



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	効率性・多様性・自由 —インターネット時代の著作権制度のあり方—
Author(s)	田村, 善之; TAMURA, Yoshiyuki
Citation	北大法学論集, 53(4), 42-61
Issue Date	2002-11-13
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15165">https://hdl.handle.net/2115/15165</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(4)_p42-61.pdf



## 効率性・多様性・自由

### —— インターネット時代の著作権制度のあり方

田村善之

#### 一 はじめに

プロヴァイダーの責任論とクリック・オン契約の有効性をめぐる議論は、インターネット時代の著作権制度のあり方を検討するための恰好の材料を提供してくれる。

前者のプロヴァイダーの責任論とは、著作権を侵害するサイトがインターネット上で公開されている場合に、当該サイトをインターネットに接続しているプロヴァイダーがどのような責任を負うのか、あるいは、BBSに著作権を侵害する投稿がなされた場合にBBSの管理者がどのような責任を負うのかという問題である。アメリカ合衆国では、当初、プロヴァイダー等をして故意、過失を問うことなく侵害の責任を負う直接の侵害者とする方向での立法が模索されたが、結局、一九九八年の著作権法改正 (Digital Millennium Copyright Act) は、プロヴァイダーはただか奇与侵害 (cont-

ributory infringement)<sup>(1)</sup> か、もしくは代位責任 (vicarious liability)<sup>(2)</sup> の法理と同様の要件の下で責任を負担するに過ぎないこと<sup>(3)</sup>を明らかにするとともに、著作権者には notice and take down と称される所定の手続<sup>(4)</sup>に則ってプロヴァイダーに侵害ファイルの削除を求める手段を認めるという中庸策を採用した<sup>(5)</sup>。

後者のクリック・オン契約の有効性の論点とは、プログラム等のインストールやダウンロードの際に利用条件についての同意を求める箇所をクリックすることを要求する方式により契約が成立するかという問題であるが、特に著作権法との関連では、使用機種の制限や個別貸与、個別譲渡の禁止条項、アイデアを利用した新規プログラムの創作の制約<sup>(6)</sup>など、著作権法が権利の範囲外としている領域についてまで著作物の利用者の利用を制約する条項を有効と考えるのか、という議論が重要である。アメリカ合衆国では、各州法の統一を促すモデル法の作成過程において、アイデアを保護する条項や連邦著作権法の著作権の制限規定と抵触する条項は契約の内容としない方向性も検討の俎上にのせられたが、最終的に一九九九年に採択された U C I T A (Uniform Computer Information Transaction Act) では、抽象的に「ある契約条項が基本的な公序 (fundamental public policy) に反する場合には、個々の事案においてその条項を強制しないという基本的な公序 (の要請) が契約を強制する利益を明らかに上回る場合<sup>(7)</sup>」に、裁判所が当該条項の効果を否定することを認めるに止まっておき、何が基本的な公序に該当するのか、ということについて解釈の余地を多大に残すものとなっている<sup>(8)</sup>。

これらにくわえて、コピーやアクセスのプロテクションの保護に関する一九九八年の著作権法改正も重要である<sup>(10)</sup>。プロテクションには、クリック・オン契約等によるライセンスを利用者に物理的に強制させるという側面がある。

二 効率性の視点——取引至上主義 (Pro-transactionist) と契約価格差別理論 (contractual price discrimination model) とその陥穽

プロヴァイダーに対する厳格責任を支持したり、著作権法が著作権に課した限界を契約によりオーヴァーライドすることを認める見解のなかには、そうしておいた方が市場を通じて効率的な解決に到達する、と主張する論者が少なくない。

たとえば、サイバースペースを取り巻く環境の変遷は極めて速く、立法による解決には限界がある反面、Cosecの定理が成り立つ世界では、どのように権原を配分しようとも、当事者の交渉、取引を通じて効率性の観点からみて最適な資源配分が達成されるのだから、法の介入は当事者の取引を容易にするようなものでなければならぬ。そうだとすると、権利の範囲は明確なものとすべきである、という主張がその典型例である。<sup>(11)</sup> 外部性の問題があるから、人工的に権利を設ける必要があるが、その権利の内容は私的な取引を容易とするために明瞭なものであつて然るべきであると考えれば、プロヴァイダーに対しては厳格責任を課すことになり、また、フェア・ユースのような個々の事件毎に裁判所による具体的な衡量を必要とする法理に対する評価は低くなる。実際、プロヴァイダー等の責任論については、多種多様なBBSの取扱いについて最適な結果をもたらすためには、立法者や裁判所ではなく、むしろ、BBS等の運営者自身に自らの計算で安全な予防策を講じることを強制すべきである。換言すれば、過失責任 (negligence liability) ではなく、厳格責任を課すことにより、費用便益分析をなす主体を裁判所からBBSの運営者に移転させるべきである。BBSの運営者は支払い能力のある侵害者を捕捉するか (たとえば、大規模型のBBS)、アップロードされる素材をスクリーニングするなど (たとえば、小規模型のBBS)、最も有利な予防策を選択するであろう。これにより侵害行

為による損失がBBSの利用者に分散され、外部費用が内部化されることになる、という見解が唱えられている<sup>(12)</sup>。フェア・ユースの文脈でも、会社の研究所の研究者が閲覧されてきた雑誌中の論文をコピーする行為がフェア・ユースに該当するか否かということが争点となった事件で、当該雑誌を発行している出版社が集中処理機関(Copyright Clearance Center)を通じてライセンス供与の用意をなしていることを斟酌し、ライセンスを簡便に得ることができるようになった以上、利用者側のフェア・ユースの抗弁が成立しない旨を説く判決が下されている<sup>(13)</sup>。

さらに、オーヴァーライドに関しても、その効率性を指摘する見解として、いわゆる契約による価格差別理論がある。それによれば、需要者毎に異なる価格を著作権者が課すことができるようになれば、著作物の利用に高い価値を見出している需要者に対してより高い価格で売ることができるとはならず、全需要者に対する統一的な価格の下では購入しえなかった需要者にもより低廉な価格で著作物が行き渡るようになり、死重損失が減少する結果、経済的な厚生が増大する。このような帰結は、著作物の創作のインセンティブと利用のアクセスの双方を確保するという著作権法の目的に資する、というのである。そして、価格差別を実現するためには、高価格をつける需要者と低価格取得者との間の取引(経済学の用語でいう裁定)を防ぐ必要があるから、契約による価格差別論者は、ファースト・セル・ドクトリン(複製物の再譲渡に対する著作権の再行使を否定する法理)を覆し、複製物の再譲渡を禁止する権能を著作権者に許容しなければならない。同様に、特定のユーザーにより低い価格で供給しよう、アイデア表現二分論(著作権で保護されるのはアイデアではなくその表現に止まるとする法理)やフェア・ユースの法理などの著作権法が定める著作権の制限を契約で迂回することも認めるべきである、という。要するに、契約による価格差別論者は、著作権法をして、契約により変更しうる任意規定(default rules)の束であるべきだ、と考えるのである<sup>(14)</sup>。そして、各種のコピー・プロテクションやアクセス・コントロールについても、価格差別を実現するための契約の締結を強制し、当該契約に付された

条項の遵守を実現する手段として、その法的保護の必要性が支持されることになる。<sup>(15)</sup>

しかし、Coaseの定理が成立するためには、取引費用に加えて資産効果もゼロであることが必要である。<sup>(16)</sup> 資本集約的な製作過程を経たコンテンツほど大衆を惹きつける効果があったり、魅力的な著作物を創作しうる著作者がそれがゆえに富裕となるという関係があるとすれば、一般に広く利用される著作物の創作者は、平均的にその利用者である公衆から区別された富を享受しているのかもしれない。そうだとすると、資産効果を無視しえないだろう。<sup>(17)</sup> また、取引費用についても、インターネットによる情報の流通は産業や文化の発展を促す基盤となるから、広範な範囲で外部効果が生じており、諸々の権利を工夫したとしても、これを完全に取引で内部化することは困難であるようにおもわれる。特に、教育や研究目的の利用など、伝統的にフェア・ユースが適用されてきた領域は、著作権者と著作物の直接の利用者以外に派生する外部効果が相対的に大きいものとなるから、この二人のところで取引が成立するようになったからといって依然として市場が失敗していることに変わりはなく、フェア・ユースの対象から外すべきではない、との指摘がある。<sup>(18)</sup>

契約価格差別理論についても、伝統的な著作権法の下では、直接、複製物を購入しえない低所得者層にも中古市場や図書館などを利用するという選択肢が存在するのだから、<sup>(19)</sup> 契約による価格差別論者が主張するほどには、死重損失は大きくはなく、逆に、契約によりこれらの選択肢を封じ込めることを許容する契約価格差別論の方が社会的な厚生を増大させるといふ保障はない、という指摘がある。<sup>(20)</sup> 現行の著作権法の枠組み自体が、既にある種の価格差別を行っているといってもよい。複製に加えて、上演、演奏、公衆送信などの高評価の利用層に対して個別の権利行使を認めるが、リセールなどの低評価層の利用に対してはファースト・セル・ドクトリンにより権利の行使を控えさせ、さらにフェア・ユースの法理により低廉ないし無料の利用を許容しているからである。<sup>(21)</sup> 逆にいえば、契約価格差別理論は、現行法が既実現している価格差別からあえて乖離して、契約による価格差別の体制に移行しなければならない必然性を示す必要

がある<sup>(22)</sup>。  
<sup>(23)</sup>

くわえて、統一価格の下で著作権者が収受しえない消費者余剰の領域は、著作権者にとってのインセンティブの喪失だけではなく、二次的著作物の創作のために利用するなど生産的に著作物を利用する高所得者層ないし高評価者層の効用が含まれている。同様に、中古市場や図書館などの代替的な選択肢により著作物にアクセスする低所得者層も創作者となることがある。そして、著作権者が獲得しえなかつた消費者余剰は、他の著作物をより多数購入することに向けられる結果、広範かつ豊富な文化的な素養の下で新たな著作物が創作されることになるかもしれない<sup>(24)</sup>。特に契約価格差別論は、素材の権利者により多くの利益を確保することを認め、もって改良者にコストの内面化を迫るから、特に外部効果が高いがゆえに、改良者がその社会的な便益の全てを収受しえない公益的な情報財の生産について多大なディスインセンティブを形成するであろう。伝統的な著作権法の下では、図書館による利用などの代替的な手段がこの問題を緩和していたことに注意しなければならない<sup>(25)</sup>。結論として、契約による価格差別論が主張する新たな制度の方が、伝統的な著作権法の枠組みよりも効率的となるということは未だ証明されていない、というのである<sup>(26)</sup><sup>(27)</sup>。

### 三 多様性・多元性

問題の解決に当たっては、費用便益分析や効率性以外の視点も重要となる。

たとえば、取引至上主義や契約価格差別理論の下では、芸術的な高低を問わずに他と異なれば創作性を満足するという伝統的な著作権法のなかで育まれてきた著作物の多様性が失われかねない、という指摘がある。契約による価格差別論の下では、大量に生産され繰り返し利用される情報財の方がコスト削減に適しているので、利用制限付で低廉な価格

で大量に供給される著作物は（大衆迎合的なものに）標準化されたものとなる傾向が強まるだろう。従前の著作権法の体制下と同程度に、ヴァラエティに富んだ著作物が創作されなくなるかもしれない。そもそも、価値のある文化的な作品の判別は極めて主観的な問題であるから、誰か個人や団体にその決定を委ねてよいのか、疑問である、というのである。<sup>(29)</sup>

プロヴァイダーの責任論に関しては、責任が強すぎると、情報の発信のメディアを分散化させるというインターネットの特質である多元性が損なわれる、という指摘がある。厳格責任を課すと、BBSの管理者やオンライン・サービス事業へ乗り出す者に対する萎縮効果となり、たとえば、趣味で無料でBBSを開放するような個人のシステム・オペレーターの手がなくなりかねないからである。<sup>(30)</sup> 厳格責任説に言わせれば、そのようなBBSが侵害を防がず、賠償も困難であるとすれば、権利者に被害をもたらすだけであるから、消滅すべきであるということになるのだろうが、<sup>(31)</sup> 著作権者の救済に不足が生じてもおインターネットの特質の發揮の方を優先すべきであるという判断は、十分に成り立ちうるであろう。特に、著作権というものが単に文化の発展と普及のために与えられたものに過ぎないとするならば、まさにその究極の目的の達成のために道を譲らなければならないことがあるといえるだろう。<sup>(32)</sup>

#### 四 技術の進展と著作権法における自由

印刷技術の普及（第一の波）につれて登場した著作権法が堅持する複製禁止権中心主義と公の使用行為規制は、複製技術が個人レヴェル（以下、私的領域）にまで普及していなかった時代にあつては、複製技術に投資した者（たとえば出版者）と公の使用者に対する権利に過ぎなかつた。（現在と比べれば）非規制者の数は少なく、その監視が可能であつ

て、(相対的には)権利の実効性に悖るところもなかった。<sup>(33)</sup>複製や公の使用を規制しても、主として(私的領域と区別される意味での)公的領域が規律されるものでしかない以上、私人の自由への介入の度合いは少なかつたといえることができる。そこにおいては、私人の思索の自由、創作の自由を保障するために、著作権の保護範囲がアイデアには及ばないというテーゼを打ち立てておけば(アイデアと表現の区別)、私人の行動の自由を確保することができた。

それが録音、録画、複写と複製技術が次第に私的領域に浸透してくるにつれて(第二の波)、著作権法の建前は私人の自由に対する過剰な制約となり、逆に、その実効性自体が問われるようになった。<sup>(34)</sup>その対策としては、複製禁止権中心主義を堅持しつつ、貸与権や私的録音録画補償金請求権など、それを補完する規律により補われるなどの処置が施されてきた。立法論としては、著作権者への対価還流を保障しつつ私人の行動の自由を確保するために、録音、録画に限らず複製機器媒体に対する課金制度を充実させるのと引換えに、著作権の対象外となる私的複製の範囲を現行三〇条の(準)家庭内複製から企業内複製等に拡張すべきである。<sup>(35)</sup>

ところが、その対策が道半ばであるにも拘わらず、インターネットの時代が到来し(第三の波)、誰もが公に送信することができるようになったために、送信の分野でも私的領域と公的領域が渾然一体化して分ちがなくなってきた。複製禁止権中心主義ばかりではなく、「公的」使用行為という枠組みまでもが、私人の自由への過度の介入を防ぐ装置として機能しなくなつたのである。今後、コピープロテクションや送受信に対するスクランブル等による著作権の防衛体制の構築が進んでいくのであろうが、それは、あくまでも著作権者への利益の還流を容易とするための中間的な手段として用いられるべきであつて、その解除技術の普及と課金体制の構築が並行しておこなわれる必要がある。さもないと、種々のプロテクションは、複製技術と送受信技術の普及によつてもたらされるはずの便益を社会が、というよりは私人全員が存分に享受することに失敗しかねないからである。そのような中で、著作権法に求められているのは、複

製禁止権中心主義、公の使用行為規制の併用主義からのパラダイム転換なのであろう。<sup>(36)</sup>もとより、著作権の根拠付けに  
 関しては、自然権論とインセンティブ論が対立しているところであり、前記パラダイム転換はインセンティブ論に立脚  
 する者だけが迫られるに過ぎないとの批判が加えられるかもしれない。しかし、たとえ自然権論に立脚するとしても、  
 人が何かを創作したということが、社会を新たな技術が到来する以前の状態の方向に揺り戻すモーメントとして働きう  
 るほどの強い命題として主張しうるほどのものなのか、根本的な検討が必要となるようにおもわれる。

たとえば、notice and take downの方策は、著作権法の明文でフェア・ユースの法理が認められているアメリカ合衆国  
 であればともかく、一般に著作権法の制限規定が限定列挙だと解されている日本法の下では、本を紹介するために表紙  
 を小さく掲げたり、オークションなどで絵画や人形の写真を小さく掲載する行為などにも権利が働くことになりかねず、  
 無闇な負担をプロヴァイダー等に課すことになりかねない。<sup>(38)</sup>

しかし、現行の著作権法の制限規定が本当に限定列挙に過ぎないとすると、たとえば法務部長が出張先での会議中に  
 必要が生じて、部内で購入しておいた蔵書の注釈書の該当頁を部下に命じてファックスを送らせる行為（複製に該当す  
 る）までもが、著作権侵害となってしまう。フェア・ユースの規定が導入されることに越したことはないが、解釈論と  
 しても、権利濫用等の法理で対処しうる可能性を探らなければならない。<sup>(39)</sup>

最近、アメリカ合衆国では、圧縮技術（MP3）を用いてネットワーク経由でユーザー間の音楽ファイルの交換を促  
 進していたNapster社のサーヴィスに対して、レコード会社の著作権に基<sup>(40)</sup>づく仮処分的差止命令が認められるという事  
 件があつた。<sup>(41)</sup>日本においても、類似のサーヴィスに対して日本音楽著作権連盟（JASRAC）と日本レコード協会が申し  
 立てた仮処分事件で、やはり差止めが認められるという事件があつた。<sup>(42)</sup>解釈論はともかく、立法論として考えれば、世  
 界中のインターネット・ユーザーのパソコンとファイルを共有できるということは、一昔前では考えられなかつた夢の

ような話なのであって、それを否定することは技術的な進歩の利用を妨げることでしかない。著作権法をして、技術的に時代遅れになりつつあるメディアの既得権益を維持するための道具に貶めることは避けなければならない。<sup>(43)</sup><sup>(44)</sup> 著作権法の究極的な目標が、著作物の創作活動を刺激することによって著作物の普及を促すところにあるのなら、その目的を実現しよう、技術や社会の環境の変化に合わせて著作権法も変化していく必要がある。

## 五 まとめ

インターネット時代が到来し、世界中のコンピュータがネットワークで結ばれるようになり、誰もがメディアの発信者となれるようになった。それに先立って、劣化することなく繰り返し複製することを可能とするデジタル化技術も普及している現在、著作権が危機に瀕しているという理解の方が一般的であるかもしれない。しかし、このような技術的・社会的環境の変化は、人間の活動の領域がそれだけ拡大したということの意味から、著作権法の枠組みを元のままとするならば、過度に人の自由を制限することになりかねない。インターネット上で著作物の発表が容易になっている以上、著作権のインセンティブを弱めても差し支えないとさえいっているのである。<sup>(45)</sup> もちろん、ゲームソフトや映画などの資本集約的な成果物の例を挙げるまでもなく、フリーライド問題がある以上、著作権の保護がなくなってもよいというわけではないが、プロテクションの技術により、現状よりも著作権が強固に保護される可能性もないわけではない。<sup>(46)</sup> その場合には、逆に著作物の利用を普及させるような法的な仕組みを構築する必要すらあるかもしれない。<sup>(46)</sup> インターネット時代が著作権制度に突きつけているものは、新しい時代に適合した権利の保護と利用者の自由の確保のバランスの仕組みなのである。

- (1) 著作権侵害であることを認識するか、認識しうべきであるにもかかわらず、著作権侵害を教唆、誘発したり、実質的に侵害に寄与した者に責任を課す法理。
- (2) 侵害者の行為をコントロールする権限と能力があり、侵害から直接、経済的な利益を受けている者に責任を課す法理。
- (3) 一九九八年改正著作権法§§12(1)(A)-(B)。もともと、改正法の下で従来の代位責任の法理と同様の責任をプロヴァイダーが負担しなければならないのか、ということについては疑問がなくてはならない。代位責任の要件の理解次第では、プロヴァイダーが責任を負担する場面が増え、次に述べる notice and take down による免責が無意味になりかねない。
- (4) 一九九八年改正著作権法§§12(1)(C)-(E)。権利を主張する者から所定の要件の下で侵害を示す通知があった場合には、プロヴァイダーは問題のファイル削除する等の手段を講じるとともに、ファイルを蓄積した者にその旨を知らせなければならない。以下、蓄積者からの反対通知、権利を主張する者の裁判所への侵害訴訟の提起等の手続が続くが、詳細は省略する。
- (5) 詳細は、田村善之「インターネット上の著作権侵害の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』(一九九九年・北海道大学図書刊行会) 参照。
- (6) その他 James Boyle, *CrUEL Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Property*, 53 *VAND. L. REV.* 2007, 2020-2021 (2000) は、技術的なプロテクションとライセンス条項により、オープンソース・ソフトウェア上でDVDを視聴することができない、という例を挙げる。
- (7) 曾野裕夫「情報契約と知的財産権」ジュリスト一一七六号八九頁(二〇〇〇年)。
- (8) オフィシャル・コメントでは、「イノヴェイション、競争、フェア・コメントに関するもの」が基本的公序の例として挙げられていることにつき、曾野・前掲注(7)八九頁。
- (9) 詳細は、曾野・前掲注(7)、同「情報契約における自由と公序」アメリカ法一九九九二二(二〇〇〇年)を参照。
- (10) 詳細につき、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』(一九九九年・有斐閣)一四一〜一四八頁、芹澤英明「アクセス・コントロールと Preliminary Injunction」ジュリスト一一七三号(二〇〇〇年)。
- (11) Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 *U. CHI. LEGAL. F.* 207, 209-210. 詳細は、芹澤英明「ProCD v.

- Zeidenberg, の分析」法学六一巻二号二三一～二四三頁（一九九七年）、田村善之「インターネットと著作権—著作権法の第三の波」アメリカ法一九九二・二〇四～二〇五頁（二〇〇〇年）の紹介を参照。
- (12) I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for "Cyberspace"*, 55 U. PITT. L. REV. 993, 1042-1044 (1994). 詳細は、田村・前掲注 286-287, 308-311 (1996) へ、このように現実の世界を取り費用ゼロの Coasian World にできるかぎり近くするように法制度を設計しようと試みる発想を採る者に、neoclassicist という名称を与えらるることに、創作活動の奨励と創作物の普及を著作権法の目的と捉えるインセンティブ論よりも neoclassicist の理論の方が権利の範囲を強大なものにしがちである、と指摘する。
- (13) 侵害の場合の救済を差止めではなく損害賠償に止めるという形で裁判所によるライセンズ強制を実現することが妥当なケースであることを示唆しつつ、*American Geographical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 930-932 (2d Cir. 1994).
- (14) 消費者向けに供給されたデータベースに商業的利用に供することを禁止するシュリンクラップ・ライセンズ条項が付されているところ、その有効性を認めた *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) (芹澤・前掲注 (11) 参照) における Frank Easterbrook 判事 (注 (11) 参照) の説示が、その端緒としてよく引き合らるる (Wendy J. Gordon, *Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract*, 73 CHI. KENT. L. REV. 1367, 1378-1386, (1998))。また、批判者から、(相対的には) 洗練された契約価格差別理論であると受けとめられているのは、William W. Fisher, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI. KENT. L. REV. 1203, 1234-1256 (1998) とある (後述注 (27) 参照)。本文の要約は、批判者である Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799, 1802-1805 (2000) に依った。
- (15) Cf. Fisher, *supra* note 14, at 1203.
- (16) ポール・ミルグロム・ジョン・ロバート (奥野正寛他訳) 『組織の経済学』(一九九七年・NTT出版) 三八～四二頁。
- (17) 田村・前掲注 (11) 二〇五頁。
- (18) Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTEL. PROP. L. 49-50 (1997) (その紹介として、村井麻衣子「複製許諾システムと fair use」北海道大学法学研究科修士論文 (未公開))。フェア・ユースの法理を市場の失敗を治療する理論として捉えることを提唱したのは、Wendy J Gordon, *Fair Use as Market*

Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982)である。簡単にいえば、(1)市場が失敗しており、(2)著作権者から利用者に当該利用を行う権利を移転することが社会的に望ましく、(3)著作権者の創作と著作物の普及に対するインセンティブを不相当に害するものではない場合に、フェア・ユースが肯定されるというのである (id. at 1614-1615)。Loren は、この Gordon の枠組みに立脚したとしても、先に紹介した American Geographical Union v. Texaco Inc. のケースのような研究目的で外部効果の高い利用形態の場合には依然として市場が失敗している」と評価して、フェア・ユースの成立を維持する (Loren, at 53)。ちなみに、Gordon は、NIH (National Institutes of Health) の図書館と NLM (National Library of Medicine) 図書館における複写について著作権侵害を否定した Williams & Wilkins Co. v. United States, 420 U.S.376 (1975) を批判的に論評する際に、「集中処理機関が整備され市場の失敗が治癒される可能性がある」という事情が fair use の成立を否定しようる方向に働く旨を示唆していたが (id. at 1649)、同時に別の箇所でも、外部性の問題が第二の要件の吟味を難しくすることを指摘していた (at 1615-1616, 1630-1631)。

ところで、当然のことながら、ファア・ユースの法理を市場の失敗の問題に完全に還元してよいのかという点についても議論がある (Fisher, supra note 14, at 1246; 吉田邦彦「情報の利用、流通の民事的規制」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(二〇〇〇年・有斐閣) 四七三～四七五頁)。市場の失敗に着目する Gordon の fair use 理論に対しては、後の裁判例に対して fair use の成立を否定させる方向に影響を与えたという評価を与えるものもあり (Nananel, supra note 12, at 286-287 (1996))、Gordon 自身、以降、非金銭的な価値をよりいっそう重視する方向にシフトしている (id. at 310-311)。たゞそれ、Wendy J Gordon, A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property, 102 YALE L. J. 1533, 1538-39, 1556-72 (1993) は、John Locke に「人々は労働によって作り出したものを所有しようとするその原理が、他者がその労力にフリーライドされてしまうと、自身のものであるはずの労働が盗まれることになるからである」という理屈に基づいている以上、無体物ではあるが労働の所産である著作物に対する権利である著作権も自然権となるはずであると理解しながらも (id. at 1544-1555)、他方で、これだけ人工の物があふれており、他人の著作物に取り囲まれている社会では、他人の著作物を利用しえない限り、自己の世界を表現する自由を実現しえないから (at 1555-1560)、両者を調整する必要がある、その場合、他人の著作物を利用しえない場合には自己の世界他者に十分にそして同じようにたつぷりと残される限りにおいて自己のものとなしうるとするロッキの但書きに基づいて自然権としての著作権を

- 制限しうる」と示唆する (at 1560-1572. 森村進『ロック所有論の再生』(一九九七年・有斐閣) 二五八〜二五九頁、小泉直樹「著作権制度の規範理論」同『アメリカ著作権制度』(一九九六年・弘文堂) 二八〜三七頁の紹介を参照。ただし、後者につき、吉田・前掲四七七頁の指摘に注意) (なお、差止めを許さず損害賠償請求のみを可能とする liability rule や、もっぱらフリーライドのみを目的とする寄生的な利用者 *slowaway* のみを規律する法理の可能性につき、Gordon, at 1576-1578 を参照)。やむには、Locke の所有論の前提には他人の自由や身体をその同意なしに侵害する権利は原則として認められないという「自己所有権」の発想があるから、他者の活動を制約する著作権を自然権として根拠付けることは困難であり、著作権の正当化根拠はインセンティブ論に求めるほかない、という指摘もなされている (傍証として当時の著作権に関わる制度に関する Locke の書簡における評価を引きつつ、森村・前掲二二一・二四一〜二六一頁、白田秀彰「コピーライトの史的展開 (7)」一橋研究二二巻三号一〇〇〜一〇九頁 (一九九六年) も参照)。
- (19) Gordon, *supra* note 14, at 1372-1376, 1388.
- (20) Cohen, *supra* note 14, at 1806-1807.
- (21) Gordon, *supra* note 14, at 1369, 1372-1378, Boyle, *supra* note 6, at 2029. 日本法では、カラオケによる演奏と市販のテープの關係 (田村善之『著作権法概説』(初版・一九九八年・有斐閣) 一五〇頁)、複製物の譲渡による消尺と貸与権、演奏権の行使の關係などにも、その例を見ることができ (同『著作権法概説』(第二版・二〇〇一年・有斐閣) 一二六・五八九頁)。このような見方の下では、友人のためにコピーするという些細な違法複製を権利者が完全には把握しえないということすら、需要者に限界費用の近くで情報を利用することを可能とする価格差別を実現する手段として機能している、と理解しうる (Boyle, at 2030)。
- ちなみに、特許法に比べると、著作権法は多様な価格差別の方策を提供しているといえる (Gordon, at 1370)。競争活動のみを規制すれば足りる特許法と異なり、著作権法は、文化に関わる創作活動のインセンティブを設けることを目的としているために、私人の文化活動に介入せざるを得ない。多様な利用者層を規律する分、より多くの調整が必要となるということなのである。
- (22) Gordon, *supra* note 14, at 1383-1384, Boyle, *supra* note 6, at 2030. 著作権法により特定の価格差別政策が実施されているということは、連邦の州法 (この場合は契約法) に対する専占の問題が生じ、契約による価格差別を可能とするシユリンクラッ

プ条項の有効性を否定する方向に斟酌されよう (Gordon, at 1386)。

(23) 契約による価格差別を実現するためには、情報の拡布には希望額毎に需要者層を特定するとともに裁定を防ぐメカニズムを仕組むというコストが掛かるところ (Yochai Benkler, *Unhurried View of Private Ordering Information Transactions*, 53 VAND. L. REV. 2063, 2072-2073 (2000))。情報の生産者は限界費用(ゼロ)しか支払わない(つまり無料でしか情報を受け取らない)需要者に対して情報を拡布するインセンティブを持たないが、他方で、コストのからない情報に注意を向ける利用者へ情報を供給することに失敗するということは厚生上の損失があることを意味しており、この点でも契約価格差別理論には理論的な欠陥がある、という批判もある (id. at 2065-2066, 2073-2076, Boyle, *supra* note 6, at 2030-2031)。そもそも、いかにコストをかけようとも、一人一人の需要者の選好に完全に対応した価格差別のシステムを構築することには困難があり、どうしてもある程度、需要者をグループ分けしたうえで、当該グループ内の需要者の標準的な選好に対応した、その意味で相対的に大まかな価格差別を実現することで満足するほかない場合が大半であろう。そうすると、グループ毎に設定された価格は当該グループ内の死重損失を完全に解消するものではないことになる。こうした不完全な価格差別によって厚生が改善するかどうかは、不確定であるといわざるを得ない(並行輸入を禁止すべきか否かという論点に関するものであるが、浜田宏一「特許権の並行輸入差止めは是非について」ジュリスト一〇九四号七八〜七九頁(一九九六年)を参照)。なお、より根源的な疑問として、現在のシステムで、情報に対する個人の選好は、ランダムで互いに無関係に見える情報をフリーで大量に集積していく経験のなかで培われている。時間の限定付きで、絶えずクレジットカードによる決済が進行するなかで情報を摂取させる完全な契約価格差別理論の世界の下で、どのような選好が形成されるのか、不分明なところが残る、という指摘もある (Boyle, at 2032)。

この他、契約価格差別理論に限らず、資産効果を無視して厚生を計算すること一般につきまとう根本的な問題もある。具体例でいえば、極めて喉が乾いているのだが一ドルしか財産がない者にとつて水は一ドルしか「価値」がなく、ほとんど暑いと思っていないのだが裕福なために水に四ドルの値段を付ける者にとつて水は四ドルの「価値」があるのだから、前者に水を与えて後者のオフアーを拒絶することは、社会的に三ドルの損失があると考えてよいのかという問題である (Boyle, at 2022)。この計算方法の下では、高所得者の損失の方が定型的に大きく算定されてしまうことに注意しなければならぬ (id. at 2025)。

- (24) Cohen, *supra* note 14, at 1807.
- (25) Cohen, *supra* note 14, at 1812-1813.
- (26) Cohen, *supra* note 14, at 1807-1808, Boyle, *supra* note 6, at 2030, 2035, 2037-2039.
- (27) また、フェア・ユースの法理やアイデア他の著作権の保護範囲外のものを利用する創作活動が阻害されかねないという懸念に対して、契約による価格差別論者は、合理的な著作権者は創作物の改良についてライセンスを与えるだろうから弊害はないという。しかし、かりに著作権者が合理的に行動しようとしても、事前に価値のある改良者を特定することは困難である。同様の理由により、価値があるかもしれない改良者はライセンス料の支払いに当てる資金の獲得に困難を感じるかもしれない。くわえて、現在の創作者と将来の創作者の間の取引には戦略的行動など重大な取引コストが発生するだろう (Cohen, *supra* note 14, at 1809)。ましてや契約により価格差別を実現することができるということは、ある種の市場支配力を有しているということであるから、契約による価格差別論者が、非合理的もしくは合理的ながら社会的には非効率的なライセンスに関する決定は市場の働きにより是正されるというとなれば、論理的に破綻している (*id.* at 1810-1812; Benkler, *supra* note 23, at 2978-2079)。そもそも、一般的には代替品が存在することの方が通例である以上、著作権があるからといってそのことは直ちに市場の独占があることを意味するものではない。既に独占が存するところで (完全な) 価格差別が社会的な効用を改善するために有効であるとしても、だからといって、未だ独占がないところで独占の獲得を実現する手段としての契約による価格差別が推奨されるものではない (Gordon, *supra* note 14, at 1388)。
- これに対して、契約による価格差別論を支持する William W. Fisher は、本文や本注に指摘した弊害を回避するために、特定のアクセスや利用に関する公益を留保するために強行法規的な著作権制限条項を抱き合わせることを主張する (Fisher, *supra* note 14, at 1246-1253)。しかし、制限が及ばない利用を理論的に認めたとしても、契約違反の訴訟において抗弁として主張しようというだけでは、個人の行動を著しく制約することに変わりはない。特に価格差別が技術的なプロテクションにより実現されている場合にそれが妥当する (Cohen, at 1815-1816)。
- あるいは、Fisher を擁護する者は、創造的な利用等に対して多くの例外を認めるべきであり、逆にそのためにも複製物の再譲渡等の裁定を厳しく制約する必要がある、と主張するかもしれない (Fisher, at 1232, 1237, 1246, 1251 を参照)。しかし、前述したように、誰が創作者となるかということを事前に予測することは困難である。直ちに創作しない人は、将来も全

く創作しないということ为前提とすることはできない。偶発的なアクセスや利用を繰り返し、長期間をかけて無数の著作物に接するなかから創作的な活動が生まれてくるのである (Cohen, at 1816, Boyle, supra note 6, at 2032, Benkler, at 2076)。その他、契約価格差別理論には、再利用に対して大きな制約を課されることになる低所得者層からは創作者が生まれることが期待しにくくなるという弊害もある (公共図書館の例外を認めようという Fisher, at 125) の主張がこの問題を意識したものであることを含めて (Cohen, at 1816)。

ともあれ、Fisher の主張は、契約価格差別理論を擁護するものではあっても、すでに著作権最大化主義者＝Maximalist のそれではなくなっていることに注意しなければならない (Boyle, supra note 6, at 2031)。Fisher 自身、Minimalist である Maximalist でもないと言っている (Fisher, at 1230)。故意かもしくは向こうみずなプロバイダーに限って侵害の責任を負うという立場を支持してゐるものが象徴的である (id. at 1223-1224)。

(28) Cohen, supra note 14, at 1809-1810, 1813.

(29) Cohen, supra note 14, at 1809-1810, 1813. 最後の点については Boyle, supra note 6, at 2034.

(30) Niva Elkin-Koren, Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators, 13 CARDOZO ARTS & ENT L.J. 345, 406-407 (1995).

(31) Hardy, supra note 12, at 1044-1045.

(32) Elkin-Koren, supra note 30, at 408. 結論として、積極的な関与が認められない限りは、責任を負うべきではないとする (id. at 410)。詳細は、田村・前掲注 (11) 二〇九～二一一頁の紹介を参照。

(33) 田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」同『機能的知的財産法の理論』(一九九六年・信山社) 一八七～一八九頁 (初出はジュリスト一〇五七号 (一九九四年)、Jessica Litman, Revising Copyright Law for the Information Age, 75 OR. L. REV. 19, 36-37 (1996)).

(34) Litman, supra note 33, at 36-37, 48 (著作権法は、non-commercial user＝非営利的利用者、non-institutional user＝非組織的利用者、規程するものではないとする)。田村・前掲注 (33) 一八九頁。

(35) 田村・前掲注 (21) 著作権法概説 (第二版) 二〇〇頁。

(36) 田村・前掲注 (33) 一九二～二〇〇頁、同・前掲注 (21) 著作権法概説 (第二版) 一九三～一九四頁。Litman, supra note

33. at 37-39, 40も、著作権法の根本的な変容を防ぐためには、複製に着眼して著作権を組み立てる発想から転換する必要があり、と説く。具体的には、非営利の利用は（著作権者の経済的な利益獲得の機会を過度に害さない限り）非侵害とすべきである、とこう（*id.* at 40-41）。

(37) 田村善之『知的財産法』（第二版・二〇〇〇年・有斐閣）一七〜一九頁。

(38) 裁判例では、照明器具の宣伝広告用カタログ内で、和室を撮影した写真内に掛け軸として掲げられていた書が掲載されたという事件で、一字につき三ミリから九ミリの大きさであり、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いなどの創作的な表現までもが再現されているとはいえないとした判決があるが（東京地判平成一一・一〇・二一判時一七〇一号一五二頁〔雪月花〕）、この論法は字体とは区別されたところにしか保護が及ばないという書の保護範囲の狭さ（田村・前掲注（21））著作権法概説（第二版）九六〜九八頁）に依存するものであり、その射程は狭い。

(39) たとえば、一般には企業内複製は三〇条一項の私的複製に該当しないと理解されているが、著作権が足かせとなつて、ファックスという技術の進歩の恩恵の享受に失敗することは避けなければならない。本文に挙げた例のような場合には、個人の自由の確保という共通性に着眼して私的複製の範囲を拡張解釈することで対処すべきであろう（田村善之「自由の領域の確保」法学教室二二三八号一一頁（二〇〇〇年））。もちろん、技術的な進歩とは無関係の場面でも、センター試験や司法試験の問題を論評や模範解答抜きで新聞やホームページで紹介する行為までもが、著作権侵害となつてしまふ帰結（論評抜きの場合には、三二条一項の引用には該当しない）は穏当なものとは思われない。この例では、黙示の承諾や権利濫用の法理の活用が考えられる。

裁判例では、パソコン通信網のオンライン会話サービスを利用して交わされた会話につき、日常会話と異ならず、文芸、学術の範囲に属しないとして著作物性を否定した判決がある（東京地判平成九・一一・二二判時一六七三号五六頁〔PC-VAN OLTI名譽毀損〕）。しかし、座談会などを考えると、判旨の理論構成は著作物性の要件を過度に厳しいものにしかねない。本件で問題とされたのはIDの不正使用疑惑に関する渦中の人物との会話を抜粋して電子掲示板に掲示した行為であるから、その目的の正当性ととともに、パソコン通信網上で不特定多数の人間がアクセスし記録しうる環境で交わされた会話であったことも加味して、権利濫用論等により違法性を阻却すべき事件であったといえよう。

(40) 日本では著作隣接権者となるに止まるレコード製作者も、アメリカ合衆国では著作権者として扱われる。

- (41) *A&M Records v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 2186 (N.D.Cal. 2001). 芹澤英明「インターネット上のファイル共有とアメリカ著作権法」コピーライト四八九号(二〇〇二年)参照。
- (42) 東京地決平成一四・四・九判時一七八〇号二五頁「ファイルログⅠ」、東京地決平成一四・四・一一判時一七八〇号二五頁「ファイルログⅡ」。
- (43) Napsterのようなハブとなるサイトを要することなく、MP3ファイルを交換することができる技術も既に普及しはじめており(グヌーテラなど)、ハブを叩けば済むわけではない点でより大きな脅威となっている。もっとも、ハブがなくても末端のユーザーのハード・ディスク内のMP3ファイルを検索しうるということは、個々の送信可能化行為を探知しうることを意味しており、プロテクションと抱き合わせて集団的かつ自動の権利処理のシステムを構築すれば、(隣接権者はともかくとして)少なくとも著作権者にとっては問題は一挙に解決するかもしれない。
- (44) *Limau*, *supra* note 33, at 26-27.
- たとえば、一九九二年の Audio Home Recording Act による改正により、デジタルの連続コピーを防止することを可能とする SCS (Serial Copy Management System) を装備しない家庭内デジタル録音装置の輸入、製造、頒布が禁止されてしまったこと(辻田芳幸「アメリカにおける情報の自由流通とコピー・ライト」企業法研究一二号二二頁(二〇〇〇年)参照)も、音質の劣化が(ほとんど)ない連続コピーという技術の進歩の便益を社会が享受することに失敗した例の一つである。Tatiz, *Removing Road Blocks Along the Information Superhighway: Facilitating the Dissemination of New Technology by Changing the Law of Contributory Copyright Infringement*, 64 GEO. WASH. L. REV. 133, 134-135, 144-148, 161 (1995). もともと、同論文は、著作権者の圧力により同じ轍を踏むことを防ぐためには、権利を強化しなければならぬという方向に論旨を展開する。田村・前掲注(11)二〇四〜二〇五頁の紹介を参照。
- (45) Scott K. Pomeroy, Comment, Promoting the Progress of Science and the Useful Arts in the Digital Domain: Copyright, Computer Bulletin Boards and Liability for Infringement by Others, 45 EMORY L. J. 1035, 1076, 1077 (1996). なお、本稿で十分に扱うことができなかった Linux などに代表されるオープンソース・モデルによるソフトウェア開発については、平嶋竜太「オープンソース・モデルと知的財産法」序論」相田義明他『先端科学技術と知的財産権』(二〇〇一年・発明協会)参照。現在の代表的

なオープンソース・モデルは、当該プログラムに基づいて作成された二次的なプログラムについてもオープンソースとするよう強制する著作権のオープン・ライセンス契約により実現されており、著作権をフリーにしようとする当初の理念論からはややパラドキシカルな側面がないわけではない。とはいっても、ここにおいて著作権はオープンソース運動を実現するための手段として（他に代替策が乏しいために）利用されているに過ぎず、創作のインセンティブとして機能しているわけではないことに注意しなければならない。個別の創作者に排他権の享受を許容する著作権法は著作物が個別的に制作されている過程を前提としているが、著作物のなかには多数人が集合的に創作に寄与することで改良されていく種類のものがありうる。後者の場合、排他権の行使を前提とする著作権法のパラダイムで、文化の発展を促すことは困難となる。Eric Steven Raymond（山形浩生訳）『伽藍とバザール』（一九九九年・光芒社）参照。

(46) サイバースペースでは、技術的にアクセスやコピーをコントロールしうるようになる結果、伝統的に著作者に与えられていた保護と公衆の利用のバランスが崩壊するという警告を發し、サイバー外の空間にある種の不完全性を法規範等で人工的に作出する必要がある旨を示唆するものに、ローレンス・レッツシグ（山形浩生）『柏木亮二訳』『CODE—インターネットの合法・違法・プライバシー』（二〇〇一年・翔泳社）二一九～二五一頁。