

電子書籍に関する著作権・契約法・契約実務

小塚莊一郎

- I 問題の所在
- II 「電子出版権」の創設
- III 電子出版によるコンテンツ産業の振興
- IV 書籍の電子化と出版物市場の変容
- V 結 語

I 問題の所在

1 本稿の目的と方法論

本稿は、出版権の対象を電磁的な複製と電磁的複製物の公衆送信に拡大した平成 26 年著作権法改正（以下では「電子出版権改正」という）について、政治的及び社会的な側面に分析を加えることを目的とする。法改正の政治的な側面とは立法過程のことであり、社会的な側面とは、法改正が産業構造や人々の行動にもたらす変化を言う。法の改正が、一定の政策目的を達成する意図で行われる場合、その評価を行うためには、どのような経緯で目的が確立され、そのための政策手段が選択されたかを確認するとともに、そのようにして採用された政策目的及び政策手段の有効性を検証する必要がある。著作権法の改正による出版権制度の改正は、電子書籍の本格的な普及に伴い必要となった法整備を行うという産業政策的な立法であるから⁽¹⁾、こうした研究のアプローチが有効であると考えられる。

立法過程の研究も、社会的な機能の検証も、研究手法として特に目新しいものではないが、従来は、それぞれが独立して行われることも多かった。しかし、法改正を政策実現の手段と位置づけるのであれば、両者は相互に関連づけて考察されるべきものである⁽²⁾。実現した法改正が立法の過程で掲げられた目的に合致するものであったか否かは、法改正に対する事後的な評価であり、他方、改正法が産業や社会に対して与えた影響の認識は、将来の改革を立案する

際に、前提として参照されるべき資料となるからである。

本稿の研究は、政策的な意図にもとづく私法の改正（制度改革）に対する筆者の関心にもとづいている。研究手法として目新しくないとはいえ、立法過程の研究や法改正の機能的な分析は、解釈論を主たる任務とする伝統的な法律学の中で、周辺的な存在とされてきたが、そこには、私法を関係者の利害を「衡平」に調整するシステムと考え、その政策的な側面は、私法本来のあり方をむしろゆがめる要素とする認識が、暗黙の裡に共有されていたのではないと思われる⁽³⁾。しかし、現実には、とりわけ1990年代以降、私法に対して市場メカニズムの制度インフラという役割が次第に期待されるようになり、その結果、政策的な色彩を持った制度改革が行われる事例、さらには政治過程によって改革の方向が決定される事例も増えてきている。筆者はこれまで、いくつかの法改正を取り上げて、そうした政策的、政治的な側面の検討を行ってきたが⁽⁴⁾、民法の法技術を基盤として組み立てられ、私法の一領域とされてきた著作権法の改正を、私法が政策的な意図で改正される他の場合と比較することは、「政策手段としての私法」の諸相を包括的にとらえる上で有益であろう。

2 電子書籍と日本のコンテンツ産業

ところで、書籍出版のようなコンテンツ産業の分野における産業政策には、製造業の産業政策とは異なる難しさがある。それは、コンテンツ産業のようなソフトな産業分野では、生産設備に対して政府が支援や助成を行っても産業の生産性や競争力の向上に直結しないという点である。この分野で産業の競争力を規定する要因はクリエイターの創作力であるから、産業政策は、クリエイターの育成を目的としなければならない。しかし、クリエイターの活動は、作品を生み出すという性質上、政府が直接に「支援」できるものではなく、政策として可能なことは、ただかクリエイターの活動を容易にする環境の整備であろう⁽⁵⁾。

電子出版権改正は、クリエイターに対して直接的に働きかける政策ではない。出版権の享有主体である出版者はコンテンツの流通業者（ディストリビューター）であって、クリエイターではないからである。従って、それがコンテンツ産業の振興政策として意味を持つとすれば、ディストリビューターの権利や利益が変化することによってクリエイターの待遇が変わる等の事情を通じ、間接的にクリエイターの制作環境が改善されるという形でしかあり得ない。しか

し、ディストリビューターの利益を増やすとクリエイターへの分配額が増えるという関係は、当然には成り立たない⁽⁶⁾。

以上の点を念頭において、ディストリビューターの観点から、電子書籍の現状について簡単に見ておこう。日本における電子出版の市場規模は、ある統計によれば、2016年度（2016年4月～2017年3月）に電子書籍が1976億円（うちデジタルコミックが1617億円）、電子雑誌が302億円で、合計2278億円とされる⁽⁷⁾。この数字は、前年比24.7%増であり、「電子書籍元年」と言われた2010年の650億円と比較すると3.5倍に達している。他方、従来から出版物の統計を公表してきた調査主体も、最近、電子出版についての統計を調査するようになり、それによれば、2017年（暦年）に電子書籍（電子コミック以外）の売上げは290億円、電子コミックは1711億円、電子雑誌は214億円を記録した⁽⁸⁾。合計すれば、電子出版全体では2215億円となるが、同じ統計は、2017年の紙の出版物（書籍と雑誌の合計）の市場規模を1兆3701億円と報告しているから⁽⁹⁾、電子書籍はその13.9%ということになる。

電子書籍市場を牽引する大きな要因は電子コミックである。日本における漫画・コミックの市場は、過去10年以上減少傾向にあり、2016年には紙の単行本が1947億円、紙の雑誌が1016億円で、合計2963億円と言われる。これに対して、電子書籍の市場は急成長しており、電子コミックが1617億円、電子コミック誌（Webマガジン）も31億円に達した⁽¹⁰⁾。それに加えて、無料で漫画を配信するサービスも広がっている⁽¹¹⁾。このように、漫画、コミックの分野に限れば、電子書籍の存在感は紙の書籍に迫りつつあると言えよう。他方で、コミックはインターネット上の海賊版にも苦しめられており、「海賊版の『週刊少年ジャンプ』は日本での正式な発売よりも早く翻訳されて、ネットにアップされている」と言われる⁽¹²⁾。その被害を金額で表現すると、2011年に年間224億円（書籍全体では270億円）に達するという試算もある⁽¹³⁾。

電子雑誌については、携帯電話の通信キャリアが提供する定額読み放題の配信サービスが普及しつつある。これは、毎月一定額（数百円程度）の支払いで複数の雑誌コンテンツを自由に読むことができるというものである⁽¹⁴⁾。もっとも、購読料金の金額が小さく、通信料金と同時に収納代行される仕組みをとるため、売上げの伸びが閲覧数の伸びを直ちに意味するわけではないともいわれる⁽¹⁵⁾。

他方、世界的に見ると、出版物の電子化が先行して進んだ分野は、学術出版

であった。自然科学や経済学などの分野では、英文学術雑誌の大半が電子化され、有料データベースに統合されている¹⁶⁾。ところが、日本では、国際的な評価を受けるために研究者がそうした英文の学術雑誌に投稿する反面で、和文の学術雑誌や学術書については市場の国際的な広がりを欠くといった事情もあり、電子出版のビジネスモデルは確立していない。従来、日本の出版業界では、海外の翻訳書を含む学術的な書籍を「人文書」として一般の読者向けに出版することが広く行われてきたが¹⁷⁾、社会的背景の変化とともに、そうした書籍の市場は次第に厳しくなっている。これらの「人文書」を出版してきた出版社から見ると、電子書籍の普及は、市場の縮小に拍車をかけ、経営を圧迫する要因として映るかもしれない。このように、電子書籍と一口に言っても、その内容によって市場の状況が一樣ではない点に留意しておく必要がある。

以下の本稿では、日本の電子書籍市場に対して電子出版権改正が与える影響やその背景について、次の順序で分析を進める。まず、平成 26 年に行われた電子出版権改正の内容と、それに至る経緯を検討する (Ⅱ)。この部分は、政治的な側面 (立法過程) の分析に該当する。次に、改正法の社会的な側面について、直接的な契約実務への影響と (Ⅲ)、より大きな出版産業の構造に対するインパクトとを (Ⅳ)、順次、考察する。契約実務に対する影響を見れば、デジタル・コンテンツの振興という政策目的に照らした改正法の有効性を考えることができ、他方、産業構造に視野を広げることは、政策目的そのものが適切に設定されていたと言えるか否かの評価を可能にする。最後に、本稿の全体から導かれる結論をまとめて結びとする (Ⅴ)。

Ⅱ 「電子出版権」の創設

1 電子出版権法改正の内容

出版権は、著作物の出版に関する排他的な利用権である。特許における専用実施権と同じく、著作権者の同意にもとづいて設定された利用権限であるが、設定後は著作権者 (複製権等保有者) もその著作物を自ら出版したり、第三者に出版させたりすることができなくなり、また侵害者 (海賊版の頒布者など) に対しても、出版権者が自ら差止請求や損害賠償請求をすることができる (著作権法 112 条・114 条、民法 709 条)。そのため、物権的な権利 (制限物権類

似の権利)と説明される。出版権の設定や譲渡を第三者に対抗するためには、登録を受けなければならない(著作権法88条)¹⁸⁾。

平成26年の電子出版権改正では、この出版権について、その主体と効力範囲の両面から電子書籍に対応するための改正が行われた¹⁹⁾。まず、主体については、従来から出版権の設定を受けることができる主体とされてきた出版行為を行う者について、「電子計算機を用いてその映像面に文書又は図画として表示されるようにする方式により記録媒体に記録し、当該記録媒体に記録された当該著作物の複製物により頒布すること」が出版行為に含まれる旨を明示したうえで²⁰⁾、その意味における出版行為と並び、公衆送信行為(放送又は有線放送を除き、送信可能化を含む)を行う者が出版権の設定を受ける主体に加えられた。これにより、デジタルの版面をインターネット上で提供したり、PCやスマートフォンに配信したりする電子書籍の「出版者」が出版権の設定を受けられるようになった。

出版権の効力範囲についても、改正前から規定されていた著作物を複製する権利に、「原作のまま[上記の]方式により記録媒体に記録された電磁的記録として複製する権利を含む」と明示する括弧書きを追加したうえで、これを1号出版権とし、「原作のまま[上記の]方式により記録媒体に記録された当該著作物の複製物を用いて公衆送信を行う権利」を2号出版権として新たに規定した。1号出版権の設定を受けた出版権者は、括弧書きの追加により、書籍をスキャンしてインターネット上にアップロードする行為に対する差止めが可能になる。他方、2号出版権は、端末への配信を排他的に行う権利である。そして、出版権者は、これらの権利の「一部又は全部」を専有するとされ、1号出版権と2号出版権を分けて、すなわち紙の書籍と電子書籍の出版権を別個の事業者に設定できることが明らかにされた(著作権法80条1項)。

なお、出版権者は、複製権等保有者の承諾を得た場合、複製または公衆送信を第三者に再許諾することが認められる(著作権法80条3項)。これは、出版社が2号出版権の設定を受けて電子書籍のデータを作成した場合にも、現実の配信に際しては、配信事業者に委託する必要があるという事情を考慮したものとされている²¹⁾。

2 改正に至る経緯

電子出版権改正の立法過程では、改正の方向性をめぐって激しい対立があり、出版者に固有の著作隣接権を付与するという提案が、有力に主張された。最終的には、平成 25 年 12 月に取りまとめられた文化審議会著作権分科会出版関連小委員会の報告書において、これを排して出版権の拡張を行うことが決定され、改正案が立案されたのであるが²²⁾、著作権分科会がこの問題を取り上げて出版関連小委員会を設置するまでに、いくつかの異なるフォーラムで議論が進行したという点で、この議論は、きわめてユニークな経緯をたどっている。それには、平成 21 年から 24 年までの時期は、民主党を中心とする連立与党が政権を担っていた時期にあたり、官僚依存を脱却した政治主導の政策決定や、官邸主導による各省縦割りの是正が政策形成の基本方針とされていたという背景もあった²³⁾。

改正に直結する議論の端緒は、平成 22 年 3 月に設置された「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」(三省懇談会)によって開かれた。この懇談会は、「電子出版を巡る世界の情勢が著しく進展するなか、……我が国の豊かな出版文化を次代へ着実に継承しつつ、広く国民が出版物にアクセスできる環境を整備する」という課題への対応を検討する目的で、総務省、文部科学省及び経済産業省の 3 省が共同して設置したものであった。この省庁横断的な会合は、電子書籍の生産及び流通を促進するために必要とされる諸課題を抽出し、どのようにそれらの課題と取り組んでいくかを示した報告書を平成 22 年 6 月に取りまとめた²⁴⁾。報告書の中では、権利処理の円滑化について、「著作物・出版物の権利処理の円滑化推進に関する検討会議(仮称)」を設置して検討するとされ、他方、出版者への権利付与については、「出版契約や流通過程に与える影響や各国の動向についての調査・分析の実施や議論の場を設けることなど」により、権利付与の可否を含めてさらに検討するものとされている。

三省懇談会の報告を受けて、平成 22 年 12 月に、「電子書籍の流通と利用の円滑化に関する検討会議」が文部科学省に設置された²⁵⁾。翌年(平成 23 年)12 月に取りまとめられた報告では、一方で、権利処理の円滑化に関してはそのための仕組みの必要性が指摘され、他方、出版者への権利付与について、権利付与が「電子書籍の流通と利用の円滑化の観点からどのように評価をされる

のか（……）が重要である」という前提の下で、「権利付与に対して積極的な意見」と「更なる検討を要するとする意見」が併記された。そして、法制面における課題の整理について文化庁が主体的に取り組みを実施することを求めつつ、「国民各層にわたる幅広い立場からの意見も踏まえ、……官民一体となった早急な検討を行うこと」が適当であるとしている²⁶⁾。

政府に設置された検討組織が結論を集約できずに終わったことを受けて、議論の場は政府の外へと移った。平成24年に入ると中川正春衆議院議員（民主党）を座長とする超党派の勉強会が発足し、与野党（民主党、自由民主党、公明党）の政治家と出版業界、著作者の代表が参加して、①書籍・電子書籍を統合した読書振興策のあり方、②日本語出版物（電子書籍を含む）の国際展開（海賊版への対応）、③著作者と出版者の役割、についての検討を開始する。勉強会は、出版者に対する著作隣接権の付与を要望するという内容の「中間まとめ」を平成24年6月に公表した。ここに、著作隣接権という「権利」の付与を積極的に肯定する政策提案が、初めて正面から呈示された。

しかし、勉強会の提案が「国民各層」の意見を包括するものでなかったことは、ほどなく明らかになる。平成25年2月には、一般社団法人日本経済団体連合会（経団連）が、出版者の著作隣接権を創設するという勉強会の案について、「一部関係者」の主張にすぎないと批判しつつ、電子書籍を発行する者に対して契約により設定される「電子出版権（仮称）」の創設を提案した²⁷⁾。こうした見解の対立を仲裁するかのように、著作権法の研究者と弁護士からなる有識者グループが、同年4月4日に、「デジタル時代に対応すべく、現行出版権の拡張・再構成を文化審議会で検討する」という提言を公表し²⁸⁾、同日、超党派勉強会も、この提言を受け入れて文化審議会における審議を促すことを決定した。平成24年末に政権が自民党に復帰していたという事情もあり、最終的な議論の場は、従来から著作権法改正を担ってきた文化審議会に戻り、平成25年5月、著作権分科会の下に出版関連小委員会が設置されることとなったのである。

3 立法過程の特徴

以上のような立法過程は、表面的には、出版者の著作隣接権を創設するという改正案が、政治主導のプロセスによってひとたびは実現に近づきながら、審

議会を含む有識者の巻き戻しに遭い、出版権の拡大に落ち着いたという経緯にも見える。出版者に対する著作隣接権を創設することは、現行著作権法が立法された昭和 40 年代からの検討課題であり、出版業界としては、かねてからの念願であった²⁹⁾。電子書籍時代の到来がいよいよそれを必要とするという出版業界の主張に対して、結局は、立法事実としてなお不十分であるという判断が下されたとも言えそうである。しかし、電子出版権改正に至る立法過程で政治が果たした役割を、そうした個別利害の擁護としてとらえることは、正確ではないように思われる。

まず、「出版者に対する権利付与の可否」というアジェンダが、三省懇談会において設定された点が注目される。三省懇談会は、著作権制度を議論する場ではなく、電子書籍の生産と流通を振興するという政策目標を定めただけで、そのために必要となる制度的、技術的その他の政策課題を網羅的に指摘し、それぞれの課題に対処するための手順（検討の場の設置や当事者の特定を含むプロセス）を設定した会合であった。著作権制度のあり方は、そうした政策課題の一つとして取り上げられ、出版者への権利付与が課題を解決するための選択肢として掲げられた。すなわち、ここにおける政治主導とは、法制度の改革を産業政策の手段として位置づける考え方にほかならないのである。その点は、裏を返すと、出版者の著作隣接権であれ、最終的に実現した出版権制度の拡張であれ、著作権法の改正が、電子書籍の生産・流通振興という政策目標に照らした政策手段としての有効性によって評価されることを意味していた。

第二に、当時の民主党政権においては、この意味における政治主導の取り組みがアドホックに行われた、という観察が可能であろう³⁰⁾。自民政権の下では、1990 年代の行政改革以降、内閣官房の権限が強化され、首相のリーダーシップにより構造改革や知的財産推進計画など省庁横断的な政策目標を設定し、そのための政策手段を検討する責任を割り振る技術が発達していた³¹⁾。自民党が再度政権についた平成 25 年以降は、官邸に設置された経済再生本部が『日本再興計画』を作成し、政策アジェンダを設定するというプロセスが定着している。このように、省庁横断的な政策目標の設定と政策課題の割り振りについて、自民政権では制度化が志向されてきたことに対して、「官僚主導政治」の排除を掲げた民主党政権では、アドホックなプロセスが多用された。文化庁の「検討会議」にいったん議論の場が移った後も、権利付与の当否をめぐるコンセン

サスが形成できないまま両論併記に終わると、再び政治家が主導権をとり、超党派の勉強会というアドホックな組織が出現することになった。

しかし、そうしたアドホックなプロセスの積み重ねは、逆に政治の調整能力を限定する結果となったように思われる。超党派の勉強会は、本来、「国民各層にわたる幅広い立場の意見」を集約してコンセンサスを形成する場となるべきであったにもかかわらず、その中間提言は、あたかも一当事者の利害であるかのように受け止められ、別の利害関係者から反対提案を受けるという事態を招いた。その結果、対立する提案の利害得失を解き明かしたうえで最終的な立法案を提示する調停者の役割を、有識者グループが担うこととなったのである³²⁾。他方で、政治的なリソースを欠く有識者グループが調整に成功した理由は、制度改革が、電子書籍市場の振興という政策目標に向けた手段として位置づけられていたところにあったと考えられる。政策目標が政治によって最初に設定されていたため、改正提案の優劣については、その政策目標に向けた手段としての優劣という観点から、客観的な評価が可能になったわけである。

第三に、著作隣接権の新設か出版権の拡張かという制度の選択が政策手段としての観点から評価の対象とされた反面で、制度改革の目標は「電子書籍市場の振興」という抽象的なレベルで設定されたまま、それ以上に具体化されなかった。その結果、制度改革に際して出版産業の構造を現状のとおりに維持することが、暗黙のうちに前提とされた。一般的に言えば、法制度について現行制度の「改善」が語られる場合の中に、政策中立的に法技術上の（テクニカルな）改善が意図される場合、特定の政策目的に対して、より有効な手段が導入される場合、そして政策目的自体について新たな考え方を取り入れて目的自体を刷新する場合、という三つの類型があると指摘されている³³⁾。電子出版権改正に際しては、法技術上の改正ではないと認識されて政策目的が明確に意識されたものの、政策目的自体を刷新するには至らず、第二の意味の「改善」の範囲内で議論が進行したのである。

有識者グループの中心的な論者が、「4000 社弱ともいわれる出版社が乱立して纏まりのない状態では、いかなる立法をしても巨大プラットフォームに飲み込まれ、出版界の独立性・独自性が失われ、ひいては日本の出版文化が失われると危惧される」と指摘して、危機感をあらわにするように、実は、電子書籍の浸透がもたらす真のインパクトは、出版産業の構造そのものに対して変革

を迫るところにある³⁴⁾。制度改革を政治主導で進めることは、そうした産業構造の変革を正面から受け止め、政策目的の修正や変更を論ずるよい機会であった。しかし、現実には、そのような展開とはならなかったわけである。

Ⅲ 電子出版によるコンテンツ産業の振興

1 デジタル・コンテンツ法制としての電子出版権改正

(1) 権利の創設と集中管理

電子出版権改正として実現した制度改革が、電子書籍の生産・流通を振興するという政策目標に対する政策手段であったとすれば、実現した改正（出版権の拡張）と、立法過程で主張されながら実現しなかった著作隣接権の創設という提案とについて、政策手段としての有効性という観点から評価することが可能であろう。ここでは、そうした評価を行うために、2000 年代半ばに議論されたデジタル・コンテンツ法制と対比してみることにする。デジタル・コンテンツのうち音楽コンテンツやテレビ番組については、ディストリビューターであるレコード製作者、放送事業者にそれぞれ著作隣接権を保有し（著作権法 96 条以下、98 条以下）、映画製作者は映画の著作物の著作権を与えられるので（著作権法 29 条）、それらとの均衡から、出版者に著作隣接権を付与すべきであるという議論が提起されたとしても不思議ではないからである。

日本において 2000 年ごろからデジタル・コンテンツ産業が振興政策の対象となった契機は、日本のポップ・カルチャー（大衆文化）が「ソフトパワー」を持つと認識されたためである。ソフトパワーとは、国際政治学における概念であり、軍勢力、政治力など従来から知られてきた力の源泉と考えられてきたものと並んで、文化や政治的な価値観、外交政策の正統性などが持ちうる国際的な影響力を言う³⁵⁾。2000 年当時、台湾や中国など東アジアの若者の間で、日本のアニメやコミック、ファッションなどが支持されていると言われ、それらのポップ・カルチャーが持つソフトパワーを振興し、充実させることが政策課題として取り上げられた³⁶⁾。言いかえれば、この時期の政策の特徴は、第一に、コンテンツの文化的な価値だけではなく外交的な価値が意識されていたこと、そして第二に、コンテンツの国外への輸出が大きな焦点となっていたこと、であった³⁷⁾。

前述のとおり、日本における電子書籍の大半は漫画、コミックであり、ポップ・カルチャーの領域に属する。しかし、2000年代の議論は、もっぱら音楽及び映像（映画、テレビ）のコンテンツを対象としており、書籍に対する関心は薄かった³⁸⁾。その意味で、電子書籍の振興には、遅れてきたデジタル・コンテンツ政策という側面がある。もっとも、前述のとおり、電子書籍に関する現在の議論は、国外へのコンテンツ輸出が論じられている状況ではなく、国外のサイトに氾濫する海賊版に対する危機意識を除けば、関心はほぼ国内市場に集中している点で、文脈はかなり異なっている³⁹⁾。

デジタル・コンテンツに関する法制度をめぐるのは、平成18年から19年頃にいくつかの提案が公表され、大きな議論を呼んだ。その先駆けとなったものは、財団法人知的財産研究所（当時）に設置された「デジタル・コンテンツの保護・流通に関する調査研究委員会」の「提言」である⁴⁰⁾。その主眼は、取引を円滑に成立させる法制度の実現にあり、関係者間で権利処理が完了したデジタル・コンテンツを登録し、公示する制度の導入が提唱された。これは、テレビ番組やアニメなど、著作権をはじめ肖像権、パブリシティ権などが錯綜するデジタル・コンテンツを、ユーザーへの多様な提供チャネル（伝送路）を通じて効率的かつ効果的に提供するためには、権利処理が確実に行われていること（事後的に権利主張がなされないという保証があること）およびその事実が流通過程の関係事業者にも明示されていることが必要であるという認識にもとづく提案である。他方で、この「提言」は、権利処理が完了したデジタル・コンテンツについて、いずれの当事者が権限を持って取引を行うかという問題には踏み込んでいない。たとえば、漫画原作のテレビドラマを海外のネット配信事業者提供の際に、テレビ局、テレビ制作会社、原作の著作者である漫画家、原作の出版者のいずれが窓口となり、他の当事者がどのような形で利益の分配を受けるかについては、すべて当事者間の取り決めにゆだねている。その点は、制度によって固定化するべきではなく、むしろコンテンツ流通の競争を通じて、ビジネスモデルの革新が起こることを期待していたのである⁴¹⁾。

この「提言」が一つの契機となって、『知的財産推進計画2007』の中に、「最先端のデジタルコンテンツの流通を促進する法制度等」の整備を2年以内に行うという記述が盛り込まれるに至り⁴²⁾、文化審議会著作権分科会でも、「デジタルコンテンツ流通促進法制」が議論された⁴³⁾。そうした中で、関係事業者の

代表や法律家の有志から構成されたデジタル・コンテンツ法有識者フォーラムが、「ネット法」という立法提案を平成 20 年に公表し、大きな反響を呼んだ⁽⁴⁴⁾。ネット法の提案は、「ネット権」と称する権利を、著作権法等の既存法制とは別個に創設するというものであった。ネット権とは、インターネット上にコンテンツを流通させる権利（従って、無許諾のコンテンツ流通を排除する権利）であり、それは、映画のコンテンツについては映画製作者、テレビ番組については放送事業者、そして音楽コンテンツについてはレコード製作者に帰属する。これらのネット権者は、一方で、恣意的に利用許諾を拒絶することが禁止され、他方、各コンテンツに寄与した主体に対して、コンテンツ流通から得られた収益を適正に配分する義務を負うとされている。権利の集中によってコンテンツ流通を容易にするという考え方は知的財産研究所の「提言」と共通するものの、流通に責任を持つ主体を既存の取引と大きく乖離しない形で法定することで、現実的なビジネスモデルを提示したものであったといえよう。

(2) コンテンツ流通業者の地位

2000 年代に提唱されたこれらの立法論と比較するとき、電子出版権改正の立法過程で主張された出版者の著作隣接権という提案は、志向する方向が大きく異なっていたと言える。デジタル・コンテンツ政策として論じられていた制度は、関係者の権利を処理し、集約するための仕組みであったが、電子書籍に対応する著作隣接権の創設は、むしろ拒否権を一つ増やすという内容であったからである。たしかに、電子書籍に関する議論の中では、すでに見たとおり、権利処理の問題と出版者への権利付与の可否は、一応、別個の論点として認識されていた。しかし、両者は密接に関係しており、一方の問題にかかわる制度改革が他方の問題に対しても影響を及ぼすことは避けられないはずである。

著作隣接権の創設により処理しなければならない権利が一つ増えれば、一般的には、コンテンツ流通のコストは増大する。「検討会議」の報告でも、権利付与という提案に対して、新たに権利者が増える結果となり、円滑な権利処理に懸念を生じさせると指摘されていた⁽⁴⁵⁾。ただし、正確に言えば、拒否権を与えられる主体には権利の行使（あるいは不行使）から対価を得る機会が生まれるから、その主体による投資が現状では過小であり、対価を得て投資を拡大すればコンテンツの生産または流通を増進する効果が期待されるという状況にお

いては、拒否権の創設がコンテンツ市場の拡大に結び付くという可能性もあろう。その意味で、出版者の著作隣接権という制度改革が電子書籍の市場全体に対してどのような効果を持ち得るかは、実証データを分析してみなければ、断定することはできない。しかし、出版業者の過少投資が日本における電子書籍市場の発展を阻害しているという実証データが議論の過程で提出されていたようには見受けられない。

権利の創設に関するいま一つの論点は、その権利を付与される主体が適切かという問題である。産業政策として考えれば、電子書籍市場を発展させるために有効な投資を行うと期待される主体に対して拒否権を付与し、投資のインセンティブを与えることが望ましい。そして、その意味における最適な権利主体は、従来の流通業者と当然に一致するとは限らない。「検討会議」の報告において、出版者の著作隣接権を創設すると新しいプレーヤーの進出を阻む可能性もあると記述されているが⁴⁶⁾、それはこの点を指摘したものであろう。

デジタル・コンテンツ流通に関する制度提案の中で、ネット法の構想は、コンテンツ流通を現に（アナログの取引において）担っている事業者、デジタル環境でも権利を集中ないし付与しようとするものであった。その点で、出版者の著作隣接権という提案には、ネット法に共通する点があったと言える⁴⁷⁾。しかし、ネット法の場合には、恣意的な許諾の拒絶が禁じられているため、ネット権の実質は報酬請求権に近かった。そして、当時の政策論議は、新規のコンテンツ制作を促進するというよりも、日本のテレビ番組やアニメ映画など既存のコンテンツを海外に輸出することに主眼を置いていたので、それらのコンテンツを製作する際に流通業者として関与した主体に対して報酬請求権を付与する考え方には、一定の合理性があった⁴⁸⁾。これに対して、電子書籍をめぐる議論は、海外輸出を志向する議論ではなく、とりわけコミックの分野では、新規のコンテンツを電子書籍向けに創作するもの（いわゆる born digital のコンテンツ）も多いと考えられる。まして、電子出版権改正に至る過程で論じられた出版者の著作隣接権は報酬請求権ではなく禁止権であり、既存の出版業者にそこまで大きな地位を与える理由は、まったく説明されていなかったと言わざるを得ないであろう。

こうして、出版者に著作隣接権を付与するという提案は、電子書籍市場の振興という産業政策の目的に対して、有効性を主張することができなかった。こ

れが、出版者の著作隣接権という提案が結果的に実現しなかった理由であると考えられる。その反面で、電子書籍の市場において権利を集約し、ビジネスモデルの核となる主体を特定するための議論は、改正後に持ち越された。そこで、電子出版権改正の成立後に、改正法を活用し、有効なビジネスモデルを開発することが政策として要請されるに至ったのである。

2 契約実務のあり方の検討

(1) 日本の出版契約実務

電子出版権改正の法案を可決した際に、衆議院・参議院の各委員会が附帯決議を採択し、「本法によって設定可能となる電子出版に係る出版権の下でも従前の出版事業が尊重されるよう、その具体的な契約及び運用の在り方を示して関係者に周知するとともに、その実務上の効果について一定期間後に具体的な検証を行い、必要に応じた見直しを検討すること」ことを要請した⁴⁹⁾。「従前の出版事業」の尊重を求めているので、国会は、既存の出版社が電子書籍市場の担い手となることを期待したと考えられる。そして、この附帯決議を受け、平成 25 年度から 26 年度にかけて、「出版物の流通促進に向けた契約の在り方」に関する検討会が行われることとなった。事業の実施主体は、著作権法の改正を所管した文化庁著作権課ではなく、経済産業省の文化情報関連産業課(メディア・コンテンツ課)である⁵⁰⁾。

検討会では、「契約書による契約の締結の意義及び機能」から検討が開始された⁵¹⁾。言い換えれば、実務上、出版契約が締結されていなかったり、それが形骸化して当事者(おそらくは著作者)に契約締結の意義が正しく理解されていなかったりする事例もあると推察される。もっとも、(一社)日本書籍出版協会(書協)が 2011 年に行った調査では、新刊書籍のうち 73.3%について書面による出版契約書が交わされているので、契約書を取り交わす実務自体は、かなり普及していると言える⁵²⁾。

日本における出版契約は、これまで、出版権設定契約と出版許諾契約が大半であったと言われる⁵³⁾。出版権設定契約は、著作権法上の出版権を出版者に対して設定する契約である。他方、出版許諾契約とは、出版行為に必要な範囲の複製と頒布を著作権者が出版者に認め、出版者は自己の計算により著作物の複製と頒布を行う義務を負うという内容の契約である⁵⁴⁾。出版権設定契約とは

異なり、許諾を受けた出版者は、他の者が同じ著作物を複製する行為を排除する権限を持たない（排他条項を付して「独占的」出版許諾契約を締結しても、その排他条項は著作権者を拘束する債権的な効果しか持たない）。これらに対して、米国等の実務で一般的に行われている著作権の出版者に対する譲渡契約は、日本では、一部の学会誌等を除き、ほとんど行われていないと言われている⁵⁵⁾。そして、こうした出版契約については、従来から、各種の団体により、ひな型が作成されてきた。出版社側のものとしては、（一社）日本書籍出版協会のいわゆる「書協ひな型」や（一社）日本出版者協議会（出版協）の「出版協ひな型」がある。著作者側の団体も、それぞれにひな型を作成しているようである。また、イラストや写真などの素材には、書籍全体の著作権とは別に権利が成立するため、別個に権利処理を行う必要があり⁵⁶⁾、関係する団体がそのための書面を用意している場合もある。

（2）電子書籍に関する契約

これらのひな型については、電子出版権改正の成立後、早速、改正法に対応した改訂が行われた⁵⁷⁾。改正法の下では、紙の書籍の出版権（1号出版権）と電子書籍の出版権（2号出版権）を異なる主体に設定することが明示的に許容されている。これまでは、たとえば単行書の出版と文庫本の出版について出版権を分けて設定するような実務はとられてこなかったが⁵⁸⁾、改正を受けて改訂された書協ひな型は、紙媒体の出版物と電子媒体（パッケージ型（1号出版権の対象）及び配信型（2号出版権の対象））のすべてについて出版権を設定する契約書のほかに、電子出版の計画がない場合に紙媒体のみについて出版権を設定する契約書と、配信型電子出版のみについて出版権を設定する契約書を用意している⁵⁹⁾。（一社）日本出版者協議会も、改正法を受けて出版協ひな型を改訂したが、こちらは、紙媒体と電子出版の双方について同一の出版者に出版権を設定することが前提とされている⁶⁰⁾。

しかし、既存の出版契約書を電子書籍に対応して修正するだけで、問題がすべて解決したわけではない。紙の書籍では、いったん出版された書籍は、内容に関する著作権とは無関係な有体物として売買されるが、電子書籍の場合、コンテンツを配信するため、権利関係に関する契約が必要となるからである。電子書籍の出版権を紙の書籍と独立に設定しないのであれば、包括的に出版権の設定を受け

た出版社が、配信業者に対して、再許諾により電子化されたデータの複製と公衆送信を許諾することになる（著作権法 80 条 3 号）。すると、出版社は、著作者との間の出版契約と配信契約の整合性を確保するという紙の書籍には存在しなかった問題に直面する。しかも、有力な配信業者が海外のプラットフォーム事業者である現状では、配信契約は、日本のひな型にもとづく出版契約よりもはるかに詳細で、内容も大きく異なる可能性がある。すると、出版契約と配信契約の内容が一致しない点について、出版社としては、契約の相違から生ずる不利益を自ら負担するか、著作者（著作権者）に対して通常の出版契約とは異なる取り扱いとなる事情を説明するか、いずれかを迫られるのである。

契約条件の相違の中で、関係者の関心が最も高いものは著作権の対価であろう⁶⁰¹。紙の書籍では、印税と称して発行部数又は実売部数に比例した支払いを行う方式と、「買い切り」と呼ばれる定額一括払いの方式（著作権の譲渡契約でない限り、法的な意味で権利等の売買が行われるわけではない）がもっぱら行われてきた。電子書籍の販売に際しても、同様に、ランニング・ロイヤリティー方式と一括払い方式があり、一見すると、大きな相違はないようにも見える。しかし、紙の書籍については再販売価格維持が認められており（後述Ⅳ 1 (2)）、定価販売が行われるため、著作権者から見ると予測可能でわかりやすい。これに対して電子書籍では、配信価格をプラットフォーム事業者が変動させ、現実の配信価格を基準に支払額を決定する方式も存在する。紙の書籍で、とりわけ発行部数から印税が決定される方法に比較すると、現実のダウンロード数に応じて、かつ実売価格を基準にロイヤリティーが計算される場合には、著作権者の予想を支払額が大きく下回る可能性もあろう⁶⁰²。また、電子雑誌などが定額購読制のサービスで配信されると、配信事業者の収入をコンテンツ提供者の間で配分するレベニュー・シェア方式が用いられることもある。この方式では、消費者から配信業者が得た収入を各雑誌の出版社に一定の割合で配分するので、コンテンツ（記事）の分量にかかわらず、提供される雑誌の総数が多ければ 1 社あたりの分配額が小さくなる可能性もある。学術書の場合も、同様に、「ある分野の専門書 100 冊を自由に閲覧できる権利を 1 か月あたりいくら」という形態の取引が行われる可能性があると言われている⁶⁰³。

この問題が日本の出版関係者の間で強く意識されている理由の一つは、プラットフォーム事業者が、Kindle 端末を有する Amazon 社や iTunes store から

配信を行う Apple 社、Google Play による配信を行う Google 社など、GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple) と呼ばれる全世界的な事業者に集中しているからである。これらのプラットフォーム事業者は、世界の市場で寡占的な地位を占めており、出版社との間には交渉力に大きな開きが存在する⁶⁴。このような状況を前提とすると、プラットフォーム事業者との契約を出版社が交渉する余地はきわめて限られ、出版社は、著作者との板挟みを自ら引き受けなにかぎり、プラットフォーム事業者の市場支配力から生ずるしわ寄せを著作者に転嫁しなければなくなることが容易に予見されるのである。

(3) 電子出版権改正の効果

電子書籍ビジネスに伴う契約上の問題が以上のようなものであるとすれば、電子出版権改正の立法過程で議論された政策手段の問題、すなわち出版権の拡張と出版者の著作隣接権創設との間の選択は、実は、大きな意味を持っていなかったと考えられる。著作隣接権の創設は、そもそも、配信事業者との配信契約には無関係であり、他方、出版権の拡張は、配信事業者との交渉力の落差という問題を解決しないからである。

電子書籍の配信契約は、著作物の複製や公衆送信を許諾する契約である。著作権が取引の対象である以上、中間の流通業者である出版者が著作隣接権を持ったとしても、配信契約の条件が左右されることはない。従って、出版社は、著作隣接権の有無にかかわらず、配信業者との契約と著作権者との契約の間で、条件の不整合に直面する。これに対して、出版権は著作者の著作権から派生する権利であるから、それを電子書籍に拡張する改正は、著作権に関する取引の条件に直結する。出版権の設定を受けた出版社が、配信業者に対して複製権の再許諾を内容とする契約を締結する場合、配信契約で再許諾される権利は、設定される出版権の内容によって制約される。この点で、たしかに、出版権の拡張という改正の方が、契約条件の不整合という問題に対して、より直接的な効果を有する。

しかし、契約条件の交渉は、最終的には、当事者間の交渉力によって決定される。一般論として言えば、プラットフォーム事業者とコンテンツ提供者のいずれが交渉上優位に立つかは、一概には言えない。プラットフォームは、多数のコンテンツをまとめてユーザーに提供するという性質上、独占的ないし寡

占的になりやすいが、他方、キラーコンテンツと呼ばれる有力なコンテンツを保有する者も、その事実のみによって独占的な地位に立ち、強大な交渉力を持つ⁶⁵⁾。これは、需給関係にもとづく経済的な問題であり、法制度によって解決することはできない。コンテンツに大きな需要があるとき、著作者は、取引条件に満足できなければ出版権設定契約を終了させ、コンテンツを引き上げる自由を持つが、それを現実に行う可能性はコンテンツの市場価値が決めるものであって出版権制度により変わるものではない。

このように、電子出版権改正に至る過程で論じられた立法提案は、日本の電子書籍市場が直面する問題に対して、そもそも大きな相違をもたらしていたとは考えにくい。それが何らかの相違をもたらすとすれば、既存の出版社がプラットフォームに対するコンテンツ提供の仲介者として機能するか否かの問題についてであろう。著作隣接権を出版者が持たない制度の下では、紙の書籍の出版社がプラットフォームに対する窓口には限らない。実現した改正のように、紙の書籍の出版権と電子書籍の出版権を別個に付与できるという制度になれば（著作権法 80 条 1 項）、著作権者がプラットフォーム事業者に対して直接に出版権を付与したり、電子配信業界固有の仲介業者を通じてコンテンツを提供したりできる可能性が、明示的に開かれる。これに対して、著作隣接権が出版者に与えられていれば、（その著作隣接権が及ぶ範囲にもよるが）隣接権者となった出版社が電子書籍をプラットフォームに提供する仲介者として選ばれる蓋然性は大きくなるであろう。

しかし、コンテンツ提供の仲介者が既存の出版業者である場合と電子配信の仲介業者等の新規参入者である場合とを比較して、日本における電子書籍市場の振興という政策目的にいずれが合致するかは、明らかではない。前述のとおり、コンテンツ政策の目標はクリエイターの制作環境を改善することであるが、クリエイターである著作者から見たとき、既存の出版社が良好な制作環境を保障するエージェントとして機能しているか否かは、実態を分析してみなければ判断できない問題だからである⁶⁶⁾。その意味で、電子出版権改正は、政策的な目的にもとづく法改正であったにもかかわらず、実は、目的に対する政策手段の有効性が十分に検証されないままに行われたと言わざるを得ない。同じく著作権にかかわる問題として、平成 20 年に DVD レコーダーの私的複製に関する規格が変更され、1 回の複製しか許さない規格（コピーワンス）から 1

世代に限り10回までの複製を許容する規格(ダビング10)に移行した際にも、放送コンテンツ産業に対する効果は不明確なままであり、権利者や実演家からは大きな不満も表明された⁶⁷⁾。しかし、その場合には、コンテンツ産業の振興とは別に、地上波テレビ放送をデジタル化するという直接的な政策が存在し、それを摩擦なく実現するために消費者の利便性を向上させるという必要性があった。電子出版権改正の場合には、電子書籍市場の振興そのものが目的とされていたのであるから、政策目的に照らした手段の有効性を十分に検証した上で、改革が行われるべきであったと思われる。

3 小括

電子出版権改正は、電子書籍の生産、流通を振興するという政策目的から行われた。抽象的に言えば、立法過程で主張された著作隣接権は、コンテンツの流通プロセスに拒否権を増やすことになり、コンテンツ振興という政策目的にとって有効な手段ではない可能性が高い。より具体的な契約実務の検討からは、電子書籍の取引に、GAFAなどと総称される海外のプラットフォーム事業者が、従来の出版契約と大きく異なる配信契約の実務を持ち込んでおり、そのことが関係者に戸惑いを招いているという現状が浮かび上がる。海外のプラットフォーム事業者はたしかに大きな市場支配力を有しているが、他方、出版者が著作隣接権を持つことが、それらの支配的な事業者に対抗する手段となるわけではない。

このように見ると、出版者の著作隣接権という提案は、政策目的に照らして有効な手段とはいえず、むしろ、電子書籍の流通プロセスを固定化していた可能性が高い。そこに、著作権制度の改革をめぐる議論が、著作隣接権の新設という提案を排し、出版権の拡大という案に収斂した理由がある⁶⁸⁾。しかし、出版権の拡大は、電子書籍の海賊版に対して出版者が直接対応できるという以上の効果を持つものではなく、電子書籍市場の振興につながる契約実務が、今後、関係者の間で作られなければならない。結局、著作権制度の改革によって電子書籍の生産、流通を振興する効果は、あり得たとしても、いずれにせよ限られていたように見える。

Ⅳ 書籍の電子化と出版物市場の変容

1 日本の出版物市場

(1) 出版物の流通経路

すでに述べたとおり（前述Ⅱ3），選択された政策手段（著作権の拡張）が政策目標に対して有効であったかという問題とは別に，政策目標そのものが適切に設定されていたかという点も，本来は検討されなければならなかった。しかし，三省懇談会の報告書は，「デジタル・ネットワーク社会に対応した知の拡大再生産の実現を前提として，我が国の豊かな出版文化を次代へ着実に継承しつつ，広く国民が出版物にアクセスできる環境を整備すること」を政策目標として掲げており，出版産業のあり方を基本的に維持することが前提となっている⁶⁹⁾。この場合，そこにいう日本の出版文化とはどのようなものであるのかを，出版物流通市場の現状把握を通じて理解しなければならない。

日本の出版物流通市場は，出版社から刊行された書籍が，取次と呼ばれる卸業者に持ち込まれ，取次から小売書店に提供されるという形態をとる。出版社は2016年3月現在で3489社が存在するが，そのうち資本金1億円以上のものは177社，従業員200名を超えるものは132社と，大半が中小規模である⁷⁰⁾。これに対して取次は，トーハン及び日販の大手2社が流通量の8割近い占有率を握ると言われる寡占構造である⁷¹⁾。そして，1990年代には2万店近く存在した小売書店は，近年急速に減少しつつあり，2015年10月現在で全国に3906店となっている⁷²⁾。

取次という業態は，明治期に雑誌の流通を行う目的で発達した⁷³⁾。明治10年代から20年代に，新聞売捌き業者から発展したり，雑誌出版社の小売部門として創設されたりして雑誌取次業者が生まれた⁷⁴⁾。これらの有力な雑誌取次は，急速に整備されていった鉄道を利用して，雑誌を全国に流通させる体制を整えていった。鉄道で運ばれた雑誌は各地の「仲卸」業者を介して小売書店に並べられ，東京の取次各社は，やがて仲卸と区別して，「元取次」と呼ばれるようになる。大正12年，関東大震災の被災状況を集めて緊急出版された『大正大震災大火災』は，書籍であったにもかかわらず，震災後の緊急事態を理由として雑誌の流通ルートで販売され，初版30万部，重版10万部を全国に配送

した⁷⁵⁾。その後、大正15年の『現代日本文学全集』を皮切りに、多くの出版社が「円本」と呼ばれた予約販売の全集物を競って刊行するようになると、雑誌の流通経路を利用した書籍の販売はもはや一般化し、全国的な流通経路が一元的に確立されていく⁷⁶⁾。その後、戦時体制が強化される中で、政府（内務省）の主導により、出版物の流通経路を集約する動きが生ずる。昭和16年には、元取次を中心に、出版社も関与して日本出版配給株式会社（日配）が設立され、全国の取次はこれに統合された⁷⁷⁾。

第二次世界大戦後、統制会社から商事会社となっていた日配に対して、昭和23年に過度経済力集中排除法の指定がなされる。これにより日配は解散されることになり、全国に9社の取次が誕生した。ところが、そのうち地方所在の4社は短期間で東販（現在のトーハン）又は日販に吸収、統合され、現状の寡占体制が成立するに至る⁷⁸⁾。日本では、出版社のほとんどが東京に所在しているため、東京の取次業者が、物流コストの点で、競争上有利になるにもかかわらず、分割後に地域を超えた競争が制限されなかったため、各地方に設立された取次は、短期間で競争に敗れ、消滅していったのである⁷⁹⁾。

（2）日本の出版物市場の特徴

以上のような書籍流通市場を契約形態から見ると、二つの大きな特徴がある。それは、多くの出版物が「委託」と称する販売形態で取引されることと、独占禁止法上の再販売価格維持制度に守られて、定価販売がほぼ完全に実現していることである⁸⁰⁾。

定価販売は、出版社が小売価格を定めて小売書店による割引を認めないという取引条件である。大正中期までは書籍の割引販売が多く見られたと言われており、それが過当競争に陥って取次業者や小売書店の経営を圧迫したため、大正8年（1919年）に雑誌の定価販売制が導入され、翌年には書籍にも及ぼされた。出版社、取次、小売書店のそれぞれが同業者団体に組織されており、それら団体の統制によって定価販売は実効的に行われたようである⁸¹⁾。第二次世界大戦後、昭和22年に独占禁止法が制定されると、そうした定価販売の強制は再販売価格拘束契約として、「不公正な取引方法」の一つに該当することになった。しかし、書籍を含む「著作物」については、昭和28年に独占禁止法の適用除外が導入され（現在の独占禁止法23条4項）、定価販売が合法的に継

続された⁸²⁾。

その結果、書籍や雑誌については、「定価」(小売価格)から逆算した「正味」(仕入価格)が計算され、それによって各取引当事者のマージンが確定されている。「正味」は書籍の種類や出版社、定価の水準などにより細かく定められているが、出版社と取次の間ではおおむね定価の 70% 前後、取次と小売書店の間では 77～80% 強のようである⁸³⁾。そのうえで、大手及び中堅の取次では、小売書店に対し、入金額及び入金率に応じて 0.1～2.3% の報奨金を支払っている⁸⁴⁾。従って、再販売価格維持制度の下で定価販売が行われていると言っても、小売書店から見た利幅は、まったく同一ではない。

委託販売とは、法的には、書籍や雑誌が、出版社に所有権を残したまま取次から小売書店への流通経路に置かれる取引形態を言う(商法 551 条)。この場合、最終消費者が購入した段階ではじめて所有権が出版社から移転することになり、それまでの間、小売書店は売れなかった出版物の返品がいつでも可能となる。この取引形態では、小売書店に売れ残りリスクの負担がないので、積極的な仕入れが期待され、出版物の拡販に有益だと考えられている。歴史的には、明治末期に『婦人世界』などの雑誌取引から始まり、書籍にも広まったようである⁸⁵⁾。

もっとも、現実に行われている書籍や雑誌の取引は、純粋な委託販売ばかりではない⁸⁶⁾。書籍に限定しても⁸⁷⁾、まず、読者からの注文品などは原則として「買切」とされ、返品を認めない通常の売買契約による。多くの新刊書籍は、業界で「委託」と呼ばれ、委託期間(出版社と取次の間では 6 か月、取次と小売書店の間では 4 か月)を経過すると小売書店が売れ残った在庫を返品することができる⁸⁸⁾。ところが、これらの書籍の代金は、「買切」と「委託」を区別せず、納品の翌月に代金が請求されており、返品時に精算を行う仕組みとなっている⁸⁹⁾。すると、在庫が店頭で滅失した場合には返品ができず、精算を受けられないので、滅失リスクは小売書店が負担する結果となり、法的には委託販売ではなく返品特約付き売買契約にあたりと指摘されている⁹⁰⁾。さらに、新刊書籍以外の書籍については、委託期間を 1 年間(出版社と取次の間は 13 か月、取次と小売書店の間は 12 か月)として小売書店の店頭に書籍を陳列するという「常備寄託」の取引がとられる。「常備寄託」の対象書籍の代金は、委託期間の終了後、小売書店と取次の間では納品から 14 か月目、取次と出版社の間ではその翌月の 15 か月目に支払われる。この場合には、現実に販売された書籍

の代金のみが支払われるので、在庫の減失リスクは出版社の負担となり、法的な意味における委託販売であるとされる⁸⁹⁾。なお、実務上は、毎月の請求額が直ちに全額決済されているわけではないようであり⁹⁰⁾、1990年代に郊外型の小売書店が増加した時期には、新規開店の際に当初の在庫を揃えるため、その支払いを「開店口座」と称し、3年間支払いを猶予するという実務もあったと報告されている⁹¹⁾。こうした場合、取次は、小売書店に対して金融機能を担っていることになる。さらに、出版社との関係では、以上に述べた精算期日を待たず、納品の翌月に取次が「内払い」を行うケースも少なくないと言われる⁹²⁾。内払いが行われると、取次は、出版社に対する金融機能をも担うわけである。

2 出版物市場の動揺と電子書籍振興政策

(1) ビジネスモデルの対立

日本における出版物流通の仕組みを機能的に見れば、取次が一種のプラットフォームとして機能していると言えるであろう⁹³⁾。出版物は、このプラットフォームに乗せられてはじめて読者による選択の対象となる。プラットフォームは、需要に関するデータを集約し、流通の合理性を確保する。そして、出版社や小売書店に対する取引条件を決定し、必要に応じて金融機能をも担う。プラットフォームとしての取次は、寡占的な地位にあって大きな市場支配力を有しているが⁹⁴⁾、再販売価格維持制度により定価販売が定着しているため、その市場支配力が価格決定権として行使されることは少ない⁹⁵⁾。従って、中小規模の出版社から見ると、再販売価格維持制度は取次による市場支配力の濫用を緩和する機能を果たしてきたと言えそうである。

このようにとらえると、電子書籍の出版に関して出版業界が直面する問題の本質も明らかになる。これまで、取次というプラットフォーム上で共存してきた出版社、とりわけ中小規模の出版社は、電子書籍に移行すると、グローバルなインターネット上のプラットフォーム事業者と向き合わなければならない。しかも、公正取引委員会が、電子書籍には再販売価格維持制度の適用がないという解釈を示しており⁹⁶⁾、プラットフォーム事業者は、需要に応じて小売価格を変動させる取引モデルを持ち込んだ。日本の出版業界とはまったく異質の市場で競争してきたプラットフォーム事業者には、これまでの取次と同様に取引条件を通じて出版社を支えることは期待できないであろう。こうした危機感こそが、電子出版権改

正に至る過程で、出版業界を著作隣接権の創設という要望へと突き動かしたのである。もっとも、すでに論じたとおり、プラットフォームに対するコンテンツ提供者の交渉力はコンテンツの経済価値によって決まるのであり、この要望が、出版業界の意図を実現する有効な手段であったかは疑わしい。

より大きな観点から見ると、日本の出版業界における取次とインターネット上のプラットフォーム（GAFA）とでは、ビジネスモデル、あるいはその理念が根本的に異なっている。大規模な取次を中心とする現在の流通システムは、同一の出版物を、全国に一律の条件で流通させることを第一義的な目的としている。歴史的な経緯としても、鉄道を利用して、最初は雑誌を、ある時期から書籍をも全国に大量発送するために発展したのであるが、機能的にも、委託販売（返品特約付き売買）は、小売書店の売れ残りリスクを軽減し、仕入れの数量を大きくするインセンティブとして働く⁹⁹。しかも、大手取次は小売書店に対して金融を提供し、手許流動性が仕入れ数量の制約となる可能性をも排除している。他方で、新刊書籍以外には、支払い時期が一層遅くなる「常備寄託」の制度を併用し、売れるまでに時間を要する人文書や学術書をも店頭に陳列するインセンティブを小売書店に与えてきた。こうして、読者（消費者）の購買行動が異なるさまざまな出版物を、全国的にほぼ均一化されたシステムで流通させるところに、日本の出版物市場の特徴があったと言ってよい。

このような出版物流通システムは、近代日本の社会的ニーズに合致していた。明治後期以降、日本は国民国家としての自覚を高め、東京と同じ情報を全国で、同時に求めるようになった。時代を代表するメディアであった雑誌は、同一の発売日に全国で発売されなければならなかった。その後、同じシステムを利用して流通した「円本」は、勃興しつつあった都市中間層に教養主義的な生活スタイルを普及させる役割を担った。第二次世界大戦後も、昭和30年代ごろまでは西洋文化への憧憬に裏付けられた教養主義が影響力を保ち、人文系の学術書を一般向けの書籍として出版、販売する「人文書」の市場をこの流通システムが支えたと言われる¹⁰⁰。雑誌や漫画などと人文書を同一の流通経路で販売することによって一種の内部補助が実現し、ポップ・カルチャーも教養主義も含めた総体としての生活スタイルを東京から全国に広め、均一的に実現する役割を書籍流通システムは担ってきたのである。

これに対して、GAFAに代表されるインターネット上のプラットフォーム

は、まったく異なる社会的な前提の上にビジネスを構築する。一方では、インターネット上にデジタルデータを置けば、全国はおろか全世界に対して、まったく同時にコンテンツが発信できる。他方で、プラットフォーム事業者は、例外なく個々のユーザーの嗜好をプロファイリングし、ビッグデータを駆使してそのユーザーに適合した（とシステムが判断する）商品をレコメンドする。そのビジネスモデルは、先導的な文化や生活スタイルを社会全体に広めることではなく、むしろ個々のユーザーの独自性を支援し、助長することをよしとする哲学にもとづいているのである。

(2) 制度改革の認識をめぐる力学

このような整理が可能であるとすれば、産業政策として電子書籍市場を振興するためには、まず、そうした流通の理念自体を問い直すことが必要であろう。コンテンツ産業の競争力はクリエイターの創作インセンティブによって決まるという出発点に立ち返れば、政策目標の設定に当たっては、電子書籍の市場でどのようなビジネスモデルが支配的になるかについての想定を行ったうえで、その下で、クリエイターである作家にとって望ましい創作環境とは何かを検討するという作業が欠かせない⁽¹⁰¹⁾。ところが、こうした政策目標自体の検討は、「我が国の豊かな出版文化」を次世代に継承するという一見わかりやすい主張の前に、忘れられてしまったようである。

もっとも、改革のプロセスの中で、政策目的の刷新が求められているにもかかわらず、政策手段の問題と認識されることは、珍しいわけではない。たとえば、コーポレート・ガバナンスの改革についても、2000年代初頭に委員会等設置会社（現在の指名委員会等設置会社）が導入された際には、これと監査役会設置会社との間の「制度間競争」が期待された。これは、株式会社の機関構造という政策手段の選択の問題であるかのように見えたのであるが、次第に、コーポレート・ガバナンスの要点を会社における不祥事の防止と会社の収益力を向上させるための経営者のモニタリングのいずれに求めるかという政策目的の議論が本質であると認識されるようになっていった。そうした認識をもたらした要因は、資本市場における投資家の圧力と、それに応えて投資を呼び込もうとする証券取引所の方針、さらには政府の経済政策であったと考えられる⁽¹⁰²⁾。

電子出版権改正の場合も、出版業界に危機意識をもたらした有力なプラット

フォームが、いずれも GAFA と呼ばれる海外の企業であるため、その影響を第一義的に受ける国内の出版社を保護し、現状の出版物市場を維持するという政策が志向されたことには、やむを得ない側面がある。しかし、コーポレート・ガバナンス改革の場合と異なり、それらのプラットフォームは、消費者の選択に支えられて影響力をますます増大させており、日本に対して制度改革を働きかける圧力とはなっていない。他方で、出版業界における既存のビジネスモデルが前提とする国民国家の形成・発展への志向は、近代日本の基本的なあり方と合致しているが、これに代わる新しい国家のあり方は、いまなお確立されているとは言いがたい。そうした状況の中で、出版産業の現状に大きく変更を迫るような政策目標が採用される可能性は、乏しかったと言えるであろう。

V 結 語

平成 26 年の電子出版権改正は、日本における電子書籍市場を振興するという政策目的によってリードされ、著作権法をいわば政策手段として位置づけた法改正であった。しかし、それが、十分な成功を取めたとは言いがたい。その理由は、次のように整理できると思われる。

第一に、政策目的が十分に吟味されていなかった。日本の出版物流通システムが従来果たしてきた社会的機能と、インターネット上のプラットフォーム事業者が前提とするビジネスの理念との関係が十分に整理されないまま、電子書籍市場の振興というきわめて抽象的なレベルで政策が語られ、「我が国の豊かな出版文化」を次世代に継承するという保守的な政策目標が設定された。その結果、政策目的との関係において政策手段の有効性を厳密に論証する契機が、失われてしまったように思われる。

第二に、その結果として、当然のように、電子書籍市場における既存の出版社の利益が政策議論の焦点となったが、選択肢として検討された制度改革のオプションは、いずれも、そのために有益なものではなかった。出版業界自身が主張した出版者の著作隣接権は、コンテンツに対する著作権とは独立の権利であるから、プラットフォーム事業者に対する書籍コンテンツの配信に関して意味を持つ制度ではない。これに対して、実現された改正は、著作権から派生する出版権をデジタルデータに拡大するものであり、たしかにデジタルコンテンツの配信取引を基礎づけるが、それによって、既存の出版社にコンテンツビジ

ネスを主導する地位が保障されるわけではない。その意味で、仮に、電子書籍市場における既存の国内出版社の利益を守ることが意図されていたとすれば、その意図と政策手段とは整合していなかったと言える。

第三に、偶然に民主党主導の連立政府が政権についていたこともあり、こうした政策を論ずるプロセスにおいて、個別当事者の利益をインプットするプロセスとそれらの個別利益を調整するプロセスとの関係が十分に整理されていなかった。その結果、当事者と判定者の立場が曖昧になり、議論のループが何度も繰り返される結果となった。最終的に、有識者グループによる私的な提言が議論の方向を決定づけるという珍しい事態が生じた理由は、ここにあった。

こうして、日本の電子書籍市場を振興するというコンテンツ政策は、なお多くの課題を残したまま現在に至っている。有効な政策を打ち出すためには、コンテンツ政策の基礎がクリエイターの創造性にあるという出発点を確認しつつ、市場構造に起こりつつある変化を正面から受け止め、その中で各種の政策手段が持ち得る効果を理論的に分析するという作業が必要であろう。そうした基礎的な作業を前提としないままに、民事法を政策手段として利用することだけが先行しても、有効な政策の実現は期待できないと懸念される。

- (1) 文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成26年改正）について」コピライト642号20頁、22頁〔2014年〕。
- (2) Terence C Halliday and Bruce G Carruthers (eds), *Bankrupt: Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis* (Stanford University Press 2009) 15-19.
- (3) Ralf Michaels, 'Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law' in Roger Brownsword, Hans-W Micklitz, Leone Niglia and Stephen Weatherill (eds), *The Foundations of European Private Law* (Hart Publishing 2011) 139. なお、小塚莊一郎「法の統一と『国民国家の法』——ヨーロッパ私法が私法統一に対して提起する問題」飯田秀総ほか編『落合誠一先生古稀記念・商事法の礎石』499頁〔有斐閣、2014年〕参照。
- (4) 本稿と関連する分野に関するものとして、Souichirou Kozuka, 'Copyright law as a new industrial policy?' in Nissim Otmazgin & Eyal Ben-Ari (eds), *Popular Culture and the State in East and Southeast Asia* (Routledge 2011) 106-122. より一般的な問題意識については、小塚莊一郎「国際機関による担保法改革の論理」小出篤=小塚莊一郎=後藤元=潘阿憲（編）『企業法・金融法の新潮流』571頁〔商事法務、2013年〕、小塚莊一郎「企業の国際化とコーポレート・ガバナンス改革」『岩波講座・現代法の動態 第4巻 国際社会の変動と法』181頁〔岩波書店、2015年〕などを参照。
- (5) Nissim Otmazgin, 'A Tail that Wags the Dog? Cultural Industry and Cultural Policy

- in Japan and South Korea' *Journal of Comparative Policy Analysis*, vol.13, no.3, 307, at 310 (2011); Nissim Otmazgin and Eyal Ben-Ari, 'Cultural industries and the state in East and Southeast Asia' in Otmazgin and Ben-Ari (fn 4), 3, 12-13.
- (6) 既存のディストリビューターの利益が増大するとクリエイターに支払われる対価が増えるというシナリオもあり得るが、新たなディストリビューターが登場して既存のディストリビューターが地位を奪われる反面、クリエイターには大きな利益をもたらすという可能性もある。
- (7) 一般財団法人デジタルコンテンツ協会編『デジタルコンテンツ白書2017』166頁〔2017, 一般財団法人デジタルコンテンツ協会〕。推計元はインプレス総合研究所。
- (8) 「特集・2017年出版物発行・販売概況」出版月報2018年1月号10頁。
- (9) 同・4頁。
- (10) 一般財団法人デジタルコンテンツ協会編・前掲書〔註7〕・66～67頁。推計元は出版科学研究所。
- (11) SNSの運営主体であるLINEが提供する「LINEマンガ」など。コミック誌の中で最大部数を持つ『週刊少年ジャンプ』の発行元である集英社も、無料の電子コミック誌『少年ジャンプ+』を創刊し、旧作の無料配信などを行っている（一般財団法人デジタルコンテンツ協会編『デジタルコンテンツ白書2016』75～76頁）。
- (12) 一般財団法人デジタルコンテンツ協会編・前掲書〔註11〕・77頁。
- (13) 村瀬拓男「出版権のこれまでとこれから——実務の観点から」ジュリスト1463号55頁〔2014年〕。
- (14) 代表的なサービスは、NTTドコモが提供する「dマガジン」である。
- (15) スマートフォンの新規購入時や機種変更時に、端末代金を割引する条件として定期購読を推奨されるという営業実態（レ点営業）があるようである（一般財団法人デジタルコンテンツ協会編・前掲書〔註11〕・174頁参照）。
- (16) その経緯について、長谷川一『出版と知のメディア論』188～203頁〔みすず書房、2003年〕。購読の実態については、加藤信哉「Big Dealの光と影：電子ジャーナルの導入」日本図書館情報学会研究委員会編『学術情報流通と大学図書館』（勉誠出版、2007年）。
- (17) 米国では、学術書の出版は大学出版社が専門的に担い、図書館を購入者として販売してきたが、日本の「人文書」は、狭義の学界に属さない個人を広く対象とした市場を構築してきたという相違が指摘されている（長谷川・前掲書〔註16〕・239～246頁）。
- (18) 登録がなければ対抗されない第三者とは、登録の欠如を主張する正当な利益を有する者に限られるので、海賊版等の侵害行為に対する権利主張は、登録がなくともすることができる（加戸守行『著作権法逐条解説〔六訂新版〕』503頁〔2013年、著作権情報センター〕）。そのような事情もあり、出版権の登録が行われる例は年間に数件ともいわれる（村瀬・前掲〔註13〕・57頁）。
- (19) 改正の概要について、文化庁長官官房著作権課・前掲〔註1〕、文化庁長官官房著作権課「電子書籍に対応した出版権の整備——あわせて、視聴覚的実演条約の実施に伴う規定を整備」時の法令1966号40頁。改正法をめぐる主な論稿として、金子敏哉「出版権のこ

- れまでとこれから——研究者の立場から」ジュリスト 1463 号 49 頁〔2014 年〕, 金子敏哉「著作権法の一部を改正する法律」法学教室 412 号 82 頁〔2015 年〕, 鈴木香織「電子書籍市場と電子書籍に対応した出版権にかかる著作権法改正」知財ジャーナル 2015 年 79 頁, 鈴木友紀「電子出版の発展に向けた出版権の整備——著作権法の一部を改正する法律の成立——」立法と調査 354 号 19 頁〔2014 年〕, 諏訪公一「著作権法改正案の解説」ビジネス法務 2014 年 6 月号 99 頁, 知的財産権法部「講演要録——近時の著作権法改正をめぐる論点——電子出版と出版権・放送における写り込み——」法律実務研究 31 号 167 頁〔2016 年〕, 著作権委員会「電子書籍に対応した出版権の整備に係る著作権法改正」知財管理 65 巻 1 号 118 頁〔2015 年〕, 西口博之「電子書籍と著作権の保護」CIPIC ジャーナル 222 号 29 頁〔2014 年〕, 村瀬・前掲〔註 13〕, 松田政行「平成 26 年著作権法改正による出版権の整備への実務的対応」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題——その理論と実務』50 頁〔日本評論社, 2015 年〕。
- (20) 電子出版権改正前の「文書又は図画として出版する」という文言については, 書籍・雑誌, 画集, 写真, 楽譜等の「直接可視的な著作物の複製物」をいうとする解釈が有力に唱えられており(加戸・前掲書〔註 18〕・516 頁), これに対して, CD-ROM への記録等は含むとする解釈論が示されて(田村善之『著作権法概説』〔第 2 版〕499 頁〔有斐閣, 2001 年〕, 中山信弘『著作権法』〔初版〕335 頁〔有斐閣, 2007 年〕), 対立している状況にあった。
- (21) 文化庁長官官房著作権課・前掲〔註 19〕・49 頁。
- (22) 『文化審議会著作権分科会出版関連小委員会報告書』(平成 25 年 12 月)。
- (23) 民主党政権における「官僚依存の脱却」については, 武蔵勝宏「民主党連立政権下の立法過程」北大法学論集 61 巻 6 号 115 頁, 121 頁〔2011 年〕参照。
- (24) 『デジタル・ネットワーク社会における出版物の利活用の推進に関する懇談会 報告』(2010 年 6 月 28 日)。
- (25) 三省懇談会の報告には, 抽出された政策課題のそれぞれをどの省庁が担当するかについて, 明示的な記述はないが, それぞれについて主管庁が同時に合意されていた模様であり, 著作物等の権利処理の円滑化推進策と出版者への権利付与の可否については文部科学省, 出版契約事務の効率化実証実験については, 経済産業省であったとされる(柳与志夫「我が国の電子書籍流通における出版界の動向と政府の役割——現状と今後の課題——」レファレンス 2012 年 7 月号 33 頁, 45 頁)。
- (26) 『電子書籍の流通と利用の円滑化に関する検討会議 報告』(2011 年 12 月 21 日)。
- (27) 一般社団法人日本経団連「電子書籍の流通と利用の促進に資する『電子出版権』の新設を求める」(2013 年 2 月 19 日) < <http://www.keidanren.or.jp/policy/2013/016.html> >。
- (28) 中山信弘＝三村量一＝福井健策＝上野達弘＝桶田大介＝金子敏哉「出版者の権利のあり方に関する提言」(2013 年 4 月 4 日) < <http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/20130404teigen.pdf> >。提言の背景について, 中山信弘「出版者の権利」NBL999 号 27 頁〔2013 年〕, 桶田大介「出版に関する法的基盤整備の検討に関する省察」NBL999 号 30 頁〔2013 年〕。なお, 有識者グループによる検討は, 超党派勉強会の座長であった中川衆院議員の示唆によって行われたという側面もあるようである。超党派勉強会第 7 回議事録 <

- mojikatsuji.or.jp/benkyoukaigijiroku130304.pdf > 参照。
- (29) 過去の立法論については、上野達弘「出版者と著作隣接権」< http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/20121125/20121125ueno.pdf > に詳しい。簡単には、村瀬拓男『電子書籍・電子出版の契約実務と著作権〔第2版〕』144～145頁〔2015年、民事法研究会〕参照。
- (30) 武蔵・前掲〔註23〕は、自民党政権における「政治主導」と民主党政権におけるそれとの相違を正面から分析していないが、同論文に記述されたいくつかの事例を見ても、民主党政権下における政策決定には、コンセンサスが得られなかった場合の決定プロセスとして確立された手続がなく、アドホックに解決が図られていたという印象を受ける。
- (31) 中北浩爾『自民党——一強の実像』104～105頁〔中央公論新社、2017年〕。
- (32) ただし、有識者グループの提言がそのまま改正法にとり入れられたわけではなく、「特定の版面に対象を限定して、合意により、出版者に出版以外の複製行為（企業内複製など）に拡張された権利を付与する」という提案は採択されなかった（金子・前掲〔註19〕・ジュリスト1463号52頁）。
- (33) Mathias S. Siems, 'Bringing in Foreign Ideas: The Quest for 'Better Law' in Implicit Comparative Law' *Journal of Comparative Law*, vol.9, p.119 (2014) .
- (34) 中山信弘『著作権法』〔第2版〕436頁〔有斐閣、2014年〕。
- (35) Joseph S Nye, Jr, *Soft Power: the means to success in international politics* 5 ff (Public Affairs, 2004). (ジョセフ・S・ナイ (山岡洋一訳)『ソフト・パワー』26頁以下〔日本経済新聞社、2004年〕)
- (36) Douglas McGrey, 'Japan's Gross National Cool' *Foreign Policy*, May/June 2002, p.44.
- (37) See Kukhee Choo, 'Nationalizing "cool" in Otmazgin and Ben-Ari (fn 4) 85.
- (38) 柳・前掲〔註25〕・43頁。
- (39) 日本のマンガが積極的に海外輸出されてこなかった背景について、藤本由香里「アジアにおける海賊版マンガから正規版への移行過程と残る諸問題——台湾とタイの事例を中心に——」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて』463頁〔信山社、2017年〕。
- (40) デジタル・コンテンツの保護・流通に関する調査研究委員会「提言」財団法人知的財産研究所編『デジタルコンテンツ法のパラダイム』7頁〔2008年、雄松堂出版〕（初出は、「デジタル・コンテンツの保護・流通について」知財研フォーラム65号2頁〔2006年〕）。
- (41) 「提言」の考え方については、「座談会 デジタル・コンテンツの保護・流通について」知財研フォーラム67号2頁〔2006年〕、68号10頁〔2007年〕（財団法人知的財産研究所編・前掲書〔註40〕・237頁以下に再録）、小塚莊一郎「デジタル・コンテンツ法制を論ずる視点」財団法人知的財産研究所編・前掲書〔註40〕・13頁。
- (42) 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2007』89頁（2007年5月31日）。
- (43) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会『文化審議会 著作権分科会 法制問題小委員会平成19年度・中間まとめ』（平成19年10月12日）参照。
- (44) デジタル・コンテンツ法有識者フォーラム「政策提言」< http://www.digitalcontent-forum.com/pdf/digitalcontent-forum_teigen.pdf > , 同「『ネット法』の政策提言に関する補足説明」< http://www.digitalcontent-forum.com/pdf/followup_explanation.pdf > 。

- (45) 『電子書籍の流通と利用の円滑化に関する検討会議 報告』(前掲〔註26〕)・29頁。
- (46) 『電子書籍の流通と利用の円滑化に関する検討会議 報告』(前掲〔註26〕)・29頁。
- (47) 逆に言えば、出版者に対する著作隣接権の付与は、電子書籍について「ネット権」を出版者に与えるという案に、一見すると類似して見える。
- (48) 報酬請求権に等しいネット権を保障することで、既存の流通業者がコンテンツの流通や輸出に反対しないようにインセンティブを設計した制度であるとも評価できよう。
- (49) 『第186回国会衆議院文部科学委員会会議録第10号』18頁(平成26年4月4日)、『第186回国会参議院文教科学委員会会議録第12号』14頁(平成26年4月24日)。
- (50) このような省庁間の分担は、三省懇談会の際に合意されたところに従っていると思われる(前出〔註25〕参照)。
- (51) 『平成25年度・出版物の流通促進に向けた契約の在り方に関する調査事業報告書(概要)』
 < http://www.meti.go.jp/policy/mono_info_service/contents/downloadfiles/h25keiyakugaiyo.pdf >。なお、この年度の検討結果については、概要のみが公表されている(筆者はこの検討会の委員であったが、本稿に述べるところは、公表資料のみにもとづいた私見である)。
- (52) 村瀬・前掲書〔註29〕・25頁。
- (53) 半田正夫「出版契約」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代契約法体系 第7巻』199頁、200頁〔1984年、有斐閣〕、村瀬・前掲書〔註29〕・11～15頁、富岡英次＝小和田敦子「出版における契約書の作成と内容に関する問題点の考察」上野＝西口編著・前掲書〔註19〕・17頁、横山久芳「出版契約の種類」上野＝西口編著・前掲書〔註19〕・34頁。
- (54) 半田・前掲〔註53〕・201頁。
- (55) 村瀬・前掲書〔註29〕・12頁。
- (56) 村瀬・前掲書〔註29〕・74頁以下。
- (57) 改正された書協ひな型の解説として、村瀬・前掲書〔註29〕・48頁以下。
- (58) 村瀬・前掲書〔註29〕・155～158頁、知的財産権法部・前掲〔註19〕・173～174頁(村瀬執筆)。現実には、単行書の出版後、しばらくすると元の出版社とは異なる出版社から文庫版が出版されるケースは少なくないが、その場合には、著作権者、出版権者及び二次出版者(文庫版の出版社)の三者契約の形式により、二次出版者が著作権者には印税を直接に支払い、出版権者には出版権使用料を支払う等の実務によって対応がなされている(村瀬・前掲書〔註29〕・33～34頁)。
- (59) しかし、紙媒体の出版権と配信型電子出版の出版権を同時に別個の出版者に設定することは想定していないようである。
- (60) 日本出版者協議会ウェブサイト< <http://shuppankyou.cocolog-nifty.com/blog/cat23779985/index.html> >に公表されている。
- (61) 『平成26年度 出版物の流通促進に向けた契約の在り方に関する検討会報告書』(平成27年3月)16頁< http://www.meti.go.jp/policy/mono_info_service/contents/downloadfiles/h26keiyaku.pdf >。(この年度の検討会についても筆者は委員を務めたが、本稿に述べるところは、公表資料のみにもとづいた私見である)。電子出版契約に含まれるその他の契約条項も含め、村瀬拓男「電子出版契約特有の課題」上野＝西口編著・前掲書〔註19〕・122

頁参照。

- (62) 『平成 26 年度検討会報告書』(前掲〔註 61〕)・24～26 頁, 村瀬・前掲書〔註 29〕・45～46 頁。
- (63) 村瀬・前掲書〔註 29〕・47 頁。
- (64) 『第四次産業革命に向けた横断的制度改革研究会報告書』7 頁以下(平成 28 年 9 月 15 日公表)参照。そうしたプラットフォーム事業者の市場支配的地位が背景となって発生した事案について, 石田英遠＝田中勇気「電子書籍と独占禁止法」中山信弘編集代表『知的財産・コンピュータと法・野村豊弘先生古稀記念論文集』711 頁〔商事法務, 2016 年〕参照。
- (65) 映像コンテンツの場合, オリンピックやサッカーのワールドカップなどがキラコンテンツとして大きな市場支配力を持つことはよく知られている。
- (66) たとえば, 一つの論理的な可能性としてはあるが, 作家が強力なエージェントに所属し, インターネット上のプラットフォーム事業者と直接に取引する方が, 作家に対するインセンティブは大きくなるかもしれない。さらに言えば, 日本の出版プロセスでは, 最終データは印刷業者のコンピュータ上に残り, 出版社が持っていない場合もあると言われるので(村瀬・前掲書〔註 29〕・40～42 頁。裁判例の批判的検討として, 三村量一＝澤田将史「出版における中間生成物の所有権・著作権の帰属」上野＝西口編著・前掲書〔註 19〕・287 頁), 出版社が果たしてきた主要な役割は, むしろ作家のエージェント機能であったと見ることもできよう。
- (67) Kozuka (fn 4), pp.115-117.
- (68) そもそも, 立法過程において出版業界の意見が十分に集約されておらず, 要求事項も明確ではなくなっていたという指摘もある(松田・前掲〔註 19〕・64 頁)。そのように出版業界の見解を著作隣接権の創設要求という形で集約できなかった理由は, それが電子書籍市場の振興政策として合理性を持つことを説得的に主張できなかったためであったと見るべきであろう。
- (69) 『デジタル・ネットワーク社会における出版物の利活用の推進に関する懇談会 報告』(前掲〔註 24〕)・「はじめに」。
- (70) 出版年鑑編集部編『出版年鑑 2016』291 頁〔出版ニュース社, 2016 年〕。
- (71) 四元正弘「新しい出版ビジネスモデルを目指して」『出版産業に関する商慣行改善調査研究報告書』13 頁, 18 頁〔独立行政法人経済産業研究所, 2002 年〕。なお, このほかに現在も数十社の取次業者があり(『出版年鑑 2016』(前掲〔註 70〕)・名簿 207 頁以下には「取次会社」として 34 社が掲載されている), 専門性の高い中小の取次業者は, その所在地からかつて「神田村」と呼ばれた(村上信明『出版流通とシステム』77 頁以下〔新文化通信社, 1984 年〕)。
- (72) 『出版年鑑 2016』(前掲〔註 70〕)・292 頁。
- (73) 歴史的な経緯について, 清水文吉『本は流れる——出版流通機構の成立史』58～61 頁〔1991 年, 日本エディタースクール出版部〕, 高橋正実「出版流通機構の変遷——1603～1945——」出版研究 13 号 188 頁, 203 頁以下及び 212 頁以下〔1982 年〕。柴野京子『書籍と平台』34 頁以下〔弘文堂, 2009 年〕。
- (74) 新聞売捌き業者から発展した取次として良明堂(明治 11 年創業), 東海堂(明治 19 年), 北国組(明治 24 年)などがあり, 出版社として知られた博文館の卸売部門として明治 24

- 年に東京堂が創設された（村上・前掲書〔註71〕・22～23頁、柴野・前掲書〔註73〕・34～35頁）。
- (75) 村上・前掲書〔註71〕・35頁、高橋・前掲〔註73〕・210頁、柴野・前掲書〔註73〕・49～50頁。
- (76) 『現代日本文学全集』『世界文学全集』等の全集物は、価格が各巻1円程度であったことから「円本」と呼ばれた。円本ブームについては、清水・前掲書〔註73〕・81頁以下、高橋・前掲〔註73〕・216～217頁。円本ブームの出版物流通に対する影響については、村上・前掲書〔註71〕・37～38頁、柴野・前掲書〔註73〕・52～53頁。
- (77) 清水・前掲書〔註73〕・141頁以下、高橋・前掲〔註73〕・223頁以下、柴野・前掲書〔註73〕・57頁以下。
- (78) 日配の解体について、清水・前掲書〔註73〕・297頁以下、高橋正実「出版流通機構の変遷——1945～1949——」出版研究15号59頁、90頁以下（1984年）。
- (79) 村上・前掲書〔註71〕・71～76頁。高橋・前掲〔註78〕・106～108頁、清水・前掲〔註73〕・333頁参照。
- (80) なお、取次を経由して小売り書店の店頭に並ぶ経路とはまったく別の書籍流通ルートも、かつては存在した。第二次世界大戦後、1950年代前半までは、「赤本」と呼ばれる漫画出版があり、委託販売ではなく買切りを取引条件として、小売価格を指定することなく、地方の雑貨店などに卸されたという（中野晴行『マンガ産業論』48～55頁〔2004年、筑摩書房〕）。その後、1960年代初頭までは、都市の「貸本屋」に娯楽小説や漫画が置かれたが、これも取次を通さない流通形態であった（中野・前掲書・55～60頁）。
- (81) 清水・前掲書〔註73〕・74～76頁、高橋・前掲〔註73〕・211～212頁。
- (82) 立法時の背景について、小田光雄『出版業界の危機と社会構造』12～17頁〔論創社、2007年〕参照。その後、著作物再販制度の廃止が何度か検討されたが、最近の検討においても、平成13年に、廃止を肯定する国民的合意が形成されていないとの理由により、当面存置するとの結論に至った。立法時から最近の検討に至る議論の概観として、佐藤吾郎「再販売価格の拘束・適用除外制度」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独禁法の理論と展開〔2〕』135頁、151頁以下〔三省堂、2002年〕、根岸哲編『注釈独占禁止法』563～572頁〔有斐閣、2009年〕（土田和博執筆）。
- (83) 村上・前掲書〔註71〕・118頁。
- (84) この報奨金は「歩戻し」「歩引き」などと呼ばれている。1970年代までは、取次と小売書店の業界団体の間で団体交渉が行われ、統一的な報奨金の体系が設定されていたが、独占禁止法と抵触する可能性が指摘されたため、そのような慣行は消滅した（村上・前掲書〔註71〕・256頁）。しかし、報奨金の支払いはその後も継続しているとされる（小田・前掲書〔註82〕・21～27頁）。
- (85) 清水・前掲書〔註73〕・77頁、柴野・前掲書〔註73〕・64頁、小田・前掲書〔註82〕・47～48頁。
- (86) 大塚龍児「委託販売契約」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代契約法体系 第4巻』25頁、28～29頁〔1985年、有斐閣〕。
- (87) 雑誌は、基本的に書籍の「委託」と同様の取引条件で、一定の委託期間（週刊誌、月刊

- 誌等により異なる)を過ぎると返本が可能になるが、支払いは納品の1か月後に請求される(村上・前掲書〔註71〕・118頁)。
- 88) 一部には、岩波書店や未来社など新刊書籍も含めて「買切」による取引しか応じない出版社もある(長谷川・前掲書〔註16〕・252頁)。
- 89) 村上・前掲書〔註71〕・20頁。
- 90) 大塚・前掲〔註86〕・29頁。実務家による文献も「変則委託販売制」と表現し、委託販売としては特殊性があることを認めている(村上・前掲書〔註71〕19～20頁)。
- 91) 大塚・前掲〔註86〕28頁。
- 92) 「委託」でありつつ委託期間(取次・小売書店間で6か月)の経過後に支払いを行う「長期委託」、「買切」であるが3か月後(取次・小売書店間)ないし4か月後(出版社・取次間)に支払いを行う「延勘」といった制度があるほか(村上・前掲書〔註71〕・120頁参照)、請求書を発行しても全額が回収できない場合もあると言われており、1980年代半ばの文献には、平均入金率は大手取次でも70%前後と述べるものもある(村上・前掲書〔註71〕・253頁)。
- 93) 開店口座を決済しないまま、売れた書籍の補充として入荷した書籍について売掛金が蓄積する結果、取次の小売書店に対する与信額が在庫額を上回ることもある(小田光雄『出版社と書店はいかにして消えていくか』43～47頁〔2008年、論創社〕)。
- 94) 村上・前掲書〔註71〕・122頁。
- 95) 中間流通業者である取次がこのような大きな存在感を持つことは、日本に特有の状況である。たとえば米国では、伝統的に卸売業者の役割が小さく、小売書店が出版社と直接取引を行ってきた。米国の書籍卸売業者は、大量に書籍を仕入れ、小売書店から注文が入るまで在庫として管理する存在であった(金平聖之助『アメリカの書店・出版』12頁以下〔1992年、ばる出版〕)。
- 96) 小売書店との取引条件は取次が裁量的に設定しているようであり(小田・前掲書〔註93〕・42頁)、また、出版社に対する内払いの有無なども、取次と出版社の交渉によって決まるとされ、取次の市場支配力が行使される可能性がある(長谷川・前掲書〔註16〕・250頁、253頁)。雑誌取次は、明治末期には7社、大正14年(1925年)には4社に集約され、寡占体制となっていたが、その頃から、「取次ファッショ」と非難されていた(高橋・前掲〔註73〕・213頁)。これも、現代の用語でいえば、市場支配力の濫用であろう。
- 97) 取次に対する納品価格(「正味」)は出版社によって異なり、新規出版社の「正味」は低く設定されるが、それも数%の相違である(村上・前掲書〔註71〕・119～120頁)。
- 98) 公正取引委員会ウェブサイト「よくある質問コーナー(独占禁止法) Q13」<http://www.jftc.go.jp/dk/dk_qa.html#cmsQ13>
- 99) 正確に言えば、商品である書籍の内容に関する情報が供給者(出版社)の側に偏在しているときに、情報の偏在を解消するコストをかけることなく、小売書店に書籍を受け入れるインセンティブを与えるという効果を持つ(三輪芳朗=西村清彦「日本の流通：序説」三輪芳朗=西村清彦編『日本の流通』20～23頁〔東京大学出版会、1991年〕、田中秀幸「財の特質からみた出版物の考察」『出版産業に関する商慣行改善調査研究報告書』(前掲〔註

71]・27頁, 34頁)。

(100) 長谷川・前掲書〔註16〕・270頁以下, 小田・前掲書〔註93〕・188～190頁。

(101) 「出版社に権利を付与すべきか否かという問題は, 出版社の機能とか価値をどう考えるかという哲学の問題に行き着く」との指摘もなされている(岡田昌浩=栗田昌裕=松田誠司=板倉陽一郎=壇俊光「シンポジウム デジタル出版権と自炊判決～出版物のデジタル化を巡って」情報ネットワークローレビュー13巻2号204頁, 217頁(松田発言)(2014年))。

(102) こうした経緯については, 小塚・前掲〔註4〕・194～206頁参照。