HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	オンライン上のゲートキーピングの歴史（3・完）
Author(s)	Zittrain, Jonathan; 成原, 慧//訳; 酒井, 麻千子//訳 et al.
Citation	知的財産法政策学研究, 30, 93-113
Issue Date	2010-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44330
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ30_005.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

オンライン上のゲートキーピングの歴史(3・完)

Jonathan ZITTRAIN
成原　慧・酒井麻千子・生貝直人・工藤郁子(訳)

目　次

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．２種類のゲートキーパー
Ⅲ．オンライン上のゲートキーピングの黎明期における活用：既存の私的な監視とエンフォースメントのレジームに対する補完
Ⅳ．インターネットの成熟と限定的なゲートキーピングの継続：著作権侵害、ISP、OSP（以上、第28号）
Ⅴ．インターネットのさらなる発展に伴い試練に曝される限定的なゲートキーピング：著作権侵害、ピア・ツー・ピアサービス、防止ないし監視する義務の再考（以上、前号）
Ⅵ．グリッド上のゲートキーピング：自制としてのGrokster判決（以下、本号）
Ⅶ．規制に対する自制の終焉？：クラークマン的ゲートキーパーからレッシグ的ゲートキーパーへ
Ⅷ．結論

Ⅵ．グリッド上のゲートキーピング：自制としてのGrokster判決

Grokster判決は、Napster判決とAimster判決をさらに一歩前に進めるものであった。最終的に従来のNapsterのサービスは停止され、その名称はRhapsodyやAppleのiTunesと同様の著作権者から許諾を受けた課金サービスに引き継がれた[177]。しかし、最も信憑性の高い報告によれば、法的側面

[177] Alex Goldfayn, *New System to Offer Tunes by the Month; Subscriptions Will Give Users Access to a Million Songs*, CHI. TRIB., Jan. 31, 2005, at C1を参照（Napster.comと

と技術的側面の両面でNapsterよりも遮断されづらいシステムの上で、非合法なファイル共有は衰えることなく続けられており、成長すらしているという[178]。

2000年3月13日、Napsterの法的トラブルとそのことがファイル共有に与えた示唆に少なからず触発される形で、Nullsoftという（その少し前にAOLに買収された）中小企業のジャスティン・フランケルとトム・ペッパーは、Gnutellaというソフトを一般公開した[179]。GnutellaはNapsterからそのサービスの要素を取り除いたものであった。それは、PCにダウンロードして、インターネットを介してGnutellaを実行している他のPCと接続するために用いることのできるソフトウェアだった。一度接続されると、ユーザーは多数のGnutellaユーザーの中から交換したいファイルを検索できた。Gnutellaは、インターネットのパケット経路指定と同様のバケツリレー交換の形式を用いており、中央サーバーによる調整を全く必要としないものだった。

法的問題を理由にしてAOLはGnutellaの公開の翌日にこのソフトの公開をとりやめたが、一週間もしないうちにGnutellaはリバース・エンジニアリングされ、このソフトの数々のコピーと派生的な模倣物が入手可能となり、実行されるようになった[180]。フランケルとペッパーがGnutellaのた

FYE.comの音楽レンタルビジネスモデルを検討し、MusicMatchとMSN Musicによる新たなサブスクリプションモデルの導入を予想している）。

178 Bryan H. Choi, Note, *The Grokster Dead-End*, 19 HARV. J.L. & TECH. 393, 400-404 (2006)（YouSendItやBitTorrentといった、伝統的なP2Pネットワークに取って代わる代替的なファイル共有技術について記述している）; Saul Hansell & Jeff Leeds, *A Supreme Court Showdown for File Sharing*, N.Y. TIMES, Mar. 28, 2005, at C1を参照（「複数の調査が2003年にファイル共有が伸び悩んでいることを示している一方で、同時期に米レコード産業協会は音楽ファイルを交換する個人ユーザーへの訴訟を開始しており、BigChampagne社長のGarlandはファイル共有ネットワークにログインする人々の数は（その時期から）増加を続けていると指摘している」）。

179 Patti Hartigan, *Cyberlinks: Napster is Stirring Piracy Controversy*, BOSTON GLOBE, Mar. 24, 2000, at E1を参照。

180 最近AOLは米レコード産業協会のメンバーであるタイムワーナーと合併した。NullsoftはGnutellaを自社のWinamp制作チームによる「非公式なフリーランスプロ

めに考案したプロトコルを用いて、様々な人によって開発された多様なPCのアプリケーションを利用している人が、同一の「Gnutella」ユーザー間の仮想ネットワークに参加することを可能にするようにした人もいた[181]。一方で、Gnutellaに類似した分散ネットワークだが、Gnutellaのクライアントとは相互運用性を持たないものを創り出した人もいた。2001年3月、オランダのKazaa BVという企業がFast Trackという競合する技術を創り上げ、この技術を用いて他のコンピューターと接続可能になるような互換性のあるPCソフトウェアを開発できるライセンスをソフトウェア開発者に提供しようとした。GroksterはFast Trackの技術を利用したアプリケーションの一つであったが、Groksterの開発者は（Kazaa BVと共に）同年10月には音楽出版者に著作権を侵害したとして訴えられることになった[182]。

NapsterとAimsterはいずれもサービスを運営しており、まさにそれがゆえに、海賊行為の特定の証拠を突き付けられた場合には、海賊行為を排除するために何らかの対策を講じるよう求められうるとされたとしても公正であるということが可能であった。他方で、少なくともNapster判決によれば、仮にこれらの企業がサービスを運営しておらず、実質的に非侵害の用途に供される可能性がある製品を頒布しているにすぎない場合には、分析はそこで終了し、被告が勝利することになる。たとえ当該製品がインターネットを利用して当該製品特有の「サービス」をユーザー間に創り出

ジェクト」だと主張している。*Program for Sharing of MP3 Files Cut from AOL Website*, WALL ST. J., Mar. 16, 2000, at A10を参照のこと。

181 例えば以下を参照、LimeWire, http://www.limewire.com/english/content/home.shtml（2006年4月29日最終確認）; Free Peers, Inc., BearShare, http://www.freepeers.com/products.htm（2006年4月29日最終確認）; Press Release, Free Peers, Inc., BearShare Gnutella Client for Windows (Dec. 4, 2000), http://groups-beta.google.com/group/alt.gnutella/msg/acbe651770f2f47; Slyck's Guide to Gnutella, http://www.slyck.com/gnutella.php（2006年4月29日最終確認）。

182 以下を参照、Complaint for Damages & Injunctive Relief for Copyright Infringement, Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.（*Grokster I*）, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), *aff'd*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004), *vacated*, 125 S. Ct. 2764 (2005) (No. CV 01-08541 SVW)（http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20011002_mgm_v_grokster_complaint.pdfにおいて入手可能）。

していたとしても、この理に変わるところはない[183]。被告に対して「現実の」侵害行為を示し、何らかの措置を求めることは、Sonyに対してそのVCRが家庭内で濫用されている事例を突き付けることに等しい。その時点では既にSonyが何らかの手を打つことは現実的に不可能であり、ここでSonyに何らかの責任を問うとすれば、Sony判決において差し控えられた製品デザインの段階での事前の対策を要求するということになる。

Napster判決に忠実に従って、Grokster事件において地方裁判所は被告勝訴の判決を下し、第9巡回区控訴裁判所もこれを維持した[184]。Groksterはサービスではなく製品である。そして、Sony判決は、製品を禁止することや事前に海賊行為を排除するように製品がデザインされるべきだと命じることを排除していたのである[185]。被告のうち幾人かは自らの開発したソフトウェアの頒布と宣伝のための商業的ウェブサイトを運営すると同時に、Fast Trackと互換性のあるソフトウェアに直接広告を挿入する継続的なビジネスモデルに携わっていたが、彼らが開発したソフトウェアは中央サーバーによる補助を必要としないように作られていた。Sony判決で確立された抗弁のおかげで、デザイン段階で擬制の認識があることによっては責任が帰せられることはない。また特定の侵害に対する現実の認識は、一度そのソフトウェアがリリースされ、メーカーがもはやその侵害に対して実質的に寄与することができない立場になってはじめて生じうるのである。

Grokster事件が第7巡回区控訴裁判所で審理されていたとしたら、最高裁に対峙する際のGroksterの方針は大きく異なるものとなっていただろう。Aimster判決の比較衡量テストに依った場合には、Grokster勝訴の結論となるとしても、それはよりきわどいところでなされていただろうと推測されるからである。たしかに、第9巡回区控訴裁判所が脚注の中で述べたように、Grokster判決の被告はAimster判決の被告よりもシステムの非侵害用途を証明するのに長けていた[186]。すなわち、Groksterは、テキストや映像等のパブリックドメインの作品、そしてWilcoというバンドのアルバムのように、著作権で保護されているが正規に許諾を得ている作品を、ソフトウェアを用いて伝達することに協力してきたという証拠を提出したのである[187]。しかし、Aimster判決において、「実質的に非侵害の用途に供される可能性」の存在は侵害責任を免除するための絶対的な防御壁とはならず、あくまでも比較衡量の対象であった。したがって、Aimster判決の比較衡量テストに依った場合には、Groksterの非侵害用途は、部分的あるいはすべての侵害行為を事前に防ぐよう異なる方法でソフトウェアをデザインし開発するための費用と比較衡量されていただろう[188]。

最高裁はGrokster事件の裁量上告[189]を認めた。それは部分的には第9巡回区控訴裁判所と第7巡回区控訴裁判所の判断の相違[190]を解消することが目的だったが、この裁判に賭けられているものは、いずれの控訴裁判所がSony判決を正しく解釈したかという問題に限られてはいなかった。Grokster判決は、本事件の被告のようなソフトウェア開発者や、生成的技術の制作者一般に対して、ゲートキーパーの役割を果たすよう積極的な責務を課すことの是非について裁判所が検討する格好の機会であった。Aimster判決のような比較衡量テストにおいては、製品制作者やサービス提供者は、それらの悪用を防ぐように事前にデザインすることを強制されることになるかもしれない。こうした比較衡量テストの下で負ける側に立たされることを恐れて、技術提供者は生成的な―そして責任を被ることになりうる―イノベーションの創造を停滞させるか、あるいは止めてしまうかもしれない。最高裁は賢明にも、そのような転換点となる道へ向けて踏

183 前掲注(136)と(149)で言及されている諸情報を参照。

184 Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. (*Grokster II*), 380 F.3d 1154, 1157 (9th Cir. 2004), *vacated* 125 S. Ct. 2764 (2005).

185 *Id.* at 1161 を参照。

186 *Id.* at 1162 n.9 を参照。

187 *Id.* at 1161-62. WilcoはGroksterを利用して音楽を配布し、その後、そこでの人気を活かしてレコード契約を獲得した。*Id.*

188 前掲注(166)および言及されている裁判例を参照。

189 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd. (*Grokster Certiorari*), 543 U.S. 1032 (2004).

190 Petition for a Writ of Certiorari at 24-29, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 543 U.S. 1032 (2004) (No. 04-480), 2004 WL 2289200 (http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20041008_Grokster_final_petition.pdf において入手可能)。

み出さなかったのである。

最高裁は全員一致で、Groksterを勝訴させた第9巡回区控訴裁判所のサマリージャッジメントを認める判決を覆したが、実際的な影響をほとんど与えず、インターネットの生成性を縮小しないような形で判断が行われた。確かに最高裁は第9巡回区控訴裁判所がSony判決の「商業的に重要な非侵害用途の可能性」テストを誤って適用したと判示した[191]。Sony判決の法理は、「流通した製品の特徴や利用」またはその製品が侵害目的で利用されるかもしれないという認識のみに基づいて責任を課すことを排除するものであると認められた[192]。他方で、侵害の意図はその他の外在的な証拠によって証明することができるとされた[193]。

第9巡回区控訴裁判所の判断を覆すに当たり、最高裁は、コモンローの誘引法理を、「著作権[法]の目的に適った法理」として採用し、「侵害を助長するために取られた明確な表現またはその他の積極的な措置によって示されるところの、著作権侵害を推奨する目的でデバイスを頒布した者は、その結果生じた第三者が行った侵害行為の責任を負うことになる」[194]と判示した。潜在的な侵害利用は言うに及ばず、実際の侵害利用に関する知識も、カスタマーサポートの提供や製品のアップデートといった通常のビジネス行為も、それだけでは頒布者に侵害利用に関する責任を負わせることにはならない[195]。「目的をもった、責められるべき言説や行動」こそが、新しい誘引ルールにおいて責任を負わせるために必要となるのである[196]。

裁判所の示した誘引基準は、製品やサービスがどのようにマーケティングやパッケージされているのかを責任判断の基準とする食品医薬品局（FDA）の政策と類似している。FDAのルールの下では、製薬会社は、承認されていない用途のために薬を販売することはできるが、同じ薬を承認されていない用途のために使用することを勧める広告を行った場合には

191 *Grokster III*, 125 S. Ct. 2764, 2778 (2005).

192 *Id.* at 2779.

193 前項参照。

194 *Id.* at 2780.

195 *Id.*

196 *Id.*

責任を問われる可能性がある[197]。また製薬会社以外の企業がチキンスープは風邪を治す効用を持っているというマーケティングを行った場合には、もし本当にそういう効果を持っていたとしても責任を問われる可能性がある。もし、Sony判決の後にSonyがVCRを「海賊箱」という名称で売り、ペイパービューの番組を録画して翌日他人にそれを売るところを示した広告を用いてVCRを売り込んでいたならば、Sonyは寄与侵害を問われるであろうが、それでSony判決の基準の根底にある原則が害されることはなく、また我々もSonyの敗北に悩まされる必要はない[198]。Napster判決やAimster判決において暗黙の前提となっていたのは、問題となっているサービスが著作権で保護されたファイルの交換から利益を得ることを明確に目的としていたということである。サービス提供者やメンテナンスを行う者の観点からすると非侵害用途は真実のところ偶発的なものであったということが、両事件の判断を容易なものとしていた。Grokster判決において、海賊版を好きなだけ作れるという、著作物の無断複製行為ができることをアピールしたパッケージングやマーケティングを行っている場合にのみ責任を認定することで、最高裁はより一般的な形で技術を販売する人々が責任を問われないようにするという望ましい帰結を得たのである。これは第108議会で検討された侵害**誘引**禁止法（INDUCE Act）の仕組みと

197 この種の広告は「オフラベル・マーケティング」と呼ばれる。オフラベルの処方箋は、毎年発行される処方箋のおよそ40パーセントを占めている。Daniel Costello, *When Drugs are Used Off-Label*, L.A. TIMES, June 7, 2004, at F1. Matthew Herper, *When Doctors Go Off Label*, FORBES.COM, Oct. 5, 2004, http://www.forbes.com/home/sciencesandmedicine/2004/10/05/cx_mh_1005genentech.html を参照。医薬品は国によって異なる用途が許可されうるので、オフラベル・マーケティングはインターネット上の医薬品広告に関する問題を引き起こした。ウェブ閲覧者がどの国からアクセスしているかをOSPが知るための技術が十分でないため、企業は、異なる規制レジームに対応するために、いかなる形でオンライン広告の地理的区切りを行うべきかについて若干のジレンマを抱えてきた。

198 Sonyの説明書には、「テレビ番組、映画、ビデオテープ等の著作物を許諾なく録画することは、米国著作権法に抵触する可能性がある」という警告文が記されていたことを思い出してみよう。Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 426 (1984); 前掲注(134)参照。

よく似ている。同法は、「当事者にとって合理的に利用可能な、活動に関するあらゆる情報、例えばその活動が商業的に成功するために侵害行為に依存していたか否か」に基づき、「故意に」侵害を助けた者に責任を課すことを意図したものであった[199]。

最高裁は、このNapsterの後継者を、目に余るような侵害行為を助長するような、社会的に望ましくない活動を続けている者として位置付けた[200]。最高裁は正しくも、Groksterが、単に侵害目的で利用される可能性があるという認識を持ちながら製品のデザインを行ったということを超え、侵害を誘引しようとする意図を持っていたという証拠があると判断した。Napsterのユーザーをターゲットとした「社内におけるやりとりや広告の企画」や、フィルタリングツールその他の侵害利用を抑止するような措置が欠如していること、そしてソフトウェアの一部として広告を販売するという金銭的な動機を有していることが証拠として示された[201]。これらの証拠に基づき、裁判所は「違法な目的を持っていたことに疑いの余地はない」と判断したのである[202]。

Grokster判決を受けて、ソフトウェアの開発者は、たとえ優秀な弁護士を有していなくとも、自らの汎用的（generic）な製品について著作権を侵害するような使用法を推奨してはならないということを理解することになるだろう。しかし製品自体は、その製品が侵害を誘引するような表現をまとうものでない限り、すべてとはいわないまでも、その大部分は依然としてSony判決の庇護下にあるように思われる。確かに、Groksterのウェブ

[199] Inducing Infringements of Copyrights Act of 2004, S. 2560, 108th Cong. (2004).

[200] 直感とは異なり、音楽CDの販売がオンラインファイル交換に悪影響を受けていないことを示す証拠が顕出されつつあるが、それが最高裁の耳に届いていたのかどうかということは定かではない。*US Sees Growth in CD Sales Market*, BBC NEWS, Jan. 6, 2005, http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/4150747.stm を参照。一方、MP3ダウンロードは確かに音楽CDの売上げを減少させたものの、それは音楽産業にとって致命的な程の影響ではないことを示す以下の議論も参照。Stan J. Liebowitz, *Will MP3 Downloads Annihilate the Record Industry? The Evidence So Far*, 15 ADVANCES STUDY ENTREPRENEURSHIP, INNOVATION, & ECON. GROWTH 229 (June 2003).

[201] *Grokster III*, 125 S. Ct. 2764, 2781-82 (2005).

[202] *Id.* at 2782.

サイトはユーザーに対して著作権侵害を行わないよう呼びかけており、価値のある利用を強調するように作られていた。「Groksterを世界中の著作者やアーティストが利用できる、パワフルでコストのかからない配信プラットフォームに変身させよう。そうすれば、調査好きのジャーナリスト、少数派の活動家、妥協しないクリエイターがこの地球上で最も早く成長するメディアの恩恵を受けることができるだろう」[203]。しかし、Groksterを使えば誰でも一番人気のあるファイル（その多くは著作権を保護された音楽の非合法なコピーであった）が入手できると宣伝するようなマーケティングの努力と並べてみると、以上のようなデモンストレーションは単なる方便であったようにしか思われない[204]。ジェーン・ギンズバーグは、Grokster判決の誘引基準をもう少し強力なものと見ており、同基準の下では、「大規模な侵害行為を助長する」デバイスはそのことをもって直ちに誘引的なものであるとみなされることになるのではないかと推測している[205]。しかしGrokster判決において、最高裁はそこまで極端な立場はとらなかったように思える。最高裁は、侵害コンテンツをフィルタする仕組みを実装しなかったという不作為を、Groksterの著作権侵害に対する助長意図を「補強」するものとして指摘しているが、続けてすぐに上記の不作為はそれ単独で責任の根拠となるものではないと付け加えている[206]。

したがって、現実の侵害行為の抑止についてGrokster判決で示された最高裁の判断は、実際には影響をほとんどもたらさなかったと言っていいだろう。営利企業としてのGroksterや類似のサービスのいくつかはその幕を閉じることになったが[207]、Groksterという企業あるいはGroksterのウェブ

[203] Internet Archive, Grokster, http://web.archive.org/web/20040523211147/http://grokster.com/ (May 23, 2004).

[204] *Grokster III*, at 2774 を参照（「Grokster はユーザーに対して特定の人気音楽の利用を推奨するニュースレターを送付していた」と述べている）。

[205] Jane C. Ginsburg & Sam Ricketson, *Inducers and Authorisers: A Comparison of the US Supreme Court's* Grokster *Decision and the Australian Federal Court's* KaZaa *Ruling*, 11 MEDIA & ARTS L. REV. 1, 7 (2006), *available at* http://ssrn.com/abstract=888928.

[206] *Grokster III*, at 2781 & n.12.

[207] Grokster, http://www.grokster.com/ (2006年4月29日最終確認); Andrew Orlowski, *Grokster Closes, Goes Legal*, THE REGISTER, Nov. 8, 2005, http://www.theregister.co.uk

サイトがなくなったとしても、ソフトウェア自体やそれが作り出したオーバーレイ・ネットワークの機能に影響は出ない。ファイル共有者は引き続きGroksterを利用して交換したい音楽を見つけることができる。ただ、Grokster.comに友人を送り込んで、このクライアントソフトウェアのコピーをさらに入手させることはできないというだけのことである。ほぼ同等の機能を持ったソフトウェアはどこでも入手できるし[208]、Grokster判決の下では、著作権侵害を招くようなマーケティング活動を行っていない限り、そうしたソフトウェアのリリースが認められることになるだろう。ビジネスモデルを一切持たなくても、ファイル共有ソフトのプログラムを書き、リリースすることを厭わないソフトウェア開発者が存在するということは、公式にマーケティングすることができなくとも、ましてや著作物の無断複製を行う海賊版ツールとして大々的に売り出すことなどできないとしても、ファイル共有ソフトは引き続き存在し続けるということを示唆している。著作物の無断複製行為が可能なソフトウェアは単に匿名のアマチュアによって開発され、一般的な利用のためにネット上でリリースされる。本当の開発者は決して見つからず、またもし見つかったとしても訴訟提起に値するほどの資力はない場合がほとんどであろう。いずれにせよ、彼らの労働の成果はネット上に存在し続けることになろう。法のエンフォースメントが一部において完全性を欠くという事実は、他にもなしうることがある領域において賢明な法の適用を控える理由にはならないが、一夜にして拡散してしまうソフトウェアの能力は、Grokster判決における新たな誘引法理の最も有効な適用例の意義を根本から台無しにしてしまうことだろう。

もしGrokster判決の誘引基準が過度に広く適用されるとなると、ソフトウェア制作の世界は、結果として言わば中間層を欠いたものになってしまうだろう。一方で、巨大なソフトウェア企業は、出版者との取引を交渉す

/2005/11/08/grokster_closes/; Andrew Orlowski, *WinMX and eDonkey: Offline, Doors Closed*, THE REGISTER, Sept. 22, 2005, http://www.theregister.co.uk/2005/09/22/p2p_networks_darken/ を参照。

[208] 例えば、Slyck.comのファイル共有プログラムのデータベース http://www.slyck.com/programs.php（2006年4月29日最終確認）を参照。

ることができ、あるいは、法が許容する範囲内で自らの活動を擁護しうるだけの余裕がある。また、当て逃げを厭わない個人のソフトウェア制作者は、自らのソフトウェアを継続的なサービスへと結び付ける必要がない限りは、何の責任も負うことなく法の要求を無視してソフトウェアを作り続けることができる。他方で、中間層にいる人々、つまり法を遵守したいが法的責任を回避したり争ったりするためのリソースを持たないソフトウェア開発者が閉め出されてしまうことになる。

LOCKSSという、図書館が文書を数千年に渡って保有するとともに、文書のデジタルコピーが真正性を保っているか否かを判定するために開発されたピア・ツー・ピアシステムのことを考えてみよう[209]。LOCKSSの開発者（そしてリスク回避的な学術的なスポンサー）は、彼らが故意に著作権侵害を補助していたとみなされるリスクを避けるようになるだろうと考えられる。特に、製造物責任の事例のように[210]、出版者の側が、LOCKSSの開発者がコンテンツその他に関する監視フィルタを搭載しても所期の目的の大部分は達成可能であったということを示す「合理的な代替的な設計」の証拠を提出することが認められている場合においては、その傾向はいっそう強まることになる。しかし、物理的な製品の製造者が製造物責任の判例からリスクを予測して日常的にデザインを修正しているとしても、製造物に関する厳格責任の根底にある論拠は、LOCKSSの場合には説得力を持たない[211]。というのも、LOCKSSの場合には、リスクの拡散は製造物

[209] LOCKSSについて、http://lockss.stanford.edu/about/about.htm（2006年4月29日最終確認）を参照。LOCKSSは、“Lots Of Copies Keep Stuff Safe.”の頭文字をとった名称である。*Id.*

[210] RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PRODS. LIAB. § 2(b) (1998) を参照。

[211] Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno, 150 P.2d 436, 440-41 (Cal. 1944) (Traynor裁判官の同意意見) を参照。

> 公共政策は、市場に届けられた欠陥商品がもたらす生命や健康への危険を最も効率的に減少させることになる場合には常に責任を課すことを要求する。製造者の側は危険を予測したり再発を防ぐことができる一方で、公衆の側にそれができないことは明白である。（中略）被害がもたらすコストと時間ないし健康の損失は、被害を負った個人にとっては大変な不運となりうるばかりでなく、そのような負担を発生させる必要がないものである。なぜならば、被害のリス

責任の場合とは全く逆の方向に作用しうるのである。LOCKSSの場合には、強大な企業が、製品を販売することで製品の個体数に応じて生じる多量かつ軽微な個人の被害に関するリスクを担うのではなく、一人のプログラマーが産業全体の著作物の無断複製行為のリスクを負うことを求められかねないのである。著作権侵害においては、身体的損害など想定できないのだから、それによって司法の介入が必要とされることはないのである。

Grokster判決の考え方が正しく適用されれば、Sony判決における最高裁の姿勢は僅かに修正されるにすぎず、ソフトウェアの提供者は製品の違法な利用行為から生じる問題につき広く免責され続けることとなるだろう。また、デジタルサービスの提供者も、クラークマンのフレームワークにおける最も穏健なゲートキーパーの責任のみが課されることとなるだろう[212]。

Grokster判決後においてもともかくも存続することになるであろう完全分散型ピア・ツー・ピアネットワークの出現に対し、出版社が次に打つ手は何なのだろうか？本稿の最初で示したように、敷石を置き直すことを望む人もいる。ウィリアム・フィッシャー[213]とニール・ネタネル[214]による代替的な補償金制度のようなアイデアはこの目的を達成するものとなりうるかもしれない。彼らのスキームにおいては、ISPのサービスやコンピューターの購入といった利用手段全般に対して包括的に補償金を徴収し、生み出した知的創作物の人気の割合に応じてクリエイターや出版者に補償金を分配することが提案されている。したがって、ダウンロードや共有は呪いの対象ではなく祝福の対象となりうる。多くのダウンロードや共有がなされることが、人気を示しさらにはコンテンツ制作者がより多くのパイを得ることにつながるからである。しかし、上記のシステムにどんなメリットがあったとしても（もちろんその点については議論が分かれているところではあるが）、出版者、あるいは出版者のロビイングを受ける規制者がすぐに上記のシステムを採用することにはなりそうもない。それどころか、出版者はiTunesミュージックストアや月額課金サービスを通じて、比較的安価ではあるが収益を見込むことのできる権利処理済みのメディアを提供し続けるだろう。そして消費者も、（特に個人の責任が追及される可能性がある場合には）無断複製行為を助長するネットワークから無料でファイルを手に入れる努力をする代わりに、ダウンロードごと、月ごとの少量課金の支払いや散在するストリーミング広告の閲覧を甘受する人が多いだろう。

中期的に見れば、我々は出版社による四つの継続的な戦略を目にすることになるであろう。第一の戦略は、ファイル交換者に対する直接の訴訟である。ピア・ツー・ピアソフトウェアによる大規模な著作権侵害行為は、面識のない他人に対する脆弱な利他主義や、ピア・ツー・ピアソフトウェアのデフォルト設定をユーザーが理解ないし変更できないことが原因となっているにすぎないので、訴訟を提起することでこれらの侵害行為を止めるようユーザーに強い圧力をかけることができる。第二の戦略は、寄与侵害を主張することにより、残された唯一のゲートキーパーであるISPに対して、能動的なファイル共有が通知された際に契約者をインターネット接続から遮断するよう圧力をかけることである。第三の戦略は、出版者自身による自力救済である。例えば、出版者は、ネットワークをおとりファイルで満たして特定の音楽を検索する人を苛つかせたり、自らのコンピューターからユーザーの共有ファイルに対して手に負えないほど大量の需要を創出し、もってファイル共有を行う者の待ち行列をいっぱいにし、他のユーザーがダウンロードを行えなくしたりすること（いわゆる阻止行動）で、公衆によるファイル共有ネットワークを切り崩していくことにな

クは、製造者に負担させることができるものであって、その場合には、ビジネス遂行のコストとして広く公衆の間に分散されうるものだからである。（中略）被害（欠陥商品）がどのようなものであれ、責任を製造者に負わせることは公共の利益に資する。もし製造者に製品の製造に関して過失がなかったとしても、製造者は自らの製品を市場に届けたことに責任を負うのである。

Id.

[212] 前掲注(30)から(33)で言及されている諸情報を参照。この問題を概観したものとして、Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Providers Accountable* (July 2004) (John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 217, on file with University of Chicago Law School) を参照。http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_201-25/217-dgl-eap-isp.pdfにおいて入手可能（ISPはユーザーが、他人が個人のコンピュータ乗っ取ることを許すような悪意あるコードを製造または頒布した場合、責任を負うべきだと述べている）。

[213] FISHER, 前掲注(110), at ch. 6 を参照。

[214] Neil W. Netanel, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, 17 HARV. J.L. & TECH. 1 (2003) を参照。

るだろう。第四の戦略は新しいビジネスモデルの提供である。これにより、ユーザーは、自らが求めるコンテンツのみならず他の手段では今まで知ることができなかったコンテンツ（プロの著者やクリエイターではなく消費者自身によって生成されたコンテンツのアグリゲーション等）に簡便にアクセス可能になるだろう。以上の戦略と並んで、次章で議論される二つのワイルドカードがある。一つは汎用的なオーバーレイ・ネットワークの勃興であり、そしてもう一つは、ユーザーの手に渡った後に行われるPCソフトウェアの規制に対する今日におけるPCやインターネットのグリッドの従順性の増大である。

Ⅶ. 規制に対する自制の終焉？：クラークマン的ゲートキーパーからレッシグ的ゲートキーパーへ

理論的な可能性としては、最高裁のGrokster判決がSony判決に誘引法理という相方を付け加えずに、単に第9巡回区控訴裁判所の判断を後追い的に支持するということもありえたかもしれない。そのような判断が行われていれば、誘引基準が将来的に過度に広汎に適用されることで技術開発に対して不当な萎縮をもたらす可能性をカテゴリカルに回避するものとなっていたといえようが、その代償として、Groksterのような悪い行為者がビジネスを継続することを許容するという犠牲を払うか、あるいは、議会がSony判決がもたらした均衡からさらに離れた規制を実現するように仕向けられるというリスクを負うことになっていたであろう。むしろ、Grokster判決は、その現在の姿のままで、Sony判決の見識を継承したものとなっているのである。Grokster判決において提示された誘引理論は、ゲートキーパーとしての責任への途が開かれることが極めて稀な事態に止まるように限定されているからである。したがって、Grokster判決は、まさに転換点にならなかったという意味でよく考えられた賢明な判断であったといえよう。

それでは、もし出版者が代替的な補償金制度であるとか、より限定的なiTunesやRhapsodyのようなデジタルミュージックストアによって、著作物の無断複製問題と折り合いをつける方策を見出すことに失敗した場合、次の戦場はどこになるのであろうか？二つの現象が全く相反する方向から

綱引きを繰り返している。出版者に対抗して働いているのが「オーバーレイ・ネットワーク」の勃興である。インターネットの利用を意識したPCアプリケーションは進化を続けており、次なるターゲットはGrokster判決の問題点自体にまで拡張されることが予想される。Grokster判決においては、著作権産業側が勝利したものの、既に個人のマシン上で実行されているGroksterソフトウェアを遮断させる実効的な手段は何ら提供されていないからである。LOCKSS[215]やPublius[216]のような学術的なプロジェクト、そしてFreenet[217]、BitTorrent[218]、eXeem[219]のようなよりありふれたアプリケーションは、グリッドの創出を手助けしている。ファイルは、ビットや断片の形でインターネットに接続しているすべてのPCに保存されるが、PCの所有者は通常いかなるファイルの断片をPCの中に保存しているか知ることはない。結果として、人類のための集合的なハードドライブができあがる。これは、誰にでもアクセスできる一方、誰によっても管理されていない。それゆえ、誰もこのハードドライブのコンテンツを一つ一つ編集することはできず、コンテンツを取り除くためには、自発的にこれらの設定をホストしてきた個々のノードをあらかた破壊する必要がある。このオーバーレイ・ネットワークのプロジェクトは、ユーザーが余剰の記憶容量や処理能力を世界中に貸し出すことで成立するが、これは生成性、そして破壊の極地である。ジェームス・ボイルが1990年代中盤に正しくも空想した「リバタリアンの自家撞着（Libetarian gotcha）」の具現化である。すなわち、統治者がいったん領域内でインターネットへのアクセスを認めた場合には、どのような利用を認め、禁止するかという選択は容易には行いえない

[215] LOCKSS, http://lockss.stanford.edu/（2006年4月29日最終確認）；前掲注（209）も参照。

[216] Publius Censorship Resistant Publishing System, http://www.cs.nyu.edu/~waldman/publius/（2006年4月29日最終確認）.

[217] The FreeNet Project, http://freenet.sourceforge.net/（2006年4月29日最終確認）.

[218] BitTorrent, http://www.bittorrent.com/（2006年4月29日最終確認）.

[219] Wikipediaの*EXeem*の項を参照。http://en.wikipedia.org/wiki/EXeem（2006年3月10日04:54現在）.

という考えを具現化したのである[220]。

そのようなグリッドの発展は出版者に対してチェック・メイトを突き付けているようにみえるが、インターネットのアプリケーションはインターネットの未来を形成するパズルのピースとして動いている唯一のものではない。PCそのものも、その下にあるネットワークと同様に、規制がより行なわれやすい方向へと進化し続けているのである。私はこれまで様々な機会に、情報技術の制作者（PCとOSの製造者、主流のソフトウェア開発者、インターネット工学の公益組織）によって1990年代のインターネットに対して根本的な断絶をもたらすような変化が引き起こされてきたと指摘してきた[221]。このような変化は、ゲートキーピングによるコントロールをより少なくするどころかむしろ圧倒的に強力なものへと変容させることで、本論文で述べてきた可能性の多くをひっくり返してしまうことになる。

例えば、標準的なPCのOSが自らのシステム上で実行するためのソフトウェアを第三者が開発することを認めていたり、あるいは、ワープロが独立宣言と同じくらい容易に共産党宣言を書くことを認めているというような意味で、コードが何らかの生成的な性質を持っている限りは、コードの不正利用を事前に予測し、効果的な障壁を構築するのは容易ではないだろう。家から離れた子供のように、コードも、最初は著者によって育てられるのであるが、やがてより広いコミュニティの中で自らの人生を見つける自由を与えられることになるのである。コードのデザインと、コードのより広い利用、そして不正利用との間にある局面の相違を認識することで、Sony判決のような判決における規制の自制の意味をより深く理解できるようになる。Sony判決においては、VCRのようなレコーダーが著作権を侵害する目的で使用される可能性があった（そして実際に、しばしば使用されていた）という事実があるにもかかわらずVCRの生産が認められたのである。レコーダーに非侵害の用途が実質的に存在するということが示されたのであれば、レコーダーの頒布を禁止することは非合法的利用だけでなく合法的利用をも排除することになるため、レコーダーの頒布が認められるべきということになったのである。同様にGrokster判決においては、Grokksterのコードはそれ単独では判断の対象とはならず、むしろそれをパッケージし、宣伝した人々の行為に基づいて判断が行われたのである。このことは、多くのコードはSony判決の寛大なテストで不合格とならない限り、容易には禁制品としてラベル付けされないということを示唆している。その技術の宣伝に関する行為のみが責任を引き起こしうるのである。

しかしながら、常時接続、ブロードバンド接続のPCの普及によって、ソフトウェアやOSも工場で製造し消費者がそのままの状態で利用するという順序を守る必要はなくなった。ソフトウェアは、ソフトウェア開発者によってほとんど間髪を入れずに調整され、再調整されるようなサービスとなりうるのである[222]。それはまるで家を離れたものの、両親が継続的に接触してくるばかりでなく、遠方から門限を設定され、調整される状況に置かれた子どものようなものである。ソフトウェアは今や、自らの出所との接触を維持するようにプログラミングされうるのである。その目的は、第一には機能のアップデートを受け取るためにあるのであるが、同時に新しい規制の命令を実行するためにも用いられうるのである。セキュリティ・ソフトウェアのベンダーやOSの制作者は、今や予防的なセキュリティを行う機能を担っており、ソフトウェアがユーザーの手に渡った後も、自らのソフトウェアをアップデートすることはもとより、脅威とみなされたソフトウェアを無効化するなどの形で、同じPCで動く他のソフトウェアに影響を与えることもできる[223]。この機能によって、規制者が、ソフトウェア開発者あるいはOSのベンダーに対して、ソフトウェアを規制の要求に合わせて無効化ないし修正するように要求することも可能になるだろう。かかる規制の手法は、クラークマン的な意味でのゲートキーパー[224]というよりも、レッシグ的な意味でのゲートキーパーである。そこで転換

[220] James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired Censors*, 66 U. CIN. L. REV. 177 (1997) を参照。他方で、OpenNet Initiative, Case Studies, http://www.opennet.net/ (follow “Case Studies” hyperlink) も参照（2006年4月29日最終確認）。

[221] Zittrain, 前掲注(15)を参照。

[222] *Id.* at 47 を参照。

[223] *Id.* at 46-48.

[224] 前掲注(7)から(14)において言及されている諸情報を参照。

点となる規制の動きは、どのような場合にゲートキーパーが徴用されるべきかを決定するものとなるだろう。

我々はこうした可能性についてどのように考えるべきだろうか？これまで我々はネットの内外における規制に対する自制について見てきたが、以上の検討により、規制が容易であるからといって必然的に規制を促すべきであるということにはならない理由が明らかになった。インターネットの黎明期より、名誉毀損や著作権侵害の比較的単純な形態において、裁判所や議会は、媒介者に対して、彼らが直接巻き込まれた違法行為、または、彼らが効率的に判断し抑止することが十分可能な程度に密接に関わっている違法行為に関して機会主義的なゲートキーピングを行うこと以上の要求をすることに最終的には消極的だったということを我々は見てきた。介入に対する要求は、新しい技術的アーキテクチャを創り出すことにまでは拡張されなかったのである。プロバイダが自らのために既に監視している、あるいは監視可能であった場合にのみ、規制者は追加的な義務を追加することに目を向けるようになった。例えば、それは、メッセージボードをスクリーニングするというProdigy判決であったり、スクリーン可能なファイル名の中央ディレクトリや、停止することが可能な契約者名を提供するというNapster判決がその例である。同様に、自動的なアップデート機能をコード中に実装しないことを決めたソフトウェアの開発者は、将来の規制に備えて自動アップデート機能を実装することを強いられるべきではない[225]。

このような形の自制は、自ら開発したコードのアップデートや他者が開発したコードの調整を可能にする機能の実装を決定したウイルス対策ソフトやOSの製造者らにも適用されるべきである。ある出版者が、ソフトウェアの一部を用いた現在進行中の不正利用行為に対して全面的に訴訟を展開するとともに、悪用を事前に抑止するように別の方法でプログラムを書くよう求めた場合を考えてみよう。コードの開発者にゲートキーパーとしての役割を求めることはせず、そのことによって、将来的にコードを変更するための手段を埋め込まないという開発者の選択を尊重することにしたとしても、出版者は、OSの制作者やセキュリティ・ベンダーに対し、PCがアップデートを受ける際にPC上の問題のあるコードを無効化するよう要求することができるであろう。これはまさに、オンライン・ゲートキーピングの歴史が許容してきた、そしてGrokster判決が当該問題に対する判断を控えた、便乗的な規制の一種であるように見えるかもしれない。

このような形のゲートキーピングは望ましいものとはいいがたい。いったん消費者が自らのPCの作動が、政府の命令によって望ましくない予想外の形で修正されていることを知れば、自動的な機能アップデートに対する便乗的規制は、そのような機能を搭載するソフトウェアから消費者を遠ざけてしまう恐れがある。より根本的な問題としては、このような形のゲートキーピングは、規制を必要とする短いパニックを、あまりにも容易に長期に渡る制限へと変換することを可能にしてしまう点で、あまりに強力すぎるという問題がある。レッシグはオープンコード（プログラマーが必要以上の法的あるいは技術的な障壁なしに改変し、再び頒布することができるコード）がクローズドなコードよりも規制することが困難であると指摘してきた[226]。彼は政府の権力に対する根源的なチェックを可能にするオープンコードの性質を賛美し、そのようなチェックが賞賛すべきものであることを遠回しに示唆していた。「我々の憲法が権利章典の価値と同時に権力分立の保障を埋め込んでいるように、我々もサイバースペースが埋め込んだ価値と同時にサイバースペースの構造についても考察を巡らすべきである」[227]。もっとも今日では、コントロールの支点はオープンコードとクローズドコードの対立にあるわけではない。実際、オープンコードはクローズドコードよりもコントロール目的の変更を行ないやすい。オープンコードの場合、変更の方策を規制者が利用することが可能であり、機能の仕方を変更するためにコードの開発者から協力を得る必要性が比較的少ないためである。さらには、PC上で動作している禁止されたコードを排除するよう命じられたセキュリティ・ソフトウェアは、その作業をクローズドコードに対してのみならずオープンコードに対しても行なうこと

[225] Zittrain, 前掲注(15), at 49-51 を参照。

[226] Lessig, *Limits in Open Code*, 前掲注(12), at 764-69 (1999) を参照。比較して、Zittrain, 前掲注(172), at 285-87（フリーソフトウェアと専用ソフトウェアに対する訴訟上の取扱いの相違につき、想定される説明を議論している）も参照。

[227] Lessig, *Limits in Open Code*, 前掲注(12), at 769 を参照。

ができる。しかし、レッシグの議論の中核は未だに影響力のあるものである。つまり、我々はコードへの規制が容易ではない世界をより望ましいと思うだろうということである。特定の規制を実装するのが容易であることは、その規制を支持する理由の一つとなりえるが、決定打となるべきではないのである。

Ⅷ. 結論

Grokster判決は、情報技術の私的な発展に対して広範に介入することを適切にも差し控えてきた米国の立法および司法の活動におけるここ10年間の自制の鋳型にきれいに収まっている。しかし、この自制の伝統は間もなく非常に困難な試練に晒されることになるかもしれない。というのも、法的に保護された利益を侵害するメカニズムによって、伝統的なオンライン上のコントロールのポイント[228]に対して小規模に矯正的な介入を行うという対策の実効性を問われる一方で、かかる侵害のメカニズムは既に頒布されたPCソフトウェアに対する遠隔調整を通じた大規模な新しい規制に異常なほどに馴染むものとなっているからである。

サービスとしてのソフトウェアという方向性は、大規模な規制の介入が技術的にはコードの小規模な修正という形で実行されることを可能にする。オンライン上のゲートキーピングの歴史は、部分的には、媒介者が自らの責任を制限しようとするために行った生々しい政治力の行使の一態様であった。しかしそれは同時に、生成的な技術は様々な利用方法（その中には他者の利益を侵害するものも含まれる）を見出すための幅広い自由度を持つべきであるという司法および立法の側における政策判断の一態様でもあったのである。生成的な技術を用いた他者の権利や利益の侵害は個々のケースとして見れば望ましくないものもあるかもしれないが、特に、著者や出版社の人格権を守るよりも創作物を生み出すことを最大化することに重点が置かれた[229]アメリカの知的財産システムにおける知的財産権の侵害をはじめとする法定犯の領域においては、市場の基礎をなす権利

[228] この問題を概観したものとして、Zittrain, 前掲注(55), at 655-73 を参照。

[229] Sprigman, 前掲注(128), at 522 を参照。

やそれに基づくビジネスモデルを最定式化する機会を提示することになるかもしれない。ビジネス、芸術、そして文化の領域において再帰的イノベーションを可能にする情報技術の環境は、規制の自制が継続される場合に最も繁栄することになるだろう。このような規制の自制は、Compuserve判決、Sony判決、Grokster判決において事件毎の事案の相違を超えて展開された見識、すなわち、生成的な情報技術によって引き起こされる混乱は、たとえそれが短期的には強力かつ正統な利益に対する脅威となったとしても長期的にはしばしば利益をもたらすものである、という考え方を前進させていくことによって引き継がれていくことになるであろう。

本論文の草稿に対し有益なコメントを頂いたWilliam Fisher, Wendy Seltzer, Rebecca Tushnetの各氏に御礼申し上げたい。

また、本論文に関する研究調査において大変有益な貢献をしてくださったErin Ashwell, Bryan Choi, Jacob Mermelstein, Christina Olson, K. Joon Oh, Elizabeth Starkの各氏にも感謝申し上げたい。

“A History of Online Gatekeeping” by Jonathan Zittrain
from Harvard Journal of Law & Technology, Volume 19, Number 2
(© Jonathan Zittrain, (Spring, 2006)) is reproduced by permission of
PFD (www.pfd.co.uk) on behalf of Jonathan Zittrain
through Tuttle-Mori Agency, Inc., Tokyo.

［訳者付記］

本論文の翻訳に当たっては北海道大学大学院法学研究科の田村善之教授に多くの貴重なご教示を頂いた。記して感謝申し上げたい。

なお、本論文の翻訳に誤りがあった場合には、その責任は訳者の4名にあることは言うまでもない。