用いず、パブリックドメインに属すると宣言することも可能である。

＜クリエイティブ・コモンズが提供するライセンスオプション＞



＜著作権の帰属先を明示する義務＞（Attribution）作品を複製、頒布、展示、実演を行うにあたり、著作権者の表示を要求する（表示、略称「BY」.）。



＜商業目的での利用禁止＞（Noncommercial）作品を複製、頒布、展示、実演を行うにあたり、非営利目的での利用に限定する（非営利、略称「NC」.）。


⁴⁰⁰ 上村圭介「クリエイティブ・コモンズとは何か」クリエイティブ・コモンズ・ジャパン編『クリエイティブ・コモンズ デジタル時代の知的財産権』（NTT出版、2005）p.35


⁴⁰¹ "All Rights Reserved"として著作権のすべてを留保する範囲から、パブリックドメインである"No Rights Reserved"との中間の"Some Rights Reserved"であるとされる（イメージ図は下のとおり）。



（出典：<http://creativecommons.org/>）

⁴⁰² 上村圭介「クリエイティブ・コモンズ：コンテンツの自由な共有のためのプラットフォーム」情報の科学と技術 56 巻 6 号（2006）p.275

 <派生作品の禁止> (No Derivative Work) 作品を複製、頒布、展示、実演を行うにあたり、いかなる改変も禁止する (改変禁止, 略称「ND」.).

 <自分と同じように他者と共有する義務> (Share Alike) クリエイティブ・コモンズのライセンスが付与された作品を改変・変形・加工してできた作品についても、元になった作品のライセンスを継承させた上で頒布を認める (改変禁止, 略称「SA」.).

クリエイティブ・コモンズ制度の仕組み自体は、契約 (法) による規制だけではなく、規範 (Commons Deed)、アーキテクチャ (ライセンス内容を定義した RDF⁴⁰³メタデータ)、市場 (インターネット) という、後述するレッシング教授の指摘する 4 つの規制態様のすべてに対応している⁴⁰⁴.

1.3 デジタルアーカイブ化との関係

近年のデジタルアーカイブ化はこれまでのアーカイブス学で取り上げられていた歴史的に価値のある「アーカイブス」に限定されない。産業アーカイブスといった分野 (放送, 企業広告) に加え、インターネットアーカイブ、震災アーカイブなど多種多様なアーカイブがある。

1.4 問題点

制度運用の課題として、現在のクリエイティブ・コモンズ・ライセンスは分かりやすさを心がけているものの、なお一般利用者には複雑であること、クリエイティブ・コモンズ付きのコンテンツがどこにあるのかわからないと有用でなく、より検索しやすくするための工夫が必要と指摘される⁴⁰⁵。

また、根本的な問題として、「ソフトウェア以外の著作物の場合、そもそも作者、あるいは著作権者に対し、彼らが権利を保有する作品をクリエイティブ・コモンズで公開させるだけのインセンティブは存在」せず、「営利企業をも巻き込めるようなロジックを考案しない限り、クリエイティブ・コモンズは限定されたポピュラリティしか享受できない」

⁴⁰³ Resource Description Framework の略称。機械がライセンス情報を理解できる制度設計であることがクリエイティブ・コモンズの重要な要素となっている。RDF によるメタデータの記述については、神崎正英「機械でも理解できるライセンス情報—メタデータと自動処理の可能性」インターネットマガジン (2003 年 4 月) p.120

⁴⁰⁴ 白田秀彰「創作物の『自由』な流通を作る新しい政府の出現か？」インターネットマガジン (2003 年 4 月) p.119

⁴⁰⁵ 三菱 UFJ リサーチ&コンサルティング株式会社「平成 19 年度著作物等のネットワーク流通を推進するための意思表示システムの構築に関する調査研究会報告書」p.13

(https://www.bunka.go.jp/tokei_hakusho_shuppan/tokeichosa/chosakuken/pdf/h20_ishihyoji_03.pdf)

のかと指摘される⁴⁰⁶.

次に、法的な有効性である。そもそもクリエイティブ・コモンズの理念は前述したが、飽くまで現行著作権法制度の下で運用するため、各国の法制度に適合するように、導入には、各国に対応するように制度を改善する必要がある⁴⁰⁷。そして、その適合させたクリエイティブ・コモンズが、法的に果たして有効かどうかは、裁判所の判断に委ねざるを得ない。

現時点で、日本においてクリエイティブ・コモンズの法的有効性が問題となった事案は見当たらない。しかし、オランダでは、実際に、問題となった事案がある。

具体的には、“flickr.com”において、ある有名人が自身とその家族を撮影した写真を公開した。この写真には、「帰属、非営利、同一条件許諾」（権利者を明示し、商業的利用は認められず、改変する場合は、同一条件での許諾を要するという意味。）とのクリエイティブ・コモンズの表示をしていた。しかし、ある週刊誌が無断でこの写真を雑誌に掲載したため、裁判となった。ウェブサイトには、「this photo is public」になっており、週刊誌側が、この記述を単なる「公開」の意味ではなく、パブリックドメインとなっていると誤解したことが無断掲載の原因であるが、判決（2006年3月9日）では、商業誌である週刊誌側は、当該写真を掲載するにあたり、掲載条件を精査する必要があるとあり、クリエイティブ・コモンズのライセンスは有効であることを前提とした。そして、その掲載条件を怠ったことには、過失があると判断された。

本判決は、クリエイティブ・コモンズのライセンスの有効性について世界で初めて判断されたものとされ、この判決は各国に及ぶわけではないが、この判断を尊重するべきである⁴⁰⁸。

1.5 Rights Statements (権利表明)

公開されるコンテンツの権利状況を説明する標準的な分類 Rights Statements がある⁴⁰⁹。Europeana と DPLA (アメリカ公立図書館) が開発したもので、推奨事項を記載したホワ

⁴⁰⁶ 八田真行「クリエイティブ・コモンズに関する悲観的な見解『オープンソース的著作物』は可能か」
(<http://sourceforge.jp/magazine/03/09/29/0955208>)

⁴⁰⁷ 日本における特徴は、若槻絵美「CCJP と CC の違い」クリエイティブ・コモンズ・ジャパン編『クリエイティブ・コモンズ デジタル時代の知的財産権』(NTT 出版, 2005) p.67 参照。

⁴⁰⁸ 土屋大洋「デジタル著作権をめぐる課題—クリエイティブ・コモンズを例に」Stanford Japan Center Discussion Paper(DP-2006-002-J) (2006) p.15

⁴⁰⁹ 詳細は、時実象一「[C05] デジタルアーカイブの公開に関わる問題点:権利の表記 (デジタルアーカイブ学会第 1 回研究大会予稿)」デジタルアーカイブ学会誌 1(Pre) (2017) pp.76-79
(https://doi.org/10.24506/jsda.1.Pre_76) 参照

イトペーパー⁴¹⁰と技術的基盤の要求事項を記載したホワイトペーパーを PDM (CC ライセンスマークの1つ) にて、公表している⁴¹¹。

大きく分けると、①In Copyright (著作権あり)、②No Copyright (著作権なし)、③Other (その他) の3つの基本分類からなり、詳細な分類は以下の図のとおりである。

図3：RightsStatements.org の権利表示一覧⁴¹²



既に大学図書館を含む、MLA 機関の採用も増えている。

2. アーカイブの多様化—文化政策⁴¹³と企業活動

⁴¹⁰ Rightsstatements.org White Paper: Recommendations for Standardized International Rights Statements

(https://rightsstatements.org/files/160208recommendations_for_standardized_international_rights_statements_v1.1.pdf)

⁴¹¹ Rightsstatements.org White Paper: Requirements for the Technical Infrastructure for Standardized International Rights Statements

(https://rightsstatements.org/files/170106requirements_for_the_technical_infrastructure_for_standardized_international_rights_statements_v1.2.pdf)

⁴¹² 出典：Capell, L. & Williams, E. *Implementing RightsStatements.org at the University of Miami Libraries*. *Journal of Librarianship and Scholarly Communication*, 6(General Issue), (2018) Fig.1

⁴¹³ 文化政策 (cultural policy) とは、「文化的必要 (cultural needs) を満たすべく意識的・意図的に処理を

アーカイブは国営で行われているとも限らない。現に Europeana は、Google Books に對抗するためであったとされており⁴¹⁴、アーカイブの具体例を概観する。

2.1 オープンコースウェア (OCW) ⁴¹⁵

OCW とは大学等で正規に提供された講義とその関連情報のインターネット上での無償公開活動である。沿革的には、1999 年米国マサチューセッツ工科大学 (MIT) のプロジェクトが、大学が担う知識普及モデルとして始まり⁴¹⁶、2004 年に MIT から日本の大学に OCW 活動が紹介され、複数の大学で OCW に準拠した講義公開されるようになった。

日本では、大阪大学、京都大学、慶應義塾大学、東京工業大学、東京大学⁴¹⁷、早稲田大学による講義の公開が始まり平成 21 年 9 月時点で約 20 大学が OCW に参加している⁴¹⁸。利用条件にあたっては、MIT や慶應義塾大学などでもクリエイティブ・コモンズを利用している⁴¹⁹。

2.2 企業博物館、企業コンテンツアーカイブ

企業メセナ（企業による短期的な自社の利益ではない文化芸術政策）の一環として、企業博物館（①企業が設立したもの、②企業の事業にかかわる資料を保存し、展示し、公開しているもの、③積極的に地域社会の文化開発に貢献しているものを指す⁴²⁰。）を営んでいることがあり⁴²¹、その中でアーカイブ化をする場合がある。また、自社のコンテンツをデジタルアーカイブ化して公開する場合もある⁴²²。

行うことの総体」(UNESCO “Cultural Policy: A Preliminary Study(1969)) としている（小林真理「文化政策の法的枠組み」後藤和子編『文化政策学』（有斐閣、2001）p.76）。

⁴¹⁴ 増田雅史=生貝直人『デジタルコンテンツ法制 過去・現在・未来の課題』（朝日新聞出版、2012）p.104[生貝直人]

⁴¹⁵ 福原美三「オープンコースウェア：大学の講義アーカイブ」情報の科学と技術 60 巻 11 号（2010）p.464

⁴¹⁶ もっとも、著作権法の違いから、権利処理過程が異なる。この点、放送大学教材を例に分析した論文として、児玉晴男「教育コンテンツのネット公表に伴って必要な権利処理について MIT オープンコースウェアをめぐる米国と日本の社会制度の違い」情報管理 55 巻 6 号（2012）pp.416-424 参照。

⁴¹⁷ 東京大学の OCW 現状につき、重田勝介「東京大学における『教育の情報化』—東京大学オープンコースウェアと iTunes U の活用と運用—」工学教育研究講演会講演論文集 59 巻（2011）p.438

⁴¹⁸ オープンエデュケーション・ジャパン（2020 年 2 月まで日本オープンコースウェア・コンソーシアム）(<https://oe-japan.netlify.app/history/>)

⁴¹⁹ Open Education Consortium (<https://www.oecconsortium.org/>)

⁴²⁰ 諸岡博熊『企業博物館 ミュージアム・マネジメント』（東京堂出版、1995）p.29

⁴²¹ 具体的には、文化芸術分野の雑誌の刊行、文化、芸術賞の創設、人材育成支援などがある。

⁴²² 具体例として、「NHK アーカイブス」(<http://www.nhk.or.jp/archives/>) などがある。

しかし、これらには、自社のデジタルコンテンツの保存と公開による宣伝効果の側面があり⁴²³、著作権法的には自社のコンテンツの二次的利用の問題となる（もっとも、著作権を有している場合が多く、公開にあたっては問題が生じることが少ない。）。

このようなビジネスアーカイブは、事業自体が広告的な機能を有する場合もあるが、コンテンツ自体が、「多様な価値を持つ経営資産⁴²⁴」として自社だけでなく、広く社会的にも価値がある。

なお、一企業のプロジェクトではあるが、Google Booksのような書籍検索というデジタルアーカイブ化事業⁴²⁵が、全世界に衝撃を与えることもあるうえ、Wikipediaのような、非営利で、中立的、検証可能性、独自研究の排除という方針にもとづいて構築されたアーカイブや東日本大震災に関する各社のアーカイブ⁴²⁶など公益的観点からのアーカイブもある。

2.3 Europeana（ヨーロッパアナ）

欧州委員会が運営する絵画、書籍、映画、写真、地図、文献などのデジタル化された文化遺産を統合的に検索することができる電子図書館ポータルサイトであり、平成 20 年 11 月 20 日から一般に公開している。EU 加盟国 27 か国を中心に、約 200 万以上の書籍、地図、記録、写真、文書、絵画、映画などのデジタル版に無料でアクセスできる。EU 圏内で使われている 23 か国語に対応している。

第 6 節 デジタルコンテンツの保護—技術的保護手段

1. 総論

⁴²³ 自社商品の展示を主としていた企業博物館の新しい試みとして、業界全体の企業文化の歴史なども含めた博物館として資生堂博物館がある（西川康男「資生堂企業資料館による企業アーカイブズの戦略的取り組み」情報の科学と技術 62 巻 10 号（2012）pp.440-444）、川上博子「ポーラ文化研究所における文化資産の展開」時実象一監修、久永一郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 5 新しい産業創造へ』（勉誠出版、2021）pp.47-61 参照

⁴²⁴ 松崎裕子「資産としてのビジネスアーカイブズ：付加価値を生み出す活用の必要性と課題」情報の科学と技術 62 巻 10 号（2012）p.422

⁴²⁵ 名和小太郎「グーグル・ブック・サーチ、あるいはバベルの図書館新しいぶどう酒は新しい革袋に」情報管理 53 巻 3 号（2010）p.131、Google Book Search 訴訟の和解案については、松田政行=増田雅史「Google Book Search クラスアクション和解の実務的検討（上）（下）」NBL（2010）905 号 p.38、906 号 p.88 以下参照。

⁴²⁶ 東日本大震災に関するアーカイブは国立国会図書館の「NDL 東日本大震災アーカイブ」のほか、NHKをはじめとする報道各社、東北大学、河北新報や「陸前高田震災アーカイブナビ」のような、企業、学術団体が連携したアーカイブなど多数存在する。これらの活動は、後世に伝えるべき情報をアーカイブ化することの重要性を示唆している。

これまで論じたように、MLA連携としてコンテンツ共有を行う場合、それを「コモンズ」として完全に自由な利用を認めるわけではない。文化政策的な意味で誰もが容易にアーカイブにアクセスできることと、それを自由に「利用」すること（特定の企業が商品化することを含む。）は異なる。

デジタルコンテンツにおいて、権利保護の点も考慮する必要がある。原著作物の保護期間が失われ、それ自体はパブリックドメインとなった場合でも、デジタルアーカイブの際に、DRM (Digital Rights Management) が障害になることがある。これは、後述するアーキテクチャによる規制であるが、この点を捉えて、コモンズの侵害であると主張するのがレッシングである。他方で、一定の場合に DRM の回避行為に対しては、制裁を法定することもまた、情報社会においては権利保護の点から不可欠である。したがって、そのバランスが重要となるのである。

そこで、デジタルコンテンツに施し得る技術的保護手段に注目し、デジタルコンテンツ保護制度として、あるべき姿を近年の技術的保護手段をめぐる著作権法、不正競争防止法の改正から検討する。

2. レッシングの4つの規制⁴²⁷

レッシング教授は、喫煙行為の規制を例にとり、(サイバースペースに限らず) 一般に、人の行為の規制には、4つの方法があるとする⁴²⁸。

その4つとは、①法(Law)、②社会規範(Norm)、③市場 (Market)、そして④アーキテクチャ (Architecture) である⁴²⁹。

しかし、レッシング教授は、これら4つの規制は、独立して1つの現象を規制しているのではなく、法が、それ以外の規制要素に影響を与えていることを指摘する。彼は例として、

⁴²⁷ 村上康二郎「サイバー法に関する基礎理論に関する一考察—レッシングの「コード」およびユビキタス化の動向を踏まえて—」情報ネットワーク・ローレビュー8号(2009) p.109

⁴²⁸ LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0 (2006) at 122-137.

⁴²⁹ 喫煙行為を例にとると、法的に、喫煙行為が禁止される場所を規制され、喫煙行為の年齢制限やタバコの販売について、身分証確認という制限もある(①法による規制)。しかし、他人の車に乗っているときは、ほかの乗客の了解がないと喫煙はできないという制限の方が、喫煙者は、法律よりも、喫煙の自由が制限されていると感じていると指摘する(②規範による規制)。また、市場は、タバコの値段をコントロールすることにより、喫煙可能性を制約し、反対にタバコの値段と品質を多様化し、さまざま種類のタバコを市場に供給すれば、喫煙者のタバコの選択肢が増え、喫煙可能性は比例的に増加することになる(③市場による規制)。さらに、タバコのフィルタを取り上げ、フィルタの有無が、健康を気にする人にとっては影響し、また、制約になり、また、無煙タバコは喫煙できる場所が増える一方で、においの強いタバコは喫煙できる場所が制約されるという形で、タバコの作られる方法(設計)によって、制約が変わる点とされる(④アーキテクチャによる規制)。

タバコの消費を減らすために、課税により市場をコントロールし、障害者差別禁止法の制定により、階段しか設置していない 2 階建以上の建物を規制し、コードを規制し、教育内容を規定することにより、社会規範を変更させる。これと同様に、サイバースペースにおいても、政府は立法を通じて人々の行為規制が可能であると主張する。

DRM による規制は、アーキテクチャによる規制であるが、これを回避する技術的保護手段の回避行為を違法とする法規制は、その典型例である⁴³⁰。

3. アーキテクチャによる規制—技術的保護手段の現状

3.1 導入の背景

法 2 条 1 項 20 号は、「技術的保護手段」を定義している。デジタル技術やネットワーク技術の発達普及は、サイバースペースにおいて広範囲に流通することになったが、その分、著作物の無断利用の増加という危険性も併有することとなり、複製の防止等を目的とした技術的手段、つまりアーキテクチャによる規制が用いられるようになった。

しかし、このような技術的保護手段を無効化する回避技術が開発されるおそれがあり、法的な保護の要請があった。このような背景から、技術的保護手段について WIPO 著作権条約及び WIPO 実演等条約において法的保護が義務付けられ、平成 11 年改正によって、導入された⁴³¹。

3.2 技術的保護手段—非暗号型と暗号型

技術的保護手段は、平成 23 年 1 月の文化審議会著作権分科会報告書（以下、「平成 23 年報告書」という。）によると、①「音楽・映像用の保護技術」と②「ゲーム機・ゲームソフト用の保護技術」に大別している⁴³²。

そして、①のうち、コンテンツ提供事業者が、保護技術のライセンサーから提供される技術によりコンテンツを暗号化し、保護技術のライセンサーが、復号に必要な鍵等を機器メーカー等にライセンスするとともに、当該ライセンスに係る契約等に基づき、機器メーカー等に、コンテンツ提供事業者と合意したコンテンツの再生・出力・複製等の制御を義

⁴³⁰ なお、レッシング教授は、「法」が「コード」となっている現状を指摘しているが、その状態については否定的である。

⁴³¹ 半田正夫=松田政行『著作権法コンメンタル 1』p.278[吉田大輔]、詳細は、文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会=通商産業省知的財産政策室編『著作権法・不正競争防止法改正解説—デジタル・コンテンツの法的保護』（有斐閣、1999）p.80 以下参照。

⁴³² 規制の枠組みとしては、情報へのアクセスコントロール技術と、コピーコントロール技術に大別である。いずれも本論で後述するが、前者の例として、ペイ・パー・ビューの衛星放送で採用されているスクランブル技術があり、後者の例として、SCMS、CGMS がある（宇賀克也=長谷部恭男編『情報法』（有斐閣、2012）p.222[井上由里子]）。

務付けるものを「暗号型」技術としている。

他方で、暗号化されていないコンテンツに、コンテンツ提供事業者がフラグ又はエラー信号を付加し、機器がフラグを検出・反応するか、又はエラー信号により機器の機能が誤作動することで再生・出力・複製等を制御するものを「非暗号型」技術としている。

暗号型技術には、①記録媒体用のもの（CSS⁴³³、CPRM⁴³⁴、AACs⁴³⁵等）、②機器間伝送

⁴³³ CSS(Content Scramble System)とは、再生専用型 DVD に用いられる保護技術であり、コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、コンテンツ提供事業者が機器メーカーにコンテンツの複製制御（現状は、常にコピー禁止となっている）等を義務づける。特徴として、①階層的な暗号化鍵管理、②コンテンツスクランブル、パソコン環境でのパス認証が挙げられる。

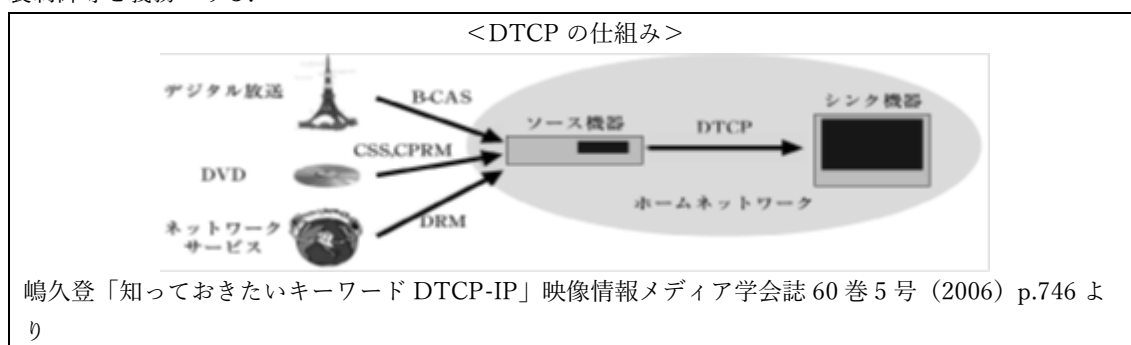
⁴³⁴ CPRM(Content Protection for Recordable Media)とは、記録型 DVD ディスクや SD メモリーカードに用いられる保護技術であり、コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、機器メーカーにコンテンツの複製制御等を義務づける。CPRM には、DVD オーディオにおける暗号アルゴリズムをより強固なものに見直すとともに、CSS で採用された前脚注記載の 3 つの特徴に加え、メディアによる不正機器の無効化やオーディオ電子透かしなどの新機能が盛り込まれている（詳細は、加藤拓=磯崎宏=石原淳「HDDVD で利用されるコンテンツ保護技術」東芝レビュー62 巻 7 号（2007）p.11 以下参照。）。

⁴³⁵ AACs(Advanced Access Content System)とは、Blu-ray disc、HD-DVD に用いられる保護技術であり、コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、機器メーカーにコンテンツの複製制御等を義務づける（詳細は、加藤ほか同上・p.12 図 1 参照。）。

路用のもの（DTCP⁴³⁶、HDCP⁴³⁷等）、③放送用のもの（B-CAS⁴³⁸方式等）などがある。

非暗号型技術には、「フラグ型⁴³⁹」と「エラー惹起型⁴⁴⁰」があり、「フラグ型」の例とし

⁴³⁶ DTCP(Digital Transmission Content Protection)とは、シリアルインタフェース（IEEE 1394）等の機器間伝送路用の保護技術であり、DTLA（Digital Transmission Licensing Administrator）がライセンスする著作権保護技術。コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、機器メーカーに対して再生機器と記録機器をデジタル接続したときの記録機器の複製制御等を義務づける。



⁴³⁷ HDCP(High-bandwidth Digital Content Protection system)とは、ディスプレイモニター等の表示再生装置に用いるデジタル映像・音声入出力インタフェース(HDMI)等の機器間伝送路用の保護技術。コンテンツを暗号化し、復号に必要な鍵等を機器メーカーにライセンスする。当該ライセンス契約により、機器メーカーに対して再生機器と表示再生装置をデジタル接続したときの表示再生装置での複製禁止等を義務づける。

⁴³⁸ B-CAS 方式とは、有料放送（BS/110 度 CS）で契約した人だけが放送を受信できるようにする限定受信方式として開発され、現在では地上デジタル放送にもコンテンツ保護の強化のために用いられている。放送波には暗号化（スクランブル）が施され、当該スクランブルを解除するためには B-CAS カードが必要となるところ、当該 B-CAS カードの支給契約に係るライセンス契約に基づき、機器メーカーに対して複製制御等を義務づけ、また、シュリンクラップ契約形式の使用許諾契約により、エンドユーザーに対して著作権保護技術対応機器以外での B-CAS カードの使用を禁止している。

したがって、不正な B-CAS カードの製造、譲渡は、不正競争防止法違反として、刑事罰の対象となる（同法 2 条 1 項 17 号、21 条 2 項 4 号）ほか、同カードの使用行為自体、不正作出私電磁的記録供用罪（刑法 161 条の 2 第 3 項）に該当する。

⁴³⁹ 暗号化されていない著作物等に、コピー制御信号を付加して伝送し、記録機器側が信号を検出、反応して複製制御を行うもの。

⁴⁴⁰ 暗号化されていない著作物等にエラー信号を付加し、当該信号によって機器の既存機能を一方的に誤作動させて、再生や複製等を制御するもの。

では、CGMS⁴⁴¹、SCMS⁴⁴²、デジタル録画機器での擬似シンクパルス方式（マクロビジョン）⁴⁴³が挙げられ、「エラー惹起型」の例としては、コピーコントロール CD⁴⁴⁴やアナログ録画機器での擬似シンクパルス方式（マクロビジョン）が挙げられる。

4. 著作権法における技術的保護手段の位置づけ

平成 11 年改正は、非暗号型の技術的保護手段に限定している。著作権法において、暗号型の保護技術は、視聴等の支分権の対象外となる行為を制限する技術として技術的保護手段には該当しないと整理していることによる。

しかし、平成 22 年 11 月の文化審議会著作権分科会法制問題小委員会の技術的保護手段ワーキングチーム報告書（以下、「平成 22 年 11 月報告書」という。）では、暗号型の保護手段に加え、アクセスコントロールなどのゲーム機・ゲームソフト用の保護技術もその保護の対象とするべきであるとする見解に立っている。平成 22 年 11 月報告書以前は、視聴行為等を規制することは、著作権の支分権侵害行為に該当しないとされていたことから、著作権法における侵害とはしなかった。

他方、平成 23 年 1 月報告書では、これまでの暗号型技術に対する評価がまったく異なる。例えば、同報告書では、「ゲーム機・ゲームソフト用の保護技術については、ゲームソフトの媒体によっては、複製そのものの防止は行われていないものの、違法に複製され、さらに違法にアップロード（送信可能化、自動公衆送信）されたゲームソフトを、単にダウンロード（複製）するだけでは、当該複製により作成されたゲームソフトの複製物を使用することができず、また、コンテンツ提供事業者（ゲームソフトメーカー）は、こうした違法に行われている複製や送信可能化、自動公衆送信を抑止する意図をもって当該保護技術を用いていると考えられることから、当該保護技術が社会的にどのように『機能』しているかという観点から着目すれば、複製等の抑止を目的とした保護技術と評価することが可能であり、技術的保護手段の対象とすることが適当」とし、機能的観点から、「複製等の抑止を目的」とした保護技術と評価している。

⁴⁴¹ CGMS(Copy Generation Management System)とは、映画の DVD などに用いられ、再生機器とデジタル記録機器をアナログビデオ接続したときに記録機器の記録機能を制御（複製の世代制御）する技術（CGMS-A）と、デジタル接続したときに同様の制御を行う技術（CGMS-D）がある。

⁴⁴² SCMS(Serial Copy Management System)とは、音楽 CD などに用いられ、再生機器とデジタル記録機器をデジタル音声接続したときに記録機器の記録機能を制御（複製の世代制御）する技術。

⁴⁴³ 擬似シンクパルス方式（マクロビジョン）とは、映画のビデオテープなどに用いられ、再生機器とアナログ記録機器をアナログビデオ接続したときに、複製をしても鑑賞に堪えられないような乱れた画像とする技術。

⁴⁴⁴ コピーコントロール CD：音楽 CD のオーディオトラックに PC での読み取りを妨害する技術を施したディスク。

平成23年1月報告書の保護技術に対する評価については、賛成である。そして、この報告書から見えてくることは、「複製」機能について、実質的、社会的機能⁴⁴⁵を見たとうえで検討していることが注目される。

著作権法における保護の対象とすべきかという立法事実に目を向けたとき、社会的機能に注目するのは当然であり、そうであるならば、複製についても実質的な機能に着目した解釈が求められていると考えられる。

しかし、社会的、実質的に技術的保護手段を分析すると、形式的な意味での複製の防止に行き着くことが一般であり（デジタルコンテンツは、プログレッシブダウンロードなど複製をさせないことを技術的に意図しているような限定的な場合を除いて、常に何らかの形で複製が行われている）、結果的には、デジタルコンテンツ（これが著作物であるとは限らない。）の再生機器に搭載されている技術的保護手段はすべて著作権法で保護する方向性となり、その根底には、コンテンツが作成者の意図しない使用は規制すべきであるという情報コントロールの実質的保障という側面が強くなっている。

他方で、MLA連携にあたっては、技術的保護手段を回避することを正当化する根拠も必要になる。つまり、著作権法では、保護期間が満了した著作物にかかっている技術的保護手段を回避しても、不正競争防止法との関係で問題が残る（同法2条1項17号、18号）⁴⁴⁶。

資料の収集、保存をするにあたって、将来的には、技術的保護手段を回避することが不可避となる。近年は、各省庁の報告書、白書などはインターネット上で公開されているが、これらに技術的保護はされず、公文書も問題は起きにくい。例えば、法42条の4による収集は、アクセス制限をかけているとできないままである。このようなアーカイブ化にあたって、技術的保護手段の回避行為を正当化する規定の新設を検討すべきである。

5. TPP 対応以降の改正－著作権法・不正競争防止法

不正競争防止法は、技術的制限手段の回避行為の規制として、回避装置の譲渡等が不正競争とされていたが、平成30年改正にて、回避役務の提供行為のうち、無効化の機能を有するものについて、民事・刑事の規制対象とされた⁴⁴⁷。それ以外にも、①アクセスコント

⁴⁴⁵ 奥邨弘司「技術的保護手段の回避に関連する行為の規制強化」ジュリスト1449号（2013）p.44では、CSS等の暗号型技術も複製管理技術は、全体として機能することを前提としていることから、複製管理技術と一体となってアクセスコントロール技術とコピーコントロール技術が一体となっていると評価することもでき、後者の有効性を確保するために、前者の規制を行うことは不可避であると指摘する。

⁴⁴⁶ 技術的保護手段回避提供行為の不正競争防止法と著作権法の関係については、経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法平成23・24年改正版』（有斐閣、2012）p.79

⁴⁴⁷ 経産省・不競法 p.122 図表2-3-17 参照

ロール技術を技術的利用制限手段とし、回避専用装置を公衆へ譲渡する行為や公衆に使用させる行為、②業として公衆の求めに応じて回避する行為などを刑事規制の対象とし、③回避行為自体を著作権侵害と擬制した⁴⁴⁸。

また、指令符合の譲渡等（不競法 2 条 1 項 17 号、18 号）を不正競争とし、刑事的規制を設けた（同法 21 条 2 項 4 号、凶利加害目的を要する）。ただし、試験研究目的の例外規定を設けている（同法 21 条 1 項 9 号）。

著作権法の分野では、TPP12 協定（環太平洋パートナーシップ協定）対応のため、「技術的利用制限手段」を法律上新たに定義した（法 2 条 1 項 21 号）。従来のアクセスコントロール技術が 2 条 1 項 20 号の技術的保護手段に該当しないとの整理であったため、これに対応する概念として、同号によったのである。これ該当する具体例として、SCMS、CGMS、マクロビジョン（真正データを伝達せず、雑音を入れる方式）、ゲームなどで機器が動かない方式が考えられる⁴⁴⁹。

この技術的利用制限手段の回避行為が試験研究目的又は技術の開発の目的上正当な範囲内で行われる場合その他著作権者等の利益を不当に害しない場合を除き、著作権の擬制となり（法 113 条 3 項）、刑事罰の対象である（法 120 条の 2 第 1 号、2 号）。

また、令和 2 年著作権法改正では、さらに、アクセスコントロールに関する保護の強化としていわゆるライセンス認証の不正な回避に対応する手当がなされた。シリアルコードの不正な提供等による回避への対応として、上記平成 30 年の不正競争防止法改正と同様の規律となっている⁴⁵⁰。

このため、これまで論じていた試験研究目的による除外が著作権法、不正競争防止法により設けられた。デジタルアーカイブの観点から（特に、ゲームアーカイブがこれに該当しよう。）は、これらに該当する場合は侵害とならないが、「研究」にアーカイブが入る場合は限定的であると思われ、この点はデジタルアーカイブ政策においては依然として課題は残っているといえる。

第 7 節 MLA 連携における著作権法上の課題

1. MLA 連携の意義と著作権者の権利の調整—あるべき法制度

公共図書館が行うデジタルアーカイブについて、平成 21 年の国会図書館の委託を受けた「文化・学術機関におけるデジタルアーカイブ等の運営に関する調査研究報告書」の中には、「公共図書館におけるデジタルアーカイブ構築は…地域の情報拠点として公共図書館

⁴⁴⁸ 奥邨弘司「技術的手段実効性確保規定のこれまでとこれから」論究ジュリスト 34 号（2020）p.109

⁴⁴⁹ 小倉＝金井・コンメ I p.184[金井重彦＝芝口祥史]。

⁴⁵⁰ 詳細は松田政行編、澤田将史ほか『著作権法コメント別冊 平成 30 年・令和 2 年改正解説』（勁草書房、2022）pp297-300[大野雅史]、小倉＝金井・コンメ I pp.178-180[平嶋竜太]参照

が他の機関と連携し、その中心的な役割を果たすことが鍵となろう。また、図書館 1 館単独でのデジタルアーカイブ公開は対象資料も少なくインパクトも小さいが、関連機関との連携によるデジタルアーカイブの集合体は自ずと規模も影響力も大きくなる⁴⁵¹と指摘する意見がある。このことは、博物館や公文書館すべてに該当するであろう。

図書館資料、博物館資料、公文書の区分は、概念的、法的なものであって、総体としての文化資源という点からすれば、これらの連携がなければ、情報は断片化し、文化的所産の利用も十分にできないおそれがある。

そうであれば、MLA 連携とは、法令によって、断片化された文化的資源を接合する修復作業という側面を持ち、それは「文化的所産の公正な利用」(法 1 条)である。

MLA 連携にあたり、現状、個々の機関の設置根拠が法律により異なる以上、その権限が異なることは、やむを得ない面がある。しかし、文化の発展(法 1 条)を志向する著作権法が、文化政策の観点から対立利益(被侵害利益)が存在しない、あるいは僅少にもかかわらず、文化の発展を妨げる結果となることは、法制度として適当ではない。

例えば、MLA 連携によって、コンテンツの共有を図ることを目的とする場合、法 31 条 1 項は限定された「図書館等」にできることは複製に留まるため、連携のためのデータ共有は、書誌情報や著作権のないコンテンツに限られる。図書館資料のうち、特定絶版等資料については、令和 3 年改正により、国立国会図書館により一定の自動公衆送信が可能となる(法 31 条 6 項、8 項)⁴⁵²。他方で、博物館資料に関しては、法 31 条 1 項の「図書館等」において、博物館や美術館は含まれるため、「複製」は可能であるものの、ユーザが観覧したい資料に著作権がある場合は、その自動公衆送信はできない。地方の博物館・美術館には、そもそも保管場所の問題で展示できていない、整理されていない資料もあり、こうしたものは、仮に、MLA 連携によって情報検索、入手自体を容易にしたとしても、実際には、そのような作品に触れることはできない。

日本では、アメリカ著作権法 107 条のような、一般的なフェアユースの抗弁が認められていないことから、「公正な利用」であっても、個別具体的な著作権法上の抗弁が必要となるが、現行法では認められない。

2. 地方公共団体の MLA 連携の円滑化

現行法によっても、図書館間では相互貸借(国立国会図書館法 21 条、図書館法 3 条第 4 号)によって、図書資料であって、図書館にない資料は、国立国会図書館から取り寄せることができる。また、デジタルアーカイブしたものも、国立国会図書館に所蔵されている

⁴⁵¹ 平成 21 年度国立国会図書館「図書館及び図書館情報学に関する調査研究」委託「文化・学術機関におけるデジタルアーカイブ等の運営に関する調査研究報告書」p.12[菅野育子]

⁴⁵² もっとも、主体が国立国会図書館に限られているため、利便性の問題はあろう。

限り、そのデータを DVD などの記録媒体に記録させることで、利用者に提供することができる。

しかし、平成 24 年改正で国立国会図書館の権限は強化されたものの、郷土資料を中心に収集するアーカイブ機関は、「図書館等」（法 31 条 1 項柱書）に該当しなければ、著作権法上の権利制限規定がないため、国立国会図書館が収集しない資料については適用がない。法 42 条の 3 では、国立公文書館等の館長のほか、地方公文書館長等にも一定の権利制限が認められている。

これと対比すると、地方の博物館・図書館にも、一定の要件のもと、保存複製のほか、7.1 で前述したような、いわば「眠っている」博物館資料の配信についても、認められるのが望ましいのではないだろうか。

3. 権利制限規定の新設の必要性

現行規定では対処できないのが、著作権法の権利制限規定である。図書館等の複製を例外としているが、それ以外については原則どおり、(複製権を中心に) 著作者の権利が及ぶ。また、検索結果に画像を伴う場合は、公衆送信権の関係でも問題となる。国立国会図書館で収集したデジタルアーカイブを東京本館、関西館、国際子ども図書館の間でデータを送信し、受信館において来館者に端末機器で視聴させることは、公衆送信には当たらないとされているが⁴⁵³、図書館相互、MLA 連携となると、その内部のみでの閲覧が可能にするためにデータ送信をすると、それが特定多数であることは否めず、例外規定を設けなければ、公衆送信権侵害となり得る(法 31 条 1 項 3 号の「絶版等資料」は「図書館資料」に限っているため、他の資料は該当しない)。しかし、国民のアクセス可能性を考えた場合、国立国会図書館以外の MLA についても、利用に供するために、公衆送信の権利制限が必要である。また、そのことによって著作権者の権利を不当に侵害することはないと考えにくく、これまでの権利制限規定において、博物館や公文書館を積極的に除外していたとは考えにくい。

4. 技術的保護手段回避行為の規制と制度趣旨の再考

著作権者にとってデジタルアーカイブによって、自己の権利が侵害される脅威に晒される可能性が増加することは否めない。そこで、デジタルアーカイブ化の際は、権利保護のために公開範囲を設定するだけでなく、容易に複製ができないように、技術的保護手段を用いる必要がある(アーキテクチャによる規制)。そして、その規制に対する回避行為については、厳格に対応する必要がある。

⁴⁵³ 平成 21 年文化審議会著作権分科会報告書 p.191

平成 21 年改正前まで暗号型については、視聴型であって複製規制でないことから規制対象外としていた。しかし、コンテンツ利用は、「複製」だけでない。そのため、デジタル社会における著作権者の保護は、複製の規制以外にも、それが不当に流出しない範囲での情報コントロールの規制が求められる。

反対に、デジタルコンテンツの収集、保存のため、技術的保護手段を回避することが必要となる場合がある。特に、(公開は別として) 将来的には、デジタルコンテンツが文化財となっていくことが想定されるにもかかわらず、MLA の各機関 (特に M と L) が保存、収集できないことには問題がある。公表されているのであれば、納本制度が法的義務であるのと同様に、著作権者が意図しているか否かにかかわらず、技術的保護手段を回避してデジタルコンテンツを収集する権限を付与する必要がある。

5. 法定通常実施権類似の裁定実施権制度の導入

以上の規定を個別に導入する以外にも、公益目的の法定利用権の設定があり得る。知的財産法では、既に、特許法 93 条が公共の利益のための法定通常実施権の設定を規定する。

アーカイブ分野では、Google Books 訴訟のように、アメリカ著作権法におけるフェアユースがしばしば問題となっている。わが国でもその導入につき、賛否両論がある。しかし、従前から、否定的な見解が多数を占めており⁴⁵⁴、平成 24 年改正においてもいわゆる「日本版フェアユース」は、いわゆる 3 類型⁴⁵⁵の限定的なものに留まっている。

確かに、その後、平成 30 年改正により、「柔軟な権利制限規定」を導入した。詳細は上

⁴⁵⁴ 加戸・逐条講義 pp.235-236。また、齊藤・著作権法 p.224 では、「制定法に重きを置くわが国のような法律思潮にはなじみ難いものであろう。」と指摘する。また、平成 30 年改正により柔軟な制限規定導入後も、前田健教授は、フェアユースは現状不要とされたとする。ただし、この前提は「個別的な権利制限規定の整備が余りに不足しており、著作権者の利益の意義が未確立な状況がある」ことが原因であり、権利制限規定が今後整備されることで、フェアユースが必要な場面が明確になるとする (前田健「柔軟な権利制限規定の設計思想と著作権者の利益の意義」同志社・挑戦 II p.245)。

⁴⁵⁵ 知的財産推進計画 2009 において検討されることとされた、いわゆる「日本版フェアユース」を受け、平成 23 年 1 月文化審議会著作権分科会報告書において、以下のとおりとされた (同報告書 p.44 以下)。日本版フェアユース 3 類型 (いわゆる「ABC 類型」とは、具体的には、(A) その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの (著作物の付随的利用)、(B) 適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的量的に社会通念上軽微であると評価できるもの (適法利用の過程における著作物の利用)、(C) 著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用 (著作物の表現を享受しない利用) である (奥郵弘司「フェア・ユース再考～平成 24 年改正を理解するために～」コピーライト 629 号 (2013) p.2 以下)。

野教授及び立法担当者等の論考に委ねる⁴⁵⁶が、2017年4月に出版された文化審議会著作権分科会報告書⁴⁵⁷では、全4章にわたり、第4章は「著作物等のアーカイブの利活用促進」であり、前章で述べたほう31条の改正や47条の改正に繋がっている。

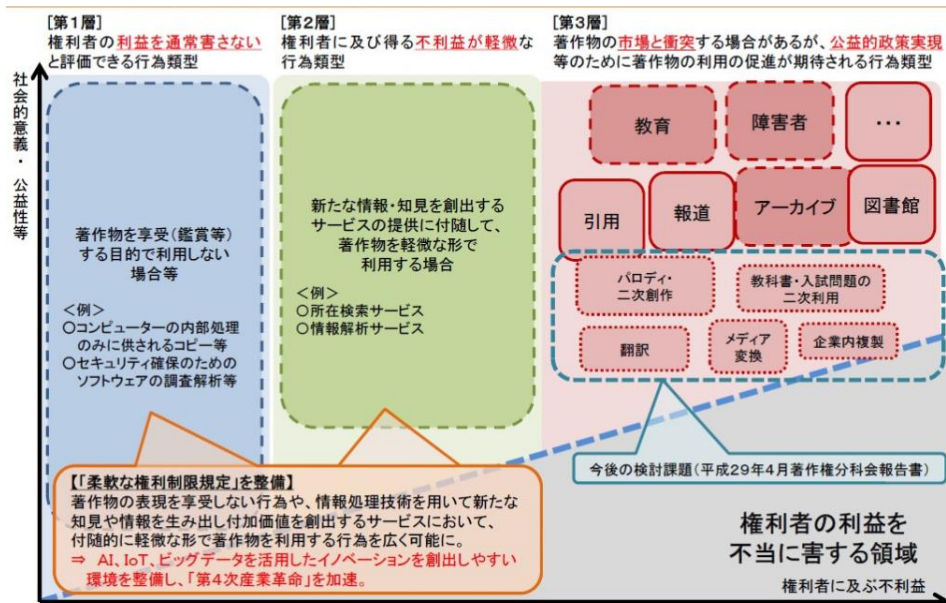


図4：権利制限規定の類型（出典：文化庁）

その他、概要で示した上記図が象徴的である⁴⁵⁸。第1層～第3層に分け、権利侵害の程度は、階層の上昇に比例して高まるが、公益性故に一定の条件のもと利用可能とする。デジタルアーカイブは明示的に第3層に帰属させている。

この制度設計は、アメリカ著作権法と比較すると、立法により制度設計を行うことを明示したと評価できる。また、「柔軟な権利制限規定」とは、具体的には①第1層における、法30条の4柱書を各号に該当しない場合の受け皿規定、②第2層における法47条の4、

⁴⁵⁶ 上野達弘「平成30年著作権法改正について」高林龍ほか『年報知的財産法2018-2019』（日本評論社、2018）pp.1-27、松田政行編、澤田将史ほか・前掲『著作権法コンメンタル別冊平成30年・令和2年改正解説』（勁草書房、2022）pp.3-123〔澤田将史〕、立法担当者も含む対談形式の記事として、加戸守行ほか「座談会平成30年改正著作権法施行に伴う柔軟な権利制限規定による著作物の利用拡大とこれからの課題(上)」NBL1143号(2018)pp.4-22、「同(中)」NBL1144号(2018)pp.36-41「同(下)」NBL1145号(2018)pp.31-37、前田健「柔軟な権利制限規定の設計思想と著作権者の利益の意義」同志社・挑戦II pp.-224-245も参照。

⁴⁵⁷ 文化審議会著作権分科会（平成29年4月）「文化審議会著作権分科会報告書」
https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf

⁴⁵⁸ 3つの層の類型の詳説として、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（9・完）」知的財産法政策学研究61号(2021)pp.41-47参照

法 47 条の 5 をいう⁴⁵⁹。しかし、デジタルアーカイブとの関係で言えば、第 3 層においては、柔軟な権利制限規定の実現には至っていない。この点から、デジタルアーカイブにおける公益的利用に関しては、未だ課題があるといえる。

しかし、そもそも、アメリカ著作権法 107 条は、「複製その他 106 条に定める手段による使用」と限定されており、一般的な権利制限規定として著名であるが、その成立までには、1841 年のフォーサム判決⁴⁶⁰以来、判例法上生成された法理の結晶化であり、この判例法の確認的規定が同条である⁴⁶¹。

わが国の（判例法理に委ねずに）立法による制度設計をすることとしたこと、そして、アメリカ著作権法のフェアユースの生成過程を踏まえれば、立法事実の存在を前提とし、やはり第 3 層においても立法化が第一義的には、望ましい。その際に第 1 層、第 2 層のような制度設計が注目される。そもそも、第 3 層にデジタルアーカイブを置いているが、権利侵害の程度が軽微な場合もあり得るのではないか。

また、公益目的で置かれているが、それを実現するためにデジタルアーカイブを行う機関が MLA など公共機関に限られるともいえない（企業アーカイブや地域資源のデジタルアーカイブのような草の根のような取組みも存在する。）。

この点においても、やはり特許法 93 条のような制度設計は、検討に値する。なぜなら、公共の利益目的であれば、政府に限らず、特に必要があれば、誰でも協議を求めることができ、協議不調の場合は、経済産業大臣に裁定請求をすることができる⁴⁶²とされているからである⁴⁶³。申請はあったものの、裁定は 1 件もなく、その基準も極めて厳しい要件が課されている⁴⁶³上に、手続に時間がかかり、現実的には、政治的な問題として解決されるとされている⁴⁶⁴。したがって、その要件については著作権法独自の考慮要素が必要であるが、

⁴⁵⁹ 上野達弘「平成 30 年著作権法改正について」高林龍ほか『年報知的財産法 2018-2019』（日本評論社、2018）p.26

⁴⁶⁰ Folsom v. Marsh, 9F. Cas. 342(C.C.D.Mass.1841)

⁴⁶¹ 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』（太田出版、第 2 版、2008）p.111。したがって、アメリカ判例法の沿革を無視して、日本にフェアユースを導入するという安易な考えについては消極的になるべきであろう。

⁴⁶² 特許庁・逐条解説 p.320。また、吉藤・特許法 p.544 は、特許法 83 条（不実施の場合の裁定通常実施権）のうち、公益性が強い場合は同条の要件に関係なく、その発明の適当な実施が確実に行われるようにするための規定であると説明する。

⁴⁶³ 経済産業省工業所有権審議会「裁定制度の運用要領」（昭和 50 年 12 月 1 日決定、平成 9 年 4 月 24 日改正）（https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/senryaku_wg/document/07-shiryou/paper12.pdf）

⁴⁶⁴ 中山信弘『特許法』（弘文堂、第 4 版、2019）pp.571-572

発想としては、現行の裁定等による利用を定めた法 67 条と比較すると⁴⁶⁵、文化、公共政策的な目的による協議を前提とする著作物の利用権付与は、権利「制限」規定からの発想の転換が必要ではあるが、認める余地はあろう。

第 8 節 結語

1. コンテンツの属性と文化政策としての著作権法

著作権法は、「文化の発展に寄与」することを目的とする（同法 1 条）が、その内実は、文化的表現の多様化にあり、そのためには、一般的に表現主体の経済的基盤を安定させることが必要である⁴⁶⁶。政府が採り得る文化芸術政策の中で、著作権法の制度設計はその一つに過ぎない。音楽や映画を中心にコンテンツビジネスに欠かせない規制であり、種々の議論が注目されているところであるが、他方で文化政策の法制度としても重要である（同時に、文化芸術政策の観点からの検討も重要である⁴⁶⁷）。

著作権法は、コンテンツの種類によって、支分権が異なることがあるが（例えば、法 26 条）、著作権者の属性によって区別していない。ところが、著作物を使用するユーザの属性や利用態様によって支分権が制限され、反射として利用が可能となる構図をとっている。これは、利用権を与えているのではなく、条文の見出しにもあるように「権利制限」ではない。

一定の範囲内で図書館が著作権法上の「聖域」となっていた⁴⁶⁸が、それは、図書館の公共性、国民への情報提供の拠点として、重要視されていたからであろう。

デジタルアーカイブ化は、無体物のコンテンツが行う場合とそうでない場合、それが非営利目的・営利目的である場合の 4 パターンがある。しかし、公共機関が非営利目的で行うデジタルアーカイブ化においても、（特に、地域博物館を中心に）最終的には、観光客を増加させる効果をもたらす場合があり、営利性で区分することは意味がなく、要件とすることは適当ではないが、ビジネスの一環としてデジタルアーカイブ化がされたとしても、その運用が利用者のコスト負担等によって支えられなければ、情報生成のサイクルの維持が困難となり、その維持の永続性には疑問がある。また、結果的には、収集されたコンテンツは、公共的な価値があれば、MLA 連携の中に組み込まれる点においては、コンテンツの属性は長期的には文化政策に取り込まれるため、考慮する必要性は低いと考える。

⁴⁶⁵ 法 67 条から 70 条までは著作物の利用に関する強制許諾規定を置いている。しかし、「著作権者と連絡することができないとき」が基本的要件であり、著作権者が拒んだ場合は、権利許諾が認められない。具体的な裁定手続は、加戸・逐条講義 pp.525-526 参照。

⁴⁶⁶ 小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究 Vol.8（2010）p.258

⁴⁶⁷ 小島・同上 p.259

⁴⁶⁸ 山本順一「図書館とデジタル情報資料」青弓編集部編『情報は誰のものか？』（青弓社、2004）p.204

2. 契約的規制との関係

法 31 条 6 項（令和 3 年改正前 2 項，以下同じ。）は，対象となる著作物の種類を限定していない⁴⁶⁹。しかし，国立国会図書館と関係者団体との合意により，映画や音楽の著作物は除外されているのが現状である（国立国会図書館「資料デジタル化に関する協議」参照）。文化政策的には，これらの合意によって除外されたものが，入手可能であれば，その合意については，文化政策的には，著作権者の利益もあるので，有効であろう。

しかし，今後，それが国民にとって入手不可能となった場合に，当該合意に反して記録媒体に記録することは債務不履行（民法 415 条）を構成すると解してよいのかは疑問⁴⁷⁰である。

合意によって，デジタルアーカイブ化が半永久的に阻害されると（特に，契約によるオーバーライドがある場合⁴⁷¹），結果的に，著作権法で認めている権利制限が蔑ろになり，文化政策的には問題であろう。したがって，著作権が切れた場合は，確実に法 31 条 6 項による記録が認められるべきであるし，入手困難な場合のデータ提供についても，関係団体からのデータの譲渡を解釈上可能にするか，前述した特許法 93 条趣旨から，著作物の法定利用権の設定に関する規制を新設することで対応することになるだろう。

3. 著作者人格権との関係

本章では対象とはしなかったが，MLA 連携にあたっては，著作者人格権との問題もある。法 18 条が公文書管理法との関係で平成 24 年に改正がされたように，特に，同一性保持権の点は保存，修復にあたっては調整規定が必要な場合もあり得る。また，著作（財産）権を譲渡しても，著作者人格権は譲渡されないことから，資料の扱いにあたっては，その点の配慮も必要となる⁴⁷²。

4. 小括

MLA 連携における著作権法上の問題を中心に論じたが，MLA 連携の円滑化のための立法政策の問題は，そのまま文化政策の在り方と直結する。

⁴⁶⁹ 池村聡=壹貫田剛・著作権法 p.133[壹貫田]

⁴⁷⁰ 正確には，行政上の契約に該当する（塩野宏『行政法 I』（有斐閣，第 6 版，2015）p.206）ことから，さらに，民法総則の適用の可否が問題となる。

⁴⁷¹ 曾野裕夫「情報契約と知的財産権」ジュリスト 1176 号（2000）p.88，潮海久雄「デジタル情報契約と著作権法の関係:序章的考察」L&T24 号（2004）p.26 参照。

⁴⁷² 久保正敏「博物館資料の整理と情報化」吉田憲司編『博物館概論』（放送大学教育振興会，2011）p.135

そして、MLA 連携にあたって、最も重要なことは、相互の役割分担、利害調整、あるいは提携協調について配慮し、総体として文化資源の効果的な利用促進を国民・市民に提供できているかという視点が関係者に求められていることはいうまでもない。

現状の MLA 機関のアーカイブ実現に向けた権利制限規定が整備されたという見方もできるが、龍村全弁護士は、「まだまだその解放は不十分であるとの見方もあり得え、一層のデジタルアーカイブの構築、利活用を可能とする環境づくりに抜本的なブレイクスルーが見出せない間は、現在の法制度を前提とし、パッチワークのように断片的に権利処理を重ねて問題を解決せざるを得ない状況が続くものと推測される」と指摘する⁴⁷³。

今後は、より MLA 連携の重要性を訴えていくことによって、デジタルアーカイブの充実化をはかり、国民・市民が文化資源を最大限活用できる制度設計が求められている。

⁴⁷³ 龍村全「デジタルアーカイブの法整備：著作権法との関連から捉えられたアーカイブ機関」デジタルアーカイブ学会誌 Vol. 4, No. 3 (2020) p.273

第5章 著作権以外の「権利の壁」の制限可能性－肖像権を例に⁴⁷⁴

デジタルアーカイブにおける「権利の壁」が著作権以外にもパブリシティ権⁴⁷⁵や肖像権などが存在する。そこで、肖像権に関する問題と、それを解決しようとする理論的な解釈及び実践的な取組みを述べる⁴⁷⁶。

第1節 コロナ禍とデジタルアーカイブ

コロナ禍において、世界的に外出制限がされ、博物館・美術館が世界的に閉館している最中、世界最大の文化遺産のためのデジタルプラットフォーム Europeana⁴⁷⁷の年間レポートによると、2019年の同時期と比較して2020年のトラヒックは2倍近く増加している⁴⁷⁸。

わが国でも、毎年出される「知的財産推進戦略」においては、デジタルアーカイブ⁴⁷⁹への取組みが政策課題となっている。去年は、「クリエイション・エコシステム」(＝質の高いコンテンツが持続的に産み出され続け、コンテンツの利用に応じ、クリエイターが適切な評価や収益を得られ、それを基に新たな創作活動を行うことで、コンテンツ市場が維持されるエコシステム)の構築の1つとして、「デジタルアーカイブ社会の実現」が挙げられている。デジタルアーカイブは、知識や技能、文化的・歴史的資源を効率的に共有し、未来に伝え、現在のみならず将来の知的活動を支える基盤的役割を持っている。

その社会基盤として、国立国会図書館を筆頭に美術館、公文書館が取り組む文化資源のアーカイブの一手段ではあるが、2020年8月に分野横断型の文化資源検索サイト「JAPAN

⁴⁷⁴ 本節は、拙稿「デジタルアーカイブを中心とする肖像権の権利処理の円滑化に向けた取組み～「肖像権ガイドライン」にみる我が国の最近の自主規制、共同規制の動向」InfoCom T&S World Trend Report No.386 (2021) pp.24-33をもとに、加除修正したものである。

⁴⁷⁵ パブリシティ権につき、拙稿「デジタルアーカイブ化されるオープン型コンテンツの権利処理において残存あるいは生成されるパブリシティ権の限界」情報処理学会論文誌 56 巻 3 号 (2015) pp.1099-1106 参照。

⁴⁷⁶ 特に、デジタルアーカイブにおける権利処理に関する問題としては、故人が対象となることが多い(現存する個人であれば、承諾を得るべきだからである。)。また、近年、AIなどにより「再現」することで問題も生じている(福井健策「よみがえる故人たち－偉人アンドロイド・作家 AI と肖像権、著作権、尊厳－」総務省 学術雑誌『情報通信政策研究』5 巻 1 号 (2021) pp.131-144 参照)。

⁴⁷⁷ Europeana ウェブサイト (<https://www.europeana.eu/en>)

⁴⁷⁸ EUROPEANA DSI-4 Annual report, August 2020

([https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Europeana%20DSI-4_Annual%20report%202020_PDF%20\(Interactive\)_V1.1_spread.pdf](https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Europeana%20DSI-4_Annual%20report%202020_PDF%20(Interactive)_V1.1_spread.pdf))

⁴⁷⁹ デジタルアーカイブの意義は、多義的であるが、「特定の目的に沿って情報資源を収集・組織化・利用提供・保存できる仕組み(施設, 組織, 機能など)」と指定できる(柳与志夫『デジタルアーカイブの理論と政策』(勁草書房, 2020) p.68 参照)。

SEARCH⁴⁸⁰」が立ち上がるなど、デジタルであることを活かした「連携」にその特徴がある。

第2節 肖像権という「権利の壁」

しかし、このように連携できるデータとするためには、「権利の壁」が立ちだかる。典型例は著作権である。著作権の権利処理を行う際は、①その作品や資料が著作物にあたるか、②著作物の場合は保護期間中（著作権法 51 条～57 条）か、③保護期間中の場合は、権利制限規定（同法 30 条～50 条）の適用を受けることができるか、④いずれでもなければ著作権者の利用許諾（同法 63 条 1 項）を得る必要がある⁴⁸¹。保護期間の計算及び権利制限規定の判断の困難さ、利用許諾を得る相手が不明の著作物などこれだけでも困難である。

もっとも、著作権だけが権利処理ではない。その1つが震災アーカイブなどで問題となる「肖像権」である。肖像権は判例上認められた法律に明文のない権利である。肖像権の侵害行為は不法行為であり、損害賠償責任を負う可能性がある。このリスクで過度に委縮してデジタルアーカイブが公開できないことになれば、将来の知的活動にも影響が出る。そこで、デジタルアーカイブ学会（以下「DA 学会」という）⁴⁸²は、2021 年 5 月 6 日、アーカイブ機関の自主的な公開判断の指針として、4 月 19 日に「肖像権ガイドライン」（以下、単に「GL」という。）を正式承認し、公表した⁴⁸³。

GL は、企業活動においても重要であり、そこには 2 点の意義がある⁴⁸⁴。

第 1 に、アーカイブ機関は、非営利機関だけで完結せず、企業も関係するからである。確かに、知的財産推進計画においても、デジタルアーカイブ政策は国立国会図書館を中心として、図書館、美術館、博物館、公文書館といった文化施設が中心となっている。しかし、営利機関においてもデジタルアーカイブは地域振興や企業メセナの観点から無関係ではない。

例えば、NTT グループでは、NTT 東日本が 2019 年 10 月に「地域の文化芸術伝承を通じた地方創生の取り組み」として、文化資源の利活用に通信ビルや高速ネットワークを提供するサービス、パートナーとの協業による VR やプロジェクトンマッピングなどの

⁴⁸⁰ JAPAN SEARCH ウェブサイト (<https://jpsearch.go.jp/>)

⁴⁸¹ 生貝直人「デジタルアーカイブの構築に関わる法制度の概観」福井健策監修、数藤雅彦責任編集『デジタルアーカイブベーシックス 1 権利処理と法の実務』（勉誠出版、2019）pp.1-2

⁴⁸² デジタルアーカイブ学会ウェブサイト (<http://digitalarchivejapan.org/>)

⁴⁸³ デジタルアーカイブ学会肖像権ガイドライン (<http://digitalarchivejapan.org/bukai/legal/shozoken-guideline>)

⁴⁸⁴ シンクタンクの研究員が取り上げる例として、茅屋早百合「デジタルアーカイブの動向と展望」NRI パブリックマネジメントレビュー Vol.202(2020 年 5 月)

(<https://www.nri.com/jp/knowledge/publication/mcs/region/1st/2020/05/03>)

「触れる機会」の提供を公表している⁴⁸⁵。また、デジタルアーカイブの「デジタル化」には、高精細・高画質なアーカイブデータの生成には、高度な技術や投資が必要となるため、凸版印刷では、「デジタルアーカイブソリューション」として、アーカイブ以外の周辺部分も含めたトータルソリューションを提供する⁴⁸⁶など、デジタルアーカイブに関連するサービスがわが国でも展開され始めている⁴⁸⁷。

海外に目を向けると、ドイツテレコムは、ドイツ通信博物館の運営母体の財団法人を支援し⁴⁸⁸、AT&T は、テキサス州ダラスに AT&T のネーミングライツを得たアートセンターを設置する⁴⁸⁹など、情報通信企業の文化芸術支援の例がある。

第 2 に、GL は企業にとっても有用だからである。これまで、プロバイダ責任制限法の関係で、関係団体は、名誉棄損、著作権などについては、自主的なガイドラインを策定し運用してきた実績があるのに対し、肖像権に関する主だった自主的なガイドラインは存在しなかった。DA 学会の GL は営利・非営利問わず、かつ、アーカイブ機関に限らず、メディア、研究・教育、映像等の各種機関においても、自主的なガイドラインを策定する参考にすることができる。したがって、日本における肖像権の権利処理におけるプラクティスの底上げになる可能性を秘めている。

そこで、本稿では、まず、肖像権の意義と GL の概説的な紹介をし、次に、このような GL の有用性を検証すべく、知財分野を中心に、ガイドライン策定状況と今後の展開を検討する。

第 3 節 「肖像権」とは何か

肖像権が問題となった事案は、昭和 44 年の最高裁に遡る。デモ行進に際して警察官が犯罪捜査のため写真撮影した行為の適法性が争われたのである。最高裁は、「個人の私生活上の自由の 1 つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう、姿態を撮影されない自由を有する」と判示し（ただし、控訴審が「肖像権」という表現を用いたのに対し、最高裁は、「これを肖像権と称するかどうかは別として」と留保をつけている）⁴⁹⁰、その後も多く最高裁判例で引用されている⁴⁹¹。速度違反を取り締まるいわゆるオービスでの

⁴⁸⁵ https://www.ntt-east.co.jp/release/detail/20191025_01.html

⁴⁸⁶ <https://www.toppan.co.jp/solution/service/digitalarchive/>

⁴⁸⁷ 茅屋早百合＝小林慎太郎「『デジタルアーカイブ産業』の方がと期待」時実象一監修、久永一郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 5 新しい産業創造へ』（勉誠出版、2021）p.157 表 1 参照

⁴⁸⁸ <https://www.museumsstiftung.de/museumsstiftung/>

⁴⁸⁹ AT&T Performing Arts Center (<https://www.attpac.org/>)

⁴⁹⁰ 最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁（京都府学連事件）

⁴⁹¹ 比較的最近では、住基ネットの合憲性が争われた事案でも引用されている（最判平成 20 年 3 月 6 日民集 62 卷 3 号 665 頁）。

容ぼうの自動写真撮影についても、同様の判断をしている⁴⁹²。これだけでは、肖像権の意義が不明であるが、後述の平成 17 年の最高裁事件の担当調査官によれば、(何が本質か争いのある) プライバシー権とは異なり、判例では、肖像写真に関する人格的利益と捉えている⁴⁹³。

しかし、上記は刑事事件であり、私人間の問題として、いかなる場合に不法行為として、肖像権侵害となるか、不明確であった。それを明らかにしたのが、平成 17 年の最高裁判例である。写真週刊誌のカメラマンが刑事事件の法廷において、被疑者の動静を報道する目的で手錠、腰縄付きの状態の被疑者の容貌、姿態を無断で撮影、公表した行為が肖像権侵害にあたるか争われた。

最高裁は、無断で写真撮影しても直ちに違法になるのではなく、①被撮影者の社会的地位、②被撮影者の活動内容、③撮影の場所、④撮影の目的、⑤撮影の態様、⑥撮影の必要性の 6 つの要素等を「総合考慮」して、行為の違法性が決まるとした⁴⁹⁴。

上記のとおり、平成 17 年の事件を含め、最高裁は、一貫して「肖像権」の用語を用いていない(下級審裁判例では用いるものもある⁴⁹⁵)。

第 4 節 デジタルアーカイブ学会「肖像権ガイドライン」の概要⁴⁹⁶

1. GL の意義と経緯

肖像権の意義と裁判例を俯瞰すると、肖像権が問題となるコンテンツについては、概ね次の 3 点が示唆される。

第 1 に肖像権は権利の輪郭が明白でないこと、第 2 に権利範囲が画定できても、権利処理にあたっては、公表の目的によって適法・違法の判断が変わり得ること、第 3 にアーカイブ機関の担当者からすれば、以上の点を考慮すれば、権利侵害の有無が判断は困難なこと、の 3 点である。結果として、アーカイブ化への委縮が生じる。

デジタルアーカイブの委縮は、冒頭に述べたような知的活動を支える基盤が脆弱化する可能性がある。そこで、従来の裁判例の考え方を参考にし、総合考慮の方法として、GL において考慮要素を数値化し、「ポイント計算」によることで、現場でも肖像権の判断基

⁴⁹² 最判昭和 61 年 2 月 14 日刑集 40 卷 1 号 48 頁

⁴⁹³ 太田晃詳「最判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成 17 年度版(下)』(法曹会, 2008 年) 788 頁

⁴⁹⁴ 最判平成 17 年 11 月 10 日民集 59 卷 9 号 2428 頁(法廷内撮影事件)

⁴⁹⁵ 筆者が判例データベースで検索した直近のものとして、東京地判令和 2 年 12 月 10 日

LEX/DB25586514, 東京地判令和 2 年 9 月 24 日 LEX/DB25571079, 東京地判令和 2 年 6 月 26 日

LEX/DB25571025 など

⁴⁹⁶ 関係者による解説として、福井健策「肖像権ガイドラインの試みと、故人再生の法律問題」コピライ
ト 729 号(2022) pp.2-24 参照

準を一定程度まで客観化することを目的として GL は作成されている。

もっとも、この GL は直ちに法的アドバイスや法的見解を表明するものではなく、デジタルアーカイブ機関において肖像権の問題を検討する上での、主要な判断基準や考慮要素等を示すことを主に意図しており、そのような趣旨で、「肖像権に向き合うための考え方のモデル」と表記している（GL2 頁脚注 6）。

肖像権の権利処理の困難さは、DA 学会設立当初から、問題提起されており⁴⁹⁷、そこから、GL 公開に至るまでには、DA 学会法制度部会長の福井健策弁護士、同副会長の数藤雅彦弁護士を中心に、肖像権がデジタルアーカイブ振興の「権利の壁」として立ちのぼること、その解決手段としてのガイドラインの必要性を訴えている⁴⁹⁸。DA 学会は、全 3 回の円卓会議⁴⁹⁹、新潟大学⁵⁰⁰、関西大学⁵⁰¹、愛知川図書館⁵⁰²、神奈川県立歴史博物館、NHK アーカイブスでの実証実験⁵⁰³、DA 学会研究大会でのワークショップ⁵⁰⁴、NPO 法人エンターテイメント・ローヤーズ・ネットワークでの定例研究会⁵⁰⁵、毎日新聞主催のシンポジウム⁵⁰⁶といった法律家や報道機関での議論を経ている。

⁴⁹⁷ DA 学会第 1 回公開シンポジウム（2017 年 12 月 5 日）「著作権だけではない！ デジタルアーカイブと法制度の新たな課題解決にむけて」（<http://digitalarchivejapan.org/symposium/houseido>）

⁴⁹⁸ 福井健策「花開くデジタルアーカイブと著作権・肖像権・所有権の壁」コピーライト No.690(2018)pp.2-27、数藤雅彦「インターネットにおける肖像権の諸問題：裁判例の分析を通じて」情報の科学と技術 70 巻 5 号（2020）pp. 231-237

⁴⁹⁹ 松田真「肖像権ガイドライン円卓会議」参加報告」デジタルアーカイブ学会誌 4 巻 1 号（2020）pp.62-63、鶴田実里「第 2 回肖像権ガイドライン円卓会議 IN 関西」参加記」同 4 巻 3 号（2020）pp.305-307、千葉毅「第 3 回肖像権ガイドライン円卓会議参加報告」同号（2020）p.308-310

⁵⁰⁰ 新潟大学「にいがた地域映像アーカイブ」（<https://arc.human.niigata-u.ac.jp/malui/#!page1>）その内容は、原田健一＝数藤雅彦「肖像権ガイドライン（案）」実証実験・報告：新潟大学地域映像アーカイブの実例」デジタルアーカイブ学会誌 4 巻 4 号（2020）pp.360-366 参照

⁵⁰¹ 関西大学「コロナアーカイブ」（<https://www.annex.ku-orcas.kansai-u.ac.jp/s/covid19archive/page/covidmemory>）その内容は、菊池信彦ら「デジタルパブリックヒストリーの実践としての「コロナアーカイブ@関西大学」」デジタルアーカイブ学会誌 5 巻 1 号（2021）pp.32-37

⁵⁰² 愛知川図書館「あいしょうデジタルライブラリー」（<https://www.town.aisho.shiga.jp/toshokan/library/index.html>）

⁵⁰³ 大高崇「放送アーカイブ活用に向けて「顔消し」はどこまで必要か？～肖像権ガイドライン（案）を契機に～」放送研究と調査 70 巻 3 号（2020）pp.30-48

⁵⁰⁴ DA 学会第 5 回研究大会ワークショップ「肖像権ガイドライン実証実験の報告と今後の展開」（<http://digitalarchivejapan.org/kenkyutaiikai/5th/workshops#portrait>）

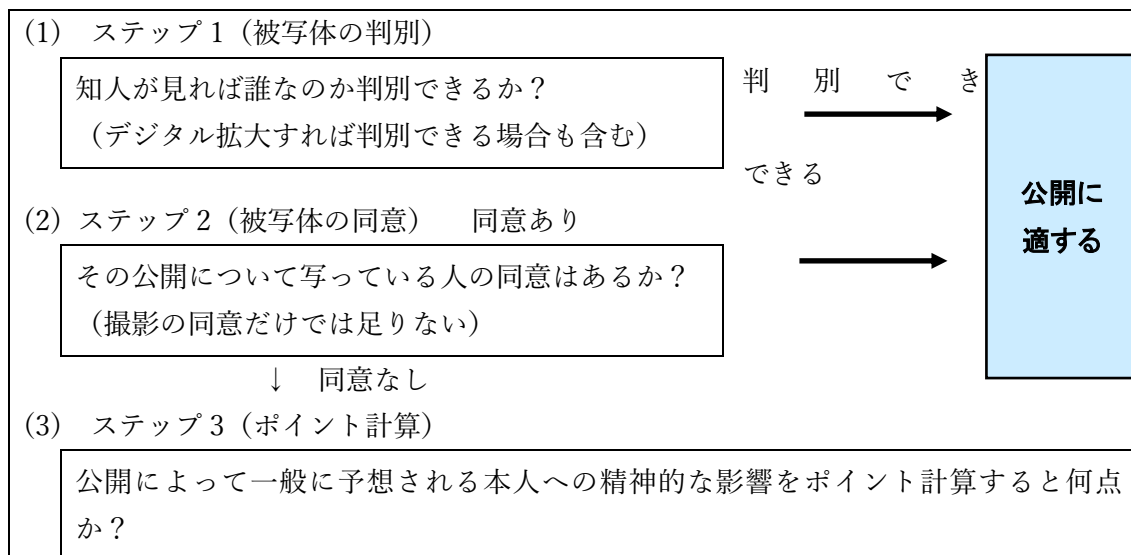
⁵⁰⁵ 2021 年 1 月定例研究会「デジタルアーカイブ学会法制度部会公表の「肖像権ガイドライン案」について」（<http://www.j-eln.org/>）

⁵⁰⁶ 毎日メディアカフェ「危機の時代とデジタルアーカイブ～「肖像権ガイドライン」の必要性と可能性を考える」（<https://mainichimediacafe.jp/eventcal/?yy=2021&mm=3#17149>）

2. GL のフローチャート

GL では、肖像権の公開に適するか判断するためのステップとして下表を示す。

表 5：GL における公開判断フローチャート



(出典：GL 第 2 の 2 より抜粋)

そして、ポイント計算は小括の後の表の項目をもとに計算し、その結果を図表 2 に照らして判断する（本稿では、ポイント計算の表のみが独り歩きすることを避けるために、不完全な形で掲載したので、必ず参考にする際は、原典をご確認いただきたい）。この判断は絶対ではなく、文化・宗教的な理由でアーカイブに適さない例もあることや、遺体・重傷者等の写真を表示する際のゾーニングの設定、オプトアウトの方法（事後的に本人からの申出を受けて、公開範囲の限定や、マスキング、公開取下げ等を行うこと）を設けることもあり得る。

表 6：ポイント計算結果と公開の適否の関係

0 点以上	公開に適する
-1～-15 点	下記のいずれかの方法であれば公開に適する ・ 公開範囲を限定（例：館内、部数限定の研究誌など） ・ マスキング
-16～-30 点	下記のいずれかの方法であれば公開に適する ・ 厳重なアクセス管理（例：事前申込の研究者のみ閲覧） ・ マスキング

-31 点以下	マスキングを施せば公開に適する
---------	-----------------

(出典：GL 第 2 の 3 より抜粋)

実際のポイント計算例は、GL や公表された論文の図表に一例があるので、そちらで確認できる⁵⁰⁷。この点数はデジタルアーカイブ機関における自主的なガイドライン作りの参考・下敷きにして検討されるものであり、何らの法的アドバイスでも見解の表明でもない。ガイドライン利用者ごとの判断により、公開目的や写真の性質に応じて、項目又は点数の増減等のアレンジを行うことを想定しており、DA 学会もそのようなアレンジを推奨している。実際、GL に基づき、平成以降の過去の肖像権に関する裁判例 25 件を検討との整合性を検討すると、判決の結論と整合しない裁判例が 3 件あることの評価も、各利用者において判断する必要がある (GL 第 6)。

第 5 節 企業におけるガイドラインの活用可能性

ところで、GL を学会が公表する例は珍しいが、近年、自主規制の 1 つとして、行政や業界団体が自主的なガイドラインを設ける例は増えてきている。肖像権と関連するものとして、従前より、インターネットプロバイダ企業は、名誉棄損、プライバシー侵害、著作権侵害などについて、プロバイダ責任制限法を前提に各種のガイドラインに準拠した対応をしている (下表参照)。

表 7：プロバイダ責任制限法関連の主なガイドライン

策定団体	表題	公表時期	概要
一般社団法人テレコムサービス協会 (プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会)	プロバイダ責任制限法名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン ⁵⁰⁸	2002.5 (第 4 版 2018 年 3 月)	名誉毀損・プライバシーを侵害する情報の流通に対するプロバイダ等による迅速かつ適切な対応を促進し、もってインターネットの円滑かつ健全な利用を促進することを目的とするもの
一般社団法人テレコムサービス協会 (プロバイダ責任制限法ガイド)	プロバイダ責任制限法著作権関係ガイド	2002.5 (第 2 版 2003.11)	上記の目的で著作権に対応したもの

⁵⁰⁷ 原田=数藤・前掲論文「「肖像権ガイドライン (案)」実証実験・報告：新潟大学地域映像アーカイブの実例」表 1 参照

⁵⁰⁸ プロバイダ責任制限法名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン (https://www.telesa.or.jp/ftp-content/consortium/provider/pdf/provider_mguideline_20180330.pdf)

ライン等検討協議会著作権関係WG)	ライン ⁵⁰⁹		
一般社団法人テレコムサービス協会（プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会）	プロバイダ責任制限法商標権関係ガイドライン ⁵¹⁰	2005.7	上記の目的で商標権に対応したものの
（一社）電気通信事業者協会，（一社）テレコムサービス協会，（一社）日本インターネットプロバイダー協会，（一社）日本ケーブルテレビ連盟	インターネット上の違法な情報への対応に関するガイドライン ⁵¹¹	2006.11 （最新版 2014.12）	児童ポルノなど，違法な情報について，第三者機関が情報の違法性を判断して電子掲示板の管理者等に対して送信防止措置を依頼する手続等を整備することにより，違法な情報への送信防止措置が促進されることを目的とするもの
一般社団法人テレコムサービス協会（プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会）	プロバイダ責任制限法発信者情報開示関係ガイドライン ⁵¹²	2007.2 （第7版 2021.3）	発信者情報の開示が認められた裁判例等を参考として，プロバイダ責任制限法4条の要件を確実に満たすと考えられる場合について，可能な範囲で明確化したもの
一般社団法人セーフターインターネット協会（SIA）	権利侵害明白性ガイドライン ⁵¹³	2021.4.5	裁判外での開示が円滑に進むため，プロバイダ責任制限法の「権利侵害明白性」要件について示したもの

また，最近，インターネット上の誹謗中傷が社会問題化され，総務省では，前後して，「発信者情報開示の在り方に関する研究会」によって，プロバイダ責任制限法の検討が始

⁵⁰⁹ プロバイダ責任制限法著作権関係ガイドライン (https://www.telesa.or.jp/ftp-content/consortium/provider/pdf/provider_031111_1.pdf)

⁵¹⁰ プロバイダ責任制限法商標権関係ガイドライン (https://www.telesa.or.jp/ftp-content/consortium/provider/pdf/trademark_guideline_050721.pdf)

⁵¹¹ インターネット上の違法な情報への対応に関するガイドライン (https://www.telesa.or.jp/ftp-content/consortium/illegal_info/pdf/20141215guideline.pdf)

⁵¹² 「プロバイダ責任制限法発信者情報開示関係ガイドライン」 (https://www.telesa.or.jp/wp-content/uploads/hguide_20200330.pdf)

⁵¹³ 一般社団法人セーフターインターネット協会「【プレスリリース】権利侵害明白性ガイドラインの公表と権利侵害明白性ガイドライン相談窓口設置について」 (<https://www.saferinternet.or.jp/info/17309/>)

まり、2020年8月に中間取りまとめ、12月に最終取りまとめが公表された⁵¹⁴。同研究会ではプロバイダ責任制限法における発信者情報開示の課題と円滑な被害者救済について検討がなされ、4月21日に参議院で成立したプロバイダ責任制限法の改正につながった。

さらに、2021年4月27日からは、公益財団法人商事法務研究会において、法務省、最高裁民事局がオブザーバ参加し、インターネット上の誹謗中傷の法的問題に関する有識者検討会が開催されている。検討会は2021年12月現在、進行中であるが、たたき台の論点には、肖像権侵害に関する項目だけでも、「違法性及び差止請求の判断基準や判断の在り方」「書き込みを削除しないプロバイダ等の責任」「ハード・ローとソフト・ローの役割分担」がある⁵¹⁵。

第6節 小括

DA学会のGLと最近のソフトローの動向について取り上げた。学術団体がガイドラインを策定する点に目新しさはあるが、肖像権侵害による損害賠償責任、という大枠だけが政府規制として存在する中で、その枠内において、いかに自律的に団体が活動できるのか、指針を示す点では、共通する側面がある。非営利のアーカイブ機関においては多少認知されているが、今後、このGLを契機に民間団体においても肖像権の権利処理の取組が進むことを期待したい。

表8：ポイント計算の一例（GLの一部抜粋のため、詳細は原典参照）

1 被撮影者の社会的地位	<input type="checkbox"/> 公人（例：政治家）（+20） <input type="checkbox"/> 著名人（例：俳優，芸術家，スポーツ選手）（+10） <input type="checkbox"/> 16歳未満の一般人（-20） ※ ただし保護者の撮影に対する同意が推定できる場合は減点しない など
2 被撮影者の活動内容	2-1 活動の種類 <input type="checkbox"/> 歴史的イベント，歴史的行事（例：オリンピック，万博）（+20） <input type="checkbox"/> 社会性のある事件（歴史的とまでは言えないもの）（+10）

⁵¹⁴ 総務省「発信者情報開示の在り方に関する研究会」

(https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkyu/information_disclosure/index.html)

⁵¹⁵ 公益財団法人商事法務研究会「インターネット上の誹謗中傷をめぐる法的問題に関する有識者検討会」会議資料1参照。2022年1月には中間とりまとめが公表されている。特に、氏名権、肖像権侵害のなりすましなどの根拠として、「アイデンティティ権」や、人格の同一性を保持する権利による差止等が検討されている点が注目される（中間とりまとめ pp.56-59）。

(<https://www.shojihomu.or.jp/kenkyuu/nethibouchusyo>)

	<p>2-2 被撮影者の立場</p> <p><input type="checkbox"/> 社会的偏見につながり得る情報（例：風俗業・産廃業への従事，ハンセン病関連）（-15）</p>
3 撮影の場所	<p><input type="checkbox"/> 公共の場（例：道路，公園）（+15）</p> <p><input type="checkbox"/> 撮影を予定している場所（例：相撲の升席）（+5）</p> <p><input type="checkbox"/> 管理者により撮影が禁止されている場所（例：コンサート会場，寺社）（-5）など</p>
4 撮影の態様	<p>4-1 写り方</p> <p><input type="checkbox"/> 大写し（-10）</p> <p><input type="checkbox"/> 画質が悪く容ぼう・姿態を判別しづらい（+10）</p> <p>4-2 撮影状況</p> <p><input type="checkbox"/> 撮影承諾の意思を推定可能（例：カメラにピースサイン，笑顔）（+5）</p> <p>※プロカメラマンによる取材のように，撮影者と被写体の関係性から承諾を推定できる場合も含む</p> <p><input type="checkbox"/> 撮られた認識なし（-10）</p> <p><input type="checkbox"/> 撮影拒絶の意思表示（例：手でカメラを遮ろうとする）（-20）</p> <p>4-3 被写体の状況</p> <p><input type="checkbox"/> 水着など肌の露出大（-10）</p> <p><input type="checkbox"/> 身体拘束（例：手錠・腰縄）（-10）</p> <p><input type="checkbox"/> 一般的に羞恥心をおぼえる状況（例：泥酔，喧嘩，悲嘆，事故の最中）（-5）</p>
5 写真の出典	<p><input type="checkbox"/> 刊行物（例：新聞，書籍，公的文献）等で公表された写真（+10）</p> <p><input type="checkbox"/> 遺族が存在しない故人に関する写真（+30）</p> <p><input type="checkbox"/> 代替性のない写真（+10）</p>
6 撮影の時期	<p><input type="checkbox"/> 撮影後 50 年以上経過（+40）</p> <p><input type="checkbox"/> 撮影後 20 年経過（+10）</p> <p>※ 撮影後 50 年を超える場合は，ガイドライン利用者の判断でさらに加点を設けることを妨げない（例：撮影後 70 年以上で+60 等）</p>

（出典：GL「別掲ステップ3のポイント計算リスト」より一部抜粋）

第6章 データの共有基盤と著作権法制

デジタルアーカイブのメリットはデータ間の「連携」がある。こうしたデータの共有を促進している分野が、研究成果のオープンアクセス、オープンジャーナル、政府の官民データ共有の枠組みである。前述した CC ライセンスを用いているが、こうしたデータ連携基盤の法的枠組みを概説し、次に、オープンアクセスをめぐる研究成果公表に関する著作権の管理について取り上げ、デジタルアーカイブ政策への示唆を得る。

第1節 学術情報流通におけるオープンアクセス

1. はじめに⁵¹⁶

知的財産法制の枠組の中で、文化コモンズが形成されている分野がある。それが学術情報の流通過程である。

若干、結論を先取りすると、実際、研究者が執筆する論文には、著作権が発生するが、この著作権を厳格に管理して、権利行使することは一般的には予定されていない。それが巡って自身の研究にも好影響を与えるというコンセンサスがあるからである。

仮に、厳格に管理する必要があるれば、営業秘密（不正競争防止法2条6項）として保護するか、権利行使やライセンスを予定している新規性のあるアイデアであれば、特許化を目指すからである。そこで、ケース研究として、学術情報流通における創作者である研究者、その集団である学会における著作権に対するスタンスと、それを享受するユーザである研究者とそれを取り巻く環境（主に、機関リポジトリを運営する図書館）に注目する。

2. オープンアクセスと学術論文の著作権

2.1 学会誌投稿規程と著作権管理

例えば、特許（日本弁理士会）に掲載された論文の著作権は著作者に帰属している⁵¹⁷。日本弁理士会のウェブサイトに掲載されている論文については、公衆送信権の許諾を得ている。そして、およその記事がウェブ公開され、印刷出版物の刊行と時間差があるものの、ウェブ公開により OA となっている。

もっとも、近年、定期刊行される印刷出版物として流通していた学会誌は、コストなどの点からオンライン出版のみに移行した学会もある。

⁵¹⁶ 本節は、拙稿「オープンアクセス時代における学術論文の著作権管理に関する一考察」特許 70 巻 5 号 (2017) pp.65-72 を法改正対応に加え、新たな研究成果を踏まえて加筆修正したものである。

なお、著作権法学者がこの点を扱った文献として、谷川和幸「研究・論文における著作物利用と著作権」上野達弘編『著作現場と研究者のための著作権ガイド』（有斐閣、2021）pp.157-196 参照

⁵¹⁷ 日本弁理士会ウェブサイト (https://www.jpaa.or.jp/info/monthly_patent/)

ところで、著作者と著作権者が一致している現象は、当然ではない。一般的にわが国の理系学会は、投稿規程に設けられた著作権の帰属に関する規定により、投稿論文を採録する際に、著作権譲渡契約を当該学会と締結し、著作権を学会に譲渡し、著作者人格権の不行使特約を締結することが多い。

先行研究では、傾向が顕著となり、2005年の調査では、理学、工学、医学・薬学、農学分野の学会論文の投稿規程の199誌のうち98%の学会が著作権の帰属に関する規定がある⁵¹⁸。しかし、著作権が著作者にある学会は2誌、97%が学会に著作権譲渡をする⁵¹⁹。

他方で、人文科学、社会科学系学会の著作権は、利用許諾の取り決めがなされるものの、権利自体は執筆者に留保されるのが一般的である⁵²⁰。

これも、先行研究でその傾向が明らかにされており、2006年時点では、人文科学系85誌のうち39%、社会科学系で87誌のうち、54%の学会誌で著作権に関する規定が設けられ、人文科学系で74%、社会科学系で76%が学会に譲渡すると規定されている⁵²¹。ところが、学会に当該規定がない場合もあり、著作権が著作者に帰属する割合は、心理学や社会学といった特定の分野を除けば、およそ70%以上の学会誌が、著作権を学会に譲渡しない。

さらに、比較的最近の調査では、わが国学協会誌掲載論文のうち、自然科学系の論文の多くがオンライン上で入手可能であるのに対し、人文学分野では43.7%、社会科学分野でも51.5%に留まるとされる⁵²²。この調査は、Cinii Article やサーチエンジンを用いた調査もしていることから、大学機関等のIRに掲載されているものは、上記の掲載率に含まれていると考えられる。つまり、掲載学会がウェブ公開しておらず、著作者もウェブ公開しない学術論文が文系分野では約半数を占めているといえる⁵²³。

2.2 研究成果公表としての学術論文

研究者の「研究業績」は、主に論文と発明で構成される。著作権と特許権等がこれに対

⁵¹⁸ 藤田節子「国内科学技術系学会誌の投稿規定の分析：参考文献の記述、著作権を中心として(1)」情報管理 48 卷 10 号 (2006) pp.667-676

⁵¹⁹ 藤田節子「国内科学技術系学会誌の投稿規定の分析：参考文献の記述、著作権を中心として(2)」情報管理 48 卷 11 号 (2006) p.729

⁵²⁰ 谷川・前掲「研究・論文における著作物利用と著作権」p.190では、「安易に譲渡するのは避けるべき」と指摘するが、理工学系に関する現状を踏まえると、このような指摘を実現することは困難であると思われる。

⁵²¹ 藤田節子「国内人文・社会科学系学会誌の投稿規定の分析(II)」情報管理 49 卷 11 号 (2007) p.626

⁵²² 佐藤翔＝上田真緒＝木原絢＝成宮詩織＝林さやか＝森田眞実「日本の学協会誌掲載論文のオンライン入手環境」情報管理 58 卷 12 号 (2016) pp.908-918

⁵²³ 著作権を留保すると、孤児著作物となる可能性がある。福井健策「『孤児著作物』と知のデジタル整備」小泉ほか・はばたき pp.743-761

応している。

ただし、大学の場合、企業、団体等の従業員が発明した職務発明（特許法 35 条）とは別の考慮が必要となる特殊な考慮が必要である。利益追求の企業と異なり、大学は真理探究の場であって、特許制度に馴染まない組織性を有しているからであり⁵²⁴、職務発明を否定する見解もある⁵²⁵。もっとも、大学教員の研究成果は、（特に国立大学法人化以降）各大学の内部規定により、大学帰属となることが多い。

他方、大学教員の論文は、学問の自由（憲法 23 条）と密接に関連しており、職務著作（著作権法 15 条）とならずに、教員所属の場合が多い⁵²⁶。これは、自身の著作権の管理を自由に決定できる一方で、OA の観点からは、大学所属の研究者が意識的に自身の論文の公開する手続に関与することが求められているといえる。

2.3 学術論文の著作物性

研究業績として、産業財産権が挙げられることもあるが、学術論文を執筆して発生する著作権については、産業財産権とは性質や扱いが異なる。そもそも、科学者にとっては、取引コストがなくなり、情報流通の効率性が加速する方が、大局的には科学の発展に寄与する⁵²⁷。これは、自然科学系学会誌の投稿規程や CCL により、著作者表示をすれば、再利用が自由となっている点に反映される。

最近、自然科学系の論文を中心に、著作物性を否定する見解がある⁵²⁸。この論文では、著作物として保護を受けるための 3 つの要件（①思想又は感情を表現したもの、②創作性があること、③文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものであること）のうち、自然科学系の原著論文を中心として、研究成果としての実験結果、自然法則は事実であって、思想又は感情ではなく、結論に至る過程の記述も多くの場合、創作性に乏しく、著作物ではないとする。そして、これまで自然科学系の学術論文の著作物性が争われた裁判例を引用している⁵²⁹。この裁判例では、「自然科学上の知見それ自体は表現ではないから…著作権の侵害とすることはできない」が、「一切創作性がないというものでなく」「論文の構成や文章の配列をも合わせて見たときに作成者の個性が表れている場合には、全体として著

⁵²⁴ 中山・特許法 pp.64-66

⁵²⁵ 渋谷達紀『知的財産法講義 I』（有斐閣、第 2 版、2006）p.145

⁵²⁶ 中山・著作権法 p.252

⁵²⁷ 林和弘＝桑原真人「クリエイティブ・コモンズとは何か—オープンアクセス時代の著作権と科学者」日本物理学会誌 Vol.69, No.2（2014）p.103

⁵²⁸ 新谷由紀子＝菊本虔「自然科学系の学術論文は著作物となり得るか—自然科学系の学術論文の著作権の関係について—」知財管理 64 巻 2 号（2014）pp.175-189。反対説として、林紘一郎＝名和小太郎『引用する極意 引用される極意』（勁草書房、2009）p.134。

⁵²⁹ 大阪地判平成 16 年 11 月 4 日判時 1898 号 117 頁（インド人参論文事件）

作物性を認めることができる」とする。

そして、学術論文について著作物性自体を否定した裁判例は見当たらない。結果的に、アイデアでなく表層的なものだけが保護されることになるが、この点は、アイデアを保護することが文化の発展に資するものではない、という認識が極めて重要であると指摘される⁵³⁰。

2.4 学術論文の著作物性を論じる意義

自然科学系の学術論文の著作物性を否定すべきとする見解は、論文の本質がアイデアであり、表現が重要ではないことを前提とする。そして、著作物性を否定することで、権利処理に関する煩雑さを解消したいという課題が横たわるように思える⁵³¹。このような論法は、前述した田村教授の著作権リフォーム論における手段の1つである⁵³²。

数式も、実験過程を厳密に記述した文章にも、実験結果の数値を単純に並べた記述統計の表にも、客観的な事実の羅列として著作権法の保護の対象とはならないであろう。特に自然科学系の論文の場合、事実の厳密な記述であるほど、その傾向が強まる。

いわゆる文系学会の場合、学会誌が出版社から発行されることもある⁵³³。この違いは、社会科学系のうち、法学論文の引用元がオーソリティとして機能し、自然科学系のうち、医学論文の引用元がリファレンスに過ぎないところに現れる。アイデア等が重視される自然科学系と論文の表現がオーソリティとなる社会科学系の違いである⁵³⁴。

学術情報の円滑な流通という点からすれば、自然科学系の学術論文の著作物性を否定する見解には一定の理解ができる。しかし、学問分野の違いはあるが、CCL (Creative Commons License) において、著作者の表示を要することが論文では一般的であること、学問領域における出典明記の「慣習」を考慮すれば、学術情報は著作権法により保護されるべき表現であることに変わりはない。

3. 機関リポジトリの意義と図書館の役割

⁵³⁰ 中山・著作権法 p.59

⁵³¹ 新谷=菊本・前掲論文「自然科学系の学術論文は著作物となり得るか—自然科学系の学術論文の著作権の関係について—」 p.186

⁵³² 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権リフォーム論—」著作権研究 42号 (2015) pp.22-84 参照。著作権法の規律のメニューとして、①著作物性を否定する、②保護範囲から外す、③禁止行為に掲げない、④禁止行為に掲げるが要件を付す、⑤権利を制限する、⑥権利濫用法理により救済を否定する、⑦差止請求権を制限する、⑧裁定許諾にかける、⑨報酬請求権を法定する、⑩集中処理を図る、ことを掲げる。

⁵³³ 例えば、著作権法学会、日本工業所有権法学会の学会誌は、印刷出版物として刊行される。

⁵³⁴ 林紘一郎=名和小太郎『引用する極意 引用される極意』(勁草書房、2009) p.135

3.1 機関リポジトリとオープンアクセス

OA の条件として、著作者が、①エンドユーザへの自由なアクセスの確保、②完成版をリポジトリに置くことがある⁵³⁵。①の実現が、学会誌の OA 化 (Golden Route OA)、②の実現がセルフアーカイブや IR の活用である (Green Route OA) に対応する。

研究者の多くが所属する研究機関が大学である⁵³⁶ことからすれば、大学図書館が所管し⁵³⁷、生産された研究成果の完全版を電子的に保存し、発信するインターネット上の貯蔵庫 (リポジトリ) は、OA の実現に重要である。

IR とは、研究機関やその構成員の創作物を管理・普及させるために、大学の構成員のために提供するサービスとされている⁵³⁸ものの、非構成員にも開かれている。そして、大学図書館がその中心的役割を果たし、予算的な観点からは、IR 構築の体制確保と図書館運営は、密接な関係にあり、OA の実現に図書館の役割が大きい。

しかし、わが国においては、国立大学の予算削減や海外の科学技術系雑誌の高騰⁵³⁹により、一部の雑誌について、購読中止とせざるを得ない厳しい状況にあり、クラウドファンディングを利用する大学も現れている⁵⁴⁰。

なお、民間企業でも、ものづくり産業を中心にテクニカルレポート (技報) を公開している場合がある。企業のウェブサイト以外に、IR に登録している例もある。

3.2 機関リポジトリと著作権

学術論文を IR に登録するためには、著作者帰属型の論文であれば、法的には個人の自由であるが、集中管理型の場合、各学会の著作権規定によることになり、手続が明示されていない場合は個別に対応しなければならない。

前述したように、商業出版社が学術論文に関与しているが、OA に関しては、リポジトリ登録に限り、一定条件 (一定期間を設けることをエンバゴという) を科したうえで許

⁵³⁵ Esther Hoorn, "Information Specialist and Researcher, Law and ICT" (加藤大博訳「学術コミュニケーションにおけるリポジトリ、著作権、クリエイティブ・コモンズ」) (<http://hdl.handle.net/2115/8455>)

⁵³⁶ 企業に所属する研究員が増えたことが、研究成果物の公開の在り方に影響を与えたとする指摘もある (名和小太郎「学術分野における著作権管理システム：特異なビジネスモデル」林紘一郎編『著作権の法と経済学』(勁草書房、2004) p.207 (以下「名和・著作権システム」という。))。

⁵³⁷ 本来、IR は、図書館のみに留まるべきではなく、全学的な合意のもとになされるべきである。

⁵³⁸ Clifford A. Lynch, "Institutional Repositories: Essential Infrastructure for Scholarship in the Digital Age", ARL Bimonthly Report 226, pp.1-7(2003)

⁵³⁹ 名和・著作権システム p.213

⁵⁴⁰ 筑波大学附属図書館ウェブサイト (<https://www.tulips.tsukuba.ac.jp/lib/ja/20170126-2>)

可している⁵⁴¹。それが阻害になっているわけではない。ここに学術論文の特殊性がみられる。最近の研究では、学協会よりも商業出版社の方がデータ共有ポリシーの掲載率や強度が高く、ブランド維持のため、不正対策としてデータ共有を強く要求していると分析している⁵⁴²。

著作権を集中管理している場合は、OA という観点のみからすれば、IR に登録する必要はなく、J-STAGE に掲載することでアクセシビリティは担保される。

また、IR に著作者（研究者）が登録するためには、著作権を著作者が有していることが原則であるが、著作権譲渡をしている場合であっても、大学等の研究機関が発信することは許諾していることは多い。Elsevier を始めとする商業出版社を例に、一定期間経過後であること、出典を示すことなどの条件はあるが、IR に登録することが認められている。

3.3 HathiTrust 事件⁵⁴³と図書館の価値

平成 29 年 2 月、無許諾で書籍などを電子データ化し、利用者が特定のキーワードを含むネットワーク上で全文検索できる新サービスを民間事業者が行えるようにするために著作権法を改正する方針との報道がされ⁵⁴⁴、その後、著作権法 47 条の 5 が規定され、2019 年 1 月 1 日施行した。実際に、民間サービスが 2021 年 9 月より開始されている⁵⁴⁵。

アメリカでは、図書館の検索サービスが訴訟になった。Google Books プロジェクトに参加して電子化されたコンテンツを中心に、大学図書館が共同で運営する HathiTrust の提供するサービスが米国作家組合によって、著作権侵害にあたるとして訴訟となった。控訴審は、HathiTrust が提供するサービスごとにフェアユース（アメリカ著作権法 107 条）に該当するか判断している（判決は差し戻しだが、その後和解により終了した。）。詳細は、文献に譲るが⁵⁴⁶、結果的に、争点となった全文検索サービスについて、フェアユースの抗弁

⁵⁴¹ 例えば、世界最大の商業出版社の 1 つ、ELSEVIER でも、エンバゴは設けるが、セルフアーカイブや、機関がアーカイブする場合も許容している (<https://www.elsevier.com/connect/elsevier-updates-its-policies-perspectives-and-services-on-article-sharing>)。)

⁵⁴² 池内有為=逸村裕「学術雑誌によるデータ共有ポリシー：分野間比較と特徴分析」日本図書館情報学会誌 Vol.62, No.1 (2016) pp.32-33 (2016)

⁵⁴³ Authors Guild v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014)

⁵⁴⁴ 産経ニュース「書籍のネット全文検索可能に 単語の前後数行を閲覧 文化庁が法改正へ 著作権へ配慮求める声も」(<http://www.sankei.com/life/news/170218/lif1702180036-n1.html>)

⁵⁴⁵ 【国内初】100 万ページ以上の法律書を全文検索！著作権法 47 条の 5 に基づいた「法律書検索サービス」を LION BOLT で公開 (<https://prtimes.jp/main/html/rd/p/000000012.000050283.html>)

⁵⁴⁶ 時実象一「大学図書館書籍アーカイブ HathiTrust」情報管理 57 巻 6 号 (2014) pp.548-561, 鈴木康平「電子化する図書館資料の利用に関する著作権の課題—HathiTrust 事件を参考に—」日本知財学会誌 13 巻 1 号 (2016) pp.64-80

が認容された形となった。

ここには、大学図書館が紙の書物を蔵書していた時代から、情報のアクセスへの転換、そして、積極的に情報を発信する立場に変わった転換点が見える⁵⁴⁷。さらに、HathiTrust 事件後の LCA⁵⁴⁸のレポート⁵⁴⁹では、同事件の決定から、図書館資料のフルテキストのアクセスにつき、機能や目的に応じ、大衆娯楽作品のようなものを除き、合理的な対応が可能と解釈できると指摘する。

アメリカ著作権法 108 条でも、複製権、頒布権の権利制限として、非営利目的であり、かつ、公衆又は専門分野の研究者に公開されている図書館及び公文書館は、同条(a)~(c)のいずれかの場合には、無断かつ無償で複製・頒布を可能とする⁵⁵⁰。同事件の一審、控訴審ともに、同法 107 条により公正利用を認めたのであり、108 条という個別規定によって HathiTrust のサービスの一部を容認したわけではなく、むしろ、被告である HathiTrust は、原告の作家同盟側こそ 108 条の権利を逸脱し、権利侵害であると主張していた⁵⁵¹。

アメリカ著作権法では、わが国著作権法 31 条と異なり、紙媒体の複写とデジタルでの複製を分けているが、図書館等が蔵書を有する場所であることを念頭にしている点は共通する。しかし、近年の図書館は、情報流通の観点から、転換点を迎え、その法的性質も、学術情報流通のプラットフォームとして位置付けることが妥当であり、最高裁判決も、同様の趣旨の判示をする⁵⁵²。

4. 学術情報流通のための著作権管理の在り方

4.1 学術論文の著作権管理の方向性

著作権を学会に帰属させる場合でも、学会が独自のウェブサイトで論文を公開している例は少ない⁵⁵³。しかし、学会誌掲載と同時に、J-STAGE においてウェブ公開をする学会が自然科学系を中心に多く、これにより、OA は確保されている。

⁵⁴⁷ 杉田茂樹「学術情報流通の逆転」大学図書館研究 103 巻 (2013) p.1 図 1 参照。

⁵⁴⁸ アメリカ図書館協会、北米研究図書館協会、大学図書館・研究協会から組織される。鈴木・前掲論文「電子化する図書館資料の利用に関する著作権の課題—HathiTrust 事件を参考に—」p.79 脚注 47

⁵⁴⁹ Band, Jonathan, *What Does the HathiTrust Decision Mean for Libraries?* (July 7, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2483292>

⁵⁵⁰ 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』（太田出版、第 2 版、2008）p.84

⁵⁵¹ 山本順一「時代に見合った図書館サービスの充実とフェア・ユースの法理」専門図書館 No.257 (2013) pp.17-19

⁵⁵² 最判平成 17 年 7 月 14 日（船橋市立図書館事件、判時 1910 号 94 頁）。成原慧「表現の自由・不自由」北田暁大=神野真吾=竹田恵子（社会の芸術フォーラム運営委員会）編『社会の芸術／芸術という社会—社会とアートの関係、その再創造に向けて』（フィルムアート社、2016）pp.39-40

⁵⁵³ 例えば、情報処理学会は、「電子図書館」を有し、公開から 2 年後に全て OA となる。

このような政策動向の中、今後は、公開しない理由が求められる。現実の研究は、科研費をはじめとする研究資金の獲得から始まり、研究活動を経て公開、共有されることで、研究者の実績となり、次の研究資金の獲得につながるというサイクルを経る。ここで、学術情報は共有が前提となっている。そして、学術情報の共有の担保は、研究者個人が IR に登録する手続が重要となり、大学図書館を始めとする IR の運営団体は、積極的な OA のためのリポジトリ登録のコンテンツの獲得が必要となる。

国レベルでの政策、大学組織の取組み、研究者個人の取組みの三者間において、著作権の管理は、少なくとも正当な研究活動においては、協調的で抑制的であることが求められよう（音楽著作物が、集中管理機関によって管理され、音楽制作関係者に経済的利益をもたらしている現状とは対照的である。）。

アクセシビリティの次は、投稿する側にとっても、ユーザ側においても、IF のように、どの学会に論文が掲載されたかが重要となる。それは、研究過程での検索の利便性だけでなく、学会誌掲載までのプロセス（査読システム、校正だけでなく、理系学会を中心に採択率も公表されていることが多い。）が専門領域の研究者らには周知であるため、一定の品質保証があるからである。

この点、IR の場合、学会誌単位ではなく、構成員単位で掲載されるため、書誌情報の明記が品質保証上、重要となる。

4.2 学術論文の活用と著作権

OA のために CCL は有効であるが、前述したように、学会誌の著作権の取扱いは区々であり、ユーザには著作権の所在が不明瞭となる⁵⁵⁴。結局、積極的に OA であることを明示していない論文以外は、論文の利活用が事実上阻害されかねない。

これに関して、権利制限規定の範囲内での利用が考えられる。私的利用の複製（著作権法 30 条）、図書館等における複製等（同法 31 条）、引用（同法 32 条）が研究において論文を利用する際に想定される（同法 35 条は「授業の過程」に限定されている⁵⁵⁵）。

⁵⁵⁴ オープンアクセスリポジトリ推進協会 (<https://jpcoar.repo.nii.ac.jp/page/133>) の学協会著作権ポリシーデータベースにおいて、ある程度調査できる。

⁵⁵⁵ ベルヌ条約の原条約の制定時の議事録には、著作物の自由な利用には学術的性格を持つ著作物を包含していたことを指摘する（名和小太郎「電子的環境における学術情報と著作権制度」学術情報センター紀要 No.11 (1999) p.61）。また、名和小太郎『学術情報と知的所有権 オーサシップの市場化と電子化』（東京大学出版会、2002）pp.134-138 では、「研究者は学術情報の自由流通を求める」（p.134）こと、学術情報が非市場的な特性を持つクラブ財であり、Gordon Wendy がフェアユースと市場の失敗の関係論の中で指摘する、フェアユースを非市場的なプロセスとし、これを正当化できる 5 つの条件（①情報の取引コストが大きい、②情報の価値に外部性がある、③著作者に情報流通について抑止的な動機がある、④情

特に、研究においては、引用が重要である。引用の定義は著作権法上ないが、「報道・批評・研究等の目的のために、他人の著作物を自己の作品に採録すること」という⁵⁵⁶。引用が適法とされるためには、条文上、①公正な慣行に従い、②正当な範囲内とされ、それで十分とされる。旧法下のパロディモンタージュ事件において最高裁が設けた基準⁵⁵⁷では、③明瞭区分性と主従性が必要としており、③との位置づけは、必ずしも明確ではない⁵⁵⁸。

著作権法の理論を実際の研究過程において考えると、研究目的であるから、同法32条が例示する②の要件には該当し、③は、文献引用の「作法」の問題となる。

では、①公正な慣行はどうか。ここでは、当該分野の「慣行」は、知的財産法上の保護対象、権利制限規定等を含めた諸概念の解釈に影響を及ぼすとされる⁵⁵⁹。例えば、学術論文の執筆の際、著作権法上の引用には、図表も含まれるため、許諾は不要であるが、アイデアや事実調査であっても許諾を得ることが倫理的に必要な場合がある⁵⁶⁰。

反対に、著作者と利用者で共有されている慣行があれば、協調的・継続的な関係を重視して、著作者人格権の制約根拠となり得ることを指摘する見解がある⁵⁶¹。この理論を引用に援用すると、著作者と利用者を兼ねる学術分野では、学術情報を共有し、引用し、引用される協調的・継続的な関係があるとみなし、クレジット表記で足りる可能性がある。

他方、CCLを採用していれば、引用を超えた再利用が可能である。例えば、論文中の図や写真については、許諾を要するのが研究上の「慣習」であるが、CCLによってはそれも

報公開に大きい公共的な利益がある、⑤情報公開が著作者に損害を与えない)に当てはめたとき、学術情報の市場化が進む状況では、③を除き、充足することから、この意味においては、学術情報のフェアユースを許してもよいという (pp.137-138)。

⁵⁵⁶ 中山・著作権法 pp.397-398

⁵⁵⁷ 最判昭和55年3月28日、判時967号45頁

⁵⁵⁸ 高部真規子『実務詳説 著作権訴訟』(金融財政事情研究会、第2版、2019) p.283。渋谷・著作権法 p.246は、最高裁の基準を公正な慣行の成立要件と位置付ける。飯村敏明「判批」百選(第5版)(有斐閣、2016) p.145は、当該基準を現行法32条1項の要件に付加すべきでないとする。また、清水光「適法な「引用」の要件、フェア・ユース」高部真規子裁判官退官記念論文集編集委員会編『知的財産権訴訟の煌めき 高部真規子裁判官退官記念論文集』(金融財政事情研究会、2021) pp.715-729は、最近の引用に関連する裁判例を取り上げ、主従要件については、メルクマールとして全く機能しないとはいえないが、最近は、「公正な慣行」と「正当な範囲内」の要件を規範的に検討していると指摘する。

⁵⁵⁹ 小島立「知的成果物の多様性と知的財産法」小泉ほか・はばたき p.49

⁵⁶⁰ 渡辺智暁=野口祐子「オープンアクセスの法的課題：ライセンスとその標準化・互換性を中心に」情報の科学と技術 Vol.60, No.4 (2010) p.154

⁵⁶¹ 酒井麻千子「著作者の同一性保持権と「慣行」に関する一考察」東京大学大学院情報学環紀要情報学研究 No.77 (2009) p.167

不要となり、再利用がしやすい⁵⁶²。

5. 研究機関におけるデータの利活用

5.1 はじめに

これまでは、学術情報流通における著作権上の諸課題について取り上げた。近年は、成果物としての学術論文だけでなく、データの取扱いも課題になっており、また、そのデータの利活用もオープンサイエンス、オープンデータといった政策動向⁵⁶³と相まって、学術分野でも重要な点となっている。

デジタルアーカイブによる文化資源のデータもまた、研究目的であればこのスコープに入るが、それだけでなく、公的機関が保有する非個人データは、ここでのデータ利活用に準じた取扱いが求められ得る。そこで、近年の研究データ利活用の国内動向とそれによる法的諸課題について検討する。

5.2 データポリシーの意義

“Society 5.0”においては、データと現実の世界を高度に融合させ、イノベーションの創出、企業活動だけでなく、地球規模の課題や社会的課題の解決への取り組みが期待される。そのためには、多様な知（情報、データ等）の獲得やその融合等が極めて重要である。

そのため、公的資金の支援により得られた研究成果（論文、データ等）は、適切に管理・利活用され、科学技術のみならず社会に新しい価値を創造し、ひいては地球規模の課題解決に向けた活動につなげることが求められる⁵⁶⁴。

ここから、研究データの利活用を促進する取組みとして、オープンサイエンス⁵⁶⁵が重要

⁵⁶² 水野祐「オープンアクセスとクリエイティブ・コモンズ採用における注意点：開かれた研究成果の利活用のために」情報管理 59 巻 7 号（2016）pp.433-440

⁵⁶³ 当初の動向は、大向一輝「日本におけるオープンデータの進展と展望」情報管理 56 巻 7 号（2013）pp.440-447 参照

⁵⁶⁴ 国際的動向を踏まえたオープンサイエンスの推進に関する検討会「国立研究開発法人におけるデータポリシー策定のためのガイドライン」（平成 30 年 6 月 29 日）

<https://www8.cao.go.jp/cstp/stsonota/datapolicy/datapolicy.pdf> p.1

⁵⁶⁵ 端的には、オープンサイエンスとは、「インターネットを活用し研究データを一般の人に公開することで、科学研究を効率的に発展させる動き」をいう（児玉晴男「オープンサイエンスの国際連携に関する法的課題」産学連携ジャーナル 2017 年 4 月号）。この源流は、活版印刷技術が登場した以降、17 世紀に学術雑誌の出版により、研究成果が公表されるようになったことにある（平成 30 年 6 月 15 日閣議決定「統合イノベーション戦略」https://www8.cao.go.jp/cstp/tougosenryaku/tougo_honbun.pdf p.16）。

国際動向は、南山泰之「研究データ利活用の国際的動向」井上透監修、中村覚責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 3 自然史・理工系研究データの活用』（勉誠出版、2020）pp.52-68

となる。これを前提に、研究データの管理・利活用についての組織としての方針（データポリシー）の策定の必要性が内閣府に設置された委員会で検討された。そして、2018年6月29日、政府系研究機関に、データポリシー策定を義務付けることで、学術論文の執筆に関係した詳細なデータを公表する方針とし、2020年度中の策定が求められている⁵⁶⁶。

これを受けて、2020年5月末日現在、データポリシーを法人全体で策定した国立研究開発法人は7法人（NIMS、NIED、JAMSTEC、農研機構、国際農林水産業研究センター、森林研究・整備機構、NIES）となっている⁵⁶⁷。その後、AMED（日本医療研究開発機構）は、2021年11月15日、基本方針、研究データ利活用に係るガイドラインを公表している⁵⁶⁸。

5.3 データポリシー策定ガイドライン

効果的にデータポリシー策定を促進するために、ガイドラインを策定した⁽⁵⁶⁹⁾。このガイドラインは、知識、情報（データ）の共有による新しい価値を与えることに主眼があるが、策定までの検討事項、記載事項が盛り込まれている。また、データポリシー策定と並行して、以下の6点以外に、ポリシー策定の主体、管理対象とするデータが具備すべき要件の検討を取り組むべきとする。

① ポリシー策定の目的

組織のビジョン、ミッション等を踏まえ、ポリシーを策定した背景と研究データ利活用の目的について記述する。その際、研究データの特性、運用のフォローアップ、その他のポリシーとの整合性に留意する。

② 管理する研究データの定義、制限事項

「研究データ」の定義・範囲を明確にし、利活用が想定されるデータ、将来的に利用の可能性が考えられるデータなど、研究データの種別・内容等を記述する。

③ 研究データの保存・管理・運用・セキュリティ

研究データの特性に応じたデータの保管、運用方針と国研としての取組について記述する。

④ 研究データに対するメタデータ、識別子の付与、フォーマット

⁵⁶⁶ また、厚生労働省大臣官房厚生科学課事務連絡により、国立試験研究機関や独立行政法人におけるデータポリシーの策定の推進を図っている（<https://www.mhlw.go.jp/content/10600000/000352198.pdf>）。

⁵⁶⁷ 平成30年6月15日閣議決定「統合イノベーション戦略2019」

⁵⁶⁸ 「AMEDにおける研究開発データの取扱いに関する基本方針、AMED研究データ利活用に係るガイドライン、データマネジメントプラン」（<https://www.amed.go.jp/koubo/datamanagement.html>）

⁵⁶⁹ 国際的動向を踏まえたオープンサイエンスの推進に関する検討会「国立研究開発法人におけるデータポリシー策定のためのガイドライン」（平成30年6月29日）

研究データの特性に応じた標準的なフォーマットが存在する場合は、それも併せて記述する。

⑤ 研究データの帰属，知的財産の取扱い

研究データに係る作成者，管理者等の免責事項について記述する。

⑥ 研究データの公開，非公開及び猶予期間並びに引用

研究データの公開について，公開までの猶予期間を適切に設定し，公開データの利用に際しては，利用者に対して適切な引用を求める。

5.4 データ駆動社会における知的財産としてのデータとその利活用を巡る政策動向⁵⁷⁰

課題は2点ある。まず，個人情報保護制度における適用法令の違いである。令和3年個人情報保護法改正前は，大学を例にとっても，国公立，私立において，適用される法令が異なっていた。さらに，民間企業との産学官連携の際に，適用法令が異なる点が課題となっている。この適用法令の違いは，（公立病院を含む）自治体との連携においても同様である。ただ，この点は，令和3年個人情報保護法改正によって，国立大学は規律移行法人として，民間と同様の規律となったことで，概ね解決されたといえる。

2点目は，非個人情報の保護であり，知的財産としての「データ」の保護である。ここでは，とりわけ知的財産の政策動向を概説する。

5.5 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会

2020年5月27日に閣議決定された「知的財産推進計画2020」においても「『データ駆動型社会』において鍵を握る知的財産は『データ』⁵⁷¹と記述とされているように，アフターコロナ時代において，そのデータの取扱いは，知的財産分野でも，ますます重要となる。最近の動向としては，著作権法における研究目的の権利制限規定創設に向けた検討がある。

ドイツでも，2017年に，著作権法1章6節4款「授業，学術及び諸機関に関して法律により許容される使用」が設けられ，60a条以降に，大学などの研究機関，学校，図書館などにおける具体的な権利制限規定が設けられた。

この点，日本でも，「知的財産推進計画2019」において，「研究目的の権利制限規定の創

⁵⁷⁰ 以下の箇所は，拙稿「研究機関のデータの利活用に向けたデータ保護法制の現状と課題－sector-specific規制からDFFTへ－」パテント73巻10号（2020）pp.108-114に法改正対応に加え，新たな研究成果を加筆修正したものである。

⁵⁷¹ 2020年5月27日知的財産戦略本部「知的財産推進計画2020～新型コロナ後の「ニュー・ノーマル」に向けた知財戦略～」p.6

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20200527.pdf>

設」に関する検討が挙げられ、文化庁の第19期文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会における検討課題であった⁵⁷²。その際の視点として、①契約等による対応可能性、②対象とする「研究」の範囲、③研究と著作物利用との関連性、④対象とする著作物の種類、⑤情報源の適法性、⑥著作物の利用態様、⑦権利者の利益保護への配慮、⑧既定の明確性・柔軟性のバランス、⑨その他関連する課題（著作権法31条2項、3項の適用拡大）が挙げられている⁵⁷³。

個人データのデータベースも著作物となり得る（同法12条の2）が、民間企業での研究の際に、内部での倫理審査委員会への提出のための複製などの場面では、同法30条の4第4号では、「人の知覚による認識を伴うことなく」行うものではなく、必ずしも対処できない。令和元年度の審議会では、要旨、研究目的の権利制限規定は、必要であるが立法事実が弱く、図書館などの既存の制限規定との組み合わせも必要である（大淵哲也主査代理）、在野研究者⁵⁷⁴への配慮も必要である（小島立委員）、大学に所属していても、ジャーナルの価格高騰により、必要な論文にアクセスは困難となっており、オープンサイエンスとの関わりでも出てくるオープンアクセス⁵⁷⁵への配慮が必要（生貝直人委員）といった発言がされている⁵⁷⁶。

5.6 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会

令和2年4月2日の産業構造審議会知的財産分科会第37回特許制度小委員会では、AI技術の保護の在り方として、AIアルゴリズムにつき、現行制度以上の保護見直しの必要性、AI学習データの量や質の差別化のための制度見直しの必要性が提示された⁵⁷⁷。

特に、AIの学習モデルを特許として権利化すると、データ流通が阻害される、基本的に

⁵⁷² 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（令和元年度第1回）資料3

「(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/r01_01/pdf/r1420133_03.pdf)

⁵⁷³ 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（令和元年度第2回）資料3「研究目的に係る権利制限規定の創設に当たっての検討について（案）」pp.5-6

(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/r01_02/pdf/r1421572_03.pdf)

⁵⁷⁴ 在野研究とは、大学に所属をもたない研究者のことを指す（荒木優太編『在野研究ビギナーズ』明石書店、2019）参照

⁵⁷⁵ オープンアクセスと学術論文の著作権につき、拙稿「オープンアクセス時代における学術論文の著作権管理に関する一考察」パテント70巻5号（2017）pp.65-72

⁵⁷⁶ 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（令和元年度第2回）議事内容

(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/r01_02/)

⁵⁷⁷ 令和2年4月2日特許庁「「AI・IoT技術の時代にふさわしい特許制度」に関する検討の方向性」

(https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/37-shiryu/03.pdf)

は学習用データや学習済みモデルは、営業秘密で守り⁵⁷⁸、ビジネス上の提供をする場合は限定提供データや契約によりできる限り対応するので、特許による保護はなじみにくい（長澤健一委員）、日本弁理士会としても、必ずデータを保護の対象に入れてほしいという要望はしてない（杉村純子委員）といった見解があり、今後の展開が注目されるが、AI技術関連のデータ流通に関して、特許法による規制が今後及ぶ可能性がある。

5.7 産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会

2021年12月からの本委員会では、種々の検討事項があるが、データ保護との関係では、損害賠償の算定規定の見直しが挙げられる。具体的には、そのうちの1つに、現行法5条1項がある。つまり、「技術上の秘密」以外の営業秘密が侵害された場合の逸失利益算定規定が未整備であるため、「データ」が侵害された場合に本項が適用できない可能性がある点である。そのため、この規定の営業秘密全般への拡充の要否が検討されている⁵⁷⁹。「技術上の秘密（又はデータ）」の概念を用いて、法的効果を異ならしめることの有用性に対する疑義は、既に先行研究で問題視されていた⁵⁸⁰。詳細は割愛するが、本委員会では、これ以外の事項も含め、世界的な流れと同様に、わが国でも営業秘密保護法制が強化されようとしている。

6. 分析—学術情報流通のOAと研究データの共有

最近、OAがもたらす効果の定量分析を行った報告書が発表された⁵⁸¹。これによると、ダウンロード数、被引用率、オンラインでの言及の3項目のいずれについても、OA書は非OA書よりも高いことが明らかにされた。具体的には、ダウンロード数は7倍、被引用率は5割増、オンラインでの言及は10倍である⁵⁸²。この定量分析でも明らかになったように、学術情報流通において、オープンアクセスは、その知見をより社会に拡散することに成功していることが有意に示されている。

学術論文の著作権の特殊性は、研究領域の「文化」の特殊性に起因し、「引用」を始め

⁵⁷⁸ 奥邨弘司「人工知能における学習成果の営業秘密としての保護」外川英明・高松孝行・加藤暁子・藤田晶子編『知的財産法の本質—土肥一史先生古稀記念論文集』中央経済社（2017）pp.211-227。このほか、著作権法による保護も指摘される（山内真之「人工知能およびビッグデータを利用したビジネスに関する著作権その他の法的保護」NBL No.1129（2018）pp.89-95）。

⁵⁷⁹ 第13回産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会資料3参照

⁵⁸⁰ 拙稿「不正競争防止法における「技術上の情報」および弁理士法における「技術上のデータ」の意義に関する一考察」情報処理学会論文誌62巻4号（2021）pp.1162-1171

⁵⁸¹ SPRINGER NATURE（2017）, *The OA effect: How does open access affect the usage of scholarly books?* (<https://www.springernature.com/gp/open-research/journals-books/books/the-oa-effect>)

⁵⁸² *Id.* at 16.

として、著作権法制の規律と研究者の慣習が混在している。学術情報流通の実態は、著作権を積極的に行使しない方向にコントロールすることによって、円滑にしようとしている。これは、研究者が学問的知見を一種の文化コモンズ⁵⁸³という状態にし、そこから得られるさらに新たな知恵を創造していく。

結果として、学術論文は、共有を前提とするため、財産権としての著作権の行使は、原則として抑制的になる。そして、その姿勢は、研究者個人よりも、学会や大学といった研究機関単位での集団で行われている。

また、ここでは、図書館（学術研究の側面からは、博物館や公文書館も対象となる。）が、プラットフォームとして機能している。特に、機関リポジトリの存在は、著作権等管理事業者のような権利行使を前提とはしないが、コンテンツの収集と公開を行い、著作権を積極的に行使しないことを明示しており、「不行使」という著作権の活用をしているともいえる。ここでは、文化資源を保護していくプラットフォーム（箱）と知的財産（コンテンツ）が融合して機能している⁵⁸⁴。この点は、学術分野という特殊な環境ではあるが、他分野においても示唆的であるし、文化資源の保護と活用の在り方について、プラットフォームの類似性（例：文化施設と展示品）からも示唆的であると考えられる。

この研究データに個人情報が含まれる状況は、デジタルアーカイブにおいて肖像権やプライバシー権が含まれる状況（いわゆる「権利の壁」問題）に類似している。研究データについては、データポリシーが自主規制として機能している。令和3年個人情報保護法改正後は、その学術研究機関にはこうした自主規制による自律が求められる（同法59条、なお149条1項参照）。ここからは、デジタルアーカイブにおける「権利の壁」に対する自主規制の必要性が示唆される。

7. 小括

以上からすれば、少なくとも、学術分野において、著作権リフォームのような政策レベルでの議論は、論理の飛躍の感がある。デジタルアーカイブの促進のように、図書館等の価値を社会にもたらすことが可能となるかは、著作権法制の政策に依存していると指摘さ

⁵⁸³ 「地域の共同体の誰もが自由に参加できる入会地のような文化的営みの総体」をいう（大澤寅雄「二つの震災を節目とした文化と社会の関係性の変化」小林真理編『文化政策の現在3』（東京大学出版会、2018）p.277）。ここでは、「地域の共同体」がアカデミアを指す。

⁵⁸⁴ 松川実「報告「機関リポジトリとプロバイダ責任制限法」」青山法学論集 63 卷 1 号（2021）pp.133-165 では、大学の機関リポジトリがプロバイダとして著作権侵害、名誉毀損がある場合の法的責任だけでなく、研究倫理違反の論文を掲載している場合の倫理的責任についても検討している。

れる⁵⁸⁵が、他方で、オープンアクセス時代において、研究成果を利用する民間企業を含めた個人や団体であるユーザ、そして、IR の運営組織である大学などの研究機関、学会の自覚も求められる。

個々の学術論文の再利用は、極めて狭い領域に限られているが、総体として見れば、社会全体の問題である。その関係性の中での自主規制（より柔軟な規制も含む）が三者間で想定される。研究者は、CCL などの活用、機関リポジトリへの登録といった協力が考えられるし、学会は、オープンアクセスのための学会誌の公開、機関リポジトリ登録の場合の著作権利用許諾規定の新設などの取組みが求められる⁵⁸⁶。

学術情報流通を必ずしも特異な存在として留める必要はない。文化資源であれ、学術情報であれ、公開によって文化コモンズが形成され、そのリソースから新たな創造がされる点では同様である。つまり、権利者の権利行使の在り方が、文化コモンズの発展に影響を与える。これは、他の分野でも共通する。

第2節 メタデータの知的財産法による保護と制限

1. 問題の所在⁵⁸⁷

デジタルアーカイブ（以下「DA」とする。本節では、特定の目的に沿って情報資源を収集・組織化・利用提供・保存できる仕組み（施設、組織、機能など）をいう⁵⁸⁸。）は、コンテンツ単体が価値を有することもあるが、その効用を最大化するためには、連携が重要である。世界最大の文化資源のデジタルプラットフォームである Europeana、アメリカの DPLA (Digital Public Library of America, 米国デジタル公共図書館)、日本の 2020 年 8 月に開始したジャパンサーチのいずれも、DA の連携によって、アクセス可能性を担保し、その価値を高めているといえる。また、わが国では博物館法の見直しが検討される中、2021 年 7 月 30 日には、文化審議会博物館部会により「博物館法制度の今後の在り方について（審議経過報告）」が公表され、これからの博物館に必要な取組みとして「資料を…体系的に整理・構築したデジタルアーカイブを…情報発信」することが求められている⁵⁸⁹。

⁵⁸⁵ 生貝直人「デジタルアーカイブと法政策：統合ポータル、著作権、全文検索」大学図書館研究 No.104 (2014) pp.16-17

⁵⁸⁶ 日本学士院は、紀要のウェブ公開のために既掲載論文の著作権譲渡を促しており、OA にむけたアカデミズムからの取組みの一例といえる (<http://www.japan-acad.go.jp/japanese/publishing/copyright.html>)。

⁵⁸⁷ 本節は、拙稿「デジタルアーカイブ連携のためのメタデータの知的財産法による保護と制限」NextcomVol.49 (2022.3 公刊予定) pp.34-43 掲載論文を一部修正したものである。

⁵⁸⁸ 柳与志夫『デジタルアーカイブの理論と政策』（勁草書房、2020）p.68 参照

⁵⁸⁹ 文化審議会博物館部会「博物館法制度の今後の在り方について（審議経過報告）」

そこで重要な情報がメタデータである。メタデータ (meta-data) とは、図書館情報学においては書誌事項の記録を指す。その機能としては、ネットワーク情報資源の発信、検索、アクセスに資する点にあり、デジタルコンテンツ (データ) のためのデータという意味で、メタ的な存在であることから、メタデータと呼ばれている。

ところが、メタデータに着目した法学的な検討は、特に日本においてはほぼ見当たらない。

ここで、知的財産法による保護を検討する場合、メタデータの著作物性の検討が第一に想定される。しかし、創作性を有するとしても、著作物として保護し、法的救済である差止請求権、損害賠償を与えることは、通常の場合では想定しえない。他方で、大量のメタデータの盗用のような、不正利用に関しては、法的救済の余地は否定できないと思われる。そこで、本節では、結論には疑義がないであろう、メタデータの利活用を巡る情報環境において、法的考察を行うことにより、より DA の連携を盤石にすることを目的とする。

なお、図書館の書誌情報に利用者履歴を加えたメタデータのように、流通に際してプライバシーの問題を生じ得るメタデータもあり得るが、この点の検討は他日を期することとする⁵⁹⁰。

2. メタデータの意義と機能

2.1 メタデータの意義⁵⁹¹

国立国会図書館によると、メタデータとは、「データに関するデータ」を意味し、資料のタイトル・作成者等の書誌情報も含むが、狭義にはインターネット上のリソースに関する情報を検索等の目的で記録したデータを指す⁵⁹²。メタデータは、従来の目録規則の書誌的事項より簡便で、一次情報の作成者・出版者によるメタデータ作成が可能であり、また、膨大な量のネットワーク情報資源への対応を可能にする⁵⁹³。図書館分野では後述するダブリンコア、ウェブ分野では XML などのメタデータ記述が著名だが、文化遺産機関のメタ

(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/hakubutsukan/hoseido_working/07/pdf/93327901_01.pdf)

⁵⁹⁰ 図書館における貸出記録・履歴は従前からプライバシーとの関係が指摘されている (新保史生「図書館における貸出記録・履歴の保存とプライバシー」ジュリスト 1566 号 (2021) pp.130-135 参照)

⁵⁹¹ 栗山正光「各国・国際レベルでのメタデータに関する取り組み」情報の科学と技術 60 巻 12 号 (2010) pp.489-494 を参考に最新情報にアップデートした。

⁵⁹² 国立国会図書館ウェブサイト (<https://www.ndl.go.jp/jp/dlib/standards/meta/glossary.html>)

⁵⁹³ 常世田良「市民はコンテンツにたどりつけるのか? -検索技術・システム- (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技術に関するワーキングチーム (第3回) 資料)」(https://www.soumu.go.jp/main_content/000064480.pdf)

データ言語として MACHINE READABLE CATALOGING (MARC)がある⁵⁹⁴.

2.2 メタデータの機能

デジタルコンテンツの連携は、当該コンテンツが、Linked Data (LD) というウェブ上に存在する他のデータと「リンク」されている状態であることを要するため、メタデータ記述のための概念モデル（例えば、Resource Description Framework (RDF)) によって、メタデータが記述される。このモデルを用いた記述は LD と呼ばれる⁵⁹⁵。

また、パブリシティ権、肖像権、知的財産権などの権利情報を書き込んだメタデータを権利メタデータ (rights metadata) と呼ぶことがあり^{596,597}、CC ライセンスはこれに該当する。

図書館では、記述メタデータは、主に検索に用いられる。DA との関係では、知を構造化させる目的でデータ連携を行うことを円滑化する点がメタデータの機能である。根本彰名誉教授は、国立国会図書館が、DA をリードしているのは、図書館が知を構造化した定型的なものとして扱うドキュメンテーションの方法を早くから開発してきたからであるとしている⁵⁹⁸。

・ダブリンコア (Dublin Core)

ダブリンコアとは、ダブリンコアイニシアチブが管理する汎用的なメタデータ規格である。15 要素 (タイトル, 作成者, 主題, 内容記述, パブリッシャー, 寄与者, 日付, タイプ, フォーマット, 識別子, 情報源, 言語, 関係, 対象範囲, 権利管理) と記述限定子 (データの性質やコード化方式についての情報の記述) から構成される⁵⁹⁹。後述の Europeana でも用いられる OAI-PMH にも一部にダブリンコアが採用されている。

・MLA 機関のユースケース

Europeana では、そもそも個別のコンテンツを保管しているわけではなく、メタデータ

⁵⁹⁴ 国立国会図書館「メタデータを理解する」

(<https://www.ndl.go.jp/jp/dlib/standards/translation/understandingmetadata.html>)

⁵⁹⁵ 高久雅生「メタデータ利用を支える技術」日本図書館情報学会研究委員会編『メタデータとウェブサービス』(勉誠出版, 2016) p.151

⁵⁹⁶ See, Maureen Whalen. (2008), Rights Metadata Made Simple.

https://www.getty.edu/research/publications/electronic_publications/intrometadata/rights.pdf.

⁵⁹⁷ See, Karen Coyle. (2006), Rights in the PREMIS Data Model A Report for the Library of Congress.

<https://www.loc.gov/standards/premis/Rights-in-the-PREMIS-Data-Model.pdf>.

⁵⁹⁸ 根本彰『アーカイブの思想 言葉を知に変える仕組み』(みすず書房, 2021) p.202

⁵⁹⁹ 上田修一=倉田敬子『図書館情報学』(勁草書房, 第2版, 2017) p.140

をアグリゲータモデルで収集している⁶⁰⁰。Europeana は、原則として、①領域・テーマごと、②国・地域ごとにアグリゲータのいずれかに、分類できるアグリゲータ⁶⁰¹を通じて、間接的にメタデータを収集している。そのため、LD のモデルを統一する必要性があり、Europeana Data Model (EDM)⁶⁰²と呼ばれるデータモデルに準拠させている。また、メタデータ収集にあたっては、そのプロトコルとして、OAI(Open Archives Initiative) が定めた OAI-PMH (Open Archives Initiative Protocol for Metadata Harvesting) によって Europeana に集約されている。最近では、Europeana Common Culture (ECC) が、2019 年 1 月から 2020 年 12 月まで実施され、ヨーロッパ 21 か国から 24 のパートナーが参加し、最終的に、合計 9,180,375 ものレコードを集約した⁶⁰³が、ここには、LD の集約の効率化といった技術対応が見受けられる⁶⁰⁴。2020 年 8 月に正式公開したジャパンサーチにおいても、メタデータによる連携が重要な要素となっている⁶⁰⁵。

2.3 メタデータの権利関係

Europeana によって公開されたすべてのメタデータは、CC0⁶⁰⁶ (普遍的な権利放棄宣言)

⁶⁰⁰ 福山樹里「Europeana のメタデータ：デジタルアーカイブの連携の基盤」情報の科学と技術 67 巻 2 号 (2017) pp.54-60

⁶⁰¹ EUROPEANA AGGREGATORS (<https://pro.europeana.eu/page/aggregators>)

⁶⁰² EDM は、“The Europeana Data Model Primer”, “The Europeana Data Model Specification V5.2.3”, “The EDM Mapping Guidelines”の関連文書からなる。また、最近では、米国デジタル公共図書館 (DPLA) やドイツデジタル図書館 (Deutsche Digitale Bibliothek) などでも使用され、次第に普及している。

⁶⁰³ Europeana Common Culture (<https://pro.europeana.eu/project/europeana-common-culture>)

⁶⁰⁴ Freire, Nuno, Meijers, Enno, de Valk, Sjors, Raemy, Julien A., & Isaac, Antoine. (2020). Metadata aggregation via linked data: results of the Europeana Common Culture project. Zenodo. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4062455>

⁶⁰⁵ 令和 2 年 8 月 19 日デジタルアーカイブジャパン推進委員会・実務者検討委員会 (事務局内閣府知的財産戦略推進事務局)「3 年総括報告書我が国が目指すデジタルアーカイブ社会の実現に向けて」p.30 図 4 参照

(https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_suisiniinkai/pdf/r0208_3kanen_houkoku_honbun.pdf)

⁶⁰⁶ Creative Commons の略称である。CC の詳細や活用例は、中川隆太郎「CC4.0 時代のオープンデータとライセンスデザイン」情報の科学と技術 65 巻 12 号 (2015) pp.509-514 参照

により、パブリックドメイン⁶⁰⁷として、制限なしに利用できることが明示されている⁶⁰⁸。これはDPLAも同様である⁶⁰⁹。そして、DPLAやEuropeanaの権利表示の在り方については、RightsStatement.org⁶¹⁰によって立場が明確化されている。

わが国においては、RightsStatement.orgの影響を受け、「デジタルアーカイブにおける望ましい二次利用条件表示の在り方について（2019年版）」⁶¹¹の公表に至っている。パブリックドメインに対する表示、CCライセンスのほか、権利状態に関する記述をEuropeanaの採用状況を含め一覧表で示すなどし、基本的にはこれによることが期待されている。

3. メタデータの法的保護

3.1 総論

米国では、著作権の保護は、創作性を有する表現に対して与えられ、基礎的事実に対して与えられるものではないため、メタデータが著作権法上の保護を受けることは疑問であると指摘される⁶¹²。DPLAのメタデータをCC0で公表すべきとする中にも、その性質上、純粋に説明的なメタデータのセットは米国の法律の下では、著作権で保護されるべきではないと記述がある⁶¹³。

わが国の著作権法においても同様であろう。もっとも、メタデータの法的保護に関して言及した文献は少ないところ、生貝直人准教授は、「作品解説等のディスクリプティブなメタデータが著作権保護の対象となる」可能性を指摘する⁶¹⁴。また、前述の「デジタルアーカイブにおける望ましい二次利用条件表示の在り方について（2019年版）」では、「創作的表現のないメタデータ」という表現を用いており、創作的表現のあるそれが示唆される。

ところで、これまでメタデータと著作権に関しては、基本的な体系書、入門書には言及

⁶⁰⁷ 本来、“(Copyright) public domain”の法的意義の検討が必要であるが、本節では、公衆が許可を得ることなく等しい条件で著作物を利用できることを指す。See, Greenleaf, G., & Lindsay, D. (2018). Public Rights: Copyright's Public Domains (Cambridge Intellectual Property and Information Law). Cambridge: Cambridge University Press at 54.

⁶⁰⁸ Usage Guidelines for Metadata (<https://www.europeana.eu/en/rights/usage-guidelines-for-metadata>)

⁶⁰⁹ CC0 (+BY) (<https://dp.la/news/cc0-by/>)

⁶¹⁰ 時実象一「[C05] デジタルアーカイブの公開に関わる問題点:権利の表記 (デジタルアーカイブ学会第1回研究大会予稿)」デジタルアーカイブ学会誌 1(Pre) (2017) pp.76-79 (https://doi.org/10.24506/jsda.1.Pre_76)

⁶¹¹ https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_suisiniinkai/jitumusya/2018/nijiriyou2019.pdf

⁶¹² Cox, Krista (2017). Metadata and Copyright: Should Institutions License Their Data about Scholarship? at 2

⁶¹³ CC0 (+BY) (<https://dp.la/news/cc0-by/>)

⁶¹⁴ 生貝直人「ウェブサービス・プラットフォームの事例：ヨーロッパナとナショナルデジタルアーカイブ」日本図書館情報学会研究委員会編『メタデータとウェブサービス』(勉誠出版, 2016) p.190

がなく、国内の裁判例も見当たらなかった。

他方で、2014（平成26）年11月19日、「文化審議会著作権分科会著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会（第8回）」⁶¹⁵において、メタデータと著作権の関係が取り上げられている。法人向けのテレビ番組検索サービスなどに資するメタデータの生成・販売等をしている企業のヒアリングを行っている。ここでは、メタデータの採取処理のために、一時的に放送を蓄積視聴している現状において、著作権法上の問題があるかという点が論点になっているが、メタデータの採取目的以外で視聴したりすることはなく、こうした作業と著作権との関係については現行法により担保されているとした意見を報告書ではそのまま記述しており⁶¹⁶、それ以降、特段問題視されていない。ヒアリング先では「平成21年度の著作権法改正によって担保されたと理解」⁶¹⁷との認識が示されていた。その後現行法では、平成30年改正後の著作権法47条の4第1項がこれに対応している（ただし、ヒアリング当時の規定と比較すると要件が緩和されている⁶¹⁸）。

この検討で注目すべき点は、権利制限規定の文脈で検討されているので、著作物性が肯定される前提となっていることである。

また、最近では、SaaS型（クラウド事業者が、クラウドサーバ上に実装したアプリケーションソフトの機能を、ネットワークを通じてユーザの必要に応じて提供するサービス⁶¹⁹）がオンラインサービスの主流となっているため、知的財産法による保護を受けるか否か問わず、データを第三者に委託することが多く、このデータにはメタデータも含まれる⁶²⁰。そのため、データ管理に関する法的諸問題は基本的にはそのまま該当する。

以下では、データ管理の問題は、別稿に譲るとして、メタデータの法的保護の可能性の検討、保護された場合の権利制限の可能性について検証する。

なお、以下においてメタデータに言及するときは、特に断りのない限り、デジタルアーカイブの連携に必要な限度でのメタデータ生成、複製、修正を指す。

3.2 権利管理情報（著作権法2条1項22号）としてのメタデータ

⁶¹⁵ https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hogoriyo/h26_08/

⁶¹⁶ 文化庁文化審議会著作権分科会著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会「クラウドサービス等と著作権に関する報告書（平成27年2月）」p.25 脚注40

https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hogoriyo/h26_10/pdf/shiryo_1.pdf

⁶¹⁷ 文化審議会著作権分科会著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会（第8回）資料3

https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hogoriyo/h26_08/pdf/shiryo_2.pdf

⁶¹⁸ 岡村・著作権法 p.272

⁶¹⁹ 文化庁『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』p.7

https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h23_06/pdf/shiryo_4.pdf

⁶²⁰ 植田貴之「クラウドサービスでのデータ利活用に係る規定」ビジネス法務2021年8月号（2021）p.31

ベルヌ条約 20 条の「特別の取極」として、1996 年に成立した著作権に関する世界知的
所有権機関条約（WIPO 著作権条約、わが国は 2000 年に加入）は、12 条で正当な権原な
く電磁的な権利管理情報を除去、改変等することを故意に行う者がいる場合に、適切かつ
効果的な法的救済を定める義務を加盟国に課している⁶²¹。これを受け、わが国著作権法は
権利管理情報を定義し（同法 2 条 1 項 22 号）し、これに対する一定の行為は、著作権、著
作者人格権、著作隣接権の侵害と擬制する（同法 113 条 4 項）。

権利管理情報として想定しているのは、電子透かし技術である⁶²²。同技術は、情報秘匿
技術の一種であり、付加情報を人間には認識できないように、直接コンテンツに埋め込む
技術であり、付加情報はメタデータとは限らない。

しかし、権利管理情報は、①権利に関する基本情報、②利用方法等の利用許諾に関する
情報、③これらを検索できるコード情報に大別され（同法 2 条 1 項 22 号イ～ハに対応）
⁶²³、MLA 機関の管理するコンテンツに付加するメタデータ⁶²⁴は、①～③の権利管理情報で
あることが多い⁶²⁵。例えば、ICOM が出した標準規格である CIDOC（International
Committee for Documentation）は、文化財の管理に用いられるメタデータであるが、管理
情報のみならず内容記述も可能であるため、権利管理情報に該当し得る。

他方で故意に情報を付加することが著作権侵害とみなされるが、著作物が保護期間満了
であれば、当該著作物に付加した場合は 113 条 4 項各号には該当しないと解するべきであ
ろう。しかし、DA の際にコンテンツに著作権が発生する場合があります。権利管
理情報の情報の正確性、あるいは記述要素の変更等により情報を付加、訂正等を行うこと
は想定される。この場合の権利制限については、明示的ではない。

3.3 言語の著作物（著作権法 2 条 1 項 1 号）

単なる書誌情報のような内容、前述の権利管理情報（同法 2 条 1 項 22 号イ～ハ）が想定
する程度の記述は、それ自体は著作物性を有しない単なる事実と評価できる。

メタデータに内容記述をすることが技術上可能となっており、図書館よりも収蔵品が多
種多様である博物館の収蔵品においてそのニーズは高い。そのため、創作的表現のあるメ

⁶²¹ 茶園成樹『知的財産関係条約』（有斐閣、2015）p.304

⁶²² 加戸・逐条講義 pp.68-69

⁶²³ 小倉＝金井・著作権法コンメ I p.188[森亮二執筆]

⁶²⁴ 主に制度面に関し、福島幸宏「文化財情報を真の公共財とするために」奈良文化財研究所研究報告:デ
ジタル技術による文化財情報の記録と活用 2 24 号（2020）pp.118-121、技術面に関し、秋元良仁「デ
ジタルアーカイブとメタデータ」日本写真学会誌 79 巻 1 号（2016）pp.10-15、博物館の収蔵品に関し、
秋元良仁「博物館の収蔵品管理におけるメタデータの利用と問題点」情報処理学会研究報告 FI、情報学基
礎研究会報告 74（2004）pp.55-62 参照。

⁶²⁵ 権利管理情報の具体例は、岡村・著作権法 p.194 表 10 参照

タデータとなる可能性があり、この場合は言語の著作物に該当し得る。

3.4 編集著作物（著作権法 12 条）

編集著作物は、①素材の著作物の、②編集物であり、③素材の選択又は配列に創作性を有すれば、これに該当する（同条 1 項本文）。ただし、データベースは除外される（同項かっこ書）。そのため、メタデータを記述したコンテンツが編集著作物に該当することは想定し難い。

3.5 データベースの著作物（著作権法 12 条の 2）

データベースの著作物は、①情報の集合物の、②それらを電子計算機で検索できるように体系的に構成したものであり、③その情報の選択または体系的構成によって創作性を有すれば、これに該当する（同法 2 条 1 項 10 号の 3、12 条の 2 第 1 項）⁶²⁶。

メタデータは、まさに体系的にコンテンツを構造化することを目的としており、データベースの著作物に資するものである。コンテンツが著作物の対象であるかは問わず、コンテンツ単体に付したメタデータもまた、著作物性を有する可能性は低いですが、体系的構成の規律を支配しているのは、メタデータであり、これにより、創作性が担保されている可能性がある。そのため、データベースの著作物の複製権侵害は、メタデータの複製でもある。

この点、リレーショナルデータベース（RDB）の複製権侵害が争われた旅行業者用データベース事件（知財高判平成 28 年 1 月 19 日、LEX/DB25447737）⁶²⁷では、データベースの体系的構成は、情報の集合物から特定の情報を効果的に検索可能にした論理構造とし、原告と被告の DB を構成するテーブルとフィールド、具体的情報の共通部分の有無を認定し、共通部分を認めた箇所についての情報の選択・体系的構成によって創作性が認められるか判断しており、いわゆる濾過テスト⁶²⁸に似た判断をしている。本件は、メタデータに言及していないが、典型的な情報システムは、メタデータ管理として、RDB が用いられる（RDB は、メタデータを格納する箱としての役割を持つ）。そのため、本件では、メタデータの複製もまた起きていたと思われるが、著作物性がないためか、当事者双方で主張は見当たらない。

3.6 限定提供データ（不正競争防止法 2 条 7 項）

不正競争防止法では、ビッグデータ保護の観点から、一定要件を満たすデータ自体に保

⁶²⁶ 同上 p.93

⁶²⁷ 高瀬亜富「判批」コピライト 664 号（2016）p.37

⁶²⁸ 双方の著作物の共通部分を抽出し、当該部分に創作的表現と認められるか判断する方法をいう（上野達弘・前田哲男『＜ケース研究＞著作物の類似性判断ビジュアルアート編』（勁草書房、2021）p.18）。

護を与える改正を平成 30 年に行い、「限定提供データ」として導入した。メタデータがこれに該当し得るかは、当該メタデータを付するコンテンツの性質に依存する。

なぜなら、この定義は、「業として特定の者に提供する情報として電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の知覚によっては認識することができない方法をいう。次項において同じ。）により相当量蓄積され、及び管理されている技術上又は営業上の情報（秘密として管理されているものを除く。）」とされており、文言上はメタデータも相当量蓄積されれば該当するよう思えるが、オープンデータは対象外とされている（同法 19 条 1 項 8 号ロ）ためである。

そのため、メタデータが公表情報、オープンデータであるか否かが、限定提供データの該当性を判断するうえで、重要になる。例えば、最も身近なメタデータの 1 つである文書作成ファイルでは、当該ファイルのプロパティを確認することにより、ファイルの作成者、作成日、最終更新日を確認することができる。このような状態であれば、コンテンツ自体は流通を目的としているため、公表されるものといえる。

しかし、上記の例のようにメタデータがコンテンツと不可分一体に流通するとすれば、一定の権限がなければアクセスできない状態、あるいは流通を念頭においても、一定のプラットフォームに参画する MLA 機関（さらに具体的には、同機関の職員）しかアクセスできないとなれば、限定提供データに該当し得る。

3.7 小括

著作権法と不正競争防止法による保護は、いずれも特許などと異なり、出願、登録といったプロセスがなく、無方式に保護される点で共通する。

しかし、不正競争防止法による保護は、限定提供データに対する一定行為を不正競争とし、当該行為に対して差止請求権や損害賠償を認める（刑事罰はない）。そのため、著作者・著作権者が意図しないことがあり、利用者は意図せず侵害行為になることがある。この実態は、田村善之教授が指摘するような企業内部の複製などのような「寛容の利用」ともいえ、実態として許容されるものの、明示的なコスト（リスク）である⁶²⁹。

4. 流通のためのメタデータの法的整備

4.1 著作権法上の権利制限規定の検討

これまで検討してきたメタデータが著作物性を有し、かつ、それが権利侵害となる場合は限定的であることが示唆された。しかし、メタデータにより、コンテンツの連携が容易になり、流通に資する側面があり、法的保護を認めることは却ってコンテンツの流通を妨

⁶²⁹ 田村善之『知財の理論』（有斐閣、2019）pp.323-325 参照

げる。そこで、創作的表現として著作物に当たるとしても、包括的又は一般的な権利制限規定があれば、このような問題は生じない。通常の利用であれば、メタデータはそれ単独では価値がないため、①使用の目的および性質、②メタデータの性質、③全体との関連における使用された部分の量および実質性、④潜在的市場または価値に対する使用の影響といった米国著作権法 107 条のフェアユース 4 要件を考えても、いずれにも該当しない。他方、わが国の個別的制限規定の場合は、コンテンツに付したメタデータは、いかなる権利制限規定を受けうるのか、個々の規定を検討する必要がある。

まず、著作権法 35 条の検討である。MLA 機関のうち、図書館と博物館は社会教育のための機関である（社会教育法 9 条 1 項）。しかし、公立図書館は無料原則があるが（図書館法 17 条）、他の機関にはこの原則はないため、著作権法 35 条の適用は限定的である。

次に、同法 30 条の 4 の適用の検討である。しかし、内容記述のメタデータの場合、それが、MLA 機関の利用者に見せる目的ではないが、不特定の（連携先を含めた）運営者に向けられた情報であるから、「他人に享受させることを目的としない場合」とは評価できず、同条の適用も困難であろう。

さらに、同法 42 条の 3 第 1 項により、歴史的公文書等の保存のための複製は認められており、一定の場合は利用も認められる（同条 2 項）。また、国立国会図書館の場合、オンライン資料を収集するために必要と認められる限度ではあるが、複製が許容されている（同法 43 条 2 項各号）。後者は「当該各号に掲げる資料に係る著作物」として著作物性を有するメタデータが含まれると解釈できる。

このように、一部の MLA 機関のみ、権利制限規定が機能する。

他方で、同法 47 条の 4 第 1 項 3 号は、情報提供の円滑化等の準備に必要な記録等を権利制限の対象とする⁶³⁰。立法担当者は、動画共有サイトにおける著作物の送信を効率的に行うために、ファイル形式を統一化するための複製や各種ファイルの圧縮をする行為などを念頭に置いている。しかし、それに限らず、DA のようなウェブを通じたコンテンツの提供に資するメタデータは、「円滑又は効率的に行うための準備」と評価することもできることから、メタデータの記録媒体への記録、翻案が認められ得る。

実際に、平成 30 年改正前の同法 47 条の 9 であるが、権利制限の対象となる主体・客体に限定はないとされ⁶³¹、また、文化庁が公表したガイドライン⁶³²Q19 でも、例示以外でも「著作物の電子計算機における利用を円滑又は効率的に行うための付随的な利用に供する

⁶³⁰ 小倉＝金井・著作権法コンメⅡ pp.329-332[高瀬垂富執筆]

⁶³¹ 加戸・逐条講義[六訂新版]p.374

⁶³² 令和元年 10 月 24 日文化庁著作権課「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方（著作権法第 30 条の 4、第 47 条の 4 及び第 47 条の 5 関係）」

(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_17.pdf)

ことを目的とする場合における著作物の利用については、幅広く権利制限の対象となる」とされていることから、明確に否定はされないであろう。

もっとも、「情報を提供」とあるので、公表を前提としないダークアーカイブの場合は、これに該当しない可能性が高く、翻案（メタデータの内容記述の翻案行為）ができる点は大きいですが、記録媒体への記録だけでなく、実際は公衆送信、複製を伴うため、この点のカバーがされていない。

4.2 不正競争防止法の適用除外要件

限定提供データに関する適用除外は同法 19 条 1 項 8 号が規定するが、「公衆」が「不特定かつ多数の者」を指すとされ⁶³³、著作権法と異なり、特定多数の場合は該当せず、適用除外に当てはまらないと思われる。

4.3 立法論の可能性

2.3 で述べた懸念があるため、実際は CC0 を推奨することで、Europeana, DPLA⁶³⁴, ジャパンサーチ⁶³⁵という日米欧の DA プラットフォームは、データ連携を図っている。注目すべきは、欧州の背景である。

欧州においては、2011 年 10 月 28 日、「文化遺産のデジタル化、その利用及び保存に関する欧州委員会勧告（2011/711/EU）」⁶³⁶ 条において、Europeana を通じて DA を利用可能とすることを求めている。そして、同条(f)では、文化施設が作成した既存のメタデータ（デジタルオブジェクト記述）を幅広く、自由な利用を実現することを求めている。確かに、委員会勧告は、欧州連合の機能に関する条約第 288 条を根拠とし、それ自体に法的拘束力はなく、加盟国の立法の準備を目的とする間接的なものであるが、法解釈の指針にはなり得る。

また、デジタル単一市場における著作権指令⁶³⁷ 条では、加盟国に、文化遺産機関が、

⁶³³ 経産省・不競法 p.246

⁶³⁴ DPLA では、大学図書館などが、サービスハブとして、Europeana のアグリゲータのようにメタデータ集約等のを行い、全体として全米のデジタルアーカイブをカバーする形となっている（2019 年 2 月時点で 27 機関が存在する）。See, Lynch, J. (2019). Digital Public Library of America Service Hub Social Media Usage Analysis. Illinois Digital Environment for Access to Learning and Scholarship (IDEALS). Urbana: University of Illinois.

⁶³⁵ デジタルコンテンツの二次利用条件表示について (<https://jpsearch.go.jp/policy/available-rights-statements>)

⁶³⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011H0711>

⁶³⁷ DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17

恒久的にそのコレクション内に存在するあらゆる著作物または他の保護対象物を、あらゆるフォーマットまたは媒体で、当該著作物または他の保護対象物の保存目的でかつその保存のために必要な範囲内で複製できるよう、所定の措置を義務付ける⁶³⁸。このように規定すれば、MLA 機関の主体や客体に着目することなく権利制限を可能にし、この趣旨からすれば、加盟国が国内法化したとしても、メタデータの複製は「必要な範囲内での複製」であろう⁶³⁹。

わが国でも DA 推進のための特別の立法、規定の導入の議論⁶⁴⁰があるが、この際に、同条のような規定を入れることは選択肢になろう。

なお、欧州は、2020年11月、知的財産行動計画の中で、「著作権インフラストラクチャ」なる概念を打ち出している⁶⁴¹。これは、「創造的産業におけるデータ管理の実践を規定する一連の規則、技術、制度」をいい⁶⁴²、データの質を確保し、流通を確保させる仕組みを構築することを提案している。このインフラストラクチャの1つが権利メタデータである⁶⁴³。

5. むすびにかえて

DA 連携に限らず、創作性がある表現であるとしても、メタデータは、法的保護に値す

April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>)

⁶³⁸ 条文の和訳は、著作権情報センターウェブサイト「デジタル単一市場における著作権指令」(https://www.cric.or.jp/db/world/EU/EU_02a.html)を参照した。

⁶³⁹ ただし、DSM 著作権指令6条は、「恒久的にそのコレクション内に存在するあらゆる著作物または他の保護対象物」という制限がある。特に「恒久的」という語句との関係で、他機関のメタデータの複製が許容されるかという点は問題になる。特に、「そのコレクション内に存在する」という表現が、アグリゲータモデルを想定していないことに留意する必要がある。しかし、アグリゲータは、コンテンツの保存の観点からは、手足であると評価できれば、「他機関」である場合も、許容され得るのではないか。

⁶⁴⁰ 橋本阿友子「「デジタルアーカイブ整備推進法（仮称）」に関する意見交換会報告」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.3, No.1 (2019) pp. 41-46

⁶⁴¹ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Making the most of the EU's innovative potential An intellectual property action plan to support the EU's recovery and resilience COM/2020/760 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0760>)

⁶⁴² *Id.* at footnote 73.

⁶⁴³ WIPO のウェビナーの説明資料には、権利メタデータなどが著作権インフラストラクチャの構成要素として挙げられている (See, WIPO. A European Perspective on Copyright Infrastructure) (https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=67028)

るものの、趣旨からすれば、法的保護に適しない著作物である。そして、法的な位置づけとしては、その趣旨から、著作権法13条各号が規定する権利の目的とならない著作物の方が相応しいといえる。しかし、無方式主義は、ベルヌ条約5条2項第1文でも採用されるところであり、これを否定することは難しい。

しかも、包括的な権利制限規定が極めて限定的である日本においては、特にこの困難性が浮き彫りになる。もちろん、目的に応じた各権利制限規定の適用を受け得るが、その目的を意識してコンテンツを流通、保存させることはやはりメタデータの本来の目的である連携を妨げる。

欧州では、2019年のノートルダム大聖堂の火災、コロナ禍によるMLA機関の閉館に伴い、MLA機関のDX化促進が期待される中、2020年6月、前述の欧州委員会勧告(2011/711/EU)のパブリックコンサルテーションが行われた⁶⁴⁴。わが国でもデジタル庁の設立により、自治体情報システムの標準化が志向され、よりデータガバナンスが重要となる中で、地方のMLA機関やDAの連携のさらなる促進も期待される。

このように、データ流通基盤を考えるうえで、知的財産法による保護を制限的に解釈、立法を行うことで、流通が実現するメタデータの保護の在り方は、「公益」との関係で権利が制限されることが示唆される。

⁶⁴⁴ Commission launches public consultation on digital access to European cultural heritage (EC, 2020/6/22) (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-launches-public-consultation-digital-access-european-cultural-heritage>)

第III部：ユーザの権利の理論的基礎

第7章 著作権法におけるユーザとしての障害者の権利⁶⁴⁵

第1節 はじめに⁶⁴⁶

「ユーザの権利」として承認されているか、議論はあるが、障害者を著作物のユーザとして捉えると、現行の権利制限規定には、著作権者とユーザとの間において、利益の対立構造を看守し得る。

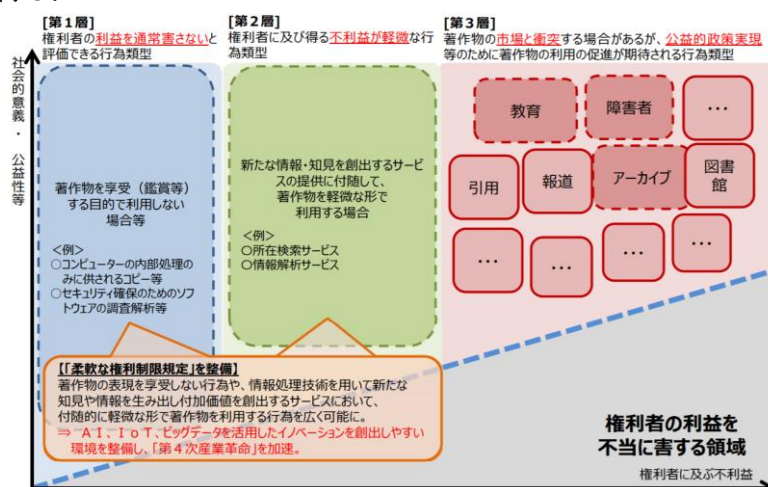


図5 著作権の権利制限と目的の関連性⁶⁴⁷

政府検討資料でも度々登場する上図は、第3層にあるアーカイブと障害者の社会的意義と公益性の関係において前者が優位しているように見える点は疑問なしとはしないが、前提として、第3層は「著作物の市場と衝突する可能性がある」ことを認めている。

しかし、それでも、なお、権利制限を認めているのは、当該コンテンツのユーザがアクセスできる環境を整備する必要があるためである。本章では、（アーカイブ目的の権利制

⁶⁴⁵ 本章の一部は、拙稿「著作権法と障害者の情報アクセシビリティ—ソーシャルインクルージョンの視点から」情報通信学会誌 36 巻 1 号(2018)pp.31-36 に掲載された内容に、近時の法改正を踏まえ修正した。

⁶⁴⁶ 本節で取り上げるマラケシュ条約の概要は Laurence R. Helfer, Molly K. Land, Ruth L. Okediji & Jerome H. Reichman (2017), *The World Blind Union Guide to the Marrakesh Treaty: Facilitating Access to Books for Print-Disabled Individuals*, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No.2017-17 を参照。

⁶⁴⁷ 出典：文化庁著作権課「デジタル時代における著作権制度・関連政策の在り方検討タスクフォース（第5回）資料」（令和3年1月12日）p.5

限とは直接的な関係性はないことを自認しつつも) 障害者の情報アクセシビリティの確保という目的を実現するために、補償金付権利制限制度でもなく、純粋な著作権の権利制限規定が導入されている点に注目する。

この権利制限の正当化根拠の議論には、単なる著作物の利用場面に限らず、これまで論じられてきた「障害者の人権」という大きなテーマと連関がある。そこで、まずは、このような対立構造を分析し、次に、情報アクセシビリティを確保する制度やそれを受容する「ソーシャルインクルージョン」の視点から著作権の制度設計を検証したい。

障害者(その定義や「障害」の定義は、後述する。)福祉と著作権保護との間には、情報アクセシビリティの観点から衝突が想定される。実際に、障害者権利条約では、「締約国は、国際法に従い、知的財産権を保護する法律が、障害者が文化的な作品を享受する機会を妨げる不当な又は差別的な障壁とならないことを確保するための全ての適当な措置をとる」(同条約 30 条 3 項)として、その衝突が示唆されている。

著作権法は、障害者福祉を十分に保障し、尊重しているか。これが本章の総論的な問題意識である。著作権法には、立法形式は様々ではあるが、わが国のみならず、障害者福祉に配慮した規定がある⁶⁴⁸。そして、その配慮の理論的根拠を検討する。これによって、今後のさらなる情報アクセシビリティの向上に示唆を与えるのではないかという意図がある。

しかし、これを検証するためには、まず、障害学上の「障害」及び「障害者」の概念を定義する必要がある。また、条約を含めた法制度を把握する必要がある。特に、情報アクセシビリティの点では、障害者権利条約、障害者差別解消法にある「合理的配慮」の概念が重要である(障害者雇用促進法にも合理的配慮の概念はあるが、本論では省略する。)

次に、そのうえで、マラケシュ条約の位置づけ、概要とわが国著作権法との関係を明らかにし、わが国著作権法の現状と課題を明らかにする。

マラケシュ条約は、対象を書籍などの文字情報に限定され、音楽や映像は対象とされていない点、既にわが国著作権法が視覚障害者に一定の配慮をしている点から、外国文献へのアクセス以外には劇的な変化をもたらすものではない⁶⁴⁹。

しかし、情報アクセスの観点は、映像作品にも求められる。そのため、視覚障害者を中心に、美術館等の鑑賞行為を例に、いわゆるユニバーサル・ミュージアムの取り組みを取り上げ、そこで起こり得る著作権法制との問題点を各論的に検討する。やや結論を先取りすれば、こうした取り組みは、合理的配慮の不存在を差別として位置付けた障害者の人権

⁶⁴⁸ 得重貴史「障がい者アクセシビリティと著作権」渋谷達紀教授追悼記念論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪 渋谷達紀教授追悼記念論文集』(発明推進協会、2016) p.654 以下(以下「得重論文」という。)

⁶⁴⁹ 大胡田誠「マラケシュ条約と視覚 障害者の読書を考える」視覚障害:その研究と情報 No.328(2015)p.

との関係で、著作物の利用権と著作権者の権利との衝突が発生しており、著作権法上の権利制限又は例外とは、このような利用権に配慮した規定であると、情報アクセシビリティの関連法規として見たときには把握することができる。

なお、本論では、「障害者」という表記の「害」に対するイメージ等を理由に、「障害者」や「障がい者」といった表記もあることを承知しつつ、障害者基本法などの用語例に則り、特段の理由がない限り、「障害者」の表記を用いることとする。

第2節 「障害」、「障害者」及び情報アクセシビリティの意義

1. 「障害」及び「障害者」の意義

障害者権利条約には、「障害」や「障害者」の定義がなく、意図的に定義されなかったともされる⁶⁵⁰。また、障害学上、「障害」や「障害者」概念自体が議論の対象のため、本論では、その概要を述べる。

まず、「障害」概念は、世界保健機関（WHO）による分類が一般的である。WHOは、当初、1980年に発表した国際障害分類（ICIDH）を用い、この分類では、機能障害、能力障害、社会的不利という3つの次元に分類した。しかし、障害者と病人を同一視する危険性などから、批判があり、国際生活機能分類（ICF）が2001年にWHOで正式に決定され、現在に至る。

ICIDHの機能障害は、ICFでは、「心身機能・身体構造、機能障害」となった。また、ICIDHの能力障害は、ICFでは、「活動・活動制限」となり、ICIDHにおける社会的不利は「参加・参加制約」となり、いずれも中立的な状況を示す用語に代わった。

これらに加え、環境因子（人々が生活し、人生を送っている物的な環境や社会的環境、人々の社会的な態度による環境を構成する因子）と個人因子（個人の人生や生活の特別な背景であり、健康状況と健康状況以外のその人の特徴からなる。具体的には、性別、人種、年齢、体力、ライフスタイル、習慣、性格、個人の心理的資質などが含まれる。）という2つの背景因子を定め、これらの因子によって活動に制限がされるなどの事態が生じるとする。

もともと、わが国の「障害」という法的な概念を考えると、機能障害として考えている場合と、生活制限を伴う機能障害を含んだ概念とされている。そして、いずれを障害として規定するかは各法によっている（前者の例として、障害者基本法2条1号、発達障害者支援法2条1項、後者の例として、身体障害者福祉法施行規則別表5号各参照）⁶⁵¹。

⁶⁵⁰ 川島聡=東俊裕「障害者の権利条約の成立」長瀬修=川島聡=東俊裕編『障害者の権利条約と日本—概要と展望（増補改訂版）』（生活書院、2013）p.23

⁶⁵¹ 菊池馨実=中川純=川島聡編著『障害法』（成文堂、第2版、2021）pp.8-9 [川島=菊池]

ところで、障害学上、障害のモデルは、医学モデルと社会モデルによって把握される⁶⁵²。医学モデルとは、障害者の経験している不利な状態の原因を機能障害に還元させる視点であり（医学モデルの形式的側面）、機能障害の問題性が強調される（医学モデルの実質的側面）。

他方、社会モデルとは、障害者の置かれている不利な状態の原因を、機能障害と社会的障壁との相互作用に求めたうえで（社会モデルの形式的側面）、特に社会的障壁の問題性を強調する視点である（社会モデルの実質的側面）。

医学モデルが従来型の障害概念であるが、近年は、障害者権利条約や障害者基本法が社会モデルを採用している。たとえば、障害者権利条約 1 条では、目的として、障害者には、「様々な障壁との相互作用により他の者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨げるものを有する者を含む」とされ、機能障害と社会的障壁との相互作用によって、障害となることを指摘する。そして、これが、「障害者」の概念を指し、障害の社会モデルを反映しているとされている（ただし、社会モデルを反映していると言い難いと指摘する見解もある⁶⁵³）。

2. 「情報アクセシビリティ」の意義

アクセシビリティとは、「年齢や身体障害の有無に関係なく、誰でも必要とする情報に簡単にたどり着け、利用できること」⁶⁵⁴や「様々な能力をもつ最も幅広い層の人々に対する製品、サービス、環境又は施設（のインタラクティブシステム）のユーザビリティ」（後述する JIS X 8341-1 の 3.1）などとされる。情報アクセシビリティとは、障害者基本法が基本的施策の 1 つに定める「情報の利用におけるバリアフリー化」であり、橘は、すべての国民が情報の収集・利用・意思表示等の困難や障害の有無にかかわらず、誰でも必要とする情報に簡単にたどり着け、利用できること」と定義する⁶⁵⁵。

法的には、憲法 14 条、25 条を基本に、障害者基本法では「基本施策」、障害者差別解消法では「合理的配慮を的確に実施するための事前的改善措置」として法定されている。

また、技術的には、国際標準とその翻訳である国内標準「JIS X 8341（高齢者・障害者等配慮設計指針—情報通信における機器、ソフトウェア及びサービス—）」がある⁶⁵⁶。第 1

⁶⁵² 菊池ほか・同上 pp.5-6 [川島=菊池]

⁶⁵³ 中川純「福祉サービスに対する障害者権利条約のインパクト」論究ジュリスト No.8 (2014) pp.36-37

⁶⁵⁴ 厚生労働省ウェブサイト「アクセシビリティについて」(<https://shigoto.mhlw.go.jp/User/accessibility>)

⁶⁵⁵ 橘とも子「共生社会における情報アクセシビリティ向上を目指して」健康医療科学 Vol.66 No.5 (2017) p.475

⁶⁵⁶ JIS 規格の内容は、日本産業標準調査会のウェブサイトのデータベース検索によった (<https://www.jisc.go.jp/app/jis/general/GnrDataBaseSearch.html>)。

部が共通指針，第 2 部が情報処理装置，第 3 部がウェブコンテンツ⁶⁵⁷，第 4 部が電気通信機器，第 5 部が事務機器となっている。共通指針では、「できるだけ多くの代替的なインタラクション手段に対応」するようにし，音声入力の手今日，テレビ放送への字幕付与などがこれにあたる。

第 3 節 障害をめぐる法制度の概観

1. わが国の法制度

わが国において，障害者基本法が成立したのは，平成 4 年である。心身障害者対策基本法を改正する形式で，議員立法として成立した。障害者基本法は，日本国憲法と障害者権利条約（障害者の権利に関する条約）とともに，障害者に関する各法律の基盤となっている。

そして，障害者権利条約の国内の法整備対応として，障害者基本法，障害者雇用促進法，障害者差別解消法が制定された。さらに，平成 24 年に障害者総合支援法（障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律）が成立している。そこで，各法のうち，障害者の文化的利益の享受に直接的に関係する障害者基本法，障害者差別解消法について，概略をみていく。

まず，障害者基本法の特徴は，数回の改正を経ており，特に平成 16 年改正と平成 23 年改正が重要である。

平成 16 年は，目的規定の見直し，新たに差別禁止規定の新設（旧 3 条 3 項，現 4 条 1 項），障害者週間の新設，障害者計画の策定義務化を国に加え，地方公共団体（都道府県及び市町村）への拡大，障害者の権利擁護と差別の防止に対する責務を明確にするなどの改正がなされた。差別禁止規定の導入は，1990 年の障害をもつアメリカ人法（Americans with Disabilities Act of 1990; ADA）の成立後，世界的に障害者差別禁止法が成立しており，障害者基本法は，ADA の日本版を目指していた⁶⁵⁸。また，同法に裁判規範性はないとされているが，障害者差別を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求が認められやすくなる司法的救済の積極化を期待されていた⁶⁵⁹。

⁶⁵⁷ ウェブアクセシビリティにつき，渡辺昌洋＝浅野陽子「地方自治体のウェブアクセシビリティの現状：JIS X 8341-3 に基づく専門家評価による問題の分析」情報通信学会 Vol.36, No.1（2018）pp.37-45，河島茂生＝竹之内禎「ウェブサイトのバリアフリー／ユニバーサルデザイン」聖学院大学論叢 21 巻 1 号（2009）pp.61-80 参照。

⁶⁵⁸ 第 159 回国会参議院内閣委員会議事録第 16 号 p. 3（原口一博衆議院議員答弁）
<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/159/0058/15905270058016.pdf>

⁶⁵⁹ 第 159 回国会参議院内閣委員会議事録第 16 号 p. 6（福島豊衆議院議員答弁）
<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/159/0058/15905270058016.pdf>

さらに、平成23年は、障害者権利条約を踏まえ、目的規定の見直し、障害者の定義（同法2条1号）の見直し（発達障害を含めるなど）、国際的協調規定の新設（同法5条）、障害者基本計画に関係する事項を処理するために内閣府に設置されていた中央障害者施策推進協議会の障害者政策委員会への改組が定められた（そして、この政府委員会には、基本計画の実施状況の監視、必要と認めるときは、内閣総理大臣又は内閣総理大臣を通じて関係各大臣に勧告する権限が付与されている。）⁶⁶⁰。とりわけ、障害者を社会モデルの観点からも捉えたことが重要である。

また、障害者差別解消法は、障害者権利条約を批准する目的で制定された。同法は、行政機関等に対して、社会的障壁除去のための合理的配慮の法的義務を、事業者に対して努力義務をそれぞれ課す（同法7条2項、8条2項）。障害概念などは、平成23年改正後の障害者基本法を踏襲している。

情報アクセシビリティの確保に関しては、一般的には、個々のニーズに対応することが合理的配慮とされているため、不特定多数の障害者を想定した施策や物理的な整備は事前的改善措置として、「環境の整備」（障害者差別解消法5条）に該当する⁶⁶¹。

2. 条約レベル—情報アクセスを中心に

2.1 障害者権利条約

障害者権利条約には、情報アクセシビリティに関する規定がある（同条約21条、9条）。この「アクセシビリティ（accessibility）」という概念は、唐突に生じたものではなく、歴史的に2つの段階を経て発展的に生成されたといえる。

まず、移動の自由（世界人権宣言13条、市民的及び政治的権利に関する国際規約（ICCPR）12条参照）を実質化させた要因として、物理的環境と公共交通機関へのアクセスを求める欧米を中心とする当事者運動が挙げられる。ここでの、移動には、物理的な乗車行為だけではなく、航空機等の公共交通機関の運賃割引が取り上げられる⁶⁶²。

第2段階は、「情報通信へのアクセス」（世界人権宣言19条、ICCPR19条2項）である。これらの運動が公共施設のサービスのアクセス拡大へと波及し、国際規範としての「権利としてのアクセス」（アクセス権）が障害者分野の関係で再認識され、確固たる地位を固めながら、障害者権利条約の中心的概念へと発展した⁶⁶³。

しかし、同条約は、「権利」と銘打ち、障害者に関する「新しい概念」（合理的配慮など）

⁶⁶⁰ 山田肇「情報アクセシビリティをめぐる政策の動向」情報通信学会誌36巻1号（2018）p.18

⁶⁶¹ 川島ほか・合理的配慮 p.50 [川島]

⁶⁶² 例えば、瀧澤仁唱『障害者間格差の法的研究』（ミネルヴァ書房、2006）pp.55-105

⁶⁶³ 藤井克徳「情報メディアにおけるアクセシビリティ総論」映像情報メディア学会誌 Vol. 69, No. 7(2015) pp.676-681

を規定したが、新しい人権を創設しているわけではない⁶⁶⁴。既存の人権のパラダイムが集团的利益に焦点を当てていたのに対し、個別的なニーズに重点を置き、既存のパラダイムを再評価することで、障害者の人権の概念の見直しを行っている⁶⁶⁵。繰り返し言及し、強調しているのが、平等思想（同条5条）である。

そして、国際人権法上も重要な概念が「合理的配慮（reasonable accommodation）」であり、合理的配慮の否定を新たな差別概念一類型とした（同条約2条）。この概念は、ADAも同様である。この合理的配慮は、①個別の必要（障害者全般のニーズではなく、個々の障害者に対応する必要性）、②適切な変更（障害者のニーズを充足させるための現状の変更は人権の平等な行使の確保という目的に適合すること）、③非過重な負担（均衡を失した負担ではないこと）の3つの要素から成り立っている⁶⁶⁶。

2.2 マラケシュ条約の概要⁶⁶⁷

(1) 制定過程

「盲人、視覚障害者その他の印刷物の判読に障害のある者が発行された著作物を利用する機会を促進するためのマラケシュ条約」（Marrakesh treaty to facilitate access to published works for persons who are blind, visually impaired or otherwise print disabled, マラケシュ条約）⁶⁶⁸は、先進国を中心に著作権法の権利制限規定を用いて作成された点字図書や録音図書の輸出入を行うための、国際的な統一ルールを形成するために採択された条約である。

⁶⁶⁴ 松井亮輔=川島聡編『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010）p.7,15[川島聡]

⁶⁶⁵ Michael Ashley Stein, *Disability Human Rights*, California L. Rev., Vol.95 (2007) at 110. ここでは、性的マイノリティの権利を例に、単に「性的マイノリティ」と一括りにしても、その保障されるべき内容は個別的なニーズに基づくことを挙げている。なお、本論では、この障害に基づく人権保障の理論を他の集団への権利保障を検討する上での基盤的検討として援用できることをも示唆している点は、わが国においても示唆的である（*Id.* at 121）。

⁶⁶⁶ 岩村正彦=菊池馨実=川島聡=長谷川珠子「障害者権利条約の批准と国内法の新たな展開—障害者に対する差別の解消を中心に」論究ジュリスト No.8 (2014) pp.5-6[川島発言]

⁶⁶⁷ Mihlay Ficsor, *Commentary to the Marrakesh Treaty on Accessible Format Copies for the Visually Impaired* (12 July 2018) Copyright See-Saw.

(http://www.copyrightseesaw.net/uploads/fajlok/M_Ficsor_Commentary%20to%20the%20Marrakesh%20Treaty%20on%20accessible%20format%20copies%20for%20the%20visually%20impaired.doc)

⁶⁶⁸ 本節におけるマラケシュ条約の訳文は、外務省ウェブサイト「盲人、視覚障害者その他の印刷物の判読に障害のある者が発行された著作物を利用する機会を促進するためのマラケシュ条約（略称：視覚障害者等による著作物の利用機会促進マラケシュ条約）」を参考にした

(<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000343334.pdf>).

この条約の背景には、世界盲人連合（WBU）の WIPO への働きかけがあったとされる⁶⁶⁹。2013年6月27日に WIPO が開催したマラケシュにおける外交会議において採択され、同年6月28日には、129の加盟国が最終文書を採択し、51の加盟国が署名をした。そして、20か国の批准が条約発効の要件となっていたところ、2016年9月30日にカナダが20番目の批准国となり、マラケシュ条約は発行した。わが国は、2018年4月25日に国会で承認、2019年1月1日に効力発生した。

(2) 条約の内容

同条約の前文では、世界人権宣言、障害者権利条約のもとに、特に以下の5点を規定する。

①視覚障害者等（同条約3条参照）には、情報のアクセシビリティに際し、表現の自由、教育権の享受及び研究実施の機会が制限されているという課題があること、

②視覚障害者等に対する文化的・芸術的作品の創作のインセンティブと報酬としての著作権保護、域社会の文化生活への参加、芸術の享受、科学的進歩とその恩恵を共有する機会を増進すること、

③社会における機会均等を達成するうえで、出版物へのアクセスを妨げる障壁を認識すること、

④多くの国で著作権の例外規定が視覚障害者等のために存在するにも関わらず、アクセシビリティのある著作物は不足しているが、国境を超えた著作物の交換に関する認識が欠如していること、

⑤視覚障害者等のために、著作物への効果的かつ適時のアクセスを促進するものであることを踏まえ、3ステップテスト（ベルヌ条約9条(2)）の重要性、柔軟性を再確認し、視覚障害者等のための著作物へのアクセスとその利用の促進を目的として合意されたこと、である。

同条約は、ベルヌ条約2条1項規定のテキスト形式を対象とする（マラケシュ条約2条a号）。これに加え、合意声明において、オーディオブック等も含まれるとされた⁶⁷⁰。また、アクセシビリティ確保のため、視覚障害者等の受益者のために、複製権、譲渡権、利用可能化権の権利制限規定を設けなければならない（同条約4条1項）。

そして、締約国は、制限又は例外に基づき、「利用しやすい形式」で受益者又は対象となる「権限を与えられた機関（Authorized Entity）」に当該複製物が譲渡又は利用可能化できるように定める必要がある（同条約5条1項）。この「利用しやすい形式（Accessible

⁶⁶⁹ 野村美佐子「マラケシュ条約—視覚障害者等への情報アクセスの保障に向けた WIPO の取り組み」カレントウェアネス No.321（2014）p.18

⁶⁷⁰ 茶園成樹編『知的財産関係条約』（有斐閣、2015）p.307[勝久晴夫]

Format)」とは、視覚障害その他の読字障害等を持たない者と同程度に便宜にアクセスが可能となる形式を意味する⁶⁷¹。

他方で、ベルヌ条約との整合性を保つために、3ステップテストとの関係に言及がなされており（マラケシュ条約 11 条）、著作権者との調整が図られている。

このように、障害者権利条約が保障する公表著作物への均等なアクセスと著作権の尊重という 2 つの重要な目的がマラケシュ条約の考えにより調整される。わが国著作権法で既に認められているように、DAISY⁶⁷²図書を必要とする障害者の権利を認め、著作権者がその著作物をアクセス可能な形式で出版していない場合、加盟国の法令により認められた団体がアクセス可能な状態にして障害者に提供する場合に著作権者の許諾を要しない。それだけでなく、DAISY 図書を、オンラインで国際的に共有することを認めている点が特徴的である⁶⁷³。

第 4 節 障害者の情報アクセシビリティと著作権

1. わが国著作権法の現状

わが国は前述のとおり、マラケシュ条約を締結していない。しかし、わが国では、①教科書用拡大図書等の作成のための複製等（著作権法 33 条の 2）、当該著作物の変形又は翻案（同法 43 条 3 号[平成 30 年改正後同法 47 条の 6 第 1 項 3 号]）及び点字複製物の譲渡による公衆への提供（同法 33 条の 2[平成 30 年改正後同法 33 条の 3]第 1 項、4 項、47 条の 10[平成 30 年改正後同法 47 条の 7]）、②視覚障害者等のための複製等（同法 37 条）、点字複製物（点字データ記録媒体）の譲渡による公衆への提供（同法 47 条の 10[平成 30 年改正後同法 47 条の 7]）及び当該視覚著作物（同法 37 条 3 項参照）の翻訳、変形又は翻案（同法 43 条 4 号[平成 30 年改正後同法 47 条の 6 第 1 項 4 号]）、③聴覚障害者等のための自動公衆送信（同法 37 条の 2）、作成した複製物の譲渡による公衆への提供（同条 1 号、47 条の 10[平成 30 年改正後同法 47 条の 7]）及び当該著作物の翻訳又は翻案（同法 43 条 5 号[平成 30 年改正後同法 47 条の 6 第 1 項 5 号]）、④映画著作物の貸与による頒布をした視聴覚教育施設に対する補償金請求（同法 38 条 5 項）、⑤著作隣接権の制限（同法 102 条 3 項、4 項）の規定がある。これらのうち、①及び⑤には、福祉的側面と教育的側面を併有する⁶⁷⁴。

⁶⁷¹ 佐藤豊「障害者の情報へのアクセス保障と著作権」渋谷達紀教授追悼記念論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪 渋谷達紀教授追悼論文集』（発明推進協会、2016）p.643

⁶⁷² DAISY (Digital Accessible Information SYstem) とは、デジタル録音図書の国際標準規格を指す（星野敏康「そもそもデイジーって？」ノーマライゼーション Vol.36, No.1 (2016) pp.44-46 参照）。

⁶⁷³ 河村宏「アクセシビリティ：発効直前のマラケシュ条約」出版ニュース No.2419 (2016) p.14

⁶⁷⁴ 岡村・著作権法 pp.245-246

上記②の同法 37 条 1 項につき、田村教授は、点字は、利用者が限られているために著作権者に特に過度の不利益を与えるとは思われないので、視覚障害者の福利厚生を優先させたと指摘する⁶⁷⁵。また、高林教授は、同法 37 条の 2 も含め、点字化は、新たな創作活動ではない複製であるなどとして、許容されていると指摘する⁶⁷⁶。

立法担当者は、視覚障害者等の福祉を増進する観点からの規定であり、著作物の特殊な利用であり、経済性があまりないことを理由とする⁶⁷⁷。経済性については、従前から、慈善家、篤志家などの奉仕によって、点字出版事業がなされてきたという立法事実がある。

他方で、「利用者が限られている」という認識の妥当性はやや疑問がある。平成 21 年著作権法改正以降、少なくとも、視覚障害者のみならず、「視覚障害者等」(同法 37 条 3 項かっこ書)まで拡大している。また、厚生労働省の最近の調査では、28 万 7 千人が身体障害者手帳の交付を受け、そのうち 7.3 パーセントにあたる 31 万 2000 人が視覚障害者である⁶⁷⁸。2018 年の国際疾病分類に基づき、遠方視力障害と近方視力障害に分類されるが、世界的にこのいずれかの障害を有する者は、22 億人に及ぶ。そして、その約半数の 10 億人が何らの対処がなされていないと推計され、失明のおそれがあるにもかかわらず、処置がされていない屈折異常 (8,840 万人) と白内障 (9,400 万人) は 2 億人に近い⁶⁷⁹。デジタル化による著作物の流通のグローバル化を考慮すると、その規模は限定的とはいえない(視覚障害者「等」は含まれておらず、視覚障害者等の数字となるとこれ以上であろう.)。

それでも、平成 18 年著作権法改正により、公共図書館等(著作権法施行令 2 条参照)は、音訳データオンデマンド配信をすることが認められ、さらに、平成 21 年同法改正により、点字図書館等がテキストデータ化のオンデマンド配信が認められた。

さらに、平成 30 年改正では、前述の著作権法 37 条 3 項の主体拡大のほか、メール送信サービスも可能になる法改正(送信可能化を含む自動公衆送信から公衆送信(ただし、放送又は有線放送は除く)に権利制限範囲が拡大している)もあり(法 37 条 3 項本文、同条 2 項かっこ書)、進展が見られる点は評価されるべきである。

2. わが国著作権法の課題

⁶⁷⁵ 田村・著作権法 p.213

⁶⁷⁶ 高林・著作権法 p.182

⁶⁷⁷ 加戸・逐条講義 p.331

⁶⁷⁸ 厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部企画課「平成 28 年生活のしづらさなどに関する調査(全国在宅障害児・者等実態調査)結果の概要」(平成 30 年 4 月 9 日) p.2

(https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/seikatsu_chousa_b_h28.pdf)

⁶⁷⁹ 日本 WHO 協会ウェブサイト「失明と視力障がい」

(https://japan-who.or.jp/factsheets/factsheets_type/blindness-and-vision-impairment/)

最近では、電子書籍が発展し、電子出版権の設定が可能となっている（著作権法 79 条 1 項）。そのため、同法 37 条 3 項本文で認められる複製又は公衆送信は、（電子）出版権が設定されている場合は、この限りではない（同項ただし書）。

他方、電子書籍のリーダの製造業者は、その製造に当たり、障害者の利用の便宜を図ることが求められる（障害者基本法 22 条 3 項）し、その施策を講じていくことが、国又は地方公共団体に求められている（同法 21 条）。

このような状況で、電子書籍というプラットフォームにおいては、複製権等保有者（著作権法 79 条 1 項）と情報通信機器の製造業者、国等という三者が、障害者の情報アクセシビリティの確保のための施策を検討することが求められていると言える。このことから、出版社に対する電子データ提供を義務付ける必要性を指摘する見解もある⁶⁸⁰。

他方で、電子書籍は、その技術的特性が、視覚障害者の情報アクセシビリティの確保に寄与するものの、電子書籍の配信がなされることで、電子書籍の配信を利用すればよいことになり、「合理的配慮」の結果として、紙媒体購入者に対する電子データの提供ができなくなることもある⁶⁸¹。

このように、障害者基本法と情報アクセシビリティに関連する著作権法は、その理念に則った法解釈が求められ、国だけでなく、事業者も合理的配慮が求められる。

ところが、わが国著作権法の現状の権利制限規定の個別列挙主義から、次のような問題点が指摘されている⁶⁸²。

まず、著作権法 37 条 3 項では、視覚障害者等が利用するために必要な方式の著作物を、視覚障害者等が図書館の専用データベース等からダウンロードすることができる一方、図書館等がメールサービスを利用して視覚障害者等に情報（DAISY 図書等）を送信することができない。

次に、同法 37 条 3 項、37 条の 2 においては、視覚障害・聴覚障害者の利用に供するために放送番組の解説音声や字幕等（以下「字幕等」）を作成することはできるが、当該字幕等を放送・有線放送することや、映像に字幕等を付して複製し、放送・有線放送等することができない。

障害と著作権は、情報アクセシビリティの確保において関係する。そのため、上記の障害概念からすれば、機能障害として捉えることになるとも思える。

⁶⁸⁰ 大胡田誠「国内法整備と著作権」日本盲人社会福祉施設協議会情報サービス部会編『障害者の読書と電子書籍～見えない、見えにくい人の「読む権利」を求めて～』（小学館、2015）pp.121-122

⁶⁸¹ DPI 日本会議編『合理的配慮、差別的取扱いとは何か 障害者差別解消法・雇用促進法の使い方』（解放出版社、2016）pp.65-66 [石川准]

⁶⁸² 指田忠司「マラケシュ条約発効に寄せて—活字図書へのアクセシビリティの改善に期待」リハビリテーション No.587（2016）pp.39-40

現に、「視覚による表現の認識に障害のある者」(著作権法 37 条 3 項)が念頭に置く「障害」について、定義はないが、障害者基本法 2 条 1 号が、「身体障害, 知的障害, 精神障害 (発達障害を含む.) その他の心身の機能の障害 (以下「障害」と総称する.)」としていることから、基本的には同様の解釈が妥当でしょう。

他方で、立法担当者は、著作権法 37 条 3 項が対象とする障害者の範囲は、同項が規定する障害があれば、その種類は問わないとしており⁶⁸³、特定の機能障害に限定していないため、実質的には、視聴行為という生活制限の有無が考慮要素として入っている。

障害者が著作物を利用する際に問題となる点は、種々想定されているが、例えば、大学において聴覚障害者のために組織的に行われるノートテイク、字幕の問題がある。字幕については、映像の著作物に関して、コンテンツの種類ごとにそれぞれ問題が発生する。例えば、放送事業者の CM 放映に際しての字幕の付与については、CM の著作権は放送事業者ではなく、広告主にある。そのため、日本民間放送連盟が平成 22 年 2 月にワーキンググループを設置し、字幕付き CM 素材の搬入に係るルールの一統化に向けた検討を進めるなどしている⁶⁸⁴。また、アメリカ著作権法では、フェアユースが適用されるが、字幕の自動キャプションが問題となり、わが国著作権法では、動画投稿サイトが「許諾された機関」として非営利でなければ、権利制限の適用を受けられず (受けられた場合でも補償金支払義務がある.)、契約的処理が必要であると指摘されている⁶⁸⁵。しかし、字幕の自動生成自体は、自然言語処理技術や音声認識技術の発展、機械学習の向上により、YouTube や Facebook の広告表示などでも一部表示され、広がりを見せている。

他方で、これらが障害者の情報アクセシビリティの向上に寄与するにもかかわらず⁶⁸⁶、制度上不可能となっている点、そして、事業者が、一般的に字幕データの提供などを想定していない点が結果として障害者と著作権法との関係を困難にしている。

もっとも、私見ではあるが、字幕の自動生成キャプションに関しては、表示までのフローとしては、まず、①自然言語処理によって、著作物からの音声認識により、音声データが収集される。この段階では、電子計算機による情報解析のための複製等として、著作権法 30 条の 4 第 2 号 (平成 30 年改正前 47 条の 7 本文) で認められると考えられる。ここでの情報解析とは、「多数の著作物その他の大量の情報から、当該情報を構成する言語、音、映像その他の要素に係る情報を抽出し、比較、分類その他の統計的な解析を行うこと」をいい⁶⁸⁷、ビッグデータの解析や AI の機械学習を目的としたデータ収集が挙げられ

⁶⁸³ 加戸・逐条講義 p.333

⁶⁸⁴ 総務省「デジタル放送時代の視聴覚障害者向け放送の充実に関する研究会報告書」p.10

⁶⁸⁵ 得重論文 p.658

⁶⁸⁶ 福島孝博「テレビ字幕とアクセシビリティ」映像情報メディア学会誌 Vol.69, No.7 (2015) pp.689-692

⁶⁸⁷ 加戸・逐条講義 p.370

る。当該動画投稿サイトなどの特定のプラットフォームにおける著作物の音声認識の能力向上、コンテンツの分析のためであれば、「統計的な解析」に該当する。

次に、②その音声データを記録媒体に記録する行為は、一定限度で同法47条の4第1項1号（平成30年改正前47条の8）により権利制限規定の適用を受けられるであろう。認識した音声の解析は、最も適切な言語表現に文字化するための「情報処理の過程」だからである。

問題は、③当該音声データから生成された自動キャプションを著作物に表示する行為である。映画の著作物を構成する音声を文字化したものは、地の文は別としても脚本と同一であるはずであり、原則としてウェブ上で公開すれば公衆送信権侵害となる。また、著作権法37条の2、38条5項の関係で、政令が定める利用主体に限定し、かつ、補償金の支払いをする必要がある。

しかし、著作権者自身が、動画投稿サイトにアップした際に自動キャプションがなされることを明示していれば、当該アップロード動画については、自動キャプションについては同意があったものと考えられる。また、違法アップロードの動画の場合でも、公衆送信権侵害は、全体としてみればアップロードした者が責任を負うべきであり、プラットフォームの間接侵害的な法益侵害論により、違法評価をすることは妥当でないと考える。

また、自動キャプションを、真に字幕が必要な者のみに限定する制度的な配慮（登録時の障害に関する自己申告制の導入など⁶⁸⁸）があれば、プラットフォームも、事業者として「環境の整備」（障害者差別解消法5条）が必要な立場であるのだから、このような制度を導入すること自体肯定的に評価されるべきである。

以上のように、法解釈により解決できる問題もあるが、障害者の情報アクセシビリティの確保という観点から見たとき、著作権法は障害者基本条約の要求水準に対応しきれていないということである。さらなる問題は、その問題性が、立法関係者にあまり認識されていない点である。これは、マラケシュ条約を批准するために著作権法の改正が必要であるというコンセンサスは十分に得られていることとは対照的である。

3. わが国著作権法とマラケシュ条約との対応関係

上記のように、わが国著作権法は、障害者福祉の増進のために一定の規定を設けている。マラケシュ条約は、対象を視覚障害やディスレクシアに限定しているため、聴覚障害に対応する規定（同法37条の2）は条約とは関係がないことになる。

⁶⁸⁸ ここには、合理的配慮を求める際に生じるジレンマ（障害を開示しなければ情報アクセスが確保できない）があることも認識しなければならない（西倉実季「合理的配慮をめぐるジレンマ：アクセスとプライバシーの間」川島聡=飯野由里子=西倉実季=星加良司編『合理的配慮』（有斐閣、2016）pp.163-180）。

他方で、マラケシュ条約を締結することになった場合、法改正が必要であると認識されており、文化庁の第16期文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会においても指摘されている⁶⁸⁹。

例えば、マラケシュ条約3条では、視覚障害者の他に、身体障害により、書籍を保持する、操作する、目の焦点を合わせる又は目を動かすことができない者も対象としている。他方で、わが国平成30年改正前の著作権法37条3項は「視覚による表現の認識に障害のある者」としているが、肢体不自由者等のための著作物等の利用について、明示的には対象とはしていなかった⁶⁹⁰。同時に、大学図書館や公共図書館などで構成される協議会等が連名で「図書館の障害者サービスにおける著作権法第37条第3項に基づく著作物の複製等に関するガイドライン」を策定しており、ここでは、同項の範囲を同ガイドライン4条で規定しており、そこには、寝たきりの状態に限定しているが、肢体障害も含んでいる（同ガイドライン別表1）。その意味では、同項は拡大適用されている。しかし、肢体障害は寝たきりに限定しており、マラケシュ条約3条(c)を包含しきれていなかった⁶⁹¹。

なお、平成30年著作権法改正により、主体を「視覚障害者」の範囲を「視覚障害その他の障害により視覚による表現の認識が困難な者」まで広げた。肢体障害もこれに含まれるようになり⁶⁹²、前述のガイドラインも、2019年11月1日一部改定された。

他方で、障害者団体が要望事項として挙げている、点訳本や電子点字データの記録媒体の公衆送信以外の有線放送・放送に関する権利制限規定⁶⁹³や、図書館等が行うメールサービスによりアクセシブルな図書（DAISYファイル等）のデータを視覚障害者等に対して送

⁶⁸⁹ 文化庁「第16期文化審議会著作権分科会 法制・基本問題小委員会における当面の検討課題及び検討の進め方について（案）」

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h28_01/pdf/shiryu_3.pdf

⁶⁹⁰ 松原聡編『電子書籍のアクセシビリティの研究』（東洋大学出版会、2017）pp.3-4 [松原]

⁶⁹¹ 平成30年著作権法改正前に同様の指摘をする文献として佐藤豊「情報へのアクセスに対する社会的障壁と著作権制度」障害法1号（2017）pp.132-133.

⁶⁹² 上野達弘「平成30年著作権法改正について」高林龍ほか『年報知的財産法2018-2019』（日本評論社、2018）p.20は、「肢体不自由等を含む印刷物判読困難者…が対象に含まれないようにも読めた」ことが改正原因であると指摘する。加戸・逐条講義 pp.333-334でも改正前37条3項の受益者の範囲が不明確であり、視覚障害とそれ以外の障害による読字に支障がある者とで差異を設ける合理的な理由はないこと、マラケシュ条約上の義務を充足することも目的であったとする。条文だけで見れば、その指摘に違和感はないが、本文中のガイドラインを合わせて読むと、明らかに文言解釈を限定的にして、ガイドラインで対象を限定し、事実上その主体を狭めていた状況がうかがえる。そして、それこそが問題であり改正に繋がったと評価するべきであるように思われる。

⁶⁹³ 「障害者関係団体から示された著作権関係要望事項（平成26年度文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（第3回）資料1）」

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h26_03/pdf/shiryu_1.pdf

信することなどがある。

第5節 文化政策における情報アクセシビリティと著作権

これまで、具体的な例を取り上げず、基本的に著作権法の制限規定や条約の概要や問題点について制度論的に述べてきた。そのような文脈で論じると、マラケシュ条約が対象とする文字情報に限定されがちである。マラケシュ条約は、映像や音楽は対象としていないし、書籍でも写真集などは対象外であろう。

しかし、文化政策の枠組では、マラケシュ条約の対象外とする映像等を含めた情報アクセシビリティの確保を考える必要がある。平成27年に策定された「文化芸術の振興に関する基本的な方針」でも「文化芸術活動の公演・展示等において、高齢者、障害者、子育て中の保護者、外国人等が文化芸術を享受しやすいよう、施設のバリアフリー化、字幕や音声案内サービス、託児サービス、利用料や入館料の軽減など対象者のニーズに応じた様々な工夫や配慮等を促進する」としており⁶⁹⁴、情報アクセシビリティの確保は全体的な課題であり、この実現のための著作権法の制度設計は文化政策に他ならない。そこで、ここでは、具体的にアクセシビリティが問題となるケースを挙げたい。

例えば、映画の著作物、あるいは博物館において芸術作品の鑑賞についても、情報アクセシビリティの問題は起きてくる。聴覚障害者に対する鑑賞支援としては、音声ガイドの字幕や（デジタルデバイスを含む）手話ガイドがある⁶⁹⁵。

他方で、視覚障害者に対する鑑賞支援は、直接的に視覚による鑑賞ができないため、触覚による鑑賞支援や対象物が見える人が対話を通じて共に鑑賞するソーシャルビューといった鑑賞支援が行われている。

そして、ユニバーサル・ミュージアム（全ての人を楽しめる博物館）⁶⁹⁶が視覚障害者に提供しているのが、「触察」による体験学習プログラムである⁶⁹⁷。自然系博物館であれば、模型を作成し、それを触察し、かつそれに対する説明を口頭で行うことによって、形状を把握し、生態系を理解することができる。

問題は、絵画などの触察である。平面作品は、触図（立体コピー）を作製する必要があ

⁶⁹⁴ 文化庁「文化芸術の振興に関する基本的な方針—文化芸術資源で未来をつくる—（第4次基本方針）（平成27年5月22日閣議決定）」p.28

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunka_gyosei/hoshin/kihon_hoshin_4ji/pdf/kihon_hoshin_4ji.pdf

⁶⁹⁵ 管野奈津美=大杉豊=小林洋子「美術館における聴覚障害者を対象とした鑑賞支援と情報アクセシビリティ」筑波技術大学テクノレポート Vol.24, No.2(2017)pp.32-38

⁶⁹⁶ 沿革について、山本哲也「博物館学におけるバリアフリー研究の現状について」新潟県立歴史博物館研究紀要 No.9（2008）pp.63-82

⁶⁹⁷ 大野照文「博物館とバリアフリー」嶺重慎=広瀬浩二郎編『知のバリアフリー「障害」で学びを拓げる』（京都大学学術出版会、2014）pp.191-206

る。ここには、触れることによる摩耗もあるが、それ以前に、複製あるいは理解を助けるための翻案も必要となる。実例として、視覚障害者のために疱瘡絵（天然痘の症状を和らげる力があると信じられていた絵）を触覚で体験させるために、博物館に複写の依頼をしたところ、著作権又は「所有権」を理由に断られた例もある⁶⁹⁸。

他方、映画の著作物は、総合芸術であるゆえに、障害に応じて多角的に対応することができる（反対にそれだけ負担がかかるが、アクセシビリティを高めることができるコンテンツでもある。）実例として、アニメーション制作会社の一部は、アニメーション制作過程での中間成果物をデジタルアーカイブすることで、聴覚障害者には字幕の提供を、視覚障害者には音声と立体物の提供を自主的に行っている⁶⁹⁹。この例は、そもそもコンテンツが完成するまでの中間成果物のデジタルアーカイブの意義について問題提起をしているが、アクセシビリティという観点からすると、総合芸術のアニメーション企業が、事業者として、デジタルアーカイブを通じて、アクセシビリティの確保に寄与している事実は重要である。

これまで、書籍などの情報については、著作権の制限又は例外が問題とされていたが、絵画などの美術品の触察となると、当該美術品の「思想又は感情」を感得するために、当該美術品の所有者の許諾がなければ、触察素材を製作することができず、結果として、著作権は所有権と事実上、密接な関係となる。著作権法においては、公開された美術の著作物は、46条各号に該当しない限りは「いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」と規定しているにもかかわらず、である。

この点、「いずれの方法によるかを問わず」とは、解釈上、写真複製、録画、複製物頒布だけでなく、その作品の変形利用も認められている⁷⁰⁰。したがって、本来的には、著作権者の許諾は不要であるが、所有権が結果的に著作物の利用を妨げる構図がここでも生じている。

なお、アクセシビリティを高めるのは、自由利用マーク、CCL（Creative Commons License）といった著作権者がコンテンツに自主的に付すような自主規制も、その手段の1つである。

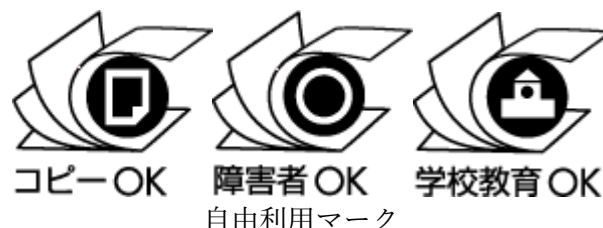
自由利用マークとは、文化庁が推奨する、著作者が、「自分の著作物を他人に自由に使用してもらってよいと考える場合に、その意思を表示するためのマーク」であり、それぞれ

⁶⁹⁸ 寺岡茂樹「触察による疱瘡絵の理解—立体コピーを活用した移動展示の試み」広瀬浩二郎編『ひとが優しい博物館 ユニバーサル・ミュージアムの新展開』（青弓社、2016）p.125

⁶⁹⁹ 山川道子「アニメーションアーカイブのサバイブ方法（デジタルアーカイブ学会第3回定例会 発表資料）」(<https://www.slideshare.net/MichikoYamakawa/ss-79855920>)

⁷⁰⁰ 加戸・逐条講義 p.387

マークにより、意味がある⁷⁰¹。



第6節 情報アクセシビリティの確保—ソーシャルインクルージョンの観点から

1. ソーシャルインクルージョンからの示唆

これまで、著作権法が念頭に置いている「障害」が限定的であることを明らかにしてきた。しかし、近視も、ある意味では、視覚障害であるし、加齢によって聴覚や視覚障害になる可能性があることは誰しも直面し得る。また、イギリスBBCの報道では⁷⁰²、イギリスの医学誌ランセット・グローバル・ヘルス掲載の論文において、2050年までに視覚障害者の数が3倍になることが明らかになっている⁷⁰³。このような観点からマクロに見れば、現在の著作物が、将来的にはアクセシビリティの確保のために、拡大や複製のニーズが高まる可能性が想定される。そのときに、アクセシビリティ確保のための利用行為を正当化する根拠はどこに求められるのか。その可能性が、これまで取り上げた障害者の権利であるが、それだけではなく、社会福祉分野で言われる、社会的包摂（ソーシャルインクルージョン）が重要なキーワードである。

ソーシャルインクルージョンとは、1980年代以降のヨーロッパ社会において頻繁にみられる移民労働者を標的とした排斥運動に象徴される社会的排除（ソーシャルエクスクルージョン）に対応する施策や活動、社会運動や理念・思想を指す。ノーマライゼーションが、生活に影響を与える機能障害を持つ障害者を社会の中に統合させる試みであるのに対し、ソーシャルインクルージョンとは、多様な（障害に限定されない）異質性をもつ人々をその異質性そのままに包摂することを指している。

情報のアクセシビリティの観点から、障害への対応をするため、つまり、「環境の整備」（障害者差別解消法5条）のために、著作権法の権利制限規定の拡張が求められ、「知的財産推進計画2017」でもマラケシュ条約の加入のためには必要であると指摘されていた。ただ、これに加え、平等の理念を取り入れた合理的配慮の観点からも重要である。

⁷⁰¹ 文化庁ウェブサイト「自由利用マークとは」(<http://www.bunka.go.jp/jiyuriyo/pamphlet.html>)

⁷⁰² BBC News ウェブサイト (<http://www.bbc.com/news/health-40806253>)

⁷⁰³ Rupert R A Bourne et al, *Magnitude, temporal trends, and projections of the global prevalence of blindness and distance and near vision impairment: a systematic review and meta-analysis*, The Lancet Global Health Vol.5, No.9 (2017) at e888-897.

障害者と著作権に関しては、従前、著作権者が犠牲になることに、権利者団体の反対がわが国では存在したことは事実である。総論的には、著作権という（相対的）排他権が、原理的に行使されると、意図せずとも、特定の障害者を社会的に排除してしまう事態が想定される。排他権（exclusive right）が、社会的包摂（social inclusion）を志向するというのは、用語法的には矛盾を抱えている。矛盾があることは、まさにマラケシュ条約でいうところの権利の制限と例外を生じさせることを指している。

しかし、障害者差別解消法の事業所への合理的な配慮実施義務などを踏まえれば、「犠牲」といえるかどうかは問題であるが、現実的には、著作権者と第三者の利益の調整において、他の制度的調和が求められている⁷⁰⁴。

もっとも、ベルヌ条約上の3ステップテストに違反している場合は、視覚障害者等のために、著作権者の権利制限規定を設ける立法は認められないことになる。特に「正当な利益を不当に害する場合」という要件に関して、情報のアクセシビリティの確保のために設けられた制度が、形式的に著作権者の利益を侵害する場合、その不当性が問題となる。目的は、一応、正当であることからすれば、不当性は専ら権利が制約される量的な程度問題に帰着すると思われる。

ところで、情報アクセシビリティの確保が求められるのは、なぜか。明示的に障害差別ではないが、著作物が権利者等から提供された状態で、その著作物の思想感情を五感の一部の機能障害により、感得することができる者とそうでない者が存在するからである。前者と後者では、情報格差が生じることが根本的な問題である。つまり、障害者のための環境の整備や、合理的な配慮は、障害者基本法などの規定が存在するからという目的ではなく、情報格差を埋めるための手段であり、情報格差が障害の有無に関係なく生じることからすれば、その手段は、飽くまで、目的達成の1つのアプローチに過ぎず、過大視するものでもない。

そして、「情報」の意味は多元的である。新聞記事などの時事的な報道として著作物でないものから、著作物においても、美術の著作物、音楽の著作物、映画の著作物などがあり、聴覚によって当該著作物の思想内容を感じ得るもの、視覚によるもの、その両方によるものなど多種多様であり、社会生活上必須なものから文化的利益をもたらすものも含まれている。

情報のアクセシビリティの確保が必要な理由は、ICTが情報のアクセシビリティを向上させる一方で、その能力がない者との差を開かせたという負の側面があることからすれば、いわば、技術発展の裏返しとしての責務であろう。そして、この責務は、障害者差別解消法における合理的な配慮から導かれるだけでなく、社会福祉の観点から、ソーシャルイン

⁷⁰⁴ 中山・著作権法 pp.422-423

クルージョンを実現するために必要な事項である。

また、障害者と著作権法との関係では、マラケシュ条約でも著作権の制限と例外を認める範囲は、3ステップテスト（①特別の場合に、②著作物の通常の利用を妨げることなく、③権利者の利益を不当に害さない⁷⁰⁵）の基準に適合することが求められるため、その基準に着目しがちである。しかし、障害者による創造もあり得るうえ、その創造は先人の知的創作物へのアクセスによって促進する。そうであれば、情報アクセシビリティの本質は、障害者の表現活動を保障する側面もあると考える⁷⁰⁶。

結論からすれば、現在の著作権法の「配慮」は、著作権法上の問題だけで価値判断をしており、多元的な価値を取り込めていない。また、法解釈においても、議論が適切になされたとはいえない。

したがって、ソーシャルインクルージョンを実現するための著作権法の制度設計と法解釈が求められている。

成立が「奇跡」とも言われた⁷⁰⁷マラケシュ条約により、アクセシビリティの点から、障害者政策と著作権法政策の接点に光が当てられ始めたことは、好ましいことであるが、同条約周辺に限定した法政策だけでなく、社会福祉の観点も含めた議論が深化することが求められている。

これは、マラケシュ条約を知的財産権や著作権関係条約ではなく、人権条約と解する見解が国際的にも議論されていることにも関係する⁷⁰⁸。ベルヌ条約9条(2)、TRIPS協定13条との整合性の中で、著作権法制からのアプローチとしては、一定条件の中での、著作権又は著作隣接権の権利の制限又は例外という枠組の中でしか議論ができない。

2. 著作権の正当化理論の再考

そこで、障害者福祉という観点を考えるとき、その制限根拠として、著作権法制が想定する範囲で利益調整が可能となっているのか再考を要する。

わが国著作権法の権利制限規定は、①著作物の利用の性質からして著作権が及ぶとすることが妥当でないもの、②公益上の理由から著作権を制限することが必要と認められるもの、③他の権利との調整のため著作権を制限する必要があるもの、④社会慣行として行わ

⁷⁰⁵ 齊藤・概説 p.108 参照

⁷⁰⁶ より良く生きるという意味で福祉分野では“well-being”を実現するためのソーシャルワークの必要性が指摘される。この観点から指摘した文献として、川井田祥子「障害者の福祉 well-being における芸術的表現の意義—滋賀県社会福祉事業団の取組に基づく考察—」文化政策研究 No.5 (2011) pp.89-101 参照。

⁷⁰⁷ Ficsor, *supra* note 667 at 2.

⁷⁰⁸ Lior Zemer, Aviv Gaon *Copyright, Disability and Social Inclusion: the Marrakesh Treaty and the Role of Non-signatories*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol.10, No.11 (2015) at 837.

れており著作権を制限しても著作権者の経済的利益を不当に害しないと認められるものなどがある⁷⁰⁹。社会福祉の観点から導入されたとする同法 37 条、37 条の 2 は、最近の社会福祉関係立法からすれば、障害者基本法の理念（同 1 条、8 条）や、情報利用のバリアフリー化（同法 22 条）によって、①利用の性質から著作権が及ぶことが妥当ではないし、②公益上の必要性もある。

他方、③「他の権利との調整のため著作権を制限する必要がある」といえるかは、前述のマラケシュ条約の性質によって結論が変わる。また、④障害者のための新たな著作物の利用形態が技術的に可能になった場合、「社会慣行」として行われているとは言い難い。また、明文がない以上、公的機関が視聴覚障害者のための複製等のサービスの実施することは考えにくい。他方で、その技術によって実現される障害者に対する情報アクセシビリティの向上は経済的不利益を及ぼすとは考えにくい。そして、立法担当者の解説では、37 条の権利制限を認める論拠として、経済的影響がほぼないことを理由とする⁷¹⁰。

そうであれば、障害者の情報アクセシビリティの向上のための著作物の利用は、その利用によって生じる複製物や記録について、野放図に漏えいしない方策（これを一律に可能とするのが、アーキテクチャによる規制⁷¹¹であろう。）がとられることを前提に、原則として認めるべきではないか。これは、権利制限規定の枠組の中での問題である。中山教授も指摘するが、「著作権法にとって真に重要なことは、著作者（筆者注：著作権者と置き換えるのが相当と思われる。）に大きな不利益を与えるものでもないにも係らず弱者救済の道を閉ざすことではなく、デジタル時代にどのような制度を構築すれば弱者へ情報が届くか、という議論である」⁷¹²。

他方で、斉藤博新潟大名誉教授は、前述のとおり、著作権法 1 条の「公正な利用」と「権利の保護」は対比関係にないと指摘するが⁷¹³、著作権法 37 条 3 項などの規定は、「バ

⁷⁰⁹ 加戸・逐条講義 p.234

⁷¹⁰ 加戸・逐条講義 p.331

⁷¹¹ アーキテクチャによる規制について、成原慧『表現の自由とアーキテクチャ』（勁草書房、2016）pp. 90-100 参照（ただし、「アーキテクチャ」の意義は、論者により異なるが、同人の定義するアーキテクチャは、最狭義のそれである。）。

なお、近年、義務賦課ではない政策課題への行政規制の対応手段としてアーキテクチャが用いられることがある。ここでの（選択的）アーキテクチャとは、リチャード・セイラーとキャス・サンズティンが行動経済学の観点から、論じており、「駅のホームドアや人が横になることのできない肘掛け付きのベンチのような環境自体の物理的な操作によって、一定の行為を規制・誘導しようとする」ものと定義しており（正木宏長「情報を用いた誘導への一視座—行動経済学，ナッジ，行政法」立命館法学 Vol.362（2015）pp.158-160）、より広義に用いられることもある。

⁷¹² 中山・著作権法 p.427

⁷¹³ 斉藤・概説 p.16

リアフリー」の観点から複製主体を広げることが時代に適合するとしている⁷¹⁴。そうであれば、この根拠が問題となる。

対比関係にないというのであれば、(バリアフリーとアクセシビリティの確保が同義として) アクセシビリティ確保のための利用は、公正な利用とは別次元の価値によって支えられていることになる。

3. ユーザの権利の定立への示唆

個人的には、むしろ、ソーシャルインクルージョンを実現するために、著作権法に求める制度設計とは、著作権の持つ排他的権利の一部の(権利の)制限又は例外ではなく、障害者の著作物の利用を認めるためにはどのようにすべきか、という視点であり、これは、狭義ではあるが、ユーザの権利を定立していく発想に近い。

現に、マラケシュ条約の成立過程では、ユーザの権利を主張する声があったとされる。しかし、このようなユーザの権利と構成することには、有力な批判がある⁷¹⁵。この批判は、権利者の主張に対する防御に留まらず、著作物の利用の自由を求める市民的権利運動を起こすことを懸念している⁷¹⁶。また、批判の根底には、著作者の権利とユーザの自由との組み合わせが、両者の相違を区別しないまま行われた場合には、著作者の権利に関する定着した原則が、条約策定によって根本から変更されるかもしれない危機感がある⁷¹⁷。

Lewinski 教授は、さらに、著作権の制限が公平なアクセスをもたらす根拠はないとし、公平なアクセスを妨げる原因は、①特別なフォーマットの複製物を生産する財源の不足、②アクセス可能な技術を調達する財源の不足、③先進性のある技術的手段の開発の不足、④視聴覚障害者向けの図書館のサービスを当該国の国民又は住民でなければ利用できないとする図書館規則、⑤特別なフォーマットに変換されなければならない膨大な数の健常者のための新刊書籍が存在することなどに加え、⑥医療援助が不十分であることを挙げる⁷¹⁸。

私も、これらの原因分析には批判しない。しかし、上記①から⑥が原因であり、著作権の制限を強化する必要はないとすることには否定的である。なぜなら、①、②及び③のような技術的問題は、技術開発の動機にも関連する。著作物の公平なアクセスが強化されるために、著作権者の権利制限の範囲が拡大されるのであれば、技術開発のインセンティブも加速する。また、⑤のような理由について、最近では編集過程でほとんどの場合で電子

⁷¹⁴ 齊藤・著作権法 pp.253-254。ただし、平成19年7月1日時点の著作権法に対する見解である。

⁷¹⁵ Silke von Lewinski (矢野敏樹訳)「WIPOにおける著作権保護の例外と制限に関する議論(1)(2・完)」知的財産法政策学研究 34号(2011) pp.219-249,同35号(2011) pp.195-216

⁷¹⁶ Silke・同上(1) p.241

⁷¹⁷ Silke・同上(1) p.242

⁷¹⁸ *Id.* (2) at 212-13.

データが存在するのであるから、同時に電子書籍を出版し、または、電子データを視覚障害者に対して提供することなどは、合理的配慮の範囲にあらう。

したがって、著作権者が障害者のアクセシビリティの確保のため、一定程度の社会的コストを負担することは、合理的配慮の範囲で想定されている。そして、それは中山教授が指摘するように、知的財産権一般が、新しく人工的に構築された権利であり、社会における他の理念、制度等との調和の上に成り立っていることから、社会的必要性に応じて権利を制限されることは、著作権が正当な認知を受けるために必要であり⁷¹⁹、著作権が持つ内部的制約根拠であるといえる。

つまり、多元的な価値を採り込まざるを得ない情報環境に著作権法制は晒されている中で、「公正な利用」によって「権利の保護」が一定程度弱められるということがソーシャルインクルージョンの観点から求められるようになったと考えるべきであらう。そして、その解釈を支える歴史的社会的事実として、マラケシュ条約を始めとする障害者福祉関係の条約を含む法制度があるといえる。

第7節 小括—著作権法と情報アクセシビリティの未来

前述のとおり、わが国著作権法の権利制限規定が、個別列挙主義を採用し、障害者への情報アクセシビリティの確保もその例外となることなく規定されている。その結果として、適用対象や要件が詳細に規定されるため、新たな技術によって高められた情報へのアクセシビリティに対し、法による（立法事実に基づかない）規制と衝突することになる。

他方で、個別列挙でなく、広範な対象を採り込みうる公正利用を認める規定を導入すると、多数の利害関係及び経済的影響が大きいことは想像に難くない。

実際に、EYE マーク、自由利用マークや自発的な字幕データの提供は、著作権法制下における自主規制の実現であり、ソーシャルインクルージョンの発想が根付いている好例である。今後は、政策的な議論の発達もさることながら、著作権者の自主規制のルール形成も意識していくべきである。

他方で、情報アクセシビリティの確保のための著作権法制の制度設計にも目を向けなければならない。この方向性は、最近の条約レベルでの動向でも明らかである。

もっとも、社会的コストの観点は無視できない⁷²⁰。アクセシビリティの確保は権利制限

⁷¹⁹ 中山・著作権法 p.431

⁷²⁰ コストの観点から論じたものとして、星加良司「合理的配慮と社会政策」川島ほか・合理的配慮 pp.125-142 参照。重要なテーマであるが、本研究の目的とは異なるので、概略だけ述べる。公的負担を課すことによって直接の利害関係のない「無関係」な第三者が負担になることの当否が問題となる。しかし、公正な社会を実現するための「公共財」（ここでは合理的配慮を実現するための、障害者の必要性を満た

と報酬請求権という組み合わせでも実現可能であり、アクセシビリティの確保に要する社会的コストを誰が負担するのかという議論は、必要であるし、負担者が常に著作権者でなければならないという社会的事実はないであろう⁷²¹。

そうであれば、禁止権ではなく、著作権法 33 条の 2 第 2 項のように、著作権者への補償金支払義務のような報酬請求権を中心にする制度設計（著作権リフォーム論⁷²²）もあり得るところである。

しかし、全体として見れば、それはアクセシビリティの確保によって発生する利用形態に対して、著作権者の権利の制約を実質的に正当化（適法化）する理論が求められることになる。

この点、マラケシュ条約に目を向ければ、前述したとおり、権利の「例外と制限」という文言を用い、ベルヌ条約に親和的に組み込まれ、3 ステップテストの枠組の中にある（同条約 11 条(a)～(d)）。つまり、ベルヌ条約に適合させつつ、実質的に障害者の権利について規定する、障害者基本条約で指摘される場所の、情報アクセシビリティを確保している。

そうであれば、マラケシュ条約によって実現しようとしている情報アクセシビリティと

し、かつ、非過重な公的支援を指す。）は非競争性と非排除性を有していることから、市場に任せられないため、政府の介入が必要となる。そこで、政府が、負担者を設定する。このとき、その第三者も、公正な社会の実現を求める構成員であるから、無関係とはいえないことになる。この公的支援の典型例が、障害者雇用関係の助成金であり、雇用・就労が障害者雇用促進法の観点からクローズアップされる。ただし、これは、教育やサービスについても当てはまる（同 p.127）。

この配慮という公共財により、実現される機会平等は、結果として、特定の個人の資源を増加させることになるが、これは、次のように正当化される。つまり、障害者に関していえば、身体的・精神的特性により資源を自己の幸福に変換する能力が低いことを考慮して、より多くの資源を分配して生の可能性を平等化することが必要だからである（Sen Amartya, *Commodities and Capabilities*, (North-Holland, 1985)（鈴木興太郎訳『福祉の経済学—財と潜在能力』（岩波書店, 1988）））。

著作権法の制度設計に当てはめると、著作権者の権利が制限される（立法が制定される）ことにより、本来契約的処理による点字複製等の利用に伴うライセンス料が機会損失となる。このとき、著作権者は直接的な利害関係のない第三者といえる（書籍であれば、読者層であるユーザとして、視覚障害者を想定しているべきであるから、直ちに利害関係を否定することの是非は問題となる。）。点字複製は、著作権者が機会損失を全部負担する（著作権法 37 条 1 項）一方で、視聴覚教育施設における著作物の複製物の頒布行為は、補償金の支払い義務があり（同法 38 条 5 項）、この場合は、負担者が視聴覚教育施設となる。そして、ここでの機会平等は、読書体験ということになる。

⁷²¹ また、障害者が著作物のユーザだけでなく、クリエイターとしての活動する場をいかに提供するのか、という視点も重要である（例えば、ソフトウェア開発ソフトにおけるアクセシビリティの課題）。
See, Blake E. Reid, *Copyright and Disability*, Cal. L. Rev. 109 (2021)

⁷²² 例えば、水野祐『法のデザイン 創造性とイノベーションは法によって加速する』（フィルムアート社, 2017) pp.38-41 参照

は、著作権法制における user's rights の一種であると評価できないだろうか。

そして、ここで再考したいのは、齊藤教授が指摘する公正な利用と権利の保護という関係である。中山教授が指摘するように、障害者という枠組ではあるが、その利用のために著作権制度が見直される可能性がなければ、著作権法の社会的認知が得られないという立場を採れば、まさに「公正な利用」と「権利の保護」が対比される関係に置かれることとなり、著作権法制という枠組の中だけでは確かに対比関係にはならないという主張は正当性があるが、多元的価値を採り込むと、そこには、著作権法制以外を基盤とする正当性を根拠とする利用形態が、著作権者の「利益」と衝突する場面が想定され、対比関係が生じる。

このように、著作権法制を、情報アクセシビリティの関連法として見たとき、著作物の「利用権」に配慮した制度、つまり、ユーザの権利を織り込んだ制度であるといえよう。

なお、本論では、著作物の利用に関して、著作者人格権の問題を取り扱えなかった⁷²³。これについては、他日を期すべき課題である。

⁷²³ 先行研究では、山田・人権 pp.43-62 がこの点を、障害者アートにおける著作者人格権の取扱いに着目する。山田教授は、障害者アートが文化芸術振興政策として、障害者による文化芸術活動の推進に関する法律（障害者文化芸術振興法）の制定などにより、推進される一方で、成年後見制度が必要な程度の障害者アートにおける著作者人格権の権利処理には限界があるという。このように、著作者人格権は、障害者が単なるユーザではなく、著作者になり得るということを前提にした検討が必要であろう。障害者文化芸術振興法 13 条では、作品の所有権や著作権等の制度に関する普及啓発が国・地方自治体に求められる。

障害者文化芸術振興法の概要につき、小林ほか・文化政策 pp.242-260 参照。

第8章 知的財産制度とユーザの権利

第1節 知的財産制度の対抗利益

元文化庁著作権課長の岡本薫は、「著作権の世界に関わる人々は、みんな「自分の利益」のことしか言わない。しかももっと悪いことに、「自分の利益」のことを「文化」とか「公益」と呼ぶ」と指摘する⁷²⁴。

しかし、近年、コンテンツのデジタル化が進む情報環境の変化にも拘わらず、従来の著作権制度のままであることから、著作物の内容を享受するユーザとの間に不均衡が生じている⁷²⁵との問題意識から、ユーザの権利に関する議論が登場している。

そして、本章の問題意識として、DAの正当化根拠にあることから、DA政策を基礎づける、国民に与えられる便益に着目する。現在、わが国のDA政策は、主として知的財産政策として位置付けられ、比較的順調に展開している。ただ、文化の享有主体はユーザである国民（市民）であり、行政によって、文化の内容がコントロールされるものではない。しかし、実際には、博物館の展示物は専門職である学芸員が行う。そのため、国民（市民）からの信託⁷²⁶に基づき、専門性を発揮することが求められる⁷²⁷。

国は、著作権を保護することが至上命題ではなく、広く、文化環境を整備することが国家の義務であるといえる（文化芸術基本法3条参照）。国際レベルでも、世界人権宣言27条では1項で「自由に社会の文化生活に参加し、芸術を鑑賞し、及び科学の進歩とその恩恵とにあずかる権利」を規定し、2項で「その創作した科学的、文学的又は美術的作品から生ずる精神的及び物質的利益を保護される権利」を規定する。1項が、国内法では、文化芸術享受権（文化芸術基本法2条3項前段）、2項が著作権に対応しているといえる。このように、両者の両立をさせることが必要であることは自明である。

この観点からは、1項の権利を（名称はともかく）ユーザの権利として2項が想定する知的財産権の1つである著作権の対抗する権利として観念することは全くの空論ではない。

しかし、その正当化根拠は必ずしも自明ではない。そこで、ユーザの権利は、認められるのか、認められるとしてその正当化根拠は何か、そして、それによって、具体的にDA

⁷²⁴ 岡本薫「自由と民主主義と著作権」最先端技術関連法研究 Vol.4,5 (2006)p.46

⁷²⁵ 張睿暎「著作物ユーザに権利はあるか—新しい著作権法フレームとしての人権」知財年報2009（商事法務、2009）p.294

⁷²⁶ 菅井薫『博物館活動における「市民の知」のあり方—「関わり」と「価値」の再構築』（学文社、2011）pp.41-60 参照

⁷²⁷ 日本学術会議史学委員会博物館・美術館等の組織運営に関する分科会「提言 21世紀の博物館・美術館のあるべき姿—博物館法の改正へ向けて（平成29年（2017年）7月20日）」

<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t243-1.pdf>

を中心にどのような便益をもたらすのか、検討する。

第2節 ユーザの権利と文化権

1. はじめに

国連総会において、1948年世界人権宣言が採択され、「文化生活に関する権利」（同26条）が盛り込まれた。「教育に関する権利」（同31条）とは別に規定されたことに現れているように、第二次世界大戦以降の文化政策は、全体主義からの反省として、ドイツ、イタリアなどでは、憲法において芸術の自由を規定し、自由主義的側面が強調される。

さらに、ドイツでは、ナチス政権の反省を踏まえ、文化・教育の分権化を実現し、「州の文化高権（Kulturhoheit der Länder）」として、文化に関する立法作用を州に与えるなど、歴史的な背景がそれぞれの国にある。

人権としての文化的権利（Cultural rights）は、1968年にUNESCOにより「人権としての文化的権利に関する声明」が発表された。そこでは、労働権、余暇権、社会保障権に続く概念として、文化的権利の「構築」に理解が示されなければならないとされた。

このように、第二次世界大戦後、急速に国民が文化的な利益を享受する利益が法的保護に値すべきである、という価値観が国際的にも意識され、諸外国の憲法を含む法律において、規定された。他方、その法的保護が1970年頃は、「構築」されていなかった。

その後、UNESCOは、1980年に「芸術家の地位に関する勧告」を採択、1982年にメキシコでの文化政策に関する世界会議において、文化的アイデンティティの尊重や文化と科学技術の関係などが盛り込まれることで、文化の多様性が確認された。さらに、UNESCO総会の「文化的多様性に関する世界宣言」では、4条（文化的多様性の保障としての人権）や5条（文化的多様性を実現するための環境としての文化的権利）、6条が盛り込まれた。特に5条は、文化多様性を実現するための文化的環境を保障する「社会的文化権として位置づける緊要な条文」と評価されている⁷²⁸。

さらに、5条以外に、デジタルアーカイブとの関係では、6条が「デジタル形態を含む芸術享受」を文化多様性の保障の一内容として、人権として構成している点が注目される。

ここで重要なことは、文化権の性質は、国際レベル、憲法レベルから導出される権利である。そして、その性質は、社会権的基本権（国際人権規約A規約）と自由権的基本権の両面から構成されていることである⁷²⁹。

なお、文化的環境への配慮という点において共通する事項が「子どもの権利条約」（1989年採択）にみられる。同条約では、①休息・余暇権、②遊び・レクリエーション権、

⁷²⁸ 藤野一夫 「「文化多様性」をめぐるポリティクスとアポリアーマイノリティの文化権と文化多様性条約の背景」文化経済学 Vol.5, No.3 (2007) p.8

⁷²⁹ 小林・文化権 pp.50-51

③文化的生活・芸術への参加権（同条約31条）を規定する。これら3つの権利を一連のものとして捉えて教育分野では、子どもの「文化権」として主張されることもある⁷³⁰。

この背景から、わが国でも文化権に関する研究が進んでいる⁷³¹。また、前述のように、世界人権宣言27条1項と2項が文化権と著作権に対応しているのであれば、これまで論じてきた著作権とユーザの権利の関係もまた、同様に捉え得る。そうであれば、文化権の正当化根拠は、同じくユーザの権利の正当化根拠に示唆を与え得る、との仮説が立てられる。そこで、本節では、この仮説を検証する。

2. 日本における文化権の展開

名称はともかく、「文化権」を、憲法学における学説の中には、世界人権宣言の余暇権と国際協調主義（憲法97条）や民主主義の精神を根拠に、文化的生活を享受する利益である「文化的権利」として位置付けようとする見解がある⁷³²。

しかし、「文化的生活に参加する権利」が提唱されたのは、1990年代になってからである。しかも、社会学者（生涯学習論）である佐藤一子博士であり、要旨次の2点を主張した。

第一に、自由権としての文化への権利について、文化的権利を文化的価値及び内容の視点から捉える場合、憲法上「芸術」に直接言及した条項はないものの、同法13条、19条、21条を根幹とする一連の自由権によって規定されているとした。

第二に、社会権としての文化への権利について、国民個人の自発性、民間企業による投資だけでは達成不可能であり、文化遺産の保護、継承事業などは国家の責務によらなければならないとした⁷³³。

他方、法学では、行政法学が、一応、文化的権利の問題を扱ってきた。しかし、そもそも、日本国憲法の「文化」の文言は、同法25条に「文化的」とあるのみである、この「文化」の概念について、基本書などで論じられることは少ない、もっとも、制定過程においては、帝国議会の個々の議員がむしろ文化と憲法を結びつけることに積極的であり⁷³⁴、必ずしも無関心であったわけではない⁷³⁵。

わが国のこのような状況で、文化や文化的権利に積極的評価をしてきたのが、小林真理

⁷³⁰ 増山均「文化権の確立と社会文化アニメーション」教育2001年3月号（2001）pp.34-40

⁷³¹ これまでのわが国における文化権の検討概要と最新の状況の到達点が中村・文化権である。

⁷³² 小林直樹『新版憲法講義上』（東京大学出版会、1980）p.548

⁷³³ 佐藤一子『文化協同の時代—文化的享受の復権—』（青木書店、1989）pp.2-6。ただし、佐藤博士は、文化を享受する権利は現代的に生成途上であるとし、その態度は積極的ではない（同p.6）。

⁷³⁴ 中村美帆「日本国憲法制定過程における「文化」に関する議論」文化資源学No.9（2010）pp.77-88

⁷³⁵ 例えば、駒村圭吾「国家と文化」ジュリスト（2010）pp.134-146

教授である。小林教授は、文化行政における「文化」を、「公法学的文化領域から教育および学術を除いて残る芸術を核にして広がりを持つ概念」とする⁷³⁶。

文化権の内実は、諸外国と同様、国家からの自由としての自由権から、国家による自由としての社会権の双方から構成される。自由権としての側面は、主に表現の自由（憲法 21 条）、幸福追求権（同法 13 条）となる。また、社会権としての側面は、主に同法 25 条を根拠に、「環境権」の文脈で、「文化的環境権」や「文化的生存権」⁷³⁷という概念で説明しようとしてきた。

例えば、環境権の一内容として、自然的環境の他、社会的環境と文化的環境を加える見解⁷³⁸や、環境権の中に、公共信託の理論（公益的な海岸、河川、公園などの公共使用に際し、国民からの信託により、運営を「信託」されているため、忠実義務などの義務を負い、公衆の使用を害することは信託違反として許されないとする理論）を導入し、遺跡や歴史的・文化的環境の保護も同様に公共信託の理念によって保護されるべきとする見解がある⁷³⁹。

以上のように、その意義や分類は様々である。ただ、もっとも明快な分類として、例えば、社会文化学会は、①自由権としての文化創造権、②社会権としての文化へのアクセス権、享受権、③集团的権利としての文化自決権や文化的アイデンティティ権の 4 つに分類する⁷⁴⁰。文化権の特徴は、他の論者も指摘するように、①の国家からの自由を保障する自由権的側面と②の国家による自由を保障する社会権的側面の両面から成り立ち⁷⁴¹、公権力からの自由と、公権力によって助成を受ける権利（あるいは国家の義務）を認めると、一見して対立があるように思えるが、これは、「自由の条件を確保する」ために社会権の正当性が認められ、「文化権」は、止揚のプロセスによって、生成されてきた⁷⁴²。

このような複雑、混乱している文化権の議論状況を、近年、中村美帆准教授が法的枠組みと対象論点を整理している⁷⁴³。

法的枠組みとしては、①前述した世界人権宣言、国際人権規約における「文化的生活に

⁷³⁶ 小林・文化権 pp.33-34

⁷³⁷ 駒村圭吾「自由と文化—その国家的給付と憲法的統制のあり方」法学教室 328 号（2008）p.40

⁷³⁸ 松本昌悦「文化的環境権」奥平康弘=杉原泰雄『憲法学 3』（有斐閣、1977）pp.89-90

⁷³⁹ 椎名慎太郎「文化的環境の保護—その意義と国民の権利」山梨学院大学法学論集 10 号（1987）pp.49-77

⁷⁴⁰ 田中幸世「文化権についての一考察」法の科学 vol.39（2008）p.181

⁷⁴¹ 例えば、小林真理「ドイツにおける《文化国家》概念の展開」文化経済学会論文集 2 号（1996）p.42 参照

⁷⁴² 藤野一夫「日本の芸術文化政策と法整備の課題」国際文化学研究（神戸大学国際文化学部紀要）Vol.18（2002）pp.65-91

⁷⁴³ 中村・文化権 pp.313-316

参加する権利」, 文化芸術基本法 2 条 3 項における文化芸術創造享受権その他文化に関する権利の整理, ②文化権の集団的権利としての側面と個人の権利としての側面, ③文化権と国家の権利義務関係の明確化, ④文化の帰属・所有と文化権の関係⁷⁴⁴を挙げる。

論点としては, ①文化権の文化の範囲, ②文化多様性への考察, ③マイノリティの文化権の考察, ④文化と人権があると指摘する。

3. 伊場遺跡訴訟と文化権⁷⁴⁵

前述したようにわが国では, 文化財を享有する権利として, 史跡指定解除処分に対する取消訴訟である伊場遺跡訴訟⁷⁴⁶において問題となった。少なくとも, 文化的資源を享有する利益について憲法 13 条, 25 条, 26 条から位置づける構成をしても, 文化財享有権を肯定した最高裁判決とは矛盾しないと述べたが, この判決の射程が, 文化権の存否に影響するかについては, 第 3 章において検討した。

結論を改めて述べると, 文化権を認める解釈の余地は残されているのである。

4. デジタルアーカイブとの関係

前述したとおり, 文化的多様性に関する世界宣言 6 条では, 「デジタル形態を含む芸術享受」を文化多様性の保障の一内容として, 人権として構成する。これを実現する手段であ

⁷⁴⁴ 近年, 話題になるいわゆる「文化盗用」の問題がこれに当たる。文化盗用の意義は, 明確ではないが, 中空萌『知的所有権の人類学』(世界思想社, 2019) 第 II 部で取り上げられる伝統医療の「所有化」の問題や, ラグジュアリーブランドが特定の民族衣装やアイコンを模したデザインを商品化することなどが挙げられる。本谷裕子「織りと装いの文化とその集団的知的所有権を守る戦い—グアテマラ中西部高地・マヤ先住民女性の事例から」法学研究 93 巻 1 号 (2020) pp.23-47 では, マヤ先住民女性の創造品について, ①海外企業によるデザインの盗用, ②織物を使った商品生産と販売, ③伝統的衣装の無断使用を挙げる (同 pp.33-35)。ただし, 同論文によると, ここでいうマヤ先住民女性の創造品は, 伝統的な技術により生産されたものを指しており, 既存の知的財産において保護されるかは未知数である (著作権の保護期間を経過している可能性も高く, 仮にわが国同様の不正競争防止法の規律の場合, 他人の商品形態模倣行為は, 同法 19 条 1 項 5 号イにより, 国内流通 3 年経過後は適用除外である。)。そのため, グアテマラ共和国において, マヤ先住民女性ら正当な継承者らという特定の集団に帰属する知的所有権として保護を受けられるよう, 立法化に向けて動いているようである (同 pp.28-29)。

⁷⁴⁵ 文化権との関係を論じる先行文献として, 椎名慎太郎「文化権の構造と特性」山梨学院大学法学論集 20 号 (1991) pp.1-28。椎名教授は, 本件の問題を「文化に関する国民・住民の権利ないし利益という問題」として広く捉え, 「文化権」の特性から検討する。文化権の特性として, ①政治的・行政的決定プロセスにおいて国民・住民が適切に関与する制度が必要であり, ②学者や図書館司書など文化的専門家, 専門家団体の意見を重視すべきである点が挙げられ, この特性は, 文化財保護分野だけでなく, 都市景観のあり方, 芸術振興, 学術研究助成, 図書館を巡る文化行政領域においても, 当てはまるという。

⁷⁴⁶ 平成元年 6 月 20 日 (集民 157 号 163 頁)

るデジタルアーカイブは文化多様性を確保する手段としても密接に関係しているといえる。

ただ、一見すると、デジタルアーカイブ政策によって、デジタルアーカイブ化（特に、保存）がなされるプロセスは、一次的には、文化政策を推進するための予算獲得という、社会権的側面が強調されるが、それと同様に、より文化的創造物の豊富化をもたらす点で、自由権的な面もあり、重要である。そして、文化的アイデンティティを適切に後世に残し、伝えるという点において、集団的な利益をもたらす。このように考えれば、文化資源のデジタルアーカイブ化は、文化権を基礎にしてなされていると評価できる。

そうであれば、本研究の最終的な目的である、デジタルアーカイブ権の正当化根拠の 1 つとしては、文化権の存在を認めるだけで足り、ユーザの権利を媒介してその正当化を根拠づける必要はない。しかし、今度は、ユーザの権利と文化権との関係性が問題となる。

5. 文化権と文化芸術基本法

5.1 文化芸術振興基本法の制定

平成 29 年改正により、文化芸術振興基本法から文化芸術基本法に名称が変わった（本項において「新法」「旧法」という。）。

旧法が、議員立法によっていかに紆余曲折を経て制定に結実したか、その詳細な過程と議論は、小林教授の論考に詳しい⁷⁴⁷が、文化政策の基本法としての位置づけができる⁷⁴⁸。

「文化」とは、ここ 20 年の間で、伝統的な芸術や文化遺産だけでなく、生活様式を含む広義の意味で捉えられ、結果として、映画、放送、出版メディア、ファッション、デザイン、建築、慣行、都市開発・地域開発などへと拡散していった⁷⁴⁹。

旧法においては、旧文部省設置法が規定していた「文化」を実質的に踏襲しつつも、旧法 8 条に列挙する文学、音楽などの古典的な文化・芸術だけでなく、同法 9 条が規定するアニメーションなどを「メディア芸術」としている。文化資源のハードとして機能するする図書館、博物館は社会教育施設とし、文化行政の対象となる（新法 26 条）。

5.2 文化芸術基本法の概要

新法への改正は、単なる名称変更にとどまらない⁷⁵⁰。この点に関する学術的な検討は公刊されていないが、改正法は、本論の文化資源保護機能を検討する立場からは、大きく 2 点に着目される。

⁷⁴⁷ 小林・文化権 pp.84-104

⁷⁴⁸ 根木・文化行政法 p.25

⁷⁴⁹ スロスビー・文化政策 pp.2-3

⁷⁵⁰ 改正経緯の詳細は干場辰夫「文化芸術基本法の成立 文化芸術振興基本法改正の背景・過程・改正内容・残された課題」昭和音楽大学研究紀要 37 号（2018）pp.96-114 参照（以下「干場論文」という。）

第1に、文化芸術を社会の基盤に据えることを明確にしたことである。

第2に、文化芸術政策の推進の具体的な内容について、追加がされた。具体的には、次の5つである。

①伝統芸能の例示に「組踊」を追加し、必要な施策の例示に「物品の保存」、「展示」、「知識及び技能の継承」、「芸術祭の開催」などへの支援を追加した。

②生活文化の例示に「食文化」が追加され、生活文化の振興を図る。

③各地域の文化芸術の振興を通じた地域の振興を図ることとし、必要な施策の例示に「芸術祭への支援」を追加した。

④国際的な交流等の推進に関する必要な施策の例示に「海外における我が国の文化芸術の現地の言語による展示、公開その他の普及への支援」及び「文化芸術に関する国際機関等の業務に従事する人材の養成及び派遣」を追加した。

⑤芸術家等の養成及び確保に関する必要な施策の例示に国内外における「教育訓練等の人材育成への支援」を追加した。

そして、これらを一体的な施策として進めるため、文部科学省、内閣府、総務省等の関係行政機関を構成省庁として、文化芸術推進会議を設けた（同法36条）。

5.3 文化芸術基本法と文化権⁷⁵¹

根木教授は、旧法2条3項が「文化芸術を創造し、享受することができる人々の生まれながらの権利」と規定していることから、「文化芸術創造享受権」の性質について検討している（新法も変更はない）。

この議論の中で、明確に、文化芸術創造享受権は、憲法13条に内包される権利が具体化したものであると指摘し⁷⁵²、「人権」として規定したことを高く評価する意見もある⁷⁵³。他方で、志田陽子教授は、「憲法上の権利として考えるか…他の権利と衝突したときのことを想定してさまざまな角度からの議論が必要であろう」と消極的であり⁷⁵⁴、見解の統一をみない。

また、新法では、「我が国の文化芸術の振興を図るためには、文化芸術の礎たる表現の自由の重要性を深く認識し、文化芸術活動を行う者の自主性を尊重する」（前文第4段）の

⁷⁵¹ 山田・人権 pp.161-170 も参照。山田教授は、文化芸術基本法20条規定から、専ら著作権の保護に偏っている点を指摘する（同p.167）が、文化権との関係は明らかではない。

⁷⁵² 根木・文化行政法 pp.21-22

⁷⁵³ 利光功『『文化芸術振興基本法』の理念と意義』アートマネジメント研究 No.3（2009）p.9。ただし、この文脈での人権は憲法上の権利の意味で使われている。

⁷⁵⁴ 志田陽子編、志田洋子＝比良友佳理著『あたらしい表現活動と法』（武蔵野美術大学出版局、2018）p.294[志田]

ほか、1条、2条1項に自主性、創造性の尊重の規定がある。新法により、より明示的になったが、自主性の尊重、創造性の尊重（前文第3段参照）は、過去の文化行政が文化自体に介入していた歴史的反省を踏まえた「内容不関与の原則」であり、直接的に憲法21条を担保する⁷⁵⁵。

以上の指摘は、自由権的側面である。他方で、社会権的側面については、文化権との違いを強調する。すなわち、結論としては、文化芸術の公共性の観点から、文化芸術創造享受権の社会権的側面を導き出す余地を認めつつ、憲法25条の一般的解釈からそこまで踏み込むことは難しいと、消極的な評価をしている⁷⁵⁶。

他方で、文化芸術基本法31条が文化芸術団体への支援の他に、民間企業から寄付を受けることにする「等」の税制上の優遇措置も努力義務とする。文化助成は、直接的な助成に限らない。むしろ、積極的な支援には限度があることからすれば、税制上の優遇措置などで芸術家への教育や確保の助成に繋げることができる。

もっとも、以上の見解に対して、文化芸術基本法2条3項の権利性については、否定的見解が多い。

立法に関与した議員らの逐条解説によると、文化芸術基本法2条3項の規定の権利は、確認規定であり、文化芸術基本法によって新しく設定された権利ではないとする⁷⁵⁷。また、塩野宏教授は、近年、基本法が「世俗化」したと評し⁷⁵⁸、わが国の「基本法」と銘打った法律の性格として、①啓蒙的性格、②方針的性格－非完結性、③計画的性格、④省庁横断的性格、⑤法規範的性格の希薄性－権利義務内容の抽象性・罰則の欠如を挙げる⁷⁵⁹。この前提で文化芸術基本法を分析すると、いずれの特徴を併せ持ち、また、旧法であるが、その権利性についても否定している⁷⁶⁰。

権利性肯定説は傾聴に値するが、立法担当者の解説や、基本法の位置づけをわが国全体から俯瞰し、詳細に分析した塩野教授の見解を踏まえると、文化芸術基本法2条3項に権利性を認めることは困難であると言わざるを得ない。

しかし、塩野教授は、一方で、「個別法規を解釈するに当たっての基本原則を示しておくことが、法解釈者にとっても重要だという認識」から「現代法の直面する共通の課題への日本法としての回答という現代的意味を持っている」という⁷⁶¹。基本法に基づく実施法

⁷⁵⁵ 根木・文化行政法 p.22

⁷⁵⁶ 根木・同上 p.23

⁷⁵⁷ 河村建夫＝伊藤信太郎『文化芸術基本法の成立と文化政策』（水曜社、2018）p.93

⁷⁵⁸ 塩野宏「基本法について」日本学士院紀要 63 巻 1 号（2007）p.24

⁷⁵⁹ 塩野・同上 pp.5-8

⁷⁶⁰ 塩野・同上 pp.29-30（別表基本法一覧の20番目参照）

⁷⁶¹ 塩野・同上 p.23

の運用において解釈が必要となった場合、基本法の理念などを参酌することを肯定している点が注目に値する。

6. 小括

文化政策学の干場辰夫氏は、新法の残された課題の1つが文化権であり、新法2条3項は旧法に続き文化権を認めたものとはいえ、「文化権」の用語の「文化」の概念がこれまで研究者の間でも行政においても明確に定義されてこなかったことを批判する⁷⁶²。

これまで、文化の意義については、最近、文化資源学の中村准教授が立法過程を踏まえて、憲法25条1項における「文化」の意義を明らかにしようと試みている⁷⁶³。また、前述したように、小林教授も、従前から、独自に「文化」の意義を打ち出している。その意味では、干場氏に対する批判は一定程度妥当するが、権利性の肯定については、今もなお困難といえる。つまり、文化権が憲法25条1項によって保障されていることまでは、論証に成功しているといえる。しかし、その権利の法的性格（抽象的権利性）からすれば、基本法によって法解釈や政策実現のための指針は示されているものの、具体的な立法、つまり基本法を具体的に実現するための実施法が欠如しているといえる。

文化権は、わが国では、文化的環境という生存権をめぐる議論から出発している。そのため、生存権であれば、享受する主体である国民に注目しがちである。しかし、現象面として、新型コロナウイルスの影響でライブ型の演劇は経済的にも、危機的状況に陥っている。ここからわかるように、文化権が保障すべきゴールは、文化的環境の確保である。そしてそのためには、需要と供給が必要である。つまり、文化的利益を享受するユーザだけではなく、それを届けるクリエイターに対しても、法的保護が及ばなければならない。

そして、一部、文化芸術基本法は、その期待に応答した形をとる。現代芸術（Fine art）の分野では、著作権法の持つインセンティブ論が機能していない状況が指摘される中で⁷⁶⁴、文化芸術基本法16条、17条、26条は、芸術家を支える技術者などを広く「芸術家等」として対象に含め、教育支援、MLA 機関への配置等の支援を規定する。また、23条では、国民の鑑賞等の機会の充実を国の責務としている。

このように見れば、権利性はともかく、文化権、世界人権宣言27条1項2項のそれぞれの権利を保障し、文化的環境の維持、発展を狙うべく規定があることは明らかである。特に、デジタルアーカイブとの関係で言えば、23条、29条（情報通信技術の活用の推進）が関連する。保存状態が良くないことが原因で展示できない文化資源へのアクセスを確保す

⁷⁶² 干場論文 p.111

⁷⁶³ 中村・文化権参照

⁷⁶⁴ 河島伸子「現代美術と著作権法—インセンティブ論に関する一考察」同志社大学知的財産研究会編『知的財産法の挑戦』（弘文堂、2013）pp.95-118

るためには、まさに、ICT 技術により、リマスターアートを作成し、それを展示することが直接的な解決策である。

憲法 25 条で文化権を認めているのにも関わらず、文化芸術基本法 23 条が定める「鑑賞等の機会」を、「国の責務ではあるが、権利としてまでは保障しない」というのであれば、その「国の責務」はいかにして実現できるのか、単なる「恩恵」に過ぎないのかという疑念に繋がる。

この疑念を払しょくするためには、「国の責務」の実現の在り方を立法によって明記することが考えられる。そうすると、立法論において必要な立法事実の存在が鍵となる。これまでの文化権の議論の文脈からすれば、憲法 25 条の「唯一の」との文言を根拠に、文化芸術の鑑賞の機会の有用性を立法事実として、立法化を図ることが筋であろう。

しかし、実際、デジタルアーカイブを例にすると、その意義は、文化資源へのアクセスの確保といった、より広範なものになる。そして、教育的な観点、イノベーション促進や、表現の自由（ここでは主に「知る自由」）といった多元的な価値に依拠している。したがって、憲法 25 条が唯一の根拠になるとは限らない。

そうすると、ユーザの権利と文化権の関係性は、不明瞭なままであり、まず、ユーザの権利の正当化根拠とされてきた内実を検討する必要がある。

第 3 節 知的財産法の権利制限規定とユーザの権利

ここでは、ユーザの権利と扱われてきた分野における議論を取り上げる。

1.1 Lewinski 教授の批判

前章において、取り上げた障害者の権利に関し、マラケシュ条約の成立過程に対し、マックス・ブランク・イノベーション競争研究所の Lewinski 教授は、次のようにユーザの権利を明確に強く否定し、批判する。

第 1 に、WIPO における議論において、ユーザ運動を挙げる。著作者の権利とユーザの防御という構造でなく、ユーザの権利まで主張し、著作権のより強い保護の制限を主張するグループが存在することを指摘し、これらの者は法的議論より、ロビー活動などを展開し、政治的な運動を好んでいるとする⁷⁶⁵。

第 2 に、主体的な権利を付与した場合、著作物利用の自由を行使するための市民的権利の運動を起こすことが可能となる。この権利制限をユーザの権利と「転化」するような場合、著作者の権利とユーザの権利化に向けられた自由との組み合わせが、将来の条約の条文上において、両者の相違を区別しないまま行われた場合、著作者の権利に関する定着し

⁷⁶⁵ Silke von Lewinski (矢野敏樹訳)「WIPO における著作権保護の例外と制限に関する議論(1)」知的財産法政策学研究 34 号 (2011) p.221

た原則が、条約策定によって根本から変更されるかもしれないとする⁷⁶⁶。

第 3 に、ユーザの権利を求めるような市民運動は、教育分野における義務的な権利制限に関する条約の策定過程においては、発展途上国の問題解決に役立たず、表面的な政治的活動によってなされるべきではない、とする⁷⁶⁷。

これらの批判は、いずれも的確なものである。本論においても、権利制限又は例外規定を単純にユーザの権利や法的利益として位置付けることには批判的である。なぜなら、Lewinski 教授の批判が妥当するだけでなく、単純な用語法としての言い換えでは、実質的に法的価値を有しないからである。

しかし、Lewinski 教授の批判は、WIPO のような条約策定の実務的レベルでの議論には当てはまるが、ユーザの権利の主張が直ちに市民運動に結びつくとする第 2 の指摘は、必ずしも正しいとは言えないのではないか。つまり、ユーザの権利の設定については、外延を画定したり、訴訟要件を課したりするなど、権利性を認めても、その要件のデザインの仕方によって、権利行使はある程度立法機関でコントロール可能である。また、権利行使の際に対価を求める対価支払義務（特許法 79 条の 2 第 2 項）を設定するなどが考えられる。

第 2 の批判は、知的財産法一般において、ユーザの権利を議論する際に妥当するものではない。この批判はまさにマラケシュ条約制定過程における世界盲人連合における主張に対する批判であり、その議論は、特定の分野の権利の制限又は例外に向けられている。また、新たな条約制定や改定の際の議論として妥当するものであり、既存の条約の解釈にあたっての批判ではないことに留意すべきである。この批判は立法論としての批判である。

特に、ユーザの権利が国際著作権法制において、容認されるとすれば、それはベルヌ条約の 3 ステップテストをクリアすることが前提となり、ユーザの権利の外延はこれによって画定される⁷⁶⁸。

1.2 カナダ最高裁に見る「ユーザの権利」

著作権法における著作権の制限又は例外をユーザの権利として位置付けたのは、パターソンらが最初である⁷⁶⁹。フェアユースの性質を user's right とする。むろん、ここには、フェアユースが、アメリカ合衆国憲法第 1 修正の表現の自由との関係から論じられているこ

⁷⁶⁶ Silke・同上 p.242

⁷⁶⁷ Silke von Lewinski (矢野敏樹訳)「WIPO における著作権保護の例外と制限に関する議論(2・完)」知的財産法政策学研究 35 号 (2011) pp.215-216

⁷⁶⁸ 小島立「条約における権利制限」著作権研究 35 号 (2009) pp.72-89

⁷⁶⁹ L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg “THE NATURE OF COPYRIGHT :A LAW OF USER'S RIGHTS” (1999) at 193.

とは言うまでもない。また、これは「私的複製権が存在する」という意味でもなく、フェアユースが著作権侵害訴訟における抗弁であることの位置づけは変わっていない。

実務上、著作権の制限又は例外について、ユーザの権利として位置付け、それを訴訟法上の意義を明示したのが、カナダの2つの最高裁判例（CCH 事件⁷⁷⁰及びSOCAN 事件⁷⁷¹）である⁷⁷²。

カナダ著作権法を簡単に概説すると、同法29条以下に例外規定が存在する。そして、同条は、「研究、私的学習、教育、パロディ又は風刺を目的とした公正使用（Fair dealing）は、著作権侵害ではない」と規定している。教育、パロディ、風刺は2012年のCopyright Modernization Actによって加わったもの⁷⁷³であり、この点を評価して、アメリカのフェアユースに近づいたと指摘されることもある⁷⁷⁴。この規定は、単純な文言比較をすると、わが国でも同様の規定は存在する。著作権法35条1項は、教育目的利用による複製は、（同条2項により、公衆送信が補償金の対象となることと異なり、）、必要と認められる限度において複製することを許容している。しかし、カナダにおいては、この規定に関する、裁判所の解釈が次に述べるとおり、異なる点に注目される。

CCH 事件は、カナダのオンタリオ州弁護士会（Law Society of Upper Canada, LSUC）が会員向けの図書館を運営し、1988年からファクシミリによる法律出版物の提供サービスを始めた。同サービスは、1996年に創設したポリシーにより、利用申込者に対しては複製の必要の理由を求め、フェアディーリングの範囲（研究、論評、私的研究又は批判、法廷や行政手続での利用）に合致する場合のみ、複製1部を提供する内容となっていた。これに対し、CCH Canadian Ltd.などの法律専門書関係の出版社が訴訟を提起したものである（実際には反訴もしている）。判示には、フェアディーリングは、「単なる抗弁ではなく、不可欠な部分である」とし、「フェアディーリングは…ユーザの権利である」とまで指摘

⁷⁷⁰ *CCH v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA*, [2004] 1 S.C.R. 389 [CCH]

⁷⁷¹ *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326 [SOCAN]

⁷⁷² これらの概要は、山口いつ子「グローバル情報環境における著作権と表現の自由とのバランス」小泉ほか・はばたき pp.618-620 参照。CCH 事件の地裁判決につき、佐藤信行「カナダにおける「法資料へのアクセス」と「法の支配」の一断面—CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada を例として」尚美学園大学総合政策研究紀要2号（2001）pp.71-86

⁷⁷³ 邦語解説として、作花文雄「カナダにおける「Copyright Modernization」」コピライト654号（2015）pp.26-47 参照

⁷⁷⁴ Ariel Katz, *Fair Use 2.0: The Rebirth of Fair Dealing in Canada*, in *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* at 94 (Michael Geist ed., 2013).

する⁷⁷⁵。この判決は、ユーザの権利とまで指摘しなくとも、明文で認められるフェアディーリングの文言解釈を行えば（限定列挙であっても）足りる問題であり、司法消極主義のわが国では見られない判示である。

続く2012年のSOCAN事件は、原告は音楽出版社、クリエイターなどであり、被告は、音楽著作物のダウンロード販売をする会社である。被告である同社が、購入前のユーザに30秒から90秒程度のサンプルをストリーミング配信していたことに対し、著作権侵害で訴えた事件である。本件で被告はカナダ著作権法29条のフェアディーリングの抗弁を提出した。この事件においても、CCH事件を引用している。また、フェアディーリングのフェアの6要素のうち、「研究」の文言は、原告（プロバイダ側）でなく、被告（ユーザ側）から考慮されなければならない⁷⁷⁶などとし、これはCCH事件と調和する⁷⁷⁷。もっとも、CCH事件との「調和」と引用を強調しつつも、SOCAN事件では、明示的にuser's rightと言及していないようにも思える。しかし、それでも、CCH事件との「調和」を図り、維持した点においては、カナダ著作権法上、ユーザの権利の意義はある。

なお、同時期には、アルバータ州の学校での教師による教科書の抜粋のコピーがフェアディーリングであるとされたAlberta事件でも、フェアディーリングはユーザの権利であることを明示している⁷⁷⁸。

以上は、2012年改正前ではあるが、ユーザの権利と位置付けたことが、29条の改正に繋がったといえ、このように、カナダでは、ユーザの権利の法理が2012年の時点で確立されたきたと評価できる。

さらに、最近では、2021年7月30日、ヨーク大学事件⁷⁷⁹においても、同様にユーザの権利について言及がある⁷⁸⁰

⁷⁷⁵ [CCH] at para.[48] (at 364)

⁷⁷⁶ [SOCAN] at para.[28](at 337-338)

⁷⁷⁷ [SOCAN] at para.[29](at 338)

⁷⁷⁸ Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345 [Alberta], para 22.

⁷⁷⁹ York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), 2021 SCC 32 (CanLII)

⁷⁸⁰ 概説的な邦語文献として、鈴木康平「York University v. Access Copyright カナダ最高裁判決の概要と検討：～カナダ著作権法における「利用者の権利」」InfoCom T&S World Trend Report 392号（2021）pp.26-35参照。ただし、本件では、フェアディーリングの適用に当たり事実認定が不足していることを理由に判断を避けている（See, para.106）。わが国では、この場合、事実審理の必要があるため、法律審である最高裁は、破棄差戻し（民訴法325条2項）をすることが原則である（伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第7版、2020）p.766）。したがって、本件判決のフェアディーリングの判示部分は、わが国に置き換えると、その意味で回避した部分の解釈に過ぎず、判決主文に影響を与えない傍論に相当する部分となることには留意が必要である。

本件は、1994年から2010年まで、大学と、Access Copyright（この団体はいわゆる拡大集中許諾機関（ECL）に当たる。）被告との間に、同大学の教授らがロイヤルティの支払と引き換えにコレクションにアクセスし、複製できるライセンス契約を締結していたが、その後、更新時期を迎え、価格交渉等によって関係が悪化し、その結果支払義務があるコンテンツを無許可で利用したことに対して、支払いを求めたところ、反訴にて、「York 大学教職員のためのフェア・ディーリング・ガイドライン」に基づく複製であり、フェアディーリングに該当すると主張したものである。本件が、ライセンス契約における契約解釈の一部であり、2020年4月20日の控訴審⁷⁸¹では、ガイドラインの法的正当化について、立証できていないこと、ガイドラインに基づく複製が公正な取引によるものであるか不明確であることなどから、CCH事件やSOCAN事件における公平性の要素を踏まえて認められないとした⁷⁸²。これに対して、最高裁は、控訴審でのフェアディーリングの解釈を否定した。

「フェアディーリングの法理を理解するにはまず著作権のバランスを理解する事が必要である。著作権法は公益的な目的を持つ。公衆と著作物との関係は単なる「著作者・著作物の関係の結果」ではない」「当裁判所の現代的なフェアディーリングの法理は、より広く、「著作物が市場においてどの様に使われるかをコントロールする著作者の排他権に焦点を置いた以前の著作権者中心の見方からの決別」を反映したものとされた。

York 事件におけるフェアディーリングの判示部分については、最高裁が制度としていかに解しているのかという点で示唆的である一方、判断の直接的な理由になっていない点には、留保が必要ではある。しかし、以上のカナダ最高裁の議論は、アメリカのフェアユースよりも、適用場面は限定されているが、それでも、その制限又は例外に属する部分に「ユーザの権利」が存在していることを認めている点が画期的であるといえる。そして、この点においてわが国への2つの示唆がある。

第一に、ユーザの権利が著作権法の権利制限規定の正当化根拠とするか否かはともかく、潜在的に認められる可能性があることである。カナダ最高裁はフェアディーリングの中にそれを見出しているが、全ての権利制限規定の中に共通する正当化根拠として、ユーザの権利を見出さなくとも、個々の目的別に多彩なメニューとして用意されている権利制限規定の中にこれが潜在し得ることが示唆されており、少なくともその検討をする余地がある。

第二に、ユーザの権利を司法が法解釈によって認めたことである。著作権の制限と例外の拡張、フェアユースの導入は、立法論として提唱されている。わが国ではその立法過程における文化審議会の委員は、権利者側を中心に構成されており、利用者側の利益を考慮

⁷⁸¹ York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 2020 FCA 77.

⁷⁸² *Id.* at paras 310-11.

することの限界が指摘されている⁷⁸³。しかし、カナダ最高裁は目的に応じて、利用を正当化するフェアディーリングの法解釈として、ユーザの権利を承認していく。これは、フェアユース導入論という大上段を構えなくとも、個々の目的に応じて権利制限規定を設けた立法趣旨から、解釈論として展開する余地を残している。

1.3 ドイツ最高裁に見る「制限規定によって保護される利益」

ところで、著作権法制における2つの潮流である大陸法系と英米法系アプローチは、著作権の制限又は例外規定の位置づけを考慮する上で、看過できない⁷⁸⁴。前述したカナダ著作権法は英米法系であり、わが国の大陸法系の著作権法制では、相いれないところがあり、フェアディーリングの解釈をそのまま持ち込むことはできない。しかし、近年、わが国の法体系と親和性があるドイツ連邦通常裁判所 (BGH)⁷⁸⁵では、例外規定は、憲法上保護されている特別な立場も考慮に入れられ、立法府によってなされた利益衡量の結果であると指摘する。さらに、制限規定の解釈のために (für die Auslegung der gesetzlichen Regelung), 制限規定によって保護される利益 (durch die Schrankenbestimmungen geschützten Interessen zu beachten) を考慮しなければならないとする。

個別具体的な著作権の制限又は例外規定が、立法過程における利益衡量の結果であることは、わが国著作権法の制度設計においても同様であろう。ドイツ法からわが国への示唆は、2002年の最高裁判決に至るまでに、著作権の制限規定に関して厳格解釈を行っている一方で、ドイツ基本法14条 (わが国憲法29条に相当) を根拠に財産権 (Eigentum) の公益的性質による制限に言及し、権利行使の制限を権利の性質から認めた判示をしている点にある。

ただし、この判決の帰結として、制限部分に利益が認められるとしても、請求権として基礎づけるためには、立法が必要であるとされる⁷⁸⁶。

1.4 イギリスにおける公益の抗弁

イギリス著作権法 (Copyright Design and Patents Act 1988; CDPA)⁷⁸⁷では、わが国と

⁷⁸³ 山田奨治『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』(人文書院, 2011) pp.71-90

⁷⁸⁴ See, Lucie M.C.R. Guibault (2002), *COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS An Analysis of the Contractual Overridability of limitations on Copyright*, Kluwer Law International (The Hague), (Information law series vol. 9) at 7-90.

⁷⁸⁵ BGH Urteil vom 24. Januar 2002 · Az. I ZR 102/99

⁷⁸⁶ 栗田昌裕「アーキテクチャによる法の私物化と権利の限界—技術的保護手段は複製の自由を侵害するのか」松尾陽編『アーキテクチャと法 法学のアーキテクチャな転回?』(弘文堂, 2017) p.153

⁷⁸⁷ 以下の邦訳は、著作権情報センター (大山幸房=今村哲也訳)「外国著作権法令集(53)—英国編—」によった (<https://www.cric.or.jp/db/world/england/england2.pdf>).

同様、個別的権利制限規定を設けている。ただ、その特徴は、イギリスの判例法理上権利制限を認める法理を明文化したもの（ただし、判例は批評、論評、時事報道のための利用に限定していたが、これに私的学習、研究目的利用が加わっている。）として、フェアディーリング規定が、権利制限規定群の冒頭（CDPA28 条）にある点である⁷⁸⁸。この権利制限規定は「第 1 部 著作権」の中の「第 3 章 著作権のある著作物に関して許される行為」に設けられている⁷⁸⁹。

これ以外に、CDPA は、「第 10 章 雑則及び一般規定」の中の 171 条 3 項では「この部のいずれの規定も、公益その他を根拠として、著作権の執行を阻止し、又は制限する法律のいずれの規則にも影響しない」としている。

この規定は、「未公表の情報が重要な公益に関わるものであるときには、第三者がその情報を開示した場合にも、その開示は正当化される」ことを意味する⁷⁹⁰。この「公益」概念は、他人の権利侵害行為に対しエンフォースメントを否定するための一般法理として発展したが⁷⁹¹、著作権法の領域においても、抗弁として主張できるかは別論として、1709 年制定のアン女王法（copyright Act of 1842）において、既に公益を考慮することがみられた。その後、著作権法改正とともに、生成されてきたものである⁷⁹²。

近時影響を受けたのが、EU の情報社会指令である。これにより、同指令が規定する場合以外に、加盟国が独自の制限規定を設けることができなくなり、少なくとも著作権の権利行使を制限する際に、公益の抗弁を適用することを限定した判決⁷⁹³も出ていた。しかし、その後、欧州人権条約（European Convention on Human Rights）を国内法に組み込む議会制定法である 1998 年人権法（Human Rights Act 1998）が 2000 年 10 月から施行され、

⁷⁸⁸ 横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究 35 号（2008）pp.23-24

⁷⁸⁹ 詳細は、瀧麻依子「イギリスにおける公益の抗弁について—権利制限規定の一般規定を目指す我が国に与える示唆—」中山ほか・しなやか pp.289-291 参照

⁷⁹⁰ 瀧・同上 p.291

⁷⁹¹ 詳細は、瀧・同上 pp.291-292、横山・前掲「英米法における権利制限」pp.30-31 参照

⁷⁹² 瀧・同上 pp.292-293、張睿暎「イギリス著作権法における公益（Public Interest）概念の変遷史」企業と法創造 4 巻 4 号（2008）pp.357-361

⁷⁹³ Hyde Park Residence Ltd v. Yelland [1999] R.P.C 655.この事件は、ダイアナ妃が、同人の交際相手の自宅訪問直後に交通事故死したことを契機に、その交際相手のセキュリティ担当の会社の従業員が、自宅訪問した際のセキュリティ用ビデオから静止画を作成し、これを新聞紙の編集者に提供、同新聞社が公表したことが、原告（当該セキュリティ会社）の著作権侵害に該当するか争われた事案である。同事件の原審では、公益の抗弁は正当化されたが、控訴審（本件）では、著作権法が既に保護と公共目的のバランスはリスト化されていることから、CDPA は、それを超えて公共目的で著作権を侵害することは認めていないとした（瀧・同上 pp.296-298 も参照）。

人権法の観点から、公益の抗弁が検討されていく⁷⁹⁴。

その好例として挙げられるのが、Ashdown 事件である⁷⁹⁵。この事件は、政治家同士が秘密裏にしたやりとりを、その一方の政治家が書き残した日誌について、守秘義務を負うことを前提に新聞社や出版社に示したにも拘わらず、紙面に掲載したため、著作権侵害で訴えた事案である。被告は、フェアディーリングや公益の抗弁（CDPA171 条 3 項）などを主張していた。

第一審では、被告の主張はいずれも適用されず、侵害が肯定されたが、控訴院は、表現の自由の権利が著作権法で認められる権利よりも勝る、ごく限定的な場合においては、（1998 年人権法 10 条が定める）表現の自由の権利を実効あらしめることに明確な公益が存在するとした。さらに、その上で、そのような場面では、CDPA171 条 3 項により公益の抗弁が認められると判示した。

張教授は、以上の流れから、「更に現在は情報社会化・グローバル化により急速に環境が変わっているので、「ユーザ個々人の権利」という観点からも考慮する余地ができたのではないか」という⁷⁹⁶。しかし、「公益の抗弁」は、機密保持違反や名誉毀損が問題となった事案であり、著作権の問題としては、未公表著作物の公表、複製である。さらに、公益の抗弁が認められた事例である Ashdown 事件の公益は、その内容を公表することで国民の政治的関心を起こさせる、表現の自由の一丁目一番地であったともいえる。そうすると、表現の自由（知る権利）の核心部分をユーザの権利と表現しているだけでもいえる。その意味で、公益の抗弁から直ちにユーザの権利にまで拡張すること（特に、公表された著作物に関する利用権）は、難しいと言わざるを得ない。

また、近年、Griffiths 教授は、CDPA171 条 3 項の抗弁の判断にあたっては、著作権者及び著作隣接権者の公益的主張のそれぞれの強度に加え、裁判所は、双方で問題となる規

⁷⁹⁴ 横山・前掲「英米法における権利制限」pp.31-32 の分析に依拠した。1998 年人権法については、イギリス政府の説明文書として、A Guide to the Human Rights Act 1998 : Third Edition (Department of Constitutional Affairs, 2006)

(<https://lx.iriss.org.uk/sites/default/files/resources/Guide%20to%20Human%20Rights%20Act.pdf>) のほか、邦語文献として、中村民雄「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響」早稲田法学 87 巻 3 号 (2012) pp.667-672、木下和朗「イギリスにおける人権保障」岡山大学法学会雑誌 67 巻 1 号 (2017) pp.51-53 参照。

⁷⁹⁵ Ashdown v. Telegraph Group Ltd. [2001] EWCA Civ 1142, [2002] Ch 149 [61]. 本件に関する記載は、淵・前掲「イギリスにおける公益の抗弁について」pp.300-301 のほか、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会パロディワーキングチーム「パロディワーキングチーム 報告書 (平成 25 年 3 月)」

(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/parody/pdf/h25_03_parody_hokokusho.pdf) pp.11-12 を参照した。

⁷⁹⁶ 張・前掲「イギリス著作権法における公益 (Public Interest) 概念の変遷史」p.364

律の性質や強度を考慮する義務も負う。例えば、情報公開の文脈では、著作権の権利行使に対立することになる、情報へのアクセスに関する憲法上の地位を考慮する必要があるとし、公益の抗弁の判断の精緻化を図っている⁷⁹⁷。

もっとも、別の方向からの検討があり得る。公益の抗弁の議論は、公益の類型を詳細に検討することで、政治的事項以外にも展開し得る⁷⁹⁸。ただ、この場合も、「公益」の類型化であるから、著作物の侵害態様には影響しない。つまり、未公表著作物を公表し、複製あるいは公衆送信することを正当化し得るかという状況設定は変わらないのである⁷⁹⁹。

1.5 小括

主に、アメリカ、カナダ、イギリスの英米法系、ドイツの大陸法系の順に制限規定の存在意義とそれを巡る裁判例を一瞥した。この順序で、制限の余地が形式的な文言解釈からは狭いことになるが、いずれにしても、解釈によって、著作権者に対抗する利益が存在することを明らかにした。わが国著作権法においても、制限によってもたらされるユーザの法的利益については、これまで取り上げた現行の著作権法の規定と相反する規定の存在が積極的に認められない限りは、承認あるいは内在しているとみるべきではないか。少なくとも、欧州司法裁判所の「閉じたリスト」と評しつつ、権利制限規定に、著作物ユーザの法的利益を認める解釈をしている点は、わが国の権利制限規定の解釈の在り方に対して示唆的である。この解釈を妨げるに足る、わが国独自の要素は見つけられなかった。

もっとも、わが国著作権法におけるユーザの権利の承認あるいは内在を認めるにしても、次に、その法的利益がどのような効果をもたらすか、検討する必要があるが、いずれにせよ、諸外国では、司法がユーザの法的利益の創出、あるいは顕出に寄与してきた。今後は、わが国への示唆として、立法過程における議論を参照しつつも、司法の法解釈によって、ユーザの法的利益の承認が必要となるであろう。

⁷⁹⁷ Jonathan Griffiths, Pre-Emptying Conflict - A Re-Examination of the Public Interest Defence in United Kingdom (UK) Copyright Law, *Legal Studies* 34 (1) at 102 (2014).

⁷⁹⁸ 例えば、オープンアクセスの文脈から、Covid-19のような危機的な状況において、公衆衛生目的で、アクセスを確保することは、「公益」に含めても良いとする見解もある (Karen Walsh et al, *Intellectual Property Rights and Access in Crisis*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* Vol. 52 (2021) at 406).

⁷⁹⁹ この点、淵・前掲「イギリスにおける公益の抗弁について」では、公益の抗弁が、表現の自由との関わりで大きな問題となり、イギリスの議論が日本への示唆として有益であるとし、著作権と表現の自由一般にまで拡張して、この問題を捉える (この点では、張教授にも同様のことがいえる.)。しかし、Ashdown 控訴院判決自体、表現の自由が勝る場合は「極めて稀」であるとしていることから、判決の射程については、慎重に吟味が必要であろう。もっとも、時事報道目的で、未公表著作物を公表する場合には、わが国においても示唆に富むことは勿論である。

2. 人権論アプローチ

2.1 張睿暎教授の見解⁸⁰⁰

張教授は、権利者の利益とユーザの利益の間に不均衡が生じ、これが著作物への自由なアクセスの機会を萎縮させていることを指摘し、それが、結果としてクリエイティビティに悪影響をもたらすとする。この問題意識から、著作権の新しいフレームとして人権アプローチを提案する。

張教授の目指すゴールは、著作権者とユーザとの適切な著作物の利用をめぐる自由の調整であり、人権論アプローチは、その手段となる。もたらされるべき結果については、大陸法系においては「例外 (exception)」規定の追加であり、英米法系では、フェアユースやフェアディーリングの運用であるとする。しかし、英米法系においては、著作権の「制限 (limitation)」であるため、著作権の輪郭 (範囲) を提示する機能があり、各国の立法政策によって異なる「例外」と異なり、権利の性質に起因する規範的な「制限」は、法体系に関係なく導入でき、何がフェアなのか、社会・文化・政治・経済などの基準を考慮できることから、著作物ユーザの利益の保護に向いているという。

そこで、この結果をもたらすための正当化根拠として、「人権に基づく著作権フレーム」を提唱する。先例として、ドイツ連邦最高裁 (BGH) における商標パロディをめぐる争い⁸⁰¹を引用する。この事件では、商標権も、ドイツ連邦共和国基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) 14 条 1 項における財産権 (Eigentum) であり⁸⁰²、他方で、被告の有する芸術の自由 (同法 5 条 3 項) を有すると判示し、芸術の自由との比較衡量により、結果として商標権者の主張が排斥された⁸⁰³。

張教授は、このドイツの先例が著作物ユーザの利益を考慮するうえでも、有効であると指摘し、ユーザの「積極的な権利」として構成することも考えられるとする。

なお、その後、韓国は、フェアユースの規定を導入した。この背景には、2007 年に締結した米韓 FTA の影響がある。改正後の韓国著作権法 35 条の 3 は、個別的制限規定の他、「著作物の通常の利用方法と衝突せず、著作者の正当な利益を不当に害しない場合には、著作物を利用することができる」とした (同条 1 項)。そして、その考慮要素として、同条

⁸⁰⁰ 張睿暎「著作物ユーザに権利はあるか—新しい著作権法フレームとしての人権」知財年報 2009 (商事法務, 2009) pp.294-306

⁸⁰¹ BGH: Lila-Postkarte, Urteil v. 03.02.2005 Az. I ZR 159/02

⁸⁰² 著作権につき、栗田昌裕「ドイツ著作権法における『財産権 (Eigentum)』の保障と制限」私法 79 号 (2017) pp.137-144

⁸⁰³ 上野達弘「商標パロディ—ドイツ法及びアメリカ法からの示唆」パテント 62 巻 4 号 (別冊 No.1) (2009) pp.192-194 参照

2 項は、①利用の目的及び性格、②著作物の種類及び用途、③利用された部分が著作物全体で占める比重とその重要性、④著作物の利用が当該著作物の現在の市場または価値や潜在的な市場または価値に及ぼす影響を挙げる。

張教授は、この公正利用規定の導入について、「韓米 FTA という外部要因による権利強化に対する緩衝材として再評価され、立法に至った」と指摘する⁸⁰⁴。この経験から、わが国への一般的制限規定の導入は外部要因である TPP（環太平洋パートナーシップ協定）に可能性を求める。

さらに、ユーザの権利については、NAFTA（北米自由貿易協定）の再交渉の過程においても、外部的要因の契機となる動きがある。2017年10月にワシントン D.C.において、専門家が NAFTA の著作権のバランスに関するワシントン原則を公表した。Creative Commons が承認したこの原則を記載した文書は、貿易交渉担当者に「公正使用、セーフハーバー条項、知識へのアクセス、創造性の醸成、イノベーションを促進するような他の例外や制限などの政策を支援するよう提言している。具体的には、「消費者のデジタル権利」を確保するため、①フェアユースを含む著作権のバランスを保護し促進する、②検索エンジンやテキストマイニング、データマイニングなどの技術的利用を可能にする例外を設ける、③ユーザの侵害からオンラインプラットフォームを保護するためのセーフハーバー規定を要求する、④ドキュメンタリー映画制作、サイバーセキュリティ研究、視覚障害者のための読書支援技術の許可など、迂回措置の正当な例外を確実にする、⑤著作権に関する既存の多国間約束を遵守する、⑥著作権の実施における比例性と正当なプロセスを保証する、などが挙げられている⁸⁰⁵。

マラケシュ条約の過程において、WBU から主張があったように、「ユーザの権利」という文脈は、著作権法制においてそれが明示された国はないものの、この NAFTA 再交渉の過程の議論でも明らかなように政治的な文脈において主張されてきた。

この意味で、外部要因に包括的権利制限規定の導入を期待する見解には一定の説得力がある。

しかし、TPP は凍結されており、外部要因として期待することは当面は難しくなった。

この著作物ユーザの利益の議論と、その後の韓国に導入した権利の一般的制限規定の導入の際の分析には、断絶があると思われる。なぜなら、当初は人権アプローチを採用しつつも、後者では外部要因が加速させるとする。つまり、政治的要因が重要視され、結局は、Lewinski 教授が指摘する、理論を軽視した政策的過程として導入される。

⁸⁰⁴ 張睿暎「権利制限の一般制限規定の導入と運用－韓国の経験から－」中山ほか・しなやか p.281

⁸⁰⁵ Trade negotiators: follow these rules to protect creativity, access to knowledge, users' rights (<https://creativecommons.org/2017/11/15/trade-negotiators-follow-rules-protect-creativity-access-knowledge-users-rights/>)

また、問題点もある。それは、ドイツ法における芸術の自由⁸⁰⁶との調整がドイツ基本法レベルでなされていることである。つまり、人権論アプローチを採用する際、知的財産権は、通説上、ドイツ基本法 14 条とほぼ同様の規定を採用する憲法 29 条で保障されている⁸⁰⁷が、芸術の自由については、ドイツの議論をそのまま適用できず、わが国における芸術の表現の自由（同法 21 条）の問題として取り扱う必要が出てくる⁸⁰⁸。

2.2 人権論—国際人権法の立場から

人権論アプローチがわが国でも、諸外国でも比較的目的立った展開がないのは、知的財産制度の存在理由にある。インセンティブ論を中心とする功利主義的理論から、知的財産制度が政策的な人工的に創設された権利であることを前提とするからである。

ところが、2000 年代に、「知的財産権と人権」と題した国連人権小委員会の決議において、TRIPS 協定の実施と経済的、社会的及び文化的権利の実現の間に「現実の又は潜在的な抵触」が存在することを指摘した⁸⁰⁹ことから、知的財産と人権の問題がクローズアップされた⁸¹⁰。この背景について、鈴木教授は、①経済問題とその他の領域の問題（非経済的公益・私益の問題）の整理問題が増大したこと、②知的財産権の保護強化への反発の根拠、③知的財産制度の途上国への普及に伴い、知的財産保護がもたらす諸問題が広がりを増し

⁸⁰⁶ 芸術の自由の沿革及び自由権を超えた社会権的性格を指摘する見解として、小林真理「文化法研究の視座—「文化基本法」の原則」文化経済学 Vol.2 (2002) pp.9-10 参照

⁸⁰⁷ 野中俊彦=中村睦男=高橋和之=高見勝利『憲法 I (第 5 版)』(有斐閣, 2012) p.482 [野中]

⁸⁰⁸ 志田陽子『「芸術の自由」の諸相と憲法」論究ジュリスト Vol.19 (2016) pp.161-169, 志田陽子=杉原周治=長谷部恭男=川岸令和=駒村圭吾=宍戸常寿「連載/日本国憲法研究 座談会[第 20 回]芸術の自由」論究ジュリスト 19 号 (2016) pp.170-189

もっとも、著作権法の目的（同法 1 条）や表現の自由の憲法的価値を考慮に入れた体系的解釈としての憲法適合的解釈に依拠すれば、憲法 21 条 1 項に芸術的表現活動のための他人の表現の利用について柔軟な救済が含意されていると読み取ることは十分に可能である（木下昌彦=前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて—ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト 1478 号 (2015) p.50).

⁸⁰⁹ United Nations Economic and Social Council, Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No.17 (2005), CCPR/C/GC/34(12 Sep. 2011)

⁸¹⁰ WTO 法と UDHR との関係については、従前から議論がされており、TRIPS 協定と UDHR との関係（自由貿易協定と国際人権法の抵触）はこれまでも不明確さが指摘されており（See, e.g. Gabrielle MARCEAU, *Dispute Settlement and Human Rights* European Journal of INT'L L. (2002) at 754-757.），これは、知的財産法制においても無縁ではなく、著作権法制の 3 ステップテストの関係でも考慮されなければならない（See, Christophe GEIGER, Daniel GERVAIS, Martin SENFTLEBEN, *THE THREE-STEP TEST REVISITED :HOW TO USE TEST'S FLEXIBILITY IN NATIONAL COPYRIGHT LAW*, AM. U.INT'L L. Rev. (2012) at 602-603.）。

たことを挙げている⁸¹¹。

1948年の米州人権宣言（the American Declaration on the Rights and Duties of Man）13条では、「すべての者は、自らが創作者である発明、または、文学的、若しくは、科学的、芸術的な作品に関して、精神的利益および物質的利益の保護を求める権利を有する」とされた。

また、同年に採択された世界人権宣言（Universal Declaration of Human Rights: UDHR）27条2項も、「すべての者は、その創作した科学的、文学的又は美術的作品から生ずる精神的及び物質的利益を保護される権利を有する」とほぼ同様の文言で規定された。他方で、同条1項は、「すべての者は、自由に社会の文化生活に参加し、芸術を鑑賞し、及び科学の進歩とその恩恵とにあずかる権利を有する」と規定し、ここでは、同条1項がユーザとしての、同条2項が創作者としての人権が観念されている。ただし、創作者の権利（特許権、著作権など）が人権として明示されず、「精神的…利益」とはあるが、人格権を直接的に規定したわけではない。

結果的に明記されなかったが、UDHR27条2項の草案について、フランス代表は、ベルヌ条約6条の2において「人格権」との文言は用いられなかったものの、著作者人格権の創設の改正作業が進んでいたことから、世界人権宣言にも、人格権条項を入れようとしていた。

さらに、フランス、キューバ、メキシコは、創作者の権利を明示的に入れることを提案していたが、イギリスが、著作権は基本的人権ではないこと、エクアドルの代表が、社会の少数者でしかない発明家、作曲家の権利を一般的な世界人権宣言で採択することの必要性について、疑問を呈していた。

このように、知的財産権の人権として位置づけることや、創作者の権利を明示的に規定することについては、世界人権宣言の草稿段階から各国の政治的な思惑があったことがわかる。しかし、結果的には挫折している⁸¹²。この原因は、創作者の権利を人権と位置付けることに否定的ではない国の代表も多く、また、エクアドル代表が述べたような、「創作者の権利が特定の少数者にしか関係しない」ことを理由に一般的な条約で採択する必要はないとの考えは、現在の著作権をめぐる情勢には合致しないとされたからである。

その後の1968年の「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR）」15条は、一般的に、文化権（cultural right）と呼ばれている。同条(1)(a)には、文化的な生活に参加する権利、(b)に

⁸¹¹ 鈴木将文「I. 知的財産と人権の関係について」一般財団法人国際貿易投資研究所公正貿易センター『国際知財制度研究会』報告書（平成24年度版）p.48

⁸¹² 採択までの詳細な議論については、松井章浩「国際人権条約における知的財産」立命館法学 Vol.363・364（2015）pp.814-821

は、科学の進歩及びその利用による利益を享受する利益が規定され、(c)では、UDHR27条2項とほぼ同様の文言が用いられている⁸¹³。

わが国では、これに対応するものとして、政府報告書では、創作者の権利については、特許、実用新案、意匠が、文学及び芸術の分野における精神的及び物理的利益の保護については、著作権法などの関連法令、その権利が効果的に行使されるよう、著作権等管理事業法による保護を挙げている⁸¹⁴。

しかし、知的財産権がベルヌ条約やパリ条約によって条約レベルで承認されている一方で、UDHRやICESCRによる知的財産の保護の一般的な規定は、財産権として構成していない点に着目されるべきである。特に、知的財産権と人権の関係は、敢えて曖昧なままになっていた。

その後の2005年に、前述したように、知的財産権と人権の関係について、社会権規約委員会が見解を示した⁸¹⁵。そこでは、ICESCR15条(1)(c)の定める権利と知的財産権の関係を整理すること、両者を同視しないこと、ICESCR15条(1)(c)の定める権利は、同項(a)及び(b)、同条3項の定める権利と密接に関連し、相互補完と同時に限定する関係であること、経済的利益の保護は、創作者の生存期間中継続する必要はなく、1回の金銭支払いや一定期間の独占権付与でも可能であることを示した⁸¹⁶。

欧州⁸¹⁷においては、2007年のリスボン条約（欧州連合条約および欧州共同体設立条約を修正するリスボン条約）の批准によって、基本権の直接適用の場面が増えている。Geiger教授は、欧州連合基本権憲章（European Charter for Fundamental Rights：ECHR）は知的財産に関する特定の規定を設けていないが、財産権を保護する欧州人権条約の議定書1の1条により、利用権（exploitation right）が保護されることには疑いの余地がないと指摘

⁸¹³ なお、ICESCR15条(4)は、「科学及び文化の分野における国際的な連絡及び協力」の奨励及び発展が求められており、知的財産権保護におけるWIPO、文化遺産保護におけるUNESCOは、この国際的な協力を促進する機関といえる（See, Asbjorn Eide, CULTURAL RIGHTS AS INDIVIDUAL HUMAN RIGHTS, in Economic, Social and Cultural Rights A Textbook 229, 237-38 (Asbjorn Eide et al, eds., 1995)）。いずれも文化権の奨励及び発展に寄与している。

⁸¹⁴ 「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約第16条及び第17条に基づく第3回政府報告（和文）」（2009年12月）pp.80-81（http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/2b1_003.pdf）

⁸¹⁵ United Nations Economic and Social Council, Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No.17 (2005), E/C.12/GC/17(12 January 2006)

⁸¹⁶ 鈴木将文「第3章知的財産権保護の実効性についての諸問題 I 知的財産と人権の関係について」国際貿易投資研究所公正貿易センター『「国際知財制度研究会」報告書（平成24年度）』（2013）p.49

⁸¹⁷ クリストフ・カイガー（張睿暎訳）「知的財産制度の人権化—欧州および国際的レベルでの基本権アプローチによる利益の公正なバランスの確保—」企業と法創造9巻1号（2012）pp.291-304

する⁸¹⁸。また、基本権アプローチから、知的財産権自体も基本権であるが、ユーザの法的利益もまた、表現の自由や知る自由によって保障された基本権の内容であると同時に、両者の調整が必要であるとし、知的財産権の行使には制約があるとしている⁸¹⁹。

2.3 わが国での議論—財産権

わが国でも、当然私有財産制は保障されている。知的財産権に関する一般的な憲法理論は次のとおりである。まず、財産権は、公共の利益によって制限を受ける（憲法 29 条 2 項）。その制限の正当性が問題となる。

旧証券取引法 164 条 1 項の憲法適合性が争われた事案や森林法事件では、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較衡量することによって判断されている。しかも、公共の福祉による制約が認められる以上（憲法 29 条 2 項）、同法 29 条 3 項による補償が認められる場合は限定的である。もっとも、これは、憲法上の最低限の要請であり、それを超えて補償を法律で定めることは否定されない。つまり、著作権が財産権（憲法 29 条 1 項）である以上、仮に、公共の利益による制限の結果として、利用を認めたとしても、同法 29 条 2 項によって著作権を制限することは、許容される。なぜなら憲法 29 条 2 項のとおり、著作権を含め、いかなる内容の財産権を定めるかということは本来的に立法政策に依存することを当然の前提としているからである⁸²⁰。また、補償金制度が著作権法上定められているとしても、それが憲法 29 条 3 項の要請に基づく補償であるとは限らない。

さらに、知的財産制度に関する問題についての違憲審査基準は、経済政策の実施であり、かつ、専門技術的な法分野であることから、立法府の裁量を広く認められるとされる⁸²¹。

2.4 補論—DSM 著作権指令下における EU の「ユーザの権利」

2.4.1 問題の所在

近年、欧州でも、知的財産権の解釈において基本権保障の観点が取り入れられる「知的財産権の憲法化」がストラスブール大学の Christophe Geiger 教授によって指摘され⁸²²、わ

⁸¹⁸ カイガー・同上 p.293

⁸¹⁹ Christophe Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, 35 IIC 278 (2004).

⁸²⁰ 木下=前田・前掲「著作権法の憲法適合的解釈に向けて—ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト 1478 号 (2015) p.48

⁸²¹ 鈴木将文「財産権の保護（保障）と知的財産」設楽隆一ほか編『飯村敏明先生退官記念論文集現代知的財産法実務と課題』（発明推進協会、2015）p.12

⁸²² Christophe Geiger, “Constitutionalising” *Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, 37(4) IIC 371 (2006)

が国でも研究が進められている⁸²³。これは、知的財産権を基本権保障の枠組みに入れることで、その権利基盤を強化するのではない。むしろ、Geiger 教授は、知的財産権が絶対的ではなく、制約された権利であることを自覚することにある。そして、拡大（解釈）され続ける知的財産権に対し、これが「誤解（misunderstanding）」であるとし、外的制約原理として、他の基本権保障との関係で制約を受けることを明らかにしている。

この「知的財産権の憲法化」は 2.2 で前述した欧州人権裁判所や欧州司法裁判所の判決に見られるようになった⁸²⁴。ここでは、補論として、憲法化が進む中、DSM 著作権指令における著作物の制限と例外について、「許された引用」からユーザの権利を導出しようと試みるエセックス大学の Stavroula Krapapa 教授の見解⁸²⁵及びボーンマス大学の Maurizio Borghi 教授の見解⁸²⁶を取り上げる。

同教授が取り上げる裁判例は、CJEU が 2019 年 7 月 29 日に決定した①Funke Medien 事件 (C-469/17)、②Spiegel Online 事件 (C-516/17)、③Pelham 事件 (C-476/17) の 3 件である (Trilogy と呼ばれる)⁸²⁷。前二者はメディアの自由が、後者は芸術の自由との関係で基本権との関係が問題となった事案である。

①の事件は、ドイツにおいて、国家機密文書が報道機関によって公表されたことで、著作権による保護が問題となった事案である。特に、情報社会指令 5 条の制限と例外の解釈において、基本権憲章の基本権はいかに考慮されるべきか、基本権憲章における情報の自由、報道の自由が情報社会指令 5 条 2 項、3 項の権利制限・例外を「超えて」正当化できるか、問題となっている。

②の事件は、ドイツの政治家が、以前公表した論文が、報道機関によって、一部修正されて公表されたことに対し、著作権侵害を主張した事案である。①と同様の論点が問題となっている。

③の事件は、ドイツにおける音楽のサンプリングに関する事件である。被告が原告のアルバムのうち、約 2 秒程度を複製し、サンプリングとして、ループさせ、自己の作品に取り込んだことがレコード製作者の複製権、頒布権が問題となった事案である。これらの権利は、情報社会指令 5 条 2 項、3 項等の解釈において基本権憲章がどのように考慮される

⁸²³ 比良友佳理「知的財産権の憲法化の背景と意義」田村ほか・フロンティア 1 pp.113-138

⁸²⁴ 比良・同上 pp.116-124

⁸²⁵ Stavroula Krapapa, THE QUOTATION EXCEPTION UNDER EU COPYRIGHT LAW Paving the way for user rights in The Routledge Handbook of EU Copyright Law, 247 (Eleonora Rosati ed., 2021)

⁸²⁶ Maurizio Borghi, EXCEPTIONS AS USERS' RIGHTS? in The Routledge Handbook of EU Copyright Law, 263 (Eleonora Rosati ed., 2021)

⁸²⁷ 邦語での解説につき、比良友佳理「著作権と基本権に関する 3 件の欧州司法裁判所大法廷判決」同志社・挑戦 II pp.264-283 参照

べきか、問題となっている。

2.4.2 ベルヌ条約 10 条, 情報社会指令 5 条

これらの事件の前提となるのが、ベルヌ条約 10 条と情報社会指令 5 条である。ベルヌ条約 10 条 1 項は、「既に適法に公衆に提供された著作物からの引用（新聞雑誌の要約の形で行う新聞紙及び定期刊行物の記事からの引用を含む）は、その引用が公正な慣行に合致し、かつ、その目的上正当な範囲内で行われることを条件として、適法とされる」⁸²⁸とし、これに出所表示義務が加わる（同条 3 項）。

欧州諸国はベルヌ条約に加入しており、これを受けて情報社会指令も設計されている。同指令 5 条は、1 項において、一定の一時的複製を複製権（同指令 2 条）から除外し、2 項において、(a)~(e)に該当するとき⁸²⁹、加盟国が、複製権の例外又は制限を定めることができるとする。3 項では、(a)~(o)に該当するとき、加盟国が複製権及び公衆送信権又は公表権の例外又は制限を定められるとする。

2.4.3 Stavroula Krapapa 教授の見解

引用が問題となる情報社会指令 5 条 3 項(d)は、「既に適法に公衆に利用可能なものとされた作品またはそれ以外の対象に関連するものであり、かつ、それが不可能な場合を除き作者名を含む出典が示されており、かつ、その使用が公正な慣行に従うものであることを条件とし、かつ、その特定の目的のために必要な範囲内で、批判または評論のような目的のための引用」⁸³⁰と規定する。この規定が、作品の種類別、行為の種類別に制限を受けず、

⁸²⁸ 邦訳は、著作権情報センター「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約パリ改正条約（抄）」を参照した (https://www.cric.or.jp/db/treaty/t1_index.html)

⁸²⁹ 詳細は、以下のとおりである。(a) 権利者が公正な弁償を受けることを条件として、楽譜を除き、何らかの種類の写真技術の使用により、または、それ以外の、同様の効果をもつ何らかの処理によって効果を生ずる、紙またはそれと類似の媒体上の複製行為に関し；(b) 関係する作品または対象に対する第 6 条に示す技術的手段の適用または不適用を考慮に入れる公正な弁償を権利者が受けることを条件として、自然人によって、私的な利用のために、かつ、直接的にも間接的にも営利目的のためにではなく、何らかの媒体上で行われる複製行為に関し；(c) 公衆がアクセスできる図書館、教育機関または博物館によって、または、文書館によって行われる特別の複製行為であって、直接的にも間接的にも経済的利益または商業的利益のためではないものに関し；(d) 放送機関によって行われる、その放送機関自身の施設による、かつ、その放送機関自身の放送のための、作品の一時的な記録行為に関し；公式の文書館におけるこれらの記録の保存は、その例外的な文書の特質を根拠として、許容され得る；(e) 権利者が公正な弁償を受けることを条件として、病院または刑務所のような非営利の目的のための社会的機関によって行われる放送の複製行為に関し。邦訳は、夏井高人「情報社会指令 2001/29/EC[参考訳]」法と情報雑誌 2 巻 11 号 (2017) p.20 (ウェブ公開版) によった。

⁸³⁰ 邦訳は夏井・同上 p.21 によった。

引用は、表現の自由の保障のために規定されているとし、「引用による例外は、その基本的権利が裏付けとなっており、著作権の例外と制限の法的性質について詳述する司法上の機会を提供している」とする⁸³¹。

このような中で、①Funke Medien 事件及び②Spiegel Online 事件において、情報社会指令「5 条は明示的に「例外と制限」と題されているが、それらの例外や制限はそれ自体、著作物や他の対象物の利用者に権利を与えるものであることに留意すべきである」と全く同じ表現で判示している⁸³²。

Krapapa 教授は、この判示は、前述したユーザの権利を認めたカナダ最高裁の CCH 事件を反映しており、CJEU および各国の裁判所の法制における転換点と見ることができると指摘する⁸³³。

以上は、情報社会指令の解釈であるが、このようなユーザの利用権を認める考えは、契約上のオーバーライドに対して見られるという。このようなオーバーライドに対し、特定の著作権の例外と制限を明示的に宣言する加盟国は少ないが、DSM 著作権指令では、この問題に対して、一定の解決を図っている⁸³⁴。即ち、同指令 7 条 1 項では、「3 条、5 条、6 条に規定する例外に反する全ての契約条項は、履行を強制しえない」とし、さらに、同指令 17 条 9 項は、オンライン・コンテンツ共有サービス提供事業者は、国内での提供義務を負う苦情申立て及び救済メカニズムが、有効な司法上の救済手段を利用するユーザの権利を侵害することを禁止する旨規定する。これらの規定から、積極的なユーザの権利の存在をある程度認めていると評価している⁸³⁵。

結論として、実質的な意味はともかく、ユーザの権利は、司法判断がなされていないが、著作者と利用者の対話が、理論的な法的正当化の基盤となっていくという⁸³⁶。

2.4.4 Maurizio Borghi 教授の見解

Maurizio Borghi 教授は、著作権の例外を EU の法制度上、ユーザの権利とする法解釈論を展開する。欧州基本権憲章 17 条 2 項（財産権の保障）は、絶対的ではないことを前提に、著作権の例外は、公共の利益のための「所有権の剥奪」の形態ではなく、正当化された財産の使用の「管理」として理解されるべきであるとする。

⁸³¹ Krapapa, *supra* note 825 at 260.

⁸³² Funke Medien [70]; Spiegel Online [54]

⁸³³ Krapapa, *supra* note 825 at 258.

⁸³⁴ そもそも、DSM 著作権指令前は、契約のオーバーライドの禁止は、コンピュータプログラムとデータベースに限っていたが、DSM 著作権指令はこのような限定がない点に特徴がある。

⁸³⁵ *Id.* at 259.

⁸³⁶ *Id.* at 261.

この前提から、DSM 著作権指令の例外の契約上のオーバーライドの禁止（2.4.3 で前述した DSM 著作権指令 7 条 1 項）と、文化機関によるアウトオブコマース作品の使用に関する規定（同指令 8 条）を、「ユーザの権利」の表徴として、取り上げている⁸³⁷。

まず、契約上のオーバーライドの禁止については、コンピュータプログラムの法的保護に関する指令⁸³⁸ 8 条 2 項後段では、バックアップコピー（5 条 2 項）、観察・調査・試験、（5 条 3 項）、逆コンパイル（6 条）の例外に反するいかなる契約条項も無効であることを宣言する。さらに、データベースの法的保護に関する指令⁸³⁹ 15 条では、「合法的利用者」によるデータベースへのアクセスを確保するために、必要な行為（6 条 1 項、8 条）に対する契約上の制限が無効であることを宣言する。

このように、対象が限定されていたが、DSM 著作権指令 7 条 1 項は、対象を限定していないため、制限又は例外の範囲は拡張した。

これに関連し、かつて *Ryanair v PR Aviation* 事件⁸⁴⁰では、著作権や特別の権利による保護対象とならないデータベースも、利用許諾につき契約で拘束できると判示したが、これによると、DSM 著作権指令の規定を逃れることになる。そこで、この判決を厳格解釈することが「賢明なアプローチ」であり、自律的な利用者の権利として解釈することが容易になるといふ。具体的には、DSM 著作権指令の規定において、例外の対象となる特定の活動に対する制限は、コンテンツが明らかに著作物等以外の者である場合、例えば、著作物が著作権保護の対象となっているにもかかわらず、保護期間が満了しているとき、著作権やデータベースの特別の権利を管理する者は、同様に適用される（オーバーライドの禁止規定に拘束される）。

これによれば、パブリックドメインにあるデジタル化された書籍のデータセットを所

⁸³⁷ Borghi, *supra* note 826 at 274.

⁸³⁸ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) (Text with EEA relevance), 邦訳は、著作権情報センター「コンピュータプログラムの法的保護に関する 2009 年 4 月 23 日の欧州議会及び理事会の指令 2009/24 / EC (法典化版) (EEA 関連のあるテキスト)」(https://www.cric.or.jp/db/world/EU/EU_05.html#8) によった。

⁸³⁹ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, 邦訳は、著作権情報センター「データベースの法的保護に関する 1996 年 3 月 11 日の欧州議会及び理事会の指令 96/9/EC」(https://www.cric.or.jp/db/world/EU/EU_Y_index_04.html) によった。

⁸⁴⁰ Case C-30/14 *Ryanair* EU:C:2015:10. 原告は、アイルランド国籍の航空会社、被告は旅行情報などを提供するオランダ企業である。被告は、原告を含む他社ウェブサイトからスクリーン・スクラッピングにより情報を収集していたところ、これが、原告のウェブサイトの利用規約（同スクラッピングによる情報取得禁止の条項）に違反したため、訴訟提起された事件である。

有・管理する企業は、研究目的でのテキストおよびデータマイニングを制限するための契約または技術的手段に頼ることは許されないことになる⁸⁴¹。

次に、DSM 著作権指令 8 条については、*Soulier & Doke v. SOFIA* 事件⁸⁴²と対比する。同事件の先決決定を受け、2017 年 6 月にフランス国務院は、フランスのデクレを越権行為とし、法改正により、デクレの根拠となる法律を廃止した。この事件では、著作者個人に対する効果的な情報提供がなされず、自分の作品が使われることを知らない可能性もあり、異議申立てがなかったことをもって黙示の許諾とすることはできないとし、オプトアウト方式によって著作者の同意を推定するような規定は、情報社会指令の規定する複製権や公衆送信権等を侵害するため許されないとしている。

この考慮要素が、DSM 著作権指令においても有用であるという⁸⁴³。DSM 著作権指令 8 条は、原則として、「(財産権の) 取用」とまではいなくても、少なくとも著作者自身の知的財産の利用を厳しく制限する。しかし、ここで「原則」としたのは、著作者や権利者のうち、積極的に自分の著作物を商業的に利用することに、保護すべき具体的な利益がないことが明らかだからである⁸⁴⁴。

また、社会的に有用な利用を行う第三者の利益のため、不使用の財産権の消滅を認めることは、伝統的な財産法でも認められた原則であるという（商標の不使用が権利取消の原因を挙げている）。ただ、このような原則は、著作権法と無関係ではあるが、教育・文化、情報へのアクセスを促進する必要性などの包括的な原則によって正当化されなければならない。同指令 8 条の EU 基本権への適合性を評価するためには、①比例原則を慎重に適用し、もはや利用されなくなった著作物について受ける損害について文化施設による利用によって商業的に利用されることが比例していること、②権利の予防的性質の効果を踏まえ、文化施設による使用の影響によって商業的に利用されなくなった作品の著作者にもたらされる損害が、ユーザの文化へのアクセス権によってもたらされる損害よりも比例して低いと結論付けるのが合理的である場合に認められると主張する⁸⁴⁵。

⁸⁴¹ Borghi, *supra* note 826 at 276.

⁸⁴² C-301/15 (*Soulier and Doke*), EU:C:2016:878. この事件は、原告である著者らが、入手不可能な書籍の電子的利用に関するフランス知的所有権法典 L134-1 条～L134-9 条の適用に関する 2013 年 2 月 27 日のデクレ 2013-182 号について、絶版図書に関するフランスの法律が情報社会指令の第 5 条に規定されていない例外を導入したため、この越権であることを理由に提訴した事件である。結論として、5 条の制限規定リストは閉じられたリストであるとし、(See, para. 19, 26, 24) 結論として、情報社会指令 2 条(a), 3 条 1 項に反するとした（邦語文献として、田淵エルガ「フランスにおける 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する立法を巡る動きと日本への示唆」*横浜法学* 27 卷 1 号 (2018) pp.205-244 参照)。

⁸⁴³ Borghi, *supra* note 826 at 276.

⁸⁴⁴ *Id.*

⁸⁴⁵ *Id.* at 277.

このような解釈は、「適用除外」として厳格に解釈から、著作権保護の一般原則に移行し、そこに自律的な法的地位を認め得る。また、裁判所の法解釈権が、内部的な範囲の制限と外部の法的利益の実現という 2 つの側面を持つ著作権の例外について、EU 憲章で認められた基本的権利が織り込まれ、独立した権利の源泉となるという（ここに表現の自由が顕著に含まれる。）。その結果、公益的な目的による「権利の剥奪」ではなく、「管理」の一種のとして DSM 著作権指令 8 条は把握でき、著作権作品の特定の自由な利用を促進するという効果が達成できると主張する⁸⁴⁶。

2.4.5 日本法への若干の示唆

情報社会指令 5 条が、閉じたりストであることと、わが国の著作権法 30 条以下の権利制限規定が例示列举でなく、限定列举であることとは親和性がある。これを前提に、欧州では、知的財産権を基本権保障の文脈に位置付けつつも、これによって制約される原理があることを認め、権利制限・例外規定をユーザの権利として構成し得ることが明らかにされたということは、わが国でも、展開不可能な理論ではないといえる。

しかも、ユーザの権利は、立法によってではなく、裁判所における法解釈として実質的に認められるべきであると、少なくとも本稿で取り上げた論者らは主張する。つまり、法解釈によって実現可能な論理が、ユーザの権利であるといえ、これは、わが国の裁判例において、ユーザの権利を承認したものは見当たらないが、今後の裁判実務への影響にも示唆を与えるといえる（権利濫用を抗弁として主張する場合の評価根拠事実として、ユーザの権利の主張を行うことが想定される。）。

3. 集団的・集合的利益論アプローチ

3.1 問題の所在⁸⁴⁷

Drahos 教授は、「どうして無体物に対する財産権が、社会における個人間の権力の分散ではなく、その集中を促すのであろうか」⁸⁴⁸との問いに、無体物が曖昧で未確定な対象であるがゆえに、無体物の境界がリーガル・エリートによる同一性の判断に依存するところ、この判断は、特定の利益団体の影響を容易に受けやすいという⁸⁴⁹。田村善之教授は、この

⁸⁴⁶ *Id.* at 278.

⁸⁴⁷ 窪田充見「集団的・集合的利益の保護と知的財産法—知的財産の保護をめぐる知的財産法と一般不法行為法—」民商法雑誌 150 巻 4・5 号（2014）pp.507-532

⁸⁴⁸ Peter Drahos（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究 39 号（2012）p.254

⁸⁴⁹ 同上・p.254

Draho 教授の主張は、Mancur Olson 教授の公共選択論における集合行為論の問題⁸⁵⁰（ある集団内の個人の数、少数でない又は共通の利益のために個人を行為させる強制もしくは他の特別の工夫がない場合、合理的で利己的個人は、その共通あるいは集団的利益の達成を目指して行動しないこと⁸⁵¹。ゼロ貢献論）と併せて考えれば、知的財産権の拡大は、集合行為論による帰結として少数派バイアスが働いた結果であると主張する。さらに、「著作権は文化を規律するために私人の活動に侵入する度合いが大きい権利」であり、「規制される者の多くが相対的にロビイングを期待しにくい私人」であるという⁸⁵²。

ここでは、この議論から 2 点着目したい。一点目は、集合行為論における少数派である一部の著作者と、多数派である「規制される私人」が対立的な構造をなすことを上記議論は前提としていることである。これは、著作者と利用者の対立構造に他ならないのではないか。

そして、二点目は、「多数派の私人」は、多種多様な利用者が拡散された利益を持っている。このような場合に権利者に対抗する理論として、集団的・集合的利益を觀念し、権利化することが試みられてきた点である。とりわけ、一般不法行為法のアプローチから、知的財産の侵害場面において、集団的・集合的利益の保護が検討されている。ここでの集団的・集合的利益は、都市や環境についての利益や権利をめぐる問題を典型例とし、ヘイトスピーチなど消費者一般の問題、少数者の問題など個々の法人格が権利義務の主体として成立してきた私法秩序では拾いきれない利益を対象とする。

例えば、一連の原発訴訟や環境訴訟など「訴えの利益」が原告適格を画する集団訴訟や近年においては、集団的消費者被害の迅速かつ適正な解決のための民事手続の特例法の制定がある。上記の消費者法のアプローチは、集団的利益や少数者の利益を配慮している。

また、前述したように、イギリス著作権法におけるユーザの集まりとしての「公衆」を想定し、公衆の利益が抗弁として機能していることから、集団的・集合的利益の議論とは親和性が想定される。

したがって、ユーザの権利の正当性を検討するため、第二の点（集合的・集団的利益）の理論を検証することで、第一の点（権利者とユーザの対立構造）を明らかにする必要がある。

ところで、ここでいう集団的・集合的利益の議論は、大別して 2 つある。

⁸⁵⁰ 田村教授は、集団行為の問題を、「政策形成過程には少数の者に集中した組織化されやすい利益は反映されやすい反面、多数の者に拡散された組織化されにくい利益は反映されづらい問題」とする（田村善之『知財の理論』p.448。

⁸⁵¹ Olson Mancur, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge: Harvard University Press (1965) at 2.

⁸⁵² 田村善之『知財の理論』pp.450-451

第1には、消費者集団訴訟に代表される適切な紛争解決を図るための民事手続法における紛争管理権（訴訟物たる権利について個別的授権がなされてかどうかとかかわりなく、訴え提起前に紛争解決のための行為をなしている者に当事者適格を認めること⁸⁵³）の正当化根拠としての集団的・集合的利益の保護である。

第2には、環境訴訟のような、被侵害利益である「(主として自然的)環境」など個人所有に適しないが、不特定多数が享受する利益がある場合の総有的な権利・利益に着目した集団的・集合的利益の保護である（環境共同利用権や環境共有の法理などと言われる⁸⁵⁴）。

本節では、集団的・集合的利益の保護のうち、各法律が想定される共有利益である第2の意味を中心に着目して検討する。

3.2 著作権法における集団的・集合的利益

知的財産法の中でも、特に著作権法において、上野教授は、著作権者に対抗する利益として、①著作物利用者の利益と②著作物の提供又は提示を受ける第三者の利益、③社会全体の利益を挙げる⁸⁵⁵。

ここで留意する必要があるのは、上野教授の述べる①「著作物利用の利益」はオーバーライド問題の保護など「著作権の制約によって消極的に保護されているに過ぎない」し、②「…第三者の利益」とは、権利制限規定のうち、例えば、情報アクセシビリティの確保のための著作権法37条3項などを念頭に置きつつも、「障害者等」は、間接的に保護されているに過ぎないとされる。

むしろ、上野教授の主張は、集団的・集合的利益が公益的であるから、著作権が正当化されるとする論理である。この論文での指摘は、飽くまで集団的・集合的利益と著作権法（特に権利制限規定）の関連性を指摘するに留まっており、そしてそれを自認している。

前章において詳述したように、障害者等の利益を確保するための著作権法の制度設計は、社会的公益性もあるが、障害者等が著作物の直接の利用者であることを前提としている。これは、マラケシュ条約が print disability に対する配慮として、ベルヌ条約の範囲内での権利制限又は例外規定を設けていることからしても、間接的な第三者とはしていない。したがって、主張の前提に疑問がある。

ただし、上記の3点はいずれも、個々人の権利主体に帰属することが困難な法的利益を対象にしている。つまり、障害者等の権利以外の「ユーザの権利」を考えるうえでは、集団的・集合的利益論に適するものである。ここでのユーザは、消費者保護のように手続的

⁸⁵³ 伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第7版、2020）pp.205-206

⁸⁵⁴ 廣川祐司「環境保全に寄与する「総有的所有観」による公共的土地利用秩序の形成」千葉大学公共研究 Vol.8, No.1 (2012) pp.138-170

⁸⁵⁵ 上野達弘「著作権法と集団的・集合的利益」民商法雑誌 150 巻 6 号 pp.673-690 (2015)

なエンフォースメントや環境保護のような実体的な分配が困難な場合があるからである。

また、著作権者に共通する利益も法的保護の対象となる。これが、権利の集団管理である。Dietz 教授は、著作権法制において、著作権自体の一部という形態で権利管理団体が組み込まれる最近の著作権立法は、権利管理団体「規制」が著作権法の一部であることを端的に示しているとする。そのうえで、権利管理団体は、著作者及び実演家の権利の実現を助けるということは、個別の利益のみでなく、「著作権制度全体を構成する、一般公衆の（文化的）利益に合致するとする。さらに、権利団体が通常、創造的職業全体を代表していることからすれば、その構成員の集団的利益を代表させるとする⁸⁵⁶。

わが国では、日本音楽著作権協会（JASRAC）が著作権等管理事業法における著作権等管理事業者（同法3条）として著名である⁸⁵⁷。昭和41年の「著作権に関する仲介業務に関する法律」により、許可制を採用していたが、許可制から登録制となり、原則自由化が図られている。この権利団体は、著作権を信託譲渡する形式であるため、実体法上も権利主体となっており、法的な意味で集合的利益論の具体化ではなく、経済的効率性の観点から、集合的に管理しているに過ぎない（もちろん、法的専門性のない個人のアーティストの権利保護に寄与する側面はある。).

3.3 標識法における集団的・集合的利益

3.3.1 商標法における集団的・集合的利益

商標法の目的は、「商標の使用をする者の業務上の信用の維持」と「需要者の利益を保護」とすることにある（同法1条）。業務上の信用は、登録主義（同法3条1項柱書）を採用し（不使用取消審判制度（同法50条）を設けることなどにより、使用主義的観点を取り入れて調整している。）、商標出願により、商標権を取得した者や使用権の設定又は許諾を得た者に対し、指定商品又は指定役務について登録商標を使用する専用権（同法25条本文）を与えて保護する。さらに、指定商品又は指定役務についての登録商標に類似する商標の使用や指定商品又は指定役務に類似する商品又は役務についての登録商標またはこれに類似する商標の使用には、禁止権を与える（同法37条1号）。

このように、商標権者を始め、商標制度を利用して私権たる商標権を与える一方で、「需要者」という不特定の集団の利益を設定する。この「需要者の利益を保護すること」は、特許法などには見られない商標法の特徴である⁸⁵⁸。さらに、近年は、条文上の目的だ

⁸⁵⁶ アドルフ・ディーツ（松居弘道訳、日本芸能実演家団体協議会、実演家著作隣接権センター編、斉藤博監修）『権利管理団体の文化的役割』（日本芸能実演家団体協議会実演家著作隣接権センター、2010）pp.31-32

⁸⁵⁷ 紋谷暢男編『JASRAC 概論』（日本評論社、2009）参照

⁸⁵⁸ 茶園成樹編『商標法』（有斐閣、第2版、2018）p.6 [茶園]

けでなく、需要者の利益を保護の観点から、需要者のサーチ費用の縮減を図ることにあると指摘されている。つまり、需要者が特定の財を購入しようとした際に、その財に付された標章のみから一定程度、品質を知ることができる機能を指し、市場における無数の財から、需要者が適切かつ迅速に商品又は役務を選択することができる利益がこれに当たる⁸⁵⁹。

サーチコスト理論自体は、法と経済学の観点から理論であるが、法学的には、商標の持つ自他商品識別機能（個性化された一群の商品を他の商品群から識別する機能であり、商品の同一性を表示する機能⁸⁶⁰）という基本的機能を前提に、品質保証機能（同一の商標が付された商品又は役務は常に同一の品質又は質を有することを保証する機能⁸⁶¹）によってもたらされる需要者の利益である。

このサーチコスト理論からは、品質保証機能の阻害、つまり、商品又は役務間の混同は、需要者の利益を侵害するため、許されない。登録要件として商標法3条1項3号（記述的商標）が登録不許可事由となっている一方で、特別顕著性（同法3条2項）があれば、同法3条1項3号から5号に該当する商標であっても、登録を受けることができる。同条2項が正当化されるのは、需要者の認識を基準とするため、需要者が区別できるのであれば、サーチコスト理論的にも、経済的利益の損失が観念されないからである。

他方で、特別顕著性があっても、同法3条1項1号（普通名称）、2号（慣用名称）に該当する場合は、登録が認められない。これは、一私人に独占させることが相当ではないからである。さらに、同法4条1項16号では、商品の品質又は役務の質を誤認させるおそれのある商標の登録を認めない。この規定は、商品の品質水準とは無関係である⁸⁶²。つまり、高品質であっても、需要者を誤認させる商標の登録は一切認められない。

なお、権利者側の集团的利益を考えると、商標法の場合、団体商標や地域団体商標があり、これらは、一定の要件を満たす法人が構成員に対して、共通の商標の使用をさせることを前提として権利を有する。そして、地域団体商標は、地域ブランドづくりの要として重要視されてきた。これも、権利者側の集团的利益の現れである。

3.3.2 不正競争防止法・表示規制法における集团的・集合的利益

さらに、不正競争防止法でも、商品等表示、品質等誤認惹起行為（同法2条1項14号）が需要者の保護として機能する。

品質等誤認惹起行為の規制は、需要者の保護を行政法規でなく私権構成で達成し、単に

⁸⁵⁹ 前田健「知的財産法と集团的利益—標識法の場合—」民商法雑誌 150 巻 6 号（2015）pp.695-696。サーチ理論に関しては、同論文 p.699 掲載の文献参照（以下、本節では「前田論文」という）。

⁸⁶⁰ 網野誠『商標』（有斐閣、第6版、2002）p.74

⁸⁶¹ 網野・同上 pp.79-81

⁸⁶² 特許庁・逐条解説 p.1511

今ある需要者の認識を守ることに主眼が置かれ⁸⁶³、競争の成果を需要者が自由に選択することを妨げ、競争の成果を需要者が自由に選択することを妨げ、成果競争を歪曲するところに不正競争性が認められる⁸⁶⁴。パリ条約上の要請でもある（同条約 10 条の 2 第 3 項）。

しかし、私見としてはそれに留まらないと考える。つまり、私権構成によって差止請求（同法 3 条）などが付与されているが、それだけではない。なぜなら、同法 2 条 1 項 14 号の不正競争を不正の目的で行った者は、刑事的規制の対象となるからである（同法 21 条 2 項 1 号）⁸⁶⁵。非親告罪であり、結果的には、その刑事的規制の効果として、当該不正競争をした者を市場から排除することができる。この意味において、「事業者間の公正な競争」（同法 1 条）を確保するだけでなく、需要者の利益も間接的に保護している。

4. 消費者保護アプローチ

4.1 標識法における消費者保護機能

情報財の取引であっても、それがいわゆる B to C の取引であれば、消費者保護の観点是不可欠であり、通常取引と異なることはない。この意味で、著作権者とユーザの間では、直接的な取引がある市場は絵画、陶器などの一部芸術作品（原作品）に限られ限定的であるが、その複製物や二次的著作物の C to C 取引、出版権者と読者を考えると、消費者取引の場面も想定される。ところが、わが国ではこの点に関しての検討が殆どなされていない。

知的財産法においても、消費者保護法制の役割を持つことがある。これは、2 つの観点から説明できる。まず、消費者保護法制の対象の拡大である。消費者の安全確保、消費者契約の適正化、公正な市場の確保、被害回復のためのエンフォースメントを実現するためには、多種多様な法律分野が、民事、刑事、行政規制法と問わずに絡み合う。このため、複合的な性質を有することになり、結果として、本来的には消費者保護目的ではない法律についても、一連の「消費者法システム」として機能することになる⁸⁶⁶。

例えば、「需要者」（商標法 1 条、4 条 1 項 16 号）は、消費者を包含した概念で、最終消費者はもとより、生産者、販売者、卸売業者等の取引者を含む広範な概念である⁸⁶⁷。この意味では、商標法は、「本来的に消費者保護目的ではない」とはいえない。また、景品表示法と同様に上述した商標法 4 条 1 項 16 号のような表示規制だけでなく、品質規制法とし

⁸⁶³ 前田論文 pp.701-702

⁸⁶⁴ 渋谷達紀『不正競争防止法』（発明推進協会、2014）p.213

⁸⁶⁵ 渋谷・同上 p.226 は、公益侵害型の不正競争について機能するのは、刑事規制又は行政規制であるとする。

⁸⁶⁶ 勝久晴夫「商標法の消費者法的役割」同志社・挑戦 pp.213-215

⁸⁶⁷ 小野昌延=三山峻司『新・注解商標法（上巻）』（青林書院、2016）p.519 [工藤莞司=樋口豊治] 参照

て、不正使用取消審判制度（同法 51 条，53 条）がある。

商標法 51 条の審判は，商標法が，現実の使用の有無を問わず，使用の意思があれば登録を認める登録主義を採用する（同法 3 条 1 項柱書，18 条）。しかし，商標権者には，権利だけでなく，商標が取引上標識として正常な機能を営むことが，取引秩序の維持と公衆の利益保護のために要請されている（同法 1 条）。このことから，商標権者には，登録商標の正当使用義務が課せられているとされる。

したがって，品質誤認又は他人の業務に係る商品又は役務に混同を生じさせる使用は，かかる正当使用義務に違反し，取引秩序を乱し，一般公衆にも被害を与えることから，サンクションとして設けられた規定である⁸⁶⁸。

また，商標法 53 条の審判は，この正当使用義務に加え，使用許諾制度（同法 30 条，31 条）を採用したが，この使用許諾により，使用権者が，品質誤認又は他人の業務に係る商品又は役務に混同を生じさせる使用をした場合も，取引秩序を乱し，一般公衆にも被害を与え，「需要者の期待を裏切った」といえる⁸⁶⁹。そのため，商標権者には，使用許諾の権利に対して，監督義務を課して，使用許諾制度の弊害防止を担保するために導入されている。

この正当使用義務や監督義務は，商標法 1 条から導出される需要者保護の 1 つであり，同法 51 条，53 条審判は，46 条審判と異なり，「何人」でも提起することができ，ここには，当然に消費者が含まれている。

この取消は制裁規定として機能し，その請求者として消費者が含まれる点において，表示規制を超えた，品質規制としての機能がある。もっとも，品質規制の効果は当該商標権の取消（将来的消滅）であり（同法 54 条 1 項），結果としてもたらされるのは，取引秩序の回復であり，市場の正常化である。実際に裏切られた需要者の期待が回復されるわけではない。

4.2 消費者保護法制と集团的・集合的利益

その点では，商標法における消費者保護は，商標権者の正当使用義務や，品質保証の商標を通じた間接的な保障による。そのため，婉曲的である。低コストで消費者に対し，商品又は役務の正確な情報を伝える工夫は，消費者保護法制が担っている⁸⁷⁰。

もっとも，消費者保護法制は，品質表示に関して，一般消費者を基準にしている（景品表示法 1 条参照）。また，消費者契約法では，消費者と事業者の間で締結される消費者契約の勧誘に際して，重要事項の不実告知（同法 4 条 1 項 1 号），確定的判断の提供（同項 2

⁸⁶⁸ 特許庁・逐条解説 pp.1703-1704

⁸⁶⁹ 特許庁・逐条解説 pp.1708

⁸⁷⁰ 前田論文 p.696

号)などを取消事由とする。

これらは、行政規制であるが、前述した重要事項の不実告知などを行う又はそのおそれがある事業者に対して、適格消費者団体（同法 13 条）は、不特定かつ多数の消費者の利益のために（同法 23 条 1 項）、差止請求（同法 12 条 1 項）などを許容する。

この適格消費者団体に紛争管理権を与えるのは、景品表示法 10 条や食品表示法 11 条でも規定される。

このように、消費者保護法制の近年の潮流は、訴訟手続における集団的利益の保護である。この集団的利益を保護するために、紛争管理権の概念で集団訴訟を正当化する理論があった。しかし、権利主体として、第三者の当事者適格は判例により明確に否定されている⁸⁷¹。

他方で、学説は、この判決を踏まえ、環境保護や消費者の利益保護など、不特定多数の共同で享受されている法的利益（拡散的利益）について、担当者たる団体が訴訟追行することで、権利実現を図る⁸⁷²。

4.3 消費者法と著作物ユーザ

しかし、著作権法における消費者像は、近年、単なる弱者という位置づけから変化が生じている。1 点目が、著作物ユーザは、その著作物の利用の場所、対象、時期を自ら主体的に選択できるようになったことである。

2 点目が、著作物ユーザが、著作物に関して他人と交流し、作品とそれへの意見をシェアする意味でも能動的になったことである⁸⁷³。

3 点目が、消費者自身が、自己表現をすることが容易になり、著作物を創作することのハードルが低くなったことである。

この新たな著作物ユーザの点から見ると、第 1 の点については、電子書籍などに代表されるように、アカウントに紐づけられており、その範囲内では異なる端末からも利用できる。もっとも、紙の本とは異なり所有権の対象ではないので、著作権法的には消尽も否定されている（26 条の 2 参照、いわゆるデジタル消尽⁸⁷⁴）。それだけではなく、技術的保護

⁸⁷¹ 最判昭和 60 年 12 月 20 日判時 1181 号 77 頁

⁸⁷² これまでの学説の概観は山本和彦「集団的利益の訴訟における保護」民商法雑誌 148 巻 6 号（2013）pp.606-639 参照

⁸⁷³ 島並良「著作権法と消費者法の交錯」コピライト 630 号（2013）p.10. SNS などを通じた消費者の交流を「交流的消費（communicative consumption）」という。この 2 点の指摘は、Josef P.Liu, "Copyright Law's Theory of the Consumer", 44 Boston College L.Rev.397(2003) at 406-415 を踏まえたものである。

⁸⁷⁴ 島並良「デジタル著作物のダウンロードと著作物の消尽」高林龍ほか編集代表『現代知的財産法講座

手段の回避行為は、私的複製の場合であっても認められないことから、著作物の享受の機会が奪われることが指摘されている⁸⁷⁵。

第2の点については、交流的消費のために必要な共有に際して、公衆送信権を侵害することがあるため、公衆性や商業性を根拠として、消費者同士のこうした交流的消費の機会が奪われるとする。このような考え方は、いずれも本来的には、著作権法が規制すべきであり、消費者概念を打ち出すことに否定的評価がなされることは、理解ができる。

他方で、そのコンテンツの著作権者等が不明であればどうか。また、権利者自体は、技術的保護があっても、一定の範囲では交流的消費を許容している場合（例えば、DRMによって制御されているCDに格納されたデータを友人間で貸し借りすること）はどうか。このように、実際には、一律の規制によって、もたらされる著作物ユーザの不利益は観念しうる。

以上の議論は、学術的なものに留まっていない。例えば、自由民主党は、平成28年に公表した政策提言のうち、「5. デジタル・ネットワーク化に対応した知財システムの構築」の項目において、「・著作物の利用が個々の消費者まで広がっていることに鑑み、『消費者利益への配慮』という視点を明確にする。」⁸⁷⁶と指摘され、一般的にも認知されつつある。

4.4 比較法的視点から見た消費者法と著作物ユーザ

この著作権者と著作物ユーザの利益調整に関する対応を比較法的に検討する。この点に

Ⅲ』（日本評論社、2012）pp.209-228、谷川和幸「デジタルコンテンツの中古販売と消尽の原則－欧米の近時の動向」同志社・挑戦 pp.420-450、島並良ほか「シンポジウム：著作権消尽論の諸相」著作権研究 45号（2018）pp.3-85など、国内ではデジタル消尽の余地を認めつつも、否定的見解が通説であり、裁判例は見当たらない状況である。他方で、海外でもおよそ否定されていた（例えば、欧州の usedSoft 事件（usedSoft GmbH v. Oracle, 2012 E.C.R. I-0000）や米国の ReDigi 事件（Capitol Records, LLC v. ReDigi inc., 934 F.Supp. 2d 640 (S.D.N.Y. 2013)））。しかし、オランダの Tom Kabinet 事件（Case C-263/18）において、CJEU がこれを肯定しており、この点、著作権の消尽ではなく、ユーザの権利の観点から見れば、コンテンツポータビリティを正当化し得る根拠、それに基づく権利が観念できるか否かがまず、検討されるべき問題であり、そのうえで、比較衡量として、（理論的構成が消尽論である必要はないものの）著作権が制限される理論が検討されなければならない。本件事件につき、奥郵弘司「欧州におけるデジタル消尽の行方：Tom Kabinet 事件 CJEU 判決を踏まえて」コピーライト 709号（2020）pp.40-49、鳥澤孝之「判批」パテント 73 巻 5号（2020）pp.23-32 参照

⁸⁷⁵ Helberger, Natali, Hugenholtz, P. Bernt, “No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 22 (2007) at 1062-63.

⁸⁷⁶ 「地方創生とイノベーション創出のための知的財産戦略提言～第4次産業革命とグローバル化の中で～」(平成28年4月21日自由民主党政務調査会)

(https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud.com/pdf/news/policy/132110_1.pdf)

ついて、結論を先取りすると、大まかに英米法系は、結果としてフェアユースにより柔軟な対応が可能になる。他方で、欧州においては、著作権法に基づく権利行使が、消費者法システムによって、制約される構図を採用する。

この点、Helberger 教授らは、EU の著作権法（情報社会指令）5 条により許容される権利の制限又は例外の規定が、私的複製を許容することを前提に、消費者法との関係について、①消費者の合理的期待への適合性（Conformity with Consumers' Reasonable Expectations）、②契約条件の公平性（Fairness of Contractual Terms）、③消費者情報におけるルール（Rules on Consumer Information）3 点を指摘する⁸⁷⁷。

①消費者への合理的期待への適合性とは、取引対象となる財が、消費者が通常取引をする際に同種の財が有するものと同じ性質を持つことを期待することを指している。

これは、著作物においては、情報社会指令 5 条によって、私的複製の制限又は例外が規定されていることから、消費者が期待する私的複製の範囲に、DRM が不当に制限をしていないかどうかを帰結する。

したがって、DRM による過剰な私的複製の制限は、消費者法によって許容されないことになる。

②契約条件の公平性とは、端的には、オーバーライドを制限することに帰結する。

③消費者情報ルールとは、事業者は消費者に適切な情報を提供しなければならないことを指している。特に、私的複製との関係では、デジタルコンテンツの端末間における共有ルールだけでなく、そもそも動作環境を含めたコンテンツの享受環境に関する情報開示が義務付けられる。

次に、アメリカでは、user's right と Fair use は、前者の目的が公益的である場合、後者も社会的公益性を根拠にしていることから、その目的が共通していることを根拠に、アプローチの違いとしか考えていない節がある。例えば、Fair use は、アメリカ著作権法 107 条による「商業的利用でないこと」が要件の 1 つであり、私的利用は、この要件に該当することから、Fair use の枠組で解釈しようとする。この結果として、DRM の規制は、ときとして、Fair use が定められているにもかかわらず、私的複製を阻害することから、私的複製の制限を超えた DRM による規制を否定する枠組として、著作権法においても User（ここでの User 概念は、Consumer とほぼ同義で用いられる。）概念を認める⁸⁷⁸。そして、これは、契約によるオーバーライド問題⁸⁷⁹についても同様である。

⁸⁷⁷ Helberger et al, *supra* note 875, at 1084-1093

⁸⁷⁸ Julie E. Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 Fordham L. Rev. 368 (2005-2006) at 347-374

⁸⁷⁹ 契約によるオーバーライドは、潮海久雄「デジタル情報契約と著作権法の関係：序章的考察」L&T24号（2004）pp.26-35

4.5 消費者保護アプローチからの示唆

島並教授は、欧州の以上の議論から、わが国への示唆として、2点指摘する。

第一に、個人の私的領域における活動の自由保障を、著作権者への経済的打撃の些少性や権利行使の非効率性がもはや妥当しない場合でも、なお尊重すべきかという問題に帰結し、「消費者個人による自立的社会の構築を、どれだけ強く法が目指すか」という点である。

第二に、消費者の利益の具体的な保護の方法として、消尽論や消費者による情報享受のためにする利用について、一定の抗弁を認めることが考えられるとする⁸⁸⁰。

消費者保護法制による消費者保護の議論は、著作物ユーザの変容を中心に展開している。しかし、私的領域での複製の目的が、交流的消費という形式に変わることを指摘し、コンテンツを共有するための公衆送信や複製が不可避となっているという現象面を指摘しているに留まっている。ここでは、「なぜ、私的領域での複製が保護されなければならないのか」という命題について、応答していないように思える。これは、上記の島並教授が指摘する①にも関係するが、権利行使の非効率性という経済法的な観点（後述する Merges は比例性原理によって説明する。）だけでなく、それを超えて、私的領域の複製を許容していた著作権法制定時の立法事実が変容する中で、交流的消費というような共有を前提とするような新たな私的領域における複製（消費行為）が、著作権法における権利制限に値するだけの法的正当性について、検討が弱い。

したがって、権利制限の現象面での正当性は、消費者法の議論が参照になるものの、そのユーザ側の法的根拠について、さらなる検討を要すると思われる。そして、それは、ユーザ側の著作物の利用がなぜ、一定範囲で保障される必要があるのかという議論と同時に、なぜ知的財産権が知的財産の創造者に帰属させるべきなのかという議論と表裏一体の関係にあるといえよう。

もっとも、著作権者とユーザとの取引秩序において、情報格差が生じている場合は、知的財産権の正当性とは別に、消費者保護の視点からユーザの法的保護が図られるべきであり、その場合は消費者保護法制の理論が妥当する。

5. 知的財産権の正当化理論と文化コモンズ

5.1 正当化理論

5.1.1 2つのアプローチ

知的財産権の正当化根拠論には、功利主義に基づくインセンティブ論（utilitarian

⁸⁸⁰ 島並良「著作権法と消費者法の交錯」コピライト 630号（2013）pp.11-12. なお、岡邦俊『著作物を楽しむ自由のために一最高裁著作権判例を超えて』（勁草書房、2016）p.5,221では、対抗利益としての著作物を享受する利益を憲法13条に基づく権利として位置付け、島並教授の同論に賛同する立場を採る。

approach) と道徳哲学に基づく自然権論 (naturalist approach) がある。

インセンティブ論とは、知的財産の利用行為を規制する根拠を、成果開発を適度に促進する必要性に求める立場をいう⁸⁸¹。経済学的に言い換えると、著作物に対する創作前のインセンティブとしては、できるだけ強い権利付与が望ましいが (事前最適化)、創作後には誰もが安価に利用できることが望ましく (事後最適化)、この事前と事後のトレード・オフを調整することを制度目的とする⁸⁸²。

したがって、創作を誘引することによって、社会的効用を最大化する政策目標を達成する手段・道具として、知的財産権は認識され、その限りで正当化される (道具的正当化事由として分類されることがある⁸⁸³)。

他方で、自然権論は、その名前のとおり、知的財産権は創作者が本来的に持っている当然の権利として把握する。つまり、著作権や特許権は、労働の所産に対する自然権・人権が法により承認され、商標権は第三者の (労働の対価でない) フリーライドを阻止する限りにおいて、正当化される⁸⁸⁴。

この争いは、沿革的にも由来している。グーテンベルグの活版印刷技術が登場により、1470年代には、ヨーロッパ各地で印刷がなされ、書物を大量生産できるようになった。「知の独占」は、市場原理によって解放される一方で、海賊版が出回るようになった。当時は、刊行後の売れ行きの危険を負担しても古典の刊行に注力するほど、古典が重要視されていた。古典の刊行には、原本の整理・訂正に多大な労力を費やさなければならない一方で、海賊版の複製者は売れ行き不透明のリスクの負担なく、フリーライドできていた。

これを禁止するために、大量生産される前のコンテンツに独占権 (裏から見れば、第三者の複製を禁止する禁止権) を与えるため、出版特許制度を導入した。その原型は、1469年に、ベネチア市がヨハン・フォン・シュパイエルに与えた5年間の印刷術使用の排他的権利に見られ⁸⁸⁵、その後、16世紀以降、ヨーロッパ諸国に広まった。印刷業者は、印刷機という莫大な初期投資を要したことから、この設備投資を回収したい思惑があり、他方で、国家 (国王) としても、印刷の産業振興としたい利害が一致したことが、印刷業者という私人に国家が独占権を付与した理由である。このように、現在は、産業財産権と著作権は別のものでされているが、当時は、特許制度の中に、著作権的思想が盛り込まれていた。

そして、著作権法の原型を見せるのが、1709年、イギリスでのアン法 (Statute of

⁸⁸¹ 田村・著作権法 p.6, 大谷卓史「知的財産権の労働所有説は正しいか」情報管理 58 卷 6 号 (2015) pp.474-478

⁸⁸² 林紘一郎『情報メディア法』(東京大学出版会, 2005) pp.89-90

⁸⁸³ 山口・情報法 p.297

⁸⁸⁴ 山口・情報法 p.297

⁸⁸⁵ 半田・著作権法 pp.11-12

Anne(8.Anne c.19,1710)) である。すでに印刷された著作物を 1710 年 4 月 1 日から 21 年間、新たに印刷された著作物には 14 年にわたり出版権を保障し、侵害した場合は、侵害物件の没収と罰金を科すというものであった（罰金は、国と被害者で折半することとされていた。）⁸⁸⁶。

この時代では、独占的出版権は、国家と特定の関係にある印刷業者だけに付与され、「特認（プリヴィレージュ）」と呼ばれた。その結果として、検閲制度と不可分であり、出版特許料は国庫に帰属することから、極めて政策的・政治的な意図のもとに設計された制度といえる。ここには、「著作者」を保護するという思想は存在していない⁸⁸⁷。政府の政策を実現するための手段として、知的財産権が与えられている（その限りでは、インセンティブ論の原初的モデルであるとも評価できるのではないか。）。

しかし、ブルジョア革命により、市民が政治の主体であることが強調されると、自立した個人は、社会契約説的発想を背景に、個人の天賦の権利として、「自然権」を設定し、この自然権を（基本的）人権として、国家の基本法である成文憲法の中に位置づけた⁸⁸⁸。

このような沿革から、中山信弘東大名誉教授は、著作権がないと「文化の発展」（同法 1 条）が遂げられないという状況が生じたため、著作権法を制定して目に見えないものに新たな権利を与えるという技巧的方法をとったとされ、著作権法は歴史的に見ても、その範囲はアプリオリに定まらず、時代の変化とともに変遷すると指摘する⁸⁸⁹。

したがって、知的財産権の正当化理論が、インセンティブ論から自然権論へと変遷したと考えることもでき、それは事態の変遷に合わせた正当化理論として、必ずしも矛盾しない⁸⁹⁰。

5.1.2 Hettinger から Merges へ

知的財産権の正当化理論について、Hettinger の論文⁸⁹¹では、正面から取り上げている⁸⁹²。著作権、特許権、営業秘密を対象に、これらの「知的客体物（Intellectual object）」は、非排他的（nonexclusive）であること⁸⁹³、社会が、思想・表現の自由に基本的価値を置いて

⁸⁸⁶ 半田・著作権法 p.13

⁸⁸⁷ 宮下志朗「作者の権利、読者の権利、そして複製の権利」思想 1022 号（2009）pp.152-153 参照

⁸⁸⁸ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、第 2 版、2020）p.6

⁸⁸⁹ 中山信弘「インターネット時代の著作権制度」長尾真監修『デジタル時代の知識創造：変容する著作権』（角川学芸出版、2015）p.44

⁸⁹⁰ 山口・情報法 p.296 参照

⁸⁹¹ Edwin C. Hettinger, *Justifying intellectual property*, Philosophy and Public Affairs, Vol. 18, No. 1, Winter 1989, at 31-52.

⁸⁹² 邦語では山口・情報法 pp.298-310 参照

⁸⁹³ Hettinger, *supra* note 891 at 34.

いることにより、情報の自由な流通が必要であり、人々が学習したり、思想を構築したりするのに、著作物や特許の利用が重要であることを指摘する⁸⁹⁴。

この特殊性を、ジョン・ロックの財産権の正当化理論に関連させ、これを労働所有説と市場価値との関係から正当化を試みる。他方で、功利主義的アプローチは、著作権、特許権、営業秘密の財産的保護なくして新たな知的創造物の創作に対する十分なインセンティブは存在しないことを前提にしている。

結論として、労働の果実としての自然権は、それ自体では十分に知的財産権を正当化できないとする⁸⁹⁵。そして、知的客体物は社会全体に帰属するが、さらに多くの創造物が社会に帰属すれば、社会的利益は増幅し、創造者は、経済的利益が手に入ると期待することから、著作権を与えたとする。

ここには、ロック的所有権論に否定的な評価を加えつつも、インセンティブ論を肯定する論調がみられる。そして、ロック的所有権論を知的財産権に当てはめる困難さは、①精神活動の産物に対して権利を与えるのは、創造者に強い権利を与えすぎる、②知的活動は、「巨人の肩の上に乗っている」ため、最後の一人だけ独占権を与えるべきではない、③知的活動の産物である情報・知識は、そもそもロック的所有権による哲学的正当化の議論（Hettingerの指摘する知的客体物の非排他性によって、有体物に対する絶対的支配権が及ぶ）が通用しないこと、という3点に集約される⁸⁹⁶。

以上のようなロック的所有権論を中心に展開するHettingerのような二項対立議論が、従前の研究では中心的であった。

これに対し、Mergesは、知的財産権の本質において、伝統的に採用されてきた功利主義的思想を放棄し、根本規範においては、クリエイティブな職種の人々の労働の対価と尊敬の念であるとする⁸⁹⁷。知的財産権の労働所有説として、ロックの財産権論を主張したMoore⁸⁹⁸との違いは、ロックだけでなく、カント、ロールズなどのリベラリズムの道徳哲学思想の3つの理論を、まとまりのある1つの理論へと統合して体系化することにあるといえる⁸⁹⁹。

Mergesの知的財産権の正当化理論の特徴は、このような二項対立から離れ、知的財産へ

⁸⁹⁴ *Id.* at 36.

⁸⁹⁵ *Id.* at 51.

⁸⁹⁶ 大谷卓史「著作権の哲学－著作権の倫理的正当化とその知的財産権政策への含意」吉備国際大学研究紀要（国際環境経営学部）Vol.21（2011）pp.7-8

⁸⁹⁷ Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press (2011) at 310-11.

⁸⁹⁸ Moore, Adam D., *Intellectual Property*. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2011-2014.

(<http://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property>)

⁸⁹⁹ 山根崇邦「Robert P. Mergesの知的財産法概念論の構造とその意義」同志社・挑戦 p.19 参照

の概念的アプローチを、次のとおり分類する⁹⁰⁰。

(1)規範的基盤 (Normative Foundation)：ロック、カント、ロールズ

(2)中間的原理 (Midlevel Principles)：効率性、非専有性、比例性、尊厳性

(3)具体的実務 (Specific Practice)：原則、ルール、制度

(1)は、知的財産権の正当化理論の基盤を指し、カントの理性主義、ロックの労働所有説、ロールズの分配的正義といった理論を援用して、功利主義を否定する。(2)は、ある特定の法分野において、別個に存在する原理、ルールといった基本概念を指す⁹⁰¹。そして、その役割は、(3)の地上階にあるルール、実務の原理を見出すと同時に、それらの原理が規範的基盤と整合し、かつ、それらの理論から独立していることを示すものとなる⁹⁰²。

(2)中間的原理のうち、「効率性」とは、できる限り安く、物を手にすることを意味する⁹⁰³。フェアユースの抗弁の根拠となる市場の失敗論は、効率性の典型例とする⁹⁰⁴。非専有性とは、ロックの労働所有説が該当しない箇所でも論じたように、権利の帰属に関わらず、誰でも利用できる性質を指す。例えば、非専有性では、その原理としてパブリックドメインや特許における新規性を挙げる。パブリックドメインは、知的財産権の有限の存続期間という非専有性原理がもたらしたものである。

次に、(2)中間的原理のうち、「比例性」とは、知的財産権の大きさや範囲が、その権利によってカバーされる創作物の価値や重要性に比例すべきであることをいう⁹⁰⁵。この原則が最も重要である。

最後に、(2)中間的原理のうち、「尊厳性」とは、権利のパッケージの承認のみならず、他者から尊敬され、その功績が認められることをいう⁹⁰⁶。その例として、著作権法における氏名表示権がある。

このような中間的原理レベルで抽象的に実務などを論じ得ることで、規範的基盤の合意なくして（つまり、インセンティブ論か自然権論といった対立とは無関係に）、解釈や立法論が展開できるとする⁹⁰⁷。

Merges の理論において、規範的原理を論じることをしないのは、実益がないからではない。知的財産法の法解釈が中間的原理のレイヤーによって対応可能であることもまた、本

⁹⁰⁰ Merges, *supra*, note 897 at 14.

⁹⁰¹ *Id.* at 139.

⁹⁰² *Id.* at 141-42.

⁹⁰³ *Id.* at 151.

⁹⁰⁴ *Id.* at 155.

⁹⁰⁵ *Id.* at 150.

⁹⁰⁶ *Id.* at 156.

⁹⁰⁷ *Id.* at 143-144.

質的な理由ではない。その理由は、功利主義理論の最大の課題が、検証可能なデータに基づいて、知的財産法制によってもたらされる費用便益分析を行い、社会的効用の最大化を図ることを目指すことにあるにもかかわらず、それが事実上不可能であるため、知的財産権の第一次的な原理として用いることができないことにある。

また、Merges の中間的原理の比例性原則を支える理論、財産権の本質は、ロックの労働所有説に基づいている。そのため、実務上は殆ど、規範的原理の変更があったとしても、影響はないが、理論的には影響があるとする。

この実際上の影響はないが理論上の影響があるという理由については、次のように説明している。中間的原理には、規範的原理と地上階レベルでの実務、制度などを結びつける役割があり、そうであれば、インセンティブ論という規範的原理の立場から直ちに、制度論を論じることは適当ではなく、論理的な帰結でもない。その規範的原理が、中間的原理にいかなる影響を与え、当該中間的原理がいかに作用して、実務や制度に影響を与えるのかという解釈論が必要となることを意味するからである。

他方で、中間的原理が機能しなくなった場合、実務や制度を検討する上では、規範的原理によって、実務や制度は解釈されなければならない。例えば、制度自体は立法によって生じているから、このような事態は想定しづらい。

しかし、尊厳性を否定する立法がなされたとき（例えば著作権法において、氏名表示権を制限する規定が新設された場合）、規範的原理の必要性が出てこよう。例えば、尊厳性の意味内容の解釈ではなく、尊厳性の存在理由は、創作物に不可避免的に残される刻印に価値を認める、という規範的原理にまで遡って解釈されることで、いわば機能不全となった中間的原理を超えて、実務レベルに影響を与えることはあるのではないか。

5.2 文化コモンズとの関係

文化コモンズを形成するためには、実際に用いられるルール、特に著作権の制限又は例外が重要である。この「制限又は例外」の位置づけは、著作権法では英米法系と大陸法系で異なり、大まかには、前者は功利主義的、後者は自然権論的に考えられてきた。

しかし、Merges の知的財産権の正当化理論によれば、従前の二項対立と無関係に、著作権の制限又は例外は、比例性原則から説明が可能である。また、非専有性原則がパブリックドメインを生み出す中核的な原理であることも前述した。それ以外にも、商標権における不使用審判や、特許権の使用義務などの理論は、比例性原則から、その範囲を狭める必要性があることを前提としている。不使用審判の確定によって、商標の第三者の選択的自由は増すのだから、文化コモンズは、中間的原理によって、支えられている側面がある。

もっとも、上記の理解では、文化コモンズが保護され、または経時的に拡張する一方で、新規創作が文化コモンズに裨益するシステムが存在しない。

私は、このシステムの不存在に、Merges の理論でいう中間的原理の機能不全が指摘できることを主張したい。そのため、規範的原理を議論する実益がでてくる。Merges は、規範的原理のうち、ロールズの分配的正義 (Distributive Justice) において、知的財産権による保護利益が「創作専門職 (creative professional)」に集中的にもたらされることを擁護するためには、この不平等な分配を正当化しなければならない⁹⁰⁸と指摘する⁹⁰⁹。しかし、不平等な分配を是正する方向ではなく、その正当化を、創作専門職が特別な利益を得ることを保証・尊重される社会的価値に求める (反対に言えば、創作専門職に特別な利益がもたらされない社会には、創作専門職に就くことを希望する者が、自力で実現できない。) ⁹¹⁰。

他方で、ユーザの立場から見ると、Merges の理論は、事実上の利益しか受けない。権利が常に行使するだけの価値があるわけではなく、行使されないことを期待する立場に過ぎない。つまり、ユーザ又は消費者の利益が対抗する権利の形で具体化されているのではなく、その利益は多くの場合が知的財産権を取り巻く権利行使の環境によって、事実上守られているに過ぎない⁹¹¹。

以上の議論からすれば、Merges の分配的正義は、特別な利益を創作専門職に付与することに国民は受忍しなければならないように思える。しかし、Merges は知的財産権を「値する中核部 (deserving core)」と「周辺部 (periphery)」に分け⁹¹²、前者は集団が一定の貢献をしているとする。そうであれば、これまで論じたロックの労働所有説に対する批判 (最後の 1 人に知的創造物に対する完全な権利を与えることは妥当ではないとする批判) がそのまま当てはまる。文化コモンズに還元させることもまた、規範的原理から導出される。これを Merges は「再分配の正当化 (Justifying Redistribution)」としており⁹¹³、これが知的財産権の内在的価値であるならば、文化コモンズの構成員の当該知的創造物を利用する利益は法的に承認されているといえる。

ところで、文化権は、自由権的側面だけでなく、政府が文化助成をする際の根拠となることは前述した。これが、わが国においても承認され、それが憲法上の要請であるとするれば、著作物の場合、著作権は文化権の社会権的側面を具体化した法 (文化創作法) であることになる (Merges の規範的原理のうち、分配的正義における創作専門職に対する特別な利益を基礎づける.)。

他方で、文化権を著作物ユーザの法的利益を基礎づける、文化を享受する利益として構

⁹⁰⁸ *Id.* at 110.

⁹⁰⁹ この分配的正義は、財産法の内在的価値である。 *Id.* at 123.

⁹¹⁰ *Id.* at 112.

⁹¹¹ *Id.* at 259.

⁹¹² *Id.* at 121.

⁹¹³ *Id.* at 129.

成すると、結果として、(生存権などの人権由来と考える)文化権によって基礎づけられた知的財産権と衝突することになる。ただし、それだけでは、概念的には、「著作権には権利行使に限界がある」という命題について、文化権を補助線にして説明したに過ぎない、との批判があり得る。しかし、ユーザの法的利益と著作者の権利が、文化権という共通の出自に基づくとすれば、どちらが優先されるかは一義的には決定されないし、それらは同じ土俵で利益衡量の対象となる。

5.3 デジタルパブリックドメイン (Digital public domain)

Google Books Project は、一言で言えば、デジタルアーカイブであり、オープンアクセスを志向するものであった。前述の Google Books 訴訟が提起され、オプトアウト方式の和解案が裁判所から提出された直後に発表された論文⁹¹⁴において、ハーバード大学図書館長の Darnton は、文化的遺産の「民主化」と「オープンアクセス」を提唱する。ここでの「民主化」とは、Google のような民間企業が展開する市場経済に基づく論理とは別の社会的価値の促進を意味している⁹¹⁵。文化多様性条約の趣旨や文化コモンズの思想が見出せる。もっとも、ここでの文化コモンズは、オープンアクセスを前提としている。

したがって、文化コモンズには、様々な領域が想定されるが、デジタル化された文化資源を中核とする文化コモンズは、およそパブリックドメインと同義である。その意味で、この文化コモンズを、デジタルパブリックドメイン (digital public domain) と呼ぶことができる。

著作権法学は、フェアユースを、文化資源へのアクセスのためのツールとして(権利者側から見ると、権利の有効性を制御する規制として)位置付ける⁹¹⁶。Cohen 教授は、これまでの著作権法理論では、権利者と DRM の発展がユーザを無視することを合法化してきたが、今後は、ユーザを著作権法に位置付けることが重要であると指摘する⁹¹⁷。この理由は、主に、自己統治の価値の実現やクリエイティビティの発揮には、「複製行為 (copying)」などが重要であり、これらは、文化資源へのアクセシビリティの確保によって達成されるからである⁹¹⁸。

6. 小括

⁹¹⁴ Darnton Robert, *The Case for Books – Past, Present, and Future*, Public Affairs, (2009) at 13

⁹¹⁵ 川口茂雄「デジタル・アーカイブの未来、ウェブ以後の歴史哲学」佐藤卓己編『岩波講座現代9 デジタル情報社会の未来』(岩波書店, 2016) p.124

⁹¹⁶ Julie E. Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 Fordham L. Rev. 368 (2005-2006) at 368.

⁹¹⁷ *Id.* at 373.

⁹¹⁸ *Id.* at 370-73.

文化権の保障は、知的財産法においては、著作者、著作権者だけではなく、著作物ユーザにも、認められる。最近の議論として、知的財産を利用するユーザの権利が、消費者法における user あるいは consumer という立場から認められる議論の展開を紹介した。これは、消費者像の変化とデジタル化によって、コンテンツの利用態様が変化したことが理由である。ここから、消費者保護法制における集団的・集合的利益の保護として、消費者の権利が認められてくる。

それ以外にも人権論アプローチなどがあることを紹介したが、個別の論証では、ユーザの法的利益を説明しきれていない。これらの 3 つの理論によって初めてユーザの法的利益を論証できる。それを本論では明らかにした。

もっとも、ユーザの権利を指摘するカナダ最高裁も、表現の自由を根拠としているものの、その「権利」が「請求権」であるとは明言していない。

つまり、知的財産法学においては、ユーザの権利の請求権の可能性について、少なくとも国内では十分な議論がこれまでされていない。

文化権は、自由権的側面だけでなく、社会的側面から、文化芸術政策への政府の助成を求める理論として構築されてきた。これは、著作権者の側からみると、与えられた権利に関して、国家に対して保護を求める利益の正当性に繋がる。

他方で、文化権は、著作物ユーザにも保障されていると考え得る。このような状況が生じる理由は、文化権の保障をしていく国の文化政策が、文化を維持・発展させるための制度設計（誰にどのような権利・利益を配分するか）という問題に帰結するからである。

知的財産権は、創作者に特別の利益を与えることを正当化すると同時に、周辺部と中核部に分かれ、再分配の正当化もまた、知的財産権の内在的価値であることを明らかにした。そして、その価値は、文化コモンズへと裨益し、結果として、デジタル化された文化資源が「デジタルパブリックドメイン」を構成する。このようなコモンズ論と知的財産権の正当化理論の双方の理論によって、これまでの先行研究では明らかではなかった文化コモンズの構成員であるユーザの法的利益が承認されたといえる。

第9章 自由利用を可能にするパブリックドメインの意義と範囲

第1節 知的財産権のパブリックドメインに至るまでの課題

1. はじめに⁹¹⁹

1.1 問題の所在

知的財産権は時間的な意味で有限である。そして、期間満了後はパブリックドメイン（以下「PD」という。）になる。この点で、理論的に、特定の知的財産権は、保護された状態か、期間満了により PD となった状態かの二者択一に必ず決まる。しかし、知的財産権は財産権として相続があり得る。また、わが国特有の特別縁故者の財産分与の手続により、第三者が取得することもあり得る。その機会を保障するために手続保障が定められており、それ故に、PDになるか不明な状態が存在する。本節では、その知的財産権がPDに至る、あるいは至らない場合の経時的変化の一部ではあるが、しかし、実務的には看過されてきた民法 958 条の 3[958 条の 2]の手続を取り上げる。

自然人の保有することができる（広義の）知的財産権としては、産業財産権（特許権、実用新案権、意匠権、商標権をいう。以下同じ。）のみならず、著作権・著作隣接権といった財産的権利から、著作者人格権・実演家人格権、パブリシティ権といった人格的権利まである（このほかに営業秘密などの知的財産があり、これとは区別される。知的財産基本法 2 条参照。）。本章は、相続発生後の知的財産権の帰属、特に、①相続人不存在の場合、知的財産権が特別縁故者の財産分与の対象となるか、②①を肯定する場合、実施（使用）権者（以下「実施権者等」という。）が当該知的財産権を取得できるか検討する。

一般的に、産業財産権は、相続人が不存在の場合に、消滅する（特許法 76 条、民法 958 条[952 条 2 項]、実用新案法 26 条、意匠法 36 条、商標法 35 条）。

一方、著作権、回路配置利用権、育成者権は、民法 959 条の規定により国庫帰属すべきこととなるときに、消滅する（著作権法 62 条 1 項 1 号、半導体集積回路の回路配置に関す

⁹¹⁹ 本節は、拙稿「相続人不存在における相続財産管理と知的財産権の帰属に関する一考察」日本知財学会誌 16 巻 2 号（2019）pp.46-63 を加筆修正した。

なお、加筆に当たっては、民法等の一部を改正する法律（令和 3 年 4 月 28 日法律第 24 号）を踏まえている。本節の問題意識や論旨に変更はないが、民法 952 条は相続財産管理人ではなく「相続財産の清算人」（改正後民法 952 条）となり、従前特別縁故者の財産分与請求の手続が必要な場合を含め、最大 3 回必要であった公告手続が 2 回になるなど、用語や制度に大幅な変更が出ている。本研究において、民法 958 条の 2 の手続を詳述した趣旨は、PD に至る（あるいは至らない）までの経過が煩瑣であることを明確にする趣旨であり、その意味では、手続の簡略化は、PD に至るまでのプロセスと評価すれば、単純に歓迎する事態である。

おって、改正に伴う条文番号や用語を「[〇〇]」として併記している。）。

る法律 15 条 2 号（以下「半導体回路配置法」という.）、種苗法 24 条 2 号）。

文言上、産業財産権法と著作権法、種苗法等との間で差異があるが、いずれも、これらの権利は、相続人不存在の状態を確定させる手続に組み込まれ、最終的に相続人不存在が確定した時点で、原則として国庫には帰属せず、PD となる特徴がある。

もっとも、そこに至る手続は容易ではない。相続人の不存在が確定するまでには、相続財産管理[清算]人の財産管理において、非金銭的財産を中心に、換価の難しさが指摘される。

結果的に、実務上、非金銭的財産の国庫帰属が困難なことから、本来的には、管理行為（民法 103 条各号の行為を指す。以下同じ。）⁹²⁰をしつつ、国庫帰属をすれば良いはずの相続財産管理[清算]人の財産管理業務は、非金銭的財産の処分が重要な位置を占める⁹²¹。特に、競売での実効性が少ない農地や囲繞地など不動産の換価が問題となる。

他方、知的財産権の場合はどうであろうか。知的財産権は、非金銭的財産ではあるが、原則として国庫帰属せず消滅するため、知的財産権が相続財産の一部を構成する場合でも、権限外行為許可を求めて財産を金銭に換価する必要性は乏しく、相続財産管理[清算]人の基本的な業務である保存行為が中心となる。

もっとも、相続財産管理[清算]人による知的財産権の保存行為の要否すら、先行研究は乏しく、有体物ではない故に、権利者を特定する段階から問題が生じる。例えば、産業財産権は方式主義を採用しているが、無方式主義を採用する著作権は、第三者に対し、その権利の移転等を主張できる登録制度（著作権法 77 条）の利用は義務的ではない⁹²²。

したがって、登録されず、ネット環境で存在するデジタルコンテンツは、権利の帰属がないまま、客観的には PD として、しかし、事実上、権利者不明の著作物（孤児著作物、orphan works）としてネット上をさまようことになる。

権利者が不存在の場合に、PD に組み込まれるべきという公益的観点加わる点は、孤児著作物の問題の所在と共通する。

1.2 本稿の構成

本稿では、まず、相続手続の中で知的財産権がどのように扱われるか、相続財産管理[清

⁹²⁰ 内田貴『民法 I 総則・物権総論』（東京大学出版会、第 4 版、2008）p.140（以下「内田・民法 I」という。）

⁹²¹ 野々山哲郎ほか『相続人不存在・不在者財産管理事件処理マニュアル』（新日本法規、2012）p.46（以下「野々山ほか『財産管理マニュアル』」という。）

⁹²² プログラムの著作物は、同法の特例法によって、保護され（プログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律、著作権法 78 条の 2）、その手続は、SOFTIC（一般財団法人ソフトウェア情報センター）が扱っている。この場合は、相続財産管理[清算]人の相続財産の調査行為によって判明することになる。

算]のフローを概観することから始め、文言上の産業財産権法の規定と著作権法等の規定の文言の違いと先行研究を取り上げる。

次に、相続人不存在の相続財産管理[清算]手続の最終段階ともいえる、民法 958 条の 3[958 条の 2]の適用場面における知的財産権との関係を検討し、同条の（類推）適用の可否及び可能とした場合の範囲について検討する。

2. 相続財産管理の手続の概要

2.1 相続財産の意義

相続は死亡によって、被相続人の住所において開始し（民法 882 条, 883 条）、相続人の範囲は、民法 886 条から 895 条が規定する。相続人の不存在とは、これらに該当する相続人が存在しない場合、具体的には、①相続人のないことが明らかな場合⁹²³が典型だが、②相続人未確定の場合⁹²⁴も含まれるとされる。

①の場合でも、いわゆる第 3 順位の相続人の相続放棄により、相続人不存在の確定に、相続開始時点から数か月以上要することもある。被相続人と疎遠であれば、さらに、相続開始から長期間経過していることも想定される。

このように、「相続人のあることが明らかでないとき」は、相続の開始段階では、極めて流動的であり、かつ、その実態は不明であることから、これを明らかにし、その財産を清算するのが、相続財産管理[清算]人の業務である。

この時系列的に流動的な相続財産を法人化する（民法 951 条）のは、法技術上の擬制であり、技巧的である。民法の起草者も、相続財産法人は、「法律ノ假定（fiction）ニ過キス」とする⁹²⁵。実際、この法人は一切の設立行為が不要であり、定款（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律 10 条, 11 条, 152 条, 153 条）を備えることも設立登記も不要である（同法 22 条, 163 条）。

⁹²³ ①戸籍簿には相続人となる最終順位に至るまでの者の記載がない場合、②戸籍簿には、最終順位で相続人として記載されているが、その者が相続欠格者か廃除処分を受けている（民法 892 条, 893 条）、相続放棄（民法 938 条）又は被相続人と同時死亡の推定を受けている場合が考えられる（谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法（27）相続(2)相続の効果 896 条～959 条』（有斐閣、補訂版、2013）p.675 [金山正信・高橋朋子]（以下「谷口ほか『注釈民法 27』』という。))

⁹²⁴ 被相続人に対する離婚・離縁の無効の訴え（人事訴訟法 2 条 1 号, 3 号）、父を定める訴え（民法 773 条, 人事訴訟法 2 条 2 号, 43 条）、認知の訴え（民法 787 条, 人事訴訟法 2 条 2 号, 42 条）などの訴訟係属の場合がある（谷口ほか『注釈民法 27』（4）p.676 [金山・高橋]）。

⁹²⁵ 梅謙次郎『民法要義卷之五相続篇』（信山社、復刻版、1992）p.244

2.2 相続財産管理[清算]人の業務フローの概観⁹²⁶

民法 951 条の場合、利害関係人又は検察官の請求により、家庭裁判所は、相続財産管理[清算]人を選任し（民法 952 条 1 項、家事事件手続法別表第一の 99 項）、それを公告する（民法 952 条 2 項、家事事件手続規則 203 条）。同管理[清算]人の選任審判に対して、即時抗告はできないため、同管理[清算]人に告知された時点で確定し、同管理[清算]人としての業務が開始される。

なお、令和 3 年民法改正前は、同管理人公告期間である 2 か月以内に相続人の存在が明らかにならないときは、家庭裁判所は、相続人があるならば、一定の期間（6 か月を下回ることはできない。）にその権利を主張すべき旨の公告をしなければならない（民法 958 条、相続人搜索の公告）とされていた。しかし、同条は令和 3 年民法改正により削除され、民法 952 条 2 項により、相続財産の清算人を選任した旨及び相続人があるならば一定の期間内（6 か月を下ることができない）にその権利を主張すべき旨の公告を相続財産の清算人選任後遅滞なく行うものとされた。

最後に、相続人搜索の公告によっても、相続人が現れないときに、初めて相続人の不存在が確定し、その時点での相続財産は、特別縁故者に対する相続財産の分与を除き（民法 958 条の 3 第 1 項[958 条の 2 第 1 項]）、国庫に帰属することになる（民法 959 条）。特別縁故者に対する相続財産の分与請求は、相続人搜索の公告期間（民法 958 条[952 条 2 項]）満了から 3 か月経過後、可能となる（家事事件手続法 204 条 1 項、民法 958 条の 3 第 2 項 958 条の 2 第 2 項）ことから、この期間満了後に初めて、国庫に帰属する相続財産が確定することになる。

大きく分けて、相続財産管理[清算]人の業務は、①相続財産管理業務の着手（相続財産調査、相続財産目録の作成、管理・計算報告書の作成）、②相続財産管理（預貯金、不動産、有価証券、債権など）、③相続債権者・受遺者に対する請求申出の公告・催告という流れになり、その期間中（特に②の段階）、権限外行為の可否を検討して、家庭裁判所に同行為許可の申立てをする必要がある。

2.3 相続財産管理[清算]人の地位、権限

相続財産管理[清算]人の地位については争いがあるが、通説・実務上は、相続財産法人の代表者とされており、訴訟上の地位も認められる（この場合、「亡某相続財産 同代表者相続財産管理人某」と表記される⁹²⁷）。また、相続財産法人と相続財産管理[清算]人と

⁹²⁶ 片岡武ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務』（日本加除出版、第 2 版、2014）pp.-304-305 参照（以下「片岡ほか・成年後見・財産管理の実務」という。）

⁹²⁷ 片岡ほか・成年後見・財産管理の実務 p.341. 令和 3 年民法改正後は管理人が清算人になると思われる。

の関係においては、民法の委任の規定が準用され、善管注意義務、受取物引渡義務、金銭消費による責任、費用等償還権（家事事件手続法 146 条 6 項、民法 644 条、646 条、647 条、650 条）を有する。また、民法 645 条はその性質から準用されていないが、相続債権者や受遺者の請求により、相続財産状況の報告義務を負っている（民法 954 条）⁹²⁸。

そして、相続財産管理[清算]人の基本的な職務は、管理業務と清算業務に分けることができる。管理業務については、不在者財産管理人と同様であり、権限の定めのない代理人として保存行為（民法 103 条 1 号）、利用・改良行為が可能であり（同条 2 号）、それ以外の行為をするためには、家庭裁判所の許可が必要である（権限外行為許可、民法 953 条、28 条、家事事件手続法別表第一の 99 項）。

他方、相続財産管理[清算]人は、相続財産を清算して、相続債権者に対する弁済（民法 957 条 2 項、929 条、930 条）、受遺者に対する弁済（民法 957 条 2 項、931 条）をしたり、弁済のための相続財産の換価（形式競売、民法 957 条 2 項、932 条本文、民事執行法 195 条）をしたり、特別縁故者への財産分与の手続を経て、国庫帰属を最終目的とする。これは、破産管財人の管財業務に類似した清算業務であり、重要な業務である。

そして、これらの相続財産管理[清算]業務のために、管理費用の支弁が認められる（民法 953 条、27 条 1 項後段、家事事件手続法 208 条、125 条 6 項、民法 650 条）。この管理費用には、相続財産の調査費用、保存費用、評価費用なども含まれる⁹²⁹。

また、民法 958 条の 3 第 1 項[958 条の 2 第 1 項]の申立てがあった場合⁹³⁰には、相続財産管理[清算]人に対し、その旨の通知を裁判所書記官が遅滞なく行い（家事事件手続規則 110 条）、家庭裁判所の審判にあたっては、同管理[清算]人への求意見が必要的とされている（家事事件手続法 205 条）ため、意見書提出という業務もある⁹³¹。

3. 相続財産法人を構成する知的財産権

3.1 相続財産法人を構成する知的財産権の検討課題

産業財産権は、「相続人である権利を主張する者がいないとき」（特許法 76 条、実用新案法 26 条、意匠法 36 条、商標法 35 条）に消滅するのであるから、前述した相続財産の手続を踏まえ、文理解釈をすれば、相続人搜索の公告期間満了によって、何らの手続をすることなく、当然に消滅することになる⁹³²。

⁹²⁸ 谷口ほか『注釈民法 27』[金山・高橋] p.701

⁹²⁹ 野々山ほか『財産管理マニュアル』p.37

⁹³⁰ 詳細は佐上善和『家事事件手続法Ⅱ 別表第一の審判事件』（信山社、2014）p.347 以下参照。

⁹³¹ 相続財産管理[清算]人が相続財産を最もよく把握し、特別縁故者関係の有無や程度を知っていることも少なくないからである（野々山ほか『財産管理マニュアル』p.117）。

⁹³² 小野昌延編著『注解商標法』（青林書院、新版、2005）p.849 [小池豊]

他方、著作権、回路配置利用権、育成者権については、民法 959 条の規定を踏まえ「国庫に帰属すべきこととなるとき」に、消滅すると規定する（著作権法 62 条 1 項 1 号、半導体回路配置法 15 条 2 号、種苗法 24 条 2 号）。つまり、文理解釈上、上記のしるしからすれば、特別縁故者の相続財産の分与請求（民法 958 条の 3 第 1 項[958 条の 2 第 1 項]、家事事件手続法別表第一の 111 項）がされないまま同条 2 項所定の期間が経過するか、この請求却下の審判が確定しなければ、「国庫に帰属すべきこととなるとき」には当たらない（厳密には、この財産分与の一部請求認容の審判の場合、分与されない残余財産が残る場合がある。）。

この点、著作権法の立法担当者も、「相続債権者や受遺者もいなければ内縁の妻等の特別縁故者が相続財産である著作権を分与されるという形で処理」されると述べる⁹³³。

いずれにしても、原則的に、自然人の場合における知的財産権の国庫帰属が否定されている点では、共通する⁹³⁴。この趣旨は、権利を消滅させ、当該知的財産を消滅せしめて一般に開放し、当該知的財産の実施・利用を容易ならしめることが望ましいという政策判断があるからである⁹³⁵。

そこで、最初に、相続人不存在の権利消滅規定である特許法 76 条、著作権法 62 条の文言と、その従前の解釈、そしてそれに対応する諸外国の状況を概観する。その後、I 知的財産権に対して担保権設定、実施権又は使用権を設定した者（以下、総称して「利害関係人」という。）がいる場合に、当該知的財産権が消滅するのか（論点 I）検討する。

次に、知的財産権が特別縁故者の財産分与の対象となるか、II 民法 958 条の 3[958 条の 2]（類推）適用の可否（論点 II）を検討する。そして、本稿の問題意識に示唆を与えた民法 958 条の 3[958 条の 2]に関する最高裁判例（平成元年 11 月 24 日、民集 43 卷 10 号 1220 頁）を取り上げる。

⁹³³ 加戸・逐条講義 p.501. もっとも、民法 958 条の 3[958 条の 2]は、特別縁故者に該当すれば当然になされるものではない。つまり、特別縁故者に相続財産の分与が認められるかは、専ら家庭裁判所の判断であり、特別縁故者に分与請求権を与えたわけではない（潮見佳男『相続法』（弘文堂、第 5 版、2014）p.72）。したがって、相当性がなければ、特別縁故者であっても財産分与を認めない可能性がある（梶村太市ほか『家族法実務講義』（有斐閣、2013）p.457 [梶村政行] ほか）。

⁹³⁴ 法人が権利者となった産業財産権の場合、一般社団（財団）法人が解散すると、残余財産は国庫に帰属するとされており（一般法人法 239 条 3 項）、著作権法 62 条 1 項 2 号のような規定がない以上、理論的には産業財産権が国庫帰属することがあり得る（中山信弘・小泉直樹編著『新・注解特許法（中巻）』（青林書院、第 2 版、2017）p.1446 [森崎博之・根本浩]）。しかし、実際例はなく、また、定款だけでなく、清算法人社員総会又は評議会の決議（一般法人法 239 条 2 項）によってもなお残余財産の帰属が定まらない残余財産は極めて例外的であろう。

⁹³⁵ 産業財産権につき、特許庁・逐条解説 p.290、種苗法につき、渋谷達紀『種苗法の概要』（経済産業調査会、2014）p.65、著作権法につき、加戸・逐条講義 p.498 参照。

最後に、論点Ⅱにおいて肯定的立場を採った場合、実施権者等が当該知的財産権を取得できるか検討するために、Ⅲ同条で認められる範囲（特別縁故者性及び相当性要件）について検討する（論点Ⅲ）。

3.2 特許法 76 条型と著作権法 62 条型

3.2.1 わが国の条文構成

論点Ⅰについては、著作権と産業財産権の性質の違いによると説明されることがあるが、それでは、「農林水産業の発展に寄与することを目的」（種苗法 1 条）とする育成者権や「国民の経済の健全な発展に寄与することを目的」（半導体回路配置法 1 条）とする回路配置利用権との関係で、合理的な説明はできていないであろう（パリ条約⁹³⁶ 1 条(3)では、工業所有権は最広義に解するとされ、農業分野にも用いられるとされている。）。

相続人がいない場合の特許権の消滅については、知的財産法は、特許法 76 条のような規定（以下「特許法 76 条型」という。）と著作権法 62 条のような規定（以下「著作権法 62 条型」という。）のいずれかを設けている。

中山教授は、特許法 76 条型と著作権法 62 条型との違いにつき、「なぜこのような区別がなされるのか不明である」としつつ、「著作権法の処置の方が妥当」と指摘する⁹³⁷。この「区別」ではない差異は、立法の経緯から説明できよう。つまり、特許法 76 条の規定は、昭和 34 年 4 月から変化しておらず、また、その当時は、民法 958 条の 3（昭和 37 年民法の一部改正により規定）[958 条の 2]は規定されてなかったため、意識的に同条が除外されたとはいえないという背景がある。

確かに、民法 958 条の 3[958 条の 2]が規定された後に成立した著作権法（昭和 45 年成立）、種苗法（平成 10 年成立）、半導体回路配置法（昭和 60 年成立）の文言は、特許法の規定ぶりとは異なっている。これが特別縁故者の財産分与を肯定する主要な論拠となり、民法 255 条と 958 条の 3[958 条の 2]の適用関係について判示した最高裁判例⁹³⁸（以下「本件判例」という。）の調査官解説⁹³⁹でも、同様の指摘がなされている。

また、特許法の立法担当者の解説によれば、同法 76 条は、「民法の規定により諸種の手

⁹³⁶ 正式名称は「千九百年十二月十四日にブラッセルで、千九百十一年六月二日にワシントンで、千九百二十五年十一月六日にヘーグで、千九百三十四年六月二日にロンドンで、千九百五十八年十月三十一日にリスボンで及び千九百六十七年七月十四日にストックホルムで改正された工業所有権の保護に関する千八百八十三年三月二十日のパリ条約」（工業所有権の保護に関するパリ条約）。

⁹³⁷ 中山・著作権法 p.561 注 3

⁹³⁸ 最判平成元年 11 月 24 日、民集 43 卷 10 号 1220 頁

⁹³⁹ 上田豊三「最判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成元年度』（法曹会、1991）pp.449-450（以下「上田・最判解」という。）

続を行い、その結果、なお権利を主張する者がいない場合にのみ特許権は消滅することを明瞭にするため」に規定したとする⁹⁴⁰。「相続権を主張する者がいない場合」とは記述されていないことから、(権利性が認められていない)特別縁故者の財産分与を前提にしているとも読めるが明確ではない。「なお権利を主張する者がいない」という文言は、特別縁故者について看過したたま立法的な手当がされていない状態と評価できよう。

以上のように考えると、特許法 76 条型と著作権法 62 条型の違いの理由が説明できる。

3.2.2 諸外国における状況

特許法 76 条型と著作権法 62 条型の違いは、相続人不存在の確定後、国庫帰属となるべき前段階に特別縁故者の財産分与請求が認められている法制度でなければ、実益がない議論である。そして、立法当初、同制度は、「わが国独自の制度」と指摘されていた⁹⁴¹。

もっとも、韓国では、1990 年のいわゆる第 3 次家族法改正により、日本法をモデルとして特別縁故者の財産分与請求を導入した(韓国民法 1057 条の 2)。わが国民法と同じく、相続人の搜索の公告期間満了後に相続権を主張する者がいないときに、同請求が認められる(同条 1 項)。これに対応して、韓国著作権法 49 条は、著作権法 62 条型と同様の規定ぶりとなっている。他方で、特許法 76 条型の規定はそもそも特許法などに存在しない。

それ以外の諸外国をみると、相続人不存在の相続財産の取扱いは、ドイツ、フランス、スイスなどの大陸法では国庫のもとで行い、イギリス法では人格代表者が行うものとされている⁹⁴²。その意味では、わが国の相続人不存在の場合の手続は、イギリス法的体系が導入されたといえる⁹⁴³。

特に、イギリスでは、遺産管理法(Administration of Estate Act, 1925)により、完全無遺言相続(total intestacy)、かつ、相続受益者不存在(bona vacantia)の場合に、王権が遺産の全部の権利を得る。王権は、裁量により、遺産から特別縁故者に分配をすることができる(AEA, s.46(1)(vi))⁹⁴⁴。具体的には、(a)無遺言者によって衣食していた者、(b)無遺言者からの財産の分配を期待できる理由のあった者には、慣習に従って、血縁の有無を問題とせずその全部又は一部の財産を与えられる。この規定は、動産と不動産を区別していないことから、理論的には、知的財産権にも適用があるが、イギリス特許法には、特

⁹⁴⁰ 特許庁・逐条解説 p.290

⁹⁴¹ 加藤一郎「民法の一部改正の解説(三)」ジュリスト 251 号(1962) p.52

⁹⁴² 谷口ほか『注釈民法 27』pp.670-671 [金山・高橋]

⁹⁴³ 田中實=人見康子「特別縁故者に対する残存相続財産の分与制度をめぐる若干問題」法学研究 40 巻 9 号(1967) pp.1-23

⁹⁴⁴ 金子敬明「第 3 部 イングランド法」大村敦志監修『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書(平成 26 年 10 月商事法務)』p.46 (<http://www.moj.go.jp/content/001128517.pdf>)

許法 76 条型のような規定がない。

そもそも、相続人不存在の場合の取扱いについて、わが国や韓国のような規定を設けていること自体稀であり、産業財産権法に規定している例は見当たらない。

また、ドイツ著作権法は、相続可能であるが（同法 28 条(1)）、著作権の譲渡は禁止されている（同法 29 条(1)本文）。特別縁故者による特定承継もない（被相続人の血族も配偶者もない場合、国庫が相続人となる（ドイツ民法 1936 条）。）ことから、このような法制度においては、本稿のような議論は起きない。

以上から、本稿の問題の所在は、わが国や韓国民法のように特別縁故者制度を採用し、かつ、知的財産法において相続人不存在に関する規定を置く場合に限定され、比較法的な議論には限界がある。

この点の難しさは従前から国際私法の分野で議論されていた。相続人不存在の際に国庫が財産取得する法的性質は、イギリス、アメリカの多くの州法などのように、国庫が領土主権の作用により、相続人不存在の財産を無主物（bona vacantia）の先占とする法制（先占主義）とドイツ、スイスなどのように国庫が最終の法定相続人として財産を取得すると考える法制（相続権主義）がある⁹⁴⁵。わが国民法は、相続権主義を採用している一方で、法改正により導入された特別縁故者の財産分与請求は、先占主義を採用するイングランド法の発想を取り入れた折衷的な側面がある。

この法制の違いには、機能面からの違いはないが、国際私法上、準拠の決定に際し、抵触法の解釈問題が生じる。しかし、特別縁故者の財産分与請求の準拠法に関しては、その特殊性や財産との密接関連性といった実質的な観点から所在地法を採用する見解が有力である。もっとも、この見解は、通常の相続との緊密な関係を軽視する傾向を有するなどとして、批判される⁹⁴⁶。

3.3 知的財産権に利害関係人がいる場合の消滅の肯否（論点 I）

3.3.1 先行研究に基づく検討

知的財産権に第三者が関与する場合である。この第三者については、登録が効力要件（特許法 98 条 1 項、種苗法 32 条 1 項）又は第三者対抗要件（商標法 31 条 4 項、半導体回路配置法 21 条 1 項 2 号、著作権法 77 条、88 条等）となっている権利である場合と、産業財産権の通常実施権のように当然対抗制度（特許法 99 条参照）を採り、指名債権一般の

⁹⁴⁵ 木棚照一「国際私法における相続人の不存在」立命館法学 90 号（1970）p.104

⁹⁴⁶ 早川眞一郎「国際的相続とわが国の特別縁故者制度—相続人不存在の処理をめぐる一考察—」名古屋大学法政論集 151 号（1993）p.124

規律（民法 467 条等）による場合⁹⁴⁷がある。

この点、第三者対抗要件の権利が登録されている場合、相続財産法人は被相続人が生前にした法律行為との関係では、「第三者」（民法 177 条）ではないとされるため⁹⁴⁸、権利者は同法人に対抗できる。ここでいう「第三者」とは、「登録が存在しないことを主張するについて正当な利益を有する第三者」⁹⁴⁹に限定されると解されており、民法 177 条の第三者限定説⁹⁵⁰と同様の議論があてはまる。

しかし、登録がなされていても、産業財産権の中で商標権のみ異なる取り扱いを認める見解が先行研究では支配的である。「使用権者が存在する場合には、使用権者の利益を考慮し、相続人搜索の公告期間内に相続人である権利を主張する者がいないときであっても、商標権が消滅することはない」とされる⁹⁵¹。

相続財産管理に関する実務解説書においても、この記述を引用し、商標権は特許権、実用新案権、意匠権と異なる扱いを受けると述べる⁹⁵²。しかし、「使用権の利益」と「実施権の利益」との区別が存在するのか、明らかにしていない。そもそも、根拠とする文献は、飽くまで、商標法の逐条解説の中で記述されているため、特許権などに積極的に言及しておらず、その意味で独自の解釈である。また、中山教授も同様の指摘をするが⁹⁵³、この言及は、商標法の文言解釈として言及しているに過ぎず、他の産業財産権に一般化できるとまで読むことは拡大解釈であろう。

なお、「相続人が不存在の場合でも、破産財団に属し、又は債権の対象となり、その他の財産の場合においても国庫に帰属するに至らないような場合は、商標権も消滅しない」と述べる文献もある⁹⁵⁴。

確かに、通説は、破産財団の固定主義（破産法 34 条 1 項）から、「当該相続財産」（同法 227 条）はすでに開始している手続の「破産財団」の一部を構成し、執行手続も、破産手

⁹⁴⁷ 特許庁工業所有権制度改正審議室『平成 23 年特許法等一部改正産業財産権法の解説』（発明協会、2011）p.11

⁹⁴⁸ 最判昭和 29 年 9 月 10 日、判例タイムズ 42 号 27 頁

⁹⁴⁹ 加戸・逐条講義 p.566

⁹⁵⁰ 内田・民法 I p.455

⁹⁵¹ 小野昌延編著『注解商標法』（青林書院、新版、2005）p.849[小池豊]（最新版である小野昌延・三山峻司編著『新・注解商標法（上巻）』（青林書院、2016）pp.1052-1053[小池豊・町田健一]も同旨である。）、中山信弘「第 40 講 商標権の消滅原因にはどのようなものがあるか」紋谷暢男編『商標法 50 講』（有斐閣、1975）p.143（以下「中山・40 講」という。）も同旨。

⁹⁵² 片岡ほか・成年後見・財産管理の実務 p.399

⁹⁵³ 中山・40 講 p.143。また、中山教授は、商標法 35 条、特許法 76 条は「第三者の権利を害することは立法趣旨ではな」く、「基本的には立法の不備というべきであり、改正が望まれる」と指摘している。

⁹⁵⁴ 網野誠『商標』（有斐閣、第 6 版、2002）p.882

続の中で処理されるため、国庫帰属はしない⁹⁵⁵。したがって、知的財産権を有する破産者が破産手続開始決定後に死亡した場合、当該知的財産権は相続財産ではなく、破産財団を構成する⁹⁵⁶。

しかし、破産手続開始決定がなされることなく、商標権に担保権や質権が設定されていて、かつ、相続人不存在の場合、破産財団を構成する場合とは異なり、一般法である民法により規律され、相続財産法人に知的財産権は帰属する。その後は、相続財産管理のフローによって、権利処理される。つまり、「国庫に帰属するに至らない」状態で商標権が存続するわけではない。

したがって、債権者の利益を確保するため、国庫帰属を限定的に認めるのが帰結であろう。仮に、国庫帰属を否定したとしても、「国庫に帰属するに至らない」状況とはいえ、同列に論じられるのか疑問である。

3.3.2 商標権とそれ以外の産業財産権の区別の要否

仮に、使用権と実施権を区別する実益が存在するとすれば、後述する使用権者が商標権者との契約内容などから、特別縁故者に該当し、商標権を取得する余地が認められ、半永久的に商標権者となる点であり、それは商標法独自の価値である。しかし、そこまで念頭に置いた記述か不明である。

産業財産権の移転という観点からは、商標権とそれ以外の産業財産権における財産権では、権利の移転と実施権又は使用権の移転において、条文上の違いがある。

まず、現在、産業財産権の移転は、意匠法 22 条、商標法 24 条の 2 第 2 項以下の例外を除き、自由譲渡が原則である。それらの例外規定も、関連意匠の移転の制限や地域団体商標の譲渡制限であり、権利の特殊性からである。

ただし、沿革的には、商標権の譲渡は、商標権の性質として人格権的側面が強く、商標の用いられる営業との繋がりが重視され、かつ、一般需要者の出所混同を防止する公益の見地から、営業譲渡とともに商標を移転しない限りは移転の効力を認めない制度であった（旧商標法（大正 10 年法）12 条 1 項）。現在では、TRIPS 協定⁹⁵⁷21 条との関係もあり、事業の移転とは無関係に、原則として自由譲渡を認めている（商標法 24 条の 2 参照）。こ

⁹⁵⁵ 藤本利一＝神川朋子「破産者死亡の場合における破産財団の範囲—自由財産と新得財産の処理に関する一考察」阪大法学 59 巻 2 号（2009）pp.249-263

⁹⁵⁶ 伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、第 4 版、2018）pp.254-255。その後の知的財産権のライセンス契約は破産法 53 条 1 項により、破産管財人が履行請求又は解除権を行使する選択をすることになる（詳細は金子宏直「13 ライセンス契約」竹下守夫・藤田耕三編集代表『破産法大系第 II 巻-破産実体法-』（青林書院、2015）p.331 以下参照。）。

⁹⁵⁷ 正式名称は「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」。

れは、商標権の財産的利益を重視しているからである⁹⁵⁸。また、出所混同が生じて、品質保証があれば、一般需要者には何らの影響がないとよいから、公益上は問題がないからである⁹⁵⁹。

このような沿革的理由を考慮すれば、特別縁故者の財産分与は、人的関係が重要視される場面であるから、商標権の性質自体から他の産業財産権と区別することには、説得力がある。しかし、現在、TRIPS 協定のような国際的なハーモナイゼーションが求められ、規律が他の産業財産権と同様であることからすれば、この点を強調することは妥当ではない。

次に、実施権の移転は、実施の事業とともにする場合、権利者の承諾を得た場合、相続その他の一般承継の場合に可能とされる（特許法 77 条 3 項、94 条 1 項、実用新案法 18 条 3 項、24 条 1 項、意匠法 27 条 4 項、34 条 1 項）。他方で、使用権の移転は実施の事業とともにする場合を含まない（商標法 30 条 3 項、31 条 3 項）という違いがある。

本稿の問題意識の観点からすれば、ライセンサー側として、「承諾」（特許法 77 条 3 項など）を相続財産管理[清算]人がなし得るかという問題はあるが、実施権又は使用権の移転は、ライセンシー側の問題であり、解釈上影響はないであろう。

さらに視点を変え、経済的利益という観点からすれば、例えば、特許の価値は、わずか 1 年であっても、多額となることもあり得るため、権利が有限であることをもって、使用権と区別することは妥当ではない。さらに、実施権設定の経緯など、人的関係といった客観的な契約以外の事情を含め、総合考慮する必要がある。なぜなら、特別縁故者の財産分与請求において極めて重要な相当性判断において、総合考慮されるからである。

そうであれば、実施権や使用権を設定している場合は、実施権者等の利益を考慮して、形式的に、商標権のみ格別に扱うべきではない。そして、実質的な個別検討の余地を認めるためには、理論の上、一律に知的財産権は、相続人搜索の公告の段階で権利は消滅しないと考え、特別縁故者の財産分与請求の機会を与え、個別判断をする余地を認めるべきではないか。この限りで、産業財産権が国庫帰属し得るが、その期間は契約によることになる。

3.4 知的財産権の民法 958 条の 3[958 条の 2]（類推）適用の可否（論点 II）

特許法 76 条型と著作権法 62 条型の規定の差異に、合理的な理由はないとすれば、特許法 76 条型にも、民法 958 条の 3[958 条の 2]の類推適用の余地がある。相続財産管理の終期が変わるだけでなく、特別縁故者が、産業財産権に見られる、特許法 76 条型の知的財産権を財産分与によって取得する余地があることになり、影響は大きいと思われる。

⁹⁵⁸ 田村善之『商標法概説』（弘文堂、第 2 版、2000）pp.426-427

⁹⁵⁹ 網野誠『商標』（有斐閣、第 6 版、2002）pp.872-873

したがって、以上の経緯も参酌しつつ、文理解釈によって当然に民法 958 条の 3[958 条の 2] (類推) 適用を否定せず、同条の立法趣旨を踏まえて検討する必要がある。

この点、上田調査官が、特許法 76 条の解釈に関して、当時の学説状況を整理している⁹⁶⁰。

しかし、文理解釈から民法 958 条の 3[958 条の 2]の適用は排除されているとする見解(以下「否定説」という.)が多数説⁹⁶¹である。もっとも、同条の適用の可否に関し、言及していない、または同条を意識しているのか不明確な文献も多い⁹⁶²。

一方、土肥教授は、特許法について、民法 958 条の 3[958 条の 2]の公告期間の経過を解除条件とすべきとして同条の適用の余地を認める⁹⁶³。また、意匠法についても同様の言及をする⁹⁶⁴。

また、中山教授は、かつて、特許法 76 条の逐条解説の中で、「その間に相続人が現れない場合は、特別縁故者への相続財産の分与をすることができる(民法 958 条の 3[958 条の 2])。そして、それによっても特許権が処分されなかった場合に初めて消滅することになる」と述べていた(以下「肯定説」という.)⁹⁶⁵。しかし、なぜ、同条の規定による財産分与の請求が認められるのか、特に言及しておらず、その後、特許法においては、著作権法の規定との違いに言及して、否定説を前提にしている⁹⁶⁶。

そして、論点 I との関係では、一定の要件を満たす利害関係人がいる場合、限定的に国庫帰属を認めるため、論点 II においても、肯定説と親和性がある。なぜなら、相続財産管理のフローにおいて、国庫帰属に至る前段階として、特別縁故者の財産分与請求期間が設けられているからである。実際に、実務解説書においても、商標権は、特別縁故者の財産

⁹⁶⁰ 上田・最判解 pp.450-453

⁹⁶¹ 中山=小泉・前掲書『新・注解特許法(中巻)』p.1446 [森崎・根本]、元木伸『特許民法—工業所有権取引と侵害—』(発明協会、1976) p.244

⁹⁶² この点は上田・最判解説 p.453 でも指摘されている。例えば、満田重昭=松尾和子編著『注解意匠法』(青林書院、2010) pp.463-467 [角田政芳]、茶園成樹編著『意匠法』(有斐閣、第 2 版、2020) p.230 [陳思勤]、斎藤瞭二『意匠法概説』(有斐閣、補訂版、1995) p.302、高田忠『意匠』(有斐閣、1979) p.478 など意匠法に関する主要文献は、相続人不存在の場合、民法 959 条によれば相続財産は国庫に帰属する旨記述するが、少なくとも昭和 37 年改正後の民法 959 条は、特別縁故者の財産分与(あるいは期間経過)後の残余財産が国庫帰属すると規定されている。

⁹⁶³ 紋谷暢男編著『特許法 50 講』(有斐閣、第 4 版、1999) p.235 [土肥一史]

⁹⁶⁴ 紋谷暢男編著『意匠法 25 講』(有斐閣、改訂版、1985) p.176 [土肥一史]

⁹⁶⁵ 中山信弘編著『注解特許法上』(青林書院、第 3 版、2000) p.810 [中山信弘]

⁹⁶⁶ 中山信弘『特許法』(弘文堂、第 4 版、2019) pp.606-607。したがって、民法 958 条の 3[958 条の 2]の適用に関して、中山=小泉・前掲書『新・注解特許法(中巻)』p.1446 [森崎・根本]が肯定説の論拠として、中山・前掲『注解特許法上』を挙げるのは、適切ではなからう。

分与の対象となるとする⁹⁶⁷。

3.5 知的財産権の準共有の場合（論点Ⅱ関連）

3.5.1 民法 958 条の 3[958 条の 2]と 255 条

著作権法 62 条型は、民法 255 条と 958 条の 3[958 条の 2]の適用関係において、同条の適用を優先する見解と同じ思想に立って立法されているとされる⁹⁶⁸。

前述した本件判例は、明示的には所有権の共有に限定されている。しかし、知的財産権を含む「所有権以外の財産権」は、「法令に特別の定めがあるとき」以外は民法の共有の規定が適用され（民法 264 条）、同法 255 条は特許権の共有の場合にも妥当する⁹⁶⁹。

そうすると、同法 255 条と 958 条の 3[958 条の 2]の優先関係は、著作権法 62 条型だけでなく、知的財産権の準共有の場合全てに、本件判例の射程が及ぶことになる。そして、本件判例の調査官解説で、敢えて判示されていない知的財産権の特許法 76 条型と著作権法 62 条型の違いについて、指摘していることは重要であろう。

これは、本件判例における多数意見の解釈法理からすれば、特許法 76 条型においても、民法 958 条の 3[958 条の 2]適用の余地があることを示唆しており、また、上田調査官は、特許法等の解釈においても肯定説が有力となると指摘する。

高林教授も同様に、民法 958 条の 3[958 条の 2]の適用が、同法 255 条との関係において優先するとした本件判例に言及し、特許法 76 条の解釈も、本件判例の趣旨を類推し、「民法 958 条の 3（引用者注：令和 3 年民法改正後 958 条の 2）を優先的に適用すべき」とする⁹⁷⁰。ここでの「優先的に適用」とは、民法 255 条との関係性であれば、特許権の準共有関係にある場合に限定されるようにも読める。もっとも、後述するように本件判例は、相続財産が共有か否かによって取り扱いが異なる不合理を指摘しており、準共有の場合に限定することは相当ではない。

仮に準共有の場合に限定すると、相続財産管理[清算]人が財産調査によって、被相続人とそれ以外の者との準共有の特許権が存在する場合のみ、相続財産の確定の時期が、より遅くなることになる。しかし、それが準共有の特許権が存在する場合だけに限定されているのか、相続財産管理の手続との関連についての言及はない。

そこで、改めて、本件判例の評釈は多数あるが、論点Ⅱとの関係から分析したい。

3.5.2 事案の概要

本件は、上告人が家庭裁判所において、特別縁故者とされ、当該不動産の持分権の分与

⁹⁶⁷ 商標権の場合につき、片岡ほか・成年後見・財産管理の実務 p.467

⁹⁶⁸ 上田・最判解 p.449

⁹⁶⁹ 高林龍『標準特許法』（有斐閣、第 7 版、2020）p.116。著作権につき田村・著作権法 p.285

⁹⁷⁰ 高林・同上 pp.125-126

を得る審判を受けた。当該審判に基づき当該不動産の持分権移転登記の申請をしたところ、登記官に却下された。そこで、法務局長への審査請求手続を経て、当該却下処分を取り消しを求めたものである。

3.5.3 判示

本件多数意見では、要旨として①民法 958 条の 3[958 条の 2]新設前の改正前同法 959 条 1 項は、一切の清算手続が終了してもなお相続財産がこれを承継すべき者のないまま残存することが確定した場合に国庫帰属することを定めた規定である。②民法 255 条の「相続人なくして死亡したとき」とは、相続人不存在だけでなく、当該共有持分が清算手続後もなお承継すべき者のないまま相続財産として残存することが確定したときをいう。③民法 958 条の 3[958 条の 2]は、特別縁故者の存否にかかわらず相続財産が国庫に帰属する不合理を避けるだけでなく、遺贈・死因贈与制度を補充する趣旨も含まれる。④特別縁故者の財産分与制度があるにもかかわらず、相続財産が共有持分であるだけでその分与を受けられないのは不合理であることを判示する。

他方、香川裁判官の反対意見は、文言解釈を優先し、民法 958 条の 3[958 条の 2]が清算後残存する相続財産一般の規定であり、同法 255 条は、相続財産中の特定の共有持分についての特別規定であること、同法 958 条の 3[958 条の 2]新設の際に同法 959 条や同法 255 条について同法 958 条の 3[958 条の 2]優先説に沿う立法上の手当てがなされていないこと、同法 255 条優先説を採ったとしても、極めて不合理で妥当性を欠く理由は見いだせないことを理由としている⁹⁷¹。

3.5.4 知的財産法学からの検討

本件判例の多数意見は、相続財産の国庫の帰属時期が、特別縁故者に対する財産分与手続の終了後になり、結果として、民法 255 条の適用時期も、(当時の)同法 958 条 1 項と同時に、共有持分の他の共有者への帰属時期も右財産分与手続の終了後となったため、同法 958 条の 3[958 条の 2]が同法 255 条より優先して適用されるとする。つまり、残余財産の国庫帰属の時期を基準にして、民法 958 条の 3[958 条の 2]、255 条の適用される時間の前後関係に注目し、同法 958 条の 3[958 条の 2]の優先適用を認めることで⁹⁷²、特別法が一般法を破るという原則ではなく、同法 255 条の適用場面という特別な場面ではなく、適用時期が異なることを示している。

問題の所在は、香川裁判官が反対意見で述べるように、民法 958 条の 3[958 条の 2]の新設の際に、同法 959 条等の立法的手当てがなさなかったことに起因しているが、当時の立法

⁹⁷¹ 上田・最判解 p.447

⁹⁷² 執行秀幸「法規範対立における民法規範の衝突 (1)」中央ロー・ジャーナル 11 巻 3 号 (2014) p.48 (以下「執行論文」という。)

担当局の法務省民事局内では、同法 255 条優先適用説に立っていたとされる⁹⁷³。

しかし、多数意見は立法意思によらず、民法 958 条の 3[958 条の 2]が適用されない不合理性と同法 255 条の立法趣旨との比較をしている⁹⁷⁴。この価値判断の対立と知的財産権の消滅に関する規定は、必ずしもそのまま当てはまらない。なぜなら、知的財産権は相続人不存在の場合は、原則として権利が消滅するため、①民法 958 条の 3[958 条の 2]の立法趣旨である「特別縁故者が財産分与を得る利益」と②同法 255 条の立法趣旨である「他の共有者が死亡した者の共有持分を得る利益」に加えて③「知的財産権が PD となる利益」があるからである⁹⁷⁵。

この点、②の民法 255 条の立法趣旨に関し、知的財産権の共有は、所有権の共有とは異なるため、民法 255 条の趣旨も所有権とは異なる配慮が必要となる。持分の譲渡は、他の共有者の同意が必要であり（特許法 73 条 1 項、実用新案法 19 条 3 項、意匠法 28 条 3 項、商標法 31 条 6 項、種苗法 23 条 1 項、半導体回路配置法 14 条 3 項、著作権法 65 条 1 項）、その趣旨は、特許法においては、「一人が使用したために他人が使用できなくなるものではなく、しかも投下する資本と特許発明を実施する技術者いかにによって効果が著しく違い他の共有者の持分の経済的価値も変動をきたす」からとされる⁹⁷⁶。これは、創作法である特許法、実用新案法、意匠法、種苗法などについては当てはまるが、標識法である商標法には直接当てはまらない。商標権は、譲受人の反対によりライセンスができない不利益（商標法 35 条、特許法 73 条 3 項）が強調される⁹⁷⁷。また、各共有者の自己使用は自由であるが、需要者の出所混同機能が害されることになるため、特許法の準用を疑問視する見解も有力である⁹⁷⁸。著作権も、著作権法 65 条 2 項により共有著作権の行使は全員の合意に基づくことを要求しているため、著作権の行使が円滑に行えなくなる危険性を排除する目的で導入されている⁹⁷⁹。

もっとも、一般承継は「譲渡」ではないため、相続人のいる 1 人の共有者が死亡した場合、相続人との間で権利行使が円滑に行えなくなる危険は排除されていない。しかし、特別縁故者の財産分与を認めると、より権利行使が円滑に行えなくなる蓋然性は拡張されるため、譲渡に他の共有者の同意を要するとした立法趣旨からは、民法 958 条の 3[958 条の

⁹⁷³ 上田・最判解 p.445

⁹⁷⁴ 執行論文 p.49

⁹⁷⁵ なお、前提として知的財産権に民法 255 条の適用があるか問題となるが、肯定する見解が多数説といえる（高林龍『標準特許法』（有斐閣、第 7 版、2020）p.116、加戸・逐条講義 p.501 など）。

⁹⁷⁶ 特許庁・逐条解説 p.286

⁹⁷⁷ 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』（有斐閣、第 2 版、2008）p.546

⁹⁷⁸ 田村・著作権法 p.393、小野ほか編著『新・注解商標法（上巻）』（青林書院、2016）pp.1046[小池・町田]

⁹⁷⁹ 加戸・逐条講義 p.518

2]の適用はない方が好ましい。つまり、同条の規定は著作権法 62 条型においては条文中、認められるため、特に問題となるのは、特許法 76 条型であり、それも上記の立法趣旨からすれば、商標法において、民法 958 条の 3[958 条の 2]の立法趣旨との価値判断が、必要となる。

次に、③「知的財産権が PD となる利益」について、考慮する必要がある。所有権は国庫帰属するが、知的財産権は原則として消滅し、誰もが自由に使える公益が生じる。当該知的財産権と利害関係がなかった者はもちろん、実施権者等も同様に、ライセンス料を支払うことなく実施等ができる。そしてそれが政策的に望ましいからこそ、権利の消滅を前提としている。仮に民法 958 条の 3[958 条の 2]の適用が特許法 76 条型で肯定される場合は、それを上回る価値が存在しなければならず、これは、民法 255 条の立法趣旨とは明らかに異なる。

さらに、意匠権は意匠法 32 条の要件を満たす場合、意匠権が消滅せずに、国庫帰属を肯定すると、存続期間満了後に法定通常実施権が成立し得る。想定例として、意匠権者 X の登録意匠 α と意匠権者 Y の登録意匠 β とが α 、 β に類似する意匠 γ をともに有しているところ、X が先出願ならば Y は γ の実施ができない（意匠法 26 条 2 項）⁹⁸⁰。このとき、X の意匠権に専用実施権が設定後、相続人不存在の X に相続が発生すると、国庫帰属の可否が問題となる。国庫帰属を認めると、国庫帰属中に存続期間満了後した専用実施権者が γ について、「原権利の範囲内」で法定通常実施権を取得する（同法 32 条 2 項により、国への対価の支払いが必要となる。）事例が想定される（もっとも、国庫帰属を否定しても、この事例の場合、 γ については、PD とはならない。なぜなら、意匠 γ は Y の意匠 β の類似範囲に属するからである（同法 23 条 1 項）。つまり、この事例の場合、専ら実施権者の保護という点に限定される。).

ところで、前述したように、比較法的観点からは、特別縁故者の財産分与は特異な制度である。そのため、知的財産権が PD 化しないことに対して国際的調和から反するとも考えられる。しかし、次の 2 点から許容できると考える。

1 点目として、同制度は相続発生が前提であり、相続は偶然の事情に過ぎず、相続が発生しなければ、法定の期間、知的財産権が存在していたのであるから、当該権利と全く関係のない第三者が蒙るべき損失も利益も存在しない。

2 点目として、知的財産権の残りの存続期間、PD 化しなくとも、公益的な観点からの社会的損失は限定的である。同制度は、遺言法の補完制度として、国庫帰属させるより、特別縁故者に財産を帰属させるべきという価値判断に基づく。知的財産権の場合、これが当てはまらない。しかし、知的財産の場合、その積極的な活用が求められている（知的財

⁹⁸⁰ 特許庁・逐条解説 pp.1287-1288

産基本法3条参照)。そのための制度基盤整備としての法解釈として、すぐに当該知的財産権を活用できる特別縁故者に該当する実施権者等が存在するのであれば、その者に権利を帰属させることが、結果として、社会全体としても有益であり、同条の趣旨にも合致する。

3.5.5 小括

以上の価値判断は、常に一意に決めるべきでない。つまり、特別縁故者の範囲や財産分与の範囲は全て家庭裁判所の裁量に委ねられているため、知的財産権の共有者が蒙る不利益の存否及び内容は、特別縁故者の適格性や財産分与の範囲の判断の中で家庭裁判所が審判すれば実現できる。また、PDとなる公的利益は、財産分与の際の相当性において、比較衡量可能な問題である。

とすれば、本件判例の多数意見の法解釈のような価値判断によると、特許法76条型が、一律に民法958条の3[958条の2]の適用を排除していると解釈することは、妥当ではないという結論が導出される。

3.6 実務における相続財産管理と知的財産権の帰属

実務において、特許法76条型と著作権法62条型の文言上の違いや、後述する特別縁故者の財産分与が知的財産権に関して問題となったことは、公刊物にはない(少なくとも、各種判例雑誌及び『家庭裁判月報』、『家庭の法と裁判』、審判例などをまとめた文献にも掲載はなかった。) ⁹⁸¹。実務上の要請がなく、司法研修所(2003)や片岡ほか(2014)において、知的財産権の帰属に関する記述があるものの、詳細な記述や理論的検討がなされていないのは、本稿の問題意識が法律関係者に共有されていない証左であろう。

さらに、特別縁故者の財産分与は、前述のとおり、相続人搜索の公告の申立てを相続財産管理[清算]人が行い、公告期間満了後に相続人の不存在が確定した後に行われる手続である。しかし、負債が多い場合は、解釈上、相続人搜索の公告をする必要はない⁹⁸²。積極財産を債権者に按分弁済して、管理終了となることが一般的である⁹⁸³。

これが、明文で特別縁故者の財産分与が認められている著作権法62条型においても、問

⁹⁸¹ 最近の文献として梶村太市『裁判例からみた相続人不存在の場合における特別縁故者への相続財産分与と審判の実務』(日本加除出版, 2017)があるが、知的財産権に関する審判例は記載がない。

⁹⁸² 司法研修所『財産管理人選任等事件の実務上の諸問題』(法曹会, 2003) p.75, 片岡ほか・成年後見・財産管理の実務 p.390

⁹⁸³ 理論的には、相続財産の破産になり、平成17年改正前の旧破産法136条2項は、相続財産管理[清算]人に破産申立義務を課していた。しかし、債務超過型の相続財産は、申立費用がかかることから、債権額や債権者が不明な場合を除き、相続財産管理[清算]人が清算、配当を行うことが一般的であることから廃止された。もっとも、実務上の要請であるため、弁済における優先順位について、明文はない。ただし、民事執行法106条、107条の規定に準じ、残りの配当原資たる残余の相続財産を相続債権者の同意を得て按分配当するのが一般的と思われる。

題が表面化しない原因と思われる。それ以外にも、知的財産権の自然人保有の割合が低いこと、存続期間が限られていることなどの要因もある。

しかし、民法 958 条の 3[958 条の 2]は、前述したように、遺言制度の補完的役割であり、他方で知的財産権は、原則として自由な譲渡を保障している。そうであれば、遺言から漏れた財産の帰属について制度趣旨を踏まえる必要がある。

また、存続期間が比較的長い著作権や更新登録が可能な商標権における民法 958 条の 3[958 条の 2]の適用は、経済的利益の観点からしても、問題が顕在化していないだけで、潜在的なニーズはあると思われる。

4. 知的財産権と民法 958 条の 3[958 条の 2]で認められる範囲（特別縁故者性及び相当性要件）（論点Ⅲ）

4.1 特別縁故者の財産分与の意義

前述したとおり、著作権法 62 条型は条文上当然として、特許法 76 条型においても、民法 958 条の 3[958 条の 2]の（類推）適用があり得るとした。では、実際に、どのような範囲で認められ得るのか、同条の制度趣旨から緋き、検討したい⁹⁸⁴。

本件判例の多数意見も判示するように、同条は、遺言法や遺贈ないしは死因贈与法を補充するものとして理解すべきとされる。つまり、本来的には、遺言を活用すべきであるところ、わが国の実情から、自筆証書遺言の様式の厳格性（民法 968 条）や遺言に対する国民意識の乏しさから、この欠点を補って死者の遺志の実現を図るための制度として捉えられている⁹⁸⁵。

民法 958 条の 3[958 条の 2]は、「特別縁故者」に該当し、家庭裁判所が分与を「相当」と認める場合に限られ、この 2 つの要件を満たさなければ、財産分与は認められない。また、この相当性は、財産の量的な面にも影響し、残余財産のうち、どの程度を与えるかについては、専ら裁判所の裁量に委ねられている。また、特別縁故者となるべき者に請求権を認めたのではなく、家庭裁判所における審判によって形成される権利に過ぎない⁹⁸⁶。

なお、相続財産管理[清算]人の申立て（家事事件手続法別表第一の 99 項）が年々増加し

⁹⁸⁴ 沼辺愛一・藤島武雄「特別縁故者に対する相続財産の処分をめぐる諸問題」判例タイムズ 155 号（1964）pp.231-244 が立法直後の状況、手続及び未刊行審判例を検討する。手続面は旧家事審判法に基づいているが、現行法との違いは少ない。

⁹⁸⁵ 谷口ほか・注釈民法 27p.726 [久貴忠彦・犬伏由子]

⁹⁸⁶ 最判平成 6 年 10 月 13 日、家庭裁判月報 47 卷 9 号 52 頁。この事案は、遺言無効確認訴訟における民法 958 条の 3[958 条の 2]の審判申立前の原告適格を否定したものである。学説上は、本条の法的性格の問題がある（中川善之助・泉久雄『相続法（法律学全集 24）』（有斐閣、第 4 版、2000）p.464。実務上は、恩恵的性格とされる（沼辺愛一・藤島武雄「特別縁故者に対する相続財産の処分をめぐる諸問題」判例タイムズ 155 号（1964）p.235）。

ているのにほぼ比例して（平成 28 年度は、19811 件）、特別縁故者の財産分与の申立ても増加傾向にある（平成 28 年度は、1583 件）。また、同申立ての既済総数 984 件のうち、816 件が（一部）認容で終局している⁹⁸⁷。

4.2 特別縁故者の意義

では、「特別縁故者」とは何か。法律上は、①被相続人と生計を同じくしていた者、②被相続人の療養看護に努めた者、③①及び②以外で、被相続人と特別の縁故があった者となっている。①は、親族又は事実上それと同視されてよい者（例として内縁配偶者がある。）とされている。知的財産権の権利者であった者と①及び②の関係にあれば、相続法における議論の範疇である。しかし、①及び②に該当しないけれども、実施権者等又は利用権者（半導体回路配置法及び種苗法の利用権者を指す。以下同じ。）として③に該当する場合があります得るのか、知的財産権の特殊性から検討される必要がある。

まず、一般論として、民法 958 条の 3[958 条の 2]に関する審判例を取り上げると、③について、「同法条に例示する二つの場合に該当する者に準ずる程度に被相続人との間に具体的且つ現実的な精神的・物質的に密接な交渉のあった者で、相続財産をその者に分与することが被相続人の意思に合致するであろうとみられる程度に特別の関係があった者をいうと解するのが相当」としたもの⁹⁸⁸、前記の立法趣旨を踏まえ、被相続人の意思に合致するであろうと推測されるような者などが挙げられる⁹⁸⁹。

次に、知的財産権の特殊性を検討すると、権利の有限性と換価困難性の 2 つが挙げられる。権利の有限性が意味するのは、仮に特別縁故者の財産分与を認めたとしても、PD となる時点が延長されたのでなく、相続という偶然の事象がなければ、本来存続していた期間まで PD とならないことを意味する。ただし、商標権は、更新登録によって、半永久的に使用可能となるが、この点は、相当性で判断されるべきであろう。

したがって、一定の場合に存続期間の延長登録（特許法 67 条の 2）が認められる可能性を考慮⁹⁹⁰しても、商標権以外については、実益が少ないように思われる（さらに、意匠権については、デザインのライフサイクルを考慮すれば、それが顕著である。）が、研究開

⁹⁸⁷ 最高裁判所、「平成 28 年度司法統計（第 3 表家事審判事件の受理、既済、未済）」pp.3-4
(<http://www.courts.go.jp/app/files/toukei/293/009293.pdf>)

⁹⁸⁸ 大阪高決昭和 46 年 5 月 18 日、家庭裁判月報 24 巻 4 号 47 頁

⁹⁸⁹ 東京家審昭和 60 年 11 月 19 日、判例タイムズ 575 号 56 頁

⁹⁹⁰ もっとも、平成 28 年 12 月 16 日に公布された「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」には、特許権の存続期間の延長制度の整備として、特許出願の日から 5 年を経過した日又は出願審査の請求があった日から 3 年を経過した日のいずれか遅い日以後に特許権の設定の登録があった場合に、特許権の存続期間の延長ができる制度を設けることが盛り込まれている。

発コストを考慮すると、経済的な影響は大きい場合もあり、抽象的な議論より、対象となった知的財産権ごとに個別に議論すべき問題である。

次に、知的財産権の換価困難性がある。通常どおり、相続人の搜索公告の期間満了までに、第三者が適正な価格で知的財産権の譲渡を申し出れば、相続財産管理[清算]人は、家庭裁判所からの権限外行為許可を得て、譲渡契約を締結することも可能である。前述したように、非金銭的財産の換価が重要であり、流動資産化に積極的だからである。

しかし、知的財産権の場合、譲渡をするにしても、家庭裁判所はその価値を把握しなければならず、その評価方法が問題となる⁹⁹¹。原則的には、私的鑑定などによって、評価額を算定するしかない⁹⁹²。反対から見れば、仮に適切に評価がなされず、利用権者、実施権者等に譲渡されたとすれば、PDとなる利益が損なわれていることになる。

4.3 具体的事案（仮想事例）に基づく検討

ここで、仮想事例として、被相続人 X が登録商標甲を自身が製造する製菓 A に付して使用し、そののれん分けとして、Y との間で通常使用権の許諾契約（期限の定めなし、年額 100 万円の使用料）を締結し、Y は独自に開発した製菓 B に登録商標甲を付して X の生前から販売していた場合（4.2 で述べた①及び②に該当する評価根拠事実はない。）において、被相続人と特別の縁故があった者に該当するか、検討したい。

まず、被相続人からののれん分けし、製菓 B に自身の登録商標の使用を認める通常実施権許諾契約をしていたことから、被相続人との間に「被相続人との間に具体的かつ現実的」な「物質的に密接な交渉」があったといえるであろう。特に、商標は出所表示機能や品質保証機能を有し、登録商標甲の適切な使用が見込まれているからこそ、通常使用権を許諾するのが通常であり、この信頼がなければ、使用料としての対価以前の問題である。通常使用権者の使用方法によっては、第三者から商標法 53 条の取消審判請求がされる可能性があり、経済的利益を超えて一定の信頼関係（自身の商標権が取り消されるリスクがほぼあり得ないこと）がなければ、契約締結ができないという点が特許権などとは異なる。

したがって、通常使用権者につき、被相続人と特別の縁故があった者、に該当する余地がある。

⁹⁹¹ 売却が権限外行為許可される基準として、売買金額、売却の必要性などが審査対象となる（財産管理実務研究会『不在者・相続人不存在財産管理の実務』（新日本法規，新訂版，2005）pp.71-72 参照）。

⁹⁹² 相続人不存在の相続財産管理事件において、鑑定人の選任ができるのは、民法 957 条 2 項、930 条 2 項に該当する弁済に限られている（家事事件手続法別表第一の 100 項）。なお、実務上、債権執行手続（民事執行法 143 条以下）では、知的財産権の差押え後の譲渡命令・売却命令（同法 161 条 1 項）において、知的財産権の評価がなされることがある（東京地方裁判所民事執行センター実務研究会編著『民事執行の実務債権執行編<下>』（金融財政事情研究会，第 3 版，2012）p.210）。

さらに、専用使用権者であれば、なお特別縁故性を肯定できる。専用使用権を設定すると、その範囲で商標権者自身の使用も制限されるのであるから、設定範囲内での使用行為を全権的に委任していると評価できるからである（商標法 50 条の不使用取消審判のリスクは通常実施権より高いといえよう。）。

では、特別縁故者に該当するだけの「精神的」に密接な交渉があるかが問題となるが、これは、ビジネス的な要素以外の契約者当事者の生前の関係という非定型的な要素がなければ認められないとするべきではない。しかし、重要な間接事実として、例えば、契約内容に存続期間の定めがない又は自動更新条項があるにもかかわらず、利用料が実際の売上より低廉である場合などが考えられる。このような場合、契約的な関係以上に精神的な交渉があったと評価できるのではないか。

仮想事例では、製菓 A や B の売り上げや登録商標甲の市場価値（著名商標かどうか）によって、通常使用権許諾契約の年間使用料である 100 万円の価格の市場適正が決まり、結果として、特別縁故性が変わる可能性がある。

このとき、被相続人の財産分与の意思の合致が要件となるが、特に、相続財産を構成する知的財産権については、利用権者、実施権者等に財産分与を認める余地が大きいと思われる。なぜなら、知的財産権の活用には、一定の技術や経験が必要であり、これは単なる親族ではむしろ困難だからである。仮想事例において考えると、商標権が親族に準ずる関係の第三者に譲渡されても、その商標的使用ができないおそれがある一方、Y の当該商標権の活用が期待できる。この点、通常使用権許諾の事実を、商標権自体の譲渡をしない意思と評価することもできる⁹⁹³。しかし、通常使用権許諾は、X 自身が製菓 A を販売する目的があったからであり、商標権の有効活用、周知性の拡大などを考えれば、財産分与の意思が肯定し得るケースもあろう。

4.4 相当性の意義

次に「相当性」要件を検討する。基本的には、縁故関係の程度等を総合考慮するとされるに留まっており、家庭裁判所の広範な裁量が認められている。また、上記のとおり、特別縁故関係の有無の判断によって、実質的に相当性判断が取り込まれており、特別縁故者に該当すれば、特段の事情がない限り、分与の相当性が肯定される⁹⁹⁴。

しかし、知的財産権を構成する相続財産の場合、知的財産権とそれ以外で考えることが

⁹⁹³ 専用使用権者はともかく、通常使用権者は特別縁故性を否定すべきとの見解もあり得る。しかし、本稿では、意思の尊重が重要であり、この違いは定性的でなく、定量的な問題と考えるが、議論の余地はある。また、使用権設定は通常使用権がわが国の法慣習として一般的である事実は無視できない（もっとも、この事実は通常使用権者の特別縁故性を否定する要素と評価づけることも可能である。）。

⁹⁹⁴ 司法研修所『財産管理人選任等事件の実務上の諸問題』（法曹会，2003）

できよう。つまり、上記のような使用者者に特別縁故性を認める場合、財産分与の相当性は、当該知的財産とそれ以外では異なるからである。前者については、相当性が認められる要素が大きいことは、特別縁故性の検討で論じたとおりであるが、それ以外の流動資産であっても、相続財産の形成過程の事情を踏まえれば一例えば、商標権の利益が膨大で相続財産の構築に大きく寄与している場合には一知的財産権以外の財産についても、使用権設定契約の適正価格と比較して、それに不足するような例外的な場合には、相当性を肯定して、使用者者に財産分与が認められる余地があるのではないか。

さらに、このような場合、知的財産権が国庫帰属せずに消滅する社会的な不利益についても、考慮する必要がある。それは、知的財産権法が、政策上、相続人不存在のときは、権利を開放した方がよいという理念のもと制定されたように、開放することが何ら社会的な利益をもたらさず、一方で、特別縁故者に財産分与を与えた方が社会的に有用な場合があり得る。

例えば、商標権において、仮想事例の Y が特別縁故者として認められない場合、最長でも存続期間満了により、権利は消滅することになる。このとき、製菓 B を販売するにあたり、「元」登録商標であった甲を使用し続けた場合、権利侵害とされることはないが、根拠はない使用となる。一方で、甲を使用すべく商標登録出願をしても、拒絶されるおそれがある（商標法 15 条 1 号、4 条 1 項 10 号）。後続の第三者に対しては、先使用権（同法 32 条）の主張（通常の商標権の場合、その使用商標に著名性があり、不正競争の目的がないことがないなどの要件がある。）や、不正競争防止法上の保護（同法 2 条 1 項 1 号等）が想定されるに留まる。

したがって、知的財産権に対する民法 958 条の 3[958 条の 2]の請求において、「相当性」判断では、規範的に通常の財産権とは異なる知的財産権の性質をも踏まえた配慮をすべきである。

4.5 商標権以外の知的財産権

これまで、半永久的に使用し得る商標権を例に検討した。しかし、存続期間の限定されている他の知的財産権の財産分与が否定されるわけではない。確かに、相当性の考慮要素として、財産分与後の権利の残存期間が影響することは否定できない。経済的利益が期間に比例するからである。しかし、短期間でも経済的利益を生む場合もあることからすれば、それだけが理由とはならない。ただし、PD になる公的利益との比較衡量においては、商標権とそれ以外では、一時的な保護か否かという違いを生じさせる。

他方、特別縁故者の判断においては、商標権とそれ以外の知的財産権との間の違いは、原則として、ないと思われる。商標権の場合、他の知的財産権と比較して人的要素が強くなる傾向があるが、権利の種別によってシステムティックに判断すべきではない。

したがって、特別縁故性及び相当性判断は知的財産権の種別ではなく、契約内容等によって、個別に判断すべきである。

5. 本論の結論がもたらす実務の影響

5.1 総論

これまで論じたように、冒頭に挙げた問題の所在に関して、本稿の結論は、①知的財産権が特別縁故者の財産分与の対象となり、②実施権者等が当該知的財産権を取得できるかは個別事情を踏まえて、家庭裁判所が判断すべきということである。

それでは、この結論を踏まえ、実務上の影響を相続財産管理[清算]人の管理業務と清算業務に分けて検討する。

5.2 管理業務における知的財産権の取扱い

産業財産権や登録可能な知的財産権につき、相当な範囲で調査をする必要はあろう。例えば、種苗法における登録品種表示の使用努力義務（同法 55 条）や、商標法における商標登録表示の努力義務がある（同法 73 条，商標法施行規則 17 条）ため、これらの規定により登録番号が記載されているのに、その調査を怠った場合は、相続財産管理[清算]人の善管注意義務違反となろう。

一方で、移転等が登録されていない著作権の場合、これを把握できなかったとしても、直ちに善管注意義務違反となることはないと思われる。

なお、著作権の場合は、支分権単位の譲渡が認められており、譲渡者が一部譲渡の場合の権利関係が問題となるが、一般的に、譲渡された権利は、消滅しないとされている。したがって、例えば、著作物の著作権のうち、複製権、公衆送信権以外が消滅している著作物も理論的には存在し得ることになる。

次に、産業財産権固有の問題として、特許料又は登録料（以下「登録料等」という。）の納付によって初めて期間限定で財産権が認められる点がある。納付期間の徒過は、割増登録料を納付すれば足りる場合も、それを過ぎて権利が消滅する場合も、善管注意義務との関係でいずれかの選択を管理業務としてしなければならない。

①被相続人の特許料（特許法 107 条）又は登録料（実用新案法 31 条，意匠法 42 条，商標法 40 条等）の不納付の場合の納付行為，②被相続人が生前にした登録手数料の猶予又は分割納付した場合における後期分割手数料（商標法 41 条の 2 第 5 項）の納付，③特許権の延長登録出願（特許法 67 条の 2），④商標権の更新登録及びそれに伴う登録料の納付が考えられる。

これは、民法 103 条の規定する管理行為の意義を考慮する必要があるが、従前から、既

存債務の弁済は、保存行為とされており⁹⁹⁵、知的財産権の場合、登録料等の支払いという行為がなければ相続財産が減少するため、登録料等の納付行為は、保存行為の典型例であると考えられる。

したがって、①登録料等の不納付の場合は、権利を維持する意思がなく、敢えて不納付をしていたような特段の事情があったとしても、「保存」行為のために、納付する必要がある。放棄は将来効であるが、登録料等の不納付は、遡及効をもたらすからである（権利の放棄は権限外行為許可が必要であると解する.）。

②分割手数料の追納も同様であるが、前期分割登録料を被相続人が支払った事実は、当該権利を維持したい生前の意思がより明確になっており、登録料等不納付の場合に比しても、後期分割手数料の支払いは認められるべきである。

③特許権の延長登録出願は、請求適格が問題となる。つまり、特許権者の包括承継人に該当するかどうかという論点と関係するが、相続財産法人は、契約の相手方との関係で民法 177 条の第三者に当たらないとされており、基本的には包括承継人と同様と考えられている⁹⁹⁶。

もっとも、特許を受ける権利を承継した相続財産法人が権利の性質の異なる特許権の取得を求めることは、特許を受ける権利の保存行為とは評価できない。また、利用・改良行為（民法 103 条 2 号）にも当たらない。なぜなら、改良行為は、目的物・権利の性質を変えない範囲内を前提とするからである⁹⁹⁷。

そうすると、相続財産管理[清算]人の権限外行為となり、無権代理となるため、特許出願はできない。

一方で、期間延長の趣旨は、実施を禁止する法律（農薬取締法など）がなければ、特許権者は自由に発明を実施することができたにもかかわらず、当該法律によりその実施が禁止され、処分（製造・販売等の承認）を受けることにより、その禁止が解除されて初めて製造・販売等ができるようになるため、その実施の意思があったのに実施できなかった期間の回復を図るところにある⁹⁹⁸。また、延長された特許権は、限定的ではあるが、その効力が最大 5 年間延長することになる（特許法 67 条 2 項、68 条の 2）。したがって、少なくとも、特許権という財産権が、限定的ではあるものの、事実上、保存される効果をもたらすのであるから、延長登録出願を保存行為と評価することができる。

④の更新登録は、放置すれば、権利が消滅するため、それを防ぐ行為と考えれば、保存行為そのものである。

⁹⁹⁵ 内田・民法 I p.94

⁹⁹⁶ 最判昭和 29 年 9 月 10 日、判例タイムズ 42 号 27 頁

⁹⁹⁷ 内田・民法 I p.140

⁹⁹⁸ 中山信弘『特許法』（弘文堂、第 4 版、2019）p.590

また、以上の問題は、利用権者、実施権者等が存在する場合、契約の内容によって、保存行為として、更新登録や延長登録出願が必要となり得るところにある。また、保存行為に該当しなくとも、利用・改良行為となり得る。なぜなら、特許発明に対して対価を支払うべき実施権者が存在すれば、実施料が確保され、財産の価値を増加させることができるからである。

そして、この結論は、知的財産権の管理業務をより複雑にさせる。例えば、プログラムに関しては著作権法と特許法の双方による保護がなされている場合があり、条文上は、特許権と著作権では権利消滅の場面が異なることから、相続財産管理[清算]人としても、同じプログラムにおいても、特許権が消滅しているが、著作権が残存している場面が想定され、この場合の管理業務が異なることがある。

5.3 清算業務における知的財産権の取扱い

相続財産管理[清算]人の清算業務は、①相続債権者・受遺者に対する弁済、②相続財産の換価、③相続人搜索の公告、④特別縁故者の財産分与が主な手続になる。しかし、金銭以外の国庫帰属について実務上は消極的であることは述べたとおりであり、結果的には、やはり、知的財産に関しては、②相続財産の換価が重要であることに変わりはない。

もっとも、特許法 76 条型の知的財産権においても、民法 958 条の 3[958 条の 2]の類推適用を認めるため、同条 2 項の期間経過又は同条の申立後、却下（一部分与の認容）審判の確定を待つ必要がある点は大きく異なる。

このとき、国庫への帰属時期は、厳密には、国庫引継時とされている⁹⁹⁹が、著作権法 62 条型は、「国庫に帰属すべきこととなるとき」（同条 1 項 1 号参照）と規定されているため、国庫引継「時」ではなくとも、民法 958 条の 3[958 条の 2]第 2 項の期間経過又は同条の申立後、却下（一部分与の認容）審判の確定によって、「国庫に帰属すべき」状態になっていると解される。そして、本論の結論では、特許法 76 条型においても、著作権法 62 条型と同様に扱うべきであるから、前述の期間の経過等により、この状態になり、知的財産権は原則として消滅すると考えられる。

なお、国庫引継手続等が終了し「管理すべき財産がなくなった」（家事事件手続法 208 条、125 条 7 項）とき、家庭裁判所は申立て又は職権により管理人選任処分を取消しを行い、当該取消審判が告知された時、相続財産管理[清算]人の全ての任務が終了する¹⁰⁰⁰。

⁹⁹⁹ 最判昭和 50 年 10 月 24 日、民集 29 卷 9 号 1483 頁

¹⁰⁰⁰ 「選任の取消し」は、事情変更による取消しであり、将来効であるため、実質的に表現するために「解任」とすべき見解もある（長山義彦ほか『家事事件の申立書式と手続』（新日本法規，新版，2015）p.729）。もっとも、条文上は「取消し」であり、明文上、家庭裁判所に改任権限はある（家事事件手続法 208 条、125 条 1 項）が、解任権限があるかは定かではない。

6. 残された課題

6.1 存続期間との関係

知的財産権には存続期間があるため、前述した相続財産管理フローの期間の最中に期間満了することがあり得る。これ自体は、法制度としては甘受しなければならないが、民法 958 条の 3[958 条の 2]の請求後に期間満了する場合は想定される。また、仮に特別縁故者として商標権等を取得したとしても、更新登録申請期間（商標法 20 条 2 項）を過ぎ、かつ、同条 3 項の期間も経過した場合は、同条 4 項により、遡及的に商標権は消滅する。

このような場合に救済規定を設けるのか（申し立て後の存続期間の進行停止等か、商標法 77 条 1 項、特許法 4 条の改正をする立法的手当）、PD となることで公益に資することから、甘受すべき不利益であるのかは、安易に出せる結論ではないが、商標権の更新登録は、「商標権者」が常に更新登録申請できる状態にあることを前提としているように思われる。

6.2 現行法における涉外事件の問題

著作権法 6 条 3 号は、条約により保護の義務を負う著作物についても、わが国著作権法によって保護する一方で、外国人が日本で死亡した場合又は被相続人の本国が日本であるが、相続財産が外国にしかない場合など、相続財産管理の国際裁判管轄、準拠法が問題となる。特に、平成 30 年改正による国際裁判管轄の規定整備前、家事事件手続法は、旧家事審判法時代を通じて解釈に委ねられていた（もっとも、被相続人の本国が日本でも、相続財産が外国にしかない場合は、実務上、国際裁判管轄を積極的に肯定した例は見当たらない¹⁰⁰¹）。

実務に従った場合でも、デジタルコンテンツのように、日本だけでなく、海外で利用されていれば、外国法によって著作権が保護されている可能性があり、この場合の権利関係について錯綜することになる（理論上は、外国人が民法 958 条の 3[958 条の 2]の請求をすることで、日本国で保護される著作権を取得し得る。）。

さらに、比較法的に珍しい民法 958 条の 3[958 条の 2]により、知的財産権が移転することにより、知的財産法の国際的ハーモナイゼーションが乱れるという主張はあり得る。この点は、より重厚な比較法的研究を要するため、今後の課題である。

7. むすびにかえて

近年、相続法関係の最高裁判例が相次ぐ中、相続法制の立法的対応も着目されている。

¹⁰⁰¹ 司法研修所『涉外家事・人事訴訟事件の審理に関する研究』（法曹会、2010）p.165

本稿では、これまで検討されることの少なかった相続人不存在における相続財産管理に着目し、その手続の中での知的財産権の取扱いについて検討した。

その結論として、知的財産権における民法 958 条の 3[958 条の 2]の適用があり得ることを明らかにし、実際に特別縁故者が財産分与を得る可能性を検証した。そして、検証の中で、民法理論と知的財産法理論の双方のアプローチが必要であるが、民法理論から知的財産権にまで言及する文献が極めて少なく、知的財産法理論から相続法制を念頭に置いて記述した先行文献が乏しいことも明らかになった。

そもその問題は、権利者不明の孤児著作物にも見られるように、知的財産権の「終末」に関して、物権法のアナロジーに依拠する知的財産法制が、本質的には目に見えない情報財であることに對し、配慮を欠いていることに起因している¹⁰⁰²。これを解決する制度として、「©」マークの転用を指摘する見解もある¹⁰⁰³。確かに、無方式で当然に保護される著作権が、著作権者の死後、保護の有無が不明であるとして、利用されないこともまた、著作権者にとって悲劇である。権利の終末を明示する法的義務を課すことは、ベルヌ条約に反するが、努力義務とする、あるいはソフトロー的な対応もあり得るだろう¹⁰⁰⁴。

第 2 節 パブリックドメインの意義と価値

1. はじめに¹⁰⁰⁵

1.1 問題の所在（理論面から）

本節の問題意識は、知的財産又は知的財産権（知的財産基本法 2 条 1 項、2 項のそれらを意味する。以下、特に明示のない限り「知的財産」の用語には知的財産権を含む。）としての保護・不保護の境界が不明確であることにある。著作権を例に取れば、権利者不明著作物の取扱いや、DRM（Digital Rights Management）による権利以外の実事実上制約される（＝本来は自由利用できる）領域の侵害といった現象は、自由利用できる領域であるパブリックドメイン（以下「PD」という。）の侵害とみることができる。この領域を確保することは、著作物を利用するユーザを保護するために重要である。そして、そのために、

¹⁰⁰² 最近の論考として、麻生典「知的財産と占有」日本工業所有権法学会年報 40 号（2017）pp.39-54 では、フランス法を題材に知的財産の占有概念を、再検討している。

¹⁰⁰³ 半田正夫・松田政行編著『著作権法コンメンタール 2』（勁草書房、第 2 版、2015）p.763 [五味由典]

¹⁰⁰⁴ なお、野村豊弘「民法改正と知的財産法制」高林龍ほか『年報知的財産法 2017-2018』（日本評論社、2017）p.4 脚注 15 では「相続人の不存在が確定した段階で特許権は消滅すると解する余地がある」として、特許法 76 条型が、民法 958 条の 3[958 条の 2]の適用を当然に排除しているものではないかのような記述をする。

¹⁰⁰⁵ 本節は、拙稿「知的財産法におけるパブリックドメインの法的意義に関する基礎的考察」東京通信大学紀要 4 号（2022.3 公刊予定）pp.17-34 を、一部加筆修正したものである。

①従来理論的な検討が少なかった知的財産法における PD の意義を検討する必要がある、
②PD を利用する権利を近年議論される「ユーザの権利」として、構成することができないか、検証する。ユーザの権利として位置付けることができれば、冒頭の事例においては、ユーザが積極的に権利主張し得るからである。

知的財産の保護は、「知的財産権法定主義」と評されるように¹⁰⁰⁶、知的財産基本法が明示する知的財産が保護され、それ以外の領域については、原則として前述の司法的救済が否定される（例外としてパブリシティ権など判例法理で認められる権利を除く。）。したがって、その部分は自由に利用できると考えられている。このように、知的財産は、保護対象自体が問題となる一方、それ以外は自由利用である領域であることを前提に何ら規律していない。これを知的財産の分野では PD として扱ってきた。典型的には、保護期間満了後の著作物が典型例である。

そして、PD 自体は昔から存在していた¹⁰⁰⁷が、その存在意義は、著作権の保護期間延長論の際に、立法論として知的財産が拡張される際に、しばしば議論の対象とされてきた（このときに知的財産の正当化根拠論¹⁰⁰⁸も含む¹⁰⁰⁹。）。しかし、日本における議論は、著作権法の枠組みでの議論に留まった印象がある¹⁰¹⁰。米国においても、2006 年時点で、PD に対する検討の薄さが指摘されていた¹⁰¹¹。もちろん、延長により著作権者が得られる利益の推定を経済学に分析することなどは有益であるが、保護期間延長に関する論文の中で、PD の本質について、殆ど言及はなかった。

¹⁰⁰⁶ 島並良「知的財産法の規律対象：判例の統合的理解に向けて」別冊 Law and TechnologyNo.5 (2019) p.43

¹⁰⁰⁷ See, Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 U. Dayton L. Rev. 215, 222 (2002)

¹⁰⁰⁸ 正当化根拠論については、Robert P. Merges, *JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY* (2011); Mark A. Lemley, *Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 U. Chi L. Rev. 129 (2004). 邦語文献として、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)~(8・完)」知的財産法政策学研究 28 号 (2010) pp.195-223, 30 号 (2010) pp.163-200, 31 号 (2010) pp.125-145, 32 号 (2010) pp.45-68, 33 号 (2011) pp.1-56, 34 号 (2011) pp.317-349, 37 号 (2012) pp.125-149, 39 号 (2012) pp.265-291, 中山一郎「特許制度の正当化根拠をめぐる議論と実証研究の意義」特許研究 60 号 (2015) pp.5-17 など参照

¹⁰⁰⁹ See, William M. Landes & Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. Chi L. Rev. 471, (2003)

¹⁰¹⁰ 田中辰雄＝林紘一郎編『著作権保護期間 延長は文化を振興するのか?』, 田村善之『著作権法概説』(有斐閣, 第 2 版, 2003) pp.269-270 参照。2000 年代の諸外国の状況については、三菱UFJコンサルティング&リサーチ編「著作物等の保護と利用円滑化方策に関する調査研究『諸外国の著作物等の保護期間について』報告書」(平成 20 年 2 月) 参照。

¹⁰¹¹ Pamela Samuelson, *Enriching Discourse on Public Domains*, 55 Duke L.J. 786 (2006) .

権利制限規定の立法や法解釈には、少なくとも正当な目的が存在する。この際、表現の自由が対抗利益として提出される¹⁰¹²が、PD が持ち出されることはあまりなかった。しかし、この状況に多少の変化がみられる。特許分野では後述するように、PD アプローチにより先使用権の要件解釈に影響がみられ、商標分野では言葉の PD の観点からの分析も見られる¹⁰¹³。

本節では、以上の PD に関する先行研究を、知的財産の中でも著作権・特許権を中心に再検討し、PD が保全、豊富化するための積極的な活動の正当化として、「ユーザの権利」論から再評価を試みる。

1.2 問題の所在（実践面から）

PD の法的意義を再検証する意義は、実務上もある。例えば、前述した著作物は、理論

¹⁰¹² 著作権と表現の自由の代表的著作として、小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究 Vol.8 (2010) pp.251-282, 大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社, 2011), 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(1)~(7・完)」知的財産法政策学研究 45号 (2014) pp.79-103, 46号 (2015) pp.69-93, 47号 (2015) pp.97-118, 48号 (2016) pp.61-95, 49号 (2017) pp.25-76, 50号 (2018) pp.19-33, 53号 (2019) pp.75-107, 志田陽子=杉原周治=長谷部恭男=川岸令和=駒村圭吾=穴戸常寿「連載/日本国憲法研究 座談会[第20回]芸術の自由」論究ジュリスト 19号 (2016) pp.170-189 (特に pp.183-186) 参照。

¹⁰¹³ 荒木雅也「「和牛」は誰のものか? 主に、地理的表示の普通名称化(言葉のパブリックドメイン)という観点から」パテント 72 巻 9 号 (2019) pp.13-26 参照。田村善之「普通名称と記述的表示: 独占適応性欠如型アプローチと出所識別力欠如型アプローチの相剋」知的財産法政策学研究 37 号 (2012) pp.151-193 が指摘する普通名称を商標の登録拒絶事由とする正当化根拠を独占適応性の欠如に求めるアプローチは、言葉の PD といえる。

なお、表現の自由は、近年の商標の出所表示機能を超えて商標自体に財産的な価値を有するようになったこと、インターネット社会により、営利と非営利の区別が相対化されていることなどから、標識法（主に商標法、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号, 2 号, 19 号等の不正競争行為）との間でも緊張関係が高まっている（平澤卓人「拡大する商標保護と表現の自由の保障」田村ほか・フロンティア 1 pp.139-163, 平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制(1~5・未完)」知的財産法政策学研究 50 号 (2018) pp.61-122, 51 号 (2018) pp. 197-271, 52 号 (2018) pp. 185-231, 54 号 (2018) pp.143-180, 60 号 (2021) pp.65-114 (全体は平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制」北海道大学法政学研究科博士論文, 2017)。

おって、一連の平澤論文では、不正競争を前述のものに限定し、標識的規制としての不正競争防止法 2 条 1 項 22 号の行為は検討外である。同号は、パリ条約の同盟国等における代表者又は 1 年以内に代表者であった者が、正当な理由なく、商標に関する権利を有する者の承諾を得ずに、その権利に関し、同一又は類似の商品役務につき、同一又は類似の商標を用いることを禁止する。これも、「正当な理由がない」ことが要件ではあるが、規範的要件ゆえに、表現規制の一種である。そして、同号の場合は、営業の自由による制約も含まれていると思われる。

的には保護対象か、PD かの二者択一であるが、実際には、その判断には困難が伴う。実際に PD と思われていたものがそうではないことがある。最近では、JASRAC が 2021 年 9 月 9 日、George Gershwin の作曲した著作物のうち、一部の著作権管理を 2022 年 1 月 1 日より再開することを公表した¹⁰¹⁴。報道発表によると、米国の著作権管理団体 ASCAP から提供された資料により、337 楽曲が 1983 年に亡くなった Ira Gershwin との共同著作物であることを確認できたためとしている。共同著作物の場合の保護期間の始期は、最終に死亡した著作者の死後から起算する（51 条 2 項かっこ書）ため、同人が創作に関与した作詞作曲については、それぞれ著作権が存続することになる。本件は、権利者が権利を主張していたものの、確認未了として、暫定的に PD とされてきたが、この事態は、権利主張が突然され、事後的にその主張が正しかった場合でも同様に事態になる。このような場合、PD とされていた期間の著作物の利用料相当額を権利者は主張できるのか。この場合は、本来の権利者は、権利があることを知り得ないため、除斥期間の適用は原則的には否定できないが、利用者が消滅時効の援用の主張をすることは認められないであろう。

また、孤児著作物のような著作権者不詳の著作物について、存続期間満了と推定すること¹⁰¹⁵の是非はいかに正当化されるか。これらは PD の意義から帰結されるべき問題である。

以上の理論的、実務的な問題意識から、まずは、PD の現状における位置づけを確認し、その後、PD の法的意義に関し、国内外での先行文献、裁判例を検証する。そのうえで、PD の利用主体として観念し得るユーザ（一般市民・国民）の権利との関係性を明らかにする。

2. クリエイティブ・コモンズと PD

PD は、権利というコインの裏として存在する。つまり法的な位置づけは「保護されないもの」と背理的に定義されてきた。これを、権利表示の 1 つとして取り入れたのが、クリエイティブ・コモンズ・ライセンス（以下「CC ライセンス」という。）である。

CC ライセンスは、2001 年に米国の憲法・知的財産法学者の Lawrence Lessig によって設立された非営利団体である“Creative Commons”が 2002 年に第 1 版を公表した「自分自

¹⁰¹⁴ 「ジョージ・ガーシュイン（George Gershwin）が作曲した一部著作物の著作権の管理再開について」(https://www.jasrac.or.jp/smt/release/21/09_1.html)

¹⁰¹⁵ 2021 年 9 月 22 日、文化庁が開始したパブリックコメント（文化審議会著作権分科会基本政策小委員会「簡素で一元的な権利処理」の在り方に関する意見募集の実施について）では、DX 時代の著作権制度・政策について幅広く検討するため、「簡素で一元的な権利処理」の在り方を目指すべく、小委員会の議論が始まる前に論点に関する意見を募集した。PD との関係では、「保護期間の複雑な計算や著作権者等の没年不詳の場合の扱いに対する方策。例えば、一定の場合に保護期間を推定させる仕組みなどは考えられるか」とする項目が目される（2021 年 12 月に中間まとめが公表されたが、大きな変更はない。）。

身の情報がどうシェアされ、どうディストリビューションされ、どう他人が使って良いか、悪いかな、というような原則を自分で決め、それを自己表現するための手段」である¹⁰¹⁶。コンテンツを共有できる状態にすることで、多様で豊かな創作活動の連鎖を生み出されることが期待されるほか、知的財産の政策形成過程になかなか反映されにくい個別の権利者の意向をダイレクトに反映させる運動として、分化する権利者の意向に合わせた法制度の形成を促す意味もある¹⁰¹⁷。CC ライセンスには、表示 (BY)、継承 (SA)、非営利 (NC)、改変禁止 (ND) の4つの条件の要素の組み合わせがある。これらと別に CC0 と PDM がある。前者は、著作権保護コンテンツ権利者が、著作権による利益を放棄し、作品を完全に PD に置くことを可能とする。後者は「著作権やその他すべての関連する権利の保護下にはない作品」として、いわば PD であることを宣言するが、各国で著作権の保護期間が異なるなど完全に権利が切れているものでなければ不適当とされている。

なお、CC0 の場合、特許権と商標権は放棄および許諾の対象から外されている (CC0 第4条 (a))。特許権や商標権は対象外であり¹⁰¹⁸、一般的には CC0 が推奨される¹⁰¹⁹。

日本では、2006年3月に組織として活動を開始し、普及した¹⁰²⁰。2008年10月には、文化審議会著作権分科会の中の「過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会」において、中間整理¹⁰²¹で CC ライセンスの有用性が示された。2015年12月には、政府機関のウェブサイトで公開されているデータの二次利用を促進する観点から、統一的なひな形として示された各府省庁ウェブサイトの利用に関するルール「二次利用の促進のための府省のデータ公開に関する基本的考え方 (ガイドライン)」に別添1「政府標準利用規約(第2.0版)」が策定され¹⁰²²、CC ライセンス 4.0 と互換性があり、同規約のルールに従っていれば CC ライセンスが使用可である旨明記された。

¹⁰¹⁶ 武邑光裕「デジタル・アーカイブにおける課題と展望」情報の科学と技術 54 巻 9 号 (2004) p.445

¹⁰¹⁷ 田村善之『知財の理論』(有斐閣、2019) p.64

¹⁰¹⁸ 渡辺智暁=小林心「クリエイティブ・コモンズ：オープンソース、パブリックドメインとの関係からの考察」パテント 72 巻 9 号 (2019) p.40。なお、意匠権についてはケースバイケースとされる (同 pp40-41)。

¹⁰¹⁹ 中川隆太郎「CC4.0 時代のオープンデータとライセンスデザイン」情報の科学と技術 65 巻 12 号 (2015) p.510

¹⁰²⁰ クリエイティブコモンズ・ジャパン編、ローレンス・レッシング=梶山敬士=上村圭介=林紘一郎=若槻絵美=土屋大洋『クリエイティブ・コモンズ—デジタル時代の知的財産権』(NTT 出版、2005)

¹⁰²¹ 「文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会中間整理」

(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2010_kako_chukan.pdf)

¹⁰²² 「政府標準規約第 2.0 版」

(https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/densi/kettei/gl2_betten_1.pdf)

さらに、2017年5月、2011年3月の東日本大震災によるオープンデータに対する関心の高まりを受け、政府はオープンデータ基本指針を公表¹⁰²³、2020年8月のジャパンサーチ正式版公表に至るまで、二次的利用条件としてCCライセンスは、わが国においてもデファクトスタンダードとなった。

CCライセンスの普及により、自由利用というPDがもたらす機能と似た状況の作出が可能となり、PDの意義を深く考察せず、解決できる問題が増えた。ただ、二次的利用に関しては、権利行使しない宣言をすることで情報流通を促進させる消極的な意味合いが強い。また、孤児著作物を典型例に、CCライセンスがなされないコンテンツの利活用は依然として解決しない問題は残る。

3. 先行研究－米国を中心に¹⁰²⁴

3.1. WIPO 報告書

PDの包括的研究としては、2007年にWIPO（世界知的所有権機関）が著作権と特許権を対象に行ったものがあり、その報告書が公表されている¹⁰²⁵。

同報告書によると、“(Copyright) public domain”は、ビクトル・ユーゴーが、ALAI（国際著作権法学会）第1回総会の冒頭のスピーチで初めて用いたとされる。このときのユーゴーのいうPDには、2つの意味がある。第一は、著作者が著作物を公表することになると直ちに、その著者は支配者ではなくなり、他の性質として捕捉され、これをPDなどと呼ぶ。第二に、著作物が必然的な宿命として迎える著作権保護の終点である¹⁰²⁶。

著作権の国際的保護を取り決めた1886年成立のベルヌ条約18条においても、「その効力発生の際に本国において保護期間の満了により既に公共のものとなった著作物以外の全ての著作物に適用される」と規定されており、第二の意味におけるPDの観念を見ることが出来る¹⁰²⁷。この報告書では、IVにおいて、オープンソースソフトウェア（OSS）、オープンアクセス、CCライセンスなどを取り上げる。また、一部の国では、著作権法の中に

¹⁰²³ 「オープンデータ基本指針」（平成29年5月30日高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部・官民データ活用推進戦略会議決定令和元年6月7日改正、令和3年6月15日改正）

https://cio.go.jp/sites/default/files/uploads/documents/data_shishin.pdf

¹⁰²⁴ 米国で議論が展開している背景とその分析につき、山根崇邦「知的財産法学における権利論と功利主義の相克(2・完)－知的財産制度の正当化根拠をめぐる論争の一断面－」知的財産法政策学研究56号(2020) pp.47-49 参照

¹⁰²⁵ Dusollier, Severine, Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain (March 1, 2011). World Intellectual Property Organisation Publication, March 2011.

¹⁰²⁶ *Id.* at 18.

¹⁰²⁷ 茶園成樹『知的財産関係条約』（有斐閣、2015）p.289[青木大也]

PD への明確な言及や定義がある¹⁰²⁸ことを指摘する。

3.2. 米国

PD の議論は、古くは 1981 年の Lange¹⁰²⁹の研究も見られ、知的財産権への対抗として PD を強調していた¹⁰³⁰。多くは 1990 年頃から、研究がみられるようになり、注目を集めた契機は、米国での著作権法改正による保護期間の 20 年間延長であろう。時系列としては、上記の WIPO 報告書の前である。

3.2.1. Jessica Litman 論文¹⁰³¹

PD は、知的財産権で保護されない領域、という消極的な意味しかなかったのに対し、積極的な意義を見出した代表的な論者が Litman である。著作権法におけるオリジナリティの概念は「驕り (conceit)」であり、これに基づく著作権制度は、第三者の利益を侵害しているという¹⁰³²。さらに PD は、単なる不保護領域でなく、著作権の資源をコモンズに留保することで、他者が利用できるようにする (非代替的) 機能を持つ装置であるとする¹⁰³³。このように、PD として「囲い込む」ための正当化根拠を提示したことに意義がある。

3.2.2. Edward Samuels 論文¹⁰³⁴

Samuels は、PD をカテゴライズし、これに該当するものを保護し、減少しないことを目指した¹⁰³⁵。そのカテゴリは、①保護期間満了後の著作物、②性質上は、保護対象だが、手続を怠ったことにより著作権没収されたもの (1988 年ベルヌ条約施行法により廃止)、③著作権法が対象外とした作品 (公文書等)、④著作権が持つ PD の側面 (教育目的などの権利制限規定)、⑤先占の代替としての PD (連邦法で対象外とされたことが、州法での保護を排除する場合)、⑥著作権法制定に際しての遡及的保護の禁止を挙げている。

なお、Samuels は、知的財産権の正当化根拠を法哲学的観点から分析する際に援用される John Locke の労働所有権との関係を指摘している点も重要である。Wendy J Gordon が

¹⁰²⁸ See, Dusollier, *supra* note 1025, the table III in Annex for complete definitions.

¹⁰²⁹ David Lange, *Recognizing the Public Domain*, Law and Contemporary Problems, 24 (1981), at 147-81.

¹⁰³⁰ *Id.* at 147.

¹⁰³¹ Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 Emory L. J. 965 (1990) .

¹⁰³² *Id.* at 1019.

¹⁰³³ *Id.* at 968, 1023.

¹⁰³⁴ Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. COPYR. SOC'Y 137-182 (2003) .

¹⁰³⁵ *Id.* at 151.

Locke の労働所有権論に依拠すること¹⁰³⁶に対し、Locke のモデルは知的財産理論を正当化するためのベターあるいは唯一のモデルであるか不明であると批判する。最近では、Merges が、労働所有権論と PD の親和性は認めつつ、功利主義対労働所有権論との二項対立への批判を前提として、知的財産権の規範的基盤（理論的正当化を行う基盤）において、Kant の理性主義、Locke の労働所有説、Rawls の分配的正義の理論を援用し、功利主義を否定する¹⁰³⁷。Samuels の指摘を回避するように、労働所有権論以外にも依拠して正当化を図る。

わが国著作権法に引き直すと、PD の区分の内、①③④⑥は、該当するが、それ以外は、米国固有の問題である。しかし、①③は当然としても、④は、正確には、権利制限ではなく、著作権で保護された著作物が有する PD の一側面と位置づけている点は特筆できるが、PD を保全するための理論的検討の側面が強い。

3.2.3. Carol M. Rose 論文¹⁰³⁸

Rose は、当初から、PD と著作者の領域が、互いに独立し対峙して存在する 2 つの領域とする認識は誤りであり、必ずしも分断されていないことを指摘する¹⁰³⁹。

Rose は、Jürgen Habermas が指摘する公共圏の誕生に PD が関連することも指摘している。その要旨、公共圏は、私的領域と公的領域の間に生じた市民社会の集合体として観念できるが、この誕生が、従来の王室から与えられた特権としての財産権から、私的権利へと転換するに不可欠であり、著作権の誕生と同時に、PD も生まれたとしている¹⁰⁴⁰。

3.2.4. Pamela Samuelson 論文¹⁰⁴¹

著作権法の大家、Samuelson の 2003 年の論文は、題名のとおり、「デジタル PD」をマッピングすることで PD の理論化を試みる。これにより、①デジタル化などの技術の発展により、PD への影響を評価できること、②特定の法律・政策のイニシアティブが PD に

¹⁰³⁶ See, Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 Yale L.J. 1533 (1993).

¹⁰³⁷ Merges, *supra* note 1008 at 139-42.

¹⁰³⁸ Carol M. Rose, *Roman, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, 66 Law & Contmp. Prob. 89 (2003).

¹⁰³⁹ *Id.* at 103.

¹⁰⁴⁰ M. ROSE, *Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, Law and Contemporary Problems, vol 66 (2003) at 76.

¹⁰⁴¹ Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities. April 2003; Law and Contemporary Problems* 66, (2003) at 147-171 [Mapping the Digital Public Domain]; *Enriching Discourse on Public Domains*, 55 Duke Law Journal (2006) at 783-834.

どの程度影響するか、賛否を問わずに役立つこと、③PD コンテンツのうち、何が真に中核をなす PD の要素であるのか、分析するのに役立つことを挙げる¹⁰⁴²。実際のマッピング結果¹⁰⁴³が本論の最大の成果である。PDとして、「科学的・数学的原則」、「アイデア・概念・理論」、「単語、氏名、数字、シンボル」、「法、規則、法的意見」、「事実、データ、情報」、「整理された情報（権利失効、権利主張しないもの）」、「整理されていない情報」とし、その周辺に10種類の知的財産（オープンソース、制限なき拡大使用、フェアユース&特権的使用、著作権、商標、特許、営業秘密、その他知的財産権（回路配置利用権、育成者権）、分類された情報、混合領域）が囲む。

重要な点は、純粋な PD ではなく、デジタル時代の PD に焦点を当てており、その PD が多方面から脅威にさらされていることを明示するため、「マッピング」を試みている。アメリカにおける保護期間延長法案や DRM について批判的に検討し、知的財産政策において、公共性の観点からデジタル PD やフェアユースに配慮する必要があると指摘する¹⁰⁴⁴。

3.2.5. Lawrence Lessig のコモンズと PD

前述の Lessig は、PD は“Free”であるという。誰も使用に対価を支払う必要がない「無料」であり、使用に際し誰の許可も不要という意味で「自由」である¹⁰⁴⁵。Lessig は、PD の概念よりむしろ、“Free”という性質に着目する。CC ライセンスも、基本思想としては、PD は文化的環境に資するため、その領域を拡大するために必要であることが根幹にある。

その点で特に問題視しているのが、前述の著作権保護期間のほか、DRM である。後者は、フェアユースにより使用できるはずの一定の著作物の利用（つまり、PD の利用）が、DRM によって利用目的などを考慮せずに一律に制限される結果、PD の領域が侵害される¹⁰⁴⁶。

ただ、Lessig は、“Commons”（コモンズ）の用語を用いる。コモンズとは、一般的には、「あるグループの人々が共有する資源」を指し¹⁰⁴⁷、これは有体物の自然資源（伝統的コモンズ¹⁰⁴⁸）を念頭に置いているが、Lessig のコモンズは無体物であり、Hess がいう新しい

¹⁰⁴² *Id.* at 150.

¹⁰⁴³ *Id.* at 151(Fig.1).

¹⁰⁴⁴ *Id.* at 170.

¹⁰⁴⁵ Lawrence Lessig, *Re-Crafting a Public Domain*, 8 Yale J.L. & Human, 2006, at 56-7.

¹⁰⁴⁶ *Id.* at 63.

¹⁰⁴⁷ Hess, Charlotte & Ostrom, Elinor, eds., *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, MIT Press, (2007) at 349.

¹⁰⁴⁸ *Id.* at 4.

コモンズ¹⁰⁴⁹の一種であり、関連コミュニティ内の者であれば誰しものが誰の許可を求めることもなく利用できる資源を指す。そして、その理由を、当該資源がいかなる法的規律の中になく、即ち、PDであるからと説明する¹⁰⁵⁰。

つまり、Lessig は、PD を（特に著作権法の）法的規律のない、不保護の自然状態であると把握するのに対し、コモンズは、日本語で共有地を意味するように、複数の者に帰属することを前提とした利用可能な「資源」とする。しかし、他方で PD とコモンズを並列的に著作権の向こう側にある価値であるとしており¹⁰⁵¹、知的財産が及ばない領域という観点では共通した性質を持っている。

PD とコモンズの間を Lessig は厳密には論じていないが、上記の概念認識を前提とすると、Lessig が PD ではなく、コモンズに着目するのは、誰かが利用可能な領域を形成するためには、利用を希望する者を含めた「関連コミュニティ」の者に帰属させなければ利用権が発生しないからといえ、PD の利用に法的意義を認めようとする立場からすれば、コモンズと PD の法的意義は、この点において同義といえる。

3.3. 欧州

PD の概念は、1789 年のフランス革命の直後に既に見られる。同革命直後、特権許可状の制度が廃止され、1791 年 1 月 13 日-19 日法¹⁰⁵²及び 1793 年 7 月 19 日-24 日法¹⁰⁵³の 2 本の法律が制定され、160 年以上、フランスの著作権制度を支えた¹⁰⁵⁴。1791 年 1 月 13 日 - 19 日法 2 条によると、「著作者の没後 5 年で劇場著作物は PD (*propriété publique*) に帰し、劇場で無差別に上演できる」とされ、英国では、後述する 1774 年の判決において、*Publici juris* と表現する。

¹⁰⁴⁹ Hess, Charlotte, Mapping the New Commons (July 1, 2008).西川開「知識コモンズ研究の系統化に関する理論的考察」情報知能学会誌 Vol. 29, No. 3 (2019) p.214 では、Hess の新しいコモンズのうち、知識コモンズの枠内で Lessig のコモンズを列挙するが、Hess のマッピングでは、文化コモンズと知識コモンズを区分しており、PD や知的財産は後者に帰属させる一方で、アートなどは前者とする (See, Hess, Fig.1). この区分からすれば、著作権で保護される芸術作品は両者にまたがるため、Lessig のコモンズと知識コモンズは合致しない。

¹⁰⁵⁰ Lawrence Lessig, CODE VERSION 2.0, (2006) at 198.

¹⁰⁵¹ *Id.* at 200.

¹⁰⁵² Loi du 13 janvier 1791, relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales

¹⁰⁵³ Loi du 19 juillet 1793, relative à la propriété littéraire et artistique

¹⁰⁵⁴ 宮澤博明『著作権の誕生 フランス著作権史』(太田出版, 2017) pp.20-26

3.3.1. Peukert Alexander 論文¹⁰⁵⁵

フランクフルト大学の Peukert は、PD の区分、PD の法的保護として消極的保護（PD が何にも所有されない領域である故に排他的な知的財産権を「排除」する効力）と積極的保護（PD 領域に侵入した場合に制裁する効力）の 2 つを検討している。

さらに、PD を 4 つに区分する。①これまでいかなる知的財産権によっても保護されたことのない知識に関係するもの、①の具体例として、発見、科学的理論、数学的手法を挙げる。TRIPS 協定 9 条 2 項も、著作権の保護について、「表現されたもの」に及び、アイデア、手続、運用方法、数学的概念自体の保護は認めない。特許権の保護においても、米国では自然法則、自然現象や抽象的アイデアには及ばないとされている（米国特許法 100 条(a)）¹⁰⁵⁶。わが国でも同様であり、発見自体は対象外である¹⁰⁵⁷。

次に、②かつて保護対象であったもの（conditional PD）であり、保護期間満了後の知的財産がこれに該当し、③契約に基づく PD（contractual PD）として、保護可能な対象物を自由に利用できるように、自ら保有する知的財産権を対世的に全て放棄することを意味する。これは前述した CC0 が該当しよう。

最後は、④保護対象物の利用が侵害を構成せず、法定の支払義務を生じない場合をいい、特定の利用に関わるに過ぎないことから、個別的 PD としている（specific PD）。特許における試験研究例外（特許法 69 条 1 項）、著作物の私的利用のための複製（著作権法 30 条 1 項）といった、規定又は理論上の権利制限を指している。

以上を検討したうえで、PD の保護として、契約法又は不法行為法における非対称性の是正を述べる。

3.3.2. Seftleben による商標と PD

PD の侵害が著作権と商標の重複保護により発生すると指摘するのが、Seftleben である。商標権が、半永久的に更新可能である点に着目し、文化的象徴すらもビジネス戦略として商標を獲得することが可能になるため、重複保護を問題視する。著作権においては、「保護期間の満了の承認と PD の充実は、著作権保護が期間限定で排他的権利を享受するために支払われる代償である」¹⁰⁵⁸が、著作権と商標権による重複保護はこの見方を失わせ、後

¹⁰⁵⁵ Peukert, Alexander, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik (The Public Domain. Theory, Functions, Doctrine) (March 1, 2012). Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

¹⁰⁵⁶ See, US Supreme Courts Alice Corp. v. CLS Bank International, Case No.13-298,19 June 2014.

¹⁰⁵⁷ 吉藤・特許法 p.65

¹⁰⁵⁸ Martin Seftleben, The Copyright/Trademark Interface: How the Expansion of Trademark Protection Is Stifling Cultural Creativity (2020) at 7.

続する文化的イノベーションに悪影響を与えるという。その一例として、既に PD にある文化的表現の再利用 (PD から削除する行為) は許容できず、ある商標が、文化的に重要でトレードシンボルになった場合は、商標権としての保護は取り消されるべきであるとす¹⁰⁵⁹。さらに、商標法解釈・運用として、事前規制 (文化的標章を登録拒絶事由とすること) と事後規制 (商標的使用の厳格解釈及び文化的使用による抗弁の導入) を提案する¹⁰⁶⁰。

3.4. オーストラリア

2018 年に刊行された G Greenleaf & D Lindsay の共著¹⁰⁶¹では、これまでの PD 理論を網羅的に取り上げ、PD を利用する権利を広く“Public Rights” (以下「公衆の権利」と訳する。) とする構成を提唱する。公衆の権利については、Greenleaf らが、既にオーストラリア著作権法を例に、公衆の権利としての PD を定義づける¹⁰⁶²。

同論文では、オーストラリア著作権法が実質的侵害要件を設けている点、公益目的使用などを例に、PD を公衆の権利の基礎と位置づける。そのため、同国以外に、この PD の定義を適用できるか疑義があるとしていた。これを欧米の著作権制度も含めて検討したが、本書である。PD を「公衆が許可を得ることなく等しい条件で著作物を利用できること」と定義¹⁰⁶³する点は共通するが、その利用を可能にする正当化根拠として、「公衆の権利」という概念を用いる。この公衆の権利は、「PD を私有財産の完全かつ平等な要素である反映として、ユーザが著作物を使用する権原」¹⁰⁶⁴であるとする。

また、ユーザの権利は、権利者からライセンスを「特権」として、受けた側面が強いため、PD の概念をよりよく反映させた「公衆の権利」の方が用語として適切であると主張する。そして、公衆の権利は、OSS ライセンス、一定要件の義務的ライセンスにおいて、その思想が垣間見えるという。

3.5. 国内

¹⁰⁵⁹ *Id.* at 310.

¹⁰⁶⁰ *Id.* at 520-26.

¹⁰⁶¹ Greenleaf, G., & Lindsay, D., *Public Rights: Copyright's Public Domains* (Cambridge Intellectual Property and Information Law). Cambridge: Cambridge University Press, (2018).

¹⁰⁶² Greenleaf, Graham and Bond, Catherine, '*Public Rights*' in *Copyright: What Makes Up Australia's Public Domain?* (January 23, 2013). *Australian Intellectual Property Journal*, (2013) 23 AIPJ 111-138, UNSW Law Research Paper No. 2013-9.

¹⁰⁶³ Greenleaf et al, *supra* note 1155 at 54.

¹⁰⁶⁴ *Id.* at 49.

わが国において、知的財産法の枠組みで PD が注目されたのは最近である¹⁰⁶⁵。従前は、海外の研究者の論考の翻訳¹⁰⁶⁶が多い。前述の Peukert の「中心的知見を要約」し、およそ 2010 年までの議論状況と理論を俯瞰したのがほぼ最初である¹⁰⁶⁷。

このように、海外の動向紹介にとどまり、理論的な研究は皆無であった。しかし、最近、知的財産法の観点から PD に関する研究が出ている^{1068 1069}。その中心的人物が田村善之教授である。田村教授は、知的財産権の存在意義の少なくとも主たる目的の 1 つが、最終的には人々が利用し得る知的財産を増大させることを企図しているはずであり、これは PD の豊富化を目的とすることを意味する。そして、PD の醸成と確保に焦点を当てて知的財産法を俯瞰するアプローチを PD アプローチと名づけ、思考実験として意義があると主張する¹⁰⁷⁰。

その実績は、特許法の解釈アプローチとして先使用権の解釈などにおいて展開されてお

¹⁰⁶⁵ 例外的に田中宏和「日本の著作権法におけるパブリックドメインとその利用価値」(岡山大学社会文化科学研究科博士論文, 2010 年), 同「パブリックドメイン増進法を考える」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要 31 号(2011)pp.61-81 がある。また、大林啓吾「表現の自由と著作権の制度的調整」帝京法学 27 巻 2 号(2011) pp. 269-356 は、米国で修正 1 条と著作権が問題となった憲法判例を分析する過程で、パブリックドメインの意義を検討する (pp.342-346)。

¹⁰⁶⁶ 胡開忠(大内哲也翻訳)「知的財産法におけるパブリックドメインの保護について」知的財産法政策学研究 23 号(2009) pp.157-182, 黄汇(蘭蘭翻訳)「著作権法におけるパブリック・ドメインの衰退と興隆」知的財産法政策学研究 38 号(2012) pp.283-311

¹⁰⁶⁷ ポイケルト・アレキサンダー(島並良・角松生史訳)「パブリック・ドメインの法理 (A Doctrine of the Public Domain)」神戸法学雑誌 64 巻 3・4 号(2015) pp.191-192 参照

¹⁰⁶⁸ 特許法の PD の意義につき、吉田広志「パブリック・ドメイン保護要件としての新規性/進歩性の再構成: 内在的同一性について特許を認めたロシュ v. アムジェン事件を端緒として」知的財産法政策学研究 61 号(2021) pp.71-109 参照。PD は人類共有の財産である前提から、PD となった後に再度排他権の対象となつてはならない。特許権は PD への脅威になる危険性があることから新規性には、PD の保護機能があり(同 p.74)、進歩性には、PD と隣接する領域と一定距離を保つ緩衝的機能があると指摘する(同 p.75)。

¹⁰⁶⁹ 不正競争防止法では、宮脇正晴「不正競争防止法の商品等表示の規制におけるパブリック・ドメインの確保」同志社・挑戦 II pp.307-325 が、特許権等の存続期間満了後の発明実施品の形態模倣行為について、PD の確保の観点から、米国法における知的財産で保護されない形態の模倣が自由であるとする「模倣の権利」アプローチなどを紹介する。

¹⁰⁷⁰ 田村善之「特許法における創作物アプローチとパブリック・ドメイン・アプローチの相剋~権利成立の場面を題材として~」パテント 72 巻 9 号(2019) p.5

り¹⁰⁷¹、これに反応するいくつかの論文が存在するのが現状であり¹⁰⁷²、PD が誰にも権利帰属しない自由利用な領域であることを自明のものとして、PD アプローチを特許分野における権利成立に関する場面で検討を行っている点に特徴がある。

4. 裁判例における PD

4.1. 国外

裁判例では、権利制限の文脈で PD に言及することがある。古くは 1774 年、英国の Donaldson v. Beckett 事件¹⁰⁷³において Camden 卿が、科学と学問を「全人類に共通するもので、空気や水のように自由で一般的なものであるべきだ」としたことは著名であり、Lessig は、このことから PD は 1774 年以降に生まれたという¹⁰⁷⁴。その後、諸外国での PD の意義は、大別すると、①知的財産の補完的役割としての PD と、②UR の基盤となる対抗利益の文脈で論じられる。

4.1.1 知的財産の補完的役割としての PD

ドイツでは、2009 年に連邦通常裁判所が、保護期間を経過した著作物の利用に権利が及ばないことを「PD 作品の使用原則」であるとし¹⁰⁷⁵、その後も下級審で、裁判所の判決書など官公庁の著作物につき、著作権の保護を受けないのは、PD (Gemeinfreiheit) であると指摘する¹⁰⁷⁶。

米国では、知的財産の分野で PD の用語を 1896 年以前に用いた裁判例は、①Wheeler v. McCormick¹⁰⁷⁷と②Brush Electric Co. v. Electrical Accumulator Co.¹⁰⁷⁸の 2 件に留まる¹⁰⁷⁹。その後、PD に関して言及したのは、1896 年 5 月 18 日に連邦最高裁が特許権侵害の事件

¹⁰⁷¹ 田村善之「際物（キワモノ）発明に関する特許権の行使に対する規律のあり方～創作物アプローチ vs. パブリック・ドメイン・アプローチ～」別冊パテント 22 号（2019）pp.1-24

¹⁰⁷² 吉田広志「パブリックドメイン保護の観点から考える用途発明の新規性と排他的範囲の関係：知財高判平成 29・2・28[乳癌再発の予防ワクチン]を題材に」特許研究 64 号（2017）pp.6-33、同「パブリック・ドメイン保護の観点からの新規性と先使用の再構成—用途発明・パラメータ発明を題材に—」パテント 72 巻 12 号（2019）pp.57-74、大須賀滋「用途発明の新規性と効果—パブリック・ドメインの保護を重視する学説の検討を踏まえて—」パテント 74 巻 3 号（2021）pp.58-72

¹⁰⁷³ Donaldson v. Beckett (1774) 1 Eng. Rep. 837、詳細は白田秀彰「コピーライトの史的展開(7)」一橋法学 21 巻 3 号（1996）pp.83-92 参照

¹⁰⁷⁴ Lawrence Lessig, Free Culture: The Nature and Future of Creativity (2004) at 93.

¹⁰⁷⁵ BGH, 22.01.2009 - I ZR 19/07, Abschnitt 12.

¹⁰⁷⁶ Württemberg Urteil v. 07.05.2013 - 10 S 281/12, Abschnitt 41.

¹⁰⁷⁷ 29 F. Cas. 905 (C.C.S.D.N.Y. 1873).

¹⁰⁷⁸ 47 F. 48 (C.C.S.D.N.Y. 1891).

¹⁰⁷⁹ Ochoa, *supra* note 1101, at 239-41.

¹⁰⁸⁰において、特許権が満了し、当該発明が PD になることは自明の理と判示したものである。

他方、著作権分野については、ボストン大学の Shipley が最新の論文¹⁰⁸¹で、米国著作権法に関する重要な判断¹⁰⁸²を下してきた第 11 巡回区控訴裁判所が 1981 年の設立から 40 年経った現在までの判決を分析し、同裁判所の判決は、PD を保護してきたと指摘する¹⁰⁸³。さらに、米国では、前述のとおり、PD は、1998 年の米国著作権保護期間延長法（別名ソニー・ボノ法）に対する強い反対運動と連動している点に特徴がある。その象徴が、同法が、合衆国憲法の著作権条項の“Limited time”に反するとして、争われた Eldred 事件¹⁰⁸⁴である。この事件で著作権の“Limited time”とは、短い期間でなく、無期限ではない期間であることを意味し、著作権には、新しい作品を奨励し PD を追加する 2 つの目的があることなどを理由に、合憲の判示をし、原告敗訴となった。

ちなみに、その後、2003 年と 2005 年の 2 度にわたり、Lessig が法案の核を構成し、Zoe Lofgren 議員ら 9 人が共同で、PD 拡張法（Public Domain Enhancement Act）を提出している¹⁰⁸⁵。PDEA は、無方式主義を採用するベルヌ条約の問題を回避するため、「米国内で創作された著作物（published United States work）」のみ対象としていたが、その後採択されることはなかった。

なお、裁判ではないが、伝統的知識（Traditional Knowledge, TK）との関係で、世界的に特許が無効になるケースがあり、米国のターメリック（ウコン）特許が無効にされるケ

¹⁰⁸⁰ Singer Manufacturing Co. v. June Manufacturing CO.163 U.S. 169 (1896).

¹⁰⁸¹ Shipley, David E., Protecting the Public Domain and the Right to Use Copyrighted Works: Four Decades of the Eleventh Circuit’s Copyright Law Jurisprudence (2021). Journal of Intellectual Property Law, Vol. 29 (2021).

¹⁰⁸² 論文では、いわゆる Merger 理論を提唱した Feist 事件（Feist Publications, Inc. v. Rural Tel Ser. Co., 499 U.S. 340, 1991）の連邦最高裁の判断をもとに、第 11 巡回区控訴裁判所がソフトウェア、建築の著作物、フェアユースにおけるパロディをどのように扱ってきたか検討する。

¹⁰⁸³ Shipley, *supra* note 1175 at 63.

¹⁰⁸⁴ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003). 邦語文献として、横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由についての一考察—アメリカの CTEA 憲法訴訟を素材として」学習院大学法学会雑誌 39 号 (2004)pp.19-97 参照。同論文の中で、横山教授は、本件訴訟に関して、「違憲判断を行う余地は十分にあったとみるべきである」と結論付けている（p.90）。

¹⁰⁸⁵ 主に米国内で最初に発行された著作物について、最初の発行の日から原則 50 年後及びその後保護期間終了まで 10 年ごとに著作権維持料金として 1 ドル支払うことを義務付け、6 か月の猶予期間終了までに支払わない場合は権利が失効するとした法案。詳細は、三菱 UFJ リサーチ&コンサルティング「コンテンツの円滑な利用の促進に係る著作権制度に関する調査研究報告書」（平成 19 年 3 月）pp.25-26 参照。Also see, Christopher Sprigman, *REFORM(ALIZ)ING COPYRIGHT*, 57(2) Stanford L. R. at 554-68.

ース (USP5,401,504) は著名である¹⁰⁸⁶。TK は、各国法制によって扱いは異なるが、先進国が特許化（理論的には新規性は世界主義を採用するため、当然に無効理由を有するが、非特許文献ですらない口承文化であることもあり、無効理由の発見が困難）することを問題視する点は共通しており、PD（ここでは先進国含め誰でも利用できる領域の意義で使われる）に TK を帰属させることは、否定的に捉えられている¹⁰⁸⁷。

4.1.2. ユーザの権利の基盤となる対抗利益

カナダでは、最高裁が、フェアディーリング (FD) をユーザの権利と評価する点に特徴がある。2004 年の CCH 事件¹⁰⁸⁸、2012 年 SOCAN 事件¹⁰⁸⁹において、FD をユーザの権利として認めたことで、世界的に著作権法におけるユーザの権利を「牽引する」¹⁰⁹⁰存在である¹⁰⁹¹。前者は、「FD は…ユーザの権利である」と指摘し¹⁰⁹²、SOCAN 事件でも CCH 事件を引用する。PD は、本件解釈の前提として、前述の Litman らの論文を取り上げると同時に、2002 年の Théberge 判決¹⁰⁹³を引用し、創作性の判断基準として、「額に汗」だけで足りるとすると、著作者やクリエイターの権利に有利な方向に傾き、将来の創造的なイノベーションを促進する強固な PD を維持する社会の利益が損なわれると指摘する¹⁰⁹⁴。最近でも、2021 年 7 月の York 事件¹⁰⁹⁵において、傍論的ではあるが、FD は UR であると確認した。

4.2. 国内

¹⁰⁸⁶ 日本国際知的財産保護協会「各国における伝統的知識の保護制度と伝統的知識に係る条約に関する調査研究報告書」（平成 30 年 3 月）参照

(https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken_kouhyou/h29_01.pdf)

¹⁰⁸⁷ See, Okediji, Ruth, Traditional Knowledge and the Public Domain (June 26, 2018). Centre for International Governance Innovation Papers No. 176.

¹⁰⁸⁸ CCH v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, [2004] 1 S.C.R. 389[CCH]

¹⁰⁸⁹ Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, [2012] SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326[SOCAN]

¹⁰⁹⁰ 山口いつ子「表現の自由と著作権－AI時代の「ユーザライツ」概念とそのチェック機能」論究ジュリスト 25 号 (2018) pp.61-67

¹⁰⁹¹ 谷川和幸「カナダ著作権法における「利用者の権利」としての著作権制限規定」情報法制研究 4 号 (2018) pp.57-68

¹⁰⁹² [CCH] at para 48.

¹⁰⁹³ Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34.[Théberge]

¹⁰⁹⁴ [CCH] at para 23.

¹⁰⁹⁵ York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), 2021 SCC 32 (CanLII)

裁判例に PD を正面から取り上げたものは見当たらない。しかし、美術の著作物の著作権と、その原作品に対する所有権との関係を明らかにした著名な判例（顔真卿自書建中告身帖事件）¹⁰⁹⁶において、「…著作権の消滅後は、所論のように著作権者の有していた著作物の複製権等が所有権者に復歸するのではなく、著作物は公有（パブリック・ドメイン）に帰し」と指摘する。もっとも、本件に関する判例評釈は多くある¹⁰⁹⁷ものの、PD（という用語）に関して言及したものは殆どない¹⁰⁹⁸。

他方、特許分野は見当たらなかった。しかし、いわゆる後発医薬品について、旧薬事法所定の承認申請をするために必要な試験を行うことと「試験又は研究のためにする特許発明の実施」（特許法 69 条 1 項）の関係が争われた事件¹⁰⁹⁹は、PD アプローチから解釈できる。

つまり、「特許権の存続期間が終了した後は、何人でも自由にその発明を利用することができ、それによって社会一般が広く益されるようにすることが、特許制度の根幹の一つ」であり、「期間中は後発医薬品の製造承認申請に必要な試験のための右生産等をも排除し得るものと解すると、特許権の存続期間を相当期間延長するのと同様の結果となるが、これは特許権者に付与すべき利益として特許法が想定するところを超える」としているが、前述の Peukert の区分によれば、conditional PD に当たる。知的財産権の時間的な有限性から、一定期間経過後の自由利用は保障されなければならない領域が PD であり、その部分を確保するために、PD を侵食させる解釈は認められないことを、「特許制度の根幹の一つ」として言及していると解釈することもできる。知的財産権は、保護対象が時間的にも、質的な意味でも範囲を有する有限である以上、常に保護と不保護の領域は白か黒かという関係で規律できるはずであるが、いずれも不明確ゆえに、グレーゾーンが生じている。さらに、同事件では、「期間延長するのと同様の効果」が生じる事実上の保護を否定した点に特徴がある。

5. 先行研究・裁判例のまとめ

以上をまとめると、PD 自体の総論的な研究が相対的に少ないのに比して、各論として、以下の 4 つに区分できる。

¹⁰⁹⁶ 最判昭和 59 年 1 月 20 日民集 38 卷 1 号 1 頁

¹⁰⁹⁷ 齊藤博「判批」『小野昌延先生喜寿記念知的財産法最高裁判例評釈大系Ⅲ』（青林書院、2010 年）p.86、中山信弘「判批」法学協会雑誌 102 卷 5 号（1985）p.213、半田正夫「判批」民商法雑誌 92 卷 3 号（1985）参照。

¹⁰⁹⁸ 上野達弘「判批」著作権判例百選（第 5 版）pp.4-5 は PD に言及するが、著作権法の趣旨として保護期間経過後の著作物が PD として自由利用できることにあると指摘するに留まる。

¹⁰⁹⁹ 最判平成 11 年 4 月 16 日民集 53 卷 4 号 627 頁

第一に、保護期間延長議論のように、知的財産の保護を拡張する議論の際に、侵食される反対利益としての PD を検討する議論である。

第二に、知的財産権の正当化根拠に関する議論がある。財産権と擬制して保護する知的財産制度を法哲学的に分析する議論である。特に、Locke が提示する原始的共有の概念が PD と親和的であり、PD に創作性を加えることで保護が正当化される唯一無二の創作物に変わる。

第三に、個別的 PD と呼ばれる領域にあるように、フェアユース、特許の権利行使の限界など、知的財産法で保護される知的財産の存在を前提とし、その権利行使の際に、その正当性や限界を検討する際に、PD を考慮する研究・裁判例であり、田村教授が先使用权の成立要件として、発明の同一性の要否の検討において用いた PD アプローチがこれに該当する。

第四に、PD に帰属すべき内容の問題として、TK がある。

以上を鑑みると、PD 自体の内容に触れているのは、第四の点のみである。このときに PD に関する議論がなされてはいたが、TK に関する議論は、バイオパイラシー（特に、先進国が途上国の豊かな生物資源や遺伝資源、古くから伝わる自然物、その加工品等の伝統知識を利用し、医薬品や食品に転用して自国で権利化して収益を上げることがを指す）といった行為のように、南北問題として政治的側面が強い¹¹⁰⁰。

また、国内外の裁判例においても、保護を受けない第三の区分での個別的 PD を明示するに留まっているとはいえ、アメリカのフェアユース、カナダ最高裁の UR といった対抗利益によって調整を図り、PD がなぜ、PD でなければならないのかという観点はないといえる。

6. PD と知的財産の関係－公開か形式的独占か

米国では、研究機関の研究成果を PD とするより、特許権を獲得して独占権を確保するほうが商業的関心を集め、有効活用されると考えられ、1980 年、「1980 年大学・中小企業特許手続法」（通称バイ・ドール法）の制定に繋がった¹¹⁰¹。同法のポイントは、①連邦政府資金によって大学、非営利機関や中小企業が研究成果を創出した場合、その成果から得られた知的財産権を、これらの研究開発を実施した組織に帰属させることを可能とし、②その実施において、技術移転先として国内企業を優先させるルールを定め、積極的に国内

¹¹⁰⁰ 伏見邦彦「知的財産を巡る国際的な議論～先鋭化する南北問題」パテント 63 巻 13 号（2010）pp.55-65 参照

¹¹⁰¹ 小林雅人「ゲノム創薬時代の特許問題」法律時報 73 巻 10 号（2001）p.50、米国特許制度の概要は、大樹七海、正林真之＝大熊雄治監修『世界の知的財産権』（経済産業調査会、2021）pp.177-183 参照。

企業や国内産業の活性化に繋げられるようにした¹¹⁰²。この背景には、1970 年後半の米国の国際経済力低下があった。

この効果は、一般的にはイノベーションを刺激し、新たな製品プロセスをもたらし、市場を拡大したと評価される一方、医薬やバイオテクノロジー分野では、政府や公的部門が貢献に見合う利益を享受できないとする指摘もある¹¹⁰³。わが国でも 1998 年に大学等における技術に関する研究成果の民間事業者への移転の促進に関する法律（TLO 法）、1999 年に日本版バイ・ドール法（産業技術力強化法）を制定した。現在、国が実施するほぼすべての委託研究開発プロジェクトにおいて同法 19 条 1 項が適用されており、受託者に知的財産権を帰属させる運用がなされている¹¹⁰⁴。この背景も、国際競争力強化に主眼がある。

ただし、日米共通する留意点として、ここでの PD は、各国内において、利用に関して条件が平等であることを意味する。つまり、ある技術を最大限活用させる手段として、PD でなく、特定の研究機関の独占が望ましいかという価値判断であり目的は、公益であるといえる¹¹⁰⁵。バイ・ドール特許と国有特許との比較では前者の方が、特許が活用されているとする研究もある¹¹⁰⁶。

また、米国では、特許権においては、ミスユース理論（反競争的ライセンス規約を規正するため、権利行使を濫用として認めないとする衡平法上の積極的抗弁）がある¹¹⁰⁷。さらに、連邦控訴裁判所の一部では、プログラムが著作権法による保護対象となったことなどを背景に、特許のミスユース理論の著作権に適用することも容認している¹¹⁰⁸。この法理は、

¹¹⁰² 特許庁・発明協会アジア太平洋工業所有権センター「公的研究機関の技術移転について」（2010）p.4
(https://www.jpo.go.jp/news/kokusai/developing/training/textbook/document/index/tecnology_transfer_by_public_research_organizations_jp.pdf)

¹¹⁰³ Congressional Research Service, The Bayh-Dole Act: Selected Issues in Patent Policy and the Commercialization of Technology.

¹¹⁰⁴ 特許庁「平成 26 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書 国の研究開発プロジェクトにおける知的財産マネジメントの在り方に関する調査研究報告書」
(<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11515276/1>)

¹¹⁰⁵ See *supra* note 1197 at 16.

¹¹⁰⁶ 小出輝＝中根知大＝松本賢英＝渡邊政嘉「日本版バイ・ドール制度の効果に関する考察」産学連携学 Vol.14, No.2 (2018) pp.41-48

¹¹⁰⁷ 裁判例などは、鈴木将文「米国特許法 271 条の立法経緯と「共同侵害」に関する米国の判例動向」日本弁理士会中央知的財産研究所研究報告第 22 号『複数人が関与する知的財産権侵害について』（2008）pp.31-53 参照

¹¹⁰⁸ Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990). 張睿暎「著作権侵害訴訟における抗弁としてのフェアユース—米国デジタルミレニアム著作権法以降の変化を中心に—」早稲田大学大学院法研論集 124 号 (2007) pp.134-135 は、アメリカ著作権侵害訴訟における抗弁の種類の一つとして、著作権ミスユースを位置付ける。

当事者間の利害関係の調整でなく、知的財産法の公共政策に反するときに認められる¹¹⁰⁹。この発想は、「公共の情報財を侵蝕する行為を知的財産法の関心の対象外としてしまうのではなく」PD に対し、「より創造的な意味と独自の保護手段をあたえるべきではないか」との問題意識があるからである¹¹¹⁰。

わが国では、ミスユース理論はないが、公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成 19 年 9 月 28 日，最終改正平成 28 年 1 月 21 日）の「第 4 の 5 の (3) 権利消滅後の制限」では，ライセンサーがライセンシーに対して，技術に係る権利が消滅した後においても，当該技術を利用することを制限する行為，又はライセンス料の支払義務を課す行為は，一般に技術の自由な利用を阻害するものであり，公正競争阻害性を有する場合には，不公正な取引方法に該当する（一般指定第 12 項）。ただし，ライセンス料支払義務が分割又は延払いとされている場合はライセンシーの事業活動を不当に拘束するものではないと規定されている。

したがって，公正競争阻害性（競争の排除又は回避効果）が認められる場合に，競争法の観点から制限がかかるとされている。他方で，著作権に関しては，このような規定はないが，ミスユース理論の問題意識は，わが国の法解釈において無視すべきでなく，権利濫用を PD と知的財産による独占の調整の結果として認める法解釈はあり得よう¹¹¹¹。

7. 分析—ユーザの権利と PD，そしてデジタルアーカイブ

7.1. PD からユーザの権利へ

これまでの議論は，PD の法的保護は，消極・積極的効力にせよ，知的財産権の効力（排他権又は独占権）の裏返しとしての効力のみが検討されていた。これだけでは，保全はできても，豊富化はできない。その具体例が，冒頭述べた権利者不明著作物の取扱いや，DRM による事実上の制約や後述するコンテンツアーカイブの際の「権利の壁」である。これを解決する法解釈や立法論のため，PD の意義から再検討してきた。しかし，それでは不十分であることが判明した。つまり，PD を水槽に例えると，漏水防止のみでは，貯

¹¹⁰⁹ 根岸哲「特許期間終了後のロイヤルティ支払義務とパテント・ミスユース—Brulotte 判決との関係—Kimble et al. v. Marvel Entertainment, LLC, successor to Marvel Enterprises, Inc., 135 S.Ct..2401(2015)—」公正取引 No.805 (2017) p.78

¹¹¹⁰ 飯島歩「ネットワーク社会の保護の対象としてのパブリック・ドメイン」判例タイムズ No.1076 (2002) p.50

¹¹¹¹ 商標権侵害を中心に，知的財産権にも基づく損害賠償請求は権利濫用として棄却されることがある。このような事件は，取引事情による通常の権利濫用事例の場合もあるが，請求の基礎となる当該商標自体に顧客吸引力が全くないことに起因することがある（最判平成 9 年 3 月 11 日民集 第 51 卷 3 号 1055 頁（小僧寿し事件））。この場合，当事者間の利害調整でなく，知的財産権の性質からの帰結として，ミスユース理論における公共政策的な側面が出ていると言える。

水できないことと同様である。水槽を水で満たすためには、①水を確保し、②それを水槽に入れる2要素が必要となる。PDを知的財産法の観点のみから見ることは、ある意味で知的財産法から漏れた排水を入れることしか考えていないことと同義であるが、実態は、不特定の個人による非独占的な創作によってPDに「水」を注いでいるといえる¹¹¹²。

この「水」が著作権との関係で言えば著作物に置換可能であるが、水と異なり著作物は、時間や場所を超えて利用可能な状態にしてこそ、Litmanのいうコモンスに留保すべき資源となる。

無論、水槽というPDには、水というコンテンツが、権利の裏返しとして流れてくる（青空文庫はその蓄積といえる。）。しかし、青空文庫が、著作権保護期間が50年から70年となったことで、現在、ギャップ期間として、コンテンツが蓄積されなくなったように、単なる権利の裏返しとして構成したのでは、いわば恩恵的なものに過ぎなくなる。そこで、検討すべきは、流れてこない上流の水のうち、本来はPDとして帰属すべきものを、水槽に水を入れる手段（②に該当する）はあるのか、あるとしたら、それを権利として構成することは可能であるか、という点である。そして、この過程では、当然に①に該当する部分、つまり、PDを確保する「行為」が必要となる。この行為を正当化するのが、URであると考える。

PDが単なる不保護の領域であることを超え、法的に独自の意義ある領域とすべき正当化根拠は、利用するユーザが存在するからである。なぜなら、誰にも帰属しない領域が不可侵で、ユーザが利用できないとすることは、背理だからである。そうであれば、PDをUR（少なくとも法的利益）として構成する正当性が見いだせる。

もともと、PDは、これまで判例で認められ、権利の保護期間規定が存在する裏返しとして立法趣旨からも認められるが、カナダを除けば、URにおいては、当然に認められるものではない点がPDとの違いでもある。

この点、ユーザの権利に関し、山口いつ子教授は「…創作のプロセスには事前の「インプット」が必要であり、創作性の付与のみならず事前に既存の素材等にアクセスして学ぶために十分な権利の付与も等しく重要である」とする。そのうえで、人間のインプットと比較し「AIへのインプット…であればフェアユースとなる一方で人間によるものであれば未知ではないとされる現状」を疑問視する米国の議論を参照し、技術的保護手段によるオーバーライド問題等でユーザの権利概念の考察を深める重要性を指摘する¹¹¹³。

つまり、著作権者の権利に対峙する対抗利益は、PDの存在意義を前提として初めて、

¹¹¹² See, Benkler, Y. *Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm."*, 112(3) *The Yale L. J.* (2002) at 381.ただし、Benklerは、PDでなく、知識コモンスと表現する。

¹¹¹³ 山口いつ子「表現の自由と著作権—AI時代の「ユーザライツ」概念とそのチェック機能」論究ジュリスト 25号 (2018) p.67

一定の正当性のあるユーザが、自己の利用を主張する部分につき、「著作権の不行使を求める法的利益」として構成可能ではないか。ここで、「法的利益」とし、権利と構成することに躊躇するのは、PDを確保、豊富化を図るべきとの規範は、国家に向けられた拘束力であり、他方で、URは、(権利者に対峙する)主観的権利だからである。しかし、PDアプローチは、PDに法的な価値があることを自認し、介在させることで、既存の条文解釈の方向づけを行う、司法への拘束を求めるものでもある。そのため、具体的には、侵害訴訟において、特定の権利制限規定を抗弁として提出し、それを裏付ける主張として、PDの正当化根拠(個別的PD)を示すことになる。したがって、実質的には、一部はユーザの権利と同等の機能をもたらす¹¹¹⁴、結果としてPDからユーザの権利が導出できる。

PDの利用権を、Peukertは、ドイツ連邦共和国基本法における表現及び情報の自由(同5条1項)、芸術や学問の自由(同条3項)、営業の自由(同法12条1項)に対する基本的権利により保障されており、さらにその基底にある自己の人格の自由な発展に対する一般的権利により保障される(同法2条1項)と述べる¹¹¹⁵。

わが国でも、憲法13条を一般的な規定として、表現の自由(同法21条1項)、学問の自由(同法23条)、営業の自由(同法22条参照)が対応し、具体的立法として、著作権法の各種権利制限や文化芸術基本法2条3項前段の文化芸術創造享受権(同法29条はDAの振興を規定している)はその表れと評価できる。そして、DAを行うことは、PDの確保、豊富化にあるのだから、ユーザの権利による具体化と評価することも許されるのではないかと。もっとも、この権利は、それぞれ根拠が異なり、制約の強度や程度の正当化も異なり得る点に留意が必要である。

7.2. ユーザの権利の具体的実践としてのデジタルアーカイブ

これまで論じたユーザの権利の実践例が、デジタルアーカイブ(以下「DA」という。DAは、特定の目的に沿って情報資源を収集・組織化・利用提供・保存できる仕組み(施設、組織、機能など)¹¹¹⁶である。)である¹¹¹⁷。アーカイブと知的財産法との関係を論じた前田健の論文が「公益の実現と法」の一環で掲載されているように、DAは、文化資源のデ

¹¹¹⁴ 比良友佳理「著作権と基本権に関する3件の欧州司法裁判所大法廷判決」同志社・挑戦Ⅱpp.264-283はCJEUのFunke Medien事件、Pelham事件、Spiegel Online事件の3件を検討し、これらの判決が「著作権侵害訴訟において表現の自由は外在的制約の根拠とはなり得ず、著作権と表現の自由のバランスは既存の条文の解釈を通じて衡量していくアプローチ」が示されたとしており、本稿の結論を補強すると評価できる。

¹¹¹⁵ ボイケルト・前掲「パブリック・ドメインの法理(A Doctrine of the Public Domain)」p.198

¹¹¹⁶ 柳与志夫『デジタルアーカイブの理論と政策』(勁草書房、2020) p.68 参照

¹¹¹⁷ 前田健「コンテンツのアーカイブと知的財産法の役割」法律時報93巻10号(2021) pp.85-91

デジタル化により、地理的、時間的制約を超えてアクセス可能性を高めることで公益を図る点に特徴がある。

前述の Samuelson も、情報のデジタル化は、PD の有効活用に非常に良い影響を与えることを指摘する¹¹¹⁸。また、前述の WIPO 報告書では、PD のデータベースとしての活用として、Europeana を挙げる¹¹¹⁹。

DA においては、著作権、肖像権など権利処理の問題が付きまとう¹¹²⁰が、著作権に関しては、本来 PD であるのに、DA できず死蔵・散逸しかねない作品も多い。PD は、「誰にも所有されていない」¹¹²¹領域であると同時に（それ故に不可侵ではなく）、不特定多数のユーザ（このときに条件が付く場合があることは前述したとおりである）が利用できる領域であることも意味する。

8. 小括

PD の具体的中身は、不保護であるという特徴以外はその中身を表現することは難しい。しかし、PD から創作物や標識が生まれることも事実であり、それが引用など利活用されて別の創作物が生まれ、当初の創作物はやがて PD となる。

今後の課題としては、本稿での基礎的考察がプラクティスに与える影響の検証、利用モデルの構築である。本稿では、DA を例に検証したが、知的財産政策、文化政策の観点からも、その解釈の正当性はあり得ることは示したが、さらなる精緻化が課題である¹¹²²。

¹¹¹⁸ Samuelson, *supra* note 1041, [Mapping the Digital Public Domain] at 152.

¹¹¹⁹ Dusollier, *supra* note 1025 at 66-7.

¹¹²⁰ 生貝直人「デジタルアーカイブの構築に関わる法制度の概観」福井健策監修、数藤雅彦責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 1 権利処理と法の実務』（勉誠出版、2019）pp.1-14、酒井麻千子「アートのデジタルコンテンツの権利処理に関わる法的問題について」高野明彦監修、嘉村哲郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 4 アートシーンを支える』（勉誠出版、2020）pp.67-86

¹¹²¹ ポイケルト・前掲「パブリック・ドメインの法理（A Doctrine of the Public Domain）」p.197

¹¹²² 小島立「いわゆる「知的財産権の空白領域」について」高倉成男ほか『知的財産法制と憲法的価値』（有斐閣、2022）pp.271-296 は、「知的財産権による保護がなくても創作とイノベーションが活発に展開されている領域」である知的財産権の空白領域を統一的に把握しようとする。この点で PD の確保を目指す視点と共通するが、その違いを以下のように説明する。PD の議論は、知的財産権が及ばない領域を確保しようとするべく規範的な観点が強調されているのに対し、知的財産権の空白領域の議論は、既に知的財産権による保護がなくとも秩序形成されている領域の存在を前提とし、そこから、知的財産権が機能する条件を探ろうとする問題発見的なアプローチである点で違いがあるという（同 pp.275-276）。

第3節 パブリックドメイン化した知的財産の共用モデルの検討

1. 問題の所在¹¹²³

最近、「誰もが利用可能な領域」を指すパブリックドメイン¹¹²⁴ (Public Domain, 以下「PD」という.) を知的財産法制度の中に積極的に位置づけようとする動きがある¹¹²⁵. 田村教授は、この種のアプローチを PD アプローチと呼ぶが、本稿も、知的財産の PD に着目する点では共通した思想を持っている。

しかし、知的財産法、特に創作法における PD の議論には2つの次元がある。1つは、そもそも、法的保護の対象外とする PD がある。著作権法における思想（アイデア）のように、思想を保護しない、すなわち、PD とすることで、他者がその思想を利用して別個の新たな表現を創作することへのインセンティブを与えるほうが文化の発展に資するという判断がある¹¹²⁶。もう1つは、PD となった知的財産である。保護期間満了後の知的財産がこれにあたる。知的財産に保護期間が存在するのは、技術や文化は積み重ねにより発展する性質を有している以上、一定期間経過後は模倣自由として PD にすべきという考慮に基づく¹¹²⁷。

本節の問題意識は、専ら2つ目の PD の在り方にある。つまり、PD アプローチから知的財産を見たとき、PD が「誰もが利用可能な領域」になっていない場合、法制度の在り方だけではなく、社会的な事情も含め、知的財産の保護に課題がある（孤児著作物が典型である。）。

例えば、ある特定の美術の著作物が有体物に固定されている場合、所有権と著作権の違いから、著作物としては PD 化しているが、所有者によって管理されているため、所有権はその有体物に及んでいるため、結果的に、自由模倣することはできない。

この問題が現実化しているのが、文化資源のデジタルアーカイブ化 (DA) に関する問題である。ここでいう、「文化資源」とは、「人間の文化にかかわるさまざまな有形のモノやそれについての情報のほか、身体化された知識・技法・ノウハウ、制度化された人的・組織的ネットワークや知的財産など、社会での活用が可能な資源とみなされるもの」と定義する。

¹¹²³ 本節は、2019年度村田学術振興財団（第36回）研究助成「パブリックドメイン化した知的財産の共用モデルの研究—文化資源のデジタルアーカイブ化の正当化根拠を中心に—」に基づく研究成果報告書の一部加筆修正したものである。

¹¹²⁴ 中山・著作権法 p.62

¹¹²⁵ 田村善之「特許法における創作物アプローチとパブリック・ドメイン・アプローチの相剋～権利成立の場面を題材として～」パテント72巻9号(2019) p.5

¹¹²⁶ 中山・著作権法 p.62

¹¹²⁷ 田村・著作権法 pp.268-269

なお、文化資源が知的財産関連の政策文書に登場したのは、2009年の知的財産戦略本部の報告書である。同報告書では、日本文化の価値を「日本ブランド」と捉え、基本的戦略として①創造力の強化、②発信力の強化、③体制の構築に分け、①をさらに i ソフトパワー産業の振興、ii 創造基盤の整備、iii ②をさらに外に向けての発信力強化、iv 訪日促進等を通じた認知度の向上、に分けている。しかし、前述の知財本部が提唱するブランド戦略としての「戦略2 創造基盤の整備」には、主な政策として「文化資源のアーカイブ化の推進」が掲げられているものの、文化資源の定義についての記載はない。

DAは、①情報のアクセスが容易になり、VRの実現が可能となる、②新たな鑑賞体験を提示可能にする、③新たな知見が発見可能となること、④原史料の経年劣化に配慮し、保存リスクを軽減可能とするメリットがある¹¹²⁸。

つまり、DAは、PDを閉じたものにせず、時間的（世代的）、地理的・空間的制約を解放させ、さらなる活用方法も拡大させる役割がある。DAは、PDという「文化的コモンズ」を量的・質的に拡大を可能にする。

以上の発想からすれば、特に著作権法の権利制限規定とDA政策の在り方は、PD化された知的財産（文化コモンズ）の理想的なモデルなり、エコシステムが理論的に確立されていなければならない。

そこで、本節では、最終的にはその理念モデルを提示することをゴールとする。

2. 文化コモンズと知的財産の関係

コモンズ論（公共資源の利用・管理についての研究）は、公共経済学、農村社会学、環境社会学などを中心に議論されているが、コモンズそのものの定義は論者や学問分野によって異なる。法学分野では、上記の研究分野に対応するように、農村地域の入会権（総有）の在り方や、環境法における法的救済・環境保全に関する理論（環境をコモンズとして捉え、住民の法的救済を検討する理論）がある¹¹²⁹。とりわけ、わが国のコモンズ論は、戦前入会権研究の再評価から始まり、共的管理として、総有概念に着目し始めた点に特徴がある¹¹³⁰。

Hardinの著名な「コモンズの悲劇」¹¹³¹におけるコモンズは、有限の牧草地がオープンアクセスであったこと、当該資源の利用に関するルールが存在しない性質を前提とする。

¹¹²⁸ デジタル文化財創出機構『デジタル文化革命！』（東京書籍、2016）参照

¹¹²⁹ 法学分野では、高村学人「コモンズ研究のための法概念の再定位—社会諸科学との協働を志向して—」社会科学研究（東京大学社会科学研究所）60巻5・6号（2009）pp.81-116

¹¹³⁰ 高村学人「オストロム・コモンズ理論の応用による都市内地域共用資源分析方法と法概念論」新世代法政策学研究 Vol.12（2011）p.349

¹¹³¹ Hardin Garret, *The Tragedy of the Commons*, Science, Vol.162, No.3859 (1968) at 1243-1248.

これに反証する農村地域のフィールドワークなどの実証的研究から、公的でも私的でもない共的管理システムこそが自然資源の維持・管理が可能であることを立証してきた。

コモンズを知的財産の分野に持ち込んだのが Lessig である。Lessig は、パブリックドメインとなる著作物をコモンズとして、公園などのコモンズと同様に論じている¹¹³²。しかし、ここでのコモンズは、従前のコモンズ論にパブリックドメインである著作物が当てはまることを示しているに過ぎず、オープンアクセスと同一視している¹¹³³。むしろ、Lessig の主張はコンテンツよりも、プラットフォームであるインターネットがイノベーションのコモンズを形成することに着目していた¹¹³⁴。

結局、知的財産のコモンズ論は、所有権の客体となる自然資源と異なり、共有の意味が異なる特徴がある。総有か否かにかかわらず、「共有」されていれば、利用が可能となる。資源の所有でなく、管理や運用態様がコモンズの在り方を決定するのである。

このような特徴を踏まえ、山田教授は、「文化コモンズ」を「文化に関わる私的所有でない事物、及びその所有・管理・用益の在り方」と定義する¹¹³⁵。そして、当該文化の構成要素として、アクセス可能性を挙げることができる。

さらに、「構築型文化コモンズ (Constructed cultural commons)」を Madison ら¹¹³⁶は提唱する。これは、文化的・科学的な知的資源を一共有的管理されている天然共有資源と同様一蓄積・共有する制度を通して管理的方法によって、創造・供給させる環境と定義している¹¹³⁷。知的創造サイクルは、この創造によって供給を果たすモデルと位置付けられ、パテントプールやオープンソースライセンスのモデルをこれによって分析する見解もある¹¹³⁸。

こうした知識の共有という観点は、自然資源との対比として、情報社会学の観点からモデルの提案が試みられている¹¹³⁹。かつて、Ostrom がケースの蓄積により、コモンズの悲劇の反証に成功し、コモンズの管理モデルをさらに発展させ、Government Knowledge Commons (GKC) というコモンズのガバナンスモデルを提唱した。知的財産制度は、このモデルでは市場型に属する。つまり、知識資源の算出にはコストがかかるが、これにフ

¹¹³² Lawrence Lessig, *The FUTUTRE of IDEAS: the fate of the commons in a connected world* (Random House, 2001) at 20.

¹¹³³ 山田奨治「<文化コモンズ>は可能か？」山田・コモンズ p.25

¹¹³⁴ Lessig, *supra* note 1132 at 23.

¹¹³⁵ 山田・コモンズ pp.28-29

¹¹³⁶ Michael J. Madison, Brett M. Frischmann, Katherine J. Strandburg, *Constructing Commons in the Cultural Environment*, 95 *Cornell L. Rev.* 657 (2010).

¹¹³⁷ *Id.* at 659.

¹¹³⁸ 山根崇邦「構築型文化コモンズと著作権法—「オープン・クリエーション」モデルの制度的条件とその含意」同志社法学 Vol.64, No.6 (2013) pp.49-50

¹¹³⁹ 西川開「知識コモンズ研究の系統化に関する理論的考察」情報知識学会誌 Vol.29, No.3 (2019) p.213

リーライドする存在を排除する論理が必要であり、それが知的財産権を正当化させ、市場に委ねることで知識資源のガバナンスを図るものである。

ところが、これは、特許には当てはまるが、著作権の一部（文化芸術、学術など）には、フリーライドが存在しても、知識資源の創作が止まるとは限らない。そこで、Ostrom の IAD (Institutional Analysis and Development) モデル¹¹⁴⁰を知識資源に適用させた「知識コモンズフレームワーク」が提唱されている。このフレームワークは、DA 政策の制度設計に役立ち得るとされる（下図参照）¹¹⁴¹。

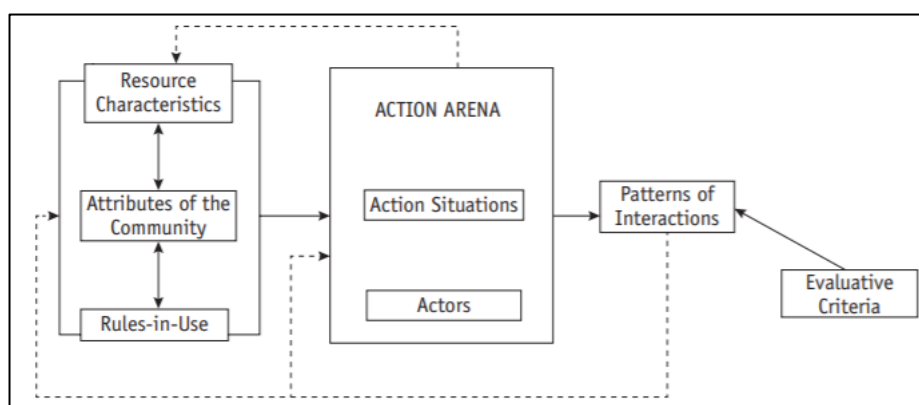


図 6 : The Knowledge Commons Framework.¹¹⁴²

なお、従来、文化コモンズは、伝統的知識 (Traditional Knowledge) との関係でも論じられているが、TK は、冒頭の PD の 2 つの次元のうち、法的保護の対象外として扱うか否かという観点からであり、本稿の対象外である¹¹⁴³。

3. 欧州と日本のデジタルアーカイブ政策の概要

必要な範囲で、政策動向を振り返ると、EU でも 2008 年から始まった Europeana (ヨー

¹¹⁴⁰ Institutional Analysis and Development の略であり、Ostrom の自然資源のケーススタディから導かれる管理モデルの一般化すべく立てたフレームワークである。

¹¹⁴¹ 西川開「知識コモンズ研究の系統化に関する理論的考察」情報知識学会誌 Vol.29, No.3 (2019) pp.125-126

¹¹⁴² Frischmann, Brett M., Madison, Michael J., Strandburg, Katherine J. “Governing Knowledge Commons”. Oxford University Press (2014) at 19.

¹¹⁴³ 近年、文化人類学の視点から、生物資源の (西洋的な概念から翻訳されてきた) 「所有」という課題を克服するためには、知的所有権の所有を相対化する必要がある、所有を過去から生成されてきた独占の客体として位置付けるのではなく、知的所有を「未来へ向けた責任と義務」としての側面に光を当てるべきであると指摘する (中空萌『知的所有権の人類学』(世界思想社, 2019) pp.234-237 参照)。

ロピアナ)を始め、公的機関による DA 政策が進められている。わが国でも、ジャパンサーチ正式版が 2020 年 8 月より開始されたが、知的財産推進計画にも、DA に関する取組が記載されている。下図は、2017 年から記載されているが、「アーカイブの利活用促進」が記載されるようになったのは、2014 年からである。

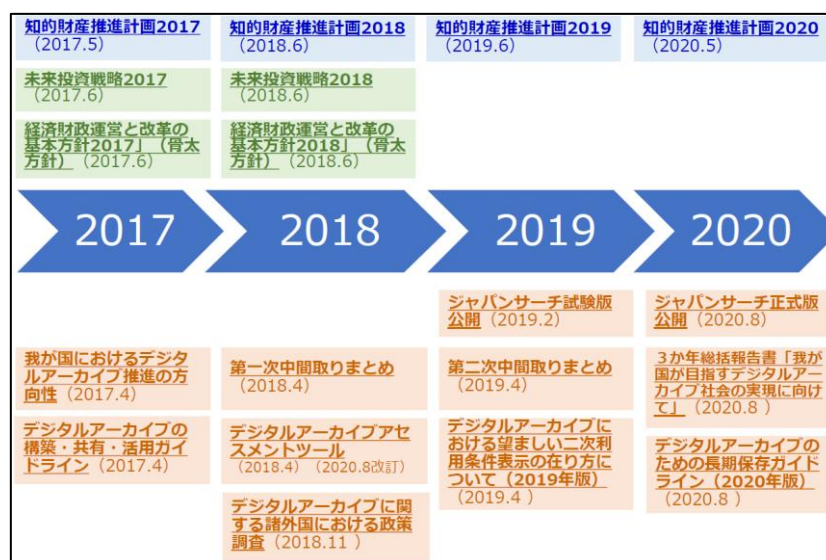


図 7：DA に関する政府の取組¹¹⁴⁴

この DA のプラットフォームを 1 つの文化コモンズと見立てると、著作権法の権利制限規定は、資源のリソース確保であり、Europeana が公開している PD のガイドライン（利用者を含めた二次利用コミュニティの規範形成に向け、PD のデータ利用に関して、利用者に向けた非拘束的ルール¹¹⁴⁵は、知識の共有、文化に対する意識など、法的契約ではない自主規制的アプローチによって、利用モデルが提示されている。

4. 分析

前述した Ostrom の IAD (Institutional Analysis and Development) モデルを前提として、特に欧州と日本の DA 政策と著作権法の在り方を中心に、権利者の権利制限をしてもなお、文化資源の DA が正当化される根拠を検証する。

まず、DA は、文化コモンズに文化資源をプールすることにより、文化コモンズの利用

¹¹⁴⁴ 出典：2020 年 9 月 10 日デジタルアーカイブ産学官フォーラム（第 4 回）内閣府知的財産戦略推進事務局「知的財産推進計画 2020 におけるジャパンサーチの位置づけ」

¹¹⁴⁵ Public Domain Usage Guidelines (<https://www.europeana.eu/en/rights/public-domain-usage-guidelines>)

範囲を拡大化することに寄与している。これは、ハーディンの共有地の悲劇¹¹⁴⁶で例示される牧場とは異なる。従来型の共有地は、「政府による管理」か「私有化した管理」という二元論的であった。

しかし、オストロムは、第三の道として「コモンズの統治」として、以下の 8 つの設計原理を挙げている¹¹⁴⁷。

1. 境界：CPR (common pool resources=CPR) から資源を引き出す個人の財産と CPR の境界が明確である。
2. 地域的条件との調和：専有ルールが供給ルールと調和している。
3. 集合的選択の取り決め：運用ルールの影響を受ける個人の大多数は、運用ルールの修正に参加できる。
4. 監視：CPR 条件と専有者を検査する監視者は、専有者に対して責任がある。
5. 段階的制裁：運用ルールを侵害する専有者は制裁を受ける。
6. 紛争解決：専有者間もしくは専有者と当局者の紛争を解決するために、安価な費用で解決できること
7. 組織化する権利の承認：制度を構築する専有者の権利は、外部の政府当局によって異議を申し立てられない。
8. 組み込まれた事業：より大きな体系の一部である CPRs に関しては、専有、供給、監視、強制、紛争解決ルールは多層の事業で組織化される。

これは、知的財産法の世界で見ると、CC ライセンスがこの条件のいくつかを整えている。

なぜなら、以下のとおり、設計原理 1～8 にフィットするからである。

①設計原理 1 に関して、CC ライセンスは、その対象を明確化することを前提として権利メタデータとして機能している。これは、個人の財産とそうでないものを区別しており、設計原理 1 を満たす。

②設計原理 2 は、「地域的」条件としているが、無体物の場合は、利用許諾の際に地理的条件を付すことはあるが、一般的ではない。しかし、設計原理 2 の意図は、自然資源を念頭に置いたとき、財には、消耗性、競合性があり、専有・供給ルールの効力範囲を定める必要があるため、それを明確化することにある。そうすると、無体物の場合、少なくとも消耗性はなく、競合性に関して、同時利用は可能であるため、自然資源と同様には考えられない。したがって、設計原理 2 の「意図」として、地域的な側面は捨象することがで

¹¹⁴⁶ Hardin Garret, *supra* note 1131.

¹¹⁴⁷ Elinor Ostrom, *Governing the Commons The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press (2015) at 88-101.

きる。そうであれば、専有ルールは、デフォルトの著作権法に相当するが、それを修正して専有を一定条件の下に開放し、コンテンツを市場に「供給」する。その意味で設計原理2が意図するものを満たすことになる。

③設計原理3は、共同著作物のような例外を除き、大多数の知的財産権の権利者は、デフォルトの著作権法のルールをCCライセンスにより、修正できる。

④設計原理4は、監視者の存在が通常は不在であり、この点はCCライセンスでは満たさない。

⑤設計原理5は、デフォルトの著作権法の修正であり、CCライセンスに違反した場合は、デフォルトの著作権法によって、制裁を受け得る。

⑥設計原理6は、紛争解決が安価でできることについて、訴訟・手続費用の問題のみならず、CCライセンスが立証の容易性に寄与すると考えれば、安価とも評価できる。

⑦設計原理7は、制度構築が権利者によるCCライセンスの任意の設定と考えれば、契約解釈は裁判所によって判断されるが、CCライセンス自体は、世界的にも有効なものとして存在しており、「外部の政府当局による異議申立て」はおよそ想定されないといえる。

⑧設計原理8は、CCライセンスとは直接関係はないが、CCライセンスの対象となり得るCPRは、特定の文化資源データベースであれば、著作権法によって規律されている。そして、これを専有（権利管理）、供給（許諾や公開ルール）、監視、強制、紛争解決ルール（二次利用ルール違反の際のADRや司法による解決）は、多層の事業で組織化されている（文化庁による支援、事業者団体、企業）。

そして、そのライセンス条件を採用する、2020年8月公開のジャパンサーチの件をはじめとする、日本国政府のオープンデータ政策のデファクトスタンダードは、その証左といえる。

CCライセンスの提唱者であるLessigの前述のコモンズや山田教授の文化コモンズを敷衍させると、知的財産法におけるコモンズの捕捉は、準物権的構成からの帰結（有体物の規律に対応させる）として、以下のとおりとなる。

まず、「政府による管理」は、権利範囲を政府に委ねることになる。つまり、産業財産権は行政処分として行政庁が決定し、著作物性は最終的には司法機関によって画定される。

そして、「私有化した管理」は、上記の処分によって私有地を画定させ、その範囲では原則、自由な利用を許容することになる。ただし、特許法72条、意匠法26条のような権利衝突の場面は政府が規律する。現に、不実施・使用、公益的利用、不正使用には制限が及ぶ（パリ条約5条、TRIPs31条、特許83条、商標50条、特許93条、商標51条、52条の2、53条など）。

ただし、近年は、第三の道としての共同規制、ソフトローとしてのガイドライン、Creative commonsの登場（ただし、政府による管理を排斥しない）といった手段がある。

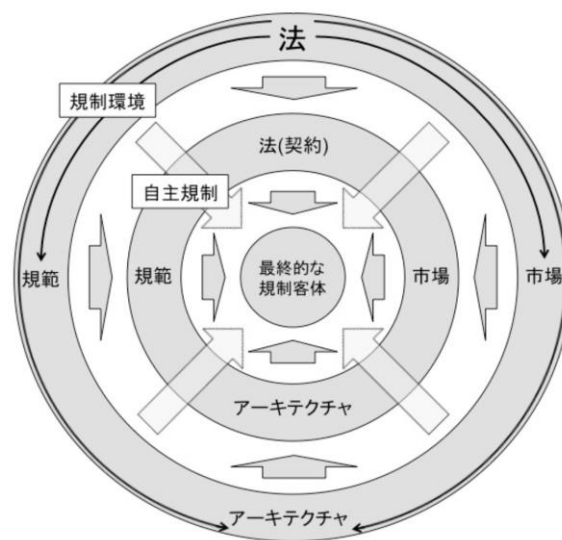


図 8：情報社会における共同規制の相互関連性¹¹⁴⁸

共同規制モデルによると、レッシングが規制手段とする法、規範、市場、アーキテクチャ（コード）の 4 つの要素が独立せず、法を頂点にして規範や市場、アーキテクチャと連関性を持つ。

したがって、DA に関する法制度も情報社会における整備においては、単なる法整備では足りないことが示唆されている。

このことを前提に、DA をプラクティカルな視点から見ると、DA を構築する 3 要素は、①制度・体制（権利処理、産官学連携、人材育成）、②コスト（ハード、ソフト、人件費）、③技術（アーカイブ技術・活用技術、コンテンツ化、アーカイブ化、ネットワーク化）からなる。

①制度的な面は著作権法や国立国会図書館法による整備が典型例である。

②のコスト面では、持続可能性が特に重要となる。先行研究では、経済、社会、環境の 3 つの基盤が持続的発展を支えるほか、これら 3 つの根底には、「文化的持続可能性」という第 4 の要素があることが指摘されている¹¹⁴⁹。そして、美術館の一般公開、および遺産の公開が集客につながるため、文化的持続可能性にプラスの影響を与えるほか、持続可能性の要素の 1 つとして、文化施設の遺産をデジタル化するために提供される国の支援を挙げ

¹¹⁴⁸ 生貝直人『情報社会と共同規制』（勁草書房、2011）p.40

¹¹⁴⁹ Izabela Luiza Pop 1, Anca Borza, Anut, Buiga, Diana Ighian and Rita Toader, *Achieving Cultural Sustainability in Museums: A Step Toward Sustainable Development, Sustainability* (2019) at 15 Fig.1 (doi:10.3390/su11040970)

る。

③は、専ら技術的観点のため、本研究の検討外ではあるが、ネットワーク化については、メタデータ連携など、制度整備と無関係ではない。その意味でも共同規制による法とアーキテクチャの関係の重要性が強調される。

5. まとめ

知的財産政策のみで DA 政策を達成することはできない。ある意味で当然のことだが、DA 政策は、文化庁の文化審議会博物館部会でも取り上げられるべきものである。

DA を知的財産の保存・利用・公開と考えれば、(PD となったものも含め) 知的財産の利用モデルは、知的財産法だけでなく、文化芸術基本法、社会教育法も重要であり、それぞれが関係する。そうであれば、PD の利用モデルも、文化的持続可能性に配慮したものが検討されるべきである。そして、これは、今後の課題である。

翻って、上記モデルを前提とすれば、知的財産法の解釈（特に文化資源の維持保存機能が趣旨の条文解釈にも）にも、著作権法 1 条や国立国会図書館法を媒介として影響を与える。

例として、法解釈に応用可能性があるものを 2 つ挙げる。

まずは、追及権である。つまり、保護期間中に「適切な保護」がなされていないのならば、その後に利益を享受する正当化根拠となり得る。

次に、保護期間満了前でもアーカイブをする必要性から、文化コモンズの保全（≠醸成）のための緊急措置としての DA の可能性である。将来的に公開することを留保するダークアーカイブは、孤児著作物を防ぐ効能があり、まさに著作者・著作権者とユーザとの権衡によって定まる課題である。

第IV部：デジタルアーカイブ権の確立に向けて

終章 デジタルアーカイブ権の確立に向けて

第1節 デジタルアーカイブ権の正当性と展開

1. 本研究の成果

本研究では、デジタルアーカイブの振興という実践面の問題意識を前提として、その理論的にいかにして正当化されるのか、その根拠を検討した。序章で述べたとおり、本研究では、デジタルアーカイブを（デジタル化されているか問わず）は、文化資源を対象に、これをデジタル形式で収集、保存、組織化し、公開・提供行為まで含む一連の行為を指すと定義した。そして、この行為を法的に正当化するために、「デジタルアーカイブ権」として認めることはできないか、特に「ユーザの権利」概念を中心に権利者（特に著作権）の対抗価値として、その理論化を試みた。

まず、デジタルアーカイブの定義について、「デジタル」と「デジタルアーカイブ」に分解し、その意義を確認した。コロナ禍により、文化資源のデジタル化の有用性がより喫緊の課題として認識されたこともあり、日本ではこれまで知的財産政策の権利制限の問題として論じられていたものが、文化政策の観点からも積極的に評価されつつある。

次に、著作権の権利制限規定の機能について検討した。ここでは、ユーザの権利かどうかはともかく、権利制限規定が、文化資源を保護する機能を有することを明らかにし、その傾向は、政策動向を反映して、よりデジタルアーカイブの促進に資するように制度設計される様子が明らかにされた。そのうえで、この権利制限規定をいかに活用しているのか、あるいはできないのか、デジタルアーカイブの中核的機関である、MLA 機関の制度も概観しながら、近年は法改正によりデジタルアーカイブの促進に資する一方、技術的利用制限手段、技術的保護手段といったアーキテクチャによる規制が、デジタルアーカイブに制約を与える可能性を明らかにした。

また、メタデータの法的保護や、学術情報流通分野におけるオープンアクセスにおいては、権利者が著作物としての保護よりも幅広い流通やアクセスを望む場合もあることを明らかにした。

他方で、権利制限規定における正当性を文化資源保護機能、障害者の権利をはじめとするユーザの権利として構成することで理論化を試みた。このときに、重要な点は、比較衡量可能な価値として捕捉するために、ユーザの権利が依拠する法的価値は多元的であることであった。もっとも、パブリックドメインの利活用が重要であることは共通している。

そのため、「ユーザの権利＝パブリックドメインの利用する権利」として、位置づけることを試みた。パブリックドメインは先行研究によって、その捉え方が異なり、伝統的知

識の文脈では無秩序な共有地の悲劇が起こる領域と捉える見解もあるが、近年は、パブリックドメインから公衆の権利を引き出そうとする見解があるように、パブリックドメインを積極的に評価することで、一定の条件下によって、利用可能な領域として定義づけ、一種のコモンズ（文化コモンズ）と同義と扱っている。したがって、パブリックドメインを一定の秩序の中で、利用を認めようとしている。つまり、ユーザの権利も、その中で、一定の制約を受けつつも、パブリックドメインの利用権として正当化されることが明らかになった。

さらに、ユーザの権利は、消費者保護の観点、憲法上の権利としての著作物利用権、集团的利益として位置付ける3つのアプローチがあることを紹介した。コンテンツは、消費財ではあるため、ユーザの権利の一般論としてはともかく、文化政策の観点からすれば、消費者保護の点からユーザの権利を正当化することは些か困難であろう。

そのため、特に憲法上の権利として著作物利用権にカテゴライズ可能な文化権の議論を取り上げた。文化権の議論は、憲法25条などに基づく原理的な研究であるが、最近の研究において、文化全般につき、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を「文化権」とし、文化的な環境整備を国に義務付ける立論が可能であるとしており¹¹⁵⁰、これを文化環境の整備の具体的なレベルに落とし込んだとき、文化資源へのアクセスは、デジタル化によって保障されるべきであるとする立論も十分可能であるし、現実的である。

そうであるならば、文化権の一内容として、デジタルアーカイブ権が存在するとした結論もまた、十分に立論可能であると考えられる。

2. デジタルアーカイブ権の法的意義

デジタルアーカイブ権は、ユーザの権利や文化権の一内容として、確立されるべき権利である、というのが本研究の結論である。

デジタルアーカイブ権が、文化権の一内容という側面を持つとすれば、デジタルアーカイブ権は、「国民が文化的活動を自由に行い、他人の文化的活動の成果や文化的遺産を享受し、継承し、文化性豊かな環境の下で生活する権利ないし利益」を有することになる¹¹⁵¹。文化資源のデジタルアーカイブには、保存、利用、発信の要素があることは、序章において述べたが、デジタルアーカイブは、まさに文化権の内容である、「他人の文化的活動の成果や文化的遺産を享受するため」の保存、利用、発信である。さらには、文化資源の継承が、有体物の場合、テロや自然災害によって破壊され、それが困難又は不可能になることを、我々は経験から学んでいる。その代替としてのデジタルアーカイブによるデータで

¹¹⁵⁰ 中村・文化権 pp.322-333

¹¹⁵¹ 小林・文化権 p.51

の復元は、まさに「継承」のための必須の手段であり、これによって、「文化性豊かな環境の下で生活する権利ないし利益」が保障されるのである。したがって、文化権の一内容とすることには正当性があるし、むしろ、デジタルアーカイブによる文化資源の継承行為は、この情報技術が発展した現在においては、有用性を超えて必要なものともいえるのではないか。

次に、デジタルアーカイブ権が、ユーザの権利の一内容という側面を持つとすれば、デジタルアーカイブ権は、著作権法制において、権利制限規定の例外又は制限される部分に、憲法上の権利に基づく正当性を有することになる。これまで、国内外の著作権法学から、ユーザの権利として構成されることの正当性を検証したが、ユーザの権利として認められるためには、欧州であれば基本権憲章における基本権保障が、著作物の利用者側に認められることが前提であった。そのうえで、司法の解釈によって、ユーザの権利が承認されている（カナダにおいても、司法の法解釈においてフェアディーリングがユーザの権利である主張する点においては同様である。）。

他方で、わが国においては、ユーザの権利が、当事者の主張として提出されたことも、裁判所によって判断がされたことも、調査研究の範囲では見当たらなかった。しかし、下級審が、実質的解釈において、ユーザの権利を考慮していると評価する研究もあったように、必ずしも将来に向けて実現が不可能という段階ではない。

そうであれば、本研究で対象にしてきた文化資源のデジタルアーカイブ権をユーザの権利の一内容として、わが国で発展させるためには、今後の裁判所における権利制限規定の解釈が重要になってくる。それと同時に、それを正当化する憲法上の権利が明示的である必要がある。これは、第7章で論じた障害者の権利が1つの解決策であるが、権利制限規定のメニューの豊富さからすれば、それぞれ根拠となる憲法上の権利は当然に異なる。そして、デジタルアーカイブに関しては、前述のとおり、文化権（憲法25条）や表現の自由（同法21条1項）、幸福追求権（同法13条）を根拠とすることが考えられる。

例えば、令和3年著作権法改正によっても、一定の場合に翻案・翻訳を許容する同法47条の6第1項2号には、同法31条8項が列挙されていないため、翻訳による提供はできない。他方で、47条の6第1項2号には、31条2項は列挙されている。

したがって、「特定図書館等」（同法31条3項）¹¹⁵²に該当しなければ翻訳は認められない。また、同法31条8項に基づく翻訳が認められない。今後、事前登録者（同項1号）であるキュレーターが、デジタルアーカイブを海外向けに公開する際の作品解説のために、特定絶版資料に係る著作物の自動公衆送信を国立国会図書館に求める場合、翻訳のニーズ

¹¹⁵² 特定図書館等は、「図書館等」に該当することが前提となっている。詳細は、文化庁著作権課「解説著作権法等の一部を改正する法律（令和3年改正）について」コピーライト728号（2021）pp.46-47参照

が出てくることもあろう。この場合、デジタルアーカイブ権に立脚したデジタルアーカイブ推進に関する基本法の制定があれば、例えば、基本計画に助成計画を盛り込むことで、間接的に外部に翻訳を委託するだけの金銭的補助を受けることができるといった、間接的ではあるが、デジタルアーカイブの振興に寄与することができる。

3. デジタルアーカイブ権の具体的な効用

本研究を踏まえ、デジタルアーカイブ権の具体的な権利行使の可能性として、抗弁としての機能を指摘したい。既に権利制限規定は抗弁として機能しているが、それ以外の場合においても、ユーザの権利の多元的価値から、権利濫用（民法1条3項）などの一般法理を通じて、デジタルアーカイブ権の保障の範囲か否か、具体的なケースにおいて比較衡量を行い、抗弁として機能する可能性は保障されるべきである。私見として、具体的には、以下のケースでは、権利濫用の抗弁が認められ、ユーザに対する著作権者の権利行使は権利濫用として制限され得る。

まず、文化の保存としてのデジタル（ダーク）アーカイブが挙げられる。これにより、毀損の可能性がある有体物については、保存行為としてデジタルアーカイブ化するための行為が正当化される。

次に、孤児著作物など権利者不明コンテンツ、いわゆるパブリックドメインか否か不明のグレーゾーンのコンテンツの利用について、その後、真の著作権者が現れ、権利行使をした場合、個別具体的な事情によるが、権利濫用として制限され得る¹¹⁵³。これも、ユーザの権利の実質的な正当化である。

なお、この点に関しては、立法論ではあるが、2021年12月現在、文化審議会著作権分

¹¹⁵³ 解釈論として、肯定できるかは、議論の余地があろう。ただ、私は、真の著作権者による権利行使がなされ、権利濫用を抗弁として提出した具体的事件において、裁判所は、真実の著作権者の保護期間中の著作権者としての態度等から、当該著作物の保護期間の満了期間を終了したものと推定し、著作権者がその反証に失敗した場合に、権利濫用の抗弁の主張を容れて、請求棄却することはあり得ると考える。例えば、当初、著作物 α の著作者がA単独であるとされていた事案で、その後、実際は著作者Bとの共同著作物であると判明し、かつ、それにより、保護期間がA単独の場合よりも延び、形式的には被告の行為が著作権侵害となる場合、Bの創作への寄与がごく一部である、Bが何ら著作物 α にかかる対価を保護期間中享受していない、などの事情がある中で、著作者Aの遺族からの権利行使があった場合、権利者側の事情として裁判所が著作者Bの保護期間中の態度等を斟酌することが期待される。ただし、被告であるユーザ側には、ユーザの権利の限界として、著作物 α の利用目的によっては一部又は全部が制限される。商標権侵害訴訟の権利濫用抗弁における判断要素につき、高部真規子『実務詳説 商標関係訴訟』（金融財政事情研究会、2015）pp.83-89 参照

科会基本政策小委員会が公表した「中間まとめ（案）」¹¹⁵⁴では、著作者の没年不詳等の場合や古い映画の著作物、共同著作物等について、保護期間の起算点を推定させる仕組みの検討が取り上げられている。このような、グレーゾーンのコンテンツに関しては、権利の存続期間終了と推定させる立法論の正当化根拠となり得る。

第2節 本研究の限界と今後の課題

本研究はデジタルアーカイブ権という、デジタルアーカイブの正当化を示したが、実効的な権利として、その存在を盤石なものとするためには、以下の点の検討が必要であり、今後の課題である。

1. 国境をまたぐコンテンツアーカイブ

デジタルアーカイブに際して、最大の問題は、本国コンテンツではなく、海外の著作権処理である。個人データの領域では、越境データ移転は、DFFT の理念から、より自由で円滑になされようとしている。

他方で、著作権に関しては、著作者の国籍等（著作権法 6 条各号参照）によって、その流通が制限される事態が生じている。この点は、著作権制度自体の問題であるが、デジタルアーカイブはこの影響を受ける。例えば、日本で権利処理あるいはパブリックドメインとしてデジタルアーカイブされたコンテンツが、海外からはアクセスできない可能性がある。

このように、ダークアーカイブに留まらざるを得ない限界がある。

2. 情報公開請求権としてのデジタルアーカイブ権

国立国会図書館は、立法機関であり、地方の公共図書館は、地方独立行政法人や地方公共団体の一部であるから、このような公的機関によりデジタルアーカイブされ、格納されたデータは、公的機関に帰属することになる。このとき、このデータにアクセスできる根拠はいかにして正当化されるのか、平時においては問題視されないが、新型コロナウイルスによる物理的な閉鎖や、図書館の専門職員による資料選定、廃棄などの際に問題となる（最判平成 17 年 7 月 14 日（船橋市立図書館事件、判時 1910 号 94 頁は、この一例といえる。））。

あるいは、今後、デジタルアーカイブされたにも拘わらず、データを非公開とすること

¹¹⁵⁴ 文化審議会著作権分科会基本政策小委員会「中間まとめ（案）DX時代に対応した「簡素で一元的な権利処理方策と対価還元」及び「著作権制度・政策の普及啓発・教育」について」（令和 3 年 12 月）
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/kihonseisaku/r03_08/pdf/93585601_01.pdf)

も想定される。このときに、民主的統制からの議論、つまり、情報にアクセスできる権利はいかにして正当化されるのか。情報公開請求としてのデジタルアーカイブ権である。本研究は、この点からの研究を欠いている。

とりわけ、この問題が顕著である分野が司法分野のデジタルアーカイブである。司法部門は、情報公開法の適用除外であり（同法2条1項参照）、その統制は、独自の自主性に委ねられている。それだけでなく、司法部門は、司法行政と呼ばれる行政機関と同様の組織の運営関する部門と裁判部が存在し、後者は事件類型に応じて、訴訟記録の閲覧、謄写等が法律によって規律される（民事訴訟法、刑事訴訟法、刑事確定訴訟記録法等）。民事判決の原本の一部は国立公文書館に移管されることとなっているが¹¹⁵⁵、これまでアーカイブの観点からは、2021年10月21日に、最高裁判所判例集に、記載の誤りが約120か所あることが公表された¹¹⁵⁶ように、基礎となるデータの信頼性から始まり、公開という観点からも、検討が不十分な領域である。この点は、他日を期したい。

3. 文化助成を基礎づけるデジタルアーカイブ権

最後の課題として、持続可能なデジタルアーカイブを構築するための要素として、財政的基盤がある。基本的には、助成金によることになる（これ以外には、公益信託の可能性が示唆されている¹¹⁵⁷）。

文化権が憲法25条によって根拠づけられるように、文化助成もまた、憲法学の観点から議論されている¹¹⁵⁸。本研究では、著者の能力的な点もあり、デジタルアーカイブ権の社会的側面から直ちに助成金を受ける法的地位まで保障するか否か検討はできなかった。

今後は、共同研究等を通じてこの点の議論を深める必要がある¹¹⁵⁹。

¹¹⁵⁵ 詳細は、拙稿「営業秘密侵害罪における被害企業の保護と訴訟記録へのアクセスの調和に関する一考察—平成23年不正競争防止法改正を踏まえて」『パテント』67巻6号（2013）pp.27-34 参照

¹¹⁵⁶ 裁判所ウェブサイト「裁判所ウェブサイト及び最高裁民事・刑事判例集に掲載されている裁判例における記載の違いについて」（https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/siryoo/hanrei/index.html）

¹¹⁵⁷ 大沼友紀恵「文化財保護のための事業執行型公益信託について」『信託研究奨励金論集』34号（2013）pp.80-100 参照

¹¹⁵⁸ 横大道聡『現代国家における表現の自由—言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』（弘文堂、2013）参照。文化芸術活動の助成に加え、文化芸術活動における「媒介の場や組織」の重要性を指摘するものとして小島立「文化芸術活動が行われる場や組織」について『法律時報』93巻9号（2021）pp.94-101 も参照

¹¹⁵⁹ 広くは、助成だけでなく、マネタイズの問題でもある。この点、小島教授は、地域資源の開発と利活用における知的財産権との関係を検討する（小島立「地域資源の創出と利活用における知的財産法の役割についての基礎的考察」『同志社・挑戦Ⅱ』pp.21-38）。

第3節 最後に

ところで、データ保護法の分野では、過去の犯罪歴や行動履歴などいわゆるデジタル空間に残る個人に関する情報のうち、残したくないが残ってしまうものを「デジタルタトゥー」というが、このような情報を削除する権利として、いわゆる「忘れられる権利」が議論されている。GDPR では、削除権として規定され、わが国では最高裁は否定したものの、下級審において、これを認めたものもある。

これに対し、冒頭に述べたように、本研究は、諸外国の文化政策・知的財産政策におけるデジタルアーカイブの法的価値、位置づけを明確化し、デジタルアーカイブ権の可能性を検証することにある。これは、忘れられる権利と対比させれば、記憶する権利ともいえる。誰もが携帯端末のデジタルカメラ機能で撮影できる時代に、災害のような「大きな物語」から、身近な出来事を記録し、編集し、動画として残すこともわずか5年、10年前より容易になった。報道番組でも読者投稿の動画提供が素材として使われることも日常の光景になった。

しかし、その写真、動画を後世に伝えるためには、無数のデータの体系化、連携が必要であり、根拠となる制度が必要である。これが本研究の一貫した問題意識である。

本研究の成果の一部が初めて公表されたのは、2013年であるが、当時は、デジタルアーカイブと知的財産権に関して、法学分野で論じている文献は、皆無であった。しかし、東日本大震災大震災という未曾有の災害により、その災害記録を後世に伝えることの重要性が強調され、震災アーカイブなどに結実した。その後、デジタルアーカイブ学会が2017年に設立されるなど動きがあり、法学分野でも、公益の実現としてのデジタルアーカイブが認知されはじめた¹¹⁶⁰。この動きを加速させたのは、新型コロナウイルスであることは明らかである。このパンデミックの存在は、本研究にとっても重要な影響があった。

当然、デジタルアーカイブは、オリジナル存在が前提である。しかし、それもまた、ノートルダム大聖堂の火災、沖縄での首里城の火災など、自然災害によって、文化資源のアクセスを失うことがある。

ポスト東日本大震災、ポストコロナ時代のデジタルアーカイブ政策において、文化資源

¹¹⁶⁰ 前田健「コンテンツのアーカイブと知的財産法の役割」法律時報93巻10号(2021)pp.85-91。ただし、横山・前掲論文「著作権の保護期間延長立法と表現の自由についての一考察—アメリカのCTEA憲法訴訟を素材として」p.93では、米国の著作権保護期間延長を巡る憲法訴訟のように、国家の経済力や産業競争力を強化するために特定の業界の利益を要する必要があるとき、かかる要請は、全ての著作者に対し共通の利益を与え、文化の発展を促進するという公共的使命を帯びた著作権法の役割ではなく、独自立法(sui generis)によるべきであるという。これは、著作者の権利を強化する立法に対する牽制であるが、同時に横山教授は、著作権の保護期間が満了した古典作品のデジタルアーカイブ事業促進のための投資行為に対するインセンティブ付与について、独自立法による対処を指摘する(pp.93-94脚注111)。これは、民間セクターのデジタルアーカイブ事業に対する援助に対して示唆を与えるといえる。

へのアクセスが困難になった「痛み」を糧にして、本研究におけるデジタルアーカイブ権の意義や正当性がより確たるものとなることを期待したい。

付録・謝辞

第1 付録－参考文献

1. 邦語文献

- ・ 赤間亮=鈴木桂子=八村広三郎=矢野桂司=湯浅俊彦編『文化情報学ガイドブック』（勉誠出版，2014）
- ・ 秋元良仁「博物館の収蔵品管理におけるメタデータの利用と問題点」情報処理学会研究報告 FI，情報学基礎研究会報告 74（2004）pp.55-62
- ・ 秋元良仁「デジタルアーカイブとメタデータ」日本写真学会誌 79 巻 1 号（2016）pp.10-15
- ・ 浅井直人ほか『改訂逐条解説公文書管理法・施行令』（ぎょうせい，2011）
- ・ 芦辺信喜ほか編『岩波講座基本法学 3－財産』（有斐閣，1983）
- ・ 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣，1994）
- ・ 芦部信喜（高橋和幸補訂）『憲法』（岩波書店，第7版，2019）
- ・ 麻生典「知的財産と占有」日本工業所有権法学会年報 40 号（2017）pp.39-54
- ・ 麻生典「香りの文化と法的保護」コスメトロジー研究報告 28 号（2020）pp.186-190
- ・ 阿部浩二「著作権法の二潮流－文化と文明」コピーライト 638 号(2014)pp.2-17
- ・ 網野誠『商標』（有斐閣，第6版，2002）
- ・ 荒木雅也「「和牛」は誰のものか？主に，地理的表示の普通名称化(言葉のパブリックドメイン)という観点から」パテント 72 巻 9 号（2019）pp.13-26
- ・ 荒木優太編『在野研究ビギナーズ』（明石書店，2019）
- ・ 安藤和宏「アメリカ著作権法におけるモラル・ライツの一考察－文化財を保護する破壊防止権とは－」早稲田大学大学院法研論集 124 号（2007）pp.1-26
- ・ 池内有為=逸村裕「学術雑誌によるデータ共有ポリシー：分野間比較と特徴分析」日本図書館情報学会誌 Vol.62,No.1（2016）pp.20-37
- ・ 生貝直人『情報社会と共同規制』（勁草書房，2011）
- ・ 生貝直人「デジタルアーカイブと法政策：統合ポータル，著作権，全文検索」大学図書館研究 No.104（2014）pp.11-18
- ・ 生貝直人「デジタルアーカイブと利用条件」カレントアウェアネス No.322（2014）pp.8-12
- ・ 生貝直人「デジタルアーカイブと著作権に関する国内外の動向」図書館界 67 巻 6 号（2016）pp.346-352
- ・ 生貝直人「特集 著作権法改正と改正動向図書館等のデジタル・ネットワーク対応」ジ

ュリスト 1565 号 (2021) pp.29-33

- ・ 池村聡『著作権法コンメンタール別冊平成 21 年改正解説』(勁草書房, 2010)
- ・ 池村聡=壹貫田剛『著作権法コンメンタール別冊平成 24 年改正解説』(勁草書房, 2013)
- ・ 石井夏生利『EU データ保護法』(勁草書房, 2020)
- ・ 石川徹也=根本彰=吉見俊哉『つながる図書館・博物館・文書館—デジタル化時代の知の基盤づくりへ』(東京大学出版会, 2011)
- ・ 伊藤眞『破産法・民事再生法』(有斐閣, 第 4 版, 2018)
- ・ 伊藤眞『民事訴訟法』(有斐閣, 第 7 版, 2020)
- ・ 井上透=杉長敬治「博物館とデジタル・アーカイブ活用」日本教育情報学会第 28 回年会論文集 (2012) pp.138-141
- ・ 井上透監修, 中村覚責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 3 自然史・理工系研究データの活用』(勉誠出版, 2020)
- ・ 今里里美『『和食』の世界無形文化遺産登録に向けて』日本調理科学学会誌 (2013) pp.241-243
- ・ 今村哲也「EU における孤児著作物への対応」カレントアウェアネス No.312 (2012) pp.12-18
- ・ 今村哲也「我が国における著作権者不明等の場合の裁定制度の現状とその課題について」日本知財学会誌 11 巻 1 号 (2014) pp.58-77
- ・ 今村文彦監修, 鈴木親彦責任編集『デジタルアーカイブベーシックス 2 災害記録を未来に活かす』
- ・ 岩村正彦=菊池馨実=川島聡=長谷川珠子「障害者権利条約の批准と国内法の新たな展開—障害者に対する差別の解消を中心に」論究ジュリスト No.8 (2014) pp.4-26
- ・ 上田修一=倉田敬子『図書館情報学』(勁草書房, 第 2 版, 2017)
- ・ 植田貴之「クラウドサービスでのデータ利活用に係る規定」ビジネス法務, 21 号 8 巻 (2021) pp.31-34
- ・ 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察 (二・完) —ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆—」民商法雑誌 120 巻 6 号 (1999) pp.925-969
- ・ 上野達弘「商標パロディ—ドイツ法及びアメリカ法からの示唆」パテント 62 巻 4 号 (別冊 No.1) (2009) pp.187-196
- ・ 上野達弘「国会図書館による絶版等資料の送信—平成 24 年著作権法改正の意義と課題」ジュリスト 1449 号 (2012) pp.35-41
- ・ 上野達弘「著作権法と集团的・集合的利益」民商法雑誌 150 巻 6 号 (2015) pp.673-690

- ・ 上野達弘「判批」著作権判例百選（第5版）（2016）pp.4-5
- ・ 上野達弘「「人権」としての著作権？」コピーライト 722号（2021）pp.2-33
- ・ 上野達弘編『著作現場と研究者のための著作権ガイド』（有斐閣，2021）
- ・ 上野達弘・前田哲男『＜ケース研究＞著作物の類似性判断ビジュアルアート編』（勁草書房，2021）
- ・ 宇賀克也『改訂版逐条解説公文書等の管理に関する法律』（第一法規，2011）
- ・ 宇賀克也=長谷部恭男編『情報法』（有斐閣，2012）
- ・ 宇賀克也『行政法概説Ⅲ』（有斐閣，第5版，2019）
- ・ 宇賀克也『新・個人情報保護法の逐条解説』（有斐閣，2021）
- ・ 右崎正博=三宅弘編『情報公開を進めるための公文書管理法解説』（日本評論社，2011）
- ・ 内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』（東京大学出版会，第4版，2008）
- ・ 梅謙次郎『民法要義卷之五相統篇』（信山社，復刻版，1992）
- ・ ヴァンダナ・シヴァ（奥田暁子訳）『生物多様性の保護か，生命の収奪かーグローバルizmと知的財産権』（明石書店，2005）
- ・ 愛知靖之『特許権行使の制限法理』（商事法務，2015）
- ・ 江藤祥平「それでも基準は二重である？ー「二重の基準」をめぐる政治力学」法律時報 93 卷 4 号（2021）pp.90-95
- ・ 遠藤翼=濱田陽人「スポーツ・デジタルアーカイブ・ネットワーク構想事業について」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.4, No. 4（2020）pp.373-376
- ・ 大家重夫『肖像権』（太田出版，新版，2007）
- ・ 大胡田誠「マラケシュ条約と視覚障害者の読書を考える」視覚障害:その研究と情報 No.328(2015)pp.28-31
- ・ 大島茂樹「デジタル情報保存のリスク：記録メディアの劣化・陳腐化とファイルフォーマットの陳腐化」情報の科学と技術 60 卷 2 号（2010）pp.49-54
- ・ 大須賀滋「用途発明の新規性と効果ーパブリック・ドメインの保護を重視する学説の検討を踏まえてー」パテント 74 卷 3 号（2021）pp.58-72
- ・ 大谷卓史「著作権の哲学ー著作権の倫理的正当化とその知的財産権政策への含意」吉備国際大学研究紀要（国際環境経営学部）Vol.21（2011）pp.1-24
- ・ 大谷卓史「知的財産権の労働所有説は正しいか」情報管理 58 卷 6 号（2015）pp.474-478
- ・ 大向一輝「日本におけるオープンデータの進展と展望」情報管理 56 卷 7 号（2013）pp.440-447
- ・ 大林啓吾「表現の自由と著作権の制度的調整」帝京法学 27 卷 2 号（2011）pp. 269-356

- ・ 大沼友紀恵「著作者人格権による所有権の制限とその文化財保護機能—フランス法を素材として—」一橋法学 11 卷 1 号 (2012) pp.179-214
- ・ 大沼友紀恵「著作者人格権の文化財保護機能の考察—アメリカ連邦著作権法およびカリフォルニア州法における所有権の制限を素材として—」一橋法学 11 卷 3 号 (2012) pp.1049-1078
- ・ 大沼友紀恵「文化財保護のための事業執行型公益信託について」信託研究奨励金論集 34 号 (2013) pp.80-100
- ・ 大村敦志監修『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書 (平成 26 年 10 月商事法務)』 (<http://www.moj.go.jp/content/001128517.pdf>)
- ・ 岡邦俊『著作物を楽しむ自由のために—最高裁著作権判例を超えて』(勁草書房, 2016)
- ・ 岡庭義行「博物館法改正と学芸員養成」帯広短期大学紀要 49 号 (2012) pp.1-10
- ・ 岡村久道『著作権法』(民事法研究会, 第 5 版, 2020)
- ・ 岡本薫「自由と民主主義と著作権」最先端技術関連法研究 Vol.4,5 (2006)pp.35-56
- ・ 小川千代子「歴史的資料の保存の課題」ジュリスト 1373 号 (2009) pp.31-39
- ・ 奥平康弘=杉原泰雄『憲法学 3』(有斐閣, 1977)
- ・ 奥邨弘司「技術的保護手段の回避に関連する行為の規制強化」ジュリスト 1449 号 (2013) pp.42-48
- ・ 奥邨弘司「フェア・ユース再考—平成 24 年改正を理解するために—」コピーライト 629 号 (2013) pp.2-30
- ・ 奥邨弘司「技術的手段実効性確保規定のこれまでとこれから」論究ジュリスト 34 号 (2020) pp.101-110
- ・ 奥邨弘司「欧州におけるデジタル消尽の行方: Tom Kabinet 事件 CJEU 判決を踏まえて」コピーライト 709 号 (2020) pp.40-49
- ・ 小倉秀夫=金井重彦編著『著作権法コンメンタール I~III』(第一法規, 改訂版, 2020)
- ・ 小野昌延編著『注解商標法』(青林書院, 新版, 2005)
- ・ 小野昌延=三山峻司『新・注解商標法 (上巻)』(青林書院, 2016)
- ・ 鬼丸寛之ほか「観察困難な高度技能を教示する複合現実型伝統技能継承支援の検討(一般,複合現実感,仮想都市,及び一般)」電子情報通信学会技術研究報告.MVE, マルチメディア・仮想環境基礎, Vol.111, No.235 (2011) pp.69-74
- ・ 小原由美子「アーキビストの教育と専門職—アメリカとフランスの事例 (公文書館専門職員の養成・研修をめぐって)」アーカイブス 12 号 (2003) pp.33-42
- ・ 大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社, 2011)

- ・ 小野昌延先生追悼論文集刊行事務局 編『小野昌延先生喜寿記念知的財産法最高裁判例評釈大系Ⅲ』（青林書院, 2010）
- ・ 梶村太市『裁判例からみた相続人不存在の場合における特別縁故者への相続財産分与審判の実務』（日本加除出版, 2017）
- ・ 梶村太市ほか『家族法実務講義』（有斐閣, 2013）
- ・ 加藤一郎「民法の一部改正の解説（三）」ジュリスト 251号（1962）pp.46-58
- ・ 加藤多恵子「デジタルライブラリーにおけるデジタルコレクション」情報管理 47 卷 4号（2004）pp.258-266
- ・ 加藤拓=磯崎宏=石原淳「HD DVD で利用されるコンテンツ保護技術」東芝レビュー 62 卷 7号（2007）pp.11-14
- ・ 加藤尚徳=野川裕記=上田昌史「クラウド時代における著作権の情報学の視点からの再整理」情報処理学会研究報告 Vol.2009-EIP-45, No.3(2009)
- ・ 加藤雅信「人格権と著作者人格権」法律時報 87 卷 3号（2015）pp.88-96
- ・ 加藤有次『博物館学総論』（雄山閣出版, 1996）
- ・ 加藤有次ほか編『新版・博物館学講座第 11 卷 博物館情報論』（雄山閣出版, 1999）
- ・ 加戸守行ほか「座談会 平成 30 年改正著作権法施行に伴う柔軟な権利制限規定による著作物の利用拡大とこれからの課題(上) (中) (下)」NBL1143 号（2018）pp.4-22, NBL1144 号（2018）pp.36-41, NBL1145 号（2018）pp.31-37
- ・ 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター, 七訂新版, 2021）
- ・ 笠羽晴夫『デジタルアーカイブ基点・手法・課題』（水曜社, 2010）
- ・ 片岡武ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務』（日本加除出版, 第 2 版, 2014）
- ・ 上村圭介「クリエイティブ・コモンズ：コンテンツの自由な共有のためのプラットフォーム」情報の科学と技術 56 卷 6号（2006）p.275
- ・ 川井田祥子「障害者の福祉 well-being における芸術的表現の意義—滋賀県社会福祉事業団の取組に基づく考察—」文化政策研究 No.5（2011）pp.89-101
- ・ 川崎祥子「令和 3 年著作権法改正の国会論議—図書館関係の権利制限規定の見直しと放送番組のインターネット同時配信等に係る権利処理の円滑化—」立法と調査 437 号（2021）
- ・ 川島聡=飯野由里子=西倉実季=星加良司編『合理的配慮』（有斐閣, 2016）
- ・ 河島茂生=竹之内禎「ウェブサイトのバリアフリー／ユニバーサルデザイン」聖学院大学論叢 21 卷 1号（2009）pp.61-80
- ・ 河村建夫=伊藤信太郎『文化芸術基本法の成立と文化政策』（水曜社, 2018）
- ・ 河村宏「アクセシビリティ：発効直前のマラケシュ条約」出版ニュース No.2419

(2016) p.14

- ・ 韓国図書館事情調査研究会（川崎安子ほか）「韓国の図書館最新事例：国立デジタル図書館と大学図書館を中心に」大学図書館研究 89号（2010）pp.27-36
- ・ 神崎正英「機械でも理解できるライセンス情報—メタデータと自動処理の可能性」インターネットマガジン（2003年4月）p.120
- ・ 管野奈津美=大杉豊=小林洋子「美術館における聴覚障害者を対象とした鑑賞支援と情報アクセシビリティ」筑波技術大学テクノレポート Vol.24, No.2(2017)pp.32-38
- ・ 菊池馨実=中川純=川島聡編著『障害法』（成文堂，第2版，2021）
- ・ 北田暁大=神野真吾=竹田恵子（社会の芸術フォーラム運営委員会）編『社会の芸術／芸術という社会—社会とアートとの関係，その再創造に向けて』（フィルムアート社，2016）
- ・ 木棚照一「国際私法における相続人の不存在」立命館法学 90号（1970）pp.7-38
- ・ 木下和朗「イギリスにおける人権保障」岡山大学法学会雑誌 67巻1号（2017）pp.37-71
- ・ 木下直之「学芸員と博物館」情報の科学と技術 48巻9号（1998）pp.535-537
- ・ 木下昌彦=前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて—ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト 1478号（2015）pp.46-52
- ・ キャンベル・ローラ「米国議会図書館の全米デジタル・ライブラリー：インターネットを通じて学校・図書館へ」情報管理 40巻8号（1997）pp.671-683
- ・ 窪田充見「集团的・集合的利益の保護と知的財産法—知的財産の保護をめぐる知的財産法と一般不法行為法—」民商法雑誌 150巻4・5号（2014）pp.507-532
- ・ クリエイティブコモンズ・ジャパン編，ローレンス・レッシング=梶山敬士=上村圭介=林 紘一郎=若槻絵美=土屋大洋『クリエイティブ・コモンズ—デジタル時代の知的財産権』（NTT出版，2005）
- ・ クリストフ・カイガー（張睿暎訳）「知的財産制度の人権化—欧州および国際的レベルでの基本権アプローチによる利益の公正なバランスの確保—」企業と法創造 9巻1号（2012）pp.291-304
- ・ 栗田昌裕「ドイツ著作権法における『財産権（Eigentum）』の保障と制限」私法 79号（2017）pp.137-144
- ・ 栗原佑介「営業秘密侵害罪における被害企業の保護と訴訟記録へのアクセスの調和に関する一考察—平成23年不正競争防止法改正を踏まえて」パテント 67巻6号（2013）pp.27-34
- ・ 栗原佑介「デジタルアーカイブ化されるオープン型コンテンツの権利処理において残存あるいは生成されるパブリシティ権の限界」情報処理学会論文誌 56巻3号（2015）

pp.1099-1106

- ・ 栗原佑介「3D プリンタと知的財産侵害リスクー刑事的規制を中心にー」パテント 69 巻 7 号 (2016) pp.72-79
- ・ 栗原佑介「オープンアクセス時代における学術論文の著作権管理に関する一考察」パテント 70 巻 5 号 (2017) pp.65-72
- ・ 栗原佑介「著作権法と障害者の情報アクセシビリティーソーシャルインクルージョンの視点から」情報通信学会誌 36 巻 1 号 (2018) pp.31-36
- ・ 栗原佑介「相続人不存在における相続財産管理と知的財産権の帰属に関する一考察」日本知財学会誌 16 巻 2 号 (2019) pp.46-63
- ・ 栗原佑介「香水の香気と食品の味の著作物性に関する考察ーCJEU 先決判決(C-310/17)の射程を中心に」Aroma research21 巻 1 号 (2020) pp.82-85
- ・ 栗原佑介「研究機関のデータの利活用に向けたデータ保護法制の現状と課題ーsector-specific 規制から DFFFT へー」パテント 73 巻 10 号 (2020) pp.108-114
- ・ 栗原佑介「不正競争防止法における「技術上の情報」および弁理士法における「技術上のデータ」の意義に関する一考察」情報処理学会論文誌 62 巻 4 号 (2021) pp.1162-1171
- ・ 栗原佑介「パブリックドメイン化した知的財産の共用モデルの研究ー文化資源のデジタルアーカイブ化の正当化根拠を中心にー」2019 年度村田学術振興財団 (第 36 回) 研究助成・研究成果報告書 (2021)
- ・ 栗原佑介「デジタルアーカイブ連携のためのメタデータの知的財産法による保護と制限」Nextcom No.49 (2022.3 公刊予定) pp.34-43
- ・ 栗原佑介「知的財産法におけるパブリックドメインの法的意義に関する基礎的考察」東京通信大学紀要 4 号 (2022.3 公刊予定) pp.17-34
- ・ 栗山正光「各国・国際レベルでのメタデータに関する取り組み」情報の科学と技術 60 巻 12 号 (2010) pp.489-494
- ・ 経済産業省「標準必須特許のライセンスを巡る取引環境の在り方に関する研究会 中間整理報告書」
(https://www.meti.go.jp/shingikai/economy/patent_license/20210726_report.html)
- ・ 経済産業省商務情報政策局生活文化創造産業課「クールジャパン戦略について」(平成 26 年 7 月)
- ・ 経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法平成 23・24 年改正版』(有斐閣, 2012)
- ・ 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法』(商事法務, 第 2 版, 2019)
- ・ 「経済的, 社会的及び文化的権利に関する国際規約第 16 条及び第 17 条に基づく第 3

回政府報告（和文）」（2009年12月）

http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/2b1_003.pdf

- ・ 小泉直樹＝田村善之編『中山信弘先生古稀記念論文集はばたき—21世紀の知的財産法』（弘文堂，2015）
- ・ 小出輝＝中根知大＝松本賢英＝渡邊政嘉「日本版バイ・ドール制度の効果に関する考察」産学連携学 Vol.14, No.2（2018） pp.41-48
- ・ 厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部企画課「平成28年生活のしづらさなどに関する調査（全国在宅障害児・者等実態調査）結果の概要」（平成30年4月9日）
https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/seikatsu_chousa_b_h28.pdf
- ・ 黄汇（蘭蘭翻訳）「著作権法におけるパブリック・ドメインの衰退と興隆」知的財産法政策学研究 38号（2012） pp.283-311
- ・ 河野靖『文化遺産の保存と国際協力』（風響社，1995）
- ・ 胡開忠（大内哲也翻訳）「知的財産法におけるパブリックドメインの保護について」知的財産法政策学研究 23号（2009） pp.157-182
- ・ 古賀崇「『MLA 連携』の枠組みを探る：海外の文献を手がかりとして」明治大学図書館情報学研究会紀要 No.2（2011） pp.2-9
- ・ 古賀崇「『デジタル・アーカイブ』の多様化をめぐる動向—日本と海外の概念を比較して—」アート・ドキュメンテーション研究 No.24（2017） pp.70-84
- ・ 国際的動向を踏まえたオープンサイエンスの推進に関する検討会「国立研究開発法人におけるデータポリシー策定のためのガイドライン」（平成30年6月29日）
<https://www8.cao.go.jp/cstp/stsonota/datapolicy/datapolicy.pdf>
- ・ 国立国会図書館「図書館及び図書館情報学に関する調査研究」委託「文化・学術機関におけるデジタルアーカイブ等の運営に関する調査研究報告書」
- ・ 小坂昌「図書館向けデジタル化資料送信サービスの現況と課題」コピーライト 639号（2014） pp.18-23
- ・ 小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test（6・完）—厳格解釈から柔軟な解釈へ—」知的財産法政策学研究 45号（2014） pp.263-290
- ・ 小島立「条約における権利制限」著作権研究 35号（2009） pp.72-89
- ・ 小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究 Vol.8（2010） pp.251-282
- ・ 小島立「現代アートと法—知的財産法及び文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究 36号（2011）pp.37-39
- ・ 小島立「判例研究 希望の壁事件 庭園の改変および同一性保持権侵害の成立が争点となった事例[大阪地方裁判所平成25.9.6決定]」L&T64号（2014） pp.62-71
- ・ 小島立「文化的表現の多様性における著作権法の役割」法学セミナー760号（2018）

- pp.44-48
- ・ 小島立「文化芸術活動が行われる場や組織」について」法律時報 93 卷 9 号 (2021) pp.94-101
 - ・ 個人情報保護委員会「個人情報保護法いわゆる 3 年ごと見直し制度改正大綱」 pp.22-23 (令和元年 12 月 13 日)
 - ・ 小谷凱宣「アイヌ研究の問題点と研究の緊急性」民族學研究 61 卷 2 号 (1996) pp.245-262
 - ・ 児玉晴男『情報メディアの社会技術—知的資源循環と知的財産法制』(信山社, 2004)
 - ・ 児玉晴男「教育コンテンツのネット公表に伴って必要な権利処理について MIT オープンコースウェアをめぐる米国と日本の社会制度の違い」情報管理 55 卷 6 号 (2012) pp.416-424
 - ・ 児玉晴男「わが国の著作権制度における権利管理」情報管理 57 卷 2 号 (2014) pp.109-119
 - ・ 児玉晴男「オープンサイエンスの国際連携に関する法的課題」産学連携ジャーナル 2017 年 4 月号
 - ・ 国際貿易投資研究所公正貿易センター「『国際知財制度研究会』報告書(平成 24 年度版)」(2013)
 - ・ 国公立大学図書館協力委員会「大学図書館における文献複写に関する実務要項」(平成 15 年)
 - ・ 国公立大学図書館協力委員会「大学図書館間協力における資料複製に関するガイドライン(平成 17 年)
 - ・ 国文学研究資料館史料館編『アーカイブズの科学上巻』(柏書房, 2003)
 - ・ 後藤和子編『文化政策学』(有斐閣, 2001)
 - ・ 後藤和子「文化情報資源政策の確立に向けて—国際競争と著作権の視点から—」文化経済学 Vol.11, No.1 (2014) pp.18-26
 - ・ 後藤敏行「コンピュータゲームアーカイブの現状と課題」情報の科学と技術 60 卷 2 号 (2010) pp.68-74
 - ・ 小林直樹『新版憲法講義 上』(東京大学出版会, 1980)
 - ・ 小林雅人「ゲノム創薬時代の特許問題」法律時報 73 卷 10 号 (2001) pp.46-51
 - ・ 小林真理「文化法研究の視座—「文化基本法」の原則」文化経済学 Vol.2 (2002) pp.9-10
 - ・ 小林真理『文化権の確立に向けて 文化振興法の国際比較と日本の現実』(勁草書房, 2004)
 - ・ 小林真理編『指定管理者制度—文化的公共性を支えるのは誰か』(時事通信出版局,

2006)

- ・ 小林真理=片山泰輔監修・編『アーツ・マネジメント概論』(水曜社, 三訂版, 2009)
- ・ 駒田泰土「香りと味の標章性・著作物性再考(1)欧州の判決例等を手がかりに」知的財産法政策学研究 61号 (2021) pp.49-70
- ・ 駒村圭吾「自由と文化—その国家的給付と憲法的統制のあり方」法学教室 328号 (2008) pp.34-42
- ・ 駒村圭吾「国家と文化」ジュリスト (2010) pp.134-146
- ・ これからの博物館の在り方に関する検討協力者会議(文部科学省)「新しい時代の博物館制度の在り方について」(平成19年6月)
- ・ 財産管理実務研究会『不在者・相続人不存在財産管理の実務』(新日本法規, 新訂版, 2005)
- ・ 財団法人日本博物館協会『博物館倫理規定に関する調査報告書』(2011)
- ・ 齋藤朋子「国立国会図書館におけるゲームソフトの収集と保存—ナショナルな協力体制確立の必要性—」デジタルゲーム学研究 Vol.6, No.1 (2012) pp.37-41
- ・ 齊藤博『人格権法の研究』(一粒社, 1979)
- ・ 齊藤博『著作権法』(有斐閣, 第3版, 2007)
- ・ 齊藤博『著作権法概論』(勁草書房, 2014)
- ・ 齊藤博『人格権法の発展』(勁草書房, 2021)
- ・ 斎藤瞭二『意匠法概説』(有斐閣, 補訂版, 1995)
- ・ 酒井麻千子「著作者の同一性保持権と「慣行」に関する一考察」東京大学大学院情報学環紀要情報学研究 No.77 (2009) pp.167-181
- ・ 佐上善和『家事事件手続法Ⅱ 別表第一の審判事件』(信山社, 2014)
- ・ 佐々木利和『アイヌ文化誌ノート』(吉川弘文館, 2001)
- ・ 指田忠司「マラケシュ条約発効に寄せて—活字図書へのアクセシビリティの改善に期待」リハビリテーション No.587 (2016) pp.39-40
- ・ 佐藤一子『文化協同の時代—文化的享受の復権—』(青木書店, 1989)
- ・ 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 第2版, 2020)
- ・ 佐藤翔=上田真緒=木原絢=成宮詩織=林さやか=森田眞実「日本の学協会誌掲載論文のオンライン入手環境」情報管理 58巻12号 (2016) pp.908-918
- ・ 佐藤卓己編『岩波講座現代9 デジタル情報社会の未来』(岩波書店, 2016)
- ・ 佐藤信行「カナダにおける「法資料へのアクセス」と「法の支配」の一断面—CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada を例として」尚美学園大学総合政策研究紀要 2号 (2001) pp.71-86
- ・ 佐藤豊「情報へのアクセスに対する社会的障壁と著作権制度」障害法 1号 (2017)

pp.127-142

- ・ 作花文雄『詳解著作権法』（ぎょうせい，第5版，2018）
- ・ 椎名慎太郎「文化的環境の保護—その意義と国民の権利」山梨学院大学法学論 10 号（1987） pp.49-77
- ・ 椎名慎太郎「文化権の構造と特性」山梨学院大学法学論集 20 号（1991） pp.1-28
- ・ 塩野宏「基本法について」日本学士院紀要 63 巻 1 号（2007） pp.1-33
- ・ 塩野宏『行政法 I』（有斐閣，第5版，2015）
- ・ 塩野宏『行政法 III』（有斐閣，第6版，2021）
- ・ 潮海久雄「デジタル情報契約と著作権法の関係:序章的考察」L&T24 号（2004） pp.26-35
- ・ 潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会，2005）
- ・ 潮見佳男『相続法』（弘文堂，第5版，2014）
- ・ 執行秀幸「法規範対立における民法規範の衝突（1）」中央ロー・ジャーナル 11 巻 3 号（2014） pp.39-63
- ・ 重田勝介「東京大学における『教育の情報化』—東京大学オープンコースウェアと iTunes U の活用と運用—」工学教育研究講演会講演論文集 59 巻（2011） p.438
- ・ 志田陽子「『芸術の自由』の諸相と憲法」論究ジュリスト 19 号（2016） pp.161-169
- ・ 志田陽子=杉原周治=長谷部恭男=川岸令和=駒村圭吾=穴戸常寿「連載/日本国憲法研究 座談会[第 20 回]芸術の自由」論究ジュリスト 19 号（2016） pp.170-189
- ・ 志田陽子編，志田洋子=比良友佳理著『あたらしい表現活動と法』（武蔵野美術大学出版局，2018）
- ・ 設樂隆一ほか編『飯村敏明先生退官記念論文集現代知的財産法実務と課題』（発明推進協会，2015）
- ・ 渋谷達紀『知的財産法講義 I』（有斐閣，第2版，2006）
- ・ 渋谷達紀『知的財産法講義 III』（有斐閣，第2版，2008）
- ・ 渋谷達紀『著作権法』（中央経済社，2013）
- ・ 渋谷達紀『不正競争防止法』（発明推進協会，2014）
- ・ 渋谷達紀『種苗法の概要』（経済産業調査会，2014）
- ・ 渋谷達紀教授追悼記念論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪 渋谷達紀教授追悼論文集』（発明推進協会，2016）
- ・ 渋谷達紀=竹中俊子=高林龍編『知財年報』（商事法務，2009）
- ・ 司法研修所『財産管理人選任等事件の実務上の諸問題』（法曹会，2003）
- ・ 司法研修所『涉外家事・人事訴訟事件の審理に関する研究』（法曹会，2010）
- ・ 島並良「判例研究 観音仏頭部のすげ替えと著作者死亡後の人格的利益--駒込大観音事

- 件[知財高裁平成 22.3.25 判決]」L&T,No.48 (2010) pp.63-69
- ・ 島並良「著作権法と消費者法の交錯」コピーライト 630 号 (2013) pp.2-15
 - ・ 島並良ほか「シンポジウム：著作権消尽論の諸相」著作権研究 45 号 (2018) pp.3-85
 - ・ 島並良「知的財産法の規律対象：判例の統合的理解に向けて」別冊 L&T No.5 (2019) pp.41-51
 - ・ 清水利明「判例研究 法 60 条但書「意を害しない」の解釈と救済措置[知財高裁平成 22.3.25 判決]」著作権研究 39 号(2012)pp.245-263
 - ・ 清水利明「観音像仏頭部のすげ替え行為が著作者の死後の人格的利益の侵害にあたる
とした事例－駒込大観音事件（控訴審）－（知財高判平成 22 年 3 月 25 日判決，判時
2086 号 114 ページ）著作権侵害差止等控訴事件」日大知財ジャーナル 5 号 (2012)
pp.67-74
 - ・ 社団法人日本図書館協会など「図書館間協力における現物貸借で借り受けた図書複製
に関するガイドライン」（平成 18 年）
 - ・ 自由民主党政務調査会「地方創生とイノベーション創出のための知的財産戦略提言～
第 4 次産業革命とグローバル化の中で～」(平成 28 年 4 月 21 日) (https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud.com/pdf/news/policy/132110_1.pdf)
 - ・ 情報処理学会編「《特集》CGM の現在と未来: 初音ミク，ニコニコ動画，ピアプロの
切り拓いた世界」(2012)
 - ・ 白田秀彰「コピーライトの史的展開(7)」一橋法学 21 巻 3 号 (1996) pp.83-92
 - ・ 白田秀彰「創作物の『自由』な流通を作る新しい政府の出現か？」インターネットマ
ガジン (2003 年 4 月) p.119
 - ・ 新保史生「ウェブ・アーカイビングと法」情報の科学と技術 58 巻 8 号 (2008)
pp.376-382
 - ・ 新保史生「図書館における貸出記録・履歴の保存とプライバシー」ジュリスト 1566 号
(2021) pp.130-135
 - ・ 新谷由紀子＝菊本虔「自然科学系の学術論文は著作物となり得るか－自然科学系の学
術論文の著作権の関係について－」知財管理 64 巻 2 号 (2014) pp.175-189
 - ・ 菅井薫『博物館活動における「市民の知」のあり方－「関わり」と「価値」の再構築』
(学文社，2011)
 - ・ 杉田茂樹「学術情報流通の逆転」大学図書館研究 103 巻 (2013) pp.1-8
 - ・ 鈴木康平「電子化する図書館資料の利用に関する著作権の課題－HathiTrust 事件を参
考に－」日本知財学会誌 13 巻 1 号 (2016) pp.64-80
 - ・ 鈴木康平「York University v. Access Copyright カナダ最高裁判決の概要と検討：～カ
ナダ著作権法における「利用者の権利」」InfoCom T&S World Trend Report 392 号

(2021) pp.26-35

- ・ 鈴木敬史「米国における Moral Rights 保護：裁判例の観察による保護法益の抽出」神戸法学雑誌 70 巻 3 号 (2020) pp. 181-248
- ・ 青弓編集部編『情報は誰のものか?』(青弓社, 2004)
- ・ 関真也「「触覚・味覚・嗅覚コンテンツ」の著作権保護をめぐる考察」ビジネス法務 21 巻 6 号 (2021) pp.48-50
- ・ 総務省「公の施設の指定管理者制度の導入状況に関する調査結果」(令和元年 5 月)
(https://www.soumu.go.jp/main_content/000619516.pdf)
- ・ 総務省「デジタル放送時代の視聴覚障害者向け放送の充実に関する研究会報告書」
- ・ 総務省自治行政局行政経営支援室「公文書管理条例等の制定状況調査結果(平成 30 年 3 月)」(https://www.soumu.go.jp/main_content/000542521.pdf)
- ・ 総務省・知のデジタルアーカイブに関する研究会「知のデジタルアーカイブー社会の知識インフラの拡充に向けてー提言(2012年3月30日)」
(https://www.soumu.go.jp/main_content/000156248.pdf)
- ・ 曾我部昌裕「表現の自由(3)ー表現の自由と著作権」法学教室 491 号 (2021) pp.82-90
- ・ 曾我部真裕=林秀弥=栗田昌裕『情報法概説』(弘文堂, 第 2 版, 2019)
- ・ 曾野裕夫「情報契約と知的財産権」ジュリスト 1176 号 (2000) pp.88-92
- ・ 高倉成男『知的財産法制と国際政策』(有斐閣, 2001)
- ・ 高倉成男ほか『知的財産法制と憲法的価値』(有斐閣, 2022)
- ・ 高瀬亜富「判例紹介 リレーショナルデータベースについて著作権侵害が認められた事例[知財高裁平成 28.1.19 判決]」コピーライト 664 号 (2016) pp.3-46
- ・ 高田忠『意匠』(有斐閣, 1979)
- ・ 高林龍ほか編集代表『現代知的財産法講座 I』(日本評論社, 2012)
- ・ 高林龍ほか編集代表『現代知的財産法講座 III』(日本評論社, 2012)
- ・ 高林龍『標準著作権法』(有斐閣, 第 4 版, 2019)
- ・ 高林龍『標準特許法』(有斐閣, 第 7 版, 2020)
- ・ 高林龍=三村量一=上野達弘編『年報知的財産法 2014』(日本評論社, 2014)
- ・ 高林龍=三村量一=上野達弘編『年報知的財産法 2017-2018』(日本評論社, 2017)
- ・ 高林龍=三村量一=上野達弘編『年報知的財産法 2018-2019』(日本評論社, 2018)
- ・ 高部真規子『実務詳説 商標関係訴訟』(金融財政事情研究会, 2015)
- ・ 高部真規子『実務詳説 著作権訴訟』(金融財政事情研究会, 第 2 版, 2019)
- ・ 高部真規子裁判官退官記念論文集編集委員会編『知的財産権訴訟の煌めき 高部真規子裁判官退官記念論文集』(金融財政事情研究会, 2021)
- ・ 高見澤こずえ=福田一史「ビデオゲームアーカイブにおける実物保存」デジタルアー

カイブ学会誌 Vol.6, No.1 (2022) pp.41-46

- ・ 高村学人「コモンズ研究のための法概念の再定位—社会諸科学との協働を志向して—」
社会科学研究 (東京大学社会科学研究所) 60 卷 5・6 号 (2009) pp.81-116
- ・ 高山正也「国立公文書館の現状と有識者会議最終報告に基づく改革に要する課題」
ジュリスト 1373 号 (2009) pp.18-30
- ・ 高村学人「オストロム・コモンズ理論の応用による都市内地域共有資源分析方法と法
概念論」新世代法政策学研究 12 号 (2011) pp.347-372
- ・ 高野明彦監修, 嘉村哲郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス4 アートシー
ンを支える』(勉誠出版, 2020)
- ・ 瀧澤仁唱『障害者間格差の法的研究』(ミネルヴァ書房, 2006)
- ・ 竹下守夫=藤田耕三編集代表『破産法大系第II巻-破産実体法-』(青林書院, 2015)
- ・ 武邑光裕「デジタル・アーカイブにおける課題と展望」情報の科学と技術 54 卷 9 号
(2004) pp.440-446
- ・ 橘とも子「共生社会における情報アクセシビリティ向上を目指して」健康医療科学
Vol.66 No.5 (2017) pp.473-483
- ・ 龍村全「デジタルアーカイブの法整備: 著作権法との関連から捉えられたアーカイブ
機関」デジタルアーカイブ学会誌 Vol. 4, No. 3 (2020) pp.269-274
- ・ 田中實=人見康子「特別縁故者に対する残存相続財産の分与制度をめぐる若干問題」
法学研究 40 卷 9 号 (1967) pp.1-23
- ・ 田中辰雄=林紘一郎編『著作権保護期間延長は文化を振興するのか?』(勁草書房,
2008)
- ・ 田中宏和「日本の著作権法におけるパブリックドメインとその利用価値」(岡山大学
社会文化科学研究科博士論文, 2010)
- ・ 田中宏和「パブリックドメイン増進法を考える」岡山大学大学院社会文化科学研究科
紀要 31 号 (2011) pp.61-81
- ・ 田中幸世「文化権についての一考察」法の科学 vol.39 (2008) pp.181-188
- ・ 谷川和幸「カナダ著作権法における「利用者の権利」としての著作権制限規定」情報
法制研究 4 号 (2018) pp.57-68
- ・ 谷口知平=久貴忠彦編『新版注釈民法 (27) 相続(2)相続の効果 896 条~959 条』(有斐
閣, 補訂版, 2013)
- ・ 田淵エルガ「フランスにおける 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する立法
を巡る動きと日本への示唆」横浜法学 27 卷 1 号 (2018) pp.205-244
- ・ 田村善之『商標法概説』(弘文堂, 第 2 版, 2000)
- ・ 田村善之『著作権法概説』(有斐閣, 第 2 版, 2001)

- ・ 田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度・再論」知的財産法政策学研究 19号 (2008) pp.157-166
- ・ 田村善之「普通名称と記述的表示：独占適応性欠如型アプローチと出所識別力欠如型アプローチの相剋」知的財産法政策学研究 37号 (2012) pp.151-193
- ・ 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択一統・日本の著作権リフォーム論一」著作権研究 42号 (2015) pp.22-84
- ・ 田村善之「際物（キワモノ）発明に関する特許権の行使に対する規律のあり方～創作物アプローチ vs. パブリック・ドメイン・アプローチ～」別冊パテント 22号 (2019) pp.1-24
- ・ 田村善之『知財の理論』（有斐閣, 2019）
- ・ 田村善之「特許法における創作物アプローチとパブリック・ドメイン・アプローチの相剋～権利成立の場面を題材として～」パテント 72 巻 9号 (2019) pp.5-12
- ・ 知的財産戦略本部「知的財産推進計画 2020～新型コロナ後の「ニュー・ノーマル」に向けた知財戦略～」p.6(2020年5月27日)
(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20200527.pdf>)
- ・ 知的財産戦略本部コンテンツ・日本ブランド専門調査会「日本のブランド戦略～ソフトパワー産業を成長の原動力に～」(平成21年3月10日)
(http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/090310_nihonbland.pdf)
- ・ 茶園成樹編著『知的財産関係条約』（有斐閣, 2015）
- ・ 茶園成樹編著『商標法』（有斐閣, 第2版, 2018）
- ・ 茶園成樹編著『意匠法』（有斐閣, 第2版, 2020）
- ・ 張睿暎「著作権侵害訴訟における抗弁としてのフェアユース—米国デジタルミレニアム著作権法以降の変化を中心に—」早稲田大学大学院法研論集 124号 (2007) pp.133-149
- ・ 張睿暎「イギリス著作権法における公益（Public Interest）概念の変遷史」企業と法創造 4 巻 4号 (2008)
- ・ 著作権情報センター（CRIC）編『第10回著作権・著作隣接権論文集』（著作権情報センター, 2016）
- ・ 塚本學「文化財概念の変遷と史料」国立歴史民俗博物館研究報告 35 集 (1991) pp.273-295
- ・ 土屋大洋「デジタル著作権をめぐる課題—クリエイティブ・コモンズを例に」Stanford Japan Center Discussion Paper(DP-2006-002-J) (2006)
- ・ デイヴィット・スロスビー（後藤和子=阪本崇監訳）『文化政策の経済学』（ミネルヴァ書房, 2014）

- ・ デジタルアーカイブ推進協議会『デジタルアーカイブ白書 2004』
- ・ デジタル文化財創出機構『デジタル文化革命!』(東京書籍, 2016)
- ・ テレコミュニケーション編集部編, NTT 東日本経営企画部営業戦略推進室・NTT ArtTechnology 監修『地域活性化へ文化芸術のデジタル活用 ICT が実現するアート／文化財の継承と新しい鑑賞のかたち』(リックテレコム, 2020)
- ・ 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会編著『民事執行の実務債権執行編<下>』(金融財政事情研究会, 第3版, 2012)
- ・ 同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(弘文堂, 2013)
- ・ 同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦II』(弘文堂, 2020)
- ・ 外川英明=高松孝行=加藤暁子=藤田晶子編『知的財産法のモルゲンロートー土肥一史先生古稀記念論文集』中央経済社(2017)
- ・ 時実象一「大学図書館書籍アーカイブ HathiTrust」情報管理 57 巻 6 号(2014) pp.548-561
- ・ 時実象一「[C05] デジタルアーカイブの公開に関わる問題点:権利の表記(デジタルアーカイブ学会第1回研究大会予稿)」デジタルアーカイブ学会誌1(Pre)(2017) pp.76-79 (https://doi.org/10.24506/jsda.1.Pre_76)
- ・ 時実象一監修, 久永一郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス5 新しい産業創造へ』(勉誠出版, 2021)
- ・ 常世田良「市民はコンテンツにたどりつけるのか? -検索技術・システム- (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技術に関するワーキングチーム(第3回)資料)」(https://www.soumu.go.jp/main_content/000064480.pdf)
- ・ 特許庁「平成26年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書 国の研究開発プロジェクトにおける知的財産マネジメントの在り方に関する調査研究報告書」(<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11515276/1>)
- ・ 特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説』(発明推進協会, 第21版, 2020)
- ・ 特許庁工業所有権制度改正審議室『平成23年特許法等一部改正産業財産権法の解説』(発明協会, 2011)
- ・ 特許庁・発明協会アジア太平洋工業所有権センター「公的研究機関の技術移転について」(https://www.jpo.go.jp/news/kokusai/developing/training/textbook/document/index/technology_transfer_by_public_research_organizations_jp.pdf)
- ・ 鳥澤孝之「判例評釈 Tom Kabinet(オランダ・中古電子書籍販売サイト)事件 欧州司法裁判所(ECJ) 2019年12月19日判決(Case C-263/18)」パテント 73 巻 5 号(2020)

pp.23-32

- ・ 内閣府「公文書館制度の現状と課題」(平成 15 年 5 月)
- ・ 内閣府知的財産戦略推進事務局「知的財産推進計画 2020 におけるジャパンサーチの位置づけ」(2020 年 9 月 10 日デジタルアーカイブ産学官フォーラム (第 4 回))
- ・ 中川純「福祉サービスに対する障害者権利条約のインパクト」論究ジュリスト 8 号 (2014) pp.36-37
- ・ 中川善之助=泉久雄『相続法 (法律学全集 24)』(有斐閣, 第 4 版, 2000)
- ・ 中川隆太郎「CC4.0 時代のオープンデータとライセンスデザイン」情報の科学と技術 65 巻 12 号 (2015) pp.509-514
- ・ 長瀬修=川島聡=東俊裕編『障害者の権利条約と日本一概要と展望 (増補改訂版)』(生活書院, 2013)
- ・ 中空萌『知的所有権の人類学』(世界思想社, 2019)
- ・ 中村民雄「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響」早稲田法学 87 巻 3 号 (2012) pp.659-691
- ・ 中村希「法令解説 アイヌの人々の誇りが尊重される社会の実現に向けて:文化・地域・産業・観光等の振興施策を総合的に実施」時の法令 2093 号 (2020) pp.45-55
- ・ 中村美帆「日本国憲法制定過程における「文化」に関する議論」文化資源学 No.9 (2010) pp.77-88
- ・ 中村美帆『文化的に生きる権利ー文化政策研究からみた憲法第二十五条の可能性』(春風社, 2021)
- ・ 中山信弘「美術の著作物の原作品の所有者でない者が,有体物としての原作品に対する所有者の排他的支配権能をおかすことなく原作品の無体物としての著作物の面を利用して,原作品の所有権を侵害するものとはいえないとされた事例(最判昭和 59.1.20)」法学協会雑誌 102 巻 5 号 (1985) pp.1045-1051
- ・ 中山信弘編著『注解特許法 上』(青林書院, 第 3 版, 2000)
- ・ 中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念 知財立国の発展へ』(発明推進協会, 2013)
- ・ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント 66 巻 1 号 (2013) pp.106-118
- ・ 中山信弘「インターネット時代の著作権制度」長尾真監修『デジタル時代の知識創造:変容する著作権』(角川学芸出版, 2015) p.44
- ・ 中山信弘『特許法』(弘文堂, 第 4 版, 2019)
- ・ 中山信弘『著作権法』(有斐閣, 第 3 版, 2020)
- ・ 中山信弘=金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けてコンテンツと著作権法の役割』(信山社, 2017)
- ・ 中山信弘=小泉直樹編著『新・注解特許法 (中巻)』(青林書院, 第 2 版, 2017)

- ・ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト 619号 (2012) pp.2-26
- ・ 長山義彦ほか『家事事件の申立書式と手続』(新日本法規, 新版, 2015)
- ・ 夏井高人「情報社会指令 2001/29/EC[参考訳]」法と情報雑誌 2 卷 11 号 (2017) p.21 (ウェブ公開版) pp.1-26
- ・ 夏井高人「オープンデータ指令(EU) 2019/1024 [参考訳]」法と情報雑誌 5 卷 1 号 (2020) (ウェブ公開版) pp.57-136
- ・ 奈良文化財研究所『デジタル技術による文化財情報の記録と利活用 2-オープンサイエンス・データ長期保管・知的財産権・GIS -』(奈良文化財研究所研究報告第 24 冊, 2020)
- ・ 成原慧『表現の自由とアーキテクチャ』(勁草書房, 2016)
- ・ 名和小太郎「電子的環境における学術情報と著作権制度」学術情報センター紀要 No.11 (1999) pp.59-73
- ・ 名和小太郎『学術情報と知的所有権 オーサシップの市場化と電子化』(東京大学出版会, 2002)
- ・ 名和小太郎「グーグル・ブック・サーチ, あるいはバベルの図書館 新しいぶどう酒は新しい革袋に」情報管理 53 卷 3 号 (2010) pp.131-139
- ・ 西川開「知識コモンズ研究の系統化に関する理論的考察」情報知識学会誌 29 卷 3 号 (2019) pp.213-233
- ・ 西川康男「資生堂企業資料館における企業アーカイブズの戦略的取り組み」情報の科学と技術 62 卷 10 号 (2012) pp.440-444
- ・ 日本芸能実演家団体協議会, 実演家著作隣接権センター編, 斉藤博監修)『権利管理団体の文化的役割』(日本芸能実演家団体協議会実演家著作隣接権センター, 2010)
- ・ 日本学術会議史学委員会博物館・美術館等の組織運営に関する分科会「提言 21 世紀の博物館・美術館のあるべき姿—博物館法の改正へ向けて (平成 29 年 (2017 年) 7 月 20 日)」(<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t243-1.pdf>)
- ・ 日本国際知的財産保護協会「各国・地域における伝統的知識の保護制度に関する調査研究報告書」(平成 21 年 3 月, 特許庁委託 平成 20 年度産業財産権制度各国比較調査研究等事業)
- ・ 日本国際知的財産保護協会「各国における伝統的知識の保護制度と伝統的知識に係る条約に関する調査研究報告書」(平成 30 年 3 月)
(https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken_kouhyou/h29_01.pdf)
- ・ 日本知財学会知財学ゼミナール編集委員会編『知的財産イノベーション研究の諸相』

(コンテンツ・シティ出版, 2014)

- ・ 日本図書館協会『図書館における指定管理者制度の導入等の調査について 2019 (報告)』(2020年3月16日)
(<http://www.jla.or.jp/Portals/0/data/iinkai/seisakukikaku/shiteikanri2019.pdf>)
- ・ 日本図書館情報学会研究委員会編『電子図書館—デジタル情報の流通と図書館の未来』(勉誠出版, 2001)
- ・ 日本図書館情報学会研究委員会編『メタデータとウェブサービス』(勉誠出版, 2016)
- ・ 日本博物館協会「公布時の博物館法とその後の改正について(特集 博物館法制定 60周年)」博物館研究 46 巻 12 号 (2011) p.17
- ・ 日本弁理士会平成 25 年度著作権委員会第 4 部会「『コミケ』と著作権」パテント 67 巻 9 号 (2014) pp.37-46
- ・ 日本盲人社会福祉施設協議会情報サービス部会編『障害者の読書と電子書籍～見えない, 見えにくい人の「読む権利」を求めて～』(小学館, 2015)
- ・ 庭田杏珠=渡邊英徳『AI とカラー化した写真でよみがえる戦前・戦争』(光文社新書, 2020)
- ・ 沼辺愛一=藤島武雄「特別縁故者に対する相続財産の処分をめぐる諸問題」判例タイムズ 155 号 (1964) pp.231-244
- ・ 根木昭『文化行政法の展開』(水曜社, 2005)
- ・ 根本彰=岸田和明編『シリーズ図書館情報学 2 情報資源の組織化と提供』(東京大学出版会, 2013)
- ・ 根本彰編『シリーズ図書館情報学 3 情報資源の社会制度と経営』(東京大学出版会, 2013)
- ・ 根本彰『アーカイブの思想 言葉を知に変える仕組み』(みすず書房, 2021)
- ・ 野口祐子「複雑化する情報流通とクリエイティブ・コモンズの挑戦」ジュリスト 1425 号 (2011) pp.2-6
- ・ 野中俊彦=中村睦男=高橋和之=高見勝利『憲法 I (第 5 版)』(有斐閣, 2012)
- ・ 野々山哲郎ほか『相続人不存在・不在者財産管理事件処理マニュアル』(新日本法規, 2012)
- ・ 野村美佐子「マラケシュ条約—視覚障害者等への情報アクセスの保障に向けた WIPO の取り組み」カレントウェアネス No.321 (2014) pp.18-21
- ・ 橋本阿友子「「デジタルアーカイブ整備推進法(仮称)」に関する意見交換会報告」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.3, No.1 (2019) pp. 41-46
- ・ 八村広三郎「伝統舞踊のデジタル化」映像情報メディア学会誌 Vol.61, No.11 (2007) pp.1557-1561

- ・ 八田真行「クリエイティブ・コモンズに関する悲観的な見解『オープンソース的著作物』は可能か」(<http://sourceforge.jp/magazine/03/09/29/0955208>)
- ・ 馬場憲一「住民参画の文化財保護政策遂行における法制上の課題－改定文化財保護法と文化財保護条例の分析から－」現代福祉研究 21号 (2021) pp.23-82
- ・ 早川眞一郎「国際的相続とわが国の特別縁故者制度－相続人不存在の処理をめぐる一考察－」名古屋大学法政論集 151号 (1993) pp.77-141
- ・ 林和弘=桑原真人「クリエイティブ・コモンズとは何か－オープンアクセス時代の著作権と科学者」日本物理学会誌 Vol.69, No.2 (2014) pp.102-105
- ・ 林紘一郎編『著作権の法と経済学』(勁草書房, 2004)
- ・ 林紘一郎『情報メディア法』(東京大学出版会, 2005)
- ・ 林紘一郎=名和小太郎『引用する極意 引用される極意』(勁草書房, 2009)
- ・ 半田正夫「美術の著作物の原作品につきその無体物の面を利用する行為と所有権侵害の成否(最判昭和 59.1.20)」民商法雑誌 92 卷 3 号 (1985) pp.382-395
- ・ 半田正夫『著作権法概説』(法学書院, 第 16 版, 2015)
- ・ 半田正夫=松田政行編著『著作権法コンメンタール 1』(勁草書房, 2009)
- ・ 半田正夫=松田政行編著『著作権法コンメンタール 2』(勁草書房, 2009)
- ・ 半田正夫=松田政行編著『著作権法コンメンタール 2』(勁草書房, 第 2 版, 2015)
- ・ 美術品公開促進法研究会編『美術品公開促進法 Q&A』(ぎょうせい, 1999)
- ・ 檜山敦ほか「一人称視点からの多感覚追体験による伝統技能教示支援(教育・訓練・協調)」日本バーチャルリアリティ学会論文誌 Vol.16, No.4 (2011) pp.643-652
- ・ 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(1)」知的財産法政策学研究 45 号 (2014) pp.79-103
- ・ 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(2)」知的財産法政策学研究 46 号 (2015) pp.69-93
- ・ 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(3)」知的財産法政策学研究 47 号 (2015) pp.97-118
- ・ 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(4)」知的財産法政策学研究 48 号 (2016) pp.61-95
- ・ 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(5)」知的財産法政策学研究 49 号 (2017) pp.25-76
- ・ 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(6)」知的財産法政策学研究 50 号 (2018) pp.19-33
- ・ 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(7・完)」知的財産法政策学研究 53 号 (2019) pp.75-107

- ・ 比良友佳理「著作権と基本権に関する 3 件の欧州司法裁判所大法廷判決」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦Ⅱ』（弘文堂，2020）p.264-283
- ・ 平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制」北海道大学法学研究科博士論文，2017）（<https://doi.org/10.14943/doctoral.k12805>）
- ・ 平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制(1)」知的財産法政策学研究 50号（2018）pp.61-122
- ・ 平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制(2)」知的財産法政策学研究 51号（2018）pp. 197-271
- ・ 平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制(3)」知的財産法政策学研究 52号（2018）pp. 185-231
- ・ 平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制(4)」知的財産法政策学研究 54号（2018）pp.143-180
- ・ 平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制(5)」知的財産法政策学研究 60号（2021）pp.65-114
- ・ 廣川祐司「環境保全に寄与する「総有的所有観」による公共的土地利用秩序の形成」千葉大学公共研究 Vol.8,No.1（2012）pp.138-170
- ・ 広瀬浩二郎編『ひとが優しい博物館 ユニバーサル・ミュージアムの新展開』（青弓社，2016）
- ・ 福井健策「知のインフラ整備とデジタル著作権の挑戦」情報管理 56 卷 10 号（2014）pp.661-668
- ・ 福井健策=吉見俊哉編『アーカイブ立国宣言』（ポット出版，2014）
- ・ 福井健策編，桑野雄一郎=赤松健『出版・マンガビジネスの著作権』（著作権情報センター，第2版，2018）
- ・ 福井健策監修，数藤雅彦責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 1 権利処理と法の実務』（勉誠出版，2019）
- ・ 福井健策編「インターネットビジネスの著作権とルール」（著作権情報センター，第2版，2020）
- ・ 福井健策「よみがえる故人たち—偉人アンドロイド・作家AIと肖像権、著作権、尊厳—」総務省 学術雑誌『情報通信政策研究』5 卷 1 号（2021）pp.131-144
- ・ 福井健策「肖像権ガイドラインの試みと、故人再生の法律問題」コピーライト 729 号（2022）pp.2-24
- ・ 福島孝博「テレビ字幕とアクセシビリティ」映像情報メディア学会誌 Vol.69, No.7（2015）pp.689-692
- ・ 福島幸宏「文化財情報を真の公共財とするために」奈良文化財研究所研究報告:デジタ

ル技術による文化財情報の記録と利活用 24号 (2020) pp.118-121

- ・ 福原美三「オープンコースウェア:大学の講義アーカイブ」情報の科学と技術 60 巻 11号 (2010) pp.464-469
- ・ 福森大二郎『文化財アーカイブの現場—前夜と現在, そのゆくえ』(勉誠出版, 2010)
- ・ 福山樹里「Europeana のメタデータ:デジタルアーカイブの連携の基盤」情報の科学と技術 67 巻 2号 (2017) pp.54-60
- ・ 藤井克徳「情報メディアにおけるアクセシビリティ総論」映像情報メディア学会誌 Vol. 69, No.7 (2015) pp.676-681
- ・ 藤田節子「国内科学技術系学会誌の投稿規定の分析:参考文献の記述, 著作権を中心として(1)」情報管理 48 巻 10号 (2006) pp.667-676
- ・ 藤田節子「国内科学技術系学会誌の投稿規定の分析:参考文献の記述, 著作権を中心として(2)」情報管理 48 巻 11号 (2006) pp.723-734
- ・ 藤田節子「国内人文・社会科学系学会誌の投稿規定の分析(II)」情報管理 49 巻 11号 (2007) pp.622-631
- ・ 藤野一夫「日本の芸術文化政策と法整備の課題」国際文化学研究(神戸大学国際文化学部紀要) Vol.18 (2002) pp.65-91
- ・ 藤野一夫「「文化多様性」をめぐるポリティクスとアポリアーマイノリティの文化権と文化多様性条約の背景」文化経済学 Vol.5, No.3 (2007) pp.7-13
- ・ 伏見邦彦「知的財産を巡る国際的な議論~先鋭化する南北問題」パテント 63 巻 13号 (2010) pp.55-65
- ・ 藤本利一=神川朋子「破産者死亡の場合における破産財団の範囲—自由財産と新得財産の処理に関する一考察」阪大法学 59 巻 2号 (2009) pp.249-263
- ・ 文化財保護法研究会編『最新改正文化財保護法』(ぎょうせい, 2006)
- ・ 文化審議会著作権分科会報告書(平成 21 年 1 月)
(http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/houkaisei/h21_hokaisei/pdf/21_hokaisei_houkokusho.pdf)
- ・ 文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会「文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会中間整理」
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2010_kako_chukan.pdf)
- ・ 文化審議会著作権分科会(平成 29 年 4 月)「文化審議会著作権分科会報告書」
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_houkokusho.pdf)
- ・ 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会(令和元年度第 2 回)資料 3「研究

目的に係る権利制限規定の創設に当たっての検討について（案）」 pp.5-6
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/r01_02/pdf/r1421572_03.pdf)

- ・ 「文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会中間整理」
(平成 20 年 10 月 1 日) pp.1-2
- ・ 文化審議会博物館部会「博物館法制度の今後の在り方について（審議経過報告）」
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/hakubutsukan/pdf/93293401_01.pdf)
- ・ 文化庁『文化財保護法五十年史』（ぎょうせい, 2001)
- ・ 文化庁「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」
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h23_06/pdf/shiryo_4.pdf)
- ・ 文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会=通商産業省知的財産政策室編『著作権法・不正競争防止法改正解説—デジタル・コンテンツの法的保護』（有斐閣, 1999)
- ・ 文化庁著作権課「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方（著作権法第 30 条の 4, 第 47 条の 4 及び第 47 条の 5 関係）」
(令和元年 10 月 24 日)
- ・ (https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_17.pdf)
- ・ 文化庁著作権課「デジタル時代における著作権制度・関連政策の在り方検討タスクフォース（第 5 回）資料」（令和 3 年 1 月 12 日）
- ・ 文化庁著作権課「解説 著作権法等の一部を改正する法律（令和 3 年改正）について」
コピーライト 728 号（2021） pp.31-76
- ・ 文化庁文化審議会著作権分科会著作物等の適切な保護と利用・流通に関する小委員会
「クラウドサービス等と著作権に関する報告書（平成 27 年 2 月）」 p.25
- ・ (https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hogoriyo/h26_10/pdf/shiryo_1.pdf)
- ・ 星川明江「権利者不明著作物の活用促進について」カレントアウェアネス No.328
(2016) pp.4-6
- ・ 三原龍太郎「試論：クール・ジャパンと通商政策」RIETI Discussion Paper Series 13-J-051 (2013) pp.1-25
- ・ ポイケルト・アレキサンダー（島並良・角松生史訳）「パブリック・ドメインの法理
(A Doctrine of the Public Domain)」神戸法学雑誌 64 巻 3・4 号（2015） pp.189-226
- ・ 法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成元年度』（法曹会, 1991）

- ・ 法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成13年度(上)』(法曹会, 2004)
- ・ 星野敏康「そもそもデイジーって？」ノーマライゼーション Vol.36, No.1 (2016) pp.44-46
- ・ 干場辰夫「文化芸術基本法の成立 文化芸術振興基本法改正の背景・過程・改正内容・残された課題」昭和音楽大学研究紀要 37号 (2018) pp.96-114
- ・ 本谷裕子「織りと装いの文化とその集団的知的所有権を守る戦い—グアテマラ中西部高地・マヤ先住民女性の事例から」法学研究 93 卷 1 号 (2020) pp.23-47
- ・ 前田健「知的財産法と集団的利益—標識法の場合—」民商法雑誌 150 卷 6 号 (2015) pp.691-707
- ・ 前田健「コンテンツのアーカイブと知的財産法の役割」法律時報 93 卷 10 号 (2021) pp.85-91
- ・ 正木宏長「情報を用いた誘導への一視座—行動経済学, ナッジ, 行政法」立命館法学 Vol.362 (2015) pp.1056-1093
- ・ 増田雅史=生貝直人『デジタルコンテンツ法制 過去・現在・未来の課題』(朝日新聞出版, 2010)
- ・ 増山均「文化権の確立と社会文化アニメーション」教育 2001 年 3 月号 (2001) pp.34-40
- ・ 町田樹『アーティスティックスポーツ研究序説』(白水社, 2020)
- ・ 松井章浩「国際人権条約における知的財産」立命館法学 Vol.363・364 (2015) 2099-2124
- ・ 松井亮輔=川島聡編『概説障害者権利条約』(法律文化社, 2010)
- ・ 松尾陽編『アーキテクチャと法 法学のアーキテクチャルな転回?』(弘文堂, 2017)
- ・ 松岡資明『アーカイブスが社会を変える 公文書管理法と情報革命』(平凡社, 2011)
- ・ 松川実「報告「機関リポジトリとプロバイダ責任制限法」」青山法学論集 63 卷 1 号 (2021) pp.133-165
- ・ 松崎裕子「資産としてのビジネスアーカイブズ: 付加価値を生み出す活用の必要性和課題」情報の科学と技術 62 卷 10 号 (2012) pp.422-427
- ・ 松田政行「著作者人格権の類型と射程範囲」著作権研究 33 号 (2006) pp.59-128
- ・ 松田政行=増田雅史「Google Book Search クラスアクション和解の実務的検討 (上)」NBL (2010) 905 号 pp.7-27
- ・ 松田政行=増田雅史「Google Book Search クラスアクション和解の実務的検討 (下)」NBL (2010) 906 号 p.88-98
- ・ 松田政行編, 澤田将史ほか『著作権法コンメンタール別冊 平成 30 年・令和 2 年改正解説』(勁草書房, 2022)

- ・ 松田真「ゲームにおけるアウトオブコマースの研究 オーファンまたはアウトオブコマースなゲームはプレイ可能に公開可能か」デジタルアーカイブ学会誌 Vol.5, No.s2 (2021) pp.s138-s141
- ・ 松原聡編『電子書籍のアクセシビリティの研究』(東洋大学出版会, 2017)
- ・ 松村多美子「デジタル資料保存の国際的イニシアチブーユネスコのデジタル遺産保存憲章ー」情報管理 47 巻 7 号 (2004) pp.471-475
- ・ 丸山雄三=阿辺川武「横断的連想検索サービス「想-IMAGINE」データベース連携が拓く新たな可能性」情報管理 53 巻 4 号 (2010) pp.198-204
- ・ E. Orna & Ch. Pettitt 著, 安澤秀一監修, 水嶋英治編訳『アート・ドキュメンテーション叢書Ⅱ博物館情報学入門』(勉誠出版, 2003) p.180
- ・ 水谷長志編『MLA 連携の現状・課題・将来』(勉誠出版, 2010)
- ・ 水野祐『法のデザイン 創造性とイノベーションは法によって加速する』(フィルムアート社, 2017)
- ・ 水野祐「オープンアクセスとクリエイティブ・コモンズ採用における注意点：開かれた研究成果の利活用のために」情報管理 59 巻 7 号 (2016) pp.433-440
- ・ 満田重昭=松尾和子編著『注解意匠法』(青林書院, 2010)
- ・ 三菱UFJコンサルティング&リサーチ編「著作物等の保護と利用円滑化方策に関する調査研究『諸外国の著作物等の保護期間について』報告書」(平成 20 年 2 月)
- ・ 三菱UFJリサーチ&コンサルティング「コンテンツの円滑な利用の促進に係る著作権制度に関する調査研究報告書」(平成 19 年 3 月) pp.25-26
- ・ 三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社「平成 19 年度著作物等のネットワーク流通を推進するための意思表示システムの構築に関する調査研究会報告書」 p.13 (https://www.bunka.go.jp/tokei_hakusho_shuppan/tokeichosa/chosakuken/pdf/h20_ishihyoji_03.pdf)
- ・ 南亮一「公文書と著作権：2012 年著作権法改正の内容を中心に」専門図書館 257 号 (2013) pp.8-15
- ・ 嶺重慎=広瀬浩二郎編『知のバリアフリー「障害」で学びを拓げる』(京都大学学術出版会, 2014)
- ・ 宮澤溥明『著作権の誕生 フランス著作権史』(太田出版, 2017)
- ・ 宮田公佳=松田政行「博物館情報資源の機能的活用のための画像技術と著作権法の連携議論」国立歴史民俗博物館研究報告第 184 集 (2014) pp.99-155
- ・ 宮下志朗「作者の権利, 読者の権利, そして複製の権利」思想 1022 号 (2009) pp.147-156
- ・ 村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (9・完)」

知的財産法政策学研究 61号 (2021) pp.37-48

- ・ 村井麻衣子「令和3年著作権法改正－インターネットを通じた図書館資料へのアクセスの容易化と放送番組の同時配信等における権利処理の円滑化」法学教室 494号 (2021) pp.58-64
- ・ 村上康二郎「サイバー法に関する基礎理論に関する一考察－レッシングの『コード』」およびユビキタス化の動向を踏まえて－」情報ネットワーク・ローレビュー8号 (2009) pp.98-122
- ・ 元木伸『特許民法－工業所有権取引と侵害－』(発明協会, 1976)
- ・ 本山雅弘『著作隣接権の理論』(成文堂, 2021)
- ・ 森泉章編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』(法学書院, 2003)
- ・ 森岡一「薬用植物特許紛争にみる伝統的知識と公共の利益について」特許研究 40号 (2005) pp.36-47
- ・ 森耕一編『図書館法を読む』(日本図書館協会, 補訂版, 1995)
- ・ 森本祥子「(コメント 3) 伝統的アーカイブズとデジタルアーカイブ発展的議論を進めるために」アーカイブズ学研究 15巻 (2011) pp.55-60
- ・ 諸岡博熊『企業博物館 ミュージアム・マネジメント』(東京堂出版, 1995)
- ・ 文部科学省『平成21年度図書館・博物館等への指定管理者制度導入に関する調査研究報告書』
- ・ 文部科学省生涯学習政策局社会教育課『図書館職員の資格取得及び研修に関する調査研究報告書(平成19年3月)』
- ・ 紋谷暢男編著『意匠法25講』(有斐閣, 改訂版, 1985)
- ・ 紋谷暢男編著『特許法50講』(有斐閣, 第4版, 1999)
- ・ 紋谷暢男編『JASRAC概論』(日本評論社, 2009)
- ・ 柳与志夫『デジタルアーカイブの理論と政策』(勁草書房, 2020)
- ・ 山内真之「人工知能およびビッグデータを利用したビジネスに関する著作権その他の法的保護」NBL No.1129 (2018) pp.89-95
- ・ 山口いつ子『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』(東京大学出版会, 2010)
- ・ 山口いつ子「表現の自由と著作権－AI時代の「ユーザライツ」概念とそのチェック機能」論究ジュリスト 25号 (2018) pp.61-67
- ・ 山口裕博『芸術と法』(向学社, 2001)
- ・ 山田奨治編『コモンズと文化－文化は誰のものか』(東京堂出版, 2010)
- ・ 山田奨治『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』(人文書院, 2011)
- ・ 山田奨治『著作権は文化を発展させるのか 人権と文化コモンズ』(人文書院, 2021)

- ・ 山田肇「情報アクセシビリティをめぐる政策の動向」情報通信学会誌 36 巻 1 号 (2018) pp.17-22
- ・ 山根崇邦「構築型文化コモンズと著作権法—「オープン・クリエイション」モデルの制度的条件とその含意」同志社法学 64 巻 6 号 (2013) pp.47-85
- ・ 山根崇邦「知的財産法学における権利論と功利主義の相克(2・完)—知的財産制度の正当化根拠をめぐる論争の一断面—」知的財産法政策学研究 56 号 (2020) pp.1-49
- ・ 山本和彦「集团的利益の訴訟における保護」民商法雑誌 148 巻 6 号 (2013) pp.606-639
- ・ 山本順一「時代に見合った図書館サービスの充実とフェア・ユースの法理」専門図書館 No.257 (2013) pp.17-19
- ・ 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』(太田出版, 第 2 版, 2008)
- ・ 山本哲也「博物館学におけるバリアフリー研究の現状について」新潟県立歴史博物館研究紀要 No.9 (2008) pp.63-82
- ・ 湯浅壘道「個人情報保護法改正と学術研究・医療への影響」ジュリスト 1561 号 (2021) pp.40-45
- ・ 横大道聡『現代国家における表現の自由—言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』(弘文堂, 2013)
- ・ 横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究 35 号 (2008) pp.11-51
- ・ 横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由についての一考察—アメリカの CTEA 憲法訴訟を素材として」学習院大学法学会雑誌 39 号 (2004) pp.19-97
- ・ 横山久芳「文化・産業の振興と個人の権利」ジュリスト 1422 号 (2011) pp.85-93
- ・ 吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務, 2014)
- ・ 吉田憲司編『博物館概論』(放送大学教育振興会, 2011)
- ・ 吉田広志「パブリックドメイン保護の観点から考える用途発明の新規性と排他的範囲の関係: 知財高判平成 29・2・28[乳癌再発の予防ワクチン]を題材に」特許研究 64 号 (2017) pp.6-33
- ・ 吉田広志「パブリック・ドメイン保護の観点からの新規性と先使用の再構成—用途発明・パラメータ発明を題材に—」パテント 72 巻 12 号 (2019) pp.57-74
- ・ 吉田広志「パブリック・ドメイン保護要件としての新規性/進歩性の再構成: 内在的同一について特許を認めたロシュ v. アムジェン事件を端緒として」知的財産法政策学研究 61 号 (2021) pp.71-109
- ・ 吉藤幸朔(熊谷健一補訂)『特許法概説』(有斐閣, 第 13 版, 2001)
- ・ 利光功『「文化芸術振興基本法」の理念と意義』アートマネジメント研究 No.3 (2009) pp.4-15

- ・ 渡辺重夫『図書館の自由と知る権利』（青弓社，1989）
- ・ 渡辺智暁=小林心「クリエイティブ・コモンズ：オープンソース、パブリックドメインとの関係からの考察」*パテント* 72 巻 9 号（2019） pp.34-47
- ・ 渡辺智暁=野口祐子「オープンアクセスの法的課題：ライセンスとその標準化・互換性を中心に」*情報の科学と技術* 60 巻 4 号（2010） pp.151-155
- ・ 渡辺昌洋=浅野陽子「地方自治体のウェブアクセシビリティの現状：JIS X 8341-3 に基づく専門家評価による問題の分析」*情報通信学会* 36 巻 1 号（2018） pp.37-45
- ・ DPI 日本会議編『合理的配慮，差別的取扱いとは何か 障害者差別解消法・雇用促進法の使い方』（解放出版社，2016）
- ・ Mira T. Sundara Rajan（志賀典之訳）「判例評釈 著作者人格権と文化遺産の保護--Amar Nath Sehgal v. Union of India」*企業と法創造* 5 巻 3 号（2009） pp.134-144
- ・ Peter Drahos（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property (6)」*知的財産法政策学研究* 39 号（2012） pp.229-263
- ・ Robert・P・Merges（山根崇邦=前田健=泉卓也訳）『知財の正義』（勁草書房，2017）
- ・ Silke von Lewinski（矢野敏樹訳）「WIPO おける著作権保護の例外と制限に関する議論(1)」*知的財産法政策学研究* 34 号(2011)pp.219-249
- ・ Silke von Lewinski（矢野敏樹訳）「WIPO おける著作権保護の例外と制限に関する議論(2・完)」*知的財産法政策学研究* 35 号(2011) pp.195-216

2. 海外文献

- ・ Asbjorn Eide et al, eds., *A Economic, Social and Cultural Rights A Textbook* (1995)
- ・ Benkler, Y. Coase's *Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm."*, *The Yale Law Journal*, 112(3), (2002)
- ・ Blake E. Reid, *Copyright and Disability*, *Cal. L. Rev.* 109 (2021)
- ・ Capell, L. & Williams, E. *Implementing RightsStatements.org at the University of Miami Libraries*. *Journal of Librarianship and Scholarly Communication*, 6(General Issue), (2018) eP2254.
- ・ Carol M. Rose, *Roman, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, 66 *Law & Contmps. Prob.* 89 (2003)
- ・ *CCH v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA*, [2004] 1 S.C.R. 389
- ・ Christophe Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?* 35 *IIC* 278 (2004)
- ・ Christophe Geiger, *"Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, 37(4) *IIC* 371

(2006)

- Christophe Geiger, Daniel GERVAIS, Martin SENFTLEBEN, *THE THREE-STEP TEST REVISITED :HOW TO USE TEST ' S FLEXIBILITY IN NATIONAL COPYRIGHT LAW*, AM. U.INT'L L. Rev. (2012)
- Clifford A. Lynch, "Institutional Repositories: Essential Infrastructure for Scholarship in the Digital Age", ARL Bimonthly Report 226 (2003)
- Commission launches public consultation on digital access to European cultural heritage (EC, 2020/6/22)
(<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-launches-public-consultation-digital-access-european-cultural-heritage>)
- COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Making the most of the EU's innovative potential An intellectual property action plan to support the EU's recovery and resilience COM/2020/760 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0760>)
- Congressional Research Service, The Bayh-Dole Act: Selected Issues in Patent Policy and the Commercialization of Technology.
- Cox, Krista. *Metadata and Copyright: Should Institutions License Their Data about Scholarship?* (2017) (<https://digitalcommons.unl.edu/scholcom/59/>)
- Darnton Robert, *The Case for Books – Past, Present, and Future*, Public Affairs, (2009)
- David Lange, *Recognizing the Public Domain*, Law and Contemporary Problems, 24 (1981)
- Definitions of Digital Preservation
(<https://www.ala.org/alcts/resources/preserv/defdigpres0408>)
- DELOS/NSF Working Group on "Reference Model for Digital Libraries: Actors and Roles" Final Report (23 July 2003)
(https://web.archive.org/web/20090114023211/http://www.dli2.nsf.gov/internationalprojects/working_group_reports/actors_final_report.pdf)
- Rupert R A Bourne et al, Magnitude, temporal trends, and projections of the global prevalence of blindness and distance and near vision impairment: a systematic review and meta-analysis, *The Lancet Global Health* Vol.5, No.9 (2017) at e888-897.
- Digital Library Initiative
(<https://web.archive.org/web/20180403103609/http://www.asis.org/Bulletin/Oct->

[99/fox.html](#))

- Duranti, Luciana, Patricia C. Franks (eds.) *Encyclopedia of Archival Science*. Lanham, Rowman & Littlefield, (2015)
- Dusollier, Severine, *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain* (March 1, 2011). World Intellectual Property Organisation Publication, March 2011
- Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. COPYR. SOC'Y 137-182 (2003)
- Edwin C. Hettinger, *Justifying intellectual property*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 18, No. 1 (1989)
- Gabrielle MARCEAU, *Dispute Settlement and Human Rights* *European Journal of INT' L L.* 754 (2002)
- Eleonora Rosati ed., *The Routledge Handbook of EU Copyright Law* (2021)
- Elinor Ostrom, *Governing the Commons The Evolution of Institutions for Collective Action* (2015)
- Esther Hoorn, *Information Specialist and Researcher, Law and ICT* (加藤大博訳「学術コミュニケーションにおけるリポジトリ, 著作権, クリエイティブ・コモンズ」)
- <http://hdl.handle.net/2115/8455>)
- Fox, Edward A, *The Digital Libraries Initiative: Update and Discussion*, *Bulletin of the American Society for Information Science*, 26 (1), (1999)
- Freire, Nuno, Meijers, Enno, de Valk, Sjors, Raemy, Julien A., & Isaac, Antoine. (2020). *Metadata aggregation via linked data: results of the Europeana Common Culture project*. Zenodo (<https://doi.org/10.5281/zenodo.4062455>)
- Frischmann, Brett M., Madison, Michael J., Strandburg, Katherine J., *Governing Knowledge Commons*, Oxford University Press (2014)
- Greenleaf, Graham and Bond, Catherine, *'Public Rights' in Copyright: What Makes Up Australia's Public Domain?* (January 23, 2013). *Australian Intellectual Property Journal*, (2013) 23 AIPJ 111-138, UNSW Law Research Paper No. 2013-9
- Greenleaf, G., & Lindsay, D., *Public Rights: Copyright's Public Domains* (Cambridge Intellectual Property and Information Law). Cambridge: Cambridge University Press, (2018)
- Hardin Garret, *The Tragedy of the Commons*, *Science*, Vol.162, No.3859 (1968) 1243.
- Han-Teng Liao et al, *A Literature Review of Museum and Heritage on Digitization, Digitalization, and Digital Transformation*, *Proceedings of the 6th International*

Conference on Humanities and Social Science Research (ICHSSR 2020)

- Helberger, Natali, Hugenholtz, P. Bernt, “*No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law*”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 22 1061 (2007)
- Hess, Charlotte, Mapping the New Commons (July 1, 2008). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1356835>
- Hess, Charlotte & Ostrom, Elinor, eds., *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, MIT Press, (2007)
- Izabela Luiza Pop 1, Anca Borza, Anut, Buiga, Diana Ighian and Rita Toader, *Achieving Cultural Sustainability in Museums: A Step Toward Sustainable Development, Sustainability* (2019) (doi:10.3390/su11040970)
- Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 *Emory Law Journal* 965 (1990)
- Jonathan Band, “*What does the HathiTrust decision mean for libraries?*” (<http://www.librarycopyrightalliance.org/storage/documents/article-hathitrust-analysis-7jul2014.pdf>)
- Jonathan Griffiths, Pre-Emptying Conflict - A Re-Examination of the Public Interest Defence in United Kingdom (UK) Copyright Law, *Legal Studies* 34 (1) 76 (2014)
- Josef P.Liu, *Copyright Law’s Theory of the Consumer*, 44 *Boston College L. R.* 397 (2003)
- Julie E. Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 *Fordham L. Rev.* 368 (2005-2006)
- Karen Coyle, *Rights in the PREMIS Data Model A Report for the Library of Congress* (2006) (<https://www.loc.gov/standards/premis/Rights-in-the-PREMIS-Data-Model.pdf>)
- Karen Walsh et al, *Intellectual Property Rights and Access in Crisis*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* Vol. 52 379 (2021)
- Lawrence Lessig, *The law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113(2) *Harvard L. R.* 501 (1999)
- Lawrence Lessig, *The FUTUTRE of IDEAS: the fate of the commons in a connected world* (2001)
- Lawrence Lessig, *Re-Crafting a Public Domain*, 18(3) *Yale J.L. & Human* 56 (2006)
- LAWRENCE LESSIG, *CODE VERSION 2.0* (2006)
- Laurence R. Helfer, Molly K. Land, Ruth L. Okediji & Jerome H. Reichman (2017), *The World Blind Union Guide to the Marrakesh Treaty: Facilitating Access to Books for*

Print-Disabled Individuals, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No.2017-17

- Levy, David M., *Digital Libraries and the Problem of Purpose*, D-Lib Magazine 6, no. 1 (January 2000).
- Lior Zemer, Aviv Gaon, *Copyright, Disability and Social Inclusion: the Marrakesh Treaty and the Role of Non-signatories*, 10(11), Journal of Intellectual Property Law & Practice, 836 (2015)
- L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USER'S RIGHTS* (1999)
- Lucie M.C.R. Guibault (2002), *COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS An Analysis of the Contractual Overridability of limitations on Copyright*, Kluwer Law International (The Hague), (Information law series vol. 9)
- Lynch, J., *Digital Public Library of America Service Hub Social Media Usage Analysis. Illinois Digital Environment for Access to Learning and Scholarship (IDEALS)*. Urbana: University of Illinois (2019) (<http://hdl.handle.net/2142/104610>)
- Martin Senftleben, *The Copyright/Trademark Interface: How the Expansion of Trademark Protection Is Stifling Cultural Creativity*, Wolters Kluwer, (2020)
- Maureen Whalen. (2008), *Rights Metadata Made Simple*. (https://www.getty.edu/research/publications/electronic_publications/intrometadata/rights.pdf)
- Mihlay Ficsor "Commentary to the Marrakesh Treaty on Accessible Format Copies for the Visually Impaired" (11 October 2013) Copyright See-Saw (<https://www.copyrightseesaw.net>)
- Michael Ashley Stein, *Disability Human Rights*, 95 California L. Rev. 110 (2007)
- Michael J. Madison, Brett M. Frischmann, Katherine J. Strandburg, *Constructing Commons in the Cultural Environment*, 95 Cornell L. Rev. 657 (2010)
- Moore, Adam D., *Intellectual Property*. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2011-2014. (<http://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property>)
- M. ROSE, *Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, Law and Contemporary Problems, vol 66, 76 (2003)
- NISO, IMLS, *A Framework of Guidance for Building Good Digital Collections* 3rd edition December 2007 (<http://www.niso.org/sites/default/files/2017-08/framework3.pdf>)
- Okediji, Ruth, *Traditional Knowledge and the Public Domain* (June 26, 2018). Centre

for International Governance Innovation Papers No. 176

- Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*. April 2003; Law and Contemporary Problems 66 (2003)
- Pamela Samuelson, *Enriching Discourse on Public Domains*, 55 Duke L.J. 786 (2006)
- Peukert, Alexander, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik (The Public Domain. Theory, Functions, Doctrine) (March 1, 2012). Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012
- Rightsstatements.org White Paper: Recommendations for Standardized International Rights Statements (2016)
(https://rightsstatements.org/files/160208recommendations_for_standardized_international_rights_statements_v1.1.pdf)
- Rightsstatements.org White Paper: Requirements for the Technical Infrastructure for Standardized International Rights Statements (2017)
(https://rightsstatements.org/files/170106requirements_for_the_technical_infrastructure_for_standardized_international_rights_statements_v1.2.pdf)
- Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press (2011)
- Routhier Perry, S, *Digitization and Digital Preservation: A Review of the Literature*. School of Information Student Research Journal, 4(1), (2014).
- Sen Amartya, *Commodities and Capabilities*, (North-Holland, 1985) (鈴木興太郎訳『福祉の経済学—財と潜在能力』(岩波書店, 1988))
- Shipley, David E., *Protecting the Public Domain and the Right to Use Copyrighted Works: Four Decades of the Eleventh Circuit's Copyright Law Jurisprudence*, 29 Journal of Intellectual Property Law, 1 (2021)
- SPRINGER NATURE, The OA effect: How does open access affect the usage of scholarly books? (2017)
- Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 U. Dayton L. Rev. 215, 222 (2002)
- UNESCO, Charter on the Preservation of the Digital Heritage
(<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000131178>)
- United Nations Economic and Social Council, Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No.17 (2005), E/C.12/GC/17(12 January 2006)
- United Nations Economic and Social Council, Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No.17 (2005), CCPR/C/GC/34(12 Sep. 2011)
- Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the*

Natural Law of Intellectual Property, 102 Yale L.J. (1993)

- WIPO. A European Perspective on Copyright Infrastructure
(https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=67028)

第2 謝辞

本研究に当たり、以下の先生方にご指導、論文審査の労をお執りいただいた。ここに謝意を記します。

- ・齊藤邦史 慶應義塾大学総合政策学部 准教授（主査、指導教員）
- ・新保史生 慶應義塾大学総合政策学部 教授（副査）
- ・玉村雅敏 慶應義塾大学総合政策学部 教授（副査）
- ・生貝直人 一橋大学大学院法学研究科准教授（外部副査）

また、本研究は、以下の研究助成による研究成果の一部である。

- ・2019年度慶應義塾大学潮田記念基金による博士課程学生研究支援プログラム
- ・2020年度公益財団法人村田学術振興財団 第36回研究助成
- ・慶應 SFC 学会 Covid-19 対応研究活動支援
- ・2021年度慶應義塾大学森泰吉郎研究振興基金研究者育成費

第3 初出一覧

該当箇所	出典
第3章	「著作権法における文化資源保護機能の序論的考察—デジタルアーカイブと解釈上の包括的権利制限の可能性—」（公社）著作権情報センター（CRIC）編『第10回著作権・著作隣接権論文集』（2016）pp.69-93
第4章	「MLA 連携と著作権法における権利制限—文化政策としてのデジタルアーカイブ化における支分権をめぐる諸問題—」（（公財）電気通信普及財団第29回テレコム社会科学学生賞佳作受賞論文） (https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/8838201/www.taf.or.jp/record/documents/c09/29/29_kurihara.pdf)
第5章	「デジタルアーカイブを中心とする肖像権の権利処理の円滑化に向けた取り組み～「肖像権ガイドライン」にみる我が国の最近の自主規制、共同規制の動向」InfoCom T&S World Trend Report No.386（2021）pp.24-33
第6章 第1節	「オープンアクセス時代における学術論文の著作権管理に関する一考察」 パテント70巻5号（2017）pp.65-72
第6章 第2節	「デジタルアーカイブ連携のためのメタデータの知的財産法による保護と制限」NextcomVol.49（2022.3 公刊予定）pp.34-43
第7章	「著作権法と障害者の情報アクセシビリティ—ソーシャルインクルージョンの視点から」情報通信学会誌36巻1号(2018)pp.31-36
第9章	「相続人不存在における相続財産管理と知的財産権の帰属に関する一考

第1節	察」日本知財学会誌 16 卷 2 号 (2019) pp.46-63
第9章 第2節	「知的財産法におけるパブリックドメインの法的意義に関する基礎的考察」東京通信大学紀要 4 号 (2022.3 公刊予定) pp.17-34
第9章 第3節	2019 年度村田学術振興財団 (第 36 回) 研究助成「パブリックドメイン化した知的財産の共用モデルの研究－文化資源のデジタルアーカイブ化の正当化根拠を中心に－」に基づく研究成果報告書