



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	制度論的観点から見た著作権 : アクター・利益・利害関係と参加のロジック(2・完)
Author(s)	Engelbrekt, Antonina Bakardjieva; 田村, 善之//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 23, 29-56
Issue Date	2009-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43596
Type	departmental bulletin paper
File Information	23_29-56.pdf



制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック (2・完)

Antonina Bakardjieva ENGELBREKT

田村 善之(訳)

4. 制度的参加の方法の変化：デジタル著作権のケース

デジタル技術や国際的な通信ネットワークが著作権をめぐる状況に及ぼす影響は、過去10年間において国際的な法理論の世界において最も議論されてきたテーマの一つであるといっても過言ではないだろう。この議論には、多くの階層と方向がある。制度的な観点からは、新しい技術がいかんにして制度選択、制度設計、決定プロセスへの参加のパターンの変化に影響を及ぼすのかということを検証することが興味を惹く。デジタル化とグローバル化が、それまでに確立されていた制度の均衡を動揺させ、既得権者の地位を脅かす新しいアクターと組織を生み出しており、制度選択と制度設計を真剣に再検討することが要請されているように思われる。

4.1 知的創作物の市場の変化

デジタルテクノロジーは、著作権により保護されてきた著作物の無体物(情報または公共財)の側面を劇的に際立たせることとなった(Long, 2004)。たしかに、今日においても、有体物の側面は、一定の分野における著作物の価値の大きな部分を占めている(たとえば、絵画、彫刻等)。しかし、そうではない著作物にあっては、有体物の特徴が剥ぎ取られ、純粹の無体物(情報)へと還元(または昇華)されている。今日では、複製は、特に視聴覚著作物にあっては、(ほぼ)コスト・ゼロで質をほとんど低下させることなく行うことが可能である。別の分脈では、技術が、知的な作品の流通と消費の方法を再び革新的に変化させている。インターネット

トやP2Pネットワークは、著作物を容易に大量に交換し同時に享受することを可能にした。この新しい流通形式を特徴付けているものは、分散的で媒介を必要としないということである。交換は、B2BでもB2Cでもなく、むしろ、C2Cで行われており、しかも、ここでいうCは消費者とクリエイターの双方を意味しているのである。

こうした創作物の流通の特徴の変化は、伝統的な著作権のモデルに支えられていた知的作品の市場に大きな影響を及ぼしてきた。実際、対価を払わずに文化的な作品を消費するフリー・ライダーを排除するという難題は、極めて厄介なものとなっている。視聴覚著作物の大規模生産者の側に立った主張は、潜在的な損失が回避されることにより、当該市場への参加が大幅に抑止される可能性があり、場合によっては市場自体が成立しなくなる可能性すらあるということになる (Ginsburg, 2001)。

「機械に対する解答」は、「機械の中にある」という命題はほとんどの場合真実といえる (Clark, 1996)。一般に立法システムが実効的な保護を実現するには愚鈍であり怠惰であるという条件下で、生産者は、技術的保護手段 (technological protection measures: TPM) その他のデジタル権利管理モデルに訴え、ネットという野獣を手なずけ、新たなコミュニケーション・ネットワークに仕立てるために轡を嵌め、投資の一部の回収に努めている。それと同時に、台頭する技術的なプラットフォームは、文化産業における市場の集中を加速させ、新しい不完全市場の中核を形成するようになった。

新しいテクノロジーは、創造性に対して、多面的に影響を及ぼしている。インターネットによって一見可能になった「グローバル・ヴィレッジ」は、ポップ・カルチャーの勝利をもたらし、世界的規模での消費者の選好の同一化をもたらした (Kretschmer, Klimis and Wallis, 1999a)。こうした傾向は、上述した文化産業における利害関係の集中により促進され、それがさらなる利害関係の集中を強化するという関係にある。音楽産業における悪名高き4大レーベルの支配は、この傾向を如実に物語る。こうした強力な経済的アクターによって行使される著作権の割当てと保護範囲によって影響を受ける消費者の集団は、指数関数的に増加している¹⁶。他方、デ

¹⁶ 特定の地域のリテラシー、教育、生活の標準的な水準が一般的に向上したことが確実にその原因となっている。

ジタル化と結合したグローバル・コミュニケーション・ネットワークは、これまで知られていなかった「取り込み型」創作の波に拍車をかけた。消費と生産の区別が曖昧なものとなったのである (Benkler, 2000; Liu, 2002-2003)。

このように文化の生産、流布、消費の今日のパターンはそれぞれ並行しながら、しばしば互いに矛盾する傾向を示すので、創作物の市場が今後、どのように展開していくのかということに関しては多様な予測がなされており、見解の一致を見ていない。一方では、確立した企業のアクターの集中とその支配という傾向が続伸する結果、新規参入と文化的な多様性が犠牲になることに対して懸念を示す者もいるが、他方では、文化的商品の創作者と消費者間の直接的な交換が爆発的に増加し、媒介者の役割が衰退することを予言する者もいる (Ginsburg, 2001; Kretschmer, Klimis and Wallis, 1999a, 1999b; Kretschmer, 2003)。

4.2 政治プロセスにおける変化

デジタル化時代の以前にも、すでにクリエイティブ産業における新たなテクノロジーの進展は、著作権の分野における政治プロセスに重大な影響を及ぼしていた。創作物の(再)生産や流布に関する新たな手法の登場は、強固な排他的権利について大きな利益をもった新たな産業の登場につながるが多い。その最たる代表例が、レコード業界、放送業界、コンピュータ業界に関する物語であり、それぞれ制定法により関連する権利が新設されたり、一般的な著作権の体制の下に新たな対象が包摂されたりすることになった(ソフトウェアの保護が顕著な例)。一般的にいえば、著作権は、かつての中立的で水平的な法形成の分野に属していたものから、ユーザーの側の利害関係は小さくかつ分散していることはそのままにして、関係業界の利害関係が大きくかつ集中している、という垂直的で業界別の法形成へと変容を遂げている。このことは、著作権とそれに関連する権利(著作隣接権)という便利な区別によって一定程度不明瞭となっているヨーロッパと異なり、アメリカ合衆国の著作権法に関してはよく知られた認識である (Litman, 1989; Litman, 1996; Renman Claesson, 2003)。

比較制度分析は、これと類似する利益構造の下での政治プロセスに伴う多種多様な欠陥を警告してくれるが、そのなかでも最も深刻なものは、前

述した「少数派バイアス」である。公共選択理論に従い、政治家をして合理的な「経済人」であり、利益を最大化するよう行動する者として指定するのであれば、決定の帰結は、強大で声が大きい利益団体に有利な方向にかなり歪曲したものとなることが予想される (Buchanan and Tullock, 1962)。しかし、貪欲で悪意に満ちた政治家の理論を受け入れなかったとしても、決定プロセスの帰結について心配しなければならないことには変わりはない。Komesar が強調したように、政治プロセスは、情報に基づいて形作られており、一つの集団が政治プロセスにおいて代表され過ぎている場合、情報の流れをコントロールすることになるのはこの集団となろう (Komesar, 1994)。

経済学の文献において、著作権に関する公共選択論的な見方を最も適切に表現するのが、Kay の下記の文章である。

「我々が手にしている著作権法は、経済的、社会的厚生を最大化するプロセスの帰結として性格付けるよりも、公共選択論的な観点に立脚したほうがよりよい説明を与えることができる。率直に言うてしまうと、著作権法は、第一義的には、出版者、レコード会社、ここ10年ではソフトウェア・ハウス等の組織化された生産者集団にレントを確保するという体系的な目的をもって発展してきた」 (Kay, 1993, p. 337)。

実際、新しいテクノロジーの波が押し寄せた結果、著作権の分野における立法の介入が果たされてきたことは、かかる見解の賢慮を裏書きする。国内の、あるいは国境をまたぐ立法のプロセスにおいて、十分に組織化された様々な業界の集団による強力なロビー活動の圧力について、多数の報告が存在する (Litman, 1989; Litman, 1996)。ヨーロッパの立法のプロセスにおける悪名高き一例が、欧州ソフトウェア指令の交渉時におけるソフトウェア業界の狂乱のロビー活動である (Van den Bergh, 1998, p. 29)。

そうはいつても、いくつかの例では、個々の著作権産業の権力に対して、政治的関与を行う動機付けとして十分に大きい利害関係を有する大企業のユーザー (たとえば、コンテンツを集積したり頒布する業者) が対抗することにより、釣り合いがとれていたというところもある (たとえば、ジ

ューク・ボックスの管理者、放送事業者、今日の ISP)。そのような場合の立法のプロセスは、影響を受ける業界の間での直接的な交渉という特徴を持つことが多いことが指摘されている (Dinwoodie and Dreyfuss, 2004)。テクノロジーの複雑性や利益の集散の度合いを考慮して、立法者は、現実的な策として、意見の相異を平準化し妥結に至る作業を、交渉をなす当事者に委託した。その結果、対象となっている事項や妥協の正確な意味とその示唆に関する立法者の知識は限られたものに止まることになる。このことは、立法者意図というものを真剣に検討することを馬鹿げたものとする (Litman, 1989)。著作権管理団体は、著作者と同じ屋根の下にしながら、市場取引に関与する構成員 (出版者、製作者) を斟酌し、著作者と製作者の間の緊張関係が立法の場における論争に持ち込まれるなかで、個々の業界のアジェンダの側に大きく与してきた (Kretschmer, 2002)。

最近では、アメリカの文脈において、著作権が、かつての水平的で業界中立的なものから、垂直的で業界特有のものへと変容していくという展開を、「規制著作権 (regulatory copyright)」に向かう傾向として概念化するのがある (Liu, 2004)。立法者は、財産権に対する権利を割り当てるというよりは、むしろ、個々の産業に直接的に介入し規制を行うことで、特定の市場での競争のパラメータや経済活動に影響を及ぼしているというのである (Liu, 2004; Lessig, 2004)¹⁷。このアプローチの長所としては、著作権法が特定の産業の特徴に適合させるように設計される、影響を受ける当事者に対する明確性が増す、特定の産業における市場の失敗が補完される等を挙げることができる。他方、否定的な側面としては、このアプローチの下では、必然的に複雑性が増すことになり、著作権制度の目標の透明性や信頼性が低下し、その後の執行における失敗を伴うことが指摘されている。

インターネットの時代において、このような利益集団政治のパターンの重大な欠点は、ユーザー側の利益の構造に大きな変化が認められるということや、組織や参加のインセンティブ構造が変容しているということや、考慮に入れていないことである。上述の通り、ユーザーは、かつての読者や純粋美術の鑑賞者という比較的小規模なエリート集団であったものから、今日においては、積極的に文化作品を消費し、インターネット経由で交換

¹⁷ 「規制」の観念に関する議論につき、Ogus (1994) を参照。

し、デジタル・コンテンツを自分たちのニーズに合わせて変形しようとする教養のある多くの人々が分散した多数派に変わってきているのである¹⁸。以前は、ユーザーの利益は、図書館、大学、放送事業者やその他の教育ないし文化的組織等の法人仲介者によって、少なくとも代理により代表されていたが、インターネットにより媒介なしの著作物へのアクセスが可能となったことにより、そうした利益を共有し、他のアクターによって適切に代表されることが困難な類のユーザーや消費者の利益といったものが勃興することになった (Litman, 1996)。

重要なことは、政治的参加という観点では、今日のユーザーは、グローバルなコミュニケーション・ネットワークへアクセスすることができるということである。それにより、ほぼ間違いなく、集団への帰属や共通の利益に対する意識の生成が促され、おそらくは、政治プロセスにおける動員や代表の潜在的な可能性が向上することになるだろう (Oksanen and Valimäki, 2007)。

欧州における情報社会指令の国内法への移行は、著作権とそれがユーザーや消費者にもたらす影響について従前にはなかったような公衆の議論を引き起こした¹⁹。消費者団体や大衆をより大きく巻き込んだ立法プロセスの新たなダイナミズムが、多くの EU 加盟国で報告されている²⁰。有名

¹⁸ 文化的作品の様々なタイプの消費者とその利益に関する議論と分類につき、Liu (2002-2003) を参照。Liu は、受動的消費者と能動的消費者を区別する。能動的消費者とは、自律やコミュニケーション、創造的な自己表現について関心を持っている者とされている。文化消費の様々なモデルと自己表現の重要性につき、Lessig (2004, p. 35); Benkler (2000) を参照。

¹⁹ 米国においてもデジタルミレニアム著作権法 (DMCA) および Sonny Bono 著作権期間延長法の制定によって、類似の反応が巻き起こった。こうした議論への学界やボランティア集団の関与は印象的であった。多くの中でも、とりわけ Lessig (2004) を参照。クリエイティブ・コモンズの提唱は、そうした取り組みを顕著に示す例とみることも可能である。Merges (2004)。

²⁰ その例として、IViR 報告書第 2 部、ベルギー、ドイツ、フランスの国別報告書を参照。連邦取引委員会にデジタル製品分野について広範な権限を付与する米国の立法上の動きにつき、2005年のデジタルメディア消費者権利法 (Digital Media Consumers' Rights Act) 法案 H.R. 1201 を参照。

なところでは、スウェーデンでは、Piratpartiet (海賊党：反海賊行為団体の名称をもじったもの) と呼ばれる政党が、著作権法を過剰な規制の制度であるとする若者を中心とした多数の者の不満の声を吸い上げるために設立されている。同党は、その党員が5221人に上ると謳っているが、この数字は、既存の政党の青年部の党員数に比肩するものである。同党は、選挙前哨戦において少なからぬ数の者を魅了し、2006年9月17日に行われた最近のスウェーデンの選挙においても無視できない投票数を集めた²¹。また、「パブリック・ドメイン」および「ユーザーの権利」等の観念が、一般の議論の俎上に載せられた²²。

参加のパターンにおけるもう一つの変化は、初めて消費者団体が、著作権法の立法がそのメンバーに対して影響することを認識し、立法プロセスへのロビーイングを積極的に行ったことである。強力な消費者団体がある国では、このような活動は、特に顕著であり、ときとして重要な立法上の妥協や修正をもたらすこともある。一つの例としては、ドイツの消費者センターが、現代において著作権に関する論争が消費者に関連するということを早期に認識し、情報社会指令のドイツ国内法への移行が消費者フレン

²¹ <http://www.val.se/val/val2006/slutlig/R/rike/ovriga.html> の Valmyndigheten (スウェーデン選挙当局) を参照。Canadian Post からの次の抜粋が参考となる。「比例代表制のおかげで、世界中の若者が、そのニーズと希望を語る政治運動や政党に向かうことになった。海賊党である。海賊党は、現在、世界で最も急速に成長している政党であり、ダウンロードした音楽、映画の海賊版に対する権利、すなわち、同党によるところの基本的な人権を提供すると申し出ている。無料のダウンロードへの道を開いてくれるのであれば、連立政権におけるどのようなイデオロギーをも支持する旨を説く海賊党は、昨年のスウェーデンの選挙に一定の影響を及ぼしたと信じられている。同党は、今年、その党員数においてスウェーデン緑の党を凌駕した。2009年には、EU 全域の選挙において、ホットな新しいものになると予想されている」(2007年10月4日) <http://www.canada.com/nationalpost/financialpost/comment/story.html?id=9fe42daa-c7c0408a-90c5-eae4e83139da> (2007年10月7日)。

²² スウェーデンの代表的な新聞 *Svenska Dagbladet* の2004年7月13日の *Hemmungs Wirtén* による *Kunskapsbanken havererar* と題する記事、2007年6月26日の *Niklas Lundblad* と *Alexandra Hernadi* による記事を参照。

ドリーな方向に傾くように努めたことがあげられる (Hoeren, 2003)²³。欧州消費者団体 (BEUC) も同様にいわゆるデジタル権利アジェンダに対しては厳格な態度をもって臨んでいる²⁴。BEUC は、その2004年のデジタル権利管理に対するポジション・ペーパーにおいて、BEUC がデジタル環境において尊重されるべきと考える多数の消費者の権利、特に、私的複製の権利、プライバシーおよび個人情報保護に関する権利、表現の自由、私的財産の完全性を維持する権利を宣言する²⁵。このような欧州全域に関わる団体による文書は、欧州の統合化とコミュニケーション・テクノロジーの助けを借りて、ネットワーク効果を生み出し、各国の消費者団体により複製され、反復される傾向にある²⁶。

デジタル消費者により加えられた圧力は、確立された政党やアクターにも影響を及ぼさずにはいられない。スウェーデンの2006年の選挙前キャンペーンにおいて、政治上の左右両方のリーダーは、スウェーデンの著作権法と著作権政策の現状に不満を表明し、著作権が個人のユーザーに対して行使されることが多くなり、インターネットにおいて広がっている慣行やユーザーの期待から乖離していることを憂慮した。とるべき具体的な立法措置について述べられることはなかったが、状況を是正し、バランスを回復することについての約束がなされたのである²⁷。この点において、政

²³ 興味深いことに、消費者政策の公的機関への依存が高いスウェーデンにおいては、公共消費者委員会 (Konsumentverket, KOV) が、情報社会指令の国内法導入のための立法プロセスにおける提案に対する批判者として登場することはなかった。その傘下にあるスウェーデンの消費者団体も、やはり諮問を受けていたにも拘らず、同様のことが妥当する。

²⁴ BEUC も、http://www.consumersdigitalrights.org/cms/index_en.php において、消費者デジタル権キャンペーンを開始している。

²⁵ Digital Rights Management, Position Paper BEUC/X/25/04/2004 は http://www.consumersdigitalrights.org/mdoc/DRMBEUCX0252004_59695.pdf において入手可能。

²⁶ Sveriges Konsumentråd のサイトのデジタル権利に関わる文書を参照。

²⁷ ファイル共有に関する Persson (社会民主党) および Reinfeldt (保守党) の二人の首相候補の選挙前運動における立場につき、*Svenska Dagbladet* の2006年9月11日に記された Sista motet fore valet (選挙前の最後の集会) を参照。Cf. *Dagens Nyheter*, 09-08-2007.

治家は、都合がよいことに、政治活動、立法活動の機会を制限する国際条約によって保護されている。政治家は明らかに国際条約による制約があることを知っているが、選挙のレトリックにおいては、それは省略されることが多い。しかし、それにも拘らず、業界の代表は、こうした政治劇についての不満を表明している。彼らの意見によれば、著作権制度に対する一般の人の尊重心をさらに失わせることになるというのである²⁸。

ユーザーの権利の強化というレトリックが政治家に採用されたことは、著作権に関する政治的議論において多数派の影響が存在することの明確な徴候 (場合によっては、多数派バイアスの端緒) とみることができよう。著作権は、日常生活に関係する問題として、公衆の広範な層に明確に認識されている。インターネット世代が投票可能な年齢に入り、無視しえない重要な選挙人集団を構成している。著作権強化の主たる受益者は産業側に強く集中しており、しばしば著作権管理団体に参加する生産者とその行動に影響を及ぼし、権利者の「著作権者の権利」のレトリックを汚染しているという状況において (Kretschmer, 2002)、業界の権力を抑制し、業界に対する規制を研ぎ澄ます方向の提案は、一般の少なからざる層の人々にアピールするものとなる (cf. Komesar, 1994)。積極的な反海賊行為キャンペーンや (法人の) 権利者の側の訴訟に訴えるという戦略は、紛争がダビデとゴリアテの戦いという類の様相を呈したことを確認するにすぎないのである。

たしかに、選挙の後には、約束されたものの法的には不可能な著作権法の刷新が、より穏当な提案に取って代えられることは多い。まさに、スウェーデン政府は、「著作権により保護されたコンテンツへのアクセスに関する法的に可能な対案の開発を検討し、かかるアクセスのための法的に可能な消費者フレンドリーな対案の開発を加速する措置を衡量し提案すること」を付託事項とする調査委員会を司法省の下に設立した²⁹。消費者の利

²⁸ Ds 2007:29 Musik och film på Internet – hot eller möjlighet (政府調査報告書「インターネット上の音楽と映像 – 脅威か可能性か」) を参照。

²⁹ スウェーデンの Ju 2006/6767/P, Utredningsdirektiv, Uppdrag angående upphovsrätten på Internet, 2006-08-15 (「インターネット上の著作権に関する調査委員会のガイドライン」) を参照。

益に焦点を当てていることは特筆に値するものではあるが、その権限は、著作権固有の領域のなかでの法改正の計画ということに限定されている。もう一つの典型的な代替措置は、他の制度的なアリーナ、特に行政プロセスの決定を試行し移行することであるが、これについては後述する。

もちろん、以上の叙述は、政治プロセスにおける変化について粗雑に概略したに止まる。より詳細な分析は、特定の法域における利益の集散状況と代表のされ方に関する実証的なデータと準備作業に基づく詳細な分析が有望なものであるように思われる。政治プロセスには、著作者かユーザーのいずれかに与するものではあるが、独自のアジェンダをもつ利益が関与しており、こういった利害関係者の分類の区分を導入する必要もある。家電産業や、今日、最終消費者にとって重要な味方であるといえるインターネット・サービス・プロバイダー（接続業者）の役割を分析中に組み入れる必要がある。すでに音楽産業や一連の関連アクターの構造を図式化する実証的研究が存在する (Kretschmer, Klimis and Wallis 1999a; 1999b; 2002)。そのような研究のデータおよび調査結果は、確実に、著作権政策の参加中心の分析に生産的に採用することができるだろう。ここで私が指摘したいことは、立法プロセスにより影響を受ける利益とその異なる参加の可能性について、より厳密な吟味をなすことが肝要であるということにすぎない。

4.3 司法プロセスにおける変化

デジタル化およびグローバル・コミュニケーションは、著作権の利用の構造を変容させることによって、著作権訴訟のパターンにも大きな変化をもたらした。訴訟の重点は、ナップスター時代より前の、権利者と法人のユーザー（たとえば、放送事業者）の間の典型的な紛争から、次第に、権利者と最終消費者の間の紛争へと移行してきたのである (Hamilton, 2007; Cohen, 1998-1999; 2004-2005)。もっとも、これまで、権利者は、エンド・ユーザーを強襲することに関しては腰が重く躊躇いがちであり、ファイル共有の問題において、訴訟のターゲットとして好まれたのは、ISP やファイル共有技術の開発者であった³⁰。しかし、近時は、多くの法域で、多数

³⁰ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1011 (9th Cir. 2001); Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 259 F. Supp. 2d. 1029 (C.D. Cal 2003);

のユーザーが、著作権管理団体や生産者による訴訟において、個人に対するものか、略式のいわゆる「John Doe」訴訟の標的とされるようになって³¹。これは、音楽、映画を筆頭とする著作物のインターネット上の無断の頒布を抑止するための複雑な一連の措置の最後の一鎖であるように思われる。

より目に見えにくいのが、権利者の訴訟戦略のなかで少なくとも同等に重要な部分を占めるのが、積極的な訴訟前の戦術である悪名高き警告書の活用である。P2P 事件は、通例、著作物の無断複製と公衆への提供というあからさまな侵害のケースであるが、積極的な戦術は、訴訟にかかる費用が高額であることもあいまって、正当な利用（たとえば、変容利用）のケースにおいても、司法プロセスへのユーザーの参加のインセンティブを阻害する可能性がある。実証的データはほとんどないものの、高額な訴訟コストは、ユーザーに著作権に対する制定法上の抗弁や権利制限規定の範囲を積極的に試してみることを断念させているのではないかと推測させる³²。

著作権業界による訴訟圧力に対する裁判所の反応は、法域によって異なる

MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005); BUMA & STEMRA v. Kazaa, Appellate Court Amsterdam (Mar. 28, 2002)を参照。

³¹ 直近のものとして、BMG Sony 等による最初の勝訴事件で、個人のファイル共有者であり、二人の子供のシングル・マザーである Jamie Thomas に対し、24曲のファイル共有に対して225,000ドルの支払いを命じた判決を参照 (SvD, 9 October 2007)。Cf. BMG Canada v. John Doe, 2004 FC 488. BMG Canada v. John Doe, (2005) 39 C.P.R. (4th) 97, (2005) 252 D.L.R. (4th) 342 (FCA). スウェーデンの控訴裁判所における二つの裁判例として、Swedish Appellate courts: Svea Hovrätt, Dom 2006-10-02, Mal Nr. B 8799-05 and Hovrätten for Västra Sverge of 12 June 2007; フランスにおける France Ministère public v. Aurélien D., Cour d'appel d'Aix en Prvence 5ème chambre des appels correctionnels, decision of 5 September 2007, available at <http://www.legalis.net> を参照。

³² 逸話的な例につき、Lessig (2004, p. 98)、Posner (2004) を参照。Lessig は、大学のウェブページのデータベースを構築していた大学生が、フェア・ユースによる権利制限に該当する可能性があるにも拘らず、その活動を終了せざるを得なかったという例について述べている。Posner および Lessig の両者ともに、最近の刊行物において、教科書レベルで説かれる法と現実の乖離を強調し、複雑で費用がかかる権利関係の処理が、法的な裏付けがあるからというよりは、主として訴訟に至る可能性を恐れてなされている例を引用している。

る。多数の事件において、裁判所は、著作権侵害を示す証拠に関して高い敷居を求めるか、インターネット・サービス・プロバイダーに監視義務を課すことを拒絶してはいる。しかしながら、それでも多数の訴訟において著作権者の側が勝訴し、ファイル共有者敗訴の判決が確定している (Plesner Mathiesen, 2007)。著作権業界の代表は、自分たちを「不本意ながら訴訟を提起する者」であるというが、これらの事件は、インターネット上の情報の流れを追跡し、潜在的に違法な著作物の交換を突き止めるため、業界側が専門的なスタッフを組織的に配置していることを露顕させた。Hamilton の論文の適切なタイトルを使えば、「now it's personal(さあ、これからは個人だ)」ということになる (Hamilton, 2007, cf. Cohen, 1998-1999; Netanel, 2003)。

部分的には著作権業界側の統一した戦術に対抗して、最近、消費者フレンドリーの方向に司法プロセスのダイナミズムの舵を切ろうとする重要な試みが法域を超えて広がっている (Helberger, 2005)。多くの欧州諸国において消費者団体側の戦略が共同歩調をとっているその目的は、著作権制度の拡張とその結果消費者が被る不利な影響に対抗するところにあるとみることができよう。とられている戦略の方向性は、二つに大別される。その一つは、著作権法の核心に向けられたものであり、もう一つは、交錯する関連法、特に、消費者保護法による介入を通じて、過剰な著作権によってもたらされる結果を中和しようとするものである³³。

最初の方向性に関しては、最近、多数の欧州諸国の消費者団体が、過剰な著作権制度、特に TPM による保護の範囲と、それと著作権の例外や消費者の利益との関係に対して戦いを挑んでいる。私的複製の例外とそれを制約する DRM との関係をめぐるフランスの一連の訴訟は大いに注目を浴び議論を喚起した。パリ控訴院は、情報社会指令に照らしてフランスの知的財産法典を大胆に解釈し、私的複製の例外の地位を広範に認め、不可侵のものであって TPM によっては制限することができないと判断し、著作

³³ ここでは、競争法については論じないが、競争法は、著作権法の望まざる効果を緩和し、台頭するデジタル権利管理業務への業界側の集中を抑制する可能性の一つである。比較制度の観点からの興味深い分析として、Fagin, Pasquale and Weatherall (2002) を参照。

権関係者に衝撃を与えたが³⁴、破毀院は原判決を覆し、著作権の例外は脆弱なもので、作者の権利が優位に立つ条件付きのものでしかない、という伝統的な見方に回帰した (Geiger, 2005; Geiger, 2006; Ngombe, 2007)³⁵。

他の欧州諸国においても類似的訴訟が報告されているが、欧州の司法当局がユーザーの権利についての現在の著作権法の拡張的解釈を受け入れることができるのか、あるいはそもそもそのような意欲があるのかということに対しては、懐疑的な見方をされることのほうが一般的である³⁶。フランスの一連の訴訟の結果は、著作権法の現在の制度の設計がそのような創造的な司法の解釈に対する重大な障害となっていることを示すものであった。こうした例外をより能動的に発動する権原をユーザーに付与するために、著作権について現在の例外の少なくともいくつかを制定法上のユーザーの権利として再定式化するという提案には、相応の説得力があるということになる³⁷。また、ユーザーの権利を発動する具体的な手続的な

³⁴ Decision of the Paris Court of Appeal, Cour d'appel de Paris, 4ème chambre, section B, 22 April 2005 reversing the decision of the first instance court Tribunal de grande instance de Paris 3ème chambre, 2ème section, 30 April 2004 (Stéphane P., UFC Que Choisir/société Films Alain Sarde et autres).

³⁵ See Decision of the Supreme Court (Cour de Cassation), First Civil Chamber, 28 February 2006 reversing and remitting the case back to the Paris Court of Appeal in another composition and finally Cour d'appel du Paris, 4ème chambre, section A, 4 April 2007 following the reasoning of the Cour de Cassation. ベルギー法、ドイツ法の例については、Helberger (2005) を参照。

³⁶ このような司法の謙抑性は、法学界から広範な支持を得ているが、カナダ最高裁判所の与する立場と対照的であるといえよう。最終消費者ではなく法人ユーザー(図書館)に関する訴訟において、カナダ最高裁判所は、大胆にも以下のように説く。「フェア・ディーリングの例外は、著作権法上の他の例外と同様、ユーザーの権利である。著作権者の権利とユーザーの利益の間の適切なバランスを維持するためには、フェア・ディーリングの例外は、制限的に解してはならない」。前掲 Vaver171 頁も、次のように説いている。「ユーザーの権利は、単なる抜け穴ではない。著作権者の権利もユーザーの権利も、ともに、それを救済する立法にふさわしい公正かつバランスのとれた解釈がなされるべきである」。

³⁷ ユーザーの権利章典という発想は、Annette Kur と Marianne Levin による Intellectual Property in Transition のプロジェクトの枠組みにおいて提示された。これをよ

機構に関しては、侵害訴訟における限定的な抗弁としてのみならず、権利を主張するための能動的な手段、たとえば集団訴訟や代表訴訟の導入を、特に TPM の文脈において、検討する必要があるといえよう³⁸。これにより、裁判所へのアクセスの敷居が下げられ、ユーザーに対し一定のレバレッジが与えられることになる。

さらに、著作権の例外（もしくはユーザーの権利）を、オープン・エンドのものとするのか、限定列举とするかということの選択は、特に考慮を要する問題である。この点に関する議論は、大西洋の両岸で異なっているように思われる。たとえば、米国連邦最高裁判所の *Eldred v. Ashcroft* 判決によって喚起された著作権の保護期間が長すぎるという懸念に対応するために、Posner は、バランスを回復するための手段として、アメリカ法におけるフェア・ユースの法理をより広範に適用することを提案している (Posner, 2004)。もっとも、Posner は、アメリカの裁判所における同法理の運用の現状の欠点の一つが、部分的に明文化されているにも拘らず、同法理が曖昧であり、予測可能性に欠けるところがあるということを確認する。そこで、Posner は、同人が「典型的アプローチ」と名付ける方策、すなわち、制定法上の例外を明確に特定し、もって裁判所の解釈への依存度を大きく減らすことで法的な安定性と予測可能性を高める方策を提唱する。この提案は、間接的ながら、決定のバランスを立法プロセスに移したほうがよいと認めていることになる。ここで Posner が見逃していることは、類型的なフェア・ユースによる例外を定式化する試みはそれが何であれ、利益集団政治に対するくびきを外し、別の不完全な解をもたらすことになりかねないということなのである。

欧州の文脈においても、情報社会指令の例外のリストが出来ていないために、それを国内法に移行する際に、著作権の例外の正確な範囲を制定法により（再）定義することが、議論的となっているが、この文脈では、全く正反対の懸念が表明されている。制定法による例外を明確に定義してしまうと、システムの柔軟性が奪われ、事件毎の衡平に基づいた解決が不可能となるというのである (Dusollier, 2003)。具体の例外の内容とその範

り具体化する提案として、Jens Schovsbo and Tomas Riis (2007)。

³⁸ ベルギーにおける TPM での明確な解決については、後述するところを参照。

囲の明確性に関する議論とはまた別に、特に私が指摘しておきたいことは、今後、こうした重大な問題についてどの制度が決定すべきかということについて注意が払われて然るべきであるということである。

二番目の方向性に関しては、消費者の組織ばかりでなく、公的な消費者団体も含めて、彼らが挑んでいるのは、著作権の例外に照らした場合の TPM の許容可能性ではなく、むしろ、様々なデジタルの権利管理のモデルにおいて採用されているマーケティングと契約慣行が消費者法に適合したものであるかということである。訴訟の核心は、特に、マス・マーケットのライセンスにおける契約条項の公正性と、TPM の用途と効果に関する情報が不適切であること（その顕著な例が、互換性がないために異なるプラットフォーム上で CD または DVD が再生できないことである）にある³⁹。フランスの消費者団体 *Que Choisir* は、多数の訴訟において、TPM に関する情報が不十分であることを理由として、消費者の集団的利益の侵害に対する差止めと損害賠償を獲得することに成功した。同団体は、フランス消費者法典 (*Code de la consommation*) 421.7 条の手続を利用して、私的当事者側に参加したのである。

ついで、北欧各国（スウェーデン、デンマーク、ノルウェー）の消費者オンブズマンは、Apple が経営する iTunes Global Music Store に対して共同戦線を張った。2006年6月、各オンブズマンは、独立にしかし同様の書簡を Apple に送り、同社のデジタル音楽サービスが標準契約約款において多数の不公正な条件を使用していることを批判したのである。特に批判の槍玉に上げられた契約条項は、販売条件を変更する無条件の権利を留保していること、および、広範な責任免除規定の二つである⁴⁰。ノルウェーのオンブズマンによるフォロー・アップ情報によれば、書簡をきっかけに交渉がもたれることになり、Apple 側が一部のマス・マーケット契約を変更したということである。

³⁹ See Cour d'appel de Versailles, 30 September 2004; Cour d'appel de Versailles, 15 April 2005.

⁴⁰ Ds 2007:29 Musik och film på Internet – hot eller möjlighet (政府調査報告書「インターネット上の音楽と映像 – 脅威か可能性か」), p. 317, retrievable from <http://www.regeringen.se> を参照。

消費者に関連する著作権法の分野で訴訟積極主義を認めることができる国が、主に、強力で積極的な消費者団体の伝統があるというだけでなく、手続上かかる団体が訴訟を行い費用を回収するインセンティブが提供されている国であるということは示唆的である。消費者団体は、集合行為問題に対処する制度的対応の一つとして、ヨーロッパにおいて長期にわたり幅広い手続的権利を享受してきた。消費者の利益が著作権の訴訟により大きく代表されるようにするためにこの制度的ノウハウを活用するという方策には、プラスのシナジー効果があるといえるだろう。公的な消費者機関が存在する国では、支配的なモデルは、むしろ制裁を背景として交渉と説得を行うという方策となる。このモデルは、費用が低廉であり、レバレッジの効果が高いので、公的機関が行使しやすいという長所があるが、絶えず変化する消費者の選好と問題に比してその執行が後手に回りがちであるという短所もある。

他方で、多数派パイアスと歪んだ参加のインセンティブのリスクはここにも存在するから、司法へのアクセスが改善するというメリットと慎重に比較衡量することが必要となる。多数の欧州諸国、そして欧州レベルにおいて、集団訴訟、団体訴訟、代表訴訟を唱導しようという動きが進行中である (Stuyck et al., 2007)。とりわけ、反トラスト訴訟における集団消費者訴訟の可能性が、欧州委員会によって検討されている⁴¹。こうした動向は、著作権弁護士にとっても利益となりうるものである。

結論として、司法が消費者フレンドリーの方向で著作権の範囲を微調整する場合があります。ときとして、著作権法の分野においてある種の消費者の権利を直接承認するに等しいところまで至る場合もないわけではないが、結局のところ、(欧州の) 裁判所は、その決定をして立法の決定に代替させることには消極的である。同時に、裁判所は、権利者の強行な訴訟戦術を完全に許容することに対して躊躇いをみせることがあり、特に個人に対する刑事措置が発動される場合には、その傾向が強いといえる。しかし、こうした態度は、変化する可能性もある。

⁴¹ 米国の文脈での提案については、Fagin, Pasquale and Weatherall (2002) を参照。

4.4 行政手続の役割：著作権に関わる決定の新しいアリーナとなるか？

著作権という自己同定は、とりわけ *droit d'auteur* の伝統に根ざすものにあっては、フランス革命のパトス、個人主義の哲学、そして人格権と密接に結びつけられてきたものである。その結果、著作権は、私法の領域に属する私的権利として概念化されてきた。著作権という制定法による権利の付与の後に政府を介入させるとか、特定の種類の著作物について権利の範囲を形成し微調整するプロセスに行政を関与させるという発想に対しては、著作権の専門家はまだ本能的にこれを拒絶する傾向にある。ゆえに、たいいていの場合、この分野における権利の行使やルールの制定が政府機関に託されることはない。

これに対し、コモン・ローの伝統を持つ国においては、著作権の私法としての位置づけはそれほど定型的なものではない。コモン・ロー国では、著作権を芸術的、文学的創作を刺激する道具とみる功利主義的な見方がとられてきた。Ginsburg (1990, p. 993) によれば、「この見方の中では、著作権は、著作者が社会的交換における彼の側の役割を遂行するよう誘因するのに厳に必要以上の支配を著作者に与えるものではない」。この見方の良く知られている一つの結果は、「著作権の取得または行使に対して政府が課した条件」としての形式的要件の役割である。Ginsburg が指摘する通り、「著作権が本質的に政府のインセンティブ・プログラムであるならば、権利の付与に多くの形式要件が伴うこともありえる (たとえば、権利が認められるか行使される前に、著作者に対し、著作権表示を付したり、著作物のコピーを政府機関に登録し寄託することを要求すること)」(Ginsburg, 1990, p. 994)。

英国、カナダ、米国の国や連邦の著作権官庁は、この形式要件を担当してきた。そして、これらの公的機関は、形式的要件が廃止された後も存続している。法定の強制許諾や複製媒体に対する課金制度の導入により、こうした公的機関の権限は拡張され、ルールの制定すらなすこともある。より重要なことは、著作権を新しいテクノロジーに柔軟に調整することを確保することに対するニーズが増えるなかで、かかる官庁は、著作権の範囲を微調整するうえで重要な役割を果たしうる機関として期待されることが多くなっているということである。著作権の規制的性格が拡大することを踏まえ、Liu は、場合によっては著作権庁の必要性を提唱するまでに至

っている (Liu, 2004)。

他方、droit d'auteur の伝統がある国においても、著作権や関連立法、権利の行使に公的な機関が関与するということが知られていないわけではない。最近では、著作権における行政プロセスの役割は、情報社会指令、なかでも TPM の保護の制限に関する難解な規定 (情報社会指令第 6 条 (4)) を実施する過程において再評価の対象となっている。

5. 公的制度と私的制度の適切な組合せの探求

情報社会指令は、各国の著作権法の制度的な均衡を崩す最終的な一打となったことは明らかである。特に、TPM の保護に関する曖昧な規定を国内法化しなければならないということ、そして、それと著作権の制限との関係を検討しなければならないことは、国内の立法者にとって相当の難題となっており (Dusollier, 2003)、制度的な選択と制度的な設計において創意工夫を発揮することが必要とされている。加盟国による指令の国内法化の状況に関して、欧州委員会から委託を受け、オランダの Institute for Information Law (IViR) が実施した調査研究が最近刊行されたが、それによると、国内法化のプロセスにおいてはあらゆる制度的な枠組みが出現したことが分かる (Westkamp, 2007; Gibault et al., 2007)。これらの制度は、私的なものと公的なものという尺度の下、その接合点は多様な位置取りを示しているといえるだろう。もっとも、様々な解決策があるなかでも、権利者とユーザーの間をとりもち、権利と義務の柔軟かつ持続可能なバランスを確保するに際して、公的な制度や公私混合の制度のガバナンス構造の役割が増大していることを認めることができよう。

たしかに、実体的な規定の制度的足場を提供するに止め、制度的な選択や制度的な設計の問題について無関心か極めて限定的な関心を示すミニマリストの国もある。たとえば、スウェーデンでは立法者は、単に、受益者に、裁判所に TPM に対する異議を申し立て、命令的な差止め、たとえば、制限の実施を可能とするよう権利者に義務づけることを裁判所に請求する権利を付与しているにすぎない。この規定は、通常の裁判所に差止措置を請求する当事者適格を利害関係のある受益者に付与しており、制度的な選択という点では司法プロセスの選択肢の明らかな代表例ということ

ができる。これに対しては、曖昧であり、差止措置が権利者に与える影響も限定されていることに対して正当な批判が加えられている。さらに、受益者が時間と努力を惜しまず訴訟を遂行するという仮定は、司法プロセスへの参加の費用対効果という観点に鑑みる場合、やや非現実的であるといえよう⁴²。

ドイツにおいても、同様に司法が好まれているということが注目される。ドイツ著作権法 (Urheberrechtsgesetz, UrhG) は、権利者に対し特定の例外の実現を義務づける積極的な差止措置を請求する (個人的な) 権利を適法なユーザーに与えている (§ 95b (1) UrhG)。しかし、立法者は、さらに一步踏み込み、分散した小さな利益にかかる訴訟における悪名高き集合行為問題に対処するために、個人の請求を支援するべく、消費者団体 (およびその他の受益者の団体) に対し集団訴訟の権利を認めている (Basler, 2003, 69)。差止請求を行う権利は、差止請求法 (Unterlassungsklagegesetz, UKIG) により導入された。UKIG 2a 条に基づき、団体は、禁止的な差止め、すなわち、権利者が UrhG 95 条 b 違反を継続することを禁止する差止めのみを請求することができる。このように著作権分野においても集団的な権利行使が重要であるということを確認したということは、賞賛に値する。もっとも、学説には、差止めが予防と停止という消極的な救済から構成されていることにつき、その実効性を疑問視する見解が表明されている (Bechtold, 2004; Basler, 2003)。正当な指摘といえよう。

ベルギー法の下でも、同様に、積極的な差止措置を第一審裁判所に求める受益者の請求を基礎として、職業団体および (認可された) 消費者団体に対し訴訟適格が認められている (ベルギー著作権法 87 条の 2)。加えて、著作権法を所管する大臣にも、当事者適格が認められている⁴³。IViR 報告書のベルギー著作権法の報告担当者である Severine Dusollier によれば、この訴権は禁止手続としての性格を有し、迅速に判断されなければならない

⁴² See comments by Swedish Television and Stockholm University on Government Bill, Prop. 2004/05:110,317. Cf. Westman (2003).

⁴³ IViR Report, Part II, 134. 裁判所に訴えを提起することができるのは、以下の者である。例外の受益者、著作権の立法を担当する大臣、職業団体 (たとえば、図書館や教育施設を代表する団体)、公的に認可された消費者の利益を保護する団体。

(Westkamp, 2007)。

共同規制という観点に基づいて仲介や紛争解決を模索する公私混合型のガヴァナンスによる中間的な形態が設けられた国も少なくない。これに代替する選択肢として、従前は第一義的には強制ライセンスや拡張ライセンスの体制においてライセンス料の設定を担当していた既存の機関が、新たな任務を与えられることもある。たとえば、フィンランドでは、権利者と受益者（ユーザー）の間の紛争を取り扱うために、特別の仲裁機関が設立された (Westman, 2003, p. 577; Westkamp, 2007, p. 134)。ノルウェーとデンマークでは、既存の著作権ライセンス審判所が新たな機能を付託されている。デンマークの著作権ライセンス審判所は、申立てに基づき、有効な技術的手段を使用している権利者に対して、著作権の前記制限の利益を享受するために必要な手段をユーザーが利用可能となるようにすることを命ずることができる。権利者が、審判所の決定から4週間を経ても命令に従わない場合には、75c条(1)の規定に拘らず、ユーザーは有効な技術的手段を迂回することができるようになる (参照、デンマーク著作権法75d条)。同様の制度はノルウェーにも存在する (Westkamp, 2007, p. 194; cf. Westman, 2003, p. 577)。

興味深いのは、情報社会指令の国内法化に際して、指令の範囲を超えた制度的な変化がもたらされた国があるということである。たとえば、ドイツでは、情報社会指令の国内法化を目的として開始された立法プロセスが、結果的に既存の著作権紛争の仲裁機関の管轄を拡張することになった。この機関は、強制許諾の枠組みにおいて提供されるライセンス料に関する紛争を主として担当するものであったが、現在では、複製媒体に対して自主規制ベースで設定される法定の補償金システムに関する紛争を扱う権限も認められるようになった (§ 54 UrhG)⁴⁴。従前は、補償金の水準は著作権法そのもので予め固定されてしまっており、立法プロセスによる変更は煩雑かつ緩慢なものであって、著しく柔軟性を欠くとして大きく批判されていたのである⁴⁵。政府法案の連邦議会への提出に際して、連邦法務大臣は、

⁴⁴ §§ 14-14 e Urheberrechtswahrgesetz, UrhWahrG (著作権の管理に関する法律) を参照。

⁴⁵ 現在の補償金は、1985年以来変更されていない。

この分野における立法プロセスから自主規制への変更を「パラダイム・シフト」と呼んだ⁴⁶。新しい UrhWahrG 14条5項は、一定の連邦全土にわたる消費者団体に対し、UrhG 54条に基づく手続きにおいて仲裁機関に対し書面をもって意見書を提出する権利を保障しているということは特筆に値する。仲裁機関の構成員の構成、選任方法、権限に関しても改正が施されている。

ごく簡便に概観を比較する限り、政府が最も積極的に関与する形態は、フランスの実施規定の構想にかかるものである (Art. L331-6-22 Code de la propriété intellectuelle, Livre III, Titre III Procédure et sanctions)。特別な政府機関として、技術的手段規制委員会 (L' Autorité de régulation des mesures techniques, ARTM) が設立されている。同委員会は、例外と技術的手段との間で発生するあらゆる紛争を処理する権限を与えられている。また、同委員会は、例外が遵守されることを確保し、TPM の利用に際して例外が尊重されるべき方法を決定し、利用可能とされるべき複製物の数を決定するという一般的な権限も与えられている。ARTM は、関連する例外の全ての受益者または団体 (personne morale agréée) の申立てに基づいて、一般的には当事者間に調停が成立するよう努力することとされている (Art. L331-15)。

ARTM は、独立行政機関としての地位をもっている (Art. L331-17)。これは、政府のデクレにより、コンセイユ・デタ、破毀院、会計院、技術アカデミー、文学的および美術的所有権上級審議会からそれぞれ選任された6人のメンバーから構成される (Art. L331-18)。メンバーは、取消不可および再任不可の6年間の任期を有する。明らかに、この構成は、影響を被る利害関係の代表ではなく、権威と専門性と清廉性を提供することを求めている。この点において、同委員会は、自主規制または共同規制というよりは規制的な機関としての側面が強い。

同委員会に事件が付託されると、調停が試みられる。2ヶ月以内に調停が成立しなかった場合、ARTM は、申立てを却下するか、命令的な差止めを発しなければならない。差止めの際には、罰金を科すことも可能である (Art. L331-15)。委員会の決定に対しては、パリの控訴院に訴えを提起することができる。訴えが提起された場合には、決定は中止される。

⁴⁶ BT-Plenarprotokoll 16/108, 5 July 2007, 11157 を参照。

これらのあり余るほど多くの制度改革の運用と実効性を評価し、それぞれの制度の一般的な優劣について断を下すことが時期尚早であることは明らかである。私たちの目的にとっては、この新しい制度構築の動向に注意を喚起し、複数の参加の経路をオープンに維持し、これまで脇に追いやられていた利害関係を取り込めるようにすることの重要性を指摘することで満足しなければならない。特に、行政プロセスには、高度の専門性と柔軟性というメリットがあるが、エイジェンシー・キャプチャーの危険性が存在することも十分に例証されている。

Komesar は、その比較制度分析において、政治プロセスにおける多数派と少数派の影響（とそのバイアス）がおりなす複合的な効果を示し、政治プロセスの「二つの力によるモデル」を提唱している。このモデルは、政策に広汎な（分散した）利益と集中した費用が伴う場合、議会から行政機関への決定の権限の移譲が頻繁に生じることを説明する。議会の活動のほう行政機関や官僚の活動よりも有権者によく知られるということを前提とすると、Komesar は、議会のほうが行政機関よりも多数派の影響の下で行動する傾向にあることを示唆する。この理論の下では、議会が「分散した利益/集中した費用の外観を呈する法律を可決すること（多数派の勝利であるとともに、それと同時に、細目を定め実施する作業は、相対的に観察可能性が低く複雑性の高い行政プロセスに委ねられる）」には理由があると理解されることになる (Komesar, 1994, p. 95)。このモデルにおいては、行政プロセスにおける利害関係の集中が、多数派立法のこれとは反対方向の効果を埋め合わせ、少なくとも部分的に「中立化」しうるものと理解されることになる。

同様の系統に属する研究として、Trubek も、政治的なアリーナの可視性の高低に言及しており、米国の文脈において分散した利益を行政府が代表する制度を批判している。行政機関は、ときとして、「可視性の低いアリーナ」として、多数派の香りがする政治的にセンシティブな問題を、可視性の高い議会プロセスから、より複雑な行政機関の奥まった領域へとシフトさせるために設定されることがある (Trubek, 1978; Trubek, 1979, p. 457)。そして、実施のレベルにおいては、プリンシパル-エイジェンシー問題が、エイジェンシーの効率的な行動を妨げることになる (Bernstein, 1955; Eggertsson, 1990)。現在、進行中の著作権法の制度の再編成の作業は、概

してこの理を確認するものであるように思われる。

エイジェンシーを、その政治的な付託事項に従って行動するように仕向ける方策はいくつかある。政府や議会の説明責任に関する硬性のメカニズムとは別に、ルール形成における透明性を確保し市民参加の可能性を開くという方策（たとえば、公聴会によるもの）は、代替的ないし補完的な措置となりうる可能性がある (Rose-Ackerman, 1988; Rose-Ackerman, 2005)。法改正が急がれるなかで、こうした俗世的な、しかし、将来の決定にとって致命的な制度設計にかかる問題に対しては、必要とされる関心が払われていないように見受けられる。

前述した制度の動向は、比較制度論により提起された別の仮説、すなわち、制度選択は、静的なものではありえず、しかも一度採用されてしまえばそれでおしまいであるという命題を裏書きするものであるように思われる。権利の供給と需要、代替的な決定プロセスの機能不全の認識は、たえず変動している。この変動は、制度的なアリーナの間で決定の権限の移行がしばしば見られるという現象を説明する (Komesar, 2001)。さらに、こうした動向は、知的財産権の体制の国際的な次元が強化されたことにより加速化している。国際的な水準が固定されており、これに不満を抱く国内の利益集団との間の板挟みに遭遇した場合には、制度改革に訴えることはデッドロックからの一つの脱出方法であるように見受けられる。

スウェーデンに話を戻すと、2004年の政府法案（著作権法を改正し、情報社会指令を国内法化するもの）とは異なり、インターネット上の音楽および映像に関する適法で消費者フレンドリーな方向の選択肢に関する最近の政府の調査においては、制度的な問題に対する従来の無関心は払拭されている。調査は、著作権問題についての情報を収集し、特に、映像、音楽にかかる利用可能なインターネット・サービスや、運用中の DRM システムが消費者フレンドリーなものとなっているかということ監視するレファレンス集団を設立することを提案している。同集団は、法務省、文部省、著作者、アーティスト、制作者の代表に加えて、消費者やユーザーの代表者、特に消費者委員会を含めるべきことを提案している⁴⁷。用意周

⁴⁷ Ds 2007:29 Musik och film på Internet – hot eller möjlighet (政府調査報告書「インターネット上の音楽と映像 – 脅威か可能性か」), retrievable from <http://www.reger->

到なことに、調査は、質問や苦情に対処するアクセスが容易な機関を求め、利益が消費者代表にあることを指摘している。そこで、調査では、オンブズマン、あるいは、その種の問題を取り扱う特別の苦情処理機関（嘆きの壁、スウェーデン語では Klagomur）を設立する可能性が検討されている⁴⁸。

6. 制度的選択および経路依存

最後に、強調されて然るべきことは、制度的な選択には、過去の制度的遺産による制約が課されているということである (North, 1990)。前述したように、著作権に関する公共政策についての重要な問題（特に、著作権の制限と TPM の関係）に対する多様な制度的な回答を俯瞰して分かることは、そこでは、様々な要因のなかでも、特に制度的な遺産の影響が決定的に重要であるということである。スウェーデンでは、既述したように、労働法の分野における集団的な合意と交渉に関するソフト・コーポラティズムのモデルが、著作権の制度、とりわけ著作権管理団体の機能と位置づけに影響を及ぼしてきた。特に、著作権の分野においては、政府機関、準政府機関のいずれも出現していない (Petri, 2005)。こうした制度的な傾向は、現在も継続中であり、ユーザーは類似の制度に（間接的に）付託されるか、団体に所属していない場合には、通常の裁判所に付託される。反対に、デンマークやノルウェーのような他の北欧諸国では、著作権における過去の規制上のジレンマを解決するために著作権ライセンス審判所が設立されており、新たな問題を解決するためにもそうした機関が活用されることは、ごく自然な成行きであるように思われる (Westman, 2003)。

ドイツにおいては、著作権の領域、より一般的に言えば、消費者保護の領域に政府が介入することに対しては、一般的に反対するという立場がとられてきた。個人または集団の訴訟および差止命令訴訟への依存は、この制度的伝統に沿ったものである⁴⁹。同様に、強力な消費者保護団体は、ベ

ingen.se を参照。

⁴⁸ Ds 2007:29. p. 314.

⁴⁹ 不公正な取引慣行や消費者法の分野におけるドイツの制度の発展につき、Bakardjeva Engelbrekt, 2003, pp. 500-504, 616 ff を参照。

ルギーの消費者法、市場法に固有の特徴であり、現在、著作権においても躍進を見ようとしている。

最後に、フランスは、伝統的に強力な規制（統制経済）の主導者として知られている⁵⁰。具体的には、高度に権威的な地位を持ち、仲介、決定、規則制定権限を有する独立行政機関に依存することは、フランスの著作権においては、著作権管理団体の規制の領域においてなじみ深いものなのである⁵¹。

一般論をいえば、制度的な選択に対しては、効率性への配慮や、差し迫った具体的な公共政策上の課題に対し参加の仕方に対する関心のみが唯一の影響因子というわけではなく（さらにいえば、これらは主たる影響因子というわけでもなく）、むしろ、制度環境によって大きく規定されており、過去の制度選択の上に構築されると推論することが許されよう。これは何ら驚くに値しない。著作権の制度的な枠組みから繰り返し利益を受けている組織は、司法と行政の両レベルにおいて権利行使のパターンや制度的な構造に既に十分に適応している。そうした機関は、現状を維持しようとすることに顕著な意向を示す。その方が、適応費用が安くてすみ、かなりの利益を享受することができるからである。しかし、こうした経路依存性は、新たな制度的アクターを決定プロセスに参加させ、それによって、そうしたアクターの利害関係に関する情報を当該プロセスに注入し組み入れることを妨げてしまい、最終的に、プロセスの実体的な帰結を非効率的なものとする事になりかねない。

歴史的制度論が有益な分析用の道具を提供する場面は、これに限られない。プロパティの経済学的分析の学派においては、望ましい出発点として広範なプロパティを支持する理論が提唱されている (Merges, 1994)。

⁵⁰ 文脈を異にするが、Andrei Shleiferに率いられた新比較経済学派の研究者集団が世界銀行のためになした野心的な比較研究の（異論のある）結論「コモン・ロー諸国と比較すると、フランスを起源とする国々は、尖鋭的に介入主義的である（最高税率が高く、財産権の保障が弱く、規制が過剰である）」を参照。La Porta et al. (1999).

⁵¹ Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition, Art. L-321-13. See also *Etude sur la gestion collective des droits d'auteur dans l'Union Européenne*, Deloitte & Touche, ITEC Group, Study for the European Commission.

しかし、歴史的制度論は、経路依存性と制度的な閉塞をもたらす力を示している。ひとたび広範なプロパティが付与されると、そのような権利から利益を享受するアクターや組織が登場する。こうした組織は、次に権利行使のあり方を規定し、著作権の制度の枠組みの繰り返しのユーザーとなる。その後で、かかるプロパティを廃止しようとしても、これらの集団の抵抗に遭遇し、たいていの場合、制度的な慣性による制約を受けることになる。

制度的な持続性のもう一つの証拠は、著作権管理団体に関わるものである。著作権管理団体は、様々な国で同様の問題を解決するために出現したが、その歴史、地位、組織的な構造を異にしている。国際的なネットワークが高度に発達したにも拘わらず、これらの団体は、いまだに国内の制度的環境に強固に組み込まれており、透明性、説明責任、公的コントロールの度合い等のガバナンスの主たる様式は相当程度、この国内的環境によって決定されているのである (Kretschmer, 2002; Gillieron, 2006)。

この種の国内の歴史的な事情が権利のあり方や制度の選択に如何に影響してきたかということを示す例の一つとして、スウェーデンの拡張ライセンスの仕組みを挙げることができる。前述したように、スウェーデンの著作権管理団体は、多くの点において、労働運動を統率した構造や原理を範としている。集団的な合意を非構成員に拡張するという構成は、スウェーデンのソフト・コーポラティズムに基づく交渉モデルにとってはおなじみのものであり、その感化の下、スウェーデン（と北欧）の著作権における拡張ライセンスの枠組みが成立したという経緯がある。この制度がスウェーデンの文脈において実効的なものであるとしても、制度の伝統と沿革を異にする他国の著作権管理団体に容易に導入しうるものではないかもしれない⁵²。

欧州においてもアメリカにおいても、著作権管理団体は大規模なロビー活動を行っており、著作権のリミットを疑義が生じる程度まで引き上げる要因となっている。著作権分野における立法上の変革は、それが何であれ、

⁵² 集団管理の制度的な組み込みを承認する情報社会指令前文17を参照。「この指令は、拡張された集合ライセンス等の権利の管理に関する加盟国における取り決めを害するものではない」。

こうした組織が政治プロセスにおいて生み出すことがある大きなレバレッジと、制度的慣性という強固に保守的な力を考慮に入れなければならないのである。

7. 結論

この小稿でもって、制度的アプローチが提唱するものの全てをデジタル著作権の事例に適用することは不可能である。本稿では、いくつかの含意を暫定的に素描したに止まる。一般的にいえば、市場プロセスにおける各種利益団体の参加と代表の論理を探索し、これを政治、行政、司法プロセスと比較することは有意義なことに思われる。これは、単なる思考実験ではなく、ただちに実践に用いられうる重要性を有するものとして受け止められるべきものである。

ユーザーの権利を権利者の権利と対等な立場として明定するという立法の提案について議論する際には、決定権限の配分の問題、あるいは、Komesar の言うところの「誰が決めるかを定める」ことを視野から外すようなことがあってはならない。権利と抗弁（例外）をどのように選択するか、さらにそうした権利や抗弁を厳密に定義するのか、緩やかに規定するのかという選択は、利益のバランスを取る制度として裁判所と政治プロセスのいずれを選択するのかということを意味しているのである。

この問題について私たちが態度決定をするその前に、関連する利害関係を吟味し、それが政治プロセスと司法プロセスのいずれにおいて代表されるチャンスが相対的にあるといえるのかということを、裁判所と立法機関の制度的な特徴を考慮しながら、慎重に検討する必要がある。制度的選択という観点は、さらに、あらゆるレベルの決定に関する執行と参加の問題に対してより綿密な配慮をなすことを意味しているといえよう。

本稿の冒頭で述べた通り、North が展開した歴史的制度主義の理論においては、適応効率性という概念が、制度変化の評価に対する規範的なアプローチの基準として導入された。North によれば、適応効率性は、「知識および学習を獲得し、イノベーションを促進し、あらゆる種類のリスクをとりながら創造的な活動に従事し、時間をかけて社会の問題と隘路を解決するという社会の意思に関するものである」(North, 1990, p. 80)。したがっ

て、時間の経過を通じ問題を解決する社会の能力は、世代を超えた「試行実験」を最大限許容し、分権的な決定プロセスの展開を奨励する制度の枠組みに依存する。ゆえに、本稿は、著作権の制度の枠組みの適応効率性を確保するために持続的な取り組みを求めるものと理解することができよう。この枠組みは、決定プロセスに参加するための様々な制度的経路を提供し、それによって制度的なロック・インを最小化し、新たなテクノロジーと著作権が存するコンテンツの生産、流通、消費の新たなパターンに対して、権利と義務を適応させることを可能とするものでなければならない。

最後に、典型的な国内の文脈における制度選択のジレンマとは全く独立して、国際的なレベルや国家という枠組みを超えたレベルに目を向ける場合には、決定の配分にさらに困難な課題が提起される⁵³。多くの法と経済学の議論が、国際的な協定が国内の決定に課す制度選択に対する多くの制限を無視したままになされている。今後の議論は、一方では、国際的知的財産権のシステムの明確性と予見可能性の確保という要請と、他方で、制度的な多様性を育みつつ、新たな政治的、経済的、技術的現実の機微に触れ、利害関係の変化に適応することができるような制度的な枠組みを維持する必要性との間で、どのように折り合いをつけていくのかということに傾注されるべきであろう。

[訳者付記] 本論文は、Antonina Bakardjieva Engelbrekt, Copyright from an Institutional Perspective: Actors, Interests, Stakes and the Logic of Participation, Review of Economic Research on Copyright Issues, 2007, vol. 4 (2), pp. 65-97 の翻訳である。翻訳をご快諾いただいた Engelbrekt 先生に感謝申し上げます。

なお、原文の末尾には参考文献のリストが掲載されているが、これについては既に本翻訳の一回目の連載である本誌前号(22号)49～54頁に掲載したので、そちらを参照されたい。

⁵³ 市場と経済の科学の国際化に法が遅れをとりがちであることにつき、一般的には、Buxbaum (1996) を参照。