HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	デジタル環境における情報取引
Author(s)	小島, 立
Citation	知的財産法政策学研究, 11, 163-184
Issue Date	2006-04
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43482
Type	departmental bulletin paper
File Information	11_163-184.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

デジタル環境における情報取引

小　島　　立*

― 目　　次 ―

1. 序章
2. 1996年を振り返る――サイバースペースにおける「三部作」
3. 技術と法の変遷
4. 契約による権利制限規定のオーヴァーライド
5. ProCD事件――シュリンクラップ契約の承認と価格差別
6. 「公正利用（fair use）」から「対価を通じた利用（fared use）」へ
7. 価格差別論
8. 価格差別が明らかにしたもの
9. 情報取引秩序の構築に向けて
10. 結語

1．序章

本稿は、デジタル環境における情報取引が抱える問題点について、知的財産法の観点から検討を加えるものである。ここでは、「対価（fares）」や「費用（costs）」といった観点から、情報取引における基本的かつ統一的な視座を得ることを目標とする。

本稿の分析は、以下のような手順を踏むこととする。第1に、情報取引

* 本稿は、北海道大学大学院法学研究科 COE シンポジウム「情報化時代における知的財産法政策学の将来像」における英語報告（2005年11月11日（金））を基に作成されたものである（本紀要に、英語の論稿も掲載されているが、本稿はこの逐語訳ではないことを予めお断りしておく）。本シンポジウムを主催された田村善之教授、そして当日のセッションにおいて貴重なコメントを加えて下さった Pamela Samuelson 教授、Bernt Hugenholtz 教授をはじめ、参加者に御礼申し上げる。

を考えるに当たり、3つの重要な出来事があったという理由から、1996年を振り返る。それに引き続き、技術と法の変遷、そして、その結果として生じた契約による法的規律について概観する。第2に、シュリンクラップ契約の成立を認めた ProCD 事件に関する第7巡回区上訴裁判所の判決（1996年）を取り上げ、当該判決において正当化理由として用いられた価格差別論について検討する。第3に、「公正利用（fair use）」から「対価を通じた利用（fared use）」への変遷を取り上げ、それが情報取引にもたらす影響について述べる。そして、最後に、今後の情報取引を構築する上で必要な条件について検討を加える。

なお、2002年から2004年まで、筆者がアメリカ合衆国において在外研究を行なったという事情から、検討の対象はアメリカ法を中心とする。もっとも、より包括的な視点を得るという観点からは、ヨーロッパ法の動向も重要であり、必要に応じて適宜、言及を加えることとする[(1)]。

2．1996 年を振り返る――サイバースペースにおける「三部作」

ここでは、3つの重要な出来事が起きたという理由から、1996年に焦点を当てて論を進める。1996年における「三部作（trilogy）」を振り返ることにより、サイバースペースにおける情報取引を再検討する上での基本的な視座を獲得できると考えるからである。

第1に、非常に論争的なコメントを紹介しよう。この著名な「サイバースペース独立宣言」において、John Perry Barlow は以下のように論じる。

> 「産業社会の政府たち、その奇天烈な肉体と鋼で覆われた巨人たちに告げる。私はサイバースペースという、精神の新たな住まいからやって来た。未来の世界を代表してここで言いたい。どうか私たちに干渉しないで欲しい。私たちはあなた方を歓迎しないし、また私たちが集うところにあなた方の主権は及ばない。…（中略）…
>
> 財産権、表現、自己認識、運動、文脈といったあなた方の法的な概念は私たちには当てはまらない。それらは物質に基づいており、私たちの世界には物質は存在しないからである。…（中略）…
>
> ますます陳腐化するあなた方の情報産業は、アメリカであろうとどこであろうと、言論を所有しているのだと主張する法、それを自分たち自身に深く浸透させようとする。それらの法は、思想をもう1つの産業の産物と宣言する。その産物は銑鉄が高貴なものでないのと同様であるにも関わらず。私たちの世界では、人間が創造したものは何でも、全くコストがかからず即座に複製され頒布される。思想が世界に伝播することに関し、あなた方の産業が成し遂げることなど何もないのだ。」[(2)]

第2に、同じく1996年、ProCD 事件の第7巡回区上訴審判決において、Frank H. Easterbrook 判事は、いわゆる「シュリンクラップ契約（shrink-wrap licenses）」の成立性と有効性を承認した[(3)]。本判決は、知的財産法の世界に非常に強い衝撃を与え、その余波はいまだに収まっていない。むしろ、サイバースペースにおける技術革新を目の当たりにする現在、本判決の影響は一層増大しているといえよう。

第3に、1996年に締結された世界知的所有権機関の新著作権条約（WIPO Copyright Treaty of 1996、以下、「WCT」と呼ぶ）についても念頭に置かねばならない[(4)]。WCT の11条は、加盟国に技術的保護手段の回避を禁止す

(1)　ヨーロッパ法については、LUCIE M.C.R. GUIBAULT, COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS OF THE CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT (Kluwer Law International 2002); Thomas Hoeren, *Welche Chancen hat das Urheberrecht im Internet-Zeitalter?, in* DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT 5-92 (Arnold Picot, eds., Springer 2003).

(2)　*See* John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, *at* http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html (February 8th, 1996).〔2006年2月1日確認〕この「サイバースペース独立宣言」は、1996年の世界経済フォーラム年次総会（スイスのダヴォスで開催されることから、通称「ダヴォス会議（Davos Conference）」と呼ばれる）で発表されるために用意されたものである。

(3)　ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). なお、実務においては、シュリンクラップ契約は1980年代から用いられていたと言われる。*See* Mark A. Lemley, *Intellectual Property and Shrink-wrap Licenses*, 68 SOU. CAL. L. REV. 1239 (1995).

(4)　World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, CRNR/DC/94/eng (Dec.

る立法を行なうことを義務付けた。この技術的保護手段には、カット・アンド・ペーストなどを禁止するコピー・コントロール技術と、一定の認証がない限り、情報に対するアクセスを禁止するアクセス・コントロール技術等が挙げられる。

ここで問われるべきことは、これら3つの出来事が独立したものであり、お互いに無関係であるのかどうかである。現段階における私の答えは「否」である。これらの出来事は単なる偶然の一致に過ぎないのではなく、より深い本質的な部分で交錯している。より厳密に述べるならば、これらの出来事という「点」は、デジタル化とネットワーク化という事情に基づき、1つの「線」をなしていると考えられる。そこで以下、技術と法の変遷について論じることとする。

3．技術と法の変遷

デジタル技術の発展に伴い、いわゆるアナログの世界を前提に構築されてきた情報取引に関する基本的構造は、劇的な変容を迫られている。

例えば、ほとんどコストフリーで複製し、情報を伝播させることができることが可能になったことにより、取引費用は低減するなど、デジタル技術が非常に大きな恩恵をもたらしていることも事実である。私たちは、以前には考えられなかった様々な情報へ容易にアクセスすることが可能となった。しかしながら、Napster、KaZaA、Winny、Grokster といった、いわゆるピア・ツー・ピア（P2P）のファイル交換ソフトウェアの出現や、それに伴う違法コピーの交換が猛威を振るっている現状に鑑みると、著作権保護の基層が掘り崩されつつあるともいい得る。この現象は、時に「サイバースペースにおける無政府状態（cyber-anarchy）」とも評されており、先に述べた John Perry Barlow の有名なコメントは、この方向性を一面において映し出すものである。

デジタル技術が、複製と情報伝播における取引費用の低減という恩恵をもたらしているにせよ、それに伴って完全な著作権法の無秩序状態が生じるのであれば、それは容認できない。現状を放置しておけば、情報の創作に向けられる創作者の意欲は減退し、知的財産法の基盤は次第に崩れてしまうであろう。

このような状況に対処するべく、1996年に WCT が成立した。締約国としての義務を果たすべく、アメリカ合衆国においては、デジタルミレニアム著作権法（Digital Millennium Copyright Act、以下「DMCA」という）が立法された。DMCA は、技術的保護手段の回避に係る機器の提供のみならず、一般公衆による技術的保護手段（アクセス・コントロール）の回避行為そのものを禁止する内容となっている。

日本においては、個人の自由領域に対する過度の干渉であるという理由から、回避行為それ自体は禁止されなかった。その代わりとして、権利者と一般利用者の間の利害調整を図るべく、技術的保護手段の回避に係る機器を公衆に提供することが禁止された。確かに、回避行為に伴う私的複製は著作権の制限とならないとされてはいるものの（著作権法30条1項2号）、エンドユーザーによる回避行為それ自体は規制対象となっていない。日本における立法は、様々な利害関係者の間の緊張関係を和らげるべく、抑制が効いたものと評価することもできよう(5)。

デジタル技術が違法な複製を助長することは事実である。しかしながら、デジタル技術は、技術的保護手段を用いることにより、情報提供者が情報伝播の過程をコントロールすることも容易にした。技術的保護手段は情報の複製やアクセスをブロックすることができ、このことは情報の伝播に甚大な影響を与えている。契約と技術的保護手段を同時に用いることにより、情報提供者は、時として「公正利用（fair use）」や「権利制限規定（copyright exemptions）」を乗り越える（override）ような、苛烈な契約条件を付すことも可能となった。この問題それ自体は、1980年代にシュリンクラップ契約が登場した際、既に指摘されていたことであるものの、いわゆる「パーフェクト・コントロール」(6) が現実のものとなりつつあると見ることもで

20, 1996)(WCT), *available at* http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/distrib/94dc.htm（2006年2月1日確認）

(5)　この問題に関しては、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年）参照。

(6)　*See* LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 122-141 (Basic Books

きよう。

そして、前述した問題点は、消費者保護、競争法、表現の自由といった基本権、そして知的財産法の属地主義といった問題とも密接な関係を有する。

このように、様々な事情が入り乱れる錯綜した状況に直面し、知的財産法の存在意義が問われている。関係当事者の間において、どのように財産的保護と自由利用の間で最適なバランスを見出すのか？　知的財産法の究極の目的とは何なのだろうか？

このテーマを分析するに当たっては、知的財産法（とりわけ著作権法）、契約法、技術的保護手段の観点が必要となる。また、さらに掘り下げた分析を行なうには、以下の視点も不可欠である。(1) アクセスが許されない情報の分析を行なうという意味から、営業秘密保護法。(2) 創作活動との関係から、表現の自由との関係[7]。(3) 情報提供者が、しばしば市場において独占的な力を行使するという事情から、独占禁止法と産業組織論。本稿が「対価」という観点から情報取引を考察する以上、独占企業がどのような価格行動をとるのかという観点からも、独占禁止法や産業組織論の知見は欠かすことができない。加えて、(4) データベースから情報を抽出して利用する局面を検討するために、不正競争法、とりわけアメリカ法の文脈で用いられる不正領得（misappropriation）の観点も必要である[8]。最後に、(5) 情報の囲い込みと正反対の概念であるパブリック・ドメインの影響について考察することも不可欠であろう[9]。

紙幅の関係から、本稿において、これら全ての論点を詳しく検討することはできないものの、前述の幅広い視座が必要であることに留意せねばならない。

4．契約による権利制限規定のオーヴァーライド

前述した問題はしばしば、「契約による権利制限規定のオーヴァーライド」として論じられることがある[10]。契約と技術的保護手段により、従来

1999).

[7] *See* Mark Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L. J. 147 (1998); Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L. J. 1 (2002); James Boyle, *The First Amendment and Cyberspace: The Clinton Years*, 63 LAW & CONTEMP. PROB. 337 (2000); Rebecca Tushnet, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common with Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B.C. L. REV. 1 (2000); Hannibal Travis, Comment, *Pirates of the Infromation Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, 15 BERKELEY TECH. L. J. 777 (2000); Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1 (2001); Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 173 (Winter/Spring 2003); Wendy J. Gordon, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031 (2002).　また、SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 136 F.Supp. 2d 1357 (N.D. Ga.), vacated, 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001) (per curiam), order vacated and opinion substituted, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)も参照。

[8] *See* International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918).　*See* RICHARD A. EPSTEIN, TORTS 602-604 (Aspen Law & Business 1999); Douglas G. Baird, *Common Law Intellectual Property and the Legacy of International News Service v. Associated Press*, 50 U. CHI. L. REV. 411 (1983); Richard A. Epstein, *International News Service v. Associated Press: Custom and Law As Sources of Property Rights in News*, 78 VA. L. REV. 87 (1992); Wendy J. Gordon, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, 78 VA. L. REV. 149 (1992).

[9] *See* Jessica Litman, *Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965 (1990); Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Disclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999).　また、The Duke Law School Conference on the Public Domain, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. (Winter/Spring 2003)も参照のこと。

[10] 主な論稿として、上野達弘「契約による著作権制限規定のオーバーライドをめぐる議論状況」コピライト452号（1998年）50頁、小泉直樹「デジタル化と情報契約――電子契約、技術的手段、著作権――」知財研フォーラム40号（2000年）50頁、中山信弘「デジタル時代の知的財産権――覚書」知的財産研究所10周年記念論文集『21世紀における知的財産の展望』（雄松堂出版、2000年）348頁、曽野裕夫「情報契約と知的財産権」ジュリスト1176号（2000年）88頁、田村善之「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――」北大法学論集53巻4号（2002年）1028頁〔同『市場・自由・知的財産』（有斐閣、2003年）219頁所収〕、潮海久雄「デジタル情報と著作権法の関係：序章的考察」Law & Technology 24号（2004

は権利制限規定や公正利用の法理の下で自由利用とされてきた情報が、今や物理的に利用できない、あるいは対価を支払わない限り利用できない状況が散見される。

契約と技術的保護手段によって囲い込みが可能な情報は、著作権が付着した情報に限られない。事実情報、著作権の保護期間が満了して公有に帰した情報なども、囲い込みの対象となり得る。確かに、問題の対象となるべき情報の多様性から、情報取引に関して包括的な検討を行なうことが必要であるものの、分析を行なう際に、ある種の「場合分け（taxonomy）」を行なうことは有意義であろう。以下では、契約と権利制限規定の関係の分析を行なうが、それを通じ、より多くの事象を包含する射程の広い原理原則が明らかとなるであろう。

日本においては、シュリンクラップ契約やクリックラップ契約の成立性が問題となった事件は存在しない(11)。しかしながら、アメリカ合衆国やヨーロッパの状況に鑑みると、契約の成立性が認められる余地は存在する。経済産業省が公表した「電子商取引に関する準則」(12) によると、以下の条件が満たされる場合には、契約の成立性が肯定される。(1) シュリンクラップ契約におけるパッケージの開封や、クリックラップ契約における「同意します」というボタンのクリックによって契約の効力が発生するということが、開封やクリックの前に利用者に知らされており、(2) 利用者がそれらの条件に同意した上で開封やクリックを行なった場合である。もっとも、契約条件が明確に示されていない場合には、仮に利用者が開封やクリックを行なったとしても、契約の成立性は認められない。

契約の成立性が肯定されると、残された問題は契約の有効性である。それでは、果たして日本法の下で、権利制限規定は「強行規定（mandatory rules）」として機能するのであろうか。ここで忘れてはならないのは、「強行規定」という言葉の用いられ方が、通常の用語法と異なるという点である(13)。著作権は「対世的な権利（right against the world）」(14) であり、契約当事者が著作権の範囲を変更しているのではない。著作権それ自体は、契約によって縮減することも拡張することもあり得ない。このように用語法に若干の難点が存在することは事実であるものの、本稿においては、通常の用語法からの逸脱に注意しつつ、著作権法に留保されており、契約の効力を否定することができる力という意味で「強行規定」という用語法を用いることとする。

次に、アメリカ合衆国とヨーロッパの議論を参照することとしよう。アメリカにおいては、問題は統一コンピュータ情報取引法（Uniform Computer Information Transactions Act、以下「UCITA」という）を採択する過程において顕在化した。以下に述べる２つの規定、すなわち、マスマーケット・ライセンスについて規定する209条(15) と、「基本的な公共政策（fundamental public policy）」に違反する契約を無効とすることが明記されている105条が、とりわけ激しい議論の対象となった。UCITA の209条によると、契約当事者が契約内容について学習する機会があるかどうかが問題とされており、契約内容に同意できない場合には、購入者に返却する権利が認められてい

年）26頁、拙稿「情報取引の形態に関する基礎的考察」知財研フォーラム60号（2005年）３頁等がある。また、中山信弘編『別冊 NBL No.93改訂 電子商取引に関する準則とその解説』（商事法務、2004年）139頁以下も参照。

(11) 文化庁における検討は既に始まっている。参照、文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会報告書』（2006年）。

(12) 中山・前掲注(10)電子商取引に関する準則139頁以下。

(13) 曽野裕夫「契約と技術による著作権の拡張に関する日本の状況――ギボー報告およびバーク報告に対するコメント――」知的財産法政策学研究３号（2004年）185頁。

(14) ProCD, 86 F.3d, at 1447.

(15) UCITA § 209: Mass-Market License

(a) A party adopts the terms of a mass-market license for purposes of section 208 only if the party agrees to the license, such as by manifesting assent, before or during the party's initial performance or use of or access to the information. A term is not part of the license if:

(1) the term is unconscionable or is unenforceable under section 105(a) or (b); or

(2) subject to section 301, the term conflicts with a term to which the parties to the license have expressly agreed.

(b) If a mass-market license or a copy of the license is not available in a manner permitting an opportunity to review by the licensee before the licensee becomes obligated to pay and the licensee does not agree, such as by manifesting assent, to the license after having an opportunity to review, the licensee is entitled to a return under section 112…（以下、略）

る。

問題は、返却に関する上記の条項を定めておくだけで、果たして契約の規律として十分なのかどうかということである。返却するのかどうかという当事者の意図とは関係なく、契約条件それ自体を争いたい場合にはどうしたらよいのか。その意味で、209条（a）の解釈が重要となってくるであろう。ここでは、連邦法による専占（federal preemption）と「基本的な公共政策」に反する契約の場合には無効となる旨が記載されている。

専占の議論は、アメリカの連邦制と密接な関連を有しているため、連邦制の存在しない日本法の文脈にそのまま生かすことはできない。そこで、ここでは「基本的な公共政策」の部分を重点的に取り上げることとする。UCITA 105条のオフィシャル・コメントを見てみよう。

オフィシャル・コメントは以下のように述べる[16]。「基本的な公共政策が関わるのは、イノヴェーション（innovation）、競争（competition）、公正な論評（fair comment）、そして公正利用（fair use）である。イノヴェーション政策には、創作を奨励するために情報の財産的利益を守ることと、ほとんどのイノヴェーションが究極的に依存する豊かなパブリック・ドメインとの重要性のバランスが求められる。競争政策は、競争を守るため公に利用可能な情報を不合理に制限させないようにすることにある。表現の自由は、市場にある情報の性格や品質に対し、肯定的なものであるか否定的なものであるかを問わず、論評できる権利を含む。表現の自由、そして出版された情報の利用をパブリック・ドメインとして利用することを認める公的な利益は、情報に対する財産権への制限として、公正利用にその精神が流れている。」[17]

「マス・マーケット取引の場合、複数のコピーを作成すること、商業的な利用を禁止すること、情報にアクセスできる利用者の数を制限すること、といった条項は有効である。」[18]

[16] *See* NCCUSUL, Uniform Information Transaction Act, Official Comment, §105, Comment 3, pp.46 (2002), *available at* http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/2002final.pdf（2006年2月1日確認）

[17] Id. at 47.

[18] Id. at 47.

「その一方で、リヴァース・エンジニアリング、教育や批評の目的で引用すること、図書館のライセンシーがバックアップコピーを取ること、といった行為は、『通常は（ordinarily）』無効とされる。」[19]

オフィシャル・コメントは続けて、多くの領域における公の情報政策は「絶え間なく変化しており（in flux）」、広く議論されている（extensive argument）とも述べる[20]。そして、その後に、リヴァース・エンジニアリングに関する制限条項は無効とされるべきだという点に関してのコメントが続くという構成になっている[21]。この点は、UCITA の118条で互換性（interoperability）と共に再度確認されている[22]。

次は、ヨーロッパの動向を見てみよう。ヨーロッパにおいては、1991年のコンピュータ・プログラムに関する指令[23]、1996年のデータベースに関する指令[24] 等が、それらの法が認める一定の利用行為（例えば、前者においては、リヴァース・エンジニアリング）に反対する契約は無効である（null and void）と説く[25]。もっとも、各国がディレクティヴを国内法化する過程において、「強行性（mandatoriness）」の程度に違いが生じているようである。ここでは興味深い2つの立法を取り上げよう。

第1はベルギー法[26] である。データベース指令に対応する形で改正が

[19] Id. at 47. 強調部分は筆者による。

[20] Id. at 47.

[21] Id. at 47.

[22] UCITA § 118. *See* NCCUSUL, supra note 16, at 79.

[23] *See* Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC).

[24] *See* Directive 96/9/EC OF The European Parliament and of The Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases. また、蘆立順美『データベース保護制度論』（信山社、2004年）199頁以下参照。

[25] Article 9 of Computer Programs Directive: Any contractual provisions contrary to article 6 or to the exceptions provided for in article 5 (2) and (3) shall be null and void.（下線部、筆者）

[26] *See* Loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *available at*, http://www.droit-technologie.org/legislations/loi_base_de_donnees_980831.pdf (2006年2

なされた際、ベルギー法は、教育目的や科学研究、行政手続や司法手続等での複製等について強行性を認める対応を行っており、注目される[27]。

第2に、ドイツ著作権法69ｅ条は、「独立して作成されたコンピュータ・プログラムと他のプログラムとの互換性を確保するために不可欠な情報を得るためには」という条件つきで、リヴァース・エンジニアリングを許容しており、69ｇ条により、69ｅ条に反する契約は無効とされている[28]。

もっとも、アメリカにおける UCITA 制定段階での動向、ヨーロッパでのディレクティヴと国内法化の過程を見ると、いかなる行為を「強行規定」とするかについて意見が完全に一致することは難しいようである。

また、著作物にも様々な種類のものが混在しており、コンピュータ・プログラムにリヴァース・エンジニアリングの話題は馴染むものの、絵画や小説といった伝統的な著作物では、こういった技術的な要素に乏しく、同一平面上で議論する実益に乏しい。やはり、個々の著作物の性質に応じて、例えば、①伝統な意味での「人格の流出物」に近いか、②事実情報に近いという意味で創作性が相対的に低いか、それとも、③機能性を追求する技術的著作物か、といった腑分けを行い、それぞれの著作物に応じた強行性を検討することが求められよう。

それぞれの著作物における最低ラインとして、コンピュータ・プログラムにおいてはリヴァース・エンジニアリングといった行為、データベース著作物においては、非商業的目的、教育目的等における情報の抽出、利用等に関しては、強行性を肯定することも可能であろう。もっとも、例えば、リヴァース・エンジニアリングにも様々な程度があり、ドイツ法が定めるような狭い範囲内の規定から、一般的なリヴァース・エンジニアリングの許容まで幅があり、議論の余地は残されていることから、一義的な解は存在しない。

暫定的な結論としては、著作権法の権利制限規定が「強行規定」として

月1日確認）

[27] Article 23bis: Les dispositions des articles 21, 22, 22bis et 23, §§ 1er et 3, sont impératives.（下線部、筆者）

[28] UrhG 69g Abs. 2: Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu § 69d Abs. 2 und 3 und § 69e stehen, sind nichtig.（下線部、筆者）

作用し得るかどうかに関しては、積極的にこれを認めることは困難な場合も多いのではないかと思われる。しかしながら、何らかの指導原理が必要であることは疑いの余地がなく、①幾つかの典型的な著作物ごとに、強行性を有するような類型化を抽出するとともに、②それら性質の異なる著作物を包含する形で、契約を無効化（有効化）するようなファクターを摘示するという2段構えの作業が、今後求められる。

そして、②で掲げた議論をさらに進めるためには、ProCD 事件で取り上げられたように、「費用」や「対価」といった観点から考察を進めることが有益なのではないかと考えられる。

5．ProCD 事件――シュリンクラップ契約の承認と価格差別

事件の概要は以下のとおりである[29]。原告の ProCD 社は、3,000以上の電話帳の情報を網羅したデータベースを作成した上で、一般のユーザーには1セット150ドルで販売し、商業ユーザーには、それよりも高い価格設定を行なった。その際、一般ユーザー向けの商品には、商業目的での利用禁止の条項が付されていた。いわゆる「シュリンクラップ契約（Shrink-wrap License）」である。

被告の Mattew Zeidenberg は、一般ユーザー向けの商品を購入し、その利用制限に反し、データベースサービスを開始した。その際、Zeidenberg は商業目的のユーザーに対し、ProCD 社よりも低廉な価格設定を行ったとされている。

本件の争点は、原告の定めた契約に被告が違反しているのかどうかということである[30]。つまり、シュリンクラップ契約の成立と有効性に関する

[29] 既に邦語文献による複数の紹介がある。主なものとして、芹澤英明「ProCD v. Zeidenberg の分析――制定法解釈のコンテクスト論・その2――」法学（東北大学）61巻2号（1997年）1頁、山本隆司「シュリンクラップ契約の問題点」コピライト438号（1997年）2頁、斎藤彰「マス・マーケット・ライセンスにおける約款の役割――契約の商品化の観点から――」著作権研究23号（2001年）104頁等を参照。

[30] 事実審と上訴審の双方において、著作権法の下での保護を享受するために必要とされる最低限度の「創作性」に関しては否定されている。*See* ProCD, 908 F.Supp.

部分が争点とされ、事実審[31]の段階においては、シュリンクラップ契約の成立は否定された[32]。

ところが、上訴審において、第7巡回区のFrank H. Easterbrook判事は、シュリンクラップ契約の成立と有効性をともに肯定した[33]。その際に用いられた正当化理由が価格差別論（Price Discrimination）と呼ばれるものである。

Easterbrook判事は、以下のような推論を行なった。ロースクールの学生が、検索結果を教育目的での利用に限るという契約の下、パブリック・ドメインの文書を含んでいるLexisのデータベースを利用しているとしよう。Lexisは、より高い時間当たりの利用料を法律事務所に対して課しているが、この際、学生は自分がデータベースにアクセスできる権利をその法律事務所に対して転売する（resell）ことはできるのだろうか[34]。

ProCD社は、ソフトウェアとデータを2種類の価格、すなわち、安い価格を個人利用向けに、そして高い価格のものを商業利用向けに提供している。Zeidenbergは、後者の価格を支払うことなくデータを利用しようとした。ロースクールの学生がアクセスする権利を法律事務所に転売できないのだとしたら、Zeidenbergも同様に、当該データを利用することはできない[35]。

ProCD事件の上訴審判決を分析する際に重要な点は、①情報を利用する際の「対価」という観点、そして、②需要者が複数の利用類型から選択を行なうことができるという点の2つにある。言い換えれば、そこでは情報の利用、流通の過程で、いかなる費用に着目すべきなのかという点が問われているとも言える。そこで、価格差別論に進む前に、近年のアメリカ法学で取り上げられた情報の利用に関する1つのモデルを検証してみたい。

６．「公正利用（fair use）」から「対価を通じた利用（fared use）」へ

今後の情報取引においては、“fair use”（公正利用）から“fared use”（対価を通じた利用）への移行が見られるとの指摘がなされている[36]。

この議論を進めるに当たっては、公正利用の成否を判定する際に重要な役割を果たす取引費用（transaction cost）が問題となる。そして、許諾を容易に得られる場合には、公正利用の成立が否定される方向に作用すると言われる[37]。その結果、情報通信技術の発展により、公正利用の範囲は縮減することとなろう。

情報利用の局面において、「費用」という観点から眺めると、fair useは“free use”なのかという疑問が湧く。ここで言う“free”とは、「対価を支払うことなく、コストフリーで」という意味である。確かに、情報を利用する局面だけを捉えれば、「コストフリーの利用」は妥当するかもしれな

640, at 647 (W.D. Wis. 1996); ProCD, 86 F.3d at 1449. これは1991年のFeist事件連邦最高裁判決と軌を一にするものである（Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)）。

[31] ProCD, Inc., v. Zeidenberg, 908 F. Supp. 640 (W.D. Wis. 1996).

[32] ちなみに、事実審では、契約の成立性それ自体が否定されているが、「仮に成立性が肯定されたとしても」と前置きした上で、契約の有効性についても判断し、それを否定する見解を述べているのが興味深い。

[33] シュリンクラップ契約の成立性に関しては、Maureen O'Rourke, *Copyright Preemption after the ProCD Case: A Market-Based Approach*, 12 BERKELEY TECH. L. J. 53, 57 (1997); Symposium, *Intellectual Property and Contract Law in the Information Age: The Impact of Article 2B of the Uniform Commercial Code on the Future of Information and Electronic Commerce*, 13 BERKELEY TECH. L. J. 809 (1998); James J. White, *Autistic Contracts*, 45 WAYNE L. REV. 1693 (2000) などを参照。

[34] *See* ProCD, 86 F.3d at 1454.

[35] *Id.* at 1454.

[36] *See* Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 557 (1998).

[37] American Geophysical Union v. Texaco, Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994); Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc., 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996) (en banc), cert. denied, 117 S. Ct. 1336 (1997). また、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); Working Group on Intellectual Property Rights, U.S. Dep't of Commerce, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (1995) も参照。

い。

しかしながら、例えば、図書館に赴いて情報を調べる場合、目的地までの所要時間、交通費、検索時間、コピー代といった費用が支出されている。また、fair use と著作権侵害行為の境界線も必ずしも明確に定まっていないため、権利者によって訴訟を提起される可能性等も費用として算入されるだろう。これらは全て情報利用における「隠れた費用（hidden cost）」である。

理論的には、情報通信技術の発展に伴い、「対価を通じた利用」によって諸々の「隠れた費用」が減るとともに、価格差別の領域が拡張することによって、需要者が自己の利害得失に応じた選択を行なうことができるようになり、加えて情報提供者の利得が増すのであれば、厚生の観点からは望ましいとも言い得る。

情報取引の過程を考察するに当たり、問題解決の重要な鍵を握るものの1つとして価格差別論が挙げられる。価格差別論は、シュリンクラップ契約を正当化する際にも正当化理由として用いられているからである。この場合、情報提供者には、情報へのアクセスや利用などの局面に応じて、事前に複数の選択肢を提示し、それぞれの選択肢に異なった価格を割り付けることが求められる[38]。

[38] *See* William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI-KENT. L. REV. 1203 (1998); WILLIAM W. FISHER III, PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT 163-169 (Stanford University Press 2004); Wendy J. Gordon, *Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract*, 73 CHI-KENT L. REV. 1367 (1998); Julie Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799 (2000); James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 2007 (2000); Yochai Benkler, *An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions*, 53 VAND. L. REV. 2063 (2000); Michel J. Meurer, *Copyright Law and Price Discrimination*, 23 CARDOZO L. REV. 55 (2001)、田村・前掲注(10)市場・自由・知的財産219頁、潮海・前掲注(10)26頁参照。

7. 価格差別論[39]

価格差別（price discrimination）とは、財の提供者が、異なる需要者ごとに、同一の商品役務に対して異なる価格設定を行なうことを指す。価格差別が有効に機能するためには、以下の諸条件を満足することが必要である[40]。

第1に、商品役務の提供者が市場において何らかの独占的な力（monopoly power）を行使できること。同一の商品役務を提供できる競業他者が存在するならば、価格差別を行う基盤の存立が難しいからである。

第2に、需要者の選好（preference）並びに支払い意欲（willingness to pay）、言い換えれば需要の弾力性（elasticities of demand）を、完璧にとまでは言わないにしても、財の提供者がかなりの程度において把握していること。需要の弾力性を把握できていないのであれば、均一価格を提供するのと大きく事情は異ならないからである。

第3に、需要者が裁定取引（arbitrage）を行うことが不可能である、あるいは裁定取引を行う費用が著しく高い（平たく言えば、転売による「利ザヤ」を稼ぐことができない）こと。裁定取引が行われる限り、財の提供者の収入は減少するからである。従って、裁定取引を禁止する物理的、社会的な諸条件や契約による拘束といったものが満足されなければならないといえる。

シュリンクラップ契約の登場するはるか前から、書籍のハードカバーとペーパーバックといった文脈において、価格差別は用いられてきた。しかしながら、シュリンクラップ契約が承認されたことは、価格差別の有する

[39] *See* LOUIS PHILIPS, THE ECONOMICS OF PRICE DISCRIMINATION (Cambridge University Press 1981); J. TIROLE, THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 133 (MIT Press 1988); DENNIS W. CARLTON & JEFFERY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION 289 (Fourth Ed., Pearson 2004); Hal R. Varian, *Differential Pricing and Efficiency*, 1 First Monday (Aug.5, 1996), at http://www.firstmonday.dk/issues/issue2/different/; Hal R. Varian, *Pricing Information Goods*, *available at* http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/price-info-goods.pdf; Hal R. Varian, *Versioning Information Goods*, *available at* http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/version.pdf（以上、2006年2月1日確認）

[40] *See* Tirole, *supra* note 39, at 133.

意義を著しく変容させることとなった。アナログの世界においては、価格差別は有体物の「品質」に依存していた。先ほど述べた、書籍のハードカバーとペーパーバックのように、2つの商品の質は異なっているのが通常である。何故ならば、情報の利用者との間で契約を締結して「裁定取引」を防止することが困難である以上、同質の有体物を異なった価格で提供することは現実的でないからである。それに対して、ProCD 事件の後には、価格差別は契約に支えられ、情報の利用を「統制」するために用いられている。情報提供者は、財の品質を違える必要性に迫られずに済むのである。

８．価格差別が明らかにしたもの

コピー防止技術やアクセス・コントロール技術といった技術的保護手段を念頭に置くならば、今後の情報取引に関する法秩序を構築するに当たり、価格差別の議論は避けて通れないと思われる。確かに、価格差別論を無条件で支持することはできないものの(41)、それが知的財産法に与えたインパクトは決して過小評価されるべきでない。そこで、以下では、価格差別論が明らかにした問題点を掲げてみよう。

第1に、これは前述した部分と重なるところが大きいが、情報流通全体における「費用」の問題に光を投げかけたと言える。「対価を通じた利用」と価格差別の結果、情報取引全体において費用が低減する（場合によっては増大する）可能性が示されたと言える。

第2に、価格差別と裁定取引によって見えて来る問題がある。これはサイバースペースのみならず、有体物の世界とも関連する。

従来から、シュリンクラップ契約においては、有体物の所有権が需要者

(41)　契約による価格差別論に対する批判としては、Wendy J. Gordon, *Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract*, 73 CHI-KENT L. REV. 1367 (1998); Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799 (2000); James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 2007 (2000); Yochai Benkler, *An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions*, 53 VAND. L. REV. 2063 (2000)、田村・前掲注(10)市場・自由・知的財産222頁、潮海・前掲注(10)28頁等を参照。

に移転しているにも関わらず、どうして使用許諾契約が重ねて必要なのかという疑問が重ねて呈されてきた。我々が書籍や音楽CDを購入した場合、その媒体に付着した情報を享受するに際し、「読書許諾契約」や「聴取許諾契約」といった契約を結んだことはない。シュリンクラップ契約の場合においてのみ、どうして契約を締結する必要があるのだろうか。ソフトウェアのライセンス契約が当然の理であるとされるには、超えねばならないハードルが複数存在しているといえよう。

その一方で、書籍や音楽 CD、ゲームソフトに関しては、中古市場やレンタル市場の規制が度々問題とされてきた(42)。これは、中古品等が新品と「代替性」を有しているということであり、中古市場を舞台とした、ある種の「裁定取引」が行なわれているに等しい。価格差別論が有効に機能するための条件には裁定取引の防止が挙げられており、ここにも関連性が見受けられよう。

以上の点は、有体物の所有権、契約法の規律、そして情報の利用が交錯することから生じる問題点を示している。サイバースペースにおける情報取引は、今やシュリンクラップ契約を過ぎ、情報提供者と需要者が直接の契約関係に立つクリックラップ契約が主流になりつつある。しかしながら、シュリンクラップ契約は過去の遺物ではなく、有体物の所有権と知的財産権、そしてそれを取り巻く契約との関係(43)という、古くて新しい問題に新たな光を投げかけているという点は、いくら強調しても強調しすぎることはない。サイバースペースにおける情報取引の在り方を検討することは、古典的な問題が、装いを新たにして問い直されているということを同時に

(42)　例えば、中古ゲームソフトに関する一連の裁判例を参照。この問題点については、最一小判平成14年4月25日民集56巻4号808頁［中古ゲームソフト大阪事件上告審］により、最終的な決着がついた。また、いわゆる「公貸権」の議論も、この問題と密接な関連性を有する。

(43)　有体物の所有権と当該物に付着する知的財産権の関係については、最二小判昭和59年1月20日民集38巻1号1頁［顔真卿自書建中告身書事件上告審］が正当に指摘するところではあるが、本判決によって所有権と知的財産権の関係に関する全ての問題が解決するわけではない。そこに契約法の規律が加わる場合、事態はさらに複雑さを増すこととなる。参照、中山信弘［判批］法学協会雑誌102巻5号（1985年）1048頁、田村善之『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2002年）2頁以下。

示している格好の例である。

第3に、価格差別と「対価を通じた利用」、技術的保護手段によって、情報流通のイニシアティヴを握るのは誰かという点が挙げられる。現状の知的財産法の保護範囲や保護レヴェルに変更がないのであれば、ごく自然に考える限り、情報提供者の力が増すであろう。この点で、小規模な創作者や需要者の自由利用をいかに考えるべきなのかという点が問われているといえる。

９．情報取引秩序の構築に向けて

以下では、ここまで述べた価格差別と「対価を通じた利用」の枠組みを前提に、情報取引秩序を構築する上での問題点を、かい摘んで論じることとする。

第1に、情報の囲い込みとサービスの利用の交錯という点である。データベース検索を例に取ると、そこでは一見したところ、情報へのアクセスが制限されているように見えるものの、それは検索サービスの利用に過ぎない。このケースでは、知的財産法との関係は直接には問題とならない。

しかし、検索サービスの利用を超え、情報それ自体の利用に制限が付されている場合には、事情が全く異なってくる。ここで知的財産法との緊張関係が明瞭に現れる。営業秘密のような秘密情報の場合には、利用条件に制限を付すことも許されようが、ただ単に技術的保護手段で囲いこまれている情報を同一に扱うことはできない(44)。

例えば、判例検索のデータベースにおいて、データベース検索から得られた判決を複製することができない旨の制限が付されていることがある。

(44)　同旨の見解として、中山・前掲注(10)知財研10周年記念論文集346頁以下、Dan L. Burk & Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management System*, 15 Harv. J. L. & Tech. 41, 67-68 (2001)〔会沢恒（訳）「権利管理システムのためのフェアユース・インフラストラクチャ」知的財産法政策学研究（北海道大学）3号（2004年）163頁〕、Rochelle Cooper Dreyfuss, *Do You Want To Know a Trade Secret? How Article 2B Will Make Licensing Trade Secrets Easier (But Innovation More Difficult)*, 87 CAL. L. REV. 193, 198, 241 (1999).

判決はパブリック・ドメインの領域に存在するべきものであり（日本法においては著作権法13条参照）、データベースサービスの提供業者によって利用行為を囲い込まれるべきものではないだろう。従って、著作権の観点からは、利用条件に係る制限は無効とされるべきである。仮にサービス提供業者が課金を行ないたいのであれば、アクセスの段階において課金すべきであり、利用の段階において制限を付すべきではないと考えられる。

もちろん、ProCD 事件に類する不正競争の局面においては事情が異なる。日本、アメリカの双方において、この種の紛争事案に関しては、不正競争法が十全に機能しているとは言いがたく(45)、紛争において原告は、代替手段として契約法を用いざるを得ない。この点において、シュリンクラップ契約やクリックラップ契約などは、不正競争法理の「落穂拾い」的な役割を果たしていることを忘れてはならないであろう。

従って、これらの議論を踏まえ、前述のとおり、絵画や音楽、言語著作物、事実情報といった個々の情報の特質に応じ、アクセスや利用の条件をキメ細かく定めていく作業が必要となる。こういった場面においては、美学や記号論といった隣接学問分野の知見を借りることが求められよう。

第2に、価格差別と「対価を通じた利用」によって、従来はコストフリーでの利用が許されていた、引用といった利用類型にも課金がなされ、学問の自由といった根源的な自由への萎縮効果をもたらす可能性が考えられる。ここで注目すべきことは、研究者や学生が商業用データベースにアクセスをなす場合において、通常は研究組織等への帰属に基づいて、学問研究の範囲内の利用に関しては、その対価の支払いを実質的に免れているという実態である。アメリカのロースクールにおいては、学生たちは自由に LEXIS と Westlaw を利用することができる。確かに、データベース利用料は学費に含まれていると考えるのが自然であろう。もっとも、そのおかげにより、学生たちは研究を行なう際に、課金という追加的な苦痛を味わ

(45)　アメリカ法においては、不正領得法理（doctrine of misappropriation）の適用は、いわゆる新聞記事のような、賞味期限の付いた「ホットニュース（hot news）」に限られており、原告 ProCD 社は、この法理に依拠することができなかった（前掲注(8)参照）。また、日本法においては、創作性のないデータベースの模倣に対して不法行為責任が認められる余地はあるものの、差止めの救済を受けることが困難である。

わずに済んでいることも事実である。利用者にどのタイミングで課金を行なうのが適当なのかを予測することは困難であるものの、私たちは、かかる実態を単なる事実として眺めるだけではなく、根源的な自由が保障されるような状況を規範的に創出することが求められている。

さらに重要な点としては、情報へのアクセスルートは1つだけしか存在しないというのではなく、代替手段が用意されていることが望ましいということである。これは価格差別の下で、利用者が複数の利用類型から選択をなすことができるという点とも関連する。選択の可能性が確保されていることの意義は、価格差別論の内部に留まるものではない。

つまり、パブリック・ドメインをはじめ、商業ベースの検索システムやデータベース、オープンソース、行政機関による情報提供、図書館や美術館、博物館、大学といった社会に開かれた社会的基盤、こういった複数のチャンネルを利用者が自己の置かれた状況に応じて選択できる多元性が確保された状況が、今後の情報社会においては望ましいと考えられる(46)。

10. 結語

本研究においては、情報取引を「対価」や「費用」といった観点から検討し、分析視角を得ることを目指した。研究対象が包含する領域が多岐に渡るため、多様な視点からの分析なしには、問題の全容を掴むことは不可能である。

本研究の関心は極めて現代的であるが、底に流れる問題は古典的なものばかりである。本研究で得られた知見をもとに、今後の研究を進めて参りたい。

(46) *See* Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 153 (2003).

Information Transactions in a Digital Environment:
From the Perspective of Intellectual Property Law

Ryu KOJIMA*

Index

1. Introduction
2. Looking back to the Year 1996: a “Trilogy” concerning Cyberspace
3. Transition of Law & Technology
4. Contractual Overridability of Copyright Exemptions
5. ProCD Case: Recognition of Shrink-wrap Licenses and Price Discrimination
6. From “Fair Use” to “Fared Use”
7. Theory of Price Discrimination
8. Points Revealed by the Price Discrimination Theory
9. Toward an Establishment of an Information Transactions Order
10. Closing Remarks

1. Introduction

This paper will examine the current arguments concerning information transactions in a digital environment mainly from the perspective of intellectual property law. The aim of this paper is to acquire a basic, uniform viewpoint for future information transactions by using “fares” and “costs” as analytic tools.

The analysis consists of the following. First, I would like to look back to the year 1996, in which three important events occurred, and review the transition of technology, law and the consequential effect of

* Associate Professor, Kyushu University Faculty of Law, Fukuoka, Japan. LL.B., The University of Tokyo Faculty of Law, 2000; LL.M., Harvard Law School, 2003. This article is based on a presentation given at Hokkaido University COE Symposium on November 11th, 2005. I am particularly grateful to Prof. Yoshiyuki Tamura who invited me to the symposium, and Prof. Pamela Samuelson, Prof. Bernt Hugenholtz and other participants who offered valuable comments.

contractual regulation. Second, I will pick up the Seventh Circuit decision of *ProCD* case in 1996, which recognized the formation and enforcement of shrink-wrap license. Price discrimination theory, which was used as a justification for the shrink-wrap contract formation in the *ProCD* case, will then be examined. Third, I will discuss the transition from "fair use" to "fared use" and its implications for information transactions. Fourth and finally, several conditions on how to shape the future model of information transactions will be examined.

Since studying in the United States from July 2002 to July 2004, this chapter will mainly refer to developments in US law. However, the European perspective should also be taken into account,[1] in order to acquire a comprehensive point of view.

2. Looking back to the Year 1996: a "Trilogy" concerning Cyberspace

In this section, I would like to focus on the year 1996, in which three important events took place. Looking back the "trilogy" of this year will provide us with a fundamental perspective to reconsider information transactions in cyberspace.

First, a controversial statement was presented. In this famous statement, "A Declaration of Independence of Cyberspace", John Perry Barlow wrote as follows:

> "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather—
>
> …Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here—
>
> …Your increasingly obsolete information industries would perpetuate themselves by proposing laws, in America and elsewhere, that claim to own speech itself throughout the world. These laws would declare ideas to be another industrial product, no more noble than pig iron. In our world, whatever the human mind may create can be reproduced and distributed infinitely at no cost. The global conveyance of thought no longer requires your factories to accomplish."[2]

Second, in the same year, the Seventh Circuit decision of *ProCD* case written by Judge Frank H. Easterbrook admitted the contract formation and enforceability of so called "shrink-wrap licenses".[3] This decision had a strong impact on intellectual property law, which has not completely ceased yet. Facing the technological development in cyberspace, the effect of this decision is becoming increasingly significant.

Third, we have also to bear in mind the conclusion of the World Intellectual Property Organization (WIPO) Copyright Treaty of 1996[4] (Hereinafter, WCT), in which Article 11 mandated member states to implement legislation to prohibit the circumvention of technological protection measures, such as copy protection technology that prohibits cut-and-paste and access control technology that makes it impossible to access information without certain certification.

The question at stake is whether these three events are independent and nothing to do with each other. My tentative answer is "No". These events are not merely coincidental, but intertwined each other in a very deep manner. More specifically, it will be suggested that these "points" of events are connected in a single "line" based on digitization and networking. In the next section, I would like to examine the

[1] Concerning European law, *see* LUCIE M.C.R. GUIBAULT, COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS OF THE CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT (Kluwer Law International 2002); Thomas Hoeren, *Welche Chancen hat das Urheberrecht im Internet-Zeitalter?*, *in* DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT 5-92 (Arnold Picot, eds., Springer 2003).

[2] *See* John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, *at* http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html (February 8th, 1996). This statement was written for the Davos Conference (World Economic Forum's Annual Conference in Davos, Switzerland) of January 1996. (Last visited on February 1st, 2006)

[3] ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). In practice, "shrink-wrap licenses" were already used back in 1980's. *See* Mark A. Lemley, *Intellectual Property and Shrink-wrap Licenses*, 68 SOU. CAL. L. REV. 1239 (1995).

[4] World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, CRNR/DC/94/eng (Dec. 20, 1996) (WCT), *available at* http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/distrib/94dc.htm (Last visited on February 1st, 2006)

transition of technology and the law.

3. Transition of Law & Technology

The development of digital technology has dramatically changed the scenery of the basic structure of information transactions from what we have seen in the so-called “analog world”.

Digital technology has brought us enormous benefits, for example, almost cost-free copying and information dissemination, which results in the reduction of transaction costs. We can easily access information from a wide variety of sources that we could not have imagined in the past. However, the emergence of P2P file-sharing software, like Napster, KaZaA, Winny, Grokster, etc. and the consequential rampancy of illegal exchanges of copyrighted works are also undermining the basis of copyright protection. This phenomenon is sometimes referred to as “cyber-anarchy”, and the above-mentioned John Perry Barlow’s famous statement mirrored this orientation.

Even if we admit the benefits of digital technology that have reduced the transaction costs of copying and information dissemination, the ensuing total copyright anarchy surely cannot be tolerated. If we leave the situation as it is, the motivation of creators will be diminished, and the fundamental purpose of intellectual property law will be slowly chipped away.

In order to cope with this situation, the WCT was signed in 1996. Implementing the duty as a signatory state, the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) was enacted in the United States in 1998, prohibiting not only the public distribution of the anti-circumvention apparatus, but also the circumvention of the technological measures itself (access control technology) even by the general public.

In Japan, on the contrary, circumvention itself was not prohibited, since it was thought to involve too much intervention over individual freedom. Instead, the public tender of the circumvention apparatus was regulated in order to reconcile the interests of the right holders and the ordinary users. It is true that the private copying accompanied with the circumvention is not regarded as copyright exemption, however, the circumvention itself by the end users was not the target of the regulation. The Japanese legislation can be evaluated as a restrained manner of regulation to mediate the tensions among the various stake holders.

It is true that digital technology facilitates the rampancy of illegal copying. But on the other hand, digital technology makes it easier for

the content providers or right holders to "control" the dissemination process in accordance with the anti-circumvention legislation. Technological protection measures can block the copy or access of the information and it brings a huge impact toward information dissemination. With the mixture of contracts and technological protection measures, information providers can impose harsh contractual conditions, which are able to “override” fair use privileges or copyright exemptions. Although the problem itself was already pointed out when shrink-wrap licenses emerged in the mid 1980’s, the threat of so-called “perfect control”[5] has become a reality.

The problems aforementioned also embrace the conflicts with consumer protection, competition law policy, the fundamental rights, such as freedom of speech, and the territoriality principle of intellectual property, etc.

Facing these "contradictory" pressures, the role of intellectual property law is being challenged. How can we find the optimal balance between proprietarily protection and free use among the stake holders? What is the ultimate goal of intellectual property law?

In analyzing this theme, it is necessary to adopt such viewpoints as intellectual property law (especially, copyright law), contract law, and technological protection measures. For deeper analysis, the following perspectives are indispensable: (1) trade secret protection in terms of the analysis of information to which access is not permitted; (2) the freedom of expression with the relationship to creative/expressive activities;[6] (3)

[5] *See* LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 122-141 (Basic Books 1999).

[6] *See* Mark Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L. J. 147 (1998); Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright’s Constitutionality*, 112 YALE L. J. 1 (2002); James Boyle, *The First Amendment and Cyberspace: The Clinton Years*, 63 LAW & CONTEMP. PROB. 337 (2000); Rebecca Tushnet, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common with Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B.C. L. REV. 1 (2000); Hannibal Travis, Comment, *Pirates of the Infromation Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, 15 BERKELEY TECH. L. J. 777 (2000); Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1 (2001); Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 173 (Winter/Spring 2003); Wendy J. Gordon, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031

the antitrust law and the theory of industrial organization in terms of the present situation where information providers often exercise monopolistic power in the market. As long as this paper considers information transactions from the viewpoint of "fares," knowledge in fields such as the antitrust law and the theory of industrial organization is fundamental in terms of what price action monopolistic companies take. Moreover, (4) unfair competition, especially the doctrine of misappropriation, should be taken into account to consider the extraction and use of information from a database service.[7] Finally, (5) reflection on the effects on the public domain,[8] which is a concept contrary to the enclosure of information, is also essential. Due to the space limitations, this paper cannot cover all points in this argument in full detail, but the broad perspectives as above mentioned should always be kept in mind.

4. Contractual Overridability of Copyright Exemptions

The problem mentioned above is often argued under the title of "contractual overridability of copyright exemption". Backed by the contract and the technological protection measures, information which used to be freely used under the copyright exemption or fair use doctrine can be either materially unexploited or exploited with charge.

The information that can be enclosed by the contract and the technological protection measures are not only limited to copyrighted works, but also embrace the factual data, information which falls in the

(2002). Also *see* SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 136 F.Supp. 2d 1357 (N.D. Ga.), vacated, 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001) (per curiam), order vacated and opinion substituted, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001).

[7] *See* International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918). *See* RICHARD A. EPSTEIN, TORTS 602-604 (Aspen Law & Business 1999); Douglas G. Baird, *Common Law Intellectual Property and the Legacy of International News Service v. Associated Press*, 50 U. CHI. L. REV. 411 (1983); Richard A. Epstein, *International News Service v. Associated Press: Custom and Law As Sources of Property Rights in News*, 78 VA. L. REV. 87 (1992); Wendy J. Gordon, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, 78 VA. L. REV. 149 (1992).

[8] *See* Jessica Litman, *Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965 (1990); Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Disclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999). Also *see* The Duke Law School Conference on the Public Domain, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. (Winter/Spring 2003).

public domain after the duration, etc. We will have to construct a comprehensive analysis of the information transactions, however, a certain type of taxonomy is valuable. Through analyzing the relationship between contract and copyright exemptions, overarching principles will be much clearer. Therefore, we will move on to the relationship between contract and copyright exemptions in the next part.

In Japan, there has not been any case concerning the contract formation of shrink-wrap or click-wrap licenses.[9] However, the contract formation may be permitted, taking into consideration the trend in the United States and Europe. It is quite intriguing that the guideline, released by the Ministry of Economics, Trade and Industry (METI), recognizes the contract formation, (1) if the users are informed before unsealing or clicking that the contract will come into effect if they unseal or click, and (2) they then unseal or click after agreeing with those conditions. When such contractual conditions are not clearly specified, however, contract formation is not permitted even if the consumer unseals or clicks.[10]

Once contract formation is admitted, the remaining question concerns its enforceability. Under Japanese law, can copyright exemptions function as "mandatory rules"? One thing we have to bear in mind is that the terminology of "mandatory rules" is different from the common usage.[11] Copyright is defined as "a right against the world"[12] and contracting parties do not change the "scope" of the copyright. Copyright itself does neither shrink nor enlarge by the contract. Even if

[9] The examination under the Agency of Cultural Affairs (*Bunkacho*) has already started. *See* The Report of The Copyright Sectional Committee of the Cultural Affairs Council *(Bunka Shingikai Chosakuken Bunkakai Hokokusho*) (The Copyright Sectional Committee of the Cultural Affairs Council, 2006), *available at* http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/06012705/007.pdf (Last visited on February 1st, 2006)

[10] *See* Nobuhiro Nakayama, ed., *Bessatsu NBL no. 93: Kaitei Denshishōtorihiki ni kansuru Junsoku to sono Kaisetsu* (NBL separate volume no. 93: Revised rules for E-Commerce and explanation thereof) (Shojihomu 2004), *available at* http://www.meti.go.jp/policy/it_policy/ec/e30613aj.html (Last visited on February 1st, 2006)

[11] Hiroo Sono, *Keiyaku to Gijutsu ni yoru Chosakuken no Kakucho ni kansuru Nihon no Jokyo (Dealing with Contractual and Technological Expansion of Copyright under Japanese Law)*, 3 INTELLCTUAL PROPERTY LAW AND POLICY JOURNAL (CHITEKI ZAISAN HOSEISAKUGAKU KENKYU) 189 (2004).

[12] ProCD, 86 F.3d, at 1447.

there are some problems with the terminology, I would like to use the term "mandatory rules", whose power is reserved in the copyright law and can negate the enforcement of the contract, taking care of the deviation from the common usage.

Next, we would like to take a look at the arguments in the United States and Europe. In the United States, the problem emerged in the process of adopting the Uniform Computer Information Transactions Act (Hereinafter, UCITA). The following two sections have been subject to intense discussion, namely section 209 [13] stipulating mass-market licenses and section 105 [14] stipulating that a contract violating a

[13] UCITA § 209: Mass-Market License
(a) A party adopts the terms of a mass-market license for purposes of section 208 only if the party agrees to the license, such as by manifesting assent, before or during the party's initial performance or use of or access to the information. A term is not part of the license if:
(1) the term is unconscionable or is unenforceable under section 105(a) or (b); or
(2) subject to section 301, the term conflicts with a term to which the parties to the license have expressly agreed.
(b) If a mass-market license or a copy of the license is not available in a manner permitting an opportunity to review by the licensee before the licensee becomes obligated to pay and the licensee does not agree, such as by manifesting assent, to the license after having an opportunity to review, the licensee is entitled to a return under section 112 and, in addition, to:
(1) reimbursement of any reasonable expenses incurred in complying with the licensor's instructions for returning or destroying the computer information or, in the absence of instructions, expenses incurred for return postage or similar reasonable expense in returning the computer information; and
(2) compensation for any reasonable and foreseeable costs of restoring the licensee's information processing system to reverse changes in the system caused by the installation, if:
(A) the installation occurs because information must be installed to enable review of the license; and
(B) the installation alters the system or information in it but does not restore the system or information after removal of the installed information because the licensee rejected the license.
(C) Omitted

[14] UCITA section 105 (b) stipulates as follows, which admits the contract formation to some extent.
(b) If a term of a contract violates a fundamental public policy, the court may refuse to enforce the contract, enforce the remainder of the contract without the impermissible term, or limit the application of the impermissible term so as to avoid a result contrary to public policy, in each case to the extent that the interest

"fundamental public policy" shall be invalidated. In section 209, whether a party has an opportunity to review the terms of a contract is brought into question. A buyer is entitled to return the product if he cannot agree to the terms of the contract.

One question is whether setting a section concerning return is sufficient as a discipline of contracts. What can parties do if they want to dispute over the terms of a contract themselves, regardless of their intention to return? In this sense, the interpretation of section 209(a) is important. The section stipulates that a term is invalidated if it is contrary to the federal preemption or a "fundamental public policy."

Since argument over preemption has much to do with the United States federal system, it is very difficult to utilize directly in a Japanese context in which a federal system does not exist. Therefore, I would like to mainly refer to the "fundamental public policy" issue. This part thus reviews official comments on section 105.[15]

UCITA Official Comment states as follows: Fundamental public policy is related to innovation, competition, fair comment and fair use. Innovation policy requires a balance between protecting property interests in information to encourage its creation and the importance of a rich public domain upon which most innovation ultimately depends. Competition policy prevents unreasonable restraints on publicly available information in order to protect competition. Rights of free expression may include the right of persons to comment, whether positively or negatively, on the character or quality of information in the marketplace. Free expression and the public interest in supporting public domain use of published information also underlie fair use as a restraint on information property rights.[16] In the case of mass-market transactions, terms that prohibit making multiple copies or using for commercial purposes or that limit the number of users authorized to access the information are typically enforceable.[17] On the other hand, terms that prohibit reverse engineering, quotation for purposes of education or criticism, or that preclude a library licensee from making a back-up copy

in enforcement is clearly outweighed by a public policy against enforcement of the term.

[15] *See* NCCUSUL, Uniform Information Transaction Act, Official Comment, § 105, Comment 3, pp.46 (2002), *available at* http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/2002final.pdf (Last visited on February 1st, 2006)

[16] *Id.* at 47.

[17] *Id.* at 47.

would "ordinarily" be invalid.[18]

The official comments go on to state that many areas of public information policy are in flux and subject to extensive debate,[19] followed by a comment that the terms restricting reverse engineering should be invalidated.[20] This point is reconfirmed in section 118 together with "interoperability".[21]

In Europe, the Computer Programs Directive of 1991[22] and the Database Directive of 1996[23] stipulate that the contract which is contrary to the certain types of exemptions, say, reverse engineering in the Computer Programs Directive, is null and void.[24] Nevertheless, the degree of "mandatoriness" differs from country to country in the course of the national implementation of the directives. I will briefly take a look at two interesting pieces of legislation.

The first one is Belgian law.[25] In order to cope with the Database Directive, Belgian law stipulates that the exploitation such as the purposes of educational, scientific research, administrative or judicial procedure, should be mandatory.[26]

Second, article 69e of German copyright law allows reverse engineering "in order to acquire the essential information concerning the interoperability between independently created computer program and

[18] *Id*. at 47.
[19] *Id*. at 47.
[20] *Id*. at 47.
[21] UCITA § 118. *See* NCCUSUL, supra note 15, at 74.
[22] *See* Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC), articles 5 (Exceptions to the restricted Acts) and 6 (Decompilation).
[23] *See* Directive 96/9/EC of The European Parliament and of The Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, article 6 (Exceptions to restricted Acts).
[24] Article 9 of Computer Programs Directive is as follows: Any contractual provisions contrary to article 6 or to the exceptions provided for in article 5 (2) and (3) shall be null and void. (underline added)
[25] *See* Loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *available at*, http://www.droit-technologie.org/legislations/loi_base_de_donnees_980831.pdf (Last visited on February 1st, 2006)
[26] Article 23bis: Les dispositions des articles 21, 22, 22bis et 23, §§ 1er et 3, sont impératives. (underline added)

other program"[27], and article 69g stipulates that the contract contrary to article 69e is invalid.[28]

The argument in the United States and Europe tell us that it is difficult to have a consensus for which category of use should be a mandatory exemption. Additionally, copyright law is a "hodgepodge" consisted of different types of copyrighted works. Reverse engineering perfectly fits with the computer programs, however, it is impractical to discuss the same issue for paintings or novels that are lacking technological elements. In accordance with the nature of each copyrighted work, the extent of mandatory exemptions should be clarified. For example, whether the copyrighted work is (1) a traditional work in which the creator's personhood spills out, (2) a work which is closer to factual information and thus its originality is relatively lower, (3) a work pursuing functionality, such as computer programs, etc.

As a base line of each copyrighted works, it may be possible to stipulate that the reverse engineering of the computer programs, or the extract and the exploitation of the information for the non-commercial, educational purposes of the database, is a mandatory exemption. Nonetheless, for example, various situations can be assumed in the reverse engineering, from the very narrow German law exemption to the general extent. Therefore, it is quite difficult to have an unambiguous answer.

The tentative conclusion is that it may be difficult for the copyright exemptions in general to play a role as "mandatory rules". However, it is unquestionable that we need to have a guiding rule, and the following two steps are required. First, we have to factor out whether each category of use has its mandatory element. Second, overarching factors to nullify the contract that embrace different types of information should be clearly spelled out.

For the second argument, it is quite valuable for us to consider the "cost" or "fare" in the information transaction process, which is derived from the *ProCD* case.

[27] UrhG 69e: „...um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms mit anderen Programmen zu erhalten".
[28] UrhG 69g Abs. 2: Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu § 69d Abs. 2 und 3 und § 69e stehen, sind nichtig. (underline added)

5. *ProCD* Case: Recognition of Shrink-wrap Licenses and Price Discrimination

The plaintiff, ProCD, Inc., developed a database, in which the information of more than 3,000 telephone directories was compiled and sold as a CD-ROM. ProCD sold one set of the database to the general public for personal use at 150 dollars, while selling it to commercial users at a higher price. Products for the general public were accompanied by a shrink-wrap license that prohibited the commercial exploitation of the product.

The defendant, Matthew Zeidenberg, purchased a product for the general public and, contrary to the restrictions, started providing a database service at charge. Zeidenberg set a lower price than the fee charged by ProCD for commercial users.

The issue in this dispute was whether the defendant had breached a contract concluded with the plaintiff.[29] In the district court,[30] the contract formation of the shrink-wrap license was not permitted.

In contrast to the district court, the Seventh Circuit admitted the contract formation[31] and the enforceability of the shrink-wrap license. In this judgment, Judge Frank H. Easterbrook used the theory of so-called "price discrimination" in order to justify the contract formation and enforcement.

Judge Easterbrook used the following reasoning: Assuming that a law student uses the LEXIS database, containing public domain documents, under a contract limiting the results to educational purposes. Is the student allowed to resell his right of access to this database to a law firm from which LEXIS levies a much higher hourly rate?[32]

ProCD offers software and data for two prices: one for personal use, a higher price for commercial use. Zeidenberg tried to use the data without paying the higher price. If the law student could not sell his access right to the database to a law firm, neither can Zeidenberg use the data.[33]

Two important points for analyzing the *ProCD* case are as follows: (1) the viewpoint of "fare" for the use of information and (2) the point that consumers can choose from several forms of use. Put another way, the "costs" or "fares" in the process of use and distribution of information are questioned. Therefore, before proceeding to the discussion on price discrimination theory, the next part verifies one model for the use of information, which has been discussed in the United States.

6. From "Fair Use" to "Fared Use"

It has been pointed out that a transition from "fair use" to "fared use" is expected to occur in future information transactions.[34] Transaction costs, which are also counted as an element to be considered in determining the establishment of fair use, play an important role in this argument. If the license is easy to acquire from the right holders, it is more difficult to tilting on the fair use.[35] Therefore, the area of fair use will be reduced with the development of information and communications technology.

Seen from the perspective of "cost", another question arises whether fair use is "free use," that is, cost-free use. The notion of cost-free use

[29] Both the district court and the appellate court concluded that the database prepared by the ProCD did not have a minimum "originality" under the copyright law. *See* ProCD, 908 F.Supp. 640, at 647 (W.D. Wis. 1996); ProCD, 86 F.3d at 1449. This is in line with the U.S. Supreme Court decision of the *Feist* case in 1993. *See* Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1993).

[30] *See* ProCD, 908 F.Supp. 640-655.

[31] Regarding the contract formation of shrink-wrap licenses, *see* Maureen O'Rourke, *Copyright Preemption after the ProCD Case: A Market-Based Approach*, 12 BERKELEY TECH. L. J. 53, 57 (1997); Symposium, *Intellectual Property and Contract Law in the Information Age: The Impact of Article 2B of the Uniform Commercial Code on the Future of Information and Electronic Commerce*, 13 BERKELEY TECH. L. J. 809 (1998); James J. White, *Autistic Contracts*, 45 WAYNE L. REV. 1693 (2000).

[32] *See*. ProCD, 86 F.3d at 1454.

[33] *Id*. at 1454.

[34] *See* Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 557 (1998).

[35] American Geophysical Union v. Texaco, Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994); Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc., 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996) (en banc), cert. denied, 117 S. Ct. 1336 (1997). Also *see* 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); Working Group on Intellectual Property Rights, U.S. Dep't of Commerce, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (1995).

only applies to the area of using information. Assume you go to a library in order to conduct some research. Users pay numerous costs such as copying fees, time and transportation fees and so on. Moreover, since the boundary between fair use and copyright infringement is unclear, the possibility of being sued is also included in the cost. These are "hidden costs" for the use of the information.

Theoretically speaking, if all sorts of hidden costs are diminished through "fared use", the development of information and communications technology, and the expanding scope of price discrimination theory, consumers will be able to choose information goods in accordance with their own state of interest, and information providers' profit will increase, which is desirable from a welfare point of view.

In considering the process of information transactions, one of the important keys for the solution is price discrimination theory. Price discrimination theory was used as a justification in accepting the establishment of shrink-wrap licenses. The theory requires information providers to prepare several options in advance, depending on the form of access to, or use of information, and to allocate different prices for the respective options.[36]

[36] *See* William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI-KENT. L. REV. 1203 (1998); WILLIAM W. FISHER III, PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT 163-169 (Stanford University Press 2004); Wendy J. Gordon, *Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract*, 73 CHI-KENT L. REV. 1367 (1998); Julie Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799 (2000); James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 2007 (2000); Yochai Benkler, *An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions*, 53 VAND. L. REV. 2063 (2000); Michel J. Meurer, *Copyright Law and Price Discrimination*, 23 CARDOZO L. REV. 55 (2001), etc.

7. Theory of Price Discrimination [37]

Price discrimination means setting different prices for the same goods or services depending on consumers. In order to make price discrimination workable, necessary conditions are as follows.[38]

Firstly, goods or service providers are capable of exercising some sort of monopoly power in the relevant market. This is because a basis for price discrimination could hardly exist if there were competing others that could provide the same goods or service.

Secondly, goods or service providers know the "preference" and the "willingness to pay" of consumers, in other words, i.e. the elasticity of demand, to a considerable extent, though not necessarily perfectly. This is because if providers do not know the elasticity of demand, there will not be much difference from providing goods at a flat price.

Thirdly, consumers cannot conduct arbitrage, or the cost of arbitrage is significantly high. As long as arbitrage is conducted, providers' income decreases. Therefore, physical or social conditions for prohibiting arbitrage must be fulfilled.

Price discrimination has been used for a long time even before the emergence of shrink-wrap licenses, such as in the case hard covers and paperback books. However, the recognition of shrink-wrap licenses has changed the significance of price discrimination itself. In the analogue world, price discrimination was used relying on the *quality* of the tangible articles. Usually, the quality of the two goods was differentiated, such as in the above mentioned case of hard covers and paperback books, because it is difficult to provide the same quality of tangible articles at a different price, making a contract with the users and preventing their "arbitrage". After the *ProCD* case, on the contrary, price discrimination is used to "control" the exploitation of the

[37] *See* LOUIS PHILIPS, THE ECONOMICS OF PRICE DISCRIMINATION (Cambridge University Press 1981); J. TIROLE, THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 133 (MIT Press 1988); DENNIS W. CARLTON & JEFFERY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION 289 (Fourth Ed., Pearson 2004); Hal R. Varian, *Differential Pricing and Efficiency*, 1 First Monday (Aug.5, 1996), *at* http://www.firstmonday.dk/issues/issue2/different/; Hal R. Varian, *Pricing Information Goods, available at* http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/price-info-goods.pdf; Hal R. Varian, *Versioning Information Goods, available at* http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/version.pdf (Last Visited on February 1st, 2006).

[38] *See* Tirole, *supra* note 37, at 133.

information, backed by the contractual regulation. Providers do not have to change the quality of their goods any more.

8. Points Revealed by the Price Discrimination Theory

Taking into account the legal protection of technological protection measures such as copy protection and access control, discussion over price discrimination seems to be unavoidable in seeking the establishment of a new legal system in the information society of the future. Although it is difficult to offer unconditional support for price discrimination, the impact of this theory within intellectual property law cannot be underestimated. Problems revealed by price discrimination theory are as follows.

First, as mentioned above, price discrimination theory sheds light on the "costs" of the entire information transaction. The theory is thus considered to have shown the possibility that the overall costs of information transactions will be reduced (or, maybe increased) as a result of "fared use" and price discrimination.

Secondly, there is a problem that appears through price discrimination and arbitrage, which is related not only to the cyberspace but also to the world of tangible articles.

It has been repeatedly pointed out why a license is necessary in terms of shrink-wrap licenses despite the fact that the ownership of the tangible thing has been transferred to the consumer. In the case where we buy books or music CDs, we never have a contract such as a "reading license contract" or "listening license contract" before enjoying information attached to such articles. Why do we need to have a contract only in the case of shrink-wrap licenses? It is necessary to recognize that there are several hurdles to clear, before software license can be established as a matter of course.

On the other hand, for books, music CDs and software games, regulations on the secondhand market and rental market have been intensely discussed. Secondhand goods offer an "alternative" for new products, which means that a sort of "arbitrage" may be seen in the secondhand market. As mentioned above, the prevention of arbitrage is a necessary condition for the effective functioning of price discrimination, and relevancy can also be seen here.

The above indicates the problems arising from the overlap of ownership of tangible things, the discipline of contract law, and the use of information. In information transactions in cyberspace, click-wrap

licenses, in which information providers and consumers are in a direct contractual relationship, are becoming increasingly mainstream. However, it cannot be overemphasized that shrink-wrap licenses are not a thing of the past. It is, in fact, shedding light on an old but new problem, namely the relationships between the ownership of tangible things, intellectual property rights and surrounding contracts. Consideration of desirable information transactions in cyberspace seems to be a good example indicating that a classical issue is being redefined with a new face.

Thirdly, there is a question of who will take the initiative in information transaction as a result of price discrimination, "fared use" and technological protection measures. If the scope and the level of protection under the current intellectual property law remain the same, the power of information providers will naturally increase. In this regard, the way of considering free use of small-scale creators and consumers should be guaranteed.

9. Toward an Establishment of an Information Transactions Order

This part briefly points out the problems to be argued in establishing an order of information transactions by using price discrimination theory and the "fared use".

The first problem is the overlap between the information enclosure and the use of services. For example, in terms of databases, although access to information may appear to be under control at first glance, it actually involves the mere use of retrieval services. In this case, relationships with intellectual property law do not matter.

However, the situation totally differs if the use of information itself is restricted beyond the use of database services. In such cases, a tension with intellectual property law becomes apparent. It may be permissible to put restrictions on the use conditions in the case of confidential information such as trade secrets, but information merely enclosed by the technological protection measures cannot be treated in the same way.[39] For example, in the database service for the case-law

[39] *See* Dan Burk & Julie Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management System*, 15 HARV. J. L. & TECH. 41, 67-68. (2001). Also *see* Rochelle Cooper Dreyfuss, *Do You Want To Know a Trade Secret? How Article 2B Will Make*

search, you can find the condition that the judicial judgment retrieved by the database cannot be reproduced. Judicial judgments should fall in the public domain[40] and not be controlled under the use restrictions by the database service provider. From the point of view of copyright, use restrictions should invalidated, and if the service provider wants to charge us, they should do so only in the phase of access to the service without any restrictions regarding the conditions of exploitation.

Of course, unfair competition similar to the ProCD case is a different story. Both in Japan and the United States, unfair competition in this category is not workable[41], the plaintiff has to use contractual regulation instead. In this regard, it should be also borne in mind that shrink-wrap and click-wrap licenses function as a "gap-filler" for unfair competition doctrine.

As mentioned above, therefore, it becomes necessary to set detailed conditions for access and use according to the characteristics of individual information, such as paintings, music, literary works and factual information. In doing this work, it may well be necessary to refer to insights from neighboring academic fields, such as aesthetics and semantics.

Secondly, there is a possibility that the forms of uncharged use such as quotation, will be charged due to the "fared use," which brings about a chilling-effect toward academic freedom and other kinds of fundamental freedom. One thing we have to consider here is the current circumstances in which researchers and students access commercial databases. They are, in general, substantively exempted from the payment of fares for access within the scope of academic research, based on the attribution to a certain research organization and so on. In US law schools, the students can freely use LEXIS and Westlaw. It is taken for granted that the license fee of the database service is already included within tuition, however, students do not have to receive the additional burden of payment in conducting research. Although it may be difficult to predict the most appropriate time for the users to be levied, we are

Licensing Trade Secrets Easier (But Innovation More Difficult), 87 CAL. L. REV. 193, 198, 241 (1999).

[40] *See* Article 13 of Japanese copyright law.

[41] In the United States, because the doctrine of "misappropriation" only applies to "hot news", such as newspaper articles, the ProCD could not rely on this rationale. *See* supra note 7. In Japan, tort liability may be admitted, however, injunctions cannot be achieved through this means.

required not only to view such current circumstances as a mere fact, but to also normatively create situations where fundamental freedoms are ensured.

Another important point is that there should be more than one access route to the information and alternatives are available. This is also related to the very point that the users can choose from several forms of use under the price discrimination. The significance of the secured possibility of choice among several goods does not remain within price discrimination theory.

In short, a desirable situation in the future information society is a "pluralistic" one, where users can choose from several channels, such as the public domain, commercial databases, open sources, information provision by administrative organizations, libraries, art museums, universities and other social infrastructures, depending on their own situation.[42]

10. Closing Remarks

This study aims to obtain an analytic viewpoint for considering the information transactions, through the examination of "fare" and "cost". Since the problem covers a wide range of areas, the whole picture cannot be grasped without an analysis from various perspectives.

Although the theme covered by this study is very modern, underlying problems are quite classical. Based on the insights obtained in this research, further analysis is to be required in the near future.

[42] *See* Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 153 (2003).